



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2022년 10월 15일

제644호

민사

- 1 2022. 8. 25. 선고 2017다257067 전원합의체 판결〔부당이득금반환〕… 1891
집합건물의 구분소유자가 아닌 대지 공유자가 대지 공유지분권에 기초하여 적정
대지지분을 가진 구분소유자를 상대로 대지의 사용·수익에 따른 부당이득반환
을 청구할 수 있는지 여부(소극)

공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있으므로 공유토지의 일부를 배타적으로 점유하면서 사용·수익하는 공유자는 그가 보유한 공유지분의 비율에 관계없이 다른 공유자에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다. 그런데 일반 건물에서 대지를 사용·수익할 권원이 건물의 소유권과 별개로 존재하는 것과는 달리, 집합건물의 경우에는 대지사용권인 대지지분이 구분소유권의 목적인 전유부분에 종속되어 일체화되는 관계에 있으므로, 집합건물 대지의 공유관계에서는 이와 같은 민법상 공유물에 관한 일반 법리가 그대로 적용될 수 없고, 이는 대지 공유자들 중 구분소유자 아닌 사람이 있더라도 마찬가지이다.

집합건물에서 전유부분 면적 비율에 상응하는 적정 대지지분을 가진 구분소유자는 그 대지 전부를 용도에 따라 사용·수익할 수 있는 적법한 권원을 가지므로, 구분소유자 아닌 대지 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 적정 대지지분을 가진 구분소유자를 상대로는 대지의 사용·수익에 따른 부당이득반환을 청구할 수 없다.

- 2 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결〔부당이득금〕………… 1902
이미 소멸한 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되고 매각이 이루어진 경우, 그 경매의 효력(무효) 및 민사집행법 제267조는 경매개시결정이 있는 뒤에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용되는지 여부(적극)

[다수의견] 종래 대법원은 민사집행법 제267조가 신설되기 전에도 실체상 존재하는 담보권에 기하여 경매개시결정이 이루어졌으나 그 후 경매 과정에서 담보권이 소멸한 경우에는 예외적으로 공신력을 인정하여, 경매개시결정에 대한 이의 등으로 경매절차가 취소되지 않고 매각이 이루어졌다면 경매는 유효하고 매수인이 소유권을 취득한다고 해석해 왔다.

대법원은 민사집행법 제267조가 신설된 후에도 같은 입장을 유지하였다. 즉, 민사집행법 제267조는 경매개시결정이 있는 뒤에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용된다고 보는 것이 대법원의 일관된 입장이다. 위와 같은 현재의 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다.

(1) 임의경매의 정당성은 실체적으로 유효한 담보권의 존재에 근거하므로, 담보권에 실체적 하자가 있다면 그에 기초한 경매는 원칙적으로 무효이다. 특히 채권자가 경매를 신청할 당시 실행하고자 하는 담보권이 이미 소멸하였다면, 그 경매개시결정은 아무런 처분권한이 없는 자가 국가에 처분권을 부여한 데에 따라 이루어진 것으로서 위법하다. 반면 일단 유효한 담보권에 기하여 경매개시결정이 개시되었다면, 이는 담보권에 내재하는 실체적 환가권능에 기초하여 그 처분권이 적법하게 국가에 주어진 것이다. 이러한 점에서 담보권의 소멸은 그 소멸 시기가 경매개시결정 전인지 또는 후인지에 따라 그 법률적 의미가 본질적으로 다르다고 할 수 있다.

(2) 민사집행법 제267조가 담보권의 소멸 시기를 언급하지 않고 있더라도 그것이 경매개시결정 전에 담보권이 소멸한 경우까지도 포함하여 경매의 공신력을 인정하려는 취지인지는 그 문언만으로는 분명하지 않고, 여전히 법률해석의 여지가 남아 있게 되었다.

(3) 원칙적으로는 경매가 무효라 하더라도 상대적으로 진정한 권리자에 대한 보호가치가 줄어든 경우에 한하여 실권효(失權效)에 기초하여 예외적으로 경매의 공신력을 부여할지를 논할 수 있는 것이고, 이러한 논의에 애초부터 담보권이 소멸하여 위법하게 경매절차가 개시된 경우를 포함하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

(4) 경매개시결정이 있기 전에 담보권이 소멸한 경우에도 그 담보권에 기한 경매의 공신력을 인정한다면, 이는 소멸한 담보권 등기에 공신력을 인정하는 것과 같은 결과를 가져오므로 현재의 등기제도와도 조화된다고 볼 수 없다.

(5) 결국 대법원이 현재에 이르기까지 민사집행법 제267조가 경매개시결정이 있는 뒤에 담보권이 소멸한 경우에만 적용되는 것으로 해석해 온 것은 민사집행법 제267조의 입법 경위, 임의경매의 본질과 성격 및 부동산등기제도 등 법체계

전체와의 조화를 고려하여 다양한 해석이 가능한 법문언의 의미를 분명히 밝힌 것으로 보아야 한다.

[대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수, 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 별개의견] 민사집행법 제267조의 문언과 체계, 입법 경위와 목적에 비추어, 이미 소멸한 담보권에 기초하여 경매절차가 개시되고 부동산이 매각된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 경매는 유효하고 매각대금을 다 낸 매수인은 부동산 소유권을 적법하게 취득한다고 보아야 한다.

(1) 민사집행법 제267조의 입법 취지와 경위, 문언의 통상적인 의미에 비추어 보면 이 조항은 ‘담보권 소멸’, 즉 담보권이 유효하게 성립한 후 나중에 발생한 사유로 소멸한 경우에는 담보권이 경매절차개시 전에 소멸한 것인지 여부를 묻지 않고 모두 적용된다고 해석하여야 한다.

(2) 경매제도에 대한 신뢰와 법적 안정성, 거래안전과 이해관계인의 이익형량을 고려하더라도 경매개시결정 당시 담보권이 이미 소멸한 경우에도 경매의 공신력을 인정하는 것이 타당하다.

(3) 임의경매와 강제경매의 차이점이나 등기 공신력에 관한 법리가 이러한 해석에 방해된다고 할 수 없다.

(4) 경매에 관한 제도 개선과 사회적 여건의 변화가 상당히 이루어진 현재의 시점에서 소멸된 담보권에 기초한 임의경매의 효력을 어떻게 볼 것인가라는 관점에서 판단하는 것이 바람직하다. 후발적 부실등기에 기초하여 경매절차가 진행된 경우 그에 따른 법률관계를 어떻게 정리할 것인가가 문제 되고, 법원은 경매절차를 신뢰하고 매각대금을 다 낸 매수인, 그리고 그를 신뢰하고 다시 부동산을 매수한 전득자에게 부동산 소유권을 취득하도록 할 것인가를 결정하여야 한다.

3 2022. 8. 25. 선고 2018다261605 판결 [손해배상(기)] 1922

[1] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무

[2] 중중의 법적 성질 및 중중규약의 자율성

[3] 甲 중중이 ‘정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.’고 정한 규약에 따라 대의원회의의 의결을 거쳐 乙 주식회사 등을 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 구하였는데, 항소심에서 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것이고 이는 단시일 안에 보정될 수 없는 것으로서 부적법하다고 한 사안에서, 항소심이 직권으로 위 소가 부적법하다고 한 것은 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 위 규약이 중원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의

본질적인 내용을 침해하는 등 甲 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배된다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 당사자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하면서 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다.
- [2] 종중은 공동선조의 분묘수호와 제사, 그리고 종원 상호 사이의 친목도모 등을 목적으로 자연발생적으로 성립한 종족 집단체로서, 종중이 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서 단체성이 인정된다. 이와 같은 종중의 성격과 법적 성질에 비추어 보면, 종중에 대하여는 가급적 그 독자성과 자율성을 존중해 주는 것이 바람직하고, 따라서 원칙적으로 종중규약은 그것이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배되지 않는 한 그 유효성을 인정하여야 한다.
- [3] 甲 종중이 ‘정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.’고 정한 규약에 따라 대의원회의의 의결을 거쳐 乙 주식회사 등을 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 구하였는데, 항소심에서 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것이고 이는 단시일 안에 보정될 수 없는 것으로서 부적법하다고 한 사안에서, ‘정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.’고 규정한 규약이 무효인지, 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것으로 부적법한 소인지는 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없었고, 항소심도 그에 대하여 甲 종중에 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하였던 사실은 없었던 것으로 보이는데, 항소심이 직권

으로 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것이고 이는 단시일 안에 보정될 수 없는 것으로서 부적법하다고 한 것은, 당사자가 전혀 예상하지 못한 법률적인 관점에 기한 뜻밖의 재판으로서 당사자에게 미처 생각하지 못한 불이익을 주었을 뿐 아니라 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 위 규약이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 甲 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배된다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례.

4 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결〔손해배상(기)〕 …… 1927

- [1] 채권자대위권의 행사요건인 ‘보전의 필요성’을 인정하기 위한 요건 및 이를 판단하는 기준
- [2] 피보험자가 임의 비급여 진료행위에 따라 요양기관에 진료비를 지급한 다음 실손의료보험계약상의 보험자에게 청구하여 진료비와 관련한 보험금을 지급 받았는데, 진료행위가 위법한 임의 비급여 진료행위로서 무효인 동시에 실손의료보험계약상 보험금 지급사유에 해당하지 아니하여 보험자가 피보험자에 대하여 보험금 상당의 부당이득반환채권을 갖게 된 경우, 채권자인 보험자가 위 부당이득반환채권을 보전하기 위하여 채무자인 피보험자를 대위하여 제3채무자인 요양기관을 상대로 진료비 상당의 부당이득반환채권을 행사하는 형태의 채권자대위소송에서 채무자의 자력 유무에 관계없이 보전의 필요성이 인정되는지 여부(소극)
- [1] 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 일신에 전속한 권리가 아닌 한 채무자의 권리를 행사할 수 있다(민법 제404조 제1항). 권리의 행사 여부는 권리가 자유로운 의사에 따라 결정하는 것이 원칙이다. 채무자가 스스로 권리를 행사하지 않는데도 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있으려면 그러한 채무자의 권리를 행사함으로써 채권자의 권리를 보전해야 할 필요성이 있어야 한다. 여기에서 보전의 필요성은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한

사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다.

위 법리에 따르면, 보전의 필요성이 인정되기 위하여는 우선 적극적 요건으로서 채권자가 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재가 인정되어야 하고, 나아가 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하여 주어야 하며, 다음으로 소극적 요건으로서 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야 한다. 이러한 적극적 요건과 소극적 요건은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련성 등을 종합적으로 고려하여 인정 여부를 판단하여야 한다.

- [2] [다수의견] 피보험자가 임의 비급여 진료행위에 따라 요양기관에 진료비를 지급한 다음 실손의료보험계약상의 보험자에게 청구하여 진료비와 관련한 보험금을 지급받았는데, 진료행위가 위법한 임의 비급여 진료행위로서 무효인 동시에 보험자와 피보험자가 체결한 실손의료보험계약상 진료행위가 보험금 지급사유에 해당하지 아니하여 보험자가 피보험자에 대하여 보험금 상당의 부당이득반환채권을 갖게 된 경우, 채권자인 보험자가 금전채권인 부당이득반환채권을 보전하기 위하여 채무자인 피보험자를 대위하여 제3채무자인 요양기관을 상대로 진료비 상당의 부당이득반환채권을 행사하는 형태의 채권자대위소송에서 채무자가 자력이 있는 때에는 보전의 필요성이 인정된다고 볼 수 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 채무자인 피보험자가 자력이 있는 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 채권자인 보험자가 채무자의 요양기관에 대한 부당이득반환채권을 대위하여 행사하지 않으면 자신의 채무자에 대한 부당이득반환채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있다고 할 수 없다. 나아가 피보전채권인 보험자의 피보험자에 대한 부당이득반환채권과 대위채권인 피보험자의 요양기관에 대한 부당이득반환채권 사이에는 피보전채권의 실현 또는 만족을 위하여 대위권리의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성을 인정할 수도 없다. 만약 채무자인 피보험자의 자력이 있는데도 보전의 필요성을 인정한다면, 이는 채권자인 보험자에게 사실상의 담보를 취득하게 하는 특권을 부여하고, 법적 근거 없이 직접청구권을 인정하는 위험을 야기하며, 다른 채권자보다 우선하여 보험자의 채권만족이 실현되어 채권자평등주의에 기반한 민사집행법 체계와 조화를 이루지 못할 우려가 있다.

(나) 보험자가 요양기관의 위법한 임의 비급여 진료행위가 무효라는 이유로 자력이 있는 피보험자의 요양기관에 대한 권리를 대위하여 행사하는 것은 피보험자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 될 수 있다.

[대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 이홍구의 반대이견] 요양기관의 피보험자에 대한 진료행위가 위법한 임의 비급여 진료행위에 해당하는 경우 그 계약은 효력이 없다. 이러한 경우 보험자가 피보험자에 대하여 갖는 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피보험자가 요양기관에 대하여 갖는 진료비 상당의 부당이득반환채권 사이에는 밀접한 관련성이 있다. 채권자인 보험자가 자신의 부당이득반환채권을 보전하기 위하여 채무자인 피보험자를 대위하여 제3채무자인 요양기관을 상대로 진료비 상당의 부당이득반환채권을 청구하는 채권자대위권 행사는 채권의 현실적 이행을 위한 유효·적절한 수단으로서 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 채무자의 자력 유무와 관계없이 채권자대위권 행사요건인 보전의 필요성이 인정된다고 봄이 타당하다.

5 2022. 8. 25. 선고 2021다311111 판결 [청구이의] 1956

- [1] 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효기간을 3년으로 정한 민법 제163조 제5호가 세무사 등 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여 유추적용되는지 여부(소극)
- [2] 세무사를 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수 있는지 여부(소극) 및 세무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효기간(=10년)
- [1] 민법은 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되면서 제163조를 두어 3년의 단기 소멸시효가 적용되는 채권을 규정하였고, 그중 제5호에서는 ‘변호사, 변리사, 공증인, 계리사 및 사법서사의 직무에 관한 채권’을 규정하였다. 그 후 민법이 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 개정되면서 계리사를 공인회계사로, 사법서사를 법무사로 법령에 맞게 용어를 바꾸었을 뿐 그 내용의 변경은 없었다. 한편 세무사 제도는 민법 제정 이후인 1961. 9. 9. 법률 제712호로 세무사법이 제정되면서 마련되었다.

이러한 법령의 제·개정 경과 및 단기 소멸시효를 규정하고 있는 취지에다가 ‘직무에 관한 채권’은 직무의 내용이 아닌 직무를 수행하는 주체의 관점에서 보아야 하는 점, 민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 자격사 외의 다른 자격사의 직무에 관한 채권에도 단기 소멸시효 규정이 유추적용된다고 해석한다면 어떤 채권이 그 적용 대상이 되는지 불명확하게 되어 법적 안정성을

해하게 되는 점 등을 종합적으로 고려하면, 민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 ‘변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권’에만 3년의 단기 소멸시효가 적용되고, 세무사와 같이 그들의 직무와 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제163조 제5호가 유추적용된다고 볼 수 없다.

- [2] 세무사의 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하고 있는 세무사법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 세무지식을 활용하여 직무를 수행하는 세무사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영업기반의 자유로운 확충을 통한 최대한의 효율적인 영리 추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다. 그리고 세무사의 직무와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여는 상인의 영업활동 및 그로 인해 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 세무사를 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수 없고, 세무사의 직무에 관한 채권이 상사채권에 해당한다고 볼 수 없으므로, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다.

6 2022. 8. 25. 선고 2022다211928 판결〔부인결정에대한이의의소〕……… 1960

- [1] 일방 당사자의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 판결에 대하여 동시이행 주장을 한 당사자만 항소한 경우, 항소심이 제1심판결에서 인정된 금전채권에 기한 동시이행 주장을 공제 또는 상계 주장으로 바꾸어 인정하면서 그 금전채권의 내용을 항소인에게 불리하게 변경하는 것이 불이익변경금지 원칙에 반하는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 채무자가 부인행위 상대방으로부터 취득한 반대급부가 금전상의 이득인 경우, 반대급부에 의하여 생긴 이익이 현존하는 것으로 추정되는지 여부(원칙적 적극)
- [1] 항소심은 당사자의 불복신청 범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설령 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없고, 당사자 일방만이 항소한 경우에 항소심으로서 제1심보다 항소인에게 불리한 판결을 할 수는 없다.

불이익하게 변경된 것인지는 기판력의 범위를 기준으로 하나, 일방 당사자의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 판결의 경우 반대 당사자는

그 금전채권에 관한 이행을 제공하지 아니하고는 자신의 채권을 집행할 수 없으므로, 동시이행 주장을 한 당사자만 항소하였음에도 항소심이 제1심판결에서 인정된 금전채권에 기한 동시이행 주장을 공제 또는 상계 주장으로 바꾸어 인정하면서 그 금전채권의 내용을 항소인에게 불리하게 변경하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불이익변경금지 원칙에 반한다.

- [2] 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제108조 제3항에 의하면, 채무자의 행위가 부인된 경우 상대방은 채무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익의 전부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 공익채권자로서 현존이익의 반환을 청구할 수 있고(제2호), 채무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익의 일부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 공익채권자로서 그 현존이익의 반환을 청구할 수 있으며, 회생채권자로서 반대급부와 현존이익과의 차액의 상황을 청구할 수 있다(제4호). 한편 부당이득으로 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는지를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 채무자가 부인행위 상대방으로부터 취득한 반대급부가 금전상의 이득인 때에는, 특별한 사정이 없는 한 반대급부에 의하여 생긴 이익이 현존하는 것으로 추정된다.

7 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결〔손해배상(기)〕…… 1965
구 국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치(긴급조치 제9호)의 발령·적용·집행으로 강제수사를 받거나 유죄판결을 선고받고 복역함으로써 개별 국민이 입은 손해에 대하여 국가배상책임이 인정되는지 여부(적극)

[다수의견] 보통 일반의 공무원을 표준으로 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하고 그로 말미암아 그 직무행위가 객관적 정당성을 잃었다고 볼 수 있는 때에 국가배상법 제2조가 정한 국가배상책임이 성립할 수 있다. 공무원의 직무행위가 객관적 정당성을 잃었는지는 행위의 양태와 목적, 피해자의 관여 여부와 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하되, 손해의 전보책임을 국가가 부담할 만한 실질적 이유가 있는지도 살펴 보아야 한다.

구 국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치(1975. 5. 13. 대통령 긴급조치 제9호, 이하 ‘긴급조치 제9호’라고 한다)는 위헌·무효임이 명백하고 긴급조치 제9호 발령으로 인한 국민의 기본권 침해는 그에 따른 강제수사와 공소제기, 유죄판결의 선고를 통하여 현실화되었다. 이러한 경우 긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용은, 전체적으로 보아 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하여 그 직무행위가 객관적 정당성을

상실한 것으로서 위법하다고 평가되고, 긴급조치 제9호의 적용·집행으로 강제수사를 받거나 유죄판결을 선고받고 복역함으로써 개별 국민이 입은 손해에 대해서는 국가배상책임이 인정될 수 있다.

[대법관 김재형의 별개의견] 긴급조치 제9호의 발령·적용·집행은 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위로서 국가배상법 제2조 제1항에 따른 국가배상책임이 인정되고, 대통령의 긴급조치 제9호 발령행위에 대해서 대통령이 국민에 대한 정치적 책임을 질 뿐 법적 책임을 지지 않는다는 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결은 변경되어야 한다. 이때 긴급조치 제9호에 따라 수사와 재판, 그리고 그 집행으로 발생한 손해도 상당한 인과관계가 있는 손해로서 손해배상의 범위에 포함된다고 볼 수 있다. 한편 이 경우 법관의 재판작용으로 인한 국가배상책임을 독자적으로 인정할 필요는 없고, 위와 같이 재판으로 인해 발생한 손해를 배상하도록 하는 것이 법관의 재판작용으로 인한 국가배상책임을 엄격히 제한하는 판례와 모순되지 않는다.

[대법관 안철상의 별개의견] 헌법 제29조의 국가배상청구권은 헌법상 보장된 기본권으로서 국가와 개인의 관계를 규율하는 공권이고, 국가가 공무원 개인의 불법행위에 대한 대위책임이 아니라 국가 자신의 불법행위에 대하여 직접 책임을 부담하는 자기책임으로 국가배상책임을 이해하는 것이 법치국가 원칙에 부합한다.

국가배상을 자기책임으로 이해하는 이상 국가배상책임의 성립 요건인 공무원의 고의·과실에는 공무원 개인의 고의·과실뿐만 아니라 공무원의 공적 직무수행상 과실, 즉 국가의 직무상 과실이 포함된다고 보는 것이 국가배상법을 헌법합치적으로 해석하는 방법이다.

[대법관 김선수, 대법관 오경미의 별개의견] 긴급조치 제9호는 대통령이 국가원수로서 발령하고 행정부의 수반으로서 집행한 것이므로, 대통령의 국가긴급권 행사로서 이루어진 긴급조치 제9호의 발령과 강제수사 및 공소제기라는 불가분적인 일련의 국가작용은 대통령의 고의 또는 과실에 의한 위법한 직무행위로서 국가배상책임이 인정된다.

긴급조치 제9호에 대한 위헌성의 심사 없이 이를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 대통령의 위법한 직무행위와 구별되는 독립적인 불법행위로서 국가배상책임을 구성하고, 이를 대통령의 국가긴급권 행사와 그 집행에 포섭된 일련의 국가작용으로 평가할 수는 없다.

8 2022. 8. 31. 선고 2018다212740 판결 [구상금] 2011

- [1] 자동차상해보험계약에 따른 보험금을 지급한 보험자가 보험자대위를 할 수 있는 경우와 그 범위
- [2] 甲이 乙 보험회사와 자동차보험계약을 체결하면서 자동차상해 특약을 가입하였는데, 甲이 운전하던 피보험차량이 丙 지방자치단체가 설치·관리하는 도로에서 중앙선을 침범하여 다른 차량과 충돌하는 바람에 甲이 사망하고 동승자인 그의 처(妻) 丁이 상해를 입자, 乙 회사가 위 특약의 피보험자인 甲과 丁에게 자동차상해보험금을 지급한 다음 사고지점 도로가 설치·관리상 하자로 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못하였다고 丙 지방자치단체를 상대로 甲과 丁의 손해에 관하여 보험자대위청구를 한 사안에서, 위 보험계약의 보통약관 조항에서 보험자대위를 배제하는 ‘자기신체사고’에 자동차상해 특약으로 담보되는 사고가 포함되어 있다고 보기 어렵다고 한 사례
- [1] 자동차상해보험은 그 성질상 상해보험에 속하므로, 자동차상해보험계약에 따른 보험금을 지급한 보험자는 상법 제729조 단서에 따라 보험자대위를 허용하는 약정이 있는 때에 한하여 피보험자의 권리를 해치지 않는 범위에서 그 권리를 대위할 수 있다.
- [2] 甲이 乙 보험회사와 자동차보험계약을 체결하면서 자동차상해 특약을 가입하였는데, 甲이 운전하던 피보험차량이 丙 지방자치단체가 설치·관리하는 도로에서 중앙선을 침범하여 다른 차량과 충돌하는 바람에 甲이 사망하고 동승자인 그의 처(妻) 丁이 상해를 입자, 乙 보험회사가 위 특약의 피보험자인 甲과 丁에게 자동차상해보험금을 지급한 다음 사고지점 도로가 설치·관리상 하자로 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못하였다고 丙 지방자치단체를 상대로 甲과 丁의 손해에 관하여 보험자대위청구를 한 사안에서, 위 보험계약의 보통약관 조항에서 보험자대위가 허용되지 않는 경우로 정한 ‘자기신체사고’는 보통약관에서 정하는 위 보험계약의 담보종목 중 하나인 ‘자기신체사고보험’을 가리키는 것으로 보이는데, 위 보험계약의 특별약관에는 ‘자동차상해 특약에 가입할 경우 자기신체사고보험에 가입할 수 없고, 자기신체사고보험에 적용되는 보통약관을 자동차상해 특약에 적용되는 특별약관으로 대체하여 적용한다.’고 기재되어 있기는 하나, 보험자대위에서도 ‘자기신체사고’를 ‘자동차상해’로 간주하여 적용한다는 내용은 존재하지 않는 점, 자동차상해보험은 자기신체사고보험을 대체하는 보험으로서 그 보장범위를 확대한 것이므로 자동차사고로 인하여 전혀 피해보상을 받지 못하는 피보험자의 구제가 가장 주된 목적이니 실손해를 초과하여 중복보상을 하기 위한 목적으로 개발된 것

이 아닌데, 위 보험계약의 자동차상해 특약에는 배상의무자 또는 제3자로부터 아직 지급받지 않은 손해배상금 등을 공제하는 규정이 없어 보험자대위를 허용하지 않을 경우 피보험자에게 중복보상이 이루어질 가능성이 있는 점 등 제반 사정을 살펴보면, 위 보험계약의 보통약관 조항에서 보험자대위를 배제하는 ‘자기신체사고’에 자동차상해 특약으로 담보되는 사고가 포함되어 있다고 보기 어렵고, 보통약관의 다른 조항에서 위 조항의 경우를 제외하고는 보험자대위를 허용하고 있으므로, 자동차상해 특약에 의하여 보험금을 지급한 경우에도 보험자대위가 허용된다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 보아 乙 회사의 보험자대위청구를 기각한 원심판단에는 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

9 2022. 8. 31. 선고 2018다304014 판결 [보험금] 2016

甲 자산운용회사가 乙 보험회사와 체결한 자산운용전문인 배상책임보험계약의 계약서 원문인 영문본에 乙 회사의 면책사유로 정한 ‘any wilful violation or breach of any law’의 해석이 문제 된 사안에서, ‘any wilful violation or breach’는 일반적인 고의에 의한 법령 위반을 의미하고, ‘wilful’의 의미를 일반적인 고의로 해석하는 이상 ‘미필적 고의’를 제외할 이유가 없는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

甲 자산운용회사가 乙 보험회사와 체결한 자산운용전문인 배상책임보험계약의 계약서 원문인 영문본에 乙 회사의 면책사유로 정한 ‘any wilful violation or breach of any law’의 해석이 문제 된 사안에서, 위 계약서에는 면책대상인 ‘부정 행위(Dishonesty)’의 유형으로 ‘any wilful violation or breach of any law’와 ‘any deliberately fraudulent act or omission’을 들고 있는데, 원문에 따를 때 면책사유에 있는 ‘wilful’의 의미를 일반적인 고의가 아니라 번역본과 같이 계획적인 고의로 한정해야 할 합리적인 근거를 찾을 수 없으므로, 원문에 기재된 ‘any wilful violation or breach’는 일반적인 고의에 의한 법령 위반을 의미한다고 보아야 하고, ‘wilful’의 의미를 일반적인 고의로 해석하는 이상 여기에서 자신의 행위에 따라 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 이를 행하는 ‘미필적 고의’를 제외할 이유가 없는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

10 2022. 8. 31. 선고 2019다282050 판결 [건축주명의변경절차이행청구의소] ... 2020

건축허가 또는 신고에 관한 건축주 명의가 수인으로 되어 있을 경우, 공동건축주 명의변경을 위해서는 변경 전 건축주 전원에게서 동의를 얻어야 하는지 여부(적극) 및 공동건축주 일부가 다른 사람에게 해당 건축물의 공유지분을 양도하기로

한 경우, 나머지 공동건축주가 당연히 건축주 명의변경에 동의할 의무를 부담하는지 여부(원칙적 소극)

행정청으로부터 허가를 받거나 행정청에 신고(이하 이러한 허가와 신고를 합하여 ‘허가 등’이라고 한다)를 하여 건축이 이루어지고 허가 등에 관한 건축주 명의가 수인으로 되어 있을 경우, 허가 등은 해당 건축물의 건축이라는 단일한 목적을 달성하기 위하여 이루어지고 허가 등을 받은 지위의 분할청구는 불가능하다는 법률적 성격 등에 비추어 보면, 공동건축주 명의변경을 위해서는 변경 전 건축주 전원에게서 동의를 얻어야 한다. 그리고 공동건축주 일부가 다른 사람에게 해당 건축물의 공유지분을 양도하기로 하였더라도, 법령이나 약정 등의 근거가 없는 한 나머지 공동건축주가 당연히 건축주 명의변경에 동의할 의무를 부담하는 것은 아니다.

11 2022. 8. 31. 선고 2021다216766 판결 [소유권이전등기] 2022

[1] 1975. 12. 31. 지적법 개정 전에 복구된 구 토지대장이나 분배농지부 등에 토지의 사정명의인 아닌 사람이 소유자로 등재되어 있다는 사정만으로, 그 명의자가 소유자로 추정되는지 여부(소극) / 분배대상 농지를 확인하는 서류나 상환대장 등 상황에 필요한 사항을 기재하는 서류뿐 아니라 보상에 관한 서류에 소유자 기재가 일치되어 있는 경우, 위 서류들이 농지분배 당시 토지소유권이 명의자에게로 이전되어 있었다는 사실을 인정할 수 있는 유력한 자료가 되는지 여부(적극) 및 이때 유력한 자료의 증명력을 배척하기 위한 방법

[2] 甲이 사정받은 토지의 상속인인 乙 등이 구 농지개혁법이 시행될 당시 등기부명의인이 丙으로 기재된 위 토지의 현재 명의인들을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구한 사안에서, 제반 사정을 종합하면 위 토지는 농지개혁 당시 丙의 소유였다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 1975. 12. 31. 지적법 개정 전에 복구된 구 토지대장상의 소유자란에 이름이 기재되어 있다고 하더라도 그 기재에는 권리추정력을 인정할 수 없다. 또한 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 따른 농지분배 과정에서 작성된 서류들에 지주 또는 피보상자로 등재되어 있더라도 그 사람이 분배대상 농지의 소유자로 추정되는 것은 아니다. 따라서 구 토지대장이나 분배농지부 등에 토지의 사정명의인 아닌 사람이 소유자로 등재되어 있더라도 그것만으로 그 명의자가 소유자로 추정된다고 할 수는 없다.

그러나 구 토지대장이나 농지분배 관련 서류들의 기재 내용을 다른 사정들

과 종합하여 권리변동에 관한 사실인정의 자료로 삼는 데는 아무런 제약이 없다. 또한 농지소표, 분배농지부 등 분배대상 농지를 확인하는 서류나 상환 대장 등 상환에 필요한 사항을 기재하는 서류뿐 아니라 농지를 국가에 매수 당한 지주가 보상을 받는 과정에서 작성된 보상신청서, 지주신고서, 지가사정 조서, 지가증권 등 보상에 관한 서류에도 소유자 기재가 일치되어 있는 경우라면, 이러한 서류들은 적어도 농지분배 당시에는 그 토지 소유권이 그 명의 자에게로 이전되어 있었다는 사실을 인정할 수 있는 유력한 자료가 된다. 그리고 이러한 경우 위와 같은 유력한 자료의 증명력을 배척하려면, 그에 배치되는 합리적인 다른 사정이 있는지를 면밀히 살펴 신중하게 판단하여야 한다.

- [2] 甲이 사정받은 토지의 상속인인 乙 등이 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제 4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지, 이하 ‘구 농지개혁법’이라 한다)이 시행될 당시 등기부명의인이 丙으로 기재된 위 토지의 현재 명의인들을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구한 사안에서, 보상신청서, 지가사정조서, 지가증권 등 구 농지개혁법에 의한 농지분배 당시 작성된 모든 관련 서류에 일치하여 위 토지의 소유자가 丙이라고 기재되어 있는 점, 구 농지개혁법의 시행으로 인하여 보상을 받는 데 필요한 보상신청서는 구 농지개혁법 시행령(1995. 12. 22. 대통령령 제14835호 농지법 시행령 부칙 제2조 제1호로 폐지) 제13조에 의해 보상받을 자가 보상받을 농지를 실제 소유하고 있는 사실에 관하여 소재지 농지위원회 및 구청장, 시장 또는 읍·면장의 확인을 받아 거주지 지방장관에게 제출하는 서류로서 丙이 제출한 보상신청서도 관할면장의 확인을 받은 것인 점, 丙이 실제로 위 토지 등에 대한 일부 보상금을 지급받았던 점, 반면 乙 등을 비롯한 甲의 상속인들은 위 소 제기 전까지 위 토지에 관하여 소유권보존등기를 마치거나 실질적인 권리행사를 하는 등 소유자로서 당연히 하였을 것으로 예상되는 권리주장을 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 위 토지는 농지개혁 당시 丙의 소유였다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

일반행정

- [12] 2022. 8. 25. 선고 2019두58773 판결 [하수도원인자부담금부과처분취소] … 2026 하수도법 제61조 제2항에 따라 사업시행자에게 부담시킬 수 있는 ‘타 행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용’에 주민친화시설 설

치비용이 포함되는지 여부(소극)

침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다.

이러한 법리에다가 하수도법 제61조 제2항, 제3항, 제4항, 구 김포시 하수도 사용 조례(2019. 6. 26. 경기도김포시조례 제1610호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조 제1항, 제2항 제2호의 규정 내용 및 체제 등에 비추어 보면, 하수도법 제61조 제2항에 따라 사업시행자에게 부담시킬 수 있는 ‘타 행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용’에 주민친화시설 설치비용은 포함되지 않는다고 해석된다. 이유는 다음과 같다.

① 하수도법 제2조는 ‘하수도’란 하수와 분뇨를 유출 또는 처리하기 위하여 설치되는 하수관로·공공하수처리시설·간이공공하수처리시설·하수저류시설·분뇨처리시설·배수설비·개인하수처리시설 그 밖의 공작물·시설의 총체를 말한다고 규정하고(제3호), ‘공공하수도’란 지방자치단체가 설치 또는 관리하는 하수도를 말한다(다만 개인하수도를 제외한다)고 규정하며(제4호), ‘공공하수처리시설’이란 하수를 처리하여 하천·바다 그 밖의 공유수면에 방류하기 위하여 지방자치단체가 설치 또는 관리하는 처리시설과 이를 보완하는 시설을 말한다고 규정하고 있다(제9호). 또한 구 김포시 하수도 사용 조례는 ‘공공하수처리시설 총사업비’에 관하여 ‘부지매입비, 설계비, 감리비, 시공비 등 총 소요된 금액으로 한다.’고 규정하고 있다. 그런데 주민친화시설은 하수와 분뇨의 유출·처리 등 공공하수도의 본래 기능과 무관하게 공공하수처리시설 등에 관한 부정적 이미지를 개선하고 주민들의 편익을 증진시키기 위하여 설치되는 것으로, 공공하수도 또는 공공하수처리시설과 개념상 명확히 구분된다. 따라서 하수도법상 공공하수도 또는 공공하수처리시설에 주민친화시설이 포함된다고 보는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다.

② 하수도법 제61조 제2항이 규정한 원인자부담금 제도의 취지는 타 행위로 인하여 발생할 것이 예상되는 하수 등의 유출, 처리에 필요한 공공하수도의 설치 등에 소요되는 비용에 대하여는 그 원인을 조성한 자로 하여금 이를 부담하게 하려는 데에 있다. 그런데 주민친화시설은 타 행위로 인하여 발생할 것이 예상되는 하수 등의 유출, 처리와는 관련이 없고, 타 행위자가 공공하수도의 설치 등에 대한 원인을 조성한 데에서 더 나아가 주민친화시설의 설치에 대한 원인까지 제공한 것이라고 보기는 어렵다. 그러므로 타 행위자에게 주민친화시설 설치비용을

부담시키는 것은 하수도법 제61조 제2항의 원인자부담금 제도의 취지에도 부합하지 않는다.

③ 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하고, 국가나 지방자치단체의 일반적 과제를 수행하는 데 부담금의 형식을 남용해서는 안 된다. 하수도법은 국가와 지방자치단체에 대하여 하수 및 분뇨를 적정하게 처리할 수 있도록 공공하수도를 설치·관리하는 등 필요한 조치를 취할 책무를 부담시키고 있는 점, 하수도법 제61조 제2항에 따른 원인자부담금은 실질적으로 부담금의 성격을 가지고 있는 점 등을 고려하면, 명문의 근거 없이 타 행위자가 부담하여야 할 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용의 범위를 확대하는 것은 바람직하지 않다.

13 2022. 8. 25. 선고 2020두35219 판결 [시정명령등취소청구의소] 2031

구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제5호, 제2항, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제7호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정한 구속조건부 거래 중 거래지역 또는 거래상대방 제한의 의미 및 이때 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 판단하는 방법

구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공정거래법’이라 한다) 제23조 제1항 제5호, 제2항, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2014. 2. 11. 대통령령 제25173호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 [별표 1의2] 제7호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정한 구속조건부 거래 중 거래지역 또는 거래상대방의 제한은 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위로서 ‘공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위’를 말한다. 여기에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지는 해당 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등 구체적 태양과 거래의 형태, 상품 또는 용역의 특성, 시장 상황, 사업자 및 거래상대방의 시장에서의 지위, 제한의 내용과 정도, 경쟁에 미치는 영향, 구 공정거래법상 위법한 목적 달성을 위한 다른 행위와 함께 또는 그 수단으로 사용되는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

14 2022. 8. 25. 선고 2022두35671 판결 [임시이사선임처분취소청구의소] ... 2034

임기가 만료된 학교법인의 구 이사에게 후임이사가 선임될 때까지 종전의 직무를 계속하여 수행할 긴급처리권이 인정되는지 여부(원칙적 적극) 및 위 긴급처리권에 후임이사 선임에 관여할 권한이 포함되는지 여부(적극) / 퇴임한 종전 이사의 긴급처리권 유무에 따라 바로 임시이사 선임사유의 존부가 결정되는 것인지 여부(소극)

사립학교법 제25조 제1항 제1호는 학교법인이 이사의 결원을 보충하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우 관할청이 임시이사를 선임하도록 규정하고 있다. 한편 학교법인의 이사 임기가 만료되었더라도, 적법한 후임 이사의 선임이 없어 임기가 만료되지 아니한 다른 이사만으로는 정상적인 학교법인의 활동을 할 수 없는 경우, 임기가 만료된 구 이사로 하여금 학교법인의 업무를 수행하게 함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 민법 제691조를 유추하여 구 이사에게 후임이사가 선임될 때까지 종전의 직무를 계속하여 수행할 긴급처리권이 인정되고, 긴급처리권에는 후임이사 선임에 관여할 권한도 포함된다.

퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정되는 경우라도, 사립학교법 제25조 제1항 제1호에 정한 임시이사 선임사유의 존재가 반드시 부정되는 것은 아니다. 이 유는 다음과 같다.

① 앞서 본 사립학교법 제25조 제1항 제1호의 문언은 이사의 결원을 보충하지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단될 것을 요건으로 하고 있을 뿐, 종전 이사의 긴급처리권 유무에 따라 임시이사 선임 여부를 달리해야 한다고 정하고 있지 않다.

② 위 조항이 정한 임시이사 선임 제도는 이사의 결원으로 이사회의 의사결정 기능에 장애가 생겨 학교법인의 목적을 달성할 수 없거나 손해가 생길 염려가 있는 경우, 관할청이 임시이사를 선임하게 하여 그가 임시의 위기관리자로서 학교법인 운영을 담당하게 하는 데에 취지가 있다. 퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정되더라도, 이사회의 의사결정 기능이 유지되지 않고 조속히 회복되기를 기대하기도 어려운 사정이 있어 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우에는 관할청이 사립학교법 제25조 제1항 제1호에 따라 임시이사를 선임할 수 있다고 보는 것이 제도의 취지에도 합치된다.

③ 학교법인은 민법상 재단법인으로서 사적 자치의 자유와 함께 헌법상 기본권인 사립학교 운영의 자유를 가지고 있으므로 국가가 사립학교법에 따라 학교법인의 운영에 개입함에는 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 따라서 이사의 결원이 생겨서 남은 이사들만으로는 학교법인의 사무를 처리할 수 없는 경우라 하더라도, 퇴임한 종전 이사의 긴급처리권을 통하여 학교법인 스스로 이사회 기능을 유지·회복할 수 있다면, 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우라고 할 수 없으므로 임시이사 선임사유가 존재한다고 보기 어렵다. 그러나 법적·규범적 측면에서 퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정될지라도, 실제로는 긴급처리권이 원활하게 작동하지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는

경우라면, 사립학교법 제25조 제1항 제1호의 임시이사 선임사유의 존재가 인정될 수 있다.

이와 같이 퇴임한 종전 이사의 긴급처리권 유무에 따라 바로 임시이사 선임사유의 존부가 결정되는 것이라 할 수 없고, 종전 이사의 긴급처리권 유무는 임시이사 선임사유가 존재하는지 판단하는 데에 고려하여야 하는 하나의 요소라고 보아야 한다.

조 세

15 2022. 8. 25. 선고 2017두41313 판결〔법인세부과처분취소〕…………… 2038

[1] 구 국세기본법 제14조 제3항을 적용하여 거래 등의 실질에 따라 과세하기 위한 요건 및 납세의무자가 선택한 행위 또는 거래의 형식이나 과정의 실질이 직접 거래를 하거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것과 동일하게 평가될 수 있는지 판단하는 방법

[2] 甲 주식회사가 부동산 양도로 받은 계약금과 중도금을 甲 회사의 일부를 인적분할 방식으로 설립한 회사에 이전하고 위 계약금과 중도금 관련 유동부채를 포함한 분할 전 甲 회사가 보유하던 부채 전부를 보유한 상태에서, 甲 회사의 주주들이 乙 주식회사 주식을 전부 인수한 후 甲 회사를 乙 회사에 흡수합병하였고, 乙 회사는 합병 당시 위 부동산을 시가로 평가하여 승계하고 위 부동산을 매수자에 이전하여 매매잔금을 받은 후 양도금액을 익금에 산입하고 합병 당시 시가로 평가된 양도 당시 장부가액을 손금에 산입하여 법인세를 신고·납부하자, 관할 세무서장이 甲 회사가 분할과 합병을 통해 손금에 산입할 위 부동산의 장부가액을 높이는 등의 방법으로 위 부동산의 양도에 따른 법인세를 부당하게 회피하였다고 보아 乙 회사에 법인세를 경정·고지한 사안에서, 이러한 분할과 합병은 조세회피행위에 해당하므로 乙 회사에 대하여 한 위 처분이 적법하다고 본 원심판단을 수긍한 사례

[1] 구 국세기본법(2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제14조 제3항은 “제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.”라고 규정하고 있다.

구 국세기본법 제14조 제3항을 적용하여 거래 등의 실질에 따라 과세하기

위해서는 납세의무자가 선택한 행위 또는 거래의 형식이나 과정이 처음부터 조세회피의 목적을 이루기 위한 수단에 불과하여 그 실질이 직접 거래를 하거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것과 동일하게 평가될 수 있어야 한다. 그리고 이는 당사자가 그와 같은 형식을 취한 목적, 제3자를 개입시키거나 단계별 과정을 거친 경위, 그와 같은 방식을 취한 데에 조세 부담의 경감 외에 사업상의 필요 등 다른 합리적 이유가 있는지 여부, 각각의 행위 또는 거래 사이의 시간적 간격 및 그와 같은 형식을 취한 데 따른 손실과 위험 부담의 가능성 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

- [2] 甲 주식회사가 부동산 양도로 받은 계약금과 중도금을 甲 회사의 일부를 인적분할 방식으로 설립한 회사에 이전하고 위 계약금과 중도금 관련 유동부채를 포함한 분할 전 甲 회사가 보유하던 부채 전부를 보유한 상태에서, 甲 회사의 주주들이 乙 주식회사 주식을 전부 인수한 후 甲 회사를 乙 회사에 흡수합병하였고, 乙 회사는 합병 당시 위 부동산을 시가로 평가하여 승계하고 위 부동산을 매수자에 이전하여 매매잔금을 받은 후 양도금액을 익금에 산입하고 합병 당시 시가로 평가된 양도 당시 장부가액을 손금에 산입하여 법인세를 신고·납부하자, 관할 세무서장이 甲 회사가 분할과 합병을 통해 손금에 산입할 위 부동산의 장부가액을 높이는 등의 방법으로 위 부동산의 양도에 따른 법인세를 부당하게 회피하였다고 보아, 구 국세기본법(2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제14조 제3항을 적용하여 위 각 거래를 실질에 따라 재구성할 수 있음을 전제로 위 부동산의 장부가액을 분할 전 甲 회사의 장부가액으로 보고, 乙 회사에 법인세를 경정·고지한 사안에서, 甲 회사의 주주들이 위 부동산의 양도에 따라 甲 회사가 부담할 법인세를 줄이는 방안을 찾던 중 甲 회사와 사업 목적도 다른 乙 회사를 인수하여 분할과 합병으로 법인세를 대폭 줄인 것으로, 위 분할과 합병에 법인세 회피의 목적 외 사업상의 필요 등 다른 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵고, 여기에 위 부동산의 양도와 이러한 분할과 합병의 시간적 간격 등 제반 사정까지 더하면 구 국세기본법 제14조 제3항을 적용하여 위 각 거래를 그 실질에 따라 재구성할 수 있다고 보아, 이러한 분할과 합병은 조세회피행위에 해당하므로 乙 회사에 대하여 한 위 처분이 적법하다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

- [16] 2022. 8. 31. 선고 2017두53170 판결 [부가가치세경정거부처분취소] … 2043
어떠한 금액이 부가가치세의 과세표준에 포함되지 않는 예누리액에 해당하기 위해서는 사업자가 공급한 재화 또는 용역의 공급가액에서 직접 공제된 금액이어

야 하는지 여부(적극) / 사업자가 거래상대방에게 일정한 이익을 제공하는 등으로 해당 재화 또는 용역의 공급가액이 그 상당액만큼 감액되었을 때와 동일한 경제적 효과가 발생하더라도, 그 이익이 별개의 재화 또는 용역의 공급거래에 대하여 제공되는 등의 이유로 해당 재화 또는 용역의 공급가액에서 그 상당액이 직접 공제되었다고 평가할 수 없는 경우, 이를 해당 재화 또는 용역의 공급가액에 대한 에누리액에 해당한다고 볼 수 있는지 여부(소극)

구 부가가치세법(2013. 6. 7. 법률 제11873호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조는 제1항 본문 제1호에서 재화 또는 용역의 공급에 대한 부가가치세의 과세표준에 관하여 ‘금전으로 대가를 받는 경우: 그 대가’라고 규정하고, 제2항 제1호에서 부가가치세의 과세표준에 포함하지 아니하는 금액으로 ‘에누리액’을 드는 한편, 제3항에서는 장려금과 이와 유사한 금액 등을 부가가치세의 과세표준에서 공제하지 아니하도록 규정하고 있다. 구 부가가치세법 시행령(2013. 6. 28. 대통령령 제24638호로 전부 개정되기 전의 것) 제52조 제2항은 “법 제13조 제2항 제1호에 규정하는 에누리액은 재화 또는 용역의 공급에 있어서 그 품질·수량 및 인도·공급대가의 결제 기타 공급조건에 따라 그 재화 또는 용역의 공급 당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 금액으로 한다.”라고 규정하고 있다.

위 각 규정의 내용과 입법 취지 및 부가가치세는 재화 또는 용역의 공급이라 하는 거래 그 자체를 과세대상으로 하여 개별 공급거래를 단위로 거래징수되는 점 등을 종합하여 보면, 어떠한 금액이 부가가치세의 과세표준에 포함되지 않는 에누리액에 해당하기 위해서는 사업자가 공급한 재화 또는 용역의 공급가액에서 직접 공제된 금액이어야 한다. 사업자가 거래상대방에게 일정한 이익을 제공하는 등으로 해당 재화 또는 용역의 공급가액이 그 상당액만큼 감액되었을 때와 동일한 경제적 효과가 발생하더라도, 그 이익이 별개의 재화 또는 용역의 공급거래에 대하여 제공되는 등의 이유로 해당 재화 또는 용역의 공급가액에서 그 상당액이 직접 공제되었다고 평가할 수 없다면, 이를 해당 재화 또는 용역의 공급가액에 대한 에누리액에 해당한다고 볼 수 없다.

특 허

- [17] 2022. 8. 31. 선고 2020후11479 판결〔거절결정(특)〕 2047
 둘 이상의 발명을 하나로 한 원특허출원 시에 공지에외주장을 하지 않은 경우, 분할출원에서 공지에외주장을 하여 원출원일을 기준으로 한 공지에외의 효과를 인정받을 수 있는지 여부(적극)

공지예외 및 분할출원 관련 규정의 문언과 내용, 각 제도의 취지 등에 비추어 보면, 둘 이상의 발명을 하나로 한 원특허출원(이하 ‘원출원’이라고 한다)에서 공지예외주장을 하지 않았더라도 분할출원에서 적법한 절차를 준수하여 공지예외주장을 하였다면, 원출원이 자기공지일로부터 12개월 이내에 이루어진 이상 공지예외의 효과를 인정받을 수 있다고 봄이 타당하다.

① 특허법 제30조 제1항 제1호는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자에 의하여 그 발명이 특허출원 전 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시되는 등으로 특허법 제29조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하게 된 경우[이하 ‘자기공지(自己公知)’라고 한다], 그날로부터 12개월 이내에 특허출원을 하면 그 특허출원된 발명에 대하여 특허발명의 신규성 또는 진보성(특허법 제29조 제1항, 제2항) 규정을 적용할 때 그 발명은 제29조 제1항 각호의 공지된 발명에 해당하지 않는 것으로 본다고 하여 공지예외 규정을 두고 있다. 그리고 같은 조 제2항은 같은 조 제1항 제1호의 적용을 받고자 하는 자는 특허출원서에 그 취지를 기재하여 출원하여야 하고, 이를 증명할 수 있는 서류를 특허출원일로부터 30일 이내에 특허청장에게 제출하여야 한다고 하여, 공지예외 적용을 위한 주장의 제출 시기, 증명서류 제출 기한 등 절차에 관한 규정을 두고 있다.

한편 특허법 제52조 제2항은 적법한 분할출원이 있을 경우 원출원일에 출원한 것으로 본다는 원칙과 그 예외로서 특허법 제30조 제2항의 공지예외주장의 제출 시기, 증명서류의 제출 기간에 관하여는 분할출원일을 기준으로 한다고 정하고 있을 뿐(이는 공지예외주장의 시기 및 증명서류 제출 기한을 원출원일로 소급하여 산정하면 분할출원 시 이미 기한이 지나 있는 경우가 많기 때문이다), 원출원에서 공지예외주장을 하지 않고 분할출원에서만 공지예외주장을 한 경우에는 분할출원일을 기준으로 공지예외주장의 요건 충족 여부를 판단하여야 한다거나 원출원에서의 공지예외주장을 분할출원에서의 공지예외주장을 통한 원출원일을 기준으로 한 공지예외의 효과 인정 요건으로 정하고 있지 않다. 결국 위 규정들의 문언상으로는 원출원 시 공지예외주장을 하지 않았더라도 분할출원이 적법하게 이루어지면 특허법 제52조 제2항 본문에 따라 원출원일에 출원한 것으로 보게 되므로, 자기공지일로부터 12개월 이내에 원출원이 이루어지고, 분할출원일을 기준으로 공지예외주장의 절차 요건을 충족하였다면, 분할출원이 자기공지일로부터 12개월을 도과하여 이루어졌다 하더라도 공지예외의 효과가 발생하는 것으로 해석함이 타당하다.

② 분할출원은 특허법 제45조 제1항이 정하는 1발명 1출원주의를 만족하지 못하는 경우뿐만 아니라, 원출원 당시 청구범위에는 기재되어 있지 않으나 원출원

의 최초 첨부 명세서 및 도면에 기재되어 있는 발명에 대하여 후일 권리화할 필요성이 생긴 경우 이들 발명에 대해서도 이 새로운 특허출원이 적법한 것이면 원출원과 동시에 출원한 것과 같은 효과를 인정하는 것도 허용하여 특허제도에 의해 보호될 수 있도록 하고 있다. 따라서 원출원 당시에는 청구범위가 자기공지한 내용과 무관하여 공지예외주장을 하지 않았으나, 분할출원 시 청구범위가 자기공지한 내용에 포함되어 있는 경우가 있을 수 있고, 이와 같은 경우 원출원 시 공지예외주장을 하지 않았더라도 분할출원에서 공지예외주장을 하여 출원일 소급의 효력을 인정할 실질적 필요성이 있다.

③ 분할출원은 특허에 관한 절차에서 보정의 대상이 되는 어떤 절차와 관련하여 기재사항의 흠결, 구비서류의 보완 등을 목적으로 이루어지는 보정과는 별개의 제도로, 보정 가능 여부와 무관하게 특허법 제52조의 요건을 충족하면 허용되는 독립된 출원이다. 따라서 특허출원서에 공지예외주장 취지를 기재하도록 한 특허법 제30조 제2항을 형해화할 우려가 있다는 점에서 출원 시 누락한 공지예외주장을 보정의 형식으로 보완하는 것은 허용되지 않지만, 이 점이 원출원 시 공지예외주장을 하지 않은 경우 분할출원에서의 공지예외주장을 허용하지 않을 근거가 된다고 보기 어렵다.

④ 출원인의 권리 보호를 강화하기 위하여 특허법 제30조 제3항을 신설하여(2015. 1. 28. 법률 제13096호로 개정된 것) 출원인의 단순한 실수로 출원 시 공지예외주장을 하지 않더라도 일정 기간 공지예외주장의 취지를 적은 서류나 이를 증명할 수 있는 서류를 제출할 수 있는 공지예외주장 보완 제도를 도입하였다. 그런데 특허 절차에서의 보정과 분할출원은 요건과 취지를 달리하는 별개의 제도라는 점에서, 원출원에서 공지예외주장을 하지 않은 경우 분할출원에서의 공지예외주장으로 원출원일을 기준으로 한 공지예외의 효과를 인정받을 수 있는지의 문제는 특허법 제30조 제3항의 신설 전후를 불문하고 일관되게 해석함이 타당하다.

⑤ 공지예외 규정은 특허법 제정 이후 현재에 이르기까지 예외 인정 사유가 확대되고, 신규성뿐만 아니라 진보성과 관련해서도 이를 적용하며, 기간이 6개월에서 1년으로 확대되는 등의 개정을 통해 특허제도에 미숙한 발명자를 보호하기 위한 제도를 넘어 출원인의 발명자로서의 권리를 실효적으로 보호하기 위한 제도로 자리 잡고 있다는 점까지 더하여 보면, 분할출원에서 공지예외주장을 통해 원출원일을 기준으로 한 공지예외 효과를 인정받는 것을 제한할 합리적 이유를 찾기 어렵다.

형 사

- 18 2022. 8. 25. 선고 2020도12944 판결〔개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법위반·식품위생법위반·수도법위반·하천법위반〕 2052

식품위생법 제37조 제4항, 제97조 제1호, 식품위생법 시행령 제25조 제1항 제8호, 제26조 제4호의 취지 / 영업장의 면적을 변경하는 행위를 하였음에도 당시 법령인 식품위생법 제37조 제4항, 식품위생법 시행령 제26조 제4호에 따라 영업장 면적 변경신고를 하지 않은 채 영업을 계속하는 경우, 식품위생법 제97조 제1호의 처벌대상이 되는지 여부(적극) 및 이는 영업장 면적을 변경신고 사항으로 명시한 구 식품위생법 시행령이 시행되기 이전에 일반음식점 영업신고가 된 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

식품위생법 제37조 제4항, 식품위생법 시행령 제25조 제1항 제8호, 제26조 제4호에 의하면, 신고대상인 일반음식점 영업을 하고자 하는 때와 해당 영업의 영업장 면적 등 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에는 이를 시장 등에게 신고하도록 규정하고, 식품위생법 제97조 제1호에서는 위와 같은 신고의무를 위반한 자를 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다. 이러한 신고의무 조항 및 처벌조항의 취지는 신고대상인 영업을 신고 없이 하거나 해당 영업의 영업장 면적 등 중요한 사항을 변경하였음에도 그에 관한 신고 없이 영업을 계속하는 경우 이를 처벌함으로써 그 신고를 강제하고 궁극적으로는 미신고 영업을 금지하려는 데 있다. 따라서 영업장의 면적을 변경하는 행위를 하였음에도 그 당시 법령인 식품위생법 제37조 제4항, 식품위생법 시행령 제26조 제4호에 따라 영업장 면적 변경신고를 하지 않은 채 영업을 계속한다면 처벌대상이 된다고 보아야 하고, 이는 영업장 면적을 변경신고 사항으로 명시한 구 식품위생법 시행령(2003. 4. 22. 대통령령 제17971호로 개정된 것)이 시행되기 이전에 일반음식점 영업신고가 된 경우에도 마찬가지이다.

- 19 2022. 8. 25. 선고 2020도16897 판결〔모욕〕 2056

[1] 어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 사회상규에 위배되지 않는 행위로써 위법성이 조각될 수 있는 경우 / 인터넷 등 공간에서 작성된 단문의 글이라도 마찬가지로 위법성이 조각될 수 있는 경우 / 이때 사회상규에 위배되는지 판단하는 기준

[2] 피고인이 자신의 페이스북에 甲에 대한 비판적인 글을 게시하면서 “철면피, 파렴치, 양두구육, 극우부패세력”이라는 표현을 사용하여 甲을 모욕하였다는

내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 사용한 위 표현이 모욕적 표현으로서 모욕죄의 구성요건에는 해당하나, 제반 사정을 종합할 때 피고인이 甲의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 위 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 볼 여지가 크다고 한 사례

- [1] 어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 그 글이 객관적으로 타당성이 있는 사실을 전제로 하여 그 사실관계나 이를 둘러싼 문제에 관한 자신의 판단과 피해자의 태도 등이 합당한가에 대한 의견을 밝히고, 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 다소 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다. 그리고 인터넷 등 공간에서 작성된 단문의 글이라고 하더라도, 그 내용이 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고 표현도 지나치게 모욕적이거나 악의적이지 않다면 마찬가지로 위법성이 조각될 수 있다.

이때 사회상규에 위배되는지 여부는 피고인과 피해자의 지위와 관계, 표현 행위를 하게 된 동기, 경위나 배경, 표현의 전체적인 취지와 구체적인 표현방법, 모욕적인 표현의 맥락 그리고 전체적인 내용과의 연관성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

- [2] 피고인이 자신의 페이스북에 甲에 대한 비판적인 글을 게시하면서 “철면피, 파렴치, 양두구육, 극우부패세력”이라는 표현을 사용하여 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인이 사용한 위 표현이 모욕적 표현으로서 모욕죄의 구성요건에는 해당하나, 피고인은 甲이 과거 공적 활동을 할 당시 관여했던 사안과 관련하여 사익을 추구했다는 이유로 고발을 당하였다는 기사가 보도되자 이를 공유하면서 위 표현이 포함된 글을 게시하였던 점, 표현 중 ‘파렴치’, ‘철면피’ 또는 ‘양두구육’은 상황에 따라 우리의 일상생활에서 ‘부끄러움을 모른다.’, ‘지나치게 뻔뻔하다.’ 또는 ‘겉 다르고 속 다른 이중성이 있다.’는 뜻으로, 특히 언론이나 정치 영역에서 상대방에 대한 비판적 입장을 표명할 때 흔히 비유적으로 사용되는 표현이고, ‘극우부패세력’은 ‘부패’라는 범죄행위를 연상케 하는 용어가 포함되어 있기는 하지만 이념적 지형이 다른 상대방을 비판할 때 비유적으로 사용되기도 하는 점 등 제반 사정을 종합할 때, 피고인이 甲의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 위 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다고 볼 여지가 크다는 이유로, 이와 달리 보

아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 모욕죄의 위법성 판단에 관한 법리 오해 및 심리미진의 잘못이 있다고 한 사례.

[20] 2022. 8. 25. 선고 2022도3801 판결〔성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등)·공연음란〕…… 2059

- [1] 결합범인 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강제추행)죄가 성립하려면 주거침입죄 내지 건조물침입죄에 해당하여야 하는지 여부(적극) / 주거침입죄의 보호법익(=사실상 주거의 평온) / 주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’의 의미 및 침입행위에 해당하는지 판단하는 기준
- [2] 아파트와 같은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분이 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당하는지 여부(적극) / 거주자가 아닌 외부인이 공동주택의 공용 부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당하는지 판단하는 기준 / 아파트 등 공동주택의 공동현관에 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당하는지 여부(적극)
- [3] 일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어간 것이 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하는지 여부(원칙적 소극) / 이때 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 있더라도 마찬가지인지 여부(적극)
- [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강제추행)죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄 내지 건조물침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄의 결합범이므로, 위 죄가 성립하려면 형법 제319조가 정한 주거침입죄 내지 건조물침입죄에 해당하여야 한다.

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중

하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지에 따라 판단하여야 한다.

- [2] 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트와 같은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분도 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있으므로 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당한다.

거주자가 아닌 외부인이 공동주택의 공용 부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 공용 부분이 일반 공중에 출입이 허용된 공간이 아니고 주거로 사용되는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들 또는 관리자에 의하여 외부인의 출입에 대한 통제·관리가 예정되어 있어 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분인지, 공동주택의 거주자들이나 관리자가 평소 외부인이 그곳에 출입하는 것을 통제·관리하였는지 등의 사정과 외부인의 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 ‘주거의 사실상 평온상태가 침해되었는지’의 관점에서 객관적·외형적으로 판단하여야 한다. 따라서 아파트 등 공동주택의 공동현관에 출입하는 경우에도, 그것이 주거로 사용하는 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자와 관리자에게만 부여된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음은 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우와 같이, 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려할 때 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 볼 수 있는 경우라면 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당할 것이다.

- [3] 일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시

객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 영업장소에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.

21 2022. 8. 31. 선고 2019도7370 판결 [모욕] 2066

[1] 모욕죄의 보호법익(=외부적 명예) 및 ‘모욕’의 의미 / 어떠한 표현이 모욕죄의 모욕에 해당하는지 판단하는 기준 / 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도의 표현이거나 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우, 모욕죄의 구성요건에 해당하는지 여부(원칙적 소극) / 모욕죄의 구성요건을 해석·적용할 때 고려하여야 할 사항

[2] 사업소 소장인 피고인이 직원들에게 甲이 관리하는 다른 사업소의 문제를 지적하는 내용의 카카오톡 문자메시지를 발송하면서 “甲은 정말 야비한 사람인 것 같습니다.”라고 표현하여 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 제반 사정에 비추어 볼 때 위 표현은 피고인의 甲에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정이 담긴 경미한 수준의 추상적 표현에 불과할 뿐 甲의 외부적 명예를 침해할 만한 표현이라고 단정하기 어렵다는 이유로, 이와 달리 본 원심 판결에 형법상 모욕의 의미에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 형법 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 ‘외부적 명예’를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 어떠한 표현이 모욕죄의 모욕에 해당하는지는 상대방 개인의 주관적 감정이나 정서상 어떠한 표현을 듣고 기분이 나쁜지 등 명예감정을 침해할 만한 표현인지를 기준으로 판단할 것이 아니라 당사자들의 관계, 해당 표현에 이르게 된 경위, 표현방법, 당시 상황 등 객관적인 제반 사정에 비추어 상대방의 외부적 명예를 침해할 만한 표현인지를 기준으로 엄격하게 판단하여야 한다.

어떠한 표현이 개인의 인격권을 심각하게 침해할 우려가 있는 것이거나 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도이거나 상대방에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄의 구성요건에 해당된다고 볼 수 없다.

개인의 인격권으로서의 명예 보호와 민주주의의 근간을 이루는 기본권인

표현의 자유는 모두 헌법상 보장되는 기본권으로 각자의 영역 내에서 조화롭게 보호되어야 한다. 따라서 모욕죄의 구성요건을 해석·적용할 때에도 개인의 인격권과 표현의 자유가 함께 고려되어야 한다.

- [2] 사업소 소장인 피고인이 직원들에게 甲이 관리하는 다른 사업소의 문제를 지적하는 내용의 카카오톡 문자메시지를 발송하면서 “甲은 정말 야비한 사람인 것 같습니다.”라고 표현하여 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인과 甲의 관계, 문자메시지의 전체적 맥락 안에서 위 표현의 의미와 정도, 표현이 이루어진 공간 및 전후의 정황, 甲의 인격권으로서의 명예와 피고인의 표현의 자유의 조화로운 보호 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 위 표현은 피고인의 甲에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정이 담긴 경미한 수준의 추상적 표현에 불과할 뿐 甲의 외부적 명예를 침해할 만한 표현이라고 단정하기 어렵다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 형법상 모욕의 의미에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[22] 2022. 8. 31. 선고 2020도1007 판결 [통신비밀보호법위반] 2069

통신비밀보호법 제14조 제1항의 금지를 위반하는 행위는 같은 법 제3조 제1항 위반행위에 해당하여 같은 법 제16조 제1항 제1호의 처벌대상이 되는지 여부(원칙적 적극) / 통신비밀보호법 제3조 제1항이 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 취지 / 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인 간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 것이 통신비밀보호법 제3조 제1항에 위반되는지 여부(원칙적 적극) / 통신비밀보호법상 ‘공개되지 않았다.’는 것을 판단하는 방법

통신비밀보호법은 공개되지 않은 타인 간의 대화에 관하여 다음과 같이 정하고 있다. 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취하지 못하고(제3조 제1항), 위와 같이 금지하는 청취행위는 전자장치 또는 기계적 수단을 이용한 경우로 제한된다(제14조 제1항). 그리고 제3조의 규정을 위반하여 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취한 자(제1호)와 제1호에 의하여 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자(제2호)는 제16조 제1항에 따라 처벌받는다.

위와 같은 통신비밀보호법의 내용과 형식, 통신비밀보호법이 공개되지 않은 타인 간의 대화에 관한 녹음 또는 청취에 대하여 제3조 제1항에서 일반적으로 이를 금지하고 있는에도 제14조 제1항에서 구체화하여 금지되는 행위를 제한하고 있는 입법 취지와 체계 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제14조 제1항의 금지

를 위반하는 행위는 통신비밀보호법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 따른 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 제3조 제1항 위반행위에 해당하여 제16조 제1항 제1호의 처벌대상이 된다고 해석해야 한다.

통신비밀보호법 제3조 제1항이 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 것은, 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 대화를 하는 타인 간의 발언을 녹음하거나 청취해서는 안 된다는 취지이다. 따라서 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인 간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 것은 특별한 사정이 없는 한 제3조 제1항에 위반된다.

‘공개되지 않았다.’는 것은 반드시 비밀과 동일한 의미는 아니고, 구체적으로 공개된 것인지는 발언자의 의사와 기대, 대화의 내용과 목적, 상대방의 수, 장소의 성격과 규모, 출입의 통제 정도, 청중의 자격 제한 등 객관적인 상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.