



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2023년 2월 1일

제651호

## 민사

1 2022. 12. 15. 선고 2019다269156 판결 (채무부존재확인) ..... 241

[1] 확인의 소에서 ‘확인이익’이 인정되기 위한 요건 및 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률상 지위에 불안·위험을 초래할 염려가 있는 경우, 확인이익이 있는지 여부(적극)

[2] 보증보험계약이 체결된 후 보험금이 아직 지급되지 않은 상태에서 주계약의 당사자인 보험계약자와 피보험자 사이에 주계약에 따른 채무의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우, 보험계약자가 피보험자를 상대로 주계약에 따른 채무 부존재 확인을 구할 이익이 있는지 여부(적극)

[3] 甲이 乙 주식회사로부터 공사를 하도급받고 乙 회사에 丙 보험회사와의 이행보증보험계약에 따라 발급된 보증보험증권을 제출하였는데, 그 후 공사가 지연되던 중 甲이 공사를 포기하였고, 乙 회사가 丙 회사에 甲의 공사포기를 청구사유로 하여 보증보험계약에 따른 보험금을 청구하자, 甲이 丙 회사에 보험금 지급 보류를 요청한 후 乙 회사를 상대로 하도급 약정에 따른 채무의 부존재 확인을 구한 사안에서, 확인이익을 부정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 확인의 소에서 확인이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하는 데 피고를 상대로 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정되므로, 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률상 지위에 불안·위험을 초래할 염려가 있다면 확인이익이 있다.

[2] 대법원은 종래부터 보증보험이 피보험자와 특정 법률관계가 있는 보험계약자

(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이라고 판시해 왔다. 입법자 역시 2014. 3. 11. 법률 제12397호로 상법을 일부 개정하면서 보증보험에 관한 규정(제726조의5부터 제726조의7까지)을 신설하여, 보증보험계약의 보험자는 보험계약자가 피보험자에게 계약상의 채무불이행 또는 법령상의 의무불이행으로 입힌 손해를 보상할 책임이 있다고 정하는 한편(제726조의5), 보증보험계약에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 보증채무에 관한 민법의 규정을 준용하도록 하였다(제726조의7).

이처럼 보증보험계약이 체결된 경우 보험자의 피보험자에 대한 보험금지급채무는 보험계약자가 피보험자에 대하여 보험약관이 정한 주계약 등에 따른 채무를 부담한다는 것을 전제로 하므로, 보험금이 아직 지급되지 않은 상태에서 주계약의 당사자인 보험계약자와 피보험자 사이에 주계약에 따른 채무의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우, 이는 보험자의 피보험자에 대한 보험금지급채무 존부와 범위에도 영향을 미칠 수 있다. 따라서 그러한 경우 주계약의 채무자이기도 한 보험계약자로서는 우선 그 계약상 채권자인 피보험자를 상대로 주계약에 따른 채무 부존재 확인을 구하는 것이 분쟁을 해결하는 가장 유효적절한 방법일 수 있다.

- [3] 甲이 乙 주식회사로부터 공사를 하도급받고 乙 회사에 丙 보험회사와의 이행보증보험계약에 따라 발급된 보증보험증권을 제출하였는데, 그 후 공사가 지연되던 중 甲이 공사를 포기하였고, 乙 회사가 丙 회사에 甲의 공사포기를 청구사유로 하여 보증보험계약에 따른 보험금을 청구하자, 甲이 丙 회사에 보험금지급 보류를 요청한 후 乙 회사를 상대로 하도급 약정에 따른 채무의 부존재 확인을 구한 사안에서, 甲은 丙 회사에 대하여 보증보험계약의 보험계약자이기도 하지만 원칙적으로 乙 회사에 대하여 하수급인으로서의 법률상 지위를 갖는 사람이므로 甲이 위 약정에 따른 채무의 부존재 확인을 구할 이익이 있는지는 甲이 하수급인으로서 갖는 지위를 근거로 가려야 하고, 乙 회사가 丙 회사에 대하여 보증보험계약에 따른 보험금청구권을 보유한다는 것은 甲이 乙 회사에 대하여 약정에 따른 채무를 부담한다는 것을 의미하므로, 乙 회사가 보험금을 청구한 것은 약정에 따른 채권을 주장하는 것과 다르지 않다는 사정들을 고려하면, 甲에게는 위 약정에 따른 하수급인이라는 법률상 지위에서 乙 회사에 대하여 손해배상 등의 채무를 부담할 가능성이라는 법적

불안 또는 위험이 존재하고 있고, 분쟁의 핵심 당사자인 甲과 乙 회사가 소송으로 해당 채무의 존부를 가리는 것은 甲의 乙 회사에 대한 법률상 지위에 존재하는 법률관계의 불안 또는 위험을 해소할 수 있는 가장 유효적절한 방법이라고 볼 수 있는데도, 확인의 이익을 부정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**2** 2022. 12. 15. 자 2022그768 결정 (강제집행정지) ..... 245

[1] 집행문부여에 대한 이의의 소의 관할에 관하여 민사집행법 제44조 제1항에서 정한 ‘제1심 판결법원’의 의미 및 이는 직분관할로서 성질상 전속관할에 속하는지 여부(적극)

[2] 강제집행의 정지를 명하는 잠정처분이 집행문부여에 대한 이의의 소가 계속 중인 수소법원의 전속관할에 해당하는지 여부(적극)

[3] 지방법원 합의부가 한 조정을 대상으로 한 집행문부여에 대한 이의의 소의 관할 및 이에 부수한 잠정처분의 관할(=지방법원 합의부의 전속관할)

[1] 집행문부여에 대한 이의의 소는 판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에 이를 증명하는 서류를 제출하여 집행문을 내어 준 경우(민사집행법 제30조 제2항)와 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 집행문을 내어 준 경우(민사집행법 제31조 제1항)에, 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 대한 판결의 집행력을 다투거나, 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때에는 제1심 판결법원에 제기할 수 있다(민사집행법 제45조, 제44조 제1항). 여기서 ‘제1심 판결법원’이란 집행권원인 판결에 표시된 청구권, 즉 그 판결에 기초한 강제집행에 의하여 실현될 청구권에 대하여 재판할 한 법원을 가리키고, 이는 직분관할로서 성질상 전속관할에 속한다.

[2] 집행문부여에 대한 이의의 소는 강제집행을 계속하여 진행하는 데에는 영향을 미치지 아니하므로(민사집행법 제46조 제1항), 채무자가 강제집행의 속행을 저지하기 위해서는 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기한 후 법원으로부터 강제집행의 정지를 명하는 잠정처분을 받아 집행기관에 이를 제출하여야 한다. 잠정처분은 원칙적으로 집행문부여에 대한 이의의 소가 계속 중인 수소법원이 관할하도록 되어 있고, 이 역시 수소법원의 직분관할로서 성질상 전속관할에 해당한다.

[3] 민사집행법 제56조는 제5호에서 집행권원 중의 하나로 ‘소송상 화해, 청구의

인낙 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것'을 들고 있고, 민사집행법 제57조는 '제56조의 집행권원에 기초한 강제집행에 대하여는 제45조의 규정을 준용한다.'고 규정하고 있으며, 민사조정법 제29조는 "조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다."라고 규정하고 있다. 따라서 수소법원인 지방법원 합의부가 한 조정을 대상으로 한 집행문부여에 대한 이의의 소는 이를 처리한 지방법원 합의부의 전속관할에 속하고, 이에 부수한 잠정처분의 신청도 집행문부여에 대한 이의의 소가 계속 중인 지방법원 합의부의 전속관할에 속한다.

**3** 2022. 12. 15. 선고 2022다247750 판결 (손해배상(기)) ..... 248

- [1] 부동산 담보신탁계약에서 신탁계약 해지 시 우선수익자의 서면요청에 따라 수탁자가 매도인으로서의 책임을 부담하지 않는 조건으로 신탁부동산의 소유권을 매수인에게 직접 이전할 수 있다는 내용을 특약사항으로 정한 경우, 이를 수탁자에게 신탁부동산에 관한 처분권한을 부여하거나 매수인에게 수탁자에 대하여 소유권이전등기청구권을 직접 취득할 수 있음을 정한 규정으로 볼 수 있는지 여부(소극) 및 위 특약사항에 따른 소유권이전등기는 신탁계약 해지에 따른 수탁자의 위탁자에 대한 소유권이전등기와 이를 전제로 한 위탁자의 매수인에 대한 소유권이전등기가 단축되어 이행된 것에 불과한지 여부(적극)
- [2] 소유권이전등기청구권을 압류한 채권자가 제3채무자나 채무자로부터 이전등기를 마친 제3자에 대하여 위 이전등기의 원인무효를 주장하며 말소를 청구할 수 있는지 여부(소극) 및 제3채무자가 압류결정을 무시하고 채무자에게 이전등기를 이행하고 채무자가 다시 제3자에게 이전등기를 마쳐 주어 채권자에게 손해를 입힌 경우, 불법행위가 성립하는지 여부(적극)
- [1] 부동산 담보신탁계약이 해지된 경우에는 '신탁재산 귀속'을 원인으로 위탁자에게 소유권이전등기를 한 다음 '분양계약'을 원인으로 매수인에게 소유권이전등기를 하는 것이 원칙이다. 이 경우에도 우선수익자의 서면요청에 따라 수탁자가 매도인으로서의 책임을 부담하지 않는 조건으로 신탁부동산의 소유권을 매수인에게 직접 이전할 수 있다는 내용을 특약사항으로 정하였다면, 이는 신탁계약 해지에 따른 소유권이전등기절차를 간편하게 처리하기 위하여 위탁자 대신 수탁자로 하여금 매수인에게 직접 신탁부동산에 관한 소유권이전등기를 하는 것을 예외적으로 허용하는 취지일 뿐 수탁자에게 신탁부동산에 관한 처분권한을 부여하거나 매수인에게 수탁자에 대하여 소유권이전등기청구권을 직접 취득할 수 있음을 정한 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 위 특약사항에 따른 소유권이전등기는 수탁자가 신탁계약에 따라 신탁부동산을 처

분하여 마쳐준 것이 아니고, 신탁계약 해지에 따른 수탁자의 위탁자에 대한 소유권이전등기와 이를 전제로 한 위탁자의 매수인에 대한 소유권이전등기가 단축되어 이행된 것에 불과하다.

- [2] 소유권이전등기청구권에 대한 압류가 있으면 변제금지의 효력에 따라 제3채무자는 채무자에게 임의로 이전등기를 이행하여서는 아니 되나, 이러한 압류에는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력이 없으므로, 제3채무자나 채무자로부터 이전등기를 마친 제3자에 대하여는 취득한등기가 원인무효라고 주장하여 말소를 청구할 수 없지만, 제3채무자가 압류결정을 무시하고 이전등기를 이행하고 채무자가 다시 제3자에게 이전등기를 마쳐준 결과 채권자에게 손해를 입힌 때에는 불법행위에 따른 배상책임을 진다.

**4** 2022. 12. 15. 선고 2022다275212 판결 (용역비) ..... 252

주택법 시행규칙 제7조 제5항 제3호의 ‘예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약’의 체결에 해당함에도 관련 법령과 이에 근거한 조합규약에 정한 총회의결 없이 이루어진 법률행위의 상대방이 절차적 요건의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다는 등의 특별한 사정을 밝히지 못한 경우, 절차적 요건의 충족을 전제로 하는 계약의 효력을 주장할 수 있는지 여부(소극)

주택법 시행령 제20조 제3항 및 주택법 시행규칙 제7조 제5항 제3호는 단순히 비법인사단의 자율적·내부적인 대표권 제한의 문제가 아니라 법률행위의 상대방인 제3자와의 계약 해석에 있어서도 그 제3자의 귀책을 물을 수 없는 예외적인 경우가 아닌 한 원칙적으로 그 조항의 효력이 미치도록 하려는 것으로 볼 수 있다. 따라서 ‘예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결’에 해당함에도 주택법 등 관련 법령과 이에 근거한 조합규약에 정한 총회의결 없이 이루어진 법률행위의 상대방은 그 절차적 요건의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다는 등의 특별한 사정을 밝히지 못하는 한 절차적 요건의 충족을 전제로 하는 계약의 효력을 주장할 수 없다.

**5** 2022. 12. 16. 자 2022그734 결정 (주주총회소집허가) ..... 254

- [1] 상법 제366조 제1항에 따른 소수주주의 주주총회 소집청구에서 ‘이사회’와 ‘전자문서’의 의미

[2] 甲 주식회사의 소수주주인 乙이 대표이사 丙에게 2회에 걸쳐 발송한 임시주주총회 소집청구서가 폐문부재로 배달되지 않아 폐기 처리된 후, 乙의 소송 대리인이 같은 내용의 임시주주총회 소집청구서를 카카오톡 메시지로 발송하여 그 무렵 丙이 이를 수신하였는데도 甲 회사가 임시주주총회 소집절차를 밟지 않자, 乙이 법원에 주주총회 소집허가를 구한 사안에서, 대표이사인 丙

이 카카오톡 메시지를 통하여 임시주주총회 소집요구서를 제출받아 이를 확인한 이상, 乙의 상법 제366조 제1항에 따른 임시주주총회의 소집청구는 적법하다고 한 사례

[1] 상법 제366조 제1항에서 정한 소수주주는 회의의 목적사항과 소집 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하는 방법으로 임시주주총회의 소집을 청구할 수 있다(상법 제366조 제1항). 이때 ‘이사회’는 원칙적으로 대표이사를 의미하고, 예외적으로 대표이사 없이 이사의 수가 1인 또는 2인인 소규모 회사의 경우에는 각 이사를 의미한다(상법 제383조 제6항). 한편 상법 제366조 제1항에서 정한 ‘전자문서’란 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성·변환·송신·수신·저장된 정보를 의미하고, 이는 작성·변환·송신·수신·저장된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것을 전제로 그 내용을 열람할 수 있는 것이어야 하므로, 이와 같은 성질에 반하지 않는 한 전자우편은 물론 휴대전화 문자메시지·모바일 메시지 등까지 포함된다.

[2] 甲 주식회사의 소수주주인 乙이 대표이사 丙에게 2회에 걸쳐 발송한 임시주주총회 소집청구서가 폐문부재로 배달되지 않아 폐기 처리된 후, 乙의 소송대리인이 같은 내용의 임시주주총회 소집청구서를 카카오톡 메시지로 발송하여 그 무렵 丙이 이를 수신하였는데도 甲 회사가 임시주주총회 소집절차를 밟지 않자, 乙이 법원에 주주총회 소집허가를 구한 사안에서, 대표이사인 丙이 카카오톡 메시지를 통하여 임시주주총회 소집요구서를 제출받아 이를 확인한 이상, 乙의 상법 제366조 제1항에 따른 임시주주총회의 소집청구는 적법하다고 한 사례.

**6** 2022. 12. 16. 선고 2022다218271 판결 (기반시설부담금환급금지금청구의소) … 256

[1] 상계제도의 의미와 취지 / 상계자가 상대방에 대하여 가지는 채권이 아닌 제3자가 상대방에 대하여 가지는 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

[2] 국제징수법에 의한 채권압류의 효력 / 압류채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류한 경우 이를 자동채권으로 하여 제3채무자의 압류채권자에 대한 채권과 상계할 수 있는지 여부(소극) 및 이는 피압류채권에 대하여 이중압류, 배분요구 등이 없더라도 마찬가지인지 여부(적극)

[1] 상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한

상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간이한 방법으로 원활하고 공정하게 처리하려는 데 있으므로, 법률의 규정 등 특별한 사정이 없는 한 자동채권으로 될 수 있는 채권은 상계자가 상대방에 대하여 가지는 채권이어서 제3자가 상대방에 대하여 가지는 채권으로는 상계할 수 없다.

[2] 국세징수법에 의한 채권압류의 경우 압류채권자는 채납자에 대신하여 추심권을 취득할 뿐이고, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 압류채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다. 따라서 압류채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류한 경우 그 채권은 압류채권자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 아니므로, 압류채권자는 이를 자동채권으로 하여 제3채무자의 압류채권자에 대한 채권과 상계할 수 없고, 이는 피압류채권에 대하여 이중압류, 배분요구 등이 없다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

**7** 2022. 12. 16. 선고 2022다245129 판결 [청구이의] ..... 259

계약의 당사자가 누구인지 확정하는 방법 / 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우, 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와 무관하게 상대방과 본인이 계약의 당사자가 되는지 여부(적극)

계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다. 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자라고 할 것이다.

**8** 2022. 12. 16. 선고 2022다262209 판결 [손해배상(자)] ..... 262

국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 때 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 경우, 기왕치료비 손해배상채권액을 산정하는 방식(=전체 기왕치료비 손해액에서 공단부담금을 공제한 후 과실상계) 및 이는 손해 발생에 피해자의 기왕증이 경합된 때에도 마찬가지인지 여부(적극)

국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라고 한다)의 손해배상청구권 대위를 인정한 국민건강보험법 제58조의 문언과 입법 취지, 국민건강보험제도의 목적과 사회보장적

성격, 불법행위가 없었을 경우 보험급여 수급권자가 누릴 수 있는 법적 지위와의 균형이나 이익형량, 보험급여 수급권의 성격 등을 종합하여 보면, 공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는, 가해자의 손해배상액을 한도로 공단이 부담한 보험급여비용(이하 ‘공단부담금’이라고 한다) 전액이 아니라 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되고 나머지 금액(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)에 대해서는 피해자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 피해자를 위해 공단이 최종적으로 부담한다고 보아야 한다. 이와 같이 본다면 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다. 이는 손해 발생에 피해자의 기왕증이 경합된 때에도 마찬가지이다.

**일반행정**

**9** 2022. 12. 15. 선고 2018두63143 판결 (고용촉진지원금반환명령등취소청구) … 265

사업주가 구 고용보험법 시행령 제26조 제1항에 따른 고용촉진 지원금을 지급받기 위해 고용해야 하는 사람이 ‘실업자’여야 한다는 것과 ‘고용노동부장관이 고시하는 취업지원프로그램을 이수한 사람’이어야 한다는 것이 각각 별개의 요건인지 여부(적극) 및 실업자가 아니면서 위 취업지원프로그램을 이수한 사람을 고용한 경우, 고용촉진 지원금 지급 대상이 되는지 여부(소극)

법령의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다.

구 고용보험법 시행령(2016. 12. 30. 대통령령 제27738호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항에 따르면, 사업주가 고용촉진 지원금을 지급받기 위해서는 ‘실업자’, 즉 근로의 의사와 능력이 있음에도 취업하지 못한 상태에 있는 사람을 고용하여야 한다는 점이 분명하다.

또한 위 규정 제1호의 문언상, 사업주가 고용촉진 지원금을 지급받기 위해 고용하여야 하는 사람이 ‘실업자’여야 한다는 것과 ‘고용노동부장관이 고시하는 취업지원프로그램을 이수한 사람’이어야 한다는 것은 각각 별개의 요건이다. 따라서 위와 같은 취업지원프로그램이 실업자가 아닌 사람의 참여를 일부 허용하고

있다고 하더라도, 실업자가 아니면서 그러한 취업지원프로그램을 이수한 사람을 고용한 경우에 고용촉진 지원금 지급 대상이 된다고 해석할 수는 없다.

**10** 2022. 12. 15. 선고 2022두49953 판결 [조업정지처분취소] ..... 268

레미콘차량은 사업자의 소유인지 여부와 관계없이 물환경보전법에서 정한 ‘폐수 배출시설’인 레미콘 제조·생산시설의 관련 시설에 해당하는지 여부(적극)

물환경보전법은 수질오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고 하천·호소(湖沼) 등 공공수역의 물환경을 적정하게 관리·보전함으로써 국민이 그 혜택을 널리 향유할 수 있도록 함과 동시에 미래의 세대에게 물려줄 수 있도록 함을 목적으로 한다(제1조).

물환경보전법 제2조에 의하면, ‘점오염원’이란 폐수배출시설 등으로서 관거·수로 등을 통하여 일정한 지점으로 수질오염물질을 배출하는 배출원을 말하고(제1호의2), ‘폐수’란 물에 액체성 또는 고체성의 수질오염물질이 섞여 있어 그대로는 사용할 수 없는 물을 말하며(제4호), ‘폐수배출시설’이란 수질오염물질을 배출하는 시설물, 기계, 기구, 그 밖의 물체로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(제10호 본문). 같은 법 시행규칙 제6조 [별표 4]는 그 위임에 따라 폐수배출시설에 해당하는 시설의 종류를 구체적으로 정하고 있는데, 제2호 53)항에 의하면 ‘시멘트·석회·플라스터 및 그 제품 제조시설’은 폐수배출시설에 해당하고, ‘레미콘차량’은 관련 시설로서 이에 포함된다.

또한, 같은 법 제33조 제1항은 폐수배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 환경부장관에게 신고하여야 한다고 정하고 있고, 제38조 제1항 제1호는 제33조 제1항에 따라 신고를 한 사업자는 폐수배출시설에서 배출되는 수질오염물질을 방지시설에 유입하지 아니하고 배출하거나 방지시설에 유입하지 아니하고 배출할 수 있는 시설을 설치하는 행위를 하여서는 안 된다고 정하고 있다.

위와 같은 물환경보전법령의 입법 취지 및 내용 등에 위 시행규칙 제6조 [별표 4] 제2호 53)항에서 레미콘차량의 소유관계에 관하여 아무런 제한 규정을 두고 있지 않은 점 등을 더하여 보면, 레미콘차량은 사업자의 소유인지 여부와 관계없이 폐수배출시설인 레미콘 제조·생산시설의 관련 시설에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

**11** 2022. 12. 15. 선고 2022두53716 판결 [중앙노동위원회교섭단위분리결정재심 결정취소] ..... 271

구 노동조합 및 노동관계조정법 제29조의3 제2항에서 정한 ‘교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우’의 의미 및 이에 관한 구체적 사정을 주장·증명할

자(=교섭단위 분리를 주장하는 측)

구 노동조합 및 노동관계조정법(2021. 1. 5. 법률 제17864호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 노동조합법’이라 한다) 제29조의2, 제29조의3 제1항, 제2항, 제29조의4 제1항의 내용과 형식·체계, 하나의 사업 또는 사업장에서 복수의 노동조합 설립·활동을 보장하면서도 교섭창구 단일화를 원칙으로 함으로써 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간의 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결하여 효율적·안정적인 단체교섭 체계를 구축하고자 하는 단체교섭 절차 일원화의 취지, 교섭창구 단일화의 실시와 아울러 그로 인하여 헌법상 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 교섭대표노동조합에 대하여 공정대표의무를 부과한 점 등의 사정에다가 예외적으로만 교섭단위의 분리를 인정한 입법 취지 등을 고려하면, 구 노동조합법 제29조의3 제2항에서 정한 ‘교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우’란 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등의 사정이 있음은 물론 이로 인하여 교섭대표노동조합을 통하여 교섭창구를 단일화하더라도 근로조건의 통일적 형성을 통한 안정적인 교섭체계를 구축하려는 교섭창구 단일화 제도의 취지에 부합하지 않는 결과가 발생할 수 있는 예외적인 경우를 의미한다. 이처럼 교섭단위의 분리를 인정할 수 있는 예외적인 경우에 대해서는 분리를 주장하는 측이 그에 관한 구체적 사정을 주장·증명하여야 한다.

**특 허**

**12** 2022. 12. 16. 선고 2021후10992 판결 [등록무효(디)] ..... 276

디자인등록출원인이 자기의 기본디자인에만 유사한 디자인에 대하여 유사디자인이 아닌 단독의 디자인으로 디자인등록을 받은 경우, 디자인등록이 무효로 되는지 여부(적극) 및 같은 출원인이 유사한 2개의 디자인을 각각 단독의 디자인으로 디자인등록을 받은 경우, 그중 어느 하나의 등록이 무효로 되었다는 사정만으로 다른 하나의 디자인권에 대하여 하자가 치유되거나 구 디자인보호법 제68조 제1항 제1호의 무효사유에 해당하지 않게 되는지 여부(소극)

구 디자인보호법(2013. 5. 28. 법률 제11848호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 디자인보호법’이라고 한다) 제7조 제1항은 “디자인권자 또는 디자인등록출원인은 자기의 등록디자인 또는 디자인등록출원한 디자인(이하 ‘기본디자인’이라고 한다)

에만 유사한 디자인(이하 ‘유사디자인’이라고 한다)에 대하여는 유사디자인만으로 디자인등록을 받을 수 있다.”라고 규정하고 있고, 구 디자인보호법 제68조 제1항 제1호는 디자인등록이 구 디자인보호법 제7조 제1항에 위반된 경우에는 무효심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 디자인등록출원인이 자기의 기본디자인에만 유사한 디자인에 대하여 유사디자인이 아닌 단독의 디자인으로 디자인등록을 받은 경우에는 그 디자인등록은 무효로 되어야 한다.

나아가 구 디자인보호법 제7조 제1항의 규정 내용과 유사디자인 제도의 특성 및 출원인의 귀책사유와 제3자의 신뢰 등을 고려할 때, 같은 출원인이 유사한 2개의 디자인을 각각 단독의 디자인으로 디자인등록을 받은 경우 그중 어느 하나의 등록이 무효로 되었다는 사정만으로는 다른 하나의 디자인권에 대하여 그 하자가 치유된다거나 구 디자인보호법 제68조 제1항 제1호의 무효사유에 해당하지 않게 된다고 볼 수 없다.

**형 사**

**13** 2022. 12. 15. 선고 2017도19229 판결 [모욕] ..... 277

- [1] 모욕죄의 보호법익(=외부적 명예) 및 모욕의 의미 / 표현의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정할 때 고려할 사항 / 공적 관심사에 대한 표현의 자유 보장과 개인의 사적 법익 및 인격권 보호라는 두 법익이 충돌하였을 때 규제의 폭과 방법을 정하는 방법 / 표현이 다의적이거나 의미가 확정되지 않은 신조어인 경우, 그러한 표현이 모욕적 표현에 해당하는지 판단하는 방법 / 모욕죄의 구성요건에 해당하는 표현이 사회상규에 위배되는지 판단하는 기준 / 연예인의 사생활에 대한 모욕적인 표현에 대하여 표현의 자유를 근거로 모욕죄의 구성요건에 해당하지 않거나 사회상규에 위배되지 않는다고 판단하는 데에 신중할 필요가 있는지 여부(적극)
- [2] 피고인이 인터넷 포털사이트 뉴스 댓글란에 연예인인 피해자를 ‘국민호텔녀’로 지칭하는 댓글을 게시하여 모욕죄로 기소된 사안에서, ‘국민호텔녀’라는 표현은 피해자의 사생활을 들추어 피해자가 종전에 대중에게 호소하던 청순한 이미지와 반대의 이미지를 암시하면서 피해자를 성적 대상화하는 방법으로 비하하는 것으로서 여성 연예인인 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 모멸적인 표현으로 평가할 수 있고, 정당한 비판의 범위를 벗어난 것으로서 정당행위로 보기도 어렵다고 한 사례
- [1] 모욕죄는 공연히 사람을 모욕하는 경우에 성립하는 범죄로서(형법 제311조),

사람의 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외부적 명예를 보호법익으로 하고, 여기에서 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다.

표현의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 그 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 가려서 심사기준에 차이를 두어야 한다.

명예훼손과 모욕적 표현은 구분해서 다루어야 하고, 공적 관심사에 대한 표현의 자유 보장과 개인의 사적 법익 및 인격권 보호라는 두 법익이 충돌하였을 때에는 구체적인 경우에 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 한다. 표현행위의 형식과 내용이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 타인의 신상에 관하여 인격권을 침해한 경우에는 의견 표명으로서의 한계를 벗어난 것으로서 허용되지 않는다.

표현이 다의적이거나 의미가 확정되지 않은 신조어인 경우 피고인이 그러한 표현을 한 경위 및 동기, 피고인의 의도, 표현의 구체적인 내용과 맥락 등을 고려하여, 그 용어의 의미를 확정된 후 모욕적 표현에 해당하는지를 판단해야 한다.

표현이 모욕죄의 구성요건에 해당하는 경우에도 사회상규에 위배되지 않는 때에는 형법 제20조의 정당행위가 성립한다. 이는 피고인과 피해자의 지위와 그 관계, 표현행위를 하게 된 동기, 경위나 배경, 표현의 전체적인 취지와 구체적인 표현방법, 모욕적인 표현의 맥락 그리고 전체적인 내용과의 연관성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

이를 종합하면, 연예인의 사생활에 대한 모욕적인 표현에 대하여 표현의 자유를 근거로 모욕죄의 구성요건에 해당하지 않거나 사회상규에 위배되지 않는다고 판단하는 데에는 신중할 필요가 있다.

특히 최근 사회적으로 인종, 성별, 출신 지역 등을 이유로 한 혐오 표현이 문제 되고 있으며, 혐오 표현 중에는 특정된 피해자에 대한 사회적 평가를 저하하여 모욕죄의 구성요건에도 해당하는 것이 적지 않은데, 그러한 범위 내에서는 모욕죄가 혐오 표현에 대한 제한 내지 규제에 기능하고 있는 측면

을 고려하여야 한다.

- [2] 피고인이 인터넷 포털사이트 뉴스 댓글란에 연예인인 피해자를 ‘국민호텔녀’로 지칭하는 댓글을 게시하여 모욕죄로 기소된 사안에서, 피해자는 ‘국민첫사랑’, ‘국민여동생’ 등의 수식어로 불리며 대중적 인기를 받아 온 점, 이전에 피해자가 남성 연예인과 데이트를 했다는 취지의 보도가 되었고, 직후 피해자와 그 남성 연예인은 연인관계임을 인정한 바 있는 점, 피고인은 피해자가 출연한 영화 개봉 기사에 “... 그냥 국민호텔녀”라는 댓글을 달았고, 수사기관에서 이에 대하여 “피해자를 언론에서 ‘국민여동생’으로 띄우는데 그중 ‘국민’이라는 단어와 당시 해외에서 모 남성 연예인과 호텔을 갔다고 하는 스캔들이 있어서 ‘호텔’이라는 단어를 합성하여 만든 단어이다.”라는 취지로 진술한 점을 종합하면, ‘국민호텔녀’라는 표현은 피해자의 사생활을 들추어 피해자가 종전에 대중에게 호소하던 청순한 이미지와 반대의 이미지를 암시하면서 피해자를 성적 대상화하는 방법으로 비하하는 것으로서 여성 연예인인 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 모멸적인 표현으로 평가할 수 있고, 정당한 비판의 범위를 벗어난 것으로서 정당행위로 보기도 어려우므로, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

**14** 2022. 12. 15. 선고 2022도8824 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)·조세범처벌법위반) ..... 282

소관 업무의 성질이 수사업무와 유사하거나 이에 준하는 경우, 그 업무를 담당하는 공무원을 사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리에 해당한다고 해석할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 조세범 처벌절차법 등 관련 법령에 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원에게 압수·수색 및 혐의자 또는 참고인에 대한 심문권한이 부여되어 있어 업무의 내용과 실질이 수사절차와 유사한 점이 있고 이를 기초로 수사기관에 고발하는 경우 형사절차로 이행되는 측면이 있더라도, 조세범칙조사를 형사절차의 일환으로 볼 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원이 피고인이 된 혐의자 또는 참고인에 대하여 심문한 내용을 기재한 조서가 증거능력이 인정되는 경우 / 이때 형사소송법 제313조에서 정한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’의 의미 및 이를 판단할 때 고려할 사항

사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리에 대하여는 헌법과 형사소송법 등 법령에 따라 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하기 위하여 광범위한 기본권 제한조치를 할 수 있는 권한이 부여되어 있으므로, 소관 업무의 성질이 수사업무와 유사하거나 이에 준하는 경우에도 명문의 규정이 없는 한 함부로 그 업무를 담당하는 공무원을 사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리에 해당한다고 해석할 수 없다.

구 형사소송법(2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되기 전의 것) 제197조는 세무 분야에 관하여 특별사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위를 법률로써 정한다고 규정하였고, 이에 따라 구 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률(2021. 3. 16. 법률 제17929호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 사법경찰직무법’이라 한다)은 특별사법경찰관리를 구체적으로 열거하면서 ‘관세법에 따라 관세법의 조사 업무에 종사하는 세관공무원’만 명시하였을 뿐 ‘조세범칙조사를 담당하는 세무공무원’을 포함시키지 않았다(구 사법경찰직무법 제5조 제17호). 뿐만 아니라 현행 법령상 조세범칙조사의 법적 성질은 기본적으로 행정 절차에 해당하므로, 조세범 처벌절차법 등 관련 법령에 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원에게 압수·수색 및 혐의자 또는 참고인에 대한 심문권한이 부여되어 있어 그 업무의 내용과 실질이 수사절차와 유사한 점이 있고, 이를 기초로 수사기관에 고발하는 경우에는 형사절차로 이행되는 측면이 있다 하여도, 달리 특별한 사정이 없는 한 이를 형사절차의 일환으로 볼 수는 없다.

그러므로 조세범칙조사를 담당하는 세무공무원이 피고인이 된 혐의자 또는 참고인에 대하여 심문한 내용을 기재한 조서는 검사·사법경찰관 등 수사기관이 작성한 조서와 동일하게 볼 수 없으므로 형사소송법 제312조에 따라 증거능력의 존부를 판단할 수는 없고, 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류에 해당하므로 형사소송법 제313조에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자·진술자의 진술에 따라 성립의 진정함이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 행하여진 때에 한하여 증거능력이 인정된다. 이때 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’란 조서 작성 당시 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성과 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 의미하는데, 조세범 처벌절차법 및 이에 근거한 시행령·시행규칙·훈령(조사사무처리규정) 등의 조세범칙조사 관련 법령에서 구체적으로 명시한 진술거부권 등 고지, 변호사 등의 조력을 받을 권리 보장, 열람·이의제기 및 의견진술권 등 심문조서의 작성에 관한 절차규정의 본질적인 내용의 침해·위반 등도 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’여부의 판단에 있어 고려되어야 한다.

**15** 2022. 12. 15. 선고 2022도9187 판결 [협박] ..... 285

협박죄가 성립하려면 고지된 해약의 내용이 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 것이어야 하는지 여부(적극) / 민사적 법률관계하에서 이해관계가 상충되는 당사자 사이에 권리의 실현·행사 과정에서 이루어진 상대방에 대한 불이익이나 해약의 고지가

**협박죄의 ‘협박’에 해당하는지와 그것이 사회상규에 비추어 용인할 수 있는 정도를 넘어선 것인지를 판단할 때 고려할 사항**

협박죄에서 ‘협박’은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하고, 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식·용인하는 것을 내용으로 하는바, 협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 것이어야 한다.

권리행사의 일환으로 상대방에게 일정한 해악을 고지한 경우에도, 그러한 해악의 고지가 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인할 수 있는 정도이거나 정당한 목적을 위한 상당한 수단에 해당하는 등 사회상규에 반하지 아니하는 때에는 협박죄가 성립하지 아니한다. 따라서 민사적 법률관계하에서 이해관계가 상충되는 당사자 사이에 권리의 실현·행사 과정에서 이루어진 상대방에 대한 불이익이나 해악의 고지가 일반적으로 보아 공포심을 일으킬 수 있는 정도로서 협박죄의 ‘협박’에 해당하는지 여부와 그것이 사회상규에 비추어 용인할 수 있는 정도를 넘어선 것인지 여부를 판단할 때에는, 행위자와 상대방의 관계 및 사회경제적 위상의 차이, 고지된 불이익이나 해악의 내용이 당시 상황에 비추어 이해관계가 대립되는 당사자의 권리 실현·행사의 내용으로 통상적으로 예견·수용할 수 있는 범위를 현저히 벗어난 정도에 이르렀는지, 해악의 고지 방법과 그로써 추구하는 목적 사이에 합리적 관련성이 존재하는지 등 여러 사정을 세심히 살펴보아야 한다.

- 16** 2022. 12. 15. 선고 2022도10564 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(촬영물등이용협박)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(촬영물등이용강요)·공갈미수] …… 289  
 법원이 당초 공소사실과 다른 공소사실을 심판대상으로 삼아 유죄를 인정하기 위해서는 공소장변경절차를 거쳐야 하는지 여부(원칙적 적극) / 공소장변경절차를 거치지 않고서도 직권으로 당초 공소사실과 다른 공소사실에 대하여 유죄를 인정할 수 있는 예외적인 경우임에도 공소장변경절차를 거친 다음 변경된 공소사실을 유죄로 인정하는 것이 위법한지 여부(원칙적 소극)

공소사실은 법원의 심판대상을 한정하고 피고인의 방어범위를 특정함으로써 피고인의 방어권을 보장하는 의미를 가지므로, 법원이 당초 공소사실과 다른 공소사실을 심판대상으로 삼아 유죄를 인정하기 위해서는 불고불리 원칙 및 피고인

의 방어권 보장 등 형사소송의 기본원칙에 따라 공소장변경절차를 거치는 것이 원칙이다. 다만 공소사실의 기본적 요소에 실질적인 영향을 미치지 않은 단순한 일시·장소·수단 등에 관한 사항 또는 명백한 오기의 정정에 해당하는 등 피고인이 방어권을 실질적으로 행사함에 지장이 없는 경우에는 예외적으로 공소장변경절차를 거치지 않고서도 직권으로 당초 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내의 다른 공소사실에 대하여 유죄를 인정할 수 있다. 따라서 공소장변경절차를 거쳐야 하는 경우임에도 이를 거치지 않은 채 직권으로 당초 공소사실과 다른 공소사실에 대하여 유죄를 인정하는 것은 피고인의 방어권을 침해하거나 불고불리 원칙에 위반되어 허용될 수 없지만, 공소장변경절차를 거치지 않고서도 직권으로 당초 공소사실과 다른 공소사실에 대하여 유죄를 인정할 수 있는 예외적인 경우임에도 공소장변경절차를 거친 다음 변경된 공소사실을 유죄로 인정하는 것은 심판대상을 명확히 특정함으로써 피고인의 방어권 보장을 강화하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.

**17** 2022. 12. 16. 선고 2022도10629 판결 (여신전문금융업법위반) ..... 291

[1] 법률의 해석 방법

[2] 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호에서 정한 ‘사용’ 및 ‘기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드’의 의미

[1] 법률을 해석할 때 입법취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한되어야 한다.

[2] 여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호에서는 ‘강취·횡령하거나, 사람을 기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드를 판매하거나 사용한 자’를 처벌하도록 규정하고 있는데, 여기에서 ‘사용’은 강취·횡령, 기망 또는 공갈로 취득한 신용카드나 직불카드를 진정한 카드로서 본래의 용법에 따라 사용하는 경우를 말한다. 그리고 ‘기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드나 직불카드’는 문언상 ‘기망이나 공갈을 수단으로 하여 다른 사람으로부터 취득한 신용카드나 직불카드’라는 의미이므로, ‘신용카드나 직불카드의 소유자 또는 점유자를 기망하거나 공갈하여 그들의 자유로운 의사에 의하지 않고 점유가 배제되어 그들로부터 사실상 처분권을 취득한 신용카드나 직불카드’라고 해석되어야 한다.

18 2022. 12. 20. 자 2020모627 결정 (형사보상각하결정에대한재항고) ..... 294

- [1] 면소 또는 공소기각의 재판을 받아 확정되었으나 그 면소 또는 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있음을 이유로 구급에 대한 보상을 청구하는 경우, 보상청구의 기간(=면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 때부터 5년 이내) / 이때 면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 이후에 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생겼다고 볼 수 있는 경우, 보상청구의 기간(=해당 사유가 발생한 사실을 안 날부터 3년, 해당 사유가 발생한 때부터 5년 이내)
- [2] 재항고인이 소요 등 피의사실로 체포·구속되었다가 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’(긴급조치 제9호) 등 위반으로 기소된 후 공소기각결정(원결정)을 받고 석방되었는데, 그 후 대법원 2013. 4. 18. 자 2011초기689 전원합의체 결정으로 긴급조치 제9호에 대하여 위헌·무효 판단이 있게 되자 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호에 따라 형사보상청구를 한 사안에서, 원결정 확정 이후에 대법원이 긴급조치 제9호에 대하여 위헌·무효라고 선언함으로써 비로소 재항고인에게 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생겼다고 볼 수 있으므로, 재항고인은 위 전원합의체 결정 사실을 안 날부터 3년, 그 결정일부터 5년 이내에 보상청구를 하여야 함에도 그 보상청구 기간을 도과하였다고 한 사례
- [1] 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(이하 ‘형사보상법’이라 한다) 제26조 제1항 제1호는 국가에 대하여 구급에 대한 보상을 청구할 수 있는 경우로 ‘형사소송법에 따라 면소 또는 공소기각의 재판을 받아 확정된 피고인이 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 경우’를 규정하고, 같은 조 제2항은 ‘제1항에 따른 보상에 대하여는 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인에 대한 보상에 관한 규정을 준용한다.’고 규정한다. 형사보상법 제8조는 ‘보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.’고 규정한다.

따라서 면소 또는 공소기각의 재판을 받아 확정되었으나, 그 면소 또는 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 있음을 이유로 구급에 대한 보상을 청구하는 경우, 보상청구는 면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하는 것이 원칙이다. 다만 면소 또는 공소기각의 재판이

확정된 이후에 비로소 해당 형벌법령에 대하여 위헌·무효 판단이 있는 경우 등과 같이 면소 또는 공소기각의 재판이 확정된 이후에 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생겼다고 볼 수 있는 경우에는 해당 사유가 발생한 사실을 안 날부터 3년, 해당 사유가 발생한 때부터 5년 이내에 보상청구를 할 수 있다.

- [2] 재항고인이 소요 등 피의사실로 1979. 10. 17. 체포·구속되었다가 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치’(이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다) 등 위반으로 기소된 후 1979. 11. 28. 공소취소로 인한 공소기각결정(이하 ‘원결정’이라 한다)을 받고 석방되었는데, 그 후 대법원 2013. 4. 18. 자 2011초기 689 전원합의체 결정으로 긴급조치 제9호에 대하여 위헌·무효 판단이 있게 되자 2019. 6. 27. 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호에 따라 형사보상청구를 한 사안에서, 대법원은 구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것) 제53조에 근거하여 발령된 긴급조치 제9호가 합헌이라는 취지로 판단한 종래 판례의 입장을 변경하여, 2013. 4. 18. “긴급조치 제9호는 헌법에 위배되어 당초부터 무효라 할 것이고, 이와 같이 위헌·무효인 긴급조치 제9호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니한 때’에 해당하므로 법원은 무죄를 선고하였어야 할 것이다.”라고 판단하였고, 따라서 원결정 확정 이후에 대법원이 긴급조치 제9호에 대하여 위헌·무효라고 선언함으로써 비로소 재항고인에게 공소기각의 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 생겼다고 볼 수 있으므로, 재항고인은 위 전원합의체 결정 사실을 안 날부터 3년, 그 결정일인 2013. 4. 18.부터 5년 이내에 보상청구를 하여야 함에도 2019. 6. 27. 형사보상청구를 함으로써 보상청구 기간을 도과하였다는 이유로, 같은 취지에서 재항고인의 형사보상청구를 각하한 원심의 조치는 정당하다고 한 사례.

**19** 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결 (의료법위반) ..... 297

- [1] 한의사가 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 판단하는 기준
- [2] 한의사가 초음파 진단기기를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부(소극)
- [1] [다수의견] 한의사가 의료공학 및 그 근간이 되는 과학기술의 발전에 따라 개발·제작된 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지는 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지, 해당 진단용 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본

적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 한의사가 진단의 보조수단으로 사용하게 되면 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지, 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백한지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 이는 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결의 ‘종전 판단 기준’과 달리, 한방의료행위의 의미가 수범자인 한의사의 입장에서 명확하고 엄격하게 해석되어야 한다는 죄형법정주의 관점에서, 진단용 의료기기가 한의학적 의료행위 원리와 관련 없음이 명백한 경우가 아닌 한 형사처벌 대상에서 제외됨을 의미한다.

[대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견] 한의사의 현대적 진단기기 사용이 의료법상 허용되는 한방의료행위에 해당하는지는 그러한 진단행위 자체의 학문적 기초가 되는 원리가 한의학인지 양의학인지, 진단은 치료를 위한 준비단계라는 점에서 한의사가 학문적인 기초가 달라 제대로 훈련받지 않은 진단기기를 사용하여 양의학적 진단행위를 함으로써 오진(誤診)으로 적절한 치료를 제공하지 못하는 등 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지에 따라 결정되어야 한다.

[2] [다수의견] 한의사가 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지에 관한 새로운 판단 기준에 따르면, 한의사가 초음파 진단기기를 사용하여 환자의 신체 내부를 촬영하여 화면에 나타난 모습을 보고 이를 한의학적 진단의 보조수단으로 사용하는 것은 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 이유는 다음과 같다.

(가) 한의사의 초음파 진단기기 사용을 금지하는 취지의 규정은 존재하지 않는다.

(나) 초음파 진단기기가 발전해온 과학기술문화의 역사적 맥락과 특성 및 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준을 감안하면, 한의사가 한방의료행위를 하면서 진단의 보조수단으로 이를 사용하는 것이 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 경우에 해당한다고 단정하기 어렵다.

(다) 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 초음파 진단기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 또는 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백히 증명되었다고 보기도 어렵다.

[대법관 안철상, 대법관 이동원의 반대의견] 다수의견은, 한방의료에도 현대 과학기술이 적용된 의료기기의 사용이 허용되어야 하고 나아가 그 사용을 장려할 필요도 있다는 점에서, 수긍할 수 있는 부분이 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 다수의견에 선뜻 동의하기 어렵다.

첫째, 우리의 의료체계는 양방과 한방을 엄격히 구분하는 양방·한방 이원화 원칙을 취하고 있고, 의료법은 의사와 한의사를 구별하여 각각의 면허를 부여하고 있으므로, 한의사가 초음파 진단기기를 서양의학(이하 ‘양의학’이라 한다)적인 방법으로 사용한다면 이는 이원적 의료체계에 반하는 것으로 의료법상 무면허 의료행위에 해당한다.

둘째, 양의학·한의학의 학문적 원리와 진찰방법에는 근본적 차이가 있어 한의사가 초음파 진단기기를 부가적으로 사용하였더라도 이를 한의학적 진단행위로 볼 수 없고, 아울러 한의과 대학의 교육정도 등을 감안하면 제대로 훈련받지 않은 한의사가 초음파 진단기기를 사용할 경우 오진 등 보건의위생상 위해가 생길 우려가 높다.

셋째, 한의사의 초음파 진단기기 사용을 허용할 것인지는 그 필요성이 인정된다고 하더라도 국민의 건강을 보호하고 증진하는 방향으로 제도적·입법적으로 해결함이 바람직하고, 그러한 정비가 이루어지기 전까지는 한의사의 초음파 진단기기 사용을 무면허 의료행위로 규제하는 것은 불가피하다.

**20** 2022. 12. 22. 선고 2020도8682 전원합의체 판결 [배임] ..... 314

배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미 / 금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자의 급부이행에 대한 신뢰를 바탕으로 금전을 대여하고 채무자의 성실한 급부이행에 의해 채권의 만족이라는 이익을 얻게 된다 하더라도, 채무자가 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하는지 여부(소극) / 이는 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 자신 소유의 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 위와 같은 법리는, 권리이전에 등기·등록을 요하는 동산에 관한 양도담보설정계약에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극) / 자동차 등에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 채권자에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분한 경우, 배임죄가 성립하는지 여부(소극)

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가할 때 성립하는 것이므로 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 지위

에 있어야 한다. 여기에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하려면, 타인의 재산 관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이어야 한다. 이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계라거나, 계약의 이행과정에서 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고, 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우여야 한다.

금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자의 급부이행에 대한 신뢰를 바탕으로 금전을 대여하고 채무자의 성실한 급부이행에 의해 채권의 만족이라는 이익을 얻게 된다 하더라도, 채권자가 채무자에 대한 신임을 기초로 그의 재산을 보호 또는 관리하는 임무를 부여하였다고 할 수 없고, 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부의무를 다하기 위해 하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없다.

채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 자신 소유의 동산을 채권자에게 양도하기로 약정하거나 양도담보로 제공한 경우에도 마찬가지이다. 채무자가 양도담보 설정계약에 따라 부담하는 의무, 즉 동산을 담보로 제공할 의무, 담보물의 담보 가치를 유지·보전하거나 담보물을 손상, 감소 또는 멸실시키지 않을 소극적 의무, 담보권 실행 시 채권자나 그가 지정하는 자에게 담보물을 현실로 인도할 의무와 같이 채권자의 담보권 실행에 협조할 의무 등은 모두 양도담보설정계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 급부의무이다. 또한 양도담보설정계약은 피담보 채권의 발생을 위한 계약에 종된 계약으로, 피담보채무가 소멸하면 양도담보설정 계약상의 권리의무도 소멸하게 된다. 양도담보설정계약에 따라 채무자가 부담하는 의무는 담보목적의 달성, 즉 채무불이행 시 담보권 실행을 통한 채권의 실현을 위한 것이므로 담보설정계약의 체결이나 담보권설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무를 변제하는 것이다. 따라서 채무자가 위와 같은 급부의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이고, 채무자가 통상의 계약에서 이익대립관계를 넘어서 채권자와 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리한다고 볼 수 없으므로 채무자를 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 할 수 없다.

위와 같은 법리는, 권리이전에 등기·등록을 요하는 동산에 관한 양도담보설정 계약에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 자동차 등에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자는 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 채무자가 채권자에게 양도담보설정계약에 따른 의무를 다하지 아니하고 이를 타에 처분하였다고 하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.

**21** 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체 판결〔사기·전자금융거래법위반·교통사고처리특례법위반(치상)·도로교통법위반(무면허운전)·도로교통법위반(음주운전)〕 ..... 318

- [1] 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되는지 여부(적극) / 이러한 법리는, 형벌법규가 고시 등 행정규칙·행정명령, 조례 등에 구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우에도 그 고시 등 규정이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 한 마찬가지인지 여부(적극) / 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우, 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하기 위한 요건 / 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우가 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 ‘법령의 변경’에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 피고인이 도로교통법 위반(음주운전)죄로 처벌받은 전력이 있음에도 술에 취한 상태로 전동킥보드를 운전하였다고 하여 구 도로교통법 위반(음주운전)으로 기소되었는데, 구 도로교통법이 개정되어 원심판결 선고 후에 개정 도로교통법이 시행되면서 제2조 제19호의2 및 제21호의2에서 전동킥보드와 같은 ‘개인형 이동장치’와 이를 포함하는 ‘자전거 등’에 관한 정의규정을 신설함에 따라 개인형 이동장치 음주운전 행위는 자동차 등 음주운전 행위를 처벌하는 제148조의2의 적용 대상에서 제외되는 한편 자전거 등 음주운전 행위를 처벌하는 제156조 제11호가 적용되어 법정형이 종전보다 가볍도록 법률이 변경되고 별도의 경과규정은 두지 않은 사안에서, 이러한 법률 개정은 구성요건을 규정한 형벌법규 자체의 개정에 따라 형이 가벼워진 경우에 해당함이 명백하므로, 종전 법령이 반성적 고려에 따라 변경된 것인지를 따지지 않고 형법

제1조 제2항에 따라 신법인 도로교통법 제156조 제11호, 제44조 제1항으로 처벌할 수 있을 뿐이라는 이유로, 행위시법인 구 도로교통법 제148조의2 제1항, 도로교통법 제44조 제1항을 적용하여 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다고 한 사례

- [1] [다수의견] 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따라야 하고(형법 제1조 제2항), 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다(형사소송법 제326조 제4호). 이러한 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 규정은 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 적용되어야 한다.

따라서 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다. 형벌법규가 대통령령, 총리령, 부령과 같은 법규명령이 아닌 고시 등 행정규칙·행정명령, 조례 등(이하 ‘고시 등 규정’이라고 한다)에 구성요건의 일부를 수권 내지 위임한 경우에도 이러한 고시 등 규정이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 한 형벌법규와 결합하여 법령을 보충하는 기능을 하는 것이므로, 그 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워졌다면 마찬가지로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다.

그러나 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 하므로, 이와 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되지 않는다.

한편 법령이 개정 내지 폐지된 경우가 아니라, 스스로 유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 그 유효기간을 경과함으로써 더 이상 효력을 갖지 않게 된 경우도 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 법령의 변경에 해당한다고 볼 수

없다.

[대법관 조재연, 대법관 안철상의 별개의견] 종래 대법원판례의 법리는 기준이 불명확하고 판단이 자의적일 수 있다는 점에서, 다수의견이 이를 폐기하고 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 ‘법령의 변경’의 기준으로 ‘형사법적 관점의 변화’를 제시한 것은 기본적으로 타당하고, 이에 찬동할 수 있다. 그러나 다수의견이 형벌법규가 변경된 경우 원칙적으로 적용할 수 있는 기본 법리를 제시하는 데 그치지 않고 세분화된 유형별 법리를 구성한 후 각 유형별로 일률적인 결론을 정한 것은 다음과 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

첫째, 대법원은 형사법적 관점의 변화를 전제로 하는 법령의 변경이라고 해석할 수 있을 때 행위시법주의의 예외로서 형법 제1조 제2항을 적용할 수 있다는 취지로 종래 대법원판례를 대체하는 기본 법리를 제시하고, 이에 따라 사건을 해결할 수 있다면 이로써 충분하다. 이러한 기본 법리는 향후 개별 사건에서 구체적 공방을 거쳐 유형별로 또는 같은 유형이라도 달리 적용 내지 판단하는 등으로 발전하는 것이 바람직하고, 대법원으로서도 당해 사건 해결에 필요한 범위에서 기본 법리를 확인함으로써 새로운 길을 열어주는 역할을 하면 되는 것이다.

둘째, 형사법의 근본적인 기능과 역할은 범죄를 처벌하고 예방함으로써 사회공동체의 질서를 유지하는 것이므로, 이를 지나치게 침해하지 않도록 행위시법주의의 예외를 적절한 범위에서 인정할 수 있는 균형 잡힌 해석이 필요하다. 다수의견은 유형별로 일률적인 결론을 정하고 있으나 형사법적 관점의 변화라는 상대적 가치를 지닌 관념이 특정한 유형에 항상 존재하거나 부존재한다고 볼 근거가 충분하지 않고, 또 구체적 개별 사건에서 균형 잡힌 해석의 가능성을 제한하는 결과가 되어 타당하다고 보기 어렵다.

[대법관 노태약, 대법관 천대엽의 별개의견] 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 ‘법령의 변경’은 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌에 관한 형사법적 관점의 변화를 전제로 하여야 한다고 보아, 종전 법령에 따른 처벌이 부당하거나 과중하였다는 등 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고, 형사법적 관점의 변화가 인정된다면 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되어야 한다는 다수의견의 기본 입장은 타당하다.

그러나 다수의견이 ‘유효기간을 구체적인 일자나 기간으로 특정하여 효력의 상실을 예정하고 있던 법령이 유효기간을 경과한 경우’를 형법 제1조 제2

항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 법령의 변경에 해당하지 않는다고 보아 일률적으로 피고인에게 유리한 재판시법의 적용을 배제하고 행위시법의 추급효를 인정하여야 한다는 부분에는 동의할 수 없다.

피고인에게 유리하게 형벌법규가 변경되었다는 관점에서 보면 법령이 개정·폐지된 경우와 법령의 유효기간이 경과된 경우는 본질적으로 차이가 없다. 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호에서 말하는 ‘법령의 변경’이 범죄의 가벌성과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 전제로 하는 것이라면, 법령의 유효기간이 경과된 경우에도 추급효에 관한 경과규정을 두지 않은 이상 원칙적으로 피고인에게 유리한 재판시법이 적용되어야 한다.

- [2] 피고인이 도로교통법 위반(음주운전)죄로 4회 처벌받은 전력이 있음에도 술에 취한 상태로 전동킥보드를 운전하였다고 하여 구 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되어 2020. 12. 10. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 위반(음주운전)으로 기소되었는데, 구 도로교통법이 2020. 6. 9. 개정되어 원심판결 선고 후인 2020. 12. 10. 개정 도로교통법이 시행되면서 제2조 제19호의2 및 제21호의2에서 전동킥보드와 같은 ‘개인형 이동장치’와 이를 포함하는 ‘자전거 등’에 관한 정의규정을 신설함에 따라 개인형 이동장치 음주운전 행위는 자동차 등 음주운전 행위를 처벌하는 제148조의2의 적용 대상에서 제외되는 한편 자전거 등 음주운전 행위를 처벌하는 제156조 제11호가 적용되어 법정형이 종전보다 가벌도록 법률이 변경되고 별도의 경과규정은 두지 않은 사안에서, 도로교통법 제44조 제1항 위반 전력이 있는 사람이 다시 술에 취한 상태로 전동킥보드를 운전한 행위는, 법률 개정 전에는 구 도로교통법 제148조의2 제1항이 적용되어 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금으로 처벌되었으나, 법률 개정 후에는 도로교통법 제156조 제11호가 적용되어 20만 원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료로 처벌되게 되었고, 이러한 법률 개정은 구성요건을 규정한 형벌법규 자체의 개정에 따라 형이가벼워진 경우에 해당함이 명백하므로, 종전 법령이 반성적 고려에 따라 변경된 것인지를 따지지 않고 형법 제1조 제2항에 따라 신법인 도로교통법 제156조 제11호, 제44조 제1항으로 처벌할 수 있을 뿐이라는 이유로, 행위시법인 구 도로교통법 제148조의2 제1항, 도로교통법 제44조 제1항을 적용하여 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다고 한 사례.