



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2022년 5월 15일

제634호

## 민사

- 1 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결 (구상금) ..... 753
- 근로복지공단이 제3자의 불법행위로 재해근로자(유족 등 보험급여 수급자 포함)에게 보험급여를 한 다음 산업재해보상보험법 제87조 제1항에 따라 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위(=보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액) / 산업재해보상보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자가 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우, 재해근로자의 손해배상청구액을 산정하는 방식(=보험급여와 같은 성질의 손해액에서 보험급여를 공제한 후 과실상계) / 산업재해가 사업주와 제3자의 공동불법행위로 인하여 발생하고 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우, 근로복지공단이 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위(=보험급여에서 재해근로자의 과실비율 상당액을 공제한 다음, 여기서 다시 재해근로자가 배상받을 손해액 중 사업주의 과실비율 상당액을 공제한 차액) / 사업주나 제3자의 손해배상 후 재해근로자가 보험급여를 받은 경우, 근로복지공단이 산업재해보상보험법 제84조에 따라 재해근로자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위(=보험급여 중 사업주나 제3자의 책임비율에 해당하는 금액)
- 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라 한다) 제87조의 문언과 입법 취지, 산업재해보상보험(이하 ‘산재보험’이라 한다) 제도의 목적과 사회보장적 성격, 재해근로자(유족 등 보험급여 수급자를 포함한다)와 근로복지공단(이하 ‘공단’이라 한다) 및 불법행위자 사이의 이익형량 등을 종합하여 보면, 공단이 제3자의 불법행위로 재해근로자에게 보험급여를 한 다음 산재보험법 제87조 제1항에 따라 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위는 제3자의 손해

배상액을 한도로 하여 보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한된다. 따라서 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액에 대해서는 공단이 재해근로자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 재해근로자를 위해 공단이 중국적으로 부담한다고 보아야 한다. 이와 같이 본다면 산재보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자가 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우에, 재해근로자의 손해배상청구액은 보험급여와 같은 성질의 손해액에서 먼저 보험급여를 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다.

또한 산업재해가 산재보험 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위로 인하여 발생한 경우에도 공단이 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위는 제3자의 손해배상액을 한도로 하여 보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한됨은 위와 같다. 따라서 공단은 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액에 대해서 재해근로자를 대위할 수 없고 재해근로자를 위해 위 금액을 중국적으로 부담한다. 재해근로자가 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위를 원인으로 가입 사업주나 제3자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우에도 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 때에는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 손해배상액을 산정하여야 한다.

다만 위와 같이 공동불법행위로 산업재해가 발생하여 공단이 제3자를 상대로 재해근로자의 손해배상청구권을 대위하는 경우에는, 순환적인 구상소송을 방지하는 소송경제적인 목적 등에 따라 공단은 제3자에 대하여 산재보험 가입 사업주의 과실비율 상당액은 대위 행사할 수 없다. 그러므로 공단은 ‘공제 후 과실상계’ 방식에 따라 보험급여에서 재해근로자의 과실비율 상당액을 공제한 다음, 여기서 다시 재해근로자가 배상받을 손해액 중 가입 사업주의 과실비율 상당액을 공제하고 그 차액에 대해서만 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다.

나아가 이러한 법리는 보험급여 지급권자가 동일한 사유로 불법행위자인 산재보험 가입 사업주로부터 민법이나 그 밖의 법령에 따라 산재보험법의 보험급여에 상당한 금품을 받거나 제3자로부터 보험급여 상당의 손해배상을 받음으로써 공단이 보험급여 지급의무를 면하게 되는 범위(산재보험법 제80조 제3항 본문 및 제87조 제2항, 산업재해보상보험법 시행령 제76조, 제81조)에 대해서도 동일하게 적용된다. 이때 공단이 보험급여 지급의무를 면하는 범위는 사업주나 제3자의 행위를 원인으로 지급 사유가 발생한 금액, 즉 보험급여 중 사업주나 제3자의 책임

비율에 해당하는 금액으로 한정되고, 나머지 부분인 보험급여 중 재해근로자의 과실비율에 해당하는 금액은 여전히 공단이 부담한다고 보아야 한다. 따라서 사업주나 제3자의 손해배상 후 재해근로자가 보험급여를 받았다면 공단이 산재보험법 제84조에 따라 재해근로자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 보험급여 중 사업주나 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정된다.

**2** 2022. 3. 31. 선고 2017다9121, 9138 판결〔건물철거등·건물철거등〕… 765

[1] 부동산처분금지가처분등기보다 먼저 마쳐진 가등기에 의하여 본등기가 마쳐진 경우, 본등기가 가처분등기 후에 마쳐졌더라도 채무자가 채권자에게 대항할 수 있는지 여부(적극) / 가처분등기보다 먼저 설정등기가 마쳐진 근저당권이 소멸되는 경매절차에서의 매각으로 채무자가 건물 소유권을 상실한 경우, 채권자가 가처분의 효력을 내세워 채무자가 여전히 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 주장할 수 있는지 여부(소극) / 압류나 근저당권설정등기 이후에 마쳐진 가처분등기가 경매절차 매각대금 지급 후에도 말소되지 않은 채 남아 있다고 해서 채무자가 여전히 건물을 처분할 수 있는 지위에 있는지 여부(소극)

[2] 구분소유가 성립하기 전의 집합건물의 대지에 관하여 대지사용권의 분리처분을 금지하는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조가 적용되는지 여부(소극) / 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위한 요건 / 구분소유가 성립하기 전에 대지에 관하여만 근저당권이 설정되었다가 구분소유가 성립하여 대지사용권이 성립되었다더라도 이미 설정된 근저당권 실행으로 대지가 매각됨으로써 전유부분으로부터 분리처분된 경우, 전유부분을 위한 대지사용권이 소멸하는지 여부(적극)

[1] 부동산처분금지가처분은 부동산에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권, 전세권, 임차권의 설정 그 밖의 일체의 처분행위를 금지하는 가처분으로서, 자기 소유 토지 위에 채무자 소유 건물에 대한 철거청구권, 즉 방해배제청구권의 보전을 위해서도 할 수 있다. 채무자 소유 건물에 대한 철거청구권을 피보전권리로 한 가처분에도 불구하고 채무자가 건물을 처분하였을 때에는 이를 채권자에게 대항할 수 없으므로 채권자에 대한 관계에 있어서 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있다.

처분행위가 가처분에 저촉되는지 여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 따라 정해진다.

그런데 가등기는 본등기 순위보전의 효력이 있기 때문에, 가처분등기보다 먼저 마쳐진 가등기에 의하여 본등기가 마쳐진 경우에는 그 본등기가 설사

가처분등기 후에 마쳐졌더라도 채권자에게 대항할 수 있다.

또한 근저당권이 소멸되는 경매절차에서 부동산이 매각된 경우에는 근저당권설정등기와 가처분등기의 선후에 따라 채무자가 채권자에게 대항할 수 있는지 여부가 정해진다. 따라서 가처분등기보다 먼저 설정등기가 마쳐진 근저당권이 소멸되는 경매절차에서의 매각으로 채무자가 건물 소유권을 상실한 경우에는 채권자로서도 가처분 효력을 내세워 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 주장할 수 없다.

한편 경매절차에서 매각대금이 지급되면 법원사무관 등은 매수인 앞으로 소유권을 이전하는 등기와 함께 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입을 말소하는 등기 등도 촉탁하여야 하는데(민사집행법 제144조 제1항), 이때 토지 소유자가 그 소유 토지 위에 채무자 소유 건물 철거청구권을 보전하기 위하여 건물에 대한 처분금지가처분으로 마쳐진 가처분등기는, 건물에 관한 압류 또는 근저당권설정등기 이후에 마쳐졌더라도 말소되지 않은 채 남아 있지만, 이는 위 가처분이 건물 자체에 대한 어떠한 권리를 보전하기 위한 것이 아니기 때문이다. 위와 같이 압류나 근저당권설정등기 이후에 마쳐진 위 가처분등기가 경매절차 매각대금 지급 후에도 말소되지 않은 채 남아 있다고 해서 채무자가 여전히 그 건물을 처분할 수 있는 지위에 있다고 볼 수는 없다.

- [2] 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조에 따라 분리처분이 금지되는 대지사용권이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서, 구분소유의 성립을 전제로 한다. 따라서 구분소유가 성립하기 전에는 집합건물의 대지에 관하여 분리처분금지 규정이 적용되지 않는다. 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질을 변경하지 않고 그 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 충분하다. 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있다. 그러나 그 구조와 형태 등이 1동의 건물로서 완성되고 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물

리적으로 완성되어야 그 시점에 구분소유가 성립한다. 구분소유가 성립하기 전에 대지에 관하여만 근저당권이 설정되었다가 구분소유가 성립하여 대지사용권이 성립되었다더라도 이미 설정된 그 근저당권 실행으로 대지가 매각됨으로써 전유부분으로부터 분리처분된 경우에는 그 전유부분을 위한 대지사용권이 소멸하게 된다.

**3** 2022. 3. 31. 선고 2017다247145 판결 [설계보상비반환] ..... 771

- [1] 조달청장이 '조달사업에 관한 법률'에 따라 수요기관으로부터 계약 체결을 요청받아 체결하는 계약의 법적 성질(=제3자를 위한 계약)
- [2] 조달청장이 수요기관으로부터 요청받은 공사계약을 체결하기 위해 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'에 근거하여 설계·시공일괄입찰을 실시하면서 입찰에 참가한 자가 낙찰자로 결정되지 않으면 수요기관이 설계비 일부를 보상하도록 약정함에 따라 수요기관이 자신의 명의로 출연으로 그들에게 설계보상비를 지급한 경우, 이로 인해 발생한 손해에 대하여 수요기관이 불법행위자들을 상대로 손해배상을 구할 수 있는지 여부(원칙적 적극)
- [3] 선택적으로 병합된 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 상고심법원이 선택적 청구 중 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정하는 경우, 이를 전부 파기하여야 하는지 여부(적극) 및 이러한 법리는 성질상 선택적 관계에 있는 청구를 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구한다는 취지에서 예비적으로 병합한 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
  - [1] 조달청장이 '조달사업에 관한 법률'에 따라 수요기관으로부터 계약 체결을 요청받아 그에 따라 체결하는 계약(이하 '요청조달계약'이라 한다)은 국가가 당사자가 되고 수요기관은 수익자에 해당하는 '제3자를 위한 계약'에 해당한다. 요청조달계약에서 수요기관은 계약당사자는 아니더라도 계약에 따른 수익을 얻는 지위에 있는 반면, 조달청장은 수요기관으로부터 수수료를 지급받고 요청받은 계약 업무를 이행하는 지위에 있다.
  - [2] 조달청장이 '조달사업에 관한 법률'에 따라 수요기관으로부터 계약 체결을 요청받아 그에 따라 체결하는 계약에서의 수요기관의 지위, 관련 법령 규정의 문언과 내용, 체계 등에 비추어 볼 때, 조달청장이 수요기관으로부터 요청받은 공사계약을 체결하기 위해 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'에 근거하여 설계·시공일괄입찰을 실시하면서 입찰에 참가한 자와 사이에서 입찰에 참가한 자가 낙찰자로 결정되지 않으면 수요기관으로 하여금 설계비 일부를 보상하도록 하는 약정을 하고, 이에 따라 수요기관이 자신의 명의로 출연으로 그들에게 설계보상비를 지급하였다면, 특별한 사정이 없는 한 수요기관

은 공사계약의 당사자는 아니지만 수익자로서 조달청장과는 독립된 지위에서 설계보상비를 지급하였다고 할 것이고, 이로 인하여 수요기관에 손해가 발생하였다면 수요기관은 불법행위자들에게 그 손해배상을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다.

[3] 선택적으로 병합된 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 상고심법원이 선택적 청구 중 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 이를 전부 파기하여야 한다. 그리고 이러한 법리는 성질상 선택적 관계에 있는 청구를 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구한다는 취지에서 예비적으로 병합한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

**4** 2022. 3. 31. 선고 2017다250264 판결〔채무부존재확인〕 ..... 776

의약품이 서양의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우, 한의사가 이를 처방·조제할 수 있는지 여부(소극)

의료법이나 약사법의 이원적 의료체계에 관한 규정 취지 및 의약품에 대한 안전성·유효성 심사인 품목허가의 의미 등을 고려하면, 한의사는 의약품이 한의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우에만 그 의약을 처방·조제할 수 있고, 서양의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우에는 이를 처방·조제할 수 없다고 보아야 한다.

**5** 2022. 3. 31. 선고 2017다263901 판결〔배당이의〕 ..... 777

동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따라 동산담보권이 설정된 유체동산에 대하여 다른 채권자의 신청에 의한 강제집행절차가 진행되는 경우, 집행관의 압류 전에 등기된 동산담보권을 가진 채권자는 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는지 여부(적극)

동산·채권 등의 담보에 관한 법률(이하 ‘동산채권담보법’이라 한다)에 따라 동산을 담보로 제공하기로 하는 담보약정을 하고 담보등기를 마치면 동산담보권이 성립한다(제7조). 동산담보권자는 담보목적물에 대하여 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제받을 권리가 있다(제8조).

등기를 통해 공시되는 동산담보권을 창설한 동산채권담보법의 입법 취지, 부동산 집행절차에서 등기된 담보권자를 당연히 배당받을 채권자로 정하는 민사집행법 제148조 제4호의 취지, 동산담보권자와 경매채권자 사이의 이익형량 등을 고려하면, 동산담보권이 설정된 유체동산에 대하여 다른 채권자의 신청에 의한 강제집행절차가 진행되는 경우 민사집행법 제148조 제4호를 유추적용하여 집행관의 압류 전에 등기된 동산담보권을 가진 채권자는 배당요구를 하지 않아도 당연

히 배당에 참가할 수 있다고 보아야 한다.

**6** 2022. 3. 31. 선고 2018다21326 판결〔부당이득금반환〕 ..... 782

질권설정자가 제3채무자에게 질권이 설정된 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 경우, 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하였음을 이유로 질권자에게 대항할 수 있는지 여부(소극) 및 이는 질권의 목적인 채권에 대하여 질권설정자의 일반채권자의 신청으로 압류·전부명령이 내려졌고, 위 명령이 송달된 날보다 먼저 질권자가 확정일자 있는 문서에 의해 대항요건을 갖춘 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

질권설정자가 민법 제349조 제1항에 따라 제3채무자에게 질권이 설정된 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에게 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다. 질권의 목적인 채권에 대하여 질권설정자의 일반채권자의 신청으로 압류·전부명령이 내려진 경우에도 그 명령이 송달된 날보다 먼저 질권자가 확정일자 있는 문서에 의해 민법 제349조 제1항에서 정한 대항요건을 갖추었다면, 전부채권자는 질권이 설정된 채권을 이전받을 뿐이고 제3채무자는 전부채권자에게 변제했음을 들어 질권자에게 대항할 수 없다.

**7** 2022. 3. 31. 선고 2018다286390 판결〔공탁금출급청구권확인〕 ..... 784

[1] 어느 개인에게 발생한 소득이 소득세법에 열거된 소득에 해당하지 않는 경우, 소득세 납세의무가 성립하는지 여부(소극) / 어느 소득이 소득세 과세대상인지 다투어지는 경우, 과세를 주장하는 자가 해당 소득이 소득세법에 열거된 특정 과세대상 소득에 해당한다는 점까지 주장·증명하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

[2] 소득세법 제21조 제1항 제17호에서 기타소득의 하나로 정한 ‘사례금’의 의미 및 여기에 해당하는지 판단하는 방법

[3] 甲이 미국 법인의 국내 영업소인 乙 영업소를 상대로 해고무효의 확인과 함께 복직 시까지 매월 급여 상당액의 지급을 구하는 소를 제기하여, 항소심에서 ‘乙 영업소는 甲에게 화해권고결정금액을 지급하고, 甲은 나머지 청구를 포기한다.’는 내용의 화해권고결정이 내려져 확정되었는데, 위 화해권고결정금액이 소득세법 제21조 제1항 제17호에서 기타소득의 하나로 정한 ‘사례금’에 해당하는지 문제 된 사안에서, 위 화해권고결정금액은 사무처리 또는 역무의 제공 등과 관련하여 사례의 뜻으로 지급된 금품으로 보기 어려워 과세대상 소득인 ‘사례금’에 해당한다고 볼 수 없다고 한 원심판단에 법리오해 등

의 잘못이 없다고 한 사례

- [1] 소득세법은 과세대상 소득을 그 원천 또는 성격에 따라 구분하여 열거하고 있으므로 소득세법이 열거하지 않은 소득은 과세대상이 아니다. 따라서 어느 개인에게 소득이 발생하였더라도 그 소득이 소득세법에 열거된 소득에 해당하지 않으면 소득세 납세의무가 성립하지 않는다. 어느 소득이 소득세 과세 대상인지 여부가 다투어지는 경우 특별한 사정이 없는 한 과세를 주장하는 자가 해당 소득이 소득세법에 열거된 특정 과세대상 소득에 해당한다는 점까지 주장·증명하여야 한다.
- [2] 소득세법 제21조 제1항 제17호가 기타소득의 하나로 규정한 ‘사례금’은 사무처리 또는 역무의 제공 등과 관련하여 사례의 뜻으로 지급되는 금품을 의미하고, 여기에 해당하는지는 해당 금품 수수의 동기·목적, 상대방과의 관계, 금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- [3] 甲이 미국 법인의 국내 영업소인 乙 영업소를 상대로 해고무효의 확인과 함께 복직 시까지 매월 급여 상당액의 지급을 구하는 소를 제기하여, 항소심에서 ‘乙 영업소는 甲에게 화해권고결정금액을 지급하고, 甲은 나머지 청구를 포기한다.’는 내용의 화해권고결정이 내려져 확정되었는데, 위 화해권고결정금액이 소득세법 제21조 제1항 제17호에서 기타소득의 하나로 정한 ‘사례금’에 해당하는지 문제 된 사안에서, 위 화해권고결정금액은 사무처리 또는 역무의 제공 등과 관련하여 사례의 뜻으로 지급된 금품으로 보기 어려워 과세대상 소득인 ‘사례금’에 해당한다고 볼 수 없다고 한 원심의 판단은 甲과 乙 영업소 사이에 발생한 분쟁의 내용과 소송에 이른 경위, 화해권고결정 이전에 진행된 재판의 경과, 화해권고결정금액의 규모 등을 종합하여 고려한 결과 위 화해권고결정금액이 ‘사례금’에 해당한다는 증거가 부족하다는 취지의 판단으로 볼 수 있어, 소득세법 제21조 제1항 제17호에서 정한 ‘사례금’에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례.

**8** 2022. 3. 31. 선고 2019다226395 판결 (보증금반환) ..... 787

- [1] 처분문서상 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우, 계약 내용의 해석 방법
- [2] 甲이 자신이 건축·분양하는 집합건물에 관하여 乙과 ‘乙은 甲에게 일정 금액을 예치하여야 한다. 甲은 분양실적이 분양목표에 미달한 경우 분양대행계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 분양대행계약의 해제 또는 해지로 甲에게 손해가 발생하는 경우 甲은 계약이 종료하면 乙에게 반환하여야 할 예치금에서 손해액을 공제할 수 있다.’는 내용 등으로 분양대행계약을 체결하였다가

이후 분양실적이 저조하다는 이유로 위 계약을 해지한 다음, 乙이 예치금 반환을 구하자 예치금은 甲의 채무불이행에 따른 손해에 모두 충당되어 존재하지 않는다고 항변한 사안에서, 계약의 내용 등 제반 사정에 비추어 위 분양대행계약에 따라 乙이 부담하는 채무는 계약기간 내에 목표분양률을 달성하여 그 결과를 제공하여야 할 결과채무가 아니라 분양완료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 분양에 필요한 적절한 조치를 취하여 분양대행업무를 진행할 수단채무에 해당한다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 보아 乙이 甲에게 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 본 원심판단에는 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 계약당사자 간에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하지만, 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약의 내용을 합리적으로 해석하여야 하고, 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.
- [2] 甲이 자신이 건축·분양하는 집합건물에 관하여 乙과 ‘乙은 甲에게 일정 금액을 예치하여야 한다. 甲은 분양실적이 분양목표에 미달한 경우 분양대행계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 분양대행계약의 해제 또는 해지로 甲에게 손해가 발생하는 경우 甲은 계약이 종료하면 乙에게 반환하여야 할 예치금에서 손해액을 공제할 수 있다.’는 내용 등으로 분양대행계약을 체결하였다가 이후 분양실적이 저조하다는 이유로 위 계약을 해지한 다음, 乙이 예치금 반환을 구하자 예치금은 甲의 채무불이행에 따른 손해에 모두 충당되어 존재하지 않는다고 항변한 사안에서, 계약의 내용 등 제반 사정에 비추어 위 분양대행계약에 따라 乙이 부담하는 채무는 계약기간 내에 목표분양률을 달성하여 그 결과를 제공하여야 할 결과채무가 아니라 분양완료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 분양에 필요한 적절한 조치를 취하여 분양대행업무를 진행할 수단채무에 해당한다고 봄이 타당하므로, 비록 乙이 계약기간 내에 목표분양률을 달성하지 못하였더라도 그러한 결과만으로 곧바로 채무를 불이행하였다고 추정할 수는 없고, 乙이 부담하는 구체적인 주의의무의 존재

와 위반 사실을 甲이 추가로 주장·증명하여야 하는데도, 이와 달리 계약기간 내에 분양대행계약에 따른 목표분양률을 달성하지 못한 것 자체가 乙의 귀책사유에 의한 채무불이행에 해당한다고 보아, 乙이 이러한 결과를 달성하지 못한 이상 甲에게 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 본 원심판단에는 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례.

**9** 2022. 3. 31. 선고 2019다274639 판결 [주식양도절차이행] ..... 790

[1] 주주 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 효력(원칙적 유효)

[2] 甲 주식회사의 출자자 전원이 체결한 주주 간 협약에는 ‘출자자는 주식을 계속하여 보유하는 것이 위법하게 되는 경우와 나머지 출자자 전원이 동의하는 경우에만 주식양도를 할 수 있고, 이 경우 다른 주주들은 우선매수할 권리가 있다.’는 내용의 조항을 두고 있는데, 乙 주식회사가 甲 회사의 출자자인 丙 주식회사로부터 甲 회사의 주식을 양수하는 계약을 체결하면서 출자자 전원의 동의를 얻지 못할 경우에는 계약을 무효로 한다고 약정하였다가 丙 회사로부터 출자자 전원의 동의를 얻지 못하여 계약이 무효가 되었다는 통보를 받아, 우선매수권 행사가 없는 경우 출자자 전원의 동의는 필요하지 않다는 주장과 주식양도를 위해 출자자 전원의 동의를 요하는 위 협약 조항은 무효라는 주장을 하면서 계약의 유효를 전제로 주식양도절차의 이행을 구한 사안에서, 乙 회사의 주장을 모두 배척한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례

[1] 주식의 양도를 제한하는 방법으로 이사회 승인을 받도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투하자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다.

[2] 甲 주식회사의 출자자 전원이 체결한 주주 간 협약에는 ‘출자자는 주식을 계속하여 보유하는 것이 위법하게 되는 경우와 나머지 출자자 전원이 동의하는 경우에만 주식양도를 할 수 있고, 이 경우 다른 주주들은 우선매수할 권리가 있다.’는 내용의 조항을 두고 있는데, 乙 주식회사가 甲 회사의 출자자인 丙 주식회사로부터 甲 회사의 주식을 양수하는 계약을 체결하면서 출자자 전원의 동의를 얻지 못할 경우에는 계약을 무효로 한다고 약정하였다가 丙 회사로부터 출자자 전원의 동의를 얻지 못하여 계약이 무효가 되었다는 통보를 받아, 우선매수권 행사가 없는 경우 출자자 전원의 동의는 필요하지 않다는

주장과 주식양도를 위해 출자자 전원의 동의를 요하는 위 협약 조항은 무효라는 주장을 하면서 계약의 유효를 전제로 주식양도절차의 이행을 구한 사안에서, 乙 회사와 丙 회사가 체결한 계약에서 말하는 ‘출자자 전원의 동의’는 문언상 위 주주 간 협약과 관련하여 해석해야 하는데, 위 협약 조항은 출자자 전원의 동의와 출자자의 우선매수권을 별도로 정하고 있고, 위 협약 조항에 규정된 우선매수권 부여절차는 주식보유가 위법하여 주식을 양도하는 경우와 출자자의 동의로 주식을 양도하는 경우에 모두 적용되는 점과 우선매수권 부여절차와 출자자 동의절차가 그 목적에서 서로 구분되는 점을 들어, 위 계약의 해석상 주식양도를 위해서는 우선매수권 부여절차와 별도로 주식양도에 대한 출자자 전원의 동의가 필요하다고 본 원심의 판단과, 위 협약 조항에서 주식의 양도를 전면적으로 금지하는 것이 아니라 일정한 요건과 절차를 거쳐 양도가 가능하도록 규정하고 있고, 甲 회사의 주주가 8명에 지나지 않아 다른 주주로부터 동의를 받는 것이 양도를 금지할 정도에 이른다고 보기 어려운 점, 甲 회사는 존립기간이 설립등기일로부터 13년으로 정해져 있어 주주의 투하자본 회수가 불가능하다고 보기 어려운 점, 甲 회사의 목적 사업은 주주의 구성이 중요하여 그 구성의 변동을 제한할 합리적 필요성이 있는 점을 들어, 주식양도를 위해 출자자 전원의 동의를 받도록 한 위 협약 조항을 무효라고 할 수 없다고 본 원심의 판단에 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례.

**10** 2022. 3. 31. 선고 2020다245408 판결 (질권실행에따른공사대금청구소) … 794

- [1] 처분문서상 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우, 계약 내용의 해석 방법
- [2] 위탁자가 자신이 소유하는 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하여 건물을 신축·분양하는 사업을 시행하게 하고 대주와 시공사를 우선수익자로 정하는 관리형 토지신탁을 한 경우, 우선수익자인 시공사가 우선수익권에 질권을 설정하는 것에 대하여 수탁자가 승낙하면 그 원인채권에 대하여도 질권 설정승낙의 효력이 발생하는지 여부(소극)
- [1] 계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다. 그러나 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과

거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석해야 한다. 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석해야 한다.

[2] 위탁자가 자신이 소유하는 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하여 건물을 신축·분양하는 사업을 시행하게 하고 대주와 시공사를 우선수익자로 정하는 관리형 토지신탁을 한 경우, 특별한 사정이 없는 한 우선수익권은 원채권과는 독립한 신탁계약상 별개의 권리가 된다. 이러한 경우 우선수익권은 원채권과 별도로 담보로 제공될 수 있으므로 우선수익자인 시공사가 우선수익권에 질권을 설정하는 것에 대하여 수탁자가 승낙했다고 해서 그 원채권에 대해서까지 질권설정승낙의 효력이 발생한다고 볼 수 없다.

**11** 2022. 3. 31. 선고 2020다271919 판결 [채무부존재확인] ..... 798

**청구의 인낙이 실체법상 채권·채무의 발생 또는 소멸의 효력을 갖는지 여부(소극)**  
청구의 인낙은 피고가 원고의 주장을 승인하는 소위 관념의 표시에 불과한 소송상 행위로서 이를 조서에 기재한 때에는 확정판결과 동일한 효력이 발생되어 그로써 소송을 종료시키는 효력이 있을 뿐이고, 실체법상 채권·채무의 발생 또는 소멸의 원인이 되는 법률행위라 볼 수 없다.

**12** 2022. 3. 31. 선고 2021다201085, 201092 판결 [채무부존재확인·보험금] .... 799

**상법 제680조 제1항에서 정한 ‘손해방지비용’의 의미 및 책임보험에서 건축물 등에 발생한 누수와 관련하여 실시된 방수공사의 비용이 손해방지비용에 해당하는지 판단하는 방법**

상법 제680조 제1항은 “보험계약자와 피보험자는 손해의 방지와 경감을 위하여 노력하여야 한다. 그러나 이를 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액이 보험금액을 초과한 경우라도 보험자가 이를 부담한다.”라고 정하고 있다. 여기에서 ‘손해방지비용’이란 보험자가 담보하고 있는 보험사고가 발생한 경우에 보험사고로 인한 손해의 발생을 방지하거나 손해의 확대를 방지함은 물론 손해를 경감할 목적으로 하는 행위에 필요하거나 유익하였던 비용을 말하는 것으로서, 원칙적으로 보험사고의 발생을 전제로 한다.

피보험자의 책임 있는 사유로 제3자에게 발생한 손해를 보상하는 책임보험에서는 건축물 등에 누수가 발생하더라도 그것이 피보험자의 책임 있는 사유로 제3자에게 손해를 입힌 경우에 비로소 보상 대상이 된다.

누수 부위나 원인은 즉시 확인하기 어려운 경우가 많고, 그로 인한 피해의 형태와 범위도 다양하다. 또한 누수와 관련하여 실시되는 방수공사에는 누수 부위

나 원인을 찾는 작업에서부터 누수를 임시적으로 막거나 이를 제거하는 작업, 향후 추가적인 누수를 예방하기 위한 보수나 교체 작업 등이 포함된다. 따라서 방수공사의 세부 작업 가운데 누수가 발생한 후 누수 부위나 원인을 찾는 작업과 관련된 탐지비용, 누수를 직접적인 원인으로 해서 제3자에게 손해가 발생하는 것을 미리 방지하는 작업이나 이미 제3자에게 발생한 손해의 확대를 방지하는 작업과 관련된 공사비용 등은 손해방지비용에 해당할 수 있다. 구체적인 사안에서 누수로 인해 방수공사가 실시된 경우 방수공사비 전부 또는 일부가 손해방지비용에 해당하는지는 누수나 그로 인한 피해 상황, 피해의 확대 가능성은 물론 방수공사와 관련한 세부 작업의 목적이나 내용 등을 살펴서 개별적으로 판단해야 한다.

**13** 2022. 3. 31. 선고 2021다229861 판결 (임금) ..... 801

[1] 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금에 대하여 근로자의 개별적인 동의나 수권 없이 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약만으로 그 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 있는지 여부(소극) 및 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금인지 판단하는 기준

[2] 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금전 중 1월을 초과하는 기간에 의하여 산정되는 수당 등에 관하여 지급하기로 정해진 기일이 있는 경우, 지급기일이 이미 도래하여 구체적으로 지급청구권이 발생한 수당 등에 대하여 근로자의 개별적인 동의나 수권 없이 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약만으로 그 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 있는지 여부(소극)

[1] 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공할 것을 약정하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급할 것을 약정하는 쌍무계약으로(근로기준법 제2조 제1항 제4호), 임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다(근로기준법 제43조 제2항). 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다. 이때 구체적으로 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지는 근로계약, 취업규칙 등에서 정한 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다.

[2] 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금전 중 1월을 초과하는 기간에 의하여 산정되는 수당 등(근로기준법 제43조 제2항 단서, 같은 법 시행

령 제23조)에 관하여 지급하기로 정해진 기일이 있는 경우, 지급기일이 이미 도래하여 구체적으로 지급청구권이 발생한 수당 등은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이다. 따라서 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환, 포기, 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 없다.

**14** 2022. 3. 31. 선고 2021다265171 판결 [양수금등] ..... 804

[1] 구 공공주택 특별법의 적용을 받는 임대주택의 임대인이 같은 법 시행령 제47조 제1항 및 표준임대차계약서 해당 조문 각호에 해당하는 사유가 없는 경우에도 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 이에 위반되는 약정의 사법적 효력이 배제되는지 여부(적극)

[2] 한국토지주택공사로부터 공공임대주택을 임차한 甲이 乙 새마을금고에 임대차보증금반환채권 일부를 양도하면서 乙 새마을금고의 승낙 없이는 임대차계약을 하지 않겠다고 약정하였고, 한국토지주택공사에 위 약정을 포함한 내용의 채권양도 사실을 통지하였는데, 임대차계약의 기간만료 전 한국토지주택공사와 甲이 임대차 재계약을 한 사안에서, 한국토지주택공사와 甲의 임대차계약은 유효하게 갱신되었는데도, 임대차계약이 기간만료로 종료되었다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 구 공공주택 특별법(2017. 8. 9. 법률 제14851호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공공주택 특별법’이라고 한다) 제49조의2 제1항, 제2항에 의하면 공공임대주택에 대한 임대차계약을 체결하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 표준임대차계약서를 사용하여야 하고, 표준임대차계약서에는 공공주택사업자 및 임차인의 권리·의무에 관한 사항 등이 포함되어야 하며, 제49조의3 제1항에 의하면 공공주택사업자는 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 공공임대주택을 임대받는 등 대통령령으로 정하는 사항에 해당하는 경우 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 재계약을 거절할 수 있다. 위 조항에 따라 구 공공주택 특별법 시행령(2018. 2. 9. 대통령령 제28630호로 개정되기 전의 것) 제47조 제1항에서는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 대하여 같은 항 각호의 어느 하나에 해당하는 경우를 규정하고, 구 공공주택 특별법 시행규칙(2020. 10. 19. 국토교통부령 제771호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 [별지 제5호, 제6호, 제7호 서식] 표준임대차계약서에서도 위 시행령 조항 각호 사유 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다.

따라서 구 공공주택 특별법의 적용을 받는 임대주택에 관해서는 위 법령 조항 및 표준임대차계약서 해당 조문 각호 중 하나에 해당하는 사유가 있는

경우라야 임대인이 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있고, 그렇지 아니한 경우에는 임차인이 임대차계약의 갱신을 원하는 이상 임대인은 특별한 사정이 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없다고 보아야 한다.

특히 앞서 본 각 규정들은 임차인의 주거생활 안정을 보장하기 위하여 임대사업자가 공공임대주택에 관한 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 갱신을 거절하는 것을 제한하기 위한 것으로서 제정 목적과 입법 취지 등에 비추어 이에 위반되는 약정의 사법적 효력을 배제하는 강행규정으로 보아야 한다.

- [2] 한국토지주택공사로부터 공공임대주택을 임차한 甲이 乙 새마을금고에 임대차보증금반환채권 일부를 양도하면서 乙 새마을금고의 승낙 없이는 임대차계약을 하지 않겠다고 약정하였고, 한국토지주택공사에 위 약정을 포함한 내용의 채권양도 사실을 통지하였는데, 임대차계약의 기간만료 전 한국토지주택공사와 甲이 임대차 재계약을 한 사안에서, 한국토지주택공사는 구 공공주택 특별법 시행령(2018. 2. 9. 대통령령 제28630호로 개정되기 전의 것) 또는 표준임대차계약서 해당 조문의 각호에서 정한 사유가 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없고, 이에 반하는 甲과 乙 새마을금고의 약정으로 위 규정의 적용을 배제할 수 없어 한국토지주택공사와 甲 사이에서는 유효하게 임대차계약이 갱신된 것인데도, 임대차계약이 기간만료로 종료되었다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**가 사**

**15** 2022. 3. 31. 선고 2019므10581 판결 [사실상혼인관계존재확인] ..... 808

- [1] 유족급여수급권을 주장하는 사람이 검사를 상대방으로 하여 과거의 사실상 혼인관계에 관한 존부 확인의 소를 제기하는 경우, 확인의 이익이 인정되는지 여부(적극)
- [2] 법률상 혼인을 한 사람이 배우자와 별거하면서 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 부부생활을 하는 경우, 제3자와의 관계를 사실상 혼인관계로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [1] 공무원연금법을 비롯한 여러 법령은 그 법에 따른 급여의 수급권자가 사망하면 그의 사실혼 배우자가 유족으로서 급여를 받도록 규정하고 있으므로, 사망한 사람과의 사실혼 관계는 유족급여수급권과 관련된 법률관계의 전제가 된다. 그러므로 급여수급권을 주장하는 사람이 검사를 상대방으로 하여 과거

의 사실상 혼인관계에 관한 존부 확인의 소[가사소송법 제2조 제1항 제1호 (나)목 1])를 제기하는 것은 유족급여와 관련된 분쟁을 한꺼번에 해결하는 적절한 방법이어서 확인의 이익이 인정된다.

- [2] 법률상 혼인을 한 사람이 배우자와 별거하면서 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 부부생활을 하더라도, 법률상 배우자와 사실상 이혼상대였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 제3자와의 관계를 사실상 혼인관계로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다.

**16** 2022. 3. 31. 자 2021스3 결정 (자의성과본의변경허가) ..... 811

- [1] 민법 제781조 제6항에 따른 자의 성·본 변경허가 심판의 성격 및 이때 가정법원이 ‘성·본 변경이 청구된 자녀의 복리에 적합한지’를 최우선적으로 고려하여 후견적 입장에서 허가 여부를 판단하여야 하는지 여부(적극)

- [2] 민법 제781조 제6항에서 정한 ‘자녀의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때’에 해당하는지 판단할 때 고려하여야 할 사항

- [3] 자의 성·본 변경을 청구하는 부, 모 중 일방이 이를 희망하고 타방이 동의하였다는 사정만으로 성·본 변경허가의 요건을 충족하였다고 볼 수 있는지 여부(소극) 및 특히 미성년 자녀를 둔 부부가 이혼한 후 부 또는 모가 자의 성·본 변경허가를 청구하는 경우, 법원이 고려할 사항

- [1] 민법 제781조 제6항 본문은 “자의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부, 모 또는 자의 청구에 의하여 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다.”라고 규정하고, 이에 따른 성·본 변경허가 심판은 ‘라류 가사비송사건’에 속한다[가사소송법 제2조 제1항 제2호 (가)목 6]. 가사비송사건은 가정법원이 후견적인 지위에서 재량에 의해 합목적적으로 법률관계를 형성하는 재판으로서, 직권탐지주의가 적용된다(가사소송규칙 제23조 제1항). 특히 라류 가사비송사건은 상대방이 없는 비대심적 구조로서 비송재판으로서의 성격이 더욱 두드러진다.

앞서 본 민법 제781조 제6항의 문언과 성·본 변경허가제의 도입 취지, 가사소송법이 성·본 변경허가 재판을 라류 가사비송사건으로 규정한 점에 비추어 보면, 가정법원은 청구인의 주장에 구애되지 않고 직권으로 탐지한 자료에 따라 ‘성·본 변경이 청구된 자녀의 복리에 적합한지’를 최우선적으로 고려하여 후견적 입장에서 재량권의 범위에서 그 허가 여부를 판단하여야 한다.

- [2] 민법 제781조 제6항에서 ‘자녀의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때’에 해당하는지 여부는 자녀의 나이와 성숙도를 감안하여 자 또는

친권자·양육자의 의사를 고려하되, 성·본 변경이 이루어지지 아니함으로 인하여 가족 구성원 사이의 정서적 통합, 가족 구성원에 대한 편견이나 오해 등으로 학교생활이나 사회생활에서 겪게 되는 불이익과 함께 성·본 변경으로 초래될 자녀 본인의 정체성 혼란, 자녀와 성·본을 함께 하고 있는 친부나 형제자매 등과의 유대관계 단절 등의 사정을 심리한 다음, 자녀의 복리를 위하여 성·본의 변경이 필요하다고 인정되어야 한다. 또한 성·본 변경으로 인하여 학교생활이나 사회생활에 있어서의 불편 내지 혼란, 타인에게 불필요한 호기심이나 의구심 등을 일으키게 하여 사건본인의 정체성 유지에 영향을 미칠 개연성 등의 불이익 등도 함께 고려하여 허가 여부를 신중하게 판단하여야 한다.

- [3] 자의 성·본 변경허가 청구에 관하여 가사소송규칙은 가정법원이 부, 모 등의 의견을 청취할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐(가사소송규칙 제59조의2 제2항), 법령상 부, 모 등의 동의를 요건으로 하지 않는 점(민법 제781조 제6항 참조) 등에 비추어 보면, 성·본 변경을 청구하는 부, 모 중 일방이 단지 이를 희망한다는 사정은 주관적·개인적인 선호의 정도에 불과하며 이에 대하여 타방이 동의를 하였더라도 그 사정만으로는 성·본 변경허가의 요건을 충족하였다고 보기 어렵다. 특히 미성년 자녀를 둔 부부가 이혼한 후 부 또는 모가 자의 성·본 변경허가를 청구하는 경우, 성·본 변경허가 청구에 이르게 된 경위에 관하여 설령 청구인이 표면적으로는 자녀의 복리를 내세우더라도 비양육친이 미성년 자녀에 대해 당연히 지급하여야 할 양육비(민법 제837조, 제843조 참조)의 지급 여부나 그 액수 혹은 비양육친과 미성년 자녀가 상호 간 지닌 면접교섭권(민법 제837조의2 제1항 참조) 행사에 관련한 조건이 연계된 것은 아닌지, 양육비의 지급이나 면접교섭권의 행사를 둘러싼 갈등 상황에서 이를 해결하기 위해 마련된 법적 절차(가사소송법 제64조의 이행명령 및 그 위반 시 같은 법 제67조 제1항의 과태료, 같은 법 제68조 제1항의 감치 등)를 거치지 않고 상대방을 사실상 압박하기 위함이 주요한 동기는 아닌지, 자녀의 성과 본을 변경함으로써 비양육친과 미성년 자녀의 관계 자체를 차단하려는 의도가 엿보이는지, 이혼 당사자가 스스로 극복하여야 하는 이혼에 따른 심리적 갈등, 전 배우자에 대한 보복적 감정 기타 이혼의 후유증에서 벗어나기 위한 수단으로 여겨지는 등 미성년 자녀가 아닌 청구인의 관점이나 이해관계가 주로 반영된 측면은 없는지, 나아가 이혼 이후의 후속 분쟁에서의 유불리를 고려한 것은 아닌지 역시 살펴보아야 한다.

특 허

17 2022. 3. 31. 선고 2018후10923 판결〔거절결정(특)〕 ..... 814

- [1] 발명의 진보성 유무를 판단하는 방법 / 진보성 판단의 대상이 된 발명의 명세서에 개시되어 있는 기술을 알고 있음을 전제로 사후적으로 통상의 기술자가 쉽게 발명할 수 있는지를 판단할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 의약화학물 분야에서 선행발명에 공지된 화합물과 화학구조는 동일하지만 결정 형태가 다른 특정한 결정형의 화합물을 청구범위로 하는 이른바 결정형 발명의 진보성을 판단하는 경우, 다형체 스크리닝이 통상 행해지는 것이라는 이유만으로 결정형 발명의 구성의 곤란성이 부정된다고 단정할 수 있는지 여부(소극) / 결정형 발명과 같이 의약화학물 분야에 속하는 발명의 구성의 곤란성을 판단할 때 발명의 효과도 함께 참작하여야 하는지 여부(적극)
- [3] 결정형 발명의 구성의 곤란성을 판단하는 방법
- [4] 결정형 발명의 효과가 선행발명과 질적으로 다르거나 양적으로 현저한 차이가 있는 경우, 진보성이 인정되는지 여부(적극) / 결정형 발명의 효과의 현저성을 판단하는 방법
- [1] 발명의 진보성 유무를 판단할 때에는 적어도 선행기술의 범위와 내용, 진보성 판단의 대상이 된 발명과 선행기술의 차이 및 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라고 한다)의 기술수준에 대하여 증거 등 기록에 나타난 자료에 기하여 파악한 다음, 통상의 기술자가 특허출원 당시의 기술수준에 비추어 진보성 판단의 대상이 된 발명이 선행기술과 차이가 있음에도 그러한 차이를 극복하고 선행기술로부터 그 발명을 쉽게 발명할 수 있는지를 살펴보아야 한다. 이 경우 진보성 판단의 대상이 된 발명의 명세서에 개시되어 있는 기술을 알고 있음을 전제로 하여 사후적으로 통상의 기술자가 그 발명을 쉽게 발명할 수 있는지를 판단하여서는 아니 된다.
- [2] 의약화학물의 제제설계(製劑設計)를 위하여 그 화합물이 다양한 결정 형태, 즉 결정다형(polymorph)을 가지는지 등을 검토하는 다형체 스크리닝(polymorph screening)은 통상 행해지는 일이다. 의약화학물 분야에서 선행발명에 공지된 화합물과 화학구조는 동일하지만 결정 형태가 다른 특정한 결정형의 화합물을 청구범위로 하는 이른바 결정형 발명의 진보성을 판단할 때에는 이러한 특수성을 고려할 필요가 있다. 하지만 그것만으로 결정형 발명의 구성의 곤

관성이 부정된다고 단정할 수는 없다. 다형체 스크리닝이 통상 행해지는 실험이라는 것과 이를 통해 결정형 발명의 특정한 결정형에 쉽게 도달할 수 있는지는 별개의 문제이기 때문이다. 한편 결정형 발명과 같이 의약화학물 분야에 속하는 발명은 구성만으로 효과의 예측이 쉽지 않으므로 구성의 곤란성을 판단할 때 발명의 효과를 참작할 필요가 있고, 발명의 효과가 선행발명에 비하여 현저하다면 구성의 곤란성을 추론하는 유력한 자료가 될 수 있다.

- [3] 결정형 발명의 구성의 곤란성을 판단할 때에는, 결정형 발명의 기술적 의의와 특유한 효과, 그 발명에서 청구한 특정한 결정형의 구조와 제조방법, 선행발명의 내용과 특징, 통상의 기술자의 기술수준과 출원 당시의 통상적인 다형체 스크리닝 방식 등을 기록에 나타난 자료에 기초하여 파악한 다음, 선행발명 화합물의 결정다형성이 알려졌거나 예상되었는지, 결정형 발명에서 청구하는 특정한 결정형에 이를 수 있다는 가르침이나 암시, 동기 등이 선행발명이나 선행기술문헌에 나타나 있는지, 결정형 발명의 특정한 결정형이 선행발명 화합물에 대한 통상적인 다형체 스크리닝을 통해 검토될 수 있는 결정다형의 범위에 포함되는지, 그 특정한 결정형이 예측할 수 없는 유리한 효과를 가지는지 등을 종합적으로 고려하여, 통상의 기술자가 선행발명으로부터 결정형 발명의 구성을 쉽게 도출할 수 있는지를 살펴보아야 한다.
- [4] 결정형 발명의 효과가 선행발명 화합물의 효과와 질적으로 다르거나 양적으로 현저한 차이가 있는 경우에는 진보성이 부정되지 않는다. 결정형 발명의 효과의 현저성은 그 발명의 명세서에 기재되어 통상의 기술자가 인식하거나 추론할 수 있는 효과를 중심으로 판단하여야 하고, 만일 그 효과가 의심스러울 때에는 그 기재 내용의 범위를 넘지 않는 한도에서 출원일 이후에 추가적인 실험 자료를 제출하는 등의 방법으로 그 효과를 구체적으로 주장·증명하는 것이 허용된다.

**형 사**

**18** 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결〔주거침입〕…………… 819

- [1] 주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’의 의미 및 침입에 해당하는지 판단하는 기준 / 행위자가 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어갔으나 범죄 등을 목적으로 한 출입이거나 거주자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우, 행위자의 출입행위가 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하기 위한 요건 / 일반인의 출입이

허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어간 경우, 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하는지 여부(소극) 및 이때 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 마찬가지인지 여부(적극)

- [2] 피고인들이 공모하여, 甲, 乙이 운영하는 각 음식점에서 인터넷 언론사 기자 丙을 만나 식사를 대접하면서 丙이 부적절한 요구를 하는 장면 등을 확보할 목적으로 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 각 음식점의 방실에 들어감으로써 甲, 乙의 주거에 침입하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들이 각 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 각 음식점의 방실에 들어간 것은 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 아니하고, 설령 다른 손님인 丙과의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거할 목적으로 각 음식점의 방실에 들어갔더라도, 그러한 사정만으로는 피고인들에게 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한 사례

- [1] [다수의견] (가) 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지에 따라 판단되어야 한다.

(나) 행위자가 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어갔으나 범죄나 불법행위 등(이하 ‘범죄 등’이라 한다)을 목적으로 한 출입이거나 거주자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우 행위자의 출입행위가 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하려면, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여

행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거의 사실상 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 한다. 이때 거주자의 의사도 고려되지만 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등 출입 당시 상황에 따라 그 정도는 달리 평가될 수 있다.

일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다더라도 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다.

[대법관 김재형, 대법관 안철상의 별개의견] (가) 다수의견이 침입 여부의 판단 기준으로 제시하는 ‘사실상의 평온상태를 해치는 모습’은 그 의미가 추상적이고 불명확하여 다양한 해석이 가능하다. 이러한 기준으로 주거침입죄의 성립 여부를 판단하게 되면 일반 국민으로서는 어떠한 출입행위가 침입에 해당하는지를 예측할 수 없게 되어 형법상 죄형법정주의, 특히 명확성 원칙으로 지키고자 하는 가치가 침해될 수 있다.

(나) 주거침입죄에서 침입 여부는 원칙적으로 거주자의 의사를 기초로 판단해야 한다는 견지에서 거주자의 의사를 어떻게 평가할지를 검토하고, 침입의 두 판단 기준인 ‘거주자의 의사’와 ‘사실상 평온 침해’ 사이의 관계를 어떻게 설정할 것인지에 관하여 기준을 제시하고자 한다. 결론을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 주거침입죄에서 침입은 ‘거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것’을 뜻한다. 거주자의 의사를 고려하지 않고 주거침입죄의 성립 여부를 판단할 수 없다.

둘째, 주거침입죄의 성립 여부는 거주자의 의사에 반하는지를 기초로 하고 사실상의 평온상태가 침해되었는지를 함께 고려하여 판단하여야 한다.

셋째, ‘거주자의 의사에 반하지 않으면서 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 주거에 침입한다.’는 것은 성립할 수 없는 명제이다. 거주자의 의사에 반하지 않는다면 주거침입죄는 성립할 수 없다.

넷째, 거주자로부터 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 주거에 들어간 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다. 거주자가 행위자의 진정한

출입 목적을 알았다라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 이유로 주거침입죄의 성립을 인정해서는 안 된다.

- [2] 피고인들이 공모하여, 甲, 乙이 운영하는 각 음식점에서 인터넷 언론사 기자 丙을 만나 식사를 대접하면서 丙이 부적절한 요구를 하는 장면 등을 확보할 목적으로 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 각 음식점의 방실에 들어감으로써 甲, 乙의 주거에 침입하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들은 丙을 만나 식사하기에 앞서 丙과의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하기 위해 각 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 각 음식점의 방실에 미리 들어간 다음 녹음·녹화장치를 설치하고 그 작동 여부를 확인하거나 丙과의 식사를 마친 후 이를 제거하였는데, 피고인들이 각 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 각 음식점의 방실에 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 음식점의 방실에 들어갔다고 볼 수 없어 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 아니하고, 설령 다른 손님인 丙과의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거할 목적으로 각 음식점의 방실에 들어간 것이어서 음식점 영업주가 이러한 사정을 알았다라면 피고인들의 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도, 그러한 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 각 음식점의 방실에 출입하였다고 평가할 수 없어 피고인들에게 주거침입죄가 성립하지 않는다고 한 사례.

**19** 2022. 3. 31. 선고 2018도15213 판결 (위계공무집행방해·폭력행위등처벌에 관한 법률위반(공동주거침입)) ..... 836

- [1] 법령에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 정하고 공무원으로 하여금 금지규정의 위반 여부를 감시·단속하도록 한 경우, 공무원의 감시·단속을 피하여 금지규정을 위반한 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있는 경우, 수용자가 아닌 사람이 교도관의 검사·단속을 피하여 위와 같은 금지물품을 교정시설 내로 반입한 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하는지 여부(소극)
- [3] 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어갔으나 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있는 경우, 건조물침입죄가 성립하는지 여부(소극) / 이때 관리자

가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다라면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 마찬가지로 여부(적극)

[1] 법령에서 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반하는 행위에 대한 벌칙을 정하고 공무원으로 하여금 금지규정의 위반 여부를 감시·단속하도록 한 경우 공무원에게는 금지규정 위반행위의 유무를 감시하여 확인하고 단속할 권한과 의무가 있으므로 구체적이고 현실적으로 감시·단속 업무를 수행하는 공무원에 대하여 위계를 사용하여 업무집행을 못하게 하였다면 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지만, 단순히 공무원의 감시·단속을 피하여 금지규정을 위반한 것에 지나지 않는다면 그에 대하여 벌칙을 적용하는 것은 별론으로 하고 그 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다고 할 수 없다. 피고인이 금지규정을 위반하여 감시·단속을 피하는 것을 공무원이 적발하지 못하였다면 이는 공무원이 감시·단속이라는 직무를 소홀히 한 결과일 뿐 위계로 공무집행을 방해한 것이라고 볼 수 없다.

[2] 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2019. 4. 23. 법률 제16345호로 개정되기 전의 것, ‘구 형집행법’이라 한다) 제93조 제3항은 “교도관은 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하면 교정시설을 출입하는 수용자 외의 사람에 대하여 의류와 휴대품을 검사할 수 있다. 이 경우 출입자가 제92조의 금지물품을 소지하고 있으면 교정시설에 맡기도록 하여야 하며, 이에 응하지 아니하면 출입을 금지할 수 있다.”라고 정하고 있다. 같은 법 제92조 제2호는 수용자가 소지해서는 안 될 금지물품으로 “주류·담배·화기·현금·수표, 그 밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 물품”을 정하였고, 같은 법 제42조 제6호는 “시설의 안전 또는 질서를 해하는 행위를 하거나 하려고 하는 때”에 해당하면 교도관은 접견 중인 수용자 또는 그 상대방에 대하여 접견을 중지할 수 있다고 정하고 있다.

또한 구 형집행법 제10조에 근거한 교도관직무규칙 제42조 제1항은 “정문에 근무하는 교정직교도관(이하 이 조에서 ‘정문근무자’라 한다)은 정문 출입자와 반출·반입 물품을 검사·단속하여야 한다.”라고 정하고, 같은 조 제2항은 “정문근무자는 제1항의 검사·단속을 할 때 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 출입자의 신체와 휴대품을 검사할 수 있다.”라고 정하며, 같은 조 제3항은 “정문근무자는 제1항 또는 제2항의 검사 도중 이상하거나 의심스러운 점을 발견한 경우에는 출입 등을 중지함과 동시에 상관에게 이를 보고하여 상관의 지시를 받아 적절한 조치를 취하여야 한다.”라고 정하고 있다.

위와 같은 법령의 내용과 입법 취지 등을 종합하면 다음과 같은 결론이 도

출된다. 녹음·녹화 등을 할 수 있는 전자장비가 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 금지물품에 해당하여 반입을 금지할 필요가 있다면 교도관은 교정시설 등의 출입자와 반출·반입 물품을 검사·단속해야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다. 수용자가 아닌 사람이 위와 같은 금지물품을 교정시설 내로 반입하였다면 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다.

- [3] 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어갔다면, 이러한 승낙의 의사표시에 기망이나 착오 등의 하자가 있더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제319조 제1항에서 정한 건조물침입죄가 성립하지 않는다. 이러한 경우 관리자의 현실적인 승낙이 있었으므로 가정적·추정적 의사는 고려할 필요가 없다. 단순히 승낙의 동기에 착오가 있다고 해서 승낙의 유효성에 영향을 미치지 않으므로, 관리자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 사정이 있더라도 건조물침입죄가 성립한다고 볼 수 없다. 나아가 관리자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 건조물에 들어간 경우에는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 건조물에 들어간 것이라고 평가할 수도 없다.

**20** 2022. 3. 31. 선고 2018도19472, 2018전도126 판결 (군인등강간치상·군인등강제추행치상(예비적 죄명: 상습강제추행)·부착명령) ..... 841

- [1] 형사재판에서 범죄사실을 유죄로 인정하기 위한 증거의 증명력 정도
- [2] 인접한 시기에 같은 피해자를 상대로 저질러진 동종 범죄에 대해서도 각각의 범죄에 따라 피해자 진술의 신빙성이나 그 신빙성 유무를 기초로 한 범죄 성립 여부를 달리 판단할 수 있는지 여부(적극)
- [1] 형사재판에서 범죄사실에 대한 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.
- [2] 사실인정의 전제로 이루어지는 증거의 취사선택과 증명력에 대한 판단은 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심 법원의 재량에 속한다(형사소송법 제308조). 인접한 시기에 같은 피해자를 상대로 저질러진 동종 범죄라도 각각의 범죄에 따라 범행의 구체적인 경위, 피해자와 피고인 사이의 관계, 피

해자를 비롯한 관련 당사자의 진술 등이 다를 수 있다. 따라서 사실심 법원은 인접한 시기에 같은 피해자를 상대로 저질러진 동종 범죄에 대해서도 각각의 범죄에 따라 피해자 진술의 신빙성이나 그 신빙성 유무를 기초로 한 범죄 성립 여부를 달리 판단할 수 있고, 이것이 실제적 진실발견과 인권보장이 라는 형사소송의 이념에 부합한다.

**21** 2022. 3. 31. 선고 2019도10297 판결 (근로기준법위반·근로자퇴직급여보장법 위반) ..... 843

근로기준법에 따른 근로자에 해당하는지 판단하는 기준 및 이때 종속적인 관계가 있는지 판단하는 방법 / 어떤 근로자에게 누가 임금 등의 지급 의무를 부담하는 사용자인가 판단하는 기준과 방법

근로기준법에 따른 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다는 실질적으로 사용자에게 대한 종속적 관계에서 임금을 목적으로 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단해야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등이 적용되며 업무 수행 과정에서 사용자가 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무 시간·장소를 지정하고 근로자에게 구속되는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구를 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하도록 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통해 스스로 이윤을 창출하거나 손실 등 위험을 부담하는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대가적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정해져 있는지, 근로소득세를 원천징수하는지 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로 인정되는지 등 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단해야 한다. 다만 사용자가 정한 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등이 적용되는지, 기본급이나 고정급이 정해져 있는지, 근로소득세를 원천징수하는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정되는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다고 해서 그것만으로 근로자가 아니라고 쉽게 단정해서는 안 된다. 어떤 근로자에게 누가 임금 등의 지급 의무를 부담하는 사용자인가를 판단할 때에도 실질적인 근로관계를 기준으로 해야 하고, 이때 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려해야 한다.

**22** 2022. 3. 31. 선고 2020도12560 판결 (업무상과실치사·산업안전보건법위반) ... 845

[1] 구 산업안전보건법 제29조 제1항 제2호에서 정한 ‘전문분야의 공사’의 의미 및 전문분야에 대한 공사의 대부분을 도급하였다가 그중 일부를 다시 제3자

에게 도급한 경우도 위 조항에 포함되는지 여부(적극)

[2] 구 산업안전보건법 제29조 제1항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’은 장소적 동일성 외에 시간적 동일성까지 필요한지 여부(소극) 및 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우, 사업주가 각 공사 전부를 분야별로 나누어 수급인에 도급을 줌으로써 자신이 직접 공사를 수행하지 않고 관리·감독만 하더라도 위 조항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’에 해당하는지 여부(적극)

[1] 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조 제1항 제2호에서 정한 ‘전문분야의 공사’는 건설산업기본법 제2조 제6호에서 정한 ‘전문공사’에 한정되는 것이 아니라 이에 준하여 전문성이 요구되는 분야의 공사를 의미하고, 한편 위 조항은 사업이 전문분야 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주는 때에도 적용된다고 규정하는데, 전문분야에 대한 공사의 대부분을 도급하였다가 그중 일부를 다시 제3자에게 도급한 경우도 이에 포함된다.

[2] 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제1항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’은 사업주와 수급인이 같은 장소에서 작업을 하는 사업을 의미하는 것으로, 장소적 동일성 외에 시간적 동일성까지 필요하다고 볼 수는 없고, 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 사람의 안전 및 보건을 유지·증진시키기 위한 입법 취지와 구 산업안전보건법 제29조 제1항 제2호의 도급인에게도 산업재해의 예방에 필요한 조치의무를 지우기 위한 위 조항의 개정 목적·경위에 고용노동부가 2012. 9.경 작성한 ‘사업의 일부 도급 사업주에 대한 안전·보건조치의무 적용 지침’ 등을 종합하여 볼 때, 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우에 사업주가 각 공사 전부를 분야별로 나누어 수급인에 도급을 줌으로써 자신이 직접 공사를 수행하지 않고 사업의 전체적 진행과정을 총괄하고 조율하는 등 관리·감독만 하더라도, 위 조항의 ‘같은 장소에서 행하여지는 사업’에 해당한다.

**23** 2022. 3. 31. 선고 2021도17197 판결 [사문서위조·위조사문서행사] …… 848

[1] 아무런 부담도 지워지지 않은 채 재산을 명의신탁한 신탁자가 수탁자로부터 개별적인 승낙을 받지 않고 수탁자 명의로 신탁재산의 처분에 필요한 서류를 작성한 경우, 사문서위조·동행사죄가 성립하는지 여부(원칙적 소극) 및 신탁재산의 처분 기타 권한행사에 관하여 신탁자의 수탁자 명의사용이 허용되지 않는 경우

- [2] 주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의의 증권거래세 과세표준신고서를 작성하여 관할세무서에 제출함으로써 과세표준신고서를 위조하고 이를 행사하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 수탁자 명의로 과세표준 신고를 하는 행위는 공법행위라는 등의 이유로 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례
- [1] 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산의 처분 기타 권한행사에 관해서 수탁자가 자신의 명의사용을 포괄적으로 신탁자에게 허용하였다고 보아야 하므로, 신탁자가 수탁자 명의로 신탁재산의 처분에 필요한 서류를 작성할 때에 수탁자로부터 개별적인 승낙을 받지 않았더라도 사문서위조·동행사죄가 성립하지 않는다. 이에 비하여 수탁자가 명의신탁 받은 사실을 부인하여 신탁자와 수탁자 사이에 신탁재산의 소유권에 관하여 다툼이 있는 경우 또는 수탁자가 명의신탁 받은 사실 자체를 부인하지 않더라도 신탁자의 신탁재산 처분권한을 다투는 경우에는 신탁재산에 관한 처분 기타 권한행사에 관해서 신탁자에게 부여하였던 수탁자 명의사용에 대한 포괄적 허용을 철회한 것으로 볼 수 있어 명의사용이 허용되지 않는다.
- [2] 주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의의 증권거래세 과세표준신고서를 작성하여 관할세무서에 제출함으로써 과세표준신고서를 위조하고 이를 행사하였다는 공소사실로 기소된 사안에서, 신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우 특별한 사정이 없는 한 수탁자는 신탁자에게 자신의 명의사용을 포괄적으로 허용했다고 보는 것이 타당하므로, 사법행위와 공법행위를 구별하여 신탁재산의 처분 등과 관련한 사법상 행위에 대하여만 명의사용을 승낙하였다고 제한할 수는 없고, 특히 명의신탁된 주식의 처분 후 수탁자 명의의 과세표준 신고를 하는 것은 법령에 따른 절차로서 신고를 하지 않는다면 오히려 수탁자에게 불이익할 수 있다는 점까지 고려한다면, 명의수탁자가 명의신탁주식의 처분을 허용하였음에도 처분 후 과세표준 등의 신고행위를 위한 명의사용에 대하여는 승낙을 유보하였다고 볼 특별한 사정이 존재하지 않는 한 허용된 범위에 속한다고 보아야 하므로, 수탁자 명의로 과세표준 신고를 하는 행위는 공법행위라는 등의 이유로 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

**24** 2022. 3. 31. 선고 2022도755 판결 (국민체육진흥법위반) ..... 852

운동경기의 선수 등이 운동경기에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 받거나 요구 또는 약속한 경우, 실제로 부정한 청탁에 따른 부정한 행위를 할 생각이 없었더라도 국민체육진흥법 제48조 제2호, 제14조의3 제1항 위반으로 인한 국민체육진흥법 위반죄가 성립하는지 여부(적극)

국민체육진흥법 제14조의3 제1항은 “전문체육에 해당하는 운동경기의 선수·감독·코치·심판 및 경기단체의 임직원은 운동경기에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물이나 재산상의 이익을 받거나 요구 또는 약속하여서는 아니 된다.”라고 정하고, 제48조 제2호는 ‘제14조의3을 위반한 운동경기의 선수·감독·코치·심판 및 경기단체 임직원은 5년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.’라고 정하여 운동경기의 선수 등이 부정한 청탁을 받고 재물이나 재산상 이익을 받는 행위를 금지하고 형사처벌 대상으로 삼고 있다. 한편 위 법 제47조 제1호는 ‘제14조의3 제1항을 위반하여 부정한 행위를 한 운동경기의 선수·감독·코치·심판 및 경기단체 임직원은 7년 이하의 징역이나 7천만 원 이하의 벌금에 처한다.’라고 정하여 운동경기의 선수 등이 승부조작 등 부정한 행위를 한 경우를 별도로 처벌하고 있다. 이는 전문체육 운동경기에 대한 승부조작 등의 부정행위를 금지함으로써 운동경기의 공정성에 대한 신뢰를 보호하기 위한 것이다.

위와 같은 국민체육진흥법의 규정 내용과 제14조의3의 입법 취지 등을 종합하면, 운동경기의 선수 등이 운동경기에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 받거나 요구 또는 약속한 때에는 실제로 부정한 청탁에 따른 부정한 행위를 할 생각이 없었더라도 국민체육진흥법 제48조 제2호, 제14조의3 제1항 위반으로 인한 국민체육진흥법 위반죄가 성립한다.