



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2018년 1월 1일

제529호

민사

1 2017. 11. 21.자 2016마1854 결정〔소송비용액확정〕 1

[1] 재판주문에서 단순히 ‘소송비용은 공동소송인들의 부담으로 한다.’라고 정한 경우, 공동소송인들의 소송비용부담 방식

[2] 통상공동소송에서 공동소송인이 같은 비율로 함께 패소하였을 경우, 공동소송인이 공동으로 소송비용을 부담하는 것이 형평에 반하거나 불합리하다면 법원이 민사소송법 제102조 제1항 단서를 적극적으로 적용하여 공동소송인이 다른 방법으로 소송비용을 부담하게 할 필요가 있는지 여부(적극)

[1] 민사소송법 제102조 제1항은 “공동소송인은 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 재판주문에서 공동소송인별로 소송비용의 부담비율을 정하거나, 연대부담을 명하지 아니하고 단순히 ‘소송비용은 공동소송인들의 부담으로 한다.’라고 정하였다면 공동소송인들은 상대방에 대하여 균등하게 소송비용을 부담하고, 공동소송인들 상호 간에 내부적으로 비용분담 문제가 생기더라도 그것은 그들 사이의 합의와 실체법에 의하여 해결되어야 한다.

[2] 소송비용액확정 결정절차에서는 상환할 소송비용의 액수를 정할 수 있을 뿐이고, 소송비용부담재판에서 확정한 상환의무 자체의 범위를 심리·판단하거나 변경할 수 없다. 따라서 불합리한 결과의 발생을 방지하고 공동소송인 사이의 형평성과 구체적 타당성에 부합하는 소송비용부담재판이 되도록 하기 위해서는, 통상공동소송에서 공동소송인이 같은 비율로 함께 패소하였을 경우, 공동소송인 사이에 소송목적의 값에 현저한 차이가 있다거나 소송물의

내용이나 성격, 항쟁의 정도 등이 다르다는 등의 사정으로 공동소송인이 공동으로 소송비용을 부담하는 것이 형평에 반하거나 불합리하다고 생각된다면 민사소송법 제102조 제1항 단서를 적극적으로 적용하여 공동소송인별로 소송관계를 구분하여 소송비용의 부담을 정하거나 공동소송인별로 수액이나 부담비율을 정하는 등의 방식으로 소송비용부담재판을 하는 것이 더 바람직하다.

2 2017. 11. 23. 선고 2015다1017, 1024, 1031, 1048 판결 [저작권으로인한채무부존재확인·저작권으로인한채무부존재확인·저작권으로인한채무부존재확인·손해배상(기)] 4

[1] 저작재산권자로부터 컴퓨터프로그램의 설치에 의한 복제를 허락받은 자가 프로그램을 컴퓨터 하드디스크 드라이브(HDD) 등 보조기억장치에 설치하여 사용하는 것이 저작권법 제46조 제2항에 따른 저작물 이용에 해당하는지 여부(적극) 및 복제를 허락받은 사용자가 저작재산권자와 계약으로 정한 프로그램의 사용 방법이나 조건을 위반한 경우, 저작재산권자의 복제권을 침해한 것인지 여부(소극)

[2] 사용자가 컴퓨터 하드디스크 드라이브(HDD) 등의 보조기억장치에 설치된 컴퓨터프로그램을 실행하는 등의 과정에서 프로그램을 주기억장치인 램(RAM)에 적재하여 이용하는 것이 저작권법 제2조 제22호에서 말하는 ‘일시적 복제’에 해당하는지 여부(적극) / 저작권법 제2조 제22호에서 복제의 개념에 일시적 복제를 포함시키면서도 같은 법 제35조의2에서 일시적 복제에 관한 면책규정을 둔 취지 및 위 규정에 의하여 면책이 인정되는 일시적 복제의 범위

[1] 저작권법 제16조는 저작재산권을 이루는 개별적 권리의 하나로 저작물을 복제할 권리를 들고 있고, 제2조 제22호는 ‘복제’는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 컴퓨터프로그램을 컴퓨터 하드디스크 드라이브(HDD) 등 보조기억장치에 설치하는 것은 저작권법 제2조 제22호의 영구적 복제에 해당한다.

한편 저작권법 제46조 제2항은 저작재산권자로부터 저작물의 이용을 허락받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다고 규정하고 있다. 위 저작물의 이용 허락은 저작물을 복제할 권리 등 저작재산권을 이루는 개별적 권리에 대한 이용 허락을 가리킨다.

따라서 저작재산권자로부터 컴퓨터프로그램의 설치에 의한 복제를 허락받은 자가 위 프로그램을 컴퓨터 하드디스크 드라이브(HDD) 등 보조기억장치에 설치하여 사용하는 것은 저작물의 이용을 허락받은 자가 허락받은 이용 방법

및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용하는 것에 해당한다. 위와 같이 복제를 허락받은 사용자가 저작권자와 계약으로 정한 프로그램의 사용 방법이나 조건을 위반하였다고 하더라도, 위 사용자가 계약 위반에 따른 채무불이행책임을 지는 것은 별론으로 하고 저작권자의 복제권을 침해하였다고 볼 수는 없다.

- [2] 사용자가 컴퓨터 하드디스크 드라이브(HDD) 등의 보조기억장치에 설치된 컴퓨터프로그램을 실행하거나 인터넷으로 디지털화된 저작물을 검색, 열람 및 전송하는 등의 과정에서 컴퓨터 중앙처리장치(CPU)는 실행된 컴퓨터프로그램의 처리속도 향상 등을 위하여 컴퓨터프로그램을 주기억장치인 램(RAM)에 적재하여 이용하게 되는데, 이러한 과정에서 일어나는 컴퓨터프로그램의 복제는 전원이 꺼지면 복제된 컴퓨터프로그램의 내용이 모두 지워진다는 점에서 일시적 복제라고 할 수 있다.

한편 저작권법은 제2조 제22호에서 복제의 개념에 ‘일시적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것’을 포함시키면서도, 제35조의2에서 “컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 일시적 복제에 관한 면책규정을 두고 있다. 그 취지는 새로운 저작물 이용환경에 맞추어 저작권자의 권리보호를 충실하게 만드는 한편, 이로 인하여 컴퓨터에서의 저작물 이용과 유통이 과도하게 제한되는 것을 방지함으로써 저작권의 보호와 저작물의 원활한 이용의 적절한 균형을 도모하는 데 있다. 이와 같은 입법 취지 등에 비추어 볼 때 여기에서 말하는 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’에는 일시적 복제가 저작물의 이용 등에 불가피하게 수반되는 경우는 물론 안정성이나 효율성을 높이기 위해 이루어지는 경우도 포함된다고 볼 것이지만, 일시적 복제 자체가 독립한 경제적 가치를 가지는 경우는 제외되어야 한다.

3 2017. 11. 23. 선고 2015다47327 판결〔근저당권말소등기의회복등기절차이행등〕 8

- [1] 채권자가 채무자에 대한 채권을 피담보채권으로 하여 저당권을 설정받은 저당부동산에 대한 소유권을 제3취득자가 채무자로부터 취득한 후에 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 회생계획이 위 저당권에 영향을 미치는지 여부(소극) 및 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경된 경우, 실권되거나 변경된 채권의 권리자의 제3취득자에 대한 권리에 영향이 미치는지

여부(소극)

- [2] 신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권을 설정한 다음 그 부동산에 관하여 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐준 후에 신탁자에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 회생계획이 위 저당권에 영향을 미치는지 여부(소극) 및 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경된 경우, 채권자가 수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 담보권과 그 피담보채권에 영향이 있는지 여부(소극)
- [1] 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제250조 제2항 제2호는, 회생계획은 채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다. 이는 회생계획에 따라 채무자의 채무가 면책되거나 변경되더라도 물상보증인 등의 의무는 면책되거나 변경되지 아니한다는 취지를 규정한 것이다. 여기서 ‘채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보’란 회생채권자 등이 채무자에 대한 채권을 피담보채권으로 하여 제3자의 재산상에 가지고 있는 담보권을 말한다. 위 규정의 취지 등에 비추어 보면 채무자회생법 제251조, 제252조 제1항에 따라 채권자의 권리가 실권되거나 변경된 경우에도 채무자회생법 제250조 제2항 제2호의 규정이 적용되어 실권되거나 변경된 채권의 권리자의 물상보증인에 대한 권리에는 영향을 미치지 않는다. 이는 회생절차 개시 전에 채권자가 채무자에 대한 채권을 피담보채권으로 하여 저당권을 설정받은 저당부동산에 대한 소유권을 채무자로부터 취득한 제3취득자가 있는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 그 후 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 채권자가 제3취득자가 취득한 부동산에 대하여 갖는 저당권은 채무자회생법 제250조 제2항 제2호의 ‘채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 회생계획이 여기에 영향을 미치지 않는다. 또한 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경된 경우에도 실권되거나 변경된 채권의 권리자의 제3취득자에 대한 권리에는 영향을 미치지 않는다.
- [2] 신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권을 설정하고 저당권설정등기를 마친 다음, 그 부동산에 대하여 수탁자와 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주어 대내외적으로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 이전하였다면, 수탁자는 저당부동산의 제3취득자와 같은 지위를 가진다. 따라서 그 후 신탁자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채권자가 신탁부동산에 대하여 갖는 저당권은 채무자 회생

및 파산에 관한 법률 제250조 제2항 제2호의 ‘채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보’에 해당하여 회생계획이 여기에 영향을 미치지 않는다. 또한 회생절차에서 채권자의 권리가 실권되거나 변경되더라도 이로써 실권되거나 변경되는 권리는 채권자가 신탁자에 대하여 가지는 회생채권 또는 회생담보권에 한하고, 신탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 담보권과 그 피담보채권에는 영향이 없다.

4 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결 [손해배상(기)] 13

- [1] 채권자가 동일한 채무자에 대하여 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 수 개의 손해배상채권을 소송으로 청구하는 경우, 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하는지 여부(적극) 및 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하는지 여부(적극) / 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 청구취지가 특정되지 않은 경우, 법원이 취하여야 할 조치
- [2] 주식회사의 감사위원회의 위원이 고의·과실로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무를 해태한 경우, 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있는지 여부(적극)
- [3] 금융기관 감사위원이 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 판단하는 기준
- [4] 甲 상호저축은행이 상근 감사위원이었던 乙을 상대로 丙 주식회사 등에 대한 불법·부당대출로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 乙이 감사위원으로서의 선관주의의무를 위반하였다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 채권자가 동일한 채무자에 대하여 수 개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개 채권인 이상 이는 별개 소송물에 해당하고, 그 손해배상채권들은 각각 소멸시효 기산일이나 채무자가 주장할 수 있는 항변이 다를 수도 있으므로, 이를 소송으로 청구하는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하고, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하며, 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 또한 민사소송에서 청구취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사가 향이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부와 관계없이 직권으로 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야

한다.

- [2] 주식회사의 감사위원회는 이사의 직무집행을 감사하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그러한 행위를 할 염려가 있다고 인정한 때에는 이사회에 이를 보고하여야 하며, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 그 행위에 대한 유지청구를 하는 등의 의무가 있다(상법 제415조의2 제7항, 제412조 제1항, 제391조의2, 제402조). 감사위원회의 위원은 상법상 위와 같은 의무 또는 기타 법령이나 정관에서 정한 의무를 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 이행하여야 하고, 고의·과실로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 그 임무를 해태한 때에는 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제415조의2 제7항, 제414조 제1항, 제382조 제2항).
- [3] 금융기관 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로 그 의무를 충실히 이행하여야 임원으로서 임무를 다한 것이다. 금융기관 감사위원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 여부는 개별 대출에 대한 감사를 함에 있어 통상의 감사위원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지 여부를 제반 규정 준수 여부, 대출 조건과 내용 및 규모, 변제계획, 담보 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장 가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.
- [4] 甲 상호저축은행이 상근 감사위원이었던 乙을 상대로 丙 주식회사 등에 대한 불법·부당대출로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 乙은 자신이 서명한 대출 관련 심사부의안과 대출심사자료만 선량한 관리자의 주의의무로 검토하였더라도 丙 회사 등에 대한 대출이 형식적인 신용조사만을 거쳐 충분한 채권보전조치 없이 이루어지는 것임을 쉽게 알 수 있었으므로, 관계 서류의 제출 요구 등을 통해 대출이 위법·부당한 것인지 여부에 관하여 추가로 조사하거나 감사위원회를 통해 이사회에 위와 같은 사실을 보고하여 위법·부당한 행위의 시정 등을 요구할 의무가 있었음에도 그와 같은 의무를 다하지 않았다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

5 2017. 11. 29. 선고 2015다216444 판결〔부당이득금반환등〕 19

- [1] 파산선고 전의 원인으로 인한 국제사 지방세에 기하여 파산선고 후에 발생한 가산금·증가산금이 재단채권에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 재단채권이나 파산채권에 해당하는 조세채권의 납세의무자(=파산관재인) 및 파산선고 후에 발생한 조세채권 중 재단채권에 해당하지 않는 조세채권의 납

세의무자(=파산채무자)

- [1] 구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제38조 제2호 본문은 ‘국세징수법 또는 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 중 파산선고 전의 원인으로 인한 것은 파산재단에 관하여 생긴 것인지 여부를 불문하고 모두 재단채권으로 규정하고 있었다. 따라서 본세가 파산선고 전의 원인으로 인한 것이라면 그 채납으로 인하여 부가되는 가산금·증가산금도 파산선고 전에 생긴 것인지 파산 후에 생긴 것인지 가리지 않고 모두 재단채권에 해당하였다.

반면, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제473조 제2호 본문은 ‘국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 중 파산선고 전의 원인으로 인한 청구권은 파산재단에 관하여 생긴 것인지 여부를 불문하고 모두 재단채권에 해당하는 것으로 규정하면서도, 괄호 안에 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것을 포함하며, 제446조의 규정에 의한 후순위파산채권을 제외한다.’는 내용을 추가하였다.

위 괄호 안에 있는 규정의 취지는, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’은 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것에 한하여 재단채권으로 하되, ‘국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권’이든 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것’이든, 그중 ‘제446조의 규정에 의한 후순위파산채권’에 해당하는 것은 재단채권에서 제외하려는 데 있다.

그리고 국세징수법 제21조에 규정된 가산금·증가산금은 납세의무의 이행지체에 대하여 부담하는 지연배상금의 성질을 띠고 있다.

한편 채무자회생법 제473조 제4호는 ‘파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권’을 재단채권으로 규정하고 있고, ‘파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위’에는 파산관재인이 직무와 관련하여 부담하는 채무의 불이행도 포함된다. 위 규정은 파산관재인이 파산재단의 관리처분권에 기초하여 직무를 행하면서 생긴 상대방의 청구권을 수시로 변제하도록 하여 이해관계인을 보호함으로써 공정하고 원활하게 파산절차를 진행하고자 하는 데 그 취지가 있다. 이러한 점에서 채무자회생법 제473조 제4호는 파산관재인이 파산재단의 관리처분권에 기초하여 직무를 행하면서 생긴 상대방의 청구권에 관한 일반규정으로 볼 수 있다. 반면 채무자회생법 제473조 제2호는 ‘국세징수법 또는 지방세기본법에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 및 ‘국세징수

의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권으로서 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것'만을 적용대상으로 하는 특별규정이다. 나아가 국세나 지방세뿐만 아니라 그 채납으로 인하여 부가되는 가산금·증가산금도 그것이 파산선고 전에 생긴 것인지 파산 후에 생긴 것인지 가리지 않고 모두 그 적용 범위에 포함된다. 따라서 파산관재인이 재단채권인 국세나 지방세를 채납하여 그로 인하여 가산금·증가산금이 발생한 경우 그 가산금·증가산금에 대하여는 채무자회생법 제473조 제4호가 아닌 채무자회생법 제473조 제2호가 우선적으로 적용된다고 봄이 타당하다.

이러한 채무자회생법 제473조 제2호 본문의 입법 취지, 국세징수법상 가산금·증가산금의 법적 성질, 채무자회생법 제473조 제2호·제4호의 관계 등을 종합하면, 파산선고 전의 원인으로 인한 국세나 지방세에 기하여 파산선고 후에 발생한 가산금·증가산금은 후순위파산채권인 채무자회생법 제446조 제1항 제2호의 '파산선고 후의 불이행으로 인한 손해배상액'에 해당하는 것으로 봄이 타당하므로, 위 괄호 안에 있는 규정에 따라 재단채권에서 제외된다.

- [2] 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의하면 파산선고에 의하여 채무자가 파산선고 당시에 가진 국내외의 모든 재산은 파산재단을 구성하고(제382조 제1항), 파산재단을 관리 및 처분할 권리는 파산관재인에게 전속한다(제384조). 파산관재인은 파산재단에 속하는 재산을 환가하여 파산채권자들에 대한 배당을 실시할 뿐만 아니라 재단채권 역시 파산재단에 속하는 재산에서 수시로 변제하게 된다. 따라서 재단채권이나 파산채권에 해당하는 조세채권의 납세의무자는 파산관재인이다.

반면, 파산재단에 속하지 않는 재산에 대한 관리처분권은 채무자가 그대로 보유하고 있고, 이는 파산선고 후에 발생한 채권 중 재단채권에 해당하지 않는 채권의 변제재원이 된다. 따라서 파산선고 후에 발생한 조세채권 중 재단채권에 해당하지 않는 조세채권, 즉 '파산채권도 아니고 재단채권도 아닌 조세채권'에 대한 납세의무자는 파산관재인이 아니라 파산채무자이다.

- 6** 2017. 11. 29. 선고 2016다259769 판결〔부당이득금〕 25
 위약금이 위약별로 해석되기 위한 요건 및 구 이자제한법의 최고이자율 제한에 관한 규정이 위약별의 경우에도 적용되는지 여부(소극)

위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금이 위약별로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 한다.

한편 구 이자제한법(2014. 1. 14. 법률 제1227호로 일부 개정되기 전의 것, 이하

‘이자제한법’이라 한다) 제2조 제1항은 “금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다.”라고 정하고 있고, 같은 조 제2항은 “제1항에 따른 최고이자율은 약정한 때의 이자율을 말한다.”라고 규정하고 있으며, 같은 조 제3항은 “계약상의 이자로서 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 한다.”라고 규정하고 있으므로, 이자제한법의 최고이자율 제한에 관한 규정은 금전대차에 관한 계약상의 이자에 관하여 적용될 뿐, 계약을 위반한 사람을 제재하고 계약의 이행을 간접적으로 강제하기 위하여 정한 위약벌의 경우에는 적용될 수 없다.

7 2017. 12. 1.자 2017그661 결정〔임시총회소집허가〕 27

- [1] 민법상 법인의 정관에 대표권 있는 이사만 이사회를 소집할 수 있고, 다른 이사가 요건을 갖추어 이사회 소집을 요구하면 대표권 있는 이사가 이에 응하도록 규정하고 있는에도 대표권 있는 이사가 다른 이사의 정당한 이사회 소집을 거절한 경우, 이사가 정관의 규정 또는 민법에 기초하여 이사회를 소집할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 민법상 법인에서 과반수에 미치지 못하는 이사가 정관의 특별한 규정에 근거하여 이사회를 소집하거나 과반수의 이사가 민법 제58조 제2항에 근거하여 이사회를 소집하는 경우, 법원의 허가를 받을 필요 없이 이사회를 소집할 수 있는지 여부(적극) 및 법원이 민법상 법인의 이사회 소집을 허가할 법률상 근거가 있는지 여부(소극)
- [3] 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있도록 규정한 민법 제70조 제3항을 민법상 법인의 이사회 소집에 유추적용할 수 있는지 여부(소극)
- [1] 민법 제58조 제1항은 민법상 법인의 사무집행은 이사가 하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 이사가 수인인 경우에는 이사의 과반수로서 결정하되 정관에 다른 규정이 있으면 이에 따르도록 규정하고 있다. 그러므로 이사가 수인인 민법상 법인의 정관에 대표권 있는 이사만 이사회를 소집할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도 이는 과반수의 이사가 본래 할 수 있는 이사회 소집에 관한 행위를 대표권 있는 이사로 하여금 하게 한 것에 불과하다. 따라서 정관에 다른 이사가 요건을 갖추어 이사회 소집을 요구하면 대표권 있는 이사가 이에 응하도록 규정하고 있는에도 대표권 있는 이사가 다른 이사의 정당한 이사회 소집을 거절하였다면, 대표권 있는 이사만 이사회를 소집할 수 있는 규정은 적용될 수 없다. 이 경우 이사는 정관의 이사회 소집권한에 관한 규정 또는 민법에 기초하여 법인의 사무를 집행할 권한에 의하여 이사회를 소집할 수 있다.

- [2] 민법상 법인의 필수기관이 아닌 이사회는 이사가 사무집행권한에 의해 소집하는 것이므로, 과반수에 미치지 못하는 이사는 특별한 사정이 없는 한 민법 제58조 제2항에 반하여 이사회를 소집할 수 없다. 반면 과반수에 미치지 못하는 이사가 정관의 특별한 규정에 근거하여 이사회를 소집하거나 과반수의 이사가 민법 제58조 제2항에 근거하여 이사회를 소집하는 경우에는 법원의 허가를 받을 필요 없이 본래적 사무집행권에 기초하여 이사회를 소집할 수 있다. 법원은 민법상 법인의 이사회 소집을 허가할 법률상 근거가 없고, 다만 이사회 결의의 효력에 관하여 다툼이 발생하면 소집절차의 적법 여부를 판단할 수 있을 뿐이다.
- [3] 사단법인의 소수사원이 이사에게 요건을 갖추어 임시총회의 소집을 요구하였으나 2주간 내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 경우 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있도록 규정한 민법 제70조 제3항은, 사단법인의 최고의결기관인 사원총회의 구성원들이 사원권에 기초하여 일정한 요건을 갖추어 최고의결기관의 의사를 결정하기 위한 회의의 개최를 요구하였는데도 집행기관인 이사가 절차를 밟지 아니하는 경우에 법원이 후견적 지위에서 소수사원의 임시총회 소집권을 인정한 법률의 취지를 실효성 있게 보장하기 위한 규정이다. 따라서 위 규정을 구성과 운영의 원리가 다르고 법원이 후견적 지위에서 관여하여야 할 필요성을 달리하는 민법상 법인의 집행기관인 이사회 소집에 유추적용할 수 없다.

8 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결〔임금〕 30

근로계약에서 정한 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지 판단하는 기준

근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간을 말하고, 휴게시간이란 근로시간 도중에 사용자의 지휘·감독으로부터 해방되어 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 시간을 말한다. 따라서 근로자가 작업시간 도중에 실제로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면 시간이라 하더라도 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니라 실질적으로 사용자의 지휘·감독을 받고 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다고 보아야 한다. 근로계약에서 정한 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니다. 이는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있

는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다.

9 2017. 12. 5. 선고 2014다227492 판결 [사용료] 32

[1] 등기가 되지 않는 채권적 토지사용권이 대지사용권이 될 수 있는지 여부(적극) 및 사후에 효력을 상실하여 소멸한 토지사용권이 전유부분을 위한 대지사용권이 될 수 있는지 여부(소극)

[2] 주택사업공제조합이 甲 주식회사가 신축하는 아파트에 관하여 주택분양보증계약을 체결하면서 분양보증의 이행을 목적으로 아파트 대지 등을 주택사업공제조합에 신탁하기로 하는 내용의 신탁계약을 체결하였고, 甲 회사의 부도로 乙 주식회사가 이를 승계하였으나, 乙 회사도 부도를 내면서 주택사업공제조합을 승계한 대한주택보증 주식회사가 주택분양보증계약에 따라 아파트를 직접 완공하고 소유권보존등기를 마쳤는데, 乙 회사의 부도 후 乙 회사가 아파트 부지 중 일부 토지 지상에 신축하고 있던 상가에 관하여 가압류등기의 촉탁을 원인으로 한 소유권보존등기가 乙 회사 앞으로 마쳐졌고, 그 후 丙 등이 상가의 각 전유부분을 취득한 사안에서, 대한주택보증 주식회사의 사업 중지 요구에 따라 乙 회사의 신탁부동산에 대한 사용권이 소멸하였다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 갖는 권리로서 반드시 대지에 대한 소유권과 같은 물권에 한정되는 것은 아니고 등기가 되지 않는 채권적 토지사용권도 대지사용권이 될 수 있다. 그러나 대지사용권은 권리로서 유효하게 존속하고 있어야 하므로 사후에 효력을 상실하여 소멸한 토지사용권은 더 이상 전유부분을 위한 대지사용권이 될 수 없다.

[2] 주택사업공제조합이 甲 주식회사가 신축하는 아파트에 관하여 주택분양보증계약을 체결하면서 분양보증의 이행을 목적으로 아파트 대지 등을 주택사업공제조합에 신탁하기로 하는 내용의 신탁계약을 체결하였고, 甲 회사의 부도로 乙 주식회사가 이를 승계하였으나, 乙 회사도 부도를 내면서 주택사업공제조합을 승계한 대한주택보증 주식회사가 주택분양보증계약에 따라 아파트를 직접 완공하고 소유권보존등기를 마쳤는데, 乙 회사의 부도 후 乙 회사가 아파트 부지 중 일부 토지 지상에 신축하고 있던 상가에 관하여 가압류등기의 촉탁을 원인으로 한 소유권보존등기가 乙 회사 앞으로 마쳐졌고, 그 후

丙 등이 상가의 각 전유부분을 취득한 사안에서, 상가에 관하여 乙 회사 앞으로 소유권보존등기가 마쳐진 무렵 신축자인 乙 회사의 구분소유권이 성립하였고, 신탁계약에 따라 乙 회사가 토지를 사용할 권리를 보유하고 있었으므로 대지사용권도 성립하였다고 볼 수 있으나, 위 주택분양보증계약 및 신탁계약의 내용을 종합하여 보면, 수탁자가 위탁자의 부도 등으로 분양계약서에 의한 계약이행이 불가능하다고 인정하는 경우에는 시행 중인 사업의 중지를 요구할 수 있고, 위탁자는 이에 응하여야 하므로, 수탁자의 사업 중지 요구가 있으면 위탁자의 신탁부동산에 대한 사용권은 소멸한다고 봄이 타당하고, 이처럼 사후에 효력을 상실하여 소멸한 토지사용권은 더 이상 상가의 전유부분을 위한 대지사용권이 될 수 없는데, 대한주택보증 주식회사가 아파트 공사를 인수하여 진행할 무렵 위탁자인 乙 회사에 대하여 사업 중지 요구를 하여 乙 회사의 신탁부동산에 대한 사용권도 소멸하였다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

10 2017. 12. 5. 선고 2015다1277 판결〔부당이득금반환〕 36

- [1] 고속도로 등 고속국도가 사업시행자가 이주대책대상자에게 제공하여야 하는 생활기본시설에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 사업시행자가 전기, 가스, 난방 등을 공급하는 자에게 시설 용지를 택지조성원가 이상으로 유상공급한 경우, 용지비가 생활기본시설 설치비용에 포함되는지 여부(소극)
- [3] 광역교통시설 부담금이 생활기본시설 설치비용에 해당하는지 여부(소극)
- [4] 택지조성원가 중 조성비에 계상된 항목의 비용이 생활기본시설 설치비용에 포함되기 위한 요건과 범위 및 그 증명책임의 소재(=생활기본시설 설치비용임을 주장하는 측)
- [5] 사업시행자가 이주대책대상자에게 생활기본시설로서 제공하여야 하는 도로에 ‘사업시행자가 공익사업지구 안에 설치하는 도로로서 해당 사업지구 안의 주택단지 등의 입구와 사업지구 밖에 있는 도로를 연결하는 기능을 담당하는 도로’가 포함되는지 여부(원칙적 적극)
- [1] 사업시행자가 이주대책대상자에게 생활기본시설로서 제공하여야 하는 도로에 는 그 길이나 폭에 불구하고 구 주택법(2009. 2. 3. 법률 제9405호로 개정되기 전의 것) 제2조 제8호(현행 주택법 제2조 제17호와 같다)에서 정한 간선시설에 해당하는 도로, 즉 주택단지 안의 도로를 해당 주택단지 밖에 있는 동종의 도로에 연결시키는 도로가 포함된다. 그러나 도로가 사업지구 안의 주택

단지 등이 제 기능을 발휘하고 전체 주민들이 통행하는 데 필수적인 시설이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있으면 생활기본시설에 포함된다고 볼 수 없다. 고속도로 등 고속국도는 일반적으로 위와 같은 간선시설에 해당하지 않아 생활기본시설로 볼 수 없다.

[2] 사업시행자가 전기, 가스, 난방 등을 공급하는 자에게 시설 용지를 택지조성 원가 이상으로 유상공급하였다면 그 용지비가 분양대금에 전가되었다고 볼 수 없으므로, 이를 생활기본시설 설치비용에 포함시켜서는 안 된다.

[3] 대도시권에서만 부과되는 광역교통시설 부담금은 대도시권 광역교통시설의 건설과 개량을 위한 것이므로 대도시권 내 택지와 주택의 가치를 상승시키는 데 드는 비용을 시·도지사가 사업시행자에게 부담시키는 것이다. 대도시권 내의 이주주택지를 공급받는 이주대책대상자들도 광역교통시설의 건설과 개량에 따른 이익을 얻는다. 따라서 광역교통시설 부담금은 이주대책대상자에게 생활의 근거로 제공되어야 할 생활기본시설 설치비용에 해당한다고 볼 수 없다.

[4] 택지조성원가 중 조성비에 계상된 항목의 비용은 비용 지출과 생활기본시설 설치의 관련성, 즉 생활기본시설 설치를 위하여 그 비용이 지출된 것으로 인정되어야만 전부 또는 총사업면적에 대한 생활기본시설 설치면적의 비율 범위 내에서 생활기본시설 설치비용에 포함되고, 관련성의 증명책임은 그 항목의 비용이 생활기본시설 설치비용임을 주장하는 측에 있다.

[5] 사업시행자가 공익사업지구 안에 설치하는 도로로서 해당 사업지구 안의 주택단지 등의 입구와 사업지구 밖에 있는 도로를 연결하는 기능을 담당하는 도로는 특별한 사정이 없는 한 사업지구 내 주택단지 등이 제 기능을 발휘하고 전체 주민들이 통행하는 데 필수적인 시설로서 사업시행자가 이주대책대상자에게 생활기본시설로서 제공하여야 하는 도로에 포함된다.

11 2017. 12. 5. 선고 2015다4238 판결 [공사대금] 41

하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조에 따른 하도급대금 직접지급사유 발생 전에 원사업자의 발주자에 대한 채권이 원사업자의 제3채권자에 의한 가압류 등으로 집행보전된 경우, 그 이후 직접지급사유가 발생하면 집행보전된 채권에 해당하는 금액에 대하여 수급사업자에게 직접지급청구권이 발생하는지 여부(소극) / 이러한 법리가 가압류 또는 압류명령의 당사자 사이에서만 상대적으로 발생하는지 여부(소극) 및 위 법리가 가압류 등이 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금채권의 실현을 위하여 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극) / 하도급대금 직접지급사유 발생 전에 오로지 수급사업자의 신청에 의해서만

원사업자의 발주자에 대한 공사대금채권이 가압류된 경우, 그 이후 직접지급사유가 발생하면 수급사업자의 직접지급청구권이 발생하는지 여부(원칙적 소극)

하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다)에 직접지급사유 발생 전에 이루어진 강제집행 또는 보전집행의 효력을 배제하는 규정은 없으므로, 하도급법 제14조에 의한 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 전에 원사업자의 제3채권자가 원사업자의 발주자에 대한 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접지급사유에도 불구하고 집행보전된 채권은 소멸하지 아니한다. 따라서 위와 같이 압류 등으로 집행보전된 채권에 해당하는 금액에 대하여는 수급사업자에게 직접지급청구권이 발생하지 아니한다.

이러한 압류 등 집행보전과 하도급법상 직접지급청구권의 관계에 관한 법리는 원사업자의 재산을 둘러싼 여러 채권자들의 이해관계 조정의 문제를 법률관계 당사자의 지위에 따라 상대적으로 처리하기보다는 이를 일률적으로 간명하게 처리하는 것이 바람직하다는 점을 고려하여 인정되는 것이므로, 가압류 또는 압류 명령의 당사자 사이에서만 상대적으로 발생하는 것이라고 볼 수 없다. 또한 이러한 법리는 원사업자의 발주자에 대한 채권에 관한 가압류 등이 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금채권의 실현을 위하여 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용된다. 즉 하도급법 제14조에 의한 하도급대금 직접지급사유가 발생하기 전에 오로지 수급사업자의 신청에 의해서만 원사업자의 발주자에 대한 공사대금채권이 가압류된 경우 등에도, 직접지급사유 발생 전에 가압류 등에 따른 집행보전의 효력이 집행해제나 집행취소 등의 사유로 실효되지 않는 한, 집행보전된 채권은 소멸하지 아니하고 수급사업자의 발주자에 대한 직접지급청구권도 발생하지 아니한다.

12 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결 [소유권이전등기] 44

[1] 부동산에 관하여 부부간의 명의신탁 약정에 따른 등기가 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조의 조세 포탈 등의 목적이 있다는 이유로 무효라는 점에 관한 증명책임의 소재(=등기가 무효임을 주장하는 자) / 이때 ‘조세 포탈 등의 목적’이 있는지 판단하는 방법 / 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조의 ‘강제집행의 면탈’을 목적으로 한 명의신탁에 해당하기 위한 요건 및 부부간의 명의신탁 당시에 막연한 장래에 채권자가 집행할 가능성을 염두에 두었다는 것만으로 강제집행 면탈의 목적을 인정할 수 있는지 여부 (소극)

[2] 현재의 등기명의인이 아닌 자를 상대로 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유

권이전등기청구를 할 수 있는지 여부(소극)

- [1] 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)은 명의신탁약정과 그에 따른 등기를 원칙적으로 무효로 하되(제4조), 부부간의 명의신탁이 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피(이하 ‘조세 포탈 등’이라 한다)를 목적으로 하지 않는 경우에 이를 허용하는 특례를 인정하고 있다(제8조 제2호). 따라서 부부간에는 조세 포탈 등의 목적이 없는 명의신탁약정과 그에 따른 등기의 효력(제4조), 과징금(제5조), 이행강제금(제6조), 벌칙(제7조), 기존 명의신탁의 실명등기의무 위반의 효력(제12조)에 관한 부동산실명법 규정이 적용되지 않는다.

부동산실명법 제8조의 내용과 문장 구조에 비추어 보면, 부동산에 관하여 부부간의 명의신탁 약정에 따른 등기가 있는 경우 그것이 조세 포탈 등을 목적으로 한 것이라는 점은 예외에 속한다. 따라서 이러한 목적이 있다는 이유로 등기가 무효라는 점은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.

위 규정에서 ‘조세 포탈 등의 목적’은 명의신탁약정과 그에 따른 등기의 효력을 가리는 기준이 될 뿐만 아니라 과징금·이행강제금의 부과 요건, 형벌조항의 범죄구성요건에 해당한다. 이러한 목적이 있는지는 부부간의 재산관리 관행을 존중하려는 특례규정의 목적과 취지, 부부의 재산관계와 거래의 안전에 미치는 영향, 조세 포탈 등의 행위를 처벌하는 다른 형벌조항과의 체계적 연관성 등을 고려하여 판단하여야 한다.

한편 부동산실명법 제8조의 ‘강제집행의 면탈’을 목적으로 한 명의신탁에 해당하려면 민사집행법에 따른 강제집행 또는 가압류·가처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인 상태, 즉 채권자가 본안 또는 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있는 상태에서 한쪽 배우자가 상대방 배우자에게 부동산을 명의신탁함으로써 채권자가 집행할 재산을 발견하기 곤란하게 할 목적이 있다고 인정되어야 한다. 부부간의 명의신탁 당시에 막연한 장래에 채권자가 집행할 가능성을 염두에 두었다는 것만으로 강제집행 면탈의 목적을 선불리 인정해서는 안 된다.

- [2] 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 따라 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로서, 현재의 등기명의인을 상대로 하여야 하고 현재의 등기명의인이 아닌 자는 피고적격이 없다.

13 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결 [장부와서류등의열람·등사청구] 48

타인 명의로 주식을 인수한 경우, 누가 주주인지 결정하는 기준과 방법

상법 제332조 제1항은 가설인(假設人)의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 자는 주식인수인으로서의 책임이 있다고 정하고, 제2항은 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 자는 그 타인과 연대하여 납입할 책임이 있다고 정한다. 이처럼 상법은 가설인(이는 현실로는 존재하지 않고 외형만을 꾸며낸 사람을 가리킨다)이나 타인의 이름으로 주식을 인수할 수도 있다는 것을 전제로 납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 규정을 두고 있지 않다.

타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 누가 주주인지는 결국 주식인수를 한 당사자를 누구로 볼 것인지에 따라 결정하여야 한다. 발기설립의 경우에는 발기인 사이에, 자본의 증가를 위해 신주를 발행할 경우에는 주식인수의 청약자와 회사 사이에 신주를 인수하는 계약이 성립한다. 이때 누가 주식인수인이고 주주인지는 결국 신주인수계약의 당사자 확정 문제이므로, 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 법리를 따르되, 주식인수계약의 특성을 고려하여야 한다.

발기인은 서면으로 주식을 인수하여야 한다(상법 제293조). 주식인수의 청약을 하고자 하는 자는 주식청약서 2통에 인수할 주식의 종류·수와 주소를 기재하고 기명날인하거나 서명하여야 한다(상법 제302조 제1항, 제425조). 이와 같이 상법에서 주식인수의 방식을 정하고 있는 이유는 회사가 다수의 주주와 관련된 법률 관계를 형식적이고도 획일적인 기준으로 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위한 것이다. 주식인수계약의 당사자를 확정할 때에도 이러한 특성을 충분히 반영하여야 한다.

타인 명의로 주식을 인수하는 경우에 주식인수계약의 당사자 확정 문제는 다음과 같이 두 경우로 나누어 살펴보아야 한다.

첫째, 가설인 명의로 또는 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수하는 약정을 한 경우이다. 가설인은 주식인수계약의 당사자가 될 수 없다. 한편 타인의 명의로 주식을 인수하면서 그 승낙을 받지 않은 경우 명의자와 실제로 출자를 한 자(이하 ‘실제 출자자’라 한다) 중에서 누가 주식인수인인지 문제 되는데, 명의자는 원칙적으로 주식인수계약의 당사자가 될 수 없다. 자신의 명의로 주식을 인수하는 데 승낙하지 않은 자는 주식을 인수하려는 의사도 없고 이를 표시한 사실도 없기 때문이다. 따라서 실제 출자자가 가설인 명의나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수하기로 하는 약정을 하고 출자를 이행하였다면, 주식인수계약의

상대방(발기설립의 경우에는 다른 발기인, 그 밖의 경우에는 회사)의 의사에 명백히 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다.

둘째, 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수하기로 약정한 경우이다. 이 경우에는 계약 내용에 따라 명의자 또는 실제 출자자가 주식인수인이 될 수 있으나, 원칙적으로는 명의자를 주식인수인으로 보아야 한다. 명의자와 실제 출자자가 실제 출자자를 주식인수인으로 하기로 약정한 경우에도 실제 출자자를 주식인수인이라고 할 수는 없다. 실제 출자자를 주식인수인으로 하기로 한 사실을 주식인수계약의 상대방인 회사 등이 알고 이를 승낙하는 등 특별한 사정이 없다면, 그 상대방은 명의자를 주식인수계약의 당사자로 이해하였다고 보는 것이 합리적이기 때문이다.

14 2017. 12. 5. 선고 2017다9657 판결〔건물명도등〕 53

[1] 처분문서에 나타난 당사자 의사의 해석 방법

[2] 판결서의 이유에 당사자의 모든 주장이나 공격방어방법에 관한 판단이 표시되어야 하는지 여부(소극) 및 법원의 판결에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않지만 판결 이유의 전반적인 취지로 주장의 인용 여부를 알 수 있는 경우 또는 실제로 판단을 하지 않았지만 주장이 배척될 것이 분명한 경우, 판단누락의 위법이 있는지 여부(소극)

[3] 2013. 8. 13. 법률 제12042호로 개정되어 같은 날부터 시행된 상가건물 임대차보호법 부칙 제2조의 ‘이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차’의 의미 및 개정 법률 시행 후에 임대차가 갱신되지 않고 기간만료 등으로 종료된 경우가 이에 포함되는지 여부(소극)

[1] 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 다툼이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 문언의 내용, 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정으로 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

[2] 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하면 되고 당사자의 모든 주장이나 공격·방어방법에 관하여 판단할 필요가 없다(민사소송법 제208조). 따라서 법원의 판결에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없다. 설

령 실제로 판단을 하지 않은 부분이 있더라도 주장이 배척될 것이 분명한 때에는 판결 결과에 영향이 없어 판단누락의 잘못을 이유로 파기할 필요가 없다.

- [3] 2013. 8. 13. 법률 제12042호로 개정되어 같은 날부터 시행된 상가건물 임대차보호법(이하 ‘상가임대차법’이라 한다)은 제10조 제1항부터 제3항까지의 규정에서 갱신요구권에 관하여 최초 임대차기간을 포함하여 5년을 초과하지 않는 범위에서 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구하면 제1항 단서에서 정하는 사유가 없는 한 갱신을 거절하지 못하고, 전 임대차와 같은 조건으로 다시 계약된 것으로 보도록 정하고 있다. 상가임대차법 제2조 제3항은 위 제10조 제1항, 제2항, 제3항 본문이 대통령령이 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 적용된다고 정하고, 부칙 제2조는 ‘이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다.’고 정하고 있다.

위 규정들의 문언, 내용과 체계에 비추어 부칙 제2조의 ‘이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차’는 위 개정 상가임대차법이 시행되는 2013. 8. 13. 이후 처음으로 체결된 임대차 또는 2013. 8. 13. 이전에 체결되었지만 2013. 8. 13. 이후 갱신되는 임대차를 가리킨다고 보아야 한다. 따라서 개정 법률 시행 후에 임대차가 갱신되지 않고 기간만료 등으로 종료된 경우는 이에 포함되지 않는다.

[15] 2017. 12. 5. 선고 2017다225978, 225985 판결〔채무부존재확인·부당이득금〕 58

- [1] 채무를 면하는 경우와 같이 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을 손실을 보지 않는 것이 부당이득이 성립하기 위한 요건인 ‘이익’에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 상계계약에서 한쪽 당사자의 채권이 불성립 또는 무효이어서 채무면제가 무효가 되면 상대방의 채무면제도 당연히 무효가 되는지 여부(적극) / 이때 상대방의 채권이 유효하게 존재하였던 경우, 채무자가 채무를 이행하지 않았다고 하여 법률상 원인 없이 채무를 면하는 이익을 얻었다고 볼 수 있는지 여부(소극) 및 상대방의 채권도 불성립 또는 무효이어서 존재하지 않았던 경우, 채무자가 채무를 면하는 이익을 얻었다고 볼 수 있는지 여부(소극)
- [1] 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 입힌 자는 그 이익을 반환하여야 한다(민법 제741조). 이러한 부당이득이 성립하기 위한 요건인 ‘이익’을 얻은 방법에는 제한이 없다. 가령 채무를 면하는 경우와 같이 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을

손실을 보지 않는 것도 이익에 해당한다.

- [2] 상계계약은 당사자 사이에 서로 대립하는 채권이 유효하게 존재하는 것을 전제로 서로 채무를 대등액 또는 대등의 평가액에 관하여 면제시키는 것을 내용으로 하는 계약이다. 두 채권의 소멸은 서로 인과관계가 있으므로 한쪽 당사자의 채권이 불성립 또는 무효이어서 그 면제가 무효가 되면 상대방의 채무면제도 당연히 무효가 된다. 이때 상대방의 채권이 유효하게 존재하였던 경우라면, 그 채권은 여전히 존재하는 것이 되므로 채무자는 그 채무를 이행할 의무를 부담한다. 채무자가 이를 이행하지 않았다고 하더라도 그가 법률상 원인 없이 채무를 면하는 이익을 얻었다고 볼 수 없다. 그리고 상대방의 채권도 불성립 또는 무효이어서 존재하지 않았던 경우라면, 채무자는 부존재하는 채무에 관하여 무효인 채무면제를 받은 것에 지나지 않으므로 채무를 이행할 의무도 없고 채무를 면하는 이익을 얻은 것도 아니다.

16 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결〔소유권말소등기〕 62

- [1] 판결 이유에 청구가 이유 없다고 설시되어 있더라도 주문에 그 설시가 없는 경우, 재판의 누락에 해당하는지 여부(원칙적 적극) 및 재판의 누락이 있는 부분에 대한 상고가 적법한지 여부(소극)
- [2] 취득시효 완성 후 제3자 앞으로 경료된 소유권이전등기가 원인무효인 경우, 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가진 자가 취득시효 완성 당시의 소유자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 수 있는지 여부(적극) 및 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 부동산처분금지가처분 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 가처분채무자를 상대로 가처분의 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 청구함과 아울러 가처분 등기 후 가처분채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자를 상대로 가처분채무자와 제3자 사이의 법률행위가 원인무효라는 사유를 들어 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우, 제3자에 대한 청구가 소의 이익이 없어 부적법한지 여부(소극)
- [1] 판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 되어 있어 재판의 누락이 있는지 여부는 주문의 기재에 의하여 판정하여야 하므로, 판결 이유에 청구가 이유 없다고 설시되어 있더라도 주문에 그 설시가 없으면 특별한 사정이 없는 한 재판의 누락이 있다고 보아야 하며, 재판의 누락이 있으면 그 부분 소송은 아직 원심에 계속 중이어서 상고의 대상이 되지 아니하므로, 그 부분에 대한 상고는 불복의 대상이 존재하지 아니하여 부적법하다.

[2] 취득시효 완성 후 제3자 앞으로 경료된 소유권이전등기가 원인무효인 경우 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가진 자는 취득시효 완성 당시의 소유자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 수 있다. 한편 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 부동산처분금지가처분 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 가처분채무자를 상대로 가처분의 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 청구함과 아울러 가처분 등기 후 가처분채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자를 상대로 가처분채무자와 제3자 사이의 법률행위가 원인무효라는 사유를 들어 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우, 가처분채권자가 채무자를 상대로 본안의 승소판결을 받아 확정되면 가처분에 저촉되는 처분행위의 효력을 부정할 수 있다고 하여, 그러한 사정만으로 위와 같은 제3자에 대한 청구가 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없다. 가처분채권자가 대위 행사하는 가처분채무자의 위 제3자에 대한 말소청구권은 가처분 자체의 효력과는 관련이 없을 뿐만 아니라, 가처분은 실체법상의 권리관계와 무관하게 효력이 상실될 수도 있어, 가처분채권자의 입장에서는 가처분의 효력을 원용하는 외에 별도로 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 실익도 있기 때문이다.

[17] 2017. 12. 5.자 2017마5687 결정 (파산선고) 66

채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제294조 제1항에서 채권자가 파산신청을 할 수 있도록 정한 취지 / 파산신청이 ‘파산절차의 남용’에 해당하는지 판단하는 방법 / 채권자가 파산절차에 따른 정당한 이익이 없는데도 파산신청을 하는 것이 파산절차의 남용에 해당하는지 여부(적극) 및 채권자에게 파산절차에 따른 정당한 이익이 있는지 판단할 때 고려하여야 할 사항

파산절차는 기본적으로 채무자 재산의 환가와 배당을 통하여 채권자의 권리를 공평하게 실현하는 것을 목적으로 하는 절차이다. 채무자에게 파산원인이 있는 경우에 채권자는 파산절차를 통하여 자신의 권리를 실현하는 것이 원칙이다. 이에 따라 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)은 제294조 제1항에서 채권자 또는 채무자가 파산신청을 할 수 있다고 정하고, 제305조부터 제307조까지 파산원인을 정하고 있다. 파산신청을 채무자에게만 맡겨 둔다면 파산원인이 있는데도 채무자가 파산을 신청하지 않아 파산절차에 따른 채권자의 잠재적 이익이 상실될 수 있다. 그리하여 채권자 스스로 적당한 시점에서 파산절차를 개시할 수 있도록 채권자도 파산신청을 할 수 있다는 명시적 규정을 둔 것이다.

그러나 파산절차의 남용은 파산신청 기각사유이다(채무자회생법 제309조 제2항). 파산절차의 남용은 권리남용금지 원칙의 일종으로서, 파산신청이 ‘파산절차의 남용’에 해당하는지는 파산절차로 말미암아 채권자와 채무자를 비롯한 이해관계인에게 생기는 이익과 불이익 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 가령 채권자가 파산절차를 통하여 배당받을 가능성이 전혀 없거나 배당액이 극히 미미할 것이 예상되는 상황에서 부당한 이익을 얻기 위하여 채무자에 대한 위협의 수단으로 파산신청을 하는 경우에는 채권자가 파산절차를 남용한 것에 해당한다. 이처럼 파산절차에 따른 정당한 이익이 없는데도 파산신청을 하는 것은 파산제도의 목적이나 기능을 벗어난 것으로 파산절차를 남용한 것이다.

이때 채권자에게 파산절차에 따른 정당한 이익이 있는지를 판단하는 데에는 파산신청을 한 채권자가 보유하고 있는 채권의 성질과 액수, 전체 채권자들 중에서 파산신청을 한 채권자가 차지하는 비중, 채무자의 재산상황 등을 고려하되, 채무자에 대하여 파산절차가 개시되면 파산관재인에 의한 부인권 행사, 채무자의 이사 등에 대한 책임추궁 등을 통하여 파산재단이 증가할 수 있다는 사정도 감안하여야 한다. 이와 함께 채권자가 파산신청을 통해 궁극적으로 달성하고자 하는 목적 역시 중요한 고려 요소가 될 수 있다.

가 사

18 2017. 11. 20.자 2017오519 결정 (이행명령) 70

가사소송법 제64조에서 정한 이행명령의 의미 및 이행명령에 의무이행의 기간을 정하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

가사소송법 제64조는 가정법원은 판결, 심판, 조정조서, 조정을 갈음하는 결정 또는 양육비부담조서(성질상 재판상 화해, 화해권고결정도 포함된다고 할 것이다. 이하 ‘판결 등’이라고 한다)에 따라 금전의 지급 등 재산상의 의무, 유아의 인도 의무, 자녀와의 면접교섭 허용 의무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 따라 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 가정법원은 이러한 이행명령을 위반한 사람에게 과태료를 부과할 수 있고(같은 법 제67조 제1항), 일정한 경우에는 감치를 명할 수 있다(같은 법 제68조 제1항). 이처럼 이행명령은 판결 등에 따라 확정되어 있는 의무의 내용을 변경하거나 새로운 의무를 창설하는 것은 아니지만 재산상의 의무 등 일정한 가사채무를 과태료·감치를 통한 간접강제의 수단을 통하여 실현하는 것을 목적으로 하고 있는 가사소송법상의 이

행확보제도이다. 따라서 과태료 부과 또는 감치를 명하기 위해서는 의무자가 이행명령을 위반하였음을 전제로 하고, 의무자의 이행명령 위반 여부를 판단하기 위해서는 의무를 이행하기 위한 기간을 명확하게 정하는 것이 필요하다. 가사소송법 제64조가 ‘일정한 기간 내’에 의무를 이행할 것을 명할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것도 그러한 취지이다. 그러므로 이행명령에는 특별한 사정이 없는 한(자녀와의 면접교섭의 경우 그 시기에 관하여 판결 등에서 통상 정기적인 면접교섭으로 하고 있어 이행명령에 따른 의무의 이행기간이 이미 설정되어 있다고 볼 수 있으므로 그러한 경우 이행명령에서 또다시 의무이행의 기간을 설정할 필요성은 그다지 크지 않다) 의무이행의 기간을 정하여야 한다.

일반행정

19 2017. 11. 23. 선고 2017두46271 판결 [도선사업면허처분등취소청구] …… 71

해운법에 따른 여객선이 운항되지 않던 해역에서 도선사업 면허를 받은 도선사업자가 사업을 영위하던 중에 동일 항로에 관하여 해운법에 따른 여객선 운항이 새롭게 개시된 경우, 그 항로에 관하여 추가로 신규 도선사업 면허를 할 수 있는지 여부(소극) 및 기존 도선사업자에 대하여 증선 등을 내용으로 한 면허사항 변경을 승인하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 소극)

유선 및 도선 사업법(이하 ‘도선사업법’이라 한다) 제2조 제2호, 제3조, 제8조 제2항, 유선 및 도선 사업법 시행령 제2조, 제7조 제2항 제1호, 유선 및 도선 사업법 시행규칙 제3조 제4항의 내용과 체계 등을 종합하여 보면, 도선사업은 해운법에 따른 여객선이 운항되지 않는 해역에서 비교적 가까운 거리의 해상교통수요를 보충적으로 충족시켜 주기 위한 영업형식으로서, 해운법에 따른 여객선이 운항하지 않는 해역임을 전제로 면허가 부여될 뿐 아니라, 영업의 내용이나 방식이 해운법에 따른 해상여객운송사업자의 영업권을 침해할 우려가 없을 것을 전제로 한다.

따라서 해운법에 따른 여객선이 운항되지 않던 해역에서 도선사업 면허를 받은 도선사업자가 사업을 영위하던 중에 동일 항로에 관하여 해운법에 따른 여객선 운항이 새롭게 개시되었다면, 그 여객선 운항으로 기존에 부여된 도선사업 면허의 효력에까지 영향을 미친다고 볼 수는 없지만, 이후 그 항로에 관하여 추가로 신규 도선사업 면허를 할 수는 없다. 나아가 도선사업의 경우 영업시간 내의 운항횟수, 운항간격에 대하여는 원칙적으로 별다른 규제를 받지 않으므로 기존 도선사업자에 대하여 증선 등을 내용으로 한 면허사항 변경을 승인하는 것은 실

질적으로는 추가 면허를 하는 것과 같으므로 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다. 이렇게 새기는 것이 도선사업의 영업 내용과 방식이 해운법에 따른 해상 여객운송사업자의 영업권을 침해할 우려가 없어야 함을 전제로 하는 도선사업법령의 취지에도 부합한다.

20 2017. 11. 29. 선고 2014두13232 판결 [수질초과배출부과금부과처분취소] …… 75

- [1] 구 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 시행령 제49조 제2항 [별표 16]에서 초과배출부과금 산정 요소 중 하나로 정한 ‘배출허용기준 위반횟수별 부과계수’의 ‘위반횟수’는 수질오염물질의 종류를 불문하고 개선명령 등을 받은 위반행위의 횟수를 의미하는지 여부(적극)
- [2] 폐수배출시설로부터 배출되는 수질오염물질의 공동처리를 위하여 공동방지지설이 설치되고 사업장별 폐수배출량 및 수질오염물질 농도를 측정할 수 없는 경우, 사업자들이 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 시행규칙 제45조 제1항 제6호에 따라 제출한 ‘공동방지지설의 운영에 관한 규약’에서 정해진 ‘사업장별 배출부과금 부담비율’에 근거하여 행정청이 각 사업자들에게 한 배출부과금 부과처분이 위법한지 여부(원칙적 소극)
- [3] 수질오염물질에 대한 공동방지지설의 운영기구가 중소기업협동조합법상 협동조합인 경우, 그 규약 중 ‘사업장별 배출부과금 부담비율을 정하는 조항’이 중소기업중앙회 회장의 승인 대상인 ‘조합원에게 의무를 부과하는 사항’에 해당하는지 여부(소극)
- [1] 구 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(2013. 7. 30. 법률 제11979호로 개정되기 전의 것) 제41조 제1항 제2호 (가)목, 구 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 시행령(2013. 12. 30. 대통령령 제25045호로 개정되기 전의 것) 제45조 제1항, 제49조 제2항 [별표 16] 제1호 (가)목 및 (나)목의 체계 및 내용과 오염물질 등의 배출전력이 있는 경우에는 부과금의 부과율을 누진적용하려는 위반횟수별 부과계수 제도의 취지를 종합하면, 배출허용기준 위반횟수별 부과계수의 ‘위반횟수’는 위반행위로 개선명령·조업정지명령·허가취소·사용중지명령 또는 폐쇄명령을 받은 경우 수질오염물질의 종류를 불문하고, 위반행위의 횟수를 의미한다.
- [2] 구 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(2013. 7. 30. 법률 제11979호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항, 제4항, 제6항, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 시행규칙 제45조 제1항 제6호, 제2항의 취지는 폐수배출시설로부터 배출되는 수질오염물질의 공동처리를 위한 공동방지지설을 설치할 경우 각 사업장별 폐수배출량 및 수질오염물질 농도를 정확하게 측정하기가 어려울 수 있으므로

로, 사업자들이 자율적으로 배출부과금 부담비율을 정할 경우 행정청이 이를 존중하여, 공동방지사설에서 배출된 총 수질오염물질에 대하여 산정한 배출 부과금을 사업자들이 정한 부담비율에 따라 각 사업자별로 분담시켜 부과금을 부과할 수 있도록 함으로써, 배출부과금 산정에서의 편의와 적정성을 도모하려는 것으로 볼 수 있다.

따라서 사업자들이 폐수배출시설로부터 배출되는 수질오염물질의 공동처리를 위하여 공동방지사설을 설치하였고, 사업장별 폐수배출량 및 수질오염물질 농도를 측정할 수 없는 경우, 행정청이 사업자들이 제출한 ‘공동방지사설의 운영에 관한 규약’에서 정해진 ‘사업장별 배출부과금 부담비율’에 근거하여 각 사업자들에게 배출부과금을 부과하였다면, 그 규약에서 정한 분담기준이 현저히 불합리하다는 등 특별한 사정이 없는 이상, 이러한 배출부과금 부과처분이 위법하다고 볼 수는 없다.

- [3] 중소기업협동조합법 제30조 제1항 제1호, 제2호, 제3호, 제130조 제1항 제4호, 제3항, 제136조, 중소기업협동조합법 시행령 제42조 제2항 제3호의 내용 및 체계에 더하여, 주무관청의 규약에 대한 승인은 협동조합의 조직 및 운영에 있어서 공익성·합리성을 보장하고, 협동조합과 조합원 상호 간의 이해관계를 조율하기 위하여 협동조합에 대한 감독권한의 일환으로 인정되는 제도인 점 등을 종합하면, 폐수배출시설로부터 배출되는 수질오염물질의 공동처리를 위한 공동방지사설의 운영기구가 중소기업협동조합법상 협동조합이라면, 그 규약 중 ‘사업장별 배출부과금 부담비율을 정하는 조항’은 부과 행정청과 사업자들 사이에서 배출부과금 부과처분의 기준이 될 수 있을 따름이고, 그 자체에 의하여 조합원들의 권리·의무관계를 발생·확정시키는 성격의 것으로 볼 수는 없으므로, 그 규약 조항이 중소기업중앙회 회장의 승인 대상인 ‘조합원에게 의무를 부과하는 사항’에 해당한다고 볼 수는 없다.

[21] 2017. 12. 5. 선고 2016두42913 판결 [난민불인정결정취소] 81

- [1] 출입국관리법이 난민 인정 거부 사유를 서면으로 통지하도록 규정한 취지 및 난민 인정에 관한 신청을 받은 행정청이 법령이 정한 난민 요건과 무관한 다른 사유만을 들어 난민 인정을 거부할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 난민 인정 요건인 ‘특정 사회집단의 구성원인 신분을 이유로 한 박해’에서 ‘특정 사회집단’과 외국인이 받을 ‘박해’의 의미
- [3] ‘여성 할례’(Female genital mutilation)가 특정 사회집단의 구성원이라는 이유로 가해지는 ‘박해’에 해당하는지 여부(적극) / 난민신청인이 국적국으로 송환될 경우 본인 의사에 반하여 여성 할례를 당하게 될 위험이 있음에도 국적국으

로부터 충분한 보호를 기대하기 어려운 경우, 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 국적국의 보호를 받을 수 없는 경우에 해당하는지 여부(적극) / 여기에서 ‘여성 할례를 당하게 될 위험’의 의미 및 여성 할례를 당하게 될 개별적·구체적인 위험이 있다는 점을 판단하는 방법

- [1] 구 출입국관리법(2012. 2. 10. 법률 제11298호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제76조의2 제3항, 제4항 및 구 출입국관리법 시행령(2013. 6. 21. 대통령령 제24628호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제88조의2에 따르면, 난민 인정에 관한 신청을 받은 행정청은 난민 신청자에 대하여 면접을 하고 사실을 조사하여 이를 토대로 난민 인정 여부를 심사하며, 심사 결과 난민으로 인정하지 아니하는 경우에는 신청자에게 서면으로 사유를 통지하여야 한다. 출입국관리법이 난민 인정 거부 사유를 서면으로 통지하도록 규정한 것은 행정청으로 하여금 난민 요건에 관한 신중한 조사와 판단을 거쳐 정당한 처분을 하도록 하고, 처분의 상대방에게 처분 근거를 제시하여 이에 대한 불복신청에 편의를 제공하며, 나아가 이에 대한 사법심사의 심리범위를 명확하게 하여 이해관계인의 신뢰를 보호하고 절차적 권리를 보장하기 위한 것이다.

구 출입국관리법 제2조 제3호, 제76조의2 제1항, 제3항, 제4항, 구 출입국관리법 시행령 제88조의2, 난민의 지위에 관한 협약 제1조, 난민의 지위에 관한 의정서 제1조의 문언, 체계와 입법 취지를 종합하면, 난민 인정에 관한 신청을 받은 행정청은 원칙적으로 법령이 정한 난민 요건에 해당하는지를 심사하여 난민 인정 여부를 결정할 수 있을 뿐이고, 이와 무관한 다른 사유만을 들어 난민 인정을 거부할 수는 없다.

- [2] 난민 인정 요건인 ‘특정 사회집단의 구성원인 신분을 이유로 한 박해’에서 ‘특정 사회집단’이란 한 집단의 구성원들이 선천적 특성, 바꿀 수 없는 공통적인 역사, 개인의 정체성 및 양심의 핵심을 구성하는 특성 또는 신앙으로서 이를 포기하도록 요구해서는 아니 될 부분을 공유하고 있고, 이들이 사회환경 속에서 다른 집단과 다르다고 인식되고 있는 것을 말한다. 그리고 그 외국인이 받을 ‘박해’란 생명, 신체 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위를 의미한다.
- [3] ‘여성 할례’(Female genital mutilation)는 의료 목적이 아닌 전통적·문화적·종교적 이유에서 여성 생식기의 전부 또는 일부를 제거하거나 여성 생식기에 상해를 입히는 행위를 의미한다. 이는 여성의 신체에 대하여 극심한 고통을 수반하는 직접적인 위해를 가하고 인간의 존엄성을 침해하는 행위로서, 특정 사회집단의 구성원이라는 이유로 가해지는 ‘박해’에 해당한다. 따라서 난민신

청인이 국적국으로 송환될 경우 본인의 의사에 반하여 여성 할례를 당하게 될 위험이 있음에도 국적국으로부터 충분한 보호를 기대하기 어렵다는 사정이 인정된다면, 국적국을 벗어났으면서도 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없는 경우에 해당한다. 그리고 여기에서 ‘여성 할례를 당하게 될 위험’은 일반적·추상적인 위험의 정도를 넘어 난민신청인이 개별적·구체적으로 그러한 위험에 노출되어 있는 경우를 의미하고, 여성 할례를 당하게 될 개별적·구체적인 위험이 있다는 점은 난민신청인이 속한 가족적·지역적·사회적 상황에 관한 객관적인 증거에 의하여 합리적으로 인정되어야 한다.

22 2017. 12. 5. 선고 2016추5162 판결 [조례안재의결무효확인] 85

- [1] 지방의회에 의하여 재의결된 사항이 둘 이상의 부처와 관련되거나 주무부장관이 불분명하면 행정안전부장관이 재의요구 또는 제소를 지시하거나 직접 제소와 집행정지결정을 신청할 수 있도록 한 지방자치법 제172조 제8항의 규정 취지
- [2] 지방자치단체가 기관위임사무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사항이 자치사무인지 기관위임사무에 해당하는지 판단하는 기준
- [3] 법률의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항을 정한 조례의 효력(무효) / 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우, 지방자치단체가 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는지 여부(한정 적극)
- [4] 지방의회의 조례안 재의결 내용 전부가 아니라 일부만 위법한 경우, 대법원이 의결 전부의 효력을 부인하여야 하는지 여부(적극)
- [5] 교육부장관이 전자과 취약계층의 보호를 위해 경기도 내 유치원 및 초등학교 등을 전자과 안심지대로 지정하고 그곳에서는 누구든지 기지국을 설치할 수 없도록 하는 내용의 ‘경기도교육청 전자과 취약계층보호 조례안’에 대하여 법령에 반한다는 이유로 재의결을 요구하였으나 경기도의회가 원안대로 재의결한 사안에서, 위 조례안이 법률의 위임 없이 주민의 권리 제한에 관한 사항을 규정하였다는 이유로 효력을 인정할 수 없다고 한 사례
- [1] 지방의회에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 주무부장관이 지방자치단체의 장에게 대법원에 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다

(지방자치법 제172조 제4항). 다만 재의결된 사항이 둘 이상의 부처와 관련되거나 주무부장관이 불분명하면 행정안전부장관이 재의요구 또는 제소를 지시하거나 직접 제소와 집행정지결정을 신청할 수 있다(지방자치법 제172조 제8항). 이는 주무부처가 중복되거나 주무부장관이 불분명한 경우에 행정안전부장관이 소송상의 필요에 따라 재량으로 주무부장관의 권한을 대신 행사할 수 있다는 것일 뿐이고, 언제나 주무부장관의 권한행사를 배제하고 오로지 행정안전부장관만이 그러한 권한을 전속적으로 행사하도록 하려는 취지가 아니다.

- [2] 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다(헌법 제117조 제1항). 지방자치법 제22조, 제9조에 따르면, 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 따라 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한정된다. 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무가 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무에 관한 사항은 원칙적으로 조례의 제정범위에 속하지 않는다. 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무인지를 판단할 때 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만, 그 밖에도 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여야 한다.

- [3] 지방자치법 제22조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 따르면 지방자치단체가 조례를 제정할 때 내용이 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙적인 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다. 법률의 위임 없이 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항을 정한 조례는 효력이 없다.

그러나 법률에서 조례에 위임하는 방식에 관해서는 법률상 제한이 없다. 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이다. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있다. 따라서 조례에 대한 법률의 위임은 범규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없다. 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우에도 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다.

- [4] 조례안 일부가 법령에 위반되어 위법한 경우에 의결 일부에 대한 효력을 배

제하는 것은 결과적으로 전체적인 의결 내용을 변경하는 것으로 의결기관인 지방의회의 고유권한을 침해하는 것이 된다. 뿐만 아니라 일부만의 효력 배제는 자칫 전체적인 의결 내용을 지방의회의 당초 의도와는 다른 내용으로 변질시킬 우려가 있다. 또한 재의요구가 있는 때에는 재의요구에서 지적한 이의사항이 의결 일부에 관한 것이더라도 의결 전체가 실효되고 재의결만이 새로운 의결로서 효력이 생긴다. 따라서 의결 일부에 대한 재의요구나 수정 재의요구는 허용되지 않는다. 이러한 점들을 종합하면, 재의결 내용 전부가 아니라 일부만 위법한 경우에도 대법원은 의결 전부의 효력을 부인하여야 한다.

- [5] 교육부장관이 전자파 취약계층의 보호를 위해 경기도 내 유치원 및 초등학교 등을 전자파 안심지대로 지정하고 그곳에서는 누구든지 기지국을 설치할 수 없도록 하는 내용의 ‘경기도교육청 전자파 취약계층보호 조례안’에 대하여 법령에 반한다는 이유로 재의결을 요구하였으나 경기도의회가 원안대로 재의결한 사안에서, 위 조례안 중 지방자치단체의 공유재산이 아니고 초·중등교육법의 적용대상도 아닌 ‘사립유치원과 개인이 소유하거나 관리하는 복합 건물’에 관한 부분은 기지국 설치와 관련하여 기지국 설치자가 가지는 영업의 자유와 그 상대방이 가지는 계약의 자유를 제한할 수 있도록 조례에 위임하는 법령 규정이 존재하지 않으므로, 사립유치원과 복합 건물에 관하여 법률의 위임 없이 주민의 권리 제한에 관한 사항을 규정하다는 이유로 효력을 인정할 수 없다고 한 사례.

조 세

[23] 2017. 11. 29. 선고 2017두56681 판결〔취득세부과처분취소등청구의소〕…… 93

- [1] 고급오락장용 부동산 취득자가 취득 후 바로 고급오락장이 아닌 다른 용도로 이용하고자 하였으나 책임질 수 없는 장애로 취득 후 30일 이내에 용도변경공사를 착공하지 못하였고 장애가 해소되는 즉시 용도변경공사를 착공하려는 의사가 명백한 경우, 취득세 중과세율을 적용할 수 없는 정당한 사유가 있는지 여부(적극)
- [2] 甲이 무도유희주점으로 사용되던 부동산을 제2종 근린생활시설(스포츠센터) 등으로 사용할 목적으로 취득하고, 위 부동산에 관하여 일반세율을 적용하여 취득세 등을 신고·납부한 후 용도변경사용승인을 얻어 용도변경공사를 착공하려고 하였으나, 위 부동산에 대한 유치권을 주장하는 乙이 인도를 거부하여 용도변경공사를 착공하지 못하였는데, 관할관청이 甲이 고급오락장인 위

부동산을 취득한 날부터 30일 이내에 고급오락장이 아닌 다른 용도로 사용하거나 이를 위한 용도변경공사를 착공하지 않았고 재산세 과세기준일까지 고급오락장으로 이용되고 있다는 이유로, 甲에게 위 건물에 관하여 중과세율을 적용한 취득세와 재산세 등의 부과처분을 한 사안에서, 위 부동산의 취득에 대하여는 고급오락장 취득에 따른 취득세 중과세율을 적용할 수 없는 정당한 사유가 있고, 고급오락장용 부동산의 보유에 따른 재산세 중과세율 역시 적용할 수 없는 특별한 사정이 존재함에도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 고급오락장에 대한 취득세 등 중과세에 관한 구 지방세법(2016. 12. 27. 법률 제14475호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지방세법’이라 한다) 제13조 제5항 제4호, 제111조 제1항 제1호 (다)목 2) 및 제2호 (가)목의 입법 취지와 구 지방세법 제13조 제5항 제4호 단서를 포함한 관련 규정의 체계 등을 종합하면, 고급오락장 취득 전후의 객관적 사정에 비추어 취득자가 취득 후 바로 고급오락장이 아닌 다른 용도로 이용하고자 하였으나 책임질 수 없는 장애로 인하여 취득 후 30일 이내에 용도변경공사를 착공하지 못하였고, 그러한 장애가 해소되는 즉시 용도변경공사를 착공하려는 의사가 명백한 경우라면, 취득세 중과세율을 적용할 수 없는 정당한 사유가 있다고 보아야 한다. 이와 달리 납세의무자인 취득자와 무관하거나 그에게 책임지울 수 없는 사유로 인하여 구 지방세법 제13조 제5항 제4호 단서에서 정한 형식적 요건을 갖추지 못한 경우에만 일률적으로 중과세율을 적용하는 것은 고급오락장을 중과하는 본래의 입법 취지에 반할 뿐만 아니라 납세의무자의 예측가능성과 법적 안정성을 현저히 해칠 우려가 있다.
- [2] 甲이 무도유희주점으로 사용되던 부동산을 제2종 근린생활시설(스포츠센터) 등으로 사용할 목적으로 취득하고, 위 부동산에 관하여 일반세율을 적용하여 취득세 등을 신고·납부한 후 용도변경사용승인을 얻어 용도변경공사를 착공하려고 하였으나, 위 부동산에 대한 유치권을 주장하는 乙이 인도를 거부하여 용도변경공사를 착공하지 못하였는데, 관할관청이 甲이 고급오락장인 위 부동산을 취득한 날부터 30일 이내에 고급오락장이 아닌 다른 용도로 사용하거나 이를 위한 용도변경공사를 착공하지 않았고 재산세 과세기준일까지 고급오락장으로 이용되고 있다는 이유로, 甲에게 위 건물에 관하여 중과세율을 적용한 취득세와 재산세 등의 부과처분을 한 사안에서, 위 부동산의 취득 목적과 그에 따른 후속 용도변경공사의 착공이 늦어지게 된 경위 등에 비추어 보면, 甲이 위 부동산을 취득한 날부터 30일 이내에 용도변경공사를 착공하

지 못하였더라도 용도변경공사를 착공하지 못한 데에는 甲에게 책임지을 수 없는 장애가 있었고, 그러한 장애가 해소되자마자 곧바로 용도변경공사를 착공하려고 한 이상 위 부동산의 취득에 대하여는 고급오락장 취득에 따른 취득세 중과세율을 적용할 수 없는 정당한 사유가 있으며, 이와 같이 고급오락장용 부동산의 취득에 따른 취득세 중과세율을 적용할 수 없는 장애가 취득시점에 연이은 재산세 과세기준일까지 계속되었고, 그러한 장애사유가 없었다면 재산세 과세기준일에 용도변경공사가 이루어졌을 것으로 보이는 특별한 사정이 존재하므로 고급오락장용 부동산의 보유에 따른 재산세 중과세율 역시 적용할 수 없는 데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

특 허

24 2017. 11. 23. 선고 2015후321 판결〔거절결정(특)〕 97

특허출원인으로부터 특허를 받을 수 있는 권리를 양수한 특정승계인이 특허출원인변경신고를 하지 않은 상태에서 특허심판원의 거절결정 불복심판 심결에 대하여 취소의 소를 제기한 경우 취소의 소가 적법한지 여부(소극) 및 이는 특정승계인이 취소의 소를 제기한 후 특허출원인변경신고를 하였으나 그 변경신고 시기가 취소의 소 제기기간이 지난 후인 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

특허법 제186조는 제2항에서 특허심판원의 심결에 대한 취소의 소는 당사자, 참가인, 해당 심판이나 재심에 참가신청을 하였으나 신청이 거부된 자가 제기할 수 있다고 규정하고, 제3항에서 그 취소의 소는 심결의 등본을 송달받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다고 규정하고 있다. 한편 특허법 제38조 제4항은 특허출원 후에는 특허를 받을 수 있는 권리의 승계는 상속, 그 밖의 일반승계의 경우를 제외하고는 특허출원인변경신고를 하여야만 그 효력이 발생한다고 규정하고 있다.

이러한 규정들에 의하면, 특허출원인으로부터 특허를 받을 수 있는 권리를 양수한 특정승계인은 특허출원인변경신고를 하지 않은 상태에서는 그 양수의 효력이 발생하지 않아서 특허심판원의 거절결정 불복심판 심결에 대하여 취소의 소를 제기할 수 있는 당사자 등에 해당하지 아니하므로, 그가 제기한 취소의 소는 부적법하다. 특정승계인이 취소의 소를 제기한 후 특허출원인변경신고를 하였더라도, 그 변경신고 시기가 취소의 소 제기기간이 지난 후라면 제기기간 내에 적법한 취소의 소 제기는 없었던 것이므로, 취소의 소가 부적법하기는 마찬가지이다.

[25] 2017. 11. 29. 선고 2017후844, 851, 868, 875 판결 (존속기간연장무효(특)) … 99

- [1] 의약품 등의 발명을 실시하기 위해 약사법 등에 따라 허가 또는 등록 등을 받은 자의 귀책사유로 허가 등의 절차가 지연된 경우, 귀책사유가 인정되는 기간이 특허권 존속기간 연장의 범위에 포함되는지 여부(소극)
- [2] 구 특허법 제89조 제2항에 정한 ‘특허권자에게 책임 있는 사유’를 판단할 때 특허권 존속기간의 연장등록을 받는 데에 필요한 허가 등을 신청한 전용실시권자와 통상실시권자에 관한 사유가 포함되는지 여부(적극)
- [3] 의약품 등의 발명을 실시하기 위해 약사법 등에 따라 허가 또는 등록 등을 받은 자의 귀책사유로 허가 등의 절차가 지연된 기간이 연장등록에 의하여 연장된 기간 안에 포함되어 있어 연장된 기간이 구 특허법 제89조 제1항의 특허발명을 실시할 수 없었던 기간을 초과한다는 사유로 구 특허법 제134조 제1항 제3호에 따라 존속기간 연장등록 무효심판을 청구하는 경우, 그 사유에 대한 주장·증명책임의 소재(=무효심판을 청구하는 자)
- [4] 식품의약품안전처의 의약품 제조판매·수입품목 허가신청에 대하여 식품의약품안전처의 어느 심사부서의 보완요구로 보완자료를 제출할 때까지 보완요구 사항에 대한 심사가 진행되지 못하였더라도, 그동안 다른 심사부서에서 그 의약품의 제조판매·수입품목 허가를 위한 심사 등의 절차가 계속 진행되고 있었던 경우, 의약품 등의 발명을 실시하기 위해 약사법 등에 따라 허가 또는 등록 등을 받은 자의 귀책사유로 허가 등의 절차가 지연된 기간으로 볼 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [1] 의약품 등의 발명을 실시하기 위해서는 국민의 보건위생을 증진하고 안전성 및 유효성을 확보하기 위해 약사법 등에 따라 허가 등을 받아야 하는데, 특허권자는 이러한 허가 등을 받는 과정에서 특허발명을 실시하지 못하는 불이익을 받게 된다. 따라서 위와 같은 불이익을 구제하고 의약품 등의 발명을 보호·장려하기 위해 구 특허법(2014. 6. 11. 법률 제12753호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제89조 제1항은 “특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령의 규정에 의하여 허가를 받거나 등록 등을 하여야 하고, 그 허가 또는 등록 등(이하 ‘허가 등’이라 한다)을 위하여 필요한 활성·안전성 등의 시험으로 인하여 장기간이 소요되는 대통령령이 정하는 발명인 경우에는 제88조 제1항의 규정에 불구하고 그 실시할 수 없었던 기간에 대하여 5년의 기간 내에서 당해 특허권의 존속기간을 연장할 수 있다.”라고 규정하여 약사법 등에 의한 허가 등을 받기 위하여 특허발명을 실시할 수 없었던 기간만큼 특허권의 존속기간을 연장해 주는 제도를 마련하였다.

다만 구 특허법 제89조 제2항은 “제1항을 적용함에 있어서, 특허권자에게 책임 있는 사유로 소요된 기간은 제1항의 ‘실시할 수 없었던 기간’에 포함되지 아니한다.”라고 규정하고 있으므로, 허가 등을 받은 자의 귀책사유로 약사법 등에 따라 허가 등의 절차가 지연된 경우에는 그러한 귀책사유가 인정되는 기간은 특허권 존속기간 연장의 범위에 포함되어서는 안 된다.

- [2] 특허권 존속기간의 연장등록을 받는 데에 필요한 허가 또는 등록 등(이하 ‘허가 등’이라 한다)을 신청할 수 있는 자의 범위에는 특허권자 외에 전용실시권자 및 통상실시권자가 포함되므로, 구 특허법(2014. 6. 11. 법률 제12753호로 개정되기 전의 것) 제89조 제2항의 ‘특허권자에게 책임 있는 사유’를 판단할 경우에도 위 허가 등을 신청한 전용실시권자와 통상실시권자에 관한 사유가 포함된다.
- [3] 의약품 등의 발명을 실시하기 위해 약사법 등에 따라 허가 또는 등록 등을 받은 자의 귀책사유로 약사법 등에 따른 허가 등의 절차가 지연된 기간이 연장등록에 의하여 연장된 기간 안에 포함되어 있어 연장된 기간이 구 특허법(2014. 6. 11. 법률 제12753호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제89조 제1항의 특허발명을 실시할 수 없었던 기간을 초과한다는 사유로 구 특허법 제134조 제1항 제3호에 의하여 존속기간 연장등록에 대하여 무효심판을 청구하는 자는 그 사유에 대하여 주장·증명할 책임을 진다.
- [4] 식품의약품안전처의 의약품 제조판매·수입품목 허가는 그 허가신청에 대하여 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제4조 제1항에서 정한 사항별로 해당 심사부서에서 심사를 진행하고 이에 따라 보완요구를 비롯한 구체적인 심사 절차도 해당 심사부서의 내부 사정에 따라 진행된다. 그렇지만 이러한 해당 심사부서별 심사는 식품의약품안전처 내의 업무 분장에 불과하고, 또한 그 심사 등의 절차가 모두 종결되어야 허가가 이루어질 수 있다. 결국 심사부서별 심사 등의 절차 진행은 최종 허가에 이르는 중간 과정으로서, 전체적으로 허가를 위한 하나의 절차로 평가할 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면, 식품의약품안전처 내 어느 심사부서에서 보완요구가 이루어지고 그 결과 보완자료를 제출할 때까지 그 보완요구 사항에 대한 심사가 진행되지 못하였더라도, 그동안 식품의약품안전처의 다른 심사부서에서 그 의약품의 제조판매·수입품목 허가를 위한 심사 등의 절차가 계속 진행되고 있었던 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 기간 역시 허가를 위하여 소요된 기간으로 볼 수 있으므로, 이를 가지고 의약품 등의 발명을 실시하기 위해 약사법 등에 따라 허가 또는 등록 등을 받은 자의 귀책사유로

허가 또는 등록 등의 절차가 지연된 기간이라고 단정할 수 없다.

형 사

26

2018. 1. 1. 판례공보

[27] 2017. 12. 5. 선고 2013도7649 판결〔특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)·조세범처벌법위반〕 118

[1] 피고인이 유사석유제품을 판매하였다는 석유 및 석유대체연료 사업법 위반죄의 범죄사실로 유죄판결을 받아 확정되었는데, 위와 같은 유사석유제품을 제조하여 판매하고도 그에 관한 부가가치세 등을 신고·납부하지 않고 조세를 포탈하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 석유 및 석유대체연료 사업법 위반죄의 범죄사실과 조세 포탈행위로 인한 공소사실 사이에 기본적 사실관계의 동일성을 인정할 수 없다고 한 사례

[2] 구 조세범 처벌법 제5조에서 말하는 ‘유사석유제품을 제조하여 조세를 포탈’하는 행위의 의미 / 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 적극적인 행위를 하지 않고 단순히 유사석유제품의 제조와 관련하여 납세신고를 하지 않거나 거짓으로 신고하는 행위가 여기서 말하는 조세의 포탈행위에 해당하는지 여부(적극)

[1] 피고인이 유사석유제품을 판매하였다는 석유 및 석유대체연료 사업법(이하 ‘석유사업법’이라 한다) 위반죄의 범죄사실로 유죄판결을 받아 확정되었는데, 위와 같은 유사석유제품을 제조하여 판매하고도 그에 관한 부가가치세 등을 신고·납부하지 않고 조세를 포탈하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 석유사업법 위반죄의 범죄사실은 내용이나 행위 태양, 피해법익이 조세 포탈행위로 인한 공소사실과 서로 달라 석유사업법 위반죄의 범죄사실과 공소사실 사이에 기본적 사실관계의 동일성을 인정할 수 없다는 이유로, 같은 취지에서 확정판결의 기판력이 공소사실에 미치지 않는다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

[2] ‘유사석유제품을 제조하여 조세를 포탈한 자’를 처벌하도록 정하고 있는 구 조세범 처벌법(2013. 1. 1. 법률 제11613호로 개정되기 전의 것) 제5조는 조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 신설된 조항이다(이하 이를 ‘처벌조항’이라 한다). 위 전부개정 전에는 조세범 처벌법 제9조 제1항에서 ‘사기 기타 부정한 행위’로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공

제를 받은 자를 처벌하도록 정하고 있었다. 그러나 위 전부개정으로 유사석유 제조와 관련하여 조세범으로 처벌하는 것을 확대·강화하고자 처벌조항이 신설되었는데, ‘사기나 그 밖의 부정한 행위’를 구성요건요소로 명시하고 있지 않다.

처벌조항에서 ‘유사석유제품을 제조하여 조세를 포탈’하는 행위란 유사석유 제품을 제조하여 물품을 반출하거나 사업상 독립적으로 재화를 공급함으로써 교통·에너지·환경세, 교육세, 부가가치세 등의 납세의무를 부담하는 자가 그 조세의 부과와 징수를 피하여 면하는 것을 말한다. 처벌조항의 문언, 입법 연혁과 목적, 조세범 처벌법의 체계 등에 비추어 보면, 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 적극적인 행위를 하지 않고 단순히 유사석유제품의 제조와 관련하여 납세신고를 하지 않거나 거짓으로 신고하는 행위도 여기서 말하는 조세의 포탈행위에 해당한다.

[28] 2017. 12. 5. 선고 2014도14924 판결〔특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·자본시장과금융투자업에관한법률위반·사문서변조·변조사문서행사·증거변조·변조증거사용〕 121

- [1] 금융투자업자가 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제9조 제4항에서 규정한 ‘투자권유’를 하였다고 평가할 수 있는 경우 및 투자권유에 해당하는지 판단하는 방법
- [2] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제49조 제2호에서 금지하는 ‘불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위’의 의미 및 단정적 판단 제공 등의 행위에 해당하는지 판단하는 방법 / 금융투자업자가 일단 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단 제공 등의 행위를 한 경우, 이로써 바로 위 조항 위반죄가 성립하는지 여부(적극)
- [3] 사문서변조죄의 성립요건 및 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 문서가 존재하지 않는 경우, 사문서변조죄가 성립하는지 여부(소극)
- [1] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라고 한다) 제9조 제4항은 “이 법에서 ‘투자권유’란 특정 투자자를 상대로 금융투자상품의 매매 또는 투자자문계약·투자일임계약·신탁계약(관리형 신탁계약 및 투자성 없는 신탁계약을 제외한다)의 체결을 권유하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다. 투자권유란 ‘계약체결을 권유’하는 것이므로 민법상 청약의 유인, 즉 투자자로 하여금 청약하게끔 하려는 의사의 표시에 해당하여야 한다. 따라서 특정 금융투자상품의 매매·계약체결의 권유가 수반되지 않는 단순한 상담이나

금융투자상품의 소개·설명, 계약이 이미 체결된 이후의 발언 등은 투자권유에 해당하지 않지만, 단순한 상담이나 금융투자상품의 소개·설명 등의 정도를 넘어 이와 함께 계약체결을 권유하고, 나아가 그러한 소개·설명 등을 들은 투자자가 해당 금융투자업자에 대한 신뢰를 바탕으로 계약체결에 나아가거나 투자 여부 결정에 그 권유와 설명을 중요한 판단요소로 삼았다면, 해당 금융투자업자는 자본시장법 제9조 제4항에서 규정하는 ‘투자권유’를 하였다고 평가할 수 있는데, 투자권유에 해당하는지는 설명의 정도, 투자판단에 미치는 영향, 실무처리 관여도, 이익 발생 여부 등과 같은 투자에 관한 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

- [2] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라고 한다) 제49조 제2호는 금융투자업자가 투자권유를 함에 있어서 ‘불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위’를 금지하고 있다. 여기서 ‘불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위’란 투자자의 합리적인 투자판단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 영향을 미칠 수 있는 사항 중 객관적으로 진위가 분명히 판명될 수 없는 사항에 대하여 진위를 명확히 판단해 주거나 투자자에게 그 진위가 명확하다고 잘못 생각하게 할 가능성이 있는 내용을 알리는 행위를 말한다. 나아가 어떠한 행위가 단정적 판단 제공 등의 행위에 해당하는지는 통상의 주의력을 가진 평균적 투자자를 기준으로 금융투자업자가 사용한 표현은 물론 투자에 관련된 제반 상황을 종합적으로 고려하여 객관적·규범적으로 판단하여야 한다. 그리고 자본시장법 제49조 제2호의 문언 해석상 금융투자업자가 일단 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단 제공 등의 행위를 한 이상 이로써 바로 위 조항 위반죄가 성립하고, 금융투자업자의 불확실한 사항에 대한 단정적 판단 제공 등에 어떠한 합리적인 근거가 있는지, 제공한 단정적 판단 등이 결과적으로 맞았는지, 상대방이 단정적 판단 제공 등을 신뢰하여 실제 투자를 하였는지, 투자로 인하여 실제로 손해가 발생하였는지 등은 위 조항 위반죄의 성립에 영향을 미치지 아니한다.
- [3] 사문서변조죄는 권한 없는 자가 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 문서 내용에 대하여 동일성을 해하지 않을 정도로 변경을 가하여 새로운 증명력을 작출케 함으로써 공공적 신용을 해할 위험성이 있을 때 성립한다. 따라서 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 문서가 존재하지 않는다면 사문서변조죄가 성립할 수 없다.

[29] 2017. 12. 5. 선고 2016도16738 판결 (업무상과실치상(인정된 죄명: 과실치상)) 127

- [1] 업무상과실치상죄에서 말하는 ‘업무’의 의미와 범위 / 건물 소유자가 안전배려나 안전관리 사무에 계속적으로 종사하거나 그러한 계속적 사무를 담당하는 지위를 가지지 않은 채 단지 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대한 행위가 업무상과실치상죄의 ‘업무’에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 3층 건물의 소유자로서 건물 각 층을 임대한 피고인이, 건물 2층으로 올라가는 계단참의 전면 벽이 아크릴 소재의 창문 형태로 되어 있고 별도의 고정장치가 없는데도 안전바를 설치하는 등 낙하사고 방지를 위한 관리의무를 소홀히 함으로써, 건물 2층에서 나오던 甲이 신발을 신으려고 아크릴 벽면에 기대는 과정에서 벽면이 떨어지고 개방된 결과 1층으로 추락하여 상해를 입었다고 하여 업무상과실치상으로 기소된 사안에서, 업무상과실치상의 공소사실을 이유에서 무죄로 판단하고 축소사실인 과실치상 부분을 유죄로 인정한 원심판결이 정당하다고 한 사례
- [1] 업무상과실치상죄의 ‘업무’란 사람의 사회생활면에서 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말한다. 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험을 방지하는 것을 의무의 내용으로 하는 업무도 포함된다. 그러나 건물 소유자가 안전배려나 안전관리 사무에 계속적으로 종사하거나 그러한 계속적 사무를 담당하는 지위를 가지지 않은 채 단지 건물을 비정기적으로 수리하거나 건물의 일부분을 임대하였다는 사정만으로는 건물 소유자의 위와 같은 행위가 업무상과실치상죄의 ‘업무’에 해당한다고 보기 어렵다.
- [2] 3층 건물의 소유자로서 건물 각 층을 임대한 피고인이, 건물 2층으로 올라가는 계단참의 전면 벽이 아크릴 소재의 창문 형태로 되어 있고 별도의 고정장치가 없는데도 안전바를 설치하는 등 낙하사고 방지를 위한 관리의무를 소홀히 함으로써, 건물 2층에서 나오던 甲이 신발을 신으려고 아크릴 벽면에 기대는 과정에서 벽면이 떨어지고 개방된 결과 약 4m 아래 1층으로 추락하여 상해를 입었다고 하여 업무상과실치상으로 기소된 사안에서, 피고인이 건물에 대한 수선 등의 관리를 비정기적으로 하였으나 그 이상의 안전배려나 안전관리 사무에 계속적으로 종사하였다고 인정하기 어렵다고 보아 업무상과실치상의 공소사실을 이유에서 무죄로 판단하고 축소사실인 과실치상 부분을 유죄로 인정한 원심판결이 정당하다고 한 사례.

[30] 2017. 12. 5. 선고 2017도6510 판결〔공직선거법위반〕 129

공직선거법 제230조 제1항 제1호에서 정한 매수죄의 상대방인 ‘선거인’의 의미 및 이에 포함되는 ‘선거인명부에 오를 자격이 있는 사람’의 범위 / 다가올 선거일을 기준으로 판단할 때 매수행위로써 영향을 미치고자 하는 선거가 실시되는 지역의 선거인으로 될 수 있는 사람이 매수죄의 상대방인 ‘선거인’에 해당하는지 여부(적극) 및 매수행위 당시 반드시 상대방이 선거할 선거구가 확정되어 있어야 하거나 유효한 선거구가 존재하여야 하는지 여부(소극)

공직선거법 제230조 제1항 제1호는 매수죄의 상대방인 ‘선거인’에 관하여 ‘선거권이 있는 사람으로서 선거인명부에 올라 있는 사람’에 한정하지 않고 ‘선거인명부를 작성하기 전에는 그 선거인명부에 오를 자격이 있는 사람’까지도 ‘선거인’에 포함한다고 규정하고 있다. 이때의 ‘선거인명부에 오를 자격이 있는 사람’은 선거인명부작성기준일 현재 당해 선거구 안에 주민등록이 있는 선거권자에 한정되지 않고, 선거인명부작성기준일 이전이라 할지라도 주민등록현황, 연령 등 제반 사정을 기초로 하여 다가올 선거일을 기준으로 판단할 때 위와 같은 선거인으로 될 수 있는 사람이면 ‘선거인명부에 오를 자격이 있는 사람’으로 봄이 타당하다.

위와 같은 매수죄의 상대방인 ‘선거인’의 의미와 아울러 위 규정의 입법 취지가 부정한 경제적 이익 등으로 선거에 관한 개인의 자유의사를 왜곡시키는 행위를 처벌함으로써 선거의 공정성을 보장하려는 데 있음을 고려하면, 다가올 선거일을 기준으로 판단할 때 매수행위로써 영향을 미치고자 하는 선거가 실시되는 지역의 선거인으로 될 수 있는 사람이면 매수죄의 상대방인 ‘선거인’에 해당하고, 매수행위 당시에 반드시 상대방이 선거할 선거구가 확정되어 있어야 하거나 유효한 선거구가 존재하여야 하는 것은 아니다.

[31] 2017. 12. 5. 선고 2017도11564 판결〔배임수재·건설산업기본법위반·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)(피고인 2 주식회사에 대하여 인정된 죄명: 조세범처벌법위반)·조세범처벌법위반(피고인 1, 3, 4에 대하여 인정된 죄명: 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등))·업무상횡령〕 132

[1] 건설산업기본법 제96조 제5호, 제41조 제2항 제1호 위반행위의 주체가 ‘건설업 등록을 하지 않은 건설공사 시공자’와 같은 업무주에 한정되는지 여부(적극)

[2] 건설산업기본법 제98조 제2항 양벌규정의 취지 및 위 양벌규정에 따라 건설시공자가 아닌 행위자도 업무주인 건설시공자에 대한 벌칙규정의 적용대상이 되는지 여부(적극)

[3] 배임수재죄의 성립요건 / 타인의 사무를 처리하는 자가 증재자(贈財者)로부터

돈이 입금된 계좌의 예금통장이나 이를 인출할 수 있는 현금카드나 신용카드를 교부받은 경우, 예금된 돈을 취득한 것으로 볼 수 있는지 여부(한정 적극)

- [1] 건설산업기본법에서 일정한 체육시설을 설치하는 건설공사는 건설업 등록을 한 건설업자가 하도록 규정하고 있다. 즉, 많은 사람이 이용하는 시설물로서 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 따른 체육시설 중 대통령령으로 정하는 체육시설에 해당하는 새로운 시설물을 설치하는 건설공사는 건설업자가 하여야 한다(건설산업기본법 제41조 제2항 제1호). 건설산업기본법 제96조 제5호는 위와 같은 의무를 강제하기 위하여 ‘제41조를 위반하여 시공한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다’고 정하고 있다.

건설업자는 이 법 또는 다른 법률에 따라 등록 등을 하고 건설업을 하는 자를 말한다(건설산업기본법 제2조 제7호). 여기에서 ‘건설업을 한다’는 것은 ‘건설공사의 시공분야를 수행하는 것을 업으로 한다’는 것을 의미하고, ‘시공’은 ‘직접 또는 도급에 의하여 설계에 따라 건설공사를 완성하기 위하여 시행되는 일체의 행위’를 의미한다. 따라서 건설산업기본법 제96조 제5호, 제41조 제2항 제1호 위반행위의 주체는 ‘건설업 등록을 하지 않은 건설공사 시공자’와 같은 업무주에 한정된다.

- [2] 건설산업기본법 제98조 제2항은 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제94조, 제95조, 제95조의2, 제96조 또는 제97조 제1호·제2호·제3호의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.”라고 정하고 있다. 위 규정의 취지는 제96조 제5호 등 벌칙규정의 적용대상인 건설공사 시공자가 아니면서 그러한 업무를 실제로 집행하는 자가 있을 때 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위하여 적용대상자를 해당 업무를 실제로 집행하는 자까지 확장하여 그 행위자도 아울러 처벌하려는 데 있다. 이러한 양벌규정은 해당 업무를 실제로 집행하는 자에 대한 처벌의 근거 규정이 된다. 결국 위 규정은 해당 법조의 위반행위를 건설시공자인 법인이나 개인이 직접 하지 않는 경우에 그 행위자나 건설시공자 쌍방을 모두 처벌하려는 것이므로, 이 양벌규정에 따라 건설시공자가 아닌 행위자도 업무주인 건설시공자에 대한 벌칙규정의 적용대상이 된다.

- [3] 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하면 배임수재죄가 성립한다(형법 제357조 제1항). 타인의 사무를 처리하는 자가 증제자(贈財者)로부터 돈이 입금된 계좌의 예금통장이나 이를 인출할 수 있는 현금

카드나 신용카드를 교부받아 이를 소지하면서 언제든지 위 예금통장 등을 이용하여 예금된 돈을 인출할 수 있어 예금통장의 돈을 자신이 지배하고 입금된 돈에 대한 실질적인 사용권한과 처분권한을 가지고 있는 것으로 평가될 수 있다면, 예금된 돈을 취득한 것으로 보아야 한다.

[32] 2017. 12. 5. 선고 2017도12671 판결 [사기] 139

형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 의미 및 이른바 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 ‘건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신’이 이에 해당하는지 여부(소극)

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 형사소송법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다. 그리고 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 형사소송법 제315조의 입법 취지인 점과 아울러, 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계 및 규정 취지에 더하여 ‘기타’라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 형사소송법 제315조 제3호의 규정형식을 종합하여 보면, 형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’는 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미한다.

따라서 사무처리 내역을 계속적, 기계적으로 기재한 문서가 아니라 범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서는 형사소송법 제315조 제3호에서 규정하는 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이른바 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 ‘건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신’은 형사소송법 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된

문서'에 해당하지 않는다.

33 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 [공직선거법위반] 141

- [1] 1개의 행위가 공직선거법 제230조 제1항 제4호와 같은 항 제5호의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 두 죄의 죄수관계(=상상적 경합)
- [2] 하나의 행위가 여러 범죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 공소제기권자가 그중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수 있는지 여부(원칙적 적극)
- [3] 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / ‘압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄’의 의미 및 범위
- [4] 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄의 처벌대상(=선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위) 및 처벌대상이 같은 법이 정한 선거운동기간 중의 금품제공 등에 한정되는지 여부(소극) / 공직선거법 제135조 제3항에서 정한 ‘선거운동과 관련하여’의 의미
- [1] 공직선거법 제135조 제3항은 공직선거법의 규정에 따라 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 명목 여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 등의 행위를 금지하고 있다. 공직선거법 제230조 제1항 제4호는 ‘공직선거법 제135조 제3항의 규정을 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목 여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자’를 처벌하는 규정을 두고 있다. 같은 항 제5호는 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 따른 경우를 제외하고 문자·음성·화상·동영상 등을 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하게 하고 그 대가로 금품, 그 밖에 이익의 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속한 자’를 처벌하는 규정을 두고 있다.

공직선거법 제230조 제1항 제4호와 같은 항 제5호를 비교하면, 제4호는 공직선거법에서 정한 일정한 경우를 제외하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익을 제공하는 등의 행위를 처벌하기 위한 규정이고, 제5호는 선거에 영향을 미치게 하기 위해 탈법 방법에 의한 문자 전송이나 인터넷 홈페이지의 게시판 게시 등의 행위에 대한 대가로 금품 기타 이익을 제공하는 등의 행위를 처벌하기 위한 규정이다. 위 두 규정은 위반행위의 대상, 대가 관계 유무, 선

거에 영향을 미칠 목적의 유무 등 구성요건과 규제대상에 차이가 있다. 따라서 후자가 전자에 대하여 특별법 관계에 있는 것이 아니고, 1개의 행위가 각각의 구성요건을 충족하는 경우에는 두 죄가 상상적 경합의 관계에 있다.

- [2] 하나의 행위가 여러 범죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 그중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수도 있다.

- [3] 형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다. 그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다.

- [4] 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄는 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위를 처벌대상으로 하는 것으로서, 그 처벌대상은 위 법이 정한 선거운동기간 중의 금품제공 등에 한정되지 않는다. 같은 법 제135조 제3항에서 정한 ‘선거운동과 관련하여’는 ‘선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을

동기로 하여'라는 의미로서 '선거운동을 위하여'보다 넓은 개념이다. 이것은 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요가 있어 사용된 표현으로, 반드시 금품 제공이 선거운동의 대가일 필요는 없으며, 선거운동 관련 정보제공의 대가, 선거사무관계자 스카우트 비용 등과 같이 선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다.

[34] 2017. 12. 5. 선고 2017도15628 판결〔출판물에의한명예훼손〕 149

[1] 명예훼손죄 성립에 필요한 '사실의 적시'의 의미 및 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별하는 방법 / 다른 사람의 말이나 글을 비평하면서 사용한 표현이 겉으로 보기에 증거에 의해 입증 가능한 구체적인 사실관계를 서술하는 형태를 취하고 있더라도, 명예훼손죄에서 말하는 '사실의 적시'에 해당하지 않는 경우 및 어떠한 의견을 주장하기 위해 다른 사람의 견해나 그 근거를 비판하면서 사용한 표현의 경우에도 같은 법리가 적용되는지 여부(적극)

[2] 과거의 역사적 사실관계 등에 대하여 민사판결을 통하여 어떠한 사실인정이 있었다는 이유만으로, 이후 그와 반대되는 사실의 주장이나 견해의 개진 등을 형법상 명예훼손죄 등에서 '허위의 사실 적시'라는 구성요건에 해당한다고 단정할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

[1] 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 사실의 적시가 있어야 하고, 적시된 사실은 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체성을 띠어야 한다. 이때 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말하고, 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제 된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.

다른 사람의 말이나 글을 비평하면서 사용한 표현이 겉으로 보기에 증거에 의해 입증 가능한 구체적인 사실관계를 서술하는 형태를 취하고 있더라도, 글의 집필의도, 논리적 흐름, 서술체계 및 전개방식, 해당 글과 비평의 대상이 된 말 또는 글의 전체적인 내용 등을 종합하여 볼 때, 평균적인 독자의 관점에서 문제 된 부분이 실제로는 비평자의 주관적 의견에 해당하고, 다만 비평자가 자신의 의견을 강조하기 위한 수단으로 그와 같은 표현을 사용한 것이라고 이해된다면 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시에 해당한다고 볼 수 없

다. 그리고 이러한 법리는 어떠한 의견을 주장하기 위해 다른 사람의 견해나 그 근거를 비판하면서 사용한 표현의 경우에도 다를 바 없다.

- [2] 민사재판에서 법원은 당사자 사이에 다툼이 있는 사실관계에 대하여 처분권주의와 변론주의, 그리고 자유심증주의의 원칙에 따라 신빙성이 있다고 보이는 당사자의 주장과 증거를 받아들여 사실을 인정하는 것이어서, 민사판결의 사실인정이 항상 진실한 사실에 해당한다고 단정할 수는 없다. 따라서 다른 특별한 사정이 없는 한, 그 진실이 무엇인지 확인할 수 없는 과거의 역사적 사실관계 등에 대하여 민사판결을 통하여 어떠한 사실인정이 있었다는 이유만으로, 이후 그와 반대되는 사실의 주장이나 견해의 개진 등을 형법상 명예훼손죄 등에 있어서 ‘허위의 사실 적시’라는 구성요건에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다. 판결에 대한 자유로운 견해 개진과 비판, 토론 등 헌법이 보장한 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 법률해석이 되어 허용될 수 없기 때문이다.