



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 1월 15일

제602호

## 민사

- 1 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결〔우선재고용의무위반등〕 ..... 89
- [1] 사용자가 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 하는 경우, 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용한 경우, 근로기준법 제25조 제1항에서 정한 우선 재고용의무를 위반한 것인지 여부(원칙적 적극)
- [2] 甲이 乙 재단법인이 운영하는 장애인 복지시설에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하다가 경영상 이유에 의하여 해고된 후 3년 이내의 기간 중에 乙 법인이 여러 차례 생활재활교사를 채용하면서 甲에게 채용 사실을 고지하거나 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 아니하였는데, 乙 법인이 근로기준법 제25조 제1항에서 정한 우선 재고용의무를 위반한 시점이 문제된 사안에서, 늦어도 甲이 해고 당시 담당하였던 생활부업무 담당 생활재활교사 업무에 근로자를 2명씩 채용한 무렵에는 乙 법인의 우선 재고용의무가 발생하였다고 한 사례
- [3] 사용자가 근로기준법 제25조 제1항에서 정한 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우, 해고 근로자가 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있는지 여부(적극) 및 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립하는지 여부(적극) / 이때 해고 근로자가 사용자의 우선 재고용의무 불이행에 대하여 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있는

지 여부(적극)

- [4] 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 근로자가 다른 직장에 근로를 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과 관계가 인정된다면 이를 손해배상액을 산정할 때 공제하여야 하는지 여부(적극) / 이때 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 있는지 여부(소극)

- [1] 근로기준법 제25조 제1항의 규정 내용과, 자신에게 귀책사유가 없음에도 경영상 이유에 의하여 직장을 잃은 근로자로 하여금 이전 직장으로 복귀할 수 있는 기회를 보장하여 해고 근로자를 보호하려는 입법 취지 등을 고려하면, 사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있다.

이때 사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고 근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조 제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.

- [2] 甲이 乙 재단법인이 운영하는 장애인 복지시설에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하다가 경영상 이유에 의하여 해고된 후 3년 이내의 기간 중에 乙 법인이 여러 차례 생활재활교사를 채용하면서 甲에게 채용 사실을 고지하거나 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 아니하였는데, 乙 법인이 근로기준법 제25조 제1항에서 정한 우선 재고용의무를 위반한 시점이 문제된 사안에서, 甲이 고용계약을 체결하기를 원하지 않았을 것이라거나 乙 법인에 甲과 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다고 볼 수 없고, 乙 법인이 甲에게 채용 사실과 채용 조건을 고지하여 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 아니하였으므로, 늦어도 甲이 해고 당시 담당하였던 생활부업무 담당 생활재활교사 업무에 근로자를 2명씩 채용한 무렵에는 乙 법인의 우선 재고용의무가 발생하였다고 볼 수 있는데도, 이와 달리 甲이 乙 법인에 재고용을 원한다는 뜻을 표시한 이후로서 乙 법인이 신규채용을 한 때에 비로소 乙 법인의 우선 재고용의무가 발생하였다고 본 원

심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

- [3] 근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있으므로 해고 근로자는 사용자가 위와 같은 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립한다. 또한 해고 근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.
- [4] 채무불이행이나 불법행위 등으로 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 이와 같이 손해배상액을 산정할 때 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다.

**2** 2020. 11. 26. 선고 2017다239984 판결 (임금) ..... 94

- [1] 연장근로에 대한 가산임금 산정방식에 관하여 노사 간에 합의하였으나 노사 합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못할 경우, 그 부분 노사합의의 효력(무효) 및 이때 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 하는지 여부(적극)
- [2] 여객자동차 운수사업을 영위하는 甲 주식회사 소속 운전기사인 乙 등에게 적용되는 단체협약 등에서 임금 산정 시간과 관련하여 주간근무일은 소정근로 8시간과 연장근로 1시간을 포함한 9시간, 연장근무일은 연장근로 5시간의 보장시간을 정하는 한편 보장시간에 미달되거나 초과되는 근로시간은 일 단위로 계산하지 않고 월 단위로 상계하기로 하는 ‘월 단위 상계약정’을 둔 사안에서, 실제 연장근로시간 중 소정근로시간과 중첩되어 상계되는 부분에 대해서는 통상시급에 해당하는 금액만이 임금으로 산정되어 근로기준법 제56조

제1항이 정한 기준에 미달하게 되므로, 그 한도에서 위 상계약정은 근로기준법에 위반되어 무효라고 한 사례

[1] 연장근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 한 근로기준법 규정은 연장근로에 대한 임금 산정의 최저기준을 정한 것이므로, 연장근로에 대한 가산임금 산정방식에 관하여 노사 간에 합의한 경우 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못할 때에는 그 부분만큼 노사합의는 무효이고, 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 한다.

[2] 여객자동차 운수사업을 영위하는 甲 주식회사 소속 운전기사인 乙 등에게 적용되는 단체협약 등에서 임금 산정 시간과 관련하여 주간근무일은 소정근로 8시간과 연장근로 1시간을 포함한 9시간, 연장근무일은 연장근로 5시간의 보장시간을 정하는 한편 보장시간에 미달되거나 초과되는 근로시간은 일 단위로 계산하지 않고 월 단위로 상계하기로 하는 ‘월 단위 상계약정’을 둔 사안에서, 위 상계약정은 월 단위로 합산한 실제 근로시간을 근무일수에 따라 계산한 보장시간의 월간 합계와 비교하여 연장근로수당을 추가로 지급할 연장근로시간을 계산하는 방법을 취하고 있는데, 이와 같이 임금 산정의 대상이 되는 근로시간이 소정근로시간인지 또는 연장근로시간인지를 구분하지 않은 채 전체 근로시간만을 단순 비교하여 연장근로시간을 계산한 결과 실제 연장근로시간 중 소정근로시간과 중첩되어 상쇄되는 부분이 발생하는 경우, 그 부분에 대해서는 통상임금에 해당하는 금액만이 임금으로 산정되어 연장근로에 대해서는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산해야 한다는 근로기준법 제 56조 제1항이 정한 기준에 미달하게 되므로, 그 한도에서 위 상계약정은 근로기준법에 위반되어 무효인데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

**3** 2020. 11. 26. 선고 2017다271995 판결 [보증금] ..... 99

[1] 계약이행보증계약에서 보증사고가 구체적으로 무엇인지 결정하는 방법

[2] 甲 주식회사 등 4개 건설사로 구성된 공동수급체와 乙 공사 사이에 체결된 공사도급계약에 따라 공동수급체 구성원들이 각자 丙 공제조합과 계약이행보증계약을 체결하여 乙 공사에 공사이행보증서를 제출하였는데, 도급공사 진행 중 甲 회사가 乙 공사에 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 제1항을 근거로 도급계약의 해지를 통보하자, 공동수급체의 잔존 구성원들이 乙 공사의 승인을 받아 甲 회사를 공동수급체에서 탈퇴시키고 甲 회사의 지분을 잔존 구성원들이 승계하는 내용으로 출자비율을 변경한 다음 乙 공사와 출자

비율 변경을 반영한 도급계약을 다시 체결하여 공사를 계속하였으나, 결국 공사를 완료하지 못한 사안에서, 甲 회사가 도급계약을 해지한 때에 甲 회사가 丙 조합과 체결한 보증계약의 보증사고가 발생하였고 이후 잔존 구성원들이 도급계약상 의무를 이행하지 않아 乙 공사가 丙 조합을 상대로 위 보증계약에 따른 보증금의 지급을 청구할 수 있다고 보아야 하는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 계약이행보증계약에서 보증사고란 보증인의 계약이행보증책임을 구체화하는 불확정한 사고를 가리키는데, 이러한 보증사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약 내용에 편입된 약관과 약관이 인용하고 있는 이행보증서와 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다.
- [2] 甲 주식회사 등 4개 건설사로 구성된 공동수급체와 乙 공사 사이에 체결된 공사도급계약에 따라 공동수급체 구성원들이 각자 丙 공제조합과 계약이행보증계약을 체결하여 乙 공사에 공사이행보증서를 제출하였는데, 도급공사 진행 중 甲 회사가 乙 공사에 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제119조 제1항을 근거로 도급계약의 해지를 통보하자, 공동수급체의 잔존 구성원들이 乙 공사의 승인을 받아 甲 회사를 공동수급체에서 탈퇴시키고 甲 회사의 지분을 잔존 구성원들이 승계하는 내용으로 출자비율을 변경한 다음 乙 공사와 출자비율 변경을 반영한 도급계약을 다시 체결하여 공사를 계속하였으나, 결국 공사를 완료하지 못한 사안에서, 甲 회사 등이 체결한 보증계약 약관의 문언과 체계 등을 고려하면 위 약관에서 보증사고로 정한 ‘수급인의 의무불이행’은 보증계약의 계약자인 수급인의 의무불이행을 가리키므로 공동이행방식의 공동수급체 구성원 중 보증계약의 계약자인 수급인이 주채무인 도급계약상 의무를 불이행함으로써 보증사고가 발생한다고 볼 수 있고, 甲 회사 탈퇴 후 체결된 변경된 도급계약은 乙 공사와 잔존 구성원들 사이에서 장래 공사에 대한 출자지분을 외부적으로 확정하기 위해 체결된 것에 불과할 뿐, 잔존 구성원들이 변경된 도급계약을 체결하면서 甲 회사의 출자지분을 분할하여 가산하였다는 사정만으로는 잔존 구성원들이 甲 회사의 乙 공사에 대한 채무를 면책적으로 승계하였다고 단정할 수 없으므로, 결국 甲 회사가 도급계약을 해지한 때에 甲 회사가 丙 조합과 체결한 보증계약의 보증사고가 발생하였고 이후 잔존 구성원들이 도급계약상 의무를 이행하지 않아 乙 공사가 丙 조합을 상대로 위 보증계약에 따른 보증금의 지급을 청구할 수 있다고 보아야 하는데도, 이와 달리 본 원심판결에는 공동이행방식의 공동수급체가 관여된 도급계약과 보증계약에서 보증사고와 면책적 채무인수에 관한 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례

못이 있다고 한 사례.

**4** 2020. 11. 26. 선고 2018다217974 판결 [손해배상(의)] ..... 104

[1] 의사의 설명의무의 구체적 내용 및 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 의사의 설명의무가 면제될 수 있는지 여부(소극)

[2] 甲 병원 의료진이 경추 추간판탈출증 등의 기왕증이 있는 乙의 심장질환 치료를 위한 수술을 하기 전에, 마취 및 수술 과정에서 乙의 위와 같은 경추부 질환이 악화되어 경추부 척수병증 또는 사지마비가 발생할 가능성이 있다는 점을 설명하지 않고 乙에게 기관삽관을 이용한 전신마취와 흉부거상 및 두부하강의 자세로 장시간 수술을 하였는데, 수술 결과 乙이 양측 손의 섬세한 기능장애 등의 후유장애를 입은 사안에서, 위와 같이 경추부 척수병증에 따른 사지마비의 후유증이 발생할 위험은 환자인 乙 본인에게 구체적으로 설명해 주어야 할 사항인데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우, 응급환자라는 등의 특별한 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 또는 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험, 시술 전 환자의 상태 및 시술로 인한 합병증으로 중대한 결과가 초래될 가능성의 정도와 예방가능성 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다. 의사의 설명의무는 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없고, 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생 가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.

[2] 甲 병원 의료진이 경추 추간판탈출증 등의 기왕증이 있는 乙의 심장질환 치료를 위한 수술을 하기 전에, 마취 및 수술 과정에서 乙의 위와 같은 경추부 질환이 악화되어 경추부 척수병증 또는 사지마비가 발생할 가능성이 있다는 점을 설명하지 않고 乙에게 기관삽관을 이용한 전신마취와 흉부거상 및 두부하강의 자세로 장시간 수술을 하였는데, 수술 결과 乙이 양측 손의 섬세한

기능장애 등의 후유장해를 입은 사안에서, 위와 같이 경추부 척수병증에 따른 사지마비의 후유증이 발생할 위험은 위 수술 당시의 의료수준에 비추어 위 수술로 예상되는 것이고 발생빈도가 낮다고 하더라도 발생할 경우 환자에게 중대한 생명·신체·건강의 침해를 야기할 수 있는 것이므로, 수술을 받지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체 가능한 차선의 치료방법 등과 함께 환자인 乙 본인에게 구체적으로 설명해 주었어야 할 사항인데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**5** 2020. 11. 26. 선고 2018다221676 판결〔손해배상(지)〕 ..... 107

- [1] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우기 위한 요건으로서 위법한 행위와 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 판단하는 방법
- [2] 최초등제제품과 동일성분·동일제형의 약제가 약제급여목록표에 등재된 경우, 최초등제제품에 대한 약제 상한금액 인하 제도의 취지
- [3] 甲 유한회사가 乙 외국법인으로부터 乙 법인이 특허권을 보유한 화합물인 ‘올란자핀’에 관한 특허발명의 통상실시권을 부여받아 ‘올란자핀’이 함유된 제품을 독점적으로 수입하여 판매해 왔는데, 丙 주식회사가 甲 회사 제품의 제네릭 의약품인 丙 회사 제품에 관하여 판매예정시기를 위 특허발명의 특허권 존속기간 만료일 이후로 한 요양급여대상 결정신청을 하여 그에 따른 결정 및 고시가 이루어진 이후 위 특허발명에 관한 乙 법인과 丁 주식회사 사이의 분쟁에서 그 진보성이 부정되어야 한다는 취지의 원심판결이 선고되자 판매예정시기를 ‘등재 후 즉시’로 하는 판매예정시기 변경신청을 하였고 보건복지부장관의 고시로 甲 회사 제품의 상한금액 인하 시행시기가 변경되었는데 그 후 대법원에서 위 특허발명의 진보성이 부정되지 않는다는 취지의 판결이 선고되자, 甲 회사가 丙 회사를 상대로 甲 회사 제품의 상한금액 인하로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 丙 회사의 행위가 위법하다거나 丙 회사의 행위와 甲 회사 제품의 상한금액 인하 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다고 한 사례
- [1] 불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다. 또한 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면 위법한 행위와 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 주의의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적과 보호법익, 가해행위의 태양 및 피침해이익의 성질 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

[2] 해당 투여경로·성분·제형 등으로는 약제급여목록표에 최초로 등재된 약제인 최초등재제품이 있는 경우, 종래에는 최초등재제품과 동일성분·동일제형의 약제(이하 ‘제네릭 의약품’이라고 한다)가 약제급여목록표에 등재되더라도 최초등재제품의 상한금액을 그대로 유지하였고, 그로 인해 제네릭 의약품의 상한금액(최초등재제품 상한금액의 일정 비율로 정해진다)도 높게 책정되어 국민건강보험 재정의 건전성이 위협받는다는 문제가 제기되었다. 최초등재제품의 약제 상한금액 인하 제도는 이러한 문제점을 개선하기 위해 도입된 것으로, 약제에 대한 요양급여비용을 합리적으로 산정하고 한정된 건강보험 재정을 효율적으로 사용함으로써 원활한 요양급여를 지속적으로 보장하고 건강보험 재정을 건전화하는 데에 그 취지가 있다.

[3] 甲 유한회사가 乙 외국법인으로부터 乙 법인이 특허권을 보유한 화합물인 ‘올란자핀’에 관한 특허발명의 통상실시권을 부여받아 ‘올란자핀’이 함유된 제품을 독점적으로 수입하여 판매해 왔는데, 丙 주식회사가 甲 회사 제품의 제네릭 의약품인 丙 회사 제품에 관하여 판매예정시기를 위 특허발명의 존속기간 만료일 이후로 한 요양급여대상 결정신청을 하여 그에 따른 결정 및 고시가 이루어진 이후 위 특허발명에 관한 乙 법인과 丁 주식회사 사이의 분쟁에서 그 진보성이 부정되어야 한다는 취지의 원심판결이 선고되자 판매예정시기를 ‘등재 후 즉시’로 하는 판매예정시기 변경신청을 하였고 보건복지부장관의 고시로 甲 회사 제품의 상한금액 인하 시행시기가 변경되었는데 그 후 대법원에서 위 특허발명의 진보성이 부정되지 않는다는 취지의 판결이 선고되자, 甲 회사가 丙 회사를 상대로 甲 회사 제품의 상한금액 인하로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 甲 회사가 약제 상한금액 인하로 인해 입은 불이익은 제네릭 의약품의 요양급여대상 결정신청이 있으면 보건복지부장관이 최초등재제품의 상한금액을 인하할 수 있고, 최초등재제품 특허의 무효가능성이 소명되면 제네릭 의약품을 약제급여목록표 등재 후 즉시 요양급여대상 약제로 판매할 수 있도록 한 관련 제도를 채택한 결과에 따른 것인바, 甲 회사가 甲 회사 제품의 상한금액에 관하여 갖는 이익은 이러한 제도의 테두리 내에서 보호될 수 있는 것에 불과하고, 그 제도에서 정한 절차에 따른 결과가 甲 회사에 불리하게 작용하더라도 이는 丙 회사의 책임으로 돌릴 것은 아니므로, 丙 회사의 행위가 위법하다거나 丙 회사의 행위와 甲 회사 제품의 상한금액 인하 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다고 한 사례.

**6** 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결 (자본감소무효확인소) ..... 115

[1] 상법 제445조에서 정한 자본금감소 무효의 소를 제기할 수 있는 경우

- [2] 소수주식의 강제매수제도를 통한 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것이 위법한지 여부(적극) 및 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실한 경우, 그 자체로 위법하다고 볼 수 있는지 여부(소극)
- [3] 甲 주식회사가 임시주주총회를 개최하여 1주당 액면가를 5,000원에서 50,000,000원으로 인상하는 10,000:1의 주식병합을 하고, 10,000주에 미치지 못하는 주식을 보유한 주주에게 1주당 액면가 5,000원을 지급하기로 하는 내용의 '주식병합 및 자본금감소'를 결의하였고, 이에 따라 乙을 포함하여 10,000주 미만의 주식을 보유한 주주들이 주주의 지위를 상실한 사안에서, 위 주식병합 및 자본금감소가 주주총회의 특별결의 등 상법에서 정한 절차를 거쳤음에도 주주평등의 원칙, 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에 위배된다고 본 원심판단에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례
- [1] 주식병합을 통한 자본금감소에 이의가 있는 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 자본금의 감소를 승인하지 않은 채권자는 자본금감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 자본금감소 무효의 소를 제기할 수 있다(상법 제445조). 상법은 자본금감소의 무효와 관련하여 개별적인 무효사유를 열거하고 있지 않으므로, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우에 무효소송을 제기할 수 있다. 즉 주주평등의 원칙은 그가 가진 주식의 수에 따른 평등한 취급을 의미하는데, 만일 주주의 주식수에 따라 다른 비율로 주식병합을 하여 차등감자가 이루어진다면 이는 주주평등의 원칙에 반하여 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다. 또한 주식병합을 통한 자본금감소가 현저하게 불공정하게 이루어져 권리남용금지의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하는 경우에도 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다.
- [2] 우리 상법이 2011년 상법 개정을 통해 소수주식의 강제매수제도를 도입한 입법 취지와 그 규정의 내용에 비추어 볼 때, 엄격한 요건 아래 허용되고 있는 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것은 위법하다. 그러나 소수주식의 강제매수제도는 지배주주에게 법이 인정한 권리로 반드시 지배주주가 이를 행사하여야 하는 것은 아니고, 우리 상법에서 소수주식의 강제매수제도를 도입하면서 이와 관련하여 주식병합의 목적이나 요건 등에 별다른 제한을 두지 않았다. 또한 주식병합을 통해 지배주주가 회사의 지배권을 독점하려면, 단주로 처리된 주식을

소각하거나 지배주주 또는 회사가 단주로 처리된 주식을 취득하여야 하고 이를 위해서는 법원의 허가가 필요하다. 주식병합으로 단주로 처리된 주식을 임의로 매도하기 위해서는 대표이사가 사유를 소명하여 법원의 허가를 받아야 하고(비송사건절차법 제83조), 이때 단주 금액의 적정성에 대한 판단도 이루어지므로 주식가격에 대해 법원의 결정을 받는다는 점은 소수주식의 강제매수제도와 유사하다. 따라서 결과적으로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다.

- [3] 甲 주식회사가 임시주주총회를 개최하여 1주당 액면가를 5,000원에서 50,000,000원으로 인상하는 10,000:1의 주식병합을 하고, 10,000주에 미치지 못하는 주식을 보유한 주주에게 1주당 액면가 5,000원을 지급하기로 하는 내용의 ‘주식병합 및 자본금감소’를 결의하였고, 이에 따라 乙을 포함하여 10,000주 미만의 주식을 보유한 주주들이 주주의 지위를 상실한 사안에서, 위 주식병합은 법에서 정한 절차에 따라 주주총회 특별결의와 채권자보호절차를 거쳐 모든 주식에 대해 동일한 비율로 주식병합이 이루어졌고, 단주의 처리 과정에서 주식병합 비율에 미치지 못하는 주식수를 가진 소수주주가 자신의 의사와 무관하게 주주의 지위를 상실하게 되지만, 이러한 단주의 처리 방식은 상법에서 명문으로 인정한 주주평등원칙의 예외이므로, 위 주식병합의 결과 주주의 비율적 지위에 변동이 발생하지 않았고, 달리 乙이 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받지 못한 사정이 없는 한 이를 주주평등원칙의 위반으로 볼 수 없으며, 위 주식병합 및 자본금감소는 주주총회 참석주주의 99.99% 찬성(발행주식총수의 97% 찬성)을 통해 이루어졌는데, 이러한 회사의 결정은 지배주주뿐만 아니라 소수주주의 대다수가 찬성하여 이루어진 것으로 볼 수 있고, 이와 같은 회사의 단체법적 행위에 현저한 불공정이 있다고 보기 어려우며, 또한 해당 주주총회의 안건 설명에서 단주의 보상금액이 1주당 5,000원이라고 제시되었고, 이러한 사실을 알고도 대다수의 소수주주가 주식병합 및 자본금감소를 찬성하였으므로 단주의 보상금액도 회사가 일방적으로 지급한 불공정한 가격이라고 보기 어려운데도, 이와 달리 위 주식병합 및 자본금감소가 주주평등의 원칙, 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에 위배된다고 본 원심판단에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례.

**7** 2020. 11. 26. 선고 2019다2049 판결〔손해배상(기)〕 ..... 120

- [1] 환송판결 선고 이후 위헌결정으로 환송판결의 기속적 판단의 기초가 된 법률 조항이 효력을 상실함에 따라 환송 후 원심이나 그에 대한 상고심에서 위 법률 조항을 적용할 수 없어 환송판결과 다른 결론에 이른 경우, 환송판결의

기속력에 관한 법원조직법 제8조에 저촉되는지 여부(소극)

[2] 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제2항에서 말하는 ‘채무자가 그 이행의무의 존부 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 경우’의 의미 / 환송 후 원심이 새로운 사정을 이유로 환송 전 원심판결과 같은 내용의 판결을 선고하였으나 채무자의 주장이 환송판결에서 받아들여진 적이 있을 정도였던 경우, 환송 후 원심판결 선고 전까지는 채무자가 이행의무의 존부 등에 관하여 항쟁하는 것에 타당한 근거가 있었다고 보아야 하는지 여부(적극)

[1] 상고심법원이 환송 전 원심판결을 파기하는 이유로 삼은 사실상 및 법률상의 판단은 사건의 환송을 받은 원심은 물론 상고심법원도 기속한다. 그러나 환송판결 선고 이후 헌법재판소가 환송판결의 기속적 판단의 기초가 된 법률조항을 위헌으로 선언하여 그 법률 조항의 효력이 상실된 때에는 그 범위에서 환송판결의 기속력은 미치지 않고, 환송 후 원심이나 그에 대한 상고심에서 위헌결정으로 효력이 상실된 법률 조항을 적용할 수 없어 환송판결과 다른 결론에 이른다고 하더라도 환송판결의 기속력에 관한 법원조직법 제8조에 저촉되지 않는다.

[2] 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제2항에서 말하는 ‘채무자가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 경우’란 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 채무자의 주장이 타당한 근거가 있는 것으로 인정되는 때를 가리킨다.

채무자의 주장이 환송판결에서 받아들여진 적이 있을 정도였다면, 비록 환송 후 원심이 새로운 사정을 이유로 환송 전 원심판결과 같은 내용의 판결을 선고하게 되었다하더라도, 환송 후 원심판결이 선고되기 전까지는 채무자가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것에는 타당한 근거가 있었다고 보아야 한다.

**8** 2020. 11. 26. 선고 2019다209611 판결 (부당이득금) ..... 124

구 택지개발촉진법상 신규 공공시설 무상귀속의 대상이 되는 ‘공공시설’의 의미  
개별 법령에서 사용하는 용어는 각 법령의 입법 목적과 취지에 따라 개별적으로 해석하여야 한다.

구 택지개발촉진법(2011. 5. 30. 법률 제10764호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제25조 제1항은 시행자가 택지개발사업의 시행으로 새로이 공공시설(주차장, 운동장 등 대통령령이 정하는 시설은 제외한다)을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 시설을 설치한 경우 그 귀속에 관하여는 국토의 계획 및 이용에 관한

법률 제65조 및 제99조의 규정을 준용하고, 이 경우 ‘행정청인 시행자’는 이를 이 법에 의한 ‘시행자’로 본다”고 규정하고 있다. 그 위임에 따른 택지개발촉진법 시행령 제15조 제1항은 구 택지개발촉진법 제25조 제1항 전단에서 ‘대통령령으로 정하는 시설’이란 공동묘지, 화장시설, 봉안시설을 말한다고 규정하고 있다.

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2013. 7. 16. 법률 제11922호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국토계획법’이라 한다) 제65조 제1항은 개발행위허가를 받은 자가 행정청인 경우 그가 새로 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치하는 경우에는 ‘국유재산법’과 ‘공유재산 및 물품관리법’에도 불구하고 새로 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 종래의 공공시설은 개발사업의 시행자에게 무상으로 귀속된다고 규정하고 있다.

이와 같은 신규 공공시설 무상귀속 제도의 적용 범위를 구체적으로 특정·제한하기 위하여 구 국토계획법 제2조 제13호는 ‘공공시설’이란 도로·공원·철도·수도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공용 시설을 말한다고 규정하고, 그 위임에 따른 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28326호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국토계획법 시행령’이라 한다) 제4조는 구 국토계획법 제2조 제13호에서 ‘대통령령으로 정하는 공공용 시설’이란 항만·공항·운하·광장·녹지·공공공지·공동구·하천·유수지·방화설비·방풍설비·방수설비·사방설비·방조설비·하수도·구거(제1호), 행정청이 설치하는 주차장·운동장·저수지·화장장·공동묘지·봉안시설(제2조), 유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률 제2조 제3호(다)목에 따른 시설(제3호)을 말한다고 규정하고 있다.

이와 같이 택지개발사업의 시행에서 신규 공공시설 무상귀속 제도의 적용 범위를 구체적으로 특정·제한하기 위하여 둔 관련 규정들의 내용과 체계를 종합하면, 택지개발사업의 시행에서 신규 공공시설 무상귀속 제도가 적용되는 ‘공공시설’이란 구 국토계획법 제2조 제13호, 구 국토계획법 시행령 제4조에서 구체적으로 열거한 공공시설 중에서 구 택지개발촉진법 제25조 제1항, 택지개발촉진법 시행령 제15조 제1항에서 명시적으로 제외하도록 규정하고 있는 주차장, 운동장, 공동묘지, 화장시설, 봉안시설을 제외한 나머지를 의미한다고 보아야 한다. 택지개발사업의 시행으로 새로 설치되는 공공시설이 구 국토계획법 제2조 제6호에서 정한 ‘기반시설’ 또는 구 택지개발촉진법 제2조 제2호에서 정한 ‘공공시설용지’의 적용대상에 해당한다고 하더라도, 구 국토계획법 제2조 제13호, 구 국토계획법 시행령 제4조에서 구체적으로 열거한 공공시설에 해당하지 않는 이상 신규 공공시설 무상귀속 제도가 적용되는 공공시설이라고 볼 수는 없다.

9 2020. 11. 26. 선고 2019다211324 판결 (근저당권말소) ..... 127

[1] 구 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제9조 제1항의 ‘중요사항을 누락한 경우’의 의미 및 이 경우 가맹본부가 가맹희망자에게 구 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제37조 제3항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조 제1항에 의한 손해배상책임을 부담하는지 여부(적극) / 법률상 제한 내지 장애로 말미암아 가맹희망자가 가맹점을 개설·운영할 수 없는 사정이 가맹희망자의 의사결정에 중대한 영향을 미치는 사실에 해당하는지 여부(적극)

[2] 甲 등이 점포를 임차한 후 乙 주식회사로부터 위 점포에 관해 가맹점운영권을 부여받아 편의점을 운영하였는데, 지방자치단체로부터 위 점포가 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률에 따라 일반인을 대상으로 한 편의점으로는 운영될 수 없는 곳이라는 이유로 철거 등의 경고를 받은 후 영업을 중단하게 되자, 乙 회사를 상대로 ‘가맹점개설에 관한 법률적 문제가 없다고 한 乙 회사에 귀책사유가 있다.’고 주장하며 위 계약의 해지를 통보한 사안에서, 가맹계약을 체결하기 위하여 상담하거나 협의하는 과정에서 乙 회사가 위와 같은 사정을 고지하지 아니한 행위는 구 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제9조 제1항에서 정한 중요사항의 누락, 즉 정보제공의무 내지 고지의무 위반에 해당한다고 한 사례

[1] 구 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12094호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘가맹사업법’이라고 한다) 제9조 제1항의 중요사항을 누락한 경우라 함은 가맹계약의 체결과 유지 등 가맹희망자의 의사결정에 중대한 영향을 줄 수 있는 사실 또는 가맹희망자가 일정한 사정에 관하여 고지를 받았더라면 가맹계약을 체결하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우 그와 같은 사정 등을 가맹계약을 체결하기 위하여 상담하거나 협의하는 단계에서 가맹희망자에게 고지하지 아니한 경우를 의미한다. 가맹본부가 이러한 행위를 하면 가맹사업법 제9조 제1항에 따른 정보제공의무 내지 고지의무를 위반하게 되어, 가맹본부는 가맹희망자에 대하여 가맹사업법 제37조 제3항으로 준용되는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제56조 제1항에 의한 손해배상책임을 부담한다. 그리고 법률상 제한 내지 장애로 말미암아 가맹희망자가 가맹점을 개설·운영할 수 없는 사정이 존재하는 경우, 이 사정은 가맹희망자의 의사결정에 중대한 영향을 미치는 사실에 해당한다.

[2] 甲 등이 점포를 임차한 후 乙 주식회사로부터 위 점포에 관해 가맹점운영권을 부여받아 편의점을 운영하였는데, 지방자치단체로부터 위 점포가 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률에 따라 일반인을 대상으로 한 편의점으로서

는 운영될 수 없는 곳이라는 이유로 철거 등의 경고를 받은 후 영업을 중단하게 되자, 乙 회사를 상대로 ‘가맹점개설에 관한 법률적 문제가 없다고 한 乙 회사에 귀책사유가 있다.’고 주장하며 위 계약의 해지를 통보한 사안에서, 위 점포의 입지와 같은 경우 가맹점을 개설하여 운영하더라도 일반인을 대상으로 하는 통상적인 편의점 영업은 할 수 없고 공장 종업원들만을 대상으로 하는 제한적인 구내매점 형태의 영업을 할 수밖에 없다는 사정은 가맹계약의 체결과 유지 등 가맹희망자의 의사결정에 중대한 영향을 줄 수 있는 사실 또는 가맹희망자가 이러한 사정에 관하여 고지를 받았더라면 가맹계약을 체결하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에 해당할 여지가 있는데, 甲 등이 가맹계약을 체결하기 위하여 상담하거나 협의하는 과정에서 乙 회사에 이를 문의하였음에도 乙 회사가 그와 같은 사정을 고지하지 아니하였다면 이러한 행위는 구 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12094호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항에서 정한 중요사항의 누락, 즉 정보제공의무 내지 고지의무 위반에 해당하므로, 이와 달리 위 계약의 해지에 이르게 된 귀책사유가 乙 회사에 있지 않다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**10** 2020. 11. 26. 선고 2019다249831 판결 [손해배상(기)] ..... 132

임대차 종료 시 구 도시 및 주거환경정비법상 관리처분계획인가·고시가 이루어진 경우, 구 상가건물 임대차보호법 제10조 제1항 제7호 (다)목에서 정한 계약갱신 거절사유가 있는지 여부(적극) 및 사업시행인가·고시가 이루어졌다는 사정만으로도 마찬가지로 여부(원칙적 소극) / 위와 같은 계약갱신 거절사유가 존재한다는 점에 대한 증명책임의 소재(=임대인)

구 도시 및 주거환경정비법(2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시정비법’이라 한다)에 따라 정비사업이 시행되는 경우 관리처분계획인가·고시가 이루어지면 종전 건축물의 소유자나 임차권자는 그때부터 이전고시가 있는 날까지 이를 사용·수익할 수 없고(구 도시정비법 제49조 제6항), 사업시행자는 소유자, 임차권자 등을 상대로 부동산의 인도를 구할 수 있다. 이에 따라 임대인은 원활한 정비사업 시행을 위하여 정해진 이주기간 내에 세입자를 건물에서 퇴거시킬 의무가 있다. 따라서 임대차 종료 시 이미 구 도시정비법상 관리처분계획인가·고시가 이루어졌다면, 임대인이 관련 법령에 따라 건물 철거를 위해 건물 점유를 회복할 필요가 있어 구 상가건물 임대차보호법(2018. 10. 16. 법률 제15791호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상가임대차법’이라 한다) 제10조 제1항 제7호 (다)목에서 정한 계약갱신 거절사유가 있다고 할 수 있다. 그러나

구 도시정비법상 사업시행인가·고시가 있는 때부터 관리처분계획인가·고시가 이루어질 때까지는 일정한 기간의 정함이 없고 정비구역 내 건물을 사용·수익하는 데 별다른 법률적 제한이 없다.

이러한 점에 비추어 보면, 정비사업의 진행 경과에 비추어 임대차 종료 시 단기간 내에 관리처분계획인가·고시가 이루어질 것이 객관적으로 예상되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 구 도시정비법에 따른 사업시행인가·고시가 이루어졌다는 사정만으로는 임대인이 건물 철거 등을 위하여 건물의 점유를 회복할 필요가 있다고 할 수 없어 구 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 (다)목에서 정한 계약갱신 거절사유가 있다고 할 수 없다. 이와 같이 임대차 종료 시 관리처분계획인가·고시가 이루어졌거나 이루어질 것이 객관적으로 예상되는 등으로 구 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 (다)목의 사유가 존재한다는 점에 대한 증명책임은 임대인에게 있다.

**11** 2020. 11. 26. 선고 2019다262193 판결 [임금] ..... 135

- [1] 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우, 처분문서를 해석하는 방법 및 단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 단체협약이나 취업규칙에서 근로관계에서의 차별적 처우를 금지하고 있는 경우, ‘차별적 처우’의 의미 및 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우에 합리적인 이유가 있는지 판단하는 방법
- [3] ‘동일가치의 노동’의 의미 및 이를 판단하는 기준
- [4] 甲 지방자치단체가 설립한 중·고등학교에서 사무행정, 시설관리 등 업무를 지원하고 학교회계에서 보수를 받아 온 교육공무직 호봉제근로자인 乙 등이 지방공무원법에 따라 채용된 일반직 공무원 등과 비교하여 근속승진에 따른 본봉 인상분과 이에 연동되어 증액되는 정근수당 등, 시간외근무수당 정액분, 1, 2월분 본봉 인상분을 지급받지 못하는 것은 호봉제근로자들을 불리하게 처우하는 것으로 단체협약 등에 위반된다고 주장하며 甲 지방자치단체를 상대로 위 수당 등의 지급을 구한 사안에서, 甲 지방자치단체가 위 수당 등의 지급에 관하여 乙 등을 일반직 공무원과 달리 처우한 것에 합리적인 이유가 있고, 동일가치노동 동일임금 원칙을 규정한 단체협약 위반이라고 단정하기도 어렵다고 한 사례
- [1] 처분문서는 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기재되

어 있는 문언의 내용에 따라 당사자의 의사표시가 있었던 것으로 해석하여야 한다. 그러나 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정으로 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때에는 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석해서는 안 된다.

- [2] 단체협약이나 취업규칙에서 근로관계에서의 차별적 처우를 금지하고 있는 경우 ‘차별적 처우’란 사용자가 근로자를 임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 가리킨다. ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 근로자가 제공하는 근로의 내용을 종합적으로 고려하여 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 말한다. 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- [3] 일반적으로 ‘동일가치의 노동’이란 해당 사업장 내에서 서로 비교되는 근로자 간의 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 따라 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말한다. 동일가치의 노동인지는 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임과 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- [4] 甲 지방자치단체가 설립한 중·고등학교에서 사무행정, 시설관리 등 업무를 지원하고 학교회계에서 보수를 받아 온 교육공무직 호봉제근로자인 乙 등이, 단체협약에서 호봉제근로자의 임금은 지방공무원 보수규정 등을 준용하되, 지방공무원법에 따라 채용된 일반직 공무원과 차별 및 불이익이 없도록 하고, 동일한 사업 내의 동일가치노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다고 정하고 있는데도, 일반직 공무원 등과 비교하여 근속승진에 따른 본봉 인상분과 이에 연동되어 증액되는 정근수당 등, 시간외근무수당 정액분,

1, 2월분 본봉 인상분을 지급받지 못하는 것은 호봉제근로자들을 불리하게 처우하는 것으로 단체협약 등에 위반된다고 주장하며 甲 지방자치단체를 상대로 위 수당 등의 지급을 구한 사안에서, 위 단체협약에서 말하는 ‘준용’의 의미는 호봉제근로자 보수액의 기준을 정하기 위한 것이지 지방공무원 보수 규정 전체를 호봉제근로자에게 적용하기 위한 것이 아닌 점, 호봉제근로자에게 근속승진제도를 적용하거나 그에 맞추어 호봉을 재산정하여야 할 당위성을 찾기 어려운 점, 호봉제근로자들의 시간외근무수당은 근로기준법에 따라 산정되는 점, 학교의 회계연도는 매년 3. 1.에 시작하여 다음 해 2월 말일에 끝나므로 乙 등이 매년 3. 1.부터 인상된 보수를 지급받는 것은 불가피한 측면이 있는 점에 비추어, 甲 지방자치단체가 위 수당 등의 지급에 관하여 乙 등을 일반직 공무원과 달리 처우한 것에 합리적인 이유가 있다고 본 원심판단은 정당하고, 동일가치노동 동일임금 원칙을 규정한 단체협약 규정이 호봉제근로자들 사이에 적용되는 것은 분명하지만, 호봉제근로자와 일반직 공무원 사이에도 적용되는 것을 예정하고 있다고 단정하기는 어려운 점, 일반직 공무원은 지방공무원법에 따라 임용되어 근무관계에 대해 원칙적으로 공무원 법령이 적용되는 공무원이므로, 근로기준법이 그대로 적용되는 근로자인 乙 등과 비교할 때 채용형태 등에 차이가 있고, 그로 인해 권한과 책임 등에서도 일정한 차이가 있는 점 등에 비추어, 甲 지방자치단체가 위 수당 등의 지급에 관하여 乙 등을 일반직 공무원과 달리 처우한 것이 위 단체협약 위반이라고 단정하기도 어렵다고 한 사례.

**12** 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결 [손해배상(기)] ..... 141

- [1] 헌법재판소가 2018. 8. 30. 선고한 ‘민법 제166조 제1항, 제766조 제2항 중 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 제2조 제1항 제3호(민간인 집단 희생사건), 제4호(중대한 인권침해사건·조작의혹사건)에 적용되는 부분은 헌법에 위반된다.’는 위헌결정의 효력이 위 제3호, 제4호 사건에서 공무원의 위법한 직무집행으로 입은 손해에 대한 배상을 구하는 소송이 위헌결정 당시까지 법원에 계속되어 있는 경우에도 미치는지 여부(적극) 및 위 손해배상청구권에 대하여 민법 제766조 제2항이나 국가재정법 제96조 제2항에 따른 소멸시효가 적용되는지 여부(소극)
- [2] 불법행위로 인한 위자료를 산정할 때 참작하여야 할 요소
- [3] 불법행위 시와 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 지나 통화가치 등에 상당한 변동이 생긴 경우, 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결일부터 발생한다고 보아야 하는지

여부(적극) 및 이 경우 사실심 변론종결 시의 위자료 원금도 배상이 지연된 사정을 참작하여 산정할 필요가 있는지 여부(적극) / 제1심판결에서 배상이 지연된 사정을 참작하여 제1심 변론종결일을 기준으로 위자료를 산정하였는데 항소심이 이를 그대로 유지한 경우, 위자료 배상채무의 지연손해금은 제1심 변론종결일부터 발생하는지 여부(적극)

- [4] 헌법재판소가 2018. 8. 30. 선고한 ‘구 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제18조 제2항의 민주화운동과 관련하여 입은 피해 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다.’는 결정이 법원에 대하여 기속력이 있는지 여부(적극) 및 위 위헌결정의 효력이 그 결정 선고 전 구 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제18조 제2항에 관하여 위헌여부심판제청이 이루어진 사건에 미치는지 여부(적극)
- [1] 헌법재판소는 2018. 8. 30. 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항 중 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 ‘과거사정리법’이라 한다) 제2조 제1항 제3호의 ‘민간인 집단 희생사건’, 같은 항 제4호의 ‘중대한 인권침해사건·조작의혹사건’에 적용되는 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 이러한 위헌결정의 효력은 과거사정리법 제2조 제1항 제3호의 ‘민간인 집단 희생사건’이나 같은 항 제4호의 ‘중대한 인권침해사건·조작의혹사건’에서 공무원의 위법한 직무집행으로 입은 손해에 대한 배상을 청구하는 소송이 위헌결정 당시까지 법원에 계속되어 있는 경우에도 미친다. 따라서 그러한 손해배상청구권에 대해서는 민법 제766조 제2항에 따른 10년의 소멸시효 또는 국가재정법 제96조 제2항[구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되기 전의 것) 제71조 제2항]에 따른 5년의 소멸시효가 적용되지 않는다.
- [2] 불법행위로 인한 위자료를 산정할 경우, 피해자의 연령, 직업, 사회적 지위, 재산과 생활상태, 피해로 입은 고통의 정도, 피해자의 과실 정도 등 피해자 측의 사정과 아울러 가해자의 고의·과실의 정도, 가해행위의 동기와 원인, 불법행위 후의 가해자의 태도 등 가해자 측의 사정까지 함께 참작하는 것이 손해의 공평부담이라는 손해배상의 원칙에 부합하고, 법원은 이러한 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 위자료 액수를 확정할 수 있다.
- [3] 불법행위 시와 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 지나 위자료를 산정할 때 반드시 참작해야 할 변론종결 시의 통화가치 등에 불법행위 시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결일로부터 발생한다고 보아야 하고, 이처럼 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금이

사실심 변론종결일부터 발생한다고 보아야 하는 예외적인 경우에는 불법행위 시부터 지연손해금이 가산되는 원칙적인 경우보다 배상이 지연된 사정을 적절히 참작하여 사실심 변론종결 시의 위자료 원금을 산정할 필요가 있다.

한편 제1심판결에서 위와 같이 배상이 지연된 사정을 참작하여 제1심 변론종결일을 기준으로 위자료를 산정하였는데 항소심이 항소심 변론종결일을 기준으로 새로이 위자료를 산정하지 않고 제1심판결의 위자료 액수를 그대로 유지한 경우 위자료 배상채무의 지연손해금은 위자료 산정의 기준일인 제1심 변론종결일부터 발생한다.

- [4] 구 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2015. 5. 18. 법률 제 13289호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 민주화보상법’이라 한다) 제18조 제2항은 “이 법에 의한 보상금 등의 지급결정은 신청인이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상화해가 성립된 것으로 본다.”라고 정하고 있었다.

헌법재판소는 2018. 8. 30. 구 민주화보상법 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 그 결정은 위와 같이 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 가분적 부분인 ‘불법행위로 인한 정신적 손해’ 부분을 위헌으로 선언함으로써 그 효력을 상실시켜 구 민주화보상법 제18조 제2항의 일부가 폐지되는 것과 같은 결과를 가져오는 일부위헌결정으로서 법원에 대한 기속력이 있다. 이러한 위헌결정의 효력은 그 위헌결정이 있기 전에 구 민주화보상법 제18조 제2항의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 이루어진 사건에 미친다.

**13** 2020. 11. 26. 선고 2019다298222, 298239 판결〔부당이득금반환등청구·비용반환등〕 ..... 147

- [1] 지방세법 제107조 제1항에 따라 재산세 납부의무를 부담하는 ‘재산을 사실상 소유하고 있는 자’의 의미 / 3자간 등기명의신탁의 경우, 명의신탁자가 매매계약을 체결하고 매매대금을 모두 지급하였다면 재산세 과세기준일 당시 소유권이전등기를 마치고 전이라도 부동산의 실질적 소유자로서 재산세 납부의무를 부담하는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 과세관청이 3자간 등기명의신탁에 따라 해당 부동산의 공부상 소유자가 된 명의수탁자에게 재산세 부과처분을 하여 명의수탁자가 재산세를 납부한 경우, 명의신탁자나 그 상속인을 상대로 재산세 상당액에 대한 부당이득반환청구권을 가지는지 여부(소극) 및 이는 양자간 등기명의신탁 또는 3자간 등기

명의신탁의 명의수탁자가 명의신탁된 부동산에 부과된 종합부동산세 또는 위 부동산을 이용한 임대사업으로 인한 임대소득과 관련된 종합소득세, 지방소득세, 부가가치세 등을 납부한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

- [1] 지방세법 제107조 제1항에 따라 재산세 납부의무를 부담하는 ‘재산을 사실상 소유하고 있는 자’는 공부상 소유자로 등재된 여부를 불문하고 당해 토지나 재산에 대한 실질적인 소유권을 가진 자를 의미한다. 명의신탁자가 소유자로부터 부동산을 양수하면서 명의수탁자와 사이에 명의신탁약정을 하여 소유자로부터 바로 명의수탁자 명의로 해당 부동산의 소유권이전등기를 하는 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁자의 매수인 지위는 일반 매매계약에서 매수인 지위와 근본적으로 다르지 않으므로, 명의신탁자가 부동산에 관한 매매계약을 체결하고 매매대금을 모두 지급하였다면 재산세 과세기준일 당시 그 부동산에 관한 소유권이전등기를 마치기 전이라도 해당 부동산에 대한 실질적인 소유권을 가진 자로서 특별한 사정이 없는 한 그 재산세를 납부할 의무가 있다.
- [2] 과세관청이 3자간 등기명의신탁에 따라 해당 부동산의 공부상 소유자가 된 명의수탁자에게 재산세 부과처분을 하고 이에 따라 명의수탁자가 재산세를 납부하였다도 명의수탁자가 명의신탁자 또는 그 상속인을 상대로 재산세 상당의 금액에 대한 부당이득반환청구권을 가진다고 보기는 어렵다. 이러한 법리는 양자간 등기명의신탁 또는 3자간 등기명의신탁의 명의수탁자가 명의신탁된 해당 부동산에 부과된 종합부동산세 또는 해당 부동산을 이용한 임대사업으로 인한 임대소득과 관련된 종합소득세, 지방소득세, 부가가치세 등을 납부한 경우라고 하여 달리 볼 것은 아니다.

**14** 2020. 11. 26. 선고 2020다244511 판결 (구상금) ..... 151

- [1] 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때 요구되는 주의의무의 정도 및 주의의무의 판단 기준이 되는 ‘의료수준’의 의미와 평가 방법 / 의사가 행한 의료행위가 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우, 의료상의 과실이 인정되는지 여부(소극) / 의사의 질병 진단 결과에 과실이 없다고 인정되는 경우, 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인지 및 합리적인 조치들 중 어떠한 것을 선택할 것인지가 의사의 재량 범위 내에 속하는지 여부(적극)
- [2] 환자에게 발생한 나쁜 결과에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 그와 같은 손해가 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같은 경우에도 의사에게 무과실의 증명책임을 지울 수 있는지 여부(소극)

[1] 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때에는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 다하여야 할 주의의무가 있다. 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 하고, 이때 의료행위의 수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악하여야 한다. 따라서 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 환자를 진찰·치료하는 등의 의료행위에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 할 수 없다. 특히 의사의 질병 진단 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 더 잡은 자기의 전문적 지식·경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떠한 것을 선택할 것이냐는 해당 의사의 재량의 범위 내에 속하며 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수 없다.

[2] 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 매우 어려운 특수성이 있으므로 환자에게 발생한 나쁜 결과에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명함으로써 그와 같은 손해가 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하지만, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되지는 아니한다.

**15** 2020. 11. 26. 선고 2020다253379 판결 [계약금반환] ..... 156

- [1] 손해배상 예정액을 감액하기 위한 요건인 ‘부당성’을 판단하는 기준 및 이때 감액사유에 관한 사실인정이나 감액비율을 정하는 것이 사실심의 전권에 속하는 사항인지 여부(원칙적 적극)
- [2] 구체적인 계약에서 당사자 사이에 개별적으로 이루어진 합의가 약관의 규정에 관한 법률의 규율대상인 약관에 해당하는지 여부(소극)

- [3] 甲 주식회사가 진행한 공매절차에서 乙 주식회사가 부동산을 낙찰받아 위 부동산에 관한 매매계약을 체결하였는데, 공매 공고문과 매매계약의 내용에 ‘매매계약 이후에 발생하는 처분금지가처분은 매수인의 책임으로 처리·해결해야 한다.’는 특약이 포함되어 있었던 경우, 위 공고문과 매매계약이 약관에 해당하는지 문제 된 사안에서, 제반 사정에 비추어 위 특약이 포함된 공매 공고문 등은 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상인 약관에 해당하지 않는다고 한 사례
- [1] 민법 제398조 제2항은 “손해배상의 예정액이 부당히 과도한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.”라고 정하고 있다. 손해배상 예정액을 감액하기 위한 요건인 ‘부당성’은 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기와 경위, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래하는 경우에 인정된다. 이때 감액사유에 관한 사실을 인정하거나 감액비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이다.
- [2] 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1호에 따르면, 약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위와 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위해 일정한 형식으로 미리 마련한 계약 내용을 말한다. 구체적인 계약에서 당사자 사이에 개별적으로 이루어진 합의는 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상인 약관에 해당하지 않는다.
- [3] 甲 주식회사가 진행한 공매절차에서 乙 주식회사가 부동산을 낙찰받아 위 부동산에 관한 매매계약을 체결하였는데, 공매 공고문과 매매계약의 내용에 ‘매매계약 이후 발생하는 처분금지가처분은 매수인의 책임으로 처리·해결해야 한다.’는 특약이 포함되어 있었던 경우, 위 공고문과 매매계약이 약관에 해당하는지 문제 된 사안에서, 매매계약 이후 설정된 처분금지가처분의 처리를 매수인의 책임으로 돌리는 내용은 공매 공고문과 매매계약의 일부 조항에 포함되어 있는데, 모든 부동산에 관한 공고문에 일률적으로 규정된 것이 아니라 개별 공매 목적물의 특성을 고려하여 목적물에 따라 상이하게 규정되고, 매매계약의 내용도 위 부동산에 한정하여 개별적으로 정해진 것으로서 甲 회사가 다수의 상대방과 동종의 계약을 반복적으로 체결할 목적으로 마련한 것이라고 보기 어려운 점, 甲 회사가 공매 공고문과 매매계약을 미리 작성하는 것은 공매절차의 특성에서 비롯되는 것이지 다수의 상대방과 동종의 계약

을 반복적으로 체결하기 위해 미리 작성하는 것이 아닌 점 등에 비추어 위 특약이 포함된 공매 공고문 등은 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상인 약관에 해당하지 않는다고 한 사례.

**일반행정**

**16** 2020. 11. 26. 선고 2017두70793 판결 (부당해고구제재심판정취소) ..... 160

[1] 원래의 징계처분이 요건을 갖추었다더라도 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우, 징계처분이 무효인지 여부(적극)

[2] 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계위원회의 구성에 관하여 정하고 있음에도 이와 다르게 구성된 징계위원회의 결의를 거쳐 징계처분을 한 경우, 징계처분의 효력(원칙적 무효)

[3] 취업규칙의 성격 및 해석 방법

[1] 징계처분에 대한 재심절차는 징계처분에 대한 구제 내지 확정절차로서 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 하므로, 원래의 징계처분이 그 요건을 갖추었다더라도 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 현저히 절차적 정의에 반하는 것으로서 무효이다.

[2] 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계위원회의 구성에 관하여 정하고 있는 경우 이와 다르게 징계위원회를 구성한 다음 그 결의를 거쳐 징계처분을 하였다면, 그 징계처분은 징계사유가 인정되는지 여부와 관계없이 원칙적으로 절차상 중대한 하자가 있어 무효이다.

[3] 취업규칙은 사용자가 근로자의 복무규율이나 근로조건을 기준을 정립하기 위하여 작성한 것으로서 노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 가지는데, 이러한 취업규칙의 성격에 비추어 취업규칙은 원칙적으로 객관적인 의미에 따라 해석하여야 하고, 문언의 객관적 의미를 벗어나는 해석은 신중하고 엄격하여야 한다.

**17** 2020. 11. 26. 선고 2020두42262 판결 (과태료부과처분취소) ..... 164

[1] 공증인이 직무수행을 하면서 공증인의 감독기관인 법무부장관이 제정한 '집행증서 작성사무 지침'을 위반한 경우, 공증인법 제79조 제1호에 근거한 직무

상 명령을 위반한 것인지 여부(적극)

- [2] 공무원이 상급행정기관이나 감독권자의 직무상 명령을 위반하였다는 점을 정계사유로 삼으려면 직무상 명령이 상위법령에 반하지 않는 적법·유효한 것이어야 하는지 여부(적극)
- [3] 행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 경우, 당연무효인지 여부(적극) 및 법원이 위 행정규칙에 따라 행정기관이 한 조치의 당부를 판단하는 방법
- [4] ‘대부업자 등’이 금전대부계약과 관련하여 쌍방대리 형태의 촉탁행위를 할 경우 공증인에게 촉탁을 거절할 의무를 부과하고 있는 ‘집행증서 작성사무 지침’ 제4조가 무효인지 여부(적극)
- [1] 일반적으로 상급행정기관은 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해주는 ‘행정규칙’을 제정할 수 있다. 공증인은 직무에 관하여 공무원의 지위를 가지고, 법무부장관은 공증인에 대한 감독기관이므로 공증인법 제79조 제1호에 근거한 직무상 명령을 개별·구체적인 지시의 형식으로 할 수도 있으나, 행정규칙의 형식으로 일반적인 기준을 제시하거나 의무를 부과할 수도 있다.

법무부장관은 공증인의 ‘집행증서’(이는 법령상 용어는 아니고 강제집행을 승낙하는 의사표시가 기재되어 민사집행법에 따른 강제집행의 집행권원이 되는 공정증서를 강학상, 실무상으로 지칭하는 용어이다) 작성 사무에 관한 사항을 정하여 그 사무의 적절성과 공정성을 확보하고 집행증서 작성 과정에서 집행채무자의 권리가 부당하게 침해되는 것을 방지함을 목적으로, 2013. 10. 1. ‘집행증서 작성사무 지침’을 제정하였다. 이는 공증인의 감독기관인 법무부장관이 상위법령의 구체적인 위임 없이 공증인이 직무수행에서 준수하여야 할 세부적인 사항을 규정한 ‘행정규칙’이라고 보아야 한다. 따라서 공증인이 직무수행에서 위 지침을 위반한 경우에는 공증인법 제79조 제1호에 근거한 직무상 명령을 위반한 것이다.

- [2] 공무원이 상급행정기관이나 감독권자의 직무상 명령을 위반하였다는 점을 정계사유로 삼으려면 직무상 명령이 상위법령에 반하지 않는 적법·유효한 것이어야 한다.
- [3] ‘행정규칙’은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 다만 행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는 그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법

원은 이를 존중하는 것이 바람직하다. 그러나 행정규칙의 내용이 상위법령에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다. 이러한 경우 법원은 해당 행정규칙이 법질서상 부존재하는 것으로 취급하여 행정기관이 한 조치의 당부를 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 따라서 판단하여야 한다.

[4] ‘집행증서 작성사무 지침’ 제4조는 법률에 의하여 허용되는 쌍방대리 형태의 촉탁행위에 대하여 ‘대부업자 등’의 금전대부계약에 따른 채권·채무에 관한 경우에는 행정규칙의 형식으로 일반적으로 공증인에게 촉탁을 거절하여야 할 의무를 부과하는 것이어서 ‘법률우위원칙’에 위배되어 무효라고 보아야 한다.

**조 세**

**18** 2020. 11. 26. 선고 2014두46485 판결 (경정청구거부처분취소) ..... 170

재산을 증여받은 수증자가 사망하여 증여받은 재산을 상속재산으로 한 상속개시가 이루어진 후 사해행위취소 판결에 따라 증여계약이 취소되고 상속재산이 증여자의 책임재산으로 원상회복된 경우, 수증자의 상속인이 국제기본법 제45조의2 제2항이 정한 후발적 경정청구를 통하여 상속재산에 대한 상속세 납세의무를 면할 수 있는지 여부(소극)

채권자취소권의 행사로 사해행위가 취소되고 일탈재산이 원상회복되더라도, 채무자가 일탈재산에 대한 권리를 직접 취득하는 것이 아니고 사해행위 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것도 아니다.

따라서 재산을 증여받은 수증자가 사망하여 증여받은 재산을 상속재산으로 한 상속개시가 이루어졌다면, 이후 사해행위취소 판결에 의하여 그 증여계약이 취소되고 상속재산이 증여자의 책임재산으로 원상회복되었다고 하더라도, 수증자의 상속인은 국제기본법 제45조의2 제2항이 정한 후발적 경정청구를 통하여 상속재산에 대한 상속세 납세의무를 면할 수 없다.

**형 사**

**19** 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결 (성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)) ..... 171

[1] 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나

이미징(imaging) 등 형태(복제본)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하여야 하는지 여부(적극) 및 이러한 조치를 취하지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극) / 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

[2] 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정한 변호인의 참여권이 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권인지 여부(적극) / 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시한 경우, 그 변호인에게는 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

[3] 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 형사소송법 제308조의2의 취지 / 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거 및 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력 유무(원칙적 소극) / 위법수집증거 및 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는 경우와 그 판단 기준

[1] 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조). 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만일 그러한 조치를 취하지 않았다면 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 할 수 없다. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다.

[2] 형사소송법 제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이다. 따라서 설령 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도,

특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다.

- [3] 형사소송법 제308조의2는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다’고 정하고 있다. 이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사 과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이 라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다. 헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다. 이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사 과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다.

그러나 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 확일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법의 목적에 맞지 않는다. 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이기 때문이다. 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다. 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다. 이러한 법리는 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거에 대해서도 마찬가지로 적용되므로, 절차에 따르지 않은 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석이나 단절 여부를 중심으로 2차

2021. 1. 15. **판례공보**

적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.