



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2017년 11월 1일

제525호

민사

1 2017. 9. 12. 선고 2015다70044 판결〔손해배상(기)〕 1941

[1] 구 상법 제398조에 따라 이사회에 승인이 필요한 이사와 회사의 거래에는 이사가 거래의 상대방이 되는 경우뿐만 아니라 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래하는 경우와 같이 회사와 이사 사이에 이해충돌의 염려 내지 회사에 불이익이 생기게 할 염려가 있는 거래도 해당되는지 여부(원칙적 적극) / 이러한 이사의 거래에 이사회에 승인을 요하는 이유 / 위 거래와 관련된 이사는 이사회에 승인을 받기 전 이사회에 거래에 관한 자기의 이해관계 및 중요한 사실들을 개시할 의무가 있는지 여부(적극)

[2] 회사의 이사회가 이익이 될 여지가 있는 사업기회에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 의사를 결정함으로써 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 이를 이용할 수 있도록 승인한 경우, 그 이사회나 이사회에 승인을 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반한 것인지 여부(원칙적 소극)

[1] 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것) 제398조에 의하면 “이사는 이사회에 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제삼자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 여기서 이사회에 승인이 필요한 이사와 회사의 거래에는 이사가 거래의 상대방이 되는 경우뿐만 아니라 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래를 하는 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 회사와 이사 사이에 이해충돌의 염려 내지 회사에 불이익을 생기게 할 염려가 있는 거래도 해당된다. 이러한 이사의 거래에 이사회에 승인을 요하는 이유는 이사와 회사 사이의 이익상반거래가 비밀리에 행해지는 것

을 방지하고 그 거래의 공정성을 확보함과 아울러 이사회에 의한 적절한 직무감독권의 행사를 보장하기 위해서이다. 따라서 그 거래와 관련된 이사는 이사회의 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있다.

- [2] 이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것이 된다. 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 그러나 회사의 이사회가 그에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었다고 해도 그 이사회 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다.

2 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결 [소유권이전등기말소] 1944

- [1] 등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익이 있는지 여부(소극) / 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 폐쇄등기에 대하여 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 경우, 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 '현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 이전 등기'를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소가 허용되는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 말소등기절차의 이행을 명하는 판결이 확정된 후 등기관이 말소등기를 실행하는 방법 / 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
- [2] 순차로 마쳐진 소유권이전등기에 관하여 최종 등기명의자에게 등기말소를 구할 수 있는지와 관계없이 중간의 등기명의자에게 등기말소를 구할 소의 이익이 있는지 여부(적극)
- [3] 구분소유자 아닌 자가 집합건물의 건축 전부터 전유부분의 소유와 무관하게 집합건물의 대지로 된 토지에 대하여 가지고 있던 권리가 집합건물의 소유

및 관리에 관한 법률 제20조에서 정한 분리처분금지의 제한을 받는지 여부
(소극)

- [4] 집합건물의 구분소유자가 대지사용권을 보유하고 있지 않거나 대지사용권이 소멸한 경우, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조에서 정한 전유부분과 대지사용권의 일체적 취급이 적용되는지 여부(원칙적 소극)

- [1] 등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 ‘폐쇄등기’라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없다. 따라서 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다.

그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 정하고 있는 것은 등기실무의 편의를 고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 안 된다. 등기가 원인 없이 순차 이전된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 등기와 그로부터 원인 없이 이전된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지는 못하였지만 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에는 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정할 수 없다.

폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 원인 없이 이전된 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 ‘현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 위와 같은 이전 등기’를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 특별한 사정이 없는 한 허용되어야 한다. 이러한 사건에서 말소등기절차의 이행을 명하는 판결이 확정되고 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 진정한 권리자의 등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, 등기관은 직권으로 위 말소등기절차의 이행을 명하는 판결에서 말소등기청구의 대상이 된 위 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소등기를 실행할 수 있다고 보아야 한다. 부동산등기법에 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 부동산등기법 제32조 제2항을 유추하여 위와 같은 결론을 도출할 수 있다. 위 규정은 ‘등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직

권으로 경정하여야 한다.’고 정하고 있는데, 폐쇄등기와 관련하여 위와 같은 요건을 갖춘 경우에 등기관은 당사자들의 권리를 구제하기 위하여 새로운 등기기록에 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에도 마찬가지로 적용된다.

- [2] 순차로 마쳐진 소유권이전등기에 관하여 각 말소등기절차의 이행을 청구하는 소송은 보통공동소송이므로 그중 어느 한 등기명의자만을 상대로 말소를 구할 수 있고, 최종 등기명의자에게 등기말소를 구할 수 있는지와 관계없이 중간의 등기명의자에게 등기말소를 구할 소의 이익이 있다.
- [3] 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조에 의하여 분리처분이 금지되는 대지사용권이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리이므로, 구분소유자 아닌 자가 집합건물의 건축 전부터 전유부분의 소유와 무관하게 집합건물의 대지로 된 토지에 대하여 가지고 있던 권리는 같은 법 제20조에 규정된 분리처분금지의 제한을 받지 않는다.
- [4] 집합건물의 구분소유자가 애초부터 대지사용권을 보유하고 있지 않거나 대지사용권 보유의 원인이 된 계약의 종료 등에 따라 대지사용권이 소멸한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조가 정하는 전유부분과 대지사용권의 일체적 취급이 적용될 여지가 없다.

3 2017. 9. 12. 선고 2015다248199 판결 [소유권이전등기] 1950

향교 내 건물의 부지 등 향교가 사용하는 토지가 군정법령 제194호(향교재산관리에 관한 건) 시행 당시 국가나 다른 사람의 소유인 경우, 같은 법령 제4조에 따라 향교재단의 소유로 귀속되는 부동산에 해당하는지 여부(소극)

군정법령 제194호(향교재산관리에 관한 건, 1948. 5. 17. 제정·시행) 제2조는 ‘향교의 유지 경영을 위하여 조성된 일체 재산’을 향교재산이라 정하고, 같은 법령 제4조는 향교재산으로 도별로 향교재단을 설립하고 향교재산 중 부동산은 향교재단의 기본재산으로 하도록 정하며, 같은 법령 제13조는 본 법령 시행 전에 발생한 향교재산에 관한 권리는 적법한 것에 한하여 본 법령에 의한 향교재단이 이를 승계한다고 정하고 있다. 따라서 향교 내 건물의 부지 등 향교가 사용하는 토지라 하더라도, 위 군정법령 시행 당시 국가나 다른 사람의 소유인 부동산은 위 제4조에 따라 향교재단의 소유로 귀속되는 부동산에 해당하지 아니한다.

4 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결〔부당이득금반환등〕 1952

- [1] 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을 구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우, 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있는지 여부(적극) 및 항변이 있다고 볼 수 있는지 판단할 때 고려하여야 할 사항
- [2] 부진정연대채무에서 채무자 1인에 관한 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에게 효력을 미치는지 여부(소극)
- [3] 甲 주식회사가 乙을 상대로 제기한 부당이득금반환 등 소송에서 乙이 원심 변론기일에 ‘만약 甲 회사의 주장대로 乙이 甲 회사를 기망하여 돈을 편취하였다면, 甲 회사는 乙에게 불법행위를 원인으로 손해배상을 청구해야 하는데도 甲 회사가 乙에게 부당이득을 청구하고 있는 것은 아마도 甲 회사가 乙에게 불법행위를 원인으로 손해배상을 청구할 경우, 이미 소멸시효 기간이 완료한 점을 고려한 것으로 보인다’고 주장하면서 甲 회사의 청구원인이 무엇인지 재판부에 석명을 요청하였고, 이에 甲 회사가 乙에 대한 청구가 불법행위에 따른 손해배상청구, 차용금반환 청구, 부당이득반환 청구의 성격을 모두 가진다고 하면서 ‘이 중 乙의 소멸시효 완성의 항변에 관해서는 관련 사건의 판결을 제시함으로써 乙의 주장이 타당하지 않음을 밝힌다’고 주장한 사안에서, 乙의 불법행위책임을 인정하면서도 乙의 소멸시효 항변 등에 관하여 아무런 판단을 하지 않은 원심판결에 판단누락의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 주요사실에 대한 주장은 당사자가 이를 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 그 주장을 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있다고 보아야 한다. 또한 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을 구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우에도 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우 항변이 있다고 볼 수 있는지는 당사자들이 진술한 내용이 나 취지뿐만 아니라 상대방이 당사자의 진술을 어떻게 이해하였는지도 함께 고려해서 합리적으로 판단하여야 한다.
- [2] 부진정연대채무에서 채무자 1인에 대한 재판상 청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 다른 채무자에게 효력을 미치지 않는다.
- [3] 甲 주식회사가 乙을 상대로 제기한 부당이득금반환 등 소송에서 乙이 원심 변론기일에 ‘만약 甲 회사의 주장대로 乙이 甲 회사를 기망하여 돈을 편취하

였다면, 甲 회사는 乙에게 불법행위를 원인으로 손해배상을 청구해야 하는데도 甲 회사가 乙에게 부당이득을 청구하고 있는 것은 아마도 甲 회사가 乙에게 불법행위를 원인으로 손해배상을 청구할 경우, 이미 소멸시효 기간이 완료한 점을 고려한 것으로 보인다'고 주장하면서 甲 회사의 청구원인이 무엇인지 재판부에 석명을 요청하였고, 이에 甲 회사가 乙에 대한 청구가 불법행위에 따른 손해배상청구, 차용금반환 청구, 부당이득반환 청구의 성격을 모두 가진다고 하면서 '이 중 乙의 소멸시효 완성의 항변에 관해서는 관련 사건의 판결을 제시함으로써 乙의 주장이 타당하지 않음을 밝힌다'고 주장한 사안에서, 乙이 甲 회사의 청구원인이 불법행위에 기한 손해배상청구라면 소멸시효가 완성되었다고 가정적으로 항변하고, 甲 회사도 乙의 주장을 소멸시효 항변으로 이해하고 재항변까지 하였으므로, 乙은 소멸시효 항변을 한 것으로 볼 수 있고, 乙의 소멸시효 항변이 배척될 것이 명백하다고 볼 수도 없는데도, 乙의 불법행위책임을 인정하면서도 乙의 소멸시효 항변 등에 관하여 아무런 판단을 하지 않은 원심판결에 판단누락의 잘못이 있다고 한 사례.

5 2017. 9. 14.자 2017카담507 결정 [소송비용담보제공] 1956

민사소송에서 원고가 소송비용의 담보제공 신청을 할 수 있는지 여부(소극) 및 이는 본안소송의 항소심에서 승소한 원고가 피고의 상고제기로 피상고인이 된 경우도 마찬가지인지 여부(적극)

민사소송법 제117조 제1항은 “원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 때 또는 소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우에 피고의 신청이 있으면 법원은 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명하여야 한다. 담보가 부족한 경우에도 또한 같다.”라고 규정하고 있다. 따라서 소송비용의 담보제공 신청권은 피고에게 있을 뿐 원고가 위와 같은 담보제공 신청을 할 수는 없고, 이는 상소심 절차에서도 동일하게 적용되므로, 원고가 본안소송의 항소심에서 승소하여 피고가 그에 대한 상고를 제기함에 따라 원고가 피상고인으로 되었다고 하여 원고에게 소송비용 담보제공 신청권이 인정되는 것은 아니다.

6 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결 [근저당권설정등기말소등기절차 이행등] 1957

공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권이 확정되는 시기(=매수인이 매각대금을 지급한 때) 및 같은 시기에 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권도 확정되는지 여부(원칙적 소극)

공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 기본거래가 종료하거나 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고되는 등의 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다. 공동근저당권자가 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받았다는 사정만으로는 당연히 채권자와 채무자 사이의 기본거래가 종료된다고 볼 수 없고, 기본거래가 계속되는 동안에는 공동근저당권자가 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 피담보채권의 증감·교체를 허용할 필요가 있으며, 위와 같이 우선배당을 받은 금액은 나머지 목적 부동산에 대한 경매절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없어 이후에 피담보채권액이 증가하더라도 나머지 목적 부동산에 관한 공동근저당권자의 우선변제권 범위는 우선배당액을 공제한 채권최고액으로 제한되므로 후순위 근저당권자나 기타 채권자들이 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없기 때문이다.

7 2017. 9. 21. 선고 2015다52589 판결〔소유권이전등기등〕 1960
 위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 이를 처분하여 위 채권의 변제 등에 충당하기로 하는 내용의 담보신탁을 한 경우, 금전채권이 제3자에게 양도 또는 전부되었다는 사정만으로 우선수익권이 수반하여 제3자에게 이전되거나 금전채권과 우선수익권의 귀속이 달라졌다는 이유만으로 우선수익권이 소멸하는지 여부(소극)

위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 해 둔 경우, 특별한 사정이 없는 한 우선수익권은 경제적으로 금전채권에 대한 담보로 기능할 뿐 금전채권과는 독립한 신탁계약상의 별개의 권리가 된다. 따라서 이러한 우선수익권과 별도로 금전채권이 제3자에게 양도 또는 전부되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 우선수익권이 금전채권에 수반하여 제3자에게 이전되는 것은 아니고, 금전채권과 우선수익권의 귀속이 달라졌다는 이유만으로 우선수익권이 소멸하는 것도 아니다.

- 8 2017. 9. 21. 선고 2015다61286 판결 [양수금] 1962
- 당사자가 이혼이 성립하기 전에 이혼소송과 병합하여 재산분할의 청구를 한 경우, 재산분할청구권을 미리 양도하는 것이 허용되는지 여부(소극)
- 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서, 이혼이 성립한 때에 법적 효과로서 비로소 발생하며, 또한 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기 전까지는 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다. 따라서 당사자가 이혼이 성립하기 전에 이혼소송과 병합하여 재산분할의 청구를 한 경우에, 아직 발생하지 아니하였고 구체적 내용이 형성되지 아니한 재산분할청구권을 미리 양도하는 것은 성질상 허용되지 아니하며, 법원이 이혼과 동시에 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결이 확정된 이후부터 채권 양도의 대상이 될 수 있다.
- 9 2017. 9. 21. 선고 2015다240447 판결 [부인권행사] 1965
- 채무자가 지급불능 상태에서 특정 채권자에게 담보를 제공한 행위가 신규차입과 동시에 교환적으로 행하여졌고, 차입금과 담보 목적물의 가격 사이에 합리적인 균형을 인정할 수 있으며, 차입금의 은닉 또는 증여 등 파산채권자를 해하는 처분을 할 우려를 생기게 하는 것이 아닌 경우, 담보제공행위가 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조 각호에 따라 부인할 수 있는 행위에 해당하는지 여부(소극)
- 채무자가 지급불능 상태에서 특정 채권자에게 담보를 제공하였다고 하더라도 이것이 신규차입과 동시에 교환적으로 행하여졌고, 차입금과 담보 목적물의 가격 사이에 합리적인 균형을 인정할 수 있으며, 이로써 채무자가 차입금을 은닉하거나 증여하는 등 파산채권자를 해하는 처분을 할 우려를 생기게 하는 것이 아니라면 이러한 담보제공행위는 파산채권자를 해하는 행위로 볼 수 없어 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조 각호에 따라 부인할 수 있는 행위에 해당하지 않는다.
- 10 2017. 9. 21. 선고 2017다229871 판결 [부당이득금] 1967
- 甲 주식회사 소유의 유체동산에 관한 강제집행사건의 경매기일에 乙이 甲 회사의 직원이 참여한 가운데 최고가매수신청인으로서 매각허가를 얻어 유체동산을 매수하였고, 그 후 유체동산이 丙, 丁을 거쳐 최종적으로 戊에게 양도되었는데, 丁이 甲 회사를 상대로 제기한 유체동산 인도청구소송의 확정판결에 기해 丁과 戊가 각각 신청하여 시행된 유체동산 인도집행절차에서 유체동산 중 일부가 소재불명인 것으로 확인되자, 戊가 甲 회사를 상대로 불법행위에 따른 손해배상 등을 구한 사안에서, 아무런 권리가 없음을 알면서 유체동산을 점유하고 사용한 甲

회사에게는 적어도 유체동산이 도난·분실되지 않도록 보관하여야 할 주의의무가 있으므로 이를 위반하여 유체동산의 일부를 멸실되게 하였다면 甲 회사는 丁 및 戊가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 한 사례

甲 주식회사 소유의 유체동산에 관한 강제집행사건의 경매기일에 乙이 甲 회사의 직원이 참여한 가운데 최고가매수신청인으로서 매각허가를 얻어 유체동산을 매수하였고, 그 후 유체동산이 丙, 丁을 거쳐 최종적으로 戊에게 양도되었는데, 丁이 甲 회사를 상대로 제기한 유체동산 인도청구소송의 확정판결에 기해 丁과 戊가 각각 신청하여 시행된 유체동산 인도집행절차에서 유체동산 중 일부가 소재불명인 것으로 확인되자, 戊가 甲 회사를 상대로 불법행위에 따른 손해배상 등을 구한 사안에서, 아무런 권리가 없음을 알면서 유체동산을 점유하고 자신의 영업을 위하여 그중 일부를 사용하기까지 한 甲 회사에게는 적어도 유체동산이 도난되거나 분실되지 않도록 보관하여야 할 주의의무가 있으므로, 이를 위반하여 유체동산을 일부는 사용하고 일부는 방치하는 등으로 점유하다가 그중 일부를 멸실되게 함으로써 丁 및 그로부터 유체동산의 소유권을 이전받은 戊의 소유권을 침해하였다면, 甲 회사는 이러한 불법행위로 丁 및 戊가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 한 사례.

11 2017. 9. 21. 선고 2017다232105 판결 [청구이의] 1970

확정판결에 따른 강제집행이 권리남용에 해당하기 위한 요건 및 이때 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치된다는 점에 관한 주장·증명책임의 소재(=권리남용을 주장하며 강제집행의 불허를 구하는 자)

판결이 확정되면 기판력에 의하여 대상이 된 청구권의 존재가 확정되고 그 내용에 따라 집행력이 발생한다. 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 있다. 그러나 법적 안정성을 위하여 확정판결에 기판력을 인정한 취지 및 확정판결의 효력을 배제하려면 재심의 소에 의하여 취소를 구하는 것이 원칙적인 방법인 점 등에 비추어 볼 때, 확정판결에 따른 강제집행이 권리남용에 해당한다고 쉽게 인정하여서는 안 되고, 이를 인정하기 위해서는 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치되는 경우로서 그에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 한다. 그리고 이때 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치된다는 점은 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용이라고 주장하며 집행 불허를 구하는 자가 주장·증명하여야 한다.

12 2017. 9. 21. 선고 2017다233931 판결 [청구이의] 1973

- [1] 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우, 제1심판결이 확정되는 시기(=항소기간 만료 시)
- [2] 공유물분할청구의 소가 고유필수적 공동소송인지 여부(적극) 및 고유필수적 공동소송에서 공동소송인 중 일부가 상소를 제기한 경우, 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되는지 여부(적극) / 공유물분할청구의 소에서 상소기간 만료로 판결이 확정되는 시기(=공유자 전원에 대하여 상소기간이 만료된 때)
- [1] 항소취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권 포기와 달리 제1심 중급판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정된다.
- [2] 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이고, 공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 고유필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 효력이 미치므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 소송은 전체로서 상소심에 이심된다. 따라서 공유물분할 판결은 공유자 전원에 대하여 상소기간이 만료되기 전에는 확정되지 않고, 일부 공유자에 대하여 상소기간이 만료되었다고 하더라도 그 공유자에 대한 판결 부분이 분리·확정되는 것은 아니다.

13 2017. 9. 21. 선고 2017다237186 판결 [사해행위취소] 1976

채무자가 제3자로부터 자금을 차용하여 부동산을 매수하고 해당 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 채무자가 제3자로부터 부동산을 매수하여 매매대금을 지급하기 전에 소유권이전등기를 마치고 해당 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우, 채무자의 담보제공행위가 사해행위인지 여부(소극) 및 이때 부동산매수행위와 담보제공행위가 단기간 내에 순차로 이루어진 경우, 담보제공행위만을 분리하여 사해행위에 해당한다고 할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다. 그러나 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되

려면 그 행위로 채무자의 총재산이 감소되어 채권의 공동담보가 부족한 상태를 유발 또는 심화시켜야 하는 것이므로, 채무자가 제3자로부터 자금을 차용하여 부동산을 매수하고 해당 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 채무자가 제3자로부터 부동산을 매수하여 매매대금을 지급하기 전에 소유권이전등기를 마치고 해당 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우와 같이 기존 채권자들의 공동담보가 감소되었다고 볼 수 없는 경우에는 담보제공행위를 사해행위라고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 부동산매수행위와 담보제공행위가 한꺼번에 이루어지지 않고 단기간 내에 순차로 이루어졌다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 일련의 행위 전후를 통하여 기존 채권자들의 공동담보에 증감이 있었다고 평가할 것도 아니므로, 담보제공행위만을 분리하여 사해행위에 해당한다고 하여서도 아니 된다.

일반행정

14 2017. 9. 12. 선고 2017두45131 판결 (주택건설사업계획승인처분무효확인청구의소) 1979

- [1] 주택건설 사업부지에 관한 선행 도시·군관리계획결정이 존재하지 않거나 그 결정에 하자가 있는 경우, 그것만으로 곧바로 주택건설사업계획 승인처분의 위법사유를 구성하는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 구 주택법 제17조 제1항에 따라 인허가 의제대상이 되는 처분의 공시방법에 관한 하자가 있다는 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수 있는지 여부(소극)
- [1] 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다) 제54조는 “지구단위계획구역에서 건축물을 건축 또는 용도변경하거나 공작물을 설치하려면 그 지구단위계획에 맞게 하여야 한다. 다만 지구단위계획이 수립되어 있지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 이처럼 국토계획법 자체에서 이미 도시·군관리계획의 수립이 건축물의 건축에 반드시 선행하여야 하는 것은 아님을 예정하고 있고, 주택건설사업계획 승인처분의 근거 법령은 사업부지에 관하여 도시·군관리계획결정이 먼저 발효되어 있을 것을 주택건설사업계획 승인처분의 요건으로 규정하고 있지 않다. 나아가 구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에 의하면, 관계 행정기관과 협의를 거쳐 주택건설사업계획 승인처분이 있게 되면 협의의 대상이 된 지구단위계획결정 등 도시·군관리계획결정이 있었던

것으로 의제되므로, 선행 도시·군관리계획결정이 존재하고 있더라도 그 선행 결정은 그 범위 내에서 변경된 것으로 볼 수 있다.

따라서 사업부지에 관한 선행 도시·군관리계획결정이 존재하지 않거나 또는 그 결정에 관하여 하자가 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 그것만으로는 곧바로 주택건설사업계획 승인처분의 위법사유를 구성한다고 볼 수는 없다.

- [2] 구 주택법(2016. 1. 19. 법률 제13805호로 전부 개정되기 전의 것) 제17조 제1항에 의하면, 주택건설사업계획 승인권자가 관계 행정기관의 장과 미리 협의한 사항에 한하여 승인처분을 할 때에 인허가 등이 의제될 뿐이고, 각호에 열거된 모든 인허가 등에 관하여 일괄하여 사전협의를 거칠 것을 승인처분의 요건으로 하고 있지는 않다. 따라서 인허가 의제대상이 되는 처분의 공시방법에 관한 하자가 있더라도, 그로써 해당 인허가 등 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다.

15 2017. 9. 21. 선고 2014두43073 판결 (2013년도지방교부세감액결정취소청구 의소) 1982

- [1] 지방교부세를 교부받은 지방자치단체가 관련 법령에 해당 항목의 경비 지출에 관한 명시적인 금지 규정이 없지만 관련 규정의 내용과 취지 등에 비추어 지출을 금지하는 취지로 해석됨에도 경비를 지출한 경우, 구 지방교부세법 제11조 제2항에서 지방교부세의 감액 또는 반환명령 사유로 정한 ‘법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출한 경우’에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 기초 지방자치단체가 재산을 출연하여 학교법인을 직접 설립·운영하면서 그 학교법인을 통하여 실질적으로 사립 고등학교를 설치·경영하는 행위가 지방자치법령 및 교육 관련 법령을 위반한 행위인지 여부(적극)
- [3] 지방자치단체가 지방자치법령과 교육 관련 법령을 위반하여 사립 고등학교 설치를 위한 학교법인을 설립하는 행위가 ‘지방자치단체의 소관에 속하는 사무’인지 여부(소극) 및 그 설립을 위한 출연행위가 허용되는지 여부(소극)
- [4] 甲 기초 지방자치단체가 학교법인을 설립하고 사립 고등학교의 형태로 외국 어고등학교를 설립한 후 학교법인에 348억여 원을 출연금으로 지출한 데 대하여, 행정자치부장관이 위 출연행위가 ‘법령위반 지출’에 해당한다는 이유로 지방교부세 161억여 원을 감액한다고 결정·통지한 사안에서, 위 출연행위는 지방재정법 제17조 제1항을 위반한 지출행위이고, 구 지방교부세법 제11조 제2항 등에 따라 ‘법령을 위반하여 지출한 금액’ 이내에서 지방교부세의 감액 또는 반환을 명할 수 있으며, 위 처분이 재량의 범위를 일탈·남용한 것

이 아니라고 본 원심판단에 위법이 없다고 한 사례

- [1] 구 지방교부세법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘지방교부세법’이라고 한다)에 의하면, 국가는 지방자치단체의 행정 운영에 필요한 재원을 공급하기 위하여 재정적 결함이 있는 지방자치단체에 대하여 매년 내국세의 일정 비율을 국가예산에 계상한 다음 관련 규정에 따라 산출된 금액을 지방교부세(이하 ‘교부세’라고 한다)로 교부한다(제2조 제1호, 제4조 제1항, 제5조 제1항).

그러나 교부세를 교부받은 지방자치단체가 ‘법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출한 경우’(이하 ‘법령위반 지출’이라고 한다)에는 행정안전부장관이 교부세를 감액하거나 반환명령을 할 수 있으며(지방교부세법 제11조 제2항), 관련 법령에서 해당 항목의 경비 지출을 명시적으로 금지하고 있거나 명시적인 금지 규정이 없지만 관련 규정의 내용과 취지 등에 비추어 그 지출을 금지하는 취지로 해석됨에도 지방자치단체가 경비를 지출한 경우에는 여기서 교부세의 감액 또는 반환명령 사유로 정한 법령위반 지출에 해당한다.

- [2] 지방자치법 제2조 제1항, 제8조 제1항, 제3항, 제9조 제2항 제5호 (가)목, 제10조 제2항, 지방자치법 시행령 제8조 [별표 1], 교육기본법 제11조 제1항, 제25조, 구 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제3조, 구 사립학교법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항의 문언과 취지 등을 종합하면, 기초 지방자치단체가 교육에 관한 사무로서 설립·운영할 수 있는 학교는 공립학교 형태의 초등학교나 중학교라고 해석되며, 이에 불구하고 기초 지방자치단체가 재산을 출연하여 학교법인을 직접 설립·운영하면서 그 학교법인을 통하여 실질적으로 사립 고등학교를 설치·경영하는 행위는 지방자치법령 및 교육 관련 법령의 해석상 허용되지 아니하는 행위로서 결국 이를 위반한 행위라고 보아야 한다.

- [3] 구 지방재정법(2013. 7. 16. 법률 제11900호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지방재정법’이라고 한다) 제17조는 지방자치단체의 개인 또는 단체에 대한 기부·보조·출연 그 밖의 공금 지출(이하 ‘출연 등’이라고 한다)을 원칙적으로 금지하고 있다. 다만 구 지방재정법 제17조 제1항 단서 제4호는 ‘보조금을 지출하지 아니하면 사업을 수행할 수 없는 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우’에는 출연 등을 허용하고 있으나, 위 단서는 그 출연 등이 ‘지방자치단체의 소관에 속하는 사무와 관련하여’ 이루어져야 함을 전제로 하고 있다. 그런데 지방자치법령과 교육 관련 법령을 위반하여 사립 고등학교 설치를 위한 학교법인을 설립하는 행위는 ‘지방자치

단체의 소관에 속하는 사무'라 할 수 없으므로, 그 설립을 위한 출연행위는 구 지방재정법에 의하여 허용될 수 없다.

- [4] 甲 기초 지방자치단체가 학교법인을 설립하고 사립 고등학교의 형태로 외국 어고등학교를 설립한 후 학교법인에 348억여 원을 출연금으로 지출한 데 대하여, 행정자치부장관이 위 출연행위가 '법령위반 지출'에 해당한다는 이유로 지방교부세 161억여 원을 감액한다고 결정·통지한 사안에서, 지방자치법령, 지방교육자치에 관한 법률, 구 사립학교법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 같다), 구 지방재정법(2013. 7. 16. 법률 제11900호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 등 관계 법령에 비추어 보면, 기초 지방자치단체가 사립 고등학교를 설립하는 것은 기초 지방자치단체의 사무에 관한 지방자치법 제9조를 위반하는 것이고, 지방자치단체가 직접 학교법인을 설립하고 이를 통하여 사립 고등학교를 설치·운영하는 것 역시 지방자치법령 및 구 사립학교법 취지를 잠탈할 우려가 있어 제한되며, 구 지방재정법은 지방자치단체가 단체에 출연하는 행위를 금지하면서 지방자치단체 소관에 속하는 사무로서 예외적인 경우에만 출연이 가능하도록 하는데 구 사립학교법 제43조 제1항이 위와 같은 학교법인 설립행위를 허용한다고 할 수 없고 달리 이를 허용할 만한 근거 규정이 없으므로 위 출연행위는 구 지방재정법 제17조 제1항을 위반한 지출행위이고, 구 지방교부세법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제11조 제2항 등에 따라 '법령을 위반하여 지출한 금액' 이내에서 지방교부세의 감액 또는 반환을 명할 수 있으며, 제반 사정들을 종합하면 위 처분이 재량의 범위를 일탈·남용한 것이 아니라고 본 원심판단에 위법이 없다고 한 사례.

[16] 2017. 9. 21. 선고 2016두55629 판결 [임용취소처분취소] 1988

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조에 따라 위임 및 위탁기관이 수임 및 수탁사무의 처리가 부당하다는 이유로 그 사무처리를 취소하는 경우 광범위한 재량이 허용되는지 여부(적극) 및 이때 사무처리로 인하여 이해관계 있는 제3자나 이미 형성된 법률관계가 있는 경우, 상대적으로 엄격한 재량통제의 필요성이 인정되는지 여부(적극) / 위임 및 위탁기관이 수임 및 수탁기관 사무처리의 취소 여부를 결정할 때 고려해야 할 사항 및 재량의 한계

정부조직법 제6조 등에 따른 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조는 “위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.”라고 규정하고 있다.

수입 및 수탁사무의 처리가 부당한지 여부의 판단은 위법성 판단과 달리 합목적적·정책적 고려도 포함되므로, 위임 및 위탁기관이 그 사무처리에 관하여 일반적인 지휘·감독을 하는 경우는 물론이고 나아가 수입 및 수탁사무의 처리가 부당하다는 이유로 그 사무처리를 취소하는 경우에도 광범위한 재량이 허용된다고 보아야 한다. 다만 그 사무처리로 인하여 이해관계 있는 제3자나 이미 형성된 법률관계가 존재하는 경우에는 위임 및 위탁기관이 일반적인 지휘·감독을 하는 경우와 비교하여 그 사무처리가 부당하다는 이유로 이를 취소할 때 상대적으로 엄격한 재량통제의 필요성이 인정된다. 따라서 위임 및 위탁기관이 이러한 취소 여부를 결정할 때에는 위임 및 위탁의 취지, 수입 및 수탁기관 사무처리의 부당한 정도, 취소되는 사무의 성격과 내용, 취소로 이익이 제한·침해되는 제3자의 존재 여부 및 제한·침해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 이러한 취소에 재량권 일탈·남용이 인정된다면 취소처분은 위법하다고 판단할 수 있다.

17 2017. 9. 21. 선고 2017두47878 판결〔공무상요양불승인처분취소〕…… 1992

[1] 공무원연금법 제35조 제1항에 정한 공무상요양비의 지급요건인 ‘공무상 질병’에서 공무와 질병 사이의 인과관계 유무에 관한 증명책임의 소재 및 증명의 정도 / 공무원이 공무집행과 관련하여 유해물질에 장기간 노출됨으로 인하여 질병에 걸렸다고 주장하는 경우, 법원이 공무와 질병 사이의 인과관계 유무를 판단하는 방법

[2] 화재현장에서 화재진압 업무를 주로 수행하였던 소방공무원 甲이 어지럼증과 구음장애, 왼쪽 얼굴 감각손실, 보행장애 등이 발생하여 소뇌위축증 진단을 받았다가, 그 후 당직실에서 어지럼증을 호소하며 쓰러진 뒤 다시 소뇌위축증을 진단받고 공무상요양 승인신청을 하였으나 공무원연금공단이 불승인 처분을 한 사안에서, 甲의 공무수행과 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있음에도 이와 달리 본 원심판단에 법리를 오해하여 심리를 다하지 않은 잘못이 있다고 한 사례

[1] 공무원연금법 제35조 제1항에 정한 공무상요양비의 지급요건이 되는 ‘공무상 질병’은 공무수행 중 공무로 인하여 발생한 질병을 뜻하는 것이므로, 공무와 질병 발생 사이에 인과관계가 있어야 하고, 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다. 다만 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는 증명이 있다고 보아야 한다. 공무원이 공무집행과 관련하여 유해물질에 장기간 노출됨으로 인하여 질병에 걸렸다고 주장하는 경우 법원은 공무원으로 채용될 당시의 건강상태, 질병의 원인, 근무장소에 발병원인 물질이 있

었는지, 발병원인 물질이 있는 근무장소에서의 근무시간, 질병이 직무수행 환경 등의 공무상 원인이 아닌 다른 사유로 유발되었다고 볼 만한 사정이 있는지 등 제반 사정을 고려할 때 공무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있다면 증거가 있다고 보아야 한다.

- [2] 화재현장에서 화재진압 업무를 주로 수행하였던 소방공무원 甲이 어지럼증과 구음장애, 왼쪽 얼굴 감각손실, 보행장애 등이 발생하여 소뇌위축증 진단을 받았다가, 그 후 당직실에서 어지럼증을 호소하며 쓰러진 뒤 다시 소뇌위축증을 진단받고 공무상요양 승인신청을 하였으나 공무원연금공단이 불승인 처분을 한 사안에서, 甲이 소방공무원으로 채용될 당시 소뇌위축증에 걸릴 유전적 소인이나 가족력이 없는 점, 甲이 수행한 화재진압 직무의 특성으로 인하여 장기간 지속적으로 유해화학물질에 노출되었던 점, 현대의학에서 소뇌위축증의 발병원인을 명확하게 찾고 있지는 못하지만 유해화학물질의 흡입 등과 같은 환경적 요인을 발병원인의 하나로 추정하고 있는 점 등을 종합할 때, 甲의 공무수행과 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단할 수 있음에도 이와 달리 본 원심판단에 법리를 오해하여 심리를 다하지 않은 잘못이 있다고 한 사례.

조 세

- [18] 2017. 9. 12. 선고 2015두39026 판결〔취득세등부과처분취소〕…………… 1995
구 지방세법 제105조 제2항에서 정한 ‘사실상 취득’의 의미 / 명의신탁자와 명의수탁자가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 경우, 그에 따라 매매대금을 모두 지급하면 소유권이전등기를 마치지 않았더라도 명의수탁자에게 취득세 납세의무가 성립하는지 여부(적극) 및 이는 이후 그 부동산을 제3자에게 전매하고서도 최초의 매도인이 제3자에게 직접 매도한 것처럼 소유권이전등기를 마친 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

구 지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정되기 전의 것) 제105조에 의하면 취득세는 취득세 과세물건인 부동산 등을 취득한 자에게 부과하고(제1항), 민법 등 관계 법령의 규정에 의한 등기 등을 이행하지 아니한 경우라도 사실상 취득한 때에는 이를 취득한 것으로 보도록 하고 있다(제2항). 여기서 사실상의 취득이란 일반적으로 등기와 같은 소유권 취득의 형식적 요건을 갖추지는 못하였으나 대금의 지급과 같은 소유권 취득의 실질적 요건을 갖춘 경우를 말한다.

명의신탁자와 명의수탁자가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매 계약을 체결한 경우 그 계약은 일반적인 매매계약과 다를 바 없이 유효하므로, 그에 따라 매매대금을 모두 지급하면 소유권이전등기를 마치지 아니하였더라도 명의수탁자에게 취득세 납세의무가 성립하고, 이후 그 부동산을 제3자에게 전매 하고서도 최초의 매도인이 제3자에게 직접 매도한 것처럼 소유권이전등기를 마친 경우에도 마찬가지이다.

19 2017. 9. 12. 선고 2016두58901 판결〔증여세부과처분취소〕…………… 1997

이혼이 가장이혼으로서 무효가 되기 위한 요건 / 이혼이 가장이혼으로서 무효가 아닌 이상 이혼에 따른 재산분할은 원칙적으로 증여세 과세대상이 아닌지 여부(적극) 및 재산분할의 실질이 증여라고 평가할 만한 특별한 사정이 있는 경우 상당한 부분을 초과하는 부분에 한하여 증여세 과세대상이 될 수 있는지 여부(적극)

법률상의 부부관계를 해소하려는 당사자 간의 합의에 따라 이혼이 성립한 경우 그 이혼에 다른 목적이 있다 하더라도 당사자 간에 이혼의 의사가 없다고 말할 수 없고, 이혼이 가장이혼으로서 무효가 되려면 누구나 납득할 만한 특별한 사정이 인정되어야 한다. 그리고 이혼에 따른 재산분할은 부부가 혼인 중에 취득한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 제도로서 재산의 무상이전으로 볼 수 없으므로 이혼이 가장이혼으로서 무효가 아닌 이상 원칙적으로 증여세 과세대상이 되지 않는다. 다만 민법 제839조의2 제2항의 규정 취지에 반하여 상당하다고 할 수 없을 정도로 과대하고 상속세나 증여세 등 조세를 회피하기 위한 수단에 불과하여 그 실질이 증여라고 평가할 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 상당한 부분을 초과하는 부분에 한하여 증여세 과세대상이 될 수 있다.

20 2017. 9. 21. 선고 2015두60884 판결〔법인세부과처분취소〕…………… 2000

법인이 지배주주인 임원에게 지급한 보수가 임원의 직무집행에 대한 정상적인 대가라기보다는 주로 법인에 유보된 이익을 분여하기 위하여 대외적으로 보수의 형식을 취한 것에 불과한 경우, 법인세법 시행령 제43조에 따라 손금에 산입할 수 있는지 여부(소극) / 위와 같은 사정이 상당한 정도로 증명된 경우 보수금 전체가 손금불산입 대상이 되는지 여부(적극) 및 보수금에 직무집행의 대가가 일부 포함되어 있어 그 부분이 손금산입의 대상이 된다는 점에 관한 증명책임자(=납세의무자)

법인이 임원에게 직무집행의 대가로서 지급하는 보수는 법인의 사업수행을 위하여 지출하는 비용으로서 원칙적으로 손금산입의 대상이 된다. 하지만 구 법인세

법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제19조 제1항, 제20조 제1호, 제26조 제1호, 법인세법 시행령 제43조 제1항의 문언과 법인의 소득을 부당하게 감소시키는 것을 방지하기 위한 구 법인세법 제26조, 법인세법 시행령 제43조의 입법 취지 등에 비추어 보면, 법인이 지배주주인 임원(그와 특수관계에 있는 임원을 포함한다)에게 보수를 지급하였더라도, 보수가 법인의 영업이익에서 차지하는 비중과 규모, 해당 법인 내 다른 임원들 또는 동종업계 임원들의 보수와의 현저한 격차 유무, 정기적·계속적으로 지급될 가능성, 보수의 증감 추이 및 법인의 영업이익 변동과의 연관성, 다른 주주들에 대한 배당금 지급 여부, 법인의 소득을 부당하게 감소시키려는 주관적 의도 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 때, 해당 보수가 임원의 직무집행에 대한 정상적인 대가라기보다는 주로 법인에 유보된 이익을 분여하기 위하여 대외적으로 보수의 형식을 취한 것에 불과하다면, 이는 이익처분으로서 손금불산입 대상이 되는 상여금과 실질이 동일하므로 법인세법 시행령 제43조에 따라 손금에 산입할 수 없다고 보아야 한다.

또한 증명의 어려움이나 공평의 관념 등에 비추어, 위와 같은 사정이 상당한 정도로 증명된 경우에는 보수금 전체를 손금불산입의 대상으로 보아야 하고, 보수금에 직무집행의 대가가 일부 포함되어 있어 그 부분이 손금산입의 대상이 된다는 점은 보수금 산정 경위나 구성내역 등에 관한 구체적인 자료를 제출하기 용이한 납세의무자가 이를 증명할 필요가 있다.

[21] 2017. 9. 21. 선고 2016두34417 판결〔관세등부과처분취소〕…………… 2003

[1] 수입업자가 할당관세를 적용받기 위하여 추천기관에 추천을 신청하면서 추천기관 등이 요구하는 추천 자격에 관하여 허위의 소명자료를 제출함으로써 추천기관을 기망하여 추천을 받은 행위가 관세법 제270조 제4항에서 정한 관세포탈 행위에 해당하는지 여부(적극) 및 이때 세관장이 부정한 방법으로 추천을 받아 관세를 감면받은 자에 대하여 관세경정부과처분을 할 수 있는지 여부(적극) / 추천기관의 ‘추천’이 할당관세의 적용을 확정하거나 세관장 등의 결정을 구속하는 효력이 있는 처분에 해당하는지 여부(소극)

[2] 볏은 땅콩을 원료로 하는 땅콩버터를 제조·판매하는 甲이 수회에 걸쳐 중국산 볏은 땅콩을 수입하면서 한국농수산물유통공사로부터 할당관세 적용 추천을 받아 수입통관 시에 할당관세율을 적용하여 관세 등을 신고·납부하였으나, 수입한 볏은 땅콩 중 일부 수량만 땅콩버터 제조 원료로 사용하고 나머지는 별도의 가공 없이 수입된 상태 그대로 타인에게 판매한 사실을 세관장이 적발하여 가공 없이 타인에게 판매한 볏은 땅콩에 관하여 기본관세율을 적용하여 산정한 관세 등을 부과·고지하는 증액경정처분을 한 사안에서, 甲

이 수입물품 중 일부를 한국농수산물유통공사의 추천이 전제한 것과 달리 땅콩제품을 제조하는 데 사용하지 않고 가공 없이 그대로 타인에게 판매함으로써 결과적으로 그 부분에 관한 할당관세 적용요건을 충족하지 못하였으므로, 이는 관세경정부과처분 사유에 해당한다고 한 사례

- [1] 관세법 제71조 제1항 제2호, 제3항, 제270조 제1항, 제4항, 관세법 시행령 제92조 제1항, 제3항, 제4항의 체계와 내용을 종합하면, 수입업자가 추천기관으로부터 해당 물품에 정하여진 일정 수량 범위 안에서 할당관세 적용 ‘추천’을 받아 그 추천서를 수입신고 수리 전까지 세관장에게 제출하여야 할당관세를 적용받을 수 있으므로, 이러한 추천기관의 추천은 할당관세를 적용받기 위하여 필수적으로 갖추어야 할 절차적 요건이라 할 수 있고, 수입업자는 할당관세 적용을 통해 관세를 감면받으려면 정당한 절차를 거쳐 적법하게 추천기관의 추천을 받아야 한다. 따라서 수입업자가 추천기관에 추천을 신청하면서 추천기관 등이 요구하는 추천 자격에 관하여 허위의 소명자료를 제출함으로써 추천기관을 기망하여 추천을 받은 경우에는 부정한 방법으로 추천을 받은 것으로서 적법한 추천 절차를 거쳐 할당관세를 적용받았다 할 수 없으므로, 관세법 제270조 제4항에서 정한 관세포탈 행위에 해당하며, 세관장은 이처럼 부정한 방법으로 추천을 받아 관세를 감면받은 자에 대하여 관세경정부과처분을 할 수 있다.

그러므로 수입업체가 추천기관에 관련 자료를 첨부하여 할당관세 적용 추천을 신청하고, 추천기관이 일정한 심사를 거쳐 추천요건이 충족되었다고 판단하여 추천서를 작성·교부하는 방식으로 추천행위를 한다고 하더라도, 그 추천은 수입신고를 하면서 관세를 신고·납부하거나 관세부과처분을 받게 될 때 할당관세를 적용받을 수 있을지에 관하여 1차적으로 심사·확인한 것에 불과하고, 그 할당관세 적용에 관한 종국적인 결정은 세관장 등에 의해서 관세경정부과처분의 형태로 이루어지는 것이므로, 추천기관의 ‘추천’은 할당관세의 적용을 확정하거나 세관장 등의 결정을 구속하는 효력이 있는 처분에 해당한다고 볼 수 없다.

- [2] 볶은 땅콩을 원료로 하는 땅콩버터를 제조·판매하는 甲이 수회에 걸쳐 중국산 볶은 땅콩을 수입하면서 한국농수산물유통공사로부터 할당관세 적용 추천을 받아 수입통관 시에 할당관세율을 적용하여 관세 등을 신고·납부하였으나, 수입한 볶은 땅콩 중 일부 수량만 땅콩버터 제조 원료로 사용하고 나머지는 별도의 가공 없이 수입된 상태 그대로 타인에게 판매한 사실을 세관장이 적발하여 가공 없이 타인에게 판매한 볶은 땅콩에 관하여 기본관세율을

적용하여 산정한 관세 등을 부과·고지하는 증액경정처분을 한 사안에서, 한국농수산물유통공사로부터 할당관세 적용 추천을 받은 것만으로 위 수입물품 전체에 대하여 할당관세가 적용되는 것을 최종적으로 확정하는 효과는 없고, 甲이 수입물품 중 일부를 추천이 전제한 것과 달리 땅콩제품을 제조하는데 사용하지 않고 가공 없이 그대로 타인에게 판매함으로써 결과적으로 그 부분에 관한 할당관세 적용요건을 충족하지 못하였으므로, 이는 관세경정부과처분 사유에 해당한다고 한 사례.

22 2017. 9. 21. 선고 2016두60201 판결〔법인세경정거부처분취소〕…………… 2008

- [1] 법인세에서 구 국세기본법 제45조의2 제2항 제5호 및 구 국세기본법 시행령 제25조의2 제2호에서 정한 ‘해제권의 행사나 부득이한 사유로 인한 계약의 해제’가 후발적 경정청구사유가 되는지 여부(원칙적 적극) 및 계약의 해제가 후발적 경정청구사유가 될 수 없는 경우
- [2] 후발적 경정청구를 제한하는 규정이 그 규정의 시행 전에 이루어진 잘못된 당초의 과세에 대한 후발적 경정청구권에 영향을 미치는지 여부(원칙적 소극) / 2012. 1. 1. 이후 후발적 경정청구가 발생한 2012. 1. 1. 이전의 사업연도분의 과세에 대하여 2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정된 법인세법 시행령 제69조 제3항이 적용되는지 여부(소극)
- [1] 법인세에서도 구 국세기본법(2015. 12. 15. 법률 제13552호로 개정되기 전의 것) 제45조의2 제2항 제5호, 구 국세기본법 시행령(2017. 2. 7. 대통령령 제27833호로 개정되기 전의 것) 제25조의2 제2호에서 정한 ‘해제권의 행사나 부득이한 사유로 인한 계약의 해제’는 원칙적으로 후발적 경정청구사유가 된다. 다만 법인세법이나 관련 규정에서 일정한 계약의 해제에 대하여 그로 말미암아 실현되지 아니한 소득금액을 해제일이 속하는 사업연도의 소득금액에 대한 차감사유 등으로 별도로 규정하고 있거나 경상적·반복적으로 발생하는 상품판매계약 등의 해제에 대하여 납세의무자가 기업회계의 기준이나 관행에 따라 해제일이 속한 사업연도의 소득금액을 차감하는 방식으로 법인세를 신고해 왔다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 그러한 계약의 해제가 당초 성립하였던 납세의무에 영향을 미칠 수 없으므로 후발적 경정청구사유가 될 수 없다.
- [2] 권리확정주의는 실질적으로 불확실한 소득에 대하여 장래의 실현을 전제로 미리 과세하는 것을 허용하는 것으로서, 일정한 후발적 사유의 발생으로 인하여 소득이 실현되지 아니하는 것으로 확정되었다면 당초 성립하였던 납세의무는 전제를 상실하게 되므로, 구 국세기본법(2015. 12. 15. 법률 제13552호

로 개정되기 전의 것) 제45조의2 제2항, 구 국세기본법 시행령(2017. 2. 7. 대통령령 제27833호로 개정되기 전의 것) 제25조의2는 당초 사업연도의 익금산입에서 제외할 수 있도록 하는 후발적 경정청구제도를 인정하고 있다. 이처럼 후발적 경정청구는 납세의무 성립 후 납세의무의 근거가 소멸되는 등의 일정한 후발적 사유의 발생으로 당초의 과세표준 및 세액의 산정기초에 변동이 생긴 경우에, 납세자로 하여금 그 사실을 증명하여 잘못된 당초의 과세에 대한 감액을 청구할 수 있도록 함으로써 납세자의 권리구제를 확대하려는 데에 취지가 있다. 또한 후발적 사유가 발생한 사업연도에 결손금이 누적되어 있거나 사실상 휴·폐업 상태여서 차감할 익금이 없는 경우에도 후발적 사유가 발생한 사업연도의 손익으로만 반영하도록 하는 것은 납세자의 권리구제에 미흡하고 형평에도 어긋나는 결과가 된다. 따라서 후발적 경정청구를 제한하는 규정은 적용시기를 명시적으로 정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 규정의 시행 전에 이루어진 잘못된 당초의 과세에 대한 후발적 경정청구권에는 영향을 미치지 못한다. 그런데 2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정된 법인세법 시행령(이하 ‘개정 법인세법 시행령’이라 한다) 부칙(2012. 2. 2.) 제1조는 시행일에 관하여 “이 영은 공포한 날부터 시행한다.”라고 규정한다. 제2조는 일반적 적용례로 “이 영은 2012. 1. 1. 이후 최초로 개시하는 사업연도 분부터 적용한다.”라고 규정하고 있을 뿐, 개정 법인세법 시행령 제69조 제3항에 관한 개별적 적용례를 별도로 규정하고 있지 아니하다. 이는 개정 법인세법 시행령과 같은 날인 2012. 2. 2. 대통령령 제23595호로 개정된 구 부가가치세법 시행령(2013. 2. 15. 대통령령 제24359호로 개정되기 전의 것) 제59조 제1항 제2호에서 계약이 해제되어 재화 또는 용역이 공급되지 아니한 경우 계약해제일이 속한 과세기간에 부가가치세에서 차감하여 수정세금계산서를 발급할 수 있도록 규정하면서, 부칙(2012. 2. 2.) 제7조에서 2012. 7. 1. 이후 최초로 수정세금계산서 발급사유가 생기는 분부터 적용한다는 개별적 적용례를 두고 있는 것과도 대비된다.

따라서 개정 법인세법 시행령 제69조 제3항은 2012. 1. 1. 이후부터 개시하는 사업연도 분의 과세에 대한 후발적 경정청구에 적용되며, 그 전의 사업연도 분의 과세에 대하여는 비록 그 이후에 후발적 경정청구 사유가 발생하였다 하더라도 적용되지 아니한다.

특 허

23 2017. 9. 12. 선고 2015후2174 판결 [거절결정(상)] 2013

[1] 식별력 없는 표장이 구 상표법 제6조 제2항에 따라 상표등록을 받을 수 있는 요건인 사용에 의한 식별력을 취득하였는지 판단하는 기준 및 이러한 법리가 서비스표의 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

[2] 甲 주식회사가 대부업을 지정서비스업으로 하여 출원서비스표 “**단박대출**”을 출원하였으나 특허청이 구 상표법 제6조 제1항 제3호 및 제7호에 해당한다는 등의 이유로 등록을 거절하는 결정을 한 사안에서, 실사용표장들에 출원서비스표가 단독으로 표시되어 있지 않으나, 제반 사정을 종합해 보면 출원서비스표가 구 상표법 제6조 제2항이 규정하는 사용에 의한 식별력을 취득하였다고 한 사례

[1] 구 상표법(2014. 6. 11. 법률 제12751호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상표법’이라 한다) 제6조 제2항은 ‘상표를 등록출원 전에 사용한 결과 수요자 사이에 그 상표가 누구의 상품을 표시하는 상표인지 현저하게 인식되어 있는 것은 제6조 제1항 제3호 내지 제6호의 규정에 불구하고, 상표등록을 받을 수 있다’는 취지로 규정하고 있다. 위 규정은 원래 식별력이 없는 표장이어서 특정인에게 독점사용토록 하는 것이 적당하지 않은 표장에 대하여 대세적 권리를 부여하는 것이므로 그 기준은 엄격하게 해석·적용되어야 하지만, 상표의 사용기간, 사용횟수 및 사용의 계속성, 그 상표가 부착된 상품의 생산·판매량 및 시장점유율, 광고·선전의 방법, 횟수, 내용, 기간 및 그 액수, 상품품질의 우수성, 상표사용자의 명성과 신용, 상표의 경합적 사용의 정도 및 태양 등을 종합적으로 고려할 때 당해 상표가 사용된 상품에 관한 수요자의 대다수에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되기에 이르렀다면 사용에 의한 식별력의 취득을 인정할 수 있다. 이러한 법리는 구 상표법 제2조 제3항에 의하여 서비스표의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 甲 주식회사가 대부업을 지정서비스업으로 하여 출원서비스표 “**단박대출**”을 출원하였으나 특허청이 구 상표법(2014. 6. 11. 법률 제12751호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 제3호 및 제7호에 해당한다는 등의 이유로 등록을 거절하는 결정을 한 사안에서, 甲 회사가 출원서비스표를 출원하기 약 2년 전

부터 중개업체를 통하지 않고 스스로의 마케팅에 의하여 유입된 고객에게 대출을 해주는 영업(이하 ‘직접대출방식’이라 한다)과 관련하여 출원서비스표와 동일한 ‘단박대출’이라는 표장을 사용한 점, 甲 회사는 출원서비스표가 포함되어 있는 실사용표장들을 사용하여 방송이나 신문 등을 통하여 반복적으로 직접대출방식에 관한 광고를 하였는데, 실사용표장들에는 출원서비스표가 단독으로 표시되어 있지는 않으나, 출원서비스표와 동일성이 인정되는 부분과 함께 사용된 문자 부분은 甲 회사를 나타내는 것으로 인식되거나 대부업에서 흔히 쓰이는 표지에 불과한 반면, 출원서비스표와 동일성이 인정되는 부분은 나머지 부분과 글자체나 글자 크기, 글자의 색상, 글자 부분의 배경 색상 등을 달리하여 독립성을 유지하면서 분리 인식될 수 있도록 구성되어 있고, 실사용표장들에서 공통적으로 반복됨으로써 수요자들에게 강조되어 인식되도록 사용되고 있는 점, 출원서비스표와 관련된 직접대출방식의 대출 규모, 신문·방송 등을 통한 광고 횟수와 기간, 甲 회사가 대부업체로서 알려진 정도 등을 종합하면, 출원서비스표가 구 상표법 제6조 제2항이 규정하는 사용에 의한 식별력을 취득하였다고 한 사례.

형 사

[24] 2017. 9. 12. 선고 2016도12834 판결 [이자제한법위반] 2016

구 이자제한법 제8조 제1항 시행 전에 금전소비대차약정을 체결하였더라도 위 규정 시행 이후에 발생하는 이자에 관하여 같은 법 제2조 제1항에서 정한 제한이자율을 초과하는 이자를 받은 경우, 같은 법 제8조 제1항에 따라 처벌되는지 여부(적극)

2011. 7. 25. 법률 제10925호로 개정되어 2011. 10. 26. 시행된 구 이자제한법(2014. 1. 14. 법률 제12227호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)에 제8조 제1항으로 “제2조 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하여 이자를 받은 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라는 벌칙 규정이 신설되었다(이하 ‘처벌규정’이라고 한다).

구 이자제한법 제1조는 “이 법은 이자의 적정한 최고한도를 정함으로써 국민 경제생활의 안정과 경제정의의 실현을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있고, 제2조 제1항은 “금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다.”라고 규정하여 ‘이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정’(2014. 6. 11. 대통령령 제25376호로 개정되기 전의 것)에

서 “이자제한법 제2조 제1항에 따른 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30%로 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 처벌규정인 제8조 제1항은 ‘제2조 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하여 이자를 받은 자’를 처벌하도록 명시적으로 규정하고 있고, 부칙은 “이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다(제1항). 이 법 시행 전에 성립한 금전대차에 관한 계약상의 이자율에 관하여도 이 법 시행일 이후에는 이 법에 따라 이자율을 계산한다(제2항).”라고 규정하고 있다.

위와 같은 구 이자제한법의 입법목적, 규정의 내용과 취지 등에 비추어 보면, 처벌규정 시행 전에 금전소비대차약정을 체결하였더라도 처벌규정 시행 이후에 발생하는 이자에 관하여 구 이자제한법 제2조 제1항에서 정한 제한이자율을 초과하는 이자를 받았다면 처벌규정에 따라 처벌된다.

25 2017. 9. 12. 선고 2017도10309 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)] … 2019 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대한 긴급 압수·수색 또는 검증을 규정한 형사소송법 제217조 제1항의 취지 / 위 규정에 따른 압수·수색 또는 검증은 체포현장이 아닌 장소에서도 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 대상으로 할 수 있는지 여부(적극)

사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(형사소송법 제215조 제2항).

이처럼 범죄수사를 위하여 압수, 수색 또는 검증을 하려면 미리 영장을 발부받아야 한다는 이른바 사전영장주의가 원칙이지만, 형사소송법 제217조는 그 예외를 인정한다. 즉, 검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여는 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있고(형사소송법 제217조 제1항), 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(같은 조 제2항).

형사소송법 제217조 제1항은 수사기관이 피의자를 긴급체포한 상황에서 피의자가 체포되었다는 사실이 공범이나 관련자들에게 알려짐으로써 관련자들이 증거를 파괴하거나 은닉하는 것을 방지하고, 범죄사실과 관련된 증거물을 신속히 확보할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이 규정에 따른 압수·수색 또는 검증은 체포현장에서의 압수·수색 또는 검증을 규정하고 있는 형사소송법 제216조 제1항 제2호와 달리, 체포현장이 아닌 장소에서도 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보

관하는 물건을 대상으로 할 수 있다.

[26] 2017. 9. 12. 선고 2017도10476 판결〔의료법위반〕 2021

‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진’을 목적으로 제공되는 경제적 이익의 수수를 금지하고 있는 구 의료법 제23조의2 제1항에서 판매촉진 목적이 있는지 판단하는 기준 및 실제로 대상 의약품이 채택되거나 처방이 증가될 것을 요건으로 하는지 여부(소극)

구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 제23조의2 제1항은 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진’을 목적으로 제공되는 경제적 이익의 수수를 금지하고 있다(위 조항은 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정된 의료법에서 ‘의약품 채택·처방유도·거래유지 등 판매촉진’이라는 내용으로 개정된 후 2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정된 법에서 제23조의3 제1항으로 옮겨져 시행되고 있다). 위 조항에서 판매촉진 목적이 있는지는 단순히 경제적 이익을 제공하는 사람의 주관적인 의사 이외에도 제공자와 수령자의 관계, 주고받은 경제적 가치의 크기와 종류, 금품 등을 주고받은 경위와 시기 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 하고, 실제로 대상 의약품이 채택되거나 처방이 증가될 것을 요건으로 하는 것은 아니다.

[27] 2017. 9. 21. 선고 2014도9960 판결〔업무상배임〕 2023

[1] 배임죄의 실행의 착수시기와 기수시기 / 형사재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부를 판단하는 기준

[2] 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 甲 회사 설립의 동기가 된 동업약정의 투자금 용도로 부친 乙로부터 2억 원을 차용한 후 乙에게 甲 회사 명의의 차용증을 작성·교부하는 한편 甲 회사 명의로 액면금 2억 원의 약속어음을 발행하여 공증해 줌으로써 甲 회사에 재산상 손해를 입게 하고 乙에게 재산상 이익을 취득하게 하였다고 하여 업무상배임으로 기소된 사안에서, 제반 사정에 비추어 피고인의 임무위배행위로 인하여 甲 회사에 현실적인 손해가 발생하였거나 실해 발생의 위험이 생겼으므로 배임죄의 기수가 성립한다고 한 사례

[1] 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 배임죄는 기수가 된다(형법 제355조 제2항). 그런데 타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배행위는 민사재판

에서 법질서에 위배되는 법률행위로서 무효로 판단될 가능성이 적지 않고, 그 결과 본인에게도 아무런 손해가 발생하지 않는 경우가 많다. 이러한 때에는 배임죄의 기수를 인정할 수 없다. 그러나 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어지거나 본인이 민법상 불법행위책임을 부담하게 되는 등 본인에게 현실적인 손해가 발생하거나 실해 발생의 위험이 생겼다고 볼 수 있는 사정이 있는 때에는 배임죄의 기수를 인정하여야 한다. 다시 말하면, 형사재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부는 구체적 사안별로 타인의 사무의 내용과 성질, 임무위배의 중대성 및 본인의 재산 상태에 미치는 영향 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

- [2] 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 甲 회사 설립의 동기가 된 동업약정의 투자금 용도로 부친 乙로부터 2억 원을 차용한 후 乙에게 甲 회사 명의의 차용증을 작성·교부하는 한편 甲 회사 명의로 액면금 2억 원의 약속어음을 발행하여 공증해 줌으로써 甲 회사에 재산상 손해를 입게 하고 乙에게 재산상 이익을 취득하게 하였다고 하여 업무상배임으로 기소된 사안에서, 피고인의 행위가 대표이사의 대표권을 남용한 때에 해당하고 그 행위의 상대방인 乙로서는 피고인이 甲 회사의 영리 목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 권한을 남용하여 차용증 등을 작성해 준다는 것을 알았거나 알 수 있었으므로 그 행위가 甲 회사에 대하여 아무런 효력이 없다고 본 원심판단은 수긍할 수 있으나, 乙은 피고인이 작성하여 준 약속어음공정증서에 기하여 甲 회사의 丙 재단법인에 대한 임대차보증금반환채권 중 2억 원에 이르기까지의 금액에 대하여 압류 및 전부명령을 받은 다음 확정된 압류 및 전부명령에 기하여 丙 재단법인으로부터 甲 회사의 임대차보증금 중 1억 2,300만 원을 지급받은 사실에 비추어 피고인의 임무위배행위로 인하여 甲 회사에 현실적인 손해가 발생하였거나 실해 발생의 위험이 생겼으므로 배임죄의 기수가 성립하고, 전부명령이 확정된 후 집행권원인 집행증서의 기초가 된 법률행위 중 전부 또는 일부에 무효사유가 있는 것으로 판명되어 집행채권자인 乙이 집행채무자인 甲 회사에 부당이득 상당액을 반환할 의무를 부담하더라도 배임죄의 성립을 부정할 수 없는데도, 이와 달리 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 배임죄의 실행의 착수 및 기수 시기에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[28] 2017. 9. 21. 선고 2014도16236 판결 [업무상횡령·정신보건법위반] … 2027

[1] 구 정신보건법 제55조 제6호, 제43조 제1항의 취지 / 정신질환자의 치료나 보

호를 목적으로 한 것이라도, 구 정신보건법 등에서 정한 적법한 의료보호시설이 아닌 시설에 정신질환자를 입원 또는 입소하게 하여 일정한 기간 동안 그 시설의 운영자나 종사자의 보호나 관리·통제 아래에 둠으로써 구 정신보건법 제55조 제6호, 제43조 제1항에서 정한 정신질환에 적합한 의료보호에 배치되는 경우, 위 조항들에 의하여 금지되는 ‘정신질환자의 수용’에 해당하는지 여부(적극) 및 반드시 그 입원 또는 입소가 피수용자의 자유로운 의사에 반하거나 그 수용으로 인하여 피수용자의 신체적 자유가 박탈되는 정도에 이르러야 하는지 여부(소극)

- [2] 구 정신보건법상의 정신의료기관에 해당하지 않은 甲 병원을 운영하는 피고인이 정신의료기관인 乙 병원 등으로부터 위 병원에 정신질환 치료 목적으로 수용되어 있던 정신질환자들의 급성기 질환에 대한 진료의뢰를 받아 정신질환자들을 甲 병원의 격리병실에 입원시켜 ‘구 정신보건법 등에 의하여 정신질환자를 의료보호할 수 있는 시설 외의 장소에 정신질환자를 수용’하였다고 하여 구 정신보건법 위반으로 기소된 사안에서, 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인이 정신질환자들을 甲 병원에 수용한 행위는 구 정신보건법에서 금지하는 적법한 의료보호시설이 아닌 시설에서 이루어진 정신질환자의 수용에 해당한다는 취지의 원심결론은 수긍할 수 있다고 한 사례.

- [1] 구 정신보건법(2015. 1. 28. 법률 제13110호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제55조 제6호, 제43조 제1항은 ‘이 법 또는 다른 법령에 의하여 정신질환자를 의료보호할 수 있는 시설 외의 장소에 정신질환자를 수용’하는 것을 금지하고 이를 위반할 경우 처벌하도록 규정하고 있다.

구 정신보건법 제1조, 제2조 제2항, 제5항, 제6항, 제3조 제2호, 제43조 제1항, 제55조 제6호에 비추어 보면, 구 정신보건법 제55조 제6호, 제43조 제1항은 같은 법에서 정한 정신보건시설, 즉 정신의료기관·정신요양시설·정신질환자사회복지시설 및 다른 법령에서 정한 의료보호시설에 정신질환자를 입원 또는 입소하게 하여 정신질환에 적합한 의료보호가 이루어지도록 함으로써, 정신질환자에게 최적의 치료와 보호를 받을 권리를 보장하고 정신질환이 있다는 이유로 부당한 대우를 받지 않도록 하여 정신질환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하려는 구 정신보건법의 목적과 기본이념을 실천하려는 것이다. 따라서 정신질환자의 치료나 보호를 목적으로 한 것이라도, 구 정신보건법 등에서 정한 적법한 의료보호시설이 아닌 시설에 정신질환자를 입원 또는 입소하게 하여 일정한 기간 동안 그 시설의 운영자나 종사자의 보호나 관리·통제 아래에 둠으로써 구 정신보건법 제55조 제6호, 제43조 제1항에서 정

한 정신질환에 적합한 의료보호에 배치되는 경우에는 위 조항들에 의하여 금지되는 정신질환자의 수용에 해당한다고 해석함이 타당하고, 반드시 그 입원 또는 입소가 피수용자의 자유로운 의사에 반하거나 그 수용으로 인하여 피수용자의 신체적 자유가 박탈되는 정도에 이르러야 한다고 볼 것은 아니다.

- [2] 구 정신보건법(2015. 1. 28. 법률 제13110호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)상의 정신의료기관에 해당하지 않은 甲 병원을 운영하는 피고인이 정신의료기관인 乙 병원 등으로부터 위 병원에 정신질환 치료 목적으로 수용되어 있던 정신질환자들의 급성기 질환에 대한 진료의뢰를 받아 정신질환자들을 甲 병원의 격리병실에 입원시켜 ‘구 정신보건법 등에 의하여 정신질환자를 의료보호할 수 있는 시설 외의 장소에 정신질환자를 수용’하였다고 하여 구 정신보건법 위반으로 기소된 사안에서, 정신의료기관이 아닌 의료기관에 정신질환자를 입원하게 하였더라도 그 입원이 정신질환과는 무관하게 오로지 다른 중한 질환에 대한 치료를 위해 필요한 최선의 범위 내에서 이루어진 것이라면 구 정신보건법 제55조 제6호, 제43조 제1항에서 금지하는 ‘수용’에 해당한다고 단정하기 어려우나, 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인이 정신질환자들을 甲 병원에 수용한 행위는 위 조항들에서 금지하는 적법한 의료보호시설이 아닌 시설에서 이루어진 정신질환자의 수용에 해당한다는 취지의 원심결론은 수긍할 수 있다고 한 사례.

[29] 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결〔공직선거법위반·개인정보보호법위반〕 2033

- [1] 형사소송법이 압수·수색영장을 집행하는 경우에 피압수자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하도록 규정한 취지 / 압수·수색영장의 제시 범위 및 방법
- [2] 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 일련의 과정에서, 피압수자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극) 및 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였더라도 마찬가지인지 여부(적극)
- [3] 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 경우 및 그러한 특별한 사정이 존재한다는 점에 대한 증명책임 소재(=검사) / 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때 고려하여야 할 사항

- [1] 대한민국헌법 제12조 제3항 본문은 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’고 규정하고, 형사소송법 제219조, 제118조는 ‘수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 처분을 받는 자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하여야 한다’는 취지로 규정하고 있다. 그리고 형사소송법 제219조, 제114조 제1항 본문, 형사소송규칙 제58조는 압수·수색영장에 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 및 압수·수색의 사유를 기재하고 영장을 발부하는 법관이 서명날인하도록 규정하고 있다.

형사소송법이 압수·수색영장을 집행하는 경우에 피압수자에게 반드시 압수·수색영장을 제시하도록 규정한 것은 법관이 발부한 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하여 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 압수·수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 하여 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하는 한편, 준항고 등 피압수자의 불복신청의 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

위와 같은 관련 규정과 영장 제시 제도의 입법 취지 등을 종합하여 보면, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다.

나아가 압수·수색영장은 현장에서 피압수자가 여러 명일 경우에는 그들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.

- [2] 형사소송법 제219조, 제121조는 ‘수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다’는 취지로 규정하고 있다. 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태(이하 ‘복제본’이라고 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 피압수자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한

적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치를 취하지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

- [3] 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(형사소송법 제308조의2). 다만 수사기관의 증거수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 그러나 구체적 사안이 위와 같은 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거를 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 원칙이 훼손되지 않도록 유념하여야 하고, 그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점은 검사가 증명하여야 한다. 그리고 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반 행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 회석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다.

[31] 2017. 9. 21. 선고 2017도7321 판결〔개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법위반·폐기물관리법위반〕 2044

[1] 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제30조 제1항에 의하여 행정청으로부터 시정명령을 받은 자가 이를 위반한 경우, 같은 법 제32조 제2호에 정한 처벌을 하기 위하여는 시정명령이 적법하여야 하는지 여부(적극) / 시정명령이 당연무효는 아니지만 위법한 것으로 인정되는 경우, 같은 법 제32조 제2호 위반죄가 성립하는지 여부(소극)

[2] 피고인 甲 주식회사의 대표이사 피고인 乙이 개발제한구역 내에 무단으로 고

철을 쌓아 놓은 행위 등에 대하여 관할관청으로부터 원상복구를 명하는 시정 명령을 받고도 이행하지 아니하였다고 하여 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 위반으로 기소된 사안에서, 관할관청이 침해적 행정처분인 시정명령을 하면서 적법한 사전통지를 하거나 의견제출 기회를 부여하지 않았고 이를 정당화할 사유도 없어 시정명령은 절차적 하자가 있어 위법하므로, 피고인 乙에 대하여 같은 법 제32조 제2호 위반죄가 성립하지 않는다고 한 사례

[1] 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(이하 ‘개발제한구역법’이라 한다) 제30조 제1항에 의하여 행정청으로부터 시정명령을 받은 자가 이를 위반한 경우, 그로 인하여 개발제한구역법 제32조 제2호에 정한 처벌을 하기 위하여는 시정명령이 적법한 것이라야 하고, 시정명령이 당연무효가 아니더라도 위법한 것으로 인정되는 한 개발제한구역법 제32조 제2호 위반죄가 성립될 수 없다.

[2] 피고인 甲 주식회사의 대표이사 피고인 乙이 개발제한구역 내에 무단으로 고철을 쌓아 놓은 행위 등에 대하여 관할관청으로부터 원상복구를 명하는 시정 명령을 받고도 이행하지 아니하였다고 하여 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(이하 ‘개발제한구역법’이라 한다) 위반으로 기소된 사안에서, 관할관청이 침해적 행정처분인 시정명령을 하면서 피고인 乙에게 행정절차법 제21조, 제22조에 따른 적법한 사전통지를 하거나 의견제출 기회를 부여하지 않았고 이를 정당화할 사유도 없으므로 시정명령은 절차적 하자가 있어 위법하고, 시정명령이 당연무효가 아니더라도 위법한 것으로 인정되는 이상 피고인 乙이 시정명령을 이행하지 아니하였더라도 피고인 乙에 대하여 개발제한 구역법 제32조 제2호 위반죄가 성립하지 아니함에도, 이와 달리 보아 피고인 들에게 유죄를 인정한 원심판단에 행정행위의 공정력과 선결문제, 개발제한 구역법 제32조의 시정명령위반죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

[32] 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 [폭력행위등처벌에관한법률위반(우범자)] 2047

[1] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에서 말하는 ‘이 법에 규정된 범죄’가 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률에 규정된 범죄’만을 의미하는지 여부(적극)

[2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에서 말하는 위험한 물건의 ‘휴대’의 의미 / 정당한 이유 없이 같은 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흉기를 휴대하고 있었다는 사실만으로 같은 법 위반(우범자)죄의 구성요건을 충족하는지 여부(적극) 및 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 소지하고 있다는 사실만으로

로 같은 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 것으로 추정되는지 여부(소극) / 피고인이 같은 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하였다는 점에 대한 증명책임 소재(=검사)

- [1] 종래에 헌법재판소는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 일부 가중처벌 규정에 대하여 형법과 같은 기본법과 동일한 구성요건을 규정하면서도 법정형만 상향한 것은 형벌체계의 정당성과 균형을 잃어 헌법의 기본원리에 위배되고 평등의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌결정을 내렸고, 2015. 9. 24.에도 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법상 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범한 사람을 가중처벌하는 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제 7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자”에 관한 부분과 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정된 것) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자”에 관한 부분에 대해서도 같은 이유로 위헌이라고 결정하였다.

이러한 헌법재판소의 위헌결정 취지에 따라 위헌결정 대상조항 및 이와 유사한 가중처벌 규정을 둔 조항을 정비하기 위하여 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(이하 ‘폭력행위처벌법’이라 한다)이 일부 개정되어 같은 날 시행되었는데, 주요내용은 상습폭행 등 상습폭력범죄에 대한 가중처벌 규정인 구 폭력행위처벌법 제2조 제1항과, 흉기휴대폭행 등 특수폭력범죄에 대한 가중처벌 규정인 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항 및 제3항을 각 삭제하고, 이러한 삭제에 따라 공동폭력범죄의 가중처벌 규정과 누범 가중처벌 규정인 구 폭력행위처벌법 제2조 제2항, 제3항 및 제3조 제4항을 정비하는 것이었고, 이로써 기존의 집단 또는 상습 및 특수폭력범죄 등은 기본법인 형법의 각 해당 조항으로만 처벌될 뿐 더 이상 폭력행위처벌법에 따라 처벌할 수 없게 되었다.

그리고 폭력행위처벌법 제7조는 “정당한 이유 없이 이 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하거나 제공 또는 알선한 사람은 3년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있는데, 위 조항은 집단 또는 상습 및 특수폭력범죄 등을 저지를 우려가 있는 사람을 처벌함으로써 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 규정으로 법률 제정 시부터 현재까지 실질적인 내용의 변경 없이 그대로 유지되어 왔

고, 이러한 폭력행위처벌법위반(우범자)죄는 대상범죄인 ‘이 법에 규정된 범죄’의 예비죄로서의 성격을 지니고 있다.

이러한 형벌규정 해석에 관한 일반적인 법리와 폭력행위처벌법의 개정경위와 내용, 폭력행위처벌법 제7조의 입법 취지와 문언의 체계, 폭력행위처벌법위반(우범자)죄의 성격과 성립요건 등을 종합하여 보면, 폭력행위처벌법 제7조에서 말하는 ‘이 법에 규정된 범죄’란 ‘폭력행위처벌법에 규정된 범죄’만을 의미한다고 해석함이 타당하다.

- [2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(이하 ‘폭력행위처벌법’이라 한다) 제7조에서 말하는 위험한 물건의 ‘휴대’란 범죄현장에서 사용할 의도 아래 위험한 물건을 몸 또는 몸 가까이에 소지하는 것을 말하고, 정당한 이유 없이 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기를 휴대하고 있었다면 다른 구체적인 범죄행위가 없더라도 그 휴대행위 자체에 의하여 폭력행위처벌법위반(우범자)죄의 구성요건을 충족하는 것이지만, 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 소지하고 있다는 사실만으로 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 것으로 추정된다고 볼 수는 없다. 그리고 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있다. 따라서 피고인이 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하였다는 점은 검사가 증명하여야 한다.

[33] 2017. 9. 21. 선고 2017도8611 판결〔관세법위반〕 2052

관세법 제282조 제3항에서 정한 ‘국내도매가격’의 의미 / 시가역산율표에 의하여 산정한 가격이 실제의 국내도매가격과 차이가 있다는 유력한 자료가 있는 경우, 이러한 방식으로 국내도매가격을 산정하는 것이 위법한지 여부(적극) / 몰수하기 불능한 때에 추정하여야 할 가액의 의미(=범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액) 및 추정하여야 할 가액이 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과할 수 있는지 여부(소극)

관세법 제282조 제3항은 같은 조 제1항 및 제2항에 따라 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 ‘국내도매가격’에 상당한 금액을 범인으로부터 추정한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘국내도매가격’은 도매업자가 수입물품을 무역업자로부터 매수하여 국내도매시장에서 공정한 거래방법에 의하여 공개적으로 판매하는 가격으로서(관세법 시행령 제266조), 물품의 도착원가에 관세 등의 제세금과 통관절차비용, 기업의 적정이윤까지 포함한 국내 도매물가시세인 가격을 뜻한다. 한편 시가역산율표에 의한 국내도매가격의 산정 방법은 수입항 도착가격 또는 감정가격을 기준으로 하여 관세

등의 제세금과 통관절차비용, 기업의 적정이윤까지 포함한 국내도매가격을 산정하는 것이나, 이러한 방식에 의하여 산정한 가격이 실제의 국내도매가격과 차이가 있다는 유력한 자료가 있다면 이러한 방식으로 국내도매가격을 산정하는 것은 위법하다.

그리고 몰수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 몰수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점을 고려하면 몰수하기 불능한 때에 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 의미하므로, 추징하여야 할 가액이 몰수의 선고를 받았더라면 잃게 될 이득상당액을 초과하여서는 아니 된다.

34 2017. 9. 21. 선고 2017도10866 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)·절도·공무집행방해·상해] 2055

- [1] 사법경찰관 등이 체포영장을 소지하고 피의자를 체포하는 경우, 체포영장의 제시나 고지 등을 하여야 하는 시기
- [2] 공무집행방해죄에서 ‘적법한 공무집행’의 의미 / 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 피의자를 체포하려고 한 행위가 적법한 공무집행인지 여부(소극) 및 피의자가 경찰관의 불법한 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 행위가 정당방위에 해당하는지 여부(적극)
- [3] 경찰관들이 체포영장을 소지하고 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 등 혐의로 피고인을 체포하려고 하자, 피고인이 이에 거세게 저항하는 과정에서 경찰관들에게 상해를 가하였다고 하여 공무집행방해 및 상해의 공소사실로 기소된 사안에서, 경찰관들이 체포를 위한 실력행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다 원칙을 고지할 여유가 있었음에도 애초부터 미란다 원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나선 행위는 적법한 공무집행이라고 보기 어렵다는 등의 이유로 무죄를 선고한 원심판단이 정당하다고 한 사례
- [1] 사법경찰관 등이 체포영장을 소지하고 피의자를 체포하기 위해서는 체포영장을 피의자에게 제시하고(형사소송법 제200조의6, 제85조 제1항), 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제200조의5). 이와 같은 체포영장의 제시나 고지 등은 체포를 위한 실력행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 하여야 한다.
- [2] 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경

우에 한하여 성립한다. 이때 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다. 경찰관이 적법절차를 준수하지 않은 채 실력으로 피의자를 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없다. 그리고 경찰관의 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 피의자가 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

- [3] 경찰관들이 체포영장을 소지하고 메트암페타민(일명 필로폰) 투약 등 혐의로 피고인을 체포하려고 하자, 피고인이 이에 거세게 저항하는 과정에서 경찰관들에게 상해를 가하였다고 하여 공무집행방해 및 상해의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 경찰관들과 마주하자마자 도망가려는 태도를 보이거나 먼저 폭력을 행사하며 대항한 바 없는 등 경찰관들이 체포를 위한 실행행사에 나아가기 전에 체포영장을 제시하고 미란다 원칙을 고지할 여유가 있었음에도 애초부터 미란다 원칙을 체포 후에 고지할 생각으로 먼저 체포행위에 나선 행위는 적법한 공무집행이라고 보기 어렵다는 등의 이유로 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

35 2017. 9. 21. 선고 2017도11687 판결 [명예훼손·업무방해] 2058

- [1] 상상적 경합의 요건 중 ‘1개의 행위’의 의미 / 상상적 경합 관계의 경우, 그중 1죄에 대한 확정판결의 기판력이 다른 죄에 대하여도 미치는지 여부(적극)
- [2] 피고인이 ‘2015. 4. 16. 13:10경부터 14:30경까지 甲 업체 사무실에서 직원 6명 가량이 있는 가운데 직원들에게 행패를 하면서 피해자 乙의 업무를 방해하였다’는 공소사실로 기소되었는데, 피고인은 ‘2015. 4. 16. 13:30경부터 15:00경 사이에 甲 업체 사무실에 찾아와 피해자 丙, 丁과 일반직원들이 근무를 하고 있음에도 피해자들에게 욕설을 하는 등 큰소리를 지르고 돌아다니며 위력으로 업무를 방해하였다’는 등의 범죄사실로 이미 유죄판결을 받아 확정된 사안에서, 업무방해의 공소사실과 확정판결 중 업무방해죄의 범죄사실은 상상적 경합 관계에 있고, 확정판결의 기판력이 업무방해의 공소사실에 미친다고 한 사례
- [1] 상상적 경합은 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우를 말한다(형법 제40조). 여기에서 1개의 행위란 법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태로서 1개로 평가되는 것을 의미한다. 그리고 상상적 경합 관계의 경우에는 그중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다.

- [2] 피고인이 ‘2015. 4. 16. 13:10경부터 14:30경까지 甲 업체 사무실에서 직원 6명 가량이 있는 가운데 직원들에게 행패를 하면서 피해자 乙의 업무를 방해하였다’는 공소사실로 기소되었는데, 피고인은 ‘2015. 4. 16. 13:30경부터 15:00경 사이에 甲 업체 사무실에 찾아와 피해자 丙, 丁과 일반직원들이 근무를 하고 있음에도 피해자들에게 욕설을 하는 등 큰소리를 지르고 돌아다니며 위력으로 업무를 방해하였다’는 등의 범죄사실로 이미 유죄판결을 받아 확정된 사안에서, 업무방해의 공소사실과 확정판결 중 업무방해죄의 범죄사실은 범행 일시와 장소가 동일하고, 범행시간에 근소한 차이가 있으나 같은 시간대에 있었던 일이라고 보아도 무리가 없으며, 각 범행내용 역시 업무방해의 공소사실은 ‘직원들을 상대로 행패를 부렸다’는 것이고, 확정판결의 범죄사실은 ‘직원들이 근무를 하고 있는데도 욕설을 하는 등 큰소리를 지르고 돌아다녔다’는 것으로 본질적으로 다르지 않아, 결국 양자는 동일한 기회에, 동일한 장소에서 다수의 피해자를 상대로 한 위력에 의한 업무방해행위로서 사회관념상 1개의 행위로 평가할 여지가 충분하므로 상상적 경합 관계에 있고, 확정판결의 기판력이 업무방해의 공소사실에 미침에도, 이를 간과하여 업무방해의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 상상적 경합 관계, 확정판결의 기판력 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

36 2017. 9. 22.자 2017모1680 결정〔항소기각결정에대한재항고〕 2060

- [1] 재감자에 대한 송달을 교도소 등의 장에게 하지 아니한 경우, 송달의 효력(=무효) / 통지의 방법 및 효력 발생 시기(=통지의 대상자에게 도달한 때)
- [2] 구치소에 재감 중인 재항고인이 제1심판결에 대하여 항소하였는데, 항소심법원이 구치소로 소송기록접수통지서를 송달하면서 송달받을 사람을 구치소의장이 아닌 재항고인으로 하였고 구치소 서무계원이 이를 수령한 사안에서, 소송기록접수의 통지는 효력이 없다고 한 사례
- [1] 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 하여야 하고(형사소송법 제65조, 민사소송법 제182조), 재감자에 대한 송달을 교도소 등의 장에게 하지 아니하였다면 그 송달은 부적법하여 무효이다. 한편 통지는 법령에 다른 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 서면 이외에 구술·전화·모사전송·전자우편·휴대전화 문자전송 그 밖에 적당한 방법으로도 할 수 있고, 통지의 대상자에게 도달됨으로써 효력이 발생한다.
- [2] 구치소에 재감 중인 재항고인이 제1심판결에 대하여 항소하였는데, 항소심법원이 구치소로 소송기록접수통지서를 송달하면서 송달받을 사람을 구치소의

2017. 11. 1. **판례공보**

장이 아닌 재항고인으로 하였고 구치소 서무계원이 이를 수령한 사안에서, 송달받을 사람을 재항고인으로 한 송달은 효력이 없고, 달리 재항고인에게 소송기록접수의 통지가 도달하였다는 등의 사정을 발견할 수 없으므로, 소송 기록접수의 통지는 효력이 없다고 한 사례