

## 대법원 2022. 3. 31. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2017다9121, 9138(병합) 건물철거 등 (바) 상고기각

[처분금지가처분 채권자에게 대항할 수 있는 부동산 소유권 변동인지 문제된 사안]

◇처분금지가처분(피보전권리 건물철거청구권)보다 먼저 마쳐진 가등기에 의하여 본등기가 마쳐진 경우 및 처분금지가처분보다 먼저 설정된 근저당권이 소멸되는 경매절차에서의 매각이 있는 경우, 그로 인한 소유권 변동을 가처분채권자에게 대항할 수 있는지 여부◇

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(대법원 1982. 10. 12. 선고 82다129 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다32928 판결).

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 보

전하기 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.

☞ 토지 소유자가 그 지상 집합건물 구분소유자들을 상대로 건물철거 등을 청구하는 소를 제기하면서 처분금지가처분(피보전권리 건물철거청구권)을 받아 두었는데, 소송계속 중 일부 전유부분이 1) 가처분 이전에 마쳐진 가등기에 기하여 본등기가 마쳐지거나 2) 가처분 이전에 설정된 근저당권의 실행으로 매각된 사안에서, 대법원은 이러한 1), 2)의 경우에는 가처분채권자로서도 가처분 효력을 내세워 채무자가 여전히 그 건물 처분할 수 있는 지위에 있다고 주장할 수 없다고 하면서, 위 1), 2)와 같은 경위로 그 소유자가 변경된 부분 관련 철거청구 등을 배척한 원심을 수긍한 사례

## 2017다247145 설계보상비반환 (아) 파기환송

**[조달청 입찰의 수요기관이 입찰담합을 한 건설사에 대하여 보상한 설계비의 반환을 구하는 사건]**

◇조달청 입찰의 수요기관이 입찰에서 탈락한 건설사에 대하여 설계비를 보상하였는데 이후 건설사들의 입찰담합 사실이 밝혀진 경우, 수요기관이 입찰담합을 한 건설사에 대하여 설계보상비 상당액에 대한 손해배상을 구할 수 있는지 여부(적극)◇

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(대법원 2017. 6. 29. 선고 2014두14389 판결, 대법원 2017. 12. 28. 선고 2017두39433 판결 등 참조).

또한 조달사업에 관한 법령은, 이 사건 입찰이 실시될 당시인 2008년에는 수요기관이 계약상대자에게 그 대금을 직접 지급하는 것을 원칙으로 규정하였다가, 2009년에 이르러서야 조달청장이 수요기관을 대신하여 지급하는 것을 원칙으로 규정하였다. 구 「조달사업에 관한 법률 시행령」(2009. 8. 25. 대통령령 제21593호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항은 “수요기관의 장은 조달청장이 체결한 계약에 의하여 수요물자의 납품이 정상적으로 이행된 경우에는 계약상대자에게 수요물자의 대금을 직접 지급하여야 한다. 이 경우 수요기관의 장은 그 대금지급을 완료한 후 그 내용을 조달청장에게 통보하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항의 규정에 불구하고 수요기관이 자금사정 등의 사유로 조달

청장에게 물자대금을 대지급하도록 요청하는 경우에는 조달청장이 동 대금을 계약상대자에게 지급할 수 있다.”라고 규정하고 있었다. 그러다가 구 「조달사업에 관한 법률」(2009. 5. 27. 법률 제9714호로 개정되고 2009. 8. 28. 시행된 것) 제5조의2를 신설하여 그 제1항에서 “조달청장은 체결한 계약이 정상적으로 이행된 경우로서 납품업체의 규모, 계약 방법, 자체 자금 사정 등을 고려하여 계약 이행의 대금을 수요기관의 장을 대신하여 지급(이하 ‘대지급’이라 한다)하는 것이 효율적이라고 대통령령으로 정하는 경우에는 그 대금을 대지급하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항은 “수요기관의 장은 제1항에 해당하지 아니하여 조달청장이 대지급하지 아니하는 경우에는 그 대금을 계약 상대방에게 직접 지급하여야 하며 대금을 지급한 후 즉시 그 내용을 조달청장에게 알려야 한다.”라고 규정하였으며, 현행 「조달사업에 관한 법률」 제15조 제1항, 제2항도 같은 내용을 규정하고 있다.

위와 같은 요청조달계약에서의 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 수요기관은 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.

☞ 원고는 ○○지하철 공사에 대하여 조달청을 통해 설계·시공 일괄입찰(이하 ‘이 사건 입찰’)을 공고하였는데, 그 공고의 입찰안내서에 포함된 공사입찰유의서 등은 입찰에 탈락한 입찰참가자에 대해서 설계비를 보상할 수 있다고 하면서도, 입찰담합을 입찰 무효 사유로 정하고, 입찰 무효사유가 있으면 설계보상비 지급대상에서 제외되거나 이미 설계보상비를 지급받았다면 이를 반환하여야 한다고 정하였음. 피고들을 포함한 건설회사들은 입찰담합을 하여 이 사건 입찰에 참가하였고, 입찰에서 탈락한 피고들은 원고로부터 설계비를 보상받았음. 이후 입찰담합 사실이 밝혀지자, 원고는 피고들을 상대로 보상받은 설계비의 반환을 구함

☞ 원심은, 원고가 피고들에게 설계보상비를 지급할 지위에 있지 않았고 대한민국(조달청)과의 내부적 관계에서 대한민국을 대신하여 지급한 것이므로 설계보상비 반환을 구할 수 없다고 판단하였음. 그러나 대법원은, 원고가 독립적인 지위에서 설계보상비를 지급하였고, 피고들이 입찰담합을 하였음을 숨긴 채 원고에게 설계보상비 지급을 요청하여 이

를 지급받은 행위는 위법한 것으로서 원고에 대한 불법행위에 해당하며 원고는 피고들의 담합행위를 알았더라면 피고들에게 설계보상비를 지급하지 않았을 것이라고 인정되므로, 피고들은 원고에게 설계보상비 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였음

## 2017다250264 채무부존재확인 (차) 상고기각

**[한의사인 원고가 생약제제에 대한 처방권한이 있다고 주장하면서 피고 보험사로부터 기 지급받은 진료비 반환채무의 부존재확인을 구하는 사안]**

### ◇한의사의 처방범위◇

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 의약품을 처방·조제할 수 있고, 서양의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우에는 이를 처방·조제할 수 없다고 보아야 한다.

☞ ‘신바로캡슐’의 제조사인 주식회사 ○○○와 ‘아피톡신주’의 제조사인 주식회사 ○○○○제약은 위 각 약품에 관한 품목허가를 신청하면서 생약제제에 해당함을 전제로 식약처장에게 그에 해당하는 자료를 제출하였고, 식약처장은 해당 자료를 기초로 서양의학적 입장에서 안전성 및 유효성을 심사하여 품목허가를 한 사안에서, 서양의학적 입장에서 안전성·유효성 심사가 이루어져 품목허가가 된 이상 한의사는 이 사건 약품을 처방·조제할 수 없으므로 원고에게 피고에 대한 진료비반환채무가 있다고 보아, 원고의 진료비반환채무부존재확인청구를 기각한 원심을 확정판 사례

## 2017다263901 배당이의 (사) 파기환송

**[유체동산 강제집행 절차에서 동산담보권자의 배당요구가 필요한지가 문제된 사건]**

◇동산담보권이 설정된 유체동산에 대하여 다른 채권자의 신청에 의한 강제집행절차가 진행되는 경우 집행관의 압류 전에 등기된 동산담보권을 가진 채권자가 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는지(적극)◇

1. 「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).

2. 등기를 통해 공시되는 동산담보권을 창설한 동산채권담보법의 입법취지, 부동산 집

행절차에서 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 당연히 배당에 참가할 수 있다고 보아야 한다. 상세한 이유는 다음과 같다.

(1) 동산에 관하여 질권, 양도담보와 같은 종래의 담보제도는 담보설정자가 담보물을 활용하지 못하거나 공시방법이 불완전하다는 등의 이유로 잘 활용되지 못하였다. 2012. 6. 11. 시행된 동산채권담보법은, 동산의 담보거래를 활성화하여 중소기업과 자영업자의 자금조달을 원활하게 하고 거래 안전을 도모하기 위하여 등기를 통해 공시되는 담보제도를 새롭게 창설하였다. 동산담보권은 담보등기를 함으로써 효력이 발생하고(동산채권담보법 제7조 제1항), 담보등기부는 담보권설정자별로 구분하여 작성되며(제47조), 누구든지 등기부를 열람하거나 발급받을 수 있다(제52조).

(2) 부동산에 대한 강제집행절차에서 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다(민사집행법 제88조). 그런데 민사집행법 제148조 제4호는 '저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자'를 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당받을 채권자로 정하고 있다. 위 규정은 등기·등록의 대상이 되는 선박, 자동차, 건설기계 등에 대한 강제집행절차에 준용된다(민사집행법 제172조, 제187조, 민사집행규칙 제108조, 제130조).

민사집행법 제148조는 2002년 민사집행법 제정 시 신설된 규정인데, 이러한 규정이 없었던 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다)이 적용되던 때에도 '압류의 효력 발생 전에 등기되고 매각으로 소멸하는 담보권을 가진 채권자'는 배당요구 없이도 당연히 배당을 받을 수 있었다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다12379 판결, 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001다70702 판결 등 참조). 이와 같이 해석한 것은, ① 그러한 담보권자는 압류 전에 이미 경매목적물에 대하여 우선변제권을 취득한 물권자로서 압류채권자에 우선하고 압류에 대항할 수 있는 점, ② 그런데도 우리나라는 매각에 관하여 소멸주의를 취하여 위와 같이 압류에 대항할 수 있는 담보물권도 매각으로 모두 소멸하므로(구 민사소송법 제608조 제2항 참조) 권리 소멸에 대한 대상(代償) 또는 보상(報償)이 필요한 점, ③ 채무자의 총 재산에 대하여 우선변제권이 있는 임금채권자 등과 달리 물적 담보권자는 특정재산에 대하여만 우선변제권이 있으므로 그 재산에 대한 경매절차에서 우선변제권을 행사할 것이 당연히 예상되고, 구 민사소송법 제608조 제1항

도 압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부담을 먼저 변제하고 남는 것이 있어야 부동산을 매각할 수 있다고 정하는 점, ④ 집행법원이나 이해관계인은 등기부등본만 보아도 그러한 담보권의 존부와 우선변제권의 범위를 쉽게 알 수 있어 당연 배당이 어렵지 않은 점 등을 근거로 하였다. 2002년 신설된 민사집행법 제148조 제4호는 이러한 기존의 해석론을 명문으로 정한 것이다.

(3) 동산채권담보법이 제정·시행되기 전에는 유체동산에 관하여 등기에 의하여 공시되는 담보권이 존재하지 않았기 때문에, 민사집행법은 유체동산의 강제집행절차에 관하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다고 정할 뿐(민사집행법 제217조, 제218조, 제220조) 민사집행법 제148조를 준용하지 않았다. 2012년 시행된 동산채권담보법은 제22조 이하에서 동산담보권의 실행방법을 정하고 있지만, 담보목적물에 대한 강제집행절차에서 동산담보권자가 어떤 지위에 있는지에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있다.

동산담보권의 존재는 담보권설정자의 담보등기부를 열람하면 누구든지 알 수 있다. 집행관은 유체동산 압류 시에 채무자에 대한 담보등기부를 열람하여 담보등기가 있으면 등기부를 집행기록에 편철하여야 한다(민사집행규칙 제132조의2 제1항). 유체동산에 관한 강제집행절차에서도 부동산과 마찬가지로 잉여주의와 소멸주의가 적용되어, 압류물의 매각대금으로 압류채권자의 채권에 우선하는 채권과 집행비용을 변제하면 남을 것이 없다고 인정하는 때에는 매각을 진행할 수 없고(민사집행규칙 제140조 제2항), 매각이 이루어지면 동산담보권은 그 피담보채권이 만족되었는지에 관계없이 소멸한다. 동산담보권자는 집행목적물에 대하여 압류채권자에 우선하고 압류에 대항할 수 있는 물적 담보권이 있으며 이것이 등기에 의해 공시되는데도 불구하고 배당요구를 하지 않으면 배당을 받지 못하고 담보권이 소멸한다고 보면, 저당권·전세권 등 부동산 담보권자와의 형평에 맞지 않는다. 동산의 질권자는 집행관의 압류를 승낙하지 않음으로써(민사집행법 제191조 참조), 양도담보권자는 제3자이의의 소로써(대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결 등 참조) 일반채권자의 강제집행을 쉽게 저지할 수 있는 점을 고려하면 동산담보권자의 지위가 그들보다도 더 약화된다. 배당요구를 하여야 배당을 받을 수 있는 채권자가 배당요구를 하지 않아 배당을 받지 못한 경우 배당을 받은 후순위 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없는 점(대법원 1996. 12. 20. 선고 95다28304 판결 등 참조)까지 더하여 보면, 이러한 해석은 동산담보권의 설정을 꺼리게 함으로써 동산의 담보거래를 활성화하려는 동산채권담보법의 입법취지에 부합하지 않는다. 반면 채무자의 재산에 대해 강제집행을 하려는 채권자는 채무자의 담보등기부를 통해 동산담보권의 존재를 알 수 있으므로,

그 우선변제권이 미치는 부분에 대하여는 일반채권자의 배당에 관한 기대를 보호할 필요도 적다.

이러한 점을 모두 종합하여 보면, 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 당연히 배당에 참가할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

(4) 2014. 7. 1. 신설된 민사집행규칙 제132조의2는 집행관은 유체동산 압류 시에 채무자에 대한 담보등기부를 통해 동산담보권 존재 여부를 확인하고(제1항), 담보권이 존재하는 경우 담보권자에게 '매각기일에 이르기까지 집행을 신청하거나, 민사집행법 제220조에서 정한 시기까지 배당요구를 하여 매각대금의 배당절차에 참여할 수 있음'을 고지하여야 한다고 정한다(제2항). 종래에는 위 제2항을 근거로 동산담보권자가 배당요구 또는 이중압류를 하여야만 동산담보권자에게 배당을 하는 경우가 많았던 것으로 보인다. 그러나 강제집행절차에서 동산담보권자의 지위에 관하여는 앞서 본 것처럼 동산담보권의 효력과 공시방법, 집행절차에서 담보권자의 지위에 관한 동산채권담보법과 민사집행법 규정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 집행기관이 동산담보권자의 배당요구 없이 당연 배당을 할 수 없다는 취지의 법률 규정은 존재하지 않고, 위 민사집행규칙 규정은 집행관의 고지의무에 관하여 정한 것일뿐더러 집행관이 고지를 하지 않은 경우 배당이 무효가 된다고 보기도 어려워 이것만으로는 동산담보권의 보호에 충분하다고 할 수 없다. 따라서 위 규정의 신설로 앞서 본 것과 같은 해석이 불가능해진다고 할 수도 없다.

(5) 담보등기부는 담보권설정자별로 편성되고(동산채권담보법 제47조. 부동산별로 편성되는 부동산등기부와 다르다) 담보목적물이 양도되어도 소유권 변동 내역이 담보등기부에 기재되지 않으므로, 집행채무자가 이미 동산담보권이 설정된 동산을 취득한 경우와 같이 담보권설정자가 아닌 경우에는 집행채무자의 담보등기부만 보아서 동산담보권의 존재를 알 수 없는 문제가 있다. 집행관은 유체동산 압류 시에 집행채무자가 집행목적물에 담보가 설정되어 있다는 진술을 한 경우에는 이를 압류조서에 기재하여야 하는데(민사집행규칙 제134조 제1항), 그 경우 집행기관이 담보등기부를 열람하여 담보권의 존재 여부를 확인하고 배당을 하는 등의 조치가 가능하다.

집행채무자가 담보에 관한 진술을 하지 않아 집행기관에서 동산담보권의 존재를 알지 못하여 동산담보권자가 배당에 참여할 기회가 없었던 경우에, 동산담보권자를 배당요구를 하여야만 배당을 받을 수 있는 채권자라고 보면 동산담보권자는 아무런 잘못 없이 담보권을 상실할 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 배당받은 후순위 채권자를 상대로 부당이

득반환청구도 하지 못하는 등 아무런 구제 수단이 없게 된다. 이러한 경우를 상정하여 보더라도 동산담보권자를 배당요구 없이도 배당받을 채권자로 보아 적어도 후순위 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

☞ 원고가 이 사건 동산에 동산담보권을 설정한 후 담보권설정자의 일반채권자인 피고들이 위 동산에 대해 강제집행을 신청하여 강제집행절차가 개시됨. 2차 경매기일에서 동산이 매각되었는데 원고는 배당요구 종기(집행관의 매각대금 영수 시)가 지난 후에야 배당요구서를 제출함. 집행법원이 배당을 실시하면서 피고들에게만 안분배당하고 원고를 배당에서 제외하자, 원고가 이 사건 배당이의의 소를 제기하였음. 원심은 원고가 배당요구채권자에 해당한다는 전제에서 적법한 배당요구를 하지 않았으므로 배당을 받을 수 없다고 보아 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 그대로 유지함

☞ 대법원은 원고는 집행관의 압류 전에 등기된 동산담보권을 가진 채권자로서 배당요구 없이도 당연히 배당에 참가할 수 있다고 판단하고, 원심으로서 일반채권자인 피고들에 대하여 우선변제권을 가진 원고의 채권액을 먼저 배당한 후 나머지 금액을 피고들의 채권액에 따라 안분배당하는 것으로 배당표를 경정하였어야 한다고 보아, 원심판결을 파기 환송함

### 2017다276631 배당이의 (사) 상고기각

[채권에 대한 집행절차에서 민사집행법 제247조 제1항에 따른 배당요구를 할 법원이 어디인지 문제된 사안]

◇1. 저당목적물의 변형물에 대하여 제3자가 압류한 다음 저당권자가 민사집행법 제247조 제1항에 따른 배당요구를 하는 방법으로 물상대위권을 행사하려 할 경우 배당요구를 할 법원(= 위 제3자에게 압류명령을 한 법원), 2. 압류채권자 이외의 채권자에 의한 배당요구의 종기를 제3채무자의 공탁사유 신고 시까지로 제한하는 민사집행법 제247조 제1항 제1호의 취지 및 위 규정이 물상대위권 행사에도 적용되는지 여부(적극)◇

1. 민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는 데에 그 취지가 있다. 따라서 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자는 스스로 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있으나, 그 행사방법은 민사집행법 제273조에 따라 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집

행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 것이거나 민사집행법 제247조 제1항에 따라 배당요구를 하는 것이므로, 이러한 물상대위권을 먼저 행사하지 아니한 채 단지 수용대상토지에 대하여 담보물권의 등기가 된 것만으로는 그 보상금으로부터 우선변제를 받을 수 없다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다46756 판결 등 참조). 한편, 저당목적물의 변형물에 대하여 이미 제3자가 압류한 다음 저당권자가 민사집행법 제247조 제1항에 따른 배당요구를 하는 방법으로 물상대위권을 행사하려 할 경우 배당요구를 할 법원은 위 제3자에게 압류명령을 한 법원이다.

2. 민사집행법 제247조 제1항 제1호가 압류채권자 이외의 채권자가 배당요구의 방법으로 채권에 대한 강제집행절차에 참가하여 압류채권자와 평등하게 자신의 채권의 변제를 받는 것을 허용하면서도 다른 한편으로 그 배당요구의 종기를 제3채무자가 공탁의 사유를 신고한 때까지로 제한하고 있는 이유는, 제3채무자가 채무액을 공탁하고 그 사유 신고를 마치면 배당할 금액이 판명되어 배당절차를 개시할 수 있는 만큼 늦어도 그때까지는 배당요구가 마쳐져야 배당절차의 혼란과 지연을 막을 수 있기 때문이다. 이러한 배당요구시한의 설정은 배당요구를 제한 없이 허용할 경우에 초래될 배당절차의 혼란과 지연을 방지하기 위한 합리적인 조치로서, 그로 말미암아 그때까지 배당요구를 하지 못한 채권자가 배당에서 제외되어 다른 채권자들에 비하여 차별대우를 받게 된다 하더라도 그러한 차별은 합리적인 이유가 있는 것이고, 물상대위에 있어서 우선변제청구권 있는 자의 경우라 하여 달리 취급할 수는 없다(대법원 1999. 5. 14. 선고 98다62688 판결 등 참조).

☞ 근저당권부 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받은 원고가, 근저당부동산이 수용된 후 부동산소유자의 다른 채권자들이 수용보상금채권을 압류하여 그 수용보상금이 집행공탁됨에 따라 진행된 배당절차에서 배당요구의 종기 전에 배당요구를 하지 않아 배당에서 제외되자 이 사건 배당이의의 소를 제기하여 ‘수용보상금이 공탁되기 전에는 배당요구를 할 법원이 없었으므로 물상대위권을 행사하는 원고가 공탁사유 신고 후에 배당요구를 하였더라도 원고를 배당에서 제외해서는 아니 된다’라는 취지로 다툼 사안임

☞ 대법원은, 저당목적물의 변형물에 대하여 제3자가 압류한 다음 저당권자가 민사집행법 제247조 제1항에 따른 배당요구를 하는 방법으로 물상대위권을 행사하려 할 경우 배당요구를 할 법원은 위 제3자에게 압류명령을 한 법원이라고 판단하여 상고를 기각함

## 2018다286390 공탁금 출급청구권 확인 (바) 상고기각

[해고무효확인소송의 당사자였던 회사가 화해권고결정에 따라 원고에게 화해금을 지급하면서 이를 소득세법상 기타소득의 하나인 ‘사례금’으로 보아 원천징수해야 하는

지 다름이 있다는 이유로 원천징수금액에 대하여 원고와 대한민국을 피공탁자로 하여 상대적 불확지공탁을 하자, 원고가 대한민국을 상대로 위 화해금이 소득세법상 원천징수 대상인 '사례금'이 아니라고 다투는 사건]

◇해고무효확인소송에서 화해권고결정에 따라 회사로부터 받은 돈이 소득세법상 원천징수 대상인 기타소득의 하나인 '사례금'인지 여부◇

소득세법은 과세대상 소득을 그 원천 또는 성격에 따라 구분하여 열거하고 있으므로 소득세법이 열거하지 않은 소득은 과세대상이 아니다. 어느 소득이 소득세 과세대상인지 여부가 다투어지는 경우 특별한 사정이 없는 한 과세를 주장하는 자가 해당 소득이 소득세법에 열거된 특정 과세대상 소득에 해당한다는 점까지 주장·증명하여야 한다.

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(대법원 2013. 9. 13. 선고 2010두27288 판결 등 참조).

☞ 원심이 원고와 회사 사이에 발생한 분쟁의 내용과 소송에 이른 경위, 화해권고결정 이전에 진행된 재판의 경과, 화해권고결정금액의 규모 등을 종합하여 고려한 결과 소득세법상 원천징수 대상인 '사례금'에 해당한다는 증거가 부족하다는 취지로 판단한 것으로 볼 수 있고, 대법원은 이러한 취지의 원심 판단을 수긍한 사안

## 2019다226395 보증금반환 (차) 파기환송

[원고가 목표분양률을 달성하여 그 결과를 피고에게 제공하여야 할 계약상 의무를 부담하는지 여부가 다투어진 사안]

◇처분문서상 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우, 계약의 해석방법◇

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(대법원 1995. 5. 23. 선고 95다6465 판결 등 참조).

☞ 위와 같은 법리에 비추어 이 사건 분양대행계약에 따라 원고가 부담하는 채무는 계약 기간 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 상당하다고 보아, 이와 달리 본 원심을 파기한 사례

### **2019다274639 주식양도절차이행 (가) 상고기각**

**[출자자 전원의 동의가 있어야만 주식양도를 할 수 있도록 한 주주간 협약의 유효 여부 등이 문제된 사안]**

◇주식양도에 출자자 전원의 동의를 요구한 주주간 협약이 유효한지(원칙적 적극)◇

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(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다7608 판결 등 참조).

☞ 주주간 협약에서 주식양도를 위해 출자자 전원의 동의를 요구하고 있고 그와 별도로 출자자의 우선매수권을 규정하고 있는 사안에서, 위 동의 없이 출자자로부터 주식을 양수한 원고가 ‘주식양도시 출자자 전원 동의를 요구하는 것은 무효이고, 나아가 우선매수권을 행사한 출자자가 없는 이상 동의 절차를 생략할 수 있다’고 주장하였으나, 원심은 위 주장을 모두 배척하였고, 대법원은 위와 같은 원심의 판단을 수긍한 사례

### **2020다245408 질권실행에 따른 공사대금 청구의 소 (가) 상고기각**

**[관리형 토지신탁에서 정한 우선수익권 등에 대해 질권을 설정한 사안에서 제3채무자인 수탁자가 질권설정을 승낙한 범위가 다투어진 사안]**

◇1. 관리형 토지신탁계약에서 정한 우선수익권과 원인채권의 관계(= 독립한 별개의 권리), 2. 제3채무자인 수탁자가 우선수익권에 대한 질권설정을 승낙하면 그 원인채권에 대해서도 당연히 질권설정을 승낙한 것으로 볼 수 있는지(소극)◇

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 원인채권과는 독립한 신탁계약상 별개의 권리가 된다(부동산 담보신탁에 관한 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의

체 판결, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다52589 판결 참조). 이러한 경우 우선수익권은 원인채권과 별도로 담보로 제공될 수 있으므로 우선수익자인 시공사가 우선수익권에 질권을 설정하는 것에 대하여 수탁자가 승낙했다고 해서 그 원인채권에 대해서까지 질권설정 승낙의 효력이 발생한다고 볼 수 없다.

☞ 관리형 신탁계약에서 시공사가 우선수익권과 원인채권인 공사대금 채권에 관해 질권을 설정해 주었으나, 제3채무자인 수탁자가 우선수익권에 대해서만 질권설정승낙을 한 사안에서, 우선수익권과 원인채권은 독립한 별개의 권리이므로 우선수익권에 대해 질권 설정을 승낙했다고 하여 그 원인채권에 대해서도 당연히 질권설정승낙의 효력이 미친다고 볼 수 없다고 판단한 사례

## **2020다271919 채무부존재확인 (마) 파기환송**

### **[청구인낙이 효력이 문제된 사건]**

#### **◇청구인낙이 실제법상 채무를 소멸시키는 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, 실제법상 채권·채무의 발생 또는 소멸의 원인이 되는 법률행위라 볼 수 없다(대법원 1957. 3. 14. 선고 4290민상439 판결 참조).

☞ 주채무자 A의 차용금 채무를 연대보증한 원고는 채권자인 피고로부터 연대보증금 지급을 구하는 소송을 제기당하여 패소한 후, A와 함께 피고를 상대로 채무부존재확인 소송을 제기하였는데, 피고가 제1심에서 주채무자 A에 대하여만 청구인낙을 하고 원고에 대하여 다투어 원고만 패소하자 원고가 항소한 사건(그 후 원고는 소를 청구이의의 소로 변경하였음)에서, 피고가 주채무자의 채무부존재확인 청구를 인낙한 이상 A의 주채무가 소멸되어 원고의 연대보증채무도 함께 소멸하였다고 본 원심이 청구인낙의 효력에 관하여 법리를 오해하였다고 보아 원심판단을 파기환송한 사례

## **2020다294486 임금 (라) 파기환송(일부)**

### **[단체협약으로 포기·반납이 가능한 임금·수당의 범위가 문제된 사건]**

#### **◇구체적 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금·수당인지 여부를 판단하는 기준◇**

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 반환, 포기, 지급유예와 같은 처분 행위를 할 수는 없다(대법원 2019. 10. 18. 선고 2015다60207 판결 등 참조). 이때 구체적으로 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 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 시행령 제23조)에 관하여 지급하기로 정해진 기일이 있는 경우, 그 지급기일이 이미 도래하여 구체적 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(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다41384 판결 등 참조).

☞ 피고 소속 근로자인 원고들은, 급여 등을 반납하기로 하는 2018. 3. 8. 자 노사합의의 효력 및 위 노사합의에 의하여 반납되는 급여 등의 범위에 관하여 다투며 피고에게 급여 등의 지급을 청구함

☞ 대법원은, 2018년 3월 급여의 지급기일은 2018. 3. 25.이고 근속기간이 경과한 근로자에게 근속포상금을 지급하는 기일은 매년 5월 22일로서, 2018년 3월 급여 및 근속포상금은 2018. 3. 8. 자 노사합의 체결 당시 지급기일이 도래하지 않은 이상 그 전부가 위 노사합의에 의한 반납 대상이 된다고 판단하고, 이와 달리 2018. 3. 8.까지 발생한 2018년 3월 급여 및 근속포상금이 반납 대상에 해당하지 않는다고 본 원심판결을 파기 환송함

**2021다201085(본소), 201092(반소) 채무부존재확인(본소), 보험금(반소) (가) 상 고기각**

**[방수공사비용을 손해방지비용으로 인정할 수 있는지 문제된 사건]**

◇피고가 지출한 샤워실의 방수공사비용을 상법 제680조 제1항의 손해방지비용으로 인정할 수 있는지 여부◇

상법 제680조 제1항은 “보험계약자와 피보험자는 손해의 방지와 경감을 위하여 노력하

여야 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(대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다6958 판결 등 참조).

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 부위나 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.

☞ 피고가 운영하는 헬스장 샤워실의 누수사고로 인해 아래층 당구장 천장으로 물이 새는 수침피해가 발생하자 피고는 샤워실의 방수공사를 함. 이에 대해 피고와 배상책임보험계약을 체결한 보험사인 원고가 방수공사비용은 손해방지비용이 아니라고 주장하는 사건임

☞ 대법원은 위와 같은 법리에 따라 샤워실 바닥의 방수공사를 지체할 경우 누수사고로 인한 피해가 확산될 수 있다고 보아 방수공사 비용과 누수 정밀 검진비용을 손해방지비용으로 판단한 원심을 수긍하였음

## 2021다203760 배당이의 (마) 파기환송

### [배당이의 소송에서 가등기권자인 원고의 배당수령권 존부가 문제된 사건]

◇1. 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것만으로 충분하지 아니하고 원고 자신이 피고에게 배당된 금액을

배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 하는지 여부(적극), 2. 가등기권자인 원고의 배당수령권 존부가 분명하지 않은 경우 배당이의 소송의 법원이 원고가 담보가등권자 내지 일반채권자로서 배당받을 권리가 있는지 여부 및 일반채권자로 볼 경우 원고가 적법한 배당요구를 하였는지 여부 등을 구체적으로 심리해야 하는지 여부(적극)◇

집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 따라 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있다(민사집행법 제88조 제1항, 제148조 제2호). 가등기담보 등에 관한 법률 제16조는 소유권의 이전에 관한 가등기가 되어 있는 부동산에 대한 경매 등의 개시결정이 있는 경우 법원은 가등기권리자에 대하여 그 가등기가 담보가등기인 때에는 그 내용 및 채권의 존부·원인 및 수액을, 담보가등기가 아닌 경우에는 그 내용을 법원에 신고할 것을 상당한 기간을 정하여 최고하여야 하고(제1항), 압류등기 전에 경료된 담보가등기권리가 매각에 의하여 소멸하는 때에는 제1항의 채권신고를 한 경우에 한하여 그 채권자는 매각대금의 배당 또는 변제금의 교부를 받을 수 있다고 규정하고 있다(제2항).

한편, 채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서만 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있으므로(민사집행법 제151조 제3항), 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것만으로 충분하지 아니하고 원고 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 한다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다53790 판결, 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다269698 판결 등 참조). 배당이의의 소에서 원고적격이 있는 사람은 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청한 채권자나 채무자에 한정되고, 채권자로서 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청하려면 실체법상 집행채무자에 대한 채권자라는 것만으로 부족하고 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 했어야 한다. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자는 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청할 권한이 없으므로 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 이의를 신청하였더라도 부적법한 이의신청에 불과하고, 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523 판결 등 참조).

☞ 가등기권자인 원고가 근저당권 양수인인 피고를 상대로 배당이의 소송을 제기한 사건에서, 원고의 가등기가 담보가등기에 해당하는지 여부가 분명하지 않아 피고가 이를 다투고 있음에도 불구하고, 원고가 담보가등기권자로서 배당수령권을 갖는지 여부 내지 일반채권자로서 적법한 배당요구를 하여 배당수령권을 갖는지 여부 등에 대하여 구체적으

로 심리하지 않고 막연히 원고의 청구를 인용한 원심판단에는 심리미진의 위법이 있다고 보아 원심을 파기환송한 사례

## 2021다265171 양수금 등 (다) 파기환송

[구 「공공주택 특별법」 (2017. 8. 9. 법률 제14851호로 개정되기 전의 것)이 적용되는 임대차계약의 임대차보증금반환채권양도 및 그 통지 후 임대차계약의 갱신 인정 여부에 관한 사건]

◇구 「공공주택 특별법」 (2017. 8. 9. 법률 제14851호로 개정되기 전의 것)이 적용되는 임대차계약의 임차인이 임대차보증금반환채권을 양도하고 그 통지를 한 후에도 임대차계약이 유효하게 갱신되는지 여부◇

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. 부칙 제771호로 개정되기 전의 것) 제32조 서식 제5호, 제6호, 제7호 표준임대차계약서 제10조 제1항에서도 위 시행령 조항 각호 사유와 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다.

따라서 구 공공주택 특별법의 적용을 받는 임대주택에 관해서는 위 법령 조항 및 표준임대차계약서 제10조 제1항 각호 중 하나에 해당하는 사유가 있는 경우라면 임대인이 그 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(대법원 2020. 5. 28. 선고 2020다202371 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결 등 참조).

특히 앞서 본 각 규정들은 임차인의 주거생활 안정을 보장하기 위하여 임대사업자가 공공임대주택에 관한 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 그 갱신을 거절하는 것을 제한하기 위한 것으로서 그 제정 목적과 입법 취지 등에 비추어 이에 위반되는 약정의 사법

적 효력을 배제하는 강행규정으로 보아야 한다(위 2020다223781 판결 참조).

☞ 임대인은 구 공공주택 특별법 시행령 또는 표준임대차계약서 해당 조문의 각호에서 정한 사유가 없는 한 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없고, 이에 반하는 채권양수인과 임차인 사이의 약정으로 위 규정의 적용을 배제할 수 없으므로 이 사건 임대인과 임차인 사이에서는 유효하게 임대차계약이 갱신되었다고 보아, 위 임대차계약이 2018. 12. 31. 기간만료로 종료되었음을 전제로 피고의 임대차보증금반환의무를 인정한 원심을 파기환송한 사례

### **2021다294902, 294919(병합) 하자보수보증금 청구 (카) 파기환송**

**[원고 입주자대표회의 등이 하자보수보증채무자인 피고에게 아파트 하자 관련 하자보수보증금을 청구한 사건]**

◇보증기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 하자보수보증계약상 보증금청구권의 소멸시효 기산점◇

1. 보증금청구권의 소멸시효 기산점은 특별한 사정이 없는 한 보험사고가 발생한 때이고(대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다18748 판결 등 참조), 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 보증보험에서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다44808 판결 등 참조). 그리고 보증보험증권에 보험기간이 정해져 있는 경우에는 보험사고가 그 기간 내에 발생한 때에 한하여 보험자가 보험계약상의 책임을 지는 것이 원칙이지만, 보증보험계약의 목적이 주계약의 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보험계약자의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것임에도 불구하고 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 경우 특별한 사정이 없으면 위 보증보험계약은 그 계약의 보험기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여는 비록 보험기간이 종료된 후 보험사고가 발생하였다고 하더라도 보험자로서 책임을 지기로 하는 내용의 계약이라고 해석함이 상당하다(대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다3897 판결, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다62490 판결 등 참조).

2. 이와 같은 법리는 보증기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 하자보수보증계약에서도 마찬가지로 적용되어야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 그 계약의 보증기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여는 비록 보증기간이 종료된 후 보증

사고가 발생하였다고 하더라도 그 보증사고가 발생한 때로부터 보증금청구권의 소멸시효가 진행된다.

☞ 원고들과 보증회사인 피고 사이에 체결된 이 사건 보증계약은 각 보증기간을 각 공정별 하자보수책임기간과 동일하게 정하였음. 원고들이 피고에게 1, 2년차 하자에 대하여 이 사건 보증계약에 따른 하자보수보증금 청구한 사건에서, 원심은 보험금청구권의 소멸시효는 늦어도 보험기간의 종기부터 진행된다고 전제한 다음, 1, 2년차 하자는 각 보증기간의 종기로부터 5년의 소멸시효 기간이 지난 후에 소가 제기되어 보증금청구권은 시효소멸하였다고 판단하였음. 앞서 본 법리에 비추 보증기간 내에 발생한 하자에 대하여 보증기간이 종료된 후 보증사고가 발생한 경우 그 보증사고가 발생한 때로부터 보증금청구권의 소멸시효가 진행된다고 봄이 상당하다고 판단하여 파기환송한 사례

**형 사**

**2018도15213 위계공무집행방해등 (가) 상고기각**

[시사프로그램의 프로듀서와 촬영감독이 구치소장의 허가 없이 구치소에 수용 중인 사람을 취재하기 위하여 접견허가를 받은 다음 명함지갑 형태의 녹음·녹화장비를 소지한 채 접견실에 들어가 수용자를 취재한 경우 위계공무집행방해죄와 건조물침입죄의 성립 여부가 문제된 사건]

◇1. 법령에서 명한 금지행위의 위반과 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부(소극), 2. 관리자에 의해 출입이 통제되는 건조물에 관리자의 승낙을 받아 건조물에 통상적인 출입방법으로 들어간 경우 건조물침입죄가 성립하는지 여부(소극), 3. 방송 제작자인 피고인들이 구치소장의 허가 없이 구치소에 수용 중인 사람을 취재하기 위하여 접견신청인으로 접견허가를 받은 다음 명함지갑 형태의 녹음·녹화장비를 몰래 소지한 채 접견담당 교도관의 승낙을 받아 접견실에 들어가 수용자를 취재하였더라도 위계에 의한 공무집행방해죄와 건조물침입죄가 성립하지 않는다고 한 사례◇

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 별론으

로 하고 그 행위가 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2001도7045 판결 등 참조). 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. 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 알았다더라면 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.

☞ 구 형집행법의 관련 규정의 내용과 입법취지 등을 종합하면, 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 있으므로 수요자가 아닌 사람이 금지물품을 교정시설 내로 반입하였다면 교도관의 검사·단속을 피하여 단순히 금지규정을 위반하는 행위를 한 것일 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 수는 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 유지하고 검사의 상고를 기각함

☞ 피고인들이 점견신청인으로서 서울구치소의 관리자인 서울구치소장으로부터 구치소에 대한 출입관리를 위탁받은 교도관의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 서울구치소 내 민원실과 점견실에 들어갔으므로, 관리자의 의사에 반하여 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 서울구치소에 들어갔다고 볼 수 없고, 피고인들이 서울구치소에 수용 중인 사람을 취재하고자 서울구치소장의 허가 없이 점견내용을 촬영·녹음할 목적으로 명함지갑 모양으로 제작된 녹음·녹화장비를 몰래 소지하고 서울구치소에 들어간다는 사정을 서울구치소장이나 교도관이 알았다더라면 피고인들이 이를 소지한 채 서울구치소에 출입하는 것을 승낙하지 않았을 것으로 보이나, 이러한 사정은 승낙의 동기가 착오가 있는 것에 지나지 않아 피고인들이 서울구치소장이나 교도관의 의사에 반하여 구치소에 출입하거나 사실상의 평온상태를 해치는 모습으로 서울구치소에 침입한 것으로 평가할 수 없다고 보아,

이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 유지하고 검사의 상고를 기각함

## 2018도19037 군인등강간치상 (아) 파기환송

### [군인등강간치상죄 성립 여부가 문제된 사건]

◇1. 형사재판에서 자유심증주의의 한계, 2. 피해자 진술의 신빙성을 판단할 때에 고려하여야 할 점, 3. 강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우, 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다는 사정이 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있는지 여부(적극), 4. 강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 판단하는 기준과 방법◇

증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험의 법칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다(대법원 1994. 9. 13. 선고 94도1335 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결 등 참조). 피해자 등의 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험의 법칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 된다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결 참조).

강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험의 법칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 참조).

강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하고, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거

나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 아니 된다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조).

☞ 해군 함장(당시 중령)이던 피고인이 같은 부대에서 근무하던 초급 부하 장교인 피해자를 강간하여 피해자로 하여금 치료 일수를 알 수 없는 외상 후 스트레스 장애에 이르게 하였다는 혐의로 기소된 사안임

☞ 대법원은 위 법리 등을 기초로, 원심판결 중 ① 공소사실의 핵심 경위에 관한 피해자 진술의 신빙성을 배척한 부분에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있고, ② 폭행·협박을 수단으로 한 강간 사실과 그에 관한 피고인의 고의가 인정되지 않는다고 보아 강간으로 인한 상해 결과의 발생 여부에 관해 나아가 심리·판단하지 않은 부분에는 군인등강간치상죄의 폭행, 고의 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다고 보아 원심을 파기환송함

## **2018도19472, 2018전도126(병합) 군인등강간치상등 (가) 상고기각**

### **[군인등강간치상죄 등의 성립 여부가 문제된 사건]**

◇1. 형사재판에서 검사의 입증책임의 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(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5662 판결 등 참조).

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, 피해자를 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 실체적 진실발견과 인권보장이라는

형사소송의 이념에 부합한다.

☞ 해군 甲 함정 포술장(소령)인 피고인이 같은 부대에서 근무하던 초급 부하 장교인 피해자를 2회 강간하고 10회 강제추행하여 피해자로 하여금 치료 일수를 알 수 없는 외상 후 스트레스 장애에 이르게 하였다는 사실 등으로 기소된 사안에서, 대법원은 위 법리 등에 기초하여, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 수긍하였음

☞ 한편 피고인과 같은 부대에서 근무하던 상관(함장)이 이 사건 공소사실 범행 일시와 인접한 시기에 이 사건 피해자에 대해 군인등강간치상죄를 저질렀다고 기소된 사건(이하 '관련 사건'이라 한다)에서 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다는 판단이 내려졌으나(대법원 2022. 3. 31. 선고 2018도19037 판결), 대법원은 관련 사건과 이 사건은 사건의 구체적인 경위, 피고인과 피해자의 관계, 피해자의 진술 등이 서로 다르므로 피해자 진술의 신빙성이나 그 신빙성 유무를 기초로 한 범죄 성립 여부가 달리 판단될 수 있다고 보았음

## **2019도10297 근로기준법위반등 (가) 상고기각**

### **[근로기준법 위반죄 등의 성립 여부와 관련해 사용자성 등이 문제된 사건]**

#### **◇근로기준법상 사용자에게 해당하는지 여부의 판단 기준◇**

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 근로자가 이에 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 단정해

서는 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(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결 등 참조).

☞ 피고인은 ○○농수산물도매시장에서 농산물 하역업 등을 영위하는 업체인 A주식회사의 대표로, A주식회사의 근로자였던 甲에 대한 미지급 임금(연차유급휴가 미사용 수당)을 그 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 않음으로써 근로기준법을 위반하였다는 등의 공소사실로 기소되었음. 甲은 ○○농수산물도매시장에서 하역업무(경매장으로 운송된 농산물을 하차·선별·진열하는 업무)와 배송업무(낙찰된 농산물을, 이를 매수한 중도매인의 점포로 운송하는 업무)를 수행하였는데, 피고인은 공소사실에 기재된 미지급 금전 중 배송업무의 대가에 해당하는 부분에 대해서는 자신이 사용자가 아니며 그 미지급에 대한 고의도 없었다고 변소하였음

☞ 원심(=제1심)은 피고인의 위와 같은 변소를 배척하여 공소사실 전부를 유죄로 판단하였고, 대법원 역시 위 법리에 비추어 유죄 판단한 원심을 수긍한 사안임

## **2020도12560 업무상과실치사등 (자) 상고기각**

**[구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조에서 정한 '도급 사업주'의 의미와 적용범위에 관한 사건]**

◇1. 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조 제1항 제2호에서 정한 '전문분야의 공사'의 의미와 적용범위, 2. 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조 제1항의 '같은 장소에서 행하여지는 사업'의 의미와 적용범위◇

1. 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '산업안전보건법'이라 한다) 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 그 중 일부를 다시 제3자에게 도급한 경우도 이에 포함된다.

2. 산업안전보건법 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(대법원 2016. 3. 24. 선고 2015도8621 판결 참조), 산업재

해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 사람의 안전 및 보건을 유지·증진시키기 위한 입법취지와 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.

☞ 한국전력공사가 '지장철합 이설공사'를 전기공사업체에 도급한 후 그 중 일부인 '방호관 설치공사'를 협력업체에 추가로 도급함으로써 직접 공사를 수행하지 않고 사업의 전체적 진행과정을 총괄하고 조율하는 등 관리·감독만 하였더라도, 산업안전보건법 제29조 제1항 제2호, 제3항에서 정한 '도급 사업주'에 해당하므로 산업안전보건법위반죄를 유죄로 인정한 원심에 대하여 상고기각한 사안임

## 2021도8900 전자기록등내용탐지 (바) 상고기각

### [해킹프로그램을 이용한 타인의 아이디, 비밀번호 탐지가 문제된 사건]

◇피해자의 컴퓨터에 해킹프로그램을 몰래 설치해 별도의 보안장치가 없는 인터넷 계정의 아이디, 비밀번호를 알아낸 행위가 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄에 해당하는지 여부(소극)◇

1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 형법은 산업화·정보화의 추세에 따른 컴퓨터범죄 등 신종범죄에 효율적으로 대처하기 위해 제316조 제2항을 신설하여 '봉함 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자'를 처벌하는 규정을 두었고, 그 외 전자기록 등 특수매체기록을 행위의 객체로 하는 업무방해(제314조 제2항), 공·사(公·私)전자기록의 위작·변작(제227조의2, 제232조의2) 및 동 행사(제229조, 제234조) 등 컴퓨터관련범죄를 신설하고, 재물손괴죄등(제366조)에 전자기록 등 특수매체기록을 행위의 객체로 추가하였다.

여기서 전자기록 등 특수매체기록이란 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식 또는 광기술 등 이에 준하는 방식에 의하여 저장된 기록을 의미한다. 특히 전자기록은, 그 자체로는 물적 실체를 가진 것이 아니어서 별도의 표시·출력장치를 통하지 아니하고는 보거나 읽을 수 없고, 그 생성 과정에 여러 사람의 의사나 행위가 개재됨은 물론 추가 입력한 정보가 프로그램에 의하여 자동으로 기존의 정보와 결합하여 새로운 전자기록을 작출

하는 경우도 적지 않으며, 그 이용 과정을 보아도 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행한다(형법 제227조의2에 규정된 공전자기록등위작죄에 관한 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도6132 판결, 형법 제232조의2에 규정된 사전자기기록등위작죄에 관한 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도11294 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하는 것은 전자기록에 포함된다(형법 제232조의2에 규정된 사전자기기록등위작죄에서의 전자기록에 관한 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도938 판결 참조).

개정 형법이 전자기록 등 특수매체기록을 위 각 범죄의 행위 객체로 신설·추가한 입법 취지, 전자기록등내용탐지죄의 보호법익과 그 침해행위의 태양 및 가벌성 등에 비추어 볼 때, 피해자의 아이디, 비밀번호(이하 ‘이 사건 아이디 등’이라 한다)는 전자방식에 의하여 피해자의 노트북 컴퓨터에 저장된 기록으로서 형법 제316조 제2항의 ‘전자기록 등 특수매체기록’에 해당한다.

한편, 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, 전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은 이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다.

☞ 피고인이 피해자의 컴퓨터에 해킹프로그램을 몰래 설치해 피해자의 ○○○○, □□□□, ●● 계정의 각 아이디 및 비밀번호(이 사건 아이디 등)를 알아내었다는 이유로 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄로 기소된 사안에서, 원심은 위 죄의 객체인 ‘전자기록 등 특수매체기록’이 되기 위해서는 특정인의 의사가 표시되어야 한다고 전제한 후 이 사건 아이디 등 자체는 특정인의 의사를 표시한 것으로 보기 어렵다는 이유로 무죄로 판단하였음. 대법원은 이 사건 아이디 등이 전자기록 등 특수매체기록에는 해당한다고 보면서도, 이에 대하여 별도의 비밀장치가 된 것으로 볼 수 없는 이상, 이 사건 아이디 등을 위 프로그램을 이용하여 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않는다고 보아 결과적으로 검사의 상고를 기각함

☞ 참고로 피고인이 이 사건 아이디 등을 이용해 피해자의 ○○○○ 계정 등에 접속한

행위 및 이를 통해 피해자와 다른 사람들 사이의 대화내용 등을 다운로드 받은 행위에 대해서는 원심에서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 위반(정보통신망침해등)죄, 전자기록등내용탐지죄가 인정되었고 이 부분에 대해서는 피고인과 검사 모두 상고하지 아니하였음

## 2021도17197 사문서위조등 (바) 파기환송

[주식의 명의신탁자가 명의수탁자 명의로 과세표준신고서를 작성·제출한 사건]

◇1. 재산을 명의신탁한 경우 과세표준신고 등 공법행위에 대하여 수탁자의 명의사용에 대한 별도의 승낙이 필요한지 여부(소극), 2. 주식을 명의신탁한 후 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 피고인이 수탁자의 명의로 증권거래세 과세표준신고서를 작성·제출한 경우 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립하는지 여부(소극)◇

신탁자에게 아무런 부담이 지워지지 않은 채 재산이 수탁자에게 명의신탁된 경우 특별한 사정이 없는 한 수탁자는 신탁자에게 자신의 명의사용을 포괄적으로 허용하였다고 봄이 타당한바, 사법행위와 공법행위를 구별하여 신탁재산의 처분 등과 관련한 사법상 행위에 대하여만 명의사용을 승낙하였다고 제한할 수는 없다.

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 할 것이다.

☞ 비상장주식을 명의신탁한 피고인이 명의수탁자를 변경하기 위해 제3자에게 주식을 양도한 후 수탁자 명의로 증권거래세 과세표준신고서를 작성하고 이를 제출한 사안에서, 과세표준을 신고하는 행위는 공법행위이므로 수탁자가 명의사용을 승낙하였다고 볼 수 없다고 보아 사문서위조죄 및 위조사문서행사죄가 성립한다고 판단한 원심판결을 파기한 사례

## 2022도755 국민체육진흥법위반 (가) 상고기각

[프로야구 선수인 피고인이 운동경기에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 받았다는 사실로 기소된 사안]

◇실제로 부정한 청탁에 따른 부정한 행위를 할 생각이 없었더라도 국민체육진흥법 제48조 제2호, 제14조의3 제1항 위반으로 인한 국민체육진흥법 위반죄가 성립하는지 여부◇

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 위법 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 입법취지 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.

☞ 프로야구 선수인 피고인이 지인에게 “주말 야구경기에서 삼성이 상대팀에게 1회에 볼넷을 허용하고, 4회 이전에 일정 점수 이상을 실점하는 내용으로 승부를 조작해 줄 테니 5억 원을 달라.”라고 제안하고, 그 제안을 승낙한 지인으로부터 위와 같이 부정한 청탁을 받고 그 대가로 합계 5억 원을 받았다는 사실로 기소된 사안에서, 대법원이 위 법리에 비추어 설령 피고인의 주장과 같이 처음부터 승부조작 의사가 없었을 뿐만 아니라 승부조작을 할 수도 없었더라도 국민체육진흥법 제48조 제2호, 제14조의3 제1항 위반죄가 성립한다고 본 원심판단을 수긍한 사례

## 2022도857 업무상횡령등 (바) 상고기각

### [공소시효의 정지사유인 ‘형사처분을 면할 목적’이 문제된 사건]

◇중국이 본국인 피고인이 대한민국에서 범행 후 중국으로 출국한 사안에서, 공소시효의 정지사유로 규정된 ‘형사처분을 면할 목적’이 인정되는지 여부(적극)◇

☞ 피고인이 대한민국에서 범행 후 중국으로 출국한 사안에서, 원심은 피고인의 출국 경위에 비추어 피고인이 중국에 체류하는 것이 국내에서의 형사처분을 면하기 위한 방편이었던 것으로 보이고, 이는 중국이 피고인의 본국이라 해도 마찬가지라고 판단하고, 형사

처분을 면할 목적이 국외 체류의 유일한 목적일 필요는 없으므로, 설령 피고인의 중국 체류 목적 중에 딸을 돌보기 위함이 있었다고 하더라도 형사처분을 면할 목적을 인정하는 데 방해가 되지 않는다고 판단한 후 피고인이 중국에 체류하였던 기간 동안 공소시효가 정지되었다고 보아 공소사실을 유죄로 판단하였고, 대법원은 이를 수긍한 사례

**특 별**

**2018후10923 거절결정(특) (라) 파기환송**

**[결정형 발명의 진보성 부정 여부가 문제된 사건]**

**◇결정형 발명의 진보성 판단 기준◇**

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(대법원 2009. 11. 12. 선고 2007후3660 판결, 대법원 2016. 11. 25. 선고 2014후2184 판결 등 참조).

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 곤란성이 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(대법원 2011. 7. 14. 선고 2010후2865 판결 등에서 특별한 사정이 없는 한 효과의 현저성을 가지고 결정형 발명의 진보성을 판단한 것도 결정

형 발명의 위와 같은 특성으로 인해 구성이 곤란한지 불분명한 사안에서 효과의 현저성을 중심으로 진보성을 판단한 것으로 이해할 수 있다).

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.

결정형 발명의 효과가 선행발명 화합물의 효과와 질적으로 다르거나 양적으로 현저한 차이가 있는 경우에는 진보성이 부정되지 않는다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2010후2865 판결 등 참조). 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(대법원 2021. 4. 8. 선고 2019후10609 판결 등 참조).

☞ 선행발명의 화합물인 타일로신과 화학 구조는 동일하지만 5.0, 9.0 및 10.5° 2θ의 피크를 포함하는 분말 X선 회절 스펙트럼 값으로 특정된 구성을 갖는 타일로신 제 I 형 결정형에 관한 발명이라는 점에서 차이가 있는 ‘이 사건 제1항 발명’이 선행발명에 의해 진보성이 부정되는지 여부가 쟁점이 된 사안임

☞ 대법원은, 피고가 제출한 출원 당시의 통상적인 다형체 스크리닝 방식에 관한 자료만으로는 통상의 기술자가 결정화 공정 변수를 적절히 조절하거나 통상적인 다형체 스크리닝을 통해 선행발명으로부터 위와 같은 특성을 갖는 제 I 형 결정형을 쉽게 도출할 수 있는지 분명하지 않다는 등의 이유로 이 사건 제1항 발명이 선행발명에 의해 진보성이 부정된다고 단정할 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기환송하였음