



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2026년 9월 15일

제738호

민사

1 2026. 7. 16. 선고 2023다217428 판결 (구상금) 1713

공동연대보증인 중 1인이 채무 전액을 대위변제한 후 주채무자로부터 구상금의 일부를 변제받은 경우, 그 변제가 대위변제를 한 연대보증인의 부담부분에 상응하는 주채무자의 구상채무를 먼저 감소시키는지 여부(원칙적 적극) / 주채무자 소유 재산에 관하여 대위변제 전에 채권자 앞으로 물적 담보가 설정되어 있었던 경우, 공동연대보증인 중 1인이 주채무를 대위변제한 후 법률상 당연히 이전받은 담보권을 실행하여 변제받은 금액은 대위변제한 연대보증인의 부담부분에 상응하는 주채무자의 구상채무를 먼저 감소시킨다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는지 여부(적극) 및 위 변제액이 주채무자와 다른 연대보증인들의 구상채무를 감소시키는 범위

공동연대보증인 중 1인이 채무 전액을 대위변제한 후 주채무자로부터 구상금의 일부를 변제받은 경우, 대위변제를 한 연대보증인은 자기의 부담부분에 관하여는 다른 연대보증인들로부터는 구상을 받을 수 없고 오로지 주채무자로부터만 구상을 받아야 하므로 주채무자의 변제액을 자기의 부담부분에 상응하는 주채무자의 구상채무에 먼저 충당할 정당한 이익이 있는 점, 대위변제를 한 연대보증인이 다른 연대보증인들에 대하여 각자의 부담부분을 한도로 갖는 구상권은 주채무자의 무자력 위험을 감수하고 먼저 대위변제를 한 연대보증인의 구상권 실현을 확보하고 공동연대보증인들 간의 공평을 기하기 위하여 민법 제448조 제2항에 의하여 인정된 권리이므로, 다른 연대보증인들로서는 주채무자의 무자력 시 주채무자에 대한 재구상권 행사가 곤란해질 위험이 있다는 사정을 내세워 대위변제를 한 연대보증인에 대한 구상채무의 감면을 주장하거나 이행을 거절할 수 없는 점 등을 고려하면, 주채무자의 구상금 일부 변제는 특별한 사정이 없는 한 대위변제를 한

연대보증인의 부담부분에 상응하는 주채무자의 구상채무를 먼저 감소시키고 이 부분 구상채무가 전부 소멸되기 전까지는 다른 연대보증인들이 부담하는 구상채무의 범위에는 아무런 영향을 미치지 않는 것이 원칙이다.

그러나 주채무자 소유 재산에 관하여 대위변제 전에 채권자 앞으로 물적 담보가 설정되어 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면 공동연대보증인들은 그 우선변제받을 금액에 관하여 주채무자의 무자력으로 인한 위험을 부담한다고 볼 수 없다. 이러한 경우 공동연대보증인 중 1인이 주채무를 대위변제함으로써 채권자가 주채무자에 대하여 가지는 담보에 관한 권리가 동일성을 유지한 채 대위변제를 한 연대보증인에게 법률상 당연히 이전되고 이후 그 담보권이 실행되어 연대보증인의 구상금 채권이 일부 소멸하였다고 하더라도, 그 부분은 대위변제를 한 연대보증인이 주채무자의 무자력으로 인한 위험을 감수하였다고 보기 어렵다. 그럼에도 그 담보권 실행으로 인한 변제액이 대위변제한 연대보증인의 부담부분에 상응하는 주채무자의 구상채무를 먼저 감소시킨다고 본다면 이는 당초부터 주채무자의 무자력으로 인한 위험을 부담하였다고 볼 수 없는 부분에 관한 이익을 연대보증인 중 한 사람에게만 전부 귀속시키게 되어 부당하다. 따라서 주채무자 소유 재산에 관하여 대위변제 전에 채권자 앞으로 물적 담보가 설정되어 있었던 경우에는 대위변제한 연대보증인이 담보권을 실행하여 변제받은 금액이 주채무자의 구상채무를 먼저 감소시킨다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있으므로, 그 변제액은 주채무자의 구상채무를 감소시킴과 동시에 다른 연대보증인들의 구상채무도 각자의 부담비율에 상응하여 감소시킨다고 보아야 한다.

- 2** 2026. 7. 16. 선고 2025다212617 판결〔부당이득금반환등청구의소〕…… 1717
- 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 의한 전문투자형 사모투자신탁의 집합투자업자와 투자신탁의 수익증권을 판매하는 투자중개업자가 투자권유 단계에서 부담하는 투자자 보호의무의 내용 / 이러한 집합투자업자와 투자중개업자의 투자자 보호의무는 투자자가 일반투자자가 아닌 전문투자자라는 이유만으로 배제되는지 여부(소극) 및 투자자가 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 사항이거나 투자권유 당시 합리적으로 예측할 수 있는 투자위험이 아닌 경우 등에도 그러한 사항에 대하여 설명의무가 인정되는지 여부(소극)

구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2019. 11. 26. 법률 제16657호로 개정되기 전의 것)에 의한 전문투자형 사모투자신탁의 집합투자업자는 같은 법 제9조 제18항, 제184조 제2항에 따라 신탁업자에게 신탁한 투자신탁재산을 투자·운용하는 자로서 투자신탁에 관하여 제1차적으로 정보를 생산하고 유통시켜야 할 지위에 있으므로, 투자신탁의 수익증권을 판매하는 투자중개업자나 투자자에게 투자신탁의

수익구조와 위험요인에 관한 올바른 정보를 제공함으로써 투자자가 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 투자자를 보호하여야 할 주의의무를 부담한다. 투자신탁의 수익증권을 판매하는 투자중개업자는 투자자의 거래상 대방의 지위에서 투자중개업자 본인의 이름으로 투자자에게 투자를 권유하고 수익증권을 판매하는 지위에 있으므로, 집합투자업자로부터 제공받은 투자설명서나 운용제안서 등의 내용을 명확히 이해한 후 투자신탁의 수익구조와 위험요인에 관하여 투자자에게 정확하고 균형 있게 설명함으로써 투자자가 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 투자자를 보호하여야 할 주의의무를 부담한다.

그리고 이러한 집합투자업자와 투자중개업자의 투자권유 단계에서의 투자자 보호의무는 투자자가 일반투자자가 아닌 전문투자자라는 이유만으로 배제된다고 볼 수는 없고, 다만 투자신탁재산의 특성과 위험도 수준, 투자자의 투자 경험이나 전문성 등을 고려하여 투자자 보호의무의 범위와 정도를 달리 정할 수 있다. 이 경우 투자자에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 해당 수익증권의 특성 및 위험도의 수준, 투자자의 투자경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하나, 수익증권 투자자가 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 사항이거나 투자권유 당시 합리적으로 예측할 수 있는 투자위험이 아닌 경우 등에는 그러한 사항에 대해서까지 설명의무가 인정된다고 할 수는 없다.

3 2026. 7. 16. 선고 2026다201325 판결 [보험금] 1723

[1] 보험약관의 해석에서 작성자 불이익의 원칙

[2] 농어업인의 안전보험 및 안전재해예방에 관한 법률에 따라 보험사업자로 선정된 甲 보험회사에 의하여 운영되고 있는 농업인안전보험에 관하여, 보험기간을 1년, 피보험자를 乙 등으로 하는 단체보험계약이 체결되었고, 위 보험계약의 약관은 ‘피보험자가 보험기간 중 농업작업안전재해 또는 농업작업안전질병으로 사망한 경우’ 보험수익자에게 유족급여금을 지급하는 것으로 규정하였는데, 乙이 보험기간 중 하천에서 급류에 휩쓸려 실종되었고, 보험기간이 종료된 후 실종선고가 이루어져 실종기간 만료일에 사망한 것으로 간주되었으며, 이후 보험수익자인 丙이 甲 회사를 상대로 乙의 사망에 따른 유족급여금 등의 지급을 구한 사안에서, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 위 보험계약의 약관은 보험기간 중 농업작업안전재해가 발생하고 적어도 보험기간 종료 후 실종선고에 따라 사망한 것으로 간주되는 경우에도 유족급여금 지급사유라고 해석하는 것이 충분히 가능하고, 그러한 해석 또한 객관성과 합리성을 가지는데도, 乙이 보험기간 중 실종선고에 따라 사망한 것으로 간주된 경우에만 甲 회사의 보험금지급의무가 발생한다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 보험약관은 신의성실의 원칙에 따라 해당 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로 해석하되, 개개 계약 당사자가 기도한 목적이나 의사를 참작하지 않고, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·확일적으로 해석하여야 한다. 위와 같은 해석을 거친 후에도 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고, 그 각각의 해석이 합리성이 있는 등 당해 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석하여야 한다.
- [2] 농어업인의 안전보험 및 안전재해예방에 관한 법률에 따라 보험사업자로 선정된 甲 보험회사에 의하여 운영되고 있는 농업인안전보험에 관하여, 보험기간을 1년, 피보험자를 乙 등으로 하는 단체보험계약이 체결되었고, 위 보험계약의 약관은 ‘피보험자가 보험기간 중 농업작업안전재해 또는 농업작업안전질병으로 사망한 경우’ 보험수익자에게 유족급여금을 지급하는 것으로 규정하였는데, 乙이 보험기간 중 하천에서 급류에 휩쓸려 실종되었고, 보험기간이 종료된 후 실종선고가 이루어져 실종기간 만료일에 사망한 것으로 간주되었으며, 이후 보험수익자인 丙이 甲 회사를 상대로 乙의 사망에 따른 유족급여금 등의 지급을 구한 사안에서, 위 보험계약의 약관은 피보험자의 ‘사망’에 ‘보험기간에 실종선고를 받은 경우’를 포함하고 그 경우 ‘법원에서 인정한 실종기간이 끝나는 때에 사망한 것으로 본다.’고 규정하고 있는데, 민법 제27조는 실종기간을 1년 또는 5년으로 규정하고 있으므로 보험기간을 보통 1년의 단기간으로 정하여 체결되는 농업인안전보험의 경우 실종선고는 대부분 보험기간 종료 후 이루어지게 될 것이고, 민법 제28조에 따라 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때 사망한 것으로 간주되므로 실종선고의 효과 또한 대부분 보험기간 종료 후 발생할 것인 사정을 고려하면 ‘보험기간에 실종선고를 받은 경우’란 ‘보험기간에 실종선고의 원인이 된 위난이 발생한 경우’로 해석하는 것이 자연스럽다는 등의 이유로, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 위 약관의 문언을 살펴보았을 때, 위 약관의 ‘보험기간 중’이라는 문구가 ‘농업작업안전재해 또는 농업작업안전질병’만을 수식한다고 보아, 보험기간 중 농업작업안전재해가 발생하고 적어도 보험기간 종료 후 실종선고에 따라 사망한 것으로 간주되는 경우에도 유족급여금 지급사유라고 해석하는 것이 충분히 가능하고, 그러한 해석 또한 객관성과 합리성을 가지는데도, 乙이 보험기간 중 실종선고에 따라 사망한 것으로 간주된 경우에만 甲 회사의 보험금지급의무가 발생한다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

4 2026. 7. 16. 선고 2026다201337, 201338 판결 (건물인도·손해배상(기)) … 1728

- [1] 상가건물의 임대인이 신규임차인이 되려는 자에게 임대차계약 체결의 조건으로 요구하는 차임 및 보증금이 상가건물 임대차보호법 제10조의4 제1항 제3호에서 정한 ‘현저히 고액’에 해당하는지 판단하는 기준 / 상가건물의 적정한 차임 및 보증금이 확인되지 않지만 임대인이 요구하는 차임 및 보증금이 기존의 차임 및 보증금 등에 비추어 현저히 고액에 해당한다고 볼 여지가 있는 경우, 법원이 심리하여야 할 사항
- [2] 甲이 乙의 소유인 상가에 관하여 임대차계약을 체결한 후 약국을 운영하였는데, 이후 차임 증액에 관한 합의가 이루어지지 아니하여 乙이 甲에게 임대차계약의 갱신 거절 의사를 통지하였고, 甲은 丙과 권리금 계약을 체결한 후 乙에게 신규임차인으로 丙을 주선하였으나, 乙이 새로운 임대차계약을 체결하기 위하여 丙과의 교섭을 진행하면서 차임 및 보증금으로 기존에 비해 3배가 넘는 금액을 요구하자 차임이 과다하다는 이유로 계약이 체결되지 못하였고, 이에 甲이 권리금 계약을 해제한 후 乙을 상대로 권리금 회수 방해를 이유로 손해배상을 구한 사안에서, 乙이 丙에게 현저히 고액의 차임 및 보증금을 요구하는 행위를 하여 甲의 권리금 회수를 방해하였음을 인정하기 부족하다고 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 상가건물 임대차보호법(이하 ‘상가임대차법’이라 한다) 제10조의4 제1항 제3호는 ‘임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위’를 임차인이 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하는 행위로 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 임대인이 위와 같은 방해 행위로 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 위 문언에다가 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인과의 임대차계약 체결을 거절할 목적으로 신규임차인이 수용할 수 없는 수준의 차임 및 보증금을 제시하여 임차인의 권리금 회수를 방해하는 것을 방지하려는 위 규정의 입법 취지 등을 종합하면, 임대인이 신규임차인에게 임대차계약 체결의 조건으로 요구하는 차임 및 보증금이 ‘현저히 고액’인지는 위 규정에서 정한 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금 외에도 기존 임차인과의 차임 및 보증금과 임대인이 신규임차인이 되려는 자에게 요구하는 차임 및 보증금의 차이, 상가건물의 시세 및 적정 차임, 거래관행과 경제상황 등도 고려하여 구체적 사정에 따라 판단할 필요가 있다.

한편 임대인이 요구한 차임 및 보증금이 ‘현저히 고액’인지를 판단하기 위해 상가건물의 적정한 차임 및 보증금을 확인함에 있어서 감정 등의 절차가 반드시 필요한 것은 아니지만, 임대인이 요구하는 차임 및 보증금이 기존의 차임 및 보증금 등에 비추어 현저히 고액에 해당한다고 볼 여지가 있는 경우에는, 적정한 차임 및 보증금이 확인되지 않았다는 이유로 곧바로 임차인의 손해배상청구를 배척할 것이 아니라 감정 등을 통해 이를 확인한 후 그 요구액이 상가임대차법의 입법 취지를 잠탈할 만큼 현저히 고액에 해당하는지 판단하는 것이 바람직하다.

- [2] 甲이 乙의 소유인 상가에 관하여 임대차계약을 체결한 후 약국을 운영하였는데, 이후 차임 증액에 관한 합의가 이루어지지 아니하여 乙이 甲에게 임대차계약의 갱신 거절 의사를 통지하였고, 甲은 丙과 권리금 계약을 체결한 후 乙에게 신규임차인으로 丙을 주선하였으나, 乙이 새로운 임대차계약을 체결하기 위하여 丙과의 교섭을 진행하면서 차임 및 보증금으로 기존에 비해 3배가 넘는 금액을 요구하자 차임이 과다하다는 이유로 계약이 체결되지 못하였고, 이에 甲이 권리금 계약을 해제한 후 乙을 상대로 권리금 회수 방해를 이유로 손해배상을 구한 사안에서, 乙이 丙에게 요구한 차임 및 보증금이 기존의 차임 및 보증금에 비해 현저히 고액이라고 볼 여지가 있으므로, 원심으로서는 상가건물의 적정 차임 및 보증금이 확인되지 않는다는 이유로 곧바로 甲의 손해배상청구를 배척할 것이 아니라, 이를 심리한 다음 상가건물 임대차보호법의 입법 취지에 따라 손해배상청구권의 발생 요건을 충족하는지를 판단할 필요가 있다는 등의 이유로, 乙이 丙에게 현저히 고액의 차임 및 보증금을 요구하는 행위를 하여 甲의 권리금 회수를 방해하였음을 인정하기 부족하다고 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례.

5 2026. 7. 16. 선고 2026다202091 판결 [이사말소회복등기청구] 1733

상법 제394조 제1항에서 이사와 주식회사 사이의 소에 관하여 감사로 하여금 회사를 대표하도록 규정한 취지 및 상법 제386조 제1항에 따른 퇴임이사가 회사에 대하여 또는 회사가 위와 같은 퇴임이사에 대하여 소를 제기하는 경우에도 상법 제394조 제1항에 따라 감사가 회사를 대표하는지 여부(원칙적 적극)

상법 제394조 제1항이 이사와 주식회사 사이의 소에 관하여 감사로 하여금 회사를 대표하도록 한 것은 이사와 회사 간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로 그 충돌을 방지하고 공정한 소송 수행을 확보하기 위한 것이다. 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임하였으나 법률 또는 정관에서 정한 이사의 원수를 결하여 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있는 상법 제386조 제1항의 퇴

임이사와 회사 사이의 소에서도 이사와 회사 간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로 그 충돌을 방지하고 공정한 소송 수행을 확보할 필요가 있다.

따라서 상법 제386조 제1항의 퇴임이사는 특별한 사정이 없는 한 상법 제394조 제1항의 이사에 해당한다고 보아야 하고, 회사가 위와 같은 퇴임이사에 대하여 또는 위와 같은 퇴임이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우 특별한 사정이 없는 한 상법 제394조 제1항에 따라 감사가 그 소에 관하여 회사를 대표한다.

6 2026. 7. 16. 선고 2026다202468, 202469 판결 [공사대금등청구의소·건물 철거등청구] 1735

- [1] 민법 제536조 제2항에서 정한 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유’의 의미 / ‘불안의 항변권’을 발생시키는 사유가 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자 측에 발생한 객관적·일반적 사정으로 한정되는지 여부(소극) 및 당사자 쌍방의 사정을 종합하여 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 않았더라도 이행기에 이행될 것인지가 현저히 불투명하게 된 경우, 선이행채무를 지고 있는 당사자가 상대방의 이행이 확실하게 될 때까지 자기 채무이행을 거절할 수 있는지 여부(적극) / 상당한 기간에 걸쳐 공사를 수행하는 도급계약에서 일정 기간마다 기성공사금 등의 명목으로 그 대가를 나누어 지급하기로 약정되어 있는데, 계약 성립 후 발생한 제반 사정으로 인하여 수급인이 공사를 계속 진행하더라도 공사대금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되어 수급인에게 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되는 경우, 수급인이 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우, 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 않았더라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임이 발생하지 않는지 여부(적극)
- [3] 쌍무계약의 당사자 일방이 민법 제536조 제2항에 따른 불안의 항변권을 행사하여 자기 채무의 이행을 거절하였다는 사정만으로 상대방이 그 당사자에 대하여 부담하는 채무의 이행기가 이행거절 시로 변경되는지 여부(소극)
- [1] 민법 제536조 제2항은 쌍무계약의 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 하는 의무를 지고 있는 경우에도 “상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때”에는 동시이행의 항변권을 가진다고 하여 이른바 ‘불안의 항변권’을 규정하고 있다. 여기서 ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유’란 선이행채무를 지게 된 채무자가 계약 성립 후 채권자의 신용불안이나 재산상태의 악화 등의 사정변경으로 반대급부를 이행받을 수 없게 되고, 이로 인하여 당초의

계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말한다. 이러한 불안의 항변권을 발생시키는 사유를 신용불안이 나 재산상태 악화와 같이 채권자 측에 발생한 객관적·일반적 사정만으로 제한하여 해석할 이유는 없으므로, 당사자 쌍방의 사정을 종합하여 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 않았더라도 이행기에 이행될 것인지 여부가 현저히 불투명하게 된 경우에는 선이행채무를 지고 있는 당사자라도 상대방의 이행이 확실하게 될 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다고 보아야 한다.

특히 상당한 기간에 걸쳐 공사를 수행하는 도급계약에서 일정 기간마다 기성공사금 등의 명목으로 그 대가를 나누어 지급하기로 약정되어 있는 경우, 그와 같은 공사대금의 지급은 수급인의 장래 원만한 이행을 보장하는 전제로서 기능하므로, 계약 성립 후 발생한 제반 사정으로 인하여 수급인이 공사를 계속 진행하더라도 그에 따르는 공사대금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되어 수급인에게 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되었다면, 비록 도급인에게 신용불안 등의 사정이 없다고 하여도 수급인은 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사의무의 이행을 거절할 수 있다.

- [2] 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 아니한다.
- [3] 민법 제536조 제2항에 따른 불안의 항변권은 선이행의무를 지는 당사자에게 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에 자기 채무의 이행을 거절할 수 있는 권능을 부여하는 데 그치고, 그 권능의 행사가 당초에 약정된 변제기를 변경시키거나 변제기의 정함이 없는 채무로 그 성질을 변경시키는 효력을 가지는 것은 아니다. 따라서 쌍무계약의 당사자 일방이 불안의 항변권을 행사하여 자기 채무의 이행을 거절하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 상대방이 그 당사자에 대하여 부담하는 채무의 이행기가 이행거절 시로 변경된다고 볼 수는 없다.

7 2026. 7. 16. 선고 2026다202519 판결 [징계처분무효확인소] 1740

- [1] 사인 간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 하는지 여부(적극) 및 헌법상의 기본권 규정은 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치는지 여부(적극)

- [2] 법인의 정관 등 단체 내부 규정의 효력 유무에 관한 판단 기준 및 헌법이 보장하고 있는 구성원 개개인의 기본적 인권을 필요하고 합리적인 범위를 벗어나 과도하게 침해 내지 제한하거나 그 내용이 강행법규에 위반되는 자치적 법규범의 효력(무효)
- [3] 대한체육회의 회원종목(축구)단체인 甲 사단법인이 대학교 축구부 감독인 乙에 대하여 ‘심판에 대한 폭력’ 및 ‘과도한 판정항의’를 이유로 자격정지 1년의 징계처분을 하였고, 乙이 자격정지 기간이 종료된 후 甲 법인에 지도자 등록을 신청하였으나, 甲 법인이 폭력행위로 자격정지 1년 이상의 징계처분을 받은 사람의 지도자 등록을 제한하는 甲 법인의 등록규정을 이유로 이를 거부한 사안에서, 제반 사정에 비추어 위 등록규정은 구성원들의 헌법상 직업선택의 자유를 과도하게 침해하여 민법 제103조 등에 따라 무효라고 봄이 타당하다고 한 사례
- [4] 판결서의 이유에 당사자의 모든 주장이나 공격·방어방법에 관한 판단이 표시되어야 하는지 여부(소극) 및 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않지만 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장의 인용 여부를 알 수 있는 경우, 판단누락의 위법이 있는지 여부(소극)
- [1] 헌법상 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인 간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다.
- [2] 법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정 등 단체 내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 이를 유효한 것으로 시인하여야 할 것이나, 자치적 법규범을 제정하는 경우에도 헌법이 보장하고 있는 구성원 개개인의 기본적 인권을 필요하고 합리적인 범위를 벗어나 과도하게 침해 내지 제한하여서는 아니 되며 또한 그 내용이 강행법규에 위반되어서는 아니 되는 등의 제한이 따르므로 그 제한에 위반된 자치적 법규범의 규정은 무효이다.

[3] 대한체육회의 회원종목(축구)단체인 甲 사단법인이 대학교 축구부 감독인 乙에 대하여 ‘심판에 대한 폭력’ 및 ‘과도한 판정항의’를 이유로 자격정지 1년의 징계처분을 하였고, 乙이 자격정지 기간이 종료된 후 甲 법인에 지도자 등록을 신청하였으나, 甲 법인이 폭력행위로 자격정지 1년 이상의 징계처분을 받은 사람의 지도자 등록을 제한하는 甲 법인의 등록규정을 이유로 이를 거부한 사안에서, 위 등록규정은 과거 체육계에 만연했던 폭력의 근절을 목적으로 도입된 것으로서 목적의 정당성은 인정되나, 甲 법인은 사실상 국내에서 개최되는 모든 축구대회를 관장하고 있고 국내에 甲 법인 이외의 다른 축구협회가 존재하지 않으므로 甲 법인이 지도자 등록을 거부하면 국내에서 지도자 활동을 하는 것은 사실상 불가능한 점, 위 등록규정에 의하면 폭력을 이유로 자격정지 1년 이상의 징계를 받은 사람은 어떠한 예외도 없이 영구적으로 지도자 등록을 하지 못하게 되는데, 甲 법인의 징계기준에 따르면 지도자가 폭력행위를 한 경우 상대방·수단·방법 등을 구분하지 않고 모두 자격정지 1년 이상 또는 제명을 하도록 규정하고 있으므로, 폭력과 연루된 지도자는 징계 감경 등 특별한 사정이 없는 한 폭행의 정도, 원인, 경위, 동기, 피해회복 여부 등 구체적인 사정 및 폭력과 지도자로서의 신뢰, 자질의 관련성 정도와 무관하게 영원히 지도자 등록을 하지 못하게 될 가능성이 커, 폭력에 대한 책임의 정도와 이로 인한 불이익 사이에 현저히 균형을 잃을 가능성이 상존하는 점 등을 종합하면 위 등록규정은 구성원들의 헌법상 직업선택의 자유를 과도하게 침해하여 민법 제103조 등에 따라 무효라고 봄이 타당하다고 한 사례.

[4] 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 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없다.

8 2026. 7. 16. 선고 2026다202526 판결〔손해배상(기)〕 1745

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조 제1항 중 환매권의 발생기간을 제한하고 있는 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내’ 부분에 대한 헌법불합치결정 및 그에 따른 개선입법의 소급효가 위 조항 중 환매권의 행사기간 부분에도 미치는지 여부(원칙적 소극)

헌법재판소는 2020. 11. 26. 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한

법률(2021. 8. 10. 법률 제18386호로 개정되기 전의 것) 제91조 제1항(이하 ‘구법 조항’이라 한다) 중 환매권의 발생기간을 제한하고 있는 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내에’ 부분에 대한 헌법불합치결정을 하면서 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항 부분의 적용중지를 명하였다.

그 후 구법 조항은 2021. 8. 10. 법률 제18386호로 개정되었는데 개정법률 제91조 제1항(이하 ‘신법 조항’이라 한다)은 공익사업의 폐지·변경으로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우 관계 법률에 따라 사업이 폐지·변경된 날 또는 제24조에 따른 사업의 폐지·변경 고시가 있는 날부터 10년 이내에 그 토지에 대하여 받은 보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있고, 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우에는 사업완료일부터 10년 이내에 그 토지에 대하여 같은 방법으로 환매권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 위 개정법률 부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”라고 규정하고, 부칙 제3조는 “제91조 제1항의 개정규정은 이 법 시행 당시 환매권을 행사할 수 있는 경우에도 적용한다.”라고 규정하고 있다.

위 헌법불합치결정은 구법 조항 중 환매권의 발생기간을 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내’로 제한하고 있는 부분이 헌법에 위반된다는 것이다. 이에 따라 개정된 신법 조항은 환매권의 발생기간 제한을 삭제하였고, 그 외 환매권의 행사기간도 종전의 ‘토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일부터 10년 이내’에서 ‘사업의 폐지·변경일 또는 사업완료일부터 10년 이내’로 대폭 연장하였다.

그러나 위 헌법불합치결정이 구법 조항 중 환매권의 발생기간 부분에 관한 것인 이상 위 헌법불합치결정 및 그에 따른 개선입법의 소급효 역시 헌법불합치결정의 대상인 환매권의 발생기간 부분에 한하여 미치고, 별도의 경과 규정이 없는 한 이와 직접 관련이 없는 환매권의 행사기간 부분에는 개선입법의 소급효가 미치지 아니한다.

가 사

9 2026. 7. 16. 선고 2024므12628 판결 [손해배상(기)] 1749

[1] 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)에서 정한 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구’의 의미 / 이혼과 무관하게 부부공동생활 중 발생한 개별적 특정 유책행위를 불법행위로 파악하여 민사상 손해배상을 청구하는 것이 명백한

경우, ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구’에 해당하는지 여부(소극) / 이혼과 무관하게 부부공동생활 중 발생한 개별적 특정 유책행위를 불법행위로 파악하여 민사상 손해배상을 청구하였다가, 그 특정 유책행위를 이혼의 원인이 되는 유책행위의 일부로 하여 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 불법행위로 파악하여 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상’을 청구하는 것으로 청구원인을 변경한 경우, 소의 변경에 해당하는지 여부(적극) 및 그 청구변경의 취지를 교환적이라고 보아야 하는지 여부(원칙적 적극)

- [2] 청구원인 변경으로 민사상 손해배상사건에서 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목의 가사소송사건으로 관할이 변경되었는데 변경된 청구의 소송 목적의 값이 같은 사물관할 범위 내인 경우, 민사상 손해배상사건의 항소심 사건을 담당하던 지방법원 본원 합의부가 민사소송법 제34조 제1항에 따라 관할권이 있는 가정법원 본원에 사건을 이송하여야 하는지 여부(적극) 및 이를 이송받은 가정법원 본원 합의부는 지방법원 단독판사의 제1심판결에 대한 항소법원으로서 사건을 심리·판단하여야 하는지 여부(적극)

[3] 항소심에서 소의 교환적 변경이 있는 경우 주문 표시 방법

- [1] 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)는 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상 청구’는 제3자에 대한 청구를 포함하여 다류 가사소송사건(이하 ‘다류 가사소송사건’이라 한다)으로 정한다. 이때 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구’는 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위의 발생으로부터 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 불법행위로 파악하여 손해배상을 청구하는 경우를 의미한다. 이와 달리 이혼과 무관하게 부부공동생활 중 발생한 개별적 특정 유책행위를 불법행위로 파악하여 민사상 손해배상을 청구하는 것이 명백한 경우에는 다류 가사소송사건에 해당한다고 볼 수 없다.

두 개의 소송물이 동일한 사실관계를 토대로 하는 경우에도 청구원인이 서로 다르다면 별개의 소송물이라 할 것인바, 이러한 청구원인의 변경은 소의 변경에 해당한다.

따라서 원고가 이혼과 무관하게 부부공동생활 중 발생한 개별적 특정 유책행위를 불법행위로 파악하여 민사상 손해배상을 청구하였다가, 그 특정 유책행위를 이혼의 원인이 되는 유책행위의 일부로 하여 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 불법행위로 파악하여 손해배상을 청구하는 다류 가사소송사건으로 청구원인을 변경하였다면, 이는 소의 변경에 해당하고, 특별한 사정이 없는 한 그 청구변경의 취지는 교환적이라고 보아야 할 것이다.

[2] 변경된 청구의 소송 목적의 값이 같은 사물관할 범위 내인 경우, 민사상 손해배상사건의 항소심 사건을 담당하던 지방법원 본원 합의부로서는 민사소송법 제34조 제1항에 따라 관할권이 있는 가정법원 본원에 사건을 이송하고, 사건을 이송받은 가정법원 본원 합의부가 지방법원 단독판사의 제1심판결에 대한 항소법원으로서 사건을 심리하여 판단하면 충분하다. 그 이유는 다음과 같다.

① 소의 교환적 변경에 따라 사건이 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목의 가사소송사건으로 변경되는 경우 해당 사건은 가사소송법 제2조 제1항에 따라 가정법원의 전속관할에 속하게 되는 것이므로, 민사소송법 제34조 제1항에 따라 관할법원인 가정법원에 이송되어야 한다.

② 민사소송법 제419조는 제1심에 관할위반의 위법이 있을 때 제1심판결을 취소하고 사건을 관할법원에 이송하라는 취지이므로, 소의 교환적 변경이 이루어지기 전에 선고된 지방법원 단독판사의 제1심판결에는 전속관할을 위반한 잘못이 없다. 항소심에서 사후적으로 발생한 전속관할 위반의 문제를 들어 제1심판결을 취소하고 판결로 사건을 관할법원에 이송하여야 한다고는 볼 수 없다.

③ 사건을 이송받은 가정법원이 제1심부터 다시 사건을 심리하여야 한다고 본다면, 이는 이미 지방법원 단독판사에 의하여 유효하게 선고된 제1심판결의 효력을 항소심에서 이루어진 소의 교환적 변경이라는 우연하고도 후발적인 사정에 따라 상실시키는 것으로서, 소송절차의 예측 가능성과 법적 안정성을 현저히 해한다.

④ 항소심에서 전속관할의 변경이 수반되는 소의 교환적 변경이 이루어졌다는 이유만으로 사건을 제1심법원에서부터 다시 심리하도록 하는 것은 전속관할의 변경이 수반되지 않는 소의 교환적 변경의 경우 항소심이 제1심법원에 사건을 이송하지 않고서 신 청구에 대하여 계속 심리하는 것과의 형평에도 부합하지 않을 뿐만 아니라, 법률의 규정 없이 당사자의 의사만으로 사실상 심급이 창설된다는 점에서 받아들이기 어렵다.

[3] 항소심에 이르러 소가 교환적으로 변경된 경우에는 구 청구가 취하되어 그에 해당하는 제1심판결은 실효되고 신 청구만이 항소심의 심판대상이 되는 것이므로 항소심은 신 청구에 대하여 재판하여야 하고, 제1심이 원고의 청구를 기각하였고 항소심이 교환적으로 변경된 신 청구를 기각하는 경우 “원고의 청구를 기각한다.”라는 주문 표시를 하여야 하며, “항소를 기각한다.”라는 주문 표시를 하여서는 아니 된다.

10 2026. 7. 16. 선고 2024므15467 판결〔이혼및위자료〕 1754

- [1] 민법 제837조의2에서 정한 면접교섭이 자녀의 복리를 침해하는 특별한 사정이 있는 경우, 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 가정법원이 면접교섭을 배제할 수 있는지 여부(적극) 및 이를 판단할 때 고려하여야 할 사항
- [2] 자녀의 소재를 알 수 없다는 등의 사정이 비양육친의 면접교섭을 배제할 수 있는 사유가 되는지 문제 된 사안에서, 자녀의 소재가 불분명하고 구체적인 일정과 방법을 정할 수 없는 등 면접교섭의 이행이 현재로서 가능하다고 보기 어렵다는 이유로 면접교섭 청구를 배척한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [3] 나류 가사소송사건인 재판상 이혼 청구에 가사비송사건인 친권자 및 양육자 지정사건 또는 양육비 청구 사건 등이 병합되어 계속 중인 경우, 상대방으로서는 반대청구로 위 사건들과 건련관계에 있는 마류 가사비송사건인 면접교섭 청구를 할 수 있는지 여부(적극) / 위와 같은 면접교섭의 반대청구가 항소심에서 허용되는 경우
- [1] 가정법원은 원칙적으로 민법 제837조의2에 따라 부모와 자녀의 면접교섭을 허용하되, 면접교섭이 자녀의 복리를 침해하는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 배제할 수 있다. 다만 이 경우에도 부모의 이혼 등에 따른 갈등 상황에서 단기적으로 자녀의 복리에 부정적인 영향을 미치는 요인이 일부 발견되더라도 장기적으로 면접교섭이 이루어질 때 자녀의 복리에 미치는 긍정적인 영향 등을 깊이 고려하여, 가정법원은 개별 사건에서 합목적적인 재량에 따라 면접교섭의 시기, 장소, 방법 등을 제한하는 등의 방법으로 가능한 한 자녀의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 면접교섭이 이루어질 수 있도록 하여야 하고, 이러한 고려 없이 막연한 우려를 내세워 면접교섭 자체를 배제하는 데에는 신중하여야 한다. 이때 면접교섭이 자녀의 복리를 침해하는지 여부는 자녀의 연령, 건강상태, 면접교섭에 대한 의사와 함께 면접교섭을 청구하는 부모 일방과 자녀 사이의 유대관계나 친밀도, 면접교섭을 청구하는 의도나 목적, 자녀의 현재 양육환경에 비추어 면접교섭이 양육자인 부모 일방과 자녀 사이의 갈등을 유발하거나 자녀가 새로운 양육환경에 적응하는 데 장애가 되는지, 면접교섭 청구인에게 양육자인 부모 일방 또는 자녀에 대한 현저한 비행이나 아동학대 등의 전력이 있는지 등을 종합적으로 고려하되, 면접교섭이 자녀의 복리에 단기적·장기적으로 어떠한 영향을 미치는지를 구체적으로 살펴 자녀의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다.

[2] 자녀의 소재를 알 수 없다는 등의 사정이 비양육친의 면접교섭을 배제할 수 있는 사유가 되는지 문제 된 사안에서, 자녀의 소재가 불분명하고 면접교섭의 구체적인 일정과 방법을 정할 수 없어 그 이행이 현재로서는 가능하다고 보기 어렵더라도, 그러한 이유로 면접교섭권을 배제하면 자녀의 소재를 알지 못하는 비양육친은 법적으로 보장된 면접교섭권을 언제나 박탈당하는 결과에 이르게 되어 심히 부당하고, 위와 같은 사정은 그 자체로 면접교섭을 배제할 수 있는 ‘면접교섭이 자녀의 복리를 침해하는 특별한 사정’에 해당한다고 보기 어려운데도, 이를 이유로 면접교섭 청구를 배척한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[3] 가류 또는 나류 가사소송사건의 소의 제기가 있고, 그 사건과 청구의 원인이 동일한 사실관계에 기초하거나 1개의 청구의 당부가 다른 청구의 당부의 전제가 되는 다류 가사소송사건 또는 가사비송사건이 각각 다른 가정법원에 계속된 경우에는, 가류 또는 나류 가사소송사건의 수소법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로 다류 가사소송사건 또는 가사비송사건을 병합할 수 있고(가사소송법 제14조 제3항), 여러 개의 가사소송사건 또는 가사소송사건과 가사비송사건, 수개의 가사비송사건이 그 청구의 원인이 동일한 사실관계에 기초하거나 1개의 청구의 당부가 다른 청구의 당부의 전제가 되는 경우에는 이를 1개의 심판청구로 제기할 수 있다(가사소송법 제14조 제1항, 가사소송규칙 제20조의2). 한편 가사소송법 제2조 제1항 제2호 (나)목 3)에 따르면, 면접교섭권의 처분 또는 제한·배제·변경에 관한 청구는 마류 가사비송사건에 속한다.

가사비송사건의 상대방은 제1심의 절차종결 시까지 청구인의 청구와 관련 관계에 있는 마류 가사비송사건으로서 금전의 지급이나 물건의 인도, 기타 재산상의 의무이행을 구하는 반대청구를 할 수 있는데(가사소송규칙 제92조), 민사소송법 제412조를 유추하여 반대청구 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 때 또는 반대청구 상대방이 동의하거나 이의 없이 반대청구의 심문에 응함으로써 동의한 것으로 간주되는 때에는 항고심에서도 마류 가사비송사건의 반대청구를 할 수도 있다.

이러한 관련 법령과 법리를 종합하여 보면, 나류 가사소송사건인 재판상 이혼 청구에 가사비송사건인 친권자 및 양육자 지정사건 또는 양육비 청구 사건 등이 병합되어 계속 중인 경우 상대방으로서는 반대청구로 위 사건들과 관련관계에 있는 마류 가사비송사건인 면접교섭 청구를 할 수 있다. 만약 이러한 반대청구가 항소심에서 제기되었다면 민사소송법 제412조를 유추하여

반대청구 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 때 또는 반대청구 상대방이 동의하거나 이의 없이 반대청구의 심문에 응함으로써 동의한 것으로 간주되는 때 그와 같은 반대청구가 허용될 수 있다고 보아야 한다.

조 세

11 2026. 7. 16. 선고 2026두30111 판결〔법인세부과처분등취소〕 1759

- [1] 구 부가가치세법 제26조 제1항 제5호, 구 부가가치세법 시행령 제35조 제1호의 규정에 따라 부가가치세가 면제되는 의료보건 용역의 의미(=의료법에 따른 의사 등이 공급의 주체가 되어 의료법의 규정에 따라 제공하는 의료보건 용역) 및 의료법에 따른 의사 등이 아닌 사람이 의료법에 따른 의사 등을 고용하여 제공하는 의료보건 용역이 이에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 구 국민건강보험법 제57조 제1항의 입법 취지 및 위 조항에 따른 부당이득징수처분이 재량행위인지 여부(적극) / 의료법에 따른 의사 등이 아닌 사람이 의료법에 따른 의사 등을 고용하여 제공한 의료보건 용역에 관하여 국민건강보험공단으로부터 이미 지급받은 요양급여비용에 대해 부당이득징수처분이 이루어진 경우, 해당 요양급여비용을 부가가치세 과세표준에서 제외할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 이는 해당 부당이득징수금이 실제로 납부되었다고 하더라도 마찬가지인지 여부(적극)
- [3] 국세기본법 제14조 제1항에서 규정하는 실질과세 원칙의 의미 / 재산의 귀속 명의자가 아닌 그 재산을 실질적으로 지배·관리하는 사람이 납세의무자로 되는 경우
- [4] 구 국세기본법 제26조의2 제1항의 입법 취지 및 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호의 ‘사거나 그 밖의 부정한 행위’의 의미
- [1] 구 부가가치세법(2018. 12. 31. 법률 제16101호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제26조 제1항 제5호, 부가가치세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29535호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제35조, 구 의료법(2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정되기 전의 것) 제33조 제2항, 제87조의 문언 내용과 취지 및 체계 등에 비추어 보면, 구 부가가치세법 제26조 제1항 제5호, 구 부가가치세법 시행령 제35조 제1호의 규정에 따라 부가가치세가 면제되는 의료보건 용역은 의료법에 따른 의사 등이 공급의 주체가 되어 의료법의 규정에 따라 제공하는 의료보건 용역을 의미한다고 봄이 타당하다. 따라서 의료법에 따른 의사 등이 아닌 사람이 의료법에 따른 의사 등을 고용하여 제공하는 의료보건 용역은 구

부가가치세법 제26조 제1항 제5호, 구 부가가치세법 시행령 제35조 제1호가 규정한 부가가치세 면제 대상인 ‘의료법에 따른 의사 등이 제공하는 용역’에 해당하지 아니한다.

- [2] 구 국민건강보험법(2020. 12. 29. 법률 제17772호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제57조 제1항은 “공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.”라고 규정하여 그 문언상 일부 징수가 가능함을 명시하고 있다. 위 조항은 요양기관이 부당한 방법으로 급여비용을 지급청구하는 것을 방지함으로써 바람직한 급여체계의 유지를 통한 건강보험 및 의료급여 제정의 건전성을 확보하려는 데 입법 취지가 있으나, 요양기관으로서는 부당이득징수로 인하여 이미 실시한 요양급여에 대하여 그 비용을 상환받지 못하는 결과가 되어 그 침익적 성격이 큰 점 등을 고려하면, 구 국민건강보험법 제57조 제1항에 따른 부당이득징수처분은 재량행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

나아가 앞서 본 구 국민건강보험법 제57조 제1항에 따른 부당이득징수처분의 입법 취지와 법적 성격 등에 비추어 보면, 의료법에 따른 의사 등이 아닌 사람이 의료법에 따른 의사 등을 고용하여 제공한 의료보건 용역에 관하여 국민건강보험공단으로부터 이미 지급받은 요양급여비용에 대해 부당이득징수처분이 이루어지더라도 특별한 사정이 없는 한 해당 요양급여비용을 부가가치세 과세표준에서 제외할 수 없다고 보아야 하고, 이는 해당 부당이득징수금이 실제로 납부되었다고 하더라도 마찬가지이다. 구 국민건강보험법 제57조 제1항에 따른 부당이득징수처분은 당초의 의료보건 용역 공급 거래 이후에 별도로 이루어지는 제재처분으로서 국민건강보험공단의 재량에 의해 그 징수금액이 결정될 뿐 아니라, 위 처분 자체는 물론이고 그에 따른 부당이득징수금의 납부로 인하여 부가가치세 과세대상인 ‘의료보건 용역 공급 거래’의 효력이 소급적으로 상실되거나 그 공급가액이 감축된다고 평가할 수는 없기 때문이다.

- [3] 국세기본법 제14조 제1항에서 규정하는 실질과세의 원칙은 소득이나 수익, 재산, 거래 등의 과세대상에 관하여 그 귀속명의와 달리 실질적으로 귀속되는 사람이 따로 있는 경우에는 형식이나 외관을 이유로 그 귀속명의자를 납세의 무자로 삼지 아니하고 실질적으로 귀속되는 사람을 납세의무자로 삼겠다는 것이다. 따라서 재산의 귀속명의자는 이를 지배·관리할 능력이 없고, 그 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배·관리하는 사람이 따

로 있으며, 그와 같은 명 의와 실질의 괴리가 조세를 회피할 목적에서 비롯된 경우에는, 그 재산에 관한 소득은 그 재산을 실질적으로 지배·관리하는 사람에게 귀속된 것으로 보아 그를 납세의무자로 삼아야 한다.

- [4] 구 국세기본법(2019. 12. 31. 법률 제16841호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제26조의2 제1항의 입법 취지는 조세법률관계의 신속한 확정을 위하여 원칙적으로 국세 부과권의 제척기간을 5년으로 하면서도 국세에 관한 과세요건사실의 발견을 곤란하게 하거나 허위의 사실을 작출하는 등의 부정한 행위가 있는 경우에 과세관청으로서의 탈루신고임을 발견하기가 쉽지 아니하여 부과권의 행사를 기대하기가 어려우므로 당해 국세에 대한 부과제척기간을 10년으로 연장하는 데에 있다. 따라서 구 국세기본법 제26조의2 제1항 제1호의 ‘사거나 그 밖의 부정한 행위’라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 않는다.

12 2026. 7. 22. 선고 2025두33035 전원합의체 판결〔부가가치세경정거부처분 취소〕 1766

- [1] 법률의 시행령에 법률에 의한 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 있는지 여부(소극) / 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우, 모법의 위임 범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 판단하는 방법 / 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정해야 하는 본질적 사항에 해당하는지 결정하는 방법 / 법률의 위임 없이 행정입법으로 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것이 조세법률주의에 위배되는지 여부(적극)
- [2] 구 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령 제61조 제1항 제9호 (나)목이 무효인지 여부(적극)
- [3] 甲 주식회사가 乙 주식회사와의 제휴계약에 따라 乙 회사가 개설한 온라인 쇼핑몰을 운영·관리하며 乙 회사의 고객들이 위 쇼핑몰에서 乙 회사로부터 적립받은 포인트를 사용하여 결제대금 중 일부를 공제받아 나머지 금액만을 결제하면 乙 회사로부터 위 포인트 상당의 금액을 정산받았는데, 甲 회사가 고객들로부터 위 포인트로 결제받은 대금 부분까지 모두 과세표준에 합하여 부가가치세를 신고·납부하였다가 그 부분은 ‘에누리액’에 해당한다는 이유로 관할 세무서장에게 환급을 구하는 경정청구를 하였으나, 관할 세무서장이

이를 거부한 사안에서, 구 부가가치세법 시행령 제61조 제1항 제9호 (나)목이 유효함을 전제로 위 처분이 적법하다고 판단하고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.

특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임 범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 해당 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다.

여기서 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당될 것인지는 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 할 것이지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록, 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충되는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의하여 직접 규율될 필요성은 더 증대된다고 보아야 한다. 그런데 헌법 제37조 제2항과 제38조는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없고, 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의무를 진다고 규정하고 있다. 헌법 제59조와 제75조는 조세의 종목과

세율은 법률로 정하여야 하고, 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정해야 한다는 한계를 제시하고 있다. 이러한 규정들에 비추어 보면, 국민에게 납세의 의무를 부과하기 위해서는 조세의 종목과 세율 등 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 정하여야 하고, 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의에 위배된다.

- [2] 구 부가가치세법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제28641호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 제9호 (나)목(이하 ‘위 시행령 조항’이라 한다)은 모법인 구 부가가치세법(2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제3항 제6호 등의 규정 취지에 부합하지 아니하고 그 위임 범위를 벗어나 행정입법으로 과세요건을 확대한 것으로서 조세법률주의에 위배되어 무효라고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

① 사업자가 고객과의 1차 거래에서 매출액의 일정비율에 해당하는 점수를 적립해 준 경우, 그 적립된 점수 상당만큼 2차 거래에서 감액된 가액은 사업자와 고객 사이에서 미리 정해진 공급대가의 결제 조건에 따라 공급가액을 직접 공제·차감한 것으로서 에누리액에 해당한다. 사업자가 다른 사업자와 함께 위와 같은 점수 적립에 의한 대금 공제 제도를 운영하는 경우, 2차 거래 이후 사업자들 사이에 정산이 예정되어 있다 하더라도 1차 거래에서 적립된 점수에 의하여 2차 거래에서 할인된 가액을 에누리액이 아니라고 보아 2차 거래의 공급가액에 포함시킬 수는 없다.

그런데 위 시행령 조항에서는, 마일리지 등을 그 조문 자체에서 정의한 바에 따른 ‘자기적립마일리지 등’과 그 외의 것에 해당하는 이른바 ‘제3자적립마일리지 등’의 두 가지로 구분한 다음, 후자에 해당할 경우 마일리지 등으로 결제받은 부분에 대하여 재화 또는 용역을 공급받는 자 외의 자로부터 보전받았거나 보전받을 금액을 부가가치세의 과세표준에 해당하는 공급가액에 포함하도록 하여 전자와 달리 취급되도록 하였다. 이는 상위법인 구 부가가치세법 제29조 제5항 제1호의 에누리액에 해당하는 ‘제3자적립마일리지 등’을 법률의 근거 없이 그 범위에서 제외하는 것으로서, 위 제29조 제5항 제1호에 저촉될뿐더러 법률의 위임 범위를 넘어 공급가액의 범위를 확대하는 것이다.

② 구 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 위 시행령 조항은 새로운 입법적 결단에 기한 법률조항의 개정이 이루어지지 않은 상태에서 대통령령만으로 과세범위를 확대하였다. 이는 조세법률주의에도 위배된다.

- [3] 甲 주식회사가 乙 주식회사와의 제휴계약에 따라 乙 회사가 개설한 온라인 쇼핑몰을 운영·관리하며 乙 회사의 고객들이 위 쇼핑몰에서 乙 회사로부터 적립받은 포인트를 사용하여 결제대금 중 일부를 공제받아 나머지 금액만을 결제하면 乙 회사로부터 위 포인트 상당의 금액을 정산받았는데, 甲 회사가 고객들로부터 위 포인트로 결제받은 대금 부분까지 모두 과세표준에 합하여 부가가치세를 신고·납부하였다가 그 부분은 ‘에누리액’에 해당한다는 이유로 관할 세무서장에게 환급을 구하는 경정청구를 하였으나, 관할 세무서장이 이를 거부한 사안에서, 구 부가가치세법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제 28641호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 제9호 (나)목(이하 ‘위 시행령 조항’이라 한다)은 모법인 구 부가가치세법(2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되기 전의 것) 제29조 제3항 제6호 등의 규정 취지에 부합하지 아니하고 그 위임 범위를 벗어나 행정입법으로 과세요건을 확대한 것으로서 조세법률주의에 위배되어 무효라는 이유로, 위 시행령 조항이 유효함을 전제로 위 처분이 적법하다고 판단하고 본 원심판단에 헌법상 법률유보원칙 및 조세법률주의 원칙에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

13 2026. 7. 22. 선고 2025두34707 전원합의체 판결 [부가가치세경정거부처분 취소] 1776

- [1] 법률의 시행령에 법률에 의한 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 있는지 여부(소극) / 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우, 모법의 위임 범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 판단하는 방법 / 어느 시행령 규정이 모법에 저촉되는지 판단하는 기준 / 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정해야 하는 본질적 사항에 해당하는지 결정하는 방법 / 법률의 위임 없이 행정입법으로 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것이 조세법률주의에 위배되는지 여부(적극)
- [2] 구 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령 제61조 제1항 제9호 (나)목이 무효인지 여부(적극)
- [3] 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령 제61조 제1항 제9호 (나)목 및 부가가치세법 시행령 제61조 제2항 제9호 (나)목이 무효인지 여부(소극)
- [4] 온라인 쇼핑몰을 운영하는 甲 주식회사와 신용카드사들이 업무제휴협약을 맺

어 고객이 신용카드사 가맹점에서 신용카드로 대금을 결제하면 가맹점의 부담으로 신용카드 포인트를 적립하여 주고, 이후 고객이 위 포인트를 가맹점에서 사용하면 신용카드사들은 고객으로부터 위 포인트 상당액을 공제한 대가만 수취한 후 그 대가에 위 포인트로 결제한 금액을 합하여 가맹점에 지급하기로 하였는데, 甲 회사가 고객이 甲 회사 운영 온라인 쇼핑몰에서 위 포인트로 결제한 금액을 모두 과세표준에 포함하여 부가가치세를 신고·납부하였다가 위 포인트로 결제한 금액은 ‘에누리액’에 해당한다는 이유로 관할 세무서장에게 환급을 구하는 경정청구를 하였으나, 관할 세무서장이 이를 거부한 사안에서, 위 처분 중 구 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령 제61조 제1항 제9호 (나)목에 따라 이루어진 2017년 제1기분 및 제2기분 부가가치세에 대한 부분은 위법하지만, 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임 근거로 하는 위 시행령 조항 및 부가가치세법 시행령 제61조 제2항 제9호 (나)목에 따라 이루어진 2018년 제1기분부터 2019년 제1기분까지의 부가가치세에 대한 부분은 위법하지 않다고 한 사례

- [1] 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.

특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임 범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 해당 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다.

위와 같은 판단 결과 법규명령의 내용이 객관적으로 확정된 법률의 위임 범위나 한계 내에 있다고 인정되거나 법률이 예정하고 있는 바를 구체적으로 명확하게 한 것으로 인정되면 법규명령은 무효로 되지 않는다. 또한 어느 시행령 규정이 모법에 저촉되는지가 명백하지 않은 경우에는 모법과 시행령의 다른 규정들과 그 입법 취지, 연혁 등을 종합적으로 살펴 모법에 합치된다는 해석도 가능한 경우라면 그 규정을 모법 위반으로 무효라고 선언해서는 안 된다.

한편 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당될 것인지는 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 할 것이지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질 수록, 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충되는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의하여 직접 규율될 필요성은 더 증대된다고 보아야 한다. 그런데 헌법 제37조 제2항과 제38조는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없고, 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의무를 진다고 규정하고 있다. 헌법 제59조와 제75조는 조세의 종목과 세율은 법률로 정하여야 하고, 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정해야 한다는 한계를 제시하고 있다. 이러한 규정들에 비추어 보면, 국민에게 납세의 의무를 부과하기 위해서는 조세의 종목과 세율 등 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 정하여야 하고, 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등 납세의무에 관한 기본적·본질적 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의에 위배된다.

- [2] 구 부가가치세법(2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제28641호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 제9호 (나)목(이하 ‘위시행령 조항’이라 한다)은 모법의 규정 취지에 부합하지 아니하고 그 위임 범위를 벗어나 행정입법으로 과세요건을 확대한 것으로서 조세법률주의에 위배되어 무효라고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

① 사업자가 고객과의 1차 거래에서 매출액의 일정비율에 해당하는 점수를 적립해 준 경우, 그 적립된 점수 상당만큼 2차 거래에서 감액된 가액은 사업

자와 고객 사이에서 미리 정해진 공급대가의 결제 조건에 따라 공급가액을 직접 공제·차감한 것으로서 에누리액에 해당한다. 사업자가 다른 사업자와 함께 위와 같은 점수 적립에 의한 대금 공제 제도를 운영하는 경우, 2차 거래 이후 사업자들 사이에 정산이 예정되어 있다 하더라도 1차 거래에서 적립된 점수에 의하여 2차 거래에서 할인된 가액을 에누리액이 아니라고 보아 2차 거래의 공급가액에 포함시킬 수는 없다.

그런데 구 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 위 시행령 조항에서는, 마일리지 등을 그 조문 자체에서 정의한 바에 따른 ‘자기적립마일리지 등’과 그 외의 것에 해당하는 이른바 ‘제3자적립마일리지 등’의 두 가지로 구분한 다음, 후자에 해당할 경우 마일리지 등으로 결제받은 부분에 대하여 재화 또는 용역을 공급받는 자 외의 자로부터 보전받았거나 보전받을 금액을 부가가치세의 과세표준에 해당하는 공급가액에 포함하도록 하여 전자와 달리 취급되도록 하였다. 이는 상위법인 구 부가가치세법 제29조 제5항 제1호의 에누리액에 해당하는 ‘제3자적립마일리지 등’을 법률의 근거 없이 그 범위에서 제외하는 것으로서, 위 제29조 제5항 제1호에 저촉될뿐더러 법률의 위임 범위를 넘어 공급가액의 범위를 확대하는 것이다.

② 구 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 위 시행령 조항은 새로운 입법적 결단에 기한 법률 조항의 개정이 이루어지지 않은 상태에서 대통령령만으로 과세범위를 확대하였다. 이는 조세법률주의에도 위배된다.

- [3] 2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되어 2018. 1. 1. 시행된 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임의 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제28641호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 제9호 (나)목(이하 ‘개정 전 시행령 조항’이라 한다) 및 2018. 2. 13. 대통령령 제28641호로 개정된 부가가치세법 시행령 제61조 제2항 제9호 (나)목(이하 ‘개정 후 시행령 조항’이라 한다)은 모법의 규정 취지에 부합하고 그 위임 범위 내에서 구체적 과세요건을 정한 것으로서 위임입법의 한계를 일탈하였다거나 조세법률주의에 위배된다고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

① 법률의 위임에 따라 효력을 갖는 법규명령의 경우 그 위임의 근거가 없어 무효였더라도 나중에 법 개정으로 위임의 근거가 부여되면 그때부터는 유효한 법규명령으로 볼 수 있다. 부가가치세법 제29조 제3항 제6호가 2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되어 2018. 1. 1. 시행되면서 그 법문에 종전과 달리 ‘대통령령으로 정하는 마일리지 등으로 대금의 전부 또는 일부를 결제하는

거래'라는 문구가 추가되어, 개정 전 시행령 조항이 정한 범위 내에서 부가가치세 과세표준인 공급가액의 범위가 확대되고 반대로 공급가액에 포함되지 않는 에누리액의 범위는 그만큼 축소된 것으로 볼 수 있다. 이는 개정 후 시행령 조항에 대해서도 마찬가지이다.

② 부가가치세 과세 대상이 되는 거래의 범위나 공급가액의 범위는 기본적으로 입법 정책의 영역에 속한다. 입법자는 2017년 부가가치세법의 개정을 통해 개정 전 시행령 조항에 새로운 위임 근거를 부여함으로써 개정 전 시행령 조항에서 정하고 있는 '자기적립마일리지 등 외의 마일리지 등으로 결제 받은 부분에 대하여 재화 또는 용역을 공급받는 자 외의 자로부터 보전받았거나 보전받을 금액'을 부가가치세 공급가액에 포함하겠다는 결단을 드러낸 것이고, 가급적 이를 존중하는 방향으로 법령해석이 이루어져야 할 것이다.

③ 부가가치세법하에서 공급자가 재화 또는 용역의 공급과 관련하여 금전 또는 금전적 가치가 있는 것을 받는 경우에 그것이 공급과 대가관계에 있는지는 조세법률주의에 따라 해당 사안에 적용되는 법령을 바탕으로 규범적으로 판단되어야 한다. 그러므로 부가가치세법이 2018. 1. 1. 시행됨에 따라 개정 전 시행령 조항이 적법하게 위임의 근거를 갖추게 된 이후부터는, 개정 전 시행령 조항에서 정의한 '자기적립마일리지 등' 외의 마일리지 등에 해당하는 이른바 '제3자적립마일리지 등'과 관련하여 사업자들 사이에 지급되는 정산금 상당액은 새롭게 달라진 규범적 상황하에서 해당 공급과 대가관계에 있는 것으로 평가될 수 있다. 이러한 견지에서 부가가치세법의 2017년 개정 이후 개정 전 시행령 조항 및 개정 후 시행령 조항은, 제3자적립마일리지 등과 관련하여 사업자들이 상호 지급하는 정산금이 2차 거래의 공급과 대가관계에 있을 수 있음을 전제로, 마일리지 등으로 결제가 이루어진 경우 일정한 요건하에 정산금 상당액을 2차 거래의 공급가액에 포함하고자 하는 규정이라고도 이해할 수 있다.

④ 부가가치세법 제29조 제3항 제6호가 사업자가 마일리지 등으로 결제받은 부분 중 일정 부분이 부가가치세 과세표준인 공급가액에 포함될 수 있음을 기본 전제로 삼으면서, '마일리지 등'의 정의나 그 공급가액의 범위에 관한 사항을 직접 정하지 아니한 채 이를 시행령에 위임하였다고 하여 의회유보의 원칙이나 조세법률주의에 반한다고 볼 수 없다.

- [4] 온라인 쇼핑몰을 운영하는 甲 주식회사와 신용카드사들이 업무제휴협약을 맺어 고객이 신용카드사 가맹점에서 신용카드로 대금을 결제하면 가맹점의 부담으로 신용카드 포인트를 적립하여 주고, 이후 고객이 위 포인트를 가맹점

에서 사용하면 신용카드사들은 고객으로부터 위 포인트 상당액을 공제한 대가만 수취한 후 그 대가에 위 포인트로 결제한 금액을 합하여 가맹점에 지급하기로 하였는데, 甲 회사가 고객이 甲 회사 운영 온라인 쇼핑몰에서 위 포인트로 결제한 금액을 모두 과세표준에 포함하여 부가가치세를 신고·납부하였다가 위 포인트로 결제한 금액은 ‘에누리액’에 해당한다는 이유로 관할 세무서장에게 환급을 구하는 경정청구를 하였으나, 관할 세무서장이 이를 거부한 사안에서, 위 처분 중 구 부가가치세법(2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되기 전의 것) 제29조 제3항 제6호를 위임 근거로 하는 구 부가가치세법 시행령(2018. 2. 13. 대통령령 제28641호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 제9호 (나)목(이하 ‘개정 전 시행령 조항’이라 한다)에 따라 이루어진 2017년 제1기분 및 제2기분 부가가치세에 대한 부분은 위법하지만, 2017. 12. 19. 법률 제15223호로 개정되어 2018. 1. 1. 시행된 부가가치세법 제29조 제3항 제6호를 위임 근거로 하는 개정 전 시행령 조항 및 2018. 2. 13. 대통령령 제28641호로 개정된 부가가치세법 시행령 제61조 제2항 제9호 (나)목(이하 ‘개정 후 시행령 조항’이라 한다)에 따라 이루어진 2018년 제1기분부터 2019년 제1기분까지의 부가가치세에 대한 부분은 위법하다고 볼 수 없음에도, 이와 달리 위 처분 중 2018년 제1기분부터 2019년 제1기분까지의 부가가치세에 대한 부분까지 위법하다고 본 원심판단에 개정 전 시행령 조항 및 개정 후 시행령 조항의 효력 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

형 사

14 2026. 7. 16. 선고 2023도3217 판결 [업무상과실치상] 1791

- [1] 의료사고로 인한 형사사건에서 피고인인 의사의 업무상 과실을 인정하기 위한 요건 / 의사의 과실이 있는지 판단하는 기준 및 고려할 사항 / 의사에게 진단상 과실이 있는지를 판단하는 방법
- [2] 의사의 진료방법 선택에 관한 재량의 범위와 내용
- [3] 의료사고로 인한 형사사건에서 피고인인 의사의 업무상 과실을 인정하기 위한 ‘업무상 과실 존재’에 관한 증명의 정도
- [4] 의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치사상죄를 인정하기 위한 ‘업무상 과실과 상해·사망 등 결과 발생 사이의 인과관계’에 관한 증명의 정도 및 형사재판에서의 인과관계에 관한 판단이 동일 사안의 민사재판과 다를 수 있는지 여부(적극)

- [1] 의료사고로 인한 형사사건에서 피고인인 의사의 업무상 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 예견하거나 회피하지 못한 점을 인정할 수 있어야 한다. 의사의 과실이 있는지는 같은 업무 또는 분야에 종사하는 평균적인 의사가 보통 갖추어야 할 통상의 주의의무를 기준으로 판단해야 하고, 사고 당시의 일반적인 의학 수준, 의료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려해야 한다. 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 해야 한다. 의사에게 진단상 과실이 있는지를 판단할 때는, 의사가 비록 완전무결하게 임상진단을 할 수는 없을지라도, 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위에서 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리, 의학지식과 경험에 기초하여, 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 이를 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지를 따져 보아야 한다.
- [2] 의사는 진료를 행할 때에 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다. 그러므로 그러한 선택이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한, 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다.
- [3] 의료사고로 인한 형사사건에서 피고인인 의사의 업무상 과실을 인정하려면 검사가 법관으로 하여금 의사의 업무상 과실이 존재한다는 것에 관하여 합리적 의심의 여지가 없이 확신할 수 있도록 증명해야 한다. 검사의 증명이 그에 이르지 못한 경우에는 설령 피고인인 의사에게 업무상 과실이 존재하는 것이 아닌지 의심이 들더라도 이를 인정하여 유죄로 판단할 수 없다.
- [4] 의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치사상죄를 인정하기 위해서는 의료행위 과정에서 공소사실에 기재된 업무상 과실이 존재하였다는 점 외에 그러한 업무상 과실로 인하여 환자에게 상해·사망 등의 결과가 발생하였다는 점에 관하여도 엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명이 이루어져야 한다. 의사의 업무상 과실이 증명되었다는 사정만으로 인과관계가 추정되거나 증명 정도가 경감되는 것은 아니다. 이처럼 형사재판에서는 인과관계의 증명에 있어 ‘합리적인 의심이 없을 정도’의 증명을 요하므로 그에 관한 판단이 동일 사안의 민사재판과 달라질 수 있다.

15 2026. 7. 16. 선고 2024도17852 판결〔개인정보보호법위반〕 1801

- [1] 구 개인정보 보호법상 개인정보의 ‘제3자 제공’의 의미 및 개인정보처리자가 개인정보의 지배·관리권을 그대로 유지하면서 개인정보처리자의 업무처리와 이익을 위하여 내부적으로 개인정보를 이용하는 것과 구별되는지 여부(적극) / 이는 같은 법 제19조의 ‘개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자’가 제공받은 개인정보를 다시 제3자에게 제공하는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)
- [2] 구 개인정보 보호법 제19조의 ‘개인정보를 제공받은 목적’의 의미
- [3] 구 개인정보 보호법 제71조 제2호, 제19조 위반죄의 성립에 관하여 개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자가 ‘목적 외의 용도’로 개인정보를 이용했는지 판단하는 방법

[4] 주택재개발정비사업조합 조합임원 선거에 조합장 후보로 등록한 피고인이 선거운동을 목적으로 위 조합으로부터 조합원들의 개인정보가 담긴 선거인 명부를 제공받은 다음, 선거사무원에게 전화로 선거운동을 하도록 선거인 명부 중 일부를 제공함으로써 개인정보처리자로부터 제공받은 개인정보를 제공받은 목적 외의 부정한 선거운동을 위한 용도로 제3자에게 제공했다는 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 선거사무원에게 선거운동을 목적으로 선거인명부를 전달한 행위만으로 제공받은 목적 외의 용도로 이를 이용했다고 보기 어려움에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 구 개인정보 보호법(2023. 3. 14. 법률 제19234호로 개정되기 전의 것) 제19조는 개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자는 정보주체로부터 별도의 동의를 받거나 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공해서는 안 된다고 규정하고, 제71조 제2호는 제19조를 위반하여 개인정보를 이용하거나 제3자에게 제공한 자를 처벌하도록 규정하고 있다.

개인정보의 ‘제3자 제공’은 본래의 개인정보 수집·이용 목적의 범위를 넘어 그 정보를 제공받는 자의 업무처리와 이익을 위하여 개인정보의 지배·관리권이 이전되는 것으로, 개인정보처리자가 개인정보의 지배·관리권을 그대로 유지하면서 개인정보처리자의 업무처리와 이익을 위하여 내부적으로 개인정보를 이용하는 것과 구별된다. 이는 같은 법 제19조의 ‘개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자’가 제공받은 개인정보를 다시 제3자에게 제공하는 경우에도 마찬가지이다.

[2] 구 개인정보 보호법(2023. 3. 14. 법률 제19234호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제15조, 제16조에서 개인정보처리자의 개인정보 수집·이용에 관하여

규정하고, 제17조 제1항 각 호, 제3항에서 개인정보처리자가 수집한 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있는 경우를 규정하며, 제18조 제2항 각 호에서 개인정보처리자가 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 제19조에서는 ‘개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자’를 수범자로 하여 정보주체로부터 별도의 동의를 받거나 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공해서는 안 된다고 규정하고 있다. 위와 같은 법령의 체계와 문언을 종합하면, 구 개인정보 보호법 제19조의 ‘개인정보를 제공받은 목적’은 같은 법 제17조 제1항 각 호, 제3항, 제18조 제2항 각 호에서 정한 ‘개인정보를 제3자에게 제공할 수 있는 경우와 관련이 있는 목적’을 의미하고, 그와 무관하게 제공받은 자가 가지는 주관적·일방적인 목적을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다. 개인정보처리자가 개인정보를 수집한 후 이를 제3자에게 제공함으로써 개인정보의 지배·관리권이 이전된다면, 해당 개인정보는 그 제공의 이유나 의도에 부합하도록 이용되어야 하기 때문이다.

- [3] 구 개인정보 보호법(2023. 3. 14. 법률 제19234호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제71조 제2호, 제19조 위반죄의 성립에 관하여 개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자가 ‘목적 외의 용도’로 개인정보를 이용했는지를 판단할 때에는, 개인정보의 최초 수집 목적과 정보주체가 동의한 제3자의 개인정보 이용 목적의 범위, 개인정보처리자가 다른 법률의 특별한 규정에 따라 개인정보를 제공하는 경우 해당 규정의 내용, 개인정보처리자와 개인정보를 제공받은 자 사이에 이루어진 개인정보 제공에 관한 의사표시의 구체적인 내용, 개인정보의 제공에 관하여 개인정보처리자 또는 개인정보를 제공받은 자가 내부적으로 정하고 있는 관련 지침이나 규정의 내용 등을 종합적으로 살펴 ‘목적’의 범위를 합리적으로 설정해야 한다. 나아가 정보주체와 개인정보처리자의 자리에서 합리적으로 예측할 수 있는 범위를 벗어나 개인정보자기결정권을 부당하게 침해하는 경우가 아닌 한, 개인정보를 제공받은 자의 개인정보 이용행위가 개인정보자기결정권의 침해와는 직접 관련이 없는 개인정보처리자와의 일부 약정이나 이들의 내부 규정 등에 위배된다는 사정만으로 구 개인정보 보호법 제19조에서 말하는 ‘목적 외 용도’의 이용으로 쉽사리 단정해서는 안 된다.

- [4] 주택재개발정비사업조합 조합임원 선거에 조합장 후보로 등록한 피고인이 선거운동을 목적으로 위 조합으로부터 조합원들의 이름, 주소, 전화번호, 생년

월일 등 개인정보가 담긴 선거인 명부를 제공받은 다음, 후보자 본인에 한하여 전화를 통한 선거운동을 할 수 있도록 한 선거운동 방법 제한을 위반하여 선거사무원에게 전화로 선거운동을 하도록 선거인 명부 중 일부를 제공함으로써 개인정보처리자로부터 제공받은 개인정보를 제공받은 목적 외의 용도인 부정한 선거운동을 위한 용도로 제3자에게 제공했다는 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인이 조합으로부터 선거인 명부를 교부받기 위하여 제출한 ‘문서 열람·복사 신청서’의 용도 및 목적란에 ‘선거운동’으로 기재되어 있을 뿐 달리 구체적인 기재는 없고, 조합의 규정도 “확정된 선거인 명부를 후보자에게 제공할 수 있으며, 후보자는 이를 ‘선거 이외의 목적’에 사용할 수 없다.”라고만 규정할 뿐이며, 그 밖에 개인정보인 선거인 명부의 제공 및 이용 목적에 관하여 구체적인 제한을 두고 있지는 않은 점, 조합의 선거관리규정 등을 전체적으로 살펴보면 선거사무원이 후보자의 선거운동을 보조하는 사실행위는 할 수 있다고 해석되는 점, 개인정보인 선거인 명부를 제공한 정보주체와 개인정보처리자인 조합의 입장에서 보더라도, 선거인 명부를 제공받은 후보자가 선거운동 과정에서 선거사무원과 함께 선거인 명부를 이용하게 된다는 것은 합리적으로 예측 가능한 범위 내에 있는 점, 피고인이 선거사무원인 선거사무원에게 전화를 통한 선거운동을 지시함으로써 선거운동 방법 제한을 위반한 것만으로 정보주체의 개인정보자기결정권을 부당하게 침해하는 정도에 이른 ‘목적 외 용도’라고 단정하기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인이 선거사무원에게 선거운동을 목적으로 선거인명부를 전달한 행위만으로 제공받은 목적 외의 용도로 이를 이용했다고 보기 어려움에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

16 2026. 7. 16. 선고 2025도18361 판결〔도로교통법위반(음주운전)·도로교통법위반(무면허운전)] 1807

- [1] 법원 합의부에서 심판권을 행사할 때 법원의 의사를 형성하기 위한 과정으로서 ‘합의’의 의미 / 합의의 내용, 방법 등에 관한 무정형성·자율성의 의미 및 그 한계
- [2] 형사항소심 합의부를 구성하는 판사들이 공판절차가 실질적으로 종결되기 전에 항소이유서와 답변서를 바탕으로 의견을 교환하고 심의·논의하여 법원의 의사를 잠정적으로 형성할 수 있는지 여부(적극) 및 변론종결 기일에 판결을 선고하는 경우, 잠정적으로 형성한 법원의 의사를 그대로 법원의 종국적 의사로 삼기로 합의하여 판결을 선고할 수 있는지 여부(적극) / 이 경우 형사판결의 결론에 관한 법원의 종국적 의사를 결정하는 최종 합의 과정을 거쳐야 하는지 여부(적극) /

이때 최종 합의 과정의 형식은 형사항소심 합의부 판사들이 자율적으로 정할 수 있는지 여부(적극) / 이러한 최종 합의 과정이 없거나 합의 절차가 형해화된 경우, 위법한 공판절차가 되는지 여부(적극)

- [3] 도로교통법 위반(음주운전) 등의 공소사실로 기소된 피고인이 제1심에서 공소사실을 전부 인정하고 징역 1년을 선고받은 후 피고인과 검사 모두 양형부당을 이유로 항소했는데, 원심이 항소이유에 대한 심리를 마치고 피고인신문 및 최종 의견 진술을 거쳐 변론을 종결한 당일 항소기각 판결을 선고한 사안에서, 원심의 소송절차에 헌법 제27조 제1항 및 법원조직법 제66조를 위반하여 합의에 의한 재판을 받을 권리를 침해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다고 한 사례
- [1] 단독판사가 심판권을 행사하는 경우와 달리 합의부에서 심판권을 행사하는 때에는 합의부를 구성하는 3명의 판사들은 독립된 개별 법관의 의견을 넘어 재판기관인 법원의 의사를 형성하기 위하여 구체적 사건에서 쟁점이 되는 사실을 확인하고, 그에 적용되는 법률을 해석·적용하여 결론을 이끌어내는 절차, 즉 합의(合議)를 거치게 된다. 합의는 서로 다른 경험과 가치관을 갖고 있는 합의부 구성원들이 서로 협력하여 자유로이 의견을 교환하고 심의·논의하여 하나의 유기적 일체로서 법원의 의사를 형성하는 필수적 과정이다.

합의의 방법 등에 관하여 법률은, 합의부를 구성하는 판사들이 합의 과정에서 구체적 사건에 관한 의견을 언제든지 자유롭게 교환하고 심의·논의할 수 있도록 심판의 합의는 공개하지 아니한다고 규정하는 한편(법원조직법 제65조), 다수결의 원칙 등에 관한 법원조직법 제66조를 제외하고는 별도의 규정을 두지 않고 있다. 이는 재판권 행사의 본질적 사항에 해당하는 합의의 내용, 방법 등 세부적 사항에 대하여 합의부를 구성하는 판사들로 하여금 합의의 대상, 성격 및 소송의 진행 경과 등을 종합적으로 고려하여 자율적으로 결정하도록 한 것이다. 이러한 합의의 비공개 원칙과 함께 합의의 내용, 방법 등에 관한 무정형성·자율성은 헌법 제27조가 정한 공정한 재판을 받을 권리 및 헌법 제103조가 정한 재판의 독립을 보장하는 토대가 된다.

한편 형사소송법 제267조의2 제1항은 “공판기일의 심리는 집중되어야 한다.”라고 규정하여 집중심리의 원칙을 선언하고 있다. 형사소송법은 이를 반영하여 형사판결의 선고는 변론을 종결한 기일에 하는 것을 원칙으로 하고, 다만 특별한 사정이 있는 때에만 따로 선고기일을 정하도록 하고 있으며 변론을 종결한 기일에 판결을 선고하는 경우 판결선고 후 판결서를 작성할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제318조의4). 나아가 공판기일의 소송지휘는 재판장이 하지만(형사소송법 제279조), 공판기일에서의 소송지휘 중 법원

의 권한에 속하는 사항에 관하여는 합의부를 구성하는 판사들이 재판기관으로서 의사를 형성해야 하므로, 합의의 대상, 성격 및 소송의 진행 경과 등을 종합적으로 고려하여 공판과정에서 다양한 형태로 합의절차를 진행하는 것이 불가피한 측면이 있다. 이와 같이 합의의 무정형성과 자율성은 형사소송법상 집중심리 원칙을 구현하기 위한 필수적인 수단이 되기도 한다.

이러한 합의의 무정형성과 자율성 또한 형사소송절차의 대원칙인 공판중심주의, 구두변론주의, 실질적 직접심리주의의 안에서 구현되어야 함은 물론이다. 합의의 형해화는 공판중심주의, 구두변론주의, 실질적 직접심리주의에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하므로, 합의부를 구성하는 판사들은 공판정에서의 증거조사, 피고인신문, 검사의 사실과 법률적용에 관한 의견 진술, 피고인과 변호인의 최후진술 등 형사소송법이 예정한 공판절차가 실질적으로 마쳐지고 변론을 종결한 뒤, 형사판결의 결론에 관한 법원의 의사를 형성하는 종국적 합의를 해야 한다. 형사판결의 결론이 공판정에서의 심리에 기초하여 형성된 심증을 토대로 종국적 합의를 거쳐 형성된 것이 아니라면, 공판중심주의, 구두변론주의, 직접심리주의 등 형사소송법 원칙을 준수하지 않은 것이어서 원칙적으로 위법하다.

- [2] 형사항소심의 사후심적 요소를 형사소송법이 예정하고 있는 집중심리 원칙이나 합의의 무정형성·자율성이라는 특성 등과 함께 종합적으로 고려하면, 형사항소심의 경우 관련 공판절차가 실질적으로 종결되기 전이라 하더라도 합의부를 구성하는 판사들은 항소이유서와 답변서를 바탕으로 항소법원의 심판범위에 포함된 사유 등에 관한 사실관계와 법률의 해석·적용 등에 대한 의견을 언제나 자유로이 교환하고 심의·논의하여 유기적 일체로서 법원의 의사를 잠정적으로 형성할 수 있다. 나아가 변론을 종결한 기일에 판결을 선고하는 경우, 형사항소심에서 합의부를 구성하는 판사들은 변론종결에 앞서 법원의 의사를 잠정적으로 형성하면서 계속되는 형사소송의 진행 경과에 따라 공판정에 현출되는 소송자료를 모두 심리한 후에 잠정적으로 형성한 법원의 의사에 아무런 변동이 없음을 확인하고 이를 그대로 법원의 종국적 의사로 삼기로 합의하여 판결을 선고할 수도 있다.

다만 그 경우에도 형사판결의 결론에 관한 종국적 합의는 공판정에서의 심리에 기초하여 형성된 심증을 토대로 해야 하므로, 변론을 종결한 기일에 판결을 선고하는 형사항소심 합의부의 판사들은 변론종결에 앞서 잠정적으로 형성한 법원의 의사를 토대로 공판정에서 이루어진 심리의 결과를 반영하여

형사판결의 결론에 관한 법원의 중국적 의사를 결정하는 최종 합의 과정을 거쳐야 한다. 특히 잠정적 합의 후 기존에 심리되지 않은 범죄의 성립과 양형의 조건 등에 관한 새로운 사실관계 또는 법률의 해석·적용 등에 대한 중요한 사항이 공판기일에 새롭게 현출된 경우에는 이러한 최종 합의 과정이 갖는 의미가 더욱 커진다. 이때 변론을 종결하고 판결을 선고하기에 앞서 잠시 휴정하여 별도의 최종 합의 과정을 거치는 것이 바람직하지만, 무정형성·자율성 등을 본질로 하는 합의의 속성에 비추어 그러한 별도의 과정이 형식적으로 반드시 요구되는 것은 아니므로 형사항소심 합의부를 구성하는 판사들은 소송의 진행 경과와 개별 사건의 특성에 맞추어 이를 자율적으로 정할 수 있다.

그러나 합의의 무정형성·자율성에도 한계가 있으므로 변론을 종결하는 기일에 형사판결을 선고하면서도 그에 앞서 잠정적으로 형성한 법원의 의사를 토대로 공판정에서 이루어진 심리의 결과를 반영하여 형사판결의 결론에 관한 법원의 중국적 의사를 결정하는 최종 합의 과정이 아예 존재하지 않거나, 형사항소심의 심판범위에 포함된 사유 등에 대한 심리 진행 경과와 내용, 그에 대한 최종적인 판단 내용 등을 종합하여 볼 때 형사재판제도에 대한 국민의 신뢰를 훼손할 정도로 합의 절차가 형해화되었다고 평가되는 경우에는, 공판중심주의, 구두변론주의 및 직접심리주의 원칙 등에 비추어 이를 위법한 공판절차로 볼 수 있다.

- [3] 도로교통법 위반(음주운전) 등의 공소사실로 기소된 피고인이 제1심에서 공소사실을 전부 인정하고 징역 1년을 선고받은 후 피고인과 검사 모두 양형부당을 이유로 항소했는데, 항소심인 원심이 항소이유서와 양형자료를 제출받고 제2회 공판기일에서 검사와 피고인의 항소이유를 심리한 뒤 제3회 공판기일에서 피고인신문 및 최종의견 진술을 마치고 변론을 종결한 후 당일 항소기각 판결을 선고한 사안에서, 피고인은 양형부당만을 항소이유로 주장했는데, 이는 검사의 양형부당 항소이유와 함께 구두변론으로 현출되어 공판정에서 직접 심리되었던 점, 변론종결일에 이루어진 피고인신문에서도 기존 항소이유를 뒷받침하는 정상들이 심리되었을 뿐 범죄의 성립과 양형의 조건 등에 관한 새로운 사실관계 또는 법률의 해석·적용 등에 대한 중요한 사항이 새롭게 현출되지 않았던 점, 원심법원을 구성하는 판사들의 전자서명이 완료된 판결서에는 검사와 피고인의 항소를 기각하는 이유가 분명하고 합리적으로 설시되어 있는 반면, 원심이 위와 같은 결론에 이르는 최종 합의 과정을 전혀 거치지 않고 형사판결을 선고했다고 단정할 수 있는 자료는 없는 점 등을

종합하면, 원심이 형사판결의 결론에 관한 법원의 중국적 의사를 결정하는 최종 합의 과정을 거치지 않고 판결을 선고했다거나, 형사재판제도에 대한 국민의 신뢰를 훼손할 정도로 합의 절차가 형해화된 경우라고 보기 어려우므로, 원심의 소송절차에 헌법 제27조 제1항 및 법원조직법 제66조를 위반하여 합의에 의한 재판을 받을 권리를 침해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 없다고 한 사례.

17 2026. 7. 16. 선고 2025도22186 판결〔청소년보호법위반〕 1815

구 청소년 보호법 제2조 제5호 (가)목 8)에서 청소년 출입·고용금지업소의 하나로 규정한 “불특정한 사람 사이의 신체적인 접촉 또는 은밀한 부분의 노출 등 성적 행위가 이루어지거나 이와 유사한 행위가 이루어질 우려가 있는 서비스를 제공하는 영업으로서 청소년보호위원회가 결정하고 여성가족부장관이 고시한 것”의 영업형태가 ‘유흥접객원과 불특정한 고객 사이’ 또는 ‘서로 알지 못하는 불특정한 고객 사이’에 신체적 접촉 등 행위가 이루어지는 경우로 한정되는지 여부 (소극)

청소년 보호법은 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고 청소년을 유해한 환경으로부터 보호·구제함으로써 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 목적(제1조)으로 제정된 것으로, 구 청소년 보호법(2025. 4. 22. 법률 제20935호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제5호는 청소년유해업소를 청소년 출입·고용금지업소와 청소년고용금지업소로 나누면서, 청소년의 출입과 고용이 청소년에게 유해한 것으로 인정되는 업소는 청소년 출입·고용금지업소로, 청소년의 출입은 가능하나 고용이 청소년에게 유해한 것으로 인정되는 업소는 청소년고용금지업소로 분류하고 있다. 청소년 출입·고용금지업소에는 “영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 제16호에 따른 비디오물감상실업·제한관람가비디오물소극장업 및 복합영상물제공업”[제2조 제5호 (가)목 4)], “불특정한 사람 사이의 신체적인 접촉 또는 은밀한 부분의 노출 등 성적 행위가 이루어지거나 이와 유사한 행위가 이루어질 우려가 있는 서비스를 제공하는 영업으로서 청소년보호위원회가 결정하고 여성가족부장관이 고시한 것”[제2조 제5호 (가)목 8)]이 포함되어 있다.

구 청소년 보호법 제2조 제5호 (가)목 8)의 위임에 따른 구 청소년 출입·고용금지업소 결정 고시(2023. 5. 25. 여성가족부 고시 제2023-25호로 개정·시행되기 전의 것)는 제1호 형태의 시설 내에 제2호 각 목 유형의 설비를 갖추고 제3호 각 목 형태로 운영되는营业을 “청소년 출입·고용금지업소”로 결정하고 다음과 같이 고시한다고 하면서, 제1호에서 시설형태를 ‘밀실이나 밀폐된 공간 또는 칸막이

등으로 구획하거나 이와 유사한 시설'로, 제2호에서 설비유형을 '가. 화장실, 욕조 등 별도의 시설을 설치한 것, 나. 침구, 침대 또는 침대형태로 변형이 가능한 의자·소파 등을 비치한 것, 다. 컴퓨터·TV·비디오물 시청기자재·노래방 기기 등을 설치한 것, 라. 성인용인형(리얼돌) 또는 자위행위 기구 등 성관련 기구를 비치한 것'으로, 제3호에서 영업형태를 '가. 입맞춤, 애무, 퇴폐적 안마, 나체쇼 등 신체적 접촉이 이루어지거나 성관련 신체부위를 노출하거나 성행위 또는 유사성행위가 이루어질 우려가 있는 영업, 나. 성인용 영상물 또는 게임물, 사행성 게임물 등 주로 성인용 매체물이 유통될 우려가 있는 영업, 다. 성인용인형(리얼돌) 또는 자위행위 기구 등 성관련 기구를 이용할 수 있는 영업'으로 규정하고 있다. 한편 위 고시는 2023. 5. 25. 개정되어 '장소 제공을 주된 목적으로 하는 영업(예시: 룸카페 등)'이 제1호의 시설형태를 갖춘 경우 벽면, 출입문, 잠금장치, 가림막에 관하여 일정 요건을 갖춘 경우에 한하여 청소년 출입·고용금지업소에서 제외하도록 하는 내용이 추가되었다.

위 규정들의 문언과 체계, 입법 취지 및 청소년 보호법과 위 고시의 관계 등에 비추어 보면, 구 청소년 보호법 제2조 제5호 (가)목 8)이 정한 영업형태가 '유흥接客원과 불특정한 고객 사이' 또는 '서로 알지 못하는 불특정한 고객 사이'에 신체적 접촉 등 행위가 이루어지는 경우로 한정된다고 해석할 수는 없다.

18 2026. 7. 16. 선고 2026도1036 판결〔업무상과실치상〕 1819

- [1] 어린이집의 원장이 직접 또는 보육교사 등을 지도·감독하여 해당 어린이집 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위해 필요한 조치를 취할 업무상 주의의무를 부담하는지 여부(적극) / 이때 구체적으로 어떤 영유아가 어린이집의 보호대상이 되는지를 판단하는 기준 및 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위해 필요한 조치의 범위를 결정하는 방법
- [2] 어린이집 원장인 피고인이 원장실에서 영유아 甲(1세 남아)의 보호자와 甲의 입소를 위한 상담을 하던 중 甲이 계속해서 원장실에서 나가려고 시도하자 甲을 데리고 나온 다음 거실에서 수업 중인 불특정 보육교사들에게 '아이 좀 봐주세요.'라고 말한 뒤 상담을 위해 원장실로 다시 들어갔고, 이후 甲은 혼자서 약 25분 동안 어린이집 내부를 탐색하며 돌아다니다가 문이 잠겨 있지 않은 조리실 내부로 들어가 그곳 바닥에 놓여 있던 뜨거운 육개장이 담긴 냄비 부근에서 넘어져 냄비에 빠지는 사고를 당함으로써 피고인 등이 공동하여 甲에게 상해를 입게 하였다는 업무상과실치상의 공소사실로 기소된 사안에서, 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 구 영유아보육법(2023. 8. 8. 법률 제19606호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조는 제2호에서 ‘보육’을 ‘영유아를 건강하고 안전하게 보호·양육하고 영유아의 발달 특성에 맞는 교육을 제공하는 사회복지서비스’로 정의하고, 제5호에서 ‘보육교직원’을 ‘어린이집 영유아의 보육, 건강관리 및 보호자와의 상담, 그 밖에 어린이집의 관리·운영 등의 업무를 담당하는 자로서 어린이집의 원장 및 보육교사와 그 밖의 직원’으로 정의하고 있다. 구 영유아보육법에 따르면, 보육은 영유아의 이익을 최우선적으로 고려하여 제공되어야 하고, 영유아가 안전하고 쾌적한 환경에서 건강하게 성장할 수 있도록 하여야 한다(제3조 제1항, 제2항). 어린이집의 원장은 어린이집을 총괄하고 보육교사와 그 밖의 직원을 지도·감독하며 영유아를 보육하고(제18조 제1항), 보육교직원은 업무를 수행함에 있어 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위하여 주의의무를 다하여야 한다(제18조의2 제2항).

이러한 관련 규정의 내용과 취지를 종합하면, 어린이집의 원장은 영유아의 보육 등 어린이집 업무를 총괄하는 보육교직원으로서 직접 또는 보육교사 등을 지도·감독하여 해당 어린이집 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위해 필요한 조치를 취할 업무상 주의의무를 부담한다. 이때 구체적으로 어떤 영유아가 어린이집의 보호대상이 되는지는 어린이집이 그 영유아에 대한 보호의무를 실질적으로 인수하였는지 여부를 기준으로 판단해야 하고, 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위해 필요한 조치의 범위는 영유아의 나이와 발육상태 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 결정해야 한다.

- [2] 어린이집 원장인 피고인이 원장실에서 영유아 甲(1세 남아)의 보호자와 甲의 입소를 위한 상담을 하던 중 甲이 계속해서 원장실에서 나가려고 시도하자 甲을 데리고 나온 다음 거실에서 수업 중인 불특정 보육교사들에게 ‘아이 좀 봐주세요.’라고 말한 뒤 상담을 위해 원장실로 다시 들어갔고, 이후 甲은 혼자서 약 25분 동안 어린이집 내부를 탐색하며 돌아다니다가 문이 잠겨 있지 않은 조리실 내부로 들어가 그곳 바닥에 놓여 있던 뜨거운 육개장이 담긴 냄비 부근에서 넘어져 엉덩이부터 몸 전체가 냄비에 빠지는 사고를 당함으로써 피고인 등이 공동하여 甲에게 신체 표면의 40~49%를 침범한 열탕 화상 등의 상해를 입게 하였다는 업무상과실치상의 공소사실로 기소된 사안에서, 구 영유아보육법(2023. 8. 8. 법률 제19606호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호, 제5호, 제3조 제1항, 제2항, 제18조 제1항, 제18조의2 제2항의 내용과 취지를 종합하면, 사고 당시 甲이 아직 어린이집에 입소한 상태가 아니었더라도, 어린이집 관리·운영 업무를 총괄하는 피고인이 어린이집 입소를 위해 보호자

와 함께 방문한 甲을 보호자에게서 분리하여 인계받음으로써 적어도 그 어린이집의 보육 영역 안에서 甲에 대한 보호의무를 적극적·실질적으로 인수하였으므로 甲은 어린이집의 보호대상이 되었고, 甲의 나이와 발육상태 등을 종합적으로 고려할 때 어린이집 원장인 피고인으로서는 1세에 불과한 甲을 어린이집 거실로 내보낼 당시 특정 보육교사 등을 지정·배치하는 등으로 甲에 대한 보호·관찰이 현실적·실효적으로 이루어질 수 있도록 할 업무상 주의의무가 있었음에도 이를 위반하였으며, 이렇듯 피고인의 업무상 주의의무 위반으로 말미암아 사고가 발생하였다고 인정되는 이상, 그와 관련하여 조리사와 보육교사의 업무상 과실이 경합하였다고 하여 피고인의 업무상 과실과 사고 사이의 상당인과관계가 단절된다고 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 보아 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결에 어린이집의 보호대상인 영유아에 해당하는지를 판단하는 기준, 보호대상 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위한 업무상 주의의무 유무와 그에 필요한 조치의 범위, 업무상과실치상죄에서 상당인과관계 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

19 2026. 7. 16. 선고 2026도6127 판결〔변호사법위반〕 1824

‘김건희와 명태균·건진법사 관련 국정농단 및 불법 선거 개입 사건 등 진상규명을 위한 특별검사 임명 등에 관한 법률’(특별검사법)에 따른 특별검사의 수사대상이나 이에 기한 특별검사의 직무범위에 포함되는지 판단하는 기준(=특별검사법이 열거하는 수사대상과 합리적인 관련성이 있는지 여부 등) 및 이때 ‘합리적인 관련성’의 의미(=특별검사법 제2조 제1항 제1호부터 제15호까지 규정된 의혹 사건과 인적 관련성 및 객관적 관련성이 합리적으로 인정되는 경우)

‘김건희와 명태균·건진법사 관련 국정농단 및 불법 선거 개입 사건 등 진상규명을 위한 특별검사 임명 등에 관한 법률’(이하 ‘특별검사법’이라 한다) 제2조 제1항은 본문에서 “이 법에 따른 특별검사의 수사대상은 다음 각 호의 사건 및 그와 관련된 사건에 한정한다.”라고 규정하고, 제1호부터 제15호까지 해당 의혹 사건을 열거하고 있으며, 제16호에서는 “제1호부터 제15호까지의 사건 수사 과정에서 인지된 관련 범죄행위 및 특별검사의 수사를 방해하는 일체의 행위”를 규정하고 있다. 특별검사법은 제2조 제1항에 열거된 각종 의혹 사건의 진상규명을 위하여 독립적인 지위를 가지는 특별검사를 임명하여 사건에 대한 수사과 기소를 담당하게 하고 있다.

이와 같이 특별검사법이 일반 검찰제도로 다루기에 부적절한 사건에 대하여 일반 검사가 아닌 임시적이고 특별한 지위에 있는 검사를 임명하여 사건에 대한 수사과 기소를 담당하게 함으로써 공정성과 객관성을 담보하기 위하여 사건의

의혹 단계에서 입법된 점에 비추어 보면, 구체적인 사건이 특별검사의 수사대상이나 이에 기한 특별검사의 직무범위에 포함되는지 여부는 헌법상의 적법절차 원리나 형사절차의 법정주의 원칙에서 벗어나지 않는 한도 내에서 특별검사법의 입법 배경과 목적 및 법의 특수성 등을 감안하여 특별검사법이 열거하는 수사대상과 합리적인 관련성이 있는지 여부 등에 따라 판단하여야 한다.

여기에서 ‘합리적인 관련성’이란, 특별검사법 제2조 제1항 제1호부터 제15호까지 규정된 의혹 사건과 인적 관련성 및 객관적 관련성이 합리적으로 인정되는 경우를 말한다. 의혹 사건과의 인적 관련성은, 의혹 사건의 직접적인 당사자와 공동정범, 교사·방조범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등의 관계에 있거나, 의혹 사건의 직접적인 당사자와 의혹 사건을 매개로 밀접한 관계가 있어 수사대상으로 삼을 합리적인 필요성이 있는 경우에 인정될 수 있다. 또한 의혹 사건과의 객관적 관련성은, 범행 종류, 범행 시기와 장소, 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 관련 증거의 내용, 수사 경위 및 수사의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 의혹 사건과 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에 인정될 수 있다. 특별검사의 직무범위는 헌법상의 적법절차 원리나 형사절차의 법정주의 원칙에 따른 범위를 벗어날 수 없고, 특별검사의 무분별한 수사대상 확대로 인하여 대상자들의 방어권 등이 실질적으로 침해될 우려가 있으므로, 특별검사의 수사대상은 어디까지나 이와 같은 ‘합리적인 관련성’의 범위 내에서만 인정될 수 있다.

20 2026. 7. 22. 선고 2022도5937 전원합의체 판결 [상관모욕죄] 1827

- [1] 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서 상관을 모욕함으로써 성립하는지 여부(소극) 및 ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것’에 해당하거나 이에 상응하는 정도의 공연한 방법으로 상관을 모욕하는 경우에만 성립하는지 여부(적극)
- [2] 해군 소속 함정에서 전탐장으로 근무하는 피고인이, 해상에서 기지로 입항 중이던 함정 조타실에서 정장이자 상관인 대위 甲에게 함정 입항에 관하여 의견 제시(기관권고)를 하였으나 甲이 이를 받아들이지 않자 화가 나, 하사 乙 등 3인이 듣고 있는 가운데 “여기 지휘관 엉망이다. 권고도 듣지 않는다.”라고 말하면서 착용하고 있던 헤드셋을 벗어 책상에 집어 던지는 방법으로 군형법상 상관인 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인의 행위는 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것 또는 이에 상응하는 정도의 공연한 방법으로 상관을 모욕한 것이라고 볼 수 없어 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 상관모욕죄 성립에서 공연성에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] [다수의견] 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 “문서, 도화(圖畵) 또는 우상(偶像)을 공시(公示)하거나 연설 또는 그 밖의 공연(公然)한 방법으로 상관을 모욕한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”라고 규정하여, “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정한 형법 제311조 모욕죄보다 무겁게 처벌하고 있다.

군형법 제64조 제2항은 상관모욕죄의 구성요건으로 ‘그 밖의 공연한 방법’을 규정하고 있는데, 이에 대하여 대법원은 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서 상관을 모욕함으로써 성립하고, 그 공연성의 정도가 반드시 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설을 하는 방법에 상응하는 정도의 것이어야 하는 것은 아니라고 판시하였다(이하 ‘중전 대법원판례’라 한다).

군형법 제64조 제2항의 문언 내용과 규정 체계, 입법형식, 입법 목적과 보호법익, 법질서 전체와의 조화, 처벌의 균형 등을 종합적으로 고려하면, 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 단순히 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서 상관을 모욕함으로써 성립한다고 볼 수 없고, ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것’에 해당하거나 이에 상응하는 정도의 공연한 방법으로 상관을 모욕하는 경우에만 성립한다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) ① 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설 또는 그 밖의 공연한 방법’으로 상관을 모욕하는 행위를 처벌하도록 규정하여, ‘공연히’ 상대방을 모욕하거나 명예를 훼손하는 행위에 관한 모욕죄(형법 제311조), 명예훼손죄(형법 제307조, 제308조), 상관에 대한 명예훼손죄(군형법 제64조 제3항, 제4항)와는 전혀 다른 문언 형식을 취하고 있다.

‘공연(公然)하다.’는 사전적으로 ‘세상에서 다 알 만큼 뚜렷하고 떼떽하다.’이고, ‘방법(方法)’은 ‘어떤 일을 해 나가거나 목적을 이루기 위하여 취하는 수단이나 방식’으로, ‘공연한 방법’이라 함은 ‘세상이 다 알 만큼 뚜렷하고 떼떽하게 알릴 목적으로 취하는 수단이나 방식’을 일컫는다. 그렇다면 군형법 제64조 제2항에서 말하는 ‘공연한 방법’이란 불특정 또는 다수인에게 공개적으로 자기의 주의나 주장 또는 의견을 분명히 알리는 수단이나 방식을 가리키는 것임이 문언상 명백하다.

이와 같이 군형법 제64조 제2항의 ‘공연한 방법’은 모욕의 수단이나 방식이 그 자체로 공연성을 갖출 것을 요구하는 구성요건으로, 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는 ‘공연히’와는 명확히 구별되는 개념이다.

② 종전 대법원판례는, 균형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서 상관을 모욕함으로써 성립하고 그 공연성의 정도가 반드시 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설을 하는 방법에 상응하는 정도의 것이어야 하는 것은 아니라고 해석하며, 공연히 상관을 모욕한 경우에도 균형법 제64조 제2항을 적용하였다. 즉, 균형법 제64조 제2항이 요구하고 있는 공연한 방법으로 상관을 모욕하는 것과 공연히 상관을 모욕하는 것이 문언상 명확히 구별되는 개념임에도 이를 구분하지 않고 균형법 제64조 제2항을 적용한 것이다.

종전 대법원판례의 해석론에 따르면 ‘공연하지 않은 방법’으로 상관을 공연히 모욕한 경우까지 균형법 제64조 제2항의 적용대상으로 보는 결과가 된다. 공연한 방법으로 모욕한 행위와 공연히 모욕한 행위가 구성요건의 문언상 뚜렷이 구별되고 있음에도 이를 구분하지 않는 해석론은 ‘공연한 방법’의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 해석한 것으로서 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지 원칙에 어긋난다.

(나) ① 균형법 제64조 제2항은 상관을 모욕하는 방법으로 ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것’을 예시로 든 다음 ‘그 밖의 공연한 방법으로’라는 일반적인 용어를 사용함으로써, 이른바 예시적 입법형식을 취하고 있다. 따라서 개별적으로 열거된 예시조항은 일반조항의 적용범위를 구체화할 수 있는 해석기준이 되어야 하고, 일반조항은 개별적으로 열거된 예시조항과 동일한 법적 평가를 받거나 적어도 개별적으로 열거된 예시조항으로 충분히 예측 가능할 만큼 유사한 행위 유형이 되어야 하는 것으로 해석하여야 한다.

② 균형법 제64조 제2항 중 ‘문서(文書)’는 ‘글이나 기호 따위로 일정한 의사나 관념 또는 사상을 나타낸 것’을, ‘도화(圖畫)’는 ‘상형적 부호로 의사표시 또는 내용을 표시한 것’을, ‘우상(偶像)’은 ‘특정한 믿음이나 의미를 부여하여 나무, 돌, 쇠붙이, 흙 따위로 만든 형상’을 말한다. ‘공시(公示)’는 ‘일정한 내용을 공개적으로 게시하여 일반에게 널리 알리는 것’을, ‘연설(演說)’은 ‘여러 사람 앞에서 자기의 주의나 주장 또는 의견을 진술하는 것’을 의미한다. 이와 같이 균형법 제64조 제2항에서 예시한 구체적인 사례들인 ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것’은 그 성질상 불특정 또는 다수인이 직접 보거나 들을 수 있는 높은 전파성과 확산성, 지속성 등으로 인해 불특정 또는 다수인에게 널리 알려질 가능성이 높은 수단에 의한 행위 유형에 속한다. 따라서 ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것’과 병렬적으로

규정되어 있는 ‘그 밖의 공연한 방법’도 이에 상응하는 정도의 행위 유형을 말한다고 볼 수 있다.

그러므로 ‘그 밖의 공연한 방법’은 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것과 동일한 법적 평가를 받거나, 적어도 그와 같은 것으로 충분히 예측 가능할 만큼 유사한 방법이라고 해석하여야 한다.

(다) ① 군형법 제64조 제2항도 상관에 대한 사회적 평가, 즉 외부적 명예 외에 군 조직의 건전한 위계질서 및 통수체계 유지를 보호법익으로 한다. 우리 형법에 모욕죄에 관한 규정(제311조)이 존재함에도 군형법 제64조 제2항에서 상관모욕에 대한 별도의 규정을 둔 것은, 공연한 방법으로 상관을 모욕하는 행위가 이루어지는 경우 상관에 대한 개인의 인격적 법익에 대한 침해를 넘어 상관의 지휘 통제에 대한 위신이 훼손되어 군 조직의 지휘체계에 영향을 미침으로써 군 조직의 건전한 위계질서 및 통수체계가 무너지게 될 위험성이 크므로, 이에 대해 엄중히 대처하기 위함이다. 군형법 제64조 제2항의 구성요건의 해석과 적용은 군형법이 달성하고자 하는 위와 같은 특별한 목적을 염두에 두고 이루어져야 한다.

② 상명하복의 위계질서가 분명하고 엄격한 규율과 통제가 이루어지는 군 조직에서 상관의 지시에 불만을 표출하며 일시적으로 모욕적 언행을 하거나, 군의 지휘 통제나 체계와 관계없이 영내 생활관, 휴게실, 흡연장 등에서 군 간부, 장병, 동기들과 사적인 대화를 하다가 상관에 대해 욕설이나 헐담을 하며 불평불만 등 부정적·비판적 감정을 표현하는 등 다양한 상황에서 상관에 대한 모욕적 표현이 나타날 수 있다.

이러한 다양한 상황, 군의 특수성 및 군형법의 특별한 목적 등을 종합적으로 고려하면, 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄가 ‘공연한 방법’으로 상관을 모욕하는 행위를 구성요건으로 정한 취지는, 개인적 법익에 관한 죄를 통해서도 충분히 규율할 수 있는 사적인 대화 중의 모욕행위, 또는 ‘공연한 방법’에 의하지 않은 채 이루어지거나 전파될 가능성만 있을 뿐인 보통의 모욕행위를 처벌하기 위한 것이 아니다.

③ 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것에 상응하는 정도의 공연한 방법으로 상관을 모욕하는 경우에는, 높은 전파성과 확산성, 지속성 등 그 방법이 지닌 속성으로 인해 보통의 경우보다 공개의 범위가 확대되어 상관의 외부적 명예의 침해 정도가 커지고, 상관의 외부적 명예가 여러 군인 앞에서 공개적·반복적·지속적으로 침해됨으로써 상관의 지휘 통제에 대한 위신이 훼손되어 그 지휘체계가 무너질 위험을 초래한다. 군형법 제64조 제2항

에서 공연한 방법을 요구하는 취지는, 군 조직의 건전한 위계질서 및 통수체계 유지에 크게 영향을 미치는 이와 같은 공연한 방법에 의한 모욕행위만을 엄중히 처벌하고자 하는 것이다.

(라) ① 군형법 제64조 제2항은 “문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설 또는 그 밖의 공연한 방법으로 상관을 모욕한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”라고, 군형법 제64조 제3항은 “공연히 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”라고 규정하여 그 법정형이 같다.

군형법은 ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설 또는 그 밖의 공연한 방법’으로 상관을 모욕하는 행위에 대해 그 법익침해의 중대성 및 고도의 행위반가치성을 인정하여, 보통의 모욕행위보다 불법의 정도나 법익침해의 결과가 무거워 법정형이 가중되어 있는 사실 적시 상관명예훼손죄와 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 것이다.

② 군형법 제64조 제2항은 1962. 1. 20. 제정 당시부터 현재에 이르기까지 그 구성요건이 거의 그대로 유지되고 있다. 군형법은 제64조 제1항, 제2항에서 상관을 모욕하는 행위만을 처벌하고 있다가, 1963. 12. 16. 개정되면서 같은 조 제3항, 제4항에서 공연히 사실 또는 거짓 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손하는 행위를 처벌하는 규정을 신설하면서도 군형법 제64조 제2항의 문언을 형법의 모욕죄 및 명예훼손죄와 같은 형식 및 체계로 개정하지 않았다. 그 후 군형법은 2009. 11. 2. ‘제15장 강간과 추행의 죄’를 신설하여 군인 등에 대한 성폭력범죄를 가중처벌하는 규정을 도입하는 등 시대상황에 맞추어 전반적인 개정을 하였는데, 그 개정 과정에서도 군형법 제64조 제2항에 대하여는 자구의 수정만 있었을 뿐 그 내용은 현재까지 동일하게 유지되고 있다.

위와 같은 군형법의 제·개정 경과를 살펴보면, 군형법 제64조 제2항은 모욕의 상대방이 ‘상관’이라는 점뿐만 아니라 ‘공연한 방법’이라는 모욕의 방법도 가중처벌 요소로 삼겠다는 것이 입법자의 의사라고 볼 수 있고, 이는 군형법 제64조 제2항을 해석할 때 충분히 고려되어야 한다.

(마) ① 공연한 방법이 아닌 방법으로 상관을 모욕한 경우 군형법 제64조 제2항을 적용하여 처벌할 수 없다고 보더라도 처벌의 공백이 발생하지 않는다. 상관을 모욕한 행위가 공연히 이루어진 경우 행위자들을 형법 제311조 모욕죄로 처벌할 수 있고, 이와 별도로 적절한 징계처분도 할 수 있기 때문이다.

② 외국의 사례와 비교하여 보아도, 공연히 상관을 모욕한 행위에 대하여

일반형법이 아닌 균형법을 적용하여 가중처벌의 대상으로 삼아 특별히 처벌할 당위성이 있다고 보기 어렵다.

③ 균형법 제64조 제2항의 법정형은 3년 이하의 징역이나 금고로, ‘상관을 그 면전에서 모욕한 사람’을 처벌하는 균형법 제64조 제1항의 법정형인 2년 이하의 징역이나 금고보다 높다. 상관이 없는 곳에서 주변의 몇몇 사람에게 일상적인 대화로서 한 상관에 대한 모욕행위는 상관의 면전에서 직접적으로 행해진 모욕보다 일반적으로 행위 불법이 높다고 평가하기 어려운데, 이에 대해 ‘공연한 방법’의 모욕을 인정하여 균형법 제64조 제1항 상관모욕죄보다 중한 균형법 제64조 제2항 상관모욕죄로 처벌하는 것은 처벌의 불균형을 야기할 수 있다.

결국 균형법 제64조 제2항에 예시된 방법에 상응하는 정도의 공연한 방법으로 이루어진 상관에 대한 모욕행위만을 위 조항의 처벌범위로 보는 것이, 위와 같은 불균형을 해소하고, 나아가 징역형(금고형)만으로 규정된 위 조항에 대해 형벌과 죄질·책임 사이에 균형을 도모하는 조화로운 해석이라고 할 수 있다.

[대법관 천대엽, 대법관 오석준, 대법관 엄상필, 대법관 신숙희, 대법관 박영재의 별개의견] 사적인 대화 중의 상관에 대한 모욕행위 등이 군 조직의 건전한 위계질서 및 통수체계 유지에 영향이 없는 경우 균형법 제64조 제2항 상관모욕죄를 적용하여 처벌하는 것은 군인에게도 일반 국민의 한 사람으로서 당연히 인정되는 헌법상 표현의 자유를 지나치게 침해하는 것으로서 부당하다. 별개의견은 이러한 취지에서 균형법 제64조 제2항 상관모욕죄의 처벌범위를 합리적으로 제한하고자 하는 다수의견의 기본적인 문제의식에는 충분히 공감한다.

그러나 균형법 제64조 제2항 상관모욕죄에서 해당 행위의 공연성의 정도가 반드시 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설을 하는 방법에 상응하는 정도여야 하는 것은 아니라고 판시한 종전 대법원판례의 법리는, ‘그 밖의 공연한 방법’이라는 개방적·포괄적 입법형식을 취한 입법자의 의사를 존중한 것으로서 변화해가는 군 현실하에서 그 보호법익인 군기 유지에 충실한 해석론이자 명예에 관한 죄들 사이의 체계적 정합성에도 부합한다는 점에서 기본적으로 타당하다. 따라서 이 부분 판례 법리의 변경을 통해 ‘그 밖의 공연한 방법’의 의미를 제한적으로 해석함으로써 상관모욕죄의 처벌범위를 축소하려는 다수의견의 방법론은 찬성하기 어렵다.

군형법 제64조 제2항 상관모욕죄는 그 보호법익이 궁극적으로 국가의 안전 보장을 위한 군 조직의 건전한 위계질서 및 통수체계의 유지에 있으므로, 그 처벌범위를 합리적으로 제한함에 있어서도 이와 같은 보호법익에 대한 침해 여부가 가장 중요한 기준이 되어야 한다. 즉, 상관을 공연히 모욕하는 것으로 볼 여지가 있는 행위라도 그로 인하여 군 조직의 건전한 위계질서 및 통수체계가 직접적·구체적으로 침해되었다고 보기 어려운 경우에는 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 별개의견은 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄 처벌범위의 합리적인 설정은 이와 같은 보호법익에 기초한 관점에서 이루어져야 한다는 점에서 다수의견과 견해를 달리한다.

- [2] 해군 소속 함정에서 전담장으로 근무하는 피고인이, 해상에서 기지로 입항 중이던 함정 조타실에서 정장이자 상관인 대위 甲에게 함정 입항에 관하여 의견 제시(기관권고)를 하였으나 甲이 이를 받아들이지 않자 화가 나, 하사 乙 등 3인이 듣고 있는 가운데 “여기 지휘관 엉망이다. 권고도 듣지 않는다.” 라고 말하면서 착용하고 있던 헤드셋을 벗어 책상에 집어 던지는 방법으로 군형법상 상관인 甲을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 甲에게 함정 입항과 관련하여 여러 차례 의견 제시를 하였으나 甲이 이를 받아들이지 않자 상관에 대한 불만이나 화난 감정을 충동적·단발적으로 내뿜거나 헤드셋을 집어 던져 표현하였고, 乙 등 3인은 피고인의 옆에서 각자 자신의 업무를 수행하던 중 우연히 피고인의 발언을 듣거나 피고인의 행동을 목격하였을 뿐인 점, 피고인의 甲에 대한 모욕은, 피고인이 乙 등 3인 앞에 나서서 乙 등 3인에게 일방적·공개적으로 피고인의 주의나 주장 또는 의견을 전달한 것이 아니고, 물리적 공간이나 가상공간 등에서 여러 군인에게 반복적·지속적으로 이루어지거나 확산될 만한 방법으로 표현되지도 않았던 점 등에 비추어, 피고인의 행위는 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설하는 것 또는 이에 상응하는 정도의 공연한 방법으로 상관을 모욕한 것이라고 볼 수 없어 군형법 제64조 제2항 상관모욕죄에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지한 원심판결에 상관모욕죄 성립에서 공연성에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.