



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2021년 11월 1일

제621호

## 민사

1 2021. 9. 15. 선고 2017다282698 판결 [이행확약금청구의소] ..... 2029

[1] 이익보장약속에 의한 부당권유행위를 금지하는 구 간접투자자산 운용업법 제 144조의11 제2항 제2호와 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제272조 제 6항 제2호가 강행규정인지 여부(적극) 및 이에 위배되는 이익보장약속의 효력 (무효) / 사모투자전문회사의 업무집행사원이 관여하여 체결된 약정이 실질적 으로는 이익보장약속에서 정한 이익을 투자자에게 제공하기 위한 것인 경우, 위 약정의 효력(무효)

[2] 구 간접투자자산 운용업법 제144조의11 제2항 제2호와 구 자본시장과 금융투 자업에 관한 법률 제272조 제6항 제2호에서 금지하는 이익보장약속에 의한 부당권유행위나 그 일부를 이루는 이익보장약속의 주체(=사모투자전문회사의 업무집행사원) / 사모투자전문회사의 유한책임사원 등 제3자가 업무집행사원 과의 협의하에 투자자에게 이익보장약속을 하고 업무집행사원이 이를 이용하 여 투자를 권유한 경우, 위 금지규정에 위배되는지 여부(적극) / 통상적으로 이익보장약속의 상대방이 되는 투자자(=사모투자전문회사의 유한책임사원) 및 사실상 특정 사모투자전문회사의 유한책임사원과 유사한 지위에 있는 자 도 이익보장약속의 상대방이 될 수 있는지 여부(적극)

[1] 구 간접투자자산 운용업법(2009. 2. 4. 시행된 법률 제8635호 자본시장과 금융 투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 ‘구 간접투자법’이라고 한다) 제144조의11 제2항 제2호와 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2015. 7. 24. 법률 제13448호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자본시장법’이라고 한다) 제272조 제6항 제2호는 사모투자전문회사의 업무집행사원(법인이 업무집행사

원인 경우에는 법인의 임직원을 포함한다)이 ‘원금 또는 일정한 이익의 보장을 약속하는 등의 방법’(이하 ‘이익보장약속’이라고 한다)으로 사원이 될 것을 부당하게 권유하는 행위를 금지하고(이하 ‘금지규정’이라고 한다), 구 간접투자법 제184조 제27호와 구 자본시장법 제446조 제47호는 위 금지규정을 위반한 자를 형사처벌하도록 규정하고 있다. 구 간접투자법과 구 자본시장법이 위 금지규정을 두어 이익보장약속에 의한 부당권유행위를 금지한 것은, 사모투자전문회사가 투자를 권유하면서 투자자에게 원금 또는 일정한 이익의 보장을 약속하게 되면, 실질적으로 대여 목적의 자금을 모집하게 되어 간접투자자와 집합투자의 활성화라는 사모투자전문회사 제도의 본질을 훼손하고, 또한 사모투자전문회사나 그 업무집행사원이 그 약속을 이행하기 위하여 부득이 불건전한 거래 또는 변칙적인 거래를 할 우려가 있을 뿐만 아니라, 간접투자자와 집합투자에 따른 수익의 배분과 괴리된 고정적인 이익 배분을 기대한 투자자의 안이한 투자판단을 초래하고 그 결과 투자 대상 기업의 수익 가치에 대한 일반 투자자 및 시장의 평가나 투자에 대한 위험 부담 없이 자금 모집이 이루어지게 되어 간접투자자와 집합투자에 관한 공정한 거래질서의 왜곡을 가져올 위험성이 발생하기 때문이다. 이와 같은 위 금지규정의 내용과 취지, 체계 등에 비추어 보면, 위 금지규정은 강행규정에 해당하므로 위 금지규정에 위배되는 이익보장약속은 무효이다. 나아가 사모투자전문회사의 업무집행사원이 관여하여 체결된 약정이 실질적으로는 무효인 이익보장약속에서 정한 이익을 투자자에게 제공하기 위한 것인 경우 이러한 약정은 위 금지규정의 적용을 배제하거나 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효이다.

- [2] 구 간접투자자산 운용업법(2009. 2. 4. 시행된 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제144조의11 제2항 제2호와 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2015. 7. 24. 법률 제13448호로 개정되기 전의 것) 제272조 제6항 제2호(이하 ‘금지규정’이라고 한다)의 문언상 특별한 사정이 없는 한 이익보장약속에 의한 부당권유행위나 그 일부를 이루는 이익보장약속의 주체는 업무집행사원이고, 사모투자전문회사의 유한책임사원 등의 제3자가 업무집행사원과 별도로 투자자에게 이익보장약속을 하였다 하더라도 그 사정만을 가지고 위 금지규정을 위반하였다고 할 수는 없다. 다만 제3자가 업무집행사원과의 협의하에 투자자에게 이익보장약속을 하고, 업무집행사원이 이를 이용하여 투자를 권유하였다면 이 또한 위 금지규정에 위배된다. 그리고 이익보장약속의 상대방이 되는 투자자는 그 자신이 사모투자전문회사의 유한책임사원인 경우가 통상적이지만, 그 외에도 특정 사모투자전문회사

의 유한책임사원이 되고자 하는 자가 투자금을 조달하기 위하여 구성된 익명 조합에 출자한 익명조합원과 같이 사실상 특정 사모투자전문회사의 유한책임 사원과 유사한 지위에 있는 자도 이익보장약속의 상대방이 될 수 있다.

**2** 2021. 9. 15. 선고 2021다224446 판결 [배당이의] ..... 2033

상속채권자가 상속 승인, 포기 등으로 상속관계가 확정되지 않은 동안 상속인을 상대로 상속재산에 관한 가압류결정을 받아 이를 집행할 수 있는지 여부(적극) 및 그 후 상속인이 상속포기로 인하여 상속인의 지위를 소급하여 상실한다고 하더라도 이미 발생한 가압류의 효력에 영향을 미치는지 여부(소극) / 이때 상속채권자가 중국적으로 상속인이 된 사람 또는 상속재산관리인을 채무자로 한 상속재산에 대한 경매절차에서 적법하게 배당을 받을 수 있는지 여부(적극)

상속인은 상속개시된 때부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(민법 제1005조 본문). 다만 상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있고(민법 제1019조 제1항 본문), 상속의 포기는 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(민법 제1042조).

상속인은 상속포기를 할 때까지는 그 고유재산에 대하는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리하여야 한다(민법 제1022조). 상속인이 상속을 포기할 때에는 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 가정법원에 포기의 신고를 하여야 하고(민법 제1041조), 상속포기는 가정법원이 상속인의 포기신고를 수리하는 심판을 하여 이를 당사자에게 고지한 때에 효력이 발생하므로, 상속인은 가정법원의 상속포기신고 수리 심판을 고지받을 때까지 민법 제1022조에 따른 상속재산 관리의무를 부담한다.

이와 같이 상속인은 아직 상속 승인, 포기 등으로 상속관계가 확정되지 않은 동안에도 잠정적으로나마 피상속인의 재산을 당연 취득하고 상속재산을 관리할 의무가 있으므로, 상속채권자는 그 기간 동안 상속인을 상대로 상속재산에 관한 가압류결정을 받아 이를 집행할 수 있다. 그 후 상속인이 상속포기로 인하여 상속인의 지위를 소급하여 상실한다고 하더라도 이미 발생한 가압류의 효력에 영향을 미치지 않는다. 따라서 위 상속채권자는 중국적으로 상속인이 된 사람 또는 민법 제1053조에 따라 선임된 상속재산관리인을 채무자로 한 상속재산에 대한 경매절차에서 가압류채권자로서 적법하게 배당을 받을 수 있다.

**3** 2021. 9. 16. 선고 2016다260882 판결 [관리비] ..... 2036

[1] 규약에서 집합건물의 관리단이 전유부분 관리비를 구분소유자로부터 징수할 수 있도록 정한 경우, 관리단이 구분소유자에게 전유부분의 관리비를 청구할 수 있는지 여부(적극)

- [2] 관리비징수에 관한 유효한 규약이 없더라도 집합건물의 관리단이 공용부분에 대한 관리비를 그 부담의무자인 구분소유자에게 청구할 수 있는지 여부(적극) / 이러한 법리는 무효인 관리인 선임 결의에 의하여 관리인으로 선임된 자가 집합건물에 관하여 사실상의 관리행위를 한 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
- [1] 집합건물의 공용부분과 달리 전유부분은 구분소유자가 직접 관리하는 것이 원칙이므로 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률은 관리단에게 전유부분 관리비의 징수권한을 부여하고 있지 않다. 그러나 규약에서 관리단이 전유부분 관리비를 구분소유자로부터 징수할 수 있도록 정하였다면 관리단은 규약에 따라 구분소유자에게 전유부분의 관리비를 청구할 수 있다.
- [2] 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라고 한다) 제17조는 “각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담한다.”라고 정하고, 구 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(2020. 2. 4. 법률 제16919호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 집합건물법’이라고 한다) 제25조 제1항은 “관리인은 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위와 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위를 할 권한과 의무를 가진다.”라고 정하고 있다. 이에 의하면 집합건물법상 관리단은 관리비징수에 관한 유효한 규약이 있으면 그에 따라, 유효한 규약이 없더라도 구 집합건물법 제25조 제1항 등에 따라 적어도 공용부분에 대한 관리비에 대하여는 이를 그 부담의무자인 구분소유자에 대하여 청구할 수 있다. 이러한 법리는 무효인 관리인 선임 결의에 의하여 관리인으로 선임된 자가 집합건물에 관하여 사실상의 관리행위를 한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

**4** 2021. 9. 16. 선고 2017다271834, 271841 판결 (분묘기지권확인등·토지임료(지료)) ..... 2040

- [1] 분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자가 아닌 다른 사람의 소유인 경우, 토지 소유자가 분묘의 설치를 승낙한 때 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 하는지 여부(적극) 및 위 분묘기지권 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정한 경우, 그 약정의 효력이 분묘 기지의 승계인에 미치는지 여부(적극)
- [2] 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우, 분묘기지권이 성립한 때부터 분묘 기지에 대한 지료 지급의무를 지는지 여부(원칙적 적극)

- [1] 분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘 수호·관리권자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 관하여 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 한다. 이와 같이 승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다.
- [2] 자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우, 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 지료를 지급할 의무가 있다.

**5** 2021. 9. 16. 선고 2018다38607 판결〔손해배상(기)〕 ..... 2043

집합건물의 관리단 등 관리주체가 단전조치를 하기 위한 요건 / 단전조치에 관하여 법령이나 규약 등에 근거가 없거나 규약이 무효로 밝혀졌다고 하더라도 단전조치가 위법하지 않은 경우

집합건물의 관리단 등 관리주체가 단전조치를 하기 위해서는 법령이나 규약 등에 근거가 있어야 하고, 단전조치의 경위, 동기와 목적, 수단과 방법, 입주자가 입게 된 피해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있어야 한다.

단전조치에 관하여 법령이나 규약 등에 근거가 없거나 규약이 무효로 밝혀진 경우 단전조치는 원칙적으로 위법하다. 다만 관리주체나 구분소유자 등이 규약을 유효한 것으로 믿고 규약에 따라 집합건물을 관리하였는지, 단전조치를 하지 않으면 집합건물의 존립과 운영에 심각한 지장을 초래하는지, 구분소유자 등을 보호할 가치가 있는지 등을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 인정할 만한 특별한 사정이 있다면 단전조치가 위법하지 않다.

**6** 2021. 9. 16. 선고 2021다200914, 200921 판결〔건물등철거·소유권이전등기〕 .... 2046

- [1] 당사자가 예상하지 못한 법률적 관점에 대한 법원의 석명 또는 지적의무
- [2] 甲이 자신이 소유하는 토지상에 있는 건물의 소유자인 乙을 상대로 건물의 철거와 부지 부분의 인도를 구하였는데, 원심법원이 甲과 乙의 조부인 丙이 당시 甲의 아버지인 丁 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있던 위 토지 등을 아들들에게 유증하는 내용의 인증서에 따라 乙의 아버지인 戊가 건물 부지 부분을 유증받았고, 戊로부터 건물과 부지 부분을 증여받은 乙은 戊를 대위하여 丁의 상속인인 甲에게 부지 부분에 관한 소유권이전등기절차의 이행을

구할 수 있으므로 甲의 청구가 신의성실의 원칙에 위반되어 허용될 수 없다고 한 사안에서, 乙이 戊를 대위하여 甲에게 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있음을 전제로 신의칙 위반 주장을 한 적이 없는 데도, 이와 관련하여 당사자들에게 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사하지 아니한 채 甲의 청구가 신의성실의 원칙에 위반된다고 본 원심판단에 석명 의무 위반의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 같은 조 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 그러므로 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 증명하지 아니한 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것은 석명 의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 위법을 범한 것이 된다.
- [2] 甲이 자신이 소유하는 토지상에 있는 건물의 소유자인 乙을 상대로 건물의 철거와 부지 부분의 인도를 구하였는데, 원심법원이 甲과 乙의 조부인 丙이 당시 甲의 아버지인 丁 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있던 위 토지 등을 아들들에게 유증하는 내용의 인증서에 따라 乙의 아버지인 戊가 건물 부지 부분을 유증받았고, 戊로부터 건물과 부지 부분을 증여받은 乙은 戊를 대위하여 丁의 상속인인 甲에게 부지 부분에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있으므로 甲의 청구가 신의성실의 원칙에 위반되어 허용될 수 없다고 한 사안에서, 토지 소유권에 근거한 甲의 건물 철거 및 부지 부분 인도 청구에 대하여 乙이 戊를 대위하여 甲에게 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있음을 전제로 신의칙 위반 주장을 한 적이 없으므로, 甲도 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구권의 존재에 대해서는 제대로 다툴 수가 없었는데도, 인증서 기재에 유증의 효력이 인정되는지 여부, 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구권의 존부 등에 관하여 당사자들에게 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사하지 아니한 채 丙이 인증서에 의하여 戊에게 건물 부지 부분을 유증하였다고 인정하

고, 그에 따라 丁이 戊에게 부담하던 소유권이전등기의무를 상속인인 甲이 부담하게 되었으므로 甲의 청구는 신의성실의 원칙에 위반된다고 본 원심판단에 석명의무 위반의 잘못이 있다고 한 사례.

7 2021. 9. 16. 선고 2021다219529 판결 [손해배상(기)] ..... 2051

[1] 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제2조 제2호 등에서 정한 ‘직장 내 성희롱’이 성립하기 위한 요건 및 이를 판단하는 기준 / 다른 사람이나 매체 등을 통해 전파하는 간접적인 방법으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느낄 수 있는 환경을 조성하는 경우가 위 규정에서 정한 ‘성적 언동 등’에 포함되는지 여부(적극)

[2] 피용자가 다른 사람에게 가해행위를 한 경우, 사용자책임의 성립 요건인 ‘사무집행에 관하여’에 해당한다고 보기 위한 요건

[3] 甲 주식회사의 근로자인 乙 등이 동료 여성 근로자인 丙을 성적 대상으로 한 발언을 옮겨 전하는 한편 丙에게 위와 같이 전해 들은 말이 사실인지 묻기도 하였고, 이러한 乙 등의 발언으로 甲 회사의 근로자들 사이에 丙에 대한 허위 소문이 유포되었는데, 이에 丙이 甲 회사를 상대로 사용자책임에 기한 손해배상을 구한 사안에서, 甲 회사는 丙에 대하여 직장 내 성희롱에 해당하는 乙 등의 발언으로 인한 사용자책임을 부담한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례

[1] 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제12조는 “사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 아니 된다.”라고 정하여 직장 내 성희롱을 금지하고 있고, 같은 법 제2조 제2호는 ‘직장 내 성희롱’을 “사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것”으로 정의하고 있다. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙 제2조 [별표 1]은 직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준을 예시하면서 성적인 언동 중 언어적 행위의 하나로 “성적인 사실관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위”를 들고 있고, “성희롱 여부를 판단하는 때에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토하여야 한다.”라고 정하고 있다.

‘성적 언동’이란 남녀 간의 육체적 관계 또는 남성이나 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서, 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 뜻한다. 성희롱이 성립하기 위해서 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소와 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용과 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 등 구체적인 사정을 참작하여 볼 때 성적 언동 등으로 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다고 인정되어야 한다. 그러한 성적 언동 등에는 피해자에게 직접 성적 굴욕감 또는 혐오감을 준 경우뿐만 아니라 다른 사람이나 매체 등을 통해 전파하는 간접적인 방법으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느낄 수 있는 환경을 조성하는 경우도 포함된다.

‘지위를 이용하거나 업무와 관련하여’라는 요건은 포괄적인 업무관련성을 나타낸 것이다. 업무수행 기회나 업무수행에 편승하여 성적 언동이 이루어진 경우뿐만 아니라 권한을 남용하거나 업무수행을 빙자하여 성적 언동을 한 경우도 이에 포함된다. 어떠한 성적 언동이 업무관련성이 인정되는지는 쌍방 당사자의 관계, 행위가 이루어진 장소와 상황, 행위 내용과 정도 등 구체적인 사정을 참작해서 판단해야 한다.

[2] 민법 제756조 본문은 사용자책임의 성립 요건에 관하여 “타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 정하고 있다. 여기에서 ‘사무집행에 관하여’란 피용자의 불법행위가 객관적으로 사용자의 사업활동, 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보일 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려하지 않고 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이다. 피용자가 다른 사람에게 가해 행위를 한 경우 그 행위가 피용자의 사무집행 그 자체는 아니더라도 사용자의 사업과 시간적·장소적으로 근접하고 피용자의 사무 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것이라면 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 보아 사용자책임이 성립한다. 이때 사용자가 위험 발생을 방지하기 위한 조치를 취하였는지 여부도 손해의 공평한 부담을 위하여 부가적으로 고려할 수 있다.

[3] 甲 주식회사의 근로자인 乙 등이 동료 여성 근로자인 丙을 성적 대상으로 한 발언을 옮겨 전하는 한편 丙에게 위와 같이 전해 들은 말이 사실인지 묻기도



하였고, 이러한 乙 등의 발언으로 甲 회사의 근로자들 사이에 丙에 대한 허위 소문이 유포되었는데, 이에 丙이 甲 회사를 상대로 사용자책임에 기한 손해배상을 구한 사안에서, 乙 등의 발언은 ‘성적인 사실관계를 묻거나 성적인 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위’로서 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙 제2조 [별표 1]에서 말하는 성적인 언동에 해당하고, 丙에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 불러일으킴과 동시에 적대적이고 위협적인 근로환경을 조성하는 행위로서, 위 발언이 대부분 丙 앞에서 직접 행해진 것이 아니라 근로자 사이에 丙을 대상으로 한 성적인 내용의 정보를 유포하는 간접적인 형태로 이루어졌지만, 유포된 성적인 정보의 구체적 내용, 유포 대상과 범위, 그 효과 등에 비추어 업무관련성을 인정할 수 있으므로, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제12조에서 금지되는 직장 내 성희롱에 해당하고, 나아가 乙 등의 발언은 사용자의 사업과 시간적·장소적으로 근접하고 업무와 관련하여 이루어진 불법행위이고, 甲 회사에 직장 내 성희롱 등 가해행위가 발생할 위험을 방지할 책임이 있다는 사정을 아울러 고려하면, 乙 등의 발언으로 丙이 입은 손해는 乙 등이 甲 회사의 사무집행에 관하여 丙에게 가한 손해에 해당하므로, 甲 회사는 丙에 대하여 직장 내 성희롱에 해당하는 乙 등의 발언으로 인한 사용자책임을 부담한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

**일반행정**

**8** 2021. 9. 16. 선고 2020추5138 판결 [조례안재의결무효확인] ..... 2058

- [1] 시·도교육청의 직속기관을 포함한 행정기구의 설치가 조례로 결정할 사항인지 여부(적극) 및 지방교육행정기관의 행정기구 설치와 관련하여 교육감과 지방의회가 가지는 권한 / 지방의회가 집행기관의 고유 권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입할 수 있는지 여부(소극) 및 개입이 허용되는 범위
- [2] 전라북도의회가 의결한 ‘전라북도교육청 행정기구 설치 조례 일부 개정조례안’에 대하여 전라북도 교육감이 재의를 요구하였으나 전라북도의회가 위 조례 개정안을 원안대로 재의결함으로써 확정된 사안에서, 위 조례 개정안이 교육감의 지방교육행정기관 조직편성권을 부당하게 침해한다고 볼 수 없다고 한 사례
- [1] 지방자치법 제22조 본문, 제113조, 지방자치법 시행령 제75조, 지방교육자치에

관한 법률 제18조 제1항, 제32조, 지방교육행정기관의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정 제3조 제1항 제2호, 제3호, 제25조 제1항, 제2항의 규정 내용을 종합하면, 시·도교육청의 직속기관을 포함한 지방교육행정기관의 행정기구(이하 ‘기구’라 한다)의 설치는 기본적으로 법령의 범위 안에서 조례로써 결정할 사항이다. 교육감은 시·도의 교육·학예에 관한 사무를 집행하는 데 필요한 때에는 법령 또는 조례가 정하는 바에 따라 기구를 직접 설치할 권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지며, 설치된 기구 전반에 대하여 조직편성권을 가질 뿐이다. 지방의회는 교육감의 지방교육행정기구 설치권한과 조직편성권을 견제하기 위하여 조례로써 직접 교육행정기관을 설치·폐지하거나 교육감이 조례안으로써 제안한 기구의 축소, 통폐합, 정원 감축의 권한을 가진다.

지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유 권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용된다. 지방의회는 집행기관의 고유 권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 않으나, 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입하는 것은 허용된다.

- [2] 전라북도의회가 의결한 ‘전라북도교육청 행정기구 설치 조례 일부 개정조례안’에 대하여 전라북도 교육감이 재의를 요구하였으나 전라북도의회가 위 조례 개정안을 원안대로 재의결함으로써 확정된 사안에서, 위 조례 개정안은 직속기관들이 전라북도교육청 소속임을 분명하게 하기 위하여 해당 직속기관의 명칭에 ‘교육청’을 추가하거나 지역 명칭을 일부 변경하는 것에 불과한데, 관계 법령의 규정 내용에 따르면, 직속기관의 명칭을 결정하는 것이 교육감의 고유 권한에 해당한다고 볼 만한 근거가 없는 반면, 지방의회가 ‘이미 설치된 교육청의 직속기관’의 명칭을 변경하는 것은 사후적·소극적 개입에 해당하므로, 위 조례 개정안이 자치사무에 관하여 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있는 ‘지방의회의 포괄적인 조례 제정 권한’의 한계를 벗어난 것이라고 보기는 어렵다는 이유로, 위 조례 개정안이 교육감의 지방교육행정기관 조직편성권을 부당하게 침해한다고 볼 수 없다고 한 사례.

**조 세**

9 2021. 9. 16. 선고 2017두68813 판결 (교육세및법인세부과처분취소청구) … 2062

[1] 통화선도·스왑 평가손익이 2010. 2. 18. 개정된 교육세법 시행령 제4조 제1항

제5호의 ‘외환매매익’이나 2011. 7. 14. 개정된 교육세법 시행령 제4조 제1항 제5호 (나)목의 ‘과생상품 등 거래의 손익’에 해당하여 위 각 시행령 제4조 제1항 제5호에 포함된 다른 손익 항목과 통산되어야 하는지 여부(적극)

[2] 구 법인세법 제19조 제2항에서 정한 ‘일반적으로 용인되는 통상적인 비용’의 의미 및 그러한 비용에 해당하는지 여부를 판단하는 방법 / 법인세 부과처분 취소소송에서 납세자가 손금으로 신고한 금액이 손비의 요건을 갖추지 못하였다는 사정에 대한 증명책임이 과세관청에 있는지 여부(원칙적 적극)

[1] 교육세법 시행령 제4조 제1항 제5호의 개정 경위, 교육세 과세표준인 금융·보험업자의 수익금액에 관한 규정들의 문언과 체계, 거래손익과 평가손익의 관계 등에 비추어 보면, 통화선도·스왑 평가손익은 구 교육세법 시행령(2010. 2. 18. 대통령령 제22046호로 개정되어 2011. 7. 14. 대통령령 제23022호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항 제5호의 ‘외환매매익’이나 구 교육세법 시행령(2011. 7. 14. 대통령령 제23022호로 개정되어 2015. 2. 3. 대통령령 제26076호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항 제5호 (나)목의 ‘과생상품 등 거래의 손익’에 해당하여 위 각 시행령 제4조 제1항 제5호에 포함된 다른 손익 항목과 통산되어야 한다고 봄이 타당하다.

[2] 구 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항은 “손금은 자본 또는 출자의 환급, 잉여금의 처분 및 이 법에서 규정하는 것을 제외하고 당해 법인의 순자산을 감소시키는 거래로 인하여 발생하는 손비의 금액으로 한다.”라고 정하고, 제2항은 “제1항의 규정에 의한 손비는 이 법 및 다른 법률에 달리 정하고 있는 것을 제외하고는 그 법인의 사업과 관련하여 발생하거나 지출된 손실 또는 비용으로서 일반적으로 용인되는 통상적인 것이거나 수익과 직접 관련된 것으로 한다.”라고 정하고 있다.

여기에서 말하는 ‘일반적으로 용인되는 통상적인 비용’이란 납세의무자와 같은 종류의 사업을 영위하는 다른 법인도 동일한 상황 아래에서는 지출하였을 것으로 인정되는 비용을 뜻하고, 그러한 비용에 해당하는지 여부는 지출의 경위와 목적, 형태, 액수, 효과 등을 종합적으로 고려해서 객관적으로 판단해야 한다.

법인세 부과처분 취소소송에서 과세처분의 적법성과 과세요건사실의 존재에 대한 증명책임은 과세관청에 있으므로 과세표준의 기초가 되는 각 사업연도의 익금과 손금에 대한 증명책임도 원칙적으로 과세관청에 있다. 따라서 납세의무자가 손금으로 신고한 금액이 손비의 요건을 갖추지 못하였다는 사정도 원칙적으로 과세관청이 증명해야 한다.

**특 허**

10 2021. 9. 16. 선고 2017후2369, 2376 판결 (등록무효(특)·등록무효(특)) … 2070

- [1] 특허출원한 발명이 그보다 먼저 출원되었으나 나중에 공개된 다른 발명의 특허출원서에 최초로 첨부된 명세서에 기재된 청구범위나 발명의 설명 또는 도면의 내용과 동일성이 인정되는 경우, 특허를 받을 수 있는지 여부(소극)
- [2] 구 특허법 제29조 제3항에서 말하는 ‘발명의 동일성’을 판단하는 기준
- [3] 명칭이 ‘환기용 급기 장치’인 특허발명이 선출원된 선행발명의 명세서나 도면에 기재된 발명과 동일한지 문제 된 사안에서, 특허발명이 선행발명과 기술적 구성에 차이가 있고, 이로 인해 새로운 효과를 가지는 점 등을 들어 두 발명이 동일하지 않다고 한 사례
- [1] 특허출원한 발명이 그보다 먼저 출원된 다른 발명의 특허출원서에 최초로 첨부된 명세서에 기재된 청구범위나 발명의 설명 또는 도면의 내용과 동일성이 인정될 경우에는 먼저 출원된 발명이 나중에 공개된 경우에도 특허를 받을 수 없다.
- [2] 구 특허법(2006. 3. 3. 법률 제7871호로 개정되기 전의 것) 제29조 제3항에서 말하는 발명의 동일성은 발명의 진보성과는 구별되는 것으로서 두 발명의 기술적 구성이 동일한지 여부에 따르되 발명의 효과도 참작해서 판단해야 한다. 두 발명의 기술적 구성에 차이가 있더라도 그 차이가 과제해결을 위한 구체적 수단에서 주지관용기술의 부가·삭제·변경 등에 지나지 않아 새로운 효과가 발생하지 않는 정도의 미세한 차이가 있을 뿐이라면 두 발명은 서로 실질적으로 동일하다고 할 수 있다. 그러나 두 발명의 기술적 구성의 차이가 위와 같은 정도를 벗어난다면 설명 그 차이가 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 용이하게 도출할 수 있는 범위 내라고 하더라도 두 발명이 동일하다고 할 수 없다.
- [3] 명칭이 ‘환기용 급기 장치’인 특허발명이 선출원된 선행발명의 명세서나 도면에 기재된 발명과 동일한지 문제 된 사안에서, 특허발명은 건축물 바닥면에 설치되는 난방배관의 폐열을 열교환으로 회수·이용할 수 있도록 급기배관을 난방배관의 하면에 배치하는 것이 특징인데, 선행발명은 그 명세서나 도면에 공기배관과 난방호스의 위치 관계에 관한 설명이나 한정사항이 없어 특허발명의 기술적 구성과 차이가 있는 점, 급기배관과 난방배관을 함께 건축물 바

다에 매설할 때 난방배관의 폐열을 활용하도록 급기배관을 난방배관의 하면에 배치하는 구성이 특허발명 출원 당시 기술상식이거나 주지관용기술에 해당한다고 볼 자료가 없는 점, 특허발명은 급기배관을 난방배관의 하면에 배치함으로써 난방배관 하부로 방출되어 손실되는 열을 급기배관을 통해 실내에 공급되는 공기를 데우는 데 활용할 수 있으므로 그만큼 열 손실을 줄일 수 있는데 이는 선행발명과 기술적 구성의 차이로 인한 새로운 효과인 점 등을 들어, 두 발명이 동일하지 않다고 한 사례.

**형 사**

**11** 2021. 9. 16. 선고 2015도12632 판결 (특수공무집행방해치상·업무방해·폭력 행위등처벌에관한법률위반(공동재물손괴등)·건조물침입) ..... 2073

- [1] 공무집행방해죄에서 ‘적법한 공무집행’의 의미와 판단 기준 / 공무원이 구체적 상황에 비추어 그 인적·물적 능력의 범위 내에서 적절한 조치라는 판단에 따라 직무를 수행한 경우, 그 위법 여부(한정 소극)
- [2] 쟁의행위가 업무방해죄에 해당한다는 정을 알면서 제3자가 쟁의행위의 실행을 용이하게 한 경우, 업무방해방조죄가 성립할 수 있는지 여부(적극) / 위법한 쟁의행위에 대한 조력행위가 업무방해방조에 해당하는지 판단할 때 유의하여야 할 사항
- [3] 방조범이 성립하기 위한 요건 / 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 없는 행위를 도와준 데 지나지 않는 경우, 방조범이 성립하는지 여부(소극)
- [1] 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 성립한다. 여기서 적법한 공무집행이란 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하고 직무행위로서의 중요한 방식을 갖추어야 한다. 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적·합리적으로 판단하여야 한다. 한편 공무원이 구체적 상황에 비추어 그 인적·물적 능력의 범위 내에서 적절한 조치라는 판단에 따라 직무를 수행한 경우에는, 그러한 직무수행이 객관적 정당성을 상실하여 현저하게 불합리한 것으로 인정되지 않는 한 이를 위법하다고 할 수 없다.
- [2] 쟁의행위가 업무방해죄에 해당하는 경우 제3자가 그러한 정을 알면서 쟁의행위의 실행을 용이하게 한 경우에는 업무방해방조죄가 성립할 수 있다. 다만 헌법 제33조 제1항이 규정하고 있는 노동3권을 실질적으로 보장하기 위해서

는 근로자나 노동조합이 노동3권을 행사할 때 제3자의 조력을 폭넓게 받을 수 있도록 할 필요가 있고, 나아가 근로자나 노동조합에 조력하는 제3자도 헌법 제21조에 따른 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유를 가지고 있으므로, 위법한 쟁의행위에 대한 조력행위가 업무방해방조에 해당하는지 판단할 때는 헌법이 보장하는 위와 같은 기본권이 위축되지 않도록 업무방해방조죄의 성립 범위를 신중하게 판단하여야 한다.

[3] 방조범은 정범에 종속하여 성립하는 범죄이므로 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에는 인과관계가 필요하다. 방조범이 성립하려면 방조행위가 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 정범으로 하여금 구체적 위협을 실현시키거나 범죄결과를 발생시킬 기회를 높이는 등으로 정범의 범죄 실현에 현실적인 기여를 하였다고 평가할 수 있어야 한다. 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 없는 행위를 도와준 데 지나지 않는 경우에는 방조범이 성립하지 않는다.

**12** 2021. 9. 16. 선고 2019도11826 판결 (도로교통법위반(무면허운전)) … 2079

자동차 운전면허 취소처분을 받은 사람이 자동차를 운전하였으나 운전면허 취소 처분의 원인이 된 교통사고 또는 법규 위반에 대하여 범죄사실의 증거가 없을 때에 해당한다는 이유로 무죄판결이 확정된 경우, 취소처분이 취소되지 않았더라도 도로교통법에 규정된 무면허운전의 죄로 처벌할 수 있는지 여부(소극)

구 도로교통법(2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제1호에 의하면, 지방경찰청장은 운전면허를 받은 사람이 같은 법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 경우 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 그러나 자동차 운전면허가 취소된 사람이 그 처분의 원인이 된 교통사고 또는 법규 위반에 대하여 혐의없음 등으로 불기소처분을 받거나 무죄의 확정판결을 받은 경우 지방경찰청장은 구 도로교통법 시행규칙(2020. 12. 10. 행정안전부령 제217호로 개정되기 전의 것) 제91조 제1항 [별표 28] 1. 마.항 본문에 따라 즉시 그 취소처분을 취소하고, 같은 규칙 제93조 제6항에 따라 도로교통공단에 그 내용을 통보하여야 하며, 도로교통공단도 즉시 취소당시의 정기적성검사기간, 운전면허증 갱신기간을 유효기간으로 하는 운전면허증을 새로이 발급하여야 한다.

그리고 행정청의 자동차 운전면허 취소처분이 직권으로 또는 행정쟁송절차에 의하여 취소되면, 운전면허 취소처분은 그 처분 시에 소급하여 효력을 잃고 운전면허 취소처분에 복종할 의무가 원래부터 없었음이 확정되므로, 운전면허 취소처분을 받은 사람이 운전면허 취소처분이 취소되기 전에 자동차를 운전한 행위는

도로교통법에 규정된 무면허운전의 죄에 해당하지 아니한다.

위와 같은 관련 규정 및 법리, 헌법 제12조가 정한 적법절차의 원리, 형벌의 보충성 원칙을 고려하면, 자동차 운전면허 취소처분을 받은 사람이 자동차를 운전하였으나 운전면허 취소처분의 원인이 된 교통사고 또는 법규 위반에 대하여 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다는 이유로 무죄판결이 확정된 경우에는 그 취소처분이 취소되지 않았더라도 도로교통법에 규정된 무면허운전의 죄로 처벌할 수는 없다고 보아야 한다.

**13** 2021. 9. 16. 선고 2019도18394 판결 (뇌물수수·허위공문서작성·허위작성공문서행사) ..... 2081

[1] 공문서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있으나 그 적용의 전제가 된 사실관계에 관하여 거짓된 기재가 없는 경우, 허위공문서작성죄가 성립하는지 여부(소극) 및 그와 같은 잘못이 공무원의 고의에 기한 것이라도 마찬가지인지 여부(적극)

[2] 지방자치단체에서 발주·시행한 교량 공사의 현장감독관인 피고인이, ‘지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준’에 따르면 자재의 제작이 완료되었다라도 현장에 반입되어 시공되지 않은 이상 기성부분으로 인정할 수 없고 예외적으로 제작 공장에서 기성검사를 실시·합격한 경우에 한하여 50% 한도 내에서만 기성고 비율을 인정하여야 함에도, 현장에 반입되지 않아 그 시공이 이루어지지 않은 교량 구조물인 ‘주탑’이 100% 제작되었음을 전제로 공사 전체의 기성고 비율과 기성부분 준공액을 산정·기재함으로써 허위의 기성검사조서를 작성하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 조서에는 위 기준 적용의 전제가 되는 사실관계, 즉 주탑 등 자재의 제작 및 현장 반입 여부 등에 관하여 아무런 기재가 없으므로 피고인이 위 기준 적용의 전제가 되는 사실관계에 관하여 허위로 기재할 여지가 없다는 등의 이유로, 위 조서가 허위의 공문서에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 허위공문서작성죄는 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, 공문서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있더라도 그 적용의 전제가 된 사실관계에 관하여 거짓된 기재가 없다면 허위공문서작성죄가 성립할 수 없고, 이는 그와 같은 잘못이 공무원의 고의에 기한 것이라도 달리 볼 수 없다. 공문서 작성 과정에서 법령 등을 잘못 적용하였다고 하여 반드시 진실에 반하는 기재를 하여 공문서를 작성하게 되는 것은 아니므로, 공문서 작성 과정에서 법령 등의 적용에 잘못이 있다는 것과 기재된 공문서 내용이 허위인지 여

부는 구별되어야 한다.

- [2] 지방자치단체에서 발주·시행한 교량 공사의 현장감독관인 피고인이, ‘지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준’에 따르면 자재의 제작이 완료되었더라도 현장에 반입되어 시공되지 않은 이상 기성부분으로 인정할 수 없고 예외적으로 제작 공장에서 기성검사를 실시·합격한 경우에 한하여 50% 한도 내에서만 기성고 비율을 인정하여야 함에도, 현장에 반입되지 않아 그 시공이 이루어지지 않은 교량 구조물인 ‘주탑’이 100% 제작되었음을 전제로 공사 전체의 기성고 비율과 기성부분 준공액을 산정·기재함으로써 허위의 기성검사조서를 작성하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 조서에는 위 기준 적용의 전제가 되는 사실관계, 즉 주탑 등 자재의 제작 및 현장 반입 여부, 제작 공장에서 기성공사 실시 및 합격 여부 등에 관하여 아무런 기재가 없으므로 피고인이 위 기준 적용의 전제가 되는 사실관계에 관하여 허위로 기재할 여지가 없고, 기록상 주탑 등 자재의 제작과 운반, 조립·설치를 서로 다른 공종으로 구분하여 도급액을 정하였을 가능성이 다분한 이상 위 조서에 기재된 기성고 비율과 기성부분 준공액이 객관적 진실에 반하여 허위라고 보기도 어렵다는 이유로, 이와 달리 위 조서가 허위의 공문서에 해당한다고 본 원심판단에 허위공문서작성죄에서 ‘허위 작성’에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.