

## 대법원 2022. 7. 28. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2017다16747(본소), 16754(반소) 손해배상(기)(본소), 손해배상(기)(반소) (사)  
상고기각

[부두용 크레인 붕괴 사고에 관하여 크레인 소유자가 제작자와 관리·운용자를 상대로 손해배상을 청구한 사건]

◇공동불법행위를 원인으로 하지 않은 부진정연대채무가 성립하는 경우 공동불법행위책임의 경우와 다르게 채무자별로 과실상계 여부 및 그 범위를 달리 정할 수 있는지(적극)  
◇

공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가하지 않고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하는 것이 원칙이다(대법원 1997. 4. 11. 선고 97다3118 판결 및 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 등 참조). 그런데 공동불법행위자의 관계는 아니지만 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무가 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 한 쪽의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 쪽의 채무도 소멸하는 관계에 있기 때문에 부진정연대채무 관계가 인정되는 경우가 있다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결 참조). 이러한 경우까지 과실상계를 할 때 반드시 채권자의 과실을 채무자 전원에 대하여 전체적으로 평가하여야 하는 것은 아니다.

그리고 손해배상사건에서 과실상계나 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저하게 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.

☞ 원고는 피고 甲으로부터 공급받아 피고 乙에게 임대한 부두용 크레인의 붐(boom)이 붕괴하여 사고가 발생하자 피고 甲의 크레인 제작상 과실과 피고 乙의 크레인 관리·운용상 과실이 함께 원인이 되었다고 주장하면서 손해배상을 청구하였음

☞ 원심은, 피고 甲은 제작물공급계약상의 채무불이행책임 또는 민법 제580조에 따른 하

자담보책임을, 피고 乙은 불법행위책임 또는 임대차계약상의 채무불이행책임을 부담하고 두 채무는 부진정연대의 관계에 있다고 판단하면서, 피고 甲의 손해배상책임은 별도로 제한하지 않고 피고 乙의 손해배상책임만 과실상계를 통하여 70%로 제한하였음

☞ 이에 대하여 피고들이 과실상계 여부 또는 비율에 관한 판단이 부당하다고 주장하면서 상고하였으나, 대법원은 공동불법행위를 원인으로 하지 않은 부진정연대채무의 경우 까지 공동불법행위를 원인으로 한 경우처럼 채권자의 과실을 채무자 전원에 대하여 전체적으로 평가하여야 하는 것은 아니라는 법리를 판시하면서 원심의 판단을 수긍하고 피고들의 상고를 기각하였음

### **2017다204629 소유권이전등기 말소 등 (가) 상고기각**

**[원고가 가등기 설정된 토지에 대하여 가압류등기를 마쳤는데, 매매예약 완결권이 제척기간 경과로 소멸하여 가등기가 실효되었으나 이후 가등기 유용 합의에 따라 마쳐진 본등기로 인해 가압류가 직권말소 되자, 현재의 소유명의자인 피고들을 상대로 예비적으로 가압류등기의 회복에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 사건]**

◇적법·유효한 등기를 마치고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유 부동산을 점유하는 경우 취득시효를 주장할 수 있는지 여부◇

부동산에 대한 취득시효 제도의 존재이유는 부동산을 점유하는 상태가 오랫동안 계속된 경우 권리자로서 외형을 지닌 사실 상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 높여 보호함으로써 법질서의 안정을 도모하고, 장기간 지속된 사실 상태는 진실한 권리관계와 일치될 개연성이 높다는 사실을 고려하여 권리관계에 관한 분쟁이 생긴 경우 점유자의 증명곤란을 구제하려는 데에 있다.

부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우 특별한 사정이 없는 한 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다. 이러한 경우에는 사실 상태를 권리관계로 높여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하고 있는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요도 없기 때문이다(대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카26574 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다224596 판결 등 참조). 그러나 소유권에 기초하여 부동산을 점유하는 사람이더라도 그 등기를 하고 있지 않아 자신의 소유권을 증명하기 어렵거나 소유권을 제3자에게 대항할 수 없는 등으로 점유의 사실 상태를 권리관계로 높여 보호하고 증명곤란을 구제할 필요가 있는 예외적인 경우에는, 자기 소유 부동산에 대한 점유도 취득시효를 인정하기 위해 기초가 되는 점유로 볼 수 있다.

☞ 원고의 가압류등기 회복에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 (예비적) 청구에 대하여, 피고들은 등기부취득시효에 따른 원시취득으로 원고의 가압류가 소멸되었다고 다투었음. 원심은, 설혹 피고들의 등기부취득시효가 완성되었더라도, 원고의 가압류가 점유개시 전에 설정된 것이어서 취득시효완성의 소급효가 없으므로 원고의 가압류는 소멸하지 않는다고 판단하여 원고의 예비적 청구를 인용함. 대법원은, 피고들이 적법·유효한 소유권이 전등기를 마친 자기 소유 부동산을 점유한 것은 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다는 이유로 취득시효완성을 전제로 하는 피고들의 항변은 이유 없다고 판단하고 상고기각함

### **2017다245330 근저당권말소 (다) 상고기각**

**[원고가 사인증여를 하면서 사인증여 대상인 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳐주었는데 이후 사인증여를 철회하면서 위 근저당권설정등기의 말소를 구한 사건]**

◇유증의 철회를 인정한 민법 제1108조 제1항을 사인증여에 준용할 수 있는지 여부(적극)◇

민법 제562조는 사인증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다고 정하고 있고, 민법 제1108조 제1항은 유증자는 그 유증의 효력이 발생하기 전에 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유증 전부나 일부를 철회할 수 있다고 정하고 있다. 사인증여는 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 무상행위로 그 실제적 기능이 유증과 다르지 않으므로, 증여자의 사망 후 재산 처분에 관하여 유증과 같이 증여자의 최종적인 의사를 존중할 필요가 있다. 또한 증여자가 사망하지 않아 사인증여의 효력이 발생하기 전임에도 사인증여가 계약이라는 이유만으로 그 법적 성질상 철회가 인정되지 않는다고 볼 것은 아니다. 이러한 사정을 고려하면 특별한 사정이 없는 한 유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 준용된다고 해석함이 타당하다.

☞ 원고가, 원고와 피고 사이에 출생한 혼외자인 아들에게 원고 소유인 부동산을 사인증여 하면서 위 부동산에 관하여 근저당권자 명의를 피고로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 원고가 사인증여를 철회하였다는 이유로 피고에 대하여 위 근저당권설정등기의 말소를 구한 사안에서, 대법원은 사인증여의 경우 유증과 같이 증여자의 최종적인 의사를 존중할 필요가 있고, 사인증여가 계약이라는 이유만으로 그 법적 성질상 철회가 인정되지 않는다고 볼 것은 아님을 근거로 특별한 사정이 없는 한 유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 준용된다고 판단하였음

☞ 원심은 사인증여의 철회가 원칙적으로 인정되지 않으나 이 사건의 경우 예외적으로 사인증여의 철회가 인정된다고 보았는데, 대법원은 원심이 사인증여의 철회가 원칙적으로 인정되지 않는다고 판단한 부분은 부적절하나 이 사건 사인증여의 철회를 인정한 원심의 결론은 정당하다고 판단하여 상고를 기각하였음

## 2017다286492 청구이의 (가) 파기환송

**[선행판결(공시송달 진행)의 변론종결 전에 면책결정을 받았으나 이를 주장하지 못하여 패소판결을 확정받은 채무자가 청구이의를 통해 면책주장을 하는 사건]**

◇확정판결 전에 면책결정이 있었으나 면책 주장이 제기되지 않은 경우, 청구이이의 소에서 면책을 주장하는 것이 기판력에 반하는지 여부(소극)◇

「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제566조 본문은 면책을 받은 개인채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다고 정하고 있다. 여기서 면책이란 채무 자체는 존속하지만 개인채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 뜻이다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다28173 판결 등 참조).

파산선고 후 면책결정이 확정되면 개인채무자의 파산채권자에 대한 채무는 그대로 존속하지만 책임은 소멸하므로, 개인채무자의 파산채권자에 대한 책임은 파산선고 당시에 개인채무자가 가진 재산 한도로 한정된다. 채무는 그대로 존속하지만 책임만이 위와 같은 범위로 제한되므로 개인채무자는 파산선고 이후에 취득하는 재산으로 변제할 책임은 지지 않는다. 이로써 개인채무자는 경제적 회생을 도모하여 파산채무로 인한 압박을 받거나 의지가 꺾이지 않은 채 경제적 회생을 위한 노력을 할 수 있게 된다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020다269794 판결 등 참조).

파산채권자가 개인채무자를 상대로 채무 이행을 청구하는 소송에서 면책결정에 따라 발생한 책임 소멸은 소송물인 채무의 존부나 범위 확정과는 직접적인 관계가 없다. 개인채무자가 면책 사실을 주장하지 않는 경우에는 책임 범위나 집행력 문제가 현실적인 심판대상으로 등장하지도 않아 주문이나 이유에서 그에 관한 아무런 판단이 없게 된다. 이런 경우 면책결정으로 인한 책임 소멸에 관해서는 기판력이 미치지 않으므로, 개인채무자에 대한 면책결정이 확정되었는데도 파산채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 그 사실을 주장하지 않는 바람에 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 개인채무자는 그 후 면책된 사실을 내세워 청구이이의 소를 제기할 수 있다.

면책결정이 확정되었는데도 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 확정된 경우에 개인채무

자가 확정판결에 관한 소송에서 단지 면책 주장을 하지 않았다는 이유만으로 청구이의의 소를 통해 면책된 채무에 관한 확정판결의 집행력을 배제하는 것을 허용하지 않는다면 부당한 결과를 초래한다. 이미 면책결정을 통해 강제집행 위협에서 벗어난 개인채무자로 하여금 그 집행을 다시 수인하도록 하는 것은 면책제도의 취지에 반하고 확정된 면책결정의 효력을 잠탈하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 또한 확정판결에 관한 소송에서 개인채무자의 면책 주장 여부에 따라 개인채무자가 일부 파산채권자에 대해서만 파산절차에 의한 배당 외에 추가로 책임을 부담하게 된다면, 파산채권자들 사이의 형평을 해치게 되어 집단적·포괄적으로 채무를 처리하면서 개인채무자의 재기를 지원하는 개인파산 및 면책제도의 취지에 반하게 된다. 이와 같이 확정판결에 관한 소송에서 주장되지 않았던 면책 사실도 청구이의소송에서 이의사유가 될 수 있다고 봄이 타당하다.

☞ 선행판결(공시송달 진행)의 변론종결 전 면책결정(개인파산·면책절차)을 확정 받았음에도 이를 주장하지 못하여 패소판결을 확정 받은 원고(채무자)가 피고(채권자)를 상대로 청구이의의 소를 제기하면서 면책주장을 한 사건에서, 개인채무자가 면책 사실을 주장하지 않는 경우에는 책임 범위나 집행력 문제가 현실적인 심판대상으로 등장하지 않아 주문이나 이유에서 그에 관한 아무런 판단이 없게 되어 면책결정으로 인한 책임소멸에 관해서는 기판력이 미치지 않고, 기록상 원고가 법률관계의 조속한 안정을 저해하거나 분쟁의 해결을 현저하게 지연시킬 목적으로 위 선행소송에서 일부러 면책주장을 하지 않았다고 볼만한 특별한 사정이 확인되지 않으므로, 이 사건 청구이의소송에 선행판결의 기판력이 미치지 않는다고 보아야 한다고 판단하여, 이와 달리 기판력이 미친다고 본 원심을 파기환송한 사안임

## 2018다46042 소유권이전등기 (가) 상고기각

### [필수적 환송을 규정한 민사소송법 제418조 위반 여부가 문제된 사안]

◇민사소송법 제418조 단서가 정한 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우인지를 판단한 사례◇

민사소송법 제418조는 “소가 부적법하다고 각하한 제1심 판결을 취소하는 경우에는 항소법원은 사건을 제1심 법원에 환송하여야 한다. 다만 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우 또는 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 스스로 본안판결을 할 수 있다.”라고 정한다.

원고는 제1심에서 이 사건 소의 본안심리사항에 해당하는 이 사건 임야의 등기명의인들과 원고 사이의 명의신탁관계를 주장하였고, 그에 관한 증거자료를 제출하였다. 피고는

원고의 이러한 주장을 반박하였다. 제1심 법원은 당사자들에게 본안에 대한 주장과 증명을 수차례 촉구하였다. 원심에서 추가로 제출된 증거는 대부분 원고가 이 사건 소의 소송요건을 갖추었다는 사정을 증명하기 위한 것이다.

이러한 사정을 종합하면, 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되었다고 볼 수 있다. 따라서 원심이 이 사건 소를 각하한 제1심 판결을 취소하면서 사건을 제1심 법원으로 환송하지 않고 원고의 청구를 인용하는 본안판결을 한 것은 민사소송법 제418조 단서에 따른 것으로 정당하다.

☞ 원심이 원고의 소를 각하한 제1심 판결을 취소하면서 사건을 제1심 법원으로 환송하지 않고 원고의 청구를 인용하는 본안판결을 한 것에 대하여 피고는 원심의 조치가 민사소송법 제418조를 위반한 것이라고 주장하였으나, 대법원은 항소심이 직접 본안판결을 할 수 있는 민사소송법 제418조 단서의 ‘제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우’의 요건을 충족하였다고 보아 민사소송법 제418조의 위반이 없다고 판단하였음

## **2019다29853 건물명도 등 (바) 파기환송(일부)**

**[상속세를 전부 납부한 원고가 다른 공동상속인(소송계속 중 사망)의 상속인들(소송수계인들)에게 구상하는 사안]**

◇법정단순승인 사유 중 한정승인을 함에 있어 상속재산을 은닉하거나 상속채권자를 사해할 의사로써 상속재산을 재산목록에 기입하지 않는 경우인지를 판단하는 기준과 그 증명책임◇

민법 제1026조 각호의 사유가 있으면 단순승인을 한 것으로 보게 되는데, 민법 제1026조에 정해진 법정단순승인 사유 중 제3호는 “상속인이 한정승인이나 포기를 한 후에 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때”이다. 이러한 제3호의 법정단순승인 사유가 있으면 그 전에 상속인이 한 한정승인 또는 포기의 효력이 소멸하고 단순승인의 효과가 발생하여 상속인의 고유재산에 대하여도 집행할 수 있게 된다. 이러한 점 때문에 민법 제1026조 제3호는 상속인의 배신적 행위에 대한 제재로서 의미를 가지고 있다.

“상속인이 한정승인이나 포기를 한 후에 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때”(민법 제1026조 제3호)에서 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’라 함은 한정승인을 함에 있어 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사로써 상속재산을 재산목록에 기입하지 않는 것을 뜻하므로(대법원 2003. 11. 14.

선고 2003다30968 판결 등 참조), 위 규정에 해당하기 위해서는 상속인이 어떠한 상속재산이 있음을 알면서 이를 재산목록에 기입하지 아니하였다는 사정만으로는 부족하고, 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사, 즉 그 재산의 존재를 쉽게 알 수 없게 만들려는 의사가 있을 것을 필요로 한다. 위 사정은 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다.

민법은 상속에 있어 법적 안정성이라는 공익을 도모하기 위하여 포괄·당연승계주의를 채택하면서, 상속인이 피상속인의 채무를 무한정 상속하여 파탄에 빠지는 것을 막아 상속인을 보호하기 위해 상속인으로 하여금 그의 의사에 따라 상속의 효과를 귀속시키거나 거절할 수 있는 자유를 주고자 상속의 포기·한정승인제도를 두고 있는 것이므로(헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2003헌가13 결정 등 참조), 법원으로서 위와 같은 한정승인제도의 취지와 의의를 염두에 두고 민법 제1026조 제3호의 의미와 효과를 고려하여, 민법 제1026조 제3호의 '고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때'에 해당하는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 한정승인에 의한 청산절차에서 재산목록에 기재되었는지 여부와 무관하게 실제 상속채권자의 지위에 있으면 청산절차의 대상이 되고 그의 재산목록에 기재되지 않았다는 이유로 실권효가 발생하지 않기 때문이다.

특히 소송 등의 분쟁이 예상되거나 계속 중인 상태에서 상속이 개시된 경우, 한정승인을 하는 상속인으로서 분쟁과 관계된 재산이나 채권, 채무 등을 재산목록에 기입하게 되면 자칫 분쟁의 결과에 따라 그 내용이 사실과 달라지거나, 또는 이로 인해 소송 상대방의 주장을 인정하는 결과가 될 수 있다는 우려로 이를 기입하지 않는 경우가 있을 수 있으므로, 그러한 경우에는 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사가 있는지 여부를 더욱 신중하게 판단하여야 한다.

☞ 원고가 상속세를 전부 납부한 후 망인(다른 공동상속인)에게 그 몫을 구상하는 이 사건 소송 계속 중 망인이 사망하여 유족들인 피고들이 소송수계 하였음. 한편 망인과 원고 사이의 상속재산분할심판청구 사건도 피고들이 망인을 수계하였음

☞ 원심은 구상금 청구를 일부 인용하면서, 한정승인을 하여 자신은 망인으로부터 상속받은 재산 범위 내에서만 인용되어야 한다는 피고2 주장에 대하여, 위 상속재산분할심판 등을 통해 망인으로부터 상속받을 재산이 있다는 사실을 알고 있었으면서 고의로 재산목록에 기입하지 않았다고 판단하여 위 주장을 배척하였음

☞ 대법원은 피고2로서는 상속재산분할심판에서 법원의 판단에 따라 자신의 상속재산에 대한 권리 유무 및 범위가 달라질 입장에서 설불리 적극재산에 상속재산을 기입하기 어려웠을 것으로 보이므로, 피고2에게 그 재산의 존재를 쉽게 알 수 없게 만들려는 의사,

즉 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사가 있었다고 단정하기 어렵고, 따라서 민법 제1026조 제3호의 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있다고 판단하여, 원심판결을 파기하였음

## 2019다201662 주식반환등 (가) 상고기각

[인수인(스위스법인)이 3자간 주식상환약정을 통해 채무자(국내법인)가 채권자(원고, 대한민국 국적 개인)에게 부담하는 주식반환채무를 병존적으로 인수한 상황에서, 원고가 인수인을 합병한 피고(스위스법인)를 상대로 주식반환을 구하는 사건]

◇외국법인이 당사자인 3자간 주식상환약정을 원인으로 한 소송에서 적용될 준거법을 판단하는 기준 및 방법◇

구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 제34조는 채권의 양도인과 양수인 간의 법률관계는 이들 간의 계약의 준거법에 의하도록 정하고(제1항 본문), 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의하도록 정하면서(제1항 단서), 채무인수에 대해서도 이를 준용하고 있다(제2항). 이때 채무인수에는 면책적 채무인수뿐만 아니라 병존적 채무인수도 포함된다고 봄이 타당하다. 병존적 채무인수의 경우 채무자와 인수인 사이의 법률관계는 이들 사이의 계약의 준거법에 의하고, 채권자에 대한 채무인수의 효력은 인수되는 채무의 준거법, 즉 채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법에 의하게 되며, 이는 채권자, 채무자, 인수인이 함께 채무인수에 관한 합의를 한 경우에도 마찬가지이다. 따라서 채권자, 채무자, 인수인 사이의 합의를 통해 병존적 채무인수가 이루어진 경우, 인수인이 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법은 채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법과 동일하다.

구 국제사법 제25조는 당사자자치의 원칙에 따라 계약당사자가 명시적 또는 묵시적으로 계약에 적용할 준거법을 선택하도록 정하고 있다(제1항 본문). 따라서 계약상 채무의 준거법은 채무자가 채권자와 계약을 체결하면서 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법이 된다. 다만 묵시적 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 제한되는데(같은 조 제1항 단서), 이는 계약의 준거법이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위한 것이다(대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결 등 참조). 따라서 준거법에 관한 묵시적 선택을 인정할 때에는 계약내용을 기초로 하여 계약당사자의 국적이나 설립준거법, 주소나 본점소재지 등 생활본거지나 주된 영업활동지, 계약의 성립 배경과 그 경위 등 객관적 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단해야 한다.

☞ 원고(채권자)가 인수인(스위스법인)을 합병한 피고(스위스법인)를 상대로 위 약정에



따른 주식의 반환을 구하는 사건에서, 병존적채무인수의 경우 인수인이 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법은 채권자(원고)와 채무자(국내법인) 사이의 법률관계에 적용되는 준거법과 동일한데, 채권자와 채무자 간에 체결된 기존 주식대여계약의 내용(원화를 기준으로 이자를 산정하고, 국문계약서만 존재하는 점), 채권자(원고)의 국적은 대한민국이고 그 주소도 대한민국에 있는 점, 채무자(국내법인)의 설립준거법은 대한민국법이고 그 본점소재지 또한 대한민국에 있는 점 등을 종합하면, 위 주식대여계약에 적용할 준거법을 대한민국법으로 정했다고 보는 것이 채권자(원고)와 채무자(국내법인) 사이의 묵시적 의사에 부합한다고 보아, 결국 원고(채권자)가 인수인(스위스법인)을 합병한 피고(스위스법인)을 상대로 위 주식의 반환을 구하는 이 사건에서 원고와 피고 사이의 법률관계에 적용되는 법은 대한민국법이라고 판단하여, 결과적으로 대한민국법을 적용하여 판단한 원심에 판단누락이나 심리미진의 잘못이 없다고 보고 상고기각한 사안임

## 2019다202146 손해배상 (가) 상고기각

**[주식 또는 신주인수권증권 투자자인 원고들이 대표이사 및 회계법인에 대하여 분식회계로 인한 손해배상을 구하는 사건]**

◇1. 대표이사가 상당한 주의를 하였음에도 분식회계로 인한 허위공시를 알 수 없었음(자본시장법 제162조 제1항 단서)의 의미 및 회계부정에 관한 감시의무 위반 판단기준, 2. 회계법인의 감사상 주의의무 위반 판단기준, 3. 분식회계 공표 전 매각 부분·매각하지 않은 주식의 공표 전 주가 하락분 부분에 대한 손해 인과관계 추정 복멸 여부(소극) 및 신주인수권증권에 대하여 자본시장법상 손해액 추정규정이 적용되는지 여부(적극)◇

### 1. 대표이사의 주의의무 또는 감시의무와 내부통제시스템에 관한 법리

구 자본시장법 제162조 제1항의 규정을 근거로 증권의 취득자가 사업보고서를 제출할 당시의 주식회사 대표이사에 대하여 사업보고서의 허위기재 등으로 입은 손해의 배상을 청구하는 경우, 배상의무자인 대표이사가 책임을 면하기 위해서는 자신이 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하여야 한다(제162조 제1항 단서). 여기서 '상당한 주의를 하였다'란 대표이사가 자신의 지위에서 재무제표 작성·공시업무와 관련하여 선량한 관리자로서 갖는 주의의무나 감시의무를 제대로 수행하였다는 것을 가리킨다. '상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음'을 증명한다는 것은 '대표이사로서 위와 같은 주의의무나 감시의무를 제대로 수행한 후 허위기재 등이 없다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있었고 또한 실제로 그렇게 믿었음'을 증명하는 것을 뜻한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다81981 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결 등

참조).

이사는 다른 업무담당이사가 법령을 준수하여 업무를 수행하도록 감시·감독할 의무를 진다. 특히 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결 참조). 따라서 대표이사는 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행으로 작성된 재무제표의 중요사항에 허위 기재 등을 의심할 만한 사유가 있는데도 적절한 조치를 취하지 않고 방치해서는 안 된다.

위와 같은 이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황과 재무상태에 따라 크게 달라질 수 있다. 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서 대표이사나 업무담당이사가 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라고 할지라도 그러한 사정만으로 다른 대표이사나 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수 없다. 그러한 경우 합리적인 정보·보고시스템과 내부통제시스템(이하 '내부통제시스템'이라 한다)을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 노력을 다해야 한다. 이러한 내부통제시스템은 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다.

특히 회사 업무의 전반을 총괄하여 다른 이사의 업무집행을 감시·감독해야 할 지위에 있는 대표이사는 회계부정이나 오류를 사전적으로 예방하고 사후적으로 적발·시정할 수 있는 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 노력을 다해야 한다. 만일 대표이사가 이러한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무의 이행을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 회계업무에 관한 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 대표이사로서 감시의무를 게을리하였다고 볼 수 있다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결 등 참조).

내부통제시스템이 합리적으로 구축되고 정상적으로 운영되었는지는 어떠한 제도가 도입되어 있고 어떠한 직위가 존재하였다고 해서 곧바로 긍정할 수 있는 것은 아니다. 제도의 내용이나 직위에 부여된 임무가 무엇인지, 그러한 제도가 실질적으로 운영되고 있고 임무가 정상적으로 수행되었는지를 살펴 판단해야 하고, 구 자본시장법 제162조에 근거한 손해배상책임을 면하고자 하는 이사 등이 이를 증명해야 한다. 이는 회계업무와 관련하여 구 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 개정되기 전의

것, 이하 '구 외부감사법'이라 한다)에 따른 내부회계관리제도가 도입되거나 재무담당임원(CFO)이 임명되어 있는 경우에도 마찬가지이다.

## 2. 감사인의 주의의무 위반 여부

감사인은 구 외부감사법에 따라 주식회사에 대한 감사업무를 수행할 때 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시함으로써 피감사회사의 재무제표에 대한 적정한 의견을 표명하지 못함으로 인한 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 주의의무가 있다(제1조, 제5조 제1항). 구 외부감사법 제5조 제2항에 따르면 회계감사기준은 한국공인회계사회가 정하며, 그에 따라 마련된 회계감사기준은 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것으로서 감사인의 위와 같은 주의의무 위반 여부에 대한 판단의 주요한 기준이 된다.

피고 회계법인이 ○○○조선해양의 제45기, 제46기 재무제표를 감사할 당시 적용되던 회계감사기준(2005. 3. 29. 제정되고 2007. 12. 21. 개정되어 2007. 12. 28.부터 시행된 것, 이하 '회계감사기준'이라 한다)에 따르면 감사인은 감사 대상인 재무제표가 부정이나 오류에 의해 중요한 부분이 왜곡되어 있을 가능성이 있다는 '전문가적 의구심'을 가지고 감사업무를 계획·수행해야 한다(회계감사기준 200의 2.3). 그와 같이 감사업무를 수행하는 과정에서 부정이나 오류를 시사하는 사정이 발견된 경우에는 이를 간과하여서는 안 되고 그로 인해 실제로 재무제표가 중요하게 왜곡되었는지를 결정하는 데 적합한 정도의 감사절차를 진행해야 하므로, 경영자의 진술이나 피감사회사가 제출한 자료 등을 신중한 확인절차 없이 그대로 신뢰해서는 안 된다(회계감사기준 240의 3, 500의 1.2 등 참조). 마찬가지로, 회계업무나 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 속한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있다면 그에 대한 감사절차도 통상의 경우보다 엄격하게 진행해야 한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결 등 참조)

## 3. 인과관계의 존부와 손해액 추정

구 자본시장법 제170조 제1항, 구 외부감사법 제17조 제2항에 근거한 감사보고서의 거짓 기재로 인한 손해배상책임의 경우, 손해액은 구 자본시장법 제170조 제2항에 따라 산정된 금액으로 추정되고, 감사인은 구 자본시장법 제170조 제3항에 따라 손해의 전부 또는 일부와 감사보고서의 거짓 기재 사이에 인과관계가 없다는 점을 증명하여 책임의 전부 또는 일부를 면할 수 있다. 이러한 손해 인과관계 부존재 사실의 증명은 직접적으로 문제된 감사보고서의 거짓 기재가 손해 발생에 아무런 영향을 미치지 않았다는 사실이나 부분적 영향을 미쳤다는 사실을 증명하는 방법 또는 간접적으로 문제된 감사보고서의 거

것 기재 이외의 다른 요인에 의하여 손해의 전부 또는 일부가 발생하였다는 사실을 증명하는 방법으로 가능하다. 이때 투자자 보호의 측면에서 손해액을 추정하는 구 자본시장법 제170조 제2항의 입법 취지에 비추어 볼 때, 예컨대 허위공시 등 위법행위 이후 매수한 주식의 가격이 하락하여 손실이 발생하였는데 허위공시 등 위법행위 이후 주식 가격의 형성이나 그 위법행위 공표 이후 주식 가격의 하락의 원인이 문제된 해당 허위공시 등 위법행위 때문인지가 불분명하다는 정도의 증명만으로는 손해액의 추정이 깨진다고 볼 수 없다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다207283 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다218099 판결 등 참조).

허위공시 등의 위법행위가 있었던 사실이 정식으로 공표되기 이전에 투자자가 매수한 주식을 허위공시 등의 위법행위로 말미암아 부양된 상태의 주가에 모두 처분하였다고 하더라도 그 공표일 이전에 허위공시 등의 위법행위가 있었다는 정보가 미리 시장에 알려진 경우에는 주가가 이로 인한 영향을 받았을 가능성을 배제할 수 없다. 이러한 정보가 미리 시장에 알려지지 않았다는 사정을 증명하거나 다른 요인이 주가에 미친 영향의 정도를 증명하거나 또는 매수시점과 매도시점에서 허위공시 등의 위법행위가 없었더라면 존재하였을 정상적인 주가까지 증명하는 등의 사정이 없는 한, 공표 전 매각분이라는 사실의 증명만으로 인과관계 부존재가 증명되었다고 할 수는 없다. 특히 문제된 허위공시의 내용이 분식회계인 경우에는 그 성질상 주가에 미치는 영향이 분식회계 사실의 공표를 같음한다고 평가할 만한 유사정보(예컨대 외부감사인의 한정 의견처럼 회계투명성을 의심하게 하는 정보, 회사의 재무불건전성을 드러내는 정보 등)의 누출이 사전에 조금씩 일어나기 쉽다는 점에서 더더욱 공표 전 매각분이라는 사실 자체의 증명만으로 인과관계 부존재가 증명되었다고 보기는 어렵다(구 증권거래법에 관한 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다81981 판결 참조).

구 자본시장법 제170조 제2항은 '증권'을 대상으로 하고 있을 뿐 그 종류를 한정하고 있지 않고, 구 자본시장법에서 말하는 '증권'에는 주권뿐만 아니라 신주인수권증권이 포함된다(제4조 제1항, 제4항). 따라서 위 법리는 주권의 거래로 인한 손해액 산정뿐만 아니라 신주인수권증권의 거래로 인한 손해액 산정에서도 그대로 적용된다.

☞ ○○○조선해양이 발행한 주식 또는 신주인수권증권 투자자인 원고들이 분식회계로 인한 허위공시로 손해를 입었다고 주장하며 피고 대표이사과 피고 회계법인을 상대로 손해배상을 구한 사건에서, 피고 대표이사과 피고 회계법인의 구 자본시장법상 손해배상책임이 인정된다고 판단하여 상고기각한 사안임

**2020다46663 양수금 (나) 상고기각**

[채권양도통지와 그로부터 6개월 내에 이루어진 주채무자의 승인에 따라 보증채권의 소멸시효가 중단되었다고 주장하면서 채권양수인이 보증채무자를 상대로 보증채무의 이행을 구하는 사건]

◇최고 후 확정적 시효중단을 위한 보완조치에, 민법 제174조를 유추적용하여 채무의 승인이 포함된다고 볼 수 있는지 여부(적극)◇

민법 제174조는 “최고는 6월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다.”라고 정한다. 위 규정은 채권자가 최고 후 6개월 내에 확정적으로 시효를 중단시키기 위해 취할 보완조치에 채무의 승인을 포함하고 있지는 않지만, 최고 후 6개월 내에 채무자의 승인이 있는 경우에도 위 규정을 유추적용하여 시효중단의 효력이 발생한다고 해석하는 것이 타당하다.

☞ 채권의 소멸시효기간 도과일이 약 1개월 반 가량 남은 상태에서 채권양도 및 양도통지가 이루어지고, 소멸시효기간이 경과한 이후(채권양도통지일로부터는 6개월 내)에 채무자가 양수인에게 채무조정신청 및 분할상환약정에 기하여 일부 채무금을 변제함

☞ 양수인이 보증인을 상대로 잔여채무의 이행을 구하자 보증인들이 소멸시효 항변을 하였고, 이에 양수인이 ‘양도인의 채권양도통지가 최고에 해당하고 그로부터 6개월 내에 주채무자의 승인이 있었으므로 소멸시효가 중단되었다’고 재항변한 사안임

☞ 원심은 최고 후 6개월 내에 채무의 승인이 있는 경우에도 민법 제174조에 따라 최고시에 시효중단의 효력이 발생한다는 전제 아래, 이행을 청구하는 뜻이 별도로 덧붙여진 이 사건 채권양도통지와 채무자의 채무조정신청 및 분할상환약정에 기한 변제에 의하여 보증채권의 소멸시효가 중단되었다고 판단하였고, 대법원은 원심의 판단을 수긍함

**2020다231928 부당이득금 (가) 상고기각**

[당사자가 甲(매도인), 乙(단독매수인)임을 전제로 한 매매계약의 무효를 원인으로 한 부당이득반환청구 소송의 기판력이, 당사자가 甲(매도인), 乙과 丙(공동매수인)임을 전제로 한 매매계약의 무효를 원인으로 한 부당이득반환청구 소송에 미치는지 여부가 문제된 사안]

◇1. 독립당사자참가소송에서의 항소심의 심판범위, 2. 항소심이 항소하지 아니한 당사자에 대한 제1심 판결을 취소 또는 변경하지 않은 경우 그 판결의 기판력 발생 여부, 3. 부당이득반환청구소송의 기판력의 범위◇

민사소송법 제79조에 따른 독립당사자참가소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고와 독립당사자참가인이 서로간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태이다. 독립당사자참가가 적법하다고 인정되어 원고, 피고와 독립당사자참가인간의 소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 세 당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 종국판결을 선고함으로써 세 당사자들 사이에서 합일확정적인 결론을 내려야 한다. 이러한 본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우에는 제1심 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 그리고 이러한 경우 항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위에 한정하되 세 당사자 사이의 결론의 합일확정 필요성을 고려하여 그 심판 범위를 판단해야 한다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312, 71329, 71336, 71343 판결 등 참조). 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내릴 때 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도에서 항소 또는 부대항소를 제기하지 않은 당사자에게 결과적으로 제1심 판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573, 86580 판결 참조).

그러나 판결 결론의 합일확정을 위하여 항소 또는 부대항소를 제기한 적이 없는 당사자의 청구에 대한 제1심 판결을 취소하거나 변경할 필요가 없다면, 항소 또는 부대항소를 제기한 적이 없는 당사자의 청구가 항소심의 심판대상이 되어 항소심이 그 청구에 관하여 심리·판단해야 하더라도 그 청구에 대한 당부를 반드시 판결 주문에서 선고할 필요가 있는 것은 아니다. 그리고 이와 같이 항소 또는 부대항소를 제기하지 않은 당사자의 청구에 관하여 항소심에서 판결 주문이 선고되지 않고 독립당사자참가소송이 그대로 확정된다면, 취소되거나 변경되지 않은 제1심 판결의 주문에 대하여 기판력이 발생한다.

부당이득반환청구에서 법률상의 원인 없는 사유를 계약의 불성립, 취소, 무효, 해제 등으로 주장하는 것은 공격방법에 지나지 않으므로, 그중 어느 사유를 주장하여 패소한 경우에 다른 사유를 주장하여 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용할 수 없다. 또한 판결의 기판력은 그 소송의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치는 것이므로, 그 당시 당사자가 알 수 있었거나 또는 알고서 이를 주장하지 않았던 사항에 한해서만 기판력이 미친다고 볼 수 없다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2006다81141 판결 등 참조).

☞ A와 원고가 서로 피고(매도인)와 부동산 매매계약을 단독으로 체결하고 피고에게 계약금을 지급하였다고 주장하면서 피고를 상대로 매매계약의 무효를 원인으로 한 계약금 반환청구소송(부당이득반환청구소송, 선행소송)을 제기함(A는 원고로, 원고는 독립당사자

참가인으로 편면적 참가를 함). 선행소송의 제1심은 A와 원고가 공동매수인으로 피고와 매매계약을 체결하였고, 매매계약도 무효로 볼 수 없다고 판단하여, A와 원고의 청구를 모두 기각함. 이에 A만이 제1심 판결에 대하여 항소함. 항소심에서 A는 자신이 원고와 공동매수인임을 전제로 피고를 상대로 계약금의 절반을 구하는 것으로 청구취지를 감축함. 선행소송의 항소심은 원고(독립당사자참가인)의 청구는 항소심의 심판범위가 아니라고 판단하여 아무런 판단을 하지 아니하였고, A의 청구(항소)에 대하여만 판단하여, 'A와 원고가 공동매수인으로 피고와 매매계약을 체결하였는데, 그 매매계약이 무효로 되었다.'고 인정한 다음, A의 청구를 기각한 제1심 판결을 취소하고, 감축된 A의 청구를 전부 인용함. 항소심 판결에 대하여 피고가 상고하였으나, 상고가 기각되어 위 판결(선행판결)이 그대로 확정됨. 이후 원고가 'A와 공동매수인으로 피고와 매매계약을 체결하였는데, 그 매매계약이 무효로 되었다.'고 주장하면서 피고를 상대로 지급한 계약금 절반의 반환을 구하는 소송을 제기함

☞ 대법원은 '선행사건의 항소심에서 일부 취하 후 유지된 A의 피고에 대한 5,000만 원의 부당이득반환청구는 선행사건의 원고의 피고에 대한 부당이득반환청구 중 5,000만 원 청구 부분과 합일확정이 필요한 관계에 있으므로, 원고가 제1심 판결에 대하여 항소하지 않았더라도 원고의 5,000만 원 청구 부분은 항소심의 심판대상이 되는데, 항소심이 A의 청구를 인용하더라도 원고의 청구는 제1심 판결에서 기각되었으므로, 판결 결론이 서로 모순되지 않고, 이러한 경우 항소심은 제1심 판결을 취소하거나 변경하여 원고의 5,000만 원 청구 부분에 대한 주문을 선고할 필요가 없으며, 원고의 부당이득반환청구를 기각한 제1심 판결은 선행사건의 확정에 따라 기판력이 발생하게 되고, 선행사건에서 원고의 부당이득반환청구와 이 사건 소에서 원고의 부당이득반환청구는 동일한 소송물을 대상으로 한 것이며, 원고가 주장하는 이 사건 매매계약이 무효라거나 원고가 이 사건 매매계약의 공동매수인이라는 사정은 선행사건의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 공격방어방법에 지나지 않는 것이므로, 원고의 이 사건 소는 선행사건 확정판결의 기판력에 저촉된다.'고 판단하여, 원고의 청구를 기각한 원심 판결을 수긍함

**2020다277870 주식매매대금 (가) 상고기각**

**[회생절차 종결 이후 비로소 행사할 수 있는 요건을 갖추게 된 주식매수청구권이 회생채권에 해당하여 실권의 대상이 되는지 여부가 문제된 사안]**

◇회생절차 종결 이후 행사할 수 있는 요건을 갖추게 된 주식매수청구권이 회생채권에 해당하여 실권의 대상이 되는지(소극)◇

☞ 원고들(투자자, 주식양수인)은 피고(주식양도인)로부터 A사(社) 주식을 양수하면서, A사가 3년 내에 기업공개를 하지 않는 경우 피고에게 주식매수청구권을 행사할 수 있다는 내용의 투자계약을 체결하였음, 이후 피고에 대해 회생절차가 진행되었는데, 원고들은 위 권리를 신고하지 않았음, 피고에 대하여 ‘회생절차 개시 → 회생계획 인가 → 회생절차 종결’이 마쳐질 때까지 위 투자계약에 정한 기한인 3년이 경과하지 않았음, 그 후 위 투자계약 체결일로부터 3년이 경과하도록(회생절차 종결 이후임) A사가 기업공개를 하지 않자, 원고들은 피고에게 주식매수청구권을 행사하고, 그에 따른 주식매매대금의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였음, 이에 피고는 원고들의 위 권리가 미신고 실권되었으므로 이 사건 소는 부적법하다고 항변함

☞ 원심은 다음과 같은 이유로 피고의 본안전 항변을 배척하였음, ‘① 이 사건 투자계약에서 정한 이 사건 주식매수청구권은 원고들이 일방적인 의사표시를 하여 주식매매계약을 성립시킬 수 있는 권리로서 계약의 당사자가 아닌 A사가 장래 일정 기한까지 기업공개를 하지 않을 것을 행사요건으로 하고 있다. 이 사건 회생절차가 개시될 당시 이러한 행사요건이 갖추어지지 않아 원고들이 이 사건 주식매수청구권을 행사할 수 없었던 이상 이 사건 주식매수청구권만을 분리하여 회생채권으로 보아 이 사건 회생절차에서 적법하게 신고하지 않았다는 이유로 실권되었다고 볼 수 없다. ② 다만 이 사건 주식매수청구권이 행사될 경우에 성립될 주식매매계약은 조건부 쌍무계약으로서 이 사건 회생절차가 개시될 당시 쌍방이 이행을 완료하지 않은 경우에 해당하므로, 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제118조, 제121조 등이 유추적용될 수 있다. 그러나 이 경우에도 관리인이 주식매매계약의 해제를 선택한 경우에는 그로 인한 손해배상청구권이 회생채권으로서 그 무렵 신고 대상이 되고, 관리인이 주식매매계약의 이행을 선택한 경우에는 주식매매계약상 권리가 공익채권이 될 뿐이다. 결국 이 사건 주식매수청구권이나 그 행사로 인해 성립될 주식매매계약상 권리 중 어느 것도 회생채권으로 취급될 수 없다.’

☞ 대법원은, 원심판결 중, 회생절차가 개시될 당시는 물론 이후 회생절차가 종결될 때까지도 행사요건이 갖추어지지 않아 주식매수청구권이 행사될 수 없었던 이 사건에 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 법리를 적용한 부분 등은 부적절하다고 지적하면서도(위 ② 부분), 이 사건 주식매수청구권과 그 행사로 성립할 주식매매계약상 매매대금채권이 실권되지 않는다는 원심의 결론은 수긍하여 상고를 기각하였음

**2021다215909 보험금 (가) 상고기각**



**[보증신용장에 따른 보증채무의 이행이 확실시된다는 이유로 보험금의 지급을 청구한 사건]**

◇1. UCP 600이 적용되는 보증신용장에 따른 보증관계에서 연장지급선택부 청구가 적법한 지급청구로 인정될 수 있는지 여부(적극), 2. 그 청구가 권리남용에 해당하는지 여부(부정)◇

보증신용장(Stand-by Letter of Credit)에 의한 보증은 수익자가 보증신용장 조건과 일치하는 지급청구를 하는 경우 보증신용장이 발행된 기초계약상 의무불이행 여부와 상관없이 수익자에 대한 보증신용장에 기재된 금액의 지급의무가 인정되는 보증이다(UCP 600 제4조 참조). 보증신용장에 따른 지급의무는 오로지 보증신용장 조건에 따라서 결정되고, 이 점에서 보증신용장에 따른 보증에는 수익자와 보증의뢰인 사이의 원인관계와 단절되는 추상성과 무인성이 있다. 다만 특별한 사정이 없는 한 보증신용장에 지급청구의 조건이 기재되어 있더라도 그에 관한 서류를 제출하도록 정해져 있지 않다면 그러한 조건은 지급청구의 적법 요건으로 볼 수 없다(UCP 600 제14조 h항 참조).

☞ 원고가 제6차 개정 신용장통일규칙(UCP 600)을 적용규칙으로 하는 보증신용장을 발행하고, 그 보증신용장에 따른 원고의 손실을 보상하기 위해 피고가 원고에게 수출보증보험증권을 발행한 사안에서, 확인은행이 수익자로부터 연장지급선택부 청구를 받았다고 하며 원고에게 연장지급선택부 청구를 한 경우 이를 적법한 지급청구로 보아 보증채무의 이행이 확실시되는 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제된 사건임

☞ 대법원은, 보증신용장 조건에서 수익자의 지급청구서를 제출하거나 제시하도록 규정하고 있지 않고, 연장지급선택부 청구도 허용하는 것으로 볼 수 있으므로, 확인은행의 연장지급선택부 청구는 만기가 연장되지 않고 그 보증기간이 경과함으로써 단순 청구에 따른 지급청구로서 적법하게 효력이 발생하였다고 보았음. 또한 보증신용장 발행의 원인관계인 공사계약이 전적으로 리비아 내전으로 인해 불가항력적으로 오래도록 중단되었다고 단정하기 어렵다고 보아 그 지급청구를 권리남용에도 해당하지 않는 것으로 보았음. 따라서 같은 취지의 원심 판결을 상고기각함

**2021다235132 부당이득금 (가) 상고기각**

**[병원 운영을 목적으로 설립된 피고 재단과 그 실질이 명의대여인 경영위탁계약을 체결한 의사인 원고가, 위 계약이 의료법 제33조 제10항을 위반하여 무효라고 주장한 사안]**

◇법률을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 해당 법률이 명확히 정하지 않은 경우, 그 법률위반의 법률행위의 효력을 판단하는 방법◇

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 이러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 이러한 규정을 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(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결, 대법원 2021. 9. 30. 선고 2016다252560 판결 등 참조).

☞ 의사인 원고와 피고 재단은 그 실질이 명의대여인 이 사건 경영위탁계약을 체결하였는데, 피고 재단이 계약을 해지하자 원고가 위 경영위탁계약이 강행법규인 의료법 제33조 제10항을 위반한 것으로 무효라고 주장한 사안임

☞ 대법원은 다음과 같은 이유로 이를 무효로 볼 수 없다는 원심의 판단을 수긍하였음  
 ‘① 의료법 제33조 제10항은 “의료기관을 개설·운영하는 의료법인등은 다른 자에게 그 법인의 명의를 빌려주어서는 아니 된다.”라고 정하고 있다. 위 조항에서 정하는 ‘다른 자’에는 비의료인뿐만 아니라 의료인도 포함된다. 이 사건 경영위탁계약은 그 실질이 의료법인등이 다른 의료인에게 명의를 대여하는 것으로서 의료법 제33조 제10항에 위반된다. ② 의료법 제33조 제10항을 위반하여 의료법인등이 다른 의료인에게 명의를 대여하더라도, 특별한 사정이 없는 한 의료인이 병원을 운영하고 질병 치료를 위한 진료행위를 한다는 사실에서 정상적인 의료기관과 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다. 반대로 비의료인의 의료기관 개설행위 금지규정 등과 비교하면 국민보건상 위험성에 영향을 미치는 정도가 달라 불법성 측면에서 본질적인 차이가 존재한다. ③ 따라서 피고 재단이 의료법 제33조 제10항을 위반하여 의사인 원고에게 명의를 대여한 행위가 그 사법상 효력까지 부정해야 할 정도로 현저히 반사회성을 지닌 것이라고 단정할 수 없다.’

**2021다293831 구상금 (라) 파기자판(각하)**

**[신용회복위원회와 사이에 신용회복지원협약을 체결한 채권금융회사가 신용회복위원회에 채무조정을 신청한 채무자의 연대보증인에 대해 구상금을 청구한 사건]**

◇채권금융회사가 신용회복위원회와 신용회복지원협약을 체결한 경우, 신용회복위원회로부터 채무조정 신청의 통지를 받은 이후부터 채무조정의 효력이 상실되기 전까지는 채무자와 그 보증인에 대해 채권추심을 위한 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소 합의를 하였다고 볼 수 있는지 여부(적극)◇

원고가 「서민의 금융생활 지원에 관한 법률」에 따라 설립된 신용회복위원회와 사이에 체결한 신용회복지원협약(이하 '협약'이라고 한다)에는 다음과 같이 정하고 있다.

(가) 신용회복위원회는 채무자의 채무조정 신청을 접수한 경우 특별한 사유가 없으면 이를 신용회복위원회와 협약을 체결한 자(이하 '채권금융회사'라고 한다)에 즉시 통지하여야 한다(제8조). 채권금융회사는 위 통지를 받으면 채무자 및 보증인에 대하여 보전처분이나 강제집행의 신청, 기타 소의 제기 등 일체의 채권행사 및 담보권행사를 하여서는 아니 되고(제20조 제1항 제1호), 합의된 채무조정에 의한 변제계획에 따라 변제받아야 하고 그 외에 추심 또는 담보권을 행사하여 채권을 회수하여서는 아니 된다(제21조 제1항).

(나) 채무조정의 효력이 상실되는 경우 채무자의 책임은 채무조정 신청 전의 채무 내용대로 환원된다(제25조 제2항).

(다) 채무조정 신청과 합의는 채무자뿐만 아니라 그 보증인에 대해서도 효력이 미친다(제27조 제1항).

협약 내용에 의하면, 원고가 신용회복위원회와 협약을 체결함으로써 신용회복위원회로부터 ○○○의 채무조정 신청을 통지받은 이후부터 채무조정의 효력이 상실되기 전까지는 ○○○ 및 그 보증인에 대하여 채권추심을 위한 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소 합의를 하였다고 봄이 타당하고, ○○○의 연대보증인인 피고로서는 협약에 따라 원고의 구상금 청구에 대해 부제소 합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있다고 할 것이다.

☞ 원고는 신용회복위원회와 사이에 신용회복지원협약(이하 '협약')을 체결한 채권금융회사로, 주채무자 ○○○와 체결한 신용보증약정에 기하여 주채무자의 금융기관에 대한 대출금 채무를 대위변제한 후 연대보증인인 피고를 상대로 구상금을 청구하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 대법원은, 주채무자가 신용회복위원회에 채무조정 신청을 하여 신용회복위원회가 그 무렵 원고에게 위 채무조정 신청 접수사실을 통지하였고 원고와 주채무자 사이에 원리금 감경 등을 내용으로 하는 채무조정합의가 성립된 사실과 협약 내용에 의하면 피고로서는 협약에 따라 원고의 구상금 청구에 대해 부제소 합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있으므로, 이와 달리 본안판단에 나아간 원심판결에 잘못이 있다고 판단하였음(원심판결 중

피고 패소 부분을 파기하고 소 각하 취지로 재판함)

### 2022다203033 추심금 (아) 파기환송

[착오송금된 금원 상당의 예금채권에 대한 수취은행의 상계권 행사가 권리남용에 해당하는지 여부가 문제된 사안]

◇착오송금인이 수취은행에 송금액의 반환을 구하고 수취인도 그 반환을 승낙하고 있는 상황에서 수취은행의 상계권 행사가 권리남용에 해당하는지 여부를 판단하는 기준시점 (상계적상 도래시)◇

송금의뢰인이 착오송금임을 이유로 거래은행을 통하여 혹은 수취은행에 직접 송금액의 반환을 요청하고 수취인도 송금의뢰인의 착오송금에 의하여 수취인의 계좌에 금원이 입금된 사실을 인정하고 수취은행에 그 반환을 승낙하고 있는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은, 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공공성을 지닌 자금이체시스템의 운영자가 그 이용자인 송금의뢰인의 실수를 이용하여 그의 희생 아래 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 행위로서 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없으므로, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것이다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결 참조).

한편 채권가압류에 있어서 채권자가 가압류신청을 취하하면 가압류결정은 그로써 효력이 소멸되지만, 채권가압류결정정본이 제3채무자에게 이미 송달되어 가압류결정이 집행되었다면 그 취하통지서가 제3채무자에게 송달되었을 때 비로소 가압류집행의 효력이 장래를 향하여 소멸된다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다19373 판결, 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007다73826 판결 등 참조).

☞ 원고는 A회사에 송금하는 과정에서 과거 거래관계에 있었던 B회사의 피고(은행) 계좌(이하 '이 사건 계좌')로 착오송금을 하였음. 원고는 착오로 송금한 이 사건 계좌의 예금채권에 채권가압류 신청을 하여 가압류결정을 받은 후 B회사에 대한 부당이득반환채권에 기하여 채권압류 및 추심명령을 받았으나, 이미 이 사건 계좌의 예금채권에는 제3자의 채권가압류와 국민건강보험공단의 압류가 있었음. 피고는 B회사에 대한 대출금채권을 자동채권으로 하여 이 사건 계좌의 예금채권과 상계한다는 의사표시를 하였는데, 이후 제3자의 채권가압류와 국민건강보험공단의 압류가 해제되었음

☞ 원심은, 착오송금한 계좌가 이미 제3자에 의하여 가압류되어 있었으나 그 가압류가 해제된 이상 피고의 상계권 행사는 신의칙에 반하거나 상계권을 남용하는 것이라고 판단하여, 원고 청구를 거의 대부분 인용하였음

☞ 그러나 대법원은, 위 채권가압류와 압류가 해제되지 않은 상태에서 피고가 상계적상에 있는 자신의 대출금채권을 자동채권으로 하여 이 사건 계좌의 예금채권과 상계함으로써 이 사건 계좌의 예금채권은 그 상계적상 시에 소급하여 소멸하였고, 그 후 가압류가 해제되었다고 하여 피고의 상계권 행사가 신의칙에 반한다거나 권리남용이라고 볼 수 없다고 판단하여, 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기환송함

## 2022다211102 주위토지통행권확인 등 (아) 파기환송

**[사설공원묘지설치허가를 받은 원고가 인근 토지에 박격포 사격장을 사용·관리하면서 이 사건 통행로를 군용차량 등의 통행로로 사용하고 그 입구에 철문을 설치하여 일반인의 출입을 통제하고 있는 피고를 상대로, 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권 확인 및 철문 제거 등을 청구한 사안]**

### ◇주위토지통행권의 존부 판단 시 고려하여야 할 사항◇

어느 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 도로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과도한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다(민법 제219조 제1항). 이러한 주위토지통행권은 공로와의 사이에 그 용도에 필요한 통로가 없는 토지의 이용이라는 공익목적에 위하여 피통행지 소유자의 손해를 무릅쓰고 특별히 인정되는 것이므로, 그 통행로의 폭이나 위치 등을 정함에 있어서는 피통행지의 소유자에게 가장 손해가 적게 되는 방법이 고려되어야 하고, 어느 정도를 필요한 범위로 볼 것인가는 구체적인 사안에서 사회통념에 따라 쌍방 토지의 지형적·위치적 형상 및 이용관계, 부근의 지리상황, 상린지 이용자의 이해득실 기타 제반 사정을 기초로 판단하여야 한다[대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75300, 75317(병합), 75324(병합) 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다88990 판결 등 참조].

☞ 원고(재단법인)는 원고 소유 토지(‘이 사건 사업부지’)에 관하여 사설(공원)묘지설치허가를 받았음. 피고(대한민국)는 이 사건 사업부지 인근에 있는 ‘이 사건 각 토지’의 소유자인데, 이 사건 각 토지 중 일부(‘이 사건 통행로’)를 군용차량 등의 통행로로 사용하면 근처의 박격포 사격장을 사용·관리하고 있고, 이 사건 통행로 입구에 철문을 설치하여

일반인의 출입을 통제하고 있음. 원고는 이 사건 사업부지에서 이 사건 통행로를 통하지 않고서는 공로에 출입할 수 없거나 대체 통행로를 이용할 경우 과도한 비용이 든다는 이유로, 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권 확인 및 철문 제거 등을 청구함

☞ 원심은, 원고가 이 사건 통행로를 이용하여 공로로 나아가는 것이 원고와 피고 등 인근 토지 소유자들의 손해를 최소화할 수 있으므로 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권이 인정된다고 보면서도, 피고가 원고에게 철문을 철거하거나 이 사건 통행로 지상에 철문을 설치하지 않을 의무를 부담하지는 않는다고 판단하여, 원고의 청구를 일부 인용함

☞ 그러나 대법원은 주위토지통행권 확인청구 부분에 관해 이 사건 통행로를 포함한 주변 피고 소유 토지가 「군사기지 및 군사시설 보호법」상 제한보호구역에 해당하고, 이 사건 통행로가 아닌 다른 통행로를 이용하는 것이 원고의 사업목적과 규모 및 이익 등에 비추어 과도한 비용이 드는지 여부에 관한 심리가 부족하다는 취지로 판단하여, 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기환송하고 원고의 상고는 기각하였음

## 2022다225910 손해배상(자) (차) 파기환송

### [도로에 설치된 보조표지의 설치·관리상의 하자가 문제된 사안]

◇국가배상법 제5조 제1항에 규정된 ‘영조물 설치·관리상의 하자’의 의미 및 하자 판단 기준◇

국가배상법 제5조 제1항에 규정된 ‘영조물 설치·관리상의 하자’는 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말한다. 그리고 위와 같은 안전성의 구비 여부는 영조물의 설치자 또는 관리자가 그 영조물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지를 기준으로 판단하여야 하고, 아울러 그 설치자 또는 관리자의 재정적·인적·물적 제약 등도 고려하여야 한다. 따라서 영조물이 그 설치 및 관리에 있어 완전무결한 상태를 유지할 정도의 고도의 안전성을 갖추지 아니하였다고 하여 하자가 있다고 단정할 수는 없고, 영조물 이용자의 상식적이고 질서 있는 이용 방법을 기대한 상대적인 안전성을 갖추는 것으로 족하다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002다9158 판결, 대법원 2013. 10. 24. 선고 2013다208074 판결 등 참조).

☞ 원고1은 오토바이를 운전하여 3거리 교차로(신호등의 보조표지에는 좌회전시와 보행 신호시 유턴이 가능하다는 내용이 기재되어 있음)에서 대기 중, 신호등이 적색신호(보행 신호도 적색신호 상태)로 바뀐 상태(신호위반)에서 유턴을 하다가, 반대편에서 직좌 신호

에 따라 정상적으로 직진 중이던 차량과 충돌하여 식물인간이 되었음. 위와 같이 원고1이 유턴하던 곳의 신호등에는 좌회전시, 보행신호시 유턴이 가능하다는 보조표지가 있었는데, 당시 원고의 진행방향에서 좌회전하는 길은 없는 상태였음

☞ 원고들은 피고(지자체)를 상대로 좌회전하는 길이 없음에도 좌회전시 유턴이 가능하다 내용의 보조표지가 영조물의 하자에 해당한다고 주장하며 손해배상을 구하고, 이에 대해 피고는 보조표지에 하자가 없고, 가사 이를 보조표지의 하자로 보더라도 원고1의 신호위반으로 발생한 이 사건 사고와 보조표지의 하자 사이에 인과관계도 없다는 등의 주장을 하며 다툼

☞ 원심은 실제 도로상황에 맞지 않는 잘못된 이 사건 보조표지는 영조물의 설치·관리상의 하자에 해당하고, 그 하자과 이 사건 사고와 인과관계도 인정하고 원고들의 청구를 일부 인용하였음. 그러나 대법원의 위와 같은 법리를 기초로 이 사건 보조표지의 내용에 일부 흠이 있지만 일반적으로 평균적인 운전자의 입장에서 착오나 혼동이 발생할 수 없다는 이유로 원심을 파기환송함

## **2022다231250 소유권이전등기 (라) 파기환송**

**[토지대장에 일본법인의 소유로 등재된 토지가 귀속재산처리법 제2조 제3항에 따라 귀속재산에서 제외되는지 여부가 문제된 사건]**

◇귀속재산처리법 제2조 제3항에서 규정하는 ‘국내에서 설립된 영리법인’에 해당하는지 여부의 판단 기준◇

해방 전부터 일본 정부, 기관, 국민, 법인, 단체 등이 소유한 대한민국 내의 일체의 재산은 군정법령 제33호 제2조와 대한민국정부와미합중국정부간의재정및재산에관한최초협정 제5조에 의하여 대한민국정부에 이양된 귀속재산처리법 제2조에서 말하는 귀속재산이고, 구 귀속재산처리에관한특별조치법(1963. 5. 29. 법률 제1346호, 실효) 제2조 제1호, 부칙 제5조에 의하면 1964. 12. 31.까지 매매계약이 체결되지 아니한 귀속재산은 무상으로 국유로 한다고 규정되어 있으므로 그 날까지 매각되지 아니한 귀속재산은 1965. 1. 1.부터 국유재산이 된다(대법원 2002. 9. 10. 선고 2001다66475 판결 등 참조).

한편 귀속재산처리법 제2조 제3항은, 1945. 8. 9. 이전에 국내에서 설립되어 그 주식 또는 지분이 일본 기관, 그 국민 또는 그 단체에 소속되었던 영리법인 또는 조합에 대하여는 그 주식 또는 지분이 귀속된 것으로 간주한다고 규정하고 있으므로, 이와 같은 경우에는 그 주식 또는 지분만이 귀속되고 그 법인이 소유하던 재산은 귀속재산에서 제외된다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다23195 판결 등 참조). 여기에서 ‘국내에서 설립된 영리법

인'이란 국내에 주된 사무소 또는 본점을 두고 설립된 법인을 의미한다고 해석하여야 한다.

☞ 토지대장에 일본법인인 A주식회사의 소유로 등재된 이 사건 토지가 귀속재산처리법 제2조 제3항에 따라 귀속재산에서 제외된다고 보기 위해서는 A주식회사가 1945. 8. 9. 이전에 국내에 주된 사무소 또는 본점을 두고 설립되어 그 주식 또는 지분이 일본 기관, 그 국민 또는 그 단체에 속하였음이 인정되어야 함에도, 이에 관하여 살펴보지 않은 채 이 사건 토지가 귀속재산에서 제외되어 그 소유권이 피고(대한민국)가 아닌 A주식회사에 있다고 판단한 원심판결을 파기한 사례임

## 2021므11112 이혼 등 (바) 파기환송

### [오랜 기간 별거한 부부 일방이 제기한 이혼청구를 인용한 사건]

#### ◇1. 혼인파탄의 책임 판단, 2. 혼인계속의사의 구체적 판단기준 및 판단방법◇

민법 제826조 제1항에 따라, 부부는 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서 서로 협조하고 보호하여 부부공동생활로서의 혼인이 유지되도록 상호간에 포괄적으로 협력할 의무를 부담한다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결 등 참조).

상대방 배우자의 혼인계속의사를 인정하려면 소송 과정에서 그 배우자가 표명하는 주관적 의사만을 가지고 판단할 것이 아니라, 혼인생활의 전 과정 및 이혼소송이 진행되는 중 드러난 상대방 배우자의 언행 및 태도를 종합하여 그 배우자가 악화된 혼인관계를 회복하여 원만한 공동생활을 영위하려는 노력을 기울임으로써 혼인유지에 협조할 의무를 이행할 의사가 있는지 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2022. 6. 16. 선고 2019므14477 판결, 대법원 2022. 6. 16. 선고 2021므14258 판결 참조).

긴 별거기간 동안 쌍방 간에 혼인관계 회복을 위한 진지한 노력 없이 계속된 불화와 별거·파탄의 경과를 모두 고려하여 혼인관계 파탄의 책임을 판단하여야 한다. 나아가 혼인생활의 전 과정 및 이혼소송이 진행되는 중에 드러난 피고의 언행 및 태도, 피고와 자녀들이 처해 있는 구체적 상황, 혼인관계의 회복가능성 등에 비추어, 피고에게 혼인계속 의사가 있는지를 객관적으로 보아야 한다.

☞ 원고(夫)와 피고(妻)는 모두 초등학교 교사이고, 자녀들은 성년에 이르렀음. 혼인 초부터 갈등을 겪다가 2007년경 원고가 일방적으로 집을 나가 원심 변론종결 당시까지 약 24년의 혼인기간 중 13년 이상 별거하던 중(자녀들 성장기에도 갈등과 별거를 계속) 원고가 2018년경 이혼청구의 소를 제기하자, 피고는 이혼할 생각이 없다는 의사를 표명한 사안임



☞ 원심은 원고가 집을 나가 오랜 기간 자녀들 양육비를 지급하지 않은 유책성을 고려하고, 피고의 혼인 계속의사를 인정하여 원고의 이혼청구를 기각하였음

☞ 대법원은 혼인관계 악화가 당초 원고의 잘못에서 비롯된 것일 수도 있지만, 그 동안 원·피고 양측 모두 오랜 세월 진지한 노력 없이 방관 내지 적대적인 상태로 지내온 것으로 보일 뿐이고, 피고도 원고가 가정에 복귀할 수 있도록 갈등 원인을 없애거나 줄이면서 관계를 복원하기 위해 실질적인 대화나 조치 등을 시도하였다고 볼 만한 자료를 찾을 수 없고, 피고가 소송상으로는 혼인계속의사를 밝히고 있으나 혼인관계를 복원·유지하기 위하여 했던 적극적이고 구체적인 노력이나 향후 계획을 밝히지 않고 있으며, 소송 외에서 피고의 언행 및 태도 등까지 고려하여 보면, 피고의 혼인계속의사를 인정하기도 곤란하다고 하면서, 피고의 혼인계속의사 표현은 혼인의 실체가 상실된 현재 상태를 수긍하면서도 단순히 외형상으로만 법률혼관계를 남겨두려는 것에 지나지 않는다고 볼 여지가 있을 뿐이고, 그것이 원·피고의 재산 상황, 각자의 사회적 지위·직업, 자녀들의 나이 등에 비추어 볼 때 자신과 자녀들의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장에 대한 우려에서 기인한 것으로 보기도 어렵다고 판단하여 원심판결을 파기환송한 사례

## 형 사

### 2019도7563 변호사법위반 (라) 상고기각

#### [변호사법상 ‘변호사를 표시 또는 기재’하는 행위가 있었는지 여부가 문제된 사건]

◇변호사법 제112조 제3호 전단에서 정한 ‘변호사를 표시 또는 기재’하는 행위의 의미와 이러한 행위가 있었는지를 판단하는 기준◇

변호사법은 제112조 본문과 같은 조 제3호 전단에서 ‘변호사가 아니면서 변호사나 법률사무소를 표시 또는 기재한 자’를 처벌하도록 정하고 있다.

여기서 ‘변호사를 표시 또는 기재’한다고 함은 ‘변호사’라는 명칭을 사용하여 ‘변호사법에 따른 변호사’임을 표시 또는 기재하는 것을 말한다. 이러한 행위를 처벌하는 취지는 법률 소비자를 보호하고 법률 시장의 혼란을 방지하고자 함에 있으므로, ‘변호사를 표시 또는 기재’하는 행위가 있었는지는 ‘변호사’라는 명칭이 사용된 경위와 방법, 표시 또는 기재된 내용의 전체적인 맥락, 변호사 자격에 관한 오인 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

☞ 법무사로서 변호사가 아닌 피고인이 아파트 입주자대표회의 동별 대표자 또는 회장 후보자로 출마하면서 ‘미국 등 해외 로펌 국제변호사’, ‘미국로펌 국제변호사’라고 기재된

홍보물 등을 만들어 아파트 주민들로 하여금 볼 수 있게 하여 ‘변호사를 표시 또는 기재’ 하였다고 기소된 사안임

☞ 대법원은 위 법리 등을 토대로, 피고인이 표시한 내용의 전체적인 맥락, 변호사 자격에 관한 오인 가능성 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결을 수긍하였음

## 2020도8336 명예훼손등 (가) 파기환송

### [명예훼손죄 및 모욕죄의 전파가능성 인정 여부에 관한 사건]

◇명예훼손죄 및 모욕죄의 구성요건으로서 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우의 판단방법◇

공연성은 명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건으로서, 명예훼손이나 모욕에 해당하는 표현을 특정 소수에게 한 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관해서는 검사의 엄격한 증명이 필요하다.

명예훼손죄와 모욕죄에서 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로, 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 위협을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 친밀하고 사적인 관계뿐만 아니라 공적인 관계에서도 조직 등의 업무와 관련하여 사실의 확인 또는 규명 과정에서 발언하게 된 것이거나, 상대방의 가해에 대하여 대응하는 과정에서 발언하게 된 경우와 수사·소송 등 공적인 절차에서 당사자 사이에 공방을 하던 중 발언하게 된 경우 등이라면 발언자의 전파가능성에 대한 인식과 위협을 용인하는 내심의 의사를 인정하는 것은 신중하여야 한다. 공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정인 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지를 검토하여 종합적으로 판단해야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도 5813 전원합의체 판결 참조).

☞ 이 사건 각 발언은 이 사건 빌라에 대하여 신속한 누수 공사 진행을 요청하는 아랫집 거주자에게 이 사건 빌라의 임차인인 피해자들의 협조 문제로 공사가 지연되는 상황을 설명하는 과정에서 나온 것이고, 이 사건 각 발언이 피해자 본인에게 전달될 가능성이 높다거나 실제 전달되었다는 사정만으로는 불특정인 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었다고 볼 수 없다는 등의 이유로 검사가 제출한 증거만으로는 이 사건 각 발언의 전파가능성과 이에 대한 피고인들의 고의를 인정하기에 부족하다고 보아, 이 사건 공소사

실을 유죄로 판단한 원심을 파기하였음

## 2020도8421 명예훼손 (가) 파기환송

### [명예훼손죄에서 형법 제310조 적용 여부에 관한 사건]

#### ◇명예훼손죄의 위법성조각사유로서 형법 제310조가 적용되는 경우의 판단방법◇

형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 정한다. ‘진실한 사실’이란 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로 세부에서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하다. ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’란 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는 것인데, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지는 사실의 내용과 성질, 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 여러 사정을 감안함과 동시에 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정해야 한다. 행위자의 주요한 동기나 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2000. 2. 11. 선고 99도3048 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도3570 판결 등 참조).

사실적시의 내용이 사회 일반의 일부 이익에만 관련된 사항이라도 다른 일반인과 공동 생활에 관계된 사항이라면 공익성을 지니고, 여기에서 나아가 개인에 관한 사항이더라도 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 판단해야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결 참조).

☞ 이 사건 전단지는 피고인이 의료사고로 사망한 환자의 유족으로서 담당 의료인인 피해자와 면담 과정에서 실제 경험한 일과 이에 대한 자신의 주관적 평가를 담고 있고, 주요부분에서 객관적 사실과 합치되는 것으로 볼 여지가 있으며, 환자가 사망한 의료사고의 발생과 이에 대한 담당 의료인의 부적절한 대응으로 인한 의료소비자의 피해사태에 관한 것으로 볼 수 있어 피해자에게 의료행위를 받고자 하는 환자 등 의료소비자의 합리

적인 선택권 행사에 도움이 될 수도 있는 정보로서 공적인 관심과 이익에 관한 사안이라는 등의 이유로, 피고인이 이 사건 전단지를 배포한 행위는 형법 제310조의 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있다고 보아, 쟁점 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 파기하였음

## 2020도12279 사기 (가) 상고기각

[차용금 사기 범행의 피해자가 피고인을 상대로 한 대여금 반환을 원인으로 한 민사소송 계속 중 형사사건의 항소심에 피해금액에 관한 배상명령 신청을 한 사안]

◇ 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제26조 제7항이 정한 ‘다른 절차에 따른 손해배상청구’의 의미◇

「소송촉진 등에 관한 특례법」(이하 ‘소송촉진법’이라 한다) 제25조 제1항의 규정에 따른 배상명령은 피고인의 범죄행위로 피해자가 입은 직접적인 재산상 손해에 대하여 피해금액이 특정되고 피고인의 배상책임 범위가 명백한 경우에 한하여 피고인에게 배상을 명함으로써 간편하고 신속하게 피해자의 피해회복을 도모하고자 하는 제도이다(대법원 1985. 11. 12. 선고 85도1765 판결, 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도945 판결 등 참조). 소송촉진법 제26조 제7항에 따르면 피해자는 피고사건의 범죄행위로 발생한 피해에 관하여 다른 절차에 따른 손해배상청구가 법원에 계속 중일 때에는 배상신청을 할 수 없다. 여기에서 ‘다른 절차에 따른 손해배상청구’는 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 피해에 관하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 하는 경우를 가리킨다. 그러한 경우에는 같은 법 제32조 제1항이 정하는 바에 따라 법원은 결정으로 배상명령신청을 각하해야 한다.

☞ 차용금 사기 범행(편취액수 3,000만 원)의 피해자가 피고인A를 상대로 그에게 대여한 3,000만 원을 포함한 198,700,000원의 지급을 구하는 약정금 청구의 소를 제기하여 민사사건의 제1심에서 패소한 후 항소하여 항소심 계속 중, 형사사건의 항소심에서 피고인들을 상대로 위 편취 피해금에 대하여 배상명령 신청을 한 사안

☞ 원심은 피해자의 피고인들에 대한 배상명령 신청을 전부 인용하였음

☞ 대법원은 위 법리에 따라 차용금 사기 범행으로 인해 발생한 피해에 관하여 민사소송 절차에 따른 손해배상청구가 다른 법원에 계속 중에 있었다고 볼 수 없다는 이유로 피고인들에 대하여 배상명령을 명한 원심판결에 배상명령에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 보아 피고인들의 상고를 기각하였음

## 2020도12419 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등) (바) 파기이

송

[피고인이 피해아동(여, 15세)과 영상통화를 하면서 가슴을 노출하도록 하고, 자신의 자위행위 장면을 보여준 행위가 성적 학대행위에 해당하는지 여부가 문제된 사안]

◇성적 학대행위에 해당하는지를 판단하는 기준◇

1. 국가와 사회는 아동·청소년에 대하여 다양한 보호의무를 부담한다. 법원은 아동·청소년이 피해자인 사건에서 아동·청소년이 특별히 보호되어야 할 대상임을 전제로 판단해왔다. 아동복지법상 아동에 대한 성적 학대행위에 해당하는지 판단함에 있어 아동이 명시적인 반대의사를 표시하지 아니하였더라도 성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지 가려보아야 하고(대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도 7787 판결 참조), 아동복지법상 아동매매죄에 있어서 설령 아동 자신이 동의하였더라도 유죄가 인정된다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도6480 판결 참조). 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 동의하였더라도 원칙적으로 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상 아동·청소년이용 음란물 제작죄를 구성한다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도11501, 2014전도197 판결 참조).

2. 아동·청소년은 사회적·문화적 제약 등으로 아직 온전한 성적 자기결정권을 행사하기 어려울 뿐만 아니라, 인지적·심리적·관계적 자원의 부족으로 타인의 성적 침해 또는 착취행위로부터 자신을 방어하기 어려운 처지에 있다. 또한 아동·청소년은 성적 가치관을 형성하고 성 건강을 완성해가는 과정에 있으므로 아동·청소년에 대한 성적 침해 또는 착취행위는 아동·청소년이 성과 관련한 정신적·신체적 건강을 추구하고 자율적 인격을 형성·발전시키는 데에 심각하고 지속적인 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 아동·청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였다 하더라도, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결 참조).

☞ 원심이 이 사건 이전에 피고인과 피해 아동이 자연스럽게 성관계를 하였고, 이 사건 영상통화가 피해 아동의 의사에 반한다고 볼 사정이 없다는 이유 등을 들어 ‘성적 학대행위’에 해당하지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 기초로 피해아동이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부 등을 신중하게 판단하였어야 한다는 이유로, 원심판결을 파기환송하였음

**2020도13705 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도) (자) 파기환송**

**[세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 절도죄 등을 범하여 누범으로 처벌하는 규정인 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제5항으로 기소된 사건]**

◇집행유예기간이 경과함으로써 형 선고의 효력이 상실된 판결을 대상으로 재심판결이 새로 선고된 경우, 위 재심판결에서 새로 선고된 징역형이 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제5항(상습 강도·절도죄 등의 가중처벌조항)이 규정한 ‘징역형’에 포함되는지 여부◇

특정범죄가중법 제5조의4 제5항은 “형법 제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조·제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.”라고 규정하고, 같은 항 제1호는 “형법 제329조부터 제331조까지의 죄(미수범을 포함한다)를 범한 경우에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한다. 징역형의 집행유예를 선고한 판결이 확정된 후 선고의 실효 또는 취소 없이 유예기간을 경과함에 따라 형 선고의 효력이 소멸되어 그 확정판결이 특정범죄가중법 제5조의4 제5항에서 정한 “징역형”에 해당하지 않음에도(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도8021 판결 참조), 위 확정판결에 적용된 형벌 규정에 대한 위헌결정 취지에 따른 재심판결에서 다시 징역형의 집행유예가 선고·확정된 후 유예기간이 경과되지 않은 경우라면, 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 입법취지에 비추어 위 재심판결은 위 조항에서 정한 “징역형”에 포함되지 아니한다. 그 이유는 다음과 같다.

특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제1호는 동종 범행으로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 누범기간 내에 범한 절도 범행의 불법성과 비난가능성을 무겁게 평가하여 징벌의 강도를 높여 범죄를 예방하여야 한다는 형사정책적 판단에 따른 것으로(헌법재판소 2019. 7. 25. 선고 2018헌바209 등 결정), 반복적으로 범행을 저지르는 절도범에 관한 법정형을 강화하기 위하여 새로운 구성요건을 창설한 것이다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2019도18947 판결 참조).

그런데 형의 집행을 유예하는 판결을 선고받아 선고의 실효 또는 취소 없이 유예기간을 초과함에 따라 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 구성요건인 “징역형”에 해당하지 않게 되었음에도, 그 확정판결에 적용된 형벌 규정에 대한 위헌결정에 따른 재심절차에서 다시 징역형의 집행유예가 선고되었다는 우연한 사정변경만으로 위 조항의 구성요건에 해당한다거나 그 입법취지에 저촉되는 불법성·비난가능성이 새로 발생하였다고 볼 수는 없다.

만일 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 구성요건에 포함되지 않던 징역형의 집행유예 전과가 재심절차를 거쳤다는 이유만으로 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 “징역형”을 받은 경우에 포함된다면, 헌법에 위반된 형벌 규정으로 처벌받은 피고인으로 하여금 재심 청구권의 행사를 위축시키게 되거나 검사의 청구로 인하여 재심절차가 개시된 피고인에게 예상치 못한 부당한 결과를 초래하게 될 것이고, 이로 인해 위헌 법령이 적용된 부당한 상태를 사실상 존속시키거나 이를 강제하게 될 여지도 있다.

☞ 피고인이 구 특정범죄가중법위반(절도)죄 등으로 징역형의 집행유예를 선고받아 선고의 취소 또는 실효 없이 유예기간이 경과되었으나, 헌법재판소가 위 판결의 적용법조에 대하여 위헌결정을 하자 피고인은 재심대상판결에 대한 재심을 청구하여 상습절도죄 등으로 다시 징역형의 집행유예를 선고받았는데, 재심판결의 집행유예 기간이 경과하기 전에 재범하여 특정범죄가중법 제5조의4 제5항으로 공소제기 된 사안임

☞ 집행유예기간이 경과함으로써 형 선고의 효력이 상실된 판결을 대상으로 재심판결이 새로 선고된 경우, 위 재심판결에서 새로 선고된 징역형이 특정범죄가중처벌등에관한법을 제5조의4 제5항(상습 강도·절도죄 등의 가중처벌조항)이 규정한 ‘징역형’에 포함되지는 않는다고 판단하여 파기환송한 사안임

**2021도11288 업무상과실치사등 (바) 파기환송(일부)**

**[사업주의 안전조치의무 위반 여부가 문제된 사건]**

◇타인의 사업장 내 작업장에 재해발생 위험이 있는 경우 그 작업장에서 근무하는 근로자와 실질적인 고용관계가 성립하는 사업주가 구 산업안전보건법 제23조 제1항이 정한 안전조치의무의 적용대상이 되는지 여부(적극)◇

타인의 사업장 내 작업장에 폭발성, 발화성 및 인화성 물질로 인한 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자파견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제23조 제1항 제2호에 따라 재해발생의 위험을 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 따라서 사업주가 재해발생의 위험을 예방하기 위하여 법 제23조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의2, 제23조 제1항의 위반죄가 성립한다.

☞ 피고인 주식회사 에스아이테크 등이 구 산업안전보건법 제23조 제1항에 규정된 안전조

치의무를 취하지 않아 그 도급인인 주식회사 지에스건설의 사업장인 열병합발전소 내 연료운송설비에서 작업을 수행하던 근로자가 석탄분진 폭발사고로 사망한 사건에서, 피고인 주식회사 에스아이테크와 사망한 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 성립하는 이상 피고인 주식회사 에스아이테크는 구 산업안전보건법상 사업주에 해당하고, 피고인 주식회사 에스아이테크가 타인의 사업장 내 작업장에 재해발생 위험을 예방하기 위한 조치를 취하지 않았다면 구 산업안전보건법상 안전조치의무를 위반하였다고 볼 수 있다는 이유로, 이러한 심리를 다하지 않은 채 피고인 에스아이테크가 구 산업안전보건법상 사업주에 해당하지 않는다고 보아 피고인 주식회사 에스아이테크와 그 안전보건관리책임자인 피고인 김현집의 구 산업안전보건법 제66조의2, 제23조 제1항 위반죄를 무죄로 판단한 원심판결을 파기한 사안임.

## **2022도2960 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등) (바) 파기환송**

**[참여권 미보장, 전자정보 압수목록 미교부의 위법이 있는 경우 사후 압수·수색영장 발부로 치유되는지 여부]**

◇피고인이 유치장에 입감된 상태에서 수사기관이 휴대전화 내 전자정보를 탐색·복제·출력함으로써 피압수자인 피고인에게 참여의 기회를 부여하지 않고, 압수한 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 경우 위법수집증거로서 증거능력이 없고, 사후에 압수·수색영장을 발부받았더라도 위법성이 치유되지 않는다고 본 사례◇

압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체나 그 복제본을 압수·수색한 수사기관이 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 정보저장매체 또는 복제본에서 범죄혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다



(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정, 대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도 348 전원합의체 판결 참조).

따라서 수사기관이 피압수자 측에게 참여의 기회를 보장하거나 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 위법한 압수·수색 과정을 통하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 위법성이 치유되는 것도 아니다(위 대법원 2016도348 전원합의체 판결 참조).

☞ 경찰은 피고인을 체포하면서 이 사건 휴대폰을 압수하였고, 탐색·복제·출력과정에서 전자정보인 이 사건 엑셀파일을 발견하였는데, 이 사건 엑셀파일 출력물 및 CD의 증거능력이 쟁점인 사안임

☞ 대법원은 ① 경찰이 피고인을 유치장에 입감시킨 상태에서 휴대전화 내 전자정보를 탐색·복제·출력함으로써 참여의 기회를 배제한 상태에서 이 사건 엑셀파일을 탐색·복제·출력하였고, ② 압수한 전자정보 상세목록을 교부한 것으로 평가할 수 없어 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없고, ③ 사후에 압수·수색영장을 발부받아 압수절차가 진행되었더라도 위법성이 치유되지 않는다고 보아, 이 사건 엑셀파일 출력물 및 CD의 증거능력을 인정한 원심에 대해 ‘참여권 보장 및 전자정보 압수목록 교부에 관한 법리오해’를 이유로 파기환송하였음

☞ 기존 대법원 2016도348 전원합의체 판결은 무관증거 압수의 위법이 있는 경우 사후 압수·수색영장 발부로 치유되지 않는다고 보았는데, 이 판결은 기존 법리에 더하여 참여권 미보장, 전자정보 압수목록 미교부의 위법이 있는 경우에도 마찬가지로 사후 압수·수색영장 발부로 치유되지 않는다는 법리를 선언하였음

## **2022도3929 도로교통법위반(음주측정거부) (바) 파기환송**

**[헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2021헌가30 등 위헌결정, 헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2021헌가32 등 위헌결정의 영향이 문제된 사안]**

◇위헌결정이 이루어지지 아니한 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분을 적용하여 유죄를 선고할 수 있는지 여부(소극)◇

1. 도로교통법 제44조 제1항 또는 제2항 위반 전력이 있는 사람이 도로교통법 제148조의2 제1항에 따라 처벌되는 사건은 ① 음주운전 전력이 있는 사람이 음주운전행위를 한 경우, ② 음주운전 전력이 있는 사람이 음주측정거부행위를 한 경우, ③ 음주측정거부 전력이

있는 사람이 음주운전행위를 한 경우, ④ 음주측정거부 전력이 있는 사람이 음주측정거부 행위를 한 경우, 즉 4가지 유형으로 분류할 수 있다.

2020. 6. 9. 도로교통법 개정에 따라 가중대상 범행 시점을 기준으로 2020. 12. 10. 이후 범행은 개정된 도로교통법이 적용되므로(도로교통법 부칙 제1조 참조), 위 ① 내지 ④항의 유형은 2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 도로교통법(이하 '구 도로교통법'이라고 한다) 제148조2 제1항이 적용되는 유형들(이하 '구법-① 내지 ④ 유형'이라고 한다)과 도로교통법 제148조의2 제1항이 적용되는 유형들(이하 '신법-① 내지 ④ 유형'이라고 한다)로 다시 분류할 수 있다.

2. 가. 헌법재판소는 2021. 11. 25. 구법-① 유형에 대해서 책임과 형벌 사이의 비례성을 인정할 수 없다는 이유로 위헌결정을 하였다(헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2019헌바446 등 결정 참조, 이하 '제1위헌결정'이라 한다).

그리고 2022. 5. 26. 신법-①, ③ 유형에 대해서 위헌결정을 하고(헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2021헌가30 등 결정 참조, 이하 '제2위헌결정'이라 한다), 구법-②, 신법-② 유형에 대해서도 위헌결정을 하였다(헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2021헌가32 등 결정 참조, 이하 '제3위헌결정'이라 한다). 위 제2, 3위헌결정 요지도 음주운전 전력 또는 음주측정거부 전력을 가중요건으로 삼으면서 아무런 시간적 제한을 두지 않고, 과거 위반 전력 시기 및 내용이나 혈중알코올농도 수준 또는 음주측정거부 당시의 음주 의심 정도와 발생한 위험 등을 고려할 때 비난가능성이 상대적으로 낮은 음주운전행위 또는 음주측정거부행위의 재범행위까지 가중처벌 대상으로 하면서 법정형의 하한을 과도하게 높게 책정하여 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 반하여 위헌이라는 것이다.

나. 결국 헌법재판소는 최근 위 일련의 위헌결정들을 통해 제1위헌결정 심판대상조항과 동일성이 유지되고 있는 개정 도로교통법 조항에 대하여도 같은 판단을 하였고(제2위헌결정), 음주운전 전력과 음주측정거부 전력, 음주운전행위와 음주측정거부행위를 달리 취급하지 않은 채 동일한 논거로 각 심판대상조항의 위헌여부를 판단하였다(제1, 2, 3위헌결정).

3. 가. 제1위헌결정이 선고된 후 제2, 3위헌결정 이전에도 대법원은 도로교통법 제148조의2 제1항 중 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람에 관한 부분(신법-① 유형)은, 제1위헌결정의 심판대상이 되지 않았지만 제1위헌결정 이유와 같은 이유에서 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 어긋날 수 있기 때문에 그 부분의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하였어야 한다는 이유로 원심판결을 파기·환송해 왔다(대법원 2021. 12. 30. 선고 2021도11995 판

결 등 참조). 또한 제2위헌결정 이후 대법원은 구 도로교통법 제148조의2 제1항 중 제44조 제2항을 1회 이상 위반한 사람으로서 다시 제44조 제1항을 위반한 사람에 관한 부분(구법-③ 유형)은, 제2위헌결정의 심판대상이 되지 않았지만 제2위헌결정 이유와 같은 이유에서 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 어긋날 수 있기 때문에 그 부분의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하여야 한다는 이유로 원심판결을 파기·환송했다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도1629 판결 등 참조).

나. “도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분”(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에서 ‘음주측정 거부’는 가중처벌 요건(전력)이자 동시에 가중처벌 대상(범행)으로 역할을 하는데, 제2, 3 위헌결정은 ‘음주측정 거부’가 가중처벌 요건이 되는 경우(신법-③ 유형)와 가중처벌 대상이 되는 경우(구법-②, 신법-② 유형) 모두에 대하여 위헌을 선언하였기 때문에, 이 사건 법률조항도 앞서 본 위헌결정들 이유와 같은 이유에서 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 어긋난다고 볼 여지가 있다. 만일 헌법재판소가 이 사건 법률 조항에 대해서 위헌결정을 한다면 유죄의 확정판결에 대한 재심사유가 될 수 있다(헌법재판소법 제47조 제3, 4항 참조).

다. 이 사건 공소사실에 적용되는 법률조항은 제1, 2, 3위헌결정들 이유에 비추어 볼 때 위헌이 선언된 법률조항과 실질적으로 동일하기 때문에, 원심로서는 이 사건 법률조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하면서도 피고인 행위의 가벌성과 책임에 합당한 형벌법규를 적용하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하여야 한다.

☞ 원심이 피고인에게 적용한 신법-④ 유형인 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 이루어지지 않았지만, 제1, 2, 3위헌결정들 이유에 비추어 볼 때 위헌이 선언된 법률조항과 실질적으로 동일하기 때문에, 이 사건 법률조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하면서도 피고인 행위의 가벌성과 책임에 합당한 형벌법규를 적용하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하여야 한다는 이유로 유죄를 선고한 원심판결을 파기하였음

## **2022도4171 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) (가) 파기환송**

**[고등학교 동창 관계인 피해자가 피고인에 대한 사기 범행으로 구속되었던 사실을**

피고인이 다른 동창들에게 드러낸 행위와 관련하여 '비방할 목적'이 인정되는지 다투어진 사건]

◇정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항에서 정한 '비방할 목적'의 판단기준과 증명책임◇

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 제1항은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 이 규정에 따른 범죄가 성립하려면 피고인이 공공연하게 드러낸 사실이 다른 사람의 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것임을 인식해야 할 뿐만 아니라 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. 비방할 목적이 있는지는 피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다. 그리고 이 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임은 검사에게 있다(대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도11471 판결 참조).

'비방할 목적'은 드러낸 사실의 내용과 성질, 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 여러 사정을 감안함과 동시에 그 표현으로 훼손되는 명예의 침해 정도 등을 비교·형량하여 판단해야 한다. 이것은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도라는 방향에서 상반되므로, 드러낸 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부정된다. 여기에서 '드러낸 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우'란 드러낸 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 드러낸 것이어야 한다. 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 그 밖에 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 그 사실이 공공의 이익에 관한 것인지는 명예훼손의 피해자가 공무원 등 공인(公人)인지 아니면 사인(私人)에 불과한지, 그 표현이 객관적으로 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 명예훼손적 표현의 위협을 자초한 것인지 여부, 그리고 표현으로 훼손되는 명예의 성격과 침해의 정도, 표현의 방법과 동기 등 여러 사정을 고려하여 판단해야 한다. 행위자의 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결, 대법원 2020. 3. 2. 선고 2018도15868 판결, 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도11471 판결 참조).

☞ 피고인이 고등학교 동창인 피해자로부터 사기 범행을 당했던 사실에 관하여 같은 학교 동창들이 참여한 단체 채팅방에서 ‘피해자가 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서 포기한 애다. 너희들도 조심해라.’라는 글을 올린 행위로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 피고인이 드러낸 사실의 내용, 작성 경위와 동기 등 여러 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 이 사건 글을 작성한 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있어 피고인에게 비방할 목적이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로, 이와 달리 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 것에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항에서 정한 ‘비방할 목적’에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기한 사례

## 2022도5388 폭력행위등처벌에관한법률위반(상습상해) (바) 상고기각

### [불고불리 원칙 위배 여부 등이 문제된 사안]

◇1. 불고불리 원칙에 위배되지 않는 경우 및 이에 해당하는지 판단하는 기준, 2. 제1심이 불고불리 원칙을 위배하지 않았음에도 원심은 제1심이 불고불리 원칙을 위배하였다고 보아 제1심판결을 파기하였으나, 제1심과 원심이 판결 이유에 실시한 법령의 적용이 동일하여 처단형의 범위에 차이가 없는 경우 원심의 위와 같은 잘못이 판결에 영향을 미쳤다고 보아 원심판결을 파기하여야 하는지 여부(소극)◇

가. 1) 불고불리 원칙상 법원은 검사가 공소제기한 사건에 한하여 심판하여야 하고, 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없다(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도5304 판결 등 참조). 한편 법원은 ‘재판서에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때’에 한하여 재판서의 경정을 통하여 그 잘못을 바로잡을 수 있다(형사소송규칙 제25조 제1항).

2) 제1심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, ① 제1심판결의 ‘범죄사실’ 부분에 상습성에 관한 기재가 전혀 없고, ② ‘법령의 적용’ 중 ‘범죄사실에 대한 해당법조’ 부분에 ‘폭력행위처벌법 제2조 제3항 제3호, 제2항 제3호, 형법 제257조 제1항’이라고 명확히 기재되어 있으며, ③ ‘양형의 이유’ 중 ‘양형기준에 따른 권고형의 범위’의 ‘유형의 결정’ 부분에 ‘폭력범죄 > 02. 특수상해·누범상해 > [제2유형] 특수중상해·누범상해’라고 기재되어 있다. 이에 따르면 제1심판결 이유의 ‘증거의 요지’ 부분에 피고인의 상습성의 인정 근거가 기재되어 있는 것은 착오로 볼 여지가 있을 뿐, 제1심이 피고인을 상습범으로 처벌한 것이 아님이 명백하다.

3) 그런데도 원심은, 제1심이 공소장의 변경 없이 피고인이 상습으로 이 사건 범행을 하였다고 인정함으로써 불고불리 원칙을 위배하였다고 보아 제1심판결을 파기하였다. 이러한 원심의 판단에는 불고불리 원칙, 판결 경정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 1) 원심이 위와 같이 잘못 판단하였다고 하더라도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하면서 판결 이유에 실시한 법령의 적용이 제1심의 판결 이유에 실시된 법령의 적용과 동일하여 결과적으로 처단형의 범위에 차이가 없으므로 원심의 이러한 잘못은 결국 피고인에 대한 형을 징역 5년 6월에서 4년으로 감경한 조치, 즉 양형에만 영향을 미친 것으로 보아야 할 것이다.

2) 결국 검사의 상고이유 주장은 원심의 양형을 다투는 취지로 보아야 하고, 이는 적법한 상고이유가 되지 못한다.

☞ 제1심이 불고불리 원칙을 위배하지 않았음에도 원심은 제1심이 불고불리 원칙을 위배하였다고 보아 제1심판결을 파기한 잘못이 있는 사안에서, 제1심과 원심이 판결 이유에 실시한 법령의 적용이 동일하여 처단형의 범위에 차이가 없는 경우에는 원심의 위와 같은 잘못이 양형에만 영향을 미칠 뿐이므로 결국 검사의 상고이유 주장은 원심의 양형을 다투는 취지로서 적법한 상고이유가 되지 못한다고 보아, 원심판결을 수긍한 사례임

**특 별**

**2018두39621 법인세등부과처분취소 (아) 파기환송(일부)**

**[신용카드사 분담금의 소득구분 방식 및 용역의 공급 장소가 어디인지를 판단하는 방법에 관한 사건]**

◇1. 원고들(국내 신용카드사들)이 참가인(미국법인인 마스터카드사)에게 지급한 분담금 중 신용카드의 국내 거래금액을 기준으로 산정된 발급사분담금을 국내원천소득인 상표권 사용료소득으로 보아 법인세를 과세할 수 있는지 여부(적극) 및 위 분담금 중 신용카드의 국외 거래금액을 기준으로 산정된 발급사일일분담금이 법인세를 과세할 수 없는 사업소득인지 여부(적극), 2. 위 분담금에 관한 용역의 공급 장소를 대한민국으로 보아 부가가치세를 과세할 수 있는지 여부(적극)◇

1. 구 법인세법(2007. 12. 31. 법률 제8831호로 개정되기 전의 것) 제93조 제9호 (가)목은 상표권을 국내에서 사용하거나 그 대가를 국내에서 지급하는 경우의 당해 대가를 국내원천소득으로 규정하면서 '소득에 관한 이중과세방지협약에서 사용지를 기준으로 하여 당해 소득의 국내원천소득 해당 여부를 규정하고 있는 경우에는 국외에서 사용된 권리

등에 대한 대가는 국내 지급 여부에 불구하고 이를 국내원천소득으로 보지 아니한다'고 규정하고 있다. 한편 「대한민국과 미합중국 간의 소득에 관한 조세의 이중과세 회피와 탈세방지 및 국제무역과 투자의 증진을 위한 협약」(이하 '한미조세협약'이라 한다) 제14조 제4항 제(a)호는 '문학·예술·과학작품의 저작권 또는 영화필름·라디오 또는 텔레비전 방송용 필름 또는 테이프의 저작권, 특허, 의장, 신안, 도면, 비밀공정 또는 비밀공식, 상표 또는 기타 이와 유사한 재산 또는 권리, 지식, 경험, 기능(기술), 선박 또는 항공기의 사용 또는 사용권에 대한 대가로서 받는 모든 종류의 지급금'을 사용료의 하나로 정하고, 제6조 제3항은 '제14조 제4항에 규정된 재산의 사용 또는 사용할 권리에 대하여 동 조항에 규정된 사용료는 어느 체약국 내의 동 재산의 사용 또는 사용할 권리에 대하여 지급되는 경우에만 동 체약국 내에 원천을 둔 소득으로 취급된다'고 규정하고 있다. 그리고 한미조세협약 제8조는 사업소득에 관하여 규정하면서 제1항에서 '일방 체약국의 거주자의 산업상 또는 상업상의 이윤은 그 거주자가 타방 체약국에 소재하는 고정사업장을 통하여 동 타방 체약국 내에서 산업상 또는 상업상의 활동에 종사하지 아니하는 한 동 타방 체약국에 의한 조세로부터 면제된다'고 규정하고 있다.

2. 구 부가가치세법(2010. 1. 1. 법률 제9915호로 개정되기 전의 것) 제10조 제2항 제1호는 '용역이 공급되는 장소는 역무가 제공되거나 재화·시설물 또는 권리가 사용되는 장소로 한다'고 규정하고 있다. 따라서 역무를 제공하는 용역의 경우 과세권이 미치는 거래 인지는 역무가 제공되는 장소를 기준으로 판단하여야 하고, 외국법인이 제공한 역무의 중요하고도 본질적인 부분이 국내에서 이루어졌다면 그 일부가 국외에서 이루어졌더라도 역무가 제공되는 장소는 국내라고 보아야 한다(대법원 2006. 6. 16. 선고 2004두7528, 7535 판결 등 참조). 한편 역무가 제공되기 위해서 이를 제공받는 자의 협력행위가 필요한 경우에는 그 협력행위가 어디에서 이루어졌는지도 아울러 고려하여 역무의 중요하고도 본질적인 부분이 어디에서 이루어졌는지를 판단하여야 한다.

☞ 원고(신용카드회사)들은 원고들보조참가인(미합중국법인; 이하 '참가인')과 라이선스계약을 체결하고 국내에서 참가인의 상표를 부착한 신용카드를 발급하여 왔는데, 이와 관련하여 참가인에게 국내 거래금액 중 신용결제금액 및 현금서비스금액의 각 일부에 해당하는 돈을 '발급사분담금'으로, 국외 거래금액 중 신용결제금액 및 현금서비스금액의 각 일부에 해당하는 돈을 '발급사일일분담금'으로 지급하였음(이하 발급사분담금과 발급사일일분담금을 통틀어 '이 사건 분담금'). 피고들(과세관청)은 이 사건 분담금이 국내원천소득인 상표권 사용료소득이고 그 용역의 공급 장소가 대한민국이라는 이유로, 원고들에게 지급조서 미제출 가산세의 법인세를 부과(이하 '이 사건 법인세 처분')하는 한편 이 사건

분담금에 관한 부가가치세의 대리납부를 고지(이하 ‘이 사건 부가가치세 처분’)하였음

☞ 원심은, ① 발급사분담금 전액과 발급사일일분담금 중 일부를 사용료소득으로 보고 발급사일일분담금 중 나머지 일부를 사업소득으로 본 다음, 이 사건 분담금 중 사용료소득에 해당하는 부분은 국내원천소득에 해당하므로 이 사건 법인세 처분 중 이에 관한 부분은 적법하나, 나머지 부분은 위법하다고 판단하였음. 그리고 ② 이 사건 분담금과 관련한 용역이 공급되는 장소가 국내라고 보아, 이 사건 부가가치세 처분은 적법하다고 판단하였음

☞ 대법원은, ① ㉠ 신용카드의 국내 거래금액을 기준으로 산정된 발급사분담금은 국내에서 참가인의 국제결제 네트워크 시스템이 이용되지 않았고 상표권 사용만이 소득발생의 원인사실이므로 그 전액이 국내원천소득인 사용료소득이어서 법인세를 과세할 수 있지만(원심 타당), ㉡ 국외 거래금액을 기준으로 산정된 발급사일일분담금은 참가인이 국제결제 네트워크 시스템을 통해 원고들에게 제공한 포괄적 역무의 대가로 볼 수 있고 이를 상표권 사용의 대가로 보기는 어려우며, 분기별로 산정하여 지급되는 발급사분담금과 달리 매일의 국외 거래금액을 기준으로 매일 지급된다는 점에서도 발급사분담금과 확연하게 구분되고, 그 전체가 하나의 소득을 구성한다고 평가할 수 있으므로 그 소득의 성격도 하나로 파악하는 것이 자연스럽다는 등의 이유를 들어, 그 전부가 사업소득에 해당하므로 한미조세협약에 따라 법인세를 과세할 수 없다고 판단하였음(원심은 발급사일일분담금의 일부만을 사업소득이라고 보았으므로 부당). 다음으로 ② 참가인의 상표권은 국내에서 사용된 것으로 볼 수 있고, 참가인이 원고들에게 제공한 역무의 주된 내용은 원고들이 국내 사업장에 설치한 결제 네트워크 장비 등에 접속하여 신용카드 거래정보 등을 전달받거나 전달하는 등의 협력행위 등을 함으로써 그 거래목적이 달성되므로, 용역의 공급 장소를 대한민국으로 보아 부가가치세를 과세할 수 있다고 판단하였음(원심 타당). 이에 따라, 위 취지를 반영해 정당한 법인세액을 다시 계산할 필요가 있다는 이유로 원심판결 중 이 사건 법인세 처분에 관한 원고들 패소 부분을 전부 파기환송하고, 나머지 상고를 모두 기각하였음

## 2019두33903 법인세등부과처분취소 (타) 상고기각

[국내 비씨카드사의 대행사업분 분담금에 관한 지급조서 제출의무 존부 등에 관한 사건]

◇1. 국내 비씨카드사가 미국법인인 마스터카드사에게 지급한 분담금에 국내 회원은행들이 지급해야 할 대행사업분 분담금이 포함되어 있는지 여부(적극), 2. 비씨카드사가 대행



## 사업분 분담금에 대하여 지급조서 제출의무를 부담하는지 여부(소극)

구 법인세법(2006. 12. 30. 법률 제8141호로 개정되기 전의 것) 제120조의2 제2항이 준용하는 구 소득세법(2006. 12. 30. 법률 제8144호로 개정되기 전의 것) 제164조 제9항에 따라 '지급자를 대리하거나 그 위임을 받은 자로서 그 수권이나 위임의 범위 안에서 지급조서 제출의무를 부담하는 자'는 일정한 국내원천소득금액을 지급해야 할 자로부터 원천납세의무자에 대한 소득금액의 지급과 아울러 원천납세의무자의 법인세를 원천징수하는 업무와 원천징수에 따른 지급조서를 제출하고 원천징수한 법인세를 관할 세무서에 납부할 업무 등을 수권 또는 위임받은 자를 말한다고 봄이 타당하다. 그리고 이러한 원천징수업무 등의 위임은 명시적으로뿐만 아니라 묵시적으로도 이루어질 수 있으나, 원천징수의 성격과 효과 등에 비추어 볼 때 묵시적 위임이 있다고 하기 위해서는 명시적 위임이 있는 경우와 동일시할 수 있을 정도로 그 위임 의사를 추단할 만한 사정이 있어야 한다. 다만 소득금액을 지급하여야 할 자를 대리하거나 그로부터 위임을 받아 원천징수대상 소득의 발생 원인이 되는 법률행위 등을 하고 그 소득금액을 지급한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 적어도 원천징수업무 등의 묵시적인 위임이 있었다고 봄이 당사자의 의사에 부합한다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2010두27479 판결).

☞ 비씨카드사가 지급한 분담금에는 비씨카드사의 독자적인 신용카드업에 따른 분담금('고유사업분')과 국내 회원은행들의 분담금 지급업무 위임에 따른 분담금('대행사업분')이 모두 포함됨. 분담금 중 비씨카드사의 고유사업분과 대행사업분을 구분할 수 없고, 비씨카드사가 회원은행들로부터 원천징수업무 등을 명시적·묵시적으로 위임받았다고 보기도 어렵다는 이유로 지급조서 미제출 가산세의 법인세 및 부가가치세 처분이 위법하다고 판단한 사안임.

## 2019두52706 법인세경정거부처분취소 (가) 파기환송

### [신용카드사 분담금의 소득구분에 관한 사건]

◇1. 국내 신용카드 회원사들이 원고(미국법인인 마스터카드사)에 지급한 분담금 중 신용카드의 국내 거래금액을 기준으로 산정된 발급사분담금을 국내원천소득인 상표권 사용료 소득으로 보아 법인세를 과세할 수 있는지 여부(적극), 2. 신용카드의 해외 거래금액을 기준으로 산정된 발급사일일분담금이 법인세를 과세할 수 없는 사업소득인지 여부(적극)  
◇

원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 분담금 중 발급사분담금은 상표권 사용의 대가로, 발급사일일분담금은 포괄적 의무 제

공의 대가로 볼 여지가 충분하다.

(1) 원고와 회원사들이 체결한 회원자격협약이나 라이선스계약 등에는 이 사건 분담금이 구체적으로 어떠한 용역에 대한 대가로 지급되는지에 관하여 정해지지 않았다. 그러나 원고가 회원사들에 제공하는 용역의 내용과 그 대가의 지급 체계, 이 사건 분담금의 발생 요건 등을 분석하면 이 사건 분담금의 법적 성격을 파악할 수 있다.

(2) 발급사분담금은 마스터카드 소지자의 국내 거래금액을 기준으로 산정하여 분기별로 지급되지만, 발급사일일분담금은 국외 거래금액을 기준으로 산정하여 매일 지급된다. 이처럼 발급사분담금과 발급사일일분담금은 그 금액의 산정과 지급 방식 등에서 확연하게 구분된다.

(3) 회원사들은 원고의 상표를 부착하여 마스터카드를 발급하거나 가입신청서에 원고의 상표를 표시하는 등의 방법으로 국내에서 참가인의 상표권을 사용한다. 이처럼 상표권의 사용이 국내에서 이루어지므로 그 대가는 국내 거래금액을 기준으로 산정되는 발급사분담금과 밀접한 관련이 있다. 한편 원고의 상표가 부착된 마스터카드를 국내에서 사용하는 경우 회원사들이 자체적으로 구축한 전자결제 네트워크 시스템만 이용될 뿐 원고의 국제결제 네트워크 시스템(이 사건 시스템)은 전혀 이용되지 않는다. 따라서 국내 거래금액을 기준으로 산정되는 발급사분담금이 원고가 이 사건 시스템을 통해 제공하는 포괄적 역무의 대가에 해당한다고 보기는 어렵다.

(4) 원고는 이 사건 시스템을 통해 회원사들이 발급한 마스터카드의 소지자가 이를 국외에서 사용할 수 있도록 관련 서비스를 제공한다. 발급사일일분담금은 이 사건 시스템을 이용한 마스터카드의 국외 거래금액을 기준으로 산정되고 원고가 이 사건 시스템을 통해 제공하는 포괄적 역무와 관련하여 발생한 것이므로, 원고가 회원사들에게 제공한 포괄적 역무의 대가로 볼 수 있다.

(5) 회원사들이 국내에서 원고의 상표권을 사용하는 것과는 달리 마스터카드의 소지자가 이를 국외에서 사용하는 과정에서 회원사들이 원고의 상표권을 사용한다고 보기 어렵다.

(6) 발급사분담금과 발급사일일분담금은 각각 독립된 소득을 구성한다고 평가할 수 있으므로 소득의 성격도 별개로 파악하는 것이 자연스럽다. 이와 달리 그 일부는 사용료소득으로 나머지는 사업소득으로 구분하는 것은 합리적이지 않다.

☞ 신용카드의 국내 거래금액을 기준으로 산정된 발급사분담금은 국내에서 원고의 이 사건 시스템이 이용되지 않았고 원고의 상표권 사용만이 소득발생의 원인사실이므로 국내 원천소득인 사용료소득으로 보아 법인세를 과세할 수 있지만, 국외 거래금액을 기준으로

산정된 발급사일일분담금은 원고의 이 사건 시스템 이용과 관련된 사업소득이므로, 한미 조세협약에 따라 법인세를 과세할 수 없다고 판단한 사안임.

## 2019두58346 법인세부과처분취소 (타) 상고기각

[농업협동조합중앙회의 회원조합에 대한 제공제이익수수료의 배분이 실질적인 잉여금의 처분으로서 손금불산입 대상인지 여부와 내부사용 목적 소프트웨어 개발 인건비를 개발비로 계상하지 아니한 경우에 즉시상각의제규정이 적용되는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 농업협동조합중앙회가 공제사업에서 발생한 이익금 중 일부를 제공제이익수수료 명목으로 회원조합에 배분한 경우 실질적인 잉여금의 처분으로서 손금불산입 대상에 해당하는지 여부(적극) 2. 법인이 구 법인세법 시행령 제24조 제1항 제2호 (바)목에 정한 비용을 지출하였으나 개발비로 계상하지 아니한 경우에 구 법인세법 제31조 제1항의 즉시상각의제규정을 적용하여 감가상각 한도초과액을 손금불산입할 수 있는지 여부(소극)◇

구 법인세법(2011. 12. 31. 법률 제11128호로 개정되기 전의 것) 제23조는 제1항 본문에서 “고정자산에 대한 감가상각비는 내국법인이 각 사업연도에 손금으로 계상한 경우에만 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 금액(이하 ‘상각범위액’이라 한다)의 범위에서 해당 사업연도의 소득금액을 계산할 때 이를 손금에 산입하고, 그 계산한 금액 중 상각범위액을 초과하는 부분의 금액은 손금에 산입하지 아니한다.”라고 규정하고, 제3항에서 ‘제1항에 따른 고정자산은 토지를 제외한 건물, 기계 및 장치, 특허권 등 대통령령으로 정하는 자산으로 한다’고 규정하고 있다(2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정되기 전의 구 법인세법 및 2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 구 법인세법 제23조 제1항, 제2항도 같은 취지이다). 그 위임을 받은 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조 제1항은 “법 제23조 제3항에서 ‘건물, 기계 및 장치, 특허권 등 대통령령으로 정하는 자산’이란 다음 각 호의 고정자산(이하 ‘감가상각자산’이라 한다)을 말한다.”라고 규정하고, 그 제2호 (바)목(이하 ‘이 사건 개발비 규정’이라 한다)에서 개발비를 감가상각자산의 하나로 정하면서 ‘상업적인 생산 또는 사용 전에 재료·장치·제품·공정·시스템 또는 용역을 창출하거나 현저히 개선하기 위한 계획 또는 설계를 위하여 연구결과 또는 관련지식을 적용하는 데 발생하는 비용으로서 당해 법인이 개발비로 계상한 것’으로 정의하고 있다(2010. 12. 30. 대통령령 제22577호로 개정되기 전의 구 법인세법 시행령의 같은 조항도 같은 취지이다).

한편 구 법인세법 시행령 제31조 제1항(이하 ‘이 사건 즉시상각의제 규정’이라 한다)은

“법인이 감가상각자산을 취득하기 위하여 지출한 금액과 감가상각자산에 대한 자본적 지출에 해당하는 금액을 손금으로 계상한 경우에는 이를 감가상각한 것으로 보아 상각범위액을 계산한다.”라고 규정하고 있다.

위 각 규정의 문언과 체계 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 이 사건 즉시상각의제 규정의 적용 대상인 감가상각자산은 구 법인세법 시행령 제24조 제1항 각 호의 고정자산을 의미한다. 그런데 이 사건 개발비 규정에 의하면 위 규정에서 정한 비용을 당해 법인이 개발비로 계상한 경우에만 감가상각자산인 개발비가 될 수 있다. 따라서 당해 법인이 이 사건 개발비 규정에서 정한 비용을 지출하였더라도 개발비로 계상하지 않은 경우에는 위 규정에 따른 감가상각자산을 취득하였다고 볼 수 없고, 이에 대하여 이 사건 즉시상각의제 규정을 적용하여 감가상각 한도초과액을 손금에 산입하지 않는 것은 허용될 수 없다.

☞ 1. 법인이 잉여금을 주주총회 등의 결의를 거쳐 배당으로 처분하지 않고 다른 명목으로 주주 또는 출자자에게 지급하였더라도, 그 실질이 법인에 유보된 이익을 주주 또는 출자자에게 배분하는 것이라면 법인세법 제19조 제1항, 제20조 제1호에서 정한 잉여금의 처분으로서 손금불산입 대상에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례

☞ 2. 농업협동조합중앙회가 내부사용 목적 소프트웨어 개발 인건비를 전부 손금에 산입하자, 과세관청이 감가상각자산인 개발비에 해당한다는 이유로 이 사건 즉시상각의제 규정을 적용하여 감가상각 한도초과액을 손금불산입한 사안에서, 당해 법인이 인건비를 개발비로 계상하지 않은 경우에는 이 사건 개발비 규정에 따른 감가상각자산에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 즉시상각의제 규정을 적용하여 감가상각 한도초과액을 손금불산입할 수 없다는 이유로 상고기각한 사례

## 2019두63447 압류처분무효확인 (아) 상고기각

[검사가 전직 대통령(사망)에 대한 추징판결의 집행을 위하여 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」 제9조의2에 따라 신탁회사가 신탁 받은 부동산에 대해 한 압류처분의 항고소송 대상적격성, 위법성 등이 문제된 사안]

◇1. 특정공무원범죄를 범한 범인이 사망한 경우 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」(이하 ‘공무원범죄몰수법’) 제9조의2에 따라 제3자를 상대로 한 추징의 계속적 집행이 허용되는지 여부(소극), 2. 공무원범죄몰수법 제9조의2에 따라 추징의 집행을 받은 제3자가 검사의 처분에 대하여 형사소송법 제489조에 따른 재판의 집행에 관한 이의신청과 별도로 행정소송법상 항고소송을 제기하여 처분의 위법성 여부를 다룰 수 있는지 여부(적극), 3. 공무원범죄몰수법 제9조의2의 해석론(동 규정에서 말하는 ‘범인 외의 자’와 ‘취득’의

## 의미, 등 규정과 신탁법 제22조 제1항 본문 사이의 우열관계)◇

1. 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다) 제6조는 “불법 재산을 몰수할 수 없거나 제3조 제2항에 따라 몰수하지 아니하는 경우에는 그 가액을 범인에게서 추징한다.”라고 규정하고 있고, 같은 법 제9조의2(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)는 “제6조의 추징은 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산(이하 ‘불법재산 등’이라 한다)에 대하여 그 범인 외의 자를 상대로 집행할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 사건 조항에 의한 추징의 집행은 특정공무원범죄를 범한 범인에 대한 추징 규정인 제6조의 추징을 전제로 하는 형식을 취하고 있다. 이 사건 조항은 국가형벌권의 실현을 보장하고 불법재산의 철저한 환수를 통해 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하기 위하여 제3자에게 범죄가 인정됨을 전제로 한 것이 아니라 특정공무원범죄를 범한 범인에 대한 추징판결의 집행 대상을 제3자가 취득한 불법재산 등에까지 확대하여 제3자에게 물적 유한책임을 부과한 것이다(헌법재판소 2020. 2. 27. 선고 2015헌가4 결정 참조). 한편 형사법상 몰수에 갈음하는 추징은 공소사실에 관하여 형사재판을 받는 피고인에 대한 유죄의 판결에서 선고되는 부수처분으로서 형벌적 성격을 가진다(대법원 1961. 11. 9. 선고 4294형상572 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006도4888 판결 등 참조). 이러한 이 사건 조항의 규정 내용과 입법 목적, 규정의 성격 등을 종합하면 이 사건 조항에 의하여 제3자를 상대로 한 추징의 집행은 범인에 대한 추징의 집행을 전제로 한다고 해석된다.

몰수나 추징을 포함한 재산형 등 재판의 집행은 재판을 받은 자에 대해서 하는 것이 원칙이므로 재판을 받은 자가 사망한 경우에는 상속재산에 대한 집행을 규정하고 있는 형사소송법 제478조 등 특별한 규정이 없는 한 재판의 집행을 할 수 없다. 이에 따라 「재산형 등에 관한 검찰 집행사무규칙」(이하 ‘집행사무규칙’이라 한다) 제25조 제1항 제2호는 납세의무자가 사망한 경우 형사소송법 제478조에 따라 상속재산에 관하여 집행할 수 있는 경우를 제외하고 재산형 등(벌금·과료·추징·과태료·소송비용 및 비용배상을 의미한다) 집행 불능 결정을 하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 공무원범죄몰수법은 특정공무원범죄를 범한 범인이 사망한 경우 범인에 대한 몰수·추징이나 범인 외의 자에 대한 추징의 집행에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 특정공무원범죄를 범한 범인이 사망한 경우에는 몰수나 추징을 포함한 재산형 등 재판의 집행에 관한 일반원칙에 따라 범인에 대하여 재산형 등의 집행을 할 수 없고 이 사건 조항에 따른 범인 외의 자를 상대로 한 추징의 집행도 할 수 없다. 이러한 경우 검사는 집행사무규칙 제25조 제1항 제2호에 따라 재산형 등 집행 불능 결정을 하여야 한

다.

2. 형사소송법은 재산형 등의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행하고(제477조 제1항), 재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다고 규정하여(제489조) 재산형 등 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대한 불복방법과 절차를 마련해두었다. 재판의 효력은 특별한 사정이 없는 한 재판을 받은 자에게만 미치므로 재판의 집행은 판결의 선고를 받은 자에 대해서 함을 원칙으로 하고, 재산형 등 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있는 '재판의 집행을 받은 자'는 통상 판결의 선고를 받은 피고인이라고 보아야 한다.

2013. 7. 12. 법률 제11883호로 개정되어 같은 날 시행된 공무원범죄몰수법은 이 사건 조항을 신설하여 범인 외의 자가 정황을 알면서 취득한 불법재산 등에 대하여 그 범인 외의 자를 상대로 추징의 집행을 할 수 있다고 규정하였다. 그런데 위와 같이 개정된 공무원범죄몰수법은 이 사건 조항에 의한 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 제3자가 불복할 수 있는 방법과 절차를 별도로 마련해두지 않았고, 위 조항에 따라 제3자를 상대로 추징의 집행을 함에 있어 그에게 의견진술과 방어의 기회를 보장하는 규정도 마련해두지 않았다. 그렇다면 이 사건 조항에 따라 추징의 집행을 받는 제3자도 검사의 처분이 부당함을 이유로 형사소송법 제489조에 따라 재판을 선고한 법원에 재판의 집행에 관한 이의를 신청할 수 있다고 보아야 한다.

나아가 형사소송법 제489조가 정한 집행에 관한 이의신청 절차는 이 사건 조항에 따른 추징의 집행에 관한 검사의 처분의 근거 법률인 공무원범죄몰수법에서 예정하고 있는 불복 방법이 아니고, 형의 선고를 받은 피고인이 아닌 제3자에 대하여 예정된 불복 방법이라고 볼 수도 없다. 또한 형사소송법 제489조가 정한 재판에 관한 이의신청 절차는 통상의 재판절차와는 달리 법원이 신청인의 출석 없이 서면으로만 심리하여 결정할 수도 있어 재산형 등 재판의 집행을 받은 자가 피고인 이외의 제3자인 경우에는 그의 의견진술 기회를 충분히 보장할 수 없고, 위 이의신청은 재산형 등의 집행이 종료된 후에는 허용되지 않으며, 이의신청을 하더라도 집행정지의 효력도 없어 집행이 신속히 종결되는 경우에는 재판의 집행을 받은 제3자의 권리 구제에 한계가 있으므로 제3자의 권익보호에 미흡하다. 이러한 사정을 종합하면 이 사건 조항에 따라 추징의 집행을 받은 제3자가 형사소송법 제489조에 따라 집행에 관한 검사의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있다고 하더라도 그와 별도로 행정소송법상 항고소송을 제기하여 처분의 위법성 여부를 다툴 수 있다고 보아야 한다.

3. 가. 이 사건 조항에서 추징은 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여 그 범인 외의 자를 상대로 집행할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 신탁법 제22조 제1항 본문은 “신탁재산에 대하여는 강제집행, 담보권 실행 등을 위한 경매, 보전처분(이하 ‘강제집행등’이라 한다) 또는 국세 등 체납처분을 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 신탁법 제22조 제1항은 신탁의 목적을 원활하게 달성하기 위하여 신탁재산의 독립성을 보장하는 데 입법 취지가 있다.

한편 이 사건 조항은 제3자가 정황을 알면서 불법재산 등을 취득한 사실이 확인된 때에는 제3자에게 귀속된 불법재산 등을 대상으로 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 함으로써 국가형벌권의 실현을 보장하여 형사사법의 정의를 구현함과 동시에 불법재산을 철저하게 추적·환수하여 공무원범죄몰수법의 입법 목적을 달성하기 위하여 2013. 7. 12. 공무원범죄몰수법 개정 당시 신설되었다.

특정공무원범죄를 범한 범인이 위 범죄를 통하여 취득한 불법재산 등을 정황을 아는 수탁자에게 신탁계약을 통하여 이전하였는데도 신탁재산에 대하여는 강제집행이 금지된다는 이유로 이 사건 조항을 적용하여 추징의 집행을 하는 것을 허용하지 않게 되면, 공무원범죄몰수법의 입법 목적이나 이 사건 조항의 신설 취지를 몰각시키게 되고 특정공무원범죄를 범한 범인이 신탁의 방법으로 이 사건 조항에 의한 추징의 집행을 면탈하려는 강력한 동기를 갖게 되며, 이러한 방식으로 신탁제도가 남용될 경우 신탁제도에 대한 신뢰를 떨어뜨려 궁극적으로 신탁제도의 발전을 저해하게 된다. 따라서 특정공무원범죄를 범한 범인이 그 정황을 아는 수탁자와 신탁계약을 체결하여 불법재산 등의 소유권을 신탁하였다면 이는 신탁제도를 남용한 경우에 해당하여 신탁재산의 독립성을 보호할 필요가 없으므로 신탁법 제22조 제1항 본문의 적용이 배제된다.

나. 앞서 본 공무원범죄몰수법의 입법 목적과 이 사건 조항의 신설 취지 등에 비추어 보면, 국가형벌권의 실현을 보장하고 불법재산의 철저한 환수를 위해서는 제3자가 불법재산 등에 해당한다는 정황을 알면서 소유권을 이전받은 경우라면 제3자가 상당한 대가를 지급하였거나 재산이 종국적으로 귀속되지 않았더라도 불법재산 등에 대하여 추징의 집행을 할 필요성이 있다. 그러므로 이 사건 조항에서 정한 ‘범인 외의 자’를 상당한 대가를 지급하고 불법재산 등을 취득한 자를 제외하는 것으로 해석하고, ‘취득’을 재산이 종국적으로 귀속된 경우에 한정하는 것으로 해석할 수는 없다.

☞ 피고(서울중앙지방법검찰청 검사장)가 전직 대통령 甲에 대한 추징판결의 집행을 위하여 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」(이하 ‘공무원범죄몰수법’) 제9조의2(이하 ‘이 사건 조항’)에 따라 乙(甲의 차남)이 대표이사로 있는 주식회사 A, 丙(甲의 처남), 丁이 취득하

여 원고(신탁회사)에게 신탁한 ‘이 사건 제1 내지 6 부동산’(신탁재산)에 대하여 압류처분(이하 ‘이 사건 각 처분’)을 하자, 원고는 2016. 1.경 서울고등법원에 재판의 집행에 관한 이의를 신청하였고, 그와 별도로 2018. 7.경 이 사건 각 처분에 대하여 주위적으로 무효 확인, 예비적으로 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였음. 한편 甲은 이 사건 상고심 계속 중이던 2021. 11. 23. 사망하였음

☞ 원심은, 이 사건 각 처분이 항고소송의 대상에 해당한다고 보고, 본안으로 나아가 이 사건 각 처분 중 이 사건 조항이 신설되어 시행되기 전에 이루어진 것(이 사건 제1 부동산에 대한 것)은 근거 법령 없이 이루어져 중대·명백한 하자가 있으므로 무효이지만, 그 후에 이루어진 것(이 사건 제2 내지 6 부동산에 대한 것)은 이 사건 조항이 정한 요건을 충족하여 적법하거나 하자가 있더라도 중대·명백하여 무효는 아니라고 판단하였음

☞ 대법원은, ① 직권으로 소의 이익에 관해 위 1.항과 같은 법리를 실시한 다음, 피고가 추정판결의 피고인인 甲이 사망한 이후로는 이 사건 조항을 적용하여 원고를 상대로 위 판결에 의한 추정의 집행을 계속할 수 없는데도 甲의 사망 이후에 추정의 집행을 위하여 이 사건 각 처분을 그대로 유지하고 있으므로 원고는 이 사건 각 처분의 무효 확인 또는 취소를 구할 소의 이익이 있다고 판단하였음. 나아가 ② 위 2.항과 같은 법리를 실시하면서 이 사건 각 처분의 항고소송의 대상적격을 인정한 원심 판단이 정당하다고 보았고, ③ 위 3.항과 같은 법리에 따르면 원심이 이 사건 조항에 따라 이루어진 추정의 집행이 위법하지 않다고 본 것 역시 정당하다고 판단하였음(원고와 피고의 상고 모두 기각)

## 2020두48505 시정명령및과징금납부명령취소 (바) 파기환송

### [부당한 공동행위의 종기가 문제된 사건]

◇부당한 공동행위에 가담한 사업자가 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 경우에 그 자진신고를 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위가 있었던 경우에 준하는 것으로 보아 자진신고일 시점을 곧바로 공동행위의 종기로 볼 수 있는지 여부(소극)◇

부당한 공동행위에 가담한 사업자가 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 경우에는 위 자진신고를 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위가 있었던 경우에 준하는 것으로 보기 어렵고, 결국 외국 경쟁당국에 한 자진신고일 시점을 곧바로 공동행위의 종기로 볼 수는 없다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 공정거래법이 정한 자진신고자 감면제도의 취지와 목적은 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 자발적으로 부당한 공동행위 사실을 신고하거나 조사에 협조하여 증거자료



를 제공한 것에 대한 혜택을 부여함으로써 참여사업자들 사이의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 하는 것이다. 그런데 국가별 자진신고자에 대한 감면조치 요건 등이 상이한데다, 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 후에도 국내시장에서 합의에 터 잡은 실행행위가 계속될 여지가 있다.

(2) 공정거래법 제49조 제4항에서 정한 처분시한은 공정거래위원회가 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있는 기간을 의미한다. 그런데 공정거래위원회는 공동행위에 가담한 사업자들이 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 사실을 알지 못하는 경우가 많고 설령 그러한 사실을 알게 되었다고 하더라도 그것만으로 부당한 공동행위의 전체적인 내용을 파악하고 시정조치나 과징금 부과 등의 제재처분을 하는 데 필요한 기본적인 요소들을 확정 지을 수 있을 만큼의 사실관계가 갖추어져 조사의 대상에 포함되고 제재처분의 대상이 되었다고 보기 어렵다. 반면 외국 경쟁당국에 대한 자진신고일을 공동행위의 종기로 보지 않더라도 사업자는 공정거래위원회에 자진신고함으로써 공동행위의 종기를 조속히 확정하여 법률관계의 안정을 도모할 수 있는 법적 수단이 마련되어 있다.

(3) 이와 같이 자진신고자 감면제도의 취지 및 목적, 처분시한 제도의 도입취지 및 법적성격, 사업자의 법적 안정성의 침해를 최소화하는지 등의 여러 사정을 종합하여 보면, 외국 경쟁당국에 한 자진신고일 시점을 곧바로 공동행위의 종기로 볼 수 없다.

☞ 자동차 부품인 얼터네이터(자동차용 발전기)의 제조·판매업을 영위하는 사업자들인 원고 등이 전 세계의 자동차 얼터네이터 시장을 대상으로 한 부당한 공동행위에 대하여 피고가 시정명령 및 과징금납부명령을 하자 원고가 취소를 구한 사안에서, 외국 경쟁당국에 자진신고한 시점을 부당한 공동행위의 종기로 보아 처분시효가 완성되었다고 판단한 원심을 파기한 사안임.

## **2021두60748 정부출연금전액환수 등 처분취소청구 (사) 파기환송**

### **[정부출연금 전액환수 및 참여제한에 관한 2차 통지의 취소를 구하는 사건]**

◇구 중소기업 기술혁신 촉진법(2017. 3. 21. 법률 제14683호로 개정되기 전의 것) 제31조, 제32조에 따른 정부출연금 전액환수 및 참여제한에 관한 1차 통지가 이루어진 뒤, 원고들의 이의신청에 따라 재심의를 거쳐 2차 통지가 이루어진 경우 2차 통지의 처분성 인정 여부◇

#### 가. 관련 법리

(1) 항고소송의 대상인 ‘처분’이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(행정소송법 제2조 제1항

제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치 행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결 등 참조).

(2) 한편, 선행처분의 내용 중 일부만을 소폭 변경하는 후행처분이 있는 경우 선행처분도 후행처분에 의하여 변경되지 아니한 범위 내에서 존속하고, 후행처분은 선행처분의 내용 중 일부를 변경하는 범위 내에서 효력을 가지지만, 선행처분의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 후행처분을 한 경우에는 선행처분은 특별한 사정이 없는 한 그 효력을 상실한다(대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두20782, 20799 판결 등 참조).

나. 이러한 법리에 비추어 기록에 나타난 이 사건 사실관계를 살펴보면, 이 사건 2차 통지는 선행처분인 이 사건 1차 통지의 주요 부분을 실질적으로 변경한 새로운 처분으로서 항고소송의 대상이 된다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 우선 이 사건 1차 통지는 제재적 행정처분이 가지는 외관을 모두 갖춘 것으로 국민의 권리·의무에 직접적으로 영향을 미치는 공권력의 행사로서 처분에 해당한다.

(2) 이 사건 2차 통지는 이 사건 1차 통지의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 새로운 처분으로 볼 수 있고, 따라서 이 사건 2차 통지로 인하여 선행처분인 이 사건 1차 통지는 소멸하였다고 봄이 타당하다. 이 사건 1차 통지서에는 '이의신청 시 명기된 제재기간이 변경될 수 있습니다.'라고 기재되어 있고, 이 사건 2차 통지서에는 제재조치위원회에서 심의한 결과를 통지한다는 취지로 기재되어 있는데, 그 문언상 종전 통지와 별도로 심의·의결하였다는 내용임이 명백하다. 또한 이는 단순히 이의신청을 받아들이지 않는다는 내용에 그치는 것이 아니라, 이의신청의 내용을 기초로 원고들에 대한 제재사유의 존부 및 제재의 내용에 대하여 다시 심의한 결과에 따라 참여제한 및 환수처분을 한다는 내용을 알리는 것이므로, 새로운 제재조치의 통지에 해당한다고 볼 수 있다. 또한 참여제한기간이 '2019. 7. 19.부터 2022. 7. 18.까지'에서 '2019. 11. 8.부터 2022. 11. 7.까지'로, 환수금 납부기한이 '2019. 8. 2.까지'에서 '2019. 11. 18.까지'로 각 변경되었다.

(3) 피고는 당초 원고들에게 이 사건 1차 통지를 하면서 위 처분에 이의가 있는 경우 이의신청을 할 수 있고 아울러 처분이 있음을 알게 된 날로부터 90일 이내에 행정심판

또는 행정소송을 제기할 수 있다는 등의 불복방법을 고지하였다. 그럼에도 피고는 이 사건 1차 통지일로부터 90일이 지난 시점에 원고들에게 이 사건 2차 통지를 하면서 다시 행정심판 또는 행정소송에 의한 불복방법을 고지하였다. 이에 비추어 보면, 피고도 이 사건 2차 통지가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 인식하고 있었다고 할 것이다.

(4) 또한 위와 같이 이 사건 1차 통지와 이 사건 2차 통지 각각에 대하여 행정소송 등 불복방법에 관한 고지를 받은 당사자로서는 당초의 이 사건 1차 통지에 대해서는 이의신청을 하여 재심을 받거나 곧바로 행정소송 등을 제기하는 방법 중에서 선택할 수 있다고 이해하게 될 것이고, 그중 이의신청을 한 당사자가 그에 따른 재심의 결과에 대하여 따로 행정소송 등을 제기하여 다툴 수 있을 것으로 기대한다고 하여 이를 잘못이라고 할 수는 없다. 그러므로 피고가 이 사건 2차 통지를 하면서 그에 대한 행정소송 등을 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 내에 제기할 수 있다고 명시적으로 안내한 것은 그 상대가 된 원고들에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명한 것에 해당한다 할 것인데, 원고들이 그 안내를 신뢰하고 90일의 기간 내에 이 사건 행정소송을 제기하였음에도 이 사건 2차 통지가 행정소송의 대상으로서의 처분성이 없다고 한다면, 원고들로서는 피고의 견해표명을 신뢰한 데 따른 이익을 침해받게 될 것임이 명백하다. 그러므로 행정상 법률관계에서의 신뢰보호의 원칙에 비추어 보더라도 이 사건 2차 통지는 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 봄이 상당하다.

☞ 구 중소기업 기술혁신 촉진법(2017. 3. 21. 법률 제14683호로 개정되기 전의 것) 제31조 제1항, 제32조 제1항에 따라 정부출연금 전액환수 및 참여제한에 관한 1차 통지가 이루어진 뒤, 원고들의 이의신청에 따라 재심을 거쳐 2차 통지가 이루어진 사안에서, 원고들은 2차 통지의 취소를 구함

☞ 원심은 2차 통지가 1차 통지에 대한 원고들의 이의신청을 받아들이지 아니한다는 사실을 안내하는 취지로서, 1차 통지를 그대로 유지함을 전제로 피고의 업무처리 적정 및 원고들의 편의를 위한 조치에 불과하므로 원고들의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지 않아 행정처분에 해당하지 않는다고 판단하였음. 그러나 대법원은, 2차 통지가 이 사건 1차 통지의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 새로운 처분으로 볼 수 있다고 판단하여 원심판결을 파기환송하였음

## 2020수30 국회의원선거무효 (자) 청구기각

[전국적인 선거부정행위가 있음을 이유로 2020. 4. 15. 실시된 제21대 국회의원 선거 중 인천 연수구 을 지역구 국회의원 선거의 무효 등을 청구한 사안]

### ◇선거소송의 주장·증명책임의 소재◇

공직선거법 제222조에 규정된 선거소송은 선거의 적법성을 실현하기 위한 소송으로, 그 결과에 따라 선거를 통해 구성된 국가기관의 지위에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 선거 무효사유의 심리와 판단은 신중히 이루어져야 한다.

선거무효사유는 선거라는 일련의 과정에서 선거에 관한 규정을 위반한 사실이 있고, 그로써 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정될 때에 한하여 인정되는데, 공직선거법 관련 법령이 선거인명부의 작성, 투표에서부터 개표 및 그 결과의 공표 과정에 이르기까지 모든 과정에서 투표참관인 또는 개표참관인 등의 참여를 보장하는 등 선거 전반에 걸친 선거관리위원회의 선거관리 과정이 후보자를 추천한 정당을 비롯한 외부에 공개된다.

이와 같은 선거소송의 성격과 그 결과의 중대성, 공직선거법에 규정된 선거관리 체계 및 절차 등에 비추어 보면, 선거의 결과에 이의를 제기하여 법원에 소송을 제기하는 사람은 선거에 관한 규정에 위반된 사실에 관하여 그 위반의 주체, 시기, 방법 등을 구체적으로 주장·증명하거나 적어도 선거에 관한 규정에 위반된 사실의 존재를 합리적이고 명백하게 추단할 수 있는 사정이 존재한다는 점을 구체적인 주장과 증거를 통하여 증명할 것이 요구된다. 이와 달리 선거 관련 규정에 위반되었다는 사실과 구체적·직접적으로 어떠한 관련이 있다는 것인지 알기 어려운 단편적·개별적인 사정과 이에 근거한 의혹만을 들어 선거소송을 제기하여 그 효력을 다투는 것으로 선거무효사유의 증명책임을 다하였다고 볼 수는 없다.

☞ 원고는 2020. 4. 15. 실시된 제21대 국회의원 선거 과정 전반에 걸쳐 부정선거 행위가 있었다는 이유로 이 사건 선거무효 소송을 제기함

☞ 이 사건에 관하여 증거보전된 투표지를 재검표 하고, 재검표 절차에서 선별된 투표지에 대하여 감정 절차를 실시하였으며, 사전투표지의 QR코드를 판독하여 그 내용을 확인하고, 그 밖에 중앙선거관리위원회 전산센터 현장검증, 투표지 분류기 제작업체, 프린터기 제작업체 등에 대한 사실조회, 투표관리관에 대한 증인신문 등의 증거조사를 실시하였고, 그 밖에 쌍방이 제출한 증거 등에 관한 조사를 하였음

☞ 대법원은 선거소송의 주장·증명 책임의 법리에 비추어, 원고의 주장은 선거무효사유에 해당하는 부정선거의 실행 주체의 존부 및 방법을 구체적으로 증명하지 못한 채 의혹을 제기하는 것에 그칠 뿐, 선거소송에서 요구되는 증명책임을 다한 것으로 볼 수 없다고 보았음

☞ 나아가 원고가 사전투표-개표-증거보전 이전 단계에서 존재하였다고 주장하는 구체적인 선거무효 사유 주장 또한 증거조사 결과에 비추어 받아들일 수 없다고 판단하였음

**2021추5050 조례안재의결무효확인 (타) 청구기각**

**[부산광역시 공동주택 관리에 관한 감사 조례 일부개정 조례안(이하 ‘이 사건 조례안’이라 한다)에 대한 재의결 무효확인을 구하는 사건]**

◇공동주택관리법 제93조 제4항에 따라 시장이 감사를 실시할 수 있는 경우로 공공주택 특별법에 따른 공공주택 임차인 등이 감사를 요청하는 경우와 시장이 이들의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 등을 규정한 이 사건 조례안 규정들이 공동주택관리법에 위반되는지 여부(소극)◇

조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위배되는 것은 아니라고 보아야 한다(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006추38 판결 참조).

공동주택관리법의 입법목적과 지방자치단체의 장에게 공동주택관리에 관한 감독권한을 부여한 취지 등에 비추어 보면, 공동주택의 관리에 관한 사항은 각 지방자치단체가 주민의 주거복지의 실현을 위하여 그 지역의 실정에 맞게 규율할 수 있는 사무이고, 2015. 12. 29. 개정된 공동주택관리법 제2조 제1항 제6호에서 임대주택의 임차인을 사용자에서 제외하는 것을 임대주택 임차인의 보호 필요성을 부정하여 법률상 보호 대상에서 제외하는 취지에서 개정된 것으로 볼 수 없다. 공동주택관리법 제93조 제4항은 입주자등의 감사 요청이 없는 경우라 하더라도 ‘공동주택관리의 효율화’와 ‘입주자등의 보호’를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 지방자치단체의 장이 감사를 실시할 수 있도록 하는데, 이 사건 조례안 제2조 제2항이 공공주택 특별법에 따른 공공주택 임차인 등의 감사 요청이 있거나 이들의 보호를 위하여 필요한 경우를 감사 실시 사유로 규정한 것은 공동주택관리의 효율화와 무관하다고 볼 수 없으므로, 이 사건 조례안 규정들은 상위법령에 위반되었다고 볼 수 없다.

☞ ‘부산광역시 공동주택 관리에 관한 감사 조례 일부개정 조례안’에 대한 재의결에 대하여 부산시장이 무효확인을 구한 사안으로, 위 조례안 제1조, 제2조 제2항에서 공공주택 특별법에 따른 공공주택 임차인 등을 보호대상으로 정하고, 이들의 감사 요청 시 시장이 공공주택에 대한 감사를 실시할 수 있도록 규정한 것은 공동주택관리법 규정과의

형식상 차이에도 불구하고 입법취지에 반하지 아니하여 공동주택관리법 등 상위법령에 반한다고 볼 수 없다는 이유로, 부산시장의 조례안 재의결 무효확인 청구를 기각한 사안임

## 2021추5067 조례안재의결무효확인 (타) 청구기각

### [부산광역시 건축조례 일부개정 조례안(이하 '이 사건 조례안'이라 한다)에 대한 재의결의 무효확인을 구하는 사건]

◇건축위원회의 위원이 되려는 자에게 정보공개동의서에 서명하도록 하고, 건축위원회의 회의를 녹취하도록 하며, 행정사무조사 시 위원 전원의 실명으로 회의록을 제출하도록 한 이 사건 조례안 규정들이 법률유보원칙, 개인정보 보호법 등 상위법령에 위배되는지 여부(소극)◇

「부산광역시 건축조례 일부개정 조례안」(이하 '이 사건 조례안'이라 한다) 제5조 제2항이 건축위원회의 위원이 되려는 자에게 정보공개동의서에 서명하도록 한 것은 위원회의 조직·운영에 관한 사항에 포함되고, 이는 위원의 임명, 위원회의 운영 등에 관한 사항을 조례로 정하도록 위임한 건축법 제4조 제5항, 건축법 시행령 제5조의5 제6항에 근거한 것으로 법률유보원칙에 반한다고 볼 수 없다.

이 사건 조례안 제9조 제7항이 건축위원회의 회의록과 함께 녹취 기록을 작성하도록 하였던이라도, 공공기록물법의 취지에 비추어 보면 공공기록물법 시행령 제18조 제2항에서 영구기록물관리기관의 장이 지정하는 일정한 회의에 대하여 회의록과 함께 속기록이나 녹음기록 중 어느 하나를 생산하도록 규정한 것이 영구기록물관리기관의 장이 지정하지 않은 회의에 대하여 회의록 외에 추가적인 기록물 생산을 금지하는 취지로는 해석되지 않으므로 공공기록물법령에 위반된 것으로 볼 수 없다.

이 사건 조례안 제9조 제8항은 행정사무조사 시 위원 전원의 실명으로 회의록을 제출하게 하는데, 이는 지방의회가 행정사무조사 시 서류제출 요구를 할 수 있도록 규정한 구 지방자치법 제41조 제4항, 정보주체의 동의를 받거나 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 개인정보처리자가 개인정보를 수집하여 그 수집 목적의 범위에서 이용하거나 제3자에게 제공할 수 있도록 한 개인정보 보호법 제15조 제1항 제1호, 제3호와 제17조 제1항이 예정하고 있는 사항을 구체화한 것이므로 법률유보원칙에 반하지 아니한다.

☞ '부산광역시 건축조례 일부개정 조례안'에 대한 재의결에 대하여 부산시장이 무효확인을 구한 사안으로, 건축위원회의 위원이 되려는 자에게 정보공개동의서에 서명하도록 하

고, 위원회의 회의를 녹취하도록 하며, 행정사무조사 시 위원 전원의 실명으로 회의록을 제출하도록 한 조례안 규정들이 법률유보원칙이나 개인정보 보호법 등에 위반된다고 볼 수 없다는 이유로 부산시장의 조례안 재의결 무효확인 청구를 기각한 사안임