



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2022년 4월 15일

제632호

민사

1 2022. 2. 17. 선고 2016다278579, 278586 판결〔수익금·수익금등〕 … 597

조합의 일부 조합원이 당초 약정한 출자의무를 이행하고 있지 않은 상태에서 조합이 해산되어 잔여업무가 남아 있지 않고 잔여재산의 분배 절차만이 남은 경우, 이행되지 아니한 출자금 채권을 추심하거나 청산절차를 거치지 않고도 각 조합원은 자신이 실제로 출자한 가액 비율의 범위 내에서 출자가액 비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 잔여재산의 분배 절차를 진행할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 잔여재산을 분배하는 방법 / 이러한 기준에 따라 잔여재산분배 절차를 진행하는 경우, 다른 조합원들이 출자의무를 이행하지 아니한 조합원에게 출자의무의 이행을 청구할 수 있는지 여부(소극)

조합의 일부 조합원이 당초 약정한 출자의무를 이행하고 있지 않은 상태에서 조합의 해산사유가 발생하여 해산이 이루어진 경우 그 잔여업무가 남아 있지 않고 다만 잔여재산의 분배 절차만이 남아 있을 때에는 조합원 사이에 별도의 약정이 없는 이상, 그 이행되지 아니한 출자금 채권을 추심하거나 청산절차를 거치지 않고도 각 조합원은 자신이 실제로 출자한 가액 비율의 범위 내에서 그 출자가액 비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 잔여재산의 분배 절차를 진행할 수 있다. 이때 잔여재산은 특별한 사정이 없는 한 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배하여야 할 것인데, 일부 이행되지 아니한 출자금이 있더라도 이를 고려하지 않고 잔여재산의 범위를 확정된 다음 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배함이 타당하다. 그리고 이러한 기준에 따라 잔여재산분배 절차를 진행하는 이상 다른 조합원들은 출자의무를 이행하지 아니한 조합원에게 더 이상 출자의무의 이행을 청구할 수 없다고 보아야

한다.

2 2022. 2. 17. 선고 2019다217421 판결 [차별구제] 600

- [1] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제46조 제1항에 따른 손해배상과 같은 법 제48조 제2항에 따른 적극적 조치 청구소송에서 소의 적법요건으로서 당사자 사이에 구체적 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁이 존재하여야 하는지 여부(적극) 및 이러한 분쟁이 존재하는지 판단할 때 주의하여야 할 점
- [2] 교통사업자가 장애인을 위한 정당한 편의로 버스에 휠체어 탑승설비를 제공할 의무를 부담하는지 여부(적극) 및 그 의무를 위반하는 것은 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등 정당한 사유가 있음을 증명하지 못하는 이상 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에서 금지하는 차별행위에 해당하는지 여부(적극) / 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등 정당한 사유가 있었는지 판단할 때 주의하여야 할 점
- [3] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제48조 제2항에 따라 법원이 적극적 조치 판결을 하는 경우, 비례의 원칙에 따라 모든 이해관계인들의 공익과 사익을 종합적으로 비교·형량하여야 하는지 여부(적극) 및 사인(私人)인 피고에게 재정 부담을 지우는 적극적 조치 판결을 할 때 함께 고려하여야 할 사항들
- [4] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률, 교통약자의 이동편의 증진법 시행령 등의 해석상 시외버스나 광역형 시내버스를 운행하는 교통사업자가 장애인을 위한 정당한 편의로 저상버스를 제공할 의무까지 부담하는지 여부(소극)
- [5] 이동 및 교통수단 등 영역에서 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률이 금지하는 차별행위에 해당하기 위해서는 같은 법 제4조 제1항과 제19조의 각항에서 열거한 차별행위의 유형에 포섭될 수 있어야 하는지 여부(적극)
- [1] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다)은 제4조 제1항에서 같은 법이 금지하는 차별행위의 유형들을 규정하고, 제6조에서 누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다고 선언하고 있다. 제46조 제1항 본문은 누구든지 같은 법 규정을 위반하여 타인에게 손해를 가하면 손해배상책임을 진다고 규정하고, 제48조 제2항은 법원은 피해자의 청구에 따라 차별적행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등(이하 모두 합하여 ‘적극적 조치’라 한다)의 판결을 할 수 있다고 규정하고 있다.

장애인차별금지법 제46조 제1항에 따른 손해배상 및 제48조 제2항에 따른 적극적 조치 청구소송에서도 소의 적법요건으로서 당사자 사이에 구체적 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁이 존재하여야 한다. 법원은 구체적인 사안별로 여러 사정을 종합하여 위와 같은 분쟁이 존재하는지를 판단하되 ‘비장애인’이 아니라 ‘장애인’의 입장에서 사안을 바라보는 감수성을 잃지 않아야 한다. 구체적 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁의 존재를 지나치게 엄격하게 요구함으로써 장애인이 이러한 권리보호의 자격을 인정받기 위해 무익한 노력을 하지 않도록 주의할 필요도 있다.

- [2] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다) 제4조 제1항 제3호는 ‘정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우’를 금지하는 차별행위로 규정하고, 제19조 제4항, 제8항, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 시행령 제13조 제1항, 제2항, 교통약자의 이동편의 증진법 시행령 [별표 1], [별표 2]는 교통사업자로 하여금 장애인을 위한 정당한 편의로 버스에 휠체어 탑승설비를 제공하도록 규정하고 있다. 또 장애인차별금지법 제4조 제3항 제1호는 ‘금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등’ 정당한 사유가 있는 경우에는 차별로 보지 아니한다고 규정하고, 제47조 제2항은 차별로 보지 않는 정당한 사유가 있었다는 점은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이 증명하여야 한다고 규정하고 있다.

위 관련 법령의 규정 내용에 따르면, 교통사업자는 장애인을 위한 정당한 편의로 버스에 휠체어 탑승설비를 제공할 의무가 있고, 그 의무를 위반하는 것은 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등 정당한 사유가 있었다는 점을 증명하지 못하는 이상 장애인차별금지법에서 금지하는 차별행위에 해당한다.

한편 차별로 보지 않는 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등 정당한 사유가 있었는지 여부는 구체적인 사안별로 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 이때 장애인차별금지법의 입법 목적에 비추어 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어 일정한 재정 부담이 따른다는 이유만으로 정당한 사유를 쉽게 인정할 것은 아니다. 누구든지 ‘과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정’에 이르지 않는 범위에서 최대한 성실하게 차별금지 의무를 이행하여야 한다.

- [3] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률은 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제할 수 있도록 제46조 제1항에서 차별행위를 한 자에 대한 손해배상 청구권을 인정하고, 제48조 제2항에서 법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적

극적 조치 등(이하 모두 합하여 ‘적극적 조치’라 한다)의 판결을 할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 제48조 제3항은 법원은 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에는 그 이행 기간을 밝히고 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어지는 기간에 따라 일정한 배상을 명할 수 있도록 민사집행법 제261조의 간접강제에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 이러한 각 규정의 내용과 적극적 조치 판결 제도를 도입한 입법 취지 등에 비추어 보면, 적극적 조치 청구소송을 담당하는 법원으로서 피고가 차별행위를 하였다고 인정하는 경우 원고의 청구에 따라 차별행위의 시정을 위한 적극적 조치 판결을 하는 것을 전향적으로 고려하여야 하고, 그 적극적 조치의 내용과 범위 등을 구체적으로 결정할 때 폭넓은 재량을 가진다.

다만 비례의 원칙은 법치국가 원리에서 파생되는 헌법상의 기본원리로서 모든 국가작용에 적용되는 것이므로, 법원이 적극적 조치 판결을 할 때에도 원고와 피고를 비롯한 모든 이해관계인들의 공익과 사익을 종합적으로 비교·형량하여야 한다. 사인(私人)인 피고에게 재정 부담을 지우는 적극적 조치 판결을 할 때는 피고의 재정상태, 재정 부담의 정도, 피고가 적극적 조치 의무를 이행할 경우 국가나 지방자치단체 등으로부터 받을 수 있는 보조금을 비롯한 인적·물적 지원 규모, 상대적으로 재정 부담이 적은 대체 수단이 있는지, 피고가 차별행위를 하지 않기 위해 기울인 노력의 정도 등도 아울러 고려하여야 한다.

- [4] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제19조 제4항, 제8항, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 시행령 제13조 제2항은 교통사업자가 장애인에게 제공하여야 하는 정당한 편의의 내용은 교통약자의 이동편의 증진법 시행령 [별표 2]에서 정한 바에 따른다고 규정하고 있다. 위 [별표 2]는 교통약자의 이동편의 증진법 제10조 제1항의 위임에 따라 이동편의시설의 설치 대상시설별로 설치하여야 하는 이동편의시설의 종류를 열거하면서, 교통사업자가 시외버스와 시내버스(좌석형)에 설치하여야 하는 이동편의시설로 안내방송, 문자안내판, 목적지 표지, 휠체어 탑승설비, 교통약자용 좌석 및 장애인접근가능표시 등을 열거하고 있다.

위와 같은 관련 법령의 규정 체계 및 법령상 명시적인 근거 없이 정당한 편의제공 의무를 구체적으로 인정하는 것은 신중할 필요가 있는 점 등을 고려해 보면, 교통사업자가 제공하여야 하는 정당한 편의의 내용은 원칙적으로 위 [별표 2]에서 열거한 바에 따라 정해진다고 보는 것이 타당하다. 그런데 위 [별표 2]는 승하차 편의를 위해 휠체어 탑승설비를 설치하도록 규정하였을

뿐 저상버스의 도입에 관한 규정은 없다. 또한 고속 주행 구간이 상대적으로 많은 시외버스나 광역형 시내버스에 바닥이 낮은 저상버스를 도입하는 것은 안전성이 우려된다는 지적도 있다. 따라서 그 도입 여부에 관한 입법상 논의의 필요성 여부는 별론으로 하더라도 현행 법령의 해석상으로는 시외버스나 광역형 시내버스를 운행하는 교통사업자에게 저상버스를 제공할 의무까지 인정하기는 어렵다.

- [5] 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다) 제1장 ‘총칙’ 편의 제4조 제1항은 금지하는 차별행위의 유형으로 ‘장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우’(제1호), ‘장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우’(제2호), ‘정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우’(제3호) 등을 규정하고 있다.

제2장 ‘차별금지’ 편의 제19조는 ‘이동 및 교통수단 등에서의 차별금지’라는 제목으로 ‘교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.’(제1항)는 조항에서부터 ‘교통사업자 및 교통행정기관은 장애인이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하여야 한다.’(제4항)는 조항을 두고 있는데, 위 규정들은 제4조 제1항에서 열거한 차별행위 유형에 따른 차별금지 의무의 내용 등을 이동 및 교통수단 등의 영역에서 구체화한 조항이다.

위와 같은 관련 법령의 규정 내용과 체계에 따르면 이동 및 교통수단 등 영역에서 장애인차별금지법이 금지하는 차별행위에 해당하기 위해서는 위 제4조 제1항과 제19조의 각항에서 열거한 차별행위의 유형에 포섭될 수 있어야 한다.

3 2022. 2. 17. 선고 2021다218083 판결 [임금] 612

- [1] 시용기간 만료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 기간 없이 계속 근무한 경우, 시용기간과 본 근로계약기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간으로 보아야 하는지 여부(적극)
- [2] 甲이 乙 의료원의 수습사원 채용시험에 합격하여 1개월간 원무과에서 수습사원으로 근무하면서 사무보조 등 업무를 수행한 후 乙 의료원으로부터 급여

명목으로 돈을 지급받았고, 수습기간 만료 이후 乙 의료원의 인사위원회 심의를 거쳐 임시직 근로자로 채용된 사안에서, 甲의 수습사원 근무기간도 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함된다고 봄이 타당하다고 한 사례

- [1] 시용이란 본 근로계약 체결 이전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정기간 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 근속기간 중에 직종 등 근로제공의 형태가 변경된 경우와 마찬가지로, 시용기간 만료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 기간 없이 계속 근무한 경우에도 시용기간과 본 근로계약기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간으로 보아야 한다.
- [2] 甲이 乙 의료원의 수습사원 채용시험에 합격하여 1개월간 원무과에서 수습사원으로 근무하면서 사무보조 등 업무를 수행한 후 乙 의료원으로부터 급여 명목으로 돈을 지급받았고, 수습기간 만료 이후 乙 의료원의 인사위원회 심의를 거쳐 임시직 근로자로 채용된 사안에서, 甲이 乙 의료원의 수습사원으로 근무한 기간은 단순히 실무전형에 불과한 것이 아니라 현실적으로 근로를 제공한 시용기간에 해당하였던 것으로 보이므로, 甲이 수습기간 만료 후에도 계속 乙 의료원의 근로자로서 근무한 이상 甲의 수습사원 근무기간도 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함된다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

4 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결 [손해배상(기)] 614

- [1] 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되는지 여부(적극) 및 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것이 가능한지 여부(적극)
- [2] 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 상대방의 동의 없이 철회할 수 있는지 여부(적극) 및 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계 항변을 철회한 경우, 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있는지 여부(적극)
- [3] 민사소송법 제216조 제2항에서 판결 이유 중의 판단인데도 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정할 취지
- [1] 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를

같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다. 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다.

- [2] 민사소송법 제267조 제2항은 “본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용해지고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 그런데 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 자동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다. 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계 항변을 철회하였다더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다.

- [3] 민사소송법 제216조 제1항은 “확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다.”라고 규정함으로써 판결 이유 중의 판단에는 원칙적으로 기판력이 미치지 않는다고 하는 한편, 그 예외로서 제2항에서 “상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.”라고 규정하고 있다. 위와 같이 판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정할 취지는, 만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 자동채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 자동채권을 이중으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라, 상계 주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함이다.

5 2022. 2. 24. 선고 2021다291934 판결 (조합장지위부존재확인) 618

[1] 법원이 당사자가 주장하지 않은 사항에 관하여 판단하는 것이 변론주의의 원칙에 반하는지 여부(적극)

[2] 甲 재개발정비사업조합의 조합원인 乙이 ‘丙이 조합장으로 선임된 이후 정비구역 내에서 실제로 거주하지 않아 도시 및 주거환경정비법 제41조 제1항 후문의 요건을 충족하지 않았다.’는 이유로 甲 조합을 상대로 丙의 조합장 지위 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였는데, 원심이 ‘丙이 같은 법 제41조 제1항 전문의 요건을 갖추지 못하였다.’는 이유로 乙의 청구를 받아들인 사안에서, 乙이 주장하지 않은 사항에 관해서 판단한 원심판결에 변론주의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 한 사례

[1] 법원은 변론주의 원칙상 당사자의 주장에 대해서만 판단해야 하고 당사자가 주장하지 않은 사항에 관해서는 판단하지 못한다.

[2] 甲 재개발정비사업조합의 조합원인 乙이 ‘丙이 조합장으로 선임된 이후 정비구역 내에서 실제로 거주하지 않아 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다) 제41조 제1항 후문의 요건을 충족하지 않았다.’는 이유로 甲 조합을 상대로 丙의 조합장 지위 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였는데, 원심이 ‘丙이 도시정비법 제41조 제1항 전문의 요건을 갖추지 못하였다.’는 이유로 乙의 청구를 받아들인 사안에서, 도시정비법 제41조 제1항은 조합의 임원 선임 자격 요건과 자격 유지 요건을 전문과 후문으로 구분하여 정하고 있고, 당사자가 두 요건 중 하나만 주장한 경우에는 변론주의 원칙상 법원은 그 주장에 대해서만 판단해야 하는데, 乙은 원심에 이르기까지 ‘丙이 조합장으로 선임된 이후 정비구역 내에서 실제로 거주하지 않아 도시정비법 제41조 제1항 후문에 정해진 자격 유지 요건을 충족하지 않았다.’는 등의 주장을 하였고, ‘丙이 조합장으로 선임되기 전에 도시정비법 제41조 제1항 전문에 정해진 선임 자격 요건을 충족하지 않았다.’고 주장한 적은 없는데도, 乙이 주장하지 않은 사항에 관해서 판단한 원심판결에 변론주의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 한 사례.

일반행정

6 2022. 2. 17. 선고 2019두55835 판결 (택시운송사업면허취소처분취소청구) 621

[1] 택시운송사업의 발전에 관한 법률 제12조 제2항의 규정 취지 및 위 조항을 해석할 때 고려할 사항

- [2] 택시운송사업의 발전에 관한 법률 제12조 제2항의 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람’의 의미 및 택시운송사업자로부터 택시를 제공받아 운전한 택시운수종사자가 위 조항에서 정한 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람’에 해당하는지 판단하는 방법 및 이때 고려할 구체적 사정
- [3] 택시운송사업자가 소속 택시운수종사자가 아닌 사람 한 명에게 1대의 택시만을 제공하였더라도 택시운송사업의 발전에 관한 법률 제18조 제1항 제2호에 따른 제재처분의 처분사유에 해당하는지 여부(적극)
- [1] 택시운송사업의 발전에 관한 법률(이하 ‘택시발전법’이라 한다) 제12조 제2항은 택시운송사업자로부터 택시운수종사자를 보호함은 물론 여객자동차 운수사업법상의 명의이용행위에까지 이르지 않더라도 택시업계의 구조적 요인에 기인하는 위험으로부터 택시를 이용하는 일반 공중의 이익을 저해할 수 있는 일반택시운송사업의 운영 행태를 금지하고자 하는 취지에서 마련되었다. 택시운수종사자의 근로시간과 임금은 단순히 택시운송사업자나 택시운수종사자의 사적 이익에만 관련되는 것이 아니라, 사회 공공의 안전이나 택시를 이용하는 일반 공중의 이익과 직결되는 문제이다. 만일 택시운수종사자가 장시간 저임금 노동에 시달린다면 과로 상태에서 안전운전이 보장될 수 없음은 물론이고, 운송수입을 늘리려는 의도에서 과속·난폭운전, 단거리 탑승거부, 합승 등의 위반행위가 늘어나 택시운송질서가 무너질 수 있기 때문이다. 따라서 택시발전법 제12조 제2항을 해석할 때에는 택시운수종사자의 의사나 이익뿐만 아니라 일반 공중의 이익까지 고려하여야 한다.
- [2] 택시운송사업의 발전에 관한 법률(이하 ‘택시발전법’이라 한다) 제12조 제2항의 문언에다가 택시를 이용하는 일반 공중의 이익까지 보호하려는 택시발전법 제12조 제2항 등 관련 규정들의 입법 취지 등을 종합하면, 택시발전법 제12조 제2항의 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람(형식상의 근로계약에도 불구하고 실질적으로는 소속 택시운수종사자가 아닌 사람을 포함한다)’이란 ‘택시운송사업자와 사이의 근로계약 체결 여부와 무관하게 그로부터 택시 영업에 관한 사항을 일괄 위임받아 택시를 운행하면서 그에게 일정 기간 단위로 택시 영업에 상응하는 일정 금액을 지급·납입하는 사람’으로 해석할 수 있다. 그리고 택시운송사업자로부터 택시를 제공받아 운전한 택시운수종사자가 택시발전법 제12조 제2항에서 정한 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람’에 해당하는지 여부는 택시 운행에 따른 이익·손실 위험이 누구에게 귀속되었는지, 택시운송사업자가 택시의 안전운행에 필요한 지휘·감독을 실질적으로 수행하였는지 등과 같은 택시의 실질적인 운행·관리 실태를 종합적으로 고려하

여 판단하여야 한다.

이를 구체적으로 살펴보면, 택시운송사업자가 차고지에서의 차량 배차 등을 통하여 택시운수종사자의 운전 시간·강도를 전반적으로 관리·감독하였는지, 택시운송사업자가 택시운행기록장치 등을 통해 택시운수종사자의 과속·난폭운전 등 안전운행수칙 위반행위가 있었는지를 정기적으로 확인하여 취업규칙, 단체협약 등에서 정한 바에 따라 필요한 징계조치 등을 하였는지, 택시운송사업자가 택시운수종사자로 하여금 여객자동차 운수사업법(이하 ‘여객자동차법’이라 한다) 제25조 제1항에 따른 운수종사자 교육을 받는 데에 필요한 조치를 하고 그에 따라 택시운수종사자가 제때 교육을 이수하였는지, 택시운송사업자가 택시운수종사자와 계약을 체결하기에 앞서 그가 여객자동차법 제24조 제1항 각호에 따른 운전업무 종사자격을 갖추면서 제24조 제3항 각호에 따른 결격사유는 없는지를 실질적으로 확인하는 절차를 거쳤는지, 택시운송사업자가 여객자동차법 제22조 제1항 제1호, 제2호에 따른 운수종사자 명단·현황을 제때 통보하였는지 등의 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

- [3] 택시운송사업의 발전에 관한 법률(이하 ‘택시발전법’이라 한다) 제12조 제2항, 제18조 제1항 제2호, 택시운송사업의 발전에 관한 법률 시행령 제21조 [별표 2] 2. 개별기준 (나)목의 규정 문언과 체계를 종합하면, 택시운송사업자가 소속 택시운수종사자가 아닌 사람 한 명에게 1대의 택시만을 제공하였더라도 이는 택시발전법 제12조 제2항을 위반한 것으로서 택시발전법 제18조 제1항 제2호에 따른 제재처분의 처분사유에 해당한다고 보아야 한다. 다만 위와 같은 경우에 행정청이 해당 운송사업자의 택시운송사업면허 전부를 취소하는 처분을 하였다면 행정청이 비례의 원칙을 위반하여 그 재량의 한계를 일탈·남용하였는지를 살펴 그 처분의 정당성 여부를 판단하면 될 것이다.

형 사

[7] 2022. 2. 17. 선고 2019도4938 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)] 628

- [1] 수사기관이 전자정보를 담은 매체를 피의자로부터 임의제출 받아 압수하면서 거기에 담긴 정보 중 무엇을 제출하는지 명확히 확인하지 않은 경우, 압수의 대상이 되는 정보의 범위 / 수사기관이 피의자로부터 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 섞인 매체를 임의제출 받아 사무실 등지에서 정보를 탐색·복제·출력하는 경우, 피의자 측에 참여의 기회를 보장하

고 압수된 전자정보가 특정된 목록을 교부해야 하는지 여부(적극) 및 그러한 조치를 하지 않았더라도 압수·수색이 적법하다고 볼 수 있는 경우

[2] 피고인이 휴대전화로 성명 불상 피해자들의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나(‘1~7번 범행’), 짧은 치마를 입고 횡단보도 앞에서 신호를 기다리던 피해자의 다리를 몰래 촬영하여(‘8번 범행’) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)으로 기소되었는데, 8번 범행 피해자의 신고를 받고 출동한 경찰관이 현장에서 피고인으로부터 임의제출 받아 압수한 휴대전화를 사무실에서 탐색하는 과정에서 1~7번 범행의 영상을 발견한 사안에서, 제반 사정을 종합하면 1~7번 범행으로 촬영한 영상의 출력물과 파일 복사본을 담은 시디(CD)는 임의제출에 의해 적법하게 압수된 전자정보에서 생성된 것으로서 증거능력이 인정된다고 한 사례

[1] 수사기관이 전자정보를 담은 매체를 피의자로부터 임의제출 받아 압수하면서 거기에 담긴 정보 중 무엇을 제출하는지 명확히 확인하지 않은 경우, 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 정보여야 압수의 대상이 되는데, 범행 동기와 경위, 수단과 방법, 시간과 장소 등에 관한 간접증거나 정황증거로 사용될 수 있는 정보도 그에 포함될 수 있다. 수사기관이 피의자로부터 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 섞인 매체를 임의제출 받아 사무실 등지에서 정보를 탐색·복제·출력하는 경우 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보가 특정된 목록을 교부해야 하나, 그러한 조치를 하지 않았더라도 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피의자의 절차상 권리가 실질적으로 침해되지 않았다면 압수·수색이 위법하다고 볼 것은 아니다.

[2] 피고인이 휴대전화로 성명 불상 피해자들의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나(이하 ‘1~7번 범행’이라고 한다), 짧은 치마를 입고 횡단보도 앞에서 신호를 기다리던 피해자의 다리를 몰래 촬영하여(이하 ‘8번 범행’이라고 한다) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)으로 기소되었는데, 8번 범행 피해자의 신고를 받고 출동한 경찰관이 현장에서 피고인으로부터 임의제출 받아 압수한 휴대전화를 사무실에서 탐색하는 과정에서 1~7번 범행의 영상을 발견한 사안에서, 1~7번 범행에 관한 동영상은 촬영 기간이 8번 범행 일시와 가깝고, 8번 범행과 마찬가지로 버스정류장 등 공공장소에서 촬영되어 임의제출의 동기가 된 8번 범죄혐의사실과 관련성 있는 증거인 점, 경찰관은 임의제출 받은 휴대전화를 피고인이 있는 자리에서 살펴보고 8번

범행이 아닌 영상을 발견하였으므로 피고인이 탐색에 참여하였다고 볼 수 있는 점, 경찰관이 피의자신문 시 1~7번 범행 영상을 제시하자 피고인은 그 영상이 언제 어디에서 찍은 것인지 쉽게 알아보고 그에 관해 구체적으로 진술하였으므로, 비록 피고인에게 압수된 전자정보가 특정된 목록이 교부되지 않았더라도 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 절차상 권리가 실질적으로 침해되었다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 1~7번 범행으로 촬영한 영상의 출력물과 파일 복사본을 담은 시디(CD)는 임의제출에 의해 적법하게 압수된 전자정보에서 생성된 것으로서 증거능력이 인정된다는 이유로, 이와 달리 보아 1~7번 범행 부분을 무죄로 판단한 원심판결에 법리 오해의 잘못이 있다고 한 사례.

8 2022. 2. 18. 자 2022어3 결정 (항고기각결정에대한재항고) 632
가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따른 가정보호처분 결정에 대한 항고에 형사소송법 제407조가 준용되는지 여부(소극)

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘가정폭력처벌법’이라 한다)은 제2장에 제4조부터 제54조까지의 규정을 두고 가정보호사건에 관하여 정하고 있는데, 제18조의2는 “이 장에서 따로 정하지 아니한 사항에 대하여는 가정보호사건의 성질에 위배되지 아니하는 범위에서 형사소송법을 준용한다.”라고 규정하고 있다. 가정폭력처벌법 제2장의 규정에 따르면, 판사는 가정보호사건을 심리한 결과 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 보호처분을 할 수 있고(제40조 제1항), 이와 같은 보호처분 결정에 영향을 미칠 법령 위반이 있거나 중대한 사실 오인이 있는 경우 또는 그 결정이 현저히 부당한 경우에는 검사, 가정폭력행위자 등이 가정법원 본원 합의부에 항고할 수 있는데(제49조 제1항), 항고는 그 결정을 고지받은 날부터 7일 이내에 하여야 한다(제49조 제3항). 항고는 항고장을 원심법원에 제출하는 방법으로 하고(제50조 제1항), 항고장을 받은 법원은 3일 이내에 의견서를 첨부하여 기록을 항고법원에 보내야 하며(제50조 제2항), 항고법원은 항고의 절차가 법률에 위반되거나 항고가 이유 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 항고를 기각하여야 한다(제51조 제1항).

위와 같은 가정폭력처벌법 제2장의 규정 체계와 내용을 살펴보면, 가정폭력처벌법은 가정보호처분 결정에 대한 항고장이 제출된 경우 항고장을 받은 법원은 그 항고의 절차가 법률에 위반되는지 가릴 필요 없이 3일 이내에 의견서를 첨부하여 기록을 항고법원에 보내도록 정하고 있고, 항고의 제기가 법률상의 방식에 위반하거나 항고권 소멸 후인 경우와 같이 항고의 절차가 법률에 위반되는 경우에는 항고법원이 항고기각 결정을 하도록 정하고 있음을 알 수 있다. 이와 같이

가정폭력처벌법이 가정보호처분 결정에 대한 항고에 관하여 따로 정하고 있는 이상, 가정보호처분 결정에 대한 항고에는 형사소송법 제407조의 원심법원의 항고기간 결정에 관한 규정이 준용될 여지가 없다.

9 2022. 2. 24. 선고 2018도3821 판결〔건설산업기본법위반〕 634

[1] 구 건설산업기본법상 건설업 등록제도의 취지 / 건설업 등록의무가 면제되는 ‘경미한 건설공사’ 중 하나로 공사에정금액이 1,500만 원 미만인 전문 건설공사를 정한 구 건설산업기본법 시행령 제8조 제1항의 해석과 관련하여 분할발주된 수 개의 공사가 ‘동일한 공사’로서 공사에정금액 합산 대상에 해당하는지 판단하는 기준

[2] 산업재해보상보험법 및 고용보험법에서 정한 ‘총공사금액’의 판단 기준을 구 건설산업기본법 시행령 제8조 제1항에서 정한 ‘동일한 공사’의 해석에 유추적용할 수 있는지 여부(소극)

[1] 구 건설산업기본법(2017. 3. 21. 법률 제14708호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 건설산업기본법’이라고 한다) 제9조 제1항 본문은 “건설업을 하려는 자는 대통령령이 정하는 업종별로 국토교통부장관에게 등록을 하여야 한다.”라고 규정하면서, 제96조 제1호에서 “제9조 제1항에 따른 등록을 하지 아니하거나 부정당한 방법으로 등록을 하고 건설업을 한 자”에 대한 처벌규정을 두고 있는데, 이러한 건설업 등록제도의 취지는 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모하고 무등록업자에 의한 부실시공을 예방하여 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것이다.

한편 구 건설산업기본법 제9조 제1항 단서는 건설업 등록제도의 예외로서 “대통령령으로 정하는 경미한 건설공사를 업으로 하려는 경우에는 등록을 하지 아니하고 건설업을 할 수 있다.”라고 정하고 있고, 구 건설산업기본법 시행령(2020. 12. 29. 대통령령 제31328호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항은 이러한 ‘경미한 건설공사’ 중 하나로 공사에정금액이 1,500만 원 미만인 전문 건설공사를 정하면서, 동일한 공사를 2 이상의 계약으로 분할하여 발주하는 경우에는 각각의 공사에정금액을 합산한 금액을 공사에정금액으로 하도록 정하고 있다.

이러한 건설업 등록제도의 취지와 관련 규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 분할 발주된 수 개의 공사가 ‘동일한 공사’로서 공사에정금액 합산 대상에 해당하는지 여부는 각 공사계약의 당사자, 공사 목적물, 공사기간, 공사 내용 및 방법, 수 개의 계약으로 분할하여 체결한 경위 등 제반 사정들을 종합적으로 고려하여, 실질적으로 각 공사계약이 하나의 계약으로서 각 공사 사이

에 동일성이 인정되는지를 기준으로 판단하여야 한다. 반면 당사자들이 수개의 공사에 대하여 하나의 공사계약을 체결하였다고 하더라도 각 공사가 목적물, 내용이나 시공방법 등을 달리하여 실질적으로 하나의 공사로 볼 수 없는 경우에는 이를 ‘동일한 공사’로 평가할 수 없을 것이다.

- [2] 산업재해보상보험법 제6조 단서, 구 산업재해보상보험법 시행령(2017. 12. 16. 대통령령 제28506호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제3호 (가)목, 고용보험법 제8조 제1항 단서, 고용보험법 시행령 제2조 제1항 제2호 (가)목은 ‘고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 시행령’(이하 ‘고용산재보험료징수법 시행령’이라고 한다)에 따른 총공사금액이 2,000만 원 미만인 공사에 관하여는 산업재해보상보험법 및 고용보험법의 적용을 배제하도록 정하고 있고, 고용산재보험료징수법 시행령 제2조 제1항 제2호는 총공사금액이란 총공사를 할 때 계약상의 도급금액을 말하는 것이라고 정하면서, 같은 조 제2항에서 이러한 총공사금액을 산정할 때 최종 목적물의 완성을 위하여 하는 동일한 건설공사를 둘 이상으로 분할하여 도급하는 경우에는 각각의 도급금액을 합산하되, 도급단위별 공사가 시간적 또는 장소적으로 분리되고 독립적으로 행해지는 경우에는 합산하지 않는 것으로 정하고 있다.

그러나 이러한 산업재해보상보험법 및 고용보험법에서 정한 ‘총공사금액’의 판단 기준을 구 건설산업기본법 시행령(2020. 12. 29. 대통령령 제31328호로 개정되기 전의 것)에서 정한 ‘동일한 공사’의 해석에 유추적용할 수는 없다.

10 2022. 2. 24. 선고 2020도17430 판결 (공공단체등위탁선거에관한법률위반) … 640

- [1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제32조에 해당하는 금전·물품 등의 제공행위는 같은 법 제33조에서 허용되는 것으로 열거된 행위에 해당하지 않는 이상, 조합장 등의 재임 중 기부행위금지 위반을 처벌하는 같은 법 제59조의 구성요건해당성이 인정되는지 여부(적극)
- [2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제59조, 제35조 제5항이 농업협동조합 조합장으로 하여금 재임 중 일체의 기부행위를 할 수 없도록 규정한 취지
- [3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제33조 제1항 제1호 (나)목의 ‘직무상의 행위’에 해당하기 위한 요건 및 그중 위탁단체가 금품을 위탁단체의 명의로 제공하는 것에 해당하는지 판단하는 방법
- [4] 출연자와 기부행위자가 외형상 일치하지 않는 경우, 실질적 기부행위자를 특정하는 방법 / 공공단체등 위탁선거에 관한 법률상 금지되는 기부행위의 구성요건에 해당하는 행위에 위법성 조각사유가 인정되는지 판단하는 방법

- [1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다) 제35조 제5항은 ‘농업협동조합법에 따른 조합장 등은 재임 중에 기부행위를 할 수 없다.’고 규정하고 제59조는 이를 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있으며, 제32조는 위와 같이 금지되는 기부행위의 정의를 ‘선거인(선거인명부를 작성하기 전에는 그 선거인명부에 오를 자격이 있는 자를 포함한다)이나 그 가족(선거인의 배우자, 선거인 또는 그 배우자의 직계존비속과 형제자매, 선거인의 직계존비속 및 형제자매의 배우자를 말한다), 선거인이나 그 가족이 설립·운영하고 있는 기관·단체·시설을 대상으로 금전·물품 또는 그 밖의 재산상 이익을 제공하거나 그 이익제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위’로 규정한 후, 제33조에서 기부행위로 보지 않는 행위로서 직무상의 행위, 의례적 행위 등을 열거하면서 같은 조 제1항 제1호 (나)목에서 직무상의 행위 중 하나로서 ‘위탁단체가 해당 법령이나 정관 등에 따른 사업계획 및 수지에 산에 따라 집행하는 금전·물품을 그 위탁단체의 명의로 제공하는 행위’를 규정하고 있다. 이러한 위탁선거법의 규정방식에 비추어, 위탁선거법 제32조에 해당하는 금전·물품 등의 제공행위는 같은 법 제33조에서 허용되는 것으로 열거된 행위에 해당하지 아니하는 이상, 조합장 등의 재임 중 기부행위금지 위반을 처벌하는 같은 법 제59조의 구성요건해당성이 인정된다.
- [2] 농업협동조합(이하 ‘농협’이라고 한다)은 농업협동조합법이 정하는 국가적 목적을 위하여 설립되는 공공성이 강한 법인으로, 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다) 제59조, 제35조 제5항이 농협의 조합장으로 하여금 선거 관련 여부를 불문하고 재임 중 일체의 기부행위를 할 수 없도록 규정한 취지는 기부행위라는 명목으로 대표행위를 하는 것을 방지함으로써 조합장 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이다. 즉, 위와 같은 기부행위가 조합장의 지지기반을 조성하는 데에 기여하거나 조합원에 대한 매수행위와 결부될 가능성이 높아 이를 허용할 경우 조합장 선거 자체가 후보자의 인물·식견 및 정책 등을 평가받는 기회가 되기보다는 후보자의 자금력을 겨루는 과정으로 타락할 위험성이 있어 이를 방지하기 위한 것이다. 특히 농협 조합장은 조합원 중에서 정관이 정하는 바에 따라 조합원이 총회 또는 총회 외에서 투표로 직접 선출하거나, 대의원회가 선출하거나, 이사회가 이사 중에서 선출하므로(농업협동조합법 제45조 제5항), 조합장 선거는 투표자들이 비교적 소수로서 서로를 잘 알고 있고 인정과 의리를 중시하는 특정집단 내에서 이루어지며, 적은 표 차이로 당락이 결정되고 그 선거운동방법은 후보자와 선거인의 직접적인 접촉이 주를 이루게 되며, 이에 따라 후보자의 행위가

선거의 당락에 직접적으로 영향을 미친다는 특징이 있다. 뿐만 아니라 조합장 선거의 당선인은 지역농협을 대표하고 총회와 이사회의 의장이 되며, 지역농협의 직원을 임면하는 등(농업협동조합법 제46조 제1항, 제3항, 제56조 제1항) 지역농협의 존속·발전에 상당한 영향력을 미칠 수 있기 때문에 선거인의 입장에서 누가 조합장으로 당선되는지가 중요하고, 조합장 선거에 관심이 높을 수밖에 없다. 위와 같은 특성으로 인하여 조합장 선거는 자칫 과열·혼탁으로 빠질 위험이 높아 선거의 공정성 담보가 보다 높게 요구된다고 할 것인바, 조합장으로 하여금 재임 중 일체의 기부행위를 금지하는 것은 위탁선거가 가지는 고유한 특성을 고려하여 위탁선거의 과열과 혼탁을 방지하고 나아가 선거의 공정성 담보를 도모하기 위함이다.

- [3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다) 제33조 제1항 제1호 (나)목이 규정한 ‘직무상의 행위’에 해당하는 경우 조합장의 재임 중 기부행위금지 위반을 처벌하는 같은 법 제59조 위반죄의 구성요건해당성이 없게 되는바, 위 ‘직무상의 행위’에 해당하기 위해서는 위탁선거법 제33조 제1항 제1호 (나)목이 규정한 바와 같이 위탁단체가 금전·물품(이하 ‘금품’이라고 한다)을 위탁단체의 명의로 제공하여야 할 뿐만 아니라 금품의 제공은 위탁단체의 사업계획 및 수지예산에 따라 집행되어야 하고, 이러한 사업계획 및 수지예산은 법령이나 정관 등에 근거한 것이어야 한다.

여기서 위탁단체가 금품을 위탁단체의 명의로 제공하는 것에 해당하는지는 대상자 선정과 집행과정에서 사전계획·내부결재나 사후보고 등 위탁단체 내부의 공식적 절차를 거쳤는지, 금품 제공이 위탁단체의 사업수행과 관련성이 있는지, 금품 제공 당시 제공의 주체가 위탁단체임을 밝혔는지, 수령자가 금품 제공의 주체를 위탁단체로 인식했는지, 금품의 제공 여부는 물론 제공된 금품의 종류와 가액·제공 방식 등에 관해 기존에 동일하거나 유사한 관행이 있었는지, 그 밖에 금품 제공에 이른 동기와 경위 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

단순히 제공된 금품이 위탁단체의 사업계획 및 수지예산에 따라 집행되었다는 사정만으로는 위와 같은 ‘직무상의 행위’에 해당한다고 할 수 없고, 특히 직무행위의 외관을 빌렸으나 실질적으로는 금품 제공의 효과를 위탁단체의 대표자 개인에게 돌리려는 의도가 드러나는 경우에는 ‘직무상의 행위’로 볼 수 없다.

- [4] 기부행위는 출연자가 기부행위자가 되는 것이 통례이지만, 기부행위를 한 것으로 평가되는 주체인 기부행위자는 항상 금전·물품(이하 ‘금품’이라고 한

다) 또는 재산상 이익 등의 사실상 출연자에 한정되는 것은 아니며, 출연자와 기부행위자가 외형상 일치하지 않는 경우에는 금품이나 재산상 이익 등이 출연된 동기 또는 목적, 출연행위와 기부행위의 실행 경위, 기부자와 출연자 그리고 기부받는 자와의 관계 등 모든 사정을 종합하여 실질적 기부행위자를 특정하여야 한다.

다만 공공단체등 위탁선거에 관한 법률상 금지되는 기부행위의 구성요건에 해당하는 행위라고 하더라도, 그것이 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우가 있을 수 있지만, 이러한 위법성조각사유의 인정은 신중하게 하여야 하고, 그 판단에 있어서는 기부대상자의 범위와 지위 및 선정 경위, 기부행위에 제공된 금품 등의 종류와 가액, 기부행위 시점, 기부행위와 관련한 기존의 관행, 기부행위자와 기부대상자와의 관계 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.