



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 8월 15일

제616호

민사

1 2021. 6. 24. 선고 2016다200200 판결 (약정금) 1317

[1] 평균임금 산정의 기초가 되는 임금의 범위

[2] 甲이 乙의 병원에서 의사로 근무하면서 급여로 매월 일정액을 지급받되 근로소득세 등을 乙이 대납하기로 하는 근로계약을 체결한 사안에서, 乙이 대납한 근로소득세 등 상당액은 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함되어야 한다고 한 사례

[1] 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있으면 명칭 여하를 불문하고 모두 포함된다.

[2] 甲이 乙의 병원에서 의사로 근무하면서 급여로 매월 일정액을 지급받되 그에 대하여 부과되는 근로소득세 등을 乙이 대납하기로 하는 근로계약을 체결한 사안에서, 명칭 여하를 불문하고 乙이 대납한 근로소득세 등 상당액은 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함되어야 하는데도, 甲의 실수령액만을 기초로 평균임금을 산정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

2 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결 (손해배상(기)) 1319

하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우, 권리자는 경합하여 발생하는 손해배상청구권 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있는지 여부(적극) / 이때 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 하는지 여부(적극)

채무불이행책임과 불법행위책임은 각각 요건과 효과를 달리하는 별개의 법률관계에서 발생하는 것이므로 하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우에는 두 개의 손해배상청구권이 경합하여 발생하고, 권리자는 위 두 개의 손해배상청구권 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있다. 다만 동일한 사실관계에서 발생한 손해의 배상을 목적으로 하는 경우에도 채무불이행을 원인으로 하는 배상청구와 불법행위를 원인으로 한 배상청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송물이므로, 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 한다. 계약 위반으로 인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다.

3 2021. 6. 24. 선고 2016다268695 판결〔집행문부여에대한이의〕 …………… 1322

- [1] 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 수 있는 경우
- [2] 부대체적 작위채무로서 장부 또는 서류의 열람·등사를 허용할 것을 명하는 집행권원에 대한 간접강제결정은 이를 집행하는 데 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 하는지 여부(적극) 및 채권자가 그 조건이 성취되었다고 하기 위해서 증명하여야 할 사항 / 이때 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 기재하여야 하는지 여부(적극)
- [3] 특정 장부 등에 대한 열람·등사의 허용을 명한 가처분결정에 기초한 강제집행 단계에서 채무자가 해당 장부 등이 존재하지 않기 때문에 열람·등사 허용의무를 위반한 것이 아니라고 주장하기 위해 증명하여야 할 사항
- [4] 의무이행 기간을 정하여 부대체적 작위의무를 명하는 가처분결정이 있는 경우, 위 기간이 경과하면 가처분결정은 집행권원으로서의 효력이 없는지 여부(적극)
- [1] 민사집행법 제45조, 제30조 제2항, 제31조에 의하면, 집행문부여에 대한 이의의 소는 판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에 이를 증명하는 서류를 제출하여 집행문을 내어 준 경우와 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 집행문을 내어 준 경우에, 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 의한 판결의 집행력을 다투거나 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때에 제기할 수 있다.
- [2] 채권자가 부대체적 작위채무에 대한 간접강제결정을 집행권원으로 하여 강제집행을 하기 위해서는 집행문을 받아야 한다.

부대체적 작위채무로서 장부 또는 서류의 열람·등사를 허용할 것을 명하는 집행권원에 대한 간접강제결정의 주문에서 채무자가 열람·등사 허용의무를 위반하는 경우 민사집행법 제261조 제1항의 배상금을 지급하도록 명하였다면, 그 문언상 채무자는 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구할 경우에 한하여 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없어도 먼저 채권자에게 특정 장부 또는 서류를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무는 그 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적이라고 봄이 타당하므로, 그 간접강제결정은 이를 집행하는 데 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 한다. 채권자가 그 조건이 성취되었음을 증명하기 위해서는 채무자에게 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구한 사실, 그 특정 장부 또는 서류가 본래의 집행권원에서 열람·등사의 허용을 명한 장부 또는 서류에 해당한다는 사실 등을 증명하여야 한다. 이 경우 집행문은 민사집행법 제32조 제1항에 따라 재판장의 명령에 의해 부여하되 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 기재하여야 한다.

[3] 가처분결정에서 특정 장부 또는 서류에 대한 열람·등사의 허용을 명하였다면 이는 그 해당 장부 또는 서류가 존재한다는 사실이 소명되었음을 전제로 한 판단이다. 따라서 그 가처분결정에 기초한 강제집행 단계에서 채무자가 해당 장부 또는 서류가 존재하지 않기 때문에 열람·등사 허용의무를 위반한 것이 아니라고 주장하려면 그 장부 또는 서류가 존재하지 않는다는 사실을 증명하여야 한다.

[4] 부대체적 작위의무에 관하여 의무이행 기간을 정하여 그 기간 동안 의무의 이행을 명하는 가처분결정이 있는 경우에 그 가처분결정에서 정한 의무이행 기간이 경과하면, 가처분의 효력이 소멸하여 그 가처분결정은 더 이상 집행권원으로서의 효력이 없다.

4 2021. 6. 24. 선고 2016다269698 판결〔배당이의〕 1327

채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 않는다는 점 외에 원고 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 하는지 여부(적극) 및 이는 채무자가 체결한 근저당권 설정계약에 관하여 채권자가 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 원상회복으로 배당이의의 소를 제기하는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서만 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있으므로(민사집행법 제151조 제3

항), 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것만으로 충분하지 아니하고 원고 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 한다.

위와 같은 법리는 채무자가 체결한 근저당권설정계약에 관하여 채권자가 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 그 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기하는 경우에도 마찬가지로 마찬가지이다.

5 2021. 6. 24. 선고 2017다261981 판결〔손해배상(기)〕 1329

[1] 저작권법 제2조 제1호에서 정한 ‘저작물’의 요건인 ‘창작성’의 의미 및 건축저작물이나 도형저작물과 같은 이른바 기능적 저작물이 창작성이 인정되어 저작물로서 보호받을 수 있는 경우

[2] 甲 주식회사가 신축하는 다가구주택에 관하여 설계도서를 제작·교부한 건축사 乙이, 위 주택 신축 후 甲 회사가 건축사 丙이 제작·교부한 설계도서로 다른 건물을 신축하자, 甲 회사와 丙을 상대로 그들이 乙의 동의를 받지 아니한 채 乙의 설계도서를 일부 수정하여 위 건물의 설계도서를 제작하였다며 저작권 침해로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 乙의 설계도서는 乙의 창조적 개성이 드러나는 저작물에 해당하고, 丙의 설계도서는 乙의 설계도서와 실질적으로 유사하므로, 甲 회사와 丙은 저작권 침해로 인한 손해배상책임을 진다고 본 원심판단에 법리오해 등 잘못이 없다고 한 사례

[1] 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’로 규정하여 창작성을 요구하고 있다. 여기서 창작성은 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 창작성이 인정되려면 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 아니 되고 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어야 한다.

저작권법은 제4조 제1항 제5호에서 ‘건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물’을, 같은 항 제8호에서 ‘지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물’을 저작물로 예시하고 있다. 그런데 건축저작물이나 도형저작물은 이른바 기능적 저작물로서, 해당 분야에서의 일반적인 표현방법, 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이용의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많다. 따라서 기능적 저작물이 그와 같은 일반적인 표현방법 등에 따라 기능 또는 실용적인 사상을 나타내고 있을 뿐이라면 창작성을 인정하기 어렵지만, 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어 창작자의 창조적 개성이 나타나 있는 경우라면 창작성을 인정할 수 있으므로 저작물로서 보호를 받을 수 있다.

[2] 甲 주식회사가 신축하는 다가구주택에 관하여 설계도서를 제작·교부한 건축사 乙이, 위 주택 신축 후 甲 회사가 건축사 丙이 제작·교부한 설계도서로 다른 건물을 신축하자, 甲 회사와 丙을 상대로 그들이 乙의 동의를 받지 아니한 채 乙의 설계도서를 일부 수정하여 위 건물의 설계도서를 제작하였다며 저작권 침해로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 乙의 설계도서 중 적어도 지붕 형태, 1층 출입문 및 회랑 형태의 구조는 乙 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있어 위 설계도서는 乙의 창조적 개성이 드러나는 저작물에 해당하고, 丙의 설계도서는 乙의 설계도서의 원본 캐드(CAD) 파일에 사소한 변형만을 가하여 작성한 것으로 乙의 설계도서와 실질적으로 유사하므로, 甲 회사와 丙은 저작권 침해로 인한 손해배상책임을 진다고 본 원심판단에 법리오해 등 잘못이 없다고 한 사례.

6 2021. 6. 24. 선고 2019다278433 판결 [소유권이전등기] 1332

- [1] 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시한 경우, 당사자 표시정정신청을 받은 법원이 취하여야 할 조치
- [2] 어떤 단체가 비법인사단으로서 당사자능력을 갖는지 판단하는 기준 시기(=사실심 변론종결일) / 비법인사단이 원고로 된 경우, 법원은 직권으로 단체의 실체를 파악하여 당사자능력의 존부를 판단하여야 하는지 여부(적극)
- [1] 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실을 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 확정된 당사자와의 동일성이 인정되는 범위 내에서라면 항소심에서도 당사자의 표시정정을 허용하여야 한다. 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면, 당사자 표시정정신청을 받은 법원으로서 당사자를 확정 한 연후에 원고가 정정신청한 당사자 표시가 확정된 당사자의 올바른 표시이며 동일성이 인정되는지의 여부를 살피고, 그 확정된 당사자로 표시를 정정하도록 하는 조치를 취하여야 한다.
- [2] 민사소송법 제52조가 비법인사단의 당사자능력을 인정하는 것은 법인이 아니라도 사단으로서의 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는, 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체가 자기 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하도록 하기 위한 것이다. 그러므로 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말하고, 어떤 단체가 비법인사단으로서 당사자능력을 가지는가 하는 것은 소송요

건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결일을 기준으로 판단하여야 한다.

원래 당사자능력의 문제는 법원의 직권조사사항에 속하는 것이므로 그 당사자능력 판단의 전제가 되는 사실에 관하여는 법원이 당사자의 주장에 구속될 필요 없이 직권으로 조사하여야 하고, 따라서 비법인사단이 원고로 된 경우, 그 성립의 기초가 되는 사실에 관하여 당사자가 다양한 주장을 하는 경우, 구체적인 주장사실에 구속될 필요 없이 직권으로 단체의 실체를 파악하여 당사자능력의 존부를 판단하여야 한다.

7 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결 (부당이득금) 1340

[1] 부당이득반환청구권에 5년의 소멸시효를 정한 상법 제64조가 적용되는 경우

[2] 위법배당에 따른 부당이득반환청구권의 소멸시효기간(=10년)

[1] 부당이득반환청구권이라도 그것이 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것으로서, 그 채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 그 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 경우 등에는 5년의 소멸시효를 정한 상법 제64조가 적용된다.

그러나 이와 달리 부당이득반환청구권의 내용이 급부 자체의 반환을 구하는 것이 아니거나, 위와 같은 신속한 해결 필요성이 인정되지 않는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 상법 제64조는 적용되지 않고 10년의 민사소멸시효기간이 적용된다.

[2] 회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 자본의 액, 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액을 공제한 액을 한도로 하여 이익의 배당을 할 수 있고(상법 제462조 제1항), 일정한 요건을 갖추면 중간배당을 할 수 있지만 이때에도 배당 가능한 이익이 있어야 한다(상법 제462조의3 제1항, 제2항). 만약 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 하였다면 위 조항에 반하는 것으로 무효라 할 것이므로 회사는 배당을 받은 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.

이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다. 이에 따라 위법배당에 따른 부당이득반환청구권 역시 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없다. 특히 배당가능이익이 없

는데도 이익의 배당이나 중간배당이 실시된 경우 회사나 채권자가 주주로부터 배당금을 회수하는 것은 회사의 자본충실을 도모하고 회사 채권자를 보호하는 데 필수적이므로, 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸시효에 걸린다고 보아야 한다.

8 2021. 6. 24. 선고 2020다270121 판결 [채무부존재확인] 1343

[1] 사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약 및 그에 기한 법률행위의 내용을 해석하는 방법

[2] 甲 주식회사가 주무관청과 체결한 ‘대학교 생활관 신축 임대형 민간투자시설 사업’의 실시협약에서 ‘사업시행자가 정당한 사유 없이 준공예정일을 초과하여 준공하는 경우 사업시행자는 지체상금을 납부할 의무를 부담하고, 이때 ‘준공예정일’은 실시계획상의 공정계획에 명시된 준공예정일을 의미한다.’고 규정하고 있는 사안에서, 사업시행자가 실시계획상의 공정계획에 명시된 준공예정일을 초과하여 공사를 준공한 이상 실시협약의 지체상금 규정 등에 따라 원칙적으로 지체상금 채무가 발생한다고 한 사례

[1] 실시협약에 의한 민간투자사업의 시행은 사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’이라 한다) 및 관련 법률에 정한 일정한 절차 등 규정을 따라야 하고, 사업시행자는 사업시행자 지정 시 인정된 사업 외의 사업은 수행할 수 없으며, 관리운영권의 처분 시나 출자자 변경 시 주무관청의 사전승인이 요구되는 등 제한 또는 수정사항이 존재한다. 따라서 사업시행자와 ‘국가 또는 지방자치단체 등’(이하 ‘국가 등’이라 한다)이 실시협약에 의하여 각기 취득하는 권리의무는 사법상 대등한 당사자 사이에서 체결되는 계약에 의하여 계약당사자가 취득하는 권리의무와는 내용 및 성질을 달리한다.

실시협약에 의한 사업시행은 민간투자법 및 관련 법률에 정한 일정한 절차 등을 따라야 한다. 국가 등은 협상대상자와 총사업비, 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정하게 된다(민간투자법 제13조). 사업시행자는 민간투자사업을 시행하기 전에 해당 사업의 실시계획을 작성하여 주무관청의 승인을 받아야 하고, 승인받은 내용을 변경하는 경우에도 같다(민간투자법 제15조 제1항 본문).

따라서 민간투자법에 따른 실시협약 및 그에 기한 법률행위의 내용을 해석함에 있어서는 민간투자법 및 관련 법률의 규정 내용과 실시협약에서 정한 해석원칙에 벗어나지 않도록 하여야 한다.

[2] 甲 주식회사가 주무관청과 체결한 ‘대학교 생활관 신축 임대형 민간투자시설 사업’의 실시협약에서 ‘사업시행자가 정당한 사유 없이 준공예정일을 초과하여 준공하는 경우 사업시행자는 지체상금을 납부할 의무를 부담하고, 이때 ‘준공예정일’은 실시계획상의 공정계획에 명시된 준공예정일을 의미한다.’고 규정하고 있는 사안에서, 실시협약상 지체상금 채무의 발생 여부는 지체상금에 관한 규정에 따라 정당한 사유 없이 ‘준공예정일’을 초과하여 준공되었는지가 판단의 기준이 되므로, 사업시행자가 실시계획상의 공정계획에 명시된 준공예정일을 초과하여 공사를 준공한 이상 실시협약의 지체상금 규정 등에 따라 원칙적으로 지체상금 채무가 발생한다고 보아야 하는데도, 착공을 위한 절차가 마무리되어 실제 공사를 진행할 수 있게 된 날로부터 실시협약에서 정한 공사기간이 경과하기 전에 준공된 이상 甲 회사의 지체상금 채무는 존재하지 않는다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

9 2021. 6. 24. 선고 2021다220666 판결 [소유권이전등기등] 1348

- [1] 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우, 처분문서를 해석하는 방법
- [2] 매매의 목적이 된 권리가 매도인이 아닌 타인에게 속한 경우, 매도인이 매매계약을 체결할 수 있는지 여부(적극) 및 이러한 법리는 매매의 목적이 된 권리가 매도인과 타인의 공유라고 해도 마찬가지인지 여부(적극)
- [3] 상가집합건물의 구분점포에 대한 매매의 경우, 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 따라 구조, 위치, 면적이 확정된 구분점포가 매매의 대상이 되는지 여부(원칙적 적극) / 이때 점포의 구조, 위치, 면적을 실제 이용현황에 따라야 하는 경우
- [4] 매매목적물의 인도 전이라도 매수인이 매매대금을 완납한 경우, 이후의 과실수취권이 매수인에게 귀속되는지 여부(적극)
- [1] 처분문서는 그 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언의 내용에 따라 당사자의 의사표시가 있었던 것으로 객관적으로 해석하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.
- [2] 매매의 목적이 된 권리가 매도인이 아닌 타인에게 속한 경우에도 매도인은

매매계약을 체결할 수 있고, 이때 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 의무를 부담한다(민법 제569조). 이와 같은 법리는 매매의 목적이 된 권리가 매도인과 타인의 공유라고 해도 마찬가지이다.

[3] 상가집합건물의 구분점포에 대한 매매는 원칙적으로 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 따라 구조, 위치, 면적이 확정된 구분점포를 매매의 대상으로 삼았다고 보아야 할 것이다. 그러나 1동의 상가집합건물의 점포들이 구분소유 등기가 되어 있기는 하나 실제로는 위 상가건물의 각 점포들에 관한 집합건축물대장 등 공부상 호수와 구조, 위치 및 면적이 실제 이용현황과 일치하지 아니할 뿐만 아니라 그 복원조차 용이하지 아니하여 단지 공부가 위 상가건물에서 각 점포들이 차지하는 면적비율에 관하여 공유지분을 표시하는 정도의 역할만을 하고 있고, 위 점포들이 전전매도되면서 매매 당사자들이 실제 이용현황대로의 점포를 매매할 의사를 가지고 거래한 경우 등과 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 그 점포의 구조, 위치, 면적은 실제 이용현황에 의할 수밖에 없을 것이다.

[4] 특별한 사정이 없는 한 매매계약이 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하지만(민법 제587조), 매매목적물의 인도 전이라도 매수인이 매매대금을 완납한 때에는 그 이후의 과실수취권은 매수인에게 귀속된다고 보아야 할 것이다.

10 2021. 6. 30. 선고 2016다10827 판결 (부당이득금) 1352

[1] 제3자에 의한 채권침해가 불법행위에 해당하는 경우 및 채권침해의 위법성을 판단하는 기준

[2] 상가 분양사업의 시행사인 甲 주식회사가 분양수입금 관리계좌에 입금된 수입금을 인출하기 위하여는 시공사인 乙 주식회사의 동의를 첩부하여야 한다는 사업약정에 따라 丙과의 분양계약 해제에 따른 계약금 인출에 대한 동의를 乙 회사에 요청하였으나, 乙 회사가 인출에 동의하지 않은 채 관리계좌에서 자신의 공사대금을 변제받고자 우선적으로 금원을 인출함으로써 관리계좌의 잔고가 부족하게 되어 丙이 계약금을 반환받지 못한 사안에서, 乙 회사는 丙에게 불법행위를 원인으로 계약금 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 본 원심판결이 정당하다고 한 사례

[1] 일반적으로 채권에 대해서는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호 간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되므로 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위가 성립하지는 않는다. 그러나 거래에서 자유경쟁 원칙은 법질서가 허용하는 범위에서 공정하고 건전한 경쟁을 전제로

하므로, 제3자가 채권자를 해친다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 그 밖의 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 하여 채권의 실현을 방해하는 등으로 채권자의 이익을 침해하였다면 불법행위가 성립한다. 채권침해의 위법성은 침해되는 채권 내용, 침해행위의 양태, 침해자의 고의나 해의 등 주관적 사정 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익 균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

- [2] 상가 분양사업의 시행사인 甲 주식회사가 분양수입금 관리계좌에 입금된 수입금을 인출하기 위하여는 시공사인 乙 주식회사의 동의서를 첨부하여야 한다는 사업약정에 따라 丙과의 분양계약 해제에 따른 계약금 인출에 대한 동의를 乙 회사에 요청하였으나, 乙 회사가 인출에 동의하지 않은 채 관리계좌에서 자신의 공사대금을 변제받고자 우선적으로 금원을 인출함으로써 관리계좌의 잔고가 부족하게 되어 丙이 계약금을 반환받지 못한 사안에서, 乙 회사는 丙의 계약금 반환채권이 자신의 행위로 침해됨을 알면서도 丙에 대한 관계에서 법률상 우선변제권이 인정되지 않는 자신의 공사대금을 우선적으로 추심하기 위하여 금원을 인출하였고, 乙 회사의 이러한 행위는 부동산 선분양 개발사업 시장에서 거래의 공정성과 건전성을 침해하고 사회통념상 요구되는 경제질서를 위반하는 위법한 행위로서, 丙은 乙 회사의 위와 같은 위법행위로 말미암아 甲 회사로부터 계약금을 반환받지 못하는 손해를 입었으므로, 乙 회사는 丙에게 그 손해를 배상할 책임이 있다고 본 원심판결이 정당하다고 한 사례.

11 2021. 6. 30. 선고 2017다249219 판결〔손해배상(기)〕 1356

- [1] 행정처분이 항고소송에서 위법하다고 판단되어 취소된 것만으로 행정처분이 공무원의 고의나 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수 있는지 여부 (소극) 및 이 경우 국가배상책임의 성립요건과 그 판단 기준
- [2] 甲 주식회사가 고층 아파트 신축사업을 계획하고 토지를 매수한 다음 乙 지방자치단체와 협의하여 사업계획 승인신청을 하였고, 수개월에 걸쳐 乙 지방자치단체의 보완 요청에 응하여 사업계획 승인에 필요한 요건을 갖추었는데, 乙 지방자치단체의 장이 위 사업계획에 관하여 부정적인 의견을 제시한 후, 乙 지방자치단체가 甲 회사에 주변 경관 등을 이유로 사업계획 불승인처분을 한 사안에서, 乙 지방자치단체의 국가배상책임이 인정된다고 볼 여지가 있는 데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [3] 손해가 발생한 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 어려

은 경우, 법원이 취하여야 할 조치 및 이때 고려할 사항

- [1] 행정처분이 나중에 항고소송에서 위법하다고 판단되어 취소되더라도 그것만으로 행정처분이 공무원의 고의나 과실로 인한 불법행위를 구성한다고 단정할 수 없다. 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 위법한 행정처분의 담당 공무원이 객관적 주의의무를 소홀히 하고 그로 인해 행정처분이 객관적 정당성을 잃었다고 볼 수 있는 경우에 국가배상법 제2조가 정한 국가배상책임이 성립할 수 있다. 이때 객관적 정당성을 잃었는지는 행위의 양태와 목적, 피해자의 관여 여부와 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하되, 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체가 부담할 만한 실질적 이유가 있는지도 살펴보아야 한다.
- [2] 甲 주식회사가 고층 아파트 신축사업을 계획하고 토지를 매수한 다음 乙 지방자치단체와 협의하여 사업계획 승인신청을 하였고, 수개월에 걸쳐 乙 지방자치단체의 보완 요청에 응하여 사업계획 승인에 필요한 요건을 갖추었는데, 乙 지방자치단체의 장이 위 사업계획에 관하여 부정적인 의견을 제시한 후, 乙 지방자치단체가 甲 회사에 주변 경관 등을 이유로 사업계획 불승인처분을 한 사안에서, 乙 지방자치단체의 담당 공무원이 경관 훼손 여부를 검토하기 위해 수행한 업무는 현장실사를 나가 사진을 촬영하여 분석자료를 작성한 것이 전부이고, 그 분석자료의 내용이 실제에 부합하는 방식으로 작성되었다고 볼 수 없는 등 위 불승인처분은 경관 훼손에 관한 객관적인 검토를 거치지 않은 채 이루어진 것으로 볼 수 있고, 사업계획 승인 업무의 진행경과, 위 사업의 규모와 경관 훼손 여부를 판단하기 위한 합리적이고 신중한 검토 필요성 등에 비추어, 담당 공무원의 업무 수행은 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 소홀히 한 것이므로, 乙 지방자치단체의 국가배상책임이 인정된다고 볼 여지가 있는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.
- [3] 손해가 발생한 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 매우 어려운 경우에 법원은 손해배상청구를 쉽사리 배척해서는 안 되고, 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하는 등으로 구체적인 손해액에 관하여 심리하여야 한다. 그 후에도 구체적인 손해액을 알 수 없다면 민사소송법 제202조의2에 따라 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다. 이때 고려할 사정에는 당사자들 사이의 관계, 불법행위로 인한 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 정황 등이 포

함된다.

12 2021. 6. 30. 선고 2018다290672 판결 [손해배상(기)] 1362

회생채권자가 제3자를 상대로 한 소송 계속 중에 회생채무자를 상대로 소송고지를 하고 소송고지서에 실권된 회생채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있는 경우, 다른 연대채무자나 보증인에 대하여 민법 제416조 또는 제440조에 따른 소멸시효 중단을 주장할 수 있는지 여부(소극)

회생채권이 소멸시효기간 경과 전에 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 의하여 실권되었다면 더 이상 그 채무의 소멸시효 중단이 문제 될 여지가 없다. 따라서 회생채권자가 제3자를 상대로 한 소송 계속 중에 회생채무자를 상대로 소송고지를 하고 소송고지서에 실권된 회생채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있더라도, 회생채권자는 그로써 다른 연대채무자나 보증인에 대하여 민법 제416조 또는 제440조에 따른 소멸시효 중단을 주장할 수 없다.

13 2021. 6. 30. 선고 2019다207813 판결 [부동산인도청구의소] 1364

주택재개발사업의 사업시행자가 현금청산대상자나 세입자로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위해서는 협의나 재결절차 등에 의하여 결정되는 주거이전비 등도 지급하여야 하는지 여부(적극)

구 도시 및 주거환경정비법(2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시정비법’이라 한다) 제49조 제6항은 ‘관리처분계획의 인가·고시가 있는 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만 사업시행자의 동의를 받거나 제40조 및 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라 한다)에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우에는 그러하지 아니하다.’고 규정하고 있다. 따라서 사업시행자가 현금청산대상자나 세입자에 대해서 종전의 토지나 건축물의 인도를 구하려면 관리처분계획의 인가·고시만으로는 부족하고 구 도시정비법 제49조 제6항 단서에서 정한 토지보상법에 따른 손실보상이 완료되어야 한다.

구 도시정비법 제49조 제6항 단서의 내용, 개정 경위와 입법 취지를 비롯하여 구 도시정비법 및 토지보상법의 관련 규정들을 종합하여 보면, 토지보상법 제78조에서 정한 주거이전비, 이주정착금, 이사비(이하 ‘주거이전비 등’이라 한다)도 구 도시정비법 제49조 제6항 단서에서 정한 ‘토지보상법에 따른 손실보상’에 해당한다. 그러므로 주택재개발사업의 사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 현금청산대상자나 세입자로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위해서는

협이나 재결절차 등에 의하여 결정되는 주거이전비 등도 지급할 것이 요구된다. 만일 사업시행자와 현금청산대상자나 세입자 사이에 주거이전비 등에 관한 협의가 성립된다면 사업시행자의 주거이전비 등 지급의무와 현금청산대상자나 세입자의 부동산 인도 의무는 동시이행의 관계에 있게 되고, 재결절차 등에 의할 때에는 주거이전비 등의 지급절차가 부동산 인도에 선행되어야 한다.

14 2021. 6. 30. 선고 2019다208281 판결 (대여금) 1369

구 도시 및 주거환경정비법 제14조 제3항에서 일정 비율 이상의 토지 등 소유자의 동의를 얻도록 한 취지 및 같은 법 제15조 제2항의 위임에 따른 ‘정비사업조합설립추진위원회 운영규정’ 제3조 제2항의 붙임 운영규정안을 기본으로 하여 작성된 ‘추진위원회 운영규정’이 운영규정 작성 전의 업무 수행에 대하여도 적용되는지 여부(소극)

구 도시 및 주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시정비법’이라 한다) 제14조 제3항은 ‘추진위원회가 제1항의 규정에 의하여 수행하는 업무의 내용이 토지 등 소유자의 비용부담을 수반하는 것이거나 권리와 의무에 변동을 발생시키는 것인 경우에는 그 업무를 수행하기 전에 대통령령이 정하는 비율 이상의 토지 등 소유자의 동의를 얻어야 한다.’고 정하고 있다. 그 위임에 따른 구 도시 및 주거환경정비법 시행령(2008. 12. 17. 대통령령 제21171호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항은 토지 등 소유자의 과반수 또는 추진위원회의 구성에 동의한 토지 등 소유자의 3분의 2 이상의 동의가 필요한 사항(제1호)과 추진위원회의 구성에 동의한 토지 등 소유자의 과반수의 동의가 필요한 사항(제2호)을 열거하면서 그 밖의 사항에 대해서는 ‘추진위원회 운영규정’이 정하는 바에 따르도록 하고 있다.

구 도시정비법 제14조 제3항에서 일정 비율 이상의 토지 등 소유자의 동의를 얻도록 한 취지는 토지 등 소유자의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 사항에 대하여 토지 등 소유자의 의사가 반영될 수 있도록 그에게 절차적 보장을 하려는 데에 있다.

그런데 구 도시정비법 제15조 제2항의 위임에 따른 ‘정비사업조합설립추진위원회 운영규정’(건설교통부 고시 제165호)은 제3조 제2항에서 ‘추진위원회 운영규정은 붙임 운영규정안을 기본으로 하여 다음 각호의 방법에 따라 작성한다.’고 하면서, 그 붙임으로 첨부된 ‘○○정비사업조합설립추진위원회 운영규정안’의 부칙은 ‘이 운영규정은 ○○시장·군수·구청장으로부터 ○○주택재건축/주택개발/도시환경정비사업조합설립추진위원회로 승인을 받은 날부터 시행한다.’고 정하고 있다. 따라서 위 붙임 운영규정안을 기본으로 하여 작성된 ‘추진위원회 운영규정

정'은 도시정비법령에 따라 추진위원회 설립 승인이 있고 운영규정이 작성된 때부터 비로소 적용되는 것이어서 운영규정이 작성되기 전의 업무 수행에 대해서는 '추진위원회 운영규정'이 적용되지 않는다.

15 2021. 6. 30. 선고 2019다268061 판결 [저작권침해등] 1373

- [1] 저작권법 제2조 제1호에서 정한 '저작물'의 요건인 '창작성'의 의미
- [2] 甲 사단법인의 저작물은 조선시대 실학자 서유구가 편찬한 '임원경제지' 중 하나인 '위선지'의 원문에 교감(校勘), 표점(標點) 작업을 한 부분과 이를 번역한 부분으로 이루어진 것인데, 위 교감·표점 부분이 창작성을 가지는지 문제 된 사안에서, 甲 법인의 저작물 중 교감한 문자와 표점부호 등으로 나타난 표현에는 甲 법인의 창조적 개성이 있다고 보기 어렵다고 한 사례
- [3] 저작권 침해가 인정되기 위한 요건 / 저작권 침해 여부를 가리기 위해 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 판단할 때 대비하여야 할 대상(=창작성 표현 부분)
- [4] 민법 제750조에서 정한 '위법행위'의 의미 / 위법성은 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 하는지 여부(적극) / 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 경우도 위법성이 인정되면 불법행위가 성립하는지 여부(적극)
- [5] 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 어느 일방이 보호가치 있는 기대나 신뢰를 가지게 된 경우, 상대방이 상당한 이유 없이 이를 침해하여 손해를 입혔다면 불법행위를 구성할 수 있는지 여부(적극) 및 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 상대방의 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 위반하면서 상대방의 성과물을 무단으로 이용한 경우, 위법성이 인정되는지 여부(적극)
- [6] 甲 사단법인이 乙 국립대학교의 연구원과 협력하여 수행한 조선시대 실학자 서유구가 편찬한 '임원경제지' 번역 사업에서 '위선지'와 '만학지'의 일부에 관한 교감·표점 작업이 되어 있는 원문과 이를 번역한 번역문으로 이루어진 번역본 초고를 작성하였다가 위 협력 사업이 중간에 종결되자 乙 대학교 연구원에 번역본 초고를 폐기할 것과 이를 서적 출판 등 목적으로 사용하지 말 것을 요청하였는데, 이후 乙 대학교 연구원이 丙 등과 번역을 위한 계약을 체결한 다음 이들의 번역 작업을 거쳐 '위선지'의 번역서를 출판사인 丁 주식회사를 통해 출판하자, 甲 법인이 위 출판행위가 민법상 불법행위를 구성한다며 국가 및 丙 등을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 제반 사정들을 구체적으로 심리하여 이를 기초로 乙 대학교 연구원 등의 행위가 계약 체결

을 위한 준비단계에서 협력관계나 신뢰관계에 있었던 甲 법인이 가지게 된 보호가치 있는 기대나 신뢰를 침해하고 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위를 구성하는지 판단하여야 하는데도, 이와 달리 민법상 불법행위가 성립하지 않는다고 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’로 정하여 창작성을 요구하고 있다. ‘창작성’이란 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도, 창작성이 인정되려면 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어야 한다. 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작물이라고 할 수 없다.
- [2] 甲 사단법인의 저작물은 조선시대 실학자 서유구가 편찬한 ‘임원경제지’를 구성하는 16개의 지(志) 중 하나인 ‘위선지’의 원문에 교감(校勘), 표점(標點) 작업을 한 부분과 이를 번역한 부분으로 이루어진 것인데, 위 교감·표점 부분이 창작성을 가지는지 문제 된 사안에서, 甲 법인의 저작물에서 교감 작업을 통해 원문을 확정하는 것과 표점 작업을 통해 의미에 맞도록 적절한 표점부호를 선택하는 것은 모두 학술적 사상 그 자체에 해당하고, 이러한 학술적 사상을 문자나 표점부호 등으로 나타낸 甲 법인의 교감·표점 부분에 관해서는 甲 법인과 동일한 학술적 사상을 가진 사람이라면 논리구성상 그와 달리 표현하기 어렵거나 다르게 표현하는 것이 적합하지 않아 위 부분은 결국 누가 하더라도 같거나 비슷한 방식으로 표현될 수밖에 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 甲 법인의 저작물 중 교감한 문자와 표점부호 등으로 나타난 표현에는 甲 법인의 창조적 개성이 있다고 보기 어렵다고 한 사례.
- [3] 저작권 침해가 인정되기 위해서는 침해자의 저작물이 저작권자의 저작물에 의거(依據)하여 그것을 이용하였어야 하고, 침해자의 저작물과 저작권자의 저작물 사이에 실질적 유사성이 인정되어야 한다. 저작권의 보호 대상은 인간의 사상이나 감정을 말, 문자, 음, 색 등으로 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식이므로, 저작권 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지를 판단할 때에는 창작적인 표현 형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 한다. 그리고 복제된 창작성 있는 표현 부분이 원저작물 전체에서 차지하는 양적·질적 비중 등도 고려하여 복제권 등의 침해 여부를 판단하여야 한다.
- [4] 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한

자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 정하고 있다. 위법행위는 불법행위의 핵심적인 성립요건으로서, 법률을 위반한 경우에 한정되지 않고 전체 법률서의 관점에서 사회통념상 위법하다고 판단되는 경우도 포함할 수 있는 탄력적인 개념이다.

불법행위의 성립요건으로서 위법성은 관련 행위 전체를 일체로 보아 판단하여 결정해야만 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다. 소유권을 비롯한 절대권을 침해한 경우뿐만 아니라 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 경우에도 침해행위의 양태, 피침해이익의 성질과 그 정도에 비추어 그 위법성이 인정되면 불법행위가 성립할 수 있다.

[5] 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 어느 일방이 보호가치 있는 기대나 신뢰를 가지게 된 경우에, 그러한 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 부담하게 된 상대방이 오히려 상당한 이유 없이 이를 침해하여 손해를 입었다면, 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약 체결의 준비 단계에서 협력관계에 있었던 당사자 사이의 신뢰관계를 해치는 위법한 행위로서 불법행위를 구성할 수 있다고 보아야 한다. 특히 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 상대방의 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 위반하면서 상대방의 성과물을 무단으로 이용한 경우에는 당사자 사이의 신뢰관계를 해칠 뿐만 아니라 상도덕이나 공정한 경쟁질서를 위반한 것으로서 그러한 행위의 위법성을 좀 더 쉽게 인정할 수 있다.

[6] 甲 사단법인이 乙 국립대학교의 연구원과 협력하여 수행한 조선시대 실학자 서유구가 편찬한 ‘임원경제지’ 번역 사업에서 ‘위선지’와 ‘만학지’의 일부에 관한 교감·표점 작업이 되어 있는 원문과 이를 번역한 번역문으로 이루어진 번역본 초고를 작성하였다가 위 협력 사업이 중간에 종결되자 乙 대학교 연구원에 번역본 초고를 폐기할 것과 이를 서적 출판 등 목적으로 사용하지 말 것을 요청하였는데, 이후 乙 대학교 연구원이 丙 등과 번역을 위한 계약을 체결한 다음 이들의 번역 작업을 거쳐 ‘위선지’의 번역서를 출판사인 丁 주식회사를 통해 출판하자, 甲 법인이 위 출판행위가 민법상 불법행위를 구성한다며 국가 및 丙 등을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 甲 법인의 번역본 초고가 작성되기까지 상당한 시간과 적지 않은 비용 및 높은 수준의 정신적 노력이 투입되었을 것으로 판단되는 점, 甲 법인의 번역본 초고는 乙 대학교 연구원과의 협력관계나 신뢰관계를 바탕으로 번역 계약의 체결을 위한 준비과정에서 甲 법인의 노력과 투자에 의해 작성된 것이고, 甲 법인이 협력

사업 종료 후 번역본 초고의 폐기와 사용금지를 명시적으로 요청하기도 하였는데, 만일 乙 대학교 연구원 등이 위와 같은 사정을 인식하고서도 甲 법인의 번역본 초고를 무단으로 이용하여 위선지 번역서를 작성·출판한 것이라면 그 행위는 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하는 것이라고 평가할 여지가 더욱 큰 점 등을 고려하면, 위와 같은 사정들을 구체적으로 심리하여 이를 기초로 乙 대학교 연구원 등의 행위가 계약 체결을 위한 준비단계에서 협력관계나 신뢰관계에 있었던 甲 법인이 가지게 된 보호가치 있는 기대나 신뢰를 침해하고 부정행위로서 민법상 불법행위를 구성하는지 판단하였어야 하는데도, 이와 달리 민법상 불법행위가 성립하지 않는다고 본 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

16 2021. 6. 30. 선고 2019다276338 판결 [수수료등반환청구] 1381

[1] 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있는 경우 / 사정변경에 대한 예견가능성이 있었는지 판단하는 기준

[2] 甲 등이 해외이주 알선업체인 乙 주식회사와 미국 비숙련 취업이민을 위한 알선업무계약을 체결한 후 이민허가를 받고 이에 따라 乙 회사에 국외알선 수수료를 모두 지급하였는데, 주한 미국대사관이 甲 등에 대한 이민비자 인터뷰에서 추가 행정검토 및 이민국 이송 결정을 하여 비자발급 절차가 진행되지 않고 중단된 사안에서, 甲 등은 사정변경을 이유로 위 계약을 해지할 수 있다고 한 사례

[1] 민법 제2조 제1항은 신의성실의 원칙에 관하여 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.”라고 정하고 있다. 이 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신의를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범으로서 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용하고 있다.

판례는 계약을 체결할 때 예견할 수 없었던 사정이 발생함으로써 야기된 불균형을 해소하고자 신의성실 원칙의 파생원칙으로서 사정변경의 원칙을 인정하고 있다. 즉, 계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다.

여기에서 말하는 사정이란 당사자들에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리키고, 당사자들이 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가

변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다. 사정 변경에 대한 예견가능성이 있었는지는 추상적·일반적으로 판단할 것이 아니라, 구체적인 사안에서 계약의 유형과 내용, 당사자의 지위, 거래경험과 인식 가능성, 사정변경의 위험이 크고 구체적인지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이때 합리적인 사람의 입장에서 볼 때 당사자들이 사정변경을 예견했다면 계약을 체결하지 않거나 다른 내용으로 체결했을 것이라고 기대되는 경우 특별한 사정이 없는 한 예견가능성이 없다고 볼 수 있다.

경제상황 등의 변동으로 당사자에게 손해가 생기더라도 합리적인 사람의 입장에서 사정변경을 예견할 수 있었다면 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 없다. 특히 계속적 계약에서는 계약의 체결 시와 이행 시 사이에 간극이 크기 때문에 당사자들이 예상할 수 없었던 사정변경이 발생할 가능성이 높지만, 이러한 경우에도 계약을 해지하려면 경제상황 등의 변동으로 당사자에게 불이익이 발생했다는 것만으로는 부족하고 위에서 본 요건을 충족하여야 한다.

- [2] 甲 등이 해외이주 알선업체인 乙 주식회사와 미국 비숙련 취업이민을 위한 알선업무계약을 체결한 후 이민허가를 받고 이에 따라 乙 회사에 국외알선 수수료를 모두 지급하였는데, 주한 미국대사관이 甲 등에 대한 이민비자 인터뷰에서 추가 행정검토(Administrative Processing) 및 이민국 이송(Transfer in Progress) 결정을 하여 비자발급 절차가 진행되지 않고 중단된 사안에서, 위 계약은 성립의 기초가 되었던 비자발급 절차나 기간에 관한 사정이 현저히 변경되었고, 당사자가 계약의 성립 당시 이를 전혀 예견할 수 없었으며, 계약을 유지해도 체결한 목적을 달성할 수 없거나 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에 해당하므로, 甲 등은 사정변경을 이유로 위 계약을 해지할 수 있다고 한 사례.

일반행정

[17] 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결 [시정명령등취소청구의소] 1386

- [1] 수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 하류시장에서 완제품의 소매가격을 낮추는 형태로 이루어지는 이윤압착행위를 함으로써 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁자를 배제할 우려가 있는 경우, 독점규제 및 공정거래에 관한 법령이 금지하는 시장지배적

지위 남용행위로 볼 수 있는지 여부(적극)

- [2] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제5조 제5항 제1호에서 정한 '통상거래가격'의 의미
- [3] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제5호 전단에서 정한 '경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래한 행위'의 부당성을 판단하는 기준과 방법
- [4] 이윤압착을 수단으로 한 지위 남용행위를 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제5호 전단과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제5조 제5항 제1호에서 정한 '부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁자를 배제시킬 우려가 있는 거래'로서 부당성이 있는지 판단할 때 고려할 사항

- [1] 시장지배적 사업자의 이윤압착(margin squeeze)을 독자적인 시장지배적 지위 남용행위의 한 유형으로 보아 규제하는 경우 상류시장(upstream market) 원재료 등에 관한 투자 유인이나 혁신 동기를 위축시킬 우려가 있다. 그러나 수직 통합된(vertically integrated) 상류시장의 시장지배적 사업자가 그 지위를 남용하여 이윤압착행위를 함으로써 하류시장(downstream market)의 경쟁사업자가 부당하게 경쟁에서 배제될 우려가 있어 공정한 경쟁의 기반이 유지될 수 없다면, 이윤압착행위는 공정한 경쟁을 통한 시장성장에 기초를 둔 이른바 '성과경쟁'이라는 정당한 경쟁방법에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 하류시장에서 완제품의 소매가격을 낮추는 형태로 이루어지는 시장지배적 사업자의 이윤압착행위가 '부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁자를 배제할 우려가 있는 거래'로 평가될 수 있다면 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제5호 전단, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제5조 제5항 제1호가 금지하는 시장지배적 지위 남용행위로 보아 규제할 필요가 있다.

- [2] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제5조 제5항 제1호는 모범 조항인 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제5호 전단에서 정한 '부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위'를 구체화한 것으로서, 통상거래가격은 '약탈적 가격설정'(predation)뿐만 아니라 '이윤압착'(margin squeeze) 등과 같이 다양한 유형으로 나타날 수 있는 시장지배적 사업자의 가격과 관련된 배제남용행위를 판단하기 위한 도구 개념이다. 따라서 그 의미는 모범 조항의 의미와

내용, 그리고 입법 목적에 합치하도록 해석하여야 한다.

통상거래가격은 자유롭고 공정한 경쟁이 이루어지고 있는 시장에서 정상적으로 이루어지는 거래의 경우 일반적으로 형성될 수 있는 가격, 좀 더 구체적으로는 시장지배적 사업자가 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래함으로써 시장지배적 지위를 남용하는 행위가 존재하지 않는 정상적인 거래에서 일반적으로 형성되었을 가격을 뜻한다.

- [3] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제5호 전단에서 정한 ‘경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래한 행위’의 부당성은 독과점적 시장에서 경쟁축진이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 한다. 따라서 시장지배적 사업자가 시장에서 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 미치려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 우려가 있다고 평가할 수 있는 행위를 하였을 때 부당성을 인정할 수 있다. 이를 위해서는 그 행위가 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점이 증명되어야 한다. 그 행위로 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 증명된 경우에는 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있고 그에 대한 의도나 목적이 있음을 사실상 추정할 수 있다. 그렇지 않은 경우에는 행위의 경위와 동기, 행위의 양태, 관련 시장의 특성, 유사품과 인접시장의 존재 여부, 관련 시장에서의 가격과 산출량의 변화 여부, 혁신 저해와 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그 행위가 경쟁제한의 효과가 생길 우려가 있고 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다. 이때 부당성은 개별 남용행위의 유형과 특징을 고려하여 판단하여야 한다.

- [4] 이윤압착(margin squeeze)의 개념과 시장지배적 지위 남용행위로서의 유형적 특징에 비추어 보면, 이윤압착을 수단으로 한 지위 남용행위를 ‘부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁자를 배제시킬 우려가 있는 거래’[독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제5호 전단과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제5조 제5항 제1호]로서 부당성이 있는지를 부당성 판단 기준에 비추어 구체적으로 판단할 때에는 아래와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

먼저, 행위자가 수직 통합된(vertically integrated) 사업자로서 상류시장(upstream

market)에서 시장지배적 지위가 인정되어야 하고, 하류시장(downstream market)에서도 시장지배적 지위에 있는지, 각 시장에서 시장지배력의 정도, 상류시장의 원재료 등의 특성과 그 원재료 등이 하류시장에서 판매하는 완제품의 생산·공급·판매에 필수적인 요소이거나 원재료 등에 해당하는지와 그 정도, 원재료 등과 완제품의 기능적 연관성과 비교가능성, 대체가능성, 두 시장의 신규나 재진입에 관한 법률적·제도적 또는 사실적·경제적 진입 장벽의 존재와 정도, 시장지배적 사업자와 경쟁사업자의 시장점유율, 상대적 규모의 차이, 관련 공법적 규제의 내용 등을 고려할 필요가 있다.

다음으로, 원칙적으로 시장지배적 사업자가 설정한 도매가격과 소매가격의 차이와 시장지배적 사업자의 비용을 기초로 하되 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 경쟁사업자의 비용을 바탕으로 이윤압착의 정도를 검토해 보아야 한다. 나아가 행위가 지속된 기간, 해당 거래의 대상이 되는 완제품의 특성, 해당 거래의 규모나 매출액에서 차지하는 비중, 거래 당시의 구체적인 시장 상황 등을 고려할 때 시장지배적 사업자가 해당 가격으로 거래할 경우 하류시장 경쟁사업자로서는 정상적으로 사업을 영위하기 어려워 유력한 현실적 또는 잠재적 경쟁사업자의 시장진입이나 확대의 기회가 봉쇄되거나 봉쇄될 우려가 있는지와 그 정도, 하류시장에서 경쟁사업자의 비용이 증대되는 등으로 경쟁에서 배제될 우려가 있는지와 그 정도, 시장지배적 사업자의 지배적 지위가 강화되는지와 그 정도, 그로 인하여 장기적으로 소비자 피해가 발생할 우려가 있는지를 중점적으로 살펴보아야 한다.

가격은 시장경제체제에서 경쟁의 가장 기본적인 수단으로서 시장에서 자유로운 가격경쟁은 일반적으로 보호되어야 한다. 수직 통합된 시장지배적 사업자가 하류시장에서 완제품의 소매가격을 낮게 설정하는 경우 정당한 경쟁 수단에 해당하는 것인지, 아니면 이윤압착을 통하여 경쟁사업자를 배제시키고자 하는 것인지 구별이 쉽지 않다.

하류시장에서 완제품의 소매가격을 낮게 설정하는 방식으로 이윤압착행위가 이루어지는 경우 거래상대방의 비용이 절감됨으로써 최종소비자 가격이 인하될 가능성이 있으므로, 그 부당성을 판단할 때에는 단기적으로 발생할 수 있는 소비자후생 증대효과도 아울러 고려할 필요가 있다.

이윤압착 유형의 시장지배적 지위 남용행위로 경쟁사업자가 배제될 우려는 위와 같이 상류시장과 하류시장이 연결되어 있는 관련 시장의 구조적 특징과 시장지배적 사업자의 지위에 기반을 둔 ‘도매가격과 소매가격의 차이’에서 비롯되는 것이므로 이를 상류시장과 하류시장에서 발생할 수 있는 문제로 각각

분리함을 전제로 부당성을 판단할 필요는 없다.

18 2021. 6. 30. 선고 2021두35681 판결 (가축분뇨배출시설변경허가신청불허가처분취소청구) 1400

[1] 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률에 따른 가축분뇨 처리방법 변경허가가 허가권자의 재량행위에 해당하는지 여부(적극) 및 가축분뇨 처리방법 변경 불허가처분에 대한 사법심사의 대상과 판단 기준

[2] 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있다는 것을 처분사유로 하는 가축분뇨 처리방법 변경 불허가처분의 재량권 일탈·남용 여부를 판단하는 방법 / ‘환경오염 발생 우려’와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 허가권자의 재량적 판단은 폭넓게 존중해야 하는지 여부(원칙적 적극) / 처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 사정에 관한 증명책임의 소재(=처분의 효력을 다루는 자)

[1] 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률(이하 ‘가축분뇨법’이라 한다)의 입법 목적, 가축분뇨법 제11조 제1항, 제2항, 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 시행령 제7조 제1항, 제2항, 구 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 시행규칙(2020. 2. 20. 환경부령 제849호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 제4호의 체제·형식과 문언, 특히 가축분뇨법 제11조 제1항, 제2항에서 배출시설 설치허가와 변경허가의 기준을 따로 구체적으로 정하고 있지는 않은 사정 등을 종합하면, 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다.

가축분뇨법에 따른 처리방법 변경허가는 허가권자의 재량행위에 해당한다. 허가권자는 변경허가 신청 내용이 가축분뇨법에서 정한 처리시설의 설치기준(제12조의2 제1항)과 정화시설의 방류수 수질기준(제13조)을 충족하는 경우에도 반드시 이를 허가하여야 하는 것은 아니고, 자연과 주변 환경에 미칠 수 있는 영향 등을 고려하여 허가 여부를 결정할 수 있다. 가축분뇨 처리방법 변경 불허가처분에 대한 사법심사는 법원이 허가권자의 재량권을 대신 행사하는 것이 아니라 허가권자의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 판단하여야 하고, 사실오인과 비례·평등원칙 위반 여부 등이 판단 기준이 된다.

[2] 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있다는 것을 처분사유로 하는 가축분뇨 처리방법 변경 불허가처분의 재량권 일탈·남용 여부를 심사할 때에는 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률의 입법 취지와 목적, 자연환경과 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지, 구체적 지역 상황과 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형 등을 종합하여 신중하게 판단하여

야 한다. 그리고 ‘환경오염 발생 우려’와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 허가권자의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리성을 잃었다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중하여야 한다. 또한 처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 사정은 처분의 효력을 다투는 자가 주장·증명하여야 한다.

형 사

19 2021. 6. 24. 선고 2018도14365 판결〔업무상배임〕 1406

지입차주가 자신이 실질적으로 소유하거나 처분권한을 가지는 자동차에 관하여 지입회사와 지입계약을 체결함으로써 지입회사에 그 자동차의 소유권등록 명의를 신탁하고 운송사업용 자동차로서 등록 및 그 유지 관련 사무의 대행을 위임한 경우, 지입회사 운영자가 지입차주와의 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있는지 여부(적극)

이른바 지입제는 자동차운송사업면허 등을 가진 운송사업자와 실질적으로 자동차를 소유하고 있는 차주 간의 계약으로 외부적으로는 자동차를 운송사업자 명의로 등록하여 운송사업자에게 귀속시키고 내부적으로는 각 차주들이 독립된 관리 및 계산으로 영업을 하며 운송사업자에 대하여는 지입료를 지불하는 운송사업형태를 말한다.

따라서 지입차주가 자신이 실질적으로 소유하거나 처분권한을 가지는 자동차에 관하여 지입회사와 지입계약을 체결함으로써 지입회사에 그 자동차의 소유권등록 명의를 신탁하고 운송사업용 자동차로서 등록 및 그 유지 관련 사무의 대행을 위임한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 지입회사 측이 지입차주의 실질적 재산인 지입차량에 관한 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 것으로서 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있으므로, 지입회사 운영자는 지입차주와의 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다.

20 2021. 6. 24. 선고 2019도13234 판결〔공직선거법위반〕 1409

[1] 공직선거법상 기부행위와 관련하여 출연자와 기부행위자가 일치하지 않는 등 어느 쪽이 기부행위자인지 분명하지 않은 경우, 기부행위자를 특정하는 방법 / 공직선거법 제115조 위반의 주체인 기부행위자가 반드시 제공한 물품에 대

한 소유권 또는 처분권을 가지는 자에 해당하여야 하는지 여부(소극)

- [2] 공직선거법 제115조 전문에서 말하는 ‘선거에 관하여’의 의미 / 공직선거에 출마할 정당추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에 즈음하여 제3자가 당내에서 후보선출권이 있고 동시에 당해 선거구 안에 있거나 그 선거구민과 연고가 있는 자에 대하여 그 후보자를 지지하도록 하기 위하여 금품을 수수하는 행위가 공직선거법 제115조에서 금지하는 기부행위에 해당하는지 여부(적극)
- [1] 공직선거법 제112조 제1항의 기부행위는 그에 의한 기부의 효과를 후보자 또는 후보자가 되려는 자에게 돌리려는 의사를 가지고 공직선거법 제112조 제1항에 규정된 사람에게 금품 등을 제공하는 것으로서 그 출연자가 기부행위자가 되는 것이 통례이지만, 그 기부행위를 한 것으로 평가되는 주체인 기부행위자는 항상 그 물품 등의 사실상 출연자에 한정되는 것은 아니다. 출연자와 기부행위자가 일치하지 않거나 외형상 기부행위에 함께 관여하는 듯이 보여서 어느 쪽이 기부행위자인지 분명하지 않은 경우에는 그 물품 등이 출연된 동기 또는 목적, 출연행위와 기부행위의 실행 경위, 기부자와 출연자 그리고 기부받는 자와의 관계 등 모든 사정을 종합하여 기부행위자를 특정하여야 한다. 따라서 공직선거법 제115조 위반의 주체는 위와 같은 사정을 종합하여 기부행위자로 평가되는 자에 해당하면 충분하고, 반드시 제공한 물품에 대한 소유권 또는 처분권을 가지는 자에 해당하여야 하는 것은 아니다.
- [2] 공직선거법 제115조 전문은 “제113조(후보자 등의 기부행위제한) 또는 제114조(정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위제한)에 규정되지 아니한 자라도 누구든지 ‘선거에 관하여’ 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다) 또는 그 소속정당(창당준비위원회를 포함한다)을 위하여 기부행위를 하거나 하게 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘선거에 관하여’란 당해 선거를 위한 선거운동이 되지 아니하더라도 당해 선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 등 당해 선거와 관련이 있는 것을 말한다.

그리고 공직선거법 제1조가 “이 법은 대한민국헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.”라고 규정하고, 제7조가 정당·후보자 등의 공정경쟁의무를 규정하고 있으며, 제47조 제1항이 정당이 공직선거의 후보자를 추천할 수 있음을 규정하면서 제2항이 “정당이 제1항에 따라 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다.”라고 규정하여, 정당 내에서의 민주적 절차에 의한 후보자 공천을 공직선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의

하여 공정히 행하여지도록 하는 제도의 일환으로 보고 있는 점 등을 고려하면, 공직선거에 출마할 정당추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선도 당해 공직선거를 연유로 한 것이어서 궁극적으로는 당해 공직선거와 관련한 것이다. 따라서 공직선거에 출마할 정당추천 후보자를 선출하기 위한 당내경선에 즈음하여 제3자가 당내에서 후보선출권이 있고 동시에 당해 선거구 안에 있거나 그 선거구민과 연고가 있는 자에 대하여 그 후보자를 지지하도록 하기 위하여 금품을 수수하는 행위도 당해 공직선거와 관련하여 행하는 것으로서 공직선거법 제115조가 금지하는 기부행위에 해당한다.

21 2021. 6. 24. 선고 2019도13687 판결〔공직선거법위반〕 1412

선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표하는 행위 등을 금지·처벌하는 공직선거법 제96조 제1항, 제252조 제2항의 취지 / 공직선거법 제96조 제1항의 행위태양인 ‘공표’의 의미 및 공표의 요건인 전파가능성에 관한 증명책임 소재(=검사)와 증명 정도 / 공직선거법 제96조 제1항에 따라 공표 등이 금지되는 ‘왜곡된 여론조사결과’의 내용 및 전파가능성을 이유로 개별적으로 한 사람에게 알리는 행위가 ‘왜곡된 여론조사결과의 공표’ 행위에 해당하기 위한 요건

공직선거법 제96조 제1항은 “누구든지 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없다.”라고 규정하고, 제252조 제2항은 “제96조 제1항을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 300만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이는 여론조사의 객관성·공정성에 대한 신뢰를 이용하여 선거인의 판단에 잘못된 영향을 미치는 행위를 처벌함으로써 선거의 공정성을 보장하려는 규정이다.

공직선거법 제96조 제1항의 행위태양인 ‘공표’는 불특정 또는 다수인에게 왜곡된 여론조사결과를 널리 드러내어 알리는 것을 말한다. 비록 개별적으로 한 사람에게만 왜곡된 여론조사결과를 알리더라도 그를 통하여 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 이 요건을 충족하나, 전파될 가능성에 관하여서는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

한편 공직선거법 제96조 제1항의 입법 취지에 비추어 공직선거법 제96조 제1항에 따라 공표 또는 보도가 금지되는 ‘왜곡된 여론조사결과’는 선거인으로 하여금 객관성·공정성을 신뢰할 만한 수준의 여론조사가 실제 이루어진 결과에 해당한다고 믿게 할 정도의 구체성을 가지는 정보로서 그것이 공표 또는 보도될 경우 선거인의 판단에 잘못된 영향을 미치고 선거의 공정성을 저해할 개연성이 있는 내용일 것을 요한다. 따라서 전파가능성을 이유로 개별적으로 한 사람에게 알리는 행위가 ‘왜곡된 여론조사결과의 공표’ 행위에 해당한다고 하기 위해서는

그 한 사람을 통하여 ‘왜곡된 여론조사결과’로 인정될 수 있을 정도의 구체성이 있는 정보가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점이 인정되어야 한다.

22 2021. 6. 30. 선고 2018도14261 판결 (자본시장과금융투자업에관한법률위반) ... 1415

법인의 해산 또는 청산종결 등기 이전에 있었던 업무나 재산에 관한 위반행위에 대하여 법인에 대한 청산종결 등기가 된 이후 수사가 개시되거나 공소가 제기된 경우, 법인에 형사소송법상 당사자능력이 존속하는지 여부(적극)

법인에 대한 청산종결 등기가 되었다고 청산사무가 종결되지 않는 한 그 범위 내에서는 청산법인으로 존속한다. 법인의 해산 또는 청산종결 등기 이전에 업무나 재산에 관한 위반행위가 있는 경우에는 청산종결 등기가 된 이후 위반행위에 대한 수사가 개시되거나 공소가 제기되었다고 그에 따른 수사나 재판을 받는 일은 법인의 청산사무에 포함되므로, 그 사건이 종결될 때까지 법인의 청산사무는 종료되지 않고 형사소송법상 당사자능력도 그대로 존속한다.

23 2021. 6. 30. 선고 2019도7217 판결 (강제추행(인정된 죄명: 공연음란)) ... 1417

[1] 형사소송규칙 제142조 제1항, 제5항의 규정 취지 / 검사의 서면에 의한 공소장변경허가신청이 있는데도 법원이 피고인 또는 변호인에게 공소장변경허가신청서 부분을 송달·교부하지 않은 채 공소장변경을 허가하고 공소장변경허가신청서에 기재된 공소사실에 관하여 유죄판결을 한 경우, 공소장변경허가신청서 부분을 송달·교부하지 않은 법원의 잘못이 판결에 영향을 미친 법령 위반에 해당하는지 여부(원칙적 적극)

[2] 피고인이 강제추행죄로 기소되어 제1심에서 무죄가 선고되자 검사가 항소심에서 공연음란죄를 예비적으로 추가하는 공소장변경허가신청서를 제출하였는데 원심이 공소장변경허가신청서 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하거나 교부하지 않은 채 공판절차를 진행하여 제1심판결을 파기하고 예비적 공소사실을 유죄로 판단한 사안에서, 원심판결에는 공소장변경절차에 관한 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 한 사례

[1] 법원은 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경이 있을 때에는 그 사유를 신속히 피고인 또는 변호인에게 고지하여야 한다(형사소송법 제298조 제3항). 형사소송규칙 제142조 제1항은 ‘검사가 형사소송법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.’고 정하고, 제5항은 ‘법원은 제1항의 규정에도 불구하고 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우

구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다.’고 정하고 있다. 이와 같이 검사가 공소장변경신청을 하고자 할 때에는 서면으로 하는 것이 원칙이고, 예외적으로 피고인이 재정하는 공판정에서 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우에는 구술에 의한 공소장변경신청을 할 수 있다. 이는 심판의 대상을 명확히 한정하고 절차를 분명히 하여 피고인의 방어권 행사를 가능하게 하기 위한 것이다.

형사소송규칙 제142조 제2항, 제3항에 따르면, 검사가 서면으로 공소장변경신청을 하는 경우 피고인의 수에 상응한 부분을 첨부하여야 하고, 법원은 그 부분을 피고인 또는 변호인에게 즉시 송달하여야 한다.

위와 같은 공소장변경 절차에 관한 법규의 내용과 취지에 비추어 보면, 검사의 서면에 의한 공소장변경허가신청이 있는데도 법원이 피고인 또는 변호인에게 공소장변경허가신청서 부분을 송달·교부하지 않은 채 공소장변경을 허가하고 공소장변경허가신청서에 기재된 공소사실에 관하여 유죄판결을 하였다면, 공소장변경허가신청서 부분을 송달·교부하지 않은 법원의 잘못된 판결에 영향을 미친 법령 위반에 해당한다. 다만 공소장변경 내용이 피고인의 방어권과 변호인의 변호권 행사에 지장이 없는 것이거나 피고인과 변호인이 공판기일에서 변경된 공소사실에 대하여 충분히 변론할 기회를 부여받는 등 피고인의 방어권이나 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 있다면 판결에 영향을 미친 법령 위반이라고 할 수 없다.

- [2] 피고인이 강제추행죄로 기소되어 제1심에서 무죄가 선고되자 검사가 항소심에서 공연음란죄를 예비적으로 추가하는 공소장변경허가신청서를 제출하였는데 원심이 공소장변경허가신청서 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하거나 교부하지 않은 채 공판절차를 진행하여 기존 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 예비적 공소사실을 유죄로 판단한 사안에서, 공연음란죄는 강제추행죄와 비교하여 행위 양태, 보호법익, 죄질과 법정형 등에서 차이가 있어, 기존 공소사실과 예비적 공소사실은 심판대상과 피고인의 방어 대상이 서로 달라 피고인의 방어권이나 변호인의 변호권을 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 있으므로, 원심판결에는 공소장변경절차에 관한 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 한 사례

[24] 2021. 6. 30. 선고 2020도4539 판결 (강도상해) 1420
 채권자를 폭행·협박하여 채무를 면탈함으로써 성립하는 강도죄에서 불법이득의 사의 유무를 판단하는 방법

강도상해죄가 성립하려면 먼저 강도죄의 성립이 인정되어야 하고, 강도죄가 성립하려면 불법영득 또는 불법이득의 의사가 있어야 한다. 채권자를 폭행·협박하여 채무를 면탈함으로써 성립하는 강도죄에서 불법이득의사는 단순 폭력범죄와 구별되는 중요한 구성요건 표지이다. 폭행·협박 당시 피고인에게 채무를 면탈하려는 불법이득의사가 있었는지는 신중하고 면밀하게 심리·판단되어야 한다. 불법이득의사는 마음속에 있는 의사이므로, 피고인과 피해자의 관계, 채무의 종류와 액수, 폭행에 이르게 된 경위, 폭행의 정도와 방법, 폭행 이후의 정황 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 불법이득의사가 있었는지를 판단할 수밖에 없다.