



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2023년 6월 15일

제660호

민사

1 2023. 4. 27. 선고 2017다227264 판결〔부당이득금〕 885

- [1] 민법 제109조 제1항 단서에서 정한 ‘중대한 과실’의 의미 / 의사표시의 상대방이 표의자의 착오를 알고 이용한 경우, 착오가 중대한 과실로 인한 것이라도 표의자가 의사표시를 취소할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 한국거래소가 설치한 파생상품시장에서 이루어지는 파생상품거래와 관련하여 상대방이 표의자의 착오를 알고 이용하였는지 판단하는 방법 / 표의자가 제출한 호가가 시장가격에 비추어 이례적이라는 사정만으로 상대방이 표의자의 착오를 알고 이용하였다고 단정할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 따른 금융투자업자인 甲 주식회사가 자신의 파생상품거래 시스템에 乙 주식회사로부터 사용권을 구매한 소프트웨어를 설치하고 乙 회사 소속 직원에게 이자율 등 변수를 입력하도록 하여 입력된 조건에 따라 위 소프트웨어에 의해 자동으로 호가가 생성·제출되는 방식으로 한국거래소가 설치한 파생상품시장에서 파생상품거래를 하였는데, 乙 회사 소속 직원이 위 소프트웨어에 입력할 변수 중 이자율을 계산하기 위한 설정 값을 잘못 입력하여 丙 외국법인과 시장가격에 비추어 이례적인 가격으로 다수의 파생상품거래가 체결되자, 丙 회사를 상대로 착오를 이유로 위 매매거래를 취소한다는 의사표시를 하고 부당이득반환을 구한 사안에서, 위 매매거래에 관한 甲 회사의 착오는 중대한 과실로 인한 것이고, 丙 회사가 甲 회사의 착오를 이용하여 위 매매거래를 체결하였다고 보기도 어려우므로, 甲 회사가 착오를 이유로 위 매매거래를 취소할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례

- [1] 민법 제109조 제1항은 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 그 의사표시를 취소할 수 있다고 규정하면서, 같은 항 단서에서 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘중대한 과실’이란 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 결여한 것을 의미한다. 한편 위 단서 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- [2] 한국거래소가 설치한 파생상품시장에서 이루어지는 파생상품거래와 관련하여 상대방 투자중개업자나 그 위탁자가 표의자의 착오를 알고 이용했는지 여부를 판단할 때에는 파생상품시장에서 가격이 결정되고 계약이 체결되는 방식, 당시의 시장 상황이나 거래관행, 거래량, 관련 당사자 사이의 구체적인 거래 형태와 호가 제출의 선후 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 단순히 표의자가 제출한 호가가 당시 시장가격에 비추어 이례적이라는 사정만으로 표의자의 착오를 알고 이용하였다고 단정할 수 없다.
- [3] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라고 한다)에 따른 금융투자업자인 甲 주식회사가 자신의 파생상품거래 시스템에 乙 주식회사로부터 사용권을 구매한 소프트웨어를 설치하고 乙 회사 소속 직원에게 이자율 등 변수를 입력하도록 하여 입력된 조건에 따라 위 소프트웨어에 의해 자동으로 호가가 생성·제출되는 방식으로 한국거래소가 설치한 파생상품시장에서 파생상품거래를 하었는데, 乙 회사 소속 직원이 위 소프트웨어에 입력할 변수 중 이자율을 계산하기 위한 설정 값을 잘못 입력하여 丙 외국법인과 시장가격에 비추어 이례적인 가격으로 다수의 파생상품거래가 체결되자, 丙 회사를 상대로 착오를 이유로 위 매매거래를 취소한다는 의사표시를 하고 부당 이득반환을 구한 사안에서, 甲 회사는 자본시장법상 금융투자업자로서 파생상품거래 시스템에 호가를 입력하기 전에 호가의 적합성 등을 점검해야 할 의무가 있고, 금융투자상품의 매매를 위한 호가제시 업무는 자본시장법상 투자매매업자에게만 위탁할 수 있음에도 이를 위반하여 투자매매업자가 아닌 乙 회사의 직원에게 호가에 영향을 줄 수 있는 수치를 입력하도록 한 점 등에 비추어 위 매매거래에 관한 甲 회사의 착오는 중대한 과실로 인한 것이고, 위 매매거래는 가격우선 및 시간우선 원칙이 적용되는 접속거래에 따라 체결되었으며 체결가격이 각 매매마다 호가에 따라 결정되었는데, 丙 회사는 위 매매거래 중 상당 부분에 대하여 파생상품시장 개장 전에 호가를 제출하

였고, 개장 후 호가를 제출한 부분도 위 소프트웨어와 유사한 알고리즘거래 소프트웨어를 이용하여 제출한 것으로 보이는 점, 개인투자자 중에는 투기적 성향의 투자자가 존재하고 기관투자자들도 이러한 투기적 수요에 부응하여 이익을 얻을 수 있기 때문에 외가격 옵션거래가 이루어지는 점, 丙 회사가 매매거래일 전후 일정 기간 계속하여 위 매매거래와 동일한 방식으로 호가를 제시하여 왔는데, 순위험증거금액 제도를 고려할 때 丙 회사의 호가가 우연히 발생할지도 모르는 甲 회사의 착오를 이용할 목적으로 사전에 마련된 것이라고 단정할 수 없는 점 등에 비추어, 丙 회사가 甲 회사의 착오를 이용하여 위 매매거래를 체결하였다고 보기도 어려우므로, 甲 회사가 착오를 이유로 위 매매거래를 취소할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

2 2023. 4. 27. 선고 2017다239014 판결 [손해배상(기)] 890

책임보험계약 피보험자의 과실로 발생한 화재에 의하여 다수 피해자가 손해를 입었으나 책임보험 한도액이 다수 피해자의 손해 합계액에 미치지 못하는 경우, 피해자들이 책임보험자에 대하여 직접청구권을 행사하여 책임보험 한도액의 범위 내에서 각자 전보받지 못하고 남은 손해의 배상을 청구할 수 있는지 여부(적극) 및 피해자와 체결한 화재보험계약에 따라 보험금으로 그 피해자의 손해를 전부 보상한 화재보험자가 책임보험자에게 보험자대위로 직접청구를 하는 경우, 화재보험자는 직접청구권을 행사하는 다른 피해자들에 대한 책임보험금 지급이 이루어진 다음 책임보험 한도액에 남은 금액에 한하여 지급받을 수 있는지 여부(원칙적 적극)

책임보험계약은 피보험자가 보험기간 중의 사고로 인하여 제3자에게 배상할 책임을 진 경우에 그로 인한 손해보상을 목적으로 한다. 책임보험제도는 피보험자의 재산상 손해를 전보할 뿐만 아니라 이를 통하여 실질적으로는 피해자를 보호하는 데 주된 취지가 있다.

상법 제724조가 규정하고 있는 피해자의 직접청구권은 책임보험의 보험사고가 발생한 때 피해자가 보험금액의 한도 내에서 책임보험자에 대해 직접 보상을 청구할 수 있도록 특별히 인정된 권리로서, 피해자에게 신속·확실한 구제기회를 부여함으로써 피해자를 두텁게 보호하기 위한 것이다.

상법 제682조 제1항은 “손해가 제3자의 행위로 인하여 발생한 경우에 보험금을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 다만 보험자가 보상할 보험금의 일부를 지급한 경우에는 피보험자의 권리를 침해하지 아니하는 범위에서 그 권리를 행사할 수 있다.”라고 규정한다. 위 규정의 취지는 피보험자가 보험자로부터 보험금액을 지

급받은 후에도 제3자에 대한 청구권을 보유·행사하게 하는 것은 피보험자에게 손해의 전보를 넘어서 오히려 이득을 주게 되는 결과가 되어 손해보험제도의 원칙에 반하게 되고 또 배상의무자인 제3자가 피보험자의 보험금 수령으로 인하여 책임을 면하게 하는 것도 불합리하므로 이를 제거하여 보험자에게 이익을 귀속 시키려는 데 있다. 따라서 피해자인 피보험자의 이중이득이나 가해자인 제3자의 부당한 면책의 우려가 없는 경우에는 보험자의 보험자대위는 제한될 수 있다. 피보험자가 보험자로부터 보험금을 지급받고도 보상받지 못한 손해액이 남아 있는 경우 보험자가 보험자대위에 의하여 제3자에게 직접 청구할 수 있는 범위는 상법 제682조 제1항에 따라 피보험자가 제3자에 대하여 가지는 전체 손해배상청구권 중 미보상손해액을 공제한 나머지 부분에 한한다고 보는 것도 이러한 취지에서이다.

위와 같은 상법상 보험자대위 제도와 책임보험에서의 피해자의 직접청구권 제도의 취지는 화재보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 다음 보험자대위로 가해자의 책임보험자에게 직접청구권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 즉 책임보험계약의 피보험자의 과실로 발생한 화재에 의하여 다수 피해자가 손해를 입었으나 책임보험 한도액이 다수 피해자의 손해 합계액에 미치지 못하는 경우, 피해자들은 책임보험자에 대하여 직접청구권을 행사하여 책임보험 한도액의 범위 내에서 각자 전보받지 못하고 남은 손해의 배상을 청구할 수 있다. 그러나 피해자와 체결한 화재보험계약에 따라 보험금으로 그 피해자의 손해를 전부 보상한 화재보험자가 책임보험자에게 보험자대위로 직접청구를 하는 경우, 화재보험자는 직접청구권을 행사하는 다른 피해자들보다 우선하여 책임보험금을 지급받을 수 없고 특별한 사정이 없는 한 피해자들에 대한 책임보험금 지급이 이루어진 다음 책임보험 한도액에 남은 금액이 있다면 이에 대해서 지급받을 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

3 2023. 4. 27. 선고 2019다247903 판결〔건물등철거〕 894

- [1] 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적(私法的) 행위에 대해 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 외국이 국내 부동산을 점유하는 것을 두고 반드시 주권적 활동에 속하거나 이와 밀접한 관련이 있는 사법적 행위에 해당한다고 볼 수 있는지 여부(소극) / 외국이 부동산을 공관지역으로 점유하는 것과 관련하여 해당 국가를 피고로 하여 제기된 소송이 외교공관의 직무 수행을 방해할 우려가 있는 경우, 그에 대한 우리나라 법원의 재판권 행사가 제한되는지 여부(적극) 및 이때

위 소송이 외교공관의 직무 수행을 방해할 우려가 있는지 판단하는 기준

- [1] 국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이다. 그러나 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적(私法的) 행위에 대하여는 그것이 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다.
- [2] 부동산은 영토주권의 객체로, 부동산 점유 주체가 외국이라는 이유만으로 부동산 소재지 국가 법원의 재판권에서 당연히 면제된다고 보기 어렵고, 부동산을 점유하는 데에는 다양한 원인과 목적, 형태가 있을 수 있으므로, 외국이 국내 부동산을 점유하는 것을 두고 반드시 주권적 활동에 속하거나 이와 밀접한 관련이 있는 사법적 행위에 해당한다고 볼 수도 없다.

다만 외교공관은 한 국가가 자국을 대표하여 외교 활동을 하고 자국민을 보호하며 영사 사무 등을 처리하기 위하여 다른 국가에 설치한 기관이므로, 외국이 부동산을 공관지역으로 점유하는 것은 그 성질과 목적에 비추어 주권적 활동과 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있고, 국제법상 외국의 공관지역은 원칙적으로 불가침이며 접수국은 이를 보호할 의무가 있다. 따라서 외국이 부동산을 공관지역으로 점유하는 것과 관련하여 해당 국가를 피고로 하여 제기된 소송이 외교공관의 직무 수행을 방해할 우려가 있는 때에는 그에 대한 우리나라 법원의 재판권 행사가 제한되고, 이때 그 소송이 외교공관의 직무 수행을 방해할 우려가 있는지 여부는 원고가 주장하는 청구 권원과 내용, 그에 근거한 승소판결의 효력, 그 청구나 판결과 외교공관 또는 공관직무의 관련성 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

- 4** 2023. 4. 27. 선고 2020다292626 판결 [상속회복청구등의소] 898
- 민법 제1007조에서 정한 ‘상속분’의 의미(=법정상속분) 및 공동상속인들 사이에서 상속재산의 분할이 마쳐지지 않았음에도 특정 공동상속인에 대하여 특별수익 등을 고려하면 그의 구체적 상속분이 없다는 등의 이유를 들어 개개의 상속재산에 관하여 법정상속분에 따른 권리승계가 아예 이루어지지 않았거나, 법정상속분에 따라 마쳐진 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하는 것이 허용되는지 여부(소극)

민법 제1007조는 “공동상속인은 각자의 상속분에 응하여 피상속인의 권리·의무를 승계한다.”라고 정하는바, 위 조항에서 정한 ‘상속분’은 법정상속분을 의미하므로 일단 상속이 개시되면 공동상속인은 각자의 법정상속분의 비율에 따라 모

든 상속재산을 승계한다. 또한 민법 제1006조는 “상속인이 수인인 때에는 상속재산은 그 공유로 한다.”라고 정하므로, 공동상속인들은 상속이 개시되어 상속재산의 분할이 있을 때까지 민법 제1007조에 기하여 각자의 법정상속분에 따라서 이를 잠정적으로 공유하다가 특별수익 등을 고려한 구체적 상속분에 따라 상속재산을 분할함으로써 위와 같은 잠정적 공유상태를 해소하고 최종적으로 개개의 상속재산을 누구에게 귀속시킬 것인지를 확정하게 된다. 그러므로 공동상속인들 사이에서 상속재산의 분할이 마쳐지지 않았음에도 특정 공동상속인에 대하여 특별수익 등을 고려하면 그의 구체적 상속분이 없다는 등의 이유를 들어 그 공동상속인에게는 개개의 상속재산에 관하여 법정상속분에 따른 권리승계가 아예 이루어지지 않았거나, 부동산인 상속재산에 관하여 법정상속분에 따라 마쳐진 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하는 것은 허용될 수 없다.

5 2023. 4. 27. 선고 2021다227476 판결〔구상금〕 901

- [1] 여럿이 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 지는 전부의무자가 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝날 때까지 실제로 발생한 구상권이나 장래 구상권을 신고하지 않았고 관리인이 그 구상권을 회생채권자 목록에 기재하지 않은 경우, 채무자가 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 따라 책임을 면하고 구상권은 실권되는지 여부(원칙적 적극) 및 이는 채권자의 회생절차 참가로 인해 전부의무자가 구상권으로 회생절차에 참가할 수 없었던 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에도 불구하고 채무자가 책임을 면하거나 회생채권이 실권되었다고 할 수 없는 경우
- [2] 한국토지주택공사가 아파트 신축공사 중 일부를 甲 주식회사와 乙 주식회사로 구성된 공동이행방식의 공동수급체에 도급하였고, 丙 주식회사가 도급계약상 수급인의 의무를 연대보증하였으며, 丁 보험회사는 甲 회사 및 乙 회사와 하자보증보험계약을 체결하였고, 그 후 아파트 입주자대표회의가 한국토지주택공사를 상대로 제기한 하자보수를 갈음하는 손해배상청구소송 계속 중 乙 회사에 대한 회생절차가 개시되자 丁 회사는 하자보증보험계약에 따른 채무 이행 후 발생할 장래의 구상권을 신고하였으나 甲 회사 등은 채권신고를 하지 않았는데, 甲 회사가 丙 회사에 구상금을 지급함으로써 취득한 乙 회사에 대한 구상금 채권이 회생계획인가결정에 따라 실권되었는지 문제 된 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲 회사의 구상금 채권이 실권된다고 보는 것이 헌법상의 적법절차 원리 및 과잉금지 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 정도에 이르지 않는다고 볼 여지가 많은데도, 구상금 채권이 실권의 예외에 해

당한다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우에 회생채권자가 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝날 때까지 채권신고를 하지 못하고 관리인이 그 회생채권을 회생채권자 목록에 기재하지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채무자는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제251조에 따라 책임을 면하고 그 회생채권은 실권된다.

여럿이 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무(이하 그 의무를 부담하는 사람을 ‘전부의무자’라고 한다)를 지는 경우 전부의무자가 채권자에 대한 변제 등으로 채권자의 채권 전액을 소멸시킨 후 행사할 가능성이 있는 구상권(이하 ‘장래 구상권’이라고 한다)이 회생채권에 해당할 때 회생절차에서 채권자와 구상권자 사이의 권리를 조정할 필요가 생긴다. 이와 관련하여 채무자회생법 제126조 제3항, 제4항은 전부의무자와 회생채무자 사이의 구상관계를 다루고 있다. 채권자가 회생절차에 참가하지 않은 경우 전부의무자는 구상권을 취득하지 않았더라도 장래 구상권으로 회생절차에 참가할 수 있다(제126조 제3항 본문 참조). 그러나 채권자가 회생절차개시 당시에 가지는 채권 전액에 관하여 회생절차에 참가한 경우에는 전부의무자는 회생절차에 참가할 수 없다(제126조 제3항 단서 참조). 채권자가 회생절차에 참가하여 전부의무자가 회생절차에 참가할 수 없는 경우에는 전부의무자는 채무자회생법 제126조 제4항에 따라 채권 전액이 소멸해야만 비로소 구상권의 범위 안에서 채권자가 가진 권리를 행사할 수 있다. 전부의무자가 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝날 때까지 실제로 발생한 구상권이나 장래 구상권을 신고하지 않았고 관리인이 그 구상권을 회생채권자 목록에 기재하지 않았다면, 그 구상권은 회생계획이나 채무자회생법의 규정에 의하여 인정된 권리에 해당하지 않으므로, 채무자는 채무자회생법 제251조에 따라 책임을 면하고 그 구상권은 실권된다. 이는 채권자의 회생절차 참가로 인해 전부의무자가 구상권으로 회생절차에 참가할 수 없었던 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 전부의무자는 채권자에 대한 변제 등으로 채권의 전액이 소멸하였을 때에 구상권의 범위 안에서 채권자가 가진 권리를 대위행사할 수 있을 뿐이다.

다만 회생채권자가 회생절차에 관하여 알지 못하여 채권신고를 하지 못하고 관리인이 회생채권의 존재 또는 그러한 회생채권이 주장되는 사실을 알고 있거나 이를 쉽게 알 수 있었음에도 회생채권자 목록에 기재하지 아니하였거나, 회생채권자가 회생법원이 정한 신고기간 내에 채권신고를 하고 회생절차에 참가할 것을 기대할 수 없는 등의 특별한 사정이 있는 경우로서, 회생채

권자가 채권신고를 하지 않았다고 하여 그 채권이 무조건 실권된다고 본다면 회생채권자로 하여금 회생절차에 참가하여 자신의 권리의 실권 여부에 관하여 대응할 수 있는 최소한의 절차적 기회를 박탈하여 헌법상의 적법절차 원리 및 과잉금지 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 정도에 이른 경우에는, 채무자회생법 제251조에도 불구하고 채무자가 책임을 면하거나 그 회생채권이 실권되었다고 할 수 없을 것이다.

- [2] 한국토지주택공사가 아파트 신축공사 중 일부를 甲 주식회사와 乙 주식회사로 구성된 공동이행방식의 공동수급체에 도급하였고, 丙 주식회사가 도급계약상 수급인의 의무를 연대보증하였으며, 丁 보험회사는 甲 회사 및 乙 회사와 하자보증보험계약을 체결하였고, 그 후 아파트 입주자대표회의가 한국토지주택공사를 상대로 제기한 하자보수를 갈음하는 손해배상청구소송 계속 중 乙 회사에 대한 회생절차가 개시되자 丁 회사는 하자보증보험계약에 따른 채무 이행 후 발생할 장래의 구상권을 신고하였으나 甲 회사 등은 채권신고를 하지 않았는데, 甲 회사가 丙 회사에 구상금을 지급함으로써 취득한 乙 회사에 대한 구상금 채권이 회생계획인가결정에 따라 실권되었는지 문제 된 사안에서, 甲 회사가 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝날 때까지 채권신고를 하지 않았고, 관리인이 그 채권을 회생채권자 목록에 기재하지 아니하였으므로 乙 회사는 특별한 사정이 없는 한 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제251조에 따라 구상금 채권에 관한 책임을 면하고 그 채권은 실권되는데, ① 乙 회사에 대한 회생절차개시 당시 아파트의 하자가 이미 발생한 점, ② 丁 회사의 의무부담 범위 내에서 甲 회사, 乙 회사, 丙 회사, 丁 회사는 여럿이 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 지는 전부의무자이고, 채권자는 한국토지주택공사이며, 한국토지주택공사가 회생절차에 참가하지 않았으므로, 甲 회사는 채무자회생법 제126조 제3항 본문에 의하여 다른 장래 구상권자인 丁 회사가 채권신고를 했는지와 무관하게 장래 구상권을 신고할 수 있었던 점, ③ 아파트 하자 관련 손해배상채무에 대하여 甲 회사, 乙 회사, 丙 회사, 丁 회사는 각각 연대채무자, 연대보증인, 보증인에 준하는 보증보험자 등의 지위에 있었으므로, 당사자들 사이에 구상권 발생을 예정하고 있었고, 이에 甲 회사는 회생절차개시 당시 乙 회사에 대한 구상권을 취득할 수 있다는 점을 충분히 예상할 수 있었다고 보이는 점에 비추어, 甲 회사의 구상금 채권이 실권된다고 보는 것이 헌법상의 적법절차 원리 및 과잉금지 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 정도에 이르지 않는다고 볼 여지가 많은데도, 구상금 채권이 실권의 예외에 해당한다고

본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

6 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결 [근로에관한소송] 907

- [1] 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 경우, 회생절차개시결정 전에 발생한 파견근로자의 직접고용청구권이 소멸하는지 여부(적극) 및 파견근로자는 사용사업주의 회생절차가 종결되면 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적인 이유가 없는 경우, 사용사업주가 임금 차별에 대한 손해배상책임을 부담하는지 여부(적극) 및 이때 ‘합리적인 이유가 없는 경우’의 의미 및 합리적인 이유가 있는지 판단하는 방법 / 이러한 법리는 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률을 위반한 파견근로관계 및 파견근로자가 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년을 경과하여 근로를 제공한 경우에도 적용되는지 여부(적극)
- [3] 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지를 판단할 때, 비교대상 근로자를 선정하는 방법 및 정년을 경과하지 않은 근로자를 비교대상 근로자로 삼는 경우, 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 하는지 여부(적극)
- [4] 정년을 경과한 파견근로자에 대하여 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대상으로 하여 차별적 처우에 합리적 이유가 있는지를 판단하거나 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금(=사용사업주가 정년이 경과한 근로자를 채용하였다면 지급하였을 적정한 임금) 및 이를 산정하는 방법
- [1] 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11279호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라고 한다) 제6조의2 제2항은 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 같은 조 제1항의 사용사업주의 직접고용의무 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률 시행령(2014. 9. 24. 대통령령 제25630호로 개정되기 전의 것) 제2조의2 제1호는 구 임금채권보장법 시행령(2014. 9. 24. 대통령령 제25630호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1호부

터 제3호까지 정한 사용사업주에 대한 파산선고, 회생절차개시결정 및 미지급임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정되는 일정한 경우를 구 파건법 제6조의2 제2항에 규정된 ‘대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우’의 하나로 규정하고 있다. 구 파건근로자 보호 등에 관한 법률(2019. 4. 30. 법률 제16413호로 개정되기 전의 것, 이하 구 파건법과 구별할 필요가 없는 경우에는 통칭하여 ‘파건법’이라고 한다) 및 구 파건근로자 보호 등에 관한 법률 시행령(2019. 10. 29. 대통령령 제30177호로 개정되기 전의 것)의 규정도 위 규정들과 내용은 동일하다.

파건법이 이처럼 파건근로자의 고용안정과 보호를 위하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하면서도, 위와 같은 직접고용의무의 예외규정을 둔 이유는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면하여 회생절차가 개시된 사용사업주에 대하여도 일반적인 경우와 동일하게 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니라 파건근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것이다. 이와 같은 예외규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, 파건법 제6조의2 제2항에 따라 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당하다. 다만 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파건근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다.

- [2] 사용사업주가 파건근로자와 비교대상 근로자가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는데도 파건근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파건근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적 이유가 없는 경우, 이는 구 파건근로자 보호 등에 관한 법률(2019. 4. 30. 법률 제16413호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘개정 파건법’이라고 한다) 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파건근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다. 이때 합리적인 이유가 없는 경우라 함은, 파건근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다. 그리고

합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 정도, 불리한 처우가 발생한 이유를 기준으로 파견근로자의 업무의 내용과 범위·권한·책임 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 이러한 법리는 개정 파견법을 위반한 파견근로관계 및 파견근로자가 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년을 경과하여 근로를 제공한 경우에도 적용된다.

- [3] 사용사업주의 단체협약이나 취업규칙 등에서 정한 정년이 경과한 파견근로자에 대하여 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2019. 4. 30. 법률 제16413호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항이 금지하는 차별적 처우가 있는지를 판단할 때 비교대상 근로자는 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다. 만일 그러한 근로자가 없는 경우 정년이 경과하여 퇴직한 근로자가 사용사업주에게 축탁직 등 기간제 근로자로 채용되어 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있다면, 위 기간제 근로자 역시 비교대상 근로자가 될 수 있다. 사용사업주의 사업장에 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 정년을 경과하지 않은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수밖에 없을 것이나, 이러한 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는데 고려하여야 한다.
- [4] 정년을 경과한 파견근로자에 대하여 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자를 비교대상으로 하여 차별적 처우에 합리적 이유가 있는지를 판단하거나 차별적 처우로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 그 기준이 되는 임금, 즉 파견근로자가 차별적 처우가 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금은, 사용사업주 소속 정년 미경과 근로자가 받은 임금이 아니라 사용사업주가 정년을 경과한 근로자를 채용하였더라면 지급하였을 적정한 임금을 의미한다. 이러한 임금은 정년이 경과한 파견근로자가 구체적으로 수행한 업무의 내용과 범위·권한·책임, 동종 사업장의 관행, 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무가 아니더라도 다른 종류의 업무 영역에서 사용사업주가 정년퇴직한 근로자를 일시적으로 고용한 적이 있다면 그 근로자에게 지급한 임금과 퇴직 전 지급한 임금의 차이와 비율 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 한다.

7 2023. 4. 27. 선고 2021다262905 판결 [손해배상(기)] 917

- [1] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우기 위한 요건으로서 위법한 행위와 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 판단하는 방법
- [2] 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지 판단하는 기준 / 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제10조 제1항에 따른 손해배상책임을 인정하는 경우, 당해 소비자를 기준으로 법적·규범적 관점에서 부당한 표시·광고와 손해 사이의 상당인과관계가 인정되면 인과관계의 증명에 있다고 보아야 하는지 여부(적극) 및 이와 같이 상당인과관계가 증명되는 한 소비자의 과실 등 다른 원인이 손해 발생에 기여하였더라도 마찬가지로 인정되는지 여부(적극)
- [3] 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 구체적인 손해액을 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원이 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 甲 주식회사가 다른 지역에서 운영하던 공장을 이전하기 위하여 乙 주식회사가 지방자치단체와 공동으로 개발하는 기업도시 내 공장용지를 매수하고 건물을 신축하였다가 취득세 및 재산세 감면에 관한 분양안내서의 기재 내용과 달리 위 토지와 건물에 관하여 취득세와 재산세 등을 납부하게 되자, 분양안내서를 작성·배포한 乙 회사를 상대로 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 甲 회사가 분양안내서의 내용을 신뢰하여 취득세 및 재산세의 감면을 받는 것으로 오인하고 토지를 매수한 것으로 추단함이 타당하고, 사안의 성질상 甲 회사가 입은 구체적인 손해액을 증명하는 것이 매우 곤란한 경우에 해당하므로, 간접사실들을 종합하여 乙 회사의 허위·과장광고와 상당인과관계 있는 甲 회사의 손해액을 정할 수 있는 데도, 甲 회사의 손해배상청구를 배척한 원심판단에는 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [5] 선택적으로 병합된 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 일부라도 상고가 이유 있다고 인정하는 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 하는지 여부(적극)
- [1] 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면 위법한 행위와 원고가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무는 결과 발생의 개연성, 위법행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판

단하여야 한다.

- [2] ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(이하 ‘표시광고법’이라 한다)은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고, 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하는 데 목적이 있다. 일반 소비자는 광고에서 직접적으로 표현된 문장, 단어, 디자인, 도안, 소리 또는 이들의 결합에 의하여 제시되는 표현뿐만 아니라 광고에서 간접적으로 암시하고 있는 사항, 관례적이고 통상적인 상황 등도 종합하여 전체적·궁극적 인상을 형성하게 되므로, 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다. 이러한 표시광고법의 입법 취지, 부당한 표시·광고가 소비자의 의사결정에 작용하는 태양 및 그로 인해 침해되는 소비자의 이익의 성질을 고려하면, 표시광고법 제10조 제1항에 따른 손해배상책임을 인정함에 있어 반드시 부당한 표시·광고와 손해 사이의 인과관계가 자연과학에 준하는 수준으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 당해 소비자를 기준으로 법적·규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되면 그 증명이 있다고 보아야 하며, 이와 같이 부당한 표시·광고와 손해 사이의 상당인과관계가 증명되는 한 이를 신뢰한 소비자의 과실 등 다른 원인이 손해의 발생에 기여하였다고 하여 달리 볼 수 없다.
- [3] 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 그 구체적인 손해액을 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다. 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제11조도 ‘부당한 표시·광고 행위로 손해가 발생한 사실은 인정되나 그 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.’고 정하였다.
- [4] 甲 주식회사가 다른 지역에서 운영하던 공장을 이전하기 위하여 乙 주식회사가 지방자치단체와 공동으로 개발하는 기업도시 내 공장용지를 매수하고 건물을 신축하였다가 취득세 및 재산세 감면에 관한 분양안내서의 기재 내용과

달리 위 토지와 건물에 관하여 취득세와 재산세 등을 납부하게 되자, 분양안내서를 작성·배포한 乙 회사를 상대로 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시광고법’이라 한다)에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 기업도시의 지식산업용지 분양에 관한 분양안내서에는 입주기업의 법인세 감면에 관하여 신설·창업기업과 이전기업으로 나누어 투자규모·조건에 따른 감면내용이 기재되어 있는 반면, 취득세 및 재산세의 경우 그러한 구분 없이 감면내용만 기재되어 있고, 기업도시개발 특별법 제26조 제1항과 분양안내서 작성·배포 당시의 구 지방세특례제한법(2016. 12. 27. 법률 제1447호로 개정되기 전의 것) 제75조의2 제1항 제1호에 따르면 창업·신설기업과 달리 이전기업은 취득세 및 재산세의 감면 대상이 아닌데, ① 乙 회사가 작성·배포한 분양안내서에는 취득세 및 재산세 감면에 관한 내용이 표지를 제외한 사실상 첫 면에 기재되어 있고, 다른 홍보내용에 앞서 중점적으로 설명되고 있어서 乙 회사가 취득세 및 재산세 감면 혜택을 입주기업 유치 홍보의 주된 내용으로 강조하였음을 알 수 있고, 이는 입주를 고려하는 기업이 대상 토지의 선정, 매매계약 체결 여부를 결정하는 과정에서 주요한 고려요소가 되었을 것인 점, ② 관련 법령의 형식, 개정 경과와 내용에 비추어 법률전문가가 아닌 당사자로서는 일반 국민의 신뢰 대상인 지방자치단체가 공동시행자로 표시되어 있는 乙 회사의 광고를 그대로 신뢰하였을 가능성이 높은 점, ③ 甲 회사가 납부한 취득세 등이 토지의 매매대금에 비해 적은 금액으로 평가하기도 어려운 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 甲 회사는 분양안내서의 내용을 신뢰하여 취득세 및 재산세의 감면을 받는 것으로 오인하고 토지를 매수한 것으로 추단함이 타당하고, 사안의 성질상 甲 회사가 입은 구체적인 손해액을 증명하는 것이 매우 곤란한 경우에 해당하므로, 매매계약의 체결 경위, 당시의 정황, 분양안내서의 허위·과장의 정도, 그것이 매매계약의 체결 여부 및 매매대금 결정에 미친 영향, 납세의무는 법령에 규정된 것으로 언제든지 확인이 가능함에도 甲 회사가 사전에 관할관청 등에 이를 확인해 보지 않았던 사정 등 모든 간접사실들을 종합하여 乙 회사의 허위·과장광고와 상당인과관계 있는 甲 회사의 손해액을 정할 수 있는데도, 분양안내서의 취득세 등 감면에 관한 기재가 표시광고법에 따른 부당한 표시·광고행위 또는 불법행위에 해당하기는 하나, 甲 회사가 단순히 세제혜택만을 믿고 토지를 매수한 것으로 볼 수 없다는 등의 이유를 들어 甲 회사의 손해배상청구를 배척한 원심판단에는 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

[5] 선택적으로 병합된 수 개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가

상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 일부라도 그에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 한다.

8 2023. 4. 27. 선고 2021다276225, 276232 판결 [가등기에기한본등기절차 이행청구·소유권말소등기] 925

부동산등기법 제23조 제4항에서 말하는 ‘등기절차의 이행을 명한 판결’은 주문에 반드시 등기절차를 이행하라는 등기의무자의 등기신청 의사를 진술하는 내용 등이 포함되어 있어야 하는지 여부(적극) / 소송서류 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 확정된 제1심판결문을 기초로 등기권리자가 소유권이전등기를 마쳤으나 이후 제기된 추후보완항소에서 제1심판결이 취소되고 등기권리자의 청구가 기각된 경우, 등기의무자는 등기권리자를 상대로 위 추후보완항소 절차에서 반소를 제기하거나 별도로 소를 제기하여 소유권이전등기의 말소등기절차를 구할 수 있는지 여부(적극)

등기는 부동산등기법 제23조 제1항에 따라 법률에 다른 규정이 없는 한 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 하나, 같은 조 제4항에 따라 등기절차의 이행 또는 인수를 명한 판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자가 단독으로 신청할 수 있다. 여기서 말하는 ‘등기절차의 이행을 명한 판결’은 주문에 반드시 등기절차를 이행하라는 등기의무자의 등기신청 의사를 진술하는 내용 등이 포함되어 있어야 한다(대법원 등기예규 제1692호 판결 등 집행권원에 의한 등기의 신청에 관한 업무처리지침 2. 참조).

한편 소송서류 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 확정된 제1심판결문을 기초로 등기권리자가 소유권이전등기를 마쳤으나 이후 제기된 추후보완항소에서 제1심판결이 취소되고 등기권리자의 청구가 기각되었다면, 등기의무자로서는 이미 등기명의를 이전받은 등기권리자를 상대로 위 추후보완항소 절차에서 반소를 제기하거나 별도로 소를 제기하여 소유권이전등기의 말소등기절차를 구할 수 있다.

9 2023. 4. 27. 선고 2022다273018 판결 [유치권존재확인소] 927

[1] 유치권의 피담보채권이 되기 위한 요건 및 법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류나 내용의 물권을 창설할 수 있는지 여부(소극)

[2] 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 제거되어 각 구분건물이 구조상 및 이용상 독립성을 상실하였으나, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 복원을 전제로 한 일시적인 것으로서 복원이 용이한 경우, 그 구분건물에 관한 등기의 효력(유효)

[3] 甲 주식회사가 구분등기가 마쳐진 4개 호실 중 1개 호실을 임차하면서 임대인과 ‘임대차계약이 종료된 경우에 임대인은 임차인에게 임차인이 위 부동산

에 관하여 뷔페 영업을 위하여 투입한 총공사비의 70%를 반환한다.’는 내용의 공사비 반환 약정을 하였고, 그 후 甲 회사는 4개 호실을 점유하면서 각 호실을 구분하던 칸막이를 철거하는 등의 공사를 한 다음 점유 부분 전부를 뷔페 영업을 위한 공간으로 사용하였는데, 4개 호실이 경매절차에서 일괄매각되자 甲 회사가 위 약정에 따른 유익비상환채권을 피담보채권으로 하는 유치권의 존재 확인을 구한 사안에서, 甲 회사가 지출하였다고 주장하는 총공사비에 따라 산정한 금액을 유치권의 피담보채권으로 인정한 다음 甲 회사가 각 호실 전체에 대하여 유치권을 주장할 수 있다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 유치권은 점유하는 물건으로써 유치권자의 피담보채권에 대한 우선적 만족을 확보하여 주는 법정담보물권이다. 민법 제320조 제1항은 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.”라고 규정하고 있으므로, 유치권의 피담보채권은 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’이어야 한다. 민법 제185조는 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.”라고 정하여 물권법정주의를 선언하고 있다. 물권법의 강행법규성에 따라 법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류나 내용의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는다.
- [2] 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물이 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하다고 해석해야 한다.
- [3] 甲 주식회사가 구분등기가 마쳐진 4개 호실 중 1개 호실을 임차하면서 임대인과 ‘임대차계약이 종료된 경우에 임대인은 임차인에게 임차인이 위 부동산에 관하여 뷔페 영업을 위하여 투입한 총공사비의 70%를 반환한다.’는 내용의 공사비 반환 약정을 하였고, 그 후 甲 회사는 4개 호실을 전부 점유하면서 각 호실을 구분하던 칸막이를 철거하는 등의 공사를 한 다음 점유 부분 전부를 뷔페 영업을 위한 공간으로 사용하였는데, 4개 호실이 경매절차에서 일괄매각되자 甲 회사가 위 약정에 따른 유익비상환채권을 피담보채권으로 하는 유치권의 존재 확인을 구한 사안에서, 임대차계약 및 공사비 반환 약정의 진정성에 의문스러운 부분이 있을 뿐만 아니라, 유치권의 목적물과 건련

관계가 인정되지 않는 채권을 피담보채권으로 하는 유치권을 인정한다면 법률이 정하지 않은 새로운 내용의 유치권을 창설하는 것으로서 물권법정주의에 반하여 허용되지 않는데, 甲 회사가 공사에 지출하였다고 주장하는 비용에는 각 호실의 개량을 위하여 지출되어 물건의 가치를 객관적으로 증가시키는 비용과 甲 회사의 주관적 이익이나 특정한 영업을 위한 목적으로 지출된 비용이 구분되어 있지 않으므로, 공사비 반환 약정을 근거로, 민법상 유익비에 해당하지 않는, 즉 건물의 객관적 가치 증가와 무관한 비용지출로서 유치권 목적물과의 견련관계가 인정되지 않는 부분까지 법정담보물권인 유치권의 피담보채권이 된다고 볼 수 없으며, 한편 각 호실의 칸막이가 철거되어 구조상·이용상 독립성을 상실하기는 하였으나 현재도 건축물대장에 첨부된 건축물현황도 등으로 위치와 면적 등을 쉽게 특정할 수 있고, 기존 칸막이 철거는 점유 부분을 뷔페 영업에 사용하기 위한 일시적인 방편에 불과하여 언제든지 원상태로 복원할 수 있을 뿐만 아니라 복원에 과다한 비용이 들 것으로 보이지 않는데도, 甲 회사가 지출하였다고 주장하는 총공사비에 따라 산정한 금액을 유치권의 피담보채권으로 인정한 다음 甲 회사가 각 호실 전체에 대하여 유치권을 주장할 수 있다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

10 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결 [보험금] 933

- [1] 보험약관에서 정하는 상해의 요건인 ‘급격하고도 우연한 외래의 사고’ 중 ‘외래의 사고’의 의미 및 사고의 외래성과 상해 또는 사망이라는 결과 사이의 인과관계에 관한 증명책임의 소재(=보험금청구자)
- [2] 보험약관에 정한 ‘우연한 외래의 사고’로 피보험자가 사망하였는지를 판단함에 있어 문제 된 사고와 사망이라는 결과 사이의 인과관계 증명 정도
- [3] 어떤 특정한 사항에 관하여 상반되는 여러 개의 감정 결과가 있는 경우, 감정 방법의 적법 여부를 심리·조사하지 않은 채 어느 하나의 감정 결과를 다른 감정 결과와 상이하다는 이유만으로 배척할 수 있는지 여부(소극) 및 동일한 감정사항에 대하여 2개 이상의 감정기관이 서로 모순되거나 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우, 감정 결과를 증거로 채용하기 위해 법원이 취할 조치 / 이러한 법리는 전문적인 학식과 경험이 있는 사람이 작성한 감정의견이 기재된 서면이 서증의 방법으로 제출된 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
- [4] 甲의 배우자였던 乙이 丙 보험회사와 사이에, 피보험자를 甲, 보험수익자를 피보험자의 법정상속인으로 하여 피보험자가 상해의 직접 결과로 사망하는

경우 일반상해사망보험금을 지급하는 내용의 보험계약을 체결하였는데, 甲이 계단에서 미끄러져 넘어지는 사고로 병원에서 입원치료를 받다가 식사 중 의식을 잃고 쓰러져 사망하자, 甲의 상속인 丁이 丙 회사를 상대로 일반상해사망보험금의 지급을 구한 사안에서, 甲의 사인에 관해 질식과 급성 심근경색증이 모두 가능성이 있다는 진료기록감정촉탁 결과와 급성 심근경색증이라는 진료기록감정촉탁 및 사실조회 결과가 각 제출되었는데도, 각 감정촉탁 결과의 신빙성을 판단하기 위한 추가적 조치를 취하지 않은 채, 甲에게 질식이 발생하였고 질식이 甲의 사망에 원인이 되었음을 완전히 배제할 수 없다는 이유로 丁의 청구를 일부 받아들인 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 보험계약 약관에서 정하는 상해의 요건인 ‘급격하고도 우연한 외래의 사고’ 중 ‘외래의 사고’는 상해 또는 사망의 원인이 피보험자의 신체적 결함, 즉 질병이나 체질적 요인 등에 기인한 것이 아닌 외부적 요인에 의해 초래된 모든 것을 의미하고, 이러한 사고의 외래성 및 상해 또는 사망이라는 결과와 사이의 인과관계에 관하여는 보험금청구자에게 증명책임이 있다.
- [2] 민사 분쟁에서의 인과관계는 의학적·자연과학적 인과관계가 아니라 사회적·법적 인과관계이므로, 그 인과관계가 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 망인이 보험계약 약관에 정한 ‘우연한 외래의 사고’로 인하여 사망하였는지를 판단함에 있어서도 마찬가지로, 문제된 사고와 사망이라는 결과 사이에는 상당한 인과관계가 있어야 한다.
- [3] 어떤 특정한 사항에 관하여 상반되는 여러 개의 감정 결과가 있는 경우 각 감정 결과의 감정 방법이 적법한지 여부를 심리·조사하지 않은 채 어느 하나의 감정 결과가 다른 감정 결과와 상이하다는 이유만으로 그 감정 결과를 배척할 수는 없다. 그리고 동일한 감정사항에 대하여 2개 이상의 감정기관이 서로 모순되거나 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우 법원이 그 감정 결과를 증거로 채용하여 사실을 인정하기 위해서는 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 각 감정기관에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 증인신문이나 사실조회 등의 방법을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등 적극적인 조치를 강구하여야 한다. 이러한 법리는 전문적인 학식과 경험이 있는 사람이 작성한 감정의견이 기재된 서면이 서증의 방법으로 제출된 경우에 사실심 법원이 이를 채택하여 사실인정의 자료로 삼으려 할 때에도 마찬가지로 적용될 수 있다.
- [4] 甲의 배우자였던 乙이 丙 보험회사와 사이에, 피보험자를 甲, 보험수익자를

피보험자의 법정상속인으로 하여 피보험자가 상해의 직접 결과로 사망하는 경우 일반상해사망보험금을 지급하는 내용의 보험계약을 체결하였는데, 甲이 계단에서 미끄러져 넘어지는 사고로 병원에서 입원치료를 받다가 식사 중 의식을 잃고 쓰러져 사망하자, 甲의 상속인 丁이 丙 회사를 상대로 일반상해사망보험금의 지급을 구한 사안에서, 위 보험계약의 약관에서 상해를 ‘보험기간 중에 발생한 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 입은 상해’로 정하면서 일반상해사망보험금은 피보험자가 보험기간 상해의 직접 결과로써 사망한 경우(질병으로 인한 사망은 제외)에 지급하도록 정하고 있는데, 甲의 사인에 관해 ① 질식과 급성 심근경색증이 모두 가능성이 있다는 戊 의료원 원장에 대한 진료기록감정축탁 결과와 ② 급성 심근경색증이라는 己 대학병원 원장에 대한 진료기록감정축탁 및 사실조회 결과가 각 제출되었으므로, 법원으로서 甲에게 질식이라는 외래의 사고로 상해가 발생하였고 상해가 甲의 사망과 상당인과관계가 있다는 사정에 관한 증명책임이 丁에게 있음을 감안하여, 甲에게 질식이 발생하였고 이로써 사망하였다는 사정을 쉽게 추정하여 보험금청구권을 인정하는 것에는 신중하여야 하고, 특히 戊 의료원 원장에 대한 진료기록감정축탁 결과에 배치되는 진료기록감정축탁 및 사실조회 결과와 국립과학수사연구원의 부검의견이 반증으로 제시되어 있을 뿐만 아니라 戊 의료원 원장에 대한 진료기록감정축탁 과정에 일부 절차상 미비점까지 존재하므로, 戊 의료원 원장에 대한 진료기록감정축탁 결과를 채택하려면 감정축탁 결과의 보완을 명하거나 증인신문, 사실조회 등 추가적인 증거조사를 통해 甲이 의식을 잃고 사망하는 과정에서 질식이 발생하였다고 볼만한 사정이 있었는지, 부검감정서에 질식이 발생한 경우 특징적으로 보이는 내용이 있었고 이러한 내용을 근거로 질식 발생 여부에 관한 의견을 제시한 것인지 등에 관한 각 감정기관의 견해를 구체적으로 심리·파악하여 감정축탁 결과의 신빙성 여부를 판단하였어야 하는데도, 위와 같은 사정을 면밀히 살펴보거나 심리하지 않은 채 甲에게 질식이 발생하였고 질식이 甲의 사망에 원인이 되었음을 완전히 배제할 수 없다는 이유로 丁의 청구를 일부 받아들인 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

11 2023. 4. 27. 선고 2022다304189 판결 [부당이득금] 940

- [1] 민법 제261조에서 정한 보상청구가 인정되기 위한 요건 / 계약에 따른 급부가 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우, 급부를 한 계약당사자가 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 甲 상가는 乙 지방자치단체가 기부채납받아 丙 주식회사에 관리가 위탁된 행

정재산으로, 丙 회사가 甲 상가에 대한 개보수공사를 실시하기로 하고 乙 지방자치단체의 승인을 받아 계약금액을 확정하였으며, 甲 상가 임차인들이 공사비용을 부담하고 보수공사 진행 및 기부채납을 할 목적으로 소속 상인들을 위원장 및 위원으로 한 丁 추진위원회가 설립되었는데, 丙 회사가 乙 지방자치단체에 보수공사의 설계변경 및 계약금액 증액에 관한 승인 요청의사를 전달하였으나 승인을 받지 못하였음에도, 乙 지방자치단체의 승인 없는 변경시공까지 완료한 다음 개보수 시설물 전부를 기부채납하자, 공사비용을 실제 지출한 丁 추진위원회가 乙 지방자치단체를 상대로 변경시공으로 설치된 동산들에 관하여 부합으로 인한 부당이득반환을 구한 사안에서, 乙 지방자치단체가 위 동산들의 부합으로 이익을 얻게 되었다라든가 丁 추진위원회가 직접 乙 지방자치단체를 상대로 그 반환을 구할 수 있는 부당이득으로 볼 수 없다고 한 사례

- [1] 민법 제261조에서 첨부로 법률규정에 의한 소유권 취득(민법 제256조 내지 제260조)이 인정된 경우에 “손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 보상청구가 인정되기 위해서는 민법 제261조 자체의 요건뿐만 아니라, 부당이득 법리에 따른 판단에 의하여 부당이득의 요건이 모두 충족되었다고 인정되어야 한다.

한편 원래 계약당사자 사이에서 그 계약의 이행으로 급부된 것은 그 급부의 원인관계가 적법하게 실효되지 아니하는 한 부당이득이 될 수 없고, 계약에 따른 어떤 급부가 그 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약당사자는 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 것이지 그 제3자에 대하여 직접 부당이득을 주장하여 반환을 청구할 수 없다.

- [2] 甲 상가는 乙 지방자치단체가 기부채납받아 丙 주식회사에 관리가 위탁된 행정재산으로, 丙 회사가 甲 상가에 대한 개보수공사를 실시하기로 하고 乙 지방자치단체의 승인을 받아 계약금액을 확정하였으며, 甲 상가 임차인들이 공사비용을 부담하고 보수공사 진행 및 기부채납을 할 목적으로 소속 상인들을 위원장 및 위원으로 한 丁 추진위원회가 설립되었는데, 丙 회사가 乙 지방자치단체에 보수공사의 설계변경 및 계약금액 증액에 관한 승인 요청의사를 전달하였으나 승인을 받지 못하였음에도, 乙 지방자치단체의 승인 없는 변경시공까지 완료한 다음 개보수 시설물 전부를 기부채납하자, 공사비용을 실제 지출한 丁 추진위원회가 乙 지방자치단체를 상대로 변경시공으로 설치된 동산들에 관하여 부합으로 인한 부당이득반환을 구한 사안에서, 변경시공으로

설치된 동산들은 개보수공사에 따라 설치된 다른 개보수 시설물과 마찬가지로 개보수공사를 실시하여 乙 지방자치단체에 기부채납되기까지 丙 회사의 소유였다고 보일 뿐, 乙 지방자치단체가 그 시공을 승인하였는지 여부에 따라 시설물의 소유관계를 달리 볼 근거가 없으므로, 위 동산들의 소유권만 분리하여 丙 회사가 아닌 丁 추진위원회에 있었다고 볼 수 없고, 丁 추진위원회와 乙 지방자치단체 사이에는 직접적으로 어떠한 법률관계도 성립된 바 없으며, 丁 추진위원회가 丙 회사를 통하여 공사비용을 부담한 원인관계 자체가 실효되었다고 볼 만한 사정도 없는 이상, 乙 지방자치단체가 위 동산들의 부합으로 이익을 얻게 되었다라든가 丁 추진위원회가 직접 乙 지방자치단체를 상대로 그 반환을 구할 수 있는 부당이득으로 볼 수 없는 데도, 丁 추진위원회의 부당이득반환청구를 받아들인 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

12 2023. 4. 27. 선고 2022다306642 판결 [건물등철거] 943

지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 행사하지 않아 지상권갱신청구권이 소멸한 경우, 민법 제283조 제2항의 지상물매수청구권이 발생하는지 여부(소극)

민법 제283조 제2항에서 정한 지상물매수청구권은 지상권이 존속기간의 만료로 인하여 소멸하는 때에 지상권자에게 갱신청구권이 있어 갱신청구를 하였으나 지상권설정자가 계약갱신을 원하지 아니할 때 비로소 행사할 수 있는 권리이다. 한편 지상권갱신청구권의 행사는 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 하여야 한다. 따라서 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 행사하지 아니하여 지상권갱신청구권이 소멸한 경우에는, 지상권자의 적법한 갱신청구권의 행사와 지상권설정자의 갱신 거절을 요건으로 하는 지상물매수청구권은 발생하지 않는다.

13 2023. 4. 27. 선고 2022다307003 판결 [임금] 945

택시운송사업자의 운송비용 전가를 금지하는 구 택시운송사업의 발전에 관한 법률 제12조 제1항이 강행규정인지 여부(적극) / 택시운송사업자와 택시운전근로자 노동조합 사이의 합의로 위 규정의 적용을 배제하거나 유류비를 택시운전근로자들이 부담하기로 한 약정의 효력(무효) 및 택시운송사업자가 유류비를 부담하는 것을 회피할 의도로 노동조합과 사이에 외형상 유류비를 택시운송사업자가 부담하기로 정하되, 실질적으로는 택시운전근로자에게 부담시키기 위해 택시운전근로자가 납부할 사납금을 인상하는 합의를 하는 것과 같이 강행규정인 위 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법적인 행위 역시 무효인지 여부(적극)

구 택시운송사업의 발전에 관한 법률(2020. 6. 9. 법률 제17453호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 택시발전법’이라 한다) 제12조 제1항(이하 ‘이 사건 규정’이라 한

다)은 “대통령령으로 정하는 사업구역의 택시운송사업자는 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 중 다음 각호의 비용을 택시운수종사자에게 부담시켜서는 아니 된다.”라고 규정하면서, 각호에서 유류비(제2호) 등을 들고 있다. 유류비를 택시운수종사자에게 전가시킨 택시운송사업자에 대하여는 국토교통부장관이 택시운송사업면허의 취소, 일정기간 사업의 정지, 감차 등이 따르는 사업계획 변경을 명할 수 있고(제18조 제1항 제1호), 1,000만 원 이하의 과태료가 부과된다(제23조 제1항). 구 택시발전법은 택시운송사업의 건전한 발전을 도모하여 택시운수종사자의 복지 증진과 국민의 교통편의 제고에 이바지함을 목적으로 제정된 것으로서, 이 사건 규정의 취지는 택시운수종사자가 부당한 경제적 부담을 지지 않도록 함으로써 열악한 근로 여건에서 초래되는 과속운행, 난폭운전, 승차거부 등을 미연에 방지하여 승객들이 보다 안전하게 대중교통을 이용할 수 있는 환경을 만들기 위한 것에 있다.

위와 같은 택시발전법의 제정 목적과 이 사건 규정의 도입 취지 및 내용, 이 사건 규정을 위반한 행위가 각종 행정제재 및 과태료 부과 대상이 되는 점, 택시운송사업의 공공성과 택시운송사업자에 대한 택시운수종사자(택시운전근로자)의 종속적 지위 등을 종합적으로 고려하면, 택시운송사업자의 운송비용 전가를 금지하는 이 사건 규정은 강행규정으로 보아야 한다. 따라서 택시운송사업자와 택시운전근로자 노동조합 사이의 합의로 이 사건 규정의 적용을 배제하거나 유류비를 택시운전근로자들이 부담하기로 약정하는 것은 무효이다. 나아가 택시운송사업자가 유류비를 부담하는 것을 회피할 의도로 노동조합과 사이에 외형상 유류비를 택시운송사업자가 부담하기로 정하되, 실질적으로는 유류비를 택시운전근로자에게 부담시키기 위해 택시운전근로자가 납부할 사납금을 인상하는 합의를 하는 것과 같이 강행규정인 이 사건 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법적인 행위 역시 무효라고 보아야 한다.

일반행정

14 2023. 4. 27. 선고 2020두47892 판결 [입찰참가자격제한및영업정지요청결정취소청구의소] 948

[1] 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 제26조 제2항에 따른 공정거래위원회의 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(적극)

[2] 하도급거래 공정화에 관한 법률 위반을 이유로 시정명령 등과 그에 따른 벌

점을 부과받은 甲 주식회사가 乙 주식회사와 丙 주식회사로 분할되었고, 丁 주식회사가 甲 회사의 사업 부문 대부분이 이전된 乙 회사를 흡수합병하자, 공정거래위원회가 丁 회사에 대하여 甲 회사에 부과된 벌점이 丁 회사에 승계되었음을 이유로 관계 행정기관의 장에게 입찰참가자격제한 및 영업정지를 요청하기로 결정한 사안에서, 위 처분이 위법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2022. 1. 11. 법률 제18757호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 하도급법’이라 한다) 제26조 제2항은 입찰참가자격제한 등 요청의 요건을 시행령으로 정한 기준에 따라 부과한 벌점의 누산점수가 일정 기준을 초과하는 경우로 구체화하고, 위 요건을 충족하는 경우 공정거래위원회는 구 하도급법 제26조 제2항 후단에 따라 관계 행정기관의 장에게 해당 사업자에 대한 입찰참가자격제한 등 요청 결정을 하게 되며, 이를 요청받은 관계 행정기관의 장은 특별한 사정이 없는 한 그 사업자에 대하여 입찰참가자격제한 등의 처분을 해야 하므로, 사업자로서는 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 있으면 장차 후속 처분으로 입찰참가자격이 제한되고 영업을 정지될 수 있는 등의 법률상 불이익이 존재한다. 이때 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 있음을 알고 있는 사업자로 하여금 입찰참가자격제한처분 등에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 직접 입찰참가자격제한 등 요청 결정의 적법성을 다룰 수 있도록 함으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합하므로, 공정거래위원회의 입찰참가자격제한 등 요청 결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.
- [2] 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다) 위반을 이유로 시정명령 등과 그에 따른 벌점을 부과받은 甲 주식회사가 乙 주식회사와 丙 주식회사로 분할되었고, 丁 주식회사가 甲 회사의 사업 부문 대부분이 이전된 乙 회사를 흡수합병하자, 공정거래위원회가 丁 회사에 대하여 甲 회사에 부과된 벌점이 丁 회사에 승계되었음을 이유로 관계 행정기관의 장에게 입찰참가자격제한 및 영업정지를 요청하기로 결정한 사안에서, 공정거래위원회에 벌점의 부과 여부나 범위에 관하여 실질적으로 재량의 여지가 있다고 보기 어렵고 일정 기준을 초과하는 경우 공정거래위원회에 관계 행정기관의 장을 상대로 입찰참가자격의 제한 요청 등을 할 의무가 발생하는 점, 하도급법에 따른 벌점 부과를 단순한 사실행위에 불과하다고만 볼 수는 없고, 공법상 지위 내지 의무·책임이 구체화된 경우라고 볼 여지가 큰 점, 회사분할이 벌점 누적으로 인한 후속 처분인 입찰참가자격제한 등 요청 결정 및 그에 따른 공

법상 의무 내지 책임의 발생이 임박한 상태에서 이루어진 점, 공정거래위원회가 甲 회사에 대하여 한 시정조치 또는 과징금부과와 관련된 사업 부문은 모두 분할신설회사에 승계된 사업 부문인 회사분할의 실질 및 분할계획서의 취지에 따르더라도 甲 회사에 부과된 벌점은 분할되는 회사의 공법상 의무 또는 이와 관련한 재산적 가치가 있는 사실관계에 해당하므로, 분할신설회사인 乙 회사에 귀속된 후 이를 흡수합병한 丁 회사에 승계되었다고 보는 것이 타당한 점 등을 종합하면, 하도급법을 위반한 분할전회사와 분할신설회사의 법인격이 동일하다고 볼 수 없고, 丁 회사가 하도급법 위반행위를 한 사업자인 甲 회사의 법률상 지위를 승계하였다고 보기도 부족하다는 이유로 처분이 위법하다고 본 원심판단에 하도급법상 벌점 승계 여부에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

15 2023. 4. 27. 선고 2023두30833 판결〔비영리법인설립허가취소〕 953

- [1] 민법 제38조에서 정한 비영리법인이 ‘공익을 해하는 행위를 한 때’의 의미 및 이에 해당하기 위한 요건 / 그중 해당 법인의 행위가 직접적이고도 구체적인 공익을 침해하는지 판단하는 방법 / 법인의 설립허가를 취소할 때 고려할 사항
- [2] 甲 사단법인이 접경지역 지원 특별법상 접경지역에서 북한의 지도부나 체제를 비판하는 내용을 담은 대북전단지 등을 대형 풍선에 실어 북한 방향 상공으로 살포하자, 통일부장관이 ‘위 전단 살포 행위가 접경지역에 거주하는 주민들의 생명·신체의 안전에 대한 위협을 초래하고, 남북관계에 긴장상황을 조성하는 등 공익을 해하였다.’는 등의 이유로 甲 법인에 대한 법인설립허가를 취소한 사안에서, 위 전단 살포 행위가 일방적으로 ‘공익을 해하는 행위를 한 때’에 해당한다고 쉽게 단정할 수 없음에도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 민법 제38조에서 정한 비영리법인이 ‘공익을 해하는 행위를 한 때’란 법인의 기관이 직무의 집행으로서 공익을 침해하는 행위를 하거나 사원총회가 그러한 결의를 한 경우를 의미한다. 여기에 법인설립허가취소는 법인을 해산하여 결국 법인격을 소멸하게 하는 제재처분인 점(민법 제77조 제1항) 등을 더하여 보면, 민법 제38조에 정한 ‘공익을 해하는 행위를 한 때’에 해당하기 위해서는, 해당 법인의 목적사업 또는 존재 자체가 공익을 해한다고 인정되거나 해당 법인의 행위가 직접적·구체적으로 공익을 침해하는 것이어야 하고, 목적사업의 내용, 행위의 태양 및 위법성의 정도, 공익 침해의 정도와 경위 등을 종합하여 볼 때 해당 법인의 소멸을 명하는 것이 공익에 대한 불법적인 침해

상태를 제거하고 정당한 범질서를 회복하기 위한 제재수단으로서 긴요하게 요청되는 경우이어야 한다. 나아가 ‘해당 범인의 행위가 직접적이고도 구체적으로 공익을 침해한다.’고 하려면 해당 범인의 행위로 인하여 법인 또는 구성원이 얻는 이익과 범질서가 추구하는 객관적인 공익이 서로 충돌하여 양자의 이익을 비교형량 하였을 때 공공의 이익을 우선적으로 보호하여야 한다는 점에 의문의 여지가 없어야 한다. 또한 범인의 해산을 초래하는 설립허가취소는 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유에 대한 침해 여부와 과잉금지의 원칙 등을 고려하여 엄격하게 판단하여야 하고, 특히 국가가 국민의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)을 준수하여 이루어지는 이상 폭넓은 제한이 가능하나, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건하에서 허용될 뿐이다.

- [2] 통일부장관으로부터 법인설립허가를 받은 甲 사단법인이 접경지역 지원 특별법상 접경지역에서 북한의 지도부나 체제를 비판하는 내용을 담은 대북전단지 50만 장 등을 대형 풍선 여러 개에 실어 북한 방향 상공으로 살포하자, 통일부장관이 ‘위 전단 살포 행위가 접경지역에 거주하는 주민들의 생명·신체의 안전에 대한 위험을 초래하고, 남북관계에 긴장상황을 조성하는 등 공익을 해하였다.’는 등의 이유로 甲 법인에 대한 법인설립허가를 취소한 사안에서, 북한의 인권문제에 관한 국제적·사회적 관심을 환기시키기 위한 위 전단 살포 행위는 표현의 자유, 결사의 자유에 의하여 보장되는 甲 법인의 활동에 속하는 것으로, 접경지역 주민들의 생명·신체의 안전에 대한 위험 야기, 남북 간의 군사적 긴장 고조, 대한민국 정부의 평화적 통일정책 추진에 대한 중대한 지장 초래 등 통일부장관이 위 처분의 이유로 내세우는 공익은 매우 포괄적·정치적인 영역에 속하는 것이자 그 저해에 관한 근본적인 책임을 甲 법인이나 위 전단 살포 행위에만 묻기는 어려운 것이어서, 위와 같은 甲 법인의 헌법상 기본권에 근거한 활동보다 통일부장관이 위 처분으로 달성하고자 하는 공익을 우선적으로 보호하여야 한다는 점에 의문의 여지가 없는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 위 전단 살포 행위의 태양 및 위법성의 정도, 공익 침해의 정도와 경위를 종합해 볼 때, 위 처분을 통하여 甲 법인의 법인격 소멸을 명하는 것이 공익 침해 상태를 제거하고 정당한 범질서를 회복하기 위한 유효적절한 제재수단으로서 긴요하게 요청되는 경우에 해당한다고 보기도 어려워 위 전단 살포 행위가 일방적으로 ‘공익을 해하는 행위를

한 때'에 해당한다고 쉽게 단정할 수 없음에도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

조 세

16 2023. 4. 27. 선고 2018두62928 판결 [법인세부과처분취소등] 958

- [1] 행정처분이 취소되어 존재하지 않는 경우 그 처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없는지 여부(적극)
- [2] 신용협동조합중앙회가 신용협동조합중앙회공제규정을 제정 후 공제규정에 따라 계약자배당준비금을 적립하다가 이를 개정하여 계약자배당준비금과 계약자이익배당준비금을 구분하면서 부칙에 개정 공제규정 시행일 이전의 계약자배당준비금은 계약자이익배당준비금으로 계상하도록 정한 뒤, 이전 사업연도까지 적립한 계약자배당준비금을 개정 당해 사업연도 결산 시 환입하여 계약자이익배당준비금으로 적립하고(이하 '제1적립금'이라 한다), 개정 당해 및 차기 사업연도에 계약자이익배당준비금(이하 '제2적립금'이라 한다)을 신규 적립하였는데, 이후 신용협동조합중앙회가 제1적립금과 제2적립금을 이후 사업연도에 환입하여 계약자배당준비금으로 적립하면서 손금에 산입하자, 관할 세무서장이 제2적립금 중 개정 차기 사업연도 계약자이익배당준비금 신규 적립액을 제외한 나머지 제1적립금과 제2적립금의 합계액은 이후 사업연도의 손금에 산입할 수 없다는 이유로 신용협동조합중앙회에 이후 사업연도 법인세를 경정·고지한 사안에서, 신용협동조합중앙회의 이후 사업연도 계약자배당준비금 적립액을 손금에 산입하기 위해서는 개정 이전 사업연도까지 적립한 계약자배당준비금의 환입에 따른 익금산입이 전제되어야 한다고 보아 위 부과처분이 적법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않으며, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법하다.
- [2] 신용협동조합중앙회가 신용협동조합중앙회공제규정을 제정 후 공제규정에 따라 계약자배당준비금을 적립하다가 이를 개정하여 계약자배당준비금과 계약자이익배당준비금을 구분하면서 부칙에 개정 공제규정 시행일 이전의 계약자배당준비금은 계약자이익배당준비금으로 계상하도록 정한 뒤, 이전 사업연도까지 적립한 계약자배당준비금을 개정 당해 사업연도 결산 시 환입하여 계약자이익배당준비금으로 적립하고(이하 '제1적립금'이라 한다), 개정 당해 및 차

기 사업연도에 계약자이익배당준비금(이하 ‘제2적립금’이라 한다)을 신규 적립하였는데, 이후 신용협동조합중앙회가 제1적립금과 제2적립금을 이후 사업연도에 환입하여 계약자배당준비금으로 적립하면서 손금에 산입하자, 관할 세무서장이 제2적립금 중 개정 차기 사업연도 계약자이익배당준비금 신규 적립액을 제외한 나머지 제1적립금과 제2적립금의 합계액은 이후 사업연도의 손금에 산입할 수 없다는 이유로 신용협동조합중앙회에 이후 사업연도 법인세를 경정·고지한 사안에서, 개정 공제규정은 구 신용협동조합법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되기 전의 것) 제97조에 따라 금융감독위원회의 인가를 받아 개정된 것으로서 계약자배당준비금과 계약자이익배당준비금의 적립 기준을 각각 정하면서 계약자이익배당준비금 적립액을 계약자배당준비금에 우선 사용하도록 정하고 있어, 신용협동조합중앙회가 개정 공제규정에 따라 계약자이익배당준비금으로 적립되어 있던 제1적립금을 이후 사업연도 결산 시 환입하여 계약자배당준비금으로 적립하면서 이후 사업연도의 손금으로 계상한 이상, 제1적립금은 구 법인세법(2018. 12. 24. 법률 제16008호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항에 따라 이후 사업연도의 소득금액을 계산할 때 손금산입의 대상이 된다고 봄이 타당한 점, 신용협동조합중앙회는 개정 전 공제규정에 따라 개정 이전 사업연도까지 계약자배당준비금을 적립한 시점과 개정 공제규정 부칙에 따라 위 준비금을 계약자이익배당준비금으로 계상한 시점에 모두 관련 적립액을 해당 사업연도의 손금에 산입하지 않은 점을 종합하면, 신용협동조합중앙회의 이후 사업연도 계약자배당준비금 적립액을 손금에 산입하기 위해서는 개정 이전 사업연도까지 적립한 계약자배당준비금의 환입에 따른 익금산입이 전제되어야 한다고 보아 위 부과처분이 적법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

형 사

[17] 2023. 4. 27. 선고 2018도8161 판결 [풍속영업의규제에관한법률위반] 963

[1] 수사기관이 범죄를 수사하면서 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영한 경우, 위 촬영이 영장 없이 이루어졌더라도 적법한지 여부(적극) / 이때 수사기관이 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영하였는지 판단하는 기준

[2] 나이트클럽의 운전자 피고인 甲, 연예부장 피고인 乙, 남성무용수 피고인 丙

이 공모하여 클럽 내에서 성행위를 묘사하는 공연을 하는 등 음란행위 영업을 하여 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 기소되었는데, 당시 경찰관들이 클럽에 출입하여 피고인 丙의 공연을 촬영한 영상물 및 이를 캡처한 영상사진이 증거로 제출된 사안에서, 위 촬영물은 경찰관들이 피고인들에 대한 범죄 혐의가 포착된 상태에서 클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 증거를 보전하기 위하여, 불특정 다수에게 공개된 장소인 클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 모습을 촬영한 것이므로, 영장 없이 촬영이 이루어졌더라도 위 촬영물과 이를 캡처한 영상사진은 증거능력이 인정된다고 한 사례

- [1] 수사기관이 범죄를 수사하면서 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없다. 다만 촬영으로 인하여 초상권, 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유 등이 침해될 수 있으므로 수사기관이 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영하였는지 여부는 수사기관이 촬영장소에 통상적인 방법으로 출입하였는지 또 촬영장소와 대상이 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 보호가 합리적으로 기대되는 영역에 속하는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.
- [2] 나이트클럽(이하 ‘클럽’이라 한다)의 운영자 피고인 甲, 연예부장 피고인 乙, 남성무용수 피고인 丙이 공모하여 클럽 내에서 성행위를 묘사하는 공연을 하는 등 음란행위 영업을 하여 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 기소되었는데, 당시 경찰관들이 클럽에 출입하여 피고인 丙의 공연을 촬영한 영상물 및 이를 캡처한 영상사진이 증거로 제출된 사안에서, 경찰관들은 국민신문고 인터넷사이트에 ‘클럽에서 남성무용수의 음란한 나체쇼가 계속되고 있다.’는 민원이 제기되자 그에 관한 증거수집을 목적으로 클럽에 출입한 점, 클럽은 영업시간 중에는 출입자격 등의 제한 없이 성인이라면 누구나 출입이 가능한 일반적으로 개방되어 있는 장소인 점, 경찰관들은 클럽의 영업시간 중에 손님들이 이용하는 출입문을 통과하여 출입하였고, 출입 과정에서 보안요원 등에게 제지를 받거나 보안요원이 자리를 비운 때를 노려 몰래 들어가는 등 특별한 사정이 발견되지 않는 점, 피고인 丙은 클럽 내 무대에서 성행위를 묘사하는 장면이 포함된 공연을 하였고, 경찰관들은 다른 손님들과 함께 객석에 앉아 공연을 보면서 불특정 다수의 손님들에게 공개된 피고인 丙의 모습을 촬영한 점에 비추어 보면, 위 촬영물은 경찰관들이 피고인들에 대

한 범죄 혐의가 포착된 상태에서 클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 증거를 보존하기 위하여, 불특정 다수에게 공개된 장소인 클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 모습을 촬영한 것이므로, 영장 없이 촬영이 이루어졌더라도 위 촬영물과 이를 캡처한 영상사진은 증거능력이 인정된다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인들에 대한 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 수사기관 촬영물의 증거능력에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

18 2023. 4. 27. 선고 2020도34 판결〔업무방해〕 966

- [1] 집행관의 직무 내용 및 성격(=독립된 단독의 사법기관) / 채권자의 집행관에 대한 집행위임의 성격(=집행개시를 구하는 신청) 및 위 집행위임이 민법상 위임에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 주택재개발정비사업조합 구역 내 건물의 소유자인 피고인들이 위 건물에 대한 건물명도소송 확정판결에 따른 강제집행을 보상액이 적다는 이유로 위력으로 방해함으로써 집행관에게 집행위임을 한 조합의 이주·철거업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 강제집행은 특별한 사정이 없는 한 집행위임을 한 조합의 업무가 아닌 집행관의 고유한 직무에 해당하고, 설령 피고인들이 집행관의 강제집행 업무를 방해하였더라도 이를 채권자인 조합의 업무를 직접 방해한 것으로 볼 만한 증거도 부족하므로, 피고인들이 조합의 업무를 방해하였다고 볼 수 없고 피고인들의 행위와 조합의 업무방해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수도 없다고 한 사례
- [1] 집행관은 집행관법 제2조에 따라 재판의 집행 등을 담당하면서 그 직무 행위의 구체적 내용이나 방법 등에 관하여 전문적 판단에 따라 합리적인 재량을 가진 독립된 단독의 사법기관이다. 따라서 채권자의 집행관에 대한 집행위임은 비록 민사집행법 제16조 제3항, 제42조 제1항, 제43조 등에 ‘위임’으로 규정되어 있더라도 이는 집행개시를 구하는 신청을 의미하는 것이지 일반적인 민법상 위임이라고 볼 수는 없다.
- [2] 주택재개발정비사업조합(이하 ‘조합’이라 한다) 구역 내 건물의 소유자인 피고인들이 위 건물에 대한 건물명도소송 확정판결에 따른 강제집행을 보상액이 적다는 이유로 위력으로 방해함으로써 집행관에게 집행위임을 한 조합의 이주·철거업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 강제집행은 특별한 사정이 없는 한 집행위임을 한 조합의 업무가 아닌 집행관의 고유한 직무에 해당하고, 설령 피고인들이 집행관의 강제집행 업무를 방해하였더라도 이를 채권자인 조합의 업무를 직접 방해한 것으로 볼 만한 증거도 부족하

므로, 피고인들이 조합의 업무를 방해하였다고 볼 수 없고 피고인들의 행위와 조합의 업무방해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수도 없다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판결에 심리미진 및 업무방해죄의 업무에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

19 2023. 4. 27. 선고 2020도6874 판결 [폭행] 968

정당방위의 요건 중 ‘침해의 현재성’의 의미 및 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우, 그중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 침해의 현재성이 인정되는지 여부(적극) / 정당방위의 방어행위에 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되는지 여부(적극) 및 방위행위가 상당한 것인지 판단하는 기준

형법 제21조 제1항은 “현재의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 경우에는 별하지 아니한다.”라고 규정하여 정당방위를 위법성조각사유로 인정하고 있다.

이때 ‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미하는 것이므로, 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다.

정당방위의 성립 요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함된다. 다만 정당방위로 인정되기 위해서는 자기 또는 타인의 법익침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 한다. 방위행위가 상당한 것인지는 침해행위에 의해 침해되는 법익의 종류와 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방위행위에 의해 침해될 법익의 종류와 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 판단하여야 한다.

20 2023. 4. 27. 선고 2020도16431 판결 [노동조합및노동관계조정법위반·근로기준법위반·남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률위반] 972

[1] 구 근로기준법 제51조 제1항에서 정한 탄력적 근로시간제는 취업규칙에 의하여만 도입이 가능한지 여부(적극) 및 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없도록 한 취지

[2] 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있는 경우, 사용자에게 구 근로기준법 제109조 제1항, 제36조, 제43조 제2항 위반의 고의를

인정할 수 있는지 여부(소극) / 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다
 틀 만한 근거가 있는지 판단하는 기준

- [1] 구 근로기준법(2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제51조 제1항은 사용자는 취업규칙(취업규칙에 준하는 것을 포함한다)에서 정하는 바에 따라 2주 이내의 일정한 기간을 단위기간으로 하는 탄력적 근로시간제를 시행할 수 있다고 정하고 있다. 이러한 탄력적 근로시간제는 구 근로기준법 제50조 제1항과 제2항에서 정한 1주간 및 1일의 기준근로시간을 초과하여 소정근로시간을 정할 수 있도록 한 것으로서 법률에 규정된 일정한 요건과 범위 내에서만 예외적으로 허용된 것이므로 법률에서 정한 방식, 즉 취업규칙에 의하여만 도입이 가능할 뿐 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없다. 근로계약이나 근로자의 개별적 동의로 탄력적 근로시간제를 도입할 수 있다고 한다면 취업규칙의 불리한 변경에 대해 근로자 과반수로 조직된 노동조합(그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수)의 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 취지가 무색해지는 결과가 초래되기 때문이다.
- [2] 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다룰 만한 근거가 있다면 사용자가 그 임금 등을 지급하지 않은 데에 상당한 이유가 있다고 보아야 하므로, 사용자에게 구 근로기준법(2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되기 전의 것) 제109조 제1항, 제36조, 제43조 제2항 위반의 고의가 있었다고 보기 어렵다. 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관하여 다룰 만한 근거가 있는지 여부는 사용자의 지급거절 이유와 그 지급의무의 근거, 사용자가 운영하는 회사의 조직과 규모, 사업 목적 등 여러 사항, 그 밖에 임금 등 지급의무의 존부와 범위에 관한 다툼 당시의 여러 사정에 비추어 판단하여야 한다.

[21] 2023. 4. 27. 선고 2020도17883 판결 [자동차관리법위반·자동차손해배상보장법위반] 977

- [1] 자동차관리법 제24조의2 제2항에 따른 운행정지명령의 적법 요건 및 같은 법 제82조 제2호의2에 따른 처벌을 하기 위해서는 운행정지명령이 적법한 것이어야 하는지 여부(적극) 및 운행정지명령이 위법한 처분으로 인정되는 경우, 같은 법 제82조 제2호의2 위반죄가 성립할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 운행정지명령 위반으로 인한 자동차관리법 제82조 제2호의2를 위반한 죄와 의무보험미가입자동차운행으로 인한 자동차손해배상 보장법 제46조 제2항 제2호를 위반한 죄가 양립 불가능한 관계에 있는지 여부(소극) 및 위 각 죄의 죄수관계(=실체적 경합관계)

- [1] 자동차관리법 제2조 제3호, 제24조의2 제1항, 제2항 제1호, 제82조 제2호의2, 자동차관리법 시행규칙 제22조 등을 종합하면, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 ‘시장 등’이라 한다)은 자동차 소유자 또는 자동차 소유자로부터 자동차의 운행 등에 관한 사항을 위탁받은 사람에 해당하지 아니하는 사람이 정당한 사유 없이 자동차를 운행하는 경우에 운행정지명령을 하여야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못하였다면 그 운행정지명령은 적법 요건을 갖추지 못하였다고 보아야 한다.

나아가 시장 등이 한 운행정지명령을 위반하여 자동차를 운행하였다는 이유로 같은 법 제82조 제2호의2에 따른 처벌을 하기 위해서는 그 운행정지명령이 적법한 것이어야 하고, 그 운행정지명령이 당연히무효는 아니더라도 위법한 처분으로 인정된다면 같은 법 제82조 제2호의2 위반죄는 성립할 수 없다.

- [2] 운행정지명령 위반으로 인한 자동차관리법 제82조 제2호의2를 위반한 죄와 의무보험미가입자동차운행으로 인한 자동차손해배상 보장법 제46조 제2항 제2호를 위반한 죄는 구성요건과 수범자의 범위에서 차이가 있고 입법 목적과 보호법익도 다르다. 따라서 위 각 죄는 하나의 범죄가 성립되는 때에 다른 범죄가 성립할 수 없다거나 하나의 범죄가 무죄로 될 경우에만 다른 범죄가 성립할 수 있는 양립 불가능한 관계에 있다고 볼 수 없다.

나아가 위 각 죄는 자동차의 운행이라는 행위가 일부 중첩되기는 하나 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 또 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 보호법익을 달리하고 있으므로 상상적 경합관계로 볼 것이 아니라 실제적 경합관계로 보는 것이 타당하다.

22 2023. 4. 27. 선고 2020도18296 판결 [직권남용권리행사방해] 982

- [1] 공무원이 직권을 남용하여 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원에게 어떠한 일을 하게 한 경우, 직권남용권리행사방해죄의 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당하는지 판단하는 방법
- [2] 대통령비서실 소속 비서관들인 피고인 甲과 피고인 乙이 4·16세월호참사 특별조사위원회 설립준비 관련 업무를 담당하거나 설립팀장으로 지원근무 중이던 해양수산부 소속 공무원들에게 ‘세월호 특별조사위 설립준비 추진경위 및 대응방안 문건’을 작성하게 하고, 피고인 甲이 소속 비서관실 행정관 또는 해양수산부 공무원들에게 위 위원회의 동향을 파악하여 보고하도록 지시하였다는 직권남용권리행사방해의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인 甲과 피고인 乙이 해당 공무원들에게 문건을 작성하거나 동향을 보고하게 함으로써 직

무수행의 원칙과 기준 등을 위반하여 업무를 수행하게 하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 직권남용 행위의 상대방이 일반 사인인 경우 특별한 사정이 없는 한 직권에 대응하여 따라야 할 의무가 없으므로 그에게 어떠한 행위를 하게 하였다면 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당할 수 있다. 그러나 상대방이 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단해야 한다.

행정조직은 날로 복잡·다양화·전문화되고 있는 현대 행정에 대응하는 한편, 민주주의의 요청을 실현하는 것이어야 한다. 따라서 행정조직은 통일된 계통구조를 갖고 효율적으로 운영될 필요가 있고, 민주적으로 운영되어야 하며, 행정목적의 달성을 위하여 긴밀한 협동과 합리적인 조정이 필요하다. 그로 인하여 행정기관의 의사결정과 집행은 다양한 준비과정과 검토 및 다른 공무원, 부서 또는 유관기관 등과의 협조를 거쳐 이루어지는 것이 통상적이다. 이러한 협조 또는 의견교환 등은 행정의 효율성을 높이기 위하여 필요하고, 동등한 지위 사이뿐만 아니라 상하기관 사이, 감독기관과 피감독기관 사이에서도 이루어질 수 있다. 이러한 관계에서 일방이 상대방의 요청을 청취하고 자신의 의견을 밝히거나 협조하는 등 요청에 응하는 행위를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 법령상 의무 없는 일이라고 단정할 수 없다.

결국 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 어떠한 일을 하게 한 때에 상대방이 공무원 또는 유관기관의 임직원인 경우에는, 그가 한 일이 형식과 내용 등에서 직무범위 내에 속하는 사항으로서 법령 그 밖의 관련 규정에 따라 직무수행 과정에서 준수해야 할 원칙이나 기준, 절차 등을 위반하였는지 등을 살펴 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당하는지를 판단해야 한다.

- [2] 대통령비서실 소속 비서관들인 피고인 甲과 피고인 乙이 4·16세월호참사 특별조사위원회(이하 ‘위원회’라 한다) 설립준비 관련 업무를 담당하거나 설립팀장으로 지원근무 중이던 해양수산부 소속 공무원들에게 ‘세월호 특별조사위 설립준비 추진경위 및 대응방안 문건’을 작성하게 하고, 피고인 甲이 소속 비서관실 행정관 또는 해양수산부 공무원들에게 세월호 특별조사위원회의 동향을 파악하여 보고하도록 지시하였다는 직권남용권리행사방해의 공소사실로

기소된 사안에서, 대통령비서실과 해양수산부 사이에 현안의 협의·조정 등을 위해 업무 협조가 필요하여 해당 공무원들이 피고인 甲과 피고인 乙의 협조 등 요청에 응하여야 하는 경우도 있으나, 해당 공무원들은 위원회의 정치적 중립성, 업무의 독립성·객관성을 보장할 의무가 있고, 위원회 설립준비팀장으로 지원근무를 하게 된 해당 공무원에게는 파견공무원에 준하는 직무상 독립성이 요구되는 점, 해당 공무원들이 위원회 직원을 통해 위원회 내부 동향을 파악하여 피고인 甲에게 보고하는 행위는 경우에 따라 4·16세월호참사 진상규명 및 안전사회 건설 등을 위한 특별법 제51조 제3항 제1호에 따라 처벌되는 비밀준수의무 위반행위에 가담한 행위로 평가될 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인 甲과 피고인 乙이 해당 공무원들에게 문건을 작성하거나 동향을 보고하게 함으로써 직무수행의 원칙과 기준 등을 위반하여 업무를 수행하게 하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 볼 여지가 있는 데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

23 2023. 4. 27. 선고 2022도15459 판결〔부정청탁및금품등수수의금지에관한법률 위반〕 991

- [1] 학교체육 진흥법이 정한 ‘학교운동부지도자’ 중 고등학교에 근무하는 사람
 초·중등교육법 제19조 제2항이 정한 ‘직원’에 해당하는지 여부(적극) 및 이
 때 관할청인 교육감이 ‘학교운동부지도자’를 교육공무직원의 정원에 포함시켜
 관리하지 않는다는 사정만으로 달리 볼 수 있는지 여부(소극) / 고등학교 학
 교운동부지도자가 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제2조 제2호
 (다)목이 정한 ‘각급 학교의 교직원’에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 공직자 등이 재직 중 금품 등을 받거나 제공하기로 약속하고 퇴직 후 그 수
 수가 이루어지는 경우, 금품 등 약속으로 인한 부정청탁 및 금품등 수수의
 금지에 관한 법률 위반죄가 성립하는지 여부(적극) 및 이때 금품 등 수수로
 인한 같은 법 위반죄도 성립하는지 여부(소극) / 뇌물에 공할 금품이 특정되
 지 않은 경우, 이를 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제22조 제
 4항에 따라 몰수 또는 추징할 수 있는지 여부(소극)
- [1] 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’이라 한다)
 제1조, 제2조 제1호 (라)목, 제2호 (다)목, 초·중등교육법 제2조 제3호, 제19
 조 제2항, 제4항, 제20조 제5항, 학교체육 진흥법 제2조 제2호, 제6호, 제12조
 제1항을 종합하면, 학교체육 진흥법이 정한 ‘학교운동부지도자’ 중 고등학교
 에 근무하는 사람은 초·중등교육법에 따른 학교의 소속으로서 학교운영에
 필요한 사무인 학교운동부의 지도·감독 내지 학생선수의 훈련과 지도 사무

를 수행하므로, 초·중등교육법 제19조 제2항이 정한 ‘직원’에 해당하고, 관찰청인 교육감이 ‘학교운동부지도자’를 교육공무직원의 정원에 포함시켜 관리하지 않는다는 사정만으로 달리 볼 수 없다. 결국 고등학교 학교운동부지도자는 청탁금지법 제2조 제2호 (다)목이 정한 ‘각급 학교의 교직원’에 해당한다.

- [2] 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’이라 한다) 제22조 제1항 제1호, 제8조 제1항 위반죄의 주체는 공직자 등으로 한정되고, 청탁금지법 제22조 제1항 제3호, 제8조 제5항 위반죄는 상대방이 공직자 등인 경우에 한하여 성립하므로, 공직자 등의 재직 중 금품 등을 받거나 제공하기로 약속하고 퇴직 후 그 수수가 이루어지는 경우에는 금품 등 약속으로 인한 청탁금지법 위반죄가 성립할 뿐 금품 등 수수로 인한 청탁금지법 위반죄는 성립하지 않는다.

한편 청탁금지법 제22조 제4항은 이른바 필요적 몰수 또는 추징 조항인데, 몰수는 특정된 물건에 대한 것이고 추징은 본래 몰수할 수 있었음을 전제로 하는 것임에 비추어 뇌물에 공할 금품이 특정되지 않았던 것은 몰수할 수 없고 그 가액을 추징할 수도 없다.

[24] 2023. 4. 27. 선고 2023도2102 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)] …… 994

- [1] 형사소송법 제254조 제4항에서 공소사실의 특정을 요구하는 취지 및 범죄 ‘일시’의 특정 정도 / 범죄의 일시·장소 등을 특정 일시나 상당한 범위 내로 특정할 수 없는 부득이한 사정이 존재하지 아니함에도 공소의 제기 혹은 유지의 편의를 위하여 범죄의 일시·장소 등을 지나치게 개괄적으로 표시함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 가져오는 경우, 공소사실이 특정된 것인지 여부(소극) / 공소사실에 특정되지 아니한 부분이 있는 경우, 법원이 취할 조치
- [2] 2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되어 2022. 1. 1.부터 시행된 형사소송법 제312조 제1항에서 ‘그 내용을 인정할 때’의 의미 / 피고인이 공소사실을 부인하는 경우, 검사가 작성한 피의자신문조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 부분은 그 내용을 인정하지 않았다고 보아야 하는지 여부(적극)
- [1] 공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하고(형사소송법 제254조 제4항), 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 범죄의 ‘일시’는 이중기소나 시효에 저촉되는지 식별할 수 있을 정도

로 기재하여야 한다. 검사는 가능한 한 공소제기 당시의 증거에 의하여 이를 특정함으로써 피고인의 정당한 방어권 행사에 지장을 초래하지 않도록 하여야 할 것이다. 범죄의 일시·장소 등을 특정 일시나 상당한 범위 내로 특정할 수 없는 부득이한 사정이 존재하지 아니함에도 공소의 제기 혹은 유지의 편의를 위하여 범죄의 일시·장소 등을 지나치게 개괄적으로 표시함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 가져오는 경우에는 형사소송법 제254조 제4항에서 정하고 있는 구체적인 범죄사실의 기재가 있는 공소장이라고 할 수 없다. 공소사실이 특정되지 아니한 부분이 있다면, 법원은 검사에게 석명을 구하여 특정을 요구하여야 하고, 그럼에도 검사가 이를 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각할 수밖에 없다.

- [2] 2020. 2. 4. 법률 제16924호로 개정되어 2022. 1. 1.부터 시행된 형사소송법 제312조 제1항은 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 ‘그 내용을 인정할 때’라 함은 피의자신문조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다. 따라서 피고인이 공소사실을 부인하는 경우 검사가 작성한 피의자신문조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 부분은 그 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다.

- [25]** 2023. 4. 27. 자 2023모350 결정〔상소권회복기각결정에대한재항고〕…… 999
재판에 대하여 적법하게 상소를 제기한 경우, 다시 상소권회복을 청구할 수 있는지 여부(소극) / 제1심판결에 대하여 항소심판결이 선고된 후 당초 항소하지 않았던 자가 항소권회복청구를 하는 경우, 이를 적법하다고 볼 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 이때 법원이 취할 조치(=기각결정) / 상소권회복청구 사건을 심리하는 법원이 확인해야 할 사항

상소권회복은 상소권자가 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소의 제기기간 내에 상소를 하지 못한 경우에 한하여 청구할 수 있으므로(형사소송법 제345조), 재판에 대하여 적법하게 상소를 제기한 자는 다시 상소권회복을 청구할 수 없다.

제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소심판결이 선고되면 상고법원으로부터 사건이 환송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없으므로, 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대하여 당초 항소하지 않았던 자의 항소권회복청구도 적법하다고 볼 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고된 사건에 대하여 제기된 항소권회복청구는 항소

권회복청구의 원인에 대한 판단에 나아갈 필요 없이 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다.

상소권회복청구 사건을 심리하는 법원은 상소권회복청구 대상이 되는 재판에 대하여 이미 적법한 상소가 제기되었는지 또는 상소심재판이 있었는지 등을 본안기록 등을 통하여 확인해야 한다.