

## 대법원 2021. 2. 4. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2017다207932 부당이득금 (타) 파기환송

[학교법인이 학교이전사업을 추진하면서 피고에게 비용 정산 명목으로 지급한 금액에 대하여 그 반환을 청구하는 사건]

◇학교법인이 체결한 비용 정산약정에 관한 이사회결의의 무효 여부(적극) 및 관할청 허가의 존부(적극)◇

1. 행정절차법 제24조 제1항은 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우를 제외하고는 원칙적으로 문서로 하여야 한다고 정하고 있다. 이는 처분 내용의 명확성을 확보하고 처분의 존부에 관한 다툼을 방지하여 처분상대방의 권익을 보호하기 위한 것이므로, 행정청이 문서로 처분을 한 경우 원칙적으로 처분서의 문언에 따라 어떤 처분을 하였는지 확정하여야 한다. 그러나 처분서의 문언만으로는 행정청이 어떤 처분을 하였는지 불분명한 경우에는 처분 경위와 목적, 처분 이후 상대방의 태도 등 여러 사정을 고려하여 처분서의 문언과 달리 처분의 내용을 해석할 수 있다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두18035 판결 참조). 특히 행정청이 행정처분을 하면서 논리적으로 당연히 수반되어야 하는 의사표시를 명시적으로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 행정청의 추단적 의사에도 부합하고 상대방도 이를 알 수 있는 경우에는 행정처분에 위와 같은 의사표시가 묵시적으로 포함되어 있다고 볼 수 있다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2017다269152 판결 참조).

2. 구 사립학교법(2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정되기 전의 것) 제18조(현행 사립학교법 제18조 제1항과 동일한 내용이다)는 “이사회 의사는 정관에 특별한 규정이 없는 한 재적이사 과반수의 출석으로 개의하고, 정관이 정한 이사정수의 과반수 찬성으로 의결한다.”고 규정하고, 사립학교법 제16조 제2항은 “이사장 또는 이사가 학교법인과 이해관계가 상반하는 때에는 그 이사장 또는 이사는 당해 사항에 관한 의결에 참여하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘이사장 또는 이사가 학교법인과 이해관계가 상반하는 경우’에는 이사장 또는 이사가 직접 학교법인의 거래 상대방이 되는 경우뿐 아니라, 이사장 또는 이사의 개인적 이익과 학교법인의 이익이 충돌하고 이사장 또는 이사에게 선량한 관리자로서의 의무 이행을 기대할 수 없는 사항은 모두 포함된다. 그리고 학교법인의

이사장 또는 이사가 학교법인의 거래 상대방 회사의 경영자 또는 대표이사인 경우에도 특별한 사정이 없는 한 이사장 또는 이사의 개인적 이익과 법인의 이익이 충돌할 염려가 있는 경우에 해당한다고 봄이 타당하다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010다91831 판결 참조).

☞ 학교법인인 원고가 학교이전사업을 추진하면서 피고로 하여금 학교이전 예정부지를 34억 9,000만 원에 취득하도록 한 다음 피고로부터 이를 다시 매수하였는데, 피고는 이 사건 학교이전사업의 비용 중 원고의 차입금 이자, 학교 진입도로 개설비용(이 사건 비용)을 부담하였고, 원고는 피고에게 위 토지매수대금(34억 9,000만 원)에 이 사건 비용 명목의 40억 1,000만 원을 포함시켜 총 75억 원을 지급함. 이후 원고는 피고를 상대로 위 40억 1,000만 원의 반환을 청구한 사안임

☞ 원심은 ① 피고가 이 사건 비용을 전적으로 부담하기로 한 것이 아니라, 피고가 일단 이 사건 비용을 부담하되 원고가 피고에게 이 사건 비용을 정산해 주기로 약정한 것이고, ② 이 사건 비용 정산약정에 관한 원고의 이사회결의가 있으며, 관할청의 허가도 있으므로, 이 사건 비용 정산약정이 무효가 아니라는 이유로 원고의 청구를 인용함

☞ 대법원은 원심판단 중 원고가 피고에게 이 사건 비용을 정산해 주기로 약정하였고, 그에 관한 관할청의 허가가 있다는 원심판단은 수긍하였음. 그러나 대법원은 이 사건 비용 정산약정에 관한 원고의 이사회결의에 참가한 이사 중 2인은 피고의 실제 경영자 및 대표이사이므로, 그 이사 2인의 개인적 이익과 원고의 이익이 충돌할 염려가 있는 경우에 해당하여 위 이사 2인은 원고와 이해관계가 상반하고, 따라서 위 이사 2인은 사립학교법 제6조 제2항에 따라 의결권이 없으며, 위 이사 2인을 제외하면 위 이사회결의는 의결정족수가 충족되지 않은 상태에서 이루어진 것으로 무효라고 볼 여지가 많은데, 원심이 이러한 점에 관하여 제대로 심리하지 않았다는 이유로 원심을 파기하였음

## **2017다281367 보험금 (바) 상고기각**

**[망인의 자살이 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 이루어진 것임을 이유로 재해사망보험금을 청구하는 사건]**

◇1. 우울증으로 인한 자살과 보험자 면책사유의 해당 여부, 2. 보험금청구권의 소멸시효 기산점◇

1. 우울증으로 인한 자살과 보험자 면책사유의 해당 여부

가. 사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 자살을 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우에도 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의

결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것은 아니므로, 피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있다(대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결 등 참조). 이때 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서의 사망이었는지 여부는 자살자의 나이와 성행, 자살자의 신체적·정신적 심리상황, 그 정신질환의 발병 시기, 그 진행경과와 정도 및 자살에 즈음한 시점에서의 구체적인 상태, 자살자를 에워싸고 있는 주위상황과 자살 무렵의 자살자의 행태, 자살행위의 시기 및 장소, 기타 자살의 동기, 그 경위와 방법 및 태양 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다97772 판결 등 참조).

나. 신체적 및 정신적, 행동적인 변화로 어려움이 지속적으로 심한 경우는 기분을 조절하는 데 문제가 있는 우울장애라고 할 수 있고, 정신의학에서는 우울한 상태란 사고의 형태나 흐름, 사고의 내용, 동기, 의욕, 관심, 행동, 수면, 신체활동 등 전반적인 정신기능이 저하된 상태를 말하며, 이렇게 기분의 변화와 함께 전반적인 정신 행동의 변화가 나타나는 시기를 우울삽화(Depressive episode)라고 하며, 정도가 심한 삽화를 주요우울삽화라고 하여 주요우울장애(Major depressive disorder)로 진단한다.

다. 미국정신의학협회에서 발행한 정신질환 진단 및 통계매뉴얼 제5판(The diagnostic and statistical manual of mental disorders, Fifth Edition, DSM-5)은 주요우울장애에 대해서, ① 하루 중 대부분, 그리고 거의 매일 지속되는 우울한 기분에 대해 주관적으로 보고하거나 객관적으로 관찰될 것, ② 거의 매일, 하루 중 대부분, 거의 또는 모든 일상 활동에 대한 흥미나 즐거움이 뚜렷하게 저하됨 등을 포함한 9개의 인지, 행동, 신체적 증상을 제시하면서, '① 또는 ②가 포함된 5개 이상의 증상이 2주 연속으로 지속되며 이전의 기능 상태와 비교할 때 변화를 보이는 경우'라고 진단기준을 제시하고 있는데, 그 중에는 '반복적인 죽음에 대한 생각, 구체적인 계획 없이 반복되는 자살사고 또는 자살시도나 자살수행에 대한 구체적인 계획'도 하나의 증상으로 포함되어 있고, 한편 계절성 동반의 주요우울장애에 대해 주요우울장애에서 주요우울삽화의 발병과 한 해의 일정한 기간 사이에 규칙적인 시간관계가 있을 것 등의 진단기준을 제시하고 있다.

라. 한국표준질병 사인분류(Korean standard classification of diseases, KCD)는 DSM-5에서 언급한 증상의 개수 등을 고려하여 우울장애를 경도, 중등도, 고도(중증)로 분류하고 있는데, '우울병 에피소드가 뚜렷하며 의기소침, 특히 자부심의 소실이나 죄책감을 느끼고 자살충동이나 행위가 일반적이며 많은 신체적 증상이 동반되는 경우'를 고도(중증)로

보고 있다.

마. 위와 같이 주요우울장애와 자살의 관련성에 관한 의학적 판단기준이 확립되어 있으므로, 사실심 법원으로서도 주요우울장애로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 이르러 자살하였다고 볼 만한 의학적 견해가 증거로 제출되었다면 함부로 이를 부정할 수 없다. 만약 법원이 그러한 의학적 소견과 다르게 인과관계를 추단하려면 다른 의학적·전문적 자료에 기하여 신중하게 판단하여야 한다.

## 2. 보험금 청구권의 소멸시효 기산점

가. 구 상법(2014. 3. 11. 법률 제12397호로 개정되기 전의 것) 제662조는 보험금청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 규정하였다(위 상법개정으로 보험금 청구권의 소멸시효는 3년으로 변경되었다). 보험금청구권의 소멸시효는 특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 보험사고가 발생한 때부터 진행한다. 그렇지만 보험사고가 발생한 것인지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은, 보험금청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반하고 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합하지 않으므로, 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결 등 참조).

나. 이른바 단체보험에서 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약 내지 상해보험계약을 체결하는 경우에는 보험자는 보험계약자에게만 보험증권을 교부하고, 피보험자인 구성원 개인에 대하여는 보험증권을 교부할 필요가 없다(상법 제735조의3, 제739조). 따라서 단체보험의 피보험자가 사망하여 재해사망보험금을 청구하려는 상속인 입장에서는 일반적인 개인보험보다 보험계약의 존재와 보험계약 내용을 파악하여 보험금 청구요건 해당 여부를 확인하는 데에 어려움을 겪을 수 있다.

다. 보험약관에서 사망보험금 지급요건에 관하여 ‘피보험자의 고의로 보험금 지급사유가 발생한 경우는 보험자가 면책되나, 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을 해친 경우에는 보험금을 지급한다.’는 내용의 보험자의 면책사유 및 그 예외사유가 규정되어 있는 경우, 주요우울장애로 인하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살하였다는 이유로 재해사망보험금을 청구하려는 상속인은 사망 사실뿐 아니라 약관상 면책의 예외사유에 해당한다는 점까지 소명할 수 있는 자료를 갖추기 어려운 경우가 일반적일 것이기 때문에, 쉽게 보험금 청구에 나서기 어려운 측면이 있다.

☞ 망인이 우울증을 앓다가 자살에 이르자 망인의 유가족이 재해사망보험금을 청구한 사건에서, 망인이 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살에 이르게 된 것이라고 볼 증거가 부족하다고 본 원심판단에 대해, 대법원은 이미 주요우울장애와 자살의 연관성 및 주요우울장애에 대한 판단기준이 의학적으로 정립되어 있고, 이 사건의 경우 망인이 주요우울장애로 인해 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살에 이르게 된 것으로 보인다는 취지로 인과관계를 인정한 의학적 소견이 나타나 있는 이상, 구체적이고 전문적, 의학적인 근거 없이 이에 반하는 인과관계 판단을 한 원심판단은 타당하지 않다고 판단함

☞ 다만 대법원은 재해사망보험금청구권의 소멸시효 기산점은 원칙적으로 사망시이고, 예외적인 사정이 인정되는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로 보아야 하는데, 이 사건의 경우 우울증으로 인한 자살이 자유로운 의사결정을 할 수 없었던 상태에서의 자살인지 여부, 망인의 보험이 단체보험이어서 보험금청구권자가 그 정확한 내용을 파악하기 어려운 사정 등은 인정되나 그 정도만으로는 위와 같은 예외적인 사정에 해당한다고까지 보기는 어렵다고 보아, 소멸시효 완성을 이유로 원고의 보험금청구를 기각한 원심판단의 결론이 타당하다고 판단하여 상고를 기각한 사안임

## 2018다271909 사해행위취소 (가) 파기환송

### [채권자취소소송에서 제척기간이 문제된 사건]

◇채권자가 수익자와 전득자를 공동피고로 삼아 채권자취소의 소를 제기하면서 청구취지로 '채무자와 수익자 사이의 사해행위 취소청구'를 구하는 취지임을 명시한 경우 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하면서 채권자취소권을 행사한 것으로 보아야 하는지 여부◇

채권자취소의 소는 채권자가 취소 원인을 안 날부터 1년 내에 제기하여야 한다(민법 제406조 제2항).

채권자가 수익자와 전득자를 공동피고로 삼아 채권자취소의 소를 제기하면서 청구취지로 '채무자와 수익자 사이의 사해행위 취소 청구'를 구하는 취지임을 명시한 경우 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하면서 채권자취소권을 행사한 것으로 보아야 한다. 사해행위 취소를 구하는 취지를 수익자에 대한 청구취지와 전득자에 대한 청구취지로 분리하여 각각 기재하지 않았다고 하더라도 취소를 구하는 취지가 수익자에 대한 청구에 한정된 것이라고 볼 수는 없다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다

46647 판결 참조).

☞ 원고는 갑에 대한 채권자로서, 갑 소유인 이 사건 토지에 관하여 ① 갑은 을과 이 사건 매매계약을 하고 1차 소유권이전등기를 하고, ② 을은 병과 2차 매매계약을 하고 2차 소유권이전등기를 하고, ③ 병은 정과 3차 신탁계약을 체결하고 3차 소유권이전등기를 하자, 수익자인 을, 전득자인 병과 정을 상대로 이 사건 매매계약, 2차 매매계약, 3차 신탁계약이 사해행위임을 이유로 이를 모두 취소하고, 원상회복으로 1, 2, 3차 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였는데, 제1심에서 주소보정명령 불이행을 이유로 을에 대한 소장각하명령이 확정됨. 제1심은 ① 사해행위취소 청구 부분의 경우 2차 매매계약, 3차 신탁계약의 취소를 구하는 것은 소의 이익이 없다는 이유로 각하하고, ② 소유권이전등기 말소청구 부분을 기각하였음. 원고는 원심에서 병과 정에 대한 청구취지를 이 사건 매매계약의 취소와 2, 3차 소유권이전등기의 말소를 구하는 것으로 정리하였는데, 원심은 이 사건 매매계약 취소 청구에 대해 종전 2차 매매계약과 3차 신탁계약 취소 청구에서 교환적으로 변경되었고, 제척기간 1년이 지나 변경되었다는 이유로 각하하고, 그에 따라 2, 3차 소유권이전등기 말소청구 부분에 대한 원고의 항소를 기각함

☞ 소장 기재 청구취지에는 원고가 전득자인 피고들에 대한 관계에서 이 사건 매매계약의 취소를 구하는 청구가 포함되어 있다고 보아야 하고, 항소심에서 위와 같이 청구취지를 변경한 때에 비로소 전득자들인 피고들을 상대로 이 사건 매매계약의 취소를 구하는 소를 제기하였다고 보기 어려우므로, 원고의 피고들에 대한 소 중 이 사건 매매계약의 취소를 구하는 부분은 제척기간이 지나기 전에 제기되어 적법하다는 이유로 원심을 파기 환송함

## **2018다304380, 304397(병합) 공사대금, 유치권확인 (라) 파기환송**

**[채권조사확정재판에서 어떤 채권을 회생담보권으로 확정된 경우, 동일한 채권을 회생채권으로 확정할 이익은 없다고 판단한 사건]**

◇회생담보권으로 확정된 채권을 회생채권으로 확정할 이익이 있는지 여부(소극)◇

회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 회생담보권으로 한다[「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제141조 제1항]. 회생담보권은 회생채권 중에서 유치권 등의 담보권에 의하여 담보된 범위의 채권을 의미하므로, 채권조사확정재판 또

는 채권조사확정재판에 대한 이의의 소에서 어떠한 채권을 회생담보권으로 확정하는 경우, 동일한 채권을 회생채권으로 확정할 이익은 없다고 보아야 한다.

☞ 원고(채권자)가 피고(채무자)를 상대로 공사대금채권이 있다고 주장하면서 공사대금의 지급을 구하는 이행청구와 그 공사대금채권에 기한 유치권확인청구를 병합하여 제기하였는데, 원심 계속 중 채무자에 대한 회생절차가 개시되었음. 이에 원고는 공사대금이행청구를 회생채권 확정청구로, 유치권확인청구를 회생담보권 확정청구로 청구취지를 각각 변경하였음. 원심은 공사대금채권을 회생담보권으로 확정하면서 동일한 공사대금채권을 회생채권으로도 확정하는 판결을 선고함. 대법원은 회생담보권으로 확정된 채권을 회생채권으로 중복하여 확정할 이익이 없다는 이유로 원심판결을 파기하였음

**2019다202795(본소), 202801(반소)    소유권이전등기(본소), 토지인도(반소)    (바) 상고기각**

**[점유의 소와 본권의 소와의 관계]**

◇1. 토지 소유자가 무권원 점유자의 토지점유를 실력으로 빼앗아 점유자가 소유자를 상대로 제기한 점유권에 기한 본소(민법 제204조의 점유물반환청구)와 소유자의 소유권에 기한 예비적 반소(민법 제213조의 소유물반환청구)가 모두 이유 있는 경우 법원이 취할 조치(=본소와 반소 모두 인용), 2. 양 청구가 모두 인용·확정된 경우 집행단계에서 점유권에 기한 본소 집행을 허용해야하는지 여부(=원칙적 긍정)◇

1. 점유권에 기한 소와 본권에 기한 소는 서로 영향을 미치지 아니하고, 점유권에 기한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못하므로 점유회수의 청구에 대하여 점유침탈자가 점유물에 대한 본권이 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다(민법 제208조, 대법원 1967. 6. 20. 선고 67다479 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18294 판결 등 참조). 그러므로 점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기한 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 점유권에 기한 본소와 본권에 기한 예비적 반소를 모두 인용해야하고 점유권에 기한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다.

2. 그리하여 이 사건과 같이 점유회수의 본소에 대하여 본권자가 소유권에 기한 인도를 구하는 반소를 제기하여 본소청구와 예비적 반소청구가 모두 인용되어 확정되면, 점유자가 본소 확정판결에 의하여 집행문을 부여받아 강제집행으로 물건의 점유를 회복할 수 있다. 본권자의 소유권에 기한 반소청구는 본소의 의무 실현을 정지조건으로 하므로, 본권자는 위 본소 집행 후 집행문을 부여받아 비로소 반소 확정판결에 따른 강제집행으로

물건의 점유를 회복할 수 있다. 이러한 과정은 애당초 본권자가 허용되지 않는 자력구제로 점유를 회복한 데 따른 것으로 그 과정에서 본권자가 점유 침탈 중 설치한 장애물 등이 제거될 수 있다. 다만 점유자의 점유 회수의 집행이 무의미한 점유상태의 변경을 반복하는 것에 불과할 뿐 아무런 실익이 없거나 본권자로 하여금 점유 회수의 집행을 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다4862 판결 등 참조), 또는 점유자가 점유권에 기한 본소 승소 확정판결을 장기간 강제집행하지 않음으로써 본권자의 예비적 반소 승소 확정판결까지 조건불성취로 강제집행에 나아갈 수 없게 되는 등 특별한 사정이 있다면 본권자는 점유자가 제기하여 승소한 본소 확정판결에 대한 청구이의의 소를 통해서 점유권에 기한 강제집행을 저지할 수 있다.

☞ 토지 소유자(피고)가 무권원 점유자(원고)의 점유를 실력으로 침탈하여 해당토지에 대하여 점유권에 기한 본소(민법 제204조의 점유물반환청구)와 소유권에 기한 예비적 반소(민법 제213조의 소유물반환청구)가 제기된 사안에서, 피고가 토지 소유자로서 해당토지에 대한 본권을 가지더라도 민법 제208조에 따라 이를 이유로 원고의 점유권에 기한 본소를 배척해서는 안 되고, 집행단계에서도 점유권에 기한 본소의 집행이 원칙적으로 허용된다고 보아 양 당사자의 신의칙 또는 점유권에 관한 법리오해 주장을 배척하고 원심판단을 수긍하여 상고기각함

**2019다277133 학교시설사업비 (라) 파기이송**

**[학교시설 설치비용의 부담 주체에 관하여 공영개발사업시행자와 교육감 사이에 합의가 이루어지지 않은 경우, 법원이 제반 사정을 고려하여 비용부담자를 결정할 수 있다고 판단한 사건]**

◇구 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」 제4조의2 해석 방법◇

구 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」(2017. 3. 21. 법률 제14604호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 학교용지법'이라고 한다) 제4조의2에 의하면, 제4조 제3항 제1호 각 목에 따른 개발사업시행자가 수도권정비계획법 제2조 제1호에 따른 수도권에서 학교용지를 무상으로 공급하는 개발사업을 하는 경우 소공원 및 조경녹지를 포함한 학교시설을 설치하여 시·도 교육비특별회계 소관 공유재산으로 시·도 교육청에 무상공급하여야 한다(제1항). 제1항에 따라 학교시설을 설치하는 개발사업시행자는 학교의 수·규모, 학교부지에 설치하는 소공원 및 조경녹지, 개교시기 및 설립비용 등에 관하여 교육감과 협의하여야 한다(제2항). 제1항에 따라 학교시설을 설치하는 개발사업시행자는 해당 개발지역에 「도시공

원 및 녹지 등에 관한 법률」 제14조 제2항에도 불구하고 같은 항에 따른 기준면적에서 개발사업면적의 최대 100분의 1을 뺀 면적을 도시공원 또는 녹지로 확보할 수 있다(제3항). 제3항에 따라 도시공원 및 녹지를 축소함에 따라 발생하는 개발이익은 학교시설의 설치비용으로 사용하여야 한다(제4항). 제1항에 따라 학교시설을 설치하는 경우 그 비용이 제4항에 따른 개발이익보다 많을 경우 제2항에 따른 협의를 통하여 그 차액을 확정하고 교육감이 분담한다(제5항).

구 학교용지법 제4조의2는, 각종 개발사업으로 인한 학교설립 수요가 증가하고 있으나 일부 지역의 경우 재원 부족으로 학교 신설이 어려워 해당 개발사업이 지연되거나 학교가 없는 상태에서 주택이 분양되는 등의 문제점을 개선하고 원고와 같은 공영개발사업시행자의 경우에 학교용지뿐만 아니라 학교시설까지도 무상공급하도록 함으로써 공영개발사업시행자의 책임을 강화하기 위하여, 2009. 5. 28. 법률 제9743호 개정법률에서 신설된 규정이다. 따라서 구 학교용지법 제4조의2 각 항은 이러한 입법취지에 비추어 '공영개발사업시행자의 학교시설 무상공급 제도'라는 관점에서 이해하여야 한다.

즉 구 학교용지법 제4조의2 제3항, 제4항은 공영개발사업시행자가 제1항에 따라 학교시설 무상공급 의무를 부담하게 되는 경우에 해당 개발지역에서 관계법령에서 정한 기준면적보다 도시공원 또는 녹지를 덜 조성하는 것을 허용하고 해당 토지를 주택용지나 상업용지 등으로 조성·분양하여 발생하는 개발이익을 학교시설 설치비용에 충당하도록 함으로써, 학교시설 무상공급으로 인해 야기되는 공영개발사업시행자의 비용을 합리적 범위에서 일부라도 보전해 주고자 하는 데 그 입법취지가 있고, 비용보전이 이루어지는 범위 내에서만 공영개발사업시행자가 학교시설 설치비용을 부담하는 것이라고 볼 수는 없다.

다만 구 학교용지법 제4조의2 제2항, 제5항에 의하면, 제1항에 따른 학교시설 설치비용에서 도시공원 및 녹지 축소를 통한 개발이익을 공제한 '차액'을 협의를 통해서 확정하고 교육감이 이를 '분담'하여야 하는데, 그 차액의 '분담'에 관하여 공영개발사업시행자와 교육감 사이에 합의가 성립되지 않은 경우에는 제1항에서 정한 공영개발사업시행자의 학교시설 무상제공 원칙을 기본으로 하면서, 해당 개발사업과 관련하여 신설하게 된 각급 학교의 전체 설치비용, 그중 공영개발사업시행자와 교육감이 실제 지출한 비용의 내용과 규모, 구 학교용지법 제4조의2 제1항에 따라 학교시설 부지에 소공원 및 조경녹지를 설치하거나 그 밖에 교육감의 특별한 요구에 따라 증가한 비용의 내용과 정도 등 제반 사정을 종합하여 공영개발사업시행자와 교육감 사이의 그 차액 분담 방식이나 비율을 결정함이 타당하며, 공영개발사업시행자는 자신이 실제 지출한 비용 중 자신의 분담 부분을 초과하는 금액에 한하여 교육감에게 상환을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

☞ 서울 강남·서초 보금자리주택지구 개발사업 시행자인 원고(한국토지주택공사)와 피고(서울특별시) 교육감이 위 사업지구 내에 설치할 세명초등학교, 세곡중학교, 우솔초등학교 설치비용에 관하여 협약을 체결하면서 학교시설사업비·내부비품비 508억 원은 교육감이 부담하기로 하였으나, 자본비용(건설자금이자) 27억 원에 관하여는 부담주체를 결정하지 못하였고, ‘본 협약에 규정되지 아니한 사항과 해석에 관하여 상호 의견이 다를 경우에는 협의하여 결정하거나 관련법령 등에 따른다’라고 협약을 체결함

☞ 한국토지주택공사가 학교시설 설치공사를 실시하여 서울특별시 교육감에게 학교를 인도하였고, 교육감은 학교시설사업비·내부비품비 508억 원을 지급하였음. 한국토지주택공사는 자본비용(건설자금이자) 27억 원도 지급해 줄 것을 요청하였으나 교육감은 이를 거절하였고, 한국토지주택공사가 위 27억 원의 지급을 구하는 소를 제기하여 원심에서 승소하였음

☞ 대법원은 다음과 같이 판단하여 원심판결을 파기하고 사건을 서울행정법원으로 이송함. (1) 학교설치에 소요되는 일반적인 비용(시설사업비 및 내부비품비)은 서울특별시 교육감이 전액 부담하고, 다만 자본비용(건설자금이자)에 한해서 누가 얼마만큼 부담할지에 관해서 합의가 성립하지 않았으므로, 구 학교용지법 제4조의2의 정당한 해석에 따라 그 비용 부담 의무자를 결정하여야 함. (2) 구 학교용지법 제4조의2의 정당한 해석에 의하면, 학교시설 설치비용의 ‘분담’에 관하여 공영개발사업시행자와 교육감 사이에 합의가 성립되지 않은 경우에는 법원이 제반 사정을 종합하여 공영개발사업시행자와 교육감 사이의 그 차액 분담 방식이나 비율을 결정할 수 있음. (3) 서울특별시 교육감이 자본비용을 제외한 나머지 학교시설 설치비용(시설사업비 및 내부비품비) 508억 원을 이미 원고에게 지급한 점, 원고가 구하는 이 사건 자본비용은 27억 원으로 위 508억 원의 5% 정도에 불과한바, 자본비용을 제외하더라도 서울특별시 교육감이 학교시설 설치비용 중 거의 대부분을 부담한 것으로 볼 수 있는 점, 자본비용까지 서울특별시 교육감이 부담할 경우 원고는 학교시설 설치비용을 전혀 부담하지 않게 되는데, 이는 학교시설 설치비용을 분담한다고 규정한 구 학교용지법 제4조의2 제5항의 취지에 반하는 점 등 이 사건에 나타난 제반 사정을 종합하면, 학교시설을 설치하는 데 필요한 자본비용은 원고가 부담함이 타당함. (4) 이와 달리 판단한 원심판결은 받아들일 수 없어 파기되어야 함. 그런데 한국토지주택공사와 관할 교육감이 체결한 협약은 공법상 계약에 해당하고, 이와 관련한 계약상 의무의 존부·범위에 관한 분쟁은 공법상 당사자소송의 대상이라고 보아야 하므로, 행정소송으로 심리·판단되어야 함. 따라서 제1심 관할법원인 서울행정법원으로 이송함

**2019다297663 소유권이전등기 (타) 파기환송(일부)**

**[울산광역시가 울산고속도로의 진입도로에 편입된 토지에 관하여 피고를 상대로 소유권이전등기를 청구하는 사건]**

◇이 사건 진입도로에 관한 원고(울산광역시)의 자주점유 추정 반복 여부◇

국가나 지방자치단체가 점유하는 토지에 대하여 취득시효의 완성을 주장하는 경우 그 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다 하더라도 그 점유의 경위와 용도, 국가 등이 점유를 개시한 후에 지적공부 등에 그 토지의 소유자로 등재된 자가 소유권을 행사하려고 노력하였는지 여부, 함께 분할된 다른 토지의 이용 또는 처분관계 등 여러 가지 사정을 감안할 때 국가 등이 점유 개시 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성을 배제할 수 없는 경우에는, 국가나 지방자치단체가 소유권 취득의 법률요건이 없이 그러한 사정을 잘 알면서 무단점유한 것이 증명되었다고 보기 어려우므로 자주점유의 추정은 깨어지지 않는다고 할 것이다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2010다94731, 94748 판결, 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019다236620 판결 등 참조).

☞ 이 사건 각 토지는 울산고속도로에 진입하기 위한 울산광역시 내의 진입도로에 편입된 토지로서, 원고(울산광역시)는 이 사건 각 토지에 관하여, 주위적으로는 이 사건 각 토지를 기부채납받았다는 이유로, 예비적으로는 이 사건 각 토지에 관한 원고의 점유취득시효가 완성되었다는 이유로 그 소유권이전등기를 청구함

☞ 원심은 원고 주장의 기부채납 약정이 성립하였다고 단정하기 어렵고, 이 사건 각 토지에 관한 원고의 자주점유 추정이 깨어졌다는 이유로, 원고의 청구를 모두 기각함

☞ 대법원은 원심판결 중 주위적 청구에 관한 부분은 수긍하였으나, 예비적 청구에 관한 부분은 다음과 같은 이유로 파기환송함. 즉 원고가 그 주장과 같이 이 사건 각 토지를 기부채납 받았다는 점에 관한 근거 서류를 제출하지 못하고 있다 하더라도, 원고가 이 사건 각 토지를 점유할 당시 그 구체적인 내용은 다소 불분명하지만 한신부동산 주식회사가 원고에게 이 사건 각 토지의 소유권을 양도하였을 가능성이 충분히 있으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 이 사건 각 토지에 대한 원고의 자주점유 추정이 반복된다고 보기 어렵다고 하였음

**2020다259506 채무부존재확인 (타) 파기환송**

**[항소심에서 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 의한 판결서 간략 기재 가능 여부]**

◇판결에 이유의 기재가 누락되거나 불명확한 경우, 민사소송법 제424조 제1항 제6호의 절대적 상고이유가 되는지 여부 및 항소심에서 민사소송법 제208조 제3항 제3호를 적용

## 하여 판결 이유 간략 기재가 가능한지 여부◇

1. 판결서에는 그 이유를 기재하여야 하고, 그 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하여야 한다(민사소송법 제208조 제2항). 판결에 이유를 기재하도록 하는 법률의 취지는 법원이 증거에 의하여 인정한 구체적 사실에 법규를 적용하여 결론을 도출하는 방식으로 이루어진 판단과정이 불합리하거나 주관적이 아니라는 것을 보장하기 위하여 그 재판과정에서 이루어진 사실인정과 법규의 선정, 적용 및 추론의 합리성과 객관성을 검증하려고 하는 것이므로, 판결의 이유는 그와 같은 과정이 합리적·객관적이라는 것을 밝힐 수 있도록 그 결론에 이르게 된 과정에 필요한 판단을 기재하여야 하고, 그와 같은 기재가 누락되거나 불명확한 경우에는 민사소송법 제424조 제1항 제6호의 상고이유가 된다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다38624 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다53110 판결 등 참조).

2. 민사소송법 제208조 제2항의 규정에도 불구하고 제1심 판결로서 '피고가 민사소송법 제194조 내지 제196조의 규정에 의한 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 아니한 경우의 판결(이하 '공시송달 판결'이라 한다)'에 해당하는 경우에는 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항과 같은 법 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다(민사소송법 제208조 제3항 제3호). 한편 항소심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 민사소송법 제2편 제1장 내지 제3장에서 정한 제1심의 소송절차에 관한 규정을 준용하지만(민사소송법 제408조), 같은 법 제208조 제3항 제3호를 준용하는 규정은 별도로 두고 있지 않다. 오히려 항소심이 판결 이유를 적을 때에는 제1심 판결을 인용할 수 있지만, 제1심 판결이 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 작성된 경우에는 이를 인용할 수 없다(민사소송법 제420조). 위와 같은 규정들의 내용과 그 취지를 종합하면, 공시송달 판결을 하는 경우 제1심은 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항과 같은 법 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있지만, 당사자의 불복신청 범위에서 제1심 판결의 당부를 판단하는 항소심은 그와 같이 간략하게 표시할 수 없고, 같은 법 제208조 제2항에 따라 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하여야 한다.

☞ 항소심에서는 민사소송법 제208조 제3항 제3호를 적용하여 판결 이유를 간략하게 기재할 수 없음에도, 원고들의 이 사건 채무부존재 확인청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 원고들이 항소한 사건에서 피고가 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 않자 제1심 판결을 취소하고 원고들의 위 청구를 인용하는 판결을 하면서 민사소송

법 제208조 제3항 제3호를 적용하여 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항만을 간략하게 표시하였을 뿐 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하지 않은 원심판결에는 민사소송법 제208조 제3항 제3호의 적용에 관한 법리를 오해하여 판결의 이유를 제대로 밝히지 않은 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기환송한 사안임

## 2017므12552 이혼 및 위자료 등 (가) 상고기각

### [외국 국적의 원고가 이혼과 위자료 및 재산분할을 청구한 사건]

◇당사자가 외국인인 가사사건(특히 혼인관계사건)에서 국제재판관할권을 판단하는 기준◇

국제사법 제2조 제1항은 “법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.”라고 정하고 있다. ‘실질적 관련성’은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 정도로 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 관련성이 있는 것을 뜻한다. 이를 판단할 때에는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. 구체적으로는 당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율, 판결의 실효성과 같은 법원이나 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다. 이처럼 다양한 국제재판관할의 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있는지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 참조).

국제사법 제2조 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.”라고 정하고 있다. 따라서 국제재판관할권을 판단할 때 국내법의 관할 규정을 가장 기본적인 판단 기준으로 삼되, 해당 사건의 법적 성격이나 그 밖의 개별적·구체적 사정을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 합리적으로 수정할 수 있다(위 대법원 2016다33752 판결 참조).

국제재판관할권에 관한 국제사법 제2조는 가사사건에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 가사사건에 대하여 대한민국 법원이 재판관할권을 가지려면 대한민국이 해당 사건의 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 실질적 관련성이 있어야 한다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결 참조). 그런데 가사사건은 일반 민사사건과 달리 공동생활의 근간이 되는 가족

과 친족이라는 신분관계에 관한 사건이거나 신분관계와 밀접하게 관련된 재산, 권리, 그 밖의 법률관계에 관한 사건으로서 사회생활의 기본토대에 중대한 영향을 미친다. 가사사건에서는 피고의 방어권 보장뿐만 아니라 해당 쟁점에 대한 재판의 적정과 능률, 당사자의 정당한 이익 보호, 가족제도와 사회질서의 유지 등 공적 가치를 가지는 요소도 고려할 필요가 있다. 따라서 가사사건에서 '실질적 관련성의 유무'는 국내법의 관할 규정뿐만 아니라 당사자의 국적이나 주소 또는 상거소(常居所), 분쟁의 원인이 되는 사실관계가 이루어진 장소(예를 들어 혼인의 취소나 이혼 사유가 발생한 장소, 자녀의 양육권이 문제되는 경우 자녀가 생활하는 곳, 재산분할이 주요 쟁점인 경우 해당 재산의 소재지 등), 해당 사건에 적용되는 준거법, 사건 관련자료(증인이나 물적 증거, 준거법 해석과 적용을 위한 자료, 그 밖의 소송자료 등) 수집의 용이성, 당사자들 소송 수행의 편의와 권익보호의 필요성, 판결의 실효성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

☞ 원고는 피고가 국적국인 캐나다가 아닌 대한민국에 머물면서 원고와 1년 이상 별거하여 원고를 악의로 유기하고 종전 혼인관계와 재산의 사용에 관하여 기망하는 등 정신적 고통을 입혔다는 이유로 이혼을 청구함과 함께 그에 따른 재산분할을 청구하여 원심 법원이 이를 받아들였고 피고가 상고이유로 국제재판관할권 위반 등을 주장한 사건에서, 대한민국에 당사자들의 국적이나 주소가 없어 대한민국 법원에 국내법의 관할 규정에 따른 관할이 인정되기 어려운 경우라도 이혼청구의 주요 원인이 된 사실관계가 대한민국에서 형성되었고(부부의 국적이나 주소가 해외에 있더라도 부부의 한 쪽이 대한민국에 상당 기간 체류함으로써 부부의 별거상태가 형성되는 경우 등) 이혼과 함께 청구된 재산분할사건에서 대한민국에 있는 재산이 재산분할대상인지 여부가 첨예하게 다투어지고 있는 사정 등이 있다면, 피고의 예측가능성, 당사자의 권리구제, 해당 쟁점의 심리 편의와 판결의 실효성 차원에서 대한민국과 해당 사안 간의 실질적 관련성을 인정할 수 있다고 판단하여 상고기각한 사안임

**형 사**

**2018도9781 준강제추행 (바) 파기환송**

**[준강제추행죄와 피해자의 블랙아웃 상태가 문제되는 사건]**

◇1. 준강간죄·준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태의 의미, 2. 알코올 블랙아웃의 개념 및 형사법적인 의미, 3. 준강간·준강제추행죄에서 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우 법원이 심리하여야 할 사항◇

가. 형법 제299조는 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 추행을 한 자’를 처벌하도록 규정한다. 이러한 준강제추행죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하며, 그 성적 자기결정권은 원치 않는 성적 관계를 거부할 권리라는 소극적 측면을 말한다(대법원 2020. 8. 27 선고 2015도9436 전원합의체 판결 참조).

나. 준강간죄에서 ‘심신상실’이란 정신기능의 장애로 인하여 성적 행위에 대한 정상적인 판단능력이 없는 상태를 의미하고, ‘항거불능’의 상태라 함은 심신상실 이외의 원인으로 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도9422 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결 등 참조). 이는 준강제추행죄의 경우에도 마찬가지이다. 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면 준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다.

다. 1) 의학적 개념으로서의 ‘알코올 블랙아웃(black out)’은 중증도 이상의 알코올 혈중농도, 특히 단기간 폭음으로 알코올 혈중농도가 급격히 올라간 경우 그 알코올 성분이 외부 자극에 대하여 기록하고 해석하는 인코딩 과정(기억형성에 관여하는 뇌의 특정 기능)에 영향을 미침으로써 행위자가 일정한 시점에 진행되었던 사실에 대한 기억을 상실하는 것을 말한다.

알코올 블랙아웃은 인코딩 손상의 정도에 따라 단편적인 블랙아웃과 전면적인 블랙아웃이 모두 포함한다. 그러나 알코올의 심각한 독성화와 전형적으로 결부된 형태로서의 의식상실의 상태, 즉 알코올의 최면진정작용으로 인하여 수면에 빠지는 의식상실(passing out)과 구별되는 개념이다.

2) 따라서 음주 후 준강간 또는 준강제추행을 당하였음을 호소한 피해자의 경우, 범행 당시 알코올이 위의 기억형성의 실패만을 야기한 알코올 블랙아웃 상태였다면 피해자는 기억장애 외에 인지기능이나 의식 상태의 장애에 이르렀다고 인정하기 어렵지만, 이에 비하여 피해자가 술에 취해 수면상태에 빠지는 등 의식을 상실한 패싱아웃 상태였다면 심신상실의 상태에 있었음을 인정할 수 있다.

또한 앞서 본 ‘준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실·항거불능’의 개념에 비추어, 피해자가 의식상실 상태에 빠져 있지는 않지만 알코올의 영향으로 의사를 형성할 능력이나 성적 자기결정권 침해행위에 맞서려는 저항력이 현저하게 저하된 상태였다면 ‘항거불능’에 해당하여, 이러한 피해자에 대한 성적 행위 역시 준강간죄 또는 준강제추행죄

를 구성할 수 있다.

3) 그런데 법의학 분야에서는 알코올 블랙아웃이 '술을 마시는 동안에 일어난 중요한 사건에 대한 기억상실'로 정의되기도 하며, 일반인 입장에서는 '음주 후 발생한 광범위한 인지기능 장애 또는 의식상실'까지 통칭하기도 한다.

4) 따라서 음주로 심신상실 상태에 있는 피해자에 대하여 준강간 또는 준강제추행을 하였음을 이유로 기소된 피고인이 '피해자가 범행 당시 의식상실 상태가 아니었고 그 후 기억하지 못할 뿐이다.'라는 취지에서 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우, 법원은 피해자의 범행 당시 음주량과 음주 속도, 경과한 시간, 피해자의 평소 주량, 피해자가 평소 음주 후 기억장애를 경험하였는지 여부 등 피해자의 신체 및 의식상태가 범행 당시 알코올 블랙아웃인지 아니면 패싱아웃 또는 행위통제능력이 현저히 저하된 상태였는지를 구분할 수 있는 사정들과 더불어 CCTV나 목격자를 통하여 확인되는 당시 피해자의 상태, 언동, 피고인과의 평소 관계, 만나게 된 경위, 성적 접촉이 이루어진 장소와 방식, 그 계기와 정황, 피해자의 연령·경험 등 특성, 성에 대한 인식 정도, 심리적·정서적 상태, 피해자와 성적 관계를 맺게 된 경위에 대한 피고인의 진술 내용의 합리성, 사건 이후 피고인과 피해자의 반응을 비롯한 제반 사정을 면밀하게 살펴 범행 당시 피해자가 심신상실 또는 항거불능 상태에 있었는지 여부를 판단해야 한다.

또한 피해사실 전후의 객관적 정황상 피해자가 심신상실 등이 의심될 정도로 비정상적인 상태에 있었음이 밝혀진 경우 혹은 피해자와 피고인의 관계 등에 비추어 피해자가 정상적인 상태하에서라면 피고인과 성적 관계를 맺거나 이에 수동적으로나마 동의하리라고 도저히 기대하기 어려운 사정이 인정되는데도, 피해자의 단편적인 모습만으로 피해자가 단순히 '알코올 블랙아웃'에 해당하여 심신상실 상태에 있지 않았다고 단정하여서는 안된다.

☞ 피해자와 일면식 없던 28세의 피고인이 술에 취한 18세의 피해자를 모텔에 데리고 가 추행을 한 사안

☞ 지인과 노래방에 갔던 피해자는 취기가 올라 화장실로 가 토했 이후 자신의 일행이나 소지품이 어디에 있는지 기억을 하지 못하여 노래방으로 돌아가지 못한 채로 건물 주변을 배회하던 중 피고인을 만났고, 알코올 블랙아웃 현상으로 인하여 화장실에 간 이후의 상황을 기억하지 못함. 피고인은 피해자가 '모텔에서 한숨 자고 싶다'고 말하는 것을 '원나잇'으로 이해하고 피해자와 함께 모텔에 갔고, 피해자가 모텔까지 스스로 걸어갔으며, 피해자가 키스를 하고 가슴을 만지는 것에 동의하였다는 취지로 주장하였음. 한편 피해자의 지인과 모친의 실종 신고를 받은 경찰이 피해자를 찾기 위해 모텔 방으로 갔을 때

피해자는 상의를 모두 벗고 하의는 치마만 입을 채로 누워있었음

☞ 원심은 CCTV상 당시 피해자가 몸을 가누지 못할 정도로 비틀거리지는 않았고, 모텔 인터폰을 통해 자신의 이름을 또박또박 말하였으며, 피해자가 의식이 있는 상태에서 스스로 행동한 부분도 기억하지 못할 가능성이 있다는 등의 이유로 준강제추행죄를 유죄로 인정한 제1심을 파기하고 무죄를 선고하였음

☞ 이에 대하여 대법원은 위와 같은 법리 및 ① 피해자가 ‘음주 후 필름이 끊겼다.’고 진술한 경우 음주량과 음주속도 등 앞서 본 사정들을 심리하지 않은 채 알코올 블랙아웃의 가능성을 험사리 인정하여서는 안 되고, ② 알코올의 영향은 개인적 특성 및 상황에 따라 다르게 나타날 수 있으므로, 피해자가 어느 순간 몸을 가누지 못할 정도로 비틀거리지는 않고 스스로 걸을 수 있다거나, 자신의 이름을 대답하는 등의 행동이 가능하였다는 점만을 들어 범행 당시 심신상실 등 상태에 있지 않았다고 선불리 단정할 것은 아니며, ③ 피해자와 피고인의 관계, 연령 차이, 피해자가 피고인을 만나기 전까지의 상황, 함께 모텔에 가게 된 경위 등 사정에 비추어 볼 때 피해자가 피고인과 성적 관계를 맺는 것에 동의하였다고 볼 정황을 확인할 수 없고, 이러한 제반 사정에 대한 고려 없이, 블랙아웃이 발생하여 피해자가 당시 상황을 기억하지 못한다는 이유만으로 바로 피해자가 동의를 하였을 가능성이 있다고 보아 이를 합리적 의심의 근거로 삼는 것은 타당하지 않다는 등의 이유를 들어 법리오해 및 심리미진 취지로 원심을 파기하였음

## 2020도3439 예비군법위반 (가) 상고기각

**[여호와의 증인 신도인 피고인이 ‘종교적 신념’을 이유로 예비군훈련을 거부하였다는 이유로 예비군법위반죄로 기소된 사건]**

◇종교적 신념을 이유로 예비군훈련을 거부하는 것이 예비군법 제15조 제9항 제1호에서 정한 ‘정당한 사유’에 해당하는지 여부◇

1. 병역법 제88조 제1항은 본문에서 “현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하면서, 제1호에서 ‘현역입영은 3일’이라고 정하고 있다. 위 조항에서 정한 정당한 사유가 있는지를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등은 물론 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려해야 한다. 병역의무의 부과와 구체적 병역처분 과정에서 고려되지 않은 사정이라 하더라도, 입영하지 않은 병역의무자가 처한 구

체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 해당할 수 있다고 보아야 한다. 설령 그 사정이 단순히 일시적이지 않다거나 다른 이들에게는 일어나지 않는 일이라 하더라도 마찬가지이다.

헌법 제19조에서 보호하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것이다. 양심에 따른 병역거부, 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 징총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 이러한 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법 제19조 양심의 자유 등 기본권 규범과 헌법 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌·조정 문제가 된다.

양심적 병역거부는 소극적 부작용에 의한 양심실현에 해당한다. 국가가 개인에게 양심에 반하는 작위의무를 부과하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 함으로써 의무의 이행을 강제하는 것은 결국 내면적 양심을 포기하고 국가가 부과하는 의무를 이행하거나, 아니면 내면적 양심을 유지한 채 의무를 이행함으로써 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 선택을 강요하는 것과 다르지 않다. 양심적 병역거부자들은 헌법상 국방의 의무 자체를 부정하지는 않는다. 양심을 포기하지 않고서는 징총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행할 수 없고 징총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 것이기 때문에 그러한 병역의무의 이행만을 거부한다는 것이다. 한편 우리나라의 경제력과 국방력, 국민의 높은 안보의식 등에 비추어 이러한 양심적 병역거부를 허용한다고 하여 국가안전보장과 국토방위를 달성하는 데 큰 어려움이 있을 것으로는 보이지 않는다. 따라서 진정한 양심적 병역거부자에게 징총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강제하고 그 불이행을 처벌하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에 대한 위협이 된다.

요컨대, 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체제와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 참조).

진정한 양심은 그 신념이 깊고, 확고하며, 진실하여야 한다. 인간의 내면에 있는 양심을

직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다(위 대법원 2016도10912 전원합의체 판결 참조).

2. 예비군법 제15조 제9항 제1호는 병역법 제88조 제1항과 마찬가지로 국민의 국방의 의무를 구체화하기 위하여 마련된 것이고, 예비군훈련도 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행이라는 점에서 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 관한 위 전원합의체 판결의 법리에 따라 예비군법 제15조 제9항 제1호에서 정한 '정당한 사유'를 해석함이 타당하다. 따라서 진정한 양심에 따른 예비군훈련거부의 경우에도 예비군법 제15조 제9항 제1호에서 정한 '정당한 사유'에 해당한다고 보아야 한다.

☞ 여호와의 증인 신도인 피고인이 그 종교의 교리를 이유로 예비군훈련을 거부하여 예비군법위반죄로 기소되어 제1심과 원심에서 무죄로 인정한 사건에서, 진정한 양심에 따른 병역거부의 경우 병역법 제88조 제1항 제1호에서 정한 '정당한 사유'에 해당한다고 인정한 대법원 2016도10912 전원합의체 판결 법리에 따라, 진정한 양심에 따른 예비군훈련거부의 경우에도 예비군법 제15조 제9항 제1호에서 정한 '정당한 사유'에 해당한다고 보아, 검사의 상고를 기각한 사안임

### **2020도12103 수뢰후부정처사(일부 인정된 죄명 뇌물수수) 등 (차) 파기환송**

**[공무원이 단일하고도 계속된 범의 하에 뇌물을 여러 차례 수수하면서 일련의 부정  
한 행위를 저지른 경우, 시간적으로 제일 마지막에 저질러진 부정한 행위 이후의 뇌  
물수수 행위도 위 부정한 행위 이전의 뇌물수수 행위와 마찬가지로 형법 제131조 제  
1항에 따른 수뢰후부정처사죄의 포괄일죄를 구성하는지 여부가 쟁점인 사건]**

◇형법 제131조 제1항의 법문 중 '형법 제129조 및 제130조의 죄를 범하여'란 부분의  
의미, 일련의 뇌물수수 등 행위 중간에 부정한 행위 일부가 개재된 경우 수뢰후부정처사  
죄 등의 성립 여부 및 죄수관계◇

수뢰후부정처사죄를 정한 형법 제131조 제1항은 공무원 또는 중재인이 형법 제129조 (수뢰, 사전수뢰) 및 제130조(제3자뇌물제공)의 죄를 범하여 부정한 행위를 하는 것을 구성요건으로 하고 있다. 여기에서 '형법 제129조 및 제130조의 죄를 범하여'란 반드시 뇌물수수 등의 행위가 완료된 이후에 부정한 행위가 이루어져야 함을 의미하는 것은 아니고, 결합범 또는 결과적 가중범 등에서의 기본행위와 마찬가지로 뇌물수수 등의 행위를 하는 중에 부정한 행위를 한 경우도 포함하는 것으로 보아야 한다. 따라서 단일하고도 계속된 범의 아래 일정 기간 반복하여 일련의 뇌물수수 행위와 부정한 행위가 행하여졌고

그 뇌물수수 행위와 부정한 행위 사이에 인과관계가 인정되며 피해법익도 동일하다면, 최후의 부정한 행위 이후에 저질러진 뇌물수수 행위도 최후의 부정한 행위 이전의 뇌물수수 행위 및 부정한 행위와 함께 수뢰후부정처사죄의 포괄일죄로 처벌함이 타당하다.

☞ 원심은 수뢰후부정처사죄가 포괄일죄로 성립하는 경우라 할지라도 뇌물수수 행위가 부정한 행위보다 개별적으로도 반드시 선행하여야 한다는 전제 하에 원심 판시 범죄일람표 (1) 기재 순번 16, 17번의 뇌물수수 행위가 마지막 부정한 행위보다 시간적으로 나중에 저질러졌다는 이유만으로 위 뇌물수수 행위에 관한 수뢰후부정처사의 점을 무죄로 판단하였으나, 이러한 원심의 판단에는 수뢰후부정처사죄의 구성요건 및 포괄일죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다는 이유로 원심판결 전부를 파기환송한 사안임

## 2020도13899 의료법위반 (라) 상고기각

**[의사가 존재하지 않는 허무인(虛無人)에 대한 처방전을 작성하여 제3자에게 교부한 경우, 실존하는 환자에 대하여 진찰 없이 처방전을 작성한 경우와 마찬가지로 구 의료법 제17조 제1항 위반죄가 성립한다고 판단한 사건]**

◇허무인(虛無人)에 대한 처방전 작성이 구 의료법 제17조 제1항 위반죄에 해당하는지 여부(적극)◇

구 의료법(2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제17조 제1항은 '의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사, 치과의사, 한의사(이하 '의사 등'이라 한다)가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전(전자처방전을 포함한다)을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 또는 형사소송법 제222조 제1항에 따라 검시를 하는 지방검찰청 검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다'고 규정하고, 같은 법 제89조는 제17조 제1항을 위반한 자를 처벌하고 있다. 이는 진단서·검안서·증명서 또는 처방전이 의사 등이 환자를 직접 진찰하거나 검안한 결과를 바탕으로 의료인으로서의 판단을 표시하는 것으로서 사람의 건강상태 등을 증명하고 민·형사책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 사회적 기능을 담당하고 있어 그 정확성과 신뢰성을 담보하기 위하여 직접 진찰·검안한 의사 등만이 이를 작성·교부할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 의사가 구 의료법 제17조 제1항에 따라 직접 진찰하여야 할 환자를 진찰하지 않은 채 그 환자를 대상으로 표시하여 진단서·증명서 또는 처방전을 작성·교부하였다면 구 의료법 제17조 제1항을 위반한 것으로 보아야 하고(대법원 2013. 4. 11. 선고 2011도14690 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2014도12608 판결 등 참조), 이는 환자가 실제 존재하지 않는 허

무인(虛無人)인 경우에도 마찬가지이다.

☞ 피고인이 2016. 4. 30.경부터 2016. 7. 22.경까지 허무인 이○○ 등의 명의로 7회에 걸쳐 처방전을 작성하여 정○○에게 교부한 행위가 구 의료법 제17조 제1항에 위반된다고 판단한 원심판결을 수긍하여, 피고인의 상고를 기각한 사례

**특 별**

**2016두40863 개발부담금부과처분취소 (라) 파기환송**

**[개발부담금 산정의 공제항목인 ‘개발비용’에서 이 사건 기부채납시설 가액이 제외되는지 여부가 문제된 사건]**

◇1. 구 「개발이익 환수에 관한 법률 시행령」(2014. 7. 14. 대통령령 제25452호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항 제6호 중 괄호 부분의 정당한 해석, 2. 사업시행자가 책정한 ‘분양가격’에는 기부채납시설 가액이 전부 포함되어 있는지 여부(적극)◇

1. 구 「개발이익 환수에 관한 법률 시행령」(2014. 7. 14. 대통령령 제25452호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라고만 한다) 제12조 제1항 제6호 중 괄호 부분(이하 ‘이 사건 괄호 규정’이라고 한다)은 시행령 제12조 제1항 제6호 본문에 대한 예외로서, 사업시행자가 시행령 제11조 제1항 각 호에서 정한 분양사업을 시행하여 관할 행정청의 인가등을 받은 분양가격으로 처분하는 경우에는 그 처분 가격에 공공시설 또는 토지 등의 가액 전부가 포함된 것이 아니라는 이례적인 사정이 없는 한 실제 매입가격을 기준으로 개시시점지가를 산정하고 실제 처분 가격을 종료시점지가로 적용하는 경우에 한하여 기부채납시설 가액 전부를 ‘개발비용’에 포함하여 종료시점지가에서 공제하여야 하고, 개시시점지가 및 종료시점지를 개별공시지가를 기준으로 산정하는 경우에는 기부채납시설 가액 전부를 ‘개발비용’에 포함하지 않고 종료시점지가에서도 공제하지 않는다는 의미로 이해하여야 한다.

2. 시행령 제11조 제1항 각 호에서 정한 분양사업을 시행하여 관할 행정청의 인가등을 받은 분양가격으로 처분하는 경우에는 사업시행자는 특별한 사정이 없는 한 기부채납시설 가액 등의 제반 사업비용을 포함한 ‘조성원가’에다가 일정한 이윤을 붙여 분양가격을 책정함으로써 결과적으로 기부채납시설 가액을 수분양자에게 전가하게 된다. 구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것) 제38조의2에 따른 분양가 상한제는 공동주택 건설사업자가 주택 공급가격을 지나치게 높게 정하여 부동산 투기가 과열되고 중산·서민층의 주거비 부담이 증가하는 문제에 대한 대응책으로서 분양가격의 상한

을 정하여 그 이하로 분양가격을 정하도록 규제하는 제도일 뿐, 공동주택 건설사업자가 합리적인 수준에서 이윤을 붙여 분양가격을 책정하는 것을 금지하는 제도는 아니다. 따라서 사업시행자가 분양가 상한금액 범위 내에서 책정한 '분양가격'이 '조성원가'에도 못 미치는 극히 이례적인 경우가 아닌 한, 사업시행자가 책정한 '분양가격'에는 기부채납시설 가액 등 제반 사업비용이 전부 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.

☞ 개발부담금 납부의무자인 원고가 이 사건 기부채납시설 가액이 개발부담금 산정의 공제항목인 '개발비용'에 포함되어야 함에도 피고가 이를 제외시키고 산정·부과한 개발부담금부과처분의 취소를 구한 사안에서, 원고가 책정한 분양가격에는 이 사건 기부채납시설 가액이 모두 포함되어 있다고 보아야 하고, 개시시점지가 및 종료시점지가가 개별공시지가를 기준으로 산정되어 이 사건 관호 규정의 개발비용 인정 요건을 갖추지 못하였으므로, 이 사건 기부채납시설 가액은 '개발비용'에 해당하지 않는다고 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결을 파기한 사례

## **2020두41429 부당이득금환수고지처분취소 (라) 파기환송**

**[국민건강보험법이 보험급여제한 사유로 정한 '중대한 과실로 인한 범죄행위에 원인이 있는 경우'의 해석]**

◇1. 「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항 단서 각 호의 사유가 국민건강보험법이 보험급여제한 사유로 정한 '중대한 과실로 인한 범죄행위에 원인이 있는 경우'의 판단기준이 되는지 여부(소극), 2. 중대한 과실로 인한 범죄행위에 원인이 있는 경우에 해당하는지 여부에 관한 판단기준◇

국민건강보험법 제53조 제1항 제1호는 보험급여를 받을 수 있는 사람이 '고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있거나 고의로 사고를 일으킨 경우'에는 보험급여를 하지 아니한다고 규정하고 있다. 국민건강보험법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 하며(제1조), 국민건강보험 제도는 국가공동체가 구성원인 국민에게 제공하는 가장 기본적인 사회안전망에 해당한다. 이러한 국민건강보험법의 입법목적과 국민건강보험 제도의 특성을 고려하면, 국민건강보험급여 제한사유 중 '중대한 과실'이라는 요건은 되도록 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2003. 2. 28. 선고 2002두12175 판결 등 참조).

한편, 「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항 단서 제1호, 제4조 제1항 단서 제1호는 운전자가 교통신호나 지시를 위반하여 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄 등을 범한 경우

피해자가 처벌을 원하지 않거나 교통사고를 일으킨 차가 자동차 종합보험 등에 가입된 경우라도 공소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 위 규정은 일상생활에서 자동차 운전이 필수적으로 되었음을 고려하여 운전자에게 피해자와 합의나 종합보험 등의 가입을 유도함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하기 위하여 차의 교통으로 업무상과실치상죄 등을 범한 운전자에 대하여 피해자와 합의나 종합보험 등의 가입이 있는 경우 공소를 제기하지 않는 형사처벌의 특례를 부여하되, 교통신호 위반 등의 경우에는 그러한 특례의 예외로 인정함으로써 교통신호 준수 등을 운전 시 지켜야 할 중대한 의무로 정한 것이다. 이와 같이 「교통사고처리 특례법」 관계 규정의 입법취지는 국민건강보험급여 제한사유를 정한 국민건강보험법 제53조 제1항 제1호의 입법취지와 다르다. 뿐만 아니라 「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항 단서가 '차의 운전자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정하여 중과실이 아닌 경과실로 교통신호를 위반하는 경우도 있을 수 있음을 예정하고 있다. 그러므로 운전자가 교통신호를 위반하여 운전하다가 교통사고를 야기하였다는 사정만으로 곧바로 그 사고가 국민건강보험법 제53조 제1항 제1호에서 정한 국민건강보험급여 제한사유에 해당한다고 단정하여서는 아니 되고, 그 사고가 발생한 경위와 양상, 운전자의 운전 능력과 교통사고 방지 노력 등과 같은 사고 발생 당시의 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

☞ 원고는 교통신호를 위반한 채 교차로에 진입한 과실로 발생한 교통사고로 부상을 입어 치료(=요양급여)를 받았음. 피고는 원고의 부상이 '중대한 과실로 인한 범죄행위에 원인이 있는 경우'에 해당한다는 이유로 원고에게 요양급여비용 상당액에 관하여 부당이득 징수처분을 하였음

☞ 원심은 피고의 부당이득징수처분이 적법하다고 판단하였으나, 대법원은 원고에게 신호를 위반한 과실은 있지만, 사고 경위 등에 비추어 원고가 순간적인 집중력 저하나 판단착오로 교통신호를 위반하였을 가능성도 배제할 수 없어 원고의 부상이 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있는 경우로 단정하기 어렵다는 이유로 원심을 파기·환송하였음

## 2020두48390 과징금부과처분취소 (차) 파기환송(일부)

[여객자동차 운수사업법령에 규정된 과징금의 상한액과 관련하여 과징금 부과처분의 처분양정이 이루어져야 하는 방식이 문제된 사건]

◇1. 구 「여객자동차 운수사업법」 (2020. 3. 24. 법률 제17091호로 개정되기 전의 것)

제88조 및 구 「여객자동차 운수사업법 시행령」(2018. 4. 10. 대통령령 제28793호로 개정되기 전의 것) 제46조 등에 규정된 과징금 상한액(5,000만 원)이 갖는 의미 및 관할 행정청이 여객자동차운송사업자의 여러 가지 위반행위를 인지한 경우 그 전부에 대하여 일괄하여 5,000만 원의 최고한도 내에서 하나의 과징금 부과처분을 하여야 하는지 여부(한정적극), 2. 관할 행정청이 여객자동차운송사업자가 범한 여러 가지 위반행위 중 일부만 인지하여 과징금 부과처분을 하였는데 그 후 그 과징금 부과처분 시점 이전에 이루어진 다른 위반행위를 인지함에 따라 그에 대하여 별도의 과징금 부과처분을 하는 경우, 추가 과징금 부과처분의 처분양정이 이루어져야 하는 방식◇

1. 구 「여객자동차 운수사업법」(2020. 3. 24. 법률 제17091호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 여객자동차법'이라고 한다)에 의하면, 여객자동차운송사업의 면허를 받은 자가 사업계획을 변경하려는 때에는 국토교통부장관 또는 시·도지사의 인가를 받아야 하고(제10조 제1항 본문), 여객자동차운송사업자가 이를 위반하여 인가·등록 또는 신고를 하지 아니하고 사업계획을 변경한 경우 관할 행정청은 면허를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부를 정지하도록 명할 수 있다(제85조 제1항 제12호). 관할 행정청은 위와 같은 사업정지처분이 그 여객자동차 운수사업을 이용하는 사람들에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있는 때에는 그 사업정지처분을 갈음하여 5,000만 원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있고(제88조 제1항), 과징금을 부과하는 위반행위의 종류·정도 등에 따른 과징금의 액수, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(제88조 제2항).

구 「여객자동차 운수사업법 시행령」(2018. 4. 10. 대통령령 제28793호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 여객자동차법 시행령'이라고 한다)에 의하면, 구 여객자동차법 제88조 제1항에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 위반 정도에 따른 과징금 액수는 별표5와 같고(제46조 제1항), 관할 행정청은 여객자동차 운수사업자의 사업규모, 사업지역의 특수성, 운전자 과실의 정도와 위반행위의 내용 및 횟수 등을 고려하여 제1항에 따른 과징금 액수의 2분의 1의 범위에서 가중하거나 경감할 수 있되, 다만 가중하는 경우에도 과징금의 총액은 5,000만 원을 초과할 수 없다(제46조 제2항). 여객자동차운송사업자가 임의로 결행, 도중 회차, 노선 또는 운행계통의 단축 또는 연장 운행, 감회 또는 증회 운행 중 어느 하나의 행위를 하여 사업계획을 위반한 경우 1회 위반행위에 대한 과징금 부과기준 금액은 100만 원이고(별표5 제7호 가.목), 위 제7호 가.목을 적용할 때에는 같은 목의 위반행위별로 구분하여 산정하되, 위반행위별로 같은 위반행위의 횟수가 최초 위반행위를 한 날부터 1년 이내에 1회 이상인 경우에는 그 추가 위반횟수(과징금 부과처분이 이루어

진 위반행위의 횟수는 제외한다) 1회당 부과기준 금액의 50%를 더하여 일괄 처분한다(별표5 비고 제5항).

이와 같이 위반행위가 여러 가지인 경우에 행정처분의 방식과 한계를 정한 관련 규정들의 내용과 취지에다가, 여객자동차운수사업자가 범한 여러 가지 위반행위에 대하여 관할 행정청이 구 여객자동차법 제85조 제1항 제12호에 근거하여 사업정지처분을 하기로 선택한 이상 각 위반행위의 종류와 위반 정도를 불문하고 사업정지처분의 기간은 6개월을 초과할 수 없는 점을 종합하여 보면, 관할 행정청이 사업정지처분을 갈음하는 과징금 부과처분을 하기로 선택하는 경우에도 사업정지처분의 경우와 마찬가지로 여러 가지 위반행위에 대하여 1회에 부과할 수 있는 과징금 총액의 최고한도액은 5,000만 원이라고 보는 것이 타당하다(대법원 1995. 1. 24. 선고 94누6888 판결 등 참조). 관할 행정청이 여객자동차운송사업자의 여러 가지 위반행위를 인지하였다면 그 전부에 대하여 일괄하여 5,000만 원의 최고한도 내에서 하나의 과징금 부과처분을 하는 것이 원칙이고, 인지한 여러 가지 위반행위 중 일부에 대해서만 우선 과징금 부과처분을 하고 나머지에 대해서는 차후에 별도의 과징금 부과처분을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다. 만약 행정청이 여러 가지 위반행위를 인지하여 그 전부에 대하여 일괄하여 하나의 과징금 부과처분을 하는 것이 가능하였음에도 임의로 몇 가지로 구분하여 각각 별도의 과징금 부과처분을 할 수 있다고 보게 되면, 행정청이 여러 가지 위반행위에 대하여 부과할 수 있는 과징금의 최고한도액을 정한 구 여객자동차법 시행령 제46조 제2항의 적용을 회피하는 수단으로 악용될 수 있기 때문이다.

2. 또한 관할 행정청이 여객자동차운송사업자가 범한 여러 가지 위반행위 중 일부만 인지하여 과징금 부과처분을 하였는데 그후 그 과징금 부과처분 시점 이전에 이루어진 다른 위반행위를 인지하여 이에 대하여 별도의 과징금 부과처분을 하게 되는 경우에도 종전 과징금 부과처분의 대상이 된 위반행위와 추가 과징금 부과처분의 대상이 된 위반행위에 대하여 일괄하여 하나의 과징금 부과처분을 하는 경우와의 형평을 고려하여 추가 과징금 부과처분의 처분양정이 이루어져야 한다. 다시 말해, 행정청이 전체 위반행위에 대하여 하나의 과징금 부과처분을 할 경우에 산정되었을 정당한 과징금액에서 이미 부과된 과징금액을 뺀 나머지 금액을 한도로 하여서만 추가 과징금 부과처분을 할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결 참조). 행정청이 여러 가지 위반행위를 언제 인지하였느냐는 우연한 사정에 따라 처분상대방에게 부과되는 과징금의 총액이 달라지는 것은 그 자체로 불합리하기 때문이다.

☞ 대법원은 앞서 본 법리를 토대로, 피고가 2018. 2. 28. 종전 과징금 부과처분을 할

당시 위 종전 과징금 부과처분의 대상인 원고의 종전 위반행위뿐만 아니라 이 사건 제1 위반행위까지도 이미 인지하였으므로 위 종전 위반행위와 이 사건 제1 위반행위에 대하여 일괄하여 5,000만 원의 최고한도 내에서 하나의 과징금 부과처분을 하였어야 함에도, 피고는 종전 위반행위에 대하여만 최고한도인 5,000만 원의 과징금 부과처분을 한 이상 이 사건 제1 위반행위에 대하여 별도로 5,000만 원의 과징금 부과처분(이 사건 제1 처분)을 하는 것은 여러 가지 위반행위에 대하여 부과할 수 있는 과징금의 최고한도액을 정한 구 여객자동차법 시행령 제46조 제2항에 위배되어 원칙적으로 허용되지 않는다는 이유로, 이와 달리 이 사건 제1 처분이 적법하다고 판단한 원심판결을 파기환송한 사례

## **2020두48772 시공업체선정처분취소 (사) 파기환송**

**[농업에너지이용효율화사업에 관한 보조금 집행을 원활하게 하기 위해 보조사업자(농가)의 계약상대방이 될 수 있는 시공업체를 공모절차를 통해 선정하였는데, 선정되지 아니한 원고들이 자신들에 대한 선정제외를 비롯한 선정 및 선정제외 처분 전체의 취소를 구한 사건]**

◇1. 보조금지원사업 시행기관의 장인 피고가 (선정된 시공업체와 계약을 체결한 경우에만 보조금을 교부하기 위하여) 보조사업자(농가)의 계약상대방이 될 수 있는 시공업체를 공모절차를 통하여 선정한 사안에서, 선정제외된 원고들이 선정된 업체들을 포함한 선정 및 선정제외 행위 전체의 취소를 구할 원고적격이 인정되는지 여부(소극), 2. 보조금 교부조건의 설정을 위한 전제로서 시공업체를 선정한 행위에 법령의 근거가 있어야 하는지 여부(소극)◇

1. 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익의 침해를 받은 자로서 원고적격이 인정된다. 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 이른바 ‘경원자 관계’나 ‘경업자 관계’와 같이 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는 이익이 있는 경우에는 처분의 취소를 구할 원고적격이 인정되지만, 제3자가 해당 처분과 간접적·사실적·경제적인 이해관계를 가지는 데 불과한 경우에는 처분의 취소를 구할 원고적격이 인정되지 않는다(대법원 1999. 10. 12. 선고 99두6026 판결, 대법원 2020. 4. 9. 선고 2015다34444 판결 등 참조).

2. 재량행위에는 법령상 근거가 없더라도 그 내용이 적법하고 이행가능하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 아니하는 한도 내에서 부관을 붙일 수 있다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001두3600 판결 등 참조). 일반적으로 보조금 교부결정에 관해서는 행정청에게 광범위한 재량이 부여되어 있고, 행정청은 보조금

교부결정을 할 때 법령과 예산에서 정하는 보조금의 교부 목적을 달성하는 데에 필요한 조건을 붙일 수 있다(보조금법 제18조 제1항, 「담양군 지방보조금 관리조례」 제16조 제1항 참조). 또한 행정청의 광범위한 재량과 자율적인 정책 판단에 맡겨진 사항과 관련하여 행정청이 설정한 심사기준이 상위법령에 위배된다거나 객관적으로 불합리하다고 평가할 만한 특별한 사정이 없는 이상, 법원은 이를 존중하여야 한다(대법원 2019. 1. 10. 선고 2017두43319 판결 참조).

피고가 이 사건 사업을 시행하는 과정에서 위와 같은 보조금 교부조건을 설정하고 일정한 심사기준에 따라 시공업체를 선정하는 것은 보조금 교부와 관련하여 행정청에게 주어진 재량을 정당하게 행사하는 행정활동이라고 보아야 한다. 이때 피고가 적용한 심사기준이 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 그에 따른 선정결정 또는 선정제외결정이 위법하다고 보기는 어렵다. 그런데도 원심은, 피고의 위와 같은 행정활동이 법률의 근거 없이 원고들을 포함한 업체들의 자유로운 계약체결권을 제한하는 조치이어서 위법하다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 보조금 교부행정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

☞ 원심은, 행정청이 보조금 교부조건을 설정을 위하여 에너지절감시설(다겹 보온커튼) 설치 시공업체를 미리 선정한 행위에 대하여 선정제외된 원고들이 자신들에 대한 선정제외 처분뿐만 아니라 다른 업체들에 대한 선정 및 선정제외들을 포함한 시공업체 선정행위 전체의 취소를 구할 수 있고, 위와 같은 선정행위는 법률의 근거 없이 원고들의 자유로운 계약체결권을 제한하는 것이어서 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 원고들에 대한 선정제외 처분 외에 다른 업체들에 대한 선정 처분 및 선정제외 처분에 대하여는 원고들에게 이를 다룰 법률상 이익이 인정되지 않고, 보조금 교부조건을 설정을 위하여 시공업체를 미리 선정하는 행위는 행정청의 재량 범위 내에 있는 것이어서 별도로 법률의 근거를 요하지 않는다고 판시함

**2015추528    평택당진항매립지일부구간귀속지방자치단체결정취소    (나)    청구기각**  
**[평택·당진항 매립지에 관한 지방자치단체 관할 귀속 결정 사건]**

◇1. 지방자치법(2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조 제3항 등이 지방자치제도의 본질을 침해하고 헌법재판소의 권한쟁의심판 권한을 침해하는지(소극), 2. 지방자치법 제4조 제4항에서 정한 신청기간을 초과하여 신청이 이루어진 경우 이 사건 결정이 위법한지(소극), 3. 매립지 관할 귀속 결정의 신청권자에 기초 지방자치단체의 장도 포함되는지(적극), 4. 이 사건 결정에 절차적 하자가 있는지(소극),

## 5. 이 사건 결정에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지(소극)◇

1. 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」(이하 ‘공간정보관리법’이라고 한다) 제67조, 같은 법 시행령 제58조 제17호, 제18호, 제19호에 의하면, 육상의 공유수면은 물권의 객체인 ‘토지’ 위에 존재하는 수면(水面) 또는 수류(水流)로서 그 토지를 기준으로 관할 지방자치단체가 결정된다. 그러나 해상의 공유수면의 밑바닥(海底, sea bed)은 물권의 객체인 ‘토지’로 보지 않으므로 여기에 매립공사를 시행하여 매립지를 조성하면 종전에 존재하지 않았던 토지가 새로 생겨난 경우에 해당하며, 새로 생겨난 토지는 종전에 어느 지방자치단체에도 속하지 않으므로 국가가 지방자치법 제4조 제1항 본문에 의하여 법률의 형식으로 또는 지방자치법 제4조 제3항에 의하여 행정안전부장관의 결정의 형식으로 관할 지방자치단체를 정하여야 하며, 그 전까지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않는다. 따라서 ‘해상 공유수면’과 그 ‘매립지’는 법적 성질을 전혀 달리하는 것이며, 공유수면의 이용과 매립지의 이용은 그 방법과 내용을 달리하므로, 공유수면의 해상경계기준을 매립지의 관할 귀속 결정에까지 그대로 적용할 수는 없다(헌법재판소 2020. 7. 16. 선고 2015헌라3 결정 참조).

지방자치법 제4조 제3항부터 제7항이 행정안전부장관 및 그 소속 지방자치단체 중앙분쟁조정위원회(이하 ‘위원회’라고 한다)의 매립지 관할 귀속에 관한 의결·결정의 실체적 결정기준이나 고려요소를 구체적으로 규정하지 않았다고 하더라도 지방자치제도의 본질을 침해하였다거나 명확성 원칙, 법률유보원칙에 반한다고 볼 수 없다.

헌법재판소도 충청남도, 당진시, 아산시가 피고, 평택시, 국토교통부장관을 상대로 제기한 권한쟁의심판 사건에 관한 2020. 7. 16. 선고 2015헌라3 결정에서 2009. 4. 1. 개정된 지방자치법 제4조가 합헌임을 전제로, 개정된 지방자치법 제4조가 시행된 이후로는 공유수면 매립지의 관할 귀속 문제는 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판의 대상에 속하지 않는다고 판단하였다. 따라서 개정된 지방자치법 제4조가 헌법재판소의 권한쟁의심판 권한을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 지방자치법 제4조 제4항은 ‘제3항 제1호의 경우에는 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」(이하 ‘공유수면법’이라고 한다) 제28조에 따른 매립면허관청 또는 관련 지방자치단체의 장이 공유수면법 제45조에 따른 준공검사 전에 행정안전부장관에게 해당 지역이 속할 지방자치단체의 결정을 신청하여야 한다.’고 규정하고 있다. 해상 공유수면에 매립공사를 시행하여 조성한 매립지의 경우 새로 생겨난 토지로서 국가가 지방자치법 제4조 제1항 본문에 의하여 법률의 형식으로 또는 지방자치법 제4조 제3항에 의하여 행정안전부장관의 결정의 형식으로 관할 지방자치단체를 정하는 것이 필요하며, 그 전까지는 어느

지방자치단체에도 속하지 않는 것이므로 토지 신규등록을 하여 지적공부를 관리할 '지적소관청'(공간정보관리법 제2조 제18호)도 존재하지 않는다. 따라서 국가가 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하지 않은 상태에서, 토지소유자 또는 매립면허취득자가 임의로 특정 지방자치단체의 장에게 토지 신규등록을 신청하여 지적공부 등록을 마쳤더라도 이는 권한 없는 행정청에 의한 처분으로서 당연무효라고 보아야 한다.

지방자치법 제4조 제4항은 매립지 관할 귀속에 관하여 이해관계가 있는 매립면허관청이나 관련 지방자치단체의 장이 준공검사 전까지 행정안전부장관에게 관할 귀속 결정을 신청하도록 함으로써 행정안전부장관으로 하여금 가급적 신속하고 적절한 시점에 매립지 관할 귀속 결정을 하도록 촉구하고, 이를 통해 행정안전부장관의 매립지 관할 귀속 결정 전에 토지소유자 또는 매립면허취득자가 임의로 특정 지방자치단체의 장에게 토지 신규등록을 신청하여 당연무효인 지적공부 등록이 이루어지는 상황을 예방하려는 데에 그 입법취지가 있다고 볼 수 있다. 해상 공유수면 매립지의 경우 지방자치법 제4조 제1항 본문에 의하여 법률의 형식으로 관할 지방자치단체를 정하지 않는 이상 지방자치법 제4조 제3항에 의하여 행정안전부장관의 관할 귀속 결정이 반드시 있어야 하므로, 지방자치법 제4조 제4항이 정한대로 신청이 이루어지지 않았다고 하더라도 해당 매립지에 관하여 관할 귀속 결정을 하여야 할 행정안전부장관의 권한·의무에 어떤 영향을 미친다고 볼 수 없다. 매립면허관청이나 관련 지방자치단체의 장이 준공검사 전까지 관할 귀속 결정을 신청하지 않았다고 하더라도 그것이 행정안전부장관의 관할 귀속 결정을 취소하여야 할 위법사유는 아니라고 보아야 한다.

3. ① 2009. 4. 1. 지방자치법 제4조 개정 전에는 공유수면 매립지의 관할 귀속이 주로 '기초 지방자치단체들 상호간'의 권한쟁의심판 절차를 통해 결정되었고(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌라2 결정 참조), 그에 따른 문제점을 해소하기 위하여 2009. 4. 1. 지방자치법 제4조가 개정되어 행정안전부장관의 매립지 관할 귀속 결정 절차가 신설된 점, ② 우리나라에서는 지방자치단체를 두 가지 종류로 구분하여 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도(통틀어 '시·도'라고 한다)와 같은 광역 지방자치단체 안에 시·군·구와 같은 기초 지방자치단체를 두고 있으므로(지방자치법 제2조 제1항, 제3조 제2항), 어떤 매립지가 특정 기초 지방자치단체의 관할구역으로 결정되면 그와 동시에 그 기초 지방자치단체가 속한 광역 지방자치단체의 관할구역에도 포함되는 것으로 보아야 하는 점 등을 고려하면, 지방자치법 제4조 제4항에서 매립지 관할 귀속 결정의 신청권자로 규정한 '관련 지방자치단체의 장'에는 해당 매립지와 인접해 있어 그 매립지를 관할하는 지방자치단체로 결정될 가능성이 있는 '기초 및 광역 지방자치단체의 장'을 모두 포함한다고 보아

야 한다.

4. 행정청이 처분절차에서 관계법령의 절차 규정을 위반하여 절차적 정당성이 상실된 경우에는 해당 처분은 위법하고 원칙적으로 취소하여야 한다. 다만 처분상대방이나 관계인의 의견진술권이나 방어권 행사에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는, 절차 규정 위반으로 인하여 처분절차의 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없으므로 해당 처분을 취소할 것은 아니다(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결 등 참조).

5. 2009. 4. 1. 법률 제9577호로 지방자치법 제4조를 개정하여 행정안전부장관이 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하는 제도를 신설한 입법취지에 비추어 보면, 행정안전부장관 및 그 소속 위원회는 매립지가 속할 지방자치단체를 정할 때 폭 넓은 형성의 재량을 가진다고 보아야 한다. 다만, 그 형성의 재량은 무제한적인 것이 아니라, 관련되는 제반 이익을 종합적으로 고려하여 비교·형량하여야 하는 제한이 있다. 행정안전부장관 및 그 소속 위원회가 그러한 이익형량을 전혀 하지 않았거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 관할 귀속 결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다고 보아야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결 참조).

☞ 원고들이 피고(행정안전부장관)가 지방자치법 제4조에 근거하여 평택·당진항 매립지 중 대부분을 평택시 관할로 결정한 것에 관하여 이 사건 결정의 취소를 구한 사안에서, 지방자치법 제4조 제3항이 위헌이 아니고 평택시장이 지방자치법 제4조 제4항에서 정한 신청기간을 초과하여 신청하였더라도 이 사건 결정이 위법하다고 볼 수 없으며, 신청권자에 기초 지방자치단체의 장도 포함되고, 이 사건 결정에 이를 취소하여야 할 정도의 절차적 하자가 있다고 볼 수 없으며, 위 결정에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 볼 수 없다고 판단하여 청구를 기각한 사안임