



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2023년 4월 1일

제655호

민사

1 2023. 2. 23. 선고 2020다239823 판결 (수분양권자지위확인등) 583

[1] 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정한 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’의 의미(=구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우)

[2] 구 주택공급에 관한 규칙에 따라 입주자를 공개모집하더라도 선순위 자격을 갖춘 자가 청약접수를 하지 않을 것임이 분명한 경우, 구 주택공급에 관한 규칙이 정한 공개모집절차 등을 거치지 않아도 되는지 여부(소극)

[1] 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 제1항은 공공건설임대주택의 우선 분양전환 대상자로 ‘입주일 이후부터 분양전환 당시까지 해당 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인’(제1호), ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인’(제4호) 등을 규정하고 있다. 이때 같은 항 제4호의 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’라 함은 ‘구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것) 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’를 의미한다.

[2] 구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택공급규칙’이라 한다)은 임대주택의 공급대상을 입주자모집공고일부터 입주 시까지 무주택세대구성원에 한하고(제4조), 사업주체가 입주자를 모집하고자 할 때에는 공개모집을 하여야 하며(제8조), 국민주택 등의 입주자는 입주자모집공고일을 기준으로 청약저축의 가입 등에 따른 순위에 따라 선정하되(제10조 제2항, 제11조 내지 제13조), 위의 방법에 따라

입주자를 선정하고도 남은 주택이 있는 경우에는 무주택세대구성원임을 요구하는 제4조의 규정에 불구하고 선착순의 방법에 의하여 입주자를 선정할 수 있다(제10조 제6항)고 정하고 있다. 임대주택의 입주자가 퇴거함으로써 사업주체에게 명도된 주택(이하 ‘명도세대’라 한다)을 공급하는 경우에는 무주택세대구성원임을 요구하는 제4조는 그대로 적용하되 앞서 본 제8조, 제10조 내지 제13조 등은 적용되지 않는다[제3조 제2항 본문 제4호 또는 구 주택공급에 관한 규칙(2015. 6. 8. 국토교통부령 제211호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 제5호]. 다만 명도세대를 이러한 방법으로 공급하고도 일정 호수 이상의 남은 주택이 있으면 제8조, 제10조 제2항, 제11조 내지 제13조 등에서 정한 절차에 따라 공급하고, 이를 거친 후에도 남은 주택이 있다면 제10조 제6항에 따라 제4조의 규정에 불구하고 선착순의 방법으로 입주자를 선정할 수 있다(제3조 제2항 단서).

앞서 본 관계 법령의 내용을 종합하면, 공공건설임대주택의 공급대상은 원칙적으로 무주택세대구성원에 한정되고 무주택세대구성원이 아닌 사람을 입주자로 선정하려면, 그에 앞서 구 주택공급규칙이 정한 공개모집절차 등을 거쳐야 한다. 이는 공공건설임대주택은 공공의 재원이 투입된 임대주택[구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로 전부 개정되기 전의 것) 제2조 제2호의2 참조]으로서 주거를 안정시킬 필요가 시급한 무주택세대구성원을 대상으로 공급하되, 공개모집절차 등을 통하여 무주택세대구성원에게 균등한 입주 기회를 부여하였으나 그러고도 남은 공공건설임대주택이 있는 경우에 한하여 무주택세대구성원이 아닌 자도 공공건설임대주택에 입주할 수 있도록 하겠다는 취지로 봄이 타당하다.

위와 같은 입법 취지에 비추어 볼 때, ‘구 주택공급규칙에 따라 입주자를 공개모집하더라도 선순위 자격을 갖춘 자가 청약접수를 하지 않을 것임이 분명한 경우’에는 구 주택공급규칙이 정한 공개모집절차 등을 거치지 않아도 된다는 예외를 인정할 수는 없다. 이러한 해석은 법령상 근거가 없을 뿐만 아니라, 그 해석과 같은 예외를 인정한다면 임대사업자가 임의로 공공건설임대주택을 무주택세대구성원이 아닌 사람에게 우선 공급할 수 있게 하여 무주택세대구성원이 공공건설임대주택을 공급받고 우선 분양전환을 받을 기회를 박탈하는 결과를 가져올 수 있고, 우선 분양전환 대상 해당 여부를 불명확한 요건에 의존하게 하여 관련된 법률관계의 안정을 해칠 수 있다.

2 2023. 2. 23. 선고 2022다207547 판결 (징계무효확인소) 588

[1] 과거의 법률관계에 관하여 확인의 소를 구할 확인의 이익이 인정되는 경우

- [2] 甲이 乙 주식회사가 운영하는 고등학교에서 재학 중 정학 2일의 징계를 받은 뒤 이에 불복하여 乙 회사를 상대로 징계 무효 확인을 구하는 소를 제기하였다가 소송 중 학교를 졸업한 사안에서, 징계 자체는 과거의 법률관계라고 하더라도 징계 무효 확인을 구할 법률상 이익이 인정된다고 한 사례
- [1] 확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이지만, 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다.
- [2] 甲이 乙 주식회사가 운영하는 고등학교에서 재학 중 정학 2일의 징계를 받은 뒤 이에 불복하여 乙 회사를 상대로 징계 무효 확인을 구하는 소를 제기하였다가 소송 중 학교를 졸업한 사안에서, 학교생활기록부에 기재된 징계 내역은 준영구적으로 보존되고, 학교생활기록부 기재사항은 대상자의 교육을 받을 권리, 공무담임권, 직업의 선택 등 여러 방면에 상당한 영향을 미칠 수 있으며, 甲은 학교생활기록부에 기재된 징계 내역이 잘못된 경우 정정을 요구할 수 있고, 이를 위해서는 ‘객관적 증빙자료’를 확보할 필요가 있으므로, 징계 자체는 과거의 법률관계라고 하더라도 징계 무효 확인을 구하는 소는 학교생활기록부 기재사항과 밀접하게 관련된 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단에 해당하므로, 확인을 구할 법률상 이익이 인정된다고 한 사례.

3 2023. 2. 23. 선고 2022다224740 판결 [소유권이전등기] 591

- [1] 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정한 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’의 의미(=구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우) 및 이는 공공주택 특별법 제50조의3 제1항 제1호 (라)목에서 정한 ‘선착순의 방법’의 해석에서도 마찬가지인지 여부 (적극)
- [2] 구 주택공급에 관한 규칙의 절차에 따라 주택의 입주자로 선정된 사람이 입주 전 임대차계약을 해지한 경우 그 주택의 새로운 입주자로 선정된 사람이 구 주택공급에 관한 규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 선정된 입주자에 해당하는지 여부(소극)
- [1] 구 임대주택법(2015. 8. 28. 법률 제13499호 민간임대주택에 관한 특별법으로

2023. 4. 1. 판례공보

전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조 제1항 제4호는 임대사업자가 임대 의무기간이 지난 후 공공건설임대주택을 분양전환하는 경우 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인’을 우선 분양전환 대상자로 규정하고 있고, 여기에서 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’란 구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택공급규칙’이라고 한다) 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우를 의미한다.

2020. 12. 22. 법률 제17734호로 개정된 공공주택 특별법 제50조의3 제1항 제1호 (라)목에서도 이와 마찬가지로 임대사업자가 임대 의무기간이 지난 후 공공건설임대주택을 분양전환하는 경우 ‘선착순의 방법으로 해당 임대주택의 입주자로 선정된 자로서 입주일부터 분양전환할 때까지 계속하여 거주하면서 분양전환하는 시점에 해당 임대주택 입주 시 자격요건 중 주택소유기준을 충족하고 있는 경우’를 우선 분양전환 대상자로 규정하고 있다. 위 조항의 입법 목적, 관련 법령과 구 주택공급규칙의 규정 내용 및 제·개정경과 등에 비추어 보면, 여기에서 말하는 ‘선착순의 방법’ 또한 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서의 ‘선착순의 방법’과 동일하게 해석함이 타당하다.

- [2] 구 주택공급에 관한 규칙(2015. 12. 29. 국토교통부령 제268호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택공급규칙’이라고 한다) 제10조 제6항은 “사업주체는 제11조 내지 제13조의 규정에 의하여 입주자를 선정하고 남은 주택이 있는 경우에는 제4조의 규정에 불구하고 선착순의 방법에 의하여 입주자를 선정할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 위 규칙 제4조는 주택의 공급대상에 대한 기준을 정하는데 공공건설임대주택이 포함되는 국민주택 등의 공급대상이 되려면 입주 당시 세대주와 세대원 모두 주택을 소유하지 않아야 한다고 규정하고, 제11조부터 제13조는 주택의 각 공급방법(국민주택 등의 일반공급, 민영주택의 우선공급과 일반공급)별 입주자 선정의 구체적 절차를 규정하고 있다. 이러한 구 주택공급규칙의 조항을 종합하여 보면, 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우란 주택의 입주자를 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조에 의하여 선정하였지만 공급되는 주택 수에 비하여 주택공급을 신청하는 사람이 적어서 발생한 남은 주택에 대하여 사업주체가 구 주택공급규칙 제4조의 적용을 배제하고 선착순의 방법으로 공급하였을 때 선정된 입주자를 의미함을 알 수 있다.

구 주택공급규칙의 절차에 따라 주택의 입주자로 선정된 사람이 입주 전 임대차계약을 해지한 경우 그 주택의 새로운 입주자로 선정된 사람(이하 ‘입

주 전 해지 세대 입주자'라고 한다)은 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조에 의한 방법으로 선정되어 계약까지 체결한 입주자가 계약을 해지한 주택에 대하여 다시 입주자로 선정된 사람이므로, 남은 주택에 대하여 선정된 입주자가 아니다. 따라서 입주 전 해지 세대 입주자는 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에 해당하지 아니하여 2020. 12. 22. 법률 제17734호로 개정된 공공주택 특별법 제50조의3 제1항 제1호 (라)목의 적용을 받는 임차인이 될 수 없고, 예비입주자 선정에 관한 구 주택공급규칙 제16조에서 정한 바에 따라야 한다.

4 2023. 2. 23. 선고 2022다277874 판결 (청구이의) 595

- [1] 부대체적 작위의무의 이행으로서 장부 또는 서류의 열람·복사를 허용하라는 판결 등의 집행을 위한 간접강제결정에서 의무위반 시 배상금을 지급하도록 명한 경우, 채권자가 간접강제결정에 집행문을 받기 위하여 증명하여야 할 사항 및 이때 채무자는 집행문부여에 대한 이의의 소를 통해 배상금채권의 집행을 저지할 수 있는지 여부(적극) / 채무자가 부대체적 작위의무를 이행하였음을 내세워 본래의 집행권원인 판결 등과 그 판결 등을 집행권원으로 하는 간접강제결정에 대하여 청구이의의 소를 제기할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 간접강제결정에서 부대체적 작위의무를 위반한 때부터 의무이행 완료 시까지 위반일수에 비례하여 배상금 지급을 명한 경우, 청구이의의 소에서 채무자가 작위의무를 이행했음을 증명하여 집행력 배제를 구할 수 있는 배상금의 범위 (=의무이행일 이후 발생할 배상금)
- [3] 장부 또는 서류의 열람·복사를 허용할 의무를 위반하는 때에는 배상금을 지급하라는 간접강제결정이 발령된 경우, 채무자가 채권자의 특정 장부 또는 서류의 열람·복사 요구가 없는데도 먼저 이를 제공할 의무를 부담하는지 여부(소극)
- [1] 부대체적 작위의무의 이행으로서 장부 또는 서류의 열람·복사를 허용하라는 판결 등의 집행을 위한 간접강제결정에서 채무자로 하여금 의무위반 시 배상금을 지급하도록 명한 경우, 채권자는 특정 장부 또는 서류의 열람·복사를 요구한 사실, 그것이 본래의 집행권원에서 열람·복사 허용을 명한 장부 또는 서류에 해당한다는 사실 등을 증명함으로써 간접강제결정에 집행문을 받을 수 있다. 한편 채무자는 위와 같은 조건이 성취되지 않았음을 다투는 집행문부여에 대한 이의의 소를 통해 간접강제결정에 기초한 배상금채권의 집행을 저지할 수 있다. 아울러 채무자는 부대체적 작위의무를 이행하였음을 내세워 청구이의의 소로써 본래의 집행권원인 판결 등의 집행력 자체를 배제

해 달라고 할 수 있고, 그 판결 등을 집행권원으로 하여 발령된 간접강제결정에 대하여도 청구이의의 소를 제기할 수 있다. 부대체적 작위의무는 채무자의 의무이행으로 소멸하므로 이 경우 채무자는 판결 등 본래의 집행권원에 기한 강제집행을 당할 위험에서 종국적으로 벗어날 수 있어야 하고, 또한 간접강제결정은 부대체적 작위의무의 집행방법이면서 그 자체로 배상금의 지급을 명하는 독립한 집행권원이기도 하므로, 본래의 집행권원에 따른 의무를 이행한 채무자는 그 의무이행 시점 이후로는 간접강제결정을 집행권원으로 한 금전의 강제집행을 당하는 것까지 면할 수 있어야 하기 때문이다.

[2] 간접강제결정에서 부대체적 작위의무를 위반한 때부터 의무이행 완료 시까지 위반일수에 비례하여 배상금 지급을 명한 경우, 그에 대한 청구이의의 소에서 채무자는 간접강제의 대상인 작위의무를 이행했음을 증명하여 의무이행일 이후 발생할 배상금에 관한 집행력 배제를 구할 수 있지만, 이미 작위의무를 위반한 기간에 해당하는 배상금 지급의무는 소멸하지 아니하므로 그 범위 내에서 간접강제결정의 집행력은 소멸하지 않는다.

[3] 장부 또는 서류의 열람·복사를 허용할 의무를 위반하는 때에는 배상금을 지급하라는 간접강제결정이 발령된 경우, 채무자는 주문의 문언상 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·복사를 요구할 경우에 한하여 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없는데도 먼저 이를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니다.

5 2023. 2. 23. 선고 2022다285288 판결 (배당이의) 599

채무자나 소유자가 배당이의의 소를 제기한 경우의 소송목적물은 피고인 채권자가 경매절차에서 배당받을 권리의 존부·범위·순위에 한정되는지 여부(적극) 및 제3자가 채무자나 소유자로부터 배당받을 권리를 양수한 경우, 배당이의의 소송이 계속되어 있는 동안에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부 또는 일부를 승계한 경우에 해당하는지 여부(소극)

배당이의의 소의 원고적격은 채무자 또는 배당기일에 출석하여 배당표에 대하여 이의를 진술한 채권자에 한하여 인정되나, 담보권 실행을 위한 경매에서 경매목적물의 소유자는 위 채무자에 포함된다. 이때 채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서만 다른 채권자를 상대로 채권의 존부·범위·순위에 대하여 이의할 수 있으나(민사집행법 제151조 제3항), 채무자나 소유자는 이러한 제한이 없으며(민사집행법 제151조 제1항), 채무자나 소유자가 배당이의의 소에서 승소하면 집행법원은 그 부분에 대하여 배당이의를 하지 아니한 채권자를 위하여서도 배당표를 바꾸어야 하므로(민사집행법 제161조 제2항 제2호), 채무자나 소유자가 제기

한 배당이의의 소는 피고로 된 채권자에 대한 배당액 자체만이 심리대상이어서, 원고인 채무자나 소유자는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것으로 충분하고, 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명할 필요는 없다. 따라서 채무자나 소유자가 배당이의의 소를 제기한 경우의 소송목적물은 피고로 된 채권자가 경매절차에서 배당받을 권리의 존부·범위·순위에 한정되는 것이지, 원고인 채무자나 소유자가 경매절차에서 배당받을 권리까지 포함하는 것은 아니므로, 제3자가 채무자나 소유자로부터 위와 같이 배당받을 권리를 양수하였다더라도 배당이의 소송이 계속되어 있는 동안에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부 또는 일부를 승계한 경우에 해당된다고 볼 수는 없다.

6 2023. 2. 23. 선고 2022다287383 판결 (부당이득금) 601

[1] 민법 제103조에 따라 무효로 되는 반사회질서 행위의 개념 및 경제력의 차이로 우월한 지위에 있는 사업자가 그 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 상대방에게 과도한 반대급부 내지 부당한 부담을 지우는 것으로 이를 강제하는 것이 사회적 타당성이 없다고 평가할 수 있는 경우가 이에 해당하는지 여부(적극)

[2] 경제적 지위에서 우위에 있는 당사자와의 관계에서 상대방의 계약상 의무와 그 위반에 따른 손해배상책임에 관하여 구체적이고 상세한 규정을 두는 등 계약상 책임의 요건과 범위 및 절차 등을 정한 경우, 이러한 요건과 절차에 따르지 않은 채 상대방에게 이를 초과하는 책임을 추궁하는 것은 계약상 별도의 약정에 기한 것이라도 민법 제103조에 위반되어 무효로 볼 여지가 있는지 여부(적극)

[3] 甲 주식회사와 대출업자인 乙 주식회사가, 甲 회사는 乙 회사에 수산물담보 대출상품 등의 이용자를 알선하고 乙 회사는 甲 회사에 대출업무 중 일부를 위탁하는 내용의 계약을 체결하면서 甲 회사가 알선 및 위탁업무 수행과정의 고의·과실로 인한 손해배상책임을 부담하도록 정하였는데, 그 후 甲 회사의 알선을 통해 체결된 대출약정에 관하여 이용자의 기한의 이익이 상실되는 경우 사유에 관계없이 甲 회사에 모든 책임과 위험을 전가시키는 취지의 별도 약정이 체결된 사안에서, 별도 약정은 민법 제103조에서 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 봄이 타당하다고 한 사례

[1] 민법 제103조에 따라 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우, 권리의무의 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써

2023. 4. 1. 판례공보

반사회질서적 성격을 띠는 경우, 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우 등을 포괄하는 개념이다. 법률행위의 일방 당사자로서 경제력의 차이로 인하여 우월한 지위에 있는 사업자가 그 지위를 이용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게 과도한 반대급부 내지 부당한 부담을 지우는 것으로 이를 강제하는 것이 사회적 타당성이 없다고 평가할 수 있는 경우 역시 이에 해당하여 무효가 된다.

- [2] 계약 등 법률행위의 내용이 민법 제103조에서 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위로서 무효인지 여부는 계약 등의 실질을 살펴 판단하여야 하는데, 경제적 지위에서 우위에 있는 당사자와의 관계에서 상대방의 계약상 의무와 그 위반에 따른 손해배상책임에 관하여 구체적이고 상세한 규정을 두는 등 계약상 책임의 요건과 범위 및 절차 등을 정한 경우, 그 취지는 계약상 책임의 부과 절차의 객관성·공정성을 확보하기 위한 것이므로, 이러한 요건과 절차에 따르지 않은 채 상대방에게 이를 초과하는 책임을 추궁하는 것은 비록 그것이 계약상 별도의 약정에 기한 것이더라도 달리 그 합리성·필요성을 인정할 만한 사유가 존재하지 않는 한 경제적 지위의 남용에 따른 부당한 이익의 취득 및 부담의 강요로서 민법 제103조에 위반되어 무효로 볼 여지가 있다.
- [3] 甲 주식회사와 대출업자인 乙 주식회사가, 甲 회사는 乙 회사에 수산물담보 대출상품 등의 이용자를 알선하고 乙 회사는 甲 회사에 대출업무 중 일부를 위탁하는 내용의 계약을 체결하면서 甲 회사가 알선 및 위탁업무 수행과정의 고의·과실로 인한 손해배상책임을 부담하도록 정하였는데, 그 후 甲 회사의 알선을 통해 체결된 대출약정에 관하여 이용자의 기한의 이익이 상실되는 경우 사유에 관계없이 甲 회사에 모든 책임과 위험을 전가시키는 취지의 별도 약정이 체결된 사안에서, 별도 약정으로 甲 회사가 부담하게 된 의무의 내용·실질이 계약에서 정한 것과 전혀 다를 뿐만 아니라 대출약정에 관하여 이용자의 기한 이익 상실에 따른 위험은 대출업자인 乙 회사가 부담하여야 함에도 이를 사실상 대출 알선자에 불과한 甲 회사에 부담하도록 한 것이어서, 별도 약정을 통하여 甲 회사는 부당하게 과도한 부담을 지는 반면 乙 회사는 부당하게 과도한 이득을 얻게 되었으므로, 별도 약정은 민법 제103조에서 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 봄이 타당하다고 한 사례.

일반행정

7 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결 (아파트수분양권확인등) 608

주택재개발사업 조합설립인가 후 1인의 토지 등 소유자로부터 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유권을 양수하여 수인이 소유하게 된 경우, 전원이 1인의 조합원으로서 1인의 분양대상자 지위를 가지는지 여부(원칙적 적극)

구 도시 및 주거환경정비법(2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조 제1항, 제48조 제2항 제6호의 규정 내용과 취지, 체계 등을 종합하면, 주택재개발사업 조합설립인가 후 1인의 토지 등 소유자로부터 정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유권을 양수하여 수인이 소유하게 된 경우에는 원칙적으로 전원이 1인의 조합원으로서 1인의 분양대상자 지위를 가진다고 보아야 한다.

8 2023. 2. 23. 선고 2021두44548 판결 (손실보전금등지급거부처분취소) 611

[1] 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지 결정하는 방법

[2] 여객자동차 운송사업자 甲 주식회사가 시내버스 노선을 운행하면서 환승요금 할인, 청소년요금할인을 시행한 데에 따른 손실을 보전해 달라며 경기도지사와 광명시장에게 보조금 지급신청을 하였으나, 경기도지사가 甲 회사와 광명시장에게 ‘甲 회사의 보조금 지급신청을 받아들일 수 없음은 기존에 회신한 바와 같고, 광명시에서는 적의 조치하여 주기 바란다.’는 취지로 통보한 사안에서, 경기도지사의 위 통보는 甲 회사의 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 것이라고 할 수 없어 항고소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 없다고 한 사례

[1] 항고소송의 대상인 ‘처분’이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’(행정소송법 제2조 제1항 제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다.

[2] 여객자동차 운송사업자 甲 주식회사가 시내버스 노선을 운행하면서 환승요금 할인 및 청소년요금할인을 시행한 데에 따른 손실을 보전해 달라며 경기도지

사와 광명시장에게 보조금 지급신청을 하였으나, 경기도지사가 甲 회사와 광명시장에게 ‘甲 회사의 보조금 지급신청을 받아들일 수 없음은 기존에 회신한 바와 같고, 광명시에서는 적의 조치하여 주기 바란다.’는 취지로 통보한 사안에서, 경기도 여객자동차 운수사업 관리 조례 제15조에 따른 보조금 지급사무는 광명시장에게 위임되었으므로 위 신청에 대한 응답은 광명시장이어야 하고, 경기도지사는 甲 회사의 보조금 지급신청에 대한 처분권한자가 아니며, 위 통보는 경기도지사가 甲 회사의 보조금 신청에 대한 최종적인 결정을 통보하는 것이라기보다는 광명시장의 사무에 대한 지도·감독권자로서 甲 회사에 대하여는 보조금 지급신청에 대한 의견을 표명함과 아울러 광명시장에 대하여는 경기도지사의 의견에 따라 甲 회사의 보조금 신청을 받아들일지를 심사하여 甲 회사에 통지할 것을 촉구하는 내용으로 보는 것이 타당하므로, 경기도지사의 위 통보는 甲 회사의 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 것이라고 할 수 없어 항고소송의 대상이 되는 처분으로 볼 수 없다고 한 사례.

9 2023. 2. 23. 선고 2022두57381 판결 [업무정지처분취소] 616

- [1] 행정처분의 근거 법령이 개정된 경우, 행정처분에 적용되는 법령(=처분 시 시행되는 개정 법령) 및 법령 위반행위에 대하여 행정상 제재처분을 할 때 적용되는 법령(=위반행위 시 시행되던 법령)
- [2] 개업공인중개사에게 거래계약서 또는 확인·설명서에 서명 및 날인하도록 한 구 공인중개사법 제25조 제4항의 규정 취지 및 여기서 말하는 ‘제3항의 규정에 의한 확인·설명서’에 개업공인중개사가 보존하는 중개대상물 확인·설명서가 포함되는지 여부(소극)
- [1] 행정처분은 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그 정한 기준에 따르는 것이 원칙이나, 법령 위반행위에 대하여 행정상의 제재처분을 하려면 달리 특별한 규정을 두고 있지 않은 이상 위반행위 당시 시행되던 법령에 따라야 한다.
- [2] 구 공인중개사법(2018. 8. 14. 법률 제15724호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제25조 제3항은 “개업공인중개사는 중개가 완성되어 거래계약서를 작성하는 때에는 제1항의 규정에 의한 확인·설명사항을 대통령령이 정하는 바에 따라 서면으로 작성하여 거래당사자에게 교부하고 대통령령이 정하는 기간 동안 그 사본을 보존하여야 한다.”라고 규정하고, 같은 조 제4항은 “제3항의 규정에 의한 확인·설명서에는 개업공인중개사(법인인 경우에는 대표자를 말하며, 법인에 분사무소가 설치되어 있는 경우에는 분사무소의 책임자를 말한다)가

서명 및 날인하되, 당해 중개행위를 한 소속공인중개사가 있는 경우에는 소속공인중개사가 함께 서명 및 날인하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 개업공인중개사로 하여금 거래계약서 또는 확인·설명서에 서명 및 날인하도록 하는 것은 거래계약 당사자 간의 분쟁을 예방하고 중개업자의 공정한 중개행위를 담보하기 위하여 개업공인중개사로 하여금 확인·설명서 등에 자필로 서명하고 인장을 날인하게 함으로써 중개업무수행의 직접성과 공식성을 확보하려는 데에 취지가 있다.

이와 같은 구 공인중개사법 제25조 제3항, 제4항의 내용, 체계와 취지, 침익적 행정처분의 근거 법령에 관한 엄격해석의 원칙 등을 고려하면, 구 공인중개사법 제25조 제4항에서 말하는 ‘제3항의 규정에 의한 확인·설명서’란 개업공인중개사가 ‘거래당사자에게 교부하는’ 중개대상물 확인·설명서를 의미하고, 개업공인중개사가 보존하는 중개대상물 확인·설명서는 포함되지 않는다.

조 세

10 2023. 2. 23. 선고 2019두56418 판결 [증여세부과처분취소] 619

다수의 공익법인 등이 같은 날 동일한 주식을 출연받았더라도 그 출연이 시간적으로 선후관계에 있는 경우, 해당 출연으로 구 상속세 및 증여세법 제48조 제1항에 따른 증여세 과세가액 불산입 한도를 초과하는 부분이 있는지는 각 출연 시점을 기준으로 관련 법령에서 정한 주식을 합하여 개별적으로 판단하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

구 상속세 및 증여세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제16조 제1항, 제48조 제1항, 구 상속세 및 증여세법 시행령(2016. 2. 5. 대통령령 제26960호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법 시행령’이라 한다) 제37조 제1항, 제2항, 제7항의 내용과 규정 체계 등에 비추어 보면, 다수의 공익법인 등이 같은 날 동일한 주식을 출연받았더라도 그 출연이 시간적으로 선후관계에 있는 경우에는 해당 출연으로 구 상증세법 제48조 제1항에 따른 증여세 과세가액 불산입 한도를 초과하는 부분이 있는지는 특별한 사정이 없는 한 각 출연 시점을 기준으로 관련 법령에서 정한 주식을 합하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이와 달리 다수의 공익법인 등이 같은 날 출연받은 주식을 모두 동시에 출연된 것으로 의제하는 것은 허용될 수 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 구 상증세법 제48조 제1항 제1호 및 구 상증세법 시행령 제37조 제7항 제2

호, 제3호는 공익법인 등이 출연받은株式이 증여세 과세가액 불산입 한도를 초과하는지 여부를 판단할 때 ‘출연 당시’를 기준으로 관련 법령에서 정하는 일정한株式을 합산하도록 정하고 있다. 따라서 같은 날 다수의 공익법인 등에 출연된株式이라 하더라도 그 출연의 시간적 선후관계가 확인된다면 각 출연 시점을 기준으로 합산 대상株式을 확정하는 것이 타당하다.

② 구 상증세법 시행령 제37조 제1항 제1호는 ‘공익법인 등이 출연에 의하여株式 등을 취득하는 경우’에는 ‘그 취득일’을 기준으로 증여세 과세가액 불산입 한도 초과 부분을 계산하도록 정하고 있다. 그런데 같은 항 제2호는 ‘공익법인 등이 보유하고 있는株式 등을 발행한 내국법인이 자본 또는 출자액을 증가시키기 위하여 발행한 신주 중 공익법인 등에 배정된 신주를 유상으로 취득하는 경우’에는 ‘그 취득하는 날이 속하는 과세기간 또는 사업연도 중 상법 제354조의 규정에 의한 주주명부의 폐쇄일 또는 권리행사 기준일’을 기준으로, 제3호는 ‘공익법인 등이 보유하고 있는株式 등을 발행한 내국법인이 자본 또는 출자액을 감소시킨 경우’에는 ‘감자를 위한 주주총회결의일이 속하는 연도의 주주명부폐쇄일’을 기준으로 증여세 과세가액 불산입 한도 초과 부분을 계산하도록 정하고 있다. 구 상증세법 시행령 제37조 제1항의 이러한 규정 체계와 내용에 비추어 보면, 위 규정은 공익법인 등의株式 취득 등의 원인에 따라 증여세 과세가액 불산입 한도 초과 부분을 계산하기 위하여 발행주식총수 등을 정하는 기준일을 정하고 있을 뿐이다. 따라서 위 규정을 근거로 같은 날 출연된株式을 동시에 출연된 것으로 의제할 수는 없다. 달리 같은 날 출연된株式을 동시에 출연된 것으로 의제하는 규정을 찾아볼 수도 없다.

③ 출연자는 다수의 공익법인 등에株式을 출연하는 경우 증여세 과세가액 불산입 한도 등을 고려하여 각 공익법인 등에 대한株式의 출연 시기와 순서를 자유롭게 정할 수 있다. 출연자가 증여세 과세가액 불산입 한도 등을 고려하여株式을 순차로 출연하였음에도 그 출연이 같은 날 이루어졌다는 이유만으로 출연자의 의사를 무시한 채 각株式이 동시에 출연된 것으로 의제하여야 할 합리적인 이유를 찾기 어렵다.

특 히

- 11 2023. 2. 23. 선고 2021후10473 판결〔권리범위확인(디)〕 625
 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하는지를 판단할 때 신규성 상실
 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할

수 있는 디자인이 누구나 이용할 수 있는 공공의 영역에 있음을 전제로 한 자유 실시디자인 주장이 허용되는지 여부(소극)

디자인보호법의 신규성 상실 예외 규정 등 관련 규정의 문언과 내용, 입법 취지, 자유실시디자인 법리의 본질 및 기능 등을 종합하여 보면, 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하는지를 판단할 때 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 디자인이 누구나 이용할 수 있는 공공의 영역에 있음을 전제로 한 자유실시디자인 주장은 허용되지 않고, 확인대상디자인과 등록디자인을 대비하는 방법에 의하여야 한다.

① 디자인보호법은 출원 전에 공지·공용된 디자인이나 이와 유사한 디자인, 공지·공용된 디자인으로부터 쉽게 창작할 수 있는 디자인은 원칙적으로 디자인 등록을 받을 수 없도록 규정하고 있다(디자인보호법 제33조). 그러나 이러한 신규성 및 창작비용이성에 관한 원칙을 너무 엄격하게 적용하면 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자에게 지나치게 가혹하여 형평성을 잃게 되거나 산업의 발전을 도모하는 디자인보호법의 취지에 맞지 않는 경우가 생길 수 있으므로, 예외적으로 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자가 일정한 요건과 절차를 갖춘 경우에는 디자인이 출원 전에 공개되었다고 하더라도 그 디자인은 신규성 및 창작비용이성을 상실하지 않는 것으로 취급하기 위하여 신규성 상실의 예외 규정(디자인보호법 제36조)을 두었다.

② 신규성 상실 예외 규정의 적용을 받아 디자인으로 등록되면 예외 규정의 적용 없이 디자인 등록된 경우와 동일하게 디자인권자는 업으로서 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 실시할 권리를 독점한다(디자인보호법 제92조). 즉, 디자인등록출원 전 공공의 영역에 있던 디자인이라 하더라도 신규성 상실 예외 규정의 적용을 받아 등록된 디자인과 동일 또는 유사한 디자인이라면 등록디자인이 등록무효로 확정되지 않는 한 등록디자인의 독점·배타권의 범위에 포함되는 것이다.

③ 신규성 상실의 예외를 인정함으로써 그 근거가 된 공지디자인을 기초로 등록디자인과 동일 또는 유사한 디자인을 실시한 제3자가 예기치 않은 불이익을 입는 경우가 있을 수 있는데, 디자인보호법은 위와 같은 입법적 결단을 전제로 제3자와 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자 사이의 이익균형을 도모하기 위하여 제36조 제2항에서 신규성 상실 예외 규정을 적용받아 디자인등록을 받을 수 있는 권리를 가진 자가 준수해야 할 시기적·절차적 요건을 정하고 있고, 신규성 상실 예외 규정을 적용받더라도 출원일 자체가 소급하지는 않는 것으로 하였다.

④ 등록디자인과 대비되는 확인대상디자인이 등록디자인의 출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 것인 때에는 등록디자인과 대비할 것도 없이 그 등록디자인의 권리범위에 속하지 않는다고 볼 수 있는데, 이는 등록디자인이 공지디자인으로부터 쉽게 창작 가능하여 무효에 해당하는지 여부를 직접 판단하지 않고 확인대상디자인을 공지디자인과 대비하는 방법으로 확인대상디자인이 등록디자인의 권리범위에 속하는지를 결정함으로써 신속하고 합리적인 분쟁해결을 도모하기 위한 것이다.

이와 같은 자유실시디자인 법리는 기본적으로 등록디자인의 출원 전에 그 디자인이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 사람이 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 디자인은 공공의 영역에 있는 것으로서 누구나 이용할 수 있어야 한다는 생각에 기초하고 있다. 그런데 디자인등록출원 전 공공의 영역에 있던 디자인이라고 하더라도 신규성 상실 예외 규정의 적용을 받아 등록된 디자인과 동일 또는 유사한 디자인이라면 등록디자인의 독점·배타권의 범위에 포함되게 된다. 그렇다면 이와 같이 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인 또는 이들의 결합에 따라 쉽게 실시할 수 있는 디자인이 누구나 이용할 수 있는 공공의 영역에 있다고 단정할 수 없으므로, 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인을 기초로 한 자유실시디자인 주장은 허용되지 않는다.

⑤ 제3자의 보호 관점에서 보더라도 디자인보호법이 정한 시기적·절차적 요건을 준수하여 신규성 상실 예외 규정을 받아 등록된 이상 입법자의 결단에 따른 제3자와의 이익균형은 이루어진 것으로 볼 수 있다. 또한 신규성 상실 예외 규정의 적용 근거가 된 공지디자인을 기초로 한 자유실시디자인 주장을 허용하는 것은 디자인보호법이 디자인권자와 제3자 사이의 형평을 도모하기 위하여 선사용에 따른 통상실시권(디자인보호법 제100조) 등의 제도를 마련하고 있음에도 공지디자인에 대하여 별다른 창작적 기여를 하지 않은 제3자에게 법정 통상실시권을 넘어서는 무상의 실시 권한을 부여함으로써 제3자에 대한 보호를 법으로 정해진 등록디자인권자의 권리에 우선하는 결과가 된다는 점에서도 위와 같은 자유실시디자인 주장은 허용될 수 없다.

형 사

12 2023. 2. 13. 자 2022모1872 결정 (정식재판청구권회복기각결정에대한재항고) 630

- [1] 정식재판청구서에 청구인의 기명날인이나 서명이 없음에도 이에 대한 보정을 구하지 아니하고 적법한 청구가 있는 것으로 오인하여 청구서를 접수한 경우, 법원이 취하여야 할 조치(=기각결정) 및 이때 적법한 정식재판청구가 제기된 것으로 신뢰한 피고인이 정식재판청구기간을 넘기게 된 경우의 구제 방법(=정식재판청구권회복청구)
- [2] 약식명령을 송달받은 피고인의 모(母) 甲이 피고인을 위하여 정식재판청구서를 제출하면서 피고인과 甲의 성명만 기재하고 인장 또는 지장을 날인하거나 서명을 하지 않았음에도 법원공무원이 아무런 보정을 구하지 않은 채 이를 접수함에 따라 4개월여 후 정식재판청구사건의 공판기일이 지정되었는데, 담당판사가 피고인 불출석으로 변론을 연기하면서 법정에 출석한 변호인과 甲에게 정식재판청구서가 법령상의 방식을 위반하였음을 설명하자, 甲이 같은 날 ‘적법한 정식재판청구가 제기된 것으로 알고 정식재판청구기간을 넘겼으므로, 피고인 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 청구기간 내에 정식재판청구를 하지 못한 때에 해당한다.’는 취지로 주장하며 피고인을 위하여 정식재판청구권회복청구를 한 사안에서, 정식재판청구권회복청구를 기각한 제1심의 결론을 그대로 유지한 원심결정에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 약식명령에 대한 정식재판의 청구는 서면으로 제출하여야 하고(형사소송법 제453조 제2항), 공무원 아닌 사람이 작성하는 서류에는 연월일을 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 하고, 인장이 없으면 지장으로 한다(형사소송법 제59조). 따라서 정식재판청구서에 청구인의 기명날인 또는 서명이 없다면 법령상의 방식을 위반한 것으로서 그 청구를 결정으로 기각하여야 한다. 이는 정식재판의 청구를 접수하는 법원공무원이 청구인의 기명날인이나 서명이 없음에도 불구하고 이에 대한 보정을 구하지 아니하고 적법한 청구가 있는 것으로 오인하여 청구서를 접수한 경우에도 마찬가지이다. 그러나 법원공무원의 위와 같은 잘못으로 인하여 적법한 정식재판청구가 제기된 것으로 신뢰한 피고인이 그 정식재판청구기간을 넘기게 되었다면, 이때 피고인은 자기가 ‘책임질 수 없는 사유’로 청구기간 내에 정식재판을 청구하지 못한 때에 해당하여 정식재판청구권의 회복을 구할 수 있다.

[2] 약식명령을 송달받은 피고인의 모(母) 甲이 피고인을 위하여 정식재판청구서를 제출하면서 피고인과 甲의 성명만 기재하고 인장 또는 지장을 날인하거나 서명을 하지 않았음에도 법원공무원이 아무런 보정을 구하지 않은 채 이를 접수함에 따라 4개월여 후 정식재판청구사건의 공판기일이 지정되었는데, 담당판사가 피고인 불출석으로 변론을 연기하면서 법정예 출석한 변호인과 甲에게 정식재판청구서가 법령상의 방식을 위반하였음을 설명하자, 甲이 같은 날 ‘적법한 정식재판청구가 제기된 것으로 알고 정식재판청구기간을 넘겼으므로, 피고인 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 청구기간 내에 정식재판청구를 하지 못한 때에 해당한다.’는 취지로 주장하며 피고인을 위하여 정식재판청구권회복청구를 한 사안에서, 피고인과 甲은 청구인의 날인 또는 서명이 없는 정식재판청구서를 적법한 것으로 오인하여 접수한 법원공무원의 잘못으로 적법한 정식재판청구가 제기된 것으로 신뢰한 채 정식재판청구기간을 넘긴 것이고, 이는 ‘피고인 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 정식재판청구기간 내에 정식재판청구를 하지 못한 경우’에 해당하는데, 甲이 정식재판청구사건 담당판사의 설명으로 위와 같은 사정을 알게 된 날 정식재판청구권회복청구를 함으로써 ‘책임질 수 없는 사유가 해소된 날로부터 정식재판청구기간에 해당하는 기간 내’에 적법하게 정식재판청구권회복청구를 하였다는 이유로, 이와 달리 보아 정식재판청구권회복청구를 기각한 제1심의 결론을 그대로 유지한 원심결정에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

13 2023. 2. 23. 자 2021모3227 결정 [재판의집행에관한이의기각결정에대한재항고] 633

추징형의 집행을 채권에 대한 강제집행의 방법으로 하는 경우, 추징형의 시효중단 효력이 발생하는 시기 / 수형자의 재산이라고 추정되는 채권에 대하여 압류신청을 하였으나 집행불능이 된 경우 또는 채권압류가 집행된 후 해당 채권에 대한 압류가 취소된 경우, 이미 발생한 시효중단 효력이 소멸하는지 여부(소극) / 채권에 대한 압류의 효력이 존속하는 기간 및 채권압류의 집행으로 압류의 효력이 유지되고 있는 동안에는 추징형의 집행이 계속되고 있는지 여부(원칙적 적극) / 피압류채권이 법률상 압류금지채권에 해당하더라도 즉시항고에 의하여 취소되기 전까지는 추징형의 집행이 계속되고 있는지 여부(적극)

추징형의 시효는 강제처분을 개시함으로써 중단되는데(형법 제80조), 추징형은 검사의 명령에 의하여 민사집행법을 준용하여 집행하거나 국제징수법에 따른 국제체납처분의 예에 따라 집행한다(형사소송법 제477조). 추징형의 집행을 채권에 대한 강제집행의 방법으로 하는 경우에는 검사가 집행명령서에 기하여 법원에 채

권압류명령을 신청하는 때에 강제처분인 집행행위의 개시가 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그때 시효중단의 효력이 발생한다.

시효중단의 효력이 발생하기 위하여 집행행위가 종료하거나 성공할 필요는 없으므로 수행자의 재산이라고 추정되는 채권에 대하여 압류신청을 한 이상 피압류채권이 존재하지 않거나 압류채권을 환가하여도 집행비용 외에 잉여가 없다는 이유로 집행불능이 되었다고 하더라도 이미 발생한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다. 또한 채권압류가 집행된 후 해당 채권에 대한 압류가 취소되더라도 이미 발생한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다.

채권에 대한 압류의 효력은 압류채권자가 압류명령의 신청을 취하하거나 압류명령이 즉시항고에 의하여 취소되는 경우 또는 채권압류의 목적인 현금화절차가 종료할 때(추심채권자가 추심을 완료한 때 등)까지 존속한다. 이처럼 채권압류의 집행으로 압류의 효력이 유지되고 있는 동안에는 특별한 사정이 없는 한 추정형의 집행이 계속되고 있는 것으로 보아야 한다.

한편 피압류채권이 법률상 압류금지채권에 해당하더라도 재판으로서 압류명령이 당연무효는 아니므로 즉시항고에 의하여 취소되기 전까지는 역시 추정형의 집행이 계속되고 있는 것으로 보아야 한다.

14 2023. 2. 23. 선고 2022도4610 판결 (변호사법위반) 636

[1] 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우, 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되는지 여부(적극) / 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우에 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 하는지 여부(적극) 및 그러한 법령 변경에 해당하는지 판단하는 기준

[2] 법무사인 피고인이 개인파산·회생사건 관련 법률사무를 위임받아 취급하여 변호사법 제109조 제1호 위반으로 기소되었는데, 범행 이후인 2020. 2. 4. 개정된 법무사법 제2조 제1항 제6호에 의하여 ‘개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리’가 법무사의 업무로 추가된 사안에서, 위 법무사법 개정은 범죄사실의 해당 형벌법규 자체인 변호사법 제109조 제1호 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 별개의 다른 법령의 개정에 불과하고, 변호사법 제109조 제1호 위반죄의 성립 요건과 구조를 살펴보다도 법무사법 제2

조의 규정이 보충규범으로서 기능하고 있다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 위 법무사법 개정은 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하지 않는다고 한 사례

- [1] 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따라야 하고(형법 제1조 제2항), 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다(형사소송법 제326조 제4호). 이러한 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 규정은 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 적용되어야 한다. 따라서 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다.

그러나 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용하려면, 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경에 해당하여야 하므로, 이와 관련이 없는 법령의 변경으로 인하여 해당 형벌법규의 가벌성에 영향을 미치게 되는 경우에는 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용되지 않는다. 즉, 해당 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 다른 법령이 변경된 경우에는 해당 형벌법규에 따른 범죄 성립의 요건과 구조, 형벌법규와 변경된 법령과의 관계, 법령 변경의 내용·경위·보호목적·입법 취지 등을 종합적으로 고려하여, 법령의 변경이 해당 형벌법규에 따른 범죄의 성립 및 처벌과 직접적으로 관련된 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 한다고 해석할 수 있을 때 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호를 적용할 수 있다.

- [2] 법무사인 피고인이 개인파산·회생사건 관련 법률사무를 위임받아 취급하여 변호사법 제109조 제1호 위반으로 기소되었는데, 범행 이후인 2020. 2. 4. 법률 제16911호로 개정된 법무사법 제2조 제1항 제6호에 의하여 ‘개인의 파산사건 및 개인회생사건 신청의 대리’가 법무사의 업무로 추가된 사안에서, 위 법무사법 개정은 범죄사실의 해당 형벌법규 자체인 변호사법 제109조 제1호

또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령이 아닌 별개의 다른 법령의 개정
에 불과하고, 변호사법 제109조 제1호 위반죄의 성립 요건과 구조를 살펴보
더라도 법무사법 제2조의 규정이 보충규범으로서 기능하고 있다고 보기 어
려운 점, 법무사법 제2조는 법무사의 업무범위에 관한 규정으로서 기본적으로
형사법과 무관한 행정적 규율에 관한 내용이므로, 그 변경은 문제 된 형벌법
규의 가별성에 간접적인 영향을 미치는 경우에 해당할 뿐인 점, 법무사법 제
2조가 변호사법 제109조 제1호 위반죄와 불가분적으로 결합되어 보호목적과
입법 취지 등을 같이한다고 볼 만한 특별한 사정도 없는 점 등을 종합하면,
위 법무사법 개정은 형사법적 관점의 변화를 주된 근거로 하는 법령의 변경
에 해당하지 않는다는 이유로, 원심이 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326
조 제4호를 적용하지 아니하고 변호사법 제109조 제1호 위반의 유죄를 인정
한 것은 정당하다고 한 사례.

15 2023. 2. 23. 자 2022모2092 결정 [잠정조치기각결정에대한재항고] …… 640

기간이 정하여져 있으나 연장이 가능한 접근금지 잠정조치 결정의 경우, 그 기간
의 연장결정 없이 기간이 만료된 후 해당 잠정조치 기간을 연장하는 결정을 할
수 있는지 여부(원칙적 소극) / 검사는 기간이 만료된 접근금지 잠정조치를 청구
했을 때와 동일한 스토킹범죄사실과 스토킹범죄 재발 우려를 이유로 스토킹범죄
의 처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항에 의하여 다시 새로운 잠정조치를 청구할
수 있는지 여부(적극) / 법원이 기존에 내려진 잠정조치 결정 당시 스토킹범죄사
실과 동일한 스토킹범죄사실만을 이유로 한 새로운 접근금지 잠정조치 결정을
하는 경우, 잠정조치 결정을 할 수 있는 췌수

스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘스토킹처벌법’이라고 한다)의 입법 목
적, 스토킹처벌법의 규정 체계, 스토킹행위와 스토킹범죄의 특성, 스토킹처벌법
규정 내용 등을 종합하면, 스토킹처벌법상 잠정조치에 관한 규정은 다음과 같이
해석된다. ① 기간이 정하여져 있으나 연장이 가능한 접근금지 잠정조치(스토킹
처벌법 제9조 제1항 제2호의 100m 이내 접근금지, 제3호의 전기통신을 이용한
접근금지) 결정은 특별한 사정이 없는 한 그 기간의 연장결정 없이 기간이 만료
되면 효력을 상실하고, 그 이후에는 해당 잠정조치 기간을 연장하는 결정을 할
수 없다. ② 그러나 검사는 기간이 만료된 접근금지 잠정조치를 청구했을 때와
동일한 스토킹범죄사실과 스토킹범죄 재발 우려를 이유로 제8조 제1항에 의하여
다시 새로운 잠정조치를 청구할 수 있고, 법원도 제9조 제1항에 의하여 피해자
보호 등을 위하여 필요하다고 인정하면 다시 새로운 접근금지 잠정조치 결정을
할 수 있다. 다만 접근금지 잠정조치 기간 연장과 균형을 위해 기존에 내려진

2023. 4. 1. 판례공보

잠정조치 결정 당시 스토킹범죄사실과 동일한 스토킹범죄사실만을 이유로 한 새로운 접근금지 잠정조치 결정은 각 2개월의 범위에서 두 차례에 한정해서만 추가로 가능하다. 법원은 스토킹범죄가 재발할 우려가 있고, 피해자 보호를 위하여 새로운 잠정조치를 명할 필요가 있는지 구체적으로 심리·판단하여야 한다.

구체적인 이유는 다음과 같다. 접근금지 잠정조치 기간이 만료된 후 새로운 스토킹범죄가 발생하기 전이라도 스토킹행위자가 제3자에게 추가 스토킹범죄를 예고하는 등 스토킹처벌법에 열거된 5가지 행위 유형에 속하지 아니하는 행위를 하거나 스토킹범죄 단계에 이르지 않는 스토킹행위를 하는 등 스토킹범죄 이후 정황으로 스토킹범죄가 재발될 우려와 피해자 보호를 위해 접근금지 잠정조치가 필요한 경우를 충분히 예상할 수 있는바, 이 경우 접근금지 잠정조치가 허용되지 않는다면 잠정조치를 위해 새로운 스토킹범죄가 발생하기를 기다리도록 요구하는 결과에 이르므로 스토킹범죄의 특성과 잠정조치 제도의 취지에 어긋나게 되기 때문이다. 형사소송법에는 동일한 범죄사실에 대하여 재구속 또는 재체포를 제한하는 명문의 규정(제208조, 제214조의3 참조)이 있으나 스토킹처벌법의 잠정조치에는 동일한 범죄사실에 대하여 재(再) 잠정조치를 제한하는 규정이 따로 없는 이상, 기존 잠정조치 이후 새로운 스토킹범죄가 없더라도 스토킹범죄 재발 우려와 피해자 보호 필요성 등 스토킹처벌법 제8조 제1항, 제9조 제1항의 잠정조치 요건을 충족한다면 새로운 접근금지 잠정조치도 허용된다고 보는 것이 타당하다.