

대법원 2022. 12. 29. 선고 중요판결 요지

민 사

2017다261882 구상금 (나) 상고기각

[물상보증인이 채권자를 상대로 하여 담보보존의무 위반을 이유로 불법행위 손해배상책임을 구하는 사건]

◇채권자의 담보권 포기행위가 물상보증인 등 대위변제할 이익 있는 제3자에 대한 담보보존의무 위반으로서 불법행위에 해당하는지(원칙적 소극), 담보권 포기행위가 불법행위로 인정되는 특별한 사정◇

민법 제485조는 “제481조의 규정에 의하여 대위할 자가 있는 경우에 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 때에는 대위할 자는 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 그 책임을 면한다.”라고 정한다. 이는 보증인 등 법정대위를 할 자가 있는 경우에 채권자에게 담보보존의무를 부담시킴으로써 대위할 자의 구상권과 대위에 대한 기대권을 보호하려는 것이다(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다91788 판결, 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결 등 참조). 법정대위를 할 자는 채권자가 고의나 과실로 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 때에는 원칙적으로 민법 제485조에 따라 면책을 주장할 수 있을 뿐이지만(대법원 2000. 1. 21. 선고 97다1013 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다106218 판결 등 참조), 채권자가 제3자에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담하는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 채권자의 담보권의 포기 행위가 불법행위에 해당할 수 있다(대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다42677 판결 참조).

☞ 피고1(채무자)과 원고(물상보증인)가 각 1/2 지분씩 소유하는 이 사건 토지에 공동저당권을 보유하던 피고2(채권자)가 물상보증인인 원고 지분에 관하여만 담보권 실행을 위한 경매를 신청하여 개시된 이 사건 경매절차에서 원고 지분이 매각되어 매수인이 매각대금을 완납하였음. 이로써 원고는 이 사건 토지 지분의 소유권을 상실하였고 매각대금의 배당절차만이 남게 되었고, 피고2는 1순위 저당권자로서 신고한 채권 전액을 배당받을 것이 예정되어 있었음. 위 배당절차에서 채권자인 피고2에게 배당이 이루어지면 민법 제481조, 제482조의 규정에 따라 이 사건 토지 중 채무자인 피고1 지분에 관한 피고 2 명의의 근저당권에 대하여 원고의 변제자대위가 당연히 이루어질 것으로 예상되던 상황

이였음. 이와 같은 상태에서 피고2는 피고1 지분에 관한 근저당권설정등기를 말소해 주자, 피고1 지분에 관한 근저당권에 대하여 변제자대위권을 행사할 수 있을 것으로 기대하던 원고(물상보증인)가 피고2의 근저당권 임의 말소행위가 자신에 대한 불법행위에 해당한다고 주장하며 손해배상을 구하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 재확인 하면서, 이 사건에서의 아래와 같은 사정이 채권자에게 담보보존의무가 인정되고 그에 위반한 담보권 포기행위가 불법행위로 인정되는 특별한 사정에 해당한다고 판단하고 피고2의 상고를 기각하여, 피고2의 담보보존의무위반에 따른 손해배상책임을 인정한 원심판결을 수긍하였음

- 경매절차에서 물상보증인 제공 부동산이 매각되어 매수인이 매각대금을 완납하여 원고(물상보증인)는 부동산 소유권을 상실하였고 매각대금의 배당절차만이 남게 되었고, 피고2(채권자)는 1순위 저당권자로서 신고한 채권 전액을 배당받을 것이 예정되어 있었음

- 피고 2에게 배당이 이루어지면 민법 제481조, 제482조의 규정에 따라 이 사건 토지 중 채무자인 피고 1 지분에 관한 피고 2 명의의 근저당권에 대하여 원고의 변제자대위가 당연히 이루어질 것으로 예상되던 상황이었음

- 이 사건에서 물상보증인인 원고의 지분에 관하여 담보권이 실행될 가능성이 단순히 예상되는 수준을 넘어 실제로 현실화됨으로써 원고는 배당절차를 통하여 변제가 이루어졌을 때에 준하는 변제자대위에 관한 정당한 기대를 가지게 되었고, 이러한 특별한 사정이 있는 때에는 채권자인 피고 2는 원고에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담함. 그럼에도 불구하고 피고 2가 곧 변제자대위의 대상이 될 채무자에 대한 근저당권설정등기를 말소하여 줌으로써 저당권을 포기한 행위는 변제자대위에 의하여 취득한 권리의 침해에 준하는 물상보증인의 변제자대위에 대한 정당한 기대를 침해하는 행위로서 민법 제750조에 정한 불법행위에 해당함

2019다210697 구상금 (라) 파기환송

[사용자책임을 부담한 사용자가 피용자에게 구상금을 청구할 때 신원보증보험계약에 따라 지급받은 보험금의 공제 가부가 문제된 사안]

◇1. 신원보증보험계약 중 피보험자의 피용자인 피보증인의 행위로 인하여 피보험자가 제3자에 대하여 법률상 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상하는 것을 내용으로 하는 부분의 성격(=손해보험 중에서도 일종의 영업책임보험), 2. 이러한 신원보증보험에서 피보험자가 피보증인의 행위로 인해 제3자가 입은 손해를 배상하였는데, 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 부분이 있는 경우, 피보증인에게 구상책임

의 이행을 구할 수 있는지 여부(적극) 및 이러한 경우 구상 청구가 가능한 범위◇

이 사건 신원보증보험계약(특별약관 포함) 중 피보험자가 법률상의 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해에 대하여 보험자가 보상하기로 약정한 부분은, 피보험자가 피보증인의 행위로 인하여 직접 입은 손해를 보상하는 것이 아니라 피보험자의 피용인인 피보증인의 행위로 인하여 제3자가 손해를 입게 된 결과 피보험자가 그 제3자에 대하여 법률상 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상하는 것을 그 내용으로 하고 있으므로, 손해보험 중에서도 일종의 영업책임보험(상법 제721조)의 성격을 가지고 있다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2005다15949 판결 등 참조). 따라서 이러한 신원보증보험에 있어서 피보증인의 행위로 인하여 제3자가 입은 손해를 배상한 피보험자는, 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 부분에 대하여 피보증인을 상대로 구상책임(다만 신의칙 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임이다. 이하 같다)의 이행을 청구할 수 있다. 이때 피보험자와 피보증인 사이에 적용되는 법령이나 단체협약, 취업규칙 등에서 달리 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 피보험자는 제3자에게 지급한 전체 손해배상액에서 보험금으로 전보되지 않고 남은 부분이 피보증인의 구상책임액보다 많은 경우에는 피보증인에 대하여 구상책임액 전부를 이행할 것을 청구할 수 있고, 위 남은 부분이 피보증인의 구상책임액보다 적을 경우에는 그 남은 부분의 구상을 청구할 수 있다.

☞ 금융투자업자인 원고(주식회사)는 A보증보험 주식회사(이하 A)와 사이에 피보험자를 원고로 하고 피보증인을 원고의 피용자인 피고로 하여 신원보증보험계약(이하 '이 사건 신원보증보험계약')을 체결하였는데, 그 특별약관에서는 '피보증인이 피보험자를 위하여 그 사무를 처리함에 있어 중대한 과실이나 선량한 관리자로서의 책임을 다하지 못함으로써 피보험자가 입은 재산상의 직접손해(피보험자가 위의 사유로 법률상의 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 포함)에 대하여도 법원의 판결 등에 따라 피보증인에게 변상책임이 있다고 확정된 경우에는 보상한다'는 취지로 규정하였음. 피고의 투자권유에 따라 투자를 하였다가 손해를 보게 된 피해자들은 원고를 상대로 피고의 설명의무위반 등으로 인한 손해배상청구의 소를 제기하였고, 원고는 그 확정판결에 따라 피해자들에게 1,881,697,453원의 손해배상금을 지급하였음. 원고는 A로부터 이 사건 신원보증보험계약에 따라 보험금으로 200,000,000원을 지급받은 후, 피고에게 구상금 1,681,697,453원의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 원심은, 피고의 책임을 20%로 제한하여 그 구상책임액을 376,339,490원(= 1,881,697,453원 × 20%, 원 미만 버림)으로 정한 후, 원고가 A로부터 이 사건 신원보증보험계약에 따라 수령한 보험금 200,000,000원을 공제한 잔액인 176,339,490원이 피

고가 원고에게 지급하여야 할 구상금이라고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시한 다음, 원심판결에 따르면 신의칙에 의하여 제한된 피고의 구상책임액은 376,339,490원이고 원고가 투자자들에게 지급한 전체 손해배상액 1,881,697,453원에서 원고가 A로부터 수령한 보험금 200,000,000원을 공제한 잔액은 1,681,697,453원으로 피고의 구상책임액을 초과하므로, 피고는 원고에게 구상금으로 위 376,339,490원 전액을 지급할 의무가 있다고 판단하고, 이와 달리 원고가 수령한 보험금 200,000,000원 전액을 공제한 원심판결을 파기·환송하였음

2019다272275 손해배상(기) (다) 파기환송

[무권리자의 무효 등기 후 제3자의 등기부취득시효가 완성되자 소유권을 상실한 원 소유자가 무권리자를 상대로 부당이득반환청구를 한 사건]

◇무권리자가 소유자 있는 부동산에 관하여 원인 없이 등기를 마치고 제3자에게 매도하여 등기를 마쳐준 후 제3자의 등기부취득시효가 완성된 경우, 원소유자가 무권리자를 상대로 하여 제3자로부터 받은 매매대금에 관한 부당이득반환을 구할 수 있는지(소극)◇

적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권 보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다. 따라서 이 경우 원소유자가 소유권을 상실하지 아니하고, 또 무권리자가 제3자와 체결한 매매계약의 효력이 원소유자에게 미치는 것도 아니므로, 무권리자가 받은 매매대금이 부당이득에 해당하여 이를 원소유자에게 반환하여야 한다고 볼 수는 없다.

한편 무권리자로부터 부동산을 매수한 제3자나 그 후행 등기 명의인이 과실 없이 점유를 개시한 후 소유권이전등기가 말소되지 않은 상태에서 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의로 점유를 계속하여 10년이 경과한 때에는 민법 제245조 제2항에 따라 바로 그 부동산에 대한 소유권을 취득하고(대법원 1999. 12. 10. 선고 99다25785 판결 등 참조), 이때 원소유자는 소급하여 소유권을 상실함으로써 손해를 입게 된다. 그러나 이는 민법 제245조 제2항에 따른 물권변동의 효과일 뿐 무권리자와 제3자가 체결한 매매계약의 효력과는 직접 관계가 없으므로, 무권리자가 제3자와의 매매계약에 따라 대금을 받음으로써 이익을 얻었다고 하더라도 이로 인하여 원소유자에게 손해를 가한 것이라고 볼 수도 없다.

☞ 이 사건 토지는 일제강점기 甲이 사정받은 토지인데, 6·25전쟁으로 지적공부가 멸실되었다가 1977년 소유자 미기재 상태로 임야대장이 복구되었고, 피고(대한민국)는 1986년 甲이 사정받은 사실을 알지 못한 상태에서 원인 없이 소유권보존등기를 마치고 1997년

乙에게 이를 5,499만 원에 매도하여 소유권이전등기를 마쳐주었음

☞ 甲의 후손인 원고들은 2017년 비로소 乙을 상대로 소유권이전등기말소를 청구하였으나, 乙의 등기부취득시효가 완성되었음을 이유로 패소하자(확정), 피고에게 주위적으로 국가배상을, 예비적으로 부당이득반환을 청구하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 판시하고, 이와 달리 피고가 乙로부터 받은 매매대금은 부당이득에 해당한다고 판단한 원심판결을 파기·환송하였음

2021다253710 건물인도 (나) 파기환송

[경매개시결정 기입등기 이후에 유치권 성립요건을 갖춘 자가 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지가 문제된 사건]

◇경매개시결정 전에 성립된 유치권이 변제기 유예로 소멸되었으나 점유를 계속하던 중 경매개시결정이 되고 그 후 변제기가 재차 도래하여 유치권의 성립 요건을 다시 충족하게 된 경우, 그 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부(한정 적극)◇

민사집행법 제91조 제3항이 “지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.”라고 규정하고 있는 것과는 달리, 같은 조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”라고 규정하고 있으므로, 유치권은 특별한 사정이 없는 한 그 성립 시기에 관계없이 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하지 않는다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결 등 참조). 다만, 부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 비로소 그 부동산에 유치권을 취득한 경우에도 아무런 제한 없이 경매절차의 매수인에 대한 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적정하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있으므로, 그러한 경우까지만 압류채권자를 비롯한 다른 이해관계인들의 희생 아래 유치권자만을 우선 보호하는 것은 집행절차의 법적 안정성이라는 측면에서 받아들일 수 없다. 그리하여 대법원은 집행절차의 법적 안정성을 보장할 목적으로 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 부동산의 점유를 이전받거나 피담보채권이 발생하여 유치권을 취득한 경우에는 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 없다고 본 것이다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결, 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결 등 참조).

피고가 경매개시결정 전후로 계속하여 경매목적물을 점유해 온 이 사건에서 피고의 공사대금채권의 변제기가 변제기 유예 이전에 이미 도래하여 피고가 이 사건 경매개시결정등기 전에 유치권을 취득하였을 경우, 이 사건 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 피고가 다시 유치권을 취득하였다고 볼 여지가 있다. 또한 경매개시결정 전후로 유치권자가 부동산을 계속 점유하면서 집행법원에 유치권을 신고하였고 현황조사보고서에 이러한 사정이 기재되기도 하였으며 유치권의 존재를 확인하는 판결까지 확정되어 매수인 등이 유치권이 존재한다는 점을 알고 있었던 것으로 보이고 달리 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의로 작출하였다는 사정을 찾아볼 수 없다. 그렇다면 이 사건에서는 유치권의 행사를 허용하더라도 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 주지 않고 집행절차의 법적 안정성을 해치지 않아 유치권의 행사를 제한할 필요가 없으므로, 피고는 경매절차의 매수인인 원고에게 유치권을 주장할 수 있다고 봄이 타당하다.

☞ 경매절차에서 이 사건 부동산을 매수한 원고가, 유치권을 주장하면서 이 사건 부동산을 계속하여 점유해 오고 있는 공사업자인 피고에 대하여 부동산 인도 및 부당이득반환을 청구한 사안임

☞ 대법원은, 이 사건 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 피고가 다시 유치권을 취득하였다고 볼 여지가 있는데, 경매개시결정 전후로 피고가 부동산을 계속 점유하면서 집행법원에 유치권을 신고하였고 현황조사보고서에 이러한 사정이 기재되기도 하였으며 유치권의 존재를 확인하는 판결까지 확정되어 매수인 등이 유치권이 존재한다는 점을 알고 있었던 것으로 보이고 달리 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의로 작출하였다는 사정을 찾아볼 수 없는 이 사건에서, 다시 취득한 유치권의 행사를 허용하더라도 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 주지 않고 집행절차의 법적 안정성을 해치지 않아 유치권의 행사를 제한할 필요가 없어 피고는 경매절차의 매수인인 원고에게 유치권을 주장할 수 있다고 봄이 타당하다고 판단하고, 변제기 유예 전에 공사대금채권의 변제기가 도래하여 피고가 이 사건 경매개시결정등기 전에 유치권을 취득한 적이 있고 이 사건 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 다시 유치권을 취득한 것인지 등을 더 심리하지 아니한 채, 이와 달리 변제기 유예로 경매개시결정 당시 피고의 공사대금채권이 변제기에 있지 않았다는 이유만으로 피고가 유치권을 주장할 수 없다고 판단한 원심판결을 파기·환송하였음

[농업협동조합중앙회(이하 '중앙회')로부터 분리된 농협경제지주회사의 자회사가 농업협동조합법 제8조 및 제161조의4 제2항에 따라 부담금을 면제받는다고 주장하면서 이미 납부한 전기부담금에 대한 부당이득 반환을 청구한 사안]

◇1. 조세나 부과금 등의 부담금에 관한 법률의 해석 방법, 2. 농협경제지주회사의 자회사가 농업협동조합법 제8조에 따른 부과금 면제 대상에 해당하는지 여부(소극) 및 농업협동조합법 제161조의4 제2항에 따라 특정 사업을 수행하여 중앙회로 보게 되는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)◇

1. 조세나 부과금 등의 부담금에 관한 법률의 해석에 관하여, 그 부과요건이거나 감면요건을 막론하고 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 하고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않는다. 특히 감면요건 규정 중 명백히 특혜규정이라고 볼 수 있는 것은 엄격하게 해석하는 것이 공평원칙에도 부합한다(대법원 1998. 3. 27. 선고 97누20090 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001두731 판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결 등 참조).

2. 이 사건과 관련한 농업협동조합법 규정의 개정경과는 다음과 같다.

1) 1957. 2. 14. 법률 제436호로 제정된 농업협동조합법은 제7조에서 “조합, 중앙회에는 소득세, 법인세, 영업세, 인지세, 등록세와 그 부가세를 부과하지 아니한다.”라고 정하였다.

2) 1961. 7. 29. 법률 제670호로 폐지제정된 농업협동조합법은 제8조에서 “조합과 중앙회의 업무 및 재산에 대하여는 국가나 지방자치단체의 세금과 부과금을 면제한다. 단, 관세와 물품세는 예외로 한다.”라고 정하여 업무 및 재산에 대하여만 면제하는 것으로 면제요건을 축소하는 대신 부과금까지 면제 범위를 확대하였다.

3) 1999. 9. 7. 법률 제6018호로 폐지제정된 농업협동조합법은 제8조에서 “조합과 중앙회의 업무 및 재산에 대하여는 국가 및 지방자치단체의 조세외의 부과금을 면제한다.”라고 정하여 부과금만 면제하는 것으로 면제 범위를 축소하였다.

4) 2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정된 농업협동조합법은 제8조에서 “조합등과 중앙회의 업무 및 재산에 대하여는 국가 및 지방자치단체의 조세외의 부과금을 면제한다.”라고 정하여 조합등에게까지 부과금을 면제하는 것으로 면제 대상을 확대하였다.

5) 2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정된 농업협동조합법은 중앙회의 경제사업과 신용사업을 분리하여 농협경제지주회사와 농협금융지주회사를 신설하고, 그에 따른 규정을 정비하였다. 제8조에서는 “조합등, 중앙회 및 이 법에 따라 설립된 농협경제지주회사등의 업무와 재산에 대하여는 국가와 지방자치단체의 조세 외의 부과금을 면제한다.”라고 정하

면서 제134조의2 제5항에서는 “농협경제지주회사 및 그 자회사가 중앙회의 사업 중 대통령령으로 정하는 사업을 수행하는 경우에는 농협경제지주회사 및 그 자회사를 중앙회로 본다.”라고 정하였다. 이와 함께 농협금융지주회사의 자회사로서 농협은행(제134조의4), 농협생명보험 및 농협손해보험(제134조의5)의 설립에 관한 규정을 두었으나, 농협경제지주회사에 대하여는 부칙에서 위 법률 시행일 이후 경제사업활성화계획을 수립한 후 중앙회로부터 경제사업을 이관받기로 정하였을 뿐 농협경제지주회사의 자회사 설립에 관한 규정을 두지 않았다.

6) 2016. 12. 27. 법률 제14481호로 개정된 농업협동조합법은 중앙회가 농협경제지주회사에 경제사업을 이관한 데 따른 법령을 정비하면서 제161조의4 제1항 각호에서 농협경제지주회사와 그 자회사가 수행하는 업무를 정하고 제161조의4 제2항에서 “농협경제지주회사 및 그 자회사가 제1항 제1호 및 제2호의 사업 중 대통령령으로 정하는 사업을 수행하는 경우에는 농협경제지주회사 및 그 자회사를 중앙회로 본다.”라고 정하였다. 그러나 위 법률에서도 농협경제지주회사의 자회사 설립에 관한 규정을 두지 않았고 부과금 면제를 정한 제8조의 개정도 이루어지지 않았다.

3. 위와 같이 농업협동조합법은 제8조에서 중앙회로부터 분리된 농협금융지주회사의 자회사 중 농협은행, 농협생명보험, 농협손해보험 등 3개 회사만 부과금 면제 대상으로 열거하고 있다. 그리고 제161조의4 제2항에서 중앙회의 사업구조 개편과정에서 설립된 농협경제지주회사 및 그 자회사를 중앙회로 보는 조항을 두게 된 것은 중앙회가 다른 법률에 따라 특정 사업을 수행하면서 받았던 조세감면, 자금지원 등의 혜택을 중앙회로부터 이어받아 수행하게 된 농협경제지주회사 및 그 자회사도 누릴 수 있도록 하기 위한 것으로 이해된다.

4. 이와 같은 부과금 등의 부담금에 관한 농업협동조합법의 개정경과, 농업협동조합법 제8조의 문언 해석, 농업협동조합법 제161조의4 제2항의 문언과 그 입법취지, 농협경제지주회사와 농협금융지주회사와의 형평 등을 종합적으로 고려하면, 농협경제지주회사의 자회사인 원고는 농업협동조합법 제8조에 따른 부과금 면제 대상에 해당하지 않고, 농업협동조합법 제161조의4 제2항에 따라 특정 사업을 수행하여 중앙회로 보게 되는 경우에도 마찬가지라고 보는 것이 타당하다.

☞ 원고는 중앙회로부터 분할·설립된 주식회사로 농업협동조합법에 따라 중앙회로부터 분리된 농협경제지주회사의 완전자회사이고, 피고는 전력자원 개발 등을 목적으로 하는 공법인임. 농업협동조합법 제8조가 열거한 부과금의 면제 대상에 농협경제지주회사의 자회사인 원고는 포함되어 있지 않으나, 같은 법 제161조의4 제2항은 농협경제지주회사 및

그 자회사가 대통령령으로 정하는 사업을 수행하는 경우에는 농협경제지주회사 및 그 자회사를 중앙회로 본다는 취지로 정하는바, 원고는 같은 법 제161조의4 제2항에 따라 원고도 부과금 면제대상이라고 주장하면서 피고에게 이미 납부한 전기부담금을 부당이득으로 반환 청구하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 원심은, 농업협동조합법 제8조에 따른 부과금 면제대상에 농협경제지주회사의 자회사가 포함되어 있지 않고, 농업협동조합법 제161조의4 제2항의 의제조항에 따라 위 제8조에도 의제 효과가 바로 미친다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각함

☞ 대법원도 위와 같은 법리를 실시하면서 원고가 부과금 면제 대상에 해당하지 않는다고 판단하여, 원심의 판단을 수긍함

2022다263448 손해배상(기) (라) 파기환송

[원고가 조합원 아닌 개인의 지위에서 동업재산의 횡령으로 인한 손해배상을 청구한 사건]

◇1. 조합원이 조합재산을 횡령하는 행위로 인해 손해를 입은 주체(=조합), 2. 조합원을 상대로 조합재산 횡령행위로 인한 손해배상을 구하는 경우 소송의 형태(=전 조합원의 고유필수적 공동소송)◇

조합원이 조합재산을 횡령하는 행위로 인하여 손해를 입은 주체는 조합재산을 상실한 조합이므로, 이로 인하여 조합원이 조합재산에 대한 합유지분을 상실하였다고 하더라도 이는 조합원의 지위에서 입은 손해에 지나지 않는다. 따라서 조합원으로서 조합관계를 벗어난 개인의 지위에서 손해배상을 구할 수는 없고(대법원 1997. 11. 28. 선고 95다35302 판결, 대법원 2005. 12. 8. 선고 2004다30682 판결 등 참조), 그 손해배상채권은 조합원 전원의 준합유에 속하므로 원칙적으로 전 조합원이 고유필수적 공동소송에 의하여만 구할 수 있다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다82639 판결 등 참조).

☞ 원고와 피고들은 도마를 제작·수입·판매하기로 하는 동업계약을 체결하였음. 원고는 주위적 피고에게 동업재산인 도마 전량을 횡령하는 행위로 인해 원고가 입은 손해의 배상을 청구하는 것 등을 내용으로 하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 대법원은, 주위적 피고의 횡령행위로 인한 손해배상채권은 동업계약 당사자인 원고와 피고들의 준합유에 속하는 것으로 원고로서는 조합관계를 벗어난 개인의 지위에서 손해배상을 구할 수는 없다고 판단하였음. 이에 따라, 원고가 조합원 아닌 개인의 지위에서 주위적 피고에 대한 도마 가액 중 원고의 수익분배비율 상당액에 대한 손해배상 청구를 인용한 원심판결을 파기·환송하였음

2022다263462 부당이득금 (바) 파기환송(일부)

[원심의 변론재개의무 위반 여부 및 답변서의 부대항소장 취급이 적절한지가 문제된 사건]

◇1. 법원의 변론재개의무가 인정되는 예외적인 요건 및 당사자 본인이 소송을 수행하면서 다툼이 있는 사실에 관하여 무지, 부주의나 오해로 인하여 증명을 하지 않는 경우, 법원이 증명을 촉구하는 등의 방법으로 석명권을 행사하여야 하는지 여부(적극), 2. 원고 일부 패소의 제1심판결에 대하여 원고만 항소한 사건에서 피고의 답변서를 부대항소장으로 취급하기에 앞서 항소심 법원이 취하여야 할 조치◇

1. 당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결 등 참조). 법원이 당사자 간에 다툼이 있는 사실에 관하여 증거가 없는 모든 경우에 증명책임이 있는 당사자에게 증명을 촉구하여야 하는 것은 아니지만, 소송의 정도로 보아 당사자가 무지, 부주의나 오해로 인하여 증명을 하지 않는 경우, 더욱이 법률전문가가 아닌 당사자 본인이 소송을 수행하는 경우라면, 증명을 촉구하는 등의 방법으로 석명권을 적절히 행사하여 진실을 밝혀 구체적 정의를 실현하려는 노력을 게을리하지 말아야 한다(대법원 1989. 7. 25. 선고 89다카4045 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다59531 판결 등 참조).

따라서 원고 본인소송으로 진행된 제1심에 대하여 피고가 항소심에서 비로소 응소하면서 제1회 변론기일에 임박해 새로운 항변이 포함된 준비서면 등을 제출하고 그대로 변론이 종결된 후 원고가 피고의 항변에 대응한 재항변이나 반박 주장을 기재한 참고서면 등을 제출하면서 변론재개신청 등을 하였다면, 항소심으로서 변론재개의 필요성에 관하여 세심하게 살펴보아야 한다.

2. 피고가 원심에 이르러 비로소 제출한 답변서에서 원고 청구의 전부 기각을 구하면서 제1심판결 중 원고 승소부분에까지 영향을 미치는 항변 사유를 기재하였으나 답변서 말미에서 항소기각을 구하는 취지도 함께 기재한 점, 피고는 제1심판결을 확인하고서 제1심판결에서 인용된 금액의 액수 자체는 다투지 않고 원고에게 지급한 점 등에 비추어 보면,

원고 일부 패소의 제1심판결에 대하여 원고만 항소한 이 사건에서 원심으로서는 석명권을 행사하여 피고에게 제1심판결 중 원고 승소부분에 대하여 부대항소 제기 의사가 있는지를 확인하고, 부대항소를 제기하는 취지라면 불복신청의 범위를 특정하게 하고 법령에 따른 인지를 붙이도록 한 후 소송절차에서 '부대항소인'으로 취급함으로써 항소심의 심판 범위를 명확히 하였어야 한다.

☞ 공시송달로 진행된 제1심 일부 인용 판결에 대하여 원고가 패소부분에 불복해 항소하자, 피고가 원심에서 비로소 응소하면서 변론기일에 임박해 항변이 포함된 답변서를 제출함으로써 원고가 재반박할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 원심 변론종결 후 원고가 제출한 참고서면에 피고의 항변을 배척할 수 있는 재항변 사유가 포함되어 있던 사안에서, 원고의 위 참고서면을 변론재개 신청으로 선택할 수 있었으므로 원심으로서는 변론을 재개하여 원고에게 주장·증명의 기회를 주는 등 추가적인 심리를 하였어야 한다고 보아 변론재개 없이 피고의 주장을 전면적으로 받아들이는 판단을 한 원심을 파기·환송한 사례

☞ 한편, 원심은 별다른 조치 없이 피고의 답변서를 부대항소 취지로 보고 그 부대항소를 인용함으로써 제1심 판결 중 원고 승소부분까지 취소하고 원고의 청구를 전부 기각하였으나, 대법원은 판시와 같은 이유를 들어 원심이 예상외의 재판으로 당사자 일방인 원고에게 불의의 타격을 가하는 것으로서, 이 부분 석명 의무 위반의 잘못이 있음도 지적한 사례

2022다264434 손해배상(의) (다) 파기환송

[다발성 간농양 진단을 받은 망인을 상대로 피고 병원 의료진이 경피적 배액술만 시도하고 외과적 배액술을 시도하지 않다가 사망에 이르게 한 사안에서 유족들인 원고들이 의료과실을 주장하며 손해배상을 청구한 사건]

◇1. 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때 요구되는 주의의무의 정도를 판단하는 기준 및 의사의 질병 진단 결과에 과실이 없다고 인정되는 경우 그 요법으로서 취할 조치에 관한 의사의 재량의 범위, 2. 환자에게 발생한 나쁜 결과에 관하여 의료상의 과실이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 인과관계를 추정할 수 있는지 여부(적극) 및 그 한계◇

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 의

료행위를 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(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결 등 참조). 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 잦은 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(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결, 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결, 2020. 11. 26. 선고 2020다244511 판결 등 참조).

2. 한편 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인 으로서는 의사의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 매우 어려운 특수성이 있다. 따라서 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 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다22030 판결 등 참조).

☞ 대법원은 위와 같은 법리에 따라, 피고 병원 의료진이 망인에게 경피적 배액술을 계속 유지한 것이 망인의 증상이나 상황에 따른 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하지 않은 것이라거나 선택 가능한 진료방법 중 합리적인 재량 범위를 벗어난 것으로서 과실로 볼 만한 정도라고 평가하기 어렵고, 특히 망인에 대한 외과적 배액술의 실시가 실제 가능한 상태였는지, 수술기술이나 방법, 수반되는 위험성은 무엇인지, 수술적 조치를 받았더라면 사망의 결과에 이르지 않았을 것인지 등을 확인한 후 당시 망인의 임상상태나 의학상식에 비추어 경피적 배액술 외에 외과적 배액술을 실시하는 것이 통상

의 의사라면 당연히 선택할 만한 정도였는지를 살폈어야 했음에도 곧바로 과실을 인정한 것에는 의료행위에서 주의의무의 판단기준, 의료행위의 재량성 및 입증책임의 분배 등에 관한 법리오해와 심리미진의 위법이 있음을 이유로 원심을 파기한 사례

2022다266645 약정금 (마) 파기환송(일부)

[조건부 약정을 체결한 당사자가 신의칙에 반하는 방해행위를 한 경우 조건의 성취를 의제할 수 있는지와 관련하여 조건의 성취가능성(인과관계)이 문제된 사건]

◇민법 제150조 제1항이 정한 ‘조건의 성취를 방해한 때’의 의미 및 그 판단기준, 조건의 성취가능성이 현저히 낮은 경우 상대방의 방해행위만으로 조건의 성취를 의제할 수 있는지 여부(소극)◇

민법 제150조 제1항은 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다고 정함으로써, 조건이 성취되었다라면 원래 존재했어야 하는 상태를 일방 당사자의 부당한 개입으로부터 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 이 조항은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 법질서의 기본원리가 발현된 것으로서(대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다2757 판결 참조), 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결 참조).

다만 일방 당사자의 신의성실에 반하는 방해행위 등이 있었다는 사정만으로 곧바로 민법 제150조 제1항에 의해 그 상대방이 발생할 것으로 희망했던 결과까지 의제된다고 볼 수는 없으므로, 여기서 말하는 ‘조건의 성취를 방해한 때’란 사회통념상 일방 당사자의 방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것으로 볼 수 있음에도 방해행위로 인하여 조건이 성취되지 못한 정도에 이르러야 하고, 방해행위가 없었더라도 조건의 성취가능성이 현저히 낮은 경우까지 포함되는 것은 아니다. 만일 위와 같은 경우까지 조건의 성취를 의제한다면 단지 일방 당사자의 부당한 개입이 있었다는 사정만으로 곧바로 조건 성취로 인한 법적 효과를 인정하는 것이 되고 이는 상대방으로 하여금 공평·타당한 결과를 초과하여 부당한 이득을 얻게 하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

한편 일방 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였는지 여부는 당사자들이 조건부 법률행위 등을 하게 된 경위나 의사, 조건부 법률행위의 목적과 내용, 방해행위의 태양, 해당 조건의 성취가능성 및 방해행위가 조건의 성취에 미친 영향, 조건의 성취에 영향을 미치는 다른 요인의 존재 여부 등 여러 사정을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.

☞ 원고는 피고 회사에 1,000만 원을 투자하면서 피고 회사가 전자제품 개발 및 판매 사업을 추진하여 매출이 발생하면 투자금의 5배에 해당하는 배당금을 상환받기로 약정하였는데, 피고 회사가 관련 제품의 개발 등을 전혀 하지 않는 등 처음부터 조건(위 매출 발생)을 성취시킬 의사가 없었던 이상 위 조건(위 매출의 발생)의 성취를 방해한 경우에 해당하여 민법 제150조 제1항에 따라 조건 성취가 의제된다면서 피고 회사를 상대로 약정금(투자금의 5배인 5,000만 원) 지급을 구한 사안임

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 판시하고, 이 사건의 제반사정상 조건의 성취가능성이 현저히 낮음에도 불구하고, 이와 달리 원고 주장의 사정이 피고 회사의 조건성취 방해행위로 평가된다는 이유만으로 조건이 성취되었다고 판단한 원심판결을 파기(일부)·환송하였음

형 사

2017도10007 의료법위반 (카) 상고기각

[호스피스 의료기관에서 근무하는 의사인 피고인이 부재중에 입원환자가 사망한 경우 간호사인 피고인들에게 환자의 사망 여부를 확인한 다음 사망진단서를 작성하여 유족들에게 발급하도록 하여 무면허 의료행위로 인한 의료법위반 및 이에 대한 교사로 기소된 사안]

◇사망징후관찰이 간호사의 업무에 해당하는지 여부 및 간호사가 사망의 진단을 한 경우 무면허 의료행위에 해당하는지 여부(적극)◇

구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13685호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 의료법'이라 한다) 제27조 제1항은 의료인에게만 의료행위를 허용하고, 의료인이라고 하더라도 면허된 의료행위만 할 수 있도록 하여, 무면허 의료행위를 엄격히 금지하고 있다. 여기서 '의료 행위'라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2017도19422 판결, 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019두50014 판결 등 참조).

의사·치과의사 또는 한의사(이하 '의사 등'이라 한다)가 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사 등의 책임 아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자이다. 간호사가 의사 등의 진료를 보조하는 경우 모든 행위 하나하나마다 항상 의사 등이 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따

라서는 의사 등이 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있으나, 이는 어디까지나 의사 등이 그의 주도로 의료행위를 실시하면서 그 의료행위의 성질과 위험성 등을 고려하여 그중 일부를 간호사로 하여금 보조하도록 지시 내지 위임할 수 있다는 것을 의미하는 것에 그친다. 이와 달리 의사 등이 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사 등이 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결 등 참조).

환자가 사망한 경우 사망 진단 전에 이루어지는 사망징후관찰은 구 의료법 제2조 제2항 제5호에서 간호사의 임무로 정한 '상병자 등의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조'에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행하여야 하는 의료행위이고, 간호사는 의사 등의 개별적 지도·감독이 있더라도 사망의 진단을 할 수 없다. 사망의 진단은 사망 사실과 그 원인 등을 의학적·법률적으로 판정하는 의료행위로서 구 의료법 제17조 제1항이 사망의 진단 결과에 관한 판단을 표시하는 사망진단서의 작성·교부 주체를 의사 등으로 한정하고 있고, 사망 여부와 사망 원인 등을 확인·판정하는 사망의 진단은 사람의 생명 자체와 연결된 중요한 의학적 행위이며, 그 수행에 의학적 전문지식이 필요하기 때문이다.

☞ 호스피스 의료기관에서 근무하는 의사인 피고인이 부재중에 입원환자가 사망한 경우 간호사인 피고인들에게 환자의 사망 여부를 확인한 다음 사망진단서를 작성하여 유족들에게 발급하도록 하여 무면허 의료행위로 인한 의료법위반 및 이에 대한 교사로 기소된 사안임

☞ 원심은, 간호사인 피고인들이 환자에 대한 사망징후관찰을 할 수 있더라도 이는 사체 검안의 보조행위로서 의사가 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회하여 환자의 사망 징후를 집적 확인하는 것을 전제로 하므로 간호사인 피고인들이 환자의 사망징후를 확인하고 이를 바탕으로 유족들에게 사망진단서 등을 작성·발급한 행위는 전체적으로 사망의 진단으로서 무면허 의료행위에 해당하고, 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당한다고 할 수 없다는 이유로 제1심판결을 파기하고 피고인들에 대하여 선고유예(벌금 각 30만 원 또는 각 100만 원)를 선고하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 판시하고, 간호사인 피고인들의 행위가 전체적으로 의사

등이 하여야 하는 사망의 진단에 해당한다고 보아 피고인들을 유죄로 인정한 조치는 정당하다고 판단하여 피고인들의 상고를 기각하였음

2018도2720 근로기준법위반 (나) 상고기각

[순차 도급 사업 관계에서의 임금 체불에 대하여 상위 수급인에 대한 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시의 해석이 문제된 사건]

◇상위 수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시에 직상 수급인 또는 하수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 포함되어 있는지 판단하는 기준◇

구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제36조 본문은 “사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급 사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 한다”는 내용으로 금품청산 의무를 규정하고 있고, 같은 법 제109조는 위 규정을 위반한 사용자를 처벌하되, 근로자의 명시한 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없도록 하고 있다.

구 근로기준법 제44조 제1항은 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인이 직상 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 지도록 규정하면서, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 상위 수급인도 연대하여 책임을 지도록 하고 있다. 그 귀책사유의 범위에 관하여 구 근로기준법 제44조 제2항, 구 근로기준법 시행령(2014. 9. 24. 대통령령 제25631호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조는 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우(제1호), 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우(제2호), 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우(제3호)로 정하고 있다. 구 근로기준법 제109조는 위 규정을 위반한 직상 수급인과 상위 수급인을 처벌하되, 근로자의 명시한 의사와 다르게 공소를 제기할 수 없도록 규정하고 있다. 이는 본래 임금지급채무는 근로계약의 당사자로서 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있는 사용자가 부담하는 것이 원칙이지만, 사업이 도급에 의하여 이루어지는 경우에 하수급인은 도급인에게 실질적으로 의존하거나 종속되어 있는 경우가 많으므로, 하수급인이 직상 수급인이나 그 상위 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 직상 수급인과 그 상위 수급인에게 하수급인과 연대하여 임금을 지급할 책임을 부담하도록 함으로써, 그러한 사업에 종사하는 근로자의 임금채권을 보호하기

위한 취지이다.

근로기준법 제44조, 제109조의 입법 목적과 규정 취지에 비추어 보면, 임금 미지급에 귀책사유가 있는 상위 수급인은 하수급인의 근로자에 대한 관계에서 근로계약의 당사자는 아니지만 임금 미지급의 근본적인 원인을 제공하였다는 점에서 그 책임이 하수급인 또는 그 직상 수급인보다 가볍다고 볼 수 없다. 또한 상위 수급인이 하수급인의 근로자에게 임금지급의무를 이행하면 하수급인과 직상 수급인의 임금지급의무도 함께 소멸하게 된다. 그럼에도 하수급인의 근로자가 일반적으로 하수급인보다 자력이 더 나은 상위 수급인을 상대로 직접 임금을 청구하거나 형사고소 등의 법적 조치를 취할 여지가 많다 보니, 그 과정에서 상위 수급인이 근로자와 임금 지급에 관한 합의를 원만하게 이루고 근로자의 의사표시로 처벌을 면할 수 있는 경우에도 합의 과정에 참여하지 못한 하수급인이나 직상 수급인에 대하여는 처벌을 희망하지 아니하는 근로자의 의사표시가 명시적으로 이루어지지 않을 가능성도 적지 않다. 이러한 경우에도 귀책사유가 있는 상위 수급인으로부터 임금을 지급받는 등으로 그와 합의한 근로자가 하수급인이나 직상 수급인만 따로 처벌받기를 원하는 경우는 상당히 드물 것이다.

그렇다면 근로자가 상위 수급인의 처벌을 희망하지 아니하거나 처벌을 희망하는 의사를 철회하는 의사표시를 하는 경우에는, 근로자가 임금을 직접 청구하거나 형사고소 등의 법적 조치를 취한 대상이 누구인지, 상위 수급인과 합의에 이르게 된 과정 및 근로자가 처벌을 희망하지 아니하거나 처벌을 희망하는 의사를 철회하게 된 경위, 근로자가 그러한 의사표시에서 하수급인이나 직상 수급인을 명시적으로 제외하고 있는지, 상위 수급인의 변제 등을 통하여 근로자에 대한 임금지급채무가 어느 정도 이행되었는지 등의 여러 사정을 참작하여 여기에 하수급인 또는 그 직상 수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함되어 있는지를 살펴보아야 하고, 하수급인과 직상 수급인을 배제한 채 오로지 상위 수급인에 대하여만 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하였다고 쉽게 단정하여서는 안 된다.

☞ 플랜트제조업 등을 영위하는 사업주(상위 수급인, 甲)로부터 시설공사를 하도급받은 사업주(직상 수급인, 乙)와 그 사업주로부터 위 시설공사를 재하도급받은 사업주(하수급인, 丙)가 있는 도급 사업 관계에서 사업주(하수급인) 丙이 시설공사의 생산직원으로 근무하다 퇴직한 근로자들에 대한 임금을 체불하여 그 사업주 丙과 직상 수급인 乙, 상위 수급인 甲이 근로기준법위반으로 기소된 사안에서, 제1심판결 선고 전에 이루어진 상위 수급인 甲에 대한 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시에는 직상 수급인 乙과 그 사용자인 하수급인 丙의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함된 것으로 보아 직상 수급

인 乙과 하수급인 丙에 대한 근로기준법위반 중 해당 부분의 공소를 기각한 원심판결을 수긍하여 상고기각한 사안임

2018도7575 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)등 (카) 상고기각

[재상고 사건으로 환송심 판결에서 상고를 기각한 부분의 확정력 여부가 문제된 사안]

◇확정판결에 대하여 확정력과 기판력을 부여한 취지 및 상고심에서 상고이유가 없다고 하여 배척된 부분을 재차 상고이유로 주장하거나 환송받은 법원이 이와 배치되는 판단을 할 수 있는지 여부(소극)◇

확정판결에 대하여는 법적 안정성을 위하여 확정력과 기판력을 부여함이 원칙이고 다만 예외적으로 재심 등을 허용하는 것이 상당한 경우에 재심청구 등 특별한 불복방법을 허용하는 것이 형사소송법과 민사소송법의 기본 취지이다. 만일 확정판결에 대하여 이와 취지가 다른 확정판결이 있다는 이유만으로 다룰 수 있다면 분쟁의 종국적 해결이 지연되거나 불가능하게 되어 소송경제에 반하거나 심급제도 자체가 무의미하게 되는 결과가 초래되고, 재판을 통한 법질서의 형성과 유지도 어렵게 될 것이기 때문이다.

대법원은 1987. 12. 22. 선고한 87도2111 판결에서 “상고심에서 상고이유가 없다고 하여 파기되지 아니한 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정되고 이 부분에 대하여는 피고인은 더 이상 다룰 수 없고, 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다.”라고 명시적으로 판시한 이래 현재까지 상고심판결의 확정력 법리를 일관되게 적용하여 왔다(대법원 1994. 10. 14. 선고 94도2270 판결, 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도8651 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도8478 판결, 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020도2883 판결 등 참조). 이는 확정판결에 확정력과 기판력을 부여한 것과 같은 이유로 심급제도의 유지와 법적 안정성의 보장을 위하여 불가피한 것이다.

☞ 피고인은 1, 2차 희망버스 집회에 참가한 사람으로, 이 사건의 환송심은 ‘1차 희망버스’ 집회 관련 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 ‘집시법’이라 함) 위반(해산명령불응)의 점에 대해서는 원심(=제1심)의 무죄 판단을 유죄 취지로 파기하고, ‘2차 희망버스’ 집회 관련 집시법 위반(해산명령불응)의 점에 대해서는 원심의 유죄 인정을 그대로 인정하면서(=상고기각) 사건 전체를 원심 법원에 환송하였음(대법원 2017. 12. 22. 선고 2015도17738 판결). 이 사건의 환송 후 원심은 환송심 판결 취지에 따라 피고인에 대하여 ‘1차 희망버스’ 및 ‘2차 희망버스’ 집회 관련 각 집시법 위반(해산명령불응)의 점을 모두 유죄로 인정하였음. 한편 희망버스 집회를 주도한 송○○에 대하여, 대법원은 ‘1차 희망

버스' 집회 관련 집시법 위반(해산명령불응)의 점에 대해서 원심의 무죄 판단을 유죄 취지로 파기하고, '2차 희망버스' 집회 관련 집시법 위반(해산명령불응)의 점에 대해서 원심의 유죄 인정을 무죄 취지로 파기하여 사건 전체를 원심 법원에 환송하였음(대법원 2017. 12. 22. 선고 2015도10109 판결, 이하 '관련 대법원 판결'이라 함)

☞ 피고인은 '2차 희망버스' 집회 관련 집시법 위반(해산명령불응)의 점에 대하여 환송 후 원심이 관련 대법원 판결의 결론과 다르게 판단한 것은 부당하다는 취지로 재상고하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리에 따라 피고인의 상고이유 주장은 이미 환송판결에 의하여 그 주장이 이유 없다고 배척되어 확정력이 발생하였으므로 적법한 상고이유가 아니고, 대법원이 관련 사건에서 이에 관하여 이 사건과 다르게 판단하였다고 하여 이미 확정력이 발생한 이 사건의 판결 부분을 취소·변경할 수 없다고 보아 피고인의 상고를 기각하였음

2020도14662 전자금융거래법위반 (바) 파기환송

[공소사실 기재의 특정 여부가 문제된 사건]

◇전자금융거래법 위반의 공소사실 기재가 특정되었다고 본 원심을 파기한 사례◇

공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하고(형사소송법 제254조 제4항), 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있다. 공소사실 기재 범죄의 성격 및 관련 증거의 내용에 비추어 범죄의 일시·장소 등에 관한 개괄적 표시가 부득이한 경우가 있을 수 있으나, 검사는 가능한 한 기소나 공소장 변경 당시의 증거에 의하여 이를 특정함으로써 피고인의 정당한 방어권 행사에 지장을 초래하지 않도록 하여야 할 것이다. 범죄의 일시·장소 등을 특정 일시나 상당한 범위 내로 특정할 수 없는 부득이한 사정이 존재하지 아니함에도 공소의 제기 혹은 유지의 편의를 위하여 범죄의 일시·장소 등을 지나치게 개괄적으로 표시함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 가져오는 경우에는 형사소송법 제254조 제4항에서 정하고 있는 구체적인 범죄사실의 기재가 있는 공소장이라고 할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10885 판결, 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도10086 판결, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021도11454 판결 등 참조)

전자금융거래법은 확일적으로 '접근매체의 교부'를 처벌대상으로 규정하는 것이 아니라 교부의 태양 등에 따라 접근매체의 '양도', '대여', '전달', '질권 설정'을 구분하는 등 구성

요건을 세분화하고 있고(제6조 제3항, 제49조 제4항), 접근매체의 ‘양도’, ‘대여’, ‘전달’의 의미와 요건 등은 구별되는 것이어서 그 판단기준이 다르다고 해석되므로(양도에 관하여는 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011도16167 판결, 대법원 2013. 8. 23. 선고 2013도4004 판결 등, 대여에 관하여는 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021도5419 판결 등, 전달에 관하여는 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도14922 판결 등 참조), 범행 방법에 있어서도 가능한 한 위 각 구성요건을 구별할 수 있는 사정이 적시되어야 한다. 그런데 이 사건 공소사실에 기재된 피고인의 행위는 ‘체크카드와 비밀번호를 성명불상자에게 건네주었다’는 것으로서, 대여·전달 등과 구별되는, 양도를 구성하는 고유한 사실이 적시되지 않았는바, 피고인이 자신의 의사로 체크카드 등을 건네준 것이 아니라고 주장하면서 공소사실을 부인하는 이 사건에서 위 공소사실 기재는 피고인에게 방어의 범위를 특정하기 어렵게 함으로써 방어권을 행사하는 데 지장을 초래할 수 있다.

☞ “피고인이 2018. 11. 4.경부터 11. 15.경까지 사이에 불상의 장소에서 피고인 명의의 새마을금고 계좌(계좌번호를 기재함)에 연결된 체크카드 1장 및 비밀번호를 불상의 자에게 불상의 방법으로 건네주어 접근매체를 양도하였다”는 공소사실 기재에 관하여, 위 법리 및 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 공소사실의 기재는 피고인의 방어권 행사에 지장이 없을 정도로 충분히 특정되었다고 보기 어렵다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송한 사례임

2022도8592 도박공간개설 (자) 상고기각

[몰수·추징의 요건에 대한 사건]

◇공소가 제기되지 아니한 범죄사실과 관련하여 몰수·추징을 선고할 수 있는지(소극)◇

형법 제49조 단서는 ‘행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.’고 규정하고 있으므로, 몰수는 물론 이에 갈음하는 추징도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있으나, 우리 법제상 공소제기 없이 별도로 몰수·추징만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로, 위 규정에 근거하여 몰수·추징을 선고하려면 몰수·추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 하고, 공소가 제기되지 아니한 별개의 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수·추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위배되어 허용되지 않는다. 이러한 법리는 형법 제48조의 몰수·추징 규정에 대한 특별규정인 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제8조 내지 제10조의 규정에 따른 몰수·추징의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2022. 11. 17. 선고 2022도8662 판결 등 참조).

☞ ‘도박죄’와 ‘도박공간개설죄’는 독립된 별개 범죄이므로, ‘도박공간개설죄’로만 기소된 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익은 도박공간개설로 얻은 범죄수익에 해당하지 않는다고 보아, 이 부분을 제외한 나머지 금액에 대해서만 추징을 명한 원심 판단을 수긍하여 검사의 상고를 기각한 사례

2022도9845 건축법위반 (바) 상고기각

[변경 전 공소사실과 변경 후 공소사실 사이에 기본적 사실관계의 동일성 여부가 문제된 사안]

◇관련 행정소송에서 기본적 사실관계가 상이하다고 보아 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다고 판단된 경우, 형사소송의 공소장변경의 허용 여부를 판단함에 있어 행정소송에서의 판단과 마찬가지로 보아야 하는지(소극)◇

피고인이 하남시장을 상대로 시정명령 등 취소를 구한 별도의 행정소송에서 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는 취지의 대법원 판결이 선고·확정되었다더라도, 행정처분의 취소를 구하는 항고소송과 형사소송은 그 구조 및 법원칙을 달리하므로 처분사유의 추가·변경과 공소장 변경에서 요구하는 동일성이 완전히 일치하는 것이라고 볼 수 없다.

기존 공소사실과 변경된 공소사실은 동일한 기본적 사실관계를 기초로 하여 규범적 평가에 따라 서로 양립할 수 없는 밀접한 관계에 있으므로, 형사소송법 제298조 제1항이 요구하는 공소사실의 동일성이 인정된다.

☞ 제1심이 ‘피고인이 건축물에 해당하는 컨테이너를 허가 없이 건축하였다’는 기존 공소사실을 ‘피고인이 가설건축물에 해당하는 컨테이너를 신고 없이 축조하였다’는 공소사실로 변경하는 내용의 검사의 공소장변경허가신청을 허가하여 공소장변경이 이루어진 사안에서, 관련 행정소송에서는 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않는다는 대법원 판결이 선고·확정되었다고 하더라도 기존 공소사실과 변경된 공소사실은 형사소송의 공소장 변경에서 요구하는 기본적 사실관계의 동일성이 인정되므로 공소장 변경이 적법하다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례

2022도10660 아동·청소년의성보호에관한법률위반(상습성착취물제작·배포등)등

(아) 파기환송

[신설된 포괄일죄 처벌법규 시행 이전의 행위에 대해 신설된 법규를 적용한 포괄일죄로 공소장변경이 이루어진 사안]

◇1. 신설된 포괄일죄 처벌법규 시행 이전의 행위에 대해 신설된 법규를 적용하여 처벌

할 수 있는지 여부(소극), 2. 공소장변경의 허용 범위◇

포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없고(형법 제1조 제1항), 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지이다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도15669 판결 참조).

공소장변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용되고, 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 범죄사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경신청이 있는 경우 법원은 그 변경신청을 기각하여야 한다(형사소송법 제298조 제1항). 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단할 때에는 그 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결, 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022도6993 판결 등 참조).

☞ 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘청소년성보호법’)은 제11조 제1항에서 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 규정을 두고 있음. 이 법은 2020. 6. 2. 법률 제17338호로 일부 개정되면서 상습으로 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 조항인 제11조 제7항을 신설하였는데, 그 부칙에서 개정 법률은 공포한 날부터 시행한다고 정하였음

☞ 당초 검사는 공소사실 중 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등) 부분에 대해 ‘피고인은 2020. 11. 3.부터 2021. 2. 10.까지 상습으로 아동·청소년성착취물(총 19개)을 제작하였다’고 공소를 제기하였다가, 원심에서 같은 부분에 대해 ‘피고인은 2015. 2. 28.부터 2021. 1. 21.까지 상습으로 아동·청소년성착취물(총 1,910개)을 제작하였다’는 공소사실을 추가하는 공소장변경허가신청을 하였고, 원심은 이를 허가하여 전부 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 위 개정 규정이 시행되기 전인 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 아동·청소년성착취물 제작으로 인한 청소년성보호법위반 부분에 대하여는 위 개정 규정을 적용하여 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등)죄로 처벌할 수 없고 행위시법에 기초하여 청소년성보호법 위반(성착취물제작·배포등)죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 또한 청소년성보호법위반(상습성착취물제작·배포등)죄로 처벌되는 그 이후의 부분과 포괄일죄의

관계에 있지 않고 실제적 경합관계에 있다고 판단하였음. 이에 따라 종전 공소사실과 기본적 사실관계가 동일하지 않은 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 부분을 추가하는 공소장변경은 허가될 수 없고 이는 추가기소의 방법으로 해결할 수밖에 없다는 이유로, 원심판결을 파기·환송하였음

2022도12494 절도 (라) 상고기각

[절도죄와 사기죄의 구별이 문제된 사건]

◇1. 절도죄와 사기죄의 구별에 있어서 처분행위가 갖는 역할과 기능, 2. 약취절도죄와 사기죄를 구별하는 기준◇

형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도2963 판결 등 참조). 이에 반해 기망의 방법으로 타인으로 하여금 처분행위를 하도록 하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우에는 절도죄가 아니라 사기죄가 성립한다.

사기죄에서 처분행위는 행위자의 기망행위에 의한 피기망자의 착오와 행위자 등의 재물 또는 재산상 이익의 취득이라는 최종적 결과를 중간에서 매개·연결하는 한편, 착오에 빠진 피해자의 행위를 이용하여 재산을 취득하는 것을 본질적 특성으로 하는 사기죄와 피해자의 행위에 의하지 아니하고 행위자가 탈취의 방법으로 재물을 취득하는 절도죄를 구분하는 역할을 한다. 처분행위가 갖는 이러한 역할과 기능을 고려하면 피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우라면, 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정된다(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 참조). 한편 사기죄가 성립하려면 피기망자가 착오에 빠져 어떠한 재산상의 처분행위를 하도록 유발하여 재산적 이득을 얻을 것을 요하고, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 한다(대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2180 판결, 대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1575 판결 등 참조).

☞ 매장 주인이 매장에 유실된 손님(피해자)의 반지갑을 습득한 후 또 다른 손님인 피고인에게 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라고 묻자, 피고인은 “내 것이 맞다”라고 대답한 후 이를 교부받아 가져갔음. 검사는 이러한 피고인의 행위를 주위적으로 절도로, 예비적으로 사기로 기소하였음

☞ 대법원은, 매장 주인이 반지갑을 습득하여 이를 피해자를 위해 처분할 수 있는 권능

내지 지위를 취득하였고, 이러한 권능 내지 지위에 기초하여 반지갑의 소유자라고 주장하는 피고인에게 반지갑을 교부한 것은 사기죄에서의 처분행위에 해당한다고 판단하였음. 이에 따라, 주위적 공소사실인 절도 부분을 이유에서 무죄로 판단하면서 예비적 공소사실인 사기 부분을 유죄로 인정한 원심판결을 수긍하였음

2022도13486 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자준강제추행) 등 (바) 상고기각

[13세 미만 미성년자에 대한 준강제추행 범행 등이 문제된 사건]

◇13세 미만 미성년자에 대한 준강제추행 범행 등과 관련, 원심의 이유 설시의 부적절함을 지적한 사건◇

☞ 13세 미만 미성년자에 대한 준강제추행 범행 등과 관련해, 무죄로 판단한 원심의 결론을 수긍하면서도, 원심의 이유 설시 중 “피해자가 소년보호시설에 위탁 중 피고인을 상대로 고소를 한 것은 자신의 잘못된 행동의 원인을 성장기 당시 주변 어른들의 탓으로 돌려 자신의 책임을 회피하거나 스스로를 정당화하려는 청소년기의 심리가 영향을 미쳐 실제 일어나지 않았던 일을 왜곡하거나 과장하였을 가능성이 있고, 피해자가 청소년기에 정서적 어려움을 겪으면서 아동기에 있었던 피고인과의 자연스러운 신체접촉을 왜곡하거나 과장하였을 가능성을 배제할 수 없다.”는 부분에 대해서는, 판시와 같은 사정을 들어 부적절함을 지적한 사례

특 별

2018두59182 법인세등부과처분취소 (마) 파기환송(일부)

[동일인이 불공정합병의 합병당사법인들 주식을 함께 보유한 경우 불공정합병에 따른 익금 산정방법이 문제된 사건]

◇동일인이 불공정합병의 합병당사법인들 주식을 함께 보유한 경우 불공정합병에 따른 법인세 과세표준의 사업연도 익금을 산정하는 방법◇

구 법인세법(2018. 12. 24. 법률 제16008호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제52조 제1항은 ‘내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 특수관계인과의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산에 관계없이 그 법인의 각 사업연도 소득금액을 계산할 수 있다’고 규정하고, 같은 조 제4항의 위임에 따른 구 법인세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령

제29529호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제88조 제1항 제8호 (가)목은 '특수관계인인 법인 간에 불공정한 비율로 합병하여 주주인 법인이 특수관계인인 다른 주주에게 이익을 분여한 경우'를 구 법인세법 제52조 제1항에서 정한 '조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우'의 하나로 들고 있다(이하 위 각 규정을 '이 사건 부당행위계산부인 규정'이라 한다).

한편 구 법인세법 제15조 제1항은 익금을 '자본 또는 출자의 납입 및 이 법에서 규정하는 것은 제외하고 해당 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액'으로 규정하고, 같은 조 제3항의 위임에 따른 구 법인세법 시행령 제11조 제9호는 그러한 수익의 하나로 '제88조 제1항 제8호 각 목의 어느 하나에 따른 자본거래로 인하여 특수관계인으로부터 분여받은 이익'을 들고 있다(이하 위 각 규정을 '이 사건 익금 규정'이라 한다).

위 각 규정의 내용과 체계 및 입법취지, 불공정합병에 따른 합병당사법인들의 주주 사이의 이익분여 구조 등에 비추어 보면, 불공정합병이 이루어진 경우 합병당사법인들의 주식을 함께 보유하고 있는 법인에 대해서는 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로서 입은 손실과 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서 얻은 이익을 통산하여 실질적으로 분여하거나 분여받은 이익이 있는지 밝힌 다음 그 결과에 따라 이 사건 부당행위계산부인 규정과 이 사건 익금 규정 중 어느 하나를 적용하여야 한다. 이와 달리 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로서 분여한 이익에 대해서는 이 사건 부당행위계산부인 규정을, 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서 분여받은 이익에 대해서는 이 사건 익금 규정을 각각 적용하여 각 이익 상당액을 모두 익금에 산입하는 것은 허용될 수 없다.

☞ 원고는 합병당사법인들의 주식을 동시에 보유하고 있었음. 피고는, 원고가 주가과소평가법인의 주주로서 분여한 이익에 대해서는 부당행위계산부인 규정을, 주가과대평가법인의 주주로서 분여받은 이익에 대하여는 이 사건 익금 규정을 각각 적용한 다음 각 이익 상당액을 모두 익금에 산입하여 법인세 과세처분을 함. 원고가 위 처분의 취소를 구한 사안임

☞ 원고가 주가과소평가법인의 주주로서 분여한 이익에 대해서는 부당행위계산부인 규정을, 원고가 주가과대평가법인의 주주로서 분여받은 이익에 대해서는 이 사건 익금 규정을 각각 적용할 수 있다는 전제에서, 위 각 이익 상당액을 모두 익금에 산입하여 한 법인세 과세처분이 적법하다고 판단한 원심을 파기한 사례임

2019두19 증여세과세처분취소 (카) 파기환송

[주식의 포괄적 교환에 따른 증여이의 산정방식이 문제된 사건]

◇주식의 포괄적 교환에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주주가 얻은 이익에 대하여 '법인의 자본을 증가시키는 거래에 따른 이익의 증여'에 관한 구 상속세 및 증여세법 제42조 제1항 제3호를 적용하여 증여세를 과세하는 경우에 증여이의를 산정함에 있어 구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목[이하 '이 사건 (나)목'이라 한다]을 적용해야 하는지 여부(적극) 및 이 사건 (나)목에 따른 변동 전·후의 '가액'은 합병에 따른 이익의 계산방법 등에 관한 구 상속세법 시행령 제28조 제3항 내지 제6항을 준용하여 산정하여야 하는지 여부(적극)◇

원심판결 이유를 관련 규정의 문언과 체계 및 관련 법리 등에 비추어 살펴보면, 원심의 판단 중 이 사건 주식교환에 따른 원고의 증여재산가액 산정의 기초가 되는 변동 전·후 재산의 평가차액을 이 사건 (나)목을 적용하여 '변동후 가액'인 '원고가 이 사건 주식교환으로 교부받은 甲회사 주식의 가액'에서 '변동전 가액'인 '원고가 당초 보유하고 있던 乙회사 주식의 가액'을 차감하여 계산하여야 한다고 본 부분은 정당하다[이 사건 (나)목이 '변동전 가액'에서 '변동후 가액'을 차감하도록 정한 것은 입법상의 단순한 오기로 보인다].

그러나 원심의 판단 중 이 사건 (나)목에 따른 변동 전·후 '가액'의 산정방법에 관한 부분은 그대로 수긍하기 어렵다. 주식의 포괄적 교환의 구조, 효과 및 합병과의 유사성, 앞에서 본 규정을 비롯한 관련 규정의 내용 및 체계 등을 고려하면, 주식의 포괄적 교환이 있는 경우 이 사건 (나)목에 따른 변동 전·후의 '가액'은 합병에 따른 이익의 계산방법 등에 관한 구 상속세법 시행령 제28조 제3항 내지 제6항을 준용하여 산정하는 것이 타당하다.

구 「상속세 및 증여세법 시행령」(2008. 2. 22. 대통령령 제20621호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상속세법 시행령'이라 한다) 제31조의9 제2항 제5호는, 구 상속세법 제42조 제1항 각호 외의 부분에서 '대통령령이 정하는 기준 이상의 이익'이라 함은 '법 제42조 제1항 제3호의 규정 중 주식전환등에 해당하지 아니하는 그 밖의 경우'에는 '소유지분 또는 그 가액의 변동 전·후에 있어서 당해 재산의 평가차액이 변동전 당해 재산가액의 100분의 30 이상이거나 그 금액이 3억 원 이상인 경우의 당해 평가차액'을 말한다고 정하고 있다. 그리고 위 규정은 그 평가차액의 계산방법을 (가)목과 (나)목으로 나누어 정하고 있는데, (가)목은 '지분이 변동된 경우: (변동전 지분 - 변동후 지분) × 지분 변동 후 1주당 가액(제28조 내지 제29조의3의 규정을 준용하여 계산한 가액을 말한다)'이라고 정하

고[이하 '이 사건 (가)목'이라 한다], (나)목은 '평가액이 변동된 경우: 변동전 가액 - 변동후 가액'이라고 정하고 있다.

주식의 포괄적 교환의 구조, 효과 및 합병과의 유사성, 앞에서 본 규정을 비롯한 관련 규정의 내용 및 체계 등을 고려하면, 주식의 포괄적 교환이 있는 경우 이 사건 (나)목에 따른 변동 전·후의 '가액'은 합병에 따른 이익의 계산방법 등에 관한 구 상증세법 시행령 제28조 제3항 내지 제6항(이하 '합병규정'이라 한다)을 준용하여 산정하는 것이 타당하다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 이 사건 (나)목은 변동 전·후 가액의 차이를 평가차액으로 정하면서도, 그 '가액'의 산정방법에 관하여는 따로 정하지 않아, 위 규정만으로는 그 '가액'과 이를 기초로 한 평가차액을 산정할 수 없다. 이러한 경우에는 구 상증세법 및 같은 법 시행령에 따른 가액의 평가방법 중 해당 거래와 경제적 실질이 동일하거나 유사한 거래가 있을 때 적용되는 평가방법을 준용하여 합리적인 방법으로 그 '가액'을 평가할 수 있다.

2) 주식의 포괄적 교환은 기업결합제도의 하나로서 교환당사회사들이 모회사와 자회사로 존속하기는 하나 그 경제적 실질은 합병과 유사하다. 이러한 점을 고려하여 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 제190조의2 및 구 증권거래법 시행령(2008. 7. 29. 대통령령 제20947호로 폐지되기 전의 것) 제84조의8은 주권상장법인 또는 코스닥상장법인이 주식의 포괄적 교환을 하고자 하는 경우 그 요건·절차 등에 관하여 합병에 관한 규정을 준용하도록 정하였다.

3) 구 상증세법 시행령 제28조 제5항은 합병후 신설 또는 존속하는 법인(이하 '합병법인'이라 한다)이 주권상장법인 또는 코스닥상장법인인 경우에 합병법인의 1주당 평가가액을 '법 제63조 제1항 제1호 (가)목 및 (나)목의 규정에 의하여 평가한 가액(제1호)'과 '주가가 과대평가된 합병당사법인의 합병직전 주식가액과 주가가 과소평가된 합병당사법인의 합병직전 주식가액을 합한 가액을 합병법인의 주식수로 나눈 가액(제2호)' 중 적은 가액으로 한다고 정하고 있다. 그리고 위 규정은 제2호의 경우 '합병직전 주식가액의 평가기준일'을 상법 제522조의2의 규정에 의한 대차대조표 공시일 또는 증권거래법 제190조의2의 규정에 의한 합병신고일 한 날 중 빠른 날로 하도록 정하고 있다. 이는 합병계약 당시 예상하지 못했던 주식 시세변동으로 인하여 증여세가 부과되는 불합리한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위하여 합병에 따른 이익을 계산할 때 합병법인의 1주당 평가가액을 합리적인 방법으로 산정하도록 한 것이다. 그런데 이러한 문제는 주식의 포괄적 교환의 경우에도 동일하게 발생할 수 있으므로, 주식의 포괄적 교환에 따른 증여재산가액을 계산할 때에도 위 규정을 준용하여 이 사건 (나)목의 '변동후 가액'을 산정하는 것이 합리

적이다.

4) 이 사건 (나)목의 '변동후 가액'을 합병규정을 준용하여 산정하면 상법 제360조의4의 규정에 의한 대차대조표 공시일 등이 그 평가기준일이 될 수 있는데, 이러한 경우 변동 전·후 재산의 평가차액을 합리적으로 산정하기 위해서는 '변동전 가액'의 평가기준일 역시 합병규정을 준용하여 '변동후 가액'의 평가기준일과 일치시킬 필요가 있다.

☞ 주식의 포괄적 교환에 따른 증여이익을 산정함에 있어 구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목에 따른 변동 전·후 '가액'을 구 상증세법 시행령 제28조 제3항 내지 제6항을 준용하여 산정하지 않고, 구 상속세 및 증여세법 제63조 제1항 제1호에 따라 산정한 부과처분이 적법하다고 판단한 원심을 파기·환송한 사례

2020두49041 기타부담금부과처분취소 (바) 파기환송

[학교용지부담금 부과처분의 취소를 구하는 사건]

◇1. 학교용지부담금 부과요건 및 산정기준에 관한 학교용지법 규정이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극), 2. 학교용지부담금 부과 및 면제의 재량권 일탈·남용 판단기준◇

1. 1) 구 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」(2017. 3. 21. 법률 제14604호로 개정되기 전의 것, 이하 '학교용지법'이라 한다)은 학교용지의 조성·개발·공급과 관련 경비의 부담 등에 관한 특례를 규정하여 학교용지의 확보 등을 쉽게 하려는 법률이다(제1조). 이에 필요한 재정을 충당하기 위하여 부담금을 개발사업시행자에게 부과하는 것은 개발사업시행자가 위와 같은 학교시설 확보의 필요성을 유발하였기 때문이다. 따라서 학교용지법상 부담금은 주택이 신규로 공급되어 학교시설 확보의 필요성을 유발하는 개발사업분을 기준으로 산정되어야 함을 알 수 있다(대법원 2017. 12. 28. 선고 2017두30122 판결 참조).

2) 학교용지법 제5조 제1항은 “시·도지사는 개발사업지역에서 단독주택을 건축하기 위한 토지를 개발하여 분양하거나 공동주택을 분양하는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 개발사업분의 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하면서 제5호에서 “「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제2호 나목부터 라목까지의 규정에 따른 정비사업 시행 결과 해당 정비구역 내 가구 수가 증가하지 아니하는 경우”를 들고 있다. 학교용지법 제5조의2 제1항, 제2항 제1호는 학교용지부담금은 공동주택인 경우 분양가격을 기준으로 부과하며 '가구별 공동주택 분양가격 × 1천분의 8'로 산정한다고 규정하고 있다.

이와 같은 학교용지법 제5조 제1항의 문언에 더하여 앞서 살핀 바와 같은 학교용지법의 입법 목적과 체계 및 규정 취지에 비추어 볼 때 학교용지법 제5조 제1항 제5호에 따

라 부담금 부과대상에서 제외되는 개발사업분은 사업구역 내에 실제 거주하였던 가구 수를 기준으로 산정해야 함을 충분히 알 수 있다. 비록 학교용지법과 그 위임을 받아 제정된 같은 법 시행령 및 「부산광역시 학교용지부담금 부과·징수 및 특별회계 설치 조례」 등은 구체적인 가구 수 및 분양가격 등의 산정방법에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 아니하나, 부과관청은 개발사업으로 인해 유발된 학교시설 확보의 필요성을 실질적으로 반영할 수 있는 합리적인 기준에 따라 가구 수의 증가분과 분양가격을 산정할 수 있다고 봄이 타당하다.

3) 따라서 학교용지법 제5조 제1항 제5호, 제5조의2 제1항, 제2항 제1호에서 정한 학교용지부담금 부과요건과 산정기준이 부과관청에게 자의적인 해석과 집행의 여지를 주거나 수범자의 예견가능성을 해할 정도로 불명확하여 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없고, 이에 관한 법적 규율에 어떠한 공백이 있다고 보기 어렵다. 부담금관리 기본법 제4조는 침익적 행정행위에 해당하는 부담금부과의 근거 법률에 관하여 헌법상 요구되는 명확성의 원칙 내지 포괄위임금지의 원칙을 풀어서 규정한 것에 지나지 않는다고 할 것인바(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결 참조), 앞에서 본 바와 같이 학교용지법 제5조 제1항 제5호 등이 명확성의 원칙 등에 위배되지 아니하는 이상 부담금관리 기본법 제4조에 저촉된다고도 할 수 없다.

2. 학교용지법 제5조 제1항은 앞서 본 바와 같이 '시·도지사는 개발사업지역에서 단독주택을 건축하기 위한 토지를 개발하여 분양하거나 공동주택을 분양하는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다'고 규정하고 있어, 그 문언상 위 규정에 따른 학교용지부담금 부과는 재량행위로 해석된다.

또한, 같은 조 제4항은 "시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 부담금을 면제할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 및 제4호의 경우에는 부담금을 면제하여야 한다."고 규정하면서 제2호에서 '최근 3년 이상 취학 인구가 지속적으로 감소하여 학교시설의 수요가 없는 지역에서 개발사업을 시행하는 경우'를 들고 있다. 이와 같이 위 규정 제1호, 제3호, 제4호에 따른 학교용지부담금 면제는 기속행위인 반면, 제2호에 따라 학교용지부담금을 면제할 것인지 여부를 결정하는 데에는 행정청의 재량이 인정된다.

학교용지부담금의 설치 근거가 되는 부담금관리 기본법 제5조 제1항은 '부담금은 설치 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 한다'고 규정하고 있다. 따라서 학교용지부담금의 부과 대상이 되는 개발사업에 대하여 구체적 사정에 따라 학교용지부담금을 부과하는 것이 부담금관리 기본법에서 정한 위와 같은 한계를 넘거나 비례·평등원칙 등에 위배된다고 볼만한 특별한 사정이

있을 때에 한하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하게 된다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두12651 판결 참조).

특히 학교시설 확보의 필요성은 그동안 누적된 수요가 기존 학교시설의 수용 한계를 초과하는 때에 비로소 발현되고, 교육환경에 대한 사회적 인식과 교육정책의 변화 등에 따라 같은 수의 학생을 수용하는 데에 종전보다 더 많은 학교시설이 필요한 경우도 있으며, 종래 취학 인구가 감소하던 지역이더라도 인구유입과 지역적 상황의 변화에 따라 향후 학교 신설의 수요가 발생할 가능성도 있다.

따라서 부담금 부과 당시를 기준으로 사업시행 지역의 취학 인구가 최근 3년 이상 지속적으로 감소하였다거나 개발사업으로 유발된 수요가 기존 학교시설로 충족될 수 있다는 사정만으로 곧바로 학교용지법 제5조 제4항 제2호에서 정한 면제사유에 해당한다고 할 수 없고, 인구유입과 지역적 상황의 변화 가능성 및 교육정책적 목적 등을 모두 고려하더라도 장래에 학교 신설의 수요가 없다는 것까지 인정되는 경우에 비로소 위와 같은 면제요건이 충족된다. 나아가 학교용지법 제5조 제4항 제2호에서 정한 면제사유에 해당하는 경우에도 학교용지부담금 부과처분이 위법하다고 보기 위해서는 부담금 부과를 통해 달성하려고 하는 공익과 그로써 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 비교형량하여 부담금을 면제하지 않은 것이 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 볼 만한 사정이 인정되어야 한다.

☞ 피고가 부산 연제구 거제동 일원에서 주택재개발사업(이하 ‘이 사건 사업’)을 시행한 원고(정비사업조합)에게 학교용지법 제5조, 제5조의2 등에 따라 학교용지부담금을 산정하여 부과하자(이하 ‘이 사건 처분’), 원고가 이 사건 처분이 학교용지부담금 부과 요건을 갖추지 못한 것이라는 등의 이유로 그 취소를 구한 사안임

☞ 대법원은, 학교용지법 제5조 제1항 제5호, 제5조의2 제1항, 제2항 제1호에서 정한 학교용지부담금 부과요건과 산정기준이 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없으며, 이 사건 사업으로 인해 증가한 세대 수 및 학생 수, 인근 지역의 대규모 정비사업 진행 상황, 교육정책적 목적 등에 비추어 볼 때 이 사건 처분이 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하고, 이와 다른 전제에서 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 원심판결을 파기·환송하였음

2020두55688 중앙노동위원회재심판정 취소 청구 (라) 파기환송

[사립학교의 예산통제 업무 담당자에 대한 징계처분의 당부가 문제된 사건]

◇사학기관 재무·회계 규칙 및 사학기관 재무·회계 규칙에 대한 특례규칙에 따른 예산 집

행 과정에서 예산통제의 목적, 의미와 예산통제 담당자의 책임 범위◇

사립학교법의 위임에 따라 학교의 재무와 회계운영에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있는 사학기관 재무·회계 규칙 제20조, 제21조에 따르면, 예산편성절차에 따라 성립한 예산이 아니면 이를 집행하지 못하고 추가경정예산의 절차를 밟지 아니하고는 기정예산을 초과한 예산을 집행하지 못하며, 세출예산은 원칙적으로 목적 외에 사용하지 못한다.

한편 사학기관 재무·회계 규칙에 대한 특례규칙(이하 '특례규칙'이라 한다) 제11조는 '이사장 및 학교의 장은 예산을 편성하는 자와 집행하는 자를 분리하여 운영하고, 적정한 내부통제에 따라 예산을 집행하여야 한다'고 규정하고 있다. 위 규정의 취지는 상호견제를 통해 예산 편성 및 집행 과정에서 부정 또는 오류 등을 방지하는 것이다. 위 규정에 따른 예산통제의 목적은 지출이 예산 배정금액을 초과하지 않도록 하는 것으로서 예산통제부서의 담당자는 예산배정액과 차이가 나는 부분에 대한 지적과 적절한 사후적인 조치를 취하는 등 대학 내의 예산통제에 대한 전반적인 책임을 진다.

이러한 사학기관 재무·회계 규칙 및 특례규칙의 규정 체계, 취지와 목적 등에 비추어 볼 때, 예산 집행 과정에서 예산통제는 원칙적으로 사학기관 재무·회계 규칙 제20조에 정한 '성립하지 않았거나 편성된 예산의 범위를 초과하는 집행'인지 여부 및 위 규칙 제21조에 정한 '목적 외의 집행'에 해당하는지 여부를 검토하여 예산을 관리·통제하는 것이다.

☞ 원고(학교법인)가 운영하는 A대학교의 ○○대학원 학생복지팀은 장학금지급 운영규정상 지급 대상에 해당하지 않는 학생에 대한 장학금 지출품의서를 제출하였는데, 지출품의서에 기재된 장학금은 목적 외 집행에 해당하지 않고 배정된 예산액 범위 내 금액이었음. 피고보조참가인(이하 '참가인')은 예산통제에 대한 책임과 의무를 부담하는 기획조정실 소속 기획평가팀장으로서 위 지출품의서의 예산통제란에 결재하였는데, 지출품의서 내용 및 장학금지급 운영규정 등을 검토하지 않은 채 중간결재자로서 결재하였다는 등의 징계사유로 정직 3개월의 징계처분을 받았음. 중앙노동위원회가 이 징계처분이 부당하다는 취지의 재심판정을 하자, 원고는 그 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 원심은, 참가인의 예산통제에 관한 업무에는 장학금지급 운영규정의 내용을 충분히 주지하고 장학금 지급에 관한 지출품의서의 내용을 검토하는 것이 포함된다고 보아 이 부분 징계사유가 인정된다고 판단하였고, 최종적으로 원고의 청구를 인용하였음

☞ 대법원은, 예산통제 업무를 담당하는 참가인으로서 원칙적으로 지출품의서에 기재된 내용이 예산의 목적 외 집행에 해당하는지 여부, 지급 장학금이 배정된 예산의 범위 내의 금액인지 여부에 관하여 검토할 의무가 있고 개별예산 집행행위가 적정한지 다시

엄격하게 심사할 의무까지 있다고 볼 수는 없으며, 다만 해당 학생이 장학금의 지급 대상이 아니라는 점을 참가인이 인식하였거나 지출품의서 등에 의해 이러한 사정을 알 수 있었을 경우에는 이와 달리 볼 수 있을 것이지만 그와 같은 사정이 있었다고는 보이지 않는다고 판단하였음. 이에 따라, 위 장학금이 부당하게 지급되었고 그 지급과정에서 참가인이 예산통제 업무 수행으로서 지출품의서에 결재한 적이 있더라도 그것이 곧 예산통제의무위반의 징계사유에 해당한다고 할 수는 없다는 등의 이유를 들어, 원심판결을 파기·환송하였음

2022두57190 입찰참가자격제한처분취소 (자) 상고기각

[부정당업자의 요건에 대한 사건]

◇국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 제3호의 해석◇

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다) 제27조 제1항 제3호는 입찰 참가자격을 제한하여야 하는 부정당업자의 하나로 “「건설산업기본법」, 「전기공사업법」, 「정보통신공사업법」, 「소프트웨어 진흥법」 및 그 밖의 다른 법률에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반(하도급통지의무위반의 경우는 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자”를 명시하였다. 이때 ‘발주관서의 승인 없이 하도급을 한 경우’란 발주관서의 승인을 받아야 할 법령상 제한규정을 위반하여 하도급을 한 경우는 물론 발주관서의 승인을 받아야 할 계약상 의무를 위반하여 하도급을 한 경우까지 포함한다. 따라서 국가계약법 제27조 제1항 제3호의 부정당업자는, ① 법률에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반(하도급통지의무위반의 경우는 제외)하여 하도급을 한 자, ② 법령상 또는 계약상 의무에 따른 발주관서의 승인 없이 하도급을 한 자, ③ 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자 중 어느 하나에 해당하여야 한다.

☞ 국가계약법 제27조 제1항 제3호의 ‘발주관서의 승인 없이 하도급을 한 경우’는 법령상 제한규정을 위반한 경우만이 아니라 계약상 의무를 위반하여 하도급을 한 경우까지 포함된다고 보아 원고의 청구를 기각한 원심 판단을 수긍하여 상고를 기각한 사례