

## 대법원 2022. 3. 17. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2018다244877 퇴직금 (차) 파기환송(일부)

[매월 일정액을 지급하고 근로소득세 등을 사업주가 부담하기로 하는 내용의 이른바 넷트계약을 체결하고 근무하다 퇴직한 의사에 대한 퇴직금 지급 여부가 다투어진 사건]

◇1. 실질적인 퇴직금 분할 약정 존재를 인정하기 위한 판단기준, 2. 사업자가 확정기여형 퇴직연금의 부담금을 납입하면서 동액 상당을 근로자에게 지급하여야 할 임금에서 공제한 경우, 해당 확정기여형 퇴직연금제도의 설정 및 부담금 납입행위의 효력◇

1. 사용자와 근로자가 체결한 당해 약정이 그 실질은 임금을 정한 것에 불과함에도 불구하고 사용자가 퇴직금의 지급을 면탈하기 위하여 퇴직금 분할 약정의 형식만을 취한 것인 경우에는 실질적 퇴직금 분할 약정이 존재한다고 보기 어렵다.

사용자와 근로자 사이에 월급이나 일당 등에 퇴직금을 포함시키고 퇴직 시 별도의 퇴직금을 지급하지 않는다는 취지의 합의가 존재할 뿐만 아니라, 임금과 구별되는 퇴직금 명목 금원의 액수가 특정되고, 위 퇴직금 명목 금원을 제외한 임금의 액수 등을 고려할 때 퇴직금 분할 약정을 포함하는 근로계약의 내용이 종전의 근로계약이나 근로기준법 등에 비추어 근로자에게 불이익하지 아니하여야 하는 등, 사용자와 근로자가 임금과 구별하여 추가로 퇴직금 명목으로 일정한 금원을 실질적으로 지급할 것을 약정한 경우에 한하여 사용자와 근로자 사이에 실질적인 퇴직금 분할 약정이 존재한다고 볼 수 있다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2008다9150 판결 등 참조).

2. 「근로자퇴직급여 보장법」(이하 ‘퇴직급여법’이라고 한다)의 입법 취지와 확정기여형 퇴직연금제도 관련 규정 내용, 확정기여형 퇴직연금제도와 퇴직금제도의 관계 등을 종합하면, 퇴직급여제도 중 확정기여형 퇴직연금제도가 설정된 사업 또는 사업장에서 사용자가 퇴직한 가입자에 대하여 가입기간 동안 매년 납입한 부담금이 연간 임금총액의 12분의 1(부담금의 액수를 연간 임금총액의 12분의 1을 넘는 금액으로 정한 경우에는 그 금액)에 미치지 못하는 경우, 가입자인 근로자는 특별한 사정이 없는 한 퇴직일로부터 14일이 지난 후에는 사용자에게 직접 정당한 부담금액과 이미 납입된 부담금액의 차액 및 그에 대한 퇴직급여법에서 정한 지연이자를 지급할 것을 청구할 수 있을 뿐, 퇴직금제도에

따라 평균임금의 재산정을 통해 계산하는 방식으로 추가 퇴직금의 지급을 청구할 수는 없다고 보아야 한다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다207444 판결 참조).

한편, 퇴직급여법에 따라 확정기여형 퇴직연금제도가 설정된 사업 또는 사업장에서, 사용자가 확정기여형 퇴직연금의 부담금을 납입하면서 동액 상당을 근로자에게 지급하여야 할 임금에서 공제하였더라도 특별한 사정이 없는 한 해당 확정기여형 퇴직연금제도의 설정이나 사용자의 그러한 부담금 납입행위 자체가 무효가 된다고 볼 수는 없다. 이러한 경우 근로자는 사용자에게 퇴직연금의 부담금 명목으로 공제된 금액 상당의 미지급 임금과 그에 대한 지연손해금을 청구하고, 만일 정당한 부담금액과 이미 납입된 부담금액의 차이가 있다면 앞서 본 법리에 따라 그 차액 및 그에 대한 지연손해금을 지급할 것을 별도로 청구할 수 있을 뿐, 퇴직금제도에 따라 평균임금의 재산정을 통해 계산하는 방식으로 추가 퇴직금의 지급을 청구할 수는 없다.

☞ 대법원은 ① 위와 같은 법리에 비추어 원고와 피고 사이의 퇴직금 분할 약정은 그 실질이 임금을 정한 것이면서 퇴직금 지급을 회피하기 위하여 퇴직금 분할 약정의 형식만을 취한 것에 불과할 뿐 실질적인 퇴직금 분할 약정에 해당하지 않는다고 볼 여지가 많다고 보아, 이와 달리 본 원심 해당 부분을 파기함. 나아가 ② 위 법리에 따르지 아니하고, 확정기여형 퇴직연금제도에 따른 퇴직연금 부담금을 피고가 부담하지 않고 원고의 월 급여에서 일정 금액을 공제하여 납부하였음을 이유로, 피고가 설정한 확정기여형 퇴직연금제도의 효력을 부정하면서 퇴직금제도에 따라 평균임금 산정을 통해 계산하는 방식으로 원고의 이 부분 퇴직금 청구를 일부 인용한 원심 부분도 함께 파기함

## 2018다263434 손해배상(의) (가) 파기환송

### [환자가 치료 도중 뇌출혈로 사망하자 의료과실에 의한 손해배상을 구하는 사건]

#### ◇병원에서 환자가 치료 도중 낙상사고가 발생하였을 경우 의사의 주의의무◇

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때에는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 할 주의의무가 있다. 의사의 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악해야 한다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다266606, 266613 판결 등 참조).

여러 명의 의사가 분업이나 협업을 통하여 의료행위를 담당하는 경우 먼저 환자를 담

당했던 의사는 이후 환자를 담당할 의사에게 환자의 상태를 정확하게 알려 적절한 조치를 할 수 있도록 해야 한다. 특히 환자가 병원에서 검사나 수술을 받는 과정에서 넘어지는 등의 사고가 발생하였다면 담당 의사는 이러한 사정을 고려하여 환자의 건강유지와 치료를 위한 주의를 기울여야 하고, 담당 의사가 바뀌는 경우 나중에 담당할 의사에게 이러한 사정을 알려 지속적으로 환자의 상태를 살필 수 있도록 해야 한다.

☞ 망인이 흉부 엑스레이 검사 도중 갑자기 낙상하는 사고가 발생하였고, 이후 입원을 기다리는 도중 양쪽 팔다리에서 경련 증상이 나타났는데, 의사가 망인에게 항경련제만 투여하였다가 이튿날 뇌 CT 검사를 통하여 망인의 뇌출혈 사실을 발견하고 혈중제거술을 하였지만 회복하지 못하고 사망한 사안

☞ 원심법원은 피고 병원 의사들의 주의의무를 게을리 하지 않았다고 보아 피고 병원의 손해배상책임을 인정하지 않았으나, 대법원은 피고 병원 의료진으로서 망인의 낙상사고로 뇌출혈이 발생할 가능성을 예상하여 적절한 조치를 하여야 하고 환자의 담당의사가 바뀌는 경우 이러한 사실을 잘 전달하여 망인에 대한 지속적 관찰이 필요하였으나 이러한 주의의무를 다하지 않았을 가능성이 있다고 판단함

## 2019다226975 손해배상(기) (가) 파기환송

**[법원이 가압류취소결정을 한 후 항고심 법원이 채권자의 즉시항고를 받아들여 잘못된 가압류취소결정을 취소하고 다시 가압류등기를 촉탁하였는데, 채권자가 따로 집행정지를 신청하지 아니하여 그 사이 부동산이 제3자에게 이전됨으로써 위 촉탁이 각하되자 채권자가 위 가압류취소결정의 잘못을 이유로 국가배상을 청구한 사안]**

◇가압류취소결정에 대해 즉시항고하면서 따로 집행정지를 신청을 하지 않은 채권자가 가압류취소결정을 잘못을 이유로 국가배상을 청구할 수 있는지(소극)◇

법관의 재판에 법령 규정을 따르지 않은 잘못이 있더라도 이로써 바로 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임을 발생하는 것은 아니다. 법관의 오판으로 인한 국가배상책임을 인정하려면 법관이 위법하거나 부당한 목적을 가지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다는 것이 관례이다(대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다29905 판결, 2001. 4. 24. 선고 2000다16114 판결, 2001. 10. 12. 선고 2001다47290 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결 참조).

특히 재판에 대하여 불복절차 또는 시정절차가 마련되어 있는 경우, 법관이나 다른 공

무원의 귀책사유로 불복에 의한 시정을 구할 수 없었다거나 그와 같은 시정을 구할 수 없었던 부득이한 사정이 없는 한, 그와 같은 시정을 구하지 않은 사람은 원칙적으로 국가배상에 의한 권리구제를 받을 수 없다(대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결, 대법원 2016. 10. 13. 선고 2014다215499 판결 등 참조).

민사집행법은 보전처분 취소재판에 대한 즉시항고에 대하여 집행정지의 효력을 부여하고 있는 민사소송법 제447조 준용을 배제하고 있다(민사집행법 제286조 제7항, 제287조 제5항, 제288조 제3항, 제307조 제2항). 이는 집행부정지 원칙을 채택함으로써 증가하는 채권자의 위험을 감수하더라도 보전재판의 신속한 절차진행이 더 중요하다고 본 입법자의 결단이라고 할 수 있다. 다만 민사집행법 제289조는 “가압류를 취소하는 결정에 대하여 즉시항고가 있는 경우에, 불복의 이유로 주장한 사유가 법률상 정당한 사유가 있다고 인정되고 사실에 대한 소명이 있으며, 그 가압류를 취소함으로써 인하여 회복할 수 없는 손해가 생길 위험이 있다는 사정에 대한 소명이 있는 때에는, 법원은 당사자의 신청에 따라 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하게 하고 가압류취소결정의 효력을 정지시킬 수 있다.”라고 정하여 일정한 요건을 갖춘 경우 당사자의 신청에 따라 가압류취소결정의 효력을 정지시킬 수 있도록 하고 있고, 가처분취소결정에 대해서도 이를 준용하고 있다(민사집행법 제301조). 이러한 효력정지 제도는 법원의 잘못된 보전처분취소결정으로 생길 수 있는 손해를 방지하기 위하여 법률에 규정된 긴급 구제절차라고 할 수 있다.

보전재판의 특성상 신속한 절차진행이 중시되고 당사자 일방의 신청에 따라 심문절차 없이 재판이 이루어지는 경우도 많다는 사정을 고려하여 민사집행법에서는 보전재판에 대한 불복 또는 시정을 위한 수단으로서 즉시항고와 효력정지 신청 등 구제절차를 세심하게 마련해 두고 있다. 재판작용에 대한 국가배상책임에 관한 판례는 재판에 대한 불복 절차 또는 시정절차가 마련되어 있으면 이를 통한 시정을 구하지 않고서는 원칙적으로 국가배상을 구할 수 없다는 것으로, 보전재판이라고 해서 이와 달리 보아야 할 이유가 없다.

☞ 항고심 법원에서 즉시항고를 받아들여 가압류취소결정을 취소하였으나 채권자가 따로 집행정지를 신청하지 아니하여 그 사이 부동산이 이전됨으로써 가압류등기 촉탁이 각하되자 채권자가 제1심의 가압류취소결정의 잘못을 이유로 국가배상을 청구한 사안으로, 원고 청구를 일부 인용한 원심을 파기한 사례

**2020다216462 이의금배당 (자) 파기환송**

**[발송송달의 적법 여부가 문제된 사건]**

◇1.변론기일의 송달절차가 적법하지 아니한 경우 쌍방 불출석의 효과가 발생하는지 여부(소극), 2. 민사소송법 제185조 제2항에 따른 발송송달을 할 수 있는 요건, 3. 민사소송법 제187조에 따른 발송송달을 할 수 있는 요건◇

1. 민사소송법 제268조에 의하면, 양 쪽 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 재판장은 다시 변론기일을 정하여 양 쪽 당사자에게 통지하여야 하고(제1항), 새 변론기일 또는 그 뒤에 열린 변론기일에 양 쪽 당사자가 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 1월 이내에 기일지정신청을 하지 아니하면 소를 취하한 것으로 보며(제2항), 위 조항은 상소심의 소송절차에도 준용되어 그 요건이 갖추어지면 상소를 취하한 것으로 본다(제4항). 위 제2항에서 정한 1월의 기일지정신청기간은 불변기간이 아니어서 추후보완이 허용되지 않는 점을 고려하면, 위 제1, 2항에서 규정하는 ‘변론기일에 양 쪽 당사자가 출석하지 아니한 때’란 양 쪽 당사자가 적법한 절차에 의한 송달을 받고도 변론기일에 출석하지 않는 것을 가리키므로, 변론기일의 송달절차가 적법하지 아니한 이상 비록 그 변론기일에 양쪽 당사자가 출석하지 아니하였다고 하더라도, 위 제2항 및 제4항에 따라 소 또는 상소를 취하한 것으로 보는 효과는 발생하지 않는다(대법원 1997. 7. 11. 선고 96므1380 판결 참조).

2. 민사소송법 제185조 제1항은 “당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다.”라고 규정하고, 같은 조 제2항은 “제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.”라고 규정하고 있으며, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있다. 민사소송법 제185조 제2항에 따른 발송송달을 할 수 있는 경우는 송달받을 장소를 바꾸었으면서도 그 취지를 신고하지 아니한 경우이거나 송달받을 장소를 바꾸었다는 취지를 신고하였는데 그 바뀐 장소에서의 송달이 불능이 되는 경우이다(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다30025 판결, 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다85796 판결 등 참조). 민사소송법 제185조 제2항은 이 경우에 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이므로, 비록 당사자가 송달장소로 신고한 바 있다고 하더라도 그 송달장소에 송달된 바가 없다면 그 곳을 민사소송법 제185조 제2항에서 정하는 ‘종전에 송달받던 장소’라고 볼 수 없다(대법원 2005. 8. 2. 자 2005마201 결정, 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다85796 판결 등 참조). 또한 민사소송법 제185조 제2항에서 말하는 ‘달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우’라 함은 상대방에게 주소보정을 명하거나 직권으로 주민등록표 등을 조사할 필요까지는 없지만, 적어도 기록에 현출되어 있는

자료로 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 한하여 등기우편에 의한 발송송달을 할 수 있음을 뜻한다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다53623 판결 등 참조).

3. 민사소송법 제187조는 “민사소송법 제186조의 규정에 따라 송달할 수 없는 때에는 법원사무관 등은 서류를 등기우편 등 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.”고 규정하고 있고, 민사소송규칙 제51조는 위 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 하도록 규정하고 있다. 민사소송법 제187조에 따른 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있는 것이고, 여기에서 송달하여야 할 장소란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말하는 것이다(대법원 2009. 10. 29. 자 2009마1029 결정 참조).

☞ 원심은 1심에서 패소하여 항소한 원고에게 제1, 2차 변론기일통지서를 송달하려 했으나, 수취인불명으로 송달불능되자 발송송달하였음. 원심은 원고가 1, 2차 변론기일에 모두 불출석하였고, 원고의 기일지정신청은 2차 변론기일 후 1월이 경과된 후에 있었으므로, 원고의 항소가 취하간주되었다는 이유로 소송종료선언을 하였음

☞ 대법원은 원심이 원고에게 발송송달한 것은 요건이 구비되지 않아 효력이 없으므로, 원고가 원심 1, 2차 변론기일에 불출석했다 해도 항소취하 간주의 효과는 발생하지 않는다는 이유로 원심을 파기함

## 2020다219928 임금 (다) 파기환송

### [피고의 이사회결정이 취업규칙 불이익 변경에 해당하는지 여부가 문제된 사안]

#### ◇취업규칙의 불이익 변경에 해당하는지를 판단하는 기준◇

사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받아야 한다(근로기준법 제94조 제1항 단서). 근로기준법 제94조 제1항 단서에서 정한 취업규칙의 불이익 변경이란 사용자가 취업규칙을 작성 또는 변경하여 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 기득의 권리나 이익을 박탈하고 근로자에게 저하된 근로조건이나 강화된 복무규율을 일방적으로 부과하는 것이고(대법원 1993. 8. 24. 선고 93다17898 판결 등 참조), 취업규칙 불이익 변경의 대상인 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 기득의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 의하여 보호되는 직접적이

고 구체적인 이익을 말한다.

☞ 교직원보수규정 제4조는 ‘교원과 직원의 봉급월액은 공무원보수규정 제5조에 의하며, 봉급결정의 기준이 되는 직급, 호봉 및 승급 등은 인사에 관한 규정에 의한다’고 규정하고 있는데, 피고가 이사회를 개최하여 당해 연도가 아닌 과거의 공무원보수규정에 따른 공무원 봉급표를 적용하여 보수를 지급하기로 하는 이사회결을 한 사건에서, 피고의 이사회결은 취업규칙의 불이익 변경에 해당한다고 판단하여 파기환송한 사안임

## 2020다255917 임금 (가) 상고기각

[피고의 교직원보수규정 개정이 취업규칙의 불이익 변경에 해당하는지, 명예퇴직수당의 법적 성격 및 그 산정기준이 문제된 사안]

◇1. 취업규칙의 불이익 변경에 해당하는지를 판단하는 기준, 2. 명예퇴직수당의 법적 성격 및 그 산정기준◇

피고의 개정 전 교직원보수규정에서는 공무원보수규정을 준용하여 봉급을 정하였는데 피고가 그와 같은 준용규정을 삭제하는 것으로 교직원보수규정을 개정한 것은 근로자에게 불리한 취업규칙의 변경에 해당하고, 사후적 동의가 있었다는 사정만으로 근로기준법 제94조 제1항의 유효한 동의가 있었다고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 그와 같은 취업규칙의 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 볼 수도 없다.

개정 후 교직원보수규정이 근로기준법 제94조에 반하는 취업규칙으로 무효라고 하더라도, 사립학교법상 명예퇴직수당은 교원이 정년까지 근무할 경우에 받게 될 장래 임금의 보전이나 퇴직 이후의 생활안정을 보장하는 사회보장적 급여가 아니라 장기근속 교원의 조기 퇴직을 유도하기 위한 특별장려금의 성질을 가지므로, 개정 후 교직원보수규정을 기준으로 삼아 명예퇴직금을 산정하는 것은 계약자유의 원칙에 따라 유효하다.

☞ 개정 전 교직원보수규정에서는 공무원보수규정을 준용하여 봉급을 정하였는데 피고가 그와 같은 준용규정을 삭제하는 것으로 교직원보수규정을 개정한 것은 취업규칙의 불이익 변경에 해당하나, 개정 후 교직원보수규정을 기준으로 삼아 명예퇴직금을 산정하는 것은 계약자유의 원칙에 따라 유효하다고 판단한 원심을 수긍하여 상고기각한 사안임

## 2020다267620 구상금 (다) 상고기각

[대습상속인이 대습상속을 포기한 경우 유류분 산정의 기초재산에 산입되는 생전 증여의 범위가 문제된 사건]

◇1. 피대습자가 대습원인 발생 이전에 받은 특별수익을 대습상속인의 특별수익으로 볼

수 있는지 여부(적극), 2. 피상속인으로부터 증여를 받은 상속인이 상속을 포기한 경우 유류분산정의 기초재산에 산입되는 증여의 범위를 판단할 때 민법 제1114조가 적용되는지 여부(적극)◇

1. 민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정할 때 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다17885 판결 등 참조). 피대습인이 생전에 피상속인으로부터 특별수익을 받은 경우 대습상속이 개시되었다고 하여 피대습인의 특별수익을 고려하지 않고 대습상속인의 구체적인 상속분을 산정한다면 대습상속인은 피대습인이 취득할 수 있었던 것 이상의 이익을 취득하게 된다. 이는 공동상속인들 사이의 공평을 해칠 뿐만 아니라 대습상속의 취지에도 반한다. 따라서 피대습인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 생전 증여로 특별수익을 받은 경우 그 생전 증여는 대습상속인의 특별수익으로 봄이 타당하다.

2. 유류분에 관한 민법 제1118조는 민법 제1008조를 준용하고 있으므로, 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여로 민법 제1008조의 특별수익을 받은 사람이 있으면 민법 제1114조가 적용되지 않고, 그 증여가 상속개시 1년 이전의 것인지 여부 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부와 관계없이 증여를 받은 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다17885 판결 등 참조).

그러나 피상속인으로부터 특별수익인 생전 증여를 받은 공동상속인이 상속을 포기한 경우에는 민법 제1114조가 적용되므로, 그 증여가 상속개시 전 1년間に 행한 것이거나 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 한 경우에만 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다고 보아야 한다. 민법 제1008조에 따라 구체적인 상속분을 산정하는 것은 상속인이 피상속인으로부터 실제로 특별수익을 받은 경우에 한정되는데(대법원 2012. 4. 16. 자 2011스191, 192 결정 참조), 상속의 포기는 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있고(민법 제1042조), 상속포기자는 처음부터 상속인이 아니었던 것이 되므로(대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결 등 참조), 상속포기자에게는 민법 제1008조가 적용될 여지가 없기 때문이다.

위와 같은 법리는 피대습인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 생전 증여로 특별수익을 받은 이후 대습상속인이 피상속인에 대한 대습상속을 포기한 경우에도 그대로 적용된다.

☞ 피상속인의 아들인 甲이 피상속인으로부터 이 사건 증여를 받은 후 피상속인보다 먼저 사망하였고, 피고들(甲의 처와 아들)이 甲을 상속하였는데, 그 이후 피상속인이 사망하자 피고들이 피상속인에 대한 상속은 포기한 사안에서, 피상속인의 다른 자녀들인 원고들이 피고들을 상대로 이 사건 증여에 대하여 유류분반환을 청구한 사건임

☞ 원심은 공동상속인이 상속을 포기한 경우에는, ‘상속개시 전 1년 간에 행해진 증여 또는 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 증여만 유류분산정의 기초재산에 산입된다’는 민법 제1114조의 적용이 배제되지 않는다고 전제한 후, 이 사건 증여는 상속개시 전 1년 전에 이루어졌고, 이 사건 증여 당시 피상속인과 甲이 원고들에게 손해를 가할 것을 알고 있었다고 보기 어렵기 때문에, 이 사건 증여는 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입되지 않는다는 이유로 원고들의 청구를 기각함. 대법원은 위와 같은 법리를 설시한 다음 원심의 판단을 수긍함

## 2020다288375 부당이득금 (라) 파기환송

### [납입금 환불보장 약정과 함께 체결된 조합가입계약이 무효인지 여부가 문제된 사건]

◇여러 개의 계약 중 하나의 계약이 무효로 된 경우 법률행위 일부무효의 법리가 적용될 수 있는지(한정 적극)◇

법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 하나, 그 무효 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다(민법 제137조). 이와 같은 법률행위의 일부무효 법리는 여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여져서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 경우에도 적용된다. 이때 그 계약 전부가 일체로서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 것인지의 여부는 계약체결의 경위와 목적 및 당사자의 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다54633 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결 등 참조).

☞ 피고(지역주택조합 추진위원회)로부터 납입금의 환불을 보장한다는 취지가 포함된 안심보장증서를 받고 피고와 조합가입계약을 체결한 원고들이 이 사건 조합가입계약의 무효를 주장하며 납입금의 반환을 구하는 사안임

☞ 원심은 안심보장증서상의 환불보장 약정을 무효라고 판단하면서도, 안심보장증서에 따른 약정이 무효라면 그와 일체로 체결된 이 사건 조합가입계약도 무효가 되어야 한다는 원고들의 주장에 관하여는 이 사건 조합가입계약과 이 사건 안심보장증서에 따른 약정은 각각 독립된 법률행위에 해당하므로 법률행위 일부무효의 법리가 적용되지 않는다는

고 판단함

☞ 대법원은, 이 사건 안심보장증서상의 환불보장 약정은 이 사건 조합가입계약에 따른 납입금에 관한 특약 사항을 정하기 위한 목적으로 조합가입계약에 수반하여 경제적, 사실적으로 일체로서 체결된 것으로 전체적으로 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있으므로 법률행위 일부무효의 법리가 적용될 수 있다고 판단하여, 원심판결을 파기환송함

## 2021다210720 임대차보증금 (바) 파기환송

[부동산 계약명의신탁의 명의수탁자로부터 주택을 임차하고 대항요건을 갖춘 임차인이 명의수탁자를 상대로 임대차보증금반환청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 이후, 매도인을 거쳐 소유권이전등기를 회복한 명의신탁자를 상대로 임대차보증금 반환을 청구하는 사안]

◇1. 계약명의신탁이 무효임을 이유로 명의수탁자로부터 그 소유권이전등기를 회복하게 된 매도인으로부터 다시 소유권이전등기를 마친 명의신탁자가 주택임대차보호법상 임대인의 지위를 승계하는지 여부, 2. 피고(명의신탁자)가 변론종결 후의 승계인에 대하여 기존 임대인에 대한 확정판결의 기판력이 미친다는 이유로 권리보호의 이익이 없다고 본 원심의 가정적 판단의 당부◇

매도인이 악의인 계약명의신탁에서 명의수탁자로부터 명의신탁의 목적물인 주택을 임차하여 주택 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제3항의 규정에 따라 명의신탁약정 및 그에 따른 물건변동의 무효를 대항할 수 없는 제3자에 해당하므로 명의수탁자의 소유권이전등기가 말소됨으로써 등기명의를 회복하게 된 매도인 및 매도인으로부터 다시 소유권이전등기를 마친 명의신탁자에 대해 자신의 임차권을 대항할 수 있고, 이 경우 임차인 보호를 위한 주택임대차보호법의 입법 목적 및 임차인이 보증금반환청구권을 행사하는 때의 임차주택 소유자로 하여금 임대차보증금반환채무를 부담하게 함으로써 임차인을 두텁게 보호하고자 하는 주택임대차보호법 제3조 제4항의 개정 취지 등을 종합하면 위의 방법으로 소유권이전등기를 마친 명의신탁자는 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위를 승계한다.

임차인이 임대인을 상대로 보증금반환의 승소확정판결을 받았으나 이후 주택 양수인을 상대로 이를 반환받고자 할 경우 승계가 명확하지 않거나 임대인 지위의 승계를 증명할 수 없는 때에는 임차인이 양수인을 상대로 승계집행문 부여의 소를 제기하여 승계집행문을 부여받음이 원칙이나, 이미 임차인이 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는

소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없다면, 그럼에도 법원이 소의 이익이 없다는 이유로 후소를 각하하고 임차인으로 하여금 다시 승계집행문 부여의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자들로 하여금 그동안의 노력과 시간을 무위로 돌리고 사실상 동일한 소송행위를 반복하도록 하는 것이어서 당사자들에게 가혹할 뿐만 아니라 신속한 분쟁해결이나 소송경제의 측면에서 타당하다고 보기 어려우므로 이와 같은 경우 소의 이익이 없다고 선불리 단정하여서는 안 된다.

☞ 명의수탁자로부터 주택을 임차하고 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 원고가, 명의신탁이 무효임을 이유로 명의수탁자로부터 매도인을 거쳐 그 소유권이 전등기를 회복한 명의신탁자인 피고를 상대로 임대차보증금반환을 청구한 사안에서, 대법원은 이러한 방법으로 소유권이전등기를 마친 명의신탁자자 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위를 승계하고, 원고가 피고를 상대로 임대인 지위의 승계를 주장하면서 임대차보증금의 반환을 구할 권리보호의 이익이 없다고 단정하기 어렵다고 보아 원심판결을 파기환송한 사안임

## **2021다230083(본소), 230090(반소) 유류분청구(본소), 유류분청구(반소) (라) 상고기각**

### **[특별한 부양 내지 기여에 대한 대가로 이루어진 생전 증여에 대한 유류분반환 청구사건]**

#### **◇특별한 부양 내지 기여에 대한 대가로 이루어진 생전 증여가 특별수익으로서 유류분반환의 대상이 되는지 여부(소극)◇**

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정하는 데 참작하도록 하기 위한 것이다(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다17885 판결 등 참조). 여기서 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하

여 결정하여야 한다(대법원 2011. 12. 8. 선고 2010다66644 판결 등 참조).

따라서 피상속인으로부터 생전 증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전 증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우와 같이 상속인이 증여받은 재산을 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있다. 여기서 피상속인이 한 생전 증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 여부는 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 당사자들의 의사가 명확하지 않은 경우에는 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계, 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도, 생전 증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율, 생전 증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활수준 등을 종합적으로 고려하여 형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다. 다만 유류분제도가 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산 형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 그 목적이 있는 점(헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정 참조)을 고려할 때, 피상속인의 생전 증여를 만연히 특별수익에서 제외하여 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다.

☞ 피상속인(母)이 그 둘째 딸인 피고(반소피고)에게 부동산을 생전 증여한 것에 대하여 다른 자녀들인 원고와 선정자들이 유류분반환을 청구한 사안임. 원심은 위 생전 증여는 특별한 기여나 부양에 대한 대가의 의미로서 피고의 특별수익에 해당하지 않는다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였고, 대법원은 위와 같은 법리를 판시한 후 원심을 수긍하였음

## **2021다231598    주식매매대금 청구의 소    (차)    파기환송**

**[주식매매계약에서 약정한 주식매수인의 주식매도인에 대한 매도청구권이 문제된 사안]**

◇1. 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사 해석이 문제 되는 경우 계약의 해석 방법, 2. 계약에서 일방 당사자에게 선택권이 부여된 경우 그 행사 방법◇

1. 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사 해석이 문제 되

는 경우에는 계약의 내용, 계약이 체결된 동기와 경위, 계약으로 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 1994. 4. 29. 선고 94다1142 판결, 대법원 2017. 9. 26. 선고 2015다245145 판결 등 참조).

2. 계약에서 요구되는 일정한 요건을 갖춘 경우 어느 당사자에게 여러 가지 권리행사 방법 중 하나를 선택할 수 있는 권한이 부여되어 있다면, 계약의 해석상 그 선택의 순서가 정해져 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 권한을 부여받은 자가 그중 어느 권리를 행사할지를 선택할 수 있고 다른 당사자로서는 그와 같이 선택된 권리행사를 존중하고 이에 협력하여야 한다.

☞ 원심은, 이 사건 주식매매계약의 해석상 원고가 대상주식의 매수를 청구하였음에도 피고가 불응한 경우, 원고로서는 위약벌로서 잔여주식의 귀속을 요구할 수 있을 뿐 더 이상의 추가 청구를 하지 못하고, 피고가 그러한 잔여재산의 귀속의무를 불이행하는 경우에 한하여 그 이행을 최고한 다음 그 이행 여부를 보아 계약을 해제하고 가중된 금액에 기한 매도청구 및 위약벌로서 규정된 잔여주식의 귀속을 주장할 수 있다고 판단함. 그러나 대법원은 이 사건 주식매매계약의 해석상 원고에게 위약벌의 제재와 계약의 해제 중 하나를 선택할 수 있는 권한이 부여되어 있고, 권리행사 방법 중 어느 한 쪽에 우위를 두고 있지는 아니하다는 이유로 원심을 파기환송함

## **2021다276539 구상금 (가) 파기환송(일부)**

**[망인의 전처인 원고가 망인의 상속인들을 상대로 망인의 채무를 대위변제한 부분에 대하여 각 상속분에 따른 구상금을 청구한 사안]**

◇1. 제3자의 변제에 따라 발생하는 구상권의 법적 성격(= 민법 제739조에 정한 사무관리비용의 상환청구권), 2. 변제자대위권과 제3자 변제에 따른 구상권의 관계(= 내용이 다른 별개의 권리)◇

1. 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다(민법 제469조 제1항). 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다(같은 조 제2항).

제3자가 유효하게 채무자가 부담하는 채무를 변제한 경우에 채무자와 계약관계가 있으면 그에 따라 구상권을 취득하고, 그러한 계약관계가 없으면 특별한 사정이 없는 한 민법 제734조 제1항에서 정한 사무관리가 성립하여 민법 제739조에 정한 사무관리비용의 상환청구권에 따라 구상권을 취득한다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38106 판결, 대법원 2012.

4. 26. 선고 2011다68203 판결 참조).

2. 채무자를 위하여 채무를 변제한 자는 채무자에 대한 구상권을 취득할 수 있는데, 구상권은 변제자가 민법 제480조 제1항에 따라 가지는 변제자대위권과 원본, 변제기, 이자, 지연손해금 유무 등에서 그 내용이 다른 별개의 권리이다(대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2005다32418 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2013다214970 판결, 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결 등 참조).

☞ 망인의 전처인 원고가 망인의 상속인들을 상대로 망인의 채무를 대위변제한 부분에 대하여 각 상속분에 따른 구상금을 청구한 사안에서, 원심이 제3자 변제에 따른 구상권 행사인 위 청구에 대하여 그와 별개의 권리인 변제자대위권의 요건을 갖추지 못하였다는 이유 등을 들어 이를 일부 기각한 것을 대법원이 바로잡은 사례

## **2021다283520 부당이득금 (차) 파기환송**

### **[도로공사에서 부대공사 비용의 부담자가 문제된 사안]**

◇1. 도로법 제90조 제2항의 취지, 2. 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정되기 전의 것)상 도시계획시설사업 시행자 지정의 처분성◇

1. 도로공사를 시행하기 위하여 필요하게 된 부대공사의 비용이나 도로공사로 인하여 필요하게 된 부대공사의 비용에 대하여, 도로법 제90조 제2항은 전기공급시설·전기통신시설·송유관·가스공급시설·열수송시설, 그 밖에 이와 유사한 시설로서 국토교통부령으로 정하는 시설(이하 '전기공급시설 등'이라고 한다)을 설치하는 사업 등 국민경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업으로서 점용료를 감면받은 자(도로법 제68조 제3호, 도로법 시행령 제73조 제2항)는 도로관리청이 도로공사를 시행하는 경우 해당 도로 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사의 비용 전부를 부담하여야 한다고 규정하고 있다.

이는 도로관리청이 도로공사를 시행하는 과정에서 도로관리청으로부터 점용료를 감면받은 자가 설치·점유한 전기공급시설 등에 대하여 부대공사가 필요하게 된 경우 그 부대공사 비용만큼 도로공사의 비용이 증가하게 되는데 적어도 그 부대공사 비용만큼은 점용료를 감면받은 자가 부담하는 것이 형평에 합치된다는 점에 근거하고 있다.

여기서 '도로관리청'이라고 함은 도로에 관한 계획, 건설, 관리의 주체가 되는 기관으로서 도로의 구분에 따라 국토교통부장관, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장의 기관(도로법 제2조 제5호)과 도로법 제112조에 따라 고속국도에 대한 국토교통부장관의 권한을 대행하는 한국도로공사와 민자도로 관리자(도로법 제90조 제2항)를 의미한다.

위와 같은 도로법의 규정 내용과 입법 취지 등을 종합하여 보면, 도로공사를 시행하기 위하여 혹은 도로공사로 인하여 도로관리청으로부터 점용료를 감면받은 자가 설치·점유하고 있는 시설에 대한 부대공사가 필요한 경우에도 도로관리청이 아닌 자가 도로공사를 시행하는 경우라면 점용료를 감면받은 자에게 그 부대공사 비용을 청구할 수 없다고 보아야 한다.

2. 사업시행자 지정에 관한 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 국토계획법'이라고 한다) 제86조는 행정청이 아닌 자는 도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받아 도시계획시설사업을 시행할 수 있고(제5항), 행정청은 도시계획시설사업의 시행자를 지정한 때에는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 그 지정 내용을 고시하여야 한다고 규정하고 있다(제6항). 그 위임에 따라 구 국토계획법 시행규칙(2008. 3. 14. 국토해양부령 제4호로 개정되기 전의 것) 제14조는 도시계획시설사업시행자 지정내용의 고시는 지정 주체에 따라 관보 또는 지방자치단체의 공보에 사업시행자의 성명과 주소 등의 사항을 게재하는 방법에 의하도록 규정하고 있다.

이와 같은 사업시행자 지정에 관한 규정의 체계와 내용 등에 비추어 보면, 구 국토계획법상 도시계획시설사업에서 사업시행자 지정은 특정인에게 도시계획시설사업을 시행할 수 있는 권한을 부여하는 처분이고, 사업시행자 지정 내용의 고시는 사업시행자 지정처분을 전제로 하여 그 내용을 불특정 다수인에게 알리는 행위로서 위 사업시행자 지정과 그 고시는 명확하게 구분되는 것이다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결 참조).

☞ 원심은, 이 사건 도로공사는 도로관리청인 경상남도 및 원고의 필요로 인하여 경상남도의 위탁을 받은 김해시장 및 원고 모두 시행자로 이 사건 도로공사를 시행하였고, 이 사건 도로구간 중 부대공사인 이 사건 이설공사가 이루어진 부분은 김해시장이 시행하는 부분으로 볼 수 있으므로, 점용료를 감면받은 피고는 원고에게 이 사건 이설공사의 비용 상당을 부당이득으로 반환하여야 한다고 판단함. 대법원은 이 사건 도시계획시설사업의 시행자가 도로관리청이 아닌 원고인 이상 피고가 도로관리청으로부터 점용료를 감면받았다고 하더라도 부대공사인 이 사건 이설공사의 비용을 부담할 이유가 없다는 이유로 원심을 파기환송함

## **2021다284462 공제금 (차) 파기환송**

**[하나의 사고로 후유장애와 사망의 결과가 발생한 경우 장해공제금과 사망공제금의 중복지급이 문제된 사안]**

◇1. 하나의 공제계약에서 장해공제금과 사망공제금을 함께 규정하고 있는 경우, 동일한

사고로 인한 공제금의 지급 방법 및 사고 이후 사망에 이르기까지의 상태가 증상이 고정된 장애상태인지 사망으로의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 상태인지 판단하는 기준,

## 2. 약관의 해석에 있어 작성자 불이익의 원칙◇

1. 하나의 공제계약에서 장애공제금과 사망공제금을 함께 규정하고 있는 경우, 사망공제금은 사망을 지급사유로 하는 반면 장애공제금은 생존을 전제로 한 장애를 지급사유로 하는 것이므로, 일반적으로 동일한 사고로 인한 공제금은 그중 하나만을 지급받을 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 다만 공제계약에서 중복지급을 인정하는 별도의 규정을 두고 있는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 장애공제금과 사망공제금을 각각 지급받을 수 있다. 이 경우 사고로 인한 장애상태가 회복 또는 호전을 기대하기 어렵거나 또는 호전가능성을 전혀 배제할 수는 없지만 기간이 매우 불확정적인 상태에 있어 증상이 고정되었다면 장애공제금의 지급을 청구할 수 있고, 그 증상이 고정되지 아니하여 사망으로의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 장애상태에서 치료를 받던 중 사고와 인과관계가 있는 원인으로 사망한 경우에는 그 사이에 장애진단을 받았더라도 장애공제금이 아닌 사망공제금을 지급받을 수 있을 뿐이라고 할 것이다. 이때 사고 이후 사망에 이르기까지의 상태가 증상이 고정된 장애상태인지 사망으로의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 상태인지는 장애진단으로부터 사망에 이르기까지의 기간, 사고로 인한 상해의 종류와 정도, 장애부위와 장애율, 직접사인과 장애의 연관성 등 관련 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

2. 약관의 해석은, 신의성실의 원칙에 따라 당해 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로 해석하되, 개개 계약 당사자가 기도한 목적이나 의사를 참작함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·확실적으로 해석하여야 하며, 위와 같은 해석을 거친 후에도 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고 그 각각의 해석이 합리성이 있는 등 당해 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석하여야 한다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다81633 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2011다45736 판결 등 참조).

☞ 원심은, 망인이 2018. 11. 1. 22:21경 이 사건 교통사고로 ‘외상성 뇌출혈(지주막하, 경막하 출혈), 오른쪽 팔의 외상성 절단 등’의 상해를 입고, 2018. 11. 3. 14:22경 사망한 사실을 인정한 다음, 망인이 입은 오른쪽 팔 절단으로 인한 상해는 그 증상이 고정된 것이 아니므로 이 사건 공제약관에서 정한 일반후유 장애상태가 발생하였다고 볼 수 없다고 판단함. 그러나 대법원은 망인이 이 사건 교통사고로 오른쪽 팔 절단상을 입고 그 접합 수술이 불가능하여 단단성형술을 시행받은 직후 ‘팔의 손목 이상을 잃는 장애상태’

에 처하게 되었고 그 장애상태는 치료의 가능성이 전혀 없이 그 증상이 고정된 것이며, 그 직후 망인이 사망하였지만 그 경위가 위 장애상태와는 관련이 없는 외상성 뇌출혈로 인한 뇌부종이었으므로 그 장애상태를 사망으로서의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 증상이라고 보기는 어렵다는 이유로 원심을 파기환송함

## 2021다296120 사해행위취소 (바) 상고기각

### [보증의사가 표시되었는지 여부가 문제된 사안]

◇피고가 그 배우자의 물품대금채무 담보로서 자신 소유 부동산에 피고를 채무자로 하여 근저당권설정등기를 마쳐주었을 경우, 근저당권설정계약서가 구 보증인 보호를 위한 특별법(2015. 2. 3. 법률 제13125호로 개정되기 전의 것)상 보증의사가 표시된 서면인지 여부◇

보증은 이를 부담할 특별한 사정이 있을 경우에 이루어지는 것이므로, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다(대법원 1998. 12. 8. 선고 98다39923 판결, 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011다93636 판결 등 참조).

구 보증인 보호를 위한 특별법(2015. 2. 3. 법률 제13125호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 보증인보호법'이라 한다)은 호의로 이루어지는 보증으로 인한 보증인의 경제적·정신적 피해를 방지하고, 금전채무에 대한 합리적인 보증계약의 관행을 확립하기 위하여 제정되었다(제1조). 보증은 기업의 대표자가 그 기업의 채무에 대하여 보증을 하는 등(제2조 제1호 각 목)의 경우를 제외하면, 법에서 정한 방식을 갖추어야 한다. 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다(제3조 제1항). 특정한 계속적 거래계약이나 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 대하여 보증할 경우에는 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하지 아니하면 효력이 없다(제6조 제2항). 이에 위반하는 약정으로서 보증인에게 불리한 것은 효력이 없다(제11조).

2015. 2. 3. 법률 제13125호로 개정된 민법은 구 보증인보호법 제3조의 규정을 반영하여 제428조의2를 신설함으로써 구 보증인보호법의 적용 대상인 보증뿐 아니라 민법상 모든 보증에 있어서 서면 방식을 도입하였다. 위 개정 민법 시행 전에 체결되거나 기간이 갱신된 구 보증인보호법의 적용대상인 보증계약에 대해서는 구 보증인보호법 제3조가 적용된다(부칙 제6조).

앞서 본 법리에 위 규정들의 입법 목적과 입법 경과, 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 보증의 의사가 표시되지 않으면 그 효력이 발생할 수 없도록 하고, 이를

강행규정으로 둔 규정 내용, 근저당권설정계약서는 근저당권설정등기의 등기원인을 증명하는 서면으로서 부동산등기법 제24조, 부동산등기규칙 제46조 제1항에 의하여 등기신청서에 첨부하기 위하여 작성되는 것으로, 근저당권설정계약 당사자인 근저당권자와 근저당권설정자 사이에 근저당권설정을 목적으로 하는 합의가 있음을 증명하는 내용인 점, 물상보증으로서 근저당권설정계약과 인적보증으로서 연대보증계약은 별개의 계약이라는 점 등을 종합적으로 고려하면, 근저당권설정계약서가 구 보증인보호법상 '보증의사가 표시된 서면'인지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다.

☞ 피고가 그 배우자의 물품대금채무 담보로서 자신 소유 부동산에 피고를 채무자로 한 근저당권설정등기를 마쳐준 사안에서, 대법원은 근저당권설정계약서가 구 보증인보호법상 '보증의사가 표시된 서면'인지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다고 하면서, 피고가 그 배우자의 물품대금채무를 인수하거나 보증하였다는 원고의 주장을 배척한 원심을 수긍한 사례

**형 사**

**2016도17054 특수상해 (자) 상고기각**

**[피해자가 변호인의 반대신문을 절반가량 남겨둔 상황에서 속행된 증인신문기일에 출석하지 않고 이후 소재불명에 이른 사건]**

◇반대신문권의 기회는 제공되었으나 반대신문사항을 모두 신문하지 못한 경우, 증인의 법정진술이나 그 진술이 기재된 증인신문조서, 수사기관 작성 조서의 증거능력을 인정할 수 있는지 여부◇

피고인에게 불리한 증거인 증인이 주신문의 경우와 달리 반대신문에 대하여는 답변을 하지 아니하는 등 진술내용의 모순이나 불합리를 그 증인신문 과정에서 드러내어 이를 탄핵하는 것이 사실상 곤란하였고, 그것이 피고인 또는 변호인에게 책임있는 사유에 기인한 것이 아닌 경우라면, 관계 법령의 규정 혹은 증인의 특성 기타 공판절차의 특수성에 비추어 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 이상, 이와 같이 실질적 반대신문권의 기회가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다. 이 경우 피고인의 책문권 포기로 그 하자가 치유될 수 있으나, 책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결 참조).

형사소송법 제314조에서 '그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음'이라

함은 그 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리키고(대법원 1987. 3. 24. 선고 87도81 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결 등 참조), 이에 대한 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하며, 합리적 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결 등 참조).

형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하는데, 이는 실체적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결 참조). 형사소송법 제312조, 제313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016도15868 판결 등 참조).

☞ 피고인이 이○○와 공동하여 위험한 물건을 휴대하고 피해자를 폭행하여 치료일수 미상의 상해를 가하였다는 혐의로 기소된 사건임

☞ 피해자는 제1심 제2회 공판기일에 출석하여 검찰의 주신문 전부와 변호인의 반대신문 사항 중 절반가량에 대하여 진술한 상태에서 증인신문이 속행되었으나, 그 이후부터 법정 출석하지 아니하다가 원심에 이르러 소재불명 상태가 되었음

☞ 제1심은 제2회 공판조서 중 피해자의 진술기재 등을 유죄의 증거로 삼아 피고인에게 징역 3년을 선고하였으나, 원심은 피해자에 대한 증인신문조서와 검찰, 경찰 각 진술조서의 증거능력을 인정하지 않고, 나머지 증거들만으로는 공소사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 무죄를 선고하였는데, 대법원은 이러한 원심을 수긍하였음

## 2019도9044 영유아보육법위반 (가) 파기환송

[영상정보를 훼손당한 자의 의미가 문제된 사건]

◇구 영유아보호법(2020. 12. 29. 법률 제17785호로 개정되기 전의 것) 제54조 제3항에

### 규정된 ‘영상정보를 훼손당한 자’의 의미◇

구 영유아보육법(2020. 12. 29. 법률 제17785호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 영유아보육법’이라고 한다) 제15조의4 제1항은 “어린이집을 설치·운영하는 자는 아동학대 방지 등 영유아의 안전과 어린이집의 보안을 위하여 개인정보 보호법 및 관련 법령에 따른 폐쇄회로 텔레비전을 설치·관리하여야 한다.”라고 정하고, 구 영유아보육법 제15조의5 제3항은 “어린이집을 설치·운영하는 자는 제15조의4 제1항의 영상정보가 분실·도난·유출·변조 또는 훼손되지 아니하도록 내부 관리계획의 수립, 접속기록 보관 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전성 확보에 필요한 기술적·관리적 및 물리적 조치를 하여야 한다.”라고 정한다. 그리고 구 영유아보육법 제54조 제3항은 “제15조의5 제3항에 따른 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 영상정보를 분실·도난·유출·변조 또는 훼손당한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다.

여기서 처벌의 대상이 되는 자 중 ‘영상정보를 훼손당한 자’란 어린이집을 설치·운영하는 자로서 구 영유아보육법 제15조의5 제3항에서 정한 폐쇄회로 영상정보에 대한 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 않았고 그로 인해 영상정보를 훼손당한 자를 뜻한다. 영상정보를 삭제·은닉 등의 방법으로 직접 훼손하는 행위를 한 자는 위 규정의 처벌대상이 아니고 행위자가 어린이집을 설치·운영하는 자라고 해도 마찬가지이다.

☞ 어린이집을 설치·운영하는 피고인이 영상정보가 기록되어 있는 저장장치를 은닉하여 녹화영상정보가 전부 삭제되도록 하였다는 이유로 구 영유아보육법 제54조 제3항(“제15조의5 제3항에 따른 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 영상정보를 분실·도난·유출·변조 또는 훼손당한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”)으로 기소된 사건에서, ‘영상정보를 훼손당한 자’란 어린이집을 설치·운영하는 자로서 구 영유아보육법 제15조의5 제3항이 규정한 폐쇄회로 영상정보에 대한 안전성 확보에 필요한 조치를 하지 않았고 그로 인해 위 영상정보를 훼손당한 자를 뜻할 뿐 영상정보를 삭제·은닉 등의 방법으로 직접 훼손하는 행위를 한 자는 처벌대상이 아니라고 보아 파기환송한 사안임

### 2021도2180 상표법위반등 (라) 파기환송

[타인의 상표가 부착된 제품을 무상으로 제공한 경우 상표법위반죄에 해당하는지 여부  
부가 문제된 사건]

#### ◇상표법상 ‘상표의 사용’의 의미◇

상표법상 ‘상표의 사용’이란 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하는 행위, 상품 또

는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위 등을 의미하고, 여기에서 말하는 '상품'은 그 자체가 교환가치를 가지고 독립된 상거래의 목적물이 되는 물품을 의미한다(대법원 1999. 6. 25. 선고 98후58 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012후1415 판결 등 참조).

☞ 대법원은, 이 사건 수건의 외관·품질 및 거래 현황 등에 비추어 볼 때 위 수건은 그 자체가 교환가치를 가지고 독립된 상거래의 목적물이 되는 물품으로 상품에 해당하고, 위 수건 중 일부가 사은품 또는 판촉물로서 무상으로 제공되었다고 하더라도 무상으로 제공된 부분만을 분리하여 그 상품성을 부정할 것은 아니므로, 위 수건에 A가 상표권자인 이 사건 상표를 임의로 표시하거나 이 사건 상표가 표시된 수건을 양도한 행위는 상표법상 상표의 사용에 해당한다고 판단함. 이에 따라, 위 수건 중 무상으로 제공된 부분은 상표법상 상품이 아니라는 전제에서 상표법위반의 공소사실 중 일부를 무죄로 판단한 원심판결을 파기환송하였음

## **2021도13203      성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)등**

### **(다) 파기환송**

**[피고인이 청바지를 입은 여성의 뒷모습을 찍은 것이 카메라등이용촬영죄에 해당하는지 여부가 문제된 사건]**

◇촬영한 대상이 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'에 해당하는지를 판단하는 기준◇

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제14조 제1항은 '카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영'하는 행위를 처벌하도록 규정한다. 성폭력처벌법 제14조 제1항에서 정한 '카메라등이용촬영죄'는 이른바 '몰래카메라'의 폐해가 사회문제가 되면서 촬영대상자의 의사에 반하는 촬영 및 반포 등의 행위를 처벌하기 위하여 신설된 조항으로서, 피해자의 성적 자기결정권 및 일반적 인격권 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 그 보호법익으로 하며(헌법재판소 2016. 12. 20. 선고 2016헌바153 결정 등 참조), 구체적으로 인격체인 피해자의 성적 자유와 함부로 촬영당하지 아니할 자유를 보호하기 위한 것이다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결 참조). 여기에서 '성적 자유'는 소극적으로 자기 의사에 반하여 성적 대상화가 되지 않을 자유를 의미한다(대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16258 판결 참조).

촬영한 대상이 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'에 해당하

는지는 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고 평균적인 사람들의 관점에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당하는지를 고려함과 아울러, 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도 7007 판결 등 참조).

☞ 피고인은 2019. 9. 5.부터 2021. 3. 19.까지 엉덩이 부분이 딱 맞는 청바지를 입은 여성의 뒷모습을 5,000장 이상 촬영하였는데, 피고인이 촬영한 사진 중에는, 청바지를 입은 여성을 따라다니면서 계단을 오르는 모습을 바로 뒤에서 엉덩이를 부각하여 촬영한 사진도 있지만, 특별히 엉덩이를 부각하지 않고 청바지를 입은 여성의 뒷모습 전신을 어느 정도 떨어진 거리에서 촬영한 사진도 있음

☞ 검사는 사진 파일 전부와 이를 엑셀파일로 정리한 목록을 제출하였으나, 범죄일람표 기재만으로는 어떠한 사진 몇 장에 대하여 공소제기가 된 것인지가 불분명함

☞ 원심은 공소사실 전부를 유죄로 인정하였음

☞ 그러나 대법원은, 피고인이 같은 의도를 가지고 유사한 옷차림을 한 여성에 대한 촬영을 오랜 기간 지속한 경우에도 피고인의 행위가 카메라등이용촬영죄에 해당하는지 여부는 개개의 촬영행위별로 구체적·개별적으로 결정되어야 하고, 이 사건 엑셀 파일 중 엉덩이를 부각하여 촬영한 경우는 성적 수치심을 유발할 수 있다고 볼 여지가 있으나 특별히 엉덩이를 부각하지 않고 일상복인 청바지를 입은 여성의 뒷모습 전신을 어느 정도 떨어진 거리에서 촬영하였을 뿐이라면 카메라등이용촬영죄 성립을 단정하기 어려우며, 따라서 원심으로서 공소제기의 대상을 명확히 한 다음, 피고인의 그와 같은 촬영이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체를 촬영한 경우에 해당하는지 여부를 구체적·개별적으로 심리·판단하였어야 했다는 이유로, 원심을 파기함

## 2021도13883 공무집행방해 (라) 파기환송

### [적법한 공무집행인지 여부가 문제된 사건]

◇1. 직무수행 과정의 여러 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악할 수 있는지(한정 적극), 2. 공무집행방해죄에 있어서 공무원의 추상적 직무권한이 반드시 법령에 명시되어 있어야 하는지(소극)◇

형법 제136조 제1항에 규정된 공무집행방해죄에서 '직무를 집행하는'이라 함은 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니

라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄하고, 직무의 성질에 따라서는 그 직무수행의 과정을 개별적으로 분리하여 부분적으로 각각의 개시와 종료를 논하는 것이 부적절하고 여러 종류의 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악함이 상당한 경우가 있다(1999. 9. 21. 선고 99도383 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결 등 참조).

공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제되어야 하고, 공무집행이 적법하기 위해서는 그 행위가 공무원의 추상적 직무 권한에 속할 뿐만 아니라 구체적으로 그 권한 내에 있어야 하며, 직무행위로서 중요한 방식을 갖추어야 한다. 추상적인 권한은 반드시 법령에 명시되어 있을 필요는 없다. 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지는 행위 당시의 구체적 상황에 기초를 두고 객관적·합리적으로 판단해야 하고, 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다(대법원 1991. 5. 10. 선고 91도 453 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2003도5234 판결 등 참조).

☞ 시청청사 내 주민생활복지과 사무실에서 소란을 피우던 피고인을 민원 담당 공무원이 제지하며 사무실 밖으로 데리고 나가려고 하자 피고인이 담당 공무원을 폭행하여, 공무집행방해 등 혐의로 기소된 사안임

☞ 원심은 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나간 공무원의 행위가 주민생활복지에 대한 통합조사 및 민원업무에 관한 직무라는 추상적 권한에 포함되거나 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 적법한 직무집행에 해당한다고 볼 증거가 없다는 이유로, 주위적 공소사실인 공무집행방해 부분을 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 피고인의 욕설과 소란으로 인해 정상적인 민원 상담이 이루어지지 아니하고 다른 민원 업무 처리에 장애가 발생하는 상황이 지속되자 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나간 공무원의 행위는 민원 안내 업무와 관련된 일련의 직무수행으로 포괄하여 파악하여야 하고, 담당 공무원이 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나가는 과정에서 피고인의 팔을 잡는 등 다소의 물리력을 행사하였다고 하더라도 이는 피고인의 불법행위를 사회적 상당성이 있는 방법으로 저지한 것에 불과하므로 위법하다고 볼 수 없다고 판단하여, 공무집행방해죄가 성립한다고 보아 원심판결을 파기환송함

## 2021도16335 공직선거법위반등 (바) 상고기각

[비례대표국회의원선거에서 정당 지지 발언이 선거운동에 해당하는지 문제된 사안]

◇1. 비례대표국회의원선거에서 특정 정당을 지지해달라고 호소한 행위가 공직선거법상 선거운동에 해당하기 위해 그 정당 소속 후보자들이 개별적으로 특정되어야 하는지 여부

(소극), 2. 비례대표국회의원 선거에서 특정 개인 후보자의 존재가 필요하다는 판단을 전제로 특정 정당 지지 발언 무렵 비례대표국회의원후보자가 특정되었다고 볼 수 없다는 등의 이유로 선거운동에 해당할 수 없다고 판단한 데 비례대표국회의원선거의 선거운동에 있어 후보자 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 본 사례◇

1) 공직선거법 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항, 제254조 제2항에 규정된 ‘선거운동’은 공직선거법 제58조 제1항에서 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의하고 있다. 여기에서 말하는 선거운동은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적이고 계획적인 행위를 말하고(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2972 판결 등 참조), 특정 정당을 지지한다는 취지의 행위가 그 정당 소속 후보자들의 당선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위라면 그러한 행위는 선거운동에 해당된다(대법원 2006. 6. 27. 선고 2004도6168 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005도4199 판결 등 참조).

이에 해당하는지를 판단함에 있어서는 단순히 행위자가 행위의 명목으로 내세우는 사유뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여진 시기·장소·동기·방법·행위의 구체적인 내용 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 위 조항에서 금지하고 있는 특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하기 위한 목적의지를 수반하는 행위인지를 판단하여야 하고(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도2209 판결 등 참조), 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적 준비행위에 해당하는 통상적인 정당활동인지, 이와 구별되는 선거운동인지 판단함에 있어서도 마찬가지로(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도445 판결 등 참조). 그리고 여기서 말하는 ‘특정 후보자’는 반드시 한 명의 후보자만을 가리키는 것에 한정되거나 그 명칭이 표시되어야 할 필요가 있는 것은 아니고, 문제된 발언이 이루어진 경위, 발언의 전체 맥락, 표현방법 등에 비추어 그 대상이 누구인지 구체적으로 특정할 수 있는 경우도 이에 해당한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8118 판결).

2) 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 구 「공직선거및선거부정방지법」 제146조 제2항, 제150조 제1항, 제189조는 비례대표국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와는 별도로 정당에 대한 투표권을 인정하여 각 정당이 얻은 득표율에 따라 비례대표국회의원의석을 배분하는 이른바 1인 2표제의 ‘정당명부식 비례대표제’를 채택하였다.

비례대표국회의원선거에서 경쟁하는 것은 후보자가 아니라 정당이며, 비례대표국회의원선거는 기본적으로 전국을 하나의 선거구로 하는 전국단위의 선거라는 점을 고려하여, 공직선거법은 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자에게 허용되는 선거운동의

방법에 차이를 두고 있다.

비례대표국회의원선거는 정당이 후보자 추천과 등록신청의 주체가 되며(공직선거법 제 47조 제1항, 제49조 제2항), 선거운동기구의 설치 주체도 정당이며(제61조 제1항), 선거운동방법에 있어서도 후보자 개인에게 선거벽보(제64조)나 현수막(제67조)의 제작, 공개장소에서의 연설·대담(제79조 제1항)을 허용하지 아니하고, 정당에 대해 선거공보의 작성(제 65조), 신문광고(제69조), 방송광고(제70조), 인터넷광고(제82조의7) 등 전국 단위로 영향력을 미칠 수 있는 매체를 통해 정당의 정강·정책 등을 홍보할 수 있도록 하고 있다. 유권자는 지역구국회의원선거 및 비례대표국회의원선거마다 1인 1표를 행사하고(제146조 제2항), 투표용지에는 후보자 개인이 아니라 후보자를 추천한 정당의 기호와 정당명만이 표시된다(제150조 제1항). 비례대표국회의원선거에서 (유효투표총수의 100분의3 이상을 득표하였거나 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지한 각 정당에 대하여) 비례대표국회의원선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의석을 배분한다(제189조 제1항).

이와 같이 공직선거법이 비례대표국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와는 별도로 정당에 대한 투표권을 인정하여 각 정당이 얻은 득표율에 따라 비례대표국회의원 의석을 배분하는 이른바 '정당명부식 비례대표제'와 정당의 비례대표국회의원후보자 명부상의 순위가 처음부터 정당에 의하여 고정적으로 결정되는 이른바 '고정명부식 비례대표제'를 채택하고 있다. 그러므로 선거에 참여한 선거권자들의 정치적 의사표명에 의하여 직접 결정되는 것은 어떠한 비례대표국회의원후보자가 비례대표국회의원으로 선출되느냐의 문제라기보다는 비례대표국회의원을 할당받을 정당에 배분되는 비례대표국회의원의 의석수이며 비례대표국회의원선거는 인물에 대한 선거가 아닌 정당에 대한 선거로서의 성격을 갖는다(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌마311 결정 참조).

3) 앞서 본 법리에, 비례대표국회의원선거의 특징과 공직선거법상 비례대표국회의원선거운동에 대한 규율을 종합하여 보면, 비례대표국회의원선거에서 특정 정당을 지지한다는 취지의 행위가 공직선거법 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항, 제254조 제2항에 규정된 선거운동에 해당하는지는, 특정 정당 소속 후보자들의 당선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위로 인정되는지에 따라 판단하여야 하고, 반드시 그 정당 소속 후보자들이 개별적으로 특정되어야 한다고 볼 수 없다.

4) 다만 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동은 위 금지되는 선거운동에 해당하지 않는다(공직선거법 제58조 제1항 제3호, 제4호).

☞ 피고인이 제21대 국회의원선거를 앞두고 ○○○○당 전당대회에서 위 정당에 대한 지지를 호소하여 공직선거법에 위반한 선거운동을 하였다고 공소제기된 사안에서, 공직선거법상 선거운동에 해당하기 위하여 특정 개인 후보자의 존재가 필요하고 개별 후보자들을 특정할 수 없는 상황에서 이루어진 특정 정당에 대한 지지만으로는 선거운동의 개념을 충족할 수 없으며, 비례대표국회의원선거에 있어서도 마찬가지라고 본 원심의 판단에 비례대표국회의원선거의 선거운동에 있어 후보자 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있으나, 선거에 관한 개인적 의견을 개진한 것이거나 청중의 질문에 대한 소극적 답변에 해당하여 선거운동으로 보기 어렵다고 본 원심의 판단이 결론에 있어 정당하다는 이유로 상고를 기각한 사안

**특 별**

**2017두69908 부가가치세 등 부과처분취소 (라) 파기환송(일부)**

**[용역의 실비 공급 해당 여부가 쟁점이 된 사건]**

◇부가가치세 면세 대상인 고유의 사업목적을 위하여 실비로 공급한 용역에 해당하는지 여부의 판단 기준◇

구 부가가치세법(2010. 1. 1. 법률 제9915호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제1조 제1항은 부가가치세의 과세 대상에 관하여 “부가가치세는 다음 각 호의 ‘거래’에 대하여 부과한다.”라고 규정하면서 제1호에서 ‘재화 또는 용역의 공급’을 규정하고, 구 부가가치세법 제12조 제1항은 일정한 ‘재화 또는 용역의 공급’을 부가가치세 면세 대상으로 규정하고 있다. 위 각 규정의 문언에다가 세무계산서 교부 및 부가가치세 거래징수는 부가가치세 면세 여부에 따라 그 의무의 존부가 달라지는데 이는 모두 재화 또는 용역을 공급할 때 이루어지는 점 등의 사정을 보태어 보면, 부가가치세 면세 여부는 원칙적으로 ‘개별적인 재화 또는 용역의 공급’을 기준으로 판단하여야 한다.

☞ 피고들은 원고가 정부업무대행사업, 환경시설설치지원사업 등과 관련하여 제공한 용역이 실비로 제공된 것이 아니어서 부가가치세 면세 대상이 아니라고 보아, 원고에게 부가가치세를 부과하였음

☞ 대법원은, 원고가 수행하는 각 개별 사업들은 구체적인 계약 내용이 다르고 사업의 기간이나 내용 등에서도 차이가 나므로 이들을 묶어서 하나의 공급단위로 보아 실비 공급 여부를 판단할 합리적 근거가 없고, 하나의 사업 분야에 속한 개별 사업들의 수수료 산정방식이 비슷하다고 단정할 수도 없으므로, 재화 또는 용역의 실비 공급 여부는 개별

재화 또는 용역을 기준으로 판단하여야 하고 각 사업 분야 전체를 기준으로 판단할 수 없다는 이유를 들어, 이와 다른 전제에서 판단한 원심판결 중 부가가치세 부과처분에 관한 부분을 파기환송하였음

## 2019두35978 시정명령 등 취소청구의 소 (가) 파기환송

[2012. 3. 21. 개정된 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 시행 전후에 걸쳐 이루어진 가습기살균제 표시위반 등 행위에 대해 법률에서 정한 제재처분을 할 수 있는 제척기간이 경과되었는지 여부 등이 다투어진 사건]

◇표시·광고의 공정화에 관한 법률상 부당한 표시행위에 대해 제재처분을 할 수 있는 제척기간의 기산점과 그 도과 여부◇

가. 공정거래위원회가 조사에 착수한 시점 전후에 걸쳐 위반행위가 계속된 때에는 그 위반행위가 종료된 시점에서야 비로소 '최초로 조사하는 사건'에 해당된다고 할 것이므로, 이 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 부칙(2012. 3. 21.) 제3조에서 정하는 '조사개시일'은 그 '위반행위 종료일'로 봄이 타당하다(제척기간의 기산점에 관한 대법원 2021. 1. 14. 선고 2019두59639 판결 참조).

나. 구 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 개정되기 전의 것, 이하 '표시광고법'이라 한다)은 상품 등에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하는데 목적이 있다.

표시광고법의 규정 내용, 제척기간 제도의 취지와 표시광고법의 목적 등을 고려하면, 사업자 등이 표시광고법 제3조 제1항을 위반하여 상품의 용기 등에 부당한 표시를 하였다면, 위와 같은 표시와 함께 해당 상품을 유통할 수 있는 상태가 계속되는 이상, 해당 상품을 수거하는 등 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치가 완료될 때까지 부당한 표시행위로 인한 위법상태가 계속되고, 그러한 '위법상태가 종료된 때'를 '위반행위 종료일'로 보아야 한다. 위와 같은 조치가 인정되지 않는 이상, 사업자 등이나 그 대리인이 일정 시점에 이르러 더 이상 해당 상품을 직접 생산하거나 유통하지 않는다는 사정만으로 위반행위가 종료되었다고 볼 수 없다.

다. 표시광고법 제16조 제2항 전단에 의하여 준용되는 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되고 2020. 5. 19. 법률 제17290호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제1호는 공정거래위원회가 법 위반행위에 대하여 조사를 개시

한 경우에 공정거래위원회가 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있는 제척기간의 기산점을 '조사개시일'로 정하고 있다. 여기서 말하는 '조사개시일'은 '위반행위 종료일'로 보아야 한다는 것이 판례이고(위 대법원 2019두59639 판결 참조), 그 시점은 '위법상태가 종료된 때'이다.

☞ 원고가 가습기살균제 제품의 용기에 부당한 표시행위를 하여 위 제품을 생산·유통한 사안임. 대법원은, (1) 이 사건에 적용되는 법률은 원고의 '위반행위 종료일'이 2012. 3. 21. 개정된 공정거래법 시행 이전인지 아니면 그 이후인지에 따라 달라짐을 전제로, (2) 부당한 표시와 함께 위 제품을 유통할 수 있는 상태가 계속되는 이상, 위 제품을 수거하는 등 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치가 완료될 때까지 부당한 표시행위로 인한 위법상태가 계속되어 그러한 '위법상태가 종료된 때'를 '위반행위의 종료일'로 보아야 하고, (3) 표시광고법 제16조 제2항 전단에 의하여 준용되는 개정된 공정거래법 제49조 제4항 제1호에서 제척기간의 기산점으로 정한 '조사개시일'은 '위반행위 종료일', 즉 '위법상태가 종료된 때'이므로, 원심이 원고가 위 제품의 생산을 중단한 때에 부당한 표시행위가 종료되었다고 단정하여 이 사건 처분의 제척기간이 지났다고 본 것은 위법하다고 판단하여 파기환송한 사안임

## **2019두58407 시정명령및과징금납부명령취소 (자) 파기환송**

**[가습기 살균제 관련 제조·공급자에 대하여 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 따른 거짓·과장 표시행위로 부과한 시정명령, 공표명령, 과징금납부명령의 제척기간의 도과 여부가 문제된 사건]**

### ◇제척기간에 관한 '위반행위 종료일' 및 '조사개시일'의 의미◇

가. 공정거래위원회가 조사에 착수한 시점 전후에 걸쳐 위반행위가 계속된 때에는 그 위반행위가 종료된 시점에서야 비로소 '최초로 조사하는 사건'에 해당된다고 할 것이므로, 이 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 부칙(2012. 3. 21.) 제3조에서 정하는 조사개시일은 그 '위반행위 종료일'로 봄이 타당하다(제척기간의 기산점에 관한 대법원 2021. 1. 14. 선고 2019두59639 판결 참조).

나. 구 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 개정되기 전의 것, 이하 '표시광고법'이라 한다)은 상품 등에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하는데 목적이 있다.

표시광고법의 규정 내용, 제척기간 제도의 취지와 표시광고법의 목적 등을 고려하면, 사업자 등이 표시광고법 제3조 제1항을 위반하여 상품의 용기 등에 부당한 표시를 하였다면, 위와 같은 표시와 함께 해당 상품을 유통할 수 있는 상태가 계속되는 이상, 해당 상품을 수거하는 등 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치가 완료될 때까지 부당한 표시행위로 인한 위법상태가 계속되고, 그러한 '위법상태가 종료된 때'를 '위반행위 종료일'로 보아야 한다. 위와 같은 조치가 인정되지 않는 이상, 사업자 등이나 그 대리인이 일정 시점에 이르러 더 이상 해당 상품을 직접 생산하거나 유통하지 않는다는 사정만으로 달리 볼 수 없다.

다. 표시광고법 제16조 제2항 전단에 따라 준용되는 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되고 2020. 5. 19. 법률 제17290호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제1호는 공정거래위원회가 법 위반행위에 대하여 조사를 개시한 경우에 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있는 제척기간의 기산점을 '조사개시일'로 정하고 있다. 여기서 말하는 '조사개시일'은 '위반행위 종료일'로 보아야 한다는 것이 판례이고(위 대법원 2019두59639 판결 참조), 그 시점은 '위법상태가 종료된 때'이다.

☞ 원고 등이 가습기살균제 제품의 용기에 부당한 표시행위를 하여 위 제품을 생산·유통하여 온 사안임. 대법원은, (1) 이 사건에 적용되는 법률은 원고 등의 '위반행위 종료일'이 2012. 3. 21. 개정된 공정거래법 시행 이전인지 아니면 그 이후인지에 따라 달라짐을 전제로, (2) 부당한 표시와 함께 위 제품을 유통할 수 있는 상태가 계속되는 이상, 위 제품을 수거하는 등 그 위반행위를 시정하기 위하여 필요한 조치가 완료될 때까지 부당한 표시행위로 인한 위법상태가 계속되어 그러한 '위법상태가 종료된 때'를 '위반행위의 종료일'로 보아야 하고, (3) 표시광고법 제16조 제2항 전단에 의하여 준용되는 개정된 공정거래법 제49조 제4항 제1호에서 제척기간의 기산점으로 정한 '조사개시일'은 '위반행위 종료일', 즉 '위법상태가 종료된 때'이므로, 원심이 원고 등이 위 제품의 생산·유통을 중단하고 기존 제품을 적극적으로 수거하기 시작한 때에 부당한 표시행위가 종료되었다고 단정하여 이 사건 처분의 제척기간이 지났다고 본 것은 위법하다고 판단하여 파기환송한 사안임