판례공보스터디
민사판례해설

(2019. 7. 1.자 공보 ~ 2020. 10. 15.자 공보)

서울고등법원 판례공보스터디

머 리 말

판례공보스터디는 2012년 대구고등법원에서 4명의 재판연구원들과 함께 판례공보에 실린 민사판례를 공부하는 것에서 출발하였습니다. 이후 2017. 9.말경 서울고등법원의 법관과 재판연구원 몇 분이 뜻을 같이 하면서 다시 시작되었고, 2019. 10. 17.에는 대법원의 커뮤니티로 정식 등록되었습니다. 2020. 10. 16.에는 ZOOM프로그램을 이용하여 원격 화상스터디를 시작하였습니다.

현재 판례공보스터디 커뮤니티에 등록된 정회원은 147명으로서, 서울고등법원 및 서울중앙지방법원의 법관과 재판연구원뿐 아니라 스마트워크센터에서 근무하는 지방의 법관들도 참여하고 있습니다. 매월 격주로 판례공보가 발간되면, 커뮤니티 회원들은 금요일 오후 3시부터 약 2시간 동안 판례공보에 게재된 민사판례에서 다루어지는 다양한 쟁점에 관하여 함께 연구하고 있습니다.

판례공보스터디는 약 1년 전부터 스터디에서 이루어지는 해설과 토론을 녹음하고, 이를 토대로 요약자료를 만들어 커뮤니티 게시판에 공유하여 왔습니다. 지난 1년여간의 요약자료를 모은 것이 이 책자입니다. 판례의 해설은 주로 제가 담당하였지만 지식재산권과 관련된 판례는 구민승 부장판사님이, 행정 관련 쟁점이 있는 판례는 민성철 부장판사님이 해설한 것이 많습니다.

이 책자에는 판례공보에 게재된 민사판례의 간략한 사실관계, 주요 쟁점, 쟁점별로 알아야 할 법리, 고민해 볼만한 사항 등이 실려 있습니다. 해당 민사판례에 적용되는 관련 법령, 판례 및 실무례가 있는 경우에는 이를 함께 제시하여 재판업무에 도움이 될 수 있도록 하였습니다.

대법원 판례를 공부함으로써 법의 원리와 체계를 이해할 수 있습니다. 하지만 판례를 공부하는 가장 중요한 목적은 판례를 통하여 지혜를 얻기 위함입니다. 판례공보에 게재된 각 사례의 사실관계를 파악하고 해당 쟁점에 대해 고민하고 토론하는 과정에서 법리를 이해하는 힘이 길러지고 올바른 결론에 이르는 지혜를 얻을 수 있습니다. 이 책자가 민사판례를 이해하고 지혜를 얻는 데에 작은 도움이 될 수 있기를 소망합니다.

부족한 점이 적지 않습니다. 수정이 필요한 부분을 지적해 주시면 이를 보완하여 보다 완성된 자료를 만들도록 하겠습니다.

끝으로 이 책자의 발간을 위하여 수고를 아끼지 않으신 여러 회원님들, 특히 녹음을 듣고 해설을 요약하는 수고를 해주신 김민수 부장판사님과 김용상, 박진수, 소은경 재판연구원님, 초고를 나누어 맡아 치밀하게 검토해주신 김윤선 부장판사님을 비롯한 10분의 부장판사님들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2020. 11. 19.

서울고등법원 판례공보스터디

회장 홍승면

목 차

1. 2019. 7. 1.자 공보 ····· 1
2. 2019. 7. 15.자 공보 ····· 11
3. 2019. 8. 1.자 공보 ····· 27
4. 2019. 8. 15.자 공보 ····· 45
5. 2019. 9. 1.자 공보 ····· 56
6. 2019. 9. 15.자 공보 ····· 74
7. 2019. 10. 1.자 공보 ····· 96
8. 2019. 10. 15.자 공보 ····· 110
9. 2019. 11. 1.자 공보 ····· 126
10. 2019. 11. 15.자 공보 ····· 141
11. 2019. 12. 1.자 공보 ····· 148
12. 2019. 12. 15.자 공보 ····· 162
13. 2020. 1. 1.자 공보 ····· 176
14. 2020. 1. 15.자 공보 ····· 189
15. 2020. 2. 1.자 공보 ····· 201
16. 2020. 2. 15.자 공보 ····· 219
17. 2020. 3. 1.자 공보 ····· 233
18. 2020. 3. 15.자 공보 ····· 248
19. 2020. 4. 1.자 공보 ····· 260
20. 2020. 4. 15.자 공보 ····· 276
21. 2020. 5. 1.자 공보 ····· 290
22. 2020. 5. 15.자 공보 ····· 296
23. 2020. 6. 1.자 공보 ····· 305
24. 2020. 6. 15.자 공보 ····· 325
25. 2020. 7. 1.자 공보 ····· 338
26. 2020. 7. 15.자 공보 ····· 354
27. 2020. 8. 1.자 공보 ····· 376
28. 2020. 8. 15.자 공보 ····· 393
29. 2020. 9. 1.자 공보 ····· 410
30. 2020. 9. 15.자 공보 ····· 429
31. 2020. 10. 1.자 공보 ····· 446
32. 2020. 10. 15.자 공보 ····· 472

2019. 7. 1.자 공보 [2019. 7. 5. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다239311 판결 [손해배상(기)]

◈ 제3자의 채권침해로 인한 불법행위책임

○ 일반적으로 채권은 상대적 권리이고, 채권자와 제3자 사이에서도 자유경쟁이 허용되는 것이므로, 제3자에 의하여 채권의 실현이 방해받았다고 하더라도 바로 불법행위가 되는 것은 아님

○ 그러나 침해의 방법이 불법행위의 위법성을 갖출 정도로 반사회성이 인정된다면 불법행위의 성립이 가능함

○ 판례는 1950년대부터 제3자 채권침해로 인한 불법행위의 성립 가능성을 열어 놓고 있었지만, 실제 사건에서 불법행위를 인정한 경우는 많지 아니함. 특히 주목할 만한 사례로 아래의 두 케이스가 있음

▣ [관련판례 ①] 대법원 2001. 7. 13. 선고 대법원 98다51091 판결(마이클잭슨 공연사건)

○ 마이클 잭슨 내한공연을 반대하는 시민단체의 구성원들이 입장권을 판매하는 은행에 대하여 은행 상품의 불매운동을 전개하겠다고 위협하여 결국 은행의 입장권판매대행계약을 취소시킴

○ 대법원은 피고들의 행위가 시민단체의 활동의 자유의 한계를 벗어난 것으로서 불법행위가 성립한다고 판단하였음

○ 제3자 채권침해를 불법행위로 인정한 최초의 사례로 보임

▣ [관련판례 ②] 대법원 2006. 12. 7. 선고 2005다21029 판결, 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결(책임재산 감소)

○ 학설은 오래전부터 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위를 불법행위의 한 유형으로 보고 있었음

○ 위 판결들은 강제집행면탈행위에 가담한 제3자에 대하여 불법행위가 성립하되, 다만, 채무자의 책임재산이 감소하는데 제3자가 관여하였다는 정도로는 부족하고, 그 강제집행면탈 과정에 공모 가담하거나 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하여야 한다고 보았음

- 강제집행면탈 목적을 가진 채무자가 제3자와 명의신탁약정을 맺고 채무자 소유의 부동산에 관하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우에, 제3자가 채권자에 대한 관계에서 직접 불법행위책임을 지기 위하여는 단지 그가 채무자와의 약정으로 당해 명의수탁등기를 마쳤다는 것만으로는 부족하고, 그 명의신탁으로써 채권자의 채권의 실현을 곤란하게 한다는 점을 알면서 채무자의 강제집행면탈행위에 공모 가담하였다는 등의 사정이 입증되어 그 채권침해에 대한 고의·과실 및 위법성이 인정되어야 한다(대법원 2007. 9. 6. 선

고 2005다25021 판결)

▣ 대상판결의 분석

○ 대상판결은 책임재산의 감소 케이스에 관한 종전 판례를 다시 확인한 것임

○ 이 사건에서 피고들은 채무자가 강제집행을 피할 수 있도록 신용카드 거래를 제3의 회사 명의로 하도록 적극 공모한 사실이 인정되었음

◈ 강제집행면탈과 손해배상액의 산정

○ 원심은 감소된 책임재산액에 대하여 그 시점에서 일반채권자들의 채권액을 계산한 다음 그 중 원고 채권액의 비율 상당액을 손해로 인정하였음

- 불법행위책임에서의 손해란 불법행위가 없었을 경우의 재산상태와 불법행위로 인한 재산상태의 차이를 말하는 것이므로, 책임재산의 감소가 없었을 경우 채권자평등 원칙에 따라 피해자가 회수할 수 있었던 금액을 산정하여야 함

○ 채권자평등의 원칙에 의하여 회수할 수 있었던 금액을 초과하는 금액은 불법행위와 상당인과관계가 있는 손해가 아님

2 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다35270 판결 [하자보수보증금등]

▣ 원천징수

○ 소득세법에 의하여 소득세를 원천징수하여야 하는 경우가 있음

○ 그 경우에도 판결을 하는 단계에서는 이를 고려할 필요가 없고, 판결에 따라 금원을 지급할 경우에 원천징수의무자가 소득세를 제외한 나머지를 지급하면 판결에 따른 금원을 모두 지급한 것이 됨(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다37673 판결)

○ 제1심판결에 따라 가집행을 당할 경우에도, 원천징수의무자는 원천징수액을 공제한 나머지만 지급하면 됨

▣ 가집행선고가 취소된 경우 원천징수액의 포함 여부

○ 대상판결은 가집행선고부 승소판결에 따라 판결금을 지급하면서 공제한 원천징수액도 가지급물에 포함된다고 보았음

○ 즉, 가집행선고부 승소판결이 취소된 경우에는 실제 수령한 금원뿐 아니라 원천징수되어 세무서에 지급된 원천징수액도 원고가 피고에게 함께 반환하여야 한다는 것임

○ 대상판결에 의하면 원고로서는 실제 피고로부터 받은 금액 이상을 반환하는 결과가 되고, 그 차액은 세무서로부터 환급받음으로써 회복할 수 있게 됨

▣ [관련판결] 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결(부당이득 반환)

○ 주식회사의 이사가 특별성과금을 받았는데 보수 지급에 관한 주주총회의 결의가 없었다는 이유로 부당이득으로 인정된 사안임

○ 위 사안에서 이사는 주식회사로부터 원천징수액을 공제한 나머지만을 실제 수령하였는데, 대법원은 이사가 실제 수령한 금액만을 부당이득으로 인정하였음

- "원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고가 소득세 등 원천징수세액을 공제하고 이 사건 특별성과급을 지급한 이 사건에서 피고는 원천징수세액을 제외하고 실제 지급받은 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 판단하였다. 그리고 피고는 악의의 수익자로서 이 사건 특별성과급을 받은 날 이후의 법정이자를 붙여 부당이득을 반환할 책임이 있다고 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 원천징수세액에 대한 환급청구권 귀속, 악의의 수익자에 관한 법리오해 등의 위법이 없다"(대법원 2018다290436 판결).

○ 가집행선고부 승소판결의 취소에 따른 가지급물 반환의 성질은 부당이득임(대법원 2012다79866 판결). 대법원은 부당이득반환의 범위에 관하여 두 사안에서 결론을 달리하고 있는 것으로 보이는바, 세법상 어떠한 원리가 차이를 가져온 것인지 판단하기 어려움

3 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결 [소유권말소등기]

▣ 사안의 개요

○ 피고 명의의 매매예약 가등기(위조 서류에 의한 것으로 무효) 경료

○ 원고의 경매신청에 의한 법원의 촉탁으로 강제경매개시결정 기입등기

○ 가등기 유용의 합의에 의한 본등기 경료 ☞ 강제경매개시결정 기입등기 직권 말소

○ 원고가 피고에 대하여 강제경매개시결정 기입등기의 말소회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구함

▣ 대상판결 검토

▶ 법원의 촉탁으로 말소가 된 등기는 법원의 촉탁으로 회복되어야 함

○ 채권자가 강제경매신청을 하면, 법원이 경매개시결정을 한 후 등기소에 촉탁하여 강제경매개시결정 기입등기가 이루어짐

○ 강제경매개시결정 기입등기는 채권자가 직접 등기공무원에게 신청할 수 있는 것이 아닌 것과 마찬가지로, 강제경매개시결정 기입등기가 말소된 경우에 그 회복 역시 법원의 촉탁에 의하여만 행하여질 수 있음

▶ 단, 등기부상 이해관계인에 대하여는 승낙의 의사표시 또는 말소청구를 구할 수 있음

○ 말소회복등기를 할 때 이해관계를 가지는 자가 등기부상 이해관계인인데, 등기부에 기재되어 있다고 하여 모두 이해관계인인 것은 아님(예컨대 2번 저당권 등기가 말소되었다가 회복되는데 1번 저당권 등기명의자는 이해관계가 없음)

○ 이해관계가 있는 자 중에서 양립이 가능한 경우에는 승낙의 의사표시를 구하여야 하고, 양립이 불가능한 경우에는 말소청구를 하여야 함

- 양립이 가능한 경우의 예 : 저당권 등기의 말소회복을 구하는데 소유권이전등기가 되어 있는 경우
- 양립이 불가능한 경우의 예 : 이전등기가 촉탁으로 불법 말소되어 회복되어야 하는데, 그 사이에 제3자가 이전등기를 받은 경우

▶ 대상판결 사안

○ 대상판결의 사안에서 회복되어야 할 등기는 강제경매개시결정 기입등기이고 이해관계인의 등기는 소유권이전의 본등기임 ☞ 이해관계인으로서 두 개의 등기가 양립이 가능하므로 승낙의 의사표시를 구할 수 있음

④ 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결 [주주권확인]

▣ 주주의 확정

▶ 주주의 확정문제 : 실질설(다수설, 판례) vs 형식설

○ A가 B에게 주식을 명의신탁한 경우 누가 주주인지가 문제됨

○ 이 경우 실질 주주인 명의신탁자가 대내외적으로 주주라는 것이 실질설의 입장이고, 기존의 확립된 판례임. 실질설에 반대하는 견해(형식설)도 있음

○ 2017년 3월 주주명부에 주주로 기재되어 있는 주주만이 회사에 대한 관계에서 적법하게 주주권을 행사할 수 있다는 판례가 나왔음(대법원 2015다248342 전원합의체 판결)

- 위 판례가 나온 이후 판례가 실질설에서 형식설로 바뀐 것인지에 관한 논쟁이 있었는데, 대부분의 상법 교수들은 형식설로 변경하는 내용의 판시는 아니라고 분석하였음

▶ 대상판결은 실질설을 그대로 유지한 것으로 볼 수 있음

○ 주주에 관한 판단방법을 그대로 유지하고 있음

▣ 명의개서와 소의 이익

○ 주식을 취득한 자는 취득사실을 증명하여 단독으로 명의개서를 신청할 수 있음

○ 따라서 주식의 양도인에 대하여도 명의개서를 청구할 수 없는 것이고, 주주권을 다투는 자가 있으면 주주권 확인을 구하여야 함

- 양도인 또는 명의수탁자에 대한 명의개서절차이행청구의 소는 소의 이익이 없어 각하됨(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다16386 판결)

○ 또한 회사에 대하여는 명의개서를 구하는 것이 종국적인 해결방법이 되므로, 회사에 대한 주주권확인의 소는 확인의 이익이 없음

○ 요컨대 주주명부에 제3자가 주주로 기재되어 있는 경우, 회사를 상대로 명의개서절차이행을 청구하고, 그 제3자에 대하여 주주권확인을 구하면 됨

5 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결 [손해배상(기)]

▣ 사건의 개요

○ 주식회사 강원랜드의 이사회에서 이사들이 주주 중 1인인 태백시에 대한 기부행위를 결의하였고, 태백시는 주식회사 강원랜드로부터 기부금을 받음

○ 주식회사 강원랜드가 이사회 결의에 찬성한 이사들을 상대로 손해배상청구를 함

▣ 대상판결 검토

○ 주식회사 강원랜드는 태백시에 기부함으로써 태백시 전체에서 기업 이미지 상승 등 무형의 이익을 얻을 수 있으므로, 회사가 기부금을 내는 것이 회사에게 이득이 없어서 위법하다는 취지의 판단은 선뜻 납득하기 어려운 점이 있음

○ 판시에 자세하게 설시하지는 아니하였지만 위법성을 인정할만한 나름대로의 사정이 충분히 있었을 것임

○ 대상판결은 이사의 손해배상책임으로 20%를 인정하였는데, 상법에 의하여 이사의 책임을 인정하는 경우에 법원에서 책임의 제한을 많이 하는 것이 일반적임

- 금융위기 때 신용금고들이 이사들을 상대로 손해배상청구를 많이 하였는데, 당시 법원에서 인정한 손해배상책임은 비율적으로 대상판결보다도 훨씬 낮았음

○ 원심은 이사회에서 기권한 이사에 대하여 상법 399조 3항의 “전항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다“는 조항을 적용하여 책임을 인정하였음

○ 그러나 위 규정은 추정 규정임. 일반적으로 기권은 가결요건에 관하여는 반대와 마찬가지로 취급됨. 따라서 기권을 한 이사를 찬성한 이사로 취급하여 책임을 물을 수는 없는 것임

⑥ 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다225312, 225329 판결 [손해배상(기)·건물인도등]

▣ 임대차관계에 있어서 권리금 인정 문제

▶ 권리금은 주로 두 가지 사유로 발생함

○ ① 임차인이 시설을 해놓고 그 시설을 다음 임차인에게 매도함(투자한 비용 회수)

○ ② 임차인이 초과이윤을 계산해서 다음 임차인에게 받아내기 위함(초과이윤 회수)

▶ 과거 판례들은 임차인이 임대인에게 권리금을 청구할 수 없다고 보는 것이 일반적이었음

▶ 그런데, 권리금을 회수할 기회를 부여하는 법률규정이 임대차보호법에 도입되었음

○ 독일, 프랑스, 영국 모두 임대차의 경우에는 임차인이 자유롭게 임차권을 양도하도록 규정하고 있고, 임대인은 특별한 사정이 없는 한 이를 거절하지 못함. 우리나라가 상가임대차보호법에 관련 규정들을 만든 것은 오히려 때 늦은 규정임

○ 앞으로 권리금 등 임대차에 관하여 임차인을 보호하는 규정의 해석에 관해서는 global standard에 맞춰서 임차인에게 유리한 방향으로 적극적으로 해석할 필요가 있음

▶ 대상판결 검토

○ 대상판결에 적용되는 임대차보호기간은 5년인데, 현재는 임대차보호기간이 10년으로 개정되었음

○ 원심은 10년의 임대기간을 보장받았다면 권리금보호가 필요 없다는 것이고, 대법원은 그 경우에도 마찬가지로 보호받아야 한다는 것임

○ 대법원의 판시가 보다 설득력이 있음

○ 권리금보호 여부에서 법원의 고민은 임대인이 노후화된 건물을 재건축할 계획을 가지고 있다는 등의 이유로 소외인과의 임대차계약 체결에 응하지 않은 것이 권리금 회수에 관한 권리를 침해한 것으로 볼 수 있는지가 될 것임

- 상가건물임대차보호법 10조의4, 10조에 의하면, 건물 재건축의 경우 일정한 요건 하에서 권리금보호 규정을 적용하지 않도록 되어 있음

○ 이러한 경우 어느 범위에서 원고의 손해배상청구를 받아주어야 하는지에 대하여는 향후 대법원의 판단을 기다려봐야 할 것으로 보임

7 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다226629 판결 [보증금반환청구의소]

▣ 임차권등기는 소멸시효 중단사유에 해당하지 아니함

○ 임차권등기명령에 따른 임차권등기는 임대인이 보증금을 돌려주지 않아 이사를 가면서 주민등록을 옮기기 위하여 하는 것임. 따라서 임차권등기를 한 임차인을 권리 위에 잠자는 자라고 할 수는 없을 것임

○ 그러나 소멸시효의 중단사유는 청구, 압류·가압류·가처분, 채무승인(민법 168조)뿐임

○ 여기서 민법 168조 1호의 청구란 재판상 청구를 말하는 것이고, 임차권등기는 민법이 정한 소멸시효 중단 사유 중 어느 것에도 해당한다고 보기 어려움

○ 돈을 못 받아서 등기하는 경우로 수급인의 저당권설정청구권(민법 666조)이 있음

- 수급인이 도급인으로부터 공사대금을 받지 못하면 그 건물에 저당권 설정을 청구할 수 있는데, 저당권등기를 마쳤더라도 시효중단이 안 됨 ☞ 담보물권이 설정되어 있더라도 소멸시효의 진행이 중단되지 않고, 임차권 등기도 마찬가지임

○ 주택임대차보호법이 임차권등기명령의 신청에 대한 재판절차와 임차권등기명령의 집행 등에 관하여 민사집행법상 가압류에 관한 절차규정을 일부 준용하고 있지만(주택임대차보호법 3조의3 3항), 이는 절차에 관한 것이고 실체법적으로 소멸시효의 중단을 인정해 줄 근거는 없음

8 대법원 2019. 5. 16. 선고 2018다242246 판결 [소유권이전등기]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 A로부터 이 사건 토지를 매수하여 그 무렵부터 점유함. 이 사건 토지의 구 토지대장에는 A가 이 사건 토지를 사정받은 것으로 기재되어 있고, 주소란에는 지번이 누락되어 있음

○ 원고는 피고(대한민국)를 상대로 이 사건 토지가 A의 상속인들 소유라는 확인을 구하였고, A의 상속인들을 상대로 이 사건 토지에 관하여 점유취득시효가 완성되었음을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구함

◈ 대한민국을 상대로 한 토지소유권 확인청구의 구조

▶ **확인의 이익**

○ 국가를 상대로 한 토지소유권확인청구는, 1 그 토지가 미등기이고 토지대장이나 임야대장상에 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때와, 2 국가가 등기 또는 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 확인의 이익이 있음

○ 여기서 2 부분은 국가가 원고의 소유권을 부인하고 다투는 등 분쟁이 있는 이상 국가를 상대로 확인을 구할 수 있는 것은 당연함

○ 국가가 이해관계인이 아님에도 1 부분의 확인의 이익이 인정되는 이유는 부동산등기법 65조[1] 2호 때문임

- 토지대장에 소유자로 되어 있으면 토지대장을 가지고 보존등기를 할 수 있음. 그런데 1호에 의해서 등기를 할 수 없는 자는 결국 2호의 확정판결로 소유권을 증명해서 등기를 하여야 하는데, 이 규정이 바로 국가를 상대로 재판할 수 있는 근거 규정임

○ 토지조사부 및 토지대장의 기재와 소송유형을 정리하면 다음과 같음

---

1) **부동산등기법 제65조(소유권보존등기의 신청인)**
미등기의 토지 또는 건물에 관한 소유권보존등기는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 신청할 수 있다.
1. 토지대장, 임야대장 또는 건축물대장에 최초의 소유자로 등록되어 있는 자 또는 그 상속인, 그 밖의 포괄승계인
2. 확정판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자

토지조사부, 토지대장과 소송 유형

유형	토지조사부 사정명의자	토지대장	등기부	소송
1	안성군 대덕면 소현리 홍길동			홍길동의 상속인 ⇒ 國(소유권확인청구) 시효취득자 ⇒ 홍길동 상속인(이전등기청구) ⇒ 國(소유권확인청구)
2	안성군 대덕면 소현리 홍길동	안성군 대덕면 소현리 홍길동		上同
3	안성군 대덕면 소현리 홍길동	안성군 대덕면 소현리 139 홍길동		홍길동의 상속인 보존등기신청(소유권확인청구 ×) 시효취득자 ⇒ 홍길동 상속인(이전등기청구)
4	안성군 대덕면 소현리 홍길동	안성군 고삼면 쌍지리 윤참판		윤참판의 상속인 ⇒ 國(소유권확인청구) 시효취득자 ⇒ 윤참판 상속인(이전등기청구) ⇒ 國(소유권확인청구)

▶ **(유형 1, 2) 사정명의인으로부터 매수/취득시효한 사람은 사정명의인의 상속인에 대하여 이전등기청구를, 국가에 대하여는 사정명의인의 상속인의 소유권 확인을 구하는 청구를 하여야 함**

▶ **(유형 3) 토지대장상 명의자는 보존등기 신청을 할 수 있는 상태이므로, 토지대장 명의자의 상속인에게 이전등기청구를 하고, 토지대장 명의자의 상속인을 대위하여 등기소에 소유권 보존등기를 신청하여야 함**

○ 국가에 대하여 소유권확인을 구하는 소송을 제기하면 확인의 이익이 없어서 각하됨

▶ **(유형 4) 토지대장상 명의자에 대하여 이전등기청구를, 국가에 대하여는 토지대장상 명의자를 대위하여 소유권 확인을 구하여야 함**

○ 이 경우는 토지대장이 유효한 것이고, 소유권이 적법하게 이전된 것으로 보아야 함

- 토지대장이 무효인 경우(예컨대, 6. 25. 이후에 각 시·군·구 별로 조세징수의 편의상 임의로 복구한 토지대장)에는 유형 1과 같음

○ 토지대장상 소유자 명의로 보존등기는 할 수 없는 상태이나, 토지대장에도 권리 추정력이 있으므로, 토지대장상 명의자가 국가를 상대로 소유권확인청구를 하면 승소함. [끝]

2019. 7. 15.자 공보 [2019. 7. 19. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다8902 판결 [손해배상(자)]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 사고는 피고의 승용차가 원고 운전의 승용차를 뒤에서 충격하였고, 원고 차량의 트렁크 부분이 경미하게 손상될 정도의 가벼운 사고였음. 원고는 사고 당일에는 괜찮았다고 진술함

○ 원고는 이후 복합부위 통증 증후군(Complex Regional Pain Syndrome, CRPS)의 발병 등을 이유로 100% 노동능력상실을 주장함

▣ 대상판결 검토

▶ 법원은 CRPS도 후유장해로 인정하고는 있으나, 판정에는 신중을 기하고 있음

○ CRPS를 판단함에 있어서 중요하게 보는 것은 발열부위임

○ 제1심법원의 ○○○○ 병원장에 대한 마취통증의학과 신체감정촉탁 결과는 원고의 주관적 통증 호소뿐만 아니라 체열검사, 피부색의 비대칭성 검사 등 객관적인 검사 결과를 근거로 함

○ 정상 상온 상태에서 전체 사진을 찍으면, 정상인은 체온의 분포가 좌우 대칭인데, CRPS 환자들은 아프다는 부위에서 온도가 높든 낮든 현격하게 차이가 남. 비대칭성 검사를 했을 때에도 피부색이 좌우가 다르게 나옴

○ 처음에는 꾀병이 아닌가 많이 의심하였으나 2000년대에 들어서서 CRPS를 후유장해로 인정하기 시작하였음

▶ 대상판결은 후유장해를 인정한 기준과 노동능력상실율을 산정한 기준이 특별한 이유 없이 다르게 적용되었다는 이유로 원심을 파기하였음

○ 현재 손해배상에서 노동능력상실율은 맥브라이드 표를 기준으로 하는데, 맥브라이드 표에는 CRPS가 없음. 그래서 미국의사협회(American Medical Association, AMA) 신체장해평가지침(AMA 지침)을 사용함

○ 이 사건 감정서는 AMA 지침 제6판을 근거로 CRPS를 인정하면서, 노동능력상실율 산정에 관해서는 AMA 지침 제5판을 기준으로 인정하였음. 대법원은 이 부분이 잘못되었다는 이유로 파기하였음. 앞으로 주의하여 보아야 함.

▶ 기왕증이 문제된 모든 손해에 대하여 책임 제한을 하여야 함

○ 대법원은 55%를 기왕증으로 평가한 원심의 판단을 수긍하였음

○ 다만 원심은 치료비에 대하여는 책임제한을 하지 않았으나, 대법원은 치료비도 책임을 제한하여야 한다고 판단함

▶ [참고] 대법원 2014다88383, 88390 판결

○ 원심은 피고의 기왕증이 이 사건 사고로 인한 후유장해의 발생에 대하여 기여한 정도가 50% 가량으로 평가된다는 제1심 신체감정촉탁 결과를 받아들여 그 기여도를 반영한 후의 노동능력상실률에 따라 일실수입을 산정한 사실을 알 수 있음. 그런데 원심으로서는 특별한 사정이 없는 한 일실수입의 경우와 마찬가지로, 원고가 피고에게 지급한 치료비에 관해서도 그중 위 기왕증의 기여도에 상응하는 부분을 가려 원고의 손해배상액에서 공제하였어야 하고, 또한 원심이 인정한 향후치료비 상당의 손해에 관하여도 그 향후치료비가 위 기왕증에 관계된 것이라면 그에 관한 기왕증의 기여도 상당액을 공제하여 나머지를 손해로 인정하였어야 함에도 이를 하지 아니하였다는 이유로 파기된 사안

- 위 판결은 피해자가 아무리 피해를 많이 입었어도, 가해자의 입장에서 고의·과실이 없거나, 상당인과관계가 없는 등 책임이 없는 부분에 대하여는 책임질 이유가 없다는 책임주의에 따른 것임. 즉, 가해자는 책임범위 내에서만 책임을 부담한다는 것임
- 따라서 기왕증, 본인의 특별한 기질적 성향이 50%라면 가해자가 책임지는 부분은 그 50% 부분을 제외한 나머지 부분이고, 일실수입뿐만 아니라 치료비든 향후 치료비든 기왕증 기여도 상당액은 가해자가 책임질 이유가 없다는 것임

2 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결 [소유권이전등기말소등기등]

▣ 말소등기청구소송의 상대방

▶ (원칙) 말소등기청구에서는 등기의무자만이 피고적격이 있음

○ 일반적으로 이행청구에서의 피고적격은 이행의무가 있다고 주장된 자임

○ 그러나 법원은 말소등기소송에서는 등기의무자만이 피고적격이 있다는 판례를 유지하고, 형식상 등기의무자가 아니면 각하 판결을 하고 있음

- 등기부상의 명의자가 아닌 사람을 상대로 등기말소의 승소판결을 받아도 집행이 안 됨. 따라서 소의 이익이 없음.

▶ (예외) 등기명의인이 허무인인 때에는 실제 등기행위를 한 자를 상대로 등기의 말소를 구할 수 있음

○ "등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의인이 허무인인 때에는 소유자는 그와 같은 허무인 명의로 등기행위를 한 자에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 등기행위자를 표상하는 허무인 명의등기의 말소를 구할 수 있다."(대법원 90다684, 90다카3307 판결)

- 누군가가 존재하지도 않는 가공인물을 내세워 등기를 해 놓은 경우, 판례에 따르면 허무인을 상대로 소송을 해야 하는데, 송달도 안 될 것이고 재판을 할 방법이 없음

- 이런 경우에는 부득이 등기행위를 한 사람을 피고로 할 수밖에 없다는 것이 판례임

○ 실제 여기에 해당하는 케이스는 주로 등기명의인이 당사자능력이 없는 단체인 경우이고, 판례에서 자주 보이는 단체는 사찰임. 개인사찰은 권리능력 없는 사단이 아닌데, 여러 이유로 사찰 명의로 등기하는 경우가 상당히 있음. 그 경우에는 당사자능력이 없어서 사찰 상대로 소송을 하면 각하가 되고, 실제 등기를 한 사람이 피고 적격이 있음

▣ 등기명의인의 표시변경(경정)등기가 잘못된 경우

▶ 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 표시변경(경정)등기가 잘못된 경우에는, 표시변경(경정)등기의 말소를 구하면 각하됨

○ 말소등기, 이전등기는 공동신청주의인 반면에 표시변경등기는 단독신청주의임. 따라서 표시변경을 잘못해서 수정하려면 다시 단독신청을 하면 되고, 상대방의 의사표시는 필요 없음

▶ 그러나 표시변경(경정)등기가 실질적으로 그 범위를 벗어나서 권리자가 바뀌는 결과가 된다면, 원래의 등기명의인은 새로운 등기명의인을 상대로 그 변경(경정)등기의 말소를 구하여야 함

○ "등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 그 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서는 그 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과할 뿐 어떠한 권

리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없으나, 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 등기가 타인을 표상하는 결과에 이르렀다면 이 경우에는 원래의 등기명의인은 새로운 등기명의인을 상대로 그 변경(경정)등기의 말소를 구할 수밖에 없다."(대법원 92다39167 판결).

- 원고의 명의 즉 원고의 이름, 주소(다만 주민등록번호는 피고의 것으로 됨)로 된 소유권보존등기를 동명이인인 피고가 주민등록번호가 자기의 것으로 등재되어 있음을 기화로 본래의 원고의 주소를 피고의 주소로 변경하였다면 그 등기는 이미 피고를 표상하는 것으로 보아야 할 것이므로, 원고는 피고를 상대로 그 등기의 말소를 구할 수 있음
- 이 때 표시경정등기를 신청하면 등기소에서는 각하 처분을 해야 함

3 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다205243 판결 [보험금]

▣ 과실상계

▶ 과실상계를 먼저 하고 손익상계를 나중에 하여야 함('과손상계')

○ 이렇게 하는 것이 책임주의 원칙에 부합함

○ 과실상계되는 부분은 가해자와는 인과관계가 없는 손해이어서 그 부분은 손해에서 제외한 후에 손익공제를 하여야 함

▶ 일부청구를 할 때에는 손해의 전액에 대하여 과실상계를 한 후 비교하여야 함

○ "산업재해보상보험법 또는 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대하여 손해배상청구를 할 경우 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는 먼저 산정된 손해액에서 과실상계를 한 다음 거기에서 보험급여를 공제하여야 하는바, 피해자 스스로 보험급여를 공제하고 손해배상청구를 한 경우에도 위 과실상계의 대상이 되는 손해액에는 보험급여가 포함되어야 한다."(대법원 2010다2428, 2435 판결)

○ "일개의 손해배상청구권중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 풀이하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라고 할 것이다."(대법원 75다819 판결)

○ [참고] 공동불법행위의 경우에도 외측설이 적용됨

- "금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다."(대법원 2012다74236 전원합의체 판결)

▣ 책임보험은 병존적 채무인수임

▶ 연대채무

○ 피고 새마을금고는 공제계약에 따라 손해배상채무를 병존적으로 인수한 보험자이므로, 보험자인 피고 새마을금고의 손해배상채무와 피보험자인 피고의 손해배상채무는 연대채무관계에 있음(대법원 2018다245702 판결)

○ 연대채무와 부진정연대채무

- 연대채무와 부진정연대채무는 절대적 효력이 인정되는 범위가 다르고 구상관계가 다름
- 연대채무 간에는 변제할 때마다 구상이 가능하고, 부진정연대채무는 자기의 부담부분을 초과하여 변제하여야 구상이 가능함

- 연대채무자 중 1인의 채무가 시효로 소멸하면 나머지 연대채무자도 그 부분만큼은 채무를 면함. 그러나 부진정연대채무자는 자기의 채무가 시효로 소멸하더라도 다른 채무자에게 효력이 없고, 다른 채무자가 전액을 변제한 다음 자신에게 구상하면 구상채무를 부담한다는 것이 판례임

▶ 책임보험을 병존적 채무인수로 보게 되면 소멸시효가 달라짐

○ 직접청구권을 보험금청구권으로 보면 과거에는 2년, 현행법은 3년의 단기시효가 적용됨

○ 직접청구권을 병존적 채무인수로 보면 불법행위 손해배상청구권으로서 3년, 10년 소멸시효가 적용됨

○ 직접청구권을 병존적 채무인수로 보는 이상 법정이율도 상법상 이율인 6%가 아닌 민법상 이율인 5%가 적용되어야 함

▶ [참고] 병존적 채무인수의 경우에 기존 채무자의 부탁으로 인수를 하면 연대채무이고, 기존 채무자의 부탁 없이 인수를 하면 부진정연대채무임(대법원 2009다32409 판결)

④ 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다221429 판결 [배분이의]

▣ 사안의 개요

○ 소외 회사는 소외 은행에 대출을 받으면서 자신의 부동산에 근저당권을 설정하여 주었고, 원고는 소외 회사와 신용보증약정을 한 자로서, 소외 회사는 소외 은행에 원고로부터 신용보증서를 발급받아 제출하였음

○ 그후 소외 회사에 대한 회생절차가 개시되었고, 원고는 소외 은행에 소외 회사의 대출금채무 중 일부를 변제하고, 소외 은행으로부터 근저당권 일부를 이전받는 근저당권 일부이전계약(이하 '이 사건 계약')을 체결하였음. 피고는 이후 소외 은행 측으로부터 권리 일체를 양수하였음

○ 이 사건 계약에서 배당금 충당순서를 정한 부분 중 '보증부대출의 보증채무이행일까지 발생한 연체이자와 약정이자 차액분'(이하 '이 사건 약정')의 해석이 문제된 사안임

▣ 대상판결 검토 ⇨ 처분문서의 해석문제

○ 원고는 변제자대위 법리에 따라 근저당권 일부이전의 부기등기를 할 수 있고, 이때 근저당채권자에게 먼저 변제가 이루어진 후 남은 부분에 대하여 후순위로 변제를 받음

○ 따라서 이 사건 계약이 꼭 필요한 것은 아니었으나, 보증보험의 경우에는 변제가 이루어질 때 변제자와 피변제자 사이에 이 사건 계약과 같은 내용의 계약을 많이 체결하는 것으로 보임

○ 원심은 이 사건 약정이 이 사건 계약 당시 이미 발생하여 확정되어 있던 연체이자라고 해석하였는데, 이 사건 계약 체결 당시 소외 회사에 대한 회생계획이 인가된 이상 회생계획 내용을 반영하여 이 사건 약정을 해석하는 것이 합리적임

- 회생절차에 따라 피고의 채권이 실체적으로 감액됨
- 원심판결은 피고의 채권액이 감액되었는데 피고가 감액되기 이전의 채권을 받을 수 있게 해석한 것임. 이렇게 볼 경우 원고가 그 만큼의 손해를 입게 되고, 피고는 그만큼의 부당이득을 얻는 결과가 되어 부당함

5 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다276177 판결 [마일리지청구의소]

◈ 판결요지 [1] 약관에서의 설명의무

○ 약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 고객이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면, 그러한 사항에 대하여서까지 사업자에게 설명의무가 있다고 할 수는 없음

- 보통 보험모집인이 보험계약자에게 설명의무를 이행하는데, 보험계약자가 소송을 제기할 경우 보험모집인은 보험계약자에게 유리하게 진술하는 경우가 많음
- 하급심에서는 설명의무를 위반하였다는 이유로 원고 승소 판결을 많이 하나, 대법원은 위와 같은 이유로 파기하는 경우가 상당히 있음

◈ 판결요지 [2] 행정규칙으로서의 고시

▣ 고시는 근거법령규정과 '결합하여' 법령으로서의 효력을 가질 뿐이고, 고시 자체는 법령이 아님

▶ 법령의 의미

○ 법률, 시행령(대통령령), 시행규칙(부령)을 합하여 부르는 말임

○ 시행령, 시행규칙은 대통령과 각 부에서 하는 행정입법임

▶ 장관이 만드는 행정규칙인 고시는 원칙적으로는 법령이 아님

○ 예컨대 전국의 공무원들에게 통일적인 기준을 주는 의미의 고시

▶ 그런데 시행령, 시행규칙에서 자세한 내용은 고시로 정한다고 규정한 경우가 상당히 많음. 대상판결도 시행령(대통령령)에서 금융위원회에 위임한 사안임

▶ 위와 같은 고시는 위임한 행정입법(대상판결에서는 시행령)과 결합하여 법령의 일부가 됨

○ "일반적으로 행정 각부의 장이 정하는 고시라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 형식과 상관없이 근거 법령 규정과 **결합하여** 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다."(대법원 2015두51132 판결)

▣ 특정 고시가 법령에 근거를 둔 것이더라도, 규정 내용이 법령의 위임을 벗어난 것이라면 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정하지 않음

○ "이는 어디까지나 법령의 위임에 따라 법령 규정을 보충하는 기능을 가지는 점에 근거하여 예외적으로 인정되는 효력이므로 특정 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 규정 내

용이 법령의 위임 범위를 벗어난 것일 경우에는 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다.”(대법원 2015두51132 판결)

○ 고시가 행정입법이면 최종적으로 대법원이 헌법에 근거하여 무효선언을 해주어야 함

○ 그런데 고시가 상위 법령인 헌법이나 법률에 위반되어서 무효라는 게 아니라, 위임받지 않은 내용을 정한 것이면 의미도 없고, 효력도 없다는 게 대법원 판결임

▣ 대상판결 검토

○ 법과 시행령에서 금지할 내용을 정하라는 취지로 위임을 하였는데, 금융위원회에서 고시로 금지내용이 뭐든 상관없이 6개월 전에 통보하면 유효하다는 내용으로 고시를 정하였기 때문에, 그 고시는 시행령에서 위임한 범위를 벗어난 것이어서 대외적 구속력을 인정할 수 없다고 봄

○ 소송물은 신용카드 마일리지를 제공해달라는 것이고, 원고 승소 판결이 선고됨

○ 결국 신용카드를 사용하는 수백만 명의 고객 중에 설명을 들은 사람에 대해서는 기각하고, 설명을 안 들은 사람에 대하여는 마일리지를 주라는 것인데, 고객들이 소송을 제기할 때마다 설명을 들었는지 여부를 심리하여 판단하는 것이 타당한 것인지 의문이 있을 수 있음. 그러나 약관 역시도 당사자 사이의 계약이고, 약관을 계약내용으로 하는 합의가 있었는지 여부는 개별적인 계약관계에 따라 판단할 수밖에 없음. 대상판결은 법리적으로 옳음

○ 대상판결은 실무상으로 보더라도 문제가 되지 않음. 법원에서 고시가 효력이 없다고 선언되면 즉시 고치기 때문에 후속 소송이 문제되는 경우는 많지 않음.

⑥ 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다16174 판결 [보험금청구]

▣ 사안의 개요

○ 경찰청이 피고(동부화재해상보험)와 자동차종합보험을 체결

○ 경찰관이 기동대 버스를 운전 중 교통사고를 일으켜 동승하고 있던 원고가 부상을 입음

○ 피고는 위 보험에 관한 관용자동차 특별약관을 이유로 보험금 지급거절

○ 원심은 원고가 현재 퇴직한 상태가 아니고 국가유공자법시행령상의 상이등급 요건에 해당하는지 여부도 불분명하여 특별약관이 적용되지 않는다고 판단. 상고기각

▣ 군인 등의 손해배상청구권 제한

○ 헌법과 국가배상법은 군인 등이 직무집행과 관련하여 사망하거나 부상한 경우에 손해배상청구를 제한하고 있음

헌법 제29조 ② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다. 국가배상법 제2조 ① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원“이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인 · 군무원 · 경찰공무원 또는 예비군대원이 전투 · 훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사 · 순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금 · 유족연금 · 상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

○ 위 헌법과 국가배상법 규정은 동일한 피해에 대하여 손해배상과 손실보상을 모두 함으로써 발생할 수 있는 과다한 재정지출을 방지하고, 가해 군인 등과 피해 군인 등의 직무상 잘못을 따지는 쟁송의 폐해를 방지하기 위한 것임(대법원 2000다39735 판결)

- 국가배상법 2조 1항 단서는 직접 헌법에 규정된 내용을 구체화한 것으로서 합헌 결정을 받았음(헌법재판소 2013헌바22 등)

○ 국가배상법 2조 1항의 다른 법률에는 ‘군인연금법’과 ‘국가 유공자 예우 등에 관한 법률’ 등이 포함됨(대법원 92다33145 판결)

○ 판례는 객관적으로 다른 법률에 의하여 보상을 받을 수 있으면 손해배상을 청구할 수 없다고 함(대법원 2000다39735 판결)

- 따라서 피해자가 국가유공자 등록신청을 하지 않았거나, 등록신청에 대하여 비해당결정 통보를 받은 경우에도 객관적으로 보상을 받을 수 있었다고 판단되는 한 손해배상청구를

할 수 없음

▣ 군인 등이 손해배상청구를 할 수 있는 경우

○ 공무원연금법은 '다른 법률'에 해당하지 아니함(대법원 99다24997 판결)

- 공무원연금법에 따라 공무상 요양비를 지급하는 것은 공무원의 생활안정과 복리향상에 이바지하기 위한 것이므로 국가배상제도와 취지가 다름
- 군인연금법은 '다른 법률'에 해당함에 주의할 것

○ 상이를 입고 퇴직하지 아니한 경우 또는 퇴직하였더라도 국가유공자법이 요구하는 상이등급 판정을 받지 못한 경우(대법원 96다42178 판결)

- "군인 또는 경찰공무원으로서 교육훈련 또는 직무수행 중 상이(공무상의 질병 포함)를 입고 전역 또는 퇴직한 자라고 하더라도 국가유공자예우등에관한법률에 의하여 국가보훈처장이 실시하는 신체검사에서 대통령령이 정하는 상이등급에 해당하는 신체의 장애를 입지 않은 것으로 판명된 자는 같은 법의 적용 대상에서 제외되고, 따라서 그러한 자는 국가배상법 제2조 제1항 단서의 적용을 받지 않아 국가배상을 청구할 수 있으며, 설사 그가 같은 법 제72조의3 제2항에 의하여 국가의료시설에서 가료를 받을 수 있다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다."

▣ 관용차면책약관의 적용 여부

○ 피고 회사의 자동차종합보험의 보험약관 중 '관용자동차 특별약관'

- "군인, 군무원, 경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투, 훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사, 순직 또는 공상을 입은 경우, 이들에 대하여 대인배상Ⅰ 및 대인배상Ⅱ에 대하여는 보상하지 않는다."

○ 위 면책약관은 '직무 집행 중 전사, 순직 또는 공상을 입은 경우'를 보상에서 제외하고 있고, 국가배상법 이외의 법률로 보상을 받을 것을 요건으로 하고 있지는 아니함

○ 그러나 위 면책약관은 국가배상법 조항 등을 참작하여 만든 것으로 보이므로, 군인 등의 피해자가 국가 또는 지방자치단체에 대하여 손해배상을 청구할 수 없는 경우에 국가 또는 지방자치단체를 피보험자로 하여 보험자에 대하여도 그 보상을 청구할 수 없도록 하는 데에 취지가 있다고 보아야 함

○ 따라서 부상을 입은 경찰이 퇴직하지 아니하여 국가유공자법에 의한 보상을 받지 아니하고, 공무원연금법에 따른 요양비 정도만을 받은 경우에는 면책약관이 적용되지 아니하여 보험금을 받을 수 있다고 보아야 함

7 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결 [손해배상(기)]

◈ 판결요지 [1] 위임인의 임의해지권의 포기 약정의 효력

민법 제689조(위임의 상호해지의 자유)
① 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다.
② 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다.

▣ 당사자 사이의 약정으로 임의해지권(민법 689조 1항)을 포기할 수 있는지 여부

▶ 대상판결은 당사자 사이의 약정에 의하여 민법 689조의 적용이 배제된다고 보았음

○ 임의규정인 민법 689조 1항, 2항은 원고(정비사업관리업자)와 피고 조합 사이의 약정인 이 사건 용역계약 제9조 제1항, 제2항에 의하여 그 적용이 배제됨

○ 원고의 귀책사유가 없음에도 한 피고 조합의 해지 통보는 이 사건 용역계약 제9조 제1항 각호의 사유에 해당한다고 볼 수 없으므로, 피고 조합의 해지 통보는 효력이 없음

이 사건 용역계약 제9조
① 다음 각호의 사유가 발생하여 원고가 계약을 이행할 수 없다고 판명된 경우 피고[2]가 10일의 계약이행 기간을 정하여 서면으로 통보한 후 위 기간 내에 이행되지 아니하면 이 사건 용역계약의 일부 또는 전부를 해제 또는 해지할 수 있다.
1. 정당한 사유 없이 피고의 업무상 지시에 불응하거나 용역기간 내 용역 업무를 완성할 가능성이 없다고 판단되는 명백한 사유가 발생한 경우
2. 원고가 고의적으로 계약조건을 위반함으로써 계약의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우
② 피고가 계약을 이행할 수 없다고 판명된 경우 원고는 충분한 계약이행 기간을 정하여 서면으로 통보한 후 같은 기간 내에 이행되지 아니하면 이 사건 용역계약의 일부 또는 전부를 해제 또는 해지할 수 있다.

○ 즉 대상판결은 위임인의 임의해지권을 포기하는 약정이 유효하다는 법리를 선언한 것임

▶ 위임의 성질에 비추어 볼 때 대상판결에 의문이 있음

○ 위임은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생김(민법 680조). 위임계약을 체결하는 대표적인 예는 변호사, 의사, 회사 임원, 회계사가 있음

○ 위임은 일반적으로 결과채무가 아니라 수단채무이므로, 당사자 간에 신뢰관계가 매우 중요하고, 이때 신뢰관계는 주관적인 것임

○ 위임인이 수임인을 신뢰할 수 없게 된 이상 자유롭게 위임계약을 해지할 수 있도록 하는 것이 헌법상 개인의 행복추구권, 인격권 보장 측면에서 타당함

---

2) 피고 조합을 뜻함

▶ **비교법적으로 보더라도 위임인의 임의해지권 포기를 인정하는 것은 신중하여야 함**

○ 독일의 경우 “수임인의 해지권 포기는 유효하고, 포기한 후에는 중대한 사유가 없는 한 해지할 수 없다.”는 규정만을 두고 있고, 학설 중 다수설은 위임인의 철회권 포기는 무효이며, 다만 위임계약이 수임인의 이익과 결합되어 있는 경우에만 철회권 포기가 유효하다는 입장임

○ 오스트리아 민법은 위임인의 해지권 포기를 무효로 규정하였고, 스위스 채무법도 같은 취지임

○ 프랑스의 경우에는 위임인의 해지권 포기가 유효하다고 보는 견해가 다수설임

○ 우리나라와 일본의 경우, 다수설은 위임이 신뢰관계를 기초로 한다는 이유에서 원칙적으로 위임인의 해지권 포기는 무효이고, 다만 예외적으로 수임인의 이익을 위한 위임에서는 해지권 포기의 특약도 유효하다고 봄

▶ **대상판결의 사안에서 임의해지권을 포기하는 약정이 있는 것으로 볼 수 있는지도 의문임**

○ 이 사건 용역계약 제9조는, 제1항에서는 수임인의 채무불이행으로 위임인이 해지할 수 있는 경우를, 제2항에서는 위임인의 채무불이행으로 수임인이 해지할 수 있는 경우를 각 규정하고 있음

○ 위 제9조에는 임의해지권을 언급하는 내용이 없음. 제9조에 의하여 해지사유가 열거된 사유로 제한된다고 하더라도 그것은 채무불이행으로 해지할 수 있는 경우가 한정된다고 해석하는 것이 자연스러울 것이고, 더 나아가 임의해지권까지 제한된다고 보기는 어려울 것임

○ 게다가 용역계약 제11조 제1항에는 ‘피고가 용역대행 업무를 제3자로 대체하거나 피고의 귀책사유로 본 계약이 해제 또는 해지됨으로써 원고가 손해를 입은 경우에는 그 손해를 배상하여야 한다’고 정하고 있음

○ 위 조항은 수임인의 채무불이행이 없음에도 위임인이 용역대행 업무를 제3자로 대체하는 경우의 손해배상에 관하여 규정하고 있는데, 위 규정은 위임인의 임의해지권이 있음을 전제로 한 규정으로 볼 수 있을 것임

▣ **위임계약을 임의 해지한 경우의 손해액**

○ 민법 689조 2항은 “당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다"고 규정하고 있음

○ 위임계약을 임의 해지한 경우 위임인이 배상하여야 할 손해는 채무불이행으로 인한 손해가 아니라 ‘적당한 시기에 해지되었더라면 입지 아니하였을 손해’임

- “민법상의 위임계약은 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이며, 다만 상대방이 불리한 시기에 해지한 때에는 해지가 부득이한 사유에 의한 것이 아닌 한

그로 인한 손해를 배상하여야 하나, 배상의 범위는 위임이 해지되었다는 사실로부터 생기는 손해가 아니라 적당한 시기에 해지되었더라면 입지 아니하였을 손해에 한한다."(대법원 2012다71411 판결)

○ 그런데 민법 689조 2항은 강행규정이라고 볼 이유가 없으므로, 임의 해지에 따른 손해배상의 범위에 관하여 당사자 사이에 그와 다른 약정을 하는 것은 가능할 것임

○ 용역계약 제11조 제1항은 피고 조합이 용역대행 업무를 제3자에게 대체한 경우의 손해배상과 피고 조합의 귀책사유로 해지된 경우의 손해배상을 함께 규정하고 있는바, 위 규정에 의하면 피고 조합이 위임계약을 임의 해지한 경우에 원고의 이행이익을 배상하기로 하는 약정을 한 것으로 볼 수 있을 것임

○ 결론적으로 이 사건에서 임의 해지는 허용되나 특약에 의하여 그로 인한 수임인의 이행이익을 배상하여야 한다고 보는 것이 타당할 것으로 생각됨

◈ 판결요지 [2] 법인의 채무불이행책임과 대표이사의 불법행위책임

▶ 채무불이행책임에서의 위법성 ≠ 불법행위책임에서의 위법성

○ 원심은 피고 조합이 채무불이행책임을 부담한다고 인정하면서, 별다른 설명 없이 피고 조합의 대표자도 공동하여 불법행위책임을 부담한다고 보았음

○ 채무불이행책임이 인정되는 경우에 불법행위책임이 성립하는 경우도 있을 것이나, 불법행위책임이 성립하기 위해서는 불법행위로서의 반사회성, 위법성이 인정되어야 함

○ 불법행위의 위법성을 판단함에는 피해자에 대한 공격성, 반사회성, 주관적 의도가 상당히 중요한 지표가 됨. 위와 같은 기준에서 보면 대상판결에서 피고 조합에조차 채무불이행의 위법성의 수준을 넘어서는 반사회성을 찾아볼 수 없음. 피고 조합의 대표자에게 불법행위의 위법성이 있다고 보기는 어려움

▶ 법인의 불법행위능력과 관련하여 행위의 주체는 대표자임

민법 제35조(법인의 불법행위능력)
① 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.
② 법인의 목적범위외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다.

○ 법인이 불법행위의 주체인 것으로 보는 듯한 하급심 판결도 존재함

○ 그러나 민법 35조의 규정을 보면 대표자가 불법행위를 하는 것이고, 법인이 불법행위책임을 지는 것임

○ 대표자가 불법행위를 하면 그것이 법인의 불법행위이고, 법인의 직원이 불법행위를 하면 법인은 사용자책임을 지게 됨. 두 개는 엄격하게 구별이 됨

▶ 피용자가 불법행위를 한 경우 법인의 대표자의 책임

○ 예컨대 법인의 직원이 원고의 저작권을 침해하는 파일을 복사해서 사용한 경우

- 원고는 그 직원, 대표이사, 법인을 모두 고소하는 경우가 있음
- 대표이사가 함께 처벌을 받는 경우, 법인에게 민법 35조의 불법행위가 성립할 수 있음
- 직원만 처벌을 받고 대표이사는 처벌을 받지 않는 경우 법인은 사용자책임을 부담함
  ☞ 이때 법인이 민법 756조 1항 단서[3]를 근거로 항변하기도 하는데, 받아들여지는 경우가 많지 아니함. 사용자책임을 인정하는 취지는 법인이 피용자를 이용해서 사업영역을 확대했으므로 그 영역확대로 인한 위험부담을 부담한다는 측면, 즉 균형관계에 의한 것이기 때문임

○ 법인의 대표자가 처벌을 받지 아니한 경우 법인의 대표자에 대한 민사상 손해배상청구도 기각되는 경우가 많음

○ 이 경우, 법인에게는 피용자에 대한 관리감독의무를 다하였다고 볼 증거가 없다고 사용자책임을 물으면서도, 대표이사 개인의 책임을 물을 때에는 대표이사가 피용자의 불법행위를 알았다고 볼 증거도 없고, 과실이 있다고 볼 증거도 없다는 등의 이유로 기각하는 것은 좀 이상할 수도 있음

○ 그러나 대표이사는 법인의 기관으로서 일을 하는 것이므로, 피용자가 어떠한 잘못을 범하면 법인은 사용자책임을 부담하는 것이 맞고, 대표이사 개인이 이를 배상할 이유는 크게 없으므로 이러한 결론은 이상한 것이 아님

3) 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

8 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다254600 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 헬기에 탑승하는 다수의 승무원 및 승객을 피보험자로 하여 보험기간 동안 그들이 탑승 및 비행 중에 발생한 사고로 인해 사망하거나 상해를 입을 경우 보험계약자인 피고가 보험자인 원고로부터 정액의 사망보험금 또는 상해보험금을 지급받는 내용의 보험계약을 체결함

○ 헬기가 보험기간 중 남극 지방에서 착륙하다 전복되어 탑승하고 있던 승객이 상해를 입었음. 원고는 피고에게 보험금 전액을 지급한 후, 피고를 상대로 부당이득반환청구를 함

▣ 대상판결 검토

○ 대상판결은 준거법이 영국법이어서 적용할만한 영국 판례를 찾는 데 상당한 시간이 소요된 것으로 보임

○ 영국 생명보험법에는 피보험이익에 관한 정의규정을 두고 있지 않은데, 불특정 다수인을 피보험자로 한 경우에도 피보험이익이 인정될 수 있다는 게 영국 판례임. [끝]

2019. 8. 1.자 공보 [2019. 8. 23. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 6. 13. 선고 2014다220798 판결 [손해배상(기)]

◈ "종북의 상징" 명예훼손 사건[4)]

▣ 사안의 개요

○ 여당 국회의원이 2013년 7월경 야당 소속 시장을 비난하면서 발표한 성명에서 당시 야당 국회의원인 임수경 의원을 '종북의 상징'이라고 칭한 사안

○ 원심은 불법행위를 인정하였으나 대법원에서 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 임수경 의원의 별명이 '통일의 꽃'이었기 때문에 '상징'이라는 두 글자는 문제 삼기 어려움

○ '종북'이라는 단어가 문제되는데, '종북의 상징'이라는 말보다 피고의 의사를 더 적절하게 설명하면서 원고의 명예감정을 침해하지 않는 적당한 단어가 떠오르지 않음

○ 국회의원이 국회의원을 상대로 이 정도의 말을 하지 못하도록 재갈을 물린다면 대한민국의 언론의 자유에 치명적이라고 생각함

○ 원심은 이른바 '주사파' 명예훼손사건에서 불법행위를 인정한 판례(아래 관련사건)을 보고 불법행위책임을 인정하였던 것으로 보임

▣ [관련사건] 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613 판결 - "주사파" 명예훼손 사건

○ 피고는 보수단체를 대표하는 월간지 '한국논단' 제작·발행 회사인데, 위 책자에 실린 글에서 KBS가 진보적인 보도나 프로그램을 계속 제작한다고 공격하면서 'KBS는 좌익세력인 주사파가 장악하였고, 계속 허위내용을 보도한다'는 내용을 기재한 사안

○ 명예훼손책임을 인정한 원심을 거의 다 파기하면서 '주사파' 부분만 손해배상책임 인정함

- 이승만의 사대주의자 부분, 제주 4.3 폭동의 성격 논란 부분 등 치열하게 이념 논쟁이 붙어 공격한 부분은 그 평가가 틀렸다는 이유로 명예훼손이라 볼 수 없고 언론의 자유의 범위 내에 있다고 봄. 다만 'KBS를 주사파가 장악했다'고 한 부분은 인신공격으로서 손해배상책임을 인정함

○ 그러나 두 사안은 차이가 있음

- '주사파'와 '종북'의 의미가 다르고, 위 관련판결은 KBS에서 근무하는 언론계 공무원들을 대상으로 하고, 대상판결은 국회의원을 대상으로 한다는 점에서도 차이가 있음

---

4) 명예훼손 사건은 판례가 어떤 사안에서 손해배상책임을 인정하였는지 감을 익혀놓는 것이 도움이 됨

2 대법원 2019. 6. 13. 선고 2015다65561 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고의 공장에서 근무하는 근로자들임

○ 원고들은 피고와 특별교섭에 관하여 합의가 성립되지 않자, 불시에 집단조퇴하거나 근로제공을 거부하거나, 태업을 하고, 파업을 하는 등의 쟁의행위를 하였음. 이에 원고는 직장폐쇄를 함. 이후 피고는 원고들이 속한 노조에 가입하지 않은 관리직 직원들을 생산라인에 투입하여 생산을 계속함

○ 원고들은 피고의 공장을 물리적으로 점거하는 등 피고의 생산 업무를 방해하였음

○ 원고들은 피고를 상대로 직장폐쇄효력정지가처분신청을 하였고, 해당 법원에서 피고가 원고들을 업무에 복귀시키라는 내용의 조정이 성립됨. 이에 피고는 직장폐쇄를 종료하고 원고들을 업무에 복귀시켰음

○ 이후 피고는 원고들에 대하여 4차례에 걸쳐 징계처분을 함

▣ 근로기준법 시행령 2조 1항[5]이 적용되는 경우

○ 쟁의행위 중 파업 이외에 잔업 거부, 태업, 일괄 휴가 신청 등의 유형을 떠올려야 대상판결의 이해가 쉬움

○ 근로기준법 시행령 2조 1항의 적용 여부

- 위 규정이 적용되면 평균임금 산정하는 3개월 치 월급에서 제외됨
- 회사의 직장폐쇄가 위법하면 어차피 월급을 모두 주어야 하므로 굳이 평균임금 산정하는 3개월 치 월급에서 공제할 이유가 없음. 근로자의 쟁의행위가 위법하면 근로자의 책임 있는 사유로 월급을 받지 못하는 것이므로 위 규정이 적용되는 쟁의행위기간이라 볼 수 없음
- 결국 위 규정이 적용되는 경우는 회사의 직장폐쇄와 근로자의 쟁의행위가 둘 다 적법한 경우뿐임

회사의 직장폐쇄 / 근로자의 쟁의행위	적법	위법
적법	O	X
위법	X	X

<근로기준법 시행령 2조 1항 적용 여부>

5) **근로기준법 시행령 제2조(평균임금의 계산에서 제외되는 기간과 임금)** ① 「근로기준법」 제2조 제1항 제6호에 따른 평균임금 산정기간 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간이 있는 경우에는 그 기간과 그 기간 중에 지급된 임금은 평균임금 산정기준이 되는 기간과 임금의 총액에서 각각 뺀다.

6. 「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조 제6호에 따른 쟁의행위기간

노동조합 및 노동관계조정법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. "쟁의행위"라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

- 법조항 문언만으로는 위와 같이 해석할 근거가 없고, 대법원에서 입법에 가까운 해석을 한 것임

▣ 근로기준법의 해석 원칙

○ 근로기준법에 관한 해석은 법리적 해석보다는 대법원에서 어느 결론이 더 타당할까 고민한 후 입법에 가까운 판결을 하기도 함

○ 민사법의 기본원리는 근대민법의 3원칙을 최대한 반영하고 조정해나가는 것인 반면, 근로기준법은 그로부터 근로자를 보호하기 위해 원칙의 예외를 만들자는 것임. 양자가 추구하는 목적 자체가 다르기 때문에 근로기준법, 노동법을 해석할 때 민사법·상사법적 마인드로 접근하면 결론이 틀리는 경우가 많음

○ 근로자를 보호하기 위한 예외를 어디까지 만들 것인가는 case by case인 경우가 많아서 일반화하기가 어렵고, 선례도 없는 경우가 많음

3 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 [대여금]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 중화인민공화국 국적으로 중국에서 사채업에 종사하다가 대한민국에서 영업을 하려고 입국한 사람이고, 피고들은 중국 국적의 부부로 중국에서 부동산개발사업을 영위하다가 대한민국에 거주지를 마련한 사람들임

○ 원고가 과거 중국에서 피고들에게 빌려주는 대여금의 반환을 구하는 소를 대한민국 법원에 제기함

◈ 판결요지[5] "국제재판관할권은 병존할 수 있다."

▣ 국제사법(구 섭외사법)의 국제재판관할권

○ 국제사법은 '어디서 재판할 것인가'에 관한 법이 아니라 '재판할 때 어느 법을 적용할 것인가', 즉 준거법에 관한 법률임

○ 단, 제2조에 관할에 관한 규정이 있음

- 제2조(국제재판관할) ① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

  ② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

○ 기준 ⇨ 실질적 관련성(Substantial) + 국내법의 관할 규정을 참작함

- 보통재판적은 피고 주소지임. 국제재판관할권도 마찬가지로 나라가 다르면 상대방 국가에 가서 소송하는 것은 일반적으로 허용한다는 취지임

▣ 대상판결의 요지

○ 국제재판관할을 검토할 때 예컨대 '중국에서 재판하는 것이 맞는가, 한국에서 재판하는 것이 맞는가'를 기준으로 판단하면 틀리기 쉬움

- '한국에서 재판해 주어도 될 만한가'를 검토하여야 함
- 즉, 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 중복적인 것이기 때문에 다른 사정들도 종합적으로 고려하여 어느 하나라도 관련성이 있으면 가급적 재판해 주는 쪽으로 생각해 보고, 재판해 줄 것인지 여부를 case by case로 고민해 보라는 것임

○ 사안 검토

- 대상판결 사안은 원고와 피고 모두 현재 주소지가 중국에 있음. 하지만 소 제기 당시에는

원고와 피고 둘 다 대한민국에 거주하였음

- 고려해야 할 요소 중 중요한 부분은 원고가 피고의 재산에 가압류를 하였다는 것인바, 승소 시 집행 가능한 피고의 재산이 국내에 있으므로, 굳이 중국 법원에서 재판받게 할 이유가 없음
- 재판권은 직권조사사항이자 직권탐지사항. 상대방이 이의를 하였는지 여부, 자료를 냈는지 여부와 상관없이 법원이 끝까지 파헤쳐야 함 ※ [참고] 직권탐지사항 ⇨ 재판권, 당사자능력
- 위와 같은 사정을 종합해보면 국내에서 재판하는 것도 특별히 문제될 것이 없음

④ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결 [매매대금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고 전북인삼농협에게 자금을 대여한 금융회사인데, 돈을 빌려주고 연대보증계약을 체결하면 무효로 된다는 판례를 알고 있었기 때문에 계약내용을 단순한 금융채무에 대한 보증이 아니라 복잡한 무명계약인 것처럼 일부러 어렵게 만들어 놓았음

○ 그래도 본질상 채무보증행위라고 보고 무효라고 선언한 사안

▣ 농업협동조합법의 차입 상대방 제한 규정

○ 농업협동조합법 제57조(사업) ② 지역농협은 제1항의 사업목적을 달성하기 위하여 국가, 공공단체, 중앙회, 농협경제지주회사 및 그 자회사, 농협은행 또는 농협생명보험으로부터 자금을 차입할 수 있다.

- 위 열거된 곳들로부터'만' 차입할 수 있다는 의미임(한정적 열거)

○ 위 규정의 존재 이유

- 단위농협 조합장을 선거로 뽑고 있고, 조합장 선거 때마다 위법, 부정행위가 많이 발생함. 단위농협에서 부정에 이르는 가장 쉬운 길인 은행으로부터의 차입을 제한함
- 조합원인 농민·어민들을 보호하기 위한 규정

○ 차입을 금지하였더니 보증계약을 체결하는 편법행위가 발생함

⇨ '보증'도 할 수 없는 것으로 해석

- 형법과 달리 민사법에서는 유추해석의 범위가 넓음

○ 대상판결 사안에서 계약서에 '진술·보장조항'을 포함시킴

- 피고가 "본 계약을 체결 및 이행하는 것은 피고의 목적사업에 부합하는 것으로서 피고의 설립근거법 기타 관련 규정에 위배되지 않음"을 보장하고, 위반 시 원고 등에 그로 인한 일체의 손해를 배상하기로 약정하였음
- 위 진술·보장조항을 유효로 본다면 강행법규인 농업협동조합법 57조의 적용을 배제하거나 잠탈하는 불합리한 결과를 초래함 ⇨ 위 조항 역시 무효임

▣ 진술·보장조항(Representations and Warranties)

○ 주로 M&A에서 사용되는 용어로서, M&A를 할 때 회사 상황을 정확하게 실사하는 데에 물리적·시간적 한계가 있기 때문에 진술 및 보장 조항을 통해 이를 해결함

- 매도인 측에서 회사 상황에 대하여 자세히 서술을 한 후 여기에 틀린 내용이 있다면 책임을 부담한다는 내용의 약정으로 신속한 계약체결을 위한 조항임

○ [관련판결] 대법원 2015. 10. 15. 선고 2012다64253 판결 - 인천정유 M&A 사건

- 정유회사인 甲이 乙 회사 주주들과 주식양수도계약을 체결하면서, 乙 측이 '乙이 행정법규를 위반한 사실이 없고, 행정기관으로부터 조사를 받고 있거나 협의를 진행하는 것은 없다.'는 내용의 진술 및 보증을 하고, 진술 및 보증 조항 위반사항이 발견될 경우 손해를 배상하기로 하였는데, 甲이 당시 이미 乙 등과 담합행위를 하였고 결국 과징금(약 475억 원)이 부과되었음. 甲이 乙을 상대로 위 진술 및 보증 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구한 사안
- 피고의 주장 ⇨ 담합행위를 한 주체 중에 원고가 포함되어 있어서 원고도 위반사항을 이미 다 알고 있었음. 이를 진술 및 보장 조항에 기재하면 담합행위 사실이 주주들에게 공개될 것이므로 기재할 수 없었음
- 결론 ⇨ 원고 승소
  - 진술 및 보장 조항의 목적은 거래를 신속하게 하기 위함임
  - 즉, 진술 및 보장 조항의 내용을 평가 기준으로 삼아 그에 따른 가격으로 거래를 하고, 이후 법률위반 등이 발각되어 가치가 하락하면 그 손해를 배상하게 함으로써 거래 가격을 조정함
  - 이러한 진술 및 보장 조항의 기능을 고려하면 관련 판결의 결론이 타당함

5 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다239888 판결 [양수금]

▣ 사안의 개요

○ 甲 주식회사 등이 부가가치세 환급결정을 받았는데, 부가가치세 환급금이 甲 회사 등의 법인세에 충당되었음

○ 甲 회사 등은 원고에게 국세환급금 채권을 양도하고 관할 세무서장에게 국세환급금 양도요구서를 제출함

○ 관할 세무서장은 법인세를 감액경정한 후 국세환급금을 당시까지 발생한 甲 회사 등의 체납 국세 등에 충당함

▣ 국세환급금 충당

○ 세금을 납부하였다가 세금부과처분이 취소되어 돌려주는 경우 곧바로 환급해주는 것이 아니라 혹시 다른 세금 중 납부하지 않은 것이 있는지 조사한 후 미납 금액이 있으면 이에 충당함

○ 국세기본법 53조(국세환급금에 관한 권리의 양도와 충당)

① 납세자는 국세환급금에 관한 권리를 대통령령으로 정하는 바에 따라 타인에게 양도할 수 있다.

② 세무서장은 국세환급금에 관한 권리의 양도 요구가 있는 경우에 양도인 또는 양수인이 납부할 국세 및 체납처분비가 있으면 그 국세 및 체납처분비에 충당하고, 남은 금액에 대해서는 양도의 요구에 지체 없이 따라야 한다.

○ 납세자는 국세환급금에 관한 권리를 양도할 수 있는데, 이 때 납세자의 양도 통지(국세기본법상 '양도 요구')는 민법상 채권양도통지와 달리 대항력이 적용되지 않음

- 납세자가 양도 요구를 한 이후에도 국가는 충당할 것이 있는지 조사 후 충당할 수 있음
- 단, '지체 없이' 하여야 하므로 지체를 하게 되면 양수인에게 환급해주어야 함

▣ 대상판결 검토

○ 충당은 신속하게 하였는데, 충당의 대상이 되었던 세금에 대하여 소송이 들어와서 다투다가 위 세금이 직권으로 취소됨. 결국 '지체 없이' 충당하지 못한 셈이 되었는데, 그 때 미납 세금을 다시 조사하여 위 소송 끝날 때쯤 재차 충당한 사안

○ 결론 ⇨ 결과적으로 2년 6개월 정도 경과 후 충당한 것은 '지체 없이' 충당하였다고 볼 수 없어 그 효력을 인정할 수 없으므로, 양도 요구에 따라 양수인인 원고에게 국세환급금에 관한 권리가 있다고 본 사안

○ 주문 검토 ⇨ '원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.'

- 양수인인 원고의 권리는 납세자의 환급금에 관한 권리를 그대로 이어받은 것이므로 명백하게 공법상 권리이고, 당사자소송에 해당하므로 대법원은 '원심판결을 파기하고, 제1심판결을 취소하고, OO법원으로 이송한다.'라고 주문을 내는 것이 원칙임
- 다만, 기록에 의하면 전체 금액에 대하여 취소 및 이송해야 하는 것이 아니라 기각해야 하는 청구권이 일부 포함되어 있는 것으로 보임[6)]
- 대법원에서 골라서 이송할 수도 있으나 고등법원에서 알아서 처리하도록 전부 환송한 것임

6) "다만 기록에 의하면, 원고가 양수하여 지급을 구하는 양도법인들의 각 부가가치세 환급금 채권에는 공법상 의무인 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 부가가치세 환급세액 지급청구권이 포함되어 있다고 볼 여지가 있다."(공보 p.1373)

⑥ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2017다246180 판결 [소유권이전등기말소등]

◈ 사안의 개요

○ 원고, 피고 1, 2 및 甲은 부동산에 대한 투자·개발을 목적으로 하는 조합을 결성함. 이후 조합은 임야를 매수하였는데, 매수인을 피고 2로 한 매매계약서를 작성하였고 피고 2 앞으로 소유권이전등기를 마침

○ 원고는 조합계약을 해지한다는 의사표시를 함으로써 조합에서 탈퇴하였음

○ 원고는 동업관계 해지를 원인으로 한 부동산 지분이전등기를 구하였는데, 원심은 원고는 남은 조합원들과 탈퇴 당시의 조합재산 상태를 기준으로 계산을 해야 하고 그러한 계산을 하지 않은 채 조합재산인 임야의 1/4 지분에 관한 이전등기절차의 이행을 구할 수 없다는 이유로, 대법원은 임야는 조합체가 피고 2에게 명의신탁한 것이므로, 조합재산은 임야가 아니라 매매대금에 해당하는 부당이득반환채권 등이라는 이유로 각 원고의 이전등기 청구를 받아들이지 않았음

◈ 동업재산과 명의신탁

▣ 여러 명이 부동산을 사는 경우 법률관계

○ 공동으로 부동산을 매수하였다가 매매가격이 오르자 매도한 경우 ⇨ 공유

○ 동업을 하는 관계(ex: 부동산을 사서 주차장을 만들어 영업을 하는 경우) ⇨ 합유

○ [관련판결] 대법원 94다54894 판결

- "수인이 부동산을 공동으로 매수한 경우, 매수인들 사이의 법률관계는 공유 관계로서 단순한 공동매수인에 불과하여 매도인은 매수인 수인에게 그 지분에 대한 소유권이전등기 의무를 부담하는 경우도 있을 수 있고, 그 수인을 조합원으로 하는 동업체에서 매수한 것으로서 매도인이 소유권 전부의 이전의무를 그 동업체에 대하여 부담하는 경우 등도 있을 수 있다."

▣ 대상판결 검토

○ 동업재산을 개인 명의로 한 것은 부동산실명법에 위반되어 무효라는 것임

- 동업관계에서는 특정 부동산이 한 사람 명의로 되어 있는 경우가 많은데 대상판결 결론에 따르면 그 부동산 자체는 동업재산이 아니고, 부당이득반환청구권이 동업재산이라는 것임
- 부당이득반환청구의 범위는 시가가 아니라 동업 시작 당시 매수자금 상당액임

○ [관련판결] 대법원 2003다25256 판결

- "피고 2, 3과 위 소외 2가 위 동업계약에 따라 조합을 구성한 후 이 사건 부동산을 공동으로 매수함으로써 이 사건 부동산은 조합재산이 되었음에도, 이 사건 부동산을 조합원의

합유로 등기하지 않고 조합원 중의 1인에 불과한 피고 2 명의로 소유권이전등기를 한 것은 위 3인으로 구성된 조합체가 피고 2에게 이 사건 부동산을 명의신탁하였다고 봄이 상당하므로, 이는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 위반되어 무효이다."

- 위 판결은 동업자간의 정산에 관한 것이 아니라 제3자가 무효를 주장하며 말소를 구하는 소송이었음
- 결국 동업자간의 정산관계에서 동업재산을 개인 명의로 등기한 것이 실명법에 위반되어 무효라는 판결은 대상판결이 최초임

○ 대상판결은 위 판결의 연장선에서, 동업관계를 정산할 경우 동업재산은 부동산 자체가 아니라 매수대금 상당의 부당이득반환청구권이라는 것임

○ 대상판결의 결론에 의문이 있음

- 현실적으로 동업관계에서 합유 등기를 하는 경우는 거의 본 일이 없음(선임·수석연구관으로 근무할 때 3년간 민사신건보고서를 보았는데, 동업 정산금청구에서 합유등기가 되어 있던 경우를 본 기억이 없음)
- 대상판결 결론에 따르면 동업관계에서 공유등기를 하더라도 지분별로 명의신탁했다고 분석할 수밖에 없으므로 모두 무효가 됨
- 동업을 하게 되면 부동산은 A 명의, 예금은 B 명의, 채권은 C 명의 등으로 재산 명의가 나뉘어져 있는 경우가 많고, 정산금청구소송이 들어오면 개인재산과 동업재산을 구별한 후 동업재산에 분배약정 비율 등을 곱하여 그 상당액을 돈으로 지급하라고 하는 것이 실무임
- 두 명이 부동산을 2억 원에 매수하여 한 사람 명의로 해 놓고 20년간 동업을 하다가 동업이 깨진 경우 대상판결에 의하면 부동산 명의자는 해당 부동산을 소유하고, 현재의 시가 20억 원이 아니라 20년 전 매수대금 2억 원의 1/2만 지급하면 되는 결과가 되므로, 동업재산에 부동산이 포함되어 있을 경우 매번 부당한 결과가 발생할 우려가 있음
- 당사자의 의사에도 반하고, 지금까지의 실무에도 반함

▣ 해결 방안

▶ 조합재산에 대한 해석

○ 탈퇴로 인한 정산금 청구의 요건사실

- ① 조합계약, ② 탈퇴(해산청구, 목적 종료 등), ③ 잔여재산(동업재산)의 존재
- '잔여재산의 존재'에 관하여 '물권법적으로 누구에게 권리가 있는가'로 접근하지 말고 '동업관계 종료 시 동업재산을 어떻게 파악할 것인가'로 접근할 필요가 있음

○ 대상판결 ⇨ 조합이 합유 또는 준합유로 보유하고 있는 물권, 채권 기타 재산권

○ 개인의견 ⇨ 동업계약에 따라 조합원이 출자한 재산 또는 공동사업에 의하여 취득한 재산

은 그것이 조합원 개인의 명의 또는 제3자 명의로 되어 있는 경우에도 동업관계 정산 시 계산[7]되어야 할 조합재산에 해당함

- 동업계약이 종료될 때 동업체의 재산은 조합원 명의로 있을 수도 있고, 제3자 명의로 있을 수도 있고, 조합체가 합유로 권리를 가진 것도 있는 등 다양한 모습이 있을 수 있는데, 당사자 사이에 이것이 공동사업으로 취득한 재산으로서 관리되고 있다면 모두 동업재산으로 파악하는 것이 타당함

○ CASE 1 : 甲과 乙이 동업계약(쪼개기 분양 - 기획부동산)을 체결하고 각자 10억 원씩 출연. 乙 명의로 토지를 매입하고 도로 조성, 토지분할 완료(시가 40억 원). 이후 甲이 조합 탈퇴하고 정산금 청구하는 경우

- ⇨ 분필된 토지들을 기준으로 정산하면 됨
- 대상판결에 따르면, 조합재산은 매매대금 상당액인 20억 원의 부당이득반환채권이므로 乙이 甲에게 10억 원을 지급하게 됨

○ CASE 2 : CASE 1에서 분할된 토지 분양 완료, 분양대금 50억 원을 乙 명의로 예금한 경우

- ⇨ 조합 탈퇴할 때 乙 명의로 50억 원 예금이 있으면 25억 원씩 나눠가지면 됨
- 판례에 따르면, 탈퇴 당시 부동산은 없으나 부당이득반환채권이 남아 있음. 50억 원은 乙이 자기 소유 부동산을 판 대금이므로 乙의 권리가 되고, 여전히 부당이득반환채권 20억 원에 대해서 10억 원씩 나누어 가지게 됨

○ CASE 1, 2 모두 당사자 사이에 동업재산으로 취급되고 있는 재산을 기준으로 정리하면 대체로 구체적 타당성 있는 결론이 나올 것으로 생각함

○ 결론 ⇨ 동업관계 탈퇴 시 또는 종료 시 쌍방 간에 동업재산으로 파악되어 관리되고 있는 재산을 기준으로 정산하는 것이 타당하다고 생각함

---

7) **민법 제719조(탈퇴조합원의 지분의 계산)** ① 탈퇴한 조합원과 다른 조합원간의 계산은 탈퇴 당시의 조합재산 상태에 의하여 한다.

7 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다258562 판결 [약정금]

▣ 사안의 개요

○ 원고가 투자의 귀재인 피고를 믿고 약 10억 원 정도를 맡겨 피고가 위 자금으로 주식투자를 하였음. 수익금은 5:5로 나눠 갖기로 하고 손해가 나면 원고가 부담하기로 하였는데 첫해에는 20억 원의 투자수익을 냈으나 이후 투자손실이 발생함

○ 피고가 손실을 보전해 주는 과정에서 분쟁이 심해졌고, 결국 원고가 피고를 상대로 투자금 10억 원을 돌려달라고 청구한 사안

○ 원고 청구 기각(상고기각)

▣ [관련판결] 대법원 2008다75119 판결

○ 허가 받지 않고 부동산중개업을 하면 중개약정 및 수수료 약정이 모두 무효임[8)]

○ 목적론적 접근

- 부동산중개업은 부동산중개인 시험제도가 생기면서 자격제로 변경되었음
- 자격증 제도의 완성을 위해서 처벌규정만으로는 부족하고, 중개수수료도 지급할 필요가 없고 지급한 것이 있으면 부당이득으로 돌려받을 수 있는 정도가 되어야 무허가 중개업자가 시장에서 사라질 것으로 보고 강행규정이라는 판시를 낸 것임

▣ 대상판결 검토

▶ 일임매매약정 무효 주장

○ 원고 주장 ⇨ 피고가 등록 없이 금융투자업을 하였으므로 수익금 약정이 무효임. 원고가 피고에게 법률상 원인 없이 10억 원을 지급하였으므로 피고는 이를 반환하여야 함

○ 결론 ⇨ 금융투자업등록을 하지 않은 투자일임업을 금지하는 규정 ⇨ 단속규정

- 대법원은 이 사건 계약을 원천적으로 무효로 보아 개인 간의 위와 같은 거래를 봉쇄하고 사회에서 몰아낼 필요성이 있다고 보기는 어렵기 때문에 자본시장법 17조[9)] 규정은 강행규정으로 볼 필요가 적다고 본 것임
- 자본시장법은 법인이 사업으로서 금융투자업을 하는 것을 규제하는 것이고, 개인이 친구

---

8) "공인중개사 자격이 없어 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 한 자에게 형사적 제재를 가하는 것만으로는 부족하고 그가 체결한 중개수수료 지급약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있고, 따라서 중개사무소 개설등록에 관한 구 부동산중개업법 관련 규정들은 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당한다."

9) **자본시장법 제17조(미등록 영업행위의 금지)** 누구든지 이 법에 따른 금융투자업등록(변경등록을 포함한다)을 하지 아니하고는 투자자문업 또는 투자일임업을 영위하여서는 아니 된다.

로부터 부탁받고 투자하는 것은 기본적으로 자본시장법을 적용할 필요성이 적고, 개인의 자유에 맡길 여지가 큼

▶ 자본시장법 98조의2 위반 주장

○ 원고 주장 ⇨ 자본시장법상 투자자문업자는 업무시간에 따른 수수료 외에 성공보수약정을 받는 것이 금지되어 있으므로 투자자문업자가 수익금을 나눠 갖는 약정은 무효임

○ 결론

- "자본시장법 제8조 제1, 5, 6항에 의하면, 투자자문과 관련한 투자결과 또는 투자일임재산의 운용실적과 연동된 성과보수를 받는 행위를 금지한 제98조의2의 적용을 받는 투자자문업자나 투자일임업자는 금융위원회에 등록하여 이를 영위하는 자를 의미하므로 투자자문업자 또는 투자일임업자로 등록하지 않은 피고는 위 제98조의2의 적용을 받지 않음"
- 문언상 위 규정은 자본시장법에 따른 투자자문업자에게만 적용되는 것이므로 이 사건 계약에 자본시장법이 적용될 여지도 없고 준용할 필요도 없음

▶ 외화채권 환산의 기준시

○ 당사자들이 달러로 지급하기로 계약한 경우

- 채무자는 달러로 갚아야 하는데, 다만 갚는 날 환율로 계산한 한화로 대신 갚을 수도 있음
- 민법 제378조(외화채권) "채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다."

○ 환산 기준 시점 ⇨ "사실심 변론종결시"

- 1심 법원이 1심 변론종결시 환율을 적용해 놓았는데, 항소심에서 항소이유를 모두 배척하는 경우 항소기각해도 되는가?

  ⇨ No. 1심 변론종결시 환율을 그대로 적용하면 파기될 수도 있음. 민사 항소심은 속심이기 때문에 항소심 변론종결시 환율로 다시 계산하여야 함

8 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다300661 판결 [소유권말소등기]

▣ 사안의 개요

○ 원고 소유의 부동산에 관하여, 피고 앞으로 매매계약을 원인으로 한 소유권이전청구권 가등기와 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐짐. 피고는 가등기 당일 원고에게 원금 및 이자 상환이 100% 이루어졌을 때 가등기를 즉시 해제하여 주겠다는 내용의 각서를 작성하여 줌

○ 원고는 가등기 이전에 피고에게 차용금 채무 등을 부담하고 있었고, 이를 담보하기 위하여 근저당권을 설정하였는데, 가등기를 마친 후 피고 측 명의의 근저당권이 모두 말소됨

○ 다른 근저당권설정등기와 압류등기도 위 부동산에 있었는데, 피고는 부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 다음 그 채무들을 변제하여 근저당권설정등기 및 압류등기를 말소하였음

○ 원고가 피고를 상대로 피고 명의의 소유권이전등기는 가등기담보 등에 관한 법률에서 정한 청산절차를 거치지 않은 채 마쳐진 것이므로 말소되어야 한다는 청구를 한 사안임

▣ 가등기담보법 관련 법리

▶ 가등기담보법이 적용되지 않는 경우

○ 1 매매대금, 공사대금

- 예컨대 공사대금에는 아무리 비싼 부동산을 대신 주기로 하였어도 가등기담보법 적용이 안 됨

○ 2 부동산의 가액이 채무원리금보다 적은 경우

○ 이 경우 가등기담보법 제정(1983년) 전 판례 이론이 그대로 유효함

▶ 가등기담보법 시행 전 판례 이론 ⇨ 신탁적이전설

○ 담보목적으로 이전등기를 하면서 돈을 갚지 않으면 채권자 소유로 하기로 한 경우, 민법 607조, 608조[10]에 의하여 그 약정은 무효임

○ 그런데 판례는 위 등기는 “약한 의미의 양도담보”의 효력이 있다고 봄(대법원 2015다63138 판결)

- 약한 의미 ⇨ 정산을 하는 것
- 강한 의미 ⇨ 그냥 갖는 것

○ 이 경우 정산에 관하여 법이 정하고 있는 것이 없으므로 귀속정산과 처분정산 모두 가능함

---

10) **민법 제607조(대물반환의 예약)** 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우에는 그 재산의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 넘지 못한다. **민법 제608조(차주에 불이익한 약정의 금지)** 전2조의 규정에 위반한 당사자의 약정으로서 차주에 불리한 것은 환매 기타 여하한 명목이라도 그 효력이 없다.

- 귀속정산 ⇨ 채권자가 소유권을 취득하고 채무자에게 차액을 돌려주는 것
- 처분정산 ⇨ 채권자가 임의로 처분한 후 받은 대금 중 채권액을 빼고 남는 금액을 채무자에게 돌려주는 것
- 처분정산은 채권자가 헐값에 처분해버릴 위험성이 있으므로 훨씬 더 위험한 정산 방법임
- 가등기담보법에서는 정산방법 중 귀속정산만 유효한 것으로 보고 처분정산은 금지함

▶ 가등기담보법이 적용되는 경우 ⇨ 담보물권설

○ 채권자가 자기 명의로 소유권이전등기를 마쳤어도 채권자의 권리는 담보물권이라는 것이 확립된 법리임

- 등기는 채권자 명의로 되어 있지만, 대외적으로도 채무자 소유임

○ 다만 제3자 보호규정이 있음(가등기담보법 11조[11])

- 채권자가 부동산을 매각해버리면 선의의 제3자는 소유권을 취득함

○ 채무자의 등기말소청구권의 행사기간 10년 ⇨ 제척기간

- 당사자 주장이 없어도 판사가 알아서 기각해야 하므로 주의를 요함
- 10년이 경과하면 원리금을 변제하고 등기 말소하라는 청구를 더 이상 하지 못함

▣ 대상판결 검토

○ 가등기담보법상의 가등기를 경료하였다가 청산절차를 거치지 않고 본등기를 경료한 경우

⇨ 심지어 채권자와 채무자가 합의해서 등기를 경료하였다 하더라도, 그 등기는 무효임

○ 가등기 대신에 처음부터 이전등기를 한 것은 양도담보권으로 보고 등기 자체는 유효라고 보지만, 가등기를 해 놓았다가 채무를 갚지 못하여 이전등기를 한 것은 무효라고 보는 것이 판례임. 약한 의미의 양도담보로서의 효력도 없음

○ 법이 정한 청산절차를 거치지 않고 본등기를 하는 것은 무조건 무효이므로 말소를 구할 수 있음. 다만 10년이 지나거나, 그 사이에 원리금이 시가를 초과하게 되는 경우에는 유효가 됨

11) **가등기담보법 제11조(채무자등의 말소청구권)** 채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제삼자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

⑨ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결 [운송대금]

▣ 사안의 개요

○ 甲이 乙에게 운송물을 터키 내 항구까지 운송할 것을 위탁하였고, 위 운송물은 이후 시리아까지 운송될 예정이었음. 위 운송물이 터키에서 통관이 불허되자 甲과 乙은 통관이 이루어질 때까지 잠정적으로 터키 내 보관장소에 운송물을 임치하기로 하였으나 결국 통관이 이루어지지 않음

○ 원심은 乙의 인도의무가 '터키 내 항구에 입항한 시점'에 종료되었다고 보아 그 날로부터 상법 814조 1항의 제척기간을 계산하여 각하하였음

○ 대법원에서 제척기간의 기산점이 잘못되었다는 이유로 파기환송

▣ 제척기간이 제소기간인 경우

○ 민법 ⇨ 점유회수청구권, 채권자취소권

○ 상법 ⇨ 해상운송인의 송하인, 수하인에 대한 권리·의무(상법 814조 1항[12])

▣ 보세창고

▶ "사실상의 지배·관리가 이전되는 것을 인도라고 한다. '따라서' 보세창고에 들어간 것만으로는 인도된 것으로 볼 수 없다."(공보 p.1387 나.항)

○ 보세창고란? ⇨ 외국물품을 장치(藏置)하기 위한 보세구역(관세법 183조)[13]

- 항구에 물건이 들어오면 통관절차, 세금 납부, 위생검사, 인허가 등 여러 절차를 거쳐야 하는데, 검사를 받기 전까지 물건을 보세창고에 넣어놓고 필요한 검사를 모두 마쳐야 세금을 납부하고 물건을 찾아갈 수 있음

○ 보세창고에서 통관을 거치고 세금을 납부하는 등의 업무를 운송인이 하는 것이 관행인데, 만약 당사자 사이에 계약으로 통관절차를 수입업자가 하기로 했다면? 그때는 보세창고에 넣으면 인도된 것으로 볼 수 있을 것임

- 직접점유자인 보세창고업자에 대하여 갖는 반환청구권을 수입업자에게 양도한 것

---

12) **상법 제814조(운송인의 채권·채무의 소멸)**
① 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다.

13) **[네이버 지식백과] 보세창고 [bonded warehouse, 保稅倉庫]**
이는 세관에 대하여 수입절차를 마치지 않은 물품을 보관하는 창고로, 여기에 보관중인 물품은 아직 수입품이 아니기 때문에 관세는 물론, 소비세 ·물품세와 같은 내국세도 부과되지 않는 특전이 있다. 이 제도는 물품을 보세상태로 장기간 장치·보관함으로써 무역상의 금리부담을 경감시키는 동시에, 상기(商機)파악의 편의를 줌으로써 거래의 원활과 중계무역 등의 발전에 기여하기 위한 것이다.

○ [참고] 민법상 인도의 방법

1 직접 인도, 2 간이인도(188조 2항), 3 점유개정(189조), 4 반환청구권의 양도(190조)

○ 관행상으로는 위와 같은 계약을 하는 경우가 드물어서, 대부분의 경우 보세창고에 넣어놓는 것만으로는 인도가 되었다고 볼 수 없다는 취지임

▣ 대상판결 검토

○ 해상운송인의 청구권 제척기간 기산점 ⇨ '인도한 날 또는 인도할 날부터'

○ 제척기간의 취지 ⇨ 권리 불행사에 따른 제재

- 권리 불행사가 되려면 권리를 행사할 가능성이 열려 있어야 함

○ 대상판결 사안의 경우

- 터키 항구로 들어간 이후 甲과 乙이 계속 양해를 하면서 인도시기를 묵시적으로 늦추고 있었던 상황임. 통관이 곧 될 것 같으니까 기다려달라고 연락을 계속 하다가 마지막 단계에서 포기한 것임
- 그렇다면 터키 항구에 도착했지만 기다려달라고 하여 계속 기다리고 있었던 기간 동안 제척기간이 진행되는 것은 부당하고, '포기한 날'이 '인도를 못하게 된 날'이므로 그 날부터 제척기간을 기산하는 것이 당사자 사이에서 가장 공정할 것임
- 당사자 사이에 양해를 계속 해 오다가 더 이상 양해를 하지 않게 된 날 ⇨ "인도할 날"

○ 그 날부터 기산하면 1년 제척기간이 경과하지 않았을 것임

- 대법원은 파기환송심에서 결론이 바뀔 것인지 여부도 고려하여 파기함 [끝]

2019. 8. 15.자 공보 [2019. 8. 30. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결 [소유권이전등기]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 부동산에 관한 소유권을 취득하였는데, 당진군수로부터 농지를 소유할 자격이 없으므로 일정한 기간 내에 부동산을 처분하라는 내용의 농지처분의무 통지를 받음

○ 甲은 乙과 부동산에 관한 명의신탁 약정을 하고, 乙 앞으로 부동산에 관한 소유권이전등기를 마침. 이후 乙은 부동산에서 경작하면서 甲에게 임대료로 매년 쌀 두가마를 보냄

○ 甲이 사망하였고, 원고가 부동산에 관한 甲의 권리를 상속받음

○ 乙이 사망하였고, 피고가 상속을 원인으로 부동산에 관한 소유권이전등기를 마침

○ 원고가 피고를 상대로 명의신탁 약정이 무효이고, 그에 따른 乙 명의의 소유권이전등기도 무효라는 이유로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구한 사안임

○ 원고 청구가 전부 인용됨(항소, 상고기각)

▣ 명의신탁약정과 불법원인급여

▶ 판례를 변경하려고 시도하였다가 실패한 사안임

○ 향후 10년 간 이 케이스가 다시 전원합의체에 들어갈 가능성은 없음. 재판관 구성원이 바뀔 때마다 투표에 붙이는 헌재와 달리 법적 안정성을 중시하는 대법원의 전통임

▶ 양자간 명의신탁

○ 소유권이전등기 무효, 명의신탁약정 무효 ⇨ 명의신탁 해지를 원인으로 이전등기청구 불가

- 단, 소유권에 기하여 말소등기청구하는 것은 가능 ⇨ 이 부분에 대한 비판이 논의의 출발

▶ 소수의견의 핵심

○ "이제 부동산 명의신탁을 효과적으로 근절하기 위하여 입법적 조치와 다른 차원의 사법적 결단이 필요한 시점이다."(공보 p.1433)

- 부동산실명법이 시행되었음에도 불구하고 지금도 명의신탁이 너무 많이 이루어지고 있고, 처벌도 그다지 이루어지고 있지 않음. 이러한 관행을 근절하여야 나라가 바로 선다는 입장임

▶ 다수의견의 핵심

○ "명의신탁자를 형사처벌하거나 명의신탁자에게 과징금을 부과하는 등 법률 규정에 따라 제재하는 것을 넘어 부동산실명법에서 명의신탁을 금지하고 있다는 이유만으로 명의신탁자로부

터 부동산에 관한 권리까지 박탈하는 것은 일반 국민의 법감정에 맞지 않는다."(공보 p.1430)

- 입법자의 결단도 없이 법원이 일반 상식을 넘어서서 그것이 바람직할 수도 있다는 예상만으로 법을 만들 수는 없음 ⇨ "사법 자제적 태도"를 표명한 것

▶ **결론은 생각하기 나름임. 소수의견이 우리 사회가 더 바람직한 방향으로 가는 데에 기여했을 수도 있다고 생각함**

2 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결 [저작권침해금지등청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 농작물을 기본적인 캐릭터로 하여 게임 속의 특정한 타일이 3개 이상의 직선으로 연결되면 함께 사라지면서 그 수만큼 해당 타일의 점수를 획득하는 방법으로 각 단계마다 주어지는 목표 타일 수에 이르도록 하는 매치-3-게임(match-3-game) 형식의 모바일 게임을 개발하여 출시함

○ 이후 피고는 농작물 대신 숲속에 사는 동물을 형상화한 캐릭터를 사용하여 원고 게임물과 같은 매치-3-게임 형식의 모바일 게임을 출시함

○ 원고가 피고를 상대로 피고가 출시한 모바일 게임이 원고의 저작권을 침해한다는 이유로 침해행위 금지 등을 구한 사안임

▣ 저작권 침해의 요건(판례)

▶ 1 '의거성' ⇨ 베꼈는가?

2 '실질적 유사성' ⇨ 어느 정도로 베꼈는가?

▶ 실질적 유사성을 판단하는 대상 ⇨ "창작적 표현형식"

○ "저작권의 보호 대상은 인간의 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단할 때에는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 한다."(공보 p.1449)

- '창작적' '표현'만을 보호하기 때문에 일반인이 보기에는 비슷하더라도 법원에서는 실질적 유사성이 부정되는 경우가 많음

○ A 창작적 ⇨ 기존에 있었던 것이면 보호하지 않음

B 표현 ⇨ 아이디어에 불과하면 보호하지 않음

- 아이디어는 추상적 상위 개념(ex: 영화, 소설의 소재) ↔ 표현은 구체적인 이야기, 에피소드
- 아이디어와 표현의 구별은 굉장히 어려움

○ 판단 이론

- 분석적 이론 ⇨ 각각의 구성요소의 창작성, 표현형식 여부를 판단함
- 전체적 이론 ⇨ 전체적 컨셉과 느낌(Total Concept & Feel)을 판단기준으로 함. 한 눈에 보았을 때 비슷하면 실질적 유사성 인정
- 우리 대법원 판례는 분석적 이론과 전체적 이론을 병용함

▣ **[관련판결] 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결 ['짝' 사건]**

○ tvN 방송국이 SBS 리얼리티 방송 프로그램 '짝'을 SNL 프로그램의 코너 '쨕'으로 패러디한 것(영상물1)과 '게임 덕후' 특집으로 제작한 것(영상물2)이 문제된 사안

○ 원심은 분석적 이론에 따라 영상물을 구성하는 각각의 요소가 창작적이지 않거나 아이디어에 불과하다는 이유로 영상물1, 2 모두 실질적 유사성을 부정하였음

○ 대법원 판단 : 각각의 구성요소만을 볼 것이 아니라, 그것이 선택되고 배열됨에 따라 전체 프로그램 자체가 원 저작물의 창작적 개성과 유사성을 갖게 되었는지 여부도 고려해야 함. 영상물2는 원고 영상물의 핵심 요소들을 그대로 사용하고, 선택과 배열 역시 비슷하므로 실질적 유사성이 인정되지만, 영상물1은 가장 핵심적인 특징인 '리얼 관찰' 요소가 없고, 성인 대상 코미디물로 제작된 것이라는 점에서 실질적 유사성이 부정된 사안

▣ **[관련판결] 서울고등법원 2018. 4. 26. 선고 2017나2064157 판결(대법원 2018다237138 심불기각) ['부루마블'과 '모두의 마블' 사건]**

○ 창작성 부정

- 부루마블 역시 기존 '지주놀이', '모노폴리' 등과 유사함
- 부루마블의 규칙, 진행 방식 등은 부동산 거래 보드게임에 공통적·전형적으로 수반되는 것

3 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결 [양수금]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 2014. 1. 20. 의사인 甲에게 합계 9억 원을 대여하였음

○ 甲은 위 대출금채무를 담보하기 위하여 2014. 1. 17. 원고에게 자신이 피고(국민건강보험공단)에 대하여 가지는 채권으로서 이미 발생하거나 장래 발생할 국민건강보험법에 근거한 요양급여비용 채권과 의료급여법에 근거한 의료급여비용 채권 중 210억 원에 달할 때까지의 금액(이하 '이 사건 양수채권')을 양도함

○ 피고는 2014. 1. 20. 甲에게 '압류진료비 채권압류 확인서'를 발급하여 팩스로 송부함

○ 甲은 원리금을 일부 상환하다가 2015. 11. 19. 자신이 운영하던 병원을 폐업하였음. 甲이 병원을 운영한 이후 폐업할 때까지 발생한 이 사건 양수채권 중 피고가 甲에게 지급을 보류하고 있는 요양급여비용은 약 6억 8,000만 원임

○ 甲은 2008. 9. 5. '2007. 11. 1.부터 의료기관을 개설할 수 없는 비의료인과 동업으로 병원을 운영하기로 하고, 의사인 자신의 명의를 빌려주어 비의료인이 의료기관을 개설하도록 하였다'는 범죄사실로 약식명령을 받았고, 약식명령은 이후 확정됨. 피고는 2007. 11. 1.부터 위 약식명령 발령일인 2008. 9. 5.까지 甲에게 요양급여비용으로 합계 약 9억 1,400만 원을 지급함

○ 원고가 피고를 상대로 이 사건 양수채권액의 범위 내에서 甲이 대출금을 일부 상환한 원리금을 변제충당하고 남은 금액을 청구한 사안임

◈ 판결요지 [1] 채권양도와 상계

▣ [관련판결] 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결 ⇨ 채권양도 CASE

○ "채권양도에 있어서 채무자가 양도인에게 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였다는 사정이 없거나 또는 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였더라도 양수인이 악의 또는 중과실의 경우에 해당하는 한, 채무자의 승낙 당시까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다고 할 것인데, 승낙 당시 이미 **상계를 할 수 있는 원인**이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 아니하였다 하더라도 그 후에 상계적상이 생기면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다."

- 상계는 형성권의 행사 ⇨ 일방적 의사표시에 의하여 법률효과가 발생함
- 따라서 상계에서 '원인행위', '원인관계' 등은 어색한 표현임
- 채권양도와 달리 채권압류에 관하여는 아래 대법원 전원합의체 판결에서 명확하게 판시함

▣ [관련판결] 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 全合 판결 ⇨ 채권압류 CASE

▶ 판결요지

○ "채권압류명령을 받은 제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위하여는, 압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채권이 **상계적상**에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권(수동채권)의 변제기와 **동시에 또는 그보다 먼저 도래**하여야 한다."

- 대법원이 채권양도와 채권압류의 경우에 관하여 위와 같이 판시를 다르게 하고 있어서 법리를 달리 하고 있는 것 아닌가 오해할 수 있으나, 두 법리는 다르지 않음
- 채권양도에 관하여도 2012년 전합 판결과 동일한 방식으로 판례가 정리가 되어야 하는데, 대상판결 사안에서는 쟁점이 아니어서 기존 1999년 판결을 인용하는 데에 그쳤음. 대법원의 태도에 대하여 논란이 있는 현실을 감안하면 이번 기회에 채권양도에 관하여도 2012년 전합 판결처럼 정리해 주었으면 좋았을 것이라는 아쉬움이 있음

▶ 채권압류·양도와 상계에 관한 학설

○ ① 상계적상설 : 압류·양도 당시에 상계적상에 있어야 한다는 입장임

○ ② 제한설(우리 판례의 다수의견) : 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 동시 또는 먼저 도래하면 상계할 수 있다는 입장임

○ ③ 무제한설(우리 판례의 소수의견, 일본의 판례) : 어느 쪽의 변제기가 먼저 도래하는지는 상관없고 결국 변제하기 전에 상계적상이 되면 그 때 상계할 수 있다는 입장임

- 일본의 판례는 이미 1970년대에 채권압류에 관하여 먼저 무제한설의 태도를 취하고, 몇 년 후에 채권양도에 관하여 다시 무제한설을 취함으로써 무제한설로 확립되었음

○ ④ 기대가능성설: 제3채무자에게 기대할 수 있는 정당한 이익이 있으면 상계할 수 있다는 입장임

○ 위와 같은 학설의 논쟁, 판례가 나온 경위 등을 살펴보면 채권양도와 압류의 경우에 법리가 다를 하등의 이유가 없음. 결국 우리 대법원이 채권압류에 대해서 제한설을 취한 이상, 양도에 대해서도 제한설을 취하고 있다고 보아야 하고, 현재까지 여기에 모순되는 판례는 없음

▶ 검토

○ 소수의견(무제한설), 일본 판례의 논거

- 자동채권과 수동채권은 서로 주고받는 채권이다 보니 변제기가 크게 차이나지 않는 경우가 많음. 그런데 자동채권이 수동채권보다 우연히 한 달, 보름 정도 변제기가 늦는다는 이유로 채권양도 또는 압류된 경우 채무자는 모두 갚아야 하고, 상대방으로부터는 돈을 못 받는다면 채무자 입장에서는 억울한 경우가 많이 발생할 수 있음

○ 다수의견(제한설)의 논거

- 소수의견의 결정적인 약점은 변제기가 크게 차이나는 경우에 있음. 변제기 차이가 많이 나는 경우 수동채권이 압류, 양도되어 소송이 들어와도 변제하지 않고 버티다가 자동채권의 변제기가 되면 그 때 상계할 수 있다고 보는 것은 바람직하지 않음
- 상계는 기판력에 저촉되지 않으므로, 심지어 채권이 압류·양도되고 소송이 들어와서 패소 확정된 이후에도 강제집행을 당하지 않고 버티다가 자동채권의 변제기가 도래하면 상계를 해 버릴 수 있고, 이후 청구이의의 소를 내면 승소하게 되는 결과를 초래함. 이는 제도적으로 불법을 용인하는 것이 되어 바람직하지 않음
- 변제기 차이가 적을 때의 채무자의 이익만 고려할 것이 아니라 그 반대의 경우까지 감안하면 결국 자동채권, 수동채권의 변제기 중 어느 것이 먼저 도래하는가를 기준으로, 즉 채권이 양도될 당시의 상황만으로 승패를 내주어야 분쟁이 해결되는 것이지, 채무자가 버티고 끌면 결국 이긴다는 법리를 세울 수는 없다고 할 것임

◈ 판결요지 [2] 이의를 보류하지 않은 승낙의 판단기준 ⇨ "상대방이 신뢰하였는가"

▶ 대상판결 요지

○ "채무자가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다. 그러나 이의를 보류하지 않은 승낙으로 말미암아 채무자가 양도인에 대하여 갖는 대항사유가 단절되는 점을 감안하면, 채무자가 이 조항에 따라 이의를 보류하지 않은 승낙을 했는지는 문제 되는 행위의 내용, 채무자가 행위에 이른 동기와 경위, 채무자가 행위로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도, 행위를 전후로 채무자가 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 **신뢰하게 할 정도**에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다.

- 채무자의 통지서를 보고 상대방(양수인)이 '아 이제는 내가 돈 받는 것은 보장이 되는구나.'라는 생각을 했다면 이의를 보류하지 않은 승낙을 해 준 것이고, 그러한 보장감을 느끼지 못했다면 이의를 보류한 것임

▶ 신뢰설

○ 법률행위의 근대적 해석에 관한 신이론

- 서울대 권영준 교수[14], 영국 계약법 학자 아티야(Atiyah)

○ 계약은 지켜져야 한다("pacta sunt servanda"). 그런데 계약은 왜 지켜져야 하는가?

⇨ 계약에 의하여 상대방이 가지게 된 신뢰를 보호해야 한다.

---

14) 권영준, "계약관계에 있어서 신뢰보호", 서울대학교 법학 제52권 제4호(2011년 12월), 215~278면

⇨ 계약에 의하여 상대방이 가지게 된 신뢰가 그다지 보호할 가치가 없다면 안 지켜도 된다는 논리로 이어짐

○ 그렇다면 “상대방이 가지게 된 신뢰의 사회적 보호 필요성의 강약”이 바로 계약을 어디까지 지키고 어디부터 안 지켜도 되는지를 판단하는 기준이 됨

▶ 대상판결 사안

○ 채무자인 피고 국민건강보험공단이 ‘압류 들어온 것이 없다’, 즉 ‘채권양도가 압류보다 선행한다’는 내용의 ‘압류진료비 채권압류 확인서’를 발급해 주었음. 그런데 양도인인 의사 甲이 채권양도 전에 비의료인에게 명의를 빌려주어 의료기관을 개설한 불법행위가 발각되어 그동안 국민건강보험공단으로부터 받은 진료비를 다 반환해야 되는 상황임

○ 자동채권의 변제기는 불법행위 손해발생시이므로 채권양도 훨씬 전에 발생한 것

○ 위 통지서를 받은 양도인 또는 이를 전달받은 양수인이 가진 기대는 ‘압류가 없다’는 것일 뿐이고, 채무자가 위 통지서를 작성해줌으로써 상대방에 대한 모든 대항사유를 포기한 것이라는 신뢰를 주었다고 볼 수는 없음 ⇨ 채권양수인은 보호받을 수 없음

○ 아티야 교수의 신뢰설은 법률행위의 해석에 관한 이론이지만, 다른 영역에서도 참고할 필요가 있음

▶ 원심 판단의 문제점

○ “피고는 확인서를 발급한 다음 2014. 1. 23.경부터 2015. 3. 16.까지 지속적으로 원고에게 이 사건 양수채권에 대한 변제로 합계 3,331,377,890원을 지급하였다.”(공보 p.1456)

- 피고도 양도인의 불법행위를 몰랐기 때문에 양도통지를 받은 이후에 실제로 33억 원을 양수인에게 지급하였음. 채권양도 통지 후 몇 년 동안 진료비로 33억 원을 지급받았는데 갑자기 예전에 양도인의 불법행위가 있었다는 이유로 이미 지급한 진료비의 부당이득반환청구를 당하는 상황이어서, 원고도 억울한 면이 없지 아니함
- 하지만 채권양수인이 보호받아야 할 신뢰는 확인서의 내용 그대로 ‘채권압류가 들어온 것이 없다’는 것에 한정됨

○ 원심 재판부는 이의 보류를 하지 않은 승낙을 한 것으로 판시하였으나, 대상판결 결론과 같이 위 확인서의 작성만으로는 이의를 보류하지 않은 승낙이라고 해석하기는 어려움

4 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다244054 판결 [소유권말소등기]

▣ 사안의 개요

○ 원고(甲 지역주택조합)는 상가 건물을 철거하고 그곳에 아파트를 신축하는 사업을 진행하였는데, 조합원 총회에서 조합원의 분담금액을 정하면서 사업시행대행사와는 사업비 과부족에 대하여 조합원의 추가 부담이 없는 지분제 방식인 확정분양가(3억 9천만 원)로 계약하기로 의결하고, 그에 따라 乙 주식회사와 사업시행대행 용역계약을 체결하였음. 이 경우 사업시행대행사는 일반 분양으로 이익을 취하되, 손해가 나면 이를 감수하게 됨.

○ 원고가 乙 주식회사 대표이사인 피고에게 이 사건 아파트·상가를 매도하고 소유권이전등기를 마쳤는데, 이후 피고를 상대로 총회결의가 없었음을 이유로 매매계약이 무효라고 주장하며 등기말소를 청구함

▣ 총유물의 처분과 사원총회의 결의

○ "총유물의 처분은 사원총회 결의가 있어야 한다?" ⇨ 정확한 것은 아님

○ 법조문에 주의할 것

- 민법 275조에 총유에 관하여는 "사단의 정관 기타 계약에 의하는 외에" 다음 2조의 규정에 의한다고 규정하고 있음[15)]

- 민법 276조를 보면 예외가 없는 것처럼 보이지만 예외를 275조에 규정해 놓았음

○ 결국 총유물의 처분은 "정관에 규정이 없을 때에만" 사원총회 결의에 의하고, 정관에 규정이 있으면 총회결의가 필요 없는 경우도 있음. 실수하기 쉬우므로 주의를 요함

▣ 대상판결 검토

○ 원고들이 정액을 지급하고 아파트 한 채를 분양받기로 해놓고 다른 아파트·상가에 욕심을 부리고 있는 상황임. 원고의 청구를 인용하는 것은 우선 형평에 반함

○ 원심은 총회 결의가 없었다고 보았음

○ 그런데 총회 결의 내용은 지분제 방식의 확정분양가로 乙 주식회사와 계약하기로 한 것임

☞ 이 결의는 그 자체로 "조합원에게 공급할 아파트를 제외한 나머지 아파트·상가는 乙 주식회사에 실질적인 처분권한을 부여하는 것"을 의미

○ 따라서 총회결의에 처분권한 부여의 결의가 포함되어 있음. 파기환송

---

15) **민법 제275조(물건의 총유)** ① 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.

② 총유에 관하여는 사단의 정관 기타 계약에 의하는 외에 다음 2조의 규정에 의한다.

제276조(총유물의 관리, 처분과 사용, 수익) ① 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.

② 각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용, 수익할 수 있다.

제277조(총유물에 관한 권리의무의 득상) 총유물에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득상실함으로써 취득상실된다.

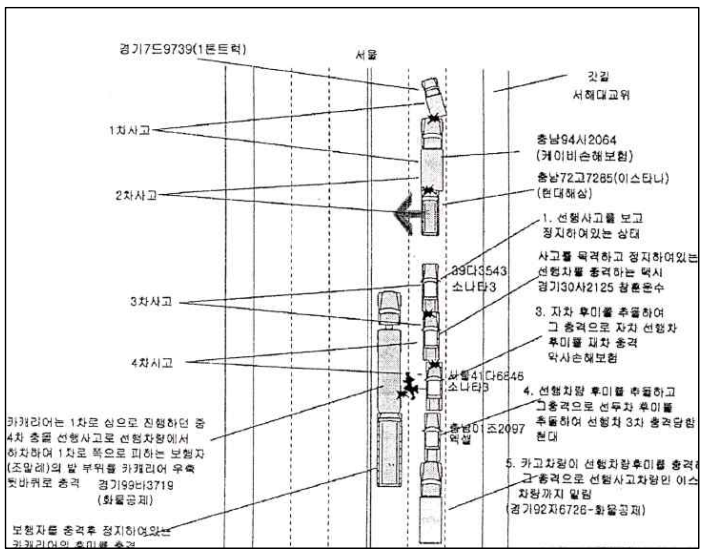
5 대법원 2019. 6. 27. 선고 2018다226015 판결 [구상금]

◈ 서해대교 29중 추돌사고 사건

▣ 사안의 개요

○ 2006년 서해대교에서 물안개가 많이 끼여 있는 새벽 시간에 1차, 2차 사고가 발생한 후 네 번째 차량은 급정거해서 추돌하지 않았는데 그 다음 차가 와서 추돌하여 29중 연쇄 추돌사고(12명 사망, 50명 부상)가 발생함

○ 쟁점 : 제일 처음에 사고를 일으킨 차량의 전방주시의무 태만의 과실이 중간에 끊긴 이후의 차들에 대해서도 인과관계가 이어지는지 아니면 중단되는지 여부



▣ 상당인과관계가 인정된다고 봄이 타당함

○ 상당인과관계는 조건적 인과관계에 대응되는 개념으로서, 조건적 인과관계가 있다고 해서 모두 인과관계가 있다고 볼 수는 없고, 통상적으로 '이런 경우에는 사고가 발생한다', '이 정도는 누구나 예상할 수 있다'라는 정도라면 상당인과관계를 인정할 수 있음

○ 후행차량들의 사고 역시 안개가 끼여 있는 대교 위에서 발생한 최초 사고 때문에 발생한 것으로 보아야 함. 그렇지 않고 중간 차량들의 사고 경위를 하나하나 고려하기 시작하면 점점 재판하기가 힘들어질 것임

▣ 원심 판결의 문제점

▶ 기존 대법원 판결와 반대되는 판결임

○ 서해대교 구상금 케이스는 이미 대법원 판례가 있었음(대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다28390 판결)

- 원고 동부화재해상보험 / 피고 엘아이지손해보험 / 사건명 구상금
- 상당인과관계를 인정하는 취지로 파기환송

○ 서해대교 사건에 대해서 이미 2012년에 상당인과관계를 인정하는 파기환송판결이 있었는데 그로부터 5년 후인 2017년에 판결을 하면서 반대의 결론을 내린 것은 명백한 잘못임

- 물론 당사자가 다르고 소송물이 달라서 기판력이 미치지는 않지만, 대법원의 판단은 존중되어야 하고, 반대되는 판결을 해 봐야 파기될 것이므로 당사자만 괴롭게 하는 것임

▶ 원심 판결이유 중 "제1심 법원의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 인정된다."라는 기재도 잘못임

○ 민사 항소심은 속심

- 민사 항소심에는 항소이유서라는 제도 자체가 없음. 민사 항소심에서 내는 첫 번째 서면의 이름은 '준비서면'임
- 심리는 1심과 2심을 거쳐서 계속 이어지는 것임
- 민사 항소심 판결문에는 마지막에 1심과 비교하기 전까지는 1심 판결을 언급하는 내용을 기재하여서는 안 됨

○ [비교] 형사 항소심은 사후심적 성격이 강함

- 형사 항소심에서 항소이유서를 안내면 항소기각 결정 [끝]

1 대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결 [손해배상(기)등]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고 회사의 발행 주식 11%를 보유하고 있으며, 원고 회사에서 이사 또는 대표이사로 근무하다가 퇴임한 후, 이사로 재취임한 사람임

○ 피고는 원고 회사에서 대표이사로 재직한 기간 중에 원고 회사로부터 성과상여금 및 특별상여금 1억 8,880만 원을 지급받았고, 2차례에 걸쳐 퇴직금을 중간정산 받았음

○ 원고 회사가 피고를 상대로 상여금 및 중간정산한 퇴직금 등의 반환을 청구한 사안임

▣ 이사의 지위

▶ 이사는 주주총회에서 선임(상법 382조 1항)

○ [참고] 대표이사는 이사회 결의로 선정(상법 389조 1항)

▶ 민법의 위임에 관한 규정을 준용(상법 382조 2항) ⇨ 전형적인 위임계약

○ 이사의 선관주의의무 내지 충실의무는 결과채무가 아니라 수단채무적 성격

▶ 이사와 회사의 법률관계

○ 두 개의 법률관계가 동시에 존재함

1 단체법적 원리 ⇨ 조직법적으로, 주주총회에서 이사를 선출하여 회사의 이사회 구성원이 되고, 이사회에서 대표이사를 선임할 권리를 보유하는 관계

2 개인법적 원리 ⇨ 회사에서 일하고 보수를 받는 관계

○ 위 두 원리의 관계(대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결)

- 주주총회에서 이사로 선임하는 결의는 있었는데, 보수, 기사 제공 여부 등 근로조건 협의하는 과정에서 대표이사가 임용계약 체결을 거부한 사안
- 쟁점 ⇨ 임용계약이 체결되지 않았으므로 이사라고 볼 수 없는지가 문제됨
- 결론[16]

⇨ 주주총회 선임결의 후 본인이 동의하면 이사로서의 지위를 이미 취득한 것임. 별도의 임용계약은 필요 없음. 이사회에서 대표이사를 선임하는 권한을 행사할 수 있음

⇨ 임용계약이 없으므로 이를 전제로 하는 보수 청구권 등은 행사할 수 없음

- 이사의 지위에 위 두 가지 성격이 혼용되어 있는 부분을 정확하게 이해해야 함

16) "이사·감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와 사이에 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사·감사의 선임을 주주총회의 전속적 권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 이사·감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다."

▣ 이사의 보수(상법 388조)

▶ "이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다."

▶ 강행규정 ⇨ 강행규정에 위반된 계약은 무효

○ 회사와 이사 사이에 체결한 위임계약 중 보수에 관한 약정 부분이 무효라는 의미임

○ 보수약정이 무효일 경우 위임계약 전체가 무효가 될 수도 있고, 아닐 수도 있음

⇨ 일부무효의 법리로 해결

▶ 판례는 법률규정을 확대해석하고 있음

○ "이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정되어 있는 경우 그 금액, 지급방법, 지급시기 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사의 보수 청구권을 행사할 수 없다."(대법원 92다28228 판결)

○ 법률에는 '액수'만을 규정하고 있으나, 판례는 '지급방법, 지급시기'에 대한 결의까지 요구함

○ 대상판결의 요지 ⇨ "퇴직금 중간정산에 관한 주주총회 결의가 없었다면 퇴직금을 중간정산으로 미리 받을 수 없다."

○ 증명책임 ⇨ 이사에게 있음

▣ 대상판결과 관련하여 주의해야 할 두 가지 사항

▶ ① 1인회사의 경우

○ 실제로 우리나라 회사는 상장회사를 제외하고는 1인회사가 상당히 많음

○ 1인회사에서 주주총회 결의 없이 퇴직금을 주었다면?

- 1인회사라서 주주총회를 개최하지도 않고 주주총회의사록조차 만들어 놓지 않았더라도 주주총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 있음(대법원 2004다25123 판결)
- 결국 1인회사의 경우에는 대상판결이 적용되지 않음

▶ ② 주주총회 결의가 있으면 언제나 아무런 하자가 없는 것인가?

○ 법원의 견제 ⇨ 회사에 대한 배임행위로서 무효가 될 수 있음(대법원 2014다11888 판결[17])

○ 회사 입장에서는 ① 먼저 주주총회결의가 없었다는 주장과 ② 결의가 있었더라도 액수가 지나치게 과다하여 무효라는 주장을 하면 둘 다 판단을 받을 수 있음

---

17) "회사에 대한 경영권 상실 등으로 퇴직을 앞둔 이사가 회사에서 최대한 많은 보수를 받기 위하여 그에 동조하는 다른 이사와 함께 이사의 직무내용, 회사의 재무상황이나 영업실적 등에 비추어 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어나는 보수 지급 기준을 마련하고 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 소수 주주의 반대에 불구하고 이에 관한 주주총회결의가 성립되도록 하였다면, 이는 회사를 위하여 직무를 충실하게 수행하여야 하는 상법 제382조의3(이사의 충실의무)에서 정한 의무를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 배임행위에 해당하므로, 주주총회결의를 거쳤다 하더라도 그러한 위법행위가 유효하다 할 수는 없다."

[2] 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018다284226 판결 [손해배상(기)]
[7] 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다239608 판결 [손해배상(기)]
[8] 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다242727 판결 [건물명도]

◈ 상가건물 임대차보호법상 권리금 보호규정

▣ 서론

○ 앞으로 권리금에 관한 사건이 굉장히 많이 들어올 것으로 예상됨

○ 2019. 7. 1.자 판례공보 [6] 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다225312, 225329 판결

- 법률이 계약갱신을 보장해주는 기간(개정 전 5년, 현행[18] 10년)이 지난 이후에도 권리금 주장을 할 수 있는지 여부 ⇨ 적극

▣ 권리금 보호규정의 타당성

▶ 권리금 발생의 이론적 근거

○ 임대료의 이론적 근거 ⇨ "리카르도의 지대론"

- 황무지에서는 누구나 농사짓고 수익을 올릴 수 있는데 그보다 조금 더 가까운 곳에 비옥한 토지가 있어 이동거리도 짧고 소출이 조금 더 많이 나온다면, 이 땅을 임대하는 경우 '황무지에서 공짜로 올리는 산출물'과 '가까운 토지에서 더 많이 거둘 수 있는 산출물'의 차액, 즉 '초과이윤'이 임대료의 이론적 근거가 됨

○ 권리금도 위와 비슷한 설명이 가능함

- 권리금 발생원인 [1] 같은 지역에 있는 다른 건물보다 초과이익이 있는 경우 ⇨ B건물이 A건물보다 목이 좋아 장사가 더 잘되는데도 임대료가 같다면 B건물에서 초과이윤이 발생함. 위 초과이윤이 신규임차인으로부터 받을 수 있는 사회적 이익으로서 권리금 발생의 근거가 됨
- 권리금 발생원인 [2] 임차인이 지출한 시설비 회수 목적 ⇨ 임차인이 점포를 커피숍으로 변경하는 데에 1억 원을 들였는데 1년 후 그만두게 되는 경우, 새로운 임차인으로부터 시설 설치비용을 받고 나가는 것이 합리적임. 커피숍을 이어받아 운영하려는 새로운 임차인도 손해는 아님

▶ 사실 권리금 보호규정 자체는 경제학적으로는 비합리적인 면이 있음

○ 임대인 입장에서는 임대료를 올려서 초과이윤을 없애는 것이 합리적임

- 초과이윤이 발생한다면 임대료를 올려도 계속 임대차가 유지될 것이므로 경제학적으로는 임대인은 초과이윤에 의한 권리금이 발생되지 않도록 임대료를 올릴 것이고, 그렇게 균형

---

18) **상가건물 임대차보호법 제10조(계약갱신 요구 등)**
② 임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 10년을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다. <개정 2018. 10. 16> (부칙 제2조에 의하여 2018. 10. 16. 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용)

이 잡히는 것이 시장경제체제임

○ 그런데 상가건물 임대차보호법은 임차인에게 권리금에 대한 권리를 인정해주고 있음

- 임대인 입장에서는 임차인이 권리금을 많이 받는 경우 건물에 초과이윤이 있는 것이므로 신규임차인으로부터 임대료를 올려 받고 싶어 할 텐데, 상가건물 임대차보호법 10조의4 1항 3호[19]는 새로운 임차인에게 차임을 많이 요구하는 것을 권리금을 보호해주는 사유로 규정함

▶ 그러나 현실적으로는 타당한 법률이라고 생각함

○ 권리금 보호규정은 임대인이 임차인을 강제로 내보낼 때는 권리금을 보장해 주라는 규정임

- 우리나라에서 장사가 잘되는 상가의 경우 권리금을 주고 들어가는 경우가 대부분인데, 임대인이 나가 달라고 해서 쫓겨나면 임차인은 임대기간 동안 번 것을 몽땅 날리는 경우가 허다함
- 실제 현실에서 임차인이 키워 놓은 권리금인 경우보다 자기가 주고 들어간 권리금인 경우가 훨씬 더 많은데, 그동안 유지되던 권리금이 자기 대에서 끊기면 손해를 보게 됨
- 이러한 사회현실을 감안하면 권리금을 보장해 주어야만 임차인이 일할 의욕도 생기고 임대차에 관한 정의가 실현될 수 있다고 생각함

○ 임차인이 권리금을 주고 들어간 것이 아니고, 영업기간 동안 장사가 잘 된 것도 아니어서 권리금을 주고 들어오겠다는 사람도 없는 경우에는 임차인도 이를 요구하지 않고 조용히 나갈 것임

○ 실제 재판에 들어오는 사건 중에는 권리금을 회수하지 못하여 피해 보는 임차인들을 보호할 필요성이 있는 사건들이 훨씬 더 많을 것이라고 생각함. 그러한 점에서는 이런저런 문제에도 불구하고 타당하고 훌륭한 법률이라고 생각함

▣ 권리금과 관련된 실무적 쟁점

▶ 1 어떠한 경우에 보호를 해 주어야 하는가?

○ 차례차례 판례가 나오고 있는데, 판사 입장에서 '보호해 줄 만하면 보호해 주면 됨'

- 임차인이 권리금을 내고 들어왔는데 집 주인이 아들이 커피전문점을 해야 하니까 나가달라고 하는 경우 ⇨ 신규임차인을 구해올 필요 없고, 권리금 보호의 필요성 인정【대상판결 2 대법원 2018다284226 판결】
- 반대로, 임차인이 권리금을 내고 들어온 것도 아니고, 권리금을 받을 만한 위치에 있지도 않아서, 아무런 권리 주장 없이 조용히 나갔다가 나중에서야 권리금을 주장하는 경우 ⇨ 권리금 보호의 필요성 부정

---

19) **상가건물 임대차보호법 제10조의4(권리금 회수기회 보호 등)**
① 임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. 다만, 제10조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
3. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위

- 권리금을 받을 만한 자격이 있는지 여부는 재판부에서 심리하면 비교적 뚜렷하게 구분이 될 것으로 생각함

▶ ② 얼마나 보호를 해 줄 것인가? - 액수의 문제

○ 신규임차인과 사이에 권리금 3억을 주기로 했다는 내용의 확인서를 작성해서 오는 경우

- 재판을 위해서 확인서를 만들었을 가능성이 높고, 신규임차인은 확인서 액수를 얼마로 써 주든지 자신과는 이해관계가 없어서 믿기 어려우므로, 위 금액을 그대로 인정할 수는 없음. 그렇다고 위 금액 외에 다른 금액으로 정할 방법도 마땅치 않아서 재판할 때 고민이 될 것으로 생각함. 대법원에서 심불기각 외에 유의미한 판시를 한 사례가 아직 없음
- 하급심의 경우, 임차인이 주선한 사람(결국 신규임차인이 되지 못한 사람)과 합의했다는 권리금 액수를 깎아서 인정하는 것이 대부분임. 감정을 한 사건도 있음

○ 이 경우 권리금 액수를 대폭 깎아서 '정당한 권리금은 얼마 정도라고 봄이 타당하다.'라고 설시하면 상급심에서도 다른 금액을 제시할 방법이 없어서 파기하기 어려움

- 실제로 임차권을 양도했으면 받았을 권리금의 액수를 정확하게 입증할 방법이 없음
- 이러한 경우 금액을 너무 정확하게 설시하면 오히려 위험하고, 관련된 사정들을 모두 종합하여 법원의 재량으로 천만 원 단위 정도로 적절히 인정하는 것이 바람직함

▶ ③ 재건축 또는 리모델링의 경우

○ 재건축은 임대인이 유리함

- 재건축하는 것이 '정당한 사유'가 아니라고 하면 노후·불량한 건물을 그냥 방치하라는 것이 되어 부당함

○ 리모델링은 애매한 경우가 있음

- 건물 개축을 이유로 신규임차인과 임대차계약 체결을 거절하는 경우 '정당한 사유'에 해당하는지 여부에 관한 판례는 아직 없음. 각 임차인들의 임대기간이 각각 보장이 되므로 개축을 이유로 임차인들을 내보내는 데에 1~2년이 걸리는데, 2년 후에 임차인을 모두 내보내고 건물을 철거한 후 새로 지었거나 두세 달 리모델링한 후 새로 임차인을 구한 경우 권리금이 어떻게 될 것인가. 그 경우 권리금을 주장할 수 있을지 여부가 중요한 문제가 될 것임
- 판례를 좀 더 기다려봐야 함

▶ ④ 동시이행관계

○ 권리금과 건물 명도는 동시이행관계가 될 수 없음【대상판결 ⑧ 대법원 2018다242727 판결】

○ 동시이행관계는 기본적으로 쌍무계약일 때 성립함. 판례는 나아가서 견련성만 있어도 형평의 원칙에 따라 동시이행을 인정하는 경우 많음

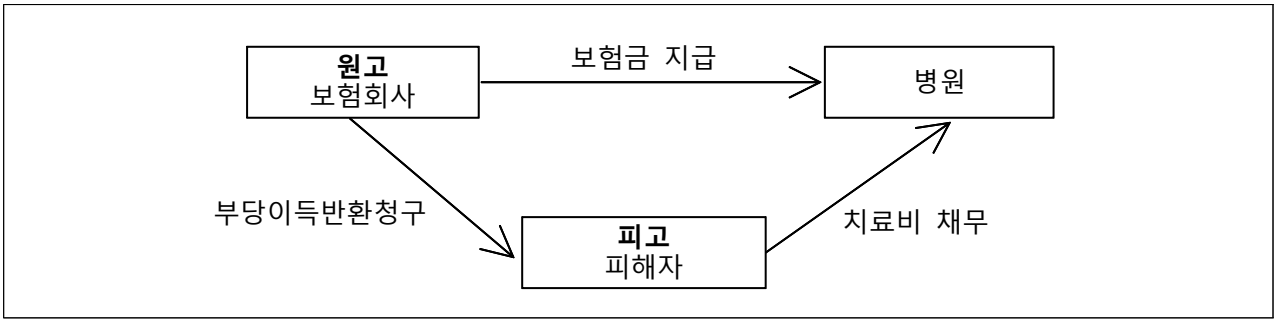
○ 그러나 권리금은 임대인 입장에서 지급해야 하는 금액을 알 수 없기 때문에 형평의 관점에서도 동시이행관계를 인정해 줄 수 없음

3 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018다304229 판결 [채무부존재확인]

▣ 사안의 개요

○ 교통사고 피해자인 피고가 복합부위통증증후군(CRPS)으로 병원에서 치료를 받았는데 교통사고와 위 증상 사이의 상당인과관계가 부정됨

○ 원고 보험회사가 건강보험심사평가원의 심사결과에 대하여 이의를 제기하지 않고 의료기관에 진료비를 지급한 후 상당인과관계가 인정되지 않는 부분의 진료비에 대하여 피고에게 부당이득반환을 청구한 사안



▣ 대상판결 요지

○ 자배법에 '의료기관'과 '보험회사' 사이의 이의제기는 심의회를 따로 두고 있고, 이의를 하지 않으면 확정이 되어 더 이상 다투지 못하게 하는 합의 간주 규정이 있음[20]

○ 피고 주장 : "원고가 심사결과에 대하여 이의하지 않았다면 보험금 지급의무를 인정한 것 아닌가?" ⇨ 받아들일 수 없음

- 의료기관과 보험회사 사이에 '판결'로써 보험금 지급의무가 있다고 결론이 났다 하더라도, 당사자가 달라 기판력이 미치지 않으므로 피해자에 대해서는 적용이 안 됨

○ 이의를 하지 않은 경우에 대한 합의 간주 규정이 있다고 해서, 보험회사와 피해자 사이에서 그 합의가 존중되어야 할 이유가 없음

▣ 부당이득 법리에 관한 검토

○ 이 사건에서 피해자(피고)가 얻었다는 부당이득은 치료비인데, 피해자가 병원에 대해서 부담하는 치료비 채무가 소멸하였는가?

---

20) **자동차손해배상보장법 제19조(자동차보험진료수가의 심사 청구 등)**
① 보험회사등과 의료기관은 제12조의2 제2항에 따른 심사결과에 이의가 있는 때에는 이의제기 결과를 통보받은 날로부터 30일 이내에 심의회에 그 심사를 청구할 수 있다.
③ 제12조의2 제1항에 따른 전문심사기관(건강보험심사평가원)의 심사결과를 통지받은 보험회사등 및 의료기관은 제1항의 기간에 심사를 청구하지 아니하면 그 기간이 끝나는 날에 의료기관이 지급 청구한 내용 또는 심사결과에 합의한 것으로 본다.

- 피고가 치료받은 증상이 이 사건 교통사고로 인한 것이 아니어서 원래 보험회사는 보험금을 지급할 의무가 없었음. 그렇다면 실체법적으로는 병원이 보험회사에 보험금을 부당이득으로 돌려줄 의무가 있고, 이론상으로는 피해자는 병원에 대하여 아직도 치료비 지급의무를 부담하고 있음

○ 만약 원고가 이의를 해서 재판이 진행 중이라면 피고에 대한 부당이득반환청구가 인정될 것인가?

- No. 병원은 재판에서 지면 보험회사에 치료비를 돌려줘야 하고, 다시 피고로부터 받아야 하므로, 피고의 치료비 지급의무가 아직 소멸되지 않았음 ⇨ 부당이득반환청구 기각

○ 그러나 이 사건에서는 평가원의 심사결과가 확정이 되어 버렸기 때문에 보험회사가 병원으로부터 치료비 반환을 받을 방법이 현실적으로 없음

- 만약 보험회사가 병원을 상대로 소송하면 보험사고인지 아닌지 따져볼 것도 없이 합의를 이유로 부당이득반환청구는 기각될 것임

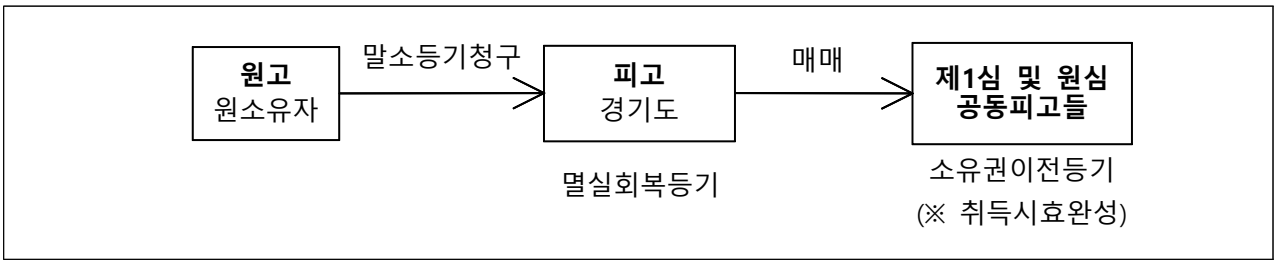
- 즉, 실체법적으로 부당이득이라 하더라도 현실적으로는 부당이득반환청구권을 실현시킬 방법이 없는 상황임. 그렇기 때문에 병원에서는 피해자에게 치료비를 청구할 가능성이 없고 결국 피해자가 이득을 봤다는 것이 대상판결의 요지임

○ 부당이득을 반환해야 하는지 여부는 형평의 원리로 맞춰주면 됨

- 부당이득이 있느냐 없느냐의 문제는 기교적으로 접근하면 틀릴 위험이 높고, 형평의 관점에서 어떻게 해야 서로 손해 보지 않고 정리가 되는지를 늘 염두에 두어야 함

4 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결 [소유권이전등기절차이행]

▣ 사안의 개요



○ 이 사건의 소송물 ⇨ 말소등기청구권(물권적 청구권)

○ 피고의 항변 ⇨ 원고의 소유권 상실

- 물권적 청구권에서 '소유권의 존재'는 요건사실
- '소유권의 취득'을 원고가 입증하고, '소유권의 상실'은 피고가 입증함
- 만약 피고 경기도 이후에 제1심 및 원심 공동피고들(이하 '공동피고들')이 시효취득하면 원고가 소유권을 상실하므로 요건사실 중 '소유권 존재'의 흠결이 생겨서 원고 청구를 기각함

○ 이 사건에서 원심은 공동피고들에 대해서는 원고 청구를 기각하였는데, 피고 경기도에 대해서는 원고 청구를 인용함

- 원고→피고 경기도→공동피고들로 순차등기가 되었는데, 공동피고들에 대해서는 시효취득을 이유로 청구기각하고, 피고 경기도에 대해서는 승소 판결을 해 줌
- 통상공동소송이므로 절차법상으로는 가능한 판결임(공동소송인 독립의 원칙)

▣ 원심 판결의 문제점

○ 피고 경기도의 항변 1 매수 항변[자료 p.25(원심판결문 p.11)]

⇨ 매수 사실 증거 없으므로 배척함

○ 피고 경기도의 항변 2 "피고 경기도의 시효취득" 항변[자료 p.26(원심판결문 p.14)]

⇨ 피고 경기도의 시효취득 사실을 인정할 증거가 없으므로 배척함

○ 원심은 변론주의를 중시함

- 피고 경기도가, 달리 원고가 소유권을 상실했다는 주장을 하지 않았으므로 그에 대한 판단 없이 원고 승소판결을 한 것임

○ 이는 정의에 부합하는 판결이라 보기 어려움

- 같은 소송에서 공동피고들이 자기들이 시효취득해서 원고는 소유권을 상실했다고 주장하

고 있고, 피고 경기도는 자기가 시효취득했으니까 원고가 소유권을 상실했다고 주장하면서 계속 입증을 하였는데, 결국 공동피고들만 취득시효 입증에 성공한 사건임

- 그런데 시효취득 항변은 원고의 소유권 상실을 주장하는 것이므로, 피고 경기도가 시효취득을 하였든 공동피고들이 시효취득을 하였든 상관이 없음
- 즉, 피고 경기도의 항변사실은 정확하게는 '내가 시효취득'했다는 것이지만 이런 경우 석명을 하여 주장을 정리하거나 선해를 하여 항변제목을 '시효취득에 따른 소유권 상실'로 잡고, 공동피고들이 시효취득을 하였음을 이유로 피고 경기도에 대하여도 청구기각을 했었어야 함
- 만약 피고 경기도가 불출석 했다면 원심판결과 같은 판결을 할 만하지만, 출석을 하여 원고가 소유권이 없다고 다투고 있는 상황이므로, 변론주의에 따라 피고 경기도에게 귀책사유를 물어 원고 승소판결을 할 수 있는 사건이라 볼 수 없음

5 대법원 2019. 7. 10. 선고 2016다205540 판결 [매립물제거등]

▣ 사안의 개요

○ 피고 김포시가 30여 년 전 쓰레기매립지 인접토지에 상당한 양의 쓰레기를 매립하였고, 그 후 위 토지의 소유권을 취득한 원고가 이를 발견하고 피고 김포시를 상대로 소유권에 기한 방해배제청구로서 매립물 제거 등을 구한 사안

○ 원심은 원고의 청구를 인용하였으나, 대법원은 쓰레기가 토양과 분리하기 어려운 상태가 되어 소유권에 대한 침해가 지속되고 있다고 볼 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 토지오염에 대한 물권적 청구권 행사

▶ 근거규정 ⇨ 민법 214조(소유물방해제거, 방해예방청구권)[21]

▶ 요건은 '방해'

○ 물권적 청구권의 특징은 불법행위와 달리 귀책사유가 필요 없음

- 집에 있던 나무가 태풍에 옆집으로 넘어가는 경우, 홍수가 나서 떠내려간 경우 물권적 청구권으로 해결할 수 있는가에 관해서는 독일에서도 판례가 나뉘고 복잡함. 민법주해(양창수 대법관님) 참조

▶ [관련판결] 대법원 2003다5917 판결

○ 대상판결과 거의 동일한 사안

- 피고 광명시가 1984년 토지에 연탄재 등을 매립하여 양질의 농지로 만들어주겠다고 제의한 후 건설폐기물 등을 파묻어 버렸고 20여 년 지난 후에 이를 발견한 사안
- 원고가 물권적 청구권으로 쓰레기 수거 및 원상복구 청구를 하였으나 기각 판결함[22]

○ 판결 이유 ⇨ "손해배상청구 할 사안이지 물권적 청구권 행사할 사안이 아님"

○ 구별기준 ⇨ '방해가 현재 진행되고 있느냐' vs '침해는 다 끝나고 손해배상만 남은 상황이냐'

- "이 사건 토지 지하에 매립된 생활쓰레기는 매립된 후 30년 이상 경과하였고, 그 사이 오니류와 각종 생활쓰레기가 주변 토양과 뒤섞여 토양을 오염시키고 토양과 사실상 **분리하기 어려울 정도**로 혼재되어 있다고 봄이 상당하며, 이러한 상태는 과거 피고의 위법한 쓰레기매립행위로 인하여 생긴 결과로서 토지 소유자인 원고가 입은 손해에 불과할 뿐 생활쓰레기가 현재 원고의 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있는 것이라고 볼 수 없다."(공보 p.1530)

---

21) **민법 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권)** 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

22) [1] 소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니 되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다 할 것이다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다. [2] 쓰레기 매립으로 조성한 토지에 소유권자가 매립에 동의하지 않은 쓰레기가 매립되어 있다 하더라도 이는 과거의 위법한 매립공사로 인하여 생긴 결과로서 소유권자가 입은 손해에 해당한다 할 것일 뿐, 그 쓰레기가 현재 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있다고 볼 수 없다는 이유로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사할 수 없다고 한 사례.

○ 물권적 청구권은 피고의 물건이 내 물건에 들어와서 손해를 가한다는 것인데, 쓰레기가 섞인 지 30년이 경과하여 땅 속에 다 스며들고 해체되어 어느 것이 피고 물건인지 모르게 된 상황이라면 흙 속에서 피고 물건을 따로 제거할 방법도 없고, 내 땅이 완전히 오염돼서 이미 손해가 확정된 것이므로 물권적 청구권으로 해결할 사안이 아니라는 결론임

○ 만약 파묻은 지 얼마 지나지 않아서 현재 한 쪽 공간에 파묻혀있는 경우라면 오염이 계속되고 있으니까 방해배제청구 할 수 있지만, 파묻은 지 오래되어 분리가 불가능한 상황이라면 손해가 확정되었으므로 더 이상 방해를 멈춰달라는 청구는 할 수 없고, 손해배상청구를 하여야 함

▶ 대상판결 검토

○ 대상판결의 원심은, 손해배상청구권의 시효가 완성된 상황이어서 물권적 청구권을 기각해 버리면 피해자를 구제할 방법이 없다는 점에서 위 대법원 2003다5917 판결의 결론을 따르지 않은 것으로 보임[23)]

○ 그런데 손해발생 시점에 관하여 아래 대법원 2009다66549 전합 판결이 나옴으로써 이제 토지오염 관련 분쟁의 법리는 모두 해결되었음

- "토지 취득자가 오염 사실을 발견하고 이를 제거하여야 할 때에 그 제거로 인한 손해가 현실화된다. 피고의 불법행위는 원고가 건축물 부지에 존재하는 오염토양 등의 처리업무에 대하여 도급을 준 무렵인 2005. 3.경 그 비용 지출에 관한 원고의 손해가 현실화되어 완성되었고 원고의 손해배상채권도 그때 발생하였다."[24)]

○ 대상판결 사안에서 원고가 예비적 청구로 손해배상청구를 하였기 때문에, 파기환송심은 이제 예비적 청구를 인용하면 됨

▣ [관련판결] 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결

▶ 견해의 대립

○ 다수의견 ⇨ "매립행위를 한 토지소유자가 현재 소유자에게 불법행위책임을 진다."[25)]

---

23) 1심이 대법원 2003다5917 판결 법리를 설시하여 청구 기각하였는데, 원심은 위 판결을 언급하지 않고 법리를 만들어 청구 인용하였음

24) "불법행위에 의한 손해배상채권의 경우에 민법 제766조 제2항에서 정한 소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'은 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생된 날을 의미하며(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결 등 참조), 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2000다53038 판결 등 참조)."

25) "토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출 유출하거나 투기 방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 처리하지 않은 상태에서 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래의 상대방 및 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다. 그리고 토지를 매수한 현재의 토지 소유자가 오염토양 또는 폐기물이 매립되어 있는 지하까지 토지를 개발·사용하게 된 경우 등과 같이 자신의 토지소유권을 완전하게 행사하기 위하여 오염토양 정화비용이나 폐기물 처리비용을 지출하였거나 지출해야만 하는 상황에 이르렀다거나 구 토양환경보전법에 의하여 관할 행정관청으로부터 조치명령 등을 받음에 따라 마찬가지의 상황에 이르렀다면 위법행위로 인하여 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용의 지출이라는 손해의 결과가 현실적으로 발생하였으므로, 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상책임을 진다."

○ 소수의견 ⇨ “자기 땅에 폐기물을 묻었다고 해서 토지의 최종 매수인에게 불법행위책임을 진다고 볼 수는 없다.”[26]

▶ **검토**

○ 소수의견이 논리적으로는 타당해 보이기도 함

- 자기 땅에 건설폐기물을 묻었다 하더라도 자신이 손해를 입는 것일 뿐이므로 불법행위가 된다고 보기 어려움
- 토지를 매수한 상대방한테 담보책임을 지면 되는데, 자기 땅에 폐기물을 묻는 것이 사회적으로 불법이 아님에도, 계약관계도 없는, 전전취득한 제3자에 대하여 왜 불법행위책임을 부담하는지 설명하기 어려움
- 다수의견이 내세운 근거 중에 소유자가 전전취득한 제3자에 대하여 불법행위를 진다는 합리적인 근거를 찾기는 어려움[27]

○ 그러나 구체적 타당성의 관점에서 불법행위를 인정해야 하는 상황이었음

- 땅 속에 폐기물을 엄청나게 많이 파묻었고 최종매수인의 피해가 수십 억 원에 이를 정도로 막대해서 최초 토지 소유자에게 손해배상을 받아야만 정의에 부합하는 사안이었음

○ 다수의견은 형평, 정의관념을 더 중요시하는 입장임

- 산업쓰레기는 업체에 비용을 지불하고 처리하여야 하고 자신의 토자라고 하더라도 파묻는 것을 허용하여서는 안 됨. 파묻었다가 수십 년 후에 발견 되어도 끝까지 책임을 지는 쪽으로 법리 구성을 하여야 앞으로 국토가 깨끗해 질 것임

○ 결론(현재 판례의 태도를 암기하면 충분함)

- 자기 소유의 땅이라 하더라도 토지 오염 물질을 대량으로 파묻어 손해가 발생하면 최종매수인에게 불법행위 책임을 부담함.
- 최종 매수인이 위 토지오염을 제거할 때 발생하는 비용을 손해라고 평가하기 때문에 시효도 거의 문제되지 아니함

---

26) “자신의 토지에 폐기물을 매립하거나 토양을 오염시켜 토지를 유통시킨 경우는 물론 타인의 토지에 그러한 행위를 하여 토지가 유통된 경우라 하더라도, 행위자가 폐기물을 매립한 자 또는 토양오염을 유발시킨 자라는 이유만으로 자신과 직접적인 거래관계가 없는 토지의 전전 매수인에 대한 관계에서 폐기물 처리비용이나 오염정화비용 상당의 손해에 관한 불법행위책임을 부담한다고 볼 수는 없다.”

27) “이는 구 환경정책기본법이 선언한 기본이념으로서(제2조), 이를 반영하여 구 환경정책기본법은 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 인정하는 한편, 일상생활에 따르는 환경오염과 환경훼손을 줄이고 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하도록 의무를 지우고(제6조), 사업자에게는 그 사업활동으로부터 야기되는 환경오염 및 환경훼손에 대하여 스스로 이를 방지함에 필요한 조치를 하여야 하며, 국가 또는 지방자치단체의 환경보전시책에 참여하고 협력하여야 할 책무를 지우며(제5조), 나아가 자기의 행위 또는 사업활동으로 인하여 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 야기한 자는 그 오염·훼손을 방지하고 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 지며 환경오염 또는 환경훼손으로 인한 피해의 구제에 소요되는 비용을 부담하는 것이 원칙임을 밝히고(제7조), 사업장 등에서 발생되는 환경오염 또는 환경훼손으로 인하여 피해가 발생한 때에는 해당 사업자가 그 피해를 배상하여야 하며, 사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 그 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자가 연대하여 배상하도록 함으로써, 환경오염의 피해에 대하여 무과실책임을 지우고 있다(제31조).”

6 대법원 2019. 7. 10. 선고 2017다209761 판결 [특허권침해금지청구의소]

▣ 특허소송의 종류

▶ 1 등록관계 소송

○ 특허는 등록되어야 권리를 갖기 때문에 등록된 권리를 무효로 만드는 소송

○ 특허심판원의 심결 → 불복하면 특허법원이 1심 → 불복하면 대법원이 2심

▶ 2 침해금지 및 손해배상청구 소송

○ 특허권자가 자신의 특허와 비슷한 것을 사용하는 자를 상대로 침해금지 또는 손해배상을 청구하는 사건

○ 1심은 일반 민사법원 관할

- 기술인력의 도움이 필요하므로 관할을 전국 5대 지방법원으로 좁혀 놓았음(2019. 3. 1. 이후로는 수원고등법원 신설로 6대 지방법원)
- 다만 다른 곳에 관할이 있더라도 서울중앙지방법원에 제기할 수 있음

○ 2심은 특허법원으로 관할 집중(2015. 12. 1. 법률 제13522호로 개정되어 2016. 1. 1.부터 시행된 법원조직법 28조의4 2호[28])

▣ 청구범위의 해석

○ 특허출원명세서는 '청구범위'와 '발명의 설명'으로 이루어짐

- '청구범위'에는 특허받고자 하는 사항을 글로 기재함
- '발명의 설명'에는 발명의 개요, 해결하려는 과제, 발명의 효과 등을 기재함

○ 청구범위를 글로 표현하다 보니 계약의 해석과 동일한 문제가 발생함

- "특허발명의 보호범위는 특허청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여야 한다. 거기에 기재된 문언의 의미내용을 해석할 때 문언의 일반적인 의미내용을 기초로 하면서도 발명의 설명 및 도면 등을 참작하여 객관적·합리적으로 하여야 한다."

---

28) **법원조직법 제28조의4(심판권)**

특허법원은 다음의 사건을 심판한다. <개정 2015.12.1>

2. 「민사소송법」 제24조 제2항 및 제3항에 따른 사건의 항소사건

민사소송법 제24조(지식재산권 등에 관한 특별재판적)

② 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원의 전속관할로 한다. 다만, 서울고등법원이 있는 곳의 지방법원은 서울중앙지방법원으로 한정한다. <신설 2015.12.1>

③ 제2항에도 불구하고 당사자는 서울중앙지방법원에 특허권등의 지식재산권에 관한 소를 제기할 수 있다. <신설 2015.12.1>

- 기본적으로 청구범위가 권리의 기준이 되는 문언이기 때문에, 청구범위에 있는 것을 좁혀서 해석해도 안 되고 청구범위에 없는 것을 확장시켜서도 안 됨

○ 실제로는 굉장히 어렵고, 크리티컬한 문제가 발생하는 경우 많음

▣ 대상판결 요지

○ “특허의 명세서에 기재된 용어는 명세서 전체를 통하여 통일되게 해석할 필요가 있으므로, 하나의 용어가 청구범위나 발명의 설명에 다수 사용된 경우 특별한 사정이 없는 한 동일한 의미로 해석해야 한다.”

- 청구범위에 어떤 단어가 사용된 경우 그 단어를 통일적으로 해석해 주는 것이 원칙이라는 취지

○ 다만 "특별한 사정"이 있으면 다르게 해석할 수 있으므로, 사실상 큰 의미가 없는 판시임

○ 청구범위의 해석에 관한 기존 법리를 설시하면서 어떤 단어가 나오면 통일적으로 해석해 주는 것이 맞지 않겠느냐는 원칙적 법리만 확인해 준 것으로 보임

▣ [참고] 청구범위 작성의 기술적 문제

○ 청구범위를 단순하게 기재하면 권리범위는 넓어짐

- 청구범위에 쓰여 있는 것이 다 구성요소가 되고, 침해가 인정되려면 그 구성요소를 전부 다 가지고 있어야 하므로, 될 수 있는 한 구성요소를 줄여줘야 권리범위가 넓어짐

○ 그러나 청구범위가 단순할수록 신규성, 진보성이 없게 되어 등록받기 어려워 질 수 있음

⑨ 대법원 2019. 7. 10. 선고 2019다213009 판결 [손해배상(기)]

◈ 사안의 개요

○ 원고(제주특별자치도개발공사)는 먹는 샘물인 '제주삼다수' 등을 생산하는 지방 공기업임

○ 원고는 피고들 등과 물류운영용역계약을 체결하였음

○ 원고가 피고들을 상대로 피고들의 운송해태로 인하여 대체운송을 의뢰하여 지출하게 된 추가비용 상당의 손해배상을 청구한 사안임

◈ 복합운송인의 책임

▣ 복합운송이란? 한 사람이 해상운송과 육상운송을 모두 맡아서 운송하는 경우

○ 문제의 소재 : 제소기간(1년) 규정[29]이 해상운송에만 있음 ⇨ 제척기간

- [참고] 우리 민법, 상법에서 제척기간이 제소기간인 경우

  : 점유회수청구, 채권자취소, 해상운송의 손해배상청구

- [복습] 모든 제척기간은 직권조사사항이다(O), 모든 제척기간은 소송요건이다(X)

  제소기간인 제척기간은 소송요건이고, 제소기간이 아닌 제척기간은 청구기각사유임.

  청구기각사유인 제척기간이 직권조사사항이라는 것에 주의하여야 함(파기사유)

▣ 쟁점 : 복합운송의 경우에는 어느 운송에 관한 규정을 적용할 것인가?

○ 우리 법률은 '길이가 긴 운송'에 관한 규정을 적용하는 것으로 정하고 있음[30]

- Ⓐ「서귀포항 → 완도 → 강원도」육상운송이 장거리이므로 육상운송에 관한 조항을 적용
- Ⓑ「제주항 → 인천 → 강원도」해상운송이 장거리이므로 해상운송에 관한 조항을 적용

○ 육상운송인 경우 좀 늦어도 상관없으나, 해상운송인 경우 소비자는 제소기간 내(1년)에 소송을 제기해야 함

○ 대상판결 사안에서 동일한 케이스인 것 같은데도 Ⓐ 부분은 본안 판단하였으나 Ⓑ 부분은 제소기간이 도과하였다는 이유로 각하함

⇨ 적용되는 법률 규정에 따라 결과가 완전히 달라짐. 법률에 그렇게 정하고 있기 때문에 달리 방법이 없음. 위 법조문이 있음을 기억할 것

---

29) **상법 제814조(운송인의 채권·채무의 소멸)** ① 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다.

30) **상법 제816조(복합운송인의 책임)** ① 운송인이 인수한 운송에 해상 외의 운송구간이 포함된 경우 운송인은 손해가 발생한 운송구간에 적용될 법에 따라 책임을 진다.
② 어느 운송구간에서 손해가 발생하였는지 불분명한 경우 또는 손해의 발생이 성질상 특정한 지역으로 한정되지 아니하는 경우에는 운송인은 **운송거리가 가장 긴 구간**에 적용되는 법에 따라 책임을 진다. 다만, 운송거리가 같거나 가장 긴 구간을 정할 수 없는 경우에는 운임이 가장 비싼 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 진다.

⑩ 대법원 2019. 7. 11. 선고 2016다224626 판결 [손해배상(기)]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 피고와 사이에 원고가 피고에게 500억 원을 신탁하고 피고는 원고의 지시에 따라 이를 운용하는 대신 보수를 지급받기로 하는 특정금전신탁계약을 체결하면서, 기업어음은 신용평가등급이 A2 등급 이상인 것만 신탁재산으로 편입할 수 있도록 지정한 '특정금전신탁 운용지시서'를 작성하여 교부하였음. 이때 원고가 피고에게 운용방법의 변경을 요구하려면 사전에 피고와 협의를 한 후 '특정금전신탁 운용지시 변경신청서'에 의하기로 합의함

○ 피고는 원고가 신탁한 운용자금으로 甲 회사로부터 이 사건 기업어음을 매수하여 원고의 신탁재산에 편입하였음. 이 사건 기업어음이 원고의 신탁재산에 편입될 당시의 신용평가등급은 A2 이었음

○ 이후 甲 회사에 대한 회생절차 개시결정이 있었음

○ 원고가 피고를 상대로, 피고가 이 사건 기업어음을 매수하기 이전에 피고에게 A2 등급의 기업어음을 편입할 경우 원고로부터 미리 승인을 받도록 구두 지시까지하였음에도 원고의 운용지시를 위반하고 이 사건 기업어음을 신탁재산에 편입하여 손해를 입혔으므로, 이는 채무불이행 또는 불법행위에 해당한다는 이유로 손해배상을 청구한 사안임

◈ 특정금전신탁

▣ 대상판결의 요지

○ "특정금전신탁의 신탁업자가 위탁자가 지시한 바에 따라 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 신탁재산의 최상의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 신탁재산을 관리·운용하였다면 신탁업자는 위 법 규정에 따른 선관주의의무를 다하였다고 할 것이고, 설사 그 예측이 빗나가 신탁재산에 손실이 발생하였다고 하더라도 그것만으로 선관주의의무를 위반한 것이라고 할 수 없다."(공보 p.1547)

- 책임을 져야 되는 사유가 너무 다양해서 어떤 경우에 책임을 부담하는지에 관하여 문장을 만들기가 어려움. 위 판시를 암기할 필요는 없음

○ 특정금전신탁에서 위탁자(수익자)가 시키는 대로, 즉 위탁자와 수탁자가 합의하여 작성한 운용방법을 위반하지 않고 운용하였다면 책임이 없다는 결론임

○ 실제로는 형식적으로는 특정금전신탁이지만 실질적으로는 투자회사가 오히려 투자받을 회사의 요청을 받아 모집하는 경우가 더 많고, 그 경우에는 책임범위가 달라짐(아래 판결 참조)

▣ [관련판결] 대법원 2016다212272 판결

▶ **판결요지[2] 특정금전신탁 신탁회사의 책임**

○ "특정금전신탁은 위탁자가 신탁재산인 금전의 운용방법을 지정하는 금전신탁으로서 신탁회사는 위탁자가 지정한 운용방법대로 자산을 운용하여야 한다. 그 운용과정에서 신탁회사가 신탁재산에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였다면 자기책임의 원칙상 신탁재산의 운용 결과에 대한 손익은 모두 수익자에게 귀속된다. 그러나 신탁회사가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 계약 체결을 권유하는 등 실질적으로 투자를 권유하였다고 볼 수 있는 경우에는, 신탁회사는 신탁재산의 구체적 운용방법을 포함한 신탁계약의 특성 및 주요 내용과 그에 따르는 위험을 적절하고 합리적으로 조사하고, 그 결과를 고객이 이해할 수 있도록 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있다."

○ 조사의무, 설명의무 모두 인정 ⇨ 특정금전신탁에서도 실질적으로 자기가 모집한 경우에는 처음에 엉터리로 설명하거나 투자받을 회사로부터 돈을 받고 과장하면 책임을 져야 함

○ 이런 경우가 더 많음. 대상판결보다 위 판결을 기억할 것

▶ **판결요지[4] 손해 산정 시점(= 지연손해금의 기산일)**

○ "신탁회사가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 계약 체결을 권유하는 등 실질적으로 투자를 권유하였다고 볼 수 있는 경우 고객보호의무 위반으로 인하여 고객이 입은 손해액은 신탁금액에서 '신탁계약에 따라 회수하였거나 회수할 수 있는 금전의 총액'을 뺀 금액(이하 '미회수금액'이라고 한다)이 된다. 따라서 신탁회사가 위와 같은 주의의무를 위반함에 따른 고객의 손해는 미회수금액의 발생이 확정된 시점에 현실적으로 발생하고, 그 손해액 역시 위 시점을 기준으로 산정하여야 한다."

○ 문제의 소재

- 부실 회사임에도 불구하고 장래성이 있다고 기망을 하여 특정금전신탁으로 자금을 받았는데 망한 경우, 피해자가 준 돈이 모두 손해인가? 아니면 특정금전신탁의 계약기간이 모두 끝나고 정산이 완료될 때까지 기다려야 하는가?
- 원고 주장은 지급한 돈이 모두 손해이고, 혹시 나중에 들어올 돈이 있으면 손익상계 대상이 되므로 피고가 입증하여야 한다는 것임. 원고 주장이 일견 그럴듯해 보임
- 예를 들어 부동산 매매에서 매도인이 매수인을 속인 경우, 속지 않았더라면 매매대금을 주지 않았을 것이므로 매매대금을 지급한 순간 지급한 돈 전부가 손해임
- 특정금전신탁의 경우 왜 부동산 매매와 달리 지급한 돈 전부가 손해라고 하지 않는가?

○ 검토 - 불법행위와 채무불이행의 손해의 개념

- ① 불법행위의 손해 ⇨ 불법행위가 없었더라면 있었을 상태와 불법행위 후의 상태의 차이
- ② 채무불이행의 손해 ⇨ 채무가 이행되었을 때와 현 상태의 차이

ex) 사고로 손에 화상을 입은 사람에게 의사가 깨끗하게 치료해 준다고 약속하고 수술을 하였는데 손에 털이 난 경우, 불법행위로 청구하면 화상 입은 손과 털이 난 손의 차이를 배상하고, 채무불이행으로 청구하면 완쾌된 손과 털이 난 손의 차이를 배상함

- 설명의무 위반은 기본적으로 불법행위와 같은 유형임. 여기서의 손해는 불법행위가 없었더라면 있었을 원고의 재산상태와 불법행위 후의 재산상태의 차이를 의미함
- 부동산 매매에서는 매매대금이 상대방 소유로 이전되어 버리지만, 특정금전신탁으로 투자를 했을 때는 건네준 돈이 상대방 돈이 되는 것이 아니라 자기 돈(수익권)으로 남아있음
- 결국 수익권과 현금의 가치의 차이가 손해가 됨. 따라서 나간 돈 전부를 손해로 볼 수는 없고 수익권의 가치와 비교해야 하므로 수익권이 얼마인지 기다릴 수밖에 없음. 재판부에서는 당초 계약기간에 따라서 확정될 때까지 기다려야 함 [끝]

2019. 9. 15.자 공보 [2019. 9. 20. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결 [부당이득금]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 일반채권자로서 담보권 실행을 위한 부동산경매에 참가하여 배당요구를 한 후 배당기일에 출석하였지만 배당표에 이의하지 않았음

○ 다른 일반채권자인 피고는 배당기일에서 근저당권자인 주식회사 甲을 상대로 이의한 다음 배당이의의 소를 제기하여 확정된 화해권고결정에 따라 배당금을 수령함

○ 원고가 피고를 상대로 피고가 수령한 배당금 중 원고의 채권액에 비례한 안분액에 대해서 부당이득반환을 구한 사안임

◈ 배당이의와 부당이득

▣ 배당이의의 소

▶ 개관

○ 청구취지 : "배당표 중 피고에 대한 배당액을 OOO원으로, 원고에 대한 배당액을 OOO원으로 경정한다."

○ 성격 ⇨ 형성의 소

- 형성의 소는 법률상 근거 규정이 없으면 제기하지 못함

○ 근거 규정 ⇨ 민집 154조(배당이의의 소 등)

○ 전속관할 ⇨ 민집 156조 “배당을 실시한 집행법원이 속한 지방법원의 관할”

▶ 배당이의 절차

○ 경매에서 경매대금 납부하면 소유권 변동 효과는 즉시 발생함. 납부된 대금으로 ‘빚잔치’하는 것이 배당절차임

1 배당기일 통지 - 채권계산서 제출, 배당요구 들어옴

2 배당표원안 비치 - 법원에서 누구에게 얼마씩 배당할 것인지 표를 만들어서 비치함

3 배당기일(이의 제기) - 배당기일에 채권자들이 모두 모여 배당표에 불만이 있는 사람들은 이의를 함. 그러나 대부분은 법원에서 적절하게 처리했을 것으로 여기고 생각보다 이의를 많이 하지 않음

4 배당 - 대부분의 경우 배당기일에 출석한 채권자들이 해산하기 전에 돈을 나누어 줌. 배당표 확정되고 돈이 지급되었으므로 경매법원의 사무는 사실상 종료됨

○ 배당기일에 이의를 한 사람은 1주일 내에 배당이의의 소송을 제기하여야 함

- 만약 1주일 내에 배당이의의 소송을 제기하지 않으면 다시 배당표가 확정되고 배당이 됨

○ 그런데 집행법원과 수소법원이 분리되어 있으므로 집행법원은 배당이의의 소가 제기되었는지를 알 수 없음

- 따라서 배당이의의 소를 제기한 사람은 1주일 내에 소송을 제기하였다는 확인서를 집행법원에 제출하여야 함

▶ 배당이의의 소가 들어오면 재판장이 해야 할 일

1 관할법원 확인 - 당해 법원에서 경매가 진행되었는지 확인

2 원고가 배당기일에 배당이의를 하였는지 확인

3 배당기일로부터 1주일 내에 소가 제기되었는지 확인

4 배당이의의 소를 제기한 사실을 1주일 내에 집행법원에 통보하여 배당이 이루어지지 않았는지 여부를 확인

▶ 만약 배당기일로부터 1주일이 경과된 후 소가 제기되었다면?

○ 재판장은 '각하'하면 되는가? X ⇨ 부당이득반환청구로 청구취지 변경을 시켜서 재판을 해줘야 함. 당사자의 분쟁을 종국적으로 해결해 주는 것이 판사의 역할임

▶ 배당이의의 소의 재판 방식 ⇨ "상대적 해결 원칙"

○ 민집 157조(배당이의의 소의 판결) "배당이의의 소에 대한 판결에서는 배당액에 대한 다툼이 있는 부분에 관하여 배당을 받을 채권자와 그 액수를 정하여야 한다."

○ 위 규정의 해석에 관한 대법원의 확립된 태도 ⇨ "배당이의의 소는 원고와 피고 사이에서만 해결을 한다."

- 위 태도에 따르면 배당 못 받을 사람이 돈을 받아가는 경우가 발생하는데, 대상판결의 다수의견은 이 점을 지적하고 있음

- 우리 법원은 배당 받지 못할 사람이 배당받은 돈을 종국적으로 보유하라는 것이 아니라 나중에 부당이득반환으로 조정되는 것을 전제로 재판을 해 주고 있음. 만약 종국적으로 보유하라고 한다면 배당이의의 소에 관한 재판방식도 달라져야 할 것임

▶ 구체적 사례

순위	지위	채권액	배당액	배당비율	비고
1	소액임차인	2,000만 원	2,000만 원	100%	배당이의 피고

2	근저당권자	1억 원	1억 원	100%	
3	근저당권자	1억 원	5,000만 원	50%	
4	판결정본	1억 원	X	0%	배당이의 원고
4	판결정본	1억 원	X	0%	

○ 1번 소액임차인이 2,000만 원, 선순위 근저당권자가 1억 원, 차순위 근저당권자가 1억 원 중 5,000만 원을 배당받고, 판결정본을 가지고 배당요구를 한 두 사람은 전혀 배당받지 못한 사안

○ 4번 일반채권자가 1번 소액임차인을 상대로 '교차로 광고를 이용한 쪼개기 수법이다.', '채무자의 전처다.'라는 이유를 들며 배당이의의 소를 제기하여 승소 판결을 받음

⇨ 배당표 경정 ⇨ 4번 채권자가 2,000만 원을 배당받음

- 이것이 현재 배당이의에 관한 실무 ⇨ "배당이의의 소송은 상대적으로 해결한다."

- 피고가 받을 돈을 빼서 원고에게 주는 것임

○ 그 후 3번 근저당권자가 4번 일반채권자를 상대로 부당이득반환청구를 함

- 배당표가 확정되어 돈을 받아간 후 1번 소액임차인이 가장임차인이라는 판결이 나온 시점에 2,000만 원 부당이득반환청구 소송을 제기함

⇨ 근저당권자 승소

▣ 배당이의와 부당이득반환청구에 관한 종래 확립된 판례의 태도

▶ ① 기본적으로 부당이득반환청구는 언제나 가능함

○ 아무도 배당이의 하지 않아 배당기일에 확정된 경우에도 가능

○ 나아가 배당이의 소송으로 승소확정판결 받고 돈을 받아간 경우에도, 당해 피고가 아닌 다른 채권자는 부당이득반환청구 가능

- 판결에 기하여 돈을 받아가도 법률상 원인이 되지 못한다는 것이 현재의 판례

- 이에 대한 근본적인 의문을 제기하는 것이 대상판결 반대의견의 논리임

▶ ② 배당이의의 소의 당사자 간에는 부당이득반환청구 할 수 없음

○ 기판력 중 선결문제(대법원 99다3501 판결)

- "채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안 판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다."

- "배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안 판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다 할 것이므

로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다."

○ 배당이의의 소에서 패소 판결을 받은 피고가 새로 부당이득반환청구를 한다면? ⇨ "기각"

- 기판력의 본질은 모순금지
- 배당이의의 소는 부당이득반환 청구에 영향이 없다는 판례 때문에 배당이의의 소에서 패소 판결 확정되면 다음날 부당이득반환청구 하는 변호사들이 꽤 있음. 소는 적법하지만 기판력이 작용되어서 또 기각 판결을 받게 됨

▶ 3 배당요구를 하지 않은 일반채권자는 부당이득반환청구 할 수 없음

○ 배당요구를 하지 않은 일반채권자 = 배당받을 가능성이 없는 자

○ [비교] 배당요구 하지 않아도 배당받는 자

⇨ ① 저당권자 ② 전세권자 ③ 경매 전 가압류권자

- 경매 전에 가압류 해 놓으면 배당요구를 하지 않아도 배당이 됨. 단, 집행법원이 공탁해 놓으면 가압류권자가 판결을 받아 제출한 후에 출급 가능함

○ 배당요구를 하지 않은 일반채권자가 부당이득반환청구를 한다면? ⇨ "기각"

- 법률상 원인 없이 손해를 입은 바가 없음. 즉, 당초 배당받을 권리가 없었기 때문에 상대방이 법률상 원인 없이 이득을 얻었을 수는 있지만 그로 인하여 배당요구를 하지 않은 일반채권자가 손해를 입은 것은 아니기 때문에 부당이득반환청구가 기각됨

▣ 대상판결의 결론 ⇨ "배당이의와 상관없이 부당이득반환청구 할 수 있다."[31]

▶ 반대의견의 논거

○ 1 판결에 기하여 돈을 받았음에도 법률상 원인이 없다고 보는 것은 부당함

- 부당이득반환청구를 한 원고가 선순위자이면 전소(배당이의의 소) 승소 판결에 따라 받은 금액의 전부를 돌려주는 경우도 생김(위 '구체적 사례'와 같은 경우)
- 판결을 받은 것보다 더 강력한 권원이 있는가. 승소판결의 집행으로 돈을 받았음에도 그것이 부당이득이 된다는 법리를 대법원이 유지해도 되는 것인가. 이에 관한 근본적인 의문을 제기하는 것임

○ 2 외국 입법례와의 비교

- 독일과 프랑스, 일본, 미국의 입법례와 판례를 보더라도 배당이의 등을 하지 않은 일반채권자의 배당절차 종료 후 부당이득반환 청구를 허용하고 있는 나라는 독일밖에 없고, 그 외의 나라들은 적어도 일반채권자에 대해서는 배당절차 종료 후 부당이득반환 청구를 일절 허용하지 않음(공보 p.1630)

---

31) 종전 판례의 태도였는데 이번에 판례변경을 시도했다가 실패함

▶ **다수의견 논리 전개의 전제 ⇨ 기판력의 본질은 "소송법설"**

○ 실체법설 : 판결에 의하여 판단된 권리가 공권력적으로 확정된 것이라는 견해

- "채권이 발생한다"까지는 아니더라도 공권력적으로 확정된 것이기 때문에 그것을 함부로 부인할 수 없다는 입장임

○ 우리 판례는 소송법설 : 판결이 확정되어도 없던 권리가 생기지도 않고, 있던 권리가 소멸하지도 않는다는 견해

- 대여금 청구 소송했다가 패소 확정되어도 나중에 그 대여금 채권을 가지고 자동채권으로 항변해도 됨. 선결문제가 되어 받아들여지지 않을 뿐이지 권리가 소멸하는 것은 아님

○ 배당이의의 소에서 패소 확정되어도, 배당이의의 소에서 이겨서 돈을 받아도 소송법적으로 모순되는 판단을 받지 않는다는 효과만 있을 뿐, 우리 판례나 법률은 승소한 당사자에게 실체법적으로 어떠한 권리도 부여하지 않음

▶ **검토**

○ 이는 법률 규정의 해석 문제가 아니라 어느 제도가 사회적으로 더 타당한가, 즉 합리성의 문제임

○ 반대의견으로 판례가 변경되면 배당기일에 모든 채권자가 이의를 해야 함

- 배당이의를 안하면 배당표가 확정되고 아무 권리 없는 가짜 소액임차인이 돈을 받아가도 부당이득반환청구를 못하게 됨

- 무조건 배당이의를 한 후 일주일 동안 상대방의 권리 유무를 조사하여 권리가 있으면 포기하지만, 애매하면 배당이의 소송을 제기하여야 하고, 소송 진행 중에 상대방이 제출한 서류를 확인하고 맞으면 그 때 소를 취하하게 됨

⇨ 소송을 대량으로 권유하게 되는 문제가 발생함

○ 현재 우리 판례의 태도에 따르면 확실할 때 배당이의를 하고, 그게 아니면 일단 기다렸다가 조금 더 조사해보고 확실해졌을 때 소송을 제기해도 됨

⇨ 당사자에게 무익한 소송비용, 법률비용을 줄일 수 있는 이점이 있음

○ **Global Standard에 반하는 것은 아닌지?**

- 우리나라의 법의식은 외국과 다름

- 우리나라는 빚을 지고 경매에 넘어가는 사람 중에 재산을 빼돌리려는 시도를 하지 않는 사람이 별로 없음. 재산 은닉을 시도하고 일가족들이 이에 협조하는 것을 당연하다고 생각하는 등 재산은닉 및 채무면탈에 관한 죄의식이 약하다는 점에서 영국, 독일, 일본, 미국 등과는 사회적, 법적 인식이 다름

- 우리나라에서는 1~2년 동안 조사한 후 권리가 없는 사람이 돈을 받아간 것이 확실하면 그 때 부당이득반환소송 제기할 기회를 주는 것이 사회적으로 더 타당한 결론에 이르는 경우

가 훨씬 많음

- 반대로 1주일간 소를 제기하지 않았다는 이유로 권리 없는 사람에게 그 이익을 영원히 보유시키는 것을 국가적인 법 제도로 만들면 억울한 당사자가 많이 생길 것임

○ 따라서 다수의견이 타당하다고 생각함

2 대법원 2019. 7. 24.자 2017마1442 결정 [경매개시결정에대한이의]

▣ 사안의 개요

○ 정기용선자에 대하여 발생한 예선료채권을 선박우선특권으로 주장하여 경매신청

○ 원심은 선박우선특권은 선체용선에만 적용된다는 이유로 경매신청을 기각

○ 대법원은 선체용선에 규정되어 있는 선박우선특권 규정이 정기용선에도 준용된다는 이유로 파기환송

◈ 정기용선계약과 선박우선특권

▣ 선박우선특권의 성질 ⇨ "법정담보물권"

▶ 법정담보물권의 특성

○ 1 **경매청구권** : 판결 없이 경매를 청구할 수 있음

- 예선료 액수에 대한 다툼이 있는 경우 법원에 신청서를 내면 법원은 항구에 있는 선박을 붙잡아서 출항을 못하도록 정박을 시켜버림
- 선박소유자 입장에서는 매우 위험한 권리임. 청구금액이 작을 때에는 더 문제됨
- 이러한 이유로 선박우선특권을 인정하면서 경매청구권은 인정하지 않고 판결을 요구하는 나라도 많이 있음

○ 2 **우선변제권** : 저당권보다도 우선하는 최우선변제권

○ 3 **추급력** : 소유자가 바뀌어도 따라다니는 권리

- 중간에 기항지가 바뀌고 소유자가 바뀌어도, 예전에 국내에서 받지 못한 돈이 있다는 이유로 멀리 남미에 가 있는 배를 붙잡을 수 있음(다만 남미까지 가지는 않고, 부산에 다시 들어왔을 때까지 기다렸다가 부산에서 압류함)

▶ 선박우선특권의 위험성

- 담보되는 채권의 종류도 매우 다양하고(도선료, 예선료, 급료, 기름값 등), 공시도 되지 않으므로 선박소유자에게는 엄청나게 위험한 권리임. 이 권리를 어느 범위에서 인정할 것인지 여부가 굉장히 큰 문제임

▣ 용선계약의 종류[32]

▶ 1 항해용선(제3절)

---

32) 상법 제5편 해상 - 제2장 운송과 용선 참조

○ 하나의 항해를 위해 배를 빌리는 것. '일정한 항해기간 동안 기름값 등을 부담할 테니 나를 위해서 일을 해 달라'라면서 배를 빌리는 것

○ 선원과 선장까지 전부 빌리고, 선주가 선원·선장을 지휘함

▶ 2 선체용선(제5절)

○ 말 그대로 선박만을 빌리는 것. 선박만 빌리므로 선원·선장은 용선자가 고용해서 투입해야 함

▶ 3 정기용선(제4절)

○ 기간을 정하여 선장과 선원을 '세트'로 빌리는 것. 배에 대한 점유는 선주가 함

○ 선장·선원에 관한 임용권, 지휘권도 선주에게 있음. 선장·선원은 선주한테 월급 받고 선주가 해고하며, 정기용선자는 선원을 해고하지 못함

▣ 문제의 소재 ⇨ "물권법정주의"

○ 소유자와 채무자가 동일하면 문제가 생기지 않음. 문제는 소유자와 채무자가 다를 때 어떻게 할 것인가에 관한 규정이 없는 것임

○ 상법 제850조(선체용선과 제3자에 대한 법률관계) ① 선체용선자가 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 선박을 항해에 사용하는 경우에는 그 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리의무가 있다. ② 제1항의 경우에 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권은 선박소유자에 대하여도 그 효력이 있다. 다만, 우선특권자가 그 이용의 계약에 반함을 안 때에는 그러하지 아니하다.

○ 위 850조 2항에 따라 용선자(배를 빌린 사람)에 대한 채권을 가지고 소유자에 대해서도 선박우선특권을 행사해서 선박을 경매에 넣을 수 있는데, 위 규정이 "제5절 선체용선"에만 들어있음

○ "선박우선특권은 선체용선에 규정 되어 있지만 정기용선에도 준용이 된다" ⇨ 물권법정주의에 반하는 것 아닌가?

▣ [관련사례] 대법원 2013마1518 결정

○ 선박우선특권의 준거법 ⇨ 국제사법에 따라 선적국법

- 우리나라 배들도 파나마, 라이베리아 등 다른 나라를 선적국으로 하는 경우가 많음(편의치적)

○ 이 사건의 경우 러시아가 선적국 ⇨ 선적국법인 러시아법에 따르면 국제조약이 우선함 ⇨ 1993년 국제협약[33] 적용됨

---

33) 『선박우선특권과 저당권에 관한 1993년 국제협약(1993, Convention on Maritime Lien and Mortgages)』

- 현재 우리나라는 가입하지 않았고, 일본, 러시아 등 약 30개국 가입함

○ 1967년 국제협약에서는 정기용선자, 선체용선자 둘 다 압류 당하도록 선박우선특권을 인정하고 있다가 1993년에 조약을 개정하면서 정기용선자의 경우를 선박우선특권 대상자에서 삭제해버렸음

조약	선박우선특권의 피담보채무자
1926년 협약	선박소유자(owner), 선박운항자, **용선자(principal charterer)**
1967년 협약	선박소유자(owner), 선박관리인(manager), 선박운항자(operator), **선체용선자 기타 용선자(demise or other charterer)**
1993년 협약	선박소유자(owner), 선박관리인(manager), 선박운항자(operator), **선체용선자(demise charterer)**

○ 결국 정기용선의 경우에는 선박우선특권이 인정되지 않는다는 것이 위 판례의 결론임

⇨ 재항고 기각

○ 국제조약(선박우선특권과 저당권에 관한 1993년 국제협약)에 비추어 보아도 정기용선의 경우에 선박우선특권을 인정하는 것이 글로벌 스탠다드라고 할 수 없음

▣ 대상결정의 논거에 대한 비판

▶ 논거 ① 채권자를 보호할 필요성

↔ 선박우선특권을 인정할 것인지 여부는 채권자의 이익과 선주의 이익, 근저당권자의 이익 간의 균형관계 문제임. 판례는 관련자들의 이익을 종합적으로 고려하여 균형 있게 선을 그어주어야 하는데 채권자의 이익을 보호하기 위해 인정해야 한다는 것은 준용의 근거가 되지 못한다고 생각함. 국제조약과도 반하는 논리임

▶ 논거 ② 예선료 채권의 경우, 채권자 입장에서 채무자가 정기용선자인지 선체용선자인지 원래 선주인지 알 방법이 없음

↔ 선박우선특권의 채권은 상법 777조[34]에서 매우 다양하게 규정하고 있음. 만약 모든 채권에 대해서 정기용선자인지 선박용선자인지 알 방법이 없다면 근거가 될 수 있지만, 채권별로 다르다면 위와 같이 예선료 채권의 경우만을 근거로 결론을 내는 것은 부적절함

---

34) **상법 제777조(선박우선특권 있는 채권)** ①다음의 채권을 가진 자는 선박·그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권에 대하여 우선특권이 있다.

1. 채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료·예선료, 최후 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비
2. 선원과 그 밖의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권
3. 해난구조로 인한 선박에 대한 구조료 채권과 공동해손의 분담에 대한 채권
4. 선박의 충돌과 그 밖의 항해사고로 인한 손해, 항해시설·항만시설 및 항로에 대한 손해와 선원이나 여객의 생명·신체에 대한 손해의 배상채권

▶ **논거 ③ 선박우선특권의 대상이 되는 채권을 한정적으로 열거하고 있으므로 예상치 못한 손해가 발생한다고 볼 수 없음**

↔ 예선료 금액에 대한 다툼이 있는 경우 판결도 없이 경매가 시작되는 것이 선박우선특권이므로 소유자 입장에서는 예상치 못한 손해가 언제든지 발생할 수 있음. 그것 때문에 나라마다 경매청구권을 인정하지 않거나 대상 채권의 범위를 좁히기도 함. 위 근거는 설득력이 떨어짐

▣ 검토의견(사견)

○ 물권법정주의의 원칙이나 국제조약의 규정에 비추어, 상법상의 근거 없이 선체용선에 관한 선박우선특권 규정을 정기용선에 준용한 대상결정에 의문이 있음

○ 다만 위 재항고 사건(대법원 2017마1442 결정)은 원심결정(인천지법 2017. 10. 17.자 2015라838 결정) 때부터 워낙 유명했던 사건이고, 해상법 학자들 사이에 여러 논문이 나왔던 케이스여서 대법원이 '법정담보물권' 관련 논의를 간과하거나 실수하였을 가능성은 없음

○ 대상결정의 결론을 뒷받침하는 근거로는 파나마 법에서 정기용선자에 대해서도 선박우선특권을 인정해 주고 있다는 점을 들 수 있음

- 우리나라를 비롯하여 세계적으로 많은 배가 파나마를 선적국으로 하고 있는데 파나마 법에서 선체용선과 정기용선을 구별하지 않고 선박우선특권을 인정을 해주고 있음
- 현재 글로벌 스탠다드는 1993년 국제협약에 따라 선체용선에 대하여만 우선특권을 인정하는 것이 아니라, 파나마 선적국법에 따라 정기용선에까지 선박우선특권을 인정하는 것이라고 볼 여지도 있음

○ 대법원에서 이러한 점을 고려한 것이 아닐까 추측해 봄

3 대법원 2019. 7. 25. 선고 2016다1687 판결 [손해배상(자)]

▣ 사안의 개요

○ 피해자가 만 15개월 무렵 교통사고를 당하여 치료를 받던 중 만 6세 때 처음으로 언어장애 등 장애진단이 내려지고, 제1심에서의 신체감정 결과 치매, 인지장애 진단이 내려진 사안

○ 원심은 교통사고 시점부터 손해발생사실을 알았다고 판단하여 소멸시효 완성 판단

○ 대법원은 확대손해는 그것이 판명된 때부터 손해발생을 알았다고 보아야 한다는 이유로 파기환송

▣ 판례는 세 가지 측면에서 모두 피해자의 편을 들어주고 있음

▶ 1 기판력 측면

○ "전소 변론종결 후 새로운 손해가 발생한 경우 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 기판력에 저촉되는 것이 아님"(대법원 80다1671 판결)

▶ 2 합의의 범위 해석

○ "합의가 이루어지면 그 후 그 이상의 손해가 발생하였더라도 다시 그 배상을 청구할 수 없는 것이지만, 그 합의가 손해의 범위를 정확히 확인하기 어려운 상황에서 이루어진 것이고, 후발손해가 합의 당시의 사정으로 보아 예상이 불가능한 것으로서, 당사자가 후발손해를 예상하였더라면 사회통념상 그 합의금액으로는 화해하지 않았을 것이라고 보는 것이 상당할 만큼 그 손해가 중대한 것일 때에는 당사자의 의사가 이러한 손해에 대해서까지 그 배상청구권을 포기한 것이라고 볼 수 없으므로 다시 그 배상을 청구할 수 있음"(대법원 99다42797 판결)

▶ 3 손해를 안 시점

○ "후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예견할 수 없었던 새로운 손해가 발생하였다거나 예상외로 손해가 확대된 경우에 있어서는 **그러한 사유가 판명된 때**에 새로이 발생 또는 확대된 손해를 알았다고 보아야 할 것이고, 그러한 사유가 판명된 때로부터 민법 766조 1항에 의한 시효소멸기간이 진행됨"(위 대법원 99다42797 판결)

⇨ 판례는 예외 없이 세 가지 영역 모두에서 피해자를 보호하는 방향으로 확립되어 있음

⇨ 따라서 승소판결 확정되고 돈을 받았는데 이후에 증상이 현저히 심해지는 경우 새로 청구할 수 있음

4 대법원 2019. 7. 25. 선고 2017다278668 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 서울 서대문구 연희동 연희시범아파트 각 호의 소유자들로서 피고 서울특별시로부터 「서울특별시 철거민 등에 대한 국민주택 특별공급규칙」(이하 '특별공급규칙')에 따라 국민주택을 특별공급 받게 된 자들임

○ SH공사가 이 사건 아파트를 신축하여 원고들과 분양계약을 체결하였는데, 분양대금에 생활기본시설 설치비용이 일부 포함되어 있었던 사안

▣ 원고들의 주장 요지

○ 원고들은 구 토지보상법상 이주대책대상자[35]에 해당함

○ 강행규정인 구 토지보상법 78조 4항에 의하면 사업시행자인 피고가 생활기본시설 설치비용 상당액을 부담하여야 하는데, 이를 분양대금에 포함시켜 원고들이 지급함으로써 피고는 위 금액의 지출을 면하고 원고들에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였으므로 부당이득반환 의무가 있음

▣ 원심과 대법원의 판단

▶ 원심

○ 구 토지보상법상 이주대책대상자에 해당하려면 '공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실'하여야 함

○ 원고들은 '공익사업'이 아니라 다른 원인(시민아파트 정리사업에 준하여 특별공급 해 달라는 원고들의 요청을 피고가 수락)으로 인하여 주거용 건축물을 제공하였으므로 이주대책대상자에 해당하지 아니함 ⇨ 원고 청구 기각

▶ 대법원

○ 피고의 협의취득 이전에 '궁동근린공원조성사업' 실시계획이 인가·고시되었고, 협의취득의 원인에 위 근린공원 설치사업이 기재되어 있었음

---

35) **구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 토지보상법') 제78조 (이주대책의 수립 등)** ①사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자(이하 "이주대책대상자"라 한다)를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다.

④ 이주대책의 내용에는 이주정착지에 대한 도로·급수시설·배수시설 그 밖의 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 한다. 다만, 행정청이 아닌 사업시행자가 이주대책을 수립·실시하는 경우에 지방자치단체는 비용의 일부를 보조할 수 있다.

○ 시범아파트 철거가 공익사업(위 근린공원 설치사업)과 무관하게 이루어졌다는 명백한 사실 인정이 없는 상태에서 이주대책대상자 지위를 부정한 원심판결에 대해서는 의문이 충분히 제기될 수 있음 ⇨ 파기환송

▣ [비교 사례] 대법원 2012다44341 판결 <시민아파트 정리사업 사건>

▶ 사안의 개요

○ 원고들은 시민아파트 소유자들로서 서울특별시의 '시민아파트 정리사업'을 위하여 피고 SH 공사와 협의취득에 응하였는데, 특별공급주택 분양대금에 생활기본시설 설치비용이 일부 포함되어 있었던 사안

▶ 결론

○ 원고들이 구 토지보상법상 이주대책대상자에 해당하는지 여부 ⇨ 소극

○ 원고들과 피고 SH공사 사이의 분양계약 중 생활기본시설 설치비용을 위 원고들에게 부담시킨 부분이 무효인지 여부 ⇨ 소극

▣ 사업시행자의 생활기본시설 설치비용 부담 의무에 관한 판례의 변천

▶ 기존 판례의 태도

○ 원가만 받아야 하고 더 이상 받으면 안 됨(대법원 1992다35783 전합 판결)

- "이주대책은 사업시행자가 기본적인 생활시설이 포함된 택지를 조성하거나 지상에 주택을 건설하여 이주자들에게 이를 그 투입비용 원가만의 부담하에 개별공급하는 것이다."

○ 이는 강행법규에 해당함(대법원 2001다67126 판결)

- "이주자들에게는 다만 분양받을 택지의 소지가격 및 택지조성비 정도를 부담시킬 수 있는 것이고, 이는 당사자들의 합의로도 그 적용을 배제할 수 없는 강행법규에 해당한다."

▶ 판례 변경 - 대법원 2007다63089, 63096 全合 판결

○ "사업시행자가 분양대금에 생활기본시설 설치비용을 포함시킨 부분은 강행법규인 구 공익사업법 78조 4항에 위배되어 무효이고, 사업시행자는 그 금액을 부당이득으로 이주대책 대상자들에게 반환할 의무가 있다."[36]

○ 기존 판례들은 '원가인가 아닌가'를 기준으로 보았는데, 위 전합 판결은 '생활기본시설 설치비용인가 아닌가'를 기준으로 함

---

36) "사업시행자는 이주대책대상자들에게 택지의 소지가격 및 택지조성비 등 투입비용의 원가만을 부담시킬 수 있고, 이를 초과하는 부분은 생활기본시설 설치비용에 해당하는지 여부를 묻지 않고 그 전부를 이주대책 대상자들에게 전가할 수 없다는 취지로 판시한 판결들은 이 판결에 배치되는 범위 안에서 변경함"

▶ **위 全合 판결에서의 별개의견**

○ 구 토지보상법 78조 4항 문언상 이주정착지에 대한 시설로 한정하고 있으므로, 사업시행자가 자신의 부담으로 생활기본시설을 설치하여야 하는 경우는 '이주대책 기회를 제공하는 경우'에 한정됨 ↔ 실제로 이주정착지를 제공하는 것은 공항, 항만 설치 등 대규모 설치하는 경우에 한정되므로 적용범위가 너무 좁아진다는 반론이 있음

○ 구 토지보상법 시행령 40조 2항 단서에 '특별공급한 경우 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다'는 간주 규정이 있음. 따라서 주택법의 요건을 갖추어 특별공급을 마치면 더 이상 부담을 지지 않는다고 보아야 함

○ 이주대책의 취지는 기존의 생활환경을 복원시켜준다는 의미가 있는 것인데, 주택을 특별공급하게 되면 그 주변이 훨씬 좋아지기 때문에 생활환경을 회복시키는 것을 넘어 오히려 혜택을 주게 됨

▶ **위 全合 판결의 의의와 예상되는 문제점**

○ 사업시행자가 법령에 따라 자신이 부담해야 할 생활기본시설 설치비용을 수분양자에게 전가시키는 행위를 방지하고, 주택 분양 상승을 억제하는 정책적 효과를 기대할 수 있음

- LH공사, SH공사 직원들은 자신들은 국토교통부의 감독도 받고 있고, 다양한 영역에서 이루어지는 장기적인 사업인데 일부만 떼어서 무효라고 하면 사업 진행이 어렵다고 이야기하지만, 공법상 감독이 제대로 이루어졌다면 수분양자들에게 비용을 전가하는 일이 그렇게 많지 않았을 것임

○ 다만, 부당이득 범위와 관련하여 문제가 제기됨

- 구 토지보상법 78조 4항 "그 밖의 공공시설 등 당해 지역조건에 따른 생활기본시설[37]이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자의 부담으로 한다."
- '대통령령이 정하는 생활기본시설' 등 구체적으로 규정하고 있지 않아서 종국적으로는 법원의 해석을 통하여 해결할 수밖에 없음
- 분양가격 구성 책자의 항목 하나하나를 다투기 때문에 쟁점 전부를 맞추기 매우 어려웠던 사건인데 현재는 거의 정리되어 가고 있음

37) 현행 토지보상법 78조 4항 "그 밖의 공공시설 등 통상적인 수준의 생활기본시설"

5 대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다213644 판결 [계약이행보증금]

▣ 사안의 개요

○ 건설회사인 원고 A가 2015. 12.경 B 회사에 하도급을 주고, B 회사는 피고 전문건설공제조합과 계약이행 보증계약을 체결하였는데, B 회사가 2016. 10.경 공사 포기 각서를 제출하자 원고가 B 회사와 하도급계약을 해지하고 피고에게 계약이행보증금을 청구한 사안

○ 원고는 2015. 12. 주택도시보증공사로부터 보증기간을 2016. 8.까지로 하는 공사대금 지급보증서를 발급받았으나, 위 보증기간이 지난 이후로는 지급보증기간을 연장·갱신하는 조치를 취하지 아니하였음

▣ 하도급거래 공정화에 관한 법률 13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)

▶ ① 건설위탁의 경우 원사업자는 계약체결일부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하여야 한다.

○ 법전에서 "A가 보증한다"는 문언의 의미는 통상 'A가 보증인이 된다', 'A가 보증책임을 부담한다'는 것인데, 위 규정의 "보증하여야 한다"는 "보증시켜야 한다"라는 의미임에 주의

- 즉, A가 B에게 공사 도급을 줄 때, 도급인 A는 공제조합에서 공사대금지급을 위한 보증서를 끊어서 B에게 주고, 수급인 B는 공사이행에 관한 보증서를 끊어서 A에게 주어서 서로 보증서를 맞교환하라는 의미임

- 단, 공사이행에 관한 보증서는 금액을 100분의 10으로 하여 경제적 약자를 보호함

○ 공사도급 계약 시 도급인과 수급인 쌍방이 보증서를 발급받아 서로 교환함으로써 '보험' 처리가 이루어지도록 하는 것

⇨ 공사계약 불이행으로 인한 위험을 보험 시스템에 편입시켜 사회화하는 제도

○ 위 규정은 "보증서를 발급받아 교부하여야 한다" 또는 "제3자로 하여금 보증하게 하여야 한다" 등으로 개정하는 것이 바람직함

▶ ⑧ 제1항에 따른 수급사업자의 계약이행 보증에 대한 원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 제1항 또는 제2항에 따른 공사대금 지급을 보증한 후가 아니면 이를 행사할 수 없다.

○ 도급인이 수급인에게 보증서를 발급해 주지 않으면 수급인이 발급해 준 보증서를 가지고 공제조합에 보증금 청구권을 행사할 수 없다는 취지임

○ 대상판결은 원고가 수급인에게 보증서를 아예 교부하지 않았거나, 보증기간을 짧게 하여 발급받은 이후 보증기간이 도과한 사안 ⇨ 청구 기각

⑥ 대법원 2019. 7. 25.자 2018마6313 결정 [개인회생]

▣ 채권자 목록에 기재되지 아니한 채권의 면책

	파산	회생	개인회생 (5억[38] 또는 10억[39] 이하)
채권자목록 제출시기	면책 신청 시 (파산선고 확정 후 1개월 내)	채권신고 등 채권조사 확정절차 진행	개인회생절차 개시신청 시
채권자목록 제출자	채무자	관리인	채무자
면책	면책 결정	회생계획인가결정 시 (채무자회생법 251조) ⇨ 실체적인 권리변동 O	면책 결정 (변제계획에 따른 변제완료 시) ⇨ 자연채무로 남을 뿐 실체적 권리변동 X
★면책 예외	악의로 채권자목록에 기재하지 아니한 채권 (법 566조 7호)		채권자목록에 기재되지 아니한 채권 (법 625조 2항 1호)

▣ 민사집행법상 즉시항고 ⇨ 집행정지 효력이 없음(민집 15조 6항)

○ [비교] 민사소송법상 즉시항고 ⇨ 집행정지 효력이 있음(민소 447조)

- 항고기간이 짧음(민소 444조 1항 “재판이 고지된 날부터 1주 이내”)

○ 가처분, 가압류에 대하여 즉시항고 해도 집행이 이루어짐

○ 집행정지 효력이 없다면 ‘즉시항고’가 아니라 ‘항고’라는 용어를 사용하는 것이 낫지 않은가?

- 일반 ‘항고’라고 하면 아무 때나 제기할 수 있는 것으로 오해하기 쉬움
- 그러나 즉시항고에는 기간 제한이 있음(“재판을 고지받은 날부터 1주의 불변기간 이내”)

○ [참고] 회생에 관한 즉시항고 ⇨ 집행정지 효력이 없음[40]

▣ 대상결정의 결론

○ 변제계획인가결정에 대한 즉시항고가 있어 항고심이나 재항고심에 계속 중이더라도, 변제가 완료되고 면책결정이 확정되면 이제 와서 변제계획인가결정을 취소·변경해도 소용이 없음

⇨ 즉시항고나 재항고는 부적법함

---

38) 무담보채무

39) 담보부채무

40) 채무자회생법상 즉시항고에는 원칙적으로 집행정지 효력이 있는데(채무자회생법 13조 3항), 다만 법에 특별한 정함이 있는 경우에는 집행정지 효력이 없음[가압류·가처분 등 보전처분 결정(법 43조 7항), 포괄적 금지명령·변경·취소·적용배제(법 45조 7항, 법 47조 4항), 회생절차개시신청에 관한 재판(법 53조), 관리인 해임결정(법 83조 4항), 파산신청에 관한 재판(법 316조 3항) 등]

7 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다205206, 205213 판결 [정산금청구의소]

◈ 사안의 개요

○ 원고 2, 피고 1과 甲은 제1 동업계약을 체결하였고, 위 동업계약에 따른 사업을 시행하였음

○ 甲은 乙에게 자신의 지분을 양도하였고, 乙은 원고 1에게 乙의 피고 1에 대한 제1 동업계약에 따른 정산금청구권을 양도하였음

○ 원고들과 피고 1은 이 사건 제2 동업계약을 체결하였고, 위 동업계약에 따른 사업을 시행하였음

○ 원고들 및 피고 1은 피고 2에게 제2 동업계약에 따른 각자의 지분 중 일부를 양도함. 원고들은 이후 남은 지분을 모두 피고 1에게 양도하였음

○ 원고들이 피고들을 상대로 위 각 동업계약이 목적 달성으로 인하여 종료되었음을 이유로 피고들이 정당한 분배비율을 초과하여 보유하고 있는 잔여재산의 분배를 청구한 사안임

◈ 조합관계의 종료

▣ 조합에서 탈퇴한 경우 ⇨ 청산인 선임 X, 지분 정산 O

○ 지분 정산할 때는 현금으로 반환할 수 있음(민법 719조 2항)

○ 남아있는 재산을 계산한 후 남아있는 조합원들이 탈퇴한 조합원에게 돈을 주도록 판결해 주면 됨

▣ 조합의 해산

○ **1 원칙 ⇨ 청산인 선임**

- 민법 721조(청산인) ① 조합이 해산한 때에는 총조합원 공동으로 또는 그들이 선임한 자가 그 사무를 집행한다. ② 전항의 청산인의 선임은 조합원의 과반수로써 결정한다.
- 우리나라 조합, 즉 동업은 두 명이 하는 경우가 대부분인데, 청산인 선임은 과반수로 결정하도록 규정되어 있어서 분쟁이 다수 발생함. 법 규정과 법 현실이 잘 맞지 않음
- 대부분 청산인 선임하는 대신 지분을 계산해달라는 소송을 내고, 1심에서는 각하, 기각이 아니라 계산을 해서 원고 승소판결을 해 오는 경우가 많음
- 그러나 청산인 선임 절차를 거치지 않고 바로 금전청구를 하면 안 되는 것이 원칙임

○ **2 예외(청산인 선임절차를 밟을 필요가 없는 경우) ⇨ "두 사람 사이에 계산해서 돈 얼마 주라고 판단할 수 있을 정도인 경우"**

- 자기들끼리 주고받아야 할 것이 있어서 계산이 가능한 경우

- 내부적으로 조합에 대한 개인 채권 또는 채무가 있는 경우

▶ 제3자에 대한 채권·채무가 있는 경우 ⇨ 청산인 선임

○ 조합채무의 변제사무가 완료되지 아니하면 기본적으로 청산인을 선임하여야 함

- 제3자에 대해서 예금 채권이 있는 경우, 공사대금 채무 또는 물품대금 채무가 있는 경우
- 금액에 대한 다툼이 있어서 지급하지 않고 있는 상태에서 동업자들이 지분정산 청구 소송을 제기하면? ⇨ 청산인 선임하여야 함

○ 조합원들끼리 분쟁이 생겨 소송까지 제기한 이상 법원에서 청산인 선임하라고 요구하는 것보다는 판결로써 정리를 해 주는 것이 바람직하지 않은가?

- 채권·채무가 정산이 안 되고 남아있는 경우에는 이것을 갚아야 하는 건지, 누가 갚아야 하는 건지 유동적인 경우가 많아 이를 반영하여 판결하는 것이 위험할 수 있음
- 심지어 제3자에게 채무가 있다는 이유로 원고에게는 덜 정산해준 이후에 채권자에게는 시효소멸했다고 항변하여 승소해 버리는 경우도 있음
- 따라서 청산인을 이용해서 하라는 것이 기본적인 판례의 태도이고 타당하다고 생각함

▣ 대상판결 사안

○ 이번 사안은 내부자끼리만 채권·채무가 남아 있어 계산이 가능한 경우로서 종전 판례들과 동일하게 정산하여 판결을 해 주라는 취지임

- "비록 조합채무의 변제 사무가 완료되지 아니한 사정이 있더라도 그 채권자가 조합원인 경우에는 동업체 자산을 보유하는 자가 동업체 자산에서 채권자 조합원에 대한 조합채무를 공제하여 분배대상 잔여재산액을 산출한 다음, 다른 조합원들에게 잔여재산 중 각 조합원의 출자가액에 비례한 몫을 반환함과 아울러 채권자 조합원에게 조합채무를 이행함으로써 별도의 청산절차를 거침이 없이 간이한 방법으로 공평한 잔여재산의 분배가 가능하다."(공보 p.1657)

○ 다만, 원고가 자인하는 채무 1억 원을 정산에서 빠뜨려서 이를 이유로 파기됨

- 이러한 실수를 줄이는 방법 ⇨ “화해권고결정” 이용하기
- 금액 계산이 복잡한 동업 정산, 유류분 사건 등은 판결문과 같은 내용으로 화해권고결정을 보내 본 후 당사자가 계산 틀린 것을 지적하면 이를 반영하여 판결 선고할 수 있음

8 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다206933 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고가 채무자의 부동산 처분행위가 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위 취소소송 제기하여 승소판결 받고 소유권이전등기 말소하였음. 그 후 원고가 강제경매를 신청하였으나 배당가능이익이 없어 결국 강제경매신청을 취하

○ 원고는 피고들(수익자들)을 상대로 다시 불법행위에 기한 손해배상을 청구

▣ "제3자 채권침해"

▶ 소송물 ⇨ 불법행위에 기한 손해배상청구권

○ 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위는 제3자 채권침해로 불법행위가 성립할 수 있음

○ **대법원 2017다239311 판결(2019. 7. 1.자 판례공보 1 판례) 해설 참조할 것**

▶ 손해의 범위

○ 불법행위가 없었더라면 원고가 가지고 있었을 재산상태와 불법행위로 인해서 생긴 재산상태를 비교하여 그 차액을 금전으로 환가하는 것임

○ 원고가 일반채권자로서 강제경매 신청한 후 선순위 근저당권자들이 다 받아가고 남은 채권자들이 안분배당으로 받아갈 금액 ⇨ 선순위로 받아갈 국세, 지방세, 국민건강보험공단 미납액 등이 있으면 이는 원고가 어차피 받지 못했을 금액이므로 모두 공제하여야 함

○ 이때 위 공제 금액은 강제경매 신청할 당시 교부청구가 있었는지 여부와 상관없음

- 경매 진행 중에 경매법원이 과세관청에 통지서를 보내고, 과세관청은 국세 미납, 지방세 미납 금액을 통보하고 우선적으로 배당받음

▶ 증명책임 문제

○ 세무서장의 교부청구로 국가가 받아갈 금액은 피고가 입증해야 하는 것처럼 언뜻 보이나, 손해의 범위 문제로서 여전히 원고에게 증명책임이 있음에 주의할 것

○ 손해의 범위에서 공제되어야 될 부분은 피고에게 입증의 부담이 있음. 그러나 입증책임은 여전히 원고에게 있으므로 판결 이유 설시에 주의하여야 함

▣ 결국 사해행위와 불법행위는 선택적 관계

○ 불법행위로 손해배상청구 할 수도 있고 사해행위로 취소 및 원상회복 시켜 집행할 수도 있음

⑨ 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다212945 판결 [추심금]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 피고를 상대로 임대료의 지급을 구하는 소를 제기하여, 임대료를 지급하라는 내용의 제1심판결을 선고받았음

○ 원고는 甲에 대한 집행력 있는 지급명령 정본에 의하여 甲을 채무자, 피고를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 신청하여, 위 임대료 지급 청구의 소에서 피고를 상대로 구하는 임대료 채권 중 일부 금액(이하 '이 사건 임대료 채권')에 대하여 압류 및 추심명령을 받았음

○ 피고는 위 제1심판결에 대하여 항소하였고, 항소심은 원고를 포함한 甲의 채권자들이 압류한 금액에 관하여는 甲의 당사자적격이 없음을 확인하고, 압류한 부분을 제외한 나머지 청구 부분에 관하여 피고는 甲에게 일정 금액을 지급한다는 취지의 화해권고결정을 함. 위 화해권고결정은 그대로 확정되었음

○ 원고는 화해권고결정 확정일로부터 6개월 이내에 제3채무자인 피고를 상대로 이 사건 추심의 소를 제기함

▣ 추심명령의 의의

○ 추심의 권능, 즉 소송을 제기하고 상대방의 변제를 수령할 권능만 이전됨

○ 추심명령은 당사자적격의 문제 ⇨ 소 각하

- 소송요건이므로, 판결 선고 후 추심명령 나온 것을 대법원에 참고자료로 내면 원심에서 알았는지 여부와 상관없이 파기자판 소 각하

○ [비교] 전부명령

- 권리가 이전됨 ⇨ 전부명령이 발령되면 청구 기각

▣ 재판 도중 피고가 추심명령을 받은 경우 재판장이 할 일

○ 현재 소송을 제기하고 있는 채권자는 추심의 권능을 상실했기 때문에 당사자적격을 상실해서 소가 각하될 운명임

○ 추심채권자가 승계참가를 할 수 있는가?

- 추심명령을 받은 자는 채권을 승계한 바는 없고, 소송을 수행할 수 있는 권능만 받은 것이므로 권리의 승계인이 아닌 것 같다는 생각이 들 수 있으나, 추심권능을 받았다는 것이 바로 소송을 대신 하라는 것이므로 당연히 소송을 이어 받아야 함

- "압류채권자(추심채권자)는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제

81조, 제79조에 따라 참가할 수도 있으나, 채무자의 이행의 소가 상고심에 계속 중인 경우에는 승계인의 소송참가가 허용되지 아니하므로 압류채권자의 소송참가가 언제나 가능하지는 않으며, 압류채권자가 채무자가 제기한 이행의 소에 참가할 의무가 있는 것도 아니다."(대법원 2013다202120 全合 판결)

○ 재판부 입장에서는 승계참가를 기다려볼 수도 있지만, 굳이 추심명령 받은 자를 위해서 추정해놓고 기다릴 필요는 없음

- 실제로 추심채권자는 소송 진행 여부를 모르고 있을 가능성이 높고, 참가할 의무가 있는 것도 아님

▣ 추심소송과 중복제소(대법원 2013다202120 全合 판결)

▶ 전소를 각하하지 않고 있는 사이에 추심명령을 받은 사람이 새로 소송을 제기하는 경우 ⇨ 중복제소 아님

▶ 문제의 소재

○ 종전에 전소가 각하될 가능성이 있다고 해서 뒤의 소송이 중복제소가 아니라고 할 수는 없다는 판례가 있었음(대법원 97다45532 판결)

- 채권자대위소송에서 중복제소로 후소를 각하해야 하는데 전소가 부적법하다는 항변을 하는 경우, 법원에서 전소가 부적법한지 여부를 기록을 받아 심리할 필요가 없다는 것임

○ 소수의견은 위 판례의 태도를 고려하여 추심채권자의 후소 역시 중복제소로 보아야 한다는 견해임

▶ 다수의견의 요지

○ 만약 소수의견에 따르면 중복제소라는 이유로 후소를 각하하고, 전소는 당사자적격을 상실하였음을 이유로 각하한 후, 전소가 확정되면 후소를 다시 제기해야 함 ⇨ 소송경제에 反

○ 따라서 재판 진행 중 추심명령을 받으면 승계참가를 해도 되고, 전소가 각하되기 이전에 별도 소송을 내도 중복제소가 아니라서 심리를 해 줘야 하는 것임

▣ 대상판결의 요지 : 추심소송과 시효중단의 효력

▶ 채무자의 소제기 후 추심채권자가 별도 소송을 제기하였을 경우 시효중단의 효력은?

○ 결론 ⇨ 채무자의 전소에 대한 각하판결이 확정된 날로부터 6개월 내에 추심채권자가 소제기하였다면 채무자의 최초 소제기의 시효중단 효력이 계속됨

▶ 시효중단 효력의 판단 기준 ⇨ "권리 위에 잠자지 않은 자"

○ 같은 권리를 주장하며 소송을 계속 수행하고 있었다면 권리자들이 권리 위에 잠을 잔 것으로 볼 수 없고, 그러한 경우 시효 완성의 효력을 내세워 채무자를 보호해 줄 필요성이 없음

▶ **[참고] 대법원 2016다35789 판결 [인수참가 CASE]**

○ 승계참가와 인수참가의 구별

- 승계참가 ⇨ 자진하여 소송에 참가하는 경우
- 인수참가 ⇨ 소송에 끌려 들어온 경우
- '권리가 양도되면 승계참가, 의무가 인수되면 인수참가'라고 생각하지 않도록 주의할 것
- 따라서 승계참가와 인수참가의 명칭은 절차법적인 문제일 뿐이고, 법리는 동일함

○ 종전 권리자는 소송탈퇴 하고 인수참가인이 끝까지 소송을 진행하다가 패소한 사안. 원고가 채권을 소외인에 양도하였다고 주장하며 소송인수를 신청하여, 법원이 소외인을 원고 인수참가인으로 하여 소송인수결정을 하였는데, 채권양도가 소송신탁이라는 이유로 무효로 인정된 결과 인수참가인의 소를 각하하는 판결이 확정됨. 이 경우 종전 권리자가 새로 소송을 낸 경우 시효중단의 효력은 유지되는가?

⇨ "<u>최초 소제기의 시효중단 효력이 유지된다.</u>" [끝]

2019. 10. 1.자 공보 [2019. 10. 18. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 8. 9. 선고 2018다272407 판결 [배당이의]

▣ 사안의 개요

○ 피고 가평군은 지방세의 결손처분을 하였다가 이를 취소하는 절차 없이 배당요구를 하였음

○ 집행법원은 조세채권으로 인정하여 피고 가평군에 선순위 배당을 하였음

○ 대법원은 결손처분 취소 및 통지 절차를 밟지 아니하여 배당을 받을 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 체납처분

○ 조세법상 '체납처분'이라 함은 국가 또는 지방자치단체가 스스로 납세자의 재산을 압류하여 거기에서 조세채권의 만족을 얻는 것을 목적으로 하는 일련의 행정절차로서 재산의 압류, 압류재산의 매각, 매각대금의 충당 및 분배의 총합체를 의미한다(대법원 2008다47732 판결).

▣ 결손처분 및 결손처분 취소처분 : 행정처분 X ⇨ 취소를 구하는 소송은 각하됨

○ 지방세의 결손처분은 국세의 결손처분과 마찬가지로 더 이상 납세의무가 소멸하는 사유가 아니라 체납처분을 종료하는 의미만을 가지게 되었고, 결손처분의 취소 역시 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 행정처분이 아니라 과거에 종료되었던 체납처분 절차를 다시 시작한다는 행정절차로서의 의미(대법원 2010두25527 판결)

▣ 대상판결의 요지

○ 구 지방세기본법 96조 2항 본문 및 시행령 84조 3항(결손처분의 취소 및 통지)은 강행규정임

- 조세를 포함한 행정사건에서의 '강행규정' 표현의 의미 : 절차상 하자가 있을 때 그 하자 때문에 조세채권을 실현할 수 없는 장애가 있는 경우를 의미함

○ 강행규정에 위반하여 절차적 요건을 갖추지 아니하였으므로 적법한 배당 요구가 없는 것으로 보아야 함 ☞ 배당받을 수 없음

2 대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결 [양수금]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 A를 상대로 대여금 청구 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받았음

○ 원고는 피고가 A의 채무를 인수하였음을 주장하면서 소를 제기

○ 쟁점 : 변론종결 후 승계인 여부

◈ 변론종결 후 승계인

▣ 변론종결 후 승계인은 소송물 승계와 계쟁물 승계 두 가지로 나뉨

○ 소송물 승계 ⇨ 모두 변론종결 후 승계인

- 채권에 관한 승소판결이 확정된 다음 그 채권을 양도받은 자가 다시 소를 제기하면 승소판결을 받은 자가 다시 소를 제기한 것이므로 각하됨

○ 계쟁물 승계 ⇨ 소송물이 1 물권적 청구권이면 변론종결 후 승계인 ○
2 채권적 청구권이면 변론종결 후 승계인 X

▣ 소송물 승계에서는 면책적 채무인수만 변론종결 후 승계로 봄

▶ 중첩적 채무인수는 변론종결 후 승계가 아님

○ 면책적 채무인수는 민사집행법 31조 1항의 승계인에 해당한다고 볼 수 있지만, 중첩적 채무인수는 당사자의 채무가 그대로 존속하며 이와 별개의 채무를 부담하는 것에 불과하므로 위 조항의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2014그260 결정)

▶ 대상판결의 경우

○ 피고는 A에 관하여 면책적 채무인수 주장을 하는 것으로 보이는데, 그 부분은 소의 이익이 없음. 면책적 채무인수를 주장하면 심리할 필요도 없고 승계집행문을 신청하라고 안내한 후 각하하면 됨

○ 중첩적 채무인수라고 주장을 해야만 본안 판단에 나아가는 것임

▣ [참고사례] 법인격 남용의 경우에는 승계집행문을 부여하면 안 됨

○ 법인격 남용을 이유로 승계집행문 부여를 신청하는 경우가 있는데, 이때에는 별소를 제기하여야 함(대법원 93다44531 판결)

- 법인격이 남용됐는지를 보려면 증인을 부르는 등 재판을 진행해야 함. 사무관이 승계집행문을 부여해서 결론을 낼 수는 없음

◈ 불요증사실(민사소송법 288조)

▣ 자백, 현저한 사실, 경험칙 모두 입증할 필요가 없음

○ 경험칙은 이론상으로는 법리에 가까움

○ 교과서에서는 현저한 사실을 공지의 사실, 직무상 현저한 사실로 나눔

▣ 직무상 현저한 사실

▶ 법관을 기준으로 판단

○ 재판하는 당해 법관이 직무에 의하여 잘 알고 있는 사실을 굳이 입증할 필요 없다는 것

○ 1 당해 사건의 절차 진행(ex. 소장이 송달된 날짜)

○ 2 직종별임금실태조사보고서, 한국직업사전의 기재 내용(대법원 94다20051 全合 판결)

○ 3 당해 법관이 직접 재판한 사건도 직무상 현저한 사실로 인정한 판례도 있음(일반적인 사례는 아님)

- 재판부가 채권을 일정 금액으로 확정한 판결이 있는데 구상금 소송이 또 제기된 경우

▶ 다른 판사가 한 사건의 판결문은 판결문에 있는 사실관계만이 아니라 그런 판결이 있었다는 것도 증거를 받아서 판단해야 함

▶ 대상판결의 요지는 판결문이 존재한다고 해서 곧바로 불요증사실로 처리하면 안 된다는 것

○ 대상판결은 판결문을 증거로 제출받아서 호증으로 열거하고, 상대방에게 반박 기회도 주고 법정에서 현출시키는 등 절차를 밟으라는 취지임

3 대법원 2019. 8. 14. 선고 2016다9704, 9711 판결 [임금 · 임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고들 회사의 버스운전근로자들임

○ 원고들이 피고들을 상대로 월간 근무일수 15일(만근일)을 초과하는 근로일이 휴일임을 전제로 만근 초과 근로일의 1일 15시간 근로 중 8시간을 넘는 7시간 부분에 대해 휴일근로에 따른 가산수당의 지급을 구한 사안임

▣ 통상임금의 고정성

○ 대상판결은 버스운전근로자들의 승객에 대한 친절 행위를 촉진하기 위한 격려금으로 지급한 인사비 등을 통상임금으로 본 사안임

○ 미지급 사례가 있다면 고정성을 인정하기 어려웠을 것임

- 근로자가 불친절하다는 이유로 인사비를 지급받지 못한 사례가 있었다면, 고등법원 결론대로 갔을 가능성이 높음

▣ 약정에 따른 휴일도 근로기준법상 휴일에 해당함

○ 근로기준법상 휴일 = 달력에 있는 휴일 + 회사와의 약정에 따른 휴일

○ 이 사건에서는 근로일수를 15일로 하고, 15일을 넘는 것은 휴일로 보았음

▣ 대한민국 근로관계 판결들은 택시회사와 버스회사가 주도

4 대법원 2019. 8. 14. 선고 2016다217833 판결 [손해배상]

▣ 사안의 개요

○ 등기공무원의 잘못으로 대지권의 표시가 잘못 기재된 등기가 마쳐짐

○ 중간 매수인이 최종 매수인으로부터 부족 지분에 대한 배상을 요구받자 국가를 상대로 국가배상청구

○ 원심은 청구를 인용하였으나, 대법원은 아직 손해의 발생이 확실하지 않다는 이유로 파기환송

▣ 최종 매수인의 손해배상채권 : ○

○ 등기부상의 잘못으로 인한 손해발생의 경우 최종 매수인에 대해서도 인과관계가 있다는 것이 판례임

▣ 중간 매수인의 손해배상채권

▶ 원칙 : 중간 매수인에게는 손해배상채권을 인정하지 않음

○ 중간 매수인도 손해가 발생했다고 볼 수도 있지만, 이를 타에 매도하면서 현실적으로 손해가 없어졌다고 보아야 함

○ 중간 매수인에게 승소판결을 하는 경우, 마지막 피해자인 최종 매수인이 다시 소를 제기할 경우 또 승소판결을 해야 함 ⇨ 이중으로 금전의 지급을 인정하는 결과가 되어 부당함

▶ 예외 : 중간 매수인이 최종 매수인에게 배상을 하였거나, 판결에 따라 집행당할 것이 확실하면 손해배상을 인정해줘도 무방함

○ 중간 매수인이 판결에 따라 최종 매수인에게 손해배상책임을 확실히 부담하게 된 경우라면, 손해가 현실적·구체적으로 확정되었다고 평가할 수도 있을 것임

▶ 대상판결은 중간 매수인인 원고에게 최종매수인이 내용증명을 발송한 사안 ⇨ 청구 기각

○ 아직 원고의 손해가 확정적으로 발생한 것은 아니고, 최종 피해자가 피고에게 손해배상을 청구할 수도 있으므로, 일단 원고의 청구를 기각하는 것이 타당함

○ 만일 원고가 최종 매수인에게 배상을 하게 되면, 그 후 다시 소송을 제기할 수 있음

- 불법행위로 인한 손해배상청구권은 손해발생시를 기준으로 함 ⇨ 기판력이 미치지 않음

5 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 피고 보험회사는 원고 보험회사를 상대로 구상금분쟁심의위원회에 분쟁조정신청을 제기하였고, 심의위원회는 원고차량 운전자의 과실비율을 30%로 정하는 내용의 조정결정을 함. 조정결정은 그대로 확정됨

○ 원고는 조정결정이 정한 대로 피고에게 구상금을 지급하였다가 원고 차량이 과실이 없었다는 이유로 반환을 구하는 소송을 제기함

▣ 구상금분쟁심의위원회에서 이루어진 합의 ⇨ 순수한 민법상 화해

○ 보험업법 125조에는 구상금분쟁심의위원회라는 단어는 없음. 위 규정은 보험회사들끼리 인가를 받아 일정한 제도 등을 만들 수 있는 근거규정을 마련해 둔 것임

▣ 민법상 화해계약은 독립된 채권발생 원인에 해당함

○ 화해도 독립된 계약이고, 계약에 따라 권리의무가 발생 ⇨ 민법상 화해계약은 채권의 발생원인

○ 대상판결의 요지는 화해계약에 따라 채권이 발생했으며, 화해계약 이전에 채권이 있었는지 여부를 다툴 수 없다는 것임

- 화해계약은 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 경우 이외에는 착오를 이유로 취소할 수 없음(민법 733조). 화해계약이 취소되지 않는 한 부당이득반환청구를 인정할 수 없음

▣ [참고] 분쟁에 관한 합의의 간주 규정이 있는 경우, 합의의 효력에 관한 부분을 반드시 확인해야 함

○ 재판상 화해와 동일한 효력 (= 판결과 동일한 효력) ⇨ 소송제기를 할 수 없음

○ 구 환경분쟁조정법상 환경분쟁에 대한 재정결정의 효력 ⇨ 당사자간 사적 합의로서 효력을 갖는 것에 불과함(대법원 2011다99832 판결)

- 같은 환경분쟁임에도 불구하고 재판상 화해와 동일한 효력이 있다고 규정한 것이 있고, 합의가 성립된다고 규정한 것도 존재함

○ 과거사 사건에 관하여 재판상 화해와 동일한 효력을 규정한 법률이 많음

⑥ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결 [주주확인등]

▣ 실질주주의 구제방법

▶ 회사에 대한 관계 ⇨ 명의개서(○), 주주권확인(각하)

○ 주식을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 주권의 제시 등의 방법으로 자신이 주식을 취득한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 단독으로 그 명의개서를 청구할 수 있음. 따라서 회사를 상대로 주주권확인을 구하는 것은 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 아니거나 분쟁의 종국적 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없음(대법원 2016다240338 판결)

○ 대법원 2015다248342 全合 판결은, 회사는 주주명부상 주주가 원칙적으로 주주권을 행사하도록 하여야 한다는 것 ⇨ 회사 입장에서는 주주명부에 기재가 안 되어 있으면 주주로서 취급을 해 줄 수 없음

▶ 주주명부상 주주에 대한 관계 ⇨ 명의개서(각하), 주주권확인(○)

○ 실질주주는 회사에 대하여는 명의개서를, 주주라고 주장하는 자에 대하여는 주주권확인을 구하여야 함

▣ 주주명의개서는 양수인이 단독으로 가능 ⇨ 통지 불필요

○ 주주명의개서와 채권양도통지는 언뜻 보면 구조가 비슷한 거 같아서 헷갈리기 쉬움

○ 주주명의개서는 통지라는 절차가 필요 없고, 양수받은 사실을 입증해서 양수인이 단독으로 명의개서만 신청하면 됨

▣ 주권의 효력발생시기

▶ 주권이 발행된 경우 권리자 추정 ⇨ 주권의 소지인(○), 주주명부상 주주(X)

○ 주주명부상 주주가 아닌 주권의 소지인이 권리자로 추정됨

○ 주권의 소지는 원고 쪽에, 주주명부상 주주는 피고인 경우, 주권을 가지고 있는 원고가 주주로 추정되고, 입증책임은 전부 피고 측에 있음

▶ 주권의 효력발생시기: 교부시설(判)

○ "상법 355조 규정의 주권발행은 동법 356조 소정의 형식을 구비한 문서를 작성하여 이를 주주에게 교부하는 것을 말하고, 위 문서가 주주에게 교부된 때에 비로소 주권으로서의 효력을 발생한다고 해석되므로 피고 회사가 주주권을 표창하는 문서를 작성하여 이를 주주가 아닌 제3자에게 교부하여 주었다 하더라도 위 문서는 아직 피고 회사의 주권으로서의 효력을 갖지 못한다고 보아야 할 것이다"(대법원 76다2766 판결)

▣ 주주의 결정에 관한 판례의 태도는 여전히 실질설임

▶ 앞서 본 전원합의체 판결과는 적용국면이 다름

○ 앞서 본 전원합의체 판결은 회사에서 주주로 취급하는 범위(ex. 의결권)에 관하여 적용되는 것이고, 주주의 결정에 관한 실질설, 형식설과는 무관

○ 오히려 그 이후 나오는 판례를 보면 종전 실질설을 유지하기로 하는 쪽으로 기운 것 같음

▶ [사례] 주주명부에 甲으로 기재, 乙은 甲으로부터 주식을 매수, 이 경우 乙이 반드시 주주로 되는지(주권 미발행) ⇨ X

○ 주주명부상 주주로 되어 있어도, 원래 실질적으로 권리자로 인정받아야 할 주주가 따로 있으면, 주주명부상 주주로부터 주식을 매수한 사람이더라도 권리취득을 할 수 없음 ⇨ 실질설의 입장. 이 판례는 변경된 적이 없음

▶ 실질설이 정의관념에 비추어 보아도 타당하고, 변경될 가능성도 적어 보임

○ 주식거래가 되는 상장회사의 경우 ⇨ 주권이 발행되었을 것이고, 주권이 발행되었으면 선의취득이 가능하므로, 거의 문제되지 않음

○ 실제 주식이 발행되지 않은 소규모 회사의 경우 ⇨ 회사를 인수할 때 회사의 운용상태 등을 다 확인하고 거래하기 때문에 누가 실제 주주인지를 다 알 수 있어 선의의 피해자가 거의 발생하지 않음

○ 대부분 사채업자나 배임적 행위에 공모하는 등 보호필요성이 거의 없는 사람들이 주주명부상 주주한테 주식을 매수하였다고 주장함

○ 현실적으로는 실질설에 따라 재판하는 것이 정의관념에 부합함

7 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다204463 판결 [기타(금전)]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고 회사의 대표이사로 재직한 사람임

○ 원고는 이사회 결의 없이 피고에 대한 회생절차개시신청을 하였는데, 법원은 이사회 결의가 없음을 이유로 이를 각하하였고, 위 결정은 그대로 확정됨

○ 원고는 피고를 상대로 퇴직금의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였는데, 피고가 원고가 이사회 결의 없이 위법하게 피고 회사에 대한 회생절차개시신청을 하는 불법행위를 저질러 피고 회사에 손해를 입혔다는 이유로 그로 인해 발생한 원고에 대한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 한 사안임

▣ 중요한 사항 ⇨ 이사회 결의 필요
일상적인 상무와 같은 중요하지 않은 업무 ⇨ 대표이사가 이사회에 보고 없이 가능

○ 이사회의 권한(상법 393조 1항) : 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다.

▣ 대상판결에서는 회생개시신청에 대하여 대표이사의 불법행위책임을 인정함

○ 금융기관에서 대출을 받았는데, 대출계약서에 기한이익 상실 조항이 있고, 여기에 회사의 회생개시신청이 포함되어 있음

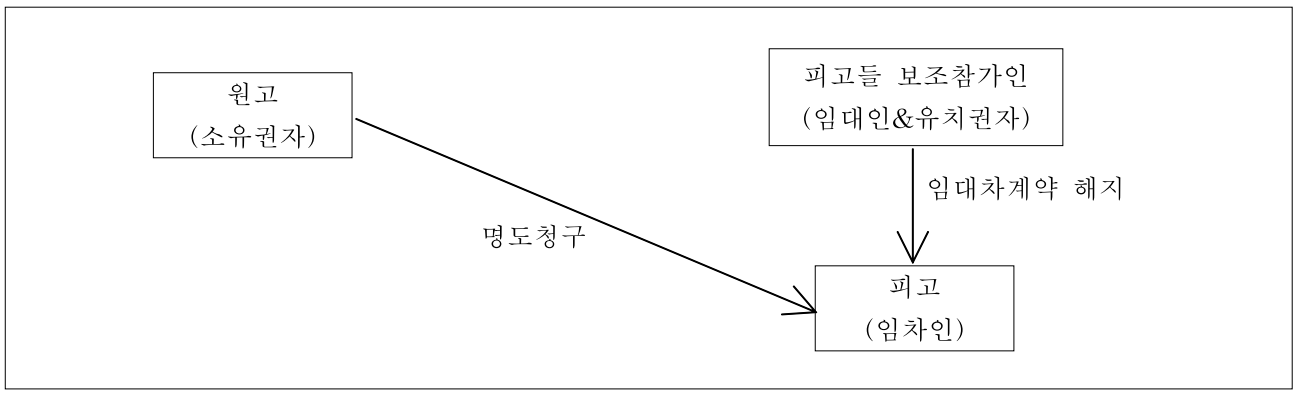
○ 대표이사가 법원에 회생개시신청을 하였는데, 법원은 이사회 결의가 없다는 이유로 각하함

○ 대표이사의 회생개시절차신청으로 회사는 기한의 이익을 상실하고 지연손해금을 부담함

○ 이사의 충실의무 위반, 최소한 과실이 인정됨. 따라서 불법행위가 되고 책임을 물을 수 있다는 판례임

8 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다205329 판결 [건물인도]

▣ 사안의 개요



▣ 대상판결이 판시한 법리

○ 원고는 소유권에 기하여 반환청구를 하고 있고, 피고는 임차권을 내세워 항변하고 있음

○ 원심에서 임대차계약이 해지되어 점유매개관계가 단절되었다는 이유로 피고의 항변을 배척한 데 대하여, 대법원은 간접점유자의 반환청구권이 존재하는 이상 점유매개관계가 단절되었다고 볼 수 없다고 판단하여 원심판결을 파기하였음

○ 대상판결은 점유매개관계에 대하여만 판시하였으나, 근본적으로 피고에게 어떠한 점유권원이 있는지에 관하여 살펴볼 필요가 있음

○ 이 점에 관하여 아래 관련 사례의 판결이 상세한 법리를 설명하고 있음

▣ [관련사례] 대법원 2014. 12. 24. 선고 2011다62618 판결

▶ 판시 내용

○ "소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다(민법 213조). 여기서 반환을 거부할 수 있는 점유할 권리에는 유치권도 포함되고, 유치권자로부터 유치물을 유치하기 위한 방법으로 유치물의 점유 내지 보관을 위탁받은 자는 특별한 사정이 없는 한 점유할 권리가 있음을 들어 소유자의 소유물반환청구를 거부할 수 있다."

▶ 유치권자로부터 위탁을 받아서 점유할 수 있는 권리도 반환을 거부할 수 있는 점유할 권리에 해당 ⇨ 유치권자의 권리 보호

○ 소유권에 기해서 물권적 반환청구권을 행사한 사건이고, 피고는 권원으로 유치권자와 사이에 계약관계가 있었다는 주장만 계속함. 즉, 원고는 물권적 청구권을 행사하는데, 피고는 제3자에 대한 채권을 점유권원으로 내세우는 케이스가 되어버린 것임. 언뜻 보면 대항할 수 없는 것처럼 보임

○ 그러나 유치권자 입장에서 보면 간접점유하고 있는 것이고, 피고는 직접점유하고 있는 것

임

○ 유치권자와 직접점유자를 한 그룹으로 보면, 점유권원이 보다 분명해짐. 즉 피고는 간접점유자가 가지고 있는 유치권을 자신의 점유권원으로 주장할 수 있음

▣ 대상판결의 경우에도 유치권자의 권리 보호가 필요함

▶ 사안의 특수성 : 간접점유자와 직접점유자 사이에 계약이 해지됨

○ 대상판결의 사안은 간접점유자와 직접점유자 사이에 분쟁이 있었고, 이에 계약이 해지되어 직접점유자의 점유할 수 있는 권리에 관한 채권적 관계가 끊어졌다는 점에서 관련사례와 차이가 있음

▶ 그러나 이는 간접점유자와 직접점유자 사이의 문제일 뿐, 원고에 대한 관계에는 영향이 없음

○ 간접점유자와 직접점유자 사이에 직접점유자가 간접점유자의 인도청구를 거부할 수 없는 상황이 되었더라도 당초 직접점유자가 점유물을 보관하고 있는 것은 간접점유자의 위임에 따른 것이고, 간접점유자가 보호받아야 할 유치권자의 권원, 이익은 아무런 변동이 없으므로 당사자 사이에 계약이 해지되었더라도 원고에 대한 관계에서 물권적 청구를 거부할 수 있는 권리에는 영향을 미칠 수 없음

○ 즉, 간접점유자, 직접점유자 사이의 계약관계가 종료되거나 그 밖의 사유로 반환해야 할 입장에 있다 하더라도 이는 두 점유자 사이의 내부관계에 불과하므로, 소유자에 대하여 반환을 거부할 수 있는 권리에 해당함에는 영향이 없음

⑨ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다216435 판결 [구상금]

◈ 연대채무 vs 부진정연대채무

▣ 구별방법

▶ 연대의 의사(간주 포함)

○ 연대의 의사가 간주되는 경우 : 상행위인 조합관계에서 돈을 대여(상법 57조 1항[41])

▶ 병존적 채무인수는? ① 채무자의 부탁이 있으면 연대채무
② 채무자의 부탁이 없으면 부진정연대채무 (대법원 2009다32409 판결)

▶ 부진정연대채무와 일반채무의 구별기준 ⇨ 과잉지급 여부

○ 양쪽에서 모두 받았을 때 과잉지급에 해당하면 부진정연대채무. 채권의 발생원인과 무관

- ① 불법행위책임 상호간
  ② 甲은 채무불이행책임, 乙은 불법행위책임
  ③ 甲은 A 계약에 따른 책임, 乙은 구상금 등 별도 계약에 의한 책임
  ⇨ 모두 부진정연대채무 성립 가능

○ A와 B채무자 간의 채권액이 다른 경우 ⇨ 중복되는 범위에서 부진정연대채무

▣ 절대적 효력

▶ 연대채무, 부진정연대채무 공통 ⇨ 변제, 대물변제, 갱개, 상계

○ 변제, 대물변제는 채권이 만족됨

○ 상계는 헷갈릴 수 있으나, 법리상으로는 내 채권도 소멸하고 내가 부담하는 채무도 소멸하는 것이므로 완벽하게 권리가 실현됨. 상계 역시 채권이 만족되는 것임

- 채무는 경우에 따라 집행을 안 받고 버틸 수 있다 하더라도 이는 법적으로 보호받을 가치가 있는 이익이 아님
- 자기채무를 면했기 때문에 경제적으로 완벽하게 이득을 본 것이므로 상계도 절대적 효력이 인정되어야 함

○ 갱개가 이루어지면 채권의 내용이 달라져서 집행할 방법이 없음

▶ 부담 부분에 절대적 효력(연대채무만 인정됨) ⇨ 면제, 상계(타인), 혼동, 소멸시효

---

41) 상법 제57조(다수채무자간 또는 채무자와 보증인의 연대)
① 수인이 그 1인 또는 전원에게 상행위가 되는 행위로 인하여 채무를 부담한 때에는 연대하여 변제할 책임이 있다.

○ 여기서 상계란 다른 연대채무자의 채권으로 상계하는 것임

▣ 구상관계

▶ 연대채무에서 부담부분 ⇨ 비율

○ 연대채무자는 변제할 때마다 구상 가능함

▶ 부진정연대채무에서 부담부분 ⇨ 금액

○ 부진정연대채무자는 자신의 부담부분을 초과하여 변제하는 경우에만 구상 가능함

▶ 부진정연대채무자 1인(甲)의 소멸시효가 완성된 경우, 소멸시효가 완성되지 않은 다른 부진정연대채무자(乙)가 변제한 후 甲에게 구상할 수 있는지 ⇨ ○(구상권자 보호)

○ 확립된 판례의 태도임

○ 판례는 소멸시효의 효과를 절대적 효력설로 보는데, 甲 입장에서는 채무가 소멸하여 채권자에 대한 자기 채무가 없음에도 불구하고 구상채무가 발생함

○ 한편, 乙 입장에서는 자기 부담부분이 있고 자기 채무만 변제하면 되는데, 소멸시효가 남아 있어서 부진정연대채무 법리에 따라 전액 변제하였음에도 구상이 안 된다면 억울할 수 있음

○ 대법원은 변제한 부진정연대채무자를 보호하는 쪽으로 결론을 내림

⑩ 대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 전원합의체 판결 [임금등]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(서울특별시 서울의료원)에 고용되어 간호사, 물리치료사, 방사선사, 임상병리사 등의 업무에 종사하고 있는 근로자들임

○ 피고는 원고들을 비롯한 소속 임직원이 각자에게 배정된 복지포인트 한도 내에서 사전에 설계된 복리후생 항목 중 개인이 원하는 항목 및 수혜수준을 선택하여 누릴 수 있도록 하는 선택적 복지제도를 운영하였고, 원고들에게 일정한 복지포인트를 매년 부여함

○ 원고들이 피고를 상대로 복지포인트 등을 통상임금에 포함하여 다시 계산한 연장근로수당 등과 기지급 연장근로수당 등의 차액을 청구한 사안임

▣ 수당청구의 산정 기준 ⇨ 통상임금

▶ 근로기준법의 체계

○ 1 통상임금 ⇨ 수당 계산의 자료

○ 2 평균임금 ⇨ 퇴직금 기준

○ 3 최저임금 ⇨ 형사처벌

▶ 통상임금 : 정기적, 일률적, 고정적으로 지급되는 임금

▶ 근로의 대가로 지급하는 금품은 모두 임금에 해당함

▶ 복지포인트가 임금에 해당하는 지 여부 (X) ⇨ 근본적으로 임금이 아님(다수의견)

○ 1 다수의견 : 복지포인트는 근로의 대가로 보기도 어렵고, 근로자에 대한 새로운 복지제도일 뿐 임금하고는 성격이 너무 다르다는 것임

○ 2 소수의견 : 복지포인트도 임금에 해당한다는 것인데, 복지포인트 역시 근로자로 일하면서 받는 경제적 이득인 이상 임금으로 보는 것이 타당한 측면이 있음

○ 복지포인트 제도는 생긴 지 오래되었는데도, 근로자 및 사용자 모두 이것을 가지고 통상임금을 다시 계산할 것이라고는 생각하지 않았을 것임. 실제로 대상판결 이전에는 복지포인트를 이유로 소를 제기한 사람도 없었음

○ 임금은 당사자 사이에 합의된 금액을 지급하여야 하는 약정채권임

- 약정채권의 액수를 산정하는데 있어 당사자의 당초의 예상이나 기대를 벗어나 기습적으로 합의된 의사를 확정시키는 것은 되도록 지양하는 것이 타당함 [끝].

2019. 10. 15.자 공보 [2019. 10. 25. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 8. 29. 선고 2016다259417 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 甲 등이 일몰 이후 편도 1차로 국도에서 작업을 수행하였고, 당시 작업차량들은 차폭등과 미등을 켜지 않은 상태로 도로 우측에 정차하고 있었음

○ 乙이 만취 상태에서 가해차량을 운전하여 주행하다가 작업차량들을 발견하지 못하고 스치듯 충격한 후, 마침 작업을 마친 후 작업차량에 탑승하기 위해 도로 위를 이동하던 甲 등을 들이받아 甲 등이 모두 사망한 사안

○ 차량들이 가입한 보험회사 간의 구상금 청구 사건임

▣ 1심과 2심의 결론이 엇갈림

▶ 1심 ⇨ 작업차량들의 주차 잘못과 이 사건 사고 발생 사이의 상당인과관계 인정

▶ 2심 ⇨ 상당인과관계 부정

▶ 쟁점

○ 노견에 있다가 피해를 당하고 과실상계를 하는 사건은 굉장히 흔함

- 술 취해서 노견에 주차한 후 시동 꺼놓고 잠을 자다가 차량이 들이받아 사망하면, 피해자도 과실이 있어서 당연히 과실상계를 해야 함

○ 이 사건은 이와 달리 주차한 사람이 다른 피해자에 대해서 불법행위자가 되느냐의 문제임

▣ 2심은 왜 인과관계를 부정하는 결론을 냈을까?

○ '이런 유형의 사건을 많이 처리하는 항소심 재판부가 왜 기각하는 쪽으로 마음이 기울었을까'를 고민해 보아야 같은 오류를 범하지 않을 수 있음

○ 작업차량들의 주차 방식이 도로교통법에 위반되었음 ⇨ 과실은 인정됨

○ 2심이 인과관계를 부정하고 기각하였던 이유는? (추측)

1 만취

- 당시 가해차량 운전자의 알코올농도가 0.287 ⇨ 인사불성, 치사량 정도
- 재판부는 가해차량의 과실이 거의 전부라고 생각했을 수 있음

2 차도에 들어온 사람을 친 것과 동일시

- 피해자가 운전석에 타기 위해서 차량 왼쪽으로 왔고, 가해차량이 차 옆에 있던 사람을 친 사안. 즉 '이 사안은 주차된 차량이 있든 없든 그냥 길 가다가 찻길로 들어온 사람을 친 것과 다를 바 없는 것 아닌가'라고 생각한 것이 아닌지

▣ 그러나 인과관계를 인정한 1심의 결론이 타당함

○ 그동안 도로교통법을 위반하여 길가에 차를 주차한 것에 대하여 사고 발생과 사이에 인과관계를 인정한 판례는 매우 많았음

○ 이 사건과 거의 비슷한 사례(대법원 2004다66766 판결)

- 가해차량이 따로 있고, 피해자는 행인인 사안
- 직접 부딪힌 것은 아니지만 사고를 유발하는데 원인을 제공한 불법주차 차량도 가해차량과 공동불법행위가 인정됨

○ 이 사건 도로는 편도 1차선 도로. 작업차량1은 차도 쪽으로 자그마치 1m나 튀어나와 있었음

- 피할 곳도 없는데 찻길을 1m나 가로막고 있었으면, 약간만 과속을 해도 작업차량을 피하다가 중앙선이나 옆 차선으로 넘어갈 상황이었음 ⇨ 주차를 잘못한 과실이 매우 큼
- 차도도 좁고, 주차 잘못과 사고 발생 사이의 인과관계를 쉽게 인정할 수 있는 사안

○ 음주운전을 한 잘못이 아무리 크다고 하더라도 판례는 통용이 되어야 함

- 이 케이스에서 주차 위반에 대하여 과실 내지 인과관계가 없다고 하면 앞으로 다른 사례에서도 그러한 판례의 태도가 통용이 되어야 하는데, 그 경우 가해차량의 음주 정도와는 상관이 없는 것임

○ 과실비율로 조정해야 할 사안임

2 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 판결 [근로자지위확인등]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(한국도로공사)와 고속국도의 통행료 수납업무 용역계약을 체결한 외주사업체에 고용되어 피고의 고속국도 영업소에서 통행료 수납업무 등을 담당하고 있는 사람들임

○ 원고들이 피고를 상대로 2년을 초과하여 근무하였다는 이유로 파견근로자 보호 등에 관한 법률에 따라 근로자의 지위에 있음을 확인하거나, 고용에 관한 승낙의 의사표시를 구한 사안임

▣ 고속도로 톨게이트 근로자는 파견법에 의한 파견근로자에 해당함

▶ 결론은 의문의 여지가 없음

○ 고속도로 톨게이트 안에서 표 받는 근로자들은 원래 도로공사 직원들과 업무가 동일함

- 표 수령, 체납 차량 단속, 운행 제한 차량 단속 업무, 근무복·명찰 동일
- 실제 근로자들 관리도 다른 직원들과 함께 도로공사에서 담당함

○ 성격상 파견법에 의한 근로자임이 명확한 사안이고, 원심 결론도 같음

▣ 파견근로자 보호 등에 관한 법률 관련

▶ 법 개정 : 입법 당시 "기간 만료 시 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다."(제6조)

⇨ 2006. 12. 개정 "기간 만료 시 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다."(제6조의2)

▶ 직접 고용이 되는 경우 근로조건

○ 파견근로자보호등에 관한 법률 제6조의2가 이에 관하여 규정하고 있는데, 동종·유사 업무를 수행하는 근로자와 동일하게 대우하여야 함

○ 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 종전 근로조건보다 낮아져서는 안 됨

제6조의2(고용의무)

③ 제1항에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우의 파견근로자의 근로조건은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우: 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따를 것
2. 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우: 해당 파견근로자의 기존 근로조건의 수준보다 낮아져서는 아니 될 것

○ 위 규정은 2006년 법개정으로 신설된 것인데, 판례는 그 이전에 파견근로자보호등에 관한 법률에 따라 직접 고용된 근로자들에 대하여도 위 규정과 마찬가지로 동종·유사 업무를 수행하는 근로자와 동일한 근로조건이 적용된다고 보았음(대법원 2013다74592 판결)

▣ [참고 사례] 대구고등법원 2011. 6. 29. 선고 2010나9475 판결

○ 파견근로자가 산업재해 사고를 당하여 손해배상 청구한 사안. 시효 때문에 불법행위 손해배상청구는 할 수 없고, 계약관계가 인정되어야만 채무불이행 책임에 기하여 배상을 받을 수 있었음

○ 파견법에 의하면 사용사업주와 파견근로자 사이에는 아무런 계약관계가 없음

○ 1심은 계약관계가 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였으나, 2심은 “계약에 따른 채무의 중첩적 채무인수와 유사한 관계가 성립한다.”라고 판시하여 책임을 인정함

- 근로자가 사용사업주 회사에 와서 근무하기 때문에 근로자를 보호할 계약상 의무를 사용사업주가 묵시적으로 승계 내지 중첩적으로 인수한 것임 ⇨ 대법원 2011다60247 상고기각

3 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다276679 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 포항영일만항 외곽시설 축조공사 입찰담합 사건

○ 입찰 참가자들끼리 담합하여 높은 금액으로 낙찰을 시켜서 한 회사가 이득을 얻고, 나머지 회사들은 설계비를 보상받아 지출한 비용을 회수해 간 사실이 적발됨

○ 낙찰자와의 계약을 취소하지는 않고 입찰 참가자들 상대로 불법행위 손해배상을 청구한 사안

- 취소하면 절차를 새로 밟아야 하는데, 그로 인해 공사완공이 늦어지는 것이 오히려 국가적으로 손해가 될 수 있음 ⇨ 계약 이행은 하면서 계약금액과 '정상적으로 낙찰 받았을 가격'의 차이를 손해배상으로 구함(흔하지 않은 사례임)

▣ 손해배상책임 인정됨

○ 정상적인 경쟁관계일 경우 통상 낙찰될 것으로 예상되는 가격보다 높은 가격으로 계약 체결하여 손해를 입힌 것

○ 공동불법행위로서 가해자는 낙찰자 포함하여 담합한 참가자 전원임

○ 주문 : "원심판결의 경쟁가격과 낙찰가격의 차액 상당 금액 청구 중 예비적 청구 부분 파기"

○ 파기환송심으로서는 이제 가격을 어떻게 정해야 되는지 고민이 될 것임

- '정상적인 경쟁이 이루어질 경우 얼마에 낙찰되었을지' 알 수 없음. 감정도 쉽지 않음

- 통상 예상비용에 공사 업체들이 얻는 평균적인 이익률 등을 감안하여 판단을 하는 것이 적당하다고 생각됨

▣ 소멸시효 문제

▶ 원심 판단 ⇨ <u>1차 계약 체결 시점에서 전체 손해가 발생</u>하여 모두 소멸시효가 진행함

▶ 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다235189 전원합의체 판결[42)]

○ 사안의 배경

- 지하철 공사를 4차에 걸쳐 계약하는 경우(장기계속공사계약), 1차 계약을 체결하면서 공사금액을 정하고 계약서 마지막에 총공사예정금액, 공사예정기간 등을 기재함

- 1차 계약이 종료되면 2차 계약 시에는 우선적 지위가 인정되어 특별한 사정이 없으면 다시 계약을 체결하게 됨. 단, 우선적 지위에 있는 것일 뿐 2,3,4차 계약이 이미 다 체결되어 있는 것은 아님

42) 원심 선고일(2017. 10. 11.) 이후에 나온 판결임

- 1차 계약 종료 후 총공사금액 범위 내에서 2차 계약을 체결하고, 2차 계약서 마지막에 총공사금액과 공사예정기간을 다시 기재함. 이때 1차 공사가 늦어지면 공사예정기간을 늦추고, 총공사금액을 높이기도 함
- 당초 예정하였던 공사비용, 공사기간이 늘어나는 경우 공사대금 조정이 가능한데, 원고는 1차 계약 당시 기재한 총공사예정기간을 기준으로 조정을 요구함(조정요구대상은 추가간접비, 즉 공사기간이 늘어나지 않았으면 지출되지 않았을 인건비 상당액)

○ 쟁점 : 당사자 사이에 1차~4차 계약과 별개인 '총괄계약'을 별도로 체결한 것인가?

= 1차 계약 당시 기재한 총공사예정금액 또는 준공예정기한(총괄계약)이 당사자 사이에 어느 정도의 구속력이 있는가?

○ 결론 : 총공사규모에 관한 합의(총괄계약)는 잠정적 기준에 불과함

- "각 연차별 계약에 부기된 총공사금액 및 총공사기간 그 자체를 근거로 하여 공사금액과 공사기간에 관하여 확정적인 권리의무를 발생시키거나 구속력을 갖게 하려는 의사를 갖고 있다고 보기 어렵다."
- 1차 계약 당시 제시했던 총공사기간을 기준으로 공사대금조정을 요구할 수는 없음
- 발주자에 유리하고, 건설회사에 불리한 판결임

▶ 위 전원합의체 판결의 태도에 따르면 원심의 판단은 틀린 것임

○ 처음에 낙찰을 받고 1차 계약을 체결하였다고 해서 2차 계약에 따른 공사대금청구권이 발생하는 것이 아님 ⇨ 발생하지 않은 채권에 대한 소멸시효가 진행한다고 볼 수 없음

▣ 채무 부담과 손해 발생 관련

▶ 원심의 판시(공보 p.1802)

○ "계약이 체결됨으로써 피고들의 불법행위가 종료되고 원고가 피고에게 지급할 공사대금이 구체적으로 확정되어 정상적인 낙찰대금과 실제 낙찰대금의 차액 상당액의 손해가 현실적으로 원고에게 발생"

○ 즉, 채무를 부담하게 되면서 손해가 발생하였다는 취지이고 대법원도 이를 수긍한 것으로 보임

▶ 손해 발생 시점에 관한 기존 법리(2019. 10. 1자 공보 ④ 대법원 2016다217833 판결 관련)

○ 손해는 현실적·확정적이어야 함

- 불법행위로 인하여 피해자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 것처럼 보이더라도, 실제 지급 여부가 유동적인 상황에서는 아직 손해가 발생하지 않은 것임

▶ 이번 판결은 왜 '채무를 부담하면 손해'라고 한 것일까?

○ 채무자가 국가이기 때문임

- 국가는 채무를 갚지 않거나 집행을 당하지 않을 방법이 없음

○ 실제로 공사대금을 지급할 때 손해가 발생한 것이 아닌가?

- 공사대금을 지급하는 순간 채무가 소멸함. 채무가 소멸한 액수와 공사대금을 지급한 액수의 경제학적 가치가 동일하므로 그때 손해가 발생하는 것은 아님

▣ 설계보상비 반환청구 관련

▶ 설계비 지급의 목적 ⇨ 경쟁의 활성화

○ 대규모 공사는 설계비가 수억 원 이상임. 설계도를 내고 공사계획을 설명하는 것이 입찰에서 가장 중요한 부분인데, 입찰에서 실패하면 설계비 전액을 손해 보게 되어 입찰 참가 자체가 공사업체에게 굉장히 큰 부담이 될 수 있음

○ 그러한 부담으로 인하여 입찰에 참여하는 회사가 줄어들면 경쟁이 줄어들고 공사 낙찰 금액이 올라가기 때문에 차라리 설계비를 지급하고 경쟁이 더 많이 이루어지도록 하는 것이 국가적으로 유리하다는 정책적 결단을 한 것임

○ 다만 대부분의 관련 규정이 설계비를 '지급할 수 있다'라고 되어 있고, 나아가 '예산의 범위 내에서' 지급한다고 되어 있음

▶ 원심은 원고가 입찰참가자들에게 지급한 설계보상비에 대한 반환청구를 기각함

○ 원심은 '어차피 입찰을 무효로 하지 않고, 계약을 체결하고 공사를 시작했으므로 이미 지급한 설계보상비는 돌려받지 못한다'라고 판시함

▶ 원심의 판단은 '정의관념'에 반함

○ 대법원이 파기 이유로 설시한 설계보상비 반환에 관한 규정이 문언상 명백한 것은 아님

○ 그럼에도 불구하고 원심이 틀렸다고 생각하는 이유는 정의관념에 반하기 때문임

- 정의란? ① 구체적 타당성 ② 법적 안정성 ③ 합목적성

○ 구체적 타당성 측면 ⇨ 이 사건에서 피고들은 설계비를 보유할 자격이 없는 자들임

- 담합을 한 업체들은 낙찰 받을 의도가 전혀 없이 적은 금액으로 입찰에 참가한 자들임. 설계의 완성도를 높이는 데에 설계비를 제대로 투입하였을 리 없음

○ 합목적성 측면 ⇨ 담합한 자들로부터 설계비를 돌려받아야 앞으로 담합을 막을 수 있음

- 담합을 하고 엉터리로 설계하더라도 설계비를 지급받고 반환할 필요도 없다고 본다면 앞으로 담합을 막기 어려움

4 대법원 2019. 8. 29. 선고 2019다215272 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고를 상대로 구상금의 지급을 구하는 전소를 제기하였는데, 피고는 원고에게 구상금 원금에 대하여 2000. 12. 30.부터 2002. 10. 18.까지는 약정이율인 연 18%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 당시 시행 중이던 소송촉진법에 따른 연 25%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급하라는 내용의 전소 판결이 2002. 11. 9. 확정됨

○ 2007. 4. 13.경 전소 판결로 확정된 채권의 소멸시효가 중단되어 다시 시효가 진행되었고, 원고가 2017. 3. 30. 위 채권의 시효중단을 위하여 이 사건 지급명령을 신청한 사안임

▣ 지연손해금 이율이 낮아진 경우

▶ 소송촉진 등에 관한 특례법 지연손해금 이율의 변경

○ 25%(1981. 3. 2.) ⇨ 20%(2003. 6. 1.) ⇨ 15%(2015. 10. 1.) ⇨ 12%(2019. 6. 1.)

▶ 선행 승소판결 확정된 후 시효중단을 위해서 다시 제기한 소송에서 지연손해금 이율을 낮게 변경해 줄 필요 없음

○ 법률의 변경은 청구이의의 사유가 되지 않음

○ 이자제한법에 의한 제한이율이 낮아졌다고 하더라도 시효중단을 위한 후행 소송에서 이율을 낮춰주지 않았던 것과 마찬가지임

5 대법원 2019. 8. 30. 선고 2016다252478 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 서울특별시장은 주변 도로를 확충하기 위한 도시관리계획을 결정·고시하였는데, 원고(서울주택도시공사)는 서울특별시장으로부터 도시관리계획결정에 따라 연결 도로 등을 입체화하는 시설공사(이하 '이 사건 사업')에 관한 사업시행자 지정 및 실시계획인가를 받았음

○ 이 사건 사업의 사업구역 총 6,669㎡ 중 피고(대한민국)가 소유하는 토지(이하 '이 사건 토지')는 4,186㎡ 이었음

○ 원고는 국토교통부장관과 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하고, 그 대금을 지급함

○ 위 매매계약이 체결될 당시 이 사건 토지에는 도로가 설치되어 이용 중이었는데, 이 사건 사업은 지상의 도로는 그대로 존치하면서 그 지하에 입체교차로를 설치하는 것을 목적으로 하는 사업이었음

○ 원고가 피고를 상대로 종래의 공공시설인 이 사건 토지가 새로운 공공시설을 설치하는 내용의 이 사건 사업의 시행자인 원고에게 무상 귀속되어야 한다는 이유로 피고가 지급받은 매매대금을 부당이득으로 반환하여 줄 것을 청구한 사안임

▣ 국토계획법 65조[43] 기부채납 규정

▶ 내용

○ 대규모로 택지를 개발하고 학교를 새로 만드는 경우, 공공사업을 시행하는 자가 새로 학교를 건설한 후 국가에 기부채납하고, 기존에 있던 학교는 사업시행자에게 귀속됨

▶ 적용 요건

○ 1 단지형 개발사업

- 넓은 면적의 사업구역을 대상으로 하는 사업
- 종래의 공공시설이 개발사업 시행으로 용도가 폐지되는 경우에 한함
- 대상판결

○ 2 사업시행자가 신규 공공시설 부지를 적법하게 취득할 것(대법원 2017두56476 판결)

- 사업시행자가 공공시설을 만들고 국가에 기부채납하여야 하는데, 권리취득을 하지 못하여 국가가 받은 것이 없다면 기존에 있던 공공시설도 사업시행자에게 소유권이 귀속되지 않음

---

43) **국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속)**

① 개발행위허가를 받은 자가 행정청인 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에는 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 새로 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 종래의 공공시설은 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 귀속된다.

○ 3 사업시행자가 행정청일 것

- 공공기관은 원래 국가나 지방자치단체가 해야 할 공공적 업무를 특별법인을 만들어서 법인체로서 운영하고 있는 것
- 일반 사업자보다는 지방자치단체와 동일하게 취급하는 것이 대부분임

▶ 효과 ⇨ 민법 187조 법률규정에 의한 권리 취득

⑥ 대법원 2019. 8. 30. 선고 2017다268142 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 소외 A가 피고로부터 점포를 임차하여 파스쿠치라는 커피숍을 운영하다가, 원고에게 커피숍 영업을 양도하고, 원고가 피고와 다시 임대차계약을 체결하였음

○ 임대차기간이 종료하자 원고는 커피숍 시설을 놔둔 채 퇴거를 하였고, 피고는 커피숍 시설 전부의 철거를 요구하고 있음

○ 원심은 피고의 주장을 받아들여 반환할 보증금에서 철거비용을 공제하였고, 대법원에서 상고 기각

▣ 판시만 보면 오해하기 쉬움

○ 대상판결 설시 부분 - "피고가 비용을 들여 철거한 시설물이 원고의 전 임차인이 설치한 것이라고 해도 원고가 철거하여 원상회복할 의무가 있다."

○ 대법원 판시(공보 p.1819)를 읽으면 "커피숍을 그대로 인수하여 운영하다가 임대차가 종료되면 커피숍 시설을 철거해야 된다"라는 판시로 오해할 가능성이 있음

▣ [비교 판례] 대법원 1990. 10. 30. 선고 90다카12035 판결

○ 임차인은 별도의 약정이 없는 한 임차할 당시의 상태로 반환하면 된다는 판례임

○ "무도유흥음식점으로 경영하던 점포를 피고로부터 임차하여 내부시설을 개조단장 하였다는 것인바 그렇다면 원고에게 임대차종료로 인하여 목적물을 원상회복하여 반환할 의무가 있다고 하여도 별도의 약정이 없는 한 그것은 원고가 개조한 범위 내의 것으로서 원고는 그가 임차받았을 때의 상태로 반환하면 되는 것이지 원고 이전의 사람이 시설한 것까지 원상회복할 의무가 있다고 할 수는 없다."

▣ 임차인의 원상회복의무

▶ **민법 654조(준용규정), 615조(차주의 원상회복의무와 철거권)** 차주가 차용물을 반환하는 때에는 이를 원상에 회복하여야 한다. 이에 부속시킨 물건은 철거할 수 있다.

○ 원상회복의무의 범위, 내용에 관하여는 규정이 없음

▶ **원상회복의무의 범위 ⇨ "임대차 개시 당시의 상태"가 기준이 됨**

○ 계약서에 특별한 약정이 없으면 임차인이 들어갔을 때 상태대로 해 놓고 나가는 것이 상식에 부합함

▣ 대상판결의 사안 ⇨ 원심판결을 보면 계약서에 원상회복 관련 규정이 있었음

○ 임대차계약 제17조 : “이 사건 임대차계약 종료 시 원고가 이 사건 점포에 설치된 원고 소유의 파스쿠치 커피숍 인테리어 시설과 장비를 반출하여야 한다.”

○ 약정에 의하여 원상회복의무가 발생한 것임

○ 커피숍 영업을 이어받았다고 해서 원상회복 할 때 비어있던 상태로 다 철거하고 나가야 할 의무가 발생하는 것은 아님

7 대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다242451 판결 [청년인턴지원금반환청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 고용노동부로부터 청년취업인턴제 사업에 관한 업무를 위탁받은 기관이고, 피고는 청년취업인턴세 사업에 실시기업으로 참여하여 매년 원고와 청년인턴지원협약을 체결하고 인턴을 채용해 온 회사임

○ 원고는 피고와 위 협약에서 지침 및 협약을 위반하여 부당하게 지원금을 지급받은 경우 지방관서의 반환명령 또는 원고의 요구에 따라 지원금을 반환하기로 약정하였는데, 피고는 30명의 인턴에 대하여 실제 약정 임금이 130만 원임에도 마치 150만 원을 지급한 것처럼 꾸며 원고로부터 1인 당 150만 원을 기준으로 한 청년인턴지원금을 청구하여 지급받음

○ 원고가 피고를 상대로 위와 같이 부당하게 지원받은 지원금의 반환을 청구한 사안임

▣ '청년취업인턴제' 지원금 반환소송

▶ 공법상 당사자소송이 아니라 민사소송에 해당함

○ 원고가 주식회사

○ 피고와 협약을 체결하고, 그 협약에 따라 지원한 것임

○ 근거 규정상 강제징수할 규정이 없음

▣ 반환할 금액의 범위는? 전액 vs 초과부분

▶ '전액'으로 보는 것이 합목적성에 부합함

○ 행정법규의 경우 위법사항이 적발되면 전액 환수되는 경우가 많음

- 의사 아닌 자가 건강검진 등 의료행위 한 경우 건강보험법상 요양급여비용 전액을 환수한 사례(대구고등 2013나21834 판결)

○ 부당한 방법으로 지원금을 지급받았다가 적발되어도 초과 부분만 반환하게 한다면 이러한 부정행위를 방지하기 어려움

8 대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다259541 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 피고가 항소를 제기한 후 제1차 및 제2차 변론기일에 피고 및 그 소송대리인이 각 불출석하였고, 원고들 소송대리인이 위 각 변론기일에 출석하고도 변론을 하지 아니함

○ 그 후 1개월 내에 피고 소송대리인이 기일지정신청을 하고 그 다음 날 소송대리 사임신고서를 제출함

○ 위 기일지정신청에 따라 지정된 제3차 변론기일에 원고들 및 그 소송대리인과 피고가 모두 불출석함

○ 원심은 피고의 항소가 취하된 것으로 간주하여 종결 처리하고 아무런 판단을 하지 않았음

○ 피고가 항소취하 간주 처리의 부당함을 주장하며 상고하였음

○ 대법원은 항소취하 간주의 효력을 다투려면 기일지정신청을 하여야 한다는 이유로 상고각하

▣ 소취하의 효력을 다투는 절차 ⇨ 기일지정신청(민사소송규칙 제67조)[44]

▶ 절차

○ 당사자의 기일지정신청

○ 심리를 하여 1 소취하가 무효이면 ⇨ 재판을 계속 진행

○ 2 소취하에 하자가 없으면 ⇨ '판결'로써 소송종료선언

- 소송종료선언 판결에 불복을 하려면 항소, 상고하여야 하기 때문에 인지를 붙여야 함

▶ 소취하가 무효임을 인정한 사례는 거의 없음

○ 착오에 의한 소취하 ⇨ 취소할 수 없음

- 의사표시에 관한 민법의 규정들은 민사소송에는 적용이 안 됨

○ 사무원의 착오로 원고 소송대리인 의사에 반하여 잘못 낸 소취하 ⇨ 유효

- 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다11740 판결

○ 원고 중 A가 변호사에게 피고와 합의가 되었다면서 소취하 요청하였는데, 사무원의 잘못으로 원고 B의 소취하서를 제출한 사안 ⇨ 소취하 유효

---

44) **민사소송법 제67조(소취하의 효력을 다투는 절차)**
① 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있다.
② 제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리하여야 한다.
③ 법원이 제2항의 규정에 따라 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 하고, 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 취하 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속하여 진행하고 중간판결 또는 종국판결에 그 판단을 표시하여야 한다.

- 소송대리인인 변호사는 국가가 인정한 자격을 가진 소수의 전문가들. 위임계약이 준용되어 선관주의 의무 있음 ⇨ 실수하였다면 변호사가 책임을 지면 됨

▶ 이론상 소취하가 무효인 경우 ⇨ "범죄행위"에 해당하는 정도

○ 피고가 원고를 납치해서 감금해 놓고 소취하서에 날인 받아 법정에 제출한 정도라면 무효로 볼 수 있을 것임

▣ [비교] 형사소송에서의 "절차속행신청"

▶ 근거규정 ⇨ 형사소송규칙 제154조[45)]

▶ 절차속행신청에 이유가 없으면 ⇨ '신청기각결정'

○ 민사는 판결로써 소송종료선언을 하고 항소, 상고로 진행

○ 형사는 신청기각결정을 하고 항고, 재항고로 진행

- 형사재판이 민사재판보다 번복하기 더 어려운 구조로 되어 있음

ex) 민사는 재심소송을 내면 무조건 인지를 받고 재심 각하, 기각 판결을 내지만, 형사는 재심개시결정을 먼저 해 주지 않으면 본안에 들어가지 않음

▶ 절차속행신청을 받아들여 준 사례(대법원 2006. 5. 29.자 2005모134 결정)

45) **형사소송규칙 제154조(상소의 포기 또는 취하의 효력을 다투는 절차)**
① 상소의 포기 또는 취하가 부존재 또는 무효임을 주장하는 자는 그 포기 또는 취하당시 소송기록이 있었던 법원에 절차속행의 신청을 할 수 있다.
② 제1항의 신청을 받은 법원은 신청이 이유있다고 인정하는 때에는 신청을 인용하는 결정을 하고 절차를 속행하여야 하며, 신청이 이유없다고 인정하는 때에는 결정으로 신청을 기각하여야 한다.
③ 제2항 후단의 신청기각결정에 대하여는 즉시 항고할 수 있다.

⑨ 대법원 2019. 8. 30. 선고 2019다235528 판결 [양수금]

▣ 사안의 개요

○ 주채무자인 甲이 소멸시효기간이 지나기 전에 개인회생 신청을 하면서 원고를 채권자로 하는 채권자목록을 제출한 후 변제계획인가결정을 받았음

○ 원고가 연대보증인인 피고를 상대로 보증채무의 이행을 구한 사안임

▣ 결론 : "변제계획인가결정이 있어도 소멸시효가 새로 진행하는 것은 아님"

▶ ① 개인회생절차가 개시되면 소멸시효가 중단됨

○ 채권자목록 제출, 회생절차 참가는 소멸시효 중단사유

▶ ② 변제계획인가결정이 나더라도 시효중단에 영향이 없음

○ 변제계획인가결정은 채권액이 줄어들면서 법원이 갚으라고 결정해 주는 것

○ 소송을 제기하면 안 되고 채무자가 갚을 때까지 기다려야 함

▶ ③ 면책결정이 확정되면 소멸시효 다시 진행함

▣ [비교] 회사정리절차에서는 정리계획인가결정이 있으면 시효가 진행됨

○ 대법원 2017. 8. 30. 자 2017마600 결정 참조

○ 회생, 신탁 관련 사건은 상식과 다른 점이 많아서 하나하나 찾아보지 않고 민사법 이론으로 대충 추측하여 결론을 내면 틀리기 쉬우므로 주의를 요함 [끝]

2019. 11. 1.자 공보 [2019. 11. 15. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 9. 9. 선고 2016다262550 판결 [토지사용동의의사표시]

▣ 사안의 개요

○ 한국전력공사가 타인의 토지를 일시 사용(공용사용)하려고 하는데 토지 소유자가 이를 거부하자 국토계획법상 '동의'의 의사표시를 구하는 소를 제기한 사안

⇨ 1심 승소 ⇨ 2심에서 민사소송이 아니라는 이유로 1심 판결 취소, 이송 판결

⇨ 2심의 이송판결에 대한 상고 ⇨ 상고기각(대상판결)

▣ 청구취지 : "동의의 의사표시를 하라"

▶ '의사의 진술을 명하는 판결'의 일종

○ 위 표현은 매우 드물고 어색하지만, 등기소송에서 자주 나오는 청구취지인 '승낙의 의사표시를 하라'와 마찬가지로 '의사의 진술을 명하는 판결'의 일종임

- '승낙의 의사표시를 하라' ⇨ 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙에 갈음하는 판결을 구하는 경우(부동산등기법 52조, 57조, 59조 등)

○ 이행의 소에 해당함

- 언뜻 '형성의 소'가 아닌가 하는 생각이 들 수 있으나, 형성의 소는 법률에 근거규정이 있을 때에만 제기할 수 있음 ex) 사해행위취소소송(민법 406조), 이혼소송(민법 840조) 등
- 형성권은 대부분 재판 외에서 행사하고, 형성권 행사로 이루어진 법률관계를 이행해 달라는 소송을 제기하기 때문에 대부분 형성의 소가 아니라 이행의 소

○ 근거규정 ⇨ 민사집행법 263조 1항

- "채무자가 권리관계의 성립을 인낙한 때에는 그 조서로, 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 권리관계의 성립을 인낙하거나 의사를 진술한 것으로 본다."

○ 가장 대표적인 예 ⇨ 등기소송

- 등기는 공동신청주의 채택 ⇨ 상대방의 공법상 행위인 신청의 의사표시가 필요함
- 주문 "소유권이전등기절차를 이행하라" = "이전등기 신청의 의사표시를 하라"

○ 흔한 청구취지는 아니지만 당황할 필요 없음

- (유사 주문) "피고(임대아파트의 임대사업자)는 원고가 A에게 임차권을 양도함에 대하여 동의의 의사표시를 하라"(서울고등 2015나2006430 판결)

▶ **토지 일시 사용에 동의를 필요로 하는 근거 규정 有 ⇨ 국토계획법 130조 1, 3항**

○ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제130조(토지에의 출입 등)

① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수나 도시·군계획시설사업의 시행자는 다음 각 호의 행위를 하기 위하여 필요하면 타인의 토지에 출입하거나 타인의 토지를 재료 적치장 또는 임시통로로 일시 사용할 수 있으며, 특히 필요한 경우에는 나무, 흙, 돌, 그 밖의 장애물을 변경하거나 제거할 수 있다. (각 호 생략)

③ 제1항에 따라 타인의 토지를 재료 적치장 또는 임시통로로 일시사용하거나 나무, 흙, 돌, 그 밖의 장애물을 변경 또는 제거하려는 자는 토지의 소유자 ·점유자 또는 관리인의 동의를 받아야 한다.

○ 사업시행자는 위 규정에 따라 해당 토지 소유자 등의 동의를 받아야 함

⇨ 토지 소유자는 이를 거부할 정당한 사유가 없는 한 사업시행자의 '일시 사용'을 수인하고 동의할 의무가 있음

◈ 당사자소송과 민사소송의 구별

▣ 소송요건 중 전속관할 위반 여부가 문제됨 ⇨ 어느 '법원'에서 재판하는가

○ 이 사건 1심은 전주지법 군산지원, 항소심은 광주고법(전주)

○ 만약 1심을 전주지법에 제기하였다면? 전주지법의 민사부에서 재판하였다면?

⇨ 관할 위반 X(행정부, 민사부, 형사부 어느 부에서 재판하더라도 관할 위반 아님)

○ 대법원 2014마1072 결정

- 당사자소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기하였더라도 수소법원이 그 당사자소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 관할 위반 X

○ 따라서 이 사건 원심 주문 "이 사건을 전주지방법원 합의부(행정부)로 이송한다."에서 "(행정부)"는 불필요한 기재임

▣ 행정소송법상 당사자소송

▶ **관련 규정 : 행정소송법 3조(행정소송의 종류) 2호, 제4장 당사자소송**

▶ **피고적격(39조) ⇨ 국가·공공단체 그 밖의 권리주체** ↔ (비교) 항고소송의 피고는 행정청

○ 공공단체란?

- 지방자치단체와 그 외의 공공단체를 의미
- 형태와 무관하므로 주식회사라 하더라도 명칭이 '공사'로 끝나는 공기업(ex: 한국전력공사),

공공조합(ex: 택지개발조합) 등은 공공단체에 속함

- 공무를 위탁받은 사인도 공공단체일 수 있음

▶ 공법상의 법률관계에 관한 소송(3조)

▣ 공법상 법률관계란? ⇨ 고권적 법률관계

▶ 당사자소송과 민사소송의 구별이 생각보다 어려움

○ 법원이 문구류를 구매하는 계약 ⇨ 사법상 법률관계 ⇨ 민사소송

○ 법원이 법복을 구매하는 계약 ⇨ 사법상 법률관계 ⇨ 민사소송

○ 법원의 전산망 프로그램 설계 용역 계약 ⇨ 사법상 법률관계 ⇨ 민사소송

○ 지하철 공사 도급계약(대금청구, 물가변동에 따른 공사대금 조정 청구 등) ⇨ 사법상 법률관계 ⇨ 민사소송

○ 철도·도로 공사 계약? 전시에 탱크 운반 계약?

▶ 구별 기준 ⇨ "평등하고 대등한 지위로 인정할 것인가" vs "한 쪽 당사자가 국가의 공익을 수호하는 입장에서 더 높은 위치에 있는 권력적 작용으로 평가할 것인가"

○ ★한국형 헬기 제작·납품 사건(대법원 2015다215526 판결) ⇨ 공법상 법률관계

- 당해 사건 헬기 개발사업의 목적이 헬기 몇 대의 구매가 아니라 국방상 중요한 헬기 기술에 대한 권리를 국가에 귀속시키고, 전시에 대량 생산·납품하게 하려는 데에 있음[46)]

- 1심은 민사소송으로 처리 ⇨ 대법원에서 당사자소송으로 보아 1심 취소, 행정법원으로 이송

▣ 항소심의 환송판결에 대한 상고 가능 여부 [○]

○ 종전 대법원 태도 : 환송판결은 중간판결로서 상고의 대상 X

- 1심 → 2심(이송) → 1심 → 2심 → 3심에서야 관할을 바로잡는 문제 有

○ 대법원 80다3271 全合 판결 : 항소심의 환송판결은 종국판결이므로 대법원에 상고 가능(종전 판례 변경)

---

46) 대법원 2015다215526 판결 요지 [1] "위 협약은 정부와 민간이 공동으로 한국형헬기 민군 겸용 핵심구성품을 개발하여 기술에 대한 권리는 방위사업이라는 점을 감안하여 국가에 귀속시키되 장차 기술사용권을 갑 회사에 이전하여 군용 헬기를 제작 납품하게 하거나 또는 민간 헬기의 독자적 생산기반을 확보하려는 데 있는 점, KHP사업의 참여기업인 갑 회사로서도 민군 겸용 핵심구성품 개발사업에 참여하여 기술력을 확보함으로써 향후 군용 헬기 양산 또는 민간 헬기 생산에서 유리한 지위를 확보할 수 있게 된다는 점 등을 종합하면, 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가 산하 중앙행정기관의 장과 참여기업인 갑 회사가 체결한 위 협약의 법률관계는 공법관계에 해당하므로 이에 관한 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 한다고 한 사례."

○ 이 사건의 경우 재판 진행이 오래 걸렸는데(약 5년), 최종 결론은 1심 재판을 시작하라는 것(소장 진술도 안 된 상태) ⇨ 재판의 신속성 측면에서 문제 있음

○ 대부분의 시간이 대법원에서 지체된 데에 대한 양해를 구하는 의미에서 가처분 신청을 권유하였음

- "사업시행자는 민사집행법상 가처분을 통하여 공익사업을 신속하고 원활하게 수행할 수 있음을 밝혀 둔다."(공보 p.1949)

▣ 참고 : 한국전력공사의 입찰참가자격 제한처분을 다투는 소송은 항고소송으로 처리

○ 입찰참가자격 제한 처분 : 부정행위자에 대하여 일정 기간 입찰에 아예 참가하지 못하도록 제한하는 조치. 가처분 사건에서 많이 문제됨

○ 한국전력공사는 공공단체 ⇨ 입찰참가자격 제한처분을 다투는 소송은 별다른 언급 없이 항고소송으로 처리해 옴 (대법원 2013두18964)

② 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다237691 판결 [관리비]

◈ 사안의 개요

○ 甲은 수영장시설이 설치된 점포를 매수하기로 하고 원고승계참가인(이하 '승계참가인')의 부회장인 乙과 여러 차례 협의하였으나 매수자금을 마련하지 못하였음

○ 甲은 乙에게 '자력이 있는 피고를 계약자로 하여 임대차계약을 체결해달라'고 하였고, 피고는 승계참가인 명의의 계좌로 임대료 등 7억 원을 송금함

○ 승계참가인은 피고와 점포와 수영장 시설을 임차하기로 하는 내용의 임대차계약서를 작성함. 위 계약서 중 임차인란에는 피고의 주소, 성명, 주민등록번호가 기재되어 있고, 그 옆에 피고의 서명과 날인이 있으며, 甲은 피고의 대리인으로 명시되어 있음

○ 제1심 공동피고 주식회사 丙은 점포에 설치된 수영장 시설을 운영하기 위해 설립된 법인인데, 피고는 丙의 공동대표이사로 취임하였음. 丙은 승계참가인과 '임대차계약에 따른 임차인의 의무를 피고와 함께 부담하고, 2013. 5.부터 2013. 7.까지의 관리비도 임차인의 지위에서 납부한다'고 약정함

○ 승계참가인은 피고와 丙을 상대로 임대차계약의 종료를 이유로 점포 등의 인도를 구하는 소를 제기함. 법원은 피고와 丙이 승계참가인에게 점포를 인도할 의무가 있다는 판결을 선고하였고, 피고는 항소하지 않았음

○ 원고가 피고를 상대로 점포에 관한 미납 관리비를 청구한 사안임

○ 원심은 이 사건 임대차계약의 임차인은 피고라고 판단하였음. 대법원에서 상고기각

◈ 당사자 확정 관련 법리

▣ 법률행위(계약) 해석에 관한 학설

▶ ① 자연적 해석 ⇨ 당사자의 의사가 일치하면 그 의사대로 해석

▶ 당사자의 의사가 일치하지 않는 경우

② 규범적 해석

③ 보충적 해석

▣ 당사자 확정에 관한 판례의 태도

▶ 기본적으로 법률행위 해석에 관한 학설을 따르되 당사자 확정에 관한 추가적 기준을 덧붙임

⇨ 상대방을 기준으로 판단

○ "계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의

사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다(자연적 해석). 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 **상대방**의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다."

○ 실무적으로는 대부분 계약서에 이름 있는 사람이 당사자가 되고, '당사자가 아니어서 책임을 지지 않는다'는 각서를 쓰는 등 아주 예외적인 경우에만 당사자에서 제외됨

- 계약서에 서명·날인을 한 사람이 자신은 책임이 없는 것으로 믿었다고 주장하는 경우 "일이 잘못 되었을 때에도 아무 책임이 없을 것이라고 믿었겠는가"라는 질문을 던져 볼 것

3 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다34981 판결 [영업비밀침해금지및손해배상등]

◈ 판결요지 [1] 영업비밀 보호기간의 범위, 기산점 설정은 사실심의 전권사항임

▣ 영업비밀 보호기간의 기산점

▶ 종래 하급심 견해의 대립

1 영업비밀 침해행위자의 퇴직 또는 전직 시점부터 기산하는 견해

2 변론종결시 또는 판결확정시부터 기산하는 견해

3 실제로 제품 개발 등 침해행위 시작 시점부터 기산하는 견해

○ 3설은 영업비밀 침해행위 금지청구의 목적은 부정 출발(Head Start)을 막기 위함인데 총성이 울린 가장 정확한 시점은 전직 시가 아니라 실제로 제품 개발을 시작한 때라고 보는 견해임(이 사건 원심의 태도)

○ 다만 실제 제품 개발 시작 시점을 특정하기 매우 어려우므로 하급심에서는 대체로 1설에 따라 전직 시점부터 기산하여 왔고, 그동안 대법원은 명시적 판단 없이 원심이 어느 견해에 따르든지 상고기각 하여 왔기 때문에 그 태도가 불분명하였음

▶ 대상판결은 보호기간의 기산점 설정은 사실심의 전권사항임을 명시함

▣ 영업비밀 보호기간의 범위

▶ 가장 중요한 판단 기준 ⇨ "기술개발에 소요되는 기간"

○ 민사4부에서는 "피고가 원고의 영업비밀을 침해하지 않은 상태에서 혼자 기술을 개발하는 데에 소요될 것으로 추정되는 기간"을 기본적인 판단 기준으로 하고 있음

○ 대법원의 태도도 마찬가지인 것으로 보임

- "영업비밀인 기술정보의 내용과 난이도, 침해행위자나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법으로 영업비밀을 취득할 수 있었는지 여부, 영업비밀 보유자의 기술정보 취득에 걸린 시간, 관련 기술의 발전 속도, 침해행위자의 인적·물적 시설, 종업원이었던 자의 직업선택의 자유와 영업활동의 자유 등을 종합적으로 고려하여 정해야 한다."(대법원 2018마7100 결정)

▶ 보호기간을 확정할 수 없는 경우에는 이를 정하지 않을 수도 있음(대법원 2018마7100 결정)

④ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다258237 판결 [약정금]

▣ 사안의 개요

○ 원고 : 매니지먼트 사장 / 피고 : ○○○(당시 17세)

○ 원고는, 피고의 로드매니저였던 원고의 동생이 강간죄로 기소되어 징역 3년의 유죄 확정 판결을 받았음에도 계속 피고의 차를 운전하게 하였음. 피고가 이에 항의하며 매니저 교체를 요구하였으나 이마저도 거부함. 결국 피고가 원고와의 전속계약을 해지한 사안

◈ 판결요지 [2] 전속계약에서 신뢰관계 훼손을 이유로 한 계약의 해지

▣ 계약자유의 원칙상 당연히 해지가 인정되어야 함

▶ 문제의 소재

○ 계속적 계약관계에서 당사자 사이에 소송이 다수 진행되는 등 분쟁이 발생한 상황인데도 계약의 이행을 강제시키는 하급심 판결들이 다수 존재함

- 공기업이 입찰을 진행하여 A업체와 계약을 체결하였는데, B업체가 A업체 제출 서류의 하자를 문제 삼으며 계약무효확인, 낙찰지위확인 등을 구하는 가처분을 신청하는 경우
- 상대방과 계약 체결하기 싫다는 의사가 분명한데 분쟁의 상대방에게 공사를 맡기도록 강요하는 것이 타당한가

⇨ 근대 민법의 원칙 중 계약자유의 원칙에 반하는 것이 아닌지 의문임

▶ 대상판결 (공보 p.1961)

○ 이 사건 전속계약 성질상 계약 목적 달성 위해 고도의 신뢰관계 유지가 필수

○ 신뢰관계가 깨어졌는데도 자유의사에 반하는 전속활동 의무를 강제하는 것은 인격권 침해

○ 계약 당사자 상호간의 신뢰관계가 깨어지면 이 사건 전속계약을 해지할 수 있음

▶ 대상판결의 법리는 전속계약 이외에도 계속적 계약관계에 있어서의 계약 체결 및 해지에 관하여 계약자유의 원칙을 폭넓게 인정하는 방향으로 확장·적용되는 것이 바람직함

◈ 판결요지 [3] 변론재개의무

▣ 원칙적으로는 법원의 재량, 파기 사유 X

▣ 예외적 인정 요건 : 관건적 요증사실 ⇨ 판결의 결과를 좌우할 수 있는 사항

▶ **기존 판례의 태도(대법원 2004다26997 판결)**

○ 변론재개 신청은 법원의 직권발동 촉구에 불과, 당사자의 신청권 X, 허부 결정 不要

⇨ 변론재개의무 X

▶ **판례 태도의 변화 ⇨ 예외적 변론재개의무 인정**

○ 변론재개를 안하는 바람에 결론이 잘못 되었다고 보이는 경우 파기할 필요가 있음

○ 처음 인정한 판례 : **대법원 2010다20532 판결**

- "변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 **관건적 요증사실**에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다."
- 다만, 당해 사건에서는 변론재개의무가 없다고 판시함

▶ **실제로 변론재개의무 위반으로 파기되는 경우 꽤 있음**

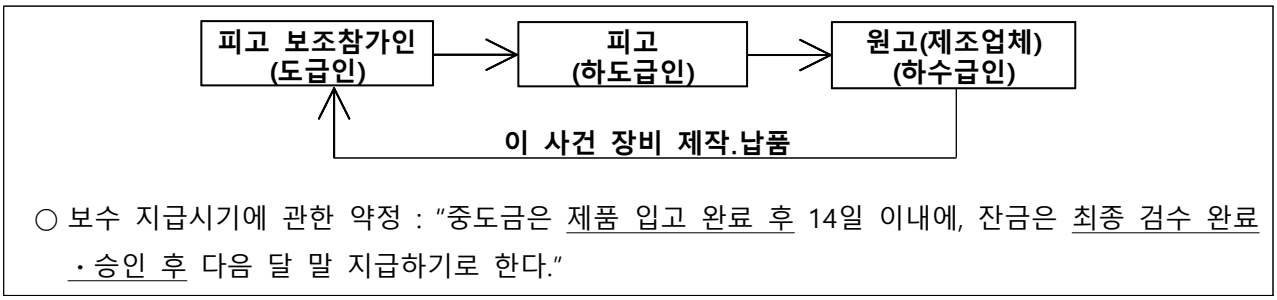
○ 결정적인 자료가 선고 직전 참고자료로 제출되는 경우 있으므로 주의를 요함

○ 변론재개의무가 인정된 사례(대법원 2012다27735 판결)

- 사해행위취소소송 1심에서 원고 승소 판결 ⇨ 2심에서 변론종결 직전에 채무자가 강제집행면탈 혐의로 기소 됨 ⇨ 원고가 변론재개신청을 하면서 공소장을 제출 ⇨ 그럼에도 변론재개 하지 않고 사해행위가 아니라는 이유로 1심 취소, 원고 청구 기각
- 대법원은 변론재개의무 위반으로 파기 환송. 실제로 강제집행면탈죄 유죄 확정됨

5 대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결 [물품대금·선급금]

▣ 사안의 개요



○ 보수 지급시기에 관한 약정 : "중도금은 제품 입고 완료 후 14일 이내에, 잔금은 최종 검수 완료·승인 후 다음 달 말 지급하기로 한다."

◈ 판결요지 [2] 도급계약의 당사자들이 보수 지급시기에 관하여 '도급인이 검사하여 합격하면 보수를 지급한다'는 등의 약정을 한 경우

▣ 관련 판결 : 대법원 2004다21862 판결

▶ 제작물공급계약에서 '목적물의 인도'의 의미 ⇨ 검사·확인까지 포함

○ "단순한 점유의 이전만을 의미하는 것이 아니라 도급인이 목적물을 검사한 후 그 목적물이 계약내용대로 완성되었음을 명시적 또는 묵시적으로 시인하는 것까지 포함하는 의미이다."

○ 이 부분 판시는 의문이 있음

- '인도'는 동산물권 변동의 공시방법으로 '점유의 이전'을 의미하고, 점유란 '사실상의 지배'를 뜻함. 따라서 검사·확인이 진행 중이더라도 도급인이 사실상의 지배를 하고 있다면 인도는 되었다고 보는 것이 상식적일 것임. 이 경우 인도는 완료되었으나 당사자의 약정에 의하여 대금지급의 이행기가 검사·확인이 종료된 후에 도래하는 것으로 보면 될 것임

▶ 계약서에 위와 같은 조건을 걸거나 한 걸음 더 나아가 "확인 서면을 작성 받아야만 대금 청구할 수 있다"라는 조항을 두었다 하더라도, 이는 조건이 아니라 불확정기한에 해당함

▶ 실무상 도급인이 하자를 트집 잡아 대금 전부의 지급을 거절하는 경우

⇨ 재판부는 실제로 하자가 있는지 심리한 후

1 일단 기계가 돌아가는 경우

- 하자가 있더라도 기본적으로 대금 청구권의 이행기는 도래하므로 원고의 대금청구를 받아들여야 함
- 사소한 하자가 있어 수리가 필요한 경우에는 하자 보수 또는 대금 감액으로 해결

2 기계가 작동을 하지 않아 처음부터 다시 만들어야 하거나 대규모 수리가 필요한 경우

- 완성이 안 된 것이므로 대금 지급 의무 없음

▶ 결국 계약서에 '서면으로 합격증을 받아야 한다'는 등의 약정은 큰 의미가 없게 됨

⑥ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2018다237473 판결 [입회금반환]

◈ 사안의 개요

○ 甲은 남양주시에 스키장을 개장하였음

○ 甲은 乙 은행으로부터 약 494억 원을 대출받으면서 乙에게 甲이 스키장에 설치한 리프트 시설 등 시설물을 양도담보로 제공하였는데, 甲이 지급정지처분을 받게 되자 乙은 양도담보권을 행사하여 시설물의 소유권을 취득함

○ 乙은 시설물을 丙에게 양도하였고, 丙은 피고 1에게 시설물을 양도함

○ 甲은 乙로부터 대출을 받으면서 스키장이 위치한 부동산에 관하여 수차례 근저당권을 설정하였는데, 피고 1은 위 부동산에 관한 경매절차에서 매각대금을 모두 지급하고 소유권이전등기를 마쳤음. 이후 피고 1은 피고 2에게 위 부동산을 매도하였고, 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐줌

○ 원고들은 甲에 가입비를 지급하고 스키장의 회원으로 가입한 자들임

○ 원고들이 스키장 영업의 권리승계인으로서 피고 2를 주위적 피고로, 피고 1을 예비적 피고로 하여 가입비 반환을 구하는 사안임

◈ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조 권리의무 승계 규정

▣ 요지 : "골프장이 인수되면 회원보증금 반환 의무는 승계된다."

▶ 아주 예외적인 규정임

○ 영업양도의 경우 ⇨ 채무는 양수인에게 승계되지 않는 것이 원칙

- 상호속용의 경우에만 양수인이 책임지고(상법 42조 1항), 그 경우에도 책임 없음을 고지하거나(42조 2항) 채권자가 책임 없음을 알고 있으면(대법원 88다카10128) 승계되지 않음

○ 경매의 경우 ⇨ 경매의 본질은 매매. 채무는 매수인에게 승계되지 않음

○ 그러나 골프장, 헬스클럽 인수되는 경우 체육시설법 27조에 의해 회원권 대금 보호된다는 점을 기억할 것

▶ 규정의 타당성에 대한 논의

○ 반대하는 견해 : 위 규정의 수혜자가 골프장 회원 등 부유한 사람들로 한정될 가능성 높음

○ 찬성하는 견해 : 체육시설의 활성화, 국민건강 증진 도모를 위함

▶ 사정 범위

○ 영업양도(1항)

- '체육시설에 해당하는 부동산의 물권을 취득한 때'가 아니라 '영업을 양도한 때'라고 규정한 것에 주의 ⇨ 다만 골프장의 경우 각 부동산이 별개로 이전되는 경우는 거의 없고 대부분 일체로서 영업양도로 이전되므로, 위 규정이 적용되는 경우가 대부분임

○ 경매(제2항 제1호), 채무자회생법상 환가(제2항 제2호), 세금체납에 따른 압류 재산의 매각(제2항 제3호)

○ 그 밖에 이에 준하는 절차(제2항 제4호) ⇨ 공매도 포함(대법원 2016다220143 全合 판결)

- 신탁법에 따른 담보신탁을 하였다가 채무를 갚지 못하여 공매 절차에 따라 처분된 경우도 포함됨(다수의견 : 입법취지 ↔ 반대의견 : 재산권 침해)

▣ 이 사건의 경우 : 서울리조트 스키장 사건

▶ 경락 당시 필수체육시설 X ⇨ 청구기각(구체적 타당성도 고려)

○ 스키장 영업 중단으로 2000년부터 방치, 대형 화재로 인하여 관련 시설물이 대부분 타버림. 2011년 내부 시설물들도 전부 철거된 상태임

○ 피고가 슬로프만 남아 있는 빈 땅을 경매로 취득한 사안

○ 이미 체육시설이 아닌 지 오래되어 경락 당시에는 더 이상 체육시설을 승계했다고 볼 수 없는 지경에 이르렀음. 구체적 타당성 측면에서도 경락인이 회원권 대금을 반환할 이유가 없음

7 대법원 2019. 9. 10. 선고 2019다208953 판결 [관리비]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 서울 중구청장으로부터 시장관리자로 지정되어 남대문시장권역의 청소, 화재예방 등의 업무를 수행하는 자이고, 피고는 남대문시장권역에 있는 A 상가건물 전체 구분소유자를 구성원으로 하는 관리단임

○ 피고는 2013. 3.경까지 원고가 청구한 관리청소비와 화재예방을 위한 소방차운영관리비를 몇 차례 납부하다가, 이후 원고의 관리비 징수권을 부정하며 납부를 거부함

○ 이에 원고가 피고를 상대로 관리비를 청구한 사안임

◈ 판결요지 [4], [5] 관리비는 관리단이 아니라 상인들에게 징수하여야 함

○ 재래시장법상 대규모점포개설자는 자신이 직접 상인들에게 관리비를 걷으러 다녀야 하고, 관리단으로부터 관리비를 징수할 법률상 근거가 없다는 판결

◈ 대표권 흠결의 추인

○ 추인은 언제나 가능하고, 추인하면 소급적으로 효력이 있음(대법원 2010다77583 판결)

○ 실무상 대표자가 아닌 것 같다는 의심이 드는 경우 ⇨ 곧바로 각하하지 말고 적법한 대표자가 추인하도록 기회를 주는 것이 바람직함

8 대법원 2019. 9. 10.자 2019마5464 결정 [출판문화산업진흥법위반]

◈ 사안의 개요

○ 위반자(㈜이베이코리아)는 판매자와 구매자(또는 소비자) 사이에 거래가 이루어질 수 있는 전자거래 시스템을 제공하고 그 대가로 판매자로부터 판매수수료 등을 받는 이른바 '오픈마켓(Open Market)'의 운영자로서 온라인상의 시장공간인 A 사이트를 운영하고 있음

○ 위반자는 A 사이트에서 도서에 관한 구매 이벤트를 진행하였음. 구매자가 위반자의 간편결제서비스에 등록한 제휴 신용카드로 결제할 경우, 위반자는 구매자에게 '신용카드 할인쿠폰'을 제공하고, 할인 판매가의 15%에 상당한 적립금을 제공함

○ 강남구청장은 위반자의 신용카드 할인쿠폰 발급과 적립금 제공이 출판문화산업 진흥법(이하 '출판법') 제22조 제5항에서 금지하는 '도서정가의 15%를 초과하는 가격할인과 경제상 이익의 제공'에 해당하는 것으로 판단하여 위반자에 대하여 과태료를 부과하였음(이하 '이 사건 처분')

○ 위반자가 이 사건 처분에 대하여 이의를 제기하자, 1심은 심문절차를 거치지 않은 채 약식으로 위반자를 과태료 300만 원에 처한다는 결정을 하였고, 위반자가 이의를 신청하자 1심은 판매중개자인 위반자는 간행물 판매자가 아니어서 출판법 22조 5항 위반의 책임을 지울 수 없다고 판단하여 위반자를 과태료에 처하지 아니한다는 결정을 함

○ 검사가 즉시항고를 하였으나, 원심도 1심과 동일하게 판단하였음

○ 대법원은 출판법 22조 5항상 간행물 판매자에는 통신판매중개업자도 포함된다고 해석된다는 이유로 파기환송

◈ 쟁점 : 출판문화산업진흥법[47]상 도서정가제 준수의무를 부담하는 '간행물 판매자'에 '통신판매중개업자'가 포함되는지 여부

▣ 이 사건의 처리를 위해 담당판사로서 고민해야 할 사항

▶ 1 죄형법정주의가 적용되는가?

○ 원심의 결론은 중개업자는 '간행물 판매자'가 아니므로 처벌할 수 없다는 것

○ 죄형법정주의가 적용된다면 확장·유추해석 할 수 없음

○ 그러나 과태료는 형벌이 아니므로 죄형법정주의 적용 X

---

47) **출판문화산업 진흥법 제22조(간행물 정가 표시 및 판매)**
④ 간행물을 판매하는 자는 이를 정가대로 판매하여야 한다.
⑤ 제4항에도 불구하고 간행물을 판매하는 자는 독서 진흥과 소비자 보호를 위하여 정가의 15퍼센트 이내에서 가격할인과 경제상의 이익을 자유롭게 조합하여 판매할 수 있다. 이 경우 가격할인은 10퍼센트 이내로 하여야 한다.

- 사건명은 ‘출판문화산업진흥법위반’ ⇨ 민사 재항고 사건(2019마OOOO)

- 법원에서 비송사건으로 과태료 처리하고 있음

▶ 2 목적론적 해석 ⇨ 중개업자도 ‘간행물 판매자’에 해당된다고 보는 대법원 태도가 타당함

○ 대부분의 도서 거래가 인터넷으로 이루어지는 상황임

○ 판매자가 아니라 중개업자가 판매하는 내용·방법을 결정함 ⇨ 결정권한을 가진 자에게 책임을 묻는 것이 타당함

○ 판매자는 중개업자의 행위에 대하여 몰랐을 것이고, 설령 알았더라도 일괄적으로 할인 등 혜택이 주어지는 상황에서 중개업자가 제재 대상에서 벗어나면 법 규정의 취지를 실현할 방법이 없음 ⇨ 합목적적 견지에서 대법원의 태도가 타당함

▶ 3 원심의 입장은 중개업자의 도서정가제 위반 행위를 용인하겠다는 것인가?

○ 고등법원 재판부의 입장은 중개업자가 도서정가제 위반하는 사회현상을 용인하겠다는 것이 아니라 법의 해석으로는 포섭할 수 없으므로 법 개정을 권유하는 것임

○ 반면 대법원은 굳이 법 개정 하지 않고 단속해도 충분하다는 입장

○ 두 입장의 타당성을 비교할 때 어느 것이 압도적으로 옳다고 볼 수 없으나, 위에서 본 도서 유통 실정을 고려하면 엄격 해석하여 처벌하지 못 한다고 볼 필요는 없을 것으로 생각됨 [끝]

2019. 11. 15.자 공보 [2019. 11. 22. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

복습 2019. 11. 1.자 공보 5 대법원 2017다272486, 272493 판결 관련

◈ "점유"의 의미와 판단기준

▣ "인도"는 점유의 이전 ⇨ 동산물권변동의 성립 요건

▶ 인도 방법 ⇨ 1 현실인도 2 간이인도 3 점유개정 4 반환청구권의 양도

▶ 인도는 의사에 따른 점유의 이전

▶ 점유를 판단하는 방법 ⇨ 평가적·규범적 개념

○ 대법원 2004다21862 판결 중 '인도'에 '검사·승인' 포함한다는 판시는 의문이 있음

- 공장에 기계를 제작·납품한 경우, 인도는 완료되었고 도급인이 고장 났다고 주장하더라도 일단은 도급인의 단독 점유로 보아야 할 것임
- 인도, 즉 점유의 이전 여부는 계약 내용대로 완성되었는지 여부를 시인하는 것과 상관없이 물건에 대한 지배 여부를 판단하는 것이기 때문임

▣ 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다41790 판결 (미간행)

▶ 사안의 개요

○ 원고는 사정명의인 측 / 피고는 보존등기명의인 측

○ 원고의 주장 : 사정명의인이 아닌 제3자 명의의 보존등기 ⇨ 추정력이 인정되지 않음

- (참고) 특별조치법 등기는 허위의 보증서라는 점을 입증하지 못하는 한 추정력 인정됨

○ 피고의 주장 : 점유취득시효 주장

▶ 피고가 등기만 해 놓은 상태였던 이 사건에서 임야에 대한 피고의 점유가 인정되는가?

○ 원심의 판단 : 피고가 주장하는 사정들(이 사건 임야에 조상이 아닌 먼 친척의 묘가 두세 개 흩어져 있음, 위 임야에 가 본 적은 없음)만으로는 피고가 위 임야를 배타적으로 점유했다고 볼 증거가 없음

⇨ 점유취득시효 주장 배척. 등기말소를 명함

○ 종래 판례는 '임야'의 점유에 관하여 통상 "임야에 대해 개간한 흔적, 묘를 쓴 것" 등이 있어야 점유를 인정해 옴

▶ '점유'의 판단 기준 ⇨ "점유자에 제일 가까운 사람이 누구인가"를 고민해 볼 것

○ ① 점유자가 없는 경우 ⇨ 무주물

- ex) 길거리에 떨어져 있는 동산, 부동산 실제 소유자가 실종·납북되거나 등기도 되지 않고 아무도 관리하지 않은 경우 등

○ ② 그 외의 모든 물건에는 점유자가 있음 ⇨ 그 점유자는 특별한 경우가 아니면 한 사람

- 점유의 유무를 판단할 때 "그 사람이 지배를 했냐 안했느냐"가 아니라 "누가 점유자인가, 점유자에 제일 가까운 사람이 누구인가"를 판단하여 그 제일 가까운 사람의 점유라고 판단하는 것이 오류가 없음

▶ 이 사건의 경우 '점유자'에 제일 가까운 사람 ⇨ 피고

○ 피고 명의로 등기를 해 놓고 세금을 내 왔기 때문임

- 종래 임야를 개발하고 묘를 쓰고 했던 것은 임야가 사용가치가 있을 때이고, 현재 임야는 사용가치가 없어 땅 값이 오르기만을 기다리고 있는 상태임. 임야에는 걸어 들어가지도 못하고 2~3년 지나면 묘가 어디에 있는지 찾을 수도 없을 정도로 대부분 방치된 상태임. 그 상태에서 등기해 놓고 세금을 내고 있다면, 그 사람이 점유자라고 보는 것이 타당함

○ 이 사건에서 피고보다 더 부동산의 점유에 근접한 자가 없음. 그 상태에서 세금을 내고 있었으면 피고를 점유자로 보기에 충분함

○ 대법원의 판단 : 파기환송

1 대법원 2019. 9. 26. 선고 2015다208252 판결 [건물등철거]

◈ 사안의 개요

○ 원고들은 아파트의 구분소유자들로서 아파트 대지를 그 대지권지분에 따라 공유하고 있음

○ 도시가스업자인 피고는 아파트 건축 시 시행사로부터 사용기간 영구, 무상의 사용승낙을 얻어, 아파트 대지 중 일부 지상에 정압기실을 설치함. 위 정압기실은 고압의 도시가스를 저압의 가정용으로 변환하기 위한 것으로, 아파트와 인근 지역에 도시가스를 공급하기 위해 필수적인 시설임

○ 아파트의 입주자대표회의는 이 사건 소를 제기하기로 결의하고, 입주자대표회의 회장, 동대표와 그 배우자들인 원고들이 피고를 상대로 이 사건 정압기실의 철거와 부지 인도를 구하는 이 사건 소를 제기함. 다만 원고들은 이 사건 소를 제기하면서 아파트 관리단집회의 결의는 거치지 않았음

◈ "입주자대표회의"와 "관리단"의 구별

	입주자대표회의	관리단
근거 법령	공동주택관리법	집합건물법
적용 대상	공동주택(아파트, 연립주택, 다가구주택 등)	아파트, 상가 등 집합건물
구성원	입주자 중 동대표 ⇨ 임차인들을 포함한 입주자들로부터 선출된 소수의 동대표들의 모임	구분소유자들 전원 ⇨ 당연설립 (※ 아파트의 경우, 입주민 중 임차인이 많아 현실적으로 관리단이 모이는 경우는 없음)
권한	주택법 규정 有 - 관리비 징수·운영, 엘리베이터·주차장 등 입주민 공동시설 관리, 입주민들의 공동규율 제정·관리 등 ⇨ 구분소유권과 관련된 권한 X	소유권과 관련된 권한 O 관리행위 권한 O (cf. 구분소유자 개인은 관리행위 권한 X)
상가의 경우	없음 ⇨ 대신 상가번영회가 있음 (법령에 근거 無)	있음

▣ [비교 사례] 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다17774 판결

▶ 입주자대표회의가 원고로서 도시가스 회사 상대로 아파트 내 가스시설 철거 청구한 사안

○ 소유권에 기한 물권적 청구권은 1 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 보존행위로서, 또는 2 집합건물법에 따라 관리단이 행사할 수 있음

○ 입주자들 중 동대표로 선출된 사람들의 모임인 입주자대표회의는 물권적 청구권을 행사할 근거가 없음

▶ 원고 청구 기각

▣ 대상판결

▶ 입주자대표회의 회장이 물권적 청구권 행사로서 가스시설 철거 및 부지 인도 청구한 사안

○ 입주자대표회의가 결의를 먼저 한 다음, 구분소유자인 입주자대표회의 회장이 개인 자격으로 보존행위로서 소송 제기 ⇨ 위 대법원 2003다17774 판결 요건은 갖추었음

▶ 대상판결의 요지 ⇨ "보존행위가 아니므로 관리단이 결의를 거쳐 소송을 제기하여야 함"

○ 보존행위를 구분소유자 누구나 할 수 있도록 한 이유는 아무나 나서서 해도 모두에게 이익이 되는, 즉 불법적인 것을 막기 위한 것임

○ 이 사건 청구는 단순히 보존행위로 볼 수 없고, 이 사건 시설을 철거하면 다른 구분소유자들에게 해가 될 가능성 높음 ⇨ 보존행위 영역에서 관리행위 영역으로 옮겨 간 것임

○ 관리행위이므로 구분소유자 개인은 청구할 수 없고, 관리단이 관리단집회의 결의를 거쳐 소송을 제기하여야 함

▣ 유사 사례

▶ 상가 구분소유자가 상가 주차장 시설의 인도청구를 한 사안

○ 주류적인 판례의 태도(하급심)

- 상가 주차장을 일부 구분소유자들이 독점적으로 관리하는 경우, 나머지 구분소유자가 보존행위로 인도청구 하면 승소 판결, 가처분 인용하는 경우가 많음
- 즉, 여러 개의 상가 건물 중 주차장이 있는 일부 건물의 소유자들끼리 독점적으로 바리케이드 설치하고 주차요금 징수한 다음, 나머지 건물 소유자들을 배제하고 자기들끼리 수익 나눠 가지는 경우 ⇨ 나머지 구분소유자 중 1인이 보존행위로 인도청구하면 대부분 승소 판결을 해 줌

○ 검토가 필요함

- 주차장 운영이 구분소유자들 사이에 이해관계가 대립하고 있는 경우 '관리행위'로 보아야 할 경우도 있을 것임
- 대법원이 종전 법리를 변경(2020. 5. 21. 선고 2008다287522 전원합의체 판결)함에 따라, 지분이 과반수에 못 미치면 보존행위로 인도청구를 할 수는 없음

2 대법원 2019. 9. 26. 선고 2017다280951 판결 [손해배상(자)]

▣ 사안의 개요

○ 정형외과 전문의 자격 취득 후 군의관으로 복무하던 甲이 교통사고로 사망함

○ 원고들은 甲의 예상소득으로 월 1,100만 원을 주장함

○ 원심은 '고용형태별 근로실태조사보고서'의 '보건·사회복지 및 종교 관련직' 통계소득을 기준으로 하여 甲의 예상소득을 월 430만~540만 원으로 산정함 ⇨ 파기환송

▣ [비교 사례 1] 대법원 97다58491 판결

○ 대상판결과 거의 똑같은 사안

○ '임금구조기본통계조사보고서'상 '생명과학 및 보건전문가(의사 포함)'라는 직종은 정형외과 의사뿐만 아니라 관련 학자, 수의사, 약사, 간호사 등을 망라하는 것

⇨ 이를 근거로 정형외과 의사의 예상 소득을 산정하여 판결 ⇨ 파기환송

○ 스펙트럼이 다양할 텐데 너무 망라된 기준을 가지고 판결하면 파기되기 쉬움

▣ [비교 사례 2] 대법원 87다카1129 판결

○ 종합병원 수련의 시험에 합격한 피해자의 예상 소득액을 '직종별 임금실태조사보고서'상 '남자의사 월평균급여액'에 기하여 산정한 조치는 정당함 ⇨ 상고기각

▣ 이 사건에서 재판부는 어떻게 판단하였어야 하는가?

○ 일반론으로 말하자면, 이런 유형의 사건에 있어서는 금액이 적정하면 됨

○ 이 사건의 경우, 원고 주장(월 1,100만 원)과 임금실태조사보고서(월 430만 원) 중 한 개를 선택해야 하는 상황이었음

○ 변호사 입장에서 보면, 욕심이 많아서 지는 경우가 있음

- 무리한 요구를 계속 하는 경우, 중간 금액으로 일부만 승소시킬 방법이 없으면 전부 기각될 가능성 높음
- 손해액을 산정할 때 원고 입장에서는 재판부가 받아들여 줄 수 있는 선이 어디까지인지 확인한 다음, 주위적으로는 그보다 많은 금액으로 주장하더라도, 예비적으로는 법원이 받아들일 수 있는 금액에 관한 주장을 이중으로 얹어 놓아야 함. 그렇지 않고 계속 높은 금액만을 끝까지 주장하면 전부 기각될 수 있음

3 대법원 2019. 9. 26. 선고 2018다222303, 222310, 222327 판결 [손해배상(기)·손해배상(기)·손해배상(기)] [롯데카드 사건]

◈ 사안의 개요

○ 원고들은 신용카드, 선불카드, 직불카드 발행, 판매와 관리 등의 사업을 영위하는 피고(롯데카드㈜)와 신용카드 등에 대한 사용과 금융거래계약을 맺고 신용카드 등을 발급받아 사용하거나 사용하였던 사람들임

○ 피고는 도난 등으로 인한 이상 거래 또는 부정사용을 탐지하기 위한 카드사고분석시스템(Fraud Detection System, 이하 'FDS')을 도입한 뒤 정기적인 개선작업을 시행함. 피고는 甲에 FDS 업데이트에 관한 용역을 의뢰하였는데, 당시 甲의 직원이었던 乙이 프로젝트 총괄 매니저로서 위 업무에 관여하였음

○ 피고는 업무상 필요를 이유로 甲의 직원들에게 피고 회원의 개인정보를 제공함. 피고는 甲의 직원들이 FDS 업데이트를 위하여 피고 사무실에 반입한 컴퓨터에 대해서만 장비반입증을 제출받았을 뿐 반입한 내·외장 하드디스크의 수량을 파악하지 않았고, 위 직원들이 피고 사무실에서 작업을 마치고 철수할 때 하드디스크 포맷을 하라고 지시하였을 뿐 직접 하드디스크를 포맷하거나 포맷 여부를 감독하지 않았음

○ 乙은 피고의 사무실에서 업무용 하드디스크에 원고들을 비롯한 피고 회원 약 1,023만 명의 개인정보를 저장하여 사용한 뒤, 업무용 하드디스크를 포맷하지 않고 몰래 숨겨서 가지고 나와 자신의 컴퓨터에 위 개인정보를 저장함

○ 乙은 대출중개 영업 등에 개인정보를 활용할 의도를 가지고 있는 丙에게 위와 같이 빼내어 온 피고의 회원 약 1,023만 명 중 약 255만 명의 개인정보를 전달하였음

○ 원고들이 피고를 상대로 위자료 상당의 불법행위로 인한 손해배상청구를 한 사안임

◈ [LEADING CASE] 회사 내에서 보안 솔루션 관리 중 개인정보 유출되면 피해자별로 7~10만 원 손해액 인정

▣ 개인정보유출과 관련된 집단소송에서 원고가 승소한 첫 번째 사건

○ 대상판결은 법리에 관한 것은 기억할 필요가 없지만 사건 자체는 굉장히 중요한 의미가 있는 판결임

○ 종전 사건들 ⇨ 주로 해커들이 해킹하여 개인정보 유출시킨 사건들 ⇨ 모두 청구기각

- 인터넷과 관련하여 일반인 피해자들을 모아 소송을 시도한 변호사들은 전부 다 패소함
- 해커에 의한 피해자가 카드사별로 1,000만 명씩이라서 국민 중에 피해자 아닌 사람이 없음 ⇨ 원고 승소 시켜주기가 부담스러웠던 측면 있음

- 판시 이유 : ‘행위 시점을 기준으로 볼 때 해커에게 뚫렸다고 해서 필요한 기술 수준이 부족했다고 단정하기 어렵다. 그 당시 통상 갖추어야 할 기술 수준을 갖추고 있었으면 과실이 있다고 보기 어렵다’ ⇨ 계속 청구기각, 원심에서 승소판결 해 와도 파기환송

▣ 이 사건의 경우 ⇨ <u>카드 회사 보안 솔루션 담당한 직원</u>이 스스로 고객 개인정보 유출한 사안

○ 외부에서 해커가 들어온 것이 아니라 피고 회사에서 보안 솔루션을 맡겼던 담당자가 자그마치 1,000만 명의 고객 데이터를 다른 곳에 팔아버린 케이스

○ 다만 보이스피싱 등 다른 불법행위에 사용한 것은 아니고, 광고에 필요한 소비자 타겟팅 및 광고 데이터베이스 구축에 이용하기 위하여 유출하였던 것임

○ 불법행위에 이용될 가능성이 열려 있기 때문에 원고들은 위자료 받을 권리가 있다는 것이 대상 판결의 결론임

○ 대법원의 고민 ⇨ 위법행위, 과실 여부 외에도 ‘피해 본 것이 있는가’도 문제였음

○ 결론은 피해자 1인당 약 7~10만 원 손해액 인정 [끝]

2019. 12. 1.자 공보 [2019. 12. 6. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 10. 17. 선고 2014다46778 판결 [손해배상(기)]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 피고로부터 신축공사 중 토공사와 흙막이 가시설공사를 하도급받아 공사를 하면서 공사현장에 흙막이 가시설물인 이 사건 시설물을 설치함

○ 피고는 회생절차개시결정을 받았는데, 원고는 피고의 회생절차 개시를 이유로 피고에게 하도급계약을 해지한다고 통보하고 공사를 중단하였음

○ 피고는 공사재개허가를 받아 공사를 진행하면서 3차례에 걸쳐 원고에게 원고가 설치한 이 사건 시설물을 해체해달라고 요청하였으나, 원고는 이를 거부하고 이 사건 시설물을 수거하지 않았음

○ 한편 원고의 신청에 따라 서울중앙지방법원은 이 사건 시설물에 대한 유체동산 점유이전 및 처분금지 가처분 결정을 함

○ 원고의 대표이사 甲은 나머지 공사대금을 달라고 주장하며 이 사건 공사현장 입구에 이 사건 기중기를 설치하여 차량이 진입하거나 출입할 수 없도록 함

○ 피고는 이 사건 시설물과 기중기를 매월 330만 원에 보관장소에 보관하기로 하는 약정을 맺고, 집행관의 허가를 받아 이 사건 시설물과 기중기를 보관장소로 옮겨 보관함

○ 원고는 피고에게 이 사건 시설물과 기중기의 인도를 요구하였으나 피고는 가처분 신청 철회와 보관료 지급 등의 문제로 원고의 요구를 거절함. 원고는 피고의 당시 관리인인 乙을 상대로 이 사건 시설물과 기중기의 인도를 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받았고, 위 판결이 그대로 확정됨

○ 원고는 피고의 당시 관리인 丙을 상대로, 피고가 원고의 요청과 이 사건 인도판결에도 이 사건 시설물과 기중기의 인도를 거부함을 이유로 이 사건 시설물과 기중기의 불법점유로 인한 손해배상 또는 부당이득반환을 구하는 이 사건 소를 제기함

○ 원고는 이 사건 소의 제1심 계속 중 이 사건 시설물과 기중기를 수거하였음

○ 피고는 상고심 계속 중 피고에 대한 회생절차종결결정이 공고됨에 따라 이 사건 소송을 수계하였음

◈ 기판력의 본질 ⇨ 모순금지

▣ 판례는 소송법설을 채택함 ⇨ "실체상의 권리관계에는 아무런 영향이 없다."

○ 실체법설 ⇨ 판결에 의하여 권리가 공권력적으로 확인된 것이므로 실체법적 효력을 부인할 수 없다는 입장(판결에 의하여 권리가 생긴다는 것은 아님)

○ 현재 판례는 소송법설을 채택함

○ 그러나 재판을 오래 한 판사도 판결이 판결 받은 당사자의 권리관계에 아무런 영향을 주지 않는다는 것이 선험적으로 잘 와닿지 않음

▣ 원심 판시 중 잘못된 부분

▶ "이 사건 인도판결이 확정됨에 따라 피고는 원고에게 이 사건 시설물을 인도할 의무가 있으므로"(공보 p.2080)

○ '인도 판결이 확정되었음에도 인도하지 않고 버티면 불법행위'라는 것이 원심 판결

⇨ 감각적으로는 이상하다는 느낌이 들지 않음

○ 그러나 위 문장은 기판력의 본질에 비추어 틀린 문장임

○ 판결이 확정되었다고 하여 인도의무가 발생하는 것도 아니고, 인도의무가 공권력적으로 확인되는 것도 아님

○ 인도의무가 있는지는 증거에 의하여 새로 살펴보아야 함

▶ 기판력에 실체법적 효력이 없다는 것은 반복해서 암기하고, 비슷한 사건을 자꾸 연습하지 않으면 자칫 놓치기 쉬움

▣ 대상판결 사안의 해결

▶ 종전 인도판결의 결론이 잘못된 것인가? ⇨ 종전 소송에서 피고가 <u>유치권 항변</u>을 하지 않아 단순이행판결이 나간 것임

○ 물건에 관하여 발생한 비용이 있었기 때문에 피고는 그 비용을 받을 때까지 물건을 유치할 권리가 있음 ⇨ 피고에게 적법한 점유권원이 있음 = 유치권(담보물권)

○ 원래 피고가 유치권 항변을 하고 상환이행판결을 했었어야 하는데, 피고가 유치권 항변을 제대로 하지 않는 바람에 원고 승소 판결이 나간 것임

○ '보관료' 관련 주장이 있었을 텐데 피고가 유치권 항변을 한 것으로 볼 수는 없었을까?

⇨ 동시이행판결을 하려면 상환이행금액을 확정해 주어야 판결이 가능함

"피고는 원고로부터 얼마를 지급받음과 동시에 인도하라."

⇨ 피고가 보관료를 못 받았다고 주장하기만 할 뿐 받을 액수를 특정하여 주장하지 않으니까 승소판결이 나간 것임

○ 그렇다 하더라도 피고에게 인도 의무가 생긴다거나 피고의 점유가 불법점유가 되는 것은 아님

▶ **대상판결의 결론**

○ 피고의 점유는 유치권에 기한 점유이므로 불법점유가 아님 ⇨ 불법행위 X

○ 실질적인 이득도 없으므로 ⇨ 부당이득 X

○ 청구 기각하라는 취지로 파기환송

▶ **판결 이유의 설시(참고사항)**

○ 종전 인도청구 소송에서 유치권 주장은 '항변'

○ 이번 손해배상청구 소송에서 유치권 주장은 '부인'

○ 결국 불법행위의 요건사실 중 위법성에 대한 입증이 부족한 것

- "원고는 ~~ 이유로 위법행위로 인한 손해를 입었다고 주장하나, 피고는 보관료를 지급받지 못하고 있고 이를 이유로 인도를 거절하고 있는 점 ⇨ 유치권 존재 ⇨ 인도를 거절할 정당한 이유가 있는 점 등을 종합하여 보면, 피고가 인도하지 않고 있다 하더라도 위법행위라 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

  ⇨ 요건사실이 인정되지 않으므로 청구 기각

2 대법원 2019. 10. 17. 선고 2017다286485 판결 [건물인도등]

◈ 부동산등기의 공시력

▣ 사안의 개요

○ 현황도가 뒤바뀌어 건축물대장에 첨부되고, 그 뒤바뀐 현황도에 따라 표제부가 만들어지고 등기가 된 사안

▣ 쟁점 : 부동산등기에 의하여 표상되는 부동산이 무엇인가?

○ 구분소유권과는 아무런 상관이 없음

○ 구분행위 할 때 어떻게 구분되는가와도 전혀 상관없음

○ 판결요지 [1]은 불필요한 판시임(아래의 [비교사례] 대법원 89다2735 판결, 대법원 89다카3288 판결에서도 구분행위에 관한 판시는 없었음)

▣ 이러한 사건에서 재판부는 무엇을 고민해야 하는가?

▶ 법리가 형성되는 원리 ⇨ 직소퍼즐(Jigsaw Puzzle)

○ 선행되는 법리가 없을 때 판사가 제일 먼저 해야 될 일 ⇨ 이런 쟁점에 대해서 법원이 그동안 어떤 법리를 선언해 왔는가를 찾아봐야 함

○ 올바른 법리란 큰 벽에 퍼즐 조각을 맞추는 것

- 지금까지 우리 법원은 각각의 쟁점에 관하여 퍼즐 조각을 맞추듯이 법리를 계속 붙여왔음. 다음 퍼즐을 붙일 때에는 여태까지 붙여놓은 퍼즐 조각과 모서리가 다 맞도록 붙여야 함
- 퍼즐 조각을 계속 붙여 나가다가 어느 순간 도저히 안 되겠다 싶을 때 앞에 붙인 몇 개를 떼어내는 것 ⇨ '판례의 변경'
- 그 정도 틀린 것이 아니면 기존에 붙여 놓은 곳에 계속 이어서 붙여야 하지, 어느 날 갑자기 '당초 로마법 연혁에 비추어 보면 앞에 판례 백여 개가 다 틀렸다. 그동안 판사들이 오해한 것이다.'라며 전체를 다 뜯어내자고 주장하는 것은 바람직하지 않음
- 설령 위 주장이 맞다 하더라도, 실제 판사들이 오해한 것이라 하더라도, 판례 변경의 필요성이 없다면 종전 퍼즐에 맞춰서 이어 붙여야 함

▶ 판사가 제일 먼저 할 일은 선례를 찾는 것

○ "연립주택 동호수가 거꾸로 등기되었을 때 등기부가 표상하는 부동산을 어느 부동산으로 취급할 것인가"에 관한 판례를 찾을 것

▣ [비교사례 1] 대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카2735 판결

▶ 사안의 개요

○ 연립주택 2동 중 오른쪽 10세대분은 '가동', 왼쪽 12세대분은 '나동'이라고 벽에 쓰여 있음

○ 도면을 만들면서 건축사 잘못으로 '가동', '나동' 좌우가 뒤바뀌어 건축물관리대장에 표시됨

○ 등기부에도 '가동', '나동'의 기재가 실제 벽에 쓰여 있는 것과 반대로 기재된 사안

▶ 쟁점 : 분양받아 입주한 사람들이 있는데, 등기부 전체가 뒤바뀌어 있는 상태

⇨ 법률관계를 어떻게 정리할 것인가?

▶ 결론 : "원래의 현황(분양된 상태)대로 등기부의 오류 정정"

○ 오른쪽 10세대, 왼쪽 12세대 ⇨ 각 세대의 평형, 평수는 똑같은데 전체 연면적만 다른 상태임

○ 등기부에 '가동', '나동'이 잘못 기재된 것이므로 그것을 바꾸어놓고 등기 표시의 공시의 효력을 인정해야 함

○ 건축사 잘못을 무시하고 원래의 현황에 맞추어 등기의 효력을 인정한 사건

▶ [참고논문] 한상호, "등기부상 연립주택의 '동' 표시가 실제와 불일치한 경우 그 등기의 효력", 1991

○ 공시제도의 목적을 달성하면 사소한 오류는 고쳐주면 됨. 그렇게 하여야 법률관계가 안정되고 공시의 효과를 달성하는 것임

○ 한 글자 오기가 있다는 이유로 등기를 무효로 하고, 그 이후에 이루어진 모든 소유권이전등기를 다 무효라고 해석하는 것은 공시제도의 목적에 반하고, 오히려 국민을 괴롭히는 것임

▣ [비교사례 2] 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카3288 판결

▶ 사안의 개요

○ 좌우가 똑같은 연립주택 2동의 '가동', '나동' 실제표시가 등기부에 뒤바뀌어 표시된 사안

▶ 결론 : 위와 마찬가지로 "당초 분양된 권리관계를 그대로 인정함"

○ 판결 이유는 사실 조금 미흡한 면이 있음

- 질문사항은 "실제 '가동'이 등기부의 '나동'과 일치하느냐. '가동'에 대한 공시방법으로 '나동'이라고 기재한 것이 '가동'을 표상하는 것이냐."인데, 답변에서는 "사회통념상 동일성이 인정되면 인정해 줘라"라고만 하여 쟁점에 대하여 답변하지 아니하였음

○ 그러나 결론은 '실제 분양되고 이후 거래된 권리관계를 존중하여야 한다'는 것이 핵심

▣ 대상판결 사안의 해결

○ 이번 사건은 위 비교사례 1, 2보다 훨씬 더 단순한 사건임

- 첨부된 도면만 잘못되었을 뿐 등기부 자체에는 문제가 없었던 사건

  ⇨ 첨부된 도면만 교체하면 모두 해결이 됨

3 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018다300470 판결 [소유권이전등기]

▣ 사안의 개요

○ 원고들이 피고(대한민국)를 상대로 甲 등에 대한 유죄판결이 이 사건 재심대상판결의 기초가 되었고 이들에 대한 형사재심에서 무죄판결이 확정됨으로써 이 사건 재심대상판결에는 민사소송법 451조 1항 8호에서 정한 재심사유가 있다고 주장하며 이 사건 재심을 청구한 사안임

▣ 변호사가 추완항소, 재심의 소를 제기할 때 주의해야 할 사항 ⇨ '언제 알았는가'

○ 변호사가 추완항소장, 재심소장을 내면서 '본인의 책임 없이 몰랐다'는 점을 쓰다 보면 '언제 알게 되었다'는 것을 자연스럽게 쓰게 되어 있음

○ 그런데 추완항소, 재심의 소는 제기기간이 정하여져 있고 매우 짧음

- 추완항소 ⇨ 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내(민사소송법 173조)
- 재심 ⇨ 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내(민사소송법 456조)

○ '언제에서야 알게 되었다'고 주장하면서 접수일자가 그로부터 2주일 또는 30일 이후면 바로 각하되므로 날짜를 주의하여야 함

◈ 구로농지 사건

▣ 사안의 배경

○ 구로공단 부지는 원래 다 농지였고 6.25 무렵 농지 분배를 하게 되어 있었는데, 박정희 정권 때 구로동에 공단을 조성하기로 결정하면서 실제 농지를 밀어버리고 공장을 건설함

○ 수분배자들이 국가를 상대로 소유권이전등기청구 소송을 제기하여 승소판결을 받음

○ 공단 조성을 추진해야 하는데 원고들이 승소판결을 받는 등 산업화 전략에 지장이 생기자 검찰이 나서서 조사를 함. 검찰은 '위증을 했다, 서류가 조작되었다'라는 이유를 들며 공무원들을 구속하기 시작했고, 그 다음에는 소송사기 등의 이유로 당사자들도 마구 구속함

○ 당사자들이 형사처벌을 받자 전에 확정되었던 이전등기판결에 대해서 국가가 재심을 청구하였고, 재심으로 위 이전등기판결이 뒤집혀 원고들은 논밭을 모두 빼앗기게 됨(민사재심판결)

○ 구로공단이 조성되었다가 지금은 다시 공단이 헐리고 번화한 도시가 됨

○ 이 무렵 원고들은 과거 형사판결이 잘못되었다며 과거사정리위원회에 진실규명신청을 하였고, 과거사정리위원회는 위 형사판결이 고문에 의하여 조작되었다는 등의 진실규명결정을 함

○ 이에 따라 원고들은 우선 형사판결에 대한 재심을 청구하여 무죄 확정이 됨(형사재심판결)

○ 이번에는 위 민사재심판결에 대하여 재재심을 청구한 것임

- 재재심청구취지 “피고(국가)의 재심청구를 기각한다”

▶ 즉, 민사사건에 대하여 국가가 재심으로 뒤집었는데, 그 재심사건에 재심사유(형사재심판결)가 있다는 이유로 재재심을 낸 사안

▣ 대상판결의 결론

▶ 원고가 재재심을 두 번 제기함

○ 지난번 재재심은 재심사유(형사재심판결) 알고 나서 너무 늦게 내서 ⇨ 각하

○ 이번 재재심은 형사재심판결 중 아주 늦게 판결을 받은 사람이 있어서 이를 재심사유로 주장함 ⇨ 재심기간 內 ⇨ 승소

▶ 종전 민사재심판결에서 여러 사람에 대해서 위증 유죄판결이 확정되었다는 이유로 재심을 받아주었는데, 그 위증 유죄의 형사판결이 재심으로 하나하나 다 무죄가 되었다면 그 하나하나가 모두 별개의 독립된 재심사유라는 것이 결론임

④ 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019다222782, 222799 판결 [특허권침해금지등]

◈ 판결요지 [3] 속지주의 원칙

▣ 특허권에는 속지주의가 적용됨

▶ 특허는 우리나라에 등록하여야만 우리나라에서 이루어지는 침해를 잡을 수 있음

○ 전세계적으로 특허를 보호받기 위해서는 각 나라마다 특허등록을 하여야 함

○ 국제적 출원을 간략하게 해 줄 수 있는 제도 마련 ⇨ PCT 출원

▶ 디자인권, 상표권 등 등록을 해야 하는 권리는 기본적으로 속지주의 적용됨

▶ [비교] 저작권은 상호주의가 적용됨

○ 베른협약 가입국이면 '형식적 상호주의' 적용됨 ⇨ "You Go, We Go."

- "너희가 우리 국민을 너희 국민처럼 대우해주면 우리도 너희 국민에게 우리 저작권법을 그대로 적용해준다."
- 일본 저작권자가 우리나라에 저작권 침해소송 제기하면 우리나라 저작권법을 적용하면 됨

○ [참고] '실질적 상호주의'

- 그 나라에서 보호해 주는 만큼만 우리도 보호해 주는 것. 그 나라 저작권법이 우리나라 저작물을 얼마나 보호해 주는지 따져봐야 함

▣ 대상판결 사안

▶ 이 사건 실시제품 : 성형수술에 쓰이는 의료용 실("김영재 실")

○ 얼굴에 실을 넣어서 주름을 펴는 데 도움 주는 기구

○ 청구항 : "실의 단부에 지지체가 형성되어 있는 것"

▶ 원심의 태도 ⇨ 침해 부정

○ 속지주의 원칙에 따라 국내에서 모든 생산이 이루어져야 침해라고 인정됨

○ 특허에는 실과 지지체가 함께 결합되어 있는 것으로 기재되어 있는데, 우리나라에서 실과 지지체를 따로 만든 후 나중에 일본에 가서 실제 시술될 때 결합이 됨

○ 국내에서는 아직 결합이 안 되어 있으므로 침해가 아님

▶ 대법원의 태도 ⇨ 침해 인정

○ "국내에서 부품 또는 구성 전부가 생산되거나 주요 구성을 모두 갖춘 반제품이 생산되어 있어서 사실상 전체 작용효과를 구현할 수 있는 상태에 이르렀다면, 국내에서 생산된 것과 같이 보아야 한다."(공보 p.2094)

○ 실과 지지체만 있으면 서로 결합시키는 것은 누구나 할 수 있고 효과상 차이도 생기지 않음

5 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019다238305 판결 [청구이의]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 서울중앙지방법원에 회생신청을 하여 회생개시결정을 받았고, 회생계획안이 인가되었으며, 회생절차가 종결되었음

○ 원고가 회생절차 종결 이후에도 회생계획안에 따른 변제를 하지 않자, 피고는 집행력 있는 회생채권자표정본을 기초로 원고의 채권에 대한 압류·추심명령을 받았음

○ 원고는 위 강제집행이 다른 채권자들과 형평에 어긋난다고 주장하면서 피고를 상대로 청구이의의 소를 제기함

○ 제1심은 원고의 청구를 기각하였고, 원심은 원고의 항소를 기각함. 대법원은 회생채권자표에 대한 청구이의의 소는 회생계속법원(이 사건에서는 서울회생법원)의 전속관할에 속한다는 이유로, 원심판결을 파기하고, 제1심판결을 취소하고, 이 사건을 서울회생법원에 이송

◈ 채무자회생법 255조[48] 회생채권자표 기재의 효력 및 전속관할

▣ 제1항 '확정판결과 동일한 효력'의 의미 ⇨ 기판력 X 불가쟁력 ○

○ 회생채권자표에 채권으로 기재되고 그에 대한 인가결정이 확정되면 '확정판결과 동일한 효력이 있다'라고 규정되어 있음 ⇨ 서로 소송을 못하고, 아무도 부인하지 못한다는 취지

○ 그러나 기판력은 아님

○ 1 지급명령 2 이행권고결정[49] 3 공정증서 + 4 회생채권자표[50]

⇨ 확정판결과 동일한 효력이 있다고 규정되어 있지만 기판력이 없음 = 모순금지 효력이 없음

ex) 지급명령이 나왔을 때 아무 말도 하지 않아 확정된 다음에 청구이의의 소를 제기하고

---

48) **채무자회생 및 파산에 관한 법률 제255조(회생채권자표 등의 기재의 효력)** ① 회생채권 또는 회생담보권에 기하여 회생계획에 의하여 인정된 권리에 관한 회생채권자표 또는 회생담보권자표의 기재는 회생계획인가의 결정이 확정된 때에 다음 각호의 자에 대하여 확정판결과 동일한 효력이 있다.
1. 채무자 2. 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자
3. 회생을 위하여 채무를 부담하거나 또는 담보를 제공하는 자
4. 신회사(합병 또는 분할합병으로 설립되는 신회사를 제외한다)

② 제1항의 규정에 의한 권리로서 금전의 지급 그 밖의 이행의 청구를 내용으로 하는 권리를 가진 자는 회생절차종결 후 채무자와 회생을 위하여 채무를 부담한 자에 대하여 회생채권자표 또는 회생담보권자표에 의하여 강제집행을 할 수 있다. (생략)

③ 「민사집행법」 제2조(집행실시자) 내지 제18조(집행비용의 예납 등), 제20조(공공기관의 원조), 제28조(집행력 있는 정본) 내지 제55조(외국에서 할 집행)의 규정은 제2항의 경우에 관하여 준용한다. 다만, 「민사집행법」 제33조(집행문부여의 소), 제44조(청구에 관한 이의의 소) 및 제45조(집행문부여에 대한 이의의 소)의 규정에 의한 소는 회생계속법원의 관할에 전속한다.

49) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결

50) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다204131 판결

채무 부담한 적 없다고 주장해도 됨. 심리를 다시 해주어야 함

▣ 제2항 '강제집행을 할 수 있다' ⇨ 집행력

○ 회생절차가 종결되면 판결문 없이 강제집행이 들어오고, 강제집행을 저지하려면 청구이의의 소를 제기하여야 함

▣ 제3항 청구이의의 소의 전속관할 ⇨ 회생계속법원

▶ 회생절차가 끝난 다음에는 어느 법원에 내야 하는가? ⇨ 마찬가지로 회생계속법원

○ 원래 청구이의의 소의 관할은 제1심 판결법원(민집 44조). 이 사건의 경우 1심이 없으므로 낼 데가 마땅치 않음

○ 1심과 원심은 관할에 대한 고민 없이 피고 주소지 법원에서 진행하였다가 파기 되었던 것임

○ 사건명이 특이한 사건에서는 관할 문제를 떠올릴 것

⑥ 대법원 2019. 10. 18. 선고 2015다60207 판결 [부당이득금등반환]

▣ 이 사건 소송은 회사가 근로자에게 임금으로 준 것을 돌려달라는 부당이득반환청구 소송

○ 원고는 전주시에서 소위 사납금 제도를 운영하여 온 일반택시여객운송사업을 영위하는 회사인데, 피고는 2010. 7.경부터 2011. 7.경까지 원고 소속 택시운전근로자로 근무하다가 퇴직하였음

○ 2007. 12. 27. 신설된 최저임금법 6조 5항은 택시운전근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위를 '생산고에 따른 임금을 제외한' 임금으로 한정함으로써 초과운송수입금을 최저임금에 산입할 수 없도록 규정하였고, 그 시행시기는 시 지역인 전주시의 경우 2010. 7. 1.이었음. 따라서 원고는 2010. 7. 1.부터 소정근로시간에 대한 고정급만으로 최저임금 이상의 임금을 지급하여야 하는 상황이 됨

○ 원고와 원고 소속 택시운전근로자로 조직된 노동조합(이하 '이 사건 노동조합')은 2010. 6. 29.부터 2010년도 임금협정 체결을 위하여 교섭하던 중, 2010. 8.경 근로조건(임금) 및 운송수입금 사항 등이 포함되는 단체(임금)협약 체결 시 체결시점을 2010. 7. 1.부터 소급적용하기로 하되, 소급 적용 시 회사는 인상된 월 임금의 차액을 소급하여 각 근로자에게 지급하고, 각 근로자는 회사에 인상된 차액의 운송수입금을 소급하여 입금하기로 하는 합의를 함

○ 그 후 단체교섭이 장기화되자, 원고는 피고 등에게 2011. 7.분까지 이전 임금협정에 따라 계산한 임금을 지급함

○ 원고와 이 사건 노동조합은 2011. 7. 10. 임금협정을 체결하였다가, 다시 교섭을 거쳐 2011. 9. 9. 2011년도 임금협정을 체결함

○ 원고는 2011년도 임금협정에 의하여 피고 등이 원고에게 납입하여야 할 사납금이 1일 4,000원씩 인상되었고, 이는 이 사건 합의에 따라 2010. 7. 1.부터 소급하여 적용되므로, 피고 등은 원고에게 2010. 7. 1.부터 2011. 7. 31.까지의 실제 근무일수에 사납금 인상분 1일 4,000원을 곱한 금액을 지급할 의무가 있다고 주장하며 이 사건 소를 제기함

▣ 노동조합의 권한은 추상적인 권리관계인 임금에 관하여 근로자를 대표해서 회사와의 협상을 통해 그 액수를 확정하는 것임

○ 장래를 향하여 근로자의 권리를 확정하는 권한 ○

○ 이미 구체적으로 발생하여 개별적으로 가지고 있는 권리를 없애는 권한 X

▣ 근로자가 받은 금원은 이유를 불문하고 임금에 해당함

○ 회사 입장에서 근로자가 사납금을 덜 낸 것이 있다 하더라도, 근로자 개인 입장에서는 임금으로 받은 것을 반환하라는 것

○ 이미 나누어 준 임금을 단체협약을 이유로 반환하라고 하는 것은 확립된 판례에 반함

7 대법원 2019. 10. 18. 선고 2017다202968 판결 [매매대금반환]

▣ 사안의 개요

○ 부동산을 매입하여 태양광 사업을 하려고 하였는데 개발행위허가를 받지 못한 사안(정확하게는 개발행위허가가 늦어지게 된 사안)

○ 울주군이 문화재보존영향 검토대상구역의 내용을 국토이용정보체계에 등재하지 아니하여 이를 모르고 토지를 매입하였다는 이유로 울주군에 대하여 손해배상을 청구함

○ 청구 일부 인용. 상고기각

▣ 매도인과 매수인의 법률관계

○ 부당이득반환 청구가 가능한가? X - 부동산을 매도하고 대금을 받은 것이므로 법률상 원인이 있음. 시가 보다 비싸게 팔았으니까 차액만큼 부당이득이라고 보기는 어려움

○ 착오 취소 가능한가? X - **원칙적으로** 동기의 착오에 불과

○ 착오가 인정되는 경우 매수인이 취소하지 않고 불법행위 손해배상청구를 할 수 있는가? X

- 매수인이 계약 내용이 유리하다고 생각하고 취소를 안 한 채 불법행위를 주장하는 경우 위법행위와 손해 사이에 인과관계를 인정하기 어려울 것임

▣ 원심 판단은 결론의 '구체적 타당성' 측면에서는 타당한 것으로 보임

○ 이 사건은 매도인에 대해서 부당이득, 손해배상 어느 것도 청구하지 못함

○ 매수인이 태양광 사업을 하려고 했는데 공법상 규제로 인하여 사업이 늦어지고 손해가 발생한 것은 사실이고 여기에 피고(울주군)의 잘못이 인정됨

○ 전체적인 형평을 고려할 때 원심이 1,100만 원(원고의 변호사 비용 정도)을 인정한 것은 구체적 타당성 측면에서 타당해 보임

8 대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결 [퇴직금등청구의소]

◈ ◉◉◉ 어학원[51] 사건

▣ 강사들의 근로자성 인정

▶ 원고들은 ◉◉◉ 어학원의 소위 '1타 강사'들

○ 원고들이 근로자인지 고민되는 이유는 돈을 받는 방식이 일반 근로자와 너무 다르기 때문임

- 근로계약으로 임금을 받는 것이 아니라 수강생들의 수강료 중 일부(28~36%)를 받는 매우 유리한 조건으로 계약함
- 사업자등록을 별도로 냄
- 강사는 대표에게 잘 보일 필요 없이 수강생들을 열성적으로 가르치고 인기를 끌어 수강생이 많아지면 되고, 대표 입장에서도 위 방식으로 계약을 해야 강사가 열심히 해서 수익이 늘어남

  ⇨ 이해관계가 서로 일치해서 고용계약이 아니라 마치 동업계약처럼 계약을 체결함

▶ '학원 강사가 근로자인지 여부'

○ 학원 중에서 위 방식으로 운영하는 곳이 굉장히 많은데 공통점은 사업자등록을 따로 낸다는 것

○ 거의 다 근로자라는 쪽으로 판결이 나감

- 이유는 ① 아침 출근시간 체크, ② 교육자재 나눠 준 점, ③ 강의 품질 유지 위해 이것저것 지시를 많이 받았다는 점 등

○ ◉◉◉ 어학원의 1타 강사가 근로자라고 인정된 이상 전국 학원 강사 중에 근로자 아닌 사람은 생각하기 어려울 듯함

▣ 연차휴가수당 산정 기준 ⇨ 통상임금

▶ 근로기준법의 체계

○ 1 통상임금 ⇨ 각종 수당의 기준

○ 2 평균임금 ⇨ 퇴직금의 기준

○ 3 최저임금 ⇨ 형사처벌

▶ 원심이 '수당'을 산정하면서 평균임금을 기초로 한 것은 명백한 실수

▣ 다툴만한 상당한 이유가 있는 경우 ⇨ 지연손해금 20% 적용 X

▣ 약정휴일인 일요일에 휴무하였더라도 연차휴가 사용 X

---

51) 영어학원으로서 대치동에서 랭킹 1, 2위를 다투는 대형학원

⑨ 대법원 2019. 10. 18. 선고 2019다230899 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(철원군) 소속 환경미화원들임

○ 원고들의 시간급 통상임금을 유급휴일에 대한 임금이 포함되어 있는 월급에서 총근로시간 수를 나누는 방식으로 산정할 때 총근로시간 수에 포함되는 토요일의 유급으로 처리된 시간이 문제된 사안임

▣ 결론은 야간근로수당을 좀 더 받아야 한다는 것임

▶ 야간근로수당은 통상임금을 기준으로 곱하게 되어 있는데, 통상임금 계산이 틀렸다는 것임

▣ 명절휴가비는 통상임금에 해당하지 않음

▶ '근로의 대가'가 아니라고 봄

▶ 이유는? ⇨ 명절 전날 퇴직하면 못 받는 돈

▶ '근로의 대가' 판단 기준

○ 중간에 퇴직하더라도 일할 계산해서 주는 것 ⇨ 일 년 동안 일한 근로의 대가 ○

○ 그 날짜에 근무하고 있는지 여부에 따라 달라지는 것 ⇨ 근로의 대가 X ⇨ 통상임금에서 제외

[끝]

2019. 12. 15.자 공보 [2019. 12. 27. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결 [정산금등]

◈ 사안의 개요

○ 공사수급인인 원고는 도급인인 피고들을 상대로 공사계약에 따른 정산금의 지급을 구함

○ 원고 승계참가인(이하 '승계참가인')은 원고의 피고들에 대한 정산금 채권 중 일부에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 뒤, 제1심 소송 계속 중 제3채무자인 피고들에 대하여 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 함

○ 원고는 승계참가인의 승계여부에 대해 다투지 않았으나 승계참가한 부분의 소를 일부 취하하지 않았음

○ 제1심은 인정된 정산금 채권 전부가 채권압류 및 전부명령으로 인하여 모두 승계참가인에게 이전되었음을 이유로, 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 피고들에 대한 청구를 일부 인용함

○ 승계참가인과 피고들은 제1심판결 중 자신의 패소 부분에 대해 항소하였고, 원고는 항소하지 않았음. 원심 계속 중 피고들이 승계참가인의 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고는 부대항소를 제기함

○ 원심은 승계참가인의 전부명령이 무효라고 판단하고, 원고의 부대항소를 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각함

◈ 이 사건 쟁점

○ 피고는 상고이유로, 원고가 제1심에서 패소한 뒤 불복하지 않아 원고에 대한 판결은 분리확정되었고 그에 따라 원고가 제기한 부대항소는 부적법하므로 원심이 원고의 부대항소를 받아들인 것은 잘못이라고 주장함

○ 이 사건의 쟁점은 원고 청구 부분이 원심에 이심되었는지 여부이고, 그 판단은 승계참가 후 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아 있는 경우 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 67조를 적용할 수 있는지 여부임

◈ 판결요지 [1] 승계참가

▣ 승계참가를 누가 할 수 있는지? (주관적 범위)

▶ 기판력을 받을 사람(=변론종결後 승계인)이 소송계속 중 승계를 하면 승계참가 할 수 있음

○ 변론종결 후 승계인

- ① 소송물의 승계인 ⇨ 승계인
- ② 계쟁물(목적물)의 승계인 ⇨ ⓐ 물권적 청구권: ○, ⓑ 채권적 청구권: X

▣ 승계참가를 언제 할 수 있는지? (시간적 범위)

▶ 소송계속 중(소장송달 후부터 사실심 변론종결 전까지) 승계한 경우만 승계참가 가능

○ 소송계속 발생 前 승계한 경우

- 승계참가 불가하므로 승계참가신청서 심사할 때 승계 시기 확인 필요
- 기존 소송은 무권리자가 제기한 것이고, 승계를 주장하는 사람은 별소를 제기해야 함
- [참고] 소장 송달의 효과: 소송계속 발생, 중복제소금지

▣ 승계참가와 인수참가의 구별

▶ 권리자, 의무자 불문 ⇨ '권리'승계와 '의무'승계 모두 승계참가와 인수참가를 각각 이용할 수 있음

○ 승계참가(민소법 81조) ⇨ 자진하여 소송에 참가하는 경우 (권리자, 의무자 불문)

○ 인수참가(민소법 82조) ⇨ 소송에 끌려 들어온 경우 (권리자, 의무자 불문)

▣ 승계참가와 관련하여 재판장이 할 일

▶ ① 승계참가신청서가 접수되면 승계일이 소장 송달(소송계속 발생) 이후인지 확인

▶ ② 변론기일에 원고(피참가인)의 탈퇴 의사 및 피고의 동의 여부를 확인하여 변론조서에 기재

○ 원고는 대부분 탈퇴하는데, 재판장이 원고의 탈퇴 의사 확인을 간과하는 경우가 있음

▶ ③ 항소심에서는 "항소기각"하면 안 되고, 청구가 변경된 것이므로 "변경주문" 선고

○ 자주 문제되는 사례

- 1심: 원고 승소 ⇨ 피고 항소
- 2심: 승계참가 ⇨ 피고의 항소기각(×), 변경주문 선고(○): 원고청구 기각, 승계참가인청구 인용

○ 단순히 "항소기각"하면 대법원에서 파기환송됨 (종전 대법원 2002다16729 판결 등)

- 종래 대법원이 취했던 "통상공동소송설"은 위와 같은 사안에서 원심이 단순히 "피고의 항소를 기각"한 경우 ① 원고의 청구(원고 청구 기각)뿐만 아니라 ② 승계참가인의 청구(승계참가인 청구 인용)도 모두 판단해야 한다는 취지였음
- 이러한 "통상공동소송설"의 문제점이 대법원 2011다113455 판결(원고의 청구에 대한 원심의 재판이 누락되어 원고의 청구가 항소심에 계속 중이라는 이유로 원고의 청구에 대한

피고의 상고를 각하한 사안)에서 드러나자, 원고의 청구와 승계참가인의 청구는 양립불가하여 합일확정이 필요하므로 “통상공동소송”으로 볼 수 없다는 학계의 비판이 있었던 것임

▣ 이번 전원합의체 판결의 결론은 권리승계형 승계참가에 “민소법 67조”가 적용된다는 것이지, 권리승계형 승계참가가 “필수적 공동소송”이라는 것은 아니므로 주의해야 함

○ 권리승계형 승계참가에서 원고의 청구가 유지되는 한 “독립당사자참가소송”이나 “예비적·선택적 공동소송”과 마찬가지로 “판단의 모순·저촉을 방지하고 이를 합일적으로 확정할 필요성”이 있으므로, 원고와 승계참가인의 각 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 “민사소송법 67조가 적용된다”는 것일 뿐, 원고의 탈퇴가 안 되면 “필수적 공동소송”에 해당한다는 것은 아님

- 필수적 공동소송은 합유(조합), 총유 관계처럼 필수적 공동소송인들 사이의 이해관계가 동일한 경우임(공유 - 통상공동소송). 반면, 원고와 승계참가인은 이해관계가 일치하는 것이 아니므로, 독립당사자참가소송, 예비적·선택적 공동소송이 더 어울리는 것임

▣ 소송의 형태

▶ 1 원고가 권리양도한 적 없다고 다투는 경우

○ 삼면소송관계가 성립되므로 독립당사자참가에 준하여 심리

▶ 원고는 승계를 다투지 않으나,

2 피고가 원고와 승계참가인 둘 다 권리가 없다는 등의 이유로 원고의 탈퇴에 동의하지 않는 경우

3 재판장이 원고의 탈퇴 의사 및 피고의 동의 여부 확인을 간과한 경우

○ 편면적 독립당사자참가소송, 예비적·선택적 공동소송과 유사

▣ (참고) 항소와 이심, 심판의 대상

▶ 당사자가 동일한 경우

○ 동일한 당사자가 여러 개의 청구 중 일부에 대하여만 항소한 경우

- 여러 개의 청구는 항소심에 모두 이심됨
- 다만, 항소한 청구(항소취지)만 심판의 대상이 되고, 항소취지 변경 가능

▶ 당사자가 다른 경우

○ (원칙) 항소한 당사자의 청구만 항소심에 계속되고, 항소하지 않은 당사자의 청구는 분리확정됨

○ (예외) 독립당사자참가소송, 예비적·선택적공동소송의 경우 항소하지 않은 당사자의 청구도

항소심에 이심되지만, 항소하지 않은 당사자는 '항소심당사자'의 지위를 가짐

▣ 이번 사안에서 만약 원고가 부대항소를 하지 아니하였다면, 원심의 결론은?

○ 이번 사안 원심의 결론

- 1심: 승계참가 ⇨ 원고의 청구 기각, 승계참가인의 청구 일부 인용, 승계참가인 및 피고만 항소
- 2심: 승계가 안 되어 승계참가인의 청구 기각, 원고 부대항소 ⇨ 원고의 청구 일부 인용

○ 민소법 67조가 적용되므로, 원고가 항소하지 아니하였어도 원고의 청구는 항소심에 이심된 상태임(원고는 항소심당사자)

○ 독립당사자참가소송, 예비적·선택적공동소송에는 결론의 합일확정을 위해 필요한 경우 불이익변경금지원칙이 배제됨 ⇨ 이번 사안에서 원고가 부대항소를 하지 아니하였더라도 원심의 결론은 "원고 청구 일부 인용"으로 동일하였을 것임(아직 판례가 없는 상태)

◈ 판결요지 [2] 주식회사의 청산인

○ 주식회사가 해산할 때에는 "해산 당시의 이사"가 주식회사의 청산인이 됨(상법 531조)

◈ 판결요지 [3] 경개

▣ 기존 채무와 관련하여 새로운 "약정"을 체결한 경우

▶ "계약"과 "약정"의 차이? ⇨ "계약"과 "약정"은 본질적으로 같은 것

○ 계약: 청약과 승낙의 합치 ⇨ 의사표시가 의도하는 효과의 발생 (수많은 계약 중 일부가 전형계약)

○ 청약과 승낙이라는 의사표시가 합치하는 것은 모두 계약(= 약정)이지만, 통상 계약을 사소하게 변경하는 것을 "약정"이라고 부르는 경향이 있음

○ 이번 사안에서도, 기존 계약과의 동일성을 유지하면서 기존 계약에서 정한 변제기, 변제방법을 변경하기로 하는 당사자의 의사의 합치를 "계약"이라고 할 수도 있겠으나, 기존 "계약"과의 구별을 위하여 "약정"이라고 표현하였음. "변경계약"이라고 부를 수도 있을 것임

2 대법원 2019. 10. 31. 선고 2015다49170 판결 [사해행위취소]

◈ 사안의 개요

○ 원심 공동피고 주식회사 甲은 토지구획정리사업의 시행자인 원심 공동피고 乙로부터 일부 체비지를 양도받고 일부 체비지(이하 '변경전 체비지')의 체비지대장에 양수인등재를 마침

○ 甲은 2004. 4. 13. 乙로부터 변경전 체비지와 다른 토지를 합병, 분할하여 변경하여 사용하는 것을 허락받은 뒤, 2005. 1. 25. 피고와 사이에 위와 같이 변경된 토지(이하 '변경된 토지')에 관하여 아래와 같은 내용의 관리신탁계약을 체결함. 피고는 변경전 체비지의 체비지대장에 양수인등재를 마침

신탁목적 : 신탁부동산의 소유권 관리·보존 등 수익자 : 丙 신탁기간 : ~ 2006. 1. 26.

○ 甲과 피고는 관리신탁계약의 신탁기간을 2007. 1. 26.까지로 변경하였고, 신탁기간 만료 후인 2007. 5. 22. 변경된 토지에 관하여 아래와 같은 내용의 담보신탁계약을 체결함

신탁목적 : 신탁부동산의 소유권을 관리함과 아울러 채무자가 우선수익자에 대해 부담하는 채무나 책임의 이행을 보장하기 위하여 수탁자가 신탁부동산을 보전·관리하고 채무불이행 시 환가·정산하는 것 신탁기간 : 신탁계약 체결일부터 우선수익자의 채권 소멸 시까지 신탁원본 우선수익자 : 丁 신탁원본 및 신탁수익 수익자 : 丙 채무자 : 丙

○ 한편 甲은 1998. 1. 30. 원고에게 변경전 체비지를 대물변제조로 양도하기로 약정함. 원고는 甲을 상대로 토지 인도 등을 명하는 판결을 받아 그중 일부인 이 사건 체비지에 대하여 2007. 2. 7. 부동산 인도집행을 마침

◈ 판결요지 [1], [2] 신탁 종료 시 신탁재산의 귀속에 관한 법률관계

▣ 신탁법 사건 처리 시 유의할 사항

○ 신탁법(영국법에 연원이 있음)은 일반 민법 법리에 따라 생각하면 안 되고 신탁법 고유의 법리를 검토해야 함

○ 민법의 명의신탁 법리와 유사하게 생각하면, 신탁종료 시 위탁자에게 신탁재산을 반환하여야 한다고 판단하는 오류를 범할 수 있음

▣ 체비지의 개념

○ 체비지: 비용을 체당하는 땅 ⇨ 비용을 충당하기 위해 사업시행자(개발자)가 갖는 땅

- 시행자가 사업에 필요한 경비를 충당하거나 사업계획이 정한 목적을 달성하기 위하여 일정한 토지를 종전의 토지에 대한 환지로 지정하지 아니하고 시행자의 소유로 귀속시켜 매각처분할 수 있게 한 토지

○ 감보율: 체비지 등이 있으므로 기존 토지소유자가 환지받는 토지 면적은 줄어들 것임

- 면적은 줄어들어도 전체 토지의 효용이 올라가므로 개발이익이 있음

◈ 체비지 관련 법리 (도시개발법 제정 전)

▣ 체비지의 양수인이 사용수익권과 소유권을 취득하는 시기

○ 대법원 판례는 종전에 체비지에 관하여 독특한 법리를 채택하고 있었음

○ 체비지를 매수한 자가 인도를 받거나 체비지대장에 등재가 되면 물권 유사의 권리를 취득하고 있다가 환지처분 공고가 되면 그 익일에 소유권을 원시취득한다는 것임

- 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다44886 판결

  토지구획정리사업시행자가 환지처분 전에 체비지 지정을 하여 이를 제3자에게 처분하는 경우 그 양수인이 **토지의 인도** 또는 **체비지대장에의 등재** 중 어느 하나의 요건을 갖추었다면 양수인은 당해 토지에 관하여 **물권 유사의 사용수익권을 취득**하여 당해 체비지를 배타적으로 사용·수익할 수 있음은 물론이고 다시 이를 제3자에게 처분할 수도 있는 권능을 가지며, 그 후 **환지처분공고가 있으면 그 익일**에 최종적으로 체비지를 점유하거나 체비지대장에 등재된 자가 **그 소유권을 원시적으로 취득**하게 된다.

○ 이러한 법리는 물권변동에 관한 민법 186조, 187조와 많이 다른 것임

▣ 체비지 양수인의 체비지대장 명의변경 청구

▶ 의사의 진술을 명하는 판결 [등기처럼 공동신청주의(양자의 의사확인 필요)가 적용됨]

○ 대법원 2009다60077 판결

- "체비지대장상 소유자명의변경을 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결"

○ 대법원 2011다57685 판결

- "체비지에 관하여 피고로 하여금 원고에게 체비지 대장상의 소유자 명의변경절차를 이행할 것을 명하여야 함"

▶ (비교) 주식의 명의개서는 단독신청임

○ 대법원 2016다240338 판결

- "주식을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 점유하고 있는 주권의 제시 등의 방법으로

자신이 주식을 취득한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 단독으로 그 명의개서를 청구할 수 있다."

▣ 체비지대장 명의변경 청구 vs. 무허가건물관리대장 명의변경 청구

▶ 무허가건물대장 ⇨ 공시방법이 아님 (입주권 부여, 보상 등 행정편의 목적)

○ 명의변경으로 무허가건물에 대하여 어떠한 권리를 취득하는 것이 아님(건물의 소유권에 관한 권리변동을 공시하는 것이 아님) ⇨ 입주권 취득 등 소정의 보상을 받을 수 있을 뿐임

○ 대법원 2011다64782 판결

- 해제 시 보호받는 제3자에 해당하려면 부동산의 경우 등기(공시방법)를 갖추어 권리를 취득해야 함
- 무허가건물관리대장에 등재되더라도 권리를 취득한 것이 아니므로 해제 시 보호받는 제3자에 해당하는 것이 아님
- 무허가건물에는 공시방법이 없어서 해제로부터 보호받는 제3자가 없게 되는 결과가 되지만, 법적안정성과 판례의 정합성을 고려하면 타당한 결론임

▶ 체비지대장 ⇨ 공시방법에 해당함 (등기부에 가까움)

- 명의변경할 경우 체비지에 대하여 "물권 유사의 권리" 취득
- 체비지대장에 등재될 경우 물권 유사의 권리를 취득하므로 해제 시 보호받는 제3자에 해당할 것임(아직 판례는 없음). 체비지대장은 그 효력이 등기부에 가깝다고 볼 수 있음

◈ 도시개발법 42조 5항 단서(2000년 제정) [2020. 7. 추가]

○ 2000년 도시개발법 제정되면서 환지처분 후 소유규권의 귀속에 관하여 다음과 같은 규정을 신설하였음

- 제41조[52](환지처분의 효과)

⑤ 제33조의 규정에 의한 체비지는 시행자가, 보유지는 환지계획에서 정한 자가 각각 환지처분의 공고가 있은 날의 다음 날에 당해 소유권을 취득한다. **다만,** 제35조제4항의 규정에 의하여 이미 처분된 체비지는 당해 체비지를 매입한 자가 소유권 이전 등기를 마친 때에 이를 취득한다.

○ 위 규정은 그 취지가 모호한 점이 있음. 특히 '다만'은 일반적으로 그 후의 규정이 그 전의 규정에 대한 예외를 구성할 때 쓰는 표현이므로, 거기에 주목하게 되면, 처분된 체비지는 시행자가 소유권을 취득하지 않는 것처럼 읽히기도 함

52) 현행법 42조

○ 대법원 2020. 5. 28. 선고 2016다233729 판결에서 이 부분 법리를 명확하게 정리하였음

- 대법원 2016다233729 판결

"이러한 관련 규정과 법리에 따라 살펴보면, 주택재개발사업에서 시행자가 사업에 필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 사업시행계획으로 정한 목적을 위하여 관리처분계획에서 조합원 외의 자에게 분양하는 새로운 소유지적의 체비지를 창설하고 이를 이전고시 전에 이미 매도한 경우, 당해 체비지는 사업시행자가 이전고시가 있은 날의 다음 날에 소유권을 원시적으로 취득하고 당해 체비지를 매수한 자는 소유권이전등기를 마친 때에 소유권을 취득하게 된다."

○ 새로운 판례에 따르면, 체비지를 매도한 경우에도 시행자가 환지처분 공고 익일에 원시적으로 체비지의 소유권을 취득하는 것이고, 체비지를 매수하였던 자는 시행자로부터 이전등기를 받아야만 소유권을 취득하게 됨

○ 즉 체비지 매수인의 권리는 이제 채권적 청구권이라고 보아야 하므로, 종전 판례의 법리는 새로운 법률의 시행에 의하여 변경된 것으로 보아야 함

○ 자세한 내용은 2016다233729 판결의 해설[2020. 7. 15.자 공보 ⑤번 판례 해설] 참조

3 대법원 2019. 10. 31. 선고 2016다243306 판결 [손해배상(기)]

◈ 판결요지 [3] 국가배상법 2조 1항의 공무원의 과실

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 토지는 농지개혁법상 농지로 매수하였으나 분배하지 않아 원소유자의 소유로 환원되었음

○ 국가 공무원이 제3자에 위 토지를 처분하였고, 제3자에 의하여 취득시효가 완성됨

○ 원소유자의 상속인이 대한민국을 상대로 국가배상청구를 한 사안임

○ 원심은 담당 공무원의 과실이 인정되지 않는다는 이유로 청구를 기각하였으나, 대법원에서 파기환송

▣ 토지조사부에 근거한 소송

○ 한국전쟁 때 등기부, 토지대장은 상당 부분 멸실되었으나 토지조사부는 거의 모두 남아 있음

○ 토지사정 명의인의 상속인들이 토지브로커의 도움을 받아서 소송을 제기하는 경우가 있음

▣ 소멸시효가 완성되지 아니하였음(패소확정시에 손해발생)

○ 대법원 2007다36445 판결

- 소유자가 제3자를 상대로 제기한 등기말소 청구 소송이 패소 확정될 때에 그 손해의 결과 발생이 현실화된다고 볼 것이며(= 소멸시효의 기산점이 되는 불법행위를 한 날), 그 등기말소 청구 소송에서 제3자의 등기부 시효취득이 인정된 결과 소유자가 패소하였다고 하더라도 그 등기부 취득시효 완성 당시에 이미 손해가 현실화되었다고 볼 것은 아니다.

○ 이번 사안의 경우 등기말소청구소송에서 등기부취득시효가 완성되었다는 이유로 패소 판결이 확정된 날인 2014. 7. 11.이 소멸시효의 기산점

○ 소멸시효의 기산점에 관한 위 대법원 판결에는 의문이 있음

- 취득시효에는 소급효(민법 247조 1항)가 있으므로 소유자(토지사정 명의인의 상속인)는 등기명의인의 점유개시 시점에 소급하여 실체법적으로 그 소유권을 상실하는 것임
- 농지의 상환이 완료된 지 이미 50년 이상 경과하였고, 등기부의 소유권변동만 보아도 등기부취득시효 적어도 점유취득시효가 완성되었음을 쉽게 알 수 있음
- 판례의 법리대로라면 향후 100년이 더 경과하여도 상속인들은 말소소송을 선행하기만 하면 국가를 상대로 손해배상청구를 할 수 있게 됨

- 이것은 소멸시효의 취지, 즉 ① 증거의 산일과 ② 권리위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 원리에도 반함

▣ 국가배상법 2조 1항에서 정한 공무원의 과실 유무의 판단

○ 평균적 공무원을 기준으로 할 때 공무원 개인이 잘못했다고 볼 수 있는지의 관점으로 보면 판단이 쉽지 않음

○ 국가배상을 해 주어야 할 정도로 객관적으로 잘못을 했는지 또는 보호필요성이 있는지의 관점에서 판단하면 대체로 맞음

▣ 이번 사안과 대법원 2012다100395 판결의 비교

▶ 이번 사안의 원심은 대법원 2012다100395 판결을 참고하여 공무원의 과실을 판단한 것 같음

○ 대법원 2012다100395 판결은 국유귀속조치를 한 공무원의 과실을 부정하였으나, 문제된 토지는 임야였고, 일본인 소유로 강하게 추측되었음

- 舊임야대장 소유명의자 上田準一

▶ 이번 사안

○ 농지 ⇨ 이 사건 토지와 동일 필지 중 일부는 농지로 분배된 점을 고려하면, 일본인 소유였을 가능성이 거의 없음

④ 대법원 2019. 10. 31. 선고 2016다258063 판결 [보험금]

◈ 사안의 개요

○ 피고는 원고 2와 사이에 甲을 피보험자로 하는 보험계약을 체결함

○ 보험계약의 보통약관 제14조 제1항에는, 피고가 피보험자가 보험기간 중 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 상해를 입었을 때에는 그 상해로 인하여 생긴 손해를 보상한다고 규정하고 있음. 한편 제15조 제1항 제7호에는 피보험자의 임신, 출산(제왕절개 포함), 유산 또는 외과적 수술, 그 밖의 의료처치를 원인으로 하여 생긴 손해는 보상하지 아니하는데, 회사가 부담하는 상해로 인한 경우에는 보상한다고 규정함(이후 외과적 수술, 그 밖의 의료처치 부분이 삭제됨)(이하 '이 사건 면책조항')

○ 甲은 프로포폴을 투여받은 후 미용 목적의 시술인 종아리근육 퇴축술을 받다가 저산소성 뇌손상을 입어 혼수상태에 이르렀고, 결국 사망함(이하 '이 사건 사고')

○ 甲의 가족들은 위 시술을 행한 의사 등을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였고, 그 소송에서 의사의 과실이 인정되어 손해배상책임이 인정됨

○ 甲의 법정상속인인 원고들이 피고를 상대로 보험금을 청구하였음

○ 제1심(전부 인용) ⇨ 원심(항소기각) : "이 사건 사고에는 이 사건 면책조항이 적용되지 않는다." ⇨ 대법원(파기환송) : "이 사건 사고에는 이 사건 면책조항이 적용된다."

◈ 판결요지 [2] 상해보험 면책조항의 해석에 관한 법리

▣ 대법원의 해석이 원심보다 합리적임 ⇨ 보험약관의 해석에는 "합리성"이 중요함

○ 보험의 목적 ⇨ 상해보험 가입자들이 부담한 보험료를 통한 공동위험부담

- 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·획일적으로 해석하여야 함

○ 일상 생활에서의 상해가 아닌 위험한 수술이나 자초한 위험까지 보험사고에 포함시키려면 보험료를 달리해야 함

○ 보험에 관한 소송에서는 하급심의 원고 승소 판결을 대법원이 보험사 승소로 변경하는 경우가 많음

▣ 대법원 2008다78491 판결

○ 원고는 면책조항과 관련하여 의료행위로 인한 손해가 아니라 의사 개인의 잘못으로 인한 손해라고 주장하였으나, 대법원이 받아들이지 않았음

○ 의료행위와 관련된 위험을 보장하려면 보험료를 높여야 하므로 이를 보험사고의 범위에 포함시키지 않는다는 취지임

5 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017다282438 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 피고 조합의 정관에서 '총회 의결로 정한 예산의 범위 내에서의 용역계약 등'을 대의원회의 의결사항으로 정하고 있음

○ 피고 조합의 조합장 및 이사회 의장인 피고 2가 피고 조합 이사회를 개최하여 甲을 보존등기를 위한 법무사로 선정하고 그와 등기업무 위임계약을 체결하기로 의결함

○ 이에 기존에 피고 조합과 위임계약을 체결하여 등기업무 등을 수행하던 원고가 피고 2의 정관 위반행위 때문에 손해를 입었다며 피고 2를 상대로 불법행위에 따른 손해배상을 구한 사안임

▣ 대표자의 정관위반행위가 곧바로 조합 외부의 제3자에 대한 불법행위가 되지는 않음

▶ 피고1 조합은 제3자인 원고에게 "불법행위책임"을 지지 않고 "채무불이행책임"만 부담함

○ 피고1 조합의 채무불이행이 있다고 하여 곧바로 피고1의 불법행위책임이 인정되는 것이 아님

○ 피고1의 채무불이행이 불법행위책임이 되려면 추가적인 "반사회성"이 입증되어야 함

- 약속을 안 지켜서 재산상 손해를 입었다는 것만으로는 부족

▶ 피고1 조합도 "불법행위책임"을 부담하지 않는데, 조합장인 피고2 개인이 정관을 위반하였다는 이유로 불법행위책임을 부담할 이유가 없음

▣ 법인과 개인을 상대로 한 손해배상청구소송에서 실수가 많음

▶ 1 법인과 대표자(이사) 개인의 책임

○ 법인의 불법행위책임

○ 대표자(이사) 개인의 책임

▶ 2 법인과 피용자

○ 법인의 사용자책임

- 법인의 대표이사가 사용자책임을 지는 것이 아님 ⇨ 대표이사의 지위에서 관리감독을 못했다는 이유로 제3자에게 불법행위책임을 질 이유가 없음 (대표이사 개인의 별도의 고의, 과실이 필요함)

○ 피용자 개인의 불법행위책임

⑥ 대법원 2019. 10. 31. 선고 2018다233242 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 이 사건 제1-3 토지의 소유자들임

○ 피고(서울특별시 서대문구)는 이 사건 제3 토지를 협의취득한 후 도로를 설치하였음

○ 피고는 이후 주차장 사업의 시행에 따라 이 사건 제1 토지 및 이 사건 제2 토지를 각 협의취득하고, 이 사건 제3 토지도 주차장 사업 부지로 변경한 다음, 이 사건 각 토지 등에 주차장을 설치함

○ 서울특별시장은 위 주차장을 폐지하는 내용이 포함된 재정비 촉진계획을 고시하였음

○ 이에 따라 피고 구청장은 재개발 사업의 사업시행인가를 고시하고, 관리처분계획인가를 고시하였음

○ 원고들이 목적사업인 주차장 사업에 필요 없게 되어 이 사건 각 토지에 관한 환매권이 발생하였다고 주장하며 피고를 상대로 환매권 상실로 인한 손해배상을 구한 사안임

▣ 환매권 통지의무 불이행을 원인으로 한 손해배상청구

▶ 피고의 위법행위 ⇨ 환매권 통지의무 불이행

○ 공익사업법에 의한 환매권 통지의무 불이행으로 환매권 행사기간이 도과되어 원고가 환매권을 상실하였음

▶ 환매권 상실로 인한 손해액 ⇨ 환매권 상실 당시 환매 목적물의 시가 - 반환할 보상금 상당액

○ 대법원 94다13435 판결

- 환매권의 상실로 인한 손해배상액은 환매 의무자가 환매 목적물을 제3자에게 매도하여 소유권이전등기를 경료함으로써 환매권자의 환매권을 박탈할 당시의 환매 목적물의 시가에서 환매권자가 환매권을 행사할 경우 반환하여야 할 보상금 상당액을 공제한 금원으로 정함이 상당하다.

▣ 환매권 발생

○ “필요 없게 된 때” ⇨ “실제 필요 없게 된 시점”

- 주차장으로 사용하지 않게 된 시점(철거 시점)을 정확하게 확인해야 함
- 단순히 주차장 폐지에 관한 공문서 내용만을 보고 판단하면 안 됨

○ 2010. 4. 5. 공익사업법 개정·시행으로 공익사업 변환 범위가 확장되어 환매권 발생이 제한되는 경우가 많아졌음

- 2010. 4. 5. 이전에 주차장이 철거되었는지 여부를 심리하여야 함 ⇨ 이 사건 주차장은 2013년 말경 철거되었음

7 대법원 2019. 10. 31. 선고 2019다247651 판결 [대여금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 주식회사 甲과 2억 원에 관한 투자약정을 체결함

○ 원고와 甲은 원고가 약정일까지 甲이 지정하는 계좌에 투자금 2억 원을 입금함으로써 투자약정의 효력이 발생하는 것으로 정하였는데, 원고는 약정한대로 甲의 대표이사 명의의 계좌에 2억 원을 송금함

○ 피고는 甲을 흡수합병 하였는데, 원고는 甲이나 피고로부터 투자약정에 따른 투자금을 반환받은 바 없음

○ 이에 원고가 피고를 상대로 투자약정에 따른 투자금 반환을 청구한 사안임

▣ 소송물: 투자금 반환 청구권

○ 피고는 투자금의 담보로 원고에게 주식을 양도담보로 제공

▣ 원심판결(피고에게 주식을 반환받음과 동시에 원금 및 지연손해금을 지급할 것을 명함)의 문제점

▶ 1 동시이행관계라면 피고는 이행지체 책임을 부담하지 아니하므로(존재효과설), 피고에게 지연손해금 지급을 명할 수 없음

○ 당사자 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는다.

▶ 2 채무자는 채무를 모두 변제한 후 담보를 반환받을 수 있는 것이므로, 채무자의 변제의무와 채권자의 담보반환의무는 동시이행관계에 있지도 않음(채무자의 변제의무가 선이행되어야 함) ⇨ 단순이행판결을 선고하였어야 했음

○ 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자로부터 채무를 모두 변제받은 다음 담보를 반환하면 될 뿐 채무자의 변제의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다.

○ 피고는 원고에게 주식을 양도담보로 제공 ⇨ 피고는 채무변제의무를 선이행하여야 함

○ 피고는 반소로 투자금을 모두 지급받으면 주식을 반환하라는 장래이행청구를 했어야 했음

▣ 주의

○ 유치권은 담보물권의 일종이지만 동시이행판결을 해야 함

○ 전세권말소등기는 전세금의 지급과 동시이행관계에 있음(대법원 77마90 결정)

- 전세금의 반환은 담보물권에 관한 것임 ⇨ 동시이행관계에 있다는 판례의 결론에 의문이 있음 [끝]

2020. 1. 1.자 공보 [2020. 1. 10. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결 [토지사용료청구]

▣ 사안의 개요

○ 토지소유자들은 시장건물의 건축을 위해 甲 회사를 설립하여 각자 보유하고 있던 토지를 출자하기로 한 뒤, 그 토지들에 상가건물들을 건축하고, 출자하기로 한 토지의 면적 비율에 따른 구분건물을 각 분배받아 구분건물에 관한 보존등기를 마침

○ 그러나 토지소유자들은 상가건물들의 대지에 국유지가 포함되어 있는 등의 사정으로 토지들을 합필하여 甲 회사에 이전하지 못하였고, 그로 인해 위 토지들의 소유권은 현재까지 원소유자인 토지소유자들이나 그 상속인들 또는 그들로부터 토지 소유권을 양수한 사람들에게 남아 있음. 일부 토지에 대해서는 甲 회사의 청산인들 명의의 지상권이 설정되어 있기도 함

○ 원고는 상가건물들의 대지 중 일부 토지의 소유권을 경매절차에서 취득하였고, 이후 다른 일부 토지의 일부 지분을 매수하면서 지상권의 일부 지분도 양수함. 피고들은 상가건물들의 구분소유자들 중 일부임

○ 원고가 피고들을 상대로 원고가 소유권, 공유지분권 또는 지상권의 일부 지분을 특정승계한 토지들을 피고들이 점유·사용한 데 따른 부당이득의 반환을 구한 사안임

▣ 원고는 구분소유자가 아닌 수개의 토지 중 일부의 소유자이므로 부당이득반환청구 가능

▶ 원고가 구분소유자 중 1인이 아니기 때문에 부당이득반환청구가 가능한 것임

○ 만일 원고가 구분소유자 중 1인이었다면 바로 기각되었을 사안임

▶ 1 건물의 구분소유자가 토지 지분을 소유하고 있을 경우 그 토지 지분 비율에 상관없이 다른 구분소유자들을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없음

○ 1동의 건물의 구분소유자들이 당초 그 건물을 분양받을 당시의 대지 공유지분의 비율대로 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우 그 구분소유자들은 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 가진다고 할 것이므로, 그 구분소유자들 상호간에는 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율의 차이를 이유로 부당이득의 반환을 청구할 수 없다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결)

▶ 2 그러나 건물의 구분소유자가 아닌 토지 지분 소유자(토지 지분만 갖고 있는 경우)는 다른 구분소유자들을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있음

○ 그러나 그 대지에 관하여 구분소유자 외의 다른 공유자가 있는 경우에는 공유물에 관한 일반 법리에 따라 대지를 사용·수익·관리할 수 있다고 보아야 하므로, 특별한 사정이 없으면 구분소유자들이 무상으로 그 대지를 전부 사용·수익할 수 있는 권원을 가진다고 할 수 없고 다른 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결).

▣ 전유부분 공유자(예: 부부가 아파트를 공유하는 경우)의 대지 지분 소유자에 대한 부당이득 반환의무는 불가분채무임

○ 대지사용권이 없는 전유부분의 공유자는 위와 같이 대지 지분 소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 있는데, 이 의무는 특별한 사정이 없는 한 불가분채무이므로, 일부 지분만을 공유하고 있더라도 그 전유부분 전체 면적에 관한 부당이득을 반환할 의무가 있다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결).

○ (비교) 집합건물 대지의 권원 없는 사용으로 인한 '구분소유자들'의 대지 소유자에 대한 부당이득반환의무는 전유부분의 면적비율에 따른 가분채무임(이 사건의 경우임)

▣ 원심에서 피고는 2가지 항변을 하였음

▶ ① 원고가 독점적·배타적 사용수익권을 포기하였다는 항변(원심 인용) ⇨ 상고이유

○ 이 사건에서 대법원은 기존 사용수익권 포기 법리의 "적용 범위"를 명확하게 판시함

- 원심은 기존 판례의 적용 범위를 잘 알고 있었으나, 기존 판례의 법리(취지)가 이 사건에서 토지의 특정승계인에게 그 부담의 용인 여부에 따라 유추 적용된다는 새로운 법리를 만들었던 것으로 보임

▶ ② 피고들은 대지사용권을 갖는다는 항변(원심 배척) ⇨ 상고이유 아님

○ 원심의 판단은 잘못된 것으로 보이나, 상고이유가 아니어서 대법원이 판단하지 않음

▣ 독점적.배타적 사용수익권 포기에 관한 대법원 2016다264556 전원합의체 판결

▶ 논리적으로는 소수의견(조희대 대법관님)이 옳다고 볼 수 있음

○ 다수의견은 채권관계의 효력이 물권(소유권)의 특정승계인에게 미치는 이유를 설명 못함

- "사용·수익권의 포기를 '채권적 의미의 포기 또는 사용승낙'으로 보는 것이라면, 왜 채권계약의 당사자가 아닌 제3자에게 그 효력이 미치는지 설명하기 어렵다."

▶ 그러나 종전 판례에 따라 재판을 하면서 그 결과가 부당한 사례가 없었기 때문에 다수의견이 유지된 것으로 보임

▶ 위 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견은 종전 판례 법리의 "적용 범위"를 명확하게 설명하고 있음

○ “확립된 대법원 판례가 오랫동안 토지 소유자의 권리행사 제한에 관한 중요한 판단 기준으로 기능하여 온 것은, 많은 사건에서 위 법리를 적용함으로써 구체적 타당성을 실현하는 결론에 이르렀고, 그러한 결론이 일반인의 법의식과 법감정에 부합하기 때문이다. 즉, 위 법리는 토지 소유자가 해당 토지를 일반 공중의 사용에 제공함으로써 자신의 사용·수익권에 대한 제한을 수인하고 **그에 대한 이익을 누린 것으로 평가되는 사안**에서 관계자들 사이의 이해관계를 적절히 형량하는 법리로서 기능하여 온 것이다.”

▶ “토지 소유자가 그에 대한 이익을 누린 것으로 평가되는 사안”

○ (긍정) 한 필지의 중간에 도로를 내고 도로 옆의 토지를 분할하여 처분한 경우(지적도에 그림을 그려 보면 바로 알 수 있음 ⇨ 도로로 제공한 부분이 분양되는 필지의 유일한 도로)

- ① 토지 소유자의 토지 분할 처분의 이익 ≒ ② 도로 제공으로 인한 손해

○ (부정) 원래 도로에 접해 있던 토지의 어느 한 쪽을 도로 확장을 위해 내 준 경우

- 원래 도로에 접해 있던 토지의 도로 확장으로 인한 이익이 크지 않음 ⇨ 땅을 뺏긴 것과 유사함

▣ “물권은 채권을 깨뜨린다”는 원칙과 그 예외 + 다른 구제수단(대지사용권 분리처분 금지)

▶ “물권은 채권을 깨뜨린다”는 원칙은 일반론이고 다른 구제수단이 마땅하지 않을 경우 법률 또는 판례로 예외를 인정할 수 있음

▶ 예외(물권 승계가 기존 채권관계를 깨뜨리지 못하는 경우)

○ 주택임대차의 대항력(주택임대차보호법)

○ 체육시설 회원의 보증금 보호(체육시설의 설치·이용에 관한 법률)

○ 독점적·배타적 사용수익권 포기에 관한 법리의 특정승계인(판례)

○ 분양 당시 업종제한약정이 있는 상가의 특정승계인(판례)

- 경매·매매 등으로 업종제한약정을 무력화하는 것을 방지(상가구분소유자 모두에게 이익)

▶ 이 사건의 경우 ⇨ 집합건물법의 대지사용권 분리처분금지 법리로 해결 가능하다고 보임

○ 당초 토지소유자들이 구분소유자들에게 토지를 무상으로 제공하겠다고 약정한 것으로 보임

○ 그러나 토지의 특정승계인들에게도 그와 같은 채권관계가 승계된다고 볼 수는 없음

- “물권은 채권을 깨뜨린다”는 원칙에 대한 예외는 다른 구제수단이 마땅하지 않을 경우에 한하여 제한적으로 인정해야 함

- 그러나 이 사건과 같이 토지소유자들이 땅을 내놓고 집합건물을 신축한 경우에는 집합건물법에 이미 구제수단이 마련되어 있음 ⇨ **① 대지사용권의 분리처분금지 + ② 대지사용권에는 채권적 권리(예: 이전등기청구권) 포함[53]**

○ 이 사건의 경우 토지소유자들이 **토지를 출자**하고 **구분건물을 분양받음** ⇨ **구분건물의 소유권 취득자에게 대지사용권**이 있으므로 **분리처분이 금지**되는 것으로 보임

○ 결국, 이 사건에서 피고들은 **원고의 소유권이전등기의 추정력을 뒤엎는 항변**을 해야 함

- 원고는 강행규정위반(대지사용권의 분리처분금지)으로 적법한 소유권자가 아니라는 항변

○ 대법원도 위와 같은 취지에서 힌트를 준 것으로 보임

- "그렇다면 원심으로서는 이 사건 지주들 및 원지상권자들과 이 사건 상가건물들의 구분소유자들 사이의 토지사용에 관한 법률관계의 내용이 어떠한지, 그러한 법률관계가 특정승계인에게 대항할 수 있는 것인지, 법률관계가 채권적인 것이라면 원고가 그러한 법률관계를 승계하였다고 볼 수 있는지 등에 관하여 심리하였어야 한다."

---

53) 한편, 토지매매계약 등이 해제되어 소유권이전등기청구권(채권적 권리) 등이 소멸하면 대지사용권으로 볼 수 없음(대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다227492 판결)

ⓐ 토지매매계약 후 매매대금 완납되었는데 토지소유자가 대지를 매도한 경우 ⇨ 분리처분금지

ⓑ 토지매매계약 후 매매대금 미납되어 계약 해제되고 토지소유자가 대지 매도한 경우 ⇨ 분리처분가능

2 대법원 2019. 11. 14. 선고 2016다227694 판결 [건물인도등]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고와 영화관 임대차계약(월 차임 800만 원)을 체결함

○ 영화관의 위층에서 화재가 발생하였고, 피고는 화재로 훼손된 영화관의 보수 공사비 1,500만 원을 지출함

○ 원고는 2기 이상의 차임 연체를 이유로 임대차계약을 해지하고, 영화관의 인도를 구하는 소를 제기함. 원심 및 대법원은 피고가 지출한 비용은 필요비로서 임대인인 원고에게 즉시 상환을 청구할 수 있는데, 연체 차임 2,700만 원 중 1,500만 원에 대해서는 필요비의 상환과 동시이행을 주장할 수 있어 그 지급을 연체할 것으로 볼 수 없고, 연체한 차임은 1,200만 원에 불과하여 피고가 2기 이상의 차임을 연체한 것이 아니므로 원고의 임대차계약 해지는 부적법하다는 이유로 원고의 청구를 기각함

▣ 필요비와 유익비의 구별

▶ 개념

○ 필요비: 임대인의 의무인 임대차목적물을 사용·수익하게 할 의무와 관련된 비용

○ 유익비: 임대차목적물의 가치를 높이는 비용

▶ 이행기(민법 626조)[54]

○ 필요비: 지출한 때 (민법 626조 1항)

- (비교) 점유자의 회복자에 대한 필요비 상환청구: "점유물을 반환할 때"(민법 203조)

○ 유익비: 임대차 종료되고 가치가 남아 있는 경우 (투입비와 잔존 가치 중 작은 금액)

- 이 사안에서 **'유익비'는 이행기가 도래하지 아니하여 차임지급의무와 동시이행관계가 아님**

▣ 필요비, 유익비 상환청구권의 포기 약정

▶ 필요비 상환청구권 포기 약정은 유효

○ 필요비 상환 포기의 위험을 임차인이 부담하더라도 차임을 저렴하게 할 수 있으므로 유효

- 위와 같은 포기 약정이 무효라는 사정은 임차인이 입증해야 함

---

54) 민법 제626조(임차인의 상환청구권)
① 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 **지출한 때**에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.
② 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 **임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때**에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다. 이 경우에 법원은 임대인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다.

▶ **판례는 “원상회복약정”을 “필요비·유익비 상환청구권 포기 약정”으로 해석**

○ “건물의 임차인이 임대차관계 종료시에는 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 것은 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2012다3609 판결).”

▶ **이 사안에서 “원상회복약정”이 있다면 “필요비 상환청구권 포기 약정”으로 볼 수 있는가?**

○ 필요비 상환청구권 포기에 관한 증명책임은 임대인이 부담함

○ 법률행위 해석의 문제임

- 일상적인 보수공사 등을 위한 비용을 포기한 것일 뿐,
- 화재로 인한 보수공사를 위한 비용까지 포기한 약정으로 해석할 수는 없음

3 대법원 2019. 11. 14. 선고 2017다292985 판결 [매매대금반환]

○ 명의 이전과 관련한 행정법규의 해석과 관련한 판례(생략)

4 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결 [임금및퇴직금청구]

▣ 사안의 개요

○ 근로자인 원고와 사용자인 피고가 기본연봉을 정한 연봉계약으로 근로계약을 체결한 후, 피고가 소속 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받아 취업규칙인 임금피크제 운용세칙을 제정·공고함

○ 이에 대해 원고가 임금피크제의 적용에 동의하지 아니한다는 의사를 표시하였으나 피고가 원고에게 취업규칙에 따라 삭감된 임금을 지급한 사안임

▣ 임금피크제

○ 기업 현장에서는 대부분 본인 동의를 전제로 임금피크제를 실시함

○ 본인 동의 ⇨ '임금 삭감'과 '정년 연장'을 상호 교환함

▣ 판례의 논리에 약간의 의문이 있음

○ 이 사건의 취업규칙 내용은 모든 근로자의 현재의 급여액을 단계적으로 삭감, 조정하는 내용임 ⇨ '개별 근로계약'과 '취업규칙'을 상호 비교하는 것이 가능한지 의문임

▣ 결론

○ 구체적으로 이미 발생한 채권은 단체협약으로 소멸시키지 못함

○ 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약은 취업규칙으로 불이익하게 변경하지 못함

5 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다233686 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 수분배자들은 피고(대한민국) 산하 영등포구청장으로부터 농지를 적법하게 분배받았음에도, 피고는 상환곡 수령을 거절하고 위 일대 토지에 공단 등을 조성함

○ 수분배자들은 피고를 상대로 상환곡 납부를 조건으로 하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기함. 수분배자들의 청구를 인용하는 내용의 민사판결이 확정됨

○ 수사기관은 피고를 상대로 소송을 제기한 수분배자들과 그들의 주장에 부합하는 증언을 한 공무원들에 대한 수사를 진행하였는데, 수사기관은 수분배자들을 구속영장 없이 4, 5일간 구금하거나 같은 죄로 재구속하기도 하였고, 폭행과 협박 등으로 수분배자들에게 소 취하와 권리 포기를 강요하거나 일부 증인들에게 재판과정에서 허위 증언을 하도록 함. 결국 위 수분배자들과 공무원들을 포함하여 40여 명이 기소되었고, 그중 일부는 소송사기죄 등으로 유죄판결이 확정됨

○ 피고는 형사유죄판결 등을 기초로 피고가 패소한 민사확정판결에 대한 재심을 청구함. 재심법원은 민사확정판결을 취소하고 수분배자들의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 그대로 확정됨

○ 형사유죄판결을 받은 피고인들 중 수분배자들을 비롯한 23명은 과거사정리위원회에 진실규명과 명예회복을 신청하여 형사소송법상 재심사유에 해당한다는 취지의 진실규명결정을 받음. 위 피고인들은 위 과거사정리위원회 결정을 토대로 형사유죄판결 등에 대한 재심을 청구하였고, 무죄를 선고하는 재심판결이 선고되고, 확정됨

○ 수분배자들은 형사재심판결이 선고되자 민사재심판결에 대하여 재심청구를 함. 재심법원은 수분배자들에 관한 부분을 취소하고 피고의 종전 재심청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 그대로 확정됨

○ 원고들은 피고를 상대로 피고가 한 일련의 불법행위로 인하여 원고들 관련 수분배자들이 분배농지에 관한 소유권을 취득할 수 없게 되었음을 이유로 손해배상을 구하는 이 사건 소를 제기함

▣ 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 등 결정

○ 결정 요지

- “민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 객관적 기산점을 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 적용하도록 규정하는 것은, 소멸시효제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이

유 없이 위 사건 유형에 관한 국가배상청구권 보장 필요성을 외면한 것으로서 **입법형성의 한계를 일탈**하여 청구인들의 국가배상청구권을 침해한다."

○ 민법의 장기소멸시효 규정은 민법 제정 시부터 있었는데 유신시절 발생한 일과 관련하여 **입법형성의 한계를 일탈하였다는 논리에 대하여는 의문**이 있음

○ 법원이 과거사 사건에서 소멸시효완성 주장을 신의칙위반으로 배척하고 있는 점을 고려하면 헌재가 굳이 위헌 결정을 할 필요가 있었는지 의문임

▣ 원심은 장기소멸시효에 관한 규정을 적용하지 않았음

▶ 대상판결의 설시

○ "이러한 원심의 판단에는 원고들의 손해배상청구권의 소멸시효에 관하여 헌법재판소의 위헌결정에 따라 **효력이 없게 된 규정을 적용한 잘못**이 있다."

▶ 원심은 장기소멸시효에 관한 규정을 적용하지 않고, 피고의 장기소멸시효완성 주장을 권리남용이라는 이유로 배척하였을 뿐임

○ 권리남용은 법원이 직권으로 판단하는 것임

○ 원심은 장기소멸시효에 관한 규정을 적용하지 않으면서 이유를 잘못 들었을 뿐임(헌법위반이라서 효력이 없다는 이유를 들었어야 하나 권리남용이라는 이유를 들었으므로 판시에 부적절한 점은 있으나 장기소멸시효에 관한 규정을 적용하지 않은 것은 정당함)

▣ 주의할 점

▶ 과거사 사건에서 장기소멸시효완성 주장을 배척할 때 주의해야 함(헌재 결정 적용)

○ 헌재 결정의 요지. 과거사 사건에 관하여,

- 장기소멸시효는 위헌
- 단기소멸시효는 합헌

⑥ 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019다216589 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 주식회사 甲과 피보험자를 甲으로 하여 그 소유의 건물과 동산(이하 '이 사건 보험목적물')에 관한 보험계약을 체결하였는데, 위 보험계약은 보험목적물의 보험금액이 사고발생 시의 가액으로 산정한 총보험가액에 미치지 못하여 일부보험에 해당하였음

○ 피고 2가 운영하던 정비공장에 화재가 발생하여 甲의 건물 등으로 불길이 옮겨붙는 화재사고가 발생함. 이 사건 보험목적물뿐만 아니라 보험에 가입하지 아니한 별도 보관된 재고자산 등이 소실되는 손해가 발생함. 피고 2는 피고 1과 정비공장 건물을 보험목적물로 화재보험계약을 체결하였는데, 여기에는 화재대물 보상한도액 3억 원의 담보가 포함되어 있음

○ 이 사건 보험목적물에 발생한 손해액은 약 2억 7,500만 원이고, 원고는 甲에게 이 사건 화재로 보험목적물에 발생한 손해에 대하여 약 1억 8,000만 원을 지급함

○ 그 후 甲은 피고 2를 상대로 화재로 인하여 발생한 전체 손해에서 원고로부터 받은 보험금을 제외한 나머지 손해에 대하여 손해배상청구소송을 제기하였음. 위 소송에서 甲이 피고 2로부터 약 1억 원을 지급받고 나머지 손해배상청구는 포기한다는 내용의 화해권고결정이 확정됨

○ 원고가 甲 등을 대위하여 피고들에게 구상금청구를 한 사안임

▣ 대상판결의 새로운 판시

○ "보험자대위권의 규정취지가 피보험자와 보험자 및 제3자의 이해관계를 조정하고 위험을 분배하고자 하는 데에 있음을 고려할 때, 보험자는 **보험계약의 목적이 되는 피보험이익**을 기준으로 보험목적물에 발생한 손해에 대하여 자신이 지급한 보험금의 한도 내에서 보험계약자나 피보험자의 제3자에 대한 권리를 취득할 수 있다. 따라서 보험자대위권 행사 범위는 **보험목적물을 대상**으로 산정하여야 한다."

▣ 부진정연대책임과 일부 변제

▶ 외측설로 정리됨(대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결)

▶ 과실비율설의 문제점

○ 누구로부터 먼저 변제를 받았느냐에 따라 변제받을 수 있는 금액이 달라지는 것은 부당함

- "과실비율설에 의하면 다액채무자가 일부 변제 후 무자력이 되는 경우에는 피해자로서는 채권 전액을 변제받을 수 없다. 소액채무자가 공동으로 채무를 부담하는 부분도 그 일부 변제로 소액채무자의 과실비율에 상응하는 만큼 소멸한 것으로 보기 때문에 그 부분에 대하여는 소액채무자로부터 변제받을 수 없기 때문이다. 그런데 피해자가 이와 달리 소액채

무자로부터 먼저 변제를 받는다면 소액채무자가 부담하는 채무 전액을 변제받을 수 있다. 이와 같이 **피해자가 누구로부터 먼저 변제를 받느냐에 따라 변제를 받을 수 있는 금액이 달라지는 납득하기 어려운 결과가 발생**한다(대법원 2012다74236 전원합의체 판결).”

▣ 책임보험

○ 책임보험 ⇨ 병존적 채무인수로서 연대책임(부진정연대책임이 아님)

▣ 손해보험금은 손익상계의 대상이 아니므로 주의

○ 일반적으로 과실상계를 손익상계보다 먼저 함

○ 그러나 **손해보험금(화재, 상해, 생명보험금 등)은 손익상계의 대상이 아님**

- “손해보험의 보험사고에 관하여 동시에 불법행위나 채무불이행에 기한 손해배상책임을 지는 제3자가 있어 피보험자가 그를 상대로 손해배상청구를 하는 경우에, 피보험자가 손해보험계약에 따라 보험자로부터 수령한 보험금은 보험계약자가 스스로 보험사고의 발생에 대비하여 그때까지 보험자에게 납입한 보험료의 대가적 성질을 지니는 것으로서 **제3자의 손해배상책임과는 별개의 것이므로 이를 그의 손해배상책임액에서 공제할 것이 아니다**(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014다46211 전원합의체 판결).”

▣ 보험자대위[55)]

○ 보험자대위는 ‘권리’가 아니라 **‘제도’**임 ⇨ 보험자대위권이 아님 (손익상계도 아님)

- 보험금을 지급받는 순간 피해자의 손해배상채권은 소멸하고[채권소멸사유 ⇨ 피고(가해자)의 항변사유 ⇨ 원고(피해자) 청구 기각], **피해자의 손해배상채권은 보험자에게 그대로 이전됨**(민법 187조와 유사)
- 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구소송 도중에 보험자가 보험금을 지급하면 보험자의 승계참가사유(소송물 승계)가 됨
- 피해자(원고)가 보험금을 지급받았는데도 가해자(피고)가 채권소멸의 항변을 하지 않아 원고 승소 판결이 선고되어 돈이 지급되면, 비채변제 및 부당이득반환의 문제가 발생함

▣ 보험금 지급과 보험자대위

▶ 기본 원리

---

55) 상법 제682조(제3자에 대한 보험대위)

① 손해가 제3자의 행위로 인하여 발생한 경우에 보험금을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 다만, 보험자가 보상할 보험금의 일부를 지급한 경우에는 피보험자의 권리를 침해하지 아니하는 범위에서 그 권리를 행사할 수 있다.

○ 보험금과 손해배상은 별개 ⇨ 손익상계의 대상이 아님

○ 보험가입에 의하여 불법행위자(가해자)가 이익을 얻거나 손해를 입어서는 안 됨

○ 변제 순서에 따라 결과가 달라져서는 안 됨

○ 보험자대위로 피보험자가 손해를 입어서는 안 됨

○ **즉, 보험금**은 **① 피해자의 피해액에서 공제**하여야 하고, **② 가해자의 책임제한 후 확정된 손해배상액에서 공제(손익상계)하면 안 됨**

- 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구소송에서, 피해자는 자신의 피해액에서 지급받은 보험금을 공제하고 나머지 피해액을 가해자를 상대로 청구하는 것임(가해자의 책임제한 후 확정된 손해배상액에서 보험금을 공제하는 것은 잘못임)

- 보험가입을 해 두면 과실상계 등으로 책임제한 되는 부분을 보험금으로 전보받을 수 있음

▶ 사례1: 보험금 3억, 피해액 3억, 불법행위자 손해배상책임액(책임제한 후) 3억

○ 피해자가 보험자로부터 3억 받을 경우

- 피해자는 손해가 모두 전보되어 채권이 소멸하였으므로 가해자에게 손해배상청구 불가

- 3억은 보험자에게 보험자대위로 이전 ⇨ 보험자는 가해자에게 3억 청구 가능

○ 피해자가 가해자로부터 3억 받을 경우

- 피해자는 가해자로부터 손해를 모두 배상받아 손해가 없으므로 보험자에게 보험금 청구 불가

▶ 사례2: 보험금 1억, 피해액 3억, 불법행위자 손해배상책임액(책임제한 후) 3억

○ 피해자가 보험자로부터 1억 받을 경우

- 피해자는 가해자에게 나머지 2억 청구 가능(보험자대위로 피해자의 피해액 중 1억이 소멸한 것일 뿐, 가해자의 확정된 손해배상책임액 3억에서 보험금 1억이 손익상계되는 것이 아님)

- 1억은 보험자에게 보험자대위로 이전 ⇨ 보험자는 가해자에게 1억 청구 가능(단, 가해자 재산에 대한 경매에서 피해자가 보험자보다 우선)

○ 피해자가 가해자로부터 3억 받을 경우

- 피해자는 가해자로부터 손해를 모두 배상받아 손해가 없으므로 보험자에게 보험금 청구 불가

▶ 사례3: 보험금 1억, 피해액 3억, 불법행위자 손해배상책임액(책임제한 후) 2억

○ 피해자가 보험자로부터 1억 받을 경우

- 피해자는 가해자에게 나머지 2억 청구 가능

- 보험자는 보험자대위에 의한 청구 불가

○ 피해자가 가해자로부터 2억 받을 경우

- 피해자는 나머지 1억에 대해 보험자에게 보험금 청구 가능
- 보험자가 피해자에게 나머지 1억을 지급하더라도 보험자대위에 의한 청구 불가

▶ 사례4: 보험금 2억, 피해액 3억, 불법행위자 손해배상책임액(책임제한 후) 2억

○ 피해자가 보험자로부터 2억 받을 경우
- 피해자는 가해자에게 나머지 1억 청구 가능
- 보험자는 보험자대위에 의하여 가해자에게 1억 청구 가능

○ 피해자가 가해자로부터 2억 받을 경우
- 피해자는 나머지 1억에 대해 보험자에게 보험금 청구 가능
- 보험자가 피해자에게 나머지 1억을 지급하더라도 보험자대위에 의한 청구 불가

▶ 사례5: 보험금 1억, 피해액 3억, 불법행위자 손해배상책임액(책임제한 후) 1억

○ 피해자가 보험자로부터 1억 받을 경우
- 피해자는 가해자에게 1억 청구 가능
- 보험자는 보험자대위에 의한 청구 불가

○ 피해자가 가해자로부터 1억 받을 경우
- 피해자는 보험자에게 1억 청구 가능
- 보험자는 피해자에게 1억을 지급하더라도 보험자대위에 의한 청구 불가 [끝]

2020. 1. 15.자 공보 [2020. 1. 31. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538 판결 [채무부존재확인·손해배상(기)]

◈ 사안의 개요

○ 원고(한국도로공사)는 A 고속도로의 관리청이고, 피고는 A 고속도로에서 약 80km 떨어진 지점에서 과수원을 운영하고 있었음

○ A 고속도로와 과수원의 경계에는 약 2m 높이의 철망 펜스가 설치되어 있었음. 과수원이 접한 A 고속도로 구간의 1일 평균 교통량은 57,000대~60,000대 정도였고, 원고는 A 고속도로에 눈이 올 경우 염화칼슘용액과 소금을 바닥에 근접한 위치에서 살포하는 방식으로 제설작업을 시행함

○ 과수원에 식재된 과수나무 중 고속도로에 접한 1열과 2열에 식재된 과수나무의 생장과 결실은 다른 곳에 식재된 과수나무들에 비하여 현격하게 부진하였음

○ 원고는 피고를 상대로 불법행위로 인한 손해배상채무의 부존재확인을 구하는 본소를 제기하였고, 피고는 원고를 상대로 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 반소를 제기함. 원심 및 대법원은 원고의 불법행위책임이 인정된다는 이유로 피고의 반소청구를 인용함

◈ 하자(위법성)의 "개별적, 상대적 판단"

▣ 법리

○ "불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니고 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 할 것"

▣ 눈이 올 때 고속도로에 제설제를 뿌리는 것을 관리상 하자로 볼 수 있는가?

▶ 문제점

○ 원고(도로관리청)는 눈이 올 때 교통사고 방지 등 안전을 위해 제설제를 뿌려야 할 의무가 있고, 이 사건에서도 원고는 그와 같은 주장을 하였을 것임

○ 이 사건에서 원고가 '적정량'을 초과하여 제설제를 뿌렸다는 점에 대한 증명도 없음

▶ 위법하다고 본 이유 ⇨ "피해자"에 대한 관계에서 위법성을 "개별적·상대적"으로 판단함

○ 제설작업이 도로를 이용하는 운전자에게는 합법적이고 타당한 조치라고 하더라도,

○ 그것이 '어떤 사람'에게는 참을 한도를 넘어 피해가 된다면 그 사람에 대해서는 '상대적'으로 '위법하다'고 평가해야 함

▣ [비교사례1] 고속도로 소음 ⇨ 양돈업자의 피해(돼지는 소음에 취약함)

▶ **대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결**

○ "피고가 점유·관리하는 위 고속도로가 확장되고 공사완료 후 차량의 교통량과 차량의 속도가 증가함에 따라 원고들이 이미 하고 있던 위 양돈업을 폐업하여야 할 만큼의 소음·진동이 발생하였다는 것"

○ "위 고속도로 확장공사 및 차량통행에 따른 소음으로 인한 원고들의 양돈업에 대한 침해는 그 정도가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선 것이라고 볼 것"

▶ **분석**

○ 고속도로를 4차선에서 8차선으로 확장하여 소음 증가 ⇨ 소음에 취약한 돼지들 사망

○ 위법성은 '개별적·상대적'으로 판단하여야 함

- 적법한 도로 확장이고, 소음 관련 환경규제를 위반하지 않았다고 하더라도,
- 소음에 취약한 돼지를 키우는 양돈업자에 대한 관계에서 참을 한도를 넘는다면 '개별적·상대적'으로 보았을 때 위법하다고 볼 수 있음

▣ **[비교사례2] 공군비행장 전투기 소음사건 ⇨ 인근 주민 피해**

▶ **대법원은 공군비행장의 전투기 소음도 '주민에 대한 관계'에서 공군비행장의 '하자'로 인정**

○ 대법원 판결에 의하여 확정된 사례가 이미 수십 건에 이름

○ 하자를 피해자에 대한 관계에서 '개별적·상대적'으로 판단해야 한다고 하더라도, '전투기가 시끄러운 것'이 인근 주민들에 대한 관계에서 '하자'인지는 의문임

- 전투기는 군사력과 직결되고, 가벼워야 하므로 전투기에 소음제거장치를 설치할 수 없음
- 대법원은 매향리 사격장 판결[56]에서 전투기 소음의 위법성을 최초로 인정하였는데, 매향리 사격장 판결의 경우 전투기 사격 훈련 장소로 더 외딴 곳을 고르지 않은 잘못이 있다고 보이지만, 공군비행장의 경우 그와 같은 잘못이 있는지도 의문임
- 공군비행장은 한국전쟁 때 먼저 생기고, 이후 도시 확장으로 주민들이 근처로 이사온 것임
- 전투기의 소음이 심하다고 하더라도 참아야 하는 것(참을 한도 이내)은 아닌지
- 하자를 인정하면, 공군비행장 인근 주민들은 5년마다 손해배상청구소송 제기 가능

▶ **참고 : 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다23914 판결 (광주공군비행장 사건)**

○ 원심은 광주공군비행장 주변 소음의 참을 한도를 "80웨클"로 판단

○ 대법원은 소음의 참을 한도는 "80웨클" 이상이라는 이유로 원심 파기

- 공군비행장 전투기 소음의 참을 한도를 높임으로써 유사 소송이 줄어들 것으로 예상됨

---

56) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결

◈ **참을 한도**

○ 일본 판례의 표현인 “수인한도”를 “참을 한도”로 변경(조희대 대법관님)

○ “참을 한도”(수인한도)라는 용어는 임미시온 사건(물권법 중 상린관계)에서 등장함

○ 피해자에 대한 관계에서 “참을 한도”를 넘으면 불법행위가 성립한다는 것은 동어반복적인 측면이 있으나, 상당수의 법리가 위와 같은 방식의 표현을 사용하고 있고, 불가피하기도 함

◈ **공해소송의 증명책임 완화에 관한 법리**

▣ **증명책임은 피해자가 부담하지만, 증명책임이 완화됨**

▣ **증명책임 완화에 관한 법리의 표현이 다소 세련되지 못한 측면이 있음**

▶ **법리**

○ “가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계를 인정할 수 있다.”

▶ **문제점**

○ 피해자가 “유해성”을 이미 증명했는데(유해한 원인물질), 가해자가 무해하다는 것을 증명?

○ “피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다”는 표현은 인과관계가 있다는 취지로 해석될 수 있으므로 “피해물건에 도달하였고, 그 무렵 손해가 발생하였다”는 표현이 더 적절함

▣ **증명책임 완화에 관한 법리가 잘 표현된 사례**

▶ **대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 등 판결 (수도권매립장 침출수처리장 사건)**

○ “수질오염으로 인한 공해소송인 이 사건에 있어서 ① 피고가 그 운영의 수도권매립지로부터 유해한 오염물질이 포함된 침출처리수를 배출하고, ② 그 오염물질이 원고들이 조업하는 어장(이하 ‘이 사건 어장’이라고 한다)에 도달하였으며, ③ 그 이후에 이 사건 어장이 오염되어 어획량이 감소하는 등의 피해가 발생한 사실이 각 모순 없이 증명되면 피고의 침출처리수 배출과 이 사건 어장에서 발생한 피해 사이의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 반증으로 ⓐ 피고가 배출한 침출처리수에는 해양생물에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않거나, ⓑ 원인물질이 들어 있다고 하더라도 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나, 간접반증으로 ⓒ 원고들이 입은 피해는 피고가 배출한 침출처리수가 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것을 증명하지 못하는 이상 피고는 그 책임을 면할 수 없다고 할 것이다.

▶ **원고(피해자)가 본증으로 증명할 사실**

○ ① 일반적으로 유해하다고 알려진 물질이 가해자로부터 배출되었다는 사실(해당 물질이 일반적으로 유해하다고 알려져 있다는 논문이나 서적 등을 증거로 제출)

○ ② 그 물질이 피해물건에 도달한 사실

○ ③ 도달 이후 손해가 발생한 사실(어획량 감소 등)

▶ 피고(가해자)가 인과관계를 부정하기 위해 반증으로 증명할 사실

○ ⓐ 일반적으로는 유해하지만 피해자가 키우는 해당 물건에는 유해하지 않다는 점

○ ⓑ 도달한 양이 적어서 피해 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점

○ ⓒ 다른 원인(예: 화재 발생, 병충해 발생 등)으로 피해가 발생하였다는 점

▣ 본 사건(대상판결)에서의 적용

▶ 원고가 본증으로 증명한 사실

○ ① 제설제에 함유된 염화물은 일반적으로 과수(식물)에 유해하다.

○ ② 염화물이 과수에 도달했다.

- 염화물의 공기 비산으로 인한 피해 범위 100m > 고속도로와 과수의 거리는 10m 이내

○ ③ 피해(1, 2열에 식재된 과수의 피해가 뚜렷함)가 발생했다.

2 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다14895 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 피고(서울특별시성동구도시관리공단)는 수영장을 관리·운영하고 있었음

○ 피고가 관리하는 수영장은 절반은 1.2m 깊이의 성인용 구역, 나머지 절반은 0.8m 깊이의 어린이용 구역으로 나뉘어 있었고, 두 구역은 수면 위에 떠있는 코스로프(course rope)로 구분되어 있었음

○ 원고 4는 가족들과 함께 위 수영장에 입장하였는데, 사고 당시 나이는 만 6세 7개월 남짓, 키는 113cm 정도였음

○ 성명불상의 이용객은 튜브 없이 성인용 구역에 빠져 의식을 잃은 원고 4를 발견하여 구조함. 원고 4는 이 사건 사고로 인하여 사지마비, 양안실명 등의 상태에 이르렀음

○ 원고들은 피고를 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구를 함. 원심은 피고의 안전관리의무 위반 및 사용자책임이 인정되지 않고, 수영장의 설치·보존상의 하자도 인정되지 않는다는 이유로 원고들의 주장을 받아들이지 않음. 대법원은 피고에게 민법 758조의 공작물책임이 인정된다는 취지로 파기환송

▣ Hand Rule

▶ 미국의 Learned Hand 판사가 연방정부의 과실 여부를 판단하는 데 사용한 이론

▶ 대상판결에서 Hand Rule을 "고려할 수 있다"고 했는데 이러한 표현은 잘 사용하지 않는 표현임 ⇨ 통상은 "고려하여야 한다"로 판시

○ "이때는 이른바 'Hand Rule'을 참고하여, 사고 방지를 위한 사전조치를 하는 데 드는 비용(B)과 사고가 발생할 확률(P) 및 사고가 발생할 경우 피해의 정도(L)를 살펴, 'B < P · L'인 경우에는 공작물의 위험성에 비하여 사회통념상 요구되는 위험방지조치를 다하지 않은 것으로 보아 공작물의 점유자에게 불법행위책임을 인정하는 접근 방식도 고려할 수 있다."

▶ 대상판결의 아래와 같은 판시가 충분한 근거가 있는 것인지는 명확하지 아니함

○ "예상되는 피해의 정도를 성인용 구역과 어린이용 구역을 분리하여 설치하는 데 추가로 소요되는 비용 내지 이미 설치된 기존시설을 위와 같이 분리하는 데 소요되는 비용과 비교하면, 전자가 훨씬 더 클 것임을 충분히 예상할 수 있다."

- '예상되는 피해의 정도'와 '사고 방지 비용'에 관한 연구결과(논문 등)가 존재한다고 보기도 어렵고, 계산이 쉽지도 않을 것임

▣ '합목적성'의 관점에서 대상판결의 결론에 찬성함

○ 합목적성

- 법은 사회를 올바른 방향으로 견인할 가치를 결정하는 역할을 함
- 우리 사회는 비용보다는 국민의 안전을 강조할 경제수준에 이르렀음

○ Hand Rule보다는 '안전의 중요성'을 정면으로 강조했으면 더 좋았을 것임

- 성인용 구역과 어린이용 구역을 분리하여야 할 안전상 필요성

▣ 공작물의 하자가 인정되더라도 '인과관계'는 원고(피해자)가 증명해야 함

▶ 하자가 증명되더라도 하자와 손해 발생 사이의 인과관계는 원고가 증명해야 함

○ 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013다61602 판결

- 공작물의 설치 또는 보존상의 하자로 인한 사고는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니고, 공작물의 설치 또는 보존상의 하자가 사고의 공동원인의 하나가 되는 이상 사고로 인한 손해는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 보아야 한다.

○ 원고가 증명할 사항

- 하자의 존재 + 하자가 여러 원인 중의 하나라는 점(인과관계)

▶ 대상판결의 아래 판시를 인과관계 증명책임이 가해자에게 있다는 취지로 오해하면 안 됨

○ "수심표시를 수영조의 벽면에 제대로 하지 않은 잘못 등을 인정하면서도 수영장에서 키 113cm 정도의 어린이가 1.2m 깊이의 성인용 구역에서 물에 빠진 사고를 심리하면서 위와 같은 하자가 없었더라도 그러한 사고가 발생하는 것은 불가피한 것이었다는 점이 밝혀지지 않았는데도, 하자와 이 사건 사고 사이에 상당인과관계가 없다고 판단한 것은 옳지 않다."

○ 대상판결의 위 표현만 보면, 마치 피고가 '하자와 손해 발생 사이에 인과관계가 없다'는 점을 증명하여야 하고, 그러한 증명을 하지 못하면 상당인과관계가 인정되는 것으로 오해할 우려가 있음

▶ 대상판결에서 인과관계는 인정될 수 있을 것임

○ 피해자가 성인용 구역에서 발견되었음

- 피해자가 성인용 구역으로 들어갔거나 아동용 구역에서 성인용 구역으로 넘어갔다고 보는 것이 상식에 부합함
- 그런데도 피해자가 수영조에 들어간 곳이 어느 지점인지를 알 수 없어 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 원심은 부당함

3 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결 [손해배상(기)]

◈ 사안의 개요

○ 코스닥 상장회사였던 원고가 추진한 유상증자 이후, 차명 지분 등을 통해 원고를 포함한 그룹을 실질적으로 지배·운영하던 甲 및 그의 지휘 아래 그룹 업무를 총괄하던 乙 등이 유상증자대금의 일부를 횡령함

○ 이에 원고가 횡령행위 기간 중 원고의 이사 또는 대표이사 및 감사로 재직하였던 피고들을 상대로 상법 399조, 414조 등에 따른 손해배상을 구한 사안임

◈ 변론재개의무

▣ "핵심적 요증사실" (관건적 요증사실: 결론을 좌우하는 요증사실)

○ "관건적 요증사실"이라는 표현이 "핵심적 요증사실"로 바뀌었음

◈ 이사 및 감사의 주의의무

▣ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결

○ "주식회사의 이사는 이사회의 일원으로서 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는데 그치지 않고, 담당업무는 물론 다른 업무담당 이사의 업무집행을 전반적으로 감시할 의무가 있고 이러한 의무는 비상근 이사라고 하여 면할 수 있는 것은 아니므로 주식회사의 이사가 이사회에 참석하지도 않고 사후적으로 이사회의 결의를 추인하는 등으로 실질적으로 이사의 임무를 전혀 수행하지 않은 이상 그 자체로서 임무해태가 된다고 할 것이다."

- 금융위기 때 이사의 주의의무와 관련하여 제2금융권(상호신용금고 등) 관련하여 위와 같은 대법원 판결이 많이 선고되었었는데, 원심이 이를 간과한 것으로 보임
- 위와 같이 해석하여야 이사가 감시·감독의무를 이행하고, 상법에 따라 회사가 운영될 것임

▣ 원심은 이사의 손해배상액수가 너무 크다는 점을 고려하여 기각한 것으로 보이지만, 책임제한의 법리로 해결해야 함

○ 상호신용금고의 경우 손해액은 대출액이므로 몇 백억 원에 이르는 경우도 있음

○ 구제방법 ⇨ 책임제한(하급심의 재량임)

▣ (참고) 손해배상액 관련 주의할 사항

▶ 동일한 사안(예: 보도연맹사건)에서 다른 사건들은 위자료를 모두 1억 원으로 인정하는데, 특정한 사건만 위자료를 2억 원으로 인정하면 파기됨(대법원 2012다202819 전합판결)

▶ 손해배상 예정액의 감액 관련

○ 지연손해금 20% 약정을 5%로 감액할 경우, 당사자의 의사는 5%를 초과하는 손해배상액

예정을 한 것인데, 당사자의 의사를 무시하여 감액한 것이므로 파기될 가능성이 큼

○ 관행에 따라 계약 위약금을 10%로 약정했는데, 단지 위약금의 액수 자체가 크다는 이유만으로 10% 미만으로 감액할 경우 파기될 가능성이 큼(예: 100억 원짜리 매매계약의 위약금을 10%인 10억 원으로 약정했는데, 10억 원 미만으로 감액하는 경우)

- 또한, 당사자가 계약 위약금을 20%로 약정하였는데 10%로 감액하는 것은, 위약금을 관행인 10%보다 많게 하려는 당사자의 의사를 무시한 것이므로 파기될 가능성이 큼

④ 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결 [해고무효확인]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고가 소속장의 정당한 업무지시를 거부하고, 소속장에 대한 반말과 모욕적인 언행 등으로 구두주의 및 경고장들을 받았음에도 지속적으로 소속장에 대하여 반말과 모욕적인 언행 등을 하면서 업무방해를 하였고, 이는 해고사유에 해당한다는 이유로 원고를 해고함

○ 원고가 징계절차에 하자가 있다는 등의 이유로 위 해고의 무효확인을 구한 사안임

▣ 원심은 대법원 2008다70336 판결을 반대해석하는 오류를 범하였음

▶ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결

○ "단체협약(이하 '구 단체협약'이라고 한다) 중 제111조의 "쟁의기간 중에는 조합원에 대하여 어떠한 사유에 의해서도 징계, 부서이동 등 제반 인사조치를 할 수 없다"라는 규정은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라 할 것이므로, 쟁의행위가 그 목적에 있어 정당하고, 절차적으로 노동조합 및 노동관계조정법의 제반 규정을 준수함으로써 정당하게 개시된 경우라면, 비록 그 쟁의 과정에서 징계 사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없음을 선언한 것"

▶ 원심

○ "피고의 2010년 및 2012년 각 단체협약 중 '쟁의 중 신분보장' 규정은 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장받지 못할 우려가 없는 경우에까지 징계나 전출 등의 인사조치를 제한하는 취지로는 볼 수 없다."

- 대법원 판결을 반대해석하는 것은 위험함 ($A \rightarrow B \neq \sim A \rightarrow \sim B$)

▣ 대상판결에도 불구하고 '쟁의 중 신분보장' 규정을 제한적으로 해석해야 할 경우가 있을 수 있음

○ 대상판결은 단체협약의 쟁의 중 신분보장 규정을 문언 그대로 해석하여야 한다는 취지임

- 대상판결의 징계사유는 상사에게 모욕적 언행을 하였다는 것임

○ 그러나 조합원이 성폭행 범죄를 저지른 예외적인 경우까지 '쟁의 중 신분보장' 규정을 적용하여야 한다는 취지로 대상판결을 해석할 수는 없을 것임

5 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019다235566 판결 [소유권이전등기]

▣ 사안의 개요

○ 원고 조합이 피고가 소유한 부정형 토지에 대하여 매도청구권을 행사하였는데, 지목이 구거이고 현황이 도로인 위 토지의 시가 산정 방법이 문제된 사안임

▣ 대상판결

○ 지목이 '도로', '구거'라도 재개발, 재건축으로 아파트의 부지로 사용될 예정인 이상 '도로', '구거'로 평가해서는 안 됨

○ (지목은 고려할 수 없으나) 다만, 면적, 형상은 고려할 수 있음

○ 감정촉탁할 때 평가방법을 특정해서 보내야 함

- 통상 감정인은 감정평가방법을 숙지하고 있어서 실수가 많지는 않음

▣ 재개발, 재건축에서 매도청구권 행사할 때에는 개발이익을 포함시킴(대상판결의 사안)

▶ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결

○ 이때의 시가란 매도청구권이 행사된 당시의 토지나 건물의 객관적 거래가격으로서, 노후되어 철거될 상태를 전제로 하거나 주택재건축사업이 시행되지 않은 현재의 현황을 전제로 한 거래가격이 아니라 그 토지나 건물에 관하여 주택재건축사업이 시행된다는 것을 전제로 하여 토지나 건축물을 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 말한다.

▶ 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다41698 판결

○ 도시 및 주거환경정비법에 의한 주택재건축사업의 시행자가 같은 법 제39조 제2호에 따라 토지만 소유한 사람에게 매도청구권을 행사하면 매도청구권 행사의 의사표시가 도달함과 동시에 토지에 관하여 시가에 의한 매매계약이 성립하는데, 이때의 시가는 매도청구권이 행사된 당시의 객관적 거래가격으로서, 주택재건축사업이 시행되는 것을 전제로 하여 평가한 가격, 즉 재건축으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 말한다.

○ 현황이 도로라는 사정만으로 인근 대지 가액의 1/3로 감액한 평가액을 기준으로 시가를 산정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

▣ (비교) 토지수용 시에는 개발이익을 배제하고 평가함

▶ 대법원 1998. 7. 10. 선고 98두6067 판결

○ "수용대상토지를 평가함에 있어서는 수용재결에서 정한 수용시기가 아니라 수용재결일을

기준으로 하고 당해 수용사업의 계획 또는 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하고 평가하여야 한다.” ⇨ ① 평가시기를 수용재결일로 하고, ② 개발이익도 배제함

▶ 개발이익을 배제하는 이유

○ 정부의 개발로 가치가 올라간 것이므로 개발이익을 배제하더라도 정당한 보상이 됨

⑥ 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019다261084 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 피고가 선택적 복지제도를 시행하면서 단체협약, 취업규칙 등에 근거하여 근로자들에게 계속적·정기적으로 복지포인트를 배정하였음. 복지포인트가 근로기준법에서 정한 임금 및 통상임금에 해당하는지가 문제됨

○ 피고의 단체협약에 '연장노동, 야간노동, 휴일노동이 중복될 때 통상임금의 50%를 각각 가산 지급한다'라고 규정하고 있었는데, 피고의 근로자인 원고들이 상여금 등을 통상임금에 포함시킨 다음 단체협약에서 정한 가산율을 적용하여 산청한 추가 휴일근로수당 등의 지급을 구한 사안임

▣ 대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결

▶ 다수의견

○ 휴일근로시간은 구 근로기준법 50조 1항의 '1주간 기준근로시간 40시간' 및 53조 1항의 '1주간 연장근로시간 12시간'에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다.

○ 당연한 논리적 귀결로 휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금은 중복하여 지급될 수 없다.

▶ 근로기준법 56조가 2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되어 입법적으로 해결되었음

○ 개정규정은 공포한 날부터 시행(부칙 제1조 제5항)

○ 입법적 해결을 기다리느라 판결이 늦어진 것으로 보임

▣ 대상판결

○ 원고의 상고를 받아들여서 전합판결의 취지에 따라 다시 계산하라는 것

- 복지포인트도 통상임금에 포함시켜서는 안 됨 [끝]

2020. 2. 1.자 공보 [2020. 2. 14. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 12. 12. 선고 2016다243405 판결 [상장폐지결정무효확인]

▣ '상장폐지결정에 대한 무효 확인을 구하는 사건' ⇨ 민사사건이고, 행정사건이 아님

▶ '상장계약'은 '사법상의 계약'임

○ "주식회사 한국증권선물거래소는 한국증권선물거래소법 4조의 규정에 따라 설립된 주식회사로서, 그 유가증권시장에 유가증권의 상장을 희망하는 발행회사와 주식회사 한국증권선물거래소 사이에 체결되는 상장계약은 사법상의 계약이다." (대법원 2007다1753 판결)

▶ '상장폐지결정'은 ㈜한국거래소가 약관(코스닥시장 상장규정 등)에 근거하여 '계약을 해소하려는 일방적 의사표시'로서 '계약해제의 의사표시'와 같음

○ "상장회사의 신청이 없는 상태에서의 주식회사 한국증권선물거래소에 의한 상장폐지 내지 상장폐지결정은 그러한 사법상의 계약관계를 해소하려는 주식회사 한국증권선물거래소의 일방적인 의사표시이다." (대법원 2007다1753 판결)

▶ '상장폐지결정 무효 확인'은 결국 '계약해제 무효 확인'과 유사함

▣ 상장폐지에 관한 기준을 정한 규정의 법적 성질 ⇨ '약관' (법규명령이 아님)

○ "주식회사 한국증권선물거래소가 증권거래법의 규정에 따라 제정한 유가증권상장규정은, 행정기관이 제정하는 일반적, 추상적인 규정으로서 법령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적인 구속력을 가지는 법규명령이라고 볼 수는 없고, 증권거래법이 자치적인 사항을 스스로 정하도록 위임함으로써 제정된 주식회사 한국증권선물거래소의 자치 규정에 해당하는 것으로서, 상장계약과 관련하여서는 계약의 일방 당사자인 주식회사 한국증권선물거래소가 다수의 상장신청법인과 상장계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용, 즉 약관의 성질을 갖는다." (대법원 2007다1753 판결)

▣ 절차상, 실체상 하자가 중대하여야 계약해제의 의사표시가 무효로 됨

○ 이 사건에서 약관(코스닥시장 상장규정)에 근거한 계약해제의 의사표시(상장폐지결정)를 무효로 할 만한 흠은 없음

2 대법원 2019. 12. 12. 선고 2019다256471 판결 [배당이의]

◈ 사안의 개요

▣ 사실관계

○ 소외 회사는 원고를 상대로 '선행 가압류결정'을 받음

○ 소외 회사는 담보제공명령에 따라 원고를 피공탁자로 하여 1억 2,500만 원('이 사건 공탁금')을 공탁하고 '이 사건 가압류결정'을 받음

○ 피고1 송파구는 원고의 재산세 등 체납액을 징수하기 위하여 '이 사건 공탁금과 관련하여 원고가 가지는 공탁금 회수, 지급 청구권 중 위 체납액에 이를 때까지의 금액'을 압류함

○ 원고의 가압류이의신청에 따라 선행 가압류결정 및 이 사건 가압류결정이 모두 취소되고, ① 선행 가압류결정의 취소에 관한 소송비용액을 6,331,280원으로, ② 이 사건 가압류결정의 취소에 관한 소송비용액을 5,241,280원으로 정하는 소송비용액확정 결정이 확정됨

○ 원고는 위 2개의 소송비용액확정 결정을 집행권원으로 삼아 소외 회사의 이 사건 공탁금회수청구권에 대하여 이 사건 채권압류 및 추심명령(청구금액 11,572,560원 = 6,331,280원 + 5,241,280원)을 받음

○ 피고2 대한민국은 원고의 국세체납액을 징수하기 위하여 '이 사건 공탁금과 관련하여 원고가 가지는 공탁금출급청구권 중 위 체납액에 이를 때까지의 금액'을 압류함

○ 원고는 공탁관에게 이 사건 채권압류 및 추심명령에 따라 11,572,560원의 회수청구를 하였으나, 공탁관은 압류경합을 이유로 수리를 거부하고 사유신고를 하여 위 11,572,560원 및 이자에 대한 배당절차가 개시됨

○ 배당절차에서 피고1 송파구, 피고2 대한민국에게 우선하여 배당하자 원고가 배당이의를 함

▣ 당사자의 주장

▶ 원고

○ 원고가 이 사건 공탁금에 대하여 가지는 권리는 이 사건 공탁금회수청구권에 대한 추심권능에 불과하므로, 피고들의 압류는 원고의 추심권능에 대한 압류로써 모두 무효임(대법원 2015다26009 판결)

▶ 피고들

○ 원고가 이 사건 압류 및 추심명령에 따라 11,572,560원의 회수청구를 한 것은 실질적으로 담보권리자로서 공탁금출급청구권을 행사한 것과 같으므로, 피고들이 원고의 이 사건 공탁금에 대한 출급청구권 또는 회수청구권을 압류한 것은 유효함

▣ **대상판결의 결론**

▶ **'이 사건 가압류 소송비용 5,241,280원' 부분**

○ 이 사건 채권압류 및 추심명령에 기한 원고의 공탁금회수청구 중 이 사건 가압류 소송비용에 대한 부분은 '이 사건 공탁금이 담보하는 원고의 손해'에 포함되므로, 원고의 이 부분 공탁금회수청구의 본질은 '원고의 담보권리자로서의 우선적 공탁금출급청구'임

○ 따라서 피고들이 압류한 원고의 채권의 본질은 '원고의 담보권리자로서의 우선적 공탁금출급청구권'이므로, 피고들의 압류는 유효함(참고: 피고들은 원고의 우선적 출급청구권을 압류하였으므로 공탁자의 다른 채권자들보다 우선하여 변제를 받을 수 있음)

▶ **'선행 가압류 소송비용 6,331,280원' 부분**

○ 이 사건 채권압류 및 추심명령에 기한 원고의 공탁금회수청구 중 선행 가압류 소송비용에 대한 부분은 '이 사건 공탁금이 담보하는 원고의 손해'에 포함되지 않음 ⇨ 원고는 담보권리자로서 우선적 공탁금출급청구권을 가질 수 없고, 일반 채권자의 지위에서 소외 회사의 공탁금회수청구권을 추심할 권능만을 부여받은 것에 불과함

○ 따라서 피고들이 압류한 것은 원고의 추심권능에 불과하므로(혹은 존재하지 않는 채권에 대한 압류), 피고들의 압류는 무효임

▣ **평가**

○ 이 사건 채권압류 및 추심명령에 기한 원고의 공탁금회수청구의 본질을 정확하게 파악하는 것이 핵심이고, 이를 위해서는 재판상 담보공탁에 대한 법리 검토가 필요함

◈ 재판상 담보공탁 (≠ 변제공탁, 집행공탁)

▣ **사유**

▶ **① 가압류, 가처분의 담보제공명령에 따른 담보[57]**

▶ **② 가집행(재심, 추완항소)의 강제집행정지**

▶ **③ 소송비용의 담보 등**

▣ **담보권의 범위[공탁금이 담보하는 손해(피담보채권)의 범위]**

▶ **① 부당가압류(가처분)로 인한 손해[58]**

---

57) 이 사건 공탁금은 '담보공탁'임(변제공탁, 집행공탁이 아님)

58) 가압류(가처분)의 취소에 관한 소송비용은 포함됨(대법원 2012마2061 결정), 본안소송의 소송비용은 포함되지 않음(대법원 2009마1105 결정)

▶ ② 집행정지로 인하여 발생한 손해[59)]

▶ ③ 소송비용상환청구권

▣ 피공탁자의 권리의 성질

▶ **제1설: 법정질권설(종래의 통설?)**

○ 담보의무자의 공탁물회수청구권 위에 갖는 법정질권

- 민소법 123조 "... 담보물에 대하여 질권자와 동일한 권리를 가진다."

○ 담보의무자의 공탁물회수청구권은 담보취소결정이 되어 담보권리자의 담보권이 소멸할 때 비로소 발생하는데, 담보권리자의 담보권 소멸을 조건으로 하여 발생하는 회수청구권 위에 담보권(질권)이 있다는 것은 아직 발생하지 않은 권리(회수청구권) 위에 담보권(질권)이 있다는 것으로서 이론적으로 모순임

▶ **제2설: 우선적 출급청구권설(주석 민소법, 일본의 개정법)**

○ 피담보채권의 발생과 동시에 공탁금 출급청구를 함으로써 우선적 만족을 얻는 권리

- 피담보채권의 범위 내에서 출급청구권에 우선변제권이 붙어 있다는 의미임

○ 이론적으로 타당하고, 현실적으로도 맞음

▶ **양설의 차이: 채권자의 압류 가능 여부**

○ 법정질권설에 의하면, 피공탁자(담보권리자)의 채권자가 피공탁자(담보권리자)가 갖고 있는 권리를 압류할 방법이 없음

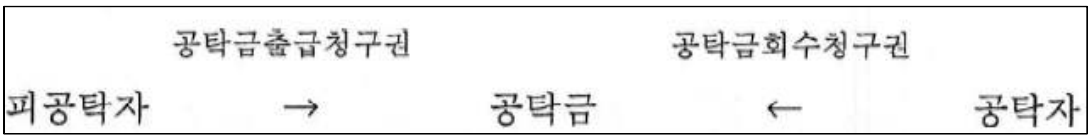
- 피공탁자(담보권리자)가 갖는 권리가 법정질권이라면 피공탁자(담보권리자)의 채권자가 법정질권을 압류하더라도 담보물권의 부종성(담보물권은 피담보채권과 독립하여 압류, 환가할 수 없음) 때문에 무효임

○ 대상판결(대법원 2019다256471)은 '우선적 출급청구권설'을 채택한 것으로 볼 수 있음

- 법정질권설에 의하면, 피고들(원고의 채권자)은 원고의 법정질권을 압류한 것이 되어 담보물권의 부종성에 반하므로, 피고들의 압류는 모두 무효라고 보아야 함

59) 1심 판결에 항소하면서 강제집행정지신청을 할 때 담보금액을 1심 판결 금액 전액으로 명하는 것은 집행정지로 인하여 발생한 손해를 초과하므로 법리적으로는 옳지 못함. 다만 실무상으로는, 집행정지를 받아들여 피고에게 기회를 주는 대신 1심 판결에서 승소한 원고가 추후 집행을 용이하게 할 수 있도록 1심 판결 금액 전액을 담보로 명하고 있음

▣ 담보공탁의 권리관계(우선적 출급청구권설)



○ 피공탁자의 권리: 공탁금출급청구권

○ 공탁자의 권리: 공탁금회수청구권[60]

▣ 피공탁자의 출급방법(3가지 모두 가능)[61]

▶ ① 직접 출급 청구 (피담보채권의 집행권원 제출)

○ 공탁원인 사실에 기재된 피담보채권이 발생하였음을 증명하는 서면(예: 부당가압류로 인한 손해배상청구소송의 승소 판결) 제출

▶ ② 담보권을 증명하여, 공탁물회수청구권 압류 및 추심명령(전부명령)

○ 민사집행법 273조[62]에서 정한 채권에 대한 담보권 실행절차

○ 담보권의 증명은 판결로 증명하는 것이 아님

- 담보물권은 집행권원 없이 집행(압류 및 추심명령 등)할 수 있기 때문임
- 저당권자가 판결 없이도 경매 신청할 수 있는 것과 마찬가지임

▶ ③ 공탁자의 일반 채권자와 동일한 입장에서, 공탁물회수청구권 압류 및 추심명령(전부명령) + 담보취소결정(담보권리자인 피공탁자의 담보취소 동의) ★

○ 실무상 가장 많이 사용하는 방법임

- 1심 가집행선고부 판결의 강제집행정지를 위하여 담보가 공탁된 경우, 항소기각 판결이 선고되면 원고는 1심 가집행선고부 판결을 집행권원으로 삼아서 피고(공탁자)의 공탁물회수청구권을 압류·추심하고, 담보권리자(피공탁자)로서 담보취소에 동의하여 담보취소결정을 받아서 공탁금을 회수하는 방법이 많이 사용됨

○ 담보권리자가 아닌 일반 채권자와 동일한 입장에서 공탁자의 공탁금회수청구권에 대하여 집행을 하는 것이지만, 판례는 담보권리자(피공탁자)에게 우선변제권을 인정함

- "재판상 담보공탁에 있어 담보권리자(피공탁자)는 담보물에 대하여 질권자와 동일한 권리

---

60) 피공탁자의 공탁금출급청구권이 존재하지 아니할 때 공탁자가 공탁금을 다시 가져가는 권리

61) 재판상 담보공탁금의 지급청구절차 등에 관한 예규(행정예규 제952호)

62) **민사집행법 제273조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권의 실행)**
① 채권, 그 밖의 재산권을 목적으로 하는 담보권의 실행은 담보권의 존재를 증명하는 서류(권리의 이전에 관하여 등기나 등록을 필요로 하는 경우에는 그 등기사항증명서 또는 등록원부의 등본)가 제출된 때에 개시한다.

가 있는바, 담보권리자가 공탁금회수청구권을 압류하고 추심명령이나 확정된 전부명령을 받은 후 담보취소결정을 받아 공탁금회수청구를 하는 경우에도 그 담보공탁금의 피담보채권을 집행채권으로 하는 것인 이상, 담보권리자의 위와 같은 담보취소신청은 어디까지나 담보권을 포기하고 일반 채권자로서 강제집행을 하는 것이 아니라 오히려 적극적인 담보권실행에 의하여 그 공탁물회수청구권을 행사하기 위한 방법에 불과하다고 보는 것이 합리적이므로 이는 담보권의 실행방법으로 인정되고, 따라서 이 경우에도 질권자와 동일한 권리가 있다고 할 것이므로 그에 선행하는 일반 채권자의 압류 및 추심명령이나 전부명령으로 이에 대항할 수 없다." (대법원 2003다19183 판결)

○ 담보권리자가 담보권에 기한 권리행사방법을 취하지 않고, 일반 채권자로서의 권리행사방법을 취했는데도, 담보권의 우선변제권을 그대로 인정해 주는 것이 과연 타당한가?

- 대법원 98다47283 판결은 양도담보권자가 일반 채권자의 강제집행방법과 동일하게 양도담보목적물에 대한 강제경매를 신청하였다고 하더라도 양도담보권자의 권리의 실행방법으로 보아서 양도담보권자의 우선변제권을 인정해 준 바 있음 ⇨ 이러한 선례에 비추어 보면 위 대법원 2003다19183 판결에서 담보권리자(피공탁자)에게 우선변제권을 인정한 것은 타당하다고 보임[63]

- "동산을 목적으로 하는 양도담보설정계약[64]을 체결함과 동시에 채무불이행시 강제집행을 수락하는 공정증서를 작성한 경우, 양도담보설정자가 그 피담보채무를 불이행한 때에는 양도담보권자는 양도담보권을 실행하여 담보목적물인 동산을 환가함에 있어서 집행증서에 기하지 아니하고 양도담보의 약정 내용에 따라 이를 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 환가할 수도 있지만, 집행증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 환가할 수도 있다. … 그와 같은 방법에 의한 경매절차는 형식상은 강제경매절차에 따르지만 그 실질은 일반 채권자의 강제집행절차가 아니라 동산양도담보권 실행을 위한 환가절차로서 그 압류절차에 압류를 경합한 양도담보설정자의 다른 채권자는 양도담보권자에 대한 관계에서는 압류경합권자나 배당요구권자로 인정될 수 없고, 따라서 환가로 인한 매득금에서 환가비용을 공제한 잔액은 양도담보권자의 채권변제에 전액 충당함이 당연하고 양도담보권자와 압류경합자인 다른 채권자 사이에서 각 채권액에 따라 안분비례로 배당할 것이 아니다." (대법원 98다47283 판결)

---

63) 법리란 직소 퍼즐(jigsaw puzzle)의 퍼즐 조각을 하나씩 붙이는 것과 같음. 기존 판례가 어떠한 법리를 채택하여 하나의 퍼즐 조각을 붙였으면, 그 옆에 붙이는 퍼즐 조각(법리)은 기존 판례를 유지하면서 붙여 나가야 하는 것임. 다 틀려서 전체 퍼즐을 뜯어내야 하는 상황이 오지 않는 한, 기존 퍼즐 조각에 맞추어서(기존 판례를 유지하면서) 다음 퍼즐 조각을 붙여나가는 것임. 양도담보권자의 강제경매신청을 담보권 실행방법으로 보아서 우선변제권을 인정해 주었으면, 유사한 다른 사안에서도 우선변제권을 인정해 주는 것이 맞음

64) 양도담보의 성질: ① 가담법이 적용되는 부동산 양도담보는 담보물권설, ② 가담법이 적용되지 않는 부동산 양도담보 및 동산의 양도담보는 신탁적이전설(대외적으로 수탁자 소유)

3 대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결 [공사대금]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 乙의 명의를 차용한 원고 4에게 건물의 신축공사를 도급하였고, 원고 4는 원고 1에게 목공공사를, 원고 2에게 데크공사를, 원고 3에게 비계공사를 각각 하도급함

○ 원고 1~3과 다른 하수급인들이 함께 건물의 신축공사를 진행하던 중 乙과 원고 4가 모두 부도가 나서 공사가 중단됨

○ A는 甲을 설립하여 실질적으로 운영하였고, 이후 피고를 설립하여 실질적으로 운영함. 피고는 4년 8개월 동안 재산세, 법인세 납부내역이 전혀 없음

○ 원고 4와 甲 사이의 도급계약 체결 당시 건물의 건축주는 甲과 丙이었음. 丁은 甲이 작성해 준 각서를 기초로 甲을 상대로 건축주 명의변경을 구하는 소를 제기하여 승소 판결이 확정됨에 따라 丁과 丙으로 건축주 명의가 변경되었음. 이후 위 건물의 건축주 명의는 피고와 丙으로, 다시 피고로 각각 변경되었음

○ 그런데 甲이 丁에게 자산(건축주 지위)을 이전한 것은 甲의 丁에 대한 차용금채무에 대한 대물변제 조로 이루어졌는데, 그 후 丁이 피고에게 건축주 지위를 이전하는 과정에서 甲이 차용한 자금이 사용됨

○ 원고 4는 甲에 대한 자신의 공사대금채권 중 약 4,200만 원을 원고 1에게, 1억 8,500만 원을 원고2에게, 6,500만 원을 원고 3에게 각각 양도함

○ 원심은 甲의 채무를 면탈할 의도로 피고의 법인격이 남용되었다고 전제한 원고들의 청구를 기각함. 대법원은 법인격 남용에 해당한다는 이유로 파기환송

▣ "건축주 지위가 유일한 자산" ⇨ 건축주 지위가 왜 자산인가?

○ 건축주만 건물에 관한 소유권보존등기 가능

○ 건축주 지위 = 장차 신축될 건물에 대한 소유권을 취득할 수 있는 지위(재산적 가치 있음)

○ 건축주 명의 변경 = 장차 신축될 건물에 관한 소유권의 양도

▣ 법인격 남용의 유형

▶ ① 기존 회사 ⇨ 신설회사 (대법원 2002다66892 판결 등)

▶ ② 기존 회사 ⇨ 이미 설립되어 있는 다른 회사 (대법원 2006다24438 판결 등)

▶ ③ 기존 회사 ⇨ 제3자 ⇨ 이미 설립되어 있는 다른 회사 (대상판결) ★

○ 다른 회사가 제3자로부터 자산을 이전받으면서 그 대가를 기존 회사의 돈으로 지급하였다면, 기존 회사에서 제3자로 자산이 이전된 것과 다르지 않음

▣ 법인격 남용 사안에서 채무 이행 청구의 상대방 ⇨ 두 회사 모두

○ “기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다.” (대법원 2002다66892 판결 등)

▣ 기존회사의 채권자가 법인격남용을 주장하면서 다른 회사를 상대로 승계집행문을 부여받을 수 있는가?

○ 승계집행문[65]을 부여받을 수는 없음

- “피고 회사가 소외 회사의 채권자에 대하여 소외 회사와는 별개의 법인격을 가지는 회사라는 주장을 하는 것이 신의성실의 원칙에 반하거나 법인격을 남용하는 것으로 인정되는 경우에도 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속·확실한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확 안정을 중시하는 소송절차 및 강제집행절차에 있어서는 그 절차의 성격상 소외 회사에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 피고 회사에까지 확장하는 것은 허용되지 아니한다.” (대법원 93다44531 판결)

65) 승계집행문은 재판장의 명령에 따라 법원사무관이 발부함(민사집행법 32조)

4 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018다287010 판결 [구상금] [청북초등학교 투포환 사건]

◈ 사안의 개요

○ 청북초등학교 6학년생 A가 체육수업 후 쉬는 시간에 투포환 공을 던졌는데 다른 학생 머리에 맞아 부상을 입음

○ A의 부모가 원고 보험회사와 매직카운전자보험에 가입되어 있었는데, 그 안에 일상생활배상책임특약이 있어서 원고 보험회사가 피해자에게 치료비와 위자료를 지급함

○ 원고 보험회사는 보험자대위로 A의 공제급여청구권을 취득하였다고 주장하며 경기도학교안정공제회에 구상금 청구

○ 원심은 경과실로 사고가 발생한 경우에는 피고(학교안전공제회)에 대한 구상이 인정되므로 원고는 상법상 보험자대위 규정에 따라 A의 피고에 대한 공제급여청구권을 대위취득하였다고 보아 원고의 청구를 일부 인용하였음

○ 대법원은 피공제자의 책임보험자와 학교안전공제회 사이에서는 경과실의 경우에도 책임보험자가 최종적인 책임을 진다는 이유로 파기환송

▣ 원심판결의 문제점

▶ 이 사건에는 상법 682조(제3자에 대한 보험자대위)[66]가 적용될 여지가 없음

○ 상법 682조의 보험자대위는, 보험자의 보험금 지급으로 가해자를 면책시킬 이유가 없으므로 가해자에 대한 권리가 보험자에게 당연히 이전한다는 내용을 규정한 것임

○ 이 사건에서 책임보험자(원고)가 피해자에게 보험금을 지급하였는바, 상법 682조에 의해 책임보험자(원고)가 대위취득할 수 있는 권리는 '피보험자(보험계약자)의 가해자에 대한 권리'인데, 이 사건에서는 피보험자 A가 가해자여서 책임보험자(원고)가 대위취득할 권리 자체가 없으므로, 상법 682조는 적용될 여지가 없음

▣ 학교안전공제 제도의 본질은 사회보장사업임

▶ 학교안전공제 제도는 정부가 운영하는 사회보장제도에 해당함

○ 학교 안에서 사고가 나면 가해자의 과실이 없더라도 피해자에게 공제급여 지급

---

66) **상법 제682조(제3자에 대한 보험대위)**

① 손해가 제3자의 행위로 인하여 발생한 경우에 보험금을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 다만, 보험자가 보상할 보험금의 일부를 지급한 경우에는 피보험자의 권리를 침해하지 아니하는 범위에서 그 권리를 행사할 수 있다.

② 보험계약자나 피보험자의 제1항에 따른 권리가 그와 생계를 같이 하는 가족에 대한 것인 경우 보험자는 그 권리를 취득하지 못한다. 다만, 손해가 그 가족의 고의로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.

○ 학교안전공제회의 재원은 학교장이 수업료, 교비 등으로 납부

- 과거에는 폐교된 학교 부지를 매도한 대금을 재원으로 사용하기도 했음

▶ 학교안전공제회와 책임보험자 사이에 최종적인 책임은 책임보험자가 부담하는 것이 타당함

○ 사회보장제도는 국민 사이에 해결이 안 되는 복지제도의 마지노선(최소한)을 국가가 마련한 것

○ 사회보장제도 이외의 방법으로 해결이 되면 사회보장제도가 관여하지 않는 것이 원칙임(사회보장은 최후에 예비적, 보충적으로 관여)

- 학교안전공제 제도는 피해자가 배상을 받지 못할 때 예비적, 보충적으로 공제급여를 지급하는 것이 원칙임(학교안전법 §45②)

○ 책임보험 등이 있는 경우에 학교안전공제회가 먼저 공제급여를 지급하게 되면 책임보험자에게 구상을 할 수 있음. 반대로 책임보험자가 피해자에게 먼저 배상을 하였다면 학교안전공제회에 구상을 할 수 없다고 보아야 함

○ 국민건강보험, 산재보험의 경우도 동일한 구조임(국민건강보험법 §58②, 산업재해보상법 §87②)

○ 이하 책임보험자, 학교안전공제회와 피해자, 가해자 간의 법률관계를 보다 상세히 정리함

◈ 1 책임보험자(원고), 가해자(피보험자), 피해자의 법률관계

▣ 책임보험자(원고)와 가해자(피보험자)는 피해자에게 연대책임 부담

○ '보험 가입'으로 '의사의 연락'이 있으므로 연대책임 부담(대법원 2018다245702 판결)

▣ 책임보험자(원고)는 가해자(피보험자)에게 구상 불가

○ 보험금은 보험료의 대가임

- 책임보험자(원고)가 피해자에게 보험금을 지급하더라도 가해자(피보험자)에게 구상 불가

◈ 2 학교안전공제회(피고), 가해자(피공제자), 피해자의 법률관계

▣ 학교안전공제회(피고)는 고의, 중과실의 경우 가해자인 피공제자에게 구상 가능

○ 보험(보험료의 대가)이 아님

- 학교안전공제회가 피해자에게 지급하는 공제급여는 가해자인 피공제자가 납부한 보험료의 대가가 아니라 사회보장적 관점에서 지급되는 급여이므로 가해자인 피공제자에게 구상 가능(책임보험의 경우와 다름)

▣ 학교안전공제회(피고)는 경과실의 경우 가해자인 피공제자에게 구상 불가 (판결이유 2. 나.)

○ 학교안전법 44조 1항이 경과실의 경우 구상하지 못하도록 규정

▣ 가해자(피공제자)는 경과실의 경우 학교안전공제회(피고)에게 구상 가능 (판결이유 2. 다.)

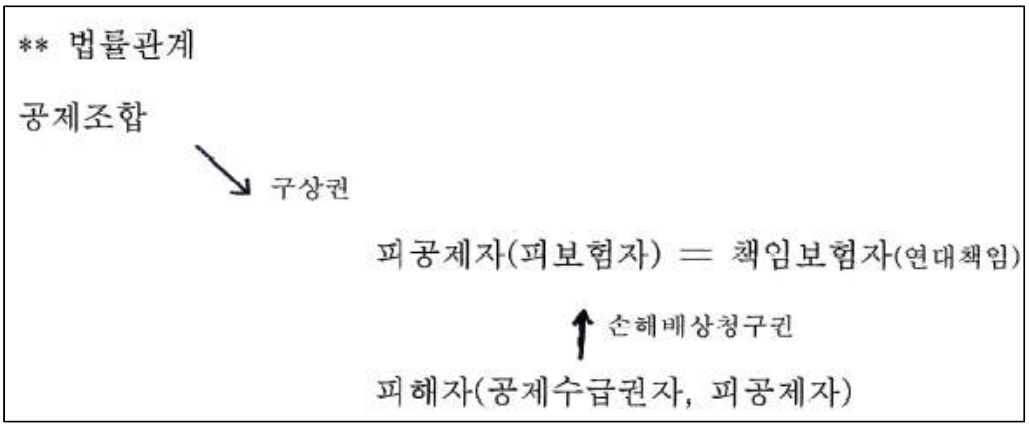
▶ (유사한 구조의 선례) 경과실이 있는 공무원이 피해자에게 손해를 배상한 경우

○ "공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 공무원에게 경과실이 있을 뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 이처럼 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되므로, 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 특별한 사정이 없는 한 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임의 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다고 봄이 타당하다." (대법원 2012다54478 판결)

▶ 이 사건에서 경과실이 있는 가해자(피공제자)가 손해를 배상한 경우도 동일한 구조임

○ "가해자인 피공제자가 경과실로 학교안전사고를 일으킨 경우에는 학교안전공제회가 공제급여 금액의 범위 안에서 최종적으로 손해배상에 관한 부담을 지게 된다. 따라서 이와 같은 경우 가해자인 피공제자가 먼저 피해자에게 손해배상을 하였다면 공제급여 상당액에 대해서는 학교안전공제회에 구상할 수 있다고 봄이 타당하다." (대상판결)

◈ 3 책임보험자(원고)와 학교안전공제회(피고)의 법률관계 (판결이유 2. 라.)



▣ 피공제자의 고의, 중과실과 구상권

○ 대상판결의 판시

- “학교안전공제회는 공제급여를 지급한 후 학교안전사고를 일으킨 가해자인 피공제자의 책임보험자에게 수급권자의 보험금직접청구권을 대위행사할 수 있다. 이는 책임보험의 피보험자인 피공제자가 경과실로 학교안전사고를 일으킨 경우에도 마찬가지로 적용된다.”

○ 대상판결은 ‘경과실의 경우도 마찬가지’라고 판시함으로써 가해자인 피공제자가 고의, 중과실로 학교안전사고를 일으킨 경우 학교안전공제회가 책임보험자에게 구상할 수 있음을 당연한 전제로 하여 판시하고 있으나, 그 이유에 대하여는 설명하고 있지 않음

▣ 학교안전공제회, 국민건강보험공단, 근로복지공단과의 관계에서 최종적인 책임은 책임보험자가 부담한다고 보아야 함

▶ 근거

○ 이론적 근거 (위 제도들의 사회보장적 성격 - 최후적, 예비적, 보충적 수단)

○ 실정법적 근거

학교안전법

제44조(피공제자 등에 대한 공제급여금의 청구 등)

① 학교안전사고가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 발생하고, 공제회가 수급권자에게 공제급여를 지급한 경우 공제회는 수급권자에게 지급한 공제급여에 상당하는 금액의 지급을 학교안전사고를 일으킨 자 또는 그 보호자 등에게 청구할 수 있다.

1. 피공제자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 학교안전사고가 발생한 경우
2. 피공제자 또는 공제가입자가 아닌 자의 고의·과실로 인하여 학교안전사고가 발생한 경우

제45조(다른 보상·배상과의 관계)

② 수급권자가 다른 법령에 따라 이 법의 공제급여에 상당하는 보상 또는 배상을 받은 경우 공제회는 그 보상 또는 배상의 범위 안에서 이 법에 따른 공제급여를 지급하지 아니한다.

국민건강보험법 제58조(구상권)

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

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

산업재해보상보험법 제87조(제3자에 대한 구상권)

① 공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.

② 제1항의 경우에 수급권자가 제3자로부터 동일한 사유로 이 jq의 보험급여에 상당하는 손해배상을 받으면 공단은 그 배상액을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 환산한 금액의 한도 안에서 이 법에 따른 보험급여를 지급하지 아니한다.

- 위 규정들을 합하여 보면, 학교안전공제회, 국민건강보험공단, 근로복지공단은 수급권자가 다른 법령에 따라 보상 또는 배상을 받는 경우에는 공제급여 또는 보험급여를 지급하지 않고, 자신의 먼저 지급한 경우에는 제3자에게 구상할 수 있음. 즉,

- 학교안전공제회, 국민건강보험공단, 근로복지공단 ⇨ 책임보험자에게 구상 가능
- 책임보험자 ⇨ 학교안전공제회, 국민건강보험공단, 근로복지공단에게 구상 불가

▣ 가해자(피공제자)가 경과실이어서 가해자(피공제자)에게 구상할 수 없는 경우에도, 위와 같은 원칙이 유지되는가?

○ 국민건강보험법, 산업재해보상법상 가해자에게 구상권이 없는 경우도 있는바, 이러한 경우에도 책임보험자에 대한 구상을 인정하고 있음

▶ [참고판례①] 국민건강보험공단은 (가해자에게 구상할 수 없어도) 책임보험자에게 구상 가능

○ "국민건강보험법 제53조 제1항[67]의 … 제3자에는 피해자에 대한 직접의 가해자뿐만 아니라 법률의 규정 또는 계약에 의해 당해 가해자의 행위에 대하여 손해배상책임 등을 지는 자도 포함된다고 보아야 할 것이고, … 피해자에게 인정되는 책임보험자에 대한 직접청구권은 피해자가 책임보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권으로서 가해자에 대한 손해배상청구권과는 별개의 권리라 할 것이므로, 자동차손해배상보장법 제9조 제1항 및 상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에 대하여 직접 손해배상책임을 지는 **책임보험자**는 교통사고의 가해자가 국민건강보험법 제53조 제1항의 제3자에 해당되는지 여부와 상관없이 **제3자에 포함**된다." (대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다1878 판결)

○ 위 판결은 국민건강보험공단이 피해자에게 보험급여를 지급하였으나 가해자가 피해자의 동거가족인 남편이어서 구상을 할 수 없는 사안임

▶ [참고판례②] 근로복지공단은 (가해자에게 구상할 수 없어도) 책임보험자에게 구상 가능

○ "산업재해보상보험법 제54조 제1항[68] 본문에 규정된 제3자라 함은 보험자, 보험가입자(사업주) 및 해당 수급권자를 제외한 자로서 피해 근로자와 산업재해보상보험관계가 없는 자로 피해 근로자에 대하여 불법행위책임 내지 자동차손해배상 보장법이나 민법 또는 국가배상법의 규정에 의한 손해배상책임을 지는 자를 말한다. 나아가 교통사고의 가해자에 대하여 자동차손해배상 보장법 제3조에 의한 손해배상책임이 발생한 경우, 자동차손해배상 보

---

67) **구 국민건강보험법 제53조(구상권)**
① 공단은 제3자의 행위로 인한 보험급여사유가 발생하여 가입자에게 보험급여를 한 때에는 그 급여에 소요된 비용의 한도내에서 그 제3자에 대한 손해배상청구의 권리를 얻는다.
현 국민건강보험법 제58조(구상권)
① 공단은 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 경우에는 그 급여에 들어간 비용 한도에서 그 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다.

68) **구 산업재해보상법 제54조(제3자에 대한 구상권)**
① 공단은 제3자의 행위에 의한 재해로 인하여 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다. (후략)
현 산업재해보상법 제87조(제3자에 대한 구상권)
① 공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.

장법 제9조 및 상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 책임보험자에 대한 직접청구권은 피해자가 책임보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권으로서 가해자에 대한 손해배상청구권과는 별개의 권리라 할 것이므로, 자동차손해배상 보장법 제9조 제1항 및 상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에 대하여 직접 손해배상책임을 지는 **책임보험자**는 교통사고의 가해자가 산업재해보상보험법상 제3자에 해당되는지 여부와 상관없이 **제3자에 포함**된다." (대법원 2007. 1. 25. 선고 2006다60793 판결)

○ 위 판결은 근로복지공단이 피해자에게 보험급여를 지급하였으나 가해자가 피해자의 동료근로자여서 구상을 할 수 없는 사안임

▶ 경과실의 경우에도 학교안전공제회에 구상권이 인정되어야 함

○ 학교안전공제회의 경우에도 제도의 취지나 성격은 국민건강보험공단이나 근로복지공단과 큰 차이가 없을 것으로 생각됨

○ 위 두 개의 판결은 직접청구권을 근거로 설시하고 있어서 약간의 차이가 있기는 하나, 위와 같은 법리의 연장에서 학교안전공제회는 경과실의 경우에도 책임보험자에 대하여 구상권을 갖는다고 봄이 타당할 것임

5 대법원 2019. 12. 13. 선고 2018다290825 판결 [소유권말소등기]

▣ 사안의 개요

○ 구 임야대장에 甲이 소유권을 이전받은 것으로 기재되어 있는 종전 토지가 분할되고 그 일부가 등록전환되어 토지대장이 작성됨

○ 그 후 피고(대한민국)가 등록전환된 이 사건 토지에 관하여 소유권보존등기를 마쳤는데, 이 사건 토지에 대한 구 토지대장(부책식)에는 甲이 소유자로 기재되어 있고, 카드식으로 작성된 구 토지대장에도 구 임야대장의 내용과 동일한 시점에 甲이 소유권을 취득한 것으로 기재되어 있는 사안임

○ 원고는 피고를 상대로 소유권말소등기절차 이행을 구함. 원심은 구 임야대장상 기재에는 권리추정력을 인정할 수 없다는 이유로 원고의 선대인 A와 甲이 동일인으로서 이 사건 토지의 소유자라는 원고의 주장을 배척함. 대법원은 이 사건 토지에 대한 구 토지대장상 소유자란 기재의 권리추정력이 인정될 여지가 있다고 보아 파기환송

▣ 구 임야대장의 작성시기

○ 원심은 구 임야대장을 한국전쟁 이후에 임의로 복구한 것으로 보았으나, 대법원은 일제 강점기 때 작성된 것이라고 판시하였음

- 구 임야대장이 증거로 제출되면 권리추정력이 없다고 섣불리 예단할 것이 아니라, 그 작성시기가 언제인지를 주의 깊게 보아야 함

○ "일본어가 부동문자로 인쇄되어 있음" ⇨ 임야대장 작성 시기를 알 수 있는 유력한 증거

- 당시 붓글씨를 쓰던 시절이었으므로 명판을 사용하였음
- 해방된 이후에 대장을 작성할 때 일본어로 된 명판을 사용하였을 가능성이 없음

▣ 일제 강점기 시절 토지대장 기재에 관한 근거법령을 잘 알아둘 필요가 있음

○ "구 임야대장규칙(1920. 8. 23. 조선총독부령 제113호) 제2조에 의하여 준용되던 구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조는 소유권 이전에 관해서는 등기공무원의 통지가 없으면 임야대장에 등록할 수 없도록 정하고 있다. 당시의 임야대장에 누군가에게 소유권이 이전된 것으로 등재되어 있다면 임야에 관해 이미 그 명의로 이전등기가 마쳐져 있었고 등기공무원의 통지에 의하여 임야대장에 등재된 것으로 보아야 한다." (대상판결)

○ 토지대장과 부동산등기의 관계

- 소유권보존등기: 先 대장 ⇨ 後 등기
- 소유권이전등기: 先 등기 ⇨ 後 대장

⑥ 대법원 2019. 12. 13. 선고 2019다259371 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 피고 소유인 건물에 화재가 발생한 후 건물의 임차인인 원고가 임대인인 피고를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기함

○ 원심은 위 건물의 다른 임차인이 피고를 상대로 임대차계약상 수선의무 불이행을 원인으로 한 손해배상을 구한 관련사건에서 위 화재에 관하여 피고의 손해배상책임을 인정하는 내용의 제1심판결이 선고될 무렵에 원고가 화재의 원인 및 공작물 설치·보존상의 하자에 기한 손해배상책임의 요건사실에 관하여 구체적으로 인식하게 되었다고 보아 원고의 손해배상청구권이 시효(3년)로 소멸하였다고 봄. 대법원은 관련사건의 판결이 확정된 때에 비로소 불법행위의 요건사실을 현실적·구체적으로 인식하였다고 볼 여지가 있다는 이유로 파기환송

▣ "손해 및 가해자를 안 날"의 판단 ⇨ '규범적 판단'이 더 중요함

○ 악의, 선의 여부는 피해자의 주관적 인식의 문제로서 사실 인정의 문제임

○ 그러나 결국 재판에서는 법원이 '규범적으로 판단'해야 함

- 설령 원고(피해자)가 당사자본인신문에서 화재감정서를 보고 피고(임대인)에게 잘못이 있다는 것을 확신했다고 증언하였더라도 그와 같은 원고의 주관적 인식만을 갖고 '손해 및 가해자를 알았다'라고 판단할 수는 없는 것임

▣ 일반적으로 소멸시효, 제척기간의 경우 '안 날'은 관련사건 재판이 계속 중이면 '판결 확정시'라고 보아야 함

▶ 원심판결의 문제점

○ 원심판결은 '안 날'을 '제1심판결 선고 무렵'이라고 판단한 근거로 "제1심판결 선고 이후 새로이 제출할 수 있는 특별한 증거가 존재할 수는 없는 상황이었던 점"을 들고 있음

○ 그러나 새로이 제출할 수 있는 특별한 증거가 존재하는지 여부는 재판을 끝까지 해 보아야 아는 것이고, 재판이 다 끝난 뒤 사후적으로 돌이켜 보았을 때 새로이 제출할 특별한 증거가 존재하지 않았으니 제1심판결 선고 무렵 알았다고 평가하는 것은 부당함

▶ 원심판결은 소멸시효제도의 취지에도 반함

○ 소멸시효제도의 취지는 '권리 위에 잠자는 자를 보호할 필요가 없다는 것'임

○ 단기소멸시효의 기산점을 규범적으로 판단할 때 '피해자가 권리 위에 잠을 잤는지 여부'를 보아야 함

○ 제1심판결이 선고되더라도 항소심에서 뒤집히는 경우가 많음

○ 따라서 원고(피해자)는 관련사건의 2심, 3심을 지켜보아야 했던 상황이었으므로 제1심판결 선고 이후 '권리 위에 잠을 잔 것으로 볼 수 없음'

7 대법원 2019. 12. 13. 선고 2019다267464 [소유권말소등기]

▣ 사안의 개요

○ 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법에 의하여 원고의 숙부 甲 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌다가 증여를 원인으로 甲의 처 乙 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 부동산을 피고(순천시)가 乙로부터 협의취득하여 소유권이전등기를 마침

○ 원고가 乙과 피고를 상대로 위 부동산에 관한 甲 명의의 소유권보존등기는 특별조치법에 따라 적법하게 마쳐진 것이 아니어서 무효이고, 乙과 지방자치단체 명의의 각 소유권이전등기 역시 무효인 소유권보존등기에 근거한 것이어서 무효라며 위 각 소유권이전등기의 말소를 구함. 이에 피고가 등기부 시효취득을 주장하였음

○ 원심은 피고의 경우 일반 개인 사이의 거래와는 달리 등기부 기재를 믿고 취득하였다는 사정만으로는 점유에 과실이 없었다고 인정할 수 없다고 보아 피고의 위 주장을 배척함. 대법원은 매수인이 국가나 지방자치단체라고 하여 달리 볼 것은 아니라는 이유로 파기환송

▣ 쟁점: 등기부시효취득을 주장하는 국가나 지방자치단체의 무과실 인정 여부

▣ 원심이 판단의 근거로 삼은 대법원 판결

○ "만일 등기부의 기재 또는 다른 사정에 의하여 매도인의 처분권한에 대하여 의심할 만한 사정이 있거나, 매도인과 매수인의 관계 등에 비추어 매수인이 매도인에게 처분권한이 있는지 여부를 조사하였더라면 별다른 사정이 없는 한 그 처분권한이 없음을 쉽게 알 수 있었을 것으로 보이는 경우에는, 매수인이 매도인 명의로 된 등기를 믿고 매수하였다 하여 그것만으로 과실이 없다고 할 수 없다." (대법원 2016다248424 판결)

▣ 국가, 지방자치단체의 악의, 무과실의 판단 기준 ⇨ '관련 업무를 담당하는 공무원'

▶ 악의, 무과실은 '관련 업무를 담당하는 공무원'을 기준으로 판단하는 것이 타당함

○ "국가가 조세채권을 피보전채권으로 하여 체납자의 법률행위를 대상으로 채권자취소권을 행사할 때에, 제척기간의 기산점과 관련하여 국가가 취소원인을 알았는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 조세채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 세무공무원의 인식을 기준으로 판단하여야 하고, 체납자의 재산 처분에 관한 등기·등록 업무를 담당하는 다른 공무원의 인식을 기준으로 판단하여서는 아니 된다." (대법원 2015다247707 판결)

○ 다만, 위 판례는 사해행위취소의 제척기간 기산점(악의)에 관한 판례이고, 국가 또는 지방자치단체의 과실 유무를 담당공무원을 기준으로 한다는 명확한 판례가 있는 것은 아님

▣ **이 사건의 경우**

○ 지방자치단체는 사경제주체로서 토지를 매수(협의취득)한 것임

○ 토지를 매수하는 공무원이 보증서를 확인할 주의의무까지는 없음

- 보존기간이 이미 도과하여 보증서는 이미 폐기되었을 가능성도 있고, 보증서를 확인하더라도 그것만으로는 권리관계에 문제가 있다는 것을 알기도 어려움

2020. 2. 15.자 공보 [2020. 5. 8. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 [공사대금]

◈ 사안의 개요

○ 피고는 농산물 종합유통센터 신축공사에 관하여 도급계약을 체결하였는데, 이 사건 공사에 관하여는 주식회사 甲을, 나머지 소방공사 부분에 관하여는 乙 주식회사를 각 계약상대자로 함. 이 사건 도급계약에 포함된 공사계약 일반조건에는 채권양도금지특약이 있었음

○ 甲은 이 사건 공사를 완료하지 못한 상태에서 부도처리되었고, 피고는 甲을 상대로 공사계약 일반조건에 따라 도급계약을 해제한다는 의사를 표시하였고, 그 의사표시가 甲에게 도달함

○ 그런데 甲이 이 사건 공사대금 채권 중 일부를 丙과 丁에게 양도함

○ 甲에 대하여 파산선고가 내려지고 원고가 파산관재인으로 선임되었음

◈ 판결요지 [1] 기성금

○ 기성고 비율(= 기시공 부분에 들어간 공사비 / 기시공 부분에 들어간 공사비 + 미시공 부분에 들어갈 공사비) × 약정한 총공사비

- 계약 체결시 얼마나 유리한 계약을 했느냐에 따라 실제 어느 정도 손해가 보전되는지가 달라지게 됨
- 기성금 계산을 위하여 영수증을 일일이 더해볼 필요는 없음

◈ 판결요지 [2] 양도금지특약에 위반한 채권양도의 효력

▣ 대법원은 기존 판례 이론을 유지하는 것으로 결론을 냄

○ 당사자의 의사표시에 의한 채권양도금지 특약은 제3자가 악의인 경우는 물론 제3자가 채권양도금지특약을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 채권양도금지 특약으로써 대항할 수 있고, 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도금지 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·증명하여야 한다. 그리고 민법 제449조 제2항 단서는 채권양도금지 특약으로써 대항할 수 없는 자를 '선의의 제3자'라고만 규정하고 있어 채권자로부터 직접 양수한 자만을 가리키는 것으로 해석할 이유는 없으므로, 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자로 위 조항에서의 선의의 제3자에 해당한다. 또한 선의의 양수인을 보호하고자 하는 위 조항의 입법 취지에 비추어 볼 때, 이러한 선의의 양수인으로부터 다시 채권을 양수한 전득자는 선의·악의를 불문하고 채권을 유효하게 취득한다(대법원 2012다118020 판결).

▶ **판례는 제3자가 중과실인 경우에도 보호하지 않음**

○ '중과실'이라는 단어는 상법전에는 자주 등장하나, 민법전에는 거의 없음

○ 판례는 채권양도는 악의는 물론, 중과실도 보호를 하지 않는 판례를 만들었는데, 이는 입법에 가까운 판례임

○ 통정허위표시와 채권양도금지특약는 모두 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'라고 규정하고 있는데, 판례는 통정허위표시에서는 중과실을 보호하면서, 채권양도금지특약에서는 중과실을 보호하지 아니함

▶ **[참고] 압류 및 전부명령을 받으면 악의의 제3자이더라도 유효임**

○ 당사자 사이에 양도금지의 특약이 있는 채권이라도 압류 및 전부명령에 따라 이전될 수 있고, 양도금지의 특약이 있는 사실에 관하여 압류채권자가 선의인가 악의인가는 전부명령의 효력에 영향이 없다(대법원 2001다71699 판결)

○ 아래 소수의견의 근거 중 하나임

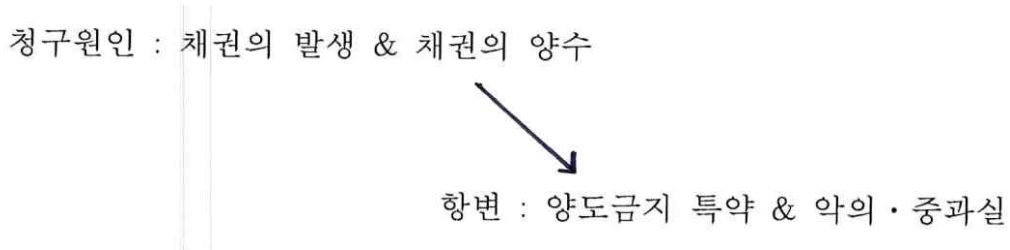
▣ **물권적 효과설(판례 · 다수의견) vs 수정 채권적 효과설(소수의견)[69]**

▶ **두 견해는 권리의 귀속 측면에서 차이가 있음**

○ 물권적 효과설 ⇨ 1 양수인이 악의·중과실이면 채권양도는 무효, 채권자는 양도인
2 양수인이 선의·경과실이면 채권양도는 유효, 채권자는 양수인

○ 수정 채권적 효과설 ⇨ 양수인이 악의이더라도 채권양도는 유효, 채권자는 양수인
다만, 채무자는 악의·중과실인 제3자에게 대항 가능함

▶ **양수인이 청구하는 경우 : 차이 ×**



○ 채무자의 항변이 받아들여지면 기각이고, 채무자가 악의·중과실 증명에 실패하여 항변이 받아들여지지 않으면 원고 승소임

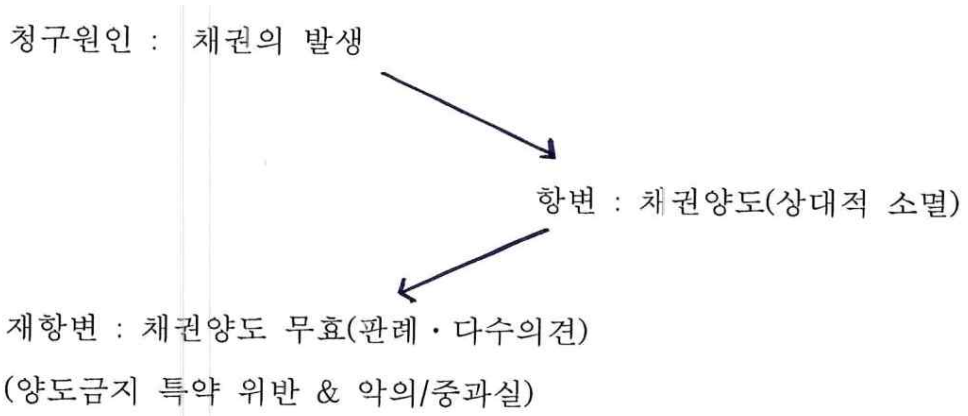
○ 두 견해는 입증책임에 있어서도 동일함

▶ **양도인이 청구하는 경우(대상판결의 경우) : 차이 ○**

○ 판례에 의하면 양도금지특약 위반은 재항변이 되고, 재항변이 받아들여지면 원고 승소 판결이 나가게 됨

---

69) 전원열, "채권양도금지 특약의 효력", 민사법학 75호(2016년 6월), 한국사법행정학회



○ 소수의견은 채권양도는 양수인의 악의에도 불구하고 유효이고, 채무자는 양수인에 대하여 양도금지특약 위반을 주장하여 이행을 거절할 수 있을 뿐이라고 봄. 즉, 소수의견에 의하면 재항변은 주장 자체로 이유 없고, 청구는 기각되어야 함

▶ 소수의견은 채권양도의 자율성을 중요시하는 시대적 흐름에 따라 등장한 견해임

○ 물권법은 그 나라의 전통에 따라 전세계적으로 엄청난 차이가 있음

- 예컨대, 우리나라와 일본은 건물을 독립한 부동산으로 취급하는 반면, 미국은 건물을 토지의 부착물로 볼 뿐 별개의 부동산으로 취급하지 않음

○ 채권은 전세계적으로 통합되는 경향이 있어 global standard가 점점 더 중요해지고 있음

○ 채권양도의 자율성을 인정하는 나라가 늘어나고 있으며, 그 중요성도 점점 커짐

○ 우리나라도 2015년에 자산유동화로 거래된 채권액이 79조 원에 달함

- 자산유동화란 채권을 마치 물건처럼 사고파는 것을 말함
- 채권을 양수도하는 단계에서 양수인이 악의이면 무효라고 보아 법정에서 일일이 양도금지특약에 대한 악의 여부를 심리하기 시작하면 낭비가 됨. 법률에 의하여 개별적 통지의무가 면제되기도 함
- 소수의견의 주요한 논거임

▶ 입법연혁에 비추어 보면 물권적 효과설이 더 타당함
(전원열 교수, "채권양도금지 특약의 효력" 논문 참조)

○ 독일의 경우

- 독일민법은 초안에서는 채권적 효력설의 입장을 취함
- 그런데 독일의 저명한 학자인 빈트샤이트가 채권과 양도금지특약은 별개가 아니라 양도금지특약은 그 자체로 채권의 한 내용이라는 이유로 물권적 효력설을 주장하였고, 빈트샤이트의 의견이 받아들여짐
- 이후 법이 잘못됐다는 비판이 생기자, 독일은 상행위 채권에 관하여는 양도금지특약을 하더라도 양수인에게 효력이 없다는 내용으로 상법을 개정하여 문제를 일부 해결함

○ 일본의 경우

- 일본은 독일민법을 최종적으로 채택함으로써 물권적 효력설에 따라 입법을 함

○ 우리나라의 경우

- 일본민법을 그대로 받아들임

○ [참고] 프랑스의 경우

- 명시적인 법률규정은 없고, 양도금지특약이 있더라도 양수인이 금지특약의 당사자가 아닌 이상 채무자가 양수인에게 그 특약을 이유로 대항하지 못한다고 봄

▶ 현행법상 물권적 효과설이 불가피한 해석임

○ 채권적 효과설은 결국 개정론에 가깝고, 채권적 효과설에 의하더라도 조항 전체를 삭제하는 것이 타당함

○ 현행법에서 악의·중과실인 양수인을 보호하지 않는 규정을 두고 있으므로, 수정 채권적 효과설에 의하면 실무자 입장에서는 상당히 복잡하고 불안정한 문제가 발생할 수밖에 없음

- 예컨대, 양도인이 청구를 하고 양수인이 독립당사자참가를 한 경우에는, 수정 채권적 효과설에 의하면 신의성실의 원칙에 따라 해결할 수밖에 없게 되어 결론이 쉽게 나지 않는 반면에, 물권적 효과설에 의하면 양수인이 악의·중과실인지 여부에 따라 채권자가 정하여지므로 간명함

2 대법원 2019. 12. 24. 선고 2015다254873 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고 회사(대전문화방송 주식회사)에 기간제 근로자로 입사하여 근무하였는데, 근무기간 2년이 경과하고 나서 피고 회사와 사이에 기간제 근로자였을 때와 동일한 형식의 근로계약서를 작성하였고, 정규직 근로자와 비교하여 적은 임금을 지급받았음

▣ 원심의 판단

○ 원심은 종전 두 개의 판례를 근거로 정규직 근로자로 전환된 원고들이 전환 후 피고 회사와 사이에 체결한 고용계약서가 유효하다고 보았음

- 취업규칙은 같은 사업장에 소속된 모든 근로자에 대하여 일률적으로 적용되어야 하는 것은 아니고, 사용자는 근로자의 근로조건, 근로형태, 직종 등의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있다(대법원 98다11628 판결)
- 취업규칙이란 복무규율과 임금 등 근로 조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것이므로 개별 근로계약에서 복무규율과 근로 조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 이 또한 취업규칙에 해당한다(대법원 97다24511 판결)

▣ 대법원은 기간제 근로자와 정규직 근로자를 차별하면 안 된다는 법리를 선언함

▶ 대법원은 선언적 규정을 근거로 위 법리를 만들었음

○ 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제8조 제1항 : 사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다.

▶ 업무의 차이로 인한 차별 등 합리성이 있는 부분은 유효하나, 호봉과 같이 업무와 상관이 없는 차별은 무효임

▶ 기간제 근로자에서 정규직 근로자로 전환된 자들을 보호하는 획기적인 판결임

▣ [참고] 파견직 근로자 vs 기간제 근로자

▶ 파견직 근로자는 기간제 근로자의 경우와 달리 근로자로 근무한 후 2년이 경과하면 사용사업주가 파견직 근로자를 '고용하여야 한다'고 입법하였음

○ 파견직 근로자 : 사용사업주는 제6조 제2항을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다(파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항 제3호)

○ 기간제 근로자 : 사용자는 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초

과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다(기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제2항)

▶ **파견직 근로자는 고용의 의사표시를 구하는 청구를, 기간제 근로자는 고용관계 확인청구를 하여야 함**

3 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결 [영업비밀침해금지및계약위반행위금지등]

▣ 사안의 개요

○ 원고1은 미합중국 법인이고, 원고2는 일본국 법인으로서 원고1의 자회사임

○ 원고2는 원고1로부터 공정에 관한 라이선스 계약을 체결할 권한 등을 부여받았고, 피고와 엔지니어링 계약을 체결함

○ 피고는 위 엔지니어링 계약에 따라 엔지니어링 디자인 설명서 등을 제공받아 용연 1공장을 완공하고, 공장을 가동하여 프로필렌을 생산함. 이후 피고는 원고들과 합의하여 엔지니어링 계약을 해지하였음

○ 피고는 용연 1공장 부지 내에 이 사건 공장을 신축하였고, 그 무렵부터 원심판결 변론종결 시까지 이 사건 공장을 가동하여 프로필렌을 생산함

○ 원고들은 피고를 상대로 영업비밀 침해행위 또는 부정경쟁행위에 해당한다는 이유로 이 사건 공장의 가동 중단과 손해배상 등을 청구하였음

○ 원심은 피고가 이 사건 공장의 가동을 중단하고 손해를 배상할 의무 등이 있다고 판단하였는데, 대법원은 원심이 준거법을 간과하였다는 이유로 파기환송

▣ 한쪽 당사자가 외국인 또는 외국법인일 경우 준거법을 생각해봐야 함

○ 제1심 및 원심에서는 준거법에 관한 다툼이 없어서 준거법을 고려하지 않았음

○ 준거법은 법원의 직권조사사항이므로, 원심은 파기될 수밖에 없음

○ 당사자 사이에 약정이 있으면 약정에 따라, 약정이 없는 경우에는 국제사법에 따라 준거법을 판단하여야 함

▣ 피고의 소송수계신청을 기각한 것은 의문이 있음

○ 소송수계는 대법원 단계에서도 가능함

○ [참고] 실질적인 변론이 필요한 소송참가(승계참가, 인수참가)는 법률심인 대법원 단계에서 할 수 없음

○ 단, 상고이유서 제출기간이 지난 다음에 소송수계신청을 할 경우, 그 소송수계신청을 받아들이지 않는다는 것이 판례의 태도임

○ 대상판결은 원심판결을 파기환송한 것이므로 환송을 받은 법원이 소송수계신청을 채택할 수 있도록 소송수계신청을 놔두는 것이 적절하였을 것으로 생각됨

④ 대법원 2019. 12. 27. 선고 2015다78857 판결 [채무부존재확인등]

▣ 사안의 개요

○ 피고(스포츠센터 운영회사)는 특별회원들인 원고들로부터 일반회원의 2배가 넘는 가입비를 받아 스포츠센터의 개관에 필요한 초기 자금을 마련하였고, 피고는 원고들에게 연회비를 부과하지 않기로 함

○ 피고는 원고들에게 이 사건 회칙 제17조(각종 회비는 공과금의 증액과 물가 및 기타 경제적 여건의 변동 등을 고려하여 조정할 수 있다. 단, 기 납부된 회비에 대하여는 그 권리를 인정한다.)를 근거로 연회비를 매년 납부하거나 추가 보증금을 일거에 납부할 것을 요구함

▣ 대상판결 검토

▶ 피고와 원고들 사이에 스포츠센터 사용을 위해 체결한 스포츠시설 이용계약(무명계약)에 관한 것임

○ 익숙하지 않은 사건을 맡게 되더라도, 먼저 민법 일반론으로 접근을 해보고, 다음으로 가장 기본이 되는 법률관계가 무엇인지를 생각해보는 것이 좋음

○ 회칙이라는 용어를 사용했다고 해서 이 사건 계약의 성격을 사단가입계약과 같은 것으로 볼 수는 없음

▶ 대법원은 당사자 사이에 증액에 관한 약정을 했어도 합리적인 범위 내에서만 증액할 수 있다고 보았음

○ 이 사건 회칙 제17조는 계약 체결 당시 당사자들의 합리적인 의사에 따라 해석함이 타당함

○ 원고들이 이 사건 계약을 체결할 당시 계약서에 피고에게 피고가 증액한 돈을 납입한다고 썼더라도, 당사자들은 합리적인 범위 내에서만 증액할 것이라 생각했을 것임

○ 예컨대, 식당에 갔을 때 음식 가격을 '시가'로 써붙여 놓은 경우와 유사함. 일반적으로 사회에서 이루어지는 계약의 상식적인 사례를 확인한 판결임

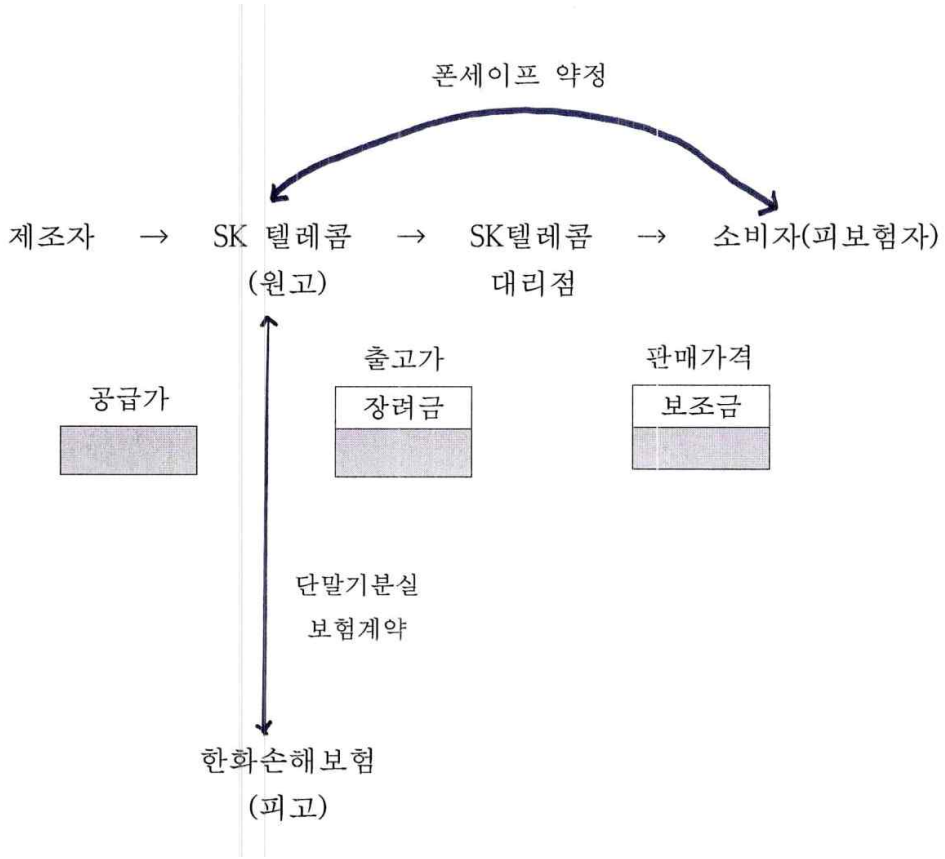
○ 스포츠센터가 조기 폐업해서 기지출한 비용을 돌려받을 수 없는 위험을 감수하고 많은 비용을 지출한 원고들의 위험부담을 간과한 잘못이 있다는 이유로 원심을 파기함

- [참고] 헬스클럽 시설주체의 연회비 인상이 객관적으로 보아 합리적인 범위를 벗어나 부당한 것이 아닌 이상, 상당한 기간을 정하여 인상된 연회비의 납부를 최고하고 그 회비 미납 및 클럽의 질서 교란 등을 이유로 클럽시설이용계약을 해지한다는 의미에서 관련 회원들을 제명처분한 것이 정당하다고 한 사례도 있음(대법원 95다35098 판결)

○ 대상판결은 대법원에서 4년이 걸렸는데, 원심에서의 패소에 따라 스포츠센터를 그만둔 사람들도 꽤 있을 것으로 생각됨. 재판을 신속하게 하는 것이 당사자의 권리구제 측면에서 보다 정의를 실현하는 것으로 생각함

5 대법원 2019. 12. 27. 선고 2016다224428, 224435 판결 [보험정산금 · 부당이득금]

▣ 사안의 개요



▣ 대상판결 검토

▶ 사건의 경위

○ 원고는 제조자로부터 약 40만 원 정도에 휴대폰을 구입한 후, SK텔레콤 대리점에 같은 가격으로 공급하였고, SK텔레콤 대리점은 소비자(피보험자)에게 출고가를 약 80만 원이라고 속여 판매함

- 전산상 및 인터넷상 출고가는 모두 약 80만 원으로 표기되어 있고, SK텔레콤 대리점도 소비자에게 출고가가 약 80만 원이라고 설명함
- SK텔레콤 대리점은 소비자에게 일정 조건(예컨대, 3년 약정)을 부가한 계약을 체결하면 40만 원을 보조금으로 지급함. 실제로는 SK텔레콤 대리점이 원고에게 보조금으로 40만 원을 지급하고, 원고는 SK텔레콤 대리점에게 장려금으로 40만 원을 지원하는 형식으로 처리하였음

○ 공정거래위원회는 40만 원 짜리 휴대폰이 거래되었음에도 대외적으로 출고가를 80만 원으로 하여 판매한 것이 소비자에 대한 기망이라는 이유로 원고에게 시정명령 및 과징금납부

명령을 하였고, 공정거래위원회의 처분이 타당하다는 판결이 확정되었음(대법원 2014두15047 판결)

▶ 대상판결은 약정상 보상한도를 정하는 기준인 '出庫價'의 해석문제임

○ 원고와 피고는 출고가를 기준으로 보험계약상 보상한도를 정함

○ 원고는 대외적으로 공표한 출고가인 80만 원을 기준으로 계약을 체결한 이상 위 금액을 기준으로 정산하여야 한다는 것이고, 피고는 실제 출고가는 40만 원이므로 실제 출고가에 따라 정산을 해야 된다는 것임

▶ 형평의 관점상 원고의 주장과 같이 대외적으로 공표한 출고가인 80만 원을 기준으로 '출고가'를 해석하는 것이 타당함

○ 출고가는 그 문언상 '물품을 출고할 때의 가격'을 의미하는 것이므로, 제조자가 원고에게 판매한 금액을 출고가로 보는 것이 일견 타당해 보이기는 함

○ 그러나 재판을 하는 데 있어 판사가 추구해야 하는 첫 번째 기준 및 목표는 당사자 사이의 형평이고, 다음으로 형평을 뒷받침하고 설득할 수 있는 법 논리를 고민해봐야 함

- 다만, 상당한 시간이 경과한 후에도 스스로 생각한 형평에 따른 결론이 법리로서 설명이 되지 않는다면, 본인이 생각한 형평이 잘못됐다고 추정하고 법리에 따라 판단해야 함

○ 이 사건에서 원고가 모든 소비자를 피보험자로 하여 피고와 보험계약을 체결하였음(즉 보험사고를 당한 사람뿐만 아니라 보험사고를 당하지 않은 사람도 모두 보험가입이 되어 있음)

○ 보험회사인 피고는 보험사고의 가능성을 가지고 비용을 계산한 후, 그와 같이 도출된 금액에 관리비, 이윤을 얹어서 보험료를 책정할 것임

- 예컨대, 2012년 8월부터 2013년 11월까지 발생한 보험금은 약 848억 원인데, 피고의 예측이 정확하였다면 보험료는 848억 원에 보험회사의 이윤을 더한 금액 전후였을 것임

○ 따라서 피고가 보험금을 과다 지급함으로 인한 손해는 보험료를 과다징수한 이득과 서로 상계되는 관계에 있으므로 피고가 손해를 입을 일이 없음(혹 현실적으로 피고가 보험료 이상의 보험금을 지급하는 손해를 입었다면 이는 보험사고의 발생율을 잘못 계산한 피고의 잘못으로 인한 것일 뿐이고, 계약위반과는 아무 상관이 없음)

▶ 만일 피고의 주장을 받아들인다면 피고는 위 기간 동안 400억에 가까운 부당이득을 하게 되는 것임

▶ 이번 사태로 인하여 손해를 입은 자가 있다면 휴대폰을 잃어버리지 않은 소비자들일 것임 (∵ 과대 책정된 출고가를 기준으로 보험료를 냈음)

⑥ 대법원 2019. 12. 27. 선고 2017다208232, 208249 판결 [선박보험금수령권확인청구의소등 · 공탁금출급권자확인의소등]

▣ 사안의 개요

○ 피고가 소유한 선박의 선체용선자인 원고로부터 선박의 관리를 위탁받은 甲 주식회사가 보험증권상 피보험자를 '소유자 피고, 관리자 甲 회사'로 하여 乙 보험회사와 위 선박에 관하여 선박의 멸실 또는 훼손을 보험사고로 하는 선체보험계약이 포함된 보험계약을 체결함

○ 보험사고 발생 후 피고와 원고가 각각 자신이 정당한 보험금청구권자라며 보험금의 지급을 구하자, 乙 회사가 채권자 불확지를 이유로 보험금을 변제공탁한 사안임

▣ 영국보험법상 '현명되지 않은 본인 또는 노출되지 않은 본인의 법리'에 따라 대리권이 인정되기도 함

○ 현명되지 않은 본인의 법리 : 본인으로부터 보험계약 체결의 대리권을 수여받은 대리인이 상대방에게 본인의 신원을 현명하지는 않았으나 본인의 존재를 노출하여 상대방이 본인의 존재를 알고 있는 경우 현명되지 않은 본인이 보험계약상 권리·의무를 부담할 수 있음

○ 노출되지 않은 본인의 법리 : 대리인과 보험계약을 체결한 상대방이 본인의 존재를 알지 못한 경우에도, 대리인이 그 노출되지 않은 본인으로부터 보험계약 체결에 관한 대리권을 수여받아 보험계약 체결 당시 본인을 위하여 보험계약을 체결한다는 의도를 가지고 있었고, 보험계약의 내용상 노출되지 않은 본인이 계약의 당사자가 되는 것을 금지하는 내용이 없다면 노출되지 않은 본인이 보험계약상 권리·의무를 부담할 수 있음

▣ 대상판결을 외울 필요는 없고, 국제사법 사건은 대리인에게 적용되는 외국법에 관한 해석방법을 증거로 제출하라고 하면 족함

○ 판사는 대리인에게 영국 법리를 찾아보라고 석명하면 됨

○ 대리인은 영국 로펌에 비용을 지급하고 자문을 받아 영국 로펌으로부터 법률서면을 받은 후, 번역문을 첨부하여 법원에 증거로 낼 것임. 법원은 대리인이 제출한 증거를 기초로 판단하면 족함

7 대법원 2019. 12. 27. 선고 2018다37857 판결 [관리비]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 쇼핑몰의 관리단이 이 사건 점포가 위치한 층의 영업품목을 변경하고, 해당 층의 입점상인들을 모두 다른 층으로 이동하는 내용의 결의를 함

○ 대규모점포관리자인 원고는 위 결의에 따라 단전, 단수 등의 조치를 취하였음

○ 이 사건 쇼핑몰의 관리단은 각 층별 영업품목을 기존대로 환원하기로 하는 내용의 2차 결의를 하였으나, 그 시행시기에 관하여는 의결하지 못하는 바람에 단전, 단수 등의 조치가 회복되지 못하였음

○ 원고는 피고에게 2차 결의 이후의 금액을 포함한 관리비를 지급하라는 청구를 함

▣ 관리단과 실제 부동산을 사용·수익하는 자들로 구성된 단체는 구별해야 함

○ 관리단은 아파트, 상가, 대규모점포를 불문하고 집합건물에 해당하면 그 구분소유자들을 구성원으로 하여 자동으로 구성되는 것임

○ 반면에, 실제 부동산을 사용·수익하는 자들로 구성된 단체가 존재함

- 아파트 : 실제 거주자의 대표들로 구성된 입주자대표회의가 있음. 입주자대표회의는 입주자들의 모임이 아니라 동 대표들을 구성원으로 함. 관리비를 걷거나 관리인을 두는 등 실제 거주자들의 공통된 이해관계를 조절하는 등의 행위는 모두 입주자대표회의에서 수행함(공동주택관리법에서 규율함)
- 상가 : 이른바 상가번영회가 있음. 상가번영회를 위한 법률규정은 없으므로, 상가번영회는 임의단체임
- 대규모점포 : 대규모점포 등 관리자가 있음(유통산업발전법 12조 2항). 대규모점포는 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 곳 등을 말함(예컨대, 동대문의 두타몰). 실제 영업하는 사람들을 위한 이해관계 조정 기구이고, 대규모점포 등 관리자는 상법상 주식회사로 하게 되어 있음(유통산업발전법 12조 2항 2호 가항). 대규모점포 등 관리자는 구분소유와 관련한 사항에 대하여는 결정할 권한이 없음(유통산업발전법 12조 4항)

아파트	상가	대규모점포
관리단(당연 설립) * 집합건물법	관리단(당연 설립) * 집합건물법	관리단(당연 설립) * 집합건물법
입주자대표회의 * 공동주택관리법		대규모점포 등 관리자 * 유통산업발전법

○ 원고는 '주식회사 ○○○○쇼핑몰관리단'이라는 명칭을 사용하기는 하나, 관리단이 아닌 대규모점포 등 관리자임

▣ **"물권은 채권을 깨뜨린다"는 원칙과 그 예외**

▶ **"물권은 채권을 깨뜨린다"는 원칙은 일반론이고 다른 구제수단이 마땅하지 않을 경우 법률 또는 판례로 예외를 인정할 수 있음**

▶ **예외(물권 승계가 기존 채권관계를 깨뜨리지 못하는 경우)**

○ 주택임대차의 대항력(주택임대차보호법)

○ 체육시설 회원의 보증금 보호(체육시설의 설치·이용에 관한 법률)

○ 독점적·배타적 사용수익권 포기에 관한 법리의 특정승계인(판례)

○ 분양 당시 업종제한약정이 있는 상가의 특정승계인(판례)

- 경매·매매 등으로 업종제한약정을 무력화하는 것을 방지(상가구분소유자 모두에게 이익)

▣ **대상판결 검토**

○ 업종제한약정은 대세적인 효력이 인정되므로, 업종제한에 관한 약정은 수분양자(소유권자)의 권한이고, 소유권에 관한 사항임

○ 실제 관리단에서 업종제한에 관한 사항을 결의하였고, 원고는 관리단의 결의에 따라 이 사건 쇼핑몰을 관리하고 그에 따라 피고에게 관리비를 구하는 것이므로, 피고는 대규모점포 등 관리자인 원고의 청구에 대항할 수 없음. 즉, 피고가 결의의 부당함을 다투는 대상은 관리단이어야 함

○ 관리단의 의결 내지 조치에 따라 한 원고의 조치를 원고가 피고의 사용·수익을 방해한 것으로 보아 그 부분에 해당하는 원고의 관리비 청구를 기각한 원심의 판단이 잘못되었다고 보아 파기환송한 사례임

8 대법원 2019. 12. 27. 선고 2019다218462 판결 [용선료청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 甲 주식회사가 원고들과 그들이 소유하는 각 선박에 관하여 준거법을 영국법으로 하는 정기용선계약을 체결하여 선박을 인도받았다가, 甲 회사에 대한 회생절차가 개시된 후 甲 회사의 관리인이 위 각 계약을 중도해지하고 선박을 원고들에게 돌려주었는데, 그 후 원고들이 甲 회사의 파산관재인 피고를 상대로 정기용선계약에 따른 용선료의 지급을 구함

○ 이에 피고가 원고들에 대한 잔존연료유 대금채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 함

▣ 대상판결은 준거법이 영국법인 정기용선계약에서 '반선(redelivery)'할 때 선박소유자가 선반에 남아 있는 연료유를 인수하고 정기용선자에게 그 대금을 정산하여 지급하도록 정하였는데, 여기에는 정기용선계약의 중도해지 등으로 인하여 선박을 돌려주는 경우 등은 포함되지 않는다고 본 사례임

○ 대상판결의 준거법이 영국법이므로, 법원은 당사자로부터 영국법의 법리에 관한 증거를 제출받아 판단하였음

- 영국의 "The Span Terza(The Span Terza, [1984] 1 Lloyd's Rep. 119.) 판결 : 대상판결에서 문제되는 조항은 NYPE(New York Produce Exchange) 1946 양식을 기본으로 함. 위 판결은 NYPE 제3조는 유류 인수 의무의 발생시기에 대하여 용선계약의 중도해지에 의한 종료를 포함하고 있지 않은 이상, 명시적인 문언의 해석상 해당 규정이 해지의 경우에까지 적용된다고 볼 수 없다고 본 것임

○ 영국법에 의하면, 잔존연료유의 소유권은 피고가 그 비용을 모두 지급하지 못한 이상 정기용선자인 피고에게 유류를 공급한 유류공급업자들에게 있고, 선박소유자인 원고는 피고로부터 선박을 인도받았다 하더라도 그로써 잔존연료유의 소유권을 이전받았다고 볼 수 없으므로, 피고가 원고에게 잔존연료유대금 반환채권을 가지고 있음을 전제로 한 피고의 주장은 이유 없다고 보았음

2020. 3. 1.자 공보 [2020. 5. 29. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 1. 7.자 2017마6419 결정 [등기관의처분에대한이의]

▣ 사안의 개요

○ 신청인은 A의 상속인인데, 피상속인인 A는 등기명의인과 이름이 동일함. 그런데 등기부에 나타난 등기명의인과 A는 이름만 같을 뿐 주민등록번호와 생년월일이 일치하지 않고, 주소도 나타나 있지 않은데, 신청인이 상속을 이유로 소유권이전등기 신청을 한 사안

▣ 대상결정 검토

▶ 대상결정은 특별한 권리구제절차에 해당함

[부동산등기법]
제100조(이의신청과 그 관할)
등기관의 결정 또는 처분에 이의가 있는 자는 관할 지방법원에 이의신청을 할 수 있다.
제101조(이의절차)
이의의 신청은 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 등기소에 이의신청서를 제출하는 방법으로 한다.
제103조(등기관의 조치)
① 등기관은 이의가 이유 있다고 인정하면 그에 해당하는 처분을 하여야 한다.
② 등기관은 이의가 이유 없다고 인정하면 이의신청일부터 3일 이내에 의견을 붙여 이의신청서를 관할 지방법원에 보내야 한다.
제105조(이의에 대한 결정과 항고)
① 관할 지방법원은 이의에 대하여 이유를 붙여 결정을 하여야 한다. 이 경우 이의가 이유 있다고 인정하면 등기관에게 그에 해당하는 처분을 명령하고 그 뜻을 이의신청인과 등기상 이해관계 있는 자에게 알려야 한다.

○ 위와 같은 제도가 없으면 신청인은 공무원의 거부처분에 대한 취소소송(행정소송)을 제기해야 함. 그런데 행정처분 취소로 하지 않고 특별한 규정으로 처리하도록 정한 것이 "등기관의 처분에 대한 이의" 제도임. 심지어 법원이 아닌 등기소에 이의서를 제출하게 되어 있음

○ 등기관이 이의신청서가 이유 있다고 인정하면 바로 그에 해당하는 처분을 해 줄 수 있는데, 이것은 민사소송법상 재도의 고안(민사소송법 446조[70])과 유사한 제도임

▶ 법원은 등기공무원의 형식적 심사권의 범위 내에서만 심리·판단할 수 있음

---

70) 민사소송법 제446조(항고의 처리)
원심법원이 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 그 재판을 경정하여야 한다.

○ 등기공무원은 등기신청에 대하여 실체법상의 권리관계와 일치하는 여부를 심사할 실질적 심사권한은 없고 오직 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 의하여 등기요건에 합당하는지 여부를 심사할 형식적 심사권한밖에는 없음(대법원 94마535 결정)

○ 등기공무원은 형식적 심사권한밖에 없으므로, 신청인으로서는 등기공무원에게 실체법상의 권리를 주장하여 재판에 갈음하여 등기할 수 없고, 신청인이 이의하여 항고, 재항고를 하더라도 이는 등기관의 처분이 적법한지를 심사하는 것이므로, 항고 단계에서 법원이 실체법상 권리관계 유무를 심리·판단할 수 없음

○ 등기공무원이 대상결정과 같이 이름만 동일한 경우임에도 등기를 해 준 경우를 가정하여 보면, 그 등기로 인한 피해자는 국가에 대하여 국가배상청구를 하고, 국가는 그 피해자에게 배상한 다음 그 등기공무원에게 구상을 할 것임. 법원에서는 대비책으로 등기공무원에 대하여 책임보험에 가입하고 있음

2 대법원 2020. 1. 9. 선고 2015다230587 판결 [공사대금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(고양시)와 도급계약을 체결하면서, 아래의 지방자치단체 공사계약일반조건을 계약의 일부로 편입하였음

○ 피고는 원고들에게 '당해 연도 연부액 사업완료 및 향후 사업예산 미반영'을 이유로 당일부터 공사를 정지하라고 통보하면서 '민원 및 긴급사안을 대비하여 최소 5명 이상 상주 인력을 배치할 것' 등을 요청하였고, 원고들은 위 통보에 따라 공사를 정지함

○ 이후 공사계약의 준공일이 다가오자 원고들은 피고에게 계약기간의 연장을 요청하였는데, 피고는 이를 거절함. 이에 원고들은 피고에게 계약금액 조정을 요청하였는데, 오히려 피고는 원고들에게 예산사정으로 계약이행이 불가능하다는 이유로 계약해지를 통보함

▣ 계약의 해석 문제

▶ 문제된 약정은 특별규정이 아니라 별개의 규정에 해당함

지방자치단체 공사계약일반조건
Ⅷ. 계약이행의 지체 및 계약의 해제·해지
6. 공사의 일시정지
다. 가항목의 규정에 의하여 공사를 정지시킨 경우 계약상대자는 계약기간의 연장 또는 추가금액을 청구할 수 없다. 다만, 계약상대자의 책임 있는 사유로 인한 정지가 아닌 때에는 그러하지 아니하다.
라. 발주기관의 책임 있는 사유에 의한 공사정지기간(각각의 사유로 인한 정지기간을 합산하며, 장기계속계약의 경우에는 당해 차수 내의 정지기간을 말함)이 60일을 초과한 경우 발주기관은 그 초과된 기간에 대하여 잔여계약금액(공사중지기간이 60일을 초과하는 날 현재의 잔여계약금액을 말하며, 장기계속계약의 경우에는 차수별 계약금액을 기준으로 함)에 초과일수 매 1일마다 시중은행 일반자금대출금리를 곱하여 산출한 금액을 준공대가 지급시 계약상대자에게 지급하여야 한다.

○ 다항을 근거로 한 추가금액 청구권은 공평의 원칙상 인정되는 실비보상청구권의 일종이고, 라항을 근거로 한 지연배상금 청구권은 수급인이 잔여 공사대금을 그만큼 늦게 지급받게 되는 손해를 보전해 주기 위한 것임. 다항과 라항은 별개의 조항에 해당함

▶ 원심은 형평을 고려하는 과정에서 실수한 것으로 보임

○ 원고들은 의정부지방법원 고양지원에 피고를 상대로, 라항에 따른 20억 원 상당의 지연배상금을 구하는 소(2013가합51872)(이하 '관련 사건')와 다항에 따른 3억 원 상당의 공사대금을 구하는 소(2013가합51865)(이하 '대상판결 사건')를 별도로 제기하였고, 두 소송은 같은 재판부에 배당되었음

○ 1심은 관련 사건은 기각하였고, 대상판결 사건은 인용하였음. 원고들은 관련 사건에 대하여, 피고는 대상판결 사건에 대하여 각 항소하였고, 각 사건들은 서울고등법원의 다른 재판부에 각 배당되었음. 관련 사건이 먼저 선고되었는데, 그 내용은 피고가 원고들에게 4억 원 및 그 지연손해금을 지급하라는 것이었고, 그대로 확정되었음

○ 대상판결 사건에서 원심은 라항을 다항의 특별규정으로 해석하여 원고들의 청구를 기각함

○ 원심은 형평을 고려하여 위와 같은 판단을 한 것으로 생각되나, 그 금액이 적정하다고 하더라도 법률심인 대법원으로서는 다항과 라항의 차이가 뚜렷하여 원심의 판단을 파기할 수밖에 없음

3 대법원 2020. 1. 9.자 2019마6016 결정 [재판기록의열람등제한]

▣ 사안의 개요

○ 신청인은 신청인이 제3자와 체결한 주주간 계약서에 대하여 열람 제한 등을 신청함. 위 계약서에는 계약당사자에 대해 비밀유지의무를 부과할 뿐 아니라 나아가 계약당사자로 하여금 구체적인 의무를 부과하는 한편, 위 조항이 계약 종료 후 3년간 유효하다고 정함으로써 합리적인 기간 내로 그 의무의 부담을 제한하고 있음

○ 제3자인 다른 사건의 소송당사자가 이 사건 기록을 대상으로 문서송부촉탁을 신청하여 채택되었음

▣ 신청에 관한 결정에 대하여 항고하기 위해서는 규정이 있어야 함

[민사소송법]

제163조(비밀보호를 위한 열람 등의 제한)

① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당한다는 소명이 있는 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송기록중 비밀이 적혀 있는 부분의 열람·복사, 재판서·조서중 비밀이 적혀 있는 부분의 정본·등본·초본의 교부(이하 "비밀 기재부분의 열람 등"이라 한다)를 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있다.

2. 소송기록중에 당사자가 가지는 영업비밀(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조제2호에 규정된 영업비밀을 말한다)이 적혀 있는 때

② 제1항의 신청이 있는 경우에는 그 신청에 관한 재판이 확정될 때까지 제3자는 비밀 기재부분의 열람 등을 신청할 수 없다.

④ 제1항의 신청을 기각한 결정 또는 제3항의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

⑤ 제3항의 취소결정은 확정되어야 효력을 가진다.

○ 영업비밀에 대하여는 열람의 제한을 신청할 수 있는 규정이 존재함

○ 위 신청에 관한 재판이 확정될 때까지는 제3자에게 비밀 기재부분을 열람하게 하여서는 안 됨

○ 대상판결은 계약서에 영업비밀에 해당하여 제3자에게 보여주면 안 된다는 내용도 포함되어 있어서, 계약서 뒤에 첨부되어 있는 각종 자료 중에 영업비밀이 포함되어 있을 가능성이 상당히 높으므로 다시 심리하라는 취지임

④ 대법원 2020. 1. 16. 선고 2014다41520 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들과 피고는 주 1일을 주휴일로 정하였고, 원고들은 위 주휴일에는 근로하지 않았음

○ 피고는 원고들에게 주휴수당과 별도로 이 사건 임금산정표에서 정한 바와 같이 만근초과 근로일 중 근로일수 26일(2월은 24일)을 초과한 날에 대해서만 1일 8시간분 기본급의 50%에 해당하는 '휴일수당'을 지급함

▣ 휴일근로수당과 연장근로 문제는 법 개정으로 정리가 되었음

○ 과거 연장근로, 야간근로, 휴일근로시 임금에 50% 가산하도록 되어 있는데, 휴일에 초과근무를 한 경우에는 임금에 100% 가산하여야 하는 게 아닌지가 쟁점이 되었음. 대법원은 휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금이 중복하여 적용될 수 없다고 봄(대법원 2011다112391 전원합의체 판결)

○ 그런데 근로기준법이 2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정됨에 따라, 위 문제는 휴일근로에 대하여는 8시간 이내라면 통상임금의 50%를, 8시간을 초과하는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100%를 가산하여 지급하게 함으로써 입법적으로 해결되었음

▣ 대상판결 검토

○ 개정전 근로기준법이 적용되는 사건인데, 그 내용은 휴일근로와 관련하여 공휴일뿐만 아니라 근로계약에 따라 휴일로 정한 날도 휴일이라는 것임

○ 대상판결은 26일을 초과해야 휴일로 본다는 것임

5 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결 [청구이의의소등]

◈ 사안의 개요

○ 원고1은 근저당권자이고, 원고2는 소유자 겸 채무자로부터 소유권을 취득한 제3취득자임

○ 이 사건 부동산에 관하여 경매개시결정이 있었고, 피고는 유치권신고를 함. 원고들은 피고를 상대로 유치권부존재확인을 구하는 소를 제기하였음

○ 이 사건 부동산은 경락으로 인하여 경락인(원고들 승계참가신청인)에게 소유권이전등기가 이루어졌고, 그 이후 항소심의 변론이 종결되었음

○ 경락인은 항소심 변론종결일 이후 항소심 판결선고일 이전에 항소심 법원에 승계참가 신청을 함

◈ 판결요지 [1] 소송요건

▣ 시기를 기준으로 본 효과 또는 소송행위 가부 등

▶ 1 소장 접수시 ⇨ 시효중단, 제소기간 준수(재판상 형성권 등)

○ 사해행위 취소소송과 같은 재판상 형성권 행사의 제소기간은 소장을 접수한 날이 기준임

▶ 2 소장 송달시 ⇨ 소송 계속(승계참가 등), 중복제소 금지, 제척기간 준수(형성권 행사)

○ 소송 계속

- 소장이 송달되어야 그때부터 양 당사자로 이루어진 재판이 시작됨. 승계참가는 소송 계속 중에 권리를 양수해야 할 수 있으므로, 소장 접수 후 소장 송달 이전에 권리를 승계한 경우라면, 승계참가신청을 하더라도 각하되고, 원고의 청구는 기각될 것임

○ 중복제소 금지

- 사건번호가 아니라 송달일을 기준으로 뒤에 송달된 사건을 각하해야 함

○ 제척기간

- 소장 송달일이 기준이 됨. 형성권은 재판 외 행사가 가능한데, 상대방에게 의사표시가 도달해야 효력이 발생함. 따라서 소장으로 형성권을 행사하는 경우에는 소장의 도달시점을 기준으로 권리행사 여부를 판단해야 하므로, 제소기간과 제척기간은 그 기준시기가 다르게 됨

▶ 3 사실심 변론종결시 ⇨ 기판력 기준 시점

○ 소송물로 주장된 청구권의 존부 판단의 기준시점임

▶ 4 항소심 판결선고시 ⇨ 항소취하, 불복하지 아니한 부분의 확정

○ 항소취하에는 상대방의 동의가 필요하지 않음

○ 항소인이 항소심 판결 선고 결과를 본 이후에 항소를 취하하는 것을 허용할 수는 없음

○ 항소로 이심이 되었으나 불복범위에 포함되지 아니한 부분은 항소심 판결선고시 확정됨

▶ ⑤ 대법원 판결선고시 ⇨ 소 취하, 소송요건 구비(원칙)

○ 소취하는 상대방의 동의가 필요하기 때문에 대법원 판결선고시까지 가능함

○ 소송요건은 원심판단의 당부 문제가 아니라 소송당사자가 재판제도를 이용할 수 있는 자격이 있는지에 관한 문제이므로, 설령 항소심 변론종결시를 기준으로 원심의 실체적 권리관계의 존부에 관한 판단이 타당한 경우이더라도 그 이후 소송요건 흠결이 발생하면 원심을 파기하여야 함

- 원고가 피고를 상대로 관리인해임청구의 소를 제기하였는데, 피고는 항소심 판결 선고일 이후에 관리인의 직에서 사임하였음. 따라서 원고는 더 이상 피고를 상대로 해임을 청구할 법률상 이익이 없음(대법원 2016다231198 판결)

- 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복함. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 함(대법원 2010다64877 판결)

- 소송요건은 증거로 제출되지 않았더라도 참고자료든 준비서면이든 흠결사유가 드러나게 되면 파기사유가 되므로 특히 조심하여야 함

▣ 대상판결 검토

○ 대상판결은 항소심 변론종결 전에 경매절차에서 유치권이 주장되었으나 소유부동산 또는 담보목적물이 매각되어 소유자와 근저당권자가 더 이상 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없게 되어 소송요건 흠결 사유가 발생한 경우임

◈ 판결요지 [2], [3] 유치권 부존재 확인의 소에서의 확인의 이익

▣ 유치권부존재확인 소송은 확인의 이익이 있다는 것이 확립된 판례의 태도임

○ 저가낙찰로 인해 원고의 배당액이 줄어들 위험은 경매절차에서 근저당권자인 원고의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로 위 불안을 제거하는 원고의 이익을 단순한 사실상·경제상의 이익으로 볼 수 없고, 근저당권자인 원고는 그만큼 배당받을 금액이 줄어들어 원고에게는 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존재확인의 소를 구할 법률상의 이익이 있음(대법원 2004다32848 판결)

- 위 판결 이외에도 유치권부존재확인에 관하여 본안 판단한 사건을 심리불속행으로 종결한

판례들이 다수 있음

○ 근저당권자는 유치권 신고를 한 사람을 상대로 유치권 전부의 부존재뿐만 아니라 경매절차에서 유치권을 내세워 대항할 수 있는 범위를 초과하는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있고, 심리 결과 유치권 신고를 한 사람이 유치권의 피담보채권으로 주장하는 금액의 일부만이 경매절차에서 유치권으로 대항할 수 있는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 유치권 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 함(대법원 2013다99409 판결)

- 주문례 : '이 사건 부동산에 관한 피고의 유치권은 피담보채권 ○○○○원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다'

▣ 확인의 이익을 인정하는 판례의 태도에 약간의 의문이 남아 있음(사견)

▶ 1 소극적 권리확인의 소에서는 원칙적으로 확인의 이익을 부정하는 것이 대세임

○ 자신의 소유권의 확인을 구하는 것은 되지만, 상대방의 소유권의 부존재확인을 구하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없음

▶ 2 담보물권의 부존재확인은 근본적인 해결책이 되지 못하는 경우가 많음

○ 근저당권의 부존재확인청구는 허용할 수 없음. 원고가 피고를 상대로 근저당권설정등기의 말소등기청구를 하면 되기 때문임

○ 유치권부존재확인청구 역시 원고가 유치권자를 상대로 부동산 인도청구를 해서 외관을 배제시키는 것이 근본적인 해결책으로 보임

▶ 3 경매 진행과 관련하여 소의 이익이 있는지 의문임

○ 예컨대, 보증채무자가 채권자를 상대로 주채무부존재확인의 소를 제기하면 각하됨. 이는 보증채무자가 채권자를 상대로 승소한다고 하더라도 기판력이 미치지 아니하여 채권자가 주채무자에게 권리를 행사하는 데 아무런 장애가 되지 않기 때문임

○ 유치권부존재확인의 소에서도 근저당권자가 유치권을 주장하는 자를 상대로 승소하더라도, 경락인은 결국 유치권을 주장하는 자에게 부동산 인도청구를 하여야 하고, 위 인도청구에는 유치권부존재확인의 소의 기판력이 미치지 않음

- 유치권 신고 중 상당수는 채무자와 유치권자가 공모한 경우인데, 설령 채무자가 유치권자를 상대로 유치권부존재확인 소송을 내고, 여기서 유치권자가 승소한다고 하더라도 유치권이 인정되는 것은 아님

▶ 4 경매절차와 유치권부존재확인소송은 그 진행속도에 있어서도 상당한 차이가 있어서 유치권부존재확인 사건의 판결을 기다려주기도 어려움

○ 확인소송은 판결이 확정되어야 효력이 있는데, 사건이 대법원까지 갈 경우 길게는 소송제기 후 수 년이 지나야 확정될 것임. 이와 달리 경매는 빠른 속도로 진행됨

○ 유치권부존재확인소송의 제기로 경매절차가 추정되는 경우도 있음. 그러나 대부분 입찰물건명세서에 “유치권신고 있으나 성립여부 불분명”이라고 기재한 후 경매절차를 진행함

- 유치권자는 경매절차에서 배당받을 권한이 없음
- 그럼에도 유치권신고를 하는 이유는, 경락인이 추후 부동산의 인도를 요구할 때를 대비하여 자신이 유치권자임을 미리 확인시켜줄 의도이거나, 경락인에게 인수해야 할 유치권이 존재할 수 있다는 불안감을 심어주어 경매절차를 방해할 목적인 것으로 보임

▣ 경매를 담당하는 판사로서는 유치권부존재확인의 소가 제기되더라도 경매절차를 진행하는 것이 타당함

○ 유치권부존재확인 판결이 확정될 때까지 어느 정도의 시간이 소요될지 알 수 없는데, 위와 같은 소송 제기를 이유로 경매절차를 추정하게 된다면 지연된 기간만큼 지연손해금도 붙게 되고, 권리 실현도 늦어져 부당함

▣ 대상판결은 경락이 된 이후의 확인의 이익에 관하여 새로운 판시를 하였음

▶ (원칙) 경매절차에서 유치권이 주장되었으나 소유부동산 또는 담보목적물이 매각되어 그 소유권이 이전되어 소유권을 상실하거나 근저당권이 소멸하였다면, 소유자와 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없음

○ 민법 578조 1항, 575조 1항에 의하면, 경락인이 유치권의 존재를 알지 못하는 때에 한하여 매도인을 상대로 담보책임을 물을 수 있으므로, 경매절차에서 유치권 신고가 이루어져 경락인이 유치권의 존재를 알게 된 이상 매도인의 입장에서는 담보책임을 추급당할 위험이 없어졌음

○ 경매절차에서는 현장조사를 통해 입찰물건명세서에 점유자가 있는지, 유치권을 주장하는 자가 있는지 등이 모두 기재되므로, 경락인이 유치권 존재를 모르는 경우를 상정하기는 어려움. 대상판결에 의하면 부동산이 경락된 이후임에도 확인의 이익이 인정되는 경우는 거의 없을 것임

▶ (예외) 경매절차에서 유치권이 주장되지 아니한 경우, 담보목적물이 매각되어 그 소유권이 이전됨으로써 근저당권이 소멸하였더라도 채권자는 유치권의 존재를 알지 못한 매수인으로부터 민법 575조, 578조 1항, 2항에 의한 담보책임을 추급당할 우려가 있고, 위와 같은 위험은 채권자의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로, 채권자인 근저당권자로서는 위 불안을 제거하기 위하여 유치권 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있음

◈ 경매와 물상보증인의 담보책임

▣ 대상판결은 매도인의 담보책임에 관한 기존 판례(대법원 87다카2641 판결)에 반함

○ 대상판결의 판결요지 [3] 중 "채무자가 아닌 소유자는 민법 제575조, 제578조 제1항, 제2항에 의한 담보책임을 부담하지 아니하므로, 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없다"고 한 부분

▶ 경매의 본질은 '사법상 매매'라는 것이 판례임

○ 경매에 관한 규정인 민법 578조는 민법전에서 제3편 제2장 제3절 매매, 제3관 매매의 효력 부분에 속하고, 민법 578조 1항에서는 매도인의 담보책임에 관한 민법 570조 내지 577조를 모두 준용함

▶ 단, 매매와 달리 담보책임이 인정되지 않는 경우도 존재함

○ 물건의 하자로 인한 하자담보책임은 인정되지 않음

- 민법 578조에서 물건의 하자로 인한 하자담보책임 규정(민법 580조)을 준용하지 않음
- 경락인은 경매목적물의 상태를 직접 확인할 수 있고, 확인한 경매목적물의 가격을 스스로 적어서 내기 때문임

○ 경매 자체가 무효인 경우에는 경매로 인한 담보책임을 물을 수 없고, 부당이득 법리로 해결하여야 함

- "경락인이 강제경매절차를 통하여 부동산을 경락받아 대금을 납부하고 그 앞으로 소유권이전등기까지 마쳤으나, 그 후 위 강제집행의 채무명의가 된 약속어음공정증서가 위조된 것이어서 무효라는 이유로 그 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결이 확정됨으로써 경매부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우 경락인은 경매 채권자에게 경매 대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있을 뿐, 민법 제578조 제2항에 의한 담보책임을 물을 수는 없다"(대법원 91다21640 판결)

▶ 경매의 목적물이 타인의 권리의 매매에 해당하는 경우에는 담보책임을 물을 수 있음

○ 민법 578조에서 타인 권리의 매매에 관한 민법 570조 내지 572조 규정을 준용함

○ 대법원 92다15574 판결[71]

---

71) 경락인이 강제경매절차를 통하여 부동산을 경락받아 대금을 완납하고 그 앞으로 소유권이전등기까지 마쳤으나, 그 후 강제경매절차의 기초가 된 채무자 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기이어서 경매 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우, 이와 같은 강제경매는 무효라고 할 것이므로 경락인은 경매 채권자에게 경매대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있고, 민법 578조 1항, 2항에 따른 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다고 본 판결도 있음(대법원 2003다59259 판결). 그러나 위 판결이 참조판례로 기재한 대법원 92다15574 판결은 타인의 권리를 매매한 경우 담보책임의 성립을 인정하고 있으며, 민법 578조에서도 타인 권리의 매매에 관한 규정인 민법 570조 내지 572조 규정을 준용하고 있음. 게다가 아래 대법원 87다카2641 판결에서 등기가 무효인 경우 민법 578조에 따른 담보책임을 인정한 바도 있음. 따라서 위 판결(대법원 2003다59259 판결)은 잘못된 것으로 보임

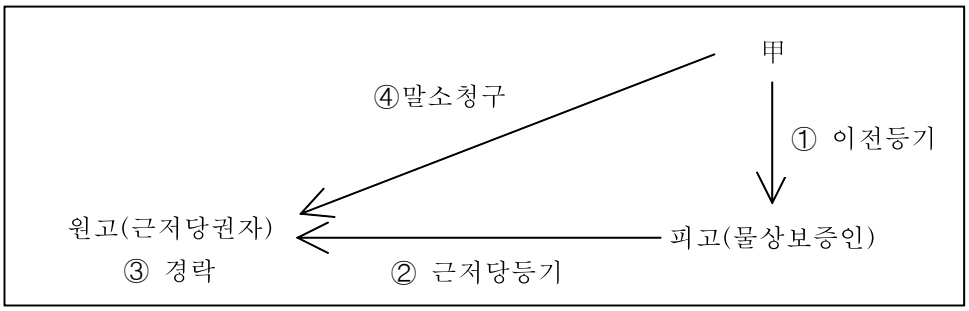
"민법 제578조 제1항, 제2항은 매매의 일종인 경매에 있어서 목적물의 하자로 인하여 경락인이 경락의 목적인 재산권을 완전히 취득할 수 없을 때에 매매의 경우에 준하여 매도인의 위치에 있는 경매의 채무자나 채권자에게 담보책임을 부담시켜 경락인을 보호하기 위한 규정으로서 그 담보책임은 매매의 경우와 마찬가지로 경매절차는 유효하게 이루어졌으나 경매의 목적이 된 권리의 전부 또는 일부가 타인에게 속하는 등의 하자로 경락인이 완전한 소유권을 취득할 수 없거나 이를 잃게 되는 경우에 인정되는 것이고 경매절차 자체가 무효인 경우에는 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다."

▶ 경매목적물이 물상보증인의 소유인 경우에는 물상보증인이 담보책임을 부담함

○ 경매목적물이 물상보증인의 소유인 경우에는 누가 매도인으로서 민법 578조 1항에 따라 경락인에 대하여 1차적인 담보책임을 지는가에 관해서, 담보책임자를 채무자로 보아야 한다는 견해(다수설, 일본의 소수설)와 물상보증인으로 보아야 한다는 견해(소수설, 일본의 다수설)가 대립함

○ 판례는 물상보증인설을 취하고 있음

- "민법 제578조 제1항의 채무자에는 임의경매에 있어서의 물상보증인도 포함되는 것이므로 경락인이 그에 대하여 적법하게 계약해제권을 행사했을 때에는 물상보증인은 경락인에 대하여 원상회복의 의무를 진다"(대법원 87다카2641 판결)



○ 양창수 전 대법관님도 판례의 입장을 강력하게 지지함
[양창수, 타인 소유 물건의 경매와 물상보증인의 담보책임, 판례월보 216호(1988. 9), 38면 이하(동, 민법연구, 제2권(1991), 231면 이하에 재록)]

○ 부동산이 경매로 넘어간 시점이면 일반적으로 채무자는 자력이 없다고 보아야 함. 따라서 민법 578조 1항의 채무자를 누구로 보는지는 결국 채권자를 보호할 것인지, 아니면 물상보증인을 보호할 것인지의 문제임

○ 경매의 본질은 매매이고, 물상보증인은 채무자의 무자력으로 인한 위험을 채권자에 대하여 인수한 자이므로, 물상보증인을 민법 578조 1항의 1차적인 담보책임의 주체로 보는 기존 판례의 태도가 타당하다고 생각함

▶ 대상판결은 대법원 87다카2641 판결의 존재를 간과하였던 것으로 보임

▣ 대상판결은 유치권신고가 되어 있는 사안임

○ 경매 대상 목적물의 등기부 등본을 보면, 등기부 등본의 갑구에 경매개시결정이 나오고, 괄호 안에 타경번호가 기재되어 있음. 타경번호로 사건을 검색하면 경매진행상황이 나오는데, 여기에는 유치권 신고 여부도 나타나 있음

○ 이 사건 부동산 경매의 진행상황을 보면, 유치권 신고가 되어 있음을 알 수 있음

○ 따라서 대상판결의 사안은 근저당권자, 제3취득자 모두 확인의 이익이 없다고 보아야 함

▣ 경락인의 승계참가

○ 승계참가할 수 있는 범위는 기판력이 미치는 변론종결 후 승계인과 일치하는 것이 원칙임. 즉, 소송계속 중에 소송물을 양수하거나, 계쟁물을 양수(물권적 청구권)한 자임

○ 승계참가가 가능한 사건에서 승계참가인과 피승계참가인이 모두 승소하는 경우는 상정할 수 없음

○ 그런데 유치권신고가 되어 있지 않은 상황에서 경락인의 승계참가신청을 받아들이는 경우를 가정하여 보면, 대상판결의 판시에 비추어 볼 때 종전 소유자인 채무자는 확인의 이익이 인정될 것으로 보이는데, 새로운 소유자인 경락인도 확인의 이익이 있는 것처럼 되어 이상함

○ 유치권부존재확인의 소에서 소송물이 무엇인지 단정지어 말하기는 어려우나, 그 소송물은 그 부동산에 있는 유치권으로 보는 것이 타당한 것으로 보이고, 새로운 소유자인 경락인은 유치권과 밀접한 관련이 있는 소유권을 취득한 자에 불과함. 즉, 경락인이 소송계속중에 소송물을 양수하였다거나, 계쟁물(물권적 청구권)을 승계하였다 보기 어려움

○ 경락인은 유치권자에 대하여 인도청구를 하는 것이 분쟁의 근본적인 해결책이 될 것이므로, 경락인의 지위에서 유치권자에 대하여 유치권부존재확인청구를 인정할 필요성도 없어 보임

○ 그런 점에서 경락인의 승계참가신청은 각하하는 것이 타당할 것으로 보임

6 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결 [연구개발확인서발급절차이행청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고가 피고(대한민국)에 대하여 연구개발확인서의 발급을 신청하였는데, 피고는 원고의 신청에 대하여 거부회신을 하였음

○ 원고는 피고를 상대로 연구개발확인서의 발급절차를 이행하여 달라는 민사소송을 제기함

▣ 대상판결 검토

○ 대상판결은 군사상 보급계약에 관한 것이고, 국방부에서 군사형 장비의 표준화를 도모하는 상황에서 표준화가 되어 있는 업체들에 대하여 연구개발확인서를 발급하여 줌

○ 연구개발확인서를 발급받은 업체들은 피고와 사이에 수의계약을 체결할 수 있는 등 유리한 조건 하에 계약을 체결할 수 있게 됨

○ 군사물자에 관한 것은 국가의 안전, 국민의 생명과 이해관계가 얽혀있는 것이어서 거의 다 공법상 계약으로 보는 게 맞음. 이 사건에서 원고는 피고의 거부처분에 대하여 취소소송을 제기하였어야 함

○ 최근 헬기와 관련하여 원고와 대한민국 사이에 체결된 계약이 단순히 헬기의 매매계약이 아니라, 해당 업체가 헬기를 제조하면서 헬기에 관한 기술을 축적했다가, 전쟁이 발발하였을 때 헬기를 대량으로 생산하고 업그레이드를 하라는 내용이 계약에 포함되어 있으므로, 그 계약은 공법상 계약이라는 판결(대법원 2015다215526 판결)을 외워두는 것이 좋음

7 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체 판결 [임금]

▣ 대상판결은 기존 대법원 판단에 따라 판시한 원심을 다음과 같이 변경하였음

▶ 기존 대법원의 판단

○ 일급으로 인한 고정수당의 경우

$$\frac{\text{고정수당}}{\text{기본근로 8시간 + (연장근로 4.5시간 × 150%) + (연장 및 야간근로 0.5시간 × 200%)}}$$

○ 월급으로 인한 고정수당의 경우

$$\frac{\text{고정수당}}{\text{[1주의 기본근로 40시간 + 주휴근로의제 8시간 + (연장근로 22.5시간 × 150%) + (연장 및 야간근로 2.5시간 × 200%)] × 365일 ÷ 12월 ÷ 7일}}$$

▶ 대상판결의 판단

○ 일급으로 인한 고정수당의 경우

$$\frac{\text{고정수당}}{\text{기본근로 8시간 + 연장근로 4.5시간 + 연장 및 야간근로 0.5시간}}$$

○ 월급으로 인한 고정수당의 경우

$$\frac{\text{고정수당}}{\text{(1주의 기본근로 40시간 + 주휴근로의제 8시간 + 연장근로 22.5시간 + 연장 및 야간근로 2.5시간) × 365일 ÷ 12월 ÷ 7일}}$$

▣ 대법원은 최근 근로자에게 유리한 방향으로 판례들을 많이 변경하고 있음

○ 대상판결은 가산율을 곱하지 않아 분모를 적게 만들어서 일급으로 인한 고정수당을 높이는 방법을 통해 근로자의 보수를 증액하는 방향으로 판례를 변경한 것임

2020. 3. 15.자 공보 [2020. 6. 5. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 1. 30. 선고 2015다49422 판결 [손해배상등]

▣ 사안의 개요

○ 원고가 피고를 상대로 '원고의 고유기술'을 사용하거나 타에 유포하여서는 안 된다는 선행 확정판결을 받았음

○ 그런데 피고가 다른 모델번호로 제품을 생산하자, 원고가 선행 확정판결에 따른 원고의 고유기술 사용금지의무를 위반하였음을 이유로 새로운 제품의 제작행위 금지를 구한 사안임

▣ 기판력의 본질 ⇨ 모순금지

○ 판례는 소송법설을 채택함 ⇨ "실체상의 권리관계에는 아무런 영향이 없다."

○ 판결이 확정되더라도 권리가 창설되는 것이 아니므로, 선행 확정판결에 따라 피고에게 의무가 발생하였다는 주장은 받아들여질 수 없음

○ 다만, 선행 확정판결에서 인정되었던 실체법상 의무인 최초의 기술계약에 따른 의무 위반을 주장하는 것은 가능함

▣ 민사소송의 당사자주의

▶ 처분권주의 vs 변론주의 ⇨ '소송물'에 관한 것이냐에 따라 구별함

처분권주의	변론주의
소송의 개시 심판의 대상 소송의 종료를 당사자에 일임	소송자료의 수집을 당사자에 일임 - 주장책임 - 증거제출책임 - 자백의 구속력
민사소송법 203조	

○ 처분권주의란? ⇨ "청구하지 않으면 심판하지 못한다."

☞ 소송물에 관한 것임

○ 변론주의란? ⇨ "주장하지 않으면 판단하지 못한다."

☞ 소송물 내에서 요건사실의 주장책임에 관한 것임

▶ 대법원은 처분권주의와 변론주의를 명백하게 구분하고 있음

▶ 대법원은 처분권주의를 좀 더 엄격하게 적용하는 것으로 보임

○ 소의 변경은 원칙적으로 서면으로 하게 되어 있음

○ 소송물의 특정은 당사자 방어의 기본이 되고, 피고는 원고가 소송물로 주장하는 것에 대응하여 피고에게 유리한 소송자료를 제출할 것임

○ 피고가 소송물이 아닌 것으로 생각하여 유리한 자료들을 제출하지 않았는데, 법원이 선해하여 서면에 나타나지 않은 소송물을 인정하게 되면 피고 입장에서는 불의타일 것임

▶ 원고가 구하는 소송물의 본질을 알아야 처분권주의 위반 문제인지, 변론주의 위반 문제인지를 정확히 구별할 수 있음

○ 당사자는 요건사실, 즉 사실관계만 주장하면 되는 것이고 법률적인 주장을 할 필요는 없음

▶ 구체적인 사례

○ 무효, 취소만 주장하고 해제 주장을 안 했는데, 해제를 인정한 경우 ⇨ 변론주의 위반

○ 채무불이행책임만 주장했는데, 불법행위책임을 인정한 경우 ⇨ 처분권주의 위반

○ 민법상 담보책임만을 구하는데, 채무불이행책임을 인정한 경우 ⇨ 처분권주의 위반

☞ 법원은 민법상 담보책임과 채무불이행책임을 청구권 경합관계로 보고 있음

○ 계약이 해제되었음을 이유로 해제 후의 부당이득반환청구를 구한 경우 ⇨ 인용

☞ 원상회복청구권의 본질은 부당이득반환청구권이므로, 원고가 '원상회복청구'를 구하는 것으로 선해할 수 있음(변론주의)

○ 부정경쟁방지법 2조 1호 카목[72]의 부정경쟁행위에 해당한다는 이유로 손해배상청구를 하였는데, 원고가 주장하는 기간이 카목의 신설 전이었던 경우 ⇨ 불법행위로 인용

☞ 위 카목상 부정경쟁행위의 본질은 민법상 불법행위이므로(대법원 2008마1541 결정), 원고가 '민법상 불법행위'를 구하는 것으로 선해할 수 있음(대법원 2016다276467 판결)

▣ 대상판결 검토

○ 선행판결이나 최초 기술계약에 따른 의무 위반을 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와는 그 요건과 증명책임을 달리하는 전혀 별개의 소송물임. 원고와 피고가 비록 영업비밀성에 관한 공방을 하였다고 하더라도 원고의 주위적 청구에 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해를 원인으로 하는 청구가 포함되어 있다고 보기는 어려움

☞ 원심이 부정경쟁방지법에 따른 청구를 한 것으로 선해한 것은 처분권주의 위반임

○ 대상판결은 영업비밀 침해로 보기도 어렵다고 보았음

---

72) 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

▣ **[참고] '제1심 청구취지 금액' < '항소취지 금액'인 경우, 청구취지 변경으로 볼 수 있는지?**
⇨ 인지를 붙였는지를 기준으로 구별함

○ 인지를 붙였으면? 청구취지 확장으로 볼 수 있음

○ 인지를 붙이지 않았으면? 조서에 청구취지 범위 내로 항소취지를 정리할 필요가 있음

2 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결 [손해배상(자)]

▣ 민법상 변제충당방법

○ 민법에는 지정변제충당(민법 476조)과 법정변제충당(민법 477조)만 있음

○ 지정변제충당 및 법정변제충당은 모두 임의규정이므로, 당사자간 합의에 따른 합의변제충당의 유효성도 인정함. 다만, 상대방이 채무자의 변제에 별다른 대응을 하지 않았다고 해서 충당방법을 바꾸기로 하는 합의까지 한 것으로 보기는 어려움

○ 민법은 비용채권 ⇨ 이자채권(지분적 채권) ⇨ 원본채권 순으로 충당 순서를 정하고 있음(민법 479조). 지정변제충당으로 위 변제충당순서를 바꿀 수는 없음(대법원 90다카7262 판결 등)

○ 법정변제충당 제도는 채권자에게 유리한 제도임

▣ 원심 판시 중 잘못된 부분 1(변제충당 관련)

▶ 원심의 판단

○ 1심은 청구금액인 4억 3,000만 원 중 2억 4,000만 원을 인용하였음. 원고, 피고 모두 항소하였는데, 원고는 나머지 1억 9,000만 원을 추가로 인용해달라는 취지로, 피고는 7,500만 원을 초과한 부분을 취소하여 달라는 취지로 각 항소함

○ 피고는 1심 재판 중에 일부 금액을 변제하였고, 1심 법원은 해당 금액에 관한 변제항변을 받아들였는데, 피고는 1심이 선고된 이후 추가로 변제하였음. 원심은 피고가 1심 선고 이후 변제한 금액도 채무 변제로 보아 공제를 인정하였고, 원금에 먼저 충당되는 것으로 판단함

▶ 검토

○ 지정변제충당으로 법정변제충당의 순서를 바꿀 수는 없으므로, 원금에 먼저 충당되는 것으로 본 원심의 판단은 잘못된 것임

○ 1심 판결 이후의 변제는 가집행 선고에 기한 강제집행을 피하기 위한 것으로 강력하게 추정하는 것이 타당하고, 항소심법원은 그러한 사유를 참작하지 않고 청구의 당부를 판단하여야 함. 따라서 1심 선고 이후의 금액을 변제로 본 원심의 판단도 잘못되었음. 특히 대상판결과 같이 피고가 항소를 하면서 임의 변제를 한 경우에는 더욱 그렇게 보아야 함

▣ 원심 판시 중 잘못된 부분 2(변경주문 관련)

▶ 원심의 판단

○ 피고는 7,500만 원을 초과하는 금액을 취소하여 달라는 취지로 항소를 하였음

○ 원심은 약 5,200만 원을 인정하는 내용의 변경주문을 내면서, 피고가 1심 판결 이후 상계

항변을 하였으므로 원고에게 불이익변경이 있는 것으로 볼 수 없다고 판시함

▶ **검토**

○ 피고는 상계항변을 한 것이 아니라 변제항변을 한 것임

○ 대상판결은 그 판단에 의하더라도 피고가 인정하는 금액인 7,500만 원을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 원고의 항소를 기각하는 내용의 취소주문을 내면서, 항소심에 관한 소송비용만 원고에게 부담시키는 판결을 해야 마땅한 사건이었음

○ 제1심판결 중에서 취소할 부분이 명확히 있기 때문에, 변경주문을 낼 이유가 없는 사건이었는데, 편의상 변경주문을 내다가 실수를 한 것으로 보임

○ 가능한 한 취소주문을 내는 것이 실수를 방지하는 측면에서도 바람직함

3 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다268252 판결 [손해배상]

▣ 사안의 개요

○ 한국수자원공사는 원고들 및 피고 甲으로 구성된 공동수급체와 도급계약을 체결함

○ 원고들은 피고들 및 소외 주식회사와 기본설계 용역계약을, 피고들과 실시설계 용역계약을 각 체결하면서, 피고들의 고의 또는 과실에 따른 업무 하자로 원고들에게 손해를 끼쳤을 때에는 계약금액 범위 내에서 손해배상을 청구할 수 있다고 정함

○ 원고들은 한국수자원공사를 상대로 설계변경에 따른 공사비 증가를 이유로 재시공 공사비의 지급을 구하는 소를 제기하였는데, 원고들은 항소심 계속 중에 소송고지를 신청하여 피고들에게 소송고지서가 송달되었음. 피고 甲은 원고들을 위하여 소송에 보조참가함. 위 항소심은 원고들의 청구를 기각하였고, 위 판결은 그대로 확정됨

○ 원고들은 피고들을 상대로 채무불이행으로 인한 손해배상 등을 구하는 이 사건 소를 제기하였고, 원심 및 대법원은 종전 확정판결의 참가적 효력이 피고들에게 미치므로, 기본설계의 하자 등이 인정된다는 이유로 원고들의 청구를 일부 인용함

▣ 참가적 효력

○ 보조참가인과 피참가인 사이에만 효력이 미치고, 피참가인이 패소한 경우에만 그 효력이 미침(소송수행상의 책임분담의 문제)

○ 사실상, 법률상 판단에도 그 효력이 미치므로 기판력보다 범위가 넓음

▣ 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임의 관계 ⇨ 청구권 경합

○ 액젓 저장탱크의 제작·설치공사 도급계약에 의하여 완성된 저장탱크에 균열이 발생한 경우, 보수비용은 민법 667조 2항에 의한 수급인의 하자담보책임 중 하자보수에 갈음하는 손해배상이고, 액젓 변질로 인한 손해배상은 위 하자담보책임을 넘어서 수급인이 도급계약의 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 인하여 도급인의 신체·재산에 발생한 손해에 대한 배상으로서 양자는 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다(대법원 2001다70337 판결)

- 하자담보책임은 보수비용만 청구하는 것이고, 그 하자로 인하여 발생한 확대손해에 대하여는 채무불이행으로만 그 책임을 물을 수 있을 뿐 담보책임을 물을 수는 없음
- 하자보수비용과 확대손해에 관한 채무불이행책임은 단순병합관계라는 취지임

○ 대상판결은 수급인의 하자담보책임(민법 669조[73])과 채무불이행책임은 청구권 경합 관계에

73) 전2조의 규정은 목적물의 하자가 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 적용하지 아니한다. 그러나 수급인이 그 재료 또는 지시의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아

있다는 것이므로, 위 판결(대법원 2001다70337 판결)과는 차이가 있음

○ 수급인의 담보책임에 관하여는 도급인의 지시에 기인한 경우에는 책임을 면할 수 있음. 그러나 채무불이행책임에 관하여는 책임을 면한다는 규정이 없으므로, 쌍방 과실을 이유로 책임을 제한하여 해결함(대상판결)

니한 때에는 그러하지 아니하다.

④ 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019다280375 판결 [근저당권말소]

◈ 사안의 개요

○ A는 피고에게 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 그 후 A는 B에게 소유권이전등기청구권 가등기를 마쳐주었음

○ B는 A가 이민을 가 있는 것을 기화로 A를 상대로 본등기 이행을 구하는 소를 제기하였고, B 승소 판결이 공시송달로 인해 외형상 확정됨. B는 위 판결의 송달증명원 및 확정증명원을 각 발급받았음

○ 그 후 A는 추완항소를 제기하여 가등기의 등기원인인 매매예약이 통정한 허위의 의사표시에 해당하여 무효라는 이유로 B 청구를 기각하는 판결을 받았고, 위 판결은 그대로 확정됨

○ B는 A의 추완항소 이전에 발급받아둔 확정증명원으로 자신 명의로 등기를 마쳤고, 원고는 B로부터 순차적으로 등기를 취득한 자임

○ 원고는 피고의 근저당권의 피담보채권이 시효로 소멸되었다는 이유로, 소유권을 근거로 피고에게 근저당권말소를 구하다가, 이 사건 부동산이 수용되면서 근저당권이 말소되자 공탁금출급청구권의 양도(부당이득반환청구권)를 구하는 것으로 소송물을 변경하였음

◈ 소멸시효 완성의 원용

▣ 소멸시효 완성의 효과(일본)

○ 일본 민법 제145조

☞ "시효는 당사자가 이를 원용하지 않으면 재판소는 이에 의하여 재판하지 못한다."

○ 일본 판례는 상대적 소멸설(정지조건설)의 태도임

☞ 시효에 의한 채권소멸의 효과는 시효를 원용한 때에 비로소 확정적으로 발생함

○ 따라서 일본에서는 원용할 수 있는 자의 범위가 문제됨

▣ 소멸시효 완성의 효과(우리나라)

▶ 우리 판례는 절대적 소멸설로 보이는 듯한 태도를 취하고 있음

○ 우리 민법에서는 제정당시 일본 민법에서의 원용 규정이 삭제됨

○ 우리 판례는 채권이 시효 완성으로 소멸한다고 판시하면서도, 변론주의의 원칙상 채무자가 소멸시효 완성을 주장하여야 한다고 보고 있음. 즉, 채무자가 소멸시효 완성을 주장하지 않는 경우에는 일본 판례와 결론에 있어서 동일함

▶ 그러나 우리 판례도 소멸시효를 원용할 수 있는 자를 "채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람"으로 한정하고 있음(대법원 97다22676 판결)

○ 우리 판례가 절대적 소멸설의 입장이라면, 실체법상 채권이 소멸한 이상 원용의 문제는 발

생하지 않는다고 보는 것이 논리적으로 타당함

○ 우리 판례가 소멸시효를 원용할 수 있는 자를 한정하는 점에 비추어 볼 때, 판례의 태도를 상대적 소멸설로 보는 견해도 설득력이 있음

▣ 소멸시효 완성을 원용할 수 있는 자

○ 보증인(대법원 89다카1114 판결)

- 보증채무가 시효로 소멸하지 않았더라도, 주채무가 시효로 소멸하면 보증채무도 부종성에 의하여 소멸하게 되므로, 보증채무자는 주채무의 시효소멸을 주장할 수 있음

○ 연대채무자

- 부담부분에 한하여 절대적 효력이 인정되기 때문임(민법 421조)

○ 물상보증인

○ 담보부동산의 제3취득자(대법원 95다12446 판결)

○ 사해행위취소의 수익자(대법원 2007다54849 판결)

▣ 소멸시효 완성을 원용할 수 없는 자

○ 채무자에 대한 일반채권자(대법원 79다407 판결)

- 채무자가 부담하는 채무 중 일부가 시효 완성으로 소멸하면, 일반채권자가 집행할 수 있는 채무자의 재산이 늘어나는 결과가 되나, 판례는 간접적인 이해관계에 불과하다고 봄
- 다만, 일반채권자가 채무자를 대위하여 시효완성을 주장하는 것은 가능함(대법원 97다22676 판결)

○ 채권자대위소송의 제3채무자(대법원 91다5631 판결)

- 다만, 채권자가 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 기한 이행청구의 소를 제기하는 한편, 채무자를 상대로 피보전채권에 기한 이행청구의 소를 제기한 경우, 채무자가 그 소송절차에서 소멸시효를 원용하는 항변을 하였고, 그러한 사유가 현출된 채권자대위소송에서 심리를 한 결과, 실제로 피보전채권의 소멸시효가 적법하게 완성된 것으로 판단되면, 채권자는 더 이상 채무자를 대위할 권한이 없게 됨(대법원 2007다64471 판결)

○ 후순위저당권자(最高裁 平成 11. 10. 21.)

▣ [참고] 박운삼. (2010). 사해행위의 수익자와 취소채권자의 채권의 소멸시효의 원용. 판례연구 21집(2010. 02.)

◈ 대상판결 검토

▶ (원칙) 가등기가 통정허위표시에 해당하면, 가등기에 기초한 본등기도 대체로 통정허위표시

에 해당하여 무효임

○ 당사자 사이에 합의 또는 양해 하에 본등기를 하게 되면, 본등기도 통정허위표시에 의한 것이므로 무효가 되고, 이러한 본등기를 기초로 소유권을 이전받은 제3자는 선의의 제3자에 해당하는 경우에는 보호받을 수 있음

▶ **(예외) 가등기는 통정허위표시에 해당하나, 본등기가 가등기에 기초한 것이 아닌 경우에는 통정허위표시의 제3자로서 보호받을 수 없음**

○ 예컨대, 가등기권자가 서류를 위조해서 본등기를 한 후, 그와 같은 본등기를 기초로 해당 부동산의 소유권을 취득한 경우라면, 제3자는 선·악의를 불문하고 보호받을 수 없음

○ 우리나라는 등기의 공신력이 인정되지 않으므로, 위와 같은 본등기는 무효의 등기이고, 무효인 등기는 제3자 보호를 받지 못함

○ 대상판결도 B 명의의 본등기가 위조와 같이 원인을 결여한 무효의 등기이고 통정허위표시에 의한 것도 아니므로, B로부터 순차적으로 등기명의를 취득한 원고는 제3자로서 보호받지 못함

5 대법원 2020. 1. 30.자 2019마5599, 5600 결정 [소유권이전등기]

▣ 사안의 개요

○ 재항고인들은 피고를 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송을 제기하였는데, 제1심 계속 중 독립당사자참가인이 재항고인들과 피고를 상대로 매매계약의 무효확인을 구하는 독립당사자참가를 함

○ 제1심법원은 매매계약이 무효라는 참가인의 주장을 받아들여 재항고인들의 본소청구를 기각하고, 참가인의 재항고인들과 피고에 대한 청구를 모두 인용하는 판결을 선고함. 이에 재항고인들만 항소함

○ 재항고인들은 항소장에 본소와 참가사건의 사건명, 사건번호는 물론 제1심판결의 본소 및 참가사건 전부에 대한 주문 내용을 모두 기재하였고, 당사자표시란에 참가인을 기재하였으나, 항소취지에는 본소의 청구취지만 기재하고 참가사건의 청구취지는 별도로 기재하지 않았음

○ 재항고인들이 제출한 항소장 부본은 참가인들에게 송달되었으나, 피고에게는 폐문부재로 송달되지 않음. 이에 원심재판장은 재항고인들에게 피고에 대한 주소를 보정하도록 하였는데, 재항고인들이 기간 내에 이를 이행하지 않자 재항고인들이 제출한 항소장 전부에 대해 항소장 각하명령을 함

▣ 소장심사권과 항소장심사권 ⇨ 각하명령

○ 재판장은 소장심사권(민사소송법 254조)이 있음. 재판장은 인지를 붙였는지 여부 등을 보고 보정명령을 할 수 있고, 명령에도 불구하고 그 흠을 보정하지 아니하면 소장각하명령을 할 수 있음

○ 원심재판장에게도 항소장심사권(민사소송법 399조)이 인정됨

- 항소인이 인지를 붙이지 않으면 1심 재판장이 항소장 각하명령을 하고 기록 자체를 항소심으로 보내지 않을 수 있음

○ 항소심재판장에게도 항소장심사권(민사소송법 402조)이 인정됨

- 소장심사 및 항소장심사의 대상은 주로 인지를 붙였는지 여부와 송달이 이루어질 주소가 정확한지 여부임

▣ 항소장 송달 이후에는 재판부에서 '각하판결'을 하여야 함

○ 항소심재판장의 항소장 각하명령의 종기 ⇨ 항소장 송달 전까지만 가능함

- 항소장각하명령을 할 수 없는 단계가 되면, 재판부에서 항소장각하판결을 하여야 함
- 민사에서는 형사에서의 항소기각결정과 같은 제도가 없음

○ 대상판결은 항소장이 피항소인 중 1명에게 적법하게 송달이 된 이후여서 항소심재판장이 더 이상 단독으로 항소장각하명령을 할 수 없다고 보았음

○ 재판장이 원고 또는 항소인에게 보정명령을 하고 원고 또는 항소인이 이를 불이행하더라도 각하명령 또는 각하판결이 있기 이전에 이행을 하면 각하를 못 한다는 게 판례임

○ [참고] 현행 민사소송법에 의하면, 피고가 항소한 경우, 1심에서 재판이 이루어졌음에도 불구하고 항소심에서 원고에게 송달이 안 된다는 이유로 항소인의 주소미보정을 이유로 항소장이 각하될 수도 있는데(실무상으로는 공시송달을 많이 함), 이것이 제도상 타당한지 의문이 있음. [끝]

2020. 4. 1.자 공보 [2020. 6. 12. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 2. 6. 선고 2015다233579, 233586 판결 [임금 · 부당이득금]

▣ 포괄임금제

▶ 감시·단속적 근로자에게 인정되는 임금지급방식임

○ 원칙적으로, 휴일, 야간, 초과근로를 한 근로자에 대하여 수당을 지급하여야 함

○ 다만, 학교 경비원과 같이 감시 또는 단속적으로 근로에 종사하는 사람으로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 사람에 대하여는 휴일, 야간, 초과근로에 관한 규정을 적용하지 아니함(근로기준법 63조 3호)

☞ 감시 또는 단속적 근로란?

숙·일직과 같이 통상적인 노동에 비하여 일반적으로 노동의 밀도가 낮고, 신체적 동작의 부담이나 정신적, 신경적 부담이 가볍고, 신체의 피로나 정신의 긴장이 적은 근로이어서(서울고등법원 2000나22647 판결) 그와 같은 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 경우를 말함(대법원 2008다6052 판결)

○ 감시·단속적 근로의 경우에는 근무시간을 기준으로 임금이나 수당을 산정하기 애매하기 때문임

▶ 보통 두 가지 방식으로 임금을 지급하고 있음

1 수당을 포함한 임금 총액을 정하는 방법 ⇨ 예컨대, 200만 원

2 수당과 임금을 별도로 정하는 방법 ⇨ 예컨대, 임금 100만 원 + 수당 100만 원

▶ 판례는 성질상 시간 단위로 임금을 계산하기 어려운 감시·단속적 근로에 해당하는 근로자에 한하여만 포괄임금제를 허용함

○ 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없음(대법원 2008다6052 판결)

☞ 다만 판결의 취지상 근로기준법이 정한 것보다 근로자에게 유리하도록 다액의 임금 및 수당을 보장하는 내용의 포괄임금제라면 유효성을 인정받을 수도 있을 것임

▶ 판례는 포괄임금제가 가능한 경우에도, 포괄임금제 합의가 없었다는 이유로 포괄임금약정의 효력을 인정하지 않기도 함(대상판결)

○ 대상판결의 회사와 근로자는 임금협정서에 “임금제도는 격일제 운행에서 발생할 수 있는 모든 수당을 포함한 포괄임금제로 하고, 임금조견표의 임금은 임금 지급의 편의를 위해 임금 항목을 구분한 것일 뿐이라는 점을 상호 인정(2012년 임금협정서)”한다는 내용의 문구를 기재해 두었음

○ 그럼에도 대상판결은 회사와 근로자 사이에 포괄임금제에 관한 합의가 없다고 보았음

○ 민사상 법리만을 기초로 대상판결을 바라보면, 당사자들이 임금협정서에 임금조견표의 임금은 편의를 위해 구분한 것에 불과하다는 문장까지 써 놓은 이상 포괄임금제에 관한 합의가 있었다고 보는 것이 타당한 것이 아닌지 의문이 있을 수 있음

○ 그러나 근로기준법은 근로자 보호를 목적으로 제정된 법으로서 일반적인 민사 법리와는 다른 이념과 원리를 가지고 있음 ☞ 노동법의 이념에 맞추어 접근해야 함

2 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결 [보험금등]

▣ 사안의 개요

○ 피고가 근로자 대표와 사이에 단체협약을 체결하였는데, 위 단체협약에는 '보험계약의 수익자는 아래와 같이 별도로 정한다. 사망외 수익자는 (□ 회사, □ 피보험자), 사망시 수익자는 (□ 회사, □ 피보험자의 법정상속인)으로 한다.'라는 규정이 있었음[74]

○ 보험계약자인 피고 회사는 위 단체협약을 근거로 삼성화재와 사이에 자신을 보험수익자로, 피고 회사의 근로자들을 피보험자로 각 지정하여 보험계약을 체결함

○ 피고 회사의 근로자인 피보험자가 사망하는 보험사고가 발생하였음

▣ 대상판결 검토

▶ 상법은 회사가 단체보험에서 자신을 보험수익자로 지정할 경우 그 지정의 방식을 제한함

상법 제733조(보험수익자의 지정 또는 변경의 권리)
① 보험계약자는 보험수익자를 지정 또는 변경할 권리가 있다.
② 보험계약자가 제1항의 지정권을 행사하지 아니하고 사망한 때에는 피보험자를 보험수익자로 하고 보험계약자가 제1항의 변경권을 행사하지 아니하고 사망한 때에는 보험수익자의 권리가 확정된다. 그러나 보험계약자가 사망한 경우에는 그 승계인이 제1항의 권리를 행사할 수 있다는 약정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.
③ 보험수익자가 보험존속 중에 사망한 때에는 보험계약자는 다시 보험수익자를 지정할 수 있다. 이 경우에 보험계약자가 지정권을 행사하지 아니하고 사망한 때에는 보험수익자의 상속인을 보험수익자로 한다.
④ 보험계약자가 제2항과 제3항의 지정권을 행사하기 전에 보험사고가 생긴 경우에는 피보험자 또는 보험수익자의 상속인을 보험수익자로 한다.

상법 제735조의3(단체보험)
③ 제1항의 보험계약에서 보험계약자가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때에는 단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 그 피보험자의 제731조제1항에 따른 서면 동의를 받아야 한다.

○ 회사가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정하여 단체보험을 가입할 때에는, 1 단체 규약에 명시적으로 정하고 있거나, 2 피보험자로부터 개별적으로 서면동의를 받아야 함

- 위 1 과 관련하여서는 해당 단체 규약이 피보험자의 서면 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급할 수 있을 정도로 그 의사가 명백하게 확인되는 것이어야 함

○ 위 1, 2 에 의하지 않고 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정하였다

74) 빈 칸이 채워지지 않은 채로 작성되었음

면, 그 지정은 무효이고(상법 735조의3 3항), 이후 적법한 보험수익자 지정 전에 보험사고가 발생한 경우에는 피보험자 또는 그 상속인이 보험수익자가 됨(상법 733조 4항)

▶ 대상판결에서의 보험수익자는 피보험자의 상속인임

○ 대법원은 단체협약의 문구가 서면동의에 갈음할 정도라고 볼 수 없다고 보아 단체 규약에 피고 회사를 보험수익자로 지정한다는 명시적인 정함이 없고, 피보험자의 서면 동의도 없었으므로, 이 사건 단체보험계약에서 피고 회사를 보험수익자로 지정한 부분은 무효라고 보았음(단체보험계약이 무효로 되는 것은 아님)

○ 보험계약자인 피고 회사는 보험수익자 지정이 무효가 되어 보험수익자를 지정할 수 있는데(상법 733조 1항), 그 지정 전에 보험사고가 발생하였으므로, 피보험자의 상속인이 보험수익자가 되었음(상법 733조 4항)

- 민법상 일부무효나 보충해석에 의한 것이 아님

▶ 보험금은 상속인의 고유재산에 해당함. 대상판결에서는 일부 상속인의 의사표시를 보험금청구권의 포기로 보기 어렵다고 보았음

○ 피보험자의 상속인들은 피보험자의 사망으로 보험사고가 발생하여 보험회사에 대하여 보험금 상당의 법정채권을 취득하였고, 그 채권은 상속재산이 아니라 상속인의 고유재산임(대법원 2003다29463 판결). 따라서 상속인 중 1인이 자신에게 귀속된 보험금청구권을 포기하면, 그 상속인이 보유한 채권 상당액은 분할채권이어서 그대로 소멸함

- [참고] 공유물의 공유자가 그 지분을 포기한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속함(민법 267조)

○ 대상판결의 사안은 피보험자의 사망으로 상속인인 피보험자의 처, 아들, 어머니가 보험금청구권을 취득하였는데, 피보험자의 어머니가 '이 사건과 관련하여 발생하는 모든 상속권(지분)을 포기한다'는 서면을 제출하였음

- 피보험자는 중화인민공화국인인데, 중화인민공화국 상속법에 의하면 제1순위 상속권자는 배우자, 자녀, 부모임

○ 피보험자의 어머니가 보험금청구권을 포기할 별다른 이유가 없으므로, 피보험자의 어머니는 나머지 권리자인 피보험자의 처, 아들에게 보험금청구권을 양도하려는 의사로 모든 상속권을 포기한다고 한 것으로 보임. 따라서 곧바로 피보험자의 어머니가 보험금청구권을 포기한 것으로 보아서는 안 됨

3 대법원 2020. 2. 6. 선고 2018다241083 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 지역산림조합인 피고가 고용한 일용직 근로자로서, 피고의 건설현장에서 피고에게 임도보강, 등산로정비, 재해예방, 사방작업 등의 일용근로를 제공한 자들임

▣ 대상판결 검토

근로기준법 제63조(적용의 제외)
이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.
1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업

○ 농업과 임업의 경우에는 어느 품종을 재배하는지, 당일 날씨나 기온이 어떠한지에 따라 근로의 내용이 달라지고, 평일근로와 주말근로를 나누어 볼 수 없으므로, 일반적인 근로에서의 근로시간, 휴일근로 규정을 그대로 적용할 수 없음 ☞ 휴게와 휴일에 관한 규정 배제

- 농사는 어느 품종을 재배하는 지에 따라 그 시기가 달라짐. 예컨대, 고추는 4, 5월경에 모종을 심고 6월 중순경부터 10월 중순경 사이에 수확함

○ 대상판결에서는 '그 밖의 농림 사업'의 해석이 문제되었음

○ 원심판결은 원고들의 근로를 '그 밖의 농림 사업'에 해당하는 것으로 보았으나, 원고들이 수행한 근로는 '임도보강, 등산로정비, 재해예방, 사방작업' 등 토목공사에 가깝고, 임업과는 거리가 있음

④ 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결 [부당이득금]

◈ 명시적 일부청구와 묵시적 일부청구

	명시적 일부청구	묵시적 일부청구
소송물	일부 (소송물의 분리)	전체 권리
시효중단 (소제기시)	일부 단, 확장을 예정하고 실제 확장한 경우 : 전부 확장을 예정하였으나 확장 안 한 경우 : 최고의 효력(6개월)	○
중복제소	×	○
기판력	×	○

○ 하나의 채권으로 평가할 수 있는 권리를 소송상 그 일부만 행사한 경우, 소송물을 어떻게 평가할 것인가가 문제됨

- 이론상으로는 소송물이 1개이나 실무상으로 소송물의 분리를 인정할 필요성이 있음
- 원고가 일부 금액만 시범소송으로 청구하는 경우도 많고, 청구취지를 확장하겠다고 소를 제기하였는데 피고가 불출석하는 바람에 의제자백으로 승소판결이 선고되는 경우도 있음 (예컨대, 피해금액이 1,000억인데 우선 500만 원만 청구하는 경우)

▣ 묵시적 일부청구(명시하지 않은 일부청구)에서는 권리 전체를 1개의 소송물로 봄

○ 기판력이 권리 전부에 미치므로, 원고는 승소 확정판결을 받은 이후에는 나머지 부분에 대하여 후소를 제기하면 기판력의 효력(모순금지)에 따라 기각판결을 받거나 권리보호의 이익이 없어 각하됨

○ 원고가 별소를 제기할 경우 전소에서 구한 금액이 실제 피해금액보다 적은 경우에도 후소는 중복제소가 됨

○ 시효중단의 효력도 권리 전체에 미친다고 보아야 함. 묵시적 일부청구이면 나중에 청구를 확장하더라도 소 제기시에 권리 전체의 소멸시효가 중단됨

▣ 명시적 일부청구에서는 원고가 특정한 부분을 1개의 소송물로 봄(소송물의 분리)

▶ 나머지 부분을 후소로 제기하는 것이 가능함

○ 기판력이 명시한 일부 청구에만 미치므로, 원고는 나머지 부분을 후소로 구할 수 있음

○ 원고가 다른 법원에 나머지 금액을 후소로 제기하더라도 중복제소가 아님

- “전 소송에서 불법행위를 원인으로 치료비청구를 하면서 일부만을 특정하여 청구하고 그 이외의 부분은 별도소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보한 때에는 그 전소송의

소송물은 그 청구한 일부의 치료비에 한정되는 것이고 전 소송에서 한 판결의 기판력은 유보한 나머지 부분의 치료비에까지는 미치지 아니한다 할 것이므로 전 소송의 계속중에 동일한 불법행위를 원인으로 유보한 나머지 치료비청구를 별도소송으로 제기하였다 하더라도 중복제소에 해당하지 아니한다."(대법원 84다552 판결)

- 이러한 경우 별소를 허용할 필요성이 있는지에 대하여는 의문이 있음

▶ 다만, 판례는 소멸시효의 중단의 효력이 미치는 범위는 다음과 같이 구별하여 봄

○ 소 제기 시점을 기준으로,

① 청구취지의 확장을 예정하지 않은 경우

⇨ 특정한 권리 일부

② 청구취지의 확장을 예정한 경우

❶ 실제 확장한 경우 ⇨ 권리 전체 * 기존의 법리임(대법원 91다43695 판결 등)

❷ 확장하지 않은 경우 ⇨ 나머지 부분에 대하여 최고의 효력(6개월) * 새로운 법리임

○ 소송물이 분리된다고 보는 이상, 명시적으로 청구한 일부에 대하여만 시효중단의 효력이 미친다고 보아야 함

○ 그러나 손해배상소송에서 감정을 한 이후에 청구취지를 확장하는 것이 일반적인 관행인데, 감정에 1~2년 이상이 소요되기도 하는 점을 고려하여 보면, 청구취지 확장시에 나머지 부분의 소멸시효가 중단된다고 보기 어려운 점이 있음

- 원고가 의제자백의 성립으로 청구취지를 확장하지 못하고 소송이 확정된 경우에도 나머지 부분에 대하여 소멸시효가 완성된다고 보면 부당한 결과가 발생할 수 있음

○ 대상판결은 소송고지에 관한 기존 판례를 응용해서 나머지 부분에 대하여 최고의 효력을 인정하고, 원고가 6개월 이내에 후소를 제기하면 전소 제기시부터 시효중단이 된다는 합리적인 판례를 만들었음

- 소송고지의 요건이 갖추어진 경우에 그 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 민법 174조에 정한 시효중단사유로서의 최고의 효력이 인정되고, 고지자로서는 소송고지를 통하여 당해 소송의 결과에 따라 피고지자에게 권리를 행사하겠다는 취지의 의사를 표명한 것으로 볼 것이므로, 당해 소송이 계속중인 동안은 최고에 의하여 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 민법 174조에 규정된 6월의 기간은 당해 소송이 종료된 때로부터 기산되는 것으로 해석하여야 함(대법원 2009다14340 판결)

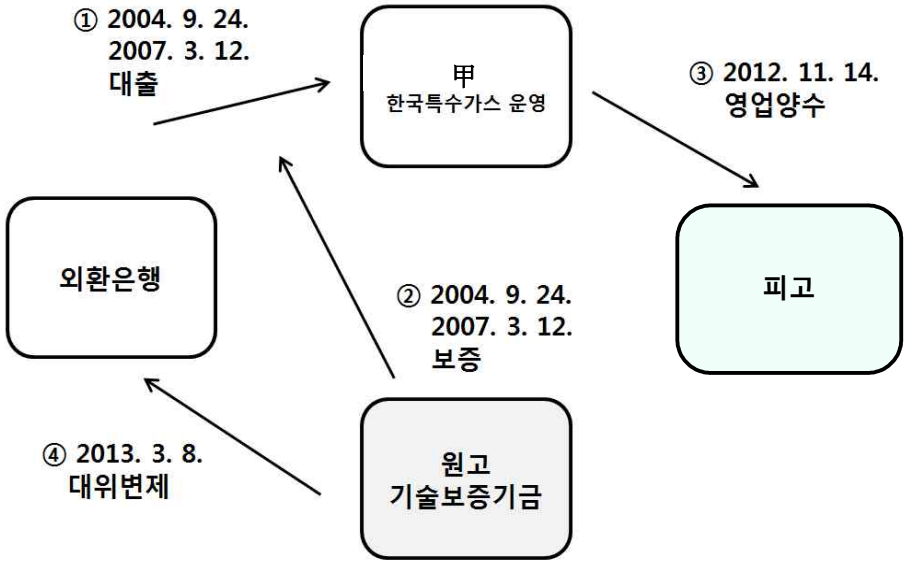
- [참고판례] 대법원 2014다16494 판결(소송고지서를 제출한 때에 시효중단)
"시효중단제도는 제도의 취지에 비추어 볼 때 기산점이나 만료점을 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 바람직하고, 소송고지에 의한 최고는 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것이므로 만일 법원이 소송고지서의 송달사무를 우연한 사정으

로 지체하는 바람에 소송고지서의 송달 전에 시효가 완성된다면 고지자가 예상치 못한 불이익을 입게 된다는 점 등을 고려하면, 소송고지에 의한 최고의 경우에는 민사소송법 제265조를 유추 적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다."

☞ 최고가 상대방에게 도달하지 않았음에도 그 효력을 인정하는 것에 대하여는 의문이 있을 수 있으나, 소송고지서를 제출한 자는 권리 위에 잠자는 자로 볼 수 없고, 법원의 사정으로 소송고지서가 늦게 도착한 것을 당사자의 귀책으로 돌릴 수 없으므로, 권리자를 보호하는 위 판결의 태도가 타당하다고 생각함

5 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결 [구상금]

◈ 사안의 개요



◈ 원심의 판단

▶ 1심 : 구상금 청구 기각

○ 1심은 영업양도 당시 채무의 변제기가 도래할 필요까지는 없다 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 보기 어렵다(대법원 2004다35656 판결)는 법리를 기초로, 원고가 외환은행에 변제한 날짜가 피고의 영업양수일 이후이어서 원고의 피고에 대한 구상금 채권이 영업양수일 당시 아직 발생하지 않았다는 이유로 원고의 청구를 기각하였음

▶ 항소심 : 항소심에서 추가한 변제자대위에 의한 청구 인용

○ 원고는 항소심에서 변제자대위에 의한 청구를 추가하였고, 구상권과 변제자대위에 의하여 취득한 권리는 청구권병합 관계임

○ 항소심은 외환은행이 甲에게 가지고 있던 채권은 甲이 피고에게 영업양도를 하기 이전에 발생한 것이므로, 피고는 외환은행에 대하여 상호를 속용한 영업양수인으로서 甲이 원고에게 부담하는 대위변제금 지급채무를 연대하여 변제할 책임이 있고, 대위변제자인 원고는 변제자대위에 따라 외환은행이 피고에 대하여 가지는 채권을 법정대위할 수 있다고 보았음

◈ 대상판결

▶ 구상금청구 x

○ "상법 제42조 제1항은 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우 양도인의 영업으

로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다고 규정함으로써 양도인이 여전히 주채무자로서 채무를 부담하면서 양수인도 함께 변제책임을 지도록 하고 있으나, 위 규정이 영업양수인이 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하도록 한 것이라고 보기는 어렵고, 영업양수인이 위 규정에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 채무의 변제기가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 볼 수 없다".

▶ **변제자대위에 의한 청구 x**

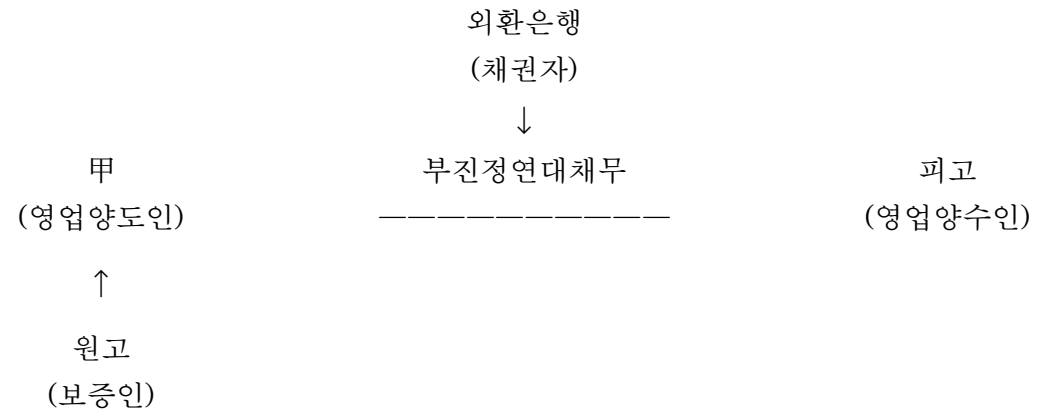
○ "원고가 피고에 대하여 구상권을 가지지 못하는 이상, 구상권의 효력을 확보하기 위하여 인정되는 변제자대위는 허용될 수 없(다)"

◈ 대상판결의 검토

▣ 상호속용 영업양수인의 책임

○ 상호속용 영업양수인은 중첩적 채무인수와 같이 채권자에 대하여 영업양도인과 함께 부진정연대책임을 부담하게 됨

○ 이 사건에서 피고가 2012년 영업을 양수하고 상호를 속용함으로써 채권자 외환은행에 대하여 甲과 함께 부진정연대책임을 지게 됨(상법 주석, 통설)



▣ 부진정연대채무 보증인의 다른 부진정연대채무자에 대한 구상권

▶ **민법상 구상권**

○ 민법상 구상권에 관한 규정은 여러 조항에 흩어져 있는데, 이를 묶어보면 5가지 유형임

- ① (보증인, 물상보증인, 제3변제자의) 주채무자에 대한 구상권
- ② 연대채무자, 불가분채무자 간의 구상권

- ③ 공동보증인간의 구상권
- ④ 보증인의 다른 연대채무자, 불가분채무자에 대한 구상권
- ⑤ 기타 유형(사용자·피용자간, 공작물 점유자·소유자간, 담보물제3취득자와 전소유자간)

○ 이 중 이 사건에서 문제가 되는 것은 ④ 유형임

▶ 민법 제447조(연대, 불가분채무의 보증인의 구상권)

어느 연대채무자나 어느 불가분채무자를 위하여 보증인이 된 자는 다른 연대채무자나 다른 불가분채무자에 대하여 그 부담부분에 한하여 구상권이 있다.

- 구상관계의 번잡한 순환을 피하기 위하여 구상권을 인정한 편의규정임

▶ 판례는 부진정연대채무자 1인의 보증인도 다른 부진정연대채무자에 대하여 구상권이 있다고 보고 있음(민법 447조의 준용)

대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다85861 판결
어느 부진정연대채무자를 위하여 보증인이 된 자가 채무를 이행한 경우에는 다른 부진정연대채무자에 대하여도 직접 구상권을 취득하게 되고, 그와 같은 구상권을 확보하기 위하여 채권자를 대위하여 채권자의 다른 부진정연대채무자에 대한 채권 및 그 담보에 관한 권리를 구상권의 범위 내에서 행사할 수 있다.

▶ 이 사건의 경우 구상권

○ 원고는 외환은행에 甲의 대출금채무를 변제함으로써 주채무자인 甲에 대하여 구상권을 갖게 됨

○ 또한 甲의 대출금채무를 변제할 당시 甲과 피고는 외환은행에 대하여 부진정연대채무의 관계에 있으므로, 위 대법원 2009다85861판결의 법리에 의하여, 원고는 피고에 대하여도 피고의 부담부분에 한하여 구상권을 갖게 됨

▶ 영업양도인의 보증인의 영업양수인에 대한 구상권 유무(판례)

○ 그런데 판례는 특이하게도 위와 같은 법리와는 달리, 주채무자(영업양도인)의 보증인은 보증책임 이행 전의 상호속용 영업양수인에 대하여 구상권을 취득하지 못한다고 보고 있음

○ 즉 대법원 89다카11005 판결은 영업양도 당시에는 영업양도인에 대한 구상권이 아직 발생한 바 없고, 영업양수인이 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하는 것은 아니라는 이유로 구상권을 취득할 근거가 없다고 보았음

대법원 1989. 12. 22. 선고 89다카11005 판결
원고는 피고에 대한 채무를 보증한 사실이 없으므로 보증인으로서의 구상권(민법 제441조, 제442조 참조)이 발생할 수는 없으며 피고가 유흥업소 뉴월드를 양수할 당시에는 원고의 영업양도인에 대한 이건 구상금채권이 아직 발생된 바 없으므로 피고가 영업양수인으로서 양도인이 부담한 구상금채권을 변상할 책임(상법 제42조 제1항 참조)이 있다고 하기도 어렵고 피고의 영업양수가 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하는 것이라고 보기도 어렵다.

○ 이후 대법원 2003다51569 판결, 대법원 2018다288730 판결도 같은 취지로 구상권을 부정하였음

대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다288730 판결
상호를 속용하는 영업양수인이 상법 제42조 제1항에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 채무의 변제기가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 보기 어렵다.

○ 대상판결은 바로 2018다288730 판결의 법리를 그대로 유지하면서, 원고(보증인)의 피고(영업양수인)에 대한 구상권을 부정한 것임

▶ 구상권을 부정하는 판례의 법리(판시)에 의문이 있음

○ 이 사건에서 영업양수인은 상호속용 영업양수로 인하여 채권자인 외환은행에 대하여 이미 부진정연대채무를 부담하게 되었고, 그후 주채무자의 보증인인 원고가 주채무자의 채무를 변제함으로써 영업양수인의 외환은행에 대한 채무도 함께 소멸하는 것임

○ 구상권이란 바로 이러한 경우에 형평과 구상관계의 단순화를 위하여 인정되는 것이고, 이러한 필요성은 영업양도로 인한 부진정연대책임의 경우라 하여 다르지 아니함

○ 즉, 이 사건에서 외환은행이 피고에게 먼저 청구를 하여 변제를 받을 수도 있었고, 피고는 그 청구를 거부할 방법이 없음. 그러한 경우에 피고는 주채무자 甲에 대하여 그 부담부분에 한하여 구상권을 갖게 되고, 구상권의 확보를 위하여 변제자대위로 원고에 대한 보증채권도 취득하게 됨

○ 그런데, 대상판결에 의할 경우에는 채권자에 대하여 누가 먼저 변제를 하느냐에 따라 구상관계가 달라지게 되어 부당한 결과가 발생할 수 있는 것임

○ 요컨대 대상판결은 영업양도 당시 구상권의 발생이 확실하지 않았다는 것을 근거로 내세우고 있으나, 이는 영업양수로써 이미 피고가 채권자 외환은행에 대하여 부진정연대채무를 부담하고 있었다는 점을 간과한 것으로 보임. 대상판결의 법리에 의하면 피고는 원고가 먼저 변제함으로써 우연한 이득을 얻게 되는 것임

▶ 부담부분의 문제(영업양수인의 부담부분)

○ 그런데, 민법 447조의 규정과 같이 부진정연대채무자 1인의 보증인은 다른 부진정연대채무자에 대하여 부담부분에 한하여 구상권을 갖게 됨

○ 상호 속용 영업양수의 경우에 영업양도인과 영업양수인의 부담부분은 구체적인 케이스마다 달리 판단될 수도 있겠지만, 영업양수인이 이행인수를 하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 영업양도인의 부담부분을 100으로 보는 것이 일반적일 것임(영업양도인이 채권자에게 변제한 경우에 영업양수인에게 구상할 수 있는가로 환원시켜서 보면 간단해짐)

○ 영업양수인의 부담부분이 0인 경우에는 영업양도인의 보증인이 변제를 하더라도 영업양수인에게 구상권을 취득할 수는 없는 것이고, 대개의 경우 여기에 해당할 것임

○ 요컨대, 영업양수인에 대한 구상권을 인정하지 않은 판례는 타당하다고 생각되나, 그 이유는 구상권의 성립시기의 문제가 아니라 부담부분의 문제라고 생각됨

▣ 변제자대위

▶ 구상권과 변제자대위의 관계

○ 대위변제자가 피대위변제자의 채무를 변제하는 순간, 종래 채권자가 피대위변제자에 대하여 가지고 있던 채권과 그 확보를 위한 물적, 인적담보의 권리가 대위변제자에게 이전함

- 판례는 양도담보권(대법원 2005다10760 판결), 보험금청구권(대법원 2012다25432 판결)도 변제자대위로 이전한다고 보고 있음

○ 변제자대위는 구상권의 확보를 위한 것이므로, 구상권이 없는 경우에는 변제자대위도 일어날 수 없음(대법원 94다38106 판결)

▶ 단, 구상의무의 주체와 변제자대위로 인한 의무의 주체가 일치해야 하는 것은 아님

○ 변제자대위에 의하여 이전되는 권리에는 인적 담보, 물적 담보 기타 권리가 포함되어 있으므로, 구상의무의 주체와 변제자대위로 이전되는 의무의 주체가 일치하지 않는 경우도 있음

○ 예컨대, 연대채무자(부진정연대채무자) 중 1인이 채권자에게 변제한 경우 다른 연대채무자의 보증인에 대하여는 구상권이 없음

- 대법원 90다20244 판결

> 수인의 불법행위로 인한 손해배상책임은 부진정연대채무이나 그 구상권 행사에 있어서는 성질상 연대채무에 관한 규정이 준용된다고 할 것인데 그 구상권에 관하여 규정한 민법 제425조 제1항의 규정에 의한 구상권 행사의 상대방은 공동면책이 된 다른 연대채무자에 한하는 것이며 다른 연대채무자가 그 채권자에게 부담하는 채무를 연대보증한 연대보증인은 그 연대채무자와 연대하여 채권자에게 채무를 변제할 책임을 지는데 불과하고 채무를 변제한 연대채무자에게까지 그 연대보증한 연대채무자의 부담부분에 관한 채무를 변제할 책임을 부담하는 것은 아니라고 할 것이다.

○ 즉 변제한 연대채무자는 다른 연대채무자의 보증인에 대하여 구상권은 없고, 다만 다른 연대채무자에 대한 구상권의 확보를 위하여 변제자대위로 채권자의 보증채권이 변제한 연대채무자에게 이전함

○ 물적 담보의 경우에도 변제자대위는 일어나는데 그 경우에도 물상보증인에 대하여 구상권이 없음은 당연함

○ 대상판결은 “원고가 피고에 대하여 구상권이 없는 이상, 구상권의 효력을 확보하기 위하여 인정되는 변제자대위는 허용될 수 없(다)”고 판시하였는데, 이러한 판시는 잘못된 것이거나 오해의 소지가 있음

▶ 연대채무(부진정연대채무)가 변제자대위로 인하여 이전되는 ‘담보에 관한 권리’에 해당하는지

○ 이 사건의 사안에서 원고가 주채무자 甲에 대한 구상권의 확보를 위하여 외환은행이 피고에 대하여 가지고 있던 부진정연대채권을 변제자대위로 취득할 수는 없는 것인가?

○ 채권자의 입장에서는 연대채무 또는 부진정연대채무도 채권을 강화하는 것으로서 연대보증과 별 차이가 없으므로, 인적 담보의 기능과 유사하다고 볼 수도 있음

○ 그러나 채무자를 기준으로 보면, 각 채무자는 자신의 채무를 부담하고 있는 것이고, 그 채무에 대하여 개별적으로 물적 담보, 인적 담보가 제공되어 있으므로, 연대채무, 부진정연대채무를 변제자대위의 '담보에 관한 권리'로 보기는 어렵다고 생각됨

○ 앞서 본 바와 같이 연대채무자(부진정연대채무자)의 보증인은 다른 연대채무자(부진정연대채무자)에 대하여 어차피 민법 447조에 따라 구상권을 갖는 것이므로(구상권의 범위는 부담부분으로 제한) 그 구상권의 확보를 위하여 그 연대채무자(부진정연대채무자)에 대한 채권자의 연대채권(부진정연대채권)이 변제자대위로 이전함

○ 따라서 연대채무(부진정연대채무)를 '담보에 관한 권리'로 파악하여 변제자대위를 인정할 실익이 없고, 만일 그 범위를 주채무자에 대한 구상권 범위로 확대하면 민법 447조의 취지에도 반하여 문제가 발생함

○ 따라서 이 사건에서 원고는 甲에 대한 구상권을 내세워 외환은행의 피고에 대한 부진정연대채권을 변제자대위로 취득할 수는 없다고 생각됨

○ 이 점에 관하여 언급한 판례나 주석서는 찾지 못하였음. 발견하신 분의 연락을 바람

▣ 대상사건 사안의 법률관계 요약(사견)

○ 피고는 상호속용 영업양수로 인해 외환은행에 부진정연대채무를 부담함

○ 원고는 주채무자 甲의 보증인으로서 외환은행에 변제를 함으로써 주채무자 甲에 대하여 구상권을 갖게 됨. 그러나 부진정연대채무는 '담보에 관한 권리'가 아니어서 변제자대위로 피고에 대한 보증채권이 원고에게 이전하지 아니함

○ 원고는 또한 민법 447조에 의하여 피고의 부담부분이 있다면 그 부담부분에 한하여 피고에게 구상권을 갖게 되는 것이지만, 영업양수의 속성상 피고의 부담부분이 0일 것으로 보이므로, 원고는 피고에 대하여 구상권을 가질 수 없음. 따라서 변제자대위도 일어나지 아니함

6 대법원 2020. 2. 13. 선고 2015다225967 판결 [손해배상]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 해외 유명인의 사진을 검색하여 선정하고, 그와 신체적 특징이 유사한 모델을 고용하여 자신의 의류를 입힌 다음 사진을 찍고 이를 다시 해외 유명인의 사진에 합성한 후 자신의 인터넷 사이트에 게재하였음

○ 피고는 원고가 위와 같이 제작한 이미지를 복제하거나 모방함

▣ 대상판결 검토

○ 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당함(대법원 2008마1541 결정)

- 위와 같은 행위는 기존에는 판례에 의하여 불법행위로 인정되어 오다가, 부정경쟁방지법 1조 1호 카목의 신설로 부정경쟁행위의 개념에 포함되었음
- 부정경쟁행위의 본질은 불법행위이므로, 위 카목이 신설된 부정경쟁방지법의 시행일 이전에는 민법상 불법행위로, 시행일 이후에는 부정경쟁방지법을 위반한 손해배상으로 인정하면 됨. 소송물은 동일함

○ 원고가 해외 유명인에 대하여 초상권 등 침해의 불법행위책임을 지더라도, 원고는 피고에 대하여 원고의 영업상 이익이 침해되었다는 이유로 손해배상을 구할 수 있음

- [참고] 음란한 내용을 담고 있는 영상물도 저작권법의 보호대상이 됨
[서울고등법원(제4민사부) 2019. 6. 4.자 2018라20968 결정(심리불속행 기각으로 확정됨)]

7 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019다271012 판결 [사용료]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고에게 피고 측 인원들이 원고 리조트의 증축공사 기간 중에 원고 리조트의 객실과 식당을 사용한 데 대한 사용료를 매월 말 지급하기로 약정하였음

▣ 대상판결 검토

민법 제163조(3년의 단기소멸시효)
다음 각호의 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
1. 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권

민법 제164조(1년의 단기소멸시효)
다음 각호의 채권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
1. 여관, 음식점, 대석, 오락장의 숙박료, 음식료, 대석료, 입장료, 소비물의 대가 및 체당금의 채권

○ 원심은 원고의 피고에 대한 채권이 민법 163조 1호의 사용료 채권이라고 본 후, 그 채권의 소멸시효기간은 3년이라고 보았음

○ 그러나 민법 163조 1호가 적용되기 위해서는, ① 지분적 채권이면서, ② 그 지급시기가 1년 이내의 기간으로 정하여져야 함

- 민법 제163조 제1호는 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 규정하고 있다. 이는 기본 권리인 정기금채권에 기하여 발생하는 지분적 채권의 소멸시효를 정한 것으로서, 여기서 '1년 이내의 기간으로 정한 채권'이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권을 말함(**대법원 2016다45779 판결**)
- 위 판결에서는, 피고는 원고에게 해외로부터 지급받은 저작권 사용료를 6개월마다 정산하여 지급하기로 약정하였으므로, 원고는 피고에게 1년 이내의 기간인 6개월마다 저작권 사용료 분배청구권의 지분적 청구권을 가지게 되었다고 보았음

○ 대상판결에서의 사용료는 숙박료에 불과하고 지분적 권리가 아님

☞ 해당 채권의 소멸시효기간은 민법 164조 1호를 적용하여 1년으로 보는 것이 타당함. [끝]

2020. 4. 15.자 공보 [2020. 6. 19. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 2. 27. 선고 2016다223494 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 피고 대신자산운용은 미국 올란도에 호텔을 건립하는 개발사업에 투자하기로 하고, 투자신탁재산의 조성을 위해 원고(신용협동조합중앙회)에게 수익증권의 매수를 권유함

○ 원고는 신용협동조합법상 특별자산투자신탁의 수익증권을 매수하는 것이 금지되어 있어, 피고 마이애셋과 협의하여 피고 마이애셋이 설정한 투자신탁의 수익증권을 매수하는 방법으로 피고 대신자산운용의 펀드(대신라발로2)에 투자함

○ 원고는 피고 마이애셋에 매년 운용보수를 지급하였는데, 위 개발사업은 착공하지도 못한 상태에서 무산되었음

○ 원심은 피고 대신자산운용은 원고가 투자한 투자신탁의 자산운용회사가 아니라는 이유로, 피고 마이애셋은 대신라발로2 계좌에 입금함으로써 임무가 종료되었다는 이유로 청구를 모두 기각함

○ 대법원에서 투자자보호의무위반을 이유로 두 피고에 대하여 모두 파기환송

▣ 특정금전신탁과 집합투자의 관계

▶ 현행법상 모두 자본시장법의 규율대상임

○ 금전신탁은 구 신탁업법의 적용을 받다가 자본시장법 시행 이후에는 금융투자업의 하나로서 자본시장법이 적용됨(자본시장법 6조 1항 6호)

○ 집합투자는 과거 구 간접투자자산운용업법으로 규율되던 '간접투자'가 집합투자로 명칭이 변경되면서 자본시장법에 편입되었음(자본시장법 6조 5항)

▶ 특정금전신탁

○ 위탁자가 신탁재산의 운용방법을 특정하는 금전신탁임

① 수탁자는 위탁자가 지정한 방법대로 자산을 운용하여야 함

② 운용방법에 일정한 제한이 있음(다른 자산과 혼합운용 제한 등)

☞ 운용회사가 파산하더라도 위 재산에 대하여 집행할 수 없음

○ 영국법상 신탁과 유사함

○ 특정금전신탁의 경우에도, 신탁회사에서 구체적인 운용방법을 정해놓고 투자를 권유하는 경우에는 설명의무 등 고객보호의무가 있음(대법원 2016다212272 판결)

▶ 집합투자

○ 투자자가 직접 자신의 자산을 운용하는 직접투자에 대응하는 개념으로, 투자자가 전문가에게 자신의 자산 운용을 맡기고 그에 따른 수익을 받는 형태의 투자 방법임

☞ 광의의 집합투자

▶ 특정금전신탁 ≒ 집합투자 ⇨ 형식만 다를 뿐 실질적으로는 같음

○ 실제 금융거래에서는 신탁업자가 특정금전신탁의 형태로 다수의 투자자를 모집하면서 운용방식 등을 스스로 정하고 운용하므로, 특정금전신탁과 법률적 형식(신탁과 수익증권 매매를 통한 위임)만 달리할 뿐 실질적 효과는 같다고 할 것임

○ 이러한 이유로 집합투자는 간접투자법 시행 당시에는 해석으로 설명의무 위반 등 투자권유 규제의 적용을 받았고, 그 규제 내용은 자본시장법에 입법화되었음

▣ 대상판결 검토

○ 피고 대신자산운용에 대하여 보면, 원고는 피고 대신자산운용의 설명을 전적으로 믿고 투자한 것이므로 피고 대신자산운용은 투자를 권유한 자로서 투자자보호의무를 부담함

- 과거 간접투자에 관한 사건에서 투자를 권유한 자가 수익구조와 위험요인에 대하여 올바른 정보를 제공하지 못한 경우 투자자보호의무위반을 인정한 사례가 다수 있음

☞ 원심은 기존의 판례의 법리에 반하는 것으로 볼 수 있음

○ 피고 마이애셋에 대하여 보면, 피고 마이애셋은 자산운용회사로서 매월 자산운용보수를 지급받았음. 보수에 상응하는 운용상의 주의의무가 있다고 보아야 하므로, 투자자금을 입금시켰다고 하여 그로써 임무가 모두 종료하였다고 볼 수는 없음

- 따라서 주의의무 위반 여부를 구체적으로 심리하여야 함

○ 대체로 자본시장법과 관련된 사안은 법리를 이해하는 것도 중요하겠지만, 실제 사례에서는 투자를 권유하고 자산을 운용한 회사측에 책임을 인정하는 것이 적절한지를 고민하고 결론을 내리는 것이 정확한 경우가 더 많음

○ 법리에 매몰되면 결론이 잘못될 경우가 있으므로 주의를 요함

2 대법원 2020. 2. 27. 선고 2016다260325 판결 [적립금이관의소]

▣ 사안의 개요

○ 피고(농업협동조합중앙회)는 여러 사업 중 하나로 보험업과 유사한 공제사업을 하였는데, 구 농업협동조합의 구조개선에 관한 법률로 공제사업부문이 원고(예금보험공사)로 이관하게 되었음

○ 그와 함께 그동안 공제사업에서 적립되었던 적립금도 원고(예금보험공사)에 이관하게 되었음

○ 그런데 피고(농업협동조합중앙회)는 그동안 경제사업 부실액을 신용사업계정과 공제사업부문계정에서 균등하게 분담하였어야 하는데 신용사업계정에서만 위 부실액을 분담하여 형평에 맞지 않는다는 이유로 이관 직전에 공제사업 적립금 1,300억 원을 신용사업계정으로 이관하는 회계처리를 함

○ 원심은 위 회계처리가 위법하다고 보고, 회계처리 전의 적립금 전부를 원고에게 이관하도록 명함. 상고기각.

▣ 대상판결 검토

○ 공제는 구성원들을 대상으로 한 보험이고, 적립금은 구성원들로부터 공제료로 받은 금액임

○ 그 때문에 공제사업을 이관하면서 그 적립금도 함께 이관하도록 한 것임

○ 피고(농업협동조합중앙회)는 그동안 회계처리에 잘못이 있었다면서 적립금 중 일부를 다른 계정으로 이관하였으나, 증거조사 결과 이관조치가 위법한 것으로 판단되었음

○ 따라서 위법한 이관조치를 고려하지 않은 기존의 적립금 전체를 이관할 필요가 있음

○ 만일 피고(농업협동조합중앙회)가 회계처리를 한 것에 정당한 이유가 있었다면 결론이 달라졌을 것임

3 대법원 2020. 2. 27. 선고 2017다270114 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 피고(학교법인)는 학교를 신축하여 이전하는 과정에서 지방자치단체(구미시)로부터 산지전용허가를 받았는데, 산지관리법령에 따라 산지 원상복구비 예치의무를 부담하게 됨

○ 피고는 원고(서울보증보험)와 원상복구비 예치금의 지급보증보험 계약을 체결하고, 지급보증서를 구미시에 제출하였음

○ 피고가 원상복구를 하지 아니하여 원고가 구미시에 원상복구비 상당 보험금을 지급한 후 피고에게 구상금 청구를 함

○ 원심은 지급보증보험계약이 사립학교법 28조에 위반하여 무효라는 이유로 원고의 청구를 기각함

○ 대법원은 허가가 필요한 의무부담행위에 해당하지 않는다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 사립학교법 제28조의 '의무부담행위'

사립학교법 제28조(재산의 관리 및 보호)
① 학교법인이 그 기본재산을 매도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때 또는 의무의 부담이나 권리의 포기를 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항은 이를 관할청에 신고하여야 한다.

○ 재단법인이 부동산을 매매하기 위해서는 주무관청의 허가가 필요함 ⇨ 부동산은 정관기재사항인데 정관변경에 주무관청의 허가가 필요하므로 결국 부동산의 처분에 주무관청의 허가가 필요함

○ 그런데 사립학교는 여기에서 더 나아가 의무부담행위에 대하여도 주무관청의 허가를 받도록 규정을 둔 것임 ☞ 사립학교 운영자의 배임적인 행위를 막기 위함임

○ 다만, 판례는 사립학교의 모든 의무부담행위에 허가가 필요한 것으로 보지 아니하고, 재산의 유지보호가 필요한 범위에서만 허가를 받도록 해석하였음

- 학교법인이 소송을 위임한 변호사에 대한 보수지급 약정(380만원)은 허가를 요하는 의무부담행위가 아니라고 보았음(대법원 78다166 판결)
- 위 판례에 따르면 내용에 별 문제가 없는 계약은 허가가 필요하지 아니할 것으로 보임

▶ 대상판결의 검토

○ 사립학교법 28조는 의무부담행위 즉 계약에 대하여 허가를 받도록 한 것이고, 위 판례(대법원 78다166 판결)의 법리에 따라 허가대상 여부는 실질적으로 사립학교 재산의 유지보호

의 필요성에 따라 구체적으로 판단하여야 함

○ 그런데, 이 사건에서 최초의 원상복구비 예치의무는 계약에 의하여 발생한 것이 아님

- 즉, 위 의무는 산지법에 따라 일방적으로 부과된 의무임

○ 그 후 피고가 원고로부터 원상복구비 예치에 갈음할 보험증권을 발급받으면서 원고와 피고 사이에 처음으로 보험금지급시의 구상금 지급에 관한 계약을 체결하였는데, 이는 형식상으로는 의무부담행위에 해당할 수 있음

○ 그러나 실질적으로 보면, 이는 산지법에 의하여 부담하게 되는 금전 예치의무와 같은 성질의 것으로서 피고가 새로운 의무를 부담하는 것도 아니고, 피고의 재정에 위험이 발생하는 것도 아님

○ 이러한 점에서 사립학교법 28조에 따라 주무관청의 허가가 필요한 의무 부담행위라고 할 수 없다는 것임

○ 형평의 점에서도 타당한 판결임. 법률의 취지와 법률관계의 실질을 꿰뚫어 보지 않으면 원심처럼 판결하기가 쉬웠을 것임

④ 대법원 2020. 2. 27. 선고 2018다232898 판결 [건물]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 건물은 리모델링 공사를 통하여 그 층수가 2층에서 4층으로, 면적이 1층 873.04㎡, 2층 702.75㎡에서 1층 및 2층 각 925㎡, 3층 및 4층 각 524.1㎡로 변경되었고, 점포의 수도 기존 약 170개에서 증축 후 약 250개로 증가함

○ 위와 같이 증축된 건물에 대한 사용승인이 나지 않아, 리모델링에 따른 공부상 표시변경등록 및 표시변경등기가 이루어지지 않았고, 현재 등기는 이 사건 건물의 현황을 제대로 반영하고 있지 못함

○ 원고는 리모델링 전 구분소유자로서, 피고들에게 점유하고 있는 부분의 인도를 구함

○ 원심은 청구를 인용하였으나, 대법원은 구분건물의 독립성이 상실되었다고 보아 파기환송

▣ 구분소유의 성립요건 중 '구조상, 이용상 독립성'의 의미

▶ 집합건물법상 상가건물에 관하여 요건이 완화되어 있음

집합건물법 제1조의2(상가건물의 구분소유)
① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 "구분점포"라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.
1. 구분점포의 용도가 건축법 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것
2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 "판매시설등"이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일 것
3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것
4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것
② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 요컨대, 대규모상가의 경우 바닥의 표시로 구분이 될 정도가 되면 구분소유권의 객체가 될 수 있음

○ 리딩케이스로 "은평구 팜스퀘어 사건"(2017다225398 판결)을 기억하여야 함

- 대규모점포인 킴스클럽이 480개의 구분소유등기를 했는데, 소유자 1명이 소유하는 면적이 약 1평에 불과하였음
- 바닥에 건물번호표지가 새겨진 금속판과 경계표지로 보이는 "십" 또는 "ㅏ" 모양의 금속판이 부착, 설치되어 있었으나 위 경계표지 재료의 색이 상가 바닥에 부착되어 있는 띠 모양 부분의 색과 명확히 구분되지 않고, 점포의 경계표지나 건물번호표지가 상당히 손상되어 있었음

- 위 사안에서 대법원은 집합건물법 1조의2에 의하여 완화된 구조상 독립성이 인정될 여지가 충분하다고 보았음

▣ 대상판결 검토

○ 이 사건 건물은 리모델링 공사에 따라 구조상 및 이용상의 독립성을 완전히 상실하였다고 볼 수밖에 없음

○ 이러한 경우 판례는 기존 건물의 구분등기는 공유지분 등기(리모델링으로 생겨난 새로운 건물 중에서 이 사건 건물이 차지하는 비율 상당)로서의 효력만 인정된다고 보았음

- "경매대상 건물이 인접한 다른 건물과 합동됨으로 인하여 건물로서의 독립성을 상실하게 되었다면 경매대상 건물만을 독립하여 양도하거나 경매의 대상으로 삼을 수는 없고, 이러한 경우 경매대상 건물에 대한 채권자의 근저당권은 위 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 위 경매대상 건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 위에 존속하게 되므로 근저당권자인 채권자로서는 경매대상 건물 대신 위 공유지분에 관하여 경매신청을 할 수밖에 없게 되었다."(대법원 93마929 결정)

○ 따라서 원고는 전체 건물 공유자 중 일부이므로, 공유물의 보존행위로서 피고들에 대하여 인도를 구할 수는 없음

- "공유물의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 소수지분권자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구할 수는 없다."(대법원 2018다287522 전원합의체 판결)

5 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다204869 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 망인은 생전에 보험회사와 사이에 사망시 수익자를 동거인인 피고로 하는 보험계약을 체결하였음

○ 망인은 피고와 동거관계를 청산한 다음, 피고에게 보험수익자 변경을 위해 보험회사 사무실에 함께 방문해줄 것을 요청하였고, 피고도 위 요청을 수락하였으나 일정이 맞지 않아 보험회사를 방문하지 못하였고, 보험회사에 보험수익자변경 통지를 하지 않았음

○ 이후 망인이 사망하자, 단독상속인인 원고는 피고를 상대로 보험금 채권 양도 및 통지의 의사표시를 하라는 소를 제기함

○ 원심은 원고의 청구를 인용하였으나, 대법원은 소의 이익이 없다는 이유로 파기자판 소각하

▣ 보험수익자 변경

상법

제733조(보험수익자의 지정 또는 변경의 권리)

① 보험계약자는 보험수익자를 지정 또는 변경할 권리가 있다.

제734조(보험수익자지정권 등의 통지)

① 보험계약자가 계약체결후에 보험수익자를 지정 또는 변경할 때에는 보험자에 대하여 그 통지를 하지 아니하면 이로써 보험자에게 대항하지 못한다.

② 제731조제1항의 규정은 제1항의 지정 또는 변경에 준용한다.

▶ 보험수익자 변경권은 형성권임

○ 보험사고 발생 전까지 행사할 수 있음

- 보험자에 대한 통지는 대항요건이고, 보험사고 발생 후에 하여도 됨. 이 규정은 보험자의 이중변제를 막기 위하여 둔 규정임

○ 그런데 변경방법에 관하여는 규정이 없고, 상대방 있는 단독행위라는 설과 상대방 없는 단독행위라는 설이 대립하고 있음

▶ 상대방 있는 단독행위설[75]

○ 위 설은 보험자를 상대방으로 보는데, 이러한 해석은 보험자에 대한 통지를 대항요건으로 규정한 조문의 문언과 충돌함

▶ 상대방 없는 단독행위설[76]

75) 예로는 상계, 해제, 취소 등이 있음

76) 예로는 유언, 재단법인 설립, 권리의 포기, 공유지분의 포기(물권의 포기) 등이 있음

○ 위 설은 상법 734조 1항의 문언에는 부합하나, 아래와 같이 의사표시의 유무를 판단하기가 어렵고 효력을 발생하는 시점을 확정하기 어렵다는 문제가 있음

▣ 대상판결 ⇨ 상대방 없는 단독행위설을 취함

○ 망인이 피고에게 보험수익자를 변경하겠다는 요청을 한 순간 보험수익자는 변경되었으므로, 망인의 사망이라는 보험사고가 발생하기 전에 보험수익자가 변경되었음

○ 단독상속인인 원고는 포괄승계인으로서 보험자에게 보험수익자 변경통지를 할 수 있음

▣ 대상판결에는 약간의 의문이 있음 ☞ 상대방 없는 단독행위설을 취하면 의사표시의 유무 또는 효력 발생시점을 특정하기 어려움

○ 의사표시는 명확성과 확정성을 그 요건으로 하는데, 그 중 확정성이 굉장히 중요함

- 예컨대, 매도인과 매수인이 부동산 매매계약의 구체적인 내용에 관하여 구두로 완벽하게 합의하였으나, 매도인만 계약서에 날인을 한 상태에서 매수인이 날인 직전에 남편과 상의한 후 날인하겠다고 돌아갔다가 매수합의사실을 부인하는 경우 계약이 성립하였는지? X
  ☞ 매매계약은 낙성계약이므로, 일반적으로 계약서를 작성하지 않더라도 계약의 성립은 가능함. 그러나 매매계약서를 작성하는 것이 예정되어 있는 계약에서는 서면을 완성하였을 때 의사표시가 확정된다고 보아야 함. 즉, 양 당사자가 날인을 마치기 전까지는 누구나 의사를 철회할 수 있음. 위 사례에서 매수인의 의사표시는 확정되지 아니한 것이므로, 매매계약은 성립되었다고 볼 수 없음

○ 의사표시의 확정성의 측면에 비추어 볼 때, 이 사건에서 망인의 의사표시가 확정성을 갖춘 것인지 의문임

- 대상판결의 사안은 보험계약자가 보험수익자에게 전화를 걸어 보험회사에 같이 가자고 했다가 일정이 안 맞아 그만 두었다는 것임
- 보험계약자는 이후 수익자변경을 위한 조치를 취한 것이 전혀 없었는데, 묵시적으로 수익자변경 의사를 철회하였다고 볼 수도 있을 것임
- 보험계약자 입장에서도 이 사안에서 보험수익자 변경이 완료된 것으로는 인식하지 아니하였을 것임
- 더욱이 보험수익자를 딸인 원고로 바꾼다고 이야기하지 않았음에도, 단독상속인인 딸로 보험수익자를 변경했다고 해석하는 것이 타당할지 의문임

○ 상대방 없는 단독행위로 보게 되면, 이 사건과 같이 처분문서가 없는 경우 항상 의사표시의 존부와 내용이 문제될 수 있음

▣ 소의 이익이 없다는 판단에도 의문이 있음

▶ **소의 이익**

○ 일반적으로 소의 이익이란 재판제도를 이용할 수 있는 자격으로서 본안의 심리에 앞서서 당사자의 주장과 상관없이 판단하여야 할 사항임

○ 소의 이익은 대개 아래 3가지를 말함

- ① 권리보호자격
  ☞ 법률적 쟁송이 아닌 것, 예컨대 호적에서 삭제해달라는 내용의 소는 권리보호자격이 없다는 이유로 각하됨
- ② 권리보호이익
- ③ 당사자적격
  ☞ 예컨대, 말소등기절차의 이행을 구하는 소에서 피고가 등기명의자가 아닌 경우에는 피고적격이 없다는 이유로 소가 각하됨

○ 이 사건에서 문제될 수 있는 것은 ② 권리보호의 이익임

▶ **이행의 소에서 권리보호의 이익**

○ 이행의 소에서는 이행의무가 있다고 주장하면 원칙적으로 권리보호이익이 인정된다는 것이 판례임

○ 판례가 이행의 소에서 권리보호의 이익을 부정한 사례는 아래의 두 가지 경우가 발견됨

- ① 소유권이전등기청구소송에서 이미 원고 앞으로 이전등기가 경료되어 있는 경우
  "국유지에 대한 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행 소송의 사실심 심리 도중 국가가 소 제기자에게 대상 토지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 준 경우, 이미 소유권이전등기를 마친 소 제기자로서는 특별한 사정이 없는 한 더 이상 소유권이전을 구하는 소를 유지할 필요가 없게 되었고, 임의로 소유권을 이전해 준 국가로서도 소 제기자의 소유권이전청구권의 존부에 대하여 다툴 이익을 상실하게 되었으므로, 그 소는 권리보호의 이익을 결한 것으로서 부적법하게 된다."(대법원 96다11785 판결[77])
- ② 형식주주를 상대로 명의개서를 청구하는 경우
  실질주주는 회사를 상대로는 주주명부상의 명의개서를 청구해야 하고, 형식주주를 상대로는 주주확인청구를 해야 하는데, 형식주주를 상대로 명의개서절차의 이행을 구하면 소의 이익이 있다고 볼 수 없어서 각하됨(대법원 92다16386 판결)

○ 위 두 케이스의 공통점은, 공적장부(등기부, 주주명부)를 관리하는 자가 따로 있고, 이행청구의 상대방에 대하여 판결을 받더라도 공적 장부 기재를 변경할 수 없어 말 그대로 소송을 할 이익이 없는 경우임

77) 대법원 2007다85157 판결도 같은 취지임

○ 이러한 경우는 본안심리까지 할 필요도 없다는 이유에서 소 각하를 하는 것임

▶ 이 사건의 경우

○ 이 사건은 피고가 보험금채권을 취득하였는데 그것이 원고에 대하여 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송이고, 대법원은 보험금채권을 취득한 자는 원고라는 이유로 권리보호의 이익이 없다고 보았음

○ 우선 이러한 판단은 본안심리에 의하여 피고가 보험금채권을 취득한 바 없다는 것이 확정되어야만 가능한 판단으로서 본안에 앞서 소의 이익을 요구하는 제도의 취지에 맞지 않음

- 만일 보험수익자 변경이 없었다면 원고의 청구를 기각하였을 것임. 그렇게 된다면 원고의 주장이 인정될 경우에는 소의 이익이 없고, 원고의 주장이 인정되지 않을 경우에는 소의 이익이 있다는 것인데, 소의 이익이 본안에 앞서 판단된다는 일반원칙과 모순됨

○ 또 원고가 주장하는 권리가 이미 원고에게 있거나, 변론종결 전에 원고의 청구가 이행되는 경우는 실무상 자주 발생함. 그러나 그 경우에 소의 이익을 부정하지는 아니함

○ 예컨대

- ① 건물 인도청구소송에서 피고는 인도를 완료하였다고 주장하고, 원고는 내부에 쓰레기가 많아서 아직 인도가 안 되었다고 주장하는데 심리결과 인도사실이 인정되는 경우
- ② 채권양도 청구소송에서 피고가 원고의 주장을 인정하고 스스로 변론종결 전에 채권을 양도한 경우

○ ①의 경우에 이미 인도를 완료하였다는 피고의 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하여야 할 것이지, 원고가 이미 점유하고 있어 인도를 구할 소의 이익이 없다는 이유로 소 각하를 하지는 아니함

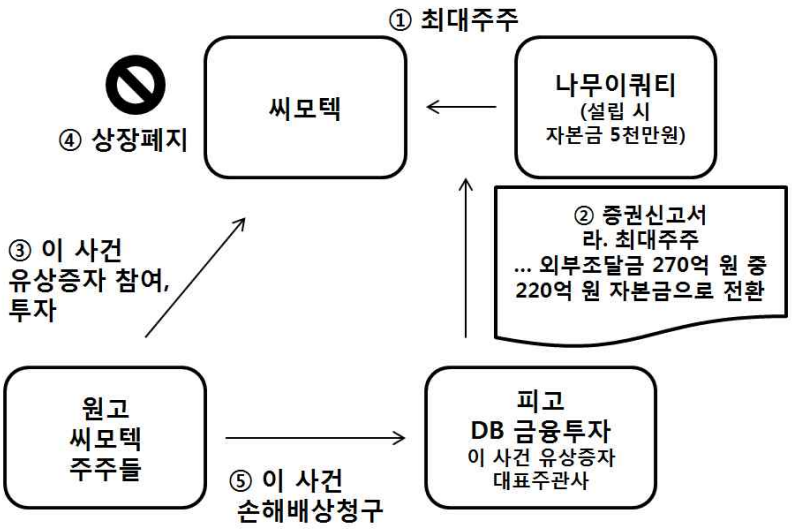
○ ②의 경우에도 변론종결시를 기준으로 보아 피고가 채권양도의무를 이행하였다는 이유로 청구를 기각하여야 할 것이고[78], 소를 각하하지는 아니함

○ 이 사건에서 원고의 주장이 받아들여졌음에도 청구를 기각하는 것이 조금 이상하기는 하지만, 판결이유에서 기각사유를 명확하게 설명하고 법적 구제절차를 안내하면 오해는 없었을 것임

78) 소송비용은 피고에게 부담시키는 것이 적절할 것임

⑥ 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다223747 판결 [증권관련집단소송]

▣ 사안의 개요



▣ 집단소송의 특수성

○ 집단소송법이 도입된 2005년 이후로 약 15년 만에 처음 나온 대법원 판결임

○ 집단소송법의 특징은

- 집단소송을 제기하기 위해 법원의 허가를 받아야 하고
- 제외신고를 하지 아니한 구성원(소를 제기하지 않은 자)에 대하여도 기판력이 미치며
- 소를 제기하지 않은 자도 판결에 따른 피해금액을 배상받게 된다는 점에 있음

○ 원고는 소장을 제출함과 동시에 법원에 집단소송허가를 받아야 하는데, 허가결정에 대하여 항고·재항고가 가능하므로, 실제 본안소송이 시작되기까지는 상당한 시간이 소요됨

- 이 사건의 경우에도 2011년도에 허가신청이 있었는데, 2016년에 대법원에서 소송허가결정이 확정되었고, 그 후 본안심리가 시작되어 2020년에야 본안판결이 확정되었음

○ 이러한 문제로 인해 집단소송이 활성화되지 못한 것으로 보임

▣ 고의 불법행위와 과실상계

▶ 고의에 의한 공동불법행위자도 과실상계를 주장할 수 있음

○ 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 하는 상계는 허용되지 아니함(민법 496조)

○ 그러나 고의의 불법행위자라고 하여 바로 과실상계가 금지되는 것은 아님

"피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로

자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것이 허용되지 아니하는 것은, 그와 같은 고의적 불법행위가 영득행위에 해당하는 경우 과실상계와 같은 책임의 제한을 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오기 때문이므로, 고의에 의한 불법행위의 경우에도 위와 같은 결과가 초래되지 않는 경우에는 과실상계와 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능하다."(대법원 2013다31137 판결)

▶ 판례가 공동불법행위자에 대하여 과실상계를 허용하지 않는 경우는 아래 2가지임

○ ① 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 경우

○ ② 불법행위자가 영득행위에 해당하는 불법행위를 하였고, 그 이익을 보유하고 있는 경우

▣ 과실상계에서 과실의 평가

▶ [원칙] 과실상계가 가능한 공동불법행위자들에 관하여는 그들 전원에 대한 과실을 전체적으로 평가하여야 함

○ 과실상계가 허용되지 않는 불법행위자가 아닌 나머지 불법행위자들이 여러 명일 경우 그들의 과실을 전체적으로 평가하여 책임제한을 하여야 함

○ "공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것이므로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로서 전체적으로 평가하여야 한다."(대법원 2010다76368 판결)

○ 피해자 보호를 위한 것이고, 이러한 법리가 종래의 판례임

▶ 그러나 최근 개별적으로 과실상계 비율을 정하였음에도 이를 수긍한 대법원 판결도 있음

○ 실무상으로는 가담정도가 경미한 피고에 대하여 다른 공동불법행위자들과 같은 비율로 과실상계를 하는 것이 부적절한 경우가 있고, 일부 하급심에서 피고별로 과실비율을 다르게 정하여 판결하는 경우가 꽤 있음

○ 그리고 대법원에서 심리불속행이 아닌 상고기각 판결로 이를 통과시킨 경우도 최근에 여럿 발견되고 있음

- 분식회계 등 사건(대법원 2015다241228 판결 등)
- 과실에 의한 중개보조원의 불법행위(대법원 2015다242429 판결 등)

○ 조금 더 판례를 기다려 보아야 할 것으로 생각됨

7 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결 [퇴직금등청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 연차휴가 사용 기간의 말일로부터 6개월 전을 기준으로 10일 이내인 날에 원고에게 사용하지 아니한 연차휴가 일수가 21일임을 알려주면서 휴가 사용 시기를 정하여 통보해 줄 것을 서면으로 촉구함

○ 원고는 피고에게 11일을 특정하여 해당 일에 연차휴가를 사용하겠다고 기재한 서면을 제출하였고, 그로부터 약 4개월 후에 피고에게 20일을 특정하여 해당 일에 연차휴가를 사용하겠다는 내용이 기재된 연차휴가사용(변경)계획서를 제출하였고, 피고는 이를 결재함

○ 원고는 1~2일을 제외한 나머지 연차휴가일에는 정상적으로 출근하여 피고에게 근로를 제공하였고, 피고도 별다른 이의 없이 원고의 노무제공을 수령함

▣ 대상판결 검토

구 근로기준법(2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되기 전의 것)
제61조(연차 유급휴가의 사용 촉진)
사용자가 제60조제1항·제3항 및 제4항에 따른 유급휴가의 사용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 제60조제7항 본문에 따라 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없고, 제60조제7항 단서에 따른 사용자의 귀책사유에 해당하지 아니하는 것으로 본다.

1. 제60조제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 사용하지 아니한 휴가 일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구할 것
2. 제1호에 따른 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 제60조제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 2개월 전까지 사용자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보할 것

○ 대상판결은 위 연차휴가사용(변경)계획서는 연차휴가수당의 지급을 면하기 위해 형식적으로 작성된 것에 불과하여, 구 근로기준법 61조에서 정한 미사용 연차휴가에 대한 보상의무가 면제되기 위한 요건을 충족하였다고 인정하기 어려우므로, 사용자인 피고는 원고에게 연차휴가수당을 지급할 의무가 있다고 보았음. [끝]

2020. 5. 1.자 공보 [2020. 6. 26. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 3. 2. 선고 2019다243420 판결 [물품대금]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 2017. 6. 15. 법원에 회생절차개시신청을 하였는데, 원고는 채권 중 2017. 5. 26.자 물품대금채권도 회생채권으로 신고하였음

○ 원심은 회생채권이라고 판단하고 소를 각하하였으나, 대법원은 공익채권이라는 이유로 파기환송

◈ 판결요지 [1] 기간의 계산 - 초일불산입

▶ 기간에 관하여는 초일불산입이 원칙임(민법 157조 본문)

○ 채무자회생법은 회생절차개시신청 20일 이내의 정상적 영업활동으로 인한 물품대금채권을 공익채권으로 규정하고 있음

> **채무자회생법 제179조(공익채권이 되는 청구권)**
> ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 청구권은 공익채권으로 한다.
> 8의 2. 회생절차개시신청 전 20일 이내에 채무자가 계속적이고 정상적인 영업활동으로 공급받은 물건에 대한 대금청구권

○ 그러나 채무자회생법은 기간의 계산방식에 관하여는 규정을 두고 있지 아니함

○ 채무자회생법은 민사소송과 민사집행법을 준용하도록 규정하고 있고(채무자회생법 33조), 민사소송법은 기간의 계산을 민법에 의하도록 규정하고 있음(민사소송법 170조)

○ 민법 157조는 초일을 불산입하도록 규정하고 있으므로, 2017. 5. 26.은 회생절차개시신청일로부터 20일 이내임 ☞ 공익채권

▶ [참고] 전자송달의 경우

○ 민사소송에서 전산정보처리시스템에 따라 전자문서를 송달하는 경우, 그 등재사실을 통지한 날로부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 간주하는 규정이 있음(민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 11조 4항)

○ 이 경우에는 7일이 지난 날의 오전 0시에 도달한 것으로 보아 초일을 산입하는 것에 주의하여야 함(민법 157조 단서, 대법원 2014다229016 명령)

◈ 판결요지 [2] 확정판결과 동일한 효력

▶ 확정된 회생채권자표는 확정판결과 동일한 효력이 있음(채무자회생법 168조)

○ 위 조항에서의 '확정판결과 동일한 효력'이란 다툴 수 없는 효력, 즉 불가쟁력을 뜻하는 것이고, 기판력을 말하는 것이 아님

"확정된 개인회생채권에 관한 개인회생채권자표의 기재에 기판력이 없는 이상 그에 대한 청구이의의 소에서도 기판력의 시간적 한계에 따른 제한이 적용되지 않는다. 그러므로 청구이의의 소송심리에서는 개인회생채권 확정 후에 발생한 사유뿐만 아니라 개인회생채권 확정 전에 발생한 청구권의 불성립이나 소멸 등의 사유도 심리·판단하여야 한다."(대법원 2017다204131 판결)

○ 집행력은 있으나 기판력이 인정되지 아니하는 경우로는 아래 3가지를 암기하여야 함

- ① 지급명령
- ② 이행권고결정
- ③ 공정증서

○ 기판력이 인정되지 아니하는 경우 모순금지효력이 없으므로, 채권의 존부에 관하여 심리하여야 함

2 대법원 2020. 3. 12. 선고 2018다264161 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고(대한민국)의 부과처분에 따라 종합부동산세를 납부하였는데, 이후 피고의 제1, 2차 증액경정처분에 따라 각 지정일에 종합부동산세를 추가로 납부함

○ 원고가 피고를 상대로 제기한 종합부동산세 부과처분 등 취소청구의 소의 판결이 확정되었고, 피고는 원고에게 초과납부한 종합부동산세 등의 금액을 환급하였음

○ 이때 피고는 국세기본법 시행령 43조의3 1항 1호 단서[79]에 따라 종합부동산세의 각 마지막 납부일 다음날부터 환급가산금을 순차로 기산하여 금액을 산정하였음

○ 원고는 취소된 부분의 납부일 다음날부터 각 법정이자를 가산하여야 한다고 주장하였으나, 원심은 이를 배척하였음. 대법원에서 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 국세환급가산금청구의 소는 민사소송

○ 이론상으로는 당사자소송으로 보아야 하는 것은 아닌지 의문이 있을 수 있으나, 민사소송으로 보는 것이 확립된 판례의 태도임

▶ 국세기본법 시행령 43조의3 1항 1호 단서는 합리적인 규정임

○ 납세자가 5억 원을 3억 원과 2억 원으로 분할납부 하였는데, 그 중 3억 원이 취소된 경우

☞ 2020. 7. 1. 납부한 2억 원 및 2020. 4. 1. 납부한 3억 원 중 1억 원이 취소된 것으로 보

79) 국세기본법 시행령 제43조의3(국세환급가산금)

① 법 제52조제1항에서 "대통령령으로 정하는 국세환급가산금 기산일"이란 다음 각 호의 구분에 따른 날의 다음 날로 한다.

1. 착오납부, 이중납부 또는 납부 후 그 납부의 기초가 된 신고 또는 부과를 경정(제5호에 해당하는 경우는 제외한다)하거나 취소함에 따라 발생한 국세환급금: **국세 납부일**. 다만, 그 국세가 2회 이상 분할납부된 것인 경우에는 그 마지막 납부일로 하되, 국세환급금이 마지막에 납부된 금액을 초과하는 경우에는 그 금액이 될 때까지 납부일의 순서로 소급하여 계산한 국세의 각 납부일로 하며, 세법에 따른 중간예납액 또는 원천징수에 의한 납부액은 해당 세목의 법정신고기한 만료일에 납부된 것으로 본다.

고, 각 그 다음날부터 법정이자를 가산함

○ 납세자의 요청으로 분할납부한 것이므로, 나중에 납부한 분부터 취소된 것으로 처리하는 것이 형평에 맞음

▶ 증액경정처분이 취소된 경우

○ 증액경정처분이 취소된 경우에는 분할납부와는 사정이 다름

○ 취소된 부분이 특정되므로, 취소된 부분의 납부일 다음날부터 법정이자를 가산하는 것이 공평함

○ 대상판결의 경우는 원고가 분할납부를 한 경우가 아니므로, 각 납부일 다음날부터 법정이자를 가산하여야 함

▣ [참고사항] 이자 vs 법정이자 vs 지연손해금

▶ 개념의 구별

○ 이자 : 소비대차(대여금)에서 대여금의 사용에 대한 대가로 지급하는 금액

○ 지연손해금 : 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상책임

○ 법정이자 : 이자도 지연손해금도 아니면서 법률이 형평을 고려하여 가산 지급하도록 정해 놓은 '간주이자'

○ 용어를 정확하게 사용할 필요가 있음

- 대여금은 변제기까지는 이자, 변제기 다음날부터는 지연손해금임
- 해제로 인한 원상회복청구권은 변제기의 정함이 없는 채무이므로, 이행청구의 의사표시가 도달한 다음날부터 지연손해금이 발생함. 이 경우 청구일까지는 법정이자가 발생하고, 청구한 다음날부터는 법정이자와 지연손해금이 병존하는 것으로 보면 될 것임(청구권 경합)

▶ 법정이자는 개별 규정으로 정해져 있음(아래 ①, ②, ③항은 암기를 요함)

○ ① 해제와 원상회복(부당이득)(민법 548조 2항[80])

○ ② 구상금(민법 425조 2항[81])

○ ③ 악의의 부당이득(민법 748조 2항[82])

○ 이 외에도, ④ 수임인의 금전소비, ⑤ 실종선고취소로 인한 부당이득, ⑥ 국세기본법상 국세환급가산금 등이 있음

▶ 법정이자는 반환의무자의 귀책사유를 요하지 아니함

---

80) "전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다."

81) "전항의 구상권은 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상을 포함한다."

82) "악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고, 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다."

○ 예컨대, 보증채무자가 주채무자의 반대에도 불구하고 채권자에게 변제한 후 주채무자에게 구상금청구를 하였고, 주채무자는 청구금액이 과다하다는 이유로 변제를 거부하였는데, 주채무자의 주장과 같이 일부 금액만 구상채권이 인정된 경우 ☞ 구상권이 인정된 일부 금액에 대하여는 그 변제일부터 법정이자가 가산되어야 함(대법원 2005다7085 판결)

3 대법원 2020. 3. 16.자 2020그507 결정 [판결경정]

▣ 사안의 개요

○ 제1심판결 선고 전에 토지가 분할되었는데, 당사자가 부동산 표시를 변경하지 않아 분할 전 토지를 목적물로 하여 판결이 선고되었고, 그 판결은 그대로 확정됨

○ 등기소가 분할 후 토지에 대하여 등기를 하여 주지 않자 원고가 판결경정 신청을 하였음

○ 제1심법원이 판결경정 신청을 기각하자 대법원에 특별항고를 하였고, 대법원에서 파기환송

▣ 대상결정 검토

▶ 법원의 잘못이 없는 경우에도 판결경정이 허용됨

○ 등기관은 판결 선고 전에 토지가 분할되었음에도, 분할 전 토지를 기준으로 판결이 선고된 경우에는 신청인의 신청만으로 등기를 해줄 권한이 없음(등기관의 '형식적 심사권')

○ 이러한 경우 별도 소송을 하도록 하는 것은 피고에게도 이익이 없으므로, 판결경정을 받아들이는 것이 타당함

- 경정의 사유인 '잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때'와 관련하여, 그 사유가 원고의 과실로 인하여 발생한 것이더라도 판결경정을 인정함에 주의하여야 함 ⇨ 누구의 과실인지는 묻지 않음

- 변론종결 전에 토지가 분할되었는데 이를 알지 못한 채 판결이 선고된 경우 판결경정을 해주어야 한다는 판례는 이미 있었는데(대법원 2001마4618 결정), 원심이 이를 간과한 것으로 보임

○ [참고사항] 판결 선고 후 토지가 분할된 경우라면? ⇨ 등기관이 등기를 해 줄 것임

- 등기관이 등기를 해주지 않으면, '등기관의 처분에 대한 이의'로 해결하여야 함

▶ 판결경정신청을 기각한 결정에 대하여는 특별항고를 하여야 함

○ 판결경정신청에 대한 기각결정에 대하여는 불복할 수 없음 ☞ 특별항고만 허용

- 고등법원을 거치지 않고 바로 대법원에 특별항고를 하여야 함

○ 특별항고의 사유는 '재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때'로 제한되어 있음

○ 그러나 실무상으로는 심사 정도에 있어서 일반항고와 별 차이가 없는 것으로 보임

- 즉, 특별항고의 경우에도 대법원에서 '헌법 27조 등이 정하고 있는 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다'는 이유로 파기를 많이 함

○ [참고사항] 경정결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있음(민사소송법 211조 3항)

1 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 [손해배상(지)]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고가 소유·운영하는 골프장을 촬영한 다음 그 사진 등을 토대로 3D 컴퓨터 그래픽 등을 이용하여 원고 골프장의 골프코스를 거의 그대로 재현한 입체적 이미지의 골프코스 영상을 제작하였고, 이를 스크린골프장 운영업체에 제공하였음

○ 원고는 다음과 같은 이유로 피고에게 손해배상을 청구함

1 골프장의 골프코스가 원고의 건축저작물임을 전제로 한 원고의 저작재산권을 침해함 2 골프장의 골프코스 및 골프장 명칭이 원고가 상당한 투자와 노력을 기울여 만든 성과물임을 전제로, 피고가 이를 무단으로 사용한 행위가 부정경쟁방지법 2조 1호 (카) 목의 부정경쟁행위 또는 민법상 불법행위에 해당함

▣ 대상판결 검토

○ 1 저작재산권 침해는 성립하지 않음

☞ 골프코스 자체는 설계자의 저작물에 해당함

○ 2 골프장의 종합적인 '이미지'는 원고의 성과물에 해당하므로, 피고의 행위는 원고의 경제적인 이익을 침해하는 행위에 해당함

☞ (카)목의 부정경쟁행위에 해당함

☞ (카)목은 (가)~(차)목과의 관계에서 보충적인 성격을 가진 것은 맞으나, (가)~(차)목이 인정되지 않는 경우이더라도, 광범위하게 (카)목의 성립을 인정하는 것이 바람직함

2 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다221867 판결 [손해배상(기)]

◈ 사안의 개요

○ 원고는 피고를 상대로 불법행위를 원인으로 5억 원의 손해배상청구를 하였는데, 1심에서 2억 5천만 원을 인용하였음

○ 피고만이 항소하였는데 항소심에서 2억 원을 인용

○ 다시 피고만이 상고하여 대법원에서 파기환송

○ 환송 후 항소심에서 원고가 예금청구를 선택적 청구로 추가하자, 예금청구를 받아들여 5억 원 인용

○ 대법원에서 3억 부분은 소송종료선언, 2억 부분은 다시 파기환송

	청구	판결	불복
제1심	불법행위 5억	2억 5천만	피고
항소심		2억	피고
대법원		파기환송	
환송후 항소심	불법행위· 예금청구(선택적 추가)	5억	

◈ 일부 상소와 관련한 주요 법리

▣ 1 상소불가분의 원칙

○ 민사소송에는 일부 항소 또는 일부 항소취하라는 개념이 없음. 상소는 **'판결'**에 대하여 불복하는 것임

○ 제1심판결의 일부에 대하여 항소하였다고 하더라도 전부에 대하여 확정이 차단되고 항소심으로 이심되며(대법원 2002다33137 판결), 항소의 일부 취하는 **불복범위**의 감축의 의미임
"항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그 중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였다 하더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 그 자체의 효력에 아무런 영향이 없다."(대법원 2016다241249 판결)

○ 다만 심판의 범위는 불복의 범위로 제한되므로(불이익변경금지 원칙), 이심의 범위와 심판

의 범위가 달라지는 문제가 생김

▣ [2] 잔부의 확정시기 = 항소심 판결 선고시

○ 불복하지 아니하여 항소심의 심판범위에 포함되지 않은 부분은 항소심 판결 선고시에 확정이 됨

- 이것은 항소인의 입장에서는 언제든지 항소취지를 확장할 수 있고, 그 상대방의 입장에서는 부대항소를 할 수 있어 항소심의 심판범위에 포함될 가능성이 열려 있기 때문임

○ 사례 분석

사례	1심	항소심
1	이전등기청구(인용) 대여금청구(인용)	대여금청구에 대하여만 항소
2	이전등기청구(인용, 본소) ↔ 대여금청구(인용, 반소)	원고만 반소에 대하여 항소
3	손해배상청구(일부 인용)	

○ 사례 1, 2의 경우, 원, 피고 모두 이전등기청구 부분에 대하여는 불복하지 아니하였어도, 이전등기청구 부분도 항소심에 이심되고, 선고시까지 확정이 안 됨

- 항소심에서 이전등기청구 부분에 대한 항소취지 확장 및 부대항소가 모두 가능함
- 불복하지 않은 부분은 항소심 판결이 선고되면 분리되서 먼저 확정됨 ☞ 이때 등기가 가능하게 됨

○ 사례 3의 경우, 원, 피고 모두 다투고 있지 않은 일부 금액에 대하여는 항소심 판결 선고시에 분리되어 확정됨(判)

- 예컨대, 원고가 100억을 청구하였는데 50억만 인용되고, 피고가 그 인용된 50억에 대하여만 다투고 있는 경우, 기각된 50억 부분은 항소심 판결이 선고되면 분리되어 확정됨

▣ [3] 파기환송심에서 청구취지 확장 可

○ 파기환송심에서 청구취지를 확장하는 것도 허용됨

○ 상고하지 않았던 당사자가 청구취지 확장에 따라 환송 전 항소심판결보다 유리해진 판결을 받더라도 불이익변경금지 원칙에 위배되지 아니함(대법원 91다18132 판결)

◈ 대상판결 검토

▣ 잔부의 확정과 소송종료선언

	청구	판결	불복
제1심	불법행위 5억	2억 5,000만	피고
항소심		2억	피고
항소심 판결 선고시 : 원·피고 모두 항소하지 않은 **기각된 2억 5,000만 원 부분**은 분리 확정됨			
대법원		파기환송	
대법원 판결 선고시 : 항소심에서 **추가 기각된 5000만 원 부분**은 분리 확정됨			
환송후 항소심	불법행위· 예금청구(선택적 추가)	5억	

○ 제1심판결과 항소심판결에 대하여 피고만이 항소, 상고하였음

○ 따라서 제1심판결의 원고 패소부분과 항소심판결의 원고 패소부분은 항소심판결 선고시와 대법원판결 선고시에 각각 확정되었고, 파기환송된 부분은 피고 패소부분 2억 원 부분뿐임

○ 그런데 환송후 원심은 5억 원을 인용하였으므로, 이미 확정된 3억 원 부분에 대하여는 대법원에서 소송종료선언을 한 것임

○ 원고는 환송 후에 예금반환청구를 선택적으로 추가하였음. 이는 선택적 청구를 추가한 것이지만 부대항소장을 제출한 것도 아니고, 청구취지 확장을 위해 인지를 붙이는 조치를 취한 것도 아님 ☞ 원고는 2억 원 부분에 대하여 선택적 청구를 추가한 것으로 보아야 함

▣ 청구권의 경합과 소멸시효 중단

○ 채권자가 경합된 청구권 중 일부의 청구권만 소를 제기하였다가 나중에 나머지 청구를 선택적 병합으로 추가한 경우 소멸시효의 중단시기에 관하여 판례는 선택적 청구를 추가한 때로 보고 있음

- "채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 갖고 있는 경우, 채권자로서는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있되, 그중 어느 하나의 청구를 한 것만으로는 다른 채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 그 다른 채권에 대한 소멸시효 중단의 효력은 없다"(대법원 2013다45716 판결)
- 판례에 의하면, '권리 위에 잠자고 있는 자'에서의 권리란 '실체법적인 권리'라는 의미가 됨

○ 이 사건에서 원고는 불법행위 손해배상청구를 하다가 파기환송심에 이르러 예금청구를 선택적 청구로 추가하였으므로, 예금채권의 소멸시효 중단시기는 선택적 청구를 추가한 때임

○ 원심은 불법행위 손해배상청구를 한 때에 예금채권도 소멸시효가 중단되었다고 판단하였는데, 이러한 판단은 판례에 반하는 것임

▣ 병합의 형태

○ 이 사건은 처음부터 주위적으로 예금청구를, 예비적으로 불법행위 손해배상청구를 하는 것이 좋았을 사건임

- 예금채권이 남아 있다면 불법행위의 손해가 없는 것이므로 양립 불가능한 청구로 보아야 함
- 손해배상청구는 사용자책임을 묻는 것이어서 책임제한을 할 가능성이 높으므로, 예금청구를 주위적 청구로 하는 것이 좋음
- 실무상으로 보면, 변호사들이 계약상 청구가 가능한데도 불법행위 청구를 하는 경우가 많음 ☞ 책임제한을 고려하면 효과적이지 않은 청구임

▣ 관련사항 [은행 직원의 과실방조 불법행위 성부]

○ 대법원은 파기환송심에서 피고의 은행 직원의 과실에 의한 방조행위와 손해 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는다고 보았음

○ 보이스피싱 판례에서 보듯이 과실방조에 의한 불법행위를 인정하는 데 신중할 필요가 있음

○ [참고사례] 보이스피싱 범죄에서 보이스피싱 범죄를 행한 자에게 통장과 현금카드를 제공한 자의 공동불법행위책임을 상당인과관계가 있다고 할 수 없다는 이유로 인정하지 않은 판례가 다수 있음(대법원 2013다210732 판결 등)

3 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고와 사이에 설계 및 감리계약을 체결함

○ 피고가 원고에게 제공한 설계도면상 하자로 인하여 원고에게 손해가 발생하였는데, 원심은 손해의 발생사실은 인정되나 손해액에 대한 구체적인 주장과 증명이 없다는 이유로 원고의 청구를 기각함. 대법원에서 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 원심은 손해액에 대한 구체적인 주장과 증명이 없고, 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우라고 할 수도 없다는 이유로 청구를 기각하였음

○ 그러나 손해배상청구에서 손해액에 관한 증명이 미흡한 경우에는 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하고, 그래도 입증이 잘 안되면 간접사실을 종합해서라도 적정한 손해액을 인정하여야 함(대법원 2008다51120 판결 등)

○ 위와 같은 이유로 판결을 파기환송한 것은 수십 건 이상 발견됨

○ 반면 손해발생 사실을 인정하면서 액수의 증명이 없다고 기각한 판결이 대법원을 통과한 경우를 본 적이 없음

④ 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019다250824 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고가 태양광 사업을 하려고 토지를 매수하였는데, 그 토지가 문화재보호법상의 현상변경 허가 대상구역에 해당하여 개발행위를 할 수 없게 되었음

○ 원고는 국토이용정보체계에 이러한 내용이 고시되지 아니하여 손해를 입은 것이라면서 피고 완도군에 대하여 손해배상청구

○ 원심은 등재의무가 없거나 과실이 인정되지 않는다는 이유로 청구를 기각

○ 대법원에서 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 태양광 사업을 위하여 토지를 매수한 자가 지방자치단체를 상대로 손해배상청구를 한 두 번째 사안임

○ 첫 번째 사건인 대법원 2017다202968 판결(피고 울주군)에 대한 2019. 12. 1.자 공보 [2019. 12. 6. 스터디] 해설을 참조할 것

5 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019다288232 판결 [계약금등반환청구]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고에게 매실나무 밭을 보여주면서 그것이 매매목적물이라고 하였고, 원고는 피고와 사이에 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하였음

○ 그런데 이 사건 토지에는 매실나무 밭 중 80평이 포함되어 있지 않고, 인접한 도로 부분 약 40평이 포함되어 있었음

○ 원심은 착오를 이유로 한 취소 주장을 받아들임. 상고기각

▣ 대상판결 검토

▶ 매매목적물 : 계약서에 기재된 토지(≠ 매실나무 밭)

○ 계약당사자의 의사는 매매계약서에 기재된 토지에 관하여 매매의사가 합치된 것으로 보아야 함

- 실제 거래에서 직접 눈으로 확인한 것이 아니라 공부상으로 확인되는 부동산에 관하여 매매계약을 체결하기 때문임(일물일권주의)

○ [참고사례] 소위 '제주 유자밭' 사건(대법원 2015다5514 판결)
위 판결의 원심은 원고와 피고들이 실제 눈으로 확인한 토지를 매매계약의 목적물로 보고, 타인 권리의 매매 법리에 의하여 보여준 땅에 관한 시가 상당액의 배상책임을 인정하였음. 대법원에서 매매목적물은 등기부상 부동산이라는 이유로 파기환송한 사례임

▶ 토지 경계의 착오는 중요부분의 착오임

○ "토지의 현황과 경계에 착오가 있어 계약을 체결하기 전에 이를 알았다면 계약의 목적을 달성할 수 없음이 명백하여 계약을 체결하지 않았을 것으로 평가할 수 있을 경우에 계약의 중요부분에 관한 착오가 인정된다."(대법원 74다54 판결 등)

6 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 [가처분이의]

▣ 사안의 개요

○ 채무자는 채권자의 동의 없이 채권자 소속의 아이돌 그룹인 BTS(방탄소년단)그룹의 사진이 다수 포함된 잡지를 발매하였음

○ 원심에서 언론출판의 자유의 한계를 넘어선 것으로 보고 발행금지가처분을 하였고, 대법원에서 재항고 기각

▣ 대상판결 검토

○ 행위자가 허락을 받지 않고 연예인의 사진을 촬영해서 게재하였는데, 그것이 보도를 위한 경우라면, 법원이 그 사진에 대한 게재금지 가처분을 인용하지는 않음

○ 대상결정은 채무자가 통상적인 정보제공의 범위를 넘어서 채권자가 BTS그룹과 관련하여 쌓은 명성·신용·고객흡입력 등 그 성과를 이용할 권리를 침해한 것으로 보고, 카목 위반으로 인정하였음

○ 중요한 판단 근거로는,

- 해당 잡지의 약 2/3 이상이 BTS그룹의 사진이고, 사진에 덧붙여 설명한 내용도 기사로서의 가치가 별로 없다는 점
- 채권자가 발행하는 화보집과 경쟁관계에 있는 점 등을 들었음

○ 다만, 채권자는 향후의 채무자 잡지 발행 금지도 구하였는데, 이는 사전검열금지 원칙(헌법 21조 2항)에 비추어 받아들이지 아니하였음

○ 상표법, 저작권법 분야는 직관이 중요한 경우가 상당히 많음. [끝]

1 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756, 51763 판결 [배당이의 · 배당이의]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 물상보증인으로서 채권자 A의 채권에 대한 담보로 자신 소유의 여러 부동산에 근저당권을 설정하였고, 甲도 물상보증인으로서 위 채무에 대하여 그 소유의 부동산에 근저당권을 설정하였음. 그런데, 공동저당으로 등기한 것이 아니고, 실제로도 원고 및 甲은 담보범위가 중첩되지 않도록 누적적으로 담보할 의사로 근저당권등기를 한 것임

○ 원고 소유의 일부 부동산에 대한 협의취득 보상금에 대한 물상대위권 행사에 따라 A가 일부 변제를 받음

○ 甲 소유 부동산 등에 대한 경매절차에서 법원은 A 등 선순위채권자에게 배당한 후 남은 금액을 후순위근저당권자인 피고에게 배당하였고 원고에게 전혀 배당하지 않음

○ 원고가 배당이의를 하였고, 원심은 원고가 변제자대위에 기하여 후순위근저당권자에 우선하여 배당받을 수 있다고 보고 원고의 청구를 인용하였음. 대법원에서 상고기각

▣ 공동근저당권

▶ 채권최고액의 의미

○ 근저당목적물을 경매했을 때, 채권최고액으로 정한 금액 이상은 배당받지 못함

- 채권최고액에는 “지연손해금도 포함”됨

▶ 동시배당 & 이시배당

○ 동시배당의 경우 ☞ “안분부담의 원칙”

- 공동저당권의 목적부동산이 전부 매각되어 그 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가의 비율로 공동저당권자의 채권을 안분하여 각 부동산의 경매대가에 할당하고 나머지는 후순위권자에게 배당(민법 368조 1항)

- 당연히 채권최고액이 배당받을 수 있는 금액의 한계가 됨

○ 이시배당의 경우 ☞ 동시배당 결과와 마찬가지로, 배당받을 수 있는 합계액이 최초의 채권최고액을 넘을 수는 없음

- 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결

“공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에, 그와 같이 우선변제받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할

수 없다고 보아야 하며, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다고 해석함이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다."

▣ 누적적 근저당권

▶ 개념

○ 기본계약에서 발생하는 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 부동산에 근저당권을 설정하면서 근저당권 채권최고액의 합계액을 우선 변제받기 위하여 개별 근저당의 형식을 취한 근저당권

- 계속적 거래관계에서 당초 설정한 근저당권의 채권최고액 이상으로 채무가 늘어나게 되면 추가로 근저당권을 설정하게 되는데, 이때 등기비용 등의 문제로 공동저당 대신 추가로 발생할 채권액만큼을 채권최고액으로 하는 또 하나의 근저당권을 설정하는 경우가 많이 있음. 이것이 누적적 근저당권으로서 실무상으로는 매우 흔한 근저당권 형태임

▶ 일본 민법

○ 일본 민법은 1971년 개정시 누적적 근저당권에 관한 조항을 신설하였는바, 거래 관행을 반영하여 채권최고액의 합계액까지 우선권을 행사할 수 있음을 명시하였음

○ 일본 민법 398조의16(누적근저당)

- "수 개의 부동산 위에 근저당권을 가지는 자는 제398조의16(공동근저당)의 경우를 제외하고는 각 부동산의 대가에 대하여 각 최고액에 이르기까지 우선권을 행사할 수 있다"

▶ 우리 판례

○ 대법원은 2014다219033 판결에서 처음으로 누적적 근저당권이라는 용어를 사용하면서, 누적적 근저당권의 경우 채권최고액의 합산 범위에서 우선권이 있다고 판시하였음

- "이 사건 각 근저당권은 동일한 피담보채무에 대하여 거래의 진전 상황에 따라 담보를 추가하기 위하여 누적적으로 설정된 것으로서 각각의 채권최고액 합산 범위 내에서 원고의 채무자들에 대한 모든 금융거래 채권을 담보한다."(대법원 2014다219033 판결)

○ 대상 판결은 실무상 인정되어 온 누적적 근저당권의 개념을 명확하게 한 것임

▣ 대상판결의 사안

○ 원고는 물상보증인으로서 일부 변제를 하였으므로 변제자대위에 의하여 채권자와 함께 근저당권을 행사할 수 있음. 단, 채권자가 우선 변제받고 남은 금액에 대하여 후순위권리자보다 우선 변제를 받을 수 있음

2 대법원 2020. 4. 9. 선고 2015다34444 판결 [법무사사무원승인취소처분무효확인등]

▣ 사안의 개요

○ 원고(법무사 사무원)는 피고(부산지방법무사회)로부터 법무사 사무원 채용승인을 받아 법무사 1의 사무원으로 채용되어 근무하던 자인데, 채용승인 받기 전 법무사 2의 사무소에서 근무하면서 부당한 사건을 유치를 하여 피고로부터 징계처분을 받았음

○ 그럼에도 불구하고 원고가 법무사 1의 사무원으로 계속 근무하자, 피고가 원고에게 사무원 채용승인 취소 결정을 하고, 법무사 1과 원고에게 통지함

○ 원고는 피고를 상대로 채용승인취소 무효 확인의 소를 제기함

○ 원심은 원고 청구 기각판결을 하였으나, 대법원은 채용승인 취소가 항고소송의 대상인 처분이라는 이유로 파기환송

▣ 법무사 사무원의 채용 승인 = 공법인의 처분

○ 법무사는 사무원을 채용할 때 법무사회로부터 채용에 관한 승인을 받아야 함(법무사법 23조, 법무사규칙 37조)

○ 당초 법무사 사무원의 채용 승인에 관한 권한은 지방법원장이 수행하던 것인데, 1996년 대법원규칙의 개정으로 법무사회로 이관된 것임

○ 이로부터 알 수 있는 바와 같이, 법무사 사무원의 채용승인은 지방법원장에 의한 국가사무이다가 공법인인 지방법무사회에 이관된 것임

○ 따라서 사무원 채용승인의 거부는 공법인의 거부처분으로서 상대방은 처분자를 상대로 항고소송을 제기하여야 함

○ 국가나 지방자치단체가 아닌 경우에도 공법인으로서 처분의 주체가 될 수 있음에 유의할 것. 특히 다음 판례(재개발조합 사건)를 기억하면 좋음

- 대법원 94다31235 전원합의체 판결

구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)에 의한 재개발조합은 조합원에 대한 법률관계에서 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리·의무 관계에 서 있다. 따라서 조합을 상대로 한 쟁송에 있어서, 강제가입제를 특색으로 한 조합원의 자격 인정여부에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 단계에서는 아직 조합의 어떠한 처분 등이 개입될 여지는 없으므로 공법상의 당사자소송에 의하여 그 조합원 자격의 확인을 구할 수 있고, 한편 분양신청 후에 정하여진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우에는 그 관리처분계획은 토지 등의 소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당하므로 항고소송에 의하여 관리처분계획 또는 그 내용인 분양거부처분 등의 취소를 구할 수 있다고 할 것이고, 설령 조합원의 자격이 인정된다 하더라도 분양신청을 하지 아니하거나 분양을 희망하지 아니할 때에는 금전으로 청산하게 되므로(법 제44조), 대지 또는 건축시설에 대한 수분양권의 취득을 희망하는 토지 등의 소유자가 한 분양신청에 대하여 조합이 분양대상자가 아니라고 하여 관리처분계획에 의하여 이를 제외시키거나 원하는 내용의 분양대상자로 결정하지 아니한 경우 토지 등의 소유

자에게 원하는 내용의 구체적인 수분양권이 직접 발생한 것이라고는 볼 수 없어서 곧바로 조합을 상대로 하여 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용될 수 없다.

▣ 관할위반과 관련하여

○ 만일 이 사건이 서울에서 발생한 것이면, 원고는 서울행정법원에 취소소송을 제기하였어야 하므로, 전속관할위반의 문제도 생김

- 이 경우 대법원은 원심판결을 파기하고, 제1심판결을 취소한 다음 서울행정법원으로 이송하였을 것임

○ 그런데 이 사건의 제1심인 부산지방법원이나 제2심인 부산고등법원은 행정사건에 대한 관할권도 가지고 있으므로, 관할위반의 문제는 발생하지 아니함

- 부산고등법원에서 피고를 경정하고 청구취지를 변경하도록 하여 심리를 하여야 함

3 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다17955 판결 [근로자지위확인등의소]

▣ 사안의 개요

○ 한국전력공사로부터 분사 · 설립된 피고(한국수력원자력 주식회사)는 한빛원자력본부 발전소 3개의 방사선안전팀 소관업무(방사선방호분야, 보건물리분야, 품질관리분야)를 용역업체에 위탁운영함

○ 원고들은 용역업체에 고용되어 피고의 방사선방호분야 중 보건물리실 출입·작업관리업무를 수행하였음

○ 원고들은, 피고와 사이에 묵시적 근로관계가 성립하였다는 이유로 근로자지위 확인 또는 원고들이 파견근로자라는 이유로 고용의 의사표시를 구하는 청구를 하여 1심에서 모두 청구기각되고, 원고들이 항소한 원심에서 고용의 의사표시 구하는 청구만 유지하고 나머지 청구 철회하였음

○ 원심은 근로자파견 관계에 해당하지 아니한다는 이유로 청구 기각. 대법원에서도 상고기각

▣ 대상판결 검토

▶ 근로자파견관계 VS. 도급관계(용역계약 관계) => 주요 구별점은 원고용주의 역할임. 즉 원고용주가 상대 회사에 '근로자를 파견하는 역할'을 하는 것인지 아니면 '도급계약상 의무를 이행하는 역할'을 하는 것인지로 구별됨

근로자 파견 관계		도급관계(용역계약 관계)
o 파견근로자 - 파견회사에 소속 실제로 일하는 장소는 사용회사 - 파견회사와 근로계약을 맺고, 임금도 파견회사로부터 받음 **o 파견회사** - 단순히 근로자를 파견하는 역할 : 사용회사의 요청을 받으면, 관련 기술을 가진 근로자를 사용회사에 투입하는 역할을 할 뿐임	**vs.**	**o 용역업체 소속 근로자** - 수급회사(용역업체)에 소속 용역 업무가 장기간 계속되면 도급을 맡긴 회사로 직접 출근하여 용역을 제공함 **o 용역업체(수급회사)** - 도급계약의 이행으로서, 도급을 맡긴 회사에 해당 근로자를 투입하고 관리하는 역할

☞ **[예시] 대법원의 삼성SDS 직원(전산화 업무)**
- 대법원으로 직접 출근하여 근무함.
- 지휘.감독 및 지시.요청 등을 판사에게 직접 받고, 관련 회의도 판사들과 함

⇨ 그럼에도 불구하고, 삼성SDS 직원은 용역계약에 따라 용역을 제공하는 것에 불과함

⇨ 용역업체를 거치는 것보다 대법원이 직접 지시하는 것이 편하기 때문에 직접 지시하는 것일 뿐임

▶ 파견근로자 VS. 기간제 근로자

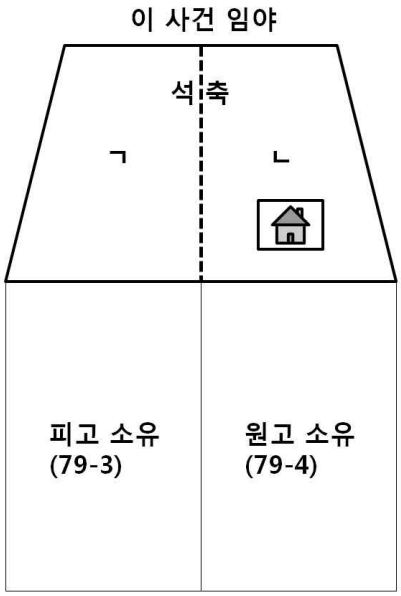
파견근로자	VS.	기간제 근로자
o 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항 제3호 "사용사업주는 제6조 제2항을 위반하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다." ☞ **고용의 의사표시를 구하는 소송 제기**		**o 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제2항** "사용자는 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다." ☞ **고용관계가 있음에 관한 확인소송 제기**

▶ 대상판결의 사안 검토

○ 업무 내용, 용역업체의 기업 조직, 설비 등에 비추어 도급관계로 파악한 것임

4 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다20371 판결 [소유권이전등기말소]

▣ 사안의 개요



○ 원고는 피고에게 이 사건 임야에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마침. 그런데 매매계약 당시 대금액을 추후에 정하기로 함

○ 원고는 비용을 지출하여 이 사건 임야의 평탄작업을 하고 그 중간에 석축을 쌓는 토목공사를 한 후 석축 동쪽 부분인 ㄴ부분 위에 단독주택 증축 공사를 함

○ 원고는 위 소유권이전등기는 명의신탁약정이나 통정허위표시에 따른 것으로서 무효라고 주장하면서 소유권이전등기말소 등을 청구함

○ 원심과 대법원 판단

- 매매목적물과 대금은 반드시 계약 체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고, 이를 나중에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있으면 충분함. 구체적인 매매목적물은 석축공사 후에 특정하고, 구체적 대금은 향후 구체적인 매매목적물이 특정된 시점에 합의하여 정하기로 한 것이므로 매매계약 성립하였음 ☞ ㄴ부분은 말소청구 인용, ㄱ부분은 기각

▣ 대상판결 검토

▶ 매매대금의 정함이 없음에도 매매계약이 존재한다고 인정할 수 있는지 여부

○ 종래 판례는 매매목적물, 매매대금 등이 나중에 구체적으로 확정될 수 있다면, 매매계약 당시 확정되지 아니한 상태이더라도 매매계약의 성립을 인정할 수 있다고 보았음

○ [참고판례] 94다34432 판결[국제상사 사건]

- 국제그룹 정리방안의 일환으로 원고 등 국제상사의 주주들은 국제상사 발행 주식의 전부를 피고 또는 피고가 지정하는 제3자에게 양도하면서 주식 매매계약은 실사 결과에 따라 양자가 협의 조정하여 정산지급하되 정산에 관하여는 따로 합의하는 내용의 '주식 및 경영권 양도 가계약서'를 작성함 => 위 계약은 주식매매계약이 아니라 가계약에 불과
- 위 가계약서 작성으로부터 약 11개월 정도 이후 가계약의 취지에 따라 주식 매매가격은 실사 결과에 따라 결정하기 위하여 공란으로 한 '주식매매계약서'를 작성
- 대법원은 주식 매매계약 체결 당시 매매대금 확정할 수 있는 방법과 기준(실사)을 정하였으므로 주식매매계약 성립한 것으로 판단하였음

▶ 대상판결의 사안

○ 이 사건의 사안에서 목적물의 특정은 별다른 문제가 없음. 매매대금 액수가 문제가 될 수 있지만, 구체적인 대금액수는 사정을 종합 참작하여 법원이 합리적 가격을 결정할 수 있음

○ 오히려 이러한 사건들에서는 당사자 사이에 구속력을 인정하려는 합의가 있었는지 여부가 문제가 됨

- 그런데, 사실관계에서 알 수 있듯이 이 사건 토지에 관하여는 피고 명의로 소유권이전등기가 경료되었는바, 이전등기를 하려면 당사자들이 매매계약서를 작성하고, 인감증명을 첨부하여 등기신청을 하여야 함
- 당사자 사이에 이러한 절차를 모두 거친 이상, 계약에 구속되려는 의사를 인정하는 데에는 아무런 문제가 없음

5 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결 [이사회결의무효확인등]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고 회사가 발행한 상환우선주를 150억 원에 인수하였음

○ 원고가 상환 조건에 따라 상환청구를 하였는데, 상환 가액에 관하여 다툼이 발생함

○ 피고가 제기한 주식 상환금채무 부존재 확인 소송에서 제1심이 상환금은 256억 원 및 이에 대한 지연손해금이라고 판단하자, 피고는 위 금원을 공탁하였고, 원고는 이의를 유보한 채 공탁금 수령

○ 피고는 주주총회에서 전체 주주 3인(전체 주식수 63,334주) 중 원고를 제외한 나머지 주주 2인(60,000주)이 출석하여 만장일치로 이사 소외인에 대한 해임 결의를 함

○ 원고는 피고를 상대로 주주총회결의 무효 확인 및 주주총회결의 취소를 구하는 소 제기

○ 원심은 원고가 상환권을 행사하여 더 이상 피고 회사의 주주가 아니라는 이유로 소 각하. 대법원은 정관이나 계약 등에서 특별히 정한 바가 없으면 원고가 상환금을 지급받을 때까지는 여전히 주주의 지위에 있다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 상환청구권 행사와 주주의 지위

○ 상환청구권 행사에 관하여는 판례가 없었으나, 주식매수청구권의 행사에 관하여는 이미 많은 판례가 있었음

- 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결

주식매수청구권[83]은 형성권이어서 그 행사에 따라 회사의 승낙 여부와 관계없이 곧바로 주식에 관한 매매계약이 성립함. 주주의 지위는 주식매수청구권을 행사할 때가 아니라 회사로부터 그 주식의 매매대금을 지급받은 때에 이전된다고 보아야 함.

- 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017다270916 판결 등

주식매수청구권[84]을 행사한 후 주식에 대한 매매대금을 지급받지 아니한 이상 주주의 지위에 있고, 주식매수가액의 산정에 필요한 회사의 회계장부 및 서류를 열람·등사할 정당한 권리가 있음

○ 상환주식의 상환청구권 행사와 주식의 매수청구권 행사는 차이를 둘 이유가 없으므로, 앞서 본 판례의 법리가 상환주식의 상환청구권의 경우에도 그대로 적용되어야 함.

▶ 소수 주주에 대한 주주총회 통지 절차 위반 여부

○ 이 사건에서 원고는 전체 주식의 5% 정도의 주식만을 가지고 있고, 피고 회사는 95%의 주주들이 주주총회에 참석하여 결의를 한 것임

○ 원고와 같은 소액주주에 대한 통지절차를 누락한 것도 취소사유가 될 수 있음

- 상법·회사법 등 단체법의 원리는 절차적 정당성을 중시함 => 반대 의견을 가진 상대방을

83) 이사회의 주식양도 승인 거부에 따른 주식매수청구권(상법 335조의7 2항, 제335조의2 4항)

84) 중요자산 양도 반대주주의 주식매수청구권(상법 374조의2 1항)

설득할 수 있는 기회를 주어야 함

- 보유 주식수가 적다는 이유로 소수 주주에게 과점 주주를 설득할 수 있는 의견 제시의 기회 자체를 봉쇄하는 것은 회사법 원리에 맞지 않음

▶ 1인 회사의 경우

○ 그러나 1인 주주의 경우에는 주주총회는 의미가 없음

- 주주총회를 실제 열지 않거나, 주주총회 회의록을 작성하지 아니한 경우에도 1인주주의 의사에 부합하는 경우 주주총회 결의를 갖춘 것으로 볼 수 있음

[참고판결] 주식회사에 있어서 총 주식을 한 사람이 소유한 이른바 1인 회사의 경우 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것임이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없으며, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있고(대법원 1976. 4. 13. 선고 74다1755 판결 등 참조), 이 점은 한 사람이 다른 사람의 명의를 빌려 주주로 등재하였으나 총 주식을 실질적으로 그 한 사람이 모두 소유한 경우에도 마찬가지라고 할 수 있을 것이다(대법원 1992. 6. 23 선고 91다19500 판결 등 참조).

⑥ 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다238865 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호로 폐지되기 전의 것)에 따라 이 사건 구로동 일대 토지를 분배받은 사람들(이하 '수분배자'라 함)의 후손인 원고들이 피고(대한민국)를 상대로 제기한 민사소송에서 수분배자들의 소유권이전등기청구를 인용하는 판결이 확정

○ 피고가 소속 공무원들의 위법한 수사 등을 통해 수집한 증거를 바탕으로 위 확정판결에 대한 재심 청구하여 위 확정판결을 취소하고 수분배자들의 청구를 기각하는 판결(이하 '민사재심판결'이라 함)이 선고·확정됨

○ 민사재심판결 중 수분배자 중 일부가 이미 사망하였음에도 이를 간과한 채 민사재심판결이 선고되어 민사재심판결 중 그 부분은 당연무효

○ 수분배자들이나 그 상속인들은 피고 소속 공무원들의 불법행위로 인하여 구 농지법 부칙 제3조에서 정한 1998. 12. 31.까지 농지대가 상환을 완료하지 못하여 분배농지에 대한 권리를 상실하는 손해를 입음

○ 피고 소속 공무원들의 불법행위는 1953. 5.경 상환곡 수령을 위법하게 거부하면서 시작되어 민사재심판결이 확정된 1990. 6. 26. 무렵까지 지속됨

○ 원심

- 피고는 위 사망한 수분배자들의 상속인들인 원고들에 대하여 여전히 불법행위로 인한 손해배상책임이 있음
- 피고의 민법 766조 2항에 따른 10년의 소멸시효(이하 '장기소멸시효'라 함) 완성 주장을 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 배척

○ 대법원

- 이 사안은 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 '과거사정리법'이라 함) 제2조 제1항 제4호의 중대한 인권침해사건·조작의혹사건에서 공무원의 위법한 직무집행으로 입은 재산상 손해에 대한 국가배상청구에 해당함
- 헌법재판소의 위헌결정(2014헌바148 등)의 효력에 따라 장기소멸시효 또는 국가재정법 96조 2항에 따른 5년의 소멸시효가 적용되지 아니함
- 원심이 위헌결정에 따라 효력이 없어진 규정을 적용한 잘못이 있으나 소멸시효 항변을 배척한 원심의 결론은 정당

▣ 대상판결 검토

▶ 이른바 "구로농지사건" 임

○ 다수의 사건이 진행되었는데, 모두 농지 분배를 받을 권리를 상실한 손해에 대한 손해배상청구권을 인정하였음

○ 위 권리는 손해배상청구권으로서 당연히 상속재산분할의 대상이 됨

▶ 헌법재판소 2014헌바148 등 결정[과거사 사건에 대한 장기소멸시효 위헌 결정]

○ 결정 요지

- "민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 객관적 기산점을 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 적용하도록 규정하는 것은, 소멸시효제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이유 없이 위 사건 유형에 관한 국가배상청구권 보장 필요성을 외면한 것으로서 **입법형성의 한계를 일탈**하여 청구인들의 국가배상청구권을 침해한다."

- 위 헌재 결정은 장기소멸시효 규정의 적용이 위헌이라는 것이 아니라 적용하도록 규정한 국회의 입법이 위헌이라는 것임 => 민법의 장기소멸시효 규정은 1960년대 민법 제정 시부터 존재하였음. 위 과거사 사건은 1970년대에 발생함. 장기소멸시효 규정을 제정한 행위가 과거사 사건과 관련하여 입법 형성의 한계를 일탈하였다는 논리는 문제가 있음

- 대법원에서 이전부터 계속하여 과거사 사건에서 장기소멸시효 주장을 신의칙 위반으로 배척하고 있는데 헌법재판소가 굳이 위와 같은 논리로 위헌 결정을 할 필요가 있는지 의문

○ 주의할 점

- 위 헌재 결정은 과거사 사건에서 장기소멸시효는 위헌, 단기소멸시효는 합헌으로 판단

○ 참조 - 200110 스터디 요약(2020. 1. 1.자 판례공보) ⑤판결

7 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결 [부당이득금반환청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고 회사 정관에 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정하도록 규정

○ 원고 회사의 대표이사인 피고는 주주총회결의 없이 원고 회사로부터 '특별성과급' 명목의 돈을 지급받음

○ 원심은 피고가 받은 특별성과급이 주주총회 결의를 거치지 아니하여 법률상 원인 없이 이루어진 부당이득에 해당한다고 판단. 대법원에서 상고기각

▣ 이사의 보수

▶ 문제되는 사안의 배경

○ 주식회사를 장악하고 있는 자가 대표이사 취임 후 자신의 보수를 과다하게 책정하는 경우 많음 ⇨ 회사 주도권이 바뀌면 기지급한 보수에 대한 부당이득반환청구 소송을 하게 됨

▶ 이사의 보수에 관한 상법 규정

> **상법 제388조(이사의 보수)**
> 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다.

▶ 1인 회사의 경우

○ 1인 회사의 경우 이사의 보수에 관한 내용이 1인 주주 의사에 부합하면 주주총회결의를 갖춘 것으로 봄

○ 다만, 보수가 지나치게 과다하면, 배임행위로서 민법 103조 위반에 해당하여 무효가 될 수 있음(대법원 2014다11888 판결)

▶ 과점 주주의 경우

○ 과점 주주를 1인 회사와 동일시 할 수 없음

① "절차적 정당성"측면 ☞ 소수주주로서 의견을 내고 과점주주를 설득할 수 있는 기회를 줘야 함

② 주주총회절차가 필요 없다고 볼 '과점 주식 수의 기준치'를 정할 수 있는 방법이 없음

○ 참조 : 2019. 9. 1.자 판례공보 1 판결

▣ 부당이득과 원천세액 공제

▶ 부당이득금 중 원천징수 대상인 소득세액 공제 주장 ☞ 배척

○ 원고가 소득에 해당하는 금원 지급을 청구하는 소송에서 피고가 원천징수세액 공제를 주장하는 경우에도 그 공제 주장은 배척됨. 왜냐하면 원천징수 의무는 소득금을 지급할 때 발생하고, 재판할 당시에는 원천징수 의무가 없으므로 피고에게 소득 금원 전부를 반환할 것을

명하여야 함. 다만, 판결 확정 후 판결 인용금액에서 원천징수세액을 공제한 금액을 지급하면 피고 의무이행이 완료됨. ⇨ 원고가 원천징수액 부분으로 강제집행을 하는 경우 피고는 청구이의의 소로 다투면 됨

- 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다38075 판결

국세기본법 제21조(납세의무의 성립시기) 제2항 제1호에 의하여 원천징수하는 소득세 등에 대한 징수의무자의 납부의무는 원칙적으로 그 소득금액을 지급하는 때에 성립하는 것이고 이에 대응하는 수급자의 수인의무의 성립시기도 또한 같다고 할 것이므로, 지급자가 위 소득금액의 지급시기 전에 미리 원천세액을 징수 공제할 수는 없는 것이며, 원천징수의 대상이 되는 소득이라고 하여 소득의 범위 그 자체가 당연히 원천세액만큼 감축되는 것이라고 할 수도 없는 것이다. 피고로서는 이 사건 판결이 확정되어 그에 따라 퇴직금을 지급하는 단계에서 소득세 등을 원천징수하면 될 것이고, 만일 원고가 원천징수세액을 공제한 퇴직금의 수령을 거절하면 이를 변제 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다.

○ 대상판결 사안과 같이 이사가 회사로부터 원천징수세액을 공제한 후의 보수를 받았다면, 보수지급이 무효가 되어 부당이득으로 반환할 금액은 원천징수세액을 공제한 후의 보수액에 한함(보수에서 공제하여 과세관청에 납부한 원천징수세액은 원고 회사가 과세관청에 환급청구할 수 있음)

▶ [참고판결] 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다35270 판결(가집행선고가 취소된 경우 반환범위)

○ 위 참고판결에서는 제1심판결에 따라 가집행으로 지급하였다가 항소심판결에서 제1심판결이 취소되어 가지급물을 반환을 명하는 경우에, 가지급시 공제되었던 원천징수액도 합하여 반환하여야 한다고 판시하였음

- 즉 가집행선고가 취소된 경우에는 실제 수령한 금원뿐 아니라 원천징수되어 세무서에 지급된 원천징수액도 원고가 피고에게 함께 반환하여야 함

○ [190705 스터디 요약(2019. 7. 1.자 판례공보) 2 판결 참조]

▶ 대상판결과 참고판결의 차이

○ 요컨대, 임의로 지급받았다가 부당이득으로 반환하는 경우에는 원천징수액을 반환할 필요는 없으나(대상 판결), 가지급으로 받았다가 반환하는 경우에는 원친징수액도 포함하여 반환하여야 한다는 것이 됨(참고판결)

○ 가지급의 경우에는 피고가 재판 과정에서 지급을 강제당한 것이므로 원천징수액을 세무서에서 회수하는 부담을 원고에게 지우는 것이 타당하다고 보임

○ 반면 임의지급한 경우에는 보수 지급의무가 없음에도 회사가 자신의 판단으로 원천징수액 상당을 세무서에 납부한 것이므로 그 경우 회수의 부담을 회사에 지우는 것도 적절해 보임

○ 다만, 두 케이스에서 결론이 달라지는 법리의 포인트를 찾기 어려움(조세법적인 고려가 있을 것도 같음)

8 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 판결 [소유권이전등기말소등]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 부동산은 1932년 '창녕조씨문중' 명의로 등기되어 있음

○ 원고는 자신이 등기명의인과 동일한 종중이라고 주장하면서 피고 명의 근저당권등기의 말소를 청구하였음

○ 소제기 절차, 대표권 등이 문제되자 원고는 자신의 실체는 특정인 후손 중 '특정 지역에 거주하는 성년 남자'로만 구성된 종중 유사의 권리능력 없는 사단이라고 주장하였음

○ 원심은 원고가 종중 유사의 권리능력 없는 사단으로서 이 사건 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 판단하고 청구를 인용. 대법원에서 파기 환송

▣ 대법원의 판시

○ 종중 유사단체를 주장할 경우 고유 종중이 소를 제기하는 데 필요한 여러 절차(종중원 확정, 종중 총회 소집, 총회 결의, 대표자 선임 등)를 우회하거나 특정 종중원을 배제하기 위한 목적에서 종중 유사단체를 표방하였다고 볼 여지가 없는지 신중하게 판단하여야 함

○ 원고는 소를 제기하는 데 필요한 절차를 우회하거나 특정 종중원들을 배제하려는 목적에서 위와 같은 주장하는 것으로 의심할 여지가 충분함. 파기환송

▣ 대상판결의 검토

▶ 원고 주장은 종전 전합 판결의 취지에 반함

○ 원고의 주장은 원고가 여성을 배제한 종중 유사단체라는 것으로서 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결의 취지에 반함

- 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결

  종원의 자격을 성년 남자로만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것인바, 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다. 따라서 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 할 것이다.

○ 위 전합판결은 관습법의 요건 중 하나인 '법적 확신'이 소멸되어 관습법으로서의 효력을 잃게 되었다는 것임. 전합판결 자체는 고유 의미의 종중에 관한 판례이고, 관습법의 인정

여부를 쟁점으로 하므로, 유사 종중임을 주장하는 이 사건에 바로 적용될 수 있는 것은 아님

○ 그러나 전합판결의 취지는 “종중원에 여성도 포함시키는 것이 헌법상 양성평등의 원칙에 부합한다”는 것이고, 이러한 정신은 유사 종중에도 반영될 필요가 있음

○ 대상판결은 우선 원고 종중이 고유의미의 종중으로 보인다는 취지에서 원심판결을 파기하였음. 타당한 판결로 생각됨

▶ 파기 환송 후 원고가 ‘고유 의미의 종중’으로 주장을 변경하는 경우 임의적 당사자 변경인지 여부

○ 원고는 파기 환송 후에 원고가 고유 의미의 종중이라고 주장을 변경하고, 다시 종중총회를 소집한 후 결의를 거쳐 그동안의 소송행위를 추인할 가능성이 있음

○ 이 경우 임의적 당사자의 변경으로 취급하여 당사자 변경을 불허할 것인지가 문제임

○ 종래 판례는 종중이 소송 도중 공동선조에 관한 주장을 변경하는 경우 또는 고유 의미의 종중에서 유사 종중으로 주장을 변경하는 경우 이를 임의적 당사자 변경으로 보아 변경 신청을 불허한 경우가 많음

- 대법원 98다50722 판결 등

  종중이 당사자인 소송에 있어서 종중의 공동 선조를 변경하거나 또는 원고의 주장이 이미 고유의 의미인 종중인 것으로 확정된 원고 종중의 성격을 종중원의 자격을 특정 지역 거주자로 제한하는 종중 유사의 단체로 변경하는 것은 당사자를 임의로 변경하는 것에 해당하여 허용될 수 없다.

○ 그러나 실제 재판을 하다 보면, 부동산이 종원에게 명의신탁된 것이 분명하고 명의신탁자로 볼 수 있는 단체의 실체도 하나뿐인데, 그 실체가 고유 의미의 종중인지 여부가 애매한 경우가 가끔 있음. 간혹 공동 선조를 과거에 높은 벼슬을 한 여러 선조로 동시에 주장하는 경우도 있음(공동 선조를 특정하라고 석명 요구하면 당황하면서 분명한 답변을 내놓지 못함)

○ 이러한 경우에는 가급적 원고로 나선 종중이 명의신탁을 한 종중인 것은 맞는데, 원고가 종중의 성격을 정확히 파악하지 못하고 있는 것으로 보고, 이를 시정할 기회를 주는 것이 타당하다고 생각됨. 이러한 경우 별소를 다시 제기하게 할 실익도 없음

○ 참고 판결 : 대법원 2000다16800 판결

- “원고가 고유의 의미의 종중과 종중 유사단체의 성격 구분을 제대로 하지 못하고, 그 구성원의 범위에 관하여 다른 주장을 하고 원고 단체의 성격 및 실체에 관하여 일부 부적절한 주장을 한 일이 있었다 하여도 원고는 큰 눈으로 보아 처음부터 원고 단체의 성격 및 실체를 공동 선조의 후손들 중 특정 지역에 거주하는 자들로 구성된 종중 유사단체라고 볼 수 있는 주장을 하여 왔다고 봄이 상당하고 그 구성원에 관한 주장의 변화가 있었다 하여 그 실체가 종중 유사단체라고 하는 사실관계의 기본적 동일성까지 상실되게 한 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 2000. 1. 6.자 준비서면 이전에는 원고가 연천공 김항의 후손들만

그 구성원인 것처럼 주장하고, 또 1999. 9. 7.자 준비서면 이전에는 원고 단체가 고유의 의미의 종중인 것처럼 주장을 한 것으로 볼 여지가 있어 보이기는 하나, 원고는 이 사건에서 줄기차게 '상산김씨 이천종중회', '상산김씨 락성군파 이천종중회'라고 하여 특정지역 내에 거주하는 일부 종중원만이 그 구성원임을 나타내고 있어서 원고 단체가 고유 의미의 종중이 아니라 종중 유사 단체임을 쉽게 인식할 수 있다. 일부 부적절한 주장을 한 일이 있더라도 그 실체가 종중 유사단체라고 하는 사실관계의 기본적 동일성까지 상실되게 한 것은 아니다."

▣ 종중 재산에 관한 분쟁에 대한 접근 방법(사견)

○ 종중재산은 조선시대부터 종중의 재산으로 취급되어 내려오던 토지를 일제 강점기에 종원 명의로 사정받은 경우가 대부분임. 물론 그 이후 종중재산의 취득 변경이 이루어지는 경우도 있음

○ 종중은 관습법에 의하여 인정되는 것으로서 규약이 없는 경우가 많았다가, 종중을 조직화, 체계화하는 차원에서 비교적 최근에 규약을 제정하는 경우가 많음. 따라서 종중 규약의 제정 시기는 종중의 성립시기를 판단하는 데에 별다른 증거 가치가 없음(창립총회 일자도 마찬가지임)

○ 종중재산인지 여부의 판단이 가장 큰 쟁점이 되는데, ① 각 파별 대표자 공동 명의로 등기되어 있는 경우 ② 종중에서 세금을 납부하여 온 경우 등에는 쉽게 종중재산으로 판단할 수 있음

○ 문제된 재산이 종중재산으로 보이는데도 종중의 실체에 관한 입증이 부족하다는 이유로 소각하되는 경우를 자주 보게 됨. 그러나 종중 사건은 종중재산을 중심으로 재판을 하는 것이 타당하다고 생각함

○ 즉 ① 사정 당시 종중재산으로 인정된다면 다른 증거가 없더라도 그 무렵부터 종중은 실체가 있었다고 보아야 하고 ② 종중재산에 대한 권리를 주장하는 종중이 하나뿐이라면, 종중의 공동선조나 성격에 관하여 주장이 변경되더라도 이는 종중 실체를 달리하는 내용으로 변경한 것이 아니라 하나의 종중의 형성 경위 등에 관한 주장을 변경·정리하는 과정으로 취급하여야 한다고 생각함

○ 또한 종중의 대표자 자격이 문제되는 경우에는 소를 각하할 것이 아니라 다시 종중총회를 거쳐 대표자 자격을 갖출 기회를 부여하는 것이 분쟁의 일회적 해결 차원에서 바람직함

⑨ 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다294824 판결 [손해배상(지)]

▣ 사안의 개요

○ 원고 미시간주립대학은 블루베리 품종인 휴론, 리버티, 드래퍼, 오로라(이하 '이 사건 각 보호품종'이라 함)를 개발하여 미국 특허청에 특허등록을 마친 후 국내에서도 식물신품종 보호법에 따라 품종보호를 출원하여 이에 관한 출원공개가 이루어졌고, 이후 품종보호 등록을 마침

원고 탑블루베리는 이 사건 각 보호품종의 전용실시권자

○ 피고는 블루베리 농원을 운영하면서 드래퍼, 리버티, 오로라(이하 '드래퍼 등 보호품종'이라 함) 등을 포함한 블루베리 묘목을 식재하여 판매함.

○ 원고들은 피고가 이 사건 출원공개일 전후로 원고 미시간주립대학의 동의 없이 드래퍼 등 보호품종의 묘목을 증식한 후 이를 판매함으로써 원고들의 품종보호권 등을 침해하였다고 주장하면서 침해행위의 금지 및 예방 등을 청구함

○ 원심 및 대법원의 판단

- 구 종자산업법(2012. 5. 1. 법률 제11458호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조의2 제1항 제3호에 의하면, 외국에서 품종보호권이 설정등록된 품종은 농림수산식품부령으로 품종보호를 받을 수 있는 작물의 속 또는 종을 정할 당시에 이미 알려진 품종이라고 하더라도 그 품종보호를 받을 수 있는 작물의 속 또는 종으로 정하여진 날부터 1년 이내에 품종보호 출원을 할 경우 신규성이 있는 것으로 보아 구 종자산업법에 따른 품종보호를 받을 수 있다고 규정(신규성 요건의 예외). 제3항은 설정등록된 품종보호권의 효력이 품종의 출원공개일 전에 행하여진 실시에 대하여는 미치지 않는다고 규정. 제4항은 그 품종의 출원공개일 전에 국내에서 그 보호품종의 실시사업을 하고 있거나 그 준비를 하고 있는 자는 그 실시 또는 준비를 하고 있는 사업의 목적 범위에서 그 품종보호권에 대한 통상실시권을 가지며, 이 경우 통상실시권을 가진 자는 품종보호권자에게 상당한 대가를 지급하여야 한다고 규정
- 피고가 이 사건 출원공개일 이전에 드래퍼 등 보호품종의 묘목을 증식한 후 출원공개일 이후에 이에 관하여 양도 또는 양도의 청약(양도를 위한 전시를 포함)을 한 것에 대하여는 품종보호권의 효력이 미치지 아니함 => 침해금지 및 예방청구와 침해조성물 폐기청구, 침해로 인한 손해배상청구 기각.
- 다만 피고에게 법정통상실시권 인정되는바, 품종보호권자인 원고 미시간주립대학의 구 종자산업법 13조의2 4항에 기초한 상당한 대가 지급청구는 인용. 전용실시권자인 원고 탑블루베리의 상당한 대가 지급청구는 기각

▣ 특허와 관련한 쟁점

○ 속지주의 : 특허는 각 나라마다 별도로 등록하여야 해당 국가에서 보호받을 수 있음

○ 신규성 요건의 예외 인정

사안) 영국에서 특허를 등록한 후, 미국으로 이동하는 사이에 위 기술이 공지의 기술로 퍼진 경우, 미국에서는 신규성이 없어서 특허등록이 거부되는지 문제가 문제됨. 이 경우 특허발명자 보호를 위해 조약 등에 의하여 어느 나라에 특허 등록한 후 일정한 기간 안에 최초 출원국 외의 다른 나라에 특허출원하는 경우 특허 등록을 허용하고 있음.

○ 종자산업법에도 신규성 요건의 예외 규정 존재(제13조의2 제1항 제3호)

- 품종보호를 받을 수 있는 작물의 속 또는 종으로 정하여진 날부터 1년 이내 에 품종보호 출원을 한 경우

⑩ 대법원 2020. 4. 9.자 2019마6806 결정 [독점규제및공정거래에관한법률위반]

▣ 사안의 개요

○ 내부거래공시대상회사인 미래에셋생명보험 주식회사가 공시 없이 특수관계인인 미래에셋자산운용주식회사가 운용하는 투자신탁재산의 신탁업자에게 대출 거래를 함

○ 원심은, 이 거래가 '특수관계인을 상대방으로 하는 자금의 거래행위'에 해당하여 공정거래법 11조의2 1항 규정에 의한 공시대상인 대규모내부거래에 해당한다고 보아 과태료 부과처분

○ 대법원은 특수관계인을 상대방으로 하는 자금의 거래행위가 아니라 '특수관계인을 위한 거래행위'이지만 결론은 정당하다고 보아 재항고기각

- 결론은 정당

▣ 과태료 사건

○ 행정청이 과태료 부과하여 위반자가 법원에 과태료 이의신청을 하는 경우 법원이 과태료 재판을 함(이는 민사사건으로 분류함)

○ 대상판결의 사건명 : 독점규제및공정거래에관한법률위반

○ 대상판결의 사건번호

- 1심 : 서울남부지방법원 2017과102187
- 항고심 : 서울남부지방법원 2018**라**123
- 재항고심 : 대법원 2019**마**6806 [끝]

2020. 6. 15.자 공보 [2020. 7. 10. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6918 결정 [직무집행정지및직무대행자선임가처분]

▣ 사안의 개요

○ 신청인은 피신청인과 동업계약을 체결하였음

○ 피신청인은 신청인을 상대로 동업계약 해지 등에 따른 원상회복을 구하는 소를 제기하였으나, 법원은 청산절차 없이 잔여재산의 분배를 청구할 수 있는 경우에 해당하지 않는다는 이유로 피신청인의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 그대로 확정되었음

○ 신청인이 피신청인을 상대로 동업청산금 지급채무의 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였는데, 법원은 청산절차를 거치지 않았으며, 청산절차 없이 잔여재산을 분배할 수 있는 경우에 해당하지 않는다는 이유로 신청인의 청구를 기각하였고, 이 판결은 그대로 확정되었음

○ 신청인은 피신청인을 상대로 피신청인을 동업계약의 청산인에서 해임하고 일시 청산인을 선임해 줄 것을 청구하였는데, 법원은 각하 결정을 하였고, 해당 비송 사건은 그대로 확정되었음

○ 이에 신청인이 피신청인을 상대로 청산인으로서의 직무집행정지 및 직무대행자선임을 구하는 가처분을 신청하였는데, 원심은 신청인의 신청을 각하하였고, 대법원은 원심의 판단이 정당하다고 보았음

▣ 대상결정 검토

▶ 민법상 조합이 해산한 경우의 법률관계

○ 조합이 해산하는 경우 기본적으로는 청산인이 조합의 채권·채무관계를 정리하는 것이 원칙(민법 721조)

○ 다만, 조합의 제3자에 대한 채권·채무관계는 없고 내부적으로만 채권·채무관계가 있는 경우(ex. 조합이 특정 조합원에 대하여 채권을 가지고 있거나, 조합원이 조합에 대하여 사무관리 채권을 가지고 있는 경우, 또는 조합원 간에 채권을 가지고 있을 뿐인 경우) -> 예외적으로 청산인 없이 바로 잔여재산분배 청구 가능(대법원 2019다205206, 205213 판결)

○ [참고] 2명이 동업(민법상 조합)하던 중 1인이 그만두는 경우 : 해산 × 탈퇴○ -> 청산의 문제가 없음. 남아 있는 조합원이 돈으로 정산해주면 족함(민법 719조)

▶ 형성의 소는 법률에 규정이 있어야만 제기할 수 있음 - 법률상 해임청구권 규정

○ 1 소수주주(100분의 3 이상)의 이사 해임청구권(상법 385조 2항)

○ 2 소수주주(100분의 3 이상)의 청산인 해임청구권(상법 539조 2항)

○ 3 구분소유자의 관리인 해임청구권(집합건물법 24조 5항)

따라서 해임청구권 근거 규정이 법률에 없는 경우 해임청구의 소도 부적법하고, 해임청구권을 피보전권리로 하는 직무집행정지와 직무대행자선임 가처분 신청도 부적법함

▶ 법률상 해임청구권 규정이 없는 경우 해임청구권을 피보전권리로 하는 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분 신청 ⇨ 부적법 각하

○ 민법상 조합의 청산인 해임청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지 및 직무집행대행자 선임의 가처분을 신청하는 경우(대상결정)

○ 학교법인의 이사장에 대한 해임청구의 소를 본안으로 하는 이사장에 대한 직무집행정지 및 직무집행대행자 선임의 가처분을 신청하는 경우(대법원 97마2269 결정)

○ [참고] 가처분신청사건 vs 비송사건(신청내용·근거법·관할의 구별)

- 주주총회결의 취소의 소를 본안 소송으로 제기하면서 이사의 직무집행정지 및 직무대행자 선임을 구하는 것은 가처분 신청사건(민사집행법 300조 2항, 303조) - 본안 관할법원 또는 관할 지방법원
- 법인의 이사가 없거나 정관에서 정한 인원수에 부족이 있는 경우 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때 이해관계인이나 검사가 법원에 임시이사 선임을 구하는 것은 민사비송사건(민법 63조, 비송사건절차법 33조) - 주된 사무소 소재지 지방법원 합의부
- 주식회사의 이사의 원수를 결한 경우 필요하다고 인정할 때 이사, 감사, 기타 이해관계인이 법원에 일시 이사의 직무를 행할 자의 선임을 구하는 것은 상사비송사건(상법 386조 2항, 비송사건절차법 72조) - 본점 소재지 지방법원 합의부

2 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정 [소송비용액확정]

▣ 사안의 개요

○ 주식회사 A는 수탁자인 신청인(재항고인)과 사이에 신탁계약을 체결하였는데, 신탁계약에 의하면, 수탁자는 수익자의 요청을 승낙한 경우를 제외하고는 신탁재산에 관하여 소송행위를 할 의무를 부담하지 않고, 이 사건 사업과 관련하여 발생하는 일체의 소송과 민원에 대한 책임은 원칙적으로 위탁자와 시공사가 부담하도록 정하였음

○ 피신청인이 수탁자인 신청인을 상대로 신탁재산과 관련한 본안소송을 제기하였는데, 위탁자인 주식회사 A는 신탁계약에 따라 법무법인 B에게 본안소송의 대리를 위임하면서 그 보수는 추후 소송비용액확정신청을 통하여 상대방으로부터 상환받을 변호사보수로 그 지급에 갈음하기로 약정하였음

○ 신청인은 법무법인 B를 소송대리인으로 선임하여 본안소송을 수행하도록 하였고, 본안소송에서 소송비용은 피신청인이 부담한다는 판결이 확정되자, 피신청인을 상대로 소송비용액확정신청을 하였음

○ 원심은 신청인이 지급할 변호사보수가 없다는 이유로 피신청인이 신청인에게 상환하여야 할 소송비용액을 0원으로 확정. 대법원은 주식회사 A가 법무법인 B에 지급하기로 한 변호사보수는 소송당사자인 신청인이 지급하는 것과 동일하다고 볼 수 있어 소송비용으로 인정되어야 한다는 이유로 파기환송

▣ 대상결정 검토

○ “소송비용에 산입되는 변호사의 보수에는 당사자가 보수계약에 의하여 현실적으로 지급한 것뿐만 아니라 사후에 지급하기로 약정한 것까지 포함되고, 제3자가 지급한 경우에도 당사자가 지급한 것과 동일하다고 볼 수 있는 사정이 인정되면 소송비용에 산입되는 변호사보수로 인정할 수 있다.”(대법원 2004마1055 결정 등) ☞ 확립되어 있는 판례임

○ 대상자가 변호사보수를 지급하지 않더라도, 대상자가 지급할 것으로 취급할 수 있으면 상환해주라는 취지의 결정임

○ 대상결정은 타당하고 기존 판례에 비추어 보아도 당연한 것임. 원심결정의 결론은 상대방이 부당한 이익을 얻는 결과가 되어 동의하기 어려움

3 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원심은 분식회계를 주도한 사람들과 부실감사를 한 감사인의 책임을 모두 40%로 제한하였는데, 감사인만 상고하였음

○ 대법원은, 분식회계를 주도한 사람들에 대하여 더 높은 정도의 책임제한비율을 인정하였어야 타당하지만 분식회계를 주도한 사람들은 상고하지 않았고, 상고한 감사인의 책임제한비율을 40% 로 정한 것 자체는 수긍할 수 있고 보다 낮은 비율로 제한하지 않았다고 하여 현저히 불합리하다고 볼 수 없다는 이유로 감사인의 상고를 기각

▣ 대상판결 검토

○ 주가 하락으로 인한 손해액 계산

☞ “부실감사가 밝혀져 거래가 정지되기 직전에 정상적으로 형성된 주가와 부실감사로 인한 거래정지가 해제되고 거래가 재개된 후 계속된 하종가를 벗어난 시점에서 정상적으로 형성된 주가의 차액”(대법원 97다32215 판결)

☞ 쉽게 말하면, 기존에 정상적으로 형성된 주가와 불법행위 이후 정상적으로 형성된 주가의 차액이 손해라는 의미임

- 기존에 정상적으로 형성된 주가란, 거래가 정지되기 직전의 주가를 말함
- 불법행위 이후 정상적으로 형성된 주가란, 불법행위 사실을 누구나 알게 된 이후에 매도가격과 매수가격이 경합하여 정상적으로 거래가 이루어졌을 때의 주가를 말함
- 하종가가 계속되고 있는 상황은 손해가 계속되고 있다는 것이므로, 이 경우에는 이후 정상적으로 형성된 주가로 볼 수 없음에 유의하여야 함
- 이후 정상적으로 주가가 형성된 후에는 다시 주가가 떨어지더라도 그것을 고려하지는 않음
- ‘불법행위 이후 정상적으로 주가가 형성된 시점’은 불법행위 이후 거래가 대량으로 일어났고, 그 대량거래 기간 중에서 하한가가 아닌 때를 파악하는 것이 중요함(주가 차액 산정을 위해 굳이 감정을 할 필요는 없음)

4 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 소년인 원고들은 경찰에서 피해자에 대한 특수강간 등 혐의로 수사를 받았는데, 그 과정에서 구체적인 수사기관의 질문에 대하여 대부분 단답형으로 대답을 하였음. 경찰은 문답의 내용을 바꾸어 기재함으로써 마치 피의자인 원고들로부터 자발적으로 구체적인 진술이 나오게 된 것처럼 조서를 작성하였음

○ 법원은 위 원고들에 대한 구속영장을 발부하였고, 위 원고들은 구속되었음

○ 검찰은 위 원고들을 석방하여 불구속 상태에서 조사를 계속 진행하다가, 원고들에 대하여 혐의없음 처분을 함

○ 위 원고들 및 가족들인 나머지 원고들은 피고(대한민국)를 상대로 피의자심문·압수 등 수사의 적법절차 위반, 신문조서 작성 방식의 위법 등을 주장하면서 국가배상법에 따른 손해배상청구를 하였고, 제1심에서는 일부 인용, 항소심 및 상고심에서는 각 기각 판결을 함

▣ 대상판결 검토

○ 원고들이 수사기관의 구체적인 질문에 단답형으로 대답했을 뿐임에도, 수사기관은 원고들에 대하여 짧게 질문하였고, 원고들이 구체적으로 대답한 것으로 조서를 작성하였음. 조서상 원고들이 구체적으로 진술한 것으로 나타난 것이 원고들이 구속되는 데 상당한 영향을 미쳤을 것임

○ 대법원은 원고들의 다른 여러 주장에 대해 고민을 거치다가 판결을 한 것으로 보임(상고 후 5년 만에 선고)

○ 원고들의 주장을 배척한 부분에 관해서는 별다른 설시가 없는데, 해당 부분은 앞으로 배척하라는 취지의 선례가 아니므로, 향후 이 부분은 사안에 따라 대법원에서 인용될 가능성이 있음

5 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결 [임대차보증금]

▣ 사안의 개요

○ A는 B로부터 이 사건 건물을 임차하였음

○ A는 원고에게 원고에 대한 채무의 담보로 위 임대차보증금 반환채권에 대하여 근질권을 설정하여 줌

○ 그 후 A는 위 임대차보증금 반환채권을 담보하기 위하여 B로부터 B 소유의 이 사건 건물과 토지에 관하여 근저당권을 설정받음

○ B는 피고와 협의이혼한 후 피고에게 재산분할을 원인으로 이 사건 건물의 소유권을 이전함

○ A와 피고는 해지를 원인으로 위 근저당권설정등기를 말소하였음

○ 근질권자인 원고는 피고를 상대로 근저당권설정등기 말소 회복 청구를 하였는데, 원심은 이를 인용하였음. 대법원에서 파기환송

▣ 담보물권의 부종성과 수반성

▶ 담보물권의 성질

○ 1 부종성

- 담보물권의 성립과 소멸에 관한 것임(담보물권의 성립과 소멸은 피담보채무의 그것에 따른다는 것)
- 예컨대, 피담보채무가 성립하지 않았음에도 담보물권을 표상하는 등기가 존재한다면 그 등기는 무효이고, 담보물권 등기가 남아 있더라도 피담보채무가 모두 소멸하였다면 담보물권도 소멸함

○ 2 물상대위성

- 예컨대 목적물이 수용되면, 그 수용으로 인해 발생한 채권에 대해서 담보물권의 효력이 미친다는 것임. 다만, 지급 전에 압류를 해 두어야 함(注意 민법 342조 참조)

○ 3 불가분성

- 피담보채무 전액을 변제받을 때까지는 물권 전체에 담보물권이 미친다는 것임
- 예컨대, 100억 원의 피담보채무에 관해 담보물권을 설정하였는데, 채무 중 99억 원을 변제받고 1억 원만 남은 상황이더라도 담보물권을 일부 말소해 줄 필요가 없음.

▶ 담보물권에서의 수반성 (≠ '부종성')

○ "담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라 채권담보라고 하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 당연히 포함된다고 보는 것이 합리적이

라는 것일 뿐이므로, 피담보채권의 처분이 있음에도 불구하고 담보물권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고 채권의 처분에 따르지 않은 담보물권은 소멸한다."(대법원 97다33997 판결)

○ 담보물권에서의 수반성은 담보물권이 있는 채권을 양도할 때에는 담보물권도 함께 양도하는 것이 일반적이라는 것. 즉 법률행위의 해석 문제임

○ 피담보채권과 담보물권을 함께 양도했더라도, 담보물권은 부기등기를 해야만 '담보물권의 이전'이라는 물권변동이 발생함

○ 즉 담보물권의 수반성은 부종성과는 전혀 다른 개념으로서, 부종성의 일부분이 아님

▶ 대상판결의 경우

○ 원심은 저당권의 부종성 원칙에 따라 당연히 질권의 효력이 저당권에 미친다는 전제하에, 이러한 경우 민법 348조가 유추적용되지 않아 원고가 근저당권등기에 관하여 질권의 부기등기를 마치지 않았더라도 당연히 원고의 근질권의 효력이 이 사건 근저당권에 미친다고 보았음

○ 원심은 보증채권의 부종성을 염두에 둔 것으로 보임

- 보증채권에서는 주채권이 양도되면 보증채권은 계약에서 그에 관한 약정이 없이도, 별도의 양도나 통지절차 없이도, 자동적으로 주채권과 같이 양도됨(대법원 2002다21509 판결 참조). 즉, 보증채권에서의 수반성은 부종성과 거의 동일한 정도의 결합력이 인정됨[85].
- 그러나 담보물권에서의 수반성은 보증채권에서의 수반성과는 전혀 다른 법리가 적용되는데, 원심은 보증채권의 수반성에 관한 법리를 보고 오해를 한 것으로 추측됨

○ 결국 원고는 근저당권을 취득한 바 없으므로 근저당권의 말소회복청구를 구할 수 없음

▶ [참고] 근저당권등기에 질권의 부기등기를 하는 방법

[을 구] (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	근저당권설정			
1-19	1번근저당권**유동화전문유한회사지분전부부질권	2007년6월7일 제50503호	2007년6월7일 설정계약	채권액 채무자 **유동화전문유한회사 채권자 공동담보목록

85) 채권의 양도 사실을 보증인에게만 통지하고 주채무자에게는 통지하지 않은 경우에 보증인에 대한 대항력을 인정한다면, 이는 보증채무의 주채무에 대한 부종성 또는 수반성에 반할 뿐만 아니라, 보증인이 양수인에게 변제를 하더라도 주채무자에게 구상할 수 없게 되어 민법이 보증인에게 주채무자에 대한 구상권을 인정하고 있는 취지가 몰각되게 되므로, 위와 같은 경우에는 그 양도로써 주채무자에게는 물론 보증인에게도 대항할 수 없다고 해석함이 상당하다 할 것이다(대법원 2002다62500 판결 참조).

⑥ 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다229120 판결 [퇴직금청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고 회사(에스씨아이평가정보)에서 채권추심원으로 근무하였음

○ 원고는 피고를 상대로 퇴직금을 청구하였는데, 원심은 근로자성이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하였고, 대법원은 근로자성이 인정된다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 대법원 2005도2201 판결이 선고된 후에는 채권추심원을 근로자로 인정하는 추세이나, 최근에도 개별적 근로형태의 실질에 따라 채권추심원의 근로자성을 달리 평가하기도 함

- 근로자성을 인정한 판례 : 미래신용정보(대법원 2009다99396 판결) 등
- 근로자성을 부정한 판례 : 에스지아이신용정보(대법원 2014다20721 판결), 새한신용정보(대법원 2009다6998 판결) 등

○ 채권추심원의 경우, 근로자가 사업자등록을 각자 내고, 사업소득으로 세금신고를 하는 등 대외적·형식적으로는 근로자로 보이지 않는 경우가 많은데, 대법원은 실질적으로 지휘·감독관계여부가 있는지를 보고 종속적인 지위가 인정되는 경우에는 근로자성을 인정함

○ 대법원 2012다20550 판결(농업협동조합자산관리회사 사건)을 주목하여야 함

- 농업협동조합자산관리회사는 채권추심원의 근로자성을 확인하는 판결(위 대법원 2005도2201 판결)이 선고된 이후에 채권추심업무계약과 관련된 각종 문서 양식을 변경하고, 근로자성의 징표로 판단된 여러 사항들을 제거하려고 노력하였음
- 대법원은 농업협동조합자산관리회사의 이와 같은 대응조치에도 불구하고 근로관계를 부인할만한 본질적인 변경이 없었다고 보아 여전히 근로자성을 인정하였음
- 대법원은 외형적인 몇 가지 변화에도 불구하고 계약관계(노무제공 내지 노무이용 관계)의 본질이나 실질이 여전히 그대로 유지되고 있다는 점에 초점을 맞춤

○ 위 대법원 2012다20550 판결에 대한 아래 논문[86]을 참고하기 바람. 저자의 아래 의견에 동의함

- "근로자성을 결정하는 여러 요소들의 종합적 평가에 따른 최종 판단이 불가피하므로 사안별로 개별적·구체적으로 접근할 수밖에 없다 하더라도, 개별 요소들을 단순히 병렬적·평면적으로 비교할 것이 아니라 보다 핵심적이고 본질적인 요소를 분별함으로써 논리적 일관성 내지 정합성을 도모하고 예측가능성을 높이는 작업이 필요함"

86) 농업협동조합자산관리회사 채권추심원의 근로자성 인정여부(대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결), 유해용, 2016, 올바른 재판 따뜻한 재판: 이인복 대법관 퇴임기념 논문집

- “이 가운데서 업무의 내용과 성질이 가장 기본적이고 중요한 잣대가 되는 것이 타당하고, 사용자 측의 사업운영이나 영업활동을 통해 상시적이고 필수적이며 핵심적인 부분을 차지하는 업무(통상적으로 정규직이 수행하는 업무)라면, 인적 종속성이 다소 완화되고 계약의 형태가 전형적인 고용계약과 거리가 있다 하더라도 근로자성을 인정할 여지가 많을 것임”
- 대상판결의 사안에 적용한다면, “채권추심회사인 피고의 사업운영이나 영업활동에서 채권추심원들을 제외한다면 기업으로 작동·유지될 수 있겠는가?”의 질문을 던져 보아야 한다는 것임
- 근로자성 인정 요소의 개별적 검토보다는 회사의 작동구조·원리를 전체적으로 살펴보아야 할 것임

7 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다263519 판결 [임금등]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 의사 A에게 월급을 지급하기로 하고 고용한 다음 A 명의로 의료기관 개설허가를 받아 병원을 운영함

○ 피고는 병원의 총괄이사라는 직함으로 활동하였고, 병원을 실질적으로 경영하였음

○ 원고는 의사 A를 사용자로 하여 근로계약서를 작성하였음

○ 원고는 피고를 상대로 근로계약에 기한 임금지급청구를 하였는데, 원심은 의료기관의 운영과 관련한 이익이나 채무 등은 모두 의사 A에게 귀속된다는 이유로 근로계약에 따라 원고 등에 대하여 임금 등 지급의무를 부담하는 사람은 의사 A라고 보아 원고의 청구를 기각하였음

○ 대법원은 원고와 피고 사이에 실질적인 근로관계가 성립되었다고 보고, 피고가 원고에 대하여 근로계약에 따른 임금 등 지급의무를 부담한다고 보아 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 민법상 계약의 당사자 해석 법리

○ 법률행위 해석의 기본 원칙과 순서

1 자연적 해석(의사합치)

2 규범적 해석

3 보충적 해석

○ 계약당사자 확정에 관한 해석 법리 ☞ 계약의 상대방에 관해서는 당사자의 의사가 일치하지 않는 경우에는 '상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가'(= 상대방의 입장에서 누구를 당사자로 이해했을 것인가)를 두고 판단한다는 법리가 추가됨(대법원 2003다44059 판결 등)

▶ 근로기준법이 적용되는 임금지급의무에 관하여는 민법상 계약의 상대방 확정의 법리와는 다른 법리가 적용됨(유의: 판결문에서 사건에 맞게 참조판례를 구별하여 설시하여야 함)

○ "근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 <u>계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준</u>으로 하여야 한다."(대법원 97다56235 판결 등)

▶ 대상판결의 경우

○ 근로자의 임금청구권은 사용자와의 근로계약(약정)으로 인하여 발생하는 것이지 근로 제공

으로 인하여 발생하는 것이 아님. 근로 미제공은 사용자의 임금 지급 거절사유가 되는 것임

○ 이 사건의 쟁점은 근로자인 원고에게 임금지급채무를 부담하는 계약의 당사자가 누구냐는 것임. 강행법규 위반과는 아무 상관이 없음.

○ 사무장 병원의 경우에는 계약의 상대방이 항상 사무장이라는 취지로 대상판결을 이해해서는 안 됨

- 예컨대 원고가 의사를 상대로 소송을 제기하더라도, 의사만이 자력이 있고 병원 운영에 관여한 사정이 조금이라도 인정된다면 원고의 청구가 인용될 여지도 상당함(사무장과 의사의 중첩적 책임을 인정할 가능성도 있음)
- 그리고 근로자가 사무장과 의사가 동업하는 조합이라고 주장하면서 그들에게 임금지급 채무의 연대책임을 묻는 경우 인용될 가능성도 있음. 결국 사실인정과 평가의 문제임

8 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 주식회사 A는 금융회사로부터 운전자금을 대출받기 위하여 지역신용보증재단인 원고와 신용보증약정을 하였는데, 주식회사 A의 대표이사인 피고가 연대보증을 함

○ 이후 주식회사 A에 대한 회생계획인가결정이 있었음

○ 제1심은 기술보증기금법 37조의3[87]이나 신용보증기금법 30조의3[88] 규정을 유추적용하여 채무자회생법 250조 2항에 대한 예외를 인정하여야 한다고 보아 피고의 연대보증채무도 동일한 비율로 감경되거나 면제된다고 판단하였음

○ 원심 및 대법원은 지역신용보증재단법은 기술보증기금법이나 신용보증기금법과 같은 예외 규정을 별도로 두고 있지 않으므로, 채무자회생법 250조 2항 1호에 따라 회생계획인가에 따른 권리변경이 회생채무자의 보증인에게 영향을 미치지 않는다고 판단함

▣ 대상판결 검토

▶ 채무자회생법은 보증인의 책임에 관하여 보증채무의 부종성에 대한 예외를 인정함

> **채무자회생법 제250조(회생계획의 효력범위)**
> ② 회생계획은 다음 각호의 권리 또는 담보에 영향을 미치지 아니한다.
> 1. 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차가 개시된 채무자의 보증인 그 밖에 회생절차가 개시된 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리

○ 보증채무의 부종성에 따라 주채무가 감경되면 보증채무도 감경되는데, 채무자회생법은 이에 대한 예외를 규정해 둠

- 회사의 대주주나 대표이사 등 회사를 실질적으로 운영하는 사람들이 주로 회사의 채무를 보증하는데, 회사가 회생절차신청을 하여 회생계획에 따라 주채무가 감경되는 경우에도 보증인의 책임이 보증채무의 부종성에 의하여 감경된다고 본다면, 회사를 운영하는 자들이 회사를 방만하게 운영할 우려가 있으므로, 도덕적 해이(moral risk)를 방지하기 위하여 위와 같은 규정을 둔 것으로 보임

○ 다만, 회생절차에서의 채권자가 신용보증기금이나 기술보증기금인 경우에는 별도 규정을 두어 다시 예외를 인정하였음(즉, 주채무가 감경되면 보증채무도 감경됨)

---

87) 기술보증기금법 제37조의3(연대보증채무의 감경·면제)
「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제250조 제2항, 제567조, 제625조 제3항에도 불구하고 채권자가 기금인 경우에는 중소기업의 회생계획인가결정을 받는 시점 및 파산선고 이후 면책결정을 받는 시점에 주채무가 감경 또는 면제될 경우 연대보증채무도 동일한 비율로 감경 또는 면제한다.

88) 기술보증기금법과 동일한 내용임

- 기술보증기금이나 신용보증기금은 대개 산업상 장려가 필요한 회사(예컨대, 중소기업)에 보증서를 발급해주고 그 보증금액도 크지 않으므로, 기업의 실효성 있는 회생을 보장하기 위하여 예외에 대한 예외를 인정함

▶ **대상판결은 지역신용보증재단의 경우 지역신용보증재단법에 별도의 규정이 없는 이상 기술보증기금법 또는 신용보증기금법의 규정을 유추적용 할 수 없고, 채무자회생법이 그대로 적용된다고 보았음**

○ 지역신용보증재단법에 채무자회생법의 적용에 관한 예외 규정이 없는 것을 법률의 흠결로 볼 수는 없음(사법 자제적 태도)

○ 이러한 사건을 맡게 되면, 해당 법률의 입법 과정에서 어떠한 논의가 있었는지를 조사하기 위해 국회 사이트에 접속하여 회의록이나 제출서류 등을 확인하는 것이 중요함

- 이 때 해당 내용이 초안에는 있었는데 입법 과정에서 삭제되었다면 이에 관한 검토를 거쳐 입법적 결단이 있었다는 결정적인 논거가 될 것임

- 대상판결에 이에 관한 별다른 언급이 없는 것으로 보아, 입법과정에서도 이에 관한 별다른 검토가 없었던 것으로 보임. 그러나 그렇다고 해도 기술보증기금법 또는 신용보증기금법의 규정을 유추적용할 사안은 아니라고 결론을 내린 것임 [끝]

2020. 7. 1.자 공보 [2020. 7. 24. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결 [선보상금반환]

▣ 사안의 개요

○ 피고(한국석유공사)는 예멘공화국에 있는 광구의 운영권 50% 지분을 매도하는 국제입찰에 참가하여 낙찰받음

○ 피고는 위 운영권 50% 지분 중 최대 20% 지분에 대한 입찰을 시행하였고, 지분비율에 상응하는 지분매입대금에 보상금을 더한 금액을 매입금액으로 정하였음. 원고(주식회사 한화)는 위 운영권 중 5% 지분의 낙찰자로 선정되었고, 피고에게 지분매입대금과 보상금을 별도로 지급함

○ 피고는 위 광구 인수 이후 손실이 누적되자, 위 광구의 운영권 50% 지분을 매각하려고 하였으나 무산됨. 피고는 위 광구의 운영권 50% 지분을 매입하는 내용의 계약을 해지하였고, 예멘에 위 광구의 운영권 지분을 반납함

○ 원심은 지분매입대금 지급 부분과 보상금 지급 부분을 별개의 계약으로 보고, 보상금 지급 부분이 동기의 착오를 이유로 적법하게 취소되었다고 보았음. 대법원은 위 계약은 하나의 계약이고, 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있다고 볼 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 법률행위의 일체성

▶ 원고는 하나의 계약을 체결하였다고 주장하는 것이 유리함에도 불구하고 두 개의 계약을 체결한 것이라고 주장하고 있음

○ 이 사건 계약이 하나의 계약이라면 취소 주장이 받아들여질 경우 원고는 지급 금액 전부를 부당이득으로 반환받을 수 있음

○ 그런데 원고는 계약이 분리된다면서 보상금 지급 부분만 취소한다고 주장하였음 => 전체 계약의 취소 주장이 받아들여질 가능성이 적다고 보고 가능성이 있는 부분을 특정하여 그 취소를 구하고 있는 것으로 생각됨

○ 하나의 계약으로 볼 것인지 또는 두 개의 계약으로 볼 것인지에 따라 계약이 취소 또는 해제될 때 반환 내지 원상회복범위가 달라지게 됨

○ 이는 당사자의 추정적 의사를 기준으로 판단하여야 함

▶ 대상판결은 명백히 하나의 계약이 체결된 것으로 보아야 함

○ 지분매매의 대금계산방식이 복잡해서 그 금액을 합산하는 형식으로 처리했을 뿐, 매매에 따른 매매대금으로 단일한 금액을 지급한다는 점에서는 다른 계약과 아무런 차이가 없음

▶ **[참고] 서울고등법원 2019나2036873 판결(제4민사부에서 선고한 사건임)**

○ 원고는 시공사이고, 피고는 재개발조합으로서 공사도급계약이 체결되었는데, 그 내용 중에 원고가 피고에게 사업비 등을 빌려주기로 하는 약정이 포함되어 있음(하나의 계약서로 작성되었음)

○ 원고는 위 계약에 따라 피고에게 무이자로 일정 금액을 대여했는데, 피고가 원고의 귀책사유를 이유로 공사도급계약을 해제함

○ 원고는 계약이 해제되었으므로 대여금에 대하여 받은 날부터 6%의 법정이자를 가산해서 원상회복하여야 할 의무가 있다는 취지로 주장하였음

○ 위 판결은 계약조항에 도급계약이 해제될 경우의 대여금 반환시기에 관한 약정을 별도로 두었으므로, 소비대차계약은 공사도급계약과 별도의 계약이라고 해석하였음

○ 위 계약의 성질상 설령 변제기 약정이 없었더라도 당사자의 추정적 의사는 두 개의 계약을 체결한 것으로 보아야 한다고 생각함

▣ 동기의 착오를 이유로 한 취소

▶ **착오 vs 동기의 착오**

○ 착오란? ⇨ 내심의 효과의사 ≠ 표시상의 효과의사

○ 동기의 착오란? ⇨ 내심의 효과의사를 형성하는 과정에서 잘못된 인식을 한 경우

○ 착오를 판례처럼 해석하는 한, 매매계약에서 착오는 많지 아니할 것이고, 대부분 동기의 착오가 문제됨

▶ **해석기준**

○ "동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 ① 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 ② 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 처지에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 ③ 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 한다."(대법원 97다44737 판결 등)

☞ ① 관련 그 동기를 상대방에게 표시하지 않았다면 동기의 착오를 검토할 필요가 없음

☞ ② 관련, 어떤 판결에서는 '계약의 내용으로 편입되었다'는 표현을 사용하기도 함. 어느 경우에 계약의 내용이 되었다고 볼 것인지는 판단하기 쉽지 않음

▶ **시가의 착오**

○ [원칙] : 착오 취소를 인정하지 않음

- ‘토지매매에 있어서 시가에 관한 착오는 토지를 매수하려는 의사를 결정함에 있어 그 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요부분에 관한 착오라 할 수 없다.’(대법원 84다카 890 판결)

○ [예외] : 감정금액을 기준으로 협의매매대금을 정한 경우(대법원 97다44737 판결)

- 원고(인천광역시)는 피고들과 피고들 소유의 부동산을 협의매수하기로 하는 매매계약을 체결하였는데(매매계약의 성격은 사법상 매매임), 관련 법령에 따라 협의매매대금을 두 개의 감정을 평균 낸 금액으로 정함
- 감정을 수행한 업체는 대상 부동산이 자연녹지개발제한구역에 위치하였음에도 대상 부동산을 생산녹지로 평가하는 실수를 범하였고, 위 실수로 인해 원고는 피고들과 대상 부동산의 시가보다 85% 정도 증액된 금액을 매매대금으로 정하여 매매계약을 체결하게 됨
- 원고는 대금을 모두 지급한 다음에 시가에 대한 착오를 이유로 반환소송을 제기하였는데, 원고의 취소 주장이 받아들여짐
- 시가의 착오는 동기의 착오이기는 하나, 계약금액을 감정서 금액으로 정하기로 정한 이상 계약 내용에 편입되었다고 보아야 함

▶ 대상판결은 ‘위험성의 현실화’는 착오가 아니라고 보았음

○ 대상판결은 원고는 위 광구에서의 광석 매장량이 부족하여 채굴 사업이 실패할 위험성을 충분히 인식하였고, 원고의 기대나 예상이 빗나간 것에 불과하므로 이는 착오에 해당하지 아니한다고 보았음

○ 타당한 판결이고, 종전에도 같은 취지의 판결들이 있었음

○ 그런데, 광산은 워낙 위험성이 높은 사업으로 인식되고 있어서 위와 같은 설명이 설득력이 있는 것임. 실제로는 위험성이 전혀 없는 계약을 상정하기는 어려운 것이므로, ‘위험성의 현실화’를 기준으로 착오 여부를 판단하기는 쉽지 않음

▶ 사견으로는, ‘위험의 인수’ 내지 ‘위험의 부담’을 기준으로 판단하는 것이 더 용이할 것임

○ 결론을 도출할 때에는 구체적 타당성(형평)을 고려하여 사건을 바라보는 것이 더 중요함. 계약 이후 계약에 중요한 영향을 미치는 사정이 나타났을 때 착오를 이유로 취소할 수 있느냐의 문제는 그러한 사정 발생의 위험을 매수인이 인수하였느냐로 판단하는 것이 형평에 맞을 것임

사례 1	매도인이 매수인에게 자신의 부동산을 그 앞에 지하철역이 생긴다는 이유로 비싼 가격에 매도하였는데, 계약을 체결한 다음날 지하철역을 건설하기로 하는 계획이 취소된 경우
사례 2	매도인이 임야를 매수해서 잡종지로 변경하고 100필지 정도의 타운하우스 부지로 로 분할한 다음 고가에 매도하였는데, 알고 보니 그 토지에 건축허가가 날 수 없었던 경우

○ 위 두 사례를 보면, 인식하고 있었던 위험성이 현실화된 것이냐를 판단하기는 쉽지 아니함. 행정계획의 변경은 흔히 있는 일이고, 건축허가가 예정대로 나오는지 여부도 확신할 수 있는 문제는 아니기 때문임

○ 두 사안을 위험의 인수를 기준으로 본다면,

○ 1 사례 1 : 착오가 아님

거래관행상 부동산 가격에 변동을 주는 국가나 지방자치단체의 시책이 변하는 것은 소유자(매수인)가 부담하는 위험이고, 매도인이 그러한 상황까지 예측하여 책임지는 관행은 없음. 매매계약 다음날 유리한 정책발표로 부동산의 가격이 10배 이상 오르더라도 매도인은 착오를 주장할 수 없고, 반대로 불리한 정책발표로 부동산의 가격이 폭락하더라도 매수인 역시 착오를 주장할 수 없음

○ 2 사례 2 : 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있음

매도인이 토지의 용도를 변경한 후 고가의 주택이 들어설 것을 전제로 매수인에게 그 토지를 비싸게 매도한 것이므로, 건축허가가 나지 않을 위험성은 매수인에게 인수되지 않았다고 봄이 상당함. 또 계약의 내용상 그 동기가 계약의 내용에 편입되었다고 볼 수 있으므로, 건축허가가 날 수 없었다면 매수인은 동기의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다고 보아야 함

그러나 위 케이스에서도 매도인이 원래의 토지 가격에 약간의 마진만 붙인 금액으로(즉 대지로 평가한 금액보다 현저히 낮은 금액으로) 매도하였다면, 이 경우에는 건축허가가 나지 않을 위험성을 매매대금에 반영한 것으로 보아 그 위험을 매수인이 인수하였다고 볼 수도 있을 것임

○ 대상판결에서는 광산에 투자하는 사업이 실패할 가능성이 높고, 원고 회사 역시 그러한 투자를 많이 하는 회사로서 그 위험부담을 원고가 인수한 것으로 보기에 충분함. 따라서 원고에게 착오가 있었다고 할 수 없음

2 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다218379 판결 [보증금청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 A와 공사도급계약을 체결하였는데, 이때 원고는 A에게 선급금으로 계약금액의 70%를 지급하되, 기성부분에 대한 대가를 지급할 때마다 선급금 중 전체 계약금액에서 기성부분의 대가 상당액이 차지하는 비율만큼을 지급한 것으로 보기로 약정하였음

선급금정산액 = 선급금액 × (기성부분의 대가상당액 / 계약금액)
※ 예정된 전체 공사 중 70% 정도를 시공하였다면, 선급금액 중 70% 정도를 기지급한 것으로 정산함

○ 원고는 A에게 선급금으로 50억 원 정도를 지급하였고, 피고(건설공제조합)는 원고와 위 선급금에 대한 1차 선급금보증계약을 체결함

○ 원고는 1회 기성검사 후 A와 기성검사액을 47억 원으로 확정하고(기성고 약 70%), 선급금 중 기성고율에 상응하는 약 34억 원을 선급금으로 정산하고, A에게 나머지 14억 원을 기성액으로 지급함

○ 원고는 피고와 선급금에서 기지급된 선급금액인 약 34억 원을 공제한 금액을 기준으로 2차 선급금보증계약을 체결함

○ 원고는 A와 합의하여 공사도급계약금액을 증액하였고, 원고는 피고와 보증금액을 증액하는 내용의 3차 선급금보증계약을 체결하였음. 이때 위 3차 선급금보증계약의 보증서에 기재된 도급계약금액은 증액 전 공사도급금액이었음

○ 원심은 공사도급계약금액이 증액된 경우 위 정산약정에서의 '기성부분의 대가상당액'을 누적 기성액으로, '계약금액'을 증액된 계약금액으로 보아 선급금정산액을 산정함. 대법원은 '기성부분의 대가상당액' 및 '계약금액'은 모두 당해 기성부분 대가 지급 시를 기준으로 한 금액이고, 이전 기성부분의 대가상당액을 누적하여 합산할 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 선급금 보증계약

- 시공사가 부도가 나는 경우는 종종 있으므로, 도급인의 입장에서 공사도급금액을 미리 지급하는 것은 위험함. 그런데 자금이 있어야 수급인이 공사에 착수할 수 있으므로 선급금을 지급하는 것이 공사의 원만한 진행을 위하여 필요함
- 그래서 건설공제조합이 도급인과 선급금 반환에 관한 보증계약을 체결하고, 다시 수급인과는 구상의무에 관한 약정을, 수급인의 임원들과는 연대보증 약정을 체결함
- 즉 피고는 신용과 자력이 있는 보증인으로 중간에 개입함으로써 사회적 보험의 기능을 수행하는 것임

○ 선급금 보증계약의 방식(보증기간)

- 건설공제조합은 보증서를 발급하는데, 이때 보증기간을 정하여 발급함. 즉 공사 전체를 기준으로 선급금 반환에 관한 채무를 보증하는 것이 아니라, 보증기간 내에 반환책임이 발생한 경우에만 반환을 보증하는 방식으로 보증서를 발급함
- 그에 따라 하나의 공사계약에서도 보증기간이 경과할 때마다 다시 보증계약을 체결하게 됨

○ 선급금 보증계약의 해석

- 이 사건에서는 도중에 공사금액이 증가하여, 정산에 관한 약정의 해석이 문제 되었음
- 원고와 피고는 별개의 보증계약을 새로 체결한 것이므로, 그 문언의 해석도 새로운 계약을 기준으로 하여야 함
- 원심은 3차 선급금보증계약의 독립성을 오인한 잘못을 범함

3 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결 [근로자지위확인등 · 근로자지위확인등 · 근로자지위확인등 · 근로자지위확인등 · 근로자지위확인등]

▣ 사안의 개요

○ 피고(한국도로공사)는 외주사업체와 고용관계를 유지하고 있는 원고들에게 지휘·명령하여 원고들이 피고를 위한 근로(안전순찰원)에 종사하게 하였음

▣ 대상판결 검토

▶ '근로자 파견'의 판단

○ 원고들은 근로자 파견이라고 주장하고, 피고는 도급계약을 체결한 것이라고 주장함

○ 파견 회사가 근로자를 파견한 것인지, 아니면 도급계약에 따른 의무를 수행하는 것인지 구별하기 위해서는, 파견 회사가 계약의 이행을 위해서 자본이나 노력 등을 투자하였는지를 보면 됨

- 도급계약이라면 파견 회사가 별도의 자본이나 노력 등을 투입했을 것이고, 파견이라면 인력을 보내고 금액을 지급받아 분배하는 외에는 별도의 노력을 하지는 않을 것임

○ 대상판결은 피고에서 근무하던 직원이 나가서 형식적으로 파견 회사를 설립하고, 그 파견 회사는 피고가 인력을 요청하면 인력을 모집해서 피고에 보냈을 뿐임

▶ '고용의 의사표시를 구하는 소'

○ 사용사업주는 파견근로자를 2년을 초과하여 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 함[파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항 제3호]

○ 고용의무가 있을 뿐이므로, 2년을 초과하여 사용한 경우 근로자는 고용의 의사표시를 구하는 소송을 제기하여야 함

- [참고] 기간제 근로자의 경우에는 사용자가 기간제근로자를 2년을 초과하여 사용하면 사용자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 봄[기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제2항]. 따라서 기간제 근로자의 경우에는 위 간주규정에 따라 '고용관계 확인청구'를 하여야 함

▶ 손해배상 v 임금

○ 고용의 의사표시를 구하는 소송은 확정시 의사표시가 있은 것으로 보므로(민사집행법 제263조 제1항), 직접고용관계는 판결이 확정된 때 성립함

○ 따라서

○ 1 판결이 확정될 때까지는 법률상 의무불이행을 이유로 한 임금 상당의 손해배상금을,

○ ② 판결이 확정된 이후로는 임금을 청구하여야 함

▶ 사용사업주의 임금에 관한 불법행위 책임

○ 대상판결은, 사용사업주가 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등의 경우, 사용사업주는 파견근로자에게 비교대상 근로자의 임금과 파견근로자가 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 금액을 불법행위로 인한 손해배상액으로 지급하여야 한다고 판시함

○ 대상판결은 피고에 대하여 '파견법 제21조 제1항 위반'을 인정한 것임

파견법 **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.

○ 그런데, 파견사업주가 파견근로자에 대하여 임금지급의무를 부담함(파견법 제34조 제1항)

- 파견근로자는 파견사업주와 계약관계가 있을 뿐이고, 사용사업주와는 아무런 계약관계가 없으므로 당연한 규정임

○ 파견법 제21조 제1항은 일견 구내식당이나 휴식공간의 이용 등의 처우에 있어서 차별적 처우를 하지 말라는 취지로 보이고, 임금은 별도로 파견법 제34조 제1항을 두어 규율하고 있는 이상 위 규정이 임금까지 포함하고 있는 것으로는 보이지 아니함

○ 그러나 원심은 사용사업주인 피고가 파견근로자인 원고들의 임금을 주도적으로 설계하였다는 등의 사정을 감안하여, 피고가 원고들에게 신규 채용된 피고 소속 현장직 안전순찰원이 지급받는 임금과 파견근로자인 원고들이 실제 지급받은 임금의 차액 상당을 불법행위로 인한 손해배상액으로 지급할 의무가 있다고 판단하였음

○ 대법원은 이러한 판단을 수긍하였는데, 상당히 진보적인 판결임

○ 민법의 일반원리에 의하면, 근로계약의 당사자가 아닌 사용사업주가 파견근로자가 받는 임금에 관하여 불법행위 책임을 진다는 것이 선뜻 이해가 가지 않으나, 근로기준법은 민법과는 법 원리를 달리하므로, 이해하려고 노력하여야 함

○ 대법원은 사용사업주가 파견사업주의 임금책정에 주도적으로 관여한 점을 책임의 주요근거로 삼았는데, 앞으로 위 판결의 법리가 어느 범위까지 적용될 것인지가 주목됨

▶ 직접고용의무가 발생하면, 원칙적으로 파견근로자가 파견 회사에 사직의 의사표시를 한 것은 임금 상당의 손해배상액을 산정하는 데 있어 고려할 사정이 아님

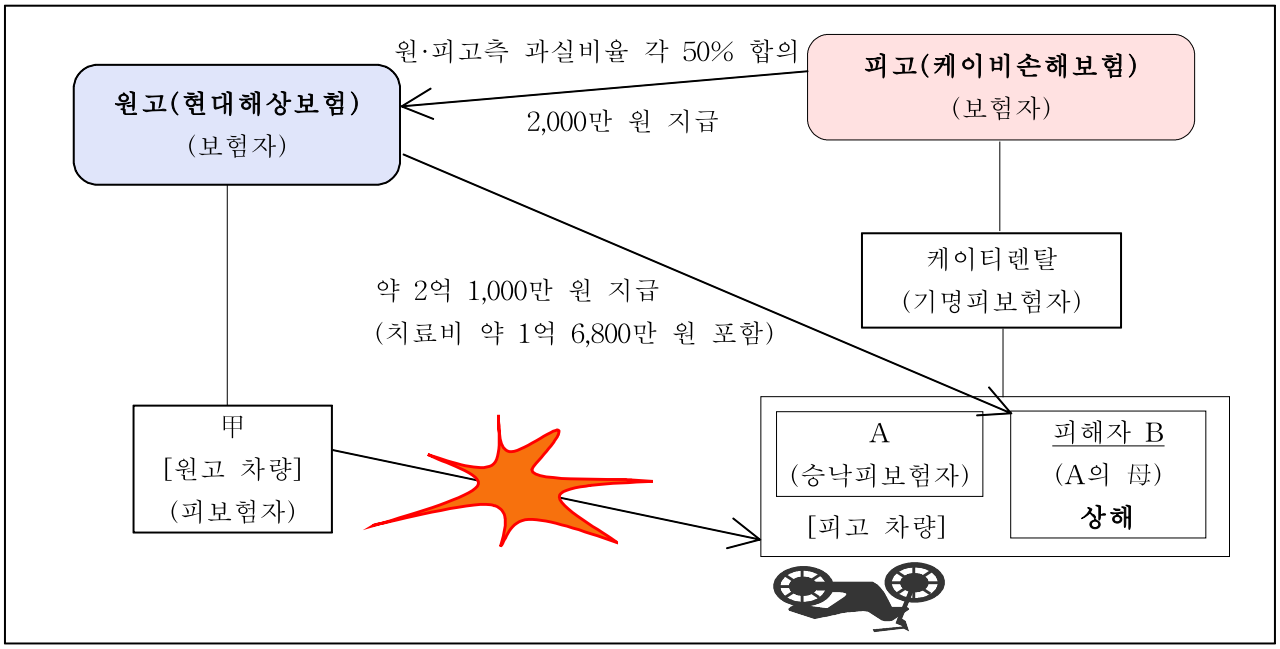
○ 사용사업주는 직접고용의무가 발생한 이후에는 파견근로자를 직접 고용하여야 하기 때문임

○ 다만, 사용사업주가 직접고용의무를 이행했더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을

것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 손해가 발생하였다고 볼 수 없어 사용사업주의 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 인정하지 않음

4 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018다269739 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요



○ 원심은 원고와 피고 사이에 피해자 측 과실이론이 적용된다는 전제 하에, 원고가 피해자 B에게 배상한 금액은 피해자 측 과실을 적용하지 않고 자동차보험 구상금 분쟁심의에 관한 상호협정 시행규약(이하 '이 사건 규약') 제45조(이하 '이 사건 조항') 제1항도 위반한 것이어서 피고에게 구상할 수 없다고 봄

○ 대법원은 피보험자 개별적용 원칙에 따라 이 사건 보험사고의 처리에 이 사건 조항이 적용되지 않는다는 이유로 파기환송

이 사건 규약 제45조(피해자측 과실 적용 보상)

① 선처리사는 타차 탑승인에 대해 피해자측 과실 적용가능 여부를 조사하여 직계가족 등이를 적용할 수 있는 경우에는 피해자측 과실을 적용하여 처리하고 그 부분에 대하여는 구상하지 아니한다.

② 선처리사는 위 1항의 규정에도 불구하고 피해자측 과실적용 가능여부에 대하여 다툼의 소지가 있는 경우에는 이를 후처리사에 통지(전자우편 또는 모사전송을 포함한다)하고 의견을 들어야 한다.

③ 위 2항에 따라 후처리사에 통지한 결과 이의가 없는 경우 또는 통지한 날로부터 10일 내에 후처리사가 의견을 제시하지 아니한 경우에는 선처리사는 우선 보상하고 후처리사에게 구상 청구할 수 있다.

▣ 피해자 측 과실이론

○ 불법행위로 인한 손해배상의 범위를 정함에 있어 피해자의 과실을 참작하는 이유는 불법행위로 인하여 발생한 손해를 가해자와 피해자 사이에 공평하게 분담시키고자 함에 있다 할

것이므로, 그 피해자의 과실에는 피해자 본인의 과실 뿐 아니라 그와 신분상 내지 생활관계상 일체를 이루는 관계에 있는 자의 과실도 피해자측의 과실로서 참작되어야 함(대법원 98다23232 판결)

○ 피해자 측의 대표적인 예는 가족관계임. 단순히 직장동료에 불과한 경우에는 피해자 측 과실이론을 적용할 수 없음

○ 대상판결에서 甲이 피해자 B에게 부담하는 불법행위로 인한 손해배상액을 산정할 때, 피해차량의 운전자인 A는 B의 아들이므로, A의 과실도 B의 과실로 참작하여야 함

○ 甲이 원고와 체결한 보험은 책임보험이고, 책임보험은 손해배상책임을 병존적으로 인수하는 것이어서 원고는 甲이 부담하는 책임의 한도 내에서 책임을 부담함. 따라서 원고의 B에 대한 보험금액도 피해자 측 과실이론이 적용되어 감액됨

▣ 이 사건 규약의 취지

○ 이 사건 규약 제45조는 피해자 측 과실이론이 적용되는 경우 이를 감안하여 보상액을 정하고, 그 부분을 구상에서 제외하여 간이하게 처리하자는 것임

▣ 피보험자 개별 적용 원칙[89]

○ 동일한 사고로 인하여 피해자에게 배상책임을 지는 피보험자가 복수로 존재하는 경우 각각의 피보험자마다 손해배상책임의 발생요건이나 면책조항의 적용 여부 등을 개별적으로 가려서 보상책임의 유무를 결정하여야 한다는 이론

○ 대법원이 1988년도에 위 이론을 인정한 이후(대법원 87다카2276 판결), 2012년경에는 자동차보험 표준약관에도 위 내용이 반영됨

○ 피보험자 개별 적용 원칙은 주로 자동차보험에서 적용되나, 다른 책임보험에서도 마찬가지로 적용됨

○ **[참고판례] 대법원 2012다1177 판결**

- 원고는 현대해상화재보험이고, A 건물과 관련한 보험자임
- 피고1, 2는 甲의 부모임. 피고3은 흥국화재해상보험인데, 피고 1, 2 및 甲을 피보험자로 하는 손해배상책임보험의 보험자임
- 甲은 A 건물에 방화를 하였고, 원고는 A 건물의 피보험자에게 보험금을 지급한 후 피고들을 상대로 구상금 청구를 함
- 피고3은, 피고1, 2 및 甲을 피보험자로 체결한 손해배상책임보험의 특별약관[90]을 보면, 피보험자가 고의로 불법행위를 범한 경우에는 보험자인 피고3은 배상책임을 면한다고 되어

89) 피보험자 개별적용-고의 면책조항을 중심으로, 박영주, 2013, 대법원판례해설

90) '무배당 행복을 다 주는 가족사랑보험'에서의 '가족 일상생활 중 배상책임담보' 특별약관

있는데, 피보험자인 甲이 고의로 불법행위를 저지른 사안이므로 피고3은 위 특별약관에 따라 배상책임을 부담하지 않는다고 항변함

- 대법원은 피보험자인 피고1, 2가 부담하는 책임은 과실에 의한 불법행위책임이므로, 피보험자 개별 적용 원칙에 따라 피고 1, 2의 보험자이기도 한 피고3은 보험금지급의무가 있고, 따라서 피고3은 원고에게 구상금을 지급하여야 한다고 보았음

▣ 대상판결의 경우

○ 케이티렌탈이 피해자 B에 대하여 부담하는 책임은 자동차손해배상 보장법 제3조의 운행자 책임이고, 케이티렌탈과 피해자 B 사이에서는 피해자 측 과실이론이 적용될 여지가 없음

○ 피고는 보험자로서 케이티렌탈이 피해자 B에 대하여 부담하는 책임을 병존적으로 인수함

○ 피해자 B가 케이티렌탈을 상대로 소송을 제기할 경우 케이티렌탈은 피해자 B에게 피해금액을 전액 지급하여야 함. 그리고 케이티렌탈의 책임보험자인 피고 역시 전액에 대하여 책임을 부담한다고 보아야 함

○ 따라서 원고와 피고 사이에서는 피해자 측 과실이론으로 배상책임을 정리할 수 있는 관계가 아님

- 원고가 피해자 B에게 피해액 전액을 배상하였다고 하더라도 피고에게 그 금액을 구상함에 있어서는 책임의 범위가 제한될 이유가 없다는 것임

○ 대상판결의 사안에서 케이티렌탈이 없었다면 원심의 결론이 타당하였을 것임

5 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018다298409 판결 [매매대금반환]

▣ 사안의 개요

○ 피고(대한민국)는 원고와 국유임산물 매각계약을 체결하였는데, 그 계약조건에서 '소관 관서의 장은 매수자가 산림관계법령 또는 계약사항을 위반한 때에는 계약을 해제할 수 있으며, 이때 계약보증금, 기납된 대금 및 매각임산물은 국고에 귀속할 수 있다'는 내용을 규정(이하 '이 사건 약정')하고 있었음

○ 피고는 원고가 계약에서 정한 기한 내 반출의무를 위반하였다는 이유로 계약을 해제하고 매각대금 등을 국고에 귀속하였고, 원고는 이 사건 소를 제기하여 국가를 상대로 미반출산물에 상당하는 매각대금 등의 반환을 구함

○ 원심은 국유림법 제28조 제2항 제2호, 같은 법 시행규칙 제30조 제2항[91]이 적용됨을 전제로 위 계약조건은 매수인의 기한 내 반출의무 위반으로 인해 계약이 해제되는 경우에는 손상 또는 부패되었거나 손상 또는 부패할 우려가 있는 국유임산물이 아닌 한 적용되지 않는 것으로 해석되어야 한다고 판단하여, 원고의 청구를 일부 인용하였음. 대법원은 원심과 같이 해석할 근거가 없다는 이유로 원심을 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 위 계약서에도 매각대금 반환사유가 발생한 경우 국유림법 제28조 제2항 제2호, 같은 법 시행규칙 제30조 제2항에 따라 매각대금을 반환할 수 있는 것으로 규정하고 있기는 하나, 원고가 피고와 체결한 계약은 그 성질상 사법상 계약이고, 이 사건 약정은 문언 그대로 원고가 계약사항을 위반하여 계약이 해제된 경우에 적용되는 것으로 해석됨

○ 계약조건이나 관련 법령의 내용을 종합하여 보아도, 이 사건 약정은 매수인의 기한 내 반출의무 위반으로 인해 계약이 해제되는 경우에는 손상 또는 부패되었거나 손상 또는 부패할 우려가 있는 국유임산물이 아닌 한 적용되지 않는다고 제한적으로 해석할 근거가 없음

---

91) 법 제28조 제2항 제2호에 따라 국유임산물을 굴취·채취 또는 반출하지 아니한 상태에서 매각계약을 해제한 때에는 기납된 대금을 반환한다. 다만 국유임산물 중 손상 또는 부패되었거나 손상 또는 부패할 우려가 있는 산물이 있는 때에는 그에 상당하는 대금을 기납된 대금에서 공제하고 반환한다.

6 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다252042 판결 [건물명도(인도)]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고와 임대차계약을 체결함

○ 원고는 2017. 8. 17. 피고를 피공탁자로 하여 임대차보증금에서 연체차임 등을 공제한 금액을 변제공탁하였음

○ 피고는 임대차기간이 만료된 2017. 7. 31. 이후에도 식탁, 집기류 등 장비를 둔 상태로 부동산을 점유하다가, 2017. 12. 14. 원고에게 부동산을 인도함

○ 피고는 2017. 7. 28. 원고를 상대로 부동산에 지출한 비용의 상환을 구하는 소를 제기하였는데, 해당 법원은 2018. 4. 19. 피고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 항소가 기각되고, 피고가 상고를 취하함으로써 그대로 확정되었음

○ 원고는 피고를 상대로 불법점유를 이유로 한 손해배상청구를 하였는데, 원심은 피고가 부동산을 점유한 것이 고의 또는 과실에 의한 불법점유로 보기 어렵다는 이유로 원고의 청구를 기각함. 대법원은 적어도 과실에 의한 불법점유를 한 것으로 볼 수 있다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 임대차계약이 종료되면 문제되는 법률관계는 아래 세 가지임
⇨ 원고는 선택적으로 주장 가능함(청구권경합)

○ 1 불법행위 ☞ 점유 권원이 주로 문제됨
☞ 판례가 일반적으로 점유권원으로 인정하는 것은,
① 유익비상환청구권에 의한 유치권
② 동시이행항변권 (※ 동시이행항변권은 놓치기 쉬우니 주의할 것)

○ 2 채무불이행 ☞ 동시이행항변이 주로 문제됨. 동시이행관계에 있으면 원고가 먼저 이행제공을 하여야만 피고가 지체에 빠지기 때문임

○ 3 부당이득 ☞ 실질적 이득이 있는지만 문제됨
(유치권이나 동시이행항변권은 장애가 되지 않음)
☞ 유치권 행사 차원에서 문만 잠가 놓은 경우, 실질적 이득 인정 ×

▶ 대상판결은 기존에 선언한 법리를 반복한 것임

○ 피고는 보증금을 받았으므로 부동산에서 퇴거해야 했음에도 안 나간 것 ☞ 적어도 과실에 의한 불법행위는 인정된다고 보아야 함

7 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결 [가등기말소]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 매매예약을 원인으로 甲 소유의 부동산에 관하여 가등기를 마침

○ 甲은 피고를 상대로 소유권에 기하여 가등기 말소를 구하는 소를 제기하였는데, 해당 법원은 甲의 청구를 기각하였고, 위 판결은 그대로 확정되었음(이하 '이 사건 전소')

○ 원고는 이 사건 전소의 확정 이후 이 사건 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤고, 피고를 상대로 가등기의 말소를 구하는 이 사건 소를 제기함

○ 원심 및 대법원은 원고가 이 사건 전소의 기판력이 미치는 변론종결 후 승계인에 해당하지 않는다고 보았고, 원고의 청구를 인용하였음

▣ 대상판결 검토

▶ 담보물권에 기한 물권적 청구권

○ 담보물권도 물권인 이상 물권적 청구권이 인정됨

○ [참고판결] 대법원 2003다58454 판결

- 나대지에 관한 저당권자가 나대지 위에 신축공사를 하는 소유자 또는 제3자를 상대로 건축공사중지를 구한 사안임
- 참고판결은 법정지상권이 인정되지 않는다고 하더라도 건물이 완공되면 경락인이 그 건물을 철거해야 하는 등의 사정이 발생하여 경락가격이 낮아질 우려가 있으므로, 근저당권자는 방해예방청구권의 일환으로 공사중지 청구를 할 수 있다고 보았음

▶ 변론종결 후 승계인에 관한 일반법리

○ 소송물 승계 ⇨ 모두 변론종결 후 승계인

○ 계쟁물 승계 ⇨ 소송물이 1 물권적 청구권이면 변론종결 후 승계인 ○
2 채권적 청구권이면 변론종결 후 승계인 X

▶ [참고판례] 대법원 98다6855 판결

○ 참고판례는 계쟁물의 소유권을 취득한 후 건물명도 청구를 한 경우 소유권의 일반적 효력으로 취득한 권리의 행사일 뿐 전소유자의 건물명도청구권을 승계한 것이 아니라는 이유로 변론종결 후 승계인으로 보지 않았음(매우 중요하고 유명한 판례임. 암기할 것)

- "건물 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 건물명도소송의 소송물은 건물 소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 건물명도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 건물명도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고, 소송물이 되지 아니한 건물 소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니하므로, 그 건물명도소송의 사실심 변론종결

후에 그 패소자인 건물 소유자로부터 건물을 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 건물 소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않으며, 또 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 건물명도청구권은 적법하게 승계한 건물 소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고, 위 건물명도소송의 소송물인 패소자의 건물명도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로, 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수 없다."

○ 참고판례는 계쟁물 승계의 경우 물권적 청구권은 변론 후 승계인으로 보는 일반 법리에 비추어 의문이 없는 것은 아님

- 예컨대, 만일 종전 소송에서 전소유자가 승소 확정판결을 받은 경우에도 소유권의 승계인이 변론종결 후 승계인이 아니라고 볼 것인지는 의문이 있음[92)]

○ 그러나 소송당사자가 아닌 사람은 확정판결이 있었는지 여부를 알 수 없고, 전 소유자의 안이한 소송 진행으로 인해 패소판결이 확정되는 경우 이후 권리를 취득한 자를 보호할 필요성이 있는 점 등 현실적 필요성을 고려하여 보면, 참고판례는 타당하다고 생각함

- '소유권의 일반적 효력으로 새롭게 취득한 권리'라는 논리도 설득력이 있음

▶ 대상판결의 경우

○ 대상판결은 변론종결 후 근저당권을 취득한 경우로서 참고판례의 사안과 동일한 법리가 적용되어야 함

○ 패소 확정된 종전 소송의 기판력이 근저당권자에게 미치지 아니함 [끝]

92) 사견으로 이 경우에는 변론종결 후 승계인으로서 승계집행문으로 말소집행을 할 수 있을 것으로 생각됨. 판례를 검색하여 보았으나 찾지 못하였음. 찾으신 분의 연락을 바람

2020. 7. 15.자 공보 [2020. 8. 7. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결 [건물인도등]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 건물은 지하 4층, 지상 9층의 상가건물임. 원고는 이 사건 건물의 관리단이고, 피고는 이 사건 건물 1층의 전유부분을 매수하여 골프연습장을 운영하는 자임

○ 피고는 이 사건 건물 1층의 복도와 로비에 골프연습장의 부대시설로 퍼팅연습시설, 카운터, 간이자판기 등 시설물을 설치하고 골프연습장의 내부공간처럼 사용하였음. 피고는 다른 층을 통하여 들어오는 사람들에게 2층 로비를 이용하라는 취지로 안내하는 등 1층 복도와 로비 전체를 점유·사용함

○ 원고는 피고를 상대로 인도 및 부당이득반환청구를 하였음

○ 원심은 위 복도와 로비는 구조상 이를 점포로 사용하는 등 별개로 사용하거나 그와 같은 목적으로 임대할 수 있는 대상임을 인정하기에 부족하다는 이유로 원고의 부당이득반환청구를 기각하였고, 대법원은 공용부분에 대하여도 부당이득이 성립한다는 이유로 파기환송(판례변경)

▣ 대상판결 검토(부당이득의 성립 여부)

▶ 종전 판례의 태도

○ '공용부분은 별개의 용도로 사용하거나 임대할 수 없으므로 권원 없이 점유하더라도 부당이득이 성립하지 않는다'는 것이 종래의 판례였음

○ 이러한 내용의 판례는 모두 8건이 발견되는데 법원공보에 실린 판결은 단 하나도 없어서 잘 알려진 판례는 아니었음

○ 위 판례들 중 최초의 판례는 대법원 96다42277, 42284 판결임

- 위 판결의 사안은 피고가 집합건물의 옥상에 무허가로 건물을 짓고 주차장까지 만들어서 혼자 사용하였고, 위와 같은 시설들로 인해 건물에 금이 가는 등 손해가 발생하자, 구분소유자들이 보수공사비, 위자료, 부당이득반환의 청구를 한 것임
- 원심은 보수공사비 및 위자료 상당의 손해배상을 인정하면서, 임대료 상당 부당이득은 옥상이라는 사정을 감안하여 기각하였고, 대법원에서도 상고를 기각하였음
- '옥상 부분은 원래 건물의 지붕으로써의 기능을 하는 것일 뿐 그 위에 다른 건물을 축조하거나 주차장으로 사용하는 등 별개의 용도로 사용하거나 그와 같은 목적으로 타에 임대할 수 있는 대상이 아니므로, 피고가 아무런 권원 없이 이를 점유 사용하였다 하더라도

이로 인하여 원고들에게 임료 상당 이익을 상실하는 손해가 발생하였다고 볼 수는 없다'는 이유로 원고들의 위 주장을 배척하였음(대법원 96다42277, 42284 판결)

○ 판시 내용에 비추어 대법원 96다42277, 42284 판결 자체는 옥상이라는 특수성을 반영하여 손해를 부정한 것으로 보일 뿐 공용부분에 대한 부당이득의 성립을 전면적으로 부정하려는 취지는 아니었던 것으로 보임

○ 그런데 그 이후 법원은 위 대법원 96다42277, 42284 판결을 근거로 하여 공용부분에 대한 부당이득의 성립을 부정하는 내용으로 판례를 확립하여 간 것임

▶ 대상판결의 다수의견이 타당하다고 생각함

○ 피고가 1층 로비 전체를 골프연습장의 일부로 사용함으로써 다른 구분소유자들은 그 복도를 이용하지 못하였을 뿐만 아니라, 2층을 통해 출입하는 고객들에게 불편을 초래하였고, 이는 구분소유자들의 영업에도 지장을 초래하였을 것임

○ 즉, 손해액 산정이 단순하지 않았을 뿐이지 손해가 없었다고 볼 만한 것은 아니었음

○ 채무불이행이나 불법행위 사건에서도 손해의 발생이 인정되면, 법원은 석명권을 행사하는 등의 방법으로 손해액을 산정하도록 하여야 하고 그 구체적인 액수의 입증이 부족하다는 이유로 배척하지는 아니함

○ 마찬가지로 공용부분을 독점 사용하는 경우에도 부당이득의 성립을 인정하는 것이 타당할 것임

○ 부당이득의 성립이 인정된다면 손해액 산정방식이 문제될 것인데, 공용부분에 대한 임대의 관행이 없으므로 어차피 다수의견에서 말하는 '임대료 상당액' 이란 적정한 임대료를 뜻하는 것으로 보아야 할 것임

▣ 집합건물과 당사자적격

▶ 소송에서는 관리단(입주자대표회의) 또는 관리회사의 당사자적격이 인정되는지 여부가 문제됨

▶ ① 관리비 징수

○ 공동주택의 관리비청구의 소는 주택관리업자 등 공동주택의 관리주체가 자신의 이름으로 제기할 수 있음. 이는 공동주택관리법 제23조[93]가 관리비를 공동주택 관리주체[94]에게 납부하도록 규정하고 있기 때문임(제3자 소송담당이 아님에 유의)

---

93) 공동주택관리법 제23조(관리비 등의 납부 및 공개 등)
① 의무관리대상 공공주택의 입주자등은 그 공동주택의 유지관리를 위하여 필요한 관리비를 관리주체에게 납부하여야 한다.

94) 공동주택관리법 제2조에서 주택관리업자도 관리주체의 하나로 규정하고 있음. 따라서 아파트의 경우 관리비를 미납하면 관리회사가 관리비를 청구할 수 있음

○ 상가의 경우에는 관리단으로부터 관리업무를 위탁받은 위탁관리회사가 자신의 이름으로 소를 제기할 수 있음. 이는 임의적 소송담당에 해당함

- 대법원 2014다87885, 87892 판결

"집합건물의 관리단이 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 위탁관리회사에 포괄적으로 위임한 경우에는, 통상적으로 관리비에 관한 재판상 청구를 할 수 있는 권한도 함께 수여한 것으로 볼 수 있다. 관리단으로부터 집합건물의 관리업무를 위임받은 위탁관리회사는 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격이 있다."

▶ ② 구분소유권 침해로 인한 손해배상청구(부당이득반환청구)

○ 입주자대표회의는 점유자들의 대표자 모임이므로, 소유권 침해에 관하여는 아무런 권리, 권한이 없음

○ 구분소유자들이 각자 또는 전원의 이름으로 소를 제기할 수 있음은 당연한데, 판례는 관리단도 소송을 제기할 수 있다고 함

- 대법원 2003다17774 판결

"집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우에 그 제3자에 대하여 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상을 청구하는 법률관계는 구분소유자에게 단체적으로 귀속되는 법률관계가 아니고 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 것이어서 그와 같은 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, 나아가 집합건물에 관하여 구분소유관계가 성립하면 동시에 법률상 당연하게 구분소유자의 전원으로 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사항의 시행을 목적으로 하는 단체인 관리단이 구성되고, 관리단집회의 결의에서 관리인이 선임되면 관리인이 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 그와 같은 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다."

○ 관리단이 소를 제기한 것은 임의적 소송담당도 아니어서 그 성격에 의문이 있을 수 있음 (판례는 관리단이 소를 제기할 수 있는 근거를 설명하고 있지 아니함)

○ 그러나 상가에는 다수의 구분소유자들이 있고, 구분소유권침해로 인한 소송에서는 대부분 이해관계가 일치할 것임. 관리단이 소송을 제기하도록 하여 일회적으로 해결하는 것이 분쟁을 효율적으로 해결하는 방안이 될 것임. 판례의 태도가 타당하다고 생각함

○ 이 사건에서도 관리단이 소송을 제기하였는데 당사자적격이 인정됨

▣ [참고자료] 관리단과 입주자대표회의 비교

	관리단	입주자대표회의
근거법령	집합건물법	공동주택관리법
적용대상	아파트, 상가 등 집합건물	공동주택(아파트, 연립주택 등)
구성원	구분소유자들 전원 ⇨ 당연성립 ※ 아파트의 경우, 입주민 중 임차인이 많아 현실적으로 관리단이 모이는 경우는 없음	입주자 중 동대표 ⇨ 임차인들을 포함한 입주자들로부터 선출된 소수의 동대표들의 모임
권한	소유권과 관련된 권한 ○ 관리행위 권한 ○	공동주택관리법 규정 有 - 관리비 징수·운영, 엘리베이터·주차장 등 입주민 공동시설 관리, 입주민들의 공동규율 제정·관리 등 ⇨ 구분소유권과 관련된 권한 X
상가의 경우	있음	없음 ⇨ 대신 상가번영회가 있음 (법령에 근거 無)
관리비 징수	위탁관리회사 (임의적 소송담당, 대법원 2014다87885, 87892 판결)	주택관리업자 (공동주택관리법 제23조)
구분소유권침해 손해배상청구	구분소유자 or 관리단 (대법원 2003다17774 판결)	

2 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결 [공유물분할]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 아파트에는 채권최고액 2억 4,000만 원 및 1억 800만 원인 근저당권이 각 설정되어 있었는데, 피고는 이 사건 아파트에 관하여 협의분할에 의한 상속을 원인으로 소유권이전등기를 마침

○ 이후 위 소유권이전등기에 관하여 1/7 지분(이하 '이 사건 공유지분')은 甲의, 6/7 지분은 피고의 공유로 경정하는 내용의 등기가 이루어짐. 원고는 甲에 대한 양수금채권을 양수한 채권자임

○ 신용보증기금은 이 사건 공유지분에 대한 강제경매를 신청하여 경매절차가 개시되었는데, 경매법원은 이 사건 공유지분의 최저매각가격인 5,900만 원이 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 부담 약 2억 9,600만 원에 미치지 못한다는 이유로 경매신청을 기각함

○ 원고는 甲을 대위하여 피고를 상대로 공유물분할을 구하는 소를 제기함

○ 1 1심은 보전의 필요성이 없다는 이유로 소를 각하

2 원심은 공유물분할을 청구할 수 있다고 보고 제1심판결을 취소하고, 이 사건 아파트를 경매하여 그 대금에서 경매비용을 뺀 나머지 돈을 원고에게 1/7, 피고에게 6/7 비율로 분배할 것을 명함

3 대법원은 극히 예외적인 경우가 아니라면 금전채권자는 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없고, 이는 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하였을 때 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지라는 이유로 파기환송(판례변경)

▣ 대상판결의 검토

▶ 담보물권의 불가분성

○ 공동근저당이 부동산 전체에 설정되어 있으면, 그 부동산에 대한 경매를 신청하더라도 전체의 대금에서 채권최고액이나 피담보채무액을 공제한 나머지 금액만을 배당하게 됨

○ 이 때 지분만 경매에 들어가면 지분경매대금은 해당 지분비율만큼만 인정되는데, 선순위 담보물권자는 담보물권의 불가분성으로 인해 전액을 배당받게 됨. 따라서 많은 경우 잉여가능성이 없다는 이유로 경매개시결정이 취소됨

○ 대상판결도 동일한 상황이어서 지분에 대한 경매절차를 신청하였는데, 잉여 가능성이 없다는 이유로 경매개시결정이 취소되었음

▶ 종전 판례는 채권자의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 공유물분할청구권을 행사할 수 있다고 보았음(대법원 2013다56297 판결)

○ 공유물분할이 된다면, 전체 목적물이 경매에 들어가므로 채권자는 일정 금액을 배당받을 가능성이 있기 때문임

○ 종전 판례는 채권자를 우선 보호하자는 취지임

▶ 금전채권자의 공유물분할청구권의 대위행사를 허용하지 않는 대상판결의 태도가 타당하다고 생각함

○ 부동산에 관한 공유등기는 상속 등의 법률관계에 따라 적게는 수 명, 많게는 수십 명의 공유지분권자가 존재하게 됨. 그런데 채권자가 일반적으로 공유물분할청구를 대위행사할 수 있다고 보게 된다면, 일부 공유지분권자에 대한 채권자가 다른 공유자들의 의사와는 상관없이 채무자가 공유지분권자인 부동산 전부를 경매로 처분할 수 있게 되어 부당함

○ 또 다른 문제는 공유자의 우선매수청구권(민사집행법 제140조[95])을 침해한다는 점임

- 공유자는 다른 공유자에 대한 지분에 경매가 개시되었을 때 입찰을 하지 않더라도 신고된 최고가로 우선매수할 수 있는 권리가 인정됨
- 그런데 일반채권자의 공유물분할청구권의 대위행사를 인정하게 된다면, 다른 공유지분권자는 위와 같은 우선매수청구권을 행사할 수 없게 되고, 자신의 지분까지 강제로 매각되므로 부당함
- "채무자의 공유지분에 대하여 경매가 이루어지는 경우에는 민사집행법 제140조에 따라 다른 공유자들이 최고매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 공유지분을 우선 매수할 수 있고, 이를 통해서 공유자들 사이의 인적 관계와 공유물에 대한 종전의 사용관계를 유지할 수 있다. 그러나 공유물분할로 공유물 전부가 경매되는 경우에는 다른 공유자들이 공유물에 대한 종전 사용관계를 유지할 수 있는 아무런 수단이 없다."[판례공보 1184쪽 나)항]

○ 다수의견에 의하면, 현실적으로 공동근저당권이 설정되어 있는 경우에는 대부분 잉여가 없다는 이유로 경매개시결정이 취소될 것이므로, 이러한 점에서 소수의견이 타당한 측면도 있음. 그러나 소수의견은 채권의 실현을 위하여 다른 공유지분권자의 권리를 지나치게 침해하는 것이어서, 다수의견이 좀 더 타당한 것으로 생각됨

○ [참고] 선순위 근저당권자가 지분이 경매되어 해당 지분의 매각대금 전액을 배당받게 되는

---

95) 민사집행법 제140조(공유자의 우선매수권)
① 공유자는 매각기일까지 제113조에 따른 보증을 제공하고 최고매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선매수하겠다는 신고를 할 수 있다.
② 제1항의 경우에 법원은 최고가매수신고가 있더라도 그 공유자에게 매각을 허가하여야 한다.
③ 여러 사람의 공유자가 우선매수하겠다는 신고를 하고 제2항의 절차를 마친 때에는 특별한 합의가 없으면 공유지분의 비율에 따라 채무자의 지분을 매수하게 한다.
④ 제1항의 규정에 따라 공유자가 우선매수신고를 한 경우에는 최고가매수신고인을 제114조의 차순위매수신고인으로 본다.

경우라면, 그 공유지분권자는 다른 공유지분권자들에 대하여 구상권을 가지게 되고, 일반채권자는 그 구상권을 대위행사할 수 있다는 것도 다수의견의 논거가 될 수 있음. 다만, 구상권은 경매가 이루어져야 발생할 텐데, 경매개시결정이 잉여가능성이 없다는 이유로 취소되는 경우가 많을 것이므로, 논거에 한계가 있음

3 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 이 사건 토지의 1/2 지분을 소유하고 있는 소수지분권자임

○ 피고는 이 사건 토지의 지상에 소나무를 식재하여 그 토지를 독점적으로 점유하고 있었는데, 원고는 피고를 상대로 소나무 등 지상물의 수거와 점유 토지의 인도 등을 청구함

○ 원심은 공유물의 보존행위로서 공유토지에 대한 방해배제와 인도를 청구할 수 있다고 보아 원고의 청구를 모두 받아들임. 대법원은 소수지분권자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구할 수는 없다는 이유로 파기환송(판례변경)

▣ 대상판결 검토

▶ 기존 판례 ⇨ "소수지분권자는 보존행위로서 다른 공유자에게 인도청구를 할 수 있다."

○ 학계는 위 판결에 대하여 비판적인 견해를 제시함

▶ 변경된 판례 ⇨ "소수지분권자는 다른 공유자에게 인도청구를 할 수 없다."

○ 다수의견(변경된 판례)과 소수의견(기존 판례)의 차이점은,

1 소수의견은 결국 원고가 자신이 가진 권리(공동 점유)를 넘는 법적 상태(원고의 단독 점유)를 실현한 다음 그 초과하는 부분을 다시 임의로 피고에게 되돌려주어 원래 실현되어야 할 상태(공동 점유)를 달성하겠다는 것임

2 다수의견은 '원고의 단독 점유'라는 중간 과정 없이 곧바로 공동 점유 상태를 달성하도록 한다는 것임

▶ 다수의견이 일반인의 법 상식에 비추어 타당하다고 생각함

○ 소수의견에 따라 원고가 단독 점유를 취득한다고 보게 되면, 원고가 자발적으로 피고와 사이에 공동 점유 상태를 만들지 않는 이상, 피고는 다시 원고를 상대로 인도청구를 하게 될 것임

○ "피고는 원고에게 공유물을 인도하라"는 판결을 하게 된다면, 원고를 포함한 일반인으로서는 주문의 의미를 "원고가 공동 점유 상태를 자발적으로 이행하라"는 취지로 이해하지는 않을 것으로 보임

○ 대개의 경우 피고의 불법 점유 상태를 배제함으로써 공동 점유 상태를 달성할 수 있을 것으로 보이므로, 이러한 점에서도 다수의견이 타당하다고 생각함

4 대법원 2020. 5. 22.자 2018마5697 결정 [공탁관의처분에대한이의]

▣ 사안의 개요

○ 채무자는 재항고인에 대하여 확정된 소송비용액확정결정에 따라 부담하는 채무에 관하여 변제공탁을 함

○ 대한민국은 재항고인의 공탁금 출급청구권에 대하여 가압류결정을 받았고, 재항고인은 채무자(공탁자)에 대한 다른 채권에 기초하여 공탁자의 공탁금 회수청구권에 압류 및 추심명령을 받았음

○ 재항고인이 추심권자로서 공탁금 회수청구를 하였는데, 공탁관은 가압류결정 때문에 재항고인의 회수청구에 응할 수 없다는 이유로 이를 불수리하는 결정을 함

○ 원심은 공탁관의 처분이 적법하다고 판단하였고, 대법원은 가압류결정이 별개의 독립한 권리인 공탁금 회수청구권에 대하여 효력을 미친다고 볼 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 변제공탁시 공탁금출급청구권 vs 공탁금회수청구권

▶ 공탁의 종류

○ 1 변제공탁 ⇨ 채무소멸사유 중 하나로서, 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 때, 또는 변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없을 때 변제자가 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면하는 것을 말함(민법 제487조)

○ 2 집행공탁 ⇨ 채권집행의 한 방법으로 집행절차에서 하는 공탁임. 집행공탁을 하게 되면 법원에서 해당 금액을 배당하게 됨

○ 3 담보공탁 ⇨ 항소 제기 후 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지신청, 청구이의나 제3자이의 소 제기 후 강제집행정지신청에 대하여 법원에서 담보제공을 명할 때 하는 공탁임

○ 가압류가 들어왔을 때의 공탁은? ⇨ 변제공탁임

☞ 채권집행과는 상관없는 채권자 불확지 공탁이기 때문임

▶ 변제공탁의 효과

○ 채무 소멸

○ 공탁금출급청구권 발생

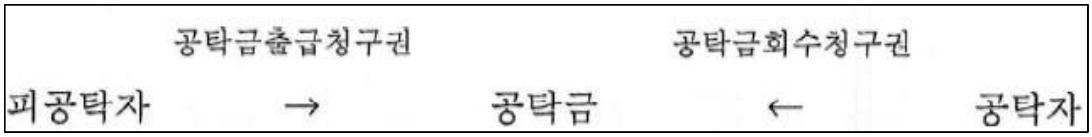
○ 공탁금회수청구권 발생

- 다만, 공탁이 법으로 강제되는 경우(예컨대, 토지수용보상금)에는 공탁금회수청구권이 처음부터 발생하지 않음에 주의하여야 함

▶ 공탁금출급청구권과 공탁금회수청구권 사이에는 우열관계가 없음

○ 따라서 회수청구권이 소멸하지 않은 이상, 공탁자는 피공탁자가 공탁금을 출급하기 전에는

언제든지 공탁금을 회수할 수 있음



○ 공탁금을 회수한 경우에는 채무소멸의 효과가 소급하여 소멸하게 됨

○ [참고] 형사절차에서 피고인이 피해자와 합의가 되지 않는다는 이유로 공탁을 하더라도, 피고인이 회수청구권 포기서를 첨부하여 제출하지 않는 이상 공탁을 하였다는 이유만으로 석방하지 않는 것이 좋음. 피고인이 석방된 직후 공탁금을 바로 회수할 수 있기 때문임

▶ 공탁금회수청구권의 소멸(민법 제489조 제1항, 제2항)

○ 채권자의 공탁 수락(공탁관에 제출)

- 채권자가 공탁소에 공탁을 수락하겠다고 통지를 하는 것을 말함

○ 공탁 유효의 판결이 확정된 경우

○ 질권·저당권이 소멸한 경우

- 담보물권은 성질상 부종성이 있으므로, 공탁으로 인해 채무가 소멸하면 그 즉시 담보물권도 소멸하게 됨
- 그런데 공탁자가 공탁금을 회수하게 되면 채권소멸의 효력이 소급하여 없어지는데, 이때 담보물권도 소급해서 살아난다고 법리를 구성하면 물권의 공시효과에 비추어 법률관계가 매우 불안정해 짐
- 따라서 질권·저당권 등 담보물권이 소멸하게 되면 공탁금을 회수할 수 없음

○ 공탁자가 회수청구권을 포기한 경우 : 통설 및 실무

▣ 대상판결 검토

▶ 대상판결은 변제공탁에 관한 기존 법리를 확인한 것임

○ “적법한 변제공탁으로써 공탁원인 사실에 특정되어 있는 채권이 소멸되는 효과가 발생되는 것이기는 하나, 한편 공탁자가 공탁물 회수권의 행사에 의하여 공탁물을 회수한 경우에는 공탁하지 아니한 것으로 보아 채권소멸의 효력은 소급하여 없어진다고 할 것이고, 이와 같이 채권소멸의 효력을 소급적으로 소멸시키는 공탁물의 회수에는 공탁자에 의하여 이루어진 경우 뿐만 아니라, 제3자는 물론 피공탁자가 공탁자에게 대하여 가지는 별도 채권의 채무 명의로써 공탁자의 공탁물 회수청구권을 압류 및 전부받아 그 집행으로 공탁물을 회수한 경우도 이에 포함된다 할 것이다.”(대법원 80다77 판결)

○ 담보공탁이나 집행공탁에는 이러한 법리가 적용될 수 없음

- 담보공탁은 담보권자가 최고에도 불구하고 담보에 관한 권리를 행사하지 않을 때, 또는

담보에 관한 권리를 포기할 때 공탁금을 회수할 수 있는 것이고, 마음대로 회수할 수 없음

▶ 대상판결은 공탁이 부적법한 경우에도 동일한 법리가 적용된다고 함

○ "나아가 부적법한 변제공탁으로 변제의 효력이 발생하지 않았다고 하더라도, 피공탁자는 이를 수락하여 공탁금 출급청구를 하는 대신 공탁자에 대한 다른 채권에 기하여 공탁자의 공탁물 회수청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 그 집행으로 공탁물을 회수할 수 있다."

○ 공탁이 유효하여 채무가 소멸한 경우에도 공탁자는 공탁금 회수청구권을 행사할 수 있으므로, 공탁이 무효이어서 채무가 소멸하지 않은 경우에는 당연히 공탁자가 공탁금 회수청구권을 행사할 수 있음

5 대법원 2020. 5. 28. 선고 2016다233729 판결 [소유권이전등기말소등]

▣ 사안의 개요

○ 甲 조합은 학교법인인 원고와 사이에 원고가 운영하는 학교의 정문확장용 부지 명목으로 이 사건 종전 3필지 토지 등 9필지의 일부 또는 전부로서 재개발사업에 따른 준공인가 후에 환지될 예정지 부분을 매매대상토지로 삼아 그 소유권이전등기를 마쳐주기로 하는 내용의 매매계약을 체결함

○ 甲 조합의 채권자인 乙 등의 신청에 따라 이 사건 종전 3필지 토지를 비롯하여 甲 명의의 토지 9필지에 관하여 경매절차가 개시됨. 피고는 위 경매절차에서 위 토지 9필지를 매수하였고, 이 사건 이전고시일 이후인 2006. 8. 10. 매각대금을 완납함

○ 甲 조합은 2006. 10. 23. 이 사건 토지에 관하여 소유권보존등기를 한 후, 같은 날 원고에게 소유권이전등기를 마쳐줌

○ 피고는 자신이 취득한 토지 중 이 사건 종전 3필지 토지가 이 사건 재개발사업으로 이 사건 토지 중 일부 지분으로 환지되었다고 주장하며 원고 명의의 소유권이전등기에 관하여 변경등기촉탁신청을 함. 법원사무관 등은 불수리처분을 하였는데, 이에 피고가 법원에 이의신청을 하였음. 1심은 피고의 이의신청을 기각하였는데, 항고심은 제1심결정을 취소하고 피고에 대하여 甲 조합의 소유권 중 323/609 지분의 소유권이전등기를 촉탁하고 원고의 소유권전부이전등기를 286/609 지분이전으로 하는 변경등기를 촉탁한다는 결정을 하였으며, 위 결정은 그 무렵 그대로 확정됨. 피고는 위 항고심결정에 따라 이 사건 토지 중 323/609 지분에 관하여 자신의 명의로 지분전부이전등기를 마침

○ 원고는 피고를 상대로 이 사건 토지에 관한 소유권에 기하여 이 사건 토지 중 323/609 지분에 관한 피고 명의의 지분전부이전등기 등의 말소를 구하는 청구를 함

○ 원심은 이 사건 토지는 甲 조합이 취득한 체비지라고 볼 수 없다는 등의 이유로 해당 지분전부이전등기 등이 유효하다고 보아 원고의 청구를 기각함. 대법원은 이 사건 토지는 체비지에 해당하고, 피고가 이 사건 토지 중 323/609 지분에 관하여 마친 지분전부이전등기 등은 모두 원인무효라고 보아야 한다는 이유로 파기환송

▣ 체비지의 소유권 취득에 관한 법리

▶ 체비지

○ 도시개발사업의 시행자가 도시개발사업에 필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 도시개발사업에 관한 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 시행자의 소유로 귀속시켜 매각처분할 수 있게 한 토지를 말함(대법원 2006다66302 판결)

○ 재개발사업을 하면 새로 구역 설정을 하는 등 환지 지정을 하는데, 환지지정을 할 때에는 종전 면적보다 토지 면적의 합계가 줄어들게 됨. 그 감소하는 비율을 감보율이라고 함. 즉, 환지 지정이 되지 않은 토지 부분(감보율에 해당하는 토지)이 체비지라고 생각하면 편함

- 즉, 해당 토지의 성격이 사업이 시행되기 전에 체비지로 변경되는 것이 아니라, 사업이 완성되었을 때 체비지가 발생함

○ 체비지에 관한 소유권취득은 원시취득임

○ 체비지는 대부분 사업 도중에 매각을 하고, 그 매각대금으로 사업을 시행함. 이때 체비지를 매수한 사람이 소유권을 취득하게 되는데, 여기에 관해서는 독특한 법리가 있었음

▶ 소유권 취득에 관한 기존 법리

○ "토지구획정리사업시행자가 환지처분 전에 체비지 지정을 하여 이를 제3자에게 처분하는 경우 그 양수인이 토지의 인도 또는 체비지대장에의 등재 중 어느 하나의 요건을 갖추었다면 양수인은 당해 토지에 관하여 물권 유사의 사용수익권을 취득하여 당해 체비지를 배타적으로 사용·수익할 수 있음은 물론이고 다시 이를 제3자에게 처분할 수도 있는 권능을 가지며, 그 후 환지처분공고가 있으면 그 익일에 최종적으로 체비지를 점유하거나 체비지대장에 등재된 자가 그 소유권을 원시적으로 취득하게 된다."(대법원 2005다44886 판결)

○ 물권의 득실변경은 등기하여야 효력이 발생한다는 물권 법리(민법 제186조)에 비추어 볼 때, 인도나 체비지대장에의 등재만으로 물권 유사의 권리를 취득한다고 보는 판례의 태도는 이례적임

- 체비지대장이란 토지구획정리사업자가 체비지에 관하여 작성·비치하는 것으로서 공적 장부가 아님

▶ 도시개발법(2000년 제정) 제42조 제5항 단서

○ 도시개발법이 2000년에 제정되면서 환지처분 후 소유권의 귀속에 관하여 다음과 같은 규정이 신설되었음

- 제41조[96](환지처분의 효과)

⑤ 제33조의 규정에 의한 체비지는 시행자가, 보유지는 환지계획에서 정한 자가 각각 환지처분의 공고가 있은 날의 다음 날에 당해 소유권을 취득한다. **다만,** 제35조제4항의 규정에 의하여 이미 처분된 체비지는 당해 체비지를 매입한 자가 소유권 이전 등기를 마친 때에 이를 취득한다.

○ 위 규정은 그 취지가 모호한 점이 있음. 특히 '다만'은 일반적으로 그 후의 규정이 그 전의 규정에 대한 예외를 구성할 때 쓰는 표현이므로, 거기에 주목하게 되면, 처분된 체비지는 시행자가 소유권을 취득하지 않는 것처럼 읽히기도 함

96) 현행법 제42조

▶ **대상판결은 물권법의 일반 법리에 부합하도록 위 법리를 정리하였음**

○ “주택재개발사업에서 시행자가 사업에 필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 사업시행계획으로 정한 목적을 위하여 관리처분계획에서 조합원 외의 자에게 분양하는 새로운 소유지적의 체비지를 창설하고 이를 이전고시 전에 이미 매도한 경우, 당해 체비지는 사업시행자가 이전고시가 있은 날의 다음 날에 소유권을 원시적으로 취득하고 당해 체비지를 매수한 자는 소유권이전등기를 마친 때에 소유권을 취득하게 된다.”(공보 1235쪽 1. 다. 항 부분)

○ 대상판결에 의하면, 체비지를 매도한 경우에도 시행자가 환지처분 공고 익일에 원시적으로 체비지의 소유권을 취득하는 것이고, 체비지를 매수한 자는 시행자로부터 이전등기를 받아야만 소유권을 취득하게 됨

○ 즉 체비지 매수인의 권리는 이제 채권적 청구권이라고 보아야 하므로, 종전 판례의 법리는 새로운 법률의 시행에 의하여 변경된 것으로 보아야 함

▣ 대상판결 검토

○ 이 사건 토지는 체비지임

- 이 사건 관리처분계획 및 이전고시 조서에는 이 사건 토지를 종전 토지의 소유지적에 갈음하는 것이 아닌 새로운 소유지적으로 창설하여 원고에게 공급한다는 의사가 분명하게 표시되어 있었음(공보 1238쪽 4. 나.항 부분)

○ 이 사건 토지가 환지예정지 지정에 들어가 있었는데, 환지예정지 지정처분은 토지소유자로 하여금 환지계획상 환지로 정하여진 토지를 환지처분이 공고되기 전까지 임시로 사용·수익할 수 있게 하는 한편 종전의 토지를 사용·수익할 수 없게 하는 처분에 불과하고, 환지처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 되면 환지예정지 지정처분은 그 효력이 소멸됨(공보 1239쪽 4. 라.항 부분). 즉, 환지예정지 지정처분이란 환지처분이 끝날 때까지 종전 토지의 권리자로 하여금 임시로 환지예정지를 사용·수익할 수 있게 해주는 것에 불과함

⑥ 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다211559 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 해군 하사로 임관하여 주특기로 음탐사(音探士)를 부여받았음

○ 甲은 교육사에서 인성검사를 받았는데, '부적응, 관심, 자살예측'이라는 결과가 나왔음. 이에 하사 乙은 검사 당일 甲을 면담하였는데, 甲에게 특이사항이 없다고 판단하여 누구에게도 검사결과를 알리지 않았음

○ 이후 상사 丙도 甲과 2차례에 걸쳐 면담을 하였고, 甲의 소속 부대는 甲의 신상등급을 B급(보호가 필요한 병사 등)으로 분류하여 관리하다가 C급(신상에 문제점이 없는 자)으로 변경함

○ 甲은 음탐사 기량 경연대회와 관련하여 실시한 모의평가에서 응시한 3명 중 가장 낮은 점수인 60점을 받아 상사로부터 질책을 받았고, 다음 모의평가를 준비하던 중에 목을 매어 사망하였음

○ 이에 甲의 가족인 원고들이 피고(대한민국)를 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구를 함. 원심은 甲의 소속 부대 담당자들에게 통상의 주의의무를 게을리한 과실이 있다고 단정하기 어렵다는 이유로 원고들의 국가배상청구를 기각하였는데, 대법원은 교육사에서 실시된 인성검사에서 자살예측의 결과가 나타났음에도 이를 제대로 반영하지 않은 것은 그 결과를 활용하여 후속조치를 할 직무상 의무를 과실로 위반한 것이라는 등의 이유로 파기환송

▣ 군인 등의 손해배상청구권 제한

○ 헌법과 국가배상법은 군인 등이 직무집행과 관련하여 사망하거나 부상한 경우에 손해배상청구를 제한하고 있음

헌법 제29조

② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

국가배상법 제2조(배상책임)

① 국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 "공무원"이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 예비군대원이 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

○ 위 헌법과 국가배상법 규정은 동일한 피해에 대하여 손해배상과 손실보상을 모두 함으로써 발생할 수 있는 과다한 재정지출을 방지하고, 가해 군인 등과 피해 군인 등의 직무상 잘못을 따지는 쟁송의 폐해를 방지하기 위한 것임(대법원 2000다39735 판결)

○ 국가배상법 제2조 제1항 단서는 직접 헌법에 규정된 내용을 구체화한 것으로서 합헌 결정을 받았음(헌법재판소 2013헌바22 등)

○ 국가배상법 제2조 제1항 단서의 '다른 법령'에 해당하는지 여부

1 군인연금법 및 국가 유공자 예우 등에 관한 법률 ⇨ ○ (대법원 92다33145 판결)

2 공무원연금법 ⇨ X (대법원 99다24997 판결)

3 상이를 입고 퇴직하지 아니하거나, 퇴직하였더라도 국가유공자법이 요구하는 상이등급 판정을 받지 못한 군인 등의 경우 ⇨ ○ (대법원 96다42178 판결)

○ 판례는 객관적으로 다른 법률에 의하여 보상을 받을 수 있으면 손해배상을 청구할 수 없다고 함(대법원 2000다39735 판결)

- 따라서 피해자가 국가유공자 등록신청을 하지 않았거나, 등록신청에 대하여 비해당결정 통보를 받은 경우에도 객관적으로 보상을 받을 수 있었다고 판단되는 한 손해배상청구를 할 수 없음. 이는 해당 권리가 시효로 소멸되었다 하더라도 동일함

○ 한편 군인이 군 복무 중 자살로 사망한 경우에도 교육훈련 또는 직무수행과 사망 등과의 사이에 상당인과관계가 인정되면 국가유공자등록이 가능함(대법원 2010두27363 전원합의체 판결)

- 구 국가유공자법 제4조 제6항 제4호는 국가유공자 제외사유의 하나로 '자해행위로 인한 경우'를 들고 있으나, 위 조항은 또한 그 제1호 내지 제3호에서 '불가피한 사유 없이 본인의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이거나 불가피한 사유 없이 관련 법령 또는 소속 상관의 명령을 현저히 위반하여 발생한 경우(제1호), 공무를 이탈한 상태에서의 사고나 재해로 인한 경우(제2호), 장난·싸움 등 직무수행으로 볼 수 없는 사적 행위가 원인이 된 경우(제3호)'를 국가유공자 제외사유로 들고 있어, 그 제4호가 들고 있는 '자해행위로 인한 경우' 역시 위 각 호와 마찬가지로 교육훈련 또는 직무수행과 사망 등과의 사이에 상당인과관계가 없는 자해행위의 경우에는 국가유공자에서 제외된다는 취지를 주의적·확인적으로 규정한 당연한 규정이라고 보아야 함

- 군인이 군 복무 중 자살로 인하여 사망한 경우에도 구 국가유공자법 제4조 제1항 제5호 (가)목 소정의 '교육훈련 또는 직무수행 중 사망'에 해당하는지 여부는 교육훈련 또는 직무수행과 사망 사이에 상당인과관계가 있는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 교육훈련 또는 직무수행과 사망 사이에 상당인과관계가 인정되는데도 그 사망이 자살로 인한 것이라는 이유만으로, 또는 자유로운 의지가 완전히 배제된 상태에서의 자살이 아니라는 이유로 국가유공자에서 제외되어서는 안 됨

- 위 전원합의체 판결 이후에도, 하급심에서는 자살의 경우에는 국가유공자 비해당결정을

많이 함. 그러나 소송을 제기하면 많은 경우 해당 결정이 취소됨

- 군에서 자살하는 이유는 대부분 부대 내에서의 괴롭힘 등을 이유로 하므로, 그러한 경우에는 직무수행과 인과관계가 인정되기 때문임

▣ 대상판결 검토

▶ 국가배상법 제2조 단서

○ 대상판결의 경우에도, 만약 원고들이 국가유공자등록신청을 하고, 비해당결정을 받아서 소송을 하였다면 국가유공자등록이 되었을 것으로 보임

○ 대상판결에서 국가배상법 제2조 단서가 문제가 되지 아니한 것은, 피고가 국가배상법 제2조 제1항 단서에 해당하여 국가배상청구를 할 수 없다는 취지의 항변을 하지 않았기 때문인 것으로 보임

▶ 국가배상책임의 기준

○ 국가배상에서 공무원의 과실 여부는 평균적 공무원을 기준으로 판단하도록 되어 있음

- “담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조가 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다.”(대법원 2012다11297 판결)

○ 그러나 실무경험에 의하면, 공무원의 객관적 주의의무에 초점을 맞추면 결론을 내기가 쉽지 않고, 상급심에서 파기될 가능성이 매우 높음

○ 공무원은 고의 또는 중과실이 아닌 한 배상책임이 없으므로(책임주의 원칙의 예외 내지 변용), 결국 피해자의 손해에 대하여 국민의 세금으로 배상을 하는 것이 됨

○ 평균적 공무원의 주의의무보다는 정책적 측면과 형평의 점을 고려하여 국민의 세금으로 피해를 구제하여 주는 것이 타당한지를 검토하는 것이 더 정확함

- 판례 역시 “객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.”고 판시하고 있음(대법원 2005다31828 판결)

▶ 대상판결 사안의 경우

○ 만약 대상판결의 사안에서 평균적인 하사를 기준으로 과실이 있는지를 본다면, 과실을 인정하는 것이 타당한지에 대하여는 의문이 있기는 함

- 제1심의 사실인정을 자세히 보면, 甲의 자살징후가 뚜렷한 것이 아니었음. 최초의 인성검사에 ‘부적응, 자살예측’ 등의 평가가 나오기는 하였으나, 질문에 답변을 기재하는 방식의 인성검사가 정확하다고 보기도 어려움(인성검사는 참고자료일 뿐이고 구두면담과 그 이후의 군 적응 상태를 보아가면서 관리방법을 결정하는 것이 더 적절할 수 있음)

- 피해자는 그 이후 면담과 군 적응과정에서는 별다른 문제가 발견되지 아니하여 B급에서 C급으로 전환되기까지 하였음
- 인성검사에서 자살예측이라는 기재가 있다고 하여 계속 특별 관리한다면 그것이 꼬리표처럼 따라다녀서 피해자가 군에 적응하는 데 장애가 될 수도 있음
- 평균적인 하사를 기준으로 보면, 구두면접의 결과를 종합하여 후속조치 여부를 결정할 재량이 있었다고 볼 수도 있을 것임

○ 그러나 객관적인 정당성의 면에서 국가배상책임을 인정하는 것이 타당함

- 병역의무는 헌법상 의무의 하나이지만 신체가 군복무를 감당할 수 없는 경우에는 병역의무가 면제되고 있음. 군복무를 감당할 수 있는지 여부는 병무청과 군에서 판단하여야 할 사항임
- 만일 피해자가 자살의 가능성이 별로 없었는데 자살을 한 것이라면 건강한 청년을 군에서 죽게 한 잘못이 있는 것이고, 피해자가 자살의 가능성이 처음부터 있었다면 군복무를 감당할 수 없는 청년을 군에 입대시킨 잘못이 있는 것임
- 하사 乙은 피해자가 별다른 문제가 없을 것으로 생각하고 별도 조치를 하지 아니하였는데, 그것이 잘못된 것이 아니었다면 그 이후 소속 부대의 지휘관이나 상급자 중 누군가에게 잘못이 있다고 추정할 수밖에 없음
- 요컨대 하사 乙의 과실로 단정하기는 어렵다고 하여도 전체적으로 볼 때 피해자를 군에 입대하고 자살할 때까지 과정에서 누군가 공무원의 과실이 있다고 추정하지 않을 수 없는 것임

▶ 책임제한에 의한 조정

○ 자살의 경우에도 가능하면 손해를 인정하고 책임제한을 통해 손해배상액을 조정하는 것이 형평의 측면에서 바람직함

▶ 참고판례(국가배상을 먼저 받은 경우)

○ 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 공상을 입은 군인 등이 먼저 국가배상법에 따라 손해배상금을 지급받은 다음 구 국가유공자법이 정한 보상금 등 보훈급여금의 지급을 청구하는 경우 피고로서는 국가배상법에 따라 손해배상을 받았다는 사정을 들어 보상금 등 보훈급여금의 지급을 거부할 수 없음(대법원 2014두40012 판결)

7 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고(한국토지주택공사)는 이 사건 토지가 포함된 토지(이하 '변경 전 토지')에 관하여 피고 1, 2와 공공용지 협의취득에 따른 매매계약을 체결하고, 2005. 9. 1. 피고 1 지분(1/2)에 대하여, 2005. 9. 8. 피고 2 지분(1/2)에 대하여 각 소유권이전등기를 마침

○ 원고는 甲과 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하고, 원고 명의로 소유권보존등기를 마친 다음 甲 명의로 소유권이전등기를 마침

○ 甲은 이 사건 토지에 건물을 신축하기 위해 터파기공사를 하던 중 2015. 3.경 이 사건 토지 지하에 이 사건 폐기물이 매립되어 있는 것을 발견하고 원고에게 통보함

○ 원고는 2015. 8. 25. 피고들을 상대로, 변경 전 토지의 매수 전에 이 사건 폐기물이 매립되었음을 이유로 민법 제580조 제1항(매도인의 하자담보책임)에 근거하여 폐기물처리비용과 원상복구비용을 청구하는 이 사건 소를 제기함

○ 원심은 원고와 피고 사이에 체결한 매매계약이 상행위에 해당한다는 이유로 소멸시효가 완성되었다고 판단하였음. 대법원은 위 매매계약에는 민법상 소멸시효기간(10년)이 적용되므로, 소멸시효가 완성되지 않았다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 세 가지 청구권이 모두 문제될 수 있음(청구권 경합)

○ 1 불법행위로 인한 손해배상책임 ⇨ 피고는 최종 매수인에게 불법행위책임을 부담함(대법원 2009다66549 전원합의체 판결)

☞ 중간매수인이 최종매수인에게 손해배상을 하여 준 경우라면, 중간매수인은 부진정연대채무자 중 1인인 매도인에게 구상권을 행사할 수 있음

○ 2 채무불이행(불완전이행)으로 인한 손해배상책임(대법원 2002다51586 판결)

○ 3 하자담보로 인한 손해배상책임(대상판결)

▶ 3 하자담보로 인한 손해배상책임의 경우, 제척기간과 소멸시효기간은 별개로 진행함

○ 매수인은 매매의 목적물에 하자가 있다는 사실을 안 날로부터 6월내에 권리를 행사하여야 함(민법 제582조, 제580조) ⇨ 제척기간

○ 하자담보로 인한 손해배상청구권은 소멸시효의 대상도 됨

- "하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 민법 제582조의 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없으며, 이때 다른 특별한 사정이 없는 한 무엇보다도 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다고 해석함이 타당하다."(대법원 2011다10266 판결)

- 대법원 2011다10266 판결의 사안에서는, 내용증명 우편을 신속하게 발송함으로써 제척기간은 준수하였으나, 인도받은 날로부터 10년이 경과한 후에 손해배상청구의 소를 제기하여 소멸시효가 완성되었음

▶ 대상판결의 요지

○ 하자담보에 기한 손해배상청구권은 민사시효(10년)에 걸림

- 원고(한국토지주택공사)는 상인이 아님
- 원고가 토지를 협의매수한 것은 상행위가 아님(하급심에서의 주류적인 판단이었는바, 대법원 판결로는 최초로 보임)
- 판례는 원고가 이주대책의 일환으로 아파트를 특별공급한 경우에 그 분양계약도 상행위가 아니라고 보았음(대법원 2016다20244 판결)

○ 제척기간 준수 및 소멸시효 중단

- 원고가 2015. 3.경 甲으로부터 폐기물 매립 사실을 통보받은 이후 6개월 내에 이 사건 소를 제기하였으므로 제척기간을 준수하였고, 원고가 피고들을 상대로 소를 제기한 것이 피고들로부터 인도를 받은 날로부터 10년 이내이므로 소멸시효기간도 완성되지 않았음

▣ [참고] 소멸시효 vs 제척기간

	소멸시효	제척기간
연혁	로마법	19C 독일법학
이론상 근거	① 권리위에 잠자는 자 ② 이미 변제되었을 가능성 高 [증거의 산일(散逸)]	법률관계의 조속한 확정
민법상 근거규정	민법 제162조	개별적 규정
대상권리	채권(청구권) & 소유권 이외 재산권	형성권, 청구권
구별방법(法文)	소멸시효가 완성한다. 시효로 소멸한다.	~ 안에 행사하여야 한다.
판례	불법행위 손해배상청구권 유류분반환청구권	매수인/도급인의 손해배상청구권(담보책임)
변론주의	항변사항	직권조사사항
권리실현방법	중단사유 ① 재판상청구 ② 압류, 가압류, 가처분 ③ 승인	재판 외 행사 [예외(출소기간) : 채권자취소권, 점유회수청구권, 상속회복청구권]
효과	청구권 소멸(기각사유)	출소기간 : 각하 기타 : 권리소멸(기각사유)
중복 적용	손해배상청구권(담보책임) : 소멸시효 & 제척기간	
기간 경과 후 상계	기간 경과 전에 상계할 수 있었던 것이면 상계 가능	

일본 : 의사표시 하자를 이유로 한 취소권 → 소멸시효
독일 : 제척기간에 시효정지 규정 일부 준용

8 대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다202371 판결 [건물명도(인도)]

▣ 사안의 개요

○ 원고(한국토지주택공사)는 피고와 임대아파트에 관한 임대차계약을 체결함

○ 예금보험공사는 피고가 원고에 대하여 가지는 임대차보증금 반환채권에 관하여 채권 압류 및 추심명령을 받았음

○ 예금보험공사는 원고에게 채권 압류 및 추심명령을 이유로 임대차계약 갱신 중지를 요청하였음

○ 원고의 인도청구에 대하여 원심은 원고의 청구를 기각하였고, 대법원에서도 상고기각

▣ 대상판결 요지

○ 임대주택법상의 갱신거절사유는 제한적·한정적인 것이고, 임대인은 임차인이 원하는 이상 특별한 사정이 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없음

○ 임대보증금반환청구권에 대한 압류 및 추심명령이 발령된 것은 임대인이 갱신을 거절할 수 있는 특별한 사정에 해당하지 아니함

▣ 대상판결의 검토

▶ 원고의 주장

○ 원심판결에서 정리한 원고의 주장 : 예금보험공사가 갱신 중지 요청을 한 이상 원고는 피고와의 임대차계약 갱신으로 예금보험공사에 대항할 수 없으므로, 해당 임대차계약은 계약기간 만료로 종료되었다.

○ 즉 원고의 주장은 자신이 갱신 거절을 한다는 것이 아니라, 추심명령을 받은 예금보험공사가 임차인을 대신하여 갱신 거절을 하였고, 이것이 유효하므로 임대차는 종료되었다는 것임

○ 추심명령을 받은 채권자는 압류채권의 추심에 필요한 채무자의 일체의 권리를 채무자에 갈음하여 자기 이름으로 재판상 또는 재판외에서 행사할 수 있음. 따라서 임대보증금반환채권에 대하여 압류·추심명령을 받은 자는 임대차계약의 갱신을 저지할 수 있고, 채무자는 이에 대항하지 못함

- 임대차보증금채권이 제3자에게 양도된 이후에 임대인과 임차인이 임대차계약을 갱신할 수 없으며, 갱신하더라도 제3자에게 대항할 수 없는 것과 유사함

○ 이러한 법리가 임대주택에도 그대로 적용된다면 임대차계약이 갱신되었다고 볼 수 없으므로, 임대주택의 경우에 추심명령을 받은 채권자가 채무자의 갱신거절권을 행사할 수 있는지가 이 사건의 쟁점임

○ 이러한 점에서 본다면, 대상판결의 판시는 원고 주장의 핵심을 약간 벗어난 느낌이 있음

▶ **임대주택의 임대보증금반환채권의 압류 및 추심권자의 갱신거절**

○ 대상판결의 판시는 “임대주택법이 적용되는 주택의 경우 임대보증금반환채권에 압류 및 추심명령을 받더라도 임차인을 대신하여 갱신거절권을 행사할 수 없다”는 취지로 이해됨

○ 그 근거로 대상판결은 두 가지 사정을 들었음

○ ① 임대주택의 임대보증금은 비교적 소액이므로, 그러한 임대보증금에 대한 반환채권은 채권으로서의 재산적 성격과 담보로서의 중요성이 미미함

○ ② 임대보증금반환채권의 전부 내지 상당 부분이 압류금지채권에 해당할 경우가 적지 않을 것이어서 그러한 경우에는 압류 및 추심명령의 효력이 인정될 수도 없음

- 이 사건 임대아파트는 광주광역시에 소재하는 것인데, 광주광역시의 소액보증금은 2,000만 원이고, 피고의 임대보증금은 약 2,400만 원이었음 ☞ 압류 및 추심명령은 일응 2,000만 원 부분에 대하여는 무효, 나머지 400만 원 부분에 대하여는 유효임

▶ **대상판결의 법리에 찬성함**

○ 대상판결은 경제적 약자인 임대주택의 임차인을 보호하는 법리를 선언한 것임

○ 권리자가 주장하는 금액이 소액이라는 이유로 그 권리의 보호를 외면할 수는 없는 것이지만, 임대주택의 특수성에 비추어 대상판결의 법리에 찬성함

- 이 사건에서 보듯이 임대주택의 보증금은 비교적 소액이고, 소액보증금 보호를 받기 때문에 압류 및 추심명령 중 상당 부분은 무효가 될 것임

- 그 나머지 부분은 유효라고 할 것이지만, 임대보증금은 임대목적물을 반환할 때까지 연체차임 등을 모두 공제하게 되므로, 임차인이 인도시까지 임차료를 스스로 납부하지 않는 한 연체차임이 임대보증금에서 자동 공제되어 추심권자가 실제 회수할 수 있는 금액은 없거나 거의 없을 것임(이 사건에서도 인도소송이 2년간 계속되었으므로, 400만 원도 공제로 소멸되었을 가능성이 많음)

- 대상판결이 그 반대의 결론을 채택하였다면, 많은 사건에서 압류 및 추심권자는 실제 채권회수는 하지 못하면서 임차인만 임대주택에서 나와야 하는 상황이 발생할 것임 [끝]

2020. 8. 1.자 공보 [2020. 8. 14. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 6. 4. 선고 2015다233807 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 이 사건 사업(제주해군기지 건설사업)은 국방부가 수립한 계획에 포함되었고, 국방부장관의 실시계획 승인처분 및 국가정책조정회의에서의 정책결정 등에 따라 정부적 차원에서 결정된 것임

○ 원고 1은 자신의 트위터(twitter)에 해군 홈페이지 자유게시판에 이 사건 사업에 대한 항의글, 공사 중단 요청글을 남겨 달라는 내용의 글을 게시함. 원고들을 포함하여 원고 1의 의견에 동조하는 여러 사람들이 같은 날 해군 홈페이지 자유게시판에 이 사건 사업에 반대한다는 취지의 항의글을 100여 건 게시하였음. 해군 홈페이지에는 평소에 주로 해군 입대와 복지 관련 정보를 문의하는 글이 게시되었고, 게시되는 양은 하루 평균 약 4건이었음

○ 해군본부는 원고들이 게시한 항의글을 포함한 100여 건의 항의글을 자유게시판에서 삭제하는 조치를 취하였음. 해군본부가 작성한 운영규정 제9조 제2호에는 홈페이지에 게시된 이용자의 게시물은 삭제하지 않는 것을 원칙으로 하나, 정치적 목적이나 성향이 있는 경우 등에는 삭제할 수 있다고 되어 있음

○ 원고들은 표현의 자유와 행복추구권이 침해되었다고 주장하면서, 피고(대한민국)를 상대로 국가배상청구를 하였음

○ 제1심은 기각 ⇨ 원심은 일부 인용 ⇨ 대법원은 기각 취지로 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 원심은 삭제 사유인 '정치적인 목적이나 성향이 있는 경우'란 '특정 정당을 직접적으로 지지하거나 선거와 관련하여 특정 후보자에 대한 찬반의 의사를 표시하는 경우'에 한하는 것으로 축소하여 해석하는 것이 상위법의 취지에 반하지 아니한다는 등의 이유로 삭제 조치가 원고들의 표현의 자유를 침해하여 위법하다고 판시함

☞ 이렇게 한정하여 해석할 근거는 없는 것으로 보임. 해군기지건설 반대는 정치적 목적이나 성향이 있다고 보는 것이 상식적일 것임

○ 해군본부는 이 사건 사업의 결정과 직접적인 관련성도 없음. 구체적 타당성이나 정책적인 면에서도 대법원의 판단이 타당하다고 생각함

2 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결 [손해배상등 · 퇴직금]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고의 대표이사임. 피고는 2008. 2.부터 2011. 4.까지 큰 폭으로 증액된 보수를 지급받았음(증액된 부분의 합계액은 182억 6,000만 원임)

○ 원래 원고의 정관은 제31조의2에서 회사의 최고경영책임임원의 보수의 결정은 이사회 결의를 요한다고 정하고, 제34조에서 이사의 보수는 주주총회에서 정하는 것으로 정하고 있었는데, 2010. 12. 28. 제31조의2가 삭제됨

○ 이 사건에서 문제되는 피고의 보수가 결정될 당시를 기준으로 원고의 주주 구성과 변동 내역은 아래와 같음

2008년경 : A 주식회사(B 주식회사, 그 계열회사 및 피고가 주식 전부를 보유한 회사)

2009년경 : B 주식회사 및 피고

2010년경 : B 주식회사 및 피고(합계 약 80%) 등

2011년경 : B 주식회사 및 피고(합계 약 60%) 등

○ 2008. 2. 이후 원고는 피고를 포함한 임원들에게 보수를 지급하면서 B 주식회사 대표이사 甲에게 보고하여 결재를 받고, 당해 연도에 전체 임원에게 지급될 보수 총액의 한도를 정한 의안을 주주총회에 상정하는 이사회 결의와 주주총회를 거침. 이때 주주총회에서 승인된 임원들 보수 총액이 甲의 결재를 받은 개별 임원들의 연봉 합계액보다 더 컸음

○ 2008. 2.부터 2011. 4.까지 사이에, 대표이사로서 최고경영책임임원에 해당하는 피고의 구체적인 보수 액수에 관하여는 원고 이사회의 결의가 없었고, 원고 주주총회의 결의도 없었음

○ 원심은 2008. 2.경부터 2010년까지 지급받은 보수 중 증액된 부분은 법률상 원인 없이 얻은 이익이 아니고, 2011. 1.부터 2011. 4.까지 지급받은 보수 중 원고가 적정 보수액으로 자인하는 부분을 제외한 나머지 증액된 부분의 보수가 법률상 원인 없이 얻은 이익에 해당한다는 이유로 원고의 부당이득반환청구를 일부 인용. 대법원은 2008. 2.경부터 2010년까지의 보수 증액 부분도 법률상 원인 없이 얻은 이익에 해당한다는 취지로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 주주총회결의 없이 이사에게 지급한 보수 : 부당이득 ○

○ 이사와 회사 간에는 두 개의 법률관계가 존재함

1 단체법적 원리 ⇨ 조직법적으로, 주주총회에서 이사를 선출하여 회사의 이사회 구성원이 되고, 이사회에서 대표이사를 선임할 권리를 보유하는 관계임

☞ 보수에 관한 부분이 모두 무효이더라도 단체법적 법률관계에는 영향이 없음

2 개인법적 원리 ⇨ 회사를 상대로 노무를 제공하고 보수를 지급받는 관계임

☞ 별도의 위임계약이 필요함

○ 주주총회 결의를 거치지 않은 경우 위임계약에 포함된 보수에 관한 약정 부분이 강행규정인 상법 제388조에 위반하는 것이어서 무효이므로, 지급받은 보수는 부당이득이 됨

○ 주주총회에서 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것도 허용되지 아니함

○ 상법 제388조는 이사의 보수 액수에 관하여만 규정하고 있는데, 판례는 지급방법, 지급시기 등에 대하여도 주주총회의 결의를 필요로 한다고 확대해석하고 있음(대법원 92다28228 판결)

▶ 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능함(최초의 판시로 보임)

○ 학설상으로는 유효성을 인정하는 견해가 많았고, 실무에서도 이러한 정관 규정을 둔 경우가 많이 발견됨

○ 다만, 이러한 경우에도 이사회 결의가 있어야만 주주총회 결의를 갖춘 것으로 평가할 수 있다는 것이 대상판결의 요지임

○ 대상판결의 사안에서는 이사회 결의가 없었기 때문에 결론적으로 주주총회의 결의가 없는 것과 동일한 결과가 됐음

▶ 1인회사와 지배주주

○ 1인 회사의 경우에는 1인 주주의 의사에만 부합하면 주주총회결의가 없어도 무방함

○ 그러나 과반수 주식을 가진 주주가 있는 회사의 경우에는 위 법리가 적용되지 아니함(반복되어 나오고 있는 판례임)

- 99% 주식을 가진 주주가 있는 회사라고 하더라도 주주총회에 관한 요건을 모두 갖추어야 함

▶ 103조 위반 무효

○ 이사의 보수에 관하여 주주총회결의가 있더라도, 액수가 과다하면 적정금액을 초과하는 부분이 민법 제103조 위반으로 무효가 될 수 있음(대법원 2014다11888 판결)

○ 1인 회사의 경우에도 이 법리에 따라 부당이득이 성립할 수 있음을 기억하여야 함

3 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결 [지료청구]

▣ 사안의 개요

○ 甲 주식회사는 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기를 경료하였음

○ 甲은 乙 주식회사와 공사계약을 체결하였고, 乙 주식회사는 1994. 2. 21. 공사에 착공함

○ 甲은 1994. 6.경부터 제3자들에게 신축 예정인 건물의 구분 호실별로 대지지분권을 포함하여 분양하기 시작함

○ 이 사건 건물은 1996. 1.경 완공되었고, 이 사건 건물에 관한 일반건축물대장이 1996. 1. 9. 작성됨

○ 乙은 1996. 1. 17. 수원지방법원 성남지원으로부터 이 사건 건물에 대한 부동산처분금지가처분 결정을 받았음. 같은 날 이 사건 건물에 관하여 甲 명의의 소유권보존등기 및 乙 명의의 가처분등기가 각 경료됨

○ 이 사건 건물에 대한 건축물대장은 1996. 7. 6. 집합건축물대장으로 전환되었고, 구분등기는 1996. 7. 22. 이루어짐. 다만, 대지권은 이 사건 대지 전체에 대하여 경료되었다가, 이후 일부 지분만으로 대지권표시경정등기가 직권으로 경료되었음. 따라서 대지권의 목적으로 표시된 지분을 제외한 나머지 지분(이하 '이 사건 계쟁지분')은 여전히 甲의 소유인 것으로 등기부상 남아 있게 됨

○ 성남시는 2001. 1. 5. 이 사건 계쟁지분을 압류하였고, 원고들은 위 압류에 기한 공매절차에서 이 사건 계쟁지분을 취득한 자들임. 피고들은 이 사건 각 구분건물을 소유하고 있는 자들임

○ 원고들이 피고들을 상대로 이 사건 계쟁지분의 소유자임의 확인을 구하는 소 및 이 사건 계쟁지분의 불법점유를 이유로 한 부당이득금 또는 손해배상금을 구하는 소를 구한 사안임

○ 지료상당을 구하는 소와 관련하여, 원심은 분양자 단독으로 작성한 공정증서만으로는 대지사용권의 분리처분이 허용되지 않는 이상 원고들이 이 사건 계쟁지분의 소유권을 취득하였다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각함

○ 소유권확인을 구하는 소와 관련하여, 원심은 원고들이 피고들을 상대로 이행의 소를 구하고 있는 이상 확인의 이익이 없다는 이유로 각하하였음. 대법원은 확인의 이익은 있으나 불이익변경금지의 원칙에 따라 판단을 달리 할 수 없다고 봄. 상고기각

▣ 구분소유권 ⇨ 1 구분건물의 독립성 + 2 구분행위(분양계약 등)

○ 과거에는 건축물대장(공적장부)에의 등재도 성립요건으로 요구되었으나, 구분건물에 관하여 집합건축물대장에 등록하거나 등기부에 등재하는 것은 구분소유권의 내용을 공시하는 사후적 절차일 뿐이어서 위 1, 2 요건만 갖추어지면 구분소유가 성립한다는 취지로 판례가 변경됨(대법원 2010다71578 전원합의체 판결)

○ ① 구분건물의 독립성 ⇨ 상가의 경우에는 요건이 완화되어 있음(집합건물법 제1조의2)

- 소위 “은평구 팜스퀘어 사건”(대법원 2017다225398 판결)

  ☞ 바닥에 건물번호표지가 새겨진 금속판과 경계표지로 “십” 또는 “卜” 모양의 금속판이 부착, 설치된 경우에도 완화된 구조상 독립성이 인정될 여지가 있다고 본 사례임

○ ② 구분행위 ⇨ 분양계약의 체결이 대표적인 예임

  ☞ 건물의 물리적 형질을 변경하지 않고 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정할 수 있음

▣ 대지사용권의 분리처분 금지

▶ 대지사용권 ⇨ 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위해 건물의 대지에 대하여 가지는 권리

○ 전유부분과 대지사용권이 일체가 되면 분리처분이 금지됨(집합건물법 제20조 제2항)

○ 이때 대지사용권에는 매수대금을 완납한 매수인이 가지는 채권적 권리도 포함됨(대법원 1998다45652, 45669 전원합의체 판결)

- 위 판결은 건축주가 대가를 모두 지급하고 토지를 매수하여 건물을 신축하는데, 이를 등기하기 전에 제3자가 토지를 압류하더라도 분리처분금지에 따라 압류에 의한 경매를 받은 자는 토지에 대한 소유권을 취득하지 못한다는 것임

- 수분양자들을 보호하기 위한 법리임

○ 대지사용권의 성립 요건 : 집합건물의 존재 + 대지에 대한 사용권 취득

- 건축주가 토지를 매수하고 집합건물을 어느 정도 완성하게 되면 대지사용권이 성립함

- 수분양자가 전유부분을 매수할 때 대지사용권이 성립하는 것이 아니라, 수분양자는 건축주로부터 이미 성립한 대지사용권을 승계취득함에 유의하여야 함

▶ 대지권 : 대지사용권으로서 건물과 분리하여 처분할 수 없는 것(부동산등기법 제40조 제3항[97])

○ 대지권은 부동산등기법상의 용어임

○ 대지사용권 중에서 분리처분이 금지되는 등 견고하게 묶인 권리를 대지권이라고 칭함

▶ 전유부분과 대지사용권의 일체성

○ 대지사용권의 성격 : 종물 내지 종된 권리(대법원 2005다15048 판결, 대법원 97마814 결정)

---

97) 부동산등기법 제40조(등기사항)

③ 구분건물에 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」제2조제6호의 대지사용권으로서 건물과 분리하여 처분할 수 없는 것(이하 “대지권”이라 한다)이 있는 경우에는 등기관은 제2항에 따라 기록하여야 할 사항 외에 1동 건물의 등기기록의 표제부에 대지권의 목적인 토지의 표시에 관한 사항을 기록하고 전유부분의 등기기록의 표제부에는 대지권의 표시에 관한 사항을 기록하여야 한다.

- 대지사용권이 경매절차에서 경매의 목적물로 다루어지지도 않았고, 경매가액의 산정에 있어서도 전혀 고려되지 않았다고 하더라도, 전유부분을 취득한 자는 종된 권리인 대지사용권도 취득함

▶ 토지매매계약이 해제된 경우의 대지사용권

○ 건축주가 토지를 매수하고 구분건물을 신축하였는데, 토지매매대금 미지급을 이유로 토지매매계약이 해제된 경우에는 해제의 소급효에 따라 대지사용권을 취득하지 못한 것이 되므로, 수분양자도 대지사용권을 취득하지 못하게 됨

○ 이 부분에 관하여 명시적으로 판시한 대법원 판결은 아직 없으나, 위와 같은 취지의 고등법원 판결에 대하여 심리불속행 판결을 한 것이 있음[서울고등법원(제4민사부 사건) 2019나2011485, 2011492 판결(심리불속행 기각으로 확정) 참조]

○ 위 대법원 1998다45652, 45669 전원합의체 판결도 매수대금을 모두 지급하였음을 강조하였는바, 그 판시 역시 매수대금 미납으로 해제되는 경우를 배제하려는 취지로 이해됨

▶ 대지사용권을 분리처분할 수 있는 예외적인 경우

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률
제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성)
① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.
② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다.
③ 제2항 본문의 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.
④ 제2항 단서의 경우에는 제3조제3항을 준용한다.
제3조(공용부분)
③ 제1조 또는 제1조의2에 규정된 건물부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자는 공정증서로써 제2항의 규약에 상응하는 것을 정할 수 있다.

○ ① 규약 또는 공정증서(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제2항)

○ ② 분리처분금지를 등기하지 않았을 때 선의로 물권을 취득한 제3자(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제3항)

- 여기서 '선의'의 제3자라 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 뜻함(대법원 2018다219727 판결)

○ 규약과 공정증서로 예외를 설정하는 경우는 상정하기 어렵고, 집합건물이 있다는 사정을 모르는 선의의 제3자도 존재하기 어려움. 따라서 위 예외사유를 주장하더라도 인용되는 경우는 거의 없을 것임

▣ 대상판결 검토

○ 과거에는 대상판결과 같은 유형의 부당이득반환청구 또는 건물철거청구 등이 많았으나, 현

재는 ⓵ 전유부분과 대지사용권의 일체성, ⓶ 신탁제도 등의 이유로 상당 부분 해결이 되었음

○ 대상판결은 대지사용권을 분리 처분할 수 있는 예외적인 경우 중 공정증서에 관한 사안임

○ 원심 및 대법원은 ① 甲 주식회사가 공정증서를 작성한 시점에는 이미 상당수의 수분양자들이 분양계약을 체결한 상황이었고, 이에 따라 일부 수분양자들은 甲으로부터 구분건물에 대한 소유권이전등기를 경료한 사실, ② 甲은 구분소유자에 준하는 수분양자들과 함께 설정한 규약에 의해서만 이 사건 계쟁지분을 전유부분과 분리하여 처분하는 것을 정할 수 있고, 단독으로 작성한 공정증서로는 그 분리처분을 정할 수 없는 점 등을 이유로 원고의 이 부분 청구를 받아들이지 않았음

○ [참고판례] 저당권의 실행은 분리처분금지에 해당하지 아니함

- 구분소유자 아닌 자가 집합건물의 건축 전부터 전유부분의 소유와 무관하게 집합건물의 대지로 된 토지에 대하여 가지고 있던 권리는 집합건물법 제20조에 규정된 분리처분금지의 제한을 받는다고 할 수 없으므로, 근저당권이 집합건물이 성립하기 이전에 대지 위에 설정되어 있었고, 위 근저당권의 실현으로 인하여 해당 대지의 소유권을 취득한 자는 유효하게 해당 대지의 소유권을 취득함(대법원 2012다109538 판결)

④ 대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다206670 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(한국고용정보원)의 근로자였거나, 근로자인 사람들임

○ 피고는 원고들에게 연장근로수당을 지급함에 있어 성과연봉, 상여금, 내부평가급, 직급보조비, 월정직책급, 장기근속수당, 중식보조비, 교통보조비, 단체상해보험료, 선택적복지비, 경영평가성과급을 통상임금에 포함시키지 아니한 채 계산된 금액만을 지급하였음

○ 원고들이 이 사건 각 항목은 통상임금에 해당하므로, 위 금액을 포함하여 다시 계산한 추가 연장근로수당 또는 추가 퇴직금을 청구한 사안임

○ 원심은 내부평가급을 통상임금으로 인정하였으나, 대법원에서 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 대상판결의 법리는 근무실적 평가에 따라 지급되는 성과급이 통상임금에 해당하는지에 관한 것임

○ 이 쟁점에 관하여 통상임금 전합판결(대법원 2012다89399 전원합의체 판결)은 이미 지급시기만 다음해로 늦춘 경우에는 고정성을 인정할 수 없어 통상임금으로 볼 수 없다고 판시한 바 있음

- "지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금은 일반적으로 고정성이 부정된다고 볼 수 있다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금은 고정적 임금이라고 할 수 있다. 근로자의 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당해 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그러나 보통 전년도에 지급할 것을 그 지급 시기만 늦춘 것에 불과하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 고정성을 인정할 수 없다. 다만 이러한 경우에도 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 최소한도로 보장하여 지급하기로 한 경우에는 그 한도 내에서 고정적인 임금으로 볼 수 있다."(대법원 2012다89399 전원합의체 판결)

○ 대상판결의 사안에서, 퇴사한 근로자는 전년도 근무일수에 비례하여 내부평가급을 지급받지만, 당해 연도에 입사한 근로자는 당해 연도에는 내부평가급을 지급받지 못하도록 되어 있음 ☞ 전년도에 대한 임금을 그 지급 시기만 당해 연도로 정한 것이어서 통상임금에 포함되지 아니함

⑤ 대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다278385, 278392 판결 [소유권확인 · 부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 甲, 乙과 이 사건 사업을 하기로 하고, 피고가 투자자 물색 등 사업비용을 책임지는 한편 건축허가 등 사업시행을 대행하기로 함. 피고 등 3인은 14,000주를 발행하여 사업 부지의 현물출자자와 투자자 및 피고에게 각 2,000주씩을 배정하되, 피고에게는 피고가 물색할 4필지의 투자자에게 배정할 8,000주까지 합쳐서 일단 10,000주를 배정하기로 합의함

○ 이에 따라 피고 등 3인은 원고(주식회사)를 설립하면서 14,000주를 발행하였고, 설립 당시 원고의 주주명부에는 당시 대표이사였던 甲이 2,000주, 乙이 2,000주, 피고가 10,000주(이하 '이 사건 주식')를 보유하는 것으로 기재됨

○ 원고는 설립 이후 丙 등의 투자를 받거나 대출을 받아 4필지의 토지 전부를 매수하여 소유권이전등기를 마침. 원고는 이 사건 사업을 위한 대출심사의 편의를 위해 원고의 발행 주식을 甲 12,000주, 乙 2,000주로 기재한 주주명부를 작성하였는데, 당시 피고와 甲 사이에서 별도의 주식양수도 계약이 체결된 적은 없음

○ 피고가 丙으로부터 이 사건 사업에 대한 투자를 받는 과정에서 원고 대표이사이던 甲과 피고 사이에 분쟁이 발생하였고, 원고는 피고를 상대로 이 사건 주식에 관하여 주주가 아니라는 확인을 구하는 이 사건 소를 제기함

○ 원심 피고가 이 사건 주식 중 2,000주의 주주에 불과하고 8,000주에 관하여는 주주가 아니라고 보고 원고 청구를 일부 인용하였음. 대법원에서 상고기각

▣ 대상판결 검토

▶ 주주의 회사에 대한 주주권 행사에 관해서는 주주명부를 기준으로 판단하면 됨(대법원 2015다248342 전원합의체 판결)

○ 위 전원합의체 판결 이전에는 주주권 행사와 관련하여서도 실질설을 기준으로 실제 주주가 누구인지를 판단하였음. 따라서 원고가 실제 주주라고 주장을 하면서 주주총회결의 취소소송을 제기하면, 그 사람이 실제 주주가 맞는지를 실질적으로 심리를 하여야 했음(예컨대, 입출금 내역 조회, 금융조회, 증인신문 등)

○ 위 전원합의체 판결은 주주의 회사에 대한 주주권 행사에 관해서는 주주명부에 따라 획일적으로 처리하겠다는 취지인데, 이것이 상법에도 부합하며, 바람직한 방향이라고 생각함

▶ 그러나 주식의 소유권 귀속에 관하여는 여전히 실질설에 따라 주주를 판단함

○ "주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면은 구분되는 것이고, 회사와 주주 사이에서 주식의 소유권, 즉 주주권의 귀속이 다투어지는 경우 역시 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계로서 마찬가지라 할 것이다."(판례공보 1330쪽 1. 다.

항 부분)

▶ 대상판결은 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계가 문제가 된 사안임

○ 원심은 위 사안이 위 전원합의체 판결(2015다248342)에서 말하는 주주명부의 형식적인 기재만으로 주주 여부를 가릴 수 없는 예외적인 사정이 있는 경우에 해당한다고 보아 실제 주주가 누구인지를 판단하였음.

○ 그러나 원고가 구하는 것은 피고가 주주가 아니라는 것이고, 주주권 행사에 관하여 문제가 발생한 것이 아니므로, 위 전원합의체 판결(2015다248342)이 적용될 사안이 아님

○ 하지만, 원고의 청구를 일부 인용한 것은 결론에 있어서는 타당하므로 상고는 기각되었음

▣ 회사가 제기한 주주권 부존재확인의 소와 확인의 이익

○ 대상판결에서는 확인의 이익에 관하여는 판시하지 아니하였으나 살펴볼 필요가 있음

○ 제3자가 주주로 등재되어 있는 경우에 실제 주주의 구제방법은 다음과 같음

- 주주명부상 주주에 대한 관계 ⇨ 명의개서(각하), 주주권확인(○)
  ☞ 주주명의개서는 양수인이 단독으로 할 수 있기 때문임
- 회사에 대한 관계 ⇨ 명의개서(○), 주주권확인(각하)
  ☞ 주주권확인이 각하되는 이유는 명의개서청구라는 더 분명하고 구체적인 방법이 있기 때문임. 즉, 가장 유효적절한 수단이 아니라는 이유로 확인의 이익이 없다고 봄

○ 주주가 회사에 대하여 명의개서 청구를 할 수 있는데도 주주권확인청구를 하는 것은 소의 이익이 없으나, 그 반대로 회사가 주주에 대하여 주주권부존재확인청구를 하는 것은 확인의 이익이 있다고 보아야 함

- 회사로서는 주주권부존재확인을 구하는 외에 별다른 권리구제방법이 없기 때문임

⑥ 대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다224699 판결 [회사에관한소송]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고 주식 중 합계 약 0.76%를 보유한 주주들이고, 甲은 피고의 주식 중 99.2%를 보유하였음

○ 甲은 임시주주총회에서 지배주주의 소수주식 매수를 위한 매도청구권 결의 안건에 대한 승인을 받았고, 원고들에게 상법 제360조의24에 의한 매도청구권을 행사한다는 통지를 각 발송하였음

○ 甲은 원고들과 주식 매매가액에 대한 협의가 이루어지지 않은 상태에서, 乙 회계법인이 평가한 주식 가치를 기준으로 원고들 보유 주식의 매매가액을 산정하여 해당 금액을 공탁하였음

○ 피고는 이 사건 주주총회를 개최하면서 원고들에 대한 소집 통지를 하지 않은 상태에서 상정된 안건에 대한 의결을 하였음

○ 이에 원고들이 피고를 상대로 이 사건 주주총회에서 한 안건에 관한 결의의 취소를 구한 사안임

○ 제1심(인용) ⇨ 원심(항소기각) ⇨ 대법원(상고기각)

▣ 대상판결 검토

상법

제4관 지배주주에 의한 소수주식의 전부 취득

제360조의24(지배주주의 매도청구권)

① 회사의 발행주식총수의 100분의 95 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있는 주주(이하 이 관에서 “지배주주”라 한다)는 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 회사의 다른 주주(이하 이 관에서 “소수주주”라 한다)에게 그 보유하는 주식의 매도를 청구할 수 있다.

⑥ 제1항의 매도청구를 받은 소수주주는 매도청구를 받은 날부터 2개월 내에 지배주주에게 그 주식을 매도하여야 한다.

제360조의25(소수주주의 매수청구권)

① 지배주주가 있는 회사의 소수주주는 언제든지 지배주주에게 그 보유주식의 매수를 청구할 수 있다.

② 제1항의 매수청구를 받은 지배주주는 매수를 청구한 날을 기준으로 2개월 내에 매수를 청구한 주주로부터 그 주식을 매수하여야 한다.

제360조의26(주식의 이전 등)

① 제360조의24와 제360조의25에 따라 주식을 취득하는 지배주주가 매매가액을 소수주주에게 지급한 때에 주식이 이전된 것으로 본다.

② 제1항의 매매가액을 지급할 소수주주를 알 수 없거나 소수주주가 수령을 거부할 경우에는 지배주주는 그 가액을 공탁할 수 있다. 이 경우 주식은 공탁한 날에 지배주주에게 이전된 것으로 본다.

▶ 상법 제360조의24에 따른 주식매도청구권의 성질은 형성권임

○ 민법과 상법에 '매도(매수)를 청구할 수 있다'라고 기재되어 있는 조항들은 대부분 형성권에 해당함

- 형성권이란 당사자의 일방적인 의사표시에 의하여 법률관계를 성립시키는 것을 말함
- 매매계약은 쌍무계약이므로 청약과 승낙이라는 두 개의 의사표시가 합치되어야 성립하는 것이 원칙임. 형성권은 이에 대한 예외로서 일방적 의사표시에 의하여 법률관계가 창설됨

○ 위 조항은 '매도하여야 한다.'라고 되어 있어 매매계약을 체결하여야 한다는 것처럼 되어 있으나, 권리의 성격이 형성권인 이상 '매매대금을 지급하여야 한다.'라고 해석하여야 함

○ 상법 제360조의24와 유사한 방식으로 규정되어 있는 상법 제374조의2 제2항[98](반대주주의 주식매수청구권)과 관련하여, 판례는 '회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월'은 주식매매대금 지급의무의 이행기를 정한 것이라고 해석하였음(대법원 2010다94953 판결)

▶ 매매대금은 '공정한 가격'으로 이미 결정된 것임

○ 공정한 가격(합리적인 가격)이 얼마인지를 재판부가 재판을 통해 사후적으로 탐구해서 확인시켜주는 것임

○ 따라서 회사는 상법에서 정한 이행기(2월)가 지난 다음날부터는 지체책임을 부담하게 될 수도 있음(대법원 2010다94953 판결)

- 2월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 마찬가지임
- 다만, 회사에 대하여 지체책임을 묻기 위해서는 회사에 동시이행관계에 있는 주식이전의무의 이행 제공을 하여야 함

▶ 주식의 이전시기는 매도청구권을 행사한 지배주주가 소수주주에게 매매가액을 지급한 때임

○ 소수주주의 주식이전(주권이 발행된 경우에는 주권의 교부)의무와 지배주주의 매매가액의 지급의무는 동시이행관계에 있으므로, 매매계약이 성립되었다고 해서 그 날로 주식을 취득하는 것이 아님

---

98) **상법 제374조의2(반대주주의 주식매수청구권)**

① 제374조에 따른 결의사항에 반대하는 주주(의결권이 없거나 제한되는 주주를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 그 총회의 결의일부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다.

② 제1항의 청구를 받으면 해당 회사는 같은 항의 매수 청구 기간(이하 이 조에서 "매수청구기간"이라 한다)이 종료하는 날부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다.

▶ **대상판결의 경우**

○ 원심 및 대법원은 甲의 원고들에 대한 공탁은 일부 공탁에 불과하여 전부 무효이고, 따라서 원고들은 여전히 피고의 주주이므로, 원고들에 대한 소집통지를 하지 않은 피고의 이 사건 주주총회에는 취소사유가 존재한다고 판단하였음

▶ **[참고] 형성권으로서 매수청구권의 예**

○ 지상권자의 지상물 매수청구권(민법 제283조, 제285조)

○ 전세권자의 부속물건 매수청구권(민법 제316조)

○ 임차인(전차인)의 부속물매수청구권(민법 제646조, 제647조)

○ 주주의 주식매수청구권(상법 제360조의24 등)

7 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고(대한민국)는 차기잠수함사업을 시행하기 위하여 甲과 가계약을 체결하였는데, 위 가계약에 따르면 가계약에서 정한 원고의 권한과 의무를 원고가 선정한 국내업체로 이전하게 됨. 국방부장관은 피고를 위 사업의 국내업체로 선정하였음

○ 원고, 피고와 甲은 피고에게 가계약에서 정한 원고의 권한과 의무를 이전하기로 합의함

○ 피고는 甲과 잠수함 3척 건조를 위한 총자재 공급에 관한 계약(이 사건 국외계약)을 체결하였고, 원고는 피고와 피고가 잠수함 3척을 건조하여 해군에 인도하는 것을 주된 내용으로 하는 잠수함의 건조 및 납품계약(이 사건 건조계약)을 체결하였음. 이 사건 국외계약의 내용은 이 사건 건조계약의 내용에 편입되었고, 이 사건 건조계약의 계약특수조건에 따르면 하자보수 보증기간은 인도일부터 1년임

○ 피고는 2007. 12. 26. 이 사건 건조계약에 따라 해군에 잠수함 1척(이 사건 잠수함)을 인도하였음

○ 2011. 4. 10. 이 사건 잠수함을 이용한 수중 전속 항해 훈련 과정에서 이 사건 잠수함의 추진전동기에서 이상소음이 발생함. 이 사건 추진전동기는 피고가 이 사건 국외계약에 따라 甲으로부터 공급받은 원자재 중 하나로서 甲의 하도급업체인 乙(지멘스)이 제조한 것임

○ 고장의 원인에 대한 보고서가 2013. 7. 19. 국방기술품질원장에게 제출됨

○ 원고는 피고가 추진전동기에 결함이 있는 잠수함을 납품함으로써 이 사건 건조계약상 채무의 내용에 따른 이행을 하지 못하였다는 이유로 손해배상(불완전이행으로 인한 손해배상)을 구하는 이 사건 소를 제기함

○ 원심은 원고의 청구를 일부 인용하였고, 대법원에서 상고기각

▣ 대상판결 검토

▶ 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합

○ 도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정됨

○ 이미 확립되어 있는 판례임(대법원 2001다70337 판결, 대법원 2019다268252 판결 등)

- 하자보수에 갈음하는 손해배상이라고 하여 민법 제667조 제2항에 따른 하자담보책임만이 성립하고 민법 제390조에 따른 채무불이행책임이 성립하지 않는다고 볼 이유가 없음

▶ 이 사건에서 하자담보책임은 제척기간이 경과되었음

○ 수급인의 담보책임의 존속기간은 목적물의 인도를 받은 날로부터 1년 이내이므로(민법 제

670조), 이 사건에서 이미 존속기간이 경과되었음

○ [참고사항] 하자담보책임을 이유로 한 손해배상청구권에는 소멸시효기간도 적용됨

- 제척기간이 소멸시효기간보다 짧으므로, 제척기간만 문제되는 것이 아닌지 의문이 있을 수 있음
- 제척기간은 재판 외 행사기간이므로, 인도를 받은 날로부터 1년 이내에 하자에 대한 책임을 묻는 취지의 내용증명우편만 보내더라도 제척기간 준수는 인정됨
- 그러나 시효에 관한 권리행사는 청구(소 제기) 등이므로, 제척기간을 준수하였더라도 시효의 완성으로 권리가 소멸할 수 있음에 유의하여야 함

▶ 이행보조자

○ 원심 및 대법원은 乙이 피고의 이행보조자에 해당한다고 보아 피고의 원고에 대한 손해배상책임을 수긍하였음

○ 민법 제391조의 이행보조자는 채무자에 대하여 종속적인 지위에 있어야 하는 것은 아니고, 이행보조자가 복이행보조자를 사용한 경우 채무자가 이를 승낙하였거나 묵시적으로 동의한 경우 채무자는 복이행보조자의 고의·과실에 관하여도 책임을 부담함(대법원 2017다275447 판결)

○ 민법 제391조는 이행보조자에 관하여만 규정하고 있으나 학설과 판례는 이행대행자에 관하여도 같은 법리를 적용하고 있음

- 이행대행자의 고의·과실도 이행보조자의 경우와 동일하게 채무자의 고의·과실로 평가할 수 있음

▶ 소멸시효의 기산점

○ 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점은 손해가 발생한 때라고 보아야 함

○ 대상판결은 소음이 처음 발생한 시점을 기산점으로 잡았음. 이는 처음 잠수함이 인도될 당시에는 소음으로 인한 하자가 없었다고 판단한 것임

○ **[비교: 토지오염 사건]**

- 토지에 오염물질이 매립되어 있는 경우에는 토지가 인도된 때에 손해가 발생한 것으로 보고 그때부터 시효가 진행됨(대법원 2017다265389 판결)
- 그러나 토지오염을 야기한 자의 최종 매수인에 대한 불법행위 책임은 최종 매수인이 오염을 제거하는 비용을 지출한 때 손해가 발생한 것으로 보고 있음(대법원 2016다205540 판결)

8 대법원 2020. 6. 11.자 2020마5263 결정 [주주총회소집허가]

▣ 사안의 개요

○ 신청인은 주주명부상 특별항고인(주식회사)의 발행주식총수 30,000주 중 21,300주('이 사건 주식')를 보유한 자임

○ 신청인은 특별항고인의 대표이사에게 임시주주총회의 소집을 청구하였으나, 특별항고인은 임시주주총회의 소집절차를 밟지 않았음

○ 이에 신청인이 특별항고인을 상대로 이 사건 임시주주총회 소집허가 신청을 한 사안임

○ 원심은 신청인의 소집허가 신청을 인용함. 대법원은 특별항고를 기각함

▣ 대상결정의 검토

▶ 주주의 회사에 대한 주주권 행사가 문제된 사안임

○ 특별항고인의 주장과 같이 신청인이 이 사건 주식의 양도담보권자이고, 피담보채무가 변제로 소멸한 경우라면, 담보물권의 부종성에 따라 주식의 소유권은 원래의 채무자에게 귀속될 것임

○ 그러나 대상결정은 주주의 회사에 대한 주주권 행사가 문제된 사안이므로, 주주명부에 기재된 주주인 신청인이 회사인 특별항고인을 상대로 주주권을 적법하게 행사할 수 있음

- "채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우, 그 양수인이 주주로서 주주권을 행사할 수 있고 회사 역시 주주명부상 주주인 양수인의 주주권 행사를 부인할 수 없다."(판례공보 1340쪽 1.가.항 부분)

○ 특별항고인은 실제 주주가 아닌 신청인의 임시주주총회 소집허가 신청은 권리남용에 해당한다고 주장하였는데, 대법원은 특별항고인이 주장하는 사정과 제출한 자료만으로는 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단함

▶ 변론, 심문, 심문기일의 구별

민사소송법 제134조(변론의 필요성)

① 당사자는 소송에 대하여 법원에서 변론하여야 한다. 다만, 결정으로 완결할 사건에 대하여는 법원이 변론을 열 것인지 아닌지를 정한다.

② 제1항 단서의 규정에 따라 변론을 열지 아니할 경우에, 법원은 당사자와 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.

③ 이 법에 특별한 규정이 있는 경우에는 제1항과 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

민사집행법 제304조(임시의 지위를 정하기 위한 가처분)

제300조제2항의 규정에 의한 가처분의 재판에는 변론기일 또는 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 한다. 다만, 그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

○ 판결을 하기 위해서는 변론기일을 열어야 함

○ 결정으로 완결할 사건에 대하여는 변론을 열지 않고 심문만 하여도 됨. 이 때 심문은 법원의 재량사항임

○ 심문기일은 기일을 지정하여 당사자를 소환하는 것이고, 심문은 당사자에게 서면을 통해 의견청취를 하는 것도 가능함. 즉, 민사소송법 제134조 제2항의 심문은 심문기일을 의미하는 것이 아님

○ 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 긴급하면서도 사회적인 파급력이 큰 사건들이어서 심문으로 할 수 없고, 법에 심문기일을 열어야 한다고 정하여져 있음에 주의하여야 함

- 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 전통적으로 수석부에서 처리하였음
- 심문기일을 여는 것은 재량사항이 아니라 의무사항임

○ 따라서 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 사건이 아닌 결정 사건에서는 심문을 하지 않고 결정을 하였다고 하더라도 위법하지 않음

- “항고법원이 항고사건을 심리할 때 변론을 열거나 이해관계인을 심문할 것인지 여부를 결정하는 것은 항고법원의 자유재량에 속하므로(민사소송법 제134조), 특별한 사정이 없는 한 항고법원이 변론을 열거나 이해관계인을 심문하지 않은 채 서면심리만으로 결정에 이르렀다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.”(판례공보 1341쪽 2.항 부분) [끝]

1 대법원 2020. 6. 25. 선고 2015다61415 판결 [임금등]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(아시아나항공)의 국제선 승무원으로 근무하는 자들임

○ 피고는 국제선 캐빈승무원들을 대상으로 영어, 일본어, 중국어 공인어학자격시험(TOEFL, JPT, HSK) 취득점수와 구술시험 합격 여부를 기준으로 어학자격을 1급에서 5급까지 부여한 후 일정 금액을 캐빈어학수당 명목으로 매월 지급함

○ 원고들이 피고를 상대로 캐빈어학수당을 통상임금에 포함하여 재산정한 추가 법정수당의 지급을 구한 사안임

○ 원심은 통상임금이 아니라고 보았으나, 대법원에서 파기환송

▣ 수당청구의 산정 기준 ⇨ 통상임금

▶ 임금의 체계

○ 1 통상임금 ⇨ 수당 계산의 자료(수당의 지급기준)[99]

- 휴일 근로 수당 등을 계산할 때 기준이 되는 주중에 지급하여야 할 임금을 의미함
  - ☞ 단순히 한 달 동안 지급받은 돈을 기준으로 계산하면 안 됨. 주말에 일한 대가는 모두 제외하여야 함
  - ☞ 근로의 대가로 준 것만 산입하여야 함(생일축하금 등은 제외)
- 근로기준법에는 통상임금에 관한 규정이 없고, 근로기준법 시행령(제6조)에 있기는 하나 다소 불완전함. 따라서 판례가 오래전부터 통상임금의 명확한 판단기준을 설시함

○ 2 평균임금 ⇨ 퇴직금 산정 기준

○ 3 최저임금 ⇨ 미지급시 형사처벌

---

99) **근로기준법 제56조(연장·야간 및 휴일 근로)**

① 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로를 말한다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 사용자는 휴일근로에 대하여는 다음 각 호의 기준에 따른 금액 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

1. 8시간 이내의 휴일근로: **통상임금의 100분의 50**
2. 8시간을 초과한 휴일근로: **통상임금의 100분의 100**

③ 사용자는 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로를 말한다)에 대하여는 **통상임금의 100분의 50** 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

▶ **통상임금이란? ① 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 ② 정기적, ③ 일률적, ④ 고정적으로 지급되는 것(대법원 2012다89399 全合 판결)**

○ ① 소정근로의 대가로 지급되는 금품 : 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 금품

☞ "**소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 평가**"

○ ② 정기적 : 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급

☞ 1년에 한 번만 받아도 매년 받는다면 '정기적'으로 지급되는 것이라 볼 수 있음

○ ③ 일률적 : 모든 근로자 or 일정한 기준에 달한 모든 근로자에게 지급

○ ④ 고정적 : 성과 등의 추가적인 조건과 상관없이 당연히 지급

▶ **통상임금 여부 판단에서 유의할 점 ☞ "근로의 가치를 평가"**

○ '정기적', '일률적', '고정적'의 해당 여부에 집중하다보면, 통상임금의 기본 개념을 놓치기 쉬움

- 통상임금은 통상적인 근로(휴일, 시간외 근로가 아닌 근로)에 대한 대가여야 하고, 근로의 대가에 해당하려면 그것이 근로의 가치를 평가하여 지급한 것이어야 함

▶ **연습문제**

○ 정기상여금(연 6회 분할 지급) ⇨ 통상임금 ○ (대법원 2012다89399 全合 판결)

○ 가족수당, 자녀교육수당 ⇨ 통상임금 ×

☞ 근로의 가치와 무관하므로, 통상임금에 해당하지 아니함. 근로자의 복지차원에서 지급한 것임

○ 출근수당(출근일에 정액 지급) ⇨ 통상임금 ○ (대법원 90다카6948 판결)

○ 출근장려수당(14일 이상 출근 광부, 7~14일 출근 광부 등 차등 지급) ⇨ 통상임금 × (대법원 2012다89399 全合 판결)

☞ 격려 차원에서 지급한 금액임. 고정성 ×

○ 식대(매월 정액 지급) ⇨ 통상임금 ○ (대법원 90다카6948 판결)

○ 교통비 ⇨ 매월 정액 지급하면? 통상임금 ○

⇨ 11시 이후 퇴근할 때 지급하면? 통상임금 × (정기성 ×)

○ 내부평가급(대법원 2017다206670 판결)

⇨ 근무실적을 평가하여 다음해 지급 : 통상임금 ×

☞ 근무실적을 평가한 결과에 따라 그 다음해부터 계속 지급한다면, 근로의 가치를 높게 평가한 결과에 의한 것으로서 통상임금에 해당하겠지만, 매년 근무실적을 평가하고 그에 따라 평가급을 지급한다면 이는 근로의욕을 고취하기 위한 것으로서 통상임금에 해당하지 아니함(고정성 ×)

⇨ 최저등급을 받아도 일정 금액을 지급 : 통상임금 ○ (그 금액에 한해서)

▣ **대상판결 검토**

▶ **캐빈어학수당 ⇨ 통상임금 ○**

- 어학자격을 취득한 이후 계속 지급하였다는 점에서 근로의 가치를 상향시킨 것으로 보아야 하므로 통상임금에 포함됨
- 원심은 격려금과 유사하게 보았으나 이는 잘못임

▶ **대체휴일**

○ 대체휴일에 관한 단체협약 or 근로자의 개인적인 합의는 유효임(대법원 99다7367 판결 등)

- 승무원과 같은 직종에서 특히 필요함(근로자의 입장에서도 주말에 근무하게 되면 평일에 쉴 필요가 있음)

▶ **정기상여금과 통상임금**

○ 원고들의 소급분에 관한 통상임금청구가 신의성실의 원칙에 반한다는 이유로 기각한 원심의 판단이 타당하다고 보았음

○ 현재 판례의 기준 : 회사가 재정적으로 ① 여유가 있으면 원고 청구 인용
② 여유가 없으면 원고 청구 기각

○ 당초 대법원의 다수의견이 선언한 법리가 위와 같은 취지였는지 의문이 있음

2 대법원 2020. 6. 25. 선고 2016다3386 판결 [임금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고들 회사에서 시내버스 운전기사로 근무하였거나 현재 근무하고 있는 자들임

○ 피고들은 취업규칙에 따라 원고들에게 안전교육 등을 실시하였는데, 이 교육은 격일제 근무 하에서 근무가 없는 날에 이루어졌음

○ 피고들은 원고들에게 위 교육시간에 통상임금액을 적용하여 수당을 지급하였고 원고들은 휴일근로수당의 할증된 계산에 따른 지급을 구한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 근로일과 휴일[100]

○ 어느 회사에서 월요일부터 금요일까지를 소정근로일로 하고 토요일과 일요일을 쉬되 일요일만 유급휴일로 한 경우, 사용자가 근로자에게 토요일 근로를 명하는 경우 그 토요일 근로에 대해 휴일근로의 가산임금을 지급하여야 하는지의 문제임

○ 노동법 학계에서는 아래와 같이 3가지의 견해 대립이 있었음

1 소정근로일이 아닌 날은 모두 휴일이므로, 휴일근로수당을 다 지급해야 한다는 입장

2 소정근로일이 아닌 날을 휴일과 휴무일(or 비번일)로 구분하여 휴일에 해당하는 날의 근로에 대해서만 휴일근로수당을 지급하면 되고 휴무일(or 비번일)의 근로에 대해서는 통상의 임금만 지급하면 된다는 입장(고용노동부)

3 소정근로일이 아닌 날은 모두 휴일로 보되, 약정휴일의 근로에 대해서는 휴일근로수당을 지급할 의무가 없다고 보는 입장

▶ 대상판결은 위 견해 중 2번째 견해를 채택하였음

○ 용어의 선택에서는 휴무일 or 비번일 중 '비번일'이라는 표현을 채택하였음

- 비번일이 휴일과 쉽게 구분되어 더 적절한 용어로 보임

▶ 판례에 의하면, 근로일, 휴일, 비번일 세 가지가 존재함

1 근로일 : 일하는 날

2 휴일 : 주휴일(달력에 표기된 공휴일), 약정휴일(회사와 근로자 사이에 휴일로 정한 날)

3 비번일 : 별도로 휴일로 지정하지 않았는데 근로일도 아닌 날

- 비번일에 출근해서 일하더라도 휴일근로수당을 지급할 필요는 없음
- 다만, 근로시간 제한을 초과하였을 때 초과근로수당을 지급해야 하는 것은 별개의 문제임

---

100) 근로기준법상 휴식제도의 쟁점과 과제 - 휴일과 연차휴가를 중심으로, 강성태(한양대 법대 교수), 2017

3 대법원 2020. 6. 25. 선고 2016다257572 판결 [부인의소]

▣ 사안의 개요

○ 시공사인 채무자 회사는 시행사 甲의 피고에 대한 1,000억 원의 대출금 채무를 연대보증함

○ 예상과 달리 위 대출의 상환일에 대출금을 변제할 수 없었고, 채무자 회사, 甲, 피고는 제1, 2변경약정의 체결로 상환기일을 연장함. 채무자 회사는 2011. 7.경 제2변경약정을 체결하면서 피고에게 액면금 1,000억 원, 만기 2012. 7. 24.로 된 전자어음을 발행하여 교부함

○ 채무자 회사는 2012. 7. 23. 피고에게 대출금 1,000억 원 중 200억 원을 변제하였고, 나머지 대출금 800억 원에 관하여 그중 100억 원은 2012. 12. 24.까지, 700억 원은 2013. 7. 24.까지 각 변제기를 유예하기로 하는 내용의 제3변경약정을 체결함

○ 채무자 회사는 2012. 9.경부터 신용평가기관에 의한 기업어음등급이 하향되고, 다른 회사에 대한 대출금을 상환하지 못하는 등 자금난을 겪고 있었음

○ 채무자 회사는 제3변경약정에 따라 피고에게, 2012. 12. 24. 100억 원, 2013. 1. 22. 약 16억 원을 각 송금함

○ 채무자 회사는 2013. 4. 26. 회생절차개시신청에 이르렀음

○ 이에 원고가 피고를 상대로 부인의 소를 제기한 사안임

○ 1심(청구기각) → 원심(항소기각) → 대법원(파기환송)

▣ 사해행위, 부인권, 사해신탁

▶ 법 규정

	법률규정
사해행위취소	민법 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
부인권 (채무자회생법)	채무자회생법 제100조(부인할 수 있는 행위) ① 관리인은 회생절차개시 이후 채무자의 재산을 위하여 다음 각호의 행위를 부인할 수 있다. 1. 채무자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 것을 알고 한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 회생채권자 또는 회생담보권자를 해하는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ☞ **고의부인(사해행위 + 편파행위)** 2. 3. (생략) ☞ **위기부인** 4. (생략) ☞ **무상부인**

	제391조(부인할 수 있는 행위) 파산관재인은 파산재단을 위하여 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 부인할 수 있다. 1. 채무자가 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 행위. 다만, 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 파산채권자를 해하게 되는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ☞ 고의부인(사해행위 + 편파행위) 2. 3. 4. (생략) 제584조(부인권) ① 제3편제3장제2절(부인권)은 개인회생절차에 관하여 준용한다.
사해신탁 (신탁법)	신탁법 제8조(사해신탁) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자가 선의일지라도 수탁자나 수익자에게 「민법」제406조제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
※ 위에서 본 세 가지 이외에도 국세청에서 하는 사해행위취소의 소도 있음	

▶ 부인권과 편파행위

○ 채무자회생법은 회생, 파산, 개인회생 모두 부인권에 관한 규정을 두고 있음

○ 이는 일반 채권자가 아닌 관리인(파산관재인)의 지위에서 모든 채권자의 이익을 위하여 채권을 배제시키는 절차임

○ 부인권은 고의부인, 위기부인, 무상부인 등 3개의 행사요건을 규정하고 있는데, 그 중 흔히 문제가 되는 것은 고의부인이고, 고의부인의 대상에는 사해행위와 편파행위가 있음

○ 법률규정에 '편파행위'라는 용어는 없으나 학설과 판례는 편파행위를 고의부인의 대상으로 보고 있음

- "파산법 제64조 제1호에서 정한 부인의 대상으로 되는 행위인 '파산자가 파산채권자를 해함을 알고 한 행위'에는 총채권자의 공동담보가 되는 파산자의 일반재산을 절대적으로 감소시키는 이른바 사해행위뿐만 아니라 특정한 채권자에 대한 변제나 담보의 제공과 같이 그 행위가 파산자의 재산관계에 영향을 미쳐 특정한 파산채권자를 배당에서 유리하게 하고 다른 파산채권자와의 공평에 반하는 이른바 편파행위도 포함(된다)"(대법원 2003다271 판결 등)

○ 채권자평등을 해하는 방법으로 특정채권자에게 변제하는 경우 편파행위로서 부인의 대상이 됨(이 사건의 사안)

▣ 사해행위취소의 소와 부인의 소

▶ 채권자취소권과 부인권의 비교

101) 개인회생의 경우에는 채무자가 관리인이 됨

	채권자취소권	부인권 (회생, 파산, 개인회생)
성질	재판상 형성권	형성권
행사방법	소송	소, 청구, 항변 (§105①, §396①, §584①)
소송의 형태	형성의 소(사해행위취소) + 이행의 소(원상회복)	이행의 소(원상회복) 확인의 소(채무부존재확인) * 대법원 2005다56865 판결
행사 주체	채권자	관리인, 파산관재인, 채무자[101]
효과	물권적 효과설 상대적 효력설	물권적 효과설 상대적 효력설
효력발생시기	판결확정시	의사표시시 (가집행선고 가능, * 대법원 99그90 결정)

▶ 부인의 소의 성질

○ 부인권은 재판상 형성권이 아님

○ 다만, 채무자회생법은 소, 청구, 항변으로만 부인권을 행사할 수 있다고 규정하고 있음. 즉 소송 외의 방법으로 행사할 수 없음(예컨대, 내용증명우편을 통해 부인권을 행사할 수 없음)

- 위 규정에서 '청구'란 청구권자의 청구에 의하여 법원에서 결정으로 재판을 하는 경우를 말함

○ 결국 부인의 소는 소장의 송달로 부인권을 행사하면 되는 것이고, 청구취지에서는 부인의 결과에 따른 원상회복청구 또는 채무부존재확인의 청구를 하면 됨

- "이 때 '부인권을 소에 의하여 행사한다'는 것은, 부인의 대상이 되는 행위가 그 효력을 소급적으로 상실하게 됨으로써 발생하는 법률적인 효과에 따라 원상회복의무의 이행을 구하는 소를 제기하거나, 그 법률관계의 존재 또는 부존재 확인을 구하는 소를 제기하는 방법에 의할 수도 있다는 의미이(다)," (대법원 2005다56865 판결)

▶ 가집행선고 및 지연손해금

○ 사해행위취소는 확정되어야만 효력이 발생하므로, 확정되기 전에는 가집행을 선고할 수 없고, 지체책임이 성립하지 않음

○ 반면에, 부인의 소는 이행의 소이므로 지체책임도 인정되고, 법원은 가집행을 선고할 수 있음(대법원 99그90 결정)

▶ 효과

○ 부인권의 행사에 따른 효과 역시 상대적임(상대적 효력설). 이는 사해행위취소의 소와 동일

▣ 고의부인과 '행위의 상당성'

○ 부인권 행사의 대상이 되는 행위는 사해행위취소에 있어서의 사해행위보다 범위가 넓다고 볼 수 있음

○ 다만 판례는 다른 채권자들에게 유해한 행위라고 하더라도 사회적 상당성이 있는 행위는 부인권 행사의 대상이 될 수 없다고 보고 있음

- "회생절차상 부인의 대상이 되는 행위가 회생채권자 등에게 유해하다고 하더라도 행위 당시의 개별적·구체적 사정에 따라서는 당해 행위가 사회적으로 필요하고 상당하였다거나 불가피하였다고 인정되어 회생채권자 등이 회생회사 재산의 감소나 불공평을 감수하여야 한다고 볼 수 있는 경우가 있을 수 있고, 그와 같은 예외적인 경우에는 채권자평등, 채무자의 보호와 이해관계의 조정이라는 법의 지도이념이나 정의관념에 비추어 채무자회생법 제100조 제1항 소정의 부인권 행사의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다. 여기에서 '행위의 상당성 여부는 행위 당시의 회생회사의 재산 및 영업 상태, 행위의 목적·의도와 동기 등 회생회사의 주관적 상태를 고려함은 물론, 변제행위에 있어서는 변제자금의 원천, 회생회사와 채권자와의 관계, 채권자가 회생회사와 통모하거나 회생회사에게 변제를 강요하는 등의 영향력을 행사하였는지 여부 등을 기준으로 하여 신의칙과 공평의 이념에 비추어 구체적으로 판단하여야 한다."(대법원 2005다22398 판결 등)

○ '행위의 상당성'은 수익자가 주장·증명책임을 부담함(대법원 2003다65049 판결 등)

▣ 대상판결 검토

○ 대상판결은 채무자 회사가 회생절차개시신청을 하기 4개월 전에 피고에게 100억 원을 변제한 것이 편파행위에 해당하느냐가 문제된 사안임

- 회생절차개시신청 9개월 전에 변제한 200억 원에 대하여는 부인권을 행사하지 아니하였음

○ 원심은 상당성이 있다고 보았는데, 원심이 다음과 같은 사정에 주목한 것으로 보임

- 채무자 회사가 피고에게 100억 원을 변제하지 않았을 경우, 채무자 회사가 피고에게 발행하여 준 어음이 지급제시되어 채무자 회사가 곧바로 부도가 났을 것으로 보임
- 채무자회사는 100억 원을 변제하는 대신 나머지 700억 원의 변제기를 늦출 수 있었음
- 즉 채무자회사에서는 부도를 막고 회사를 살리려고 노력하면서 불가피하게 100억 원을 변제한 것으로 판단한 것으로 보임

○ 대법원은 상당성이 없다고 판단하였는데, 그 근거는 판시에 자세히 설시되어 있음

○ 그런데 대상판결이 언급한 사정들 중 직원들 급여 연체, 세금 체납, 하도급업체 외상매출 미결제 등은 모두 채무자회사가 100억 원을 변제한 이후(2013년)에 발생한 사정들임

○ 대상판결의 판단에 중요한 영향을 미친 사정을 추측한다면, 2012년 연말 기준으로 자산은 4,057억 원, 부채는 4,828억 원으로 되어 부채가 800억 원 정도 초과하는 것으로 되어 있었지만, 회생계획안에서 시인된 채권액만도 2조 5,172억 원에 이르렀던 사정이 눈에 띔

○ 대법원은 2012년 연말을 기준으로 보더라도 채무자회사는 실제로는 회생불가능한 상황이었고, 100억 원의 변제를 사실상 채권자 평등을 깨뜨리려는 행위로 판단하였던 것이 아닌가 생각됨

4 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결 [퇴직금등청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 채권추심업체인 피고(브라보캐피탈앤드대부 주식회사)와 채권추심업무 위탁계약을 체결하고 채권추심원으로 근무하면서 다른 근무처에서 겸직을 한 자들임

○ 원심은 원고들의 근로자성을 인정하는 전제 하에 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고 회사로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간에도 원고들은 피고의 근로자로 볼 수 있는지에 관하여 이러한 경우에는 원고들을 피고의 근로자로 볼 수 없다고 본 반면에, 대법원은 위 기간에도 원고들을 피고의 근로자로 볼 수 있다는 이유로 파기환송한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 채권추심원의 근로자성

○ 농업협동조합자산관리회사(대법원 2005도2201 판결) 사건이 선고된 후에는 채권추심원을 근로자로 인정하는 추세이나, 최근에도 개별적 근로형태의 실질에 따라 채권추심원의 근로자성을 달리 평가하기도 함

- 근로자성을 인정한 판례 : 미래신용정보(대법원 2009다99396 판결), 농업협동조합자산관리회사(대법원 2012다20550 판결)[102], 에스씨아이평가정보(대법원 2018다229120 판결) 등
- 근로자성을 부정한 판례 : 에스지아이신용정보(대법원 2014다20721 판결), 새한신용정보(대법원 2009다6998 판결) 등

▶ 겸직 근로자의 근로자성

○ 원심은 원고들이 피고 회사에서 받은 돈보다 부업으로 다른 일을 하면서 받은 돈이 더 많은 경우에는 근로자성을 인정하기 어렵다고 보았으나, 대법원은 그것이 근로자성을 부정하는 기준이 될 수 없다고 판단하였음

▶ 평균임금의 산정

○ 평균임금은 근로기준법 및 근로기준법 시행령 등이 정한 원칙에 따라 산정함이 원칙이나, 그 금액이 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많게 산정된 것으로 인정되는 예외적인 경우라면, 근로자의 통상적인 생활임금을 사실대로 반영할 수 있는 합리적이고 타당한 다른 방법으로 평균임금을 따로 산정하여야 함(대법원 2009다99396 판결)

---

102) 농업협동조합자산관리회사는 2005도2201 판결 이후로 채권추심업무계약과 관련된 각종 문서 양식을 변경하는 등 근로자성의 징표로 판단된 여러 사항들을 제거하려고 노력하였으나, 대법원은 농업협동조합자산관리회사의 대응조치에도 불구하고 근로관계를 부인할만한 본질적인 변경이 없었다고 보아 여전히 근로자성을 인정하였음

- 평균임금은 실제 지급받은 임금의 평균액으로서, 임금이 변동될 경우 항상 퇴직시기의 선택에 따라 유리해질 수도, 불리해질 수도 있음
- 판례는 통상적인 임금보다 현저히 적거나 현저히 많은 경우에만 다른 방식에 의한 계산을 인정하고 있음

○ 위 대법원 2009다99396 판결의 경우를 보면, 원고가 퇴직한 날 이전 3개월간 지급받은 임금이, 11월에는 500만 원, 12월에는 4,300만 원, 1월에는 470만 원인 사안이었음. 원심은 위 금액을 기준으로 평균임금을 산정하였으나, 대법원은 위와 같은 이유로 파기환송

▶ 근로기준법상 지연이자율

○ 근로기준법상 지연이자율은 지금도 연 20%임(근로기준법 시행령 제17조)

○ 다만, 소송촉진법과 마찬가지로 항쟁함에 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 그 사유가 존속하는 기간에 대하여는 위 지연이자율이 적용되지 않음(근로기준법 시행령 제18조)

5 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다246399 판결 [청구이의]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고에 대한 채권자로서, 원고를 상대로 금전지급청구를 하여 승소확정판결('이 사건 판결')을 받았음

○ 원고는 이후 피고와 사이에 이 사건 판결의 승소금을 분할상환하기로 하는 내용의 합의를 하였음

○ 원고는 피고를 상대로 위와 같은 합의에 따라 이 사건 판결의 집행력이 소멸하였으므로, 이 사건 판결에 기한 강제집행은 불허되어야 한다는 내용의 이 사건 소를 제기한 사안임

○ 위 소송절차에서 원고에 대한 개인회생절차, 파산절차 등이 개시됨에 따라 소송절차수계가 수 회 있었음

○ 원심은 파산선고로 소송절차가 중단된 상태에서 수계절차를 거치지 않은 채 항소권한이 없는 자에 의하여 제기된 이 사건 항소는 부적법하다고 각하함. 대법원은 원고의 추인으로 항소제기 등의 하자가 치유되었다는 이유로 파기환송

▣ 파산·회생절차와 소송중단·수계

○ 재판 도중에 당사자가 파산선고를 받거나 회생절차개시결정을 받는 경우, 그 소송이 채무자의 재산에 관한 소송이거나, 그 채무자에 대한 채권에 관한 소송이면 소송이 중단되어야 함

	채무자의 재산에 관한 소송 (채권자취소, 채권자대위 포함)	**파산채권에 관한 소송 회생채권·회생담보권에 관한 소송**
중단	파산선고시 회생절차개시결정시	
수계	파산관재인·관리인이 수계	채권조사 확정시 이의 × : 각하 채권조사 확정시 이의 ○ : 이의자 전원을 상대로 수계신청 (파산채권확정의 소, 회생채권확정의 소)
비고	신속하게 소송수계절차	追定할 필요가 있음

○ 그러나 중단 이후의 처리 방법에는 큰 차이가 있음

○ 채무자의 재산에 관한 소송은 파산선고, 회생절차개시결정에 의하여 관리권한이 파산관재인·관리인에게 넘어가므로 즉시 소송수계절차가 필요함 ☞ 상대방 등에게 요청하여 신속하게 수계절차를 밟을 필요가 있음

○ 그러나 파산채권(회생채권)에 관한 소송인 경우에는 전혀 상황이 다름. 파산 및 회생절차가 시작되면 파산채권(회생채권)은 신고와 이의라는 채권조사 확정절차를 거치게 됨

○ 따라서 재판부로서는 소송을 중단하고 기일을 추정하여야 함

○ 채권조사 확정절차에서 신고된 채권에 대하여 이의 제기가 없어서 그대로 확정이 되면 확정판결과 동일한 효력이 인정되므로(기판력 ×, 불가쟁력 ○), 소송은 소의 이익이 없어 각하되어야 함

○ 이의가 있는 경우에는 이의자를 상대로 채권확정의 소를 제기하여야 하는데, 이미 그 채권에 관한 소송이 제기되어 있으므로, 이의자를 상대로 소송수계절차를 밟고 청구취지를 채권확정의 소로 변경하여야 함

▣ 대상판결의 검토

▶ 소송행위의 추인

○ 판례는 대체로 소송행위의 추인을 쉽게 인정하고 있음

○ 소송수행권을 취득한 당사자나 소송대리인이 추인의 의사를 밝힌 경우뿐 아니라, 별다른 이의 없이 소송절차를 진행한 경우에도 추인을 인정함

- “항소의 제기에 관하여 필요한 수권이 흠결된 소송대리인의 항소장 제출이 있었다고 하더라도 당사자 또는 적법한 소송대리인이 항소심에서 본안에 관하여 변론하였다면 이로써 그 항소제기 행위를 추인하였다고 할 것이어서, 그 항소는 당사자가 적법하게 제기한 것으로 된다.”(대법원 2006다81653 판결)

○ 이 사건에서도, 원심 소송계속 중 원고가 소송을 수계하고, 원고가 선임한 소송대리인이 원심에서 소송절차수계신청을 하고 항소제기 등의 하자가 치유되었다고 변론함으로써 원고가 제1심 및 원심에서의 종전 소송절차를 모두 추인하였다고 볼 수 있음

▶ 대상판결이 ‘파산재단에 관한 소송’이라고 판시한 부분에 의문이 있음

○ 대상판결 판시

- “파산선고를 받은 자가 채권자를 상대로 채무의 존재를 다투는 소송은 파산재단에 속하는 재산에 관한 소송에 해당하므로 파산채무자에 대한 파산선고가 있는 때에는 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제347조에 따라 파산관재인 또는 상대방이 수계할 때가 이에 관한 소송절차는 당연히 중단된다”
- “파산채무자가 채권자를 상대로 제기한 이 사건 청구이의의 소는 파산재단에 속하는 재산에 관한 소송에 해당하므로, 000이 파산선고를 받은 때에 제1심의 소송절차는 중단된다”

○ 대상판결은 이 사건 청구이의의 소가 파산재단에 관한 소송이라고 보았음. 그러나 아래와 같은 이유로 ‘파산채권에 관한 소송’으로 보아야 함

▶ 청구이의의 소와 파산

○ 기본적으로 청구이의의 소는 파산절차에서 배당을 받을 수 있는 채권인지 여부가 다투어지는 것으로서 개념상으로도 파산채권에 관한 소송에 해당함

○ 채무자회생법을 보면, 집행권원이 있는 채권 역시 채권신고를 하여야 하고, 파산채권 조사확정절차를 거치며, 그 절차에서 이의가 제기될 수 있음. 다만 이 경우에는 채권자가 이의자를 상대로 채권확정의 소를 제기하는 것이 아니라 이의자가 채권자를 상대로 청구이의의 소를 제기하여야 함. 이미 청구이의의 소가 제기되어 있는 경우에는 그 소송에서 이의자가 채무자를 수계하는 절차를 밟아야 함

** 채무자회생법 제466조(집행권원이 있는 채권에 대한 이의주장방법)

① 집행력 있는 집행권원이나 종국판결 있는 채권에 관하여 이의가 있는 자는 채무자가 할 수 있는 소송절차에 의하여만 이의를 주장할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 파산채권에 관하여 파산선고 당시 법원에 소송이 계속되어 있는 경우 이의자가 같은 항의 규정에 의한 이의를 주장하고자 하는 때에는 이의자는 그 파산채권을 보유한 파산채권자를 상대방으로 하는 소송절차를 수계하여야 한다.

○ 이를 확인하여 주는 판례도 있음

- “‘파산채권의 확정에 관한 소송’에는 채권조사확정재판에 대한 이의의 소(법 제463조)나 이의채권에 관하여 파산채권자가 수계한 소송(법 제464조) 뿐만 아니라 집행권원이 있는 채권에 대해 이의자 등이 제기 또는 수계한 소송(법 제466조)도 포함된다. (생략) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 파산 회사가 피고를 상대로 이 사건 공정증서에 기한 강제집행의 불허를 구하는 이 사건 소송을 제기한 뒤 파산 선고를 받게 되자 파산관재인으로 선임된 원고는 피고가 파산채권으로 신고한 이 사건 공정증서 채권에 대해 이의를 하는 한편 이 사건 소송을 수계한 사실--(생략)을 알 수 있다. 소송관계가 이러하다면 앞에서 본 법리에 비추어, 이 사건 소송은 법 제468조 제1항에서 규정하는 ‘파산채권의 확정에 관한 소송’에 포함된다”(대법원 2011다63758 판결)

○ 따라서 이 사건 소송은 파산채권에 관한 소송이고, 채권조사확정절차에서 이의를 한 자가 소송을 수계하여야 함

- 다만, 이 사건에서는 파산관재인이 이의를 하였을 것으로 보이므로, 어차피 수계를 하여야 할 자가 파산관재인임에는 변함이 없음

▶ 채무부존재확인소송과 파산

○ 대상판결은 채무부존재확인소송도 파산재단에 속하는 재산에 관한 소송이므로 파산관재인 또는 상대방이 수계한다고 판시하였음

○ 그러나 채무부존재확인소송도 파산절차에서 배당을 받을 수 있는 채권인지 여부가 다투어지는 것으로서 개념상으로 파산채권에 관한 소송임이 분명하고, 이의자가 수계하여야 함

○ 법원에서 발간한 파산실무 책자에도 채무자의 파산에 따라 수계하여야 하는 파산채권에 관한 소송에 이행소송뿐 아니라 소극적 확인소송도 포함된다고 보았음

6 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026, 292033, 292040 판결 [채무부존재확인 · 손해배상 · 손해배상]

▣ 사안의 개요

○ 원고(한국마사회)는 경마공원을 운영하는 회사이고, 피고들은 경마공원의 인근에서 화훼농원 또는 분재농원을 운영하는 자들임

○ 피고들은 원고를 상대로 중앙환경분쟁조정회에 원고가 겨울철마다 경마공원에 결빙을 방지하기 위하여 뿌린 소금으로 지하수가 오염되었고, 오염된 지하수를 사용하여 분재와 화훼 등이 말라 죽었다는 이유로 환경분쟁 재정신청을 함

○ 원고는 환경분쟁 재정신청 사건에 응하지 않고 이 사건 채무부존재확인의 소를 제기하였고, 피고들은 손해배상을 구하는 이 사건 반소를 제기한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 환경정책기본법상 환경오염의 피해에 대한 손해배상책임(§44①)은 무과실책임임

○ 가해자의 귀책사유를 요건으로 하지 아니함

▶ 공해소송의 인과관계에 관한 증명책임은 피해자가 부담하지만, 증명책임이 완화됨[103]

○ 피고들(피해자)이 본증으로 증명할 사실

- ① 일반적으로 유해하다고 알려진 물질이 가해자로부터 배출되었다는 사실(해당 물질이 일반적으로 유해하다고 알려져 있다는 논문이나 서적 등을 증거로 제출)
- ② 그 물질이 피해물건에 도달한 사실
- ③ 도달 이후 손해가 발생한 사실

○ 원고(가해자)가 인과관계를 부정하기 위해 반증으로 증명할 사실[104]

- ⓐ 일반적으로는 유해하지만 피해자가 키우는 해당 물건에는 유해하지 않다는 점
- ⓑ 도달한 양이 적어서 피해 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점
- ⓒ 다른 원인(예: 화재 발생, 병충해 발생 등)으로 피해가 발생하였다는 점 등

○ 판결서는 위와 같은 논리순서로 작성하면 됨

▶ 인지보정명령의 상대방

○ 심급대리의 원칙상 소송대리인의 상소는 특별수권이 필요함. 그러나 실무상 사용되는 소송위임장에는 모두 특별수권이 포함되어 있음

---

103) 증명책임 완화에 관한 법리가 잘 표현된 사례(대법원 2009다84608 등 판결)를 참조한 것임

104) 재항변은 아님. 피해자는 여전히 증명책임을 부담하므로, 증명의 부담 정도로 보면 됨

○ 상소에 관한 특별수권이 있어서 소송대리인이 상소한 경우에 인지보정명령 역시 그 소송대리인에게 하면 적법함

- 이것이 현재 법원의 실무이기도 함
- 만일 본인에게 송달하여야 한다면 송달이 불능되는 경우가 적지 아니할 것이고 실무관이 매우 고생할 것임

○ 따라서 소송대리인에게 인지보정명령을 하고 보정이 안 될 경우 원심 재판장은 상소장을 각하할 수 있음

▶ 대상판결의 판시("상소장 각하명령이 적법하므로 이 사건 상고가 부적법하다")에 의문이 있음

○ 대상판결의 판시

- "인지보정명령에 대한 불응을 이유로 상고장을 각하한 원심 재판장의 조치는 적법하다. 따라서 피고 1의 상고는 상고기간이 지난 다음 제기된 것으로서 부적법하다"

○ 대상판결은 상고장 각하명령이 적법하므로 이 사건 상고가 부적법하다고 판시하고 있음

○ 그러나 상고장 각하명령이 내려진 이상 민사소송법에 정하여진 불복절차(재항고)를 통하여 이를 취소시키지 않는 한 그 효력을 다툴 수 없음. 즉 피고 1이 상고장각하명령에 대하여 7일의 즉시항고기간 내에 재항고를 하지 아니한 이상 상고장각하명령은 적법 여부와 상관없이 확정되는 것이고, 더 이상 다툴 수 없게 됨

- 인지보정명령의 적법한 송달 없이 한 항소장 각하명령은 위법하나 당연무효라고는 볼 수 없고 항소인은 즉시항고기간 내에 대법원에 재항고를 하여서 그 시정을 구하여야 한다(대법원 75다1109 판결)

○ 따라서 이 사건에서도 인지보정명령이 적법하다는 판단은 불필요한 것이고, 상고장각하명령에 대하여 재항고를 하지 않았다는 이유를 들어 이 사건 상고를 각하하는 것이 더 적절하였을 것으로 생각됨

7 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다207864 판결 [퇴직금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고(삼성물산)와 위탁판매계약을 체결한 후 백화점에 입점한 피고 회사의 매장을 운영하며 피고 회사의 상품을 판매한 자들임

○ 원고들은 피고의 근로자임을 전제로 피고에게 퇴직금을 구하는 소를 제기함

○ 원심은 원고들이 피고의 근로자에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 원고들의 청구를 기각함(대법원은 상고기각)

▣ 대상판결 검토

○ 원고들과 피고의 관계가 종속적인 관계로 보기 어렵다는 이유로 원고들의 근로자성을 인정하지 않았음

- 피고는 원고들의 근무태도를 관리하지 않았고, 원고들이 그 매장의 판매원 채용과 판매원의 급여를 모두 부담하였으며 피고는 이에 관여하지 않았음
- 원고들은 기존에 백화점 내에 설치된 피고 매장의 정규직 직원으로 근무하다가 일괄적으로 사직서를 제출하고 위탁판매계약을 체결하는 등의 방법으로 신분이 강제 전환된 사람들에 대하여 근로자성을 인정한 판례를 기초로 이 사건 소를 제기한 것으로 보이나, 원고들은 처음부터 위탁판매계약에 따른 매장관리자의 지위에 있던 자들임

8 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다216240 판결 [손해배상(산)]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 甲에게 도시형생활주택 신축공사 중 철근콘크리트공사를 하도급 함

○ 甲이 고용한 원고 1은 이 사건 공사 현장에서 일하던 도중 강관파이프가 비산되면서 머리 부분에 충격됨. 원고 2는 원고 1의 아내임

○ 원고들이 피고를 상대로 민법 제757조에 따라 손해배상을 구한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 휴업급여는 휴업기간 중의 일실수입에 대응하는 것이므로 그것이 지급된 휴업기간 중의 일실수입 상당의 손해액에서만 공제되어야 함(대법원 2010다77293 판결 등)

○ 원심은 적극적 손해를 포함한 전체 손해액을 산정한 다음 휴업급여, 장해급여 전액을 공제하는 잘못을 하였음

▶ 복수의 감정이 있는 경우, 감정의 중복 여부에 관하여 세심히 살핀 다음 중복이 있는 경우에는 이를 바로잡아 적정한 노동능력상실률을 인정하여야 함

○ 원고 1의 노동능력상실율 관련, 신경외과는 '두부외상에 의한 두통 및 기억력 장애'를 이유로 28%, 정신건강의학과는 '기억력 저하, 실행기능 저하 등의 인지기능장해'를 이유로 33%, 신경과는 '전두엽 손상과 관련된 무의욕, 실행기능 저하, 성격 변화 등'을 이유로 47%를 각 인정함

○ 비록 신경과 전문의가 위 각 신체감정이 중복감정이 아니라는 의견을 밝히기는 했으나, 원심은 감정보완이나 추가 사실조회 등을 통한 세심한 심리 없이 위 각 감정이 중복감정이 아니라는 전제하에 중복장해율 74.43%의 노동능력상실률을 인정하였음

○ 대법원은 위 각 신체감정이 중복감정일 여지가 있다는 이유로 파기환송 [끝]

2020. 9. 1.자 공보 [2020. 10. 23. 스터디]

서울고등법원 판례공보스터디

1 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다244224, 244231 판결 [임대보증금반환 · 건물명도]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고로부터 이 사건 아파트를 임차하였음

○ 피고는 임대차기간이 끝날 무렵 원고에게 이 사건 아파트를 인도해달라고 요구하였으나, 원고는 보증금의 반환을 요구하면서 인도를 거부함. 임대차기간은 2000. 5. 30. 만료하였음

○ 원고는 이 사건 아파트에 기본적인 가재도구를 남겨둔 채 원고의 모친 등으로 하여금 이 사건 아파트에 출입하게 하는 등으로 2013년 무렵까지 이를 점유하였음

○ 원고는 2014. 4. 22. 피고를 상대로 보증금의 반환을 구하는 이 사건 본소를 제기하였음

○ 피고는 2014. 12. 14. 甲에게 이 사건 아파트를 매도하였고, 원고는 2015. 6. 23. 甲에게 이 사건 아파트를 인도하였음

○ 원심은 보증금반환채권의 소멸시효가 임대차가 종료한 때로부터 진행하여 이 사건 본소가 제기될 무렵 이미 완성되었다고 판단하였음

○ 대법원은 원고가 보증금을 반환받기 위하여 이 사건 아파트를 적법하게 점유하고 있는 경우 보증금반환채권의 소멸시효가 진행되지 않는다고 보아 파기환송

▣ 소멸시효 제도

▶ 취지

○ 1 권리 위에 잠자는 자(권리 행사의 태만에 대한 제재)

○ 2 증거의 산일(散逸)(증명곤란의 구제)

○ 위 두 취지가 소멸시효에 관한 각종 법리를 해석하고 판단하는 기준이 됨

▶ 법원은 소멸시효의 판단에 있어 분석적인 방법을 사용하여 왔음

○ 1 그 권리가 소멸시효에 걸리는가?

- 물권적 청구권 (×), 채권적 청구권 (○)
- 권리의 성질에 관한 것이므로 법원에서 판단하면 됨

○ 2 권리를 행사할 수 있는 때로부터 소멸시효기간이 진행함(민법 제166조)

- 권리 행사에 '법률상의 장애가 없는 경우'를 의미함(판례)
- 소멸시효는 권리를 행사하지 않으면 진행하는 것이 아니라, 행사할 수 있으면 진행함

○ 3 소멸시효 중단사유가 존재하는가?(민법 제168조)

- 권리 행사는 시효의 진행이 아닌 중단에 관한 것임. 즉, 권리를 행사하면 시효가 중단됨
- 중단 사유는 ① 청구, ② 압류 또는 가압류, 가처분, ③ 승인 3가지임
- 판례는 위 세 가지 사유에 해당하거나, 이에 준할 때에만 시효중단사유로 인정해 왔음 (학계에서는 위 사유들이 제한적인 열거는 아니라고 해석하고 있음)
- 채권자가 시효중단 사유에 대하여 주장·증명책임을 부담함

▶ 관련 법리

○ 동시이행관계에 있어도 소멸시효는 진행함

- 매매계약에서 매도인의 매매대금채권과 매수인의 소유권이전등기청구권이 동시이행관계에 있더라도 권리행사에 법률상의 장애가 없으면 시효가 진행하므로, 동시이행관계에 있는 권리 중 매매대금채권만 소멸시효가 완성될 수도 있음

"부동산에 대한 매매대금 채권이 소유권이전등기청구권과 동시이행의 관계에 있다고 할지라도 매도인은 매매대금의 지급기일 이후 언제라도 그 대금의 지급을 청구할 수 있는 것이며, 다만 매수인은 매도인으로부터 그 이전등기에 관한 이행의 제공을 받기까지 그 지급을 거절할 수 있는 데 지나지 아니하므로 매매대금 청구권은 그 지급기일 이후 시효의 진행에 걸린다. 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권이므로 10년의 소멸시효에 걸리지만 매수인이 매매목적물인 부동산을 인도받아 점유하고 있는 이상 매매대금의 지급 여부와는 관계없이 그 소멸시효가 진행되지 아니한다."(대법원 90다9797 판결)

○ 일반적으로 점유는 시효의 진행을 방해하지 아니함

- 임대차 청약이 거절되어 임대인의 점포명도청구권과 임차인의 청약금반환채권이 동시이행관계에 있더라도 청약금반환채권은 시효의 완성으로 소멸함

"점포임대차 청약금반환채권이 점포명도의무와 동시이행 관계에 있다 하더라도 청약금반환의무자는 청약자로부터 점포명도의무의 이행제공을 받을 때까지 청약금의 지급을 거절할 수 있는데 지나지 아니하므로 청약금반환채권은 청약에 대한 거절이 확정된 때 이후부터 소멸시효가 진행한다."(대법원 93다27314 판결)

- 유치권의 행사(= 점유)는 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 아니함(민법 제326조)

○ 임차권등기를 하더라도 소멸시효가 중단되지 않음

"임차권등기명령에 따른 임차권등기에는 민법 제168조 제2호에서 정하는 소멸시효 중단사유인 압류 또는 가압류, 가처분에 준하는 효력이 있다고 볼 수 없다."(대법원 2017다226629 판결)

- 임차권등기도 보증금 반환채권을 실현하기 위한 노력의 일환이겠지만, 판례는 임차권등기

가 '압류, 가압류, 가처분'에 해당한다고 볼 수 없으므로 시효가 중단되지 않는다고 판단하였음

- 즉, 판례는 채권자의 채권회수 노력을 종합적으로 평가하여 시효중단을 판단한 것이 아니라, 민법상 시효중단 사유(청구, 압류·가압류·가처분, 승인)에 해당하는지 여부에 따라 시효중단을 판단하여 왔음

▶ 단, 부동산을 점유하고 있는 부동산매수인의 등기청구권은 소멸시효의 대상이 되지 아니함

"매도인 명의로 잔존하고 있는 등기를 보호하기 보다는 매수인의 사용수익 상태를 더욱 보호하여야 할 것이며 만일 이러한 경우의 등기청구권도 다른 일반채권과 동일하게 소멸시효에 걸린다면 매도인의 등기이전의무가 소멸되는데 그치는 것이 아니고 더 나아가 매도하여 기히 매수인에게 인도까지 완료한 매매목적물이 매도인에게 환원되어야 하는 결과가 되어 비록 그 책임이 매수인의 등기청구권 행사의 태만에 있다고는 할지라도 우리나라 부동산 거래의 현 실정에 비추어 심히 불합리하다고 아니할 수 없다. 따라서 부동산을 매수한 자가 그 목적물을 인도받은 경우에는 그 매수인의 등기청구권은 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 해석함이 타당하다." (대법원 76다148 전원합의체 판결)

- 의용민법은 의사주의를 취하고 등기를 대항요건으로 보았는데, 민법이 독일법을 따라 형식주의(등기가 소유권의 성립요건임)로 제도를 변경하였음. 그런데 민법 시행 이후에도 등기를 하지 않은 사람이 너무 많았음. 대상판결은 위와 같은 실정을 반영한 것임
- 위 전합판결은 앞서 본 판단기준 중 ①에 따라 점유하고 있는 매수인의 이전등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는다고 판단함

▣ 대상판결 검토

▶ 임차목적물을 적법하게 점유하는 경우 보증금반환채권의 시효가 진행하지 않는다는 것이 대상판결의 결론임

○ 대상판결의 논거는 ① 임차인이 임차목적물을 계속 점유하는 것이 임대인에 대한 보증금반환채권에 기초한 권능을 행사한 것으로서 보증금을 반환받으려는 계속적인 권리행사의 모습이 분명하게 표시되었다고 볼 수 있다는 것임. 여기에 ② 동시이행관계에 있는 채권간의 형평성 ③ 주택임대차보호법의 입법취지를 근거로 들고 있음

▶ 대상판결은 대법원 76다148판결과 마찬가지로, 임차목적물을 점유하고 있는 임차인의 보증금반환채권이 소멸시효의 대상이 아니라는 법리를 선언한 것으로 해석함이 상당함

○ 대상판결의 판시를 보면, "점유가 임대보증금반환채권에 기초한 권능의 행사여서 권리행사를 하고 있는 것이므로 시효가 진행하지 않는다"는 취지로 오해할 가능성이 없지 아니함

○ 그러나 임차목적물의 점유를 임대보증금반환채권에 기초한 권능의 행사라고 본다고 하더

라도, 소멸시효의 기산을 막을 수는 없는 것이고(소멸시효는 권리를 행사할 수 있으면, 즉 법률상 장애가 없으면 진행함), 이는 민법상 시효중단 사유 중 그 어느 것에도 해당하지 아니함

○ 따라서 대상판결은 대법원 76다148 전합판결의 선례를 따라, 성질상 소멸시효에 걸리지 않는 채권을 하나 더 추가한 것으로 보는 것이 적절함

▶ 대상판결의 결론에 약간의 의문이 있음

○ 경제적 약자인 임차인을 두텁게 보호할 필요성은 당연히 인정됨

○ 그러나 대상판결의 법리를 통해 임차인이 보호를 받게 되는 사례는 많지 않을 것으로 보임(임대차 종료 후 10년 넘게 임차인이 목적물을 점유한 상태에서 인도청구도, 보증금반환청구도 제기되지 않는 경우는 많지 않을 것임)

○ 법리에 법적 근거 없이 예외를 만드는 것은 신중하여야 함

○ 매수인의 이전등기청구권이 소멸시효의 대상이 되지 않는다는 법리는 거래 현실에서 매우 타당한 법리이지만, 임차인의 보증금반환청구권이 그에 준할 정도의 필요성이 있는 것인지는 의문이 있음

2 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

▶ 피고 금융감독원 관련 사안

○ 피고 금융감독원 직원들은 솔로몬저축은행이 180억 원을 출자하여 솔로몬사모투자전문회사의 지분 9.77%를 취득하는 것이 관련 규정에 위반되는지에 관한 검토결과를 금융감독위원회에 제출하는 의견서에 기재하지 않았음

▶ 피고 안진회계법인 관련 사안

○ 피고 안진회계법인은 솔로몬저축은행의 제38기 사업연도 회계감사업무를 수행함

○ 피고 안진회계법인은 솔로몬저축은행이 최초 작성한 제38기 재무제표 중 대출채권의 자산건전성 분류 및 대손충당금 적립 액수의 오류를 지적하면서 이를 바로잡도록 요청함

○ 피고 안진회계법인은 솔로몬저축은행의 제38기 사업연도 사업보고서에 첨부된 재무제표에 관한 감사보고서에 '적정' 의견을 표시함

○ 솔로몬저축은행은 원고들이 취득한 이 사건 각 회사채를 발행하면서 작성한 각 증권신고서에 '피고 안진회계법인이 솔로몬저축은행의 제38기 재무제표에 대한 감사하고 적정하다는 의견을 제출하였다'고 기재함. 그러나 솔로몬저축은행은 대손충당금을 적게 설정하는 등 재무제표에 거짓 기재를 하였음

▶ 원고들은 솔로몬저축은행(솔로몬저축은행의 소송계속 중 파산으로 이후 예금보험공사가 파산관재인으로 선임됨), 안진회계법인, 금융감독원, 대한민국을 상대로 거짓 기재로 인한 손해배상금의 지급을 구하는 이 사건 소송을 제기한 사안임

▣ 국가배상책임에서 상당인과관계

▶ 대상판결의 의미

○ 국가배상책임의 성립에 관하여 대법원은 직무상 위법행위와 손해의 인과관계에 관하여, 직무상 의무를 부과한 법령의 목적에 따라 상당인과관계를 달리 판단하여 왔음

○ 즉, 대법원 91다43466 판결 등은 직무상 의무를 부과하는 법령이 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이면 상당인과관계가 없고, 전적으로 또는 부수적으로 개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것이면 상당인과관계가 인정된다고 판단하였음

○ 대상판결은 이러한 판례를 다시 확인한 것임

- "직무상 의무를 부과한 법령의 목적이 사회 구성원 개인의 이익과 안전을 보호하기 위한 것이 아니고 단순히 공공일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면 상당인과관계가 있다고 할 수 없다."

▶ **위 법리는 독일의 판례·학설을 받아들인 것임[105)]**

○ 독일민법 제839조 제1항은 "공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 부담하는 직무상 의무를 위반한 때에는 그는 제3자에 대하여 그로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임을 진다."고 규정하고 있음

- 독일기본법 제34조는 국가 등이 공무원의 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 규정하고 있으므로, 위 독일 민법 조항은 실질적으로 국가배상책임을 규정한 것임
- 다만, 우리의 국가배상법과 달리 '직무상 의무의 제3자 보호성(제3자에 대하여 부담하는 직무상 의무를 위반하여야 하고, 제3자와 관계가 없다면 국가배상책임이 인정되지 않음)'에 관한 요건이 추가되어 있음

○ 독일 판례·학설은 직무상 의무를 부과한 조항의 취지가 부수적으로라도 개인의 신체·재산을 보호하려는 것이라면 배상책임을 긍정하고, 전반적으로 공공이익을 위한 것이라면 배상책임을 부정함. 우리 판례는 독일 판례의 태도를 그대로 받아들임

▶ **결과불법설 vs 행위불법설 ⇨ 판례는 행위불법설임**

○ 국가배상법 제2조 제1항은 국가배상책임의 요건으로서 공무원이 직무를 집행함에 당하여 '법령에 위반하여' 타인에게 손해를 가할 것을 규정하고 있고, 민법 제750조는 일반 불법행위의 요건으로서 '위법행위'만을 요구하고 있음

- 국가배상에서의 법령위반 여부 판단도 위법 여부의 판단으로 귀착됨

○ 국가배상에서의 위법성에 관하여 학설의 대립이 있음

1 결과불법설 : 국가배상의 위법성도 민법상 불법행위에서의 그것과 마찬가지로 가해행위의 결과인 손해의 불법성을 의미하는 것으로 보는 견해

2 행위불법설 : 행위결과의 불법 여부가 아니라 행위(공권력 행사)의 규범합치 여부가 위법성 판단의 대상이라 보는 견해

○ 민법상 불법행위에서는 타인에게 신체·재산상 손해를 가하는 것 자체를 위법한 행위로 평가할 수 있음

○ 그러나 공무원은 국민에게 신체·재산상 손해를 가하더라도 합법적인 경우가 많이 있으므로, 국민에게 손해가 발생하였다는 것만으로 공무원의 행위를 위법하다고 평가하기는 어려움. 즉, 공무원의 행위는 결과와 별도로 법률적합성을 판단하여야 함(행위불법설)

○ 결국 공무원의 행위는 법규에 위반한 것이면 그 자체만으로 위법하다고 보게 되므로, 문제되는 법 규정이 개인을 보호하기 위한 것인지는 위법 여부 판단에 속할 수 없음

○ 따라서 우리 판례는 독일 판례를 받아들이면서 '직무상 의무의 제3자 보호성'을 상당인과

105) 손지열 전 대법관님, "국가배상에 있어서의 위법성과 인과관계", 민사판례연구 제16집(1994), 민사판례 연구회, 208. 이하 참고

관계를 판단하는 기준으로 받아들인 것임

▶ 구체적인 사례

☞ 법률이 개인의 이익을 부수적으로나마 보호하는지 여부에 관한 판단은 실제로는 쉽지 아니함. 사례를 많이 외우고 기억하는 방법밖에 없음

○ 국가 소속 선박검사관, 시 소속 공무원들이 직무상 의무를 위반하여 시설이 불량한 선박에 대하여 선박검사증서를 발급하고, 해당 법규에 규정된 조치를 취함이 없이 계속 운항하게 함으로써 화재사고가 발생한 경우 ⇨ 상당인과관계 ○ (대법원 91다43466 판결)

○ 관련 법령에서 상수원수의 수질을 3급 이상으로 유지하고, 2급에 미달하는 상수원수는 고도의 정수처리 후 사용하도록 규정하고 있음에도, 피고 부산광역시가 수질기준에 미달하는 낙동강 하천수를 취수하거나 상수원수 3급 이하의 하천수를 취수하여 고도의 정수처리가 아닌 일반적 정수처리 후 수돗물을 생산·공급한 경우

⇨ 수돗물이 음용수 기준에 적합하고 몸에 해로운 물질이 포함되어 있지 아니한 이상 불법행위 × (대법원 99다36280 판결)

○ 노래연습장 시설 및 영업 일체를 양수하고 구 풍속영업의 규제에 관한 법률의 규정에 따라 영업주 명의변경을 위하여 경찰서장에게 풍속영업변경신고서를 제출하였으나, 노래연습장 건물에 이미 속셈학원과 컴퓨터학원이 있다는 것이 발견되어 전 영업주의 풍속영업신고서 수리행위가 잘못된 것으로 밝혀지자 경찰서장이 신고서를 반려한 경우

⇨ 경찰서장이 전 영업주의 영업신고서를 잘못 수리한 행위나 이를 즉시 시정하지 않은 행위와 영업변경신고서가 반려됨으로써 양수인이 입은 영업상 손해 사이에 상당인과관계 × (대법원 2000다34891 판결)

○ 태양광 사업을 하려고 하였는데 그 토지가 문화재보호법상의 현상변경허가 대상구역에 해당하여 개발행위를 할 수 없게 된 경우(계약체결 당시 국토이용정보체계에 이러한 내용이 고시되지 않았음)

⇨ 배상책임 ○ (울주군 : 대법원 2017다202968 판결, 완도군 : 2019다250824 판결)

▣ 대상판결 검토

○ 대상판결은 금융감독위원회가 지분 취득의 승인 여부를 결정하고, 피고 금융감독원에 위 승인 여부에 대한 검토를 하도록 관련 법령이 정하고 있는 것은 공공일반의 이익을 위한 것이지 금융상품에 투자한 투자자 개인의 이익을 직접 보호하기 위한 것이라고 할 수 없다는 이유로 피고 금융감독원 직원들의 위법행위와 원고들이 입은 손해 사이에 상당인과관계가 없다고 보았음

☞ 앞서 본 판례의 법리에 비추어 당연한 판결임

○ 원심은 피고 안진회계법인의 손해배상책임을 인정하였는데, 대법원은 '피고 안진회계법인이 솔로몬저축은행에 대하여 오류를 지적하고 바로잡을 것을 요청한 이후에, 그 내용이 최

종 감사보고서와 그에 포함된 솔로몬저축은행의 최종 재무제표 등에 반영되어 수정되었는지 여부 등'을 더 살펴보라는 이유로 파기환송

- 대법원에서 어느 부분을 더 살펴보라고 판시하는 경우에는 대법원에서 이미 그 부분을 확인하여 본 경우가 많음(어차피 결론이 동일하게 될 것이면 기각하는 것이 타당하기 때문임)

3 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다56455 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고 회사 소유의 이 사건 선박이 침몰하자 여수해양경찰서장은 구 해상교통안전법에 따라 이 사건 선박에 대한 구난명령을 하였고, 여수시장은 구 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률에 따라 이 사건 선박에 대한 제거명령을 하였음. 그러나 수년간 이행이 이루어지지 않았을 뿐만 아니라 행정대집행이나 그 이행을 강제하기 위한 행정관청의 조치도 없었음

○ 해양사고 조사기관들은 이 사건 사고 현장을 조사한 각 보고서에서 ① 이 사건 선박이 다른 선박의 항행 안전에 위험을 줄 우려가 없고, ② 이 사건 선박에서 오염물의 유출 등으로 인한 환경오염을 발생시킬 우려도 없으며, ③ 이 사건 선박을 인양할 경우 내부에 안정적으로 고착되어 있던 유류나 아스팔트가 해저에 비산되어 추가 오염을 일으킬 수 있고, ④ 선박 인양이 기술적으로 매우 어렵고, 유사한 사례도 거의 없어 인양 비용이나 위험의 정도가 상당히 높지만 이를 실제로 산정하는 것도 쉽지 않다는 의견을 제시함

○ 원고 회사는 원심 변론종결 시점까지 이 사건 선박을 제거하기 위한 구체적인 계획을 가지고 있지 않았음

○ 원심은 손해가 현실적으로 발생하였다는 이유로 피고의 손해배상책임을 인정하였음

○ 대법원은 이 사건 선박의 제거에 따른 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 단정하기 어렵다는 이유로 파기환송

▣ 불법행위에서 손해는 현실적 · 확정적으로 발생한 것이어야 함

▶ [관련판례 1] 대법원 2016다217833 판결

○ 등기공무원의 잘못으로 대지권의 표시가 잘못 기재된 등기가 마쳐졌고, 중간 매수인이 최종 매수인으로부터 부족 지분에 대한 배상을 요구받자 국가를 상대로 국가배상청구를 한 사안 ⇨ 중간 매수인의 손해배상청구권을 인정하지 않았음

- 판례는 최초 매수인뿐만 아니라 그 등기 기재를 믿고 매수한 모든 매수인들의 손해가 전부 인과관계가 있다고 봄
- 최종 매수인이 국가를 상대로 손해배상청구를 하였다면 인용되었을 것임
- 위 판결은 중간 매수인이 국가를 상대로 손해배상청구를 한 것으로서, 대법원은 중간 매수인이 최종 매수인으로부터 부족 지분에 대한 배상을 요구받았다는 사실만으로는 손해가 확정적으로 발생하였다고 보기 어렵다는 이유로 기각 취지로 파기환송
- 중간 매수인이 패소 판결 확정 이후에 최종매수인에게 실제 배상을 하게 되면, 손해 발생 시점이 변론종결일 이후여서 다시 소송을 제기할 수 있음(기판력이 미치지 않음)
  ⇨ 최종 매수인이 국가를 상대로 소송을 제기하면 국가의 손해배상책임을 인정할 수밖에

없으므로, 이중 지급을 방지하는 차원에서 타당한 결론임

▶ **[관련판례 ②] 대법원 2017다276679 판결(포항영일만항 외곽시설 축조공사 입찰담합 사건)**

- 입찰 참가자들이 담합하여 높은 금액으로 낙찰을 시켜서 한 회사가 이득을 얻고, 나머지 회사들은 설계비를 보상받아 지출한 비용을 회수해 간 사실이 적발되었는데, 낙찰자와의 계약을 취소하지는 않고 입찰 참가자들 상대로 정상적인 낙찰가격과의 차액을 공동불법행위로 청구한 사안
- 공동불법행위자들이 소멸시효 완성 주장을 하였는데, 대법원은 계약 체결에 따라 채무를 부담하게 된 시점에 손해가 발생하였고, 따라서 계약체결일부터 소멸시효가 진행한다고 판단함
- 대법원은 채무자가 국가이어서 채무를 변제하지 않거나 집행을 당하지 않을 방법이 없으므로, 채무를 부담하게 된 시점에 손해가 확정적으로 발생한 것으로 본 것임
  ※ 국가가 실제 공사대금을 지급할 때에는 공사대금 채무가 소멸하므로, 그때는 손해가 발생하지 아니함

▣ 대상판결 검토

○ 앞서 본 두 판례를 기초로 대상사건을 보면, 이 사건은 원고 회사가 실제로 채무를 이행할 가능성도 높지 않고, 국가나 지방자치단체도 이 사건 선박을 제거할 것을 요구하지는 않을 것으로 보임

○ 따라서 채무가 확실하지 않으므로 청구를 기각하는 것이 타당함

○ 이러한 경우 원고 회사가 실제 비용을 지출하여 손해가 현실적으로 발생하게 되었을 때 다시 손해배상청구를 할 수 있다는 것을 판시 내용에 포함시키는 것도 좋을 것임

④ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결 [주권인도청구]

▣ 사안의 개요

○ 원고 회사의 이사 2인 중 1인인 甲이 주주총회 결의 없이 원고 회사와 주식양수도계약을 체결한 사안임

○ 원심은 위 주식양수도계약을 무효라고 보았음(대법원 상고기각)

▣ 대상판결 검토

▶ 이사 등의 자기거래 금지

> **상법 제398조(이사 등과 회사 간의 거래)**
> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.
> 1. 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주
> 2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속
> 3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속
> 4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사
> 5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

○ 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사는 이사를 1명 또는 2명으로 할 수 있음. 이 경우에는 이사회결의가 필요한 사항은 주주총회의 결의를 거쳐야 함

○ 2011년 개정전 상법에 있어서 판례는 사후 추인을 긍정하였음(대법원 2005다4284 판결 등)

○ 개정 후 상법은 '미리' 승인을 받을 것을 명시하였는데, 사후 추인이 가능한지에 대하여는 긍정설과 부정설의 대립이 있음

- 상법이 개정된 이후 위 쟁점에 관한 대법원의 판단은 없는 것으로 보임

▶ 이사와 회사의 거래는 당사자 사이에는 무효이나 선의 또는 경과실의 제3자에 대하여는 대항 못함

○ 이사와 회사의 거래가 이사회의 승인을 얻지 못하여 무효라는 것을 회사가 제3자에 대하여 주장하기 위해서는 거래의 안전과 선의의 제3자를 보호할 필요상 이사회의 승인을 얻지 못하였다는 것 외에 제3자가 이사회의 승인 없음을 알았다는 사실을 증명하여야 함(대법원 84다카1591 판결 등)

○ 회사가 제3자의 악의·중과실임을 주장·증명하면 이사와 회사의 거래는 제3자에 대한 관계에서도 무효가 됨(대법원 2003다64688 판결 등)

※ 상법에서는 거래의 안전을 보호하기 위하여 경과실을 보호하는 경우가 상당히 많음

▶ 과점 주주는 1인 회사와 동일하게 볼 수 없음

○ 1인 회사가 아닌 이상, 소수 주주의 절차적 정당성을 보장하기 위하여 주주총회 소집절차 등을 거쳐야 함. 이를 거치지 않으면 결의부존재 또는 결의취소의 사유가 됨(대법원 2017다251564 판결)

5 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결 [근저당권말소]

▣ 사안의 개요

○ 甲이 乙에게 금원을 대여하면서 이에 대한 담보로 乙의 배우자인 丙 소유의 부동산에 甲의 자녀인 피고 1, 2 명의로 근저당권설정등기를 마쳤음

○ 丙의 채권자인 원고 회사가 근저당권등기와 피담보채권의 주체가 다르다고 주장하며 피고 1, 2를 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구한 사안임

○ 원심은 근저당권등기와 피담보채권의 주체가 다르고, 피담보채권이 실질적으로 피고 1, 2에게 귀속되었다고 인정할 증거가 없다는 이유로, 근저당권등기가 무효인 등기로서 말소되어야 한다고 판단함

○ 대법원은 甲과 피고 1, 2가 불가분적 채권관계로 볼 여지가 상당하다는 이유로 파기환송

▣ [관련판례] 대법원 99다48948 全合 판결

▶ 채권이 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있으면 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효임

"근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다." (대법원 99다48948 全合 판결)

○ 채권자 ≠ 근저당권자인 경우, ① 부동산실명제 위반 여부, ② 담보물권의 부종성이 문제됨

- 근저당권의 명의신탁은 부동산실명법 위반으로 무효이므로, 근저당권이 명의신탁된 것이라는 주장은 받아들여질 수 없음
- 담보물권에는 물상대위성, 불가분성, 부종성 세 가지 성질이 인정되는데, 부종성도 엄격하게 요구됨. 채권이 소멸하면 담보물권도 소멸하고, 채권이 없으면 담보물권도 성립하지 않음

○ 다수의견의 '불가분적 채권관계의 형성'은 상당히 설득력이 있음. 다수의견의 논리는 다음과 같이 요약할 수 있음

- 제3자 명의로 근저당권을 설정할 때 당사자 간에 합의된 의사는 근저당권 명의자가 경매를 신청할 수도 있고, 경매절차에서 배당을 받을 수도 있다는 것임
- 그러한 관계라면 채무자가 근저당권명의자에게 변제하여도 유효한 변제로 볼 수 있음
- 따라서 당초의 채권자와 근저당권자의 관계를 불가분적 채권관계로 볼 수 있고, 이렇게 보면 부동산실명법 위반, 부종성 모두 문제되지 아니함

▶ **대법원 99다48948 全合 판결의 배경에 비추어 제3자 명의의 근저당권은 대체로 유효라고 보아야 함**

○ 위 99다48948 全合 판결은 거래현실에서 채권자와 근저당권자의 명의가 다른 경우가 상당히 많고, 일반인으로서는 담보물권을 설정할 때 채권자와 근저당권자가 일치하여야 한다는 생각을 잘 하지 않는 점 등을 고려하여 그러한 근저당권의 유효성을 인정한 것임

○ 이러한 사정은 대부분의 근저당권등기에 적용될 수 있는 논리임

○ 그런 점에서 위 전합 판결이 '특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다'고 판시한 것은 자칫 오해하기 쉬운 점이 있었음

- 실제로 특별한 사정이 있었다고 볼 수 없다는 이유로 무효라고 판단하였다가 대법원에서 파기된 경우가 꽤 많았음

▣ 대상판결의 검토

▶ **위 관련판결의 법리에 따라 제3자 명의 근저당권등기의 유효성을 인정하였음**

○ 채권자와 근저당권 명의자가 다르기는 하지만 제3자 명의로 근저당권등기가 마쳐진 다른 일반 사건들과 별 차이가 없음

○ 당연히 위 근저당권등기도 유효라고 보아야 함

▶ **그런데 대상판결은 위 관련판결을 인용하면서도 판시 전체를 인용하지 않고, "가령 채권자와 근저당권자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그러한 근저당권설정등기도 유효하다고 볼 것이다"는 판시를 하였음**

○ '특별한 사정이 있는 경우에만 근저당권설정등기가 유효하다'는 식의 오해를 피하기 위한 것이 아닌가 생각됨

⑥ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다202821 판결 [기타(금전)]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고 1과 사이에 이 사건 빌라 총 8세대의 분양을 원고가 대행하고 이에 대한 대가로 수수료를 지급받기로 하는 내용의 분양전속계약을 체결하면서, 특약사항으로 “분양계약기간 만료 후 미분양 물건은 원고가 모두 인수하는 조건으로 한다.”라고 정하였음

○ 원고는 피고 1을 상대로 계약금 반환 및 분양수수료 지급을 구하는 이 사건 소를 제기함

○ 원심은 이 사건 조항이 법률행위의 부관으로서 조건을 정한 것이라고 보아 조건이 성취되지 않았다는 이유로 원고의 청구를 모두 배척함

○ 대법원은 이 사건 조항이 조건을 정한 것으로 보기 어렵다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

○ 민법상의 ‘조건’이라는 개념은 일반인들에게는 생소한 것이고, 통상 ‘의무의 부담’의 의미로 많이 사용됨

- ‘부동산소개료는 매수인이 부담하는 조건으로 한다’
- ‘잔금을 언제까지 지급하는 조건으로 한다’
- ‘임대인이 도배를 해주는 조건으로 한다’

○ 이러한 약정들은 법률행위의 부관으로서 조건을 의미하는 것이 아님

○ 이 사건의 경우에, 분양계약기간 만료 후 미분양 물건을 인수하는 것은 가장 마지막 단계에서 발생할 일임 ☞ 원고가 계약에 따른 의무를 상당히 수행하였음에도 불구하고 마지막 단계에서 미분양 세대를 인수하지 아니하였다고 하여 조건이 성취되지 않은 것으로 보아 수수료 전부를 포기할 의사였다고 보기는 어려움

7 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다208195 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 원고와 피고는 이 사건 부동산을 1/2 지분씩 공유하고 있었음

○ 원고와 피고는 甲에게 이 사건 부동산을 매매하는 계약을 체결함. 甲은 원고와 피고에게 계약금을 지급하였음

○ 甲은 원고와 피고를 상대로 이 사건 매매계약이 원고와 피고의 이행거절로 해제되었다고 주장하며 이 사건 계약금의 반환을 구하는 소를 제기함. 甲의 청구를 인용하는 판결이 확정되었고, 원고는 甲에게 이 사건 계약금 등을 지급하였음

○ 원고는 피고를 상대로 피고의 부담부분에 대하여 구상을 구하는 이 사건 소를 제기함

▣ 대상판결 검토

▶ 원고와 피고의 甲에 대한 계약금반환의무는 불가분채무임

○ 건물의 공유자가 공동으로 건물을 임대한 경우, 임차인에 대한 보증금반환채무는 성질상 불가분채무에 해당함. 이는 매매의 경우에도 동일함

"건물의 공유자가 공동으로 건물을 임대하고 보증금을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 임대는 각자 공유지분을 임대한 것이 아니고 임대목적물을 다수의 당사자로서 공동으로 임대한 것이고 그 보증금 반환채무는 성질상 불가분채무에 해당된다고 보아야 할 것이다."(대법원 98다43137 판결)

▶ 불가분채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정됨

○ 연대채무와 불가분채무에서 부담부분은 수익비율에 따름

○ 대상판결에서는 원고가 8억 7,500만 원, 피고가 2억 5,000만 원을 각 분배받았으므로, 위 금액의 비율이 원고와 피고 사이에서 부담부분을 정하는 기준이 될 것임

▶ 연대채무의 부담부분은 비율임에 반해, 부진정연대채무의 부담부분은 금액임

○ 부진정연대채무는 자기의 부담부분을 초과하여 변제하여야만 그 초과부분을 다른 부진정연대채무자에게 구상할 수 있음

○ 연대채무, 불가분채무에서는 일부 금액만 변제하더라도 부담부분에 따라 구상할 수 있음. 따라서 변제가 이루어질 때마다 반복해서 구상할 수 있는데, 이는 법이 예정한 것임

○ 연대채무는 의사의 연락이 있는 경우이고, 부진정연대채무는 의사의 연락이 없는 경우임을 고려하면 위와 같은 구조를 이해하기 쉬울 것임

8 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결 [대출금등]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 한국토지주택공사와 이 사건 아파트에 관한 임대차계약을 체결하여 거주함

○ 원고는 피고와 사이에 대출약정을 체결함. 피고는 2015. 11. 16. 피고가 원고에게 이 사건 임대차계약의 임대차보증금반환채권을 담보로 제공하는 내용의 근질권설정계약을 체결하였고, 위 내용이 포함된 질권설정통지서는 그 무렵 한국통지주택공사에 도달함

○ 위 근질권설정계약서에는 피고는 원고의 동의 없이 이 사건 임대차계약을 연장, 갱신하는 것이 불가능하고, 임대차계약의 연장, 갱신의 경우에는 반드시 원고의 사전 동의를 얻어야 효력이 발생한다는 내용이 기재되어 있었음

○ 피고는 이 사건 대출약정의 만기일인 2017. 11. 17.이 지난 후에도 원고에게 대출금을 변제하지 않았음

○ 한국토지주택공사는 이 사건 임대차계약(임대기간 2016. 2. 1. ~ 2018. 1. 31.)을 갱신하기 위하여 재계약에 따른 증액보증금 납부 및 계약체결을 요청하였으나 피고가 이에 응하지 아니함. 피고는 2019년 무렵에 이르러 미납된 증액보증금 및 관리비를 납부하기 시작함

○ 원고가 한국토지주택공사를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 아파트의 인도를 구한 사안임

○ 원심은 이 사건 임대차계약이 2018. 1. 31. 이후에 갱신되었다 하더라도 위 근질권설정계약에 따라 원고에게 대항할 수 없으므로 이 사건 임대차계약이 2018. 1. 31. 기간 만료로 종료되었다는 이유로 원고의 이 사건 아파트의 인도청구를 인용함

○ 대법원은 임대차계약이 묵시적으로 갱신되었다고 보아 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 압류·추심권자에 관한 2020다202371 판결[106]과 동일한 취지의 판결임

○ 민간임대주택법상의 갱신거절사유는 제한적·한정적인 것이고, 임대인은 임차인이 원하는 이상 특별한 사정이 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없음

○ 대상판결은 원고가 임대인을 대위하고 있는 이상, 임대인이 주장할 수 있는 사유만 주장할 수 있고, 임대인에게 갱신거절사유가 없는 이상 이 사건 임대차계약이 묵시적으로 갱신되었다고 보아 원고의 인도청구를 기각하였음

▶ 대상판결에서도 질권자의 갱신거절권의 행사가 유효한지에 대한 쟁점은 판단되지 아니하였

106) 해당 판결에서는 압류·추심명령을 받은 예금보험공사가 임차인을 대신하여 한 갱신 거절이 유효하므로 임대차가 종료되었다고 원고(임대인)가 주장하였음. 대법원은 임대주택법이 적용되는 주택의 경우 채권자가 임대보증금반환채권에 관하여 압류·추심명령을 받더라도 임차인을 대신하여 갱신거절권을 행사할 수 없다는 이유로 원고의 주장을 받아들이지 않았음

음

○ 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 행사할 수 있음(민법 제353조). 질권자는 자기의 고유한 권리로서 추심권을 행사하는 것이고, 채권을 실현하는 데 필요한 일체의 재판상 및 재판외의 행위를 할 수 있음

○ 이 사건 소송에서 원고(질권자)는 임대인(한국토지주택공사)를 상대로 보증금반환청구를 하였고, '피고 한국토지주택공사는 이 사건 피고(임차인)로부터 이 사건 부동산을 인도받음과 동시에 7,130만 원에서 이 사건 피고가 연체한 차임, 관리비 등 임대차관계에 따른 채무액을 공제한 나머지 돈을 지급하라.'는 내용의 화해권고결정이 확정되었음

○ 이 사건 소송 과정에서 질권자가 보증금반환채권을 행사하기 위하여 임대인에 대하여 갱신거절을 하였을 것으로 보임

○ 임대주택법이 임대인의 갱신거절에 관한 사유를 제한하고 있다고 해석하더라도, 임차인이 기간종료후 갱신을 거절하는 것을 제한하는 논리는 개발하기 어려움

○ 대상판결에도 이 부분에 대한 판단은 없음. 조만간 판례가 나올 것으로 기대함

▶ 대상판결의 법리에 찬성함

○ 대상판결은 2020다202371 판결과 동일하게 경제적 약자인 임대주택의 임차인을 보호하는 법리를 선언한 것임

○ 이러한 법리가 정착되면, 경제적 약자인 임차인이 임대차보증금을 담보로 대출을 받기 어려워질 것으로 보이므로, 위 법리가 임차인에게 이익이 된다고만 보기는 어려운 측면이 있음

○ 그러나 이러한 사정을 고려하더라도, 대상판결의 결론이 타당하다고 생각됨

- 임대주택의 보증금은 비교적 소액이고, 주택임대차보호법상 소액보증금의 범위에서는 압류가 금지되어 있음(민사집행법 246조 1항 6호)
- 압류금지된 부분을 초과하는 부분의 압류는 유효이지만, 임대목적물을 반환할 때까지 연체차임 등이 모두 임대보증금에서 공제되는 점에 비추어, 질권자가 소송을 진행하더라도 실제 회수할 수 있는 채권액은 없거나 매우 적을 것임
- 채권회수도 제대로 되지 않으면서 임차인만 임대주택에서 나와야 하는 상황이 발생할 가능성이 있음

9 대법원 2020. 7. 17.자 2020카확522 결정 [소송비용부담및확정]

▣ 사안의 개요

○ 피신청인은 신청인을 상대로 관리비 등의 지급을 구하는 소를 제기하여 일부 승소하였으나, 신청인이 항소하여 피신청인의 청구를 전부 기각하는 판결이 선고되었음

○ 이에 피신청인이 상고하였다가 상고심 계속 중 소를 취하하였음

○ 신청인이 피신청인을 상대로 대법원[107]에 소송비용부담 및 확정을 구하는 이 사건 신청을 하였음

▣ 대상결정 검토

▶ 소송비용부담의 재판은 부수적 재판임

○ 소송비용 부담의 재판 및 소송비용액 확정의 재판은 모두 본안재판에 부수된 재판임

○ 민사소송법상으로는 본안재판과 함께 소송비용부담의 재판, 소송비용액 확정의 재판도 할 수 있는 것인데(민사소송법 110조), 실무상으로 소송비용 부담의 재판만 하고 본안재판이 확정된 이후에 신청을 받아 소송비용액 확정재판을 하고 있음

○ 따라서 소송비용 부담에 관한 실체상의 권리가 소멸되었다는 등의 사정은 소송비용 부담의 재판이나 소송비용액 확정재판에서는 내세울 수 없음

▶ 이 경우 청구이의의 소를 제기하여야 함

○ 소송비용 부담에 관한 실체상의 권리가 소멸하였다거나 이전되었다는 등의 사정은 소송비용부담 및 확정결정의 집행단계에서 청구이의의 소 등으로 다투어야 함

"소송비용액 확정절차 밖에서 이루어진 변제, 상계, 화해 등에 의하여 소송비용부담에 관한 실체상의 권리가 소멸되었다고 하더라도 이러한 사유는 소송비용액 확정결정의 집행단계에서 청구이의의 소를 제기할 사유가 될 수는 있으나 소송비용액 확정절차에서 심리·판단할 대상은 아니다."(대법원 2016마1116 결정, 대법원 2008마482 결정 등)

[끝]

107) 민사소송법 제110조 제1항을 보면, 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에는 제1심 법원이 그 소송비용액을 확정하도록 되어 있음. 그런데 민사소송법 제114조 제1항에 따라 소송비용의 액수를 정하는 경우에는 관할법원이 제1심 법원인지, 아니면 소송종료 당시의 사건 계속 법원인지에 관하여 견해의 대립이 있으나, 소송종료시의 사건 계속 법원이라고 보는 것이 판례(대법원 2016마937 결정 등)와 실무의 태도임

1 대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결 [구상금]

▣ 사안의 개요

○ 원고(KB손해보험)는 甲 회사와 근로재해보험계약을 체결한 보험자임. 약관에 의하면 원고는 甲 회사의 근로자에게 생긴 업무상 재해로 甲 회사가 부담하는 손해가 의무보험(산재보험)으로 전보되는 범위(산재보상분)를 초과할 경우 그 초과액을 보상할 의무를 부담함

○ 甲 회사의 근로자인 A는 2011. 6. 24. 공사 현장에서 추락하여 상해를 입었음. A는 이 사건 사고로 발생한 피해에 대하여 피고(근로복지공단)로부터 휴업급여 및 요양급여를 지급받았는데, 이 사건 사고로 인한 장해가 인정되지 않는다는 전문의의 소견에 따라 장해급여는 청구하지 않았음

○ A는 2011. 12. 15. 甲 회사를 상대로 이 사건 사고로 인한 손해배상 청구소송을 제기하였음. 해당 사건의 제1심법원은 신체감정 결과를 근거로 A에게 이 사건 사고로 인한 영구장해가 인정된다고 보고, A의 일실수입 및 위자료 등의 지급을 명하는 판결을 선고함. 甲 회사가 항소하였으나 기각되어 위 판결은 그대로 확정됨(이하 '관련 민사소송')

○ 원고는 2014. 7. 3. A에게 관련 민사소송 결과에 따라 보험금을 지급하였음. 위 보험금에는 A가 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법')에 따라 피고로부터 받을 수 있는 장해보상일시금이 포함되어 있었음

○ 원심은 원고가 산재보험법 제87조 제1, 2항의 제3자에 해당한다는 전제 하에 원고는 피고를 상대로 피고가 지급을 면한 장해급여 부분을 구상할 수 있다고 보았음

○ 대법원은 산재보험법 제87조에서의 제3자란 피해 근로자에 대하여 불법행위·손해배상책임을 부담하는 자 또는 직접 손해배상책임을 지는 책임보험자를 의미하므로, 산재보상분에 대하여 지급의무가 없는 원고는 이에 해당하지 아니한다는 점에서 원심은 부적절하나, 원고의 장해급여 부분에 관한 변제를 민법 제469조의 제3자에 의한 변제로 볼 수 있는 이상 원심의 결론은 정당하다고 보았음(상고기각)

▣ 제3자 변제 vs 비채변제

▶ 제3자 변제

민법 제469조(제3자의 변제)

① 채무의 변제는 제삼자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제삼자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 이해관계없는 제삼자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.

▶ 비채변제

민법 제744조(도의관념에 적합한 비채변제)
채무없는 자가 착오로 인하여 변제한 경우에 그 변제가 도의관념에 적합한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.

민법 제745조(타인의 채무의 변제)
① 채무자 아닌 자가 착오로 인하여 타인의 채무를 변제한 경우에 채권자가 선의로 증서를 훼멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 때에는 변제자는 그 반환을 청구하지 못한다.
② 전항의 경우에 변제자는 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

▶ 양자의 구별 ⇨ 타인의 채무를 변제한다는 의사 유무

○ 변제는 준법률행위이므로, 변제의 효력이 발생하기 위해서는 변제의사가 인정되어야 함

○ 제3자 변제의 경우에도 타인의 채무를 변제한다는 의사와 변제지정(or 채권자의 인식)이 필요함

"민법 제469조에 정한 바에 따라 채무의 변제는 제3자도 할 수 있는 것인바, 제3자가 타인의 채무를 변제하여 그 채무를 소멸시키기 위하여는 제3자가 타인의 채무를 변제한다는 의사를 가지고 있었음을 요건으로 하고 이러한 의사는 타인의 채무변제임을 나타내는 변제지정을 통하여 표시되어야 할 것이지만, 채권자가 변제를 수령하면서 제3자가 타인의 채무를 변제하는 것이라는 사실을 인식하였다면 타인의 채무변제라는 지정이 있었다고 볼 수 있다." (대법원 2009다71558 판결)

○ 타인의 채무를 변제하는 경우에 타인의 채무를 변제한다는 의사 또는 변제지정이 없으면 비채변제가 되어 원칙적으로 변제자는 채권자에게 부당이득반환을 청구할 수 있음

○ 다만, 비채변제의 경우에도 도의관념에 적합한 비채변제(민법 744조), 채권자가 선의로 증서를 훼멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 채권이 소멸한 경우(민법 745조)에는 채권자에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 없음. 이에 따라 채무자의 채권자에 대한 채무는 소멸하고, 변제자는 채무자에게 구상할 수 있음

○ 이때 구상권의 본질은 부당이득반환청구권임(민법 744조, 745조의 규정들은 민법 제4장 부당이득에 속하는 규정들임)

▣ 대상판결 검토

▶ 원심은 산재보험법 제87조에 따라 원고의 구상권을 인정하였음

제87조(제3자에 대한 구상권)
① 공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 사람의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다. 다만, 보험가입자인 둘 이상의 사업주가 같은 장소에서 하나의 사업을 분할하여 각각 행하다가

그 중 사업주를 달리하는 근로자의 행위로 재해가 발생하면 그러하지 아니하다.
② 제1항의 경우에 수급권자가 제3자로부터 동일한 사유로 이 법의 보험급여에 상당하는 손해배상을 받으면 공단은 그 배상액을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 환산한 금액의 한도 안에서 이 법에 따른 보험급여를 지급하지 아니한다.

○ 원심은 원고가 A에게 장해급여 상당의 금액을 지급한 것이 제87조 제2항에 해당하므로, 피고는 A에 대한 장해급여 지급의무를 면하고, 원고는 피고에게 구상권을 행사할 수 있다고 보았음

▶ 원고가 A에게 산재보상분에 상응하는 돈을 지급한 것이 산재보험법 제87조에 해당한다고 볼 수 없음

○ 산재보험법 제87조에서 규정하는 제3자는 피해 근로자에 대하여 불법행위책임·손해배상책임을 부담하는 자 또는 직접 손해배상책임을 지는 책임보험자를 의미함

○ 원고는 甲 회사와 사이에 각종 사고로 인한 손해액이 의무보험에서 보상하는 금액을 초과할 경우 그 초과액을 보상하기로 약정하였고, 장해급여 부분은 의무보험에서 보상하는 금액에 해당함

○ 원고는 장해급여를 지급할 의무가 없었으므로, 산재보험법 제87조의 제3자에 해당하지 아니함

▶ 대상판결은 원고의 변제가 제3자 변제로서 유효하다고 보았음

○ 대상판결은 변제의사 및 변제지정에 갈음한 채권자의 인식을 인정하였는데 그 근거는 아래와 같음[공보 제1664쪽 5) 다. 부분]

- 피고는 A에게 장해급여에 해당하는 금액을 지급할 의무가 있었고, 이러한 사정은 관련 민사소송의 변론과정에서 이루어진 신체감정 결과로 알려졌음
- 원고가 A의 손해액을 지급할 때 그 중 장해급여 상당액은 피고를 대신하여 변제할 의사로 지급한 것이고, A도 신체감정 결과를 통하여 피고에게 장해급여 지급의무가 있다는 것을 인식하고 손해액을 수령한 것임

○ 제3자 변제로서 유효하므로 피고의 장해급여 지급의무는 소멸하였고, 원고는 민법 제469조에 의하여 피고에게 이를 구상할 수 있음

▶ 대상판결에 의문이 있음 ☞ "타인의 채무를 변제하려는 의사"

○ 원고에게 타인의 채무를 변제하려는 의사를 인정할만한 아무런 사정이 없음

- 원고는 보험회사인데, 보험회사가 보험금 지급대상이 아님을 알면서 보험금을 지급할 이유가 없음. 만일 담당 직원이 보험금 지급의무가 없음을 잘 알면서 보험금을 지급하였다면 업무상 배임죄로 처벌받을 수 있음
- 이 사건 소송에서 원고는 산재보험법 제87조에 의한 구상권을 주장하였는데, 이는 자신의 보험금 지급이 보험계약에 따라 유효하게 지급되었음을 전제로 하고 있는 것임

○ 피해자가 보험금 지급대상이 아님을 알면서 변제를 받았다고 볼 근거도 없음

- 피해자는 회사를 상대로 한 소송에서 승소한 금액을 보험회사(원고)가 보험금으로 지급하니까 보험금으로 생각하고 수령한 것이고, 장해급여 상당액이 보험금 지급대상이 아니라는 사실은 알지 못하였을 것임
- 이 사건 소송의 제1심, 제2심 재판부도 보험금 지급이 유효하다고 보고 재판을 하였는데 법률문외한인 피해자가 이를 알고 있었을 가능성은 거의 없음

○ 대법원에서 제3자 변제에 해당하여 유효하다고 판시한 것은 당사자들의 실제 의사나 인식을 실제와 다르게 의제해버린 것임

▶ 착오로 인한 비채변제이나 '채권자가 시효로 채권을 잃은 때'(민법 745조 1항)에 해당하는 것으로 보임

○ 근로기준법 제92조[108]에 비추어 A의 피고에 대한 장해급여 지급청구권은 3년의 시효기간 도과로 소멸한 것으로 보임

- 제1심과 원심에서 피고가 장해급여 수급권의 소멸시효 완성을 주장하였음

○ 그 경우에는 원고는 민법 제745조 제2항에 따라 피고에 대하여 구상권을 가지게 됨

▶ 다만, 변론주의의 원칙상 민법 제745조를 이유로 상고를 기각하는 것은 적절하지 않았을 것으로 보임

○ 원고는 산재보험법 제87조를 근거로 구상권을 주장했는데, 대법원에서 당사자가 주장하지 않은 제3자 변제에 따른 구상권을 인정하면서 상고를 기각하였음

○ 산재보험법 제87조와 제3자 변제는 요건사실이 거의 동일하고, 원고가 추가로 주장·증명할 사실관계는 없을 것으로 보이므로, 대법원의 판단이 변론주의에 반하는 것으로는 볼 수 없음

○ 그러나 민법 제745조 제1항에 따른 비채변제에 해당한다는 이유로 구상권을 인정하기 위해서는 A의 피고에 대한 장해급여청구권이 시효로 소멸했는지를 판단하여야 하는데, 원고가 소멸시효 완성을 주장한 바가 없으므로, 변론주의의 원칙상 민법 제745조 제1항을 적용하여 상고를 기각하기는 어려울 것으로 보임

- 피고가 소멸시효 완성을 주장하였지만, 오히려 원고가 소멸시효 완성을 부인하는 입장이었음
- 민법 제745조를 적용하는 것은 당사자에게 불의타를 가하는 것이 될 것임

---

108) 근로기준법 제92조(시효)
이 법의 규정에 따른 재해보상 청구권은 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

2 대법원 2020. 7. 23. 선고 2018다42231 판결 [대여금]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 2009. 7. 14. 원고에게 차용증을 작성하여 교부하였고, 피고는 차용금채무를 연대보증하였음

○ 피고가 이 사건 소 제기 당시 피고의 연대보증일로부터 보증인보호법 제7조 제1항에서 정한 3년의 보증기간이 지났으므로 연대보증책임이 소멸하였다고 주장한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 보증인 보호를 위한 특별법(보증인보호법)의 내용(2008년 시행)

○ 보증인보호법은 기업의 대표자, 이사, 무한책임사원 등을 제외하고는 아무런 대가 없이 호의로 이루어지는 보험계약에 대부분 적용됨(제1조, 제2조)

○ 보증의 방식을 형식주의로 변경하였음(제3조 ☞ 2015. 2. 3. 삭제)

- 보증은 서면으로 작성하여야 함
- 해당 규정은 2015. 2. 3. 동일한 내용의 민법 제428조의2가 신설됨에 따라 삭제되었음 (근보증에 관한 규정도 같은 날 민법 제428조의3로 신설됨)

○ 보증계약을 체결할 때에는 최고액을 서면으로 특정하여야 함(제4조)

○ 채권자는 보증인에게 일정한 경우 통지의무를 부담함(제5조)

- 통지의무에 관한 규정은 2015. 2. 3. 민법에도 신설되었음(제436조의2)

○ 근보증의 경우에는 그 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하고, 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없음(제6조)

▶ 보증기간에 관한 규정이 있음(제7조)

제7조(보증기간 등)
① 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다.
② 보증기간은 갱신할 수 있다. 이 경우 보증기간의 약정이 없는 때에는 계약체결 시의 보증기간을 그 기간으로 본다.
③ 제1항 및 제2항에서 간주되는 보증기간은 계약을 체결하거나 갱신하는 때에 채권자가 보증인에게 고지하여야 한다.
④ 보증계약 체결 후 채권자가 보증인의 승낙 없이 채무자에 대하여 변제기를 연장하여 준 경우에는 채권자나 채무자는 보증인에게 그 사실을 알려야 한다. 이 경우 보증인은 즉시 보증채무를 이행할 수 있다.

▶ **보증인보호법 제7조에서 보증기간 3년의 의미 ⇨ 주채무의 발생기간**

○ 보증채무자는 채권자와 보증계약을 체결함으로써 채권자에 대하여 보증채무를 부담함
즉, 보증계약을 체결하는 순간 보증채무가 발생함

○ 보증인보호법 제7조의 보증기간을 기발생한 보증채무의 존속기간으로 해석할 수는 없음

- 보증기간은 신원보증법에서 정한 신원보증계약이나 건설공제조합에서 하는 보증보험계약과 같은, 일정 기간에 발생한 손해 등에 대하여 책임을 부담하는 계약에 있어서는 의미가 있음
- 일반적인 보증의 경우에는 보증기간이 적용되는 경우를 상정하기 어려움

○ 계속적으로 채무가 발생하는 것을 전제로 하는 근보증의 경우에는 보증인보호법 제7조의 보증기간이 의미가 있음 ☞ 주채무의 발생기간

○ 이 점에서 보증인보호법 제7조 제1항은 같은 법 제6조 제3항으로 두는 것이 더 적절했을 것으로 보임

3 대법원 2020. 7. 23. 선고 2018다276799 판결 [손해배상(자)]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 원고 1을 포함한 직장 동료들과 모임을 마치고 직장동료들을 귀가시키기 위해 다른 동료의 소유인 이 사건 가해차량을 운전하게 되었음

○ 甲은 원고 1을 먼저 내려주었는데, 원고 1은 가해차량을 가로막고 '술 한 잔 더하자'는 취지로 말하면서 가해 차량 보닛 위에 올라탐

○ 甲은 원고를 떼어 놓기 위해 가해 차량을 서서히 움직이다가 가해 차량을 갑자기 제동하였는데, 원고 1은 보닛에서 굴러 떨어져 도로 바닥에 머리를 부딪치게 되었음. 甲과 원고 1은 직장 동료로 평소 장난을 자주 치는 친한 사이였고, 이 사건 사고 당시에도 甲은 원고 1과 장난을 치기 위한 의도로 위와 같은 행위를 한 것으로 보임

○ 원고 1은 이 사건 사고로 인해 하지부전마비 및 인지기능저하 등으로 도시일용노동자 기준 노동능력상실률 44%의 영구장해를 입게 되었고, 여명 종료일까지 매일 성인 1인의 8시간 개호가 필요한 중증 의존 상태에 처하게 됨

○ 원고들은 피고(악사손해보험)를 상대로 손해배상청구를 함

○ 원심은 이 사건 사고는 피보험자인 甲이 고의로 일으킨 사고에 해당하고, 원고 1이 입은 상해는 사망에 준하는 중상해에 해당한다고 보기 어려우므로, 피고는 '피보험자의 고의로 인한 손해'를 보험자가 보상하지 아니한다는 내용의 면책약관의 적용으로 전액 면책된다고 보았음

○ 대법원은 甲이 원고 1이 위와 같은 정도의 영구장해와 중증 의존 상태에 이르는 중상해를 입게 되리라는 것까지 인식하고 용인하였다고 볼 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 판례는 면책약관 중 '보험자는 피보험자의 고의로 인한 손해를 보상하지 않는다'는 내용의 면책약관을 제한적으로 해석함

"자동차보험약관에서 '보험계약자 또는 피보험자(이하 '보험계약자 등'이라 한다)의 고의에 의한 손해'를 보험자가 보상하지 아니하는 사항으로 규정하고 있는 경우, 상해와 사망 또는 사망에 준하는 중상해 사이에는 그 피해의 중대성에 있어 질적인 차이가 있고 손해배상책임의 범위에도 커다란 차이가 있으므로, 보험계약자 등이 피해자의 상해에 대하여는 이를 인식·용인하였으나, 피해자의 사망 등 중대한 결과에 대하여는 이를 인식·용인하였다고 볼 수 없는 경우에는, 그 사망 등으로 인한 손해는 위 자동차보험약관에서 정한 '보험계약자 등의 고의에 의한 손해'에 해당하지 아니하고, 따라서 위 면책약관이 적용되지 아니하는 것으로 봄이 상당하다." (대법원 2010다62628 판결)

▶ **[관련사례 1] 대법원 2010다62628 판결**

○ A가 개인택시 운전기사인 B와 서행운전 문제로 말다툼을 하다가, B가 A의 음주운전 사실을 알게 됨. B가 A에게 음주운전으로 신고하겠다고 하자, A는 가해차량에 승차하여 도주하려 함. B가 이를 막기 위하여 가해차량의 보닛 위에 매달렸는데, A는 B를 차량에서 떨어지게 할 생각으로, 속도를 4~50km까지 높이면서 내리막길을 지그재그로 운전하거나, 급하게 좌회전 하는 등의 방법으로 B를 가해차량에서 떨어뜨렸고, B는 이 사고로 인하여 사망하게 된 사건 ⇨ 면책약관 적용 ×

▶ **[관련사례 2] 대법원 2006다39898 판결**

○ B는 음주운전으로 단속되자 음주단속중인 A가 한쪽 손으로는 가해차량의 열린 문을 잡고 다른 손으로는 운전석의 의자를 잡고 있었음에도 그대로 차량을 진행시켰음. A는 차에서 떨어지지 않기 위해 도주하는 자동차에 매달려 가다가, B가 시속 70km로 높여서 주행하자 더 견디지 못하고 차에서 떨어졌는데, 그 지점이 지하철공사구간이었던 관계로 A가 차에서 떨어지면서 공사장의 철제 H빔에 머리를 부딪혀 식물인간 상태에 이르게 된 사건 ⇨ 면책약관 적용 ×

▶ **이 사건의 경우**

○ 면책약관에서 '고의'란 결국 운전자의 인식에 관한 것이므로, 판례가 지적한 것은 운전자의 인식·용인과 실제 발생한 결과의 질적 차이 여부임

○ 이 사건은 앞서 본 관련사례 1, 2보다 운전자인 甲이 인식, 예상했던 범위와 피해와의 간격이 더 큰 사건임. 따라서 이 사건 면책약관이 적용되지 않는다고 본 대법원의 판단이 타당함

○ 원심판결을 보면, 원심은 참고법리로 대법원 2010다62628 판결을 들고 있는데, 위 대법원 판결은 '사망 또는 사망'에 준하는 상해라는 표현을 사용하고 있음

○ 아마도 원심법원은 위 판례를 보고, 상해가 사망에 준하는 정도에 이르러야만 면책약관이 적용되지 않는 것으로 오해한 것이 아닌가 추측됨

○ 정확한 판단을 위해서는 관련 판례들의 사안을 모두 정리하여 분석한 다음, 해당 사건이 판례에서 결론을 내린 사건들의 스펙트럼 중 어느 정도에 위치하는지를 확인할 필요가 있음

4 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019다289495 판결 [손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 치킨 프랜차이즈 가맹본부를 운영하는 자이고, 원고는 약 12년간 한 지역에서 가맹점을 운영하였던 자임

○ 피고 직원이 원고가 위 가맹점에서 간장치킨 조리 시 조리용 붓을 사용하지 않고 분무기를 사용하여 간장소스를 치킨에 도포한 사실을 발견하였음

○ 피고는 원고에 대하여 간장치킨 조리 시 분무기를 사용하는 것은 가맹본부의 중요한 영업방침인 조리 매뉴얼을 위반한 것이라며 시정을 요구하면서 시정요구에 불응하거나 운영매뉴얼 위반 등 가맹계약법 위반이 다시 적발될 경우 가맹계약 갱신을 거절하거나 가맹계약을 즉시 해지할 수 있다는 내용의 1차 시정요구를 함

○ 원고는 피고에게 조리 매뉴얼의 어느 부분을 위반한 것인지 정확히 제시할 것 등을 요구하였는데, 피고는 원고에게 다시 1차 시정요구와 유사한 취지의 2차 시정요구를 함

○ 2차 시정요구 이후 얼마 지나지 않아, 피고는 원고에게 가맹계약 갱신 거절 통지를 함

○ 이에 피고가 원고를 상대로 불공정거래행위를 이유로 한 손해배상청구를 한 사안임

○ 제1심은 원고의 청구를 일부 인용 → 항소 및 상고 기각

▣ 대상판결 검토

▶ 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(가맹사업법)은 10년을 한도로 가맹점사업자의 계약갱신요구권을 인정함(제13조, 2008년도부터 시행)

○ 가맹본부가 정당한 사유 없이 가맹점사업자의 계약갱신요구를 거절하는 경우, 가맹본부는 가맹점사업자의 계약갱신요구권 침해를 이유로 한 불법행위책임을 부담하게 됨

▶ 10년이 경과한 이후에도 가맹본부의 갱신거절이 신의칙에 반하여 허용될 수 없는 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에는 가맹본부가 가맹점사업자에게 손해배상책임을 부담한다고 보았음

○ 가맹본부는 10년이 경과한 이후에는 가맹점사업자의 갱신요청을 받아들일지 여부를 스스로 판단·결정할 자유를 가지나, 이 경우에도 가맹본부의 갱신거절은 신의칙에 따라 제한됨

▶ [관련 사례] 대법원 2003다52647 판결 등

○ 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 사립학교 교원도 재임용에 관하여 공정한 심사를 요구할 권리를 가지고, 현행 사립학교법이 정한 재임용 기준에 따라 적법한 재임용심사를 받았더라면 재임용을 받을 수 있었던 사립학교 교원이 위법하게 재임용을 거부당하였다면 그러한 거부결정이 불법행위에 해당함을 이유로 임금 상당의 손해배상을 구할 수도 있다고 본 사례

▶ **이 사건의 경우, 대법원은 피고의 갱신거절이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 보았는데, 결론적으로 타당하고 훌륭한 판결이라고 생각함**

○ 현재 프랜차이즈산업이 점점 확대되고 있고, 전반적으로 가맹본부가 갑의 지위에 있어서, 가맹점사업자를 보호할 필요성이 증대되고 있음

○ 약 12년에 걸쳐 영업을 해오던 원고는 피고의 계약갱신거절 행위로 인하여 상당한 재산상 손해를 입을 것으로 보이고, 직업을 잃을 가능성도 있음. 반면, 원고의 가맹계약이 갱신되더라도 피고가 손해를 입을 만한 사정은 보이지 않음

○ 사법자제주의 측면에서 이러한 판결에 의문이 있을 수는 있으나, 법원이 지혜를 발휘해서 이해관계를 조절하는 내용의 판결을 하는 것이 재판의 본질이라고 생각함

5 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결 [저작권침해금지등청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 피고 1(제너시스BBQ)과 사이에 광고의 기획·제작·집행, 매체대행, 프로모션 등 마케팅 업무를 수행하는 내용의 이 사건 계약을 체결함

○ 피고 1은 원고에게 신제품의 마케팅 방향 설정 및 네이밍(Brand Naming)을 요청함. 원고는 피고 1에게 '써프라이드'를 제품명으로 하여 TV 광고와 관련한 이 사건 콘티를 제공함

○ 원고는 이 사건 콘티를 기초로 광고 촬영을 준비하고 있었는데, 피고 1은 원고에게 일정을 연기한 후 이 사건 계약을 연장하지 않겠다는 의사를 통지함

○ 피고 1은 원고와 계약 기간이 만료된 이후 피고 2와 마케팅업무대행계약을 체결함

○ 피고 2는 피고 1의 신제품 이름을 '써프라이드'로 표시한 각종 광고물을 제작하였음

○ 원고는 피고들을 상대로 저작인격권 및 저작재산권 침해 등을 이유로 한 이 사건 광고 및 네이밍 사용 금지 및 폐기 청구, 손해배상청구 등을 구하는 이 사건 소를 제기함

○ 피고 1은 제1심 계속 중 원고를 피공탁자로 이 사건 계약에 따른 광고물 비용 명목으로 일정 금액을 공탁하였음

○ 제1심은 원고의 금지청구가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 또는 (카)목의 부정경쟁행위에 해당하지 않는다는 등의 이유로 기각하고, 손해배상청구는 피고 1이 전액 공탁하였다는 이유로 기각함

○ 원심은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 또는 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다는 이유로 원고의 금지청구를 일부 인용하고, 피고 1의 공탁도 일부 공탁에 불과하여 효력이 없다는 이유 등으로 원고의 손해배상청구를 일부 인용하였음(상고기각)

▣ 부정경쟁방지법 위반 : (차)목 및 (카)목

▶ 불법행위책임에서 위법성

○ 독일 민법은 불법행위를 3가지로 유형화 함

- 1 생명, 신체, 소유권 그 밖의 권리를 침해한 경우
- 2 타인을 보호 목적으로 하는 법률을 위반한 경우
- 3 선량한 풍속을 위반한 경우

○ 우리나라는 '불법행위 = 위법한 행위'라고 보는데, 독일 민법에서의 위 1의 경우(예컨대, 교통사고로 피해자에게 상해를 입히거나, 타인 소유의 부동산을 무단으로 점유하는 경우)에는 대개 위법성이 추정되므로, 손해액 산정만 문제됨

○ 그러나 보이지 않는 권리들(채권, 인격권, 지식재산권 등)의 경우 판례는 어떠한 태양이 위

법한 행위인지를 보다 구체적으로 설시함. 이때 기본적으로는 침해되는 이익과 그 반대상의 이익을 서로 교량(이익형량)하여 위법성을 판단함. 판례는 지식재산권 침해에 대하여는 '특허권, 저작권이 침해되었으므로, 손해배상책임이 발생한다'고 표현함으로써 침해행위가 위법하다는 표현을 직접적으로 사용하지는 않는데, 결국 위법한 행위라는 의미임. 판례는 위와 같은 경우들에는 위법성을 판단하는 기준을 정하여 둠

▶ 부정경쟁방지법 (차)목 : '거래과정'에서 '아이디어'가 포함된 정보를 '부정하게 사용'

▶ 부정경쟁방지법 (카)목 : '성과 등'을 '무단으로 사용'

○ 이른바 '네이버 배너광고 사건'에서의 아래 법리가 부정경쟁방지법 (카)목으로 채택됨

- 채무자가 제공한 프로그램을 설치한 인터넷 사용자들이 네이버를 방문하면 화면에 채권자의 광고대신 같은 크기의 채무자의 배너광고가 나타나거나, 화면의 여백에 채무자의 배너광고가 나타나거나, 검색창에 키워드를 입력하면 검색결과 화면의 최상단에 위치한 검색창과 채권자의 키워드 광고 사이에 채무자의 키워드광고가 나타났던 사안임

"경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 할 것이다." (대법원 2008마1541 결정)

○ 이후에도 (카)목에 해당하는 행위를 위법하다고 본 대표적 판례는 아래 3개임

- 원고가 해외 유명인의 사진을 검색하여 선정하고, 그와 유사한 신체적 특징을 가진 모델을 고용하여 자신의 의류를 입힌 다음 사진을 찍고 이를 다시 해외 유명인의 사진에 합성하는 등의 작업을 한 이미지도 보호가치 있는 영업상 이익으로 본 사안(대법원 2015다225967 판결)
- 피고가 원고가 운영하는 골프장을 촬영한 다음 사진 등을 토대로 3D 컴퓨터 그래픽 등을 이용하여 거의 그대로 재현한 3D 골프코스 영상을 스크린 골프장 운영업체에 제공한 사안(대법원 2016다276467 판결)
- 채무자가 BTS 소속사인 채권자(빅히트엔터테인먼트)의 동의를 받지 않고 자신이 판매하는 잡지에 BTS의 사진을 무단으로 사용한 사안(대법원 2019마6525 결정)

▶ 저작권 위반이 아니라고 하면서, 부정경쟁방지법 위반을 인정하는 것은 쉽지 않은 문제임

○ 아이디어/표현 이분법에 따라 표현만 보호하므로, 대상판결과 같이 아이디어를 도용한 경우는 저작권으로 보호되지 않음

○ 저작권이나 특허법과 같이 창작을 보호하는 법률이 별도로 존재함에도, 이에 해당하지 않는 침해를 부정경쟁방지법 위반으로 판단하는 것은 쉽지 않은 문제이고, 오히려 침해가 아니라고 보는 것이 일반적임. 앞서 언급한 (카)목 위반을 인정한 4개의 판례 제외하고 침해가 아니라고 본 판례도 상당히 많음

▣ 대상판결 검토

○ 피고들은 권리를 온전히 취득하지 않은 상황에서 乙의 지위에 있는 원고로부터 콘티를 다 받아놓고 그 콘티대로 세부적인 부분만 일부 수정해서 광고를 만들었으므로, 이 사건은 피고들이 거래과정에서 얻어낸 아이디어를 부정하게 사용한 것, 즉 (카)목에 부합하는 사안이었음

○ 재판부는 당사자들에게 화해권고결정을 두 차례에 걸쳐 하였는데, 오히려 피고 1이 이의를 하였음

○ 피고들이 제1심에서 승소하였음에도 항소심 재판부에서 화해권고를 하는 경우, 피고들로서는 원고가 일부 승소할 가능성이 상당하다는 점을 고려하여 위험부담의 측면에서 재판부의 화해권고를 받아들이는 것을 신중히 고려할 필요가 있음

⑥ 대법원 2020. 7. 29. 선고 2016다51170 판결 [청산금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 재개발조합인 피고가 사업시행계획 인가를 받은 후 분양신청기간 내에 분양신청을 하였음

○ 원고는 분양신청기간이 지나고 관리처분계획도 인가된 이후인 2009. 6. 12. 피고에게 분양신청을 철회한다는 의사표시가 담긴 내용증명을 발송하였고, 위 내용증명은 2009. 6. 15. 피고에게 도달하였음

○ 원고는 2009. 11. 23.부터 2009. 11. 29.까지로 정하여진 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결하지 않음으로써 2009. 11. 30. 비로소 현금청산대상자가 되었음

○ 원고가 피고를 상대로 재결신청 지연가산금의 지급을 구하는 별소를 제기하였는데, 피고에게 재결신청 청구를 한 시점이 당초 사업시행인가에서 정한 사업시행기간이 지난 후로서 피고에게 재결신청 지연의 책임이 발생하지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었음

○ 원심은 ① 원고의 재결신청 지연에 따른 손해배상청구에 관하여 단순히 피고가 신속하게 재결을 신청하지 않았다고 하여 불법행위책임이 성립하는 것은 아니라는 이유로 기각하고, ② 불법점유로 인한 부당이득청구에 관하여 현금청산금 지급의무가 발생한 2009. 11. 30.부터 피고가 수용재결을 통해 소유권을 취득하기 전날인 2013. 11. 21.까지 임료 상당의 부당이득을 인용하였음

○ 대법원은 현금청산금 지급 지체에 따른 지연배상금 청구권과 재결신청 지연가산금 청구권은 별개의 청구권으로서 청구권 경합의 관계이고, ① 재결신청 지연에 따른 손해배상청구에 관하여 여기에는 지연배상금을 청구하는 취지가 포함되어 있다고 선해할 여지가 크다는 이유로 원고의 상고이유를 받아들이고, ② 불법점유로 인한 부당이득반환청구에 관하여 피고의 점유를 불법점유로 볼 수 없다는 이유로 피고의 상고이유를 받아들여 파기환송

▣ 주택재개발사업에서 현금청산[109]

▶ 재건축과 재개발의 비교 : 부동산 소유권 취득방법 관련

○ 재건축 ⇨ 매수청구권 행사

○ 재개발 ⇨ (수용)재결신청

▶ 재개발에서 현금청산대상자

○ 법에 의한 경우(도시정비법 제47조)

---

109) 박혜영 판사, “주택재개발사업의 현금청산절차에 관한 고찰”, 재판자료/제132집(2016), 법원도서관, 217. 이하 참고

1 분양신청을 하지 아니한 자

2 분양신청을 철회한 자

3 인가된 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자

○ 조합 정관에 의한 경우(대법원 2008다91364 판결)

4 관리처분계획인가 이후 분양계약 미체결자

▶ 조합의 현금청산금 지급의무와 현금청산대상자의 토지 등 인도의무의 관계

1 협의가 성립된 때 ⇨ 동시이행관계

2 수용절차에 의할 때 ⇨ 선이행관계(조합의 현금청산금 지급의무 선이행)

"재개발조합과 현금청산대상자 사이에 현금청산금에 관한 협의가 성립된다면 조합의 현금청산금 지급의무와 현금청산대상자의 토지 등 인도의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있게 되고, 수용절차에 의할 때에는 부동산 인도에 앞서 현금청산금 등의 지급절차가 이루어져야 한다." (대법원 2008다91364 판결 등)

▶ 재결신청청구권과 재결신청 지연가산금

○ 재결신청청구권 ⇨ 토지소유자 및 관계인이 사업인정고시가 있은 후 협의가 되지 아니한 때 사업시행자에게 서면으로 재결신청을 할 것을 청구할 수 있는 권리

- 재개발조합은 협의 또는 재결이 되면 현금청산대상자에게 현금청산금을 지급해야 하고, 현금청산대상자에게 해당 금액을 기간 내에 지급하지 않을 경우 지연손해금이 발생하게 되므로, 사업을 진행할 수 있는 단계에까지 협의 또는 재결의 성립을 미루는 경향이 있음. 재개발조합은 시공사로부터 사업에 필요한 금액을 빌리는 경우가 많은데 그 준비가 될 때까지 고의적으로 재결신청을 늦추기도 함

- 그래서 토지소유자 등이 사업시행자에게 일정한 요건하에 재결신청을 청구할 수 있는 권리를 만들었음

○ 재결신청 지연가산금 ⇨ 사업시행자가 재결신청 청구를 받고도 재결신청 기간을 경과하여 재결을 신청한 때 그 경과한 기간에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조의 규정에 의한 법정이율을 적용하여 관할 토지수용위원회에서 재결한 보상금에 가산하여 지급하여야 함

▶ 재결신청 지연가산금과 지연배상금 : 청구권 경합

○ 조합은 현금청산사유가 발생한 날부터 150일 이내에 현금청산대상자에게 현금청산금을 지급해야 함(150일은 이행기한임)

○ 이행기한 도래 후에는 지연배상금을 지급하여야 함(= 이행지체로 인한 손해배상책임)

○ 재결신청 지연가산금과 지연배상금은 청구권 경합의 관계에 있음(대상판결)

- 종전 소송에서 재결신청 지연가산금 청구가 기각 확정되었으나, 청구권 경합 관계에 있는

지연배상금을 다시 청구하는 데 장애가 되지 아니함

▣ 대상판결 검토

▶ 대상판결은 위 '④ 관리처분계획인가 이후 분양계약 미체결자'에 해당함

▶ 조합원이 토지 등을 인도한 후에 분양계약 체결을 거부하여 현금청산대상자가 된 경우 ☞ 조합원에게 다시 토지 등을 인도할 의무는 없음

○ 원심은 조합원이 현금 청산대상자가 된 이상 협의 또는 수용절차를 거쳐 현금청산금을 실제로 지급할 때까지 조합이 이 사건 토지를 점유할 권원이 없다고 보고, 약 4년간 발생한 임료 상당의 부당이득금 약 13억 6,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 보았음

○ 대상판결은 이와 같이 관리처분계획인가 후에 분양계약을 체결하지 아니하여 현금청산자가 된 경우에는 토지 등을 반환할 의무는 없고, 현금청산금을 지급할 의무만을 부담한다고 보았음. 권원 없는 점유 or 불법점유가 아니라고 본 것임

○ 조합원으로서도 이주가 시작되어 철거가 예정되어 있는 부동산을 다시 인도받을 실익도 없음. 조합원에게 현금 청산금을 지급받을 권리만을 인정하는 것이 법률관계를 간명하게 하고 이해관계를 적절하게 조절하는 것임

▶ 현금청산대상자가 지연손해금을 받으므로, 그 점에서도 원심판결은 부당함

○ 매매대금에 대한 지연배상금은 매매목적 부동산의 과실(점유로 인한 이익)과 대가관계에 있음

○ 탈퇴 조합원에 대한 현금청산금 지급의무에 지연손해금이 붙는 이상, 해당 토지의 점유로 인한 이익을 반환하게 하는 것은 균형이 맞지 아니함

- 원심은 지연배상금을 인정하지 않아서 문제가 없다고 판단한 것으로 보임

7 대법원 2020. 7. 29. 선고 2018다268811, 268828 판결 [채무부존재확인 · 기타(금전)]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 원고와 사이에 이 사건 선박에서 선장으로 근무하기로 하는 고용계약을 체결하고, 이 사건 선박에 승선하였음

○ 피고는 이 사건 선박에서 이 사건 사고로 인해 직무상 부상을 당한 사안임

○ 원고는 선원법 제98조에 따른 일시보상금 명목으로 피공탁자를 피고로 하여 합계 약 5억 3,500만 원을 변제공탁함. 피고는 이의를 유보하고 위 공탁금을 수령하였음

○ 원고는 피고를 상대로 피고에 대한 일시보상금을 전부 지급하였고, 2016. 1. 28. 기준으로 기준일 이전에 발생한 요약보상금과 상병보상금도 모두 지급하였으므로, 더 이상 일시보상금, 요양보상금과 상병보상금을 지급할 의무가 없다는 취지로 이 사건 본소를 제기하였음

○ 원심은 일시보상금이 전부 지급되었다고 보았음

○ 대법원은 일시보상금이 일부만 지급되었다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토 ⇨ 일시보상금 제도

○ 선박소유자가 요약보상, 상병보상 또는 장해보상의 책임을 면하기 위하여 선원법 제98조에 따른 일시보상금을 전부 지급한다는 의사로 해당 선원에게 일시보상금 명목의 돈을 제공하고 해당 선원이 그 명목을 알면서 이를 수령한 경우

⇨ 일부 공탁에 해당하고, 피공탁자가 이의를 유보하고 공탁금을 수령하였더라도, 일시보상금 제공일을 기준으로 선박소유자와 해당 선원의 재해보상에 관한 법률관계는 종결되고, 해당 선원은 선박소유자를 상대로 일시보상금 중 미지급분과 이에 대한 지연손해금만 청구할 수 있음(원칙) [끝]

1 대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결 [주금반환등청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 2010. 3. 23. 제3자 배정방식 유상증자를 실시하여 약 230억 원 상당을 조달하였고, 피고들을 포함한 약 30여 명이 이 사건 유상증자에 참여하였음

○ 원고는 2010. 3. 23. 피고들과 사이에, 피고들이 투자한 금액을 이 사건 유상증자 청약대금으로 사용하되, 원고는 피고들에게 위 투자금을 2010. 4. 22.까지 반환하고 투자원금에 관하여 소정의 수익률에 따른 수익금을 지급하고, 그 담보로 현금성 자산을 제공하는 등을 내용으로 하는 투자계약을 체결함

○ 피고들은 2010. 3. 23. 원고로부터 이 사건 투자계약에 따라 원고 명의 증권계좌를 담보로 제공받았고, 수익금으로 합계 2억 원을 수령하였음

○ 원고는 2016년경 피고들을 상대로 이 사건 투자계약이 무효라는 이유로 피고들이 원고로부터 지급받은 수익금 상당의 부당이득의 반환을 구하는 이 사건 소송을 제기함

○ 원심은 이 사건 투자계약이 주주평등의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하였음

○ 대법원은 이 사건 투자계약이 주주평등의 원칙에 위배된다는 이유로 파기환송

▣ 주주평등의 원칙

▶ 내용 및 인정근거

○ 정확하게는 주식평등의 원칙을 의미함

- 주주는 보유주식의 수에 따라 평등한 취급을 받음(인원수에 따라 평등하다는 의미가 아님)
  ☞ 51% 주주는 자신의 의견대로 결정할 수도 있음
- 종류주식을 발행한 경우 같은 종류의 주식 사이에만 평등한 것임(종류적 평등)

○ 상법은 주주평등의 원칙에 관하여 명문규정을 두고 있지 않으나, 통설·판례는 이를 인정함

○ 주주평등의 원칙은 다수결의 남용으로부터 주주를 보호하기 위한 것이라고 함

- 다수결에 의하여 주주들을 불평등하게 대우하면 곤란하므로, 주식수에 따른 의결권을 인정하면서 소수주주에게 부당한 손해를 가하는 것을 막는 데 의미가 있다고 함

▶ [관련사례 1] 제주은행 사건(대법원 2002다63671 판결)

○ 대상판결과 동일하게, 주식을 인수할 때 투하자본 회수를 절대적으로 보장하기로 약정하고 주식을 매수한 사안임. 대상판결과 동일한 법리를 선언함

"... 이러한 매각손실의 보전은 회사가 주주에 대하여 특하자본의 회수를 절대적으로 보장하는 셈이 되고, 한편 이자의 지급은 배당이익의 발생 여부를 떠나 이자의 확정적 배당을 추가로 보장하는 셈이 되어 주식의 본질에도 반할 뿐만 아니라, 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월적 권리를 원고에게만 부여하는 것이어서 모두 강행법규의 성질을 가지는 주주평등의 원칙에 위반되어 무효라고 판단... 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, ..."

▶ [관련사례 2] 평화은행 사건(대법원 2006다38161, 38178 판결)[110]

○ 사안의 개요

- 평화은행은 금융감독원으로부터 경영개선명령을 받고, BIS 자기자본비율[111]을 4% 이상으로 유지하기 위한 증자를 추진하면서, 1,000억 원의 증자를 목표로 하되 그 중 150억 원에 대하여는 임·직원을 참여시켜 유상증자를 한다는 계획을 세웠음
- 평화은행 주식의 실제거래가격은 주당 700원대였으나, 평화은행 임·직원은 이를 액면가인 주당 5,000원에 매입하게 됨
- 평화은행은 임·직원들의 출자금 조달을 위해서 퇴직금 중간정산제를 시행하면서, 이들의 요청에 따라 중간정산 받은 퇴직금으로 유상증자에 참여한 직원이 퇴직할 때 출자손실이 발생할 경우 이를 전액 보전한다는 내용의 합의서를 작성해 줌. 평화은행의 임·직원들은 위 합의서가 발표된 다음 날 주식대금 납입을 완료함
- 이후 금융감독위원회는 평화은행을 부실금융기관으로 선정하였고, 평화은행은 원고들이 보유하고 있던 주식을 주당 166원으로 매수한 후 모두 무상 소각하였음
- 이에 평화은행의 임·직원인 원고들이 평화은행을 합병한 회사를 흡수합병한 피고를 상대로 손실보상을 구한 사안임

○ 손실보상약정은 주주평등의 원칙에 반하여 무효임

○ 신주인수계약은 무효로 볼 수 없음

- 원고는 손실보상약정이 무효이면 주식인수계약도 무효이므로, 인수자금으로 지출한 돈을 부당이득으로 반환하라는 주장도 하였음
- 대법원은 이러한 주장이 손실보상약정이 유효라는 주장과 다르지 않아 결국 주주평등의 원칙에 반하는 결과를 초래하므로, 이 사건 신주인수계약을 무효로 볼 수 없다고 판단함

○ 대법원의 판단에 대하여 주주의 지위에서 계약한 것이 아닌 이상 주주평등의 원칙과 상관이 없다는 이유로 비판하는 견해도 있음[112]

---

110) 정진세 교수, "출자손실보전약정과 주주평등의 원칙", 인권과정의 2012년 6월, 93. 이하 참고

111) BIS(Bank for International Settlement, 국제결제은행)가 정한 은행의 위험자산 대비 자기자본비율

112) 정진세 교수의 각주 1) 논문 참조.

- ① 주주평등원칙의 인정근거(다수파 주주의 소수주주에 대한 억압 방지)에 비추어 위 판결 사안은 다수주주가 소수주주를 억압한 사례가 아니고, ② 임원의 회사에 대한 신인의무(fiduciary duty)의 측면에도 이사가 회사의 이익을 희생시킨 것으로 볼 수 없으며, ③ 회사의 부당한 이득과 임·직원의 희생을 방치하는 불공평한 결과가 된다는 것을 논거로 함

○ 평화은행의 임·직원들의 불법행위로 인한 손해배상청구(예비적 청구)가 일부 인용되었음

- 평화은행의 일련의 행위들은 전체적으로 평가할 때 불법행위에 해당함
- 대법원은 원고들이 주장하는 손해액의 80%를 인정하였음(책임제한)

○ 현명한 판결이라고 생각함

▣ 대상판결 검토

▶ 원심의 판단

○ 이 사건 투자계약 체결 시점이 피고들이 주주 자격을 취득하기 이전이었고, 신주인수계약과 별도로 이 사건 투자계약이 체결되었다는 사정 등을 이유로 이 사건 투자계약은 피고들이 주주의 자격에서 회사에 대하여 가지는 법률관계에 관한 것이 아니라 다른 법률요건에 기하여 발생하는 법률관계에 기한 것이어서 주주평등의 원칙에 위배되지 않는다고 보았음

▶ 대법원의 판단(파기환송)

○ 대법원은 그동안 일관되게 주식인수대금 원금 보장 약정을 무효로 보았음

○ 평화은행 사건 등의 판결 취지에 의하면, 이 사건 투자계약이 주주 지위에서 발생하는 손실 보상을 주된 내용으로 하는 이상, 그 약정이 주주 자격 취득 이전에 체결되었다거나, 신주인수계약과 별도의 계약으로 체결되는 형태를 취하였다고 하여 달리 볼 것은 아님

▶ 대상판결은 자본충실의 원칙에 비추어 보아도 타당함

○ 주식인수대금 원금 보장 약정은, 5,000원 상당의 주식을 인수하여 주당 5,000원씩 주식회사 자본에 편입되었음에도 불구하고, 주가가 하락하거나 손실이 발생하면 회사가 주식인수인에게 위 5,000원을 기준으로 실제 시가와의 차액을 보전해준다는 것임

○ 위와 같은 약정의 유효성을 인정하게 된다면 회사가 보유하는 자산은 손실보상약정으로 인해 무상으로 유출될 가능성이 높아 자본충실의 원칙에 반하는 결과가 됨

○ 회사와 거래하는 상대방은 회사자본을 신뢰하고 거래를 하는데, 위 약정의 유효성을 인정하게 된다면 거래의 안전을 해치는 결과가 됨

▶ 대상판결에서도 피고들의 불법행위로 인한 손해배상청구권을 자동채권으로 한 상계를 인정하여 형평을 기하면 될 것으로 보임(다만, 피고들의 주장·증명이 있어야 함)

○ 대상판결의 경우에 적어도 원고의 과실로 인한 손해배상책임은 인정될 것으로 보임

- 원고가 피고들과 사이에 무효인 손실보상약정을 체결하여 투자금을 받았으므로, 원고의

일련의 행위를 불법행위로 평가함이 타당함

○ 다만, 피고들의 불법행위로 인한 손해배상채권은 시효기간의 완성으로 소멸하였을 가능성이 높음(민법 제766조)

- 피고들의 불법행위채권은 그 발생일(2010년경)로부터 10년이 경과하였음
- 이 사건 소송(부당이득반환청구)에 응소한 것은 불법행위로 인한 손해배상채권의 시효중단 사유가 되지 아니함

"채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 갖고 있는 경우, 채권자로서는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있되, 어느 하나의 청구를 한 것만으로는 다른 채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 채권자가 행사하지 않은 채권에 대한 소멸시효 중단의 효력은 없다"(대법원 2018다221867 판결 등)

⇨ 즉, '권리 위에 잠자고 있는 자'에서의 권리란 '실체법적인 권리'라는 의미임

○ 그러나 채권자는 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 상계할 수 있으므로(민법 제495조), 피고들이 불법행위로 인한 손해배상채권을 자동채권으로 한 상계를 주장하면 받아들여질 것임

○ 이런 방식으로 반환금액을 조정하는 것이 타당함

2 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결 [동의의사표시청구의소]

▣ 사안의 개요

○ 망인(2001. 9. 9. 사망)의 자녀들인 원고, 甲, 乙, 丙, 丁의 상속재산분할 사건에서, 이 사건 1~3 부동산을 원고 소유로 하고, 원고가 나머지 공동상속인들에게 돈을 지급하기로 하는 등을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 2017. 12. 30. 확정됨

○ 피고 2는 2018. 3. 13. 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 이 사건 1~3 부동산 중 甲 지분에 관하여 처분금지가처분결정을 받았음. 이에 따라 2018. 3. 15. 피고 2의 대위신청으로 이 사건 1~3 부동산 중 1/5 지분에 관하여 원고, 甲, 乙, 丙, 丁 앞으로 2001. 9. 9. 상속을 원인으로 한 소유권이전 또는 보존등기가 마쳐지고, 이어서 가처분등기가 이루어짐

○ 피고 1은 2018. 4. 6. 이 사건 1, 2 부동산 중 乙 지분에 대한 압류명령을 받아 같은 날 압류등기가 이루어짐

○ 원고가 2018. 5. 8. 피고들을 상대로 이 사건 상속재산분할심판에 따라 상속재산분할등기를 마치는 데에 대한 동의의 의사표시를 구하는 취지의 이 사건 소를 제기함

○ 피고 1은 이 사건 3 부동산 중 乙 지분에 대한 압류명령을 받아 2018. 10. 22. 그에 관한 압류등기가 이루어짐. 피고 2는 2018. 11. 9. 이 사건 1~3 부동산 중 甲 지분에 관하여 2017. 4. 10. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마침

○ 원심은 피고들이 민법 제1015조 단서에서 정한 제3자에 해당한다고 보아 원고의 청구를 받아들이지 않았음

○ 대법원은 피고들이 이 사건 1~3 부동산에 관하여 권리를 취득할 때 이 사건 상속재산분할심판이 있었음을 알았다고 볼 여지가 크므로, 피고들이 민법 제1015조 단서로 보호되는 선의의 제3자에 해당하는지를 심리하여야 한다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 피고들은 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하므로, 피고들에 대하여 승낙의 의사표시를 구하는 소를 제기하여야 함

○ 등기의 말소를 신청하는 경우 그 말소에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 제3자의 승낙이 있어야 하고(부동산등기법 제57조), 등기의 말소를 신청하는 자는 제3자의 승낙을 증명하는 정보 또는 이에 대항할 수 있는 재판이 있음을 증명하는 정보를 첨부정보로서 등기소에 제출하여야 하기 때문임(부동산등기규칙 제46조 제1항 제3호)

▶ 상속재산 분할에 관한 제3자 보호법리(민법 제1015조)는 계약 해제에서의 제3자 보호법리(민법 제548조)와 동일함 ⇨ 소급효로부터 보호받는 제3자의 범위

○ 분할된 상속재산에 관하여 등기, 인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자만 제3자에 해당함

- 계약만 체결한 자는 민법 제1015조 단서에서 말하는 제3자가 아님

○ 계약의 해제에서는, 해제 전에는 제3자의 선·악의를 불문하고 보호하고(대법원 2008다57746 판결), 해제의 의사표시가 있은 후 말소등기나 원상회복등기가 실행되기 전에 이해관계를 맺은 제3자는 선의인 경우에 보호되는데, 이때 제3자가 악의라는 사실의 주장·증명책임은 계약해제를 주장하는 자가 부담함(대법원 2005다6341 판결 등)

○ 이러한 법리는 상속재산분할심판의 경우에도 동일함(대상판결의 경우)

○ 피고들은 상속재산분할심판이 확정된 이후에 이해관계를 맺은 제3자에 해당하므로, 선의인 경우에만 제3자로서 보호받을 수 있음

3 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다300361 판결 [부당이득금반환]

▣ 사안의 개요

○ 甲 회사는 2004년~2008년 매출액 중 일부를 매출계정이 아니라 부채계정인 외화물품예수금 계정에 계상하였음

○ 피고(대한민국) 산하의 서초세무서장은 2008 사업연도 법인세를 경정하면서, 위 금원이 2008. 4.경부터 6.경 사이에 인출되었는데, 인출된 시점에 사외로 유출되었고 그 귀속이 불분명하다고 보아 2013. 5. 13. 위 금액을 甲 회사의 대표이사인 원고에 대한 상여로 소득처분하고, 2013. 7. 9. 원고에게 소득금액변동통지를 하였음

○ 원고는 위 소득금액변동통지를 받고 2013. 9. 30. 서초세무서장에게 소득금액 변동에 따른 2008년 귀속 종합소득세를 신고하고 추가 세액을 납부함

○ 원고는 2004년~2007년 소득에 대한 추가 종합소득세 신고·납부분에 관하여 부과제척기간이 도과하였다고 주장하였음

○ 원심은 2004년~2007년의 부과제척기간인 5년이 이 사건 신고·납부일 이전인 2013. 6. 1. 도과하였다고 판단하고, 원고의 부당이득반환청구를 일부 인용함(상고기각)

▣ 부과제척기간 ⇨ 국세를 부과할 수 있는 기간(국세기본법 제26조의2)

○ 납세의무가 확정되기 전에는 구체적 조세채무가 생긴 것은 아니므로, 부과제척기간은 시효기간이 아니라 제척기간임

○ 5년 또는 10년의 부과제척기간이 문제된 사건이 주로 보이지만 1년, 7년, 15년의 부과제척기간을 규정한 경우도 있으므로, 부과제척기간이 문제되는 경우에는 국세에 관한 법령을 찾아보고 그 내용을 반드시 확인하여야 함

▣ 소득처분과 소득금액변동통지(원천징수)[113]

▶ 납세의무의 성립과 확정(일반론)

○ 납세의무는 법률에서 정한 시기가 되면 과세관청이나 납세의무자의 어떠한 행위 없이 자동적으로 성립함(추상적 조세채무)

○ 납세의무는 납부할 세액을 납세의무자 또는 과세관청의 일정한 행위나 절차를 거쳐서 구체적으로 확정됨(구체적 조세채무)

- 신고납세방식 ⇨ 납세의무자가 법정기한 내에 과세표준과 세액을 스스로 계산해서 신고·납부함으로써 납세의무를 확정하는 방식

113) 윤준석 판사, “소득금액변동통지 불복방법에 관한 연구”, 사법논집 제63집(2017), 법원도서관

- 부과과세방식 ⇨ 과세관청의 일정한 행위에 의해 납세의무가 확정되는 방식

▶ 원천징수에서의 납세의무의 성립과 확정

○ 원천징수란 원천납세의무자가 실체법적으로 부담하는 원천납세의무의 이행이 원천징수라는 절차를 통하여 간접적으로 실현되는 제도임

○ 원천징수대상인 소득세 또는 법인세는 수입금을 지급하는 때에 성립과 동시에 확정되는 자동확정방식의 조세임

○ 원천징수의무 불이행 시 과세관청이 원천징수의무자에게 하는 고지는 납세의무이행을 구하는 징수처분의 성격만을 갖게 됨

▶ 소득처분과 소득금액변동통지

○ 소득처분 ⇨ 과거에 있었던 사외유출 사실을 확인하고, 그 소득의 귀속자를 찾아내어 소득의 종류를 확정하는 절차

○ 소득금액변동통지 ⇨ 소득의 귀속자와 종류에 대한 과세관청의 공적인 견해를 원천징수의무자에게 표명하는 절차

○ 법인이 매출이 발생하였음에도 매출액을 장부에 기재하지 않거나 가공의 비용을 장부에 계상한 경우 특별한 사정이 없는 한 매출누락액 또는 가공비용액 상당의 법인 수익은 사외로 유출된 것으로 보게 됨. 이때 그 누락분을 주로 대표이사의 소득으로 처분함(대표자인정상여). 이것이 이 사건의 소득처분임

○ 소득처분은 원천납세의무자에게 하는 것이므로 실제 세금을 납부하는 원천징수의무자는 이를 알 방법이 없음. 따라서 그 원천징수의무자에게 소득처분을 통지해 주는 것이 소득금액변동통지임. 위 통지도 행정처분이므로, 이에 대하여도 별도로 소송으로 다툴 수 있음

▶ 이 사건 종합소득세의 부과제척기간은 5년 ☞ 이미 제척기간이 경과한 후에 신고 납부하였으므로 부당이득에 해당함

④ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017다260636 판결 [임대차보증금]

▣ 사안의 개요

○ 원고들은 피고가 사업을 진행하는 주택재개발정비구역 내에 있는 부동산의 임차인들임

○ 마포구청장은 2014. 12. 8. 피고의 관리처분계획을 인가함

○ 피고는 2014. 12. 27.경 세입자를 포함한 조합원들에게 이주기간(2015. 1. 21. ~ 6. 21.) 내에 이주할 것을 요구하는 내용의 이주안내문을 발송하였음

○ 원고들은 2015. 1. 15. 임대인에게 임대차계약을 해지한다고 통고하면서 보증금의 반환을 요구함

○ 마포구청장은 2015. 3. 12. 관리처분계획인가를 고시하였음

○ 원심은 원고들이 사업시행자인 피고를 상대로 보증금반환청구권을 행사할 수 있다고 보았음(상고기각)

▣ 대상판결 검토

▶ 구 도시 및 주거환경정비법(2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 것)

제44조(지상권 등 계약의 해지)

① 정비사업의 시행으로 인하여 지상권·전세권 또는 임차권의 설정목적을 달성할 수 없는 때에는 그 권리자는 계약을 해지할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있는 자가 가지는 전세금·보증금 그 밖의 계약상의 금전의 반환청구권은 사업시행자에게 이를 행사할 수 있다.

제49조(관리처분계획의 공람 및 인가절차 등)

③ 시장·군수는 제2항의 규정에 의하여 관리처분계획을 인가하는 때에는 그 내용을 당해 지방자치단체의 공보에 고시하여야 한다.

⑥ 제3항의 규정에 의한 고시가 있은 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있은 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. (단서 생략)

○ 구 도시정비법 제44조 제2항은 임차인 등의 보호를 위해서 계약상 당사자가 아닌 사업시행자에 대하여도 반환청구권을 행사할 수 있다는 규정을 별도로 두었음

▶ 이 사건의 경우

○ 피고는 원고들이 고시가 있기 이전에 임대인과 자발적으로 임대차계약을 해지하였으므로, 사업시행자인 피고에게 임대차보증금 반환청구권을 행사할 수 없다고 주장하였음

○ 원고들이 임대차계약을 해지한 것은 관리처분계획인가 고시 이전이기는 하나(관리처분계획

인가와 고시 사이에 4개월 정도의 간격이 있어서 그 사이에 해지가 된 것임), 관리처분계획인가에 따라 부동산을 사용·수익할 수 없게 되었기 때문이므로, 이 경우에도 사업시행자에게 보증금의 반환을 청구할 수 있다고 보았음. 합리적인 판결임

5 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다241410, 241427 판결 [공유물분할·소유권이전등기]

▣ 사안의 개요

○ 원고의 부친 甲은 피고의 모친 乙에게 이 사건 토지 중 198/463 지분 및 이 사건 (가), (나) 부분 토지에 위치한 이 사건 (가), (나) 부분 건물을 매도하고, 소유권이전등기까지 마쳐 줌

○ 피고는 乙이 사망함에 따라 상속을 원인으로 위 토지 지분 및 건물에 관한 소유권이전등기를 마침

○ 원고는 甲이 사망함에 따라 상속을 원인으로 이 사건 토지 중 나머지인 265/463 지분 및 이 사건 (다) 부분 토지에 위치한 이 사건 (다) 부분 건물에 관한 소유권이전등기를 마침 (정확하게는 원고와 A가 상속재산 분할 협의를 원인으로 위 각 부동산에 관한 1/2 지분씩을 취득한 것이나, 원고는 이후 각 부동산 중 A가 상속한 부분에 대한 소유권이전등기를 마침)

○ 원고는 2016. 7. 13. 이 사건 토지 중 265/463 지분 및 (다) 부분 건물을 공동담보로 근저당권자 신한은행으로 된 근저당권설정등기를 마쳤음

○ 원고와 피고 사이에 이 사건 토지에 관하여 분할에 관한 협의가 성립하지 않은 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 공유물분할청구 ⇨ 형성의 소

○ 형성의 소는 거의 없으나, 그 중 대표적인 것이 바로 공유물분할소송임

○ 형성의 소는 판결이 확정된 날 판결의 내용대로 권리관계가 변경됨

- 공유물분할 판결이 확정된 후 공유자가 제3자에게 자신 명의의 공유지분을 처분하여 등기를 마치더라도, 공유물분할소송의 판결 내용에 배치되는 경우 무권리자의 처분이 되어 모두 무효인 등기가 됨(제3자보호 규정 없음)

▶ 원심의 주문

1. 가. 이 사건 (가), (나) 부분 토지는 피고의 소유로, 이 사건 (다) 부분 토지는 원고의 소유로 각 분할한다.

나. 원고는 피고로부터 약 3억 원을 지급받음과 동시에, 피고에게 이 사건 (가), (나) 부분 토지 중 265/463 지분에 관하여 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차 및 2016. 7. 13. 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

다. 피고는 원고로부터 이 사건 (가), (나) 부분 토지 중 265/463 지분에 관하여 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차 및 2016. 7. 13. 마쳐진 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행받음과 동시에, 원고에게 약 3억 원을 지급하라.

▶ 주문별 검토

○ 원심 주문 제1의 가.항 부분 : ○

- 형성판결이 그대로 확정될 경우, 원고, 피고는 각 토지에 관한 단독소유권을 취득함
- 따라서 원고가 피고에게 (가), (나) 부분 토지 중 265/463 지분에 관하여 소유권이전등기신청에 대한 의사표시를 별도로 할 필요가 없음 ⇨ 단독으로 신청하면 됨

○ 원심 주문 제1의 나.항 부분 : ×

- 소유권이전등기절차 이행 부분은 이행판결이고, 피고가 반대의무인 가액보상금 지급의무를 이행한 사실을 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 원고의 소유권이전등기신청에 대한 의사표시 의제의 효과가 발생함
  ⇨ (가), (나) 부분 토지 중 265/463 지분에 관하여 원고의 소유권이전등기신청에 대한 의사표시가 필요함을 전제로 하는 것이므로, 원심 주문 제1의 가.항 부분과 모순됨
- 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행 부분은 원고가 근저당권설정등기의 말소등기의 등기의무자가 아니므로, 원고에게 위 근저당권설정등기의 말소절차 이행을 명할 수 없음
  ⇨ 등기의무자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 것으로서 부적법한 소임(대법원 94다24367 판결 등)

▶ 올바른 주문례

1. 가. 이 사건 (가), (나) 부분 토지는 피고의 소유로, 이 사건 (다) 부분 토지는 원고의 소유로 각 분할한다.
   나. 피고는 원고에게 약 3억 원을 지급하라.

▶ [참고] 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 조정이 성립한 경우, 물권변동의 효력 발생 시기 ⇨ 등기를 마친 때 (2011두1917 전원합의체 판결)

○ 다수의견은 협의분할과 본질적으로 크게 차이가 없다는 등의 이유로 등기를 마친 때 물권변동의 효력이 발생한다고 함

○ 소수의견은 조정조서에는 확정판결과 동일한 효력이 있다는 이유로 공유물분할소송이 형성소송인 이상 조정이 성립한 때 물권변동의 효력이 발생한다고 봄

○ 두 견해는 제3자 보호에 있어 차이가 있음

- 다수의견에 의하면 등기를 마치기 전에 권리를 취득한 제3자는 보호받을 수 있으나, 소수의견에 의하면 조정이 성립한 후 등기를 마치기 전에 권리를 취득한 제3자는 보호받을 수 없음

⑥ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결 [이사및감사지위확인]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 2014. 12. 1. 피고의 임시주주총회에서 감사로 선임되었음

○ 원고는 2015. 3. 13. 감사 지위 등을 부인하는 피고 등을 상대로 감사 지위 확인을 구하는 이 사건 소를 제기하면서, 2015. 4. 1. 피고에게 서면으로 감사 임용계약의 체결을 요구함

○ 환송 전 원심은 종전 대법원 판례에 따라 원고와 피고 사이에 임용계약이 체결되지 않았으므로, 주주총회에서 원고를 감사로 선임하는 결의가 있었더라도 원고가 감사의 지위를 취득하지 못하였다고 보아 원고의 청구를 기각함

○ 대법원은 2017. 3. 23. 주주총회의 선임결의와 피선임자의 승낙이 있으면 별도로 임용계약을 체결하였는지 여부와 관계없이 이사·감사의 지위를 취득한다고 보아 종전 대법원 판례를 변경하였고, 환송 전 원심판결 전부를 1차 파기환송(대법원 2016다251215 全合 판결)

○ 환송 후 원심은 2018. 6. 7. 원고가 감사 임용계약 체결을 요구한 2015. 4. 1.부터 피고의 감사 지위를 취득하였더라도 그로부터 3년 내 최종 결산기에 관한 2018. 3. 23.자 정기주주총회가 종결되어 원고의 감사 임기가 만료되었고 위 정기주주총회에서 후임 감사가 유효하게 선임되었으므로, 원고의 감사 지위 확인 청구는 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것에 불과하여 확인의 이익이 없다는 이유로 각하함

○ 대법원은 원고에게 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위해 과거에 일정 기간 동안 피고의 감사 지위에 있었음에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지를 석명하고 이에 관한 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다는 등의 이유로 2차 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 이사(또는 감사)와 회사 사이에는 두 개의 법률관계가 있음

○ ① 단체법적, 조직법적 관계 ⇨ 주주총회에서 이사로 선출되어 이사회 구성원이 되고, 이사회에서 대표이사를 선임할 권리를 보유하는 관계

- 주주총회 선임결의 후 본인이 동의하면 이사 또는 감사로서의 지위를 취득하게 됨. 별도의 임용계약은 필요 없음

○ ② 개인법적 관계 ⇨ 회사에서 일하고 보수를 받는 관계

- 계약에 따라 발생하는 권리관계임. 임용계약이 체결되지 않은 이상 이를 전제로 하는 보수청구권 등은 발생하지 않음

▶ 대상판결은 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것이 확인의 이익이 있다고 본 것은 아님

○ 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것은 실무상, 이론상으로 확인의 이익이 인정되지 않음

○ 판례에서 언급한 '과거의 법률관계'는 '과거의 법률관계의 확인'이 이론상 가능하다는 의미는 아니고, 그것의 확인을 구하는 것이 결국 현재의 권리관계에 관한 분쟁을 해결하는 데 있어 이를 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있어 확인의 이익이 인정된다는 취지임에 주의하여야 함

- 예컨대, 해제 의사표시가 무효라는 확인을 구하는 것(○)
  ⇨ 현재 법률관계를 원상회복 등을 통해 정리하기 위한 것임

▶ 대상판결은 분쟁의 종국적 해결을 위하여 원고에게 보수 상당의 금액을 구하는 청구로 변경할 기회를 주라는 취지인 것으로 보임

▶ 이때 원고의 채권은 불법행위에 기한 손해배상채권임

○ 원고가 피고와 임용계약을 체결하지 않은 이상, 원고는 피고에게 약정에 따른 보수청구권을 가지지는 않음(개인법적 관계에 해당하기 때문임)

○ 그런데 피고는 원고가 주주총회에서 감사로 선임된 이상 원고와 임용계약을 체결하여야 함에도 불구하고 의도적으로 계약을 체결하지 않았음

○ 이러한 피고의 행위는 불법행위로 평가할 수 있으므로, 원고는 피고를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상채권을 가짐

○ 임용계약을 거부한 대표이사도 부진정연대책임을 질 수 있음

▶ 대상판결의 판시 중 "감사는 상법 제388조, 제415조에 따라 회사에 대해 보수청구권을 가지므로"라는 표현은 조심스럽게 이해하여야 함

○ 상법 제388조, 제415조는 '이사, 감사의 보수는 정관 규정 또는 주주총회의 결의로 정한다'고 규정하고 있으나, 이는 정관 규정 또는 주주총회 결의가 없으면 임용계약상의 보수약정이 무효가 된다는 의미임 ☞ 이사, 감사가 위 규정을 근거로 바로 회사를 상대로 보수를 청구할 수는 없음

○ 대상판결은 참조판례로 대법원 2015다214202 판결을 들고 있으나, 위 판결의 판시 역시 임용계약을 전제로 한 판시임

- "주식회사의 주주총회에서 이사·감사로 선임된 사람이 회사와 계약을 맺고 이사·감사로 취임한 경우에, 상법 제388조, 제415조에 따라 정관 또는 주주총회에서 정한 금액·지급시기·지급방법에 의하여 보수를 받을 수 있다"(대법원 2015다214202 판결)

○ 대상판결의 판시에서 말하는 보수청구권이 일반적인 의미에서의 청구권이라면 감사는 주주총회의 선임과 동시에 회사에 대하여 금전채권인 보수청구권을 가지는 것이고, 대표이사가 위법하게 임용계약을 체결하지 않았다고 하더라도 금전채권인 보수청구권이 침해된다고 볼 수는 없음

- 이는 감사가 손해배상청구를 할 수 있다고 한 부분 또는 대표이사의 불법행위가 성립할 수 있다는 부분과 모순이 될 수 있음

○ 따라서 대상판결의 이 부분 판시는 “감사는 회사에 대하여 추상적 보수청구권을 가진다”는 의미로 해석하여야 함

7 대법원 2020. 8. 20.자 2019그534 결정 [회생]

▣ 사안의 개요

○ 채무자에 대하여 회생계획인가결정이 있었음

○ 특별항고인은 회생채권 추완신고를 하였으나, 원심법원은 관계인집회가 끝난 이후에 이루어진 추후보완신고라는 이유로 각하함

○ 이에 특별항고인은 특별항고를 제기하였음

○ 특별항고절차가 계속 중일 때 채무자에 대한 회생절차가 종결되었음

▣ 대상결정 검토

○ 회생절차종결결정이 있은 이상, 관리인의 권한은 소멸하였고, 추후보완신고는 더 이상 회생절차에 따라 회생채권을 확정받을 수 없음

○ 따라서 이 사건 특별항고는 불복할 이익이 없어 부적법함

8 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다14110, 14127, 14134, 14141 판결 [임금·임금·임금·임금]

▣ 사안의 개요(기아자동차 사건)

○ 원고들은 피고 회사(기아자동차)의 근로자이거나 피고 회사에서 근무하다 사망한 근로자의 상속인임

○ 원고들이 피고 회사를 상대로 휴일근로수당, 연차휴가수당, 특근수당 등을 청구한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 1년에 6번에 걸쳐(2개월마다) 지급된 상여금 ⇨ 통상임금 ○

▶ 근로시간 중 10분 또는 15분 부여된 휴게시간의 성격 ⇨ 근로시간에 해당함

○ 위 휴게시간은 작업능률을 높이기 위하여 부여된 시간인 것으로 보이고, 그 시간에도 사용자의 지휘·감독이 계속되고 있다고 보이기 때문임

○ [참고] 근로시간이 문제가 된 사건들

- 1 초등학교(또는 도서관) 경비원의 숙직 : 근로시간 × (대법원 2014다74254 판결)
  ⇨ 무인전자경비시스템이 작동되면 달리 할 일이 거의 없었을 것으로 보이는 점, 야간시간대에는 보호할 대상(초등학생 등)이 없는 점 등을 고려한 것으로 보임
- 2 아파트 경비원의 숙직 : 근로시간 ○ (대법원 2006다41990 판결)

▶ 판례에 의하면, 근로일, 휴일, 비번일 세 가지가 존재함

○ 대상판결은 유급 휴무일을 휴일로 보아 휴일근로수당을 인정하였음

○ [참고] 비번일에 출근해서 일하더라도 휴일근로수당을 지급할 필요는 없으나, 근로시간 제한을 초과한다면 초과근로수당을 지급해야 할 수도 있음

▶ 명시적 일부청구에서, 청구취지 확장을 예정하고 실제 확장한 경우
⇨ 소 제기 당시부터 청구한 금액 전체에 대하여 소멸시효 중단의 효력이 발생함

○ 기본적으로, 명시적 일부청구는 소송물이 나누어지고, 묵시적 일부청구는 소송물이 나누어지지 않음

○ 명시적 일부청구에서 청구취지의 확장을 예정한 경우 소멸시효 중단의 효력
1 실제 확장한 경우(대상판결) ⇨ 권리 전체 (대법원 91다43695 판결)
2 확장하지 않은 경우 ⇨ 나머지 부분에 대하여 최고의 효력 (대법원 2019다223723 판결)
☞ 예컨대, 청구취지를 확장하겠다고 하였는데 의제자백 등으로 소송이 종료된 경우임
☞ 최고(6개월)의 기산일은 소송이 종료된 때부터, 즉 판결확정일임

▶ 원고들의 통상임금청구가 신의성실의 원칙에 반하지 않는다고 보았음

○ 현재 판례의 기준 : 회사가 재정적으로 [1] 여유가 있으면 원고 청구 인용

[2] 여유가 없으면 원고 청구 기각

▶ 소송촉진 등에 관한 특례법에 따른 12% 지연손해금 적용기준

○ 소송물과 인용금액이 1심과 동일한 경우 ⇨ 항소기각(1심 선고 다음 날부터)

○ 인용금액은 1심과 동일한 데 소송물이 바뀐 경우 ⇨ 1심 취소, 항소심 선고 다음날부터

☞ 예컨대, 선택적 청구 중 1심과 다른 청구를 인용한 경우 (대법원 2012다201724 판결 등)

○ 인용금액이 변경된 경우 (대법원 97다9215 판결)

⇨ 1심에서 인용된 부분이 유지되는 경우에는 1심 선고 다음 날부터

⇨ 추가로 인용된 경우에는 추가분에 대하여 항소심 선고 다음 날부터

○ 1심에서 기각하고, 항소심에서 전부 인용한 경우 ⇨ 항소심 선고 다음날부터 (대법원 2012다79019 판결) ★ 주의를 요함

9 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다296172, 296189 판결 [건물명도(인도) · 손해배상(기)]

▣ 사안의 개요

○ 원고(학교법인)는 피고와 사이에 원고가 소유한 이 사건 점포에 대하여 임대차계약을 체결하였고, 피고는 원고로부터 이 사건 점포를 인도받아 커피숍을 운영함

○ 원고는 피고에게 임대차계약이 종료되니 이 사건 점포를 인도해달라는 내용증명을 보냄

○ 피고는 甲과 이 사건 점포에 관하여 권리금을 3억 원으로 하는 점포 권리, 시설 양도계약을 체결하였고, 원고에게 甲과 임대차계약을 체결해 달라는 내용의 내용증명을 보냄

○ 원고는 관련 법령에 따라 이 사건 점포에 관한 임차인 선정을 일반경쟁 입찰에 부쳐야 한다는 사유로 甲과 임대차계약 체결을 거절한 사안임

▣ 대상판결 검토

▶ 원고에게는 피고가 주선한 甲과의 임대차계약 체결을 거절하는 데 있어 정당한 사유가 인정됨[구 상가건물 임대차보호법(2018. 10. 16. 법률 제15791호로 개정되기 전의 것) 제10조의4 제1항 제4호[114]]

○ 사립학교법 제33조, 사학기관 재무·회계 규칙 제35조 제1항에 의하면, 학교법인은 연액 또는 총액이 5,000만 원을 초과하는 임대차계약을 체결하려는 경우에는 위 규칙 제35조 제3항에서 정하는 수의계약에 의할 수 있는 사유가 없는 한 일반경쟁에 부쳐야 함

- 입찰을 통해 부정 소지를 없애려는 취지의 조항임

▶ 임차목적물 반환의무(임차인) vs 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무(임대인)

⇨ 동시이행관계 ×

"임차인의 임차목적물 반환의무는 임대차계약의 종료에 의하여 발생하나, 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무는 상가건물 임대차보호법에서 정한 권리금 회수기회 보호의무 위반을 원인으로 하고 있으므로 양 채무는 동일한 법률요건이 아닌 별개의 원인에 기하여 발생한 것일 뿐 아니라 공평의 관점에서 보더라도 그 사이에 이행상 견련관계를 인정하기 어렵다." (대법원 2018다242727 판결)

114) 임대인은 임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 임대차 종료 시까지 그 밖에 정당한 사유 없이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 됨. 다만, 제10조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그러지 아니함(제1항), 각호의 사유 중 하나로 '그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위'를 들고 있음(제4호)

⑩ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다301623 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 원고는 甲 회사 발행주식의 50%를 보유한 자임

○ A는 원고의 자금을 받아 乙 회사를 설립하였음

○ 丙 회사는 홍콩에 성립된 명목회사인데, A는 丙 회사에 乙 회사의 주식 전부를 이전함

○ 甲 회사는 2002년경 丙 회사로부터 乙 회사의 주식 중 61.4%를 매수하였고, 丙 회사는 그 돈으로 丁 회사를 설립함

○ 甲 회사는 2007년경 丙 회사로부터 乙 회사의 주식 중 31.6%를 매수하였고, 丙 회사는 그 돈으로 丁 회사의 유상증자에 참여함

○ 丙 회사가 해산 및 청산됨에 따라, 잔여재산인 丁 회사의 주식은 戊 회사로 이전되었음

○ A는 2010년경 戊 회사의 유상증자에 참여하여 발행주식 중 99.98%를 보유한 주주가 됨

○ 피고(대한민국)는 원고가 명목회사인 丙 회사나 戊 회사를 통해 丁 회사를 실질적으로 소유하면서 戊 회사 등의 주식을 A에게 명의신탁한 것으로 보아, A에게 증여세를 부과하였고, 원고와 A는 증여세를 납부함

○ 원고는 과세관청으로부터 2007년경 丙 회사에게 지급한 주식매수대금 중 일부가 원고가 배당받은 것으로 간주되므로 이에 대한 종합소득세를 수정·납부하라고 권고하였고, 원고는 2016년경 피고 산하 영덕세무서장에게 약 7억 원을 수정 신고한 후 납부한 사안임

▣ 대상판결 검토

○ 종합소득세 관련 사건으로서, 이때 부과제척기간은 원칙적으로 5년임

○ '납세자가 사기 기타 부정한 행위로써 국세를 포탈하거나 환급·공제받은 경우' 부과제척기간은 10년임. 판례는 '사기 기타 부정한 행위'를 비교적 엄격하게 보는 것으로 보임

○ 대상판결은 원고에게 간주배당소득에 대한 조세포탈 목적이 일부 있었던 것으로 볼 수 있더라도, 명의위장만으로는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다고 보기 어렵다는 이유로 5년의 제척기간이 적용되어야 한다고 보았음

⓫ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020다221020 판결 [관리비]

▣ 사안의 개요

○ 甲 회사는 남대문시장 권역에 대하여 대규모점포 개설등록을 마친 대규모점포등관리자임

○ 乙 상인회는 남대문시장 내에서 영업하는 상인들로 구성된 상인회인데, 원고는 남대문시장 내에 위치한 이 사건 상가에서 영업하는 상인들로 구성된 상가상인회로서 乙 상인회의 지회임

○ 원고는 이 사건 상가 관리업무를 수행하면서 상인들로부터 관리비를 부과·징수하여 왔음

○ 피고들은 이 사건 상가 중 일부 점포를 임차하여 운영하였거나 현재 운영 중인 상인들로서, 원고로부터 탈퇴하여 원고의 회원이 아닌 상인들임

○ 원고는 피고들을 상대로 미납관리비 등을 청구하였는데, 피고들이 원고가 부과·징수하는 관리비 항목 중 점포 전기료, 청소관리비 등에 해당하는 항목에 대한 납부의무가 있음에 대하여는 다투지 않았으나, 운영회 회비 항목에 대하여는 이미 원고로부터 탈퇴한 이상 납부의무가 없다고 다툰 사안임. 운영회 회비는 대부분 원고가 단체로서 운영됨에 따라 소요되는 직원급여나 회장활동비 등의 경비로 지출되었음

○ 원심은 운영회 회비 항목은 원고 소속 회원들에게만 부과·징수될 수 있는 성질의 금원 등이라는 이유로 원고의 청구를 모두 기각함

○ 대법원은 운영회 회비 항목도 관리비에 포함된다고 볼 수 있다는 이유로 파기환송

▣ 관리비 징수 주체

▶ 아파트 vs 상가 vs 대규모점포

[표 1] 관리단과 입주자대표회의 등

아파트	상가	대규모점포
관리단(당연 설립) *집합건물법	관리단(당연 설립) *집합건물법	관리단(당연 설립) *집합건물법
입주자대표회의 *공동주택관리법		대규모점포 등 관리자 *유통산업발전법

[표 2] 관리비 징수주체

	아파트	상가	대규모점포
관리비 징수	임주자대표회의	관리단	대규모 점포 등 관리자
관리비의 징수 대행	주택관리업자 (공동주택관리법 23조)	위탁관리회사 (임의적 소송담당, 대법원 2014다87885 판결)	위임받은 상인회 (임의적 소송담당, 대상판결)

○ 아파트

- 관리단 : 소유자들의 모임, 당연성립, 집합건물법을 근거로 함
- 입주자대표회의 : 동 대표들을 구성원으로 함, 공동주택관리법을 근거로 함

* 임차인은 동 대표를 선출할 권한만 가지고 있음

○ 상가

- 관리단 : 당연성립, 집합건물법을 근거로 함
- 상가번영회 : 임의단체, 근거규정은 별도로 없음

○ 대규모상가(규모가 3,000㎡ 이상인 곳 등)

- 관리단 : 당연성립, 집합건물법을 근거로 함
- 대규모점포 등 관리자 : 주식회사만 가능함, 유통산업발전법을 근거로 함

* 대규모점포 등 관리자는 사용하는 명칭과 상관없이 대규모점포 등 관리자임

▶ 관리비 징수 주체의 당사자적격 인정 여부

○ 아파트의 경우 : 주택관리업자(공동주택관리법 제23조)

- 공동주택관리법에 의하여 당사자적격 ○

○ 상가의 경우 ⇨ 위탁관리회사(대법원 2014다87885, 87892 판결)

- 관리단의 당사자적격은 당연히 인정됨
- 위탁관리회사는 임의적 소송담당(제3자 소송담당)임에도 불구하고 당사자적격 인정됨(대법원 2014다87885 판결)

○ 대규모점포는 주식회사인 대규모점포 등 관리자에게 관리비징수 권한이 인정됨(유통산업발전법)

○ 그런데, 대상판결은 더 나아가 대규모점포 등 관리자로부터 포괄적으로 위임을 받은 상인회 또는 지회도 관리비 청구소송에서 당사자적격이 인정된다고 보았음

"나아가 甲 회사가 그 내부 규정을 통하여 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 乙 상인회 내지 그 지회인 각 상가상인회에 포괄적으로 위임하였으므로, 원고는 위임받은 관리업무를 수행하면서 이 사건 상가 내 점포 상인들로부터 그러한 업무수행에 소요되는 경비, 즉

관리비를 부과·징수할 권한이 있고, 특별한 사정이 없는 한 자신의 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격도 인정된다."

▣ 대상판결 검토

▶ 대법원은 실제 관리비를 징수하는 주체의 당사자적격을 인정해 줌으로써 실제 상황을 존중해준 것임

○ 임의적 소송담당은 일반적으로 허용되지 않음

- 임의적 소송담당을 일반적으로 허용할 경우, 변호사가 아닌 자가 본인 이름으로 소송을 수행하는 등 변호사법위반이 될 여지가 크기 때문임

○ 아파트나 상가처럼 관리비를 징수하는 주체가 직접 소송을 제기하는 것을 허용하더라도, 임의적 소송담당을 허용함으로써 발생할 위험성은 거의 발생하지 않을 것으로 보임. 대법원은 이런 현실을 반영하여 지회의 당사자적격도 인정한 것임

○ 민사소송법을 탄력적으로 운용하는 대법원의 태도에 찬성함

▶ 운영회 회비 항목도 관리비로 봄이 타당함

○ 운영회 회비가 직원급여나 회장활동비 등의 경비로 지출된다고 하더라도, 해당 비용은 결국 이 사건 상가의 사용·보전·관리업무 수행에 수반되는 비용에 해당하므로 관리비에 포함된다고 보아야 함

- 관리비를 징수하는 비용도 당연히 관리비의 내역에 포함될 수 있음

○ 이 사건 청구의 본질은 관리비 청구인데, 원심은 비법인사단의 회비 청구로 오인하였던 것으로 보임

⑫ 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020다227356 판결 [채무부존재확인]

▣ 사안의 개요

○ 甲은 아들인 乙에게 부동산을 증여하였음

○ 乙이 사망하자, 상속인인 乙의 아내 A와 아들 원고가 乙의 재산을 공동으로 상속하였고, 이 사건 부동산에 대한 소유권이전등기를 마침

○ A와 원고는 B 등에게 이 사건 부동산을 매도하려고 하였음

○ 매매계약 체결 사실을 알게 된 甲의 자녀들인 丙 등이 '乙이 부모인 甲 등을 모시는 조건으로 부동산을 증여받은 것인데 이를 처분하면 甲 등이 거주할 곳이 없어진다'는 이유로 위 부동산의 처분을 반대함

○ A와 원고는 2015. 12. 16. B 등과 매매계약을 합의해지함

○ 원고는 이 사건 각 합의서를 작성하면서 甲에게 2억 6,900만 원을 지급하기로 약정하였고, 丙 등은 이 사건 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤음

○ 피고는 丙에 대한 확정된 지급명령에 기초하여 丙의 원고에 대한 근저당권부 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 다음 이 사건 부동산에 관하여 임의경매를 신청함

○ 이에 원고가 피고를 상대로 이 사건 근저당권에 기한 원고의 丙에 대한 피담보채무 부존재 확인을 구하는 소를 제기한 사안임

○ 원심은 원고의 丙에 대한 피담보채무가 부존재한다고 보았음(상고기각)

▣ 이 사건 근저당권의 효력 ⇨ 유효

▶ 제3자 명의 근저당권 등기

○ 약정금채무에 관하여 변제를 받아야 할 채권자는 甲인데, 甲의 아들인 丙 명의로 근저당권 등기가 되어 있음

○ 이른바 제3자명의 근저당권등기로서 부동산실명법과 담보물권의 부종성이 문제됨

▶ 판례는 이러한 등기의 유효성을 인정하고 있음

○ 대법원은 전합 판결로 채권이 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있으면 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효라고 보았음

"근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다."(대법원 99다48948 全合 판결)

○ 위 전합 판결은 '특별한 사정이 있는 경우'라는 표현을 사용하고 있지만, 근저당권자를 제3자로 하는 경우에 당사자 사이에는 제3자가 채권자로서 배당을 받거나 변제를 받는 것은 양해하는 것이 일반적이라는 점에서 오히려 제3자 명의 근저당권 등기는 원칙적으로 유효라고 보아야 함

○ 실제로 전합 판결 이후에도 대법원은 대부분의 사건에서 제3자 명의 근저당권등기를 유효로 보아 왔음

○ 대상판결보다 6주 앞서서 선고된 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결에서도 대법원은 채권자가 자신의 아들을 근저당권자로 등기한 사안에서 근저당권등기가 유효하다고 판시하였음

- 자세한 것은 2020. 9. 1.자 공보 5번 판결 해설 참조할 것

▶ 이러한 근저당권등기가 무효라면 거래 안전에 심각한 문제가 발생함

○ 등기에는 공신력이 없으므로 무효인 근저당권등기에 기하여 경매가 이루어지더라도 경매는 무효임

○ 따라서 일반적으로 경매로 소유권이 이전된 부동산에 관하여 근저당권 명의자가 아닌 제3자가 실제 채권자였다는 점만 증명을 하면 이후의 모든 등기가 무효가 되고, 이러한 사정은 등기부상으로는 전혀 예측할 수 없는 것이어서 거래의 안전을 위협함

▣ 대상판결에 의문이 있음

▶ 대상판결의 근저당권등기도 유효라고 보아야 함

○ 대상판결의 사안도 채권자의 아들이 근저당권자로 등기되었다는 점에서 위 대법원 2019다212594 판결과 거의 동일한 사안이라고 할 수 있음

○ 그동안의 판례의 태도나 위 대법원 2019다212594 판결에 비추어 甲과 丙은 '불가분적 채권관계'로서 丙 명의의 이 사건 근저당권등기는 유효라고 보아야 함

▶ 근저당권등기가 유효라면 근저당권자의 채권이 부존재한다고 보기는 어려움

○ 기존의 판례 이론에서 불가분적 채권관계를 인정한 것은 근저당권자가 채권을 가지는 것을 전제로 한 것임

- 불가분적 채권관계라는 판단의 근거는 근저당권자는 경매절차에서 유효하게 채권자로서 배당을 받을 수 있고, 채무자가 원래의 채권자와 근저당권자 누구에게 변제하여도 변제는 유효하다는 데 있음 ☞ '불가분적 채권관계'란 이러한 사정을 언급한 것임

○ 즉 근저당권등기는 유효라고 보면서, 근저당권명의자는 채권자는 아니라는 법리를 만들 수는 없음(⇨ 담보물권의 부종성에 반함)

▶ 대상판결의 결론이 형평의 점에서 타당하다는 생각이 들 수도 있음

○ 이 사건 부동산이 처분될 경우 甲은 현재 거주지를 잃게 될 우려가 있음

○ 연로한 甲을 보호하자는 관점에서, 실제 채권자를 甲으로 본 대상판결의 결론이 타당한 것으로 보이기도 함

▶ 그러나 공평의 점과 법적 안정성의 면에서 대상판결에 반대함

○ 제3자 명의로 근저당권등기를 하는 자는 그에 따른 위험부담도 안는 것이 공평함

- 채권이 제3자에게 공시되지 않는 이상, 甲의 채권자로서는 甲이 이 사건 부동산에 대하여 권리를 가지고 있다고 생각하기는 어려움 ☞ 甲은 丙을 근저당권자로 등기함으로써 자신의 채권을 감추는 효과를 누린 것임
- 한편 丙의 채권자인 피고는 등기를 통해 공시되는 근저당권을 보고 丙이 근저당권부 채권을 가지고 있다고 생각하고 위 채권에 압류 및 추심명령을 받았음
- 甲이 제3자 명의의 근저당권을 작출하여 甲의 채권자들이 이 사건 부동산에 대해 집행할 위험성[115]을 피하면서도, 근저당권자인 丙의 채권자들이 집행하려고 할 때는 丙이 채권자가 아니라는 이유로 집행의 위험성을 피할 수 있다고 보는 것은 균형에 맞지 아니함
- 근저당권자를 제3자로 등기하는 데 관여한 원고, 甲, 丙은 그 등기가 공시하는 내용에 대하여 위험을 부담하는 것이 공평하다고 생각함

○ '불가분적 채권관계가 형성'되었다는 이유로 제3자 명의의 근저당권등기를 유효로 보면서, 사안에 따라 근저당권자의 피담보채권을 부정하는 것은 그동안의 기본 법리와도 충돌함 [끝]

115) 피고는 추심권자로서 이 사건 부동산에 임의경매를 신청하였음

1 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결 [손해배상등]

▣ 사안의 개요

○ 망인은 피고 기아자동차에서 근무하다가, 피고 현대자동차로 전직하여 근무한 자임

○ 망인은 질병으로 사망하였고, 망인의 배우자가 근로복지공단에 산재보험법상 유족급여 등을 신청함

○ 근로복지공단은 망인의 질병을 산재보험법상 업무상 사유에 의한 질병으로 판정하였고, 이에 따라 망인의 가족들은 산재보험법이 정하는 각종 급여를 지급받았음

○ 피고들은 각 단체협약에 업무상 재해로 조합원이 사망한 경우 직계가족 등 1인을 특별채용하는 내용의 산재 유족 특별채용 조항을 두었음

○ 원고들은 망인의 자녀로 공동상속인들인데, 원고 1은 위 특별채용 조항에 근거하여 주위적으로 피고 기아자동차를, 예비적으로 피고 현대자동차를 상대로 고용계약 청약에 대한 승낙의 의사표시를 구함. 원고들은 피고 기아자동차를 상대로 위 피고의 안전배려의무 위반에 따른 망인의 사망을 이유로 한 망인이 입은 손해에 대한 배상을 구함

○ 산재 유족 특별채용 조항이 민법 제103조에 위반되어 무효인지가 문제되었음

○ 원심은 위 특별채용 조항이 민법 제103조에 반하여 무효라고 판단함

○ 대법원 다수의견은 위 특별채용 조항이 민법 제103조에 위반되어 무효라고 볼 수 없다는 이유로 파기환송

▣ 단체협약[116]

▶ 성격 : 협약당사자 간에 계약의 형태로 성립하는 법률행위

○ 협약당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 근로조건 및 노사관계의 제반사항에 관하여 합의한 것을 말함

▶ 규범적 효력(노동조합 및 노동관계조정법 제33조[117])

116) 강선희 교수, “단체협약 규범적 효력의 법적 근거”, 고려법학 57호(2010. 6.), 고려대학교 법학연구원

117) 제33조(기준의 효력)
① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.
② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

○ 단체협약의 내용 중 '근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준'은 협약당사자 외의 제3자(각 단체의 구성원)에게 직접적으로 적용되고 그 기준에 반하는 협약당사자 외의 제3자의 근로계약과 취업규칙의 부분을 문언 그대로 **'무효'로 하는 강행적 효력**을 말함

- 예컨대, 단체협약의 내용보다 불리한 근로조건으로 계약을 체결하였다면(단체협약에서 정한 금액보다 적은 임금으로 계약서를 작성한 경우), 해당 근로조건은 단체협약에 위반되어 무효임
- 반면에, 단체협약의 내용보다 유리한 근로조건으로 계약을 체결하는 것은 단체협약의 기준에 반하지 않으므로 유효임

▶ 법적 성질

○ 수권설, 집단적 규범계약설, 조합원 승복 위임설, 법규범설 등 다양한 학설이 존재함

○ 위 학설들은 계약인 단체협약에 규범적 효력을 부여하는 것을 설명하기 위한 논의이므로, 단체협약의 규범적 효력이 법에 의하여 인정되는 이상 논의의 실익이 크지 않다는 것이 일반적인 견해임

▣ 대상판결 검토

▶ 원고 1의 피고들에 대한 청구의 법적 근거는 단체협약임

○ 대상판결이 확정되면 의사의 진술을 명하는 판결이 확정되는 것이므로, 이로써 원고 1과 피고들 사이에 고용관계가 성립하게 됨. 즉 근로관계의 형성을 구하는 청약임

○ 망인 및 원고 1은 피고들과 단체협약을 직접 체결하지 않았으나, 단체협약의 효력은 규범적 효력에 의하여 구성원인 망인, 그리고 원고 1에게도 미침

▶ 단체협약의 내용이 민법 제103조에 위반된다면 무효임

▶ 산재 유족 특별채용 조항이 민법 제103조에 위반되지 않는다고 본 다수의견에 찬성함

○ 다수의견은 아래와 같은 논거 등을 이유로 위 특별채용 조항이 유효라고 보았음

- 피채용자의 규모 : 피고 기아자동차는 근로자 수 약 35,600명 이상임에도 11명, 피고 현대자동차는 근로자 수 약 70,000명 이상임에도 52명을 각 특별채용함
  - ☞ 위 특별채용 조항은 피고들의 사업장에서 극히 드물게 업무상 재해로 인한 사망이 발생하는 경우에 비로소 적용될 뿐임
- 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 부여하는 근거가 되는 헌법 제32조 제6항을 고려하여 볼 때, 위 특별채용 조항은 헌법 제32조 제6항 및 이를 근거로 한 법률들의 취지와 정신을 기업 단위에서 자치적으로 구현한 것으로서 보상과 보호라는 목적을 달성하기 위한 유효적절한 수단이라고 할 수 있음
- 피고들은 노동조합과 위 특별채용 조항을 포함하는 단체협약을 체결함으로써 조합원인 근

로자들의 업무에 대한 충실을 유도하고, 노동조합과 원만한 관계를 유지할 수 있는 이익을 얻음

○ 소수의견의 논거는 아래와 같음

- 자치적으로 단체협약을 개정하여 산재 유족 특별채용 조항을 삭제하고, 노사합의로 다른 방식의 보상책을 마련하는 것이 바람직함
- 업무상 재해에 대한 사용자의 보상이 구직희망자와 같은 제3자의 희생을 기반으로 해서는 안 된다고 판단한 것이지 업무상 재해에 대한 사용자의 책임을 축소해야 한다는 입장에 서 있는 것이 아님

○ 다수의견이 국민적 법 감정에 부합하고 타당하다고 생각함

- 망인의 유족은 산업재해로 인한 손해는 산재보험법 등을 통하여 전부 보상받았고, 위 특별채용 조항은 피고들이 채용하여야 할 근로자들 중 일부를 위 조항의 대상자인 유족으로 채용하는 것뿐이어서 회사가 추가로 비용을 지출하는 것이 아님
- 위 특별채용 조항을 없앤다고 하더라도 회사에 산업재해로 인한 다른 보상을 요구하기는 어려울 것으로 보임(균형이 맞지 않음)

※ 신규 채용을 할 때 장기근속자나 정년퇴직자의 자녀를 우선채용하는 내용의 단체협약의 효력이 앞으로 문제될 수 있을 것으로 보임

2 대법원 2020. 8. 27. 선고 2017다211481 판결 [부당이득금]

▣ 사안의 개요

○ 피고는 임대아파트 건설사업을 진행한 자이고, 원고들은 피고가 건설한 이 사건 아파트에 입주한 자들임

○ 원고들은 이 사건 아파트의 임대의무기간인 5년이 경과한 이후 이 사건 아파트에 관하여 분양전환 승인신청을 하였고, 동두천시장은 임대주택분양전환 승인을 하였음

○ 원고들은 피고와 사이에 이 사건 아파트에 관하여 분양계약을 체결한 후, 각 분양대금을 지급하였음

○ 원고들이 피고를 상대로 각 분양계약 중 정당한 분양전환가격을 초과한 부분은 무효라는 이유로 초과 지급 금액 부분을 부당이득으로 반환하여 줄 것을 구한 사안임

○ 원심은 건축비 감정결과에 따라 분양전환가격의 기초가 되는 '실제 건축비'를 인정하였음

○ 대법원은 신고·확정된 취득세 과세표준을 기준으로 '실제 건축비'를 산정해야 한다는 이유로 파기환송

▣ 대상판결 검토

▶ 임대주택 등의 경우, 의무기간이 지난 후에도 여전히 무주택자라면 자기가 거주하고 있는 임대주택을 매수할 수 있음 ⇨ 이때 분양금액은 법령에서 정한 산정기준에 따라 결정됨

▶ 법령에서 정한 산정기준에 의한 금액을 초과한 분양전환가격으로 체결된 분양계약의 효력 (= 초과하는 범위 내에서 무효) ⇨ 무효인 부분에 해당하는 금액은 부당이득임 (대법원 2009다97079 全合 판결)

○ 과거에는 분양전환가격이 지나치게 높아 임차인의 우선분양전환권을 사실상 박탈하는 정도에 이르지 않은 이상 분양계약의 사법상 효력을 부인할 수 없다고 보았으나, 2009다97079 全合 판결로 법령에서 정한 산정기준에 의한 금액을 초과한 계약 부분에 대하여는 부당이득이 성립된다는 내용으로 판례가 변경되었음

○ 위 전합 판결 이후로 위 차액 상당의 부당이득의 반환을 구하는 소송이 급증함

▶ 분양전환가격의 산정방식 ⇨ '건설원가'와 '감정평가금액'을 산술평균한 가격

○ 건설원가 = 최초 입주자 모집 당시의 주택가격 + 자기자금이자 - 감가상각비

- 최초 입주자 모집 당시의 주택가격 = 건축비와 택지비를 기준으로 입주자모집 승인권자가 산정한 금액

☞ 건축비란? 표준건축비의 범위 내에서 **실제로 투입된** 건축비(위 2009다97079 全合 판결)

※ 표준건축비를 의미하는 것이 아님에 주의

☞ 택지비란? 임대사업자가 택지공급자로부터 실제로 공급받은 택지의 가격

▶ **대법원은 실제 건축비를 기준으로 분양전환가격을 산정하라는 기존의 판례를 유지하였음**

○ 원심은 건축비 감정결과에 따라 '실제 건축비'를 인정함으로써 결과적으로 표준건축비를 기준으로 건축비를 산정한 것이 되었음

- 실제 투입한 공사비를 확인할 수 있는 방법이 없어서 위와 같은 방법을 취한 것으로 보임

○ 대법원은 이 사건 아파트에 관하여 신고·확정된 취득세 과세표준을 기준으로, 실제 지출하였으나 제외되거나 누락된 비용이 있다는 점이 밝혀진 경우에는 취득세 과세표준에 제외되거나 누락된 비용만 추가하여 실제 건축비를 산정하라는 취지로 파기환송

- 바꾸어 말하면, 실제 투입된 건축비를 최대한 추단할 수 있는 취득원가를 기준으로, 제외되거나 누락된 비용을 밝혀 이를 더함으로써 실제 투입된 건축비를 계산하라는 취지임

▶ **임대사업자가 공급받은 공공택지의 대금을 선납함으로써 대금을 일부 할인받은 경우, 분양전환가격의 기초가 되는 택지비 ⇨ 선납할인금을 공제하고 임대사업자가 실제 납부한 대금**

○ 실제 투입된 건축비를 기준으로 계산하라는 것과 같은 취지임

▶ **분양전환가격 산정 시 최초의 감정평가에 대한 이의신청이 있고 이의사유가 인정되어 재평가를 한 경우 ⇨ 재평가된 금액을 기초로 분양전환가격을 산정하여야 함 [끝]**

판례공보스터디
민사판례해설