



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2022년 12월 15일

제648호

민사

- 1 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 9749, 9756 판결 (근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등) 2271
- [1] 확인의 소에서 ‘확인’의 이익이 인정되기 위한 요건
 - [2] 원고용주가 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우, 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 ‘근로자파견’에 해당하는지 판단하는 기준
 - [3] 자동차 등을 생산·판매하는 甲 주식회사와 업무위탁계약을 체결한 사내협력업체의 소속 근로자로서 甲 회사의 공장에서 업무를 수행한 乙 등이 甲 회사를 상대로 근로자지위확인 등을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲 회사와 乙 등은 근로자파견관계에 있었다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례
 - [4] 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률에 따라 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주된 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당한 경우, 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주와 관련된 법률관계에 영향을 미치는지 여부(원칙적 소극)
 - [5] 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 지나기 전에 사용사업주의 사업장에서 근무하던 파견근로자가 사용사업주에게 직접 고용된 것으로 간주되었다거나 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였다고 주장하는 경우, 고용간주 효과 또는 직접고용의무가 발생하였더라도 위 정년이 경과함으로써 고용간주 효과 또는 직접고용의무가 소멸하는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 정년 후 근무기간에 대하여 사용사업주의 근로자임을 전제로 미지급 임금 등을 구하거나 직접고용의무의 불이행을 전제로 한 손해배상을 구할 수 있는지 여부

(소극)

- [1] 확인의 소에서 ‘확인’의 이익이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 이를 제거하는 데 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정된다.
- [2] 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 그 근로자에 대하여 직간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 그 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 그 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.
- [3] 자동차 등을 생산·판매하는 甲 주식회사와 업무위탁계약을 체결한 사내협력업체의 소속 근로자로서 甲 회사의 공장에서 업무를 수행한 乙 등이 甲 회사를 상대로 근로자지위확인 등을 구한 사안에서, 甲 회사는 사내협력업체 근로자에 대하여 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 행사하였다고 보이는 점 등 제반 사정에 비추어 사내협력업체가 乙 등으로 하여금 甲 회사를 위한 업무를 수행하도록 한 것은 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 또는 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제2조 제1호에서 정한 ‘근로자파견’에 해당하고, 甲 회사와 乙 등은 근로자파견관계에 있었다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.
- [4] 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)상의 직접고용간주 규정은 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서 그 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고 위와 같은 법률관계의 성립이나 법적 효과 발생 후 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로관계가 유지되고 있을 것을 효

력존속요건으로 요구하고 있다고 할 수도 없다. 따라서 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주된 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다.

- [5] 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 지나기 전에 사용사업주의 사업장에서 근무하던 파견근로자가 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라 한다)의 요건을 충족함으로써 사용사업주에게 직접 고용된 것으로 간주되었다고 주장하는 경우, 구 파견법에 따라 고용간주 효과가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 경과함으로써 그 효과는 소멸한다. 왜냐하면 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 구 파견법에 따라 정년 전에 형성된 사용사업주와 파견근로자 사이의 법정근로관계에도 적용된다고 봄이 타당하기 때문이다. 나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 사용사업주의 근로자임을 전제로 미지급 임금 등을 구할 수 없다.

또한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 지나기 전에 사용사업주의 사업장에서 근무하던 파견근로자가 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘개정 파견법’이라 한다)의 요건을 충족함으로써 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였다고 주장하는 경우, 개정 파견법에 따라 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용할 의무가 발생하였더라도 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 경과함으로써 위와 같은 직접고용의무는 소멸한다. 왜냐하면 개정 파견법 제6조의2 제1항의 입법 취지 및 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙인데, 이때 사용사업주의 단체협약 등에서 정한 정년이 개정 파견법에 따라 정년 전에 발생한 직접고용의무의 내용을 이루게 되기 때문이다. 나아가 이러한 경우 정년 후 근무기간에 대하여 위와 같이 발생한 직접고용의무의 불이행을 전제로 한 손해배상책임도 인정될 수 없다.

2 2022. 10. 27. 선고 2017다14581, 14598, 14604, 14611, 14628, 14635, 14642, 14659 판결 [근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등·근로자지위확인등] 2283

- [1] 확인의 소에서 ‘확인’이 인정되기 위한 요건
- [2] 원고용주가 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우, 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 ‘근로자파견’에 해당하는지 판단하는 기준
- [3] 자동차 등을 제조·판매하는 甲 주식회사와 직접 도급계약을 체결한 사내협력업체 또는 甲 회사와 부품거래계약을 체결한 乙 주식회사 등과 재차 도급계약을 체결한 사내협력업체의 소속 근로자로서 甲 회사의 공장에서 업무를 수행한 丙 등이 甲 회사를 상대로 근로자지위확인 등을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲 회사와 丙 등은 근로자파견관계에 있었다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례
- [4] 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률에 따라 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주된 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당한 경우, 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주와 관련된 법률관계에 영향을 미치는지 여부(원칙적 소극) 및 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 한 사정만으로 같은 법 제6조 제3항 단서에서 정한 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 있는지 여부(소극)
- [5] 사용사업주가 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률에 따른 직접고용간주의 효과가 발생하였음에도 파견근로자를 현실적으로 고용하지 않고 있던 중에 파견근로자가 파견사업주와 사이의 근로관계 중단 또는 종료에 따라 근로를 제공하지 못한 경우, 파견근로자가 사용사업주를 상대로 근로제공 중단 기간 동안 근로제공을 계속하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 청구할 수 있는지 여부(적극)
- [1] 확인의 소에서 ‘확인’이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 이를 제거함에 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정된다.
- [2] 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니

라, 제3자가 그 근로자에 대하여 직간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 그 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 그 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

- [3] 자동차 등을 제조·판매하는 甲 주식회사와 직접 도급계약을 체결한 사내협력업체 또는 甲 회사와 부품거래계약을 체결한 乙 주식회사 등과 재차 도급계약을 체결한 사내협력업체의 소속 근로자로서 甲 회사의 공장에서 업무를 수행한 丙 등이 甲 회사를 상대로 근로자지위확인 등을 구한 사안에서, 甲 회사는 丙 등에 대하여 일반적 작업배치권과 변경결정권을 행사하였던 점 등 제반 사정에 비추어 丙 등은 사내협력업체에 고용된 후 甲 회사의 작업현장에 파견되어 甲 회사로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.
- [4] 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라고 한다)의 직접고용간주 규정은 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서 그 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고 위와 같은 법률관계의 성립이나 법적 효과 발생 후 파견사업주와 파견근로자 사이의 근로관계가 유지되고 있을 것을 효력존속요건으로 요구하고 있다고 할 수도 없다. 따라서 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주된 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다. 한편 구 파견법 제6조 제3항 단서는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에는 직접고용간주 규정이 적용되지 않는다고 정하고 있다. 직접고용간주 규정의 입법 목적과 그 규정들이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없는 점 등에 비추어 보면 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’란 근로자가 사용자

업주에게 직접고용되는 것을 명시적으로 반대한 경우를 의미한다. 따라서 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사 표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다.

- [5] 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라고 한다)상 근로자파견관계가 인정되어 파견근로자가 사용사업주의 근로자로 간주된 이후 파견사업주와 사이의 근로관계 단절로 인해 사용사업주에 대하여 근로제공을 중단한 기간이 있더라도, 파견근로자의 근로제공 중단이 사용사업주의 책임 있는 사정으로 말미암은 것이라고 볼 수 있는 경우 파견근로자로서는 사용사업주를 상대로 민법 제538조 제1항에 따라 근로제공 중단 기간 동안 근로제공을 계속하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 청구할 수 있다.

사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주된 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였더라도 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않으므로, 사용사업주가 구 파견법에 따른 직접고용간주의 효과가 발생하였음에도 파견근로자를 현실적으로 고용하지 않고 있던 중에 파견근로자가 파견사업주와 사이의 근로관계 중단 또는 종료에 따라 근로를 제공하지 못하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 근로제공 중단은 사용사업주의 책임 있는 사정으로 말미암은 것으로 볼 수 있고, 다만 사용사업주가 현실적으로 파견근로자를 직접고용하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 달리 볼 수 있다.

3 2022. 10. 27. 선고 2017다243143 판결 (부당이득금) 2294

- [1] 지명채권의 양수인이 대항요건을 갖추기 위하여 채권자에게 채권양도통지절차의 이행을 청구할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 채권양수인이 대항요건을 갖추기 전에 양도인에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 양수인의 채권양도통지 이행청구권이 회생채권에 해당하는지 여부(적극) 및 양수인의 채권양도통지 이행청구권이 회생절차에서 회생채권자 목록에 기재되거나 신고되지 않아 실권된 경우, 관리인이 위 채권의 채무자로부터 변제를 수령하는 것이 부당이득이 되는지 여부(소극)
- [1] 지명채권의 양도는 특별한 사정이 없는 한 채권자와 양수인 사이의 계약에 의하여 이루어지는데, 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙이 없으면 채무자 기타 제3자에게 대항할 수 없다(민법 제450조 제1항). 한편 위 통지나

승낙이 확정일자 있는 증서에 의한 것이 아니면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못하므로(민법 제450조 제2항), 양수인은 대항요건을 구비하기 위해 채권자에게 채권양도통지절차의 이행을 청구할 수 있다.

- [2] 채권의 양수인이 대항요건을 갖추기 전에 양도인에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 양수인의 채권양도통지 이행청구권은 비금전채권이기는 하지만 양도인인 회생채무자의 재산 감소와 직결되는 것이므로 ‘재산상의 청구권’에 해당하고, 그 원인이 회생절차개시 전에 있었으므로 회생채권에 해당한다. 한편 회생채권이 회생채권자 목록에 기재되거나 신고되지 않으면, 회생채권자가 회생절차에 참가할 기회를 전혀 얻지 못하는 등의 특별한 사정이 없는 한 회생계획인가결정이 있는 때에 실권된다. 이와 같이 채권양수인의 채권양도통지 이행청구권이 회생채권임에도 양도인에 대한 회생절차에서 회생채권자 목록에 기재되거나 신고되지 않고 그대로 실권된 경우, 관리인은 그 채권의 채무자로부터 적법하게 변제받을 수 있으므로, 그 변제를 수령한 행위가 법률상 권원이 없음을 전제로 하는 부당이득반환의 책임을 부담하지 않는다.

4 2022. 10. 27. 선고 2020다266535 판결 [소유권이전등기] 2297

구 임대주택법 제19조 단서 및 구 임대주택법 시행령 제18조 제1항에서 예외적으로 임차권의 양도를 허용하는 ‘무주택세대 구성원’의 의미 및 주택의 ‘소유’ 여부는 건물등기부 등에 주택을 소유한 것으로 기재되어 있는지에 따라 결정되는지 여부(원칙적 적극) / 임차권의 양도에 관한 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정들이 강행법규에 해당하는지 여부(적극) 및 이를 위반한 임차권의 양도는 당사자들의 합의나 임대사업자의 동의 여부 등과 무관하게 사법적 효력을 인정할 수 있는지 여부(소극) / 임차권을 적법하게 양도받지 못한 자가 임차권 양수인으로서 공공건설임대주택에서 실제 거주한 경우, 우선 분양전환 대상자의 자격을 취득할 수 있는지 여부(소극)

구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 임대주택의 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키는 것을 목적으로(제1조), 임대주택의 임차인 자격, 선정 방법, 임대보증금, 임대료 등 임대 조건에 관한 기준을 정하는 한편(제20조 제1항), 임대주택 임차인의 임차권 양도를 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 구 임대주택법 시행령(2015. 12. 28. 대통령령 제26763호 민간임대주택에 관한 특별법 시행령으로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제18조 제1항이 정하는 근무, 생업 또는 질병 치료 등의 사유로 다른 시·군·구로 주거를 이전하는 등의 경우에 한하여 임대사업자의 동의를 얻어 ‘무주택 세대구성원’에게 임차권을 양도하는 것을 허

용하고 있다(제19조 단서). 또 구 임대주택법 시행규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제270호 민간임대주택에 관한 특별법 시행규칙으로 전부 개정되기 전의 것)은 임대사업자가 구 임대주택법 시행령 제18조 제1항 각호에 따른 임차권 양도에 대한 동의를 하는 경우에는 미리 주택공급에 관한 규칙 제21조의2 제1항에 따라 주택소유 여부를 확인하도록 규정하고(제12조 제2항), 구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것)은 사업주체가 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’에 따라 구성된 주택전산망을 이용한 주택소유 여부 등의 전산검색을 국토교통부장관이 정하는 방법과 절차에 따라 국토교통부장관에게 의뢰하도록 규정하고 있다(제21조의2 제1항). 나아가 구 임대주택법은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임대주택을 임대받거나 임대받게 하는 행위, 위 법 제19조를 위반하여 임대주택의 임차권을 양도하거나 임대주택을 전대하는 행위 등을 처벌하고 있다(제41조 제4항). 이와 같이 구 임대주택법 등 관련 법령이 원칙적으로 임대주택 임차인의 임차권 양도를 금지하되 예외적으로 임차권의 양도를 허용하면서 그 요건으로 양수인이 ‘무주택 세대구성원’일 것을 정하고, 이에 동의하는 임대사업자로 하여금 미리 양수인의 주택소유 여부를 확인하도록 정한 취지는 국민의 주거안정을 위해 공급되는 임대주택이 투기 또는 투자 목적으로 거래되는 것을 사전에 차단하여 실제 주거 수요를 충족시킴으로써 무주택 서민의 주거권을 확보하려는 데에 있다.

따라서 구 임대주택법 제19조 단서 및 구 임대주택법 시행령 제18조 제1항에서 예외적으로 임차권의 양도를 허용하는 ‘무주택세대 구성원’이란 임차권 양도 당시 세대원 전원이 주택을 소유하고 있지 않은 세대의 구성원을 의미한다고 할 것이다. 그리고 주택의 ‘소유’ 여부는 사회에서 통상적으로 이해되는 무주택자의 의미에 따라 보편타당하게 해석하여야 하고, 특히 구 임대주택법의 입법 목적이나 같은 법과 그에 따른 시행령, 시행규칙, 주택공급에 관한 규칙에서 정하고 있는 임차인 자격 및 선정 방법에 관한 규정, 물권취득에 관하여 형식주의를 취하고 있는 우리의 법제, 임대사업자가 임차권 양도 시 새로운 임차인의 주택소유 여부를 미리 확인할 의무를 부담하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 원인무효이거나 다른 특별한 사정이 없는 한 건물등기부 등에 주택을 소유한 것으로 기재되어 있는지 여부에 따라 결정될 수밖에 없다.

이와 달리 무주택 세대구성원이 아닌 자가 공공건설임대주택의 임차권을 양도 받는 것은 임대주택 건설을 촉진하고 국민의 주거생활을 안정시키고자 하는 구 임대주택법의 입법 목적을 본질적으로 침해하는 것이므로, 이를 방지하기 위해서는 구 임대주택법 등 관련 법령에 정한 임차권의 양도 요건을 위반한 자에게 형

사처벌을 가하는 것만으로는 부족하고, 임차 내지 분양전환에 의한 경제적 이익 등이 위반행위자에게 부당하게 귀속되는 것을 금지시킬 필요가 있다. 이에 따라 임차권의 양도에 관한 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정들은 강행법규에 해당한다고 보아야 하고, 이를 위반한 임차권의 양도는 당사자들의 합의나 임대사업자의 동의 여부 등과 무관하게 사법적으로 그 효력을 인정할 수 없다. 나아가 임차권을 적법하게 양도받지 못한 자가 임차권 양수인으로서 공공건설임대주택에서 실제 거주하였다도 우선 분양전환 대상자의 자격을 취득할 수 없다.

5 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결 (신주발행무효확인) 2302

- [1] 신주인수권부사채 발행의 경우에도 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용되는지 여부(적극) / 신주인수권부사채 발행일로부터 6월 내에 신주인수권부사채발행무효의 소가 제기되지 않거나 6월 내에 제기된 소가 적극 당사자의 패소로 확정된 경우, 이후 신주인수권부사채 발행의 무효를 주장할 수 있는지 여부(소극) / 이 경우에도 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사나 그로 인한 신주 발행에 대해서는 상법 제429조를 유추적용하여 신주발행무효의 소로써 다룰 수 있는지 여부(적극) 및 이때 신주인수권부사채 발행의 무효나 이를 전제로 한 주장을 할 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 주식회사가 정관이 정한 사유가 없는데도 대주주 등의 경영권이나 지배권을 방어할 목적으로 제3자에게 신주를 배정하여 회사의 지배구조에 심대한 변화가 초래된 경우, 신주 발행이 무효인지 여부(적극) 및 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
- [3] 주식회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권을 방어할 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행한 경우, 발행일로부터 6월 이내에 신주인수권부사채발행무효의 소로써 다룰 수 있는지 여부(적극) / 대주주 등이 위와 같은 경위로 발행된 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득한 경우, 신주발행무효의 소로 신주 발행의 무효를 주장할 수 있는지 여부(적극) 및 이 경우 제소기간의 기산점(=신주 발행일)
- [1] 신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서, 신주인수권부사채 발행의 경우에도 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다. 신주인수권부사채 발행의 무효는 주주 등이 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월 내 소만으로 주장할 수 있고, 6월의 출소

기간이 지난 뒤에는 새로운 무효 사유를 추가하여 주장할 수 없다. 따라서 신주인수권부사채 발행일로부터 6월 내에 신주인수권부사채발행무효의 소가 제기되지 않거나 6월 내에 제기된 신주인수권부사채발행무효의 소가 적극적 당사자의 패소로 확정되었다면, 이후에는 더 이상 신주인수권부사채 발행의 무효를 주장할 수 없다.

다만 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사나 그로 인한 신주 발행에 대해서는 상법 제429조를 유추적용하여 신주발행무효의 소로써 다룰 수 있다. 이때에는 특별한 사정이 없는 한 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유만 주장할 수 있고, 신주인수권부사채 발행이 무효라거나 그를 전제로 한 주장은 제기할 수 없다.

- [2] 상법 제418조 제1항, 제2항은 회사가 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 기존 주주에게 배정하되 정관에 정한 경우에만 제3자에게 신주배정을 할 수 있게 하면서 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조의 개선 등 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한정함으로써 기존 주주의 신주인수권을 보호하고 있다. 따라서 주식회사가 신주를 발행할 때 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도, 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 대주주나 경영진 등의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이고, 그로 인하여 회사의 지배구조에 심대한 변화가 초래되고 기존 주주들의 회사에 대한 지배권이 현저하게 약화되는 중대한 결과가 발생하는 경우에는 그러한 신주 발행은 무효이다. 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(상법 제516조의2 제4항 후문, 제418조 제2항 단서).
- [3] 신주인수권부사채의 경우 경영상 목적 없이 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 발행되더라도 그 자체로는 기존 주주의 신주인수권을 침해하지 않고, 이후 대주주 등이 양수한 신주인수권을 행사하여 신주를 취득함으로써 비로소 기존 주주의 신주인수권이 침해되고 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적이 현실화된다. 이에 의하면 회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 신주인수권부사채의 발행은 무효가 될 수 있고, 이런 사유는 그 발행일로부터 6월 이내에 신주인수권부사채발행무효의 소로써 다룰 수 있다. 나아가 대주주 등이 위와 같은 경위로 발행된 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일로부터 6월이 지난 후 신주인수권

을 행사하여 신주를 취득하였다면, 이는 실질적으로 회사가 경영상 목적 없이 대주주 등에게 신주를 발행한 것과 동일하므로, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유에 준하여 신주발행무효의 소로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다. 이로써 위법한 신주인수권부사채 발행이나 그에 기한 신주 발행을 다투는 주주의 제소권이 실질적으로 보호될 수 있다.

위에서 본 경우 신주발행무효의 소의 제소기간은 신주 발행일로부터 기산하여야 하고, 설령 신주 발행이 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사 결과에 따른 것이라 할지라도 신주인수권부사채 발행일부터 기산되는 것은 아니다.

6 2022. 10. 27. 선고 2022다4199, 4205 판결 [손해배상(기)·손해배상(기)] … 2307

- [1] 어느 법률조항의 개정이 자구만 형식적으로 변경된 데 불과하여 개정 전후 법률조항들의 동일성이 그대로 유지되고 있는 경우, ‘개정 전 법률조항’에 대한 위헌결정의 효력이 ‘개정 법률조항’에 대하여도 미치는지 여부(적극)
- [2] 구 토양환경보전법 제10조의3 제3항의 ‘오염원인자’에 관한 조항이 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정된 구 토양환경보전법 제10조의4로 규정되면서, ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자(제3호) 또는 민사집행법에 의한 경매절차에 따라 인수한 자(제4호)’ 등을 오염원인자로 보되, 토양오염관리대상시설을 양수 또는 인수하기 이전에 토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인하는 등 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니한 것으로 개정된 것은 양 조항의 동일성이 그대로 유지되고 있는 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)
 - [1] 어느 법률조항의 개정이 해당 조항의 한글화, 어려운 법률 용어의 순화, 한글 맞춤법 등 어문 규범의 준수 및 정확하고 자연스러운 법 문장의 구성 등의 방식으로 그 자구만이 형식적으로 변경된 데 불과하여 개정 전후 법률조항들 자체의 의미내용에 아무런 변동이 없고, 개정 법률조항이 해당 법률의 다른 조항이나 관련 다른 법률과의 체계적 해석에서도 개정 전 법률조항과 다른 의미로 해석될 여지가 없어 양자의 동일성이 그대로 유지되고 있는 경우에는, ‘개정 전 법률조항’에 대한 위헌결정의 효력은 그 주문에 개정 법률조항이 표시되어 있지 아니하더라도 ‘개정 법률조항’에 대하여도 미친다고 볼 수 있다.
 - [2] 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제10조의3 제3항의 오염원인자에 관한 조항이 구 토양환경보전법(2014. 3. 24. 법률 제12522호로 개정되기 전의 것) 제10

조의4로 규정되면서, ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자(제3호) 또는 민사집행법에 의한 경매절차에 따라 인수한 자(제4호)’ 등을 오염원인자로 보되, 토양오염관리대상시설을 양수 또는 인수하기 이전에 토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인하는 등 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니한 것으로 개정된 것은 조문의 신설 등 그 위치 변경, 면책의 요건이 되는 선의·무과실의 기준으로서 토양환경평가를 받아 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인한 경우를 구체적으로 명시하는 등 실질적 내용의 변경, 개정에 이른 경위나 입법 의도 등의 사정들을 종합하여 볼 때, 단순히 자구만이 형식적으로 변경된 것에 불과하다거나 개정 전후 법률조항들 자체의 의미내용에 아무런 변동이 없다거나 또는 해당 법률의 다른 조항이나 관련 다른 법률과의 체계적 해석에서도 다른 의미로 해석될 여지가 없이 양 조항의 동일성이 그대로 유지되고 있는 것으로 볼 수 없다.

7 2022. 10. 27. 선고 2022다238053 판결 [소유권이전등기] 2311

- [1] 금전채무의 현실제공은 채권자가 급부를 즉시 수령할 수 있는 상태에 있어야만 인정될 수 있는지 여부(원칙적 적극) / 채권자가 채무자의 급부불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 경우, 그로써 이행의 최고를 하였다고 볼 수 있는지 여부(원칙적 적극) / 동시이행관계에 있는 반대급부의무를 지고 있는 채권자가 채무자의 변제의 제공이 없음을 이유로 계약해제를 하기 위하여는 스스로의 채무의 변제제공을 하여야 하는지 여부(적극)
- [2] 甲 유한회사가 乙 등으로부터 부동산을 매수하는 매매계약을 체결하면서, 甲 회사의 잔금 지급과 동시에 乙 등이 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행하기로 하였으며, 매매계약에 따른 의무를 이행하지 아니할 경우 서면으로 이행을 최고하고 계약을 해제할 수 있다고 정하였는데, 甲 회사가 최종 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않자, 乙 등이 다음 날 甲 회사에 잔금 미지급을 이유로 위 매매계약을 해제한다는 내용의 문자메시지를 보냈고, 甲 회사는 같은 날 대출을 받기 위하여 부동산담보신탁계약을 체결하였는데, 乙 등이 제1심 소송 중 위 매매계약이 甲 회사의 잔금 미지급으로 해제되었다는 취지의 답변서 및 준비서면을 제출한 사안에서, 위 매매계약은 乙 등의 준비서면이 甲 회사에 송달된 날 적법하게 해제되었을 여지가 있는데도, 乙 등이 위 매매계약 해제 전에 이행을 최고하지 않았을 뿐만 아니라 甲 회사가 乙 등에게 대하여 이행제공을 하였다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

[1] 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다(민법 제544조 본문). 채무자는 변제의 제공으로 채무불이행의 책임을 면하고 변제의 제공은 채무내용에 좇은 현실제공으로 하여야 하는데(민법 제460조, 제461조), 금전채무의 현실제공은 특별한 사정이 없는 한 채권자가 급부를 즉시 수령할 수 있는 상태에 있어야만 인정될 수 있다. 채권자가 채무자의 급부불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 때에는 특별히 그 급부의 수령을 거부하는 취지가 포함되어 있지 아니하는 한 그로써 이행의 최고를 하였다고 볼 수 있으며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 이행되지 아니하였다면 채권자는 계약을 해제할 수 있다. 다만 동시이행 관계에 있는 반대급부의무를 지고 있는 채권자는 채무자의 변제의 제공이 없음을 이유로 계약해제를 하기 위하여는 스스로의 채무의 변제제공을 하여야 한다.

[2] 甲 유한회사가 乙 등으로부터 부동산을 매수하는 매매계약을 체결하면서, 甲 회사의 잔금 지급과 동시에 乙 등이 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행하기로 하였으며, 매매계약에 따른 의무를 이행하지 아니할 경우 서면으로 이행을 최고하고 계약을 해제할 수 있다고 정하였는데, 甲 회사가 최종 잔금 지급기일까지 잔금을 지급하지 않자, 乙 등이 다음 날 甲 회사에 잔금 미지급을 이유로 위 매매계약을 해제한다는 내용의 문자메시지를 보냈고, 甲 회사는 같은 날 대출을 받기 위하여 부동산담보신탁계약을 체결하였는데, 乙 등이 제1심 소송 중 위 매매계약이 甲 회사의 잔금 미지급으로 해제되었다는 취지의 답변서 및 준비서면을 제출한 사안에서, 甲 회사는 최종 잔금 지급기일 다음 날 잔금 상당의 대출을 받기 위하여 부동산담보신탁계약을 체결하는 등 잔금의 지급을 준비하고 있었을 뿐 乙 등에게 잔금을 즉시 수령할 수 있는 상태로 현실제공하였다고 볼 수 없는 반면, 乙 등은 잔금 지급기일 이전에 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류의 준비를 마치고 담당 공인중개사에게 이를 통지하였고, 乙이 부동산을 인도하기 위한 준비를 마치는 등으로 甲 회사에 이행제공을 하였으므로, 甲 회사는 위 잔금 지급기일 무렵 이행지체 상태에 있었으며, 甲 회사의 이행지체를 이유로 한 乙 등의 매매계약 해제 통지 중 문자메시지에 의한 해제 통지는 그에 앞서 서면에 의한 이행의 최고가 없어 해제 통지로서의 효력을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 위 매매계약에서 정한 서면에 의한 것이 아니므로 이행의 최고로서의 효력을 인정할 수도 없으나, 乙 등의 답변서에 의한 해제 통지는 그에 앞서 서면에 의한 이

행의 최고가 없어 해제 통지로서의 효력은 없지만, 위 답변서에 특별히 잔금의 수령을 거부하는 취지가 포함되어 있지 않은 이상 이행의 최고로서의 효력이 있어, 위 매매계약은 乙 등의 준비서면이 甲 회사에 송달된 날 적법하게 해제되었을 여지가 있는데도, 乙 등이 위 매매계약 해제 전에 이행을 최고하지 않았을 뿐만 아니라 甲 회사가 乙 등에 대하여 이행제공을 하였다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

8 2022. 10. 27. 선고 2022다241998 판결 (사해행위취소) 2315

채권자취소소송 진행 중에 채무자에 대한 회생개시결정이 있어 소송절차가 중단되었으나 소송 수계 전 회생절차가 폐지되거나 관리인이 소송을 수계한 다음 청구취지를 변경하여 부인소송을 진행하다가 회생절차가 폐지된 경우, 기존의 원고인 채권자가 소송을 수계하여야 하는지 여부(적극) 및 이 경우 채권자는 청구취지를 채권자취소청구로 변경하여야 하는지 여부(적극) / 상고심에서 상고이유서 제출기간이 지나기 전에 위와 같이 회생절차가 폐지되어 수계 및 그에 따른 청구취지 변경이 필요한 경우, 대법원은 수계를 허가한 다음 청구취지 변경을 위하여 사건을 원심법원에 환송해야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 이 경우에는 1심판결 선고 후 항소심에서 관리인이 소송을 수계하여 청구취지를 부인청구로 교환적으로 변경하였더라도 위와 같이 환송 후 항소심에서 채권자가 청구취지를 다시 채권자취소청구로 교환적으로 변경하는 것이 민사소송법 제267조 제2항에 위반된다고 볼 수 없는지 여부(적극)

채권자취소소송이 제기되어 진행 중에 채무자에 대한 회생개시결정이 있는 때에는 소송절차가 중단되고 관리인이 기존의 원고인 채권자(이하 ‘중전 채권자’라 한다)를 수계할 수 있다. 다만 그 수계가 이루어지기 전에 회생계획이 인가되지 못하고 회생절차가 폐지된 경우에는 중전 채권자에 의해 당연히 소송절차가 수계된다. 또 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제113조 제2항, 제59조 제4항에 의하면 관리인이 채권자취소소송을 수계한 다음 청구취지를 변경하여 부인소송을 진행하다가 위와 같이 회생절차가 폐지되었다면, 중전 채권자가 소송절차를 수계하여야 한다. 이때 채무자회생법 제100조가 정하는 부인권은 채무자회생법상의 특유한 제도로서 회생절차의 진행을 전제로 관리인만이 행사할 수 있는 권리이므로, 위와 같이 관리인으로부터 부인소송을 수계한 중전 채권자는 그 청구취지를 채권자취소청구로 변경하여야 한다. 다만 법률심인 상고심에서는 청구취지를 변경할 수 없으므로, 상고심에서 상고이유서 제출기간이 지나기 전에 위와 같이 회생절차가 폐지됨에 따라 수계 및 그에 따른 청구취지 변경이 필요한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 대법원에서는 부득이

수계를 허가한 뒤 청구취지 변경 및 그에 따른 심리를 위하여 원심판결을 파기하여 사건을 원심법원에 환송해야 한다. 이 경우 채권자가 제기한 채권자취소소송에서 1심판결이 선고된 후 항소심에서 관리인이 소송을 수계하여 청구취지를 부인청구로 교환적으로 변경하였다고 하더라도 위와 같이 환송 후 항소심에서 종전 채권자가 청구취지를 다시 채권자취소청구로 교환적으로 변경하는 것은 채무자회생법 제113조 제2항, 제59조 제4항에 따른 당연한 조치로서 민사소송법 제267조 제2항에 위반된다고 볼 수 없다.

9 2022. 10. 27. 선고 2022다254154, 254161 판결〔구상금·보험금〕… 2318

상속채권자가 피상속인에 대하여는 채권을 보유하면서 상속인에 대하여는 채무를 부담하는 경우, 상속채권자가 상속이 개시된 후 피상속인에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상속인에 대한 채무에 대하여 상계하였더라도 이후 상속인이 한정승인을 하면 상계가 소급하여 효력을 상실하는지 여부(적극)

상속인이 한정승인을 하는 경우에도, 피상속인의 채무와 유증에 대한 책임 범위가 한정될 뿐 상속인은 상속이 개시된 때부터 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외한 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리·의무를 승계하지만(민법 제1005조), 피상속인의 상속재산을 상속인의 고유재산으로부터 분리하여 청산하려는 한정승인 제도의 취지에 따라 상속인의 피상속인에 대한 재산상 권리·의무는 소멸하지 아니한다(민법 제1031조).

그러므로 상속채권자가 피상속인에 대하여는 채권을 보유하면서 상속인에 대하여는 채무를 부담하는 경우, 상속이 개시되면 위 채권 및 채무가 모두 상속인에게 귀속되어 상계적상이 생기지만, 상속인이 한정승인을 하면 상속이 개시된 때부터 민법 제1031조에 따라 피상속인의 상속재산과 상속인의 고유재산이 분리되는 결과가 발생하므로, 상속채권자의 피상속인에 대한 채권과 상속인에 대한 채무 사이의 상계는 제3자의 상계에 해당하여 허용될 수 없다. 즉, 상속채권자가 상속이 개시된 후 한정승인 이전에 피상속인에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상속인에 대한 채무에 대하여 상계하였더라도, 그 이후 상속인이 한정승인을 하는 경우에는 민법 제1031조의 취지에 따라 상계가 소급하여 효력을 상실하고, 상계의 자동채권인 상속채권자의 피상속인에 대한 채권과 수동채권인 상속인에 대한 채무는 모두 부활한다.

일반행정

10 2022. 10. 27. 선고 2018두63235 판결 [고용보험가입불인정처분취소청구] … 2320
별정직·임기제 공무원의 고용보험 가입신청기간을 3개월로 제한하고 있는 구
고용보험법 시행령 제3조의2 제2항 단서 조항의 해석

구 고용보험법 시행령(2016. 10. 18. 대통령령 제27549호로 개정되기 전의 것) 제3
조의2 제2항 단서 조항은 그 신청기간을 임용일부터 3개월로 제한하고 있다. 같
은 조 제1항과 제2항 본문에서 소속기관의 장에게 가입대상 공무원이 임용된 후
지체 없이 가입의사를 확인하도록 의무를 부과하고 있고 보험가입 의사가 확인
된 경우 소속기관의 장이 직접 가입 신청을 하도록 규정한 취지를 고려하면, 소
속기관의 장이 가입대상 공무원에 대한 고용보험 가입의사 확인의무를 게을리함
으로써 가입의사를 확인하지도 않은 채 3개월이 도과하는 경우나 임용된 후 3개
월 내에 가입의사를 확인하지는 하였으나 그 신청기간 내에 가입신청을 하지 않
고 해당 공무원에게 이를 알리지도 않는 경우와 같이 가입대상 공무원의 귀책사
유 없이 임용 후 3개월이 경과하여 위 단서 조항에 따라 스스로 신청을 할 기회
가 박탈된 경우에는 가입대상 공무원이 그와 같은 사유를 안 날부터 다시 3개월
내에 고용보험 가입신청을 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

11 2022. 10. 27. 선고 2022두44354 판결 [거부처분취소] …………… 2324

[1] 법해석의 방법과 한계

[2] 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제14조 제1항 제2호에서 정한 ‘징역
형의 집행유예기간이 종료된 날부터 2년’은 취업제한기간의 종기를 규정한
것으로서 집행유예기간이 취업제한기간에 포함되는지 여부(적극)

[1] 법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편
타당한 규범이므로 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 해석해
야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적
안정성이 손상되지 않도록 해야 한다. 한편 실정법은 보편적이고 전형적인
사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사
안에서 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석·적용할
것도 요구된다. 요컨대 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지
않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위
해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는
것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전

체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 추가로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다.

- [2] 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정경제범죄법’이라 한다) 제14조 제1항 제2호의 규정 내용과 체계, 입법 취지와 목적 등을 종합하면, 위 조항의 ‘징역형의 집행유예기간이 종료된 날부터 2년’은 취업제한기간의 종기를 규정한 것이고, 집행유예기간은 취업제한기간에 포함된다고 해석하는 것이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 특정경제범죄법 제14조 제1항 본문은 취업제한대상자를 ‘유죄판결을 받은 사람’이라고 정하고 있으므로, 취업제한기간의 시기는 ‘유죄판결을 받은 때’, 즉 ‘유죄판결이 확정된 때’로 보고, 각호는 취업제한기간의 종기에 관하여 규정한 것으로 해석할 수 있다. 이와 같이 해석하더라도 문언의 통상적인 의미 범위를 벗어난다고 볼 수 없고 오히려 자연스럽다.

② 특정경제범죄법 제14조 제1항은 선고형의 종류와 경중에 따라 취업제한기간을 달리 정하고 있는 것으로 이해된다. 그런데 형법 제60조는 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년이 지나면 면소된 것으로 간주한다고 정하고 있으므로, 만약 특정경제범죄법 제14조 제1항 각호에서 취업제한기간의 시기와 종기를 모두 정한 것으로 보면 징역형의 집행유예(제2호)와 선고유예(제3호)의 경우 취업제한기간이 모두 2년으로 동일하게 되는 결과를 가져와 이를 구분하여 따로 정한 취지에 맞지 않는다. 또한 피고인별로 징역형의 실형이나 집행유예의 기간을 달리하여 유죄판결이 선고·확정된 경우에도 취업제한기간은 형의 경중과 무관하게 실형의 경우 일률적으로 5년, 집행유예의 경우 일률적으로 2년으로 같게 되어 형의 경중에 따라 취업제한기간을 달리 정한 취지에도 맞지 않는다.

③ 특정경제범죄법은 건전한 국민경제윤리에 반하는 거액 경제범죄에 대한 법정형을 대폭 강화하여 가중 처벌함과 아울러 범법자들의 경제활동을 제한함으로써 경제질서의 확립을 도모하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지하려는 데 취지가 있다. 그런데 만약 특정경제범죄법 제14조 제1항 제1호, 제2호에서 취업제한기간의 시기와 종기를 모두 정한 것으로 보게 되면, 유죄판결이 확정된 때부터 실형 집행기간 또는 집행유예기간이 종료될 때까지는 아무런 제한 없이 취업제한대상 기관이나 기업체에 취업이 가능하였다가 위 기간이 경과한 후에야 비로소 취업이 제한된다는 결론에 이르게 되는데, 이는 취업제한 제도의 입법 취지를 훼손할 뿐만 아니라 객관적으로 타당한 해석론으

로 볼 수도 없다. 오히려 실행 집행기간 또는 집행유예기간 중의 취업을 제한하는 것이 제도의 취지에 더 부합한다.

조 세

12 2022. 10. 27. 선고 2020두47397 판결 [제한세율적용을위한경정청구에대한거부처분취소] 2329

국외투자기구가 구 법인세법 제98조의6 제1항에서 정한 ‘국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 외국법인’에 해당하는 경우, 구 법인세법 제98조의6 제4항에 따라 조세조약에 따른 제한세율을 적용받기 위한 경정청구를 할 수 있는지 여부(적극)
구 법인세법(2016. 12. 20. 법률 제14386호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제98조의6 제1항, 제4항의 내용과 입법 취지 및 관련 규정과의 관계 등에 비추어 보면, 국외투자기구도 구 법인세법 제98조의6 제1항에서 정한 ‘국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 외국법인’에 해당하면 구 법인세법 제98조의6 제4항에 따라 조세조약에 따른 제한세율을 적용받기 위한 경정청구를 할 수 있다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 구 법인세법 제98조의6 제1항은 ‘국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 외국법인’을 같은 조에서 ‘실질귀속자’로 부르기로 하였고, 구 법인세법 제98조의6 제4항은 ‘실질귀속자’에 대하여 조세조약에 따른 제한세율을 적용받기 위한 경정청구권을 부여하고 있다. 따라서 ‘국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 외국법인’은 구 법인세법 제98조의6 제4항에 따른 경정청구를 할 수 있다. 그런데 아래와 같은 사정에 비추어 보면 국외투자기구도 일정한 경우에는 ‘국내원천소득을 실질적으로 귀속받는 외국법인’에 해당할 수 있다.

① 국외투자기구는 ‘투자권유를 하여 모은 금전 등을 재산적 가치가 있는 투자대상자산을 취득, 처분 또는 그 밖의 방법으로 운용하고 그 결과를 투자자에게 배분하여 귀속시키는 투자행위를 하는 기구로서 국외에서 설립된 것’을 말하는데 [구 법인세법 시행령(2014. 2. 21. 대통령령 제25194호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제138조의7 제2항], 법적 형태나 투자금의 모집 방식 등에 따라 그 종류가 다양하다.

② 국외투자기구도 설립된 국가의 법에 따라 법인격이 부여되거나 구성원과 독립하여 직접 권리·의무의 주체가 되는 경우 등에는 법인세법상 외국법인에 해당할 수 있다(구 법인세법 제1조 제3호, 구 법인세법 시행령 제1조 제2항 참조).

③ 국외투자기구가 해당 국내원천소득과 관련하여 법적 또는 경제적 위험을

부담하고 그 소득을 처분할 수 있는 권리를 가지는 등 그 소득에 대한 소유권을 실질적으로 보유하는 경우에는 해당 국내원천소득이 국외투자기구에 실질적으로 귀속된다고 볼 수 있다(구 법인세법 시행령 제138조의5 제2항 제1호, 제138조의7 제1항 참조).

(나) 구 법인세법 제98조의6 제2항 및 제3항의 내용 등에 비추어 보면, 위 각 규정이 국외투자기구나 실질귀속자를 구별하고 있다고 하여 국외투자기구는 구 법인세법 제98조의6 제4항에 따른 경정청구권이 인정되지 않는다고 볼 수 없다.

① 구 법인세법 제98조의6은 제2항에서 ‘제1항을 적용할 때 해당 국내원천소득이 국외투자기구를 통하여 지급되는 경우에는 그 국외투자기구가 실질귀속자로부터 제한세율 적용신청서를 제출받아 그 명세가 포함된 국외투자기구 신고서를 원천징수의무자에게 제출하여야 한다.’고 규정하고 있다. 이는 실질귀속자가 해당 국내원천소득을 국외투자기구를 통하여 지급받는 경우에 국외투자기구가 아니라 실질귀속자가 조세조약에 따른 제한세율을 적용받기 위한 절차를 정한 규정일 뿐이다.

② 구 법인세법 제98조의6 제3항은 ‘원천징수의무자는 실질귀속자 또는 국외투자기로부터 제한세율 적용신청서 또는 국외투자기구 신고서를 제출받지 못하거나 제출된 서류를 통해서는 실질귀속자를 파악할 수 없는 등의 사유에 해당하는 경우에는 제한세율을 적용하지 아니하고 제98조 제1항 각호의 금액을 원천징수하여야 한다.’고 규정하고 있다. 위 규정은 구 법인세법 제98조의6 제1항 및 제2항에 따라 제한세율 적용신청서를 실질귀속자가 제출하여야 하는 경우도 있고 국외투자기구가 제출하여야 하는 경우도 있음을 전제로, 실질귀속자 또는 국외투자기구가 그러한 서류 등을 제출하지 않은 경우 등에는 조세조약에 따른 제한세율을 적용받을 수 없다는 것을 정하고 있을 뿐이다.

③ 따라서 구 법인세법 제98조의6 제2항 및 제3항이 국외투자기구나 실질귀속자를 구별하고 있다고 하여 국외투자기구는 구 법인세법 제98조의6 제4항이 정한 실질귀속자에 해당할 수 없다고 볼 수는 없다. 위 각 규정이 국외투자기구는 구 법인세법 제98조의6 제4항에 따른 경정청구권을 부여하지 않으려는 취지라고 볼 근거도 없다.

형 사

13 2022. 10. 27. 선고 2018도4413 판결 (자본시장과금융투자업에관한법률위반) ... 2333
구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률상 투자자문업자가 일반투자자를 상대로

투자권유를 할 때 준수하여야 할 적합성 원칙과 설명의무, 투자권유를 하지 않고 파생상품 등을 판매할 때 준수하여야 할 적정성의 원칙이 유사투자자문업자에게도 적용되는지 여부(소극) / 투자판단 제공이 그 상대방을 ‘특정인’으로 하여 이루어지면 투자자문업에 해당하는지 여부(적극) 및 여기서 말하는 ‘특정’의 의미 / 프로그램 사용자가 투자판단을 도출해 내는 데 필수적인 설정값 등을 입력하면 이를 기초로 기계적인 연산작용을 통해 입력한 설정값 등에 들어맞는 주식 종목을 가려냄으로써 투자판단을 도출해 내는 방식으로 작동하는 주식 자동매매 프로그램을 판매·대여한 자가 그 프로그램 작동에 필수적인 입력 설정값 등도 제공한 경우, 위 법리가 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2017. 4. 18. 법률 제14817호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자본시장법’이라고 한다)은 투자자문업을 ‘금융투자상품 등의 가치 또는 금융투자상품 등에 대한 투자판단(종류, 종목, 취득·처분, 취득·처분의 방법·수량·가격 및 시기 등에 대한 판단을 말한다)에 관한 자문에 응하는 것을 영업으로 하는 것’으로 규정하고(제6조 제6항), 한편 ‘불특정 다수인을 대상으로 발행 또는 송신되고, 불특정 다수인이 수시로 구입 또는 수신할 수 있는 간행물·출판물·통신물 또는 방송 등을 통하여 조언을 하는 경우에는 투자자문업으로 보지 아니한다.’고 규정하며(제7조 제3항), ‘불특정 다수인을 대상으로 하여 발행되는 간행물, 전자우편 등에 의하여 금융투자상품에 대한 투자판단 또는 금융투자상품의 가치에 관한 조언으로서 대통령령으로 정하는 것을 업(유사투자자문업)으로 영위하고자 하는 자는 금융위원회가 정하여 고시하는 서식에 따라 금융위원회에 신고하여야 한다.’고 규정하고 있다(제101조 제1항). 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령(2017. 5. 8. 대통령령 제28040호로 개정되기 전의 것)은 ‘법 제101조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 것”이란 불특정 다수인을 대상으로 발행 또는 송신되고, 불특정 다수인이 수시로 구입 또는 수신할 수 있는 간행물·출판물·통신물 또는 방송 등을 통하여 투자자문업자 외의 자가 일정한 대가를 받고 행하는 투자조언을 말한다.’고 규정하고 있다(제102조).

구 자본시장법은 투자자문업자가 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에 준수하여야 할 적합성 원칙(제46조)과 설명의무(제47조)를 규정하고 있고, 투자권유를 하지 않고 파생상품 등을 판매하는 경우 준수하여야 할 적정성의 원칙(제46조의2)을 규정하고 있다. 이와 같은 적합성 원칙, 설명의무, 적정성의 원칙은 유사투자자문업자에게는 적용되지 않는다. 적합성 원칙과 적정성의 원칙은 개별 투자자와의 면담·질문 등을 통해 그 투자자의 투자목적·투자상황 및 투자경험 등의 정보를 파악하는 것을 전제로 하고, 설명의무는 개별 투자자의 이해능력에

따라 이행방법이나 정도가 달라지는데, 불특정 다수인을 상대로 투자조언을 하는 유사투자자문업자에게는 이를 기대할 수 없기 때문이다.

투자자문업 및 유사투자자문업의 정의, 투자자문업자의 의무 등에 관한 구 자본시장법령의 내용 등을 종합해 보면, 투자판단 제공이 그 상대방을 ‘특정인’으로 하여 이루어지면 투자자문업에 해당하고, 여기서 ‘특정’이란 투자판단을 제공받는 상대방의 범위가 한정되어 있다는 의미가 아니라, 투자판단을 제공받는 과정에서 면담·질문 등을 통해 투자판단을 제공받는 상대방의 개별성, 특히 투자목적이나 재산상황, 투자경험 등이 반영된다는 것을 말한다.

프로그램 사용자가 투자판단을 도출해 내는 데 필수적인 설정값 등을 입력하면 이를 기초로 기계적인 연산작용을 통해 입력한 설정값 등에 들어맞는 주식종목을 가려냄으로써 투자판단을 도출해 내는 방식으로 작동하는 주식 자동매매 프로그램을 판매·대여한 자가 그 프로그램 작동에 필수적인 입력 설정값 등도 제공하였다면, 이러한 일련의 행위는 해당 프로그램을 도구로 이용하여 프로그램 사용자들에게 투자판단을 제공한 것으로 볼 수 있으므로, 이런 경우에도 위 법리가 마찬가지로 적용된다.

14 2022. 10. 27. 선고 2019도10516 판결 (폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)·업무방해) 2338

근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하기 위한 요건 / 이러한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지를 판단할 때에도 동일하게 적용되는지 여부(적극)

근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하려면, ① 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, ④ 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비하여야 한다. 이러한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다.

15 2022. 10. 27. 선고 2019도14421 판결 (출판물에의한명예훼손·모욕) 2342

[1] 어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있더라도 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각될 수 있는 경우 / 인터넷 등 공간에서 작성된 단문의 글이라도 마찬가지로 위법성이 조각될 가능성이 큰 경우 / 이때 사회상규에 위배되

는지 판단하는 기준

- [2] 지역버스노동조합 조합원인 피고인이 자신의 페이스북에 집회 일정을 알리면서 노동조합 집행부인 피해자 甲과 乙을 지칭하며 “버스노조 악의 축, 甲과 乙 구속수사하라!!”라는 표현을 적시하여 피해자들을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 표현이 피해자들의 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적인 표현에 해당하는 것으로 보이지만, 제반 사정을 종합할 때 피고인이 노동조합 집행부의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 그러한 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 볼 여지가 크다고 한 사례
- [1] 어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 그 글이 객관적으로 타당성이 있는 사실을 전제로 하여 그 사실관계나 이를 둘러싼 문제에 관한 자신의 판단과 피해자의 태도 등이 합당한가에 대한 의견을 밝히고, 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 다소 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다. 그리고 인터넷 등 공간에서 작성된 단문의 글이라고 하더라도, 그 내용이 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고 표현도 지나치게 모욕적이거나 악의적이지 않다면 마찬가지로 위법성이 조각될 가능성이 크다. 이때 사회상규에 위배되는지 여부는 피고인과 피해자의 지위와 그 관계, 표현행위를 하게 된 동기, 경위나 배경, 표현의 전체적인 취지와 구체적인 표현방법, 모욕적인 표현의 맥락 그리고 전체적인 내용과의 연관성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.
- [2] 지역버스노동조합 조합원인 피고인이 자신의 페이스북에 집회 일정을 알리면서 노동조합 집행부인 피해자 甲과 乙을 지칭하며 “버스노조 악의 축, 甲과 乙 구속수사하라!!”라는 표현을 적시하여 피해자들을 모욕하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 표현이 피해자들의 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적인 표현에 해당하는 것으로 보이지만, 피고인 등은 노동조합의 운영에 문제를 제기하면서 노동조합 재산의 투명한 운영, 위원장 직선제 등을 요구하고 있었고, 피고인은 그 주장을 하기 위한 집회 참여를 독려하면서 위 표현을 사용한 것으로, 노동조합의 운영 등에 대한 비판적인 의견을 표현하는 과정에서 자신의 입장과 의견을 강조하기 위한 의도로 위 표현을 사용한 것으로 보이는 점, ‘악의 축’이라는 용어는 자신과 의견이 다른 상대방 측의 핵심 일원이라는 취지로 비유적으로도 사용되고 있어 피해자들의 의혹과 관련된 위 표현이 지나치게 모욕적이거나 악의적이라 보기 어려운 점 등 제반 사

정을 종합할 때, 피고인이 노동조합 집행부의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 그러한 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 형법 제20조에 따라 위법성이 조각된다고 볼 여지가 크다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 모욕죄의 위법성 판단에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

16 2022. 10. 27. 선고 2020도12563 판결 [금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조] 2346

[1] 구 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제3항, 제6조 제1항에서 불법·탈법적 목적에 의한 타인 실명의 금융거래를 처벌하는 취지 / 위 규정에서 말하는 ‘그 밖의 탈법행위’의 의미 및 이에 해당하는지 판단하는 기준

[2] 방조범의 성립에 필요한 고의의 내용 / 목적범인 구 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제6조 제1항 위반죄의 방조범 성립에 필요한 고의의 내용

[1] 구 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 금융실명법’이라 한다)은 ‘실지명의(實地名義, 이하 ‘실명’이라 한다)에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 꾀함으로써 경제정의 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함’을 목적으로 하는 것으로(제1조), 금융거래란 금융회사 등이 금융자산을 수입, 매매, 환매 등을 하는 행위를 말하며(제2조 제3호), 실명이란 주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 명의 등을 말한다고 규정하면서(제2조 제4호), 누구든지 구 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호에 따른 불법재산의 은닉, 제4호에 따른 자금세탁행위 또는 제5호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 되고(제3조 제3항), 위와 같은 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다(제6조 제1항).

위와 같은 구 금융실명법의 입법 목적과 그 내용을 종합해 보면, 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항이 불법·탈법적 목적에 의한 타인 실명의 금융거래를 처벌하는 것은 이러한 금융거래를 범죄수익의 은닉이나 비자금 조성, 조세포탈, 자금세탁 등 불법·탈법행위나 범죄의 수단으로 악용하는 것을 방지하는 데에 목적이 있다.

구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항에서 말하는 ‘그 밖의 탈법행위’란, 단순히 우회적인 방법으로 금지규정의 제한을 피하려는 행위 전반을 의미하는 것이 아니라, 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항에 구체적으로 열거

된 불법재산의 은닉, 자금세탁, 공중협박자금조달 및 강제집행의 면탈과 같이 형사처벌의 대상이 되는 행위에 준하는 정도에 이르러야 하고, 여기에 해당 하는지 여부는 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항의 입법 목적 등을 충분히 고려하여 판단해야 한다.

- [2] 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 방조범에서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다.

구 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 위반죄는 이른바 초과주관적 위법요소로서 ‘탈법행위의 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범이므로, 방조범에게도 정범이 위와 같은 탈법행위를 목적으로 타인 실명 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있어야 하나, 그 목적의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다.

17 2022. 10. 27. 선고 2020도15105 판결〔정치관여·직권남용권리행사방해·뇌물수수·대통령기록물관리예관법위반·군사기밀보호법위반〕…………… 2350

- [1] 직권남용권리행사방해죄에서 ‘직권의 남용’의 의미와 판단 기준
- [2] 공무원의 위법·부당한 직무행위가 형사처벌의 대상인 ‘직권남용’에 해당하는지 판단할 때 고려할 사항 / 구체적 사건에서 직권남용 여부를 판단하는 기준
- [3] 직권남용권리행사방해죄의 성립요건 / 직권남용권리행사방해죄에서 ‘권리행사를 방해한다.’는 것의 의미 및 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라야 하는지 여부(적극) / 직권남용 행위의 상대방이 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우, 상대방이 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 판단하는 기준
- [1] 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 ‘직권의 남용’이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다.

[2] 공무원이 위법·부당한 행위를 한 경우 그 위법성의 정도는 불법행위책임에 그치는 경우, 징계사유에 해당하는 경우, 형사처벌사유에 해당하는 경우 등으로 다양하게 나타날 수 있고, 그중 형사처벌은 기본권 침해의 정도가 가장 무거우므로, 공무원의 직무행위가 형사처벌의 대상인 직권남용에 해당하는지 여부는 기본권 제한에 관한 최소침해의 원칙을 참작하여 엄격하게 판단하여야 한다. 구체적 사건에서 직권남용 여부를 판단함에 있어서는, 직권 행사의 주된 목적이 직무 본연의 수행에 있지 않고 본인 또는 제3자의 사적 이익 추구나 청탁 또는 불법목적의 실현 등에 있는 경우, 권한 행사의 형식을 갖추기 위하여 관련 자료나 근거를 작출, 조작, 은닉, 묵비하는 등의 적극적 또는 소극적 행위가 개입된 경우 등과 같이, 직권 행사의 목적과 방법에 있어 그 위법·부당의 정도가 실질적·구체적으로 보아 직무 본래의 수행이라고 평가할 수 없을 정도에 이른 경우라면 직권을 남용하였다고 평가할 수 있을 것이나, 위법·부당의 정도가 그에 미치지 못하는 경우라면 직권남용 해당 여부를 보다 신중하게 판단할 필요가 있다.

[3] 직권남용권리행사방해죄는 단순히 공무원이 직권을 남용하는 행위를 하였다는 것만으로 곧바로 성립하는 것이 아니라, 직권을 남용하여 현실적으로 다른 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사를 방해하는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과의 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다.

여기서 권리행사를 방해한다 함은 법령상 행사할 수 있는 권리의 정당한 행사를 방해하는 것을 말하므로, 이에 해당하려면 구체화된 권리의 현실적인 행사가 방해된 경우라야 한다.

또한 직권남용 행위의 상대방이 공무원이거나 법령에 따라 일정한 공적 임무를 부여받고 있는 공공기관 등의 임직원인 경우에는 법령에 따라 임무를 수행하는 지위에 있으므로, 그가 직권에 대응하여 어떠한 일을 한 것이 의무 없는 일인지 여부는 관계 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

18 2022. 10. 27. 선고 2022도8806 판결 (도로교통법위반(음주운전)·도로교통법위반(무면허운전)) 2359

[1] 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반죄는 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반의 1죄가 성립하는지 여부(원칙적 적극) / 같은 날 무면허운전 행위를 여러 차례 반복한 경우, 각 무면허운전 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

[2] 포괄일죄에서 공소장변경허가를 결정하는 기준

[1] 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반죄에 관해서는 어느 날에 운전을 시작하여 다음 날까지 동일한 기회에 일련의 과정에서 계속 운전을 한 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반의 1죄가 성립한다고 보아야 한다.

한편 같은 날 무면허운전 행위를 여러 차례 반복한 경우라도 그 범의의 단일성 내지 계속성이 인정되지 않거나 범행 방법 등이 동일하지 않은 경우 각 무면허운전 범행은 실제적 경합 관계에 있다고 볼 수 있으나, 그와 같은 특별한 사정이 없다면 각 무면허운전 행위는 동일 죄명에 해당하는 수 개의 동종 행위가 동일한 의사에 의하여 반복되거나 접속·연속하여 행하여진 것으로 봄이 상당하고 그로 인한 피해법익도 동일한 이상, 각 무면허운전 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

[2] 포괄일죄에서는 공소장변경을 통한 중전 공소사실의 철회 및 새로운 공소사실의 추가가 가능한 점에 비추어 공소장변경허가를 결정할 때는 포괄일죄를 구성하는 개개 공소사실별로 중전 것과의 동일성을 따지기보다는 변경된 공소사실이 전체적으로 포괄일죄의 범주 내에 있는지, 즉 단일하고 계속된 범의하에 동종의 범행을 반복하여 행하고 피해법익도 동일한 경우에 해당한다고 볼 수 있는지에 초점을 맞추어야 한다.

19 2022. 10. 27. 선고 2022도9510 판결 [공직선거법위반] 2362

[1] 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제7호는 ‘개인정보처리자’가 ‘공공기관’인 경우에 한정되는지 여부(적극) / 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제2호에서 정한 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 형사소송법 제199조 제2항과 같이 수사기관이 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있는 포괄적인 규정이 해당되는지 여부(소극)

[2] 개인정보 보호법 제59조 제2호의 의무주체인 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’는 업무상 알게 된 개인정보 보호법 제2조 제1호의 ‘개인정보’를 제2조 제2호의 방법으로 ‘처리’하거나 ‘처리’하였던 자를 포함하는지 여부(적극)

[3] 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 증거능력이 인정되려면 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것’이어야 한다는 법리는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서의 증거능력에 관하여도 적용되는지 여부(적극) / 형사소송법 제221조 제1항, 제244조의4 제1항, 제3항의 취지 / 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였지만 수사기관이

조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 진술서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하여 형사소송법 제244조의4 제1항, 제3항에서 정한 절차를 위반한 경우, '적법한 절차와 방식'에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다고 할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 형사소송법 제312조 제5항의 적용대상인 '수사과정에서 작성한 진술서'의 의미

- [1] 구 개인정보 보호법(2020. 2. 4. 법률 제16930호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제18조 제2항 제7호는 개인정보처리자가 '범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우'에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에 제공할 수 있음을 규정하였으나, 이는 '개인정보처리자가 '공공기관'인 경우에 한정될 뿐 법인·단체·개인 등의 경우에는 적용되지 아니한다(구 개인정보 보호법 제18조 제2항 단서, 제2조 제5호 및 제6호). 또한 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제2호에서 정한 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'란 그 문언 그대로 개별 법률에서 개인정보의 제공이 허용됨을 구체적으로 명시한 경우로 한정하여 해석하여야 하므로, 형사소송법 제199조 제2항과 같이 수사기관이 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있는 포괄적인 규정은 이에 해당하지 아니한다. 만일 형사소송법 제199조 제2항이 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제2호에서 정한 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 포함된다면, 구 개인정보 보호법 제18조 제2항 제7호에서 수사기관으로 하여금 공공기관에 한정하여 일정한 제한 아래 개인정보를 제공받을 수 있도록 한 입법 취지·목적은 몰각시킬 뿐만 아니라 헌법상 영장주의 및 적법절차의 원칙을 잠탈할 가능성이 크기 때문이다.
- [2] 개인정보 보호법 제59조 제2호의 의무주체인 '개인정보를 처리하거나 처리하였던 자'는 제2조 제5호의 '개인정보처리자'에 한정되지 않고, 업무상 알게 된 제2조 제1호의 '개인정보'를 제2조 제2호의 방법으로 '처리'하거나 '처리'하였던 자를 포함한다.
- [3] 형사소송법 제312조 제5항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서의 증거능력에 관하여 형사소송법 제312조 제1항부터 제4항까지 준용하도록 규정하고 있으므로, 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서의 증거능력이 인정되려면 '적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것'이어야 한다는 법리가 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작

성한 진술서의 증거능력에 관하여도 적용된다. 한편 검사 또는 사법경찰관이 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 조사하는 경우에는 피의자를 조사하는 경우와 마찬가지로 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하도록 하는 등 조사과정을 기록하게 한 형사소송법 제221조 제1항, 제244조의4 제1항, 제3항의 취지는 수사기관이 조사과정에서 피조사자로부터 진술증거를 취득하는 과정을 투명하게 함으로써 그 과정에서의 절차적 적법성을 제도적으로 보장하려는 것이다. 따라서 수사기관이 수사에 필요하여 피의자가 아닌 자로부터 진술서를 작성·제출받는 경우에도 그 절차는 준수되어야 하므로, 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 진술서를 작성하였지만 수사기관이 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 그 진술서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하여 형사소송법 제244조의4 제1항, 제3항에서 정한 절차를 위반한 경우에는, 그 진술증거 취득과정의 절차적 적법성의 제도적 보장이 침해되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 수사과정에서 진술서가 작성되었다고 할 수 없어 증거능력을 인정할 수 없다.

이러한 형사소송법 규정 및 문언과 그 입법 목적 등에 비추어 보면, 형사소송법 제312조 제5항의 적용대상인 ‘수사과정에서 작성한 진술서’란 수사가 시작된 이후에 수사기관의 관여 아래 작성된 것이거나, 개시된 수사와 관련하여 수사과정에 제출할 목적으로 작성한 것으로, 작성 시기와 경위 등 여러 사정에 비추어 그 실질이 이에 해당하는 이상 명칭이나 작성된 장소 여부를 불문한다.

20 2022. 10. 27. 선고 2022도9877 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)(일부 인정된 죄명: 협박)·정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등)) 2367

- [1] 전기통신의 감청의 의미 / 제3자가 당사자 일방의 동의를 받고 통신의 음향·영상을 청취하거나 녹음하였다 하더라도 상대방의 동의가 없었던 경우, 통신비밀보호법 제3조 제1항 위반에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 방송자가 인터넷을 도관 삼아 인터넷서비스제공업체 또는 온라인서비스제공자인 인터넷개인방송 플랫폼업체의 서버를 이용하여 실시간 또는 녹화된 형태로 음성, 영상물을 방송함으로써 불특정 혹은 다수인이 이를 수신·시청할

수 있게 하는 인터넷개인방송은 그 성격이나 통신비밀보호법 제2조 제3호에 비추어 전기통신에 해당하는지 여부(적극) / 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등으로 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 경우, 방송자로부터 허가를 받지 못한 사람은 당해 인터넷개인방송의 당사자가 아닌 ‘제3자’에 해당하는지 여부(적극) 및 이러한 제3자가 비공개 조치가 된 인터넷개인방송을 비정상적인 방법으로 시청·녹화하는 것은 통신비밀보호법상의 감청에 해당할 수 있는지 여부(적극) / 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 인터넷개인방송의 방송자가 제3자의 시청·녹화 사실을 알거나 알 수 있었음에도 방송을 중단하거나 제3자를 배제하지 않은 채 방송을 계속 진행하는 등 허가받지 아니한 제3자의 시청·녹화를 사실상 승낙·용인한 것으로 볼 수 있는 경우, 제3자가 방송 내용을 지득·채록하는 것이 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하는지 여부(소극)

- [3] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항에서 접근권한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하는 주체(=서비스제공자) / 서비스제공자로부터 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우, 그에게 접근권한이 있는지를 판단하는 기준

- [1] 전기통신의 감청은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 통신비밀보호법 제2조 제7호 소정의 각 행위를 하는 것만을 말한다고 풀이함이 상당하다고 할 것이므로, 전기통신의 당사자의 일방이 상대방 모르게 통신의 음향·영상 등을 청취하거나 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 아니하지만, 제3자의 경우는 설령 당사자 일방의 동의를 받고 그 통신의 음향·영상을 청취하거나 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신비밀의 보호와 통신의 자유 신장을 목적으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 이는 통신비밀보호법 제3조 제1항 위반이 된다.

- [2] 방송자가 인터넷을 도관 삼아 인터넷서비스제공업체 또는 온라인서비스제공자인 인터넷개인방송 플랫폼업체의 서버를 이용하여 실시간 또는 녹화된 형태로 음성, 영상물을 방송함으로써 불특정 혹은 다수인이 이를 수신·시청할 수 있게 하는 인터넷개인방송은 그 성격이나 통신비밀보호법 제2조 제3호에 비추어 전기통신에 해당함은 명백하다.

인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등 그 수신 범위를 한정하는 비공개 조치를 취하지 않고 방송을 송출하는 경우, 누구든지 시청하는

것을 포괄적으로 허용하는 의사라고 볼 수 있으므로, 그 시청자는 인터넷개인방송의 당사자인 수신인에 해당하고, 이러한 시청자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다. 그러나 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등으로 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 경우에는, 방송자로부터 허가를 받지 못한 사람은 당해 인터넷개인방송의 당사자가 아닌 ‘제3자’에 해당하고, 이러한 제3자가 비공개 조치가 된 인터넷개인방송을 비정상적인 방법으로 시청·녹화하는 것은 통신비밀보호법상의 감청에 해당할 수 있다. 다만 방송자가 이와 같은 제3자의 시청·녹화 사실을 알거나 알 수 있었음에도 방송을 중단하거나 그 제3자를 배제하지 않은 채 방송을 계속 진행하는 등 허가받지 아니한 제3자의 시청·녹화를 사실상 승낙·용인한 것으로 볼 수 있는 경우에는 불특정인 혹은 다수인을 직간접적인 대상으로 하는 인터넷개인방송의 일반적 특성상 그 제3자 역시 인터넷개인방송의 당사자에 포함될 수 있으므로, 이러한 제3자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다.

- [3] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항은 이용자의 신뢰 또는 이익을 보호하기 위한 규정이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이므로, 위 규정에서 접근권한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하는 주체는 서비스제공자이다. 따라서 서비스 제공자로부터 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우, 그에게 접근권한이 있는지 여부는 서비스제공자가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 한다.

21 2022. 10. 27. 자 2022모1004 결정 [상소권회복기각결정에대한재항고] … 2371

형사소송법 제344조 제1항 재소자에 대한 특칙 규정이 집행유예취소결정에 대한 즉시항고권회복청구서의 제출에 적용되는지 여부(적극)

형사소송법은 “교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 상소의 제기기간 내에 상소장을 교도소장 또는 구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에는 상소의 제기기간 내에 상소한 것으로 간주한다.”라는 이른바 재소자에 대한 특칙(제344조 제1항)을 두고 이를 상소권회복의 청구에 준용하도록 하고 있다(제355조). 즉시항고도 상소의 일종이므로 위와 같은 특칙은 집행유예취소결정에 대한 즉시항고권회복청구서의 제출에도 마찬가지로 적용된다.