



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2022년 6월 1일

제635호

민사

1 2022. 4. 5. 자 2018그758 결정 [집행에 관한 이의] 855

- [1] 집행관은 집행권원을 확인함으로써 집행대상이 집행권원에 표시된 범위에 포함된 것인지를 판단하여야 하는지 여부(적극) / 이는 부작위채무 및 간접강제 명령을 공시하는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)
- [2] 집행권원이 되는 결정문의 주문에 집행장소나 집행대상이 명확히 기재되지 아니한 경우, 결정의 이유를 살펴 이를 확인할 필요가 있는지 여부(적극) 및 객관적으로 확인되는 특정 집행장소나 집행대상 이외의 장소나 대상을 상대로 집행이 이루어진 경우, 민사집행법 제16조에 따라 집행에 관한 이의신청을 할 수 있는지 여부(적극)
- [3] 甲이 乙로부터 식당을 유상으로 양도받아 독자적으로 운영하고 있던 중, 丙이 乙을 상대로 제기한 경업금지가처분신청 사건에서 ‘乙은 위 식당이 소재한 건물을 포함한 대전광역시에서 생선요리 음식점 영업을 하거나 제3자로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.’는 취지의 결정이 내려져 집행관이 丙의 위임에 따라 위 식당의 카운터 뒤쪽 벽면에 가처분결정의 고시문을 부착하자, 甲과 乙이 집행에 관한 이의를 신청한 사안에서, 집행관이 집행에 착수할 당시 외관·징표는 물론 집행권원 주문의 객관적 취지를 확인함으로써 집행권원에 표시된 범위에 집행대상이 포함되는지 등을 제대로 판단하였는지 면밀히 심리하지 않은 채 위 집행을 적법하다고 보아 甲 등의 이의신청을 기각한 원심의 조치에는 헌법 위반의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 집행관은 집행에 착수할 당시의 외관·징표는 물론 집행권원을 확인함으로써 적어도 집행대상이 집행권원에 표시된 범위에 포함된 것인지 여부를 판단하

여야 하고, 부작위채무 및 간접강제명령을 적당한 방법으로 공시하는 경우에도 마찬가지이다.

[2] 집행권원이 되는 결정문의 주문 자체에 집행장소나 집행대상이 명확히 기재되지 아니한 경우에는 그 결정의 이유를 살펴 집행장소나 집행대상을 확인할 필요가 있고, 그와 같이 객관적으로 확인되는 특정 집행장소나 집행대상 이외의 장소나 대상을 상대로 집행을 하는 것은 위법하므로, 그 집행처분이나 집행절차의 위법 여부에 관하여 불복의 이익이 있는 자는 민사집행법 제16조에 따라 ‘집행에 관한 이의신청’을 할 수 있다.

[3] 甲이 乙로부터 식당을 유상으로 양도받아 독자적으로 운영하고 있던 중, 丙이 乙을 상대로 제기한 경업금지가처분신청 사건에서 ‘乙은 위 식당이 소재한 건물을 포함한 대전광역시에서 생선요리 음식점 영업을 하거나 제3자로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.’는 취지의 결정이 내려져 집행관이 丙의 위임에 따라 위 식당의 카운터 뒤쪽 벽면에 가처분결정의 고시문을 부착하자, 甲과 乙이 집행에 관한 이의를 신청한 사안에서, 집행권원인 위 결정에 집행당시 위 식당의 사업주이던 甲이 집행의 상대방으로 기재되어 있지 않은 점, 위 결정의 주문에서 집행의 대상 및 방법으로 예정한 것은 대전광역시 전역에 걸쳐 소재하는 건물에서의 乙의 장래 영업행위 금지이고, 위 식당 건물은 대전광역시 소재 건물의 한 예시로서 기재된 것일 뿐이지 이를 乙이 집행당시 위 결정을 위반하여 현실적으로 영업하고 있는 집행대상 또는 집행장소로 특정한 것은 아닌 점, 집행관이 위 식당에 고시문을 부착한 것이 위와 같은 취지의 결정을 적법하게 집행하기 위하여 필요하다거나 위 결정에서 명한 ‘적당한 공시방법’에 해당한다고 볼 근거가 없는 점 등에 비추어 보면, 집행관이 집행에 착수할 당시 외관·징표는 물론 집행권원 주문의 객관적 취지를 확인함으로써 집행권원에 표시된 범위에 집행대상이 포함되는지 등을 제대로 판단하였는지 면밀히 심리하지 않은 채 위 집행을 적법하다고 보아 甲 등의 이의신청을 기각한 원심의 조치에는 헌법 위반의 잘못이 있다고 한 사례.

2 2022. 4. 14. 자 2016마5394, 5395, 5396 결정 [주식매수가격결정등] ... 858

[1] 주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 해당 법인에 상장주식의 매수를 청구하였으나 매수가격에 대한 협의가 이루어지지 아니하여 주주 또는 해당 법인이 법원에 매수가격의 결정을 청구한 경우, 매수가격을 산정하는 방법

[2] 주식매수가격 결정의 재판에서 법원이 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 주식의 공정한 가격이 얼마인지 직권으로 사실조사를 하여 산정할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 법원이 어떠한 사실을 인정하기 위한 증명의 정도

- [3] 주권상장법인의 주식매수가격 결정 시 합병계약 체결에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 시장주가를 기초로 가격을 산정하도록 정한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제176조의7 제3항 제1호의 규정 취지 / 합병 사실이 공시되지는 않았으나 자본시장의 주요 참여자들이 합병을 예상함에 따라 시장주가가 이미 합병의 영향을 받았다고 인정되는 경우에도 이사회 결의일 전일을 기준으로 주식매수가격을 산정하여야 하는지 여부(소극)
- [4] 甲 기업집단 내 계열회사인 주권상장법인 乙 주식회사와 丙 주식회사가 경영권 승계작업의 일환으로 합병을 하였는데, 이에 반대하는 乙 회사의 주주인 丁 등이 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의5 제3항에 따라 법원에 주식매수가격의 결정을 청구한 사안에서, 乙 회사의 시장주가는 丙 회사의 상장 무렵부터는 합병의 영향을 받은 것이라고 볼 여지가 충분하므로, 乙 회사의 합병계약에 관한 이사회 결의일 전일 무렵은 乙 회사 주식의 공정한 매수가격을 산정하기 위한 기준으로 합리적이지 않다는 이유로, 丙 회사의 상장일 전일을 기준으로 주식매수가격을 결정한 원심판단이 정당하다고 한 사례
- [1] 주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의5 제1항에 의하여 해당 법인에 대하여 상장주식의 매수를 청구하고 주주와 해당 법인 간에 매수가격에 대한 협의가 이루어지지 아니하여 주주 또는 해당 법인이 법원에 매수가격의 결정을 청구한 경우, 법원은 원칙적으로 해당 법인의 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 한다. 일반적으로 주권상장법인의 시장주가는 유가증권시장에 참여한 다수의 투자자가 법령에 근거하여 공시되는 해당 기업의 자산내용, 재무상황, 수익력, 장래의 사업전망 등 해당 법인에 관한 정보에 기초하여 내린 투자 판단에 의하여 해당 기업의 객관적 가치가 반영되어 형성된 것으로 볼 수 있고, 주권상장법인의 주주는 통상 시장주가를 전제로 투자행동을 취한다는 점에서 시장주가를 기준으로 매수가격을 결정하는 것이 해당 주주의 합리적 기대에 합치하기 때문이다.

다만 이처럼 시장주가에 기초하여 매수가격을 산정하는 경우라고 하여 법원이 반드시 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령(이하 ‘자본시장법 시행령’이라 한다) 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라서만 매수가격을 산정하여야 하는 것은 아니다. 법원은 공정한 매수가격을 산정한다는 매수가격 결정 신청사건의 제도적 취지와 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 이사회 결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조할 것인지, 또

는 일정 기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다.

나아가 해당 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 해당 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 해당 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수도 있으나, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.

- [2] 주식매수가격 결정의 재판(비송사건절차법 제86조의2)에 적용되는 비송사건절차는 민사소송절차와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권한과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 법원으로서는 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 주식의 공정한 가격이 얼마인지 직권으로 사실조사를 하여 산정할 수 있다. 다만 그 경우에도 법률에서 달리 정하고 있지 않은 한 법원이 어떠한 사실을 인정하기 위해서는 증거가 필요하므로 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도의 고도의 개연성이 인정되어야 한다는 점은 민사소송에서와 동일하다. 이때 증거는 신뢰성 있는 자료에 근거하여야 하고, 단순한 추측이나 의혹, 소문, 편향된 의견 등에 근거해서는 안 된다.

- [3] 주권상장법인의 주식매수가격 결정 시 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 합병계약 체결에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 시장주가를 기초로 가격을 산정하도록 하는 것은 주식의 가치가 합병에 의하여 영향을 받기 전의 시점을 기준으로 공정한 가액을 산정하기 위한 것이다. 일반적으로 서로 독립된 상장법인 사이의 합병 사실은 합병계약 체결에 관한 이사회 결의 등이 공시됨으로써 비로소 대외적으로 명확하게 알려질 것이기 때문이다.

따라서 합병 사실이 공시되지는 않았으나 자본시장의 주요 참여자들이 합병을 예상함에 따라 시장주가가 이미 합병의 영향을 받았다고 인정되는 경우 까지 반드시 이사회 결의일 전일을 기준으로 주식매수가격을 산정하여야 한다고 볼 수 없다. 무엇보다도 합병이 대상회사에 불리함을 이유로 반대하는

주주에 대하여 합병의 영향으로 공정한 가격보다 낮게 형성된 시장주가를 기준으로 주식매매대금을 산정하는 것은 합병에 반대하여 주식매수청구권을 행사한 주주에게 지나치게 불리하여 합리적이지 않기 때문이다.

- [4] 甲 기업집단 내 계열회사인 주권상장법인 乙 주식회사와 丙 주식회사가 경영권 승계작업의 일환으로 합병을 하였는데, 이에 반대하는 乙 회사의 주주인 丁 등이 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의5 제3항에 따라 법원에 주식매수가격의 결정을 청구한 사안에서, 다수의 금융투자업자들이 적어도 丙 회사의 상장 무렵부터는 丙 회사와 계열회사의 합병을 통한 경영승계 방안을 예상하기도 하는 등 丙 회사와 유력한 합병 상대회사였던 乙 회사의 시장주가는 적어도 丙 회사의 상장 무렵부터는 합병의 영향을 받은 것이라고 볼 여지가 충분하고, 계열회사 사이의 합병에서 주식매수가격을 산정할 때는 합병 사실의 영향을 받는 시점을 보다 엄격하게 판단할 필요가 있으므로, 乙 회사의 합병계약에 관한 이사회 결의일 전일 무렵은 乙 회사 주식의 공정한 매수가격을 산정하기 위한 기준으로 합리적이지 않고, 丁 등의 주식매수청구권 행사 시기와 가장 가까운 시점으로서 합병의 영향을 최대한 배제할 수 있는 때는 합병 가능성이 구체화된 丙 회사의 상장 시점이라고 보는 것이 합리적이라는 이유로, 丙 회사의 상장일 전일을 기준으로 주식매수가격을 결정한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

3 2022. 4. 14. 선고 2017다3024 판결 [공사대금] 866

- [1] 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사 해석이 문제 되는 경우, 계약의 해석 방법
- [2] 공사도급계약이 총액계약인지 단가계약인지 판단하는 기준
- [3] 甲 주식회사가 乙 법인과 체결한 공사도급계약 중 일부를 이행한 상태에서 乙 법인을 상대로 기성 공사대금의 지급을 구하였는데, 위 공사도급계약을 총액계약과 단가계약 중 어떤 계약으로 보아 기성 공사대금을 산정하여야 하는지 문제 된 사안에서, 제반 사정에 비추어 위 공사도급계약은 전체 공사대금을 정한 총액계약이라고 볼 여지가 있는데도, 계약서의 기재 내용, 계약의 목적과 거래 관행, 계약 이행과정에서 甲 회사와 乙 법인의 태도 등을 제대로 살피지 않은 채 위 공사도급계약을 단가계약으로 단정한 다음 이를 전제로 기성 공사대금을 산정한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사 해석이 문제 되는 경우에는 계약의 형식과 내용, 계약이 체결된 동기와 경위, 계약으로 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사, 거래 관행 등을 종합적으로 고려

해서 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 한다.

- [2] 공사도급계약은 대금의 지급방식에 따라 크게 총액계약과 단가계약으로 나눌 수 있다. 총액계약은 계약 목적물 전체에 대한 공사대금 총액을 정하여 체결하는 계약을, 단가계약은 개별공정 또는 항목에 대한 단가와 요율을 근거로 체결하는 계약을 뜻한다. 공사도급계약이 총액계약인지, 단가계약인지는 계약의 해석 문제로서 공사도급계약서에서 정한 내용을 기준으로 판단해야 한다. 만일 공사도급계약서의 기재 내용만으로 이를 알기 어렵다면 계약 해석의 일반원칙에 따라 계약의 동기나 목적, 계약이행 과정에서 당사자의 태도, 거래 관행 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.
- [3] 甲 주식회사가 乙 법인과 체결한 공사도급계약 중 일부를 이행한 상태에서 乙 법인을 상대로 기성 공사대금의 지급을 구하였는데, 위 공사도급계약을 총액계약과 단가계약 중 어떤 계약으로 보아 기성 공사대금을 산정하여야 하는지 문제 된 사안에서, 甲 회사와 乙 법인은 위 공사도급계약을 체결하면서 전체 공사대금만 정하였을 뿐 계약서에 개별공정이나 항목에 대한 단가와 요율을 근거로 공사대금을 산정한다는 내용을 기재하지 않은 점, 위 계약서에 첨부된 계약내역서에는 개별공정이나 항목에 대한 수량과 단가가 기재되어 있지만 이러한 내용이 공사대금 총액을 정하기 위한 참고자료인지 나중에 공사대금을 산정하기 위해 개별공정이나 항목별 단가를 정해둔 것인지 불분명한 점, 위 계약서에서 ‘특정 사정이 있는 경우 설계변경을 할 수 있고 설계변경에 따라 공사량의 증감이 발생하였다면 공사가격 내역서의 단가를 기준으로 공사대금을 조정할 수 있다.’고 정하고 있으나 이는 설계변경으로 공사대금의 조정이 필요한 경우에 그 기준을 정한 것일 뿐이지 위 공사도급계약이 단가계약이라는 근거가 될 수는 없는 점, 甲 회사가 乙 법인에 기성 공사대금을 청구할 때 개별공정이나 항목별 수량에 관한 자료를 근거로 제시하지 않았고, 乙 법인도 잔여물량 현황측량이 있을 때까지 甲 회사에 기성 공사물량에 대한 자료를 요구하거나 이에 대한 검측을 하지 않은 점 등 제반 사정에 비추어, 위 공사도급계약은 전체 공사대금을 정한 총액계약이라고 볼 여지가 있는데도, 계약서의 기재 내용, 계약의 목적과 거래 관행, 계약 이행과정에서 甲 회사와 乙 법인의 태도 등을 제대로 살피지 않은 채 위 공사도급계약을 단가계약으로 단정한 다음 이를 전제로 기성 공사대금을 산정한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

4 2022. 4. 14. 선고 2017다266177 판결〔소유권말소등기〕 …… 870

귀속정산의 방식으로 부동산에 대한 가등기담보권을 실행하는 경우, 청산금에서 공제할 수 있는 가등기담보권 실행비용은 경매절차의 집행비용에 상응하는 것이어야 하는지 여부(적극) / 청산의 결과로서 본등기인 소유권이전등기를 마치기 위해 지출한 절차비용과 취득세 등이 청산금에서 공제할 수 있는 가등기담보권 실행비용에 해당하는지 여부(소극)

담보권의 실행이란 목적물의 교환가치로부터 채무를 변제받음으로써 채권의 만족을 실현하는 것이다. 담보목적물을 매각해 현금화하여 채무의 변제를 받는 것이 담보권의 전형적인 실행방법이고, 담보권의 성격이나 합의에 따라 담보물 가액에서 피담보채권액 등을 빼고 남은 금액을 채무자에게 지급함으로써 담보물의 소유권을 넘겨받는 방식도 가능하다. 채권자가 어떤 방법을 선택하든지 목적물의 교환가치를 파악하여 피담보채권의 만족을 도모하는 것이 담보권 실행의 본질이고, 담보물의 소유권 변동은 그에 뒤따른 결과일 뿐이다.

채권자가 담보권 실행을 위해 경매를 신청한 경우에 그 경매를 직접 목적으로 하여 지출된 돈으로서 경매절차의 준비 또는 실시를 위하여 필요한 비용이어야 집행비용(민사집행법 제275조, 제53조 제1항)으로서 배당재단에서 우선적으로 변상된다. 매각에 따라 소유권을 취득한 매수인은 소유권이전등기를 넘겨받기 위해 지출한 비용과 취득세 등을 자기가 부담해야 한다. 이는 경매를 신청한 채권자가 매수인이 된 경우에도 마찬가지이다.

귀속정산에 의한 가등기담보권 실행도 민사집행법에 따라 담보물을 매각하지 않을 뿐 담보로 파악한 교환가치만큼을 채권자에게 이전한다는 점에서 경매에 의한 실행과 본질이 같으므로, 청산금에서 공제할 수 있는 가등기담보권 실행비용은 경매절차의 집행비용에 상응하는 것이어야 한다. 그러므로 가등기담보권자는 귀속정산 과정에서 담보목적물의 교환가치를 파악하기 위하여 쓴 감정평가비용 등을 실행비용으로서 청산금에서 공제할 수 있을 뿐, 청산의 결과로서 본등기를 마치기 위해 지출한 절차비용과 취득세 등은 스스로 부담해야 한다.

5 2022. 4. 14. 선고 2019다292736, 292743 판결〔매매대금·기타(금전)〕 …… 874

[1] 채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지한 경우, 채무불이행으로 인한 전보배상에 관한 손해배상액의 예정이 실효되는지 여부(원칙적 소극) / 이때 손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 정해진 약정이라는 등의 사정이 있는 경우에는 손해배상액의 예정이 실효될 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같은 특별한 사정이 있는지 판단하는 기준

[2] 甲 주식회사와 乙 주식회사가, 甲 회사가 乙 회사에 자신이 주최하는 공연의 티켓을 판매하고 乙 회사가 소비자에게 위 티켓을 다시 판매하는 계약을 체결하면서, ‘공연이 취소된 경우, 甲 회사는 乙 회사에 판매대금 전액을 지급해야 하며, 乙 회사의 귀책으로 계약이 이행되지 않을 경우 구매대금은 반환하지 않는다.’는 조항을 두었는데, 乙 회사가 甲 회사에 계약상 의무 불이행을 이유로 계약의 해제를 통보하고, 이를 전제로 원상회복과 손해배상을 구한 사안에서, 위 조항이 계약의 유지를 전제로 한 것이라고 단정할 수 없는 데도, 계약이 해제된 이상 그 소급효로 말미암아 위 조항도 함께 실효된다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 민법 제398조 제1항, 제3항, 제551조의 문언·내용과 계약당사자의 일반적인 의사 등을 고려하면, 계약당사자가 채무불이행으로 인한 전보배상에 관하여 손해배상액을 예정한 경우에 채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하더라도 원칙적으로 손해배상액의 예정은 실효되지 않고, 전보배상에 관하여 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정에 따라 배상액을 정해야 한다. 다만 위와 같은 손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 정해진 약정이라는 등의 사정이 있는 경우에 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하면 손해배상액의 예정도 실효될 수 있다. 이때 손해배상액의 예정이 실효된다고 볼 특별한 사정이 있는지는 약정 내용, 약정이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 이로써 달성하려는 목적, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 당사자의 의사를 합리적으로 해석하여 판단해야 한다.

[2] 甲 주식회사와 乙 주식회사가, 甲 회사가 乙 회사에 자신이 주최하는 공연의 티켓을 판매하고 乙 회사가 소비자에게 위 티켓을 다시 판매하는 계약을 체결하면서, ‘공연이 취소된 경우, 甲 회사는 乙 회사에 판매대금 전액을 지급해야 하며, 乙 회사의 귀책으로 계약이 이행되지 않을 경우 구매대금은 반환하지 않는다.’는 조항을 두었는데, 乙 회사가 甲 회사에 계약상 의무 불이행을 이유로 계약의 해제를 통보하고, 이를 전제로 원상회복과 손해배상을 구한 사안에서, 계약에서 정한 약정 내용과 체계, 위 조항의 내용과 당사자들이 이를 통해 달성하려는 목적 등에 비추어 보면, 위 조항은 공연의 원활한 진행을 확보하고 공연이 취소될 경우를 대비하여 손해배상액을 예정한 것이고, 공연이 乙 회사의 귀책사유가 아닌 다른 이유로 취소된 경우에 손해배상액의 예정을 통해 乙 회사에 공연 티켓의 판매를 통해 얻을 수 있었던 이익을 그대로 보전해 주기 위한 것이라고 해석함이 타당한데, 위 계약의 주요 목적은 乙 회사가 미리 공연의 티켓을 일괄 구매하여 자신의 책임으로 판매하는 것

으로, 공연의 정상적인 진행은 계약 목적을 달성하는 데 중요한 내용이고, 계약상 의무가 충실히 이행되지 않을 경우 계약 상대방은 계약을 해제할 수 있다고 보아야 하고, 甲 회사와 乙 회사는 공연이 취소될 경우 이를 이유로 계약이 해제될 수 있음을 인식하였다고 볼 수 있으므로, 이와 같은 상황에서 공연이 취소될 경우를 대비하여 둔 위 조항이 계약의 유지를 전제로 한 것이라고 단정할 수 없는데도, 계약이 해제된 이상 그 소급효로 말미암아 위 조항도 함께 실효된다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

6 2022. 4. 14. 선고 2019다299423 판결 [의무이행의소] 879

- [1] 의료법 제33조 제2항에서 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 원천적으로 금지하고, 제87조 제1항 제2호에서 이를 위반하는 경우 처벌하는 규정을 둔 취지 / 의료법 제33조 제2항에 위반하여 이루어진 약정의 효력(무효)
- [2] 의료법 제33조 제2항에서 금지하는 ‘의료기관 개설행위’의 의미 및 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유사격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위가 이에 해당하는지 여부(적극) / 비의료인이 이미 개설된 의료기관의 의료시설과 의료진을 인수하고 개설자의 명의변경절차 등을 거쳐 그 운영을 지배·관리하는 등 종전 개설자의 의료기관 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우, 위 조항에서 금지하는 비의료인의 의료기관 개설행위에 해당하는지 여부(적극) / 의료법과 그 시행규칙에서 정한 의료기관 개설 또는 의료기관 개설자 변경 등의 요건과 절차
- [1] 의료법이 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 원천적으로 금지하고(제33조 제2항), 이를 위반하는 경우 처벌하는 규정(제87조 제1항 제2호)을 둔 취지는 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한함으로써 건전한 의료질서를 확립하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 데에 있다. 위 의료법 제33조 제2항은 의료인이나 의료법인 등이 아닌 자가 의료기관을 개설하여 운영하는 경우에 초래될 국민 보건위생상의 중대한 위험을 방지하기 위하여 제정된 이른바 강행법규에 속하는 것으로서 이에 위반하여 이루어진 약정은 무효이다.
- [2] 의료법 제33조 제2항에서 금지되는 의료기관 개설행위는, 비의료인이 그 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하는 것을 의미한다.

따라서 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적법한 의료기관의 개설로 가장한 것일 뿐 실질적으로는 의료인 아닌 자가 의료기관을 개설한 경우에 해당하고, 개설신고가 의료인 명의로 되었다거나 개설신고 명의인인 의료인이 직접 의료행위를 하였다 하여 달리 볼 수 없다. 한편 비의료인이 이미 개설된 의료기관의 의료시설과 의료진을 인수하고 개설자의 명의변경절차 등을 거쳐 그 운영을 지배·관리하는 등 종전 개설자의 의료기관 개설·운영행위와 단절되는 새로운 개설·운영행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우에는 의료법 제33조 제2항에서 금지하는 비의료인의 의료기관 개설행위에 해당한다.

의료법과 그 시행규칙은 의료업을 하기 위해 반드시 필요한 의료기관 개설과 관련하여, 의료기관 종류에 따라 의원급 의료기관은 시장·군수·구청장에게 개설신고를 하고, 병원급 의료기관은 시·도 의료기관개설위원회의 심의를 거쳐 시·도지사의 허가를 받도록 규정하면서, ‘의료기관 개설자 변경’ 등 보건복지부령으로 정한 중요사항을 변경할 때에도 마찬가지로 신고하거나 허가를 받도록 요건과 절차를 규정하고 있다(의료법 제33조 제2항 내지 제5항, 의료법 시행규칙 제26조, 제28조).

7 2022. 4. 14. 선고 2020다224975 판결〔부당이득금〕 883

- [1] 주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않은 경우, 공동소송인에 대한 관계에서 위 결정이 확정될 수 있는지 여부(원칙적 적극) / 화해권고결정에서 분리 확정을 불허하고 있거나, 분리 확정을 허용하는 것이 형평과 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래되는 경우, 분리 확정이 허용되는지 여부(소극) 및 이는 공동소송인 전원이 분리 확정에 대하여 이의가 없다는 취지로 진술하였더라도 마찬가지로인지 여부(적극)
- [2] 주관적·예비적 공동소송에서 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것이 허용되는지 여부(소극) 및 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 한 경우의 위법이 직권조사사항인지 여부(적극)
- [3] 주관적·예비적 공동소송에서 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기한 경우, 상소심의 심판대상
- [1] 민사소송법 제70조에서 정한 주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인이 이의하지 않았다면, 원칙적으로 그 공동소송인에 대한 관계에서는 위 결정이 확정될 수 있다. 다만 화해권고결정에서 분리 확

정을 불허하고 있거나, 그렇지 않더라도 그 결정에서 정한 사항이 공동소송인들에게 공통되는 법률관계를 형성함을 전제로 하여 이해관계를 조절하는 경우 등과 같이 결정 사항의 취지에 비추어 볼 때 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반하고 또한 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송 진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래되는 경우에는 분리 확정이 허용되지 않는다. 이는 주관적·예비적 공동소송에서 화해권고결정에 대하여 일부 공동소송인만이 이의신청을 한 후 그 공동소송인 전원이 분리 확정에 대하여는 이의가 없다는 취지로 진술하였더라도 마찬가지이다.

- [2] 주관적·예비적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고, 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것은 허용되지 않으며, 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 한 경우의 위법은 소송요건에 준하여 직권으로 조사하여야 할 사항에 해당한다.
- [3] 주관적·예비적 공동소송에서 그 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정이 차단되고, 상소심에 이심되어 심판대상이 되며, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적·예비적 공동소송인 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다.

8 2022. 4. 14. 선고 2020다237117 판결 [퇴직금] 888

- [1] 근로기준법상 근로자에 해당하는지 판단하는 기준
- [2] 甲 주식회사와 사고출동서비스 대행계약을 체결하고 乙 보험회사의 고객들에게 교통사고가 발생한 경우 사고 초기에 현장에 출동하여 사고조사 등의 업무를 수행한 丙 등이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제 된 사안에서, 제반 사정에 비추어 丙 등은 甲 회사에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 보기 어려우므로 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례
- [1] 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단해야 한다. 여기에서 종속적인 관계인지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스

스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수 성격이 근로 자체의 대가적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합해서 판단해야 한다.

- [2] 甲 주식회사와 사고출동서비스 대행계약을 체결하고 乙 보험회사의 고객들에게 교통사고가 발생한 경우 사고 초기에 현장에 출동하여 사고조사 등의 업무를 수행한 丙 등이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제 된 사안에서, 甲 회사가 제작·배포한 사고출동 가이드북을 통한 지침 등을 甲 회사의 취업규칙이나 복무규정으로 평가하거나 이를 통해 丙 등의 업무수행 과정에서 甲 회사가 상당한 지휘·감독을 하였다고 보기 어려운 점, 丙 등은 출동 가능 여부 등을 스스로 결정하는 등 甲 회사가 지정한 근무시간과 근무장소에 구속되었다고 평가하기 어려운 점, 丙 등은 스스로 업무수행에 필요한 차량, 카메라, 휴대폰 등 비품·작업도구를 마련하고, 주유비, 주차비 등 업무수행 비용을 부담한 점, 丙 등은 정해진 기본급이나 고정급 없이 매월 1회 일정한 날에 수수료를 지급받았는데, 사고출동건수에 따라 기본수수료, 등급수수료 등이 지급된 점, 겸업 사례가 있는 점 등을 이유로 丙 등은 甲 회사에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 보기 어려우므로 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

9 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결 [손해배상(기)] 891

이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 그렇지 않은 부모가 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대한 감독의무를 부담하는지 여부(원칙적 소극)

미성년자가 책임능력이 있어 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 미성년자의 감독의무자의 의무 위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 민법 제750조에 따라 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다. 이 경우 그러한 감독의무 위반사실과 손해 발생과의 상당인과관계는 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.

미성년 자녀를 양육하며 친권을 행사하는 부모는 자녀를 경제적으로 부양하고 보호하며 교양할 법적인 의무가 있다(민법 제913조). 부모와 함께 살면서 경제적으로 부모에게 의존하는 미성년자는 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있으므로,

그 부모는 미성년자가 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 학교 및 사회 생활을 하도록 일반적, 일상적으로 지도와 조언을 할 보호·감독의무를 부담한다. 따라서 그러한 부모는 미성년자의 감독의무자로서 위에서 본 것처럼 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 질 수 있다.

그런데 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 그렇지 않은 부모(이하 ‘비양육친’이라 한다)에게는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호·교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없다. 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭할 수 있는 권리가 있지만(민법 제837조의2 제1항), 이러한 면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하고, 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없다. 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다. 이처럼 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다.

다만 비양육친도 부모로서 자녀와 면접교섭을 하거나 양육친과의 협의를 통하여 자녀 양육에 관여할 가능성이 있는 점을 고려하면, ① 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등에 비추어 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다.

10 2022. 4. 14. 선고 2020다254228, 254235 판결 [건물철거및토지인도청구의 소·건물매수대금청구의소] 895

- [1] 토지 소유자가 아닌 제3자가 토지를 임대한 경우, 임대인이 지상물매수청구권의 상대방이 되는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 국가로부터 국유 토지의 관리를 위탁받은 甲 주식회사와 사용수익계약을 체결하여 그 토지 위에 건물을 건축한 乙 주식회사가 계약기간 만료 후 甲 회

사를 상대로 지상물매수청구권을 행사한 사안에서, 甲 회사는 토지 소유자가 아니므로 지상물매수청구권의 상대방이 될 수 없다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 없다고 한 사례

[1] 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임차인의 지상물매수청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 임차권 소멸 당시의 토지 소유자인 임대인이다. 토지 소유자가 아닌 제3자가 토지를 임대한 경우에 임대인은 특별한 사정이 없는 한 지상물매수청구권의 상대방이 될 수 없다.

[2] 국가로부터 국유 토지의 관리를 위탁받은 甲 주식회사와 사용수익계약을 체결하여 그 토지 위에 건물을 건축한 乙 주식회사가 계약기간 만료 후 甲 회사를 상대로 지상물매수청구권을 행사한 사안에서, 甲 회사는 국유 토지의 관리를 위탁받아 乙 회사와 사용수익계약을 체결한 자일뿐 토지 소유자가 아니므로 지상물매수청구권의 상대방이 될 수 없다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 없다고 한 사례.

11 2022. 4. 14. 선고 2020다268760 판결 [손해배상(기)등] 897

판결이 확정된 채권자가 시효중단을 위한 신소를 제기하면서 확정판결에 따른 원금과 함께 원금에 대한 확정 지연손해금 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 경우, 채무자는 확정 지연손해금에 대하여도 이행청구를 받은 다음 날부터 지연손해금을 별도로 지급하여야 하는지 여부(적극) 및 이때 적용되는 이율(=신소에 적용되는 법률이 정한 이율)

금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다. 한편 원금채권과 금전채무불이행의 경우에 발생하는 지연손해금채권은 별개의 소송물이다.

따라서 판결이 확정된 채권자가 시효중단을 위한 신소를 제기하면서 확정판결에 따른 원금과 함께 원금에 대한 확정 지연손해금 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 경우, 확정 지연손해금에 대한 지연손해금채권은 채권자가 신소으로써 확정 지연손해금을 청구함에 따라 비로소 발생하는 채권으로서 전소의 소송물인 원금채권이나 확정 지연손해금채권과는 별개의 소송물이므로, 채무자는 확정 지연손해금에 대하여도 이행청구를 받은 다음 날부터 지연손해금을 별도로 지급하여야 하되 그 이율은 신소에 적용되는 법률이 정한 이율을 적용하여야 한다.

12 2022. 4. 14. 자 2021그796 결정 [집행관의집행위임거부등에대한이의신청서] ... 900

[1] 부동산 등의 인도집행에서 강제집행의 목적물이 아닌 동산이 있는 경우, 이

를 제거하여 보관 혹은 매각하는 것이 다소 곤란하다는 사유만으로 목적물의 인도집행을 불능으로 처리할 수 있는지 여부(소극)

[2] 甲이 부동산 임의경매절차에서 종교시설인 건물에 관한 매각허가를 받은 후 매각대금을 납부하고, 위 건물의 점유자인 乙 등을 상대로 부동산인도명령을 신청하여 인용결정을 받은 다음 집행관에게 집행을 위임하였는데, 집행관이 건물 내부에 다수의 유골함이 안치되어 있어 인도집행이 불가능하다는 이유로 인도집행을 실시하지 않자, 甲이 위 집행에 관한 이의신청을 한 사안에서, 건물에 관한 인도집행을 거부한 집행관의 조치를 정당한 것으로 보고 甲의 집행에 관한 이의신청을 기각한 원심의 조치에 적법한 절차에 따른 재판의 집행을 통하여 재산권을 보장받아야 할 헌법상의 권리를 침해하여 재판에 영향을 미친 헌법 위반의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 부동산 등의 인도집행에서 강제집행의 목적물이 아닌 동산이 있는 경우에 집행관에게는 강제집행의 목적물이 아닌 동산을 제거하여 인도집행을 할 책무가 있으므로, 이를 제거하여 보관 혹은 매각하는 것이 다소 곤란하다는 사유만으로는 목적물의 인도집행을 불능으로 처리할 수는 없다.

[2] 甲이 부동산 임의경매절차에서 종교시설인 건물에 관한 매각허가를 받은 후 매각대금을 납부하고, 위 건물의 점유자인 乙 등을 상대로 부동산인도명령을 신청하여 인용결정을 받은 다음 집행관에게 집행을 위임하였는데, 집행관이 건물 내부에 다수의 유골함이 안치되어 있어 인도집행이 불가능하다는 이유로 인도집행을 실시하지 않자, 甲이 위 집행에 관한 이의신청을 한 사안에서, 甲으로부터 건물의 인도집행을 위임받은 집행관으로서, 건물 내에 있는 유골함을 乙 등이나 그 대리인 등에게 인도할 수 없고 집행관 스스로도 유골함을 계속하여 보관하기 곤란한 사정이 있다면, 甲이 현상을 그대로 유지하는 조건으로 유골함을 보관할 의사가 있는지, 혹은 그 밖에 다른 적절한 방법으로 이를 보관할 수는 없는지 등을 추가로 확인하여야 하고 그와 같은 조치를 취하지 아니한 채 부동산의 인도집행 자체를 거부할 수 없는데도, 건물에 관한 인도집행을 거부한 집행관의 조치를 정당한 것으로 보고 甲의 집행에 관한 이의신청을 기각한 원심의 조치에 적법한 절차에 따른 재판의 집행을 통하여 재산권을 보장받아야 할 헌법상의 권리를 침해하여 재판에 영향을 미친 헌법 위반의 잘못이 있다고 한 사례.

13 2022. 4. 14. 선고 2021다263519 판결〔건물등철거〕 902

[1] 가등기담보 등에 관한 법률이 적용되는 경우, 채권자가 담보목적 부동산에 관하여 소유자로 등기되어 있다고 하더라도 청산절차 등 요건을 충족해야만

담보목적 부동산의 소유권을 취득할 수 있는지 여부(적극)

[2] 채무를 담보하기 위하여 채무자가 자기의 비용과 노력으로 신축하는 건물의 신축허가 명의를 채권자 명의로 한 경우, 완성될 건물을 양도담보로 제공하는 담보권 설정의 합의가 있다고 볼 수 있는지 여부(적극) 및 위 양도담보가 가등기담보 등에 관한 법률의 적용 대상인 경우, 양도담보권자가 청산절차 등을 거쳐 소유권을 취득하기 전까지 대지 소유자에게 대지 점유에 따른 부당이득반환의무를 부담하는지 여부(원칙적 소극)

[1] 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라 한다) 제1조는 ‘이 법은 차용물의 반환에 관하여 채무자가 차용물을 갈음하여 다른 재산을 이전할 것을 예약할 때 그 재산의 예약 당시 가액이 차용액과 이에 붙인 이자를 합산한 액수를 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약과 그 담보의 목적으로 마친 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 정함을 목적으로 한다.’고 정하고 있고, 제3조 제2항은 ‘채권자가 담보계약에 따른 담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 그 채권의 변제기 후에 제4조의 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하고, 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날부터 2개월이 지나야 한다. 이 경우 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 그 뜻을 통지하여야 한다.’고 정하고 있으며, 제4조 제2항은 ‘채권자는 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 경료된 경우에는 청산기간 경과 후 청산금을 채무자 등에게 지급한 때에 목적부동산의 소유권을 취득한다.’고 정하고 있다.

이러한 규정에 따르면 가등기담보법이 적용되는 경우에는 채권자가 담보목적 부동산에 관하여 소유자로 등기되어 있다고 하더라도 청산절차 등 법에 정한 요건을 충족해야만 비로소 담보목적 부동산의 소유권을 취득할 수 있다.

[2] 채무를 담보하기 위하여 채무자가 자기의 비용과 노력으로 신축하는 건물의 신축허가 명의를 채권자 명의로 한 경우 이는 완성될 건물을 양도담보로 제공하기로 하는 담보권 설정의 합의가 있다고 볼 수 있다. 이때 완성된 건물의 소유권은 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득하고, 채권자가 그 명의로 소유권보존등기를 함으로써 건물에 대한 양도담보가 설정된 것으로 보아야 한다. 이러한 양도담보가 가등기담보 등에 관한 법률의 적용 대상이 되는 경우에는 양도담보권자가 청산절차 등을 거쳐 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 전까지 특별한 사정이 없는 한 양도담보 설정자가 건물의 소유자로서 이를 현실적으로 점유하면서 사용·수익하고 있다고 볼 수 있으므로 채권자가 건물에 대한 양도담보권을 취득했다고 해서 그 대지 소유자에게 부당이

득반환의무를 부담하는 것은 아니다.

14 2022. 4. 14. 선고 2021다275611 판결 [회원지위확인청구의소] 906

[1] 처분문서상 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우, 계약 내용의 해석 방법

[2] 甲 법인이 乙 주식회사가 운영하는 회원제 골프장의 특별법인회원으로 입회하면서 ‘입회기간 만료 시 甲 법인의 요청에 따라 입회금을 일시에 반환하거나 회원자격을 자동연장할 수 있고, 1일 1팀 주말예약 보장 및 주중예약 무제한 보장 등의 부가특전이 부여되며, 계약기간 중 계약의 변경은 당사자의 서면 합의에 의해서만 가능하다.’는 등의 내용으로 입회약정을 체결하였는데, 甲 법인이 입회기간 만료 전 회원자격 자동연장을 선택하자, 乙 회사가 회원자격 자동연장을 선택할 경우 부가특전이 주말예약 6회, 주중예약 14회로 한정되는 것으로 변경되고 이를 받아들이지 않을 경우 입회기간 연장이 불가능하다고 통보한 사안에서, 위 약정에 의하면 회원자격이 자동연장될 때마다 부가특전의 내용을 새로 정한다기보다는 동일한 부가특전이 자격 연장에 수반하여 함께 연장된다고 보는 것이 합리적 해석인데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사 표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석하여야 한다.

[2] 甲 법인이 乙 주식회사가 운영하는 회원제 골프장의 특별법인회원으로 입회하면서 ‘입회기간 만료 시 甲 법인의 요청에 따라 입회금을 일시에 반환하거나 회원자격을 자동연장할 수 있고, 1일 1팀 주말예약 보장 및 주중예약 무제한 보장 등의 부가특전이 부여되며, 계약기간 중 계약의 변경은 당사자의 서면 합의에 의해서만 가능하다.’는 등의 내용으로 입회약정을 체결하였는데, 甲 법인이 입회기간 만료 전 회원자격 자동연장을 선택하자, 乙 회사가 회원자격 자동연장을 선택할 경우 부가특전이 주말예약 6회, 주중예약 14회로 한정되는 것으로 변경되고 이를 받아들이지 않을 경우 입회기간 연장이 불가능하다고 통보한 사안에서, 위 약정에 의하면 회원자격이 자동연장될 때마다

부가특전의 내용을 새로 정한다기보다는 동일한 부가특전이 자격 연장에 수반하여 함께 연장된다고 보는 것이 자동연장의 사전적 의미와 해당 조항을 둔 본래의 취지, 약정에 이른 경위와 당사자의 의사, 거래의 관행 등에 부합하는 합리적 해석인데도, 이와 달리 본 원심판단에 법률행위의 해석에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

15 2022. 4. 14. 선고 2021다276973 판결 [토지인도] 909

[1] 종중이 당사자인 사건에서 이미 제출된 자료에 따라 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지를 의심할 만한 사정이 있는 경우, 법원이 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있는지 여부(적극)

[2] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무

[3] 甲 종중이 乙을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 丙으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 甲 종중의 대표자는 丙이 아니라 丁이었고, 그 후 甲 종중이 원심법원에 대표자를 丙에서 丁으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 丙의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 丁에게 적법한 대표권이 있는지에 관하여 석명권을 행사하는 등의 조치를 취하지 않은 채 소를 각하한 원심판결에 석명의무를 다하지 아니한 잘못이 있다고 한 사례

[1] 종중이 당사자인 사건에서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다. 법원으로서 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없더라도, 이미 제출된 자료에 따라 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.

[2] 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 당사자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견

진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다.

- [3] 甲 종중이 乙을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 丙으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 甲 종중의 대표자는 丙이 아니라 丁이었고, 그 후 甲 종중이 원심법원에 대표자를 丙에서 丁으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 丙의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 丁에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 해당하므로 원심이 이를 의심할 만한 사정이 있다면 당사자들이 특별히 다투지 않더라도 이를 심리·조사할 의무가 있고, 원심 변론종결 당시까지 당사자 사이에 丁의 대표자 지위에 관해서 쟁점이 되지 않았으므로, 원심으로서도 당사자에게 이 부분에 관하여 증거가 부족하다는 이유로 소를 각하한 원심의 판단은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 한 것으로서 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못이 있다고 한 사례.

16 2022. 4. 14. 선고 2021다280781 판결 [임금] 912

- [1] 근로기준법 제94조 제1항 단서에서 정한 ‘취업규칙의 불이익한 변경’의 의미 및 그 대상인 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익인지 여부 (적극)
- [2] 甲 학교법인이 운영하는 대학교의 교직원보수규정에서 예산의 범위에서 교원에게 연구보조비를 지급한다고 정하고 있고, 매 학년도별 봉급과 각종 수당의 세부 항목과 액수 등을 정한 교직원 보수표에서 연구보조비 액수를 정하고 있는데, 甲 법인이 일부 학년도의 연구보조비를 직전 학년도보다 적게 정한 것이 취업규칙의 불이익한 변경에 해당하는지 문제 된 사안에서, 甲 법인이 매 학년도에 정한 연구보조비 액수가 매 학년도의 교직원 보수표의 보호영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 보기 어렵고, 일부 학년도의 연구보조비 액수가 직전 학년도에 비해 줄어든 것을 실질적으로 연구보조비에 관한 종전 취업규칙을 교원에게 불리하게 개정하거나 변경한 것이라고 단정할 수 없다고 한 사례

- [3] 재판상 자백의 의미 및 상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것만으로 자백이 있다고 인정할 수 있는지 여부(소극) / 자백간주가 성립하지 않는 경우로서 변론 전체의 취지로 보아 당사자가 상대방이 주장하는 사실을 다룬 것으로 볼 것인지 판단하는 방법 / 법률상의 주장에 대하여 재판상 자백 또는 자백간주가 적용되는지 여부(소극)
- [4] 명예퇴직수당이 후불임금이나 퇴직급여에 해당하지 않는 경우, 그에 대한 지연손해금을 계산할 때 근로기준법 제37조 제1항과 근로기준법 시행령 제17조가 적용되는지 여부(소극)
- [1] 근로기준법 제94조 제1항은 “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.”라고 정하고 있다. 취업규칙의 불이익한 변경이란 사용자가 종전 취업규칙 규정을 개정하거나 새로운 규정을 신설하여 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익을 박탈하고 근로자에게 저하된 근로조건이나 강화된 복무규율을 일방적으로 부과하는 것을 말한다. 여기서 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익이란 종전 취업규칙의 보호영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 가리킨다.
- [2] 甲 학교법인이 운영하는 대학교의 교직원보수규정에서 예산의 범위에서 교원에게 연구보조비를 지급한다고 정하고 있고, 매 학년도별 봉급과 각종 수당의 세부 항목과 액수 등을 정한 교직원 보수표에서 연구보조비 액수를 정하고 있는데, 甲 법인이 일부 학년도의 연구보조비를 직전 학년도보다 적게 정한 것이 취업규칙의 불이익한 변경에 해당하는지 문제 된 사안에서, 甲 법인은 봉급의 경우와는 달리 연구보조비에 대해서는 교직원보수규정에 예산의 범위에서 지급한다는 규정만 두고, 구체적인 액수는 교직원 보수표를 통해 매 학년도별 예산 상황이나 교원의 직급 등을 고려해 따로 정해 왔다고 볼 수 있으므로, 매 학년도의 교직원 보수표 중 연구보조비에 관한 부분은 해당 학년도에만 한시적으로 적용되고 그다음 학년도에는 새로운 교직원 보수표가 작성·시행될 것을 전제로 마련되었다고 볼 여지가 있으며, 사립학교법 제30조, 제31조 제1항에 따라 학교법인의 회계연도는 그가 설치·경영하는 사립학교의 학년도에 따르며 학교법인은 매 회계연도가 시작되기 전에 예산을 관할청에 보고하고 공시하여야 하는 점 등을 고려할 때, 甲 법인이 매 학년도

에 예산 상황 등을 고려하여 새롭게 정한 연구보조비 액수가 매 학년도의 교직원 보수표의 보호영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 보기 어렵고, 일부 학년도의 연구보조비 액수가 직전 학년도에 비해 줄어든 것을 실질적으로 연구보조비에 관한 종전 취업규칙을 교원에게 불리하게 개정하거나 변경한 것이라고 단정할 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

- [3] 재판상 자백은 변론기일 또는 변론준비기일에서 상대방의 주장과 일치하면서 자신에게는 불리한 사실을 진술하는 것을 말하며, 상대방의 주장에 단순히 침묵하거나 불분명한 진술을 하는 것만으로는 자백이 있다고 인정하기에 충분하지 않다.

당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 않았더라도 변론 전체의 취지로 보아 다툰 것으로 인정되는 때에는 자백간주가 성립하지 않는다(민사소송법 제150조 제1항 참조). 여기서 변론 전체의 취지로 보아 다투었다고 볼 것인지는 변론종결 당시까지 당사자가 한 주장 취지와 소송의 경과를 전체적으로 종합해서 판단해야 한다. 자백간주 역시 재판상 자백의 경우와 마찬가지로 상대방의 사실에 관한 주장에 대해서만 적용되고, 법률상의 주장에 대해서는 적용되지 않는다.

- [4] 명예퇴직이란 근로자가 명예퇴직의 신청을 하면 사용자가 요건을 심사한 다음 이를 승인함으로써 당사자들의 합의로 근로관계를 종료시키는 것이다. 사용자가 법령에 근거를 둔 퇴직급여 제도 등과 별도로 명예퇴직수당 제도를 두고 그에 따라 지급하는 명예퇴직수당은 지급대상, 지급요건과 산정 방법 등이 다양하여 그 성격을 한 가지로 규정할 수 없다. 명예퇴직수당이 장기근속자의 정년 이전 조기 퇴직을 유도하기 위해 퇴직일부터 정년까지 기간이 길수록 많은 금액이 지급되는 내용인 경우, 이는 후불임금이라기보다는 조기 퇴직에 대한 사례금 또는 장려금이라는 성격이 강하고 근로자퇴직급여 보장법이 정한 퇴직급여 제도와도 그 성질이 다르다. 이와 같이 명예퇴직수당이 후불임금이나 퇴직급여에 해당하지 않는 경우 그에 대한 지연손해금을 계산할 때에는 근로기준법 제37조 제1항과 근로기준법 시행령 제17조가 적용되지 않는다.

17 2022. 4. 14. 선고 2021다294186 판결 [소유권말소등기] 922

- [1] 구 농지개혁법에 따라 국가가 매수한 농지가 분배되지 않기로 확정된 경우, 농지대상보상금이 지급되었는지 여부를 불문하고 농지의 소유권이 원소유자에게 환원되는지 여부(적극) / 구 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법 시행

당시 분배되지 않은 농지로서 같은 법 제2조 제1항에 의하여 국유로 등기된 농지가 같은 조 제3항에서 정한 기간 내에 분배되지 아니한 경우, 그 기간이 지남과 동시에 농지의 소유권이 원소유자에게 환원되는지 여부(적극) / 구 농지법 부칙(1994. 12. 22.) 제3조에서 정한 유예기간 내에 분배농지에 대한 농지대가상환 및 등기를 완료하지 못한 경우, 위 농지는 분배되지 않기로 확정된 것으로 보고 그 소유권이 원소유자에게 환원되는지 여부(적극)

[2] 구 농지법, 구 농지개혁법 및 구 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법에 따라 분배되지 않기로 확정되어 원소유자에게 농지의 소유권이 환원되는 경우, 국가 명의의 소유권이전등기에 근거하여 소유권이전등기를 마친 제3자에게 민법 제548조 제1항 단서가 적용 또는 유추적용되는지 여부(소극)

[1] 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지, 이하 ‘구 농지개혁법’이라 한다)에 의하여 국가가 자경하지 않는 농지를 매수한 것은 후에 그 농지가 분배되지 않을 것을 해제조건으로 하여 행한 조치이므로, 후에 그 농지가 분배되지 않기로 확정되었다면 원소유자에게 농지대가 보상금이 지급되었는지 여부를 불문하고 원소유자에게 소유권이 환원된다. 구 농지개혁법의 시행에 따라 국가에 매수된 농지 중 구 ‘농지개혁사업정리에 관한 특별조치법’(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제2호로 폐지, 이하 ‘특별조치법’이라 한다) 시행 당시에 분배되지 않은 농지로서 특별조치법 제2조 제1항에 의하여 국유로 등기한 농지라고 하더라도 그 후 특별조치법 제2조 제3항에서 정한 기간인 1년 내에 특별조치법 제2조 제2항에 따라 분배된 농지를 제외한 나머지 농지는 그 기간이 지남과 동시에 국가의 매수조치가 해제되어 원소유자의 소유로 환원된다.

그리고 구 농지법(1994. 12. 22. 법률 제4817호로 제정되어 1996. 1. 1.부터 시행된 것, 이하 ‘구 농지법’이라 한다)은 그 부칙 제2조에서 구 농지개혁법 및 특별조치법을 각 폐지하는 한편, 부칙 제3조에서 “이 법 시행 당시 종전의 구 농지개혁법 및 특별조치법에 의하여 농지대가상환 및 등기 등이 종료되지 아니한 분배농지에 대한 농지대가상환 및 등기 등은 이 법 시행일부터 3년 이내에 종전의 규정에 의하여 완료하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 이 규정에 의하면 농지법 시행일부터 3년의 기간이 경과함으로써 농지대가상환에 관한 근거 규정이 없어질 뿐만 아니라 그 후에는 농지대가상환을 하더라도 구 농지개혁법 및 특별조치법의 적용을 받을 수 없어 법률의 규정에 의한 소유권취득이 불가능하게 되므로 농지법 시행일부터 3년 내에 농지대가상환 및 등기를 완료하지 않은 농지에 대하여는 더 이상 분배의 절차인 농지대

가상환을 할 수 없다. 따라서 위와 같은 농지는 분배되지 않기로 확정된 것으로 보고 그 소유권이 원소유자에게 환원된다고 해석하여야 한다.

[2] 민법 제548조 제1항은 “당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.”라고 규정함으로써 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가지고 등기 등으로 권리를 취득한 제3자, 계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 전에 계약당사자와 양립하지 않는 법률관계를 가지게 된 선의의 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없다.

그러나 구 농지법(1994. 12. 22. 법률 제4817호로 제정되어 1996. 1. 1.부터 시행된 것), 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지) 및 구 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제2호로 폐지)에 따라 분배되지 않기로 확정되어 원소유자에게 농지의 소유권이 환원되는 경우에는 원인무효인 국가 명의의 소유권이전등기에 근거하여 제3자가 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 민법 제548조 제1항 단서가 적용 또는 유추적용되지 않는다.

18 2022. 4. 14. 선고 2021다299372 판결 [청구이의] 926

공정증서가 작성된 약속어음의 원인채권 이행기가 도래하지 아니하였다는 사유가 청구이의의 소의 이유가 되는지 여부(적극) 및 이러한 사유를 이유로 하는 청구이의의 소에 관한 재판에서 집행권원상의 청구권에 변제기의 존재가 인정되는 경우, 법원이 변제기가 도래할 때까지만 일시적으로 집행권원의 집행력을 배제하는 판결을 하여야 하는지 여부(적극) / 이는 분할납부 약정에 의한 변제기의 정함이 있고, 기한이익 상실 약정이 있는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

집행증서상 청구권에는 기한의 제한이 없는데 그 청구권에 기한이 있으므로 집행이 불허되어야 한다는 주장은, 집행증서상 기한이 없는 청구권이 기한이 도래한 범위 내에서만 집행력이 있고 그것을 초과하는 범위에서의 집행력은 배제되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 공정증서가 작성된 약속어음의 원인채권 이행기가 도래하지 아니하였다는 사유는 본래 집행권원에 표시된 청구권의 변동을 가져오는 청구이의의 소의 이유가 된다.

그리고 이러한 사유를 이유로 하는 청구이의의 소에 관한 재판에서 집행권원상의 청구권에 변제기의 존재가 인정되는 경우, 법원으로서의 집행권원의 집행력 전부를 배제하는 판결을 할 것이 아니라 변제기가 도래할 때까지만 일시적으로 배제하는 판결을 하여야 한다. 이는 분할납부 약정에 의한 변제기의 정함이 있

고, 기한이익 상실 약정이 있는 경우에도 마찬가지이므로, 이미 변제기가 도래한 부분의 집행력 및 장래 변제기가 도래하는 청구권에 대한 변제기 이후 집행력은 허용되어야 하고, 분할납부 및 기한이익 상실 약정에 따라 정해지는 변제기가 도래할 때까지 일시적으로 집행력을 배제하는 판결을 하여야 한다.

19 2022. 4. 14. 선고 2021다305796 판결〔부당이득금반환〕 928

[1] 법원이 당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론을 재개할 의무가 있는 예외적인 경우

[2] 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것으로 인정되는 경우, 추완항소가 허용되는지 여부(적극) 및 추완항소 제기기간의 기산점인 ‘사유가 없어진 후’의 의미 / 다른 소송에서 선임된 소송대리인이 그 재판절차에서 당해 사건의 제1심 판결문 등이 첨부된 준비서면 등을 송달받았다는 사정만으로 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 당사자가 알게 되었다고 볼 수 있는지 여부(소극)

[1] 당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우, 이를 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 법원이 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있는 경우는, 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 만큼 주요한 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이 당사자에게 변론을 재개하여 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우로 한정된다.

[2] 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 사유가 없어진 후 2주 내에 추완항소를 할 수 있다. 여기에서 ‘사유가 없어진 후’라고 함은 당사자나 당해 사건에서의 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것이다. 그리고 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 사건 기록을 열람하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다.

당사자가 다른 소송의 재판절차에서 송달받은 준비서면 등에 당해 사건의 제1심 판결문과 확정증명원 등이 첨부된 경우에는 그 시점에 제1심판결의 준

재 및 공시송달의 방법으로 송달된 사실까지 알았다고 볼 것이지만, 다른 소송에서 선임된 소송대리인이 그 재판절차에서 위와 같은 준비서면 등을 송달 받았다는 사정만으로 이를 당사자가 직접 송달받은 경우와 동일하게 볼 수는 없다.

일반행정

20 2022. 4. 14. 선고 2019두55859 판결 [요양·보험급여결정승인처분취소청구] … 932

사용기간에 있는 근로자도 그 기간에 확정적 근로관계가 존재하는지 여부(적극) / 사용기간에 제공된 근로 내용이 정규 근로자의 근로 내용과 차이가 있으나 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 경우, 시용 근로계약이 성립하는지 여부(적극) 및 제공된 근로 내용이 업무 수행에 필요한 교육·훈련의 성격을 겸하고 있는 경우에도 마찬가지로인지 여부(적극) / 이때 사용기간 중의 임금 등을 정하지 않았다고 하여 시용 근로계약의 성립을 부정할 수 있는지 여부(소극)

근로계약은 근로자가 사용자에게 종속적 관계에서 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약으로서, 제공하는 근로 내용에 특별한 제한이 없고 명시적 약정이 있어야만 성립하는 것은 아니며 묵시적 약정으로 성립할 수도 있다.

시용(試用)이란 근로계약을 체결하기 전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정 기간 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 사용기간에 있는 근로자의 경우에도 사용자의 해약권이 유보되어 있다는 사정만 다를 뿐 그 기간에 확정적 근로관계는 존재한다.

업무적격성 평가와 해약권 유보라는 시용의 목적에 따라 사용기간에 제공된 근로 내용이 정규 근로자의 근로 내용과 차이가 있는 경우에도 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 이상 시용 근로계약은 성립한다. 제공된 근로 내용이 업무 수행에 필요한 교육·훈련의 성격을 겸하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 사용기간 중의 임금 등 근로조건은 경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자가 자신의 의사대로 정할 여지가 있으므로 종속적 관계에서 사용자를 위해 근로가 제공된 이상, 사용기간 중의 임금 등을 정하지 않았다는 사정만으로 시용 근로계약의 성립을 쉽게 부정해서는 안 되고, 단순히 근로계약 체결 과정 중에 있다고 볼 수도 없다.

21 2022. 4. 14. 선고 2020두58427 판결 [상수도시설분담금부과처분무효확인] … 935

[1] 수도법 제71조 및 수도법 시행령 제65조에서 정한 ‘원인자부담금’과 구 지방

자치법 제138조, 제139조 및 이에 근거한 조례에서 정한 ‘시설분담금’은 각각 근거 법령, 부과 목적·대상, 산정기준 등을 달리하는 것인지 여부(적극)

- [2] 법인이 해당 지방자치단체의 구역 안에 주된 사무소 또는 본점을 두고 있지 않지만 ‘사업소’를 두고 있는 경우, 구 지방자치법 제138조에 따른 분담금 납부의무자인 ‘주민’에 해당하는지 여부(적극) / 법인이 특정한 지방자치단체에서 인적·물적 설비를 갖추고 계속적으로 사업을 영위하면서 해당 지방자치단체의 재산 또는 공공시설의 설치로 특히 이익을 받는 경우, 구 지방자치법 제138조에 따른 분담금 납부의무자가 될 수 있는지 여부(적극) 및 위 조항에 따라 분담금 제도를 구체화한 조례에서 정한 부과 요건을 충족하는 경우, 분담금을 납부할 의무가 있는지 여부(원칙적 적극)

- [1] 수도법 제71조 및 수도법 시행령 제65조에서 정한 ‘원인자부담금’은 주택단지 등의 시설이 설치됨에 따라 상수도시설의 신설·증설 등이 필요한 경우에 그 원인을 제공한 자를 상대로 새로운 급수지역 내에서 설치하는 상수도시설의 공사비용을 부담시키는 것이고, 구 지방자치법(2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부 개정되기 전의 것) 제138조, 제139조 및 이에 근거한 조례에서 정한 ‘시설분담금’은 이미 상수도시설이 설치된 급수지역 내에서 전용급수설비의 신설 등 새롭게 급수를 신청하는 자를 상대로 기존 상수도시설의 잔존가치를 기준으로 그 공사에 소요된 건설비를 징수하는 것이어서, 각각 근거 법령, 부과 목적·대상, 산정기준 등을 달리한다.

- [2] 구 지방자치법(2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제138조에 따른 분담금 납부의무자인 ‘주민’은 구 지방세법(2020. 12. 29. 법률 제17769호로 개정되기 전의 것)에서 정한 균등분 주민세의 납부의무자인 ‘주민’과 기본적으로 동일한 의미이므로, 법인이 해당 지방자치단체의 구역 안에 주된 사무소 또는 본점을 두고 있지 않더라도 ‘사업소’를 두고 있다면 구 지방자치법 제138조에 따른 분담금 납부의무자인 ‘주민’에 해당한다.

따라서 어떤 법인이 특정한 지방자치단체에서 인적·물적 설비를 갖추고 계속적으로 사업을 영위하면서 해당 지방자치단체의 재산 또는 공공시설의 설치로 특히 이익을 받는 경우에는 구 지방자치법 제138조에 따른 분담금 납부의무자가 될 수 있고, 구 지방자치법 제138조에 따라 분담금 제도를 구체화한 조례에서 정한 부과 요건을 충족하는 경우에는 이중부과 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 그 조례에 따라 분담금을 납부할 의무가 있다.

22 2022. 4. 14. 선고 2020추5169 판결 [조례안의결무효확인] 938

- [1] 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이

있어야 가능한지 여부(적극) 및 이때 구체적인 위임의 범위와 그에 관한 예측 가능성 유무를 판단하는 기준과 방법 / 이러한 법리는 조례가 법률로부터 위임받은 사항을 다시 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’ 등에 재위임하는 경우에도 적용되는지 여부(적극)

[2] 서초구의회가 의결한 ‘시가표준액 9억 원 이하의 1가구 1개 주택을 소유한 개인에 대하여 지방세법이 정한 재산세의 세율을 표준세율의 100분의 50으로 감경하는’ 내용의 ‘서울특별시 서초구 구세 조례 일부 개정 조례안’에 대하여 서울특별시장이 지방세법 위반의 소지가 있다는 이유로 재의요구를 지시하였으나 구청장이 따르지 않고 공포하자 조례안 의결의 효력 배제를 구하는 무효확인 소를 제기한 사안에서, 위 조례안이 근거조항의 위임범위의 한계를 일탈하였다거나 조세법률주의, 포괄위임금지 원칙, 조세법률의 명확성 원칙, 지방세특례제한법의 절차, 조세평등주의 등에 위배되어 무효라고 볼 수 없다고 한 사례

[1] 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위법령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대상을 예측할 수 있어야 한다. 하지만 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지 및 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다. 이러한 법리는 조례가 법률로부터 위임받은 사항을 다시 지방자치단체장이 정하는 ‘규칙’ 등에 재위임하는 경우에도 적용된다.

[2] 서초구의회가 의결한 ‘시가표준액 9억 원 이하의 1가구 1개 주택을 소유한 개인에 대하여 지방세법이 정한 재산세의 세율을 표준세율의 100분의 50으로 감경하는’ 내용의 ‘서울특별시 서초구 구세 조례 일부 개정 조례안’에 대하여 서울특별시장이 지방세법 위반의 소지가 있다는 이유로 재의요구를 지시하였으나 구청장이 따르지 않고 공포하자 조례안 의결의 효력 배제를 구하는 무효확인 소를 제기한 사안에서, 위 조례안의 근거조항인 지방세법 제111조 제1항 제3호 (나)목의 취지, 과세표준 구간이나 누진 정도의 의미를 고려하면, 위 조례안이 감경하는 세율의 적용 대상을 한정하여 그에 따라 과세표준

구간이 창설되고 과세표준 구간별 누진 정도가 변경되더라도 이는 근거조항이 조례로 감경하는 세율의 적용 대상을 한정할 수 있도록 함으로써 생기는 반사적 효과에 불과하거나 근거조항이 예정하고 있는 것이고, ‘1가구 1개 주택’ 등에 관한 내용을 분명히 알 수 있거나 예측할 수 있으며, 지방세특례제한법은 근거조항과는 목적, 요건과 효과 등을 달리하고, 위 조례안에 따라 존재하는 차별에는 합리적인 이유가 있다는 이유로, 위 조례안이 근거조항의 위임범위의 한계를 일탈하였다거나 조세법률주의, 포괄위임금지 원칙, 조세법률의 명확성 원칙, 지방세특례제한법의 절차, 조세평등주의 등에 위배되어 무효라고 볼 수 없다고 한 사례.

23 2022. 4. 14. 선고 2021두33715 판결〔부당해고구제재심판정취소〕 …… 945

- [1] 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 판단하는 기준 및 이때 종속적인 관계가 있는지 판단하는 방법
- [2] 甲이 보험회사인 乙 주식회사와 지점장 추가업무 위탁계약을 체결하고 乙 회사의 위탁계약형 지점장으로 담당 지점의 운영·관리를 총괄하면서 보험설계사 도입·교육 및 관리, 보험모집 지원 업무, 보험계약에 대한 유지·관리 등의 업무를 수행하다가 추가업무 위탁계약을 해지한다는 통지를 받은 사안에서, 甲이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 乙 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 한 사례
- [1] 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 말하는 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대가적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 사용자가 정한 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등이 적용되는지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소

득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자가 아니라고 쉽게 단정해서는 안 된다.

- [2] 甲이 보험회사인 乙 주식회사와 지점장 추가업무 위탁계약을 체결하고 乙 회사의 위탁계약형 지점장으로 담당 지점의 운영·관리를 총괄하면서 보험설계사 도입·교육 및 관리, 보험모집 지원 업무, 보험계약에 대한 유지·관리 등의 업무를 수행하다가 추가업무 위탁계약을 해지한다는 통지를 받은 사안에서, 乙 회사는 ‘지역본부-지역단-지점’으로 이어지는 영업 조직에서 지역단장이 위탁계약형 지점장에게도 시기별로 구체적인 실적목표를 제시하였고, 목표 달성을 독려하는 차원을 넘어 실적 달성을 위한 구체적인 업무 내용에 관하여 일일보고, 현장활동보고 등을 지시하는 등 위탁계약형 지점장인 甲의 업무 수행 과정에서 상당한 지휘·감독을 하였던 점, 위탁계약에 따르면 계약기간 만료 전에도 실적 부진 등을 이유로 해지할 수 있을 뿐만 아니라 乙 회사의 필요에 따라 위탁계약형 지점장의 소속 지점변경이 가능하였고 이는 실질적으로는 정규직 지점장의 인사이동과 크게 다르지 않았던 점, 위탁계약형 지점장의 실제 업무시간은 정규직 지점장과 크게 다르지 않았고, 지점 내에 乙 회사가 제공한 사무실에서 지점 운영 업무를 수행하면서 현장활동 시 등에는 지역단에 보고가 이루어졌으며, 휴가일정도 지역단에 보고되었고, 지점 사무실에 배치된 乙 회사의 서무직원에게 출근부 관리가 이루어졌다고 볼 여지도 있어 위탁계약형 지점장이 근무시간과 근무장소에 구속을 받은 점, 위탁계약형 지점장이 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없었던 점 등을 종합하면, 甲이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 乙 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 한 사례.

[24] 2022. 4. 14. 선고 2021두60960 판결〔인정취소처분등취소청구의소〕…… 950

- [1] 제재적 행정처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 판단하는 방법 및 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 되어 있는 경우, 그 기준에 따른 처분이 적법한지 판단하는 방법
- [2] 구 근로자직업능력 개발법이 직업능력개발훈련과정의 인정을 받은 사람이 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 비용을 지급받은 경우’ 부정수급액의 반환명령 및 추가징수를 통한 환수 외에 ‘시정명령·훈련과정 인정취소·인정제한’을 할 수 있도록 규정한 취지 및 구 근로자직업능력 개발법 시행규칙

제8조의2 [별표 2]에서 정한 기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 않는다거나 그 처분기준을 적용한 결과가 현저히 부당한지 여부(소극)

- [1] 제재적 행정처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지는, 처분사유인 위반행위의 내용과 위반의 정도, 처분에 의하여 달성하려는 공익상의 필요와 개인이 입게 될 불이익 및 이에 따르는 여러 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익침해의 정도와 처분으로 개인이 입게 될 불이익을 비교·교량하여 판단하여야 한다. 이러한 제재적 행정처분의 기준이 부령 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 지나지 않아 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없다. 따라서 그 처분의 적법 여부는 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단하여야 한다. 그러므로 처분기준에 부합한다 하여 곧바로 처분이 적법한 것이라고 할 수는 없지만, 처분기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 않거나 그 기준을 적용한 결과가 처분사유인 위반행위의 내용 및 관계 법령의 규정과 취지에 비추어 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 없는 한, 선불리 그 기준에 따른 처분이 재량권의 범위를 일탈하였다거나 재량권을 남용한 것으로 판단해서는 안 된다.
- [2] 구 근로자직업능력 개발법(2020. 3. 31. 법률 제17186호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 직업능력개발법’이라 한다)이 직업능력개발훈련과정의 인정을 받은 사람이 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 비용을 지급받은 경우’ 부정수급액의 반환명령 및 추가징수를 통한 환수 외에 ‘시정명령·훈련과정 인정취소·인정제한’을 할 수 있도록 규정한 취지는, 부정수급자를 엄중하게 제재하여 부정수급 행위를 방지하고 직업능력개발훈련에 대한 건전한 신뢰와 법질서를 확립하며 직업능력개발훈련 지원금 예산의 재정건전성을 유지하고자 함에 있다. 이와 같은 구 직업능력개발법 제24조 제2항, 제3항의 입법 취지나 목적, 그에 따른 인정취소 및 위탁·인정제한의 세부기준을 정한 구 근로자직업능력 개발법 시행규칙(2020. 7. 14. 고용노동부령 제288호로 개정되기 전의 것) 조항들의 구체적인 내용 등에 비추어 보면, 같은 시행규칙 제8조의2 [별표 2]에서 정한 기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 않는다거나 그 처분기준을 적용한 결과가 현저히 부당하다고 보이지 않는다.

조 세

25 2022. 4. 14. 선고 2017두53767 판결 [경정청구거부처분취소] 955

- [1] 관세법상 수입물품에 대한 품목분류를 결정하는 방법 / 이때 해당 물품에 대한 납세의무자의 주관적인 용도나 수입 후의 실제 사용 용도를 고려해야 하는지 여부(원칙적 소극) 및 이러한 법리는 보세건설장에 반입되어 산업시설의 건설에 사용될 수입물품의 품목분류에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
- [2] 관세에 대한 경정거부처분 취소소송에서 납세의무자가 신고·납부한 세액이 정당한 세액을 초과하는지는 수입신고 건별이 아니라 수입신고에 포함된 수입물품을 기준으로 판단해야 하는지 여부(원칙적 적극)
- [1] 관세법 제16조에 의하면 관세는 수입신고를 하는 때의 물품의 성질과 그 수량에 따라 부과하고, 관세율표의 ‘관세율표의 해석에 관한 통칙’은 법적인 목적상 품목분류는 1차적으로 각호의 용어 및 관련 부 또는 류의 주에 따라 결정하도록 규정하고 있으므로, 수입물품에 대한 품목분류는 수입신고 시를 기준으로 물품의 주요 특성, 기능, 용도, 성분, 가공정도 등 여러 가지 객관적인 요소에 따라 물품을 확정하는 다음, 그에 해당하는 품목번호를 관세율표가 정하는 바에 따라 결정하여야 하고, 특별한 사정이 없는 한 해당 물품에 대한 납세의무자의 주관적인 용도나 수입 후의 실제 사용 용도를 고려할 것은 아니다. 이러한 법리는 보세건설장에 반입되어 산업시설의 건설에 사용될 수입물품의 품목분류에도 마찬가지로 적용된다.
- [2] 관세의 과세물건, 과세표준 및 수입신고 등에 관한 관세법령의 규정과 이를 통해서 알 수 있는 관세의 과세단위 및 신고·납부의 기준 등에 관한 아래의 여러 사정에 비추어 보면, 관세에 대한 경정거부처분 취소소송에서 납세의무자가 신고·납부한 세액이 정당한 세액을 초과하는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 수입신고 건별이 아니라 수입신고에 포함된 수입물품을 기준으로 판단하여야 한다.
- ① 관세의 과세물건은 수입물품이고(관세법 제14조), 관세의 과세표준은 수입물품의 가격 또는 수량으로 하며(제15조), 관세는 수입신고를 하는 때의 물품의 성질과 그 수량에 따라 부과한다(제16조). 따라서 관세는 수입신고 건별이 아니라 수입신고에 포함된 수입물품을 기준으로 과세단위가 구분된다고 보아야 한다.
- ② 물품을 수입하려면 해당 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 세관장에게 신고(수입신고)하여야 하고(관세법 제241조 제1항), 관세의 납세의무자는 수입신고를 할 때 세관장에게 해당 물품의 가격에 대한 신고(가격신고)를 하여야 한다(제27조 제1항). 아울러 물품을 수입하려는 자는 수입신고를 할 때

세관장에게 관세의 납부에 관한 신고(납세신고)를 하여야 하는데(관세법 제38조 제1항), 납세신고를 하고자 하는 자는 수입신고서에 당해 물품의 관세율표상의 품목분류·세율과 품목분류마다 납부하여야 할 세액 및 그 합계액 등을 기재하여 세관장에게 제출하여야 한다(관세법 시행령 제32조 제1항). 이처럼 관세의 신고·납부는 수입물품을 기준으로 하여야 한다.

③ 납세의무자는 신고·납부한 세액이 과다한 것을 알게 되었을 때에는 최초로 납세신고를 한 날부터 5년 이내에 신고한 세액의 경정을 세관장에게 청구할 수 있는데(관세법 제38조의3 제2항), 경정의 청구를 하고자 하는 자는 ‘당해 물품의 수입신고번호와 품명·규격 및 수량’(제1호), ‘경정 전의 당해 물품의 품목분류·과세표준·세율 및 세액’(제2호), ‘경정 후의 당해 물품의 품목분류·과세표준·세율 및 세액’(제3호) 등을 기재한 경정청구서를 세관장에게 제출하여야 한다(관세법 시행령 제34조 제1항). 이와 같이 관세의 경정 청구도 수입물품을 기준으로 이루어진다.

형 사

26 2022. 4. 14. 선고 2019도14416 판결 [산업안전보건법위반] 960

- [1] 사업주 등이 사업주 운영의 사업장에서 구 산업안전보건법의 위임에 따른 ‘산업안전보건기준에 관한 규칙’이 정하고 있는 위험방지조치를 취하지 않은 채 근로자에게 안전상 위험성이 있는 작업을 하도록 지시하거나 위험방지조치가 취해지지 않은 상태에서 위와 같은 작업이 이루어졌다고 인정되는 경우, 구 산업안전보건법 제67조 제1호, 제71조 위반죄가 성립하는지 여부(적극) 및 구 산업안전보건법 제23조 제3항이 정하는 위험방지조치의무는 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 성립하는 경우에 적용되는지 여부(적극)
- [2] 건설기계를 대여받은 자가 작업자와 실질적 고용관계를 형성하여 구 산업안전보건법 제2조 제3호의 사업주에 해당하는 경우, 그 사업주는 구 산업안전보건법 제33조 제3항이 정한 위험 기계 등을 대여받은 자로서 부담하는 유해·위험방지의무와는 별개로 같은 법 제23조 제3항이 정한 위험방지조치의무도 부담하는지 여부(적극)
- [1] 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제3호는 ‘사업주란 근로자를 사용하여 사업을 하는 자’라고 정하고, 제23조 제3항은 ‘사업주는 작업 중 근로자가 추락할 위험이 있는 장

소 등에는 그 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.’고 정하고 있다. 구 산업안전보건법 제67조 제1호, 제71조에서 제23조 제3항을 위반한 행위를 처벌하는 것은, 산업재해의 결과 발생에 대한 책임을 물으려는 것이 아니라 사업주 등이 구 산업안전보건법 제23조 제3항 등에 정한 필요한 조치를 이행하지 아니한 것에 대한 책임을 물으려는 것으로 보아야 한다. 따라서 사업주 등이 사업주 운영의 사업장에서 위 법령의 위임에 따른 ‘산업안전보건기준에 관한 규칙’이 정하고 있는 위험방지조치를 취하지 아니한 채 근로자로 하여금 안전상 위험성이 있는 작업을 하도록 지시하거나 위험방지조치가 취해지지 않은 상태에서 위와 같은 작업이 이루어졌다고 인정되는 경우 그 자체로 구 산업안전보건법 제67조 제1호, 제71조 위반죄가 성립한다. 그리고 구 산업안전보건법 제23조 제3항이 정하는 위험방지조치의무는 근로자를 사용하여 사업을 행하는 사업주가 부담하여야 하는 재해방지의무로서 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 성립하는 경우에 적용된다.

- [2] 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제33조 제3항은 ‘기계 등을 타인에게 대여하거나 대여받는 자는 고용노동부령으로 정한 유해·위험 방지를 위하여 필요한 조치’를 하도록 정하고, 구 산업안전보건법 시행규칙(2018. 3. 30. 고용노동부령 제214호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항은 ‘위험 기계 등을 타인에게 대여하는 자가 취해야 할 유해·위험방지 조치’를, 제50조 제1항은 ‘법 제33조 제3항에 따라 위험 기계 등을 대여받는 자는 그가 사용하는 근로자가 아닌 사람에게 해당 기계 등을 조작하도록 하는 경우’에 취할 조치를, 제2항은 ‘기계 등을 대여받은 자가 기계 등을 반환할 때 수리·보수·점검 내역 등을 적은 서면을 발급할 의무’를 정하고 있다. 구 산업안전보건법 제23조 제3항은 사업주에게 특정 조치의무를 부과함으로써 위험한 작업환경으로부터 소속 근로자를 보호하는 것을 목적으로 하는 반면, 구 산업안전보건법 제33조 제3항은 유해하거나 위험한 기계·기구·설비 및 건축물의 대여를 통하여 발생할 수 있는 위험방지를 목적으로 한다. 따라서 건설기계를 대여받은 자가 작업자와 사이에 실질적 고용관계를 형성하여 구 산업안전보건법 제2조 제3호의 사업주에 해당하는 경우, 그 사업주는 구 산업안전보건법 제33조 제3항이 정한 위험 기계 등을 대여받은 자로서 부담하는 유해·위험방지의무와는 별개로 같은 법 제23조 제3항이 정한 위험방지조치의무도 부담한다.

[27] 2022. 4. 14. 선고 2020도9257 판결 (근로기준법위반) 965
 甲 조합의 조합장인 피고인이 근로자 과반수의 동의를 받지 않고 취업규칙인 인

사규정을 근로자에게 불리하게 개정하였다고 하여 근로기준법 위반으로 기소되었는데, 甲 조합의 정년 관련 인사규정은 개정 전 ‘근로자가 만 58세 되는 해의 6월 30일 또는 12월 31일에 퇴직하는 것’에서 개정 후 ‘만 60세에 도달하는 날에 퇴직하는 것’으로 변경된 사안에서, 취업규칙이 근로자에게 불리하게 변경되었다고 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

甲 조합의 조합장인 피고인이 근로자 과반수의 동의를 받지 않고 취업규칙인 인사규정을 근로자에게 불리하게 개정하였다고 하여 근로기준법 위반으로 기소되었는데, 甲 조합의 개정 전 인사규정은 “직원의 정년은 58세로 한다.”, “직원의 정년해직 기준일은 정년에 도달하는 날이 1월에서 6월 사이에 있는 경우에는 6월 30일로, 7월에서 12월 사이에 있는 경우에는 12월 31일로 한다.”라고 규정되었다가 “직원의 정년해직 기준일은 정년에 도달한 날로 한다.”라는 것으로 개정됨으로써, 개정 전 ‘근로자가 만 58세 되는 해의 6월 30일 또는 12월 31일에 퇴직하는 것’에서 개정 후 ‘만 60세에 도달하는 날에 퇴직하는 것’으로 변경된 사안에서, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제19조에 따라 근로자의 정년을 60세 미만으로 되도록 정한 근로계약이나 취업규칙, 단체협약의 정년 관련 규정은 이에 위반되는 범위 내에서 모두 무효이므로, 인사규정이 불이익하게 변경되었는지 여부는 정년에 관한 내용을 담고 있는 개정 전후의 인사규정 전체를 보고 판단하여야 하고 각 개별 조항의 효력을 하나씩 따로 비교하여 판단할 것은 아닌바, 개정 인사규정에서 근로자의 정년은 만 60세에 도달하는 날 퇴직하는 것으로 변경되어 전체적으로 정년은 연장되었다는 이유로, 이와 달리 정년해직 기준일을 정한 조항만을 비교하여 취업규칙이 근로자에게 불리하게 변경되었다고 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 취업규칙의 불이익변경에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

28 2022. 4. 14. 선고 2021도2046 판결〔수입식품안전관리특별법위반〕 …… 967

수입식품 등 인터넷 구매 대행업 영업등록을 하고 대행업을 영위하는 경우, 구 수입식품안전관리 특별법 제20조 제1항에 따라 수입신고를 하여야 하는지 여부(적극) 및 이때 해외 판매자로부터 국내 소비자에게 직접 배송되었거나 수입 통관절차에 국내 소비자의 ‘개인통관고유부호’가 사용되었다고 위 대행업에 해당하는 이상 수입신고가 필요한지 여부(적극)

2015. 2. 3. 법률 제13201호로 제정된 구 수입식품안전관리 특별법(2019. 12. 3. 법률 제16716호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 수입식품법’이라고 한다)은 수입식품 증가에 따른 수입식품 안전 확보를 위해서 영업자 구분관리, 해외제조업소 등록 및 현지실사 등을 규정함으로써 수입 품목에 대한 관리뿐만 아니라 수입자 및

해외제조업소를 관리하여 안전한 식품이 수입될 수 있는 환경을 마련하는 데에 입법 목적이 있고, 수입식품 등에 관하여는 다른 법률보다 우선하여 적용된다(제4조). 구 수입식품법은 ‘수입식품 등 인터넷 구매 대행업’을 하려는 자를 식품의약품안전처장에게 영업등록을 하여야 하는 ‘영업자’로 규정하고 있고(제2조 제5호, 제14조, 제15조), 구 수입식품법 제14조 제2항의 위임에 따라 ‘영업자’의 영업범위를 정하고 있는 구 수입식품안전관리 특별법 시행령(2019. 5. 14. 대통령령 제29763호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호는 ‘수입식품 등 인터넷 구매 대행업’을 ‘국내 소비자의 요청에 따라 해외 판매자의 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다) 등으로부터 수입식품 등의 구매를 대행하여 수입하는 영업’이라고 규정하고 있다. 구 수입식품법상 ‘영업자’가 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용할 목적으로 수입식품 등을 수입(수입신고 대행을 포함한다)하려면 총리령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 수입신고를 하여야 하고(제20조 제1항), 그 위임에 따라 구 수입식품안전관리 특별법 시행규칙(2019. 6. 19. 총리령 제1546호로 개정되기 전의 것) 제27조 제2항은 수입식품 등 인터넷 구매 대행업자가 수입신고를 하려는 경우에는 ‘인터넷 구매대행 수입식품 등의 수입신고서’를 수입통관이 이루어지기 전에 관할 지방식품의약품안전청장에게 제출하도록 규정하고 있다.

위와 같은 법령의 내용과 취지 등을 종합하면, 수입식품 등 인터넷 구매 대행업 영업등록을 하고 대행업을 영위하는 이상 구 수입식품법 제20조 제1항에 따라 수입신고를 하여야 하고, 해외 판매자로부터 국내 소비자에게 직접 배송되었거나 수입 통관절차에 국내 소비자의 ‘개인통관고유부호’가 사용되었더라도 위 대행업에 해당하는 이상 수입신고가 필요하다.

29 2022. 4. 14. 선고 2021도14530, 2021전도143 판결 [성폭력범죄의처벌등에 관한특례법위반(13세미만미성년자위계등간음)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자위계등추행)·부착명령] 970

피고인이 위력으로써 13세 미만 미성년자인 피해자 甲(女, 12세)에게 유사성행위와 추행을 하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반의 공소사실에 대하여, 원심이 甲의 진술과 조사 과정을 촬영한 영상물과 속기록을 중요한 증거로 삼아 유죄로 인정하였는데, 피고인은 위 영상물과 속기록을 증거로 함에 동의하지 않았고, 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인에 대한 증인신문이 이루어졌을 뿐 원진술자인 甲에 대한 증인신문이 이루어지지 않은 사안에서, 위 영상물과 속기록을 유죄의 증거로 삼은 원심판결에 법리오해 또는 심리미진의 잘못이 있다고 한 사례

피고인이 위력으로써 13세 미만 미성년자인 피해자 甲(女, 12세)에게 유사성행위와 추행을 하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 위반의 공소사실에 대하여, 원심이 甲의 진술과 조사 과정을 촬영한 영상물과 속기록을 중요한 증거로 삼아 유죄로 인정하였는데, 피고인은 위 영상물과 속기록을 증거로 함에 동의하지 않았고, 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인에 대한 증인신문이 이루어졌을 뿐 원진술자인 甲에 대한 증인신문은 이루어지지 않은 사안에서, 헌법재판소는 2021. 12. 23. 성폭력처벌법 제30조 제6항 중 19세 미만 성폭력범죄 피해자의 진술을 촬영한 영상물의 증거능력을 규정한 부분(이하 ‘위헌 법률 조항’이라 한다)에 대해 과잉금지 원칙 위반 등을 이유로 위헌결정을 하였는데, 위 위헌결정의 효력은 결정 당시 법원에 계속 중이던 사건에도 미치므로 위헌 법률 조항은 위 영상물과 속기록의 증거능력을 인정하는 근거가 될 수 없고, 한편 피고인의 범행은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘청소년성보호법’이라 한다) 제26조 제1항의 아동·청소년대상 성범죄에 해당하므로 같은 법 제26조 제6항에 따라 영상물의 증거능력이 인정될 여지가 있으나, 청소년성보호법 제26조 제6항 중 위헌 법률 조항과 동일한 내용을 규정한 부분은 위헌결정의 심판대상이 되지 않았지만 위헌 법률 조항에 대한 위헌결정 이유와 마찬가지로 과잉금지 원칙에 위반될 수 있으므로, 청소년성보호법 제26조 제6항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위하여 甲을 증인으로 소환하여 진술을 듣고 피고인에게 반대신문권을 행사할 기회를 부여할 필요가 있는지 여부 등에 관하여 심리·판단하였어야 한다는 이유로, 이와 같은 심리에 이르지 않은 채 위 영상물과 속기록을 유죄의 증거로 삼은 원심판결에 법리오해 또는 심리미진의 잘못이 있다고 한 사례.

30 2022. 4. 14. 선고 2021도17744 판결 [명예훼손] 973

작업장의 책임자인 피고인이 甲으로부터 작업장에서 발생한 성추행 사건에 대해 보고받은 사실이 있음에도, 직원 5명이 있는 회의 자리에서 상급자로부터 경과보고를 요구받으면서 과태료 처분에 관한 책임을 추궁받자 이에 대답하는 과정에서 ‘甲은 성추행 사건에 대해 애초에 보고한 사실이 없다. 그런데도 이를 수사기관 등에 신고하지 않았다고 과태료 처분을 받는 것은 억울하다.’는 취지로 발언함으로써 허위사실을 적시하여 甲의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 명예훼손죄의 고의와 사실의 적시에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

작업장의 책임자인 피고인이 甲으로부터 작업장에서 발생한 성추행 사건에 대해 보고받은 사실이 있음에도, 직원 5명이 있는 회의 자리에서 상급자로부터 경과보

고를 요구받으면서 과태료 처분에 관한 책임을 추궁받자 이에 대답하는 과정에서 ‘甲은 성추행 사건에 대해 애초에 보고한 사실이 없다. 그런데도 이를 수사기관 등에 신고하지 않았다고 과태료 처분을 받는 것은 억울하다.’는 취지로 발언함으로써 허위사실을 적시하여 甲의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위와 같이 회의 자리에서 상급자로부터 책임을 추궁당하며 질문을 받게 되자 이에 대답하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 듯한 사실을 발설하게 된 것이라면 그 발설 내용과 경위·동기 및 상황 등에 비추어 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵고, 또한 질문에 대하여 단순한 확인 취지의 답변을 소극적으로 한 것에 불과하다면 이를 명예훼손에서 말하는 사실의 적시라고 단정할 수도 없다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 명예훼손죄의 고의와 사실의 적시에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

31 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결〔추행〕 975

[1] 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우, 군형법 제92조의6이 적용되는지 여부(소극)

[2] 군인인 피고인 甲은 자신의 독신자 숙소에서 군인 乙과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하는 방법으로 추행하고, 군인인 피고인 丙은 자신의 독신자 숙소에서 동일한 방법으로 피고인 甲과 추행하였다고 하여 군형법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인들과 乙은 모두 남성 군인으로 당시 피고인들의 독신자 숙소에서 휴일 또는 근무시간 이후에 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 항문성교나 그 밖의 성행위를 한 점 등에 비추어, 피고인들의 행위는 군형법 제92조의6에서 처벌대상으로 규정한 ‘항문성교나 그 밖의 추행’에 해당하지 않는다고 한 사례

[1] [다수의견] 군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 위 규정은 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 현행 군형법 제92조의6은 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것으로서 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람(이하 ‘군인 등’이라 한다)에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라

고 정하고 있다(이하 ‘현행 규정’이라 한다). 현행 규정은 구 군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 군형법’이라 한다) 제92조의 5 규정과는 달리 ‘계간(鷄姦)’ 대신 ‘항문성교’라는 표현을 사용하고 행위의 객체를 군형법이 적용되는 군인 등으로 한정하였다.

제정 당시 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘제정 군형법’이라 한다) 제92조와 구 군형법 제92조의5의 대표적 구성요건인 ‘계간(鷄姦)’은 사전적(辭典的)으로 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로서 남성 간의 성행위라는 개념요소를 내포하고 있다. 반면, 현행 규정의 대표적 구성요건인 ‘항문성교’는 ‘발기한 성기를 항문으로 삽입하는 성행위’라는 성교행위의 한 형태를 가리키는 것으로서, 이성 간에도 가능한 행위이고 남성 간의 행위에 한정하여 사용되는 것이 아니다. 따라서 현행 규정의 문언만으로는 동성 군인 간의 성행위 그 자체를 처벌하는 규정이라는 해석이 당연히 도출될 수 없고, 별도의 규범적인 고려 또는 법적 평가를 더해야만 그러한 해석이 가능하다.

(나) 어떤 행위가 추행에 해당하는지에 대한 일반적인 관념이나 동성 간의 성행위에 대한 규범적 평가는 시대와 사회의 변화에 따라 바뀌어 왔고, 동성 간의 성행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 평가는 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어렵게 되었다.

(다) 현행 규정의 체계와 문언, 개정 경위와 함께, 동성 간 성행위에 대한 법규범적 평가의 변화에 따라 동성 군인 간 합의에 따른 성행위를 아무런 제한 없이 군기를 침해하는 행위라고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 현행 규정의 보호법익에는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전통적인 보호법익과 함께 ‘군인의 성적 자기결정권’도 포함된다고 보아야 한다.

(라) 성적 자기결정권은 군형법의 적용 대상인 군인에게도 당연히 인정되는 보편적 권리로서, 군인의 신분에 수반되는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 범위 내에서 법률로 이를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해될 수 없다.

위에서 본 동성 간 성행위에 대한 법규범적 평가에 비추어 보면, 동성 군인 간 합의에 의한 성행위로서 그것이 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해하지 않는 경우까지만 형사처벌을 하는 것은 헌법을 비롯한 전체 법질서에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이를 처벌하는 것은 합리적인 이유 없이 군인이라는 이유만으로 성적 자기결정권

을 과도하게 제한하는 것으로서 헌법상 보장된 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치, 그리고 행복추구권을 침해할 우려가 있다.

특히 현행 규정은 장교나 부사관 등 직업군인에게도 적용되는데, 직업군인의 경우 장기간 동안 군형법의 적용을 받게 되므로 기본권 제한의 정도가 매우 크다. 그리고 군인 간의 합의에 의한 항문성교 그 밖의 성행위가 사적 공간에서 은밀히 이루어진 경우 이를 처벌하기 위해서는 지극히 사생활 영역에 있는 행위에 대한 수사가 필수적인데, 이러한 수사는 군인의 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 제한하는 것으로 허용되기 어렵다.

[대법관 안철상, 대법관 이홍구의 별개의견] 별개의견의 요지는 다음과 같다.

첫째, 현행 규정은 기본권 보장, 권력분립 원칙 등 헌법 질서의 테두리 안에서 전승을 위한 전투력 확보라는 군형법의 특수한 목적과 군의 건전한 생활과 군기라는 현행 규정의 보호법익을 충분히 고려하여 합리적으로 해석되어야 한다.

둘째, 다수의견은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 현행 규정의 적용 여부를 판단하는 기준으로 삼으면서도, 동성 군인 사이의 항문성교나 그 밖의 추행행위가 사적 공간에서 ‘자발적 의사 합치’에 따라 이루어진 경우에는 현행 규정이 적용되지 않는다고 한다. 그러나 합의 여부를 현행 규정 적용의 소극적 요소 중 하나로 파악하는 것은 법률해석을 넘어서는 실질적 입법행위에 해당하여 찬성하기 어렵다.

셋째, 다수의견은 성적 자기결정권을 현행 규정의 보호법익에 포함시키고 있다. 이에 따르면, 군인 등의 위와 같은 성적 행위가 자발적 합의에 의한 것이 아닌 경우 사적 공간에서의 행위라 하더라도 현행 규정의 적용 대상이 될 수 있게 된다. 그러나 이것은 군형법에서 비동의추행죄를 신설하는 의미가 되고, 이에 관한 충분한 논의와 사회적 공감대가 형성되지 않은 상태에서 이를 도입하는 것은 형사법체계에 큰 논란을 초래하는 것이어서 선뜻 받아들이기 어렵다.

넷째, 현행 규정의 적용 범위는 합헌적 해석을 바탕으로 군형법 체계와 보호법익을 고려하면, 행위 시 상황을 기준으로 판단함이 합리적인 해석이다. 이에 따르면, 현행 규정은 적전, 전시·사변과 같은 상황에서 기본적으로 적용되고, 평시의 경우에는 군사훈련, 경계근무 그 밖에 이에 준하는 군기를 직접적, 구체적으로 침해할 우려가 있는 상황에서만 적용된다고 봄이 타당하다.

[대법관 김선수의 별개의견] 다수의견은 두 사람이 상호 합의하여 성적 행

위를 한 경우에도 현행 규정을 적용하여 형사처벌을 할 수 있는 여지를 남겨 둔 것으로 보이므로, 그와 같은 해석은 가능한 문언해석의 범위를 벗어난 것으로 허용될 수 없다는 의견을 밝힌다.

(가) 현행 규정과 같이 조사 상당어 ‘에 대하여’를 사용한 경우 그 상대방은 주어가 행하는 술어 행위의 영향력이 미치는 대상이 될 뿐으로, 행위의 일방향이 부각되므로, 주어와 대상의 상호 작용성, 상호 합의라는 의미와 연관 지어 해석할 수는 없다. 즉, 조사 상당어 ‘에 대하여’의 의미로부터 두 사람이 상호 합의하여 행위를 한 경우에도 적용할 수 있다는 해석을 이끌어 낼 수는 없다. 결국 ‘에 대하여’로 개정된 현행 규정에 따르면, 행위를 한 행위자만을 처벌할 수 있을 뿐 그 상대방을 처벌할 수 없다고 보아야 한다. 이러한 해석은 객관적으로 나타난 현행 규정의 문장구조와 규정 형식, 문언의 의미와 내용에 따른 것으로서, 설령 입법자가 이를 의도하지 않았다고 하더라도 입법자의 의도가 법 문언에 객관적으로 표현되지 않은 이상 당연한 것이다.

또한 ‘상호 합의하다.’라는 어구의 의미해석상 ‘상호 합의한 성적 행위’에서 행위자와 그 상대방을 설정하기 어려우므로, 결국 현행 규정은 두 사람이 상호 합의하여 성적 행위를 한 경우에는 적용할 수 없다고 보아야 한다. 두 사람이 상호 합의하여 이 사건 행위를 한 경우 두 사람 중에 누가 행위자이고 상대방인지 구별할 수 없다면, 죄형법정주의 원칙에 따라 두 사람 모두 처벌 대상에 해당하지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 그럼에도 현행 규정을 적용하여 두 사람을 모두 행위자로 의제하고 처벌하는 것은 죄형법정주의 원칙에 명백히 반한다.

(나) 균형법이라는 법률 명칭과 제1조의 규정에 비추어 보면 ‘군기 보호’라는 법익은 균형법상의 모든 장 및 모든 조항의 공통된 기본적인 보호법익이므로, 각 장 및 각 조항의 범죄는 ‘군기 보호’라는 공통된 보호법익을 기본으로 하여 각각의 독자적인 법익을 추가로 보호하는 것이라고 해석하는 것이 타당하다. ‘강간과 추행의 죄’에 관하여 규정한 제15장과 그중에서 추행의 죄에 관해 규정한 현행 규정은 균형법상의 모든 범죄의 보호법익인 ‘군기 보호’에 위장 고유의 보호법익인 ‘성적 자유’ 또는 ‘성적 자기결정권’을 함께 보호법익으로 한다고 해석하는 것이 균형법의 전체적인 체계와 현행 규정의 위치와 제목 등을 고려할 때 지극히 타당하다.

(다) ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단할 때 중요한 고려요소 중 하나는 ‘그 시대의 성적 도덕관념’이므로, 현행 규정의 ‘추행’에 해당하는지 여부를 판단

할 때에도 ‘이 시대의 성적 도덕관념’을 고려하여야 한다. 법원이 법률을 해석할 때 지금 이 시대의 법의식을 고려하는 것은 구체적 사건에서 타당성 있는 법률의 해석·적용을 위하여 반드시 요청되는 사항이다.

다수의견과 그 보충의견에서 설명한 동성애에 대한 우리 사회 인식의 변화에 비추어 볼 때, 성인 사이의 상호 합의에 의한 동성 간의 성적 행위를 지금 이 시대의 성적 도덕관념에 비추어 ‘더럽고 지저분한 행동’으로 평가할 수는 없다. 아무리 군의 특수성을 감안한다고 하더라도 형법상 추행과 같이 현행 규정상 추행도 일방의 의사에 반하여 구체적인 피해를 야기하는 행위만이 ‘더럽고 지저분한 행동’으로 평가하여야 한다. 이는 규범적 개념인 ‘추행’의 의미를 확정하는 법률해석의 과정에서 충분히 가능하고 반드시 필요한 것으로서, 문언해석의 범위를 벗어난다거나 법원의 해석 권한을 벗어나는 것이 아니다.

한편 현행 규정이 일방의 의사에 반하는 경우에만 적용되어야 한다는 해석이 군대 내에만 비동의추행죄를 도입하게 되는 것이어서 형사법체계에 큰 논란을 초래한다는 지적은 타당하지 않다. 위와 같은 해석은 현행 규정의 문장 구조와 체계, 추행의 의미에 대한 합리적 해석을 통해 그 적용 범위를 설정하려는 것으로, 어떤 새로운 범죄를 도입하는 것이 아니다. 또한 위 해석은 현행 규정의 적용 범위를 명확히 함으로써 현행 규정이 그 문언과 문장구조에 반하여 부당하게 적용되는 것을 방지하려는 것뿐이어서 형사법체계에 논란을 초래한다고 볼 수도 없다.

(라) 두 사람이 상호 합의한 성행위가 군기를 구체적, 직접적으로 침해하는 경우 현행 규정을 적용하여 처벌할 수 없다고 해석하더라도 처벌의 공백이 발생하지 않는다. 오히려 현행 규정을 두 사람이 상호 합의하여 행한 경우에도 일률적으로 적용한다면 군인에 대한 형벌권 남용의 위험이 상존할 수 있다. 따라서 균형법의 모든 조항에 공통된 보호법익인 ‘군기 보호’라는 명분으로 두 사람이 상호 합의하여 성적 행위를 한 경우까지 현행 규정을 적용하여 두 사람 모두를 형사처벌하는 것은 형벌의 최후수단성 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없다.

[대법관 조재연, 대법관 이동원의 반대의견] 다수의견은 현행 규정이 동성 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 한다. 그러나 이러한 다수의견은 현행 규정이 가지는 문언의 가능한 의미를

넘어 법원에 주어진 법률해석 권한의 한계를 벗어난 것으로서 이에 동의할 수 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 현행 규정은 ‘군인 등’에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람을 2년 이하의 징역에 처하도록 정하고 있고, 군형법 제1조는 군형법의 적용대상자를 ‘군인 등’으로 정하고 있다. 따라서 현행 규정은 ‘군인 등’이 ‘군인 등’에 대하여 ‘항문성교나 그 밖의 추행’을 하는 행위를 구성요건으로 하는 형벌법규로서, 결국 현행 규정의 구성요건요소 중 해석이 필요한 부분은 주체, 객체(상대방), 행위 중 ‘항문성교나 그 밖의 추행’이라는 ‘행위’ 요소에 관한 것이다.

(나) 다수의견과 같이 목적론적 축소해석 또는 합헌적 해석방법을 이용하여 문언의 가능한 의미를 벗어나 현행 규정의 구성요건을 변경하는 해석은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 즉, 현행 규정에서 정하고 있는 ‘항문성교나 그 밖의 추행’에 해당하면 그로써 위 규정의 적용 대상이 되는 것이고, 여기에 더하여 다수의견과 같이 ‘사적 공간인지 여부’, ‘자발적 합의에 의한 것인지 여부’ 등의 사정을 고려하여 ‘군기를 직접적이고 구체적으로 침해하였는지’에 따라 그 적용 여부를 달리해야 할 근거는 없다. 다수의견과 같이 해석하는 것은 법원이 법률 문언에 없는 단서 조항을 신설하는 것과 같다. 이는 명문의 규정에 반하는 법형성 내지 법률 수정을 도모함으로써 법원이 가지는 법률해석 권한의 한계를 명백하게 벗어나는 것이다. 다수의견은 입법론으로 고려할 수 있을 뿐 현행 규정의 해석론으로는 받아들이기 어렵고, 입법정책의 문제를 법률해석의 문제로 다루는 것이라 할 수 있다.

(다) 법원은 국회가 제정한 법률에 대하여 그것이 헌법재판소에 의하여 위헌결정을 받기 전까지는 이를 적용하여야 하고, 군형법상 추행죄와 같이 이미 수차례 합헌결정을 받은 경우에는 더욱 그러하다. 비록 법률을 적용한 결과가 못마땅하다 하더라도 이는 헌법재판소의 결정과 입법기관의 법개정을 통하여 해결하여야지, 법원이 법해석이라는 이름으로 이들 기관을 대신하는 것은 권한 분장의 헌법 정신에 어긋난다. 법률의 노후화 또는 해석결과의 불합리라는 이유만으로 법률 그 자체의 적용을 거부한 채 형벌법규 문언의 명백한 의미를 제한하거나 수정하는 해석을 하는 것은 국민이 법원에 부여한 권한에 속한다고 할 수 없다. 피고인에게 유리한 방향 또는 결과적으로 옳은 방향이라고 하더라도 마찬가지이다. 이는 민주주의의 기반인 삼권분립 원칙의 본질적 요청이고, 헌법 제40조(입법권), 제103조(법관의 독립), 제111조(헌법재판소의 권한 등)에 따른 한계이다.

(라) 현행 규정은 자발적 합의 아래 사적 공간에서 이루어진 행위에도 적용된다고 보아야 한다. 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 그 범죄의 죄질과 보호범의뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관과 법감정 그리고 범죄 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이다. 어떤 행위를 징계로 해결할 것인지 아니면 형사처벌 대상으로 삼을 것인지를 법관이 판단하는 것은 바람직하지 않다. 현행 규정을 입법론적으로 그대로 존치하여야 한다는 것이 아니다. 다수의견과 같은 결론은 몇 명의 법관이 아니라, 실제적인 이해관계를 가진 사회 전반의 시민들이 전문가의 연구 등을 바탕으로 충분한 논의를 거쳐 헌법과 법률이 마련한 정당한 입법절차를 통하여 사회적 합의의 형태로 결정되어야 한다. 다수의견은 시민사회, 학계, 법률가 및 정치권 등의 소통을 통한 논의와 입법절차를 통하여 얻어야 할 결론을 법률 문언을 넘어서는 사법판단을 통하여 이루고자 하는 것이어서 받아들이기 어렵다.

- [2] 군인인 피고인 甲은 자신의 독신자 숙소에서 군인 乙과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하는 방법으로 6회에 걸쳐 추행하고, 군인인 피고인 丙은 자신의 독신자 숙소에서 동일한 방법으로 피고인 甲과 2회에 걸쳐 추행하였다 고 하여 군형법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인들과 乙은 모두 남성 군인으로 동성애 채팅 애플리케이션을 통해 만났고 같은 부대 소속이 아니었는데, 당시 피고인들의 독신자 숙소에서 휴일 또는 근무시간 이후에 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 항문성교나 그 밖의 성행위를 하였고, 그 과정에 폭행·협박, 위계·위력은 없었으며 의사에 반하는 행위인지 여부가 문제된 사정도 전혀 없는 점, 피고인들의 행위가 군이라는 공동체 내의 공적, 업무적 영역 또는 이에 준하는 상황에서 이루어져 군이라는 공동체의 건전한 생활과 군기를 직접적이고 구체적으로 침해한 경우에 해당한다는 사정은 증명되지 않은 점에 비추어, 피고인들의 행위는 군형법 제92조의6에서 처벌 대상으로 규정한 ‘항문성교나 그 밖의 추행’에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.