



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2023년 1월 15일

제650호

민사

1 2022. 11. 30. 선고 2016다26662, 26679, 26686 판결 [손해배상(기)·손해배상(기)·손해배상(기)] 107

- [1] 경찰관이 불법적인 농성을 진압하는 과정에서 특정한 경찰장비를 필요한 최소한의 범위를 넘어 관계 법령에서 정한 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 가한 경우, 그 직무수행은 위법하다고 보아야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 상대방이 그로 인한 생명·신체에 대한 위해를 면하기 위하여 직접적으로 대항하는 과정에서 경찰장비를 손상시킨 경우, 정당방위에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 산업별 노조인 甲 노동조합의 지부가 조합원들을 각 거점에 배치하고 새총, 볼트, 화염병 등을 소지한 채 공장 점거파업을 계속하자 경찰이 점거파업을 진압하기 위하여 헬기에서 조합원들이 있던 공장 옥상을 향하여 다량의 최루액을 살포하거나 공장 옥상으로부터 30~100m 고도로 제자리 비행을 하여 조합원들을 헬기 하강풍에 노출되게 하였고, 그 과정에서 헬기가 새총으로 발사된 볼트 등의 이물질에 맞아 손상된 사안에서, 헬기를 위와 같은 방법으로 사용하여 불법적인 농성을 진압하는 것은 경찰장비를 위법하게 사용함으로써 적법한 직무수행의 범위를 벗어났다고 볼 여지가 있는데도, 甲 노동조합 등에 대하여 헬기의 손상에 관한 손해배상책임이 성립한다고 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [3] 불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 관하여 과실이 있거나 가해자의 책임을 제한할 사유가 있는 경우, 배상책임의 범위를 정할 때 이를 참작하여야 하는지 여부(적극) / 이때 책임제한에 관한 사

실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 적극) 및 그 한계

- [4] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우기 위한 요건으로서 위법한 행위와 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 판단하는 방법 / 민법 제393조에서 정한 ‘통상손해’ 및 ‘특별한 사정으로 인한 손해’의 의미
- [5] 영업용 물건이 손괴되어 수리를 위하여 필요한 기간 동안 그 물건에 의한 영업을 할 수 없었던 경우, 영업을 계속하였다면 얻을 수 있었던 수익상실이 통상손해에 해당하는지 여부(원칙적 적극) 및 영업용 물건을 손괴함으로써 그 물건을 이용하여 얻을 수 있었던 영업수익이 상실될 수 있다는 사정을 가해자가 통상적으로 예견할 수 없었던 경우에도 위 손해가 통상손해에 해당하는지 여부(소극)
- [6] 산업별 노조인 甲 노동조합의 지부가 조합원들을 각 거점에 배치하고 새총, 볼트, 화염병 등을 소지한 채 공장 점거파업을 계속하자 국가가 乙 주식회사로부터 기중기를 임차하여 점거파업 진압 현장에 투입하였고, 진압작전 수행 중 기중기가 손상될 경우 이를 수리하고 운휴보상을 하기로 한다는 내용의 약정을 하였는데, 위 기중기는 경찰병력을 옥상으로 이동시키는 것뿐만 아니라 장애물 제거, 조합원들에 대한 위협 및 화력소모를 위한 목적으로 사용되었고, 그 과정에서 조합원들이 이에 대항하여 새총으로 볼트를 발사하거나 화염병을 투척하는 등으로 인하여 기중기가 손상된 사안에서, 원심이 기중기 손상으로 인한 수리비 상당액의 배상에 관한 甲 노동조합 등의 책임을 80%로 제한한 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하고, 기중기 손상으로 인한 휴업손해 상당의 손해가 통상손해에 해당한다거나 甲 노동조합 등이 그러한 손해의 발생을 예견할 수 있다고 보아 甲 노동조합 등이 위 손해를 배상하여야 한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 구 경찰관 직무집행법(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 경찰관 직무집행법’이라 한다) 제1조 제2항은 “이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니 된다.”라고 규정하여 경찰비례의 원칙을 명시적으로 선언하고 있다. 이는 경찰행정 영역에서의 헌법상 과잉금지원칙을 표현한 것으로서, 공공의 안녕과 질서유지라는 공익목적과 이를 실현하기 위하여 개인의 권리나 재산을 침해하는 수단 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 의미를 갖는다.

경찰관이 구체적 상황에 비추어 인적·물적 능력의 범위 내에서 적절한 조

치라는 판단에 따라 범죄의 진압 및 수사에 관한 직무를 수행한 경우에는 그러한 직무수행이 객관적 정당성을 상실하여 현저하게 불합리한 것으로 인정되지 않는 한 이를 위법하다고 할 수는 없다. 한편 불법적인 농성 진압의 경우 진압의 필요성, 농성의 태양 및 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용 등에 비추어 볼 때 농성 진압을 계속 수행할 것인지 여부 및 그 방법 등이 현저히 합리성을 결하여 위법하다고 평가할 수 있는 때에 그 직무집행이 법령을 위반한 것이라고 할 수 있다.

구 경찰관 직무집행법 제10조 제3항은 “경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 주어서는 아니 된다.”라고 정하고, 구 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정(2014. 11. 19. 대통령령 제25733호로 개정되기 전의 것) 제3조는 “경찰장비는 통상의 용법에 따라 필요한 최소한의 범위 안에서 사용하여야 한다.”라고 정하고 있는바, 위 조항에서 말하는 경찰장비는 ‘인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비(이하 ‘위해성 경찰장비’라 한다)’를 뜻한다(위 규정 제2조 참조). 위 규정들은 경찰장비의 원칙에 따라 경찰관의 직무수행 중 경찰장비의 사용 여부, 용도, 방법 및 범위에 관하여 재량의 한계를 정한 것이라 할 수 있고, 특히 위해성 경찰장비는 그 사용의 위험성과 기본권 보호 필요성에 비추어 볼 때 본래의 사용방법에 따라 지정된 용도로 사용되어야 하며 다른 용도나 방법으로 사용하기 위해서는 반드시 법령에 근거가 있어야 한다.

위와 같은 경찰관의 직무수행 및 경찰장비의 사용과 관련한 재량의 범위 및 한계를 고려해 보면, 불법적인 농성을 진압하는 방법 및 그 과정에서 어떤 경찰장비를 사용할 것인지는 구체적 상황과 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용 등에 비추어 경찰관이 재량의 범위 내에서 정할 수 있다. 그러나 그 직무수행 중 특정한 경찰장비를 필요한 최소한의 범위를 넘어 관계 법령에서 정한 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 가하였다면, 불법적인 농성의 진압을 위하여 그러한 방법으로도 해당 경찰장비를 사용할 필요가 있고 그로 인하여 발생할 우려가 있는 타인의 생명·신체에 대한 위해의 정도가 통상적으로 예견되는 범위 내에 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 직무수행은 위법하다고 보아야 한다. 나아가 경찰관이 농성 진압의 과정에서 경찰장비를 위법하게 사용함으로써 그 직무수행이 적법한 범위를 벗어난 것으로 볼 수밖에 없다면, 상대방이 그로 인한 생명·신체에 대한 위해를 면하기 위하여 직접적으로 대항하는 과정에서 경찰

장비를 손상시켰더라도 이는 위법한 공무집행으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다.

- [2] 산업별 노조인 甲 노동조합의 지부가 조합원들을 각 거점에 배치하고 새총, 볼트, 화염병 등을 소지한 채 공장 점거파업을 계속하자 경찰이 점거파업을 진압하기 위하여 헬기에서 조합원들이 있던 공장 옥상을 향하여 다량의 최루액을 살포하거나 공장 옥상으로부터 30~100m 고도로 제자리 비행을 하여 조합원들을 헬기 하강풍에 노출되게 하였고, 그 과정에서 헬기가 새총으로 발사된 볼트 등의 이물질에 맞아 손상된 사안에서, 구 경찰항공 운영규칙(2010. 6. 30. 경찰청훈령 제595호로 개정되기 전의 것) 제18조와 경찰장비의 사용여부, 용도, 방법 및 범위에 관한 구 경찰관 직무집행법(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 경찰관 직무집행법’이라 한다) 및 구 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정(2014. 11. 19. 대통령령 제25733호 위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정으로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 경찰장비사용규정’이라 한다)의 내용을 종합해 보면, 의도적으로 헬기를 낮은 고도에서 제자리 비행하여 옥외에서 농성 중인 사람을 상대로 직접 하강풍에 노출시키는 것은 경찰장비를 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 주는 행위라고 볼 수 있으며, 또한 위해성 경찰장비인 최루제는 관련 법령에서 정한 발사 장치를 통해 사용되어야 하고, 구 경찰관 직무집행법 및 구 경찰장비사용규정은 최루제를 헬기를 이용하여 공중에서 살포할 수 있다는 규정을 두고 있지 않으므로, 헬기를 위와 같은 방법으로 사용하여 불법적인 농성을 진압하는 것은 경찰장비를 위법하게 사용함으로써 적법한 직무수행의 범위를 벗어났다고 볼 여지가 있는데도, 甲 노동조합 등에 대하여 헬기의 손상에 관한 손해배상책임이 성립한다고 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례.
- [3] 불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 관하여 과실이 있거나 가해자의 책임을 제한할 사유가 있는 경우에는 배상책임의 범위를 정함에 있어서 당연히 이를 참작하여야 하고, 나아가 책임제한의 비율을 정할 때에는 손해의 공평 부담이라는 제도의 취지에 비추어 손해 발생과 관련된 모든 상황이 충분히 고려되어야 하며, 책임제한에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항이라고 하더라도 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하여서는 안 된다.
- [4] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면 위법한 행위와 원고가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무는 결과 발생의 개

연성, 위법행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 한편 민법 제763조에 따라 불법행위로 인한 손해배상에 준용되는 민법 제393조 제1항은 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.”라고 정하고, 제2항은 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.”라고 정하고 있다. 제1항의 통상손해는 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 사회일반의 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말하고, 제2항의 특별한 사정으로 인한 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다.

- [5] 일반적으로 영업용 물건이 손괴된 경우 수리를 위하여 필요한 기간 동안 그 물건에 의한 영업을 할 수 없었던 경우에는 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 수익상실은 통상손해에 해당한다. 그러나 위법한 가해행위로 인하여 영업용 물건이 손괴되었더라도 위법행위의 태양, 물건이 사용 및 손괴된 경위 등에 비추어 볼 때 가해자가 그것이 영업용 물건으로서 이를 손괴함으로써 그 물건을 이용하여 얻을 수 있었던 영업수익이 상실될 수 있다는 사정을 통상적으로 예견할 수 없었다면 그러한 경우까지도 위 손해가 통상손해에 해당한다고 보기는 어렵다.
- [6] 산업별 노조인 甲 노동조합의 지부가 조합원들을 각 거점에 배치하고 새총, 볼트, 화염병 등을 소지한 채 공장 점거파업을 계속하자 국가가 乙 주식회사로부터 기중기를 임차하여 점거파업 진압 현장에 투입하였고, 진압작전 수행 중 기중기가 손상될 경우 이를 수리하고 운휴보상을 하기로 한다는 내용의 약정을 하였는데, 위 기중기는 경찰병력을 옥상으로 이동시키는 것뿐만 아니라 장애물 제거, 조합원들에 대한 위협 및 화력소모를 위한 목적으로 사용되었고, 그 과정에서 조합원들이 이에 대항하여 새총으로 볼트를 발사하거나 화염병을 투척하는 등으로 인하여 기중기가 손상된 사안에서, 국가가 진압작전 과정에서 조합원들의 기중기에 대한 공격을 적극적으로 유도하였다고 볼 여지가 있고 그러한 대항행위로 인하여 기중기가 손상될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 볼 수 있으므로, 진압작전 중 기중기가 손상되는 것은 국가 스스로가 감수한 위험이라고 할 수 있고, 또한 기중기를 위와 같이 용법을 벗어난 방법으로 사용하였다면 그 손상에 관한 국가의 책임도 적지 않다고 볼 수 있는데도, 원심이 기중기 손상으로 인한 수리비 상당액의 배상에 관한 甲 노동조합 등의 책임을 80%로 제한한 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하고, 한편 시위진압을 위한 공권력의 행사는 국가작용이고, 시위

에 참여하는 사람들로서는 시위진압에 사용되는 장비가 외관상 영업용 물건임이 명확하지 않는 한 통상적으로 국가가 보유하는 장비가 시위진압에 사용될 것으로 예견한다고 볼 수 있는데, 甲 노동조합 등으로서는 국가가 시위진압이라는 공권력을 행사하는 과정에서 사용한 기중기가 민간업체로부터 임차한 것이고, 기중기를 이용한 위와 같은 진압행위에 대항하여 이를 손상시킨 경우에 그 기중기가 영업용 물건에 해당하여 기중기 소유자인 민간업체가 이를 영업에 이용하여 얻을 수 있었던 수익을 상실하게 되는 손해가 발생하고 그러한 손해를 자신들이 부담하게 될 것을 예견하였으리라고 인정하기는 어려운데도, 기중기 손상으로 인한 휴업손해 상당의 손해가 통상손해에 해당한다거나 甲 노동조합 등이 그러한 손해의 발생을 예견할 수 있다고 보아 甲 노동조합 등이 위 손해를 배상하여야 한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

2 2022. 11. 30. 선고 2017다841, 858 판결 [손해배상(기)·손해배상(기)] … 120

- [1] 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률에 따른 감사업무를 수행할 때 감사인이 부담하는 주의의무의 내용 및 같은 법 제5조 제2항에 따라 마련된 회계감사 기준이 감사인의 주의의무 위반 여부를 판단할 때 주요한 기준이 되는지 여부(원칙적 적극) / 회계업무나 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 속한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있는 경우, 이에 대한 감사절차를 통상의 경우보다 엄격하게 진행하여야 하는지 여부(적극)
- [2] 투자자가 감사인의 부실감사로 비상장기업의 가치 평가를 그르쳐 해당 주식을 매수하고 매입대금을 지급한 경우, 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항에 따라 감사인을 상대로 배상을 구할 수 있는 손해액(=주식의 매입대금에서 해당 주식의 실제가치를 공제한 금액) 및 위 손해액 산정의 기준 시기(=매입대금이 지급된 날) / 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항에 따른 손해배상채무의 경우도 민법상 불법행위에 따른 손해배상채무와 마찬가지로 채무 성립과 동시에 지연손해금이 발생하는지 여부(적극)
- [3] 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항이 적용되는 손해배상청구 소송에서 과실상계를 하거나 공평의 원칙에 기하여 책임을 제한할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우, 변제로 먼저 소멸하는 부분(=다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분)

[1] 감사인은 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 외부감사법’이라 한다)에 따라 주식회사에 대한 감사업무를 수행할 때 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시함으로써 피감사회사의 재무제표에 대한 적정한 의견을 표명하지 못함으로 인한 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 주의의무가 있다(제1조, 제5조 제1항). 구 외부감사법 제5조 제2항에 따르면 회계감사기준은 한국공인회계사회가 정하며, 그에 따라 마련된 회계감사기준은 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것으로서 감사인의 위와 같은 주의의무 위반 여부에 대한 판단의 주요한 기준이 된다.

구 회계감사기준(2005. 3. 29. 제정되고 2007. 12. 21. 개정되어 2007. 12. 28. 부터 시행된 것, 이하 ‘회계감사기준’이라 한다)에 따르면, 감사인은 감사 대상인 재무제표가 부정이나 오류에 의해 중요한 부분이 왜곡되어 있을 가능성이 있다는 ‘전문가적 의구심’을 가지고 감사업무를 계획·수행해야 한다(회계감사기준 200의 2.3). 그와 같이 감사업무를 수행하는 과정에서 부정이나 오류를 시사하는 사정이 발견된 경우에는 이를 간과하여서는 안 되고 그로 인해 실제로 재무제표가 중요하게 왜곡되었는지를 결정하는 데 적합한 정도의 감사절차를 진행해야 하므로, 경영자의 진술이나 피감사회사가 제출한 자료 등을 신중한 확인절차 없이 그대로 신뢰해서는 안 된다(회계감사기준 240의 3, 500의 1.2 등 참조). 마찬가지로 회계업무나 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 처한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있다면 그에 대한 감사절차도 통상의 경우보다 엄격하게 진행해야 한다.

[2] 투자자가 감사인의 부실감사로 인하여 비상장기업의 가치 평가를 그르쳐 해당 기업의 주식을 매수하고 매입대금을 지급한 경우, 특별한 사정이 없는 한 투자자는 그때 해당 주식의 매입대금에서 해당 주식의 실제 가치, 즉 분식회계 및 부실감사가 없었다라면 형성되었을 주식의 가액을 공제한 금액 상당의 손해를 입은 것이고, 감사인은 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 외부감사법’이라 한다) 제 17조 제2항에 따라 그 손해를 배상할 책임을 부담하게 된다. 즉 손해액은 특별한 사정이 없는 한 매입대금이 지급된 날을 기준시점으로 하여 산정되는 것이 원칙이다.

위와 같은 경우 분식회계를 한 기업과 부실감사를 한 감사인은 각자 투자자에 대하여 손해배상채무를 부담하고 이 두 채무는 부진정연대 관계에 있으

므로, 해당 기업에 대한 회생절차에서 그 기업의 손해배상채무의 존부 및 그 범위가 확정되는 것은 감사인의 손해배상채무의 성립이나 범위에 아무런 영향이 없다. 또 투자자가 그 주식매매와 관련하여 해당 기업이나 대주주 등으로부터 취득한 담보권을 행사하여 투자금 일부를 회수하였다고 하더라도 이는 감사인이 부담하는 채무의 사후 소멸에 영향을 미칠 뿐, 감사인의 손해배상책임이 매입대금 지급시점에 이미 성립한 것 자체에 영향을 미치는 것이 아니다.

한편 불법행위로 인한 손해배상채무에 대하여는 원칙적으로 별도의 이행 최고가 없더라도 공평의 관념에 비추어 불법행위로 그 채무가 성립함과 동시에 지연손해금이 발생하는데, 구 외부감사법 제17조 제2항에 따른 손해배상책임의 경우 그 실질은 민법의 불법행위책임과 다르지 않으므로, 그 지연손해금의 발생 시기에 대하여도 민법상 불법행위책임에 기한 손해배상채무의 경우와 달리 볼 것은 아니다.

- [3] 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항이 적용되는 손해배상청구소송의 경우에도 손해의 공평 부담이라는 손해배상법의 기본 이념이 적용되어야 하므로, 피해자에게 손해의 발생 및 확대에 기여한 과실이 있다는 사정을 이유로 과실상계를 하거나 공평의 원칙에 기하여 책임을 제한할 수 있다. 특히, 주식 가격의 변동 요인은 매우 다양하고 여러 요인이 동시에 복합적으로 영향을 미치므로 어느 특정 요인이 언제 어느 정도의 영향력을 발휘한 것인지를 가늠하기가 극히 어렵다는 사정을 감안할 때, 허위공시 등의 위법행위 이외에도 매수한 때부터 손실이 발생할 때까지의 기간 동안의 해당 기업이나 주식시장의 전반적인 상황의 변화 등도 손해 발생에 영향을 미쳤을 것으로 인정되나, 성질상 그와 같은 다른 사정에 의하여 생긴 손해액을 일일이 증명하는 것이 극히 곤란한 경우가 있을 수 있고, 이와 같은 경우 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그러한 사정을 들어 손해배상액을 제한할 수 있다.
- [4] 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다. 이러한 법리는 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 적용된다.

3 2022. 11. 30. 선고 2017다232167, 232174 판결 (가등기말소·소유권이전등기) 127

[1] 채무의 일부에 대한 변제공탁의 효력

[2] 담보가등기권리자가 가등기담보 등에 관한 법률 제3조에 따른 담보권 실행이 아니라 담보목적부동산의 경매를 청구하는 방법을 선택하여 경매절차가 진행 중인 경우, 담보가등기에 따른 본등기를 청구할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

[1] 변제공탁이 유효하려면 채무 전부에 대한 변제의 제공 및 채무 전액에 대한 공탁이 있어야 하고, 채무 전액이 아닌 일부에 대한 공탁은 일부의 제공이 유효한 제공이라고 볼 수 있거나 변제자의 공탁금액이 채무의 총액에 비하여 아주 근소하게 부족하여 해당 변제공탁을 신의칙상 유효한 것이라고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 공탁 부분에 관하여서도 채무소멸의 효과가 발생하지 않는다.

[2] 가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라 한다) 제12조 제1항 전문은 “담보가등기권리자는 그 선택에 따라 제3조에 따른 담보권을 실행하거나 담보목적부동산의 경매를 청구할 수 있다.”라고 규정하고, 제13조 전문은 “담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매 등이 개시된 경우에 담보가등기권리자는 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제 받을 권리가 있다.”라고 규정하며, 제14조는 “담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매 등의 개시 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 경우(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

이러한 가등기담보법 규정의 문언 형식과 내용 및 체계에 더하여 담보목적 부동산에 대한 경매절차가 개시된 경우 그 경매절차에 참가할 수 있을 것이라는 후순위권리자 등의 기대를 보호할 필요가 있는 점 등을 고려하면, 담보가등기권리자가 담보목적부동산의 경매를 청구하는 방법을 선택하여 그 경매절차가 진행 중인 때에는 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법 제3조에 따른 담보권을 실행할 수 없으므로 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없다고 봄이 타당하다.

4 2022. 11. 30. 선고 2017다257043 판결 (청구이의) 130

토지의 상공에 고압전선이 통과함으로써 토지 상공의 사용·수익을 제한받는 경우, 토지소유자가 고압전선의 소유자를 상대로 사용·수익이 제한되는 상공 부분에 대한 차임 상당의 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 관계 법령에서 고압전선과 건조물 사이에 일정한 거리를 유지하도록 규정하고 있는

경우, 그 거리 내의 부분도 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에 포함되는지 여부(적극) / 고압전선의 소유자가 해당 토지 상공에 관하여 일정한 사용권원을 취득하였으나 그 양적 범위가 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에 미치지 못한 경우, 사용·수익이 제한되는 상공 중 사용권원을 취득하지 못한 부분에 대해서 여전히 부당이득반환의무를 부담하는지 여부(원칙적 적극)

토지의 상공에 고압전선이 통과하게 됨으로써 토지소유자가 토지 상공의 사용·수익을 제한받게 되는 경우, 특별한 사정이 없는 한 고압전선의 소유자는 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공 부분에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻고 있으므로, 토지소유자는 이에 대한 반환을 구할 수 있다. 이때 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에는 고압전선이 통과하는 부분뿐만 아니라 관계 법령에서 고압전선과 건조물 사이에 일정한 거리를 유지하도록 규정하고 있는 경우 그 거리 내의 부분도 포함된다. 한편 고압전선의 소유자가 해당 토지 상공에 관하여 일정한 사용권원을 취득한 경우, 그 양적 범위가 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에 미치지 못한다면, 사용·수익이 제한되는 상공 중 사용권원을 취득하지 못한 부분에 대해서 고압전선의 소유자는 특별한 사정이 없는 한 차임 상당의 부당이득을 토지소유자에게 반환할 의무를 부담한다.

5 2022. 11. 30. 선고 2020다224685 판결 [부당이득금반환] 133

서울특별시가 국유지에 대하여 국가로부터 사용허가를 받은 다음 그 지상에 공영주택인 아파트를 신축한 후 전유부분을 수분양자들에게 분양하면서, 위 토지 중 전유부분의 면적비율에 상응하는 지분을 수분양자들에게 임대·매각하거나 토지의 사용관계 등에 관하여 특별히 정하지도 않았는데, 이후 위 토지를 관리하는 한국자산관리공사가 위 아파트 전유부분을 소유하는 甲 등을 상대로 국유지인 위 토지를 무상으로 점유·사용하였다는 이유로 부당이득반환을 구한 사안에서, 위 아파트의 수분양자 甲 등은 위 토지를 정당한 권원에 의하여 점유하고 있어 한국자산관리공사에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다고 보기 어렵다고 한 사례

서울특별시가 국유지에 대하여 국가로부터 사용허가를 받은 다음 그 지상에 공영주택인 아파트를 신축한 후 전유부분을 수분양자들에게 분양하면서, 위 토지 중 전유부분의 면적비율에 상응하는 지분을 수분양자들에게 임대·매각하거나 토지의 사용관계 등에 관하여 특별히 정하지도 않았는데, 이후 위 토지를 관리하는 한국자산관리공사가 위 아파트 전유부분을 소유하는 甲 등을 상대로 국유지인 위 토지를 무상으로 점유·사용하였다는 이유로 부당이득반환을 구한 사안에서, 위 아파트는 서울특별시가 무주택인 저소득 시민에게 공영주택을 저렴한 가

격으로 분양함으로써 국민의 주거생활의 안정과 공공복리의 증진에 기여하고자 하는 목적에서 국유지인 위 토지 위에 신축하여 분양한 것이고, 국가는 이를 위하여 서울특별시에 국유지인 위 토지에 관한 사용·수익을 허가하였는바, 서울특별시가 위 아파트를 신축하여 최초 수분양자들에게 분양하였을 때 수분양자들이 위 토지를 점유하고 사용·수익하는 것까지 승낙하였고 그러한 승낙의 효력은 최초 수분양자들로부터 위 아파트의 전유부분을 양수한 사람에게까지 미친다고 볼 여지가 크므로, 위 아파트의 수분양자 甲 등은 위 토지를 정당한 권원에 의하여 점유하고 있어 한국자산관리공사에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다고 보기 어렵는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

6 2022. 11. 30. 선고 2021다227629 판결 (경업금지) 136

영업양도계약에서 경업금지에 관하여 정함이 없는 경우, 영업양수인이 영업양도인에게 상법 제41조 제1항에 따라 경업금지청구권을 행사할 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같이 양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도되는 경우, 영업양수인의 경업금지청구권과 이에 관한 양도통지의 권한이 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도되는지 여부(원칙적 적극)

영업양도인이 영업을 양도한 후에도 인근에서 동종영업을 한다면 영업양도는 유명무실해지고 영업양수인은 부당한 손실을 입게 되므로, 영업양도의 실효성을 높이고 영업양수인을 보호하기 위해서는 영업양도인의 경업을 제한할 필요가 있다. 상법 제41조 제1항은 이러한 취지에서 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 영업양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다고 규정하고 있다. 한편 영업을 동일성을 유지한 채 전전양도된 경우에도 최초 영업양도인이 인근에서 동종영업을 한다면 영업양도의 실효성이 크게 제한되어 영업양수인뿐만 아니라 전전 영업양수인들이 부당한 손실을 입게 되는 것은 마찬가지이므로, 최초 영업양도인과 전전 영업양수인들 사이에서도 위와 같은 상법 제41조 제1항의 취지가 참작되어야 한다.

그렇다면 영업양도계약에서 경업금지에 관하여 정함이 없는 경우 영업양수인은 영업양도인에 대해 상법 제41조 제1항에 근거하여 경업금지청구권을 행사할 수 있고, 나아가 영업양도계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면 위와 같이 양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도되고, 그에 수반하여 지명채권인 경업금지청구권의 양도에 관한 통지권한도 전전이전된다고 보는 것이 타당하다.

7 2022. 11. 30. 선고 2021다287171 판결〔배당이의〕 138

[1] 채권자가 여러 명의 다른 채권자를 상대로 배당이의의 소를 제기하고 피고 중 일부에 대하여 승소판결이 확정되었으나 그 판결이 민사집행법 제157조 후문에 따라 배당법원으로 하여금 배당표를 다시 만들도록 했을 뿐 채권자인 원고의 구체적 배당액을 정하지 않은 경우, 나머지 채권자를 상대로 한 소가 여전히 권리보호의 이익이 인정되는지 여부(적극)

[2] 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않지만 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 주장의 인용 여부를 알 수 있는 경우 또는 판결에서 실제로 판단을 하지 않았지만 주장이 배척될 것임이 분명한 경우, 판단누락의 잘못이 있다고 할 수 있는지 여부(소극)

[1] 채권자가 배당이의의 소를 제기하여 승소판결이 확정되면 그가 이의한 부분에 대한 배당표가 확정되고, 특별한 사정이 없는 한 그의 채권은 배당액으로 충당되는 범위에서 배당표의 확정 시에 소멸한다. 그러나 배당이의의 소 수 소법원이 피고에 대한 배당액을 삭제하면서 채권자인 원고가 배당받을 금액을 정하지 않고 배당표를 다시 만들고 다른 배당절차를 밟도록 명한 경우에는(민사집행법 제157조 후문), 그 판결에 따라 배당법원이 실시한 재배당절차에서 재조제한 배당표가 확정되어야 원고의 채권이 소멸한다. 그러므로 채권자가 여러 명의 다른 채권자를 상대로 배당이의의 소를 제기하고 피고 중 일부에 대하여 승소판결이 확정되었으나 그 판결이 민사집행법 제157조 후문에 따라 배당법원으로 하여금 배당표를 다시 만들도록 했을 뿐 채권자인 원고의 구체적 배당액을 정하지 않은 경우에는 아직 배당이의의 소를 통하여 달성하려는 목적이 전부 실현되었다고 할 수 없으므로, 나머지 채권자를 상대로 한 소는 여전히 권리보호의 이익이 인정된다.

[2] 법원의 판결에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없다. 설령 판결에서 실제로 판단을 하지 않았더라도 그 주장이 배척될 것이 분명하다면 판결 결과에 영향이 없어 판단누락의 잘못이 있다고 할 수 없다.

8 2022. 11. 30. 선고 2022다255614 판결〔소유권이전등기〕 141

[1] 부동산 매매계약에서 매수인이 잔대금 지급기일까지 대금을 지급하지 못하면 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정을 한 경우, 지급기일의 도과사실만으로 매매계약이 자동해제된 것으로 볼 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 이때 지급기일의 도과사실만으로 매매계약이 자동해제된 것으로 볼 수 있는 경우

- [2] 甲 주식회사가 乙과 공동주택 신축사업을 영위하기 위해 필요한 乙 소유의 토지를 매수하는 매매계약을 체결한 다음, 丙 지역주택조합과 위 공동주택 신축사업에 관한 권리, 의무를 포괄적으로 丙 조합에 양도하는 내용의 포괄 양수도계약을 체결하였는데, 이후 丙 조합이 乙과 위 토지에 대한 매매계약을 체결하면서 ‘丙 조합이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않은 경우 계약금 전액이 乙에게 귀속되고 추후 협상’하기로 하는 특약을 하였으나, 丙 조합이 乙에게 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않았다가 나중에 乙에게 잔금 일부를 지급하고 나머지 금액은 변제공탁한 사안에서, 丙 조합이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 못할 경우 乙의 소유권이전등기에 필요한 서류 교부 등 반대이행의 이행 또는 이행제공 없이 위 매매계약을 실효시키기 위하여 乙과 丙 조합이 위 특약을 두었다거나, 丙 조합이 위 매매계약의 자동해제를 감수하겠다는 약정을 하였다고 보기 어렵다고 한 사례
- [1] 부동산 매매계약에서 매수인이 잔대금 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있더라도 매도인이 이행의 제공을 하여 매수인을 이행지체에 빠뜨리지 않는 한 지급기일의 도과사실만으로는 매매계약이 자동해제된 것으로 볼 수 없다. 다만 매도인이 소유권이전등기에 필요한 서류를 갖추었는지 여부를 묻지 않고 매수인의 지급기일 도과사실 자체만으로 계약을 실효시키기로 특약을 하였다거나, 매수인이 수회에 걸친 채무불이행에 대하여 책임을 느끼고 잔금 지급기일의 연기를 요청하면서 새로운 약정기일까지는 반드시 계약을 이행할 것을 확약하고 불이행 시에는 매매계약이 자동적으로 해제되는 것을 감수하겠다는 내용의 약정을 하였다고 볼 특별한 사정이 있다면, 매수인이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않음으로써 그 매매계약은 자동적으로 실효된다.
- [2] 甲 주식회사가 乙과 공동주택 신축사업을 영위하기 위해 필요한 乙 소유의 토지를 매수하는 매매계약을 체결한 다음, 丙 지역주택조합과 위 공동주택 신축사업에 관한 권리, 의무를 포괄적으로 丙 조합에 양도하는 내용의 포괄 양수도계약을 체결하였는데, 이후 丙 조합이 乙과 위 토지에 대한 매매계약을 체결하면서 ‘丙 조합이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않은 경우 계약금 전액이 乙에게 귀속되고 추후 협상’하기로 하는 특약을 하였으나, 丙 조합이 乙에게 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않았다가 나중에 乙에게 잔금 일부를 지급하고 나머지 금액은 변제공탁한 사안에서, 위 특약은 丙 조합이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 못할 경우 乙에게 계약금이 귀속되고 추후 협상하기로 한다는 내용이므로, 丙 조합의 채무불이행을 이유로 乙이

해제권을 행사할 수 있다는 해제권 유보조항으로서 乙과 丙 조합이 계약 내용에 관한 협의를 이어갈 수 있다는 약정을 추가한 것으로 볼 수 있는 점, 위 특약이 丙 조합이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 못할 경우 乙이 자신의 반대의무를 이행 또는 이행제공하지 않고도 위 매매계약이 자동해제된다는 것으로 해석된다면, 위 매매계약에서 丙 조합의 잔금 지급의무와 乙의 소유권이전에 필요한 서류 교부 및 토지 인도의무가 동시이행관계에 있음을 명시적으로 규정하고 있는 것과 조화롭지 못한 점, 丙 조합이 잔금 지급기일로부터 약 5개월이 지난 시점에 乙에게 잔금 중 일부를 송금하였고, 乙을 피공탁자로 하여 나머지 잔금을 변제공탁하였는데도, 乙이 소 제기일까지 이에 대하여 이의를 제기하거나 위 매매계약의 효력을 부정하였다는 사정이 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 丙 조합이 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 못할 경우 乙의 소유권이전등기에 필요한 서류 교부 등 반대의무의 이행 또는 이행제공 없이 위 매매계약을 실효시키기 위하여 乙과 丙 조합이 위 특약을 두었다거나, 丙 조합이 위 매매계약의 자동해제를 감수하겠다는 약정을 하였다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판결에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례.

9 2022. 12. 1. 선고 2018다300586 판결 [배당이의] 145

- [1] 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제34조 제2항에 따라 사용사업주가 파견근로자에 대하여 임금지급의무를 부담하는 경우, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여 근로기준법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정되는지 여부(적극)
- [2] 사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급책임을 인정하는 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제34조 제2항을 적용하기 위하여 당해 근로자파견이 같은 법 제5조의 파견사유가 있고 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 ‘적법한 근로자파견’에 해당하여야 하는지 여부(소극)
- [3] 근로복지공단이 파산채무자인 사업주를 대신하여 미지급 임금을 지급하고 임금채권보장법 제8조 제2항에 따라 근로자의 권리를 대위하는 경우, 별제권 행사에 따른 경매절차에서 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있는지 여부(적극) 및 이때 근로복지공단이 배당금을 직접 받을 수 있는지 여부(소극)
- [1] 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라 한다) 제1조, 제34조 제2항, 같은 법 시행령 제5조, 근로기준법 제38조 제2항 제1호의 내용에 의하면, 사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자파견의 대가를 지급하지 아니하고 그

로 인하여 파견사업주가 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우 사용사업주는 근로자에 대하여 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하게 된다. 이와 같이 사용사업주가 파견법 제34조 제2항에 따라 근로자에 대하여 임금지급의무를 부담하고 그에 따라 파견근로자가 사용사업주에 대하여 임금채권을 가지는 경우, 파견근로자의 복지증진에 관한 파견법의 입법 취지와 더불어 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하는 경우 임금지급에 관하여 사용자로 본다는 파견법 제34조 제2항 후문 및 근로자의 최저생활을 보장하려는 근로기준법 제38조 제2항의 규정 취지를 고려하여 보면, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여도 근로기준법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정된다고 봄이 타당하다.

- [2] 사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급책임을 인정하는 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라 한다) 제34조 제2항을 적용하기 위하여 당해 근로자파견이 파견법 제5조의 파견사유가 있고 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’에 해당하여야만 하는 것은 아니다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 파견법은 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 ‘근로자파견’으로 정의하고 있을 뿐(제2조 제1호), 제5조에 정한 근로자파견 대상 업무에 해당하는 등 파견사유가 있을 것 또는 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 ‘근로자파견’의 요건으로 들고 있지 않다.

② 원칙적으로 파견사업주가 파견근로자에 대한 임금지급의무를 부담하지만, 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여 임금을 지급하지 못한 경우에는 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하도록 함으로써 파견근로자를 보호하고자 하는 것이 파견법 제34조 제2항의 취지이다.

③ 적법하지 않은 파견의 경우 파견법 제34조 제2항이 적용되지 않는다고 보면 파견법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 임금지급책임을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나게 된다.

- [3] 2014. 12. 30. 법률 제12892호로 개정되어 2015. 7. 1. 시행된 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)에서 신설된 제415조의2 본문은, 근로자에게 근로기준법 제38조 제2항에 따른 임금 등 채권과 근로자퇴직급여 보장법 제12조 제2항에 따른 최종 3년간의 퇴직급여 등 채권(이하 통

칭하여 ‘최우선임금채권’이라 한다)에 관하여 별제권 행사에 따른 경매절차에서 다른 담보물권자보다 우선하여 배당금을 수령할 권리를 부여하였다. 이는 별제권 행사에 따른 경매절차에서 종래 조세채권 등과 마찬가지로 파산관재인이 배당금을 교부받아 각 채권자에게 안분 변제하여 온 방식에서 벗어나 근로자가 직접 우선변제권 있는 채권액을 배당받을 수 있게 함으로써 최우선 임금채권을 두텁게 보장하려는 것이다.

한편 채무자회생법 제415조의2 단서는 “다만 임금채권보장법 제8조에 따라 해당 채권을 대위하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있다. 이는 파산채무자인 사업주를 대신하여 미지급 임금을 지급하고 임금채권보장법 제8조 제2항에 따라 근로자의 권리를 대위하는 근로복지공단은 별제권 행사에 따른 경매절차에서 근로자와는 달리 배당금을 직접 받을 수 없다는 뜻일 뿐, 근로복지공단이 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리를 부정한 것이 아니다. 따라서 근로복지공단이 대지급금채권자로서 배당요구를 하면 조세채권자가 교부청구를 한 경우 등과 마찬가지로 그 배당금은 파산관재인에게 교부되고, 파산관재인을 통하여 변제받게 된다.

10 2022. 12. 1. 선고 2020다265129 판결 [소유권이전등기] 152

- [1] 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정한 ‘무주택자인 임차인’의 의미(=세대주를 포함한 세대원 전원이 주택을 소유하고 있지 아니한 임차인)
- [2] 甲이 선착순의 방법으로 입주자로 선정되어 임대사업자인 乙 주식회사와 체결한 공공건설임대주택에 관한 임대차계약에서 분양전환 당시 임차인 본인만 무주택 요건을 충족하면 우선 분양전환 자격을 얻을 수 있도록 정하였는데, 그 후 임대사업자 지위를 승계한 丙 주식회사가 甲의 배우자가 분양전환 합의 당시 다른 아파트를 소유하고 있으므로 무주택자 요건을 충족하지 못하여 분양전환 자격이 없다는 취지를 통보한 사안에서, 甲과 乙 회사가 임대차계약에서 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호 규정과 달리 우선 분양전환의 요건을 정하였다고 하더라도 그 효력을 인정할 수 없고, 丙 회사가 甲에게 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정하는 바에 따라 우선 분양전환의 요건을 주장하더라도 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 볼 수 없다고 한 사례
- [1] 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 제1항은 임대사업자가 임대의무기간이 지난 후 공공건설임대주택을 분양전환하는 경우 각호에서 정하는 임차인에게 우선 분양전환하여야 한다고 정하면서, 같은 항 제4호에서 “선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인”을 우

선 분양전환 대상자로 정하고 있다. 여기에서 ‘무주택자인 임차인’이란 ‘임차인이 속한 세대의 세대주를 포함한 세대원(세대주와 동일한 세대별 주민등록 표상에 등재되어 있지 아니한 세대주의 배우자 및 배우자와 동일한 세대를 이루고 있는 세대원을 포함한다) 전원이 주택을 소유하고 있지 아니한 임차인’을 의미한다.

[2] 甲이 선착순의 방법으로 입주자로 선정되어 임대사업자인 乙 주식회사와 체결한 공공건설임대주택에 관한 임대차계약에서 분양전환 당시 임차인 본인만 무주택 요건을 충족하면 우선 분양전환 자격을 얻을 수 있도록 정하였는데, 그 후 임대사업자 지위를 승계한 丙 주식회사가 甲의 배우자가 분양전환 합의 당시 다른 아파트를 소유하고 있으므로 무주택자 요건을 충족하지 못하여 분양전환 자격이 없다는 취지를 통보한 사안에서, 임대주택 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키려는 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다)의 목적, 무주택자인 임차인에게 공정하고 합리적으로 주택을 공급하기 위해 우선 분양전환의 요건과 절차를 법령에서 상세히 규정하는 취지 등을 고려할 때, 甲과 乙 회사가 임대차계약에서 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호 규정과 달리 우선 분양전환의 요건을 정하였다고 하더라도 그 효력을 인정할 수 없고, 丙 회사가 임대차계약의 내용과 달리 甲에게 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정하는 바에 따라 우선 분양전환의 요건을 주장하더라도 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 볼 수 없으며, 한편 위 임대주택이 甲에게 우선 분양전환이 이루어지지 않은 채 丙 회사의 소유로 있다면, 이는 분양전환이 완료되지 않은 주택으로서 2020. 12. 22. 법률 제17734호로 개정된 공공주택 특별법이 시행되는 시점부터는 공공주택 특별법 부칙(2020. 12. 22.) 제6조 제2항에 따라 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호가 아닌 공공주택 특별법 제50조의3 제1항 제1호 (라)목이 적용되어야 하는데도, 임대차계약에서 정한 내용 등을 근거로 甲이 우선 분양전환 대상자에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

11 2022. 12. 1. 선고 2020다280685 판결 [손해배상(기)] 156

[1] 상법 제814조 제1항에서 정한 해상운송인의 송하인이나 수하인에 대한 권리·의무의 소멸기간이 제척기간인지 여부(적극) / 위 제척기간의 기산점(=운송물을 인도한 날 또는 인도할 날) 및 여기서 ‘운송물을 인도할 날’의 의미 / 해상운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권·채무의 청구원인이 불법행위인 경우에도 위 제척기간이 적용되는지 여부(적극)

- [2] 제척기간의 제도적 취지 / 아직 발생하지 않은 권리에 대하여 제척기간에 관한 규정을 적용할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 복합운송주선인인 甲 주식회사가 운송계약에 따라 해상운송인인 乙 외국회사에 운송을 의뢰한 화물은 폐기물처리업자가 수출 화물인 것처럼 가장하여 반출하려 한 폐기물이었는데, 이를 甲 회사 및 甲 회사가 지정한 수하인이 수령하지 않아 컨테이너 초과사용료, 터미널 보관료 등 손해가 계속 발생하자, 乙 회사가 화물 도착 후 약 2년이 지난 시점에 甲 회사를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 컨테이너 초과사용료 및 터미널 보관료에 관한 손해배상채권 중 '화물의 인도가 행하여져야 했던 날'을 지나서 발생하는 손해배상채권의 제척기간 기산일은 그 채권의 발생일이라고 해석함이 타당한데도, 위 손해배상청구 중 소제기 1년 안에 발생한 부분까지도 상법 제814조 제1항에서 정한 1년의 제척기간을 초과하여 부적법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 해상운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다(상법 제814조 제1항). 이러한 해상운송인의 송하인이나 수하인에 대한 권리·의무에 관한 소멸기간은 제척기간에 해당하고, 그 기산일은 '운송물을 인도한 날 또는 인도할 날'인데, '운송물을 인도할 날'이란 통상 운송계약이 그 내용에 좇아 이행되었으면 인도가 행하여져야 했던 날을 의미한다. 해상운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인이 계약인 경우뿐만 아니라 불법행위인 경우에도 위 제척기간이 적용된다.
- [2] 제척기간은 일반적으로 권리자로 하여금 자신의 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 그 제척기간의 경과로 권리가 소멸한다. 따라서 제척기간은 적어도 권리가 발생하였음을 전제하는 것이고, 아직 발생하지 않은 권리에까지 그 제척기간에 관한 규정을 적용하여 권리가 소멸하였다고 볼 수는 없다.
- [3] 복합운송주선인인 甲 주식회사가 운송계약에 따라 해상운송인인 乙 외국회사에 운송을 의뢰한 화물은 폐기물처리업자가 수출 화물인 것처럼 가장하여 반출하려 한 폐기물이었는데, 이를 甲 회사 및 甲 회사가 지정한 수하인이 수령하지 않아 컨테이너 초과사용료, 터미널 보관료 등 손해가 계속 발생하자, 乙 회사가 화물 도착 후 약 2년이 지난 시점에 甲 회사를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 컨테이너 초과사용료 및 터미널 보관료에 관한 乙 회사의 손

해배상채권은 ‘화물의 인도가 행하여져야 했던 날’을 지나서도 발생할 수 있으므로, 상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간의 기산점으로서 ‘화물의 인도가 행하여져야 했던 날’을 지나서 발생하는 위 손해배상채권의 제척기간 기산일은 그 채권의 발생일이라고 해석함이 타당하고, 그날부터 상법 제814조 제1항에서 정한 권리의 존속기간인 1년의 제척기간이 적용된다고 보아야 하는데도, 위 손해배상청구 중 소제기 1년 안에 발생한 부분까지도 제척기간을 초과하여 부적법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

12 2022. 12. 1. 선고 2021다210829 판결 (퇴직금) 160

- [1] 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 판단하는 기준 / 채권추심원의 근로자성이 다투어지는 개별 사건에서 근로자에 해당하는지는 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달리 판단될 수 있는지 여부(적극)
- [2] 그룹 계열회사인 甲 주식회사, 乙 주식회사, 丙 주식회사로 순차 소속을 옮기면서 각 회사와 채권추심 위임계약을 체결한 후 계약기간이 만료될 때마다 재계약을 하면서 위임직 채권추심원으로 근무한 丁 등이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제 된 사안에서, 丁 등은 丙 회사뿐만 아니라 그 이전의 甲 회사나 乙 회사 소속으로 업무를 수행하던 과정에서도 종속적인 지위에서 위 회사들에 근로를 제공하였다고 볼 여지가 큰데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공 관계의 실질이 근로제공자가 사업장에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 채권추심원의 근로자성이 다투어지는 개별 사건에서 근로자에 해당하는지는 소속된 채권추심회사의 지점, 지사 등 개별 근무지에서의 업무형태 등 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달리 판단될 수 있다.
- [2] 그룹 계열회사인 甲 주식회사, 乙 주식회사, 丙 주식회사로 순차 소속을 옮기면서 각 회사와 채권추심 위임계약을 체결한 후 계약기간이 만료될 때마다 재계약을 하면서 위임직 채권추심원으로 근무한 丁 등이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제 된 사안에서, 채권추심원들이 조직개편 또는 영업양도에 따라 같은 그룹 계열회사인 甲 회사, 乙 회사, 丙 회사로 순차 소속을 옮기는 과정에서 업무 장소, 업무 방법과 내용, 전산시스템, 팀원 구성원 등이 그대로였고, 다시 체결한 채권추심 위임계약 내용도 완전히 또는 대부분 동일하였던 사정 등에 비추어 보면, 그동안 채권추심원들의 업무형태 실질이나 위 회사들과의 관계가 달라졌다고 보기 어려우므로, 丙 회사뿐만 아니라 그

이전의 甲 회사나 乙 회사 소속으로 업무를 수행하던 과정에서도 상당한 지휘·감독이 있었는지가 함께 심리되어야 하고, 근무기간 전체를 놓고 상당한 지휘·감독이 있었는지 판단할 필요가 있는데, 제반 사정에 비추어 위 회사들은 팀별 조직과 평가 체계를 통해 丁 등과 같은 채권추심원들의 업무 수행 과정에 상당한 지휘·감독을 하였다고 볼 여지가 크고, 丁 등은 종속적인 지위에서 위 회사들에 근로를 제공하였다고 볼 여지가 큰데도, 이와 달리 본원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

13 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결〔건물인도〕 164

임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 본문에 따라 계약갱신을 요구하였다 라도 임대인이나 같은 법 제3조 제4항에 따라 임대인의 지위를 승계한 임차주택의 양수인이 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간 내에 제6조의3 제1항 단서 제8호에 따라 주택에 실제 거주하려고 한다는 사유를 들어 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

주택임대차보호법 제6조, 제6조의3 등 관련 규정의 내용과 체계, 입법 취지 등을 종합하여 보면, 임차인이 같은 법 제6조의3 제1항 본문에 따라 계약갱신을 요구 하였다 라도, 임대인으로서 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간 내라면 제6조의3 제1항 단서 제8호에 따라 임대인이 목적 주택에 실제 거주하려고 한다는 사유를 들어 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있고, 같은 법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 임차주택의 양수인도 그 주택에 실제 거주하려는 경우 위 갱신거절 기간 내에 위 제8호에 따른 갱신거절 사유를 주장할 수 있다고 보아야 한다.

14 2022. 12. 1. 자 2022그18 결정〔결정(조서)경정〕 167

[1] 판결경정 제도의 취지 및 이러한 법리는 이행권고결정에 오류가 있는 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

[2] 이행권고결정에 주민등록번호를 기재하지 않은 것이 부적법한 조치인지 여부(소극) 및 그로 인해 집행 과정에서 지장을 받을 우려가 있는지 여부(소극)

[1] 판결에 잘못된 계산이나 기재 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 경우에 하는 판결의 경정은, 일단 선고된 판결에 대하여 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 판결의 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 오류를 법원 스스로가 결정으로써 정정 또는 보충하여 강제집행이나 가족관계등록부의 정정 또는 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하자는 데 취지가 있다. 이러한 법리는 이행권고결정에 오류가 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 이행권고결정의 경우 재판서 양식에 관한 예규에 따르면 종전처럼 당사자의 주민등록번호를 기재하여야 하는 재판서로 볼 수도 있다. 그러나 이행권고결정에 주민등록번호를 기재하지 않았다고 하더라도 그와 같은 조치는 내부적 업무처리지침에 불과한 재판서 양식에 관한 예규에 어긋날 뿐이고, 개인정보보호법의 취지에는 합치되는 것이므로 부적법하다고 할 수 없다. 나아가 당사자는 민사소송규칙 제76조의2에서 정한 절차에 따라 재판사무시스템에 소송관계인의 주민등록번호를 추가하거나 수정할 수 있기 때문에 집행 과정에서 어떠한 지장을 받을 우려도 없다.

15 2022. 12. 1. 선고 2022다219540, 219557 판결 [임금·약정금] 170
 임금의 일부를 공제할 수 있는 근거를 법령 또는 단체협약이 아닌 취업규칙이나 근로계약에 마련한 경우, 그 효력(무효)

근로기준법 제43조 제1항에 의하면 임금은 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하므로, 사용자가 임의로 근로자에게 지급하여야 할 임금 중 일부를 공제하지 못하는 것이 원칙이고, 이는 경제적·사회적으로 종속관계에 있는 근로자를 보호하기 위한 것이다. 다만 사용자는 같은 항 단서에 따라 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외적으로 임금의 일부를 공제하여 지급할 수 있지만, 그 예외의 경우를 넓게 인정하게 되면 임금을 생계수단으로 하는 근로자의 생활안정을 저해할 우려가 있으므로 그에 해당하는지는 엄격하게 판단하여야 한다. 위와 같은 근로기준법 제43조의 규정 형식이나 취지, 법적 성격 등에 비추어 보면, 취업규칙이나 근로계약에 임금의 일부를 공제할 수 있는 근거를 마련하였다고 하더라도 그 효력이 없다고 보아야 한다.

16 2022. 12. 1. 선고 2022다247521 판결 [배당이의] 172

- [1] 채무자가 압류 또는 가압류의 대상인 채권을 양도하고 확정일자 있는 통지 등에 의한 채권양도의 대항요건을 갖춘 경우, 그 후 이루어진 압류 또는 가압류와 이에 기한 추심명령 또는 전부명령의 효력(무효)
- [2] 채권압류명령 등 당시 피압류채권이 이미 제3자에 대한 대항요건을 갖추고 양도되어 그 명령이 효력이 없는 것이 된 이후에 사해행위취소소송에서 위 채권양도계약이 취소되어 채권이 원채권자에게 복귀한 경우, 무효인 위 채권압류명령 등이 다시 유효로 되는지 여부(소극)
- [1] 채무자가 압류 또는 가압류의 대상인 채권을 양도하고 확정일자 있는 통지 등에 의한 채권양도의 대항요건을 갖추었다면, 그 후 채무자의 다른 채권자가 그 양도된 채권에 대하여 압류 또는 가압류를 하더라도 그 압류 또는 가

압류 당시에 피압류채권은 이미 존재하지 않는 것과 같아 압류 또는 가압류로서의 효력이 없고, 그에 기한 추심명령 또한 무효이므로, 그 다른 채권자는 압류 등에 따른 집행절차에 참여할 수 없다. 또한 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었다고 하더라도 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 존재하지 않으면 전부명령도 무효이므로, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없다.

- [2] 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만 미치므로, 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것은 아니다. 따라서 채권압류명령 등 당시 피압류채권이 이미 제3자에 대한 대항요건을 갖추어 양도되어 그 명령이 효력이 없는 것이 되었다면, 그 후의 사해행위취소소송에서 위 채권양도계약이 취소되어 채권이 원채권자에게 복구하였다고 하더라도 이미 무효로 된 채권압류명령 등이 다시 유효로 되는 것은 아니다.

17 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결 (유언효력확인소) 175

- [1] 후견심판 사건에서 가사소송법 제62조 제1항에 따른 사전처분으로 후견심판이 확정될 때까지 임시후견인이 선임된 경우, 임시후견인의 동의가 없이도 사건본인이 유언을 할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 아직 성년후견이 개시되기 전인 경우, 의사가 유언서에 심신 회복 상태를 부기하고 서명날인하도록 요구한 민법 제1063조 제2항이 적용되는지 여부(소극)
- [2] ‘의사능력’의 의미 및 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 경우, 그에 대한 증명책임의 소재(=무효를 주장하는 측)
- [1] 가사소송법 제62조 제1항은 후견심판이 확정될 때까지 사건본인의 보호 및 재산의 관리·보전을 위하여 임시후견인 선임 등 사전처분을 할 수 있음을 정하였고, 가사소송규칙 제32조 제4항은 가사사건의 재판·조정 절차에 관한 필요한 사항에 대하여 대법원규칙으로 정하도록 한 위임 규정(가사소송법 제11조) 및 그 취지(가사소송규칙 제1조)에 따라 ‘가사소송법 제62조에 따른 사전처분으로 임시후견인을 선임한 경우, 성년후견 및 한정후견에 관한 사건의 임시후견인에 대하여는 특별한 규정이 없는 이상 한정후견인에 관한 규정을 준용한다.’고 정하였다.

가정법원은 피한정후견인에 대하여 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위를 정할 수 있고(민법 제13조 제1항), 피한정후견인이 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 동의 없이 하였을 때는 이를 취소할 수 있다(같은 조 제4항).

한편 민법 제1060조는 ‘유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다.’고 정하여 유언에 관하여 엄격한 요식성을 요구하고 있으나, 피성년후견인과 피한정후견인의 유언에 관하여는 행위능력에 관한 민법 제10조 및 제13조가 적용되지 않으므로(민법 제1062조), 피성년후견인 또는 피한정후견인은 의사능력이 있는 한 성년후견인 또는 한정후견인의 동의 없이도 유언을 할 수 있다.

위와 같은 규정의 내용과 체계 및 취지에 비추어 보면, 후견심판 사건에서 가사소송법 제62조 제1항에 따른 사전처분으로 후견심판이 확정될 때까지 임시후견인이 선임된 경우, 사건본인은 의사능력이 있는 한 임시후견인의 동의 없이도 유언을 할 수 있다고 보아야 하고, 아직 성년후견이 개시되기 전이라면 의사가 유언서에 심신 회복 상태를 부기하고 서명날인하도록 요구한 민법 제1063조 제2항은 적용되지 않는다고 보아야 한다.

[2] 의사능력이란 자기 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력이나 지능을 말하고, 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측은 그에 대하여 증명책임을 부담한다.

가 사

18 2022. 11. 24. 자 2020스616 전원합의체 결정 [등록부정정] 178

현재 혼인 중에 있지 아니한 성전환자에게 미성년 자녀가 있는 경우, 성별정정을 허가할 수 있는지 여부(적극) 및 그 판단 기준

[다수의견] (가) 인간은 누구나 자신의 성정체성에 따른 인격을 형성하고 삶을 영위할 권리가 있다. 성전환자도 자신의 성정체성을 바탕으로 인격과 개성을 실현하고 우리 사회의 동등한 구성원으로서 타인과 함께 행복을 추구하며 살아갈 수 있어야 한다. 이러한 권리를 온전히 행사하기 위해서 성전환자는 자신의 성정체성에 따른 성을 진정한 성으로 법적으로 확인받을 권리를 가진다. 이는 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 근본적인 권리로서 행복추구권의 본질을 이루므로 최대한 보장되어야 한다.

한편 미성년 자녀를 둔 성전환자도 부모로서 자녀를 보호하고 교양하며(민법 제913조), 친권을 행사할 때에도 자녀의 복리를 우선해야 할 의무가 있으므로(민법 제912조), 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별정정 허가 여부를 판단할 때에는 성전환자의 기본권의 보호와 미성년 자녀의 보호 및 복리와의 조화를 이룰 수 있도록 법익의 균형을 위한 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 실질적으로 판단하여야 한다. 따라서 위와 같은 사정들을 고려하여 실질적으로 판단하지 아니한 채 단지 성전환자에게 미성년 자녀가 있다는 사정만을 이유로 성별정정을 불허하여서는 아니 된다. 그 이유는 다음과 같다.

① 성전환자도 우리 사회의 동등한 구성원으로서 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리는 마땅히 보호받아야 하므로, 성전환자의 성별정정 허가 여부를 판단할 때에도 성전환자의 이러한 인간으로서의 기본권이 최대한 보장될 수 있도록 하여야 한다.

② 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가하는 것이 그의 가족관계에 변화를 가져오는 부분도 없지 않지만, 이는 부 또는 모의 성전환이라는 사실의 발생에 따라 부모의 권리와 의무가 실현되는 모습이 그에 맞게 변화하는 자연스러운 과정일 따름이다. 이렇게 형성되는 부모자녀 관계와 가족질서 또한 전체 법질서 내에서 똑같이 존중받고 보호되어야 한다. 성전환자가 이혼하여 혼인 중에 있지 않다거나 가족관계등록부상 성별정정이 이루어진다고 하여 이러한 점이 달라지지 않는다. 미성년 자녀를 둔 성전환자도 여전히 그의 부 또는 모로서 그에 따르는 권리를 행사하고 의무를 수행하여야 하며 이를 할 수 있다.

③ 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별정정을 허가하는 것이 그 자체로 친권자와 미성년 자녀 사이의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 자녀의 복리에 현저하게 반한다거나 미성년 자녀를 사회적인 편견과 차별에 무방비 상태로 노출되도록 방치하는 것이라고 일률적으로 단정하는 것은 옳지 않다.

④ 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가할 경우 성별정정된 가족관계등록부의 제출이나 공개 등으로 미성년 자녀가 사회적 차별과 편견에 무방비 상태로 노출되어 방치된다거나 생활상 어려움에 처하게 된다고 단정할 수도 없다. 설령 가족관계등록부의 노출로 미성년 자녀가 사회적인 편견과 차별을 당할 우려가 있다고 하더라도, 이는 국가가 성전환자와 미성년 자녀의 기본권 보장 및 사생활 보호를 위하여 위와 같은 노출을 차단하기 위한 조치를 취해 미성년 자녀를 보호해야 하는 것이지, 이를 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가하지 않을 이유로 삼는 것은 옳지 않다.

(나) 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가할지 여부를 판단할 때에는 성전환자 본인의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권 등 헌법상 기본권을 최대한 보장함과 동시에 미성년 자녀가 갖는 보호와 배려를 받을 권리 등 자녀의 복리를 염두에 두어야 한다. 따라서 이때에는 성전환자의 성별정정에 필요한 일반적인 허가 기준을 충족하였는지 외에도 미성년 자녀의 연령 및 신체적·정신적 상태, 부 또는 모의 성별정정에 대한 미성년 자녀의 동의나 이해의 정도, 미성년 자녀에 대한 보호와 양육의 형태 등 성전환자가 부 또는 모로서 역할을 수행하는 모습, 성전환자가 미성년 자녀를 비롯한 다른 가족들과 형성·유지하고 있는 관계 및 유대감, 기타 가정환경 등 제반 사정을 고려하여 성전환자의 성별정정 허가 여부가 미성년 자녀의 복리에 미치는 영향을 살펴 성별정정을 허가할 것인지를 판단하여야 한다.

(다) 성전환자에게 미성년 자녀가 있는 경우 성전환자의 가족관계등록부상 성별정정이 허용되지 않다는 취지의 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정을 비롯하여 그와 같은 취지의 결정들은 이 결정의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 한다.

[대법관 이동원의 반대 의견] 다수의견은 대법원이 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정이 있기 이전에 대법원은 이미 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정에서 성전환자의 성별정정을 허용하기 위해서는 “다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용될 수 있어야 한다.”라는 기본적인 원칙을 제시한 바가 있고, 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정은 성전환자에게 미성년인 자녀가 있으면 그와 같은 기본적인 원칙에 어긋나는 경우에 해당한다는 점을 명확히 한 것이지 성별정정 허가에 있어 독자적인 소극 요건을 새롭게 설정한 것은 아니다.

대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정은 우리 법체계 및 미성년인 자녀의 복리에 적합하고, 사회 일반의 통념에도 들어맞는 합리적인 결정이므로, 그대로 유지되어야 한다. 이를 변경하려는 다수의견에 찬성할 수 없다.

일반행정

19 2022. 11. 24. 선고 2018두67 전원합의체 판결 [손실보상금] 200
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따른 토지소유자 또는 관계인의 사업시행자에 대한 손실보상금 채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있

는 경우, 채무자인 토지소유자 등이 보상금의 증액을 구하는 소를 제기하고 그 소송을 수행할 당사자적격을 상실하는지 여부(소극)

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다) 제85조 제2항에 따른 보상금의 증액을 구하는 소(이하 ‘보상금 증액 청구의 소’라 한다)의 성질, 토지보상법상 손실보상금 채권의 존부 및 범위를 확정하는 절차 등을 종합하면, 토지보상법에 따른 토지소유자 또는 관계인(이하 ‘토지소유자 등’이라 한다)의 사업시행자에 대한 손실보상금 채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있더라도, 추심채권자가 보상금 증액 청구의 소를 제기할 수 없고, 채무자인 토지소유자 등이 보상금 증액 청구의 소를 제기하고 그 소송을 수행할 당사자적격을 상실하지 않는다고 보아야 한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

① 토지보상법 제85조 제2항은 토지소유자 등이 보상금 증액 청구의 소를 제기할 때에는 사업시행자를 피고로 한다고 규정하고 있다. 위 규정에 따른 보상금 증액 청구의 소는 토지소유자 등이 사업시행자를 상대로 제기하는 당사자소송의 형식을 취하고 있지만, 토지수용위원회의 재결 중 보상금 산정에 관한 부분에 불복하여 그 증액을 구하는 소이므로 실질적으로는 재결을 다투는 항고소송의 성질을 가진다.

행정소송법 제12조 전문은 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 보상금 증액 청구의 소는 항고소송의 성질을 가지므로, 토지소유자 등에 대하여 금전채권을 가지고 있는 제3자는 재결에 대하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가질 뿐 재결을 다툰 법률상의 이익이 있다고 할 수 없어 직접 또는 토지소유자 등을 대위하여 보상금 증액 청구의 소를 제기할 수 없고, 토지소유자 등의 손실보상금 채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있더라도 추심채권자가 재결을 다툰 지위까지 취득하였다고 볼 수는 없다.

② 토지보상법 등 관계 법령에 따라 토지수용위원회의 재결을 거쳐 이루어지는 손실보상금 채권은 관계 법령상 손실보상의 요건에 해당한다는 것만으로 바로 존부 및 범위가 확정된다고 볼 수 없다. 토지소유자 등이 사업시행자로부터 손실보상을 받기 위해서는 사업시행자와 협의가 이루어지지 않으면 토지보상법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 뒤에 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제83조 내지 제85조에 따라 이의신청 또는 행정소송을 제기할 수 있을 뿐이고, 이러한 절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

이와 같이 손실보상금 채권은 토지보상법에서 정한 절차로서 관할 토지수용위

원회의 재결 또는 행정소송 절차를 거쳐야 비로소 구체적인 권리의 존부 및 범위가 확정된다. 아울러 토지보상법령은 토지소유자 등으로 하여금 위와 같은 손실보상금 채권의 확정을 위한 절차를 진행하도록 정하고 있다. 따라서 사업인정고시 이후 위와 같은 절차를 거쳐 장래 확정될 손실보상금 채권에 관하여 채권자가 압류 및 추심명령을 받을 수는 있지만, 그 압류 및 추심명령이 있다고 하여 추심채권자가 위와 같은 손실보상금 채권의 확정을 위한 절차에 참여할 자격까지 취득한다고 볼 수는 없다.

③ 요컨대, 토지소유자 등이 토지보상법 제85조 제2항에 따라 보상금 증액 청구의 소를 제기한 경우, 그 손실보상금 채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있다고 하더라도 추심채권자가 그 절차에 참여할 자격을 취득하는 것은 아니므로, 보상금 증액 청구의 소를 제기한 토지소유자 등의 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없다. 따라서 보상금 증액 청구의 소의 청구채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있더라도 토지소유자 등이 그 소송을 수행할 당사자적격을 상실한다고 볼 것은 아니다.

20 2022. 12. 1. 선고 2022두39185 판결 [징계처분취소청구] 207

교원이 초등학교·중학교 학생에게 법령상 명문의 규정이 없는 징계처분을 한 경우, 그 효력을 긍정함에 있어 법령과 학칙에 대한 엄격한 해석이 필요한지 여부(적극)

초·중등교육법 및 그 근간이 되는 교육기본법에 따르면, 학교교육은 학생의 창의력 계발 및 인성 함양을 포함한 전인적 교육을 중시하여 이루어지고, 그 과정에서 학생의 기본적 인권이 존중되고 보호되어야 하며, 교원은 학생 개개인의 적성을 계발할 수 있도록 노력하여야 하고(교육기본법 제9조, 제12조, 제14조), 이러한 학교교육을 위하여 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계할 수 있되, 그 징계는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 한다[구 초·중등교육법(2021. 3. 23. 법률 제17954호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 및 같은 법 시행령 제31조 제2항]. 그렇다면 의무교육대상자인 초등학교·중학교 학생의 신분적 특성과 학교교육의 목적에 비추어 교육의 담당자인 교원의 학교교육에 관한 폭넓은 재량권을 존중하더라도, 법령상 명문의 규정이 없는 징계처분의 효력을 긍정함에 있어서는 그 처분 내용의 자발적 수용성, 교육적·인격적 측면의 유의성, 헌법적 가치와의 정합성 등을 종합하여 엄격히 해석하여야 할 필요가 있다.

조 세

21 2022. 12. 1. 선고 2019두48905 판결 (덤핑방지관세부과처분취소) …… 210

- [1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 범위 및 일반적, 추상적인 법령 등이 그 대상이 될 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 일본국 법률에 따라 설립된 甲 법인이 일본에서 공기압 전송용 밸브를 생산하여 우리나라에 수출하고 있는데, 기획재정부장관이 甲 법인 등이 공급하는 일정 요건을 갖춘 일본산 공기압 전송용 밸브에 대하여 5년간 적용할 덤핑방지관세율을 규정하는 ‘일본산 공기압 전송용 밸브에 대한 덤핑방지관세의 부과에 관한 규칙’을 제정·공포하자, 甲 법인이 위 시행규칙이 관세법 제51조에서 정한 덤핑방지관세의 부과요건을 갖추지 못하여 위법하다고 주장하면서 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 위 시행규칙은 항고소송의 대상이 될 수 없고, 위 시행규칙의 취소를 구하는 소는 부적법하므로, 이와 달리 본 원 심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법률에 의하여 권리를 설정하고 의무의 부담을 명하거나 그 밖의 법률상 효과를 발생하게 하는 등으로 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위이어야 하고, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로 상대방의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닌 일반적, 추상적인 법령 등은 그 대상이 될 수 없다.
- [2] 일본국 법률에 따라 설립된 甲 법인이 일본에서 공기압 전송용 밸브를 생산하여 우리나라에 수출하고 있는데, 기획재정부장관이 甲 법인 등이 공급하는 일정 요건을 갖춘 일본산 공기압 전송용 밸브에 대하여 5년간 적용할 덤핑방지관세율을 규정하는 ‘일본산 공기압 전송용 밸브에 대한 덤핑방지관세의 부과에 관한 규칙’을 제정·공포하자, 甲 법인이 위 시행규칙이 관세법 제51조에서 정한 덤핑방지관세의 부과요건을 갖추지 못하여 위법하다고 주장하면서 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 위 시행규칙은 덤핑방지관세를 부과할 물품(이하 ‘덤핑물품’이라고 한다)과 공급자를 지정하고 해당 물품에 적용할 관세율을 정한 조세법령으로, 위 시행규칙에서 덤핑물품과 관세율 등 과세요건을 규정하는 것만으로 납세의무자에게 덤핑방지관세를 납부할 의무가 성립하는 것은 아닌 점, 위 시행규칙은 수입된 덤핑물품에 관한 세관장의 덤핑방지관세 부과처분 등 별도의 집행행위가 있어야 비로소 상대방의 권리의무나

법률관계에 영향을 미치게 되는 점, 위 시행규칙에 근거한 관세 부과처분 등에 따라 덤핑방지관세를 납부하게 될 자는 덤핑물품을 수입하는 화주 등이지 덤핑물품을 수출하는 자가 아니고, 위 시행규칙은 덤핑물품의 수출 또는 수입행위를 규제하거나 외국 수출자와 국내 수입자 사이의 덤핑물품에 관한 법률관계를 규율하지 않으므로, 위 시행규칙이 효력 범위 밖에 있는 甲 법인의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래한다고 보기 어려운 점을 종합하면, 위 시행규칙은 항고소송의 대상이 될 수 없고, 위 시행규칙의 취소를 구하는 소는 부적법하므로, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

22 2022. 12. 1. 선고 2022두42402 판결 (취득세등부과처분취소) 213

甲이 경매절차에서 집합건물 중 구분건물 일부를 취득하여 취득세를 신고·납부하였는데, 관할 구청장이 위 부동산의 전 소유자가 체납한 관리비 중 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제18조에 따라 甲에게 승계된 공용부분에 관한 부분을 위 부동산의 취득세 과세표준인 사실상의 취득가격에 포함시켜 甲에게 취득세를 부과·고지한 사안에서, 체납관리비는 구 지방세법 시행령 제18조 제1항 제5호 또는 제7호에서 정한 간접비용에 해당한다고 볼 수 없으므로 취득세 과세표준에 포함되지 않고, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

甲이 경매절차에서 집합건물 중 구분건물 일부를 취득하여 취득세를 신고·납부하였는데, 관할 구청장이 위 부동산의 전 소유자가 체납한 관리비 중 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다) 제18조에 따라 甲에게 승계된 공용부분에 관한 부분(이하 ‘체납관리비’라 한다)을 위 부동산의 취득세 과세표준인 사실상의 취득가격에 포함시켜 甲에게 취득세를 부과·고지한 사안에서, 구 지방세법 시행령(2018. 12. 31. 대통령령 제29437호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제18조 제1항 제5호가 사실상의 취득가격에 포함하는 간접비용으로 정한 ‘취득자 조건 부담액과 채무인수액’은 당사자의 약정에 따른 것만을 의미한다고 보아야 하는데, 체납관리비는 당사자의 약정이 아니라 법률의 규정에 따라 甲에게 승계된 것이므로 구 지방세법 시행령 제18조 제1항 제5호에서 정한 간접비용에 해당한다고 볼 수 없는 점, 구 지방세법 시행령 제18조 제1항 제5호가 ‘당사자의 약정에 따른 취득자 조건 부담액과 채무인수액’을 사실상의 취득가격에 포함하도록 규정한 것은, 그러한 금액은 취득하는 과세대상 물건과 대가관계에 있고, 실질적으로 해당 물건의 가격으로 지급되는 것으로 볼 수 있기 때문인데, 매수인이 집합건물법 제18조에 따라 승계하는 공용부분 체납관리비는 경매절차에서 취득하는 구분건물과 대가관계에 있다고 보기 어렵고, 체납관리비는 甲이

위 부동산을 취득하기 위하여 인수한 채무라기보다는 위 부동산을 취득함에 따라 비로소 부담하게 된 채무에 불과한 점을 종합하면, 제납관리비는 구 지방세법 시행령 제18조 제1항 제5호 또는 제7호에서 정한 간접비용에 해당한다고 볼 수 없으므로 취득세 과세표준에 포함되지 않고, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

특 허

23 2022. 12. 1. 선고 2020후11622 판결 [거절결정(상)] 216

[1] 출원상표의 출원인에게 상표법 제34조 제1항 제13호에 규정된 ‘부정한 목적’이 있는지 판단하는 방법

[2] 출원인과 선사용상표를 사용해온 특정인 사이에 그 상표 및 상표를 기반으로 한 사업체, 관련 행정상의 인허가 또는 등록 등을 둘러싸고 여러 차례 민사소송이나 행정소송 등이 확정된 경우, 이러한 일련의 경위와 결과는 상표법 제34조 제1항 제13호의 ‘부정한 목적’의 해석에서 모순되지 않도록 고려되어야 하는지 여부(적극) 및 이때 위 확정된 민사소송 등의 판결에서 인정된 사실이 유력한 증거가 되는지 여부(원칙적 적극)

[1] 출원상표의 출원인에게 상표법 제34조 제1항 제13호에 규정된 부정한 목적이 있는지 판단함에 있어서는 특정인의 상표의 인지도 또는 창작성의 정도, 특정인의 상표와 출원인의 상표의 동일·유사성의 정도, 출원인과 특정인 사이의 상표를 둘러싼 교섭의 유무와 그 내용, 기타 양 당사자의 관계, 출원인이 출원상표를 이용한 사업을 구체적으로 준비하였는지, 상품의 동일·유사성 내지는 경제적 견련관계 유무, 거래실정 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[2] 상표법은 상표를 보호함으로써 상표 사용자의 업무상 신용 유지를 도모하여 산업발전에 이바지하고 수요자의 이익을 보호함을 입법 목적으로 하여 상표권 등록과 사용, 관련 쟁송 등을 규정하고 있다. 위와 같은 상표법 등 지식재산권 관련 법령은 전체 법질서 안에서 조화롭게 해석·적용되어야 한다.

상표법 제34조 제1항 제13호는 이미 특정인의 영업상 신용이나 명성이 체화된 상표를 모방하여 출원함으로써 선출원주의에 따른 상표제도를 악용하는 것을 방지하기 위한 규정으로, 그 요건인 ‘부정한 목적’의 해석·적용 역시 전체 법질서와 조화를 이루어야 한다.

출원인과 선사용상표를 사용해온 특정인 사이에 그 상표 및 상표를 기반으

로 한 사업체, 관련 행정상의 인허가 또는 등록 등을 둘러싸고 여러 차례 민사소송이나 행정소송 등이 확정되었다면 이러한 일련의 경위와 결과는 ‘부정한 목적’의 해석에서 모순되지 않도록 고려되어야 하며, 위 확정된 민사소송 등의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 된다.

형 사

24 2022. 11. 22. 자 2022모1799 결정〔구속집행정지결정에대한재항고〕…… 219
군사법원법상 전자장치의 부착을 피고인에 대한 구속집행정지의 조건으로 부가할 수 있는지 여부(적극)

군사법원법 제141조 제2항은 피고인에 대한 구속집행정지에 관하여 ‘피고인이 영내거주자이면 그 소속 부대장에게 부탁하고, 영내거주자가 아니면 친족·보호단체 그 밖의 적당한 사람에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한’하도록 규정한다. 이때 구속집행정지 제도의 취지에 부합한다면 피고인의 도주 방지 및 출석을 확보하기 위하여 예컨대, 전자장치의 부착을 구속집행정지의 조건으로 부가할 수도 있다. 이하에서 더 구체적으로 살펴본다.

(가) 군사법원법 제141조 제1항에 근거한 피고인에 대한 구속집행정지는 상당한 이유가 있을 때 군사법원이 직권으로 제반 사정을 고려하여 피고인의 구속상태를 잠정적으로 해제하는 것이다. 가장 중한 기본권 제한인 구속을 예외적으로 해제하면서 다시 구속될 것을 담보하기 위해 일정한 조건을 부가하는 것은 구속집행정지의 성질상 당연히 허용된다고 보아야 한다. 구속의 목적을 달성하는데 지장이 없다면 일정한 조건을 부가하더라도 구속집행을 정지하는 것이 피고인에게 더 유리하기 때문이다.

(나) 군사법원법 제141조 제2항에서 규정한 구속집행정지 조건의 내용은 예시로 볼 수 있고 반드시 이에 한정되지 않는다. 물론 이때에도 그 내용은 피고인의 도주 예방과 출석에 대한 담보라는 구속집행정지 제도의 취지에 들어맞는 것이어야 하고, 그 구체적인 조건은 보석의 조건(군사법원법 제139조)이 성질에 반하지 않는 한 적용될 수 있다. 구속집행정지 제도는 불구속재판의 원칙과 무죄추정의 원칙을 구현하기 위한 보석 제도를 보충하는 기능을 하므로 본질적으로 보석과 같은 성격을 띠고 있고, 군사법원법 제142조 제2항에서는 보석과 구속집행정지의 취소사유에 관하여 동일한 내용을 규정하고 있기 때문이다.

(다) 군사법원법, 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 ‘전자장치부착법’이라 한다) 등에서 구속집행정지의 조건으로 전자장치의 부착을 부가할 수 있는지에 관

하여 별도의 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 전자장치 부착으로 인해 제한되는 피부착자의 자유는 자신의 위치가 24시간 국가에 노출됨으로 인하여 행동의 자유가 심리적으로 위축된다는 것일 뿐 행동 자체가 금지되거나 물리적으로 제한되는 것은 아니다. 전자장치의 부착은 피고인의 기본권을 제한하는 성격을 갖고 있지만 구속보다 가벼운 처분을 통하여 피고인의 도주를 방지하여 가장 중한 기본권 제한인 구속의 목적을 달성할 수 있다는 점에서 불구속재판의 원칙의 실현에 기여하면서 비례의 원칙에도 어긋나지 않는다. 또한 전자장치 부착은 전자장치부착법상 보석의 조건으로도 허용되고 있다. 따라서 전자장치 부착은 구속집행정지 조건으로도 허용된다고 보아야 한다.

25 2022. 11. 30. 선고 2022도1410 판결 [재물손괴] 222

재물손괴죄의 성립요건 및 영득죄와의 구별 / 다른 사람의 소유물을 본래의 용법에 따라 무단으로 사용·수익하는 행위 때문에 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 된 경우, 재물손괴죄에 해당하는지 여부(소극)

재물손괴죄(형법 제366조)는 다른 사람의 재물을 손괴 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 경우에 성립하는 범죄로, 행위자에게 다른 사람의 재물을 자기 소유물처럼 그 경제적 용법에 따라 이용·처분할 의사(불법영득의사)가 없다는 점에서 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령 등 영득죄와 구별된다. 다른 사람의 소유물을 본래의 용법에 따라 무단으로 사용·수익하는 행위는 소유자를 배제한 채 물건의 이용가치를 영득하는 것이고, 그 때문에 소유자가 물건의 효용을 누리지 못하게 되었다고 효용 자체가 침해된 것이 아니므로 재물손괴죄에 해당하지 않는다.

26 2022. 11. 30. 선고 2022도6462 판결 [국민체육진흥법위반(도박등)방조] ... 223

대한민국 영역 내에서 해외 스포츠 도박 사이트에 접속하여 베팅을 하는 방법으로 체육진흥투표권과 비슷한 것을 정보통신망을 이용하여 발행받은 다음 결과를 적중시킨 자가 재산상 이익을 얻는 내용의 도박을 한 경우, 국민체육진흥법 제26조 제1항에서 금지하고 있는 유사행위를 이용한 도박 행위에 해당하여 같은 법 제48조 제3호에 따라 처벌할 수 있는지 여부(적극) 및 이는 스포츠 도박 사이트의 운영이 외국인에 의하여 대한민국 영역 외에서 이루어진 것이더라도 마찬가지인지 여부(적극)

국민체육진흥법 제26조 제1항은 “서울올림픽기념국민체육진흥공단과 수탁사업자가 아닌 자는 체육진흥투표권 또는 이와 비슷한 것을 발행(정보통신망에 의한 발행을 포함한다)하여 결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하는 행위(이하 ‘유사행위’라고 한다)를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하면서 같은 법

제47조 제2호에서 이를 위반한 자를 7년 이하의 징역이나 7천만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 규정하는 한편, 같은 법 제48조 제3호는 “제26조 제1항의 금지행위를 이용하여 도박을 한 자”를 5년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 규정하고 있다.

국민체육진흥법이 유사행위를 금지하고 이를 위반한 행위를 처벌하는 데서 나아가 2012년 개정으로 금지된 유사행위를 이용하여 도박을 한 자를 처벌하는 규정을 신설한 취지는 정당한 체육진흥투표권 발행사업자가 아닌 자의 스포츠 도박 사업 운영에 참여하여 도박을 하는 행위를 근절함으로써 사행성이 높은 불법적인 스포츠 도박 행위를 규제하고 체육진흥투표권 발행사업의 안정성과 공정성을 확보하려는 데에 있다. 한편 정보통신망을 이용하는 스포츠 도박 사업은 장소적 제약을 뛰어넘어 규제 정도가 낮은 국가의 정보통신망과 연동함으로써 쉽게 자국의 규제를 회피할 수 있고, 스포츠 도박이 합법화된 국가의 정보통신망을 이용하여 이루어지는 경우도 많다.

위와 같은 국민체육진흥법 규정의 내용, 유사행위 금지규정과 이를 이용한 도박 행위에 대한 처벌규정의 신설 경위, 정보통신망을 통한 스포츠 도박의 현황 등을 종합하여 보면, 대한민국 영역 내에서 해외 스포츠 도박 사이트에 접속하여 베팅을 하는 방법으로 체육진흥투표권과 비슷한 것을 정보통신망을 이용하여 발행받은 다음 결과를 적중시킨 경우 재산상 이익을 얻는 내용의 도박을 하였다면, 그 스포츠 도박 사이트를 통한 도박 행위는 국민체육진흥법 제26조 제1항에서 금지하고 있는 유사행위를 이용한 도박 행위에 해당하므로, 제48조 제3호에 따라 처벌할 수 있다. 이는 그 스포츠 도박 사이트의 운영이 외국인에 의하여 대한민국 영역 외에서 이루어진 것이라고 하더라도 마찬가지이다.

27 2022. 12. 1. 선고 2018도13867 판결 [업무상횡령·위계공무집행방해·증거인멸교사·방송법위반·변호사법위반] 226

구 방송법 제105조 제2호에서 정한 ‘허위 기타 부정한 방법’의 의미

구 방송법(2015. 12. 22. 법률 제13580호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘방송법’이라고 한다) 제105조 제2호는 ‘허위 기타 부정한 방법으로 제17조의 규정에 의한 재승인을 얻어 방송사업을 한 자’에 대하여 2년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 여기서 ‘허위 기타 부정한 방법’이라 함은 정상적인 절차·방법에 의해서는 방송법 제17조에 따른 재승인을 얻지 못할 수 있음에도 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위로서 재승인 여부에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 행위를 의미한다.

28 2022. 12. 1. 선고 2019도5925 판결 [병역법위반] 228

- [1] 구 병역법 제70조 제3항, 제94조에서 규정하는 국외여행허가의무 위반으로 인한 병역법 위반죄의 법적 성격(=즉시법) 및 공소시효 기산점(=국외여행허가기간 만료일)
- [2] 공소시효 정지에 관한 형사소송법 제253조 제3항의 입법 취지 / 위 규정에서 정한 ‘형사처분을 면할 목적’의 의미 및 국외에 체류한 범인에게 체류기간 동안 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었다고 볼 수 있는 경우

[1] 구 병역법(2002. 12. 26. 법률 제6809호로 개정되어 2003. 3. 27. 시행되기 전의 것, 이하 같다)은 제70조 제3항에서 국외여행의 허가를 받은 병역의무자가 허가기간 내에 귀국하기 어려운 때에는 기간만료 15일 전까지 병무청장의 기간연장허가를 받아야 한다고 정하고, 제94조에서 위 허가를 받지 않고 정당한 사유 없이 허가된 기간 내에 귀국하지 않은 사람은 3년 이하의 징역에 처한다고 정하였다(이하 ‘처벌조항’이라 한다).

처벌조항의 내용과 구 병역법 제94조의 입법 목적, 규정 체계 등에 비추어 볼 때, 처벌조항에서 규정하고 있는 국외여행허가의무 위반으로 인한 병역법 위반죄는 국외여행의 허가를 받은 병역의무자가 기간만료 15일 전까지 기간연장허가를 받지 않고 정당한 사유 없이 허가된 기간 내에 귀국하지 않은 때에 성립함과 동시에 완성되는 이른바 즉시범으로서, 그 이후에 귀국하지 않은 상태가 계속되고 있더라도 위 규정이 정한 범행을 계속하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 위 범죄의 공소시효는 범행종료일인 국외여행허가기간 만료일부터 진행한다.

[2] 공소시효 정지에 관한 형사소송법 제253조 제3항의 입법 취지는 범인이 우리나라의 사법권이 실질적으로 미치지 못하는 국외에 체류한 것이 도피의 수단으로 이용된 경우에 체류기간 동안 공소시효 진행을 저지하여 범인을 처벌할 수 있도록 하고 형벌권을 적정하게 실현하는 데 있다. 따라서 위 규정이 정한 ‘형사처분을 면할 목적’은 국외 체류의 유일한 목적으로 되는 것에 한정되지 않고 범인이 가지는 여러 국외 체류 목적 중에 포함되어 있으면 족하다. 범인이 국외에 있는 것이 형사처분을 면하기 위한 방편이었다면 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었다고 볼 수 있고, 위 ‘형사처분을 면할 목적’과 양립할 수 없는 범인의 주관적 의사가 명백히 드러나는 객관적 사정이 존재하지 않는 국외 체류기간 동안 ‘형사처분을 면할 목적’은 계속 유지된다.

29 2022. 12. 1. 선고 2022도1499 판결 (업무상과실치사) 231

- [1] 의사가 의료행위를 할 때 취하여야 할 주의의무 및 의료사고가 발생한 경우에 의사의 과실을 인정하기 위한 요건 / 의사의 주의의무의 내용과 정도 및 과실의 유무를 판단하는 기준
- [2] 의료행위가 의사들 사이의 분업적인 진료행위를 통하여 이루어지는 경우, 해당 의료행위에 필요한 주의의무의 준수 내지 위반이 있었는지 판단하는 기준 / 서로 대등한 지위에서 각자의 의료영역을 나누어 환자 진료의 일부를 분담한 경우, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여 주된 의사의 지위에서 환자를 진료하는 의사에게 책임을 인정할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 수련병원의 전문의와 전공의 등의 관계처럼 의료기관 내의 직책상 주된 의사의 지위에서 지휘·감독 관계에 있는 다른 의사에게 특정 의료행위를 위임하는 수직적 분업의 경우, 주된 의사의 업무상 주의의무 및 그 위반 여부의 판단 기준 / 주된 지위에서 진료하는 의사가 설명의무의 이행을 다른 의사에게 위임할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 다른 의사에게 의료행위와 함께 그로 인하여 발생할 수 있는 위험성에 대한 설명까지 위임한 주된 지위의 의사의 주의의무 위반에 따른 책임을 인정할 수 있는 경우
- [1] 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있는바, 의료사고가 발생한 경우에 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다. 의사의 이와 같은 주의의무의 내용과 정도 및 과실의 유무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되 그 의료수준은 같은 업무와 직무에 종사하는 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 의학의 수준, 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.
- [2] 어떠한 의료행위가 의사들 사이의 분업적인 진료행위를 통하여 이루어지는 경우에도 그 의료행위 관련 임상의학 분야의 현실과 수준을 포함하여 구체적인 진료환경 및 조건, 해당 의료행위의 특수성 등을 고려한 규범적인 기준에 따라 해당 의료행위에 필요한 주의의무의 준수 내지 위반이 있었는지 여부가

판단되어야 함은 마찬가지이다.

따라서 의사가 환자에 대하여 주된 의사의 지위에서 진료하는 경우라도, 자신은 환자의 수술이나 시술에 전념하고 마취과 의사로 하여금 마취와 환자 감시 등을 담당토록 하거나, 특정 의료영역에 관한 진료 도중 환자에게 나타난 문제점이 자신이 맡은 의료영역 내지 전공과목에 관한 것이 아니라 그에 선행하거나 병행하여 이루어진 다른 의사의 의료영역 내지 전공과목에 속하는 등의 사유로 다른 의사에게 그 관련된 협의진료를 의뢰한 경우처럼 서로 대등한 지위에서 각자의 의료영역을 나누어 환자 진료의 일부를 분담하였다면, 진료를 분담받은 다른 의사의 전적인 과실로 환자에게 발생한 결과에 대하여는 책임을 인정할 수 없다.

- [3] 수련병원의 전문의와 전공의 등의 관계처럼 의료기관 내의 직책상 주된 의사의 지위에서 지휘·감독 관계에 있는 다른 의사에게 특정 의료행위를 위임하는 수직적 분업의 경우에는, 그 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상 주된 의사는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, 만약 의사가 이와 같은 업무상 주의의무를 소홀히 하여 환자에게 위해가 발생하였다면 주된 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다. 이때 그 의료행위가 지휘·감독 관계에 있는 다른 의사에게 전적으로 위임된 것으로 볼 수 있는지 여부는 위임받은 의사의 자격 내지 자질과 평소 수행한 업무, 위임의 경위 및 당시 상황, 그 의료행위가 전문적인 의료영역 및 해당 의료기관의 의료 시스템 내에서 위임하에 이루어질 수 있는 성격의 것이고 실제로도 그와 같이 이루어져 왔는지 여부 등 여러 사정에 비추어 해당 의료행위가 위임을 통해 분담 가능한 내용의 것이고 실제로도 그에 관한 위임이 있었다면, 그 위임 당시 구체적인 상황하에서 위임의 합리성을 인정하기 어려운 사정이 존재하고 이를 인식하였거나 인식할 수 있었다고 볼 만한 다른 사정에 대한 증거가 없는 한, 위임한 의사는 위임받은 의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 책임이 있다고 할 수 없다.

나아가, 의료행위에 앞서 환자에게 그로 인하여 발생할 수 있는 위험성 등을 구체적으로 설명하여야 하는 주체는 원칙적으로 주된 지위에서 진료하는 의사가 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다. 따라서 이러한 경우 다른 의사에게 의료행위와 함께 그로 인하여 발생할 수 있는 위험성에 대한 설명까지 위임한 주된 지위의 의사의 주의의무 위반에 따른 책임을 인정하려면, 그 위임사실에도 불구하고 위임하는 의사와

위임받는 의사의 관계 및 지위, 위임하는 의료행위의 성격과 그 당시의 환자 상태 및 그에 대한 각자의 인식 내용, 위임받은 의사가 그 의료행위 수행에 필요한 경험과 능력을 보유하고 있는지 여부 등에 비추어 위임의 합리성을 인정하기 어려운 경우에 해당하여야 한다.

30 2022. 12. 1. 선고 2022도11950 판결 [업무상과실치상] 238

- [1] 업무상과실치상죄에서 말하는 ‘업무’의 의미와 범위
- [2] 골프와 같은 개인 운동경기에서, 경기 참가자의 주의의무와 경기보조원의 업무상 주의의무
 - [1] 업무상과실치상죄의 ‘업무’란 사람의 사회생활면에서 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무로, 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무의 내용으로 하는 업무도 포함한다.
 - [2] 골프와 같은 개인 운동경기에서, 경기에 참가하는 자는 자신의 행동으로 인해 다른 사람이 다칠 수도 있으므로 경기규칙을 준수하고 주위를 살펴 상해의 결과가 발생하는 것을 미연에 방지해야 할 주의의무가 있고, 경기보조원은 그 업무의 내용상 기본적으로는 골프채의 운반·이동·취급 및 경기에 관한 조언 등으로 골프경기 참가자를 돕는 역할을 수행하면서 아울러 경기 진행 도중 위와 같이 경기 참가자의 행동으로 다른 사람에게 상해의 결과가 발생할 위험성을 고려해 예상할 수 있는 사고의 위험을 미연에 방지하기 위한 조치를 취함으로써 경기 참가자들의 안전을 배려하고 그 생명·신체의 위험을 방지할 업무상 주의의무를 부담한다.