



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 1월 1일

제601호

민사

1 2020. 11. 12. 선고 2017다228236 판결 [정산금청구의소] 1

[1] 계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우, 금지규정을 위반한 법률행위의 효력을 판단하는 방법

[2] 문화재수리업자의 명의대여 행위를 금지한 문화재수리 등에 관한 법률 제21조가 강행규정인지 여부(적극) 및 이를 위반한 명의대여 계약이나 이에 기초하여 대가를 정산하여 받기로 하는 정산금 약정의 효력(무효)

[1] 계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유효·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다.

이와 달리 금지규정을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익과 규율대상, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 효력을 판단해야 한다.

[2] 문화재수리 등에 관한 법률(이하 ‘문화재수리법’이라 한다)은 제21조에서 문화재수리업자의 명의대여 행위를 금지하면서도 이를 위반한 법률행위의 효력

에 관해서는 명확하게 정하지 않고 있다. 문화재수리업자의 명의대여 행위를 금지한 문화재수리법 제21조는 강행규정에 해당하고, 이를 위반한 명의대여 계약이나 이에 기초하여 대가를 정산하여 받기로 하는 정산금 약정은 모두 무효라고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 문화재수리법은 문화재를 원형으로 보존·계승하기 위하여 문화재수리·실측설계·감리와 문화재수리업의 등록 및 기술관리 등에 필요한 사항을 정함으로써 문화재수리의 품질향상과 문화재수리업의 건전한 발전을 도모하기 위한 목적으로 제정되었다(제1조).

문화재수리법은 입법 목적을 달성하기 위해 문화재수리업의 등록 제도를 두고 있다. 이는 일정한 기술능력, 자본금과 시설을 갖추고, 문화재수리 과정에서 발생할 수 있는 손해에 대한 담보 등을 제공하는 등 문화재수리업에 관한 자격 기준을 등록 요건으로 정하고, 이러한 등록 요건을 갖춘 사람에 한하여 문화재수리업의 등록을 허용함으로써 문화재수리의 전문성을 높여 품질을 향상하고 문화재수리업의 공신력을 확보하여 건전한 발전을 도모하기 위한 것이다.

문화재수리법은 등록을 하지 않고 문화재수리업을 영위한 사람에 대하여 형사처벌을 하도록 정하여 문화재수리업의 등록 제도의 실효성을 보장하고 있다.

② 문화재수리업의 등록을 하지 않은 사람이 문화재수리업자로부터 명의를 대여받아 그 명의로 문화재수리를 수급하여 시행하면, 문화재수리업의 등록 제도를 우회하거나 무력화하는 것으로 문화재수리에 필요한 충분한 기술능력, 자본금과 시설 등 자격을 갖추지 못한 사람이 문화재수리를 하게 되어 문화재수리의 품질을 떨어뜨리고 문화재수리업의 공신력을 심각하게 훼손할 우려가 있다.

문화재수리법은 문화재수리업자의 명의대여 행위를 금지하면서 이를 위반한 문화재수리업자에 대해서는 등록취소나 영업정지 등 행정적 제재를 할 수 있을 뿐만 아니라 형사처벌을 하도록 정하고, 문화재수리업자의 명의를 대여 받은 사람도 함께 형사처벌을 하도록 정하고 있다.

③ 문화재란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것을 말하고(문화재보호법 제2조 제1항), 문화재의 보존·관리와 활용은 원형 유지를 기본 원칙으로 한다(문화재보호법 제3조). 문화재는 한번 훼손되면 회복하기 어려

운 경우가 많고, 회복할 수 있더라도 막대한 비용과 시간이 필요하다는 특성이 있다.

대한민국 헌법은 전문에서 대한민국이 유구한 역사와 전통을 가지고 있음을 강조하고, 제9조에서 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”라고 정하고 있다. 이러한 헌법 규정에 따라 문화재보호법에서 국가와 지방자치단체는 문화재의 보존·관리를 위한 시책을 수립·추진해야 하고, 국민도 이러한 시책에 적극 협조해야 한다고 정하고 있다(제4조).

④ 명의대여 계약을 체결하는 문화재수리업자와 상대방은 명의대여를 금지하는 법규정을 정면으로 위반하려는 의도가 있음이 분명하다. 문화재수리법이 문화재수리업자와 상대방을 함께 형사처벌하도록 정하여 법률행위의 양쪽 당사자를 규율하고 있는데도 이를 위반하여 명의대여 계약을 체결하였다면, 형사적 제재를 하는 것만으로 부족하고 특별히 예외적인 사정이 없는 한 이를 무효로 보아 위반행위에 따른 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지할 필요가 있다.

2 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결 [사해행위취소] 6

- [1] 위약금이 위약벌로 해석되기 위한 요건 및 위약금의 법적 성질을 판단하는 방법
- [2] 위약금 약정이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 경우, 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 민법 제398조 제2항에 따라 위약금 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 그 금액이 부당하게 과다한지 판단하는 기준
- [3] 甲 주식회사의 하도급업자로서 미지급 공사대금 채권에 기해 甲 회사의 채권을 가압류한 乙 주식회사가 甲 회사를 상대로 제기한 본안소송 계속 중 제3채무자의 공탁으로 개시된 배당절차에서 자신 앞으로 배당금이 공탁되자, 신속하게 집행권원을 얻어 이를 수령하기 위하여 甲 회사와 ‘위 공사대금을 일부 감액하여 정산합의금으로 하고, 甲 회사는 공사대금 채권에 대한 乙 회사의 가압류를 본압류로 이전하는 것에 이의하지 않고 乙 회사는 위 공사대금 소송이 확정되어 배당금을 회수하는 즉시 甲 회사에 그 일부를 지급한다.’는 내용의 정산합의를 하면서, 특약사항으로 甲 회사나 乙 회사가 자신의 책임 있는 사유로 의무를 이행하지 않을 경우 甲 회사는 乙 회사에 정산합의금의 배액을 배상하고 乙 회사는 甲 회사로부터 지급받을 채권 전액을 포기하기로 약정한 사안에서, 위 특약은 위약금 약정에 해당하는데, 이는 손해배상액 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 것이고, 乙 회사가 위약 시 공사대금 채

권 전액을 포기하기로 정한 것은 부당하게 과다하다고 볼 여지가 있다고 한 사례

- [1] 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우에 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제이다. 그런데 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되므로(민법 제398조 제4항), 위약금을 위약벌로 해석하기 위해서는 이를 위약벌로 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다. 위약금의 법적 성격을 판단할 때에는 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약 당사자의 경제적 지위, 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 그 교섭 과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 그 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부, 위약금액의 규모나 전체 채무액에 대한 위약금액의 비율, 채무불이행으로 발생할 것으로 예상되는 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.
- [2] 위약금 약정이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 경우 특별한 사정이 없는 한 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 민법 제398조 제2항에 따라 위약금 전체 금액을 기준으로 감액할 수 있다. 이때 그 금액이 부당하게 과다한지는 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적과 내용, 위약금 약정을 한 동기와 경위, 계약 위반 과정, 채무액에 대한 위약금의 비율, 예상 손해액의 크기, 의무의 강제를 통해 얻는 채권자의 이익, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 위약금의 지급이 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 볼 수 있는지를 고려해서 판단해야 한다.
- [3] 甲 주식회사의 하도급업자로서 미지급 공사대금 채권에 기해 甲 회사의 채권을 가압류한 乙 주식회사가 甲 회사를 상대로 제기한 본안소송 계속 중 제3 채무자의 공탁으로 개시된 배당절차에서 자신 앞으로 배당금이 공탁되자, 신속하게 집행권원을 얻어 이를 수령하기 위하여 甲 회사와 ‘위 공사대금을 일부 감액하여 정산합의금으로 하고, 甲 회사는 공사대금 채권에 대한 乙 회사의 가압류를 본압류로 이전하는 것에 이의하지 않고 위 공사대금 소송이 확정되어 배당금을 회수하는 즉시 甲 회사에 그 일부를 지급한다.’는 내용의 정산합의를 하면서, 특약사항으로 甲 회사나 乙 회사가 자신의 책임 있는 사유로 의무를 이행하지 않을 경우 甲 회사는 乙 회사에 정산합의금의 배액을 배

상하고 乙 회사는 甲 회사로부터 지급받을 채권 전액을 포기하기로 약정한 사안에서, 甲 회사와 乙 회사의 위 특약은 위약금 약정에 해당하는데, 乙 회사가 지급 의무를 위반할 경우 甲 회사가 乙 회사의 채권 포기를 주장하는 외에 따로 손해배상을 청구할 수 있다고 보기 어려운 점, 위 위약금 약정은 乙 회사가 甲 회사에 약정한 돈을 실제로 지급하도록 강제하고 그 의무 위반에 대한 제재를 가하기 위한 수단으로 볼 수도 있는 점 등을 고려하면, 이는 손해배상액 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 것이고, 乙 회사가 위약 시 공사대금 채권 전액을 포기하기로 정한 것은 부당하게 과다하다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

3 2020. 11. 19. 선고 2019다232918 전원합의체 판결〔청구이의의소〕…………… 13

- [1] 1998. 5. 27. 전에 이미 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았던 상속인이 민법 제1019조 제3항의 특별한정승인을 할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 상속인이 미성년인 경우, 민법 제1019조 제3항이나 그 소급 적용에 관한 민법 부칙(2002. 1. 14.) 제3항, 제4항에서 정한 ‘상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하였는지’와 ‘상속채무 초과사실을 안 날’은 법정대리인의 인식을 기준으로 판단하여야 하는지 여부(적극)
- [3] 미성년 상속인의 법정대리인이 인식한 바를 기준으로 할 때 민법 제1019조 제3항의 특별한정승인 규정이 적용되지 않거나 그 제척기간이 이미 지난 경우, 상속인이 성년에 이른 뒤 본인 스스로의 인식을 기준으로 새롭게 특별한정승인을 할 수 있는지 여부(소극)
- [1] 민법 제1019조 제3항은 민법 부칙(2002. 1. 14. 개정 법률 부칙 중 2005. 12. 29. 법률 제7765호로 개정된 것, 이하 같다) 제3항, 제4항에 따라 ① 1998. 5. 27.부터 위 개정 민법 시행 전까지 상속개시 있음을 안 상속인과 ② 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음을 알았지만 그로부터 3월 내에 상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하다가 1998. 5. 27. 이후 상속채무 초과사실을 알게 된 상속인에게도 적용되므로, 이러한 상속인들도 위 부칙 규정에서 정한 기간 내에 특별한정승인을 하는 것이 가능하였다. 그러나 위 부칙 규정상 1998. 5. 27. 전에 이미 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았던 상속인에게에는 민법 제1019조 제3항이 적용되지 않으므로, 이러한 상속인은 특별한정승인을 할 수 없는 것으로 귀결된다.
- [2] 민법 제1019조 제1항, 제3항의 각 기간은 상속에 관한 법률관계를 조기에 안정시켜 법적 불안 상태를 막기 위한 제척기간인 점, 미성년자를 보호하기 위해 마련된 법정대리인 제도와 민법 제1020조의 내용 및 취지 등을 종합하면,

상속인이 미성년인 경우 민법 제1019조 제3항이나 그 소급 적용에 관한 민법 부칙(2002. 1. 14. 개정 법률 부칙 중 2005. 12. 29. 법률 제7765호로 개정된 것, 이하 같다) 제3항, 제4항에서 정한 ‘상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하였는지’와 ‘상속채무 초과사실을 안 날이 언제인지’를 판단할 때에는 법정대리인의 인식을 기준으로 삼아야 한다.

따라서 미성년 상속인의 법정대리인이 1998. 5. 27. 전에 상속개시 있음과 상속채무 초과사실을 모두 알았다면, 앞서 본 민법 부칙 규정에 따라 그 상속인에게는 민법 제1019조 제3항이 적용되지 않으므로, 이러한 상속인은 특별한정승인을 할 수 없다.

또한 법정대리인이 상속채무 초과사실을 안 날이 1998. 5. 27. 이후여서 상속인에게 민법 제1019조 제3항이 적용되더라도, 법정대리인이 위와 같이 상속채무 초과사실을 안 날을 기준으로 특별한정승인에 관한 3월의 제척기간이 지나게 되면, 그 상속인에 대해서는 기존의 단순승인의 법률관계가 그대로 확정되는 효과가 발생한다.

- [3] [다수의견] 미성년 상속인의 법정대리인이 인식한 바를 기준으로 ‘상속채무 초과사실을 중대한 과실 없이 알지 못하였는지 여부’와 ‘이를 알게 된 날’을 정한 다음 이를 토대로 살폈을 때 특별한정승인 규정이 애당초 적용되지 않거나 특별한정승인의 제척기간이 이미 지난 것으로 판명되면, 단순승인의 법률관계가 그대로 확정된다. 그러므로 이러한 효과가 발생한 이후 상속인이 성년에 이르더라도 상속개시 있음과 상속채무 초과사실에 관하여 상속인 본인 스스로의 인식을 기준으로 특별한정승인 규정이 적용되고 제척기간이 별도로 기산되어야 함을 내세워 새롭게 특별한정승인을 할 수는 없다고 보아야 한다.

[대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노정희, 대법관 김상환의 반대의견] 상속인이 미성년인 동안 그의 법정대리인이 상속채무 초과사실을 알고도 3월 동안 상속인을 대리하여 특별한정승인을 하지 않은 경우 상속인이 성년에 이르러 상속채무 초과사실을 알게 된 날부터 3월 내에 스스로 특별한정승인을 할 수 있다고 보아야 한다.

이는 합헌적 법률해석의 원칙 및 특별한정승인 제도의 입법 경위, 미성년자 보호를 위한 법정대리인 제도, 상속인의 자기책임 원칙 등을 고려하여 법규정을 해석한 결과로서 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하여야 한다는 원칙에 부합할뿐더러, 상속채권자와의 이익 형량이나 법적 안정성 측면에서도 타당하다.

일반행정

- 4 2020. 11. 12. 선고 2017두36212 판결 [과징금납부명령취소] 40
- ‘위반사업자 또는 그 소속 임원·종업원이 위반행위 조사를 거부·방해 또는 기피한 경우’ 과징금을 가중할 수 있도록 규정한 구 과징금부와 세부기준 등에 관한 고시 IV. 3. 나. (4)항의 법적 근거 및 법적 성질(=재량준칙) / 위 고시조항이 가급적 존중되어야 하는지 여부(적극)
- 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2017. 4. 18. 법률 제14813호로 개정되기 전의 것) 제55조의3 제1항, 제5항, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2016. 3. 8. 대통령령 제27034호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 [별표 2] 제2호 (다)목, 제3호의 문언·내용과 체계에 따르면, 독점규제 및 공정거래에 관한 법령은 과징금 산정에 필요한 참작사유를 포괄적·예시적으로 규정하면서 구체적인 고려사항과 세부기준은 공정거래위원회의 고시에 위임하고 있음을 알 수 있다. 공정거래위원회가 구 과징금부와 세부기준 등에 관한 고시(2013. 6. 5. 공정거래위원회 고시 제2013-2호로 개정되기 전의 것) IV. 3. 나. (4)항(이하 ‘고시조항’이라 한다)에서 2차 조정을 위한 가중사유로 “위반사업자 또는 그 소속 임원·종업원이 위반행위 조사를 거부·방해 또는 기피한 경우”를 정한 것은 위와 같은 법령의 규정과 위임에 근거를 두고 있다.
- 한편 공정거래위원회는 독점규제 및 공정거래에 관한 법령상 과징금 상한의 범위에서 과징금 부과 여부와 과징금 액수를 정할 재량을 가지고 있다. 위 고시조항은 과징금 산정에 관한 재량권 행사의 기준으로 마련된 행정청 내부의 사무처리준칙, 즉 재량준칙이다. 이러한 재량준칙은 그 기준이 헌법이나 법률에 합치되지 않거나 객관적으로 합리적이라고 볼 수 없어 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 않는 이상 가급적 존중되어야 한다.
- 5 2020. 11. 12. 선고 2018수5025 판결 [선거무효] 43
- [1] 지방교육자치에 관한 법률 제49조 제1항에 따라 교육감선거에 준용되는 공직선거법 제224조에서 정한 선거무효의 사유가 되는 ‘선거에 관한 규정에 위반된 사실’과 ‘선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때’의 의미
- [2] 지방교육자치에 관한 법률 제24조 제2항 제1호에서 정한 ‘고등교육법 제2조에 따른 학교에서 교원으로 근무한 경력’의 의미 및 고등교육법 제14조 제2항에 정한 교원으로 임용되어 그 직무에 종사한 경우, 교원으로서 근무한 경력으로 볼 수 있는지 여부(적극)

- [1] 지방교육자치에 관한 법률 제49조 제1항에 따라 교육감선거에 관한 선거무효 소송에는 공직선거법 제224조가 준용되어, 선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 선거의 무효를 판결한다. 선거무효의 사유가 되는 ‘선거에 관한 규정에 위반된 사실’이란 선거관리의 주체인 선거관리위원회가 선거사무의 관리집행에 관한 규정을 위반한 경우와 후보자 등 제3자에 의한 선거과정상의 위법행위로 인하여 선거인들이 자유로운 판단에 의하여 투표를 할 수 없게 됨으로써 선거의 기본이념인 선거의 자유와 공정성이 현저히 저해되었다고 인정되는 경우를 포함한다. 그리고 ‘선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때’란 선거에 관한 규정의 위반이 없었다라면 선거의 결과, 즉 후보자의 당락에 관하여 현실로 있었던 것과 다른 결과가 발생하였을지도 모른다고 인정되는 때를 의미한다.
- [2] 지방교육자치에 관한 법률(이하 ‘교육자치법’이라 한다) 제24조 제2항 제1호, 고등교육법 제14조 제2항, 제15조 제2항, 제16조의 규정 내용과 체제, 교육감 후보자에게 교육경력이나 교육행정경력을 요구하는 교육자치법 제24조 제2항의 입법 취지에 비추어 보면, 교육자치법 제24조 제2항 제1호에서 정한 ‘고등교육법 제2조에 따른 학교에서 교원으로 근무한 경력’이란 고등교육법 제14조 제2항에 정한 교수·부교수·조교수 및 강사로 근무한 경력이라고 보아야 한다. 따라서 고등교육법 제14조 제2항에 정한 교원으로 임용되어 그 직무에 종사하였다면 이를 교원으로서 근무한 경력으로 볼 수 있다.

조 세

- 6 2020. 11. 12. 선고 2018두65538 판결 [증여세부과처분취소] 48
- [1] 구 상속세 및 증여세법 제40조 제1항의 과세요건을 충족하지 않더라도 같은 법 제42조 제1항 제3호의 과세요건을 충족하면 그에 따라 증여재산가액을 산정하여 증여세를 과세할 수 있는지 여부(적극) 및 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정된 상속세 및 증여세법에서 증여재산가액 계산의 일반원칙에 관한 규정을 신설하면서 위 제42조 제1항 제3호에 규정되었던 내용을 삭제하였더라도 구 상속세 및 증여세법이 적용되는 사안에서는 마찬가지인지 여부(적극)
- [2] 구 상속세 및 증여세법 제42조 제1항 제3호에서 증여세 과세대상으로 정한 전환사채 등에 의한 주식의 전환 등과 관련하여 전환사채를 주식으로 전환할 당시 특수관계가 있는 경우, 구 상속세 및 증여세법 제42조 제3항의 적용 대상이 되는지 여부(소극)

[1] 구 상속세 및 증여세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제2조 제3항, 제40조 제1항 제1호, 제2호, 제42조 제1항 제3호의 규정 내용과 문언, 입법 취지 등을 고려하면, 구 상증세법 제42조 제1항 제3호는 구 상증세법 제40조 제1항과 마찬가지로 구 상증세법 제2조 제3항에서 증여세 과세대상으로 포괄적으로 정의한 증여에 관한 가액산정규정 중 하나이고, 구 상증세법 제40조 제1항의 과세요건을 충족하지 않더라도 구 상증세법 제42조 제1항 제3호의 과세요건을 충족하면 구 상증세법 제42조 제1항 제3호에 의하여 증여재산가액을 산정하여 증여세를 과세할 수 있다. 비록 2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정된 상속세 및 증여세법에서 제31조로 증여재산가액 계산의 일반원칙에 관한 규정을 신설하면서 구 상증세법 제42조 제1항 제3호에 규정되었던 내용을 삭제하였다고 하더라도, 구 상증세법이 적용되는 사안에서는 이와 달리 볼 수 없다.

[2] 구 상속세 및 증여세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제42조는 제1항 제3호에서 전환사채 등에 의한 주식의 전환 등으로 법인의 자본을 증가시키거나 감소시키는 거래로 얻은 이익을 증여세 과세대상으로 정하면서, 제3항에서 ‘특수관계인이 아닌 자 간의 거래로서 거래의 관행상 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다’라고 정하고 있다.

이러한 구 상증세법의 규정 내용과 문언, 입법 취지 등을 고려하면, 전환사채를 주식으로 전환할 당시 특수관계가 있는 경우는 ‘특수관계인이 아닌 자 간의 거래’에 해당하지 않으므로, 구 상증세법 제42조 제3항의 적용 대상이 아니다.

특 허

- 7 2020. 11. 12. 선고 2017후1779 판결 [거절결정(상)] 52
- 상표출원에 대한 심사 단계에서 미리 거절이유를 통지한 사유라도 그 사유를 거절결정에서 거절이유로 삼지 않은 경우, 거절결정에 대한 심판결정에서 이를 심결의 이유로 하기 위해서는 구 상표법 제81조, 제23조에 따라 다시 그 사유에 대해 거절이유를 통지하여야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 위 규정에 따라 거절이유 통지를 하지 아니한 채 거절결정의 이유와 다른 거절이유를 들어서 거절결정이 결과에 있어 정당하다는 이유로 거절결정불복심판청구를 기각할 수 있는지 여부(소극)

구 상표법(2016. 2. 29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제 23조, 제81조에 의하면, 상표출원에 대한 심사 단계에서 거절결정을 하려면 그에 앞서 출원인에게 거절이유를 통지하여야 하고, 거절결정에 대한 특허심판원의 심판절차에서 거절결정의 이유와 다른 사유로 거절결정이 정당하다고 하려면 먼저 그 사유에 대해 거절이유를 통지하도록 하고 있다. 위 규정에 따른 거절이유 통지를 받은 출원인 또는 심판청구인은 의견서 제출기간 내에 통지된 거절이유에 대한 의견서를 제출할 수 있고, 거절이유에 나타난 사항에 대하여 보정을 하여 거절이유를 해소할 수도 있다. 심사 단계에서 미리 거절이유를 통지한 사유라고 하더라도 그 사유를 거절결정에서 거절이유로 삼지 않았다면 이와 같은 사유는 거절결정에 대한 심판절차에서는 ‘거절결정의 이유와 다른 거절이유’에 해당하므로, 심판 단계에서 심판청구인이 위 사유에 대해 실질적으로 의견서 제출 및 보정의 기회를 부여받았다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 이를 심결의 이유로 하기 위해서는 구 상표법 제81조, 제23조에 따라 다시 그 사유에 대해 거절이유를 통지하여야 한다. 위 규정은 거절이유를 미리 통지함으로써 그에 대한 의견서 제출 및 보정의 기회를 부여하여 출원인 또는 심판청구인의 절차적 권리를 보호하고, 심사 및 심판의 적정을 기하여 심사 및 심판 제도의 신용을 유지하기 위한 공익상의 요구에 따른 강행규정이다. 따라서 위 규정에 따라 거절이유 통지를 하지 아니한 채 거절결정의 이유와 다른 거절이유를 들어서 거절결정이 결과에 있어 정당하다는 이유로 거절결정불복심판청구를 기각한 심결은 위법하다.

형 사

8 2020. 11. 12. 선고 2019도11688 판결 [상표법위반] 55

[1] 수 개의 등록상표에 대하여 상표권 침해행위가 계속하여 이루어진 경우의 죄수(罪數)(=등록상표마다 포괄하여 일죄) / 하나의 유사상표 사용행위로 수 개의 등록상표를 동시에 침해한 경우, 각각의 상표법 위반죄의 죄수관계(=상상적 경합범)

[2] 피고인 甲 주식회사의 대표이사인 피고인 乙이 丙 주식회사의 등록상표 ‘코크린’, ‘Coclean 코크린’과 유사한 상표인 ‘코코크린’, ‘kokoCLEAN’을 그 지정상품과 동일한 상품에 사용함으로써 丙 회사의 상표권을 침해하였다는 공소사실이 원심에서 유죄로 인정된 사안에서, 공소사실 중 각 등록상표의 침해로 인한 각 상표법 위반죄는 각각 포괄일죄의 관계에 있고, 피고인

乙은 하나의 유사상표 사용행위로 각 등록상표를 동시에 침해하였으므로 이들 포괄일죄 상호 간에는 상상적 경합범 관계가 성립한다고 한 사례

- [1] 수 개의 등록상표에 대하여 상표법 제230조의 상표권 침해행위가 계속하여 이루어진 경우에는 등록상표마다 포괄하여 1개의 범죄가 성립한다. 그러나 하나의 유사상표 사용행위로 수 개의 등록상표를 동시에 침해하였다면 각각의 상표법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있다.

- [2] 피고인 甲 주식회사의 대표이사인 피고인 乙이 丙 주식회사의 등록상표 ‘코크린’, ‘Coclean 코크린’(이하 차례로 ‘제1, 2 등록상표’라 한다)과 유사한 상표인 ‘코코크린’, ‘kokoCLEAN’을 그 지정상품과 동일한 상품에 부착하여 인터넷 쇼핑몰 등에서 판매함으로써 丙 회사의 상표권을 침해하였다는 공소 사실이 원심에서 유죄로 인정된 사안에서, 공소사실 중 제1 등록상표의 침해로 인한 상표법 위반죄와 제2 등록상표의 침해로 인한 상표법 위반죄는 각각 포괄일죄의 관계에 있고, 피고인 乙은 하나의 유사상표 사용행위로 제1 등록상표와 제2 등록상표를 동시에 침해하였으므로 이들 포괄일죄 상호 간에는 상상적 경합범 관계가 성립한다고 한 사례.

9 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결〔상해·명예훼손·폭행〕 … 57

- [1] 명예훼손죄의 구성요건인 ‘공연성’의 의미와 판단 기준 / 명예훼손죄의 공연성에 관하여 판례상 확립된 법리인 이른바 ‘전파가능성 이론’의 유지 여부(적극)
- [2] 피고인이 甲의 집 뒷길에서 피고인의 남편 乙 및 甲의 친척인 丙이 듣는 가운데 甲에게 ‘저것이 징역 살다온 전과자다’ 등으로 큰 소리로 말함으로써 공연히 사실을 적시하여 甲의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 丙이 甲과 친척관계에 있다는 이유만으로 전파가능성이 부정된다고 볼 수 없고, 오히려 피고인은 甲과의 싸움 과정에서 단지 甲을 모욕 내지 비방하기 위하여 공개된 장소에서 큰 소리로 말하여 다른 마을 사람들이 들을 수 있을 정도였던 것으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태였다고 봄이 타당하므로, 피고인의 위 발언은 공연성이 인정된다고 한 사례
- [1] [다수의견] 명예훼손죄의 관련 규정들은 명예에 대한 침해가 ‘공연히’ 또는 ‘공공연하게’ 이루어질 것을 요구하는데, ‘공연히’ 또는 ‘공공연하게’는 사전적으로 ‘세상에서 다 알 만큼 뻔뻔하게’, ‘숨김이나 거리낌이 없이 그대로 드러나게’라는 뜻이다. 공연성을 행위 태양으로 요구하는 것은 사회에 유포되어 사회적으로 유해한 명예훼손 행위만을 처벌함으로써 개인의 표현의 자유가 지나치게 제한되지 않도록 하기 위함이다. 대법원 판례는 명예훼손죄의 구성

요건으로서 공연성에 관하여 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 의미한다고 밝혀 왔고, 이는 학계의 일반적인 견해이기도 하다.

대법원은 명예훼손죄의 공연성에 관하여 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정된다고 일관되게 판시하여, 이른바 전파가능성 이론은 공연성에 관한 확립된 법리로 정착되었다. 이러한 법리는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)상 정보통신망을 이용한 명예훼손이나 공직선거법상 후보자비방죄 등의 공연성 판단에도 동일하게 적용되어, 적시한 사실이 허위인지 여부나 특별법상 명예훼손 행위인지 여부에 관계없이 명예훼손 범죄의 공연성에 관한 대법원 판례의 기본적 법리로 적용되어 왔다.

공연성에 관한 전파가능성 법리는 대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서 현재에도 여전히 법리적으로나 현실적인 측면에 비추어 타당하므로 유지되어야 한다. 대법원 판례와 재판 실무는 전파가능성 법리를 제한 없이 적용할 경우 공연성 요건이 무의미하게 되고 처벌이 확대되게 되어 표현의 자유가 위축될 우려가 있다는 점을 고려하여, 전파가능성의 구체적·객관적인 적용 기준을 세우고, 피고인의 범의를 엄격히 보거나 적시의 상대방과 피고인 또는 피해자의 관계에 따라 전파가능성을 부정하는 등 판단 기준을 사례별로 유형화하면서 전파가능성에 대한 인식이 필요함을 전제로 전파가능성 법리를 적용함으로써 공연성을 엄격하게 인정하여 왔다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(가) 공연성은 명예훼손죄의 구성요건으로서, 특정 소수에 대한 사실적시의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증명이 필요하다. 나아가 대법원은 ‘특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있다’고 판시하여 전파될 가능성에 대한 증명의 정도로 단순히 ‘가능성’이 아닌 ‘개연성’을 요구하였다.

(나) 공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단

하여야 한다. 발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다. 따라서 전파가능성 법리에 따르더라도 위와 같은 객관적 기준에 따라 전파가능성을 판단할 수 있고, 행위자도 발언 당시 공연성 여부를 충분히 예견할 수 있으며, 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 묻는 것이 아니다.

(다) 추상적 위험범으로서 명예훼손죄는 개인의 명예에 대한 사회적 평가를 진위에 관계없이 보호함을 목적으로 하고, 적시된 사실이 특정인의 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 하나, 위와 같이 침해할 위험이 발생한 것으로 족하고 침해의 결과를 요구하지 않으므로, 다수의 사람에게 사실을 적시한 경우뿐만 아니라 소수의 사람에게 발언하였다고 하더라도 그로 인해 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 초래한 경우에도 공연히 발언한 것으로 해석할 수 있다.

(라) 전파가능성 법리는 정보통신망 등 다양한 유형의 명예훼손 처벌규정에서의 공연성 개념에 부합한다고 볼 수 있다. 인터넷, 스마트폰과 같은 모바일 기술 등의 발달과 보편화로 SNS, 이메일, 포털사이트 등 정보통신망을 통해 대부분의 의사표현이나 의사전달이 이루어지고 있고, 그에 따라 정보통신망을 이용한 명예훼손도 급격히 증가해 가고 있다. 이러한 정보통신망과 정보유통과정은 비대면성, 접근성, 익명성 및 연결성 등을 본질적 속성으로 하고 있어서, 정보의 무한 저장, 재생산 및 전달이 용이하여 정보통신망을 이용한 명예훼손은 ‘행위 상대방’ 범위와 경계가 불분명해지고, 명예훼손 내용을 소수에게만 보냈음에도 행위 자체로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 형성하는 경우가 다수 발생하게 된다. 특히 정보통신망에 의한 명예훼손의 경우 행위자가 적시한 정보에 대한 통제가능성을 쉽게 상실하게 되고, 빠른 전파성으로 인하여 피해자의 명예훼손의 침해 정도와 범위가 광범위하게 되어 표현에 대한 반론과 토론을 통한 자정작용이 사실상 무의미한 경우도 적지 아니하다.

따라서 정보통신망을 이용한 명예훼손 행위에 대하여, 상대방이 직접 인식하여야 한다거나, 특정된 소수의 상대방으로는 공연성을 충족하지 못한다는 법리를 내세운다면 해결 기준으로 기능하기 어렵게 된다. 오히려 특정 소수에게 전달한 경우에도 그로부터 불특정 또는 다수인에 대한 전파가능성 여부를 가려 개인의 사회적 평가가 침해될 일반적 위험성이 발생하였는지를 검토

하는 것이 실질적인 공연성 판단에 부합되고, 공연성의 범위를 제한하는 구체적인 기준이 될 수 있다. 이러한 공연성의 의미는 형법과 정보통신망법 등의 특별법에서 동일하게 적용되어야 한다.

(마) 독일 형법 제193조와 같은 입법례나 유엔인권위원회의 권고 및 표현의 자유와의 조화를 고려하면, 진실한 사실의 적시의 경우에는 형법 제310조의 ‘공공의 이익’도 보다 더 넓게 인정되어야 한다. 특히 공공의 이익관련성 개념이 시대에 따라 변화하고 공공의 관심사 역시 상황에 따라 설 새 없이 바뀌고 있다는 점을 고려하면, 공적인 인물, 제도 및 정책 등에 관한 것만을 공공의 이익관련성으로 한정할 것은 아니다.

따라서 사실적시의 내용이 사회 일반의 일부 이익에만 관련된 사항이라도 다른 일반인과의 공동생활에 관계된 사항이라면 공공성을 지닌다고 할 것이고, 이에 나아가 개인에 관한 사항이더라도 그것이 공공의 이익과 관련되어 있고 사회적인 관심을 획득한 경우라면 직접적으로 국가·사회 일반의 이익이나 특정한 사회집단에 관한 것이 아니라는 이유만으로 형법 제310조의 적용을 배제할 것은 아니다. 사인이라도 그가 관계하는 사회적 활동의 성질과 사회에 미칠 영향을 헤아려 공공의 이익에 관련되는지 판단하여야 한다.

[대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수의 반대의견] 다수의견은 명예훼손죄의 구성요건인 ‘공연성’에 관하여 전파가능성 법리를 유지하고자 한다. 그러나 명예훼손죄에서 말하는 공연성은 전파가능성을 포섭할 수 없는 개념이다. 형법 제307조 제1항, 제2항에 규정된 공연성은 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태를 가리키는 것이고, 특정 개인이나 소수에게 말하여 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 하더라도 공연성 요건을 충족한다고 볼 수 없다. 다수의견은 범죄구성요건을 확장하여 적용함으로써 형법이 예정한 범주를 벗어나 형사처벌을 하는 것으로서 죄형법정주의와 형법해석의 원칙에 반하여 찬성할 수 없다. 전파가능성 법리를 이유로 공연성을 인정한 대법원판결들은 변경되어야 한다. 상세한 이유는 다음과 같다.

(가) 전파가능성이 있다는 이유로 공연성을 인정하는 것은 문언의 통상적 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 확장해석으로 죄형법정주의에서 금지하는 유추해석에 해당한다.

명예훼손죄의 구성요건으로 공연성을 정한 입법 취지는 사람의 인격적 가치에 대한 평가를 떨어뜨릴 수 있는 행위 가운데 사적인 대화나 정보 전달의 차원을 넘어서서 ‘사회적으로’ 또는 ‘공개적으로’ 사실을 드러내는 것에 한정

하여 처벌하려는 데 있다. 다른 사람의 명예를 침해할 수 있는 사실이 사회에 유포되는 경우만을 처벌하고자 하는 것이 입법자의 결단이라고 할 수 있는데, 이는 명예훼손죄의 성립 범위를 좁혀 헌법상 표현의 자유를 가급적 넓게 보장하는 기능을 수행한다.

전파가능성이란 아직 그러한 결과가 현실로 발생하지 않았지만 앞으로 전파될 수도 있다는 뜻이다. 그러한 결과가 발생하지 않은 상황에서 앞으로 전파될 ‘가능성’이라는 추측을 처벌의 근거로 삼는 것은 죄형법정주의에 명백히 반한다. 가능성을 개연성으로 바꾼다고 해서 사정이 달라지는 것도 아니다. 공연성을 전파가능성만으로 인정하는 것은 명예를 훼손하는 — 명예훼손을 위법범으로 보는 다수의견에 따르면 훼손할 위험이 있는 — 행위가 ‘공연히’ 이루어지지 않은 경우까지도 전파되어 공연한 것으로 될 ‘가능성’이 있다는 이유로 처벌 대상이 된다는 것이다. 이러한 해석은 명백히 피고인에게 불리한 것으로서 허용되어서는 안 되는 부당한 확장해석이자 유추해석에 해당한다.

(나) 형법은 ‘공연히 사실 또는 허위사실을 적시한 행위’를 처벌하도록 명확히 규정하고 있다. 명예훼손죄의 성립 여부는 적시된 사실의 전파가능성이 아니라 사실적시 행위 자체가 공연성을 가지고 있는지에 따라 판단해야 한다. 이때 공연성은 행위의 성격이나 모습을 분석하여 그것이 불특정 또는 다수인에 대한 것인지, 사실적시 행위가 공개된 장소 등에서 이루어져 불특정 또는 다수인이 이를 인식하였거나 인식할 수 있었는지, 그와 같은 상태가 사회적 또는 공개적으로 유포되었다고 볼 수 있는지를 판단하면 된다.

전파가능성 법리는 명예훼손죄의 구성요건인 공연성 이외에 전파가능성이란 새로운 구성요건을 창설하는 결과가 되어 죄형법정주의에 어긋난다. 그리고 전파가능성 법리는 명확성 원칙을 훼손하여 명예훼손죄가 가지고 있는 행위규범으로서의 기능을 저해하고 법 적용자로 하여금 형벌법규를 자의적으로 운용하는 것을 허용하는 결과를 초래한다.

(다) 형법 등에서 공연성을 구성요건으로 하는 여러 범죄에서 공연성의 의미는 동일하게 해석해야 한다. 그것이 각 규정의 입법 취지와 형사법의 체계적인 해석에 합치된다. 명예훼손죄에서 공연음란죄(형법 제245조)나 음화 등 전시·상영죄(형법 제243조)와 달리 공연성 개념에 전파가능성을 포함한 것은 형법의 통일적 해석을 무너뜨린 것으로 공연성에 관하여 일관성이 없다는 비판을 면할 수 없다.

(라) 사실적시의 상대방이 전파할 가능성이 있는지 여부로 공연성을 판단하는 것은 수범자의 예견가능성을 침해하여 행위자에 대한 결과책임을 묻는 것

으로서, 이는 형사법의 평가방식에 어긋난다. 결국 명예훼손죄에서 명예훼손 사실을 들은 상대방이 행위자가 적시한 사실을 장차 다른 사람에게 전달할지 여부에 따라 명예훼손죄의 성립 여부를 결정하는 것은 행위에 대한 불법평가에서 고려 대상으로 삼아서는 안 되는 우연한 사정을 들어 결과책임을 묻는 것이다.

(마) 공연성을 전파가능성 여부로 판단하는 것은 명예훼손죄의 가벌성의 범위를 지나치게 확장하는 결과를 가져오고 형법의 보충성 원칙에도 반한다.

공연성 판단에 전파가능성을 고려하는 것은 명예훼손죄의 행위 양태로 요구되는 공연성을 전파가능성으로 대체하여, 외적 명예가 현실적으로 침해되지 않아도 침해될 위험만으로 성립되는 추상적 위험범인 명예훼손죄의 보호범의익이나 그 정도를 행위 양태와 혼동한 것이다. 명예훼손죄가 추상적 위험범이라는 것은 공연히 적시된 사실로 인해 명예가 훼손될 위험이 있는 경우에 처벌한다는 것이지, 적시된 사실이 공연하게 될 위험이 있는 경우까지 처벌하는 것이 아니다. 명예훼손죄의 처벌 근거는 사실이 계속 전파되어 나갈 위험, 즉 타인이 전파함으로써 발생할 명예훼손 위험에 있는 것이 아니라, 공연하게 사실을 적시함으로써 발생할 명예훼손의 위험에 있기 때문이다.

또한 특정 소수와 의 사적 대화나 정보 전달의 경우에도 전파가능성이 있는 경우 공연성이 있다고 보는 것은 거의 모든 사실적시 행위를 원칙적으로 명예훼손죄의 구성요건에 해당한다고 보는 것으로, 형법의 보충성 원칙에 반한다.

(바) 전파가능성 유무를 판단할 수 있는 객관적 기준을 설정하는 것이 어렵기 때문에 구체적 적용에 자의가 개입될 소지가 크다. 사실적시자·상대방·피해자의 관계 등을 기초로 전파가능성을 따지더라도 어떤 경우에 전파가 가능한지에 대한 객관적 기준을 설정하기 어려운 것은 마찬가지이다. 직장동료나 친구에게 사실을 적시한 경우에 행위자나 피해자와 어느 정도 밀접한 관계에 있어야 전파할 가능성이 없는지를 객관화하기 어렵고, 이를 증명하거나 판단하는 것은 쉽지 않기 때문에 전파가능성은 구체적 증명 없이 ‘적어도 전파될 가능성은 있다’는 방향으로 포섭될 위험이 더욱 커지게 된다.

(사) 정보통신망법은 정보통신망을 이용하더라도 사실적시 행위를 공공연하게 할 것을 요구하므로 그 공연성 개념은 명예훼손죄의 공연성과 동일하다. 정보통신망을 통하더라도 특정 소수에게만 사실을 적시한 경우에는 여전히 공연성이 있다고 할 수 없고, 이러한 행위는 형법이나 정보통신망법상 명예훼손죄의 규율대상이 아니다. 즉, 정보통신망, 예컨대 이메일이나 SNS 메시지를 통해 친구 1명에게 사실을 적시한 것과 편지를 쓰거나 대면하여 말로 하

는 것은 특정된 소수에게 사실을 적시하였다는 행위 양태가 동일한 것이고, 정보통신망을 이용하였다고 해서 명예에 대한 침해의 일반적 위험성이 발생하였다고 볼 수는 없다. 인터넷과 과학기술의 발달로 정보의 무한 저장과 재생산으로 인한 명예훼손의 피해 정도와 범위가 넓어지는 문제는 양형에 반영하거나 정보통신망법에 의한 가중처벌로 해결되어야 하고, 이를 이유로 공연성의 개념이 변경되어야 할 필요는 없다.

(아) 다수의견은 개인의 명예를 보호하기 위해 사적인 관계와 공간에서 이루어지는 표현행위까지 구성요건에 해당한다고 본 다음 다시 표현의 자유와 조화를 도모하고자 형법 제310조의 위법성조각사유를 넓게 보려고 한다. 그러나 이는 결국 개인의 명예보호에 치우친 것은 마찬가지이고, 전파가능성 법리를 유지하기 위한 구실에 지나지 않는다. 아무리 형법 제310조의 위법성조각사유를 넓게 보더라도 발언의 주된 목적이나 내용에 공익성이 없는 이상 명예훼손죄로 처벌받는다. 사적인 공간에서 사적인 대화에 공익성을 가지는 경우가 얼마나 있는지 의문일 뿐만 아니라 이를 요구하는 것은 사적인 주제에 관한 사담(私談)을 금지하는 것과 마찬가지이다. 모든 국민은 사적 대화 내용이 피해자에게 흘러 들어가지 않는 요행을 바라는 것 외에는 형사처벌을 피할 수 없다. 이것은 모든 국민을 잠재적인 또는 미처 발각되지 않은 범죄자로 보는 것이다.

- [2] [다수의견] 피고인이 甲의 집 뒷길에서 피고인의 남편 乙 및 甲의 친척인 丙이 듣는 가운데 甲에게 ‘저것이 징역 살다온 전과자다’ 등으로 큰 소리로 말함으로써 공연히 사실을 적시하여 甲의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인과 甲은 이웃 주민으로 여러 가지 문제로 갈등관계에 있었고, 당일에도 피고인은 甲과 말다툼을 하는 과정에서 위와 같은 발언을 하게 된 점, 乙과 甲의 처인 丁은 피고인과 甲이 큰 소리로 다투는 소리를 듣고 각자의 집에서 나오게 되었는데, 甲과 丁은 ‘피고인이 전과자라고 크게 소리쳤고, 이를 丙 외에도 마을 사람들이 들었다’는 취지로 일관되게 진술한 점, 피고인은 신고를 받고 출동한 경찰관 앞에서도 ‘甲은 아주 질이 나쁜 전과자’라고 큰 소리로 수회 소리치기도 한 점, 甲이 사는 곳은 甲, 丙과 같은 성씨를 가진 집성촌으로 甲에게 전과가 있음에도 丙은 ‘피고인으로부터 甲이 전과자라는 사실을 처음 들었다’고 진술하여 甲과 가까운 사이가 아니었던 것으로 보이는 점을 종합하면, 甲과 丙의 친분 정도나 적시된 사실이 甲의 공개하기 꺼려지는 개인사에 관한 것으로 주변에 회자될 가능성이 큰 내용이라는 점을 고려할 때 丙이 甲과 친척관계에 있다는 이유만으로 전파가능성이

부정된다고 볼 수 없고(甲과 丙 사이의 촌수나 구체적 친밀관계가 밝혀진 바도 없다), 오히려 피고인은 甲과의 싸움 과정에서 단지 甲을 모욕 내지 비방하기 위하여 공개된 장소에서 큰 소리로 말하여 다른 마을 사람들이 들을 수 있을 정도였던 것으로 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태였다고 봄이 타당하므로 피고인의 위 발언은 공연성이 인정된다는 이유로, 같은 취지에서 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

[대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수의 반대의견] 위 사안에서, 피고인이 피고인의 남편 乙과 甲의 친척 丙이 듣고 있는 가운데 甲에 대한 사실을 적시한 것과 같이 특정 소수에게 말한 것만으로 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태에 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인의 발언에 공연성이 있다고 보기 어려워 피고인의 행위가 甲에 대한 명예훼손죄에 해당한다고 할 수 없고, 공소사실은 甲에 대한 명예훼손 사실을 들은 상대방이 乙과 丙 2명임에도 전파가능성 법리가 적용되어 공연성이 인정될 수 있다는 전제에 있고, 재판 과정에서 丙이 甲의 친척이라는 것이 밝혀졌는바, 이와 같이 상대방이 피고인 또는 피해자와 특수한 신분관계에 있는 점은 공연성(다수의견의 경우에는 전파가능성)이 부정될 수 있는 유력한 사정이므로, 그러한 신분관계에도 불구하고 피고인의 발언이 공연성이 있다는 점에 관해서는 합리적 의심이 없을 정도의 증명이 필요하다는 이유로, 이와 달리 공연성에 관하여 충분한 심리나 증명이 이루어졌다고 보기 어렵는데도 피고인의 발언이 전파될 가능성이 있어 공연성이 충족됨을 전제로 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 명예훼손죄에서 공연성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.