



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2024년 3월 1일

제677호

민사

1 2024. 1. 4. 선고 2021다169 판결〔근로자지위확인등〕 331

[1] 사용자가 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우, 원칙에 복귀시켜야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우, 대기발령의 정당성이 있는지 판단하는 기준

[2] 甲이 乙 주식회사의 사내협력업체와 근로계약을 체결하고 乙 회사의 공장에 파견되어 업무에 종사하던 중 위 업체의 징계해고에 따라 乙 회사가 甲의 사업장 출입을 금지하였는데, 甲과 乙 회사 사이의 파견근로관계의 성립을 인정하는 대법원판결이 선고됨에 따라 중앙노동위원회가 부당징계해고를 확인하고 원직복직명령을 하였으며, 乙 회사가 甲에게 보직을 제시하지 않은 채 배치대기발령을 하였으나 甲이 이에 불응하여 927일간 출근하지 않자 乙 회사가 甲을 해고하였고, 甲이 乙 회사를 상대로 종전 해고의 무효확인 및 해고일 이후의 임금과 ‘해고가 노동위원회 또는 법원의 판결에 의해 부당징계로 판명되었을 때에는 乙 회사는 원직복직명령을 하고 임금 및 해고 기간의 평균임금의 200%를 즉시 가산 지급한다.’는 내용의 단체협약상 가산금 조항에 따른 가산금 지급을 구하는 소를 제기한 사안에서, 乙 회사가 사업장 출입을 금지함으로써 甲을 해고한 행위가 징계권의 행사 또는 징벌적 조치로서 이루어졌다고 보기 어려우므로 甲은 가산금 청구를 할 수 없고, 제반 사정에 비추어 배치대기발령의 정당성을 인정할 수 있다고 한 사례

[1] 사용자가 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우 원칙적으로 원칙에 복귀시켜야 할 것이나, 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직

2024. 3. 1. 판례공보

근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다.

사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우 그 대기발령이 아무런 보직을 부여하지 않는 인사명령으로서 원직복직에 해당하지 않는다는 이유만으로 위법하다고 볼 것은 아니고, 그 대기발령이 앞서 본 바와 같이 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 근로자에게 원직복직에 해당하는 합당한 업무를 부여하기 위한 임시적인 조치로서 필요성과 상당성이 인정되는 경우에는 근로자의 생활상의 불이익과 비교·교량하고 근로자 측과의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 대기발령의 정당성을 인정할 수 있다.

- [2] 甲이 乙 주식회사의 사내협력업체와 근로계약을 체결하고 乙 회사의 공장에 파견되어 업무에 종사하던 중 위 업체의 징계해고에 따라 乙 회사가 甲의 사업장 출입을 금지하였는데, 이후 甲과 乙 회사 사이의 파견근로관계의 성립을 인정하는 대법원판결이 선고됨에 따라 중앙노동위원회가 부당징계해고를 확인하고 원직복직명령을 하였으며, 乙 회사가 甲에게 보직을 제시하지 않은 채 배치대기발령을 하였으나 甲이 이에 불응하여 927일간 출근하지 않자 乙 회사가 甲을 해고하였고, 甲이 乙 회사를 상대로 종전 해고의 무효확인 및 해고일 이후의 임금과 ‘해고가 노동위원회 또는 법원의 판결에 의해 부당징계로 판명되었을 때에는 乙 회사는 원직복직명령을 하고 임금 및 해고 기간의 평균임금의 200%를 즉시 가산 지급한다.’는 내용의 단체협약상 가산금 조항에 따른 가산금 지급을 구하는 소를 제기한 사안에서, 가산금 조항의 도입과 개정 경위, 위 규정으로 노사 양측이 달성하려는 목적, 위 규정의 내용과 형식 등에 비추어 보면, 가산금 조항은 乙 회사의 부당한 징계권의 행사와 남용으로 인한 해고를 억제함과 아울러 징계해고가 부당하다고 판명되었을 때 근로자를 신속하게 원직에 복귀시키도록 하고 이를 간접적으로 강제하기 위하여 가산금을 부과하는 제재적 규정으로서, 해고된 근로자가 가산금 조항의 적용을 받기 위해서는 그 해고가 乙 회사가 근로자에 대하여 징계권을 행사한 것이거나 징벌적 조치를 한 것이라고 볼 수 있어야 하고, 징계해고가 부당하여 무효라는 점이 노동위원회나 법원에서 판명되어야 하는데, 乙 회사가 사업장 출입을 금지함으로써 甲을 해고한 행위가 징계권의 행사 또는 징벌적 조치로서 이루어졌다고 보기 어려우므로 甲은 가산금 청구를 할 수 없고, 한편 제반 사정에 비추어 위 배치대기발령은 고용간주된 근로자인 甲을

현실적으로 고용하는 절차를 진행하고 직무교육 등을 통해 乙 회사의 사업장 질서에 맞게 받아들이며, 그 과정에서 甲에게 합당한 보직을 부여하기 위한 임시적 조치로서 그 필요성과 상당성이 인정되고, 이로 인하여 甲이 받게 되는 생활상 불이익이 있다거나 그 불이익이 크다고 볼 수 없으며, 甲 측과의 성실한 협의절차도 거쳤다고 인정되므로, 배치대기발령의 정당성을 인정할 수 있다고 한 사례.

2 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결 (분양자명의변경절차이행청구) …… 338

- [1] 민법 제565조에서 정한 ‘이행의 착수’의 의미 및 이때 반드시 계약 내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는지 여부(소극) / 해제권 행사의 시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 취지 / 이행기의 약정이 있는 경우, 이행기 전에 이행에 착수할 수 있는지 여부(한정 적극)
- [2] 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있는 경우, 채무자가 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하는지 여부(적극) 및 그 판단 방법
- [1] 매도인이 민법 제565조에 따라 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려면 매수인이 이행에 착수할 때까지 하여야 하는데, 이때 ‘이행의 착수’는 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말하는 것으로, 단순히 이행의 준비를 하는 것으로는 부족하지만, 반드시 계약 내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는 것은 아니다. 또한 민법 제565조가 해제권 행사의 시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 경우 필요한 비용을 지출하였을 것임은 물론 계약이 이행될 것으로 기대하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 단계에서 상대방이 계약을 해제함에 따라 입게 될 불측의 손해를 방지하려는 것으로, 이행기의 약정이 있더라도 당사자가 채무의 이행기 전에 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다.
- [2] 부동산 매매계약에서 중도금 또는 잔금 지급기일은 일반적으로 계약금에 의한 해제권의 유보기간의 의미를 가진다고 이해되고 있으므로, 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있다면, 채무자가 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 이에 해당하는지 여부는 채무 내용, 이행기가 정하여진 목적, 이행기까지 기간의 장단 및 그에 관한 부수적인 약정의 존재와 내용, 채무 이행행위를 비롯하여 당사자들이 계약 이행과정에서

보인 행위의 태양, 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기 보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지, 채권자가 채무자의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단해야 한다.

3 2024. 1. 4. 선고 2022다284513 판결 [손해배상(기)] 341

[1] 누군가를 상대로 단순히 ‘중복’ 등 정치적으로 부정적인 표현을 사용하였다고 하여 명예훼손으로 단정할 수 있는지 여부(소극) 및 그 표현행위로 명예훼손 책임이 인정되기 위한 요건 / 표현행위가 명예훼손에 해당하는지를 판단할 때 고려하여야 할 사항 / 타인에 대하여 비판적 의견을 표명하는 것이 불법행위가 되는 경우

[2] 국가정보원 대변인 甲이 언론사와 인터뷰를 하면서 乙이 운영하는 인터넷 커뮤니티 사이트가 “중복세력이나 북한과 연계된 인물들이 활동하고 있는 가능성이 많이 있는 공간으로 본다.”라는 발언을 한 사안에서, 甲의 발언이 乙에 대한 사실 적시에 의한 명예훼손에 해당한다고 보기 어렵다고 한 사례

[1] 표현행위로 인한 명예훼손책임이 인정하려면 사실을 적시함으로써 타인의 명예가 훼손되었다는 점이 인정되어야 한다. 정치적 표현과 관련한 불법행위책임의 경우에도 마찬가지인데, 이 경우에는 정치적 논쟁이나 의견 표명과 관련한 표현의 자유를 넓게 보장할 필요가 있다. 즉, 명예는 객관적인 사회적 평판을 뜻하므로, 누군가를 상대로 단순히 ‘중복’ 등 정치적으로 부정적인 표현을 사용하였다고 하여 명예훼손으로 단정할 수 없고, 그 표현행위로 말미암아 객관적으로 평판이나 명성이 손상되었다는 점까지 증명되어야 명예훼손 책임이 인정된다. 또한 표현행위가 명예훼손에 해당하는지를 판단할 때에는 사용된 표현뿐만 아니라 발언자와 상대방이 누구인지, 그 표현을 한 맥락을 고려하여 명예훼손에 해당하는지를 판단해야 한다. 또한 타인에 대하여 비판적 의견을 표명하는 것은 극히 예외적인 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다. 다만 표현행위의 형식과 내용이 모욕적·경멸적인 인신공격에 해당하거나 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서 사실을 왜곡하는 공표행위를 하는 등 인격권을 침해하는 정도에 이를 경우에는 의견 표명으로서의 한계를 벗어난 것으로서 불법행위가 될 수 있다. 그러나 정치적·이념적 논쟁 과정에서 통상 있을 수 있는 수사학적인 과장이나 비유적인 표현에 불과하다고 볼 수 있는 부분에 대해서까지 금기시하고 법적 책임을 지우는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 될 수 있어 쉽게 이를 인정할 것은

아니다. 특히 ‘중북’이라는 표현은 과거 북한을 무비판적으로 추종하는 태도를 뜻하는 것으로 사용되기 시작한 이후 ‘주체사상을 신봉하고 대한민국의 정체성과 정통성을 부정하는 반국가·반사회 세력’이라는 의미부터 ‘북한에 우호적인 태도를 보이는 사람들’, ‘정부의 대북강경정책에 대하여 비판적인 견해를 보이는 사람들’이라는 의미에 이르기까지 다양하게 사용되고 있는데, 대한민국과 북한이 대치하고 있는 상황하에서 대한민국의 대북정책이나 북한과의 관계 변화, 북한의 대한민국에 대한 입장 또는 태도 변화, 서로 간의 긴장 정도 등 시대적·정치적 상황에 따라 그 용어 자체가 갖는 개념과 포함하는 범위도 지속적으로 변하고 있어, 평균적 일반인뿐만 아니라 그 표현의 대상이 된 사람이 ‘중북’이라는 용어에 대하여 느끼는 감정 또는 감수성도 가변적일 수밖에 없으므로 그 의미를 객관적으로 확정하기가 어렵다.

- [2] 국가정보원 대변인 甲이 언론사와 인터뷰를 하면서 乙이 운영하는 인터넷 커뮤니티 사이트가 “중북세력이나 북한과 연계된 인물들이 활동하고 있는 가능성이 많이 있는 공간으로 본다.”라는 발언을 한 사안에서, 위 발언이 이루어지게 된 경위를 보면, 국가정보원 대변인이 업무상 언론사와의 인터뷰 중 언론사 측의 질문에 답변하는 과정에서 하게 되었고, 발언 내용 역시 유보적·잠정적인 판단 내지 의견이라는 점이 비교적 명확한 점, 甲의 발언은 사실을 적시한 것이라기보다는 위 사이트에 대한 광의의 정치적 평가 내지 의견 표명으로 볼 여지가 많은 점, 甲의 발언은 그 표현·내용상 위 사이트의 이용자 중 일부가 중북세력이나 북한과 연계되었을 가능성이 있다는 취지에 불과하여 그 표현이 지칭하는 대상이 위 사이트의 운영자인 乙이라고 단정하기 어렵고, 위 발언으로 인하여 위 사이트 운영 등을 통해 쌓은 乙에 대한 객관적 평판이나 명성이 손상되었다고 보기도 어려운 점 등에 비추어, 甲의 발언이 乙에 대한 사실 적시에 의한 명예훼손에 해당한다고 보기 어렵는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

4 2024. 1. 4. 선고 2022다285097 판결 [퇴직연금] 345

- [1] 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 ‘대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때’의 요건을 갖추지 않았더라도 대법원이 실체법 해석적용의 잘못에 관하여 판단할 수 있는 경우
- [2] 압류금지재산을 파산재단에서 제외하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제383조 제1항이 상속재산파산절차에도 적용되는지 여부(원칙적 소극) 및 근로자퇴직급여 보장법상 피상속인의 퇴직급여채권이 상속재산파산절차에서 파산재단에 속하는지 여부(원칙적 소극)

- [1] 소액사건에서 구체적 사건에 적용할 법령의 해석에 관한 대법원 판례가 아직 없는 상황에서 같은 법령의 해석이 쟁점으로 되어 있는 다수의 소액사건들이 하급심에 계속되어 있을 뿐 아니라 재판부에 따라 엇갈리는 판단을 하는 사례가 나타나고 있는 경우, 소액사건이라는 이유로 대법원이 법령의 해석에 관하여 판단을 하지 않은 채 사건을 종결하고 만다면 국민생활의 법적 안정성을 해칠 우려가 있다. 이와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 ‘대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때’의 요건을 갖추지 않았다고 하더라도 법령해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 수행하는 차원에서 실체법 해석적용의 잘못에 관하여 판단할 수 있다.
- [2] 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)은 “상속재산으로 상속채권자 및 유증을 받은 자에 대한 채무를 완제할 수 없는 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로 파산을 선고한다.”라고 규정하여(제307조), 개인인 채무자에 대한 파산절차와 별도로 상속재산 자체에 대한 파산절차를 두었다. 상속재산파산절차는 상속재산 자체에 파산능력을 인정하여 채무초과상태의 상속재산을 엄격한 절차에서 공정하게 청산할 수 있도록 하기 위한 절차로서, 이에 대하여 “상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 이에 속하는 모든 재산을 파산재단으로 한다.”라고 정함으로써(제389조 제1항), 채무자가 개인인 경우와 달리 파산재단의 범위에 관한 별도의 독립된 규정을 두었다. 이와 같이 상속재산 자체를 채무자로 보는 상속재산파산절차의 성질·목적·취지 등을 종합하면, 채무자가 개인인 경우에 적용되는 채무자회생법의 규정들이 상속재산파산절차에 그대로 적용된다고 보기는 어려우므로, “압류할 수 없는 재산은 파산재단에 속하지 아니한다.”라고 정한 채무자회생법 제383조 제1항 역시 상속재산파산절차에는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

그러나 상속재산파산절차에서도 피상속인 및 그 가족의 최소한의 생계를 보장하려는 사회적·정책적 요청에 근거한 압류금지재산의 경우에는 그 취지가 참작되어야 한다. 즉, 채권의 2분의 1에 해당하는 금액에 대해서만 압류를 금지하는 민사집행법 제246조 제1항 제4·5호에서 정한 퇴직금채권·퇴직연금채권과 비교하여 근로자퇴직급여 보장법(이하 ‘퇴직급여법’이라 한다) 제7조는 “퇴직연금제도(중소기업퇴직연금기금 제도 포함)의 급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.”라고 규정하여 퇴직연금수급권 전액에 관하여 압류가 금지되는바, 이는 퇴직급여제도의 설정·운영을 통해 마련된 경제적 수입이 근로자 본인은 물론 그 가족의 안정적 노후생활을

보장하는 기초가 되도록 하려는 사회적·정책적 고려 등에 따른 것이다. 이러한 퇴직급여법의 목적과 취지, 입법을 통하여 퇴직급여법상 퇴직급여채권에 대해서는 민사집행법상 일반적인 압류금지채권에 비해 압류금지의 범위를 확대시킨 점 등을 종합하면, 퇴직급여법상 피상속인의 퇴직급여채권은 피상속인의 상속재산을 채무자로 하는 상속재산과산절차에서 일반적인 압류금지 재산과 달리 특별한 사정이 없는 한 파산재단에 속하지 아니한다고 보아야 한다.

5 2024. 1. 4. 선고 2022다286335 판결 [손해배상(주식매매대금반환)] …… 349

불법행위로 인한 재산상 손해의 의미 및 손해액 산정의 기준 시점(=불법행위 시) / 특정 주식의 가격상승 등에 관한 기망으로 이를 매수하게 하는 불법행위가 있었으나 해당 주식이 매수 전후 정상적인 거래의 대상이었고 기망이 없었다면 이를 매수하지 않았을 것이라고 단정할 수 없는 경우, 불법행위로 인한 재산상 손해(=주식의 매수대금에서 취득 당시 객관적인 가액 상당을 공제한 차액)

불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 위법행위가 없었다면 존재하였을 재산상태와 위법행위가 가해진 시점의 재산상태의 차이를 의미하고, 그 손해액은 원칙적으로 불법행위 시를 기준으로 산정하여야 한다. 이는 특정 주식의 가격상승 등에 관한 기망으로 이를 매수하게 한 것이 불법행위에 해당하는 경우에도 마찬가지이므로, 해당 주식이 매수 전후에 정상적인 거래의 대상이었고 기망이 없었다면 이를 매수하지 않았을 것이라고 단정할 수 없다면, 불법행위로 인한 재산상 손해는 주식의 매수대금에서 취득 당시 객관적인 가액 상당을 공제한 차액이라고 볼 수 있다.

6 2024. 1. 4. 선고 2022다291313 판결 [건물인도] …………… 351

[1] 확정판결에 기한 강제집행절차가 적법하게 진행되어 종료된 후에 그 강제집행이 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다는 등의 사유를 들어 강제집행에 따른 효력 자체를 다투는 것이 허용되는지 여부(소극)

[2] 甲 은행이 임차인인 乙과의 대출약정에 근거하여 임대인인 丙을 대위하여 乙을 상대로 건물의 인도를 청구하였고, 이에 따라 乙로 하여금 丙에게 건물의 인도를 명하는 종전 판결이 내려져 확정되었는데, 甲 은행의 신청에 따라 종전 확정판결을 집행권원으로 하여 건물에 대한 부동산인도집행이 종료되었음에도 乙이 이를 무단으로 점유하자 丙이 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 乙에게 건물의 인도를 청구한 사안에서, 종전 확정판결 및 그에 기한 적법한 인도집행이 종료되어 乙의 임차인으로서의 점유가 상실되었으므로 乙에게 임차권에 기초한 적법한 점유권원이 인정되지 않는다는 등의 이유로,

이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

- [1] 확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로, 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 집행의 배제를 구할 수 있으나, 확정판결은 소송당사자를 기속하는 것이므로 재심의 소에 의하여 취소되거나 청구이의의 소에 의하여 집행력이 배제되지 아니한 채 확정판결에 기한 강제집행절차가 적법하게 진행되어 종료되었다면 강제집행에 따른 효력 자체를 부정할 수는 없고, 강제집행이 이미 종료된 후 다시 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다는 등의 사유를 들어 강제집행에 따른 효력 자체를 다투는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.
- [2] 甲 은행이 임차인인 乙과의 대출약정에 근거하여 임대인인 丙을 대위하여 乙을 상대로 건물의 인도를 청구하였고, 이에 따라 乙로 하여금 丙에게 건물의 인도를 명하는 종전 판결이 내려져 확정되었는데, 甲 은행의 신청에 따라 종전 확정판결을 집행권원으로 하여 건물에 대한 부동산인도집행이 종료되었음에도 乙이 이를 무단으로 점유하자 丙이 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 乙에게 건물의 인도를 청구한 사안에서, 종전 확정판결 및 그에 기한 적법한 인도집행이 종료되어 乙의 임차인으로서의 점유가 상실되었으므로 乙에게 임차권에 기초한 적법한 점유권원이 인정되지 않는다는 등의 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

7 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결 [주식양도] 354

- [1] ‘의사 또는 관념의 통지’와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용되는지 여부(적극) / 대리인이 본인을 위한 대리행위라는 의사의 표시(현명)를 묵시적으로 할 수 있는지 여부(적극) 및 현명을 하지 않았으나 여러 사정에 비추어 대리행위임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우, 적법한 대리행위로서 효력이 인정되는지 여부(적극)
- [2] 대리인과 사자를 구별하는 기준 / 이는 변호사가 각종 권리의무의 발생과 법적 책임 등 복잡한 법률관계가 수반되는 당사자 사이의 계약 체결을 위한 일련의 교섭 과정에 어느 일방을 위한 자문의 역할로 개입한 경우에 그 행위가 대리에 해당하는지 단순한 사자에 불과한지 다투어지는 경우에도 마찬가지로인지 여부(적극)
- [3] 변호사법 제109조 제1호에서 정한 ‘그 밖의 일반 법률사건’의 의미 및 변호사법 제31조 제2항에 따라 하나의 변호사로 보는 법률사무소 소속 변호사들이 상대방 관계에 있는 당사자 쌍방으로부터 각자 수입을 받은 경우, 변호사법

제31조 제1항 제1호에 따라 원칙적으로 수임이 제한되는 쌍방대리에 해당하
는지 여부(적극)

[4] 변호사가 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따른 수임제한 규정을 위반한 경우,
그 쌍방대리행위는 민법 제124조에 따라 본인의 허락이 있는 경우에 한하여
효력이 인정되는지 여부(적극) / 이 경우 본인의 허락이 있는지에 관한 주
장·증명책임의 소재(=쌍방대리행위의 유효성을 주장하는 자) 및 이때의 ‘허
락’이 묵시적 또는 사후 추인의 방식으로 가능한지 여부(적극)

[1] 민법상 대리는 행위자 아닌 자에게 법률행위의 효력을 귀속시키는 제도로서
의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이지만, ‘의사 또는
관념의 통지’와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된
다. 또한 ‘대리인’은 본인으로부터 위임받은 권한 내에서 본인을 위한 것임을
표시하면서 본인에게 효력이 발생할 의사표시를 자신의 이름으로 상대방에게
행하는 자로(민법 제114조 제1항), 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아
니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 보지만, 상대방이 대리인으
로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인에게 효력이 발생한다(민
법 제115조). 대리인이 본인을 위한 대리행위라는 의사의 표시(현명)는 방식
을 불문할 뿐만 아니라 반드시 명시적으로만 할 필요가 없이 묵시적으로도
할 수 있는 것이고, 현명을 하지 아니한 경우라도 그 행위를 둘러싼 여러 사
정에 비추어 대리행위로서 이루어진 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을
때에는 적법한 대리행위로서 효력이 인정된다.

[2] 본인에게 효력이 발생할 의사표시의 내용을 스스로 결정하여 상대방과의 관
계에서 자신의 이름으로 법률행위를 하는 대리인과 달리 ‘사자’는 본인이 완
성해 둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과하지만, 대리인도 본인의 지시에
따라 행위를 하여야 하는 이상(민법 제116조 제2항), 법률행위의 체결 및 성
립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이 대리
와 사자를 구별하는 결정적 기준이나 징표가 될 수는 없다. 그 구별은 의사
표시 해석과 관련된 문제로서, 상대방의 합리적 시각, 즉 본인을 대신하여 행
위하는 자가 상대방과의 외부적 관계에서 어떠한 모습으로 보이는지 여부를
중심으로 살펴보아야 하고, 이러한 사정과 더불어 행위자가 지칭한 자격·지
위·역할에 관한 표시 내용, 행위자의 구체적 역할, 행위자에게 일정한 범위
의 권한이나 재량이 부여되었는지 여부, 행위자가 그 역할을 수행함에 필요
한 전문적인 지식이나 자격의 필요 여부, 행위자에게 지급할 보수나 비용의
규모 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. 이는 당사자와

그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 하는 것을 직무(변호사법 제3조)로 하는 변호사가 각종 권리의무의 발생과 법적 책임 등 복잡한 법률관계가 수반되는 당사자 사이의 계약의 체결을 위한 일련의 교섭 과정에 어느 일방을 위한 자문의 역할로 개입한 경우, 그 행위가 대리에 해당하는지 혹은 단순한 사자에 불과한지 다투어지는 경우에도 마찬가지이다.

- [3] 변호사가 아닌 자는 소송·비송·가사조정·심판·수사·조사 사건만이 아니라 ‘그 밖의 일반 법률사건’에 관하여도 법률관계 문서 작성 등 법률사무를 할 수 없으며 그 위반 행위는 형사처벌의 대상이 된다(변호사법 제109조 제1호). 이때 ‘그 밖의 일반 법률사건’이란 법률상의 권리의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반을 의미한다. 변호사는 당사자 한쪽으로부터 상의를 받아 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건에 관하여 직무를 수행할 수 없으므로(변호사법 제31조 제1항 제1호), 이른바 ‘쌍방대리’는 원칙적으로 변호사의 직무 범위에서 제외된다. 그런데 법무법인·법무법인(유한)·법무조합이 아니면서 변호사 2명 이상이 사건의 수임·처리나 그 밖의 변호사 업무 수행 시 통일된 형태를 갖추고 수익을 분배하거나 비용을 분담하는 형태로 운영되는 법률사무소는 하나의 변호사로 취급되므로(변호사법 제31조 제2항), 이러한 법률사무소 소속 변호사들이 상대방의 관계에 있는 당사자 쌍방으로부터 각자 수임을 받은 경우에도 ‘쌍방대리’에 해당하여 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따라 원칙적으로 수임이 제한된다.

- [4] 변호사가 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따른 수임제한 규정을 위반한 경우에는 민법 제124조가 적용됨에 따라 원칙적으로 허용되지 않는 무권대리행위에 해당하고, 예외적으로 본인의 허락이 있는 경우에 한하여 효력이 인정될 수 있다. ‘본인의 허락’이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법 취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명책임을 부담하고, 이때의 ‘허락’은 명시된 사전 허락 이외에도 ‘묵시적 허락’ 또는 ‘사후 추인’의 방식으로도 가능하다.

8 2024. 1. 4. 선고 2023다237460 판결 [임금] 359

- [1] 정액사납금제하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 사용자가 소정근로시간을 기준으로 산정되는 시간당 고정급의 외형상 액수를 증가시키기 위해 택시운전근로자 노동조합과 사

이에 실제 근무형태나 운행시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단축하기로 한 합의의 효력(무효)

- [2] 구 최저임금법 시행령 제5조 제1항 제2호 및 제3호에 따라 주 단위 또는 월 단위로 지급된 임금을 시간에 대한 임금으로 환산하는 경우, 주휴수당 관련 근로시간이 '1주 또는 1개월의 소정근로시간'에 합산되는지 여부(소극)
- [3] 최저임금법 제6조 제5항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 사유로 노사 간의 합의에 의해 정해진 소정근로시간의 효력을 부정하기 위해서는 관련 사정을 종합하여 엄격하게 판단하여야 하는지 여부(적극) 및 이때 2018. 12. 31. 이전의 기간 동안 소정근로시간의 단축합의가 최저임금법 제6조 제5항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효인지를 판단할 경우에는 주휴수당 관련 근로시간을 제외하여야 하는지 여부(원칙적 적극)
- [1] 헌법 제32조 제1항 및 최저임금법 관련 규정 내용과 체계, 2008. 3. 21. 법률 제8964호로 개정된 최저임금법 제6조 제5항(이하 '특례조항'이라 한다)의 입법 취지와 입법 경과, 여객자동차 운수사업법의 규정 취지 및 일반택시운송사업의 공공성, 소정근로시간을 단축하는 합의 관련 전후 사정 등을 종합적으로 고려하면, 정액사납금제하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 사용자가 소정근로시간을 기준으로 산정되는 시간당 고정급의 외형상 액수를 증가시키기 위해 택시운전근로자 노동조합과 사이에 실제 근무형태나 운행시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단축하기로 합의한 경우, 이러한 합의는 강행법규인 최저임금법상 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 보아야 한다.
- [2] 구 최저임금법 시행령(2018. 12. 31. 대통령령 제29469호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 제2호 및 제3호는 비교대상 임금 중 주 단위 또는 월 단위로 지급된 임금에 대하여 '1주 또는 1개월의 소정근로시간 수'로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 하도록 규정하고 있다. 여기서 소정근로시간이란 구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제50조, 제69조 또는 산업안전보건법 제46조에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 의미하고(구 근로기준법 제2조 제1항 제7호), 이는 통상임금 산정 기준시간 수와는 구별되는 이상, 주급제 혹은 월급제에서 지급되는 유급휴일에 관한 임금인 주휴수당 관련 근로시간은 고려할 필요가 없다.
- [3] 근로기준법에서 '소정근로시간'은 기준근로시간의 범위 내에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간이라고 규정하여(제2조 제1항 제8호) 노사 간의 자유

2024. 3. 1. 판례공보

로운 의사에 따라 정할 수 있는 것이 원칙이고, 다만 소정근로시간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 평가할 수 있는 정도에 이르거나, 강행법규인 최저임금법 제6조 제5항(이하 ‘특례조항’이라 한다) 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그 합의의 효력을 부정할 수 있을 뿐으로, 노사 간의 합의에 의해 정해진 소정근로시간의 효력을 그와 같은 사유로 부정하기 위해서는 그 사유의 예외적인 성격에 비추어 최저임금제도의 실질적 잠탈 여부 등 관련 사정을 종합하여 엄격하게 판단하여야 한다. 이때 2018. 12. 31. 이전의 기간에 관하여 지급된 임금이 최저임금에 미달하는지 여부를 판단하거나, 그 기간 동안 최저임금에 미달한 임금액을 산정할 때는 물론 해당 기간 동안 소정근로시간의 단축합의가 최저임금법상 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효인지 여부를 판단할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 주휴수당 관련 근로시간은 제외하여야 한다.

9 2024. 1. 4. 선고 2023다244499 판결 (인천미추홀구축구협회장지위확인소) ... 364

확인의 소가 허용되는 경우 / 단체의 임원 혹은 당선인 등의 지위의 적극적 확인을 구하는 단체 내부의 분쟁에 있어서 피고가 되는 자(=단체 자체) 및 이때 해당 단체 아닌 자를 상대로 지위 확인을 구할 소의 이익이 인정되는지 여부(원칙적 소극)

확인의 소는 원칙적으로 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 한하여 허용된다. 특히 단체의 임원 혹은 당선인 등의 지위의 적극적 확인을 구하는 단체 내부의 분쟁에 있어서 피고가 되는 자는 그 청구를 인용하는 판결이 선고될 경우 승소판결의 효력이 미치는 단체 자체라 할 것이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 해당 단체 아닌 자를 상대로 지위 확인을 구하는 것은 그 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효·적절한 방법이 될 수 없어 소의 이익을 인정하기 어렵다.

10 2024. 1. 4. 선고 2023다252162 판결 (약정금) 366

[1] 중개업자가 일방 당사자의 의뢰로 중개대상물의 매매 등을 알선하는 경우가 공인중개사법 제2조 제1호에서 정한 ‘중개’에 포함되는지 여부(적극) 및 공인중개사가 중개업무를 의뢰하지 않은 거래당사자로부터 중개보수를 지급받을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

[2] 공인중개사의 중개대상물에 관한 확인·설명 의무의 대상(=중개의뢰인) 및 중개의뢰인이 아닌 거래당사자가 ‘중개대상물 확인·설명서’에 기명·날인을 한 경우, ‘중개보수 등에 관한 사항’란에 기재된 바와 같이 중개수수료를 지급하

기로 하는 약정에 관한 의사표시라고 단정할 수 있는지 여부(소극)

- [1] 공인중개사법 제2조 제1호는 ‘중개’에 관하여 “제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것”이라고 정하였다. 이러한 ‘중개’에는 중개업자가 거래의 쌍방 당사자로부터 중개의뢰를 받은 경우뿐만 아니라 일방 당사자의 의뢰로 중개대상물의 매매 등을 알선하는 경우도 포함된다.

공인중개사법 제32조 제1항 본문은 “개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받는다.”라고 정하였으므로, 공인중개사가 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실변경을 알선하는 행위를 하였더라도, 해당 중개업무를 의뢰하지 않은 거래당사자로부터는 별도의 지급 약정 등 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 중개보수를 지급받을 수 없다.

- [2] 공인중개사법 제25조 제1항에서 정한 공인중개사의 중개대상물에 관한 확인·설명의무는 해당 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에 대하여 인정되는 것이므로, 공인중개사가 공인중개사법 제25조 및 공인중개사법 시행령 제21조에 따라 작성한 ‘중개대상물 확인·설명서’의 직접적인 대상자 역시 해당 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에 한정된다. 따라서 공인중개사법 시행령 제21조 제1항 제3호에서 공인중개사가 공인중개사법 제25조 제1항에 따라 확인·설명할 사항 중 ‘중개보수 및 산출내역’을 명시한 것도 중개의뢰인과의 관계에서만 의미를 가지고, 비록 공인중개사법 시행령 제21조 제3항이 공인중개사로 하여금 중개의뢰인이 아닌 거래당사자에게도 위 서면을 교부할 의무를 부과하였지만, 이는 행정적 목적을 위해 공인중개사에게 부과한 의무일 뿐 공인중개사의 중개대상물에 관한 확인·설명의무의 대상을 중개의뢰인이 아닌 거래당사자에 대해서까지 확대하는 취지라고 볼 수는 없다. 그러므로 중개의뢰인이 아닌 거래당사자가 ‘중개대상물 확인·설명서’에 기명·날인을 하였더라도, 이는 공인중개사로부터 ‘중개대상물 확인·설명서’를 수령한 사실을 확인하는 의미에 불과할 뿐 ‘중개보수 등에 관한 사항’란에 기재된 바와 같이 중개수수료를 지급하기로 하는 약정에 관한 의사표시라고 단정할 수 없다.

11 2024. 1. 4. 선고 2023다263537 판결 [이사회결의무효확인청구] 370

- [1] 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우, 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 법인이 정관에서 이사의 해임사유를 정한 경우, 해임사유가 발생하였다는 요

건 외에 이로 인하여 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르렀다는 요건이 추가로 충족되어야 이사를 해임할 수 있는지 여부(소극)

[1] 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 하는 위임 유사 관계이다. 민법 제689조 제1항에 따르면 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다. 그러므로 법인은 원칙적으로 이사의 임기 만료 전에도 언제든지 이사를 해임할 수 있다. 다만 이러한 민법 규정은 임의규정이므로 법인이 자치법규인 정관으로 이사의 해임사유 및 절차 등에 관하여 별도 규정을 둘 수 있다. 이러한 규정은 법인과 이사의 관계를 명확히 하는 것 외에 이사의 신분을 보장하는 의미도 아울러 가지고 있으므로 이를 단순히 주의적 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우 이사의 중대한 의무위반 또는 정상적인 사무집행 불능 등의 특별한 사정이 없는 이상 법인은 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없다.

[2] 법인의 자치법규인 정관을 존중할 필요성은 법인이 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임하는 경우뿐만 아니라 법인이 정관에서 정한 사유로 이사를 해임하는 경우에도 요구된다. 법인이 정관에서 이사의 해임사유와 절차를 정하였고 그 해임사유가 실제로 발생하였다면, 법인은 이를 이유로 정관에서 정한 절차에 따라 이사를 해임할 수 있다. 이때 정관에서 정한 해임사유가 발생하였다는 요건 외에 이로 인하여 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르러야 한다는 요건이 추가로 충족되어야 법인이 비로소 이사를 해임할 수 있는 것은 아니다. 해임사유의 유형이나 내용에 따라서는 그 해임사유 자체에 이미 법인과 이사 사이의 신뢰관계 파탄이 당연히 전제되어 있거나 그 해임사유 발생 여부를 판단하는 과정에서 이를 고려하는 것이 적절한 경우도 있으나, 이 경우에도 궁극적으로는 해임사유에 관한 정관 조항 자체를 해석·적용함으로써 해임사유 발생 여부를 판단하면 충분하고, 법인과 이사 사이의 신뢰관계 파탄을 별도 요건으로 보아 그 충족 여부를 판단해야 하는 것은 아니다.

12 2024. 1. 11. 선고 2023다258672 판결 (임대차보증금등반환청구의소) … 373
임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항에 따라 임대차계약의 갱신을 요구한 경우, 갱신의 효력이 발생하는 시점(=임대인에게 갱신요구가 도달한 때) / 임차인이 위 법 제6조의2 제1항에 따라 한 계약해지의 통지가 갱신된 임대차계약 기간이 개시되기 전에 임대인에게 도달한 경우, 그 효력이 발생하는 시점(=해지통지 후 3개월이 지난 때)

주택임대차보호법 제6조의3 제1항은 “임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다.”라고 하여 임차인의 계약갱신요구권을 규정하고, 같은 조 제4항은 “제1항에 따라 갱신되는 임대차의 해지에 관하여는 제6조의2를 준용한다.”라고 규정한다. 한편 주택임대차보호법 제6조의2 제1항은 “제6조 제1항에 따라 계약이 갱신된 경우 같은 조 제2항에도 불구하고 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지를 통지할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항에 따른 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생한다.”라고 규정한다.

이러한 주택임대차보호법 규정을 종합하여 보면, 임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항에 따라 임대차계약의 갱신을 요구하면 임대인에게 갱신거절 사유가 존재하지 않는 한 임대인에게 갱신요구가 도달한 때 갱신의 효력이 발생한다. 갱신요구에 따라 임대차계약에 갱신의 효력이 발생한 경우 임차인은 제6조의2 제1항에 따라 언제든지 계약의 해지통지를 할 수 있고, 해지통지 후 3개월이 지나면 그 효력이 발생하며, 이는 계약해지의 통지가 갱신된 임대차계약 기간이 개시되기 전에 임대인에게 도달하였더라도 마찬가지이다.

13 2024. 1. 11. 자 2023마7122 결정 (상고장각하명령) 375

소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받은 경우, 원심재판장이 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았으나 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에도 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달하면 송달의 효력이 발생하는지 여부(소극)

소송대리권의 범위는 원칙적으로 당해 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 아니한 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다. 그러나 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도, 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에는 소송대리인에게 상소장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없으므로, 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니한다.

가 사

14 2024. 1. 4. 선고 2022므11027 판결〔사실혼파기에따른위자료등〕…………… 377

- [1] 사실혼 해소를 원인으로 한 재산분할에서 분할의 대상이 되는 재산과 액수를 정하는 기준시점(=사실혼이 해소된 날) / 사실혼 해소 이후 재산분할 청구사건의 사실심 변론종결 시까지 사이에 혼인 중 공동의 노력으로 형성·유지한 부동산 등에 발생한 외부적, 후발적 사정이 있는 경우, 이를 분할대상 재산의 가액 산정에 참작할 수 있는지 여부(한정 적극)
- [2] 甲과 乙이 사실혼 관계에 있던 중 乙이 건물에 관한 소유권이전등기를 마친 후 이를 소유하였는데, 甲과 乙의 사실혼 관계가 해소되어 甲이 乙을 상대로 사실혼 해소에 따른 재산분할청구 소송을 제기하였고, 위 건물의 가액 산정 기준시점이 문제 된 사안에서, 위 건물의 가액 산정을 위한 감정축탁을 할 때 사실혼 관계가 해소된 날을 기준으로 시가의 산정을 명하거나, 적어도 사실혼 관계가 해소된 시점과 가장 가까운 제1심법원의 감정축탁 결과에 따라 재산분할을 명하였어야 하는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 사실혼 해소를 원인으로 한 재산분할에서 분할의 대상이 되는 재산과 액수는 사실혼이 해소된 날을 기준으로 하여 정하여야 한다. 한편 재산분할제도가 혼인관계 해소 시 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것으로서, 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 적극재산 및 그 형성에 수반하여 부담한 채무 등을 분할하여 각자에게 귀속될 몫을 정하기 위한 것이므로, 사실혼 해소 이후 재산분할 청구사건의 사실심 변론종결 시까지 사이에 혼인 중 공동의 노력으로 형성·유지한 부동산 등에 발생한 외부적, 후발적 사정으로서, 그로 인한 이익이나 손해를 일방에게 귀속시키는 것이 부부 공동재산의 공평한 청산·분배라고 하는 재산분할제도의 목적에 현저히 부합하지 않는 결과를 가져오는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 분할대상 재산의 가액 산정에 참작할 수 있다.
- [2] 甲과 乙이 사실혼 관계에 있던 중 乙이 건물에 관한 소유권이전등기를 마친 후 이를 소유하였는데, 甲과 乙의 사실혼 관계가 해소되어 甲이 乙을 상대로 사실혼 해소에 따른 재산분할청구 소송을 제기하였고, 위 건물의 가액 산정 기준시점이 문제 된 사안에서, 甲과 乙의 사실혼 관계가 해소된 날을 기준으로 재산분할의 대상이 되는 재산과 액수를 산정하여야 하는바, 위 건물의 가

액 산정을 위한 감정축탁을 할 때 사실혼 관계가 해소된 날을 기준으로 시가의 산정을 명하였어야 함에도 ‘감정일 현재 시가’의 산정만 명하였고, 원심 변론종결일까지 제출된 객관적 자료 중 사실혼 관계가 해소된 날을 기준으로 위 건물의 가액을 추단할 수 있는 자료가 보이지 않는 상황에서, 사실혼 해소 이후 재산분할 청구사건의 사실심 변론종결 시까지 사이에 혼인 중 공동의 노력으로 형성·유지한 부동산 등에 발생한 외부적·후발적 사정으로서, 그로 인한 이익이나 손해를 일방에게 귀속시키는 것이 부부 공동재산의 공평한 청산·분배라고 하는 재산분할제도의 목적에 현저히 부합하지 않는 결과를 가져오는 등의 특별한 사정이 있는지조차 불분명한 이상, 제출된 자료 중 사실혼 관계가 해소된 시점과 가장 가까운 시점을 기준으로 위 건물의 가액을 산정하였어야 하므로, 적어도 제1심법원의 감정축탁 결과에 따라 재산분할을 명하였어야 하는데도, 원심 변론종결일에 근접한 시기를 기준으로 한 감정축탁 결과를 근거로 위 건물의 가액을 산정한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

일반행정

15 2024. 1. 4. 선고 2022두65092 판결 [강등처분취소] 380

- [1] 헌법 제7조가 보장하는 직업공무원제도의 운영 및 기본적 요소에 해당하는 공무원의 임용·보직·승진에 바탕이 되는 원칙 / 지방공무원법이 정한 신분보장·승진 등 인사 운영 관련 규정을 해석·적용할 때 고려할 사항
- [2] 지방공무원의 임용권자가 5급 공무원을 4급 공무원으로 승진임용하기 위한 절차와 방법 / 이때 승진임용에 관하여 임용권자에게 부여된 재량권과 한계 / 임용권자가 4급 공무원 승진후보자명부를 작성하거나 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 법령상 근거 없이 직무수행능력과 무관한 요소로서 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증에 해당한다고 보기 어려운 사정을 주된 평정 사유로 반영하였거나 이러한 사정을 승진임용에 관한 일률적인 배제사유 또는 소극요건으로 삼을 수 있는지 여부(소극)
- [1] 대한민국헌법(이하 ‘헌법’이라 한다) 제7조가 정한 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 따라 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 이러한 직업공무원제도를 운영할 때에는 인사의 공정성을 유지

하는 장치가 중요하고, 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 핵심적 요소라고 할 수 있다. 특히 직업공무원에게는 정치적 중립과 더불어 공무를 효율적으로 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 헌법 제7조가 보장하는 직업공무원제도의 운영 및 기본적 요소에 해당하는 공무원의 임용·보직·승진에는 공무원의 능력·성적·전문성 등을 반영한 능력주의·성과주의가 바탕이 되어야 한다. 또한, 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 하여, 직업공무원제도가 정치적 중립성과 신분보장을 중추적 요소로 하는 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하면서도 구체적 내용을 법률로 정하도록 위임하였으므로, 이러한 헌법의 위임 및 기속적 방향 제시에 따른 지방공무원법이 정한 신분보장·승진 등 인사 운영 관련 규정을 해석·적용할 때에도 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적과 함께 능력주의·성과주의 원칙을 고려하여야 한다.

- [2] 지방공무원법 제6조 제1항, 제25조 본문, 제38조 제1항 본문, 제39조 제3항, 제4항, 제5항, 지방공무원 임용령 제31조의2 제1항, 제4항, 제31조의6 제1항, 제32조 제1항, 제2항, 제3항에 따르면, 지방공무원의 임용권자가 5급 공무원을 4급 공무원으로 승진임용을 하기 위해서는 승진 예정 대상자인 5급 공무원에 대하여 직급별로 지방공무원 임용령에서 정한 바에 따라 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증을 반영한 승진후보자명부를 작성하여 인사위원회 사전심의를 거친 다음 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자부터 차례로 승진임용 여부를 심사하여 결정해야 한다. 이때 임용권자에게는 승진임용에 관하여 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용해야 하는 것은 아니지만, 승진후보자명부의 작성 또는 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 아무런 제한 없는 재량권이 인정되는 것은 아니다. 즉, 임용권자가 승진후보자명부의 작성 및 승진임용을 할 때에는 지방공무원법 제25조, 제38조 제1항 및 제39조 제5항에 따라 근무성적평정·경력평정 및 그 밖의 능력의 실증에 따라야 하는 의무를 부담하므로, 4급 공무원으로 승진임용을 하기 위하여 승진후보자명부를 작성하거나 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 법령상 근거 없이 직무수행능력과 무관한 요소로서 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증에 해당한다고 보기 어려운 사정을 주된 평정 사유로 반영하였거나 이러한 사정을 승진임용에 관한 일률적인 배제사유 또는 소극요인으로 삼았다면, 이는 임용권자가 법령상 근거 없이 자신의 주관적 의사에 따라 임용

권을 자의적으로 행사한 것으로 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적 및 능력주의 원칙은 물론 지방공무원법령 규정에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

조 세

16 2024. 1. 11. 선고 2023두44634 판결 [법인지방소득세경정거부처분취소] … 386

구 법인세법에 따른 외국납부세액 공제제도만으로 외국납부세액의 이중과세가 완전히 회피되지 않는 경우, 대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 소득에 대한 조세의 이중과세회피와 탈세방지를 위한 협정의 제2의정서 제4조를 근거로 법인지방소득세액에서 외국납부세액의 세액공제를 할 수 있는지 여부(소극)

대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 소득에 대한 조세의 이중과세회피와 탈세방지를 위한 협정의 제2의정서 제4조의 내용과 문맥, 조약의 대상과 목적 등을 종합하면, 위 의정서 규정만으로 계약국의 의사에 따라 외국납부세액의 구체적인 공제방법이나 공제범위가 명확히 한정되어 있다고 보기 어렵고, 위 의정서 규정은 한국 거주자가 이중과세를 회피하는 방법으로 외국납부세액의 세액공제를 허용하여야 한다는 일반원칙을 정하면서도, 구체적인 공제방법이나 공제범위 등에 관하여는 한국 세법에 따르도록 정한 것으로 보아야 한다. 그리고 이중과세를 조정함에 있어 어느 정도의 공제와 한도를 둘 것인지 등은 여러 가지 요소를 고려하여 결정될 것으로서, 이에 관하여는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여되어 있다. 따라서 구 법인세법(2017. 12. 19. 법률 제15222호로 개정되기 전의 것)에 따른 외국납부세액 공제제도만으로 외국납부세액의 이중과세가 완전히 회피되지 않더라도, 위 의정서 규정을 근거로 하여 해당 사업연도의 법인지방소득세액에서 중국에서 납부하였거나 납부할 세액을 공제할 수는 없다.

특 허

17 2024. 1. 11. 선고 2020후10292 판결 [등록무효(특)] …………… 389

[1] 발명의 설명을 명확하고 상세하게 적을 것을 정한 특허법 제42조 제3항 제1호의 규정 취지 및 위 조항에서 요구하는 명세서 기재의 정도 / 물건을 생산하는 방법의 발명에서 발명의 ‘실시’의 의미 및 발명의 설명에 청구범위에 특정된 방법 전체의 사용 등에 관하여 그 생산 방법을 사용할 수 있을 정도의 명확하고 상세한 기재가 없는 경우, 특허법 제42조 제3항 제1호에서 정한 기재요건을 충족한다고 볼 수 있는지 여부(소극) / 물건을 생산하는 방법의 발

명이 이른바 파라미터 발명에 해당하는 경우, 통상의 기술자가 특허출원 당시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 발명의 설명에 기재된 사항에 의하여 파라미터로 특정된 생산 방법을 사용할 수 없다면 특허법 제42조 제3항 제1호에서 정한 기재요건을 충족하지 못한다고 보아야 하는지 여부(적극)

[2] 특허출원 시 청구항에 발명의 구성을 불명료하게 표현하는 용어를 기재할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 발명이 명확하게 적혀 있는지 판단하는 방법

[1] 특허법 제42조 제3항 제1호는 발명의 설명은 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라 한다)이 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 적을 것을 규정하고 있다. 이는 특허출원된 발명의 내용을 제3자가 명세서만으로 쉽게 알 수 있도록 공개하여 특허권으로 보호받고자 하는 기술적 내용과 범위를 명확하게 하기 위한 것이다. 위 조항에서 요구하는 명세서 기재의 정도는 통상의 기술자가 출원 시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서도 명세서의 기재에 의하여 당해 발명을 정확하게 이해할 수 있고 동시에 재현할 수 있는 정도를 말한다.

물건을 생산하는 방법의 발명의 경우 그 발명의 ‘실시’란 물건을 생산하는 방법을 사용하는 등의 행위를 말하므로, 발명의 설명은 그 생산 방법을 사용할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재하여야 하고, 청구범위에 특정된 방법 전체의 사용 등에 관하여 위와 같은 정도의 기재가 없는 경우에는 특허법 제42조 제3항 제1호에서 정한 기재요건을 충족한다고 볼 수 없다.

물건을 생산하는 방법의 발명이 새롭게 창출한 물리적, 화학적, 생물학적 특성값을 이용하거나 복수의 변수 사이의 상관관계를 이용하여 발명의 구성요소를 특정한 파라미터 발명에 해당하는 경우, 파라미터의 정의나 기술적 의미, 특성값이나 변수의 측정 방법·측정 조건 등 파라미터의 확인 수단 등을 고려할 때 통상의 기술자가 특허출원 당시의 기술수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 발명의 설명에 기재된 사항에 의하여 파라미터로 특정된 생산 방법을 사용할 수 없다면 특허법 제42조 제3항 제1호에서 정한 기재요건을 충족하지 못한다고 보아야 한다.

[2] 특허법 제42조 제4항 제2호는 청구범위에는 발명이 명확하고 간결하게 적혀 있을 것을 규정하고 있다. 그리고 특허법 제97조는 특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여진다고 규정하고 있다. 이는 발명의 보호범위는 청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여진다는 점에서 청

구항에는 명확한 기재만이 허용되는 것으로, 발명의 구성을 불명료하게 표현하는 용어는 원칙적으로 허용되지 않는다는 취지이다. 발명이 명확하게 적혀 있는지 여부는 통상의 기술자가 발명의 설명이나 도면 등의 기재와 출원 당시의 기술상식을 고려하여 청구범위에 기재된 사항으로부터 특허를 받고자 하는 발명을 명확하게 파악할 수 있는지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

형 사

18 2024. 1. 4. 선고 2021도5723 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)·마약류관리에관한법률위반(대마)] 394

구 형법 제48조 제1항 제1호에서 몰수 대상으로 정한 ‘범죄행위에 제공한 물건’의 의미 / 위 조항에 의한 몰수가 임의적이라도 비례의 원칙에 따른 제한을 받는 지 여부(적극) 및 비례의 원칙 위반 여부를 판단할 때 고려하여야 할 사정 / 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 ‘범죄행위에 제공된 물건’, 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 ‘범죄행위로 인하여 생긴 물건’에 각각 해당하는지 여부(적극) 및 이때 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능한지 여부(적극)

구 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정되기 전의 것) 제48조 제1항 제1호의 ‘범죄행위에 제공한 물건’은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건만 의미하는 것이 아니라 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후 행위에 사용한 물건 중 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 물건까지도 포함한다. 한편 위 조항에 따른 몰수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 몰수할 것인지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는데, 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위해서는, 몰수 대상 물건이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 몰수되지 아닐 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다. 또한, 전자기록은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이

므로 위 조항에 정한 사유가 있는 때에는 이를 몰수할 수 있는바, 가령 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 ‘범죄행위에 제공된 물건’, 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 ‘범죄행위로 인하여 생긴 물건’에 각각 해당하고 이러한 경우 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능하다.

19 2024. 1. 4. 선고 2022도699 판결 (정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 위반(명예훼손)) 397

- [1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항 명예훼손죄의 구성요건 중 비방할 목적이 있는지와 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지가 별개의 구성요건인지 여부(적극) 및 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이면 비방할 목적이 당연히 인정되는지 여부(소극) / 위 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임의 소재(=검사)
- [2] ‘사람을 비방할 목적’의 의미와 판단 기준 / ‘비방할 목적’과 ‘공공의 이익’을 위한 것과의 관계 및 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 판단하는 기준 / 행위자의 주요한 동기 내지 목적인 공공의 이익에 부수적으로 다른 사회적 목적이나 동기가 내포되어 있는 경우, 비방할 목적의 유무(소극)
- [3] 피고인 甲은 양육비채권자의 제보를 받아 양육비 미지급자의 신상정보를 공개하는 인터넷 사이트 ‘Bad Fathers’의 운영에 관계된 사람이고, 피고인 乙은 위 사이트에 자신의 전 배우자 丙을 제보한 사람인데, 피고인들은 각자 또는 공모하여 위 사이트에 丙을 비롯한 피해자 5명의 이름, 얼굴 사진, 거주지, 직장명 등 신상정보를 공개하는 글이 게시되게 하고, 피고인 乙은 자신의 인스타그램에 위 사이트 게시 글의 링크 주소를 첨부하고 丙에 대하여 ‘미친 년’이라는 표현 등을 덧붙인 글을 게시함으로써 피해자들을 비방할 목적으로 사실을 적시하였다는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)의 공소사실로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합하면, 피고인들에게 피해자들을 ‘비방할 목적’이 인정된다는 이유로, 같은 취지에서 위 공소사실을 모두 유죄로 판단한 원심판결이 정당하다고 한 사례
- [1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제1항은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 이 규정에 따른 범죄가 성립하려면 피고인이 공공연하게 드러낸 사실이 다른 사람의 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것임을 인식해야 할 뿐만 아니라 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. 비방할 목적이 있는지는

피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다. 그리고 이 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임은 검사에게 있다.

- [2] ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 해당 적시 사실의 내용과 성질, 해당 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·형량하여 판단되어야 한다. 또한 비방할 목적이란 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에서 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다. 여기에서 ‘적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우’란 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는데, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이다. 나아가 적시된 사실이 이러한 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 해당 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인인지 아니면 사인에 불과한지, 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지, 그리고 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 침해의 정도, 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.

- [3] 피고인 甲은 양육비채권자의 제보를 받아 양육비 미지급자의 신상정보를 공개하는 인터넷 사이트 ‘Bad Fathers’의 운영에 관계된 사람이고, 피고인 乙은 위 사이트에 자신의 전 배우자 丙을 제보한 사람인데, 피고인들은 각자 또는 공모하여 위 사이트에 丙을 비롯한 피해자 5명의 이름, 얼굴 사진, 거주지, 직장명 등 신상정보를 공개하는 글이 게시되게 하고, 피고인 乙은 자신의 인스타그램에 위 사이트 게시 글의 링크 주소를 첨부하고 丙에 대하여 ‘미친년’이라는 표현 등을 덧붙인 글을 게시함으로써 피해자들을 비방할 목적으로

사실을 적시하였다는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인들이 위 사이트의 신상정보 공개를 통해 양육비 미지급 사실을 알린 것은 결과적으로 양육비 미지급 문제라는 공적 관심 사안에 관한 사회의 여론형성이나 공개토론에 기여하였다고 볼 수 있으나, 글 게시 취지·경위·과정 등에 비추어 그 신상정보 공개는 특정된 개별 양육비채무자를 압박하여 양육비를 신속하게 지급하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 사적 제재 수단의 일환에 가까운 점, 위 사이트에서 신상정보를 공개하면서 공개 여부 결정의 객관성을 확보할 수 있는 기준이나 양육비채무자에 대한 사전 확인절차를 두지 않고 양육비 지급 기회를 부여하지도 않은 채 일률적으로 공개한 것은 우리 법질서에서 허용되는 채무불이행자 공개 제도와 비교하여 볼 때 양육비채무자의 권리를 침해하는 정도가 커 정당화되기 어려운 점, 위 사이트에서 공개된 신상정보인 얼굴 사진, 구체적인 직장명, 전화번호는 그 특성상 공개 시 양육비채무자가 입게 되는 피해의 정도가 매우 큰 반면, 피고인들에게 양육비 미지급으로 인한 사회적 문제를 공론화하기 위한 목적이 있었다라도 얼굴 사진 등의 공개는 위와 같은 공익적인 목적과 직접적인 관련성이 있다고 보기 어렵고, 얼굴 사진 등을 공개하여 양육비를 즉시 지급하도록 강제할 필요성이나 급박한 사정도 엿보이지 않는 점 등 제반 사정을 종합하면, 피고인들에게 신상정보가 공개된 피해자들을 비방할 목적이 인정된다는 이유로, 같은 취지에서 피고인들에 대한 위 공소사실을 모두 유죄로 판단한 원심판결이 정당하다고 한 사례.

20 2024. 1. 4. 선고 2022도14571 판결 [모욕] 406

- [1] 개별적으로 소수의 사람에게 발언하였다라도 상대방이 불특정 또는 다수인에게 해당 내용을 전파할 가능성이 객관적으로 인정되는 경우, 모욕죄의 구성요건인 ‘공연성’을 인정할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 전파가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필수적인지 여부(적극) / 구체적인 사안에서 공연성이 인정되는지 판단하는 기준
- [2] 전파가능성을 이유로 모욕죄의 공연성이 인정될 수 있는 경우, 주관적 구성요건요소로서 요구되는 고의의 내용 및 고의 유무를 판단하는 방법 / 발언 후 실제로 전파되었는지는 전파가능성 유무를 판단할 때 소극적 사정으로 고려될 수 있는지 여부(적극) / 발언 내용이 전체적으로 피해자의 입장에서 불쾌함을 느낄 정도의 부정적·비판적 의견이나 불편한 감정을 거칠게 나타낸 정도의 표현에 그치는 것으로서, 그와 같은 조악한 표현 자체를 피해자에게 그대로 옮겨 전파하리라는 사정을 쉽게 예상하기 어려운 경우, 전파가능성을

인정할 때 유의할 점

- [1] 모욕죄의 구성요건인 ‘공연성’에 관하여도 명예훼손죄의 ‘공연성’에 관한 법리가 동일하게 적용되므로, 개별적으로 소수의 사람에게 발언하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 해당 내용을 전파할 가능성이 객관적으로 인정되는 경우에는 공연성을 인정할 수 있지만, 특정한 소수에게만 발언하였다는 점은 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 그와 같은 사정하에서의 전파가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필수적이다.

구체적인 사안에서 공연성이 인정되는지 여부는 발언을 하게 된 경위와 당시 상황, 발언의 내용·방법, 행위자의 의도, 행위자·상대방의 태도, 행위자·상대방·피해자의 관계와 지위 등 행위 당시의 구체적인 사정을 심리한 후 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 등을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다.

- [2] 전파가능성을 이유로 모욕죄의 공연성이 인정될 수 있는 경우에도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의는 필수적이므로, 행위자가 당시에 전파가능성에 대한 인식을 전제로 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 존재한다는 사실 및 그에 대한 증거가 있어야 한다. 행위자가 전파가능성을 용인하였는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태·상황 등 구체적 사정을 기초로 하여 일반인이라면 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 심리상태를 추인하여야 하므로, 행위자의 고의를 인정함에 있어 신중할 필요가 있다. 한편 발언 후 실제로 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단함에 있어 소극적 사정으로 고려될 수 있다.

특히 발언의 내용 역시 피해자의 외부적 명예나 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키거나 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 표현이라기보다는 전체적으로 피해자의 입장에서 불쾌함을 느낄 정도의 부정적·비판적 의견이나 불편한 감정을 거칠게 나타낸 정도의 표현에 그치는 것으로서, 발언에 담긴 취지가 아니라 그와 같은 조악한 표현 자체를 피해자에게 그대로 옮겨 전파하리라는 사정을 쉽게 예상하기 어려운 경우에는 전파가능성을 인정함에 더욱 신중을 기할 필요가 있다.

21	<p>2024. 1. 4. 선고 2022도15955 판결 [폭력행위등처벌에관한법률위반(공동감금)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동강요)·업무방해·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동퇴거불응)·특수공무집행방해·특수폭행치상] 411</p> <p>주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’의 의미 및 침입행위에 해당하는지 판단</p>
-----------	--

하는 기준 / 업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소에 들어간 경우, 관리자의 명시적 출입금지 의사 및 조치가 없었던 이상 그 출입행위가 결과적으로 관리자의 추정적 의사에 반하였다는 사정만으로 이를 주거침입죄에서 규정한 침입행위로 평가할 수 있는지 여부(소극)

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다. 한편 업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소에 들어간 경우, 관리자의 명시적 출입금지 의사 및 조치가 없었던 이상 그 출입행위가 결과적으로 관리자의 추정적 의사에 반하였다는 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 출입하였다고 평가할 수 없다.

22 2024. 1. 4. 선고 2023도1178 판결 [사문서위조·위조사문서행사] 415

사문서위조 및 동행사죄의 객체인 사문서 중 ‘권리·의무에 관한 문서’와 ‘사실증명에 관한 문서’의 의미 / ‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’에 해당하기 위한 요건 및 문서의 주된 취지가 단순히 개인적·집단적 의견의 표현에 불과한 것도 이에 포함되는지 여부(소극) / ‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’에 해당하는지 판단하는 기준

사문서위조 및 동행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, ‘권리·의무에 관한 문서’는 권리 또는 의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, ‘사실증명에 관한 문서’는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다.

‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’는 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후 과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 법률관계에 간접적으로만 연관된 의사표시 또는 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있지만, 문서의 주된 취지가 단순히 개인적·집단적 의견의 표현에 불과한 것이어서는 아니 되고, 적어도 실

체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리·의무와의 관련성이 인정되는 경우이어야 한다.

‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’에 해당하는지 여부는 문서 제목만을 고려할 것이 아니라 문서 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

23 2024. 1. 4. 선고 2023도2836 판결〔물가안정에관한법률위반〕…………… 417

[1] 물가안정에 관한 법률 제7조와 구 ‘마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시’(기획재정부고시) 제5조가 결합하여 물가안정에 관한 법률 제26조, 제7조 위반죄의 실질적 구성요건을 이루는 보충규범으로 작용하는지 여부(적극)

[2] 물가안정에 관한 법률 제26조, 제7조 위반죄는 ‘폭리 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범인지 여부(적극) 및 ‘폭리 목적’이 엄격한 증명의 대상인지 여부(적극) / ‘폭리 목적’에 대한 증명책임 소재(=검사) 및 증명 방법

[3] 구 ‘마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시’(기획재정부고시) 제5조 제1항에서 정한 ‘영업’의 의미

[1] 물가안정에 관한 법률(이하 ‘물가안정법’이라 한다) 제7조는 사업자로 하여금 폭리를 목적으로 물품을 매점하거나 판매를 기피하는 행위로서 기획재정부장관이 물가의 안정을 해칠 우려가 있다고 인정하여 매점매석행위로 지정한 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하면서 이를 위반한 행위에 대해 물가안정법 제26조에 따라 처벌하되, 구 ‘마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시’(2020. 9. 28. 기획재정부고시 제2020-28호로 개정되기 전의 것) 제5조는 ‘2019. 1. 1. 이전부터 영업을 한 사업자(제1항 제1호)’, ‘2019. 1. 1. 이후 신규로 영업을 한 사업자(제1항 제2호)’, ‘2020. 1. 1. 이후 신규로 영업을 한 사업자(제1항 제3호)’로 나누어 매점매석행위에 관한 판단 기준을 정하였다. 행정규칙인 고시가 법령의 수권에 따라 법령을 보충하는 사항을 정한 경우에 근거 법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 성질과 효력을 가지게 되므로, 물가안정법 제7조와 위 고시 제5조가 결합하여 물가안정법 제26조, 제7조 위반죄의 실질적 구성요건을 이루는 보충규범으로 작용한다.

[2] 물가안정에 관한 법률 제26조, 제7조 위반죄는 초과 주관적 위법요소인 ‘폭리 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범이므로, ‘폭리 목적’은 고의와 별도로

요구됨은 물론 엄격한 증명의 대상이 된다. ‘폭리 목적’에 대한 증명책임도 검사에게 있으므로, 행위자가 구 ‘마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시’(2020. 9. 28. 기획재정부고시 제2020-28호로 개정되기 전의 것) 제5조에서 정한 매점매석행위를 하였다는 사실만으로 폭리 목적을 추정할 수는 없다. 다만 행위자에게 폭리 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 경우에도 피고인이 해당 물품을 매입한 시점·경위, 판매를 위한 노력의 정도, 판매에 이르지 못한 사정, 해당 물품의 시가 변동 및 시장 상황, 매입 및 판매 형태·수량 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

- [3] 구 ‘마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시’(2020. 9. 28. 기획재정부고시 제2020-28호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항에서 정한 ‘영업’은 해당 사업자에게 실제로 판매 또는 생산의 결과가 발생한 경우만을 의미하는 것이 아니라, 사업자가 직접적·구체적으로 판매 또는 생산행위에 착수한 경우는 물론 객관적으로 보아 판매 또는 생산을 위한 준비행위를 한 경우라면 널리 이에 포함된다고 봄이 타당하다.

24 2024. 1. 4. 선고 2023도2982 판결 [장애인차별금지및권리구제등에관한법률위반·사문서위조·위조사문서행사] 422

장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제49조 제1항에서 정한 범죄구성요건에 관한 증명책임의 소재(=검사) 및 그 증명의 내용과 정도 / 어떠한 장애를 가진 사람에 대하여 이루어진 괴롭힘 등 부당한 취급이 해당 장애를 주된 사유로 한 것이 아니라거나 장애가 없는 사람과 차별적으로 이루어진 것이 아닌 경우, 위 조항이 적용될 수 있는지 여부(소극)

장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다)의 입법 목적과 체계·내용 등에 비추어 보면, 장애인차별금지법 제49조 제1항에서 정한 형사처벌의 대상은 ‘장애를 사유로 한 악의적인 차별행위’로서, 범죄구성요건에 해당하는 사항인 ① 차별행위의 존재, ② 차별이 장애를 사유로 한 것일 것, ③ 악의적일 것에 관하여는 검사에게 엄격한 증명책임이 있다. 이때 ‘차별행위의 존재’에 대하여는 비장애인과 비교하여 장애인을 불리하게 대하였다는 점이, ‘장애를 사유로 한 차별행위’에 대하여는 장애인의 성별, 장애의 유형·정도·특성 등을 충분히 고려하여 차별의 주된 원인이 장애라는 점이 각각 증명되어야 하고(제5조), ‘악의성’에 대하여는 장애인차별금지법 제49조 제2항의 개정 경과·이유, 시행시기 등을 고려하여 해당 조문의 각호에서 정한 사항이 구체적으로 증명되어야 한다. 따라서 어떠한 장애를 가진 사람에 대하여 이루어진 괴롭힘 등 부당한 취급이 해당 장애를 주된 사유로 한 것이 아니라거나 장애가 없는 사

람과 차별적으로 이루어진 것이 아닌 경우에는, 그러한 부당한 취급 자체가 별도의 민사·형사·행정적 제재의 대상이 될 수 있음은 별론으로 하더라도 장애를 주된 사유로 하는 비장애인과의 악의적인 차별행위를 형사처벌의 대상으로 정한 장애인차별금지법 제49조 제1항이 적용된다고 볼 수는 없다.

25 2024. 1. 4. 선고 2023도11313 판결 [공기호위조·위조공기호행사] …… 428

[1] 형법상 인장에 관한 죄에서 인장과 기호의 의미 및 형법 제238조의 공기호에 해당하기 위한 요건

[2] 피고인이 온라인 구매사이트에서 ① 검찰 업무표장()에서 ‘검찰’을 제외한 부분) 아래 ‘검찰 PROSECUTION SERVICE’라고 기재하고 그 아래 피고인의 전화번호를 기재한 주차표지판 1개, ② 검찰 업무표장() 아래 ‘검찰 PROSECUTION OFFICE’라고 기재하고 그 아래 피고인의 차량번호를 표시한 표지판 1개, ③ 검찰 업무표장() 아래 ‘검찰 PROSECUTION SERVICE’라고 기재하고 그 아래 ‘공무수행’이라고 표시한 표지판 1개를 주문하여 배송받음으로써 행사할 목적으로 공기호인 검찰청 업무표장을 각각 위조하였다는 등의 공소사실로 기소된 사안에서, 위 각 검찰 업무표장을 공기호라고 볼 수 없음에도, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 형법상 인장에 관한 죄에서 인장은 사람의 동일성을 표시하기 위하여 사용하는 일정한 상형을 의미하고, 기호는 물건에 압달하여 사람의 인격상 동일성 이외의 일정한 사항을 증명하는 부호를 의미한다. 그리고 형법 제238조의 공기호는 해당 부호를 공무원 또는 공무소가 사용하는 것만으로는 부족하고, 그 부호를 통하여 증명을 하는 사항이 구체적으로 특정되어 있고 해당 사항은 그 부호에 의하여 증명이 이루어질 것이 요구된다.

[2] 피고인이 온라인 구매사이트에서 ① 검찰 업무표장()에서 ‘검찰’을 제외한 부분) 아래 ‘검찰 PROSECUTION SERVICE’라고 기재하고 그 아래 피고인의 전화번호를 기재한 주차표지판 1개, ② 검찰 업무표장() 아래 ‘검찰 PROSECUTION OFFICE’라고 기재하고 그 아래 피고인의 차량번호를 표시한 표지판 1개, ③ 검찰 업무표장() 아래 ‘검찰 PROSECUTION SERVICE’라고 기재하고 그 아래 ‘공무수행’이라고 표시한 표지판 1개를 주문하여 배송받음으로써 행사할 목적으로 공기호인 검찰청 업무표장을 각각 위조하고, 이를 자신의 승용차에 부착하고 다님으로써 위조된 공기호인 검찰청 업무표장을 행사

하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 위 각 표지판에 사용된 검찰 업무표장은 검찰수사, 공판, 형의 집행부터 대외 홍보 등 검찰청의 업무 전반 또는 검찰청 업무와의 관련성을 나타내기 위한 것으로 보일 뿐, 이것이 부착된 차량은 ‘검찰 공무수행 차량’이라는 것을 증명하는 기능이 있다는 등 이를 통하여 증명을 하는 사항이 구체적으로 특정되어 있다거나 그 사항이 이러한 검찰 업무표장에 의하여 증명된다고 볼 근거가 없고, 일반인들이 위 각 표지판이 부착된 차량을 ‘검찰 공무수행 차량’으로 오인할 수 있다고 해도 위 각 검찰 업무표장이 위와 같은 증명적 기능을 갖추지 못한 이상, 이를 공기호라고 볼 수 없음에도, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 법리 오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

26 2024. 1. 4. 선고 2023도13081 판결〔성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(공중밀집장소에서추행)〕 430

- [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제11조의 ‘공중 밀집 장소에서의 추행죄’에서 ‘추행’의 의미 / 피고인이 추행의 고의를 부인하는 경우, 이를 증명하는 방법으로 고의와 상당한 관련성 있는 간접사실을 판단하는 방법 / 이는 피고인이 자폐성 장애인이거나 지적장애인에 해당하는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)
- [2] 법원이 검사가 제출한 증거와 피고인이 제출한 증거를 종합하여 볼 때 공소사실에 관하여 조금이라도 합리적인 의심이 있는 경우, 피고인이 제출한 증거만으로 피고인의 주장 사실을 인정하기에 부족하다는 이유를 들어 공소사실에 관하여 유죄판결을 선고할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 법원이 성범죄 사건을 심리할 때 유지해야 하는 ‘성인지적 관점’의 의미 및 성범죄 피해자 진술의 증명력을 배척 내지 인정하는 방법
- [4] 형사소송법이 공판중심주의의 한 요소로 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 내용과 취지 / 피고인이 수사과정에서 공소사실을 부인하였고 그 내용이 기재된 피의자신문조서 등에 관하여 증거동의를 한 경우, 그중 일부만 발췌하여 유죄의 증거로 사용할 수 있는지 여부(소극)
- [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제11조의 ‘공중 밀집 장소에서의 추행죄’의 ‘추행’이란 일반인을 기준으로 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 것을 의미한다. 성폭력처벌법 제11조 위반죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요건으로서 추행을 한다는 인식을 전제로 적어도 미필적으로나마 이를 용인하는 내심의 의사가 있어

야 하므로, 피고인이 추행의 고의를 부인하는 경우에는 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 따를 수밖에 없다. 이 경우 피고인의 나이·지능·지적능력 및 판단능력, 직업 및 경력, 피고인이 공소사실 기재 행위에 이르게 된 경위와 동기, 피고인과 피해자의 관계, 구체적 행위 태양 및 행위 전후의 정황, 피고인의 평소 행동양태·습관 등 객관적 사정을 종합하여 판단해야 하고, 피고인이 고의로 추행을 하였다고 볼 만한 징표와 어긋나는 사실의 의문점이 해소되어야 한다. 이는 피고인이 자폐성 장애인이거나 지적장애인에 해당하는 경우에도 마찬가지로서, 외관상 드러난 피고인의 언행이 비장애인의 관점에서 이례적이라거나 합리적이지 않다는 이유만으로 함부로 고의를 추단하거나 이를 뒷받침하는 간접사실로 평가해서는 안 되고, 전문가의 진단이나 감정 등을 통해 피고인의 장애 정도, 지적·판단능력 및 행동양식 등을 구체적으로 심리한 후 피고인이 공소사실 기재 행위 당시 특정 범행의 구성요건 해당 여부에 관한 인식을 전제로 이를 용인하는 내심의 의사까지 있었다는 점에 관하여 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신에 이르러야 한다.

- [2] 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다(헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의2). 무죄추정의 원칙은 수사를 하는 단계뿐만 아니라 판결이 확정될 때까지 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙으로서, ‘의심스러우면 피고인의 이익으로’라는 오래된 법언에 내포된 것이며 우리 형사법의 기초를 이루고 있다. 형사소송법 제307조 제2항이 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 정한 것의 의미는, 법관은 검사가 제출하여 공판절차에서 적법하게 채택·조사한 증거만으로 유죄를 인정하여야 하고, 법관이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 만큼 확신을 가지는 정도의 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 공소사실을 증명할 책임은 검사에게 있다는 것이다. 결국 검사가 법관으로 하여금 그만한 확신을 가지게 하는 정도로 증명하지 못한 경우에는 설령 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 가는 사정이 있다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다. 따라서 피고인이 유리한 증거를 제출하면서 범행을 부인하는 경우에도 공소사실에 대한 증명 책임은 여전히 검사에 있고, 피고인이 공소사실과 배치되는 자신의 주장 사실에 관하여 증명할 책임까지 부담하는 것은 아니므로, 검사가 제출한 증거와 피고인이 제출한 증거를 종합하여 볼 때 공소사실에 관하여 조금이라도 합리적인 의심이 있는 경우에는 무죄를 선고하여야 할 것이지, 피고인이 제

출한 증거만으로 피고인의 주장 사실을 인정하기에 부족하다는 이유를 들어 공소사실에 관하여 유죄판결을 선고하는 것은 헌법상 무죄추정의 원칙은 물론 형사소송법상 증거재판주의 및 검사의 증명책임에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

- [3] 성범죄 사건을 심리할 때에는 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지적 관점’을 유지하여야 하므로, 개별적·구체적 사건에서 성범죄 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없지만, 이는 성범죄 피해자 진술의 증명력을 제한 없이 인정하여야 한다거나 그에 따라 해당 공소사실을 무조건 유죄로 판단해야 한다는 의미는 아니다.

① 성범죄 피해자 진술에 대하여 성인지적 관점을 유지하여 보더라도, 진술 내용 자체의 합리성·타당성뿐만 아니라 객관적 정황, 다른 경험칙 등에 비추어 증명력을 인정할 수 없는 경우가 있을 수 있다.

② 또한 피고인은 물론 피해자도 하나의 객관적 사실 중 서로 다른 측면에서 자신이 경험한 부분에 한정하여 진술하게 되고, 여기에는 자신의 주관적 평가나 의견까지 어느 정도 포함될 수밖에 없으므로, 하나의 객관적 사실에 대하여 피고인과 피해자 모두 자신이 직접 경험한 사실만을 진술하더라도 그 내용이 일치하지 않을 가능성이 항시 존재한다. 즉, 피고인이 일관되게 공소사실 자체를 부인하는 상황에서 공소사실을 인정할 직접적 증거가 없거나, 피고인이 공소사실의 객관적 행위를 한 사실은 인정하면서도 고의와 같은 주관적 구성요건만을 부인하는 경우 등과 같이 사실상 피해자의 진술만이 유죄의 증거가 되는 경우에는, 피해자 진술의 신빙성을 인정하더라도 피고인의 주장은 물론 피고인이 제출한 증거, 피해자 진술 내용의 합리성·타당성, 객관적 정황과 다양한 경험칙 등에 비추어 피해자의 진술만으로 피고인의 주장을 배척하기에 충분할 정도에 이르지 않아 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가질 수 없게 되었다면, 피고인의 이익으로 판단해야 한다.

- [4] 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있다.

이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실제적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다.

반면, 수사기관이 작성한 진술조서는 수사기관이 피조사자에 대하여 상당한 시간에 걸쳐 이루어진 문답 과정을 그대로 옮긴 ‘녹취록’과는 달리 수사기관의 관점에서 조사결과를 요약·정리하여 기재한 것에 불과할 뿐만 아니라 진술의 신빙성 유무를 판단할 때 가장 중요한 요소 중 하나인 진술 경위는 물론 피조사자의 진술 당시 모습·표정·태도, 진술의 뉘앙스, 지적능력·판단능력 등과 같은 피조사자의 상태 등을 정확히 반영할 수 없는 본질적 한계가 있다. 따라서 피고인이 수사과정에서 공소사실을 부인하였고 그 내용이 기재된 피의자신문조서 등에 관하여 증거동의를 한 경우에는, 형사소송법에 따라 증거능력 자체가 부인되는 것은 아니지만, 전체적 내용이나 진술의 맥락·취지를 고려하지 않은 채 그중 일부만을 발췌하여 유죄의 증거로 사용하는 것은 함부로 허용할 수 없다. 특히 지적능력·판단능력 등과 같이 본질적으로 수사기관이 작성한 진술조서에 나타나기 어려운 피고인의 상태에 대해서는 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의 원칙에 따라 검사가 제출한 객관적인 증거에 대하여 적법한 증거조사를 거친 후 이를 인정하여야 할 것이지, 공소사실을 부인하는 취지의 피고인 진술이 기재된 피의자신문조서 중 일부를 근거로 이를 인정하여서는 안 된다.

27 2024. 1. 5. 자 2021모385 결정 (압수처분에대한준항고기각결정에대한재항고) … 441

압수목록의 작성·교부 시기(=원칙적으로 압수 직후) 및 작성 방법 / 이는 임의 제출에 따른 압수의 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 압수목록 작성·교부 시기의 예외를 인정하기 위한 요건 / 압수물과 혐의사실과의 관련성 여부에 관한 평가 및 그에 필요한 추가 수사를 이유로 압수목록 작성·교부의무를 해태·거부할 수 있는지 여부(소극)

수사기관은 압수를 한 경우 압수경위를 기재한 압수조서와 압수물의 특징을 구체적으로 기재한 압수목록을 작성하고, 압수목록은 압수물의 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준하는 사람에게 교부하여야 한다[형사소송법 제219조, 제129조, 구 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(2020. 10. 7. 대통령령 제31089호 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 부칙 제2조로 폐지) 제44조]. 압수조서에는 작성연월일과 함께 품종, 외형상의 특징과 수량을 기재하여야 하고(형사소송법 제49조 제3항,

제57조 제1항), 그 내용은 객관적 사실에 부합하여야 하므로, 압수목록 역시 압수물의 특징을 객관적 사실에 맞게 구체적으로 기재하여야 하는데, 압수방법·장소·대상자별로 명확히 구분한 후 압수물의 품종·종류·명칭·수량·외형상 특징 등을 최대한 구체적이고 정확하게 특정하여 기재하여야 한다. 이는 수사기관의 압수 처분에 대한 사후적 통제수단임과 동시에 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부 청구를 하거나 부당한 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사 절차를 밟는 데 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부하는 것이 원칙이다. 한편 임의제출에 따른 압수(형사소송법 제218조)의 경우에도 압수물에 대한 수사기관의 점유 취득이 제출자의 의사에 따라 이루어진다는 점에서만 차이가 있을 뿐 범죄혐의를 전제로 한 수사 목적이나 압수의 효력은 영장에 의한 압수의 경우와 동일하므로, 헌법상 기본권에 관한 수사기관의 부당한 침해로부터 신속하게 권리를 구제받을 수 있도록 수사기관은 영장에 의한 압수와 마찬가지로 객관적·구체적인 압수목록을 신속하게 작성·교부할 의무를 부담한다.

다만 적법하게 발부된 영장의 기재는 그 집행의 적법성 판단의 우선적인 기준이 되어야 하므로, 예외적으로 압수물의 수량·종류·특성 기타의 사정상 압수 직후 현장에서 압수목록을 작성·교부하지 않을 수 있다는 취지가 영장에 명시되어 있고, 이와 같은 특수한 사정이 실제로 존재하는 경우에는 압수영장을 집행한 후 일정한 기간이 경과하고서 압수목록을 작성·교부할 수도 있으나, 압수목록 작성·교부 시기의 예외에 관한 영장의 기재는 피의자·피압수자 등의 압수처분에 대한 권리구제절차 또는 불복절차가 형해화되지 않도록 그 취지에 맞게 엄격히 해석되어야 하고, 나아가 예외적 적용의 전제가 되는 특수한 사정의 존재여부는 수사기관이 이를 증명하여야 하며, 그 기간 역시 필요 최소한에 그쳐야 한다. 또한 영장에 의한 압수 및 그 대상물에 대한 확인조치가 끝나면 그것으로 압수절차는 종료되고, 압수물과 혐의사실과의 관련성 여부에 관한 평가 및 그에 필요한 추가 수사는 압수절차 종료 이후의 사정에 불과하므로 이를 이유로 압수 직후 이루어져야 하는 압수목록 작성·교부의무를 해태·거부할 수는 없다.

28 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결 (아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반 (아동복지시설종사자들의아동학대가중처벌)) 446

[1] 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 취지 / 여기서 ‘공개되지 않았다.’의 의미 및 이를 판단하는 방법

[2] 피해아동의 담임교사인 피고인이 피해아동에게 수회에 걸쳐 아동의 정신건강

및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다는 이유로 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌)으로 기소된 사안에서, 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업 시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음한 것이므로 통신비밀보호법 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다고 한 사례

- [1] 통신비밀보호법 제14조 제1항이 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 것은, 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인 간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취해서는 안 된다는 취지이다. 여기서 ‘공개되지 않았다.’는 것은 반드시 비밀과 동일한 의미는 아니고 일반 공중에게 공개되지 않았다는 의미이며, 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.
- [2] 피해아동의 담임교사인 피고인이 피해아동에게 “학교 안 다니다 온 애 같아. 저쪽에서 학교 다닌 거 맞아, 1, 2학년 다녔어, 공부시간에 책 넘기는 것도 안 배웠어, 학습 훈련이 전혀 안 되어 있어, 1, 2학년 때 공부 안 하고 왔다 갔다만 했나봐.”라는 말을 하는 등 수회에 걸쳐 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다는 이유로 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌)으로 기소된 사안에서, 초등학교 담임교사가 교실에서 수업시간 중 한 발언은 통상적으로 교실 내 학생들만을 대상으로 하는 것으로서 교실 내 학생들에게만 공개된 것일 뿐, 일반 공중이나 불특정 다수에게 공개된 것이 아니므로, 대화자 내지 청취자가 다수였다는 사정만으로 ‘공개된 대화’로 평가할 수는 없어, 피해아동의 부모가 몰래 녹음한 피고인의 수업시간 중 발언은 ‘공개되지 않은 대화’에 해당하는 점, 피해아동의 부모는 피고인의 수업시간 중 발언의 상대방에 해당하지 않으므로, 위 발언은 ‘타인 간의 대화’에 해당하는 점을 종합하면, 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 통신비밀보호법 제14조 제1항을 위반하여 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음한 것이므로 통신비밀보호법 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다는 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

29 2024. 1. 11. 선고 2020도17666 판결 (국가유공자등예우및지원에관한법률위반) 450

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제85조 제1항 제1호에서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보상을 받는 행위’의 의미 / 같은 법 제5조 제1항 제1호의 배우자가 국가유공자가 아닌 다른 사람과의 사실혼으로 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족에 해당하지 않게 됨에 따라 같은 법 제6조의2 제1항 제3호에 따른 신고 사유가 발생하였음을 알면서도 그 신고의무를 태만히 한 경우, 같은 법 제85조 제1항 제1호에 해당하는지 여부(소극)

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2023. 3. 4. 법률 제19228호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국가유공자법’이라 한다) 제85조 제1항 제1호는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 보상을 받거나 보상을 받게 한 사람’을 형사처벌하고 있는데, 여기서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보상을 받는 행위’라 함은 주관적으로 거짓 또는 부정한 방법임을 인식하면서 적극적인 방법으로 받을 수 없는 보상을 받는 것을 말한다. 따라서 구 국가유공자법 제5조 제1항 제1호의 배우자가 국가유공자가 아닌 다른 사람과의 사실혼으로 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족에 해당하지 않게 됨에 따라 같은 법 제6조의2 제1항 제3호에 따른 신고 사유가 발생하였음을 알면서도 그 신고의무를 태만히 한 것만으로는 이에 해당한다고 할 수 없다.