

ISSN 1975-4507

判例研究

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW

2023

Vol.37 No.2 第三十七輯(2)

서울地方辯護士會
SEOUL BAR ASSOCIATION

책머리에

안녕하십니까.

제97대 서울지방법변호사회 회장 김정욱 변호사입니다.

매주 수요일 오전 7시 30분 개최되는 판례연구발표회는 1986년부터 이어져 내려오는 우리 회의 유서 깊은 학술모임입니다. 이 판례연구발표회에서 지난 2023년 하반기 동안 발표한 결과물을 모은 연구회지, 『판례연구』 제37(2)집이 출간됩니다.

이 책은 민사, 형사, 행정 등 다양한 분야의 최신 판례를 분석한 내용을 담고 있습니다. 이 책을 통하여 회원 여러분이 법적 지식을 폭넓게 확장하실 수 있길 바라며, 우리 법률 문화 발전에 또한 보탬이 될 수 있길 기대합니다.

이른 아침부터 새로운 판례에 대해 발표하고, 열띤 토론을 하는 회원 여러분을 접할 때마다 존경하는 마음이 들곤 합니다. 집필에 힘 써주신 회원 여러분께 감사 말씀 드리며, 앞으로도 판례연구발표회에 많은 참여 부탁드립니다.

감사합니다.

2024년 3월
서울지방법변호사회
회장 김 정 욱



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

I

刑事判例研究

- 의료법인 내세워 주도적으로 병원 세운 비의료인, “악용·탈법”의
경우에만 처벌 가능하다 김정범(金廷範) 11

II

民事判例研究

- 건설산업기본법에 따른 하자담보책임기간의 법적 성격 김용우(金容佑) 35
- 지역주택조합사업에서 자금관리대리사무를 수행하는
부동산 신탁회사의 조합원 분담금 반환책임 오상민(吳尙珉) 61
- 유류분청구에서 피상속인이 한 생전증여에 상속인의 특별한 부양 내지
기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우, 이러한 생전증여를
특별수익에서 제외할 수 있는지 여부와 그 판단기준 엄정숙(嚴貞淑) 88
- 기준운송수입금미달액의 공제와 최저임금과의 관계 오승원(吳承員) 106
- 물상대위의 채권집행과 부대채권의 확장 장재형(張在亨) 136
- 무기계약직 국도관리원에게 공무원에게 지급하는 각종 수당
(정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비) 등을
지급하지 않은 것은 ‘차별적 처우’ 아니다 김정범(金廷範) 162

- 주주평등원칙과 주주의 사전동의권 장원석(張原碩) 182
- 공공임대주택 우선수분양자 결정 김광석(金光錫) 213
- 미이행쌍무계약법리의 적용 요건 : 주요부분 미이행의 의미와
판단기준 윤덕주(尹德柱) 233

Ⅲ

行政判例研究

- 교권침해로 인한 학생 징계와 교권보호 김용수(金容秀) 261
- AI(인공지능)와 특허권 김여섭(金汝燮) 295



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

I

Criminal Law

- A non-medical person who established a hospital with a medical corporation can be punished only in the case of “abuse or evasion of the law” Kim Jung Beom 11

II

Civil Law

- Study of the Defects Liability Period under the Framework Act on the Construction Industry Kim Yong Woo 35
- The real trust company’s responsibility for return about a union member’s contribution in Local Housing Association Business Oh Sang Min 61
- When the decedent’s lifetime gift contains a meaning equivalent to special care or contribution by the heir, whether such lifetime gift can be excluded from special income and the criteria for judging Um Jeong Suk 88
- Deduction of shortfall in standard taxi income and minimum wages Oh Seung Won 106
- Extention of the amount of Collateral Damage in Claim Execution by Subrogation of Hypothec Chang Jae Hyung 136

- It is not ‘discriminatory treatment’ to not pay various allowances (attendance allowance, performance bonus, family allowance, rank assistant, business trip expenses) paid to public officials to national road rangers on indefinite contracts Kim Jung Beom 162
- The principle of shareholder equality and shareholders’ right to Right to opt-in Jang Won Seok 182
- The principle of the decision on the priority in the public rental house distribution Kim Gwang Seok 213
- Conditions on Executory Contract : the Meaning and Criteria of Material Nonperformance Yoon Deuk Joo 233

III

Administrative Law

- Student disciplinary action and protection of academic rights due to violation of teaching rights Kim Yong Soo 261
- Artificial Intelligence and Patent Rights Kim Yeo Sub 295

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



I

刑事判例研究

Criminal Law

서울지방법원 판례연구 제37집 (2권)



의료법인 내세워 주도적으로 병원 세운 비의료인, “악용·탈법”의 경우에만 처벌 가능하다

A non-medical person who established a hospital with a medical corporation can be punished only in the case of “abuse or evasion of the law”

辯護士 김 정 범

Kim Jung Beom

【사건의 표시】

대법원 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결

논문요약

대법원은 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 비의료인에 의하여 개설·운영된 것인지에 대하여, ‘비의료인이 그 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하였는지 여부’를 기준으로 판단하여 왔다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도2629 판결 등, ‘기존 주도성 법리’). 그러므로 기존의 주도성의 법리 하나만으로 의료법 위반 여부를 판단하는 것은 의료법 위반의 처벌기준에 대한 명확하고 객관적인 기준을 제시할 수 없는 것이다.

그동안 대법원 판례가 형식논리에 의해서 비의료인이 주도적으로 의료기관을 설립하고 운영과정에서 주요 의사를 결정해왔는지 등을 기준으로 삼음으로써 오히려 처



벌의 객관성을 담보하지 못하였다. 주도적 설립이라는 기준도 상황에 따라서 그 허용 여부를 달리 보았다. 의료법은 비의료인이 의료법인에 자금을 출연하거나 의료법인의 이사 등 임원의 지위에서 의료기관 개설·운영에 관여하는 것을 허용하고 있어, 기존 주도성 법리를 의료법인 명의 의료기관이 실질적으로 비의료인에 의하여 개설·운영된 것인지 여부를 판단하는 데에 그대로 적용할 경우, 비의료인에게 허용된 행위와 허용되지 않은 행위의 경계가 불분명하게 되어 죄형법정주의 원칙, 특히 명확성의 원칙을 해칠 우려가 있다.

민법에 의해서 설립된 비영리법인의 경우 누군가가 설립 주체의 역할을 할 수밖에 없고, 자본투자 또한 필수적으로 뒤따르게 된다. 이러한 경우 비영리법인을 설립한 비의료인이 의료기관을 주도적으로 설립하고 운영했다는 이유로 처벌을 하게 되면 민법상 비영리법인에 의료기관 개설을 허용하는 것과 모순이 발생한다. 법에서 허용하고 있는 사항을 법원의 판결을 통해서 제한적으로 해석해 처벌하는 것이기 때문에 죄형법정주의 원칙에 반하게 되는 것이다. 결국 기존의 주도성의 법리는 처벌의 범위를 판결을 통해서 확대하는 것이므로 민법상 비영리법인이 의료기관을 개설할 수 있는 의료법의 규정을 몰각할 우려가 있다. 또한 비의료인의 의료기관 설립행위가 어떠한 경우에 처벌되고, 어떠한 경우에 처벌되지 않는지에 대한 명확한 기준이 없어서 예측 가능성과 법적 안정성을 침해하게 된다.

따라서 그동안의 주도성의 법리보다는 이번 전원합의체 판결이 보다 실체적이고 객관적인 기준을 제시할 수 있는 방향이고, 의료법에서 허용하고 있는 비의료인의 자본투자와 의사결정을 허용하는 것과 조화로운 해석이어서 타당하다고 생각된다.

〈주제어〉

사무장병원, 비의료인 개설병원, 비영리법인병원, 비의료인형사처벌

Office manager hospital, Hospital opened by non-medical personnel, non-profit corporation hospital, Punishment of non-medical doll death



목 차

[사실관계]

[사건의 진행과정]

[대상판결의 내용]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 사무장병원과 의료법 위반의 기준

III. 대상판결들에 대한 평가

1. 주도성의 법리와 문제점
2. 형벌법규의 명확성의 원칙
3. 죄형법정주의 원칙과 관련하여
4. 법률의 체계적 해석의 필요성
5. 의료법 규정의 취지와 해석의 범위
6. 대상판결의 새로운 기준의 보완 필요성

IV. 개인 사무장병원에 적용 여부

1. 개인 사무장병원과 법인 사무장병원의 비교
2. 대상판결이 개인 사무장병원에도 적용 가능한지

V. 결 론



[사실관계]

피고인은 의료인의 자격이 없는 일반인(‘비의료인’)에 해당하여 의료기관 개설자격이 없음에도 2009. 2.경 형식적으로 이 사건 의료법인의 설립허가를 받은 다음, 그 법인의 이사장으로 취임하여 이 사건 의료기관의 개설신고를 하고 의사 등을 직접 고용하여 그들로 하여금 다수의 환자들을 상대로 진료행위를 하게 함으로써, 적법한 의료기관 개설인 것처럼 가장한 채 의료기관 개설자격을 위반하여 이 사건 의료기관을 개설·운영하였다는 이유를 들어 의료법 위반으로 기소되었다. 1심 법원은 유죄로 판단하여 피고인에게 징역 2년 6월을 선고하였다. 피고인이 항소한 원심은 그대로 유죄를 인정하면서도 양형부당을 이유로 파기한 다음 징역 2년 6월, 집행유예 4년을 선고하였다. 원심은, 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 비의료인에 의하여 개설·운영된 것인지에 관한 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도2629 판결 등 법리(‘기존 주도성 법리’)에 기초하여 피고인이 이 사건 의료법인 설립허가를 받을 때 일부 재산출연을 가장하였고, 피고인이 이사장 지위에서 과도한 급여를 지급받고, 자신의 배우자 등 임직원들에게도 과도한 급여를 지급하는 등 영리를 목적으로 이 사건 의료법인을 운영하였으므로 이 사건 의료법인의 이사나 감사가 정상적으로 활동하였다고 보기 어렵다면서 유죄로 판단하였다. 이에 대하여 피고인이 대법원에 상고하였다.

[사건의 진행과정]

대구지방법원 제1심 판결은 피고인에게 징역 2년 6월의 유죄를 선고하였고, 대구고등법원의 원심 판결(대구고등법원 2017. 1. 19. 선고 2016노451 판결)은 1심 판결을 양형부당 이유로 파기하면서 징역 2년 6월의 유죄를 선고하면서 집행유예 4년을 선고하였다. 1심과 원심은 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 비의료인에 의하여 개설·운영된 것인지에 관한 대법원 2011. 10. 27. 선고2009도2629 판결 등 법리(기존 ‘주도성 법리’)에 기초하여, 피고인이 이 사건 의료법인 설립허가를 받을 때 일부 재산출연을 가장하였고, 피고인이 이사장 지위에서 과도한 급여를 지급받고, 자신의 배우자 등 임직원들에게도 과도한 급여를 지급하는 등 영리를



목적으로 이 사건 의료법인을 운영하였다면서, 결국 이 사건 의료법인의 이사회 감사가 정상적으로 활동하였다고 보기 어렵다는 점을 그 이유로 들었다.

[대상판결의 내용]

1. 다수 의견(8명) : 파기환송

종래 대법원은 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 비의료인에 의하여 개설·운영된 것인지에 대하여 ‘기존 주도성 법리’에 따라 판단해 왔으나 의료법상 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영 등에 필요한 자금 전부 또는 대부분을 의료법인에 출연하는 것이 허용되고, 의료법인의 이사 등 지위에서 의료기관의 개설·운영에 관한 의사결정 내지 업무집행에 참여하거나 주도하는 것도 허용되므로, 기존 주도성 법리를 의료법인 명의 의료기관의 개설자격 위반 판단에 그대로 적용할 경우 비의료인에게 허용되는 행위와 허용되지 않는 행위의 구별이 불명확해져 죄형법정주의 원칙에 반할 수 있어 의료법인 명의 의료기관 개설자격 위반에 관한 판단기준 정립의 필요성이 제기된다.

의료법인은 재단법인의 일종으로, 의료법인이 아닌 제3자의 재산출연이 없으면 의료법인은 설립될 수 없으며, 의료법은 의료법인에 대하여 재산을 출연할 수 있는 사람을 의료인으로 한정하거나 비의료인이 출연할 수 있는 재산의 규모 내지 범위를 제한하고 있지 아니하고, 또한 비의료인이 의료법인에 출연한 재산은 더 이상 비의료인의 재산이 아닌 의료법인의 재산이므로 비의료인이 의료법인에 출연한 재산이 의료기관의 개설·운영 등에 사용되었다고 하여 의료법인이 아닌 비의료인이 의료기관의 개설·운영 등에 필요한 자금을 조달하였다고 평가하기도 어렵다는 재산출연의 측면을 고려해야 한다.

의료법인은 자연인처럼 직접 의료기관을 개설·운영할 수는 없고, 이사회 등 의사결정기관과 이사 등 업무집행기관을 통하여 의료기관을 개설·운영하게 되어 의료법인이 아닌 제3자가 이사

등 지위에서 의사결정과 업무집행을 할 것이 반드시 요구되고, 의료법은 의료법인의 임원 자격 등을 의료인으로 한정하고 있지 아니하고, 또한 비의료인이 의료법인의 이사 등 지위에서 의료기관의 개설·운영에 관한 의사결정 내지 업무집행에 관여한 것은 의료법인의 기관 지위에서 직무집행으로 보아야 하므로, 의료법인이 아닌 비의료인이 의료기관의 개설·운영에 관여하였다고 평가하기도 어렵다는 업무집행의 측면을 생각해야 한다.

이와 같이, 비의료인이 의료기관의 개설·운영 등에 필요한 자금 전부 또는 대부분을 의료법인에 출연하거나 의료법인 임원의 지위에서 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하는 것은 의료법인의 본질적 특성에 기초한 것으로서 의료법인의 의료기관 개설·운영을 허용한 의료법에 근거하여 비의료인에게 허용된 행위이므로 비의료인의 주도적 재산출연 내지 주도적 관여 사정만을 근거로 비의료인이 실질적으로 의료기관을 개설·운영하였다고 판단할 경우, 허용되는 행위와 허용되지 않는 행위의 구별이 불명확해져 죄형법정주의 원칙에 반할 수 있다.

그러므로 의료인이 개설자격을 위반하여 의료법인 명의 의료기관을 실질적으로 개설·운영하였다고 판단하려면, 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하였다는 점을 기본으로, 비의료인이 외형상 형태만을 갖추고 있는 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하였다는 사정이 인정돼야 하는바, 그러한 사정은 ① 비의료인이 실질적으로 재산출연이 이루어지지 않아 실체가 인정되지 아니하는 의료법인을 의료기관 개설·운영을 위한 수단으로 악용하였다는 사정으로 의료법인은 의료기관 개설·운영 목적을 위하여 출연된 재산이라는 실체에 대하여 법인격을 부여한 재단법인으로, 출연된 재산, 즉 의료법인의 기본재산은 바로 의료법인의 실체인 동시에 의료법인의 목적을 수행하기 위한 가장 기본적인 수단이고, 재산이 출연되지 않은 의료법인은 의료기관을 개설·운영할 시설과 자금이 없어 스스로 의료기관을 개설·운영할 수 없으며, 따라서 비의료인이 의료기관을 개설·운영할 시설과 자금이 없는 의료법인을 의료기관 개설의 외형만을 갖추기 위하여 설립하고, 그와 같이 형식만을 갖춘 의료법인을 설립한 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영을 주도하였다면, 비의료인이 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장한 채 실질적으로는 비의료인 자신이 의료기관을 개설·운영하였다고 보아야 하거나, ②



의료법인의 재산을 부당하게 유출하여 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈하였다는 사정으로, 의료법이 의료기관 개설자격을 엄격하게 제한하면서도 의료법인에 대하여 의료인, 국가, 지방자치단체, 준정부기관 등과 함께 의료기관 개설자격을 부여하는 것은, 의료법인이 공공성과 비영리성을 갖추고 있으므로 의료법인에 대하여 의료기관 개설자격을 인정하여도 영리 목적 의료기관 개설로 인한 국민 건강상의 위험이 발생할 여지가 없어 의료의 적정을 기하고 국민의 건강을 보호·증진하려는 의료법의 입법목적에 어긋나지 아니함을 전제로 하는 것이므로, 따라서 의료법인의 재산과 출연자 개인의 재산은 철저하게 분리되어야 하고, 의료기관의 운영수익 등은 반드시 의료기관의 운영을 위하여 다시 사용되어야 하며, 출연자 등에게 배분되어서는 아니 되고, 형식적으로 의료법인 명의로 의료기관이 개설·운영되었더라도, 비의료인이 의료법인을 지배하면서 의료기관 운영수익 등을 상당한 기간 동안 부당하게 유출하는 등 공공성, 비영리성을 일탈한 경우라면, 공공성, 비영리성을 전제로 의료기관 개설자격을 부여받은 의료법인의 규범적 본질이 유지되었다고 보기 어렵다.

다만, 의료법인이 적법한 절차에 따라 의료기관을 개설한 후 시·도지사의 지속적인 관리·감독을 받으면서 상당한 기간 동안 의료기관을 정상적으로 운영하여 왔다면, 그 설립과정에 다소의 미비점이 있었다거나 운영과정에서 일시적으로 의료법인의 재산을 유출하는 횡령·배임 등 위법 행위가 존재하였다는 사정만으로 의료법인의 규범적 본질을 부정하여 의료법인이 의료기관 개설·운영을 위한 탈법적인 수단으로 악용되었다고 단정하기는 어렵고, 즉, 의료법인 설립과정의 하자가 의료법인 설립허가에 영향을 미치거나 의료기관 개설·운영이 실질적으로 불가능할 정도에 이르는 것인지 여부나 의료법인의 재산이 유출된 정도, 기간, 경위 및 이사회 결의 등 정당한 절차나 적정한 회계 처리 절차가 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르러 의료기관 개설·운영을 위한 탈법적인 수단으로 악용되었다고 평가될 수 있는지를 판단하여야 하는 것이다.

이 사건의 경우, 피고인이 개설자격을 위반하여 의료기관을 개설·운영하였다고 인정하기 위해서는 추가적인 심리·판단이 필요한데, 피고인이 이 사건 의료기관 개설·운영과 관련된 사항을 주도적인 입장에서 처리하였음은 인정되고, 그러나 ① 피고인이 실체를 갖추지 못한 의료법인을

악용하였다거나, ② 의료법인의 재산을 부당하게 유출하여 공공성, 비영리성을 일탈하였음을 인정하기 위해서는 추가적인 심리·판단이 필요하다. 피고인이 보통재산 일부의 출연을 가장하였으나, 기본재산은 정상적으로 출연되었고, 출연이 가장된 부분은 전체 출연가액의 10% 정도에 불과하고, 피고인의 보통재산 출연 가장으로 이 사건 의료법인이 정상적으로 의료기관을 운영할 수 없었는지, 피고인이 사후적으로라도 이 사건 의료법인에 보통재산을 출연하였다고 볼 수 있는지 등을 추가로 심리·판단할 필요가 있으며, 피고인과 피고인의 배우자 등이 일시적으로 고액의 급여를 지급받았던 것으로 보이나, 피고인 등이 상당 기간 동안 다른 직원들과 유사한 수준으로 급여를 수령하던 중 이 사건 의료법인의 규모와 수익의 증대 및 근무경력 등이 고려되어 급여가 인상되었을 가능성을 배제할 수 없고, 그와 같은 경우라면 피고인이 이 사건 의료법인의 재산을 부당하게 유출하였다고 평가하기 어려울 수 있으므로 피고인 등의 급여가 인상된 시기, 급여가 인상된 경위, 급여인상액이 이 사건 의료법인의 규모나 수익 등에 비추어 합리적인 범위를 지나치게 추가하는지, 이사회 결의 등 정당한 절차나 적정한 회계 처리가 이루어졌는지 등을 추가로 심리·판단할 필요가 있다.

그럼에도 원심은 일부 단편적인 사정만을 근거로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 구 의료법 제33조 제2항 위반에 따른 의료법 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 반대 의견(대법관 박정화, 민유숙, 김선수, 이흥구, 오경미) : 상고기각

의료법인 명의로 개설된 의료기관을 실질적으로 비의료인이 개설·운영하였다고 판단하는 기준은 개인명의 의료기관이나 소비자생활협동조합 명의로 개설된 의료기관에 관한 선례와 마찬가지로 해석, 적용되어야 한다. 구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항 위반죄에 관한 구성요건 해당성과 고의의 핵심적인 징표는 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하였다는 점을 기본으로 하여 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화되고 비의료인 개인의 사적 이익을 추구하는 탈법적 수단으로 악용



되었다는 데에 있으며, 비의료인이 의료법인을 설립한 실질적 목적과 동기, 설립과정의 적정성, 의료법인 내부의 의사결정방식, 의료업 운영 행태, 자산관리 및 수익의 귀속 양상 등 의료법인의 설립과 운영의 전반에 나타난 구체적 사정을 종합적으로 고려하여, 비의료인 개인의 사적 이익 추구로 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화되어 의료법인에 대하여 예외적으로 의료기관 개설자격을 부여하는 의료법의 입법취지가 몰각되었다고 볼 정도에 이르렀는지를 중심으로 이를 판단하여야 한다. 구 의료법 제33조 제2항 위반행위는 의료기관 개설과 운영이라는 전 과정을 통하여 행위자의 단일하고 계속된 범의로 이루어지는 것임에도, 다수 의견은 이러한 특성을 충분히 고려하지 않은 채 구성요건 해당성 및 고의의 판단을 위한 여러 간접사실을 의료법인 설립에 관한 사항과 의료법인운영에 관한 사항으로 형식적, 도식적으로 나누어 제시한 것이어서 타당하지 않다. 이러한 기준으로는 피고인의 행위와 고의를 전체적, 통합적으로 파악하기 어렵고, 그 결과 의료법인 명의 의료기관의 경우 개설자격위반의 인정 범위가 지나치게 축소되는 결과를 초래한다. 이에 따르면 영리 목적 의료기관의 개설을 억지하여 의료의 적정을 기하고 국민의 건강을 보호, 증진하고자 하는 의료법의 입법목적을 해치고 나아가 국민건강보험재정의 건전성을 위협할 우려가 있다.

[연구]

1. 문제의 제기

대법원은 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 비의료인에 의하여 개설·운영된 것인지에 대하여, 비의료인이 그 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하였는지 여부를 기준으로 판단하여 왔다(대법원 2017. 5. 17. 선고 2017도2244 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012도14360 판결, 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도2629 판결 등). 그리고 이를 ‘주도성의 법리’라 불려왔다. 그런데 의료법인 명의로 의료기관의 경우에도 마찬가지로 법리를 그대로 적용할 수 있는지가 문제 된다. 의료법인의 경우 비의료인의 경우에도 투자가 가능하고, 법인의

임원진으로 주된 의사결정을 할 수 있으며, 급여 형식으로 일부 수익을 받는 경우가 있는데, 기존의 주도성 법리에 의할 경우 이러한 경우에도 당연히 의료법 위반으로 처벌될 수 있기 때문이다. 주도성의 법리만을 따라서 처벌 여부를 결정할 경우 비의료인이 투자와 의사결정이 가능하도록 하고있는 법률과 모순이 발생할 우려가 있는 것이다. 그러므로 기존 주도성 법리를 의료법인 명의 의료기관에 관하여 어떻게 적용할 것인지, 즉 비의료인이 의료법인 명의로 개설된 의료기관에 관여한 경우, 의료기관 개설자격 위반이 된다고 판단하는 기준을 구체적으로 어떻게 설정한 것인지가 문제 된다.

II. 사무장병원과 의료법 위반의 기준

우리 의료법에서는 의사가 아니면 병원을 개설할 수 없도록 규정하고 있다. 다만, 법인의 경우는 예외로 한다. 즉, 의료법 제33조에서는 ① 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사, ② 국가나 지방자치단체, ③ 의료업을 목적으로 설립된 법인(“의료법인”을 말함), ④ 민법이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인, ⑤ 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 준정부기관, 지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률에 따른 지방의료원, 보훈복지의료공단법에 따른 한국보훈복지의료공단만이 의료기관을 개설할 수 있다(제2항)고 규정한다. 법인이 아닌 개인이 의료기관을 개설한 후, 의사를 고용해 운영하는 형태를 ‘사무장병원’이라 통칭한다.

사무장병원의 경우에는 형식적으로 의료인 이름으로 개설될 뿐 실질적으로 의료인이 아닌 사람이 주도적으로 운영하기 때문에 비교적 쉽게 판명될 수 있다. 그러나 법인에 의해서 설치되는 의료기관의 경우에는 형식상으로는 법인의 이름을 빌릴 뿐 실질적으로는 사무장병원과 다름없이 운영됨으로써 의료기관의 개설에 관한 규정을 위반하는 경우가 있다. 그렇다면 어떤 기준으로 의료법에서 금지하는 의료기관과 허용되는 의료기관을 구별할 수 있을까? 의료법 제33조 2항에서 비의료인의 의료기관 개설을 금지하고 있는 취지는, 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 사람으로 엄격히 제한해 건전한 의료질서를 확립하고 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 데 있다(대법원 2005. 2. 25. 선고 2004도7245 판결 등). 비의료인이 자금을 투자해



시설을 갖추고 의료인을 고용해 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 것은 형식만 적절한 의료기관일 뿐 실질적으로는 비의료인의 의료기관 개설에 해당한다. 일반적으로 ‘실질이 비의료인의 의료기관 개설 행위인지 여부’는 비의료인이 의료기관을 자기 마음대로 운용할 수 있는 지배적 지위에 있는지, 비의료인이 의료법인에 대한 투자 대가로 수익을 분배받았는지, 비의료인과 의료법인 사이에 재산 등이 혼용됐는지 등 서류의 외형을 넘어 내부의 실질적 운영 실체까지 검토해 종합적으로 고려해서 판단해야 한다. 그렇기때문에 의료법이 이사회 임원진의 구성과 활동을 단순히 형식적으로 승인하는 방식으로 운용되는 반면, 비의료인이 병원 업무 전반에 대해 전권을 가지고 의사결정과 집행행위를 주도한 것으로 보이고, 재정 및 회계 처리도 개인재산과 혼재돼있는 경우에는 사무장병원으로 봐왔다.

그동안 우리 판례는 ‘주도성의 법리’를 기준으로 삼아왔다. 즉, 의료법에서 금지되는 의료기관 개설행위는, 비의료인 이 그 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하는 것을 의미한다. 따라서 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적절한 의료기관의 개설로 가장한 것일 뿐 실질적으로는 의료인 아닌 자가 의료기관을 개설한 경우에 해당하고, 개설신고가 의료인 명의로 되었다거나 개설신고 명의인인 의료인이 직접 의료행위를 하였다 하여 달리 볼 수 없다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도2629 판결)고 본 것이다.

Ⅲ. 대상판결에 대한 평가

1. 주도성의 법리와 문제점

비의료인이 병원설립과 운영을 주도해서 하는 경우를 말한다. 자금의 투자도 비의료인에 의해서 이루어지고, 실질적인 운영(의사결정과 수익배분)도 비의료인에 의해서 결정되는 경우다. 개인이 개설한 병원의 경우에는 주도성의 법리에 의해서 처벌이 이루어지더라도 별다른 문제가

없다. 의료법에서 비의료인의 병원개설행위를 금지하는 취지를 그대로 유지할 수 있기 때문이다. 그리고 비교적 명확하게 사무장병원의 여부가 확인되고, 의료법의 다른 규정과 충돌이 발생하지 않는다. 그런데 의료업을 목적으로 설립된 법인, 민법이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인의 경우에는 법률의 규정과 모순될 수 있다. 극단적으로 대학병원의 경우에도 비의료인인 대학(학교법인)이나 설립자에 의해서 자금이 투자되고, 의사결정 또한 실질적으로 설립자에 의해서 주도되며, 수익배분의 경우에도 학교수익으로 돌아가는데 이러한 경우 주도성의 법리만을 내세울 경우 역시 의료법 위반의 문제가 발생할 수도 있다. 그렇다면 법인이 운영하는 병원의 경우 의료법 위반 여부를 판단할 구체적이고 객관적이며 명확한 기준을 설정할 필요가 있는 것이다.

2. 형벌법규의 명확성의 원칙

“명확성의 원칙”은 법령은 행정과 사법에 의한 법 적용의 기준이 되므로, 명확한 용어 등으로 분명하게 규정해야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 규율 내용의 성격이나 기본권 제한의 정도에 따라 다른 기준이 적용되는데, 특히 형사법, 조세법, 침익적 성격의 법령 및 표현의 자유를 제한하는 법령을 입안, 심사할 때에는 보다 엄격한 기준이 적용된다. 물론 경우에 따라서는 법령에 불확정 개념을 사용할 수밖에 없는 경우도 있지만, 그러한 경우에도 자의적인 해석 소지는 없어야 한다. 따라서 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 입법은 “규율 대상자(수범자)”에게는 무엇이 금지되는 행위이고, 무엇이 허용되는 행위인지 미리 알 수 있도록 해야 하고, “법집행자”에게는 객관적 판단지침이 무엇인지를 알 수 있도록 함으로써 법적 안정성과 예측 가능성을 확보할 수 있도록 해야 한다. 입법 내용이 불명확하다면 무엇이 금지되거나 요구되는지 제대로 알 수 없게 되어 시민 생활을 향유할 수 없고, 법집행자의 자의적 취급을 초래하게 된다. 이는 권력분립과 민주주의, 그리고 법치주의를 근간으로 하는 헌법시스템을 오작동하게 하는 것이므로 입법을 할 때 명확성 원칙은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 당연히 형벌법규는 명확해야 한다. 법률에 의해서 규정된 범죄의 성립요건과 형벌규정의 내용이 일반인의 기준에 의할 때 그 의미를 정형화하거나 합리적인 해석기준에 따를 수 있어야 한다. 명확성의 원칙에 반하는 형벌법규의 경우 법적 안정성을 추구할 수 없음은 물론 예측 가능성도 부여하지 못하게 되는 문제를 야기한



다. 이 사건 의료법 위반의 경우에도 비의료인의 병원개설행위를 처벌하는 기준이 개인이 운영하는 병원과 법인 명의로 운영하는 병원을 같은 기준에 의해서 처벌하는 것인지, 아니면 다른 기준에 의한 것인지, 그리고 다른 기준이라면 어떤 구별기준에 의한 것인지 그 구성요건을 분명히 규정해야 한다. 비의료인이 의료법인에 투자하는 것과 의사결정에 관여하는 것을 그대로 두면서 이를 주도성의 법리를 내세워 처벌할 경우에는 상호 모순이기 때문이다. 투자가 가능하다면 당연히 의사결정도 주도적으로 관여하게 되는 것이며, 자신의 투자금과 노력의 대가에 대해서 급여형식 등을 일정한 배분을 받는 것은 당연한 이치인데 이럴 주도성의 법리에 의해서 처벌받을 가능성을 그대로 두는 것은 결국 명확성의 원칙에도 반하게 되는 것이다. 결국 법률에서 명확하게 처벌근거를 둔 것이 아님에도 불구하고 합리적 해석의 범위를 넘어 처벌범위를 확대하는 것이어서 형벌법규에서 금지하고 있는 명확성의 원칙에 반할 우려가 있다.

3. 죄형법정주의 원칙과 관련하여

죄형법정주의는 범죄와 형벌을 미리 법률로써 규정하여야 한다는 근대형법상의 기본원칙으로 권력자가 범죄와 형벌을 마음대로 전단하는 죄형전단주의와 대립되는 원칙이다. “법률이 없으면 범죄도 없고, 법률이 없이는 형벌도 없다”는 이 원칙은 범죄와 형벌을 미리 법률로써 규정하여야 한다는 근대 형벌제도를 지배하여 왔다. 여기에서 말하는 법률은 제정법만을 의미한다. 따라서 아무리 사회적으로 비난받아야 할 행위라 할지라도 법률이 범죄로서 규정하지 않았다면 처벌할 수 없으며, 범죄에 대하여 법률이 규정한 형벌 이외의 처벌을 과할 수 없다는 것이 죄형법정주의 원칙의 본래적 의미이다. 결국 죄형법정주의의 근본적 의의는, 국민 개인의 자유와 권리를 보장하기 위하여 승인되는 국가권력의 자기제한인 것이다. 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니하나, 형벌법규의 해석에서도 법률 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2019. 9. 25. 선고 2016도1306 판결, 대법원 2018. 7. 24.

선고 2018도3443 판결 등 참조). 의료법에서 허용되고 있는 의료법인에 대한 투자와 의사결정의 주도적 참여를 이유로 주도성의 법리를 이유로 의료법 위반으로 처벌한다는 것은 법에서 허용하는 행위를 확대해석해 처벌하는 것이어서 죄형법정주의에 반하게 된다. 기존의 주도성의 법리는 법률의 규정이 아닌 법률해석의 확대를 통해서 행위자를 처벌하는 결과를 가져오는 것이어서 죄형법정주의 원칙에 반하는 것이다.

4. 법률의 체계적인 해석의 필요성

주도성의 법리를 유지할 것인지의 고민에서 시작된 이번 대법원 전원합의체 판결은 의료법 규정의 내용이 상호 모순되는 것이 아니냐는 고민에서 시작된다. 의료법의 규정을 살펴보면 다른 법인과 마찬가지로 병원을 운영하는 비영리법인의 경우에도 비의료인의 투자와 의사결정에의 참여를 금지하거나 제한하는 규정이 없다. 만일 주도성의 법리에 정당성을 부여하기 위해서는 비의료인이 병원을 운영하는 비영리 법인에 투자하는 것을 제한하거나 의사결정에 참여하는 것을 금지시키는 것이어야 한다. 그럼에도 불구하고 비의료인의 투자와 의사결정을 그대로 허용하면서 주도적으로 병원을 운영하는 데 관여하였다는 이유로 처벌하는 것은 법률의 체계적인 해석에 위반되는 것이다. 앞서 잠시 언급한 바와 같이 대학병원의 경우에도 마찬가지로 비의료인인 설립자나 학교법인이 병원에 투자를 하고 주된 의사결정을 하는 경우가 대부분인데 이러한 경우의 의료법 위반을 이유로 처벌하지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 비영리법인의 경우 비의료인이 주도적으로 투자를 하고 의사결정을 하였다는 이유를 들어서 일종의 사무장병원으로 의율한 다음 의료법 위반으로 처벌하는 것은 상호 모순이 아닐 수 없다. 결국 처음부터 비의료인이 병원을 운영하는 법인에 투자하는 것을 금지하거나, 의사결정에 관여하는 이사 등으로 선임될 수 없도록 하는 것이 체계적인 정당성을 유지하는 것이다.

5. 의료법 규정의 취지와 해석의 범위

의료법 제33조 2항에서 비의료인의 의료기관 개설을 금지하고 있는 취지는, 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 사람으로 엄격히 제한해 건전한 의료질서를 확립하고 국민 건강상의



위험을 미리 방지하고자 하는 데 있다(대법원 2005. 2. 25. 선고 2004도7245 판결 등). 원칙적으로 위 규정에 따르자면 비영리법인의 경우 비의료인이 관여해서 법인을 설립한 다음 병원을 운영하는 것은 금지된다. 의료법인의 경우에도 비의료인이 투자를 하거나 의사결정에 관여하는 것이 금지된다. 그런데 우리 법에서는 비영리법인의 병원개설과 운영을 허용하고 있다. 그러한 병원이 의료질서를 확립하고 국민건강상의 위험을 초래하지 않는 한 허용된다는 취지로 봐야 한다. 그렇기 때문에 입법의 취지로 볼 때도 의료법인의 개설과 운영이 형해화돼 병원의 운영이 적절하게 이루어지지 않는 경우에 한해서만 처벌된다고 봐야하는 것이다. 병원운영에 필수적으로 수반하는 의료진을 갖추지 못한 경우, 필요한 의료장비를 충분히 구비하지 못해 적절한 치료 행위가 불가능한 경우 등을 말하는 것이다. 따라서 위 법규정의 핵심은 비의료인의 투자와 의사결정 관여에 있는 것이 아니라 제대로 된 병원운영을 불가능하게 하는 행위를 처벌하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다. 대법원 다수 의견이 지적하는 주도성의 법리만이 아니라 병원 운영에 있어서 악용, 탈법의 경우가 있는 경우에만 처벌한다는 의미는 위와 같은 의료법의 취지를 반영한 것이다.

6. 대상판결의 새로운 기준의 보완 필요성

기존 주도성의 법리는 ‘의료인의 자격이 없는 일반인(비의료인)이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적법한 의료기관의 개설로 가장한 것일 뿐 실질적으로는 비의료인이 의료기관을 개설한 것으로서 의료법 제33조 제2항 본문에 위반된다고 봄이 타당하고, 개설신고가 의료인 명의로 되었다거나 개설신고명의인인 의료인이 직접 의료행위를 하였다 하여 달리 볼 이유가 되지 못한다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012도14360 판결)’는 입장이다. 위와 같은 주도성의 법리는 주로 개인 사무장병원에 적용되었던 것이 사실이지만 법인 사무장병원과 개인 사무장병원을 구별해서 논리를 전개한 것은 아니었기 때문에 법인 사무장병원의 경우에도 그대로 적용될 수밖에 없었다. 개인 사무장병원의 경우 실질적으로 비의료인이 설립하고, 비의료인이 주요 의사를 결정하여 운영하며, 수익의 경우에도 사실상 비의료인에게 귀속되는 경우를 ‘비의료인이 주도적으로 병원을 운영하는 경우’로 볼 수 있다. 그렇다면 법인 사무장병원의 경우에는 어떤 기준으로



사무장병원으로 볼 수 있는지 개인의 경우와는 다른 기준을 생각해 볼 수 있다. 우선 법인의 경우 비의료인이 비영리법인을 설립할 수 있고, 해당 비영리법인이 병원을 개설할 수 있음을 의료법에서 규정하고 있다. 따라서 비의료인 중심의 비영리법인이 의료법인을 개설하는 경우를 개인 사무장병원의 경우와 같은 기준으로 의료법을 적용할 수 없게 된다. 따라서 비영리법인은 형해화된 법인에 불과하고, 실질적으로는 의료기관을 운영하기 위한 수단으로 비영리법인을 설립해서 병원을 운영하는 경우 의료법 위반으로 판단해야 한다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 병원을 운영하는 비영리법인의 실체를 판단하지 않고 비영리법인의 병원운영이 위법, 탈법행위가 있었느냐를 기준으로만 의료법 위반 여부를 판단하는 것이어서 해석의 일관성을 유지하는데 어려움이 있다. 오히려 의료법의 해석에 충실하기 위해서는 주도성의 법리를 버리고 병원을 운영하는 비영리법인이 오로지 병원을 운영하기 위한 수단으로만 설립된 것인지 여부를 판단기준으로 삼는 것이 보다 일관된 해석이 되지 않을까 생각된다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 법인 사무장병원의 경우 주도성의 법리를 그대로 적용할 수 없다는 문제점을 지적한 것이어서 진일보한 판결임은 분명하다고 봐야 한다. 대상판결이 지적하는 악용, 탈법의 경우에는 다른 형벌법규에 의해서 처벌 가능성이 있을 터이므로 굳이 의료법 위반의 판단기준으로 삼을 필요성을 줄어들게 된다.

IV. 개인 사무장병원에 적용 여부

1. 개인 사무장병원과 법인 사무장병원의 비교

대상판결은 법인 사무장병원을 전제로 한 사안이다. 법인의 경우 투자자와 의사결정을 하는 사람이 정해져 있는 것이고, 주도성의 법리는 비의료인이 투자를 하고 지배적인 의사결정을 하는 경우 사무장병원으로 보아 민형사상의 법률적 조치를 취하려는 것이다. 개인병원을 비의료인이 의료인의 이름을 빌어 운영하는 경우 비의료인이 사실상 병원을 개설하는 비용을 투자하고, 모든 의사결정도 비의료인이 하게 되며, 수익 또한 의료인에게 일정 금액의 돈을 지급하는 대신 나머지 수익금은 모두 비의료인에게 귀속되는 형식을 취한다. 그렇기 때문에 개인 사무장



의 병원의 경우 병원 개설비용, 의사결정, 수익금의 귀속 등의 면을 살펴보면 사무장병원에 해당하는지의 여부를 비교적 쉽게 판정할 수 있다. 그러나 법인 사무장병원의 경우 병원의 설립, 중요한 의사결정, 수익금의 귀속 등의 면에서 법인의 이름으로 실행되고, 다만 해당 법인을 실질적으로 움직이는 사람이 누구냐의 여부를 판단해서 비의료인이 그러한 역할을 하는 경우에만 해서 의료법 위반으로 법률적 조치를 취하게 된다. 개인 사무장병원은 법인 사무장병원에 비해서 이를 판단하기가 비교적 쉽고, 의료법에서 비영리법인이 병원을 개설할 수 있다고 규정하는 이상(의료법 제33조 제2항 제4호) 비의료인이 설립한 비영리법인에서 병원을 개설하는 경우 어느 범위에서 법인 사무장병원으로 볼 것인지가 해석상의 어려움으로 남게 된다. 개인 사무장병원과 비교하면 비영리법인은 그 실체가 전혀 없고, 오로지 병원을 개설하려는 목적에서 비영리법인을 설립하는 경우가 전형적인 법인 사무장병원의 예가 될 것으로 생각된다. 병원을 개설한 비영리법인의 목적과 그 목적에 부합하는 사업을 영위하고 있는지, 해당 목적을 달성하기 위한 자금과 인력이 있는지 등을 중심이 판단기준이 돼야 한다. 그러나 대상판결은 ①비의료인이 실질적으로 재산출연이 이루어지지 않아 실체가 인정되지 아니하는 의료법인을 의료기관 개설·운영을 위한 수단으로 악용하였다거나, ②비의료인이 의료법인의 재산을 부당하게 유출하여 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈하였다는 사실이 있는 경우에 의료법 위반으로 판단하고, 의료법인을 개설한 법인이 형해화한 경우, 그리고 의료법인이 추구하는 공공성이나 비영리성을 몰각시키는 탈법행위가 있는 경우를 기준으로 의료법 위반으로 보고 있다.

2. 대상판결이 개인 사무장병원에도 적용 가능한지

기존의 대법원 판결이 ‘주도성의 법리’를 판단기준으로 삼았다면, 대상판결은 ‘악용·탈법의 법리’를 기준으로 의료법 위반 여부를 보충하여 판단하게 된다. 대상판결이 주도성의 법리를 폐기한 것이 아니라 그대로 유지한 채 악용·탈법의 법리를 보충하는 것으로 봐야 하기 때문이다. 그렇다면 악용·탈법의 법리는 법인 사무장병원 이외에 개인 사무장병원에는 적용되기 어려운지의 여부가 검토돼야 한다. 비의료인이 개인병원의 설립에 자금을 투자하면서 투자금에 대하여는 매월 또는 매년 원금과 이자형식의 일정금액을 지급받고, 투자자가 개인병원에 취업하여 일정금액을 급여형식으로 지급받은 후 개인병원 명의자에게도 일정금액을 지급한 다음 남은 수익금을

그대로 보유함으로써 별다른 위법·탈법행위가 없는 경우 의료법 위반으로 처벌할 수 있느냐의 문제다. 이 경우 비록 실질적으로는 의료인 명의로 병원이 운영되지만 투자자가 실질적으로 운영에 관여하고 심지어 결정적인 영향을 미치는 경우를 말한다. 주도성의 법리에 따른 경우 이러한 경우에도 당연히 개인 사무장병원으로 의료법에 위반하게 된다. 그러나 ‘악용·탈법의 법리’의 법리에 따른다면 의료법 위반을 피할 수도 있게 된다. 대상판결이 비영리법인의 병원 개설과 비의료인의 투자를 전제로 이루어진 판결이라면 개인의 경우에도 마찬가지로 병원개설에 대여금 형식의 투자가 가능하기 때문이다. 대여금 형식의 투자가 이루어진 경우에도 대여자는 대여금 회수를 위하여 병원의 운영상황에 관여할 수밖에 없고, 그 형식이 합법적인 것이라면 주도성의 법리만을 내세워 처벌하는 것이 어렵기 때문이다. 개인병원의 경우에도 고가의 의료장비를 구입해야 경쟁력이 있게 되며, 경쟁력을 갖추기 위해서는 비의료인으로부터 자금을 빌려오는 것이 불가피하기 때문이다. 단순히 대여금으로 처리할 경우 사실상 대여금을 유치하기 어렵기 때문에 병원의 운영상황을 공유할 수밖에 없다. 그러한 경우 모두 사무장병원으로 처벌한다면 개인병원은 법인형식의 병원에 비하여 경쟁력이 뒤지게 돼 사실상 병원의 운영이 불가능하다는 현실적인 문제를 고려하지 않을 수 없다. 또한 개인이 설립한 병원과 법인이 설립한 병원을 달리 봐야 할 합리적인 이유도 발견할 수 없다. 여기서 문제되는 것은 비의료인에게 지급되는 이자율이 지나치게 높거나 급여형식으로 지급되는 돈이 비의료인의 역할에 비하여 상당히 높은 수준인 경우에는 악용·탈법의 여지가 있게 된다. 또한 유보금이 있는 경우 그 처리가 문제 된다. 유보금이 모두 비의료인에게 귀속된다면 당연히 개인사무장병원으로 볼 여지가 커지게 되며, 유보한 금액을 새로운 의료장비 구입이나 시설에 투입하게 되는 경우에는 별다른 문제가 없게 된다. 물론 어떠한 사정으로 병원을 폐쇄한 경우 잔여자산을 어떻게 처리할 것이냐의 문제가 발생한다. 주도성의 법리에 의한다면 모두 명의자인 의료인에게 귀속돼야 하는 것이지만 앞서 언급한 악용·탈법의 법리를 적용할 경우 의료인과 비의료인이 적절한 비율에 따라서 분배하는 것도 생각해 볼 일이다. 그렇게 해야 비의료인이 개인병원의 설립에 대여금 형식의 투자를 할 것이기 때문이다.



V. 결 론

앞서 언급된 바와 같이 비의료인이 의료법인의 설립과정에서 자본을 투자하는 것이 허용되고, 의료법인의 주요 의사결정에 영향력을 행사하는 것도 가능하다. 기존의 주도성 법리에 의해 처벌여부를 결정할 경우에는 위와 같은 경우 의료법 제33조 제2항에 위반하는 것이어서 처벌이 불가피하다. 결국 의료법인에 비의료인의 자본투자를 허용하는 것과 기존의 주도성의 법리는 상호 모순이 발생할 수밖에 없는 것이다. 그러므로 주도성의 법리 만에 의할 경우에는 의료법인에 자본을 투자하고 의사결정을 주도적으로 하는 비의료인의 경우 모두 의료법 위반으로 처벌할 수밖에 없어서 처벌의 범위가 지나치게 확대될 우려가 있다.

특히 민법에 의해서 설립된 비영리법인의 경우 누군가가 설립 주체의 역할을 할 수밖에 없고, 자본투자 또한 필수적으로 뒤따르게 된다. 이러한 경우 비의료인이 의료기관을 주도적으로 설립하고 운영했다는 이유로 처벌을 하게 되면 민법상 비영리법인에 의료기관 개설을 허용하는 것과 모순이 발생한다. 법에서 허용하고 있는 사항을 법원의 판결을 통해서 제한적으로 해석해 처벌을 하는 것이기 때문에 죄형법정주의 원칙에 반하게 되는 것이다. 결국 기존의 주도성의 법리는 처벌의 범위를 판결을 통해서 확대하는 것이므로 민법상 비영리법인이 의료기관을 개설할 수 있는 의료법의 규정을 무의미하게 할 우려가 있다. 또한 비의료인의 의료기관 설립행위가 어떠한 경우에 처벌되고, 어떠한 경우에 처벌되지 않는지에 대한 명확한 기준이 없어서 예측 가능성과 법적 안정성을 침해하게 된다.

그러므로 기존의 주도성의 법리 하나만으로 의료법 위반 여부를 판단하는 것은 의료법 위반의 처벌기준에 대한 명확하고 객관적인 기준을 제시할 수 없는 것이다. 그동안 대법원 판례가 형식논리에 의해서 비의료인이 주도적으로 의료기관을 설립하고 운영과정에서 주요 의사를 결정해왔는지 등을 기준으로 삼음으로써 오히려 처벌의 객관성을 담보하지 못하였다. 주도적 설립이라는 기준도 상황에 따라서 그 허용 여부를 달리 보았다. 따라서 그동안의 주도성의 법리보다는 이번 전원합의체 판결이 보다 실제적이고 객관적인 기준을 제시할 수 있는 방향이고, 의료법에서 허용하고 있는 비의료인의 자본투자와 의사결정을 허용하는 것과 조화로운 해석이다.



다만 새로운 기준인 ‘악용·탈법의 법리’는 그 자체로 완벽한 기준이 될 수는 없다. 개인 사무장 병원과 궤를 맞추기 위해서는 의료법인을 개설한 비영리법인이 형해화된 법인인지의 판단이 앞서야 한다. 만일 비영리법인의 설립목적에 걸맞지 않는 자금과 지배구조이거나, 설립목적에 따른 운영이 실질적으로 이루어지지 않는 경우에는 오로지 병원설립을 목적으로 형해화된 법인구조를 갖춘 것으로 봐야 한다. 전형적인 사무장병원의 하나로 볼 여지가 크다.

또한 개인 사무장병원의 경우에도 주도성의 법리를 바탕으로 ‘악용·탈법의 법리’를 보충해서 판단해야 한다. 개인 병원의 경우에도 법인설립의 병원과 마찬가지로 자본투자가 이루어져야 원활한 병원운영이 가능하고 의료인이 모든 금액을 투자하는 것은 현실적으로 어려운 일이기 때문이다. 물론 개인 사무장병원과 법인 사무장병원을 달리 취급해야 할 합리적인 이유도 전혀 없다. 결국 대상판결은 기존의 주도성 법리가 가지고 있는 여러가지 문제점을 제시하면서 그 불합리를 탈피하려는 노력에서 비롯된 것이지만 병원을 개설한 비영리법인의 실제적인 운영형태를 고려해야 한다는 또다른 문제를 간과한 잘못이 있다. 그럼에도 불구하고 대상판결이 병원운영의 실체를 파악하고, 의료법과의 합리적인 조화를 위한 해석을 시도했다는 점에서 진일보한 판결임은 분명하다. 따라서 다수 의견에 따를 수밖에 없다.



[참고문헌]

정일영, 『형법개론』, 박영사, 2009

김가영, 「의료법인 명의로 개설된 의료기관의 비의료인 개설여부에 관한 판단기준 -이른바 ‘법인 사무방병원’ 사례에 관하여-」, 『사법논집 70』, 2020

백경희, 장연화, 「사무장병원에 대한 법적 규제와 판례의 태도에 관한 고찰」, 대한의료법학회, 『의료법학』 제21권 제1호, 2020, 33-67

손여옥, 이석배, 「불법개설기관(사무장병원) 단속의 효율화방안 -국민건강보험공단의 특별사법 경찰권 도입을 중심으로-」, 대한의료법학회, 『의료법학』 제19권 제3호, 2018

▶ 발표일시 : 2023. 09. 20.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 서규영 변호사

▶ 참석회원 : 김대휘, 김용태, 김재승, 서규영, 서장원, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이재용, 홍영호, 최수진, 김신호, 김정범, 신용간, 윤동욱, 이정일, 김수경, 소병훈, 이경태, 이명웅, 정대정, 김수희 변호사 (총 23명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



II

民事判例研究

Civil Law

서울지방법원 판례연구 제37집 (2권)



건설산업기본법에 따른 하자담보책임기간의 법적 성격

Study of the Defects Liability Period under the Framework Act on the Construction Industry

辯護士 김 용 우

Kim Yong Woo

【사건의 표시】

대법원 2021. 8. 12. 선고 2015다212541 판결

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원 판결 이유]

[연구]

1. 문제의 제기

2. 학설

가. 하자발생기간설

나. 제척기간설



3. 하급심의 판단

가. 제척기간설(서울고등법원 2020. 8. 21. 선고 2019나2046702 판결)

나. 하자발생기간설(서울고등법원 2015. 4. 7. 선고 2014나2021456 판결)

4. 대법원의 판단

5. 검토

가. 개별법령 상의 하자담보책임기간

1) 집합건물법의 하자담보책임기간

2) 공동주택관리법의 하자담보책임기간

3) 민법의 도급 규정에 따른 하자담보책임기간

4) 건설산업기본법에 따른 하자 담보책임기간

나. 도급 유형 별 적용법제 및 제척기간 적용 여부

다. 결론(하자발생기간설)

1) 건설산업기본법 제28조의 문언

2) 건설산업기본법 제28조의 연혁 및 입법 취지

3) 충분한 하자담보책임기간의 보장

4) 건설사업기본법이 적용되는 건설공사의 경우 수급인의 책임이 지나치게 가중될 수 있다는 주장에 대하여

가) 제척기간설의 논거

나) 집합건물법이 적용되는 하자담보책임이 사업 주체에게 반드시 유리한 경우가 아닌 점

다) 제척기간을 두지 않을 수 있는 점

라) 개별약정에 따라 하자담보책임기간을 달리 정하여 이해관계를 조절할 수 있는 점



[사건의 개요]

1. 원고와 피고들 사이의 공사도급계약 및 보증계약의 체결

가. 원고(한국토지주택공사로서 대한주택공사의 권리·의무를 포괄승계하였고, 이하 대한주택공사와 원고를 모두 ‘원고’로 통칭한다)는 광명시 D 아파트(이하 ‘이 사건 아파트’라고 한다)를 건축하여 분양한 사업 주체인바, 1998. 12. 17. 건설사인 피고 A 주식회사(이하 ‘A’이라 한다)와 이 사건 아파트 건설공사를 도급하는 내용의 공사도급계약(이하 ‘이 사건 공사도급계약’이라 한다)을 체결하였고, 또 다른 건설사인 피고 B 주식회사(이하 ‘피고 B’이라 한다)는 피고 A의 이 사건 공사도급계약에 따른 채무를 연대보증하였다.

나. 피고 A는 피고 C 공제조합(이하 ‘피고 조합’이라 한다)과 이 사건 아파트에 관한 각 하자보수보증계약(이하 ‘이 사건 보증계약’이라 한다)을 체결하고, 피고 조합으로부터 다음과 같은 하자보수보증서를 발급받아 원고에게 교부하였다.

2. 원고와 이 사건 아파트 입주자대표회의 사이의 소송

가. 원고는 2001. 10. 15. 이 사건 아파트에 대하여 사용검사를 받았는데, 이 사건 아파트에 부실시공 등에 따른 하자가 발생하였다. 이에 이 사건 아파트 입주자대표회의는 2011. 10. 10. 원고를 상대로 이 사건 아파트의 하자보수에 갈음하는 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 원고는 2011. 12. 15. 피고들에 대한 소송고지 신청을 하여 그즈음 위 소송고지서가 피고들에게 송달되었다.

나. 이 사건 선행소송에서 위 법원은 2013. 3. 29. ‘피고(이 사건 원고)는 원고(입주자대표회의)에게 255,000,000원을 2013. 5. 31.까지 지급하되, 위 지급기일까지 위 금원을 지급하지 아



니한 때에는 미지급 금액에 대하여 지급기일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%로 계산한 지연손해금을 가산하여 지급한다.’라는 내용의 화해권고결정을 하였고, 위 결정은 2013. 4. 18. 그 대로 확정되었다.

3. 원고의 손해배상금 등 지급 및 이 사건 선행 소송의 소송비용 지출

가. 원고는 2013. 5. 31. 이 사건 아파트 입주자대표회의에 위 화해권고결정 내용과 같이 하자보수에 갈음한 손해배상금으로서 255,000,000원을 지급하였다.

나. 원고는 이 사건 선행 소송 수행 과정에서 변호사 선임 비용으로 5,060,000원, 인지대 및 송달료로 76,500원(70,380원 + 6,120원), 하자진단용역비로 14,300,000원(10,010,000원 + 4,290,000원)을 지출하였다.

다. 한편 위 손해배상금에는 피고 A가 시공한 이 사건 아파트의 건설 부분 이외에 조정, 전기, 통신 부분의 하자보수비가 포함되어 있는데, 전체 하자보수비 중 피고 A에게 책임이 있는 건설 부분의 비율이 81.31%이다.

4. 원고의 피고들에 대한 손해배상청구

원고는 2013. 5. 24.경 피고들에게 이 사건 선행소송의 종결에 따라 원고가 입주자대표회의에 지급한 손해배상금 및 그 외 소송비용 지출에 대하여 피고 A의 책임비율에 따라 산정한 223,557,746원을 2013. 5. 31.까지 지급할 것을 통보하였다.



[사건의 경과]

1. 제1심(서울중앙지방법원 2014. 5. 28. 선고 2013가합549909 판결)

원고는 피고 A를 상대로는 민법 667조, 구 건설산업기본법(2007. 5. 17. 법률 제8477호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제28조 제1항에 따라 하자담보책임기간 내에 이 사건 아파트에 발생한 하자에 대하여 그 보수에 갈음하는 손해배상금과 하자발생의 채무불이행에 따른 손해배상금을 청구하였고, 피고 A를 보증한 피고 B, 이 사건 보증계약을 체결한 피고 조합을 상대로는 이에 대한 연대책임을 청구하였다. 이에 대해 피고는 하자담보책임기간을 제척기간으로 보아야 하는데, 원고가 피고 A에 대해 각 하자담보책임기간 내에 재판상, 또는 재판 외에서 권리행사를 하였는지에 대해서 전혀 입증되지 않았으므로 원고의 이 사건 청구는 이유 없다는 취지로 주장하였다.

제1심은 수급인의 도급인에 대한 하자담보책임기간을 정하고 있는 구 건설산업기본법 제28조 제1항은 수급인은 발주자에 대하여 벽돌쌓기식구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조, 그 밖에 이와 유사한 구조로 된 것인 경우에는 건설공사의 완공일로부터 10년의 범위 내에서, 기타 구조로 된 것인 경우에는 건설공사의 완공일로부터 5년의 범위 내에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다거나 그 기간 동안 담보책임이 있다고 규정하고 있지는 않으므로, 위 하자담보책임기간을 하자보수청구권 행사의 제척기간으로 해석할 수는 없다(또한, 위 같은 조 제3항에서는 민법 제670조 및 제671조의 적용을 배제하고 있다). 따라서 위 규정이 제척기간임을 전제로 하는 피고 A의 위 주장은 이유 없다고 판단하여 피고들에 대한 원고의 청구를 일부 인용하였다.



2. 항소심(서울고등법원 2015. 4. 7. 선고 2014나2021456 판결)

항소심 또한 구 건설산업기본법상의 하자담보책임기간이 제척기간이라는 피고의 주장을 받아들이지 않았다. 구 건설산업기본법 제28조 제1항 및 그에 따른 구 건설산업기본법 시행령(2007. 12. 28. 대통령령 제20488호로 개정되기 전의 것) 제40조는 일정한 기간에 발생한 하자에 대하여 수급인이 하자담보책임을 부담한다고 정하고 있을 뿐, 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다거나 그 기간 담보책임이 있다는 취지로 규정하고 있지 아니하므로, 위 기간은 제척기간이 아니라 하자발생기간을 정한 것이라고 해석함이 상당하다고 판단한 후, 항소를 일부 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하였다.

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

대법원도 제1심 및 항소심과 마찬가지로 구 건설산업기본법 제28조 제1항, 제3항에서 정하는 건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미하므로 위 기간 내에 하자가 발생하지 않으면 수급인의 하자담보책임이 성립할 여지가 없고, 위 기간 내에 하자가 발생하면 하자가 발생한 때부터 소멸시효기간이 도과할 때까지 수급인은 하자담보책임을 진다고 판시한 후, 원고의 상고를 기각하였다.

[대법원 판결 이유]

대법원은, 구 건설산업기본법 제28조 제1항에서 정한 하자담보책임기간의 법적 성격에 관하여, 『구 건설산업기본법 제28조 제1항은 “수급인은 발주자에 대하여 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식구조·철근콘크리트구조·철골구조·철골철근콘크리트구조 기타 이와 유사한 구조로 된 것인 경우에는 건설공사의 완공일부터 10년의 범위 내에서, 기타 구조로 된 것인 경우에는 건설공사의 완공일부터 5년의 범위에서 공사의 종류별로 대통령이 정하는 기간 이내에 발생한 하



자에 대하여 담보책임이 있다.”라고 정하고, 제3항은 “건설공사에 관한 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령(민법 제670조 및 동법 제671조를 제외한다)에 특별한 규정이 있거나 도급계약에서 따로 정한 경우에는 그 법령이나 도급계약이 정한 바에 따른다.”라고 정하고 있다. 구 건설산업기본법 시행령(2007. 12. 28. 대통령령 제20488호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 [별표 4]는 위와 같은 위임에 따라 하자담보책임기간을 공사의 종류에 따라 1년에서 10년까지 세분하여 정하고 있다는 점을 열거한 후 이러한 관련 규정의 문언 내용과 입법 취지에 비추어 볼 때 구 건설산업기본법 제28조 제1항, 제3항에서 정하는 건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미한다.』라고 판시하였다.

[연구]

1. 문제의 제기

민법 제670조, 제671조¹⁾에서 정한 수급인의 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판 외에서 권리를 행사하여야 한다.²⁾ 그런데 건설산업기본법 제28조 제3항³⁾은

- 1) 제670조(담보책임의 존속기간) ① 전3조의 규정에 의한 하자의 보수, 손해배상의 청구 및 계약의 해제는 목적물의 인도를 받은 날로부터 1년내에 하여야 한다.
② 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 전항의 기간은 일의 종료한 날로부터 기산한다.
제671조(수급인의 담보책임-토지, 건물 등에 대한 특칙) ① 토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도 후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다.
② 전항의 하자로 인하여 목적물이 멸실 또는 훼손된 때에는 도급인은 그 멸실 또는 훼손된 날로부터 1년내에 제667조의 권리를 행사하여야 한다.
- 2) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결
- 3) 제28조(건설공사 수급인 등의 하자담보책임) ③ 건설공사의 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령(「민법」 제670조 및 제671조는 제외한다)에 특별하게 규정되어 있는 경우에는 그 법령에서 정한 바에 따른다. 다만, 공사 목적물의 성능, 특성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 도급계약에서 특별히 따로 정한 경우에는 도급계약에서 정한 바에 따른다.

건설공사의 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령에 특별하게 규정되어 있는 경우에는 그 법령에서 정한 바에 따르되 제척기간을 정한 민법 제670조 및 제671조의 적용만은 제외하도록 규정하고 있다. 따라서 민법의 도급 규정에서의 하자담보책임의 제척기간에 관한 규정은 건설공사에 관한 일반법인 건설산업기본법에는 적용되지 않는다. 물론 그 경우 건설공사 수급인 등의 하자담보책임을 정한 건설산업기본법 제28조 제1항4)의 법적 성격이 (건설공사에는 적용이 배제되는) 민법 제670조와 제671조를 대체하는 제척기간인지, 아니면 이와는 다른 하자발생기간인지가 논란이 되었다. 특히 건설산업법상의 하자담보책임기간을 제척기간이 아닌 하자발생기간으로 볼 경우, 민법(또는 민법상의 규정을 준용하는 집합건물법)이 적용되는 도급계약의 경우 제척기간이 존재하지만, 건설산업법이 적용되는 도급계약의 경우에는 제척기간이 존재하지 않게 되는바, 양자를 달리 취급할 이유가 있는지 문제가 될 수 있다.

그러한 이유로 대상판결로서 대법원이 건설산업기본법 제28조에서 정한 하자담보책임기간의 의미를 분명히 정리하기 전에는, ‘구 건설산업기본법에 따른 하자담보책임기간은 제척기간에 해당하므로, 하자담보책임기간 내에 권리행사를 하지 않으면 하자담보책임이 소멸한다.’라는 취지로 오해될 수 있는 대법원 판례와 그러한 취지로 대법원 판례를 인용한 서울고등법원 판례가 나왔고, 이를 원용한 하급심 판례들도 다수 존재하여 실무적으로도 이에 대한 상당한 혼선이 있었다.⁵⁾ 하지만 대상판결로서 이러한 논란이 정리되었다.

2. 학설

가. 하자발생기간설⁶⁾

4) 대상판결에서는 구 건설산업기본법 제28조 및 구 건설산업기본법 시행령 제30조 제1항 [별표 4]가 문제가 되었지만, 현행 건설산업기본법 및 동법 시행령의 규정 또한 이와 동일하므로 구 법령과 현행 법령을 구별하지 않고 모두 건설산업기본법 및 동법 시행령으로 표기한다.

5) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다60236 판결

6) 윤재운, 『건설분쟁관계법』, 박영사, 제8판 제341면; 이범상 『건설관련 소송 I』, 법률문화원(2020, 제5판) 24면; 김홍준, 『건설재판실무』 제4판, 제572면; 유로(2021); 김성근, 『건설산업기본법 해설』,



법률의 문면상 “대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여”라고 되어 있고, 그 기간 내에 권리행사를 하여야 한다는 취지의 제한적 규정이 없는 점,⁷⁾ 건설산업기본법이 적용되는 대규모 공사의 경우 상당한 기간이 지난 후 비로소 하자가 발생하는 경우가 많은 점,⁸⁾ 제척기간에 관한 규정이 적용되지 않더라도 도급인의 수급인에 대한 하자보수에 갈음한 손해배상채권은 5년의 소멸시효기간이 적용되므로 수급인의 책임기간이 과도하게 길어지지 않는 점, 건설산업기본법이 적용되지 않는 소규모 공사의 경우 민법상 10년의 제척기간이 적용되는데, 건설산업기본법이 적용되는 공사의 경우 오히려 단기의 제척기간이 적용된다고 보는 것은 형평에 반하는 점⁹⁾ 등을 들면서, 건설산업기본법의 각 공종별 하자담보책임 기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대해서 수급인들에게 담보책임을 부담시키므로 하자발생기간으로 보아야 한다는 견해이다.

나. 제척기간설

건설산업기본법상 하자담보책임 기간은 민법상 하자담보책임 기간의 특칙으로 보아야 하므로 민법과 동일하게 제척기간으로 보아야 한다고 한다.¹⁰⁾

3. 하급심의 판단

대상판결 전까지의 하급심은 일관되지 않았다.

e-대한경제(2021), 제287면

7) 윤재운, 전게서 제341면

8) 김홍준, 전게서 572면

9) 김홍준, 전게서 572면, 다만 소규모 공사로 하더라도 건설산업기본법의 적용이 전면적으로 배제되는 것은 아닌바 위 논거가 적정한지에 대해서는 다소 의문이 있다.

10) 손금주, ‘주택법 시행령 제49조 제1항의 하자보수책임기간에 관한 연구’, ‘건설재판실무논문’, 서울중앙지방법원 건설소송실무연구회 2006, 104면, 해당 원문을 찾을 수 없어서 이법상, 전게서 제23면에서 재인용하였다.



가. 하자발생기간 및 제척기간설(서울고등법원 2020. 8. 21. 선고 2019나2046702 판결¹¹⁾)

서울고등법원 2020. 8. 21. 선고 2019나2046702 판결은 ‘구 건설산업기본법에서 정하고 있는 건설공사에 대한 하자담보책임 기간은 구 건설산업기본법 제28조 제1항, 제3항의 규정에 따라 다른 법령에 특별한 규정이 있거나 도급계약에서 따로 정한 경우 외에는 건설산업기본법에 의하여 정하여질 뿐, 민법 제670조 및 제671조가 적용되는 것은 아니다.’라고 판시한 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다60236 판결¹²⁾을 원용하면서, 『구 건설산업기본법 제28조 제3항이 제척기간을 규정한 민법 제670조 및 제671조의 적용을 배제하고 있는 점, 구 건설산업기본법 제28조의 입법취지는 건설산업기본법의 적용을 받는 건설공사에 대한 하자담보책임 기간을 민법 제670조 및 제671조에 정한 하자담보책임 기간 범위 내에서 공사의 종류에 따라 합리적으로 세분하여 정하려는 것으로 보일 뿐, 하자담보책임에 관하여 제척기간을 두지 않음으로써 민법상 수급인의 하자담보책임보다 책임을 가중하려는 것이라고는 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 건설산업기본법 제28조 제1항에서 규정한 하자담보책임기간은 민법 제670조 및 제671조의 특별규정으로서 하자담보책임이 발생하기 위한 요건이 되는 하자발생 기간일 뿐만 아니라 제척 기간이라고 봄이 타당하다.』라고 판시하였다.

나. 하자발생기간설(서울고등법원 2015. 4. 7. 선고 2014나2021456 판결)

대상사건의 하급심인 서울고등법원 2015. 4. 7. 선고 2014나2021456 판결은, ‘구 건설산업기본법 제28조 제1항 및 그에 따른 구 건설산업기본법 시행령 제40조는 일정한 기간에 발생한 하자에 대하여 수급인이 하자담보책임을 부담한다고 정하고 있을 뿐, 그 기간 내에 하자보수를 요구하여야 한다거나 그 기간 담보책임을 있다는 취지로 규정하고 있지 아니하므로, 위 기간은

11) 위 사건은 대법원에서 파기환송된 후(대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다264508 판결), 파기환송심에서 상고하지 않아 확정되었다(서울고등법원 2020. 8. 21. 선고 2019나2046702 판결).

12) 다만, 하자발생기간설은 위 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다60236 판결은 당사자 사이의 특약을 판단의 기준으로 포함하고 있어서 제척기간설을 취한 명시적 판결로 보기 어렵다고 한다. 윤재윤 전게서 제341면



제척기간이 아니라 하자발생기간을 정한 것이라고 해석함이 상당하다.’라고 판시하였다.

4. 대법원의 판단

대법원은 대상판결에서, ‘구 건설산업기본법 제28조 제1항, 제3항에서 정하는 건설공사 수급인의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 수급인이 발주자에 대하여 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미한다.’라고 판시하였다.

5. 검토

건설공사와 관련한 하자담보책임과 관련한 기간은 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라고만 한다), 공동주택관리법, 건설산업기본법, 민법에 각각 규정되어 있다.¹³⁾ 해당 대법원 판례와 학설의 관련 논거들을 제대로 이해하기 위해서는 건설공사와 관련한 개별법령들의 하자담보책임기간 규정 및 그 도급 유형에 따른 개별법률의 적용범위 및 제척기간 적용여부 등을 전체적으로 개관할 필요가 있다.

가. 개별법령상의 하자담보책임기간

1) 집합건물법의 하자담보책임기간

가) 해당 규정

집합건물법 제9조는 현재의 집합건물의 소유자에게 집합건물의 분양자와 시공자에 대한 하

13) 한편, 관급계약의 경우에도 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제70조, 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제68조에서도 개별법령에 따른 하자담보책임기간을 정하도록 하고 있으므로 마찬가지다.

자담보추급권을 귀속시키고 있다.¹⁴⁾ 아울러 집합건물법 제9조의2¹⁵⁾에서는 ‘담보책임의 존속 기간’이라는 표제 아래 구분소유자의 권리는 아래의 기간 내에 행사하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁶⁾¹⁷⁾

집합건물법

제9조(담보책임) ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 “분양자”라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 “시공자”라 한다)는 구분소유자에 대하여 담보책임을 진다. 이 경우 그 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조 및 제668조를 준용한다.

제9조의2(담보책임의 존속기간) ① 제9조에 따른 담보책임에 관한 구분소유자의 권리는 다음 각 호의 기간 내에 행사하여야 한다.

1. 「건축법」 제2조제1항제7호에 따른 건물의 주요구조부 및 지반공사의 하자: 10년

- 14) 집합건물의 건축자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물을 건축하여 분양하는 자의 담보책임에 관하여 수급인의 담보책임에 관한 민법 제667조 내지 제671조의 규정을 준용하는 한편 이를 강행규정화하였다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결 취지).
- 15) 집합건물법 제9조의2의 담보책임의 존속기간 규정은 법률 제11555호로 2012. 12. 18. 개정될 때 신설되어 2013. 6. 19.부터 시행되었는데 법 개정을 통해, 집합건물법이 집합주택의 하자담보책임에 관한 기본적인 것으로서, 주택법과 공동주택관리법의 하자담보책임 규정은 집합건물법과 저촉되지 않는 범위 내에서만 효력이 있음을 분명히 하고(집합건물법 제2조의2), 그 외 하자담보책임의 주체를 분양자 뿐만 아니라 시공자로 확대하며(집합건물법 제9조 제1항), 종전과 달리 하자담보책임기간을 세분화하였다.
- 16) 2012. 12. 18. 개정되기 전의 집합건물법의 경우 민법 제671조를 준용하면서 공사의 종류와 상관없이 10년의 하자담보책임을 인정하는 결과, 하자담보책임기간에 상당한 혼선이 있었는데 위와 같이 집합건물법 제9조의2에 따라 하자담보책임기간을 세분화하면서 이러한 혼선은 어느 정도 해결되었다.
- 17) 건설공사의 하자담보책임에 관한 운영 지침(국토교통부예규 제325호, 2021. 8. 19., 제정) 제2조에 의하더라도, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제9조에 따라 건축물을 건축하여 분양한 자와 구분소유자 간에 적용하는 담보책임, 「공동주택관리법」 제36조에 따라 공동주택 분양 시 사업 주체와 입주자 등 간에 적용하는 담보책임에 해당하는 계약 관계에서 발생하는 하자담보책임기간은 해당 법률의 규정을 적용하도록 되어 있다.



2. 제1호에 규정된 하자 외의 하자: 하자의 중대성, 내구연한, 교체가능성 등을 고려하여 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간

집합건물법 시행령

제5조(담보책임의 존속기간) 법 제9조의2제1항제2호에서 “대통령령으로 정하는 기간”이란 다음 각 호의 구분에 따른 기간을 말한다.

1. 법 제9조의2제2항 각 호에 따른 기산일 전에 발생한 하자: 5년
2. 법 제9조의2제2항 각 호에 따른 기산일 이후에 발생한 하자: 다음 각 목의 구분에 따른다.
 - 가. 대지조성공사, 철근콘크리트공사, 철골공사, 조적(組積)공사, 지붕 및 방수공사의 하자 등 건물의 구조상 또는 안전상의 하자: 5년
 - 나. 「건축법」 제2조제1항제4호에 따른 건축설비 공사(이와 유사한 설비공사를 포함한다), 목공사, 창호공사 및 조경공사의 하자 등 건물의 기능상 또는 미관상의 하자: 3년
 - 다. 마감공사의 하자 등 하자의 발견·교체 및 보수가 용이한 하자: 2년

나) 법적 성격

집합건물법 제9조의2 제1항에서는 담보책임에 관한 구분소유자의 권리는 각호의 기간 내에 행사하도록 규정하고 있으며, 담보책임의 존속기간이 권리를 행사하여야 하는 제척기간임을 분명히 하고 있다.¹⁸⁾ 대법원은 구 집합건물법 제9조에 의하여 준용되는 민법 제667조 내지 제671조에서 정한 하자담보책임기간의 법적 성격은 제척기간이라고 판시한 바 있다.¹⁹⁾

집합건물법이 2012. 12. 18. 개정되면서 종전의 민법 제670조에 대응하여 담보책임의 존속기간을 별도로 정한 집합건물법 제9조의2가 신설됨으로써 집합건물법 제9조 제1항에서도 더 이상 민법 제670조를 준용하지 않게 되었지만, 이는 종전의 공사의 종류와 상관없이 10년의 하자

18) 김영두, 최윤석 (2016) 집합건물법과 공동주택의 하자담보책임기간, 『집합건물법학』, 17, 164-205, 197면

19) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결, 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다65399 판결 등 참조



담보책임을 인정함으로써 인한 혼선을 해소하기 위한 취지일 뿐이고, 신설된 집합건물법 제9조의 2의 문언 또한 권리행사를 요구하고 있으므로 종전과 동일하게 위 규정은 또한 제척기간으로 봄이 타당하다.

2) 공동주택관리법의 하자담보책임기간

가) 해당 규정

법률 제13474호로 2015. 8. 11. 제정되어 2016. 8. 12.부터 시행되고 있는 공동주택관리법 제36조 제1항은 사업 주체로 하여금 일정한 경우 공동주택의 하자에 대하여 분양에 따른 담보책임을 부담하도록 하고 있고, 그러한 담보책임기간은 하자의 중대성, 시설물의 사용 가능 했수 및 교체 가능성 등을 고려하여 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 2년, 3년, 5년 10년의 각 범위에서 대통령령으로 위임하여 아래와 같이 정하고 있다.

공동주택관리법

제36조(하자담보책임) ① 다음 각 호의 사업 주체(이하 이 장에서 “사업 주체”라 한다)는 공동주택의 하자에 대하여 분양에 따른 담보책임(제3호 및 제4호의 시공자는 수급인의 담보책임을 말한다)을 진다.

1. 「주택법」 제2조제10호 각 목에 따른 자
2. 「건축법」 제11조에 따른 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주
3. 제35조제1항제2호에 따른 행위를 한 시공자
4. 「주택법」 제66조에 따른 리모델링을 수행한 시공자

③ 제1항 및 제2항에 따른 담보책임의 기간(이하 “담보책임기간”이라 한다)은 하자의 중대성, 시설물의 사용 가능 했수 및 교체 가능성 등을 고려하여 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년의 범위에서 대통령령으로 정한다. 이 경우 담보책임기간은 다음 각 호의 날부터 기산한다.



1. 전유부분: 입주자(제2항에 따른 담보책임의 경우에는 임차인)에게 인도한 날
2. 공용부분: 「주택법」 제49조에 따른 사용검사일(같은 법 제49조제4항 단서에 따라 공동주택의 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말하고, 같은 법 제49조제1항 단서에 따라 분할 사용검사나 동별 사용검사를 받은 경우에는 그 분할 사용검사일 또는 동별 사용검사일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 공동주택의 사용승인일

공동주택관리법 시행령

제36조(담보책임기간) ① 법 제36조제3항에 따른 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별 담보책임기간(이하 “담보책임기간”이라 한다)은 다음 각 호와 같다.

1. 내력구조부별(「건축법」 제2조제1항제7호에 따른 건물의 주요구조부를 말한다. 이하 같다) 하자에 대한 담보책임기간: 10년
2. 시설공사별 하자에 대한 담보책임기간: 별표 4에 따른 기간

나) 법적 성격

종전 주택법은 주택에 관한 건설과 공급, 관리, 자금 조달의 내용을 모두 포함하고 있어, 공동주택 관리를 체계적·효율적으로 지원하기에는 한계가 있다는 지적이 있어서 주택법의 내용을 공동주택관리법, 주택도시시기금법, 주거기본법 등으로 나누어 규정하게 되었다. 이에 주택법에서 규정된 하자담보책임에 관한 규정들은 2016. 8. 12. 공동주택관리법의 규정으로 신설되어 규율되었다.

이와 관련하여 대법원은 위와 같이 개정되기 전의 규정이 문제 될 때, 집합건물법의 담보책임기간은 제척기간이지만, 구 주택건설촉진법(주택법)상의 하자보수기간은 제척기간이 아닌 하자보수기간이라고 판시한 바 있다.²⁰⁾

20) 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호로 개정되기 전의 것, 이하 같다), 구 공동주택관리령(2003. 11. 29. 대통령령 제18146호로 폐지되기 전의 것) 등에서는 공동주택의 입주자·입주자대표회의 또는 관리 주체에게 공사의 내용과 하자의 종류 등에 따라 일정한 범위에서 정하여진 기간 내에 발생한



3) 민법의 도급 규정에 따른 하자담보책임기간

민법

제670조(담보책임의 존속기간) ①전3조의 규정에 의한 하자의 보수, 손해배상의 청구 및 계약의 해제는 목적물의 인도를 받은 날로부터 1년내에 하여야 한다.

② 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 전항의 기간은 일의 종료한 날로부터 기산한다.

제671조(수급인의 담보책임-토지, 건물 등에 대한 특칙) ①토지, 건물 기타 공작물의 수급인은 목적물 또는 지반공사의 하자에 대하여 인도후 5년간 담보의 책임이 있다. 그러나 목적물이 석조, 석회조, 연와조, 금속 기타 이와 유사한 재료로 조성된 것인 때에는 그 기간을 10년으로 한다.

② 전항의 하자로 인하여 목적물이 멸실 또는 훼손된 때에는 도급인은 그 멸실 또는 훼손된 날로부터 1년내에 제667조의 권리를 행사하여야 한다.

앞서 살펴본 바와 같이, 대법원은 민법 제667조 내지 제671조에서 정한 하자담보책임기간의 법적 성격은 제척기간이라고 판시한 바 있다.²¹⁾

하자에 대하여 사업 주체에게 하자의 보수를 요구할 수 있도록 규정하고 있으나, 이는 행정적인 차원에서 공동주택의 하자보수 절차·방법 및 기간 등을 정하고 하자보수보증금으로 신속하게 하자를 보수할 수 있도록 하는 기준을 정한 것으로서 위 법령에 정해진 기간 내에 발생한 하자에 대하여 입주자뿐 아니라 사업 주체와 별다른 법률관계를 맺지 않은 공동주택의 관리 주체나 입주자대표회의도 보수를 요구할 수 있다는 취지이므로, 이 사건 구 집합건물법 제9조에 의한 분양자의 구분소유자에 대한 하자보수 의무의 제척기간에 영향을 미칠 수 없다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다82060 판결).

21) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다86232 판결, 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다65399 판결 등 참조



4) 건설산업기본법에 따른 하자담보책임기간²²⁾

건설산업기본법 제28조는 수급인의 발주자에 대한 담보책임을 규정하되, 담보책임에 관하여는 다른 법령이 우선하도록, 법령상의 요건에 따라 따로 정한 경우를 제외하고는, 민법 제670조와 제671조를 제외하고는 타 법령의 규정이 우선하게 되어 있다.

건설산업기본법

제28조(건설공사 수급인 등의 하자담보책임) ① 수급인은 발주자에 대하여 다음 각 호의 범위에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다.

1. 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조, 그 밖에 이와 유사한 구조로 된 것인 경우: 건설공사의 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 10년
2. 제1호 이외의 구조로 된 것인 경우: 건설공사 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 5년

③ 건설공사의 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령(「민법」 제670조 및 제671조는 제외한다)에 특별하게 규정되어 있는 경우에는 그 법령에서 정한 바에 따른다. 다만, 공사 목적물의 성능, 특성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 도급계약에서 특별히 따로 정한 경우에는 도급계약에서 정한 바에 따른다.

건설산업기본법 시행령

제30조(하자담보책임기간) ①법 제28조제1항의 규정에 의한 공사의 종류별 하자담보책임기간은 별표 4와 같다.

22) 그 외에 건설산업기본법이 적용되지 않는 전기공사업법 제15조의2, 정보통신공사업법 제37조, 소방시설공사업법 제15조, 문화재 수리 등에 관한 법률 제35조에서도 별개의 하자담보책임기간을 정하고 있으나 이는 건설산업기본법과 마찬가지로 취급될 것이다.



대상판결에서 확인한 바와 같이, 대법원은 구 건설산업기본법 제28조 제1항에서 정한 하자담보책임기간의 법적 성격을 제척기간이 아닌 하자발생기간임을 분명히 하였다.

나. 공사유형별 적용 법제 및 제척기간 적용 여부

1) 집합건물은 건물의 구분소유 관계에 초점을 둔 개념이고, 공동주택은 건축법령에 따른 건축물 종류에 따른 개념이다. 일반적으로 상가건물·오피스텔 같은 업무시설이나 근린생활시설도 집합건물에 포함되므로 집합건물을 주택법상의 공동주택 개념보다는 더 넓은 개념으로 이해하는 것으로 보인다.²³⁾

한편, 하자담보책임에 관한 공동주택관리법의 특별한 규정은 집합건물법에 저촉되어 구분소유자의 기본적인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다(집합건물법 제2조의2). 아파트 등 주거용 집합건물의 경우, (대법원 판시²⁴⁾에 따라) 제척기간을 두고 있지 않아 하자담보추급권 행사의 제한이 없는 공동주택관리법의 관련 규정이, 제척기간으로 인하여 하자담보추급권의 행사가 다소 제한될 수 있는 집합건물법의 규정보다 우선하므로, 제척기간을 정한 집합건물법상의 하자보수책임 규정은 적용되는 것은 아닌지 문제가 될 수 있다.

이와 관련하여 확립된 대법원 판례는 없으나, 제척기간과 관계없이 하자담보책임을 추급할 수 있는 것을 ‘구분소유자의 기본적인 권리’로 보기는 어려울 것이다. 실무적으로는 아파트 등 주거용건물의 하자담보책임을 추궁하는 건들에서도 실무적으로 집합건물법상의 제척기간을 모두 적용하고 있는 것으로 보인다. 하급심 판례 또한, ‘집합건물법 제2조의2를 근거로 개정 집합건물법의 제척기간과 무관하게 하자보수에 갈음하는 손해배상책임을 진다는 주장에 관하여, ‘집합건물법이 적용되는 경우 일부 공용부분 하자에 관하여는 그 제척기간이 도과하여 하자보수청구권을 행사하지 못하는 결과가 발생할 수도 있으나, 전유부분 하자의 경우 하자담보책임

23) 박정임, “집합건물 분양자의 하자담보책임에 관한 연구”, 창원대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 7면; 변우주, “집합건물의 하자담보추급권자에 관한 법적 문제점-최근 판례의 동향과 관련하여-”, 『동아법학』, 제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 246면

24) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다24891 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다82060 판결



기간이 종전 주택법의 하자담보책임기간보다 연장되기도 하므로, 개정 집합건물법을 적용하는 것이 구분소유자들에게 반드시 불리하다고 단정할 수도 없다.’라고 판시한 후 집합건물법의 제척기간에 관한 규정을 적용한 바 있다.²⁵⁾

2) 집합건물법 제9조 제1항은 담보책임에 관하여 민법 제667조 및 제668조를 준용하고 있으므로 집합건물법 제9조 제1항이 적용되면 민법 제667조 및 제668조의 규정 또한 적용된다.

3) 건설산업기본법 제28조 제3항은, ‘민법 제670조 및 제671조의 규정과 당사자들이 건설산업 법령에 따라 약정한 예외적인 경우를 제외하고, 하자담보책임기간에 관하여 다른 법령에 특별하게 규정되어 있는 경우에는 그 법령에서 정한 바에 따른다고 되어 있다. 따라서 집합건물법의 하자담보책임기간에 관한 규정이 적용되는 경우에는 건설산업기본법의 하자담보책임기간에 관한 규정은 배제된다. 반대로 집합건물법이 적용되지 않는 대규모 건설공사(예: 교량, 터널, 철도, 공항, 항만, 도로 및 기타 토목공사)에는 건설산업기본법이 적용된다. 그 경우 건설산업기본법 제28조 제3항에 따라 제척기간을 규율하고 있는 민법 제670조, 제671조의 적용 또한 배제된다.

이에 따라 도급유형에 따른 적용 법제 및 제척기간의 적용 여부를 표로 정리하면 아래와 같다.

25) 부산고등법원 2020. 6. 17. 선고 2019나54095 판결, 위 사건은 상고하지 않아 확정되었다.



도급 유형			적용 법률		제척기간 적용여부
도급계약	건설도급	아파트 등 주거용	공동주택관리법	O	적용
			집합건물법	O	
			건설산업기본법	X	
			민법	△(제667조, 제668조 적용)	
		상가, 오피스텔 등 비주거용	공동주택관리법	X	적용
			집합건물법	O	
			건설산업기본법	X	
			민법	△(제667조, 제668조 적용)	
		그 밖의 건설공사	공동주택관리법	X	미적용
			집합건물법	X	
			건설산업기본법	O	
			민법	△(제670조, 제671조 제외 적용)	
	건설공사 외 도급		공동주택관리법	X	적용
			집합건물법	X	
			건설산업기본법	X	
			민법	O	

위 표에서도 확인되듯이, 집합건물법이 적용되지 않는 건설공사의 경우에는 집합건물법이 적용되거나 (집합건물법이 적용되는 경우와 달리 유독 제척기간이 적용되지 않는다.

다. 결론(하자발생기간설)

필자 또한 아래와 같은 이유로 건설산업기본법상의 하자담보책임기간은 제척기간으로 볼 수 없고, 하자발생기간으로 보아야 한다고 생각한다. 이에 대상판결의 결론에 찬성한다.



1) 건설산업기본법 제28조의 문언

건설산업기본법의 문언은 수급인은 발주자에게, ‘종류별로 대통령령을 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다.’라고만 되어 있을 뿐(건설산업기본법 제28조 제1항), ‘권리의 발생 외에 재판상 또는 재판 외에서 해당 권리를 반드시 행사할 것’은 요구하지 않고 있다.

이 점은, 민법 제670조 제1항에서 ‘하자의 보수, 손해배상의 청구 및 계약의 해제는 목적물의 인도받은 날로부터 1년 이내에 하여야 한다.’라고 규정되어 있고, 집합건물법 제9조 제1항에서 ‘담보책임에 관한 구분소유자의 권리를 존속 기한 내에 행사하여야 한다.’라고 각각 규정되어 있고, 그러한 이유로 제척기간으로 해석되는 점과 대비된다.

2) 건설산업기본법 제28조의 연혁 및 입법 취지

건설공사에서 수급인의 하자담보책임을 정한 건설산업기본법 제28조는 1994. 1. 7. 신설되어 1994. 7. 1.부터 시행된 구 건설업법(법률 제4724호) 제21조의2에서 비롯된 규정이다. 당시 법안의 주요골자에 대해서는 “建設業者는 그가 施工한 建設工事に 대하여 目的物の 材料에 따라 10年 또는 5年の 범위 내에서 大統領令이 정하는 기간 내에 발생한 瑕疵에 대하여 그 責任을 지도록 하는 瑕疵擔保責任制度를 導入한다.”라고만 규정되어 있어서, 마찬가지로 건설산업기본법 제28조의 입법 과정에서 수급인의 하자담보책임을 발생기간으로 의도한 것이 분명해 보인다. 다만 위 규정이 최초 입법될 때부터 민법 제670조, 제671조를 배제하고 있었다. 이를 배제하는 해당 취지가 분명히 기재된 것은 아니나, 민법 제670조, 제671조의 제척기간의 적용을 배제하기 위한 취지임은 분명해 보인다.

3) 충분한 하자담보책임기간의 보장

제척기간설에 따르면 건설공사에 있어서 발주자(또는 수급인)에 대한 수급인(또는 하수급인)의 하자담보책임이 축소될 수 있다.

예를 들어 실내건축, 미장·타일의 전문공사의 경우 건설산업기본법에 따른 하자담보책임기간은 1년이다.²⁶⁾ 따라서 (완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날부터) 1년이 경과하면 발주자(또는 수급인)는 더 이상 수급인(또는 하수급인)에게 손해배상청구를 하지 못하게 된다. 극단적인 예를 들면, 1년 경과 하루 전날인 364일에 발견된 하자에 대해서 발주자가 그 즉시 권리를 행사하지 못하면, 하자담보책임을 청구하지 못하는 불합리한 결론에 이르게 된다. 건설공사에 있어서 발주자(또는 수급인)를 더욱 두텁게 보호하는 관점에서 보면 하자발생기간설이 보다 타당하다.

4) 건설산업기본법이 적용되는 건설공사의 경우 수급인의 책임이 지나치게 가중될 수 있다는 주장에 대하여

가) 제척기간설의 논거

한편, 제척기간설은 ‘하자담보책임기간을 두고 있는 건설산업기본법의 입법취지는 건설산업기본법의 적용을 받는 건설공사에 대한 하자담보책임에 관하여 제척기간을 두지 않음으로써 민법(또는 민법을 준용하는 집합건물법)상 수급인의 하자담보책임보다 책임을 가중하려는 것이라고는 보이지 않는다.’라는 점을 주된 논거로 지적한다.²⁷⁾

대상판결과 같이 건설산업기본법에 하자담보책임기간을 하자발생기간으로 보고 그러한 하자발생기간으로부터 별도의 소멸시효가 기산된다고 볼 경우, 건설공사의 수급인의 책임이 장기화하고, 그로 인하여 집합건물법 및 민법에 따라 제척기간이 적용됨에 따라 하자담보책임을 부담하는 각 사업 주체(집합건물법상의 분양자, 시공자; 공동주택관리법 상의 사업 주체, 건축주, 시공자, 리모델링 시공자)와의 형평성이 문제 될 수도 있다.

예를 들어, 집합건물법이 적용되지 않는 교량 공사에서 건설산업기본법상의 10년의 하자담보책임기간이 적용되고 9년 354일에 하자가 발생하였다고 하자. 건설공사에 관한 도급계약이 상

26) 건설산업기본법 시행령 [별표 4] 15. 전문공사 ①실내건축

27) 서울고등법원 2020. 8. 21. 선고 2019나2046702 판결 취지 등



행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야 하고,²⁸⁾ 소멸시효 기간은 각 하자가 발생한 시점부터 별도로 진행하므로,²⁹⁾ 수급인은 위 하자발생기간 내에 발생한 손해에 대하여, 발생일로부터 5년 이내에 재판상 청구 등을 하면 된다. 즉, 그 경우 하자가 건설공사의 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날로부터 14년 354일까지 하자담보책임을 추궁할 수 있다는 결론에 이른다. 반면, 집합건물법이 적용된다고 하면 전유부분은 구분소유자에게 인도한 날로부터 집합건물법이 정한 최대 10년의 제척기간이 기산되므로 9년 354일에 하자가 발견되는 경우 그 즉시 권리를 재판상 또는 재판 외에 행사하지 못한다면, 그 즉시 권리가 소멸한다. 이러한 점만 놓고 보면 집합건물법이 적용되지 않는 (즉, 건설산업기본법만 적용되어 제척기간의 적용이 배제되는) 건설공사 수급인의 책임이, 집합건물법이 적용되는(즉, 제척기간이 적용되는) 건설공사의 사업 주체의 책임보다 일견 과중해 보인다는 반론이 제기될 수도 있다. 하지만 그러한 반론은 아래와 같은 이유로 그러한 주장은 타당하지 않다.

나) 집합건물법이 적용되는 하자담보책임이 사업 주체에게 반드시 유리하지 않은 점

집합건물법이 적용되는 건설공사의 경우에는 전유부분에 관한 하자담보책임은 구분소유자에게 인도한 날로부터 제척기간이 기산한다. 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결에서 확인된 바와 같이 집합건물이 양도되면 집합건물법 제9조 소정의 하자담보추급권의 귀속관계는 현재의 집합건물의 구분소유자이고, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다245184 판결에서는 집합건물법 제9조의2에 따라 공공임대 후 분양전환 아파트의 경우에 구분소유자는 임차인이었던 자가 분양전환 후 전유부분을 실질적으로 소유하게 된 자이므로 그날로부터 기산하는 것으로 보았다. 이처럼 전유부분에 대해서는 구분소유자들이 실질적으로 하자담보청구권을 행사할 수 있는 때로부터 제척기간이 진행되도록 함으로써 구분소유자들의 보호를 강화하기 위한 것인데, 예를 들어 9년 354일에 집합건물의 소유권을 이전할 경우 사업 주체들은 양수인인 구분소유자들에게는 그때부터 10년의 제척기간(또는 소멸시효기간)이 새롭게 기산한다고 하면 10년 동안

28) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결

29) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결 등 참조

사업 주체는 하자담보책임에서 면책될 수 없다.³⁰⁾ 집합건물이 계속 양도된다면 이론상으로는 전유부분에 대해서는 수급인(또는 하수급)은 하자담보책임으로부터 면책될 수 없게 되는 결론에 이르게 된다.

결국, 위와 같은 점을 고려하면 집합건물법이 적용되지 않는 (즉, 건설산업기본법만 적용되는) 건설공사 수급인의 책임을, 집합건물법이 적용되는 건설공사의 사업 주체의 책임과 제척기간 적용 여부만을 고려하여 일률적으로 비교할 것은 아니므로, 그러한 점 때문에 건설산업기본법상의 하자담보책임기간을 제척기간으로 해석할 이유는 될 수 없다고 본다.

다) 제척기간을 두지 않을 수 있는 점

제척기간은 어떤 권리에 관하여 법률이 예정하는 존속기간이다. 그 취지상 개별 규정이 있어야 제척기간은 소멸시효와는 달리 법의 개별 규정에 분산적으로 규정되고 있고, 법률관계의 조속한 확정이 필요하지 않으면 (모든 권리에 적용되는 일반규정³¹⁾이 있는 소멸시효와는 달리) 별도로 제척기간까지 두지 않을 수도 있으며 형성권이 아닌 재산상의 청구에서는 제척기간을 두고 있지 않은 경우가 오히려 더 일반적이다. 따라서 제척기간설에서 논거로 삼는 ‘건설산업기본법의 적용을 받는 건설공사에 대한 하자담보책임에 관하여 제척기간을 두지 않을 이유가 없다.’라는 점을 건설산업기본법상의 하자담보책임을 제척기간으로 해석하는 근거로 삼기는 곤란하다고 본다.

라) 개별약정에 따라 하자담보책임기간을 달리 정하여 이해관계를 조절할 수 있는 점

실제로 집합건물법이 적용되지 않고 건설산업기본법에 따른 하자담보책임기간만이 적용되는

30) 물론 이에 관한 뚜렷한 논의는 없으나, 대법원 2003. 2. 11. 선고 2001다47733 판결에서 ‘집합건물이 양도된 경우 집합건물법 제9조 소정의 하자담보추급권의 귀속관계는 현재의 집합건물의 구분소유자임’라는 것을 분명히 밝힌 이상, 10년의 제척기간의 기산점 또한 현재 집합건물의 구분소유자가 건물을 양도받은 시점부터 기산하는 것으로 보아야 한다. 다만 그러한 경우 집합건물법이 적용되는 경우 사업 주체의 하자담보책임이 지나치게 장기화할 수 있다는 비판이 제기될 수는 있다.

31) 민법 제162조 내지 제184조



건설공사(예: 교량, 터널, 철도, 공항, 항만, 도로 및 기타 토목공사의 경우)는 대부분 그 성격상 규모가 큰 관급공사 등에 해당할 것이다. 그 경우 관급공사의 경우 개별계약을 통해 각각의 하자담보책임기간을 규정하고 있고, 건설산업기본법에서도 공사 목적물의 성능, 특성 등을 고려하여 법령으로 정하는 바에 따라 도급계약에서 특별히 따로 정한 경우³²⁾에는 도급계약에서 정한 바에 따른다고 되어 있어 그러한 효력을 인정하고 있다(건설산업기본법 제27조 제3항).

따라서, 건설산업기본법에 적용되는 건설공사의 하자담보책임은 민법 또는 집합건물법에 따른 경우와 달리 제척기간이 없으므로 수급인의 책임을 과중하는 측면이 있다면 발주자(수급인)와 수급인(하수급)이 그러한 점을 감안하여 하자담보책임기간을 법과 달리 정하여 이해관계를 조절할 수 있다. 따라서 건설산업기본법이 적용되는 건설공사의 경우 수급인의 책임이 지나치게 가중되는 것을 막을 수 있고 실무적으로 공사도급계약 등을 통해 하자담보책임기간을 별도로 두고 있다.

32) 도급계약서에 따로 정한 하자담보책임기간과 그 사유 그로 인하여 추가로 발생하는 하자보수보증 수수료를 도급계약서에 명시할 경우, 하자담보책임기간을 별도로 정할 수 있다(건설산업기본법 시행령 제30조 제2항).



[참고문헌]

- 윤재운 『건설분쟁관계법』, 박영사(2021, 제8판)
- 이범상 『건설관련 소송 I, II』, 법률문화원(2020, 제5판)
- 김홍준, 『건설재판실무』, (2021, 제4판)
- 김성근 『건설산업기본법 해설』, e-대한경제(2021)
- 손금주, ‘주택법 시행령 제49조 제1항의 하자보수책임기간에 관한 연구’
- 김나래, “집합건물법의 하자담보책임기간의 기산점 - 분양전환 공공임대주택을 중심으로” - 『법학연구 통권』 제68권, 전북대학교 법학연구소(2022. 5.)
- 윤형석, 이춘원, “집합건물의 하자담보책임”, 한국집합건물법학회 『집합건물법학』 제25집, 2018. 2.
- 김영두, 최윤석 (2016) 집합건물법과 공동주택의 하자담보책임기간, 『집합건물법학』 제17집, 164-205,
- 박정임, “집합건물 분양자의 하자담보책임에 관한 연구”, 창원대학교 대학원 박사학위논문, 2012
- 변우주, “집합건물의 하자담보추급권자에 관한 법적 문제점-최근 판례의 동향과 관련하여-”, 『동아법학』, 제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009

- ▶ 발표일시 : 2023. 09. 06.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 신용간 변호사
- ▶ 참석회원 : 구진주, 김대휘, 김신호, 김용우, 김용태, 김재승, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이석범, 이선희, 이재용, 정세형, 최수진, 홍영호 변호사 (총 19명)



지역주택조합사업에서 자금관리대리사무를 수행하는 부동산 신탁회사의 조합원 분담금 반환책임

The real trust company's responsibility for return about a union member's
contribution in Local Housing Association Business

辯護士 오 상 민

Oh Sang Min

【사건의 표시】

대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다279733-2022다279740(병합) 판결

대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다244836 판결

논문요약

첫 번째 판결은 조합원들이 조합을 상대로 조정결정을 받아 위 조정결정이 확정된 후 상기 집행권원을 가지고 조합이 부동산 신탁회사에 가지는 환불금 반환채권을 압류 및 추심하여 부동산 신탁회사를 상대로 추심금 청구소송을 제기한 사안이다. 그런데 대법원이 정확하게 지적하고 있는 바와 같이 ① 채권압류 및 추심명령에 기한 추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자가 증명해야 하고, ② 조합추진위원회 내지는 조합과 부동산 신탁회사 사이에 체결된 자금관리대리사무계약은 처분문서로서 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, ③ 자금집행 요청절차 등에 대한 요건 즉 조건이 부가되어 있어 이러한 조건이 성취되지 않는 한

조합원들의 추심금 청구는 인정되지 않는다고 보아야 한다. 그렇다면 조합추진위원회 및 조합이 조합원들의 정상적인 환불요청에도 불구하고 자금관리대리사무계약에서 정한 자금요청절차를 제대로 이행하지 않고 해태하거나 정상적으로 운영이 되지 않는 상황에서 적법하게 환불요청을 한 조합원들은 어떠한 방식으로 부동산 신탁회사를 상대로 환불금의 반환을 받을 수 있는지 여부가 문제된다. 이러한 점에서 두 번째 판결의 쟁점인 채권자 대위청구가 대안으로 논의될 수 있다.

두 번째 판결은 첫 번째 판결과 달리 조합원들이 부동산 신탁회사를 상대로 채권자 대위청구를 통해 환불금의 반환을 청구한 사건이다. 이에 대하여 제1심 법원과 제2심 법원의 원고들의 채권자대위청구를 모두 인용했지만 대법원은 이를 부인하고 원심 법원의 판결을 파기 환송하였다. 그러나 두 번째 판결의 사실관계를 살펴보면 원고들인 조합원들은 조합가입계약 및 동의서 내용과 달리 추진위원회와 임의탈퇴를 상호 합의하고 기 납부한 조합원 분담금과 업무추진비 전액을 반환받기로 합의하여 오히려 상호 합의만으로 상호 간에 이미 체결한 조합가입계약 및 동의서 내용을 배제하고 나아가 부동산 신탁회사가 전제 조합원들의 공동의 이익을 위해 관리하는 조합 사업 관련 자금의 건전성을 저해하고 있는 것이다. 만약 이러한 조합원들의 청구까지 허용한다면 조합원들과 조합이 상호 합의만으로 기체결한 조합가입계약 등의 내용을 얼마든지 배제하고 심지어 부동산 신탁회사와 이미 체결한 자금관리대리사무계약의 내용까지도 잠탈하는 결과를 초래하게 되어 이와 같은 채권자대위청구는 금지되는 것으로 보아야 한다. 두 번째 판결의 취지는 조합원에 대한 비정상적인 환불에 따른 채권자 대위청구를 막는 것이지 정상적인 환불에 의한 채권자 대위청구까지 금지하는 것은 아니라고 보이며 이와 같은 의미에서 두 번째 판결이 지역주택조합사업에서 조합원들의 자금관리대리사무업무를 수행하는 부동산 신탁회사에 대한 채권자 대위청구가 전면적으로 금지된다는 의미로 확대 해석되는 것은 경계하여야 한다고 생각한다.



〈주제어〉

지역주택조합, 자금관리대리사무, 신탁회사, 조합원 분담금

the Local Housing Association, A Money management agency work, the Trust company, A union member's contribution

목 차

I. 서 설

II. 기초적 사실관계

1. 1번 판결에 대하여
2. 2번 판결에 대하여

III. 하급심 법원의 판결 내용

1. 1번 판결에 대하여
2. 2번 판결에 대하여

IV. 대법원의 판결 내용

1. 1번 판결에 대하여
2. 2번 판결에 대하여

V. 자금관리대리사무계약의 의의

1. 자금관리대리사무의 법적 근거
2. 자금관리대리사무의 법적성격
3. 지역주택조합 사업에서 자금관리대리사무의 활용
4. 지역주택조합사업에서 부동산 신탁회사의 역할



Ⅵ. 대법원 판결에 대한 검토

1. 1번 판결에 대한 검토
2. 2번 판결에 대한 검토

Ⅶ. 결 론

Ⅰ. 서 설

대법원은 최근 지역주택조합사업에서 조합원들의 환불금 반환청구와 관련하여 2건의 의미 있는 판결을 선고하였다. 하나는 조합원들이 지역주택조합사업에서 조합원들이 납부한 청약금과 조합원 분담금 및 업무대행비를 대행하여 관리하고 있는 부동산 신탁회사를 상대로 추심금 청구소송을 제기한 사건(이하 ‘1번 판결’)이며, 다른 하나는 위 부동산 신탁회사를 상대로 채권자 대위청구 소송을 제기한 사건(이하 ‘2번 판결’)이다. 두 사건 모두 원심은 조합원들의 청구를 모두 인용했는데 대법원은 두 사건 모두 원심 법원의 판결을 파기하여 관련 업계에 주는 파장이 만만치 않은 것으로 파악되고 있다.

어찌 보면 선량한 피해자일 수도 있는 조합원들에게는 매우 불리한 판결이 연이어 선고된 것인데 과연 각 대법원 판결이 조합원들에게 정말로 불리한 판결인지 여부를 사실관계를 통해 살펴보고 아울러 그 대안에 대하여 검토해보도록 하겠다.

Ⅱ. 기초적 사실관계

대상판결의 각 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.



1. 1번 판결에 대하여

1) 원고들은 2015. 6. 25.부터 2016. 10. 20.까지 사이에 서울 양천구 일대에서 공동주택을 신축사업을 추진하는 “(가칭)지역주택조합 추진위원회”와 각 아파트조합가입계약을 체결하고, 위 추진위원회로부터 자금관리대리사무를 수임한 (주)무궁화신탁에 계약금 등을 지급하였다.

2) 이후 원고들은 2018. 6. 15.경 위 추진위원회를 상대로 각 아파트조합가입계약이 허위광고 및 기망행위로 인한 것이거나 약관의 규제에 관한 법률에 위반하여 무효라고 주장하며 서울 남부지방법원 2018머31653호로 계약금 등의 반환을 구하는 조정을 신청하여 위 추진위원회로부터 각 계약금 등을 반환받기로 하는 내용의 조정을 갈음하는 결정을 받았고 위 결정은 2018. 11. 20. 확정되었다.

3) 한편 위 추진위원회는 2018. 10. 23.경 (주)무궁화신탁에 자금관리대리사무계약 해지를 통보하면서 모집 조합원들의 납부금 일체를 피고 “우리자산신탁(주)”(이하 ‘피고’)의 계좌로 이관할 것 등 업무이관을 요청하였고, 2018. 11. 9. 피고에게 위 자금관리대리사무를 위임하는 계약(이하 ‘이 사건 자금관리대리사무계약’)을 새로 체결하였다.

4) 이 사건 자금관리대리사무계약에 의하면, 청약금은 위 추진위원회의 서면동의를 받은 청약자의 신청해지요청서와 위 추진위원회의 환불금지요청서 제출에 의하여야 환불되고(제11조 제3항 제1호, 제4항 제1호), 조합원 분담금은 위 추진위가 업무대행사와 공동으로 그 요청근거를 첨부한 서면에 의하여 지급요청을 하여야 반환된다고 정하고 있다(제13조 제4항 제1호, 제6항).

5) 위 추진위원회가 위 조정결정에 기한 채무를 이행하지 않자, 원고들은 2019. 6. 27.부터 2019. 8. 19.까지 각 채무자를 위 추진위원회로, 제3채무자를 피고로, 청구금액은 위 조정결정 금액에 이자를 가산한 금액으로, 피압류채권을 ‘위 추진위원회와 피고 사이에 체결된 이 사건 자금관리대리사무계약 등에 따라 위 추진위원회가 피고로부터 사업부지 매입 관련 비용, 사업



관련 분부담금, 제세공과금, 대리사무 보수, 대출이자 및 원금, 감리비 등 용역비 및 사업제경비, 조합원 분담금의 반환, 시공사의 공사비, 채무자의 운영비 기타 사업지, 업무대행비 등 그 명목 여하를 불문하고 지급받을 금전채권으로서 위 각 청구금액에 이를 때까지의 금액'으로 한 채권압류 및 추심명령을 받아 각 그 명령이 피고에게 송달되었다.

6) 한편 위 추진위원회는 2015. 6. 25.부터 2016. 10. 20.까지 사이에 원고들과 각 아파트조합가입계약을 체결할 당시에 사용했던 명칭을 사업진행과정에서 여러 차례 변경하였고 피고와 자금관리대리사무계약을 체결할 당시에는 ○○지역주택조합이라는 명칭을 사용하였다.

7) 그리고 원고들 중 일부(3명)가 2019. 6. 27. 받은 첫 번째 채권압류 및 추심명령 결정은 2019. 7. 1. 피고에게 송달되었는데 그 당시 이 사건 자금관리대리사무계약 제3조 제7호에 따른 피고의 청약금 계좌에는 190,338,559원이, 업무대행비 계좌에는 46,867,944원이, 조합원 분담금 계좌에는 6,650,312원이 들어 있었으며, 나머지 원고(1명)가 2019. 8. 19. 받은 두 번째 채권압류 및 추심명령 결정은 2019. 8. 22. 피고에게 송달되었는데 그 당시 피고의 위 청약금 계좌에는 145,338,559원이, 위 업무대행비 계좌에는 46,867,944원이, 위 조합원 분담금 계좌에는 6,650,312원이 남아 있었다.

8) 게다가 피고는 원고들의 집행권원인 위 조정결과와 이 사건 채권압류 및 추심명령에 표시된 위 추진위원회의 명칭이 피고가 이 사건 자금관리대리사무계약을 체결한 '○○지역주택조합'과는 동일성이 없으므로 위 각 채권압류 및 추심명령에 따를 수가 없다고 주장하면서 집행을 거부하던 중, 2020. 11. 20. 위 추진위원회가 환불을 요청한 조합원 11명에게 위 청약금 계좌에서 각 1,000만 원씩 합계 1억 1,000만 원을 환불하고, 2021. 6. 23. 피고의 위 자금관리계좌들에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 또 다른 추심권자(서울남부지방법원 2021나60609 사건의 원고)에게는 56,168,446원을 변제하는 등의 인출을 계속한 결과 이 사건 제1심 변론 종결일 기준으로 피고의 위 청약금 계좌에는 6,741원, 위 업무대행비 계좌에는 5,609원이, 위 조합원 분담금 계좌에는 53,848원이 남아 있었다.



2. 2번 판결에 대하여

1) 원고들은 서울 양천구 일대를 사업구역으로 하여 3개동 808세대 아파트 건설을 목적으로 하는 지역주택조합 추진위원회와 위 아파트 중 1세대를 공급받을 목적으로 지역주택조합에 가입하는 내용의 조합가입계약을 체결하였다.

2) 하지만 원고들은 위 추진위원회와 조합가입계약에서 탈퇴하기로 합의하여 원고들은 조합 가입계약에서 탈퇴하고 위 추진위원회로부터 원고들이 기 지급한 조합원 분담금 및 업무대행비 전액을 반환받기로 약정하였다.

3) 하지만 위 추진위원회가 이를 이행하지 않자 원고들은 위 추진위원회를 상대로 서울남부지방법원 2020가단204337호로 부당이득금 반환청구소송을 제기하였으며, 2020. 4. 2. 무변론 판결로 원고들 전부 승소판결을 선고 받았고 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

4) 원고들은 위 승소확정판결에 기하여 2020. 5. 6. 채무자를 위 추진위원회, 제3채무자를 “우리자산신탁(주)”(이하 ‘피고’), 압류할 채권의 표시는 ‘위 추진위원회가 피고에 대하여 가지는 지역주택조합 아파트 신축사업 자금관리대리사무계약에 따른 위탁자금 지급채권 중 각 판결원리금에 이를 때까지의 금액’으로 한 채권압류 및 추심명령을 받았다.

5) 한편 위 추진위원회와 위 추진위원회의 업무대행사 그리고 피고는 위 추진위원회가 시행하는 서울 양천구 일대의 지역주택조합 주상복합 신축사업의 효율적인 자금관리를 위하여 조합원 준담금 등 위 사업과 관련한 일체의 자금관리 업무를 피고에게 위임하는 등에 관한 자금관리대리사무계약(이하 ‘본 건 자금관리대리사무계약’)을 체결하였다.



III. 하급심 법원의 판결 내용

1. 1번 판결에 대하여

하급심 법원의 판결은 제1심(서울남부지방법원 2021. 11. 24. 선고 2019가단244786·2019가단249798(병합) 판결)과 제2심(서울남부지방법원 2022. 9. 1. 선고 2021나73414·2021나73421(병합) 판결) 모두 원고들의 청구를 인용하였다. 아래에서 원고들의 각 청구에 대한 하급심 법원의 판결을 살펴보면 다음과 같다.

가. 추진위원회의 동일성 여부

1) 피고는 원고들의 집행권원인 위 조정결정과 이 사건 채권압류 및 추심명령에 표시된 위 추진위원회의 명칭이 피고가 이 사건 자금관리대리사무계약을 체결한 지역주택조합과는 동일성이 없으므로 위 각 채권압류 및 추심명령이 효력이 없다고 주장하였다.

2) 하지만 제1심 법원은 모든 사실관계를 종합하여 살펴보았을 때 동일한 추진위원회로 인정되므로 위 각 채권압류 및 추심명령은 유효하다고 판시하였고, 제2심 법원도 이와 동일하게 판단하였다.

나. 피압류채권의 존재

1) 피고는 원고들과 위 추진위원회 사이의 계약이 해제되었다는 사유만으로는 피고가 위 추진위원회에게 금원을 지급할 채무가 발생하지 않으므로, 이 사건 채권압류 및 추심명령에 기한 피압류채권이 존재하지 않는다고 주장하였다.

2) 하지만 제1심 법원은 “청약자 또는 조합원가입계약자가 조합가입신청을 해지하거나 조합원가입계약이 무효 또는 취소되는 경우, 위 추진위원회와 업무대행자는 청약자 또는 조합원가



입계약자가 자금관리계좌에 입금한 청약금, 조합원 분담금, 업무대행비 등을 환불받을 수 있도록 피고에게 청약금, 조합원 분담금, 업무대행비 등에 대한 환불(지출집행) 요청권을 가진다고 할 것이고, 이 사건의 경우 이 사건 자금관리대리사무계약 제11조 제3항 제1호와 같은 조 제4항 제1호에 따라 위 추진위원회가 피고에 대하여 원고들의 청약금 반환 요청권을 가진다고 봄이 타당하다.

그리고 그 근거에 대해,

① 이 사건 자금관리대리사무계약의 업무범위에 ‘청약금의 반환사유 발생 시 청약금의 환불’도 명시되어 있다(제3조 제8호, 제5조 제2호).

② 피고가 개설한 자금관리계좌에 입금된 돈은 그 지출용도가 자금관리대리사무계약에서 정한 경우로 엄격히 제한되는데, 자금집행이 허용되는 경우 중 하나가 조합원가입계약의 해지로 인한 청약금이나 조합원 분담금의 환불이다(제11조 제3항 제1호, 제13조 제4항 제1호). 성립에 하자가 있는 조합원가입계약이 무효 또는 취소되는 경우 역시 계약 성립에 하자가 없는 조합원가입계약의 해지와 마찬가지로 청약금의 반환 대상이라고 봄이 타당하고, ‘원고들이 조합원가입계약이 무효이거나 취소되었음을 이유로 위 추진위원회를 상대로 청약금에 대한 부당이득금 반환을 구하는 조정신청을 하여 조정에 갈음하는 결정을 받은 것’은 ‘조합원가입계약의 해지로 인한 청약금 환불사유 발생’과 같은 것으로 평가할 수 있다.

③ 청약자가 조합원가입 신청을 해지하고 청약금 환불을 요청하면 추진위원회는 청약금 환불에 대한 요청근거(신청자의 신청해지요청서 및 위 추진위원회의 환불금 지급요청서)를 첨부하여 피고에게 환불을 요청하고(제11조 제4항 제1호), 조합원가입계약이 해제되거나 취소되어 종료되는 등의 사유로 조합원 분담금을 반환할 사유가 생기면 위 추진위원회가 업무대행사의 동의를 얻어 지출금액에 대한 요청근거를 첨부하여 피고에게 조합원 분담금 환불 등 자금집행을 요청하도록 규정하고 있다(제13조 제4항 제1호, 제6항). 위 추진위원회가 원고에게 청약금을 반환할 것을 명한 위 조정결정은 이 사건 자금관리대리사무계약 제11조 제3항 제1호가 정한 ‘위 추진위원회의 동의’에 해당한다고 볼 것이다.



④ 청약자가 위 추진위원회에 신청해지와 청약금 환불을 요청하였음에도 불구하고, 위 추진위원회가 피고에게 자금집행(청약금 환불) 요청을 하지 않을 경우에는 피고는 위 추진위원회의 환불금 지출 요청이 없더라도 청약자의 환불금 지급요청에 따라 청약자에게 직접 청약금을 환불할 수 있도록 규정하고 있다(제11조 제5항 제2호).라고 실시하였고, 제2심 법원도 이와 동일하게 판단하였다.

다. 피압류채권의 범위

1) 피고는 원고들의 위 각 채권압류 및 추심명령이 송달된 이후 피고가 조합원 11명에게 위 청약금 계좌에서 각 1,000만 원씩 합계 1억 1,000만 원을 환불하고, 피고에 대한 정당한 추심권자(서울남부지방법원 2021나60609 사건의 원고)에게 56,168,446원을 변제하는 등의 결과, 현재 피고의 위 청약금 계좌에는 6,741원, 위 업무대행비 계좌에는 5,609원이, 위 조합원 분담금 계좌에는 53,848원이 남아 있을 뿐이므로, 피고는 위 금원에 대하여만 지급책임이 있다고 항변하였다.

2) 이에 대하여 제1심 법원은 “채권에 관하여 추심명령이 여러 번 발부되더라도 그 사이에는 순위의 우열이 없고, 추심명령을 받아 채권을 추심하는 채권자는 자기채권의 만족을 위하여서 뿐만 아니라 압류가 경합되거나 배당요구가 있는 경우에는 집행법원의 수권에 따라 일종의 추심기관으로서 압류나 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 추심을 하는 것이므로 그 추심권능은 압류된 채권 전액에 미치며, 제3채무자로서도 정당한 추심권자에게 변제하면 그 효력은 위 모든 채권자에게 미치므로 압류된 채권을 경합된 압류채권자 및 또 다른 추심권자의 집행채권액에 안분하여 변제하여야 하는 것도 아니므로(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결), 피고의 위 주장 중 피고에 대한 정당한 추심권자(서울남부지방법원 2021나60609 사건의 원고)에게 변제한 56,168,446원 부분은 이유 있다(피고의 나머지 인출에 관한 주장은 그러한 인출행위로 정당한 채권압류 및 추심명령 채권자인 이 사건 원고들에게 대항할 수 없으므로 받아들일 수 없다). 이에 대하여 원고는 이 사건 소송 과정에서 피고가 위 추진위원회의 동일성을 다투면서 집행을 거부하다 다른 추심권자의 집행을 이유로 지급을 거부하는 것은



피고의 권리남용으로서 신의칙에 반한다고 주장하나, 위와 같은 사정만으로는 피고의 위 주장이 권리남용에 해당하여 신의칙에 반한다고 보기 어렵다.”고 판시하였다.

라. 청약금의 조합원 분담금으로의 전환 (제2심 법원에서 추가된 피고의 항변)

1) 피고는 제2심 법원에서 추가로 “원고들이 위 추진위원회 및 업무대행사와 체결한 아파트 조합가입계약에 따라 (주)무궁화신탁에 납부한 계약금은 청약금이 아니라 조합원 분담금과 업무대행비로서 (주)무궁화신탁이 당시 자금관리대리사무계약에 따라 집행한 금원이므로 위 추진위원회는 원고들의 청약금에 대한 환불요청권이 없다.”는 취지로 추가 주장하였다.

2) 이에 대해 제2심 법원은 “이 사건 자금관리대리사무계약 제3조 4호는 ‘청약금이라 함은 청약자가 본 사업에 조합원으로 가입을 신청하기 위하여 납입한 조합가입 청약금을 말한다.’고 정하고 있고, 원고들이 아파트조합가입계약에 따라 당시 위 추진위원회와 자금관리대리사무계약을 체결한 (주)무궁화신탁에게 계약금 등을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로 원고들이 (주)무궁화신탁에게 지급한 금원은 청약금에 해당한다고 봄이 타당하다. 한편 이 사건 자금관리대리사무계약 제5조 제2호는 피고에게 위임된 업무의 하나로 ‘청약금의 조합원 분담금으로의 전환’을 들고 있으며, 이 사건 자금관리대리사무계약 제13조 제4항, 제11조 제7항에 의하면 청약금은 지역주택조합 설립인가를 득한 경우에 일정한 절차에 따라 조합원 분담금 계좌로 이체한 경우에 조합원 분담금으로 전환되는데, 위 추진위원회는 이 사건 채권압류 및 추심명령이 피고에게 송달된 2018. 8. 22. 및 2019. 7. 1. 당시 지역주택조합 설립인가를 받지 못한 사실(제2심 법원 변론종결일 현재까지도 설립인가를 받지 못한 것으로 보인다)이 인정되고, 달리 이 사건 채권압류 및 추심명령이 피고에게 송달된 2018. 8. 22. 및 2019. 7. 1. 이전에 원고들이 입금한 각 청약금이 이 사건 자금관리대리사무계약이 정하는 바에 따라 조합원 분담금 내지 업무대행비로 전환되었다고 인정할 만한 증거가 없다. 그리고 위 추진위원회가 이 사건 자금관리대리사무계약 제11조 제3항 제1호에 의하여 원고들의 청약금의 환불을 요청할 수 있음은 앞서 본 바와 같으므로 피고의 위 주장은 이유 없다고 판시하였다.



마. 소 결

1) 피고는, 원고들 중 일부(3명)에 대하여는 첫 번째 채권압류 및 추심명령이 송달될 당시 피고의 위 청약금 계좌 잔액 190,338,559원, 업무대행비 계좌 잔액 46,867,944원, 조합원 분담금 계좌 잔액 6,650,312원의 합계 243,856,815원에서 피고가 피고에 대한 정당한 추심권자(서울남부지방법원 2021나60609 사건의 원고)에게 변제한 56,168,446원을 공제하고 남은 187,688,369원의 범위 내에서 추심금 지급의무가 인정되고, 나머지 원고(1명)에 대하여는 두 번째 채권압류 및 추심명령이 송달될 당시 피고의 위 청약금 계좌 잔액 145,338,559원, 업무대행비 계좌 잔액 46,867,944원, 조합원 분담금 계좌 잔액 6,650,312원의 합계 198,856,815원에서 피고가 피고에 대한 정당한 추심권자(서울남부지방법원 2021나60609 사건의 원고)에게 변제한 56,168,446원을 공제하고 남은 142,688,369원의 범위 내인 두 번째 채권압류 및 추심명령상의 채권금액인 34,847,097원의 범위 내에서 추심금 지급의무가 인정된다.

2) 결국 피고는 집행대상 추심금 187,688,369원을 원고들 중 일부(3명)에게는 각 62,562,789원(= 187,688,369원 ÷ 3, 원 미만 버림), 나머지 원고(1명)에게는 34,847,097원의 비율로 안분비례하여 지급할 의무가 있다.

2. 2번 판결에 대하여

원고들은 제1심 법원에서 직접청구, 채권자대위청구, 추심금 청구를 각각 주장하였는데, 제1심 법원은 원고들의 채권자대위청구 주장만을 받아들였고, 피고가 이에 불복하여 항소하자 원고들은 제2심 법원에서는 직접청구와 추심금 청구 주장은 모두 철회하고 나머지 채권자대위청구 주장만 유지하였다.

하급심 법원의 판결은 제1심(서울중앙지방법원 2021. 5. 12. 선고 2020가단5155317 판결)과 제2심(서울중앙지방법원 2022. 5. 12. 선고 2021나29411 판결) 모두 원고들의 청구를 인용하였다. 아래에서 원고들의 각 청구에 대한 하급심 법원의 판결을 살펴보면 다음과 같다.



가. 직접청구 주장

1) 원고들은 본 건 자금관리대리사무계약서 제9-1조 제5항 제1호는 위 추진위원회와 피고 간에 피고가 직접 신청자에게 신청금 환불을 이행할 것을 약정한 제3자를 위한 계약에 해당하므로 신청자인 원고들은 피고에게 신청금 환불의 이행을 직접 청구할 수 있다고 주장하였다.

2) 이에 대하여 제1심 법원은 “계약은 일반적으로 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되지만, 제3자를 위한 계약은 당사자가 자기들 명의로 체결한 계약으로 제3자로 하여금 직접계약당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약이다. 따라서 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지는 당사자의 의사가 그 계약으로 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서, 계약 체결의 목적, 당사자가 한 행위의 성질, 계약으로 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래 관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등을 종합하여 계약당사자의 의사를 합리적으로 해석함으로써 판별할 수 있다.¹⁾ 그런데 본 건 자금관리대리사무계약은 피고와 위 추진위원회 사이에 체결된 것이 분명한 뿐 만 아니라, 본 건 자금관리대리사무 계약 관련 규정의 문언(위 추진위원회의 요청에 따라 피고가 직접 해당 조합원에게 환불한다고 규정), 체계, 취지 등에 비추어 본 건 자금관리대리사무계약서 제9-1조 제5항 제1호는 본 건 자금관리대리사무 계약의 당사자인 위 추진위원회의 요청에 따른 조합원환불금의 지급방법을 정한 것에 불과할 뿐, 본 건 자금관리대리사무 계약의 당사자가 아닌 제3자로 하여금 수탁자인 피고에 대한 권리를 직접 취득하게 하는 것을 목적으로 한 규정이라고 해석할 수 없다. 따라서 본 건 자금관리대리사무 계약이 제3자를 위한 계약임을 전제로 한 원고들의 위 부분 주장은 이유 없다.”라고 판시하며 원고의 직접청구 주장을 기각하였다.

나. 채권자대위청구 주장

1) 원고들은 ① 원고들의 위 추진위원회에 대한 승소판결에 따른 피보전권리가 존재하고, ②

1) 대법원 1997. 10. 24. 선고 97다28698 판결; 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결 등 참조.

본 건 자금관리대리사무 계약에 따라 위 추진위원회는 계약상 지급 요건을 갖추는 경우에 피고에게 자금의 지급을 요청할 권리가 있는데, 상기 승소판결에 따라 위 추진위원회는 본 건 자금관리대리사무 계약에 따라 위 자금을 반환할 필요가 존재하므로 피고에게 위 자금의 반환을 요청할 수 있는 구체적인 권리가 발생하였으며, ③ 위 추진위원회는 피고에게 원고들의 조합원 분담금의 환불요청을 위한 어떠한 절차도 진행하지 않고 있고, ④ 위 추진위원회는 본 건 자금관리대리사무계약에 따라 자금을 모두 피고에게 위탁하여 현재 자산을 보유하고 있지 않으며, 피고는 해당 계좌의 금원을 사업비 등으로 사용해야 하는데 사업이 진척되지 않아 언제 위 금원이 모두 소진될지 모르는 불안한 상황이므로 보전의 필요성도 존재한다며 채권자대위청구를 주장하였다.

2) 위 인정사실에 의하면 원고들은 상기 승소판결에 따라 위 추진위원회에 대해 조합원 분담금 상당의 부당이득금반환채권이라는 피보전채권을 가지고 있으므로, 이하에서는 이 사건 위 추진위원회의 피고에 대한 피대위권리의 존재 여부와 보전의 필요성이 있는지 여부에 관하여 본다.

3) 본 건 자금관리대리사무 계약서 제9-1조에 의하면, 자금인출의 절차는 제2항에 따라 위 추진위원회와 업무대행사가 지출증빙서류를 첨부하여 피고에게 자금집행을 요청하면, 피고는 위 지출증빙서류를 검토한 후 지출의 타당성이 인정되는 경우, 제3항에 따른 자금집행순서에 따라 자금집행을 하되, 제5항 제1호에서 만약 ‘조합원 분담금을 반환하여야 할 경우’에는 ‘위 추진위원회의 요청에 따라’ 피고가 직접 해당 조합원에게 환불하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 위 추진위원회는 원고들 조합원에 대하여 상기 승소판결에 따른 조합원 분담금 상당의 부당이득금을 지급할 의무가 있으므로, 본 건 자금관리대리사무 계약서 제9-1조 제5항에서 정한 ‘조합원 분담금을 반환하여야 할 경우’라는 지급요건을 충족하였다 할 것이다. 한편, 원고들은 위 추진위원회에 대해 상기 승소판결에 따른 조합원 분담금 상당의 부당이득금의 반환을 요청하였으나, 위 추진위원회는 현재까지 피고에 대해 원고들 조합원 분담금의 반환에 관하여 어떠한 절차도 취하지 않고 있는 사실을 인정할 수 있어 보전의 필요성 또한 인정된다.



4) 따라서 원고들은 위 추진위원회에 대한 조합원 분담금 상당의 부당이득금 반환채권을 피보전채권으로 하여, 위 추진위원회의 피고에 대한 자금집행 요청권을 대위행사할 수 있고, 원고들의 채권자대위행사에 따라 피고는 원고들에게 각 조합원 분담금 상당의 부당이득금을 지급할 의무가 있다.

다. 채권자 대위청구 주장에 대한 피고의 항변들²⁾

1) 피고는 원고들이 위 추진위원회를 상대로 한 약정금 반환청구는 신탁법 제22조 제1항 신탁재산에 대한 ‘강제집행 등의 금지’ 규정을 이유로 허용되지 않는다고 주장하였으나 제1심 법원은 피고가 본 건 자금관리대리사무계약에 따라 관리하는 조합원 분담금 등은 ‘신탁부동산의 처분대금이나 이에 준하는 것’에 해당하는 신탁재산이 아니므로 피고의 항변을 받아들이지 않았고, 제2심 법원도 동일한 입장이었다.

2) 피고는 원고가 피고를 상대로 위 추진위원회가 피고에 대하여 가지는 자금집행 요청권을 대위행사하려면 위 추진위원회와 업무대행사가 공동명의로 작성한 자금집행요청서가 필요하다고 항변하였으나, 제2심 법원은 본 건 자금관리대리사무 계약에서 조합원 분담금에 대한 자금의 집행을 엄격한 절차에 의하여 하도록 하고 있는 것은 이 사건 사업에 관한 부당한 자금집행을 예방하고자 하는 데에 그 규정의 취지와 목적이 있는 것으로 보이고, 원고들은 위 추진위원회에 대하여 이 사건 승소판결로써 조합원 분담금 상당의 부당이득반환채권의 존재를 확인받은 반면, 업무대행사는 이 사건 청구에 관하여 별다른 이해관계를 가진 자라고 볼 수 없어 피고가 위 추진위원회와 업무대행사의 공동명의로 작성한 조합원 분담금 환불요청서의 미제출을 이유로 원고들의 청구를 거부하는 것은 부당하다며 피고의 항변은 이유 없다고 판단하였다.

3) 피고는 위와 같은 자금집행 요청권이 일신전속권에 해당하고 항변하였으나, 제2심 법원은 위 자금집행요청권이 추진위원회의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에

2) 피고의 항변들 중 2)항 이하부터는 제2심 법원에서부터 새롭게 추가된 항변들이다.

해당한다고 볼 아무런 근거가 없다고 판단하였다.

4) 피고는 원고의 자금집행요청권 대위행사에 대하여 ‘조합원 분담금 자금관리계좌의 잔액 범위 내’에서만 이를 반환할 의무가 있을 뿐인데, 현재 이 사건 사업의 조합원 분담금 자금관리 계좌의 잔고가 없는 상태라고 항변하였으나, 제2심 법원은 본 건 자금관리대리사무계약서 제 9-1조 제2항에서는 자금인출 시 피고는 조합원 분담금 자금관리계좌 잔고범위 이내에서 집행한다고 정하고 있지만 원고들은 상기 승소판결에 기하여 2020. 5. 6. 서울남부지방법원 2020타채107734 채권압류 및 추심명령을 신청하여 위 법원으로부터 위 추진위원회가 피고에게 가지는 본 건 자금관리대리사무 계약에 따른 위탁자금 지급채권을 압류한다는 결정을 받았고 위 결정이 피고에게 2020. 5. 11. 송달되었는데 그 당시 피고는 위 추진위원회로부터 위탁받은 금원 140,004,179원을 가지고 있었던 사실이 인정되는바, 이에 의하면, 피고는 위 송달 이후 위 추진위원회에 대한 자금집행으로 인해 현재 가지고 있는 금원이 없다는 사정을 들어 원고들에게 대항할 수 없다고 판단하였다.

이에 대하여 피고는 선순위 항목에 대해서는 압류명령에도 불구하고 유효·적법하게 자금집행을 할 수 있다는 취지로 주장하나, 압류의 효력이 발생하면 채무자는 당해 채권의 처분과 영수가 금지되고, 제3채무자 또한 채무자에 대한 지급을 하여서는 안 되는 것인바, 이와 달리 압류명령에 불구하고 제3채무자인 피고가 채무자인 위 추진위원회에게 한 자금집행이 그에 우선한다고 볼 근거가 없을 뿐만 아니라(피고로서는 이중변제의 위험을 피하기 위해서 공탁 등의 방법을 취할 수도 있었다), 본 건 자금관리대리사무 계약 제9-1조 제5항, 제6항은 ‘제9-1조 제3항에도 불구하고’ 조합원에게 조합원 분담금을 반환하는 경우의 절차를 규정하고 있어, 위 조항에 따른 조합원에 대한 반환채무의 이행이 위 계약 제9-1조 제3항이 정하고 있는 자금집행의 경우보다 후순위라고 볼 수도 없으므로 피고의 위 주장은 이유 없다고 판단하였다.



IV. 대법원의 판결 내용

1. 1번 판결에 대하여

1번 판결에 대하여 대법원은 원심 법원의 판단을 파기하고 이 사건을 서울남부지방법원에 환송하였는데 대법원 판결의 주요 내용은 아래와 같다.

1) 채권압류 및 추심명령에 기한 추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자가 증명하여야 한다.

2) 계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 특히 문언의 객관적 의미와 달리 해석함으로써 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.

3) 원고들이 지역주택조합 추진위원회와 조합가입계약을 체결하고 추진위원회로부터 자금관리 대리사무를 수임한 신탁회사에 계약금 등을 지급하였다가 그 후 추진위원회를 상대로 조합가입 계약의 무효를 주장하며 계약금 등 반환을 구하는 조정을 신청하여, 추진위원회로 하여금 원고들에게 일정 금액을 반환하도록 하는 내용의 조정을 갈음하는 결정을 받아 위 결정이 확정되었는데, 위 결정이 확정되기 전에 종전 신탁회사와의 자금관리 대리사무계약을 해지하고 피고와 자금관리 대리사무계약을 새로 체결한 추진위원회가 위 조정결정에 기한 채무를 이행하지 않자, 원고들이 새로 체결된 자금관리 대리사무계약에 따라 추진위원회가 피고에 대하여 갖는 금전 채권에 관하여 채권압류 및 추심명령을 받아 추심금 청구를 한 사안에서, 추진위원회와 피고가 체결한 자금관리 대리사무계약에 따라 피고의 자금관리계좌로부터 청약금과 조합원 분담금을 반환받기 위하여는 추진위원회의 서면동의를 받은 청약자의 신청해지요청서, 환불금지급요청서 및 추진위원회와 업무대행사 공동의 지급요청서가 필요함이 계약서 문언 자체로 명확하고 위와 같은 절차적 요건이 구비되었다고 볼 증거가 없는 이상 피고로서는 추진위원회의 청약금 등 반환



청구에 대하여 지급을 거절할 수 있어 추진위원회에 금전지급의무를 부담한다고 볼 수 없는 데도, 이와 달리 추진위원회가 피고에게 청약금 등의 반환을 구할 수 있는 채권이 있음을 전제로 원고들의 추심금 청구를 일부 인용한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 판시하였다.

2. 2번 판결에 대하여

2번 판결에 대하여 대법원은 원심 법원의 판단을 파기하고 이 사건을 서울중앙지방법원에 환송하였는데 대법원 판결의 주요 내용은 아래와 같다.

1) 지역주택조합의 설립 방법·절차, 구성원의 자격기준·제명·탈퇴 및 운영·관리 등에 필요한 사항은 주택법령에 정하여져 있다(주택법 제11조 제1항, 제7항). 지역주택조합과 조합원 사이의 법률관계는 근거 법령, 조합규약, 조합과 조합원 사이의 약정에 따라 규율되는데, 조합원은 사업의 진행과정에서 그 진행단계에 따라 지속적으로 발생하는 사업비에 충당할 분담금을 납부할 의무를 진다. 적법하게 조합원 지위를 상실한 경우에도 납부한 분담금 반환 범위, 방법 등이 정해져 있다면 이에 따라야 한다. 지역주택조합 설립을 위한 추진위원회와 같은 모집주체가 조합원을 모집하는 경우에도 무주택자들의 주택 마련으로 주거 안정을 도모한다는 목적 및 사업 운영의 투명성을 제고하고 전체 조합원의 권익을 보호하여야 할 필요성은 동일하고, 2016. 12. 2. 일부 개정된 주택법에서는 조합원 모집 절차와 방법에 관하여 규율하는 규정(제11조의2)이 신설되었다(그 이후 두 차례 추가 개정으로 제11조의3 내지 제11조의6이 신설되었다). 지역주택조합 설립 이전 단계의 모집주체와 조합원들 사이에서는 조합가입계약과 더불어 주택법령의 규정을 따라야 한다.

2) 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대하여 가지는 모든 항변사유로써 채권자에게 대항할 수 있다.

3) 피고가 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 따른 신탁업자로서 주택법령에 따라 추진위원회와 체결한 본 건 자금관리대리사무계약은, 피고가 조합원 분담금 등의 자금관리 업무를



수행하고 추진위원회 등의 임의적인 집행을 방지하며 자금집행의 투명성과 적법성을 담보하기 위하여 자금집행의 절차와 요건을 정하였다. 그런데 본 건 자금관리 대리사무계약에 따르면, 추진위원회와 업무대행사가 함께 날인한 자금집행요청서가 피고에게 제출됨으로써 피고의 자금관리계좌 잔고 범위 내에서 자금집행이 실시되어야 하고, 조합원이 조합원 자격을 상실하거나 탈퇴하는 경우 조합의 규약 또는 조합가입계약에서 정한 바에 따라 납부한 분담금을 반환하여야 하는데, 피고는 추진위원회의 환불요청에 따라 납부한 분담금 중 위약금을 공제한 나머지 금액만을 직접 해당 조합원에게 반환해야 한다.

4) 나아가 원심 판결 이유와 기록에 의하면, 원고들은 추진위원회와 조합가입계약을 체결하면서 ‘자금 인출·집행 동의서’를 추진위원회 및 피고 등에게 제출하였고, 그 동의서에는 조합원 분담금을 본 건 자금관리대리사무계약에 따라 피고가 관리하고, 조합원 분담금의 반환은 추진위원회와 업무대행사가 연대하여 책임지며, 피고는 조합원 분담금 자금관리계좌 잔고 범위 내에서 지급업무만 수행하고, 납부한 업무추진비는 환불을 요청할 수 없다는 내용이 포함되어 있다. 그리고 원고들은 조합가입계약 및 위 동의서 내용과 달리 추진위원회 사이에 임의탈퇴 및 납부한 조합원 분담금과 업무추진비 전액을 반환받기로 합의한 것으로 보인다. 따라서 피고는 자금집행의 절차, 요건, 범위에 관한 추진위원회와 사이의 자금관리 대리사무계약 조항을 이유로 추진위원회를 대위하여 자금집행 요청권을 행사하는 원고들에게 대항할 수 있다. 이는 설령 원고들이 추진위원회를 상대로 무변론 승소판결을 받은 사정이 있더라도 달라지지 않는다.

5) 원심은 이와 달리 판시와 같은 사정만으로 피고가 본 건 자금관리 대리사무계약에 따른 절차나 요건 흠결을 이유로 원고들에게 대항할 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 자금관리대리사무계약상 자금집행 요청권 대위 행사, 지역주택조합 추진위원회와 조합원의 법률관계 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.



V. 자금관리대리사무계약의 의의

1. 자금관리대리사무의 법적 근거

1) 부동산 전업 신탁회사의 경우 금융당국으로부터 인가받은 영업 범위의 한계로 인하여 금전 신탁이 불가능하고 부동산 신탁만 가능하였다. 하지만 부동산 전업 신탁회사가 신탁 업무를 수행하는 과정에서 일정 부분 금전을 신탁 받거나 최소한 금전을 대신해 수납해야 하는 필요성 [토지신탁에서 수탁자가 위탁자로부터 에퀴티(equity)를 현금으로 예치 받거나 PF금융기관으로부터 사업비를 예치 받는 경우 내지는 비토지신탁에서 수탁자가 신탁받은 부동산 이외에 수분양자 등으로부터 분양대금 등의 현금을 대신 수납받는 경우 등이 생기면서 자금관리대리사무라는 업무가 추가되었다.

2) 이러한 이유로 ‘신탁업법’ 제13조 제1항은 신탁업에 부수하는 업무를 규정하면서 제8호에서 ‘대리사무’ 업무를 규정하고 있었고, 부동산 전업 신탁회사는 위 신탁업법 규정을 근거로 자금관리대리사무업무를 수행하게 되었다. 다만 신탁업법이 신탁업에 부수하는 업무라고 규정하고 있어 신탁계약에 부수하여서만 자금관리대리사무계약을 체결하고 자금관리대리사무업무를 수행하였다.

3) 그런데 신탁업법이 2007. 8. 3. 폐지되어 “자본시장과 금융투자업에 관한 법률”(이하 ‘자본시장법’)로 흡수되면서 이러한 조항이 삭제되었고 또한 자본시장법 각 조항에는 일정부분 금전신탁 및 금전채권의 신탁을 허용하는 규정이 신설되었으며,³⁾ 자본시장법보다 앞서 제정된 건

3) 자본시장법 제103조 제4항 : 신탁업자는 부동산개발사업을 목적으로 하는 신탁계약을 체결한 경우에는 그 신탁계약에 의한 부동산개발사업별로 제1항 제1호의 재산을 대통령령으로 정하는 사업비의 100분의 15 이내에서 수탁할 수 있다.

자본시장법 제117조의2 제1항 : 제103조 제1항 제4호부터 제6호까지의 어느 하나에 규정된 재산만을 수탁받는 신탁업자가 관리형신탁계약을 체결하는 경우 그 신탁재산에 수반되는 금전채권을 수탁할 수 있다.



축물의 분양에 관한 법률 및 같은 법 시행령이 현재까지도 ‘대리사무계약’을 신탁계약과 동등한 지위의 계약으로 보고 있다는 점에서 자신의 업무영역 범위를 넓히려는 부동산 전업 신탁회사의 이해관계와 맞물려 자금관리대리사무계약은 신탁계약에 부수하지 않고 독자적으로 체결되기에 이르렀다.

2. 자금관리대리사무의 법적성격

1) 부동산 전업 신탁회사는 원칙적으로 금전을 신탁 받을 수 없으므로 부동산 전업 신탁회사가 체결하는 자금관리대리사무계약은 신탁계약이 아닌 위임계약에 해당한다. 그러므로 자금관리대리사무계약은 신탁법이 적용되지 않고 민법상의 위임관련 규정이 적용되며 신탁법에서 규정하고 있는 각종 수탁자의 의무가 적용되지 않고 민법상 위임과 관련된 수임인의 의무가 적용될 뿐이다. 이러한 점에서 종합신탁회사 또는 금전신탁업만을 인가받은 신탁회사가 금전을 신탁 받아 신탁법 및 자본시장법의 적용을 받는 것과는 법적인 출발점이 다르다고 할 수 있다.

2) 이러한 사정으로 부동산 전업 신탁회사가 비토지신탁 상품(분양관리신탁, 담보신탁)을 활용한 부동산 개발 사업에서 사업주이자 분양자인 위탁자로부터 토지나 건물을 신탁계약에 따라서 수탁 받고, 수분양자가 납입한 분양대금은 위탁자를 대신하여 자금관리대리사무계약에 따라 수납한 경우, 수분양자의 입장에서는 자신이 부동산 신탁회사에 납입한 분양대금을 부동산 신탁회사의 신탁재산으로 혼동하여 신탁회사를 상대로 분양대금반환청구소송을 제기하는 오해가 빚어지기도 한다.

3. 지역주택조합 사업에서 자금관리대리사무의 활용

1) 지역주택조합 사업의 경우 조합원들이 조합가입계약을 체결하면서 납부하는 청약금, 조합원 분담금, 업무대행비 등을 관리하는 업무를 부동산 신탁회사가 대행하기 위하여 조합추진위원회와 부동산 신탁회사 사이에 자금관리대리사무계약을 체결하며 청약금 납부 단계에서만 청약금만을 관리하는 업무를 대행하는 경우에는 ‘청약금대리사무계약’이라는 명칭으로 불리기도 한다.



2) 이러한 청약금대리사무계약을 포함한 자금관리대리사무계약의 체결이 필수적인 것은 아니지만 조합추진위원회로서는 부동산 신탁회사의 대외적인 신용도를 활용하기 위해 부동산신탁회사와 자금관리대리사무계약을 체결해 이를 홍보하는 것이 일반적이었다. 하지만 주택법이 2020. 1. 23. 개정되어 주택조합 및 주택조합의 발기인은 부동산 신탁회사와 필수적으로 자금관리대리사무계약을 체결하는 것으로 변경되었다.⁴⁾

4. 지역주택조합사업에서 부동산 신탁회사의 역할

1) 지역주택조합 사업에서 자금관리대리사무계약을 체결한 부동산 신탁회사는 신탁법상 수탁자가 아닌 민법상 위임계약에 따른 수임인에 불과하다. 따라서 부동산 신탁회사는 토지신탁 사업에서 사업주체, 건축주, 분양자 및 도급인의 지위를 가지는 것과 달리 단순히 조합추진위원회 내지는 조합이 조합원들로부터 수납해야 하는 청약금, 조합원 분담금, 업무대행비 등을 대신 수납하여 관리하는 업무를 맡는 것에 불과하다.

2) 따라서 부동산 전업 신탁회사들이 신탁계약서의 경우 표준신탁계약서를 약관으로 공시하고 있고 금융감독원의 업무위임을 받은 금융투자협회로부터 약관심사를 받는 반면 자금관리대리사무계약서의 경우 신탁계약이 아니기 때문에 공시를 하거나 약관심사를 받지도 않고 받아야 할 의무도 없다.

4) 주택법 제11조의 2 (주택조합업무의 대행 등)

① 주택조합(리모델링주택조합은 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 및 주택조합의 발기인은 조합원 모집 등 제2항에 따른 주택조합의 업무를 제5조제2항에 따른 공동사업주체인 등록사업자 또는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 대통령령으로 정하는 자본금을 보유한 자 외의 자에게 대행하게 할 수 없다.

5. 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 따른 신탁업자

② 제1항에 따라 업무대행자에게 대행시킬 수 있는 주택조합의 업무는 다음 각 호와 같다.

5. 계약금 등 자금의 보관 및 그와 관련된 업무의 대행

③ 주택조합 및 주택조합의 발기인은 제2항 제5호에 따른 업무 중 계약금 등 자금의 보관 업무는 제1항 제5호에 따른 신탁업자에게 대행하도록 하여야 한다.



3) 그리고 상대적으로 신탁보수에 비해 적은 보수를 수취하는 자금관리대리업무의 특성상 부동산 전업 신탁회사는 자신들의 위험을 최소화하기 위해 자금관리대리사무계약서에 다음과 같은 조항들을 반영한다.

- ① 위임인을 대리하여 수임인(부동산 신탁회사)이 행한 행위의 법률효과는 위임인에게 귀속되며, 위임인은 수임인에게 권리를 주장하거나 의무이행을 청구하지 아니한다.
- ② 위임인은 자금집행요청서에 포함된 증빙서류가 미흡하거나 지급의 타당성이 결여되었다고 판단되는 경우 서류의 보완을 요청하거나 그 지급을 보유할 수 있다.
- ③ 수임인은 위임인 등의 요청에 따라서 자금집행을 할 뿐이며 자금집행의 적절성 및 적법성 등을 최종적으로 심사하는 권한을 가지고 있지 않으며 수임인의 자금집행이 자금집행의 적절성 적법성 등을 담보하는 것도 아니다. 그리고 위임인 등은 추후 수임인의 자금집행에 어떠한 이의도 제기하지 않기로 한다.

4) 따라서 지역주택조합 사업에서 자금관리대리사무 업무를 대행하는 부동산 신탁회사의 역할은 조합원이 납부한 청약금, 조합원 분담금, 업무대행비 등에 대해 조합추진위원회 내지는 조합의 임의적인 사업비 지급과 납용을 막고 조합 사업관련 사업자금을 객관적이고 투명하게 관리하는 역할에 불과하다.

VI. 대법원 판결에 대한 검토

1. 1번 판결에 대한 검토

1) 1번 판결은 조합원들이 조합을 상대로 조정결정을 받아 위 조정결정이 확정된 후 상기 집행권원을 가지고 조합이 부동산 신탁회사에 가지는 환불금 반환채권을 압류 및 추심하여 부동산 신탁회사를 상대로 추심금 청구소송을 제기한 사안이다.

2) 그런데 대법원 판결이 정확하게 지적하고 있는 바와 같이 ① 채권압류 및 추심명령에 기한



추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자가 증명해야 하고, ② 조합추진위원회 내지는 조합과 부동산 신탁회사 사이에 체결된 자금관리대리사무계약은 처분문서로서 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, ③ 자금집행 요청절차 등에 대한 요건 즉 조건이 부가되어 있어 이러한 조건이 성취되지 않는 한 조합원들의 추심금 청구는 인정되지 않는다고 보아야 한다.

3) 조합원들의 사정만을 고려하여 이를 손쉽게 인정하는 경우 조합추진위원회 및 조합의 다른 채권자들도 조합을 상대로 승소 확정판결을 받거나 이들과 통모하여 임의로 집행권원을 만들어 낸 후 위 채권을 압류할 수 있기 때문이며, 더 나아가 조합추진위원회 및 조합이 부동산 신탁회사를 상대로 한 위 채권에 질권 등의 담보를 설정하거나 채권양도가 가능하다는 논리로 확대될 수 있기 때문이다.

4) 그렇다면 조합추진위원회 및 조합이 조합원들의 정상적인 환불요청에도 불구하고 자금관리대리사무계약에서 정한 자금요청절차를 제대로 이행하지 않고 해태하거나 정상적으로 운영이 되지 않는 상황에서 적법하게 환불요청을 한 조합원들은 어떠한 방식으로 부동산 신탁회사를 상대로 환불금의 반환을 받을 수 있는지 여부가 문제된다. 이러한 점에서 2번째 판결의 쟁점인 채권자 대위청구가 대안으로 논의될 수 있다.

2. 2번 판결에 대한 검토

1) 2번 판결은 1번 판결과 달리 조합원들이 부동산 신탁회사를 상대로 채권자 대위청구를 통해 환불금의 반환을 청구한 사건이다. 이에 대하여 제1심 법원과 제2심 법원의 원고들의 채권자 대위청구를 모두 인용했지만 대법원은 이를 부인하고 원심 법원의 판결을 파기 환송하였다.

2) 그렇다면 2번 판결에 대한 대법원의 입장은 1번 판결의 조합원들의 추심청구에 이어 채권자대위청구까지 인정하지 않는 것인지 그렇다면 정상적이고 적법하게 환불청구를 하고 심지어 조합추진위원회 또는 조합을 상대로 환불청구소송의 승소확정판결을 받은 조합원들이 조합추



진위원회 또는 조합의 자금집행요청절차 등의 협조가 없이는 마지막 단계인 신탁회사를 상대로 환불금 반환을 청구할 수 없게 되는 불합리한 상황이 발생하고 또한 주택법에서 조합원들이 납부한 청약금, 조합원 분담금, 업무대행비를 부동산 신탁회사가 투명하고 안전하게 그리고 객관적으로 관리하도록 필수적으로 업무대행을 맡기도록 하면서 오히려 이러한 필수적인 업무대행이 조합원들의 정상적이고 적법한 환불금의 반환을 막는 모순된 상황이 초래되는 것이다.

3) 그러나 2번 판결의 사실관계를 살펴보면 원고들인 조합원들은 조합가입계약 및 동의서 내용과 달리 추진위원회와 임의탈퇴를 상호 합의하고 기 납부한 조합원 분담금과 업무추진비 전액을 반환받기로 합의하여 오히려 상호 합의만으로 상호 간에 이미 체결한 조합가입계약 및 동의서 내용을 배제하고 나아가 부동산 신탁회사가 전제 조합원들의 공동의 이익을 위해 관리하는 조합 사업관련 자금의 건전성을 저해하고 있는 것이다. 만약 이러한 조합원들의 청구까지 허용한다면 조합원들과 조합이 상호 합의만으로 기 체결한 조합가입계약 등의 내용을 얼마든지 배제하고 심지어 부동산 신탁회사와 이미 체결한 자금관리대리사무계약의 내용까지도 잠탈하는 결과를 초래하게 되어 이와 같은 채권자대위청구는 금지되는 것으로 보아야 한다.

4) 2번 판결의 취지는 조합원에 대한 비정상적인 환불에 따른 채권자 대위청구를 막는 것이지 정상적인 환불에 의한 채권자 대위청구까지 금지하는 것은 아니라고 보이며 이와 같은 의미에서 2번 판결이 지역주택조합사업에서 조합원들의 자금관리대리사무업무를 수행하는 부동산 신탁회사에 대한 채권자 대위청구가 전면적으로 금지된다는 의미로 확대 해석되는 것은 경계하여야 한다고 생각한다.

Ⅶ. 결 론

이 사건 각 대법원 판결들은 결론적으로 매우 타당하다고 판단된다. 다만 2번 판결에서 대법원이 지역주택조합사업에서 정상적인 환불금 반환청구권이 인정되는 조합원에게 자금관리대리사무를 수행하고 있는 부동산 신탁회사에 대한 환불금의 대위청구마저 금지하고 있는 취지의



판결을 아니라고 판단된다.

그리고 마지막 방안으로 조합원이 부동산 신탁회사에게 환불금의 반환을 요청하는 소송을 제기함에 있어서 조합추진위원회 또는 조합에게는 환불금 반환의 자금집행을 요청하고 위 자금집행에 동의권이 있는 업무대행사 내지 대출금융기관에게는 위 자금집행에 동의하는 의사표시를 구하는 소송을 함께 제기하는 것도 마지막 해결방법으로 모색해 볼 수 있지 않을까 싶다.



[참고문헌]

법무부, 『신탁법해설』, 2012년

아라이 마코토 저 / 안성포 역, 『신탁법』, 전남대학교 출판부, 2011년

오상민, 「담보신탁 및 자금관리대리사무에서 신탁회사의 분양대금반환책임」, 서울지방변호사회, 『변호사(제44집)』, 2013년

- ▶ 발표일시 : 2023. 09. 13.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 오승원 변호사
- ▶ 참석회원 : 김수경, 김신호, 김용태, 김재승, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오상민, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이정일, 임동국, 장재형, 정재훈, 최수진, 홍영호 변호사 (총 20명)



유류분청구에서 피상속인이 한 생전증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우, 이러한 생전증여를 특별수익에서 제외할 수 있는지 여부와 그 판단기준

When the decedent's lifetime gift contains a meaning equivalent to special care or contribution by the heir, whether such lifetime gift can be excluded from special income and the criteria for judging

辯護士 엄 정 숙

Um Jeong Suk

【사건의 표시】

대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다230083, 230090 판결 【유류분청구】

논문요약

피상속인 개인의 사적 소유를 보장하는 헌법 체제 아래에서 누구나 자신의 소유 재산을 증여하거나 유증하는 자유 즉 재산처분의 자유를 가진다. 그러나 이러한 재산처분의 자유를 무제한 허용하게 되면 상속인의 보호가 미흡해질 위험이 있다. 따라서 법질서는 유류분제도를 됴으로써 개인의 재산처분의 자유와 상속인의 보호라는 양 측면을 조화시키고 있다.



유류분의 산정을 위한 기초재산 중 산입되는 증여재산은 상속개시 전(사망 전) 1년 간에 행한 증여는 모두 대상이 된다(민법 제1114조). 그런데 공동상속인의 생전증여 재산은 이 1114조의 적용이 배제된다. 공동상속인 간 상속재산 중에서 이미 증여받은 것에 있어서는 상속인의 특별수익에 있어서 1년 전에 증여받은 것도 모두 산입대상이 된다. 이것은 민법 제1118조에서 1008조를 준용하고 있고 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다는 내용이다.

유류분 소송에서 실무상 쟁점으로 피고 입장에서는 자신의 기여도나 반대급부를 이유로 기여분 주장을 많이 하는데, 이 경우에는 모두 받아들여지지 않는다. 그러나 피고로 항변할 경우 기여분 주장보다는 아래 살펴볼 내용과 같이 기여분 주장을 할 것이 아니라 바로 1008조에 의한 특별수익자의 상속분으로 인정될 수 없는 증여재산이었음을 주장한다면 이것이 더 받아들여질 가능성이 높다고 할 것이다. 대법원 판례는 어떤 경우의 재산 이전을 증여 또는 유증이라도 이를 특별수익으로 볼 수 없는 것인지 확인해보려고 한다.

〈주제어〉

유류분의 산정을 위한 기초재산, 산입되는 증여재산, 민법 제1114조, 민법 제1118조, 민법 제1008조 특별수익자의 상속분, 기여분

The Basic Property for Calculating Residuary Distribution, Included Gift Property, Civil Code Article 1114, Civil Code Article 1118, Article 1008 of the Civil Act: Inheritance of special beneficiaries, contribution



목 차

[사건개요]

[관련 법령]

[판결의 주요요지]

[연구]

I. 서설

II. 특별수익의 산정 기간 및 제외되는 경우

1. 유류분 원칙 : 1년간 증여한 재산에 한정
2. 예외: 공동상속인 간(1년간 증여한 재산에 한정하지 않음)
3. 공동상속인이라면 과거 모든 증여 또는 유증이 포함되는가
가. 특별수익으로 인정되지 않는 대상 대법원판례의 검토

(1) 사실관계

(2) 1심에서 당사자들의 주장 및 이에 대한 법원 결론

(3) 항소심 법원 및 대법원의 특별수익

(4) 대법원 판례에서 본 특별수익의 의의

나. 기타 유류분 산정 증여재산에서 제외되는 경우

(1) 기여분 주장을 하였을 경우

(2) 배우자의 특별수익

III. 기여분과 특별수익의 차이점

IV. 대법원 판례의 검토의견



[사건 개요]

- ① 소외1(망인)로 부터 피고는 소외1 소유 부동산들을 2005. 12. 30.과 2014. 10. 29. 각 증여를 원인으로 소유권이전등기를 했다.
- ② 소외1은 2018. 4. 24. 사망했고 상속인으로 5명의 자녀들인 원고(선정당사자), 선정자 소외2, 소외3(이하 3명 원고들), 피고, 소외4가 있다.
- ③ 원고들은 피고를 상대로 생전증여재산에 대해 유류분반환 소송을 진행하여 1심에서 승소하여 유류분 지분 1/10씩의 반환의무가 있다는 판단(원고들 승소판결)을 받았다.
- ④ 그러나 항소심에서는 원고의 유류분이 받아들여지지 않았다. 그 이유는 특별수익에 대한 판단에 있어 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 산입되는 특별수익은 특정상속인에 대한 무상행위로서 공동 상속인 간의 형평을 깨뜨리는 정도에 이르는 이익부여를 부여하고, 생전증여가 그 상속인의 부양이나 기여 등에 대한 평가나 보상으로 이익을 부여한 것이고 다른 공동상속인들과의 관계에서 형평을 깨뜨리는 정도에 이르지 않는다면 이는 특별수익에서 제외하는 것이 타당하다. 피고가 망인을 34년간 부양, 병원 입퇴원 약 305회 걸쳐 반복해 온 사실, 피고가 망인의 치료비를 모두 부담하여 1억 2,000만 원에 이르렀고, 약 40년 전 망인의 채무를 대신 변제한 사실등을 참작하여 보면 유류분에서 특별수익에서 제외하더라도 다른 공동상속인들인 원고들에 대한 관계에서 실질적인 형평을 깨뜨리는 것이라고 보기 어렵다고 판단했다.
- ⑤ 이에 대법원은 특별수익자의 상속분에 관해 규정한 민법 제1008조의 취지 및 어떠한 생전증여가 특별수익에 해당하는지 결정하는 기준/ 피상속인이 한 생전증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우, 생전증여를 특별수익에서 제외할 수 있는 있는지와 그 판단기준을 살펴보고자 한다.



- ⑥ 이와 관련하여 유류분소송에서 피고가 항변하는 내용 중 특별수익을 기여분으로 주장하는 경우가 있는데, 기여분 주장과 특별수익에서 제외해야 한다는 주장 간의 차이점에 대해 살펴보려고 한다.

[관련 법령]

민법 제1008조, 제1113조, 제1118조

[대법원 판결의 주요요지]

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다. 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정하는데 참작하도록 하기 위한 것이다.

피상속인으로부터 생전증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우 생전증여를 특별수익에서 제외할 수 있다.

[연구]

1. 서설

민법의 유류분제도는 개인재산처분의 자유·거래의 안전과 가족생활의 안정·가족재산의 공평



한 분배라고 하는 서로 대립하는 요구의 타협과 조정 위에서 이루어지고 있다.

상속이 개시되면 일정한 범위의 상속인이 피상속인의 재산의 일정한 비율을 확보할 수 있는 지위를 가지는데, 이를 유류분권이라고 한다.

유류분 계산방식은 아래와 같다.

$$\begin{aligned} \text{유류분 부족액} &= \{\text{유류분 산정의 기초가 되는 재산액(A) 당해 유류분} \\ &\text{유류분의 비율(B)}\} - \text{당해 유류분권자의 특별수익액(C)} - \text{당해 유류분권자의 순상액(D)} \\ A &= \text{적극적 상속재산 가액} + \text{증여액} - \text{상속채무} \\ B &= \text{법정상속분의 } 1/2 \\ C &= \text{당해 유류분권자의 수증액} + \text{수유} \\ D &= \text{당해 유류분권자가 상속에 의하여 얻은 재산액} - \text{상속채무 부담} \end{aligned}$$

II. 특별수익의 산정 기간 및 제외되는 경우

1. 유류분 원칙 : 1년간 증여한 재산에 한정

유류분에 산입되는 증여재산은 사망 전 1년간에 행한 증여는 모두 당연히 산입된다(민법 제 1114조 전문). 이것은 증여계약이 체결된 때를 기준으로 한다. 증여란 널리 모든 무상처분을 의미하며, 법인설립을 위한 출연행위, 무상의 채무면제 등도 모두 포함된다고 본다.

그러나, 공동상속인 간에는 민법 제1114조에 의한 1년간에 행한 증여에 한정되지 않는다. 즉 공동상속인이 상속재산 중에서 이미 증여받은 것에 대해서는 민법 1114조의 적용은 배제된다. 상속인의 특별수익에 있어서는 1년 전에 증여받은 것이라도 모두 산입대상이 된다.



2. 예외: 공동상속인 간(1년간 증여한 재산에 한정하지 않음)

유류분 소송 실무상으로는 공동상속인 간의 망인의 생전증여재산에 대한 다툼이 많다. 이 경우 증여를 받은 시점이 사망 시로부터 1년간인지와 무관하게 유류분 계산에서 모두 산입될 증여재산의 대상이 된다.

이는 민법 제1118조에 의하여 유류분에도 1008조의 규정이 준용되기 때문이다. 민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하려는 데 있다.

[대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결]

공동상속인 사이의 유류분반환청구 시 민법 제1114조의 적용이 배제되는지 여부

민법 제1118조에 의하여 유류분에 준용되는 같은 법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다”고 규정하고 있는바, 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로(당원 1995. 3. 10. 선고 94다16571 판결 참조) 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우에는 민법 제1114조의 규정은 그 적용이 배제된다고 할 것이고, 따라서 그 증여는 상속개시 전의 1년간에 행한 것인지 여부에 관계없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다고 할 것이다.



3. 공동상속인이라면 과거 모든 증여 또는 유증이 포함되는가

그렇다면 공동상속인 간에는 과연 과거 증여받은 모든 재산에 대해 유류분의 반환대상이 되는가와 관련하여 검토해 볼 대상판례는 어떠한 생전증여가 과연 특별수익에 해당하는지에 대해 결정하는 기준을 판시하고 있다. 구체적 유류분 사례에서도 유류분 소송의 결과와 직결되는 만큼 이를 검토하고자 한다.

한편 유류분반환 의무자가 생전증여를 받은 시점에 따라서 산입될 증여재산에 포함되지 않는 경우도 있다. 민법에서 유류분제도를 시행한 77. 12. 31. 시행 이후 상속이 개시된 경우 소급하여 증여재산이 유류분제도에 의한 반환청구의 대상이 되지는 않는다. 그러나 이 경우에도 유류분 산정을 위한 기초재산에서 제외되는 것이고, 유류분청구권자의 특별수익으로 공제되는 것은 그 시기가 민법 시행 전이라고 해도 같다.¹⁾

1) [대법원 2018. 7. 12., 선고, 2017다278422, 판결]

【판시 사항】

유류분반환청구자가 유류분제도 시행 전에 피상속인으로부터 재산을 증여받아 이행이 완료된 경우, 그 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함되는지 여부(소극) 및 이때 위 재산이 유류분반환청구자의 유류분 부족액 산정 시 특별수익으로 공제되어야 하는지 여부(적극)

【판결 요지】

유류분제도가 생기기 전에 피상속인이 상속인이나 제3자에게 재산을 증여하고 이행을 완료하여 소유권이 수증자에게 이전된 때에는 피상속인이 1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 민법(이하 ‘개정 민법’이라 한다) 시행 이후에 사망하여 상속이 개시되더라도 소급하여 증여재산이 유류분제도에 의한 반환청구의 대상이 되지는 않는다. 개정 민법의 유류분 규정을 개정 민법 시행 전에 이루어지고 이행이 완료된 증여에까지 적용한다면 수증자의 기득권을 소급입법에 의하여 제한 또는 침해하는 것이 되어 개정 민법 부칙 제2항의 취지에 반하기 때문이다. 개정 민법 시행 전에 이미 법률관계가 확정된 증여재산에 대한 권리관계는 유류분반환청구자이든 반환의무자이든 동일해야하므로, 유류분반환청구자가 개정 민법 시행 전에 피상속인으로부터 증여받아 이미 이행이 완료된 경우에는 그 재산 역시 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함되지 아니한다고 보는 것이 타당하다.

그러나 유류분제도의 취지는 법정상속인의 상속권을 보장하고 상속인 간의 공평을 기하기 위함이고, 민법 제1115조 제1항에서도 ‘유류분권리자가 피상속인의 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도 내에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다’고 규정하여 이미 법정 유류분 이상을 특별수익한 공동상속인의 유류분반환청구권을 부정하고 있다. 이는 개정 민법 시행 전에 증여받은 재산이 법정 유류분을 초과한 경우에도 마찬가지로 보아야 하므로, 개정 민법 시행 전에 증여를 받았다는



가. 특별수익으로 인정되지 않는 대상 대법원 판례의 검토

(1) 사실관계

① 소외 1(피상속인)은 2018. 4. 24. 사망했고, 상속인으로 자녀들인 원고, 선정자 소외2, 소외3(이하 ‘원고들’이라고 한다), 피고 및 소외4가 있다. 피상속인은 생전에 피고에게 원심 판결 별지 부동산 목록 기재 각 토지(이하 ‘이 사건 토지’)를 증여하고, 소유권이전등기를 해 주었다.

② 피고는 피상속인이 72세 남짓이던 1984. 6. 경부터 107세의 나이로 사망할 때까지 34년 동안 제주에서 피상속인과 동거하며 피상속인을 부양해 왔다. 피고는 그동안 피상속인의 치료 비로 약 1억 2,000만 원을 지출했다.

③ 한편 피고의 부친이 1963년경 약 45만 원의 보증채무를 부담하게 되었고, 이로 인해 배우자인 피상속인과 갈등이 심각해지자, 피고는 1968년경 약 7년간 교사로 재직하면서 저축한 돈으로 위 보증채무 약 45만 원을 대신 변제했다.

(2) 1심에서 당사자들의 주장 및 이에 대한 법원 결론

① 원고들의 유류분 주장에 대한 원심의 판단

이 사건 변론에 드러난 망인의 재산은 이 사건 각 토지뿐이고, 달리 상속의 대상이 되는 채무는 없다. 망인으로부터 이 사건 각 토지를 증여받아 특별수익을 한 피고는 원고들에게 그 중 각

이유만으로 이를 특별수익으로도 고려하지 않는 것은 유류분제도의 취지와 목적에 반한다고 할 것이다. 또한 민법 제1118조에서 제1008조를 준용하고 있는 이상 유류분 부족액 산정을 위한 특별수익에는 그 시기의 제한이 없고, 민법 제1008조는 유류분제도 신설 이전에 존재하던 규정으로 민법 부칙 제2조와도 관련이 없다.

따라서 개정 민법 시행 전에 이행이 완료된 증여재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에서 제외된다고 하더라도, 위 재산은 당해 유류분반환청구자의 유류분 부족액 산정 시 특별수익으로 공제되어야 한다.



1/10 지분에 관해 유류분반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

② 피고의 항변(주장 요지) 및 이에 대한 1심 법원의 판단

피고는 초등학교 교사로 근무하던 1967년경 부친인 소외7의 보증채무 45만 원을 대신 변제한 사실이 있다. 망인은 평생 피고에게 이를 미안해하다가 피고가 위와 같이 부모의 채무를 대신 변제한 것에 대한 대물변제 명목으로 2005년과 2014년 피고에게 이 사건 각 토지에 관하여 소유권을 이전해 준 것이다. 따라서 피고는 망인으로부터 이 사건 각 토지를 증여받은 것이 아니라 대물변제를 받아 등기를 마친 것이므로 이 사건 각 토지는 유류분반환의 대상이 될 수 없다 주장

이에 대한 법원 판단으로 1967년경 부친인 소외7의 보증채무 45만 원을 대신 변제한 사실, 망인이 생전에 이에 관한 언급을 하면서 이 사건 각 토지를 피고에게 증여한 사실을 인정할 수 있다. 다른 자식들과 달리 제주도에서 함께 생활하면서 망인을 보살폈던 피고와 망인의 관계, 피고에게 소유권을 이전한 등기원인이 명확히 증여인 점 등에 비추어 보면 망인은 피고가 대신 변제한 아버지의 보증채무 등을 종합적 고려하여 자신의 유일한 재산인 이 사건 각 토지를 피고에게 증여하였다고 봄이 타당하고, 40년 전 발생한 채무를 특정하여 대물변제로 보기 어렵다

이외 피고는 등기부취득시효완성 주장, 신의칙 위반 주장, 상계항변도 했으나, 원심 법원에서는 모두 받아들여지지 않았고, 원고들의 유류분 지분에 대한 이전등기청구가 받아들여졌다.

(3) 항소심 법원 및 대법원의 특별수익

항소심 및 대법원에서는 유류분 권리자나 혹은 의무자의 ‘특별수익’에 포함할 수 있는 증여나 유증인지에 따라 사안의 결론을 달리한다.

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 한도에서 상속분이 있다”라고

정하고 있다.

이때 특별수익은 어떠한 취지로 두고 있는지 해당 조문에 규정된 제도 취지를 해석하여 해당 본 사례에서 증여재산이 특별수익에서 제외한 사안이다.

(가) 항소심 및 대법원 판시 내용

1) 항소심 (서울고법 2021. 4. 16. 선고 2020나2031706, 48418 판결)

망인이 피고에게 이 사건 각 부동산을 증여한 것은 피고가 과거 부친의 채무를 대신 변제한 것에 대한 보상과 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지하기 어려웠던 고령의 망인을 오랫동안 부양해 온 피고의 기여와 노력에 대한 보답, 그리고 망인의 여생을 피고에게 전적으로 의탁하는 것에 대한 보상 등에 주된 취지가 있었다고 봄이 타당하므로 이를 유류분반환의 대상인 특별수익 즉, 특정상속인에 대한 무상의 이익 부여로서 상속분의 선급에 해당한다고 볼 것은 아니고, 나아가 피고가 원고들의 도움 없이 망인을 홀로 부양한 기간과 부양의 내용, 망인의 부양에 따른 피고의 경제적 부담, 당시 망인의 연력과 건강상태 등을 고려하면 이 사건 각 부동산을 특별수익에서 제외하더라도 다른 공동 상속인인 원고들에 대한 관계에서 실질적인 형평을 깨뜨리는 것이라고 보기도 어렵다.

항소심 판결은 피고가 부동산을 증여받은 것이 단순한 증여에 그치는 것이 아니라, 과거 부친 채무변제에 대한 보상, 고령의 망인을 부양해온 보답, 향후 남은 여생에 대한 보상 등에 주된 취지가 있다고 보아 이를 특별수익에서 제외해야 한다는 입장을 받아들였고, 원고의 유류분청구를 받아들였던 1심 판결을 취소하여, 원고청구를 기각했다.

2) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다230083, 230090 판결 요지

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급



으로 다루어 구체적인 상속분을 산정하는 데 참작하도록 하기 위한 것이다. 여기서 어떠한 생전증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활 수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다.

따라서 피상속인으로부터 생전증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우와 같이 상속인이 증여받은 재산을 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전증여를 특별수익에서 제외할 수 있다. 여기서 피상속인이 한 생전증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 여부는 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 당사자들의 의사가 명확하지 않은 경우에는 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계, 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도, 생전증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율, 생전증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활수준 등을 종합적으로 고려하여 형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다. 다만 유류분제도가 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정 비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산 형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 그 목적이 있는 점을 고려할 때, 피상속인의 생전증여를 만연히 특별수익에서 제외하여 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다.

(4) 대법원 판례에서 본 특별수익의 의미

(가) 법적인 근거

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조에 근거를 두고 있다.

[특별수익자의 상속분] “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”



(나) 특별수익 의의 및 기능

공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정하는 데 참작하도록 하기 위한 것이다.

(다) 특별수익인지를 판단하는 기준

어떠한 생전증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활 수준, 가정 상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다.

(라) 특별수익에서 제외하는 경우

상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전증여를 특별수익에서 제외한다.

(마) 특별수익에서 제외하는 구체적인 경우

“피상속인으로부터 생전증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우”

(바) 피상속인이 한 생전증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 판단 기준

- ① 당사자들의 의사에 따라
- ② 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계
- ③ 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도
- ④ 생전증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율
- ⑤ 생전증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활 수준 등을 종합적으로 고려하여



형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단

다만, 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단

나. 기타 유류분 산정 증여재산에서 제외되는 경우

(1) 기여분 주장을 하였을 경우

기여분은 민법 1008조의2(기여분)²⁾에 근거를 두고 있다. 기여분제도는 공동상속인 가운데 재산의 유지·증가에 대한 기여 또는 부양하거나 특별히 피상속인을 부양한 자가 있을 때 상속분 산정에 그러한 특별한 기여나 부양을 고려하는 제도를 말한다.

유류분소송에서 피고측 입장에서 기여분 주장을 하는 경우

유류분반환

[대법원 2015. 10. 29., 선고 2013다60753 판결]

【판시 사항】

공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있는 경우, 유류분반환청구소송에서 기여분을 주장할 수 있는지 여부 / 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정된 경우, 유류분을 산정함에 있어 기여분을 공제할 수 있는지 여부(소극) 및 기여분으로 유류

2) 제1008조의2(기여분) ①공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다.

분에 부족이 생겼다고 하여 기여분 반환을 청구할 수 있는지 여부(소극)

가. 민법 제1008조의2 제1항은 “공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항의 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 제1항에 규정된 기여자의 청구에 의하여 기여의 시기·방법 및 정도와 상속재산의 액 기타의 사정을 참작하여 기여분을 정한다.”라고 규정하며, 제3항은 “기여분은 상속이 개시된 때의 피상속인의 재산가액에서 유증의 가액을 공제한 액을 넘지 못한다.”라고 규정하고, 제4항은 제2항의 규정에 의한 청구는 상속재산분할청구가 있거나 피인 지자 등의 상속분상당가액지급청구가 있는 경우에 할 수 있다고 규정하고 있다.

한편 유류분과 관련하여, 민법 제1112조는 상속인의 유류분은 피상속인의 직계비속이나 배우자의 경우는 그 법정상속분의 2분의 1, 피상속인의 직계존속이나 형제자매의 경우는 그 법정 상속분의 3분의 1이라고 규정하고 있고, 민법 제1113조 제1항은 “유류분은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다.”라고 규정하고 있으며, 민법 제1118조는 “제1001조(대습상속), 제1008조(특별수익자의 상속분), 제1010조(대습상속분)의 규정은 유류분에 이를 준용한다.”라고 규정하여 기여분에 관한 민법 제1008조의2를 유류분에 준용하고 있지 아니하다.

위와 같은 규정들에 비추어 보면, 기여분은 상속재산분할의 전제 문제로서의 성격을 가지는 것으로서, 상속인들의 상속분을 일정 부분 보장하기 위하여 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하는 유류분과는 서로 관계가 없다고 할 것이다. 따라서 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있을지라도 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되지 않은 이상 유류분반환청구소송에서 자신의 기여분을 주장할 수 없음은 물론이거니와(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결 참조), 설령 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로



기여분이 결정되었다고 하더라도 유류분을 산정함에 있어 기여분을 공제할 수 없고, 기여분으로 인하여 유류분에 부족이 생겼다고 하여 기여분에 대하여 반환을 청구할 수도 없다.

위 판례내용으로 볼 때 유류분 소송에서는 민법 제1008조의 2에 의한 기여분 주장은 받아들여 지지 않음을 알 수 있다.

(2) 배우자의 특별수익

배우자가 받은 증여재산의 경우, 이 증여재산을 다른 공동상속인(피상속인의 자녀들)과 같이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입할 것인지와 관련한 문제이다. 그런데 배우자가 피상속인으로부터 생전증여를 받은 경우에는 ‘부부’로서의 지위를 감안하여 자녀들이 공동상속자로 그 자녀들 중 1인이 상속을 받은 사례와는 구별되는 점이 있다. 이러한 점을 감안하여 판례는 다음과 같이 판시하고 있다.

[대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결]

【판시사항】

[1] 생전증여를 받은 상속인이 배우자로서 일생 동안 피상속인의 반려가 되어 그와 함께 가정 공동체를 형성하고 서로 헌신하며 가족의 경제적 기반인 재산을 획득·유지하고 자녀들에 대한 양육과 지원을 계속해 온 경우, 생전증여를 특별수익에서 제외하는 것이 자녀인 공동상속인들과의 관계에서 공평에 반하는지 여부(소극)

[2] 甲이 乙과 사이에 딸 丙 등과 아들 丁을 두고 乙의 사망 시까지 혼인생활을 유지해 오다가 乙의 사망 7년 전에 乙에게서 부동산을 생전증여받은 사안에서, 위 부동산 외에는 아무런 재산이 없던 乙이 이를 모두 甲에게 증여하였다는 사정만으로 증여재산 전부를 특별수익에 해당한다고 본 원심판결에는 배우자의 특별수익에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례



【판결요지】

[1] 민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 규정하고 있는데, 이는 공동상속인 중에 피상속인에게서 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정할 때 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다. 여기서 어떠한 생전증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활 수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 하는데, 생전증여를 받은 상속인이 배우자로서 일생 동안 피상속인의 반려가 되어 그와 함께 가정공동체를 형성하고 이를 토대로 서로 헌신하며 가족의 경제적 기반인 재산을 획득·유지하고 자녀들에게 양육과 지원을 계속해 온 경우, 생전증여에는 위와 같은 배우자의 기여나 노력에 대한 보상 내지 평가, 실질적 공동재산의 청산, 배우자 여생에 대한 부양의무 이행 등의 의미도 함께 담겨 있다고 봄이 타당하므로 그러한 한도 내에서는 생전증여를 특별수익에서 제외하더라도 자녀인 공동상속인들과의 관계에서 공평을 해친다고 말할 수 없다.

[2] 甲이 乙과 사이에 딸 丙 등과 아들 丁을 두고 乙의 사망 시까지 43년 4개월 남짓의 혼인 생활을 유지해 오다가 乙의 사망 7년 전에 乙에게서 부동산을 생전증여받은 사안에서, 乙이 부동산을 甲에게 생전증여한 데에는 甲이 乙의 처로서 평생을 함께 하면서 재산의 형성·유지과정에서 기울인 노력과 기여에 대한 보상 내지 평가, 청산, 부양의무 이행 등의 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하고, 이를 반드시 공동상속인 중 1인에 지나지 않는 甲에 대한 상속분의 선급이라고 볼 것만은 아니므로, 원심으로서 甲과 乙의 혼인생활의 내용, 乙의 재산 형성·유지에 甲이 기여한 정도, 甲의 생활유지에 필요한 물적 기반 등 제반 요소를 심리한 후, 이러한 요소가 생전증여에 포함된 정도나 비율을 평가함으로써 증여재산의 전부 또는 일부가 특별수익에서 제외되는지를 판단하였어야 함에도, 단순히 위 부동산 외에는 아무런 재산이 없던 乙이 이를 모두 甲에게 증여하였다는 사정만으로 증여재산 전부를 특별수익에 해당한다고 본 원심판결에는 배우자의 특별수익에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.



III. 기여분과 특별수익의 차이점

기여분과 특별수익에서 제외되는 경우의 법리 중 양자는 크게 구별될 만한 특징들은 보이지 않는다. 즉 기여분도 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때 일정부분 이를 기여분으로 인정하는 것이고, 특별수익에서 제외되는 경우의 법리도 기여분에서 말하는 피상속인의 상당한 기간 부양 또는 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우를 말하기 때문이다.

다만, 근거 법조문은 1008조(특별수익자의 상속분)이고, 1008조의 2(기여분)으로 근거를 달리하고 있고, 유류분에서는 이 중 1008조만을 준용하고 있다.

따라서 유류분 소송 중 피고 입장에서 피상속인의 상당한 기간 부양이나 기여도에 대한 항변을 하여 유류분반환에 대한 책임을 면하고자 할 경우 민법 1008조의 2(기여분)으로 주장할 것이 아니라, 1118조 준용규정에 의한 1008조(특별수익자의 상속분) 규정을 근거로 하여 ‘특별수익에서 제외되어야 하는 사정’으로 주장해야 함을 유의해야 한다.

IV. 대법원 판례의 검토의견

대법판결은 피상속인으로부터 받은 생전증여 중 어떤 것을 특별수익으로 보아 유류분 산정 시 기초상속재산으로 삼을지에 대한 구체적인 기준을 마련했다. 망인의 생전증여에 대해 특별수익에서 제외하는 방법으로 법률적 해석을 하여 구체적 타당성을 도모하고 있다. 특별히 유류분에서는 기여분을 준용하지 않음으로서 유류분청구를 할 경우에는 기여분의 인정을 배제하겠다는 입법적 의도를 고려하여, 기여분으로 인정되지 않는 부분을 특별수익에서 제외하는 법의 해석을 통해 구체적 타당성을 구하고 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

- ▶ 발표일시 : 2023. 09. 27.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 김재승 변호사
- ▶ 참석회원 : 김대휘, 김수경, 김수희, 김재승, 류원용, 박민정, 배병호, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤정연, 윤찬열, 이경태, 이남진, 이석범, 이선희, 이재용, 이정일, 정소연, 조주영, 최수진, 홍영호 변호사 (총 23명)



기준운송수입금미달액의 공제와 최저임금과의 관계

Deduction of shortfall in standard taxi income and minimum wages

辯護士 오 승 원

Oh Seung Won

【사건의 표시】

대법원 2022. 9. 29. 선고 2017다242928 판결

논문요약

종래 택시업계에서는 사납금제로 운영되었고, 사납금제하에서는 임금채권에 대한 상계금지의 예외를 인정하여 기준운송수입금미달액은 택시운전기사들의 임금에서 제한없이 공제가 가능한 것으로 해석·운영되었다. 그런데 대법원은 대상판결을 통하여 공제가 가능하다고 본 기존의 원칙은 유지하되, 다만 노사합의로 임금 중 어떠한 명목의 금원 공제를 하는 경우, 최저임금법 위반 여부는 공제 전 약정 급여액을 기준으로 판단하는 것이 원칙이나, 운송수입금 전액관리제 시행과 관련한 기준운송수입금 미달액공제의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 기준운송수입금 미달액공제 전의 약정 급여액을 기준으로 할 것이 아니라 미달액을 공제한 후의 실제 지급된 급여액을 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단해야 한다고 하였다.

그리하여 기준운송수입금미달액 처리와 관련된 실무관행 및 재판업무에 변화가 불가피하게 되었다. 이에 위 대법원판결의 당부를 검토하여 택시운전근로자의 임금에서 기준운송수입금미달액공제와 최저임금보장을 둘러싼 바람직한 해석론을 정립해



보고자 한다.

〈주제어〉

기준운송수입금, 미달액, 공제, 최저임금

standard taxi income, shortfall, Deduction, minimum wages

목 차

[사건의 개요]

[소송의 경과]

[대상판결의 이유]

[연구]

1. 문제의 제기
2. 임금채권과 상계 및 공제에 관한 일반론
 - 가. 임금보호의 필요성과 이를 위한 각종 제도
 - 나. 임금채권에 대한 상계
 - 다. 미달액공제에 관한 기존의 판례
3. 대상판결의 이유에 대한 검토
 - 가. 절차적 문제
 - 나. 적용범위의 모호성
 - 다. 대상판결의 구체적인 이유 및 이에 대한 검토
4. 결론



[사건의 개요]

- 피고(택시회사)의 사업장에서 2015. 1. 1.부터 시행된 2015년 임금협정에서는, 소속 택시기사로부터 운송수입금 전액을 납부받아 관리하는 ‘운송수입금 전액관리제(택시기사는 모든 운송수입금을 회사에 납부하고, 회사는 약정한 급여를 지급)’를 시행하되, 월간 운송수입금 기준액(이른바 사납금, 이하 연구이전부분까지‘기준운송수입금’)을 설정하고 납부한 운송수입금 액수가 거기에 미달할 때에는 가불금 처리 후 임금 등에서 공제한다고 정하였음
- 기준운송수입금은 1일 2교대 기준 1인 월 275만 원으로 정하였음
- 피고는 위 임금협정에 따라, 원고들을 포함한 소속 택시기사들이 기준운송수입금 액수에 미치지 못하는 운송수입금을 임금하였을 때에는 그 차액을 ‘가불금’ 명목으로 월 급여에서 공제하였음(이하 연구이전부분까지‘이 사건 공제’)
- (ex) 택시기사가 해당 월에 운송수입금으로 총 200만 원을 피고에 납부하였다면, 피고는 해당 기사에게 월급여에서 미달액 75만 원을 가불금으로 공제하고 나머지만을 지급하는 방식이었음
- 원고들은, ① 주위적으로는 이 사건 공제가 구 「여객자동차 운수사업법」(2016. 1. 19. 법률 제13800호로 개정되기 전의 것, 이하 연구이전부분까지 ‘구 여객자동차법’) 제21조 제1항에 위반하는 등으로 효력이 없음을 이유로 가불금 명목으로 공제된 금액 전부의 지급을 구하고, ② 예비적으로는 이 사건 공제로 인해 최저임금에 미달하는 급여를 지급받았음을 이유로 가불금 명목으로 공제된 금액 일부(최저임금 미달액 상당)의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였음
- 이 사건에서 구체적으로 원고들이 지급을 구하는 가불금 명목의 돈은, 2015년 1월부터 2015년 7월 또는 같은 해 9월까지 사이에 공제되었던 것임

[소송의 경과]

- 제1심 : 주위적 청구 전부 기각, 예비적 청구 일부 인용



- (주위적 청구 관련) 구 여객자동차법 제21조 제1항은 택시운송수입금 의 전액 수납의무만을 규정하고 있고 개별 사업장의 임금 수준, 급여체계 등 근로조건에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점 등을 고려할 때 이 사건 공제가 구 여객자동차법 제21조 제1항을 위반 하였다고 볼 수 없으며, 원고들이 주장하는 다른 강행법규에 위반하여 무효라고도 볼 수 없음
- (예비적 청구 관련) 이 사건 공제의 결과 근로자들에게 지급된 임금 액수가 최저임금에 미달 한다면 이 사건 공제는 최저임금액에 미치지 못하는 금액만을 급여로 지급할 수 있다는 부분에 한해서는 무효이므로, 피고는 원고들에게 최저임금 미달액을 지급하여야 함
 - 위에서 든 예시를 기준으로 하면, 미달액 75만 원이 공제된 후의 실제 지급된 임금을 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단하였다는 의미임
- ▣ 항소심 : 주위적 청구 전부 기각(원고들의 항소 기각), 예비적 청구 전부 기각(원고들의 항소 기각, 피고의 항소 인용)
- (주위적 청구 관련) 제1심과 비슷한 취지로 판단하였음
- (예비적 청구 관련) 택시운송사업의 특성, 2015년 임금협약의 체결 경위 등에 비추어 볼 때 이 사건 공제 이전의 급여를 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단함이 타당한데, 2015년 임금협약에 따른 기본급(약정된 임금액)은 최저임금 이상이므로, 이 사건 공제 결과 실제 지급된 임금이 최저임금에 미치지 못하더라도 이를 최저임금법 위반이라 할 수 없음
 - 위에서 든 예시를 기준으로 하면, 미달액 75만 원이 공제되기 전의 약정임금을 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단하였다는 의미임
- 이에 원고들이 상고하였음

[대상판결의 이유]

가. 상고이유 쟁점

(1) 주위적 청구 관련

- ▣ 운송수입금 전액관리제를 시행하되 별도로 정한 기준액에 미달하는 운송수입금을 납부한 경우 그 미달액을 월 급여에서 공제하기로 정한 단체협약이, 구 「여객자동차 운수사업법」 (2016. 1. 19. 법률 제13800호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항에 위반하는 등으로 효력이 없는지 여부



(2) 예비적 청구 관련

- 단체협약에 따라 운송수입금 전액관리제를 시행하면서 기준운송수입금미달액을 임금에서 공제한 경우, 공제 전의 임금과 공제 후의 임금 중 어느 것을 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 하는지 여부

나. 판결 결과

- 원심 판결 중 예비적 청구 부분 파기환송, 주위적 청구 부분에 대한 상고 기각

다. 판단 근거

- (1) 주위적 청구 관련 [운송수입금 전액관리제를 시행하면서 동시에 기준운송수입금을 정해 그 미달액을 급여에서 공제하는 내용의 단체협약이, 구 여객자동차법 제21조 제1항(운송수입금 전액관리제)을 위반한 것인지: 부정]
- 구 여객자동차법은 제21조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 운송사업자는 제24조에 따른 운전업무 종사자격을 갖추고 여객자동차운송사업의 운전업무에 종사하고 있는 자(이하 연구 이전부분까지 ‘운수종사자’)가 이용자에게서 받은 운임이나 요금(이하 ‘운송수입금’)의 전액을 그 운수종사자에게서 받아야 한다.”라고만 정하고, 수납한 운송수입금의 배분이나 개별 사업장의 임금 수준, 급여체계 등 근로조건에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않았음. 따라서 구 여객자동차법 하에서는 운송사업자가 운수종사자로부터 운송수입금의 전액을 받은 후 이를 배분하는 방식 등 근로조건을 노사 간의 자율적인 협의로 결정할 수 있으므로, 운송사업자가 운수종사자들로부터 근무 당일의 운송수입금 전액을 받는 이상 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준운송수입금액에 미치지 못하는 경우에는 월정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것도 원칙적으로 가능하고, 그러한 공제 행위가 구 여객자동차법 제21조 제1항을 위반한 것이라고 볼 수도 없음
- 같은 취지에서 원심이 이 사건 공제가 구 여객자동차법 제21조 제1항이 정한 운송수입금 전액관리제를 위반하지 않았다고 판단한 것은 정당함. 이와 같은 취지로 판단하였던 대법원 2007. 3. 30. 선고 2004두7665 판결을 변경할 이유도 없음
- 이 사건 공제가, 원고들이 주장하는 그 외의 다른 강행법규를 위반하였다고 보기도 어려움



(2) 예비적 청구 관련[‘기준운송수입금 - 실제 납입한 운송수입금’을 급여에서 공제한 경우, 최저임금법 위반 여부를 판단하는 기준액수가 약정 급여인지, 공제 후 실제 지급받은 급여인지: 특별한 사정이 없는 한 공제 후 실제 지급받은 급여를 기준으로 최저임금법 위반 여부를 심라 판단해야 함)

■ 최저임금법 및 근로기준법 규정 내용을 종합하면, 단체협약에 임금의 일부를 공제하기로 하는 규정을 둔 사안에서 지급된 임금이 최저임금에 미달하는지 여부를 판단할 때에는 특별한 사정이 없는 한 이를 공제하기 전의 임금을 토대로 최저임금법령에 따라 최저임금에 산입되는 임금(이하 ‘비교대상 임금’)을 계산한 후 이를 최저임금액과 비교하는 것이 원칙임

■ 구 여객자동차법 하에서 택시운송사업자가 운송수입금 전액관리제를 시행하면서, 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준운송수입금액에 미치지 못하는 경우 택시운전근로자의 월정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것 자체는 허용됨. 그러나 이러한 공제가 이루어진 경우에는 택시운전근로자가 운송수입금의 전부 또는 일부를 택시운송사업자에게 납부하지 않음으로써 공제액이 발생하게 되었거나 공제액이 증가하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위에서 본 원칙과는 달리 기준운송수입금 미달액을 공제한 후의 급여를 토대로 비교대상 임금을 계산하여 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 함

■ 원심이 원고들이 운송수입금의 전부 또는 일부를 피고에게 납부하지 않았다는 등의 사정이 존재하는지 여부에 대해서는 심리하지 않은 채, 피고가 원고들에게 지급한 임금이 최저임금에 미달하는지 여부를 판단할 때에는 이 사건 공제 이전의 급여를 기준으로 하여야 한다고 전제한 다음, 이 사건 공제 이전의 기본급이 최저임금 이상이라는 이유를 들어 원고들의 예비적 청구를 모두 기각한 것에는 판결에 영향을 미친 잘못이 있음

[연구]

1. 문제의 제기

우리나라 택시업계는 지난 수십여년간 거의 대부분 사납금제로 운영되어 왔다. 법률상으로는 1990년대 말부터 사납금제가 폐지되고 전액관리제를 도입하도록 되어 있었으나 그동안 관련

규정이 사실상 사문화되고 있다가 2020. 1. 1.부터는 본격적으로 전액관리제가 실시되었다.

사납금제하에서는 택시운전근로자(이하 ‘기사’라고 한다)가 운송수입금 중 일정액을 기준 운송수입금으로 회사에 납부하여 회사가 기사에 대한 고정급 및 기타 운영경비에 대한 재원으로 삼고, 기준운송수입금초과금액(이른바 ‘초과운송수입금’)은 기사의 개인수입으로 하는 방식을 취해왔다.

한편으로 실제 운송수입금 납부액이 사납금에 미치지 못하는 경우에는 월정액급여에서 그 기준운송수입금미달액(이하 ‘미달액’이라고 한다)을 공제하는 것이 보통이고, 대법원도 그와 같은 방식의 임금지급형태의 유효성을 인정해왔다.

그런데 대선평결을 통해 대법원은 구 여객자동차법하에서 택시운송사업자가 운송수입금 전액관리제를 시행하면서, 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준운송수입금액에 미치지 못하는 경우 기사의 월정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것 자체는 허용되지만 이러한 공제가 이루어진 경우에는 기사가 운송수입금의 전부 또는 일부를 택시운송사업자에게 납부하지 않음으로써 공제액이 발생하게 되었거나 공제액이 증가하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위에서 본 원칙과는 달리 기준운송수입금 미달액을 공제한 후의 급여를 토대로 비교대상 임금을 계산하여 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 한다고 판시하여 공제를 제한하는 판결을 하였다.

예를 들어 2015년 3월의 어떤 기사의 월고정급여는 120만 원인데(그해 소정근로시간에 상응하는 월최저임금은 1,166,220원) 월기준운송수입금 275만 원에 75만 원 미달한 200만 원만 임금하여 미달액 75만 원을 공제후 45만 원을 지급한 경우 비교대상임금이 120만 원인지 45만 원인지인지가 문제된다.

대선평결의 원심은 임금협정에 따라 공제 전 고정급여(위 설례에서 120만 원)가 비교대상임금이므로 최저임금법 위반이 아니라고 판단하였다, 대선평결에서는 공제 이후 실제로 받은 급여(위 설례에서 45만 원)가 비교대상임금이므로 최저임금법에 위반될 수 있다고 보아 원심을 파기환송한 것이다.

그리하여 미달액 처리와 관련된 실무관행 및 재판업무에 변화가 불가피하게 되었다.



대법원은 대상판결에 대한 보도자료를 통하여 대상판결은 2020. 1. 1.자로 전액관리제가 본격적으로 실시되기 이전의 사안에 대하여만 적용되는 것이라고 밝히고 있지만, 현재도 군단위 지역은 전액관리제가 적용되지 않고 있고 전액관리제가 실시되는 지역도 제대로 실시되는 지역이나 업체는 많지 않고 여전히 사납금제로 운영되는 경우가 많다. 이에 대상판결의 법리가 그런 경우에도 그대로 적용될 수 있을지 여부는 논란의 여지를 남겨두고 있다.

이에 위 대법원판결의 당부를 검토하여 기사의 임금에서 미달액공제와 최저임금보장을 둘러싼 바람직한 해석론을 정립해 보고자 한다.

2. 임금채권과 상계 및 공제에 관한 일반론

가. 임금보호의 필요성과 이를 위한 각종 제도

임금은 근로자 및 그 가족의 생활을 지탱하는 재원이 된다. 근로자 및 그 가족의 생활을 보호하기 위하여 근로기준법을 비롯한 여러 법에서 임금채권의 우선변제 등에 관한 규정을 두고 있고,¹⁾ 지급방법과 관련하여 근로기준법 제43조는 근로자의 생계수단인 임금을 확실하고 신속하게 근로자가 직접 수령할 수 있도록 임금지급방법에 관하여 통화지급·직접지급·전액지급·월 1회 이상 정기지급의 원칙을 규정하고 있다.

아울러 최저임금법을 통하여 임금액수의 최저한도를 정하고, 도급사업에 대한 임금채권의 보호도 규정하고 있다.²⁾

그 외 임금채권에 대하여는 상계³⁾나 압류⁴⁾를 제한하고 있다.

1) 근로기준법 제38조, 근로자퇴직급여보장법 제12조

2) 근로기준법 제44조, 제44조의2, 제44조의3

3) 근로기준법 제21조

4) 민사집행법 제246조 제1항, 건설산업기본법 제88조 제1항



나. 임금채권에 대한 상계

근로기준법 제21조는 「사용자는 전차금(前借金)이나 그 밖에 근로할 것을 조건으로 하는 전대(前貸)채권과 임금을 상계하지 못한다」고 규정하고 있는데, 위와 같은 명문의 규정에 의한 상계금지 이외에, 「임금은 통화(通貨)로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다」고 규정하고 있는 근로기준법 제43조 제1항 본문을 근거로 하여 일반적으로 임금채권을 수동채권으로 하는 상계가 금지된다고 본다.

대법원 1976. 9. 28. 선고 75다1768 판결은 「...근로자가 받을 퇴직금도 임금의 성질을 가진 것이므로 그 지급에 관하여서는 근로기준법 제36조⁵⁾에 따른 직접 전액지급의 원칙이 적용될 것이니, 사용자는 근로자의 퇴직금 채권에 대하여 그가 근로자에 대하여 지니고 있는 불법행위를 원인으로 하는 채권으로 상계할 수는 없다...」고 판시하였다.

위 대법원 판례에 의할 때 임금채권에 대한 상계의 금지라는 원칙이 임금의 직접지급의 원칙에서 나오는 것인지 전액지급의 원칙에서 나오는 것인지 명백하지 않다(직접지급의 원칙에 대하여서는 근로기준법상 예외가 인정되지 않는 데 반하여 전액지급의 원칙에 대하여는 일정한 경우 예외가 인정된다).

또 대법원 1977. 5. 24. 선고 77다309 판결은 원고가 소외 단위농협에서 근무하다 퇴직하여 퇴직금 채권이 있었는데 피고는 원고에 대한 채무명의로 퇴직금 전액을 압류·전부받아 위 소외 조합으로부터 이를 수령하자, 원고가 그중 반액을 부당이득으로 반환을 청구한 사안에 관하여, 원고의 부당이득반환청구를 인정하고 피고의 상계주장을 상계가 허용되지 않는다는 이유로 배척한 원심의 조치에 대하여, 위 부당이득반환채권이 퇴직금 채권의 변형으로서 실질적으로 퇴직금채권과 동일하게 보아야 할 것이라고 하면서 이를 지지하고 있다.

이러한 문제에 관하여 일본의 판례,⁶⁾ 다수설⁷⁾은 임금채권을 수동채권으로 하는 상계는 전액지급의 원칙에 기하여 금지된다고 보고 있다. 따라서 전액지급의 예외에 해당하는 경우(즉 법령

5) 현재의 근로기준법 제43조에 해당

6) 일본 최고재판소 1956. 11. 2. 판결(민집 제10권 11호 1413면 이하)

7) 松岡三郎 條解 勤勞基準法(上), 私文堂 299면 松林和夫, 「賃金債權の相殺」, 別冊 ジコリスト 労働判例百選(第四版), 1981, 90면.



이나 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우)에는 일정한 조건(당해 근로자의 동의) 및 한도(임금 채권의 압류금지에 관한 일본 민사집행법 제152조)하에 상계가 허용된다고 본다.

다만 임금이 어떤 이유(가령 계산의 착오 또는 그 임금지급기간 중 임금지급일이 지난 후의 결근 등 임금감액사유가 발생한 경우 등)로 초과지급된 경우 근로자는 초과지급된 임금부분에 대하여 부당이득반환채무를 지게 되는데 이 채무와 다음 기 이후의 임금채무를 상계하는 이른 바 조정적 상계에 관하여는 실질적으로 보면 본래 지불하여야 할 임금은 그 전액의 지불을 받은 결과로 되는 것이라는 이유로, 「그 행사의 시기, 방법, 금액 등으로 보아 근로자의 경제생활의 안정과의 관계상 부당하다고 인정되지 않는 것이라면 금지되지 않는다」는 취지의 일본 최고재판소 1969. 12. 18. 판결이 있다.

대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결도 「일반적으로 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하므로 사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로서 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못하는 것이 원칙이나, 계산의 착오 등으로 임금이 초과 지급되었을 때 그 행사의 시기가 초과 지급된 시기와 임금의 정산, 조정의 실질을 잃지 않을 만큼 합리적으로 밀접되어 있고 금액과 방법이 미리 예고되는 등 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 경우나, 근로자가 퇴직한 후에 그 재직 중 지급되지 아니한 임금이나 퇴직금을 청구하는 경우에는 초과 지급된 임금의 반환청구권을 자동채권으로 하여 상계하는 것은 무방하다. 따라서 근로자가 일정 기간 동안의 미지급 법정수당을 청구하는 경우에 사용자가 같은 기간 동안 법정수당의 초과 지급 부분이 있음을 이유로 상계나 그 충당을 주장하는 것도 허용된다.」고 하고 있다.

이상과는 반대로 근로자 쪽에서 임금채권을 자동채권으로 하여 상계를 하는 것은 그것이 사용자의 강압 등에 의한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용된다고 본다. 또 사용자와 근로자의 계약에 의한 상계에 관하여는 사용자의 압박에 의한 상계계약이 이루어짐으로써 상계금지의 원칙에 대한 탈법행위가 야기될 우려가 있다는 이유로 이를 무효로 보는 견해가 있으나, 근로자의 자유로운 의사에 기한 상계계약의 경우는 유효로 보아도 좋을 것으로 보인다. 다만 이 경우 자유로운 의사에 기한 것인지 여부의 판단은 대등한 사법상 계약당사자 사이의 계약의 경우와는 달리 종속노동관계에 있는 사용자-근로자의 지위의 차이 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.⁸⁾



다. 미달액공제에 관한 기존의 판례

구 자동차운수사업법(현 여객자동차운수사업법, 1994. 8. 3. 법률 제4780호로 개정된 것)에 따라 운송수입금 전액을 택시회사에 납부하도록 하는 내용의 전액관리제는 1997. 9. 1.부터 시행되었다.

그런데 위 개정법은 단순히 ‘운송사업자는 운송수입금을 전액 수납하고, 운수종사자는 위 전액을 납부하여야 한다.’는 취지로만 정하고 있었고, 입금된 운송수입금을 어떻게 사용할지를 규정하지 않고 있었다.

그리하여 종래 대법원은, 구 여객자동차법이 운송수입금의 전액 수납의무만을 규정할 뿐 전액 수납된 운송수입금의 배분에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 운송수입금이 전액 수납되었음을 전제로 운송수입금을 배분하는 것과 관련해서는 노사 합의로 결정할 수 있고 이는 운송수입금 전액관리제 위반이 아니라고 본 바 있다.

즉 대법원 2007. 3. 30. 선고 2004두7665 판결은 「여객자동차 운수사업법(이하 ‘법’이라 한다) 제85조 제1항에 의하면, 제22조 제1항의 규정에 위반한 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처하고, 법 제76조 제1항 제9호의2에 의하면, 여객자동차운송사업자가 제22조 제1항의 규정에 의한 준수사항을 위반하여 과태료처분을 받은 날부터 1년 이내에 3회 이상 위반한 때에는 면허등을 취소하거나, 6월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나, 감차를 수반하는 사업계획의 변경을 명하는 처분 등을 할 수 있는바, 위 과태료처분이나 감차처분 등은 규정 위반자에 대하여 처벌 또는 제재를 가하는 것이므로 법이 정하고 있는 처분대상인 위반행위를 함부로 유추해석하거나 확대해석하여서는 아니 된다고 할 것이다. 그런데 법 제22조 제1항은 “대통령령이 정하는 운송사업자는 운수종사자가 이용자로부터 수령한 운임 또는 요금(이하 ‘운송수입금’이라 한다)의 전액을 당해 운수종사자로부터 납부받아야 한다.”고만 정하고 수납한 운송수입금의 배분에 관하여 따로 정하고 있지는 않는 등 운송수입금의 전액 수납의무만을 규정하고 있음이 그 문언상 명백할 뿐만 아니라, 개별 사업장의 임금의 수준, 급여체계 등 근로조건에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로 운송사업자가 운수종사자로부터 전

8) 정현수, 「임금채권의 보호」, 『재판자료』 제39집, 법원행정처, 535면



액을 납부받은 운송수입금의 배분 등 근로조건에 관하여는 근로기준법 등 노동관계법이 정하는 바에 따라 노사 간의 자율적인 협의로 결정할 수 있다고 할 것이다。」라고 판시하였다.

당시에도 운송수입금 전액 수납 및 관리를 필요로 한다는 견해와 전액 수납만으로 충분하다는 견해가 대립하고 있었으나, 대법원은 과태료처분이나 감차처분 등 제재적 처분을 함에 있어서 처분대상인 위반행위를 함부로 유추해석하거나 확대해석하는 곤란하다는 점을 강조하면서 여객자동차운수사업법 제22조 제1항의 의미를 엄격하게 해석하였다.⁹⁾

아울러 미달액을 임금에서 공제하는 것이 일종의 합의에 의한 상계에 해당한다는 생각도 바탕에 두고 있었던 것으로 보인다.

또한 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도8221 판결은 「단체협약에서 운송수입금 전액관리제를 시행하되 운송수입금 납부액이 기준운송수입금에 미달한 경우 그 차액을 임금에서 공제하기로 정하는 것이 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정되기 전의 것) 제42조 제1항 본문에 의한 임금의 전액지급 원칙 등에 위반되지 않는다」는 취지로 판단한 바 있다.

대상판결의 주위적 청구에 대한 판단은 기존의 판례의 입장을 재확인한 것이다.

3. 대상판결의 이유에 대한 검토

가. 절차적 문제

대상판결에서 문제가 되는 부분은 예비적 청구에 대한 판단이다.

대상판결이 선고되기 이전의 대법원판례나 실무관행은 미달액공제에 관하여 특별한 제약이나 제한이 없이 인정해왔다. 그리하여 공제후 임금이 최저임금에 미달한 경우에도 최저임금법 위반 여부가 문제되지 아니하였다. 그런데 대상판결을 통하여 미달액공제의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 공제 전의 약정급여액을 기준으로 할 것이 아니라 공제후 실제 지급된 급여액을

9) 임영호, 여객자동차운수사업법 제22조 제1항 소정의 운송수입금 전액 관리제 대법원판례해설 69호 법원도서관 (2007. 12.), 61면



기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단해야 한다고 판시하였다.

이는 미달액공제에 제한을 가한 실질적인 판례변경에 해당하므로, 법원조직법 제7조 제1항 3호에 따라 전원합의체판결을 통하여 판결하였어야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

택시업계 노사 간의 권리의무관계나 실무에 큰 영향을 미치는 실질적인 판례변경은 신중을 기하여야 한다. 소부에서의 판결을 통하여 그와 같이 판단을 한 것은 절차적인 하자로 지적된다.

나. 적용범위의 모호성

대상판결은 구 여객자동차법하에서 택시운송사업자가 운송수입금 전액관리제를 시행하면서, 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준운송수입금액에 미치지 못하는 경우 이를 임금에서 공제할 수 있도록 단체협정에서 규정하고 있는 사안의 경우이다.

앞서 본 바와 같이 구 자동차운수사업법(현 여객자동차운수사업법, 1994. 8. 3. 법률 제4780호로 개정된 것)에 따라 운송수입금 전액을 택시회사에 납부하도록 하는 내용의 전액관리제는 1997. 9. 1.부터 시행되었지만, 개정법은 단순히 ‘운송사업자는 운송수입금을 전액 수납하고, 운수종사자는 위 전액을 납부하여야 한다.’는 취지로만 정하고 있었고, 입금된 운송수입금을 어떻게 사용할지를 규정하지 않고 있었다.

따라서 구 자동차운수사업법하에서는 운송사업자가 운수종사자로부터 운송수입금의 전액을 받은 후 이를 배분하는 방식 등 근로조건을 노사 간의 자율적인 협의로 결정할 수 있으므로, 운송사업자가 운수종사자들로부터 근무 당일의 운송수입금 전액을 받는 이상 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준운송수입금액에 미치지 못하는 경우에는 월정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것도 원칙적으로 가능하고, 그러한 공제 행위가 구 여객자동차법 제21조 제1항을 위반한 것이라고 볼 수도 없다고 보았다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2004두7665 판결 등 참조).

이에 따라 위 규정에도 불구하고 운송사업자가 일정한 기준운송수입금을 정한 후 그 금액을 기사로 하여금 운송사업자에게 지급하도록 하고, 운송수입금 납입액이 기준운송수입금을 초과하는 경우에는 운송수입금 납입액에서 일정한 경비를 공제한 후 나머지를 기사에게 지급하고,



반대로 운송수입금 납입액이 기준운송수입금에 미달하는 경우에는 급여에서 그 미납금을 공제하는 형태의 실질적인 사납금제가 그대로 유지되었다.

그런데 일부 노동단체와 정치인들이 주축이 되어 사납금제도가 장시간 택시노동을 조장하는 등 기사들의 처우를 어렵게 한다고 주장하며 사납금제도를 근절하고 기사들의 처우를 개선하며 국민에 대한 양질의 택시서비스제공에 이바지한다는 명분으로 현행 여객자동차운수사업법 제 21조 제1항, 제26조 제2항이 신설되어 2020. 1. 1.부터 시행되게 되었다.

2020. 1. 1. 이전에도 법률상은 전액관리제를 실시하도록 되어 있었고 위반시 과태료 등이 부과될 수 있으므로, 대부분의 택시회사의 단체협약에는 기사들의 운송수입금 전액납부의무를 명시하는 등 형식적으로는 전액관리제를 실시하는 것처럼 규정하되 실질적으로는 운송수입금 중 사납금을 넘는 초과운송수입금은 기사에게 다시 돌려주어 사납금제와 같이 운영하는 이른바 무늬만 전액관리제인 경우가 대부분이었다(제1유형). 임금협정상으로 운송수입금 전액납부의무가 없고 사납금만 납부하면 된다고 공공연하게 사납금제를 규정한 임금협정을 둔 경우(제2유형)는 찾아보기 힘들다.

대사판결의 피고 회사처럼 제1유형을 명시한 경우도 그 규정 자체가 형식적일 수 있고, 실제로 대부분의 회사들은 그와 같이 형식적으로 규정하고 있었다.

만약 임금협정상으로도 운송수입금 전액납부의무를 규정하지 않고 단순히 사납금만 납부하면 되는 것처럼 기재한 순수한 형태의 사납금제를 명시하고 있는 경우, 즉 제2유형의 경우에도 대사판결의 법리가 그대로 적용될 수 있을지는 의문이다.

제2유형의 경우에는 기사들은 사납금만 납부할 의무를 부담할 뿐, 운송수입금 전액납부의무 자체가 없으므로, 대사판결이 밝히고 있는 특별한 사정 즉 운송수입금의 전부 또는 일부를 회사에 납부하지 않았다는 등의 사정을 심리하는 것이 무의미하므로, 대사판결의 법리는 적용될 수 없을 것으로 보인다.

2020. 1. 1. 이전에는 매출액이 같은 경우 제1유형이나 제2유형이나 실질적으로는 임금정산 방식이나 임금액수에 차이가 없었다.

그렇다면 대사판결은 실질적인 임금지급형태는 동일하지만 형식적으로나마 임금협정에 운송수입금 전액납부의무를 규정하였는지 여부에 따라 대사판결의 법리가 적용될지 여부가 갈려 설득력이 부족하고 형평에 반한다.

다. 대상판결의 구체적인 이유 및 이에 대한 검토

1) 대상판결의 구체적인 이유

대상판결은 「(1) 최저임금법은 사용자로 하여금 국가가 정한 임금액의 최저한도 이상을 근로자에게 지급하도록 강제하고, 나아가 최저임금에 미달하는 임금 차액에 대한 근로자의 임금 청구권을 직접 인정하고 있다(대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체판결 참조). 한편 2008. 3. 21. 법률 제8964호로 개정(특별시, 광역시, 특별자치시가 아닌 시 지역에서는 2010. 7. 1.부터 시행)된 최저임금법 제6조 제5항은 일반택시운송사업에서 운전업무에 종사하는 근로자의 비교대상 임금의 범위에서 ‘생산고에 따른 임금’을 제외하도록 하였는데, 이는 택시운전근로자가 받는 임금 중 고정급의 비율을 높여 운송수입금이 적은 경우에도 최저임금액 이상의 임금을 받을 수 있도록 보장함으로써 보다 안정된 생활을 영위할 수 있도록 하려는 취지이다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2016다9261, 9278 판결, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마477 전원재판부 결정 참조). 따라서 택시운전근로자가 운송수입금을 전액 납부한 이상, 단순히 생산고가 높지 않아 운송수입금이 적게 됨에 따라 기준운송수입금 미달액이 월정액급여에서 공제되는 경우에도 최저임금액 이상의 임금을 보장하는 것이 최저임금법의 취지에 부합한다.

(2) 운송수입금 전액관리제는 종래 일반택시운송사업의 일반적인 임금형태였던 사납금제가 안고 있는 여러 문제점을 개선하여, 일반택시운송사업자의 기업경영의 투명성을 제고함과 아울러 택시운전근로자의 생활안정을 꾀함으로써 택시의 무리한 운행요인을 줄여 택시이용자에 대한 서비스의 질을 향상시키기 위한 목적으로 도입되었다(헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 97헌마345 전원재판부 결정 등 참조). 또한 「여객자동차 운수사업법」은 운송수입금 전액관리제에 관한 규정을 두는 것 외에도 일반택시운송사업과 관련하여 국가에 의한 면허 제도를 운영하면서 상당한 규제와 지원을 함께 하고 있는데, 이는 일반택시운송사업이 가지는 공공성을 전제로 택시운송사업에 관한 질서를 확립하고 여객의 안전하고 원활한 운송을 도모하여 궁극적으로는 국민의 공공복리를 증진하고자 하는 것이다(위 대법원 2016다2451 전원합의체 판결 참조). 이러한 「여객자동차 운수사업법」의 관련 규정과 운송수입금 전액관리제의 취지 및 일반택시 운송사업의 공공성 등을 고려하면, 운송수입금 전액관리제를 시행하는 사업장에서 운송수입금을



전액 납부하였음에도 납부액이 기준운송수입금액에 미치지 못하여 그 미달액을 월정액급여에서 공제함에 따라 택시운전근로자가 최저임금 수준마저 보장받지 못하게 되는 것은 사회적 이익의 측면에서도 받아들이기 어렵다.

(3) 노사 합의로 기준운송수입금 미달액공제가 이루어진 경우라 하더라도, 그러한 사정만으로 위에서 본 바와 같은 최저임금법 등의 취지를 무시하고 공제 전의 급여를 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단할 수는 없다. 오히려 이러한 공제가 이루어진 경우에도 기준운송수입금 공제 전의 임금을 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단하게 되면, 기준운송수입금이 해당 사업구역의 택시요금이나 택시 수요 등에 부합하지 않게 비현실적으로 높은 금액으로 정해지는 등으로 택시운전근로자가 운송수입 금을 전액 납부하였음에도 불구하고 본래 받아야 할 월정액급여의 대부분이 공제되는 결과가 초래되는 경우에도 이를 유효하다고 판단할 수밖에 없는 불합리한 결과가 초래된다.」 라고 하여 3가지 정도의 이유를 들고 있다.

2) 검토

(가) 개관

대상판결은 최저임금법의 특례조항실시와 전액관리제의 입법취지와 월기준운송수입금이 비현실적으로 높은 경우 미달액공제가 많이 이루어질 가능성 등을 주요 근거로 삼고 있다.

그러나 최저임금법특례조항이나 전액관리제 관련규정은 대상판결이 나오기 훨씬 전부터 시행되고 있었고, 대상판결의 사안이 전액관리제가 강화된 2020. 1. 1.이전의 사실관계에 대한 것이라는 점을 감안하면 미달액 전액공제를 인정하던 시절과 비교해 법률적 환경변화가 없다.

다음으로 월기준운송수입금이 비현실적으로 높을 것이라는 것도 다소 비현실적인 가정이다. 그 외 기본적인 전제나 실효성 측면에서 몇 가지 문제점이 있어 차례로 검토해 보기로 한다.

(나) 법률적 환경의 변화 여부

대상판결은 고정급의 비중을 늘리려는 최저임금법특례조항이나 전액관리제의 입법취지를 주요한 논거로 들고 있다. 그러나 최저임금법특례조항이나 전액관리제 관련규정은 대상판결이 나오기 훨씬 전부터 시행되고 있었고, 대상판결의 사안이 전액관리제가 강화된 2020. 1. 1.이전의



사실관계에 대한 것이라는 점을 감안하면 미달액 전액공제를 인정하던 시절과 법률적 환경변화가 없다.

최저임금법특례조항은 최저임금법 위반 여부를 논할 비교대상임금에 고정급만 포함시키고 성과급은 배제하여 고정급의 비중을 늘리라는 취지이지, 고정급에서 미달액을 전혀 공제하지 말라는 내용은 없다. 고정급액수의 비중을 늘리는 것과 상계 및 공제는 전혀 다른 차원의 문제이다.

또한 미달액을 공제할 경우 공제 후 임금으로 최저임금법 위반 여부를 판단하라는 명시적인 규정도 없다.

뿐만 아니라 전액관리제 관련규정은 대상판결이 나오기 훨씬 전부터 시행되고 있었고 그 내용을 보아도 운송수입금을 전액 입금하라고만 되어 있지 입금 후 배분에 관하여는 규정하고 있지 않았다. 그리하여 대법원도 미달액공제가 합법이라고 하였다.

따라서 최저임금법 특례조항의 취지나 전액관리제 관련 규정의 입법취지를 가지고 대상판결과 같은 결론을 이끌어 내는 것은 논리적 비약이고, 명문의 규정이 없이 그와 같이 판결을 하는 것은 해석론의 한계를 뛰어넘은 것이 아닌가 생각된다.

더욱이 최저임금법 위반은 형사책임의 문제를 수반하므로,¹⁰⁾ 명문의 규정없이 함부로 유추해석하거나 확장해석하는 것은 대단히 위험하다.

(다) 기준운송수입금의 비현실적 과다책정 여부

대상판결은 기준운송수입금이 비현실적으로 높아 기사가 운송수입금을 전액 납부하였음에도 불구하고 본래 받아야 할 월정액급여의 대부분이 공제되는 결과가 초래될 가능성을 근거로 삼고 있다.

그러나 우선 대상판결의 사안에서 기준운송수입금이 비현실적으로 높다는 사정은 특별히 나타나지 않고 있다.

오히려 택시회사의 기준운송수입금은 대부분 소정근로시간에 최저임금시급을 감안해서 정해지는데, 소정근로시간이 단축된 것이 최저임금법을 잠탈하여 무효라고 본 대법원 2019. 4. 18.

10) 최저임금법 제28조



선고 2016다2451 전원합의체 판결¹¹⁾이 나오기 전까지만 해도 우리나라 택시회사들은 거의 모두 적은 소정근로시간체제를 취하고 있었다.

그러다 보니 기준운송수입금도 상대적으로 낮은 편이었다. 기사들의 급여체계는 대부분 적은 소정근로시간, 적은 기준운송수입금, 적은 고정급, 많은 초과운송수입금체제를 유지하고 있었다.

특례조항시행 이전에는 대부분의 택시회사들이 법정근로시간대로 기계적으로 소정근로시간을 정하는 것이 보통이었지만, 최저임금법 특례조항 시행 이후에는 그와 같은 소정근로시간을 유지하고 있는 경우는 거의 없고 대부분 소정근로시간이 단축되었다.

기사들의 입장에서는 소정근로시간을 적게 하고 이에 연계하여 정해지는 기준운송수입금도 적게 하여 기준운송수입금 부담을 낮추고 대신 초과운송수입금을 많이 얻는 것이 절대적으로 유리하고 지금도 대부분 그런 체제를 선호하고 있다. 각종 인·허가권과 관리감독권한을 갖고 있는 지방자치단체도 대체로 사납금 인상을 억제하여 실질적으로 비과세로 운영되어 온 초과운송수입금을 많이 취하도록 하여 실질임금을 늘리는 정책을 취하였으므로 사납금이 비현실적으로 높아 공제

전라북도 근로자 확보 현황

12.31. 기준

구 분	업체수	면허대수	근로자수	대당 근로자 확보율
2009년	94업체	3,815대	4,389명	1.150명
2010년	92업체	3,779대	4,311명	1.141명
2011년	92업체	3,779대	4,121명	1.091명
2012년	91업체	3,673대	3,880명	1.056명
2013년	91업체	3,549대	3,733명	1.052명
2014년	91업체	3,461대	3,604명	1.041명
2015년	90업체	3,368대	3,427명	1.018명
2016년	89업체	3,305대	3,371명	1.020명
2017년	89업체	3,218대	3,192명	0.992명
2018년	89업체	3,162대	3,111명	0.984명
2019년	89업체	3,111대	3,023명	0.972명
2020년	88업체	3,001대	2,566명	0.855명
2021년	88업체	2,864대	2,387명	0.833명

(전라북도의 면허대수 대비 기사확보현황)

11) 위 전원합의체 판결에 대하여는 필자가 2020. 7. 1. 서울지방법원사회 판례연구에서 평석을 발표한 바 있다. 자세한 내용은 서울지방법원사회 2020 판례연구 제34집 제1권 202면 이하 참조

액이 너무 많을 것이라는 것은 현실과 부합하지 않다.

다음으로 기사들의 장시간 근로방지와 차량정비시간 확보, 가동을 제고 등을 종합하면, 1일 2교대제가 가장 이상적인 근무형태이다. 최저임금법 특례조항 시행 이전의 과거의 임금협정도 대개 이에 맞추어 체결되었다. 그렇게 하기 위하여는 차량 1대당 2.3명 정도의 기사가 확보되는 것이 적정한데, 현실은 그렇지 않은 편이다. 대상판결의 피고회사가 소재한 전북지역의 연도별 면허대수 대비 기사 확보현황은 다음과 같다.

갈수록 기사확보율이 떨어져 2017년부터는 택시 1대당 1명 미만이 되었는데 그와 같은 정도로는 1인 1차제도 하기 힘든 상황이다.¹²⁾ 이는 다른 지역도 마찬가지이고 2023년 서울의 법인 택시 가동율은 30% 정도에 불과하다.

그러다 보니 근로조건 등 결정면에서 협상의 우위가 기사들에게 넘어간지 오래되었고 회사가 일방적으로 비현실적인 기준운송수입금을 책정한다는 것은 일어나기 어려운 일이다.

현재 택시업계의 소송에서 주로 문제되는 최저임금, 운송비용전가금지,¹³⁾ 도급제, 초과운송수입금 관련 퇴직금¹⁴⁾ 소송은 대부분 기사들이 협상의 우위에 서서 자신들에게 유리하게 임금협정이나 근로계약을 체결해 놓아 실리를 취해 놓고도 나중에 그것이 강행규정에 위반되어 무효라고 주장하며 소송을 제기하고, 법원이 노사관계에서 신의칙을 극히 제한적으로 적용하여 논란이 되는 경우가 대부분이다.

이런 상황을 보면 기준운송수입금이 비현실적으로 높게 책정되어 기사가 운송수입금을 전액 납부하였음에도 불구하고 본래 받아야 할 월정액급여의 대부분이 공제되는 결과를 초래한다는 것은 현실의 세계에서는 발생하기 어렵다.

12) 서울 이외의 지역은 이미 대부분 1차제로 전환되었고 서울도 급속도로 1차제로 전환되고 있다.

13) 이에 대하여는 필자가 판례평석을 발표한 바 있다. 자세한 것은 서울지방법원소사회 판례연구 36-1집 233면 이하 참조

14) 이에 대하여도 필자가 2023. 3. 15. 서울지방법원소사회에서 판례평석을 발표한 바 있다.



(라) 기본적인 전제상의 오류

대상판결은 기사들이 모두 성실히 근로를 하지만 매출이 저조하다는 등의 사유로 미달액이 발생할 것을 전제로 하고 있다.

그러나 이는 근본적으로 잘못된 전제이다.

택시운송사업의 특성상 기사는 차고지에서 배차를 받은 순간부터 차고지로 차량을 반환할 때까지 대부분의 시간을 사업장 밖에서 보내게 되고, 정해진 노선이 없는 상태에서 스스로 운행 여부, 운행시간과 장소를 결정하기 때문에 사용자는 기사의 근로 여부를 실질적으로 지휘·감독할 방법이 없다.

버스, 철도와 같이 정해진 노선을 운행하는 다른 대중교통수단의 운전자들과는 사정이 완전히 다르다고 할 수 있다.

이와 같이 근로시간을 산정하기 어려운 경우에 관하여 근로기준법 제58조는 소정근로시간을 근로한 것으로 보도록 하고 설사 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로하더라도 근로자 대표와 사용자가 서면으로 합의한 시간을 근로시간으로 간주하도록 규정하고 있다.

근로기준법

제58조(근로시간 계산의 특례) ① 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 본다. 다만, 그 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다.
② 제1항 단서에도 불구하고 그 업무에 관하여 근로자대표와의 서면 합의를 한 경우에는 그 합의에서 정하는 시간을 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간으로 본다.

그런데 기사들은 대부분의 시간을 사업장 밖에서 보내고 있고, 사용자가 근로자의 근로 여부를 실질적으로 지휘·감독하기 어렵기 때문에 소정근로시간 동안 근로를 하였는지 여부를 확인하기 어렵다.

실제 소송에서 기사 개인별 매출액을 보면 2~3배 차이나는 경우는 보통이고 많게는 7~8배



가까운 차이를 보이는 경우도 있다. 이러한 매출액의 차이는 결국 기사 개인별로 실근로시간이 다르기 때문이다.

우리나라의 최저임금은 최저시급에 근로시간을 곱하여 산출하는 것이 기본인데, 기사들이 소정근로시간 동안 근로를 하지 않았다면 최저임금지급의무가 없다.

최저임금법 제6조 제6항은 아래의 사유가 있을 경우는 근로하지 아니한 시간에 대해 최저임금지급을 강제하지 않도록 하고 있다.

1. 근로자가 자기의 사정으로 소정근로시간 또는 소정의 근로일의 근로를 하지 아니한 경우 (제1호)
2. 사용자가 정당한 이유로 근로자에게 소정근로시간 또는 소정의 근로일의 근로를 시키지 아니한 경우 (제2호)

미달액이 발생하는 기사들은 대부분 다른 기사들에 비해 현저하게 적은 시간 동안 근로를 하는 경우가 많고 그 중 상당수는 소정근로시간조차도 실근로를 하지 않는 것으로 드러난다.

소정근로시간 동안 근로를 하지 않은 경우는 최저임금지급의무가 없으므로 대상판결의 법리는 그 경우에는 적용할 수 없다.

(마) 심리부담가중 및 필요 이상의 갈등 유발

소정근로시간 동안 근로를 하지 않은 경우는 최저임금지급의무가 없으므로, 대상판결이 나온 이후 회사로서는 미달액이 발생한 기사가 소정근로시간 동안 근로를 하지 않았음을 주장·입증할 수밖에 없다.

그런데 기사들은 대부분의 시간을 사업장 밖에서 보내고 고용주가 근로 여부를 일일이 파악하기 어려운 택시근로의 특성상 과연 어떤 기사가 몇시간 근로를 하였는지를 입증하기가 매우 어렵다. 소정근로시간은 노사가 합의해서 정한 시간이지 실근로시간을 측정하여 정한 시간이 아니고, 기사들의 배차시간, 주행시간,¹⁵⁾ 대기시간,¹⁶⁾ 영업시간¹⁷⁾ 중 어느 시간을 근로시간으로

15) 시동을 켜고 있는 시간



할지도 불분명하다.

대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결이 선고된 이후 많은 소정근로시간제 전환하면서 기사들의 불성실 근로에 대한 견제책으로 최소 영업시간에 관한 규정을 두어 최소영업시간을 충족한 경우만 소정근로시간 동안 근로를 한 것으로 간주하고 이를 충족하지 못한 경우 일부 수당에서 차등지급을 규정하는 경우도 있지만,¹⁸⁾ 이는 전원합의체판결이 선고된 이후의 사정이고 그 이전에는 대부분의 회사가 그런 규정을 갖추고 있지 아니하다.

단순히 다른 기사들보다 주행거리, 영업거리¹⁹⁾가 적다는 것만으로는 소정근로시간도 근로하지 않았다는 것을 입증하기 용이하지 않다.

결국 이를 입증하기 위하여는 해당 기사의 운행기록계(이른바 타코미터)자료를 전수 조사해야 하는데, 이는 지나치게 많은 시간과 노력을 경주하게하고 그해보았자 입증도 완전하지 않다.

결국 대상판결은 소정근로시간 동안 근로하였는지 여부를 심리하기 위하여 소송당사자나 하급심에 지나치게 많은 심리의 부담을 안겨주고 있고, 노사 양측에 필요 이상의 갈등과 분쟁을 유발할 가능성이 있다.

그렇게 철저하게 심리하는 대상은 다른 기사들에 비해 현저하게 주행거리, 영업거리가 적어 불성실 근로를 하였을 개연성이 높은 기사들이 대부분이므로 과연 그럴만한 가치가 있는지 의문이다.

(바) 전액관리제 미실시지역과의 형평성 문제

대상판결의 법리는 2020. 1. 1.이전에도 전액관리제를 실시하도록 규정된 지역에나 적용될 수 있다.

그런데 그 당시는 물론이고 현재도 군단위 지역은 전액관리제가 적용되지 않으므로,²⁰⁾ 대상

16) 승객을 기다리거나 호출을 받기 위해 있는 시간

17) 승객을 태우고 운행한 시간

18) 예컨대 서울의 2022년 중앙임금협정에 의하면 택시요금미터 작동시간기준 1일 5시간 15분 이상을 달성할 경우에만 소정근로시간(1일 6시간 주 40시간)을 근로한 것으로 간주하고 있다.

19) 승객을 태우고 운행한 거리

20) 여객자동차운수사업법 시행령 제12조 제1항 단서



판결에 의하면 시단위 이상 지역과 군단위 지역 간에 형평성에 문제가 있다.

(사) 운송수입금전액 납부 여부

대상판결은 원고들이 운송수입금의 전부 또는 일부를 피고에게 납부하지 않았다는 등의 사정이 존재하는지 여부에 대해서는 심리하지 않은 채 미달액공제 이전의 급여를 기준으로 최저임금법 위반 여부를 판단하는 것은 부당하다고 판시하고 있다.

이를 뒤집어 보면 운송수입금의 전부 또는 일부를 회사에게 납부하지 않은 경우는 대상판결의 법리를 그대로 적용할 수 없다는 것이 된다.

그런 사정이 있을 경우 미달액 전부공제가 허용된다는 것인지 다소 불분명하다.

대상판결 선고 직후에 나온 대법원 판결에 의하면, 기사가 회사에 운송수입금의 전부 또는 일부를 입금하지 않은 것은 명백하고 나아가 그 금액까지 드러나면 그로 인하여 발생하거나 증가한 공제액은 비교대상임금 계산에 반영되어야 하는 것으로 보고 있다(대법원 2022. 10. 14. 선고 2017다55933 판결).

기사가 회사에 운송수입금의 전부 또는 일부를 입금하지 않은 것은 명백하지만 그 금액이 특정되지 않는 경우에는 아직 회사 측의 최저임금법 위반 여부 및 위반 액수를 특정할 수 없게 된다. 그 경우는 입증책임분배원칙에 따라 미달액 전부 공제를 허용함이 타당할 것으로 보인다.

그런데 앞서 본 바와 같이 2020. 1. 1. 이전에도 대부분의 택시회사의 임금협정에는 운송수입금 전액납부의무를 명시하는 등 형식적으로는 전액관리제를 실시하는 것처럼 규정하되 실질적으로는 운송수입금 중 사납금을 넘는 초과운송수입금은 기사에게 다시 돌려주어 사납금제와 같이 운영하는 이른바 무늬만 전액관리제인 경우가 대부분이었다.

그리고 최저임금 관련 대법원 전원합의체판결이 선고되기 전까지는 대부분 적은 소정근로시간, 적은 기준운송수입금체제를 취하고 있었고, 결제수단 중 카드 비중이 높아져 대부분 카드매출액만으로도 기준운송수입금을 넘어서는 경우가 많았다. 그리하여 운송수입금 전액납부의무를 명시한 회사의 경우에도 기사들이 현금수입금을 회사에 입금하지 않고 그냥 자신에게 귀속시키는 경우가 많았다. 그 당시는 기준운송수입금만 채우면 그와 같은 관행은 눈감아주고 업무상 횡령죄로 고소하거나 처벌하지도 않았다.



설사 고소를 하더라도 전액관리제 관련 규정이 형식적이라는 이유로 무혐의처분 내지 무죄판결이 이루어지는 경우가 대부분이었다.

대법원이 심리하라고 한 사정 즉 ‘기사들이 운송수입금의 전부 또는 일부를 회사에게 납부하지 않았다는 등의 사정’이 택시업계에서의 일반적인 형태이고 오히려 매출액을 전액 입금하는 경우는 예외적이었다. 대상판결은 이런 현실을 간과하고 있다.

대상판결로 인하여 택시업계 현장이나 실제 재판과정에서는 기사가 운송수입금을 전액 입금하였는지 여부를 일일이 대조하여 확인할 수밖에 없는데 이는 많은 시간과 노력이 들게 하며 그 과정에서 노사 간에 필요 이상의 갈등과 불신을 조장한다.

기사들의 운송수입금은 일단 운행기록계(tachometer)를 기준으로 추정할 수밖에 없으나, 이는 불완전하다.

운행기록계는 기본적으로 수동 조작하는 방식으로 운영된다. 기사가 고의로 자신의 필요에 따라 승객을 태우고 주행하면서도 일정 시점에 미터기를 끄거나 주행이 종료되었음에도 미터기를 끄지 않는 방식으로 택시운행기록계상 운송수입금을 조작하거나 실수로 미터기의 탑승영업 시작이나 탑승영업종료버튼²¹⁾을 누르지 않는 경우도 많아 실제 총운송수입금과 택시운행기록계상 운송수입금에 차이가 발생하는 경우가 다수 존재한다.

장거리운행의 경우 미터기에 의한 요금을 받지 않고 승객과 미리 협의된 요금을 받는 경우도 있다.

또한 1인 1차제의 경우 기사들이 자신의 집에 차를 두고 24시간 지배·관리하므로 회사로서는 미터기가 어떻게 되었는지 전혀 관여할 수 없다(교대제의 경우도 기사들끼리 자신들의 편의에 따라 차고지 외에서 교대가 이루어지는 경우가 많으므로, 회사로서는 미터기상 어떤 날의 운송수입금중 중 어느 기사의 운송수입금이 얼마이고 교대기사의 그것이 얼마인지 모르는 경우가 있다).

우리나라 택시회사들은 운행기록계와 운송수입금액의 차이가 발생한 경우에도 월말 결산하여 기사가 기준운송수입금을 납입하였다면 아무런 문제를 삼지 않는 것이 보통인데, 대상판결로 인하여 매일 매일 운송수입금을 체크하여야 하는 불편이 있다.

21) 주로 현금을 받으면서 실수로 종료버튼을 누르지 않는 경우가 많이 발생한다.



(아) 징계와 형사문제

2020. 1. 1. 이전에는 운송수입금 전액납부의무를 규정한 회사도 실질적으로는 사납금제와 다름없이 운영되는 경우가 대부분이었다. 그런 체제하에서는 기사가 기준운송수입금만 입금하면 근로의무를 이행한 것으로 간주하므로, 기준운송수입금 초과분은 기사 본인에게 귀속시키고, 불성실근로로 인하여 사납금을 채우지 못할 경우 급여에서 공제되며 그것이 징계에 대한 대체 기능을 하여 회사가 기사에 대한 제도나 징계를 할 필요성이 줄어든다.

반면에 전액관리제는 정해진 기준운송수입금이 없고, 성과급을 주기 위한 기준금만이 존재하므로 성실히 근로한 기사는 성과에 따른 비율의 금원을 추가로 받을 수 있지만, 불성실한 기사의 경우 기준금에 못 미치는 매출을 올리더라도 급여에서 공제할 수 없고 최저임금을 지급해야 하기 때문에 성실히 근로하는 근로자가 거둔 매출액을 그렇지 않은 근로자와 나눠야 하는 구조가 된다.

불성실근로로 인하여 기준금 미달액이 발생하여도 급여에서 공제하지 못함에 따라 도덕적 해이가 만연할 수 있고 이를 방지할 경우 궁극적으로 회사의 재정이 악화되어 폐업하는 사태가 초래될 수 있다.

이러한 구조는 근로자 간 위화감이 조성될 뿐 아니라, 종국에는 사업장 전체의 손해를 감수해야 하는 운영방식이 될 수 있다.

그러므로 전액관리제가 성공적으로 운영되기 위해서 가장 전제되어야 할 조건은 기사의 성실근로이고, 성실근로가 유지될 수 있도록 불성실 근로를 사전에 막거나 사후에 제재를 가하는 회사의 제도나 징계는 당연하다.

2020. 1. 1. 이전에는 국내의 대부분의 택시회사들은 운송수입금 전액입금의무를 규정한 경우에도 미달액을 급여에서 전액공제하였으므로, 미달액과 관련하여서는 거의 징계를 하지 않았다.

그런데 대상판결로 인하여 미달액공제가 제한되면, 회사로서는 미달액이 발생한 기사들에 대하여 뒤늦게라도 징계를 할 수 밖에 없는데, 이는 회사나 기사 모두에게 예측가능성을 저해하고 기사의 입장에서 볼 때 승무정지 등 징계를 당하는 것이 미달액전부공제 시 보다 더 불리할 수 있다.²²⁾

22) 승무정지를 당하면 개인택시를 받은 자격에 영향을 미칠 수 있다.



또한 2020. 1. 1. 이전에는 운송수입금을 전액 납부하지 않아도 이를 이유로 형사처벌하는 사례는 거의 볼 수 없었으나, 대상판결로 인하여 회사 측에서 운송수입금을 조금이라도 납부하지 않는 기사들에 대하여는 업무상 횡령죄 등으로 형사고소를 제기할 가능성이 높아진다. 또한 그 경우 종전처럼 전액관리제 규정이 형식적이라는 이유로 무혐의 내지 무죄판결을 하기 어려워진다.

(자) 임금채권을 자동채권으로 한 상계의 문제

앞서 본 바와 같이 임금채권에 대한 상계가 금지되는 것은 이를 수동채권으로 하는 경우이다. 근로자 쪽에서 임금채권을 자동채권으로 하여 상계를 하는 것은 그것이 회사의 강압 등에 의한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용된다고 본다. 또 사용자와 근로자의 계약에 의한 상계에 관하여는 사용자의 압박에 의한 상계계약이 이루어짐으로써 상계금지의 원칙에 대한 탈법 행위가 야기될 우려가 있다는 이유로 이를 무효로 보는 견해가 있으나, 근로자의 자유로운 의사에 기한 상계계약의 경우는 유효로 보아도 좋을 것으로 판단된다.

임금협정은 노사 간의 합의이므로 임금협정에 미달액공제를 규정한 경우는 합의에 의한 상계이거나 이러한 측면을 반영한 것일 가능성이 있다.

다만 임금협정은 근로자대표와 사용자 간에 체결되고, 대법원은 「이미 구체적으로 그 지급 청구권이 발생한 임금이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다」고 하고 있어(대법원 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다76317 판결 등 참조) 임금협정만으로는 개별근로자와 회사 간의 합의에 의한 상계가 이루어졌다고 보기 어려울 수 있다.

그러나 임금협정에만 미달액공제에 관한 규정을 둔 것이 아니라 더 나아가 임금지급 시 기사 개인이 직접 회사에 대하여 자신의 임금채권을 자동채권으로 하여 미달액 상계를 하겠다는 의사표시를 한다면 그것은 유효할 수 있다.

현장에서는 보통 임금지급 시 개사개인이 본인의 급여액을 확인하고 서명하는 경우가 있는데, 그 경우는 기사가 명시적, 묵시적으로 임금채권을 자동채권으로 하여 상계를 하였거나 합의에 의한 상계가 이루어졌다고 볼 여지가 있으므로 그 경우까지 대상판결의 법리를 적용하기는



어려워 보인다.

(차) 미달액에 대한 반소나 별소의 가능성

대상판결의 법리에 의하여 임금에서 미달액공제가 제한되더라도, 기사들의 기준운송수입금 납부의무자체가 소멸되거나 면제된다고는 볼 수 없다.

2020. 1. 1. 이후에는 회사가 미달액을 임금에서 공제하거나 기사에게 미달액을 민사적으로 청구하더라도 하급심에서는 받아들여지지 않는 것이 보통이다.

비록 소액사건심판법에 따른 상고이유에 해당하지 않음을 이유로 상고기각된 사안이기는 하나, 대법원도 기준운송수입금을 정한 근로계약, 취업규칙, 임금협정 등은 적어도 2020. 1. 1. 이후의 기간에 대해서는 사법상 무효라는 취지로 판단한 원심판결을 그대로 확정하 바 있다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022다220373, 220380 판결).

그러나 이는 2020. 1. 1. 이후의 사안에 대한 것이고, 그 이전에는 사정이 다르다.

따라서 회사로서는 2020. 1. 1. 이전의 사안에 대하여는 임금청구소송에 대한 반소 또는 별소로 미달액 청구를 할 수 있고, 미달액의 존재 자체가 인정되면 인용될 가능성이 높다.²³⁾ 그 경우 기사의 입장에서 또 다시 응소해야 하는 불편이 있으므로, 차라리 공제를 허용하는 것이 소송경제에도 유리할 수 있다.

4. 결 론

이상에서 검토한 바와 같이 대상판결의 주위적 청구에 대한 결론은 기존의 판례를 재확인한 것이고 내용상으로도 타당한 것으로 보인다.

다만 예비적 청구에 대한 부분은 우선 실질적인 판례변경에 해당함에도 불구하고 전원합의체를 거치지 않은 절차적 하자를 지적할 수 있다.

다음으로 내용적으로 보아도 명문의 규정 없이 무리하게 논리를 비약시켜 해석론의 한계를

23) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다219540, 219557 판결은 미달액에 대한 반소청구를 인용한 원심의 반소 부분을 지지하고 상고기각으로 확정하였다.



뛰어 넘은 것이 아닌가 생각되고 대법원의 현실인식 부족도 드러난다.

또한 최저임금법 위반의 경우 형사책임의 문제를 수반할 수 있는데, 형사사건에서도 그와 같은 판단의 일관성을 유지하면 형벌법규의 유추해석 및 확장해석금지원칙에 위배될 소지가 있다.

대상판결의 취지를 충실하게 반영하여 심리를 하면 향후 일선 법원이나 소송당사자에게 부담을 가중시키며 노사 간에 불필요한 갈등 및 분쟁을 유발할 가능성이 있다.

아울러 소송경제의 측면에서 볼 때도 바람직하지 않고 경우에 따라서는 오히려 기사에게 불리할 수도 있다.

이러한 점을 종합하면 대상판결의 결론은 전체적으로 보아 득(得)보다 실(失)이 많아 근본적으로 잘못된 것으로 판단된다.

임금협정의 내용은 기본적으로 노사 간의 합의이다. 법원이 노사 간의 합의를 부정할 때에는 극히 신중을 기해야 하는데, 지난 수년간의 대법원의 판결 경향을 보면 너무 쉽게 노사 간의 합의를 부정하는 경향이 있고, 그로 인해 많은 문제점을 야기하고 있다.

예컨대 최저임금법 제6조 제5항, 동법 시행령 제5조의 3은 택시기사의 최저임금의 비교대상 임금에서 초과운송수입금은 제외하도록 하는 특례규정을 두고 있다.

이와 관련하여 대법원은 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결을 통하여 소정근로 시간에 관한 노사 간의 합의의 효력을 부정하였는데 그 판결이 안고 있는 문제점과 그 판결이 정리하지 못한 다른 법리적 문제점 등으로 인하여 아직까지도 지역별 또는 재판부별로 동일 내지 유사한 사안에서도 정반대의 판결이 선고되는 등 극도의 혼란을 보이고 있다.

또한 그 전원합의체판결을 입법으로 반영하여 택시운송사업의 발전에 관한 법률 제11조의 2 까지 신설되어 2021. 1. 1.부터 서울은 이미 주 40시간이상의 근로가 의무화되었다. 그러나 막상 이를 시행해 보니 기사들의 소득증대에 도움이 되지 못하고 오히려 기사들이 택시업계를 떠나는 요인으로 작용하고 있으며 많은 택시회사들은 고사 위기에 몰려 있는 것으로 보도되고 있다.

이미 전국적으로 많은 회사들이 폐업을 하였고 최근에는 택시회사 대표나 그 가족이 경영난 등을 견디지 못하여 결국 극단적인 선택을 한 경우까지 몇 건 발생하였다.²⁴⁾

24) 아시아 경제 2023. 9. 16.자 기사



그리하여 지방은 위 택시발전법의 신설규정을 적용해 보지도 못한 채 개폐가 논의되고 있는 실정이다.²⁵⁾

대상판결 역시 위 전원합의체판결과 같이 노사 간의 합의를 부정하고 있는데, 위 전원합의체판결과 같은 전철을 밟지 않을까 염려된다.

한편 2020. 1. 1.부터는 전액관리제가 강화되었고, 대법원도 2020. 1. 1.이전의 사안에만 대상판결의 법리가 적용되고, 2020. 1. 1. 이후에는 미달액공제가 원천적으로 허용되지 않는 것으로 대상판결에 대한 보도자료를 통하여 밝히고 있다.

그러나 현실의 세계에서는 2020. 1. 1.이후에도 미달액공제를 허용하는 임금협정을 두고 실제 공제를 하는 경우가 많다. 미달액공제 여부와 관련하여 새로운 유형의 분쟁과 새로운 법리적인 문제도 대두되고 있어 바람직한 해석론 정립이 필요한데, 이에 대하여는 다음 연구에 미루고자 한다.

25) 한국경제신문 2023. 9. 27.자 기사



[참고문헌]

정현수, 임금채권의 보호, 재판자료 제39집 법원행정처 (1987년)

임영호, 여객자동차운수사업법 제22조 제1항 소정의 운송수입금 전액 관리제 대법원판례해설
69호 법원도서관 (2007. 12.)

방강수, 택시전액관리제와 최저임금법 위반 판단방법, 월간노동리뷰 2022. 12월호

▶ 발표일시 : 2023. 10. 18.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 서규영 변호사

▶ 참석회원 : 김수경, 김재승, 남승한, 배병호, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원,
윤찬열, 이남진, 이석범, 이선희, 이정일, 정소연, 정태용, 조주영, 최수진,
홍영호 (총 19명)



물상대위의 채권집행과 부대채권의 확장

Extention of the amount of Collateral Damage in Claim Execution by
Subrogation of Hypothec

辯護士 장 재 형

Chang Jae Hyung

【사건의 표시】

대법원 2022. 8. 11. 선고 2017다256668 판결

논문요약

부동산 저당권자가 물상대위권을 행사하여 채권 압류·추심명령 등을 신청하면서 실무지침에 따라 이자·지연손해금 등 부대채권의 범위를 신청일까지의 확정금액으로 기재한 경우, 특별한 사정이 없는 한 배당절차에서는 배당기일까지의 지연손해금을 포함하여 원래 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에서 우선 배당을 받을 수 있다는 대법판결의 결론은 물상대위와 담보권의 법리에 충실하게 따라 실체법상의 권리를 최대한 보장하므로 타당하다.

즉 부대채권 등 피담보채권의 확장은 어디까지나 소위 ‘집행권원 금액’의 우선변제권의 범위 안에서만 이루어지는 것이고 담보권자의 진정한 의사는 최대한의 만족을 원하는 것이므로, 단지 실무상의 관행을 이유로 이를 제한하는 종래의 판결이나 실무는 잘못된 것이다. 더구나 신청서상의 개괄적 기재에 따라 채권계산서의 제출도 필요하



지 않다는 점에서 부채채권에 관한 한 종래 판례상의 경매를 신청한 담보권자와 신청하지 않은 다른 담보권자 사이의 불균형도 해소되게 되었다.

그러나 대상판결의 취지를 확장하여 강제경매의 경우에도 이를 확대하는 것은 신중하여야 한다. 담보권의 실행인 임의경매와는 달리 집행권원에 의한 강제집행은 채무자나 제3채무자보다 다른 채권자와의 형평이 중요하고 강제집행 신청채권자의 불확정한 선택을 배당절차에 끌어들여 혼잡이나 불균형을 초래해서는 곤란하다. 또한 부채채권이라 하여 그저 부수적인 정도로만 단정할 수 없는 것이 청구채권액이 수 백억 원 대의 거액이거나 경매절차의 지연 등으로 인한 장기간의 경과로 인해 그 액수가 상당히 커질 수 있는 점에서 채권자평등에 따른 다른 채권자와의 이익형량에 실질적 불균형을 초래할 수 있다. 특히 채권집행의 경우 다른 채권자는 청구채권액이나 중복 청구 여부를 쉽게 알 수 없기 때문에 더욱 그러하다. 결과적으로 이러한 결론은 예전 경매법 폐지 이전에는 강제경매와 달리 임의경매의 경우에만 청구금액의 확장을 허용한 것과 일맥상통하다.

〈주제어〉

물상대위, 임의경매, 채권집행, 배당요구, 압류신청, 부채채권, 청구금액의 확장, 처분권주의, 채권계산서

(Subrogation of Hypothec, Auction, Claim Execution, Participation in Dividends, Application of Attachment, Collateral Damage, Extention of the amount of money applicated, Entrustment of Request to Plaintiff's Will, a declaration of Bonds)



목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원판결이유]

[연구]

I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계
2. 판결의 요지

II. 하급심판결

III. 관련 대법원판결

IV. 저당권자의 물상대위

1. 담보권의 효력과 물상대위
2. 물상대위의 방법과 시한

V. 경매신청과 청구금액의 확장

1. 강제경매신청의 절차와 집행채권의 표시
2. 임의경매신청과 피담보채권의 표시
3. 채권의 일부 청구와 청구금액의 확장·변경
4. 임의경매신청과 청구금액의 확장
5. 부대채권의 확정과 청구금액의 확장
6. 쟁점과 검토



VI. 평 석

1. 대상판결의 분석
2. 검토와 비판
3. 결 론

I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계

원고는 소외인 소유의 이 사건 부동산에 관한 제1, 2순위 근저당권자였고, 피고는 제3순위 근저당권자였고, 이 사건 부동산은 ○○○주택재개발정비사업조합의 정비사업지역에 포함되어 있었는데, 소외인이 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 아니하여 현금청산 대상자가 되었다.

원고는 두 차례 걸쳐 제2순위 및 제1순위 근저당권에 기한 물상대위권을 행사하여 소외인의 위 조합에 대한 청산금 및 수용보상금채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받았고, 피고도 그 무렵 제3순위 근저당권에 기한 물상대위권을 행사하여 위 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받았다.

원고는 위 압류 및 추심명령 신청 당시 민사집행 실무에서 요구하는 바에 따라 신청서에 청구 채권 중 부대채권의 범위를 각각 해당 신청일 무렵까지의 확정금액으로 기재하였고, 한편 위 조합은 압류경합 상태에서 위 채권액 전부를 공탁하고 그 사유신고를 하여, 이에 따라 배당절차가 개시되었는바, 원고가 그 뒤 집행법원에 위 제1, 2순위 근저당권의 피담보채권액 중 부대채권의 범위를 배당기일 전날까지로 산정한 채권계산서를 제출하였다.

그런데 집행법원은 원고가 배당받을 수 있는 채권액 중 부대채권액은 압류 및 추심명령 신청서에 기재된 범위 내임을 전제로 배당표를 작성하였고, 이에 원고는 배당기일에서 피고에 대한 배당액 중 일부에 대하여 이의한 다음 피고에 대하여 배당표 경정을 구함과 동시에 부당이득반환을 구하는 소를 제기한 사안.



2. 판결의 요지

[1] 민법 제370조, 제342조에 따라 저당권자가 물상대위권을 행사하기 위해서는 민사집행법 제273조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 추심명령 또는 전부명령을 신청하거나, 민사집행법 제247조에 의하여 배당요구를 하는 방법으로 하여야 하고, 이는 늦어도 민사집행법 제247조 제1항 각호 소정의 배당요구의 종기까지 하여야 한다. 이와 같이 물상대위권자의 권리행사 방법과 시한을 제한하는 취지는 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 것이다.

[2] 저당권자가 물상대위권을 행사하여 채권압류 및 추심명령 또는 전부명령(이하 ‘채권압류명령 등’이라 한다)을 신청하면서 그 청구채권 중 이자·지연손해금 등 부대채권(이하 ‘부대채권’이라 한다)의 범위를 신청일 무렵까지의 확정금액으로 기재한 경우, 그 신청 취지와 원인 및 집행 실무 등에 비추어 저당권자가 부대채권에 관하여는 신청일까지의 액수만 배당받겠다는 의사를 명확하게 표시하였다고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 배당절차에서는 채권계산서를 제출하였는지 여부에 관계없이 배당기일까지의 부대채권을 포함하여 원래 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에서 우선배당을 받을 수 있다고 봄이 타당하다.

II. 하급심 판결

1. 제1심 판결(서울동부지방법원 2017. 1. 12. 선고 2016가합101622 판결)

담보권 실행을 위한 경매절차에서 신청채권자가 경매신청서에 피담보채권의 일부만을 청구금액으로 하여 경매를 신청하였을 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 신청채권자의 청구금액은 그 기재된 채권액을 한도로 확정되고 그 후 신청채권자가 채권계산서에 청구금액을 확장하여 제출하는 등 방법에 의하여 청구금액을 확장할 수 없다는 종전 법리와 판례(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다8952 판결)에 따라 원고 청구를 기각함.



2. 제2심 판결 : 서울고등법원 2017. 7. 14. 선고 2017나2006717 판결[배당이의]

원고는 원금에 덧붙여 이자 등 부대채권을 함께 청구한다는 의사를 이 사건 각 압류 및 추심 명령 신청서에 명시적으로 표시한 가운데 다만 압류실무례에 따라 청구금액란에는 신청 당시까지의 구체적인 금액을 계산한 확정액을 기재하였고, 담보권 실행을 위한 경매절차에서 배당기일까지의 부대채권을 청구금액에 포함시킬 수 있는 신청채권자에 준하는 조치로서 배당기일에 앞서 압류신청 이후에 발생한 이자 등 부대채권을 포함한 채권계산서를 제출하였으며, 제3채무자가 압류초과로 채무액 전액을 공탁한 만큼, 이러한 원고의 우선변제 이익이 물상대위라는 우연한 사정과 이 사건 각 압류 및 추심명령상의 외관(특정 청구금액)에 의존하여 형성된 피고들의(이 사건 각 근저당권에 기한 배당절차에서보다 원고가 청구할 수 있는 채권금액이 줄어들어 결국 피고들에게 더 많은 배당이 이루어지리라는) 기대이익보다 우월하다고 볼 것이므로, 이 사건 배당표의 기초가 되는 원고의 채권금액은 이 사건 각 근저당권의 채권최고액 범위 내에서 원고가 앞서 본 각 채권계산서를 통하여 밝힌 배당기일까지의 이자 등 부대채권 합산액이다.¹⁾

1) 이 사건의 경우 이 사건 각 압류 및 추심명령을 포함한 압류채권 총액이 이 사건 채권액을 초과함으로써 소외 조합이 그 전액을 공탁하기에 이른 이상, 제3채무자인 소외 조합의 이익을 위하여 그 지급금지의 범위를 미리 확정하여 둘 필요성이나 소외 조합에게 불측의 손해 또는 혼선을 가할 우려가 인정되기 어렵고, 배당에 참여한 채권자들(원고와 피고들 등) 사이의 이해관계 조정만이 문제 된다고 할 것인데, 물상대위 사유가 발생하지 아니하였다면 피고 농협은행은 이 사건 부동산에 관한 후순위 근저당권자로서 원래 이 사건 부동산의 교환가치 중 이 사건 각 근저당권에 기하여 (채권최고액 범위 내에서) 원고가 청구한 채권금액을 배당한 나머지를 배당받을 지위에 있을 따름이고, 피고 한국전력공사는 그보다도 후순위로 배당받을 지위에 있어서, 원고의 채권금액에 배당기일까지의 부대채권을 포함하여도 피고들에게 불측의 손해가 발생한다고 보기 어려운 반면, 선순위 근저당권자인 원고에게 채권 압류 실무례에 따라 그 신청 당시까지의 이자만을 계산하여 특정된 이 사건 각 압류 및 추심명령상의 청구금액만을 기준으로 채권금액을 인정한다면 물상대위 사유의 발생이라는 우연한 사정만으로 그 우선변제권을 제약하는 결과가 되어 부당하다.



III. 관련 대법원판결

1. 저당권자의 물상대위권

1-1. 행사 방법과 그 시한 : 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다4272 판결[배당이의]

민법 제370조, 제342조에 의한 저당권자의 물상대위권의 행사는 민사소송법 제733조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하거나, 민사소송법 제580조에 의하여 배당요구를 하는 방법에 의하여 하는 것이고, 이는 늦어도 민사소송법 제580조 제1항 각 호 소정의 배당요구의 종기까지 하여야 하는 것으로 그 이후에는 물상대위권자로서의 우선변제권을 행사할 수 없다고 하여야 할 것이고, 위 물상대위권자로서의 권리행사의 방법과 시한을 위와 같이 제한하는 취지는 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전하고 평등배당을 기대한 다른 일반 채권자의 신뢰를 보호하는 등 제3자에게 불측의 손해를 입히지 아니함과 동시에 집행절차의 안정과 신속을 꾀하고자 함에 있다.

1-2. 부당이득반환의 청구 : 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다46756 판결[부당이득금반환]

저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상, 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 없다.

저당권에 의하여 담보된 채권이었으나 그 저당목적물의 변형물인 금전에 대하여 물상대위권의 행사에 나아가지 아니한 이상, 그 채권을 국세징수법 제81조 제1항 제3호에 규정된 ‘압류채산에 관계되는 저당권에 의하여 담보된 채권’으로 볼 수는 없다.

1-3. 전세권저당권자의 물상대위 전부명령과 압류의 경합 ; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다65396 판결[전세권설정등기말소등]



저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수가 있으며(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다25728 판결 등 참조), 위와 같이 전세권부근저당권자가 우선권 있는 채권에 기하여 전부명령을 받은 경우에는 형식상 압류가 경합되었다 하더라도 그 전부명령은 유효하다.

2. 임의경매신청에서의 청구금액의 확장

2-1. 일부 청구 시 불허 : 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다8952 판결[배당이의]²⁾

담보권실행경매에서 경매채권자가 피담보채권의 일부에 대하여만 담보권을 실행하겠다는 취지로 경매신청서에 피담보채권의 원금 중 일부만을 청구금액으로 하여 경매를 신청하였을 경우에는 경매채권자의 청구금액은 그 기재된 채권액을 한도로 확정되고, 경매채권자는 채권계산서에 청구금액을 확장하여 제출하는 방법에 의하여 청구금액을 확장할 수 없다.

2-2. 부대채권의 개괄적 표시와 확장 : 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007다14933 판결[배당이의]

2) 같은 취지로

- 대법원 1995. 6. 9. 선고 95다15261 판결 [공1995.7.15(996),2383]
- 서울고등법원 1995. 11. 7. 선고 95나14628 판결 : 상고 [하집1995-2, 272]
- 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다457 판결 [공1997.3.1.(29),600]
- 대법원 1997. 2. 28. 선고 96다495 판결 [공1997.4.1.(31),902]
- 대법원 1997. 2. 28. 선고 95다22788 판결 [공1997.4.1.(31),886]
- 대법원 1997. 2. 28. 선고 95다22788 판결 [공1997.4.1.(31),886]
- 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다39479 판결 [공1998.8.15.(64),2059]
- 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다3054 판결 [공2002.12.1.(167),2668]

신청채권자가 경매신청서에 청구채권으로 채권 원금 외에 지연손해금 등의 부대채권을 개괄적으로나마 표시하였다가 나중에 채권계산서에 의하여 그 부대채권의 구체적인 금액을 특정하는 것은 경매신청서에 개괄적으로 기재하였던 청구금액의 산출근거와 범위를 밝히는 것에 지나지 아니하여 허용된다고 할 것이고, 이를 청구금액의 확장에 해당하여 허용되지 아니하는 것으로 볼 것은 아니다.³⁾

2-3. 이자 등 부대채권의 표시와 확장 : 대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다65396 판결[배당이의]

[1] 담보권 실행을 위한 경매절차에서 신청채권자가 피담보채권 일부만을 청구금액으로 하여 경매를 신청한 경우, 나중에 청구금액을 확장할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 신청채권자가 경매신청서에 경매청구채권으로 이자 등 부대채권을 표시한 경우, 나중에 채권계산서에 부대채권을 증액하는 방법으로 청구금액을 확장할 수 있는지 여부(적극)

3) 「기록에 의하면, 원고는 이 사건 경매신청서의 청구금액란에 “금 300,000,000원 정(금 925,671,252원 중 일부금 1. 금 240,000,000원 2001. 6. 19. 대여금 2. 금 685,671,252원 무역금융·위 청구금원에 대하여 2004. . .부터 완제일까지 연 19% 비율에 의한 지연손해금)”이라고 기재하였음을 알 수 있는바, 이러한 경매신청서의 기재는 비록 지연손해금의 발생시기가 구체적으로 특정되어 있지는 않지만, 원금 3억 원 및 이에 대한 2004년 이후의 연 19%의 비율에 의한 지연손해금을 그 청구금액으로 삼은 것이라고 봄이 상당하고, 이를 지연손해금을 제외한 원금 3억 원만을 청구금액으로 하는 취지라고 볼 것은 아니라고 할 것이다.

다만, 기록에 의하면 원고는 이 사건 경매의 배당기일에 임박하여 집행법원에 제출한 채권계산서에는 일반대출금과 무역금융의 원금을 합계 396,771,252원, 그에 대한 2004. 8. 19. 이후 배당기일인 2005. 8. 5.까지의 연 19% 비율에 의한 이자 및 지연손해금을 96,692,451원이라고 기재하였음을 알 수 있는바, 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때, 위와 같이 경매신청서에 기재하였던 채권 원금 300,000,000원을 396,771,252원으로 확장하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이므로 그에 맞추어 원고의 채권원리금을 계산하여야 할 것이라는 점을 아울러 지적해 둔다.

그럼에도 불구하고, 이와 다른 견해에서 원고의 위 경매신청서가 청구금액을 3억 원으로 특정한 것으로 보고 그에 따라 원고가 이자 및 지연손해금을 포함한 채권계산서를 제출한 것을 청구금액의 확장으로 보아 허용되지 아니하는 것으로 단정한 원심판결에는 담보권 실행을 위한 경매에 있어서의 청구금액의 특정 내지 청구금액의 확장에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.」



[2] 갑 은행의 을 주식회사에 대한 대출금 채권을 양수한 병 주식회사가 대출금 채권을 담보하기 위하여 설정된 질권의 목적인 수익권에 관하여 특별환가명령신청을 하면서 신청서에 청구금액으로 질권설정금액을 기재하고, 피담보채권으로 그보다 적은 금액의 대출금 잔액과 지연손해금을 기재한 사안에서, 병 회사가 질권설정금액 범위 내에서 피담보채권의 원금 및 지연손해금을 모두 청구하였다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례⁴⁾

2-4. 질권의 실행으로 수익권에 관한 특별환가명령신청서 기재 : 대법원 2011.12. 8. 선고 2011다65396 판결

대출금 채권을 담보하기 위하여 설정된 질권의 목적인 수익권에 관하여 특별환가명령신청을 하면서 신청서에 청구금액으로 질권설정금액을 기재하고, 피담보채권으로 그보다 적은 금액의 대출금 잔액과 지연손해금을 기재한 사안에서, 병 회사가 질권설정금액 범위 내에서 피담보채권의 원금 및 지연손해금을 모두 청구하였다고 본 원심판단을 정당하다.⁵⁾

3. 장래 예금채권에 대한 가압류명령의 목적물 표시와 해석 : 대법원 2011. 2. 10. 선고 2008다9952 판결[전부금]

채권가압류에서 가압류될 채권에 장래 채무자의 계좌에 입금될 예금채권도 포함되느냐 여부는 가압류명령에서 정한 가압류할 채권에 그 예금채권도 포함되었는지 여부에 따라 결정되는 것이고 이는 곧 가압류명령상의 ‘가압류할 채권의 표시’에 기재된 문언의 해석에 따라 결정되는 것이

4) 「피고가 이 사건 수익권에 관한 특별환가명령신청서에 청구금액을 질권설정금액인 193억 4,480만 원으로 기재하면서 그 신청서의 내용 중에 피담보채권을 한국산업은행이 주식회사 송유에 대출한 대출금 잔액 및 그 지연손해금으로 기재한 사실과 이 사건 수익권에 관한 질권의 피담보채권에는 위 대출금 원금과 이자 및 지연손해금이 포함되어 있는 사정 등을 인정한 다음, 피고는 질권설정금액의 범위 내에서 피담보채권의 원금 및 지연손해금을 모두 청구하였다고 봄이 상당하다」 고 판단.

5) 「이 사건 수익권에 관한 특별환가명령신청서에 기재된 청구금액에 피담보채권의 원금 및 그 지연손해금이 모두 포함되어 있다고 판단한 이상, 피고의 2008. 7. 15.자 채권계산서 제출만으로는 청구채권의 추가나 변경이 있었던 것으로 볼 수 없다는 원고의 주장에 대하여 나아가 판단할 필요가 없다」



원칙이다. 그런데 제3채무자는 순전히 타의에 의하여 다른 사람들 사이의 법률분쟁에 편입되어 가압류명령에서 정한 의무를 부담하는 것이므로 이러한 제3채무자가 가압류된 채권이나 그 범위를 파악함에 있어 과도한 부담을 가지지 않도록 보호할 필요가 있다. 따라서 ‘가압류할 채권의 표시’에 기재된 문언은 그 문언 자체의 내용에 따라 객관적으로 엄격하게 해석하여야 하고, 그 문언의 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은 가압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하므로, 제3채무자가 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 그 문언을 이해할 때 포함 여부에 의문을 가질 수 있는 채권은 특별한 사정이 없는 한 가압류의 대상에 포함되었다고 보아서는 아니 된다.⁶⁾

IV. 저당권자의 물상대위

1. 담보권의 효력과 물상대위

물상대위라 함은, 담보목적물이 멸실·훼손·공용징수 되었으나 그의 가치변형물인 금전이나 기타 물건이 존재하는 경우, 담보물권의 효력이 이에 대하여 미치는 것을 말한다.

민법 제342조는 “질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다.”고 규정하여 동산질권의 물상대위를 인정하고 있고, 이를 권리질권(법 제355조) 및 저당권(제370조)에 대하여 각 준용하고 있다.

구별하여야 하는 것으로는 대위자인 채권자가 피대위자의 지위에 서서 그 권리를 행사하는 채권자대위(제404조)나, 피대위자가 가지고 있는 일정한 물건 또는 권리가 법률상 당연히 대위

6) 가압류명령의 가압류할 채권의 표시에 ‘채무자가 각 제3채무자들에게 대하여 가지는 다음의 예금채권 중 다음에서 기재한 순서에 따라 위 청구금액에 이를 때까지의 금액’이라고 기재된 사안에서, 위 문언의 기재로써 가압류명령의 송달 이후에 새로 입금되는 예금채권까지 포함하여 가압류되었다고 보는 것은 통상의 주의력을 가진 사회평균인을 기준으로 할 때 의문을 품을 여지가 충분하다고 보이므로, 이 부분 예금채권까지 가압류의 대상이 되었다고 해석할 수는 없다고 한 사례.



자에게 이전하는 배상자대위(제399조) 또는 변제자대위(제480조 이하)가 있다.

2. 물상대위권의 행사 방법과 시한

가. 민법 제370조, 제342조에 의한 저당권자의 물상대위권의 행사는 채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권 실행에 관한 민사집행법 제274조 제1항에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하거나, 채권 등 강제집행에 관한 민사집행법 제247조에 의하여 배당요구를 하는 방법에 의하여 한다.⁷⁾

다만 담보물에 대하여 담보권등기가 된 것만으로는 보상금 등으로부터 우선변제를 받을 수 없다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다33137 판결).

저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상, 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 없다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다46756 판결).

저당권에 의하여 담보된 채권이었으나 그 저당목적물의 변형물인 금전에 대하여 물상대위권의 행사에 나아가지 아니한 이상, 그 채권을 국세징수법 제81조 제1항 제3호에 규정된 ‘압류채산에 관계되는 저당권에 의하여 담보된 채권’으로 볼 수는 없다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다46756 판결).

나. 이는 늦어도 채권 강제집행에서의 민사집행법 제247조 제1항 각 호 소정의 배당요구의 종기까지 하여야 하는 것으로 그 이후에는 물상대위권자로서의 우선변제권을 행사할 수 없다.

다. 위 물상대위권자로서의 권리행사의 방법과 시한을 위와 같이 제한하는 취지는 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전하고 평등배당을 기대한 다른 일반 채권자의 신뢰를 보호하는 등 제3자에게 불측의 손해를 입히지 아니함과 동시에 집행절차의 안정과 신속을 꾀하고자 함에 있다(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다4272 판결).

7) 일본 판결은 배당요구로는 불가하다는 입장(최고재판소 平成 13(2001) 10. 25. 판결).

라. 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 일반 채권자가 물상대위권을 행사하려는 저당채권자보다 단순히 먼저 압류나 가압류의 집행을 함에 지나지 않은 경우에는 저당권자는 그 전은 물론 그 후에도 목적채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수가 있으며(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다25728 판결 등 참조), 위와 같이 전세권 부 근저당권자가 우선권 있는 채권에 기하여 전부명령을 받은 경우에는 형식상 압류가 경합되었다 하더라도 그 전부명령은 유효하다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다65396 판결).

V. 경매신청과 청구금액의 확장

1. 강제경매신청의 절차와 집행채권의 표시

강제경매는 신청서를 집행법원에 제출함으로써 시작되는데(민사집행법 제80조), 경매신청서에 기재하는 집행채권은 집행권원에 표시된 것과 일치하여야 하고, 집행권원에 수 개의 채권이 표시되어 있는 경우에는 어느 채권을 위해 집행을 구하는가를 명백히 하여야 한다.

채권의 일부에 대하여 집행을 구할 때에도 이를 명백히 하여야 하고, 이 경우 뒤에 집행채권을 확장할 수 없고 새로이 압류절차를 취하여야 한다.

집행권원상 완제일까지의 이자·지연손해금 등의 부대청구가 인정되어 있고, 이를 원금에 부가하여 청구하는 때에는 그 뜻을 명백히 하여야 한다.

문제는 이 경우 신청한 이후 발생할 장래의 이자나 지연손해금에 관하여도 청구할 수 있는가인데, 이론상 이를 부정할 이유가 없으나 실무상으로는 신청시까지의 구체적인 금액을 계산하여 확정액으로 표시하도록 하고 있다.⁸⁾

그 외 집행비용도 그 내역을 명백히 하여 금액을 표시하여야 하며, 이미 발생한 것 이외에 예납한 송달비용 등 그 발생이 확실한 것도 포함되는 것으로 해석한다.

8) 대법원 법원행정처, 법원실무제요 민사집행(Ⅱ), 김상원 외 3 편집대표, 주석 민사집행법(Ⅳ), 한국사법행정학회, 225-226쪽.



2. 임의경매신청과 피담보채권의 표시

임의경매 즉 담보권 실행을 위한 경매신청은 강제경매가 확정판결이나 집행증서 등 집행권원에 의해 실시되는 것과는 달리 속칭 담보권원이라 하여 저당권 등 담보권에 기하여 이루어지는 것이나, 양자는 모두 국가 즉 집행법원에 의해 이루어지는 집행절차로서, 임의경매의 절차에 대해서는 강제경매의 규정이 많이 준용된다(민사집행법 제268조).

즉 임의경매의 경우에도 경매신청서에는 담보권과 피담보채권의 표시를 하여야 하고, 피담보채권의 일부에 대하여 담보권을 실행할 때에는 그 취지와 범위를 기재하여야 한다(규칙 제192조). 담보권이 근저당권인 경우 경매신청으로 당시 기본계약 등에 의한 피담보채권이 확정되고(경매신청서의 기재 금액이 아님), 그 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권에 의해 담보되지 않는다.

3. 채권의 일부 청구와 청구금액의 확장·변경

집행법상에도 처분권주의가 적용되어 신청채권자가 일부 집행 청구하는 것은 허용되며, 집행법원에 이에 구속되는 것이 원칙이다.

그런데 신청채권자가 등록세를 절감하기 위해 그 신청단계에서는 집행권원상의 채권 또는 피담보채권 중 일부에 한정하여 기재하였다가 그 후 배당요구의 단계에서 당초의 청구금액을 확장하여 기재하는 경우를 청구금액의 확장이라고 한다.

경매신청서에 집행채권의 일부만 기재한 일부 청구의 경우에는 경매개시결정 후에는 청구금액의 확장은 허용되지 않으며, 강제경매의 경우 신청채권자는 제88조 제1항 소정의 배당요구권자이므로 그 뒤에 배당요구의 종기 전까지 청구금액의 확장으로 잔액청구를 하더라도 배당요구의 효력밖에 없다.⁹⁾

민사집행법 제268조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 같은 법 제89조의 취지는, 경매신청의 단계에서 경매신청인에게 경매신청의 원인이 되는 집행채권이나 피담보채

9) 대법원 1983. 10. 15. 선고 83마393 판결,



권을 특정시키기 위한 것일 뿐만 아니라 경매채권자의 청구채권액을 그 신청서에 표시된 금액을 한도로 하여 확정시키기 위한 것이고(대법원 1994. 1. 25. 선고 92다50270 판결), 채권집행의 경우 제3채무자에게 압류의 범위를 확실히 알려 이에 대비할 수 있게 하는 것이다.

4. 임의경매신청과 청구금액의 확장

가. 일부 청구와 청구의 확장

학설상으로는 청구금액을 허용하여서는 안 된다는 제한설, 확장을 허용하여야 한다는 비제한설이 대립하고, 비제한설은 다시 청구금액의 확장을 배당요구의 종기까지만 허용하여야 한다는 설과 배당기일까지도 허용하여야 한다는 설로 나누어진다.¹⁰⁾¹¹⁾

일부만 청구하고 그 뒤 신청채권자가 채권계산서에 청구금액을 확장하여 제출하는 등의 방법으로 청구금액을 확장할 수 없다는 것이 확립된 판례이다.¹²⁾ 일부 채권의 변제기가 도래하지 않은 경우에도 마찬가지라고 한다.¹³⁾ 이자에 대한 기재가 없었다면 뒤에 확장할 수 없다.

일부 청구를 함으로써 그 결과 배당받지 못한 나머지 채권액을 가지고 후순위자 등 다른 채권자에게 부당이득반환청구도 할 수 없다.¹⁴⁾ 따라서 담보권자는 경매신청 시 누락된 부분을 지급

10) 편집대표 민일영, 주석 민사집행법(Ⅲ) 제4판, 한국사법행정학회, 2018, 100-101쪽.

11) 김홍엽, 민사집행법, 박영사, 2022, 422-424쪽.

12) 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다50270 판결.

【따름판례】

대법원 2001. 3. 23. 선고 99다11526 판결

대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다19966 판결

대법원 1997. 1. 21. 선고 96다457 판결

대법원 1997. 2. 28. 선고 95다22788 판결

대법원 1997. 2. 28. 선고 96다495 판결

대법원 1999. 3. 23. 선고 98다46938 판결

대법원 1995. 2. 28. 선고 94다8952 판결

대법원 1995. 6. 9. 선고 95다15261 판결

13) 대법원 1995. 6. 9. 선고 95다15261 판설.

14) 대법원 1997. 2. 28. 선고 96다495 판결.



받으려면 선행경매의 배당요구의 종기까지 위 누락부분을 원인으로 하여 이중경매신청을 하여야 한다.¹⁵⁾

이때 신청채권자가 나머지 채권액을 가지고 배당요구를 하여 배당에 참가할 수 있는가에 대해, 판례는 별도의 집행권원을 갖지고 있지 않는 한 제88조 제1항의 배당요구권자에 해당하지 않으므로 배당요구를 하는 방법으로는 배당에 참가할 수 없고, 배당요구의 종기 전에 확장한 채권계산서를 제출하더라도 초과금액에 대해 배당에 참가할 수 없다고 한다.¹⁶⁾

배당요구의 시한(時限)과 관련하여 부동산경매의 경우에는 배당절차가 당연히 포함되어 있어 집행법원이 경매개시결정을 하고 매각기일과 사이에 배당요구의 종기(終期)를 지정·고시하므로 이에 의해 규율되나, 채권집행의 경우에는 배당절차가 반드시 개시되는 것이 아니고 추심신고로 독자적으로 채권 만족하거나 전부명령·양도명령이 있는 경우에는 배당절차가 개시되지 않으나, 경합으로 인한 추심채권자의 공탁, 제3채무자의 집행공탁, 매각명령·관리명령 등 일정한 경우에는 압류·현금화 절차와는 별개로 배당절차가 개시된다(민사집행법 제252조).

이러한 배당절차에서 배당요구의 종기도 법률에 정해져 있다. 즉 금전채권에 대한 집행에서는 추심명령의 경우 추심 신고 시(법 제247조 제1항 제2호), 제3채무자의 집행공탁 사유 신고 시(같은 조항 제1호), 매각명령·관리명령 등으로 현금화된 금전이 법원에 제출 시(같은 조항 제3호), 전부명령·양도명령의 효력 발생 시(제3채무자에의 송달), 추심제한 결정의 제3채무자 송달시(법 제232조 제2항)가 배당요구를 할 수 있는 시한으로 그 후에는 다른 채권자는 배당요구를 할 수 없고 압류나 가압류를 하여도 소용없다.

한편 청구채권은 교환적 또는 추가적 변경에 따른 청구금액의 확장과 관련하여 학설이 나누어지나,¹⁷⁾ 판례는 경매신청서에 기재된 청구채권액을 초과하지 않는 범위 내에서만 배당을 받을

15) 이에 대해 신청채권자가 아닌 압류등기 전 등기된 가압류채권자나 저당권자는 배당요구의 종기 전에 일단 채권신고서를 제출하였다고 하더라도 그 후 배당표가 작성될 때까지 그 금액을 보정하는 채권계산서를 다시 제출할 수 있고, 배당법원은 이에 따라 배당표 작성 당시까지 제출한 채권계산서와 증빙 등에 의하여 배당할 채권액을 계산하여야 한다; 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다21946 결정.

16) 대법원 1997. 2. 28. 선고 95다22278 판결.

17) 변경 자체를 허용하지 않는다는 소극설, 초과하는 부분은 배당 받을 수 없다는 제한적 소극설, 초과하더라도 변경한 전액을 배당받을 수 있다는 적극설이 있다; 이시윤, 신민사집행법 제8개정판, 박영사, 2020. 300쪽 각주 4).



수 있다는 이른바 제한적 소극설의 입장에 있다.¹⁸⁾

5. 부대채권의 확정과 청구금액의 확장

가. 집행실무

실무는 압류 신청 당시까지의 이자·지연손해금만 계산하여 확정액으로 신청하도록 요구하고 있다. 그 이유로는 압류명령에 의해 지급이 금지되는 범위가 명확하지 않고, 특히 채권압류의 경우 부당하게 분쟁과 무관한 제3채무자가 직접 계산해야 하는 부담을 지우게 되는 점을 들고 있다. 다만 배당요구의 경우에는 배당요구 시까지의 지연손해금만 산정하여 청구금액에 포함시켜야 한다는 입장이다.

나. 표기(表記)와 의사 해석

이에 대한 종래의 판결을 살펴보면,

먼저 경매신청서에 청구금액으로 원리금을 기재한 이상 경매개시결정에 원금만이 기재되었더라도 가능하고,¹⁹⁾ 신청서 표지에는 원금만을 표시하였으나 그 내용의 청구금액란에 원금과 연체손해금을 기재하였다면 가능하다.²⁰⁾

후자는 「경매신청서의 표지에는 ‘청구액 금 120,000,000원정’이라고 기재하였으나 그 내용 중 청구금액란에는 ‘일금 120,000,000원정. 1996. 9. 24. 대여금. 위 금원에 대하여 1997. 2. 3. 부터 완제일까지 연 18%의 비율에 의한 연체손해금’이라고 기재하였음이 명백한바, 이와 같은 경우 원고가 경매신청서에 처음 기재한 채권액에는 위 대여금의 원금뿐만 아니라 그 연체손해금도 포함된다고 보아야 할 것이다.」는 판시 내용이다.

18) 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다457 판결(교환적 변경의 경우), 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다39479 판결(추가적 변경의 경우).

19) 대법원 1968. 6. 3. 선고 68마378 결정.

20) 대법원 1993. 3. 23. 선고 98다46938 판결.



이에 따르면 경매신청서에 청구금액을 “원금 ○○ 원 및 이에 대한 연체(지연)이자”라고 표시하면 배당기일까지의 이자를 청구한 것으로 볼 수 있다는 결론이다.

따라서 경매신청서에 청구채권으로 채권 원금 외에 지연손해금 등의 부대채권을 개괄적으로나마 표시하였다가 나중에 채권계산서에 의하여 그 부대채권의 구체적인 금액을 특정하는 것은 청구금액의 확장에 해당되지 않아 허용된다.²¹⁾

위와 같은 판례의 취지를 종합하면 부대채권의 경우에는 경매신청서에 기재된 청구금액의 표기를 기준으로 경매신청자의 진정한 의사를 해석하여 결과적으로 부대채권의 확장을 인용할 수 있다는 것이다. 그 표기 내용에 따라 어떤 경우에는 확장이 아닌 특정 내지 확정이 되고, 달리 확장이 된다고도 하나 어쨌든 판례의 태도는 그 기재 내용이 신청채권자의 의사를 해석하는 하나의 중요한 기준이 된다고 한다.

그런데 위와 같은 확장을 위한 채권계산서의 제출시한과 관련하여, 판례는 신청채권자가 이자 등 부대채권을 특정액으로 표시하였다가 나중에 채권신고서에 의하여 그 부대채권을 증액하는

21) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007다14933 판결; 「경매신청서의 청구금액란에 “금 300,000,000원 정(금 925,671,252원 중 일부금 1. 금 240,000,000원 2001. 6. 19. 대여금 2. 금 685,671,252원 무역금융·위 청구금원에 대하여 2004. . .부터 완제일까지 연 19% 비율에 의한 지연손해금)”이라고 기재하였음을 알 수 있는바, 이러한 경매신청서의 기재는 비록 지연손해금의 발생시기가 구체적으로 특정되어 있지는 않지만, 원금 3억 원 및 이에 대한 2004년 이후의 연 19%의 비율에 의한 지연손해금을 그 청구금액으로 삼은 것이라고 봄이 상당하고, 이를 지연손해금을 제외한 원금 3억 원만을 청구금액으로 하는 취지라고 볼 것은 아니라고 할 것이다.

다만, 기록에 의하면 원고는 이 사건 경매의 배당기일에 임박하여 집행법원에 제출한 채권계산서에는 일반대출금과 무역금융의 원금을 합계 396,771,252원, 그에 대한 2004. 8. 19. 이후 배당기일인 2005. 8. 5.까지의 연 19% 비율에 의한 이자 및 지연손해금을 96,692,451원이라고 기재하였음을 알 수 있는 바, 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때, 위와 같이 경매신청서에 기재하였던 채권 원금 300,000,000원을 396,771,252원으로 확장하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이므로 그에 맞추어 원고의 채권원리금을 계산하여야 할 것이다.」

대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다65396 판결 ; 「이 사건 수익권에 관한 특별환가명령신청서에 청구 금액을 질권설정금액인 193억 4,480만 원으로 기재하면서 그 신청서의 내용 중에 피담보채권을 한국산업은행이 주식회사 송유에 대출한 대출금 잔액 및 그 지연손해금으로 기재한 사실과 이 사건 수익권에 관한 질권의 피담보채권에는 위 대출금 원금과 이자 및 지연손해금이 포함되어 있는 사정 등을 인정한다면, 피고는 질권설정금액의 범위 내에서 피담보채권의 원금 및 지연손해금을 모두 청구하였다고 봄이 상당하다.」



방법으로 청구금액을 확장하는 경우 그 확장은 늦어도 채권신고서의 제출시한인 배당요구의 종기까지는 이루어져야 하고, 그 이후에는 허용되지 않는다고 한다.²²⁾

다. 이론상 논의

종래의 다수설은 압류명령 신청 당시 실무의 요구에 따라 신청 시까지의 부대청구만 한 후 배당절차에서 채권계산서로써 부대청구를 확장할 수 없다는 부정설의 입장이다.²³⁾

위 부정설의 논거는 채권집행의 특수성, 압류 시 청구채권액의 특정, 압류채권자의 의사와 금반언, 민사집행의 적정·신속과 통일·명확성, 다른 채권자와의 이익형량, 나아가 거래 안전 등을 들 수 있고,

이에 대한 반대설의 논거는 채권자의 정당한 이익 보장, 채권자의 진정한 의사, 실무관행의 법적 근거의 결여와 개선, 부동산집행과의 균형, 배당절차는 제3채무자와 무관(채권자 사이의 공평), 현금화절차와 배당절차의 차이(기간의 장단에 따른 부대채권의 증대) 등이다.²⁴⁾

라. 비교법적 고찰

1) 종래의 판례와 학설

일본의 실무도 채권집행에서 신청채권자로 하여금 신청일까지의 이자·지연손해금만 계산하여 확정액으로 신청하도록 요구하고 있었고, 이에 따라 신청한 채권자가 그 이후 배당절차에서 채권계산서를 제출하여 배당기일까지의 지연손해금을 배당 받을 수 있는지에 대하여 학설은 부정설과 긍정설로 나뉘었다.

22) 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다11526 판결.

23) 손진홍 414, 손창환 662-663, 주석 민사집행법(5) 제4판, 1078.

24) 이에 대한 상세한 내용은 이봉민, “저당권자가 물상대위를 행사하여 채권압류 및 추심 또는 전부명령을 받은 경우 배당기일까지의 이자를 배당받을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제133호, 법원도서관, 2023, 109-113쪽.



2) 일본 최고재판소 판결과 실무

平成21(2009). 7. 14. 최고재판소 판결²⁵⁾은 일반채권자의 채권(제3채무자의 집행공탁금)에 대한 강제집행에서, 실무는 법령상의 근거에 의한 것은 아니나 제3채무자의 부담을 고려한 나름의 합리성을 가지고 있으나, 집행채권자는 배당절차에서는 원칙적으로 집행권원 금액(완제일까지의 지연손해금)에 기한 배당을 받을 수 있으므로 제3채무자의 공탁으로 배당절차가 실시되는 경우 이미 제3채무자의 부담을 배려할 필요가 없고 집행채권자도 통상 집행권원 금액에 의한 배당의 의사이므로, 특단의 사정이 없는 한 이에 따라 취급하여야 하므로 채권계산서 제출의 유무를 묻지 않고 집행권원의 금액에 의한 배당을 받을 수 있다고 판시하였고, 후속 판례²⁶⁾도 이를 따르고 있다.

그러나 일본의 집행 실무는 강제경매는 물론 임의경매의 경우에도 여전히 신청단계에서는 청구지도를 통해 신청일까지의 이자·지연손해금만 기재하도록 하나, 배당 단계에서는 일단 배당기일까지의 지연손해금도 배당액 계산의 기초로 삼는 것으로 변경되면서 소위 ‘특단의 사정’에 해당하는 신청채권자의 의사를 확인하는 쪽으로 운용되고 있다.

6. 쟁점과 검토

가. 담보권의 범위와 청구금액의 확장

현재의 실무와 판례·학설을 종합하면 임의경매에 있어서 경매신청서에 원금의 일부만 청구한 경우에는 채권계산서의 제출로 청구금액을 확장하거나 변경할 수 없다는 것이 확고한 태도이다.

그런데 이자와 지연손해금의 부채채권의 경우에는 신청서에 단순히 신청일까지의 확정액만 기재된 경우 신청일 후부터 배당기일까지의 지연손해금은 원칙적으로 확장이 불가능하나, 신청서의 기재 내용이나 전체의 취지를 감안하여 신청채권자의 의사가 이를 포함하여 청구하는 것으로 해석될 경우에는 이를 인정하는 것이 종래 - 특히 부동산 임의경매에 있어서의 판례의

25) 民集63-6, 1227.

26) 平成29(2017). 10. 10. 결정 ; 民集71-8, 1482.



태도이다.

학설은 찬반으로 나누어지나 종래 부정설이 다수설인데, 대상판결이 일본 최고재판소(채권 강제집행의 경우임)와 같은 취지로 채권집행의 임의경매에서 원칙적으로 긍정설로 입장을 바꾸었다.

나. 채권계산서의 필요성

그런데 원심과 달리 대상판결은 채권계산서도 필요없다는 판시를 하였는바, 임의경매의 경우에도 강제경매와 마찬가지로 채권계산서는 신청채권자의 배당요구에 따라 기본적으로 집행법원이 배당표를 작성하기 위해 필요한 절차이다. 그런데 집행실무에 따라 부대채권에 관하여 신청일까지의 확정액만을 청구하더라도 신청서의 기재 내용에 완제일까지의 청구 의사가 확인되는 경우에는 채권계산서의 제출이 없어도 이를 인정할 수도 있다.

그러나 그저 확정액만 기재되어 있는 경우에까지 채권계산서 제출이 없어도 소위 ‘집행권원 금액’에 따른 배당기일까지의 지연손해금을 당연히 배당받게 된다는 것은 채권계산서의 제출과 이에 다른 배당표 작성의 취지를 몰각하는 것으로 찬성할 수 없다. 이는 채권자 사이의 공평이나 제3채무자 배려의 취지 불필요, 채권자의 본래 의사 유추에도 불구하고 처분권주의에도 반할 뿐만 아니라 굳이 집행의 번잡을 초래할 필요가 없는 점에서 더욱 그러하다.

VI. 평 석

1. 대상판결의 분석

가. 요 지

채권압류 및 추심명령 또는 전부명령을 신청하면서 그 청구채권 중 이자·지연손해금 등 부대채권의 범위를 신청일 무렵까지의 확정금액으로 기재한 경우, 그 신청 취지와 원인 및 집행 실



무 등에 비추어 저당권자가 부대채권에 관하여는 신청일까지의 액수만 배당받겠다는 의사를 명확하게 표시하였다고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 배당절차에서는 채권계산서를 제출하였는지 여부에 관계없이 배당기일까지의 부대채권을 포함하여 원래 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에서 우선배당을 받을 수 있다.

나. 대상판결의 논지

① 금전채권에 대하여 채권압류명령 등이 신청된 경우 제3채무자는 순전히 타의에 의하여 다른 사람들 사이의 법률분쟁에 편입된 것이므로, 제3채무자가 압류된 채권이나 범위를 파악할 때 과도한 부담을 가지지 않도록 보호할 필요가 있다. 이에 현행 민사집행 실무에서는 금전채권에 대한 압류명령신청서에 기재하여야 하는 청구채권 중 부대채권의 범위를 신청일까지의 확정금액으로 기재하도록 요구하고 있다. 이러한 실무는 법령상 근거가 있는 것은 아니나, 제3채무자가 압류 범위를 파악하는 데 과도한 부담을 가지지 않도록 압류채권자에게 협조를 구하는 한도에서 합리적인 측면이 있다.

② 그러나 본래 저당권자는 물상대위권을 행사할 때 청구채권인 저당권의 피담보채권 중 부대채권의 범위를 원금의 지급일까지로 하는 채권압류명령 등을 신청할 수 있다. 따라서 물상대위권을 행사하는 저당권자가 민사집행 실무에서 요구하는 바에 따라 부대채권의 범위를 신청일 무렵까지의 확정금액으로 기재한 것은 다른 특별한 사정이 없는 한, 위와 같이 제3채무자를 배려하기 위한 것일 뿐 나머지 부대채권에 관한 우선변제권을 확정적으로 포기하려는 의사에 기한 것이라고 추단할 수 없다.

③ 게다가 제3채무자의 공탁(민사집행법 제248조) 등의 이유로 배당절차가 개시된 경우에는 제3채무자의 보호가 처음부터 문제 되지 않으므로, 물상대위권을 행사하는 저당권자는 원래 배당절차에서 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에서 우선배당을 받고자 하는 것이 통상적인 의사라고 볼 수 있다.²⁷⁾

27) 「제1 압류 및 추심명령에는 청구금액이 ‘금 200,000,000원 원금 / 금 25,495,890원 이자금 / 합계 금 225,495,890원’으로, 제2 압류 및 추심명령에는 청구금액이 ‘1,655,402,962원(2011. 6. 3. 근거당권 설정계약서에 의한 대여금)’으로 각 특정되어 있는 한편(이는 압류명령 단계에서 제3채무자의 입장에서

2. 검토와 비판

가. 신청서 기재의 표기와 의사 해석

실무상 압류 명령 신청 시 제3채무자의 부담을 고려한 신청일까지의 확정금 요청의 실무 관행이 법적 근거 없으나 나름 합리성이 있음에도 불구하고, 이를 계속하여 배당절차에서 담보권의 우선변제적 효력을 무시하는 결과는 잘못된 것으로, 소위 ‘집행권원 금액’에 따른 배당을 인정하여야 한다는 결론은 타당하다.

그런데 신청채권자의 진정한 의사에 대해 개괄적 표기의 방법, 범위에 관한 일률적 기준이 없고 신청서 전체의 기재 내용에 대한 임의적인 해석에 따른 운용은 앞으로 객관적인 방향으로 개선되어야 한다.

나. 채권계산서 제출의 요부

앞에서 본 바와 같이 신청서에 단순히 확정액만 기재되어 있는 경우에까지 채권계산서 제출

압류명령에 의하여 지급이 금지되는 범위가 분명하지 않다는 등의 이유로 신청 당시까지의 구체적인 금액을 계산하여 확정액으로 표시하도록 하는 통상적인 실무례에 따른 것이다), 이 사건 각 압류 및 추심명령에는 공히 이유란에 ‘채권자(원고)가 이 사건 부동산에 관한 해당 근저당권(관할 법원과 접수 일자 및 접수번호로 특정되어 있다)자로서 위 부동산의 수용에 따른 손실보상금에 대하여 물상대위권을 행사하기 위하여 민사집행법 제273조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하였으므로 주문과 같이 결정한다’는 취지가 기재되어 있고 각 별지에는 이 사건 부동산이 적시되어 있으며, 원고는 이 사건 각 압류 및 추심명령 신청서에 아래 기재 내용과 같이 대출원금과 신청일까지의 이자를 구분하여 계산한 ‘채권계산서산출근기표’를 첨부하여 제출함으로써[즉, 원고는 제1 압류 및 추심명령은 물론, 제2 압류 및 추심명령에 관하여도 이 사건 1순위 근저당권의 피담보채무에 대한 신청일 당시까지의 원금과 이자 합계액 1,655,402,962원(= 2011. 6. 3.자 대출 원라금 1,624,287,788원 + 2013. 9. 16.자 대출 원라금 31,115,174원)의 압류 등을 신청한 것이다] 근저당권에 기한 물상대위권자로서 해당 원금 이외에 부대채권인 이자까지 청구한다는 의사를 밝힌 사실이 인정되고, 나아가 이 사건 배당표가 작성된 배당기일에 앞서 원고가 이 사건 각 근저당권의 피담보채권에 관하여 배당기일까지의 이자 및 미수이자를 계산한 채권계산서를 제출함으로써 이 사건 각 압류 및 추심명령 신청 당시 개괄적으로 표시한 부대채권을 구체화·명확화한 사실은 앞서 본 바와 같다.]



이 없어도 소위 ‘집행권원 금액’에 따른 배당기일까지의 지연손해금을 당연히 배당받게 된다는 것은 찬성할 수 없다. 이는 채권자 사이의 공평이나 제3채무자 배려의 취지 불필요, 채권자의 본래 의사 유추에도 불구하고 처분권주의에도 반할 뿐만 아니라 굳이 집행의 번잡을 초래할 필요가 없으므로 인정될 수 없다.

다. 부동산 임의경매와 강제경매와의 균형

대상판결은 채권을 대상으로 하는 임의경매에 관한 경우인데, 나아가 채권 강제집행의 경우에도 확대해석할 수 있는지는 의문이다. 이에 찬성하는 견해도 있으나, 저당권·질권과 같은 담보권이 아닌 일반 채권에 불과한 집행권원에 기한 강제경매에서 위 담보권 보호와 같은 논리를 관철하기는 어려운 것으로 생각된다.

3. 결 론

저당권자가 물상대위권을 행사하여 채권압류명령 등을 신청하면서 부대채권의 범위를 신청일까지의 확정금액으로 기재한 경우, 특별한 사정이 없는 한 배당절차에서는 배당기일까지의 부대채권을 포함하여 원래 우선변제권을 행사할 수 있는 범위에서 우선 배당을 받을 수 있다는 대상판결의 결론은 물상대위와 담보권의 법리에 충실하게 실제법상의 권리를 최대한 보장하는 것으로 타당하다.

즉 부대채권 등 피담보채권의 확대는 우선변제권의 범위 안에서만 이루어지는 것이고 담보권자의 진정한 의사는 최대한의 만족을 원하는 것이므로 단지 실무상의 관행을 이유로 이를 제한하는 종래의 판결이나 실무는 잘못된 것이다. 더구나 채권계산서의 제출도 필요하지 않다는 점에서 부대채권에 관한 한 종래 판례상의 경매를 신청한 담보권자와 신청하지 않은 다른 담보권자 사이의 불균형도 해소되게 되었다.

그러나 대상판결의 취지를 확장하여 강제집행의 경우에도 이를 확대하는 것은 신중하여야 한다. 담보권의 실행인 임의경매와는 달리 집행권원에 의한 강제집행은 다른 채권자와의 형평이 중요하고 강제집행 신청채권자의 불확정한 선택을 배당절차에 끌어들여 혼잡이나 불균형을 초래해



서는 곤란하다. 부채채권이라 하여 그저 부수적인 정도로 단정할 수 없는 것이 청구채권액이 수백억 원 대의 거액이거나 경매절차의 지연 등으로 인한 장기간의 경과로 인해 그 범위가 상당히 확대될 수 있고, 이는 채권자평등에 따른 다른 채권자와의 이익형량에 실질적 불균형을 초래할 수 있다. 특히 부동산이 아닌 채권집행의 경우 다른 채권자는 청구채권액이나 중복 청구 여부를 쉽게 알 수 없기 때문에 더욱 그러하다. 이는 예전 경매법 폐지 이전에는 강제경매와 달리 임의 경매의 경우에는 청구금액의 확장을 허용한 것과 동일하다.

이상과 같이 대상판결은 채권계산서의 불필요성을 제외하면 임의경매의 채권집행 경우에 타당한 결론으로 찬성하는 바이다.

[참고문헌]

〈저 서〉

이시윤, 신민사집행법 제8개정판, 박영사, 2020.

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

이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023.

지원림, 민법강의 제18판, 홍문사, 2021.

김준호, 민법강의 제27판, 법문사, 2021.

〈논 문〉

이봉민, “저당권자가 물상대위를 행사하여 채권압류 및 추심 또는 전부명령을 받은 경우 배당기 일까지의 이자를 배당받을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제133호, 법원도서관, 2023,

김능환, “근저당권실행을 위한 경매절차에서의 청구금액확장의 가부”, 민사재판의 제 문제(하), 1995.

박재윤, “강제집행청구금액의 확장과 제3취득자에 대한 효력”, 법조 34권 7호 법조협회, 1985.



- 서기석, “부동산입찰에서의 배당에 관한 실무상 제문제, 부동산 입찰에서의 배당 부동산 입찰 제도”, 실무상 제문제, 법원행정처, 1997.
- 서명수, “청구금액의 확장과 배당 후 부당이득반환청구의 허부 : 담보권실행경매신청채권자의 청구금액 확장의 허용 여부”, 판례실무연구 I, 박영사, 1997.
- 서기석, “담보권실행경매신청채권자의 청구금액확장에 관련한 제 문제”, 인권과 정의 제252호, 대한변호사협회, 1997.
- 신동윤, “부동산경매에 있어서의 배당에 관한 문제점”, 사법논집 제23집.
- 김교창, “임의경매절차상 청구금액의 확장시기”, 민사재판의 제문제 제8권.
- 박재윤, “강제집행청구금액의 확장과 제3취득자에 대한 효력”, 법조 34권 7호 법조협회, 1985.

- ▶ 발표일시 : 2023. 11. 01.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 신성민 변호사
- ▶ 참석회원 : 김시연, 김용태, 김재승, 류원용, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 장재형, 정익우, 정태용, 조주영, 최수진, 홍영호 (총 20명)



무기계약직 국도관리원에게 공무원에게 지급하는 각종 수당(정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비) 등을 지급하지 않은 것은 ‘차별적 처우’ 아니다

It is not ‘discriminatory treatment’ to not pay various allowances (attendance allowance, performance bonus, family allowance, rank assistant, business trip expenses) paid to public officials to national road rangers on indefinite contracts

辯護士 김 정 범

Kim Jung Beom

【사건의 표시】

대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결

논문요약

대법원은 대상판결의 의미로, ‘대상판결은 국가와 근로계약을 체결한 무기계약직 근로자가 공무원을 비교대상자로 하여 근로기준법 제6조에 따른 차별을 인정할 수 있는지 여부에 관하여 명시적으로 판단한 첫 대법원 사례이다. 물론 대상판결은 공무원을 비교대상자로 지목한 차별 사안에 관한 판단이고, 공무원이 아닌 일반 근로자



(정규직, 무기계약직 등)를 비교대상으로 하여 차별을 주장하는 사안에 관한 판단은 아니며, 무기계약직의 사회적 신분을 일반적으로 부정한 것도 아니다. 이 판결은 근로기준법 제6조의 차별이 문제 되는 사안에서 일반 근로자에 대한 공무원의 비교대상을 부정하고, 공무원에 대한 관계에서 무기계약직과 같은 개별 근로계약에 따른 고용상의 지위는 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판단함으로써, 근로기준법 제6조의 적용 범위를 명확히 하였다'는 의미를 부여하고 있다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 너무 손쉽게 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 '사회적 신분'에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원은 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상집단이 될 수도 없다면서 무기계약직 국도관리원인 원고들이 공무원을 비교대상으로 삼아 사용자인 국가를 상대로 차별적 처우를 주장하는 이 사건에서 원고들의 고용상 지위가 공무원에 대한 관계에서 사회적 신분에 해당한다거나 공무원이 원고들의 비교대상이 될 수 없으므로 피고가 공무원에게 지급하는 가족수당, 성과상여금 등을 원고들에게 지급하지 않은 것이 근로기준법이 금지하는 차별적 처우에 해당한다고 볼 수 없다는 결론을 내리고 있다.

대판 판결에서 대법원은 공무원 지위의 특수성, 근무조건의 결정방식, 공무원 보수성격, 업무의 변경가능성과 보수체계를 거론하면서 개별근로계약에 따른 고용상의 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판결하고 있지만 그렇게 될 경우 근로기준법 제6조의 취지를 근본적으로 몰각하게 된다. 기본적으로 차별적 처우를 금지하는 근로기준법 제6조는 근로자 지위의 특수성이나 근무조건의 결정방식 등에도 불구하고 동일노동을 하는 경우 동일임금을 지급하는 것을 원칙으로 제시하는 것이기 때문이다. 따라서 대상판결은 근로기준법 제6조가 지향하는 취지에 비춰봐서 결코 동의하기 어려운 판결이다.



〈주제어〉

사회적 신분, 각종 수당, 차별금지, 국도관리원, 공무원노동자

social status, various allowances, No discrimination, The man of National road management, civil service worker

목 차

[사실관계]

[사건의 진행과정]

[대상판결의 내용]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 동일노동, 동일임금 원칙

1. 동일노동, 동일임금 원칙의 개념
2. 국제적 동향
3. 우리 법률의 규정

III. 대상판결들에 대한 평가

1. 사회적 신분 해당성 여부
2. 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에 근로기준법 제6조의 적용 여부
3. 동일한 비교집단성의 여부
4. 동종 또는 유사한 업무 해당성



5. 합리적 차별의 판단기준
6. 합리적 차별의 구체적인 예
7. 차별의 합리성이 인정되지 않는 경우

IV. 결 론

[사실관계]

‘국도관리원’으로 불리는 원고들은 피고(대한민국) 산하 국토교통부 소속 각 지방국토관리청장과 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 도로의 유지·보수 업무 또는 과적차량을 단속하는 업무를 수행한 근로자이다. 국도관리원은 공무원이 아니고, 국가와 근로계약을 체결한 무기계약직 근로자임 공공부문에 종사하는 무기계약직 근로자를 공무원직 근로자라고도 한다. 피고는 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비 등을 지급하는 국토교통부 소속 운전직 및 과적단속직 공무원들과 달리, 원고들에게는 위 네 가지의 수당과 출장여비를 지급하지 않았다. 원고들은 운전직 및 과적단속 공무원들과 같거나 유사한 업무를 수행하고 있음에도 위 공무원들에게 지급되는 위 각 수당 등을 지급받지 못한 것이 헌법상 평등원칙 및 근로기준법 제6조를 위반한 차별적 처우에 해당한다고 주장하면서 피고를 상대로 위 각 수당 상당액 손해배상을 청구하였다.

[사건의 진행과정]

제1심(서울중앙지방법원)은 원고들의 무기계약직 근로자로서의 지위는 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하지만 원고들과 운전직 및 과적단속직 공무원들은 본질적으로 동일한 비교집단에 속하지 않고 위 공무원들과 원고들을 달리 처우한 데에는 합리적 이유도 있다는 이유로



원고 패소판결을 내렸다. 원심(서울고등법원)도 1심 이유를 그대로 인용하면서 원고들의 항소를 기각하였다. 이에 원고들이 상고한 사건이다.

[대상판결의 내용]

가. 다수 의견(7명) : 상고기각

개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 ‘사회적 신분’에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원은 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상 집단이 될 수도 없다. 따라서 불리한 처우에 대한 합리적 이유가 인정되는지에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 피고가 원고들에게 차별적 처우를 했다고 볼 수 없으므로 원심의 결론은 정당하다는 이유를 들어 상고를 기각하였다. 그 이유로, ① 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 헌법이 정한 직업공무원제도에 따라 국가 또는 지방자치단체와 공법상 신분관계를 형성하고, 청렴의무, 종교중립의 의무 등 여러 법률상 의무를 부담하며, 정치운동이나 집단행위도 금지되는 등 일반 근로자보다 무거운 책임과 윤리성을 요구받는 지위에 있는 공무원 지위의 특수성이 있고, ② 공무원의 보수 등 근무조건은 ‘근무조건 법정주의’에 따라 예산을 고려하여 법령으로 정해지고 공무원의 노동3권 행사 역시 법률로 제한되므로, 공무원은 단체협약을 통해 근로조건을 향상을 도모할 수 있는 여지가 적은 반면 공무원이 아닌 근로자들은 노동3권의 행사에 특별한 법적제한을 받지 않으므로 근무조건의 결정방식이 다르며, ③ 공무원에게 지급되는 보수는 근로의 대가라는 성격 외에도 안정적인 직업공무원제도의 유지를 위한 정책적 목적을 가지고 있어서 공무원 보수의 성격이 다르고, ④ 공무원에 대한 전보인사는 관련 법령의 제한 내에서 인사권자에게 상당한 재량이 부여되어 있고, 공무원이 담당하는 업무는 변경될 가능성이 열려 있으며, 공무원의 봉급은 기본적으로 공무원의 종류, 계급, 직급, 호봉 등에 따라 결정되고, 담당 업무를 기초로 설정되어 있지 않아서 공무원과 공무원이 아닌 근로자의 업무 내용에 유사한 부분이 있다고 하여 같은 처우가 보장되어야 한다고 보기 어려운 업무의 변경가능성과 보수체계가 다르다.



나. 별개 의견(1명. 대법관 권영준): 상고기각

원고들의 무기계약직 근로자의 지위는 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하고, 원고들과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 공무원을 비교대상으로 삼아 차별적 처우 여부를 판단할 수 있으나 피고가 원고들에게 각 수당을 지급하지 않은 것에는 합리적 근거가 있으므로 피고의 불법행위로 인한 손해배상책임은 성립하지 않는다. 근로기준법 제6조의 비교대상성은 차별로 문제 되는 처우의 내용에 따라 달라질 수 있는 유동적이고 상대적 개념이고, 차별적 처우 판단의 논리적 전제이므로 그 문턱을 너무 높이지 않고 가급적 너그럽게 보는 것이 타당하고, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(기간제법) 제8조 제1항은 '같은 종류의 업무 또는 유사한 업무'라는 비교대상성 판단기준을 규정하고 있고, 이러한 판단기준은 원고들과 같은 무기계약직 근로자에 대한 공무원의 비교대상성을 판단할 때에도 유추적용될 수 있으므로 이 사건의 경우 운전직 공무원과 과적단속직 공무원은 원고들과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하므로 원고들의 비교대상이 될 수 있다. 근로기준법 제6조의 사회적 신분은 후천적 지위도 포함하는 개념이고, 여기에는 개인의 선택이 개입되는 지위도 포함됨. 계약과 신분은 양립할 수 있으며, 기간제법이나 파견근로자 보호 등에 관한 법률에서의 차별금지 조항은 현대 사회의 다양한 고용형태의 등장에 따른 차별 문제에 대응하기 위하여 개별 법률 조항의 형태로 구체화된 것이므로 이러한 변화는 근로기준법 제6조의 사회적 신분의 해석에도 환류되어야 하며, 무기계약직 근로자라는 고용형태에 수반되는 근로조건은 틀은 법령과 정책에 따라 형성된 측면이 있고, 근로를 제공하는 동안 그 체계에서 쉽게 벗어나기 어렵다는 점 등을 고려하면 무기계약직 근로자인 원고들의 지위는 사회적 신분에 해당한다. 무기계약직 근로자를 비교대상 공무원과 달리 처우하는 것에 합리적 이유가 있는지를 판단할 때에는 비교대상자인 공무원의 특수성을 고려하여야 하고, 차별적 처우로 문제 되는 행위가 노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에 따른 노사합의의 결과라면 그 위법성을 판단할 때에는 단체협약의 존재와 그 단체협약을 둘러싼 구체적 사정을 종합적으로 고려해야 하며, 국도관리원과 공무원은 신분적 특성과 보수체계에서 차이가 있고 피고가 원고들에게 가족수당 등을 지급하지 않은 것은 단체협약에 따른 것으로 단체협약으로 전체적인 근로조건을 향상시키는 과정에서 수당체계를 일부 조정할 결과임이므로 단체협약에 따라 각 수당을 지급하지 않은 행위가 위법하다고 평가할 만한



별도의 사정도 보이지 않고, 이러한 점들을 고려하면 원고들이 받은 불리한 처우에는 합리적 근거가 있으므로 차별이 성립하지 않는다.

다. 반대 의견(5명: 대법관 민유숙, 김선수, 노정희, 이흥구, 오경미): 파기환송

비교대상 근로자는 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자인지를 기준으로 판단해야 하므로, 공무원을 비교대상 근로자로 삼을 수 있고, 원고들의 무기계약직 근로자라는 고용상 지위는 사회적 신분에 해당하며, 피고가 원고들에게 가족수당과 성과상여금을 지급하지 않은 것에는 합리적 이유가 없으므로 피고는 위 각 수당에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다. 근로기준법 제6조의 비교대상 근로자의 상정은 차별 판단의 개념적 전제로서 업무의 내용이나 노동의 가치가 가장 중요한 기준이 되어야 하고, 근로기준법 제6조의 존재 의미, 기간제법과 파견법 등 개별 법률들의 규정 내용, 동일가치노동 동일임금의 원칙을 고려하면 비교대상 근로자는 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자인지를 기준으로 판단해야 하므로 운전직 공무원과 과적단속직 공무원은 원고들과 같거나 유사한 업무를 수행하므로 비교대상 근로자가 될 수 있고, 공무원의 비교대상성을 부정하는 다수 의견은 비교대상성과 차별 적처우의 합리적 판단을 혼동한 것이고, 비교대상성을 상대적으로 파악하는 것이어서 예측가능성도 떨어지며, 또한, 근로기준법 제6조의 의미와 관련 법률과의 체계적 해석, 공평의 관념에 반하고, 기간제 근로자에 대한 차별 사안에서 공무원의 비교대상성을 인정한 대법원 선례의 취지에도 반한다. 사회적 신분은 선천적 지위에 국한되지 않고, 후천적으로 획득하여 사회에서 장기간 점하는 지위를 포함하며, 시대에 맞게 탄력적으로 해석, 적용하여야 하고, 무기계약직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력 발휘로 쉽게 회피할 수 없고 한번 취득하면 장기간 지속되는 성격을 지니는 점, 무기계약직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실 등에 비추어 사회적 신분에 해당한다고 보아야 하므로 다수 의견은 공무원의 신분적 특성을 강조하면서 공무원을 비교대상에서 배제하면서도 신분에서 큰 차이가 나는 무기계약직 근로자에 대하여는 사회적 신분이 아니라고 하여 일관성 없는 판단을 하고 있으며, 사회적 신분이 비교대상이 누구인지에 따라 달라지는 상대적 개념이라고 할 수도 없다. 특정 수당을 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 있는지를 판단할 때 비교대상 공무원의 특수성이나 단체협



약에 의하여 원고들의 보수체계가 결정되었다는 사정도 고려되어야 하나, 근로의 내용이나 가치와 관련된 요소보다 더 중요하게 참작되어서는 안 되고, 차별적인 근로조건이 단체협약에 의하여 결정되었다는 사정만으로 차별적 처우가 합리성을 획득한다고 보기도 어려움. 원고들과 같은 무기계약직 근로자들은 정부기관과 단체협약을 체결할 때 공무원과 마찬가지로 현실적으로 국가 예산의 제약을 받으므로 단체협약의 체결자체에 과도한 정당성을 부여하기 어려우며, 가족수당은 공무원의 종류, 직급, 업무의 내용과 관계없이 오로지 부양가족의 존재와 수에 따라 일률적으로 지급되므로 원고들에게만 지급하지 않은 것은 합리성을 인정하기 어렵고, 성과상여금은 근무성적, 실적 등이 우수한 사람에게 지급하는 급여 항목인데, 원고들에게 업무실적과 성과에 따른 보상을 받을 기회를 전혀 부여하지 않은 것은 합리적 이유가 없으므로 가족수당과 성과상여금의 미지급은 합리적 이유가 없으므로 차별적 처우에 해당한다.

[연구]

1. 문제의 제기

국도관리원으로 불리는 공무직근로자들(원고)은 대한민국(피고) 산하 국토교통부 소속 각 지방국도관리청장과 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 도로의 유지·보수 업무 또는 과적 차량을 단속하는 업무를 수행한 근로자들이다. 국도관리원은 공무원이 아니고, 국가와 근로계약을 체결한 무기계약직 근로자임 공공부문에 종사하는 무기계약직 근로자로 공무직 근로자라고도 불리는데 이들에게는 같은 업무를 담당하는 공무원들에 지급되는 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비 등을 지급하지 않고 있다. 한편, 근로기준법 제6조에서는 균등한 처우를 하도록 규정하고 있는바, 그 내용은 '사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다'는 것이다. 그렇다면 국토교통부 소속 운전직 및 과적단속직 공무원들과 사실상 동일한 업무를 수행하는 국도관리원 공무원들에는 지급되는 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비 등을 지급하지 않는 것이 차별적 처우를 금지하는 근로기준법 제6조에 위반되는 것이 아닌지가 문제된다. 차별적 처우에 해당하느냐의 여부를 판단하기 위해서는,



원고들의 공공부문 무기계약직 근로자(공무직 근로자)로서의 지위가 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하는지, 운전직 및 과적단속직 공무원이 원고들의 비교대상 근로자가 될 수 있는지, 원고들에게 위 각 수당을 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 있는지 등의 검토가 이루어져야 한다. 아래에서는 최근에 선고된 대법원 전원합의체 판례를 소개하고 그 타당성을 검토하기로 한다.

II. 동일노동 동일임금의 원칙

1. 동일노동, 동일임금 원칙의 개념

동일한 노동을 제공한 경우 동일한 임금을 지급해야 한다는 ‘동일노동 동일임금의 원칙’은 노동법이 지향하는 최고의 가치다. 동일노동 동일임금(Equal pay for equal work)은 성별, 정규직, 파트타임, 파견 사원 등의 고용형태, 인종, 종교, 국적 등에 관계없이 동일한 직업에 종사하는 노동자에 대하여 동일한 임금 수준을 적용하고 노동의 양에 따라 임금을 지급한다는 임금 정책의 기본원칙이다. 국제 노동 기구 (ILO)는 이 원칙을 국제 노동 기구 헌장에 싣고 있으며, 기본적 인권의 하나로 보고 있다. 국제 인권법에서도 경제적 및 사회적, 문화적 권리에 관한 국제 협약 제7조와 사람과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 제15조에서 근로권에 대해 이 원칙을 명시하고 있다. 그러나 우리나라의 경우 직종에 따라 동일노동 동일임금이 적용되지 않는 경우가 있다. 공공기관 중에서 우체국, 우편집중국, 국제우편물류센터, 우체국 시설관리단 같이 우정사업본부에 소속된 사업장에서는 호봉제가 적용되어 정규직과 비정규직이 같은 일을 하는데도, 임금은 50%이거나(무기계약 비정규직 집배원인 상시계약집배원의 사례), 33%(우정실무원 즉 우체국, 우편집중국, 우체국 물류지원단 부평물류센터 등에서 내근하는 무기계약직이나 기간제인 비정규직), 우체국 물류지원단 무기계약 비정규직 운전노동자, 임기제 공무원 곧 비정규직 공무원, 우정실무원들은 통상임금인 상여금과 정기급식, 교통비에서 차별을 받고 있다. 특히 우정실무원들은 일용직이기 때문에 근로소득도 불안정하다. 민간기업에서는 중소기업 비정규직 노동자들이 받는 임금이 대기업 정규직 노동자들이 받는 임금의 37%에 불과하다고 한다



(위키백과¹⁾ 참조).

2. 국제적 동향

베르사이유 조약에서 ‘동일가치의 노동에 대해서 남녀에게 동일한 금액의 보상을 지급하는’ 원칙(제13편 2관 427조)이 제기되었다. 이후 국제 노동 기구 헌장에서 ‘동일 가치 노동에 대한 동일 보수 원칙의 승인’을 들어 동일 가치 노동에 따른 동일 임금을 가장 중요한 원칙의 하나로 삼았다. 이와 관련하여 필라델피아 선언(1944년)에서도 ‘고용 및 직업에서의 차별철폐’를 기본 권으로 들어 ‘국제 노동 기구 회원국 모두가 존중하고 촉진하며 실현하는 의무를 부담’이라 하고 있다. 국제노동기구 총회에서 1951년에 동일 가치 노동에 남녀 근로자에 대한 동일 보수에 관한 협약(국제 노동 기구 제100호 협약)을 채택하고 동일 가치 노동에 대한 남녀 간 임금 격차를 금지하였다. 이후 1958년, 국제 노동 기구 총회는 고용 및 직업에 대한 차별대우에 관한 협약(국제 노동 기구 제111호 협약)을 채택하였는데, 노동자의 대우에 대한 모든 종류의 차별을 금지하여 인권 보장 협약으로서의 성격을 갖고 있다. 이후 1979년, 국제연합 제34회 총회에서 채택된 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약에서도 ‘동일 가치 노동에 대한 동일 보수 및 동일한 대우에 대한 권리와 노동의 질 평가에 관한 취급과 평등에 대한 권리’(제3편 11조 d항) 확보에 필요한 조치를 취할 것을 협약 당사국들에게 요구하고 있다. 세계인권선언의 제23조에서는 노동인권을 다루고 있는데, 노동조합 활동, 동일노동 동일임금을 말하고 있다. 한편 위와 같은 국제적 동향에 맞춰 독일은 정치적인 민주주의 국가로서 신자유주의 국가이고 덴마크는 사회민주주의 나라이지만 양국 모두 동일노동 동일임금이 적용되고 있다. 덴마크에서는 노동기간에 따라 임금이 오르는 호봉제 또는 연공서열제를 적용하지 않음으로써 동일노동 동일 임금을 적용한다. 독일에서는 노사의 단체교섭으로써 외국인 노동자들도 동일노동 동일임금이 시행되고 있으며, 건설업은 1996년 파업으로써 외국인 노동자들도 독일 노동자들과 같은 임금을 받는다. 한국방송 박종훈 기자에 따르면, 독일 노동자들의 파업은 외국인 노동자들의 노동인권을 위해서가 아니라 일자리를 외국인 노동자들에게 뺏기지 않기 위해서였다. 당시 건설사들은

1) https://ko.wikipedia.org/wiki/무노동_무임금_부분

독일 노동자들보다 월급이 적은 외국인 노동자들을 먼저 고용해서, 독일 노동자들은 일자리를 뺏겨서 일할 수 없었다. 그래서 동일노동 동일임금을 적용하도록 사용자들을 압박한 것이었다. 임금이 동일한 상황에서는 기업이 자국민을 제치고 외국인을 먼저 채용할 이유가 전혀 없기 때문이다.

3. 우리 법률의 규정

우리 근로기준법 제6조에서는 균등한 처우를 하도록 되어 있다. ‘사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다’는 규정이다. 근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙이나 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제8조에서 정하고 있는 동일가치노동 동일임금 원칙 등은 어느 것이나 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이다. 여기서 원고들에게 같거나 비슷한 일을 하는 공무원들과 달리 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비 등을 지급하지 않는 것이 근로기준법 제6조에서 금지하고 있는 차별적 처우에 해당하는 것인지 문제가 된다. 차별적 처우에 해당하기 위해서는 ① 차별의 사유가 되는 원고들의 지위가 ‘사회적 신분’에 해당하여야 하고, ② 원고들이 지목하는 비교대상자가 원고들과 본질적으로 동일한 비교집단에 속하여야 하며, ③ 차별이 합리적인 이유가 있는지를 살펴봐야 한다. 사회적 신분에 의한 차별이 아니거나 동일한 비교집단이 아닌 경우, 차별에 합리적인 이유가 있는 경우에는 근로기준법 제6조가 적용되지 않기 때문이다. 일반적으로 ‘사회적 신분’이란 사람이 사회생활에서 장기적으로 차지하고 있는 지위를 말하는데 후천적 신분설과 선천적 신분설의 대립이 있다. 다수설과 판례의 입장인 전자는 생래적인 선천적 신분만이 아니고 후천적으로 취득한 신분(예를들면 공무원, 교원, 파산자, 전과자, 생산직과 사무직, 극빈자, 고아, 두 회사의 합병에서 어느 한 회사의 종업원 등의 지위 등)도 포함된다고 본다. 소수설인 전자는 사회적 신분을 가문 출생지 등과 같이 출생에 의해 고정된 생래적 신분만을 가리킨다고 제한적으로 해석한다.

참고로 기간제법과 파견법에서도 차별처우의 금지규정을 두고 있다.



기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률(기간제법)

제8조(차별적 처우의 금지) ①사용자는 기간제 근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다. <개정 2020. 5. 26.>

② 사용자는 단시간근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다. <개정 2020. 5. 26.>

파견근로자 보호 등에 관한 법률(파견법)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2020. 5. 26.>

7. “차별적 처우”란 다음 각 목의 사항에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다.

가. 「근로기준법」 제2조 제1항 제5호의 임금

나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금

다. 경영성과에 따른 성과금

라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항

[전문개정 2019. 4. 30.]

제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등) ① 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자라는 이유로 사용사업주의 사업 내의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

② 파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 「노동위원회법」에 따른 노동위원회(이하 “노동위원회”라 한다)에 그 시정을 신청할 수 있다.

③ 제2항에 따른 시정신청, 그 밖의 시정절차 등에 관하여는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제9조부터 제15조까지 및 제16조 제2호·제3호를 준용한다. 이 경우 “기간제근로자 또는 단시간근로자”는 “파견근로자”로, “사용자”는 “파견사업주 또는 사용사업주”로 본다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정은 사용사업주가 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 경우에는 적용하지 아니한다.

[전문개정 2019. 4. 30.]



III. 대상판결에 대한 평가

1. 사회적 신분 해당성 여부

사회적 신분이란 사회에서 장기간 갖는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로서(헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정) 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의해서 회피할 수 없는 사회적 분류를 가리킨다(대전고등법원 2015. 11. 26. 선고 2014나11589 판결). 사회적 신분을 후천적으로 취득한 신분까지 포함해서 보는 경우에 국도관리원으로 근무하는 원고들의 지위는 사회적 신분으로 봐야 한다. 개인이 선택한 직업도 사회적 신분으로 봐야 하기 때문이다. 대법원 다수 의견이 원고들의 국도관리원 지위가 사회적 신분이지 아니라고 내세우는 공무원 지위의 특수성, 근무조건의 결정방식, 공무원 보수의 성격, 업무의 변경가능성과 보수체계가 다르다는 점은 동일한 비교집단에 해당하는지의 여부나, 차별이 합리적인지의 여부를 판단하는 기준이 될 뿐 위와 같은 특성의 차이로 인해서 곧바로 사회적 신분이지 아니라는 평가의 기준이 될 수는 없다. 따라서 사회적 신분에 해당하지 않는다는 이유로 원고들의 상고를 기각한 대법원의 다수 의견은 동의하기 어렵다.

2. 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에 근로기준법 제6조의 적용 여부

국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 고용관계에서 양성평등을 규정한 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제11조 제1항과 근로기준법 제6조가 적용되는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 우리 대법원은, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부는 기본권의 수범자로서 국민의 기본권을 보호하고 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 점, 공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자인 점 등을 고려하면, 공무원 관련 법률에 특별한 규정이 없는 한, 고용관계에서 양성평등을 규정한 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제11조 제1항과 근로기준법 제6조는 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 적용된다고 보고 있다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결). 헌법상의 평등권을 보장하려는 위 법률규정의 취지상 공법상의 근무관계에도 차별적 처우를 금지하고 있는 근로기준법



제6조 등의 규정이 적용된다고 봐야 한다.

3. 동일한 비교집단성의 여부

법률의 헌법상 평등권 침해 여부를 판단하기 위하여 비교대상자가 '본질적으로 동일한 비교 집단'에 속해있는지를 살펴볼 때에 그 비교집단 자체의 내재적 특성이나 직무의 특수성 등 물리적인 성격이나 현실적인 측면만을 고려해서는 안 되고, 비교대상과 관련된 헌법규정 및 당해 법률규정의 의미와 목적에 대한 규범적인 해석도 함께 고려하여야 하는 것(헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2009헌마538 결정 참조)과 마찬가지로, 그 비교집단 근로자의 고용형태와 업무의 내용 및 범위·권한·책임뿐 아니라 해당 처우의 내용과 차별적 처우의 사유로 삼은 사정도 함께 고려해야 한다. 위 사례의 경우 원고들과 같은 업무를 수행하는 공무원들은 실질적으로 동일한 노동을 제공하는 것이어서 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다고 봐야 한다. 차별 여부와 관련해서는 근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 따라서 근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결). 위 사례의 경우 원고들이 수행하는 국도관리원의 업무내용과 비교대상 공무원들이 실질적으로 수행하는 업무를 비교하고, 비교대상 공무원과 원고들이 받는 급여 등을 실질적으로 비교한 다음 어느 정도의 차이가 있는지, 그 차이가 필요한 이유가 무엇인지의 여부를 따져봐야 하는 것이다. 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 중에서 선정하여야 하고, 이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다. 기간제 근로자가 기간제 근로자임을 이유로 임금에서 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결).

4. 동종 또는 유사한 업무 해당성

비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결, 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288 판결 등). 대법원의 다수 의견은 공무원에 대한 관계에서 무기계약직과 같은 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판단함으로써, 근로기준법 제6조의 적용 범위를 명확히 하였다는 의미가 있기는 하지만 비교대상성을 판단하거나 합리적 차별인지의 여부를 판단하는 기회마저 박탈한 것이어서 동의하기 어렵다.

5. 비합리적 차별성의 일반적 판단기준

비합리적 차별이란 작업조건이나 노동의 질에 관계없이 시장경제원리에 위배되는 임금격차를 뜻한다. 성차별에 의한 임금차별은 원칙적으로 금지된다. 여성의 임금은 보편적으로 가계보조적이라는 고정관념 등에 기초하여 일률적으로 동일직군의 남성보다 적은 임금을 지급하는 경우 근로의 질·양 등에 관계없이 근로자에게 생활보조적·후생적 금품(가족수당·교육수당·통근수당·김장수당 등 단, 임금의 범주에 포함되는 것에 한함)을 지급함에 있어 성을 이유로 차별하는 경우, 기본급·호봉산정·승급 등에 있어서 성에 따라 그 기준을 달리 적용함으로써 임금을 차별하는 경, 모성보호 등을 위하여 여성근로자에게 더 많은 비용이 지출된다는 이유로 여성의 임금을 낮게 책정하는 경우, 군복무자에 대하여 호봉을 가산하는 경우에 있어서 그 가산의 정도가 군복무기간을 상회하거나 병역면제자 또는 미필자인 남성에게도 호봉가산을 적용하여 지급하는 경우가 여기에 해당한다. 여성이 대다수인 직종의 임금을 합리적인 이유 없이 다른 직종보다 낮게 정하여 지급하는 경우와 기타 합리적 이유 없이 동일가치노동에 대해 남녀의 임금을 차등 지급하는 경우는 금지된다. 출신에 따른 차별도 금지된다. 합리적 이유 없이 출신지역에 따라 차별하는



경우, 합리적 이유 없이 출신학교에 따라 차별하는 경우, 합리적 이유 없이 입사방법에 따라 차별하는 경우는 모두 차별의 합리성을 인정하기 어렵다. 합리적 이유 없이 나이에 따라 차별하는 경우와 합리적 이유 없이 정규직과 비정규직이라는 신분에 따라 차별하는 경우도 합리성을 인정하기 어렵다. 대법원도, “불리한 처우란 사용자가 임금이나 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하며, 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 방법·정도 등이 적정하지 아니한 것을 뜻한다. 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 것을 뜻한다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결). 또한 합리적인 이유가 있는지는, 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로, 급부의 실제 목적, 고용형태의 속성과 관련성, 업무의 내용 및 범위·권한·책임, 노동의 강도·양과 질, 임금이나 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288 판결)”고 보고 있다. 결국 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로, 급부의 실제 목적, 고용형태의 속성과 관련성, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 노동의 강도·양과 질, 임금이나 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

6. 합리적 차별의 구체적인 예

같은 내용의 근로를 제공하는 것처럼 보이더라도 위험성이나 책임감이 큰 경우, 일이 어렵거나 힘들거나 더러운 경우 등 난이도가 높은 경우 더 많은 임금을 받더라도 합리적인 것으로 볼 수 있다. 다른 사람들이 하지 않으려 할수록 임금을 더 많이 받아야 한다는 원칙이다. 의사의 경우에도 위험성이 큰 외과의사, 현장에서 근무하는 소방관이나 경찰관, 위험에 노출된 광부, 용접공, 배관공, 석면해체작업을 하는 근로자 등이 여기에 해당한다. 책임감이나 전문성이 요구되는 임원, 판사, 검사, 변호사 변리사 등의 경우에도 임금격차가 허용된다. 다른 사람들이 혐오감을 가지고 있어서 쉽게 하려하지 않는 장의사, 도축업자 등의 경우와 많은 사람들의 생명을 책임지

고 있는 항공기, 철도, 버스 등의 운전자, 특별히 성과를 많이 내는 직업 등의 경우에도 마찬가지로 임금차별이 허용된다. 다만 임금차별의 정도가 어느 정도인지의 문제는 개별 노동현장에 따라서 다를 수 있다.

7. 차별의 합리성이 인정되지 않는 경우

남성과 여성을 구분하여 여성의 경우 같은 업무를 담당하는 남성에 비하여 노동의 강도가 낮거나 성과가 적다는 이유만으로 차별하는 경우, 출신지역이나 출신학교에

따라서 임금에 차이를 두는 경우, 합리적인 이유 없이 연련에 따른 차이를 두는 경우 정규직과 비정규직을 합리성 없이 차별하는 경우 등은 차별적 대우에 해당한다. 이 경우에는 차별의 합리성을 인정하기 어렵다. 여성과 남성을 차별하면서 노동의 강도나 성과를 내세우는 경우 동일한 남성과 동일한 여성 사이에서도 같은 기준으로 세분화해서 차별해야 한다는 문제점이 제기될 수도 있다. 따라서 성별에 의한 차별은 특별한 사유(예를 들면 위험성이 증가되는 경우나 혐오감 등으로 다른 사람들이 꺼리는 경우)가 있는 경우가 아니면 허용되지 않는다고 봐야 한다. 여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지는, 헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로 내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결).

IV. 결 론

대법원은 대상판결의 의미로, ‘대상판결은 국가와 근로계약을 체결한 무기계약직 근로자가 공무원을 비교대상자로하여 근로기준법 제6조에 따른 차별을 인정할 수 있는지 여부에 관하여 명시적으로 판단한 첫 대법원 사례이다. 물론 대상판결은 공무원을 비교대상자로 지목한 차별



사안에 관한 판단이고, 공무원이 아닌 일반 근로자(정규직, 무기계약직 등)를 비교대상으로 하여 차별을 주장하는 사안에 관한 판단은 아니며, 무기계약직의 사회적 신분을 일반적으로 부정하는 것도 아니다. 이 판결은 근로기준법 제6조의 차별이 문제 되는 사안에서 일반 근로자에 대한 공무원의 비교대상성을 부정하고, 공무원에 대한 관계에서 무기계약직과 같은 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판단함으로써, 근로기준법 제6조의 적용 범위를 명확히 하였다'는 의미를 부여하고 있다.

사용자는 근로자에 대하여 성별·국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다(근로기준법 제6조). 여기에서 '차별적 처우'란 사용자가 근로자를 임금 및 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 의미하고, '합리적인 이유가 없는 경우'란 당해 근로자가 제공하는 근로의 내용을 종합적으로 고려하여 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다. 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다(남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제8조 제1항). 여기에서 '동일 가치의 노동'이란 당해 사업장 내의 서로 비교되는 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고, 동일 가치의 노동인지는 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙이나 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제8조에서 정하고 있는 동일가치노동 동일임금 원칙 등은 어느 것이나 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이다. 그러므로 사용자의 지위에 있는 사람은 근로계약을 체결할 때에 사회적 신분이나 성별에 따른 임금 차별을 하여서는 아니 됨은 물론 그 밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 해서는 아니 된다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결).

그럼에도 불구하고 대상판결은 너무 손쉽게 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 '사회적 신분'에 해당한다고 볼 수 없고,



공무원은 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상집단이 될 수도 없다면서 무기계약직 국도관리원인 원고들이 공무원을 비교대상으로 삼아 사용자인 국가를 상대로 차별적 처우를 주장하는 이 사건에서 원고들의 고용상 지위가 공무원에 대한 관계에서 사회적 신분에 해당하거나 공무원이 원고들의 비교대상이 될 수 없으므로 피고가 공무원에게 지급하는 가족수당, 성과상여금 등을 원고들에게 지급하지 않은 것이 근로기준법이 금지하는 차별적 처우에 해당한다고 볼 수 없다는 결론을 내리고 있다.

대판 판결에서 대법원은 공무원 지위의 특수성, 근무조건의 결정방식, 공무원 보수의 성격, 업무의 변경가능성과 보수체계를 거론하면서 개별근로계약에 따른 고용상의 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판결하고 있지만 그렇게 될 경우 근로기준법 제6조의 취지를 근본적으로 몰각하게 된다. 기본적으로 차별적 처우를 금지하는 근로기준법 제6조는 근로자 지위의 특수성이나 근무조건의 결정방식 등에도 불구하고 동일노동을 하는 경우 동일임금을 지급하는 것을 원칙으로 제시하는 것이기 때문이다. 따라서 대상판결은 근로기준법 제6조가 지향하는 평등권의 보장이라는 헌법적 취지에 비춰봐서 결코 동의하기 어려운 판결이다.



[참고문헌]

김형배, 노동법(21판), 박영사, 2012

이병태, 최신노동법(신정판), 현암사, 2000

박다혜, 공공기관 무기계약직에 대한 차별적 처우 적법성 검토, 노동판례 비평, 민주사회를 위한 변호사모임, 2016

이승섭, 고용상 성별에 의한 차별적 처우 등에 대한 노동위원회의 시정명령과 정신적 손해의 배상 명령, 법학논총 제42집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2022

이재현, 공무원직 근로자와 공무원의 차별적 처우 판단에 관한 쟁점, 동아법학 제99호, 동아대학교 출판부, 2023

▶ 발표일시 : 2023. 11. 08.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 엄정숙 변호사

▶ 참석회원 : 김용태, 김재승, 김정범, 배병호, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이석범, 이선희, 이재용, 임동국, 조주영, 최수진, 홍영호
(총 18명)



주주평등원칙과 주주의 사전동의권

The principle of shareholder equality and shareholders' right to Right to opt-in

辯護士 장 원 석

Jang Won Seok

【사건의 표시】

대법원 2023. 7. 13. 선고 2021다293213 판결

논문요약

대상판결은 특정주주에게 우월한 지위를 부여하는 계약서상의 조항은 원칙상 주주 평등원칙에 반하여 무효가 될 수 있다는 종래 법리를 재확인하면서도, 이를 정당화할 수 있는 ‘특별한 사정’이 있는 경우에 예외적으로 유효가 될 수 있다는 규범적인 기준을 마련했다는 데 그 의의가 있다.

특히 신주발행 시 특정주주에게 사전동의권 등 우월한 지위를 부여하는 계약서상의 조항은 신규투자자의 투자회사에 대한 강력한 통제수단이 되는 한편, 반면에 기존 주주를 불리하게 차별하는 측면이 존재하므로 이에 대하여 기존주주, 신규투자자, 투자 회사 등의 이익을 조화롭게 규율하는 것이 필요한데, 항소심에서는 후자 측면을 강조 하여 특정주주에게 우월한 지위를 부여하는 계약서상의 조항에 대해 주주평등원칙에 반하여 무효라고 하였으나 대상판결을 이를 파기하면서 이러한 조항에 대해 ‘특별한 사정’이 있으므로 예외적으로 유효라고 판시하였다.



그러나 항소심의 지적처럼 특정주주에게 사전동의권 등 우월한 지위를 부여하는 약정은 일응 상법이 허용하지 아니하는 종류주식인 ‘동의부 주식’과 사실상 동일한 효과가 발생하여 주주평등원칙에 반할 우려가 있으므로 향후 판례와 입법의 보완을 통해 통일적인 규범의 정립이 필요하다고 본다.

또한 특정주주에게 사전동의권 등 우월한 지위를 부여하는 약정이 대상판결에 의해 일정조건하에서는 유효하게 되었는데, 대부분의 스타트업이 초기투자 단계에서는 재무적으로 열악한 상황에서 이러한 판결을 일응 환영할 수 도 있겠지만, 사실상 기존 주주에 불리한 면도 존재하므로 대상판결을 계기로 이러한 약정을 공시할 적절한 방법도 향후 모색을 해야 한다고 본다.

〈주제어〉

주주평등원칙과 예외, 주주의 사전동의권, 황제주

The principle of shareholder equality and exception, Shareholders' right to Right to opt-in, Emperor Stock,

목 차

[사건의 개요]

1. 사건의 진행공표거절권

- 가. 원고와 피고 주식회사 B 사이의 신주인수계약 체결
- 나. 피고 회사의 주식회사 E에 대한 유상증자 - 1차 유상증자
- 다. 피고 회사의 G 주식회사에 대한 유상증자 - 2차 유상증자
- 라. 원고의 피고 회사에 대한 조기상환청구 등



2. 당사자의 주장 및 항변

가. 원고의 사전 서면동의가 필요 여부

(1) 원고의 주장

(2) 피고들의 주장

나. 원고에 대한 사전 통지의무 이행 여부

[사건의 경과]

1. 1심 법원의 판단

가. 피고 회사의 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항, 제21조 제1항 위반 여부(적극)

나. 이 사건 주식의 조기상환청구 여부(적극)

다. 제3자 배정의 경우 사전 서면동의 필요 여부

라. 원고에 대한 사전 통지의무를 이행하였다는 주장에 관한 판단

마. 위약벌 청구에 관한 판단

2. 항소심 판결

가. 원고와 피고의 주장

나. 사전 서면동의 약정 위반을 이유로 한 청구권의 발생 여부에 대하여(소극)

다. 사전 통지 약정 위반을 이유로 한 청구권의 발생 여부에 대하여

[대법원판결이유]

[1] 주주평등원칙의 의의

[2] 주주평등원칙의 예외로써 ‘특별한 사정’

[3] 투하자본의 회수와 주주평등원칙 위반

[4] 동의권 부여 약정 위반의 경우 손해배상의무



[연구]

I. 주주평등의 원칙의 내용

1. 주주평등의 원칙

가. 의의

나. 효과

2. 대상판결의 구체적인 내용

가. 회사의 유동성 확보와 자본증가에 상당한 기여

나. 회사의 지배주주나 경영진의 경영사향에 대한 감사·감독

다. 다른 주주의 의결권의 침해 여부

라. 신주인수계약에 따른 채권적 권리

마. 일부 주주의 투하자본 회수를 목적으로 하는 투자원금 반환약정과의 차이점

바. 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지 원칙을 통한 통제

사. 소결

3. 상환전환우선주의 허용 여부 - 보론

II. 대상판결의 문제점

1. 다른 주주의 의결권에 대한 침해우려

2. 사전동의권의 승계문제

3. 사실상 '황제주'와 같은 법이 허용하지 않는 내용의 종류주식을 발행 우려

4. 실무상 권한행사의 통제의 어려움

5. 그 밖의 사항

III. 결론



[사건의 개요]

1. 사건의 진행

가. 원고와 피고 주식회사 B 사이의 신주인수계약 체결

1) 원고는 2016. 12. 6. 피고 주식회사 B(이하 ‘피고 회사’)과 사이에 피고 회사가 발행하는 상환전환우선주 200,000주(이하 ‘이 사건 주식’)를 1주당 10,000원 합계 2,000,000,000원에 인수하는 신주인수계약(이하 ‘이 사건 신주인수계약’)을 체결하였다.

2) 피고2는 피고 회사가 발행한 주식의 과반수를 보유한 대주주로써 피고 회사 설립 무렵부터 현재까지 피고 회사의 대표이사로 재직하고 있고, 피고 회사의 원고에 대한 이 사건 신주인수계약에 기한 채무를 연대하여 이행하기로 약정하였다. 이 사건 신주인수계약의 주요 내용은 다음과 같다.

제1조(계약의 목적)

본 계약은 피고 회사가 자금을 조달하기 위하여 신주를 발행하고, 그 신주를 인수인 (피고 회사)이 인수함에 있어 당사자들 사이에 권리·의무를 명확히 하고 피고 회사의 사업운영에 관한 제반 사항을 규정하는 것으로 목적으로 작성되었다.

제2조(이해관계인)

① 이 사건 신주인수계약에서 “이해관계인”이라 함은 주식인수 당시 피고 회사의 무의결권 주식을 제외한 발행주식 총수의 10% 이상을 소유한 대주주 또는 피고 회사의 실질적인 지배권을 갖고 있다고 원고가 인정하는 법인 또는 자연인인 사실상의 지배자 중 아래에 열거된 자를 말한다.



성명: 피고2

② 본 조 제1항의 피고 회사와 피고2는 이 사건 신주인수계약서의 각 조항을 승인하고 이 사건 신주인수계약상 의무를 연대하여 이행한다.

제11조(주식발행 및 인수조건)

① 피고 회사는 다음과 같이 주식을 발행하고 원고는 피고 회사가 배정한 주식을 인수한다.

3. 원고가 인수할 주식의 내용

가. 주식의 종류: 상환전환우선주

나. 주식의 수량: 200,000주

다. 1주의 액면가: 500원

라. 주당 인수가액: 10,000원

마. 주금납입금액: 2,000,000,000원

바. 주금납입일: 이 사건 주식인수계약의 체결일로부터 3영업일 이내

제20조(신주인수권)

② 피고 회사는 이 사건 주식 발행 이후로 신주 또는 주식 관련 사채를 발행하는 경우 원고의 '사전 서면동의'를 받아야 한다. 또한 신주 및 주식 관련 사채를 발행할 경우 상법 제416조 제1호, 제2호, 제2호의2, 제3호 및 제4호에서 정하는 사항을 그 납입기일의 2주 전까지 주주에게 통지하여야 한다.

제21조(협의를 및 동의사항)

① 피고 회사는 다음 각호의 사항에 대하여 원고의 '사전 서면동의'를 받아야 한다.

1. 원고의 투자 이후 피고 회사가 원고의 최종 주당 인수가격보다 낮은 가격으로 유상 증자, 특수사채(전환사채, 신주인수권부사채를 포함하는 자본의 변동을 가져오는 모든 사채)를 발행하거나 피고 회사의 임직원에게 주식매입선택권을 부여하는 경우

9. 납입 자본금의 증가 또는 감소

**제25조(임원의 지명)**

① 피고 회사 및 피고2는 원고의 요청 시 원고가 지명한 1인을 피고 회사의 이사 또는 감사로 선임하여야 하며, 위와 같이 선임된 이사 또는 감사는 피고 회사의 주요정책 결정 시 이사회에 참여한다.

제31조(주식매수의 청구 및 조기상환 청구)

① 투자금 납입 후 다음 각호의 사유가 발생하였을 시에는 원고는 서면으로 피고 회사 및 피고2에게 계약 위반 사실을 통지하고, 피고2에 대하여 원고 보유 피고 회사 주식에 대한 주식매수를 청구하거나, 피고 회사에 대하여 이 사건 주식의 조기상환을 청구할 수 있다. 이에 따른 위약벌의 산정 기준은 본 조 제2항에서 정한다.

1. 피고 회사 또는 피고2가 이 사건 신주인수계약을 위반하고, 이에 대한 시정을 요구하였음에도 불구하고 시정요구가 있는 날로부터 15일 이내에 위반사항이 시정되지 않은 경우

2. “회사”의 특수관계인, 관계회사, 제3자에 대한 투자, 제3자의 주식매입 또는 보증
3. “회사”의 중요재산을 취득, 매각 또는 양도하는 경우
4. 대표이사 변경 및 정관의 변경
5. 사업의 중단 또는 포기
6. 인수, 합병, 분할, 분사, 영업양수도, 경영권 변동, 화의, 워크아웃, 회사정리절차, 파산의 신청 등 기타 이에 준하는 것으로 “회사”의 경영에 중대한 영향을 미치는 행위
7. “회사”와 “이해관계인”, 주주, 임직원, 특수관계인 또는 이사 간의 거래 및 자금거래
8. 이익잉여금의 처분
9. 납입자본금의 증가 또는 감소

② 피고 회사는 원고에게 위약별로 다음 제1호와 제2호의 합계액을 지급하여야 한다.

1. 원고가 투자한 원금과 투자일로부터 피고 회사의 이 사건 주식 조기상환 완제일까지 연 7%의 금액을 가산한 금액
2. 기타 피고 회사 및 피고2의 계약 불이행으로 인해 원고의 채권보전을 위해 지급한 제반 비용. 해당 비용은 피고 회사와 합의하에 결정한다.



③ 본 조 제1항에 의한 원고의 주식매수청구 및 조기상환 청구는 피고 회사 또는 피고 2에게 서면으로 하여야 하며, 피고 회사 또는 피고2는 청구를 받은 날로부터 3개월 이내에 완제하여야 하며, 동 기간 내에 완제가 안 될 경우 그다음 날로부터 실제 완제일까지 연 15%의 비율로 지연손해금을 부담한다. 또한 조기상환 청구를 받은 경우 피고 회사와 피고2는 연대하여 이행하도록 한다.

제37조(특약사항)

본 특약사항은 이 사건 신주인수계약서 본문의 내용을 수정·삭제·추가하는 사항으로 본문의 내용이 특약사항과 상충되는 경우, 제37조 특약사항의 내용이 그 효력에 있어 우선한다.

⑤ 피고 회사의 Zero-Client PC의 계약일로부터 1년간의 판매량을 기준으로 하여 이 사건 신주인수계약 제11조 제1항 제3호에 기재된 이 사건 주식의 주당 인수가액을 다음과 같이 조건부 조정(Refixing)을 하며, 이로써 이 사건 주식의 보통주 전환 시 적용될 인수가액(전환가액)이 낮아질 수 있도록 우선주와 보통주 전환비율을 조정한다.

일체형 Zero-Client 판매액량 (제품 인도 후 1년 총량)	가액 조정
5만 대 미만	7,500
5만 대~7만 대 미만	10,000
7만 대 초과	12,500

3) 원고는 2016. 12. 8. 피고 회사에 주식인수대금 2,000,000,000원을 납입하였고, 2016. 12. 9. 피고 회사로부터 이 사건 주식을 배정받아서 원고는 5.27%의 지분(= 200,000주 / 이 사건 주식 발행 직후 총발행주식 3,790,318주)을 보유하게 되었다.



나. 피고 회사의 주식회사 E에 대한 유상증자 - 1차 유상증자

1) 피고 회사는 2018. 8. 27. 원고에게 2018. 8. 28. ‘제3자 배정방식’ 유상증자의 건을 안건으로 하는 이사회를 개최한다고 통지하면서 원고의 지명으로 피고 회사의 사외이사로 선임되어 있던 F의 참석을 요청하였다. 원고는 같은 날 피고 회사에 사외이사 F의 이사회 참석이 불가능하다고 통지하면서 이 사건 신주인수계약 제21조 제1항에 따른 사전 서면동의 절차를 준수할 것을 요청하였다.

2) 피고 회사는 2018. 8. 28. 및 2018. 9. 4. 이사회를 개최하여 주식회사 E(이하 ‘E’이라 한다)에 상환전환우선주 160,000주를 1주당 12,500원 합계 2,000,000,000원에 발행하기로 결의하고, 2018. 9. 6. E에 상환전환우선주 160,000주를 배정하였다(이하 ‘1차 유상증자’).

3) 원고는 2018. 9. 7. 피고 회사에, 피고 회사가 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항, 제21조 제1항에 따른 원고의 사전 서면동의를 받지 아니하고 1차 유상증자를 실시하였고 원고에게 납입기일 2주 전까지 신주의 종류와 수, 발행가액 등을 통지하지 않았다는 이유로, 2018. 9. 27.까지 1차 유상증자 계약 일체를 재검토하고 이 사건 신주인수계약에 따른 사전 서면동의를 받을 것을 내용으로 하는 시정조치요구를 하였다.

다. 피고 회사의 G 주식회사에 대한 유상증자 - 2차 유상증자

1) 피고 회사는 2018. 11. 14. 원고에게 2018. 11. 20. ‘제3자 배정방식’ 유상증자의 건 등을 안건으로 하는 이사회를 개최한다고 통지하였다.

2) 원고는 2018. 11. 19. 피고 회사에 제3자 배정방식 유상증자의 전환가액 조정(refixing) 조항이 기존 주주의 이익에 현저한 영향을 줄 것으로 판단된다는 이유 등으로 ‘부동의한다’고 통지하면서, 피고 회사와 E 사이에 체결한 신주인수계약과 동일한 조건으로 원고에게도 피고 회사가 신축하고 있는 H지구 건물에 대한 근저당권을 설정해 줄 것을 요청하였다.



3) 피고 회사는 2018. 11. 20. 이사회를 개최하여 G 주식회사(이하 'G'라 한다)에 상환전환우선주 80,000주를 1주당 12,500원 합계 1,000,000,000원에 발행하기로 결의하고, 2018. 11. 29. G에 상환전환우선주 80,000주를 배정하였다(이하 '2차 유상증자').

라. 원고의 피고 회사에 대한 조기상환청구 등

원고는 2018. 12. 19. 피고 회사에 피고 회사가 원고에 대한 사전 통지 및 원고의 사전 서면 동의 없이 1차 유상증자를 실시하였고 원고의 시정조치 요구에도 응하지 않았다는 이유로, 이 사건 신주인수계약 제31조 제1항에 따라 이 사건 주식에 대한 조기상환 등을 청구하면서 이를 이행하지 않을 경우 위약벌도 함께 청구하겠다는 취지의 내용증명을 보냈고, 위 내용증명이 2018. 12. 20. 피고 회사에 도달하였다.

2. 당사자의 주장 및 항변

가. 원고의 사전 서면동의가 필요여부

(1) 원고의 주장

제3자 배정방식의 신주발행 및 납입 자본금 증가의 경우에 해당하므로 이 사건 신주인수계약 제21조 제1항 제1호, 제20조 제2항 전문, 제21조 제1항 9호에 따라 원고의 사전 서면동의가 필요하다.

(2) 피고의 주장

이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 전문, 제21조 제1항을 피고 회사의 신주발행 조건과 관계없이 모든 신주발행에 대하여 원고의 사전 서면동의를 얻어야 한다고 해석하는 것은 피고 회사 이사회의 주요 권한을 특정 주주인 원고에게 부여하는 것으로 주주평등의 원칙에 반하고 소유와 경영의 분리라는 주식회사의 기본 원리에 반한다.

이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 전문에 따른 원고의 사전 서면동의를 동조의 표제가 신주인수권인 점에 비추어 보았을 때 원고가 갖는 신주인수권과 관련된 경우, 즉 주주배정 유상증자의 경우에만 적용되고, 이 사건 신주인수계약 제21조 제1항 제9호에 따른 원고의 사전 서면 동의는 납입 자본금 감소의 경우에만 적용되는 것으로 보아야 한다.

그런데 피고 회사가 실시한 1, 2차 유상증자는 주주배정이 아닌 제3자 배정방식의 신주발행이고 납입 자본금의 증가를 가져오는 것이므로, 원고의 사전 서면동의가 필요하지 않다.

나. 원고에 대한 사전 통지의무 이행여부

(1) 원고의 주장

원고는 피고가 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 후문에 따른 주주에 대한 통지의무를 위반한 사실이 있다고 주장한다.

(2) 피고의 주장

이에 대해 피고는, 피고 회사 발행주식은 코넥스시장¹⁾에 상장되었는바, 피고 회사는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라 한다) 제165조의9²⁾에 따라 주요사항보고서를 주금납입기일 1주 전까지 공시함으로써 제3자 배정방식의 신주발행에서 요구되는 주주에 대한 통지 및 공고절차를 모두 이행하였다. 따라서 1, 2차 유상증자를 실시하면서 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 후문에 따른 주주에 대한 통지의무를 위반한 바 없다.

1) 한국거래소가 중소기업기본법 제2조에 따른 중소기업이 발행한 주권 등을 매매하기 위하여 개설한 증권시장으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 증권시장을 말한다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제11조 제2항).

2) 제165조의9(주주에 대한 통지 또는 공고의 특례) 주권상장법인이 제165조의6 또는 「상법」 제418조 제2항의 방식으로 신주를 배정할 때 제161조 제1항 제5호에 따라 금융위원회에 제출한 주요사항보고서가 제163조에 따라 금융위원회와 거래소에 그 납입기일의 1주 전까지 공시된 경우에는 「상법」 제418조 제4항을 적용하지 아니한다.



[사건의 경과]

1. 1심 법원의 판단

가. 피고 회사의 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항, 제21조 제1항 위반 여부(적극)

(1) 피고 회사가 1, 2차 유상증자를 실시한 것은 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항에서 정하고 있는 ‘이 사건 주식 발행 이후 신주 발행’ 및 제21조 제1항 제9호에서 정하고 있는 ‘납입 자본금의 증가’에 해당한다. 따라서 피고 회사는 1, 2차 유상증자를 실시함에 있어 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항, 제21조 제1항에 따라 원고의 사전 서면동의를 받아야 하고, E 및 G에 발행한 상환전환우선주의 납입기일 2주 전까지 상법 제416조에서 정하고 있는 신주의 종류와 수, 발행가액과 납입기일, 인수방법 등을 원고에게 통지할 의무가 있다.

(2) 피고 회사가 1, 2차 유상증자 당시 E 및 G와 사이에 체결한 각 신주인수계약에서 피고 회사의 2019년도 영업이익이 10억 원 미만일 경우 1주당 4,000원, 10억 원 이상 20억 원 미만일 경우 1주당 5,000원으로 E 및 G가 배정받은 상환전환우선주의 전환가액을 조정하도록 규정하고 있는 사실, 피고 회사의 영업이익은 2016년도에 297,594,131원, 2017년도에 851,656,905원, 2018년도에 135,494,931원인 사실이 인정된다. 이러한 추세에 비추어 보면, 피고 회사의 2019년도 영업이익 역시 20억 원 미만일 가능성이 높아 E 및 G의 1주당 전환가액이 4,000원 내지 5,000원으로 조정될 가능성이 높았고, 갑 제16호증의 기재에 의하면 실제로 피고 회사의 2019년도 영업이익은 4,996,640,792원의 손실이 발생하였다.

이 사건 신주인수계약 제21조 제1항 제1호에서 피고 회사가 원고의 ‘최종’ 주당인수가격보다 낮은 가액으로 유상증자를 하는 경우 원고의 사전 서면동의를 받도록 하고 있고, 앞서 본 바와 같이 1, 2차 유상증자 실시 당시에 이미 E 및 G의 최종 전환가액이 원고의 최종 전환가액보다 낮게 조정될 가능성이 충분히 예상되는 상황이었을 뿐만 아니라, 원고가 보유한 이 사건 주식 가치의 희석화 등을 방지하기 위한 목적으로 이 사건 신주인수계약 제21조 제1항 제1호를 규정



한 점에 비추어 볼 때, E 및 G의 조정 전 1주당 인수가액(전환가액)이 12,500원으로서 원고의 최종 1주당 인수가액(전환가액)인 7,500원보다 높았다고 하더라도, 피고 회사는 1, 2차 유상증자를 실시함에 있어 이 사건 신주인수계약 제21조 제1항 제1호에 따라 원고의 사전 서면동의를 받아야 한다고 봄이 타당하다.

설령 피고 회사 및 피고 C의 주장과 같이 원고의 1주당 인수가액 보다 높은 가액인 12,500원에 1, 2차 유상증자를 실시함으로써 이 사건 신주인수계약 제21조 제1항 제1호에 따른 원고의 사전 서면동의가 필요하지 않다고 보더라도, 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 전문, 제21조 제1항 제9호에 따라 피고 회사가 1, 2차 유상증자를 실시함에 있어 원고의 사전 서면동의를 받아야 함은 마찬가지이다.

(3) 그런데 앞서 본 바와 같이 피고 회사는 원고의 사전 서면동의 없이 1차 유상증자를 실시하였을 뿐만 아니라, 1차 유상증자의 납입기일인 2018. 9. 5.로부터 2주 전인 2018. 8. 22.까지 원고에게 E에 발행하는 상환전환우선주의 수, 발행가액 등을 통지하지 아니하고 9일 전인 2018. 8. 27.에 이르러서야 이를 통지하였으며, 원고의 사전 서면동의 없이 2차 유상증자를 실시하였다. 따라서 피고 회사는 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항, 제21조 제1항을 위반하였다고 할 것이다.

나. 이 사건 주식의 조기상환청구 여부(적극)

피고 회사가 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항, 제21조 제1항을 위반하였고, 원고가 2018. 9. 7. 및 2018. 11. 19. 피고 회사에 이에 대한 시정을 요구하였으나 그로부터 15일이 지나도록 위반사항이 시정되지 않았음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고는 피고 회사에 이 사건 신주인수계약 제31조 제1항 제1호에 따라 이 사건 주식의 조기상환을 청구할 수 있다.



다. 제3자 배정의 경우 사전 서면동의 유효성 여부

이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 전문, 제21조 제1항은 사전에 원고의 서면동의를 받도록 함으로써 피고 회사의 신주발행 조건, 내용 등을 감독하기 위한 취지로 보이고, 신주발행 등에 관하여 상법상 요구되는 이사회 결의를 대체하여 원고의 서면동의를 받도록 한 것이 아니라 ‘추가적으로’ 원고의 서면동의를 받도록 한 것이어서, 피고 회사 이사회의 주요 권한을 특정 주주인 원고에게 부여하는 것이라고 보기 어려우며, 소유와 경영의 분리라는 주식회사의 기본 원리에 반한다고도 볼 수 없다.

라. 원고에 대한 사전 통지의무를 이행하였다는 주장에 관한 판단

피고 회사 발행주식은 코넥스시장에 상장되었고, 피고 회사가 1, 2차 유상증자와 관련된 주요 사항보고서를 주금납입기일 1주 전까지 공시한 사실은 인정된다.

그러나 피고 회사가 위 주요사항보고서를 공시함으로써 자본시장법 제165조의9에 따라 원고를 제외한 다른 주주들에 대한 통지·공고를 갈음할 수 있다고 하더라도, 1차 유상증자 당시 원고에게 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 후문에 따라 2주 전에 통지를 하지 않은 이상, 원고와의 관계에서 이 사건 신주인수계약에서 정한 통지의무를 이행한 것으로는 볼 수 없다.

마. 위약벌 청구에 관한 판단

위 피고들은 이 사건 신주인수계약 제31조 제2항 제1호에서 규정하고 있는 위약벌은 손해배상액의 예정으로 보아야 할 것인데 그 금액이 부당히 과다하므로 감액되어야 한다고 주장한다.

그러나 ① 신주인수계약 제31조 제2항 제1호에 명확하게 ‘위약벌’로 기재되어 있는 점, ② 피고 회사가 고의적으로 상장을 지연시킬 경우의 배상금에 관하여 이 사건 신주인수계약 제26조 제2항에서는 “피고 회사는 지연배상금 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 원고에게 지연배상금을



현금으로 지급하기로 한다. 이때 지연배상금 지급은 위약벌의 성격을 띤 것으로서, 원고의 손해 배상청구 및 주식소유권에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있는바, 이 사건 신주인수계약에서 ‘위약벌’이라는 용어는 손해배상과 별도로 피고 회사에 계약 위반에 대한 제재를 가함과 동시에 계약이행을 간접적으로 강제하기 위한 목적으로 그 성격과 의미를 명확히 하여 사용된 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 신주인수계약 제31조 제2항 제1호는 손해배상액의 예정이 아닌 ‘위약벌 약정’이라고 봄이 타당하다.

2. 항소심 판결

가. 원고와 피고의 주장

원고는 이 사건의 주된 청구로 피고 회사가 이 사건 주식인수 과정에서 체결된 이 사건 신주인수계약 중 제20조 제2항, 제21조 제1항 제1호, 제9호에서 정한 사전 서면동의 약정을 위반하였음을 전제로 하여 그 위반에 따른 조기상환청구 및 위약벌 청구를 하고 있다.

이에 대하여 피고들은 사전 서면동의 약정이 상법상의 주주평등원칙 등에 위반되는 것이어서 무효라고 주장하고 있다.

나. 사전 서면동의 약정 위반을 이유로 한 청구권의 발생 여부에 대하여(소극)

1) 주주평등의 원칙이란, 주주는 회사와의 법률관계에서는 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받아야 함을 의미한다. 이를 위반하여 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리나 이익을 부여하기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이고, 이는 그 약정이 주주의 자격을 취득하기 이전에 체결되었다거나, 신주인수계약과 별도의 계약으로 체결되는 형태를 취하였다고 하여 달리 볼 것이 아니다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다9920, 9937 판결, 대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결 등 참조).



2) 주주평등의 원칙에 대한 예외로서 종류주식이 발행될 수 있으나 그 유형은 법령이 정한 것으로 한정된다. 상법은 제344조 제1항에서 이익의 배당, 잔여재산의 분배, 주주총회에서의 결권의 행사, 상환 및 전환 등에 관하여만 그 내용이 다른 종류의 주식을 발행할 수 있도록 허용하고 있을 뿐이므로, 현행법상 이와 같이 법이 허용하는 범위를 넘어 내용이 다른 주식은 발행될 수 없다.

3) 원고는 피고 회사가 신주로 발행하는 주식을 인수하면서 이 사건 신주인수계약과 관련하여, 그 주식인수대금 납입 외에 추가로 회사에 자금을 투자하거나 대여한 바도 없고 그 주당 인수가격조차 2018년 제1, 2차 유상증자 시의 가격보다 낮음에도 불구하고, 이 사건 신주인수 계약이라는 형식을 통하여 피고 회사에 대하여 그 주식이 표창하고 있는 권리를 넘어 추가적이고도 강력한 경영상, 재산상 권리를 취득하고 있다.

즉 신주인수계약 제20조 제2항에서 피고 회사가 이 사건 주식 발행 이후에 신주 또는 주식 관련 사채를 발행하는 경우에 원고의 사전 서면동의를 받도록 하고, 제21조 제1항에서 피고 회사가 향후 회사를 경영하는 과정에서 ① 피고 회사가 원고의 최종 주당 인수가격보다 낮은 가격으로 유상증자, 특수사채(전환사채, 신주인수권부사채를 포함하는 자본의 변동을 가져오는 모든 사채)를 발행하거나 피고 회사의 임직원에게 주식매입선택권을 부여하는 경우(제1호), ② 납입 자본금을 증가 또는 감소하는 경우(제9호) 등 각호에서 열거한 주요 경영사항에 대하여는 원고의 사전 서면동의를 받도록 함으로써 피고 회사 경영과 관련한 사전 동의권을 명문화하고 있다.

나아가 이 사건 신주인수약정 제31조를 통하여 피고 회사가 그러한 의무를 불이행하고 시정 요구에 따르지 아니한 경우에는 원고가 이 사건 주식의 조기상환을 청구하여 피고 회사의 배당 가능이익의 존부와 상관없이 곧바로 신주인수 과정에서의 출자금 및 이에 대한 이자 상당액을 회수할 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라 그 외에 추가로 위약벌 명목으로 출자금 전액과 그 금액에 이자 등을 가산한 금액 상당액도 청구할 수 있는 권리를 명문화하였다.

위와 같이 피고 회사에 대하여 회사 경영 과정에서 원고의 동의를 받도록 강제하는 내용의



사전 서면동의의 약정과 그 위반 시의 제재로서의 조기상환 및 위약벌 약정은 다음과 같은 사유로 효력이 없다.

① 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리

신주로 발행되는 이 사건 주식을 인수함으로써 피고 회사의 주주 지위만을 갖게 된 원고에 대하여 신주 인수 후 피고 회사의 운영과정에서 피고 회사의 다른 주주들에게는 인정되지 않는 우월한 권리인 ‘피고 회사의 주요 경영사항들에 대한 사전 동의권’이라는 권한을 부여함으로써, 불과 약 5.27%의 지분(= 200,000주 / 이 사건 주식 발행 직후 총발행주식 3,790,318주)을 가진 원고에게 피고 회사의 경영에 대하여 다른 주주들과는 비교할 수 없을 정도로 강력하고 절대적인 영향력을 행사할 수 있도록 하는 것일 뿐 아니라,

② 투자자본의 회수를 절대적으로 보장

그 위반 시에는 조기상환 및 위약벌이라는 제재를 통하여 배당가능이익의 존부와 상관없이 언제든지 출자금의 배액을 초과하는 금액의 반환을 받을 수 있는 권리를 부여함으로써, 실질적으로 회사의 주주에 대하여 투자자본의 회수를 절대적으로 보장하는 기능을 하는 것인바, 이러한 사전 서면동의의 약정과 위반 시 제재로서의 조기상환 및 위약벌 약정은 주주평등의 원칙에 반하는 것으로서 무효라고 보지 않을 수 없다.

③ 상법이 허용하지 아니한 주식발행

우리 상법 등 관계 법령상 주주에게 위와 같이 경영사항에 관한 사전 서면동의권을 부여하는 내용의 주식 발행이 허용되어 있지 아니하므로, 이 사건 주식이 다른 주식과 그 내용이 다른 상환전환우선주라는 사정만으로 주주 중 1인에 불과한 원고에 대하여 위와 같이 차별적이고도 강력한 권한을 부여하는 것을 정당화할 수는 없다.

④ 사실상‘황제주’와 같은 종류주식

투자자 보호를 위한 장치도 상법이 인정하는 종류주식을 발행하는 방법이나 ‘주주 간 협약’ 등과 같이 관계 법령을 준수하는 범위 내에서 만들어져야 하는 것이지, 동의권부 주식이나 이사



선임·해임권부 주식 등과 같이 회사 경영과 관련하여 일부 주주에게만 특수한 권한을 부여하는 내용의 종류주식의 발행이 허용되지 않는 현행법 체계에서, 회사와 신주인수인 사이에 별개의 약정으로 주식에 표창된 권리를 넘어 위와 같은 내용의 권리 또는 권한을 부여하고 그 위반 시 강력한 제재를 가하는 방법으로 그 이행을 강제하는 것을 허용할 수는 없다. 만약 이를 허용할 경우 기존 회사로 하여금 신주발행의 형식으로 통하여 실질적으로는 이른바 ‘황제주’와 같은 사실상 법이 허용하지 않는 내용의 종류주식을 발행하는 것과 같은 결과를 초래하게 될 우려가 있고, 이는 재무적으로 열악한 상황에 처하여 신주발행 방식을 통해 자금을 조달하고자 하는 회사의 기존 주주들을 매우 불공평하고 불리한 지위에 처하도록 만들게 된다. 나아가 그러한 계약 내용은 공시할 적절한 방법이 없는 상황을 고려할 때 주식의 거래 안전을 해할 우려도 있다.

결국 이 사건 사전 서면동의 약정과 이를 이유로 한 조기상환 및 위약벌 약정은 주주평등의 원칙에 반하는 것으로서 무효이므로, 위 약정들이 유효임을 전제로 하는 이 부분 원고의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

다. 사전 통지 약정 위반을 이유로 한 청구권의 발생 여부에 대하여

피고 회사는 원고에 대한 관계에서 2차 유상증자 과정에서는 이 사건 신주인수약정 제20조 제2항이 정한 사전 통지의무를 위반하였다고 볼 수 없으나, 1차 유상증자 과정에서는 위 사전 통지의무를 위반하였다고 보아야 한다.

그러나 피고 회사가 이 사건 신주인수계약 제20조 제2항 후문에서 정한 사전 통지의무를 위반하였다고 하더라도 이 사건 신주인수계약 제31조 제1항 제1호는 피고들이 제31조 제1항 제2호 내지 제9호의 사유 또는 이에 준하는 정도로 중대한 의무를 위반하여 더 이상 계약을 유지할 수 없을 정도에 이른 경우에 한하여 적용되는 것이지 앞서 본 바와 같은 정도로 경미한 사전 통지의무 위반의 경우에만 적용되어 원고에게 조기상환청구권 및 위약벌청구권을 부여하는 것으로는 해석할 수 없다. 만약 그렇게 해석할 경우 해당 부분은 투자자에게 일방적으로 유리한 계약으로 선량한 풍속 기타 사회상규에 반하는 것이어서 무효라고 보아야 한다.

따라서 피고 회사가 1차 유상증자 과정에서 앞서 본 바와 같이 사전 통지를 지연한 것은 제 31조 제1항 제2호 내지 제9호의 사유 또는 이에 준하는 정도로 중대한 의무를 위반하여 더 이상 계약을 유지할 수 없을 정도에 이른 경우에 해당한다고 보기 어려우므로, 원고는 피고 회사의 위와 같은 사전 통지의무 위반을 이유로 이 사건 신주인수계약 제31조에서 정한 조기상환청구 및 위약벌 청구를 할 수 없다.

[대법원 판결이유]

[1] 주주평등원칙의 의미

주주평등원칙이란, 주주는 회사와의 법률관계에서 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받아야 함을 의미한다. 이를 위반하여 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리나 이익을 부여하기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이다. 다만 회사가 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여하여 다른 주주들과 다르게 대우하는 경우에도 법률이 허용하는 절차와 방식에 따르거나 그 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 허용할 수 있다.

나아가 차등적 취급을 허용할 수 있는지 여부는, ① 차등적 취급의 구체적 내용, ②회사가 차등적 취급을 하게 된 경위와 목적, ③ 차등적 취급이 회사 및 주주 전체의 이익을 위해 필요하였는지 여부와 정도, ④ 일부 주주에 대한 차등적 취급이 상법 등 관계 법령에 근거를 두었는지 아니면 상법 등의 강행법규와 저촉되거나 채권자보다 후순위에 있는 주주로서의 본질적인 지위를 부정하는지 여부, ⑤ 일부 주주에게 회사의 경영참여 및 감독과 관련하여 특별한 권한을 부여하는 경우 그 권한 부여로 회사의 기관이 가지는 의사결정 권한을 제한하여 종국적으로 주주의 의결권을 침해하는지 여부를 비롯하여 차등적 취급에 따라 다른 주주가 입는 불이익의 내용과 정도, ⑥ 개별 주주가 처분할 수 있는 사항에 관한 차등적 취급으로 불이익을 입게 되는 주주의 동의 여부와 전반적인 동의율, ⑦ 그 밖에 회사의 상장 여부, 사업목적, 지배구조, 사업현황, 재무상태 등 제반 사정을 고려하여 일부 주주에게 우월적 권리나 이익을 부여하여 주주를 차등 취급하는 것이 주주와 회사 전체의 이익에 부합하는지를 따져서 정의와 형평의 관념에 비추어 신중하게 판단하여야 한다.



[2] 주주평등원칙의 예외로써 '특별한 사정'

회사가 자금조달을 위해 신주인수계약을 체결하면서 주주의 지위를 갖게 되는 자에게 회사의 의사결정에 대한 사전동의를 받기로 약정한 경우 그 약정은 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리를 부여함으로써 주주들을 차등적으로 대우하는 것이지만, ① 주주가 납입하는 주식인수대금이 회사의 존속과 발전을 위해 '반드시 필요한 자금'이었고(발행회사의 재무상황), ② 투자유치를 위해 해당 주주에게 회사의 의사결정에 대한 '동의권을 부여하는 것이 불가피'하였으며(투자금 유치 내지 신주 발행의 긴급성 내지 필요성), ③ 그와 같은 동의권을 부여하더라도 '다른 주주가 실질적·직접적인 손해나 불이익을 입지 않고' 오히려 일부 주주에게 '회사의 경영활동에 대한 감시의 기회를 제공'하여 다른 주주와 회사에 이익(투자자와 발행회사 및 최대주주를 포함한 다른 주주들 상호 간 이해관계)이 되는 등으로 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있다면 이를 허용할 수 있다.

[3] 투하자본의 회수와 주주평등원칙 위반

회사가 주주의 지위를 갖게 되는 자와 사이에 주식인수대금으로 납입한 돈을 전액 보전해 주기로 약정하거나, 상법 제462조 등 법률의 규정에 의한 배당 외에 다른 주주들에게는 지급되지 않는 별도의 수익을 지급하기로 약정한다면, 이는 회사가 해당 주주에 대하여만 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서 주주평등의 원칙에 위배되어 무효이다.

[4] 동의권 부여 약정 위반의 경우 손해배상의무

회사와 주주가 체결한 동의권 부여 약정에 따른 차등적 취급이 예외적으로 허용되는 경우에 동의권 부여 약정 위반으로 인한 손해배상 명목의 금원을 지급하는 약정을 함께 체결하였고 그 약정이 사전동의를 받을 의무 위반으로 주주가 입은 손해를 배상 또는 전보하고 의무의 이행을 확보하기 위한 것이라고 볼 수 있다면, 이는 회사와 주주 사이에 채무불이행에 따른 손해배상액의 예정을 약정한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 일부 주주에 대하여 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 주주평등의 원칙에 위배된다고 단정할 것은 아니다.



다만 손해배상액의 예정 약정이 유효하다고 하더라도, 그 금액이 부당히 과다하다면 민법 제 398조 제2항에 따라 법원이 이를 감액할 수 있다. 따라서 법원으로서의 동의권 부여 약정 위반에 따른 손해배상의 예정액의 부당성 여부를 판단할 때 그 동의권 부여 및 손해배상액의 예정 약정을 체결한 동기와 경위, 회사의 동의권 부여 약정 위반으로 그 주주가 실제로 입은 손해액, 회사가 동의권 부여 약정을 위반하게 된 경위와 이유 등 제반 사정을 참작하면서, 그와 같은 약정이 사실상 투자자본 전부 또는 일부의 회수를 절대적으로 보장하는 수단으로 기능하지 않도록 유의할 필요가 있다.

[대상판결의 의미]

대상판결은 회사가 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여하여 다른 주주들과 다르게 대우하는 경우에도 법률이 허용하는 절차와 방식에 따르거나 그 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 허용할 수 있다고 판단하면서, 위 특별한 사정에 대한 심리 미진을 이유로 원심판결을 파기환송하였다. 그 구체적인 판시내용은 항을 바꾸어 설명하겠다.

[연구]

Ⅰ. 주주평등의 원칙의 내용

1. 주주평등의 원칙

가. 의의

주주평등원칙이란 주주가 평등하게 주주의 권리를 행사할 수 있음을 뜻하는 것으로, 주식의 보유수에 비례하여 주주의 권리가 평등하다는 의미에서 주주평등원칙이라고도 한다.



나. 효과

우리 회사법의 해석으로는 주주평등원칙은 **강행(強行)규정**으로 이해된다. 따라서 주주평등원칙을 침해하는 정관의 규정, 주주총회 및 이사회 결의, 이사의 업무집행은 무효(無效)로 된다.

다. 판례의 태도

① 손실보전약정과 신주인수계약

(1) 회사가 직원들을 유상증자에 참여시키면서 퇴직 시 출자 손실금을 전액 보전해 주기로 약정한 것이 주주평등의 원칙에 위배되어 무효라고 하면서, (2) 손실보전약정이 무효라는 이유로 신주인수계약까지 무효가 되는 것은 아니다.³⁾

② 임원추천권

甲 주식회사와 그 경영진 및 우리사주조합이 甲 회사의 운영자금을 조달하기 위하여 乙과 ‘乙은 우리사주조합원들이 보유한 甲 회사 발행주식 중 일부를 액면가로 매수하여 그 대금을 甲 회사에 지급하고, 이와 별도로 甲 회사에 일정액의 자금을 대여하며, 甲 회사 임원 1명을 추천할 권리를 가진다’는 내용의 주식매매약정을 체결하였고, 그 후 甲 회사가 乙과 ‘乙이 위 임원추천(任員推薦)권을 행사하는 대신 甲 회사가 乙 및 그의 처인 丙에게 매월 약정금을 지급한다’는 내용의 약정을 체결하여 乙 등에게 매월 약정금을 지급하였는데, 甲 회사가 위 약정금 지급약정은 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 주주인 乙 등에게 부여하는 것으로 주주평등의 원칙에 반하여 무효이다.⁴⁾

③ 투자계약과 주주평등원칙

회사가 신주를 인수하여 주주의 지위를 갖게 되는 자와 사이에 신주인수대금으로 납입한 돈을 전액 보전해 주기로 약정하거나, 상법 제462조 등 법률의 규정에 의한 배당 외에 다른 주주들에게는 지급되지 않는 별도의 수익을 지급하기로 약정한다면, 이는 회사가 해당 주주에 대하여만 투자자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서 주주평등의 원칙에 위배되어 무효이다. 이러한 약정의 내

용이 주주로서의 지위에서 발생하는 손실의 보상을 주된 내용으로 하는 이상, 그 약정이 주주의 자격을 취득하기 이전에 체결되었다거나, 신주인수계약과 별도의 계약으로 체결되는 형태를 취하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.⁵⁾

2. 대상판결의 구체적인 내용

다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 보면, 원고가 이 사건 주식을 인수하면서 피고 회사의 주요한 경영사항에 대한 사전동의권 등을 갖는 약정이 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여한 것이긴 하나, 피고 회사 전체의 이익에 부합하는 것으로서 그 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하여 허용될 여지가 있고, 피고 회사가 이를 위반한 경우 원고에게 손해배상책임 등을 부담하는 약정도 원고가 갖는 사전동의권 등 약정의 이행을 강제하고 그 채무불이행이 있을 때 원고가 입은 손해를 전보하기 위한 것으로, 주주평등원칙에 위반되어 무효라고 단정하기 어렵다.

가. 회사의 유동성 확보와 자본증가에 상당한 기여

피고 회사의 주주 중 피고2는 피고 회사가 발행한 주식의 과반수를 보유한 대주주인데, 원고에게 피고 회사의 경영사항에 대한 사전동의권 등을 부여함에 동의하면서 이 사건 신주인수계약에 따른 피고 회사의 채무까지 연대하여 이행하기로 약정하는 등 다수주주가 소수주주인 원고에게 우월적 권리를 부여하는 차등적 취급을 승인하였고, 달리 다른 주주들이 이에 대하여 이

3) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다38161, 38178 판결.

4) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다9920 판결

5) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결. 갑 주식회사가 제3자 배정 방식의 유상증자를 실시하면서 이에 참여한 을 등과 그 투자금을 유상증자 청약대금으로 사용하되 투자원금을 반환하고 소정의 수익금을 지급하기로 하는 내용의 투자계약을 체결하고 이를 이행하였는데, 이후 갑 회사가 위 투자계약이 주주평등의 원칙에 반하여 무효라며 을 등을 상대로 그들이 지급받은 수익금 상당의 부당이득반환을 구한 사안에서, 위 투자계약은 을 등의 주주 지위에서 발생하는 손실의 보상을 주된 목적으로 하는 것이므로 주주평등의 원칙에 위배되어 무효라고 한 사례



의를 제기하거나 문제를 삼았다고 볼 만한 정황을 찾을 수 없다. 즉, 이 사건에서 원고가 피고 회사의 약정 위반을 이유로 손해배상 등을 구하자, 이에 동의하였던 피고 회사 및 피고2가 비로소 주주평등의 원칙 위반 문제를 주장하고 있을 뿐이다.

오히려 이 사건 신주인수계약 당시 피고 회사의 사업 현황 및 규모, 재무상태 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고가 납입한 신주인수대금은 피고 회사의 유동성 확보와 자본증가 등에 상당한 기여를 하는 등 주주 전체의 이익을 위하여 필요한 경우라고 볼 여지가 많다.

나. 회사의 지배주주나 경영진의 경영사항에 대한 감시·감독

비록 피고 회사의 다른 주주들이 원고에 대한 차등적 취급에 대하여 명시적으로 동의하였는지 여부가 분명하지는 않더라도, 상법에서 일정한 지분을 이상의 주식을 보유한 소수주주의 권리를 인정하고 있고, 이와 유사한 측면에서 피고 회사가 발행주식총수의 5% 이상을 취득한 소수주주인 원고에게 피고 회사의 지배주주나 경영진의 경영사항에 대한 감시·감독 등 목적에서 그와 같은 권한을 부여하는 것만으로 다른 소수주주에게 실질적인 손해 등이 발생한다고 보기 어렵다. 또한 이러한 측면에 비추어 보면 피고 회사의 다른 주주들이 원고에 대한 차등적 취급에 반대할 만한 동기가 존재한다거나 원고와의 관계에서 대립적인 이해관계를 형성한다고 단정할 수도 없다.

다. 다른 주주의 의결권의 직접적인 침해 부정

회사가 특별한 사정이나 합리적인 이유 없이 일부 주주에 대하여만 투자원금 반환이나 손실 보전 등을 위한 약정을 체결하는 경우에는 그 일부 주주에 대한 차등적 취급이 다른 주주와의 관계에서 통상적으로 경제적인 이해관계 등이 대립하여 주주평등원칙에 위반되어 무효라고 볼 여지가 있다. 그러나 이와 달리 일부 소수주주가 지배주주의 주요한 경영사항에 대한 감시·감독 등을 위하여 권한이나 지위를 부여받는 정도만으로 다른 소수주주에게 부당하게 불이익을 발생시킨다고 볼 수는 없으므로 이를 불합리한 자의적 차별로 단정할 것은 아니다.

이 사건에서 쟁점이 되는 원고의 사전동의권 등 약정의 대상은 주식회사의 신주발행 내지 유상

증자 여부 등이다. 이는 원칙적으로 이사회의 결의가 필요한 사항으로 특별한 사정이 없는 한 주주총회의 결의가 필요한 것은 아니므로, 원고와 같은 일부 주주가 사전동의권 등을 갖더라도 다른 주주의 의결권이 직접적으로 침해된다고 보기도 어렵다.

라. 신주인수계약에 따른 채권적 권리

또한 원고가 피고 회사의 주요한 경영사항에 대하여 사전통지 내지 사전동의권 등을 갖더라도, 이는 이 사건 신주인수계약에 따른 채권적 권리에 불과하고 제3자가 원고의 주식을 양수받아도 특별한 사정이 없는 한 양수인에게 그와 같은 지위가 승계되지 않는다. 그리고 원고가 이 사건 신주인수계약에 따라 취득한 이 사건 주식은 상환전환우선주 형태로 본래 일정한 상환기간이 경과한 이후 배당가능이익이 존재해야만 비로소 상환권을 행사할 수 있고, 피고 회사의 경영사항에 대한 사전동의권 등이 원고가 보유한 주식 그 자체에 부여되었다고 볼 수도 없으므로, 원고가 보유한 주식이 상법상 허용될 수 없는 특별한 종류의 주식이라고 볼 수도 없다.

마. 일부 주주의 투자자본 회수를 목적으로 하는 투자원금 반환약정과의 차이점

한편 피고 회사가 약정을 위반할 경우 발생하는 원고의 피고 회사에 대한 조기상환청구권 또는 피고2에 대한 주식매수청구권과 위약벌 등 손해배상에 관한 청구권은, 원고가 처음부터 보유하는 권리가 아니라 피고 측에서 원고와의 약정을 위반할 경우 비로소 발생하는 권리일 뿐이다. 따라서 원고와 피고들이 정한 약정 위반의 효력에 따른 원고의 조기상환청구권이 상법상 배당가능이익의 존부 등 상환요건에 부합하지 않거나 계약 이후 지속적으로 증가되는 구조의 위약벌 약정이 공서양속에 반하여 그 효력을 인정할 수 없는지 여부는 별론으로 하고, 원고와 피고들이 약정한 상환금액 등이 원고의 투자원금 상당액과 일치한다는 사정만으로 이를 애초부터 일부 주주가 투자자본 회수를 목적으로 투자원금 반환 등을 약정한 사안과 동일하게 볼 수는 없다.

바. 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지 원칙을 통한 통제

나아가 그와 같은 우월적 권한 또는 지위를 부여받은 소수주주가 합리적인 이유 없이 과도하게 지배주주의 경영을 간섭하거나 통제하는 등 그 권한행사로 인하여 당해 회사 또는 전체 주주



들에게 손해를 주는 경우에는, 이에 대하여 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지 원칙에 따라 그 권한행사를 통제할 수도 있는 점 등에 더하여 보면, 대규모 자금을 투입하여 신주를 인수하는 일부 소수주주에게 회사의 주요한 경영사항에 대한 감사·감독 등 권한을 부여하는 데 대하여 주주 간 평등의 엄격한 잣대만을 내세워 이를 원천적으로 봉쇄할 것도 아니다.

사. 소결

원심의 이러한 판단은 주주평등원칙에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 상환전환우선주의 허용 여부 - 토론

상법은 주식의 상환에 관한 종류주식은 상환주식과 전환주식을 제외한 종류주식에 한정하여 발행할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로(제345조 제5항) 전환우선주를 상환주식으로 발행할 수 있는가의 문제가 제기된다.

상환전환우선주는 상환권과 전환권을 선택적으로 또는 동시에 가지고 있는 우선주로서 투자 회사의 사업 성공 시에는 상장 등과 연동하여 보통주식으로의 전환권을 가지고 사업실패 시에는 일정 기간이 지난 이후 상환하여 투자금을 효율적으로 회수할 수 있는 종류주식이다.⁶⁾

실무적으로는 이익배당우선주에 상환권과 전환권이 모두 첨부되어 회사나 주주가 이를 선택적으로 행사할 수 있도록 한 상환전환우선주가 주로 이용되고 있다.⁷⁾

전환우선주를 상환주식으로 발행하면 전환우선주 그 자체를 주주나 회사의 선택에 따라 필요 시 상환 이후 소각할 수 있기 때문에 이를 방지할 목적에서 상법은 전환우선주를 상환주식으로

6) 정수용·김광복, “개정상법상 종류주식의 다양화”, 「BFL」 제51호, 2012. 1., 106면 참조

7) 송옥렬, 상법강의(제8판), 홍문사, 2018, 801쪽.



발행할 수 없도록 규정하고 있다(제345조 제5항). 따라서 전환주식을 상환주식으로 발행하는 것은 허용될 수 없다고 보는 것이 상법에 합치된 해석이므로 통일적 해석을 위해서는 입법적 보완이 필요하다는 견해가 있다.⁸⁾

II. 대상판결의 문제점

1. 다른 주주의 의결권에 대한 침해우려

대상판결은“이 사건에서 쟁점이 되는 원고의 사전동의권 등 약정의 대상은 주식회사의 신주 발행 내지 유상증자 여부 등이다. 이는 원칙적으로 이사회 결의가 필요한 사항으로 특별한 사정이 없는 한 주주총회의 결의가 필요한 것은 아니므로, 원고와 같은 일부 주주가 사전동의권 등을 갖더라도 다른 주주의 의결권이 직접적으로 침해된다고 보기도 어렵다.”고 판단하였다.

그러나 첫째, 우리 상법은 신주발행에 대하여 기동성을 중시하여 수권자본제도를 채택하여 이를 이사회 결의사항으로 하고 있다(제416조 본문). 다만 자본금 10억 원 미만의 소규모회사의 경우 이사회의 신주발행권한을 주주총회의 권한으로 대신할 수 있으므로(상법 제383조 제4항) 이러한 경우에는 일부 주주가 사전동의권 등을 갖게 되는 경우 다른 주주의 의결권이 직접적으로 침해된다고 볼 수 있다.⁹⁾¹⁰⁾

8) 종류주식의 법적 쟁점에 대한 소고, 박정국(동아대학교 경영학과 부교수/법학박사), 仁荷大學校 法學研究 第22輯 第4號 2019년 12월 31일, 185~214쪽

9) 상법 제416조 [발행사항의 결정]

회사가 그 성립 후에 주식을 발행하는 경우에는 다음의 사항으로서 정관에 규정이 없는 것은 이사회가 결정한다. 다만, 이 법에 다른 규정이 있거나 정관으로 주주총회에서 결정하기로 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

10) 상법 제383조 [원수, 임기]

① 이사는 3명 이상이어야 한다. 다만, 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사는 1명 또는 2명으로 할 수 있다.



둘째, 상법 제416조 단서에 의하면 우리 상법은 신주발행에 대하여 예외적으로 정관의 규정에 따라 주주총회권한으로 할 수 있는데, 이 경우에도 일부 주주가 사전동의권 등을 갖는 경우 다른 주주의 의결권이 직접적으로 침해된다고 볼 수 있다.

2. 사전동의권의 승계문제

대법판결은“원고가 피고 회사의 주요한 경영사항에 대하여 사전통지 내지 사전동의권 등을 갖더라도, 이는 이 사건 신주인수계약에 따른 채권적 권리에 불과하고 제3자가 원고의 주식을 양수받아도 특별한 사정이 없는 한 양수인에게 그와 같은 지위가 승계되지 않는다.”고 판단하였다.

그러나 사전통지 내지 사전동의권이 수반되는 주식을 양수하려는 주주는 사전통지 내지 사전동의권에 주안점을 두게 되므로 실무상 다수의 투자계약에서 사전동의권 등이 주식의 양수인에게 승계된다고 약정서에 기재를 하는 경우가 많은데, 이런 경우 단순히 사전통지 내지 사전동의권이 채권적 권리라서 다른 주주의 권리를 침해하지 않는다고 단정하는 것은 다소 무리이다.

3. 사실상 ‘항제주’와 같은 법이 허용하지 않는 내용의 종류주식을 발행 우려

사전통지 내지 사전동의권이 수반되는 주식의 경우 양도양수를 거듭해도 그 내용을 유지할 가능성이 크므로 이는 곧 상법이 허용하지 아니한 ‘동의권부 주식’을 발행하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 투자자 보호를 위한 장치도 상법이 인정하는 종류주식을 발행하는 방법이나 ‘주주 간

④ 제1항 단서의 경우에는 제302조 제2항 제5호의2, 제317조 제2항 제3호의2, 제335조 제1항 단서 및 제2항, 제335조의2 제1항·제3항, 제335조의3 제1항·제2항, 제335조의7 제1항, 제340조의3 제1항 제5호, 제356조 제6호의2, 제397조 제1항·제2항, 제397조의2 제1항, 제398조, 제416조 본문, 제451조 제2항, 제461조 제1항 본문 및 제3항, 제462조의3 제1항, 제464조의2 제1항, 제469조, 제513조 제2항 본문 및 제516조의2 제2항 본문(준용되는 경우를 포함한다) 중 “이사회”는 각각 “주주총회”로 보며, 제360조의5 제1항 및 제522조의3 제1항 중 “이사회의 결의가 있는 때”는 “제363조 제1항에 따른 주주총회의 소집통지가 있는 때”로 본다.

협약 등과 같이 관계 법령을 준수하는 범위 내에서 만들어져야 하는 것이며, 일부 주주에게만 특수한 권한을 부여하는 내용의 종류주식의 발행은 허용될 수 없다.

또한 이러한 변칙적인 내용의 주식을 발행하고 특수한 권한을 부여하면서 그 위반 시 강력한 제재를 가하는 방법으로 그 이행을 강제하는 것은 “신주발행의 형식으로 통하여 실질적으로는 이른바 ‘황제주’와 같은 사실상 법이 허용하지 않는 내용의 종류주식을 발행하는 것과 같은 결과를 초래하게 될 우려가 있고, 이는 재무적으로 열악한 상황에 처하여 신주발행 방식을 통해 자금을 조달하고자 하는 회사의 기존 주주들을 매우 불공평하고 불리한 지위에 처하도록 만들게 된다. 나아가 그러한 계약 내용은 공시할 적절한 방법이 없는 상황을 고려할 때 주식의 거래 안전을 해할 우려도 있다”는 항소심의 지적은 지극히 타당하다고 본다.

4. 실무상 권한행사의 통제의 어려움

대사판결은 “그와 같은 우월적 권한 또는 지위를 부여받은 소수주주가 합리적인 이유 없이 과도하게 지배주주의 경영을 간섭하거나 통제하는 등 그 권한행사로 인하여 당해 회사 또는 전체 주주들에게 손해를 주는 경우에는, 이에 대하여 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지 원칙에 따라 그 권한행사를 통제할 수도 있다”고 판단하였다.

그러나 우월한 지위의 주주가 부당하게 권한을 행사하는 경우, 회사 및 이해관계인 또는 다른 주주들이 신의성실의 원칙이나 권리남용금지 원칙에 따라 사전에 통제하는 것은 사실상 불가능하며, 결국 사후적인 사법적 판단에 의해서만 통제가 가능하므로 이는 지나치게 추상적이고 모호한 기준이라는 문제가 있다.

5. 그 밖의 사항

대사판결은 사전동의권 부여약정 및 그 위반시 손해배상약정의 효력에 관하여 판단하였으나 신주에 대한 조기상환청구권 부여 약정, 위약벌의 효력에 관해서는 구체적이고 명시적인 판단을



하지 않았다는 점에서 아쉬운 점이 있다.

III. 결 론

대상판결은 특정주주에게 우월한 지위를 부여하는 계약서상의 조항은 원칙상 주주평등원칙에 반하여 무효가 될 수 있다는 종래 법리를 재확인하면서도, 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 예외적으로 유효가 될 수 있다는 규범적인 기준을 마련했다는 데 그 의의가 있다.

특히 신주발행 시 특정주주에게 사전동의권 등 우월한 지위를 부여하는 계약서상의 조항은 신규투자자의 투자회사에 대한 강력한 통제수단이 되는 한편, 반면에 기존 주주를 불리하게 차별하는 측면이 존재하므로 이에 대하여 기존주주, 신규투자자, 투자회사 등의 이익을 조화롭게 규율하는 것이 필요한데, 대상판결은 이에 대하여 하나의 모색 가능성을 주었다는 점에 시사점이 있다.

다만, 특정주주에게 사전동의권 등 우월한 지위를 부여하는 약정은 일응 상법이 허용하지 아니하는 종류주식인 '동의부 주식'과 사실상 동일한 효과가 발생하여 주주평등원칙에 반하는 결과가 될 수 있으므로 향후 판례와 입법의 보완을 통해 통일적인 규범의 정립이 필요하다고 사료된다.

또한 대부분의 스타트업이 초기투자 단계에서는 재무적으로 열악한 상황인데, 신주발행 방식을 통해 자금을 조달하고자 하는 경우 특정주주에게 사전동의권 등 우월한 지위를 부여하는 약정을 어쩔 수 없이 수락하는 현실을 고려할 때, 이러한 약정을 공시할 적절한 방법을 마련하여 주식의 거래 안전을 도모할 필요성도 향후 고민을 해봐야 할 문제라고 본다.



[참고문헌]

1. 논문

박정국, 종류주식의 법적 쟁점에 대한 소고, 仁荷大學校 法學研究 第22輯 第4號 2019. 12. 31., p.185~214.

정수용·김광복, “개정상법상 종류주식의 다양화”, 「BFL」 제51호, 2012. p.106.

2. 단행본

송옥렬, 『상법강의』 제8판, 홍문사, 2018.

이철송, 『회사법강의』 제25판 박영사, 2017.

정동윤, 『상법(상)』 제6판, 법문사, 2012.

- ▶ 발표일시 : 2023. 11. 15.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 김재승 변호사
- ▶ 참석회원 : 김대휘, 김재승, 김준범, 배병호, 서장원, 신용간, 심지현, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이수경, 이재용, 장원석, 장재형, 정태용, 최수진 (총 17명)



공공임대주택 우선수분양자 결정

The principle of the decision on the priority in the public rental house distribution

辯護士 김 광 석

Kim Gwang Seok

【사건의 표시】

대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다205112 [소유권이전등기] 판결

논문요약

공적기금을 지원받아 건설하는 공공임대주택의 임차인으로 선정된 사람이 입주 전 임대차계약을 해지하는 경우가 있다. 입주 전 계약해지된 임대주택에 관하여 사업주가 선착순방법으로 임차인을 선정한 경우 이를 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정한 것인지가 문제된다. 선착순 입주자로 인정된다면 매우 완화된 조건으로 우선분양자격 대상자가 될 수 있기 때문이다.

대법원은 선착순 입주자는 입주자를 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조까지의 방법으로 선정하였지만 공급되는 주택 수에 비하여 주택공급을 신청하는 사람이 적어서 발생한 남은 주택에 대하여 사업주체가 구 주택공급규칙 제4조의 적용을 배제하고 선착순의 방법으로 공급하였을 때 선정된 입주자만을 의미한다고 해석하고, 이미 절차에 따라 주택의 입주자로 선정된 사람이 입주 전 임대차계약을 해지하여 그 주택의 새로운 입주자로 선정된 사람은 남은 주택에 대하여 선정된 선착순 입주자가 아니라고



보았다.

결국 입주 전 해지 세대 입주자는 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에 해당하지 아니하여 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호의 적용을 받는 임차인이 될 수 없고 우선분양전환 대상자에 해당하지 아니한다.

〈주제어〉

임대주택, 임대사업자, 임대기간, 공공임대, 임차인, 임대인, 분양, 전환, 우선분양, 선착순, 입주자, 선정, 거주, 무주택, 주택공급, 규칙, 사업주체, 국민주택, 세대주, 세대원, 민영주택, 절차, 해지, 계약, 해당, 특별법, 개정, 적용

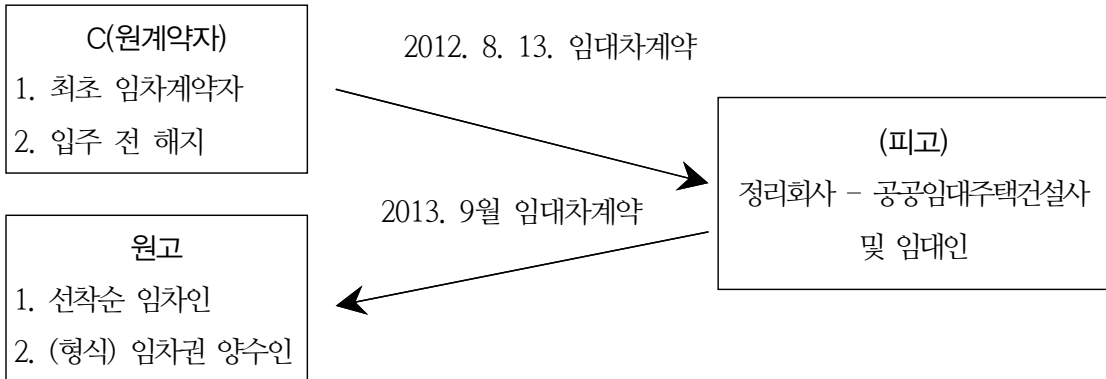
rental house, rental business operator, lease period, public lease system, tenant, lessor, distribution, transition, priority distribution, in order of application, resident, selection, habitation, houseless, housing supply, regulation, entrepreneur, national housing, householder, family members, private housing, procedure, cancellation, contract, relevant, special act, revision, subject to law

목 차

1. 사건의 기초사실
2. 원심 판결(대전지방법원 2020. 8. 20. 선고 2019나116595 판결)의 요지
3. 대법원 판결의 요지
4. 관련 대법원 판례
 - 가. 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다224740 판결 【소유권이전등기】
 - 나. 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다285127 판결 【소유권이전등기】
 - 다. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75462 판결 【소유권이전등기】
5. 사건 당시 관련 법률조항 및 주택공급규칙
6. 판결에 대한 의견 - 찬성



1. 사건의 기초사실



가. C가 2012. 8. 13. 피고의 회생전회사(이하 피고라고 함)와 세종시 소재 공공건설임대주택인 이 사건 아파트(임대의무기간 5년)에 관한 임대차계약을 체결하였다. 그 후 2013. 9월경 원고에게 이 사건 아파트에 관한 임차인 명의를 C에서 원고로 변경하는 것에 관한 위임장을 작성하여 주었다. 원고는 2013. 9월경 피고와 계약일자를 2012. 8. 13.로 소급하여 기재한 임대차계약서를 작성하였다.

나. 원고는 임대차계약을 체결 후 피고에게 이 사건 아파트에 대한 임대차보증금 1억 7,200만 원을 지급한 다음 이 사건 아파트에 입주하여 거주하였다.

다. 사실 피고는 이 사건 아파트에 관하여 C와 체결한 임대차계약을 해지한 후, 원고와 다시 임대차계약을 체결하였으나 다만 그 과정에서 피고, C 및 원고의 3자 합의하에 종전 임대차계약의 해지 및 신규 임대차계약의 체결절차를 간소화하기 위하여 원고가 C로부터 위임을 받아 계약 절차를 진행하였고 별다른 위약금 정산은 하지 아니하였다.

라. 이에 따라 피고는 내부적으로 원고를 “임차권 양도세대”가 아니라 “선착순 세대”로 분류해 왔다.



마. 세종시는 2018. 12. 19. 임대주택법 시행규칙 별표 1의 공공건설 임대주택 분양전환가격 산정기준에 의한 금액을 산정하여 발표하였는바, 이 사건 아파트의 분양전환가격은 2억 3,540만원(A타입)으로 확정되었다.

바. 그런데 임대분양전환 신청기간 중, 피고는 “원고가 이 사건 아파트에 대하여 임대차계약 기간 개시일에 입주하지 못함으로써 거주요건을 충족하지 못하였다.”라는 이유로 부적격자로 판단하고 이 사건 아파트에 대한 분양계약을 거절하였다.

사. 원심에 이르러서 피고는, 원고가 “선착순 세대”에 해당하지 아니한다는 이유를 추가하여 원고에게는 수분양자격이 없다고 주장하였다.

2. 원심 판결(대전지방법원 2020. 8. 20. 선고 2019나116595 판결)의 요지

가. 관련 법리에 관하여

1) 구 임대주택법은 임대주택 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 목적으로 하는 법률로서, 제21조 제1항은 임대사업자가 임대무기간이 지난 후 구 주택법(2016. 12. 2. 법률 제14344호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택법’이라 한다) 제16조에 따라 사업계획 승인을 받아 건축한 주택 중 주택도시기금의 자금을 지원받아 건설한 임대주택 등을 분양전환하는 경우 ‘입주일 이후부터 분양전환 당시까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인’(제1호), ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인’(제4호) 등에게 우선분양전환하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 구 임대주택법 시행령 제19조 제1항 등 관련 법령의 위임에 따라 공공건설 임대주택의 임차인의 자격 및 선정방법에 관하여 규정한 구 주택공급에 관한 규칙은 임대주택의 공급대상을 입주자 모집 공고일부터 입주시까지 무주택세대구성원에 한하고(제4조 제2항 제1호), 사업주체가 입주자를 모집하고자 할 때에는 공개모집을 하여야 하며(제8조 제1항), 국민주택 등의 입주자는 입주자모집 공고일을 기



준으로 청약저축의 가입 등에 따른 순위에 따라 선정하되(제10조 제2항, 제11조 내지 13조), 위의 방법에 따라 입주자를 선정하고도 남은 주택이 있을 때만 무주택 세대주 여부를 불문하고 선착순으로 입주자를 선정할 수 있는데(제10조 제6항), 임대주택의 입주자가 퇴거하여 사업주체에게 명도한 주택을 다시 공급하면서 그 남은 주택이 구 주택법 제16조 제1항에서 정한 일정 세대 이상이 아닌 경우에는 제8조, 제10조 내지 13조의 규정은 적용하지 아니하나, 공급대상이 입주자 모집 공고일부터 입주 시까지 무주택세대 구성원임을 요구하는 제4조는 그대로 적용한다(제3조 제2항 제4호).

2) 이러한 구 임대주택법의 입법 목적, 관련 법령 및 구 주택공급에 관한 규칙의 규정 내용에 비추어 보면, 구 임대주택법 및 관련 법령이 임대주택의 공급대상과 공급방법을 엄격하게 정하면서도 예외적으로 구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항에서 선착순의 방법으로 입주자를 선정할 수 있도록 규정하고 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우 우선 분양전환의 요건을 완화하고 있으므로, 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에 정한 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’는 ‘구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’를 의미한다고 해석함이 타당하다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75462 판결 참조).

3) 여기서 구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항에 규정된 선착순의 방법이란, ① 구 주택공급에 관한 규칙 제11, 12, 13조의 규정에 따라 순위 및 공급순차별로 입주자를 선정하였음에도 남은 주택이 있어 구 주택공급에 관한 규칙 제4조의 공급대상이 아닌 자 중에서 선착순으로 입주자를 선정한 경우 또는 ② 그 후 임대주택의 입주자가 퇴거함으로써 사업주체에게 명도한 주택이 구 주택법 제16조 제1항에서 정한 일정 세대[2014. 6. 10.까지는 20세대, 그 다음날부터는 30세대, 구 주택법 시행령(2014. 6. 11. 대통령령 제25381호로 일부개정되기 전의 것 또는 2016. 8. 11. 대통령령 제2744호로 전부개정되기 전의 것) 제15조 참조] 이상인 경우 구 주택공급에 관한 규칙에 따라 입주자를 공개모집하면서 구 주택공급에 관한 규칙 제11, 12, 13조의 규정에 따라 순위 및 공급순차별로 입주자를 선정하였음에도 남은 주택이 있어서 구 주택공급에 관한 규칙 제4조의 공급대상이 아닌 자 중에서 선착순으로 입주자를 선정한 경우를 의미한다고 봄이 타당하다.



4) 그리고 아래와 같은 이유에서 최초 구 주택공급에 관한 규칙상의 공개모집 절차를 거쳐 선정된 입주자가 그 주택에 입주하기 전에 임대차계약을 해지하여 입주자가 없게 된 ‘남은 주택’이 생긴 경우 사업주체가 선착순의 방법으로 입주자를 선정한 경우에도 위에서 말한 ‘구 주택공급에 관한 규칙 제11, 12, 13조의 규정에 따라 순위 및 공급순차별로 입주자를 선정하였음에도 남은 주택이 있어 구 주택공급에 관한 규칙 제4조의 공급대상이 아닌 자 중에서 선착순으로 입주자를 선정한 경우’에 해당한다고 봄이 상당하다.

- ① 구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항은 선착순 방법에 의한 입주자 선정이 가능한 경우에 대하여 ‘구 주택공급에 관한 규칙 제11조 내지 제13조 등에 따라 일정한 요건과 절차를 갖추어 입주자를 선정하고도 남은 주택이 있는 경우’라고 규정하고 있을 뿐, 최초 입주자 모집 당시에 남은 주택이 있는 경우로 한정하여 규정하고 있지 않다.
- ② 주택이 건축되기 전에 입주자 모집이 이루어지고, 그 입주자 모집 시기와 실제 입주 시기 사이에 상당한 시간적 간격이 있어 입주 전 계약이 취소 또는 해제·해지되는 세대가 발생할 수 있음이 예상되는데, 구 주택공급에 관한 규칙은 입주자가 ‘퇴거’한 경우에는 그 세대가 일정 수 이상이 되면 다시 구 주택공급에 관한 규칙상의 공개모집 절차를 거쳐 무주택자에 한하여 입주자를 선정할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이고, 위와 같이 주택을 인도받아 입주하기 전에 계약이 취소 또는 해제·해지되어 남게 되는 주택에 관하여는 구 주택공급에 관한 규칙상의 공개모집 절차를 거쳐 무주택자에 한하여 입주자를 선정하도록 하는 명시적인 규정이 없다.
- ③ 최초 입주자로 선정되었으나 계약대금을 모두 납부하고 실제 입주를 하기 전에 계약이 취소 또는 해제·해지된 주택과 입주자로 선정된 자가 계약대금을 전액 납부하고 사업주체로부터 주택을 인도받아 입주한 후 계약이 취소 또는 해제·해지되어 퇴거하게 된 주택은 그 성질상 동일하다고 보기 어려우므로 양자를 달리 취급함이 상당하다.
- ④ 사업주체로서는 최초 구 주택공급에 관한 규칙에 따른 공개모집 절차 당시 남은 주택이 있는 경우와 마찬가지로 위 공개모집 절차에 따른 입주자가 선정된 주택이 그 입주 전에 계약이 취소 또는 해제·해지되어 결과적으로 입주자가 선정되지 않은 경우가 된 주택에 대하여도 공급대상과 공급방법을 완화하여 입주자를 모집할 필요성이 있다.



나. 이 사건의 경우

1) C가 2012. 8. 13. 피고와 이 사건 아파트에 관한 임대차계약을 체결한 사실, C가 피고에게 이 사건 임대차계약 해지 신청서를 제출하거나 피고와 해지에 따른 위약금 정산을 한 사실은 없고, 2013. 9.경 원고에게 이 사건 아파트에 관한 임차인 명의를 C에서 원고로 변경하는 것에 관한 위임장을 작성해 준 사실, 원고는 2013. 9.경 피고와 계약일자를 2012. 8. 13. 로 소급하여 기재한 임대차계약서를 작성한 사실이 인정되기는 한다.

2) 그러나 피고는 이 사건 아파트에 관하여 C와 체결한 임대차계약을 해지한 후 원고와 다시 임대차계약을 체결하였으나, 다만 그 과정에서 피고 및 C, 원고의 협의하에 종전 임대차계약의 해지 및 신규 임대차계약의 체결절차를 간소화하기 위하여 원고가 C로부터 위임을 받아 위와 같은 해지 후 신규 임대차계약 체결절차를 진행하였고, 별다른 위약금 정산도 하지 아니한 사실, 이에 따라 피고는 원고를 ‘임차권 양도 세대’가 아니라 ‘선착순 세대’로 분류해왔던 사실을 인정할 수 있는바, 원고는 피고가 C와 임대차계약을 체결하였다가 입주일 이전에 그 계약이 해지되어 남은 주택에 관하여 피고와 임대차계약을 체결한 자라고 봄이 상당하다.

3) 따라서 원고는 이 사건 임대차계약서 제12조 제3항 제4호 및 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서의 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’인 이른바 ‘선착순 세대’에 해당한다고 할 것이다.

다. 결론

그런데 원고나 그 배우자가 분양전환 당시 달리 다른 주택을 소유하고 있지 않았다는 점은 당사자 사이에 다툼이 없거나 변론 전제의 취지에 의하여 인정할 수 있는바, 결국 원고는 이 사건 임대차계약 제12조 제3항 제4호, 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서의 무주택자인 임차인에 해당한다.

3. 대법원 판결의 요지

가. 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 제1항은 임대사업자가 임대의무기간이 지난 후 공공건설임대주택을 분양 전환하는 경우 각호에서 정하는 임차인에게 우선 분양전환하여야 한다고 규정하면서, 같은 항 제4호에서는 “선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인”을 우선 분양전환 대상자로 규정하고 있다. 여기에서 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’란 ‘구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것) 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’를 의미한다.

나. 구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택공급규칙’이라고 한다) 제10조 제6항은 “사업주체는 제11조 내지 제13조의 규정에 의하여 입주자를 선정하고 남은 주택이 있는 경우에는 제4조의 규정에도 불구하고 선착순의 방법에 의하여 입주자를 선정할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 같은 규칙 제4조는 주택의 공급 대상에 대한 기준을 정하는데 공공건설임대주택이 포함되는 국민주택 등의 공급대상이 되려면 입주 당시 세대주와 세대원 모두 주택을 소유하지 않아야 한다고 규정하고, 제11조부터 제13조는 주택의 각 공급방법(국민주택 등의 일반공급, 민영주택의 우선공급과 일반공급)별 입주자 선정의 구체적 절차를 규정하고 있다.

다. 이러한 구 주택공급규칙의 조항을 종합하여 보면, 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우란 주택의 입주자를 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조까지의 방법으로 선정하였지만 공급되는 주택 수에 비하여 주택공급을 신청하는 사람이 적어서 발생한 남은 주택에 대하여 사업주체가 구 주택공급규칙 제4조의 적용을 배제하고 선착순의 방법으로 공급하였을 때 선정된 입주자를 의미함을 알 수 있다.

라. 구 주택공급규칙의 절차에 따라 주택의 입주자로 선정된 사람이 입주 전 임대차계약을 해지한 경우 그 주택의 새로운 입주자로 선정된 사람(이하 ‘입주 전 해지 세대 입주자’라고 한



다)은 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조까지의 방법으로 선정되어 계약까지 체결한 입주자가 계약을 해지한 주택에 대하여 다시 입주자로 선정된 사람이므로 남은 주택에 대하여 선정된 입주자가 아니다. 따라서 입주 전 해지 세대 입주자는 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에 해당하지 아니하여 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제4호의 적용을 받는 임차인이 될 수 없다.

4. 관련 대법원 판례

가. 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다224740 판결 【소유권이전등기】

입주 전 해지 세대 입주자는 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에 해당하지 아니하여 2020. 12. 22. 법률 제17734호로 개정된 공공주택 특별법 제50조의3 제1항 제1호 (라)목의 적용을 받는 임차인이 될 수 없고, 예비입주자 선정에 관한 구 주택공급규칙 제16조에서 정한 바에 따라야 한다.

☆ 전체적으로 이 사건 대법원 판결과 같은 취지로서 분양전환시기만 다르며 입주 전 해지 주택에 대해서는 예비입주자를 선정하여야 한다는 취지입니다.

나. 대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다285127 판결 【소유권이전등기】

구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서는 “선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인”을 우선 분양전환 대상자로 규정하고 있다. 여기에서 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’란 ‘구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’를 의미한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75462 판결 참조). 이러한 법리는 분양전환이 완료되지 않은 주택에 대하여 개정 공공주택특별법 부칙 제6조 제1항에 따라 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호가 아닌 개정 공공주택특별법 제50조의3



제1항 제1호 (라)목이 적용될 경우, 그 조항에서 정한 ‘선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자’의 의미를 해석함에 있어서도 동일하게 적용된다.

☆ 전체적으로 이 사건 대법원 판결과 같은 취지인데 분양전환시기만 다릅니다.

다. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75462 판결 【소유권이전등기】

1) 구 임대주택법의 입법 목적, 관련 법령 및 구 주택공급규칙의 규정 내용 등에 비추어 보면, ① 구 임대주택법 및 관련 법령이 임대주택의 공급대상과 공급방법을 엄격하게 정하면서도 예외적으로 구 주택공급규칙 제10조 제6항에서 선착순의 방법으로 입주자를 선정할 수 있도록 규정하고 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우 우선 분양전환의 요건을 완화하고 있으므로, 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에 정한 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’는 ‘구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’를 의미한다고 해석함이 타당하다.

2) 구 임대주택법 및 관련 법령은 국민주택 등의 공급대상을 원칙적으로 ‘무주택세대주’로 엄격히 한정함과 동시에 입주자 본인뿐만 아니라 다른 세대원이 주택을 소유하게 되는 경우에도 해당 임대주택을 명도하도록 규정하고 있으므로, 구 임대주택법 제21조 제1항 제1호, 제4호에 정한 ‘무주택자인 임차인’은 ‘임차인이 속한 세대의 세대주를 포함한 세대원(세대주와 동일한 세대별 주민등록표상에 등재되어 있지 아니한 세대주의 배우자 및 배우자와 동일한 세대를 이루고 있는 세대원을 포함한다) 전원이 주택을 소유하고 있지 아니한 임차인’을 의미한다고 해석함이 타당하다.

5. 사건 당시 관련 법률조항 및 주택공급규칙

공공주택건설 등에 관한 특별법

제2조 (정의)



이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. [개정 2014.1.14, 2015.1.6 제12989호(주택도시 기금법)] [[시행일 2015.7.1]]

1. “공공주택”이란 제4조 각 호에 규정된 자가 국가 또는 지방자치단체의 재정이나 「주택도시 기금법」에 따른 주택도시기금(이하 “주택도시기금”이라 한다)을 지원받아 건설 또는 매입 하여 공급하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 주택을 말한다.

가. 임대를 목적으로 공급하는 주택으로서 대통령령으로 정하는 주택

나. 분양을 목적으로 공급하는 주택으로서 「주택법」 제2조 제3호에 따른 국민주택규모 이하의 주택

舊 임대주택법(현 민간임대주택에 관한 특별법)

제21조(건설임대주택의 우선 분양전환) ① 임대사업자가 임대무기간이 지난 후 「주택법」 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 공공건설임대주택을 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임차인에게 우선 분양전환하여야 한다. <개정 2009. 3. 25., 2014. 5. 28.>

1. 입주일 이후부터 분양전환 당시까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인
2. 건설임대주택에 입주한 후 상속·판결 또는 혼인으로 인하여 다른 주택을 소유하게 된 경우 분양전환 당시까지 거주한 자로서 그 주택을 처분하여 무주택자가 된 임차인
3. 제19조 단서에 따라 임차권을 양도받은 경우에는 양도일 이후부터 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인
4. 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인
5. 분양전환 당시 해당 임대주택의 임차인인 국가기관 또는 법인

② 제1항에도 불구하고 임대사업자의 부도등(제2조제7호나목의 경우에는 같은 목에 따른 대통령령으로 정하는 기간에 1년을 더한 기간을 초과하여 이자를 내지 아니한 경우에만 부도등으로 본다. 이하 이 조에서 같다), 파산, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우에는 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선 분양전환할 수 있다. <개정 2009. 12. 29.>

③ 제1항 및 제2항에 따라 건설임대주택을 분양전환하고자 하는 경우 임대사업자(국가·지방자치단체·한국토지주택공사 또는 지방공사를 제외한다)는 국토교통부령으로 정하는 서류를



첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하고, 분양전환에 관한 승인(이하 “분양전환승인”이라 한다)을 신청하여야 한다. <개정 2011. 8. 4., 2013. 3. 23.>

④ 시장·군수·구청장은 분양전환승인 신청을 받은 경우 30일 이내에 승인을 하여야 한다. 이 경우 시장·군수·구청장은 제10항에 따른 대통령령으로 정하는 분양전환가격으로 승인하여야 하며, 이를 조정하거나 변경하여서는 아니 된다.

⑤ 임대사업자가 제1항에 따른 임대임무기간 경과 후 또는 부도등, 파산, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우가 발생한 후 각각 6개월 이상 제3항에 따른 분양전환승인을 신청하지 아니하는 경우에는 임차인(임차인대표회의가 구성된 경우는 임차인대표회의를 말한다)은 임차인 총수의 3분의 2 이상의 동의를 받아 직접 분양전환승인을 신청할 수 있다. <개정 2009. 12. 29.>

- 이하 생략 -

舊 주택법

제16조(사업계획의 승인) ① 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하려는 자 또는 대통령령으로 정하는 면적 이상의 대지조성사업을 시행하려는 자는 사업계획승인신청서에 주택과 그 부대시설 및 복리시설의 배치도, 대지조성공사 설계도서 등 대통령령으로 정하는 서류를 첨부하여 다음 각 호의 사업계획승인권자(이하 “사업계획승인권자”라 한다. 국가 및 한국토지주택공사가 시행하는 경우와 대통령령으로 정하는 경우에는 국토교통부장관을 말하며, 이하 이 조, 제16조의2 및 제17조에서 같다)에게 제출하고 사업계획승인을 받아야 한다. 다만, 주택 외의 시설과 주택을 동일 건축물로 건축하는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 주택건설사업 또는 대지조성사업으로서 해당 대지면적이 10만 제곱미터 이상인 경우: 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 「지방자치법」 제175조에 따라 서울특별시·광역시 및 특별자치시를 제외한 인구 50만 이상의 대도시(이하 “대도시”라 한다)의 시장
2. 주택건설사업 또는 대지조성사업으로서 해당 대지면적이 10만 제곱미터 미만인 경우: 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수

- 이하 생략 -



주택공급에 관한 규칙

[시행 2015. 11. 16.] [국토교통부령 국토교통부령 제246호, 2015. 11. 4., 일부개정]

제4조(주택의 공급대상) ① 주택의 공급대상은 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. 국민주택등과 제3조제2항제1호에 따른 주택은 입주자모집공고일(공공주택에 대하여 입주예약자 모집공고를 하는 경우에는 입주예약자 모집공고일을 말한다. 이하 같다) 현재 해당 주택건설지역에 거주하는 무주택세대구성원[공급신청자가 단독세대주이거나 세대주를 제외한 세대원인 경우에는 「민법」상 미성년자(이하 “미성년자”라 한다)를 제외한다. 이하 같다]에게 1세대 1주택(공급을 신청하는 경우에는 1세대 1명을 말한다. 이하 같다)의 기준으로 공급한다.
2. 민영주택은 입주자모집공고일 현재 해당 주택건설지역에 거주하는 성년자(세대주인 경우에는 미성년자를 포함한다)에게 1인 1주택[「토지임대부 분양주택 공급촉진을 위한 특별조치법」 제2조제4호에 따른 토지임대부 분양주택(이하 “토지임대주택”이라 한다)은 1세대 1주택]의 기준으로 공급한다.
3. 다음 각 목에 해당하는 지역에서 공급하는 주택은 제1호 및 제2호에도 불구하고 해당 주택건설지역에 거주하지 아니하는 자도 공급대상에 포함하며, 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 행정구역 또는 도시지역의 변경으로 주택건설지역이 변경되는 경우, 변경전의 주택건설지역 또는 그 중 일정한 구역의 거주자를 공급대상에 포함하게 할 수 있다.
 - 가. 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」 제11조에 따라 지정된 예정지역(이하 “예정지역”이라 한다)
 - 나. 「도청이전을 위한 도시건설 및 지원에 관한 특별법」 제6조에 따라 지정된 도청이전신도시 개발예정지구
 - 다. 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」 제6조에 따라 지정된 혁신도시개발예정지구
 - 라. 「기업도시개발 특별법」 제5조에 따라 지정된 기업도시개발구역
 - 마. 「주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법」 제2조제5호에 따른 평택시 등



바. 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제2조제8호에 따른 산업단지

② 국민주택등 또는 제3조제2항제1호에 따른 주택의 공급대상은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 날부터 입주시까지 무주택세대구성원이어야 한다. 다만, 입주자로 선정되거나 주택 건설사업계획상의 입주대상자로 확정된 후 결혼 또는 상속으로 인하여 무주택세대구성원의 자격을 상실하게 되는 자와 공급계약 후 입주할 수 있는 지위를 양수받은 자의 경우에는 예외로 한다.

1. 제11조에 따라 일반공급하는 주택은 입주자모집공고일
2. 제3조제2항제1호에 따라 고용자인 사업주체가 그 소속근로자에게 공급하는 주택은 해당 주택의 사업계획승인일[사업계획승인일까지 입주대상자가 결정되지 아니한 경우에는 제 21조의2제5항에 따라 사업주체가 입주대상자 명단을 확정하여 시·도지사에게 통보한 날]

3. 생략

③ 다음 각 호에 해당하는 지역의 거주자가 해당 지역 안의 다른 주택건설지역의 주택을 공급 받으려는 경우에는 제1항 본문에 따른 공급대상으로 본다.

1. 서울특별시·인천광역시 및 경기도지역(이하 “수도권”이라 한다)
2. 대전광역시, 세종특별자치시 및 충청남도
3. 충청북도
4. 광주광역시 및 전라남도
5. 전라북도
6. 대구광역시 및 경상북도
7. 부산광역시, 울산광역시 및 경상남도
8. 강원도

④ 다음 각 호에 해당하는 사람은 제1항 본문에 따른 해당 주택건설지역 거주자로 본다.

1. 10년 이상 장기복무 무주택 군인으로서 법 제75조제2항의 입주자저축에 2년 이상 가입 하고 그가 거주하는 지역(이하 “거주지”라 한다)과 다른 주택건설지역의 주택을 공급받으려는 자. 다만, 수도권에서 건설하는 주택을 공급받으려는 경우에는 해당 주택건설지역이 아닌 수도권 거주자로 본다.
2. 삭제



⑤ 특별시장·광역시장·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제15조제2항에 따른 행정시의 시장을 포함한다. 이하 같다) 또는 군수는 투기를 방지하기 위하여 필요한 경우 다음 각 호의 구분에 따른 해당 각 호의 자에게 주택을 우선공급하게 할 수 있다.

1. 주택건설지역이 수도권의 투기과열지구(법 제41조제1항에 따른 투기과열지구를 말한다. 이하 같다)인 경우 입주자모집공고일 현재 해당 주택건설지역에 1년 이상의 범위에서 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 정하는 기간 이상 거주하고 있는 자
2. 주택건설지역이 수도권의 투기과열지구 외의 지역인 경우 입주자모집공고일 현재 해당 주택건설지역에 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 정하는 기간 이상 거주하고 있는 자

-이하 생략-

제10조(주택의 공급방법) ① 주택의 공급방법은 일반공급·특별공급 및 단체공급으로 구분한다.

② 사업주체가 일반공급에 의하여 입주자를 선정하는 때에는 제11조부터 제13조까지의 규정에 따라 입주자를 선정하여야 한다. 이 경우 동·호수의 배정은 추첨의 방법에 따른다.

- 중 략 -

⑥ 사업주체는 제11조 내지 제13조의 규정에 의하여 입주자를 선정하고 남은 주택이 있는 경우에는 제4조의 규정에 불구하고 선착순의 방법에 의하여 입주자를 선정할 수 있다.

제11조(민간건설 중형국민주택외의 국민주택등의 일반공급) ① 사업주체가 국민주택등(민간건설 중형국민주택을 제외한다)의 입주자를 선정하는 경우에는 입주자모집공고일 현재 다음 각호의 순위에 따라 선정하여야 한다.

1. 제1순위: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자. 다만, 투기과열지구안에서 공급하는 주택인 경우에는 과거 5년 이내에 다른 주택의 당첨자가 된 자의 세대에 속한 자(제2조제9호 각 목에 해당하는 사람을 포함한다. 이하 “세대에 속한 자”라 한다)를 제외한다.
 - 가. 수도권: 청약저축에 가입하여 1년이 경과된 자로서 매월 약정납입일에 월납입금을 12회 이상 납입한 자
 - 나. 수도권 외의 지역: 청약저축에 가입하여 6월이 경과된 자로서 매월 약정납입일에 월납입금을 6회 이상 납입한 자. 다만, 시·도지사는 청약과열이 우려되는 등 필요한 경우에는 청약 1순위를 위한 입주자 저축 가입기간 및 납입회수를 12개월 및 12회까지 연장



하여 공고할 수 있다.

2. 제2순위: 제1순위에 해당되지 아니하는 자

3. 삭제

- 이하 생략 -

제12조(민영주택의 일반공급) ①사업주체가 청약예금제도실시지역에서 민영주택의 입주자를 선정하는 경우에는 입주자모집공고일 현재 다음 각 호의 순위에 따라 선정하여야 한다.

1. 제1순위

가. 수도권: 1)에 해당하는 자로서 2)에 해당되지 아니하는 자(이하 생략)

나. 수도권 외의 지역: 1)에 해당하는 자로서 2)에 해당되지 아니하는 자. 다만, 시·도지사는 청약과열이 우려되는 등 필요한 경우에는 청약 1순위를 위한 입주자 저축 가입기간을 12개월까지 연장하여 공고할 수 있다.

1) 다음의 어느 하나에 해당하는 자

가) 청약예금에 가입하여 6개월이 경과되고 별표 1의2의 예치금액에 상당하는 금액을 예치한 자

나) 청약부금에 가입하여 6개월이 경과되고 매월 약정납입일에 월납입금을 납입하여 별표 1의2의 기준에 따라 85제곱미터 이하의 주택에 청약할 수 있는 청약예금 예치금액 이상을 납입한 자

2) 다음의 어느 하나에 해당하는 자

가) 투기과열지구에서 주택을 공급하는 경우에는 세대주가 아닌 자

나) 투기과열지구에서 주택을 공급하는 경우에는 과거 5년 이내에 다른 주택의 당첨자가 된 자의 세대에 속한 자

다) 주택거래신고지역 또는 투기과열지구에서 주택을 공급하는 경우에는 2주택(토지 임대주택을 공급하는 경우에는 1주택) 이상을 소유(주택의 공유지분을 소유하고 있는 경우를 포함하되, 제6조제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다)한 세대에 속한 자

라) 85제곱미터를 초과하는 민영주택으로서 「임대주택법」 제2조제2호의2에 따른 공공건설임대주택을 공급하는 경우에는 2주택 이상을 소유(주택의 공유지분을 소



유하고 있는 경우를 포함하되, 제6조제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다)한 세대에 속하는 자

2. 제2순위 : 제1순위에 해당되지 아니하는 자
3. 삭제

- 이하 생략 -

제13조(민영주택 등의 우선공급)

③ 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 사업주체가 청약예금제도실시지역외의 지역 또는 청약예금제도실시후 2년이 경과되지 아니한 지역에서 민영주택을 공급하는 경우 입주자모집 공고일 현재의 당해주택건설지역의 거주자에게 다음 각호의 순위에 따라 우선공급하게 할 수 있다. 다만, 당해주택건설지역이 수도권인 때에는 일반공급 주택수의 50퍼센트를 우선공급하게 할 수 있다.

1. 제1순위 : 당해주택건설지역에 3년이상 거주하고 있는 세대주
2. 제2순위 : 당해주택건설지역에 1년이상 거주하고 있는 세대주
3. 제3순위 : 당해주택건설지역에 1년미만 거주하고 있는 세대주

제16조(예비입주자의 선정) ①사업주체는 제11조부터 제13조까지의 규정에 따라 입주자를 선정하는 경우에는 순위에 따라 일반공급 대상 주택수의 20퍼센트 이상(소수점 이하는 절상한다)의 예비입주자를 선정하여야 한다. 다만, 제2순위(제13조에 따라 민영주택을 우선공급하는 경우에는 제3순위를 말한다)까지 입주자를 모집한 결과 해당 주택에 대하여 공급을 신청한 자의 수가 일반공급 대상 주택수의 120퍼센트 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.

② 사업주체가 제12조 및 제13조에 따라 입주자를 선정하는 경우에는 예비입주자의 선정은 추첨의 방법에 따른다.

③ 제12조제7항에 따른 가점제 시행지역에서 공급하는 임대주택의 예비입주자를 선정하는 경우에는 제2항에도 불구하고 같은 순위에서 경쟁이 있으면, 가점이 높은 자에게 앞의 순번을 부여하고, 가점이 같거나 가점이 없는 자에 대하여는 추첨을 통하여 순번을 부여하여야 한다.

④ 사업주체는 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 순번이 포함된 예비입주자 현황을 최초 공급계약 체결일로부터 60일까지(예비입주자가 소진될 경우에는 그 때까지로 한다) 인터넷 홈페이지에 공개하여야 한다.

- ⑤ 사업주체는 입주자로 선정된 자 중 당첨이 취소되거나 공급계약을 체결하지 아니한 자 또는 공급계약을 해약한 자가 있는 경우에는 제21조의2제3항 및 제22조제9항에 따른 소명기간이 지난 후 제1항 및 제2항에 따라 선정된 예비입주자에게 순번에 따라 공급하되, 최초로 예비입주자를 입주자로 선정하는 경우에는 당첨 취소 또는 미계약 물량 등을 공개한 후, 동·호수를 배정하는 추첨에의 참가의사를 표시한 예비입주자에 대하여 추첨의 방법으로 동·호수를 배정하여 공급하여야 한다. 다만, 예비입주자가 없는 경우에는 사업주체가 따로 공급방법을 정하여 공급할 수 있다.
- ⑥ 예비입주자로 선정된 자가 다른 주택의 공급을 신청하여 입주자로 선정된 경우 입주자로 선정된 주택의 계약체결기간만료전에 예비입주자로 선정된 주택의 계약체결을 통보받은 때에는 이들 주택중에서 선택하여 계약을 체결할 수 있으며, 이 경우 먼저 계약을 체결한 주택에 대하여 입주자로 선정된 것으로 본다.
- ⑦ 사업주체는 제5항에 따라 예비입주자를 입주자로 선정한 후 30일 이내에 별지 제4호의2 서식에 따라 예비입주자의 순번과 순번에 따른 공급내역 등을 시장등에게 보고하여야 한다. 다만, 사업주체가 국가·지방자치단체·한국토지주택공사·지방공사인 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑧ 제7항에 따른 보고를 받은 시장 등은 예비입주자 선정의 적정성 여부를 확인하여야 한다.

6. 판결에 대한 의견 - 찬성

가. 이 사건을 요약하면 ① 공공건설 임대주택의 임차인으로 선정된 자가 개인적 사정으로 임대주택에 입주하기 전에 임대차계약을 해지하였는데 ② 위 임차인은 위약금 부담을 피하기 위해서 새로운 임차인을 알선하였고 ③ 임대사업자는 새로운 임차인과 같은 내용의 임대차계약을 체결하였다. (④ 이 과정에서 예비입주자의 선정 여부나 예비입주자 중에서 임차인 선정이 가능하였는지는 명백하지 않다.) 새로운 임차인이 임대주택법상 “선착순 모집세대 임차인”(이하 선착순 임차인이라고 합니다.)에 해당하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.



나. ① 선착순 임차인에 해당한다면 주택공급규칙에서 제4조 일부, 제11조 내지 제13조에서 정하고 있는 분양자격에 관한 까다로운 규정을 적용받지 아니하고 분양 당시 무주택자에 해당하기만 한다면 우선분양대상자로 임대주택을 분양받을 수 있다. ②그러나 선착순 임차인에 해당하지 아니한다면 임대주택 입주기간 내에 입주를 하여야 하며 입주일부터 분양전환일까지 임차인과 같은 세대구성원 모두 무주택자 자격을 갖추어야 하는 엄격한 조건을 충족하여야만 우선분양대상자에 해당한다.

다. 그런데 이 사건에 있어서, 원고의 배우자가 이 사건 아파트 입주 이후 다른 아파트를 소유하였다가 처분하는 등 무주택자격을 위반한 사실이 있으므로, 원고가 선착순 임차인에 해당하지 아니한다면 이 사건 아파트에 대한 분양자격을 갖추지 못하게 된다.

라. 공공건설임대주택은 국민의 주거생활안정을 위해서 국가에서 민간건설회사에 주택도시자금 등 건설자금을 지원하여 건축 후 임대하는 아파트로서 임차인의 선발과정 및 분양전환자격에 있어서 형평에 맞는 엄격한 기준을 적용하는 것이 타당하다.

마. 그렇다면 임대주택의 공급 수에 비하여 수요자가 부족하여 남는 주택에 발생하는 경우에 임대사업자가 선착순의 방법으로 추가로 임차인을 모집하여 임대차계약을 체결한 임차인만이 선착순 임차인에 해당한다고 보는 것이 타당하고, 엄격한 조건과 복잡한 입주자격확인절차를 거쳐 이미 임차인으로 선정된 자가 입주 전에 임대차계약을 해지하는 등으로 추가로 임대할 수 있는 임대주택이 발생함으로써 임대사업자가 선착순으로 임차인을 결정하는 경우에는 선착순 임차인에 해당한다고 보기는 어렵다.

바. 만약 전항의 후자와 같은 경우에도 선착순 임차인에 해당한다고 인정한다면 그 임차인은 추후 우선분양대상자 자격을 취득할 수 있는데, 주택공급부족지역 등 임대주택의 수요가 많은 인가지역에서 엄격한 조건과 치열한 경쟁 하에 임차인으로 선발되어 입주한 임차인은 분양전환에 있어서도 입주기간을 통틀어 무주택조건의 엄격한 조건을 준수하여야 하는 의무를 부담하는 반면 선착순임차인은 분양전환 시에만 무주택조건을 충족하기만 해도 분양을 받을 수 있어서



형평에 매우 반하게 되는 결과를 초래한다. 나아가 소위 인기지역에서 임대주택에 대하여 당첨된 임차인이 양수희망자 및 임대사업자와 결탁하여 웃돈을 받고 임대차계약을 해지하거나 양도하는 사례가 빈번해질 가능성도 높기 때문이다.

사. 이상의 이유로 이 사건 대법원 판결의 이유 및 결론에 찬성한다.

- ▶ 발표일시 : 2023. 11. 22.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 서규영 변호사
- ▶ 참석회원 : 김광석, 김대휘, 김보라미, 김용태, 김재승, 배병호, 서규영, 서장원, 심지현, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이수경, 이원용, 이재용, 이정일, 정학진, 최수진, 홍영호 (총 20명)



미이행쌍무계약법리의 적용 요건 : 주요부분 미이행의 의미와 판단기준

Conditions on Executory Contract : the Meaning and Criteria of Material
Nonperformance

辯護士 윤 덕 주

Yoon Deuk Joo

【사건의 표시】

대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결

논문요약

지방자치단체와 BTO(Build-Transfer-Operate) 방식의 ‘지하주차장 건설 및 운영 사업’ 실시협약을 체결한 후 관리운영권을 부여받아 지하주차장 등을 운영하던 중 파산에 이른 사안이다. 다수 의견은 공법적 법률관계에도 미이행쌍무계약의 법리가 적용 또는 유추적용될 수 있으나, 지방자치단체가 채무자의 파산 이전에 관리운영권을 설정해 줌으로써 ‘상호 대등한 대가관계에 있는 채무로서 서로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 관련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 채무’의 이행을 완료하였음을 근거로 해지권을 부인하였고, 별개 의견은 공법상 계약의 경우 관계 법령에 따라 인정된 해지권이라도 공익에 대한 중대한 침해를 초래하는 때에는 그 행사가 제한된다는 점을 근거로 본 법리의 적용을 배제하였다. 3인의 반대 의견은 본 법리는 공법상 계약에도 적용되는 것이나, 사업시행자가 주차장을 유지·관리하며 운영할 의무,

주무관청이 사업시행자로 하여금 부지를 무상으로 사용하고 주차요금 조정 등에 협력하며 주차단속 등을 실시할 의무는 계약의 주요 부분으로서 이행이 완료되지 아니한 것이므로, 본 법리의 적용대상이 된다는 입장이다.

평자의 생각으로는 공법상 계약이라고 하여 미이행쌍무계약의 법리를 배제할 근거는 없으며, 동 법리는 반대 의견과 달리 주된 급부의무 미이행의 경우로 적용을 한정함이 타당하다고 본다. 다만, 1. 다수 의견과 달리 소유권이전과 관리운영권 설정은 명백히 채무의 이행행위이며, 대가의 대등성은 당사자의 법적지위와는 무관하다는 점, 관리운영권의 물권성과 대가의 대등성은 관련이 없다고 본다. 2. 건련성은 원칙적으로 ① 하나의 쌍무계약관계를 전제로, ② 주된 급부의무 사이에서만 문제되나, ③ 특약이 있거나, 당사자의 의사해석 또는 공평의 견지에서 부수의무에 대하여 또는 계약 전체를 통하여 쌍무성을 인정하여야 할 경우가 있다는 것이 민법의 이론 및 판례의 경향인바, ‘부수적’이라는 의미가 계약의 직접적인 목적은 아니나, 주된 의무의 이행을 위한 당연한 전제로서 계약 체결 여부를 결정함에 있어 준거가 되는 사정이었다면, 계약의 이행과정 전체를 통관하여 그 건련성 여부를 판단함이 타당하다. 3. 다수 의견은 채권적 전세와 유사한 논리로 초기 단계에 주된 급부의 교환(= 사업시행자가 자신의 비용으로 시설물을 건설하여 소유권을 이전하고, 피고가 관리운영권을 설정해 준 행위)이 이미 이루어졌고, 그 이후의 의무들은 상호 간의 부수적 의무에 불과하므로 건련성을 인정할 수 없다는 결론에 이르나, 사업시행자로서는 자신이 출연한 비용을 회수해야 한다는 본질적인 문제가 남는다. 이 문제는 실시협약의 성립 시부터 운영기간 전체를 통관하는 문제로서 파산선고 전후를 구별하여 잔존의무만으로 건련성을 판단하는 것은 행정목적만을 고려하여 균형을 잃은 것이라고 생각한다.

〈주제어〉

미이행쌍무계약, 쌍방미이행쌍무계약, 도산해지조항, 실시협약, 공법상 계약

Executory Contract, Ipso Facto Clause, Concession Contract, Public Contract



목 차

I. 사실관계 및 각 심급별 판시 개관

1. 사실관계 및 사건의 경과
2. 대법원의 판단 : 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결
 - (1) 대등한 대가 관계의 존부
 - (2) 견련성 판단
 - (3) 쌍방 미이행 여부
 - (4) 피고의 해지권과의 충돌 및 사업시행자의 도덕성 해이

II. 미이행쌍무계약의 일반법리 및 쟁점의 추출

1. 논의의 전제 : 공법상 계약에 대한 법 335조 적용 여부

III. 대등한 대가관계의 의미 및 판단기준

- 가. 미이행쌍무계약의 법리 적용에 있어 대가의 대등성 요건은 필요하다.
- 나. 실시협약에 대한 이행행위는 채무의 이행으로 파악함이 타당하다.
- 다. 대가의 대등은 당사자의 법적지위와는 무관하다.
- 라. 물권성 여부는 대가의 대등성과는 논리적 관련이 없다.

IV. 견련성 판단

1. 민법의 법리 검토 필요성
2. 평가기준으로서의 이론과 판례의 검토
3. 시행 단계와 관리·운영단계를 일체로 판단하는 것이 형평의 관념에 부합한다.
4. 소 결

V. 결 어

VI. 여론 : 피고의 해지권이 파산선고로 실효되는지 여부



I. 사실관계 및 각 심급별 판시 개관¹⁾

1. 사실관계 및 사건의 경과

- ① 피고가 제공한 토지상에 ‘언더파크’가 지하주차장 및 부대시설을 건설하여 피고에게 기부 채납하고, 피고는 언더파크에 위 지하주차장 및 부대시설의 관리운영권을 설정하는 내용의 실시협약 체결,
- ② 언더파크는 건축 후 증여를 원인으로 한 소유권이전등기 및 피고로부터 지하주차장 등에 관한 관리운영권을 설정받음.
- ③ 언더파크의 관리운영권 양도 및 양수회사 리차드텍과 피고 간의 동일한 내용의 실시협약 체결, 리차드텍으로의 관리자 변경 등록.
- ④ 실시협약(사업시행자는 리차드텍, 주무관청은 피고)은 관리운영권 설정기간 만료일까지 무상으로 사용·수익할 권리, 시설의 유지관리 및 운영, 사용료의 부과·징수권, 준공과 동시에 사업시설의 소유권은 주무관청에 귀속, 파산선고는 사업시행자의 귀책사유이고, 주무관청은 서면으로 통지함으로써 협약을 해지하고 사업시행자 지정의 취소 또는 관리운영권의 말소 등 기타 필요한 처분을 할 수 있다는 점, 해지시점에서 사업시설은 즉시 주무관청에 귀속되고 사업시행자의 권리, 권한 등이 소멸하며, 관리운영권도 말소된다는 점, 해지의 효력발생일로부터 50일 이내에 해지시지급금을 정한다는 점 등을 각 규정,
- ⑤ 리차드텍은 그린손해보험으로부터 대출을 받으면서, 관리운영권에 관하여 최고액 185억 원의 근저당을 설정하였고, 그린손해보험에 대한 파산선고(파산관재인 원고), 리차드텍에 대한 파산선고(파산관재인 소외인) 및 소외인의 실시협약 해지통지 등이 이어 짐.
- ⑥ 원고는 채무자 소외인, 제3채무자 피고로 하여, 소외인의 피고에 대한 106억 원의 해지시지급금채권에 관하여 리차드텍의 피고에 대한 근저당권에 기한 물상대위에 의한 채권압류 및 전부명령 실행.

1) 사회기반시설에 대한 민간투자법(약칭 : 민간투자법), 2010. 6. 8. [법률 제10359호, 시행 2011. 6. 9.]에 관한 사안이다.



- ⑦ 원고 주장 : i. 법²⁾ 335조 1항에 따른 해지권 행사, ii. 실시협약 58조 1항에 따른 피고의 해지권 행사, iii. 리차드텍과 피고의 합의 해지에 의하여 피고는 리차드텍에 해지시지급금 106억 원 상당을 지급할 의무가 있고, 원고가 이를 전부받았으므로, 그 일부인 50억 원을 지급하여야 한다.
- ⑧ 1심인 대전지방법원 2015. 12. 16. 선고 2015가합102815 판결은 리차드텍에 대한 파산선고 당시 피고의 소유권 취득, 리차드텍에 대한 지하주차장 등의 관리운영권 설정이라는 상호 대등한 대가관계에 있는 채무는 모두 이행되었다는 이유로 원고 청구를 기각하였고, 원심인 대전고등법원 2017. 9. 13. 선고 2016나10597 판결은 1심을 원용하면서, 사업시행자가 이 사건 주차장을 건설한 점이 피고가 사업시행자에게 이 사건 주차장에 대한 관리운영권을 부여하는 이유 또는 계기가 된다고 볼 여지는 있으나, I. ① 주차장을 건설하는 의무 등과 관리운영권을 부여할 의무 등은 사업 목적 달성을 위하여 단계별로 서로 별개로 부담하게 되는 의무일 뿐인 점, ② 주차장에 대한 관리운영권을 부여하는 행위는 공물에 대한 사용, 수익권을 우선적으로 부여하는 것에 불과한 점 등을 근거로 쌍방의 의무가 본래 적으로 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다. II. ① 이와 달리 보더라도, 리차드텍의 사업시설을 유지·관리·운영할 의무 또는 사업시설의 운영으로 인한 초과 수익이 발생할 때의 분배의무 등은 실시협약의 부수적인 의무에 불과하고, 사업시설을 사용·수익하게 할 의무 등과 서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무라고 보기 어려운 점, ③ 사업시행자가 지출한 비용을 차임의 선급으로 볼 수는 없고, 민간투자법은 사업시행자의 시설관리운영권 부여행위와 그 시설의 임차행위를 구분하여 정하고 있는 점, ④ 피고가 주차장에 대한 관리운영권을 설정, 부여하는 행위는 공물의 사용, 수익에 대한 처분에 해당하고, 그에 따라 사업시행자는 물권인 관리운영권을 취득하는 것이지, 피고에 대하여 이 사건 주차장을 사용, 수익하게 할 채권을 취득하거나 그 채권이 이행된 결과로 이 사건 주차장을 사용, 수익할 수 있는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 원고는 근저당권의 목적물인 관리운영권에 대하여 직접 근저당권을 실행함으로써 그 매각대금으로 피담보채권의 변제를 받아야 한다고 판시

2) ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’을 의미하여, ‘법’ 또는 ‘채무자회생법’이라 한다.



하였다.³⁾

2. 대법원의 판단 : 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결

다수 의견 및 별개 의견은 1심 및 원심과 같이 해지권을 부정하였다. 이 중 다수 의견은 공법상 계약에도 법 335조 1항이 적용된다고 보면서도, 쌍방 미이행 상태가 아니었으므로 해지할 수 없다는 입장을 개진하였다.

안철상 대법관의 별개 의견은 이 사건 실시협약은 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하지만 파산을 이유로 이를 해지하는 것은 행정목적 달성을 어렵게 하여 공익에 대한 중대한 침해를 초래하므로, 법 335조 1항 이 적용될 수 없다는 입장이다. 구체적으로는 i. 실시협약이 관리·운영 단계에 이르렀다 하더라도 이 사건 실시협약은 단계별로 법률관계가 구분되지 아니하는 계속적 계약으로서 피고가 부담하는 의무가 여전히 남아 있다는 점, ii. 다수 의견이 부수적 채무의 근거로 들고 있는 것은 장기간의 계속적 계약의 특성을 의미하는 것일 뿐, 이를 이유로 피고의 리차드텍에 대한 의무이행이 완료되었다고 볼 수는 없는 점, iii. 리차드텍의 파산은 피고의 귀책사유 없이 사업시행자 측의 사정으로 발생한 것임에도 리차드텍의 파산관재인이 법 335조 1항에 따라 실시협약을 해지하고, 거액의 해지 시 지급금(=기투입 민간투자금의 상각잔액)을 일시불로 청구할 수 있다는 것은 민간투자사업의 본질에 부합하지 아니하고, 사회기반시설 운영에서 적자가 발생할 경우 사업시행자가 손실누적을 회피할 목적으로 파산을 선택하여 일시금을 회수해 가는 것을 허용하는 것이 되어 민간투자사업 실시협약을 근본적으로 무력화시키게 되는 점, iii. 실시협약에 관한 일방적인 해제·해지권을 허용하는 것은 주무관청의 승인 없이 관리운영권을 처분하는 것을 인정하는 결과를 초래하는 점 등을 근거로 제시한다.

반대 의견은 계약의 성립부터 소멸에 이르기까지 여러 단계별로 당사자들의 예측가능성을 제

3) 1심과 2심 공히 공법상 계약에 대한 법 335조 1항의 적용 가능성은 별도로 판단하지 않았으나, 적용가능성을 전제로 판단한 것으로 추측된다. 그 이에 피고가 소외인에게 ‘리차드텍에 대한 파산결정이 내려짐에 따라 실시협약 58조 1항에 따른 해지사유가 발생하였고, 중도해지에 대한 책임은 전적으로 사업시행자에게 있으니..... 조속히 의견을 주기 바란다’는 취지의 내용증명을 보낸 사실만으로는 피고의 해지권 행사 내지 합의해지를 인정할 수 없다는 결론도 동일하다.



고하여야 하고, 행정청이 계약이라는 방식을 선택하여 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치를 통하여 법률효과를 발생시킨 이상 계약에 관한 일반법리가 적용됨은 당연하며, 이 사건 실시협약에서 정한 각 당사자의 의무가 목적적 의존관계에 있으므로 법 335조 1항이 적용된다는 입장이다.

먼저 다수 의견과 반대 의견을 중심으로 각 쟁점들을 정리하면 다음과 같다.⁴⁾

(1) 대등한 대가 관계의 존부

다수 의견	김재형 외 2인 대법관 반대 의견
① 채무의 이행이 아니라, 민간투자법의 적용 결과 임.	① 건설기간과 운영기간을 통틀어 목적적 의존관계가 존재한다.
② 사업시행자와 국가 등의 관계는 공법적 성격을 가진 법률관계로서 대등한 대가관계로 볼 수 없다.	② 미이행 채무가 단지 '부수적 채무'에 해당한다는 이유로 법 335조 1항의 적용을 배제하는 것은 위 조항의 문언과 채무자회생법의 입법 목적에 반하며, 당사자 쌍방이 서로 상대방의 채무를 발생시키기 위하여 자신이 그에 대응하는 채무를 부담하는 관계에 있고 쌍방의 의무 전부 또는 일부가 이행되지 않았는지 여부에 따라 이 조항의 적용 여부를 판단해야 한다.
③ 물건인 관리운영권의 성격에 비추어 보면, 피고의 의무들은 리차드텍의 관리운영권을 방해하지 않을 소극적 의무로서의 의미를 가진다.	③ 채무자가 취득한 권리가 물건인지 여부에 따라 법 335조의 적용 여부가 달라지는 것이 아니다.
④ 쌍방의 의무는 대 국민 의무이고, 막연한 협력 의무 내지 부수적인 채무는 미이행된 부분에 해당하지 않는다.	
⑤ 관리·운영 단계에서 사업시행자의 의무는 실시협약이 정한 위험의 부담을 재확인하는 것에 불과하고, 리차드텍의 의무는 피고에 대한 대가관계가 존재하지 않는다.	

4) 도표에서는 비교의 편의를 위해 가급적 요점만 기재하고, 세부적인 각 의견별 근거는 각주 또는 해당부분에서 필요한 한도로 인용한다.



(2) 견련성 판단

다수 의견	김재형 외 2인 대법관 반대 의견
시행 단계에서 예정된 쌍방의 의무는 이행완료 되었고, 피고가 주차요금 변경에 협조할 의무 등과 견련성을 갖는 리차드텍의 반대 의무, 리차드텍의 주차장 등 운영 의무와 견련성 있는 피고의 잔존 의무가 없어, 양자의 법률관계는 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖는다고 보기 어렵다.	실시협약의 목적과 내용상 주무관청과 사업시행자의 권리와 의무는 건설기간과 운영기간을 포함한 실시협약의 전체 존속기간 동안 상환적으로 존재한다.⁵⁾

(3) 쌍방 미이행 여부

다수 의견	김재형 외 2인 대법관 반대 의견
최소수입 미달분을 보전하기 위한 피고 측의 재정 지원에 관한 조항이 없고, 피고의 법률관계는 관리 운영권을 설정함으로써 원칙적으로 종결된다. 관리·운영 단계에서 피고의 의무는 물권인 관리 운영권을 방해하지 않을 소극적인 의무에 불과하다.	파산 당시 주차장을 유지·관리하며 운영할 의무, 부지의 무상사용 보장, 주차요금 조정 등에 협력하고 주차단속 등을 실시할 의무는 모두 이행이 완료되지 않았다. 국가 등의 지원방식과 규모는 개별 사업의 구체적 사정을 고려하여 정하는 것일 뿐이므로, 상호 법률관계를 정하는 데 의미 있는 차이를 가져오지 않는다.

5) 만일 리차드텍과 피고가 관리·운영 단계만을 내용으로 하는 별개의 계약을 체결하였다면, 시행 단계(Build와 Transfer 단계)에 관한 계약은 도급계약과 다를 것이 없다. 따라서 피고는 이미 그에 상당하는 공사비 지급채무를 언더파크 또는 그 양수인에게 부담하게 되었을 것이고, 사업시행자가 파산하였다면 그 파산관재인이 파산재단 확보를 위해 피고에게 일시의 공사비 지급을 청구하였을 것이 당연히 예상된다. 즉, 계약 전체의 틀에서 사업시행자가 자기의 비용으로 시설을 준공하고 그 소유권을 주무관청인 피고에게 이전해 준 다음 파산한 경우에 피고가 파산재단에 대해 그 공사비 채무를 부담하는 것에는 특별한 의문이 제기될 수 없고, 오히려 피고가 공사비를 부담하는 것이 형평에 부합한다.



(4) 피고의 해지권과의 충돌 및 사업시행자의 도덕성 해이

다수 의견	김재형 외 2인 대법관 반대 의견
사업시행자 및 사업시행자의 채권자들이 사회기반 시설의 운영 위험에 무관심해지고, 운영부진 시 파산절차를 이용하여 국가 등으로부터 일시에 비용을 회수하려고 시도하게 될 우려가 있어 민간투자 사업 전반에 막대한 도덕적 해이를 유발한다.	파산법원이 파산요건을 심사하는 과정에서 파산 절차의 남용이나 채무자의 도덕적 해이를 제어할 수 있다. 법 335조 1항에 따른 해지권과 실시협약에서 정한 피고의 해지권은 서로 다른 요건에 따라 행사되는 별개의 권리로서, 병존할 수 있고, 전자를 인정한다고 해서 후자가 침해되는 것도 아니다.

II. 미이행쌍무계약의 일반법리 및 쟁점의 추출

1. 논의의 전제 : 공법상 계약에 대한 법 335조 적용 여부

별개 의견은 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하지만 행정목적 달성을 위하여 법 335조의 적용을 제한하는 입장인바, 충분히 설득력있는 논거라고 생각한다. 그러나, 피고 스스로 행정처분이 아니라 공법상 계약의 형식을 취한 점, 피고의 해지권과의 균형, 상대방의 예측가능성 제고, 법 335조 이하에서 공법상 계약에 대한 특칙을 두지 않은 점 등의 사정을 종합하면, 행정목적 내지 공익이라는 추상적 잣대로 법 335조의 적용을 배제할 수는 없다고 본다.⁶⁾

6) 본고에서는 공법상계약에 대한 디테일한 논의는 약하도록 하며, 이 점에 대한 보다 상세한 논의는 임선지, 공법상 계약과 쌍방미이행 쌍무계약의 해지권 : 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다273441 전원합의체 판결을 중심으로, 법제, 통권 제700호, 법제처(2023), 김유성, 민간투자법에 근거하여 이루어진 실시협약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하는지 여부, 사법 58호, 사법발전재단(2021) 등을 참조.

2. 미이행쌍무계약 법리의 적용 요건과 본 건 쟁점의 도출⁷⁾

미이행쌍무계약에 대한 관재인 또는 관리인(이하 ‘관재인 등’이라 함)의 선택권은 쌍방의 채무가 법률적·경제적으로 상호 관련성을 가지고 원칙적으로 서로 담보의 기능을 하고 있는 쌍무계약에 관하여 쌍방 당사자가 아직 이행을 완료하지 아니한 상태에서 당사자인 일방의 채무자에 대하여 파산선고(회생절차개시결정)이 있을 경우, 관재인 등에게 계약을 해제할 것인가 또는 상대방 채무의 이행을 청구할 것인가의 선택권을 부여함으로써 절차의 원활한 진행을 도모함과 아울러, 계약의 해제를 선택한 경우 이에 따른 원상회복의무도 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이에 형평을 유지하기 위한 취지에서 만들어진 제도이다.⁸⁾

채무자회생법은 쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시(파산선고) 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관재인 등은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다(법 119조 1항, 335조 1항)고 규정하고 있고, 이에 대하여 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것을 가리키는 것이므로, 위 규정이 적용되려면 서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 아니하여야 한다는 것이 일관된 판례이다.⁹⁾

본 사안에는 ① ‘대등한 대가관계’의 의미, ② 견련성과 관련하여, 대등한 대가관계에 이르지 않는 부수적 채무의 의미와 법적효과에 관한 판례 및 이론의 검토, ③ ②의 검토를 통한 기준에 의거하여 본 사안에서 미이행 쌍무계약의 요건을 충족하는지 여부에 관하여 논의하고자 한다.

7) 본 사건의 쟁점과 관련된 한도에서만 일반법리를 실시하였다.

8) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2015다6517, 6524, 6531 판결.

9) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결 등.



III. 대등한 대가관계의 의미 및 판단기준

가. 미이행쌍무계약의 법리 적용에 있어 대가의 대등성 요건은 필요하다.

반대 의견은, 미이행 채무가 단지 ‘부수적 채무’에 해당한다는 이유로 법 335조 1항의 적용을 배제하는 것은 위 조항의 문언과 채무자회생법의 입법 목적에 반하며, 당사자 쌍방이 서로 상대방의 채무를 발생시키기 위하여 자신이 그에 대응하는 채무를 부담하는 관계에 있고 쌍방의 의무 전부 또는 일부가 이행되지 않았는지 여부에 따라 이 조항의 적용 여부를 판단해야 한다고 한다.

반대 의견의 지적과 같이 법 335조의 법문상 채무의 부수성 여부는 명시되어 있지 않다.¹⁰⁾ 그러나, ① 쌍무계약 여부, 특정 단계에서의 관련성 판단 등은 민법이론 및 판례의 틀을 벗어난 도산법에 고유한 판단기준은 있을 수 없다고 생각한다. 쌍무계약의 관련성 판단의 기준이 되는 급부는 주된 급부의무라는 것이 일반적인 이론 및 판례의 입장이며, ② ‘대가의 대등성’이라는 용어는 ‘(경제적 대등성이 아닌) 주된 급부의무의 교환’이며, 미이행쌍무계약에 대한 관재인 등의 선택권은 주된 급부의무가 쌍방 미이행인 경우에만 현실화되는 것으로 제한하여 읽어야 할 것이다. ③ 미이행쌍무계약의 법리는 상대방의 법적 지위를 부동적으로 만든다는 점, 해당 규정에 의한 선택의 결과에 따라서는 우선변제를 받는 채권자가 발생할 수 있어 형평에 반하는 결과가 초래될 수 있다는 점, 부수적의무의 미이행까지 포함시킬 경우 그 적용범위가 지나치게 넓어질 우려가 있다는 점, 의무의 부수성 여하는 사안에 따라서는 쉽게 식별하기 어렵고, 관재인 등이 선택권 행사 방향에 대하여 법원의 허가를 구할 것인지, 법원의 입장에서는 허가할 것인지 여부 등의 판단에 신중할 수밖에 없어서 절차비경제를 초래한다는 점에서 미이행쌍무계약의 법리는 주된 급부의무의 미이행의 경우로 적용을 한정함이 타당하다.¹¹⁾

10) 나아가, 미이행의 사유도 묻지 아니한다. 이는 위 법조에 의한 해제 및 해지는 민법의 법정해제 및 해지와는 성격을 달리하는 것임을 말해 준다. 반대 의견은 이 점에 대하여, 쌍방미이행 쌍무계약 규정은 채무불이행에 기한 계약 해제 규정이 아니라 민법에서 파산을 이유로 계약의 해제·해지를 인정하는 여러 규정과 밀접한 관계가 있으며, 각 규정들은 계약상 채무 중 미이행 부분이 부수적 채무라는 이유로 계약의 해제·해지를 배제하지 않으며, 쌍방미이행 쌍무계약은 당사자 쌍방이 서로 상대방의 채무를 발생시키기 위하여 자신이 그에 대응하는 채무를 부담하는 관계에 있고 쌍방의 의무 전부 또는 일부가 이행되지 않았는지 여부에 따라 이 조항의 적용 여부를 판단해야 한다는 입장을 개진하고 있다.

나. 실시협약에 대한 이행행위는 채무의 이행으로 파악함이 타당하다.

민간투자법 4조는 민간투자사업의 추진방식을 규정하면서, 1호에서 ‘사회기반시설의 준공과 동시에 당해시설의 소유권이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되며 사업시행자에게 일정기간의 시설관리운영권을 인정하는 방식’을 규정하고, 24조는 민간투자사업으로 조성 또는 설치된 토지 및 사회기반시설은 실시협약에서 정하는 바에 따라 관리 및 운영되어야 한다는 점, 26조1항은 1호에 의하여 사회기반시설사업을 시행한 사업시행자가 준공확인을 받은 경우에는 25조 1항의 규정에 의하여 무상으로 사용·수익할 수 있는 기간 동안 동 시설을 유지·관리하고 시설사용자로부터 사용료를 징수할 수 있는 사회기반시설관리운영권을 당해 사업시행자에게 설정할 수 있다는 점 등을 규정하고 있을 뿐이다. 즉, 위 법 4조는 사업방식에 관하여 ‘각호의 1에 해당하는 방식으로 추진하여야 한다’고 규정하고 있을 뿐이며, 관리운영권도 위 법 25조에 의해 ‘설정할 수 있다’고 규정하고 있을 뿐인 점에 비추어, 다수 의견과 같이 ‘리차드텍의 소유권 이전은 ‘채무의 이행’이 아니라, 법 규정에 따라 피고에게 소유권이 귀속되는 결과로서 발생하는 것이고, 관리운영권 부여 역시 구 민간투자법이 정한 바에 따른 결과이므로, 사법상의 계약 주체 사이에서 발생하는 채권·채무와 같이 대등한 대가관계로 평가할 것은 아니다’라는 설명은 매우 부자연스럽다. 실시협약에서 위와 같은 권리의무를 규정하고 이를 이행하는 행위는 실시협약에 따른 채무의 이행으로 보는 것이 타당하다.

다. 대가의 대등은 당사자의 법적지위와는 무관하다.

다수 의견은 ‘실시협약의 체결로써 상대방에게 사업시행자 지정의 효과를 발생하게 하는데 (위 법 13조), 사업시행자와 국가 등의 관계는 공법적 성격을 가진 법률관계로서 대등한 대가

11) 독일, 미국, UNCITRAL의 ‘Legislation Guide on Insolvency Law’ 등의 경우 관재인 등의 이행거절권능으로 구성하고 있고, 이들 규범들의 연구와 검토를 통해 현행 관재인 등의 해제 등 선택권 부여에 대한 입법적인 해결 필요성을 논하는 견해가 유력한 바, 이에 관한 문헌으로는, 권창환, 도산절차에서의 쌍방미이행 쌍무계약과 지적재산권 라이선스 계약의 관계, 사법발전재단, 사법(2019. 12. 통권50호) 등을 참조.



관계로 볼 수 없다'고 판시한바, 대가의 대등성은 교환되는 급부를 기준으로 판단할 것이지, 각 당사자의 법적 지위의 문제로 환원할 수는 없다.

대가의 대등이란 본질적 급부의 교환 여부가 기준이며, 경제적 가치의 동일(대등)성이 유력한 기준이기는 하나, 그 자체로 당사자의 의사를 대체할 수는 없는 것이므로 당사자의 의사를 탐구하여 대가의 대등성 여하 및 각 대가 간의 견련성을 판단함이 타당하다.

이 점에서, 쌍무계약에서 대가성을 강조하는 것은 쌍방의 의무가 마치 객관적으로 대가관계에 있어야 한다는 것으로 인식되어 쌍무계약의 본래 의미에 배치될 수 있다는 반대 의견의 지적은 민법의 일반법리에 부합하는 논거이다.

라. 물건성 여부는 대가의 대등성과는 논리적 관련이 없다.

다수 의견은 '물권인 관리운영권의 성격에 비추어 보면, 피고의 의무들은 리차드텍의 관리운영권을 방해하지 않을 소극적 의무로서의 의미를 가진다'고 설시하고, 사업시행자가 관리운영권에 기하여 사업시설을 사용할 수 있는 지위를 주무관청의 사법적인 의무로 구성하여 사업시행자의 여러 의무들과 상호 대등한 대가관계에 있다고 해석한다면, 관리운영권을 물권으로 명시한 구 민간투자법 등 실정법에 반한다는 논지를 개진하나, 물건성 여부와 대가의 대등성은 논리적 관련이 없고, 물건성에서 소극적으로 사업시행자의 관리운영을 수인할 의무가 당연히 도출되는 것도 아니다.¹²⁾

12) 이 점에 관하여 반대 의견도 소유권이전 및 관리운영권설정으로 실시협약이 종료되는 것은 아닌 점, 사업시행자로서는 투자자본회수가 본질적 문제이며, 관리운영기간 중 사용료 등의 조정이 필요한 사유가 발생했는데도 주무관청이 협력하지 않으면 투자자본의 회수가 불가능해지고, 귀속시설의 적절한 유지·관리에도 지장이 초래되는 점 등을 지적하면서, 사업시행자에게 관리운영권을 설정해 주었고, 그 권리가 물권이라는 사정만으로 채무를 전부 이행하였다고 볼 수 없고, 관리운영권 설정 이후에도 사용료 등의 조정에 협력할 의무를 부수적 의무로 판단할 수는 없다는 점을 지적한바, 타당한 논지라고 생각한다.

IV. 견련성 판단

1. 민법의 법리 검토 필요성

파산 당시 남아 있는 쌍방의 주요 의무를 살펴보면, ① 사업시행자의 경우 실시협약에서 정해진 기간 동안 귀속시설을 유지·관리·운영하여야 하고(민간투자법 8조), 운영기간 동안 유지관리계획, 운영계획 등을 피고에게 제출하여야 한다(위 법 42조, 43조). ② 주무관청인 피고는 운영기간 동안 사업시행자에게 부지와 사업시설을 무상으로 사용·수익하도록 하여야 하고(위 법 10조 2항, 50조 2항), 불가항력 사유 등이 발생한 경우에 총사업비를 변경하거나 주차요금을 조정하는 데 협력하여야 하며(위 법 13조, 47조 4항), 사업시행자의 요청이 있을 경우 지체 없이 주차단속을 실시할 의무(49조 3항)를 각 부담한다.

이들 의무들의 성격(= 주된 급부의무 여하), 사회기반사업의 시행 단계와 관리·운영단계를 구별하여 견련성을 판단할 것인지, 양자를 일체로 보아 견련관계를 판단하여야 하는 것인지가 주된 쟁점이다. 이상의 쟁점들은 쌍무계약 및 동시이행관계에 관한 민법이론과 판례를 떠나서 논할 수는 없는 것이므로, 이들 이론 및 판례를 통하여 판단의 준거를 살펴보고자 한다.

2. 평가기준으로서의 이론과 판례의 검토

급부의 견련관계는 쌍무계약의 성립에서부터 소멸에 이르는 모든 과정에서 인정되어야 한다. 쌍무계약의 개념징표인 대가성은 급부실현 및 그 대가에 관하여 당사자의 주관을 기준으로 판단한 양 급부의 견련성이며, 상환성은 대립하는 양 급부의 상호교환적 이행관계를 말한다.¹³⁾ 주된 급부 이외에 당사자의 합의, 법률의 규정, 또는 채권관계의 성질로부터 신의칙상 부수적의무가 성립할 수 있고, 위 의무도 주된 급부의무와 함께 채권관계의 내용을 구성하므로 위반 시 채무불이행 내지 급부장애의 문제로 다루어진다. 부수적 의무는 주된 급부의무의 내용을 제대로 실현하기 위하여 이에 수반되는 준비·지원·주의와 배려를 해야 하는 채무자의 의무로서, 계약

13) 김형배, 김규완, 김명숙, 민법학 강의, 10판, 신조사(2016), 1230면 (이하, ‘김형배 외’로 기재),



의 유형을 결정짓는 의무는 아니다. 설명·고지·자문·비밀준수·안전배려 등 보호의무·채권자의 협력의무가 이에 해당한다. 구체적인 경우에 있어서는 부수적 의무의 준수가 주된 급부의무의 실현을 위해 필수적인 경우가 없지 않다(인도전까지 매도인의 목적물 보관의무, 임차인의 임차물 보관의무 등). 부수적 의무 위반은 일종의 불완전이행으로서 손해배상청구가 문제되나, 대개의 부수적 의무는 그 자체의 고유한 목적을 가지지 아니하므로 부수적 의무만의 이행을 소구할 수 없는 것이 원칙이다.¹⁴⁾

민법 544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다.¹⁵⁾ 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다.¹⁶⁾

쌍무계약에 있어 상대방의 부수적 채무불이행을 이유로 자신의 주된 급부의무에 대한 동시 이행항변을 할 수 없다.¹⁷⁾ ‘쌍무계약에서 발생하는 당사자 일방의 채무가 여럿인 경우에는 어느

14) 상계서, 918-919면.

15) 부수적 의무의 내용 중 보호의무에 관해서는 상계서 868면 이하 참조.

16) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결.

17) 대법원 1976. 10. 12. 선고 73다584 판결. 쌍무계약 당사자인 “을”의 부수적 사항에 관한 선전의무채무와 “갑”의 새어름 연간 900톤 인수채무가 서로 동시이행하기로 하는 당사자 간의 특약이 있었거나 또는 선전의무가 계약의 중요한 전제조건이 되었다는 등의 특별한 사정이 없었다면 다만 “을”의 부수적 사항에 관한 의무위반만을 이유로 “갑”은 새어름 연간 900톤의 인수책임을 거절할 수 있는 “을” 측의 채무불이행이라거나 “갑” 측이 그의 채무이행을 거절할 수 있는 동시이행항변권을 갖게 되는 사유가 된다고 할 수 없을 것이라고 판시한 사안이다. 그 외에 원고 회사의 내부적인 문제로 영상물제작 일정에 다소의 차질이 발생하여 원고가 예정된 일자에 시사회를 준비하지 못하였다고 하더라도 그와 같은 의무불이행은 이 사건 영상물 제작공급계약의 목적이 된 주된 채무를 이행하는 과정에서의 부수된 절차적인 의무의 불이행에 불과하므로, 그와 같은 부수적인 의무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다(대법원 1996. 7. 9. 선고 96다14364, 14371 판결)는 판시도 유사한 기준에 입각한 것으로 판단된다.

채무가 상대방의 채무와 동시이행관계에 있는가라는 문제는 상대방의 채무불이행이 있을 때 이행을 거절할 수 있는 채무의 범위의 문제이며, 원칙적으로 본래의 급부의무 중 주된 급부의무만이 동시이행관계에 있고, 부수적 급부의무는 이에 해당하지 아니한다. 다만, 부수적 급부의무라도 특약 또는 그 의무가 당사자 일방에게 중요한 것으로 인정되는 경우에는 그 의무도 동시이행관계를 인정함이 타당하다.¹⁸⁾

대가관계 판단에 있어 견련관계를 인정한 판례들을 살펴본다.

대법원 1991. 11. 26. 선고 91다23103 판결

근저당권설정등기가 되어 있는 부동산을 매매하는 경우 매수인이 근저당권의 피담보채무를 인수하여 그 채무금상당을 매매잔대금에서 공제하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인의 근저당권말소 및 소유권이전등기의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이므로, 매도인이 매수인에게 지체책임을 지워 매매계약을 해제하려면 스스로 소유권이전등기 및 근저당권말소등기신청에 필요한 일체의 서류를 수리할 수 있을 정도로 준비하여 그 뜻을 상대방에게 통지하여 수령을 최고함으로써 이를 제공하여야 할 것이지 근저당권 설정등기를 말소해 주기로 별도의 약정을 하지 아니하였다고 하여 매도인에게 그와 같은 의무가 없다고 할 수 없고, 이러한 이치는 매수인이 근저당권이 설정된 사실을 알고 매매계약을 체결하였다고 하더라도 마찬가지이다.

대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다27784, 27791 판결

소유권이전등기청구권이 가압류되어 있어 가압류의 해제를 조건으로 하여서만 소유권이전등기절차의 이행을 명받을 수 있는 자가 그 목적물을 매도한 경우, 위 가압류를 해제하지 아니하고서는 자신 명의로 소유권이전등기를 경료받을 수 없고, 따라서 매수인 명의로 소유권이전등기도 경료하여 줄 수가 없으므로, 그러한 경우에는 소유권이전등기청구권의 가압류를 해제하여 완전한 소유권이전등기를 경료하여 주는 것까지 동시이행관계에 있는 것으로 봄이 상당하고,

18) 송덕수, 신민법강의, 14판, 박영사(2021), 1094면. 부수적 의무에 대한 동시이행 관계 성립에 관하여, 위 73다584판결을 원용하고 있다.



위 가압류가 해제되지 않는 이상 매수인은 매매잔대금의 지급을 거절할 수 있다.

대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결

부동산 매매계약이 체결된 경우에는 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 소유권이전등기의무를 지는 것이므로, 매매 목적 부동산에 처분금지가처분등기와 소유권말소 예고등기가 기입되어 있는 경우에는 매도인은 이와 같은 등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있다.

대법원 1995. 3. 10. 선고 94다27977 판결

- 가. 원래 부동산의 매매계약 시 그 부동산의 양도로 인하여 매도인이 부담할 양도소득세를 매수인이 부담하기로 하는 특약을 하였다 하여도 매수인이 양도소득세를 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등이 매도인의 소유권이전등기의무와 견련관계에 있다고 인정되는 경우에 한하여 매도인의 소유권이전등기의무와 매수인의 양도소득세액 제공의무는 서로 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다.
- 나. 부동산 매매계약의 이행각서에 “매도인이 세무서에 신고납부하는 양도소득세액 외에 차후 부과되는 제반 세금추징분에 대하여는 매수인측이 그 전액을 납부하겠다”는 취지로만 기재되어 있을 뿐이라면, 원심으로서 매수인이 매도인에게 추징된 양도소득세액을 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 사이에 어떤 약정이 있었는지를 구체적으로 심리·확정하지 않고서는, 매수인의 그러한 약정상의 조세부담의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 서로 동시이행 관계에 있다고 곧바로 단정할 수 없다.

대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결

수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인의 신체 또는 재산에 손해가 발생한 경우 수급인에게 귀책사유가 없었다는 점을 스스로 입증하지 못하는 한 도급인에게 그 손해를 배상할 의무가 있다고 보아야 할 것이고, 원래 동시이행의 항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행과정에서의 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나

이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도인데, 이러한 제도의 취지로 볼 때 비록 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약관계에서 고유의 대가관계가 있는 채무는 아니라고 하더라도 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용 등에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권이 인정되어야 하는 점, 민법 제667조 제3항에 의하여 민법 제536조가 준용되는 결과 도급인이 수급인에 대하여 하자보수와 함께 청구할 수 있는 손해배상채권과 수급인의 공사대금채권은 서로 동시이행관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 하자확대손해로 인한 수급인의 손해배상채무와 도급인의 공사대금채무도 동시이행관계에 있는 것으로 보아야 한다.

대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결

하나의 계약 혹은 그 계약에 추가된 약정으로 둘 이상의 민법상의 전형계약 내지 민법상의 채권적 권리의무관계가 포괄되어 있고, 이에 따른 당사자 사이의 여러 권리의무가 동일한 경제적 목적을 위하여 서로 밀접하게 연관되어 있는 경우에는, 이를 민법상의 전형계약 등에 상응하는 부분으로 서로 분리하여 그 각각의 전형계약 등의 범위 안에서 대가관계에 있는 의무만을 동시이행관계에 있다고 볼 것이 아니고, 당사자 일방의 여러 의무가 포괄하여 상대방의 여러 의무와 사이에 대가관계에 있다고 인정되는 한, 이러한 당사자 일방의 여러 의무와 상대방의 여러 의무는 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 있다.¹⁹⁾ 위 법리에 의거하여, 공사도급계약의 도급인이

19) 대법원 1995. 8. 22. 선고 95다1521 판결에서 기 실시한 법리이다. 95다1521 판결은 위 법리를 실시하고, 피고들 소유의 대지 위에 3층 건물을 피고들 명의로 건축허가를 받아 원고가 신축한 뒤, 1, 2층 부분은 피고들의 소유로 하고, 3층 부분은 원고의 소유로 하며, 피고들 대지지분 중 1/3을 원고에게 이전하기로 하는 내용의 것이라면, 그로 인한 당사자 사이의 여러 권리의무는 동일한 경제적 목적을 위하여 서로 밀접하게 연관된 것이어서 당사자 일방의 여러 권리의무는 전체로서 상대방의 여러 권리의무와 대가관계에 있는 것으로 보아야 할 것이지, 위 계약을 민법상의 전형계약에 맞추어 1, 2층 건물에 대한 신축도급계약, 3층 건물에 관한 명의신탁 계약, 대지지분에 관한 지분매매계약으로 각각 분리하여 독립적인 계약관계로 보거나, 그 계약관계의 범위 내에서만 서로의 의무가 대가관계에 있는 것이라고 볼 것은 아니라 할 것이고, 한편, 위 계약에 의하면, 이 사건 대지지분의 대가는 1, 2층 건물 신축공사의 대금에서 공제하도록 하고 있으므로 원고가 피고들에 대하여 위 대지지분에 관한 이전등기절차의 이행을 구할 수 있기 위하여는 이 사건 1, 2층 건물의 신축공사를 완료한 뒤, 피고들에 대하여 대지지분



자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안에서, 수급인의 근저당권 말소 의무는 도급인의 공사대금채무에 대하여 공사도급계약상 고유한 대가관계가 있는 의무는 아니지만, 담보제공의 경위와 목적, 대출금의 사용용도 및 그에 따른 공사대금의 실질적 선급과 같은 자금지원 효과와 이로 인하여 도급인이 처하게 될 이중지급의 위험 등 구체적인 계약관계에 비추어 볼 때, 이행상의 견련관계가 인정되므로 양자는 서로 동시이행의 관계에 있고, 나아가 수급인이 근저당권 말소 의무를 이행하지 아니한 결과 도급인이 위 대출금 및 연체이자를 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무도 근저당권 말소 의무의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 도급인의 공사대금채무와 동시이행의 관계에 있다고 판시한 사안이다.

이상의 민법학계의 이론과 판례이론을 정리하면, ① 서로 대가적 의미를 갖는 채무의 존재와 관련된 요건은 하나의 쌍무계약관계를 전제로 한다는 점, ② 이러한 관계는 주된 급부 의무 사이에서만 문제되고, 부수 의무 상호 간, 부수 의무와 주된 급부 사이에서는 인정될 수 없다는 것이 원칙인 점,²⁰⁾ ③ 특약이 있거나, 당사자의 의사해석 또는 공평의 견지에서 부수 의무에 대하여 또는 계약 전체를 통하여 쌍무성을 인정하여야 할 경우가 있다는 점을 인정하는 것이 이론 및 판례의 일반적인 경향으로 판단되며,

‘부수적’이라는 의미가 계약의 직접적인 목적은 아니나, 주된 의무의 이행을 위한 당연한 전제로서 계약 체결 여부를 결정함에 있어 준거가 되는 사정이었다면, 계약의 이행과정 전체를 통하여 그 견련성 여부를 판단함이 타당하다.²¹⁾

의 대금에 상당한 공사 대금을 청구할 수 있는 상태에 있어야 한다고 할 것이고, 원고가 약정한 공사를 이행하지 아니하였다거나 이미 이행한 공사부분의 대금상당을 이미 지급받았다는 등의 사정으로 피고들에 대하여 대지지분의 매수대금에 상당한 공사대금을 청구할 수 없는 상태에 있는 것이라면, 피고들로서는 그 대지지분에 대한 소유권이전등기 절차의 이행은 물론 이와 일체를 이루는 3층 부분에 관한 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행도 거절할 수 있다고 보아야 한다는 취지로 판시하였다.

20) 지원림, 민법강의, 18판, 홍문사(2020). 1375면, 김형배 외, 상계서, 1232면.

21) 반대 의견은, 설령 미이행 부분이 부수적 채무라는 이유로 쌍방미이행 쌍무계약의 해제·해지권을 배제할 수 있다는 논리를 따른다고 하더라도 ① 당사자가 계약에 따라 부담하는 의무의 내용이 주된 것인지 아니면 부수적인 것에 불과한지는 일률적으로 단정할 수 없고, 계약의 내용과 특성, 객관적·외부적으로

3. 시행 단계와 관리·운영단계를 일체로 판단하는 것이 형평의 관념에 부합한다.

다수 의견은 ① 사회기반시설의 관리·운영 단계에서는 사업시행자와 일반 국민인 시설이용자 사이의 관계도 함께 문제 되고, 오히려 사업시행자의 주된 목적인 비용 회수는 시설이용자에 대한 관계에서 달성되고, 이 사건 실시협약도 사회기반사업의 시행 단계와 사회기반시설의 관리·운영 단계가 명백히 구분되어 있으며 사업시행자가 사업시행 단계뿐 아니라 관리·운영 단계에서도 재원조달 책임을 부담하도록 정해져 있으므로, 관리·운영 단계에 잔존하는 쌍방의 의무를 근거로 성립·이행·존속상 법률적·경제적인 관련성이 존재하고 있는지를 살펴야 한다고 전제한 후, ② 사회기반사업의 시행 단계에서 예정된 리차드텍과 피고의 각 의무의 이행은 모두 완료 되었으므로, 시행 단계의 법률관계를 들어 관리·운영 단계의 법률관계와 관련성이 존재한다고 판단할 수 없고, ③ 피고가 주차요금 변경에 협조할 의무 등과 관련성을 갖는 리차드텍의 반대 의무, 리차드텍의 주차장 등 운영 의무와 관련성 있는 피고의 잔존 의무가 없어, 양자의 법률관계는 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 관련성을 갖는다고 보기 어렵다는 입장이다.

다수 의견의 전제는 파산선고 당시를 기준으로 미이행 부분을 식별하여, 이들 잔존 의무 간의 관련성 여하를 검토하여야 한다는 입장으로 보인다. 일반적인 상황에서는 이러한 기준이 타당할 것이다. 문제는, 실시협약을 체결할 당시의 당사자의 의사인바, 반대 의견은 ① 영리기업인 사업시행자로서는 해당 시설의 관리운영권을 보장받지 못한다면 자기의 비용으로 시설을 준공하거나 그 준공시설의 소유권을 무상으로 주무관청에 이전해 주지 않았을 것이므로, 사업시행자의 운영권은 실시협약 체결 당시 그 성립 여부를 좌우하는 본질적 내용에 해당하는 점, ②

표명된 당사자의 의사, 계약체결의 경위와 이행 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단할 문제이다. 원칙적으로 계약의 본질적 내용과 목적에 해당하는 것이 주된 의무이고, 이를 보완하거나 계약의 여러 사정과 관련하여 추가적으로 부담하는 의무 등은 부수적 의무라고 할 수 있다. ② 특히 계약의 해제·해지 여부를 판단할 때 계약이 종료되어야 할 정도로 계약 목적 달성에 지장을 가져오는 의무가 아니라면 이를 '부수적 의무'라고 할 수 있다. 따라서 어느 당사자의 의무 위반 또는 채무불이행이 존재하지만 이에 기해 상대방이 계약을 해제·해지하지 않더라도 본래 당사자들이 의도한 계약 목적을 달성하는데 지장이 없는 경우라면 이는 부수적 의무에 해당한다. ③ 미이행 부분이 계약상 당사자가 부담하는 전체 의무와 비교하여 비율적으로 일부에 불과하다거나 경미한 내용이라고 해서 곧바로 부수적 의무라고 단정해서는 안 된다는 점을 지적한 바 있다.



주무관청도 관리운영권 설정을 통해 사용료를 징수할 수 있도록 함으로써 사업시행자가 투입한 비용과 지하주차장 등의 소유권 취득 등에 대한 대가적 급부를 이행하는 것이므로, ③ 사업시행자의 소유권 이전 및 운영의무와 관리운영권을 설정해 주고 그 운영을 보장하여야 할 주무관청의 의무는 건설기간과 운영기간을 통틀어 서로 목적적 의존관계에 있는 채무로서, 미이행쌍무계약의 법리가 적용되어야 한다는 결론을 제시한다. 반대 의견이 당사자의 의사 및 전술한 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결의 법리와도 부합한다.

한편, 채권적 전세를 생각해 보면, 임대인의 임차물제공의무와 임차인의 보증금교부의무라는 가장 큰 의무가 초기에 이행되고, 임대차기간 동안 쌍방의 의미있는 출연행위가 없는 것이 일반적이다. 임차인의 일반적인 의무는 차임지급의무, 임차물을 정해진 용법으로 사용할 의무, 계약종료 시까지 선량한 관리자의 주의로 임차물을 보존하고, 이를 반환할 의무, 무단전대 등을 하지 않을 의무 등을 들 수 있다. 보증금의 교부로서 차임지급의무는 이행된 것이고, 나머지 의무 중 임대인의 목적물 제공의무와 관련성을 인정할 수 있는 임차인의 의무를 뚜렷하게 식별하기는 어렵다. 이 점에서 채권적 전세의 경우 미이행 쌍무계약의 법리를 적용하기는 어렵다. 다수 의견은 채권적 전세와 유사한 논리로 초기 단계에 주된 급부의 교환(=사업시행자가 자신의 비용으로 시설물을 건설하여 소유권을 이전하고, 피고가 관리운영권을 설정해 준 행위)이 이미 이루어졌고, 그 이후의 의무들은 상호 간의 부수적 의무에 불과하므로 관련성을 인정할 수 없다는 결론에 이른다. 그러나, 사업시행자로서는 자신이 출연한 비용을 회수해야 한다는 본질적인 문제가 남는다. 이 문제는 실시협약의 성립 시부터 운영기간 전체를 통관하는 문제로서 파산선고 전후를 구별하여 잔존의무만으로 관련성을 판단하는 것은 행정목적만을 고려하여 균형을 잃은 것이라고 생각한다.

4. 소 결

이상의 논의를 이어보면, 파산선고 당시를 기준으로, 주차장을 유지·관리하며 운영할 의무, 부지의 무상사용 보장, 주차요금 조정 등에 협력하고 주차단속 등을 실시할 쌍방의 의무는 이행을 완료하지 않은 상태이며, 위 각 의무들은 사업시행자의 투자자금회수라는 계약체결의 근본 목적과 관련된 것으로 실시협약의 전체 기간 동안 관련관계에 있다는 구성이 타당하며, 결론에

있어 반대 의견에 찬성한다.

도덕성 해이를 지적하는 다수 의견에 대하여는, 본 건과 같은 사안에 대하여 파산신청이 있을 경우 법원으로서의 계약당사자 외에도 다수의 이용자들의 이용권이라는 중대한 공익과 관련된 사항으로서 그 요건을 매우 엄격히 심사할 것으로 예상되는 점에 비추어 반대 의견의 반론에 찬성한다. 한편, 주무관청이 해지권을 행사하지 않고, 관재인의 해지권 행사에도 응하지 않는 상황에서, 시설의 관리처분권을 이전받았음에도 실질적인 운영인력이 없는 파산재단으로서 하루 빨리 해지하여 해지시지급금을 채권자 등에게 지급하고, 시설을 정상화시킬 필요가 있다는 점에서 주무관청의 도덕성해이를 지적하는 견해도 경청할 만하다.²²⁾

V. 결 어

이상의 논의는 민법과 도산법의 해석론을 토대로 평자의 견해를 개진한 것인바, 논리의 흐름을 따르다 보니 결국 반대 의견과 유사한 결론에 이르게 되었다. 그러나, 대법원의 어떤 의견이든 모두 설득력이 있다. 어떤 방향으로 해석하는 것이 주차장을 중단 없이 사용한다는 공중의 이익에 부합하는 것인지에 대한 각자의 고민을 표출하는 방법이었을 뿐이다.

나아가, 이 분야의 비전문가인 평자의 상식적인 생각으로도 민간투자법이 적용되는 사업은 이 사건의 주차장과는 비교할 수 없을 정도로 규모가 큰 경우가 많고, 평시에 고용해야 할 운영 인력도 주차장과 비교할 수 없을 정도로 많은 사업들이 있다. 이러한 사정을 고려하면, 법원으로서 관재인 등의 선택권을 인정하는 적극적 해석은 쉽지 않았을 것이고, 전원합의체라면 더욱 그러하였을 것이다. 그 결과 법리를 다소 제한하더라도 현상을 유지하는 해석론을 펼친 것이 다수 의견의 결론으로 판단된다. 이러한 판단의 근거에는 원고는 별제권자로서 관리운영권에 대한 근거당을 실행하면 충분히 보호될 수 있다는 판단도 작용하였을 것이다.²³⁾

22) 서경환, 공법적 법률관계와 쌍방 미이행 쌍무계약의 법리, 도산판례백선, 박영사(2021년), 265면.

23) 물론 원고로서는 근거당을 실행하는 것보다는 실시협약을 해지하고, 해지시지급금의 지급을 구하는 것이 파산재단의 형성에 유리하다는 판단을 하였을 것이다.



VI. 여론 : 피고의 해지권이 파산선고로 실효되는지 여부

이 사건의 경우, 실시협약에 의거 피고는 해지권을 보유하고 있었으나, 이를 행사하지는 않았다. 그 결과 이른바, ‘도산해지조항’의 효력에 관한 부분은 본격적인 다툼이 이루어지지 않았던 것으로 보인다. 최근 서울고등법원의 중요한 판시가 있었던 관계로 도산해지조항의 효력과 관련된 판례들을 간략히 살펴본다.

대법원은 ① 도산해지조항의 적용 결과가 개시 후 채무자에 미치는 영향이라는 것은 당해 계약의 성질, 그 내용 및 이행 정도, 해지사유로 정한 사건의 내용 등의 여러 사정에 따라 달라질 수밖에 없으므로 도산해지조항을 일반적으로 금지하는 법률이 존재하지 않는 상태에서 그와 같은 구체적인 사정을 도외시킨 채 도산해지조항은 어느 경우에도 회사정리절차의 목적과 취지에 반한다고 하여 일률적으로 무효로 보는 것은 계약자유 원칙을 심각하게 침해하는 결과를 낳을 수 있을 뿐만 아니라, 상대방 당사자가 채권자의 입장에서 채무자의 도산으로 초래될 법적 불안정에 대비할 보호가치 있는 정당한 이익을 무시하는 것이 될 수 있는 점, ② 관리인은 개시 당시에 존재하는 재산에 대한 관리·처분권을 취득하는 데 불과하고, 채무자가 사전에 지급정지 등을 정지조건으로 하여 처분한 재산에 대하여는 처음부터 관리·처분권이 미치지 아니한다는 점 등을 근거로 도산해지조항이 부인권의 대상이 되거나 공서양속에 위배된다는 등의 이유로 효력이 부정되어야 할 경우를 제외하고, 도산해지조항으로 인하여 회생절차개시 후 채무자에게 영향을 미칠 수 있다는 사정만으로는 그 조항이 무효라고 할 수 없다는 입장이다. 한편 ③ 관리인의 선택권을 부여한 취지에 비추어 도산해지조항의 효력을 무효로 보아야 한다면 적어도 회생절차개시 이후 종료 시까지의 기간 동안에는 도산해지조항의 적용 내지는 해지권의 행사가 제한된다는 등으로 해석할 여지가 없지는 않을 것임을 지적하였다.²⁴⁾

위 대법원 판결의 원심인 서울고등법원 2005. 6. 10. 선고 2004나87017 판결은 다수인의 이해관계 조정을 통한 재건을 위해 특정 이해관계인의 일방적 권리행사를 원칙적으로 금지시킬 필요성, 이러한 이해관계 조정은 공적수탁자로서 재산에 대한 전속적 관리처분권을 가진 관리인의 경영과 재산에 대한 관리·처분에 따라 실현되는 점, 계속기업가치를 따져 경제적으로 갱생의

24) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결.

가치가 있다고 인정되는 때에는 법원의 감독 아래 채권자 등 이해관계인의 이해관계를 조정해 가면서 사업을 계속하게 하여 종국적으로 기업을 재건하고자 하는 것이 사회경제적으로 이익이 되고 나아가 채권자 기타의 이해관계인들에게도 이익이 되는 점 등을 설시하고, 해지약정은 이러한 제도의 취지에 반하고, 관리인의 관리처분권을 침해하는 것으로서 무효라고 판시한 바 있다.

이상과 같이 도산해지조항의 효력에 관하여 고등법원가 대법원이 다른 견해를 취하였고, 평자의 판단으로는 최근들어 무효설이 점점 힘을 얻는 것으로 보인다.²⁵⁾ 특히, 최근 서울고등법원은 ‘쌍무계약으로서 회생절차의 개시신청이나 회생절차의 개시 당시 쌍방미이행 상태에 있는 계약에 대해서 별도의 법률규정이 없는 한 도산해제조항에 의한 해제·해지의 효력을 인정할 수 없고, 다만 회생절차 진행 중에 계약을 존속시키는 것이 계약상대방 또는 제3자의 이익을 중대하게 침해할 우려가 있거나 회생채무자의 회생을 위하여 더 이상 필요하지 않은 경우에는 예외적으로 도산해제조항에 의한 해제·해지가 허용된다고 보아야 한다’고 판시한 바 있다.²⁶⁾

평자는 도산해지조항의 효력은 독일이나 미국과 같이 명문의 규정이 없는 이상, 관재인 등의 선택권을 침해한다거나, 기업의 재건을 위해 필요하다는 등의 추상적인 이유를 들어 무효화를 시도하는 견해들에 반대한다. 도산해지조항은 여러 유형의 계약서에 필수적으로 삽입되고 있는 것이 현실인 바, 일률적인 무효화는 도산법이 사적자치의 영역에 지나치게 간섭하는 것이라고 생각한다.²⁷⁾ 특히, 본 건과 같이 공익에 밀접한 사안이라면, 일률적으로 그 효력을 부인하는 것은 신중할 필요가 있다.

25) 회생사건실무(상), 서울회생법원 재판실무연구회, 5판, 409면

26) 서울고등법원 2023. 1. 13. 선고 2021나2024972 판결이며, 사실관계는 ① 서울보증보험은 2018년 6월 B와 보증보험한도거래약정을 체결했고, A는 해당 약정에 관해 B가 부담하는 채무를 연대보증, ② B는 2019년 1월 비씨카드와 라이선스 도입계약을 체결하면서, B에 대한 파산, 회사정리 절차가 진행될 경우 계약의 전부 또는 일부를 해제·해지할 수 있다는 점, 이 경우 계약보증금은 비씨카드에 귀속된다는 점을 각 규정, ③ B는 2019년 1월 29일 회생절차개시신청, 같은 해 2. 1. 보전처분결정, 같은 해 8월 회생절차종결결정을 받은바, 비씨카드는 주계약 해제 통지 후 서울보증보험에 계약이행보증금을 청구하여 이를 수령하였고, 서울보증보험이 A를 상대로 보험금의 지급을 구한 것이다. 서울고등법원은 위와 같이 실시하면서, 근거로서, 도산해제 조항은 특정 채권자가 부당하게 우선권을 관철시키는 것인 점, 회생신청 그 자체를 해제·해지의 사유로 삼는 것은 법 1조, 119조 1항, 민법 2조 및 103조에 위반되는 점, 상대방은 법정해제권을 행사해 회생채무자와의 계약에서 벗어날 수 있다는 점 등을 제시한 바 있다.

27) 보다 상세한 논의는, 윤덕주, 금융리스와 회생절차 : 담보권설의 재검토, 인권과 정의, 482호(2019년) 참조.



[참고문헌]

- 회생사건실무(상), 서울회생법원 재판실무연구회, 5판
- 서경환, 공법적 법률관계와 쌍방 미이행 쌍무계약의 법리, 도산판례백선, 박영사(2021년)
- 임선지, 공법상 계약과 쌍방미이행 쌍무계약의 해지권 : 대법원 2021. 5. 6. 선고 2017다 273441 전원합의체 판결을 중심으로, 법제, 통권 제700호, 법제처(2023),
- 김유성, 민간투자법에 근거하여 이루어진 실시협약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하는지 여부, 사법 58호, 사법발전재단(2021)
- 권창환, 도산절차에서의 쌍방미이행 쌍무계약과 지적재산권 라이선스 계약의 관계, 사법발전재단, 사법(2019. 12. 통권50호)
- 김형배, 김규완, 김명숙, 민법학 강의, 10판, 신조사(2016)
- 송덕수, 신민법강의, 14판, 박영사(2021)
- 지원림, 민법강의, 18판, 홍문사(2020)
- 윤덕주, 금융리스와 회생절차 : 담보권설의 재검토, 인권과 정의, 482호(2019년) 참조.

- ▶ 발표일시 : 2023. 12. 06.(수) 17 : 00
- ▶ 사 회 : 신성민 변호사
- ▶ 참석회원 : 김대휘, 김정범, 백가예, 서동근, 서장원, 송달룡, 신성기, 신성민, 신용간, 심지현, 오승원, 윤덕주, 윤찬열, 이석범, 이선희, 이수경, 이재용, 장재형, 최수진, 허익범 (총 20명)



III

行政判例研究

Administrative Law

서울지방법원 판례연구 제37집 (2권)



교권침해로 인한 학생 징계와 교권보호

Student disciplinary action and protection of academic rights due to
violation of teaching rights

辯護士 김 용 수

Kim Yong Soo

【사건의 표시】

수원고등법원 2020누11677 퇴학처분 등 취소

논문요약

교권보호 4법¹⁾의 개정²⁾으로 교권침해로부터 교사 보호가 강화되고 있다. 그러나 현실에서는 법 개정만으로는 교사의 교권침해가 줄어들 만한 교육환경으로 쉽게 바뀌기는 어려울 것으로 보이며, 반면 교권을 침해하였다고 징계를 당하거나 형사고소나 고발 및 민사상 손해배상청구소송을 제기당한 학생과 보호자 또한 교권을 침해하였다는 교사의 주장이나 징계처분이나 학교 측이나 교육 당국의 결정에 쉽게 수긍하지 않고 법적으로 권리를 구제받으려고 노력할 것이다.

교권보호를 강화하여 교사를 보호하는 과정에서 학생의 인권이나 권리가 침해되지 않도록 개정 법을 적용하는 과정에서 주의를 기울일 필요도 높아졌다. 교사의 경우 교권침해를 당했다고 신고한 경우 이후 적절한 절차와 지원을 받을 수 있는 반면, 교권침해를 저질렀다고 신고된 학생의 경우 징계를 받거나 교사로부터 민사소송을

제기당하는 경우 학생과 보호자가 스스로 방어하고 법적 분쟁을 해결해야 하기 때문에 자칫 교사의 교권보호를 강화한다는 명분 아래 학생의 인권이나 권리가 침해될 가능성은 없는지 검토할 필요가 있다.

본 논문에서는 교원 4법이 개정되기 전에 발생하였던 교권침해 주장에 대하여 제1심과 항소심이 전혀 상반된 판결을 하였고, 대법원은 항소심의 판결대로 결론을 내렸다.

이 사건 판례를 통하여 교사가 학생으로부터 교권침해를 당하였다고 피해를 주장하는 경우 어떠한 절차에 따라서 교사가 보호되고, 교권침해를 이유로 징계를 받은 학생의 경우 어떠한 절차를 거쳐 구제를 받을 수 있는지 및 절차적 하자과 재량권의 일탈·남용 등 실체적 판단 기준을 살펴봄으로써 교권침해로 인한 학생의 징계와 구제방법 및 교권 침해의 판단 기준 등을 살펴보고자 한다.

〈주제어〉

교권침해 Infringement of teaching rights, 교권보호 Protection of teaching rights, 교권보호위원회 Teacher Protection Committee, 학생징계 student disciplinary action, 학생인권 student human rights, 아동학대 child abuse, 교육활동 educational activities, 생활지도 Student life guidance, 교육활동 educational activities, 민원처리 Complaint processing, 보호자의 권리, Guardian's Rights, 인권침해 금지 Prohibition of human rights violations, 출석정지 Attendance suspension, 퇴학 withdrawal from the school, 악성민원 Malicious complaints, 서면사과 written apology, 재발방지 Relapse prevention, 교원치유지원센터 Teacher Healing Support Center, 특별교육 special education, 심리치료 psychotherapy

1) 초·중등교육법, 유아교육법, 교원지위법, 교육기본법



2) 교권보호를 4법 개정의 주요 내용-교육부 보도자료-2023. 9. 15.

1. 교원 대상의 무분별한 아동학대 신고로부터 보호

- ▲ 교원의 정당한 생활지도는 아동복지법에 따른 아동학대(신체적 학대·정서적 학대·방임) 금지행위로 보지 않음(초·중등교육법, 유아교육법)
- ▲ 교원의 정당한 생활지도에 대해 아동학대범죄로 신고되어 조사·수사가 진행되는 경우 교육감의 신속한 의견 제출 의무화(교원지위법)
- ▲ 교원이 아동학대범죄로 신고된 경우 정당한 사유 없이 직위해제 처분 제한(교원지위법)

2. 학부모의 악성 민원으로부터 교원의 교육활동 보호

- ▲ 학부모의 악성 민원을 교육활동 침해유형으로 신설(교원지위법)
- ※ ① 목적이 정당하지 아니한 민원을 반복적 제기하는 행위
- ② 교원의 법적 의무가 아닌 일을 지속적으로 강요하는 행위
- ▲ 학부모가 교육활동 침해활동을 할 경우, “서면사과 및 재발방지 서약”, “특별교육·심리치료 행위”를 조치하고, 미이수 시 300만 원 이하 과태료 부과(교원지위법)
- ▲ 학교장에게 민원 처리에 대한 책임 부여(초·중등교육법, 유아교육법)
- ▲ 교원의 개인정보가 관계 법률에 따라 보호될 수 있도록 학교와 학교의 장에게 필요한 조치를 하도록 함(초·중등교육법, 유아교육법)

3. 보호자의 권리와 책임 간의 균형을 위한 의무 부여

- ▲ 학교의 정당한 교육활동에 협조하고 존중할 의무(교육기본법)
- ▲ 교직원 또는 다른 학생의 인권 침해행위 금지, 교원의 정당한 지도에 대한 존중 및 지원, 학생지도에 대한 보호자의 적극 협력 의무(초·중등교육법, 유아교육법)

4. 피해 교원의 확실한 보호 및 가해학생 조치 강화(교원지위법)

- ▲ 학교장의 교육활동 침해행위 축소·은폐 금지, 위반 시 징계 조치
- ▲ 공무방해·무고·업무방해 및 그 밖의 법률에서 형사처벌 대상으로 규정하는 범죄를 교육활동 침해행위로 추가
- ▲ 교육활동 침해학생과 교원을 즉시 분리하고, 분리 조치된 학생에 대해서는 별도의 교육방법을 마련·운영
- ▲ 교원치유지원센터를 교육활동보호센터로 확대·개편
- ▲ 출석정지 이상 조치 대상자를 특별교육 의무 이수 대상자로 확대하고, 전학조치 대상자는 특별교육 이수 또는 심리치료 전 전학을 선행조치하도록 규정
- ▲ 교육활동 관련 분쟁·소송으로부터 교원을 보호하기 위한 공제사업 실시 및 학교안전공제회 등에 위탁 근거 마련
- ▲ 교권보호위원회 회의는 비공개를 원칙으로 하고, 관련 업무 관계자에게 비밀누설금지 의무를 부과하며, 위반 시 1년 이하 징역 또는 1천만원 이하 벌금 부과
- ▲ 교육활동 침해행위 시 피해교원 요청이 없더라도 관할청에서 형사고발 가능

5. 정부의 책무성 및 행정지원체제 강화(교원지위법)

- ▲ 학교교권보호위원회 폐지 및 교육지원청 지역교권보호위원회로 이관



목 차

[사건의 개요]

I. 사건의 개요와 재판 진행 경위

1. 당사자의 신분 및 이 사건 대상 처분
2. 이 사건 퇴학처분의 경위
3. 이 사건 퇴학처분 이전에 있었던 A학생이 받았던 징계처분에 대하여

II. 교권침해

1. 교권침해의 정의
2. 교권침해 유형
3. 교권침해 현황을 통해 본 시사점

[사건의 경과]

III. 항소심 판결

1. 항소심에서의 원고의 주장(징계사유인 성희롱의 부존재 및 재량권의 일탈·남용)
2. 대상판결(항소심) 판결 이유[이 사건 퇴학처분의 적법 여부]

▲ 교육부장관은 5년마다 교육활동 보호 종합계획 수립

▲ 교육감은 종합계획에 따라 매년 시행계획 수립·시행

6. 유아생활지도 권한 명시(유아교육법)

▲ 유치원 원장·교원의 생활지도 권한 명시

특히 교육부는 무분별한 아동학대 신고로부터 교원을 보호하기 위하여 법 집행 이전이라도 시도 교육청의 의견이 조사·수사기관에 “7일 이내” 제출될 수 있도록 세부 지침을 마련하여 9월 중 시행하기로 하였다.

이주호 부총리 겸 교육부장관은 “교원들이 바라던 교권보호 4법을 의결해 준 국회에 진심으로 감사드리며, 교육부는 본회의까지 입법 과정을 적극적으로 지원하겠다”라고 말하며, “이번 입법은 올해를 ‘교권 회복’의 원년으로 규정할 수 있는 큰 획이 될 것이며, 법 개정뿐 아니라 법 집행과정도 개선하여 현장 교원이 교권 회복을 즉시 체감할 수 있는 것을 최우선 과제로 여기고 교육정책을 추진하겠다.”라고 밝혔다.



3. 항소심 판결 결론

VI. 대상판결의 검토

1. 징계사유 중 성희롱에 대하여
2. 재량권 일탈·남용[원고의 무단결석과 재량권 일탈 남용에 대하여]

I. 사건의 개요와 재판 진행 경위

1. 당사자의 신분 및 이 사건 대상 처분

A학생은 뇌전증 증상이 있다는 의사의 진단을 받았지만 특별히 장애인 등록을 한 학생은 아니며, B고등학교(공립고등학교) 2학년 0반에 재학 중인 학생이며, 2019. 7. 26. B고등학교장 으로부터 퇴학처분을 받은 후 2019. 8. 1. 수원지방법원에 퇴학처분 등 취소소송을 제기하였고 (수원지법 2019구합69446), 같은 날 수원지방법원에 집행정지 신청(수원지법 2019아3707)을 하여, 2019. 8. 9. 집행정지신청이 인용되어 위 수원지방법원 2019구합69446호 퇴학처분 등 취소사건의 판결선고일로부터 20일까지 그 집행을 정지한다는 결정을 받고 2학년 2학기를 마치고 2020. 3월에 3학년으로 진학하여 2020. 6. 3. 현재 B고등학교에 다니고 있으나, 위 수원지방법원 2019구합69446호 퇴학처분등 취소사건에서 2020. 5. 21. 원고 패소판결을 받아 2020. 6. 10.까지만 퇴학처분이 집행정지 효력이 있기 때문에 2020. 6. 11.부터는 B고등학교장이 신청인에게 내린 2019. 7. 26.자 퇴학처분의 효력이 발생하여 더 이상 B고등학교나 다른 고등학교에 다닐 수 없는 지위에 놓인 학생이다.



2. 이 사건 퇴학처분의 경위

가. 장래희망 관련 원고의 언행

1) 원고(A학생)는 B고등학교 2학년 재학 중이던 2019. 3.초경 진로상담과 과정에서 담임교사인 T에게 장래희망을 ‘이화여대 청소부’라고 말하였다. 이에 선생님이 ‘꼭 여대 청소부여야 하느냐?’라고 물어보며 환경미화원으로 기록하겠다고 하였으나 ‘환경미화원은 싫다. 꼭 이화여대 청소부여야 한다’고 말하였다.

2) 그 후 원고는 T에게 장래희망을 ‘에로 배우’ 또는 ‘누드 모델’이라고 말하였고, 그 이유는 돈을 많이 벌 수 있다고 들었기 때문이라는 취지로 말하였다. 이에 T가 ‘배우’나 ‘모델’로 적어 주겠다고 하자 원고는 그것이 자신이 원하는 직업이 아니라는 취지로 말하였다.

3) T는 원고의 학교생활세부사항기록부의 ‘진로 희망’란에 ‘모델’이라고 기재하였고, 원고의 모인 M과 상담과정에서 M에게 원고의 장래희망을 알려주면서 걱정된다는 취지로 말한 적이 있다.

나. 2019. 4.경의 징계 경위

1) T는 2019. 4. 12.경 ‘원고가 화장실에서 전자담배를 피우는 것을 보았다’는 취지의 다른 학생의 말을 듣고 이를 확인하고자 원고에게 문자메시지를 보냈고, 원고는 이를 부인하면서 T가 믿어주지 않는다는 이유로 ‘ㅈ’이나 ‘ㅈㄴ’ 등 욕설이 포함되어 있거나 불손한 어투의 문자를 보냈다.

2) 2019. 4. 16. 원고와 그 부모, T, 인성안전부장교사 등이 학교 건물 1층의 인성안전부에 모였는데, 원고에게 전자담배와 관련한 확인을 하던 중 원고가 흥분하여 ‘씨발’이라고 말하면서 앉아 있던 의자를 넘어뜨리는 등 분을 참지 못하는 행동을 하였다(원고는, 전자담배를 피우지 않았다는 원고의 말을 믿어주지 않아 화가 나서 그런 행동을 하였다고 주장한다).

3) 그 후 2019. 4. 24. 개최된 교권보호위원회에서 원고의 위와 같은 행동이 교권침해에 해당한다는 이유로 원고를 학교생활교육위원회에 회부하는 의결이 이루어졌다. 당시 T는 위 교권보



호위원회에 출석하여 원고의 담임교사를 맡은 이후 원고의 무단결석, 무단지각 등 근태가 매우 불량하여 너무 어렵고 힘들다는 취지로 진술하였다.

4) 이에 따라 2019. 4. 30. 학교생활교육위원회가 개최되었고, 피고는 그 위원회의 의결에 따라 2019. 5. 1. 경 원고에게 출석정지 10일(시행기간 2019. 5. 7.부터 5. 20.까지)의 처분을 의결하였다.

5) 그 후 원고는 위 10일의 출석정지 기간과 20일간의 체험학습기간을 거친 뒤 2019. 7. 3. 다시 출석하였다.

다. 이 사건 퇴학처분 경위

1) T는 2019. 6. 21. 원고로 인하여 야기된 정신적 불안증세로 심리치료를 받을 필요가 있다는 취지의 ‘심리상담 및 치료비 지원신청서’를 제출하였는데, 거기에는 원고의 여러 문제 행동들이 기재되어 있는 외에도(앞서 본 장래희망 관련 원고의 언동은 기재되어 있지 않다) ‘본인에게 욕설과 위협 행동을 한 학생이 7. 3.부터 다시 학교에 온다는 사실 자체가 매우 공포스러우며 마음이 불안정함, 앞으로 그 학생과 마주하며 계속 담임을 해야 한다면 병가 및 휴직을 고려 중이며, 학생이 학교에 오는지 안 오는지 3월부터 아침마다 문자와 전화 연락을 하는 것 자체도 매우 부담스럽고 힘든 상황임’이라고 기재되어 있다.

2) T는 2019. 7. 4. ‘장래희망 관련 원고의 언행으로 심한 성적 불쾌감³⁾과 수치심을 느꼈고 이뿐만 아니라 다른 여러 사안들로 극심한 심리적 불안, 불면 및 우울증세에 시달리고 있다’는

3) 교육활동 침해행위 및 조치 기준에 관한 고시

제2조(교원의 교육활동 침해행위) 교원의 교육활동(원격수업을 포함한다)을 부당하게 간섭하거나 제한하는 행위는 다음 각 호와 같다.

1. 「형법」 제8장(공무방해에 관한 죄) 또는 제34장 제314조(업무방해)에 해당하는 범죄 행위로 교원의 정당한 교육활동을 방해하는 행위
2. 교육활동 중인 교원에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위
3. 교원의 정당한 교육활동에 대해 반복적으로 부당하게 간섭하는 행위
4. 교원의 정당한 생활지도에 불응하여 의도적으로 교육활동을 방해하는 행위
5. 교육활동 중인 교원의 영상·화상·음성 등을 촬영·녹화·녹음·합성하여 무단으로 배포하는 행위
6. 그 밖에 학교장이 「교육공무원법」 제43조 제1항에 위반한다고 판단하는 행위



취지의 이유로 교권침해 및 교육활동 보호 관련 심의(조정)를 요구하는 학교교권보호위원회 심의(조정) 신청서를 제출하였다.

3) 2019. 7. 9. 개최된 교권보호위원회는 ‘교사 T의 입장에서 충분히 피해를 입었다고 사료되어 교권을 침해한 학생인 원고를 학교생활교육위원회에 회부하기를 요청하고, 피해자 보호조치(공부상 병가 인정, 심리치료비용 지원)를 실시한다’고 의결하였다.

4) 그 무렵 B고등학교는 ‘교권침해 및 무단결석(7일 이상)’을 이유로 학생생활교육위원회에 회부하였고, 2019. 7. 15. 개최된 학생생활교육위원회는 ‘교권침해(성희롱 발언)⁴⁾ 및 무단결석 7일 이상’을 이유로 원고에게 퇴학 처분을 할 것을 결의하였다.(원고의 근태상황을 보면, 1학년에서 질병결석 27일, 미인정결석 36일, 질병지각 10회, 미인정지각 29회, 질병조퇴 31회, 미인정조퇴 16회였고, 2학년에서는 2019. 6. 30.까지 질병결석 16일, 미인정결석 24일(출석정지 10일포함), 질병지각 3회, 미인정지각 14회, 질병조퇴 4회, 미인정조퇴 3회였다).

5) 피고는 2019. 7. 29. 원고에 대하여 퇴학처분을 하였다(이하 ‘이 사건 퇴학처분’이라 한다).

라. 그 외

한편 원고는 피고로부터 2018. 3. 20. 개최된 선도위원회 결의에 따라 흡연, 2019. 3. 22.경 교권침해(담임교사에게 욕설 등)를 이유로 ‘사회봉사 5일’의 처분을, 2018. 9. 13.경 개최된 선도위원회 결의에 따라 2018. 9. 14.경 무단결석(22일), 징계불이행(위 사회봉사 5일 불이행)을 이유로 출석정지 7일의 처분을 각 받았다.

3. 이 사건 퇴학처분 이전에 있었던 A학생이 받았던 징계처분에 대하여

가. 이 사건 제1심 본안 사건 판결이유에도 언급이 되었고, 이 사건 퇴학처분 결정이 정당하다고 판단한 근거 중 하나는 이 사건 처분 이전에도 A학생이 징계처분을 받은 사실이 있는데도

4) 교육활동 침해행위 및 조치 기준에 관한 고시 제2조 제2호 “교육활동 중인 교원에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위”



또 다시 이번 징계사유에 해당하는 일을 저질렀다는 점도 반영된 것으로 보인다.⁵⁾

5) 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제15조(교육활동 침해행위에 대한 조치) ① 제3항에 따른 관할청과 「유아교육법」에 따른 유치원 및 「초·중등교육법」에 따른 학교(이하 “고등학교 이하 각급학교”라 한다)의 장은 소속 학교의 학생 또는 그 보호자 등이 교육활동 중인 교원에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “교육활동 침해행위”라 한다)를 한 사실을 알게 된 경우에는 즉시 교육활동 침해행위로 피해를 입은 교원의 치유와 교권 회복에 필요한 조치(이하 “보호조치”라 한다)를 하여야 한다. <개정 2019. 4. 16.>

1. 「형법」 제2편 제25장(상해와 폭행의 죄), 제30장(협박의 죄), 제33장(명예에 관한 죄) 또는 제42장(손괴의 죄)에 해당하는 범죄 행위
 2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제1항에 따른 성폭력범죄 행위
 3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항에 따른 불법정보 유통 행위
 4. 그 밖에 교육부장관이 정하여 고시하는 행위로서 교육활동을 부당하게 간섭하거나 제한하는 행위
- ② 보호조치의 유형은 다음 각 호와 같다. <신설 2019. 4. 16.>

1. 심리상담 및 조언
2. 치료 및 치료를 위한 요양
3. 그 밖에 치유와 교권 회복에 필요한 조치

③ 제1항에 따라 보호조치를 한 고등학교 이하 각급학교의 장은 지체 없이 다음 각 호의 구분에 따른 지도·감독기관(이하 “관할청”이라 한다)에 교육활동 침해행위의 내용과 보호조치 결과를 보고하여야 하며, 교육감은 대통령령으로 정하는 중대한 사항의 경우에 이를 교육부장관에게 즉시 보고하여야 한다. <개정 2019. 4. 16., 2019. 12. 10.>

1. 국립의 고등학교 이하 각급학교: 교육부장관
2. 공립·사립의 고등학교 이하 각급학교: 교육감

④ 제3항에 따라 보고받은 관할청은 교육활동 침해행위로 피해를 입은 교원이 요청하는 경우 교육활동 침해행위가 관계 법률의 형사처벌규정에 해당한다고 판단하면 관할 수사기관에 고발하여야 한다. <신설 2019. 4. 16.>

⑤ 교육활동 침해행위로 피해를 입은 교원의 보호조치에 필요한 비용은 교육활동 침해행위를 한 학생의 보호자(친권자, 후견인 및 그 밖에 법률에 따라 학생을 부양할 의무가 있는 자를 말한다. 이하 같다) 등이 부담하여야 한다. 다만, 피해교원의 신속한 치료를 위하여 교육활동 침해행위로 피해를 입은 교원 또는 고등학교 이하 각급학교의 장이 원하는 경우에는 관할청이 부담하고 이에 대한 구상권을 행사할 수 있다. <신설 2019. 4. 16.>

⑥ 제5항에 따른 보호조치 비용부담 및 구상권의 범위, 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <신설 2019. 4. 16.>



나. 본안 사건 제1심 판결이유를 살펴보면

① 원고는 2019. 3. 1.부터 2019. 6. 30.까지 총 40회 결석을 하였는데 그중 사유 없는(미인정) 결석이 총 24회나 이른다. 그 밖에도 위 기간 동안 지각 총 17회(질병 3회, 미인정 14회), 조퇴 총 7회(질병 4회, 미인정 3회)를 하여 실질적으로 학교 수업에 제대로 참석한 날이 많지 않은 것으로 보인다. 원고는 2018. 3. 1.부터 2019. 2. 28.까지도 결석 총 63회(미인정 36회), 지각 총 39회(미인정 29회), 조퇴 총 47회(미인정 16회)를 하였는바, 원고의 이러한 출결상향과 학업태도는 쉽게 나아질 것으로 판단되지 않는다.

라고 판시하고 있다.

그러나 2019. 5. 1. 학생생활교육위원회 결과 출석정지 10일 결과 통지를 받은 이후부터 2019. 7. 15. 학생생활교육위원회 회의시까지 A학생 출결 상황(출석정지 처분 결과 출석정지 기간 제외)을 살펴보면,

2019. 5. 1. 미인정 결석, 사유 : 태만
 2019. 5. 2. 미인정 결석, 사유 : 태만
 2019. 5. 3. 미인정 결석, 사유 : 태만
 2019. 5. 22. 미인정 결석, 사유 : 태만
 2019. 5. 23. 미인정 결석, 사유 : 태만
 2019. 5. 24. 미인정 지각, 사유 : 태만
 2019. 5. 27. 미인정 조퇴, 사유 : 태만
 2019. 5. 29. 미인정 조퇴, 사유 : 태만
 으로 무단결석 5일이 있다.

A학생의 출결상황이 나아지고 있었음에도 2019. 5. 1. 징계처분으로 출석정지 10일을 받은 후 20일간의 체험학습을 마친 후 2019. 7. 3. 다시 등교하자마자 담임선생님인 T선생님의 거부로 A학생은 교실에도 들어가 보지도 못하고 2019. 7. 3.부터 2019. 7.17.까지 교감실로 등교하여 실제로는 수업도 받지 못하는 불이익을 받았다.



다. 본안 사건 제1심 판결이유를 살펴보면

② 원고는 2018. 3. 22. 흡연 및 교권침해를 이유로 사회봉사 5일의 징계처분을 받았음에도 이를 이행하지 않았고, 2018. 9. 14. 위와 같은 징계불이행 및 무단결석을 이유로 출석정지 7일의 징계처분을 받았다. 또한 원고는 2019. 5. 1. 담임교사에게 욕설이 담긴 문자를 보내고 위협적인 행동과 욕설을 하여 교권을 침해하였다는 이유로 출석정지 10일의 징계처분을 받았다. 이렇듯 원고는 흡연, 무단결석, 교권침해를 이유로 여러 차례 징계처분을 받았으나 교사에 대한 태도, 학업 및 생활태도 등이 개선되지 않았다.

라고 판시하고 있다.

그러나 A학생이 고등학교 1학년 때 있었던 징계사안을 A학생이 2학년이 된 이후 징계와 연장선상에서 판단하는 것은 다소 무리이며, 당시 징계도 A학생이 뇌전증 증상이 있는 사실상 장애학생이라는 점을 전혀 고려하지 않은 징계였다. 또한 사회봉사 미이행으로 가중된 징계까지 받음으로써 1학년 때 있었던 징계처분에 대해서는 A학생이 불이익을 받았음에도 또 다시 2학년 때 발생한 징계사안에 대해서 연장선상에서 보는 것은 지나친 판단이라고 생각된다.

A학생이 T선생님에게 보낸 문자메시지는 심한 욕설이라고 보기보다는 A학생이 평소 친구들과 하는 언어습관대로 선생님에게 문자를 보낸 것이며, 예의에 어긋날 정도로 볼 수는 있으나 반드시 출석정지 10일까지 받아야 하는 징계사유인지는 여전히 다툼의 여지가 있음에도 욕설이라고 단정 지어서 징계를 받은 것으로도 볼 여지도 있다.

A학생이 담임선생님에게 위협을 가하였다고 하는 당시 A학생 어머니와 여러 선생님이 같이 계셨고 A학생의 입장에서는 담배를 피우지 않았는데도 계속 담임선생님이 A학생이 담배를 피운 것이 맞다고 말씀하시자, A학생은 자신의 말을 믿어주지 않는 T선생님의 말에 다소 화가 나고 흥분하여 자리에서 일어나다가 앉았던 의자가 뒤로 넘어진 것이며, 위협적인 행동을 한 것은 아니었다.



A학생이 당시 ‘시발’이라고 하면서 상담실을 나간 것이며, T선생님이나 특정 다른 선생님에 대한 욕설이 아니라 학생이 자신이 담배를 피우지 않았다는 말을 믿어주지 않고 무조건 선생님에게 사과하라는 말에 흥분하여 일어서서 상담실을 나가면서 한 말로써 학생으로서 비난받을 만한 행동이었으나 T선생님에 대한 위협적인 행동이나 욕설로 보기에는 무리가 있다.

A학생의 어머니 M은 이 사건 징계처분에서 문제되는 성희롱적 발언과 관련하여 장래희망 문제로 T선생님에게 사과를 받아야겠다고 말한 사실이 없다.

II. 교권침해

1. 교권침해⁶⁾ 정의

“교권”이란 헌법과 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 기본적 인권 및 교육권 등 교원의 직무수행에 수반되는 모든 권한을 말한다. 교권침해란 교육행정기관, 상급자, 동료, 학부모, 학생, 등이 학교 교육활동과 관련하여 교원의 법적인 교육할 권리와 사회·윤리적 권위 내지 교원의 전문적 권위를 침해 또는 무시하는 행위를 말한다.

교사 C 씨는 초등학교 2학년생이 수업 중 물병으로 장난을 치자 학생의 이름을 칠판 레드카

6) 경기도교육청 교원의 교권과 교육활동 보호에 관한 조례

1. “교원”이란 「유아교육법」 제20조 제1항의 교원과 「초·중등교육법」 제19조 제1항의 교원을 말한다.
2. “교권”이란 헌법과 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 기본적 인권 및 교육권 등 교원의 직무수행에 수반되는 모든 권한을 말한다.
3. “학교”란 경기도에 있는 「유아교육법」 제2조 제2호의 유치원과 「초·중등교육법」 제2조의 학교를 말한다.
4. “교육활동 침해행위”란 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」(이하 “법”이라 한다) 제15조 제1항에 해당하는 행위를 말한다. <개정 2022.12.28.>



드(일종의 벌점제) 옆에 붙이고 방과 후에 10여 분간 청소하게 했다. 이 사실을 알게 된 학생의 부모는 바로 교감을 찾아가 쓰레기를 줍게 한 것이 아동학대라며 항의하고 담임 교체를 요구한 사안에서, A 씨는 다음날부터 자녀를 학교에 보내지 않았고 계속해서 담임 교체를 요구했다.

2021년 4월 A 씨의 항의 직후 C 씨는 갑작스러운 기억상실 증세 등으로 119구급차를 타고 병원을 찾아 입원했고 약 일주일간 병가를 내고 치료를 받았다. A 씨의 지속적인 민원 제기에 C 씨는 우울증세를 호소하며 병가를 냈고 A 씨를 상대방으로 ‘교육활동 침해 사안 신고서’도 제출했다. 학교는 교권보호위원회를 열어 A 씨의 행위를 교권침해로 판단한 뒤 ‘교육활동 침해 행위인 반복적 부당한 간섭을 중단하도록 권고한다’는 조치 결과 통지서를 발송했다. A 씨는 학교의 처분에 반발해 소송을 냈다. 1심은 “A 씨의 행위는 C 씨의 정당한 교육활동을 반복적으로 부당하게 간섭하는 행위로서 교권침해”라며 원고 패소 판결했다.

그러나 2심은 1심 판단을 뒤집고 A 씨의 손을 들어줬다. 2심은 “C 씨가 훈육에 따르지 않는 아동의 이름을 친구들에게 공개해 창피를 줌으로써 따돌림의 가능성을 열어 주고, 강제로 청소 노동까지 부과하는 것은 아동의 인간적 존엄성에 대한 침해행위”라며 “정당한 교육활동이 아니다”라고 판단했다.

하지만 대법원⁷⁾은 다시 판단을 뒤집었다. 재판부는 “적법한 자격을 갖춘 교사가 전문적이고 광범위한 재량이 존재하는 영역인 학생에 대한 교육 과정에서 한 판단과 교육활동은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다”며 “국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체나 학생 또는 그 보호자 등이 이를 침해하거나 부당하게 간섭하여서는 안 된다”고 판시했다.

이어 “학급을 담당한 교원의 교육 방법이 부적절해 교체를 희망한다는 의견도 부모가 인사권자인 교장 등에게 제시할 수 있는 의견에 해당한다고 볼 수 있다”면서도 “그러나 학기 중에 담임에서 배제되는 것은 해당 교사의 명예를 크게 실추시키고 인사상으로도 불이익한 처분이며

7) 법률신문 2023. 12. 4.자, 대법원 2023. 9. 14. 선고 2023두37858 교권보호위원회 처분취소



담임교사의 교육 방법에 문제가 있다 하더라도 교육 방법의 변경 등으로 문제가 해결될 수 있다면 먼저 그 방안을 시도하는 것이 바람직하다”고 설명했다.

이어 “학부모가 정당한 사유 및 절차에 따르지 아니한 채 반복적으로 담임 교체를 요구하는 것은, 담임교사로서 온전한 직무수행을 기대할 수 없는 비상적인 상황에 한해 보충적으로만 허용된다고 보는 것이 타당하다”고 덧붙였다.

대법원 관계자는 “교원의 전문성과 교권은 헌법과 법률에 따라 보장되는 것으로서, 정당한 자격을 갖춘 교사의 전문적이고 광범위한 재량에 따른 판단과 교육활동에 대해서는 이를 침해 하거나 부당하게 간섭해서는 안 된다는 법리를 최초로 판시한 판결”이라고 말했다.

대법원 보도자료⁸⁾에 따르면, 대법원 2부(주심 대법관 이동원)는, 피고(초등학교장)가 원고(초등학교 2학년 학생의 어머니)에 대하여 ‘부당한 담임교체 요구’를 조치이유로 하고, ‘반복적 부당한 간섭’을 침해행위 유형으로 하여 ‘교육활동 침해행위인 반복적 부당한 간섭을 중단하도록 권고함’이라는 침해자 조치 내용의 통지서를 발송(‘이 사건 조치’)하자 원고가 이 사건 조치 처분의 취소를 구한 사건에서, 적법한 자격을 갖춘 교사가 전문적이고 광범위한 재량이 존재하는 영역인 학생에 대한 교육 과정에서 한 판단과 교육활동은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 하고, 부모 등 보호자의 교육에 관한 의견 제시도 교원의 전문성과 교권을 존중하는 방식으로 이루어져야 하며, 학부모의 담임교체 요구는 비상적인 상황에서 보충적으로만 허용된다고 보는 것이 타당하므로, 원고가 반복적으로 담임교체를 요구한 행위는 교육활동 침해행위인 ‘반복적 부당한 간섭’에 해당한다고 판단하고, 이와 달리 원고의 행위가 ‘반복적 부당한 간섭’에 해당한다고 인정되지 않아 이 사건 조치에 처분사유가 존재하지 않는다고 본 원심 판결을 파기·환송하였다(대법원 2023. 9. 14. 선고 2023두37858 판결).

8) 2023. 9. 14.자



2. 교권침해 유형

가. 부당행위

① 학생지도에 대한 학생·학부모의 폭행·폭언, ② 학생지도 차원의 경미한 처벌에 대한 과도한 금품요구, 사직요구, 폭언 등, ③ 학교 인근 주민 및 용역업체 직원의 부당한 요구로 인한 학교운영 피해 등

나. 학교폭력

① 학교폭력, ② 비리사건 연루, ③ 학생·학부모의 등교 거부, ④ 일반 법률상담

다. 안전사고

① 정규 교육활동, ② 학교의 일과 전후, ③ 등·하교 중

라. 신분피해

① 직무태만, 품위손상, 금품수수 사유의 징계처분, ② 부당전보, 권고사직, 재임용거부, 관리직에서 평교사로의 강등, ③ 수업시간 축소, 수업권 배제, 학부모의 부당요구 등

마. 직원갈등

① 학교, 학급경영 간섭, ② 학생생활지도, ③ 인사, 시설 등 학교운영, ④ 사생활 침해

바. 명예훼손

학교 홈페이지나 인터넷 공간 등에 ① 학생지도 사항, ② 학교 및 학급운영 사항, ③ 성추행 등, ④ 품위손상에 관한 허위사실을 공표



3. 교육활동 침해⁹⁾

‘교육활동 침해행위’를 간단히 설명하자면 ‘교원의 정상적인 교육활동을 방해하는 행위’라고 할 수 있다.

2022년 개정된 교육부 <교육활동 보호 매뉴얼>에 따르면 교육활동 침해행위의 유형은 첫째, 형법에 명시된 ‘공무 방해에 관한 죄’ 또는 ‘업무방해에 해당하는 범죄 행위’, 둘째, ‘교육활동 중인 교원에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위’, 셋째, ‘교원의 정당한 교육활동에 대해 반복적으로 부당하게 간섭하는 행위’, 넷째, ‘교육활동 중인 교원의 영상·화상·음성 등을 촬영·녹화·녹음·합성하여 무단으로 배포하는 행위’, 다섯째, 그 밖에 ‘학교장이 「교육공무원법」 제43조 제1항에 위반한다고 판단하는 행위’이다.

교원에게 신체적, 정신적 폭력을 가하는 ‘폭행’은 빈번하게 발생하면서도 심각한 피해를 주는 교육활동 침해행위이다. 또한, 폭행과 연결되는 것으로 타인의 신체적 건강을 훼손하거나 신체의 생리적 기능에 장애를 일으키는 ‘상해’와 일반적인 사람이 보기에 공포심을 느낄 정도의 해악을 끼치겠다고 알리는 ‘협박’이 교육활동 침해행위에 해당한다.

교육활동 침해행위 발생 시 다섯 단계를 거쳐 대응할 것을 안내하고 있다. 해당 단계들은 초기 대응과 사안 신고, 피해 교원 보호와 사안 발생 보고, 사안 조사, 학교 교권보호위원회 소집, 사안 종결 순으로 구분되어 있다.

피해 교원을 위한 국가 차원의 다양한 제도도 마련되어 있다. 가장 대표적인 지원책은 심리상담 및 조언이다. 피해 교원은 각 시도교육청별로 마련된 ‘교원치유지원센터’에 방문하여 전화 또는 화상전화로 심리상담을 받을 수 있다.

9) 교육부 공식 블로그



피해 교원의 충분한 회복을 보장하기 위한 특별휴가 제도도 활용할 수 있다. 피해 교원은 연 6일 이내의 안정을 해야 하는 경미한 부상, 질병으로 인해 병가가 필요할 시 학교장의 승인을 받아 병가에 들어갈 수 있다.

더 큰 부상, 질병으로 인해 장기간 요양이 필요하다면 공무원 연금공단에 공무상 요양을 신청한 후 승인받아 연 180일 이내의 병가를 사용할 수 있다. 더불어 해당 부상 및 질병과 관련해 공무원 재해 보상심의회 심의를 거쳐 요양급여를 받을 수 있다.

4. 교권침해 현황을 통해 본 시사점

가. 교권침해에 대한 분류 기준이 임의적인 까닭에 문제 상황에 대한 진단이 부정확할 수 있다는 점이다. 따라서 정부 차원에서는 교권에 대한 법률적 개념을 구체화할 필요가 있겠고, 교육청 차원에서는 보다 정확한 실태파악이 있어야 한다. 이를 기초로 전국 수준의 정기적인 교권침해 실태조사가 시급한 상황이다.

나. 지금까지 보고된 현황의 공통된 경향에 비추어 볼 때, 학생지도, 학급운영 과정에서 학생·학부모 등에 의한 교사에 대한 폭행 및 협박으로 인한 교권침해 사례가 가장 많아 이에 대한 대책이 시급하다. 또한, 학생에 의한 교권침해가 최근 증가하고 있고, 폭언과 욕설이 가장 많은 비중을 차지하고 있으며, 수업진행 방해도 급증하고 있는 점을 감안할 필요가 있다. 특히 중학교 학생의 폭언과 욕설에 의한 교권침해에 적극 대처할 필요가 있다.

다. 학교급 별로는 초등학교의 경우에는 학교안전사고에 적극 대처할 필요가 있고, 중등학교의 경우에는 학생·학부모 등에 의한 폭행·협박·폭언에 보다 중점을 둘 필요가 있겠다.

라. 직위별로 발생한 교권침해 사례에서 나타난 바와 같이 일선 교사의 학생·학부모 등에 의한 폭언, 협박, 폭행 등의 부당행위(78건, 45.61%, 교장·교감은 23.53%)에 대한 적극적 대처가 필요한 것으로 보인다.



마. 학교설립 별로는 사립학교보다 국·공립학교의 피해사례가 약 5배정도 많다는 점은 해석의 신중을 요한다. 즉, 공립학교보다 사립에서의 침해사건이 표면화되지 않은 부분도 있는 것이다. 그만큼 교권침해에 대한 사립학교 측의 대응이 소극적인 부분도 있는 것으로 해석될 수 있겠다.

바. ‘부당한 처분으로 인한 신분피해(12건 26.67%)’ 사례가 국·공립학교에서 보다 사립에서 높은 비중으로 나타난 점 등을 감안하여 대처할 필요가 있다.

사. 명예훼손 피해는 교육구성원 간의 분쟁과정에서 우발적이고 사실적으로 발생하는 경우가 많다는 점에서 대응하기가 쉽지 않다. 다만, 교실에서의 출입제한, 학교 홈페이지등 인터넷 사이트에서의 허위사실 게재 등에 대한 대처가 필요한 것으로 판단된다. 분쟁, 소송 사건의 조사 및 취재과정에서 반발하는 프라이버시권 및 명예훼손 문제에 대해서도 다각적으로 대책을 세워야 할 것이다.

아. 교사 개인의 입장에서 볼 때, 다양한 교권침해에 대한 문제인식을 새롭게 하고, 적절한 절차를 통해 해결하는 것이 결국 학생의 학습권 보장에도 긍정적으로 작용할 수 있다는 인식을 가질 필요가 있다고 본다. 존중받지 못하고 자유롭지 못한 교사를 통해서 학생들의 학습권을 옹호하게 향유하기란 어려울 것이다. 교원 스스로의 권리에 대한 인식이나 적극성 없이 학생의 학습권이 보장되기를 바라는 것은 연목구어나 마찬가지로 상황이라 하겠다.

III. 항소심 판결

1. 항소심에서의 원고의 주장(징계사유인 성희롱의 부존재 및 재량권의 일탈·남용)

가. 이 사건 퇴학처분에 대하여 절차상 위법이 없다고 가정하더라도, 고등학교 2학년인 A학생에 대하여 징계사유가 있다고 가정하더라도 선도위원회 개최 전 정상적으로 학교생활을 잘하고 있었으며, 2019. 4. 30. 선도위원회 이후 무단결석 일수가 5일에 불과한 A학생에 대하여 무



단결석이 7일 이상이라는 이유로 징계사유로 삼은 것은 사실관계를 오인한 잘못이 있으며, A학생이 교권을 침해한 사실에 대해서는 다소 불손하거나 예의에 어긋난다고 볼 수는 있을지라도 장래 진로에 대한 상담 중 부적절한 언행이 있었다고 하더라도 반드시 교권을 침해하였다고 볼 수 있는지에 대해서는 다툼의 여지가 있음에도 A학생을 선도위원회에 회부하여 퇴학처분을 내린 것은 사실관계를 오인한 잘못이 있거나 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 있으며, A학생에게 징계사유가 있다고 가정하더라도 출석정지 조치를 취할 수 있음에도 A학생의 신분관계를 학생신분에서 완전히 배제시키는 퇴학처분은 징계 재량권을 일탈하였거나 남용한 것으로서 위법하거나 부당하다고 생각된다.

나. A학생과 A학생의 보호자로서는 2019. 5. 1.자 출석정지 10일 징계처분을 받은 후 징계처분에 따른 출석정지 10일을 이행하고 체험학습 20일을 허락받아 2019. 7. 2.까지 가정에서 학습을 하기로 하고 T선생님에게 A학생으로 인하여 어떤 피해를 끼치고 싶지 않아 반을 교체하는 것을 2학년 학년부장선생님과 상의하였다.

그런데도 A학생이 다시 학교로 나가기도 전에 2019. 5. 1. 자 징계처분의 원인이 된 2019. 4. 12.자 흡연 문제보다 1개월 전에 발생했던 성희롱이라는 문제와 2019. 5. 1. 이후 무단결석이 5일밖에 되지 않았는데도 위 2가지 사유를 묶어 A학생을 B고등학교에 복귀하지 못하도록 T 담임선생님이 남편까지 학교에 항의하여 A학생에게 징계를 하여 전학을 보내든지, 성희롱으로 호소를 한 자신을 구제하든지 양자택일 하도록 학교장에게 요구한 T선생님의 요구는 뇌전증이라는 장애를 가진 A학생을 자신의 반 학생으로 받아들이기를 거부한 것이며, 차라리 A학생을 다른 반으로 바꾸는 방법도 있었으며, 실제로 이 사건 제1심 집행정지 결정 이후 A학생은 다른 반으로 변경하여 새로운 담임선생님과 큰 문제 없이 2학년 2학기를 마칠 수 있었다.

다. 2019. 4. 12. 흡연 문제 이전에 발생하였다고 주장하는 성희롱 문제는 2019. 3. 12.경 발생하여 흡연 문제보다 1개월 전에 발생한 사안인데도 2019. 4. 24. 교권보호위원회 및 2019. 4. 30. 개최된 선도위원회에서는 아무런 언급이 없다가 A학생이 출석정지 10일 이수 및 체험학습 20일이 끝나는 2019. 7. 2. 직전야, 2019. 3. 12. 발생하였다는 성희롱 사안과 그동안 누적된

무단결석을 문제 삼아 2019. 6. 21.경 교권보호위원회와 선도위원회 개최를 요구한 것은 어떻게든 A학생을 퇴학시켜 학교를 다니지 못하게 하겠다는 생각으로 문제 삼은 것이기 때문에 A학생에게 너무 가혹한 것이며, 뇌전증으로 학교생활이 원만하지 못한 자녀를 둔 부모의 마음을 전혀 이해하지 못한 처분이라고 생각된다.

라. 이 사건 본안 1심 판결선고 시기가 고3인 A학생이 검정고시도 볼 자격이 없는 시기(초·중등교육법 시행규칙 제35조에 따라 퇴학이나 자퇴를 한 후 6개월이 지나기 전에는 검정고시를 볼 자격이 없다)에 선고가 되어 이대로 퇴학처분이 확정된다면 올해 한 해는 사실상 대학입시를 볼 수 없고 수능까지 약 6개월 정도 밖에 남지 않았다는 점을 고려한다면 이 사건 퇴학처분은 재량권을 남용한 것이라고 생각된다.

마. A학생은 어떻게든 학교를 다니고 고등학교를 졸업하고 싶어한다. A학생의 보호자도 A학생이 B고등학교에서 졸업을 하기를 바라고 있다. 더군다나 2019. 7월에 시작된 소송이 2020. 5. 21. 퇴학처분이 정당하다는 판결이 선고되었고, 지금 상황으로는 초·중등교육법 시행규칙 제 35조에 따라 퇴학이나 자퇴를 한 후 6개월이 지나기 전에는 고등학교 과정 검정고시를 볼 자격도 주어지지 않는 시기에 퇴학처분 효력이 발생한다면 A학생은 올해는 대학진학을 위한 고등학교 졸업자격이 주어지지 않는다.

그렇지 않아도 건강상의 문제로 1년을 휴학하였다가 현재 다니는 B고등학교에 다시 입학하였기 때문에 같은 출생년도 친구들보다 1년이 늦어지고 있는 청소년기에 다시 1년이란 시간을 허비한다는 것은 A학생에게 너무 가혹하다고 생각된다.

A학생에 대한 퇴학처분 사유는 담임선생님에 대한 성희롱적 언사와 무단결석 7일 이상으로 기재되어 있지만 위 2가지 사유는 2019. 4. 30. 선도위원회 이전에 이미 발생하였던 사안임에도 2019. 4. 30. 개최된 선도위원회에서는 징계사유로 삼지 않았던 사안이며, 퇴학처분으로 바로 가기 전에 출석정지 10일(연간 30일 이내)라는 단계적 조치를 해야 함에도 곧바로 퇴학처분을 하고, 1심 판결선고 시기가 고3인 A학생이 검정고시도 볼 자격이 없는 시기에 선고가 되어 이



대로 퇴학처분이 확정된다면 올해 한 해는 사실상 대학입시를 볼 수 없고 수능까지 약 6개월 정도 밖에 남지 않았다는 점을 고려하여 A학생이 제발 학교를 계속 다닐 수 있도록 항소심에서 집행정지 신청이 인용되어야 할 것으로 생각된다.

T선생님에 대한 교권보호 문제를 해결하는 방법으로 A학생을 퇴학시키는 방법을 선택하였다는 점은 지나친 조치라고 생각되며, T선생님도 학생을 다른 반으로 보내주거나 강제 전학을 시켜 달라고 요청한 것임에도 아예 퇴학시킨 것은 너무 지나친 처분이라고 보인다.

따라서 이 사건 판결은 절차규정을 위반하였고, 재량권을 일탈·남용한 것으로서 취소되어야 할 것으로 생각된다.

2. 대상판결(항소심) 판결 이유[이 사건 퇴학처분의 적법 여부]

가. 관계법령

별지 관계법령 기재와 같다.

나. 원고의 주장

1) 원고와 그 부모는 피고가 보낸 학생생활교육위원회 개최 관련 참석안내문을 받지 못하였을 뿐 아니라, 그 참석안내문에는 학생생활교육위원회 개최와 관련한 구체적인 사유와 법적 근거 등이 기재되어 있지 않았다. 따라서 원고와 그 부모는 학생생활교육위원회에 참석하여 의견을 진술할 기회를 보장받지 못한 것이다. 또한 피고는 원고에게 보낸 조치결과통보서에 이 사건 퇴학처분의 사유를 구체적으로 기재하지 않아 행정절차법 등에 따른 처분 이유 제시의무를 위반하였다.

2) 이 사건 퇴학처분¹⁰⁾에는 그 징계처분사유가 인정되지 않을 뿐 아니라, 그 재량권을 일탈·

10) [별표] 교육활동 침해학생 조치별 적용 기준전학·퇴학 조치 결정 시 준수사항
제3조(교육활동 침해 학생에 대한 조치) 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 시행령」 제

남용한 위법이 있다.

다. 절차상 위법 주장에 대한 판단

이 부분은 제1심 판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

라. 징계사유 부존재 내지 재량권의 일탈 남용 주장에 대한 판단

1) 초·중등교육법 및 시행령, 그 위임에 따른 B고등학교 학생생활교육규정 등에서 학교가 교육목적 실현과 내부질서 유지를 위하여 학생들이 준수하여야 할 사항을 정하고 이를 위반한 행위에 대하여는 징계를 규정할 수 있고 이러한 규율은 가능한 존중되어야 하나, 퇴학은 학적을 박탈하여 학생의 신분 관계를 소멸시킨다는 점에서 징계 중 가장 가혹한 처분에 해당하느바, 위 시행령 및 위 규정상 퇴학처분 관련 내용 등에 비추어 볼 때, 적어도 객관적으로 학생신분을 유지하게 하는 것이 교육상의 필요 및 학내 질서의 유지라는 징계의 목적에 비추어 현저히 부당하거나 불합리하다고 인정될 수 있을 정도로 중한 징계사유가 있고 개전의 가능성이 없어 다른 징계수단으로는 징계의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 예외적으로 이루어져야 한다고 봄이 상당하다.

2) 이 사건 퇴학처분 이유 중 교권침해(성희룡 발언) 부분에 관하여 본다.

가) 일반적으로 ‘성희롱’이란 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위 등을 말하는데(양성평등기본법 제3조 제2호, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제2조 제2호 등 참조), 여기서 말하는 성희롱의

11조에 따른 교육활동 침해 학생에 대한 조치별 적용 기준은 별표와 같다.

1. 최초 발생한 교육활동 침해행위에 대하여 전학 또는 퇴학 조치를 결정할 수 없음
2. 전학 또는 퇴학 조치는 동일교 재학기간 중 교육활동 침해행위로 출석정지 또는 학급교체 처분을 받았던 학생이 다시 교원의 교육활동을 침해한 경우에 한하여 결정할 수 있음
3. 위의 1항, 2항에도 불구하고 「형법」 제2편 제25장(상해와 폭행의 죄) 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제1항에 해당하는 행위는 최초 발생한 사안이라도 전학 또는 퇴학 조치 가능



전제요건으로서의 ‘성적 언동 등’이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미하고, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위가 아닌 이상 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다는 이유만으로 성희롱이 성립될 수는 없다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461 판결 등 참조).

나) 이 사건에 관하여 보건대, 여성인 교사의 입장에서 고등학교 2학년 남학생인 원고가 장래희망이라고 말한 ‘이화여대 청소부’, ‘에로배우’, ‘누드모델’ 등에 대하여 다소 불쾌감을 느꼈을 수는 있다고 보인다. 그러나 원고가 성적인 의도로 위와 같은 장래희망을 선생님에게 말하였다고 볼 증거가 없고(오히려 원고는 친구들에게도 위와 같은 장래희망을 말해 왔던 것으로 보인다), 당시 선생님이 이를 문제 삼지 않았고, 그 무렵 원고의 모에게 원고의 위 장래희망에 관한 상담을 하면서도 자신에 대한 성희롱으로 문제 삼지 않은 점, 2019. 4.경의 교권보호위원회에서의 진술이나 2019. 6. 21. 제출한 ‘심리상담 및 치료비 지원신청서’에서 원고의 담임교사로서 본 원고의 잘못들을 거의 빠짐없이 지적하면서도 위 언행은 문제 삼지 않는 점 등에 비추어 보면, 위 장래희망 관련 원고의 언행에 대하여 그도 자신에 대한 성적인 발언으로 느끼지는 않았다고 보인다(당시 느낀 불쾌감은 자신을 무시하는 것이 아닌가 하는 느낌 내지 담임교사의 기준에서 적절하지 않은 장래희망을 가진 학생에 대한 느낌이었을 것으로 보인다).

다) 따라서 원고의 위 언행이 교권침해에 해당한다고 볼 수 없다고 이를 지적하는 원고의 주장은 이유 있다.

3) 다음으로, 이 사건 퇴학처분 이유 중 무단결석 부분에 관하여 본다.

원고에게 2019. 5. 1.자 징계 이전까지 결석 등의 이력이 다수 존재하기는 하나, 위 징계 시점 이후 이 사건 퇴학처분 시점까지의 무단결석은 5일 정도에 불과한 점, 앞서 본 장래희망 관련 원고의 언행이 교권침해(성희롱 발언)에 해당함을 이유로 원고가 학생생활교육위원회에 회부되



면서 무단결석이 그 징계사유로 추가되었는바, 교권침해가 문제되지 않았다면 무단결석만을 이유로 하여서는 학생생활교육위원회에 회부되지 않았을 것으로 보이는 점, 2019. 5. 1.자 징계처분 이후, 원고가 최초로 등교한 바로 다음 날부터 위 처분 전에 발생한 사유를 주된 내용으로 하는 이 사건 퇴학처분 관련 징계절차가 진행되었는바, 원고는 위 2019. 5. 1.자 징계처분 이후 그 개선 여부를 평가 받을 최소한의 기회조차 얻지 못하였다고 보이는 점, 초·중등교육법 시행령 제31조 제2항은 “학교의 장은 제1항의 규정에 의한 지예를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있고, B고등학교 학생생활규정 제14조 제2항 역시 같은 취지로 규정되어 있는데, 2019. 5. 1.자 처분과 이 사건 퇴학처분의 각 경위, 위 각 처분 시점 및 징계사유 등에 비추어 보면, 형식적으로 출석정지와 퇴학처분이 이어졌을 뿐, 실질적으로 그 사유의 경중에 따른 징계 종류의 단계별 적용이 이루어졌다고 평가하기 어렵고, 원고의 인격이 존중되는 교육적인 방법이었다고 보기 어려운 점, 이 사건 퇴학처분은 징계의 종류 중 가장 무거운 처분으로서 원고의 현재 및 장래의 삶에 미칠 수 있는 불이익의 정도가 매우 큰점, 원고가 본인의 잘못을 반성하고 현재 학교에서 성실하게 학업을 마치겠다는 태도를 보이고 있고, 원고의 부모 역시 원고에 대한 선도를 다짐하는 점, 원고의 졸업예정일이 얼마 남지 않은 점 등의 사정까지 감안하여 보면, 무단결석만을 이유로 하여서는 이 사건 퇴학처분이 원고에게 지나치게 불이익을 지우는 것으로서 비례의 원칙을 위반하여 그 재량권의 범위를 일탈·남용하였다고 보지 않을 수 없다.

마. 소결론

이 사건 퇴학처분은 일부 징계사유가 인정되지 않고, 전체적으로는 재량권 일탈·남용의 위법이 있어 취소되어야 한다.

3. 항소심 판결 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 한다. 이와 결론을 달리한 제1심 판결은 부당하므로 이를 취소하고, 이 사건 퇴학처분을 취소하기로 한다.



IV. 대상판결의 검토

1. 징계사유 중 성희롱에 대하여

가. 성희롱의 전제요건으로 규정한 ‘성적 언동 등’의 의미 및 판단 기준에 대하여 대법원 판례(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461 판결 성희롱결정처분취소, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 교원소청심사위원회결정취소)는

성희롱의 전제요건인 ‘성적 언동 등’이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미하고, 위 규정상의 성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다. 따라서 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위가 아닌 이상 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다는 이유만으로 성희롱이 성립할 수는 없다.

라고 판시하고 있다.

나. 위 대법원 판례의 취지는 “성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한



상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다. 따라서 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위가 아닌 이상 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다는 이유만으로 성희롱이 성립할 수는 없다.”라고 판시하였다.

다. 이 사건에서 원고가 담임교사에게 위와 장래희망에 대하여 이야기한 경위를 살펴보면, 원고의 장래희망을 이야기하는 과정에서 T선생님께 원고가 예로배우라고 대답하였다는 이야기를 원고의 어머니가 T선생님으로부터 처음 들은 것은 2019. 4. 초순경 다른 문제로 전화상으로 통화를 하다가 통화 끝부분에 잠깐 지나가듯이 원고가 장래희망을 이야기할 때 이화여대 청소부, 두바이 거지, 예로배우, 누드모델 이야기가 나왔다고 잠깐 이야기 하였을 뿐 그 과정에서 선생님이 기분 나빴다거나 원고가 불손하게 이야기 하였다는 말은 한 적이 없으며, 원고가 장래희망에 문제가 있다는 식으로 이야기하였을 뿐이며, T선생님과 원고의 어머니가 직접 만나 면담하는 과정에서 원고의 장래희망에 대한 이야기가 나왔던 것이 아니다.

라. 원고에 대한 퇴학처분 사유는 담임선생님에 대한 성희롱적 언사와 무단결석 7일 이상으로 기재되어 있지만 위 2가지 사유는 2019. 4. 30. 선도위원회 이전에 이미 발생하였던 사안임에도 2019. 4. 30. 개최된 선도위원회에서는 징계사유로 삼지 않았던 사안이며, 퇴학처분으로 바로 가기 전에 출석정지 10일(연간 30일 이내)라는 단계적 조치를 해야 함에도 곧바로 퇴학처분을 한 것은 관련 징계규정에도 어긋나는 처분이다.

마. 원고가 담임교사의 장래희망이나 직업과 관련된 질문에 대한 답변 중 ‘이화여대 청소부’라거나 ‘예로배우’, ‘누드모델’이라고 답변한 것이 “성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위에 해당”하는지에 대하여 대법원 판결(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461 판결)에 비추어 살펴보면,



성희롱의 전제요건인 ‘성적 언동 등’이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미하고,

위 규정상의 성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다. 따라서 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위가 아닌 이상 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다는 이유만으로 성희롱이 성립할 수는 없다.

라고 판시하고 있으므로 원고의 언행은 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위에 관한 언동이 아니기 때문에 원고의 언행은 ‘성적 언동’에 해당 되지도 않는다.

바. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙 제2조, 별표 1은 직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준을 다음과 같이 예시하면서 아래와 같은 ‘비고’를 부연하고 있으며, 구체적으로 살펴보면,

• 성적인 언동의 예시

○ 육체적 행위

- 입맞춤, 포옹 또는 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위
- 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- 안마나 애무를 강요하는 행위



○ 언어적 행위

- 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위
- 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 하는 행위
- 성적인 사실관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위
- 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위
- 회식자리 등에서 무리하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

○ 시각적 행위

- 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)
- 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

○ 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

- 단톡방 성희롱

라고 예시하고 있으며, 위 직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준에 비추어 보더라도 원고가 담임교사의 장래희망이나 직업에 대한 질문에 답변한 내용이 성희롱을 판단하기 위한 기준에 해당하는 사항은 전혀 없다.

사. 이 사건 원고의 언행이 성희롱에 해당하는지 여부에 대해서 살펴보면,

(1) 원고가 담임교사와 장래희망에 대하여 상담하는 과정에서 장래희망에 대해서 두바이 거지, 이화여대 청소부, 누드모델, 에로배우라고 말하였던 것은 남녀간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위에 관한 언동이 아니기 때문에 원고의 언행은 성적 언동에 해당되지도 않으며,

(2) ① 당사자의 관계(학생과 담임교사),

② 행위가 행해진 장소(교무실 또는 학교) 및

③ 상황(장래희망이나 직업을 묻는 진로 상담과정),



- ④ 행위(담임교사의 질문에 대한 답변 과정)에 대한
- ⑤ 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용(돈을 많이 벌 수 있는 직업을 원하기 때문에),
- ⑥ 행위의 내용(장래 진로나 직업에 대한 담임교사의 질문에 대한 답변을 하는 과정에서 담임교사가 직업으로서 부적절하므로 다른 직업을 이야기 할 것을 요구한 후 다른 직업을 이야기하는 과정) 및
- ⑦ 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부(담임교사와 진로 상담과정에서 질문에 대한 답변) 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때,
- ⑧ 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람(진로 상담을 하는 담임교사)으로 하여금,
- ⑨ 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위(선생님은 단 한 번도 성적굴욕감이나 혐오감을 느낀다고 기록해 두거나 진술한 적이 없음)가 있고,
- ⑩ 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야(징계 처분을 마친 원고가 다시 학교로 돌아와 선생님 반으로 복귀하는 것을 막기 위하여 징계처분 마친 후 학교에 복귀하기도 전에 또다시 추가로 징계를 요구한 사안으로 성적 굴욕감이나 혐오감과 상관없이 어떤 방법으로든 원고가 다시 학교로 복귀하는 것을 막기 위한 방법으로 성희롱을 주장함) 한다는 대법원 판례의 취지에 비추어 보더라도, 원고의 언행은 성적언동에 해당되지 않으므로 이 사건 원고에 대한 징계사유인 성희롱은 존재하지 않는다고 판단한 대상판결(항소심)의 판단은 타당하다고 보인다.

2. 재량권 일탈·남용[원고의 무단결석과 재량권 일탈 남용에 대하여]

가. 원고는 뇌전증 증상이 있다는 의사의 진단을 받았지만 특별히 장애인 등록을 한 학생은 아니지만, 피고는 원고의 뇌전증을 전혀 고려하지 않은 생활지도를 하였고 제1심 판결은 원고의 뇌전증을 전혀 고려하지 않았다. 원고는 사실 다른 아이들과는 달리 중학교 때 뇌전증, 즉 흔히 간질이라고 하는 진단을 받은 사실이 있으나 원고의 어머니 M은 아들이 정신과 질환으로 치료를 받거나 병원을 다닌 기록이 남게 되면 대학을 진학하거나 군대를 가거나 나중에 직장에



들어갈 때 뇌전증 치료를 받은 전력으로 인하여 어떤 불이익이 있거나 없을까 하는 생각에 원고에게 지속적인 치료와 상담을 진행하지 못하였다.

나. 원고의 어머니 M은 2019년 3월 14일 원고의 담임선생님인 T선생님에게 상담을 먼저 요청하였으며, 원고의 어머니가 2019. 3. 14. T선생님을 학교로 찾아가 상담을 하면서 제일 먼저 드린 말씀은 원고가 중학교 때 뇌전증 진단을 받은 사실과 원고는 빛에 민감한 반응을 보이는 뇌전증 증상이 나타난다는 의사 선생님의 진단이 있었다고 말씀드렸고, 원고가 다른 아이들과는 달리 뇌전증 증상으로 인한 것인지 다른 이유에서인지 정확한 진단을 받지는 못했지만 그동안 학교에 지각하거나 조퇴가 많은 사실과 결석이 많았다는 사실을 말씀드리고 원고가 출결 상황 때문에 힘드시겠지만 원고를 잘 보살펴 달라고 부탁의 말씀을 드렸다.

원고는 고등학교 1학년 때도 출석상황이 좋지 않아 겨우 유급을 면할 정도의 출석을 한 사실이 있으며, 더군다나 원고는 G고등학교에 진학 후 건강상의 이유로 1년 휴학한 후 현재의 B고등학교 1학년으로 입학한 사실도 있다. 원고의 어머니 입장에서는 원고가 뇌전증 증상이 있고 새로운 환경에서 쉽게 적응하지 못하고 전학을 가거나 위탁교육기관에 가게 되면 또다시 새로운 환경에 적응하느라고 스트레스를 받을 것을 염려하여 전학을 시키거나 위탁교육을 시키지 못한 것이며, 이러한 사정을 2019. 3. 14. T선생님과 면담에서 충분히 말씀드리고 잘 보살펴 달라고 부탁드렸는데도, T선생님은 원고가 B고등학교에 계속 등교하는 점에 대해서 학부모인 원고의 어머니에게도 화가 난다는 표현까지 썼다는 점에 대해서 한편으로는 T선생님에게 죄송스러운 마음이지만 다른 한편으로는 원고가 B고등학교에 나오는 것을 어떻게든 막아보자고 교권보호신청 및 원고에 대한 징계를 요구한 것으로 생각된다.

다. T선생님은 2019. 6. 19. 교장선생님에게 보낸 편지에서 “그 녀석이 학교 체험학습이 끝나고 돌아오는 날이 저는 너무나 힘들고 고통스럽고 그 아이가 학교를 나오지 않는 요즘에서야 저희 반에서 저도 아이들과 웃으며 이야기를 하고 평화롭게 시간들을 보내고 있지만 곧 돌아올 그 녀석이 아무렇지도 않게 교무실에 들어오는 것이 너무나 두렵고 힘이 들기 때문에 선도위원회를 열어서 전반이든 강제전학이든 꼭 처리해 주시기 바라며 저는 그 아이의 담임을 아무렇지도



않게 계속할 수가 없다.”라고 썼습니다. 원고로서는 T선생님이 원고 때문에 얼마나 힘드셨으면 저렇게까지 원고를 전학시키거나 전반시키기 위해서 선도위원회 개최를 요구하셨나 하는 생각이 들기도 하지만 다른 한편으로는 원고가 B고등학교에 돌아오지 못하게 하기 위하여 원고의 뇌전증에 대해서는 전혀 언급하지 않고 오히려 억지로 어떤 구실이든 만들어 내 징계를 요구한 것은 아닌가 하는 의구심이 든다.

라. 진단서의 진단일을 살펴보다라도 이 사건 퇴학처분을 받기 약 3개월 전에 진단 받은 것이며, 뇌전증이 있다고 항상 발작을 일으키는 것이 아니며, 특히 원고의 경우는 뇌전증 증상이 나타나는 것을 막기 위하여 약을 투약하는 것이므로 투약 결과 졸음이 발생하여 쉽게 잠에서 깨어나지 못하거나 아침에 일어나지 못하고 늦잠을 자는 증상이 나타난다는 것을 이해하지 못하고 피고는 평소 학교생활에서도 원고의 잦은 지각이나 조퇴의 경우도 이러한 뇌전증 증상으로 인한 투약 결과라는 것을 이해하지 못하고 불성실한 학생으로 취급하여 무단결석을 이유로 선도위원회에 회부한 것으로 보인다.

원고는 뇌전증 증상으로 인하여 투약을 한 결과 졸음과 무기력으로 인하여 아침에 제때 일어나지 못해 지각이 많고, 조퇴가 있었으며, 결석을 할 때도 있었는데 그때그때마다 매번 진단서를 발급 받을 수가 없어서 출결상황에서 불이익을 받더라도 어쩔 수 없다고 생각했던 것이며, 원고가 학생으로서 학교생활에 불성실해서 그런 것이 아니다.

원고의 뇌전증과 투약으로 인한 지각, 조퇴, 결석과는 관련이 깊으며, 원고에 대한 학생지도나 진로 지도 시에도 뇌전증 증상이 있는 점을 고려하여 적절히 지도하고 징계 시에도 고려해야 할 사항이었으나, 원고의 어머니가 2019. 3.경에 담임교사에게 원고의 뇌전증 증상 및 이에 따른 학생지도시 참고해달라는 요청을 담임교사는 전혀 고려하지 않았고, 피고 학교 선생님들도 원고의 뇌전증과 관련된 증상에 대한 이해가 없이 무단결석 시에도 뇌전증 증상을 참작하여 징계수위를 정할 수도 있었는데 전혀 고려되지 않았다.

마. 원고가 고등학교 1학년 때 있었던 징계처분을 원고가 2학년이 된 이후 징계와 연장선상



에서 판단하는 것은 징계사유가 전혀 다르다는 점에서 타당하지 않으며, 1학년 당시 징계도 원고가 뇌전증 증상이 있는 사실상 장애학생이라는 점을 전혀 고려하지 않은 징계였다는 점에서도 이 사건을 연장선상에서 보는 것은 부당하다.

또한 사회봉사 미이행으로 가중된 징계까지 받음으로써 1학년 때 있었던 징계처분에 대해서는 원고가 불이익을 받았음에도 또다시 2학년 때 발생한 징계사안에 대해서 연장선상에서 보는 것은 부당하다.

바. 원고가 이 사건 2019. 7. 29.자 퇴학처분에 이르게 된 경위를 살펴보면, 원고는 담임선생님인 T의 요구로 2019년 4월 24일 14시 30분 개최된 2019 학교교권보호위원회에서 T선생님과 조정이 성립되었고, T선생님은 피해교원으로서 “심리치료 비용 지원, 공무상 병가인정”되었고, 원고는 교권침해 학생으로서 “서면사과, 학생생활교육위원회 회부, 심리상담 및 치료, 종합심리검사전행 및 결과 사본 학교 제출”하기로 하였고, 이어서 2019. 4. 30. 열린 선도위원회에서 T선생님의 요구를 받아들여 출석정지 10일의 조치가 의결되었고, 피고는 2019. 5. 1.자로 징계처분을 내렸다.

사. 원고의 출결상황이 나아지고 있었음에도 2019. 5. 1. 징계처분으로 출석정지 10일을 받은 후 20일간의 체험학습을 마친 후 2019. 7. 3. 다시 등교하자마자 담임선생님인 T선생님이 거부로 원고는 교실에도 들어가 보지도 못하고 2019. 7. 3.부터 2019. 7. 17.까지 교감실로 등교하여 실제로는 수업도 받지 못하는 불이익을 받았다.

아. 원고는 위 출석정지 10일 조치를 이행한 후 T선생님과 원만한 관계회복을 위해 20일간의 체험학습기간 동안 가정학습을 하였고, 2019. 7. 2.까지 체험학습 기간이었으며, T선생님은 2019. 5. 31. 원고 어머니에게 핸드폰 문자메시지를 보내 “체험학습 잘 보내시고, A와 많은 얘기 하시라”는 취지의 문자를 보냈고, 이에 원고의 어머니는 T선생님에게 “알겠습니다”라고 답장을 보냈다.



자. 2019. 7. 3. 체험학습 기간 20일을 마치고 원고는 어머니와 함께 학교로 등교하였는데, 담임선생님은 원고와 만나길 거부하여 원고는 교실로 들어가지 못하고 교감선생님실로 가서 대기하였고, 당시 교감선생님, 인성부장선생님, 학년부장선생님, 원고 어머니가 5층 도서실에서 이야기를 나눴는데, 교권보호위원회가 열리니 어머니께서 참석하셔서 의견을 제시하는 것이 좋을 것 같다고 이야기하였다. 2019. 7. 4.부터 2019. 7. 17.까지 원고는 담임선생님의 거부로 교실에 들어가지 못하고 교감실로 등교하고 교감실에서 대기하였다.

차. 고등학교 2학년인 원고에 대하여 징계사유가 있다고 가정하더라도 선도위원회 개최 전 정상적으로 학교생활을 잘하고 있었으며, 2019. 5. 1. 출석정지 10일의 처분을 받은 이후 2019. 7. 15. 선도위원회가 개최될 때까지 무단결석 일수가 5일에 불과한 원고에 대하여 무단결석이 7일 이상이라는 이유로 징계사유로 삼은 것은 사실관계를 오인한 잘못이 있다. 원고가 교권을 침해한 사실에 대해서는 다소 불손하거나 예의에 어긋난다고 볼 수는 있을지라도 장래 진로에 대한 상담이나 대화 중 부적절한 언행이 있었다고 하더라도 퇴학처분을 받을 정도로 중하게 교권을 침해하였다고 볼 수는 없을 것이다.

2019. 4. 12. 흡연 문제 이전에 발생하였다고 주장하는 성희롱 문제는 2019. 3. 12.경 발생하여 흡연 문제 보다 1개월 전에 발생한 사안인데도 2019. 4. 24. 교권보호위원회 및 2019. 4. 30. 개최된 선도위원회에서는 아무런 언급이 없다가 원고가 출석정지 10일 이수 및 체험학습 20일이 끝나는 2019. 7. 2. 직전야, 2019. 3. 12. 발생하였다는 성희롱 사안과 그동안 누적된 무단결석을 문제 삼아 2019. 6. 21.경 교권보호위원회와 선도위원회 개최를 요구한 것은 어떻게든 원고를 퇴학시켜 학교를 다니지 못하겠다는 생각으로 문제 삼은 것이기 때문에 원고에게 너무 가혹한 것이며, 뇌전증으로 학교생활이 원만하지 못한 자녀를 둔 부모의 마음을 전혀 이해하지 못한 처분이다.

원고를 선도위원회에 회부하여 퇴학처분을 내린 것은 사실관계를 오인한 잘못이 있거나 재량권을 남용한 것으로 볼 수 있으며, 원고에게 징계사유가 있다고 가정하더라도 출석정지 조치를 취할 수 있음에도 원고의 신분관계를 학생신분에서 완전히 배제시키는 퇴학처분은 징계 재량권을



일탈하였거나 남용한 것으로서 위법하거나 부당하다. 원고를 징계함에 있어서 원고에게 징계 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 원고에게 개선의 기회를 주어야 함에도 가장 중한 처분인 퇴학처분을 한 것은 초·중등교육법 위반으로 취소되어야 마땅하며, 대상판결이 이점에 대하여 재량권을 일탈·남용하였다고 판단한 부분은 정당하다.

[참고문헌]

김용수, 『알기쉬운 학교폭력·성폭력 관련 법령의 이해』, 진원사, 2012, 6.

교권침해에 대한 판례분석연구, 김민규, 이상신, 엄민영, 교육법학연구 제28권 3호, 2016. 9. 3.

- ▶ 발표일시 : 2023. 10. 25.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 오승원 변호사
- ▶ 참석회원 : 김대휘, 김세준, 김시연, 김용수, 김재승, 류원용, 배병호, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오상민, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이명재, 이석범, 이선희, 이재용, 조주영, 최수진 (총 21명)



AI(인공지능)와 특허권

Artificial Intelligence and Patent Rights

辯護士 김 여 섭

Kim Yeo Sub

【사건의 표시】

서울행정법원 2022구합89524 특허출원무효처분 취소 청구의 소 판결

논문요약

본 판결은 인공지능이 특허권의 주체인 발명자로 인정될 수 있을지에 관한 대한민국의 첫 판결이다. 본 판결에서는 (1) 특허법 제33조 제1항에 대한 문언적 해석, (2) 본 판결 대상이 된 인공지능인 다부스(이하, “다부스”)는 약한 인공지능으로 다부스의 독자적 창작 능력만으로 특허의 대상이 된 기술을 개발하였다고 볼 수 없는 점, (3) 다부스는 발명행위의 원천인 ‘기술적 사상’을 할 수 없다는 점 등을 근거로 인공지능은 독자적으로 특허권의 주체인 발명자로 인정될 수는 없다고 판시하였다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 인공지능에 대하여 인간에 비해 다소 엄격한 기준의 사유 수준, 방법과 교육 수준, 방법을 적용하고 있다는 점에서 재고가 필요하다. 다만, 대상판결도 다부스를 비롯한 현재의 인공지능 수준이 인공지능을 특허권의 주체로서 독자적 발명자로 인정할 수 없다는 전제에서 판단하였을 뿐, “미래에 강한 인공지능이 출현할 경우에 (중략) 기술적, 정책적 판단을 거쳐 향후 제도 개선 등을 통해 해결”할



과제일 수 있다고 판시하면서 “현행 법령상 인공지능을 활용하여 발명에 기여한 인간을 발명자로 표시하여 특허를 출원하는 것까지 금지된다고 보이지도 않”는다고 판시하고 있다.

결국, 대상판결은 인공지능의 독자적 또는 일부로서의 발명자 지위를 향후 인정할 수 있다는 가능성을 인정하면서 판시하였다고 볼 수 있으며, 현행 법령상 인공지능을 활용하여 발명에 기여한 인간을 발명자로 표시하여 특허를 출원할 수 있음을 확인하였다는 점에서 유의미한 것으로 보인다.

〈주제어〉

AI, 인공지능, 특허법, 특허권, 발명자

AI, Artificial Intelligence, Patent Act, Patent Rights, inventor

목 차

I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계
2. 판결의 요지

II. 관련 외국 판결 등 규제 동향(소위 다부스 프로젝트 진행 경과)

1. 다부스 프로젝트
2. 다부스 프로젝트 진행 경과

III. 대상판결

1. 우리 법률의 규정



2. 특허법상 “발명자”의 의미에 관한 기존 판례의 태도
3. 대상판결의 분석
4. 평가

IV. 결 론

[참고문헌]

I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계

인공지능 ‘다부스(DABUS)’의 개발자인 원고는 미합중국인으로 다부스가 인간의 개입 없이 독자적으로 ‘식품 용기 및 개선된 주의를 끌기 위한 디바이스 및 방법’을 발명(이하 “본건 발명”)하였다고 주장하며 특허협력조약에 따른 국제특허출원을 하였고, 이를 기반으로 피고인 대한민국 특허청에 발명자를 다부스로 기재하여 특허출원서류(이하 “본건 출원서”)를 제출하였다.

이에 피고는 특허법상 발명자는 자연인만이 될 수 있다는 이유로 본건 출원서의 발명자란 기재를 자연인으로 보정하도록 요구하였으나 원고는 보정에 응하지 아니하였다. 이에 피고는 원고에게 적법한 보정이 이루어지지 아니하였음을 이유로 본건 발명에 대한 출원을 무효로 한다는 내용의 통지(이하 “본건 처분”)를 하였고, 원고는 본건 처분의 취소를 청구하였다.

2. 판결의 요지

본 판결에서는 (1) 특허법 제33조 제1항에 대한 문언적 해석, (2) 본 판결 대상이 된 인공지



능인 다부스(이하, “다부스”)는 약한 인공지능으로 다부스의 독자적 창작 능력만으로 특허의 대상이 된 기술을 개발하였다고 볼 수 없는 점, (3) 다부스는 발명행위의 원천인 ‘기술적 사상’을 할 수 없다는 점 등을 근거로 인공지능은 독자적으로 특허권의 주체인 발명자로 인정될 수는 없다고 판시하였다.

II. 관련 외국 판결 등 규제 동향 (다부스 프로젝트)

1. 다부스 프로젝트

다부스 프로젝트는 인간 발명자 없이 AI가 스스로 발명해낸 경우, 인간이 아닌 AI가 발명자임을 명시한 상태로 각국에서 AI의 특허에 대해 인정 받을 수 있는지를 확인하는 프로젝트로, 다부스를 개발한 스티븐 탈러(Steven Thaler)이 기술법학자 라이언 애보트(Ryan Abbott)와 각종 지식재산권 회사들의 지원하에 대한민국을 비롯한 미국, 영국, 유럽(EOP), 호주, 남아프리카 공화국 등에서의 특허권 출원을 신청하는 방식으로 진행¹⁾되고 있다.

2. 다부스 프로젝트 진행 경과

가. 미국

미국 특허청(USPTO)은 특허권 출원 허가를 거부하였으며, 이에 대하여 버지니아 동부 지방 법원에서는 해당 특허청의 처분이 정당하다는 판결²⁾을 하였다. 탈러는 2023. 3. 17. Supreme Court에 미국 특허법이 발명자를 인간으로만 제한하는지 여부에 대하여 청원을 제기하였으나 이는 기각³⁾되었다.

1) <https://artificialinventor.com/>

2) Virginia Eastern District Court, Thaler v. Iancu, et al



나. 영국

영국 기업공개청(IPO)는 탈러의 특허권 출원 진행을 거부하였으며, 이에 대한 탈러의 항소에 대하여 영국 고등법원은 기각⁴⁾하였다. 다만 이 법원에서 판단된 것은 “인공지능이 발명자로서 특허권의 주체가 될 수 있는지”에 관한 것은 아니었으며 이 점을 해당 법원은 명백히 밝히고 있다.

이후 탈러는 해당 고등법원 판결에 대하여 항소하였으며, 항소법원에서는 “법은 현행 그대로 적용하여야 하며, 탈러가 다부스의 소유자(개발자)로서 발명에 관한 특허를 출원할 권리가 있다고 주장하지만 그러한 주장을 인정할 법적 근거는 없다”고 판단하며 역시 탈러의 항소를 기각⁵⁾하였다. 본 사건은 아직 영국 대법원에의 상고절차로 진행되지 않았다.

E. DISPOSAL AND POSTSCRIPT

51. For all these reasons, the grounds of appeal fail and Dr Thaler's appeal must be dismissed. I will leave it to the parties to frame the appropriate order.

52. There are two points that I should make by way of postscript:

(1) I have reached my conclusions essentially by reference to the Patents Act 1977, and the law relating to that Act, with a minor detour into copyright. Both sides put before me legal materials ranging well beyond the Patents Act 1977. I have considered that material, but it did not assist me, both because (as it seems to me) the provisions of the Patents Act 1977 are extremely clear and because nothing particularly clear-cut in terms of analogy could be derived from these other areas of law.

(2) As I have noted, the question of whether the owner/controller of an artificially intelligent machine that “invents” something can be said, him- or herself, to be the inventor was not a matter that was argued before me. Dr Thaler expressly declined to advance that submission not merely because he considered it bad in law, but more importantly because (in moral terms) he considered that he would illegitimately be taking credit for an invention that was not his. Clearly, what arguments are or are not framed in relation to patent applications are matters for the applicant. However, I would wish to make clear that I in no way regard the argument that the owner/controller of an artificially intelligent machine is the “actual deviser of the invention” as an improper one. Whether the argument succeeds or not is a different question and not one for this appeal: but it would be wrong to regard this judgment as discouraging an applicant from at least advancing the contention, if so advised.

[영국 고등법원 판결 내용 중 관련 부분 발췌]

3) U.S. Supreme Court, *Stephen Thaler v. Katherine K. Vidal*, Under Secretary of Commerce for Intellectual Property and Director of the United States Patent and Trademark Office; United States Patent and Trademark Office

4) [2020] WLR(D) 526, [2020] EWHC 2412 (Pat), [2020] Bus LR 2146, [2020] RPC 20

5) [2021] EWCA Civ 1374, [2022] Bus LR 375, [2021] RPC 19



114. The applications are part of a project involving parallel applications to patent offices around the world in which Dr Thaler and his collaborators, including Robert Jehan of Williams Powell and Professor Ryan Abbott of the University of Surrey (author of *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020), who represent him in these proceedings, seek to establish that artificial intelligence systems can make inventions and that the owners of such systems can obtain patents in respect of those inventions: see www.artificialinventor.com. It is therefore a test case. Although similar test cases are pending in other jurisdictions, we must apply the law of the United Kingdom. Furthermore, at the risk of stating the obvious, we must apply the law as it presently stands: this is not an occasion for debating what the law ought to be.

115. Three issues arise on this appeal. First, does DABUS qualify as an “inventor” within the meaning of the Patents Act 1977 given that it is accepted by Dr Thaler that DABUS is not a person (whether natural or legal)? Secondly, is Dr Thaler entitled to apply for patents in respect of the inventions given that they were made by DABUS? Thirdly, was the hearing officer correct to hold that, given the statements made by Dr Thaler regarding inventorship and his derivation of title in the Form 7s he filed in respect of the applications, the applications are deemed to have been withdrawn by virtue of section 13(2) of the 1977 Act?

Does DABUS qualify as an “inventor” within the meaning of the Patents Act 1977?

138. For the reasons given above, it is necessary to approach the application of section 13(2) of the 1977 Act to this case on the footing that: (i) although Dr Thaler named DABUS in his Form 7s as the inventor of the inventions, DABUS is legally incapable of being an inventor under the 1977 Act; and (ii) although Dr Thaler contends that he is entitled to apply for patents in respect of the inventions as the owner of DABUS by virtue of a rule of law, there is no such rule.

[영국 항소법원 판결 내용 중 관련 부분 발췌]

다. 오스트레일리아

오스트레일리아 특허청은 출원신청을 거부하였으나 원고는 연방법원에 항소하여 승소하였다. 오스트레일리아 법원은 특허법 조항 중 어느 것도 발명자가 인간이 아닌 인공지능 장치 또는 시스템이 될 수 없도록 배제하지 않는다고 판시⁶⁾하였다. 그러나 이후 연방법원 전원합의체는 특허권 부여의 기원은 “인간”의 노력에 있다고 판시하면서 다부스를 발명자로 지정한 특허권 출원의 거부가 정당하다고 판시⁷⁾하였다.

[222] First, in my view the name of the inventor can be a non-human. The Commissioner is incorrect in saying that you cannot have a non-human inventor.

[오스트레일리아 1심 법원의 판단 중 관련 부분 발췌]

6) Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879

7) FEDERAL COURT OF AUSTRALIA, Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62



112 In this regard, we respectfully disagree with the primary judge that one may construe each of ss 15(1)(a), (b), (c) and (d) as alternatives to the effect that, by operation of (b) and (c), a person identified, such as Dr Thaler, may draw entitlement to the grant of a patent from an inventor who is not the person identified in (a) (or indeed a natural person at all). To so find overlooks the scheme of the *Patents Act* that we have described, and fails to give s 15(1) a natural reading. It also overlooks the history of the development of the law of patents to which one is directed by the term “invention” in the chapeau to s 15(1), defined in the *Patents Act* by reference to the *Statute of Monopolies*.

113 In our view, the reasoning of the primary judge regarding how it may be that Dr Thaler, as a matter of law, owns the work performed by DABUS, and that such ownership could entitle him to the grant of the application, does not arise, having regard to the view that we have taken to the construction of s 15(1) and reg 3.2C(2)(aa). It is not to the point that Dr Thaler may have rights to the output of DABUS. Only a natural person can be an inventor for the purposes of the *Patents Act* and *Regulations*. Such an inventor must be identified for any person to be entitled to a grant of a patent under ss 15(1)(b)-(d).

[오스트레일리아 대법원의 판단 중 관련 부분 발췌]

라. 유럽특허청(EPO)

유럽특허청(EPO)은 탈리가 제출한 두건의 유럽 특허 출원을 기각⁸⁾하였으며, 이에 탈리는 항소하였으나 유럽특허청 항소위원회도 발명자는 법적 능력이 있는 “사람”이어야 한다는 이유로 항소를 기각⁹⁾하였습니다.

마. 독일

독일 특허청도 탈리의 출원을 거부하였으며 2021년 법원은 AI가 생성한 발명품은 특허를 받을 수 있지만 자연인이 발명자로 지정되어야 한다고 판시하며 다만, 특허 출원인(자연인)이 해당 발명에 AI가 관련되어 있음을 신청서에 기재할 수 있다고 판단¹⁰⁾하였다.

8) EPO refuses DABUS patent applications designating a machine inventor, <https://www.epo.org/en/news-events/news/epo-refuses-dabus-patent-applications-designating-machine-inventor>

9) AI cannot be named as inventor on patent applications, <https://www.epo.org/en/news-events/news/ai-cannot-be-named-inventor-patent-applications>

10) Die DABUS-Entscheidung des Bundespatentgerichts für Deutschland liegt vor. Direkt nach der



바. 기타

(1) 이스라엘

2023. 3. 15. 이스라엘 특허청은 탈리의 특허 출원 신청(출원번호: 268604)을 거부¹¹⁾하였다.

(2) 뉴질랜드

2023. 3., 뉴질랜드 고등법원은 다부스가 발명자로 지정되었음을 근거로 탈리의 특허출원을 거부한 뉴질랜드 특허청의 처분이 정당하다고 인정¹²⁾하였다.

(3) 남아프리카공화국

남아프리카공화국 지식재산권청은 전 세계에서 유일하게 탈리의 특허 출원을 승인¹³⁾하였다.

III. 대상판결

1. 우리 법률의 규정

특허법 제2조에서는 “발명”이란 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말한다고 하면서, 제33조에서 특허를 받을 수 있는 자로 “발명을 한 사람 또는 그 승계인”을 정하고 있다.

Urteilsverkündung

11) <https://www.ipstars.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.ipstars.com%2FNewsAndAnalysis%2FThe-latest-news-on-the-DABUS-patent-case%2FIndex%2F7366>

12) CIV-2022-485-118 [2023] NZHC 554

13) <https://www.ipstars.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.ipstars.com%2FNewsAndAnalysis%2FThe-latest-news-on-the-DABUS-patent-case%2FIndex%2F7366>



2. 특허법 상 “발명자”의 의미에 관한 기존 판례의 태도

특허법 상 “발명자”의 의미에 대하여 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67705, 2011다67712 판결은 “발명자(공동발명자를 포함한다)에 해당한다고 하기 위하여는 단순히 발명에 대한 기본적인 과제와 아이디어만을 제공하였거나 연구자를 일반적으로 관리하고 연구자의 지시로 데이터의 정리와 실험만을 한 경우 또는 자금, 설비 등을 제공하여 발명의 완성을 후원, 위탁하였을 뿐인 정도 등에 그치지 않고, 발명의 기술적 과제를 해결하기 위한 구체적인 착상을 새롭게 제시, 부가, 보완하거나, 실험 등을 통하여 새로운 착상을 구체화하거나, 발명의 목적 및 효과를 달성하기 위한 구체적인 수단과 방법의 제공 또는 구체적인 조언, 지도를 통하여 발명을 가능하게 한 경우와 같이 기술적 사상의 창작행위에 실질적으로 기여하기에 이루어야 한다.”고 판시하면서 “이른바 실험의 과학이라고 하는 화학발명의 경우에는 당해 발명 내용과 기술 수준에 따라 차이가 있을 수는 있지만 예측가능성 내지 실현가능성이 현저히 부족하여 실험데이터가 제시된 실험예가 없으면 완성된 발명이라고 보기 어려운 경우가 많이 있는데, 그와 같은 경우에는 실제 실험을 통하여 발명을 구체화하고 완성하는 데 실질적으로 기여하였는지의 관점에서 발명자 여부를 결정하여야 한다”고 판시한 바 있다.

즉, 발명자에 해당하기 위하여는 발명 진행 과정에서의 실제 발명행위로서의 기여가 있어야 하고, 단순히 과제와 아이디어를 제공하거나 관리만을 한 것으로는 부족하다는 것이 기존 판례의 태도였다.

3. 대상판결의 분석

가. 절차적 측면에서 특허 출원서에 “AI”를 발명자로 표시할 수 있는지 여부

대한민국에서는 특허출원 신청 시 관련 서류에 “발명자”를 반드시 표기하도록 되어 있는데(특허법 제42조 제1항 제4호), 이는 국제특허출원의 출원인의 경우에도 마찬가지(동법 제203조 제1항 제4호)이다.

본 사안에 대하여 법원은 국제출원제도의 내용 및 특허법상 관련 규정을 모두 종합하여 보면, 국제단계에서 특허출원서가 수리되었는지 여부와 관계없이 국내 단계에서 지정관청이 국내법에 따른 방식심사를 별개로 진행할 수 있다고 판단하며, 특허출원 신청서에 AI를 발명자로 기재할 수 없다고 판단하여 보장을 명령한 특허청의 처분이 정당하다고 판시하였다.

나. 내용적 측면에서 특허출원서에 “AI”를 발명자로 표시할 수 있는지 여부

(1) 특허법 제33조 제1항 “발명을 한 사람”

법원은 특허법 제33조 제1항은 “발명을 한 사람 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 따라 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다. 다만, 특허청 직원 및 특허심판원 직원은 상속이나 유증의 경우를 제외하고는 재직 중 특허를 받을 수 없다.”고 규정하여 그 문언 그대로 발명자는 발명을 한 ‘사람’, 즉 자연인임을 표시하는 것이 문언상 명백하다는 이유로 특허출원서에는 AI를 발명자로 기재할 수 없다고 판시하였다.

특히 이는 특허법이 2014. 6. 11. 법률 제12753호로 개정되면서 이 부분 원래 ‘발명을 한 자’로 규정되어 있었던 것을 ‘사람’으로 개정하였는바, 이 역시 발명자의 개념이 자연인임을 전제로 하는 것임을 보다 명확히 하였던 것으로 보았고, 특허법 제42조 제1항 제4호, 제203조 제1항 제4호는 특허출원서에 발명자의 ‘성명 및 주소’를 기재하도록 하고 있는데, 특허법 제42조 제1항 제1호, 제203조 제1항 제1호가 특허출원인인 경우 출원인이 법인일 경우 예정하여 ‘성명 및 주소’가 아니라 그 ‘명칭 및 영업소 소재지’를 기재할 수 있도록 한 점을 보더라도 위 조항의 발명자는 성명과 주소를 가질 수 있는 자연인에 한하는 것이라고 판시하였다.

(2) 특허법 제2조 제1호 “발명”

법원은 특허법 제2조 제1호에서 ‘발명이라 함은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 말한다.’고 규정하고 있는데, 여기서의 기술적 사상이란 인간의 사유를 전제로 하는 것이고 창작 역시 인간의 정신적 활동을 전제로 하는 것이라고 보아 발명행위는 자연인만이 가능한 것으로 판시하였다.



4. 평가

AI가 특허법상 발명자가 될 수 없다는 본 법원의 판단은 현재의 특허법상 규정의 문언, 체계 등을 종합적으로 고려할 때 일응 타당한 것으로 보인다. 법원의 판단은 미래에 대한 정책적 판단이 아닌 현존하는 법령의 범위 내에서 이루어지는 것은 당연하다.

그럼에도 불구하고 본 법원의 판단은 아래와 같은 점에서 재고할 여지가 있다.

가. 기존 판례 태도와 배치 가능성

기존 판례에서 법원은, 발명을 한 자는 발명행위를 한 사람으로서 단순히 기본적 과제와 아이디어만을 제공하였거나 관리한 사람은 발명자로 인정하기에 부족하고, 발명 관련 구체적 착상을 새롭게 제시, 부가, 보완하거나 구체적인 조언, 지도를 통해 발명을 가능하게 한 경우 등과 같이 기술적 사상의 창작행위에 실질적으로 기여하기에 이르러야만 발명자로 인정할 수 있다고 판단하여 왔다.

본건에서 법원은 다부스가 “독자적인 발명행위”를 한 것이 아니라, 다부스의 학습과정에 인간이 상당한 수준으로 개입하였고, 이 사건 발명행위 역시 다부스가 생성한 문장이나 그래프 등을 변리사가 취합하여 특허명세서에 맞게 재작성한 사실을 확인하였다고 하면서 다부스의 발명자로서의 지위를 부정하였다. 다만 그와 같은 확인의 전제가 된 사실관계(특허청과 Abbot 박사와의 화상면담 내용 등)은 본 판결에 자세히 드러나지는 않는다.

이에 법원 판결의 문언만으로 판단컨대, (가) 설사 다부스의 학습과정에 인간이 상당한 수준으로 개입하였다고 하더라도, 발명행위를 하는 자연인에 대하여도 그 학습과정에 타 자연인이 상당한 수준으로 개입하지 않는 것을 오히려 상상하기 어려워 다부스에 대하여만 “온전히 독자적인 학습”에 기초할 때에만 발명자의 지위를 가질 수 있다고 보는 것은 지나치게 엄격한 해석으로 볼 여지가 있고, (나) 설사 이 사건 발명행위 역시 다부스가 생성한 문장이나 그래프 등을



특허명세서에 맞게 변리사가 취합하여 재작성하였다 하더라도, 이러한 변리사의 행위가 그 자신이 공동 발명자가 될 수 있는 근거가 될 수 있음은 별론, 발명자에 대한 기존 대법원의 판례상 문장이나 그래프 등을 직접 생성한 자, 즉 발명이라는 사실행위를 한 자(기술적 사상의 창작 행위에 실질적으로 기여한 자)는 여전히 다부스라는 점에서 기존 판결과도 배치되는 부분이 있을 수 있는 것으로 판단된다.

나. 발명인 지위 인정에 있어 자연인에 비해 엄격한 판단기준

특히 법원은 이 사건에서 다부스가 소위 강한 인공지능이 아닌 약한 인공지능에 해당한다고 보면서, 약한 인공지능이기 때문에 발명자로 인정할 수 없다고 판단하였다. 약한 인공지능에 대하여 발명자의 지위를 인정하지 않는 근거로는, 약한 인공지능은 특정 분야에 대한 알고리즘과 데이터, 규칙을 반복적으로 학습하여 필요한 추론을 도출해낼 뿐이고, 강한 인공지능처럼 특정 분야에 치우치지 않고 빅데이터를 기반으로, 입력된 규칙에 한정되지 않은 능동적, 복합적 사고가 가능하고 알고리즘을 설계하며, 기초데이터, 규칙 없이 스스로 데이터를 찾아 학습하고 특정 영역에 국한되지 않고 다수의 영역에서 활용되는 것이 아님을 설명하고 있다.

그러나 발명자의 지위를 인정하는 인간의 경우에도, 그 교육수준이나 사유의 수준에 있어 자연인마다 다양한 편차를 나타내는 것이 현실이고, 오히려 자연인에 대하여는 약한 인공지능과 같이 특정 분야에 대한 알고리즘과 데이터, 규칙을 반복적으로 학습하여 필요한 추론을 도출해내는 영역을 각종 전문가의 영역으로 인정하는 측면도 있는 것을 고려할 때, 약한 인공지능(다부스가 약한 인공지능이라는 것이 사실인지 여부는 별론)이라는 점만으로 발명자의 지위를 부정하는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.



IV. 결 론

본 판결은 인공지능이 특허권의 주체인 발명자로 인정될 수 있을지에 관한 대한민국의 첫 판결이다. 본 판결에서는 (1) 특허법 제33조 제1항에 대한 문언적 해석, (2) 본 판결 대상이 된 인공지능인 다부스(이하, “다부스”)는 약한 인공지능으로 다부스의 독자적 창작 능력만으로 특허의 대상이 된 기술을 개발하였다고 볼 수 없는 점, (3) 다부스는 발명행위의 원천인 ‘기술적 사상’을 할 수 없다는 점 등을 근거로 인공지능은 독자적으로 특허권의 주체인 발명자로 인정될 수는 없다고 판시하였다.

이러한 판결의 내용은 미국, 영국, EOP, 오스트레일리아 등 다양한 국가에서 이루어진 특허권 관련 판결의 내용(발명자는 자연인에 한정되며, AI는 자연인이 아니므로 발명자가 될 수 없다는 내용)과 일치한다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 인공지능에 대하여 자연인에 비해 다소 엄격한 기준의 사유 수준, 방법과 교육 수준, 방법을 적용하고 있다는 점에서 재고가 필요하다. 자연인 또한 타인으로부터의 교육을 통해 사유할 수 있는 능력을 생성하며, 사유의 결과인 발명은 무에서 유를 창조하는 새로운 사유 결과뿐만 아니라, 이미 기존 질서에 존재하던 사유의 결과들을 재배치하거나 추론하는 것만으로도 발명으로 인정될 수 있다는 점에서 인공지능에 대하여만 유독 엄격한 판단기준을 대입하는 것은 합리적이지 않다.

다만, 대상판결도 다부스를 비롯한 현재의 인공지능 수준이 인공지능을 특허권의 주체로서 독자적 발명자로 인정할 수 없다는 전제에서 판단하였을 뿐, “미래에 강한 인공지능이 출현할 경우에 (중략) 기술적, 정책적 판단을 거쳐 향후 제도 개선 등을 통해 해결”할 과제일 수 있다고 판시하면서 “현행 법령상 인공지능을 활용하여 발명에 기여한 인간을 발명자로 표시하여 특허를 출원하는 것까지 금지된다고 보이지도 않”는다고 판시하고 있다.

결국, 대상판결은 현재의 특허법상 규정의 문언, 체계 등을 종합적으로 고려할 때 일응 타당



하며, 인공지능의 독자적 또는 일부로서의 발명자 지위를 향후 인정할 수 있다는 가능성을 인정하면서 판시한 점, 현행 법령상 인공지능을 활용하여 발명에 기여한 인간을 발명자로 표시하여 특허를 출원할 수 있음을 확인하였다는 점에서 유의미한 것으로 보인다.

특허법은 이미 발명자에 독자적 사유를 할 수 없는, 자연인이 아닌 “법인”이 발명자로서 특허권을 득할 수 있는 예외적 권리를 부여하고 있다. 즉, 특허법에서 발명자를 “발명한 사람” 등으로 규정하였다고 하여 발명자가 “자연인”에만 한정되는 것이 아니고, 이미 “법인”이라는 자연인 이외의 자를 발명자로 등록할 수 있는 예외를 인정하고 있다. 본건 법원 또한 미래에 강한 인공지능이 출현할 경우에 기술적, 정책적 판단을 거쳐 향후 제도 개선 등을 통해 인공지능이 발명자로서 특허를 출원할 수 있도록 할 과제라고 하였는바, 이와 같이 향후 인공지능 기술(시스템)이 발명자로 등록될 수 있는 법령의 개정이 진행될 것으로 기대해 본다.

▶ 발표일시 : 2023. 11. 29.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 오승원 변호사

▶ 참석회원 : 김대휘, 김여섭, 김재승, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 심지현, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이석범, 이선희, 이수경, 이원용, 이재용, 이정일, 이지윤, 정태용, 최수진 (총 20명)

判例研究 · 37(2) 2023

2024년 3월 27일 인 쇄

2024년 3월 27일 발 행

발 행 처 · **서울地方辯護士會**

발 행 인 회장 김 정 욱

주 소 서울특별시 서초구 법원로1길 21
(TEL : 02-6200-6200)

인 쇄 처 후 디 자 인
(TEL : 02-2269-5134)

【非賣品】

