



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2023년 2월 15일

제652호

## 민사

1 2022. 12. 29. 선고 2017다261882 판결 (구상금) ..... 345

[1] 채권자가 고의나 과실로 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 경우, 법정대위를 할 자가 민법 제485조에 따라 면책을 주장할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 채권자가 제3자에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담하는 특별한 사정이 인정되는 경우, 채권자의 담보권 포기 행위가 불법행위에 해당할 수 있는지 여부(적극)

[2] 마과 乙이 각 1/2 지분을 소유하고 있는 토지에 관하여 乙이 丙으로부터 대출받으면서 丙을 근저당권자로, 채무자를 乙로 하는 근저당권을 설정하였는데, 위 토지 중 甲 지분에만 경매절차가 개시되어 제3자가 매각대금을 완납하자, 丙은 乙 지분에 관한 근저당권설정등기를 말소해주었고, 이후 개시된 배당절차에서 丙이 채권액 전부를 배당받은 사안에서, 채권자인 丙이 甲에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담함에도 곧 변제자대위의 대상이 될 채무자에 대한 근저당권설정등기를 말소하여 줌으로써 저당권을 포기한 행위는 민법 제750조에 정한 불법행위에 해당한다고 한 사례

[1] 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 담보보존 의무를 부담시킴으로써 대위할 자의 구상권과 대위에 대한 기대권을 보호하려는 것이다. 법정대위를 할 자는 채권자가 고의나 과실로 담보를 상실하게

하거나 감소하게 한 때에는 원칙적으로 민법 제485조에 따라 면책을 주장할 수 있을 뿐이지만, 채권자가 제3자에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담하는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 채권자의 담보권의 포기 행위가 불법행위에 해당할 수 있다.

- [2] 甲과 乙이 각 1/2 지분을 소유하고 있는 토지에 관하여 乙이 丙으로부터 대출받으면서 丙을 근저당권자로, 채무자를 乙로 하는 근저당권을 설정하였는데, 위 토지 중 甲 지분에만 경매절차가 개시되어 제3자가 매각대금을 완납하자, 丙은 乙 지분에 관한 근저당권설정등기를 말소해주었고, 이후 개시된 배당절차에서 丙에게 신고채권액 전부를 배당하는 것으로 배당표가 작성된 사안에서, 위 배당절차에서 채권자인 丙에게 배당이 이루어지면 민법 제481조, 제482조의 규정에 따라 위 토지 중 채무자인 乙 지분에 관한 丙 명의의 근저당권에 대하여 甲의 변제자대위가 당연히 이루어질 것으로 예상되던 상황이었으므로, 물상보증인인 甲의 지분에 관하여 담보권이 실행될 가능성이 단순히 예상되는 수준을 넘어 실제로 현실화됨으로써 甲은 배당절차를 통하여 변제가 이루어졌을 때에 준하는 변제자대위에 관한 정당한 기대를 가지게 되었고, 채권자인 丙이 甲에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담함에도 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 해당한다고 한 사례.

**2** 2022. 12. 29. 선고 2019다210697 판결 (구상금) ..... 348

- [1] 신원보증보험계약 중 피보험자가 법률상의 손해배상책임을 부담함으로써 입은 손해에 대하여 보험자가 보상하기로 약정한 부분의 법적 성격(=영업책임보험) 및 이러한 신원보증보험에서 피보증인의 행위로 인하여 제3자가 입은 손해를 배상한 피보험자가 피보증인을 상대로 이행을 청구할 수 있는 구상책임의 범위(=보험금으로 전보되지 않고 남은 부분)
- [2] 사용자가 피용자의 업무수행과 관련한 불법행위로 직접 손해를 입었거나 피해자인 제3자에게 사용자책임을 부담하여 손해를 입은 경우, 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있는 범위(=신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내) / 책임제한 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 적극)
- [1] 신원보증보험계약(특별약관 포함) 중 피보험자가 법률상의 손해배상책임을 부

담함으로써 입은 손해에 대하여 보험자가 보상하기로 약정한 부분은, 피보험자가 피보증인의 행위로 인하여 직접 입은 손해를 보상하는 것이 아니라 피보험자의 피용자인 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. 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)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.

[2] 일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있고, 책임제한 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하지 않는 한 사실심의 전권사항이다.

**3** 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결 [손해배상(기)] ..... 352  
 적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐준 경우, 소유권보존등기와 소유권이전등기의 효력(원칙적 무효) 및 이때 무권리자가 받은 매매대금이 부당이득에 해당하여 이를 원소유자에게 반환하여야 하는지 여부(소극) / 무권리자로부터 부동산을 매수한 제3자나 그 후행 등기 명의인의 등기부취득시효가 완성되어 원소유자가 소급하여 소유권을 상실한 경우에도 마찬가지로 여부

(적극)

적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 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.

무권리자로부터 부동산을 매수한 제3자나 그 후행 등기 명의인이 과실 없이 점유를 개시한 후 소유권이전등기가 말소되지 않은 상태에서 소유의 의사로 평온, 공언하게 선의로 점유를 계속하여 10년이 경과한 때에는 민법 제245조 제2항에 따라 바로 그 부동산에 대한 소유권을 취득하고, 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.

**4** 2022. 12. 29. 자 2019마5500 결정〔경매개시결정에대한이의〕 ..... 355

- [1] 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2가 신설·시행된 이후 집합건축물대장의 신규 또는 변경등록이 이루어지고 그에 따라 구분등기가 마쳐진 구분점포에 대하여는 그 등록 및 등기가 마쳐질 당시 위 조항에서 정한 구분소유권의 요건을 갖추고 있었다고 추정되는지 여부(원칙적 적극) 및 그와 다른 사실은 이를 다투는 측에서 주장·증명하여야 하는지 여부(적극)
- [2] 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 제거되어 각 구분건물이 구조상 및 이용상 독립성을 상실하였으나, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 복원을 전제로 한 일시적인 것으로서 복원이 용이한 경우, 그 구분건물에 관한 등기의 효력(유효)
- [1] 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라고 한다)이 제1조의2에서 정하는 구분점포에 관하여는 반드시 소관청의 현황조사를 거쳐 위 조항에서 규정한 요건을 충족하는지와 건축물의 실제 현황과 건축물대장의 신청 내용이 일치하는지를 확인한 다음 그 규정에 들어맞는다고 인정될 때에만 집합건축물대장에 등록하도록 정하고 있고, 이러한 절차를 거쳐 작성된 집합건축물대장이 제출되어야 비로소 구분점포에 관한 소유권보존등기 및 포

시변경등기가 마쳐질 수 있다. 그렇다면 집합건물법 제1조의2가 시행된 2004. 1. 19. 이후 집합건축물대장의 신규 또는 변경등록이 이루어지고 그에 따라 구분등기가 마쳐진 구분점포에 대하여는, 특별한 사정이 없는 한 집합건물법 소정의 절차에 따라 적법하게 대장이 등록되고 이에 기하여 구분등기가 마쳐진 것으로서 그 등록 및 등기가 마쳐질 당시 집합건물법 제1조의2에서 정한 구분소유권의 요건을 갖추고 있었다고 추정되고, 그와 다른 사실은 이를 다투는 측에서 주장·증명하여야 한다.

[2] 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물이 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하다고 해석해야 한다.

**5** 2022. 12. 29. 자 2020그633 결정 (중재인선임) ..... 359

중재법 제12조 제3항에 의한 중재인선정 신청이 있는 경우, 법원이 중재신청의 적법 여부를 심리하여 중재합의의 부존재나 무효를 이유로 중재인선정 신청을 기각할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 중재합의의 존부와 유효성에 관한 주장이 중재인선정 결정에 대한 특별항고 사유에 해당하는지 여부(소극)

중재법의 내용, 목적 및 그 취지 등에서 알 수 있는 자율성, 신속성 등 중재절차의 특수성을 고려하면, 중재법 제12조 제3항에 의한 중재인선정 신청이 있는 경우, 중재법 제8조가 정하는 중재합의의 방식을 따르지 않아 외관상 유효한 중재합의가 존재하지 않거나 중재법 제12조 제2항에 의한 중재인선정에 관한 합의절차가 사전에 진행되지 않은 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 법원으로서 는 바로 중재인을 선정해야 하고, 중재신청의 적법 여부까지 중재판정부에 앞서 심리하여 그 결과에 따라 중재합의의 부존재나 무효를 이유로 중재인선정 신청을 기각할 수는 없다. 따라서 중재법 제12조 제3항에 의한 중재인선정 신청 사건에서 중재합의의 존부와 유효성과 같이 심리대상이 되지 않는 사유는 법원의 중재인선정 결정에 대한 특별항고 사건에서도 민사소송법 제449조 제1항에서 정한 특별항고의 사유에 해당한다고 볼 수 없다.

**6** 2022. 12. 29. 선고 2021다253710 판결 (건물인도) ..... 361

[1] 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 부동산의 점유를 이전받거나 피담보채권이 발생하여 유치권을 취득한 사람이 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 있는지 여부(소극)

[2] 경매개시결정이 있기 전부터 유치권을 이유로 부동산을 점유하면서 채무자와 일정 기간 동안 변제기를 유예하기로 합의한 甲 주식회사가 그 후 개시된 경매절차에서 유치권 신고를 하였다가, 이후 甲 회사를 상대로 유치권부존재확인의 소가 제기되어 그 소송에서 甲 회사에 유치권이 존재한다는 판결이 선고되어 확정되자, 속행된 경매절차에서 다시 유치권 신고를 하였는데, 경매절차에서 부동산의 소유권을 취득한 乙이 甲 회사를 상대로 부동산 인도와 부당이득반환을 청구한 사안에서, 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 甲 회사가 다시 유치권을 취득하였다고 볼 여지가 있는데도, 이에 관하여 더 심리하지 아니한 채 변제기 유예로 경매개시결정 당시 甲 회사의 공사대금채권이 변제기에 있지 않았다는 이유만으로 甲 회사가 유치권을 주장할 수 없다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 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 성립시기에 관계없이 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하지 않는다. 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.

[2] 경매개시결정이 있기 전부터 유치권을 이유로 부동산을 점유하면서 채무자와 일정 기간 동안 변제기를 유예하기로 합의한 甲 주식회사가 그 후 개시된 경매절차에서 유치권 신고를 하였다가, 이후 甲 회사를 상대로 유치권부존재확인의 소가 제기되어 그 소송에서 甲 회사에 유치권이 존재한다는 판결이 선고되어 확정되자, 속행된 경매절차에서 다시 유치권 신고를 하였는데, 경매절

차에서 부동산의 소유권을 취득한 乙이 甲 회사를 상대로 부동산 인도와 부당이득반환을 청구한 사안에서, 甲 회사가 경매개시결정 전후로 계속하여 경매목적물을 점유해 왔으므로 甲 회사의 공사대금채권 변제기가 변제기 유예 이전에 이미 도래하여 甲 회사가 경매개시결정등기 전에 유치권을 취득하였을 경우, 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 甲 회사가 다시 유치권을 취득하였다고 볼 여지가 있는 점, 경매개시결정 전후로 유치권자가 부동산을 계속 점유하면서 유치권을 신고하였고 현황조사보고서에 이러한 사정이 기재된 점, 유치권의 존재를 확인하는 판결까지 확정되어 매수인 등이 유치권의 존재를 알고 있었던 것으로 보이고 달리 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의로 작출하였다는 사정을 찾아볼 수 없는 점을 종합하면 유치권의 행사를 허용하더라도 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 주지 않고 집행절차의 법적 안정성을 해치지 않아 유치권의 행사를 제한할 필요가 없으므로, 甲 회사가 경매절차의 매수인인 乙에게 유치권을 주장할 수 있다고 봄이 타당한데도, 변제기 유예 전에 공사대금채권의 변제기가 도래하여 甲 회사가 경매개시결정등기 전에 유치권을 취득한 적이 있고 경매개시결정 이후 변제기가 재차 도래함으로써 다시 유치권을 취득한 것인지 등을 더 심리하지 아니한 채, 변제기 유예로 경매개시결정 당시 甲 회사의 공사대금채권이 변제기에 있지 않았다는 이유만으로 甲 회사가 유치권을 주장할 수 없다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

**7** 2022. 12. 29. 선고 2022다218585 판결 [부당이득반환청구의소] ..... 365

- [1] 조세나 부과금 등의 부담금에 관한 법률의 해석 기준
- [2] 농협경제지주회사의 자회사인 주식회사 농협하나로유통이 농업협동조합법 제 8조에 따른 부과금 면제 대상에 해당하는지 여부(소극) 및 이는 위 회사가 농업협동조합법 제161조의4 제2항에 따라 특정 사업을 수행하여 농업협동조합 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.
  - [2] 부과금 등의 부담금에 관한 농업협동조합법의 개정 경과, 농업협동조합법 제8조의 문언 해석, 농업협동조합법 제161조의4 제2항의 문언과 그 입법 취지, 농협경제지주회사와 농협금융지주회사와의 형평 등을 종합적으로 고려하면,

농협경제지주회사의 자회사인 주식회사 농협하나로유통은 농업협동조합법 제 8조에 따른 부과금 면제 대상에 해당하지 않고, 농업협동조합법 제161조의4 제2항에 따라 특정 사업을 수행하여 농업협동조합중앙회로 보게 되는 경우에도 마찬가지라고 보는 것이 타당하다.

**8** 2022. 12. 29. 선고 2022다264434 판결 [손해배상(의)] ..... 369

- [1] 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때 요구되는 주의의무의 정도 및 주의의무의 판단 기준이 되는 ‘의료수준’의 의미와 평가 방법 / 의사가 행한 의료행위가 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우, 의료상의 과실이 인정되는지 여부(소극) / 의사의 질병 진단 결과에 과실이 없다고 인정되는 경우, 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인지 및 합리적인 조치들 중 어떠한 것을 선택할 것인지가 의사의 재량 범위 내에 속하는지 여부(적극)
- [2] 환자에게 발생한 나쁜 결과에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 그와 같은 손해가 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같은 경우의 사에게 무과실의 증명책임을 지울 수 있는지 여부(소극)
- [3] 甲이 발열, 오한, 근육통 등을 이유로 乙 병원 응급실에 내원하였고, 乙 병원 의료진이 다발성 간농양으로 진단 후 농양에 배액관을 삽입하는 경피적 배액술을 계속 시도하다가 甲이 사망한 사안에서, 당시 甲의 임상상태나 의학상식에 비추어 경피적 배액술 외에 외과적 배액술을 실시하는 것이 통상의 의사라면 당연히 선택할 만한 정도였는지를 면밀히 살펴 해당 조치를 취하지 않은 乙 병원 의료진의 과실 유무를 판단하였어야 했음에도, 甲에 대한 외과적 수술 치료가 불가능한 상태였다는 乙 병원의 입증이 부족하다면서 수술적 배농을 실시하지 않은 것에 곧바로 과실이 있음을 인정한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때에는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 다하여야 할 주의의무가 있다. 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 하고, 이때 의료행위의 수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악하여야 한다. 따라서 의사가 행한 의료행위

가 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 얽은 자기의 전문적 지식·경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떠한 것을 선택할 것이냐는 해당 의사의 재량의 범위 내에 속하며 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수 없다.

[2] 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 매우 어려운 특수성이 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.

[3] 甲이 발열, 오한, 근육통 등을 이유로 乙 병원 응급실에 내원하였고, 乙 병원 의료진이 다발성 간농양으로 진단 후 농양에 배액관을 삽입하는 경피적 배액술을 계속 시도하다가 甲이 사망한 사안에서, 乙 병원 의료진이 망인에게 경피적 배액술을 계속 유지한 것이 甲의 증상이나 상황에 따른 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하지 않은 것이라거나, 甲의 상황, 당시의 의료수준, 의사의 지식·경험에 따라 선택 가능한 진료방법 중 합리적인 재량 범위를 벗어난 것으로서 과실로 볼 만한 정도라고 평가하기 어렵고, 특히 경피적 배액술로도 甲의 증상이 호전되지 않았을 당시를 기준으로 甲에 대한 외과적 배액술의 실시가 실제 가능한 상태였는지, 수술기술이나 방법, 수반되는 위험성은 무엇인지, 수술적 조치를 받았더라면 사망의 결과에 이르지 않았을 것인지 등을 해당 분야 전문의의 감정 등을 거쳐 확인한 후, 당시 甲의 임상상태나 의학상식에 비추어 경피적 배액술 외에 외과적 배액술을 실시하는 것이 통상의 의사라면 당연히 선택할 만한 정도였는지를 면밀히 살펴 해당 조치를 취하지 않은 乙 병원 의료진의 과실 유무를 판단하였어야 했음

에도, 甲에 대한 외과적 수술 치료가 불가능한 상태였다는 乙 병원의 입증이 부족하다면서 수술적 배농을 실시하지 않은 것에 곧바로 과실이 있음을 인정한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

**9** 2022. 12. 29. 선고 2022다266645 판결 [약정금] ..... 374

[1] 민법 제150조 제1항에서 정한 ‘조건의 성취를 방해한 때’의 의미 및 방해행위가 없었더라도 조건의 성취가능성이 현저히 낮은 경우가 이에 포함되는지 여부(소극) / 일방 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였는지 판단하는 기준

[2] 甲 주식회사가 지적재산권을 활용한 전자제품을 개발·판매하는 사업을 추진하고 있었고, 乙이 甲 회사에 투자하면서 ‘甲 회사는 乙에게 지적재산권을 통한 매출 발생 시마다 수익금 중 10%를 투자금 원금을 포함한 5배 금액이 될 때까지 상환한다.’는 내용의 투자협정을 체결하였는데, 그 후 乙이 甲 회사를 상대로 甲 회사가 ‘지적재산권을 통한 매출 발생’이라는 투자상환금 지급 조건의 성취를 방해하였으므로 민법 제150조 제1항에 따라 조건의 성취가 의제되었다고 주장하며 약정금의 지급을 구한 사안에서, 甲 회사가 개발하려는 전자제품 판매로 인한 매출 발생 가능성 자체가 현저히 낮았다면 사업 진행을 위해 진지한 노력을 기울이지 않았다거나 처음부터 그러한 의사가 없었던 사정 등만으로 甲 회사가 매출 발생이라는 조건 성취를 방해한 경우라고 평가하기 부족하다고 한 사례

[1] 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 성취되었더라면 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, 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있다.

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 없었더라도 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 의제

한다면 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 방해하였는지는 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.

- [2] 甲 주식회사가 지적재산권을 활용한 전자제품을 개발·판매하는 사업을 추진하고 있었고, 乙이 甲 회사에 투자하면서 ‘甲 회사는 乙에게 지적재산권을 통한 매출 발생 시마다 수익금 중 10%를 투자금 원금을 포함한 5배 금액이 될 때까지 상환한다.’는 내용의 투자협정을 체결하였는데, 그 후 乙이 甲 회사를 상대로 甲 회사가 ‘지적재산권을 통한 매출 발생’이라는 투자상환금 지급 조건의 성취를 방해하였으므로 민법 제150조 제1항에 따라 조건의 성취가 의제되었다고 주장하며 약정금의 지급을 구한 사안에서, 甲 회사가 관련 전자제품을 실제 양산·판매하여 매출을 발생시키려는 의사나 능력 없이 乙로부터 투자금을 지급받기만 하였다면 투자협정의 상대방인 乙에 대한 관계에서 신의성실에 반하는 행위라고 평가할 여지는 있으나, 투자협정 체결 당시 해당 사업의 성공가능성을 예측하기 어려웠던 것으로 보이고, 乙도 매출 발생이라는 조건이 성취되는 것이 쉬운 일이 아니라는 점을 인식하였던 것으로 보이는 등 甲 회사의 방해행위가 없었더라도 조건의 성취가능성은 현저히 낮았던 것으로 볼 여지가 있으므로, 乙이 甲 회사의 전자제품 개발·판매 사업이 성공할 것으로 신뢰하였거나 이를 기대하여 투자를 하였더라도, 甲 회사가 개발하려는 전자제품 판매로 인한 매출 발생 가능성 자체가 현저히 낮았다면, 甲 회사가 사업 진행을 위해 진지한 노력을 기울이지 않았거나 처음부터 그러한 의사가 없었다는 사정 등만으로 甲 회사가 매출 발생이라는 조건 성취를 방해한 경우라고 평가하기 부족한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

**일반행정**

**10** 2022. 12. 29. 선고 2020두49041 판결 (기타부담금부과처분취소) ..... 379

- [1] 부담금에 관한 법령 규정이 명확성을 결여했는지 판단하는 방법
- [2] 구 학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제1항 제5호, 제5조의2 제1항, 제2항 제1호에서 정한 학교용지부담금 부과요건과 산정기준이 헌법상 명확성의 원칙에 위배되거나 부담금관리 기본법 제4조에 저촉되는지 여부(소극)
- [3] 구 학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제1항에 따른 학교용지부담금 부과액의 법적 성격(=재량행위) 및 학교용지부담금 부과처분이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 판단하는 방법

[1] 부담금의 부과요건과 징수절차를 법률로 규정하였더라도 그 규정 내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 부과관청의 자의적인 해석과 집행은 초래할 염려가 있으므로 법률 또는 그 위임에 따른 명령·규칙의 규정은 일의적이고 명확해야 하나, 법률규정은 일반성, 추상성을 가지는 것이어서 법관의 법 보충작용으로서의 해석을 통하여 그 의미가 구체화, 명확화될 수 있으므로, 부담금에 관한 규정이 관련 법령의 입법 취지와 전체적 체계 및 내용 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여했다고 할 수 없다.

[2] 구 학교용지 확보 등에 관한 특례법(2017. 3. 21. 법률 제14604호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 학교용지법’이라 한다) 제5조 제1항의 문언에 더하여 구 학교용지법의 입법 목적과 체계 및 규정 취지에 비추어 볼 때 구 학교용지법 제5조 제1항 제5호에 따라 부담금 부과대상에서 제외되는 개발사업분은 사업구역 내에 실제 거주하였던 가구 수를 기준으로 산정해야 함을 충분히 알 수 있다. 비록 구 학교용지법과 그 위임을 받아 제정된 같은 법 시행령 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 보는 것이 타당하다.

따라서 구 학교용지법 제5조 제1항 제5호, 제5조의2 제1항, 제2항 제1호에서 정한 학교용지부담금 부과요건과 산정기준이 부과관청에 자의적인 해석과 집행의 여지를 주거나 수범자의 예견가능성을 해할 정도로 불명확하여 명확

성의 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 않는바, 앞에서 본 바와 같이 구 학교용지법 제5조 제1항 제5호 등이 명확성의 원칙 등에 위배되지 않는 이상 부담금관리 기본법 제4조에 저촉된다고도 할 수 없다.

- [3] 구 학교용지 확보 등에 관한 특례법(2017. 3. 21. 법률 제14604호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 학교용지법’이라 한다) 제5조 제1항은 “시·도지사는 개발사업지역에서 단독주택을 건축하기 위한 토지를 개발하여 분양하거나 공동주택을 분양하는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다.”라고 규정하고 있어, 문언상 위 규정에 따른 학교용지부담금 부과는 재량행위로 해석된다.

또한 같은 조 제4항은 “시·도지사는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 부담금을 면제할 수 있다. 다만 제1호·제3호 및 제4호의 경우에는 부담금을 면제하여야 한다.”라고 규정하면서 제2호에서 ‘최근 3년 이상 취학 인구가 지속적으로 감소하여 학교 신설의 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 설치목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과하여야 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 볼 만한 특별한 사정이 있을 때에 한하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하게 된다.

특히 학교시설 확보의 필요성은 그동안 누적된 수요가 기존 학교시설의 수용 한계를 초과하는 때에 비로소 발생되고, 교육환경에 대한 사회적 인식과 교육정책의 변화 등에 따라 같은 수의 학생을 수용하는 데에 종전보다 더 많은 학교시설이 필요한 경우도 있으며, 종래 취학 인구가 감소하던 지역이라도 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 학교

시설로 충족될 수 있다는 사정만으로 곧바로 구 학교용지법 제5조 제4항 제2호에서 정한 면제사유에 해당한다고 할 수 없고, 인구유입과 지역적 상황의 변화 가능성 및 교육정책적 목적 등을 모두 고려하더라도 장래에 학교 시설의 수요가 없다는 것까지 인정되는 경우에 비로소 위와 같은 면제요건이 충족된다. 나아가 구 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.

**11** 2022. 12. 29. 선고 2020두55688 판결 (중앙노동위원회재심판정취소청구) … 385

**예산 집행의 내부통제에 관한 사학기관 재무·회계 규칙에 대한 특례규칙 제11조의 규정 취지 및 예산통제부서 담당자의 책임 범위 / 예산 집행 과정에서 예산통제의 의미**

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 않고는 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.”라고 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 및 위 규칙 제21조에 정한 ‘목적 외의 집행’에 해당하는지를 검토하여 예산을 관리·통제하는 것이다.

**12** 2022. 12. 29. 선고 2022두57190 판결 (입찰참가자격제한처분취소) …… 388

**국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 제3호에서 정한 ‘발주관서**

**의 승인 없이 하도급을 한 경우'의 의미 및 위 규정에서 입찰 참가자격을 제한하는 부정당업자에 해당하는 자**

국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제27조 제1항 제3호는 입찰 참가자격을 제한해야 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.

**조 세**

**13** 2022. 12. 29. 선고 2018두59182 판결 (법인세등부과처분취소) ..... 390

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 구 법인세법 제52조 제1항 및 구 법인세법 시행령 제88조 제1항 제8호 (가)목에 따른 부당행위계산부인 규정과 구 법인세법 제15조 제1항 및 구 법인세법 시행령 제11조 제9호에 따른 익금 규정 중 어느 하나를 적용하여야 하는지 여부(적극)

구 법인세법(2018. 12. 24. 법률 제16008호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제52조 제1항 및 구 법인세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29529호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제88조 제1항 제8호 (가)목(이하 ‘부당행위계산부인 규정’이라 한다)과 구 법인세법 제15조 제1항 및 구 법인세법 시행령 제11조 제9호(이하 ‘익금 규정’이라 한다)의 내용과 체계 및 입법 취지, 불공정합병에 따른 합병당사법인들의 주주 사이의 이익분여 구조 등에 비추어 보면, 불공정합병이 이루어진 경우 합병당사법인들의 주식을 함께 보유하고 있는 법인에 대해서는 주가가 과

소평가된 합병당사법인의 주주로서 입은 손실과 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서 얻은 이익을 통산하여 실질적으로 분여하거나 분여받은 이익이 있는지 밝힌 다음, 그 결과에 따라 부당행위계산부인 규정과 익금 규정 중 어느 하나를 적용하여야 한다. 이와 달리 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로서 분여한 이익에 대해서는 부당행위계산부인 규정을, 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서 분여받은 이익에 대해서는 익금 규정을 각각 적용하여 각 이익 상당액을 모두 익금에 산입하는 것은 허용될 수 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 부당행위계산부인 규정에 따른 부당행위계산에 해당하기 위해서는 특수관계인인 법인 간의 불공정합병으로 인하여 주주인 법인이 특수관계인인 ‘다른 주주’에게 이익을 분여하였음이 인정되어야 한다. 그리고 익금 규정에 따른 익금에 해당하기 위해서는 특수관계인인 법인 간의 불공정합병으로 인하여 주주인 법인이 특수관계인인 ‘다른 주주’로부터 분여받은 이익이어야 한다.

② 주식을 시가보다 높거나 낮게 평가하여 불공정한 비율로 합병을 하면 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로부터 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로 주식가치 변동에 따른 부의 이전 효과가 발생하게 된다. 그런데 어느 법인이 합병당사법인들의 주식을 함께 보유하고 있는 상태에서 불공정합병이 이루어지면 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로서의 재산가치는 감소하지만 동시에 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서의 재산가치는 증가한다. 따라서 이러한 경우 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로서 입은 손실과 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서 얻은 이익의 크기가 같은 범위에서는 해당 법인에 불공정합병에 따른 부의 이전 효과가 발생하지 않는다.

③ 부당행위계산이란 납세자가 정상적인 경제인의 합리적 거래형식에 의하지 아니하고 우회행위, 다단계행위 그 밖의 이상한 거래형식을 취함으로써 통상의 합리적인 거래형식을 취할 때 생기는 조세의 부담을 경감 내지 배제시키는 행위계산을 말한다. 불공정합병으로 인하여 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주가 입은 손실과 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주가 얻은 이익은 불공정합병이라는 하나의 자본거래에서 발생하는 것이다. 불공정합병 당시 어느 법인이 합병당사법인들의 주식을 함께 보유하고 있었다면 해당 법인에는 불공정합병에 따른 손실과 이익이 함께 귀속되므로 해당 법인이 불공정합병으로 인하여 이익을 분여하였는지는 그 손실과 이익을 통산하여 실질적으로 판단하여야 한다.

④ 익금 규정에 따른 익금에 해당하기 위해서는 불공정합병으로 인하여 합병당사법인의 주주인 법인의 순자산이 증가하여야 한다. 어느 법인이 합병당사법인

들의 주식을 함께 보유하고 있는 상태에서 불공정합병이라는 하나의 자본거래가 이루어지는 경우 해당 법인의 순자산이 증가하였는지 여부는 순자산의 개념상 주가가 과대평가된 합병당사법인의 주주로서 얻은 이익과 주가가 과소평가된 합병당사법인의 주주로서 입은 손실을 통산하여 판단할 수밖에 없다.

**14** 2022. 12. 29. 선고 2019두19 판결 [증여세과세처분취소] ..... 395

[1] 甲 주식회사가 乙 주식회사와 乙 회사 주식을 전부 인수하면서 乙 회사의 주주들에게 乙 회사 주식 1주당 甲 회사 신주 일정량을 발행해 주기로 하는 ‘주식의 포괄적 교환계약’을 체결하여, 乙 회사의 주주인 丙은 위 계약에 따라 乙 회사 주식 교환대가로 甲 회사 신주를 배정받았는데, 관할 세무서장이 위 주식교환 과정에서 乙 회사 주식의 1주당 가치가 시가보다 과대평가된 결과 丙이 일정한 이익을 증여받았다는 이유로, 구 상속세 및 증여세법 제42조 제1항 제3호에 따라 丙에게 증여세를 부과한 사안에서, 위 주식교환에 따른 丙의 증여재산가액 산정의 기초가 되는 변동 전후 재산의 평가차액을 구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목을 적용하여 ‘변동후 가액’인 ‘丙이 위 주식교환으로 교부받은 甲 회사 주식의 가액’에서 ‘변동전 가액’인 ‘丙이 당초 보유하고 있던 乙 회사 주식의 가액’을 차감하여 계산하여야 한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례

[2] 주식의 포괄적 교환이 있는 경우 구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목에 따른 변동 전후의 ‘가액’은 합병에 따른 이익의 계산방법 등에 관한 같은 법 시행령 제28조 제3항 내지 제6항을 준용하여 산정해야 하는지 여부(적극)

[1] 甲 주식회사는 乙 주식회사와 乙 회사 주식을 전부 인수하면서 乙 회사의 주주들에게 乙 회사 주식 1주당 甲 회사 신주 일정량을 발행해 주기로 하는 ‘주식의 포괄적 교환계약’을 체결하여, 乙 회사의 주주인 丙은 위 계약에 따라 乙 회사 주식 교환대가로 甲 회사 신주를 배정받았는데, 관할 세무서장은 위 주식교환 과정에서 乙 회사 주식의 1주당 가치가 시가보다 과대평가된 결과 丙이 일정한 이익을 증여받았다는 이유로, 구 상속세 및 증여세법(2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제42조 제1항 제3호에 따라 丙에게 증여세를 부과한 사안에서, 구 상증세법 제42조 제1항 제3호의 ‘주식의 포괄적 교환’으로 인한 증여재산가액은 구 상속세 및 증여세법 시행령(2008. 2. 22. 대통령령 제20621호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법 시행령’이라 한다) 제31조의9 제2항 제5호 (나)목을 적용하여 산정하고, 위 규정에 따른 변동 전후 재산의 평가차액은 ‘변동후 가액’에서 ‘변

동전 가액'을 차감하여 계산하여야 하므로, 위 주식교환에 따른 丙의 증여재산가액 산정의 기초가 되는 변동 전후 재산의 평가차액을 구 상속세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목을 적용하여 '변동후 가액'인 '丙이 위 주식교환으로 교부받은 甲 회사 주식의 가액'에서 '변동전 가액'인 '丙이 당초 보유하고 있던 乙 회사 주식의 가액'을 차감하여 계산하여야 한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

- [2] 주식의 포괄적 교환의 구조, 효과 및 합병과의 유사성, 구 상속세 및 증여세법(2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상속세법'이라 한다) 제42조 제1항 제3호, 구 상속세 및 증여세법 시행령(2008. 2. 22. 대통령령 제20621호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상속세법 시행령'이라 한다) 제31조의9 제2항 제5호를 비롯한 관련 규정의 내용 및 체계 등을 고려하면, 주식의 포괄적 교환이 있는 경우 구 상속세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목에 따른 변동 전후의 '가액'은 합병에 따른 이익의 계산방법 등에 관한 구 상속세법 시행령 제28조 제3항 내지 제6항(이하 '합병규정'이라 한다)을 준용하여 산정하는 것이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 구 상속세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목은 변동 전후 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 상속세법 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 상속세법 시행령 제28조 제5항은 합병 후 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 주가가액과 주가가 과소평가된 합병당사법인의 합병직전 주가가액을 합

한 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 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 구 상증세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나) 목의 ‘변동후 가액’을 산정하는 것이 합리적이다.

④ 구 상증세법 시행령 제31조의9 제2항 제5호 (나)목의 ‘변동후 가액’을 합병규정을 준용하여 산정하면 상법 제360조의4의 규정에 의한 대차대조표 공시일 등이 그 평가기준일이 될 수 있는데, 이러한 경우 변동 전후 재산의 평가차액을 합리적으로 산정하기 위해서는 ‘변동전 가액’의 평가기준일 역시 합병규정을 준용하여 ‘변동후 가액’의 평가기준일과 일치시킬 필요가 있다.

**형 사**

- 15** 2022. 12. 29. 선고 2017도10007 판결 (의료법위반) ..... 401
- [1] 구 의료법 제27조 제1항에서 정한 ‘의료행위’의 의미 / 의사 등이 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없는데도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 그 의료행위의 실시과정에도 의사 등이 지시·관여하지 않은 경우, 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당하는지 여부(적극) / 사망진단은 의사가 직접 수행해야 하는 의료행위인지 여부(적극) 및 의사 등의 개별적 지도·감독이 있는 경우, 간호사가 사망진단을 할 수 있는지 여부(소극)
  - [2] 의료행위에 해당하는 어떠한 시술행위가 무면허로 행하여졌으나 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되는 경우
  - [1] 구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항은 의료인에게만 의료행위를 허용하고, 의료인이라고 하더라도 면허된 의료행위만 할 수 있도록 하여, 무면허 의료행위를 엄격히 금지하고 있다. 여기서 ‘의료행위’란 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰,

검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료 행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다.

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 보조자이다. 간호사가 의사 등의 진료를 보조하는 경우 모든 행위 하나하나마다 항상 의사 등이 현장에 입회하여 일일이 지도·감독해야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 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 않은 경우라면, 이는 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다.

환자가 사망한 경우 사망진단 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 수행해야 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.

- [2] 의료행위에 해당하는 어떠한 시술행위가 무면허로 행하여졌을 때에는 그 시술행위의 위험성 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어

용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다.

**16** 2022. 12. 29. 선고 2018도2720 판결 (근로기준법위반) ..... 405

구 근로기준법 제44조, 제109조의 입법 취지 / 근로자가 상위 수급인의 처벌을 희망하지 아니하거나 처벌을 희망하는 의사를 철회하는 의사표시를 하는 경우, 하수급인 또는 그 직상 수급인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시도 포함되어 있는지를 판단하기 위하여 고려해야 할 사항

구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 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.

구 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 직

상 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.

**17** 2022. 12. 29. 선고 2021도2088 판결 [형령] ..... 408

- [1] 형법 제355조 제1항에서 정하는 ‘반환의 거부’의 의미 및 판단 기준 / 반환거부에 상당한 이유가 있는 경우, 불법영득의 의사가 인정되는지 여부(소극)
- [2] 주류업체 甲 주식회사의 사내이사인 피고인이 피해자를 상대로 주류대금 청구소송을 제기한 민사 분쟁 중 피해자가 착오로 피고인이 관리하는 甲 회사 명의 계좌로 금원을 송금하여 피고인이 이를 보관하게 되었는데, 피고인은 피해자로부터 위 금원이 착오송금된 것이라는 사정을 문자메시지를 통해 고지받아 위 금원을 반환해야 할 의무가 있었음에도, 피해자와 상계 정산에 관한 합의 없이 피고인이 주장하는 주류대금 채권액을 임의로 상계 정산한 후 반환을 거부하여 횡령죄로 기소된 사안에서, 피고인이 피해자의 착오로 甲 회사 명의 계좌로 송금된 금원 중 甲 회사의 피해자에 대한 채권액에 상응하는 부분에 관하여 반환을 거부한 행위는 정당한 상계권의 행사로 볼 여지가 있으므로, 피고인의 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 보아 불법영득의사를

인정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 형법 제355조 제1항에서 정하는 ‘반환의 거부’란 보관물에 대하여 소유자의 권리를 배제하는 의사표시를 하는 행위를 뜻하므로, ‘반환의 거부’가 횡령죄를 구성하려면 타인의 재물을 보관하는 자가 단순히 반환을 거부한 사실만으로는 부족하고 반환거부의 이유와 주관적인 의사들을 종합하여 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 볼 수 있을 정도이어야 한다. 횡령죄에서 불법영득의 의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 취지에 반하여 정당한 권원 없이 스스로 소유권자와 같이 이를 처분하는 의사를 말하므로 비록 반환을 거부하였더라도 반환거부에 정당한 이유가 있다면 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다.
- [2] 주류업체 甲 주식회사의 사내이사인 피고인이 피해자를 상대로 주류대금 청구소송을 제기한 민사 분쟁 중 피해자가 착오로 피고인이 관리하는 甲 회사 명의 계좌로 금원을 송금하여 피고인이 이를 보관하게 되었는데, 피고인은 피해자로부터 위 금원이 착오송금된 것이라는 사정을 문자메시지를 통해 고지받아 위 금원을 반환해야 할 의무가 있었음에도, 피해자와 상계 정산에 관한 합의 없이 피고인이 주장하는 주류대금 채권액을 임의로 상계 정산한 후 반환을 거부하여 횡령죄로 기소된 사안에서, 어떤 예금계좌에 금원이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우 수취인과 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립하기는 하나, 특별한 사정이 없는 한 이러한 이유만으로 송금인이 착오로 송금한 금전이 위탁자가 목적과 용도를 정하여 명시적으로 위탁한 금전과 동일하다거나, 송금인이 수취인에게 금원의 수수를 수반하는 사무처리를 위임하였다고 보아 수취인의 송금인에 대한 상계권 행사가 당초 위임한 취지에 반한다고 평가할 수는 없는 점, 관련 민사사건의 진행경과에 비추어 甲 회사가 반환거부 일시경 피해자에 대하여 반환거부 금액에 상응하는 물품대금채권을 보유하고 있었던 것으로 보이는 점, 피고인은 착오송금된 금원 중 甲 회사의 물품대금채권액에 상응한 금액을 제외한 나머지는 송금 다음 날 반환하였고, 나머지에 대해서도 반환을 요청하는 피해자에게 甲 회사의 물품대금채권을 자동채권으로 하여 상계권을 행사한다는 의사를 충분히 밝힌 것으로 보여, 피고인이 불법영득의사를 가지고 반환을 거부한 것이라고 단정하기 어려운 점을 종합하면, 피고인이 피해자의 착오로 甲 회사 명의 계좌로 송금된 금원 중 甲 회사의 피해자에 대한 채권액에 상응하는 부분에 관하여 반환을 거부한 행위는 정당한 상계권의 행사로 볼 여지가 있으므로, 피고인의 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 보아 불법영득의사를 인정한 원심판결에 법리

오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**18** 2022. 12. 29. 선고 2022도8592 판결 (도박공간개설) ..... 411

[1] 형법 제49조 단서에 근거하여 몰수·추징을 선고하려면 몰수·추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 하는지 여부(적극) 및 공소가 제기되지 아니한 별개의 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수·추징을 선고할 수 있는지 여부(소극) / 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 적용되는지 여부(적극)

[2] 피고인이 영리의 목적으로 도박공간을 개설하였다는 공소사실이 제1심 및 원심에서 유죄로 인정되었는데, 그로 인한 범죄수익의 추징과 관련하여 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익 부분에 대한 추징 여부가 문제 된 사안에서, 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익을 도박공간개설로 얻은 범죄수익으로 몰수하거나 추징할 수 없다는 이유로, 전체 범죄수익 중 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익을 도박공간개설의 범죄로 인한 추징 대상에서 제외하고 그 차액만을 추징한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례

[1] 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.

[2] 피고인이 영리의 목적으로 도박공간을 개설하였다는 공소사실이 제1심 및 원심에서 유죄로 인정되었는데, 그로 인한 범죄수익의 추징과 관련하여 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익 부분에 대한 추징 여부가 문제 된 사안에서, 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배 아래 도박장소를 개설함으로써 성립하는 범죄로서 도박죄와 별개의 독립된 범죄이고, 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익은 도

박공간개설을 통하여 간접적으로 얻은 이익에 당연히 포함된다고 보기도 어려워 도박공간을 개설한 자가 도박에 참가하여 얻은 수익을 도박공간개설로 얻은 범죄수익으로 몰수하거나 추정할 수 없다는 이유로, 전체 범죄수익 중 피고인이 직접 도박에 참가하여 얻은 수익을 도박공간개설의 범죄로 인한 추정 대상에서 제외하고 그 차액만을 추정한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.

**19** 2022. 12. 29. 선고 2022도10660 판결 [아동·청소년의성보호에관한법률위반(상습성착취물제작·배포등)·아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등)·아동·청소년의성보호에관한법률위반(성착취물소지)·미성년자의제유사공간] …… 414

[1] 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 있는지 여부(소극) 및 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

[2] 공소장변경이 허용되는 범위 / 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 범죄사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경신청이 있는 경우, 법원이 취할 조치 / 공소사실의 동일성을 판단하는 기준

[1] 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.

[2] 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.

**20** 2022. 12. 29. 선고 2022도12494 판결 [절도(인정된 죄명: 사기)] …… 417

[1] 형법상 ‘절취’의 의미 및 사기죄에서 처분행위가 갖는 역할과 기능 / 피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우, 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정되는지 여부(적극) / 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에

사기죄가 성립하려면 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 하는지 여부(적극)

- [2] 피해자 甲은 드라이버를 구매하기 위해 특정 매장에 방문하였다가 지갑을 떨어뜨렸는데, 10분쯤 후 피고인이 같은 매장에서 우산을 구매하고 계산을 마친 뒤, 지갑을 발견하여 습득한 매장 주인 乙로부터 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라는 질문을 받아 “내 것이 맞다.”라고 대답한 후 이를 교부받아 가지고 간 사안에서, 乙의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하고, 피고인의 행위를 절취행위로 평가할 수 없다고 한 사례

- [1] 형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 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. 한편 사기죄가 성립되려면 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.

- [2] 피해자 甲은 드라이버를 구매하기 위해 특정 매장에 방문하였다가 지갑을 떨어뜨렸는데, 10분쯤 후 피고인이 같은 매장에서 우산을 구매하고 계산을 마친 뒤, 지갑을 발견하여 습득한 매장 주인 乙로부터 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐?”라는 질문을 받아 “내 것이 맞다.”라고 대답한 후 이를 교부받아 가지고 간 사안에서, 乙은 지갑을 습득하여 진정한 소유자에게 돌려주어야 하는 지위에 있으므로 甲을 위하여 이를 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있었으며, 이러한 처분 권능과 지위에 기초하여 지갑의 소유자라고 주장하는 피고인에게 지갑을 교부하였고 이를 통해 피고인이 지갑을 취득하여 자유로운 처분이 가능한 상태가 되었으므로, 乙의 행위는 사기죄에서 말

2023. 2. 15. **판례공보**

하는 처분행위에 해당하고 피고인의 행위를 절취행위로 평가할 수 없다는 이유로, 피고인에 대한 주위적 공소사실인 절도 부분을 이유에서 무죄로 판단하면서 예비적 공소사실인 사기 부분을 유죄로 인정한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.