

## 대법원 2024. 4. 4. 선고 중요판결 요지

민 사

2022다239131(본소), 2022다239148(반소) 정산금 등(본소), 대여금(반소) (사)  
파기환송(일부)

[법원이 신의칙과 형평의 원칙에 의하여 당사자가 유효하게 체결한 수익금 정산계약의 내용을 변경할 수 있는지 여부가 문제된 사건]

◇유효하게 성립한 계약상 책임을 공평의 이념 및 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한할 수 있는지 여부(한정 적극)◇

채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 것인 때에는 이를 부정하는 것이 예외적으로 허용될 수 있을 것이나 일단 유효하게 성립한 계약상 책임을 공평의 이념 및 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 자칫하면 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 신중을 기하여 가능한 한 예외적으로 인정하여야 한다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2012다64253 판결, 대법원 2016. 12. 1. 선고 2016다240543 판결 등 참조).

☞ 원고와 피고는 공동주택 건축 사업을 함께 추진하면서 피고가 비용을 전액 부담하되 투입한 비용에 관하여 사업기간 동안 연 7.4%로 계산한 금원을 세전수익에서 금융비용 명목으로 우선 취득하기로 약정하였음. 공동주택 건축 사업은 여러 가지 사정으로 예정 사업기간보다 상당히 지연되었고, 그에 따라 피고가 우선하여 취득하는 금융비용도 상당히 늘어남. 원고는 피고를 상대로 수익금의 정산을 구하는 본소를 제기하고, 이에 대하여 피고는 약정에 따른 금융비용을 공제하면 원고에게 지급할 정산금이 없다고 주장하는 사안임

☞ 원심은, 사업시행자와 금융기관의 지위를 겸유하는 피고가 자금집행에 있어 주도적인 역할을 하였고, 사업계획변경이나 시공사와 협의 지연 등으로 이 사건 사업의 지연에 영향을 미쳤으며, 원고에게 부당하게 해지통보를 하였다는 등의 이유로, 신의칙과 형평의 원칙상 예정 사업기간 이후의 계약상 금융비용을 50%로 감액하는 것이 타당하다고 판단하였음

☞ 대법원은, 금융비용 약정은 투자금에 대한 약정이자의 성격을 가지고 있는데 이러한 약정을 하는 데에 합리성과 필요성이 있고, 피고가 우월한 지위나 원고의 불리한 사정을 이용하여 불공정한 약정을 하였다고 단정하기 어려우며, 이 사건 사업 지연에 대한 책임

이 오로지 피고에게 있다고 보기도 어렵다는 등의 이유로, 이와 달리 위와 같은 근거만으로 공평과 신의성실의 원칙에 따라 금융비용 공제에 관한 약정의 효력을 제한한 원심을 일부 파기·환송함

## 2023다295695 부당이득금 (아) 파기환송

### [토지의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한 여부가 문제된 사건]

#### ◇토지의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우 및 그 판단 기준◇

어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 사용되고 있는 경우, 토지 소유자가 스스로 그 토지를 도로로 제공하거나 그러한 사용 상태를 용인함으로써 인근 주민이나 일반 공중이 이를 무상으로 통행하고 있는 상황에서, 도로의 점유자를 상대로 부당이득반환청구나 손해배상청구, 토지인도청구 등 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한할 수 있는 경우가 있다. 독점적·배타적 사용·수익권을 행사하는 것을 제한할 수 있는지 여부는 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공하거나 그 사용을 용인하게 된 경위와 그 규모, 토지 제공 당시 소유자의 의사, 토지 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무와 정도, 해당 토지의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경, 소유자가 보인 행태의 모순 정도 및 이로 인한 일반 공중의 신뢰 내지 편익 침해 정도, 소유자가 행사하는 권리의 내용이나 행사 방식 및 권리 보호의 필요성 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 하여 판단하여야 한다(대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결, 대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다295442 판결 등 참조).

☞ 망인은 1974. 4. 10. 이 사건 분할 전 토지를 매수한 후 이 사건 토지를 포함하여 총 31필지로 분할하였고, 그중 도로 부분인 이 사건 토지 외 2필지를 제외한 나머지 토지를 모두 매도하였음. 이 사건 토지는 망인이 이 사건 분할 전 토지를 매수하기 전인 1970. 1. 25. 이미 서울특별시 고시에 의하여 도시계획시설(도로)로 결정된 상태였음. 원고들은 망인의 상속인으로서, 도로로 사용되는 이 사건 토지의 점유자인 피고를 상대로 부당이득반환을 구하는 사안임

☞ 원심은, 망인이 이 사건 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 보아, 상속인인 원고들이 부당이득반환을 구할 수 없다고 판단하였음

☞ 대법원은 위 법리를 실시하면서, ① 망인이 이 사건 분할 전 토지를 분할할 당시 이 사건 토지는 도로가 아닌 ‘담’으로 이용되었을 뿐, 아직 도로가 개설되기 전이었던 점,

② 이 사건 토지 부분이 공로에 출입하는 유일한 통행로라고 보기도 어려운 점 등 이 사건에서 나타난 각 판단요소들에 비추어 망인이 이 사건 토지에 대한 독점적·배타적 사용·수익권을 포기하였다고 쉽게 단정하기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

☞ 한편, 이 사건은 소제기 당시에는 소액사건이었으나, 원고들이 청구취지를 확장함으로써 소액사건이 아니게 되었으므로, 소액사건심판법 제3조 각호의 사유로 상고이유가 제한되지 않음

### 2023다298670 보수 약정금 (아) 파기환송

**[북한주민인 피고들과 위임 및 보수약정을 체결한 범무법인인 원고가 위임약정에 따른 업무 수행 후 피고들을 상대로 성공보수금을 청구한 사건]**

◇1. 북한주민이 상속 등으로 취득한 재산 그 자체는 물론이고 그 재산을 처분한 대가로 얻은 재산을 처분하는 행위 역시 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법」(이하 ‘남북가족특례법’) 제15조에 따라 재산관리인을 통하지 않으면 무효인지 여부(적극), 2. 여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여져서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 경우에도 법률행위의 일부 무효 법리가 적용되는지 여부(적극) 및 변호사에게 보수를 지급할 목시적인 약정이 있다고 보아야 하는 경우와 그 보수액 결정 기준◇

1. 남북가족특례법 제15조 본문은 “재산관리인을 통하지 아니하고 상속·유증재산 등에 관하여 한 법률행위는 무효로 한다.”라고 규정하고 있고, 남북가족특례법상 ‘상속·유증재산 등’은 상속 등으로 취득한 북한주민의 남한 내 재산과 상속·유증 받은 재산 등의 과실 또는 대가로 얻은 재산을 포함한다(남북가족특례법 제13조 제1항). 위와 같은 규정과 북한주민이 취득한 남한 내 재산이 북한으로 유출되어 다른 용도로 전용되는 것을 방지하고자 하는 남북가족특례법상의 북한주민 상속·유증재산 등 관리제도의 입법 목적 등을 고려하면, 북한주민이 상속 등으로 취득한 재산 그 자체는 물론이고 그 재산을 처분한 대가로 얻은 재산을 처분하는 행위 역시 남북가족특례법 제15조에 따라 재산관리인을 통하지 않으면 무효이고, 그러한 법률행위가 재산관리인이 선임되기 전에 있었다고 하더라도 마찬가지라고 보아야 한다.

2. 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 하나, 그 무효 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다(민법 제137조). 여기서 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률행위 당시에 알았

다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것이다. 그리고 이와 같은 법률행위의 일부 무효 법리는 여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여져서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 경우에도 적용된다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2019다232277 판결 등 참조).

변호사에게 계쟁 사건의 처리를 위임하는 경우에 그 보수 지급 및 수액에 관하여 명시적인 약정을 아니하였더라도, 무보수로 한다는 등 특별한 사정이 없는 한 응분의 보수를 지급할 목시의 약정이 있는 것으로 봄이 상당하고, 이 경우 그 보수액은 사건 수입의 경위, 사건의 경과와 난이 정도, 소송물 가액, 승소로 인하여 당사자가 얻는 구체적 이익, 의뢰인과 변호사 간의 관계, 기타 변론에 나타난 여러 사정을 참작하여 결정함이 상당하다(대법원 1995. 12. 5. 선고 94다50229 판결 등 참조).

☞ 원고(법무법인)는 북한주민인 피고들과 위임약정 및 보수약정을 체결하면서 수임인이 소송이나 화해, 합의 등을 통하여 분쟁을 해결한 경우 위임인은 수임인에게 성공보수로 ‘총 상속지분의 30% 또는 이에 상응하는 금전’을 지급해야 하고, 친생자확인 및 상속회복 청구소송 등의 결과로 수령하는 돈에서 성공보수를 먼저 지급하도록 약정하였음. 원고는 이후 국내에서 피고들을 위하여 친생자확인소송, 상속재산분할심판 등을 수행하였고, 상속재산분할심판에서 피고들을 포함한 상속인들 사이에 화해가 성립하였음. 원고는 위 화해에 따른 피고들의 상속지분 평가액이 각 19,624,266,000원 상당이라고 주장하면서, 이 사건 보수약정에 따라 그 30%에 상응하는 돈의 지급을 구하는 사안임

☞ 원심은, 이 사건 보수약정은 피고들의 재산관리인을 통하지 않고 체결되어 남북가족특례법 제15조에 따라 무효이고, 나아가 이 사건 보수약정이 무효인 이상 이 사건 위임약정도 민법 제137조에 의하여 무효라고 판단하였음

☞ 대법원은 위 법리를 실시하면서, 이 사건 보수약정이 무효라고 본 원심판단을 수긍하였으나, 보수약정이 무효라고 하더라도 당사자 사이에는 이 사건 위임약정을 체결, 유지하려는 가정적 의사가 있었다고 볼 여지가 있다고 보아, 이와 달리 이 사건 위임약정까지 무효라고 판단한 원심을 파기·환송함

## 2023다304650 소유권이전등기 (나) 파기환송

[부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 다른 사람의 명의로 매각허가결정을 받아 이를 점유하여 온 경우 자유점유의 추정 번복이 문제된 사건]

◇계약명의신탁에서 명의신탁자가 명의신탁약정에 따라 부동산을 점유하는 경우 소유의 의사로 점유한다는 자주점유의 추정이 깨어지는지 여부(원칙적 적극)◇

자기 소유의 부동산을 점유하고 있는 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 된 경우 자기 소유 부동산을 점유하는 것은 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없고 소유권의 변동에 따라 비로소 취득시효의 기초가 되는 점유가 개시되므로, 취득시효의 기산점은 소유권의 변동일 즉 소유권이전등기가 경료된 날이 된다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96다55860 판결 참조).

부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 매수대금을 자신이 부담하면서 다른 사람의 명의로 매각허가결정을 받기로 그 다른 사람과 약정함에 따라 매각허가가 이루어진 경우 그 경매절차에서 매수인의 지위에 서게 되는 사람은 어디까지나 그 명의인이므로 경매 목적 부동산의 소유권은 매수대금을 실질적으로 부담한 사람이 누구인가와 상관 없이 그 명의인이 취득하고, 이 경우 매수대금을 부담한 사람과 이름을 빌려 준 사람 사이에는 명의신탁관계가 성립한다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다62687 판결 참조).

한편, 계약명의신탁에서 명의신탁자는 부동산의 소유자가 명의신탁약정을 알았는지 여부와 관계없이 부동산의 소유권을 갖지 못할 뿐만 아니라 매매계약의 당사자도 아니어서 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 할 수 없고, 이는 명의신탁자도 잘 알고 있다고 보아야 한다. 명의신탁자가 명의신탁약정에 따라 부동산을 점유한다면 명의신탁자에게 점유할 다른 권원이 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 명의신탁자는 소유권 취득의 원인이 되는 법률요건이 없이 그와 같은 사실을 잘 알면서 타인의 부동산을 점유한 것이다. 이러한 명의신탁자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 가지지 않았다고 할 것이므로 소유의 의사로 점유한다는 추정은 깨어진다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2019다 249428 판결 참조).

☞ 피고(명의수탁자)는 甲(명의신탁자) 소유의 부동산에 관한 경매절차에서 부동산을 매수한 다음 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤음. 甲은 피고가 위 소유권이전등기를 마친 전후로 위 부동산에서 계속 거주하다가 사망하였고, 이후에는 甲의 공동상속인인 배우자 乙과 자녀 원고가 위 부동산을 점유하여 왔음. 甲 사망 후 乙이 사망하자 공동상속인인 원고 등 6인은 乙의 상속재산 일체를 원고가 단독으로 상속하기로 하는 내용의 상속재산분할협의를 하였음. 원고는, 甲이 피고에게 위 부동산을 명의신탁하여 피고의 명의로 위 부동산을 매수하여 계속 거주하였고, 甲이 사망한 이후 甲의 배우자이자 원고의 어머니인 乙과 원고가 망인으로부터 그 점유권을 상속하여 이 사건 부동산을 계속 점유함으로써 점유취득시효가 완성되었다고 주장하면서, 피고를 상대로 소유권이전등기절차 이행을 구하는 사안임

☞ 원심은, 피고가 甲과 체결한 명의신탁계약에 따라 부동산경매절차에서 甲 소유인 위

부동산을 매수하였는데 甲이 그때부터 사망한 때까지 위 부동산을 점유하였고, 상속인 중 일부인 乙과 원고가 이를 승계하여 위 부동산을 소유의 의사로 점유함에 따라 乙과 원고의 점유취득시효가 완성되었다고 판단하고, 甲 및 그 상속인들의 점유가 타주점유라는 피고의 항변을 배척하였음

☞ 대법원은, 甲이 자기 소유의 위 부동산을 점유하고 있는 상태에서 피고 명의로 소유권이전등기가 된 이상 甲의 위 부동산에 관한 점유는 피고의 소유권 취득 시점부터 취득시효의 기초가 되는 점유로서 개시되었다고 보아야 하고, 경매절차에서 위 부동산의 매수대금을 실질적으로 부담한 사람이 누구인가와 상관없이 甲과의 명의신탁계약에 따라 매수인이 된 피고가 위 부동산의 소유권을 취득하며, 특별한 사정이 없는 한 명의신탁자인 甲은 소유권 취득의 원인이 되는 법률요건이 없이 그와 같은 사실을 잘 알면서 타인의 부동산을 점유하였다고 보아야 하므로 甲이 위 부동산을 소유의 의사로 점유하였다는 추정 은 깨어졌고, 원고 스스로도 乙과 원고가 甲의 상속인으로서 위 부동산에 관한 甲의 점유를 승계하였다고 주장할 뿐 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하였다고 주장하지 않고 있는 이상 점유취득시효의 기초가 되는 점유라고 볼 수 없다고 보아, 이와 달리 위 부동산에 관한 甲과 그 상속인인 乙과 원고의 점유가 타주점유라는 피고의 항변을 배척한 원심을 파기·환송함

## 형 사

### 2021도15080 허위진단서작성등 (나) 파기환송(일부)

[골수검사 시행 직후 사망한 환자에 대한 사망진단서의 허위 작성 등이 문제된 사건]

◇사망진단서의 허위 작성 및 허위 작성의 고의에 대한 판단 기준◇

형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위하여서는 진단서의 내용이 객관적으로 진실에 반할 뿐 아니라 작성자가 진단서 작성 당시 그 내용이 허위라는 점을 인식하고 있어야 하고, 주관적으로 진찰을 소홀히 한다든가 착오를 일으켜 오진한 결과로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서 작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 않는다(대법원 1976. 2. 10. 선고 75도1888 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결 등 참조).

고의의 일종인 미필적 고의는 중대한 과실과는 달리 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있고 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지 여부는 행위자의 진술에 의존하

지 않고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이 라면 해당 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인지를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결, 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 등 참조).

의사 등이 사망진단서를 작성할 당시 기재한 사망 원인이나 사망의 종류가 허위인지 여부 또는 의사 등이 그러한 점을 인식하고 있었는지 여부는 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료 수준 및 사망진단서 작성현황에 비추어 사망진단서 작성 당시까지 작성자가 진찰한 환자의 구체적인 증상 및 상태 변화, 시술, 수술 등 진료 경과 등을 종합하여 판단하여야 한다. 특히 부검을 통하지 않고 사망의 의학적 원인을 정확하게 파악하는 데에는 한계가 있으므로, 부검 결과로써 확인된 최종적 사인이 이보다 앞선 시점에 작성된 사망진단서에 기재된 사망 원인과 일치하지 않는다는 사정만으로 사망진단서의 기재가 객관적으로 진실에 반한다거나, 작성자가 그러한 사정을 인식하고 있었다고 함부로 단정하여서는 안 된다.

☞ 만 6개월의 영아(이하 ‘망아’)가 골수검사 시행 중 상태가 급격히 악화되어 사망에 이르게 되자, 망아의 주치의인 소아청소년과 교수 피고인 A와 망아의 담당의사인 소아청소년과 전공의인 피고인 B는 망아의 사망진단서상 사인을 무엇으로 기재할지 상의한 후, 피고인 B는 사망의 종류 ‘병사’, 직접사인 ‘호흡정지’, 중간선행사인 ‘범혈구감소증(골수검사확인예정)’으로 기재한 사망진단서를 작성하였는데, 망아의 사망 이후 골수검사 결과는 급성 골수구성 백혈병으로 확인되었고, 망아의 사망 약 1개월 뒤 작성된 망아에 대한 부검감정서는 망아의 사인을 골수채취 바늘이 총장골동맥을 파열하여 발생한 의인성 손상으로 인한 혈복강으로 판정하여, 피고인들이 공모하여 사망진단서를 허위로 작성하였다고 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인들이 사망진단서의 기재내용이 사실과 다르다는 점을 미필적으로나마 인식하면서 진실과 다르게 사망진단서를 작성하였다고 보아야 한다고 판단하였음

☞ 대법원은, 의사는 사망진단서 작성 당시까지 드러난 환자의 임상 경과를 고려하여 가장 부합하는 사망 원인과 사망의 종류를 자신의 의학적인 판단에 따라 사망진단서에 기재할 수 있으므로, 부검 이전에 작성된 사망진단서에 기재된 사망 원인이 부검으로 밝혀진 사망 원인과 다르다고 하여 피고인들에게 허위진단서 작성의 고의가 있다고 곧바로 추단할 수는 없다고 보아, 허위진단서작성죄를 유죄로 인정한 원심을 파기·환송함

**2023도18846    공직선거법위반    (아)    상고기각**

## [예비후보자공약집이 공직선거법에서 규율하는 기부행위의 객체에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

### ◇예비후보자공약집이 기부행위의 객체인 ‘금전·물품 기타 재산상 이익’에 해당하는지 여부(적극)◇

가. 공직선거법에서의 기부행위는 원칙적으로 당사자 일방이 상대방에게 무상으로 금전·물품 기타 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위를 말한다(공직선거법 제112조 제1항). 공직선거법 제113조에서 기부행위를 제한하는 취지는 기부행위가 후보자의 지지기반을 조성하는 데에 기여하거나 매수행위와 결부될 가능성이 높아 이를 허용할 경우 선거 자체가 후보자의 인물·식견 및 정책 등을 평가받는 기회가 되기보다는 후보자의 자금력을 겨루는 과정으로 타락할 위험성이 있어 이를 방지하기 위한 것이다(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결 등 참조).

나. 공직선거법은 대통령선거 및 지방자치단체의 장선거의 예비후보자의 경우 예비후보자공약집 1종을 발간·배부할 수 있도록 하되 배부방법에 있어 통상적인 방법으로 판매하도록 하는 등의 제한을 두고 있다(제60조의4 제1항). 이와 같이 공직선거법에서 기부행위제한 규정과 별도로 예비후보자공약집의 배부방법 제한 규정을 두고 있다고 하여 예비후보자공약집이 공직선거법에서 규율하는 기부행위의 객체에서 제외된다고 볼 수는 없다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 공직선거법 제112조 제2항은 기부행위로 보지 아니하는 행위 중 하나로 제1호 (라)목에서 일정한 정당 행사에서 참석당원 등에게 정당의 경비로 ‘교재나 그 밖에 정당의 홍보인쇄물 등을 제공하는 행위’를 들고 있어, 정당의 홍보인쇄물도 원칙적으로 기부행위의 객체에 해당함을 전제로 그 예외를 규정하고 있다. 이러한 규정에 비추어 보면, 기부행위의 객체가 되는 서적이 재산상의 가치가 있는 서적으로 한정된다거나 불특정의 사람이 일정한 대가를 지급하고 획득하려는 의지를 촉발시켜야 할 정도에 이르러야만 한다고 볼 수 없다(대법원 2002. 9. 10. 선고 2002도43 판결 등 참조).

2) 예비후보자공약집은 예비후보자의 정책 등을 홍보하기 위한 것으로서 그 예비후보자의 지지기반을 조성하는 데에 기여하는 가치가 있는 물건이다.

3) 공직선거법 제59조 단서 제1호 및 제60조의3 제1항 제2호, 제4호는 등록된 예비후보자에게 사전선거운동으로 명함을 교부하거나 예비후보자홍보물을 우편발송하는 행위 등을 허용하는데, 공직선거법 제60조의4 제1항에서 규율하는 예비후보자공약집은 명함이나 예비후보자홍보물과는 달리 상당한 비용을 들여 도서의 형태로 발간되는 것이어서 이를 무상으로 배부하게 되면 자금력을 기반으로 상대적으로 우월한 홍보활동과 효과적인 선



거운동이 가능하게 되므로, 결국 후보자의 자금력이 유권자의 후보자 선택에 관한 의사결정에 영향을 미칠 우려가 있다.

☞ 지방자치단체장 선거의 예비후보자인 피고인이 제1심 공동피고인들에게 예비후보자공약집을 주어 자동차 와이퍼 등에 끼워두거나 상가, 주택의 우편함에 넣어 두는 등의 방법으로 살포하여, 후보자 등의 기부행위제한 위반으로 인한 공직선거법 위반죄(공직선거법 제257조 제1항 제1호, 제113조 제1항)와 예비후보자공약집 배부방법 위반으로 인한 공직선거법 위반죄(공직선거법 제255조 제2항 제1의2호, 제60조의4 제1항)의 상상적 경합으로 기소된 사안임

☞ 대법원은, 위 법리를 실시하면서, 피고인의 행위에 대해 예비후보자공약집 배부방법 위반으로 인한 공직선거법 위반죄와 별도로 기부행위제한 위반으로 인한 공직선거법 위반죄가 성립하고 양자가 상상적 경합관계에 있다고 판단한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

**특 별**

**2022두56661 입학전형이의신청거부처분 및 불합격처분 취소의 소 (타) 파기자판 (일부)**

**[종교적 신념을 이유로 면접시험 일정 변경을 요구한 사건]**

◇재림교의 안식일로 면접일시가 지정되어 면접에 응시하지 못한 재림교 신자에 대한 불합격처분의 적법 여부(소극)◇

국립대학교 총장인 피고는 공권력을 행사하는 주체이자 기본권의 수범자로서의 지위를 갖는다. 그 결과 사적 단체 또는 사인의 경우 차별처우가 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 도저히 용인될 수 있는 한계를 벗어난 경우에 한해 사회질서에 위반되는 행위로서 위법한 행위로 평가되는 것과 달리, 피고는 헌법상 평등원칙의 직접적인 구속을 받고, 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 부담하므로(헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌바50 결정 참조), 그 차별처우의 위법성이 보다 폭넓게 인정된다.

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 평등은 형식적 의미의 평등이 아니라 실질적 의미의 평등을 의미한다. 한편 비례의 원칙은 법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리로서, 모든 국가작용에 적용된다(대법원 2019. 9. 9. 선고 2018두

48298 판결).

위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 전남대학교 법학전문대학원 입시 과정에서 재림교 신자들이 종교적 신념을 이유로 결과적으로 불이익을 받게 되는 경우, 이를 해소하기 위한 조치가 공익이나 제3자의 이익을 다소 제한한다고 하더라도, 그 제한의 정도가 재림교 신자들이 받는 불이익에 비해 현저히 적다고 인정된다면, 헌법이 보장하는 실질적 평등을 실현할 의무와 책무를 부담하는 피고로서는 재림교 신자들의 신청에 따라 그들이 받는 불이익을 해소하기 위한 적극적인 조치를 취할 의무가 있다.

☞ 피고가 제철일안식일예수재림교(이하 '재림교') 신자인 원고의 면접일시를 재림교의 안식일인 토요일 오전으로 지정하자, 원고가 토요일 일몰 후에 면접에 응시할 수 있게 해달라는 취지의 이의신청을 하였으나 피고가 이를 거부하였고, 원고가 면접에 응시하지 않아 피고가 원고에 대하여 불합격처분을 하자, 원고가 피고를 상대로 이의신청거부처분과 불합격처분의 취소를 구한 사안임

☞ 대법원은, 위 법리를 실시하면서, 피고는 원고에 대한 면접시간을 변경하는 데에 비용 또는 불편이 다소 증가한다는 이유만으로 토요일 오전으로 지정된 원고의 면접일시의 변경을 거부함으로써 원고가 종교적 신념을 이유로 받게 된 중대한 불이익을 방치하였다고 보아, 이 사건 불합격처분이 위법하다고 판단한 원심판결을 수긍하여 이 부분에 대한 피고의 상고를 기각함