

## 대법원 2021. 5. 27. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2017다225268 배당이의 등 (가) 상고기각

[수급인이 민법 제666조의 근저당권설정청구권을 행사하여 근저당권을 설정한 행위가 사해행위에 해당되는지 쟁점이 된 사건]

◇수급인이 민법 제666조의 저당권설정청구권을 행사하면서 자신이 도급인으로부터 받아야 할 공사대금을 피담보채권으로 하여 그 공사대금이 종국적으로 귀속되어야 할 하수급인 등을 공동 근저당권자로 하여 근저당권을 설정한 행위가 사해행위에 해당되는지 여부 (소극)◇

민법 제666조는 '부동산공사의 수급인은 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.'고 정하고 있다. 이는 부동산공사에서 목적물이 보통 수급인의 자재와 노력으로 완성되는 점을 감안하여 목적물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 경우 수급인에게 목적물에 대한 저당권설정청구권을 부여함으로써 수급인이 사실상 목적물로부터 공사대금을 우선적으로 변제받을 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 이러한 수급인의 지위가 목적물에 대하여 유치권을 행사하는 지위에 비하여 반드시 강화되는 것은 아니고 도급인의 일반 채권자들에게 부당하게 불리해 지는 것도 아니다. 따라서 건축공사의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 건물에 저당권을 설정하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 않는다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다78616 판결 등 참조).

수급인인 피고 A는 이 사건 공사를 마쳤으나, 전체 공사대금 중 17억 8,000만 원을 받지 못하였고, 나머지 피고들에게도 하도급 공사대금이나 물품대금을 전부 지급하지 못하였다. 도급인은 피고들에게 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액 17억 8,000만 원, 채무자 도급인, 근저당권자 피고들로 된 각 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)을 설정해 주었다. 다음의 사정에 비추어 보면, 이 사건 근저당권은 도급인이 민법 제666조에서 정한 수급인인 피고 A의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무를 담보할 목적으로 설정한 것으로 볼 수 있어 사해행위에 해당하지 않는다.

(1) 이 사건 근저당권의 피담보채권액은 피고 A가 도급인에 대하여 갖는 공사대금채권

과 같은 액수이고, 피고 A가 도급인으로부터 받아야 할 공사대금은 중국적으로 하수급업자 또는 물품공급업자인 나머지 피고들에게 귀속되어야 할 돈이다.

(2) 피고 A와 나머지 피고들은 이 사건 각 부동산에 순위가 다른 수개의 근저당권을 설정한 것이 아니라 공사대금채권 범위 내에서 공동 근저당권을 설정한 것이다. 따라서 나머지 피고들이 피고 A와 함께 근저당권자의 지위에 있다고 하여 도급인에게 추가적인 부담이 발생하지 않는다.

(3) 공사대금채무를 담보할 목적으로 저당권설정청구권을 행사한 주체는 피고 A이고, 다만 도급인과 피고 A, 나머지 피고들이 합의를 통해 공사대금이 중국적으로 귀속되는 나머지 피고들에게 해당 채권액을 보장한다는 차원에서 이들을 공동 근저당권자로 추가시킨 것이다. 도급인과 피고 A, 나머지 피고들 사이의 위와 같은 합의의 효력을 부인할 이유가 없다.

☞ 수급인인 피고 A가 민법 제666조의 근저당권설정청구권을 행사함에 있어, 피담보채권을 자신이 받을 공사대금으로 하고 그 공사대금이 궁극적으로 귀속되어야 할 하수급인 등을 공동 근저당권자로 한 사안에서, 이러한 근저당권설정청구권 행사는 도급인에게 추가적인 부담을 주는 것이 아니어서 허용되지 않는다고 볼 이유가 없고, 그 근저당권 설정행위에 따라 도급인의 일반 채권자들이 부당하게 불리해지는 것도 아니므로 사해행위에 해당되지 않는다고 본 사례

## 2017다230963 대지권지분이전등기 등 (가) 파기환송

[전유부분 등기만 되고 대지권이전등기가 이루어지 않은 경우 대지권이전등기 의무가 이행지체에 빠지는 시기와 그 이행지체를 이유로 한 손해배상 인정 여부]

◇1. 아파트 분양회사가 수분양자에게 대지권이전등기를 해줄 의무의 성질(=불확정기한 채무)과 그 의무가 이행지체에 빠지는 시기(=건설공사의 진척상황과 사회경제적 상황에 비추어 분양대금을 다 내고 분양자가 건물을 준공한 날부터 수분양자가 완전한 소유권이전등기를 이전받는 데 들 것으로 예상할 수 있는 합리적인 기간이 지난 때), 2. 위와 같은 이행지체를 이유로 손해배상을 인정할 수 있는지 여부(적극)◇

1. 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제20조 제1항은 “구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.”라고 정하여 전유부분과 대지권의 일체성을 명시하고 있다. 거래관행이나 사회통념에 비추어 수분양자가 분양계약 당시에 전유부분과 대지권의 이행기가 따로 있다고 예상하기 어렵다. 기록에 따르면, 이 사건 분양계약서에는 분양목적물로 전유부분과 그 대지권이 포함된 해당 아파트 건물 전체가 표시되어

있고, 전유부분과 대지권을 별도로 취급하는 규정이 없음을 알 수 있다. 이 사건 분양계약의 체결 경위와 동기, 당사자들의 진정한 의사, 당사자들이 계약을 통해 달성하려는 목적 등을 종합하면 이 사건 분양계약에서 정하고 있는 피고들의 소유권이전등기 관련 의무는 원심판결과 같이 전유부분만을 대상으로 하는 것이 아니라 대지권을 포함한 해당 아파트 건물 전체를 대상으로 한다고 보아야 한다. 이 사건 분양계약 제8조 제3항의 문언만 보면 소유권이전등기에 관한 의무를 수분양자에게만 부담시키는 것으로 보이나, 이는 분양자인 피고들이 먼저 수분양자가 소유권이전등기를 할 수 있도록 만반의 준비를 갖추고 있다는 것을 당연한 전제로 한다. 따라서 위 조항은 수분양자뿐만 아니라 분양자인 피고들에 대해서도 해당 아파트에 관한 대지권을 확보하는 등 수분양자가 해당 아파트 건물 전체에 관하여 완전한 소유권이전등기를 이전받을 수 있도록 준비를 마칠 의무를 지우면서 이행기의 기준을 정하되, 다만 이행기는 확정기한이 아니라 불확정기한으로 하는 합의가 담긴 조항으로 보아야 한다. 그리고 이행기는 건설공사의 진척상황과 사회경제적 상황에 비추어 분양대금을 다 내고 분양자가 건물을 준공한 날부터 수분양자가 완전한 소유권이전등기를 이전받는 데 들 것으로 예상할 수 있는 합리적인 기간이 지난 때 도래한다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다25745 판결 참조).

2. 분양받은 아파트에 관하여 소유권이전등기절차의 이행이 장기간 지연되었다면 수분양자에게는 재산권을 완전히 행사하지 못하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있다. 주위 부동산들의 거래상황 등에 비추어 볼 때 등기절차가 이행되지 않아 수분양자 등이 활용기회의 상실 등의 손해를 입었을 개연성이 인정된다면, 등기절차 지연으로 인한 통상손해가 발생하였다고 할 것이고, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 예견가능성이 있다고 보아야 한다(위 대법원 2006다25745 판결 참조). 이러한 법리는 분양된 아파트에 관하여 전유부분에 대한 소유권이전등기절차만을 이행하고 그에 관한 대지권이전등기의 이행을 장기간 지연한 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다.

☞ 아파트 수분양자인 원고들이 전유부분에 관한 소유권이전등기만 해주고 대지권등기 이전 절차를 장기간 이행하지 않은 분양회사를 상대로 대지권등기 이전 지연을 이유로 손해배상을 청구한 사안에서, 대지권이전등기 의무는 불확정기한 채무로서 그 이행기는 건설공사의 진척상황과 사회경제적 상황에 비추어 분양대금을 다 내고 분양자가 건물을 준공한 날부터 수분양자가 완전한 소유권이전등기를 이전받는 데 들 것으로 예상할 수 있는 합리적인 기간이 지난 때 도래하고, 그 이행지체가 있는 경우 수분양자가 완전한 재산권을 행사하지 못할 개연성이 있다고 보아 손해를 배상할 책임이 있다고 본 사례

## 2017다254228 어음금 (가) 파기환송

### [쌍방 귀책사유 없이 이행불능이 된 경우 그 위험부담이 문제된 사건]

◇조합원으로부터 생활대책용지 분양권을 양수하고 대금을 지급하였으나 조합이 위 대책용지를 제3자에게 양도하여 계약이 이행불능이 된 사안에서, 위 경우가 쌍방 귀책사유 없이 이행불능이 된 경우에 해당되어 민법 제537조에 따라 받은 대금을 부당이득으로 반환해야 하는지 여부(적극)◇

쌍무계약에서 당사자 일방이 부담하는 채무가 채무자의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우에는 채무불이행책임을 지지만, 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행할 수 없는 경우에는 위험부담에 관한 민법 제537조가 적용되고 채권자의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우 등에는 민법 제538조가 적용된다. 따라서 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무를 이행할 수 없게 된 경우 채무자는 민법 제537조에 따라 자신의 채무를 이행할 의무를 면함과 더불어 상대방의 이행도 청구하지 못한다. 쌍방 채무의 이행이 없었던 경우에는 계약상 의무의 이행을 청구하지 못하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득 법리에 따라 그 반환을 청구할 수 있다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다 98655, 98662 판결 참조).

상가조합 조합원 전원이 동의하거나 조합 정관이 변경되지 않아 이 사건 매매계약이 이행될 수 없다는 사정은 피고의 귀책사유가 아니라는 원심판결을 수긍할 수 있다. 그러나 이러한 사정은 원고승계참가인의 귀책사유에 해당할 여지가 없으므로 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이 사건 매매계약을 이행할 수 없게 되었다고 볼 수 있다. 원고승계참가인이 채권자지체에 빠진 것도 아니다. 원고승계참가인이 피고로부터 이 사건 매매계약에 따라 매매대금을 지급하고도 '광고신도시 택지개발사업지구 생활대책용지를 분양받을 수 있는 권리'를 취득하지 못하였으므로 원고에게 위험이 이전되었다고 볼 수도 없다. 이 사건 매매계약이 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행할 수 없게 되었다면 피고는 민법 제537조에 따라 자신의 채무를 이행할 의무를 면함과 더불어 원고승계참가인에게 매매대금을 청구할 수 없다. 따라서 원고승계참가인은 이 사건 매매계약에 따라 지급한 5,100만원에 대하여 피고에게 부당이득반환을 청구할 수 있다.

☞ 조합 정관에서 조합 동의 없이 조합원 개인의 분양권 이전을 금지하고 있다는 것을 쌍방이 잘 알고 있던 상황에서, 원고참가승계인이 조합원인 피고로부터 생활대책용지 분양권을 매수하고 대금을 지급하였다가 조합이 위 대책용지를 제3자에게 양도하는 바람에 위 매매계약이 이행불능이 된 사안에서, 이러한 사유가 쌍방 귀책사유 없는 이행불능이라는 원심판단을 수긍하면서도, 위험부담이 채권자(원고승계참가인)에게 이전되었다고 볼

근거가 없어 채무자부담주의를 채택한 민법 제537조에 따라 피고가 부당이득을 반환해야 한다고 보아 원심을 파기한 사례

## **2018다252014 채무부존재확인 (가) 상고기각**

### **[채권자의 수령거절 여부가 문제된 사건]**

◇채권자가 채무 이행에 대한 수령거절 의사를 명백히 표시하지 않은 경우 채무자는 채무불이행 책임을 지는지 여부◇

변제는 채무내용에 좇은 현실제공으로 이를 해야 한다. 그러나 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하면 된다(민법 제460조). 변제의 제공은 그 때부터 채무불이행의 책임을 면하게 한다(민법 제461조).

채권자가 채무자의 채무 이행에 대한 수령을 거절하는 의사를 명백히 표시하고 그 의사를 뒤집을 가능성이 보이지 않는 경우 채무자는 채무를 이행하거나 그 이행을 제공하지 않더라도 채무불이행 책임을 면하지만, 그렇지 않은 경우 채무자는 채무내용에 좇은 이행을 제공해야 채무불이행 책임을 면한다(대법원 1976. 11. 9. 선고 76다2218 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다89050 판결 참조).

☞ 토지 매수인인 원고가 매도인인 피고를 상대로 소유권이전등기절차의 이행과 매매계약의 이행지연으로 인한 손해배상을 구하고, 피고가 매매잔금 등 지급의무의 선이행을 주장한 사안에서, 피고가 매매잔금 등을 과대 최고했다고 해도 피고가 매매잔금 등을 수령하지 않겠다는 의사를 분명히 표시했다고 단정하기 어려우므로, 원고가 매매잔금에 대해 지체책임을 면할 수 없다고 보고, 같은 취지의 원심판결을 수긍하여 상고기각함

## **2018다264420 분묘굴이 등 청구의 소 (가) 파기환송**

**[토지 소유자인 원고가 분묘기지권을 시효취득한 피고를 상대로 부당이득반환을 청구한 사건]**

◇1. 분묘기지권자가 토지 소유자에게 지료를 지급할 의무가 있는지 여부(적극), 2. 부당이득반환 주장에 지료 청구 취지가 포함된 것으로 볼 수 있는지(적극)◇

「장사 등에 관한 법률」 시행일 이전에 타인의 토지에 분묘를 설치한 다음 20년간 평온·공연하게 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득한 경우에, 분묘기지권자는 토지 소유자에게 분묘기지에 관한 지료를 지급할 의무가 있다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결 참조). 원고들의 부당이득반환 주장은 이러한 지

료의 지급을 구하는 것으로 볼 여지가 있다. 원심으로서 위 전원합의체 판결에 기초하여 석명권을 행사하여 위 주장이 지료를 구하는 것인지를 밝혀 그에 따라 심리해야 한다.

☞ 원고가 시효취득한 분묘기지권자인 피고에 부당이득반환을 청구하자 원심이 기존 판례에 따라 이를 기각한 사안에서, 대법원이 새로 선고된 전원합의체 판결에 따라 분묘기지권자는 지료를 지급할 의무가 있고, 비록 청구원인이 지료 청구가 아닌 부당이득반환 청구라고 하더라도 석명권을 행사하여 그 주장이 지료를 구하는 것인지를 밝혀 그에 따라 심리해야 한다고 판단한 사례

### **2020다295892 분묘 지료 청구 (카) 파기환송(일부)**

**[양도형 분묘기지권을 취득한 자를 상대로 지료 지급을 청구한 사건]**

◇양도형 분묘기지권을 취득한 경우 분묘기지권자가 토지소유자에게 토지사용 대가로서 지료를 지급할 의무가 있는지 여부◇

자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우, 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 지료를 지급할 의무가 있다(대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결, 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다206850 판결 등 참조).

☞ 원고가 소유하는 토지에 피고가 수호, 관리하는 14기의 분묘들이 설치되어 있음을 이유로, 주위적으로 분묘 철거 및 토지 인도, 부당이득금 청구를 하고, 예비적으로 피고의 분묘기지권이 인정될 경우 지료의 지급을 청구한 사안에서, 원심판결 중 양도형 분묘기지권의 성립을 인정하여 원고의 주위적 청구를 기각한 부분은 수긍하고, 양도형 분묘기지권자의 지료 지급 의무를 부정한 예비적 청구 부분은 파기한 사안임

### **2021다208413 구상금 (바) 파기환송**

**[국민건강보험공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위청구하는 사건]**

◇1. 국민건강보험공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제 58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우, 대위의 범위(=공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액), 2. 구상금 소송에서 대위의 범위를 심리하는 사실심법원이 유의하여야 할 사항◇

1. 국민건강보험공단(이하 '공단'이라고 한다)의 손해배상청구권 대위를 인정한 국민건

강보험법 제58조의 문언과 입법 취지, 국민건강보험제도의 목적과 사회보장적 성격, 불법행위가 없었을 경우 보험급여 수급권자가 누릴 수 있는 법적 지위와의 균형이나 이익형량, 보험급여 수급권의 성격 등을 종합하여 보면, 공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는, 가해자의 손해배상액을 한도로 한 공단 부담금 전액이 아니라 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되고 나머지 금액(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)에 대해서는 피해자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 피해자를 위해 공단이 최종적으로 부담한다고 보아야 한다(대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결 등 참조).

2. 나아가 앞서 본 법리에 따르면 ‘공단부담금에 가해자의 책임비율을 곱한 금액’이 공단의 구상금으로 산정되므로 가해자의 책임비율이 중요한 의미를 가지는데, 피해자의 손해배상소송에서는 사고 당사자인 피해자가 적극적으로 주장·증명을 할 수 있는 것과 달리 공단의 구상금소송에서는 공단이 사고 당사자가 아니고 소액 다수의 구상금소송을 수행하는 과정에서 현실적인 한계가 있어 사고 경위 등 소송자료를 적극적으로 수집하여 가해자의 책임비율에 관한 주장·증명을 하는 것이 어려울 수 있으므로, 구상금소송을 심리하는 법원은 이와 같이 피해자의 후속 손해배상소송에 미칠 영향 등을 감안하여 가해자의 책임비율을 충실하게 심리·판단하는 것이 바람직하다는 점을 덧붙여 둔다.

☞ 가해자가 인도와 도로 경계에 설치해 둔 차량진입용 발판이 불상의 경위로 원래의 위치를 벗어나 도로 2차로에 옮겨져, 마침 이곳을 오토바이를 타고 주행하던 피해자가 미끄러져 상해를 입게 되었음

☞ 원고 국민건강보험공단이 피해자의 치료비 중 자기부담금을 제외한 나머지를 요양급여로 지급한 후 위 발판의 설치자에게 구상청구를 한 사안에서, 원심은 피해자의 과실을 50%로 인정하고, 손해의 범위를 피해자가 가해자에게 청구할 수 있는 청구액에서 보험급여로 받을 수 없는 자기부담금 부분을 공제한 액수로 산정하였음

☞ 대법원은 기존 전원합의체 판결의 취지에 따라 이 경우 공단이 구상권을 행사할 수 있는 손해의 범위가 공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액임을 다시 한 번 확인하면서 이와 다른 원심의 판단이 위법하다고 판단하고, 나아가 사실심 법원이 가해자의 책임 비율 또는 피해자의 과실 비율을 산정하는 것이 후속 손해배상소송에 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려하여 자세하고 신중하게 심리·판단이 이루어져야 한다는 점을 지적하면서 파기환송한 사안임

**2021다209621 당선무효 확인 (카) 상고기각**

**[피고의 임원선출 결의가 피고의 선거관리규정에서 정한 무기명 비밀투표 원칙에 위배된 것으로서 당연무효라고 주장하는 사건]**

◇피고의 임원선출 결의가 피고의 선거관리규정에서 정한 무기명 비밀투표 원칙에 위배된 것으로서 무효인지 여부◇

무기명 비밀투표는 자유로운 선거권의 행사를 실질적으로 보장하기 위하여 선거인이 누구에게 투표하였는가를 제3자가 알지 못하도록 하는 상태로 투표하는 것을 말한다. 한편 임원 선출에 관한 선거관리 절차에 일부 잘못이 있는 경우에는 그 잘못으로 인하여 자유로운 판단에 의한 투표를 방해하여 자유와 공정을 현저히 침해하고 그로 인하여 선출결의의 결과에 영향을 미쳤다고 인정되는지 여부를 참작하여 선출결의의 무효 여부를 판단하여야 한다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018다212498 판결 등 참조).

☞ 이 사건 선거는 피고의 임원 선거관리규정 제14조에 따라 무기명 비밀투표로 실시되어야 함에도, 회원들에게 일련번호가 기재된 투표용지가 그 일련번호 순서대로 교부되고, 캠코더가 기표소 가까이 설치되어 투표용지 배부 등을 촬영함으로써, 회원이 누구에게 투표했는지를 알 수 있는 상태에서 투표가 진행된 점, 더욱이 선거가 자유롭고 공정하게 진행될 수 있도록 선거관리업무를 처리해야 할 선거관리위원회 간사인 A가 회원의 투표 결과를 알 수 있는 위 상황을 초래하고 투표 이후 투표함을 봉인하지도 않은 상태로 관리하면서 캠코더 촬영 영상을 통하여 회원이 누구에게 투표했는지를 정리한 투표결과문을 작성하기까지 하였던 점 등을 고려하면, 투표를 하는 회원들로서는 자신의 투표 내용에 대한 비밀이 유지되지 않을 수도 있다는 사정을 충분히 인식할 수 있었으므로, 투표를 하는 회원들이 그 선택에 영향을 받을 수 있었던 것으로 보이고, 여기에다가 이 사건 투표결과 당선인인 피고 보조참가인과 낙선자의 득표수 차이가 근소하였던 점을 보태어 보면 비밀투표의 원칙이 지켜지는 상황에서 실시되었을 경우 선거결과가 반드시 동일하다고 단정할 수도 없다는 점 등을 이유로, 피고 보조참가인을 피고의 원장으로 선출한 결의는 무효라고 판단한 원심을 수긍한 사안

**형 사**

**2018도13458 특수공무집행방해치상 등 (카) 상고기각**

**[경찰관들의 체포영장 집행에 관한 정당한 공무집행을 방해하였다는 이유로 공소제기된 사건]**

◇1. 헌법재판소가 구 형사소송법(2019. 12. 31. 법률 제16850호로 개정되기 전의 것) 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분에 대해 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명한 부분의 효력이 ‘수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색하여 피의자를 체포할 긴급한 필요가 없는 경우’까지 미치는지 여부, 2. 입법자가 구 형사소송법(2019. 12. 31. 법률 제16850호로 개정되기 전의 것) 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분에 대한 헌법불합치결정에 따라 위 법률조항을 개정하면서 부칙에 위헌성이 제거된 개정 조항이 소급 적용에 관한 경과규정을 두지 않은 경우, 개정 조항의 소급 적용 여부와 그 범위◇

1. 헌법불합치결정과 잠정적용의 범위

구 형사소송법(2019. 12. 31. 법률 제16850호로 개정되기 전의 것) 제216조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 제200조의2(영장에 의한 체포)·제200조의3(긴급체포)·제201조(구속) 또는 제212조(현행범인의 체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.”라고 규정하면서 제1호에서 “타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수사”를 규정하고 있었다.

헌법재판소는 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정에서, 위 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분(이하 ‘구법 조항’이라고 한다)은 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성은 소명되나, 수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있다는 것이므로, 헌법 제16조의 영장주의 예외 요건을 벗어나는 것으로서 영장주의에 위반된다고 판단하였다. 나아가 구법 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면, 수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색하여 피의자를 체포할 긴급한 필요가 있는 경우에도 이를 허용할 법률적 근거가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생하게 된다는 이유로 헌법불합치를 선언하면서, 구법 조항은 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 결정하였다(이하 ‘이 사건 헌법불합치결정’이라고 한다).

이 사건 헌법불합치결정에 나타나는 구법 조항의 위헌성, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정의 잠정적용의 이유 등에 의하면, 헌법재판소가 구법 조항의 위헌성을 확인하였음에도 불구하고 일정 시한까지 계속 적용을 명한 것은 구법 조항에 근거하여 수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색하여 피의자를 체포할 긴급한 필요가 있는 경우에는 이를 허용할 필요성이 있었기 때문이다. 따라서 구법 조항 가운데 그 해석상 ‘수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색하여 피의자를 체포할 긴급한 필요가 없는 경우’ 부분은 영장주의에 위반

되는 것으로서 개선입법 시행 전까지 적용중지 상태에 있었다고 보아야 한다.

## 2. 형사소송법의 개정과 헌법불합치결정의 소급효

가. 이 사건 헌법불합치결정에 따라 개정된 형사소송법은 제216조 제1항 제1호 중 '피의자 수사'를 '피의자 수색'으로 개정하면서 단서에 "제200조의2 또는 제201조에 따라 피의자를 체포 또는 구속하는 경우의 피의자 수색은 미리 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 때에 한정한다."라는 부분을 추가하였으나, 부칙은 소급적용에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.

나. 어떤 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡긴 이상, 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이다. 그러나 구법 조항에 대한 이 사건 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 이 사건 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 이 사건 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 이 사건 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 해야 하므로, 비록 현행 형사소송법 부칙에 소급적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 형사소송법의 규정을 적용하여야 한다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결 등 참조).

☞ 구법 조항이 헌법재판소법 제47조의 소급효가 인정되는 형벌조항은 아니지만, 기존의 법리에 따라, 이 사건 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건인 이 사건 및 이 사건 헌법불합치결정 당시 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 위헌성이 제거된 현행 형사소송법의 규정이 적용되어야 한다고 밝히고, 이 사건 건조물을 수색하기에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있었다고 볼 수 없음에도 수색영장 없이 경찰이 이 사건 건조물을 수색한 행위는 적법한 공무집행에 해당하지 아니한다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 원심의 판단을 수긍한 사안임

## 2020도15529 업무상배임미수 (가) 파기환송

### [부작위에 의한 업무상배임죄의 실행의 착수 여부가 문제된 사건]

#### ◇업무상배임죄에서 부작위에 의한 실행의 착수가 인정되기 위한 요건◇

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배되는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 그 타인에게 손해를 가한 때에 성립한다(형법 제356조, 제355조 제2항). 형법 제18조는 부작위범의 성립 요건에 관

하여 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”라고 정하고 있다.

업무상배임죄는 타인과의 신뢰관계에서 일정한 임무에 따라 사무를 처리할 법적 의무가 있는 자가 그 상황에서 당연히 할 것이 법적으로 요구되는 행위를 하지 않는 부작위에 의해서도 성립할 수 있다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10139 판결 등 참조). 그러한 부작위를 실행의 착수로 볼 수 있기 위해서는 작위의무가 이행되지 않으면 사무처리의 임무를 부여한 사람이 재산권을 행사할 수 없으리라고 객관적으로 예견되는 등으로 구성요건적 결과 발생의 위험이 구체화한 상황에서 부작위가 이루어져야 한다. 그리고 행위자는 부작위 당시 자신에게 주어진 임무를 위반한다는 점과 그 부작위로 인해 손해가 발생할 위험이 있다는 점을 인식하였어야 한다.

☞ 환지 방식에 의한 도시개발사업의 시행자인 피해자 조합을 위해 환지계획수립 등의 업무를 수행하던 피고인이 사업 실시계획의 변경에 따른 일부 환지예정지의 가치상승을 청산절차에 반영하려는 조치를 취하지 않은 채 대행회사 대표이사직을 사임하였다는 이유로 업무상배임미수로 기소된 사안임

☞ 대법원은 위 도시개발사업의 진행 경과 등 제반 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피해자 조합이 환지예정지의 가치상승을 청산절차에 반영하지 못할 위험이 구체화한 상황에서 피고인이 자신에게 부여된 작위의무를 위반하였다고 인정하기 어려워 피고인이 부작위로서 업무상배임죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 원심이 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 것에 부작위에 의한 업무상배임죄에서 실행의 착수 인정 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기하였음

## 특 별

### **2020므15841 손해배상(사실혼파기) 및 재산분할 (가) 파기환송(일부)**

#### **[재산분할의 소극재산 산정이 문제된 사건]**

◇재산분할에서 사실혼 해소일 직후 발생한 대출금채무가 소극재산에 포함되는지 여부◇

사실혼은 당사자 사이에 혼인 의사가 있고 객관적으로 사회관념상 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우이므로 법률혼에 관한 민법 규정 중 혼인신고를 전제로 하는 규정은 유추적용할 수 없다. 그러나 부부재산 청산의 의미를 갖는 재산분할

규정은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로 사실혼 관계에 유추적  
용할 수 있다(대법원 1995. 3. 10. 선고 94므1379, 1386 판결 참조). 부부 일방이 혼인 중  
제3자에게 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 이외에는 원칙적으로 개인의 채무로서 청  
산 대상이 되지 않으나 그것이 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무인 경우에는 청  
산 대상이 된다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97므1486, 1493 판결 참조). 따라서 사실혼 관계  
에 있는 부부 일방이 혼인 중 공동재산의 형성에 수반하여 채무를 부담하였다가 사실혼  
이 종료된 후 그 채무를 변제한 경우 변제된 채무는 특별한 사정이 없는 한 청산 대상이  
된다.

☞ 원고가 피고들의 부정행위로 원고와 피고1의 사실혼 관계가 파탄되었다고 주장하며,  
피고1을 상대로 위자료와 재산분할을, 피고2를 상대로 위자료 지급을 청구한 사안에서,  
사실혼 관계 종료 직후 피고1이 부담하던 종전 대출금채무가 변제됨과 동시에 새로운 대  
출금채무가 발생한 경우 종전 대출금채무가 공동재산 형성에 수반하여 발생한 채무라면  
재산분할의 대상이 되는 소극재산인데도 이를 심리하여 소극재산에 반영하지 않은 것이  
잘못되었다는 이유로 원심판결을 파기환송함