

## 대법원 2022. 5. 26. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2016다255361(본소),255378(병합),255385(반소) 부당이득금(본소), 부당이득금(반소), 임대보증금 등 청구의 반소(반소) (가) 파기환송

[구 임대주택법 시행령(2009. 12. 16. 대통령령 제21892호로 개정되기 전의 것) 제21조 제3항에서 정한 정당한 전환임대보증금을 초과하는 임대보증금에 대하여 부당이득반환을 구한 사건]

◇1. 최초의 임대보증금은 건설원가의 90%를 초과하지 못한다고 정한 구 임대주택법 시행령(2009. 12. 16. 대통령령 제21892호로 개정되기 전의 것) 제21조 제3항이, 전환임대보증금으로 임대차계약을 체결한 경우에도 적용되는지 여부(적극), 2. 법률행위가 강행법규에 위반되어 무효가 되는 경우 민법 제138조에 따라 무효행위 전환을 인정하기 위한 요건◇

구 임대주택법 시행령(2009. 12. 16. 대통령령 제21892호로 개정되기 전의 것) 제21조 제3항은 '최초의 임대보증금'의 상한을 정하면서 그 임대보증금을 상호전환하기 전의 것으로만 한정하고 있지 않으므로, 위 상한은 임대료를 임대보증금으로 전환한 임대보증금에도 적용된다고 보아야 한다. 표준임대료 고시에서 임대보증금을 상호전환할 경우 최초의 임대보증금은 건설원가에서 국민주택기금 융자금을 차감한 금액을 초과할 수 없다고 정한 것은 구 임대주택법 시행령 제21조 제3항 각호에서 정한 임대보증금의 여러 상한을 모두 포괄하는 취지로 볼 수 있다. 따라서 민간 임대사업자가 구 임대주택법 시행령 제21조 제3항을 위반하여 최초의 임대보증금을 정해 임대차계약을 체결한 경우 그 상한을 초과하는 부분은 무효이고, 이는 그 임대보증금이 전환임대보증금인 경우에도 마찬가지이다.

법률행위가 강행법규에 위반되어 무효가 되는 경우에 그 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았다더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 민법 제138조에 따라 다른 법률행위로서 효력을 가진다. 이때 다른 법률행위를 하였을 것인지에 관한 당사자의 의사는 법률행위 당시에 무효임을 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사로서, 당사자가 법률행위 당시와 같은 구체적 사정 아래 있다고 상정하는 경우에 거래관행을 고려하여 신의성실의 원칙에 비추어

결단하였을 바를 의미한다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결 등 참조). 이는 법률행위의 경위, 목적과 내용, 무효의 사유와 강행법규의 입법 취지 등을 두루 고려하여 판단할 것이나, 그 결과가 한쪽 당사자에게 일방적인 불이익을 주거나 거래관념과 형평에 반하는 것이어서는 안 된다(대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결 참조).

임대주택법령에서 임대보증금과 임대료의 상호전환을 인정하고 있는 것은 두 약정이 불가분의 결합관계에 있음을 전제하기 때문이고 거래관념도 그러하다. 이 사건 임대차계약 체결 당시에도 원고들은 피고가 제시하는 ① 표준임대보증금과 표준임대료를 지급하는 조건과 ② 임대료는 없는 대신 계약상 임대보증금이 정당한 전환임대보증금을 초과하는 조건 가운데 후자를 선택하여 임대차계약을 체결하였다. 이 사건 임대보증금약정 중 일부가 무효로 판단된 이유는, 피고가 입주자 모집공고 당시 건설원가를 산정했던 것과 다른 방법으로 사후적으로 건설원가를 산정하고, 전환임대보증금에 관해서도 구 임대주택법 시행령 제21조 제3항에서 정한 '최초의 임대보증금'의 상한에 관한 규정이 적용되는지에 관한 법령해석에 대하여 피고의 주장을 받아들이지 않았기 때문이다. 이러한 사정은 이 사건 임대차계약을 체결할 당시 피고가 쉽게 예상할 수 있었던 사정이라고 보기 어렵다. 이와 같이 임대차계약 당시 임대보증금을 정하게 된 법률행위의 경위와 내용, 거래관행과 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때, 당사자들은 이 사건 임대보증금 약정 중 정당한 전환임대보증금을 초과하는 부분이 무효임을 알았다면 무효로 되는 임대보증금의 액수에 해당하는 만큼 임대료를 지급하는 계약의 체결을 의욕하였을 것이라고 볼 여지가 있다.

☞ 공공건설임대주택을 건설한 임대사업자인 피고가 임차인인 원고들과 임대료 없이 임대보증금만 지급받는 채권적 전세 조건으로 임대차계약을 체결하였음. 이때 피고는 임대차계약 체결 당시 건설원가를 산정하고 그 100%에 해당하는 금액이 관계법령에서 정한 정당한 전환임대보증금이라고 보아, 그 금액을 넘지 않는 한도에서 임대보증금의 액수를 정하였음

☞ 구 임대주택법 시행령 제21조 제1항은 공공건설임대주택의 최초 임대보증금과 임대료는 국토해양부장관이 정하여 고시하는 표준임대보증금 및 표준임대료를 초과할 수 없다고 정하고 있고, 같은 조 제3항은 위 최초의 임대보증금은 다음 각호의 구분에 따라 정하는 금액을 초과할 수 없다고 정하면서, 민간 임대사업자가 수도권 지역에서 임대주택을 건설한 경우 최초의 임대보증금은 임대보증금 상한선의 90%에 해당하는 금액으로 정하고 있음. 한편, 구 「임대주택의 표준임대보증금 및 표준임대료」(2004. 4. 2. 건설교통부고시 제 2004-70호, 이하 '표준임대료 고시') 제4조는 임대보증금을 상호전환할 경

우 최초의 임대보증금(전환보증금 포함)은 건설원가에서 국민주택기금 용자금을 차감한 금액을 초과할 수 없다고 정하고 있음

☞ 대법원은 위 각 규정의 내용 및 취지를 모두 고려할 때, 전환임대보증금에 대하여도 구 임대주택법 시행령 제21조 제3항에서 정한 임대보증금 상한에 관한 규정이 적용된다고 보아, 전환임대보증금 중 건설원가의 90%를 초과하는 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 본 원심을 수긍하였음

☞ 한편, 대법원은 이 사건 임대보증금약정에서 정한 임대보증금 중 일부가 무효로 판단된 이유는 이 사건 임대차계약을 체결할 당시 피고가 쉽게 예상할 수 있었던 사정이라고 보기 어렵고, 임대차계약 당시 임대보증금을 정하게 된 법률행위의 경위와 내용, 거래관행과 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때, 무효행위 전환에 따라 이 사건 임대차계약이 정당한 전환임대보증금 및 이를 초과하는 임대보증금에 상응하는 임대료 채권의 임대 조건에 따라 유효하게 존속한다고 볼 수 있고, 이것이 이 사건의 경과에 비추어 거래관념이나 형평에 반하지 않는다고 보아, 이와 달리 무효행위 전환을 부정한 원심을 파기환송하였음

## 2017다229338 부당이득금 (나) 파기환송

[책임재산 감소 유형의 제3자 채권침해에 기초한 손해배상청구에서 불법행위 이후 채무자에 대하여 진행된 파산절차를 손해산정에 고려할 것인지 여부가 문제된 사안]

◇1. 불법행위에 따른 재산상 손해의 산정 기준시(=불법행위 시), 2. 책임재산 감소 유형의 제3자 채권침해에서 손해배상액을 산정함에 있어, 불법행위 이후 채무자에 대한 파산선고가 이루어져 채무자에 대하여 파산절차에 의해서만 권리행사를 할 수 있다거나 파산관재인이 부인권을 행사할 여지가 있다는 사정이 영향을 미치는지 여부(소극)◇

불법행위에 따른 재산상 손해는 위법한 가해행위로 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었다면 존재하였을 재산 상태와 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하고, 손해액은 원칙적으로 불법행위 시를 기준으로 산정한다(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다91828 판결 등 참조). 제3자가 채무자의 재산을 은닉하는 방법으로 채권자의 채권을 침해하는 불법행위를 한 경우, 그 손해는 불법행위 시를 기준으로 제3자의 채권침해가 없었다면 채권자가 채무자로부터 회수할 수 있었던 채권 금액 상당이다. 이때의 회수 가능성은 불법행위 시에 존재하는 채무자의 책임재산 가액과 채무자가 부담하는 채무의 액수를 비교하는 방법으로 판단할 수 있다. 불법행위 당시에 이미 이행기가 도래한 채무는 채권자가 종국적으로 권리

를 행사하지 아니할 것이 확실하다는 특별한 사정이 없는 한 비교대상이 되는 채무자 부담의 채무에 포함된다. 양자를 비교한 결과 채무자가 다액의 채무를 부담하고 있었던 사정 등으로 제3자의 채권침해가 없었더라도 채권자가 채무자로부터 일정 금액 이상으로는 채권을 회수할 가능성이 없었다면, 일정 금액을 초과하는 손해와 제3자의 채권침해행위 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다(대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다239311 판결 참조).

☞ 원심은, 피고가 채무자에게 자신 명의의 계좌를 제공하여 채무자로 하여금 자금을 입금하도록 함으로써 책임재산을 감소케 한 행위가 원고의 채권을 침해하는 불법행위에 해당한다고 인정하면서도 그 후 채무자에게 파산선고가 이루어졌으므로 원고가 파산절차를 통하여 변제받게 될 채권액이 피고의 불법행위가 없었다고 가정할 때에 비하여 감소된 금액이 손해에 해당한다는 전제에서, 원고가 파산절차를 통하여 변제받게 될 채권액 감소가 초래되었음을 인정할 자료가 없어 손해가 증명되지 않았다는 이유로 원고의 손해배상청구를 배척하였음

☞ 이에 대하여 대법원은 위와 같은 법리에 따라 손해배상액은 불법행위 당시를 기준으로 산정해야 하고, 불법행위 성립 이후에 발생한 채무자의 파산선고 등의 사정은 손해배상액 산정에 영향을 미치지 못한다고 보아, 이와 달리 '불법행위성립 이후에 발생한 파산선고 등 사정이 손해배상액 산정에 영향을 미친다는 전제에서 원고가 파산절차를 통하여 변제받게 될 채권액이 피고의 불법행위가 없었다고 가정할 때에 비하여 감소된 금액이 손해라고 보고 그 손해에 관한 증거가 없다는 이유로 원고의 청구를 전부 기각'한 원심 판결을 손해배상액수의 산정 등에 관한 법리오해와 심리미진 등을 이유로 파기·환송하였음

## 2017다238141 손해배상 및 부당이득금 반환 (아) 파기환송

[피고 법무법인(유한)이 당사자인 소송에서 변호사법 제58조의16, 제50조 제1항에 따라 구성원변호사를 담당변호사로 지정하여 소송을 수행할 수 있는지 문제된 사건]

### ◇변호사법 제50조 제1항에 규정된 '업무'의 의미◇

변호사법은 다음과 같은 규정을 두고 있다. 변호사는 당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무를 하는 것을 그 직무로 한다(제3조). 변호사는 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 법무법인을 설립할 수 있고(제40조), 법무법인은 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무에 속하는 업무를 수행한

다(제49조 제1항). 업무 집행방법과 관련하여 법무법인은 법인 명의로 업무를 수행하며 그 업무를 담당할 변호사를 지정하여야 하고(제50조 제1항), 담당변호사를 지정한 경우에는 지체 없이 이를 수입사건의 위임인에게 서면으로 통지하여야 하며(제50조 제5항), 담당변호사는 지정된 업무를 수행할 때에 각자가 그 법무법인을 대표한다(제50조 제6항). 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용한다(제58조 제1항).

이러한 변호사법 규정의 체계 및 내용에 비추어 보면, 변호사법 제50조 제1항에 따라 법무법인이 법인 명의로 수행하는 ‘업무’는 법무법인이 제3자의 위임이나 위촉 등에 의하여 소송행위 등 법률 사무를 처리하는 경우를 의미하고, 법무법인이 당사자로서 소송행위 등 법률 사무를 처리하는 경우는 포함되지 않는다고 해석함이 타당하다. 따라서 법무법인이 당사자인 경우에는 상법 중 합명회사에 관한 규정에 따라 등기된 법무법인의 대표자만이 법무법인을 대표하여 업무를 수행할 수 있을 뿐 담당변호사가 법무법인을 대표하여 해당 업무를 수행할 수 없다. 이러한 법리는 변호사법 제50조가 준용되는 법무법인(유한)의 경우에도 마찬가지이다(변호사법 제58조의16).

☞ 피고 법무법인(유한)이 대표변호사가 아닌 구성원변호사를 변호사법 제58조의16, 제50조 제1항에 따라 담당변호사로 지정하여 소송을 수행한 사안에서, 변호사법 제50조 제1항의 ‘업무’는 법무법인이 제3자의 위임이나 위촉 등에 의하여 소송행위 등 법률 사무를 처리하는 경우를 의미하고, 법무법인이 당사자로서 소송행위 등 법률 사무를 처리하는 경우는 포함되지 않으므로, 피고의 위 소송행위가 변호사법 제50조 제1항에 따라 유효하다는 취지로 판단한 원심판결을 파기한 사례

## 2017다260940 종원(宗員)지위 확인 (아) 상고기각

[민법 제781조 제6항에 따라 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경된 사안에서 성년인 그 자녀가 모가 속한 종중에 대하여 종원 지위 확인을 구하는 사건]

◇모의 성과 본을 따라 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하게 된 후손의 종원 자격◇

종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 참조). 민법 제781조 제6항에 따라 자녀의 복리를 위하여 자녀의 성과 본을 변경할 필요가 있어 자녀의 성과 본이 모의

성과 본으로 변경되었을 경우 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다. 그 이유는 다음과 같다.

대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결에 따라 종중에 관한 관습법 중 종중의 구성원을 성년 남성만으로 제한한 부분은 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 않아 정당성과 합리성이 인정되지 않으므로 그 효력을 상실하였고, 조리 상 공동선조와 성과 본을 같이 하는 성년 여성도 당연히 종원이 된다고 보게 되었다. 이와 마찬가지로 공동선조와 성과 본을 같이 하는 성년 여성의 후손이 모계혈족이라는 이유만으로 종중의 구성원이 될 수 없다는 관습도 법적 규범으로서 효력을 가진 관습법으로 남아 있다고 보기 어렵다.

대한민국헌법은, 모든 국민은 법 앞에 평등하고(제11조 제1항), 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다(제36조 제1항)고 선언하고 있다. 이러한 헌법이념에 따라 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 민법에서는 부계혈족과 모계혈족을 차별하지 않고 친족의 범위를 규정하였고, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 민법에서는 양성평등이라는 헌법이념과 시대변화에 부합하지 않는 호주제도를 폐지하면서 호주제도를 전제로 한 입적·복적·일가창립·분가 등에 관한 규정을 삭제하고, 자녀의 성과 본은 부성주의를 원칙으로 하면서도 자녀의 복리를 위하여 자녀의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 법원의 허가를 받아 성과 본을 변경할 수 있도록 하는 제781조 제6항을 신설하였다. 따라서 이러한 헌법이념과 민법의 개정 취지를 고려하여 보면, 모의 성과 본을 따라 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하게 된 후손의 종원 자격을 부의 성과 본을 따른 후손의 그것과 달리 판단할 수는 없다.

민법은 위와 같은 부성주의 원칙의 예외로서 부모가 혼인신고 시 모의 성과 본을 따르기로 협의한 경우에는 자는 출생 시부터 모의 성과 본을 따른다고 규정하고 있다(제781조 제1항 단서). 이처럼 출생 시부터 모의 성과 본을 따르게 된 경우 그 자녀는 모가 속한 종중의 구성원이 된다고 보아야 하므로, 출생 후에 자녀의 복리를 위하여 성과 본을 변경할 필요가 있어 법원의 허가를 받아 이를 변경한 경우에도 달리 볼 합리적 이유가 없다.

법원의 허가를 받아 모의 성과 본을 따르기로 변경된 자녀는 더 이상 부의 성과 본을 따르지 않아 부가 속한 종중에서 탈퇴하게 되므로, 동시에 여러 종중의 구성원이 될 수 없다. 따라서 출생 후 모의 성과 본으로 변경된 경우 모가 속한 종중의 구성원이 될 수 없다고 본다면 종중의 구성원 자격을 박탈하는 것이 되어, 헌법상 평등의 원칙에 반한다.

종중이 자연발생적 종족집단이기는 하나 종래 관습법에서도 입양된 양자가 양부가 속

한 종중의 종원이 되는 등 종중 구성원의 변동이 허용되었으므로, 모의 성과 본을 따르게 되어 모가 속한 종중의 구성원이 되었다고 하더라도 이를 가지고 종원 자격이 인위적으로 변동된 것이라고 볼 수 없다.

☞ 민법 제781조 제6항에 따라 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경된 사안에서, 모의 성과 본을 따라 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하게 된 성년인 후손은 모가 속한 종중의 구성원이 된다고 본 원심판결을 수긍함

## 2017다292343 임금 등 (사) 상고기각

[정년을 유지하면서 일정 연령 이상 근로자의 임금을 삭감하는 임금피크제의 효력이 문제된 사건]

◇1. 구 「고령자 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것) 제4조의4 제1항이 강행규정인지 여부(적극), 2. 사업주가 근로자의 정년을 그대로 유지하면서 임금을 정년 전까지 일정 기간 삭감하는 형태의 이른바 ‘임금피크제’를 시행하는 경우 합리적 이유 없이 연령을 이유로 차별한 경우로서 그 조치가 무효인지 여부를 판단하는 기준◇

2008. 3. 21. 법률 제8962호로 개정된 구 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 고령자고령법’이라 한다)은 제4조의4를 신설하여 제1항에서 “사업주는 모집·채용(제1호), 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생(제2호), 교육·훈련(제3호), 배치·전보·승진(제4호), 퇴직·해고(제5호) 분야에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별하여서는 아니 된다.”라고 규정하고, 제2항에서 “제1항을 적용할 때 합리적인 이유 없이 연령 외의 기준을 적용하여 특정 연령집단에 특히 불리한 결과를 초래하는 경우에는 연령차별로 본다.”라고 규정하고 있다.

연령차별을 당한 사람은 국가인권위원회법 제30조에 따라 국가인권위원회에 그 내용을 진정할 수 있다(제4조의6 제1항). 국가인권위원회로부터 구제조치 등의 권고를 받은 사업주가 정당한 사유 없이 권고를 이행하지 아니하는 등 일정한 경우에 고용노동부장관은 해당 사업주에게 시정명령을 할 수 있고(제4조의7 제1항), 시정명령을 정당한 사유 없이 이행하지 아니하는 자에게는 3천만 원 이하의 과태료를 부과한다(제24조 제1항). 한편 모집·채용에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 차별한 사업주는 500만 원 이하의 벌금에 처한다(제23조의3 제2항).

이와 같은 규정들의 내용과 고용의 영역에서 나이를 이유로 한 차별을 금지하여 헌법

상 평등권을 실질적으로 구현하려는 구 고령자고용법상 차별 금지 조항의 입법 취지를 고려하면, 구 고령자고용법 제4조의4 제1항은 강행규정에 해당한다. 따라서 단체협약, 취업규칙 또는 근로계약에서 이에 반하는 내용을 정한 조항은 무효이다.

연령을 이유로 한 차별을 금지하고 있는 구 고령자고용법 제4조의4 제1항에서 말하는 '합리적인 이유가 없는' 경우란 연령에 따라 근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다. 사업주가 근로자의 정년을 그대로 유지하면서 임금을 정년 전까지 일정 기간 삭감하는 형태의 이른바 '임금피크제'를 시행하는 경우 연령을 이유로 한 차별에 합리적인 이유가 없어 그 조치가 무효인지 여부는 임금피크제 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 임금 삭감에 대한 대상 조치의 도입 여부 및 그 적정성, 임금피크제로 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

☞ 피고 회사는 노동조합과의 합의로 근로자의 정년을 61세로 유지하면서 55세 이상 근로자의 임금을 감액하는 내용의 이 사건 성과연급제(임금피크제)를 취업규칙으로 도입하여 시행하였고, 이에 대하여 감액된 임금을 지급받은 근로자인 원고가 이 사건 성과연급제가 구 고령자고용법 제4조의4 제1항의 연령차별금지규정에 위반되어 무효라고 주장하면서 감액된 임금의 지급을 청구한 사안임

☞ 대법원은 위 법리를 기초로, 이 사건 성과연급제는 피고의 인건비 부담 완화 등 경영성과 제고를 목적으로 도입된 것으로 위와 같은 목적을 55세 이상 직원들만을 대상으로 한 임금 삭감 조치를 정당화할 만한 사유로 보기 어려운 점, 이 사건 성과연급제로 인하여 원고는 임금이 일시에 대폭 하락하는 불이익을 입었음에도 적정한 대상조치가 강구되지 않았고 이 사건 성과연급제를 전후하여 원고에게 부여된 목표 수준이나 업무의 내용에 차이가 있었다고 보기 어려운 점 등을 이유로 이 사건 성과연급제는 합리적 이유 없는 연령차별에 해당하여 무효라고 판단하고, 피고의 상고를 기각함

## 2019다213344 대여금 (가) 파기환송

### [지적장애를 가진 사람의 의사능력이 문제된 사건]

#### ◇지적장애를 가진 사람에게 의사능력이 있는지 판단하는 기준◇

의사능력이란 자기 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력이나 지능을 말한다. 의사능력 유무는 구체적인 법률 행위와 관련하여 개별적으로 판단해야 하고(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결

참조), 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해해서는 알기 어려운 특별한 법률적 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대해서도 이해할 수 있어야 한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다29358 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결 등 참조).

장애인복지법 제2조 제2항 제2호, 장애인복지법 시행령 제2조 제1항 [별표 1] 제6호, 장애인복지법 시행규칙 제2조 제1항 [별표 1] 제6호에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 지능지수가 70 이하인 사람은 교육을 통한 사회적·직업적 재활이 가능하더라도 지적장애인으로서는 위 법령에 따른 보호의 대상이 된다. 지적장애인에 해당하는 경우에도 의학적인 질병이나 신체적 이상이 드러나지 않아 사회 일반인이 보았을 때 아무런 장애가 없는 것처럼 보이는 경우가 있다. 반면 지적장애를 가진 사람이 장애인복지법령에 따라 지적장애인 등록을 하지 않았거나 등록 기준을 충족하지 못하였다고 해서 반드시 의사능력이 있다고 단정할 수 없다.

이러한 사정을 고려하면, 지적장애를 가진 사람에게 의사능력이 있는지를 판단할 때 단순히 그 외관이나 피상적인 언행만을 근거로 의사능력을 쉽게 인정해서는 안 되고, 의학적인 진단이나 감정 등을 통해 확인되는 지적장애의 정도를 고려해서 법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성 등에 비추어 볼 때 지적 장애를 가진 사람이 과연 법률행위의 일상적 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과를 이해할 수 있는지, 법률행위가 이루어지게 된 동기나 경위 등에 비추어 합리적인 의사결정이라고 보기 어려운 사정이 존재하는지 등을 세심하게 살펴보아야 한다.

☞ 원고가 피고를 상대로 대출원리금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 대하여 피고는 대출약정 당시 의사능력이 없었다고 다투는 사건임. 대법원은 이 사건 대출약정 당시 피고가 의사능력이 없었다고 볼 여지가 많다는 이유로, 이와 달리 본 원심을 파기함

## **2020다206625 추심금 (마) 파기환송**

### **[추심채권자들의 일부 추심금 청구와 소멸시효의 중단 범위가 문제된 사건]**

◇다수 추심채권자들이 압류경합으로 인해 집행채권 합계액이 피압류채권액을 초과하자 자신들의 채권액 비율로 안분하여 각자 일부 추심금만 청구하여 승소한 경우 잔부 채권에 대해 재판상 청구로서의 시효중단의 효력이 미치는지 여부(소극)◇

하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소 제기에 의한 소멸시효 중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 않는다(대법원 1975. 2. 25. 선고 74다1557 판결 등 참조). 다만 소장에

서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 해당 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소 제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하나(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43695 판결), 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였더라도 그 후 채권의 특정 부분을 청구범위에서 명시적으로 제외하였다면, 그 부분에 대하여는 애초부터 소의 제기가 없었던 것과 마찬가지로 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 않는다(대법원 2021. 6. 10. 선고 2018다44114 판결 참조).

한편, 이와 같은 경우에도 소를 제기하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시한 채권자는 장래에 나머지 부분을 청구할 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월 내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결 참조).

☞ 추심채권자인 원고들과 A, B가 제3채무자인 피고를 상대로 추심금 청구의 소(선행소송)를 제기하면서, 집행채권(추심채권자의 채무자에 대한 채권) 합계액이 피압류채권(채무자의 제3채무자에 대한 채권)액을 초과하는 상황이어서 각자 채권액 비율로 안분하여 일부 추심금만 청구하였는데 원고들과 A의 청구는 인용되고 B의 청구가 기각되자, 원고들이 선행소송에서 기각된 나머지 피압류채권 부분(선행소송에서 B의 청구금액에 해당하는 부분)에 대하여 소멸시효기간 도과 후 재차 추심금 청구의 소(후행소송)를 제기한 사건에서, 원고들이 선행소송에서 잔부 채권까지 권리행사를 하였다고 볼 여지가 있더라도, 실제 잔부 채권을 청구하지는 않은 이상 잔부 채권까지 재판상 청구로서의 시효중단 효력이 미치지 않고, 다만 선행소송 계속 중 잔부 채권에 ‘최고’로서의 효력이 지속될 수 있을 뿐이므로, 선행소송 종료 후 6월 내에 소멸시효를 중단시켰다는 등 특별한 사정이 없다면 잔부 채권은 후행소송의 소 제기 전에 소멸시효가 완성되었다고 보아, 선행소송의 소 제기만으로 잔부 채권까지 소멸시효가 중단되었다고 인정한 원심을 파기한 사안임

## 2020다215124 손해배상 (카) 상고기각

[정수기 제조업자인 피고가 정수기에서 중금속인 니켈이 검출된 사실을 인지하였음

에도 피고로부터 동종의 정수기를 임차 또는 매수하여 사용하는 원고들에게 니켈 검출 사실을 알리지 않은 사안에서 원고들이 피고의 고지의무 위반을 이유로 피고에게 위자료 지급을 구하는 사건]

◇계속적 계약의 이행 과정에서 인정되는 계약 당사자의 고지의무 범위◇

계약의 일방 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 사정 등을 미리 고지할 의무가 있다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011다43778 판결, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다97076 판결 등 참조). 이러한 의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결 이후 이를 이행하는 과정에서도 유지된다. 당사자 상호 간의 신뢰관계를 기초로 하는 계속적 계약의 일방 당사자가 계약을 이행하는 과정에서 상대방의 생명, 신체, 건강 등의 안전에 위해가 발생할 위험이 있고 계약 당사자에게 그 위험의 발생 방지 등을 위하여 합리적 조치를 할 의무가 있는 경우, 계약 당사자는 그러한 위험이 있음을 상대방에게 미리 고지하여 상대방으로 하여금 그 위험을 회피할 적절한 방법을 선택할 수 있게 하거나 계약 당사자가 위험 발생 방지를 위한 합리적 조치를 함으로써 그 위험을 제거하였는지를 확인할 수 있게 할 의무가 있다. 특히 계속적 계약의 일방 당사자가 고도의 기술이 집약된 제품을 대량으로 생산하는 제조업자이고 상대방이 소비자라면 정보 불균형으로 인한 부작용을 해소하기 위해 제조업자에 대하여 위와 같은 고지의무를 인정할 필요가 더욱 크다.

☞ 정수기 제조업자인 피고가 정수기 내부에서 니켈도금이 박리된 사실을 인지하였음에도 피고와 계속적 계약을 체결하여 동종의 정수기를 사용하는 원고들에게 위 사실을 알리지 않은 사안에서, 피고의 고지의무 위반으로 인한 채무불이행을 인정하고 이로 인하여 원고들이 건강과 밀접한 관련이 있는 마실 물에 관하여 선택권을 행사할 기회를 상실하였다는 이유로 원고들의 정신적 손해를 인정한 원심판결을 수긍함

**2020다239366 회사에 관한 소송 (가) 파기환송**

[주식양도계약 해제에 따라 주식이 양도인에게 복귀하기 위한 요건 등이 쟁점이 된 사안]

◇1. 주식양도계약의 해제에 따라 주식이 양도인에게 복귀하기 위해 양수인의 확정일자 있는 회사에 대한 통지가 필요한지(소극), 2. 채무의 일부만을 변제공탁 하였으나 부족액을 추가 공탁한 경우 전 채무액에 대하여 유효한 공탁이 있었다고 볼 것인지(적극)◇

회사 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6개월이 경과한 경우 주권발행 전의 주식은 당

사자의 의사표시만으로 양도할 수 있고, 주식양도계약이 해제되면 계약의 이행으로 이전된 주식은 당연히 양도인에게 복귀한다(대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다29411 판결 참조).

채무자가 채무액 일부만 변제공탁을 하였으나 그 후 부족분을 추가로 공탁하였다면 그 때부터는 모든 채무액에 대하여 유효한 공탁을 한 것으로 볼 수 있다(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다35670 판결 참조).

☞ 주식양도계약의 양도인(원고)이 양수인(피고)의 대금지급 미이행을 이유로 주식양도계약 해제 통지를 하고 양수인(피고)을 상대로 주주지위부존재 확인을 구하고, 피고는 ① 자신이 회사에 대하여 확정일자 있는 통지를 하지 않았고, ② 양도인이 두 차례 변제공탁을 하였으나 각각의 공탁액이 원상회복액에 미치지 못해 유효하지 않다는 이유 등을 들어 원고의 해제 통지 이후에도 여전히 양수인인 자신이 주주의 지위에 있다고 다툰 사안에서, 원심은 피고의 주장을 받아들여 원고의 청구를 기각하였음

☞ 이에 대하여 대법원은 ① 이 사건 양도대상 주식은 당사자 사이의 의사표시만으로도 양도할 수 있는 주권발행전 주식으로서 양수인의 회사에 대한 확정일자 있는 통지 없이도 양도계약의 해제만으로 양도인에게 주주권이 복귀하고, ② 채무의 일부만을 변제공탁하였으나 부족액을 추가 공탁한 경우 전 채무액에 대하여 유효한 공탁이 있었다고 보아야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기환송하였음

## 2020다253515 부당이득금 등 (자) 파기환송(일부)

[구 임대주택법 시행령(2015. 6. 30. 대통령령 제26369호로 개정되기 전의 것) 제21조 제3항에서 정한 정당한 전환임대보증금을 초과하는 임대보증금에 대하여 부당이득반환을 구한 사건]

◇전환임대보증금 산정시 공제되는 국민주택기금 융자금의 범위 및 법률행위가 강행법규에 위반되어 무효가 되는 경우 민법 제138조에 따라 무효행위 전환을 인정하기 위한 요건◇

구 임대주택법(2013. 6. 4. 법률 제11870호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제20조, 구 임대주택법 시행령(2015. 6. 30. 대통령령 제26369호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조 등 공공건설임대주택의 최초 임대보증금 등에 대한 관련 규정의 문언 내용, 표준임대보증금 및 전환임대보증금(이하 '표준임대보증금 등'이라 한다)이 갖는 의미와 기능, 표준임대보증금 등 산정시 국민주택기금 융자금을 공제하는 취지, 국민주택기금 융자금의 운용방식 등을 종합하여 보면, 정당한 전환임대보증금의 산정을 위하여 건설원가에서 공제하는 국민주택기금 융자금은 대출약정에 따라 대출이 예정된 융자금 전액이라고 보아야

한다.

법률행위가 강행법규에 위반되어 무효가 되는 경우에 그 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 민법 제138조에 따라 다른 법률행위로서 효력을 가질 수도 있다. 다만 이때 다른 법률행위를 하였을 것인지에 관한 당사자의 의사는 그 법률행위가 강행법규 위반으로 무효인 점을 고려하더라도 당시에 무효임을 알았다면 의욕하였을 것으로 평가할 수 있는 가정적 효과의사로서, 당사자가 법률행위 당시와 같은 구체적 사정 아래 있다고 상정하는 경우에 거래관행을 고려하여 신의성실의 원칙에 비추어 결단하였을 바를 의미한다. 이는 그 법률행위의 경위, 목적과 내용, 무효의 사유 및 강행법규의 입법 취지와 위반의 경위 등을 두루 고려하여 판단할 것이나, 그 결과가 한쪽 당사자에게 일방적인 불이익을 주거나 거래관념과 형평에 반하는 것이어서는 안 됨은 물론, 이러한 전환을 허용하는 것이 강행법규의 입법 취지 및 그 위반행위에 대한 제재의 의미를 전적으로 부정하거나 무력화시키는 것이어서는 안 될 것이다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결, 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결 참조).

☞ 공공건설임대주택을 건설한 임대사업자인 피고가 임차인인 원고등(원고들 및 선정자들)과 임대료 없이 임대보증금만 지급받는 채권적 전세 조건으로 임대차계약을 체결하였는데, 그 임대차계약에서 정한 임대보증금은 관계법령에서 정한 정당한 전환임대보증금보다 높은 금액이었음

☞ 정당한 전환임대보증금은 건설원가에서 국민주택기금 용자금을 공제한 금액으로 산정되는데, 원심은 이때의 국민주택기금 용자금은 최초 입주자모집 내지 임대차계약 체결당시를 기준으로 ‘실제 실행된 대출금액’에 의하여야 한다고 판단하였음. 그러나 대법원은 이와 달리 ‘대출약정에 따라 대출이 예정된 용자금 전액’을 공제하여야 한다고 보아 원심판결 중 해당 부분을 일부 파기환송함

☞ 또한 대법원은 임대차계약의 체결 경위, 목적, 내용, 이 사건 임대보증금 약정 중 일부가 무효가 된 사유, 전환임대보증금의 상환을 정한 입법취지 등을 고려할 때, 원고등이 임대보증금약정 중 일부가 무효임을 알았을 경우 그에 상응하는 임대료를 지급하는 내용의 임대차계약 체결을 의욕하였으리라고 인정하기 어렵고, 이와 같이 본다 하여 피고에게 일방적으로 불이익하거나 형평에 반한다고 보기 어렵고, 오히려 이러한 전환을 허용하는 것은 강행법규의 입법 취지 및 그 위반행위에 대한 제재의 의미를 사실상 부정하거나 무력화시키는 결과가 된다고 볼 여지가 많다는 이유로, 정당한 전환임대보증금을 초과하여 무효로 되는 임대보증금에 상응하는 임대료를 지급하는 내용으로의 무효행위 전

환을 인정할 수 없다고 보아, 같은 취지의 원심을 수긍하였음

## 2021다210102 근로자지위확인청구등의 소 (라) 상고기각

[자동차 판매대리점 소속 카마스터와 자동차회사 사이에 근로자파견관계가 성립하는지 여부가 문제된 사건]

◇자동차 판매대리점 소속 카마스터와 자동차회사(피고) 사이에 파견근로관계가 성립하는지 여부(소극)◇

구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2013. 3. 22. 법률 제11668호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등 참조)

☞ 원고는 피고(자동차회사)와 판매대리점계약을 체결하고 자동차를 판매하는 판매대리점주에게 채용되어 자동차 판매업무에 종사한 카마스터로서, 대리점주를 파견사업주, 피고를 사용사업주로 하는 근로자파견관계에 있음을 이유로 피고를 상대로 근로자지위확인을 청구하였음

☞ 대법원은 위 법리를 기초로, 피고의 대리점들에 대한 업무표준 배포, 판매목표 달성 독려, 판촉 요청, 정기적인 업무지도와 평가, 판매업무를 위한 전산시스템의 제공, 카마스터들에 대한 영업교육의 실시 등은 카마스터에 대한 업무상 지시에 해당하지 않는 점,

카마스터들과 피고의 지점 소속 판매사원들은 영업상 경쟁관계에 있는 등 카마스터들이 지점 소속 판매사원들과 하나의 작업집단을 구성하여 직접 공동의 작업을 함으로써 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 보기 어려운 점, 카마스터의 채용과 용역계약 해지의 결정권은 대리점주에게 있었고, 카마스터의 출퇴근이나 당직순서는 대리점주가 자율적으로 결정한 점, 카마스터의 업무는 판매행위 및 그에 부수하는 행위로 한정되었고, 전문적 역량이 요구되는 업무인 점, 대리점주는 자신의 비용으로 대리점 비품을 구입하고 사무실 임대료를 지출하는 등 판매대리점계약의 목적 달성을 위하여 필요한 인적·물적 설비를 갖추고 있었던 점 등을 이유로 근로자파견관계의 성립을 부정한 원심 판단이 정당하다고 보아 원고의 상고를 기각함

## **2021다210621 근로자지위확인등 (바) 상고기각**

**[자동차 판매대리점 소속 카마스터와 자동차회사 사이에 근로자파견관계가 성립하는지 여부가 문제된 사건]**

◇자동차 판매대리점 소속 카마스터와 자동차회사(피고) 사이에 파견근로관계가 성립하는지 여부(소극)◇

구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2013. 3. 22. 법률 제11668호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015.

2. 26. 선고 2010다106436 판결 등 참조)

☞ 원고들은 피고(자동차회사)와 판매대리점계약을 체결하고 자동차를 판매하는 판매대리점주에게 채용되어 자동차 판매업무에 종사한 카마스터들로서, 대리점주를 파견사업주, 피고를 사용사업주로 하는 근로자파견관계에 있음을 이유로 피고를 상대로 근로자지위확인 내지 직접고용의무 이행을 청구하였음

☞ 대법원은 위 법리를 기초로, 피고의 대리점들에 대한 판매목표 달성 독려, 업무표준 마련, 주기적인 평가, 판촉활동의 지시, 판매업무를 위한 전산망 등 프로그램의 제공, 카마스터들에 대한 영업교육의 실시 등은 카마스터들에 대한 지휘·명령에 해당한다고 볼 수 없는 점, 카마스터들이 피고의 지점 소속 판매사원들과 함께 판매업무를 수행한다고 볼 수 없고 사실상 영업상 경쟁관계에 있는 등 카마스터들이 지점 소속 판매사원들과 하나의 작업집단을 구성하여 직접 공동의 작업을 함으로써 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 보기 어려운 점, 카마스터 채용에 관한 결정권은 대리점주에게 있었고, 피고는 카마스터의 채용, 근태 관리 등에 관여하지 않은 점, 카마스터의 업무는 자동차 판매업무나 이를 위한 부수업무로 한정되었고, 전문성이 있는 점, 대리점주는 자신의 비용과 노력으로 점포를 개설하고 카마스터를 채용한 독립된 개별사업자로서 피고의 거래상대방으로서의 실질을 가지는 점 등을 이유로 근로자파견관계의 성립을 부정한 원심 판단이 정당하다고 보아 원고들의 상고를 기각함

**2021다216421(본소),216438(반소) 토지인도 등(본소), 손해배상금(반소) (자) 파기환송(일부)**

**[농지 임대차계약이 무효인 경우에 임차인이 반환해야 할 점유·사용에 대한 부당이득액수의 산정방법이 문제된 사건]**

◇농지에 관한 임대차계약이 강행법규인 농지법 제23조에 위반되어 무효가 되는 경우 임차인이 반환해야 할 부당이득액의 산정방법◇

농지에 관한 임대차계약이 강행법규인 농지법 제23조에 위반되어 무효가 되는 경우, 임차인이 법률상 권원 없이 농지를 점유·사용함에 따라 얻게 된 이득은 특별한 사정이 없는 한 그 농지의 임료 상당액이고(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다51539 판결, 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다56367 판결 등 참조), 이때의 '임료 상당액'은 해당 농지가 다른 용도로 불법으로 전용되어 이용되는 상태임을 전제로 산정하여서는 안 됨은 물론, 임대차보증금이 없는 경우를 전제로 객관적으로 산정된 금액을 의미하는 것이 원칙이다. 그러므로

강행법규인 농지법 제23조의 위반을 이유로 임대차계약이 무효가 되는 경우에도 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 임대인이 임차인에 대하여 그 점유·사용에 관한 부당이득의 반환을 구할 수 있지만, 그 약정 차임이 해당 농지가 불법으로 전용되는 상태가 아닌 경우로서, 임대차보증금이 없는 경우임을 전제로 객관적으로 산정된 '임료 상당액'과 사실상 동일하다는 등의 특별한 사정이 없음에도, 곧바로 이를 그 점유·사용에 따른 부당이득 금액으로 추인하는 것은 결과적으로 무효인 농지임대차계약의 내용을 적극적으로 실현하는 것이 되어 강행법규인 농지법 제23조의 규범 목적과 취지를 사실상 잠탈하게 되므로 허용될 수 없다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결, 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016다261274 판결 등 참조).

☞ 농지법에 위반되어 임대차계약이 무효인 경우, 임대인(원고)이 임차인(피고)에게 부동산 인도 및 점유·사용에 대한 부당이득을 구하고 임차인은 반소로 임대차보증금의 반환을 구한 사안에서, 원심은 이 사건 부동산이 '농지'로 이용되는 것을 전제로 임대차보증금이 없는 상태에서의 임료 상당액에 관한 감정결과를 배척하고 무효가 된 임대차계약에서 정한 약정 차임을 기준으로 임차인이 반환해야 할 부당이득액수를 산정함

☞ 대법원은 위와 같은 법리에 따라 특별한 사정이 없는 이 사건에서 임차인이 반환해야 할 부당이득액수는, 무효인 임대차계약이 정한 약정 차임이 아니라, 농지로 이용되는 것을 전제로 한 임대차보증금 없는 상태에서의 객관적 임료 상당액을 기준으로 산정해야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송하였음

## 2021다271732 물품대금 (바) 파기환송

### [계속적 거래관계에서 소멸시효 중단사유인 채무승인 여부가 문제된 사건]

◇1. 쌍방의 채무를 공제하는 방식으로 계속적 거래를 하는 경우 그 공제를 소멸시효 중단사유인 채무승인으로 볼 수 있는 경우, 2. 원심판단에 이유모순이 있는지 여부(적극)◇

소멸시효 중단사유로서의 채무의 승인은 시효이익을 받을 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 권리를 상실하게 될 자에 대하여 그 권리가 존재함을 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하고, 그 표시의 방법은 아무런 형식을 요구하지 아니하며, 또 그 표시가 반드시 명시적일 것을 요하지 않고 묵시적인 방법으로도 가능하지만, 그 묵시적인 승인의 표시는 적어도 채무자가 그 채무의 존재 및 액수에 대하여 인식하고 있음을 전제로 하여 그 표시를 대하는 상대방으로 하여금 채무자가 그 채무를 인식하고 있음을 그 표시를 통해 추단하게 할 수 있는 방법으로 행해져야 한다(대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다

59959 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결 등 참조). 한편, 시효완성 전에 채무의 일부를 변제한 경우에는 그 수액에 관하여 다툼이 없는 한 채무 승인으로서의 효력이 있어 채무 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생하고(대법원 1980. 5. 13. 선고 78다1790 판결, 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결 등 참조), 이는 채무자가 시효완성 전에 채무의 일부를 상계한 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다.

☞ 원고가 피고에게 물품을 공급하고 피고가 이를 가공하여 원고에게 납품하면서 그 가공비를 원고 물품대금에서 공제하는 방식으로 계속적 거래를 한 사안에서, 원심은 피고가 가공비를 원고 물품대금에서 공제한 것을 '상계예약에 의한 예약완결권의 행사'로 인정하면서도 다른 한편으로 이를 '당사자 사이의 사전 합의에 따라 기계적으로 처리된 것'으로 보아 시효중단사유로서의 채무승인이 없었다고 판단함

☞ 대법원은 원고가 구하는 물품대금 채권에 대하여 피고의 채무 승인이 있었다고 볼 여지가 있고, 피고의 공제를 상계예약에 의한 예약완결권의 행사로 보면서도 이를 시효중단사유로서의 채무승인 아니라고 판단한 원심에 이유모순이 있다고 보아, 원심판결을 파기·환송하였음

## 2021다288020 사해행위취소 (자) 상고기각

### [추징금채권을 피보전채권으로 한 사해행위취소소송 사건]

◇추징금채권이 성립되기 전에는 단기 제척기간이 기산되지 않는지 여부(소극)◇

추징금 재판은 민사집행법에서 정한 집행절차 또는 국세징수법에 따른 국세채납처분의 예에 따라 집행할 수 있고(형사소송법 제477조 제3항, 제4항), 추징금 납부의무자가 납부를 피하기 위하여 한 재산의 처분 기타 재산권을 목적으로 한 법률행위에 대하여는 사해행위취소 및 원상회복청구를 할 수 있는데(국세징수법 제25조). 이와 같은 국세징수법 제25조에 의한 사해행위취소의 소도 민법 제406조 제2항에서 정한 제소기간 내에 제기되어야 한다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다215756 판결 참조).

민법 제406조 제2항에서 정한 채권자가 '취소원인을 안 날'이란 단순히 채무자의 법률행위가 있었다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 그 법률행위가 채권자를 불리하게 하는 행위라는 것, 즉 그 행위에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 것까지 알아야 한다. 채무자가 유일한 재산인 부동산을 처분하였다는 사실을 채권자가 알았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 사해의사도 채권자가 알았다고 봄이 타당하다

(대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다3262 판결 등 참조). 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 됨은 마찬가지이다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결 등 참조).

위와 같은 법리는, 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립되는 등 예외적으로 그 채권을 채권자취소권의 피보전채권으로 인정하는 경우에도 동일하게 적용된다. 따라서 그 단기 제척기간의 기산일 역시 채권자취소권의 피보전채권이 성립하는 시점과 관계없이 '채권자가 취소원인을 안 날'이라고 보아야 하고, 이는 채권자취소권의 피보전채권이 피고인에 대하여 추징을 명한 형사판결이 확정됨으로써 비로소 현실적으로 성립하게 되는 경우에도 마찬가지이다.

☞ 추징을 포함한 유죄 취지의 1심 판결이 선고되자, 국가가 피고인의 부동산 구입자금·소유관계를 구체적으로 확인한 다음 피고인이 피고에게 증여한 부동산에 관하여 추징보전청구를 하였고, 그로부터 1년이 경과하였으나 유죄판결 확정시로부터는 9개월 후에 추징금채권을 피보전채권으로 하여 사해행위취소소송을 제기한 사안에서, 원심이 '추징보전명령의 결정일'을 단기 제척기간의 기산일이라고 보았으나, 추징금채권을 피보전채권으로 하는 경우에도 '기초적 법률관계론'이 적용됨을 전제로 '추징보전명령을 청구한 시점'이 단기 제척기간의 기산일이라고 판단하여, 원심의 판시에 일부 부적절한 부분이 있지만 결론이 정당할 뿐만 아니라 법리오해로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다고 보아 상고를 기각한 사례

## **2021다300791 손해배상(기) (바) 파기환송(일부)**

**[피고(가맹본부)의 허위·과장의 정보제공행위로 인하여 원고들(가맹점사업자)이 잘못된 정보를 바탕으로 가맹계약을 체결하였다고 주장하면서 피고를 상대로 손해배상을 청구하는 사안]**

◇피고의 손해배상범위에 원고들 주장 영업손실(원고들의 실제 매출액에서 점포 차임 등 실제 지출비용을 공제한 금액)이 포함되는지 여부◇

1. 가맹사업법령의 규정 내용, 입법 경과 등을 종합하면, 가맹사업법령은 가맹희망자가 가맹계약을 체결할지 판단함에 있어 중요한 정보, 특히 예상수익상황에 관한 정보는 가맹본부로 하여금 반드시 '서면'으로 제공하게 하는 한편, 이에 관한 객관적이고 정확한 근

거에 따라 예상수익상황을 산정하도록 주의의무를 부과한 것이라고 봄이 타당하다. 이로써 가맹본부에 정보가 편재되어 있는 상황에서 가맹본부로 하여금 정확한 정보를 제공하게 하여 가맹희망자의 합리적 판단을 방해하지 않도록 하고, 제공받은 정보에 기초하여 가맹계약을 체결함으로써 가맹점을 운영하는 가맹희망자나 가맹점사업자를 두텁게 보호하려는 데 그 입법 취지가 있다.

2. 원고들의 영업손실 손해는 객관적으로 보아 상당한 정도로 예측 가능한 것으로서 피고의 불법행위와 상당인과관계 있는 통상손해의 범위에 포함되고, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 그러한 특별한 사정의 존재에 대하여는 피고의 예견가능성이 있었다고 보아야 한다. 원고들의 영업손실에 원고들의 운영능력, 시장상황 등 다른 요인으로 인한 부분이 구분되지 않은 채 포함되어 있어 영업손실 중 피고의 불법행위에 따른 손실 부분의 구체적인 액수 입증에 사안의 성질상 곤란하더라도, 이 사건에서는 구 가맹사업법 제37조 제3항에 의하여 준용되는 구 공정거래법 제57조에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

☞ 피고가 가맹사업법 시행령 제9조 제4항을 위반하여 임의로 선정한 가맹점들을 기준으로 예상매출액 범위 최저액을 과다 산정함으로써 마치 안정적 사업운영이 가능한 것처럼 보이는 ‘예상매출액 산정서’를 제공한 행위는 가맹사업법 제9조 제1항 제1호의 허위·과장의 정보제공행위로서 가맹사업법의 규정을 위반한 위법행위에 해당하고, 이로 인하여 원고들이 잘못된 정보를 바탕으로 가맹계약을 체결하였으므로, 피고가 그로 인한 원고들의 손해를 배상할 책임이 있다고 한 원심 판단은 유지하고, 원고들이 가맹점을 운영하면서 발생한 영업손실(매출로 충당되지 아니한 가맹점 운영 지출비용) 손해도 손해배상의 범위에 포함되어야 한다고 판단하여, 원심판결 중 영업손실 손해배상청구 부분을 파기환송한 사례임

## 2022다200249 임금 (라) 파기자판(일부)

### [의료법인 소속으로 근무했던 의사들이 미지급 수당 등을 청구한 사건]

◇의사가 의료기관에 대하여 갖는 임금 등 채권이 상사채권인지 일반 민사채권인지 여부  
◇

모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 것을 목적으로 제정된 의료법(이하 ‘법’이라 한다)은 ‘의사는 의료와 보건지도 임무를 수행하며 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한

생활 확보에 이바지할 사명을 가진다고 규정하고(법 제2조 제2항 제1호), 의료인과 의료기관의 장에게 의료의 질을 높이고 의료관련감염을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력할 의무를 부과하면서(법 제4조 제1항), 의사의 자격과 면허를 엄격히 제한하고(법 제5조, 제8조 내지 제11조 등), 정당한 사유 없는 진료거부를 금지하여(법 제15조) 계약의 자유에 제한을 가하고 있으며, 법령이 정한 바에 따라 심의를 받은 광고(법 제57조 등)를 제외한 의료광고를 원칙적으로 금지하고 있다(법 제56조). 또한 의사는 다른 의료인 등 명의의 의료기관 개설 또는 운영, 업무상 정보누설 및 경제적 이익 등 취득이 금지되고(법 제4조 제2항, 제19조, 제23조의5) 자질 향상을 위한 보수교육을 받을 의무 등을 부담하며(법 제30조) 보건복지부 장관의 감독을 받는 한편(법 제6장), 의료행위와 의료 업무에 필요한 기재 등에 관하여는 법률상 보호를 받는다(법 제12조, 제13조).

이처럼 의사의 영리추구 활동을 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영업기반의 자유로운 확충을 통한 최대한의 효율적인 영리 추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이다. 또한 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다.

따라서 의료법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하면 의사나 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다.

☞ 피고 의료법인 소속 의사로 근무했던 원고들이 청구한 미지급 수당, 퇴직금 등 중 일부를 인용하면서 원심이 인용 금원에 대하여 상법이 정한 연 6%의 지연손해금 지급을 명함. 의사의 의료법인에 대한 임금 등 채권은 상사채권에 해당하지 않는다는 이유로 원심판결 중 지연손해금 부분을 일부 파기자판한 사안임

## 2022다209987 배당이의 등 (차) 파기환송

[채권자가 수익자들을 상대로 사해행위취소 및 원상회복으로 배당이의를 구한 소송이 계속 중 채무자에 대하여 파산이 선고된 사안]

◇법원이 채권자취소소송의 계속 중 채무자에 대한 파산선고 사실을 알지 못한 채 파산관재인이 소송수계가 이루어지지 아니한 상태로 소송절차를 진행하여 선고한 판결의 효력◇

「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제406조 제1항, 제2항, 제347조 제1항에 의하면, 파산채권자가 제기한 채권자취소소송이 파산선고 당시 법원에 계속되어 있는 때에는 그 소송절차가 중단되고, 파산관재인 또는 상대방이 이를 수계할 수 있다.

그리고 채권자취소소송의 계속 중 채무자에 대하여 파산선고가 있었는데, 법원이 그 사실을 알지 못한 채 파산관재인이 소송수계가 이루어지지 아니한 상태로 소송절차를 진행하여 판결을 선고하였다면, 그 판결에는 채무자의 파산선고로 소송절차를 수계할 파산관재인이 법률상 소송행위를 할 수 없는 상태에서 사건을 심리하고 선고한 잘못이 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다65222 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2014다228587 판결 등 참조).

☞ 제1심판결 선고 이후 원심의 변론종결 전에 채무자에 대하여 파산선고가 있었음에도 원심은 채무자의 파산관재인에 대한 소송수계가 이루어지지 아니한 채로 소송절차를 진행하여 변론을 종결한 다음 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고함. 대법원은 앞서 본 법리에 따라 원심판결에 법리 오해의 잘못이 있음을 이유로 파기환송함

## 2022다211089 손해배상(기) (가) 상고기각

### [건강보조식품 판매업자의 보호의무]

◇건강보조식품 판매업자에게 고객에 대한 보호의무가 인정되는지(적극)◇

건강보조식품 판매자가 고객에게 제품을 판매할 때에는 건강보조식품의 치료 효과나 부작용 등 의학적 사항에 관하여 잘못된 정보를 제공하여 고객이 이를 바탕으로 긴급한 진료를 중단하는 것과 같이 비합리적인 판단에 이르지 않도록 고객을 보호할 주의의무가 있다. 특히 난치병이나 만성 질병을 앓고 있는 고객에게 건강보조식품의 치료 효과를 맹신하여 진료를 중단하는 행위의 위험성에 관한 올바른 인식형성을 적극적으로 방해하거나 고객의 상황에 비추어 위험한 결과를 초래하는 의학적 조언을 지속함으로써 고객에 대한 보호의무를 위반한 경우, 건강보조식품 판매자는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.

☞ 건강보조식품 섭취 후 발생한 이상증상에 대하여 건강보조식품 판매업자가 그 증상이 호전반응에 해당하여 치료가 필요 없다고 지속적으로 의학적 조언을 하였고 그에 따라 치료를 받지 않던 망인이 증상 악화로 사망하자, 유족들이 판매업자를 상대로 불법행위

에 따른 손해배상을 청구한 사안에서, 대법원은 위와 같은 법리에 따라 유족들의 손해배상청구를 일부 인용한 원심판결을 확정하였음

## 2022다211416 구상금 (가) 상고기각

### [조합채무를 변제한 조합원이 구상권을 행사할 수 있는 시기]

◇조합원 중 1인이 조합채무를 면책시킨 경우, 해산이나 청산에 따른 잔여재산분배 절차에서만 다른 조합원에 대해 구상권을 행사할 수 있는지(소극)◇

민법 제425조 제1항은 “어느 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.”라고 정하고 있다. 조합채무는 모든 조합원에게 합유적으로 귀속되므로, 조합원 중 1인이 조합채무를 면책시킨 경우 그 조합원은 다른 조합원에 대하여 민법 제425조 제1항에 따라 구상권을 행사할 수 있다. 이러한 구상권은 조합의 해산이나 청산 시에 손실을 부담하는 것과 별개의 문제이므로 반드시 잔여재산분배 절차에서 행사해야 하는 것은 아니다.

☞ 원고가 조합채무 전액을 변제한 후 다른 조합원인 피고를 상대로 구상금을 청구하자, 피고가 사업이 종료하기 전에는 구상청구를 할 수 없다고 주장한 사안으로, 대법원은 피고의 주장을 배척하고 원고의 구상금 청구를 인정하였음

## 2021므15480 이혼 등 (아) 파기환송

[원고가 남편인 피고를 상대로 민법 제840조 제1호(배우자의 부정한 행위), 제2호(악의의 유기), 제6호(혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유)를 주장하면서 이혼, 위자료, 재산분할 등을 청구한 사안]

◇민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유인 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’에 해당하는지 판단하는 기준◇

가. 혼인은 일생의 공동생활을 목적으로 하여 부부의 실체를 이루는 신분상 계약으로서, 그 본질은 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합에 있다. 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 할 의무가 있는데(민법 제826조 제1항), 이는 혼인의 본질이 요청하는 바로서, 혼인생활을 하면서 부부는 애정과 신의 및 인내로써 상대방을 이해하고 보호하여 혼인생활의 유지를 위한 최선의 노력을 기울여야 한다(대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 참조).

나. 민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유인 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가

있을 때'란 부부간의 애정과 신뢰가 바탕이 되어야 할 혼인의 본질에 상응하는 부부공동 생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다. 이를 판단할 때에는 혼인계속의사의 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임 유무, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무, 당사자의 연령, 이혼 후의 생활보장 등 혼인관계에 관한 여러 사정을 두루 고려하여야 하고, 이러한 사정을 고려하여 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정된다면 파탄의 원인에 대한 원고의 책임이 피고의 책임보다 더 무겁다고 인정되지 않는 한 이혼 청구를 받아들여야 한다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90므1067 판결, 대법원 2021. 8. 19. 선고 2021므12108 판결 등 참조).

☞ 원고는 남편인 피고를 상대로 민법 제840조 제1호(배우자의 부정한 행위), 제2호(약의의 유기), 제6호(혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유)를 주장하면서 이혼, 위자료, 재산분할 등을 청구함

☞ 원심은 원고가 주장하는 사정만으로는 민법 제840조 제1호, 제2호, 제6호의 사유가 있다고 인정하기 어렵고, 원고와 피고의 혼인관계가 파탄에 이르렀다고 보기 어렵다는 이유로 원고의 청구를 모두 기각한 제1심판결을 그대로 유지함

☞ 그러나 대법원은, 피고가 해외사업 추진을 위하여 해외 출국을 한 것 외에도 잦은 해외 출국을 하면서 원고에게 체류사유 및 사업 추진상황을 제대로 설명하지 않았고, 미성년자들인 사건본인들을 돌보지 않은 채 원고에게 양육비와 생활비를 지급하지 않았다면 원고와 피고의 혼인관계가 피고의 책임있는 사유로 인하여 애정과 신뢰가 상실되어 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 볼 여지가 충분하다고 보아, 원심판결을 파기환송함

**형 사**

**2017도11582 강제추행 (가) 파기환송**

**[증인의 신빙성 판단에 관한 원심의 심리미진 여부가 문제된 사건]**

◇1. 형사재판에서 공소사실을 유죄로 인정하기 위한 증거의 증명력 정도, 2. 항소심이 심리과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극), 3. 항소심이 공소사실을 뒷받침하는 증인 진술의 신빙성을 배척한 제1심 판단을 뒤집기 위해서는 무죄추정의 원칙과 형사증명책임의 원칙에 비추어 이를 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우라야 하는지 여부(적

### 극)◇

형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다. 검사가 이러한 확신을 가지게 할 만큼 충분히 증명하지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단해야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도 15767 판결 등 참조).

형사소송법상 항소심은 속심을 기반으로 하되 사후심의 요소도 상당 부분 들어 있는 이른바 사후심적 속심의 성격을 가지므로 항소심에서 제1심 판결의 당부를 판단할 때에는 이러한 심급구조의 특성을 고려해야 한다. 항소심이 심리과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없는데도 제1심 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집고자 할 때에는, 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험의 법칙에 어긋나는 등 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있어야 하고, 그러한 예외적 사정도 없이 제1심의 사실인정에 관한 판단을 함부로 뒤집어서는 안 된다(대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2461 판결, 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도18031 판결 등 참조). 특히 공소사실을 뒷받침하는 증인 진술의 신빙성을 배척한 제1심 판단을 뒤집는 경우에는 무죄추정의 원칙과 형사증명책임의 원칙에 비추어 이를 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우라야 한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결 참조).

☞ 내과 레지던트 2년 차 의사인 피고인이 직장 수지검사를 위해 누워있던 피해자의 질 안에 손가락을 집어넣어 피해자를 강제로 추행하였다고 기소된 사안임

☞ 제1심은, 피해자 진술이 수사과정에서 제1심 법정에서 이르는 동안 피고인이 고의로 질속으로 손가락을 밀어 넣었다고 단정하는 방향으로 점점 묘사가 풍부해졌다는 등의 이유로 공소사실을 뒷받침하는 피해자 진술을 믿기 어렵다고 보아, 공소사실을 무죄로 판단하였음. 원심은, 추가 증거조사 없이 피고인신문을 거쳐 심리를 마친 후, 공소사실을 뒷받침하는 피해자 진술을 믿을 수 있다고 보아, 제1심 판결을 파기하고 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 위 법리에 비추어 원심으로서도 공소사실을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성을 배척한 제1심 판단에 의문이 들더라도 그 판시와 같은 사정만을 들어 곧바로 제1심 판단을 뒤집을 것이 아니라 피해자를 증인으로 다시 신문하여 쟁점 진술의 취지를 분명히 하는 등 추가적인 증거조사를 한 다음, 피해자 진술의 신빙성 유무 등을 신중하게 판단했어야 한다고 보아, 항소심의 심리와 재판에 관한 법리 등을 오해하여 필요한 심리

를 다하지 않은 잘못을 들어 원심판결을 파기하였음

## 2018도13864 자본시장과금융투자업에관한법률위반 (가) 파기환송

### [이른바 스킵핑(scalping) 행위가 자본시장법위반죄로 기소된 사건]

◇1. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제178조 제1항 제1호에서 정한 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교’의 의미, 2. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제178조 제2항에서 말하는 ‘위계’의 의미, 3. 투자자문업자 등이, 추천하는 증권을 자신이 선행매수하여 보유하고 있고 추천 후에 이를 매도할 수도 있다는 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 표시하지 않은 채 그 증권의 매수를 추천하는 행위가 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제178조 제1항 제1호에서 말하는 ‘부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위’ 및 같은 조 제2항에서 정한 ‘위계의 사용’에 해당하는지 여부(적극), 4. 여기서 말하는 ‘증권의 매수 추천’의 의미, 5. 어떠한 행위가 ‘증권의 매수 추천’에 해당하여 부정한 수단, 계획이나 기교를 사용하는 행위인지 또는 위계의 사용인지를 판단하는 기준◇

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라 한다) 제178조 제1항 제1호는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위’를 금지하고 있다. 여기서 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교’란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다. 어떠한 행위를 부정하다고 할지는 그 행위가 법령 등에서 금지된 것인지, 다른 투자자로 하여금 잘못된 판단을 하게 함으로써 공정한 경쟁을 해치고 선의의 투자자에게 손해를 전가하여 자본시장의 공정성, 신뢰성과 효율성을 해칠 위험이 있는지를 고려하여 판단해야 한다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도9933 판결 등 참조).

자본시장법 제178조 제2항은 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이거나 시세의 변동을 도모할 목적으로 ‘풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박’을 하는 것을 금지하고 있다. 여기서 ‘위계’란 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 하도록 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 뜻하고, ‘기망’이란 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 뜻한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 등 참조).

투자자문업자, 증권분석가, 언론매체 종사자, 투자 관련 웹사이트 운영자 등이 추천하는 증권을 자신이 선행매수하여 보유하고 있고 추천 후에 이를 매도할 수도 있다는 증권에 관한 자신의 이해관계를 표시하지 않은 채 증권의 매수를 추천하는 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 정한 ‘부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위’에 해당한다.

또한 위와 같은 행위는 투자자의 오해를 초래하지 않기 위하여 필요한 중요사항인 개인적인 이해관계의 표시를 누락함으로써 투자자에게 객관적인 동기에서 증권을 추천한다는 인상을 주어 거래를 유인하려는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 정한 '위계의 사용'에도 해당한다(대법원 2017. 3. 30. 선고 2014도6910 판결 참조). 여기서 '증권의 매수를 추천'한다고 함은 투자자에게 특정 증권이 매수하기에 적합하다는 사실을 소개하여 그 증권에 대한 매수 의사를 불러일으키는 것을 가리킨다.

어떠한 행위가 '증권의 매수 추천'에 해당하여 부정한 수단, 계획이나 기교를 사용하는 행위인지 또는 위계의 사용인지 등은 행위자의 지위, 행위자가 특정 진술이나 표시를 하게 된 동기와 경위, 진술 등이 미래의 재무상태나 영업실적 등에 대한 예측이나 전망에 관한 사항일 때에는 합리적인 근거에 기초하여 성실하게 한 것인지, 진술 등의 내용이 거래 상대방이나 불특정 투자자에게 오인·착각을 유발할 위험이 있는지, 행위자가 진술 등을 한 후 취한 행동과 주가의 동향, 행위 전후의 여러 사정 등을 종합하여 객관적인 기준에 따라 판단해야 한다(대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도3411 판결 참조).

☞ ○○경제TV 방송에서 증권전문가로 활동하던 피고인이, 사전에 매수해 둔 특정 증권을 방송에서 추천한 후 주가 상승 시에 보유하던 증권 전량을 매도하여 시세차익을 거두는 이른바 '스캘핑 행위'를 하여 자본시장법위반죄를 저질렀다고 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인이 ○○경제TV 방송 시청자에게 특정 종목의 매수를 추천하였다고 볼 수 없다는 등의 이유로 공소사실을 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면 피고인이 ○○경제TV 방송에 출연하여 특정 종목과 관련하여 소개한 내용이나 밝힌 의견은 투자자에게 위 종목의 매수 의사를 불러일으킬 만하다고 평가할 수 있으므로, 피고인은 투자자에게 그 종목이 매수하기에 적합하다는 점을 소개하여 매수 의사를 불러일으키는 행위, 즉 증권의 매수 추천을 하였다고 볼 수 있고, 피고인의 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 정한 '부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위'와 자본시장법 제178조 제2항에서 정한 '위계의 사용'에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기하였음

## **2021도2488 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) (가) 상고기각**

**[법원이 선임한 부재자 재산관리인이 법원으로부터 부재자 재산에 대한 범죄행위에 관하여 고소권 행사 허가를 받은 경우, 그가 형사소송법 제225조 제1항에서 정한 법정대리인으로서 적법한 고소권자에 해당하는지 여부]**

◇적법한 고소권자 해당 여부◇

법원이 선임한 부재자 재산관리인이 그 관리대상인 부재자의 재산에 대한 범죄행위에 관하여 법원으로부터 고소권 행사에 관한 허가를 얻은 경우 부재자 재산관리인은 형사소송법 제225조 제1항에서 정한 법정대리인으로서 적법한 고소권자에 해당한다고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1. 형사소송법은 “피해자의 법정대리인은 독립하여 고소할 수 있다.”라고 정하고 있다(제225조 제1항 참조). 법정대리인이 갖는 대리권의 범위는 법률과 선임 심판의 내용 등을 통해 정해지므로 독립하여 고소권을 가지는 법정대리인의 의미도 법률과 선임 심판의 내용 등을 통해 정해진다.

법원이 선임한 부재자 재산관리인은 법률에 규정된 사람의 청구에 따라 선임된 부재자의 법정대리인에 해당한다. 부재자 재산관리인의 권한은 원칙적으로 부재자의 재산에 대한 관리행위에 한정되나, 부재자 재산관리인은 재산관리를 위하여 필요한 경우 법원의 허가를 받아 관리행위의 범위를 넘는 행위를 하는 것도 가능하고, 여기에는 관리대상 재산에 관한 범죄행위에 대한 형사고소도 포함된다. 따라서 부재자 재산관리인은 관리대상이 아닌 사항에 관해서는 고소권이 없겠지만, 관리대상 재산에 관한 범죄행위에 대하여 법원으로부터 고소권 행사 허가를 받은 경우에는 독립하여 고소권을 가지는 법정대리인에 해당한다.

2. 고소권은 일신전속적인 권리로서 피해자가 이를 행사하는 것이 원칙이나, 형사소송법이 예외적으로 법정대리인으로 하여금 독립하여 고소권을 행사할 수 있도록 한 이유는 피해자가 고소권을 행사할 것을 기대하기 어려운 경우 피해자와 독립하여 고소권을 행사할 사람을 정하여 피해자를 보호하려는 데 있다.

부재자 재산관리제도의 취지는 부재자 재산관리인으로 하여금 부재자의 잔류재산을 본인의 이익과 더불어 사회경제적 이익을 기하고 나아가 잔존배우자와 상속인의 이익을 위하여 관리하게 하고 돌아올 부재자 본인 또는 그 상속인에게 관리해 온 재산 전부를 인계하도록 하는 데 있다(대법원 1976. 12. 21. 자 75마551 결정 참조). 부재자는 자신의 재산을 침해하는 범죄에 대하여 처벌을 구하는 의사표시를 하기 어려운 상태에 있다. 따라서 부재자 재산관리인에게 법정대리인으로서 관리대상 재산에 관한 범죄행위에 대하여 고소권을 행사할 수 있도록 하는 것이 형사소송법 제225조 제1항과 부재자 재산관리제도의 취지에 부합한다.

☞ 피고인은 피해자(부재자)의 언니로서(비동거친족) 법원에서 부재자 재산관리인으로 선임되어 피해자 앞으로 공탁된 수용보상금을 출금함

☞ 이후 법원은 피고인을 재산관리인에서 해임하고 변호사 A를 재산관리인으로 개임하였

는데, 피고인이 변호사 A에게 수용보상금의 존재를 알리지 않았고 그 인계도 거부하자, 변호사 A가 법원의 권한초과행위 허가를 받아 수사기관에 피고인을 배임(친고죄) 등으로 고소한 사안임

☞ 부재자 재산관리인이 적법한 고소권자에 해당한다고 본 원심판결을 수긍하고 피고인의 상고를 기각함

## 2022도2188 근로기준법위반 (아) 파기환송

[피고인이 근로자들에 대한 임금지급의무 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있어 임금을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 볼 수 있는지가 문제된 사안]

◇위약금 조항에 따른 손해배상채권과의 상계처리로 임금을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보기 어려워 근로기준법 위반의 고의를 인정할 수 있는지 여부(적극)◇

임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있다면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보아야 하므로, 사용자에게 근로기준법 제109조 제1항, 제36조 위반의 고의가 있었다고 보기 어렵다. 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있는지 여부는 사용자의 지급거절 이유와 그 지급의무의 근거, 사용자가 운영하는 회사의 조직과 규모, 사업 목적 등 여러 사항, 그 밖에 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관한 다툼 당시의 여러 사정에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2007도1539 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2017도4343 판결 등 참조).

근로기준법 제20조는 “사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.”라고 규정하고 있으므로, 이에 반하여 약정한 근무기간 이전에 퇴직할 경우 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지를 묻지 않고 곧바로 소정의 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 약정의 효력을 인정할 수 없다. 그리고 근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하므로 초과지급된 임금의 반환채권을 제외하고는 사용자가 근로자에 대하여 가지는 대출금이나 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못한다(대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2017도4343 판결 등 참조).

☞ 국어학원을 운영하는 원장인 피고인이 강사들의 급여에 관한 사업소득세 원천징수, 4대 보험 미가입, 자율권 부여 등을 들어 개인사업자로 인식하였다고 주장하며 근로자성을 인식하지 못하였고, 위약금 조항에 기하여 퇴직 전 마지막 달 급여를 상계처리하였다

고 주장한 사안에서, 피고인이 강사들을 근로기준법의 적용을 받는 근로자로 인식하지 않은 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵고, 위약금 약정의 효력을 인정할 수 없고 사용자의 상계처리도 원칙적으로 허용되지 않으므로, 위약금 조항에 근거하여 임금을 지급하지 않은 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다고 보아, 피고인에게 근로기준법 위반의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 파기함

**2022도2570 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)등 (사) 상고기각**

**[외국환거래 신고 없이 미국 호텔 카지노 운영진으로부터 미화 100만 달러 상당의 칩을 대여받아 신고의무를 위반한 경우 칩 대금 상당액을 구 외국환거래법(2017. 1. 17. 법률 제14525호로 개정되기 전의 것) 제30조에 따라 추징할 수 있는지가 문제된 사안]**

◇외화차용행위로 인하여 취득한 카지노 칩을 외국환거래법상의 몰수·추징의 대상이 되는 대외지급수단으로 볼 수 있는지 여부(소극)◇

☞ 외국환거래법상의 대외지급수단으로 인정되기 위해서는 현실적으로 대외거래에서 채권·채무의 결제 등을 위한 지급수단으로 사용할 수 있고 그 사용이 보편성을 가지고 있어야 할 것인데 피고인이 미국 호텔 카지노에서 외화차용행위로 인하여 취득한 '칩'에는 미화로 표시된 금액과 호텔의 로고가 기재되어 있을 뿐 지급받을 수 있는 내용이 표시된 문구는 전혀 기재되어 있지 않으므로, 이는 단순히 '칩'에 표시된 금액 상당을 카지노에서 보관하고 있다는 증표에 지나지 않는다고 보아, 이 사건 '칩'은 외국환거래법상의 몰수·추징의 대상이 되는 대외지급수단으로 볼 수 없다고 판단하여 추징을 선고하지 않은 원심을 수긍한 사례(피고인이 미신고 자본거래로 인한 외국환거래법 위반죄에 해당하지만, 그 범행으로 취득한 카지노 칩 상당액은 동법이 정한 추징 대상에 해당하지 않는다는 취지임)

**특 별**

**2019두57398 시정명령등취소 (마) 상고기각**

**[과징금산정의 잘못을 이유로 공정거래위원회의 과징금부과처분 등의 취소를 구하는 사건]**

◇입찰담합을 하였으나 그 담합에 참여하지 않는 제3자가 낙찰받은 경우에도 계약금을 과징금 기본산정기준으로 삼을 수 있는지 여부◇

구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2017. 4. 18. 법률 제14813호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라 한다) 제22조, 제55조의3 제1항, 제5항, 구 공정거래법 시행령(2016. 3. 8. 대통령령 제27034호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표 2] 제2호 가목 3. 가. 본문에 따르면, 부당공동행위금지 위반행위가 '입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우'에는 '계약금액'이 과징금의 기본 산정기준이 된다. 이는 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자와 담합에 참여하였으나 낙찰을 받지 못한 사업자 모두에 대하여 적용되고(대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결 등 참조), 입찰담합을 하였으나 그 담합에 참여하지 않은 제3자가 낙찰받은 때에도 마찬가지이다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 일반적인 부당공동행위금지 위반에서 위반행위 관련 실제 매출액을 과징금의 기본 산정기준으로 삼고 있는 것과는 달리, 구 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서 규정은 입찰담합 및 이와 유사한 행위의 경우 계약금액을 과징금의 기본 산정기준으로 삼고 있다. 이는 입찰담합의 위법성이 중한 것을 감안하여 그에 대한 제재의 실효성을 확보하기 위하여 정책적으로 도입된 규정으로서, 문언이나 입법목적에 비추어 볼 때 그 적용에 있어 입찰담합 참여자 중에서 낙찰자가 선정되었을 것을 요건으로 한다고 보기는 어렵다.

2) 공정거래법상 과징금은 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈한다는 부당이득 환수뿐만 아니라, 위반행위의 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 부과된다는 성격을 모두 가지고 있다. 입찰담합을 하였으나 입찰담합이 무위로 돌아가 참여자들 가운데 낙찰자가 선정되지 않은 경우, 참여자들이 입찰담합으로 인한 경제적 이익을 누리지 못한다고 볼 여지가 있으므로 계약금액을 과징금 기본 산정기준으로 삼는 것은 과징금의 부당이득 환수적 성격에는 어울리지 않는 측면이 있다. 그러나 그러한 사정만으로 계약금액을 과징금 기본 산정기준에서 제외하는 것은 입찰담합 행위 그 자체의 위법성에 걸맞게 제재 수위가 결정되어야 한다는 행정제재 목적 달성의 측면을 도외시한 것이 된다.

입찰담합 참여자가 그 위반행위로 인하여 얻은 이익이 적거나 없다는 사정은 부과기준을 적용단계 등 과징금을 결정하는 재량 행사과정에서 반영될 수 있다. 따라서 입찰담합이 성공하였는지 실패하였는지를 가리지 않고 그 입찰의 계약금액을 과징금 기본 산정기준으로 삼는다고 하더라도, 그것이 반드시 과잉환수 내지 과잉제재의 결과로 이어진다고 할 수 없다.

☞ 원고 등이 입찰참가자들 중 일부와 담합을 하였으나, 담합에 참여하지 않은 제3자가 낙찰받은 경우에도 계약금액을 과징금기본산정기준으로 삼을 수 있다고 판단한 사례

**2019두60226 조세부과처분취소 (마) 상고기각**

**[영어조합법인의 출자자는 제2차납세의무자에 해당하지 않는다는 이유로 조세의 취소를 구하는 사건]**

◇영어조합법인의 출자자도 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주에 해당하는지 여부◇

구 국세기본법(2018. 12. 31. 법률 제16097호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제39조 제2호(이하 '이 사건 조항') 소정의 과점주주의 제2차 납세의무는 상법상 주주 등의 유한책임 원칙에 대한 중대한 예외로서 본래의 납세의무자가 아닌 제3자에게 보충적인 납세의무를 부과하는 것이므로 그 적용 요건을 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2018두36110 판결 참조). 이 사건 조항의 문언과 법리 등에 비추어 보면, 영어조합법인의 출자자는 이 사건 조항에 따라 제2차 납세의무를 지는 과점주주가 될 수 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 구 국세기본법은 이 사건 조항에서 말하는 '주주' 또는 '유한책임사원'의 개념에 관하여 별도의 정의 규정을 두고 있지 않으므로, 이에 관하여는 상법상의 개념과 동일하게 해석하는 것이 법적 안정성이나 조세법률주의가 요구하는 엄격해석의 원칙에 부합한다.

2) 그런데 영어조합법인의 출자자를 상법상 '주주'나 '유한책임사원'으로 볼 수는 없고, 오히려 농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률 제16조 제8항에 따르면 영어조합법인에 관하여는 위 법에서 규정한 사항 외에는 민법 중 조합에 관한 규정이 준용될 뿐이다.

☞ 영어조합법인의 51%와 44%를 각각 보유한 출자자인 원고들을 구 국세기본법 제39조 제2호에 따라 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주로 보아 영어조합법인이 체납한 국세의 납부를 통지한 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 사례

**2020두36267 시정명령및과징금납부명령취소 (바) 상고기각**

**[기업집단 '甲'의 내부거래가 문제된 사건]**

◇1. 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조의2 제1항 제1호에서 금지하는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 부당성 요건, 2. 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위의 지원행위 요건◇

1) 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2017. 4. 18. 법률 제14813호로 개정되기 전의 것, 이하 '2013년 개정 공정거래법'이라 한다) 제23조의2 제1항 제1호에서 금지하는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위에서의 '부당성'이란, 이익제공행위를 통하여 그 행위객체가 속한 시장에서 경쟁이 제한되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 것까지 요구하는 것은 아니고, 행위주체와 행위객체 및 특수관계인의

관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 그 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공행위의 기간 등을 종합적으로 고려하여, 변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있는지에 따라 판단하여야 한다. 이와 같이 특수관계인에게 귀속된 이익이 부당하다는 점은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 공정거래위원회가 증명하여야 한다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결 참조).

2) 2013년 개정 전의 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2013. 8. 13. 법률 제 12095호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공정거래법’이라 한다)상의 부당한 자산·상품 등 지원행위 및 부당한 인력지원행위에서 ‘현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공’한 것인지는 급부와 반대급부의 차이, 지원성 거래규모, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 하고, 여기서 급부와 반대급부가 현저히 유리한지를 판단하는 기준이 되는 ‘정상가격’은, 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말한다고 보았다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결 등 참조).

3) 2013년 개정 공정거래법상의 부당한 인력지원행위에서 ‘상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공’한 것인지는, 부당한 거래단계 추가 등 행위에서 ‘다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공’한 것인지를 판단함에 있어서도 급부와 반대급부의 차이, 지원성 거래규모, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다. 그리고 여기서 급부와 반대급부가 상당히 유리한지를 판단하는 기준이 되는 ‘정상가격’은, 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말한다. 위 기준에 따라 개정 규정과 그 입법 취지에 맞추어 상당히 유리한지를 판단하여야 한다.

☞ 원고 A는 기업집단 ‘갑(甲)’에 속하는 회사이고, 원고 B는 기업집단 ‘갑(甲)’의 특수관계인이 일정 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사임. 피고는 원고들에 대하여, ① 원고

A가 원고 B에게 직원들을 전적·파견하고 급여의 일부를 대신 부담한 행위, ② 원고 A가 원고 B를 통해 맥주용 알루미늄 캔을 구매한 행위, ③ 원고 A가 C로 하여금 알루미늄 코일을 원고 B를 통해 구매하도록 한 행위, ④ 원고 B가 자신이 보유하는 D회사 주식 매각에 관하여 E회사와 협의할 당시, 원고 A가 향후 D회사에게 지급할 업무위탁비 중 마진에 해당하는 기업운영비 지급기준을 인상해주시기로 합의한 행위, ⑤ 원고 A가 C로 하여금 글라스락 캡을 원고 B를 통해 구매하도록 한 행위가 각 2013년 개정 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위, 같은 법 제23조 제1항 제7호 및 2013년 개정 전 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 해당한다는 이유로 시정명령 등을 한 사안임

☞ 대법원은, ①, ②, ③, ⑤ 행위는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 및 부당지원행위에 해당하나 ④ 행위는 부당지원행위의 지원행위에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 본 원심 판단에 법리오해 등 판결에 영향을 미친 잘못이 없다고 판단하였음

## 2021두45848 손실보상금 (바) 파기환송

**[국토교통부의 언론발표가 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제5항의 ‘공익사업의 계획 또는 시행의 공고·고시’에 해당하는지 문제된 사건]**

◇공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제5항의 ‘공익사업의 계획 또는 시행의 공고·고시’의 의미◇

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다) 및 같은 법 시행령은 토지보상법 제70조 제5항에서 규정하고 있는 공익사업의 계획 또는 시행의 공고·고시의 절차, 형식이나 기타 요건에 관하여 따로 규정하고 있지 않다.

공익사업의 근거법령에서 공고·고시의 절차, 형식이나 기타 요건을 정하고 있는 경우에는 원칙적으로 공고·고시가 그 법령에서 정한 바에 따라 이루어져야 보상금 산정의 기준이 되는 공시지가의 공시기준일이 해당 공고·고시일 전의 시점으로 앞당겨지는 효과가 발생할 수 있다.

공익사업의 근거법령에서 공고·고시의 절차, 형식 및 기타 요건을 정하고 있지 않은 경우, ‘행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정’(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 적용될 수 있다(제2조). 위 규정은 고시·공고 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리는 문서를 공고문서로 정하고 있으므로(제4조 제3호), 위 규정에서 정하는 바에 따라 공고문서가 기안되고 해당 행정기관의 장이 이를 결재하여 그의 명의로 일반에 공표한 경우 위와 같은 효과가 발생할 수 있다.

다만, 당해 공익사업의 시행으로 인한 개발이익을 배제하려는 토지보상법령의 입법취지에 비추어 이 사건 규정에 따라 기안, 결재 및 공표가 이루어지지 않았다고 하더라도 공익사업의 계획 또는 시행에 관한 내용을 공고문서에 준하는 정도의 형식을 갖추어 일반에게 알린 경우에는 토지보상법 제70조 제5항에서 정한 ‘공익사업의 계획 또는 시행의 공고·고시’에 해당한다고 볼 수 있다.

☞ 국토교통부는 2008. 8. 26. 언론을 통해 전국 5곳에 국가산업단지를 새로 조성한다는 내용을 발표하였고, 이후 국토교통부장관은 2009. 9. 30.경 대구국가산업단지 개발사업에 관하여 산업단지계획을 승인 고시하였는데, 위 산업단지개발사업 지구 내 토지 소유자인 원고들이 수용재결 및 2008. 1. 1. 공시된 비교표준지의 공시지가를 기준으로 보상금액을 결정한 이의재결에 불복하여 2009. 1. 1. 공시된 공시지가를 기준으로 산정해야 한다고 주장하면서 보상금 증액을 청구한 사안임

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 판시하고 국토교통부의 2008. 8. 26.자 언론발표가 토지보상법 제70조 제5항에서 정한 ‘공익사업의 계획 또는 시행의 공고·고시’에 해당하지 않는다고 판단하여, 이와 달리 위 언론발표가 토지보상법 제70조 제5항에서 정한 ‘공익사업의 계획 또는 시행의 공고·고시’에 해당한다는 전제에서 2008. 1. 1. 공시된 비교표준지의 공시지가를 기준으로 보상금액을 평가해야 한다고 판단한 원심을 파기환송하였음

## 2022두30072 유족급여및장의비부지급처분취소 (아) 파기환송

### [유족급여및장의비부지급처분취소 사건]

◇원고의 남편이 출장을 마치고 업무용 차량을 운전하여 근무지로 복귀하던 중 중앙선 침범으로 사고가 발생하여 사망한 경우, 위 사망을 업무상 재해로 볼 수 있는지 여부(소극)◇

산업재해보상보험법 제37조 제2항 본문에서 규정하고 있는 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 사망’이라 함은 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미하는 것으로, 근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 발생한 교통사고로 인하여 사망한 경우, 해당 사고가 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위 내에 있는 것으로 볼 수 있다면, 그 사고가 중앙선 침범으로 일어났다는 사실만으로 업무상 재해가 아니라고 선불리 단정하여서는 아니 되고, 사고의 발생 경위와 양상, 운전자의 운전 능력 등과 같은 사고 발생 당시의 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

☞ 원고의 남편이 출장을 마치고 업무용 차량을 운전하여 근무지로 복귀하던 중 중앙선

침범으로 사고가 발생하여 사망한 사안에서, 중앙선 침범 이유가 무엇인지 규명되지 아니하였고 수사기관이 위 사고의 원인을 졸음운전으로 추정한 점 등을 고려하면, 위 사고가 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위 내에 있는 것으로 볼 여지가 크다는 이유로 원심판결을 파기하였음

## 2022두32825 법인세 및 부가가치세 부과처분 취소 (사) 파기환송(일부)

[가공거래 판정에 따른 부가가치세 부과처분에 장기부과제척기간이 적용되는지 여부가 쟁점이 된 사건]

◇1. 원고, A, B, C 사이에 순환적으로 이루어진 거래가 진성거래에 해당하는지(소극), 2. 피고가 가공거래 판정 후 원고에 대하여 한 부가가치세 부과처분에 장기부과제척기간이 적용되는지(소극), 3. 원고의 C에 대한 매출도 원고의 매출세액 및 익금에서 공제해야 하는지 여부(소극)◇

납세자가 사실과 다른 세금계산서를 교부받아 매입세액의 공제 또는 환급을 받은 경우, 그러한 행위가 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호에서 규정한 '사기 기타 부정한 행위로서 국세를 포탈하거나 환급·공제받은 경우'에 해당하여 10년의 부과제척기간이 적용되기 위해서는, 납세자에게 사실과 다른 세금계산서에 의하여 매입세액의 공제 또는 환급을 받는다는 인식 외에, 사실과 다른 세금계산서를 발급한 자가 그 세금계산서상의 매출세액을 제외하고 부가가치세의 과세표준 및 납부세액을 신고·납부하거나 그 세금계산서상의 매출세액 전부를 신고·납부한 후 경정청구를 하여 이를 환급받는 등의 방법으로 그 세금계산서상의 부가가치세 납부의무를 면탈함으로써 납세자가 그 매입세액의 공제를 받는 것이 결과적으로 국가의 조세수입 감소를 가져오게 될 것이라는 점에 대한 인식이 있어야 한다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013두19516 판결 등 참조).

따라서 원고가 주식회사 ○○○○로부터 사실과 다른 세금계산서를 교부받아 매입세액을 공제 또는 환급받았더라도, 그러한 행위가 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호에서 정한 '사기 기타 부정한 행위로서 국세를 포탈하거나 환급·공제받은 경우'에 해당하려면, 주식회사 ○○○○가 그 세금계산서상의 매출세액을 제외하고 부가가치세를 신고·납부하는 등으로 해당 부가가치세 납부의무를 면탈하였어야 하고, 아울러 원고에게 그에 대한 인식이 있었어야 한다.

☞ 피고는 원고와 A, B와의 거래를 가공거래로 보고, 원고가 A, B로부터 수취한 각 세금계산서의 공급가액 상당액을 매입세액 불공제, 손금불산입하여 원고에게 부가가치세 및 법인세 부과처분을 한 사안에서, 원고에 대한 부가가치세 및 법인세의 부과제척기간을

모두 10년으로 본 제1심판결을 유지한 원심의 부가가치세 부과처분을 ‘원고에게 부가가치세 납부의무를 면탈하려는 의도가 있었는지 여부’에 대한 심리미진을 이유로 파기한 사례

## 2022두32900 개발부담금부과처분취소 (바) 파기환송

### [지하수 관정 시설 설치비용이 개발비용에 해당하는지가 쟁점인 사건]

◇지하수개발·이용허가를 받아 지하수 관정 시설을 설치하는 데에 들인 비용이 토지 자체의 객관적 가치의 증가에 기여한 비용에 포함되는지 여부(소극)◇

1) 구 「개발이익 환수에 관한 법률」(2020. 2. 18. 법률 제17007호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 개발이익환수법’이라 한다) 제1조는 ‘토지에서 발생하는 개발이익을 환수하여 이를 적정하게 배분하여서 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것’을 개발이익환수법의 목적으로 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제1호는 개발이익을 ‘개발사업의 시행이나 토지이용계획의 변경, 그 밖에 사회적·경제적 요인에 따라 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자나 토지 소유자에게 귀속되는 토지 가액의 증가분’이라고 정의하고 있으며, 같은 법 제8조에 의하면, 개발부담금은 부과 종료시점의 부과 대상 토지의 가액에서 부과 개시시점의 부과 대상 토지의 가액, 부과 기간의 정상지가상승분, 개발비용을 뺀 금액을 기준으로 부과하도록 되어 있는데, 같은 법 제11조 제1항은 “개발사업의 시행과 관련하여 지출된 비용(이하 ‘개발비용’이라 한다)은 다음 각 호의 금액을 합하여 산출한다.”고 규정하면서, 제1호에서 ‘순공사비, 조사비, 설계비 및 일반관리비’를 들고 있다.

이와 같은 구 개발이익환수법의 입법목적과 개발이익의 정의, 개발부담금의 부과 기준 등에 비추어 볼 때, 개발이익에서 공제되는 개발비용이란 개발사업의 시행과 관련하여 지출한 비용으로서 토지 자체의 객관적인 가치의 증가에 기여한 것을 말한다.

2) 자연히 용출하는 지하수나 동력장치를 사용하지 아니한 가정용 우물 또는 공동우물 및 기타 경미한 개발·이용 등 공공의 이해에 직접 영향을 미치지 아니하는 범위에 속하는 지하수의 이용은 토지소유권에 기한 것으로서 토지소유권에 부수하여 인정되는 권리로 보아야 할 것이지만, 그 범위를 넘어선 지하수 개발·이용은 토지소유권에 부수되는 것이 아니라 지하수의 공적 수자원으로서의 성질과 기능 등을 고려하여 행정청의 허가·감시·감독·이용제한·공동이용 명령·허가취소 등 공적관리방법에 의한 규제를 받게 하고 있다. 이러한 규제의 범위에 속하는 지하수개발·이용권은 토지소유권의 범위에 속하지 않는다(대법원 2001. 10. 23. 선고 99두7470 판결 등 참조).

☞ 원고가 지하수 관정 시설을 설치하여 보유하는 지하수개발·이용권은 이 사건 토지의 소유권과는 별개의 경제적 가치를 가지는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 지하수 관정 시설을 설치하는 데에 들인 비용은 이 사건 토지 자체의 객관적인 가치의 증가에 기여한 비용에 포함되지 않는다고 판단하여 이와 다른 결론의 원심판결을 파기한 사례

## 2022두33385 장해등급결정처분취소 (자) 상고기각

### [망인의 유족이 이미 결정된 진폐장해등급과 다른 등급을 전제로 진폐유족연금을 청구한 사건]

◇망인이 사망 전 진폐판정절차를 거치지 않았다는 사정만으로 그 유족이 이미 결정된 진폐장해등급과 다른 등급을 주장하면서 한 진폐유족연금의 청구를 거부할 수 있는지 여부(소극)◇

산업재해보상보험법은 진폐근로자가 진폐 요양급여 또는 진폐보상연금 등을 청구하는 경우에 그 지급 여부, 진폐의 진단, 진폐심사회의, 진폐판정 등에 관하여 명문의 규정을 두었으나(제91조의5 내지 제91조의9), 진폐로 사망한 진폐근로자의 유족이 진폐유족연금을 청구하는 경우에 진폐판정절차에 관하여는 별다른 정함이 없다. 그러나 진폐보상연금의 수급권자가 사망한 후 그 유족이 이미 결정된 진폐장해등급과 다른 진폐장해등급에 해당됨을 전제로 이에 따른 진폐유족연금을 청구하는 경우에는, 망인이 사망하기 전 진폐판정절차를 거치지 않았다는 사정만으로 이를 거부할 수는 없고, 그와 같은 법령상의 진폐판정절차를 거치지 않은 사유와 경위 등을 참작하여 제출된 자료를 기초로 유족이 주장하는 진폐장해등급의 해당 여부를 심사하여야 한다.

☞ 진폐 장해등급 제11급 결정을 받아 진폐재해위로금 등을 수령하다가 사망한 망인의 배우자인 원고가 망인의 사망 1개월 전 실시된 폐기능검사 결과지를 첨부하여 진폐 장해등급 상향을 주장하였고, 피고가 진폐심사위원회 심의 결과에 따라 장해등급 제5급으로 상향하는 결정을 하여 2019. 10. 1.부터 그에 따른 진폐유족연금을 지급하다가 2020. 6. 1.부터 착오를 이유로 장해등급 제11급에 해당하는 진폐 유족연금만 지급하면서 최종 장해등급 결정 취소 및 과오 지급한 진폐유족연금 등의 부당이득 징수결정을 함에 따라 원고가 그 처분의 취소를 구한 사안에서, 망인이 생전에 진폐판정을 위한 진단이 종료된 날로부터 1년이 지나 다시 산업재해보상보험법상의 진폐 요양급여 등을 청구하여 진폐판정절차를 밟을 수 있었음에도 이를 거치지 않았다는 사유만으로는 유족의 진폐장해등급 재판정을 거부할 수 없다고 한 원심을 수긍한 사례

## 2022두33439 정보비공개결정취소 (가) 파기환송

### [정보비공개결정취소 사건]

◇견책의 징계처분을 받은 원고가 징계위원들의 성명과 직위에 대한 정보공개청구를 하였다가 거부처분을 받았는데, 이후 징계처분 취소사건에서 원고의 청구를 기각하는 판결이 확정된 경우, 원고가 정보공개거부처분의 취소를 구할 이익이 없어지는지 여부(소극) ◇

국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통해 공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되고, 그 밖에 추가로 어떤 이익이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003두8050 판결, 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003두1370 판결 등 참조).

☞ 견책의 징계처분을 받은 원고가 징계위원들의 성명과 직위에 대한 정보공개청구를 하였다가 거부처분을 받은 사안에서, 비록 징계처분 취소사건에서 원고의 청구를 기각하는 판결이 확정되었다고 하더라도 이러한 사정만으로 위 거부처분의 취소를 구할 이익이 없어지지 않고, 피고가 원고의 정보공개청구를 거부한 이상 원고로서는 여전히 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다는 이유로 원심판결을 파기하였음

## 2022두33712 증여세부과처분취소 (바) 파기환송

### [사실심 변론종결시까지 제출된 자료에 의하여 정당한 세액이 산출되는 경우에 해당 하는지 문제된 사건]

◇사실심 변론종결시까지 제출된 자료에 의하여 정당한 세액이 산출되는 경우에 해당하는지 여부(적극)◇

과세처분 취소소송의 소송물은 정당한 세액의 객관적 존부이므로 사실심 변론종결 시 까지 제출된 자료에 의하여 정당한 세액이 산출되는 경우에는 그 정당한 세액을 초과하는 부분만 취소하여야 하고 그 전부를 취소할 것은 아니다(대법원 1997. 3. 28. 선고 96누 15022 판결 등 참조).

☞ 원심은 피고가 산정한 증여세 과세가액을 대부분(= 약 97%) 인정하여 2,275,638,962 원이라고 보면서도 정당세액을 산출할 만한 자료가 제출되었다고 볼 수 없다는 이유로 이 사건 처분 전부를 취소하였음

☞ 대법원은, 피고가 증거로 제출한 각 증여세 경정결의서에 배우자 증여재산 공제액, 재차증여 합산가액 및 기납부세액 공제액 등이 기재된 점, 피고가 원심 변론기일에서 진술

한 각 서면에 증여세 과세가액이 1,476,092,560원, 1,613,092,560원, 1,747,995,224원, 2,117,953,062원, 2,212,091,549원, 2,262,091,549원인 경우 각 정당세액과 그 산정방법이 상세히 기재된 점, 원심재판부가 그 산정방법을 첨부하여 증여세 과세가액이 2,212,091,549원인 경우의 정당세액을 기초로 조정 권고를 한 점, 원고가 증여세 과세가액만 다투고 있을 뿐 피고나 원심재판부의 세액 산정방법에 대하여는 다투지 않은 점 등을 이유로 정당세액이 산출되는 경우에 해당한다고 보아 원심을 파기하였음

## **2022두34562 정보비공개결정취소 (자) 파기환송**

### **[정보비공개결정취소 사건]**

◇감봉 1개월의 징계처분을 받은 원고가 징계위원들의 성명과 직위에 대한 정보공개청구를 하였다가 거부처분을 받았는데, 이후 피고가 징계위원회 구성에 절차상 하자가 있다는 이유로 위 징계처분을 취소한 경우, 원고가 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없어지는지 여부(소극)◇

국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있고, 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 공개되어 있다거나 다른 방법으로 손쉽게 알 수 있다는 사정만으로 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 없다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2005두8733 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두13101 판결 등 참조).

☞ 감봉 1개월의 징계처분을 받은 원고가 징계위원들의 성명과 직위에 대한 정보공개청구를 하였다가 거부처분을 받은 사안에서, 비록 징계처분에 대한 항고 절차에서 원고가 징계위원회 구성에 절차상 하자가 있다는 점을 알게 되었다거나 징계처분이 취소되었다고 하더라도, 그와 같은 사정들만으로 위 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 볼 수 없고, 피고가 원고의 정보공개청구를 거부한 이상 원고로서는 여전히 정보공개거부처분의 취소를 구할 법률상 이익을 갖는다는 이유로 원심판결을 파기하였음