



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 10월 15일

제620호

민사

1 2021. 8. 26. 자 2020마5520 결정 (파산선고) 1747

주식회사의 대표이사가 회사를 대표하여 파산신청을 할 경우, 이사회 결의가 필요한지 여부(원칙적 적극) 및 상법 제383조 제1항 단서에서 정한 소규모 주식회사의 경우 대표이사가 이사회 결의 없이 파산신청을 할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

상법 제393조 제1항은 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등 회사의 업무집행은 이사회 결의로 한다.’고 정함으로써 주식회사의 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정권한이 있음을 명시하고 있다. 주식회사가 중요한 자산을 처분하거나 대규모 재산을 차입하는 등의 업무집행을 할 경우에 이사회가 직접 결의하지 않고 대표이사에게 일임할 수 없다. 즉, 이사회가 일반적·구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상 업무에 속하지 않은 중요한 업무의 집행은 반드시 이사회 결의가 있어야 한다.

주식회사 이사회의 역할과 주식회사에 대한 회생절차 개시결정의 효과 등에 비추어 주식회사가 회생절차 개시신청을 하는 것은 대표이사의 업무권한인 일상 업무에 속하지 않는 중요한 업무에 해당하여 이사회 결의가 필요하다. 회생절차 개시신청에 관한 이러한 법리는 파산신청의 경우에도 유사하게 적용할 수 있다.

파산신청은 주식회사의 운영과 존립에 중대한 영향을 미친다. 주식회사가 파산신청을 한 경우 파산선고 전이라도 법원은 채무자의 재산에 대하여 필요한 보전처분을 할 수 있다[채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제323조]. 주식회사가 파산선고를 받으면 채무자가 가진 모든 재산은 파산재단에 속하고, 파산관재인이 파산재단에 대한 관리·처분권을 갖고 일정한 행위를

하려면 법원의 허가를 받아야 한다(채무자회생법 제382조, 제384조, 제492조). 주식회사는 파산으로 인하여 해산한다(상법 제517조 제1호, 제227조 제5호).

채무자회생법은 파산신청권자에 대하여 다음과 같이 정하고 있다. 채권자 또는 채무자가 파산을 신청할 수 있고(제294조 제1항), 채권자가 파산신청을 하는 때에는 채권의 존재와 파산의 원인인 사실을 소명하여야 하지만(제294조 제2항) 채무자가 파산신청을 하는 때에는 이러한 소명이 필요하지 않다. 주식회사에 대하여는 이사가 파산을 신청할 수 있고(제295조 제1항), 이사의 전원이 하는 파산신청이 아닌 때에는 파산의 원인인 사실을 소명하여야 한다(제296조). 이와 같이 채무자회생법은 채권자와 채무자 외에 주식회사의 이사를 별도의 파산신청권자로 정하고 있고, 일부 이사가 파산신청을 하는 경우 채무자나 이사 전원이 파산신청을 하는 경우와 달리 파산의 원인인 사실을 소명하도록 하고 있다.

위와 같은 주식회사 이사회 역할, 파산이 주식회사에 미치는 영향, 회생절차 개시신청과의 균형, 파산신청권자에 대한 규정의 문언과 취지 등에 비추어 보면, 주식회사의 대표이사가 회사를 대표하여 파산신청을 할 경우 대표이사의 업무권한인 일상 업무에 속하지 않는 중요한 업무에 해당하여 이사회 결의가 필요하다고 보아야 하고, 이사에게 별도의 파산신청권이 인정된다고 해서 달리 볼 수 없다.

그러나 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 소규모 주식회사에서는 대표이사가 특별한 사정이 없는 한 이사회 결의를 거칠 필요 없이 파산신청을 할 수 있다. 소규모 주식회사는 각 이사(정관에 따라 대표이사를 정한 경우에는 그 대표이사를 말한다)가 회사를 대표하고 상법 제393조 제1항에 따른 이사회의 기능을 담당하기 때문이다(상법 제383조 제6항, 제1항 단서).

2 2021. 9. 9. 선고 2016다203933 판결 [손해배상(기)] 1750

- [1] 당사자들이 분쟁을 인식하지 못한 상태에서 일방 당사자가 이행해야 할 채무액에 관하여 협의하였다거나 일방 당사자의 채무이행에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로 묵시적 화해계약의 성립을 인정할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 자동차 정비업자가 보험회사에 차량 수리비를 청구하는 경우, 구 자동차손해배상 보장법 제16조 제1항에 근거하여 국토해양부장관이 공표한 자료가 수리비 산정의 기준이 되는지 여부(원칙적 적극) 및 일반적으로 정비업자가 위 조항에 근거하여 국토해양부장관이 공표한 ‘탈착교환 표준작업시간표’에 따라 산정된 수리기간 내에 차량의 수리를 마쳐야 할 의무를 부담하는지 여부(소극) / 정비업자가 수리를 지연하였다는 사정만으로 보험회사에 대해 불법행위

책임을 부담하는지 여부(원칙적 소극)

- [1] 화해계약이 성립하기 위해서는 분쟁이 된 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 서로 양보함으로써 분쟁을 끝내기로 하는 의사의 합치가 있어야 하는데, 화해계약이 성립한 이후에는 그 목적이 된 사항에 관하여 나중에 다시 이행을 구하는 등으로 다룰 수 없는 것이 원칙이므로, 당사자가 한 행위나 의사표시의 해석을 통하여 묵시적으로 그와 같은 의사의 합치가 있었다고 인정하기 위해서는 그 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 당사자들이 분쟁을 인식하지 못한 상태에서 일방 당사자가 이행해야 할 채무액에 관하여 협의하였다거나 일방 당사자의 채무이행에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 묵시적 화해계약이 성립하였다고 보기 어렵다.
- [2] 구 자동차손해배상 보장법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항은 “국토해양부장관은 보험회사 등과 자동차 정비업자 간의 정비요금에 대한 분쟁을 예방하기 위하여 적절한 정비요금(표준작업시간과 공임 등을 포함한다)에 대하여 조사·연구하여 그 결과를 공표한다.”라고 규정하고 있는데, 주무장관이 위 법률 조항에 근거하여 공표한 자료는 다른 반증이 없는 한 객관성과 합리성을 지닌 자료로서 정비요금의 액수가 타당한지 여부에 관한 다툼이 있을 때 유력한 증거자료가 된다. 즉, 정비업자가 보험회사에 차량 수리비를 청구하는 경우 국토해양부장관이 위와 같이 공표한 자료는 특별한 사정이 없는 한 당사자들 사이에 수리비를 산정하기 위한 기준이 된다. 그러나 국토해양부장관이 위 법률 조항에 따라 공표한 ‘탈착교환 표준작업시간표’에는 특정 정비업자의 실제 작업 상황, 즉 인력 현황, 대기 차량의 수, 차주와의 협의 사항 등이 반영되어 있지 않으므로, 일반적으로 정비업자가 자신이 처한 실제 작업 상황과 무관하게 위 ‘탈착교환 표준작업시간표’에 따라 산정된 수리기간 내에 차량의 수리를 마쳐야 할 의무를 부담한다고 볼 수는 없다.

한편 보험회사는 보험계약에 따라 사고 차량의 차주가 렌터카를 이용한 기간의 전부 또는 일부에 대해 차주 또는 렌터카 업체에 렌트비 상당의 보험금을 지급하는데, 차주가 대체로 차량 수리기간 동안 렌터카를 이용하는 상황에서는 보험회사가 지출할 금액은 주로 정비업자가 차량을 인수하여 수리하는 기간에 영향을 받게 된다. 정비업자는 이러한 법률관계에 당사자로서 직접 관여하는 것은 아니므로 정비업자가 단지 수리를 지연하였다는 사정만으로 당연히 보험회사에 대해 불법행위책임을 부담하는 것은 아니고, 위와 같

은 법률관계를 이용하여 보험회사로 하여금 과다한 금액을 지출하도록 할 의도로 적극적으로 수리를 지연하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 비로소 보험회사에 대해 불법행위책임을 부담할 여지가 있을 뿐이다.

3 2021. 9. 9. 선고 2017다48218 판결 [소유권이전청구권가등기말소등기] … 1755

- [1] 임대주택의 임대무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우, 매매계약의 효력(유효) / 매수인이 임대주택의 소유권을 취득하기 위해서는 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마친 ‘임대사업자’이어야 하는지 여부(적극) 및 이때 매수인이 임대주택의 소유권을 취득하는 시기(=소유권이전등기 후 임대사업자 등록을 마친 때)
- [2] 임대무기간이 지난 공공건설임대주택의 경우 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매가 허용되는지 여부(적극) 및 이때 매수인이 공공건설임대주택의 소유권을 취득하기 위하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마쳐야 하는지 여부(적극)
- [1] 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것)이 임대무기간 중 임대주택의 매각을 원칙적으로 금지하고 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 취지, 매각 신고 시 관할 행정청으로 하여금 매수인이 등록된 임대사업자인지 확인하도록 하는 점, 구 임대주택법상 임대사업자의 등록 기준을 갖추지 못하면 임대사업자로 등록할 수 없고 등록하지 않은 사람은 임대사업자가 아니며, 임대사업자 등록을 하지 않은 사람이 임대주택을 취득할 수 있다면 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 임대주택법령의 취지에 반하고 임차인의 이익을 해할 우려가 있는 점 등을 종합해 보면, 임대주택의 임대무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우 그 매매계약은 강행법규인 구 임대주택법 제16조에 반하지 않아 유효하지만, 매수인이 임대주택의 소유권을 적법하게 취득하기 위해서는 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마친 ‘임대사업자’일 것이 요구된다고 보아야 한다. 그 경우 임대주택을 매수한 사람이 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 하지 않았다면 임대주택의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권이전등기 후 임대사업자 등록을 마쳤다면 그때 비로소 임대주택의 소유권을 취득한다고 봄이 타당하다.
- [2] 임대무기간이 지난 공공건설임대주택에 관하여는 분양전환에 관한 구 임대

주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 외에 임대사업자 간 매매에 관한 규정은 없다. 그러나 임대주택을 다른 임대사업자에게 매각하는 것은 위 제21조에서 규율하는 ‘분양전환’에 해당하지 않고, 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매는 임차인의 이익을 해할 염려가 없어 임대주택의 매각이 엄격히 제한되는 임대의무기간 중에도 허용되는 점, 매수인이 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대의무기간 경과 후 분양전환 등과 관련된 임차인의 이익을 해할 우려가 없는 점을 고려하면, 임대의무기간이 지난 공공건설임대주택의 경우에도 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매는 허용된다고 보아야 한다. 이 경우에도 매수인이 공공건설임대주택의 소유권을 취득하기 위하여는 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마쳐야 한다.

4 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결〔소유권이전등기등〕… 1762

3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 매도하거나 부동산에 근저당권을 설정하는 등으로 처분행위를 하여 제3자가 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항에 따라 부동산에 관한 권리를 취득하는 경우, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 있는지 여부(적극) [다수의견] (가) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 또는 강제수용이나 공공용지 협의취득 등(이러한 소유명의 이전의 원인관계를 통틀어 이하에서는 ‘명의수탁자의 처분행위 등’이라 한다)을 원인으로 제3자 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다[부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 제4조 제3항]. 그 결과 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되어 명의신탁자로서는 부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 되는 한편, 명의수탁자는 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하게 된다. 판례는, 명의수탁자가 그러한 처분대금이나 보상금 등의 이익을 명의신탁자에게 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 보고 있다. 이러한 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다.

(나) 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다.

명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 준 경우에 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 근저당권을 취득한다. 이 경우 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능된 것은 아니므로, 명의신탁자는 여전히 매도인을 대위하여 명의수탁자의 부동산에 관한 진정한 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 매도인으로부터 소유권을 이전받을

수 있지만, 그 소유권은 명의수탁자가 설정한 근저당권이 유효하게 남아 있는 상태의 것이다. 명의수탁자는 제3자에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자는 매도인을 매개로 하더라도 피담보채무액만큼의 교환가치가 제한된 소유권만을 취득할 수밖에 없는 손해를 입은 한편, 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 수령하여 매매계약의 목적을 달성하였으면 서도 근저당권이 설정된 상태의 소유권을 이전하는 것에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않으므로 실질적인 손실을 입지 않는다.

따라서 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정한 경우 명의수탁자는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입었으므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다.

[대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 노태약, 대법관 이흥구의 반대의견] (가) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자에게 소유권이 이전되고 명의수탁자가 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하는 이익을 얻게 되더라도, 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다. 이와 달리 다수의견이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 직접적인 부당이득반환청구권을 인정하는 판례로 들고 있는 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결 등은 부동산실명법 시행 이후에는 더 이상 유지될 수 없으므로 변경되어야 한다.

(나) 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산에 관하여 근저당권을 설정한 경우에 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 3자 간의 법률관계는 기본적으로 앞서 본 바와 같은, 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 같다.

명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하면 제3자는 유효하게 근저당권을 취득한다(부동산실명법 제4조 제3항). 매도인이 부동산에 관한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 소유명의를 회복하더라도 매도인은 근저당권이 설정된 제한된 소유권을 갖게 된다. 이처럼 부동산에 관하여 아무런 권리 없이 소유명의를 가지는 자에 불과한 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에 대하여 근저당권을 설정하는 행위는 매도인의 소유권을 침해하는 행위로서 명의수탁자는 근저당권설정으로 얻은 이익을 침해부당이득으로서 매도인에게 반환할 의무 또는 불법행위에 따른 손해배상의무를 부담한다.

통상적으로 매매계약에서 매도인은 매매목적물에 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기를 이행할 의무를 부담한다. 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁

자와 매도인의 관계에서도 마찬가지이다. 명의수탁자가 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 매도인은 원칙적으로 명의신탁자에 대하여 담보가 설정되지 않은 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담한다. 매도인이 명의수탁자가 설정한 근저당권을 말소하지 못한 채 명의신탁자에게 부동산의 소유권을 이전하였다면 이는 매매계약에 따른 채무를 이행하지 않은 것으로서 명의신탁자에게 손해배상책임을 부담한다. 다만 매도인에게 채무불이행 책임을 어느 정도까지 물을 수 있는지는 개별 사안에 따라 달라질 수 있다.

또한 명의신탁자는 매도인과 관계에서 매매계약에 따라 부동산에 관한 소유권 이전등기청구권만 가지는 지위에 있을 뿐이고 부동산의 소유권을 가지지 않으므로, 명의수탁자가 부동산에 근저당권을 설정하는 행위로 명의신탁자의 권리가 침해되는 것은 아니다.

따라서 명의수탁자는 매도인에 대하여 부당이득반환의무나 손해배상의무를 부담하고, 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하지 않는다.

5 2021. 9. 9. 선고 2020다269794 판결 [약정금등] 1793

면책결정 확정 후 파산채권을 변제하기로 하는 채무자와 파산채권자 사이의 합의의 효력을 인정할 수 있는지 여부(한정 적극) 및 이를 판단하는 기준

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제566조 본문은 면책을 받은 개인채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다고 규정하고 있다. 여기서 면책이라 함은 채무 자체는 존속하지만 파산채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미이다. 채무자회생법이 파산절차에서 개인채무자를 위한 면책제도를 둔 취지는 채권자들에 대하여 공평한 변제를 확보함과 아울러 지급불능 상태에 빠진 개인채무자에 대하여 경제적 재기와 회생의 기회를 부여하고자 하는 데에 있다. 이를 통하여 개인채무자는 파산채무로 인한 압박을 받거나 의지가 꺾이지 않은 채 앞으로 경제적 회생을 위한 노력을 할 수 있게 된다. 채무자의 재산을 환가·배당함으로써 채권자들 사이의 적정하고 공평한 만족을 도모하는 개인파산절차에서도 채무자의 경제적 회생은 도모되어야 한다. 이는 채무자가 파산선고 이후에도 잔여 채무에 대한 무제한의 책임을 지게 되는 경우 오로지 채권자에 대한 채무변제를 위해서만 경제활동을 해야 하는 극단적 상황을 방지하여야 한다는 요청에 따른 것이다.

따라서 면책결정 확정 후 파산채권을 변제하기로 하는 채무자와 파산채권자 사이의 합의(이하 ‘채무재승인약정’이라고 한다)가 면책제도의 취지에 반하거나 확정된 면책결정의 효력을 잠탈하는 결과를 가져온다면 그 효력을 인정하기 어

렵다. 나아가 채무재승인약정의 효력을 인정하여 판결을 통해 집행력을 부여할 것인지 여부를 판단할 때에는 면책제도의 입법 목적에 따라 위 약정이 채무자의 회생에 지장이 없는지 여부가 충분히 고려되어야 한다. 즉, 채무재승인약정은 채무자가 면책된 채무를 변제한다는 점에 대해 이를 충분히 인식하였음에도 자신의 자발적인 의사로 위 채무를 변제하기로 약정한 것일 뿐 아니라 위 약정으로 인해 채무자에게 과도한 부담이 발생하지 않는 경우에 한하여 그 효력을 인정할 수 있다. 이때 채무자가 자발적으로 채무재승인약정을 체결한 것인지, 채무재승인약정의 내용이 채무자에게 과도한 부담을 초래하는지 여부는 채무재승인약정을 체결하게 된 동기 또는 목적, 채무재승인약정을 체결한 시기와 경위, 당시의 채무자의 재산·수입 등 경제적 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

6 2021. 9. 9. 선고 2020다277184 판결 (채무인수금중일부청구) 1796

채무자가 개인회생절차가 개시된 후 면책결정 확정 전에 변제계획과 별도로 개인회생채무를 변제하겠다는 취지의 의사를 표시한 경우, 위 채무에도 면책결정의 효력이 미치는지 여부(원칙적 적극)

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제625조 제2항 본문은 면책을 받은 채무자는 변제계획에 따라 변제한 것을 제외하고 개인회생채권자에 대한 채무에 관하여 그 책임이 면제된다고 규정하고 있다. 여기서 면책이라 함은 채무 자체는 존속하지만 채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 의미이다. 따라서 면책된 채권은 통상의 채권이 가지는 소제기 권능을 상실하게 된다. 채무자회생법이 개인회생절차에서 채무자를 위한 면책제도를 둔 취지는 채권자들에 대하여 공평한 변제를 확보함과 아울러 지급불능 또는 그럴 염려가 있는 상황에 처한 채무자에 대하여 경제적 재기와 회생의 기회를 부여하고자 하는 데에 있다. 이를 통하여 채무자는 개인회생채무로 인한 압박을 받거나 의지가 꺾이지 않은 채 앞으로 경제적 회생을 위한 노력을 할 수 있게 된다.

만일 채무자가 개인회생절차가 개시된 후 면책결정 확정 전에 개인회생채권자에게 ‘변제계획과 별도로 개인회생채무를 변제하겠다.’는 취지의 의사를 표시한 경우에 면책결정이 확정된 이후에도 채무자에게 개인회생채무 전부나 일부를 이행할 책임이 존속한다고 보게 되면, 이는 앞서 본 면책제도의 취지에 반한다. 따라서 채무자가 면책결정 확정 전에 변제계획과 별도로 개인회생채무를 변제하겠다는 취지의 의사를 표시한 경우, 이로 인한 채무가 실질적으로 개인회생채무와 동일성이 없는 완전히 새로운 별개 채무라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 원래의 개인회생채무와 동일하게 면책결정의 효력이 미친다고 보아야 한다.

7 2021. 9. 9. 자 2021마167 결정 [부동산임의경매] 1798

[1] 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 단독판사 등의 ‘인가’는 재판의 한 형식인 ‘결정’으로 하여야 하는지 여부(적극) 및 이때 인가결정을 이의신청인에게 반드시 고지하여야 하는지 여부(적극)

[2] 사법보좌관의 처분(매각허가결정)에 대하여 이의신청하는 취지로 甲이 즉시항고장을 제출하자, 사법보좌관의 소속법원(제1심법원)이 즉시항고장의 우측 상단에 판사의 날인만 하였을 뿐 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호가 정한 단독판사 등의 인가결정 절차 등을 제대로 거치지 않은 채 항고법원인 원심법원에 사건기록을 송부한 사안에서, 즉시항고장의 우측 상단에 아무런 문언의 기재 없이 행하여진 판사의 날인만으로는 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 ‘인가’결정이 있었다고 보기 어렵다고 한 사례

[1] 법원조직법 제54조 제3항은 사법보좌관의 처분에 대하여 대법원규칙이 정하는 바에 따라 법관에게 이의신청을 할 수 있다고 규정하고 있고, 그에 따른 사법보좌관규칙 제4조는 사법보좌관의 처분 중 단독판사 또는 합의부(이하 ‘단독판사 등’이라 한다)가 처리하는 경우 항고·즉시항고의 대상이 되는 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있도록 하면서(제1항), 사법보좌관이 이의신청을 받은 때에는 이의신청 사건을 지체 없이 소속법원의 단독판사 등에게 송부하여야 하고(제5항), 이를 송부받은 단독판사 등은 그 이의신청이 이유 없다고 인정되는 때에는 사법보좌관의 처분을 인가하고 이의신청 사건을 항고법원에 송부하여야 하며(제6항 제5호), 위 인가결정은 이의신청인에게 고지하여야 하고(제6항 제5-2호), 이의신청 사건을 송부받은 항고법원은 단독판사 등이 한 인가처분에 대한 항고 또는 즉시항고로 보아 재판절차를 진행하도록 규정하고 있다(제9항).

이와 같은 관련 규정의 내용을 종합하면, 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 단독판사 등의 ‘인가’는 사법보좌관이 한 처분의 적정성을 확인하는 단독판사 등의 판단행위로서 재판의 한 형식인 ‘결정’으로 하여야 하고, 절차진행의 투명성을 위해 그 인가결정은 이의신청인에게 반드시 고지하여야 한다.

[2] 사법보좌관의 처분(매각허가결정)에 대하여 이의신청하는 취지로 甲이 즉시항고장을 제출하자, 사법보좌관의 소속법원(제1심법원)이 즉시항고장의 우측 상단에 판사의 날인만 하였을 뿐 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호가 정한 단독판사 등의 인가결정 절차 등을 제대로 거치지 않은 채 항고법원인 원심법원에 사건기록을 송부한 사안에서, 즉시항고장의 우측 상단에 아무런 문언의

기재 없이 행하여진 판사의 날인만으로는 사법보좌관이 한 처분에 대한 단독 판사 등의 판단행위로서 사법보좌관규칙 제4조 제6항 제5호에 따른 ‘인가’결정이 있었다고 보기 어렵고, 사건기록을 다시 사법보좌관의 소속법원에 이송하여 적법한 절차를 거치도록 하였어야 하는데도, 사법보좌관의 처분(매각허가결정)을 제1심결정으로 표시하여 甲의 즉시항고를 기각한 원심결정에 법리 오해의 잘못이 있다고 한 사례.

가 사

8 2021. 9. 9. 선고 2021므13293 판결 [친생자관계부존재확인] 1800

생물학적 혈연관계가 없다는 점이 친생부인의 소로써 친생추정을 반복할 수 있게 하는 사유인지 여부(적극) 및 이를 넘어서 처음부터 친생추정이 미치지 않도록 하는 사유인지 여부(소극) / 처가 혼인 중에 포태하였으나 동거의 결여로 처가 부(夫)의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우, 민법 제844조 제1항의 친생추정이 미치는지 여부(소극)

민법은 친생추정 규정을 두면서도 남편에게 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 이는 진실한 혈연관계에 대한 인식을 바탕으로 법률적인 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 남편에게 친생추정을 부인할 수 있는 실질적인 기회를 부여한 것이다. 친생부인의 소가 적법하게 제기되면 부모와 출생한 자녀 사이에 생물학적 혈연관계가 존재하는지가 증명의 대상이 되는 주요사실을 구성한다. 결국 혈연관계가 없음을 알게 되면 친생부인의 소를 제기할 수 있는 제소기간이 진행하고, 실제로 생물학적 혈연관계가 없다는 점은 친생부인의 소로써 친생추정을 반복할 수 있게 하는 사유이다.

이처럼 혈연관계 유무나 그에 대한 인식은 친생부인의 소를 이유 있게 하는 근거 또는 제소기간의 기산점 기준으로써 친생부인의 소를 통해 친생추정을 반복할 수 있도록 하는 사유이다. 이를 넘어서 처음부터 친생추정이 미치지 않도록 하는 사유로서 친생부인의 소를 제기할 필요조차 없도록 하는 요소가 될 수는 없다. 혈연관계가 없다는 점을 친생추정이 미치지 않는 전제사실로 보는 것은 원고적격과 제소기간의 제한을 두고 있는 친생부인의 소의 존재를 무의미하게 만드는 것으로 현행 민법의 해석상 받아들이기 어렵다. 친생부인권을 실질적으로 행사할 수 있는 기회를 부여받았는데도 제소기간이 지나도록 이를 행사하지 않아 더 이상 이를 다룰 수 없게 된 경우 그러한 상태가 남편이 가정생활과 신분

관계에서 누려야 할 인격권, 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 대한 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

다만 친생추정 규정은 부부가 정상적인 혼인생활을 영위하고 있는 경우를 전제로 가정의 평화를 위하여 마련된 것이어서 그 전제사실을 갖추지 않은 경우까지 적용하여 요건이 엄격한 친생부인의 소로써 부인할 수 있도록 하는 것은 제도의 취지에 반하여 진실한 혈연관계에 어긋나는 부자관계를 성립하게 하는 등 부당한 결과를 가져올 수 있다. 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결에서도 이러한 입장이 변경되지 아니하였다.

따라서 민법 제844조 제1항의 친생추정은 반증을 허용하지 않는 강한 추정이므로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동거의 결여로 처가 부(夫)의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에만 그 추정이 미치지 않을 뿐이고, 이러한 예외적인 사유가 없는 한 누구라도 그 자가 부의 친생자가 아님을 주장할 수 없다.

일반행정

9 2021. 9. 9. 선고 2016두36345 판결 (시정명령및과징금납부명령취소) … 1804

- [1] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제26조 제1항 제1호에서 정한 ‘사업자단체의 금지행위’의 성립 요건 및 어떤 공동행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항에서 정한 ‘경쟁제한성’ 및 부당성을 갖는지 판단하는 방법
- [2] 사업자단체의 결의가 구성사업자의 사업 활동에 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 경우, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제26조 제1항 제3호에 규정된 ‘구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위’에 해당하는지 여부(적극)
- [3] 대한민국의 의사를 구성사업자로 하는 甲 사업자단체가 원격의료 및 영리병원 허용정책에 대한 찬반투표를 실시하고 그 결과에 따라 휴업 참여 여부는 소속 회원들이 자율적으로 결정하도록 하여 하루 휴업을 실행하기로 결의하고 회원들에게 이를 통지한 행위에 대하여, 공정거래위원회가 구성사업자인 의사들의 의료서비스 거래를 제한함으로써 부당하게 경쟁을 제한한다는 등의 이유로 시정명령 및 과징금 납부명령을 한 사안에서, 위 행위는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제26조 제1항 제1호, 제3호에서 금지하는 ‘부당하게 경

쟁을 제한하는 행위' 및 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당하지 않는다고 한 사례

[1] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법'이라 한다) 제26조 제1항 제1호가 정한 '사업자단체의 금지행위'는 사업자단체가 부당하게 경쟁을 제한하는 같은 법 제19조 제1항 각호에 규정된 행위를 할 것을 결정하고 사업자단체의 구성원 간에 사업자단체의 의사결정을 준수하여야 한다는 공동인식이 형성됨으로써 성립한다.

어떤 공동행위가 '경쟁제한성'을 가지는지는 당해 상품이나 용역의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴서 개별적으로 판단하여야 한다. 공동행위의 부당성은 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적(제1조) 등에 비추어 당해 공동행위에 의하여 발생될 수 있는 경쟁제한적인 결과와 아울러 당해 공동행위가 경제 전반의 효율성에 미치는 영향 등을 비롯한 구체적 효과 등을 종합적으로 고려하여 인정 여부를 판단하여야 한다.

[2] 원래 사업자단체는 구성사업자의 공동의 이익을 증진하는 것을 목적으로 하는 단체로서, 그 목적 달성을 위하여 단체의 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업 활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것은 예정되어 있으나, 그 결의가 구성사업자의 사업 활동에 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 경우에는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 제3호에 규정된 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당한다.

[3] 대한민국의 의사면허를 취득한 자를 회원으로 의료법에 따라 설립된 甲 사업자단체가 원격의료제 등을 허용하는 내용의 의료법 개정안과 영리병원 허용 정책에 대한 찬반투표를 실시하고 그 결과에 따라 휴업 참여 여부에 관하여는 소속 회원들이 자율적으로 결정하도록 하여 하루 휴업을 실행하기로 결의하고 회원들에게 이를 통지한 행위에 대하여, 공정거래위원회가 구성사업자인 의사들의 의료서비스 거래를 제한함으로써 부당하게 경쟁을 제한하고 휴업하도록 강제하는 방법으로 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기

전의 것, 이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제26조 제1항 제1호, 제3호에 위반된다
 는 이유로 시정명령 및 과징금 납부명령을 한 사안에서, 위 행위가 경쟁제한
 성을 가지려면 휴업 실행 결의에 따라 상호 경쟁관계에 있는 구성사업자들
 사이에서 경쟁이 제한되어 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등
 의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있어야 하는데, 단 하루 동안 휴업
 이 진행되었고 실제 참여율이 높지 않으며 응급실과 중환자실 등 필수 진료
 기관은 휴업에서 제외되는 등 휴업 기간, 참여율, 구체적인 범위와 내용 등에
 비추어 보면 휴업으로 의료소비자의 의료서비스 이용에서의 대체가능성에 영
 향을 미쳤다고 볼 정도에 이르지 않았고 달리 의료서비스의 품질 기타 거래
 조건 등에 영향을 미쳐 의료서비스 시장에서 경쟁제한성이 인정될 정도라고
 단정하기 어려운 점 등을 종합하면, 위 행위가 공정거래법 제26조 제1항 제1
 호 등에서 금지하는 ‘부당하게 경쟁을 제한하는 행위’에 해당한다고 볼 수 없
 고, 甲 사업자단체가 구성사업자들의 투표를 거쳐 휴업을 결의하기는 하였지
 만 구체적인 실행은 구성사업자인 의사들의 자율적 판단에 맡긴 것이어서 사
 업자단체인 甲이 구성사업자들인 의사들의 휴업 여부 판단에 간섭하였다고
 볼 수 없는 등 위 행위가 공정거래법 제26조 제1항 제3호에서 정한 ‘부당한
 제한행위’에 해당하지 않는다고 한 사례.

10 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결〔유족급여및장의비부지급처분
 취소〕 1810

2007년 개정으로 신설된 구 산업재해보상보험법 제37조 제1항을 산업재해보상보
 험법상 ‘업무상의 재해’를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관
 한 증명책임을 근로복지공단에 분배하거나 전환하는 규정으로 볼 수 있는지 여
 부(소극)

[다수의견] 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라 한다)상 보험급여의 지급
 요건, 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전부 개정된 구 산업재해보상보험법(2017.
 10. 24. 법률 제14933호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 산재보험법’이라 한다) 제
 37조 제1항 전체의 내용과 구조, 입법 경위와 입법 취지, 다른 재해보상제도와
 의 관계 등을 고려하면, 2007년 개정으로 신설된 구 산재보험법 제37조 제1항은 산
 재보험법상 ‘업무상의 재해’를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 상당인과관계
 에 관한 증명책임을 근로복지공단(이하 ‘공단’이라 한다)에 분배하거나 전환하는
 규정으로 볼 수 없고, 2007년 개정 이후에도 업무와 재해 사이의 상당인과관계의
 증명책임을 업무상의 재해를 주장하는 근로자 측에게 있다고 보는 것이 타당하
 므로, 기존 판례를 유지하여야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 산재보험법상 업무상 재해의 개념, 보험급여의 지급요건 및 구 산재보험법 제37조 제1항 전체의 내용과 구조를 종합적으로 살펴보면, 구 산재보험법 제37조 제1항에서 말하는 업무상의 재해에 해당하기 위해서는 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하고 이는 보험급여의 지급요건으로서 이를 주장하는 근로자 측에서 증명하여야 한다고 볼 수 있다. 구 산재보험법 제37조 제1항은 본문에서 업무상 재해의 적극적 인정 요건으로 인과관계를 규정하고 단서에서 그 인과관계가 상당인과관계를 의미하는 것으로 규정함으로써, 전체로서 업무상의 재해를 인정하기 위해서는 상당인과관계를 필요로 함을 명시하고 있을 뿐, 상당인과관계의 증명책임을 전환하여 그 부존재에 관한 증명책임을 공단에 분배하는 규정으로 해석되지 아니한다.

(나) 구 산재보험법 제37조 제1항의 입법 경위와 입법 취지, 특히 구 산재보험법 제37조 제1항 단서가 자구 수정과정에서 비로소 추가된 점 등에 비추어 보면, 2007년 개정 당시 구 산재보험법 제37조 제1항의 신설은 노동부령에 위임했던 업무상 재해의 인정기준을 법률에서 유형별로 직접 규정한 다음 구체적인 인정기준은 대통령령으로 정하도록 함으로써 포괄위임 논란을 해소하고, 업무상 재해의 인정 요건으로 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 필요하다는 원칙을 분명하게 하려는 데에 취지가 있었다. 이에서 더 나아가 구 산재보험법 제37조 제1항 단서 규정을 통하여 상당인과관계 증명책임을 전환과 같이 산업재해보상보험제도 운영에 근본적인 변화를 가져올 수 있는 사항의 변경까지 의도하였다고 볼 만한 사정을 찾기 어렵다.

(다) 구 산재보험법 제37조 제1항에 따른 업무상 재해의 인정 요건에 관하여만 공단이 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 부존재를 증명하여야 한다고 해석하는 것은, 산재보험법상 진폐 등에 관한 규정 및 관계 법령들에 따른 재해보상제도의 전반적인 체계와 조화되지 아니하고 입법자가 전혀 예정하지 않았던 상황을 초래하므로 수긍하기 어렵다.

[대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이홍구의 반대의견] 다수의견은 산재보험법 제5조 제1호에서 정한 ‘업무상의 재해’를 주장하는 당사자에게 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 있다는 기존 판례가 타당하다고 한다.

그러나 이러한 태도는 2007년 산재보험법 개정 이전에 형성된 판례를 그대로 따르는 것으로서 2007년 산재보험법 개정으로 신설된 구 산재보험법 제37조 제1항의 의미를 등한시하는 해석이다. 구 산재보험법 제37조 제1항에 따르면, ‘업무상의 재해’의 인정 요건 가운데 본문 각호 각 목에서 정한 업무관련성이나 인과

관계에 대해서는 이를 주장하는 자가 증명하고, 단서에서 정한 ‘상당인과관계의 부존재’에 대해서는 상대방이 증명해야 한다고 보아야 한다. 이것이 법률해석에 관한 일반 원칙에 부합한다. 따라서 ‘업무상의 재해’에 관한 이러한 증명책임 원칙에 반하는 판례는 변경되어야 한다.

조 세

11 2021. 9. 9. 선고 2019두35695 전원합의체 판결 (증여세부과처분취소) … 1843

[1] 조세법률주의 원칙의 의미 / 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것이 조세법률주의 원칙에 위배되는지 여부(적극)

[2] 구 상속세 및 증여세법 시행령 제31조 제6항이 모법인 구 상속세 및 증여세법 제41조 제1항의 규정 취지에 반하고 위임범위를 벗어난 것으로서 무효인지 여부(적극)

[1] 조세법률주의 원칙은 과세요건 등 국민의 납세의무에 관한 사항을 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 하고, 그 법률을 집행하는 경우에도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 행정편의적인 확장해석이나 유추적용을 허용하지 아니함을 뜻한다. 그러므로 법률의 위임 없이 명령 또는 규칙 등 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의 원칙에 위배된다.

[2] 구 상속세 및 증여세법 시행령(2016. 2. 5. 대통령령 제26960호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘2014년 개정 상속세법 시행령’이라 한다) 제31조 제6항은 모법인 구 상속세 및 증여세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘2014년 개정 상속세법’이라 한다) 제41조 제1항의 규정 취지에 반할 뿐만 아니라 그 위임범위를 벗어난 것으로서 무효라고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

(가) 2014년 개정 상속세법 제41조 제1항은 문언의 일부 개정에도 불구하고 개정 전과 마찬가지로 재산의 무상제공 등 특정법인과 거래를 통하여 그 주주 등이 이익을 얻었음을 전제로 하여 그 이익, 즉 ‘주주 등이 보유한 특정법인 주식 등의 가액 증가분’의 정당한 계산방법에 관한 사항만을 대통령령에 위임한 규정이라고 볼 것이다.

(나) 한편 특정법인의 주주 등과 특수관계에 있는 자가 특정법인에 재산을 증여하는 거래를 하였더라도 거래를 전후하여 주주 등이 보유한 주식 등의 가액이 증가하지 않은 경우에는 그로 인하여 주주 등이 얻은 이익이 없으므로 2014년 개정 상증세법 제41조 제1항에 근거하여 증여세를 부과할 수는 없다고 보아야 한다.

(다) 그러나 2014년 개정 상증세법 시행령 조항이 특정법인에 대한 재산의 무상제공 거래 등이 있으면 그 자체로 주주 등이 이익을 얻은 것으로 간주하여 주주 등이 실제로 얻은 이익의 유무나 다과와 무관하게 증여세 납세의무를 부담하도록 정하고 있는 것은 2014년 개정 전 상증세법 시행령 제31조 제6항과 동일하다.

12 2021. 9. 9. 선고 2019두53464 전원합의체 판결 [조정반지정취소처분취소청구] … 1849

법인세법 시행령 제97조의3 제1항, 소득세법 시행령 제131조의3 제1항이 모법인 법인세법 제60조 제9항과 소득세법 제70조 제6항의 위임범위를 벗어나고, 헌법상 직업수행의 자유를 침해하며 평등원칙에 위배되어 무효인지 여부(적극)

[다수의견] 법인세법 제60조 제9항과 소득세법 제70조 제6항(이하 ‘모법 조항’이라 한다)의 문언, 규정 체계 및 취지, 다른 규정과의 관계, 관련 법리를 종합하여 보면, 법인세법 시행령 제97조의3 제1항, 소득세법 시행령 제131조의3 제1항(이하 ‘각 시행령 조항’이라 한다)은 모법인 법인세법 제60조 제9항과 소득세법 제70조 제6항의 위임범위를 벗어나고, 세무사 등록을 한 변호사 또는 이들이 소속된 법무법인의 직업수행의 자유를 부당하게 침해하며 헌법상의 평등원칙에 위배되어 무효이다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 위 각 시행령 조항은 모법 조항이 세무조정계산서 작성 주체로 규정한 세무사 등에게 세무조정 업무를 허용하는 것을 전제로, 모법 조항의 위임 취지에 따라 이들로 구성된 조직으로서 정확한 세무조정계산서 작성에 필요한 전문성과 능력의 정도, 이에 필요한 전문가의 규모 등을 고려하여 ‘조정반’의 요건을 구체화할 것으로 예상할 수 있다. 이와 같은 모법 조항의 위임 목적 및 취지와 달리 모법 조항에서 세무조정 업무를 수행할 수 있는 주체로 규정된 자에 대하여 세무조정 업무수행 자체를 못하게 하거나 그 수행 범위를 제한하는 것은 모법 조항의 위임범위를 벗어난 것으로 보아야 한다.

모법 조항이 시행령에 ‘정확한 세무조정계산서 작성’을 확보할 수 있는 ‘세무사 등으로 구성된 조직’으로서의 조정반에 관한 요건을 정하도록 위임하였고, 세무사 자격을 가진 변호사는 세무조정 업무에 전문성과 능력이 인정되고 법무법

인을 조정반으로 지정하더라도 부적격자의 세무조정 업무 관여로 인한 전문성의 저하가 문제 되지 않을 것임을 고려한다면, 시행령에서 모범 조항에 따라 세무조정 업무의 담당 주체로 규정된 전문 직역으로 구성된 조직 또는 단체 중 변호사로 구성된 법정 단체인 법무법인을 조정반 지정 대상에서 일률적으로 제외하여 결과적으로 법무법인의 구성원이거나 구성원 아닌 소속 변호사를 세무조정 업무에서 전면적으로 배제하는 내용이 규율될 것이라고는 예상할 수 없다.

따라서 위 각 시행령 조항은 모범 조항의 위임범위를 벗어난 것이다.

(나) 세무조정계산서 작성의 정확성을 확보하기에 적합한 전문성과 규모를 가진 조정반에 소속된 세무사 등에 한하여 세무조정 업무를 수행하도록 하는 위 각 시행령 조항의 입법 목적은 정당하다. 그러나 세무사 자격을 부여받아 세무조정 업무를 수행할 수 있는 변호사는 외부세무조정 업무를 수행할 수 있는 다른 전문 직역과 비교하더라도 세무조정 업무를 수행하기에 충분한 전문성과 능력을 가지고 있다. 또한 법무법인에 세무사 자격이 없는 변호사가 구성원이거나 소속되어 있을 가능성이 있다고 하더라도 그중 세무사법상 세무대리 업무를 수행할 수 있는 변호사만이 세무조정 업무에 관여할 수 있다. 따라서 세무조정 업무를 수행할 수 있는 변호사가 구성원으로 되어 있거나 소속된 법무법인을 조정반 지정 대상에서 제외하는 것은 ‘세무조정 업무의 정확성 확보’라는 목적을 달성하는데 적합한 수단이라고 할 수 없다.

따라서 위 각 시행령 조항은 비례의 원칙에 위반되어 세무사법, 법인세법과 소득세법에 따라 세무조정 업무를 수행할 수 있도록 허용된 변호사와 이들이 구성원이거나 소속된 법무법인의 직업수행의 자유를 침해한다.

(다) 위 각 시행령 조항은 세무사 자격이 부여된 변호사와 세무사 또는 공인회계사, 법무법인의 구성원이거나 소속 변호사로서 세무조정 업무를 수행할 수 있는 변호사와 법무법인에 소속되지 않은 변호사, 법무법인과 세무법인, 회계법인을 각각 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙에도 위반된다.

[대법관 김재형의 별개의견] 세무사 자격을 가지고 세무조정 업무를 수행할 수 있는 변호사가 구성원이거나 소속된 법무법인을 조정반 지정 대상에서 제외한 처분이 위법하다는 점에서는 다수의견에 찬성한다. 그러나 위 각 시행령 조항을 무효로 선언할 것이 아니라 법령의 해석·적용을 통하여 위와 같은 법무법인이 조정반 지정 대상에 해당한다는 이유로 처분을 취소하는 것이 타당하다.

형 사

13 2021. 8. 26. 선고 2020도12017 판결〔법정소동·공무집행방해·일반교통방해·집회및시위에관한법률위반〕 1869

법정소동죄 등을 규정한 형법 제138조에서의 ‘법원의 재판’에 ‘헌법재판소의 심판’을 포함시키는 해석이 피고인에게 불리한 확장해석이나 유추해석에 해당하는지 여부(소극)

법원의 재판 또는 국회의 심의를 방해 또는 위협할 목적으로 법정이나 국회의회의장 또는 그 부근에서 모욕 또는 소동한 자를 처벌하는 형법 제138조(이하 ‘본조’라고 한다)의 규정은, 법원 혹은 국회라는 국가기관을 보호하기 위한 것이 아니라 법원의 재판기능 및 국회의 심의기능을 보호하기 위하여 마련된 것으로, 제정 당시 그 입법경위를 살펴보면 행정기관의 일상적인 행정업무와 차별화되는 위각 기능의 중요성 및 신성성에도 불구하고 경찰력 등 자체적 권력집행수단을 갖추지 못한 국가기관의 한계에서 생길 수 있는 재판 및 입법기능에 대한 보호의 흠결을 보완하기 위한 것임을 알 수 있다. 이와 같은 본조의 보호법의 및 입법 취지에 비추어 볼 때 헌법재판소의 헌법재판기능을 본조의 적용대상에서 제외하는 해석이 입법의 의도라고는 보기 어렵다. 본조 제정 당시 헌법재판소가 설치되어 있지 않았고 오히려 당시 헌법재판의 핵심적 부분인 위헌법률심사 기능을 맡은 헌법위원회가 헌법상 법원의 장에 함께 규정되어 있었으며 탄핵심판 기능을 맡은 탄핵재판소 역시 본조의 적용대상인 국회의 장에 함께 규정되어 있었고, 더 나아가 1962년 제3공화국 헌법에서는 위헌법률심사와 정당해산심판 기능이 대법원 관장사항으로 규정되기까지 한 사정도 이를 뒷받침한다. 이는 본조의 적용대상으로 규정한 법원의 ‘재판기능’에 ‘헌법재판기능’이 포함된다고 보는 것이 입법 취지나 문언의 통상적인 의미에 보다 충실한 해석임을 나타낸다.

본조의 ‘법정’의 개념도 재판의 필요에 따라 법원 외의 장소에서 이루어지는 재판의 공간이 이에 해당하는 것과 같이(법원조직법 제56조 제2항) 법원의 사법권 행사에 해당하는 재판작용이 이루어지는 상대적, 기능적 공간 개념을 의미하는 것으로 이해할 수 있으므로, 헌법재판소의 헌법재판이 법정이 아닌 심판정에서 이루어진다는 이유만으로 이에 해당하지 않는다고 볼 수 없다. 오히려 헌법재판소법에서 심판정을 ‘법정’이라고 부르기도 하고, 다른 절차에 대해서는 자체적으로 규정하고 있으면서도 심판정에서의 심판 및 질서유지에 관해서는 법원조직법의 규정을 준용하는 것은(헌법재판소법 제35조) 법원의 법정에서의 재판작용

수행과 헌법재판소의 심판정에서의 헌법재판작용 수행 사이에는 본질적인 차이가 없음을 나타내는 것으로 볼 수 있다.

결국, 본조에서의 법원의 재판에 헌법재판소의 심판이 포함된다고 보는 해석론은 문언이 가지는 가능한 의미의 범위 안에서 그 입법 취지와 목적 등을 고려하여 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적 해석에 해당할 뿐, 피고인에게 불리한 확장해석이나 유추해석이 아니라고 볼 수 있다.

14 2021. 8. 26. 선고 2020도13556 판결〔저작권법위반〕 1873

[1] 편집물이 저작물로서 보호받기 위한 요건으로서 창작성의 정도 / 독창적인 편집방침 내지 편집자의 창조적 개성에 따라 소재를 취사선택하였거나 취사선택된 구체적인 소재가 나름의 편집방식으로 배열·구성된 경우, 편집저작물로서 창작성이 인정되는지 여부(적극) 및 이와 달리 편집저작물로서 창작성을 인정하기 어려운 경우

[2] 편집저작물 저작권자의 저작물과 침해자의 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 판단할 때, 소재의 선택·배열 또는 구성에서 창작적 표현에 해당하는 것만을 대비하여야 하는지 여부(적극) / 편집저작물에 관한 저작권 침해 여부가 문제된 사건에서 저작권자의 저작물 중 일부에 대한 침해 여부가 다투어지는 경우, 저작권 침해 여부를 판단하는 방법 및 이를 담당하는 법원이 취할 조치

[1] 편집물이 저작물로서 보호를 받으려면 일정한 방침 내지 목적을 가지고 소재를 수집·분류·선택하고 배열하여 편집물을 작성하는 행위에 창작성이 있어야 하는바, 그 창작성은 작품이 저자 자신의 작품으로서 남의 것을 복제한 것이 아니라는 것과 최소한도의 창작성이 있는 것을 의미하므로 반드시 작품의 수준이 높아야 하는 것은 아니지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한의 창작성은 있어야 한다. 편집물에 포함된 소재 자체의 창작성과는 별개로 해당 편집물을 작성한 목적, 의도에 따른 독창적인 편집방침 내지 편집자의 학식과 경험 등 창조적 개성에 따라 소재를 취사선택하였거나 그 취사선택된 구체적인 소재가 단순 나열이나 기계적 작업의 범주를 넘어 나름의 편집방식으로 배열·구성된 경우에는 편집저작물로서의 창작성이 인정된다. 편집방침은 독창적이라고 하더라도 그 독창성이 아이디어에 불과하거나 기능상의 유용성에 머무는 경우, 소재의 선택·배열·구성이 진부하거나 통상적인 편집방법에 의한 것이어서 최소한의 창작성이 드러나지 않는 경우, 동일 내지 유사한 목적의 편집물을 작성하고자 하는 자라면 누구나 같거나 유사한 자료를 선택할 수밖에 없고 편집방법에서도 개성이 드

러나지 않는 경우 등에는 편집저작물로서의 창작성을 인정하기 어렵다.

- [2] 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지를 판단할 때에는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 한다. 이는 편집저작물의 경우에도 같으므로, 저작권자의 저작물과 침해자의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지를 판단할 때에도, 소재의 선택·배열 또는 구성에 있어서 창작적 표현에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다. 따라서 편집저작물에 관한 저작권 침해 여부가 문제된 사건에서 저작권자의 저작물 전체가 아니라 그중 일부에 대한 침해 여부가 다투어지는 경우에는, 먼저 침해 여부가 다투어지는 부분을 특정한 뒤 저작물의 종류나 성격 등을 고려하여 저작권자의 저작물 중 침해 여부가 다투어지는 부분이 창작성 있는 표현에 해당하는지, 침해자의 저작물의 해당 부분이 저작권자의 저작물의 해당 부분에 의거하여 작성된 것인지 및 그와 실질적으로 유사한지를 개별적으로 살펴야 하고, 나아가 이용된 창작성 있는 표현 부분이 저작권자의 저작물 전체에서 차지하는 양적·질적 비중 등도 고려하여 저작권 침해 여부를 판단하여야 한다. 그리고 저작권법 위반의 형사사건을 담당하는 법원은 이와 같은 저작권 침해사건의 특성을 고려하여 석명권을 행사하여 검사로 하여금 침해 부분을 명확히 특정하도록 함으로써 피고인의 방어권 행사가 실질적으로 보장될 수 있도록 하여야 한다.

15 2021. 8. 26. 선고 2021도6416 판결 [명예훼손] 1877

- [1] 형법 제310조에서 정한 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’의 의미 및 판단 기준
- [2] 징계 업무 담당 직원인 피고인이 피해자에 대한 징계절차 회부 사실이 기재된 문서를 근무현장 방재실 등의 게시판에 게시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피해자에 대한 징계절차 회부 사실을 공지하는 것이 회사 내부의 원활하고 능률적인 운영의 도모라는 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 명예훼손죄에서의 ‘공공의 이익’에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 형법 제310조에 따라 처벌할 수 없다. 여기서 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 한다. 여기의 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함한다. 적시된 사실이 공공의

이익에 관한 것인지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없다.

- [2] 회사에서 징계 업무를 담당하는 직원인 피고인이 피해자에 대한 징계절차 회부 사실이 기재된 문서를 근무현장 방재실, 기계실, 관리사무실의 각 게시판에 게시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 징계혐의 사실은 징계절차를 거친 다음 확정되는 것이므로 징계절차에 회부되었을 뿐인 단계에서 그 사실을 공개함으로써 피해자의 명예를 훼손하는 경우, 이를 사회적으로 상당한 행위라고 보기는 어려운 점, 피해자에 대한 징계 의결이 있기 전에 징계절차에 회부되었다는 사실이 공개되는 경우 피해자가 입게 되는 피해의 정도는 가볍지 않은 점 등을 종합하면, 피해자에 대한 징계절차 회부 사실을 공지하는 것이 회사 내부의 원활하고 능률적인 운영의 도모라는 공공의 이익에 관한 것으로 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 본 원심판단에 명예훼손죄에서의 ‘공공의 이익’에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

16 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결 [저작권법위반방조] … 1881

- [1] 공중송신권을 침해하는 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지 등에 연결되는 링크를 한 행위가 공중송신권 침해에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 정범이 공중송신권을 침해하는 게시물을 인터넷 웹사이트 서버 등에 업로드하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공한 후 침해 게시물을 서버에서 삭제하는 등으로 게시를 철회하지 않는 경우, 정범의 범죄행위가 방조의 대상이 될 수 있는지 여부(적극) / 공중송신권을 침해하는 게시물인 영상저작물에 연결되는 링크를 자신이 운영하는 사이트에 영리적·계속적으로 게시한 행위가 전송의 방법으로 공중송신권을 침해한 정범의 범죄를 방조한 행위에 해당하는지 여부(적극) / 공중송신권 침해에 대한 방조가 성립하지 않는 경우
- [1] 공중송신권을 침해하는 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지 등(이하 통틀어 ‘침해 게시물 등’이라 한다)에 연결되는 링크를 한 행위라도, 전송권(공중송신권) 침해행위의 구성요건인 ‘전송(공중송신)’에 해당하지 않기 때문에 전송권 침해가 성립하지 않는다. 이는 대법원의 확립된 판례이다.

링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 또는 경로를 나타낸 것에 지나지 않는다. 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 침해 게시물 등에 직접 연결되더라도, 이러한 연결 대상 정보를 전송하는 주체는 이를 인터넷 웹사이트 서버에 업로드하여 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 측이지 그 정보에 연결되는 링크를 설정한 사람이 아니다. 링크는 단지 저작물 등의 전송을 의뢰하는 지시나 의뢰의 준비행위 또는 해당 저작물로 연결되는 통로에 해당할 뿐이므로, 링크를 설정한 행위는 전송에 해당하지 않는다. 따라서 전송권(공중송신권) 침해에 관한 위와 같은 판례는 타당하다.

- [2] [다수의견] (가) 공중송신권 침해의 방조에 관한 종전 판례는 인터넷 이용자가 링크 클릭을 통해 저작자의 공중송신권 등을 침해하는 웹페이지에 직접 연결되더라도 링크를 한 행위가 ‘공중송신권 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없다.’는 이유로, 링크 행위만으로는 공중송신권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다는 법리를 전개하고 있다.

링크는 인터넷 공간을 통한 정보의 자유로운 유통을 활성화하고 표현의 자유를 실현하는 등의 고유한 의미와 사회적 기능을 가진다. 인터넷 등을 이용하는 과정에서 일상적으로 이루어지는 링크 행위에 대해서까지 공중송신권 침해의 방조를 쉽게 인정하는 것은 인터넷 공간에서 표현의 자유나 일반적 행동의 자유를 과도하게 위축시킬 우려가 있어 바람직하지 않다.

그러나 링크 행위가 어떠한 경우에도 공중송신권 침해의 방조행위에 해당하지 않는다는 종전 판례는 방조범의 성립에 관한 일반 법리 등에 비추어 볼 때 재검토할 필요가 있다. 이는 링크 행위를 공중송신권 침해의 방조라고 쉽게 단정해서는 안 된다는 것과는 다른 문제이다.

(나) 정범이 침해 게시물을 인터넷 웹사이트 서버 등에 업로드하여 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하면, 공중에게 침해 게시물을 실제로 송신하지 않더라도 공중송신권 침해는 기수에 이른다. 그런데 정범이 침해 게시물을 서버에서 삭제하는 등으로 게시를 철회하지 않으면 이를 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 가별적인 위법행위가 계속 반복되고 있어 공중송신권 침해의 범죄행위가 종료되지 않았으므로, 그러한 정범의 범죄행위는 방조의 대상이 될 수 있다.

(다) 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공

하는 경우 등과 같이, 링크 행위자가 정범이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도의 링크 행위를 한 경우에는 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄를 용이하게 하므로 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다. 이러한 링크 행위는 정범의 범죄행위가 종료되기 전 단계에서 침해 게시물을 공중의 이용에 제공하는 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 그 구성요건적 결과 발생의 기회를 현실적으로 증대함으로써 정범의 실행행위를 용이하게 하고 공중송신권이라는 법익의 침해를 강화·증대하였다고 평가할 수 있다. 링크 행위자에게 방조의 고의와 정범의 고의도 인정할 수 있다.

(라) 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물로 연결되는 링크를 제공하는 경우 등과 같이, 링크 행위는 그 의도나 양태에 따라서는 공중송신권 침해와 밀접한 관련이 있는 것으로서 그 행위자에게 방조 책임의 귀속을 인정할 수 있다. 이러한 경우 인터넷에서 원활한 정보 교류와 유통을 위한 수단이라는 링크 고유의 사회적 의미는 명목상의 것에 지나지 않는다. 다만 행위자가 링크 대상이 침해 게시물 등이라는 점을 명확하게 인식하지 못한 경우에는 방조가 성립하지 않고, 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 영리적·계속적으로 제공한 정도에 이르지 않은 경우 등과 같이 방조범의 고의 또는 링크 행위와 정범의 범죄 실현 사이의 인과관계가 부정될 수 있거나 법질서 전체의 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖추었다고 볼 수 있는 경우에는 공중송신권 침해에 대한 방조가 성립하지 않을 수 있다.

[대법관 조재연, 대법관 김선수, 대법관 노태악의 반대의견] 다음과 같은 이유로 다수의견에 동의할 수 없다. 첫째, 다수의견은 규제와 처벌의 필요성을 내세워 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 링크 행위를 처벌하고자 형법 총칙상 개념인 방조에 대한 확장해석, 링크 행위 및 방조행위와 정범의 범죄 사이의 인과관계에 관한 확장해석을 통해 형사처벌의 대상을 확대하고 있는데, 이는 형사처벌의 과잉화를 초래하고 사생활 영역의 비범죄화라는 시대적 흐름에 역행하는 것이다. 둘째, 다수의견은 방조범 성립 범위의 확대에 말미암아 초래될 부작용을 축소하고자 영리적·계속적 형태의 링크 행위만을 방조범으로 처벌할 수 있다고 하나, 이는 일반적인 방조범의 성립과 종속성, 죄수 등의 법리에 반하고, 법원으로 하여금 방조범의 성립이 문제 될 때마다 그 성립 요건을 일일이 정해야만 하는 부담

을 지우며, 죄형법정주의 원칙에 따른 법적 안정성과 예측가능성에 커다란 혼란을 가져올 수밖에 없다. 셋째, 저작권 침해물 링크 사이트에서 침해 게시물에 연결되는 링크를 제공하는 링크 행위에 대하여 종전 판례를 변경하여 유죄로 판단할 정당성은 인정되기 어렵다. 비록 저작권 침해물 링크 사이트에서의 영리적·계속적 링크 행위의 폐해가 증가하고 있다고 하더라도 이에 대해서는 입법을 통해 대처하는 것이 바람직하다. 링크 행위의 유형화와 그에 따른 처벌의 필요성 및 근거 조항 마련을 위한 입법 논의가 이루어지고 있는 현시점에서 대법원이 구성요건과 기본 법리를 확장하여 종전에 죄가 되지 않는다고 보았던 행위에 관한 견해를 바꾸어 형사처벌의 범위를 넓히는 것(사실상 소급처벌에 해당한다)은 결코 바람직하지 않다. 충분한 논의를 통해 사회적 합의를 끌어내고, 그에 따른 입법적 결단을 기다려주는 것이 올바른 제도 도입을 위해서도 필요하다. 결론적으로 쟁점에 관한 종전 판례의 견해는 여전히 타당하므로 유지되어야 한다.

17 2021. 9. 9. 선고 2019도5371 판결 [공공기록물관리예관법위반교사·직권 남용권리행사방해·증거인멸교사·정치관여] 1922

2014. 1. 14. 개정된 균형법 제94조 제2항에 따른 10년의 공소시효 기간이 개정 균형법 시행 후에 행해진 정치관여 범죄에만 적용되는지 여부(적극)

2014. 1. 14. 법률 제12232호로 개정되기 전의 균형법 제94조는 ‘정치관여’라는 표제 아래 “정치단체에 가입하거나 연설, 문서 또는 그 밖의 방법으로 정치적 의견을 공표하거나 그 밖의 정치운동을 한 자는 2년 이하의 금고에 처한다.”라고 규정하였다. 2014. 1. 14. 법률 제12232호로 개정된 균형법(이하 ‘개정 균형법’이라 한다) 제94조는 ‘정치관여’라는 표제 아래 제1항에서는 처벌대상이 되는 정치관여 행위를 제1 내지 제6의 각호로 열거하면서 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다고 규정하고, 제2항에서는 “제1항에 규정된 죄에 대한 공소시효의 기간은 군사법원법 제291조 제1항에도 불구하고 10년으로 한다.”라고 규정하고 있다. 위와 같은 법률 개정 전후의 문언에 따르면, 균형법상 정치관여죄는 2014. 1. 14. 자 법률 개정을 통해 구성요건이 세분화되고 법정형이 높아짐으로써 그 실질이 달라졌다고 평가할 수 있고, 공소시효 기간에 관한 특례 규정인 개정 균형법 제94조 제2항은 개정 균형법상의 정치관여죄에 대하여 규정하고 있음이 분명하다. 따라서 개정 균형법 제94조 제2항에 따른 10년의 공소시효 기간은 개정 균형법 시행 후에 행해진 정치관여 범죄에만 적용된다.

18 2021. 9. 9. 선고 2019도16421 판결 [미성년자유인(인정된 죄명: 미성년자약취)] ... 1924

- [1] 미성년자약취죄의 구성요건요소로서 ‘약취’의 의미 및 약취에 해당하는지 판단하는 기준
- [2] 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 행위가 미성년자에 대한 약취죄를 구성하는지 여부(적극)
- [3] 피고인과 甲은 각각 한국과 프랑스에서 따로 살며 이혼소송 중인 부부로서 자녀인 피해아동 乙(만 5세)은 프랑스에서 甲과 함께 생활하였는데, 피고인이 乙을 면접교섭하기 위하여 그를 보호·양육하던 甲으로부터 乙을 인계받아 국내로 데려온 후 면접교섭 기간이 종료하였음에도 乙을 데려다주지 아니한 채 甲과 연락을 두절할 후 법원의 유아인도명령 등에도 불응한 사안에서, 피고인의 행위가 미성년자약취죄의 약취행위에 해당한다고 한 사례
- [1] 형법 제287조의 미성년자약취죄의 구성요건요소로서 약취란 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 구체적 사건에서 어떤 행위가 약취에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다.
- [2] 미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있으므로, 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다.
- [3] 피고인과 甲은 각각 한국과 프랑스에서 따로 살며 이혼소송 중인 부부로서 자녀인 피해아동 乙(만 5세)은 프랑스에서 甲과 함께 생활하였는데, 피고인이 乙을 면접교섭하기 위하여 그를 보호·양육하던 甲으로부터 乙을 인계받아 국내로 데려온 후 면접교섭 기간이 종료하였음에도 乙을 데려다주지 아니한

채 甲과 연락을 두절한 후 법원의 유아인도명령 등에도 불응한 사안에서, 피고인은 乙을 향후 계속하여 보호·양육함으로써 기존의 자유로운 생활 및 보호관계로부터 이탈시켜 자신의 사실상 지배하에 두기 위한 목적으로 乙의 반환을 거부한 것으로 보이는 점, 乙은 당시 만 5세에 불과한 유아였고 乙이 돌아가야 하는 곳은 외국인 프랑스였으므로, 피고인이 작위의무를 이행하여 乙을 데려다주지 않으면 乙 스스로는 자유로운 생활 및 보호관계로부터의 이탈이라는 위협에 대처할 수 있는 능력이 없는 상태였던 점, 피고인은 장기간 프랑스 법원의 양육자 지정 결정뿐 아니라 국내 법원의 양육자 지정 및 유아인도 심판, 그 이행명령, 면접교섭 사전처분 등 각종 결정을 지속적으로 위반한 점 등의 여러 사정을 종합하면, 피고인의 행위는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 乙을 그 의사와 복리에 반하여 자유로운 생활 및 보호관계로부터 이탈시켜 자기의 사실상 지배하에 옹기 적극적 행위와 형법적으로 같은 정도의 행위로 평가할 수 있으므로 형법 제287조 미성년자약취죄의 약취행위에 해당한다고 한 사례.

19 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결 [폭력행위등처벌에관한법률위반(공동재물손괴등)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동상해)] 1930

- [1] 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지하였는데 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어간 경우, 주거침입죄가 성립하는지 여부(소극) 및 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 마찬가지인지 여부(적극) / 이때 그 공동거주자의 승낙을 받아 공동생활의 장소에 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용행위가 전체적으로 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우, 그 외부인에 대하여 주거침입죄가 성립하는지 여부(소극)
- [2] 피고인 甲은 처(妻) 乙과의 불화로 인해 乙과 공동생활을 영위하던 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나왔는데, 그 후 자신의 부모인 피고인 丙, 丁과 함께 아파트에 찾아가 출입문을 열 것을 요구하였으나 乙은 외출한 상태로 乙의 동생인 戊가 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸어 문을 열어 주지 않자 공동하여 걸쇠를 손괴한 후 아파트에 침입하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)으로 기소된 사안에서, 아파트에 대한 공동거주자의

지위를 계속 유지하고 있던 피고인 甲에게 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 없고, 피고인 丙, 丁에 대하여도 같은 범 위반(공동주거침입)죄가 성립하지 않는다고 한 사례

- [1] [다수의견] (가) 형법은 제319조 제1항에서 ‘사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자’를 주거침입죄로 처벌한다고 규정하고 있는바, 주거침입죄는 주거에 거주하는 거주자, 건조물이나 선박, 항공기의 관리자, 방실의 점유자 이외의 사람이 위 주거, 건조물, 선박이나 항공기, 방실(이하 ‘주거 등’이라 한다)에 침입한 경우에 성립한다. 따라서 주거침입죄의 객체는 행위자 이외의 사람, 즉 ‘타인’이 거주하는 주거 등이라고 할 것이므로 행위자 자신이 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄를 구성하지 않는다. 다만 다른 사람과 공동으로 주거에 거주하거나 건조물을 관리하던 사람이 공동생활관계에서 이탈하거나 주거 등에 대한 사실상의 지배·관리를 상실한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 주거침입죄가 성립할 수 있을 뿐이다.

(나) 주거침입죄가 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 이상, 공동주거에서 생활하는 공동거주자 개개인은 각자 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있다고 할 것이다. 그런데 공동거주자 각자는 특별한 사정이 없는 한 공동주거관계의 취지 및 특성에 맞추어 공동주거 중 공동생활의 장소로 설정한 부분에 출입하여 공동의 공간을 이용할 수 있는 것과 같은 이유로, 다른 공동거주자가 이에 출입하여 이용하는 것을 용인할 수인의무도 있다. 그것이 공동거주자가 공동주거를 이용하는 보편적인 모습이기도 하다. 이처럼 공동거주자 각자가 공동생활의 장소에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익은 공동거주자 상호 간의 관계로 인하여 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 이러한 사정에 대한 상호 용인하에 공동주거관계를 형성하기로 하였다고 보아야 한다. 따라서 공동거주자 상호 간에는 특별한 사정이 없는 한 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 자유로이 출입하고 이를 이용하는 것을 금지할 수 없다.

공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우, 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 이는 사전 양해된 공동주거의 취지 및 특성에 맞추어 공동생활의 장소를 이용하기 위한 방편에 불과할 뿐, 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침

해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다. 설령 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 그러한 행위 자체를 처벌하는 별도의 규정에 따라 처벌될 수 있음은 별론으로 하고, 주거침입죄가 성립하지 아니함은 마찬가지이다.

(다) 공동거주자 각자가 상호 용인한 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 내용과 범위는 공동주거의 형태와 성질, 공동주거를 형성하게 된 경위 등에 따라 개별적·구체적으로 살펴보아야 한다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 공동생활 장소의 출입 및 이용행위가 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우에는 이러한 외부인의 행위는 전체적으로 그 공동거주자의 행위와 동일하게 평가할 수 있다. 따라서 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지하고, 이에 대하여 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 들어가는 과정에서 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 주거침입죄가 성립하지 않는 경우로서, 그 공동거주자의 승낙을 받아 공동생활의 장소에 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용행위가 전체적으로 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우라면, 이를 금지하는 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤음에도 불구하고 그 외부인에 대하여도 역시 주거침입죄가 성립하지 않는다고 봄이 타당하다.

[대법관 이기택의 별개의견] (가) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결의 법리에 따라 살펴본다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입의 의미가 ‘거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것’을 의미하고, 이에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다.

하지만 침입에 해당하는지 여부는 기본적으로 거주자의 의사해석의 문제이다. 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하는 것으로 해석된다.

(나) 행위자의 출입이 거주자의 의사에 반하는지는 출입 당시의 객관적 사정을 구체적으로 고려하여 거주자의 진정한 의사를 합리적으로 해석하여 판단하여야 한다. 거주자의 의사에 반하는지는 외부적으로 드러난 의사를 기준

으로 판단하는 것이 원칙이라고 할 것이나, 그 외 출입 당시의 상황 등 구체적인 사실관계에 따라 달리 판단될 수 있는 경우가 있을 수 있다. 결국 거주자의 의사에 반하는지에 관한 해석은 사실인정의 영역이라고 할 것이다.

(다) 거주자가 명시적으로 출입금지의 의사를 표시한 경우 그러한 출입금지의 의사에 반하여 주거에 들어간 경우에는 대체로 침입에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

한편 거주자의 출입금지에 관한 의사에는 그 이유가 있기 마련이다. 거주자의 의사에 반하는지를 판단함에 있어서도 거주자가 출입을 금지한 이유를 알아야 비로소 그 진정한 의사가 확인되는 경우가 있다. 이러한 경우 단순히 외부적으로 표시한 출입금지의 의사를 기준으로 하여 거주자의 의사에 반하는 것이라고 해석할 경우 부당한 결론에 이르게 되는 경우가 있을 수 있다. 이렇게 되면 주거침입죄의 가벌성의 범위가 부당하게 넓어질 수 있다. 그만큼 거주자의 의사에 반하는지를 판단함에 있어 거주자의 진정한 의사가 중요한 이유이다.

거주자가 명시적으로 출입금지의 의사를 표시하였더라도 그러한 의사에 전제나 배경이 있는 경우가 있을 수 있다. 가령 거주자가 출입이 허용되는 신분이나 자격을 전제로 출입 허용 여부를 정한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 경우에는 출입이 허용되는 신분이나 자격이 있는 사람이 출입한 경우에는 침입이라고 볼 수 없으나 출입이 허용되지 않는 신분이나 출입 자격이 없는 경우에는 침입이라고 볼 수 있다.

[대법관 조재연, 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 반대의견] (가) 대법원은 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결로 주거침입죄의 보호범위가 ‘주거권’이 아니고 ‘사실상 주거의 평온’이라는 점을 재확인하였다. 이는 공동주거의 경우에도 동일하다.

(나) 주거 내에 현재하는 공동거주자가 출입을 금지하였는데도 불구하고 폭력적인 방법 또는 비정상적인 경로로 공동주거에 출입한 경우는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 내에 현재하는 공동거주자의 평온상태를 명백히 해치는 것이어서 침입행위에 해당하므로 주거침입죄가 성립한다. 그러한 주거침입행위자가 스스로 집을 나간 공동거주자이거나, 그 공동거주자로부터 승낙을 받은 외부인이라 하여도 마찬가지이다.

(다) 다수의견은 행위자가 공동으로 거주하거나 관리 또는 점유하는 주거 등에 다른 공동거주자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 출입하더라

도 주거침입죄를 구성하지 않는다고 하나, 찬성할 수 없다.

- [2] 피고인 甲은 처(妻) 乙과의 불화로 인해 乙과 공동생활을 영위하던 아파트에서 짐 일부를 챙겨 나왔는데, 그 후 자신의 부모인 피고인 丙, 丁과 함께 아파트에 찾아가 출입문을 열 것을 요구하였으나 乙은 외출한 상태로 乙의 동생인 戊가 출입문에 설치된 체인형 걸쇠를 걸어 “언니가 귀가하면 오라.”며 문을 열어 주지 않자 공동하여 걸쇠를 손괴한 후 아파트에 침입하였다고 하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)으로 기소된 사안에서, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 甲이 아파트에서의 공동생활관계에서 이탈하였다거나 그에 대한 지배·관리를 상실하였다고 보기 어렵고, 공동거주자인 乙이나 그로부터 출입관리를 위탁받은 戊가 공동거주자인 피고인 甲의 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 인정되지 않으므로, 아파트에 대한 공동거주자의 지위를 계속 유지하고 있던 피고인 甲이 아파트에 출입하는 과정에서 정당한 이유 없이 이를 금지하는 戊의 조치에 대하여 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사하였다고 하여 주거침입죄가 성립한다고 볼 수 없고, 한편 피고인 丙, 丁은 공동거주자이자 아들인 피고인 甲의 공동주거인 아파트에 출입함에 있어 戊의 정당한 이유 없는 출입금지 조치에 대하여 아파트에 출입하는 데에 가담한 것으로 볼 수 있고, 그 과정에서 피고인 甲이 걸쇠를 손괴하는 등 물리력을 행사하고 피고인 丙도 이에 가담함으로써 공동으로 재물손괴 범죄를 저질렀으나 피고인 丙의 행위는 그 실질에 있어 피고인 甲의 행위에 편승, 가담한 것에 불과하므로, 피고인 丙, 丁이 아파트에 출입한 행위 자체는 전체적으로 공동거주자인 피고인 甲이 아파트에 출입하고 이를 이용하는 행위의 일환이자 이에 수반되어 이루어진 것에 해당한다고 평가할 수 있어 피고인 丙, 丁에 대하여도 같은 법 위반(공동주거침입)죄가 성립하지 않는다고 한 사례.

20 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결〔주거침입〕…………… 1970

- [1] 외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어갔으나 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우, 주거침입죄가 성립하는지 여부(소극)
- [2] 피고인이 甲의 부재중에 甲의 처(妻) 乙과 혼외 성관계를 가질 목적으로 乙이 열어 준 현관 출입문을 통하여 甲과 乙이 공동으로 거주하는 아파트에 들어간 사안에서, 피고인이 乙로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어갔으므로 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로

주거에 들어간 것이 아니어서 주거에 침입한 것으로 볼 수 없고, 피고인의 주거 출입이 부재중인 甲의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다고 한 사례

- [1] [다수의견] 외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 주거침입죄의 보호법익은 사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온, 즉 ‘사실상 주거의 평온’으로서, 주거를 점유할 법적 권한이 없더라도 사실상의 권한이 있는 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태를 말한다. 외부인이 무단으로 주거에 출입하게 되면 이러한 사실상 주거의 평온이 깨어지는 것이다. 이러한 보호법익은 주거를 점유하는 사실상태를 바탕으로 발생하는 것으로서 사실적 성질을 가진다.

한편 공동주거의 경우에는 여러 사람이 하나의 생활공간에서 거주하는 성질에 비추어 공동거주자 각자는 다른 거주자와의 관계로 인하여 주거에서 누리는 사실상 주거의 평온이라는 법익이 일정 부분 제약될 수밖에 없고, 공동거주자는 공동주거관계를 형성하면서 이러한 사정을 서로 용인하였다고 보아야 한다.

부재중인 일부 공동거주자에 대하여 주거침입죄가 성립하는지를 판단할 때에도 이러한 주거침입죄의 보호법익의 내용과 성질, 공동주거관계의 특성을 고려하여야 한다. 공동거주자 개개인은 각자 사실상 주거의 평온을 누릴 수 있으므로 어느 거주자가 부재중이라고 하더라도 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 들어가거나 그 거주자가 독자적으로 사용하는 공간에 들어간 경우에는 그 거주자의 사실상 주거의 평온을 침해하는 결과를 가져올 수 있다. 그러나 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 들어갔다면, 설령 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다고 하더라도 주거침입죄의 보호법익인 사실상 주거의 평온을 깨트렸다고 볼 수는 없다. 만일 외부인의 출입에 대하여 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자의 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 들어갔음에도 불구하고 그것이 부재중인 다른 거주자의 의사에 반하는 것으로 추정된다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 주거침입죄를 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이 되어 주거

침입죄가 보호하고자 하는 법익의 범위를 넘어서게 되고, ‘평온의 침해’ 내용이 주관화·관념화되며, 출입 당시 현실적으로 존재하지 않는, 부재중인 거주자의 추정적 의사에 따라 주거침입죄의 성립 여부가 좌우되어 범죄 성립 여부가 명확하지 않고 가벌성의 범위가 지나치게 넓어지게 되어 부당한 결과를 가져오게 된다.

(나) 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 한다. 따라서 침입이란 ‘거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것’을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하는 것이겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수는 없다.

외부인이 공동거주자 중 주거 내에 현재하는 거주자로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이라고 볼 수 없으므로 주거침입죄에서 규정하고 있는 침입행위에 해당하지 않는다.

[대법관 김재형의 별개의견] (가) 주거침입죄의 보호법익은 주거권이다. 주거침입죄가 주거의 평온을 보호하기 위한 것이라고 해서 그 보호법익을 주거권으로 파악하는 데 장애가 되지 않는다. 주거침입죄의 보호법익에 관하여 대법원판결에서 ‘사실상 주거의 평온’이라는 표현을 사용한 사안들은 그 보호법익을 주거권으로 보더라도 사안의 해결에 영향이 없다.

(나) 주거침입죄에서 말하는 침입은 이른바 의사침해설에 따라 ‘거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것’이라고 본 판례가 타당하다.

(다) 동등한 권한이 있는 공동주거권자 중 한 사람의 승낙을 받고 주거에 들어간 경우에는 어느 한쪽의 의사나 권리를 우선시킬 수 없어 원칙적으로 주거침입죄가 성립하지 않는다. 다른 공동주거권자의 의사에 반한다고 해서 형법 제319조 제1항이 정한 침입에 해당하는 것으로 보아 주거침입죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의가 정한 명확성의 원칙이나 형법의 보충성 원칙에 반할 수 있다. 평온한 방법으로 주거에 들어갔는지 여부가 주거침입죄의 성립 여부를 판단하는 기준이라고 볼 근거도 없다.

(라) 부부인 공동주거권자 중 남편의 부재중에 아내의 승낙을 받아 혼외 성

관계를 가질 목적으로 주거에 들어갔다고 해서 주거침입죄로 처벌할 수 없다. 주거침입죄는 목적범이 아닌 데다가 현재 혼외 성관계는 형사처벌의 대상이 아니기 때문에 이러한 목적의 유무에 따라 주거침입죄의 성립이 좌우된다고 볼 수 없다.

[대법관 안철상의 별개의견] 외부인이 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받아 공동주거에 출입한 경우에는 그것이 다른 거주자의 의사에 반하더라도 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄가 성립하지 않는다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따른 외부인의 공동주거 출입행위 그 자체는 외부인의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동주거의 이용행위 내지 이에 수반되는 행위에 해당한다고 할 것이고, 다른 거주자는 외부인의 출입이 그의 의사에 반하더라도 여러 사람이 함께 거주함으로써 사생활이 제약될 수밖에 없는 공동주거의 특성에 비추어 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 출입을 용인하여야 하기 때문이다. 즉, 공동거주자 중 한 사람이 다른 거주자의 의사에 반하여 공동주거에 출입하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는 것과 마찬가지로, 공동거주자 중 한 사람의 승낙에 따라 공동주거에 출입한 외부인이 다른 거주자의 의사에 반하여 공동주거에 출입하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다.

[대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견] 공동거주자 중 한 사람의 부재 중에 주거 내에 현재하는 다른 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어간 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부는 부재중인 거주자가 만일 그 자리에 있었다면 피고인의 출입을 거부하였을 것이 명백한지 여부에 따라야 한다. 즉, 부재중인 거주자가 그 자리에 있었다면 피고인의 출입을 거부하였을 것이 명백한 경우에는 주거침입죄가 성립하고, 그렇지 않을 경우에는 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 주거침입죄는 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 경우에 성립한다. 주거침입죄는 사람의 주거에 침입한 경우, 즉 거주자 외의 사람이 거주자의 승낙 없이 무단으로 주거에 출입하는 경우에 성립하는 것이다. 거주자는 주거에 대한 출입이 자신의 의사대로 통제되고 지배·관리되어야 주거 내에서 평온을 누릴 수 있다. 이러한 점에서 주거침입죄의 보호법익인 ‘사실상 주거의 평온’은 ‘법익의 귀속주체인 거주자의 주거에 대한 지배·관리, 즉 주거에 대한 출입의 통제가 자유롭게 유지되는 상태’를 말한다고 할 것이다. 이러한 주거에 대한 지배·관리 내지 출입통제의 방식은 거주자의 의사 및 의사표명을 통하여 이루어지게 된다. 따라서 주거침입죄에 있어 침입은 ‘거주자의

의사에 반하여 주거에 들어가는 것'이라고 해석하여야 한다.

(나) 부재중인 거주자의 경우에도 그의 '사실상 주거의 평온'이라는 법익은 보호되므로 그의 법익이 침해된 경우에는 주거침입죄가 성립한다.

(다) 공동주거에 있어서도 외부인의 출입이 공동거주자 중 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 그 거주자에 대한 관계에서 사실상 주거의 평온이 깨어졌다고 보아 주거침입죄의 성립을 인정하는 것이 주거침입죄의 법적 성질과 보호법익의 실체에 부합하는 해석이다.

(라) 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에 해당하는지에 대한 판단은 우리 사회에서 건전한 상식을 가지고 있는 일반 국민의 의사를 기준으로 객관적으로 하고 그에 관한 증명책임은 검사가 부담하므로, 외부인의 출입이 부재중인 거주자의 의사에 반하는 것이 명백한 경우에는 주거침입죄가 성립한다고 보더라도 처벌 범위가 확장되는 것이 아니다.

[2] 피고인이 甲의 부재중에 甲의 처(妻) 乙과 혼외 성관계를 가질 목적으로 乙이 열어 준 현관 출입문을 통하여 甲과 乙이 공동으로 거주하는 아파트에 3회에 걸쳐 들어간 사안에서, 피고인이 乙로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어갔으므로 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이 아니어서 주거에 침입한 것으로 볼 수 없고, 설령 피고인의 주거 출입이 부재중인 甲의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 그것이 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하는 주거침입죄의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다는 이유로, 같은 취지에서 피고인에게 무죄를 선고한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.