



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2022년 9월 15일

제642호

민사

1 2022. 7. 28. 선고 2017다16747, 16754 판결 [손해배상(기)·손해배상(기)] … 1719

법원이 과실상계를 함에 있어서 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다른 경우, 피해자의 과실을 평가하는 방법 / 공동불법행위자의 관계는 아니지만 부진정연대채무 관계가 인정되는 경우, 과실상계를 할 때 반드시 채권자의 과실을 채무자 전원에 대하여 전체적으로 평가하여야 하는지 여부(소극) / 손해배상사건에서 과실상계 또는 책임제한에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 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. 그런데 공동불법행위자의 관계는 아니지만 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무가 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 한쪽의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 쪽의 채무도 소멸하는 관계에 있기 때문에 부진정연대채무 관계가 인정되는 경우가 있다. 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.

2 2022. 7. 28. 선고 2017다204629 판결 (소유권이전등기말소등) 1721

부동산에 대한 취득시효 제도의 취지 / 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 하고 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우, 그 점유가 취득시효의 기초가 되는 점유인지 여부(원칙적 소극) 및 위 점유를 취득시효의 기초가 되는 점유로 볼 수 있는 예외적인 경우

부동산에 대한 취득시효 제도의 존재이유는 부동산을 점유하는 상태가 오랫동안 계속된 경우 권리자로서 외형을 지닌 사실 상태를 존중하여 이를 진실한 권리관계로 하여 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 하여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하고 있으므로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요도 없기 때문이다. 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 하여 보호하고 증명곤란을 구제할 필요가 있는 예외적인 경우에는, 자기 소유 부동산에 대한 점유도 취득시효를 인정하기 위해 기초가 되는 점유로 볼 수 있다.

3 2022. 7. 28. 선고 2017다245330 판결 (근저당권말소) 1724

유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항이 사인증여에 준용되는지 여부(원칙적 적극)

민법 제562조는 사인증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다고 정하고 있고, 민법 제1108조 제1항은 유증자는 유증의 효력이 발생하기 전에 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유증 전부나 일부를 철회할 수 있다고 정하고 있다. 사인증여는 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 무상행위로 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 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.

4 2022. 7. 28. 선고 2017다286492 판결 [청구이의] 1725

개인채무자가 면책결정이 확정되었는데도 파산채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 면책 사실을 주장하지 아니하여 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 그 후 면책된 사실을 내세워 청구이의의 소를 제기할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

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.

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.

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 청구이의의 소를 제기할 수 있다.

면책결정이 확정되었는데도 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 확정된 경우에 개인채무자가 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 위험에서 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.

5 2022. 7. 28. 선고 2019다29853 판결 (건물명도등) 1728

[1] 민법 제1026조 제3호에서 정한 법정단순승인 사유 중 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’에 해당하기 위해서는 상속인이 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사가 있을 것을 필요로 하는지 여부(적극) 및 그 증명책임의 소재(=이를 주장하는 측)

[2] 민법 제1026조 제3호의 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’에 해당하는지 판단할 때 법원이 고려하여야 할 사항

[3] 甲의 상속인인 乙과 丙에게 부과된 상속세를 乙이 모두 납부한 후 丙을 상대로 구상금 청구의 소를 제기하였고, 丙은 乙을 상대로 상속재산분할심판청구를 하였는데, 丙이 사망하자 그 상속인인 丁 등이 위 소송과 상속재산분할심판절차를 수계하였으며, 丁은 한정승인신고를 하면서 상속재산목록에 적극재산이 전혀 없다고 기입한 사안에서, 丁이 상속재산이 있다는 사실을 알면서도 이를 재산목록에 기입하지 않았다는 사정만을 들어 민법 제1026조 제3호의 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’에 해당한다고 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 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, 위 규정에 해당하기 위해서는 상속인이 어떠한 상

속재산이 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.

- [2] 민법은 상속에 있어 법적 안정성이라는 공익을 도모하기 위하여 포괄·당연 승계주의를 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, 법원으로서 위와 같은 한정승인제도의 취지와 의의를 염두에 두고 민법 제1026조 제3호의 의미와 효과를 고려하여, 민법 제1026조 제3호의 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’에 해당하는지를 신중하게 판단하여야 한다. 한정승인에 의한 청산절차에서 재산목록에 기재되었는지와 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 상속인으로서의 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.

- [3] 甲의 상속인인 乙과 丙에게 부과된 상속세를 乙이 모두 납부한 후 丙을 상대로 구상금 청구의 소를 제기하였고, 丙은 乙을 상대로 상속재산분할심판청구를 하였는데, 丙이 사망하자 그 상속인인 丁 등이 위 소송과 상속재산분할심판절차를 수계하였으며, 丁은 한정승인신고를 하면서 상속재산목록에 적극재산이 전혀 없다고 기입한 사안에서, 丁으로서 상속재산분할심판에서 법원의 판단에 따라 자신의 상속재산에 대한 권리 유무 및 범위가 달라질 입장에서 선불리 적극재산에 상속재산을 기입하기 어려웠을 것으로 보이므로, 丁에게 그 재산의 존재를 쉽게 알 수 없게 만들려는 의사, 즉 상속재산을 은닉하여 상속채권자를 사해할 의사가 있었다고 단정하기 어려운데도, 丁이 상속재산이 있다는 사실을 알면서도 이를 재산목록에 기입하지 않았다는 사정만 들어 민법 제1026조 제3호의 ‘고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때’에 해당

한다고 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

6 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결 (주식반환등) 1733

[1] 구 국제사법 제34조에서 정한 채무인수에는 면책적 채무인수뿐만 아니라 병존적 채무인수도 포함되는지 여부(적극) / 채권자, 채무자, 인수인 사이의 합의를 통해 병존적 채무인수가 이루어진 경우, 인수인이 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법(=채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법)

[2] 구 국제사법 제25조 제1항에 따른 계약상 채무의 준거법(=채무자가 채권자와 계약을 체결하면서 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법) / 준거법에 관한 묵시적 선택을 인정할 때 고려하여야 할 사항

[3] 대한민국 국적인 甲이 乙 주식회사에 스위스법에 따라 설립된 丙 외국회사의 주식을 대여하기로 하는 약정을 체결한 후, 乙 회사 및 丙 회사와 3자간 주식상환약정을 체결하였는데, 丙 회사가 丁 외국회사에 흡수합병되자, 甲이 丁 회사를 상대로 丙 회사가 乙 회사의 甲에 대한 위 주식반환채무를 병존적으로 인수하였다고 주장하며 주식반환의무의 이행을 구한 사안에서, 위 주식대여계약에 관하여 적용할 준거법을 대한민국 법으로 정했다고 보는 것이 甲과 乙 회사의 묵시적 의사에 부합하므로, 甲이 丙 회사를 합병한 丁 회사를 상대로 주식의 반환을 구하는 법률관계에 적용되는 법은 대한민국 법이라고 한 사례

[1] 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정되기 전의 것) 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.

[2] 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정되기 전의 것) 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. 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.

- [3] 대한민국 국적인 甲이 乙 주식회사에 스위스법에 따라 설립된 丙 외국회사의 주식을 대여하기로 하는 약정을 체결한 후, 乙 회사 및 丙 회사와 3자간 주식상환약정을 체결하였는데, 丙 회사가 丁 외국회사에 흡수합병되자, 甲이 丁 회사를 상대로 丙 회사가 乙 회사의 甲에 대한 위 주식반환채무를 병존적으로 인수하였다고 주장하며 주식반환의무의 이행을 구한 사안에서, 위 3자간 주식상환약정은 乙 회사가 甲에게 부담하는 주식반환채무를 丙 회사가 병존적으로 인수하는 약정이므로, 인수인인 丙 회사와 채권자인 甲 사이의 법률관계에는 甲과 乙 회사 사이의 법률관계에 적용되는 준거법이 동일하게 적용되는데, 위 주식대여계약에서 甲과 乙 회사 사이에 준거법 선택에 관한 명시적 합의는 없지만, 甲이 주식을 대여하면서 그 대가로 대한민국 법정통화인 원화를 기준으로 산정한 이자를 지급받기로 한 점, 위 주식대여계약서는 한국어로 작성되어 있고 국문계약서 이외에 다른 언어로 작성된 계약서는 존재하지 않는 것으로 보이는 점, 그 밖에 甲의 국적이 대한민국이고 그 주소도 대한민국에 있으며 乙 회사의 설립 준거법이 대한민국 법이고 본점소재지 또한 대한민국에 있는 점 등 객관적 사정을 종합하면, 위 주식대여계약에 관하여 적용할 준거법을 대한민국 법으로 정했다고 보는 것이 甲과 乙 회사의 묵시적 의사에 부합하므로, 甲이 丙 회사를 합병한 丁 회사를 상대로 주식의 반환을 구하는 법률관계에 적용되는 법은 대한민국 법이라고 한 사례.

7 2022. 7. 28. 선고 2019다202146 판결 [손해배상] 1737

- [1] 증권 취득자가 사업보고서 제출 당시의 주식회사 대표이사에게 사업보고서의 허위 기재 등으로 입은 손해의 배상을 청구하는 경우, 배상의무자의 면책요건으로 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조 제1항 단서에서 정한 '상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음'의 의미

- [2] 대표이사가 부담하는 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행에 관한 감시의무의 내용 / 대규모 회사에서 대표이사와 업무담당이사가 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피하다는 사정만으로 대표이사가 다른 대표이사나 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면하는지 여부(원칙적 소극) 및 이러한 경우 구축하여야 할 내부통제시스템의 형태 / 대표이사가 회계부정이나 오류를 사전적으로 예방하고 사후적으로 적발·시정할 수 있는 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 하는 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무의 이행을 의도적으로 외면하여 다른 이사 등의 회계업무에 관한 위법한 업무집행을 방지하지 못한 경우, 감시의무를 게을리한 것인지 여부(적극) / 내부통제시스템이 합리적으로 구축되고 정상적으로 운영되었는지 판단하는 기준과 이에 관한 증명책임의 소재(=손해배상책임을 면하고자 하는 이사 등) 및 이는 회계업무와 관련하여 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률에 따른 내부회계관리제도가 도입되거나 재무담당임원(CFO)이 임명되어 있는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)
- [3] 민사재판에서 관련 형사사건 판결에서 인정된 사실을 배척할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률에 따른 감사업무를 수행할 때 감사인이 부담하는 주의의무의 내용 및 같은 법 제5조 제2항에 따라 마련된 회계감사기준이 감사인의 주의의무 위반 여부를 판단할 때 주요한 기준이 되는지 여부(원칙적 적극) / 회계업무나 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 속한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있는 경우, 이에 대한 감사절차를 통상의 경우보다 엄격하게 진행하여야 하는지 여부(적극)
- [5] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제170조 제1항, 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항에 근거한 감사보고서의 거짓 기재로 인한 손해배상책임의 경우, 감사인은 손해의 전부 또는 일부와 감사보고서의 거짓 기재 사이에 인과관계가 없다는 점을 증명하여 책임의 전부 또는 일부를 면할 수 있는지 여부(적극) 및 이러한 인과관계 부존재 사실을 증명하는 방법 / 허위공시 등 위법행위 이후 주식 가격의 형성이나 그 위법행위 공표 이후 주식 가격의 하락이 해당 허위공시 등 위법행위 때문인지가 불분명하다는 증명만으로 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제170조 제2항에 따른 손해액의 추정이 깨지는지 여부(소극) / 허위공시 등의 위법행위가 있었던 사실이 정식

으로 공표되기 전에 투자자가 매수한 주식을 모두 처분하였다는 사실의 증명만으로 인과관계 부존재가 증명되었다고 할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 위 법리는 주권의 거래로 인한 손해액 산정뿐만 아니라 신주인수권증권의 거래로 인한 손해액 산정에서도 그대로 적용되는지 여부(적극)

[6] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조, 제170조가 적용되는 손해배상청구소송에서도 과실상계 또는 책임제한을 할 수 있는지 여부(적극) 및 이 경우 과실상계 또는 책임제한에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(적극)

[1] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자본시장법’이라 한다) 제162조 제1항의 규정을 근거로 증권의 취득자가 사업보고서를 제출할 당시의 주식회사 대표이사에 대하여 사업보고서의 허위 기재 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·공시 업무와 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 허위 기재 등이 없다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있었고 또한 실제로 그렇게 믿었음’을 증명하는 것을 뜻한다.

[2] 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. 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 대표이사와 업무담당이사가 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라고 할지라도 그러한 사정만으로 다른 대표이사나 이사들의 업무집행에 관한 감

시의무를 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·감독의무를 이행을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 회계업무에 관한 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 대표이사로서 감시의무를 게을리하였다고 볼 수 있다.

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 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제 12383호로 개정되기 전의 것) 제162조에 근거한 손해배상책임을 면하고자 하는 이사 등이 이를 증명해야 한다. 이는 회계업무와 관련하여 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부 개정되기 전의 것)에 따른 내부회계관리제도가 도입되거나 재무담당임원(CFO)이 임명되어 있는 경우에도 마찬가지이다.

- [3] 관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유력한 증거자료가 되지만, 민사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 형사판결의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다. 더욱이 형사재판에서 유죄판결은 공소사실에 대하여 증거능력 있는 엄격한 증거에 의하여 법관으로 하여금 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가지게 하는 증명이 있다는 의미가 있는 반면, 무죄판결은 그러한 증명이 없다는 의미일 뿐이지 공소사실의 부존재가 증명되었다는 의미는 아니다.
- [4] 감사인은 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 외부감사법’이라 한다)에 따라 주식회사

에 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.

구 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.

- [5] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자본시장법’이라 한다) 제170조 제1항, 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부 개정되기 전의 것) 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 문제 된 감사보고서의 거짓 기재가 손해 발생에 아무런 영향을 미치지 않았다는 사실이나 부분적 영향을 미쳤다는 사실을 증명하는 방법 또는 간접적으로 문제 된 감사보고서의 거짓 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.

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 갈음한다고 평가할 만한 유사정보(예컨대 외부감사인의 한정 의견처럼 회계투명성을 의심하게 하는 정보, 회사의 재무불건전성을 드러내는 정보 등)의 누출이 사전에 조금씩 일어나기 쉽다는 점에서 더욱 공표 전 매각분이라는 사실 자체의 증명만으로 인과관계 부존재가 증명되었다고 보기는 어렵다.

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.

- [6] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것) 제162조, 제170조가 적용되는 손해배상청구소송의 경우에도 손해의 공평한 부담이라는 손해배상법의 기본 이념이 적용되어야 하므로, 피해자에게 손해의 발생과 확대에 기여한 과실이 있는 사정을 들어 과실상계를 하거나 공평의 원칙에 기하여 책임을 제한할 수 있다.

주식 가격의 변동요인은 매우 다양하고 여러 요인이 동시에 복합적으로 영향을 미치므로 어느 특정 요인이 언제 어느 정도의 영향력을 발휘한 것인지를 가늠하기가 극히 어렵다. 따라서 사업보고서 등이나 감사보고서의 거짓

기재 이외에도 매수한 때부터 손실이 발생할 때까지의 기간 동안 해당 기업이나 주식시장의 전반적인 상황의 변화 등도 손해 발생에 영향을 미쳤을 것으로 인정되거나 성질상 그와 같은 다른 사정에 의하여 생긴 손해액을 일일이 증명하는 것이 극히 곤란한 경우가 있다. 이러한 경우 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그러한 사정을 들어 손해배상액을 제한할 수 있다. 한편 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.

8 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결 (부당이득금) 1749

- [1] 민사소송법 제79조에 따른 독립당사자참가소송의 본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우, 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 한도에서 항소 또는 부대항소를 제기하지 않은 당사자에게 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경될 수 있는지 여부(적극) / 항소 또는 부대항소를 제기하지 않은 당사자의 청구에 관하여 항소심에서 판결 주문이 선고되지 않고 독립당사자참가소송이 그대로 확정된 경우, 취소되거나 변경되지 않은 제1심판결의 주문에 대하여 기판력이 발생하는지 여부(적극)
- [2] 부당이득반환청구에서 계약의 불성립, 취소, 무효, 해제 등의 사유 중 어느 사유를 주장하여 패소한 경우, 다른 사유를 주장하여 청구하는 것이 기판력에 저촉되는지 여부(적극) / 판결의 기판력이 그 소송의 변론종결 전에 당사자가 알 수 있었거나 또는 알고서 이를 주장하지 않았던 사항에 한해서만 미치는지 여부(소극)
- [1] 민사소송법 제79조에 따른 독립당사자참가소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고와 독립당사자참가인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태이다. 독립당사자참가가 적법하다고 인정되어 원고, 피고와 독립당사자참가인 간의 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 제1심판결 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. 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 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다.

그러나 판결 결론의 합일확정을 위하여 항소 또는 부대항소를 제기한 적이 없는 당사자의 청구에 대한 제1심판결을 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 제1심판결의 주문에 대하여 기판력이 발생한다.

- [2] 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.

9 2022. 7. 28. 선고 2021다215909 판결 (보험금) 1753

- [1] 보증신용장에 의한 보증의 의미 / 보증신용장에 따른 지급의무는 오로지 보증신용장 조건에 따라 결정되는지 여부(적극) 및 보증신용장에 지급청구의 조건이 기재되어 있으나 그에 관한 서류를 제출하도록 정해져 있지 않은 경우, 위 조건을 지급청구의 적법 요건으로 볼 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 보증신용장에 의한 보증에서 보증은행 등에 대한 수익자의 보증금 청구가 권리남용에 해당한다고 인정하기 위한 요건
- [1] 보증신용장(Stand-by Letter of Credit)에 의한 보증은 수익자가 보증신용장 조건과 일치하는 지급청구를 하는 경우 보증신용장이 발행된 기초계약상 의무 불이행 여부와 상관없이 수익자에 대한 보증신용장에 기재된 금액의 지급의무가 인정되는 보증이다[제6차 개정 신용장통일규칙(이하 ‘UCP 600’이라 한다) 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 요건

으로 볼 수 없다(UCP 600 제14조 h항 참조).

- [2] 보증신용장에 따른 보증에 대하여 무인성과 추상성이 인정되더라도 신의성실의 원칙이나 권리남용금지의 원칙마저 그 적용이 완전히 배제되는 것은 아니다. 수익자가 실제로는 보증의뢰인에게 아무런 권리가 없는데도 위와 같은 보증신용장의 추상성과 무인성을 악용하여 보증은행 등에 청구를 하는 것이 객관적으로 명백할 때에는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없고, 이와 같은 경우에는 보증은행 등으로서도 수익자의 청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있다. 다만 원인관계와 단절된 추상성과 무인성이라는 보증신용장의 본질적 특성을 고려하면, 수익자가 보증금을 청구할 당시 보증의뢰인에 대하여 아무런 권리가 없음이 객관적으로 명백하여 수익자의 형식적인 법적 지위남용이 별다른 의심 없이 인정될 수 있는 경우가 아니라면 권리남용을 쉽게 인정해서는 안 된다.

10 2022. 7. 28. 선고 2021다235132 판결 (부당이득금) 1757

- [1] 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명확하게 정하지 않은 경우, 그 법률행위의 효력을 판단하는 방법
- [2] 의사인 甲이 乙 재단법인과 乙 법인이 개설한 병원에 관해 경영위탁계약을 체결한 후 직접 진료도 하면서 병원을 운영하였는데, 위 계약이 의료법인 등이 다른 자에게 그 법인의 명의를 빌려주는 것을 금지하는 의료법 제33조 제10항에 위반되어 무효인지 문제 된 사안에서, 제반 사정을 종합하면 乙 법인이 의료법 제33조 제10항을 위반하여 의사인 甲에게 명의를 대여한 행위가 그 사법상 효력까지 부정해야 할 정도로 현저히 반사회성을 지닌 것이라고 단정할 수 없으므로, 위 경영위탁계약이 무효라고 볼 수 없다고 한 사례
- [3] 공익법인의 설립·운영에 관한 법률 제2조에서 정한 ‘공익법인’의 의미
- [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 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 사회

적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 효력을 판단해야 한다.

- [2] 의사인 甲이 乙 재단법인과 乙 법인이 개설한 병원에 관해 경영위탁계약을 체결한 후 직접 진료도 하면서 병원을 운영하였는데, 위 계약이 의료법인 등이 다른 자에게 그 법인의 명의를 빌려주는 것을 금지하는 의료법 제33조 제10항에 위반되어 무효인지 문제 된 사안에서, 의료법 제33조 제10항은 “의료기관을 개설·운영하는 의료법인 등은 다른 자에게 그 법인의 명의를 빌려주어서는 아니 된다.”라고 정하고 있는데, 위 조항에서 정하는 ‘다른 자’에는 비의료인뿐만 아니라 의료인도 포함되는바, 위 경영위탁계약은 그 실질이 의료법인 등이 다른 의료인에게 명의를 대여하는 것으로서 의료법 제33조 제10항에 위반되기는 하나, 특별한 사정이 없는 한 의료인이 병원을 운영하고 질병 치료를 위한 진료행위를 한다는 사실에서 정상적인 의료기관과 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵고, 반대로 비의료인의 의료기관 개설행위 금지규정 등과 비교하면 국민보건상 위험성에 영향을 미치는 정도가 달라 불법성 측면에서 본질적인 차이가 존재하는 점 등을 종합하면, 乙 법인이 의료법 제33조 제10항을 위반하여 의사인 甲에게 명의를 대여한 행위가 그 사법상 효력까지 부정해야 할 정도로 현저히 반사회성을 지닌 것이라고 단정할 수 없으므로, 위 경영위탁계약이 무효라고 볼 수 없다고 한 사례.

- [3] 공익법인의 설립·운영에 관한 법률(이하 ‘공익법인법’이라 한다) 제2조는 “이 법은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인(이하 ‘공익법인’이라 한다)에 대하여 적용한다.”라고 정하고 있으며, 위 법 시행령 제2조는 제1항과 제2항에서 법 제2조의 공익법인의 범위를 구체적으로 한정하고 있다.

공익법인법 제2조에서 정하는 공익법인은 민법 제32조에서 정한 비영리법인 중 순수한 학술, 자선 등 위 시행령 제2조 제1항 각호에서 정한 사업을 목적으로 하는 법인 또는 주로 위와 같은 순수한 학술, 자선 등의 사업을 목적으로 하면서 그와 함께 부수적으로 그 밖의 사업을 함께 수행하는 법인을 말한다.

11 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결 (구상금) 1761

- [1] 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 ‘대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때’의 요건을 갖추지 않았더라도 대법원이 실제법 해석적용의 잘못에 관하여 판단할 수 있는 경우

- [2] 甲이 乙 신용보증재단과의 신용보증약정에 따라 丙 은행으로부터 대출을 받았고, 丁은 신용보증약정에 따라 발생하는 甲의 乙 재단에 대한 모든 채무를 연대보증하였는데, 이후 신용보증사고가 발생하자 乙 재단이 甲을 대위하여 丙 은행에 원리금 채무를 변제하였고, 한편 乙 재단은 서민의 금융생활 지원에 관한 법률에 따라 설립된 신용회복위원회와 신용회복지원협약을 체결하였는데, 甲이 신용회복위원회에 채무조정 신청을 하여 甲과 乙 재단 사이에 채무 원리금 합계액을 감경하고 원리금을 분할상환하는 내용의 채무조정합의가 성립되었으며, 그 후 乙 재단이 丁을 상대로 구상금채무의 이행을 구한 사안에서, 乙 재단은 신용회복위원회로부터 甲의 채무조정 신청을 통지받은 이후부터 채무조정의 효력이 상실되기 전까지는 甲과 연대보증인인 丁에 대하여 채권추심을 위한 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소합의를 하였다고 봄이 타당하다고 한 사례
- [1] 소액사건에서 구체적 사건에 적용할 법령의 해석에 관한 대법원 판례가 아직 없는 상황에서 같은 법령의 해석이 쟁점으로 되어 있는 다수의 소액사건들이 하급심에 계속되어 있을 뿐 아니라 재판부에 따라 엇갈리는 판단을 하는 사례가 나타나고 있는 경우, 소액사건이라는 이유로 대법원이 법령의 해석에 관하여 판단을 하지 않은 채 사건을 종결하고 만다면 국민생활의 법적 안정성을 해칠 우려가 있다. 이와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 ‘대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때’의 요건을 갖추지 않았다고 하더라도 법령해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 수행하는 차원에서 실체법 해석적용의 잘못에 관하여 판단할 수 있다.
- [2] 甲이 乙 신용보증재단과의 신용보증약정에 따라 丙 은행으로부터 대출을 받았고, 丁은 신용보증약정에 따라 발생하는 甲의 乙 재단에 대한 모든 채무를 연대보증하였는데, 이후 신용보증사고가 발생하자 乙 재단이 甲을 대위하여 丙 은행에 원리금 채무를 변제하였고, 한편 乙 재단은 서민의 금융생활 지원에 관한 법률에 따라 설립된 신용회복위원회와 신용회복지원협약을 체결하였는데, 甲이 신용회복위원회에 채무조정 신청을 하여 甲과 乙 재단 사이에 채무 원리금 합계액을 감경하고 원리금을 분할상환하는 내용의 채무조정합의가 성립되었으며, 그 후 乙 재단이 丁을 상대로 구상금채무의 이행을 구한 사안에서, 乙 재단은 신용회복위원회와 위 협약을 체결함으로써 신용회복위원회로부터 甲의 채무조정 신청을 통지받은 이후부터 채무조정의 효력이 상실되기 전까지는 甲과 연대보증인인 丁에 대하여 채권추심을 위한 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소합의를 하였다고 봄이 타당하고, 丁으로서는 위

협약에 따라 乙 재단의 구상금 청구에 대해 부제소합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있는데도, 이와 달리 본 원심판결에 범리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

12 2022. 7. 28. 선고 2022다225910 판결 (손해배상(자)) 1764

[1] 국가배상법 제5조 제1항에 규정된 ‘영조물 설치·관리상의 하자’의 의미 및 그 판단 기준

[2] 甲 등이 원동기장치자전거를 운전하던 중 ‘卜’ 형태의 교차로에서 유턴하기 위해 신호를 기다리게 되었고, 위 교차로 신호등에는 유턴 지시표지 및 그에 관한 보조표지로서 ‘좌회전 시, 보행신호 시 / 소형 승용, 이륜에 한함’이라는 표지가 설치되어 있었으나, 실제 좌회전 신호 및 좌회전할 수 있는 길은 없었는데, 甲이 위 신호등이 녹색에서 적색으로 변경되어 유턴을 하다가 맞은편 도로에서 직진 및 좌회전 신호에 따라 직진 중이던 차량과 충돌하는 사고가 발생하자, 甲 등이 위 교차로의 도로관리청이자 보조표지의 설치·관리주체인 지방자치단체를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 위 표지에 위 신호등의 신호체계 및 위 교차로의 도로구조와 맞지 않는 부분이 있더라도 거기에 통상 갖추어야 할 안전성이 결여된 설치·관리상의 하자가 있다고 보기 어렵다고 한 사례

[1] 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.

[2] 甲 등이 원동기장치자전거를 운전하던 중 ‘卜’ 형태의 교차로에서 유턴하기 위해 신호를 기다리게 되었고, 위 교차로 신호등에는 유턴 지시표지 및 그에 관한 보조표지로서 ‘좌회전 시, 보행신호 시 / 소형 승용, 이륜에 한함’이라는 표지가 설치되어 있었으나, 실제 좌회전 신호 및 좌회전할 수 있는 길은 없었는데, 甲이 위 신호등이 녹색에서 적색으로 변경되어 유턴을 하다가 맞은편 도로에서 직진 및 좌회전 신호에 따라 직진 중이던 차량과 충돌하는 사고

가 발생하자, 甲 등이 위 교차로의 도로관리청이자 보조표지의 설치·관리주체인 지방자치단체를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 위 표지는 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 소통을 확보할 목적으로 설치된 교통안전 시설이므로 그 내용이 설치 장소의 구조나 상황, 신호체계에 부합되어야 함이 원칙이고, 특히 위 표지는 도로에서 자동차 등을 운전하는 자(이하 ‘운전자’라고 한다)로 하여금 어떤 신호가 켜져 있을 때 유턴을 할 수 있는지 알리는 역할을 하는 유턴 보조표지이므로 그 표지의 내용으로 인하여 운전자에게 착오나 혼동이 발생하는 경우 교통사고 발생의 위험성이 크게 증가할 수 있다는 측면에서도 더욱 그러한데, 위 표지의 내용으로 인하여 운전자에게 착오나 혼동을 가져올 우려가 있는지 여부는 일반적이고 평균적인 운전자의 인식을 기준으로 판단하여야 하는바, 위 표지에 따르면 좌회전 신호이거나 혹은 보행자 신호등이 녹색 신호일 때 유턴이 가능하다는 의미로 이해되지만, 위 교차로에는 좌회전할 도로가 설치되어 있지 않았고 신호등에도 좌회전 신호가 없었으므로 일반적이고 평균적인 운전자라면 보행자 신호등이 녹색 신호일 때 유턴을 할 것으로 보이는 점, 위 사고 이전에 위 표지가 잘못 설치되었다는 민원이 제기되지 않았고 위 표지로 인한 사고가 발생한 적이 없는 점을 고려하면, 위 표지에 위 신호등의 신호체계 및 위 교차로의 도로 구조와 맞지 않는 부분이 있더라도 거기에 통상 갖추어야 할 안전성이 결여된 설치·관리상의 하자가 있다고 보기 어려운데도, 위 표지에 설치·관리상의 하자가 있다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

13 2022. 7. 28. 선고 2022다231250 판결 (소유권이전등기) 1769

- [1] 해방 전부터 일본 정부, 기관, 국민, 법인, 단체 등이 소유한 대한민국 내 재산의 소유권 귀속관계
- [2] 1945. 8. 9. 이전에 국내에서 설립되어 그 주식 또는 지분이 일본 기관, 국민 또는 단체에 소속되었던 영리법인 또는 조합이 소유하던 재산이 귀속재산인지 여부(소극) 및 여기서 ‘국내에서 설립된 영리법인’의 의미
- [1] 해방 전부터 일본 정부, 기관, 국민, 법인, 단체 등이 소유한 대한민국 내의 일체의 재산은 군정법령 제33호 제2조와 대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정 제5조에 의하여 대한민국 정부에 이양된 귀속재산처리법 제2조에서 말하는 귀속재산이고, 구 귀속재산처리에 관한 특별조치법(1963. 5. 29. 법률 제1346호, 실효) 제2조 제1호, 부칙(1963. 5. 29.) 제5조에 의하면 1964. 12. 31.까지 매매계약이 체결되지 아니한 귀속재산은 무상으로 국유로 한다고 규정되어 있으므로 그날까지 매각되지 아니한 귀속

재산은 1965. 1. 1.부터 국유재산이 된다.

- [2] 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. 여기에서 ‘국내에서 설립된 영리법인’이란 국내에 주된 사무소 또는 본점을 두고 설립된 법인을 의미한다고 해석하여야 한다.

가 사

14 2022. 7. 28. 자 2022스613 결정 (재산분할) 1771

이혼으로 인한 재산분할청구권이 채권자대위권의 목적이 될 수 있는지 여부(소극) 및 파산재단에 속하는지 여부(소극)

이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 청구인의 재산에 영향을 미치지만, 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 수는 없다. 오히려 이혼을 한 경우 당사자는 배우자, 자녀 등과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 재산분할청구권 행사 여부를 결정하게 되고, 법원은 청산적 요소뿐만 아니라 이혼 후의 부양적 요소, 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질 등도 고려하여 재산을 분할하게 된다. 또한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없어 채무자의 책임재산에 해당한다고 보기 어렵고, 채권자의 입장에서는 채무자의 재산분할청구권 불행사가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다. 이러한 사정을 종합하면, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 그 행사 여부가 청구인의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가지므로, 채권자대위권의 목적이 될 수 없고 파산재단에도 속하지 않는다고 보아야 한다.

일반행정

15 2022. 7. 28. 선고 2019두63447 판결 (압류처분무효확인) 1772

- [1] 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2에 의하여 제3자를 상대로 한 추징의 집행은 범인에 대한 추징의 집행을 전제로 하는지 여부(적극)
- [2] 특정공무원범죄를 범한 범인이 사망한 경우, 범인에 대하여 재산형 등의 집행 및 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2에 따른 범인 외의 자를 상대로 한 추징의 집행을 할 수 있는지 여부(소극) / 이 경우 검사가 취할 조치
- [3] 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2에 따라 추징의 집행을 받는 제3자가 검사의 처분이 부당함을 이유로 형사소송법 제489조에 따라 재판을 선고한 법원에 재판의 집행에 관한 이의를 신청할 수 있는지 여부(적극) 및 그와 별도로 행정소송법상 항고소송을 제기하여 처분의 위법성 여부를 다룰 수 있는지 여부(적극)
- [4] 특정공무원범죄를 범한 범인이 그 상황을 아는 수탁자와 신탁계약을 체결하여 불법재산 등의 소유권을 신탁한 경우, 신탁법 제22조 제1항 본문의 적용이 배제되는지 여부(적극)
- [5] 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2에서 정한 ‘범인 외의 자’, ‘취득’의 해석
- [1] 공무원범죄에 관한 몰수 특례법(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다) 제6조는 “불법재산을 몰수할 수 없거나 제3조 제2항에 따라 몰수하지 아니하는 경우에는 그 가액을 범인에게서 추징한다.”라고 규정하고 있고, 같은 법 제9조의2는 “제6조의 추징은 범인 외의 자가 그 상황을 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. 공무원범죄몰수법 제9조의2에 의한 추징의 집행은 특정공무원범죄를 범한 범인에 대한 추징 규정인 제6조의 추징을 전제로 하는 형식을 취하고 있다. 공무원범죄몰수법 제9조의2는 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 집행대상을 제3자가 취득한 불법재산 등에까지 확대하여 제3자에게 물적 유한책임을 부과한 것이다. 한편 형사법상 몰수를 갈음하는 추징은 공소사실에 관

하여 형사재판을 받는 피고인에 대한 유죄의 판결에서 선고되는 부수처분으로서 형벌적 성격을 가진다. 이러한 공무원범죄몰수법 제9조의2의 규정 내용과 입법 목적, 규정의 성격 등을 종합하면 공무원범죄몰수법 제9조의2에 의하여 제3자를 상대로 한 추징의 집행은 범인에 대한 추징의 집행을 전제로 한다고 해석된다.

- [2] 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 공무원범죄에 관한 몰수 특례법(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다)은 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 공무원범죄몰수법 제9조의2에 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 한다.

- [3] 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 공무원범죄에 관한 몰수 특례법(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다)은 제9조의2를 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 제9조의2에 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 공무원범죄몰수법 제9조의2에 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 공무원범죄몰수법 제9조의2에 따른 추징의 집행에 관한 검사의 처분의 근거 법률인 공무원범죄몰수법에서 예정하고 있는 불복방법이 아니고, 형의 선고를 받은 피고인이 아닌 제3자에 대하여 예정된 불복방법이라고 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 공무원범죄몰수법 제9조의2에 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 다룰 수 있다고 보아야 한다.

- [4] 공무원범죄에 관한 몰수 특례법(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다) 제9조의2에서 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 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 공무원범죄몰수법 제9조의2는 제3자가 정황을 알면서 불법재산 등을 취득한 사실이 확인된 때에는 제3자에게 귀속된 불법재산 등을 대상으로 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 함으로써 국가형벌권의 실현을 보장

하여 형사사범의 정의를 구현함과 동시에 불법재산을 철저히 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 공무원범죄몰수법 제9조의2에 의한 추징의 집행을 면탈하려는 강력한 동기를 갖게 되며, 이러한 방식으로 신탁제도가 남용될 경우 신탁제도에 대한 신뢰를 떨어트려 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.

- [5] 공무원범죄에 관한 몰수 특례법의 입법 목적과 제9조의2의 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 제9조의2에서 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.

16 2022. 7. 28. 선고 2020두48505 판결 (시정명령및과징금납부명령취소) … 1781

- [1] 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제4호, 제8호의 합의에 참가한 일부 사업자가 부당한 공동행위를 종료하였다고 보기 위한 요건
- [2] 대한민국에서의 부당한 공동행위에 가담한 사업자가 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2가 정하는 자진신고자 등에 대한 감면조치를 받기 위하여 대한민국 공정거래위원회에 적법하게 자진신고를 한 경우, 자진신고일 시점이 공동행위의 종기가 되는지 여부(원칙적 적극) / 부당한 공동행위에 가담한 사업자가 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 경우, 외국 경쟁당국에 한 자진신고일 시점을 곧바로 공동행위의 종기로 볼 수 있는지 여부(소극)
- [3] 담합에 참여한 3개 회사 중 2개 회사가 담합에서 탈퇴한 것으로 인정되는 경

우, 그 답합은 종료되었다고 보아야 하는지 여부(적극)

[1] 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항 제4호의 ‘거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 합의’, 제8호의 ‘입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격 등을 결정하는 합의’와 그에 더 잡은 실행행위가 있었던 경우에 ‘부당한 공동행위가 종료한 날’은 그 합의에 더 잡은 실행행위가 종료한 날이다. 따라서 합의에 참가한 일부 사업자가 부당한 공동행위를 종료하기 위해서는 다른 사업자에 대하여 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 내지 묵시적인 의사표시를 하고 합의에 반하는 행위를 하여야 한다.

[2] 대한민국에서의 부당한 공동행위에 가담한 사업자가 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공정거래법’이라 한다) 제22조의2가 정하는 자진신고자 등에 대한 감면조치를 받기 위하여 대한민국 공정거래위원회에 적법하게 자진신고를 하였다면, 신고 후에 정당한 사유 없이 공동행위를 중단하지 아니하거나 조사에 성실하게 협조하지 아니하는 등으로 인하여 자진신고자 지위확인이 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 위 자진신고를 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위가 있었던 경우에 준하여 볼 수 있다. 따라서 위와 같은 적법한 자진신고를 한 사업자에 대하여는 감면대상 순위에 해당하는지 여부와 상관없이 자진신고일 시점이 공동행위의 종기가 된다고 보아야 한다.

반면 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. 이유는 다음과 같다.

① 구 공정거래법이 정한 자진신고자 감면제도의 취지와 목적은 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 자발적으로 부당한 공동행위 사실을 신고하거나 조사에 협조하여 증거자료를 제공한 것에 대한 혜택을 부여함으로써 참여사업자들 사이의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 하는 것이다. 그런데 국가별 자진신고자에 대한 감면조치 요건 등이 상이한 데다, 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 후에도 국내시장에서 합의에 더 잡은 실행행위가 계속될 여지가 있다.

② 구 공정거래법 제49조 제4항에서 정한 처분시한은 공정거래위원회가 시

정조치를 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 되었다라도 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 도입 취지 및 법적 성격, 사업자의 법적 안정성의 침해를 최소화하는지 등의 여러 사정을 종합하면, 외국 경쟁당국에 한 자진신고일 시점을 곧바로 공동행위의 종기로 볼 수 없다.

- [3] 담합에 참여한 3개 회사 중 2개 회사가 담합에서 탈퇴한 것으로 인정되면, 남아 있는 회사가 1개뿐이어서 담합의 성립요건 중 '2인 이상 사업자들 사이의 의사의 합치'라는 요건을 충족하지 못하게 되므로 그 담합은 종료되었다고 보는 것이 타당하다.

17 2022. 7. 28. 선고 2021두60748 판결 [정부출연금전액환수등처분취소청구] … 1786

- [1] 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지 판단하는 기준 및 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지 불분명한 경우 이를 판단하는 방법
- [2] 선행처분의 내용을 변경하는 후행처분이 있는 경우, 선행처분의 효력 존속 여부
- [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, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다. 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다.

- [2] 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.

조 세

18 2022. 7. 28. 선고 2018두39621 판결 (법인세등부과처분취소) 1790

- [1] 여신전문금융업법에 따라 신용카드업을 하는 甲 주식회사 등이 미합중국 법률에 따라 설립된 미합중국법인으로 법인세법 제94조에 따른 국내사업장을 가지고 있지 않은 乙 회사의 상표를 부착한 신용카드의 사용과 관련하여 乙 회사에 발급사분담금과 발급사일일분담금을 지급하였는데, 관할 세무서장이 위 분담금들은 구 법인세법 제93조 제9호 (가)목에서 국내원천소득으로 정한 상표권 사용의 대가에 해당한다고 보아, 甲 회사 등에 구 법인세법 제76조 제7항에 따라 지급조서 미제출 가산세를 부과한 사안에서, 발급사분담금은 사용료소득에 해당하고 발급사일일분담금은 그 전부가 사업소득에 해당한다고 한 사례
- [2] 역무를 제공하는 용역의 경우 부가가치세 과세권이 미치는 거래인지 판단하는 기준 / 역무가 제공되기 위해서 이를 제공받는 자의 협력행위가 필요한 경우, 그 협력행위가 어디에서 이루어졌는지도 아울러 고려하여야 하는지 여부(적극)
- [1] 여신전문금융업법에 따라 신용카드업을 하는 甲 주식회사 등이 미합중국 법률에 따라 설립된 미합중국법인으로 법인세법 제94조에 따른 국내사업장을 가지고 있지 않은 乙 회사의 상표를 부착한 신용카드의 사용과 관련하여 乙 회사에 국내 거래금액 중 신용결제금액 및 현금서비스금액의 일부에 해당하는 돈인 발급사분담금과 국외 거래금액 중 신용결제금액 및 현금서비스금액의 일부에 해당하는 돈인 발급사일일분담금을 지급하였는데, 관할 세무서장이 위 분담금들은 구 법인세법(2007. 12. 31. 법률 제8831호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제93조 제9호 (가)목에서 국내원천소득으로 정한 상표권 사용의 대가에 해당한다고 보아, 甲 회사 등이 구 법인세법 제120조의2가 정한 지급조서를 제출하지 않았다는 이유로 甲 회사 등에 구 법인세법 제76조 제7항에 따라 지급조서 미제출 가산세를 부과한 사안에서, 구 법인세법 제93조

제9호 (가)목, 대한민국과 미합중국 간의 소득에 관한 조세의 이중과세 회피와 탈세방지 및 국제무역과 투자의 증진을 위한 협약 제14조 제4항 제a호, 제6조 제3항, 제8조 제1항 등에 비추어 보면, 원심의 판단 중 발급사분담금 전액이 사용료소득이라고 본 부분은 정당하나, 위 분담금들의 법적 성격은 乙 회사가 甲 회사 등을 비롯한 회원사에 제공하는 용역의 내용과 그 대가의 지급 체계, 위 분담금들의 발생 요건 등을 고려하여 판단할 수밖에 없는 점, 발급사일일분담금은 乙 회사의 국제결제 네트워크 시스템을 이용한 신용카드의 국외 거래금액을 기준으로 산정되고, 乙 회사가 위 시스템을 통해 제공한 포괄적 의무와 관련하여 발생한 것이므로, 乙 회사가 신용카드 회사들에 제공한 포괄적 의무의 대가로 볼 수 있는 점, 신용카드의 국내 거래금액을 기준으로 산정되는 발급사분담금과 달리 신용카드의 국외 거래금액만을 기준으로 산정되는 발급사일일분담금이 상표권 사용의 대가라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 발급사일일분담금은 그 전부가 사업소득에 해당한다고 봄이 타당하므로, 원심의 판단 중 발급사일일분담금의 일부만 사업소득이고 나머지는 사용료소득이라고 본 부분은 수긍하기 어렵다고 한 사례.

- [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 거래인지는 역무가 제공되는 장소를 기준으로 판단하여야 하고, 외국법인이 제공한 역무의 중요하고도 본질적인 부분이 국내에서 이루어졌다면 그 일부가 국외에서 이루어졌더라도 역무가 제공되는 장소는 국내라고 보아야 한다. 한편 역무가 제공되기 위해서 이를 제공받는 자의 협력행위가 필요한 경우에는 그 협력행위가 어디에서 이루어졌는지도 아울러 고려하여 역무의 중요하고도 본질적인 부분이 어디에서 이루어졌는지를 판단하여야 한다.

19 2022. 7. 28. 선고 2019두58346 판결 [법인세등부과처분취소] 1797

구 법인세법 시행령 제31조 제1항의 적용 대상인 감가상각자산의 의미 / 법인이 구 법인세법 시행령 제24조 제1항 제2호 (바)목에서 정한 비용을 지출하였다도 개발비로 계상하지 않은 경우, 위 규정에 따른 감가상각자산을 취득하였다고 볼 수 있는지 여부(소극) 및 이에 대하여 구 법인세법 시행령 제31조 제1항을 적용하여 감가상각 한도초과액을 손금에 산입하지 않는 것이 허용되는지 여부(소극)

구 법인세법(2011. 12. 31. 법률 제11128호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항, 제3항, 구 법인세법 시행령(2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되기 전의 것) 제

24조 제1항 제2호 (바)목(이하 ‘개발비 규정’이라 한다), 제31조 제1항(이하 ‘즉시상각의제 규정’이라 한다)의 문언과 체계 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 즉시상각의제 규정의 적용 대상인 감가상각자산은 구 법인세법 시행령 제24조 제1항 각호의 고정자산을 의미한다. 그런데 개발비 규정에 의하면 위 규정에서 정한 비용을 당해 법인이 개발비로 계상한 경우에만 감가상각자산인 개발비가 될 수 있다. 따라서 당해 법인이 개발비 규정에서 정한 비용을 지출하였더라도 개발비로 계상하지 않은 경우에는 위 규정에 따른 감가상각자산을 취득하였다고 볼 수 없고, 이에 대하여 즉시상각의제 규정을 적용하여 감가상각 한도초과액을 손급에 산입하지 않는 것은 허용될 수 없다.

형 사

20 2022. 7. 28. 선고 2019도7563 판결 [변호사법위반] 1802

변호사법 제112조 제3호에서 ‘변호사를 표시 또는 기재’한다고 함의 의미 및 이러한 행위가 있었는지 판단하는 방법

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.

21 2022. 7. 28. 선고 2020도8336 판결 [명예훼손·모욕] 1803

[1] 명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건인 ‘공연성’의 증명 정도 / 명예훼손죄와 모욕죄에서 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우, 주관적 구성요건요소로서의 고의의 내용 / 발언자의 전파가능성에 대한 인식과 위협을 용인하는 내심의 의사를 인정할 때 고려할 사항 / 공연성의 존부를 판단하는 방법

[2] 빌라를 관리하고 있는 피고인들이 빌라 아랫집에 거주하는 甲으로부터 누수 문제로 공사 요청을 받게 되자, 甲과 전화통화를 하면서 빌라를 입차하여 거주하고 있는 피해자들에 대하여 누수 공사 협조의 대가로 과도하고 부당한 요구를 하거나 막말과 욕설을 하였다는 취지로 발언하고, ‘무식한 것들’, ‘이 중인격자’ 등으로 말하여 명예훼손죄와 모욕죄로 기소된 사안에서, 피고인들

이 甲에게 한 위 발언들이 불특정인 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었고 피고인들에게 이에 대한 인식과 위협을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 공연성은 명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건으로서, 명예훼손이나 모욕에 해당하는 표현을 특정 소수에게 한 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관해서는 검사의 엄격한 증거가 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.

- [2] 빌라를 관리하고 있는 피고인들이 빌라 아랫집에 거주하는 甲으로부터 누수 문제로 공사 요청을 받게 되자, 甲과 전화통화를 하면서 빌라를 임차하여 거주하고 있는 피해자들에 대하여 누수 공사 협조의 대가로 과도하고 부당한 요구를 하거나 막말과 욕설을 하였다는 취지로 발언하고, ‘무식한 것들’, ‘이 중인격자’ 등으로 말하여 명예훼손죄와 모욕죄로 기소된 사안에서, 위 발언들은 신속한 누수 공사 진행을 요청하는 甲에게 임차인인 피해자들의 협조 문제로 공사가 지연되는 상황을 설명하는 과정에서 나온 것으로서, 이에 관한 피고인들의 진술내용을 종합해 보더라도 피고인들이 전파가능성에 대한 인식과 위협을 용인하는 내심의 의사에 기하여 위 발언들을 하였다고 단정하기 어려운 점, 위 발언들이 불특정인 또는 다수인에게 전파되지 않은 것은 비록 위 발언들 이후의 사정이기는 하지만 공연성 여부를 판단할 때 소극적 사정으로 고려될 수 있는 점, 위 발언들이 피해자 본인에게 전달될 가능성이 높다거나 실제 전달되었다는 사정만으로는 불특정인 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인들이 甲에게 한 위

발언들이 불특정인 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있었고 피고인들에게 이에 대한 인식과 위험을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

22 2022. 7. 28. 선고 2020도12279 판결 [사기] 1807

소송촉진 등에 관한 특례법 제25조 제1항에 따른 배상명령제도의 취지 / 같은 법 제26조 제7항에서 정한 ‘다른 절차에 따른 손해배상청구’의 의미 및 이에 해당하는 경우 법원이 취할 조치

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. 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.

23 2022. 7. 28. 선고 2020도12419 판결 [아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등)] 1809

[1] 아동복지법상 아동에 대한 성적 학대행위에 해당하는지 판단할 때 아동이 명시적인 반대의사를 표시하지 않았더라도 성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지를 가려보아야 하는지 여부(적극) / 아동복지법상 아동매매죄에서 아동 자신이 동의하였더라도 유죄가 인정되는지 여부(적극) / 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 동의하였더라도 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률상 아동·청소년이용 음란물 제작죄를 구성하는지 여부(원칙적 적극)

[2] 아동·청소년이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의하여 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 한 경우, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것으로 평가할 수 있는지 여부(소극)

[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 판단하는 경우 아동이 명시적인 반대의사를 표시하지 아니하였더라도

성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지 가려보아야 하고, 아동복지법상 아동매매죄에서 설령 아동 자신이 동의하였더라도 유죄가 인정된다. 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 동의하였더라도 원칙적으로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동·청소년이용 음란물 제작죄를 구성한다.

- [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 하였더라도, 그것이 타인의 희망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다.

[24] 2022. 7. 28. 선고 2020도13705 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)) 1812

징역형의 집행유예를 선고한 판결이 확정된 후 선고의 실효 또는 취소 없이 유예기간을 경과함에 따라 형 선고의 효력이 소멸되어 그 확정판결이 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항에서 정한 ‘징역형’에 해당하지 않음에도, 위 확정판결에 적용된 형벌 규정에 대한 위헌결정 취지에 따른 재심판결에서 다시 징역형의 집행유예가 선고·확정된 후 유예기간이 경과되지 않은 경우, 위 재심판결이 위 조항에서 정한 ‘징역형’에 포함되는지 여부(소극)

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정범죄가중법’이라 한다) 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 각호의 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, 위 확정판결에 적용된 형벌 규정에 대한 위헌결정 취지에 따른 재심판결에서 다시 징역형의 집행

유예가 선고·확정된 후 유예기간이 경과되지 않은 경우라면, 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 입법 취지에 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, 반복적으로 범행을 저지르는 절도범에 관한 법정형을 강화하기 위하여 새로운 구성요건을 창설한 것이다.

그런데 형의 집행유예를 유예하는 판결을 선고받아 선고의 실효 또는 취소 없이 유예기간을 도과함에 따라 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 구성요건인 “징역형”에 해당하지 않게 되었음에도, 그 확정판결에 적용된 형벌 규정에 대한 위헌 결정에 따른 재심절차에서 다시 징역형의 집행유예가 선고되었다는 우연한 사정 변경만으로 위 조항의 구성요건에 해당한다거나 그 입법 취지에 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 재심청구권의 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.

25 2022. 7. 28. 선고 2021도10579 판결 [국가정보원직원법위반] 1816

형사소송법 제364조의2의 취지 / 위 조항에서 정한 ‘항소한 공동피고인’에 제1심의 공동피고인으로서 자신이 항소한 경우 외에 그에 대하여 검사만 항소한 경우도 포함되는지 여부(적극)

형사소송법 제364조의2는 항소법원이 피고인을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 항소한 공동피고인에게 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 함을 규정하였는데, 이는 공동피고인 상호 간의 재판의 공평을 도모하려는 취지이다. 이와 같은 형사소송법 제364조의2의 규정 내용과 입법 목적·취지를 고려하면, 위 조항에서 정한 ‘항소한 공동피고인’은 제1심의 공동피고인으로서 자신이 항소한 경우는 물론 그에 대하여 검사만 항소한 경우까지도 포함한다.

26 2022. 7. 28. 선고 2022도2960 판결〔성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)〕 1817

압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체나 그 복제본을 압수·수색한 수사기관이 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 탐색·복제·출력하는 일련의 과정에서 피압수자 측에 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하는 등의 조치를 취하지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극) / 이러한 위법한 압수·수색 과정을 통하여 취득한 증거가 위법수집증거에 해당하는지 여부(적극) 및 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하면 위법성이 치유되는지 여부(소극)

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.

따라서 수사기관이 피압수자 측에 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.

27 2022. 7. 28. 선고 2022도3929 판결〔도로교통법위반(음주측정거부)〕 1820

음주측정거부 전력이 있는 피고인이 음주측정요구에 불응하였다는 공소사실에 대하여, 원심이 도로교통법 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분(‘해당 법률조항’)을 적용하

여 유죄를 선고한 제1심판결을 유지하였는데, 헌법재판소가 구 도로교통법 제148조의2 제1항과 도로교통법 제148조의2 제1항 중 각 ‘제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람’ 부분과 관련하여 일련의 위헌결정들을 한 사안에서, 원심이 적용한 해당 법률조항은 위헌결정들의 심판대상이 되지는 않았지만 위헌이 선언된 법률조항과 실질적으로 동일하므로, 원심으로서도 해당 법률조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하였어야 한다고 한 사례

음주측정거부 전력이 있는 피고인이 술에 취한 상태로 자동차를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있어 음주측정을 요구받고도 이에 응하지 않았다는 공소사실에 대하여, 원심이 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정된 것, 이하 같다) 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항을 위반한 사람으로서 다시 같은 조 제2항을 위반한 사람’에 관한 부분(이하 ‘해당 법률조항’이라 한다)을 적용하여 유죄를 선고한 제1심판결을 유지하였는데, 헌법재판소가 구 도로교통법(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제148조의2 제1항과 도로교통법 제148조의2 제1항 중 각 ‘제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람’ 부분과 관련하여 일련의 위헌결정들을 한 사안에서, 원심이 적용한 해당 법률조항은 위헌결정들의 심판대상이 되지는 않았지만, 헌법재판소는 위헌결정들을 통해 음주운전 전력과 음주측정거부 전력, 음주운전 행위와 음주측정거부행위를 달리 취급하지 않은 채 동일한 논거로 각 심판대상 조항의 위헌 여부를 판단하였고, ‘음주측정거부’가 가중처벌 요건(전력)이 되는 경우와 가중처벌 대상(범행)이 되는 경우 모두에 대하여 위헌을 선언하였기 때문에, 해당 법률조항도 위헌결정들 이유와 같은 이유에서 책임과 형벌 사이의 비례 원칙에 어긋난다고 볼 여지가 있고 위헌이 선언된 법률조항과 실질적으로 동일하며, 피고인에게 음주운전 및 음주측정거부 전력이 있음에도 검사는 그의 음주측정거부 전력만을 음주측정거부행위의 가중요건으로 삼아 공소를 제기하였으므로, 원심으로서도 해당 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·판단하였어야 한다는 이유로, 이를 살펴보지 않은 채 제1심판결을 유지한 원심판결에 결과적으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 한 사례.

28 2022. 7. 28. 선고 2022도4171 판결 (정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률위반(명예훼손)) 1824

[1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항 명예훼손죄

의 구성요건 중 비방할 목적이 있는지와 피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지가 별개의 구성요건인지 여부(적극) 및 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이면 비방할 목적이 당연히 인정되는지 여부(소극) / 위 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임 소재(=검사) / ‘비방할 목적’의 판단 기준 및 ‘공공의 이익’을 위한 것과의 관계 / 드러낸 사실이 ‘공공의 이익’에 관한 것인지 판단하는 기준 / 행위자의 주요한 동기와 목적인 공공의 이익에 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있는 경우, 비방할 목적의 유무(소극)

[2] 피고인이 고등학교 동창인 甲으로부터 사기 범행을 당했던 사실과 관련하여 같은 학교 동창 10여 명이 참여하던 단체 채팅방에서 ‘甲이 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서도 포기한 애다. 너희들도 조심해라.’라는 내용의 글을 게시함으로써 甲의 명예를 훼손하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합하면 피고인의 주요한 동기와 목적은 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있고 피고인에게 甲을 비방할 목적이 있다는 사실이 증명되었다고 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 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.

‘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 위험을 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.

- [2] 피고인이 고등학교 동창인 甲으로부터 사기 범행을 당했던 사실과 관련하여 같은 학교 동창 10여 명이 참여하던 단체 채팅방에서 ‘甲이 내 돈을 갚지 못해 사기죄로 감방에서 몇 개월 살다가 나왔다. 집에서든 포기한 애다. 너희들도 조심해라.’라는 내용의 글을 게시함으로써 甲의 명예를 훼손하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)으로 기소된 사안에서, 피고인이 드러낸 사실의 내용, 게시 글의 작성 경위와 동기 등 제반 사정을 종합하면, 게시 글은 채팅방에 참여한 고등학교 동창들로 구성된 사회집단의 이익에 관한 사항으로 볼 수 있고, 피고인이 게시 글을 채팅방에 올린 동기나 목적에는 자신에게 재산적 피해를 입힌 甲을 비난하려는 목적도 포함되어 있다고 볼 수 있으나, 甲으로 인하여 동창 2명이 재산적 피해를 입은 사실에 기초하여 甲과 교류 중인 다른 동창생들에게 주의를 당부하려는 목적이 포함되어 있고, 실제로 게시 글의 말미에 그러한 목적을 표시하였으므로, 피고인의 주요한 동기와 목적은 공공의 이익을 위한 것으로 볼 여지가 있고 피고인에게 甲을 비방할 목적이 있다는 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 같은 법 제70조 제1항에서 정한 ‘비방할 목적’에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.