

대법원 2021. 9. 30. 선고 중요판결 요지

민 사

2016다252560 소유권이전등기 등 (가) 파기환송(일부)

[공공건설임대주택의 임대사업자가 우선분양전환권자가 아닌 제3자와 체결한 분양전환계약의 효력이 문제된 사건]

◇임대사업자의 임차인에 대한 우선분양전환의무를 정한 구 임대주택법 규정이 강행규정인지 여부(적극) 및 이에 반하여 우선분양전환권자가 있음에도 제3자와 체결한 분양전환계약이 무효인지 여부(적극)◇

1. 계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유효·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이거나 강행규정이라고 명시하고 있으면 이러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다.

이와 달리 이러한 규정을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익과 규율대상, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 효력을 판단해야 한다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결 등 참조).

2. 구 임대주택법(2014. 5. 28. 법률 제12704호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)에 따르면, 임대사업자가 임대의무기간이 지난 후 국민주택기금의 자금을 지원받아 건설하거나 공공사업으로 조성된 택지에 건설하는 공공건설임대주택을 분양전환할 때에는 분양전환당시까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인 등에게 우선분양전환해야 한다(제21조 제1항). 나아가 임대사업자가 어음교환소의 거래정지처분을 받거나 국민주택기금 융자금 이자를 1년 6개월을 초과하여 연체한 경우 등 일정한 경우에는 임차인의 주택 소유여부와 관계없이 분양전환 당시 해당 임대주택에 거주한 임차인에게 우선분양전환해야 한다(제21조 제2항, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결 참조). 임대사업자는 공

공건설임대주택을 분양전환하고자 할 때에는 시장·군수·구청장(이하 '시장 등'이라 한다)의 분양전환승인을 받아야 하고(제21조 제3항), 분양전환승인을 받은 이후에도 임차인이 6개월 이상 분양전환에 응하지 않은 경우에만 해당 임대주택을 분양전환가격으로 국토교통부령이 정하는 바에 따라 제3자에게 매각할 수 있다(제21조 제7항). 구 임대주택법 제21조를 위반하여 임대주택을 분양전환하면 형사처벌 대상이 된다(제41조 제4항 제6호).

3. 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항은 임대사업자에게 임대주택을 임차인에게 우선 분양전환할 의무를 부과하면서도, 임대사업자가 이를 위반하여 임대주택을 임차인 아닌 제3자에게 분양전환한 경우에 그 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않고 있다. 구 임대주택법의 입법 취지와 보호법익, 위반행위의 중대성과 비난가능성, 거래안전에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하면, 공공건설임대주택의 임대사업자의 우선 분양전환 의무에 관한 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항은 강행규정에 해당하고, 이를 위반하여 임대사업자가 우선분양전환권이 있는 임차인이 있음에도 임대주택을 제3자에게 분양전환한 경우 그 분양전환계약은 사법적(私法的)으로 무효라고 보아야 한다.

☞ 구 임대주택법상 공공건설임대주택인 이 사건 아파트의 임대의무기간(5년) 경과 후 임대사업자가 분양전환승인을 거쳐 일부 세대를 매수인들에게 일반분양전환함. 임차인들은 각 임차 세대에 관한 우선분양전환권이 있고 매수인들이 임대사업자 지위를 승계하였다고 주장하며, 매수인들을 상대로 분양전환을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 함

☞ 대법원은 임대사업자가 매수인들과 분양계약을 체결한 세대에는 우선분양전환권이 있는 임차인들이 있으므로, 임대사업자가 매수인들과 체결한 각 분양전환계약은 강행규정인 구 임대주택법 제21조 제1항, 제2항에 반하여 무효이고, 매수인들은 임대주택의 소유권을 취득하지 못하였으므로 위 임대주택에 관한 피고 ○○주택의 우선분양전환에 관한 의무를 승계할 여지도 없다고 보아, 임차인들의 매수인들에 대한 소유권이전등기청구를 인용한 원심을 일부 파기환송함

2018다282183 손해배상(기) (바) 파기환송

[환매권 상실을 이유로 손해배상을 구하는 사건]

◇구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제91조 제1항에 규정된 환매권 발생요건 중 '당해 사업'이 토지보상법 제20조 제1항에 의한 사업인정이 있었던 경우로만 한정되는지 여부(소극)◇

당해 사업에 대하여 구 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것, 이하 '토지보상법'이라 한다)사업인정이나 구

토지수용법이나 토지보상법상 사업인정으로 의제되는 도시계획시설사업 실시계획인가가 이루어졌다면 사업인정이나 실시계획인가의 내용에 따라 '당해 사업'을 특정할 수 있다 [대법원 1994. 1. 25. 선고 93다11760, 93다11777(병합), 93다11784(병합) 판결, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다30782 판결 등 참조]. 그러나 사업인정을 전제하지 않고 있는 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 토지보상법 부칙 제2조에 의하여 2003. 1. 1. 폐지되기 전의 것)에 따라 협의취득하거나 토지보상법 제14조에 따라 사업인정 전에 사업시행자가 협의취득한 경우에는 사업인정의 내용을 통해 당해 사업을 특정할 수 없으므로, 협의취득 당시의 제반 사정을 고려하여 협의취득의 목적이 된 공익사업이 구체적으로 특정되었는지 살펴보아야 한다.

☞ 학교시설사업을 위하여 피고가 원고들 소유 토지를 협의취득하였으나 그 토지가 학교시설사업이 아닌 택지개발사업에 사용되었음에도 피고가 원고들에게 환매권 발생 사실을 구 토지보상법 제92조 제1항에 따라 통지 또는 공고를 하지 아니하여 환매권 행사기간이 도과하자 원고들이 피고에게 환매권 상실로 인한 손해배상을 구한 사건에서, 원심은 토지보상법 제91조 제1항의 환매권 발생 요건의 '당해 사업'이란 토지의 협의취득 또는 수용의 목적이 된 구체적인 특정의 공익사업으로서 토지보상법 제20조 제1항에 의한 사업인정을 받을 때 '구체적으로 특정한 공익사업'을 의미하므로 학교시설사업이 사업인정을 받지 아니하였으므로 환매권이 발생하지 아니하였다고 판단하였으나, 대법원은 사업인정을 전제로 하지 아니하는 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 협의취득의 경우에는 협의취득 당시 사정을 통해 협의취득의 목적이 된 공익사업이 구체적으로 특정되었다면 '당해 사업'에 해당한다고 보아 파기환송한 사례

2019다266409 가등기말소 (가) 상고기각

[가등기에 기초하여 본등기가 마쳐진 경우 사해행위 여부의 판단 기준]

◇채무자가 유일한 재산인 부동산에 관하여 가등기의 효력이 소멸한 상태에서 새로 매매계약을 체결하고 말소되어야 할 가등기를 기초로 하여 본등기를 한 경우 사해행위 요건의 구비 여부는 새로운 매매계약을 기준으로 판단해야 하는지 여부(적극)◇

가등기에 기하여 본등기가 마쳐진 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 다르지 않다면 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인인 법률행위를 기준으로 하여 판단해야 한다(대법원 1998. 3. 10. 선고 97다51919 판결, 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다24960 판결 참조). 그러나 가등기와 본등기의 원인인 법률행위가 다르다면 사해행위 요건의 구비 여부는 본등기의 원인인 법률행위를 기준으로 판단해야 하고

제척기간의 기산일도 본등기의 원인인 법률행위가 사해행위임을 안 때라고 보아야 한다.

채무자가 유일한 재산인 부동산에 관하여 가등기의 효력이 소멸한 상태에서 새로 매매 계약을 체결하고 말소되어야 할 가등기를 기초로 하여 본등기를 한 행위는 가등기의 원인인 법률행위와 별개로 일반채권자의 공동담보를 감소시키는 것으로 특별한 사정이 없는 한 채권자취소권의 대상인 사해행위이고, 이때 본등기의 원인인 새로운 매매계약을 기준으로 사해행위 여부나 제척기간의 준수 여부를 판단해야 한다.

☞ 원고의 채무자인 갑이 자신 소유인 부동산에 관해 제3자와 매매예약을 체결하고 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 했으나 매매예약 완결권의 소멸시효가 지난 후 피고들과 새로운 매매계약을 체결하면서 종전 가등기를 유용하기로 합의하고 가등기에 기해 본등기를 한 사안임. 대법원은, 원심이 본등기의 원인인 매매계약과 가등기의 원인인 매매예약이 다르다는 이유로 새로운 매매계약을 기준으로 사해행위 요건과 제척기간을 판단해야 한다고 판단한 것은 위 법리에 비추어 정당하다고 보아 상고를 기각하였음

2019다288898 임금 (마) 파기환송(일부)

[피고 회사의 생산직 근로자들이 피고를 상대로 곡성 교통비 보조금, 공정지원금, 체력단련비, 기능수당, 야간교대수당이 근로기준법상 통상임금에 해당한다고 주장하며 정당하게 재산정한 법정수당(유급휴일수당, 휴일근로수당, 연장근로수당, 야간근로수당)과 기지급금의 차액을 구하는 사건]

◇4조 3교대조의 심야조 근무에 대한 대가로 지급된 야간교대수당이 소정근로에 대한 대가로서 통상임금에 해당하는지 여부◇

어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 그 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다.

소정근로의 대가라 함은 근로자가 사용자와 사이에 법정근로시간의 범위에서 정한 근로시간(이하 '소정근로시간'이라고 한다)에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다. 소정근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로

자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 한다. 통상임금이 근로자가 소정근로시간을 초과하는 근로를 제공할 때 가산임금 등을 산정하는 기준임금으로 기능한다는 점을 고려하면 그것은 당연히 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 가치를 금전적으로 평가한 것이어야 하고 또한 근로자가 실제로 연장근로 등을 제공하기 전에 미리 확정되어 있어야 하는데, 이러한 요건이 구비되어 있다면 그 명칭과 관계없이 모두 통상임금에 해당하는 것으로 보아야 한다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 피고가 지급한 야간교대수당이 소정근로에 대한 대가로 평가할 수 없어 통상임금에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 대하여, 피고가 지급한 야간교대수당은 4조 3교대에 속한 근로자 중에서 해당 월에 심야조 근무를 한 근로자에게, 4조 3교대 근무 전체가 아닌, 그중 심야조 근무에 대한 대가로 지급된 것인데, 심야조 근무는 피고와 노조가 단체협약에서 4조 3교대조의 근무형태를 정하고 그에 따라 소정근로시간의 일부 시간대에 제공되는 노무이고 소정근로시간을 초과하여 제공되는 것이 아니므로, 야간교대수당은 소정근로의 대가로서의 성질을 갖추고 있다고 보아야 하고, 심야조의 근로시간이 야간이라는 사정만으로 이와 달리 볼 수 없음에도, 소정근로 대가성을 부정한 원심판단에는 통상임금에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 판단하여 파기환송한 사례

2020다295304 부당이득반환청구의 소 (가) 파기환송

[집합건물에 관하여 구분소유자들과 관리회사 사이에 개별적인 관리위탁 계약이 체결된 경우에 관리비용 부담에 관한 관계가 문제된 사건]

◇관리규약이나 관리단, 관리인 등이 제대로 갖춰지지 않은 집합건물의 구분소유자들이 개별적인 계약을 통해 제3자에게 건물관리를 위탁한 경우에 비용부담 등 법률관계를 정하는 기준(= 개별 계약의 내용)◇

관리규약이나 관리단, 관리인 등이 제대로 갖춰지지 않은 집합건물의 구분소유자들이 개별적인 계약을 통해 제3자에게 건물관리를 위탁한 경우, 구분소유자와 제3자 사이의 법률관계는 당사자가 체결한 계약의 내용에 따라 정해지고, 특별한 사정이 없는 한 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법'이라 한다)상 관리단 또는 관리인에 관한 규정이 적용되지 않는다.

☞ 관리규약, 관리단 등이 제대로 갖추어지지 않은 집합건물에 관하여 원고를 비롯한 일부 구분소유자들과 개별적인 관리위탁 계약을 체결한 피고가 건물관리를 위하여 제3자와

계약을 체결한 후 그에 따른 비용지급 등을 지체하자 원고가 이를 대신 지급하고 피고를 상대로 부당이득반환을 구한 사안에서, 계약 내용에 대해 충분히 심리하지 않은 채 집합 건물법의 관리인에 관한 규정 등을 들어 원고의 청구를 기각한 원심을 파기한 사례

2021다230144 총회결의무효확인 (차) 파기환송

[임시총회에서 해임된 조합장 및 이사들이 조합을 상대로 총회결의무효확인을 구한 사건]

◇1. 대표조합원의 적법한 의결권 행사의 요건, 2. 조합원의 적법한 의결권 대리행사의 요건◇

1. 「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법'이라고 한다)에는 사업시행구역 내에 있는 토지 등의 소유권이 수인의 공유에 속하거나 조합설립인가 후 1인의 토지 등 소유자로부터 그 소유권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 경우 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다고 규정하고 있고(제39조 제1항), 도시정비법의 위임을 받은 도시정비법 시행규칙에는 조합설립시 제출하여야 하는 서류로 대표조합원 선임동의서를 명시적으로 규정하고 있다(제8조 제2항 제1호 라목). 한편, 자치법규로서 조합원에 대하여 구속력을 갖는 피고 정관에는 사업시행구역 내에 있는 토지 등의 소유권이 수인의 공유에 속하거나 조합설립인가 후 1인의 토지 등 소유자로부터 그 소유권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 경우, 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행하는 것으로 규정하고 있다(제9조 제4항). 위와 같은 규정은 조합의 효율적이고 안정적인 운영을 도모하는 데 그 목적이 있다고 할 것이다. 이와 같은 도시정비법령 및 피고 정관의 규정 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 토지 등의 공유자들이 조합 총회에서 의결권을 행사하기 위해서는 공유자들 전부가 총회에 참석하여 동일한 내용의 의결권을 행사하거나 동일한 내용의 서면결의서를 제출하는 등의 특별한 사정이 없는 한 대표조합원을 지정하여 조합에 대표조합원 선임동의서를 서면으로 제출하여야 한다.

2. 도시정비법 제45조 제5항 제1호에는 “조합원이 권한을 행사할 수 없어 배우자, 직계존비속 또는 형제자매 중에서 성년자를 대리인으로 정하여 위임장을 제출하는 경우 대리인을 통하여 의결권을 행사할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 피고 정관 제10조 제2항, 제22조 제5항에도 조합원이 대리인을 통하여 의결권을 행사하는 경우 위임장을 작성하여 제출하도록 규정하고 있다. 위와 같은 규정은 대리권의 존부에 관한 법률관계를 명확히 하여 총회 결의의 성립을 원활하게 하기 위한 데 그 목적이 있다 할 것이다. 이러한 규정

에도 불구하고 총회 개최 당시 의장이나 그 직무대행자 등 집행부의 자의적인 판단에 따라 조합원의 의결권 대리행사 가부를 가릴 수 있다고 보게 되면 당사자들이 유불리에 따라 총회 결의의 결과를 좌우할 수 있도록 허용하는 것이 되어 불필요한 법적 분쟁이 야기될 수 있는바, 이는 단체법적 법률관계에서 중시되는 객관성, 명확성, 안정성의 측면에서 바람직하지 아니하다. 따라서 앞서 본 도시정비법 및 피고 정관 규정의 내용과 취지에 따라, 조합원이 도시정비법과 피고 정관에서 규정하고 있는 대로 위임장을 제출하지 아니하면 대리인을 통해 의결권을 행사할 수 없다고 보아야 한다.

☞ 피고는 주택재개발정비사업 조합이고, 원고들은 이 사건 임시총회 결의로 해임된 조합장 및 이사임. 피고의 조합원 중 1/10 이상에 해당하는 45명이 피고 특별대리인을 대표자로 하여 원고들에 대한 각 해임과 업무집행정지 안건을 의결하기 위하여 이 사건 임시총회를 소집함. 위 임시총회 회의록에는 당시 전체 조합원 311명 중 현장 참여자 8명, 서면결의서 제출 조합원 151명 합계 159명이 참여하였고 위 안건이 모두 가결되었다고 기재됨. 원심은 문제된 6명 중 3명은 의사정족수에서 제외한 반면, 나머지 3명은 포함시킴. 그러나 대법원은, 원심에서 의사정족수에 포함시킨 3명 중 2명은 대표조합원의 적법한 의결권 행사의 요건이나 조합원의 적법한 의결권 대리행사의 요건을 충족하지 못하였음에도 이를 포함시킨 잘못이 있다는 이유 등으로 원심을 파기환송함

2021다239745 공사대금 (가) 상고기각

[소멸시효 중단사유로서 채무 승인의 효력이 쟁점이 된 사건]

◇동일한 채권자에게 다수의 채무를 부담하는 채무자가 총당할 채무를 지정하지 아니한 채 모든 채무를 변제하기에 부족한 변제금을 지급한 경우 모든 채무에 대하여 채무 승인의 효과가 미치는지(적극)◇

동일한 채권자와 채무자 사이에 다수의 채권이 존재하는 경우 채무자가 변제를 담당하여야 할 채무를 지정하지 않고 모든 채무를 변제하기에 부족한 금액을 변제한 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 변제는 모든 채무에 대한 승인으로서 소멸시효를 중단하는 효력을 가진다. 채무자는 자신이 계약당사자로 있는 다수의 계약에 기초를 둔 채무들이 존재한다는 사실을 인식하고 있는 것이 통상적이므로, 변제 시에 총당할 채무를 지정하지 않고 변제를 하였으면 특별한 사정이 없는 한 다수의 채무 전부에 대하여 그 존재를 알고 있다는 것을 표시했다고 볼 수 있기 때문이다.

☞ 원고에 대하여 A 채무와 B 채무를 함께 부담하고 있던 피고가 변제를 총당하여야 할 채무를 지정하지 아니한 채 두 채무를 변제하기에 부족한 변제금을 지급하였는데, 위 변

제로 인한 채무 승인의 효과가 A, B 양 채무에 미친다고 본 원심의 결론을 수긍한 사례

2021다245443(본소), 2021다245450(반소) 주위토지통행권확인등(본소), 토지인도등(반소) (차) 파기환송

[주위토지통행권 확인 및 통행방해의 금지를 구한 사건]

◇공로로 통할 수 있는 공유토지를 갖고 있는 경우에 타인의 토지를 통행할 수 있는지 여부(소극)◇

공로에 통할 수 있는 자기의 공유토지를 두고 공로에의 통로라 하여 남의 토지를 통행한다는 것은 민법 제219조, 제220조에 비추어 허용될 수 없다(대법원 1982. 7. 13. 선고 81다515, 516 판결 참조). 설령 위 공유토지가 구분소유적 공유관계에 있고 공로에 접하는 공유 부분을 다른 공유자가 배타적으로 사용, 수익하고 있다고 하더라도 마찬가지이다.

☞ 원고는 예비적으로 통로로 사용 중인 피고들의 토지에 관하여 주위토지통행권 확인 및 통행방해의 금지를 구함. 원심은 원고의 공유토지 중 공로와 접한 부분이 다른 공유자가 구분소유한 부분이고 이를 통로로 이용하기 위해서는 피고들의 토지를 통과하는 것에 비해 상대적으로 과다한 비용이 요구된다는 점 등을 이유로 원고의 예비적 청구를 인용함. 그러나 대법원은 공로에 통할 수 있는 자기의 공유토지를 두고 공로에의 통로라고 남의 토지를 통행한다는 것은 허용할 수 없다는 이유로 원심을 파기환송함

2021므12320, 2021므12337(병합) 이혼, 이혼 및 양육자 지정(병합) (바) 파기환송(일부)

[이혼청구를 하면서 누가 양육자로 지정되어야 하는 것인지에 대해 다투는 사건]

◇1. 양육자 지정의 기본 원칙 및 양육 상태의 변경을 가져오는 양육자 지정, 2. 외국인 배우자의 한국어 소통능력과 양육적합성, 3. 양육자 지정에 있어 실질적이고 직접적인 심리의 필요성◇

가) 양육자 지정의 기본 원칙 및 양육 상태의 변경을 가져오는 양육자 지정

(1) 법원이 민법 제837조 제4항에 따라 미성년 자녀의 양육자를 정할 때에는, 미성년 자녀의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부와 모가 제공하려는 양육방식의 내용과 합리성·적합성 및 상호 간의 조화 가능성, 부 또는 모와 미성년 자녀 사이의 친밀도, 미성년 자녀의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여, 미성년 자녀의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적

합한 방향으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018므15534 판결 등 참조).

별거 이후 재판상 이혼에 이르기까지 상당기간 부모의 일방이 미성년 자녀, 특히 유아를 평온하게 양육하여 온 경우, 이러한 현재의 양육 상태에 변경을 가하여 상대방을 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 정당화되기 위해서는 현재의 양육 상태가 미성년 자녀의 건전한 성장과 복지에 도움이 되지 아니하고 오히려 방해가 되고, 상대방을 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 현재의 양육 상태를 유지하는 경우보다 미성년 자녀의 건전한 성장과 복지에 더 도움이 된다는 점이 명백하여야 한다(대법원 2008. 5. 8. 선고 2008므380 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009므1458, 1465 판결 등 참조).

(2) 재판을 통해 비양육친이 양육자로 지정된다고 하더라도 미성년 자녀가 현실적으로 비양육친에게 인도되지 않는 한 양육자 지정만으로는, 설령 자녀 인도 청구를 하여 인용된다고 할지라도 강제집행이 사실상 불가능하다. 미성년 자녀가 유아인 경우 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재판예규 제917-2호)」는 유체동산인도청구권의 집행절차에 준하여 집행관이 강제집행할 수 있으나, 유아가 의사능력이 있는 경우에 그 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다고 규정하고 있다.

위와 같이 양육자 지정 이후에도 미성년 자녀를 인도받지 못한 채 현재의 양육 상태가 유지된다면 양육친은 상대방에게 양육비 청구를 할 수 없게 되어(2006. 4. 17.자 2005스 18, 19 결정 등 참조), 결국 비양육친은 미성년 자녀를 양육하지 않으면서도 양육비를 지급할 의무가 없어지므로 경제적으로는 아무런 부담을 갖지 않게 되는 반면, 양육친은 양육에 관한 경제적 부담을 전부 부담하게 된다. 이러한 상황은 자의 건전한 성장과 복지에 도움이 되지 않는다.

따라서 비양육친이 자신을 양육자로 지정하여 달라는 청구를 하는 경우, 법원은 양육자 지정 후 사건본인의 인도가 실제로 이행될 수 있는지, 그 이행 가능성이 낮음에도 비양육친을 양육자로 지정함으로써 비양육친이 경제적 이익을 누리거나 양육친에게 경제적 고통을 주는 결과가 발생할 우려가 없는지 등에 대해 신중하게 판단할 필요가 있다.

나) 외국인 배우자의 한국어 소통능력과 양육적합성

대한민국 국민과 혼인을 한 후 입국하여 체류자격을 취득하고 거주하다가 한국어를 습득하기 충분하지 않은 기간에 이혼에 이르게 된 외국인이 당사자인 경우, 미성년 자녀의 양육에 있어 한국어 소통능력이 부족한 외국인보다는 대한민국 국민인 상대방에게 양육되는 것이 더 적합할 것이라는 추상적이고 막연한 판단으로 해당 외국인 배우자가 미성년 자녀의 양육자로 지정되기에 부적합하다고 평가하는 것은 옳지 않다.

대한민국은 공교육이나 기타 교육여건이 확립되어 있어 미성년 자녀가 한국어를 습득

하고 연습할 기회를 충분히 보장하고 있으므로, 외국인 부모의 한국어 소통능력이 미성년 자녀의 건전한 성장과 복지에 있어 중요한 의미를 가진다고 보기 어렵다. 오히려 가정법원은 양육자 지정에 있어 한국어 소통능력에 대한 고려가 자칫 출신 국가 등을 차별하는 의도에서 비롯되거나 차별하는 결과를 낳게 될 수 있다는 점, 외국인 부모의 모국어 및 모국문화에 대한 이해 역시 자녀의 자아 존중감 형성에 중요한 요소가 된다는 점 등에 대해서도 유의하여야 한다. 「문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률」은 모든 사회구성원은 문화적 표현의 자유와 권리를 가지며, 다른 사회구성원의 다양한 문화적 표현을 존중하고 이해하기 위하여 노력하여야 한다(제4조)고 규정하고 있다.

나아가 외국인 배우자가 국제결혼 후 자녀의 출산 등으로 한국어를 배우고 활용할 시간이 부족하였다는 사정 등을 외면한 채 이혼 시점에 한국어 소통능력이 다소 부족하다는 사정에만 주목하여, 외국인 배우자의 한국어 소통능력 역시 사회생활을 해 나가면서 본인이 의식적으로 노력한다면 계속하여 향상될 수 있다는 점을 놓쳐서는 안 된다. 특히 다문화가족지원법은 국가와 지방자치단체가 다문화가족에 대한 사회적 차별 및 편견을 예방하고 사회구성원이 문화적 다양성을 인정하고 존중할 수 있도록 다문화 이해교육을 실시하고 홍보 등 필요한 조치를 취하도록 할 책임이 있음을 규정하고 있고(제5조 제1항), 결혼이민자 등이 대한민국에서 생활하는데 필요한 기본적 정보를 제공하는 것은 물론 언어소통 능력 향상을 위한 한국어교육 등을 받을 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있으며(제6조 제1항), 해당 법률이 다문화가족이 이혼 등의 사유로 해체된 경우에도 그 구성원이었던 자녀에 대해 적용되는 것으로(제14조의2) 규정하고 있다.

다) 양육자 지정에 있어 실질적이고 직접적인 심리의 필요성

가정법원은 혼인과탄의 주된 원인이 누구에게 있는지에 대한 당사자들 사이의 다툼에만 심리를 집중한 나머지 친권자 및 양육자 지정 등에 관한 심리와 판단에 있어 소홀해지는 것을 경계할 필요가 있다. 특히 가정법원은 가사소송법 제6조, 가사소송규칙 제8조 내지 제11조에 따라 가사조사관에게 조사명령을 하고, 이에 따라 사실조사를 마친 가사조사관이 작성한 조사보고서를 보고받는 방법으로도 양육 상태나 양육자의 적격성 심사에 필요한 자료 등을 얻을 수 있다. 가정법원은 충실한 심리를 통해 실제의 양육 상태와 양육자의 적격성을 의심케 할 만한 사정이 있는지에 관하여도 구체적으로 확인하여야 한다.

☞ 한국인 부와 베트남 국적의 모가 별거 후 이혼을 청구한 사안에서, 원심은 별거 기간 동안 아내가 양육하여 오던 사건본인 A(원심 변론종결 당시 만 4세 여아)에 대해서 모의 한국어 소통능력 부족 및 경제적 능력의 미비 등을 이유로 부를 친권자 및 양육자로 정하였음

☞ 대법원은 ① 별거기간 중 상당기간 동안 유아를 양육하여 온 양육 상태를 변경하기 위해서는 이를 정당화할만한 사유가 필요한데 원심이 인정한 사정은 그러한 사유에 해당한다고 보기 어렵고, ② 한국어 소통능력이 더 나은 쪽이 자녀 양육에 적합할 것이라는 추상적이고 막연한 판단만으로 외국인 배우자의 양육적합성을 불리하게 판단하는 것이 옳지 않으며, ③ 특히 법원은 이혼의 유책이 누구에게 있는지 등에 대해서만 주의를 기울인 나머지 양육 상태 등에 관한 구체적인 심리를 게을리 하여서는 안 되는데 이 사건의 경우에는 실제 모의 한국어 소통능력이 부족한지, 경제적 능력이 미비한지 등에 대해서 가사조사에만 의존한 것으로 보일 뿐 제대로 심리가 이루어지지 않은 것으로 보인다는 이유 등을 들어 원심의 판단이 위법하다고 보아 사건본인 A의 양육에 관한 처분 부분에 관해 파기환송한 사례임

형 사

2016도8040 저작권법위반방조 (다) 파기환송

[저작권재산권자의 이용허락 없이 전송되는 공중송신권 침해 게시물로 연결되는 링크를 인터넷 사이트에서 공중의 구성원에게 제공하는 행위가 공중송신권 침해의 방조가 되는지 여부가 문제된 사건]

◇공중송신권 침해 게시물로 연결되는 링크를 저작권 침해물 링크 사이트에서 공중의 구성원에게 제공하는 행위가 공중송신권 침해의 방조가 되는지 여부(적극)◇

전송의 방법으로 공중송신권을 침해하는 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지 등에 연결되는 링크를 한 행위자가, 정범이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는, 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다. 이러한 링크 행위는 정범의 범죄행위가 종료되기 전 단계에서 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 정범의 실행행위를 용이하게 하고 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하였다고 평가할 수 있다. 링크 행위자에게 방조의 고의와 정범의 고의도 인정할 수 있다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결 참조).

☞ 피고인은 자신이 개설하여 운영하는 이 사건 사이트에, 성명불상의 정범들이 저작재

산권자의 이용허락 없이 해외 동영상 공유사이트에 업로드한 영상저작물에 연결되는 링크를 2014. 9. 25.부터 2015. 3. 12.까지 총 636회에 걸쳐 게시함. 이에 검사가 피고인을 저작권법 위반 방조죄(정범들의 공중송신권 침해행위를 방조)로 기소한 사안임

☞ 원심은, 피고인의 링크 행위가 정범의 공중송신권 침해에 필요한 공간 또는 시설을 제공하거나 범의를 강화하는 등으로 정범의 실행행위 자체를 용이하게 한 행위가 아니어서 공중송신권 침해의 방조행위가 될 수 없다는 이유로 무죄를 선고함

☞ 대법원은, 피고인은 정범인 성명불상자들의 공중송신권 침해행위가 종료하기 전에 그 범행을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 이 사건 사이트에 영리적·계속적으로 게시하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 하였다고 볼 수 있고, 이는 방조의 고의와 정범의 고의를 가진 피고인이 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있는 행위로 정범의 범죄를 용이하게 하고 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대한 것으로 공중송신권 침해의 방조에 해당한다는 이유로, 원심을 파기함

☞ 공중송신권 침해 게시물로 연결되는 링크를 이른바 저작권 침해물 링크 사이트에서 공중의 구성원에게 제공하는 행위가 공중송신권 침해의 방조인지에 관한 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결의 법리를 다시 확인한 사례임

2017도13182 도로교통법위반(무면허운전) 등 (가) 파기환송

['농업기계'가 무면허운전 처벌규정의 적용대상인 '자동차'에 해당하는지가 문제된 사건]

◇피고인이 운전한 차량이 무면허운전 처벌규정의 적용대상인 구 도로교통법 제2조 제18호에 정한 자동차에 해당하는지 여부(소극)◇

가. 형벌법규의 해석은 엄격해야 하고 명문규정의 의미를 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다. 그리고 이러한 법해석의 원리는 형벌법규의 적용대상이 행정법규가 규정한 사항을 내용으로 하고 있는 경우에 그 행정법규를 해석할 때에도 마찬가지로 적용된다(대법원 1990. 11. 27. 선고 90도1516 전원합의체 판결 등 참조).

구 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도로교통법'이라 한다) 제152조 제1호, 제43조는 운전면허를 받지 않고 자동차 등을 운전한 사람을 처벌하고 있고, 구 도로교통법 제2조 제18호는 '자동차'에 대해 '철길이나 가설된 선을 이용하지 아니하고 원동기를 사용하여 운전되는 차로서, 자동차관리법 제3조에 따른 자동차

(원동기장치자전거를 제외한다)인 승용자동차·승합자동차·화물자동차·특수자동차·이륜자동차와 건설기계관리법 제26조 제1항 단서에 따른 건설기계'로 정의하고 있다.

구 자동차관리법(2019. 8. 27. 법률 제16564호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 자동차관리법'이라 한다) 제3조 제1항은 '자동차는 다음 각호와 같이 구분한다.'고 하면서 제1호부터 제5호까지 승용자동차, 승합자동차, 화물자동차, 특수자동차, 이륜자동차로 구분하고 있고, 같은 조 제3항은 국토교통부령으로 자동차의 종류를 세분할 수 있다고 정하고 있다. 한편 구 자동차관리법 제2조 제1호는 '자동차란 원동기에 의하여 육상에서 이동할 목적으로 제작한 용구 또는 이에 견인되어 육상을 이동할 목적으로 제작한 용구를 말한다. 다만 대통령령으로 정하는 것은 제외한다.'고 정하고 있고, 자동차관리법 시행령 제2조 제2호는 구 자동차관리법 제2조 제1호 단서의 위임에 따라 자동차에서 제외되는 것 중 하나로 '농업기계화 촉진법(이하 '농업기계화법'이라 한다)에 따른 농업기계'를 정하고 있다.

나. 위에서 본 규정을 체계적·종합적으로 살펴보면, 구 도로교통법 제152조 제1호, 제43조의 무면허운전 처벌규정의 적용대상인 구 도로교통법 제2조 제18호에서 정한 자동차는 구 자동차관리법 제2조 제1호에서 정한 자동차로서 같은 법 제3조에서 정한 각종 자동차에 해당하는 것에 한정된다고 보아야 한다(대법원 1993. 2. 23. 선고 92도3126 판결 참조).

☞ 피고인이 '농업기계화법에 따른 농업기계'를 운전한 사안으로, 무면허운전 처벌규정의 적용대상인 구 도로교통법 제2조 제18호에서 정한 자동차 해당 여부와 관련하여 위 대법원 92도3126 판결이 선례에 해당하고, 원심이 원용한 대법원 1995. 12. 22. 선고 94도1519 판결은 이 사건과는 사안이 다르므로, 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다고 보았음

☞ 대법원은, 선례인 대법원 92도3126 판결 법리에 따라, 피고인이 운전한 차량은 농업기계화법에 따른 농업기계로서 구 자동차관리법 제2조 제1호에서 정한 자동차나 이를 전제로 하는 구 자동차관리법 제3조에서 정한 각종 자동차에 해당하지 않으므로 무면허운전 처벌규정의 적용대상인 구 도로교통법 제2조 제18호에 정한 자동차에도 해당하지 않는다고 판단하여, 해당 공소사실에 대하여 유죄로 판단한 원심판결을 무죄 취지로 파기 환송한 사례임

2019도3595 부동산가격공시및감정평가에관한법률위반 (가) 상고기각

[구 부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제12018호로 일부개정되기 전의 것) 제43조 제4호 위반죄의 성립 여부가 문제된 사건]

◇1. 구 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」(2013. 8. 6. 법률 제12018호로 일부개정되기 전의 것, 이하 ‘구 부동산공시법’이라 한다) 제43조 제4호 위반죄의 적용대상이 되는 감정평가 중 제29조 제1항 제6호의 ‘타인의 의뢰에 의한 토지등의 감정평가’가 금융기관·보험회사·신탁회사 및 이에 준하는 공신력 있는 기관의 의뢰에 의한 토지등의 감정평가로 한정되는지 여부(소극), 2. 구 부동산공시법 제43조 제4호 위반죄에서의 ‘고의에 의한 잘못된 평가’의 의미◇

1. 구 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」(2013. 8. 6. 법률 제12018호로 일부개정되기 전의 것, 이하 ‘구 부동산공시법’이라 한다) 제37조 제1항은 “감정평가업자는 제29조 제1항 각 호의 업무를 행함에 있어 품위를 유지하여야 하고, 신의와 성실로써 공정하게 감정평가를 하여야 하며, 고의 또는 중대한 과실로 잘못된 평가를 하여서는 아니 된다.”라고 정하고 있고, 제43조 제4호는 “제37조 제1항의 규정을 위반하여 고의로 잘못된 평가를 한 자는 2년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정하고 있으며, 제46조는 법인 대표자 등의 위반행위에 대하여 법인을 처벌하는 양벌규정을 정하고 있다.

구 부동산공시법 제2조 제8호는 “감정평가업이라 함은 타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 토지 등의 감정평가를 업으로 행하는 것을 말한다.”라고 정하고 있고, 제22조는 “감정평가사는 타인의 의뢰에 의하여 토지 등을 감정평가함을 그 직무로 한다.”라고 정하고 있으며, 제29조 제1항 각호는 감정평가업자가 행하는 업무에 대하여 구체적으로 열거하면서 그중 제6호로 ‘금융기관·보험회사·신탁회사 등 타인의 의뢰에 의한 토지 등의 감정평가’를 규정하고 있을 뿐 감정평가 의뢰인을 금융기관·보험회사·신탁회사와 이에 준하는 공신력을 가진 기관으로 한정하지 않고 있다.

구 부동산공시법은 토지 등의 적정가격 형성을 도모하고 국토의 효율적 이용과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 감정평가업자가 가지는 공공적 성질을 감안하여 일정한 자격을 갖춘 감정평가업자(제27조에 따라 신고한 감정평가사와 제28조에 따라 인가를 받은 감정평가법인)만 감정평가업을 영위할 수 있도록 하고, 감정평가업자가 아닌 자가 감정평가업을 영위하는 경우를 형사처벌하고 있다(제43조 제2호). 또한 이 법률은 감정평가의 공정성과 합리성을 보장하기 위하여 감정평가업자가 준수하여야 할 원칙과 기준을 정하고(제31조), 감정평가업자에게 성실의무 등을 부과하면서 이를 위반하여 고의 또는 중대한 과실로 잘못된 평가를 하는 경우 징계 또는 형사처벌하고 있다(제42조의2, 제43조 제4호).

위와 같은 구 부동산공시법의 규정 내용과 체계, 입법목적을 종합하면, 구 부동산공시

법 제37조 제1항의 성실의무 등이 적용되는 감정평가업자의 업무 중 제29조 제1항 제6호의 '금융기관·보험회사·신탁회사 등 타인의 의뢰에 의한 토지등의 감정평가'에는 금융기관·보험회사·신탁회사와 이에 준하는 공신력 있는 기관의 의뢰에 의한 감정평가뿐만 아니라 널리 제3자의 의뢰에 의한 감정평가도 모두 포함된다고 보아야 한다.

2. 구 부동산공시법 제43조 제4호 위반죄는 같은 법 제31조에 따라 제정된 감정평가에 관한 규칙 등에서 정한 감정평가의 원칙과 기준에 어긋나거나 신의성실의 의무에 위배되는 방법으로 감정평가를 함으로써 그 결과가 공정성과 합리성을 갖추지 못한 모든 경우에 성립한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도361 판결, 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1869 판결 등 참조).

☞ 감정평가사인 피고인들이 한남더힐 아파트 분양전환대책위원회 위원장 A로부터 위 아파트의 분양전환가격 산정을 위한 감정평가를 의뢰받아 감정평가를 진행하면서 위 아파트의 공시가격, 임대보증금 가격, 거래사례 선정과 그에 따른 품등비교 등에 의하여 정상적으로 감정평가를 실시할 경우 A가 요구하는 감정평가금액이 산정될 수 없음에도 A로부터 최대한 낮은 금액으로 감정평가금액을 산정해달라는 부정한 청탁을 받은 사안으로, 피고인들이 위와 같은 부정한 청탁을 받고 신의성실 의무에 위배되는 방법으로 감정평가를 함으로써 그 결과가 공정성과 합리성을 갖추지 못하였기 때문에 구 부동산공시법 제43조 제4호 위반죄가 성립한다고 판단한 사례임

2019도17102 배임수재 등 (바) 상고기각

[신문사 기자들이 홍보성 기사를 작성해달라는 청탁을 받고 소속 신문사 계좌로 금원을 입금 받은 행위가 배임수재죄에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 언론사 소속 기자에게 소위 '유료 기사' 게재를 청탁하는 행위가 배임수재죄에서의 부정한 청탁에 해당하는지 여부, 2. 개정 형법에서의 배임수재죄에서의 제3자의 범위◇
가. 부정한 청탁

1) 배임수재죄에서 '부정한 청탁'은 반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 필요는 없고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하면 충분하다. '부정한 청탁'에 해당하는지를 판단할 때에는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하고, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것은 아니며 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다. 그리고 타인의 업무를 처리하는 사람에게 공여한 금품에 부정한 청탁의 대가로서의 성질과 그 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분

적으로 부정한 청탁의 대가로서의 성질을 갖는 것으로 보아야 한다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3080 판결 등 참조).

2) 언론의 보도는 공정하고 객관적이어야 하며, 언론은 공적인 관심사에 대하여 공익을 대변하며, 취재·보도·논평 또는 그 밖의 방법으로 민주적 여론형성에 이바지함으로써 그 공적 임무를 수행한다(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제4조 제1항, 제3항). 또한 지역신문은 정확하고 공정하게 보도하고 지역사회의 공론의 장으로서 다양한 의견을 수렴할 책무가 있다(지역신문발전지원 특별법 제5조).

그런데 ‘광고’와 ‘언론 보도’는 그 내용의 공정성, 객관성 등에 대한 공공의 신뢰에 있어 확연한 차이가 있고, ‘광고’는 ‘언론 보도’의 범주에 포함되지 않는다. 신문·인터넷신문의 편집인 및 인터넷뉴스서비스의 기사배열책임자는 독자가 기사와 광고를 혼동하지 아니하도록 명확하게 구분하여 편집하여야 하며(신문 등의 진흥에 관한 법률 제6조 제3항), 신문사 등이 광고주로부터 홍보자료 등을 전달받아 실질은 광고이지만 기사의 형식을 빌린 이른바 ‘기사형 광고’를 게재하는 경우에는, 독자가 광고임을 전제로 정보의 가치를 합리적으로 판단할 수 있도록 그것이 광고임을 표시하여야 하고, 언론 보도로 오인할 수 있는 형태로 게재하여서는 안 된다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2015다210231 판결 등 참조).

그러므로 보도의 대상이 되는 자가 언론사 소속 기자에게 소위 ‘유료 기사’ 게재를 청탁하는 행위는 사실상 ‘광고’를 ‘언론 보도’인 것처럼 가장하여 달라는 것으로서 언론 보도의 공정성 및 객관성에 대한 공공의 신뢰를 저버리는 것이므로, 배임수재죄의 부정한 청탁에 해당한다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012도11258 판결 등 참조). 설령 ‘유료 기사’의 내용이 객관적 사실과 부합하더라도, 언론 보도를 금전적 거래의 대상으로 삼은 이상 그 자체로 부정한 청탁에 해당한다.

나. 제3자의 범위

1) 구 형법(2016. 5. 29. 법률 제14178호로 개정되기 전의 것) 제357조 제1항은 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하여, 문언상 부정한 청탁을 받은 사무처리자 본인이 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에만 처벌할 수 있었다.

따라서 제3자에게 재물이나 재산상 이익을 취득하게 한 경우에는 부정한 청탁을 받은 사무처리자가 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우가 아닌 한 배임수재죄의 성립은 부정되었다.

2) 개정 형법(2016. 5. 29. 법률 제14178호로 개정된 것) 제357조 제1항은 구법과 달리 배임수재죄의 구성요건을 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때'라고 규정함으로써 제3자로 하여금 재물이나 재산상 이익을 취득하게 하는 행위를 구성요건에 추가하였다. 그 입법취지는 부패행위를 방지하고 「UN 부패방지협약」 등 국제적 기준에 부합하도록 하려는 것이다.

3) 개정 형법 제357조의 보호법의 및 체계적 위치, 개정 경위, 법문의 문언 등을 종합하여 볼 때, 개정 형법이 적용되는 경우에도 '제3자'에는 다른 특별한 사정이 없는 한 사무처리를 위임한 타인은 포함되지 않는다고 봄이 타당하다.

그러나 배임수재죄의 행위주체가 재물 또는 재산상 이익을 취득하였는지는 증거에 의하여 인정된 사실에 대한 규범적 평가의 문제이다(대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도12129 판결 등 참조). 부정한 청탁에 따른 재물이나 재산상 이익이 외형상 사무처리를 위임한 타인에게 지급된 것으로 보이더라도 사회통념상 그 타인이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 사람이 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 경우에는 배임수재죄가 성립될 수 있다.

☞ 신문사 기자들이 홍보성 기사를 작성해달라는 청탁을 받고 소속 신문사 계좌로 금원을 입금 받은 행위에 대해 배임수재죄로 기소되었고, 원심은 배임수재죄에서의 '부정한 청탁'의 요건에는 해당하나, '제3자'의 요건에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고함

☞ 대법원은 홍보성 기사 청탁이 배임수재죄에서의 '부정한 청탁'에 해당하는지 여부에 대해 구체적으로 판단한 후, 개정된 배임수재죄의 구성요건에서 '제3자'의 범위에 대해 밝히면서 원심의 판단을 수긍하여 상고기각하였음

2020도2641 배임증재 (가) 상고기각

[형법 제357조 제1항 배임증재죄의 '제3자'의 범위에 관한 사건]

◇형법 제357조 제1항의 '제3자'에 '타인'이 포함되는지 여부(소극)◇

형법 제357조 제1항은 "타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 정하고, 제357조 제2항은 "제1항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 정하고 있다.

2016. 5. 29. 법률 제14178호로 개정되기 전의 형법 제357조 제1항은 타인의 사무를 처

리하는 자(이하 '사무처리자'라 한다)가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익(이하 '재물 등'이라 한다)을 취득한 때에 성립한다고 정하고 있었으나, 형법 개정으로 위와 같이 개정되었다. 이는 사무처리자 본인이 직접 재물 등을 취득하는 행위 뿐만 아니라 제3자로 하여금 재물 등을 취득하게 하는 행위도 처벌할 수 있도록 하기 위한 것이다. 위와 같은 형법 제357조의 문언, 개정 경위와 이유, 체계적 위치와 보호법의 등을 종합하면, 특별한 사정이 없는 한 형법 제357조 제1항의 '제3자'에는 사무처리를 위임한 '타인'이 포함되지 않는다.

☞ 신문사 기자들이 홍보성 기사를 게재하는 대가로 기자들이 소속된 신문사들이 피고인으로부터 돈을 교부받은 행위는 형법 제357조 제1항의 사무처리자 또는 제3자가 돈을 교부받은 경우가 아니므로, 신문사들의 배임수재죄가 성립하지 않고 이를 전제로 하는 피고인의 배임증재죄 역시 성립하지 않는다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결을 수긍한 사례

2020도3996 산업안전보건법위반 등 (자) 파기환송

[대형 조선소 작업 현장에서 크레인끼리 충돌하여 근로자들이 사망 및 부상당한 사건]

◇구 산업안전보건법 및 안전보건규칙에서 정한 안전·보건조치 및 산업재해예방조치의무 위반 여부의 판단기준◇

구 산업안전보건법에서 정한 안전·보건조치 의무를 위반하였는지 여부는 구 산업안전보건법 및 같은 법 시행규칙에 근거한 「산업안전보건기준에 관한 규칙」(이하 '안전보건규칙'이라 한다)의 개별 조항에서 정한 의무의 내용과 해당 산업현장의 특성 등을 토대로 산업안전보건법의 입법목적, 관련 규정이 사업주에게 안전·보건조치를 부과한 구체적 취지, 사업장의 규모와 해당 사업장에서 이루어지는 작업의 성격 및 이에 내재되어 있거나 합리적으로 예상되는 안전·보건상 위험의 내용, 산업재해의 발생 빈도, 안전·보건조치에 필요한 기술 수준 등을 구체적으로 살펴 규범목적에 부합하도록 객관적으로 판단하여야 한다. 나아가 해당 안전보건규칙과 관련한 일정한 조치가 있었다고 하더라도 해당 산업현장의 구체적 실태에 비추어 예상 가능한 산업재해를 예방할 수 있을 정도의 실질적인 안전조치에 이르지 못할 경우에는 안전보건규칙을 준수하였다고 볼 수 없다. 특히 해당 산업현장에서 동종의 산업재해가 이미 발생하였던 경우에는 사업주가 충분한 보완대책을 강구함으로써 산업재해의 재발 방지를 위해 안전보건규칙에서 정하는 각종 예방조치를 성실히 이행하였는지 엄격하게 판단하여야 한다.

☞ 2017. 5. 1. ○○중공업 거제조선소 제7안벽 해양플랜트 P모듈 건조 현장에서, 골리앗 크레인(800톤급, ○○중공업 설치 및 사용)과 지브형 크레인(32톤급, ○○중공업 설치, 수급업체인 △△기업 사용) 붐대가 충돌하여, 파손·추락한 붐대와 파단된 로프에 의하여 하청근로자 6명이 사망하고, 25명이 부상당하는 사고가 발생하였음

☞ 대법원은 사업장의 특성을 토대로 구 산업안전보건법과 구 산업안전보건법 시행규칙 및 개별 안전보건규칙에서 정한 의무의 내용과 취지 등을 살펴보면, 사업주인 피고인 ○○중공업과 피고인 ∇∇∇(△△기업 대표자)에게는 해당 규정에 따라 크레인 간 충돌로 인한 산업안전사고 예방에 합리적으로 필요한 정도의 안전조치 의무가 부과되어 있다고 해석된다고 판단하여, 이와 달리 위 피고인들에게 해당 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 파기함

2020도16680 병역법위반 (라) 파기환송

[군사교육훈련 소집에 불응하였다는 공소사실로 기소된 사건]

◇구 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항 제2호에서 정한 ‘정당한 사유’의 의미◇

구 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항 제2호는 ‘사회복무요원이 소집 통지서를 받고 정당한 사유 없이 소집일부터 3일의 기간이 지나도 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다’고 정하고 있다. 여기에서 말하는 ‘정당한 사유’는 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무의 불이행을 정당화할 만한 사유, 즉 질병 등 소집의무 불이행자의 책임으로 볼 수 없는 사유를 의미한다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2514 판결 등 참조).

☞ 선복무 사회복무요원이 군사교육 소집통지를 받고 소집에 응하지 않았다고 하여 구 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 사회복무요원 복무 시작 후 정신질환이 발병하였고 그로 인하여 여러 차례 자살을 시도한 점, 피고인을 치료한 의사들은 피고인이 충동장애, 우울증 등으로 자살 위험, 충동성 등이 지속될 가능성이 높고 장기간 정신질환 치료가 필요하다고 판단한 점, 피고인은 정신질환을 사유로 군사교육 소집을 2회 연기하였다가 이 사건 군사교육 소집 시에는 관련 규정이 정한 연기 횟수를 초과하여 더 이상 연기신청을 하지 못하고 있던 중 2020. 5. 26. 신체검사에서 신경증적 장애로 5급 판정을 받고 2020. 6. 8. 소집해제되기에 이른 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 피고인의 위와 같은 정신장애는 피고인의

책임으로 볼 수 없는 사유로서 병역법 제88조의 제1항 제2호에 정한 ‘정당한 사유’에 해당한다고 판단함. 이와 달리 피고인에게 유죄를 인정한 원심판결에 위 ‘정당한 사유’에 관한 법리오해의 위법이 있다고 인정하여 파기환송한 사례

2021도1143 자본시장과금융투자업에관한법률위반 (가) 상고기각

[호재성 미공개중요정보 이용행위로 얻은 미실현이익 산정방식 등에 관한 사건]

◇호재성 미공개중요정보 이용행위로 얻은 미실현이익 산정 시 기준이 되는 주가의 의미 및 해당 주가 결정 방법◇

구 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(2018. 3. 27. 법률 제15549호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자본시장법’이라 한다)은 미공개중요정보 이용행위를 금지하고(제174조), 이를 위반한 경우 형사처벌하고 있다(제443조). 구 자본시장법은 ‘위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실’을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 형을 가중하고 있으므로(제443조 제1항 단서와 제2항), 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형 균형의 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례해야 한다는 책임주의 원칙을 훼손하지 않도록 유의해야 한다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018도8438 판결 등 참조).

‘위반행위로 얻은 이익’은 행위자가 얻은 이익으로서 위반행위와 인과관계 있는 것 전부를 뜻하므로, 특별한 사정이 없는 한 호재성 미공개중요정보 이용행위 이후 정보의 공개로 인한 효과가 주가에 전부 반영된 시점까지 이루어진 실제 거래로 이미 발생한 이익(이하 ‘실현이익’이라 한다)과 그 시점 당시 보유 중인 미공개중요정보 이용행위 대상 주식의 평가이익(이하 ‘미실현이익’이라 한다)이 모두 포함된다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018도8438 판결 등 참조). 이때 ‘미실현이익’은 정보의 공개로 인한 효과가 주가에 전부 반영된 시점의 주가와 실제 매수단가의 차액에 그 당시 보유 중인 미공개중요정보 이용행위 대상 주식의 수를 곱하여 계산한 금액으로 산정한다. 이는 정보의 공개로 인한 효과가 주가에 모두 반영된 시점 당시 보유 중인 미공개중요정보 이용행위 대상 주식이 그 시점 이후에 실제 매도된 경우에도 마찬가지로 적용된다.

여기서 ‘정보 공개로 인한 효과가 주가에 전부 반영된 시점의 주가’는 그 정보 공개 이후 주가와 거래량의 변동 추세, 그러한 변동 추세가 지속된 기간 등의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 엄격하고 신중하게 결정되어야 한다. 통상적으로는 호재성 정보가 공개된 이후 상승세에 있던 주가 흐름이 멈추거나 하락세로 돌아서는 시점의 주가를 ‘정보의 공개로 인한 효과가 주가에 전부 반영된 시점의 주가’로 볼 수 있다.

☞ 피고인이 호재성 미공개중요정보를 이용하는 방법으로 주식을 취득한 후 해당 정보가 공개돼 해당 주식의 주가가 최고가에 이른 다음 일정기간 유지되다가 하락하자 그 이후 해당 주식을 매도한 사안에서, 위 최고가를 해당 정보 공개로 인한 효과가 주가에 전부 반영된 시점의 주가로 본 후 피고인의 호재성 미공개중요정보 이용행위로 얻은 미실현이익 산정 시 해당 주식의 실제 매도가액이 아니라 위 최고가를 기준으로 판단한 원심을 수긍한 사례

2021도5777 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간등치상) (라) 파기환송

[피고인이 주거지에서 술에 만취하여 항거불능 상태에 있던 피해자를 간음하고 피해자에게 상해를 입게 하였다는 공소사실로 기소된 사건]

◇항소심 변론 종결 후 판결 선고 전 피해자가 사망한 사정을 추가 심리 없이 양형에 반영하여 판결을 선고한 것이 위법한지 여부(적극)◇

1) 양형의 조건에 관한 형법 제51조는 형을 정하는 데 참작할 사항을 정하고 있다. 형을 정하는 것은 법원의 재량사항이므로, 형사소송법 제383조 제4호에 따라 사형·무기 또는 10년 이상의 징역·금고가 선고된 사건에서 양형의 당부에 관한 상고이유를 심판하는 경우가 아닌 이상, 사실심법원이 양형의 기초 사실에 관하여 사실을 오인하였다거나 양형의 조건이 되는 정상에 관하여 심리를 제대로 하지 않았다는 주장은 적법한 상고이유가 아니다. 그러나 사실심법원의 양형에 관한 재량도, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형 균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙에 비추어 피고인의 공소사실에 나타난 범행의 죄책에 관한 양형판단의 범위에서 인정되는 내재적 한계를 가진다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도1816 판결 등 참조).

2) 헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차의 원칙을 천명하고, 제27조에서 재판받을 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여, 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의를 기본원칙으로 채택하고 있다(대법원 2021. 6. 10. 선고 2020도15891 판결 참조). 형사재판에 있어 사실의 인정은 증거에 의하여야 하고(형사소송법 제307조), 증거신청의 권한은 검사, 피고인, 변호인에게 있으며(형사소송법 제294조), 증거신청 시 정상에 관한 증거는 그 취지를 명시하여 신청하여야 한다(형사소송규칙 제132조의2 제2항). 아울러 피고인이 자신에게 유리한 증거조

사결과는 이익으로 원용하고 자신에게 불리한 조사결과에 대하여는 반박할 수 있는 기회를 주기 위해 피고인에게 증거조사의 결과에 대한 의견진술의 기회와 증거신청권을 절차적으로 보장하고 있다(형사소송법 제293조 참조). 한편 피해자의 의견진술에 갈음하는 서면은 피고인에게 취지를 통지하여야 하고 공판정에서 서면의 취지를 명확하게 하여야 한다(형사소송규칙 제134조의11 제2항, 제3항). 위와 같은 형사재판의 기본이념과 관련 규정들을 종합하여 볼 때, 사실심 변론종결 후 검사나 피해자 등에 의해 피고인에게 불리한 새로운 양형조건에 관한 자료가 법원에 제출되었다면, 사실심 법원으로서의 변론을 재개하여 그 양형자료에 대하여 피고인에게 의견진술 기회를 주는 등 필요한 양형심리절차를 거침으로써 피고인의 방어권을 실질적으로 보장해야 한다.

☞ 원심판결에 사실심 변론종결 후 피고인에게 불리한 양형자료(피해자의 사망)가 제출된 경우 사실심법원이 취해야 할 양형심리절차에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있고, 이러한 잘못이 판결에 영향을 미쳤다는 이유로, 제1심(징역 4년)과 달리 징역 9년을 선고한 원심판결을 파기환송한 사례

2021도6634 명예훼손 등 (가) 파기환송

[허위사실 유포에 의한 업무방해죄 등 사건]

◇노동조합의 상급단체 선택과 관련하여 일부 허위의 사실이 포함된 글을 작성하여 게시하게 한 피고인에 대하여 허위사실 유포에 의한 업무방해죄가 성립하는지 여부(소극)◇

업무방해죄에서 ‘허위사실의 유포’란 객관적으로 진실과 부합하지 않는 사실을 유포하는 것으로서 단순한 의견이나 가치판단을 표시하는 것은 이에 해당하지 않는다. 유포한 대상이 사실과 의견 가운데 어느 것에 속하는지 판단할 때는 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 당시의 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려해서 판단해야 한다(대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결, 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016도19159 판결 등 참조). 의견표현과 사실 적시가 혼재되어 있는 경우에는 이를 전체적으로 보아 허위사실을 유포하여 업무를 방해한 것인지 등을 판단해야지, 의견표현과 사실 적시 부분을 분리하여 별개로 범죄의 성립 여부를 판단해서는 안 된다(대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도89 판결 등 참조). 반드시 기본적 사실이 거짓이어야 하는 것은 아니고 비록 기본적 사실은 진실이더라도 이에 거짓이 덧붙여져 타인의 업무를 방해할 위험이 있는 경우도 업무방해에 해당한다. 그러나 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 단지 세부적으로 약간의 차이가 있거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 지나지 않아 타인의 업무를 방해할 위험이 없는 경우는 이에 해당하지 않는다(대법

원 2006. 9. 8. 선고 2006도1580 판결 등 참조).

☞ 전국공무원노동조합 대구경북지역본부장인 피고인이, 전국공무원노동조합 부산지역본부 소속 성명불상자로부터 부산공무원노동조합이 상급단체로 전국공무원노동조합(전공노)과 대한민국공무원노동조합총연맹(공노총)을 선택하려고 하니 전공노를 홍보할 수 있는 글을 써달라는 부탁을 받고 “한번 상급 단체 결정을 하면 다시 바꾸기 어렵습니다.”라는 제목으로 “대구시청에는 공노총과 전국공무원노동조합이 있습니다. 공노총 초대위원장이 대구시청 노동조합 ○○○ 위원장이었지만, 공노총 대구시청노동조합이 그동안 보여준 모습에 많은 조합원들은 지금 분노와 실망을 느끼고 있습니다. 조합원을 위한 사회 변혁과 조합원의 지위 향상을 위해 투쟁해야 하는데, 권력에 아부하는 대구시청 노동조합의 모습이 부끄럽고 실망스러웠기 때문입니다. 그래서 대구시청노동조합 위원장 선거에서는 현 위원장이 출마해서 재선을 한 경우가 없습니다(쟁점 표현). 조합원을 위해 일하지 않는 공노총 소속 노동조합 지도부를 조합원들이 더 이상 지지하지 않기 때문입니다. 부산시청공무원 여러분. 한번 상급 단체 결정을 하게 되면 다시 바꾸기가 어렵습니다. 전국공무원노동조합 대구광역시지부는 부산시청 조합원 여러분을 기다리고 있습니다.”라는 글을 작성하여 게시하게 한 사안에서, 쟁점 표현 부분은 사실에 관한 것이지만 위 글은 의견표현과 사실 적시가 혼재되어 있고 내용 전체의 취지에 비추어 공노총에 대한 비판적인 의견을 표현하는 과정에서 세부적으로 잘못된 사실이나 과장된 표현이 사용된 것이어서 허위사실을 유포하여 업무를 방해할 위험이 발생하였다고 보기 어렵다고 판단하여 원심판결을 파기환송한 사례

특 별

2017두66244 법인세등부과처분취소 (다) 상고기각

[합병에 따라 부여된 이익의 계산과 관련하여 법인세 및 증여세 부과처분의 취소를 구하는 사건]

◇합병법인의 포함주식과 피합병법인의 자기주식에 대하여 합병신주가 과소배정된 경우, 피합병법인의 주주들이 합병법인 주주들에게 부여한 이익의 산정방법◇

1. 구 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제52조 제1항은 ‘내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 특수관계에 있는 자와의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산에 관계없이 그 법인의 각 사업연도 소득금액을 계산

할 수 있다'고 규정하고, 같은 조 제4항의 위임에 따른 구 법인세법 시행령(2010. 6. 8. 대통령령 제22184호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제88조 제1항 제8호 (가)목은 '특수관계자인 법인 간에 불공정한 비율로 합병하여 주주인 법인이 특수관계자인 다른 주주에게 이익을 분여한 경우'를 구 법인세법 제52조 제1항에서 정한 '조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우'의 하나로 규정하고 있다. 그리고 구 법인세법 시행령 제89조는 제5항에서 '제88조의 규정에 의한 부당행위계산에 해당하는 경우에는 시가와의 차액 등을 익금에 산입하여 해당 법인의 각 사업연도 소득금액을 계산한다'고 규정하고, 제6항에서 '제5항의 규정에 의하여 익금에 산입할 금액의 계산에 관하여는 그 유형에 따라 「상속세 및 증여세법」(2011. 12. 31. 법률 제11130호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상속세법'이라고 한다) 제38조, 구 「상속세 및 증여세법 시행령」(2012. 2. 2. 대통령령 제23591호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상속세법 시행령'이라고 한다) 제28조 제3항 내지 제6항 등을 준용한다'고 규정하고 있다.

2. 한편 구 상속세법 제38조는 제1항에서 특수관계에 있는 법인의 합병으로 인하여 합병당사법인의 대주주가 일정한 이익을 받은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 증여재산가액으로 하도록 규정하고, 제2항에서 위 이익에 상당하는 금액은 합병당사법인의 주주가 소유하는 주식에 대하여 합병 직후와 합병 직전을 기준으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 평가한 가액의 차액으로 하도록 규정하고 있다. 그 위임을 받은 구 상속세법 시행령 제28조는 구 상속세법 제38조 제2항의 규정에 의한 평가가액의 차액은 다음의 산식, 즉 '합병 후 신설 또는 존속하는 법인의 1주당 평가가액 - {주가가 과대평가된 합병당사법인의 1주당 평가가액 × (주가가 과대평가된 합병당사법인의 합병 전 주식 수 ÷ 주가가 과대평가된 합병당사법인의 합병 후 주식 수)} × 주가가 과대평가된 합병당사법인의 대주주의 합병 후 주식 수'에 따라 계산하되(제3항, 제4항), 여기서 '합병 후 신설 또는 존속하는 법인의 1주당 평가가액'은 그 법인이 비상장법인인 경우에는 '주가가 과대평가된 합병당사법인의 합병 직전 주식가액과 주가가 과소평가된 합병당사법인의 합병 직전 주식가액을 합한 가액을 합병 후 신설 또는 존속하는 법인의 주식 수로 나눈 가액'으로 하도록 규정하고 있다(제5항 제2호).

☞ 피고들은 이 사건 합병 과정에서 합병법인의 주식은 시가보다 높게, 피합병법인의 주식은 시가보다 낮게 평가되어 피합병법인의 주주들에게 합병신주가 적게 배정됨으로써, 피합병법인의 주주들이 특수관계에 있는 합병법인의 주주들에게 이익을 분여하였다고 보아 법인세와 증여세를 각각 부과하였음

☞ 원고들은 합병법인인 원고가 이 사건 합병 당시 피합병법인의 주식(포함주식)을 보유

하고 있었고, 피합병법인 역시 자기주식을 보유하고 있었으므로, 이들 주식에 대하여 과소배정된 합병신주와 관련하여는 구 법인세법 제52조 및 구 상증세법 제38조에 따라 합병에 따른 증여이익을 계산하여 법인세와 증여세를 부과할 수 없다고 주장하였으나, 대법원은 합병법인이 합병신주를 배정받아 이를 자기주식으로 상당한 기간 보유한 이상, 합병신주를 배정받지 않거나 합병신주를 배정받아 합병과 동시에 이를 소각한 경우와 동일하게 취급할 수 없고, 그러한 자기주식에도 양도성과 자산성이 있어 이를 다른 주주들이 소유한 주식과 달리 취급할 이유가 없다는 등의 이유로, 이와 결론이 같은 원심판결에 대한 상고를 기각하였음

2020두48857 시정명령 등 처분 취소청구의 소 (마) 파기환송(일부)

[가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 한 불이익제공행위 등 사건]

◇「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘가맹사업법’) 제14조의2 제5항 전단에 따른 불이익제공행위의 판단 기준 및 가맹본부의 가맹점사업자에 대한 계약갱신거절권 행사가 위 불이익제공행위에 해당하기 위한 요건◇

1. 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘가맹사업법’이라 한다) 제14조의2 제5항은 “가맹본부는 가맹점사업자단체의 구성·가입·활동 등을 이유로 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위를 하거나 가맹점사업자단체에 가입 또는 가입하지 아니할 것을 조건으로 가맹계약을 체결하여서는 아니 된다.”라고 정하고 있다.

가맹사업법 제14조의2 제5항 전단에서 가맹점사업자단체의 활동 등을 이유로 불이익을 주는 행위(이하 ‘불이익제공행위’라 한다)를 금지하는 취지는 가맹점사업자들로 하여금 가맹사업의 구조적 특성에 기인하는 가맹본부의 우월적 지위에 대응하여 가맹점사업자단체를 구성하여 활동할 수 있도록 함으로써 거래조건에 관한 협상력을 보장하여 그 권익을 보호하고 경제적 지위 향상을 도모하기 위한 것이다.

이와 같은 관계 법령의 내용과 입법취지에 비추어 보면, 가맹본부의 행위가 가맹사업법 제14조의2 제5항 전단에 따른 불이익제공행위에 해당하는지 여부는 먼저 해당 행위의 의도나 목적, 가맹점사업자가 한 가맹점사업자단체의 활동 등의 구체적인 내용, 불이익제공의 경위, 불이익의 내용 및 정도, 관련 업계의 일반적인 거래 관행, 가맹점사업자단체 가입 여부에 따른 취급의 차이, 가맹계약의 내용, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그 불이익제공행위가 실질적으로 불 때 가맹점사업자단체의 활동 등을 주된 이유로 하는 것인지에 따라 판단하여야 한다.

또한 해당 불이익제공행위를 가맹사업법에 따라 위법한 것으로 평가하기 위해서는 그

것이 가맹사업법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 여기에서 부당성 유무의 판단은 앞서 본 제반 사정에 비추어 가맹사업의 공정한 거래질서를 저해할 우려(가맹사업법 제1조)가 인정되는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

2. 가맹사업법 제14조의2 제5항 전단의 '불이익을 주는 행위'의 내용이 가맹계약의 갱신을 부당하게 거절하는 것인 경우에는 가맹본부가 계약갱신의 거절 사유로 들고 있는 계약조건이나 영업방침 등의 위반 사실이 확인된 경위, 위반 행위의 내용, 횡수와 정도, 다른 가맹점사업자에 대한 계약갱신의 실태, 동종 또는 유사한 위반 행위에 대하여 종전에 또는 다른 가맹점사업자에게 한 조치 내용과의 비교 등 제반 사정을 종합하여 그 갱신거절이 가맹점사업자단체의 구성·가입·활동 등을 이유로 한 것인지를 판단하여야 한다.

한편, 가맹사업법 제13조 제2항이나 가맹점계약에서 정한 가맹점사업자의 계약갱신요구권 행사기간이 경과하여 가맹점사업자에게 계약갱신요구권이 인정되지 않는 경우라고 하더라도 가맹본부의 갱신거절이 당해 가맹점계약의 체결 경위·목적이나 내용, 그 계약관계의 전개 양상, 당사자의 이익 상황 및 가맹점계약 일반의 고유한 특성 등에 비추어 신의칙에 반하여 허용되지 아니하는 특별한 사정이 있을 수 있으므로(대법원 2020. 7. 23. 선고 2019다289495 판결 등 참조), 그러한 경우에는 가맹점사업자에게 계약갱신요구권이 인정되지 않는다는 이유만으로 가맹본부의 갱신거절이 가맹사업법 제14조의2 제5항 전단의 '불이익을 주는 행위'에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다.

☞ 가맹본부(원고)가 가맹점사업자단체 활동 등을 한 가맹점사업자들의 매장을 집중관리 대상으로 분류하고 매장점검을 한 뒤 이를 통해 적발된 계약위반 사항을 이유로 가맹계약 갱신을 거절한 사안에서, 매장점검행위는 가맹사업법 제14조의 제5항 전단의 불이익 제공행위에 해당하나 계약갱신거절행위는 정당한 사유가 있으므로 위 불이익제공행위에 해당하지 않는다는 이유로 이 부분에 관한 피고의 시정명령 및 과징금납부명령을 취소한 원심 판결을 파기한 사례

2021두30600 위험직무순직유족급여청구부지급결정 처분 취소청구의 소 (바)
상고기각

[위험직무순직공무원에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇위험직무순직공무원의 요건을 판단함에 있어 고려하여야 할 사항◇

가. 2018. 3. 20. 법률 제15522호로 제정된 「공무원 재해보상법」은 위험직무순직공무원 요건의 확대와 공무수행 중 발생한 재해에 대한 보상을 강화하고 전문적이고 체계적

인 공무원 재해보상제도의 발전을 위하여 공무원 재해보상제도를 공무원연금법에서 분리한 것으로, 제3조 제1항 제4호에서 '생명과 신체에 대한 고도의 위험을 무릅쓰고 직무를 수행하다가 재해를 입고 그 재해가 직접적인 원인이 되어 사망한 공무원'을 '위험직무순직공무원'으로 규정하면서, 부칙 제16조에서 그 시행일 전의 위험직무순직공무원의 요건에 관하여는 종전의 공무원연금법 제3조 제1항 제2호에 따르도록 정하고 있다. 구 공무원연금법(2013. 7. 16. 법률 제11894호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 제2호는 '순직공무원이란 제1호에 해당하는 공무원으로서 생명과 신체에 대한 고도의 위험을 무릅쓰고 직무를 수행하다가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 위해(危害)를 입고 이 위해가 직접적인 원인이 되어 사망한 공무원을 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 위해가 직접적인 원인이 아닌 공무상 질병으로 인하여 사망한 공무원은 제외한다.'라고 규정하고 라. 목에서 '소방공무원이 재난·재해 현장에서 화재진압이나 인명구조작업(그 업무수행을 위한 긴급한 출동·복귀 및 부수활동을 포함한다) 중 입은 위해'를 들고 있다.

나. 소방공무원이 수행하는 화재진압 및 인명구조작업은 재난·재해 현장에서 생명과 신체에 대한 고도의 위험을 무릅쓰고 이루어진다. 그런데 위와 같은 직무에 종사하는 공무원의 연령과 직급에 비추어 그 공무원이 사망할 경우 유족이 받는 보상으로는 유족의 생활안정에 미흡하다는 지적이 있었고, 이에 따라 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 생명 또는 신체에 대한 고도의 위험이 예측되는 상황에서 직무를 수행하다가 사망한 공무원의 유족에 대한 보상을 강화하여 순직공무원의 유족이 안정적으로 생활할 수 있게 하는 한편, 위험한 직무에 종사하는 공무원이 안심하고 직무에 전념할 수 있도록 하기 위하여 2006. 3. 24. 법률 제7907호로 「위험직무 관련 순직공무원의 보상에 관한 법률」이 제정되었다. 이후 「위험직무 관련 순직공무원의 보상에 관한 법률」은 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 공무원연금법에 의하여 폐지되고, 개정 공무원연금법에 의하여 위험직무종사 순직공무원의 보상범위를 확대하고 순직유족보상금의 인상을 통해 위험직무에 종사하는 공무원의 사기를 제고하며, 유족의 처우개선을 도모하는 내용으로 위험직무 관련 순직공무원에 대한 보상 제도를 규정하게 되었다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2011헌바169 전원재판부 결정 참조).

다. 위험직무순직공무원의 요건을 판단함에 있어 위와 같은 입법목적과 개정 경위를 고려하여야 할 것이다.

☞ 소방공무원인 망인이 화재진압 중 입은 부상을 수술하는 과정에서 상당한 출혈이 생겨 급박한 상황에 이르러 동료의 수혈을 받았는데, 그 동료가 B형 간염 바이러스 보균자로서 간암 진단 후 사망하였고, 망인 역시 간염과 간암에 걸려 퇴직하였다가 자살한 사

안에서, 원심은 위험직무 수행 중 입은 위해가 직접적인 주된 원인이 되어 사망에 이르렀다고 보아 위험직무순직공무원에 해당한다고 판단하였음

☞ 대법원은 위험직무순직공무원의 요건을 심리함에 있어 고려되어야 할 사항에 관하여 구체적으로 밝힌 후, 원심의 판단이 정당하다고 보아 상고기각함

2021두34732 민간특례사업 제안 수용결정 취소처분 등 취소 (가) 파기환송(일부)

[민간특례사업 제안 수용결정취소처분의 취소를 구한 사건]

◇이미 부여된 국민의 기득권을 침해함에도 수익적 행정행위의 취소·철회가 허용되는 경우◇

수익적 행정행위를 취소·철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이므로, 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익을 보호할 필요가 있고, 이를 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 볼 때 공익상의 필요 등이 상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용될 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2014두41190 판결 참조).

☞ 피고가 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」상 민간공원추진자인 원고의 민간특례사업 제안을 받아들여 민간특례사업 허용 여부를 심사하였으나, 적당한 민간특례사업안을 확정할 수 없다는 이유를 들어 원고에 대한 기존의 제안수용처분을 취소한 사안으로, 대법원은 피고의 제안수용취소처분으로 인한 원고의 불이익을 정당화하기에 충분한 공익상의 필요가 있다고 볼 만한 여지가 있음에도, 그와 같은 사정을 고려하지 아니한 채 제안수용취소처분을 위법하다고 판단한 원심을 파기하였음

2021두38635 국가유공자 자녀비해당 결정취소 (마) 파기환송

[원고가 국가유공자 자녀 비해당결정의 취소를 구하는 사건]

◇구 가사심판법(1990. 12. 31. 법률 제4300호로 폐지된 것)에 따른 친생자관계부존재확인심판이 확정된 경우 대세효 있는 기판력이 인정되는지(적극), 국가유공자 자녀 비해당 결정에 대한 취소소송의 수소법원도 심판 주문에서 이루어진 판단과 저촉되는 판단을 할 수 없는지(적극)◇

가. 확정판결의 기판력에 따르면, 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단과 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에

저촉되는 판단을 할 수 없다(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결, 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결 등 참조). 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지 않더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 확정판결의 판단과 다른 주장을 하는 것도 허용되지 않는다(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다46114 판결, 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결 등 참조).

나. 구 가사심판법(1990. 12. 31. 법률 제4300호로 폐지되었다. 이하 같다)에 따른 친생자관계부존재확인심판이 확정되면, 그 기판력은 구 인사소송법(1990. 12. 31. 법률 제4300호로 폐지되었다) 제35조, 제32조에 따라 제3자에게도 효력이 있다. 따라서 누구도 소송상으로는 소송 밖에서 그 심판 내용에 반하는 신분관계를 주장할 수 없다(대법원 1992. 7. 24. 선고 91므566 판결 참조).

☞ 원고와 국가유공자인 甲과 사이에 구 가사심판법에 따라 친생자관계부존재확인심판이 확정되었고, 그에 터잡아 원고에 대하여 국가유공자 자녀 피해당결정이 이루어진 사안임
☞ 원심은, 원고가 甲의 사실상 자녀이고, 친생자관계부존재확인심판이 확정되었다는 사실만으로 원고를 甲의 자녀로 인정하지 않는 것은 불합리하다는 이유로 위 결정이 위법하다고 판단하였으나, 대법원은 위와 같은 법리를 실시하여 원심판결을 파기환송하였음