



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 10월 1일

제619호

## 민사

1 2021. 8. 12. 선고 2021다210195 판결 (손해배상(기)) ..... 1669

- [1] 불법행위로 피해자 소유의 물건이 손괴되어 피해자가 수리에 소요되는 부가가치세까지 부담하여야 하는 경우, 피해자가 가해자에게 위 부가가치세를 포함한 수리비만큼의 손해배상을 구할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 위 부가가치세가 부가가치세법 제38조 제1항 제1호의 매입세액에 해당하여 이를 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 있는 경우, 피해자가 가해자에게 위 부가가치세 상당의 손해배상을 구할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 위 법리는 도급인이 수급인을 상대로 하자보수를 갈음하는 손해배상청구를 하는 경우에도 마찬가지로인지 여부(적극)
- [2] 도급공사의 하자보수에 소요되는 부가가치세가 부가가치세법 제39조 제1항 제7호에서 정한 ‘면세사업과 관련된 매입세액’ 등에 해당하여 부가가치세 면세사업자인 도급인이 이를 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 없는 경우, 도급인이 수급인에게 위 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 있는지 여부(적극) 및 도급인에게 책임지울 수 없는 사유로 부가가치세액의 공제나 환급이 사실상 불가능하게 된 경우, 하자보수를 갈음하는 손해배상액에서 위 부가가치세액을 공제할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우, 수급인의 하자담보책임의 소멸시효기간(=5년) 및 그 기산점
- [1] 타인의 불법행위로 인하여 피해자 소유의 물건이 손괴되어 수리를 요하는 경우에 그 수리를 위해서는 피해자가 수리에 소요되는 부가가치세까지 부담하여야 한다면 피해자는 그 부가가치세를 포함한 수리비만큼의 손해를 입었다

고 하여 가해자에 대하여 그 배상을 청구할 수 있음이 원칙이다. 그러나 피해자가 부가가치세법상 납세의무자인 사업자로서 그 수리가 자기의 사업을 위하여 사용하였거나 사용할 목적으로 공급받은 용역에 해당하는 경우에는 위 부가가치세는 부가가치세법 제38조 제1항 제1호 소정의 매입세액에 해당하는 것이어서 피해자가 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 있으므로 위 부가가치세는 실질적으로는 피해자의 부담으로 돌아가지 않게 되고 따라서 이러한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 피해자가 가해자에게 위 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 없다.

위의 법리는 도급에 있어서, 수급인의 도급공사상 하자로 인하여 도급인이 수급인을 상대로 하자보수를 갈음하는 손해배상청구를 하는 경우도 마찬가지여서 원칙적으로 도급인이 하자보수공사에 소요되는 부가가치세까지 부담하여야 한다면 그 배상을 청구할 수 있다.

그러나 도급인이 부가가치세 과세사업자로서 그 하자보수에 소요되는 부가가치세를 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 있는 때에는 그 부가가치세는 실질적으로 도급인의 부담으로 돌아가지 않게 되므로, 특별한 사정이 없는 한 도급인이 수급인에게 위 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 없다.

[2] 도급인이 부가가치세 면세사업자로서 그 하자보수에 소요되는 부가가치세가 부가가치세법 제39조 제1항 제7호에서 규정한 ‘면세사업과 관련된 매입세액’ 등에 해당하여 이를 자기의 매출세액에서 공제하거나 환급받을 수 없는 때에는 그 부가가치세는 실질적으로 도급인의 부담이 되므로, 도급인은 수급인에게 그 부가가치세 상당의 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 도급인이 수급인에 대하여 청구할 수 있는 하자보수를 갈음하는 손해배상액에서 부가가치세액 상당을 공제하도록 하는 취지는 도급인이 하자 발생 및 그에 대한 보수 또는 배상으로 인하여 그 이전보다 더 유리하게 되는 불합리를 방지하고자 하는 데 있는 것이므로 현실적으로 도급인이 부가가치세액을 매출세액에서 공제하거나 환급받은 경우뿐만 아니라 그러한 가능성이 있는 경우까지도 포함한다고 할 것이지만, 도급인에게 책임지울 수 없는 사유로 부가가치세액의 공제나 환급이 사실상 불가능하게 된 때에는 하자보수를 갈음하는 손해배상액에서 이를 공제할 것은 아니다.

[3] 건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 근거한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리고, 그 소멸시효기간은 민법 제166조 제1항에 따라 그 권리를 행

사할 수 있는 때인 하자가 발생한 시점부터 진행하는 것이 원칙이나, 그 하자가 건물의 인도 당시부터 이미 존재하고 있는 경우에는 이와 관련한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권의 소멸시효기간은 건물을 인도한 날부터 진행한다.

**2** 2021. 8. 12. 선고 2021다230991 판결 [소유권말소등기] ..... 1674

[1] 국가나 지방자치단체가 취득시효의 완성을 주장하는 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복되는지 여부(소극)

[2] 일정한 토지가 지적공부에 한 필지의 토지로 복구 등록된 경우, 지적복구 전 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계가 그대로 복구된 것으로 추정되는지 여부(원칙적 적극) 및 지적공부가 관계 공무원의 사무착오로 잘못 작성되었다는 등의 특별한 사정에 대한 증명책임의 소재(=이를 주장하는 당사자)

[1] 부동산 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되는 것이며, 이러한 추정은 지적공부 등의 관리주체인 국가나 지방자치단체(이하 통틀어 ‘국가 등’이라고 한다)가 점유하는 경우에도 마찬가지로 적용되고, 점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같이 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 자주점유의 권원에 관한 증명책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 주장의 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다. 따라서 국가 등이 취득시효의 완성을 주장하는 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다고 하더라도, 그 점유의 경위와 용도, 국가 등이 점유를 개시한 후에 지적공부에 그 토지의 소유자로 등재된 자가 소유권을 행사하려고 노력하였는지 여부, 함께 분할된 다른 토지의 이용 또는 처분관계 등 여러 가지 사정을 감안할 때 국가 등이 점유 개시 당시 공공용 재산의 취득절차를 거쳐서 소유권을 적법하게 취득하였을 가능성을 배제할 수 없는 경우에는, 국가 등의 자주점유의 추정을 부정하여 무단점유로 인정할 것이 아니다.

[2] 일정한 토지가 지적공부에 한 필지의 토지로 복구 등록된 경우, 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계는 지적공부의 복구 재제과정에서 관계 공무원이 사무착오로 지적공부를 잘못 작성하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 지적복구 전 토지의 소재·지번·지목·지적과 경계가 그대로 복구된 것으로 추정된다. 지적공부가 관계 공무원의 사무착오로 잘못 작성되었다는 등의 특

별한 사정에 대한 증명책임은 이를 주장하는 당사자에게 있다.

**3** 2021. 8. 13. 자 2021마5663 결정 (회생) ..... 1678

채권자 등의 신청에 의해 회생절차개시결정이 내려진 경우, 채무자가 이해관계인으로서 즉시항고를 할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 채무자가 법인인 경우, 채무자의 기존 대표자가 채무자를 대표하여 즉시항고를 제기할 수 있는지 여부(적극) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제13조 제1항, 제53조 제1항에 따르면, 회생절차개시의 신청에 관한 재판에 대하여 이해관계를 가진 자는 즉시항고를 할 수 있다. 여기서 이해관계란 사실상·경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 말하는 것으로, 해당 재판의 결과에 따라 즉시항고를 하려는 자의 법률상의 지위가 영향을 받는 관계에 있는 경우를 의미한다.

회생절차가 개시되면 채무자의 업무의 수행과 재산의 관리 및 처분을 하는 권한이 관리인에게 전속하게 되는 등(채무자회생법 제56조 제1항) 채무자의 법률상 지위에 중대한 변화가 발생하므로, 채권자 등의 신청에 의해 회생절차개시결정이 내려진 때에는 채무자가 이해관계인으로서 그에 대하여 즉시항고를 할 수 있다고 보아야 한다. 이때 채무자가 법인인 경우에는 채무자의 기존 대표자가 채무자를 대표하여 즉시항고를 제기할 수 있다. 만일 기존 대표자가 채무자를 대표하여 즉시항고를 제기할 수 없다면, 채무자로서는 회생절차개시결정에 대하여 사실상 다룰 수 없게 되기 때문이다.

**4** 2021. 8. 19. 선고 2017다56226 판결 (임금) ..... 1679

- [1] 통상임금의 의의 및 통상임금의 개념적 징표로서 ‘고정성’의 의미
- [2] 甲 주식회사가 노동조합과 매년 임금협상을 하면서 기본급 등에 관한 임금인상 합의가 기준일을 지나서 이루어지는 경우 인상된 기본급을 기준일로 소급하여 적용하기로 약정하고, 이에 따라 매년 소급기준일부터 합의가 이루어진 때까지 소정근로를 제공한 근로자들에게 임금인상 소급분을 일괄 지급하는 한편 임금인상 합의가 이루어지기 전에 퇴직한 근로자들에게는 이를 지급하지 않은 사안에서, 임금인상 소급분이 근로기준법 시행령 제6조에서 정한 통상임금에 해당한다고 한 사례
- [1] 근로기준법이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등의 산정 기준으로 규정하고 있는 통상임금은 근로자가 소정근로시간에 통상 제공하는 근로인 소정근로의 대가로 지급하기로 약정한 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금을 말한다. 여기서 ‘고정성’이란 근로자가 임의의 날에 소정

근로를 제공하면 업적, 성과 기타 추가 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어 있는 성질을 의미한다.

[2] 甲 주식회사가 노동조합과 매년 임금협상을 하면서 기본급 등에 관한 임금인상 합의가 기준일을 지나서 이루어지는 경우 인상된 기본급을 기준일로 소급하여 적용하기로 약정하고, 이에 따라 매년 소급기준일부터 합의가 이루어진 때까지 소정근로를 제공한 근로자들에게 임금인상 소급분을 일괄 지급하는 한편 임금인상 합의가 이루어지기 전에 퇴직한 근로자들에게는 이를 지급하지 않은 사안에서, 근로자와 사용자가 소정근로의 가치를 평가하여 그에 대한 대가로 정한 이상 단체협상의 지연이라는 우연한 사정으로 인해 소급적용되었다 하여 통상임금이 아니라고 할 수는 없는 점, 임금인상 소급분이라고 하더라도 단체협약 등에서 이를 기본급, 정기상여금과 같이 법정 통상임금에 해당하는 임금으로 정하였다면 그 성질은 원래의 임금과 동일한 점, 임금인상 소급분을 통상임금에 포함하지 않는다면 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등을 산정하는 기준임금으로서 통상임금의 기능적 목적에 반하는 점, 근로자들은 매년 반복된 합의에 따라 임금이 인상되면 소급기준일 이후의 임금인상 소급분이 지급되리라고 기대할 수 있었고, 임금인상 소급분은 근로자가 업적이나 성과의 달성 등 추가 조건을 충족해야만 지급되는 것이 아니라 소정근로의 제공에 대한 보상으로 당연히 지급될 성질의 것이므로 고정성을 갖추고 있다고 보아야 하는 점, 甲 회사는 임금인상 합의가 이루어지기 전에 퇴직한 근로자들에게는 임금인상 소급분을 지급하지 않았으나, 이는 임금 등 근로조건을 결정하는 기준을 소급적으로 변경하는 내용의 단체협약의 효력이 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게 미치지 않기 때문에 발생하는 결과에 불과한 점을 이유로, 임금인상 소급분은 근로기준법 시행령 제6조에서 정한 통상임금에 해당한다고 보아야 하는데도, 이와 달리 본원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**5** 2021. 8. 19. 선고 2017다230338 판결 [소유권이전등기] ..... 1684

어느 공동상속인이 다른 공동상속인에게 자신의 상속분을 무상으로 양도하는 것과 같은 내용으로 상속재산 분할협약이 이루어진 경우, 이에 따라 무상으로 양도된 것으로 볼 수 있는 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함된다고 보아야 하는지 여부(적극)

유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그

부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여로 민법 제1008조의 특별수익을 받은 사람이 있으면 민법 제1114조가 적용되지 않으므로, 그 증여가 상속개시 1년 이전의 것인지 여부 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부와 관계없이 증여를 받은 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함된다.

공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 자신의 상속분을 양도하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유류분에 관한 민법 제1008조의 증여에 해당하므로, 그 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함된다.

위와 같은 법리는 상속재산 분할협의의 실질적 내용이 어느 공동상속인이 다른 공동상속인에게 자신의 상속분을 무상으로 양도하는 것과 같은 때에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 상속재산 분할협의를 따라 무상으로 양도된 것으로 볼 수 있는 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 포함된다고 보아야 한다.

**6** 2021. 8. 19. 선고 2017다235791 판결 (유류분반환청구) ..... 1688

**공동상속인 중 특별수익을 받은 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정할 때 유류분액에서 공제하여야 하는 순상속분액을 산정하는 방법**

유류분제도는 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정 비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 입법 취지가 있다. 유류분에 관한 민법 제1118조에 의하여 준용되는 민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 공동상속인 중 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 취지가 있다.

이러한 유류분제도의 입법 취지와 민법 제1008조의 내용 등에 비추어 보면, 공동상속인 중 특별수익을 받은 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정할 때에는 유류분액에서 특별수익액과 순상속분액을 공제하여야 하고, 이때 공제할 순상속분액은 당해 유류분권리자의 특별수익을 고려한 구체적인 상속분에 기초하여 산정하여야 한다.

**7** 2021. 8. 19. 선고 2018다207830 판결 [경계확정등] ..... 1690

인접한 토지의 경계가 불분명하여 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 토지경계확정의 소의 권리보호이익이 인정되는지 여부(적극) 및 여기서 ‘인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우’의 의미 / 토지경계확정의 소에서 법원이 경계를 확정하는 방법

토지경계확정의 소는 인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우 재판으로 그 경계를 확정해 줄 것을 구하는 소로서, 토지소유권의 범위의 확인을 목적으로 하는 소와는 달리, 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호이익이 인정된다. 여기서 ‘인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우’에는 지적도를 작성하면서 기점을 잘못 선택하는 등 기술적인 착오로 지적도상 경계가 진실한 경계선과 다르게 잘못 작성되었다고 인접토지 소유자 사이에 다툼이 있는 경우를 포함한다.

토지경계확정의 소가 제기되면 법원은 당사자 쌍방이 주장하는 경계선에 구속되지 않고 어떠한 형식으로든 스스로 진실하다고 인정되는 바에 따라 경계를 확정해야 한다. 따라서 토지경계확정의 소에서는 특별한 사정이 없는 한 원고가 주장하는 경계가 인정되지 않더라도 청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 없다.

**8** 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결 [유체동산인도] ..... 1693

[1] 제3자를 위한 계약의 의미 및 이에 해당하는지 판별하는 방법

[2] 민법 제548조 제1항 단서에서 정한 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자의 의미 / 제3자를 위한 계약에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(기본관계)에 기초하여 수익자가 요약자와 원인관계(대가관계)를 맺음으로써 해제 전에 새로운 이해관계를 갖고 그에 따라 등기, 인도 등을 마쳐 권리를 취득한 경우, 수익자가 민법 제548조 제1항 단서에서 정한 제3자에 해당하는지 여부(적극)

[1] 제3자를 위한 계약은 통상의 계약이 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되는 것과는 달리 계약 당사자가 자기들 명의로 체결한 계약에 의하여 제3자로 하여금 직접 계약 당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약이다. 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제로서, 이는 계약 체결의 목적, 계약에서의 당사자 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래 관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등 제반 사정을 종합하여 계약 당사자의 의사를 합리적으로 해

석함으로써 관별할 수 있다.

[2] 계약이 적법하게 해제되면 그 효력이 소급적으로 소멸하므로 그 계약상 의무에 기하여 실행된 급부는 원상회복을 위하여 부당이득으로 반환되어야 하고, 그 계약의 이행으로 변동이 되었던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 상태로 복귀한다(민법 제548조 제1항 본문).

다만 이와 같은 계약해제의 소급효는 제3자의 권리를 해할 수 없으므로, 계약해제 이전에 계약으로 인하여 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 권리를 취득한 제3자가 있을 때에는 그 계약해제의 소급효는 제한을 받아 그 제3자의 권리를 해하지 아니하는 한도에서만 생긴다(민법 제548조 제1항 단서). 이때 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자는 일반적으로 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 권리를 취득한 사람을 말한다.

나아가 제3자를 위한 계약에서도 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(기본관계)에 기초하여 수익자가 요약자와 원인관계(대가관계)를 맺음으로써 해제 전에 새로운 이해관계를 갖고 그에 따라 등기, 인도 등을 마쳐 권리를 취득하였다면, 수익자는 민법 제548조 제1항 단서에서 말하는 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자에 해당한다고 봄이 타당하다.

**9** 2021. 8. 19. 선고 2018다258074 판결 [수수료반환] ..... 1696

상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권의 소멸시효기간(=10년) / 부당이득반환청구권이 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것으로서 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 경우, 5년의 상사 소멸시효기간이 적용되는지 여부(적극) / 이러한 법리는 실제로 발생하지 않은 보험사고의 발생을 가장하여 청구·수령된 보험금 상당 부당이득반환청구권의 경우에도 마찬가지로 적용할 수 있는지 여부(적극)

상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권은 민법 제741조의 부당이득규정에 따라 발생한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항이 정하는 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되나, 부당이득반환청구권이 상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것으로서 채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있는 경우 등에는 상법 제64조가 유추적용되어 같은 조항이 정한 5년의 상사 소멸시효기간에 걸린다. 이러한 법리는 실제로 발생하지 않은 보험사고의 발생을 가장하여 청구·수령된 보험금 상당 부당이득반환청구권의 경우에도 마찬가지로 적용할 수 있다.

**10** 2021. 8. 19. 선고 2018다270876 판결 [손해배상(산)] ..... 1699

- [1] 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 근로자의 안전에 대한 보호의무를 부담하는지 여부(적극) 및 이를 위반하여 근로자가 손해를 입은 경우 손해배상책임을 지는지 여부(적극)
- [2] 근로계약상 보호의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권에 대하여 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되는지 여부(원칙적 적극)
- [1] 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 하는 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반하여 근로자가 손해를 입었다면 이를 배상할 책임을 진다.
- [2] 상법 제64조에서 5년의 상사시효를 정하는 것은 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특성상 법률관계를 신속하게 해결할 필요성이 있기 때문이다. 사용자가 상인으로서 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약이 보조적 상행위에 해당하더라도 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무인 보호의무를 위반하여 근로자에게 손해를 입힘으로써 발생한 근로자의 손해배상청구와 관련된 법률관계는 근로자의 생명, 신체, 건강 침해 등으로 인한 손해의 전보에 관한 것으로서 그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵다. 따라서 근로계약상 보호의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다.

**11** 2021. 8. 19. 선고 2019다297137 판결 [손해배상(기)] ..... 1701

- [1] 가해행위와 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상채권의 경우, 민법 제766조 제2항에서 정한 장기소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’의 의미 및 ‘객관적·구체적으로 손해가 발생한 때’에 관한 증명책임의 소재(=소멸시효의 이익을 주장하는 자)
- [2] 성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애 등이 나타난 경우, 손해의 발생이 현실적인 것으로 되었다고 인정함에 있어서 법원이 고려할 사항
- [3] 甲이 초등학교 재학 중 테니스 코치 乙로부터 성폭행을 당하였는데, 약 15년 후 甲이 乙과 우연히 마주쳤고 성폭력 피해 기억이 떠오르는 충격을 받아 3일간의 기억을 잃고 빈번한 악몽, 불안, 분노 등을 겪으면서 ‘외상 후 스트레스 장애’ 진단을 받게 되어, 乙을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 甲이 전문가로부터 성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애가 발현되었다는 진단을 받

은 때 비로소 불법행위로 인한 외상 후 스트레스 장애라는 손해 발생이 현실적인 것이 되었고, 이때부터 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다고 한 사례

[1] 민법 제766조 제2항에 의하면, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 불법행위를 한 날부터 10년을 경과한 때에도 시효로 인하여 소멸한다. 가해행위와 이로 인한 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경우, 위와 같은 장기소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’은 객관적·구체적으로 손해가 발생한 때, 즉 손해의 발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있을 때를 의미하고, 그 발생시기에 대한 증명책임은 소멸시효의 이익을 주장하는 자에게 있다.

[2] 성범죄 피해의 영향은 피해자의 나이, 환경, 피해 정도, 가해자와의 관계, 피해자의 개인적인 성향 등 구체적 상황에 따라 그 양상, 강도가 매우 다르게 나타날 수 있다. 외상 후 스트레스 장애(Post-traumatic stress disorder)는 범죄, 전쟁, 자연재해 등 심각한 외상을 경험한 후에 나타나는 정신병리학적 반응으로서, 보통 외상 후 짧게는 1주에서 3개월 이내에 증상이 시작되지만 길게는 증상이 나타나기까지 30년이 걸리기도 하며, 진단기준 이하로 관해(寬解)되었던 증상이 재발하거나 악화되는 경우도 있다. 일부 증상들이 사건 직후에 발생하더라도 외상 사건으로부터 적어도 6개월 이후에 외상 후 스트레스 장애의 진단기준을 충족하는 경우에는 지연성 외상 후 스트레스 장애라고 한다.

성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애가 뒤늦게 나타나거나, 성범죄 직후 일부 증상들이 발생하더라도 당시에는 장차 증상이 어느 정도로 진행되고 그것이 고착화되어 질환으로 진단될 수 있을 것인지 예측하기 어려울 수 있다. 이러한 경우 성범죄 당시나 일부 증상의 발생일을 일률적으로 손해가 현실화된 시점으로 보게 되면, 피해자는 당시에는 장애의 손해 발생 여부가 불확실하여 손해배상을 청구하지 못하고, 장애 손해가 발생한 시점에서는 소멸시효가 완성되어 손해배상을 청구하지 못하게 되는 부당한 결과가 초래될 수 있다. 특히 피해자가 피해 당시 아동이었거나 가해자와 친족관계를 비롯한 피보호관계에 있었던 경우 등 특수한 사정이 있는 때에는 그 인지적·심리적·관계적 특성에 비추어 더욱 그러하다. 따라서 위와 같은 경우 법원은 전문가로부터 성범죄로 인한 정신적 질환이 발현되었다는 진단을 받기 전에 외상 후 스트레스 장애로 인한 손해의 발생이 현실적인 것으로 되었다고 인정하는데 매우 신중할 필요가 있다.

[3] 甲이 초등학교 재학 중 테니스 코치 乙로부터 성폭행을 당하였는데, 약 15년

후 甲이 乙과 우연히 마주쳤고 성폭력 피해 기억이 떠오르는 충격을 받아 3 일간의 기억을 잃고 빈번한 악몽, 불안, 분노 등을 겪으면서 ‘외상 후 스트레스 장애’ 진단을 받게 되어, 乙을 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 성폭행 당시 甲의 나이, 乙과의 인적 관계, 甲이 성인이 되어 乙을 우연히 만나기 전과 후에 겪은 정신적 고통의 현저한 차이 및 그에 따른 치료 여부나 경과 등에 비추어 보면, 甲이 성인이 되어 乙을 우연히 만나기 전까지는 잠재적·부동적인 상태에 있었던 손해가 乙을 만나 정신적 고통이 심화되어 외상 후 스트레스 장애 진단을 받음으로써 객관적·구체적으로 발생하여 현실화되었다고 볼 수 있으므로, 甲이 전문가로부터 성범죄로 인한 외상 후 스트레스 장애가 발현되었다는 진단을 받은 때 비로소 불법행위로 인한 외상 후 스트레스 장애라는 손해 발생이 현실적인 것이 되었고, 이때부터 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다고 한 사례.

**12** 2021. 8. 19. 선고 2020다266375 판결 [손실보상금] ..... 1706

- [1] 토지 위에 식재된 입목은 토지에 부합하는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 토지 위에 식재된 입목에 대하여 토지와 독립하여 소유권을 취득하려면 명인방법을 실시해야 하는지 여부(적극) 및 이는 토지와 분리하여 입목을 처분하는 경우뿐만 아니라 입목의 소유권을 유보한 채 입목이 식재된 토지의 소유권을 이전하는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)
- [1] 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득하지만, 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다(민법 제256조).  
 토지 위에 식재된 입목은 토지의 구성부분으로 토지의 일부일 뿐 독립한 물건으로 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 토지에 부합하고, 토지의 소유자는 식재된 입목의 소유권을 취득한다.
- [2] 토지 위에 식재된 입목을 그 토지와 독립하여 거래의 객체로 하기 위해서는 ‘입목에 관한 법률’에 따라 입목을 등기하거나 명인방법을 갖추어야 한다. 물권변동에 관한 성립요건주의를 채택하고 있는 민법에서 명인방법은 부동산의 등기 또는 동산의 인도와 같이 입목에 대하여 물권변동의 성립요건 또는 효력발생요건에 해당하므로 식재된 입목에 대하여 명인방법을 실시해야 그 토지와 독립하여 소유권을 취득한다. 이는 토지와 분리하여 입목을 처분하는 경우뿐만 아니라, 입목의 소유권을 유보한 채 입목이 식재된 토지의 소유권을 이전하는 경우에도 마찬가지이다.

**13** 2021. 8. 19. 선고 2020다285406 판결 [주주총회결의무효확인등] ..... 1708

상법 제385조 제1항에서 해임대상으로 정하고 있는 ‘이사’에 ‘임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사’가 포함되는지 여부(소극)

주식회사의 이사는 임기가 만료됨에 따라 이사의 지위를 상실하는 것이 원칙이지만, 소유와 경영의 분리를 원칙으로 하는 주식회사에 있어 경영자 지위의 안정이라는 이사의 이익뿐만 아니라 주주의 회사에 대한 지배권 확보라는 주주의 이익 또한 보호되어야 하므로, 위와 같은 주주와 이사의 이익을 조화시키기 위해 상법 제385조 제1항은 회사가 언제든지 주주총회의 결의로 이사를 해임할 수 있도록 하는 한편 이사를 선임할 때와 달리 이사를 해임할 때에는 주주총회의 특별결의를 거치도록 하고, 임기가 정해진 이사가 임기만료 전에 정당한 이유 없이 해임된 때에는 회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다. 한편 임기만료로 퇴임한 이사와 하더라도 상법 제386조 제1항 등에 따라 새로 선임된 이사의 취임 시까지 이사로서의 권리의무를 가지게 될 수 있으나(이하 ‘퇴임이사’라고 한다), 그와 같은 경우에도 새로 선임된 이사가 취임하거나 상법 제386조 제2항에 따라 일시 이사의 직무를 행할 자가 선임되면 별도의 주주총회 해임결의 없이 이사로서의 권리의무를 상실하게 된다. 이러한 상법 제385조 제1항의 입법 취지, 임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사의 지위 등을 종합하면, 상법 제385조 제1항에서 해임대상으로 정하고 있는 ‘이사’에는 ‘임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사’는 포함되지 않는다고 보아야 한다.

**14** 2021. 8. 19. 선고 2021다53 판결 [건물등철거] ..... 1710

[1] 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 수감된 당사자에 대하여 민사소송법 제185조나 제187조에 따라 종전에 송달받던 장소로 발송송달을 한 경우, 적법한 송달의 효력을 인정할 수 있는지 여부(소극)

[2] 항소심 소송 계속 중 원고 甲이 구속되어 구치소에 수감되었으나 법원에 그 사실을 밝히거나 수감된 장소를 신고하지 아니하였고, 이에 법원이 甲에 대하여 종전에 송달받던 장소로 등기우편에 의한 발송송달의 방법으로 변론재개기일통지서를 송달한 사안에서, 위 변론재개기일통지서의 발송송달은 적법한 송달로서의 효력을 가질 수 없다고 한 사례

[1] 민사소송법 제182조는 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 하도록 규정하고 있으므로, 수감된 당사자에 대한 송달을 교도소장 등에게 하지 않고 당사자의 종전 주소나 거소로 한 것은 부적법한 송달로서

무효이고, 이는 법원이 서류를 송달받을 당사자가 수감된 사실을 몰랐거나, 수감된 당사자가 송달의 대상인 서류의 내용을 알았다고 하더라도 마찬가지이다. 따라서 수감된 당사자에 대하여 민사소송법 제185조나 제187조에 따라 종전에 송달받던 장소로 발송송달을 하였더라도 적법한 송달의 효력을 인정할 수 없다.

- [2] 항소심 소송 계속 중 원고 甲이 구속되어 구치소에 수감되었으나 법원에 그 사실을 밝히거나 수감된 장소를 신고하지 아니하였고, 이에 법원이 甲에 대하여 종전에 송달받던 장소로 등기우편에 의한 발송송달의 방법으로 변론재개기일통지서를 송달한 사안에서, 甲이 수감된 구치소의 장에게 송달하지 않고 종전 송달장소로 한 변론재개기일통지서의 발송송달은, 甲이 원심법원에 수감사실을 신고하였는지 여부나 수감된 장소를 송달장소로 신고하였는지 여부 또는 甲이 변론재개와 함께 새로 지정된 변론기일을 알고 있었는지 여부와 무관하게 적법한 송달로서의 효력을 가질 수 없는데도, 이와 달리 본 원 심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**15** 2021. 8. 19. 선고 2021다213866 판결〔손해배상(기)〕 ..... 1713

민법 제204조 제3항에서 말하는 1년의 행사기간의 의미(=소를 제기하여야 하는 제척기간) 및 점유를 침탈당한 자가 본권인 유치권 소멸에 따른 손해배상청구권을 행사하는 경우, 위 조항이 적용되는지 여부(소극)

민법 제204조에 따르면, 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있고(제1항), 위 청구권은 점유를 침탈당한 날부터 1년 내에 행사하여야 하며(제3항), 여기서 말하는 1년의 행사기간은 제척기간으로서 소를 제기하여야 하는 기간을 말한다. 그런데 민법 제204조 제3항은 본권 침해로 발생한 손해배상청구권의 행사에는 적용되지 않으므로 점유를 침탈당한 자가 본권인 유치권 소멸에 따른 손해배상청구권을 행사하는 때에는 민법 제204조 제3항이 적용되지 아니하고, 점유를 침탈당한 날부터 1년 내에 행사할 것을 요하지 않는다.

**16** 2021. 8. 19. 선고 2021다225708 판결〔손해배상(기)〕 ..... 1714

[1] 가맹계약 해지절차 등을 규정하고 있는 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제14조가 강행규정인지 여부(적극)

[2] 甲이 乙 주식회사와 지점설치계약을 체결한 후 乙 회사의 택배사업을 수탁하여 운영하였는데, 乙 회사가 甲에게 ‘거래처 이탈, 물량감소 등으로 지점운영이 불가능하여 지점존속이 불가능하다고 판단될 경우 乙 회사가 일방적으로 계약을 해지하여도 甲은 하등의 이의를 제기하지 못한다.’고 정한 계약 조항

에 근거하여 경영상의 이유를 들어 계약을 해지한다고 통지한 사안에서, 위 계약은 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제2조 제1호에서 정한 ‘가맹사업’에 해당하고, 乙 회사의 해지 통지는 같은 법 제14조에서 정하고 있는 적법한 절차를 거치지 않았으므로 효력이 없다고 본 원심판결이 정당하다고 한 사례

[1] 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제14조는 가맹본부가 가맹계약을 해지하려는 경우에는 가맹점사업자에게 2개월 이상의 유예기간을 두고 계약의 위반 사실을 구체적으로 밝히고 이를 시정하지 아니하면 그 계약을 해지한다는 사실을 서면으로 2회 이상 통지하여야 하고(제1항), 그와 같은 절차를 거치지 않은 가맹계약의 해지는 효력이 없다고 정하고 있다(제2항). 위 조항은 가맹점사업자로 하여금 유예기간 동안 계약해지사유에 대하여 해명·시정할 기회를 주고 가맹점사업자에게 가맹사업 종료에 대비할 수 있는 기간을 부여하기 위한 것으로 강행규정에 해당한다.

[2] 甲이 乙 주식회사와 지점설치계약을 체결한 후 乙 회사의 택배사업을 수탁하여 운영하였는데, 乙 회사가 甲에게 ‘거래처 이탈, 물량감소 등으로 지점운영이 불가능하여 지점존속이 불가능하다고 판단될 경우 乙 회사가 일방적으로 계약을 해지하여도 甲은 하등의 이의를 제기하지 못한다.’고 정한 계약 조항에 근거하여 경영상의 이유를 들어 계약을 해지한다고 통지한 사안에서, 위 계약은 본사인 乙 회사가 지점사업자인 甲으로 하여금 乙 회사의 영업권, 상표 등 영업표지를 사용하여 택배사업을 수탁·운영하도록 하면서 甲에게 영업활동에 대한 지원과 통제를 하고, 甲은 乙 회사의 영업표지를 사용하여 택배영업을 하면서 택배전산시스템을 이용하여 乙 회사에 일 단위로 매출수입금 전액을 보고하고 월 단위로 정산하는 것을 주된 내용으로 하고 있으므로, 위 계약은 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 ‘가맹사업법’이라 한다) 제2조 제1호에서 정한 ‘가맹사업’에 해당하는데, 위 계약이 민법상 위임의 성격을 가지고 있다고 하더라도 가맹사업법이 특별법으로서 우선 적용되므로 계약해지절차에 관해서는 가맹사업법 제14조가 적용되고, 위 계약 조항은 강행규정인 가맹사업법 제14조에 반하는 것으로 그 자체로 무효이며, 위 계약 조항에 따른 乙 회사의 해지 통지도 가맹사업법 제14조에서 정하고 있는 적법한 절차를 거치지 않은 이상 효력이 없다고 본 원심판결이 정당하다고 한 사례.

**17** 2021. 8. 19. 선고 2021다228745 판결 [대여금확인의소] ..... 1717

[1] 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 과실 없이

판결의 송달을 알지 못한 것으로 인정되는 경우, 추후보완항소가 허용되는지 여부(적극) 및 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우

- [2] 제1심법원이 소장부분과 변론기일통지서를 공시송달의 방법으로 피고에게 송달한 후 피고의 휴대전화번호로 전화하여 ‘소장부분을 피고의 주소지로 송달하겠다.’고 고지하고 변론기일과 장소를 알려주었는데, 이후 피고가 출석하지 않은 상태에서 소송절차를 진행하여 원고 승소판결을 선고한 다음 피고에게 판결정본을 공시송달의 방법으로 송달하였고, 그 후 피고가 판결정본을 발급받아 추후보완항소를 제기한 사안에서, 피고는 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었다고 볼 여지가 큰데도, 피고의 추후보완항소를 각하한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었다 하여 그 사유가 없어진 후 2주일 이내에 추후보완항소를 할 수 있다. 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이란, 피고가 소송을 회피하거나 이를 곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 아니하였다거나 피고가 소 제기 사실을 알고 주소신고까지 해 두고서도 그 주소로 송달되는 소송서류가 송달불능되도록 장기간 방치하였다는 등의 사정을 말한다.
- [2] 제1심법원이 소장부분과 변론기일통지서를 공시송달의 방법으로 피고에게 송달한 후 피고의 휴대전화번호로 전화하여 ‘소장부분을 피고의 주소지로 송달하겠다.’고 고지하고 변론기일과 장소를 알려주었는데, 이후 피고가 출석하지 않은 상태에서 소송절차를 진행하여 원고 승소판결을 선고한 다음 피고에게 판결정본을 공시송달의 방법으로 송달하였고, 그 후 피고가 판결정본을 발급받아 추후보완항소를 제기한 사안에서, 특별한 사정이 없는 한 피고는 판결정본을 발급받은 날에야 비로소 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 하는데, 피고가 소송을 회피하거나 이를 곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 아니하였다고 볼 만한 특별한 사정을 찾을 수 없고, 소장부분 등이 이미 공시송달의 방법으로 송달된 상태에서 제1심법원이 피고에게 전화로 연락하여 소장부분 송달에 관한 내용과 변론기일 등을 안내해 주었다는 정도의 사정만으로는 제1심판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 피고가 모른 데 대하여 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있다고 선불리 단정하기 어려우므로, 피고는 책임질 수 없는 사유로 말미암

아 불변기간인 항소기간을 지킬 수 없었다고 볼 여지가 큰데도, 피고의 추후 보완항소를 각하한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

**가 사**

**18** 2021. 8. 19. 선고 2021므12108 판결〔이혼위자료및재산분할청구〕…… 1721

[1] 민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유인 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’의 의미 및 판단 기준 / 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정되는 경우, 이혼 청구를 받아들여야 하는지 여부(원칙적 적극)

[2] 甲과 乙은 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 甲의 외도 사실을 알고도 乙이 가정을 유지하겠다는 선택을 하여 오랜 기간 부부관계를 유지해 왔는데, 이후에 乙의 甲에 대한 불신과 비난 등이 지속되자, 甲이 乙을 상대로 혼인관계가 파탄되었다고 주장하며 이혼 등을 구한 사안에서, 현재 혼인 파탄의 원인이 배우자 일방이 아닌 양측 모두에게 있는 것이 아닌지 심리를 한 다음, 민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유에 해당할 여지가 없는지에 관하여 판단했어야 하는데도, 혼인 파탄의 주된 책임이 甲에게 있다고 단정하고 甲의 이혼 청구를 배척한 원심판결에 법리 등을 오해한 잘못이 있다고 한 사례

[1] 민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유인 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’란 부부간의 애정과 신뢰가 바탕이 되어야 할 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다. 이를 판단할 때에는 혼인계속의사의 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임 유무, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무, 당사자의 연령, 이혼 후의 생활 보장 등 혼인관계에 관한 여러 사정을 두루 고려하여야 하고, 이러한 사정을 고려하여 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정된다면 파탄의 원인에 대한 원고의 책임이 피고의 책임보다 더 무겁다고 인정되지 않는 한 이혼 청구를 받아들여야 한다.

[2] 甲과 乙은 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 甲의 외도 사실을 알고도 乙이 가정을 유지하겠다는 선택을 하여 오랜 기간 부부관계를 유지해 왔는데, 이후에 乙의 甲에 대한 불신과 비난 등이 지속되자, 甲이 乙을 상대로 혼인관계가 파탄되었다고 주장하며 이혼 등을 구한 사안에서, 甲의 과거 외도로 당시 甲과 乙의 혼인관계는 파탄상황에 있었다고 할 수 있으나, 乙이 이를 알

게 된 다음에도 甲을 다시 받아들여 가정을 유지하겠다는 선택을 하였고 오랜 기간 부부관계를 유지하였으며 甲이 그 이후에 다른 부정행위를 하였다고 볼 증거가 없는 이상, 과거에 있었던 甲의 외도 사실이 현재 혼인관계 파탄의 직접적인 원인이라고 볼 수 없고, 甲의 외도 문제가 끝난 후 오랜 시간이 지난 과정에서 甲과 乙 사이에 있었던 사정들을 종합적으로 살펴보면, 현재 혼인 파탄의 원인이 배우자 일방이 아닌 양측 모두에게 있는 것이 아닌지 심리를 한 다음, 민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유에 해당할 여지가 없는지에 관하여 판단했어야 하는데도, 혼인 파탄의 주된 책임이 甲에게 있다고 단정하고 甲의 이혼 청구를 배척한 원심판결에 법리 등을 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

**일반행정**

**19** 2021. 8. 19. 선고 2018두56404 판결 (과징금부과처분취소) ..... 1724

- [1] 방송통신위원회 고시인 구 개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준 제4조 제9항의 ‘개인정보처리시스템’의 의미 및 개인정보처리시스템에 데이터베이스(DB)와 연동되어 개인정보의 처리 과정에 관여하는 웹 서버 등이 포함되는지 여부(적극)
- [2] 방송통신위원회 고시인 구 개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준 제4조 제9항에서 정보통신서비스 제공자 등의 의무로 규정하고 있는 보호조치의 내용 및 정보통신서비스 제공자 등이 위 규정에서 정한 보호조치를 다하였는지 판단하는 방법
- [1] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2014. 5. 28. 법률 제12681호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 제2호, 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령(2020. 8. 4. 대통령령 제30894호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 정보통신망법 시행령’이라고 한다) 제15조 제2항, 제6항의 체계, 입법 목적에다가 구 정보통신망법 시행령 제15조 제2항 제1호, 구 개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준(2015. 5. 19. 방송통신위원회 고시 제2015-3호로 개정되기 전의 것) 제2조 제4호에서 모두 ‘개인정보처리시스템’을 ‘개인정보를 처리할 수 있도록 체계적으로 구성한 데이터베이스시스템’으로 정의하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위 고시 제4조 제9항의 ‘개인정보처리시스템’은 개인정보의 생성, 기록, 저장, 검색, 이용과정 등 데이터베이스시스템(DBS) 전체를 의미하는 것으로, 데이터베이스(DB)와 연동되어 개인정보

의 처리 과정에 관여하는 웹 서버 등을 포함한다.

- [2] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법령의 문언, 입법 목적 및 규정 체계 등을 고려하면, 구 개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준(2015. 5. 19. 방송통신위원회 고시 제2015-3호로 개정되기 전의 것) 제4조 제9항에서 정보통신서비스 제공자 등의 의무로 규정하고 있는 조치는 ‘정보통신서비스 제공자 등이 취급 중인 개인정보가 인터넷 홈페이지 등에 대한 해킹 등 침해 사고에 의해 유출되지 않도록 개인정보처리시스템과 개인정보취급자의 컴퓨터에 취하여야 할 사회통념상 합리적으로 기대 가능한 정도의 기술적 보호조치’라고 해석할 수 있다. 정보통신서비스 제공자 등이 위 고시 제4조 제9항에서 정한 보호조치를 다하였는지는 해킹 등 침해사고 당시 보편적으로 알려져 있는 정보보안의 기술 수준, 정보통신서비스 제공자의 업종·영업규모, 정보통신서비스 제공자 등이 인터넷 홈페이지 등의 설계에 반영하여 개발에 적용한 보안대책·보안기술의 내용과 실제 개발된 인터넷 홈페이지 등을 운영·관리하면서 실시한 보안기술의 적정성 검증 및 그에 따른 개선 조치의 내용, 정보보안에 필요한 경제적 비용 및 효용의 정도, 해킹에 의한 개인정보 유출의 경우 이에 실제 사용된 해킹기술의 수준과 정보보안기술의 발전 정도에 따른 피해발생의 회피 가능성, 정보통신서비스 제공자 등이 수집한 개인정보의 내용과 개인정보의 유출로 인하여 이용자가 입게 되는 피해의 정도 등의 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

**형 사**

**20** 2021. 8. 12. 선고 2020도17796 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반 (주거침입유사강간)·폭행·강제추행미수] ..... 1730

- [1] 주거침입강제추행죄 및 주거침입강간죄 등이 주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 등의 행위를 하여야 하는 일종의 신분범인지 여부(적극) 및 그 실행의 착수시기(=주거침입 행위 후 강간죄 등의 실행행위에 나아간 때)

[2] 유사강간죄의 실행의 착수시기

- [1] 주거침입강제추행죄 및 주거침입강간죄 등은 사람의 주거 등을 침입한 자가 피해자를 간음, 강제추행 등 성폭력을 행사한 경우에 성립하는 것으로서, 주거침입죄를 범한 후에 사람을 강간하는 등의 행위를 하여야 하는 일종의 신분범이고, 선후가 바뀌어 강간죄 등을 범한 자가 그 피해자의 주거에 침입한 경우에는 이에 해당하지 않고 강간죄 등과 주거침입죄 등의 실체적 경합범이

된다. 그 실행의 착수시기는 주거침입 행위 후 강간죄 등의 실행행위에 나아간 때이다.

- [2] 강간죄는 사람을 강간하기 위하여 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 개시한 때에 그 실행의 착수가 있다고 보아야 할 것이지, 실제 간음행위가 시작되어야만 그 실행의 착수가 있다고 볼 것은 아니다. 유사강간죄의 경우도 이와 같다.

**21** 2021. 8. 19. 선고 2020도14576 판결 (상관모욕) ..... 1733

- [1] 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단이나 의견을 담고 있더라도 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는 경우 / 균형법상 상관모욕죄의 보호법익 및 상관에 대한 모욕적 표현이 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있는지 판단하는 방법

- [2] 부사관 교육생이던 피고인이 동기들과 함께 사용하는 단체채팅방에서 지도관이던 피해자가 목욕탕 청소 담당에게 과실 지적을 많이 한다는 이유로 “도라이 ㅋㅋㅋ 습기가 그렇게 많은데”라는 글을 게시하여 공연히 상관인 피해자를 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, ‘도라이’는 상관인 피해자를 경멸적으로 비난한 것으로 모욕적인 언사라고 볼 수 있으나, 피고인의 위 표현은 동기 교육생들끼리 고충을 토로하고 의견을 교환하는 사이버공간에서 상관인 피해자에 대하여 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것에 불과하고 이로 인하여 군의 조직질서와 정당한 지휘체계가 문란하게 되었다고 보이지 않으므로, 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 한 사례

- [1] 공연히 타인을 모욕한 경우에 이를 처벌하는 것은 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가 즉 외부적 명예를 보호하기 위함이다. 반면에 모욕죄의 형사처벌은 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단이나 의견을 담고 있을 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 살펴본다 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 보아야 하고, 이로써 표현의 자유로 획득되는 이익 및 가치와 명예 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 적절히 조화할 수 있다.

균형법상 상관모욕죄를 적용할 때에도 충돌하는 기본권이 적절히 조화되고 상관모욕죄에 의한 처벌이 필요최소한의 범위 내에서 표현의 자유를 제한하도록 하여야 한다. 다만 균형법상 상관모욕죄는 상관에 대한 사회적 평가의 보호에 더하여 군 조직의 질서 및 통수체계 유지를 보호법익으로 하므로, 해당 표현이 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있는지 여부는 피해자

및 피고인의 지위와 역할, 해당 표현으로 인한 군의 조직질서와 정당한 지휘 체계의 침해 여부와 그 정도 등을 함께 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

- [2] 부서관 교육생이던 피고인이 동기들과 함께 사용하는 단체채팅방에서 지도관이던 피해자가 목욕탕 청소 담당 교육생들에게 과실 지적을 많이 한다는 이유로 “도라이 ㅋㅋㅋ 습기가 그렇게 많은데”라는 글을 게시하여 공연히 상관인 피해자를 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, ‘도라이’는 상관인 피해자를 경멸적으로 비난한 것으로 모욕적인 언사라고 볼 수 있으나, 위 표현은 피고인의 입장에서 불만을 토로하는 과정에서 즉흥적이고 우발적으로 이루어진 것으로 보이는 점, 위 단체채팅방은 동기생들만 참여대상으로 하는 비공개채팅방으로 교육생 신분에서 가질 수 있는 불평불만을 토로하는 공간으로서의 역할을 하고 있었고, 교육생 상당수가 별다른 거리낌 없이 욕설을 포함한 비속어를 사용하고 대화하고 있었던 점, 당시 목욕탕 청소를 담당했던 다른 교육생들도 위 단체채팅방에서 피고인과 비슷한 불만을 토로하고 있었는데, 피고인의 위 표현은 단 1회에 그쳤고, 그 부분이 전체 대화내용에서 차지하는 비중도 크지 않은 점, 위 표현은 근래 비공개적인 상황에서는 일상 생활에서 드물지 않게 사용되고 그 표현이 내포하는 모욕의 정도도 경미한 수준인 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 위 표현은 동기 교육생들끼리 고충을 토로하고 의견을 교환하는 사이버공간에서 상관인 피해자에 대하여 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것에 불과하고 이로 인하여 군의 조직질서와 정당한 지휘체계가 문란하게 되었다고 보이지 않으므로, 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 보는 것이 타당하다는 이유로, 위 표현이 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 상관모욕죄의 위법성조각사유에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**22** 2021. 8. 19. 선고 2020도16111 판결 (성폭력범죄자의성충동약물치료에관한법률위반) ..... 1736

- [1] 성충동 약물치료 명령에 따른 준수사항 위반행위를 처벌하는 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 제35조 제2항에서 정한 ‘정당한 사유’의 법적 성격(=구성요건해당성 조각사유) 및 정당한 사유가 없다는 사실에 대한 증명 책임 소재(=검사) / 준수사항 위반행위에 정당한 사유가 있는지 판단하는 방법
- [2] 피고인이 성폭력범죄를 저질러 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 따른 1년간의 성충동 약물치료 명령(치료명령)을 선고받아 확정되었는데, 그 집행에 불응하여 같은 법 위반죄로 징역 1년 6월을 복역하다가 징역형 집

행종료 2개월 전 재개된 치료명령의 집행시도에서 약물치료 부작용에 대한 우려 등을 이유로 보호관찰관의 약물치료 지시에 다시 불응함으로써 ‘정당한 사유’ 없이 준수사항을 위반하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 집행시도 당시 집행의 필요성에 대한 법원의 판단을 받을 필요가 있었음에도 그 기회를 얻지 못한 상황에서 이러한 점을 이유로 약물치료 지시에 불응한 것으로 볼 수 있어 피고인의 준수사항 위반행위에는 정당한 사유가 있다고 한 사례

- [1] 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률(이하 ‘성충동약물치료법’이라고 한다) 제10조 제1항 제1호는 성충동 약물치료 명령(이하 ‘치료명령’이라고 한다)을 받은 사람은 치료기간 동안 보호관찰관의 지시에 따라 성실히 약물치료에 응하여야 한다고 규정하고, 제35조 제2항은 “이 법에 따른 약물치료를 받아야 하는 사람이 정당한 사유 없이 제10조 제1항 각호의 준수사항을 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정한다.

성충동 약물치료는 치료대상자의 신체의 자유, 사생활의 자유, 개인의 자기 운명결정권, 인격권 등의 기본권을 제한하는 조치이므로, 성충동약물치료법 제35조 제2항은 약물치료 등 치료명령을 수인하기 어려운 정당한 사유가 있는 경우에는 피고인이 치료명령에 따른 준수사항을 위반하더라도 벌할 수 없도록 하여 기본권의 침해를 최소화하고자 하고 있다.

정당한 사유는 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념으로서, 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하기 위한 것이다. 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유로, 정당한 사유가 없다는 사실을 검사가 증명하여야 하고, 이는 형법상 위법성조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별된다.

준수사항 위반행위에 정당한 사유가 있는지 여부를 판단할 때에는 성충동 약물치료법의 목적과 기능 및 준수사항 위반에 대한 같은 법 제35조 제2항의 입법 취지를 충분히 고려하면서, 피고인이 준수사항을 위반하게 된 구체적인 동기와 경위, 준수사항을 위반함으로써 발생한 결과 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

- [2] 피고인이 성폭력범죄를 저질러 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률(이하 ‘성충동약물치료법’이라고 한다)에 따른 1년간의 성충동 약물치료 명령(이하 ‘치료명령’이라고 한다)을 선고받아 확정되었는데, 그 집행에 불응하여

성충동약물치료법 위반죄로 징역 1년 6월을 복역하다가 징역형 집행종료 2개월 전 재개된 치료명령의 집행시도에서 약물치료 부작용에 대한 우려 등을 이유로 보호관찰관의 약물치료 지시에 다시 불응함으로써 ‘정당한 사유’ 없이 준수사항을 위반하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 치료명령을 규정한 성충동약물치료법 제8조 제1항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 성충동약물치료법이 2017. 12. 19. 법률 제15254호로 개정되어 치료명령의 집행시점에 집행을 필요성을 다시 한번 심리·판단하도록 하는 집행면제 신청 제도가 신설되었는데(같은 법 제8조의2), 그 부칙 제3조는 신설된 집행면제 관련 규정이 개정법 시행 전에 치료명령을 선고받은 사람에 대해서도 적용된다고 규정한 점, 피고인의 경우 집행시도 당시 치료명령 선고일로부터 6년 가까이 경과하였으므로 여전히 재범의 위험성이 있는지 등 치료명령 집행을 필요성에 대한 법원의 판단을 다시 받을 필요가 있었고, 피고인도 이를 원한다는 의사표시를 하였던 점, 그런데 피고인은 성충동약물치료법 제8조의2 제2항의 집행면제 신청기간의 제한 등으로 인하여 법원의 판단을 다시 받지 못한 점 등을 종합하면, 피고인은 집행시도 당시 집행을 필요성에 대한 법원의 판단을 받을 필요가 있었음에도 그 기회를 얻지 못한 상황에서 이러한 점을 이유로 약물치료 지시에 불응한 것으로 볼 수 있어 피고인의 준수사항 위반 행위에는 정당한 사유가 있다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에 성충동약물치료법 제35조 제2항의 ‘정당한 사유’에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.