

## 대법원 2021. 6. 10. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2017다52712 임금 (가) 상고기각

[업적연봉 등이 통상임금에 해당되는지, 업적연봉을 통상임금에 포함하여 계산한 추가 법정수당의 지급청구가 신의칙에 반하는지 쟁점이 된 사건]

◇통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의가 없는 임금에 대해서 근로자가 이를 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 청구하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지(소극)◇

단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장은 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 다만 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추고 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다는 것이 판례의 태도이다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 참조).

노사가 협의하여 정기상여금은 통상임금에 해당하지 않는다는 것을 전제로 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이에 기초하여 임금수준을 정한 경우, 근로자가 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 청구함으로써 사용자에게 과도한 재정적 부담을 지워 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 것은 신의칙에 반할 수 있다(위 대법원 2012다89399 전원합의체 판결 참조). 그러나 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의가 없는 임금에 대해서는 근로자가 이를 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 청구하더라도 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

☞ 원고들이 업적연봉, 조사연구수당·조직관리수당 등이 통상임금에 해당된다고 주장하면서 업적연봉 등을 포함하여 계산한 시간외근로수당, 연월차수당과 기지급금의 차액을 청구한 사안에서, 업적연봉 등은 통상임금에 해당된다고 판단하면서, 업적연봉은 기존의 정기상여금에서 유래한 것이기는 하나, 피고 회사의 임금체계, 지급액 결정 구조, 지급 방

법 등을 고려하면, 이를 정기상여금과 동일한 것으로 보기 어렵고, 이는 사무직 근로자를 대상으로 한 연봉제의 시행과 함께 도입되었는데, 업적연봉을 포함한 연봉제의 시행은 사무직 근로자의 개별적 동의를 받는 방식으로 진행되었을 뿐 이와 관련한 노사 간 협의가 존재하지 않았고, 당시 원고들을 포함한 사무직 근로자들은 노동조합에 가입되어 있지도 않았던 사정 등에 비추어 보면, 업적연봉을 통상임금에서 제외하는 노사합의가 존재한다고 볼 수 없으며, 업적연봉을 통상임금에서 제외하는 노사관행이나 묵시적 합의가 있는 것으로 볼 수도 없다는 이유로 업적연봉을 통상임금에 포함시켜 추가 법정수당을 구하는 원고들의 청구가 신의칙에 반한다는 피고의 주장을 배척한 원심판결에 통상임금과 신의칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 보아 상고를 기각한 사례

## **2017다254891 사해행위취소 (바) 상고기각**

### **[신탁부동산 처분행위에 대하여 사해행위 취소를 구하는 사건]**

◇1. 위탁자가 부동산에 관하여 신탁을 한 경우 위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전 등기청구권이 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당되는지 여부(한정 적극), 2. 책임재산(신탁계약상 수익권)에 해당하는 신탁계약에 따른 수익권의 가치평가 방식◇

1. 위탁자가 부동산에 관하여 신탁을 한 경우, 그 신탁부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있는 신탁계약상의 수익권은 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당한다(대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결 참조). 사해행위취소소송에서 채무자의 무자력 여부를 판단하기 위하여 적극재산을 산정함에 있어서는 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 특별한 사정이 없는 한 이를 제외하여야 하고, 그 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제받을 수 있는 확실성이 있다는 것이 합리적으로 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 한다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다111401 판결 참조).

신탁이 존속하는 동안 위탁자가 언제든지 신탁계약을 종료시키고 신탁계약에서 정한 절차에 따라 위탁자 앞으로 소유권이전등기를 마칠 수 있다는 것이 합리적으로 긍정되는 경우에는 위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권이 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당된다고 볼 여지가 있다. 그러나 신탁계약상 신탁부동산을 처분하는 데 수익권자의 동의를 받도록 정해진 경우에는 그 처분에 관하여 수익권자의 동의를 받거나 받을 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위탁자가 신탁을 종료시키고 위탁자 앞으로 신탁부동산에 관한 소유권이전등기를 마치는 것은 허용되지

않는다. 이러한 경우에는 위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권은 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없으므로 그 소유권이전등기청구권을 위탁자의 적극재산에 포함시킬 수 없다.

2. 위탁자가 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 등으로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸하게 하고, 그로써 위탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과 상태가 더 나빠지게 되었다면 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다(대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결 참조). 다만 처분 당시 위탁자가 가지고 있는 담보신탁계약상의 수익권이 적극재산으로서의 가치가 없다면 위탁자가 위와 같이 신탁되어 있던 부동산을 매각하면서 신탁계약을 종료하고 부동산을 환수하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 넘겨주어도 이는 사해행위에 해당하지 않는다. 이는 위탁자가 「건축물의 분양에 관한 법률」에 따른 분양관리신탁을 해둔 경우에도 마찬가지이다.

한편 신탁재산에 대한 후순위 수익권의 가치는 장차 신탁이 종료되었을 때 예상되는 신탁재산 가액에서 소요비용과 신탁보수 등을 공제하고 거기에서 다시 우선수익자들에 대한 채무를 공제한 후 남은 금액을 사해행위 당시의 현가로 할인하는 방식으로 평가하여야 하고, 단순히 사해행위 당시의 신탁재산의 시가를 기초로 그 가치를 평가해서는 아니 된다(대법원 2013. 10. 31. 선고 2012다14449 판결 참조).

☞ 신탁계약의 위탁자이자 후순위 수익자인 채무자가 부동산이 신탁되어 있는 상태에서 피고들에게 이를 매도하고 신탁계약을 해지한 후 소유권을 회복하여 다시 피고들에게 소유권이전등기를 마쳐주는 방법으로 부동산을 처분하였음. 원고는 채무자의 위 부동산 처분행위가 사해행위라고 주장하였음

☞ 대법원은, 채무자가 신탁부동산을 채무자 앞으로 귀속시키거나 피고들에게 처분하는 데 대하여 우선수익자들로부터 동의를 받지 않았고 동의를 받을 수 있었다고 볼 수 없으므로, 처분행위인 매매계약 당시 채무자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권이나 신탁부동산이 채무자의 책임재산에 포함되지 않음을 전제로 사해행위 해당 여부를 판단한 원심을 정당하다고 보았음

☞ 또한 대법원은, 처분행위인 매매계약 당시 신탁재산으로 남아 있던 부동산의 가액보다 신탁계약상 우선수익권의 채권액이 훨씬 더 크므로, 신탁계약상 채무자의 후순위 수익권은 적극재산으로서의 가치가 없고 따라서 위 매매계약은 사해행위에 해당하지 않는다고 판단한 원심을 수긍하였음

## 2017다280005 토지인도 (가) 파기환송

[토지소유자가 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 경우에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사건]

◇1. 원고가 특정인(인접 토지소유자)으로부터 돈을 받고 자신이 소유한 토지 중 일부를 도로로 사용하도록 하였고, 그 토지 사용에 따른 이익도 주로 특정인이 누리고 있던 사안에서, 원고가 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 단정할 수 있는지 여부(소극), 2. 위 토지가 당시 시행되던 건축공사 현장의 차량 통로로 사용된 경우에 공사 완공 여부에 따라 사정변경의 원칙이 적용될 여지가 있는지 여부(적극)◇

소유자가 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있는지는 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익의 비교형량을 하여 신중하게 판단해야 한다. 다만 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 때에는 사정변경의 원칙이 적용되어 소유자가 다시 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 있다(대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결 참조).

위 법리에 비추어 보면, 원고가 이 사건 도로부분에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 단정하기 어렵고, 그렇지 않더라도 사정변경의 원칙이 적용되어 원고가 다시 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 있다.

☞ 토지소유자인 원고가 그 토지 중 일부를 도로포장하여 사용하는 피고(지방자치단체)를 상대로 도로철거 및 인도를 구하자, 피고가 ‘원고의 배타적 사용·수익권의 포기가 있었다’고 주장한 사안에서, 원고가 특정인(인접 토지소유자)으로부터 돈을 받고 자신이 소유한 토지 중 일부를 도로로 사용하도록 하였고 그 토지 사용에 따른 이익도 주로 특정인이 누리고 있던 점, 위 토지가 당시 시행되던 건축공사 현장의 차량 통로로 사용되어 건축공사의 완공 여부에 따라 사정변경의 원칙이 적용될 여지가 있는 점 등을 고려하여 추가적인 심리가 필요하다고 보아 원심을 파기한 사례

## 2017다286874 손해배상(기) (가) 상고기각

[구조의무와 관련한 공무원의 과실 판단 기준]

◇불법어로행위자가 단속반의 추적을 피해 해상도주를 하다 배가 좌초되어 바다로 추락·사망하였는데 단속공무원들이 구조의무 등을 위반하였다는 이유로 그 유족이 국가배상을 청구한 사안에서, 당시 구조와 관련된 단속공무원들의 판단이 결과론적·사후적 관점에서 최선이 아니었다는 이유로 과실을 단정할 수 있는지 여부(소극)◇

공무원의 직무집행상 과실이란 공무원이 그 직무를 수행하면서 해당 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 말한다(대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1164 판결 참조). 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 감독공무원들에게 직무집행상 과실이 있다고 단정하기 어렵다.

☞ 해상도주중 추락사망한 불법어로행위자의 유족이 단속공무원들이 구조의무를 위반하였다는 이유로 국가배상을 청구한 사안에서, 당시 구조와 관련된 단속공무원들의 결정이 결과론적·사후적 관점에서 최선이 아니었다고 하더라도 사고 당시를 기준으로 전혀 합리성이 없다거나 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 잘못이 있다고 쉽게 단정할 수는 없다고 본 사례

## 2018다44114 손해배상(기) (카) 상고기각

[시공사를 상대로 아파트 하자보수에 같음한 손해배상을 청구한 사건]

◇추후 감정 등을 통하여 청구금액을 확장할 것을 전제로 하자보수에 같음한 손해배상액 중 일부를 청구하였다가, 이후 청구금액을 확장하면서 부가가치세 상당액 부분은 청구범위에서 제외한다는 의사를 밝힌 경우 소제기로 소멸시효가 중단되는 채권의 범위◇

하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 않는다(대법원 1975. 2. 25. 선고 74다1557 판결 등 참조). 다만 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 해당 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하나(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43695 판결 등 참조), 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.

☞ 추후 감정 등을 통하여 청구금액을 확장할 것을 전제로 아파트 하자에 따른 손해배상

액 중 일부를 청구한다는 취지로 소를 제기하였다가, 이후 청구금액을 확장하면서 청구 범위에서 부가가치세 상당액은 모두 제외하겠다는 의사를 표시하였고 이에 따라 제1심판결까지 이루어졌으나, 원심에 이르러 종전 주장을 철회하고 부가가치세 상당의 손해배상을 다시 구한 사안에서, 부가가치세 상당액의 손해배상채권은 5년의 시효가 완성되어 소멸하였다고 판단하면서 이 사건 소제기로 위 부가가치세 상당액의 손해배상채권에 대한 소멸시효가 중단되었다는 원고 주장을 배척한 원심 판단을 수긍한 사례

## **2019다226005 구상금 (바) 파기환송**

**[펀드의 설정 또는 판매에 관여한 자들 사이에 구상책임의 인정 여부가 문제된 사건]**

◇펀드 매매계약의 취소에 따라 부당이득반환채무를 이행한 펀드 판매 회사에 대하여 펀드 설정 또는 판매에 관여한 자들이 공동불법행위자로서 구상금 지급책임을 부담하는지, 불법행위나 채무불이행책임을 부담하는지 여부◇

1. 계약 당사자 사이에서 일방 당사자의 잘못으로 인해 상대방 당사자가 계약을 취소하거나 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 경우 계약 취소로 인한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 동일한 경제적 급부를 목적으로 경합하여 병존하게 되고, 특별한 사정이 없는 한 어느 하나의 청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 다른 나머지 청구권도 소멸하는 관계에 있다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결 등 참조). 따라서 채무자가 부당이득반환채무를 변제하였다면 그와 경합관계에 있는 손해배상채무도 소멸한다. 이때 불법행위로 인한 손해배상채무에 관하여 채무자와 함께 공동불법행위책임을 부담하는 자가 있고, 채무자의 위와 같은 변제가 공동불법행위자들 내부관계에서 인정되는 자기의 부담 부분을 초과한 것이라면, 채무자는 다른 공동불법행위자에게 공동 면책을 이유로 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다19378 판결, 대법원 2017. 11. 29. 선고 2016다229980 판결 등 참조).

2. 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 다툼이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 문언의 내용, 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정으로 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다221429 판결 등 참조). 특히 동일한 법률행위에 따른 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합할 경우 권리자는 그 중 어느 하나의 손해배상청구권을 행사할 수 있는데 그 경우 당사자 사이에 계약상의 면책약관을 명시적이거나 묵시적으로 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구에까지 적용하기

로 하는 약정이 없는 이상 불법행위책임에는 적용되지 않는다(대법원 1980. 11. 11. 선고 80다1812 판결 참조).

☞ 펀드 판매회사였던 원고가 관련 판결에 따라 개인투자자들에게 수익증권 매매계약의 취소에 따른 부당이득반환채무를 단독으로 이행한 다음 펀드 설정 및 판매에 관여한 피고들을 상대로 공동불법행위자로서의 구상금 지급책임 또는 불법행위나 채무불이행 책임을 주장하는 사안임

☞ 원심은, 원고가 선행판결에 따라 개인투자자들에게 부당이득반환채무를 변제하였더라도 이는 별개의 소송물인 불법행위로 인한 손해배상채무에는 아무런 영향이 없으므로 원고와 피고들이 공동불법행위자에 해당한다고 하더라도 피고들이 공동의 면책을 얻게 한 것이라고 볼 수 없다는 이유로 원고의 피고들에 대한 구상금청구를 배척하였고, ‘고의 또는 중대한 과실로 인하여 상대방 또는 수익자에게 손해를 입힌 때’에 그 손해를 배상해야 한다고 규정하고 있는 조항은 상대방에게 발생한 손해가 채무불이행으로 인한 것인지, 불법행위로 인한 것인지 여부와 관계없이 당사자의 ‘고의 또는 중대한 과실’로 인하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에 한정하여 배상책임을 부담하는 것으로 약정한 것이라고 해석하여 피고 A의 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 배척하였음

☞ 대법원은, 펀드 설정 또는 판매에 관여한 피고들이 원고와 함께 개인투자자들에 대하여 공동불법행위책임을 부담한다면, 피고들 중 원고와 함께 공동불법행위책임을 부담하는 자들 사이에서는 원고가 지급한 부당이득반환금에 의하여 소멸된 손해배상채무 중 원고의 부담 부분을 넘는 부분에 대하여 공동의 면책이 이루어졌다고 볼 수 있다고 보아, 피고들이 공동의 면책을 얻게 한 것이라고 볼 수 없다는 이유만으로 구상금청구를 배척한 원심판결을 파기하였음. 또한, ‘고의 또는 중대한 과실로 인하여 상대방 또는 수익자에게 손해를 입힌 때’에 그 손해를 배상해야 한다고 규정하고 있는 조항이 불법행위책임에까지 확대하여 적용된다고 보기 어렵다고 보아 피고 A에 대한 손해배상책임 부분도 함께 파기하였음

## **2021다211754 사해행위취소 (차) 파기환송**

**[원고가 채권자취소권을 행사하면서 피고와 채무자 사이의 매매예약 및 매매계약의 취소와 그 소유권이전등기의 말소를 구한 사건]**

◇다툼이 있는 사실을 증명하기 위하여 제출한 증거가 당사자의 부주의 또는 오해로 인하여 불완전·불명료한 경우, 법원이 석명권을 행사하여야 하는지 여부(적극)◇

민사소송법 제136조 제1항은 재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 당사자에게

사실상 또는 법률상 사항에 관하여 질문하거나 증명을 하도록 촉구할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다고 규정하고 있으므로, 법원으로서는 다툼 있는 사실을 증명하기 위하여 제출한 증거가 당사자의 부주의 또는 오해로 인하여 불완전·불명료한 경우에는 당사자에게 그 제출된 증거를 명확·명료하게 할 것을 촉구하거나 보충할 수 있는 기회를 주어야 하고, 만약 이를 게을리 한 채 제출된 증거가 불완전·불명료하다는 이유로 그 주장을 배척하는 것은 석명의무 또는 심리를 다하지 아니한 것으로서 위법하다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2003후922 판결, 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다273045 판결 등 참조).

☞ 원심은, 피고와 채무자 사이에 매매예약이 체결될 당시 채무자의 적극재산으로 공장용지 및 건물, 예금 채권만이 있다는 전제로 채무자가 피고에게 이 사건 부동산을 매매예약의 방법으로 처분함으로써 채무초과 상태에 이르게 되었다고 판단하여 원고의 청구를 인용함. 그런데 원고는 당시 적극재산으로 차량 2대를 보유하고 있었음을 주장하였고 관련 증거도 제출하였는바, 원심은 적절한 석명을 통하여 차량 소유관계나 그 가액에 대한 심리를 하지 아니하였음. 이에 석명의무를 다하지 못하였다는 이유로 원심을 파기환송한 사례

## **2021다217370 임금 (바) 상고기각**

### **[사용자의 직상 수급인을 상대로 임금의 지급을 구하는 사건]**

◇1. 근로기준법 제44조의2의 강행규정성, 2. 건설근로자의 임금청구 소송을 심리하는 사실심 법원이 유의하여야 할 사항◇

1. 근로기준법 제44조의2는 건설업에서 2차례 이상 도급이 이루어진 경우 건설산업기본법 제2조 제7호에 따른 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못할 경우 그 하수급인의 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다고 규정하고 있다. 따라서 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못하였다면, 그 하수급인의 직상 수급인은 자신에게 귀책사유가 있는지 여부 또는 하수급인에게 대금을 지급하였는지 여부와 관계 없이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 부담한다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2018도9012 판결 등 참조).

이는 직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무

불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지로서, 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금지급방식을 개선하여 건설근로자의 권리를 보장할 수 있도록 하는데 그 입법취지를 두고 있다. 또한 근로기준법 제109조 제1항은 근로기준법 제44조의2를 위반하여 임금지급의무를 불이행한 직상 수급인에 대해 형사처벌을 하도록 정하고 있는 바, 이와 같은 입법 취지, 규정 내용과 형식 등을 종합하여 보면 근로기준법 제44조의2는 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 봄이 타당하고 따라서 이를 배제하거나 잠탈하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다.

2. 한편 주요사실에 대한 주장은 당사자가 이를 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 그 주장을 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있다고 보아야 한다(대법원 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결 등 참조). 건설근로자의 임금청구 소송을 심리하는 사실심 법원은, 근로기준법 제44조의2가 위와 같이 건설근로자를 보호하기 위한 것으로 강행규정인 점, 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우가 많고, 필요에 따라 해당 공사현장에서 공사기간 동안만 일시적으로 근로관계가 맺어지는 건설사업의 특성상 건설근로자의 경우 누구와 근로계약관계를 맺은 것인지가 명확하지 않은 경우도 종종 발생하고 이에 따라 건설근로자로서는 보다 자력이 있는 직상 수급인 등을 자신과 고용관계를 맺은 사업주라고 주장할 여지가 상당한 점 등을 염두에 두어, 해당 건설근로자가 소송 상대방과의 고용관계를 주장하는 경우 그러한 주장 안에 설령 고용관계가 인정되지 않는다고 하더라도 근로기준법 제44조의2에 따른 직상 수급인으로서의 책임을 묻는 취지가 포함되어 있는지 여부 등을 신중하게 살펴보아야 하고, 그러한 취지가 포함되어 있는 것으로 볼 수 있는 사정이 충분함에도 선불리 소송 상대방이 해당 건설근로자와의 고용관계가 인정되지 않는다는 이유만을 들어 그 임금청구를 배척하여서는 안 된다.

☞ 근로자인 원고가 근로기준법 제44조의2에 따라 임금에 대해 사용자와 연대책임을 지는 직상 수급인(피고)을 상대로 임금 지급을 구한 사안임

☞ 피고는 ‘원고가 사용자에게 임금 수령 권한을 위임하였고 이에 따라 자신이 이미 사용자에게 하도급 대금을 지급함으로써 결국 원고의 임금을 모두 지급하였다’는 주장을 하였는바, 원심은 이러한 피고의 주장을 허용하는 것은 강행규정인 근로기준법 제44조의2를 형해화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다고 판단하였고, 대법원은 이를 타당하다고 보아 상고를 기각하였음

**2021므10898 이혼 및 위자료 (차) 파기환송**

**[이혼소송 중 재산분할 합의가 있었던 사건]**

◇이혼에 따른 재산분할심판에서 당사자 간 일부 재산분할 합의가 이뤄진 경우 소송상 효력◇

일방 당사자가 특정한 방법으로 재산분할을 청구하더라도 법원은 이에 구속되지 않고 타당하다고 인정되는 방법에 따라 재산분할을 명할 수 있다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2009므3928 판결 참조). 그러나 재산분할심판은 재산분할에 관하여 당사자 사이에 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에 한하여 하는 것이므로(민법 제843조, 제839조의2 제2항), 쌍방 당사자가 일부 재산에 관하여 분할방법에 관한 합의를 하였고, 그것이 그 일부 재산과 나머지 재산을 적정하게 분할하는 데 지장을 가져오는 것이 아니라면 법원 으로서는 이를 최대한 존중하여 재산분할을 명하는 것이 타당하다. 그 경우 법원이 아무런 합리적인 이유를 제시하지 아니한 채 그 합의에 반하는 방법으로 재산분할을 하는 것은 재산분할사건이 가사비송사건이고, 그에 관하여 법원의 후견적 입장이 강조된다는 측면을 고려하더라도 정당화되기 어렵다.

☞ 원고는 피고를 상대로 한 이혼 및 위자료·재산분할 소송에서 원심 최종 변론기일에서 재산분할과 관련하여, 원고가 거주하고 있는 피고 명의의 아파트에 대하여 피고의 소유로 재산분할하는 것에 원·피고 쌍방이 동의하였으나, 원심은 위 아파트를 원고에게 이전할 것을 명함. 그러나 재산분할심판의 특성상 쌍방 당사자가 일부 재산에 관하여 분할방법에 관한 합의를 하였고, 그것이 그 일부 재산과 나머지 재산을 적정하게 분할하는 데 지장을 가져오는 것이 아니라면 법원으로서는 이를 최대한 존중하여야 한다는 이유로 아무런 이유를 제시하지 아니한 채 그 합의에 반하는 방법으로 재산분할을 한 원심을 파기환송한 사례

**형 사**

**2020도14321 정치자금법위반 (차) 상고기각**

**[정치자금을 부정한 용도로 지출하였다는 이유로 공소제기된 사건]**

◇정치자금의 적법한 사용 범위에 관한 정치자금법 제2조 제3항에서 말하는 ‘사적 경비’와 ‘부정한 용도’의 의미 및 그 판단 방법◇

정치자금법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출 내역을 공개하여 투명성을 확보하는 동시에 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발

전에 기여하는 데에 그 입법 목적이 있다(제1조). 그에 따라 정치자금은 국민의 의혹을 사는 일이 없도록 공명정대하게 운용되어야 하고(제2조 제2항), 정치활동을 위한 경비가 아닌 사적 경비로 지출하거나 부정한 용도로 지출하여서는 아니 되며(제2조 제3항), 이를 위반하는 행위는 형사처벌의 대상이 된다. 여기에서 말하는 '사적 경비'란 가계에 대한 지원이나 보조, 개인적인 채무의 변제나 대여, 사적 모임의 회비나 그에 대한 지원경비, 개인적인 여가나 취미활동을 위한 비용 등의 용도로 사용하는 경비를 의미하고, '부정한 용도'란 이러한 사적 경비 이외의 경우로서 정치자금의 지출목적이 위법한 것뿐만 아니라 사회상규나 신의성실의 원칙에 위배되는 부당한 경우를 의미한다. 구체적 사안에서 정치자금이 정치활동을 위하여 소요되는 경비 외의 용도로 지출되었는지 여부는 지출의 목적, 상대방, 지급액수 및 전후 경위 등을 종합적으로 고려하여 정치활동의 목적을 위하여 그 지출이 필요하다고 평가할 수 있는지에 따라 판단하여야 한다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도4982 판결 참조).

☞ 정치자금이 정치활동을 위하여 소요되는 경비 외의 용도로 지출되었는지 여부는 지출의 목적, 상대방, 지급액수 및 전후 경위 등을 종합적으로 고려하여 정치활동의 목적을 위하여 그 지출이 필요하다고 평가할 수 있는지에 따라 판단하여야 한다고 밝히고, 피고인의 정치자금 기부행위는 정치자금법상 허용되는 의례적 행위의 수준을 벗어났을 뿐만 아니라 공직선거법상 금지되는 기부행위로서 그 기부시기에 비추어 보아도 정치활동을 목적으로 지출되었다고 평가하기 어렵다는 이유로 피고인에게 유죄를 선고한 원심의 판단을 수긍한 사례

## 2020도15891 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) (라) 파기환송

[검사가 증인신문할 사람을 미리 수사기관에 소환하여 면담한 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 하여, 증인의 법정진술의 신빙성 여부가 문제된 사건]

### ◇검사의 사전면담이 이루어진 증인의 법정진술의 신빙성 판단◇

헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차의 원칙을 천명하고, 제27조에서 재판받을 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여, 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의를 기본원칙으로 채택하고 있다. 이에 따라 공소가 제기된 후에는 그 사건에 관한 형사절차의 모든 권한이 사건을 주

재하는 수소법원에 속하게 되며, 수사의 대상이던 피의자는 검사와 대등한 당사자인 피고인의 지위에서 방어권을 행사하게 된다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결 참조).

이러한 형사소송법의 기본원칙에 비추어 보면, 검사가 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 면담하는 절차를 거친 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 증인에 대한 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등으로 증인의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점이 담보되어야 증인의 법정진술을 신빙할 수 있다고 할 것이다. 검사가 증인신문 준비 등 필요에 따라 증인을 사전 면담할 수 있다고 하더라도 법원이나 피고인의 관여 없이 일방적으로 사전 면담하는 과정에서 증인이 혼란되거나 유도되어 법정에서 왜곡된 진술을 할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다. 증인에 대한 회유나 압박 등이 없었다는 사정은 검사가 증인의 법정진술이나 면담과정을 기록한 자료 등으로 사전면담 시점, 이유와 방법, 구체적 내용 등을 밝힘으로써 증명하여야 한다.

☞ 피고인이 2000. 10.경부터 2011. 5.경까지 갑으로부터 직무에 관하여 신용카드 사용대금, 상품권, 차명 휴대전화 사용대금, 주대, 금원 등 합계 51,600,345원 이상의 뇌물을 수수함과 동시에, 공무원의 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 같은 액수 상당의 뇌물을 수수하였다고 하여 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(뇌물)으로 기소된 사안임

☞ 제1심은 공소시효가 완성되지 않은 일부 상품권 및 일부 차명 휴대전화 사용대금에 대해서는 무죄, 나머지 공소시효가 완성된 부분에 대해서는 이유면소로 판단함

☞ 원심은 갑의 수원지검 사건 관련 법정진술 및 차명 휴대전화 관련 원심 법정진술의 신빙성을 인정하여 신용카드 사용대금, 차명 휴대전화 사용대금, 2009. 5. 19. 주대, 금원 부분에 대해서는 유죄로, 상품권, 2009. 2. 26. 및 2009. 3. 25. 주대 부분에 대해서는 이유무죄로 판단함

☞ 대법원은 갑이 제1심과 원심 법정에서 진술하기 전에 검찰에 소환되어 면담하는 과정에서 수사기관의 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등의 영향을 받아 종전에 한 진술을 공소사실에 부합하는 진술로 변경하였을 가능성을 배제하기 어려우므로, 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 회유나 압박 등으로 갑의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점을 증인의 진술 등으로 증명하지 못하는 한 갑의 수원지검 사건 관련 법정진술 및 차명 휴대전화 관련 원심 법정진술은 신빙성을 인정하기 어렵다고 보아 원심을 파기환송하였음

## 2021도2436 공동주택관리법위반 (바) 상고기각

### [공동주택관리법상 무허가 증축이 문제된 사건]

◇피고인이 허가를 받지 않고 공동주택의 외부 공간에 옥외계단을 설치한 것이 무허가 증축에 해당하는지 여부◇

공동주택관리법 제35조 제1항 제2호, 구 공동주택관리법 시행령(2019. 10. 22. 대통령령 제30147호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 [별표 3]은 일정한 공동주택의 증축 행위에 관하여 관할관청의 허가를 받도록 하고 있으나, 공동주택관리법은 증축 행위의 의미에 관한 정의규정을 두지 않은 채 “이 법에서 따로 정하지 아니한 용어의 뜻은 주택법에서 정한 바에 따른다.”고 규정하고 있다(제2조 제2항). 그런데 이에 따라 준용되는 주택법에서도 증축 행위에 관한 정의 규정을 발견할 수 없다.

한편 공동주택관리법 제2조 제1항 제1호 나.목, 주택법 제2조 제1호 등 관계법령 체계상 공동주택관리법은 스스로 정의하지 않은 사항에 관하여는 건축법령상의 정의가 준용될 수 있음을 전제하고 있는데, 건축법 제2조 제1항 제2호는 건축물을 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것으로 정의하고 있고, 건축법 시행령 제2조 제2호에 따르면 증축이란 기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말한다. 따라서 건축법령이 정한 증축 행위는 체계적·논리적 해석 원리상 특별한 사정이 없는 한 공동주택관리법 제35조 제1항 제2호의 허가 대상에 포함된다고 해석함이 타당하다.

☞ 피고인이 관할관청의 허가를 받지 않고 공동주택의 외부 공간에 길이와 높이가 각 1m를 초과하고 면적이 약 3㎡인 경량철골조 옥외계단을 설치하여 2층에 있는 위 공동주택과 지상을 연결하는 통로로 이용한 사안에서, 위 옥외계단에 지붕이나 기둥, 벽 등을 두고 있지 않더라도 옥외계단은 기존 건축물에 딸린 시설물로서 건축법이 정한 건축물에 해당하고, 이는 건축법 시행령이 정한 증축 행위로서 피고인이 무허가 공동주택 증축 행위를 하였다고 보아 공동주택관리법위반 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 수긍한 사례

## 2021도2726 특수상해 등 (바) 상고기각

### [증인 진술의 신빙성 판단의 번복이 문제된 사건]

◇증인 진술의 신빙성을 부정한 제1심의 판단을 항소심이 뒤집을 수 있는 경우◇

형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어, 항소심으로서 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이

유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니되나, 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심 증거조사 결과와 항소심 변론종결 시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우에는 그러하지 아니하다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2007도10333 판결 등 참조).

☞ 제1심이 피해자를 증인으로 신문한 후 그 진술의 신빙성이 없다는 전제에서 유사강간 부분을 무죄로 판단하였는데, 원심이 추가 증거조사 없이 피해자 진술의 신빙성을 인정하여 제1심의 판단을 뒤집고 유사강간 부분을 유죄로 판단한 사안에서, 제반 사정에 비추어 제1심 증인인 피해자가 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 보아 제1심의 판단을 뒤집고 유사강간 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 수긍한 사례

**2021도4042 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강요행위등) 등 (바) 상고기각 [「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(강요행위등)죄에서의 ‘보호 또는 감독 관계’가 문제된 사건]**

◇피고인과 피해자의 연령 차이가 5세에 불과한 상황에서, 미성년자인 피해자가 피고인으로부터 사실상의 보호 또는 감독을 받는 상황에 있었는지 여부◇

원심은, ‘업무·고용이나 그 밖의 관계로 자신의 보호 또는 감독을 받는 사람’에는 사실상의 보호 또는 감독을 받는 상황에 있는 사람도 포함된다는 대법원 1976. 2. 10. 선고 74도1519 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8135 판결의 법리를 원용한 다음, ① 당시 15세의 미성년자였던 피해자는 친인척과의 관계를 단절하고 가출을 한 상황에서 5세 연상인 피고인을 만났고, 피고인 외에는 경제적, 심리적으로 도움을 받을 사람이 없었던 점, ② 피해자는 피고인만을 믿고 의지하여 아무런 연고도 없는 서울로 가게 되었고, 성매매로 단속되어 조사받던 날에도 피고인의 상태를 물으면서 피고인에게 의존하는 모습을 보인 점, ③ 피고인은 피해자가 머물 수 있도록 모텔을 잡아 주고, 휴대전화 공기계를 구해 주거나 피해자를 병원에 데려다주고, 피해자가 받은 성매매 대금을 관리하는 등 피해자의 생활 전반에 관여하면서 사실상 보호자로서의 역할을 수행한 점, ④ 피해자는 성매매를 하거나 피고인과 있는 시간 외에는 주로 모텔에서 혼자 생활하였고, 피해자의 전반적인 생활은 피고인과 함께 형성되어 있었던 점, ⑤ 피고인은 성매매로 단속되어 피해자가 쉽터에 들어가자 보호자로서 피해자를 데려가기도 한 점 등 제반 사정을 종합하면,

비록 피고인과 피해자의 연령 차이가 5세에 불과하다고 하더라도 피해자는 피고인으로부터 사실상의 보호 또는 감독을 받는 상황에 있었다고 보아 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(강요행위등) 공소사실을 유죄로 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(강요행위등)죄에서의 '보호 또는 감독 관계' 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

☞ 20세인 피고인이 가출 청소년인 15세 피해자의 실질적 보호자 역할을 하면서 피해자로 하여금 성매매를 하게 하고 성매매 대가의 전부 또는 일부를 받은 사안에서, 비록 피고인과 피해자의 연령 차이가 5세에 불과하다고 하더라도 피해자는 피고인으로부터 사실상의 보호 또는 감독을 받는 상황에 있었다고 보아 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(강요행위등) 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 수긍한 사례

## **2021도4278 중상해 (바) 상고기각**

### **[과잉방위 해당 여부가 문제된 사건]**

◇피고인이 피해자와 싸움 중 피해자를 가격하여 중상해를 입힌 사안에서 피고인의 행위가 과잉방위에 해당하는지 여부◇

가해자의 행위가 피해자의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해를 한 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 과잉방위행위라고 볼 수 없다(대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도228 판결 등 참조).

☞ 피고인이 피해자와 싸움 중 피해자를 가격하여 피해자에게 언어장애 및 우측 반신마비 등의 중상해를 입힌 사안에서, 피고인의 행위가 과잉방위에 해당한다는 주장을 배척하고 중상해 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 수긍한 사례

## **특 별**

## **2016두54114 요양불승인처분취소 (바) 파기환송**

**[출퇴근 중 사고를 당한 근로자가 요양불승인처분취소 소송 중 구법 조항이 헌법불합치 선고되었고, 그 후 개정법이 마련된 사건]**

◇잠정적용 헌법불합치결정 후 개정된 법률이 헌법불합치결정 당시 구법 조항이 적용되

## 어 재판 계속 중이던 원고(이른바 ‘병행사건’)에 적용되는지(적극)◇

헌법재판소는 2016. 9. 29. 선고 2014헌바254 결정에서, 구 산재해보상보험법(2017. 10. 24. 법률 제14933호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘산재보험법’이라 한다) 제37조 제1항 제1호 (다)목(이하 ‘구법 조항’이라 한다)이 출퇴근 재해에 대한 보상에 있어 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출퇴근하는 산재보험 가입 근로자와, 도보나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 통상의 출퇴근을 하는 산재보험 가입 근로자를 합리적인 이유 없이 차별하여 평등원칙에 위배된다는 이유를 들어 구법 조항에 대하여 헌법불합치를 선언하면서 구법 조항은 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 결정하였다(이하 ‘이 사건 헌법불합치결정’이라 한다).

이 사건 헌법불합치결정에 나타난 구법 조항의 위헌성, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정 및 잠정적용의 이유 등에 의하면, 헌법재판소가 구법 조항의 위헌성을 확인하였음에도 불구하고 일정 시한까지 구법 조항의 계속 적용을 명한 것은 출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하는 최소한의 법적 근거를 계속 유지할 필요성 때문이지, 구법 조항에 의하여 사업주의 지배관리하에 있지는 않으나 통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 사고를 업무상 재해로 보지 않음에 따른 기본권 침해 상태를 개선입법 시행 시까지 계속 유지하기 위한 것으로 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 헌법불합치결정에서 구법 조항의 계속 적용을 명한 부분의 효력은 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근 중 발생한 사고를 업무상 재해로 보는 부분에만 미친다. 즉 구법 조항 가운데 ‘도보나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 출퇴근하는 중 발생한 사고’를 업무상 재해에 포함시키지 않는 부분은 적용중지 상태에 있다고 보아야 한다.

이 사건 헌법불합치결정에 따라 2017. 10. 24. 법률 제14933호로 개정된 산재보험법은 제37조 제1항 제3호에 업무상 재해의 한 종류로 “출퇴근 재해”를 신설하여 그 중 (나)목에 ‘통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 사고’를 규정하고(이하 ‘신법 조항’이라 한다), 구법 조항을 삭제하였다. 한편 개정 산재보험법 부칙(2017. 10. 24.) 제2조는 신법 조항을 이 법 시행(2018. 1. 1.) 후 최초로 발생하는 재해부터 적용한다고 규정하였다.

구법 조항에 대한 이 사건 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 이 사건 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 이 사건 헌법불합치결정 당시에 비록 위헌제청신청은 하지 아니하였더라도 구법 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 이 사건 헌법불합치결정

의 소급효가 미친다고 보아야 할 것이다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결, 대법원 2018. 7. 11. 선고 2016두47697 판결 등 참조). 그러므로 비록 이들 사건이 개정 산재보험법 부칙(2020. 6. 9.) 제2조의 경과조치의 적용범위에 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항이 그대로 적용될 수 없고, 위헌성이 제거된 신법 조항이 적용되는 것으로 보아야 한다.

☞ 원고가 2014. 4. 14. 발생한 출퇴근 재해와 관련하여 2014. 5. 28.자 요양불승인처분의 취소를 구하는 이 사건 소송에서 구법 조항에 관하여 따로 위헌제청신청을 한 바 없었으나, 대법원은 이 사건 헌법불합치결정 당시 구법 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 사건이 계속되어 있어 이 사건 헌법불합치결정의 소급효가 미치는 경우에 해당하므로 이 사건에 대해서는 위헌성이 제거된 개정 산재보험법상의 업무상 재해 인정 기준 관련 조항이 적용되어야 한다고 판단하여, 이와 달리 이 사건에 구법 조항이 적용됨을 전제로 원고의 사고가 업무상 재해로 인정되기 어렵다고 본 원심을 파기환송하였음

## **2020두55282 제재조치 요구처분 취소 (가) 상고기각**

**[지방자치단체가 甲이 납입한 개발행위 이행보증금을 별도로 관리하기 위하여 이미 사망한 甲의 명의로 정기예금 계좌를 개설하였는데, 이에 대하여 금융위원회가 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 위반임을 이유로 농협에 대하여 한, 농협 직원들에게 견책 또는 주의의 제재조치를 할 것을 요구하는 처분의 취소를 구한 사건]**

**◇지방자치단체가 甲이 납입한 개발행위 이행보증금의 납부자별 예치를 위하여 이미 사망한 甲 명의로 정기예금 계좌를 개설한 경우, 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」상 실명거래의무 위반 여부(적극)◇**

「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 ‘금융실명법’이라 한다) 제3조를 비롯한 관련 규정의 문언, 체제와 목적 등에 비추어 보면, 이 사건 계좌가 거래당사자인 ○○시가 아니라 이미 사망한 甲 명의로 개설되었으므로, 금융회사인 원고 은행이 거래자의 실명으로 금융거래를 한 것이라고 볼 수 없다. 지방자치단체가 세입세출외 현금을 납부자별로 관리하기 위한 업무의 편의상 납부자 개인 명의가 해당 계좌의 예금주로 표시되도록 하였다거나 해당 계좌의 상품명에 정부보관금으로 되어 있어 지방자치단체의 금고에 해당함을 명백히 알 수 있다고 하더라도 마찬가지이다. 그런데도 원심이 이 사건 계좌가 거래당사자인 ○○시 명의가 아니라 甲 명의로 개설되었다고 하더라도 거래자의 실명으로 금융거래를 할 의무를 위반한 것으로 보기는 어렵다고 판단한 것에는 금융실명법상 실명거래에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

☞ 원심은, 이 사건 예금계약의 당사자가 甲이 아니라 ○○시이고, 원고 은행이 거래당사자인 ○○시에 대하여 실명확인 절차를 거친 이상 실명확인 의무를 이행한 것으로 볼 수 있으며, 나아가 정부보관금을 납부자별로 관리하기 위한 금고업무의 편의상 해당 계좌의 예금주 명의를 납부자로 표시한 것이어서 금융실명법에서 말하는 엄밀한 의미의 차명거래로 보기 어렵고, 이 사건 계좌의 상품명이 ‘정부보관금’으로 ○○시의 금고에 관한 것임을 명백히 알 수 있다는 이유에서 실명거래 의무를 위반한 것으로 볼 수 없다고 보아 처분사유가 존재하지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은, 원심이 이 사건 예금계약의 당사자를 ○○시라고 본 부분은 관련 법리(대법원 2020. 12. 10. 선고 2019다267204 판결 참조)에 비추어 수긍할 수 있지만, 처분사유가 존재하지 않는다고 본 부분은 받아들이기 어렵다고 판시하였음(다만 재량권 일탈·남용 위반에 해당하여 처분이 위법하다는 원심의 가정적 판단을 수긍하여 상고를 기각하였음)

## **2020두55954 경정청구거부처분 등 취소청구의 소 (바) 파기환송**

### **[주식매수선택권 행사이익에 대한 종합소득세 경정을 구하는 사건]**

◇주식매수선택권을 행사하여 신주를 인수하는 경우에도 구 소득세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29523호로 개정되기 전의 것) 제51조 제6항이 적용되는지 여부(소극)◇

1. 구 소득세법(2016. 12. 20. 법률 제14389호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제20조는 제1항에서 근로소득에 관하여 규정하면서, 제3항에서 근로소득의 범위에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 그 위임에 따른 구 소득세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29523호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제38조 제1항 제17호는 ‘법인의 임원 또는 종업원이 해당 법인으로부터 부여받은 주식매수선택권을 해당 법인에서 근무하는 기간 중 행사함으로써 얻은 이익’이 근로소득에 포함되는 것으로 규정하면서, 그 이익은 ‘주식매수선택권의 행사 당시의 시가와 실제 매수가액과의 차액’을 말하는 것으로 규정하고 있다.

한편 구 소득세법 제24조는 제2항에서 거주자의 각 소득에 대한 총수입금액을 계산하는 경우 금전 외의 것을 수입할 때에는 그 수입금액을 그 거래 당시의 가액에 의하여 계산한다고 규정하면서, 제3항에서 총수입금액을 계산할 때 수입하였거나 수입할 금액의 범위와 계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 그 위임에 따른 구 소득세법 시행령 제51조 제5항 제4호는 ‘주식의 발행법인으로부터 신주인수권을 받은 때(주주로서 받은 경우를 제외한다)에는 신주인수권에 의하여 납입한 날의 신주가액

에서 당해 신주의 발행가액을 공제한 금액'을 수입금액으로 계산하도록 규정하고, 제6항은 제5항 제4호의 규정에 의한 신주가액이 그 납입한 날의 다음 날 이후 1월 내에 하락한 때에는 그 최저가액을 신주가액으로 한다고 규정하고 있다.

2. 이러한 관련 규정의 문언과 체계 등에 비추어 보면, 구 소득세법 시행령 제51조 제5항 제4호, 제6항은 '주식의 발행법인으로부터 신주인수권을 받아 그에 기초하여 신주를 취득하는 경우'에 적용되는 규정임이 분명하다. 여기에 신주인수권과 주식매수선택권은 그 개념, 권리의 내용 및 행사 방법 등에서 명백히 구별되는 점, 주식매수선택권의 행사로 취득하는 것은 신주인수권이 아니라 신주인 점, 위 각 규정은 상법 및 세법 등에 주식매수선택권 관련 규정들이 신설되기 이전부터 존재하여 왔던 것으로 그 신설에 따라 의미를 달리 해석해야 한다고 볼 만한 근거도 없는 점 등을 더하여 보면, 법인의 임원 또는 종업원이 해당 법인으로부터 부여받은 주식매수선택권을 행사하여 신주를 인수하는 경우에는 위 각 규정이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

☞ 원고들은 주식매수선택권을 행사하여 신주를 인수하였고 그 행사이익에 대하여 구 소득세법 시행령 제38조 제1항 제17호에 따라 종합소득세를 계산하여 납부하였음. 이후 원고들은 주식매수선택권은 신주인수권에 해당한다는 이유로 신주의 인수 이후 1월 내에 신주가액이 하락한 경우 그 최저가액을 신주가액으로 하도록 한 구 소득세법 시행령 제51조 제6항을 적용하여 종합소득세를 경정하여 줄 것을 구하였음

☞ 대법원은 구 소득세법 시행령 제51조 제6항은 주식의 발행법인으로부터 신주인수권을 받아 그에 기초하여 신주를 취득하는 경우에 적용되고 주식매수선택권을 행사하여 신주를 인수하는 경우에는 적용되지 않는다는 이유로 이와 다른 전제에서 판단한 원심판결을 파기환송하였음