



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 12월 1일

제623호

민사

1 2021. 10. 14. 선고 2016다201197 판결〔배당이의〕 2169

- [1] 민사집행법 제53조 제1항에서 정한 ‘강제집행에 필요한 비용’의 의미
- [2] 부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 경매절차에서 경매신청 전 부동산의 소유자가 사망하였으나 상속인이 상속등기를 마치지 않아 경매신청인이 경매절차의 진행을 위해 상속인을 대위하여 상속등기를 마친 경우, 이를 위하여 지출한 비용이 집행비용에 해당하는지 여부(적극)
- [1] 강제집행에 필요한 비용은 채무자가 부담하고 그 집행에 의하여 우선적으로 변상을 받는다(민사집행법 제53조 제1항). 집행비용은 집행권원 없이도 배당채단으로부터 각 채권액에 우선하여 배당받을 수 있다. 여기서 집행비용이란 각 채권자가 지출한 비용의 전부가 포함되는 것이 아니라 배당채단으로부터 우선변제를 받을 집행비용만을 의미한다. 이러한 집행비용에 해당하려면 강제집행을 직접 목적으로 하여 지출된 비용으로서 강제집행의 준비 및 실시를 위하여 필요한 비용이어야 하고, 나아가 집행절차에서 모든 채권자를 위해 채당한 공익비용이어야 한다. 채권자가 현실적으로 지출한 비용이어도 당해 집행과 무관하거나 필요가 없는 것은 집행비용에 해당하지 않는다.
- [2] 집행비용에 관한 민사집행법 제53조 제1항은 담보권 실행을 위한 경매절차에도 준용된다(민사집행법 제275조). 부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 경매절차에서 그 경매신청 전에 부동산의 소유자가 사망하였으나 그 상속인이 상속등기를 마치지 않아 경매신청인이 경매절차의 진행을 위하여 부득이 상속인을 대위하여 상속등기를 마쳤다면 그 상속등기를 마치기 위해 지출한 비용은 담보권 실행을 위한 경매를 직접 목적으로 하여 지출된 비용으로

서 그 경매절차의 준비 또는 실시를 위하여 필요한 비용이고, 나아가 그 경매절차에서 모든 채권자를 위해 채당한 공익비용이므로 집행비용에 해당한다고 봄이 타당하다.

2 2021. 10. 14. 선고 2021다240851 판결〔부당이득금〕 2171

[1] 회생계획을 해석하는 방법

[2] 회생계획에서 회생담보권의 권리 변경과 변제 방법, 존속 범위 등의 내용을 사적 자치가 허용되는 범위에서 자유롭게 정할 수 있는지 여부(적극) 및 회생담보권의 범위를 정하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제141조 제1항 단서가 회생계획에 따른 회생담보권의 권리 변경과 변제 방법, 존속 범위 등을 제한하는 규정인지 여부(소극)

[3] 저당권의 피담보채권 범위에 관한 민법 제360조 단서가 근저당권에도 적용되는지 여부(소극) 및 이는 근저당권의 피담보채권이 회생담보권인 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

[1] 회생계획은 법률행위의 해석 방법에 따라 해석해야 한다. 회생계획 문언의 의미를 합리적으로 해석하되, 문언의 의미가 명확하지 않은 경우에는 문언의 형식과 내용, 회생계획안 작성 경위, 회생절차 이해관계인들의 진정한 의사 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험의 법칙, 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 한다.

[2] 회생계획은 향후 회생절차 수행의 기본규범이 되는 것으로서 사적 자치가 허용되는 범위에서는 회생담보권의 권리 변경과 변제 방법, 존속 범위 등과 같은 내용을 자유롭게 정할 수 있다.

채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제141조 제1항은 “회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·‘동산·채권 등의 담보에 관한 법률’에 따른 담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 회생담보권으로 한다. 다만 이자 또는 채무불이행으로 인한 손해배상이나 위약금의 청구권에 관하여는 회생절차개시결정 전달까지 생긴 것에 한한다.”라고 정하고 있다. 위 단서 규정은 회생담보권자가 회생절차에 참가할 수 있는 회생담보권의 범위를 정한 것일 뿐이고, 이를 넘어서 인가된 회생계획에 따른 회생담보권의 권리 변경과 변제 방법, 존속 범위 등을 제한하는 규정으로 볼 수 없다.

[3] 저당권의 피담보채권 범위에 관한 민법 제360조 단서는 근저당권에 적용되지

않으므로 근저당권의 피담보채권 중 지연손해금도 근저당권의 채권최고액 한도에서 전액 담보된다. 이는 근저당권의 피담보채권이 회생담보권인 경우라고 해서 달리 볼 이유가 없다.

3 2021. 10. 14. 선고 2021다242154 판결 [토지인도] 2175

- [1] 일반 공중의 통행에 공용된 도로의 통행을 방해함으로써 특정인의 통행 자유를 침해한 경우, 민법상 불법행위에 해당하는지 여부(적극) 및 이때 침해를 받은 자가 통행방해 행위의 금지를 소구할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 형법 제185조의 일반교통방해죄에서 말하는 ‘육로’의 의미 및 어떤 도로가 일반 공중의 통행에 제공된 도로에 해당하는 경우, 일반 공중의 교통안전 등 자유로운 통행이 형법상 일반교통방해죄의 보호법익으로 보장되는지 여부(적극)
- [3] 권리의 행사에 해당하는 외관을 지닌 어떠한 행위가 권리남용에 해당하는지 판단하는 기준
- [4] 일반 공중의 통행에 공용되는 도로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것이 권리남용에 해당하는지 여부(원칙적 적극)
- [5] 甲 주식회사가 마을 주민 등의 통행로로 주요 마을안길의 일부를 이루고 있는 토지가 위치한 부동산을 매수하였고, 그 후 乙 지방자치단체가 통행로 부분을 도로로 포장하여 현재까지 마을 주민들과 차량 등의 통행로로 사용되고 있는데, 甲 회사가 乙 지방자치단체를 상대로 도로 부분의 인도를 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲 회사의 청구는 객관적으로 사회질서에 위반되는 것으로서 권리남용에 해당하거나 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례
- [1] 불특정 다수인인 일반 공중의 통행에 공용된 도로, 즉 공로(公路)를 통행하고자 하는 자는 그 도로에 관하여 다른 사람이 가지는 권리 등을 침해한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 일상생활상 필요한 범위 내에서 다른 사람들과 같은 방법으로 그 도로를 통행할 자유가 있다. 제3자가 특정인에 대하여만 그 도로의 통행을 방해함으로써 일상생활에 지장을 받게 하는 등의 방법으로 특정인의 통행 자유를 침해하였다면 민법상 불법행위에 해당하고, 침해를 받은 자로서는 방해의 배제나 장래에 생길 방해를 예방하기 위하여 통행방해 행위의 금지를 소구할 수 있다.
- [2] 형법 제185조는 일반교통방해죄에 관하여 “육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자를 10년 이하의 징역 또는

1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 ‘육로’란 일반 공중의 통행에 공용된 장소, 즉 특정인에 한하지 않고 불특정 다수인 또는 차마가 자유롭게 통행할 수 있는 공공성을 지닌 장소를 말하고, 부지의 소유관계나 통행권리관계 또는 통행인의 많고 적음 등은 가리지 않으며, 부지의 소유자라 하더라도 도로의 중간에 장애물을 놓아두거나 파헤치는 등의 방법으로 통행을 불가능하게 한 행위는 일반교통방해죄에 해당한다. 따라서 어떤 도로가 일반 공중의 통행에 제공된 도로, 즉 공로에 해당하는 경우에는 일반 공중의交通安全 등 자유로운 통행이 형법상 일반교통방해죄의 보호법익으로 보장된다고 볼 수 있다.

- [3] 권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면, 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 아니하고, 이때 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정들을 모아서 추인할 수 있으며, 이와 같이 권리의 행사에 해당하는 외관을 지닌 어떠한 행위가 권리남용이 되는가는 권리남용 제도의 취지 및 그 근간이 되는 동시대 객관적인 사회질서의 토대하에서 개별적이고 구체적인 상황을 종합하여 판단하여야 한다.
- [4] 어떤 토지가 개설경위를 불문하고 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야만 하는 재산권의 사회적 제약에 해당한다. 따라서 공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 ‘권리남용’이라고 보아야 한다.
- [5] 甲 주식회사가 마을 주민 등의 통행로로 주요 마을안길의 일부를 이루고 있는 토지가 위치한 부동산을 매수하였고, 그 후 乙 지방자치단체가 통행로 부분을 도로로 포장하여 현재까지 마을 주민들과 차량 등의 통행로로 사용되고 있는데, 甲 회사가 乙 지방자치단체를 상대로 도로 부분의 인도를 구한 사안에서, 위 도로 부분은 甲 회사가 부동산을 매수하거나 乙 지방자치단체가 도로로 포장하기 수십 년 전부터 자연발생적으로 마을 주민 등의 통행로로 제공되어 온 점, 甲 회사는 위 부동산을 현황대로 매수하여 도로 부분이 마을 주민 등의 통행로로 이용되고 있는 사실도 잘 알고 있었다고 보이므로, 이를 다른 용도로 사용하지 못하고 있다 하여 甲 회사가 불측의 손해를 입게 된

것이라고 보기 어려운 점, 위 부동산에 공장을 신축하기 위한 건축허가 등에 위 도로 부분을 공중의 통행에 제공하여 통행에 방해가 되지 않도록 하여야 한다는 취지의 부관이 부가되었고, 이는 특별한 사정이 없는 한 甲 회사에 효력이 미치는 점, 도로 부분이 폐쇄된다면 인근 주민 등은 상당한 거리를 우회해야만 하는 큰 불편과 혼란이 예상되어 공익에 현저히 반하는 결과가 초래될 것으로 보이는 점, 甲 회사가 부동산에 신축한 공장의 운영이 도로 부분으로 인하여 지장을 받고 있다고 보이지 아니하며, 도로 부분을 다른 용도로 사용해야 할 만한 긴급한 필요성이나 그에 관한 구체적인 계획도 보이지 않는 점 등 제반 사정에 비추어 甲 회사의 청구는 객관적으로 사회질서에 위반되는 것으로서 권리남용에 해당하거나 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

4 2021. 10. 14. 선고 2021다243430 판결〔근저당권말소등기회복등기〕…2180

- [1] 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결에서 유죄로 인정된 사실이 민사재판에서 갖는 증명력
- [2] 대부중개업자가 전주로부터 금전소비대차계약과 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 경우, 위 계약들이 체결된 후 이를 해제할 권한까지 가지는지 여부(원칙적 소극)
- [3] 甲이 대부중개업자인 乙을 통해 丙 주식회사의 사내이사인 丁에게 돈을 대여하면서 담보로 丙 회사 소유의 상가에 설정되어 있던 乙과 戊 명의의 근저당권 중 戊 명의의 지분을 양도받아 그 지분에 관한 전부이전의 부기등기를 마쳤는데, 같은 날 일부 포기를 원인으로 위 근저당권설정등기와 부기등기가 말소되고, 매매를 원인으로 위 상가에 관한 己 명의의 소유권이전등기가 마쳐지자, 甲이 己를 상대로 근저당권설정등기 등의 회복을 구한 사안에서, 관련 형사재판에서 乙이 甲으로부터 동의를 받지 않은 채 위임장 등을 위조하여 근저당권설정등기와 부기등기를 말소하였음이 밝혀져 사문서위조죄 등에 대한 약식명령이 내려져 확정되었으므로 확정된 약식명령의 사실인정을 배척하려면 그 사실인정을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 있어야 하는데도, 이러한 특별한 사정이라고 볼 수 없는 사유들만 가지고 위 사실인정을 배척한 원심판단에는 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 원래 민사재판에 있어서는 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것이 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 된다고 할 것이므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한

사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다.

- [2] 통상 대부중개업자가 전주를 위하여 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 것으로 인정되는 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 일단 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약이 체결된 후에 이를 해제할 권한까지 당연히 가지고 있다고 볼 수는 없다.
- [3] 甲이 대부중개업자인 乙을 통해 丙 주식회사의 사내이사인 丁에게 돈을 대여하면서 담보로 丙 회사 소유의 상가에 설정되어 있던 乙과 戊 명의의 근저당권 중 戊 명의의 지분을 양도받아 그 지분에 관한 전부이전의 부기등기를 마쳤는데, 같은 날 일부 포기를 원인으로 위 근저당권설정등기와 부기등기가 말소되고, 매매를 원인으로 위 상가에 관한 己 명의의 소유권이전등기가 마쳐지자, 甲이 己를 상대로 근저당권설정등기 등의 회복을 구한 사안에서, 관련 형사재판에서 乙이 甲으로부터 동의를 받지 않은 채 위임장 등 필요한 서류를 위조하여 근저당권설정등기와 부기등기를 말소하였음이 밝혀져 사문서 위조죄 등에 대한 약식명령이 내려져 확정되었으므로 확정된 약식명령의 사실인정을 배척하려면 그 사실인정을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 있어야 하는데도, 甲이 丁에게 대여한 금액에 비해 담보로 이전받은 부동산의 규모가 과다하다는 점, 甲이 乙로부터 丁에 대한 금전 대여를 요청받을 당시 乙에게 丁에 대한 금전 대여 및 그에 따른 근저당권설정에 관한 권한을 위임하였다는 점 등 확정된 약식명령의 사실인정을 채용할 수 없는 특별한 사정이라고 볼 수 없는 사유들만 가지고 위 사실인정을 배척한 원심판단에는 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

5 2021. 10. 15. 자 2020마7667 결정〔소송비용액확정〕 2184

중재판정에 대한 집행 신청사건의 경우, 민사소송 등 인지규칙 제16조 제1호(가)목을 유추적용하여 소송비용에 산입될 변호사보수를 산정할 수 있는지 여부(적극)

민사소송법 제109조 제1항, 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제3조 제1항, 제4조 제1항, 민사소송 등 인지법 제2조 제3항에 따르면, 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 따라 지급하거나 지급할 보수액의 범위에서 각 심급단위로 소송목적의 값(이하 ‘소가’라 한다)에 따라 산정한다.

중재법은 2016. 5. 29. 법률 제14176호로 개정되기 전에는 ‘중재판정의 집행은 법원의 집행판결에 따라 한다.’고 정하고 있었으나(제37조), 위 개정으로 “중재판정에 기초한 집행은 당사자의 신청에 따라 법원에서 집행결정으로 이를 허가하여야 할 수 있다.”라고 정하여(제37조 제2항), 중재판정의 집행을 판결에서 결정에 의하도록 변경하였다.

민사소송 등 인지규칙(이하 ‘인지규칙’이라 한다) 제16조 제1호 (가)목은 ‘집행판결을 구하는 소에서는 중재판정에서 인정된 권리의 가액의 2분의 1’을 소가로 정하고 있다. 인지규칙은 이와 같이 중재판정의 집행판결을 구하는 소의 소가만 정하고 있고 개정된 중재법에 따라 중재판정의 집행을 신청하는 사건의 소가에 대해서는 별다른 규정을 두고 있지 않다.

중재법의 개정 취지와 목적, 규정 체계와 내용 등에 비추어 볼 때 중재판정에 대한 집행 신청사건의 경우에도 인지규칙 제16조 제1호 (가)목을 유추적용하여 중재판정에서 인정된 권리 가액의 2분의 1을 기준으로 소가를 계산하고, 그에 따라 소송비용에 산입될 변호사보수를 산정할 수 있다고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

① 소가는 소로 주장하는 이익을 기준으로 계산하여야 하고(민사소송법 제26조), 원고가 청구취지로써 구하는 범위에서 원고의 입장에서 보아 전부 승소할 경우에 직접 받게 될 경제적 이익을 객관적으로 평가하여 금액으로 정함을 원칙으로 한다(인지규칙 제6조). 집행판결이나 집행결정은 모두 중재판정에 집행력을 부여하는 데에 그 목적이 있으므로, 당사자가 집행을 구하는 신청에서 승소할 경우 받게 될 경제적 이익은 집행판결을 구하는 소에서 승소할 경우와 같다.

② 법원은 집행 신청사건에서 변론기일 또는 당사자 쌍방이 참여할 수 있는 심문기일을 정하여 당사자에게 통지하여야 한다(개정 중재법 제37조 제4항). 개정 중재법 제38조는 국내 중재판정의 집행거부 사유를 종전과 같이 중재판정의 취소사유로 정하면서 일정한 사유를 추가하였고, 외국 중재판정의 집행을 정한 중재법 제39조는 개정되지 않았다. 이와 같이 중재판정의 집행에 관한 심사기준은 개정 전후로 큰 차이가 없고, 당사자들은 종전과 같이 변론기일이나 적어도 심문기일에서 주장과 증명을 해야 한다.

③ 중재판정의 집행 신청에 관하여 정액의 인지를 붙여야 한다는 사정만으로 집행 신청사건에서 소가를 산정할 수 없거나 변호사보수를 소송비용으로 산입해서는 안 된다고 볼 수 없다.

일반행정

6 2021. 10. 14. 선고 2021두34275 판결 [유족급여및장의비부지급처분취소] … 2188

[1] 근로자가 자해행위로 사망하였으나 업무와 사망 사이에 인과관계를 인정할 수 있는 경우 및 그와 같은 인과관계를 인정할 때 고려할 사항 / 사망의 원

인이 된 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접 관계가 없으나 업무상 재해가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발하거나 악화시킨 경우, 인과관계를 인정할 수 있는지 여부(적극)

- [2] 건설공사 현장에서 작업 중 추락한 뒤 하반신 마비 등으로 산재요양승인을 받은 甲이 하반신 마비로 인한 욕창으로 여러 차례 입원 치료와 수술을 받으면서 욕창으로 1차, 우울증으로 2차 재요양승인을 받았고, 배우자가 약 40일간 병원에 입원하여 치료를 받느라 甲을 돌보지 못하였는데, 甲이 배우자가 퇴원하고 8일이 지난 후 목을 매어 자살한 사안에서, 업무수행 중의 추락사고로 인한 하반신 마비와 욕창으로 발생한 우울증이 다시 급격히 유발·악화되어 자살에 이르게 된 것으로 보아야 함에도, 이와 달리 甲의 사망이 업무상 재해에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 근로자가 업무상의 사유 그 자체 또는 업무상의 재해로 말미암아 우울증세가 악화되어 정상적인 인식능력, 행위선택능력이나 정신적 억제력이 현저히 낮아져 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에 처하여 자살에 이른 것으로 추단할 수 있는 경우라면 근로자의 업무와 사망 사이에 인과관계가 인정될 수 있다. 그와 같은 인과관계를 인정하기 위해서는 근로자의 질병이나 후유증상의 정도, 그 질병의 일반적 증상, 요양기간, 회복가능성 유무, 연령, 신체적·심리적 상황, 근로자를 에워싸고 있는 주위상황, 자살에 이르게 된 경위 등을 종합적으로 고려해야 한다. 사망의 원인이 된 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상 재해가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발하거나 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 한다.
- [2] 건설공사 현장에서 작업 중 추락한 뒤 하반신 마비 등으로 산재요양승인을 받은 甲이 하반신 마비로 인한 욕창으로 여러 차례 입원 치료와 수술을 받으면서 욕창으로 1차, 우울증으로 2차 재요양승인을 받았고, 배우자가 다른 사람의 도움이 없으면 체위 변경이 어려워 욕창이 생기는 甲을 간병하던 중 약 40일간 병원에 입원하여 치료를 받느라 甲을 돌보지 못하였는데, 甲이 배우자가 퇴원하고 8일이 지난 후 목을 매어 자살한 사안에서, 제반 사정을 종합하면 甲이 업무 중 발생한 추락사고로 하반신 마비가 되었고, 오랜 기간 하반신 마비와 그로 인한 욕창으로 고통받는 가운데 우울증이 발생하였다가, 자살 직전 욕창 증세가 재발하여 우울증이 다시 급격히 유발·악화되었고, 그 결과 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 현저히 낮아

진 정신장애 상태에 빠져 자살에 이르게 된 것으로 보아야 함에도, 이와 달리 甲의 사망이 업무상 재해에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

7 2021. 10. 14. 선고 2021두39362 판결 [정이사선임처분취소] 2193

[1] 임기가 만료된 학교법인의 이사에게 후임이사가 선임될 때까지 종전의 직무를 계속하여 수행할 긴급처리권이 인정되는지 여부(원칙적 적극) 및 위 긴급처리권에 후임 정식이사 선임에 관여할 권한이 포함되는지 여부(적극) / 관할청이 구 사립학교법 제25조의3에 따라 정식이사를 선임할 때 퇴임한 정식이사들의 긴급처리권에 구애받지 않고 공석이 있는 이사 정수 전원에 대하여 정식이사 선임권을 행사할 수 있는지 여부(적극)

[2] 행정기관 내부의 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정한 행정규칙이 대외적 구속력을 갖는지 여부(소극) 및 처분이 행정규칙에 적합한지에 따라 처분의 적법 여부를 판단할 수 있는지 여부(소극)

[3] 관할청이 구 사립학교법 제25조의3에 따른 정식이사 선임권을 행사할 때 종전 정식이사의 의견을 존중해야 하는지 여부 및 그 한계

[1] 학교법인의 이사 임기가 만료되었다고 하더라도, 적법한 후임이사의 선임이 없어 임기가 만료되지 아니한 다른 이사만으로는 정상적인 학교법인의 활동을 할 수 없는 경우, 임기가 만료된 구 이사로 하여금 학교법인의 업무를 수행케 함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 민법 제691조를 유추하여 구 이사에게 후임이사가 선임될 때까지 종전의 직무를 계속하여 수행할 긴급처리권이 인정되고, 긴급처리권은 후임 정식이사 선임에 관여할 권한도 포함한다.

관할청이 구 사립학교법(2020. 12. 22. 법률 제17659호로 개정되기 전의 것) 제25조의3에 따라 정식이사를 선임할 때에는 퇴임한 정식이사들의 긴급처리권에 구애받지 않고 공석이 있는 이사 정수 전원에 대하여 정식이사 선임권을 행사할 수 있다.

[2] 행정기관 내부의 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정한 행정규칙은 특별한 사정이 없는 한 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 처분이 행정규칙을 위반하였다고 해서 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다. 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다.

- [3] 민법상 재단법인의 성격을 가지는 학교법인은 스스로 구성한 이사회의 의사결정에 따라 설립자의 설립목적을 구현한다. 관할청의 정식이사 선임권은 학교법인의 자율적 수단만으로 이사회의 기능을 유지·회복하기 어려운 때 학교법인의 의사결정을 보충·후견하기 위하여 인정되는 권한이다. 따라서 관할청의 정식이사 선임권은 가능한 한 설립자의 설립목적에 충실히 구현할 수 있는 방향으로 행사되어야 하고, 그 권한행사 과정에서 설립자로부터 순차적으로 학교법인의 설립목적에 승계하였다고 볼 수 있는 종전 정식이사의 의견을 존중함이 바람직하다.

그러나 관할청의 정식이사 선임권 역시 법령상 인정된 제도로서, 이는 학교법인의 자율성을 다소 후퇴시키더라도, 국가의 일정한 개입을 통하여 학교법인 기능을 정상화하기 위하여 인정되는 권한이므로 그 목적 달성에 필요한 범위에서 종전 정식이사의 의견을 존중하는 데에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

형 사

- 8 2021. 10. 14. 선고 2016도16343 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·사기·시설물의안전관리에관한특별법위반·뇌물공여] 2198

- [1] 구 시설물의 안전관리에 관한 특별법 제9조의3에서 금지하는 ‘명의대여’의 의미 / 어떤 안전진단전문기관의 명의로 도급된 안전진단 용역의 전부 또는 대부분을 다른 사람이 맡아서 수행하였으나 안전진단전문기관 자신이 안전진단 용역에 실질적으로 관여할 의사로 수급하였고 용역 수행 과정에 실질적으로 관여하여 온 경우, 명의대여에 해당하는지 여부(소극) 및 이때 안전진단전문기관이 안전진단 용역의 수행에 실질적으로 관여하였는지 판단하는 기준
- [2] 사기죄의 성립 요건 / 사기죄의 주관적 구성요건인 불법영득의 의사 내지 편취의 범의 유무를 판단하는 기준 및 특히 도급계약에서 편취의 범의가 있었는지 판단하는 기준 시점(=계약 당시)과 판단 방법
- [3] 사기죄의 보호법익(=재산권) / 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립하는지 여부(소극) / 도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정만으로 도급계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정할 수 있는지 여부(소극) 및 이때 심리·판단하여야 할 사항
- [4] 안전진단전문기관으로 등록된 甲 주식회사를 운영하는 피고인 乙이 안전진단

용역을 낙찰받으면 나머지 피고인들이 운영하는 독립채산 하도급 업체들에 도급금액의 약 60%로 하도급하기로 나머지 피고인들과 공모한 다음, 甲 회사 명의로 다수의 안전진단 용역 입찰에 참가하여 마치 甲 회사가 해당 용역을 수행할 것처럼 가장하여 안전진단 용역을 낙찰받은 후 위 하도급 업체들에 하도급을 주어 용역을 수행하게 하고 발주처로부터 용역대금을 교부받아 편취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 구 시설물의 안전관리에 관한 특별법상 하도급 제한 규정을 위반한 사정만으로 곧바로 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하였다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 발주처로부터 용역대금을 지급받은 행위가 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다고 한 사례

- [1] 구 시설물의 안전관리에 관한 특별법(2017. 1. 17. 법률 제14545호 시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제9조의3이 금지하고 있는 ‘타인에게 자기의 명칭이나 상호를 사용하여 안전점검 또는 정밀안전진단 업무를 영위하게 하는 행위’(이하 ‘명의대여’라 한다)란 타인이 자신의 명칭이나 상호를 사용하여 자격을 갖춘 안전진단전문기관으로 행세하면서 안전진단 업무를 영위하리라는 것을 알면서도 그와 같은 목적에 자신의 명칭이나 상호를 사용하도록 승낙 내지 양해한 경우를 의미한다고 해석하여야 하므로, 어떤 안전진단전문기관의 명의로 도급된 안전진단 용역의 전부 또는 대부분을 다른 사람(이하 ‘용역 수행자’라 한다)이 맡아서 수행하였더라도, 안전진단전문기관 자신이 안전진단 용역에 실질적으로 관여할 의사로 수급하였고 그 용역 수행 과정에 실질적으로 관여하여 왔다면 이를 명의대여로 볼 수는 없다. 여기서 안전진단전문기관이 안전진단 용역의 수행에 실질적으로 관여하였는지 여부는, 안전진단 용역의 수급·수행 경위와 대가의 약속 및 수수 여부, 대가의 내용 및 수수방법, 안전진단 용역 수행과 관련된 안전진단전문기관과 용역 수행자의 약정내용, 용역 수행 과정에 안전진단전문기관이 관여하였는지 여부, 관여하였다면 그 정도와 범위, 용역 수행 자금의 조달·관리 및 대금의 수령방법, 용역 수행에 따른 책임과 손익의 귀속 여하 등 드러난 사실관계에 비추어 객관적으로 판단하여야 한다.
- [2] 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그 처분행위를 유발하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 얻음으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망행위에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있다. 그리고 사기죄는 보호법익인 재산권이 침해되었을 때 성립하는 범죄이므로, 사기죄의 기망행위라고 하려면 불법영득의 의사 내지 편취의 범의를 가지고 상대방을 기망한 것이어야

한다. 사기죄의 주관적 구성요건인 불법영득의 의사 내지 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 특히 도급계약에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 계약 당시를 기준으로 피고인에게 일을 완성할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 일을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 일의 대가 등을 편취할 고의가 있었는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이때 법원으로서의 도급계약의 내용, 그 체결 경위 및 계약의 이행과정이나 그 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다.

- [3] 사기죄의 보호법익은 재산권이므로, 기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익이 침해되었다는 사정만으로 사기죄가 성립한다고 할 수 없다. 따라서 도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 도급 계약을 체결한 행위가 기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 일의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 일의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다.

- [4] 안전진단전문기관으로 등록된 甲 주식회사를 운영하는 피고인 乙이 안전점검 또는 정밀안전진단(이하 통칭하여 ‘안전진단’이라 한다) 용역을 낙찰받으면 나머지 피고인들이 운영하는 독립채산 하도급 업체들에 도급금액의 약 60%로 하도급하기로 나머지 피고인들과 공모한 다음, 甲 회사 명의로 다수의 안전진단 용역 입찰에 참가하여 마치 甲 회사가 해당 용역을 수행할 것처럼 가장하여 안전진단 용역을 낙찰받은 후 위 하도급 업체들에 하도급을 주어 용역을 수행하게 하고 발주처로부터 용역대금을 교부받아 편취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 구 시설물의 안전관리에 관한 특별법(2017. 1. 17. 법률 제14545호 시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것)상 하도급 제한 규정(제8조의3)은 시설물의 안전점검과 적정한 유지관리를 통하여 재해와 재난을 예방하고 시설물의 효용을 증진시킨다는 국가적 또는 공공적 법익을 보호하기 위한 것이므로, 이를 위반한 경우 위 법률에 따른 제재를 받는 것은 별론으로 하고 곧바로 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하였다고 단정할 수 없고, 사기죄가 성립하려면 이러한 사정에 더하여 각 안전진단 용역계약의 내용과 체결 경위, 계약의 이행과정이나 결과 등까지 종합하여 살펴볼 때 과연 피고인들이 안전진단 용역을 완성할 의사와 능력이 없음에도 용역을 완성할 것처럼 거짓말을 하여 용역대금을 편취하려 하

였는지를 기준으로 판단하여야 하는데, 제반 사정을 종합하면 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들이 발주처로부터 용역대금을 지급받은 행위가 사기죄에서의 기망행위로 인한 재물의 편취에 해당한다고 보기 어렵다고 한 사례.

9 2021. 10. 14. 선고 2017도10634 판결〔부동산가격공시및감정평가에관한법률 위반〕 2208

구 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률에서 감정평가사 자격을 갖춘 사람만이 감정평가업을 독점적으로 영위할 수 있도록 한 취지 / 민사소송법 제335조에 따른 법원의 감정인 지정결정 또는 같은 법 제341조 제1항에 따른 법원의 감정촉탁을 받은 경우, 감정평가업자가 아닌 사람이더라도 그 감정사항에 포함된 토지 등의 감정평가를 할 수 있는지 여부(적극) 및 이러한 행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는지 여부(적극)

구 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2016. 1. 19. 법률 제13796호 부동산가격공시에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 부동산공시법’이라고 한다) 제2조 제7호 내지 제9호, 제43조 제2호는 감정평가란 토지 등의 경제적 가치를 판정하여 그 결과를 가액으로 표시하는 것을 말하고, 감정평가업자란 제27조에 따라 신고를 한 감정평가사와 제28조에 따라 인가를 받은 감정평가법인을 말한다고 정의하면서, 감정평가업자가 아닌 자가 타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 감정평가를 업으로 행하는 것을 처벌하도록 규정하고 있다. 이와 같이 감정평가사 자격을 갖춘 사람만이 감정평가업을 독점적으로 영위할 수 있도록 한 취지는 감정평가업무의 전문성, 공정성, 신뢰성을 확보해서 재산과 권리의 적정한 가격형성을 보장하여 국민의 권익을 보호하기 위한 것이다(구 부동산공시법 제1조 참조).

한편 소송의 증거방법 중 하나인 감정은 법관의 지식과 경험을 보충하기 위하여 특별한 학식과 경험을 가진 제3자에게 그 전문적 지식이나 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 판단을 법원에 보고하게 하는 것으로, 감정신청의 채택 여부를 결정하고 감정인을 지정하거나 단체 등에 감정촉탁을 하는 권한은 법원에 있고(민사소송법 제335조, 제341조 제1항 참조), 행정소송사건의 심리절차에서 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 토지 등의 손실보상액에 관하여 감정을 명할 경우 그 감정인으로 반드시 감정평가사나 감정평가법인을 지정하여야 하는 것은 아니다.

법원은 소송에서 쟁점이 된 사항에 관한 전문성과 필요성에 대한 판단에 따라 감정인을 지정하거나 감정촉탁을 하는 것이고, 감정결과에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 준 후 이를 종합하여 그 결과를 받아들일지 여부를 판단하

므로, 감정인이나 감정촉탁을 받은 사람의 자격을 감정평가사로 제한하지 않더라도 이러한 절차를 통하여 감정의 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 재산권을 보호할 수 있기 때문이다.

그렇다면 민사소송법 제335조에 따른 법원의 감정인 지정결정 또는 같은 법 제341조 제1항에 따른 법원의 감정촉탁을 받은 경우에는 감정평가업자가 아닌 사람이라도 그 감정사항에 포함된 토지 등의 감정평가를 할 수 있고, 이러한 행위는 법령에 근거한 법원의 적법한 결정이나 촉탁에 따른 것으로 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 보아야 한다.

10 2021. 10. 14. 선고 2018도2993 판결〔공무집행방해·일반교통방해·집회및시위에관한법률위반〕 2211

- [1] 공무집행방해죄의 전제인 ‘공무집행의 적법성’의 요건과 판단 기준
- [2] 구 경찰관 직무집행법 제6조 제1항에 따른 경찰관의 제지 조치가 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제에 해당하는지 여부(적극)
- [3] 피고인들을 포함한 ‘甲 주식회사 희생자 추모와 해고자 복직을 위한 범국민 대책위원회’(약칭 ‘대책위’)가 덕수궁 대한문 화단 앞 인도(‘농성 장소’)를 불법적으로 점거한 뒤 천막·분향소 등을 설치하고 농성을 계속하다가 관할 구청이 행정대집행으로 농성 장소에 있던 물건을 치웠음에도 대책위 관계자들이 이에 대한 항의의 일환으로 기자회견 명목의 집회를 개최하려고 하자, 출동한 경찰 병력이 농성 장소를 둘러싼 채 대책위 관계자들의 농성 장소 진입을 제지하는 과정에서 피고인들이 경찰관을 밀치는 등으로 공무집행을 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 경찰의 농성 장소에 대한 점거와 대책위의 집회 개최를 제지한 직무집행이 ‘위법한 공무집행’이라고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제되어야 하고, 공무집행이 적법하기 위해서는 그 행위가 공무원의 추상적 직무 권한에 속할 뿐만 아니라 구체적으로 그 권한 내에 있어야 하며, 직무행위로서 중요한 방식을 갖추어야 한다. 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지는 행위 당시의 구체적 상황에 기초를 두고 객관적·합리적으로 판단해야 하고, 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다.
- [2] 구 경찰관 직무집행법(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항은 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있

어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”라고 정하고 있다. 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시 강제, 즉 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 않고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

- [3] 피고인들을 포함한 ‘甲 주식회사 희생자 추모와 해고자 복직을 위한 범국민 대책위원회’(이하 ‘대책위’라 한다)가 덕수궁 대한문 화단 앞 인도(이하 ‘농성 장소’라 한다)를 불법적으로 점거한 뒤 천막·분향소 등을 설치하고 농성을 계속하다가 관할 구청이 행정대집행으로 농성 장소에 있던 물건을 치웠음에도 대책위 관계자들이 이에 대한 항의의 일환으로 기자회견 명목의 집회를 개최하려고 하자, 출동한 경찰 병력이 농성 장소를 둘러싼 채 대책위 관계자들의 농성 장소 진입을 제지하는 과정에서 피고인들이 경찰관을 밀치는 등으로 공무집행을 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 경찰 병력이 행정대집행 직후 대책위가 또다시 같은 장소를 점거하고 물건을 다시 비치하는 것을 막기 위해 농성 장소를 미리 둘러싼 뒤 대책위가 같은 장소에서 기자회견 명목의 집회를 개최하려는 것을 불허하면서 소극적으로 제지한 것은 구 경찰관 직무집행법(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제6조 제1항의 범죄행위 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제로서 적법한 공무집행에 해당하고, 피고인 등 대책위 관계자들이 이와 같이 직무집행 중인 경찰 병력을 밀치는 등 유형력을 행사한 행위는 공무집행방해죄에 해당한다는 이유로, 이와 달리 경찰의 농성 장소에 대한 점거와 대책위의 집회 개최를 제지한 직무집행이 ‘위법한 공무집행’이라고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

11 2021. 10. 14. 선고 2018도10327 판결 [도로교통법위반(공동위험행위)·도로교통법위반·범인도피교사·범인도피] 2217

- [1] 도로교통법 제46조 제1항에서 말하는 ‘공동 위험행위’의 의미 및 이를 금지하는 취지 / 위 도로교통법 위반(공동위험행위) 범행의 구성요건으로서 행위자의 고의인 ‘공동의사’의 내용
- [2] 피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 공동의사를 부인하는 경우, 이를 증명하는 방법 및 이때 무엇이 공동의사와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실에 해당하는지 판단하는 방법
- [3] 피고인 甲이 평소 잘 알고 지내던 乙과 범행 당일 만나 함께 을왕리 해수욕

장에 가기로 약속한 다음 서로 수회 전화통화를 주고받으며 각자 자동차를 운전하여 출발한 후 인천공항고속도로에서 합류하여 함께 주행하면서 여러 구간에서 앞뒤로 또는 좌우로 줄지어 제한속도를 현저히 초과하여 주행하였다는 내용의 공동 위험행위로 인한 도로교통법 위반의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인 甲과 乙에게는 공동 위험행위에 관한 공동의사가 있었다고 보는 것이 타당함에도 피고인 甲과 乙이 공동으로 저지른 도로교통법 위반(공동위험행위) 부분 등을 무죄로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 도로교통법 제46조 제1항은 “자동차 등의 운전자는 도로에서 2명 이상이 공동으로 2대 이상의 자동차 등을 정당한 사유 없이 앞뒤로 또는 좌우로 줄지어 통행하면서 다른 사람에게 위해를 끼치거나 교통상의 위험을 발생하게 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있고, 제150조 제1호에서는 이를 위반한 사람에 대한 처벌규정을 두고 있다. 도로교통법 제46조 제1항에서 말하는 ‘공동 위험행위’란 2인 이상인 자동차 등의 운전자가 공동으로 2대 이상의 자동차 등을 정당한 사유 없이 앞뒤로 또는 좌우로 줄지어 통행하면서 신호위반, 통행구분위반, 속도제한위반, 안전거리확보위반, 급제동 및 급발진, 앞지르기금지위반, 안전운전의무위반 등의 행위를 하여 다른 사람에게 위해를 주거나 교통상의 위험을 발생하게 하는 것으로, 2인 이상인 자동차 등의 운전자가 함께 2대 이상의 자동차 등으로 위의 각 행위 등을 하는 경우에는 단독으로 한 경우와 비교하여 다른 사람에 대한 위해나 교통상의 위험이 증가할 수 있고 집단심리에 의해 그 위해나 위험의 정도도 가중될 수 있기 때문에 이와 같은 공동 위험행위를 금지하는 것이다.

위와 같은 도로교통법 위반(공동위험행위) 범행에서는 ‘2명 이상이 공동으로’ 범행에 가담하는 것이 구성요건의 내용을 이루기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 ‘공동의사’가 필요하고, 위와 같은 공동의사는 반드시 위반행위에 관계된 운전자 전부 사이의 의사 연락이 필요한 것은 아니고 다른 사람에게 위해를 끼치거나 교통상의 위험을 발생하게 하는 것과 같은 사태의 발생을 예견하고 그 행위에 가담할 의사로 족하다. 또한 공동의사는 사전 공모뿐 아니라 현장에서의 공모에 의한 것도 포함된다.

- [2] 피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 공동의사를 부인하는 경우, 공동의사 자체를 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 공동의사와 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다. 이때 무엇이 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실에 해당하는지를

판단할 때에는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력으로 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법으로 하여야 한다.

- [3] 피고인 甲이 평소 잘 알고 지내던 乙과 범행 당일 만나 함께 을왕리 해수욕장에 가기로 약속한 다음 서로 수화 전화통화를 주고받으며 각자 자동차를 운전하여 출발한 후 인천공항고속도로에서 합류하여 함께 주행하면서 여러 구간에서 앞뒤로 또는 좌우로 줄지어 제한속도를 현저히 초과하여 주행하였다는 내용의 공동 위험행위로 인한 도로교통법 위반의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인 甲과 乙의 관계, 공통된 출발지와 목적지 및 주행 경로, 주행 속도, 주행 방법, 당시의 도로 상황 등에 비추어 보면, 피고인 甲은 자신이 급가속을 하면서 속도제한을 위반하여 주행하면 함께 주행하던 乙도 이에 편승하여 자신을 따라올 것을 충분히 예견할 수 있었고 실제로 乙이 자신과 같이 속도제한을 위반하여 주행하고 있는 것을 인식하였다고 보이며, 乙 역시 앞서가는 피고인 甲의 행위를 인식하고서 이에 동참하여 위와 같은 행위를 하였다고 보이므로 피고인 甲과 乙에게는 공동 위험행위에 관한 공동의사가 있었다고 보는 것이 타당함에도, 피고인 甲과 乙이 공동으로 저지른 도로교통법 위반(공동위험행위) 부분 등을 무죄로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[12] 2021. 10. 14. 선고 2021도7168 판결〔국민체육진흥법위반·정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유통)〕 2224

- [1] 형법 제48조에서 몰수의 대상으로 규정한 ‘물건’의 의미
- [2] 피고인이 甲, 乙과 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고, 도박 사이트를 홍보하였다는 공소사실로 기소되었는데, 원심이 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가를 추정한 사안에서, 피고인이 위 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추정의 대상에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 보아 위 웹사이트 매각대금을 추정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 형법 제48조 제1항은 ‘범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건’으로서 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 물건의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다고 규정하면서(제2호), 제2항에서는 제1항에 기재한 물건을 몰수하기 불능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있다. 이와 같이 형법 제48조는 몰수의 대상을 ‘물건’으로 한정하고 있다. 이는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 및 범

죄행위의 보수로 얻은 재산을 범죄수익으로 몰수할 수 있도록 한 범죄수익은
 념의 규제 및 처벌 등에 관한 법률이나 범죄행위로 취득한 재산상 이익의 가
 액을 추정할 수 있도록 한 형법 제357조 등의 규정과는 구별된다. 민법 제98
 조는 물건에 관하여 ‘유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력’을 의미한
 다고 정의하는데, 형법이 민법이 정의한 ‘물건’과 다른 내용으로 ‘물건’의 개
 념을 정의하고 있다고 볼 만한 사정도 존재하지 아니한다.

- [2] 피고인이 甲, 乙과 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을
 배포하고, 도박 사이트를 홍보하였다는 공소사실로 기소되었는데, 원심이 공
 소사실을 유죄로 인정하면서 피고인이 범죄행위에 이용한 웹사이트 매각을
 통해 취득한 대가를 형법 제48조에 따라 추정한 사안에서, 위 웹사이트는 범
 죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 형법 제48조 제1항 제2호에서 정
 한 ‘범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건’에 해당하지
 않으므로, 피고인이 위 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제
 1항 제2호, 제2항이 규정한 추정의 대상에 해당하지 않는다는 이유로, 이와
 달리 보아 위 웹사이트 매각대금을 추정한 원심판결에 형법 제48조에서 정한
 몰수·추정에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

13 2021. 10. 14. 선고 2021도8719 판결〔특정범죄자에대한보호관찰및전자장치부
 착등에관한법률위반·재물손괴〕 2227

형법 제37조 후단의 경합범 중 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정
 된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우, 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결
 할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 형을 감경 또는 면제할 수 있는지
 여부(소극) / 판결이 확정된 선거범죄와 확정되지 아니한 다른 죄에 대하여 형법
 제39조 제1항이 적용되는지 여부(소극)

형법 제37조 후단 및 제39조 제1항의 문언, 입법 취지 등에 비추어 보면, 아직
 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경
 우에는 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을
 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수 없다. 한편 공직선거법 제18조 제1항
 제3호에서 ‘선거범’이란 공직선거법 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법 위반
 의 죄를 범한 자를 말하는데(공직선거법 제18조 제2항), 공직선거법 제18조 제1항
 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 이를 분리 선고하여야 한다
 (공직선거법 제18조 제3항 전단). 따라서 판결이 확정된 선거범죄와 확정되지 아
 니한 다른 죄는 동시에 판결할 수 없었던 경우에 해당하므로 형법 제39조 제1항
 에 따라 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감
 경 또는 면제할 수 없다고 해석함이 타당하다.