



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2023년 9월 15일

제666호

민사

1 2023. 7. 27. 선고 2019다210307 판결 [소유권이전등기] 1515

구 주택법 및 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따라 행정청이 아닌 사업주체가 새로 설치한 공공시설과 해당 시설을 구성하는 토지의 소유권이 관리청에 귀속되는 시점(=사업주체가 사업지구 안에 실제로 공공시설을 설치하고 당해 사업이 준공검사를 받아 완료된 때) 및 사업주체가 사업지구 내 공공시설을 설치하지 않은 채로 사업이 중단된 경우, 공공시설의 설치가 예정된 부지만이 관리청에 무상귀속되는지 여부(소극)

구 주택법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택법’이라 한다) 제30조 제1항은 사업주체가 사업계획승인을 받은 사업지구 안의 토지에 새로이 공공시설을 설치하는 경우 그 공공시설의 귀속에 관하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제65조 및 제99조를 준용하도록 하고, 이 경우 ‘개발행위허가를 받은 자’는 ‘사업주체’로, ‘개발행위허가’는 ‘사업계획승인’으로 본다 고 정하고 있다.

구 주택법 제30조 제1항에 따라 준용되는 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국토계획법’이라 한다) 제65조 제2항, 제6항은 개발행위허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우 그가 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 이 경우 공공시설은 준공검사를 받음으로써 그 시설을 관리할 관리청에 귀속된 것으로 본다 고 정하고 있다.

‘개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속’에 관한 구 국토계획법 제65조는 새로 설치된 공공시설의 소유권 변동의 효과가 개별적인 법률행위를 통해서가 아니라

개발사업의 준공시점에 법률 규정에 의해서 직접 발생하도록 하는 강행규정으로
서, 관리청이 공공시설의 소유권을 원활히 확보하여 이를 효율적으로 유지·관리
하도록 함과 동시에 공공시설의 소유관계를 확일적으로 확정하고, 관련 행정사무
처리의 간소화·효율화를 도모하는 데에 입법 취지가 있다.

이러한 구 주택법 및 구 국토계획법의 문언, 새로 설치되는 공공시설의 무상귀
속 제도의 취지와 법적 성격 등을 종합하여 보면, 사업주체가 사업지구 안에 실
제로 공공시설을 설치하고 당해 사업이 준공검사를 받아 완료된 경우에 비로소
사업완료(준공검사)와 동시에 해당 공공시설을 구성하는 토지와 시설의 소유권이
그 시설을 관리할 관리청에 직접 원시적으로 귀속된다고 봄이 상당하고, 사업주
체가 사업지구 내 공공시설을 설치하지 않은 채로 사업이 중단되었다면 그러한
이유로 공공시설의 설치가 예정된 부지만이 관리청에 무상귀속된다고 볼 수는
없다.

2 2023. 7. 27. 선고 2020다263857 판결 [소유권이전등기] 1518

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조 제4항에서 정한 매도청구권은 만드
시 매도청구권자 전원이 공동으로 행사하여야 하는지 여부(소극) 및 그에 따른 소
유권이전등기절차의 이행 등을 구하는 소가 고유필수적 공동소송인지 여부(소극)
집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다) 제48조 제4항
전문은 “제2항의 기간이 지나면 재건축 결의에 찬성한 각 구분소유자, 재건축 결
의 내용에 따른 재건축에 참가할 뜻을 회답한 각 구분소유자(그의 승계인을 포함
한다) 또는 이들 전원의 합의에 따라 구분소유권과 대지사용권을 매수하도록 지
정된 자(이하 ‘매수지정자’라 한다)는 제2항의 기간 만료일부터 2개월 이내에 재
건축에 참가하지 아니하겠다는 뜻을 회답한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다)
에게 구분소유권과 대지사용권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다.”라고 정하
여 재건축에 참가하는 각 구분소유자와 매수지정자의 매도청구권을 인정하고 있
다.

이 규정의 취지는 재건축에 참가하지 않는 구분소유자를 구분소유관계로부터
배제함으로써 구분소유자 전원이 재건축에 참가하는 상태를 형성할 수 있도록
하기 위하여 재건축에 참가하는 구분소유자는 재건축에 참가하지 않는 구분소유
자의 구분소유권과 대지사용권에 대한 매도청구를 할 수 있게 하고, 구분소유자
의 자금 부담이 곤란한 경우 등을 고려하여 자금력을 가진 구분소유자 이외의
제3자도 재건축 참가자 전원의 합의에 따라 매수 지정을 받은 경우에는 매도청
구권을 행사할 수 있도록 한 데에 있다.

이러한 집합건물법 제48조 제4항의 문언과 매도청구권의 취지 등에 비추어 보

면, 집합건물법 제48조 제4항에서 정한 매도청구권은 위 규정에서 정하고 있는 매도청구권자 각자에게 귀속되고, 각 매도청구권자들은 이를 단독으로 행사하거나 여러 명 또는 전원이 함께 행사할 수도 있다고 보아야 한다. 따라서 반드시 매도청구권자 모두가 재건축에 참가하지 않는 구분소유자의 구분소유권 등에 관하여 공동으로 매도청구권을 행사하여야 하는 것은 아니고, 그에 따른 소유권이 전등기절차의 이행 등을 구하는 소도 매도청구권자 전원이 소를 제기하여야 하는 고유필수적 공동소송이 아니다.

3 2023. 7. 27. 선고 2022다293395 판결 (부당이득금반환청구의소) 1521

- [1] 상품에 대한 허위 또는 과장의 선전·광고가 기망행위에 해당하는 경우
- [2] 지역주택조합의 설립인가를 위한 조합원 모집에서 거래의 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지하였는지 판단하는 방법
- [3] 지역주택조합 조합원 모집 광고가 계약상대방을 속이거나 계약상대방으로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지 판단하는 기준
- [4] 甲이 지역주택조합 아파트 건립 사업을 추진하는 乙 지역주택조합 설립추진 위원회와 조합가입계약을 체결하고 업무대행비와 분담금 등을 지급하였다가, 乙 추진위원회를 상대로 乙 추진위원회가 사업부지의 토지확보비용에 관하여 기망행위를 하였다는 등의 이유로 조합가입계약을 취소하고 부당이득반환을 구한 사안에서, 甲은 위 사업을 위한 토지의 사용권원 확보비용 관련 광고 등을 보고 조합가입계약 체결을 결정하였고, 위 광고 등은 乙 추진위원회나 업무대행자와 사업대행 기타 계약관계가 존재하는 주체에 의하여 작성·게시 되었다고 볼 여지가 있으며, 계약서에 첨부된 ‘사업계획 동의서’의 ‘매입대지면적’ 부분도 甲을 비롯한 계약상대방의 입장에서는 계약 당시 사용권원이 확보된 주택건설대지 면적으로 이해되었을 여지가 충분한데도, 이에 관하여 제대로 심리하지 않은 채 甲의 주장을 배척한 원심판단에는 심리미진 등 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여되나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다.
- [2] 지역주택조합의 설립인가를 위한 조합원 모집에 있어 그 모집 관련 거래의 관행과 신의칙에 비추어 거래의 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 비난받을

정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에 해당하는지 여부는 관련 법령과 규약의 내용, 모집공고의 내용과 당시 모집 현황 및 이를 전후한 진행 경과 등 여러 사정을 종합하여 구체적 상황에 맞추어 합목적적으로 판단하여야 한다.

- [3] 일반인은 광고에서 직접적으로 표현된 문장, 단어 등과 그 결합에 의하여 제시되는 표현뿐만 아니라 간접적으로 암시하고 있는 사항, 관례적이고 통상적인 상황 등 여러 사정을 종합하여 전체적·궁극적 인상을 형성하게 되므로, 지역주택조합 조합원 모집 광고가 계약상대방을 속이거나 계약상대방으로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반인이 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다.
- [4] 甲이 지역주택조합 아파트 건립 사업을 추진하는 乙 지역주택조합 설립추진위원회와 조합가입계약을 체결하고 업무대행비와 분담금 등을 지급하였다가, 乙 추진위원회를 상대로 乙 추진위원회가 사업부지의 토지확보비용에 관하여 기망행위를 하였다는 등의 이유로 조합가입계약을 취소하고 부당이득반환을 구한 사안에서, 甲은 위 사업을 위한 토지의 사용권원 확보비용 관련 광고 등을 보고 조합가입계약 체결을 결정하였고, 위 광고 등은 乙 추진위원회나 업무대행자와 사업대행 기타 계약관계가 존재하는 주체에 의하여 작성·게시되었다고 볼 여지가 있으며, 조합가입계약의 계약서에 첨부된 ‘사업계획 동의서’에 ‘공동주택용지’ 면적과 동일한 면적으로 기재된 ‘매입대지면적’ 부분도 甲을 비롯한 계약상대방의 입장에서는 ‘사업면적’에 대응하여 이미 매입한, 즉 계약 당시 사용권원이 확보된 주택건설대지 면적으로 이해되었을 여지가 충분한데도, 甲이 제출한 광고들이 乙 추진위원회나 그 업무대행자 등과 아무런 관련 없이 乙 추진위원회의 의사와 무관하게 작성·게시되었는지, 乙 추진위원회의 의사와 무관하다면 乙 추진위원회가 광고들에 대하여 어떤 조치를 취하였는지, 乙 추진위원회가 ‘공동주택용지’에 해당하는 부분을 ‘매입대지면적’으로 바꾸어 기재한 경위는 어떠한지 등에 관하여 제대로 심리하지 않은 채 乙 추진위원회가 甲에게 이미 확보한 토지사용권원의 비율을 확정적으로 설명하였다고 보기 어렵다는 등의 이유를 들어 甲의 주장을 배척한 원심판단에는 심리미진 등 잘못이 있다고 한 사례.

4 2023. 7. 27. 선고 2023다223171, 223188 판결 (임가공료·손해배상(기)) … 1526

- [1] 감정인의 감정 결과의 증명력
- [2] 당사자가 어떤 법률효과를 주장하면서 부주의 또는 오해로 명백히 간과한 법률상 사항이 있거나 그 주장에 법률적 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점

이 있는 경우, 사실심법원이 부담하는 석명 또는 지적의무의 내용

- [3] 계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 비용을 지출한 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속하는 경우, 이에 대하여 이행이익의 한도 내에서 배상을 청구할 수 있는지 여부(적극) 및 이러한 손해를 일실효 상당의 손해와 같이 청구하는 경우, 일실효의 범위
- [4] 甲이 乙과 체결한 임가공계약에 따라 乙이 제공한 원사에 대한 연사 가공작업을 수행한 다음 乙을 상대로 미지급 임가공대금 등의 지급을 구하는 지급명령을 신청하자, 乙이 甲이 작업한 연사에 하자가 있어 손해를 입었다며 甲을 상대로 손해배상을 구하는 반소를 제기하였는데, 乙이 반소장과 그 후 제출한 준비서면에서 주장한 손해는 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익, 즉 이행이익 상당의 손해를 주된 내용으로 하는 반면, 위 준비서면보다 먼저 제출한 종전 준비서면에서 주장한 손해는 계약이 이행되리라 믿고 지출한 비용, 즉 신뢰이익 상당의 손해를 주된 내용으로 하고, 그중 어느 것도 명시적으로 철회되지 않은 사안에서, 종전 준비서면의 진술에 의하여 반소장에서 주장하였던 이행이익 상당의 손해에 관한 주장을 철회하고 반소 청구취지를 감축하는 취지인지 등 乙의 주장의 의미를 보다 분명히 밝히도록 촉구하는 방법으로 석명권을 행사하여 그에 따라 심리하였어야 하는데도, 위와 같은 석명권 행사 없이 乙이 반소장에서 한 주장을 반소 청구취지 변경 없이 종전 준비서면의 기재와 같이 변경한 것으로 보아 변경된 주장을 바탕으로 甲이 배상할 손해배상액을 산정한 원심판단에는 법원의 석명의무에 관한 법리오해 등 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 감정인의 감정 결과는 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다.
- [2] 법원은 소송사건을 신중하고 충실하게 심리하여 재판의 적정이 보장되도록 하여야 하고, 이는 올바른 사실의 확정이 전제되어야 가능할 것인데, 사실의 확정은 사실심법원의 전권에 속한다. 민사소송법은 이를 뒷받침하기 위하여 제136조 제1항에서 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 규정하고, 그 제4항에서 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 규정하고 있다. 그러므로 사실심법원은, 당사자가 어떤 법률효과를 주장하면서 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 그 주장에 법률적 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경

우에는 적극적으로 석명권을 행사하여, 당사자에게 설명 또는 증명하거나 의견을 진술할 사항을 지적하고 그에 관하여 변론을 하게 하는 등으로 소송관계를 명확하게 할 석명 또는 지적의무가 있다.

- [3] 계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해를 일실효 이익 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실효 이익은 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다고 보아야 한다.
- [4] 甲이 乙과 체결한 임가공계약에 따라 乙이 제공한 원사에 대한 연사 가공작업을 수행한 다음 乙을 상대로 미지급 임가공대금 등의 지급을 구하는 지급명령을 신청하자, 乙이 甲이 작업한 연사에 하자가 있어 손해를 입었다며 甲을 상대로 손해배상을 구하는 반소를 제기하였는데, 乙이 반소장과 그 후 제출한 준비서면에서 주장한 손해는 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익, 즉 이행이익 상당의 손해를 주된 내용으로 하는 반면, 위 준비서면보다 먼저 제출한 종전 준비서면에서 주장한 손해는 계약이 이행되리라 믿고 지출한 비용, 즉 신뢰이익 상당의 손해를 주된 내용으로 하고, 그중 어느 것도 명시적으로 철회되지 않은 사안에서, 신뢰이익 상당의 손해배상청구는 성질상 목적이 불능한 계약을 체결한 경우이거나(민법 제535조 제1항 본문) 유효하게 성립한 계약이 해지 또는 해제되는 경우에 인정되는 것이어서, 계약이 유효함으로 인하여 생기는 이익(민법 제535조 제1항 단서)인 이행이익 상당의 손해배상청구와는 성립 요건이나 산정방법을 달리하고, 중복배상은 허용되지 않으나 신뢰이익의 배상과 별도로 제반 비용을 공제한 순이익에 한하여 일실효 이익, 즉 이행이익의 배상이 허용될 수 있으므로, 乙이 이행이익 상당의 손해배상청구 외에 신뢰이익 상당의 손해배상청구를 선택적으로 한 것으로 볼 여지가 있고, 설령 乙의 손해배상에 관한 주장에 불분명한 면이 있다고 하더라도 원심으로서의 종전 준비서면의 진술에 의하여 반소장에서 주장하였던 이행이익 상당의 손해에 관한 주장을 철회하고 반소 청구취지를 감축하는 취지인지 등 乙의 주장의 의미를 보다 분명히 밝히도록 촉구하는 방법으로 석명권을 행사하여 그에 따라 심리하였어야 하는데도, 위와 같은 석명권 행사 없이 乙이 반소장에서 한 주장을 반소 청구취지 변경 없이 종전 준비서면의 기재와 같이 변경한 것으로 보아 변경된 주장을 바탕으로 甲이 배상할 손해배상액을 산정한 원심판단에는 법원의 석명의무에 관한 법리오해 등 잘못이 있

다고 한 사례.

5 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결 (추심금) 1533

변호사와 법무법인이 상법상 ‘상인’인지 여부(소극) 및 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권이 상사채권에 해당하는지 여부(소극)

변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자’라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다.

한편 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다.

따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다.

6 2023. 7. 27. 선고 2023다228107 판결 (부당이득금) 1535

[1] 피담보채권이 소멸되어 무효인 근저당권에 기초하여 개시된 부동산 임의경매 절차의 효력(무효) 및 이 경우 매수인이 매각대금 지급으로 부동산의 소유권을 취득할 수 있는지 여부(소극) / 이와 같이 경매가 무효인 경우, 매수인이 경매채권자 등 배당금을 수령한 자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부(적극)

[2] 압류 당시 피압류채권이 존재하지 않는 경우, 압류의 효력(무효) 및 그에 기한 추심명령의 효력(무효) / 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때 피압류채권이 존재하지 않는 경우, 전부명령의 효력(무효)

[1] 임의경매의 정당성은 실체적으로 유효한 담보권의 존재에 근거하므로, 담보권에 실체적 하자가 있다면 그에 기초한 경매는 원칙적으로 무효이다. 특히 채권자가 경매를 신청할 당시 실행하고자 하는 담보권이 이미 소멸하였다면,

그 경매개시결정은 아무런 처분권한이 없는 자가 국가에 처분권을 부여한 데에 따라 이루어진 것으로서 위법하다. 그러므로 피담보채권이 소멸되어 무효인 근저당권에 기초하여 임의경매절차가 개시되고 매수인이 해당 부동산의 매각대금을 지급하였더라도, 그 경매절차는 무효이므로 매수인은 부동산의 소유권을 취득할 수 없다. 이와 같이 경매가 무효인 경우 매수인은 경매채권자 등 배당금을 수령한 자를 상대로 그가 배당받은 금액에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다.

- [2] 압류 당시에 피압류채권이 존재하지 않는 경우에는 압류로서의 효력이 없고, 그에 기한 추심명령도 무효이므로, 해당 압류채권자는 압류 등에 따른 집행절차에 참여할 수 없다. 또한 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었더라도, 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 존재하지 않으면 전부명령도 무효이므로, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없다.

가 사

7 2023. 7. 17. 자 2018스34 전원합의체 결정〔이혼및친권자지정〕…………… 1539

법원의 통신사실확인자료에 대한 문서제출명령에 대하여 전기통신사업자가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문을 이유로 그 자료의 제출을 거부할 수 있는지 여부(소극)

[다수의견] 법원은 민사소송법 제344조 이하의 규정을 근거로 통신사실확인자료에 대한 문서제출명령을 할 수 있고 전기통신사업자는 특별한 사정이 없는 한 이에 응할 의무가 있으며, 전기통신사업자가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문을 들어 문서제출명령의 대상이 된 통신사실확인자료의 제출을 거부하는 것에는 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

① 통신비밀보호법과 민사소송법은 그 입법 목적, 규정사항 및 적용 범위 등을 고려할 때 각각의 영역에서 독자적인 입법 취지를 가지는 법률이므로 각 규정의 취지에 비추어 그 적용 범위를 정할 수 있고, 통신비밀보호법에서 민사소송법이 정한 문서제출명령에 의하여 통신사실확인자료를 제공할 수 있는지에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않더라도 민사소송법상 증거에 관한 규정이 원천적으로 적용되지 않는다고 볼 수 없다.

② 통신비밀보호법은 이미 민사소송법 제294조에서 정한 조사의 촉탁의 방법에 따른 통신사실확인자료 제공을 허용하고 있으므로, 통신사실확인자료가 문서

제출명령의 대상이 된다고 해석하는 것이 통신비밀보호법의 입법 목적에 반한다거나 법 문언의 가능한 범위를 넘는 확장해석이라고 볼 수 없다.

③ 통신비밀보호법의 입법 취지는 법원이 신중하고 엄격한 심리를 거쳐 문서제출명령 제도를 운용함으로써 충분히 구현될 수 있다.

통신비밀보호법은 개인의 사생활 및 대화의 비밀과 자유를 보호하기 위해 통신사실확인자료에 대한 제공을 원칙적으로 금지하고 있으므로, 법원은 통신사실확인자료에 대하여 문서제출명령을 심리·발령할 때에는 이러한 통신비밀보호법의 입법 취지를 고려하여 통신과 대화의 비밀 및 자유와 적정하고 신속한 재판의 필요성에 관하여 엄격한 비교형량을 거쳐 그 필요성과 관련성을 판단하여야 한다.

그러므로 법원은 문서제출명령 신청의 대상이 된 통신사실확인자료의 내용 및 기간이 신청인이 제시한 증명사항과 밀접한 관련성이 있는지, 나아가 그 문서에 대한 서증조사를 통하여 증명사항이 사실로 인정되면 그러한 사실에 기초하여 신청인이 구체적으로 특정한 주장사실을 추단할 수 있는지를 심리함으로써 문서제출명령 신청의 채택 여부 및 범위를 신중히 결정하여야 한다.

[대법관 김선수의 별개의견] ① 문서제출명령 불응에 대한 과태료 재판은 이미 발령된 문서제출명령의 이행을 강제하기 위한 절차이지 문서제출명령 자체의 적법성이나 적정성을 다투기 위한 절차가 아니다. 그렇기 때문에 문서제출명령에 대한 과태료 재판에서 다툴 수 있는 사항은 문서제출명령 불이행에 정당한 사유가 있는지 등이고, 문서제출명령 자체의 적법성 여부는 포함되지 않는다. 따라서 확정된 문서제출명령의 집행을 확보하기 위한 후행 절차인 과태료 재판에서, 선행 절차에서 주장할 수 있었던 사정을 이유로 확정된 문서제출명령의 적법성을 다투는 것은 허용되지 않는다.

② 통신사실확인자료에 대하여 문서제출명령을 발령할 수 있는지는 문서제출명령 사건에서 본격적으로 판단되어야 한다. 문서제출명령 자체의 적법성을 정면으로 다툴 수 없는 과태료 재판인 이 사건에서 위 쟁점에 대하여 판단을 하는 것은 민사소송법 규정 및 기존의 법리에 부합하지 않으므로, 위 쟁점은 추후 다른 문서제출명령 사건에서 문제될 경우 판단하는 것이 적절하다.

[대법관 안철상, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 오석준의 반대의견] 법원은 민사소송법상 문서제출명령 규정을 근거로 통신사실확인자료에 대하여 문서제출명령을 할 수 없다. 설령 법원이 위 명령을 하더라도 전기통신사업자는 통신비밀보호법을 들어 문서제출명령의 대상이 된 통신사실확인자료의 제출을 거부

할 수 있고, 법원은 그 부제출을 이유로 전기통신사업자에게 과태료를 부과할 수 없다.

① 통신비밀보호법은 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 역무를 제공하는 전기통신사업자에게 통신비밀보호법에서 정한 예외에 해당하지 않으면 누구에게도 통신사실확인자료를 제공할 수 없도록 하는 강한 일반적 금지의무를 부과하고, 예외적으로 법원에 통신사실확인자료를 제공할 수 있는 방법으로 조사·송부의 촉탁에 관한 민사소송법 제294조를 특정하고 있을 뿐이며, 이에 관한 전기통신사업자의 협조의무를 정하고 있지 않다.

② 전기통신사업자가 법원에 통신사실확인자료를 제출할 의무를 부담하는지에 관하여는 규범의 충돌이 존재한다.

문서제출명령은 그 명령을 받은 제3자에게 문서제출의무를 부담시키고 위반에 대해 질서벌의 제재를 부과한다. 반면 통신비밀보호법은 법률에서 정한 예외에 해당하지 않으면 누구에게도 통신사실확인자료를 제공할 수 없도록 하는 금지의무를 부과한다.

전기통신사업자가 통신비밀보호법에 따라 통신사실확인자료를 제출하지 않아야 한다고 판단하여 그 제출을 거부하면 민사소송법에서 정한 문서제출명령에 따른 제출의무를 위반하게 되는 결과가 되므로 양 규범은 양립할 수 없고 그 사이에 충돌이 존재하는 것이다.

③ 전기통신사업자가 통신사실확인자료를 제출할 의무를 부담하는지에 관하여 규범의 충돌이 존재하는 이상 이러한 상황은 특별법인 통신비밀보호법을 우선함으로써 해소되어야 한다.

일반행정

8 2023. 7. 27. 선고 2022두44392 판결 (주거이전비등) 1561

[1] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제54조 제2항의 '세입자'에 주거용 건축물을 무상으로 사용하는 거주자도 포함되는지 여부(적극)

[2] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제54조 제2항에 따른 주거이전비 지급요건인 '정비사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 경우'에 해당하는지 판단하는 기준 및 이에 대한 증명책임의 소재(=주

거이전비의 지급을 구하는 세입자) / 세입자가 사업시행계획 인가고시일까지 해당 주거용 건축물에 계속 거주하고 있는 경우, 정비사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 경우에 해당하는지 여부(원칙적 적극)

- [1] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2016. 1. 6. 국토교통부령 제272호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 토지보상법 시행규칙’이라고 한다) 제54조 제2항의 ‘세입자’에는 주거용 건축물을 무상으로 사용하는 거주자도 포함된다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2022. 2. 3. 법률 제18828호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 토지보상법’이라고 한다) 제78조 제5항은 주거용 건물의 ‘거주자’에 대하여는 주거 이전에 필요한 비용과 가재 도구 등 동산의 운반에 필요한 비용을 산정하여 보상하여야 한다고 규정하여 사용대가의 지급 여부를 구분하지 않고 주거용 건물의 거주자 일반에 대하여 주거이전비 등을 필요적으로 보상하도록 정하고 있다. 구 토지보상법 제78조 제9항은 주거이전비의 보상에 대하여는 국토교통부령이 정하는 기준에 의한다고 규정하고 있으나, 이러한 규정을 살펴보더라도 무상으로 사용하는 거주자를 주거이전비 보상대상에서 일률적으로 배제하는 내용이 규율될 것이라고 예상할 수 없다.

따라서 구 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항의 ‘세입자’에 무상으로 사용하는 거주자가 포함되지 않는다고 볼 경우, 이는 모법 조항의 위임 목적 및 취지와 달리 모법 조항에서 주거이전비 보상대상자로 규정된 자에 대하여 보상 자체를 받을 수 없도록 제한하는 것이어서 모법 조항의 위임 범위를 벗어난 것이 된다.

② 주거이전비는 당해 공익사업 시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급하는 금원인데, 조기이주 장려 및 사회보장적 지원의 필요성이 사용대가의 지급 여부에 따라 달라진다고 보기 어렵다. 이와 같은 제도의 취지에 비추어 보더라도 보상대상자의 범위에서 무상으로 사용하는 거주자를 배제하는 것은 타당하지 않다.

③ 주거이전비와 이사비는 모두 구 토지보상법 제78조 제5항에 따라 보상되는 것으로 제도의 취지도 동일하다. 이사비의 경우 무상으로 사용하는 거주자도 보상대상에 포함됨에 이문이 없고, 양자를 달리 취급할 합리적인 이유를 발견하기 어려우므로, 주거이전비의 경우에도 보상대상에 무상으로 사

용하는 거주자가 포함된다고 보는 것이 형평에 부합한다.

④ 구 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항의 ‘세입자’에 무상으로 사용하는 거주자도 포함된다고 보는 해석은 상위법령의 위임 범위와 제도의 취지, 구체적 타당성을 고려한 결과이다. 위 조항이 ‘세입자’라는 문언을 사용한 것은 같은 조 제1항의 ‘소유자’의 경우와 구분하기 위한 것으로 볼 수 있으므로, 위와 같은 해석이 문언의 가능한 의미를 벗어났다고 볼 것은 아니다.

⑤ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙이 2020. 12. 11. 국토교통부령 제788호로 개정되면서 제54조 제2항의 주거용 건축물의 세입자에 ‘무상으로 사용하는 거주자’도 포함됨이 명시되었다. 앞서 살펴 본 사정에 더하여 개정 조항이 ‘세입자’라는 문언을 그대로 유지하면서 괄호 안에서 무상으로 사용하는 거주자가 ‘세입자’에 포함된다고 추가한 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 개정 조항은 기존 법령의 규정 내용으로부터 도출되는 사항을 주의적·확인적으로 규정한 것이라고 봄이 타당하다.

[2] 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2016. 1. 6. 국토교통부령 제272호로 개정되기 전의 것) 제54조 제2항에 의해 주거이전비 보상의 대상이 되기 위해서는 해당 세입자가 공익사업인 정비사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 경우여야 하는데, 여기서 ‘정비사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 경우’에 해당하는지는 세입자의 점유권원의 성격, 세입자와 건축물 소유자와의 관계, 계약기간의 종기 및 갱신 여부, 실제 거주기간, 세입자의 이주시점 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 이러한 주거이전비 지급요건을 충족하는지는 주거이전비의 지급을 구하는 세입자 측에 주장·증명책임이 있다고 할 것이나, 세입자에 대한 주거이전비의 보상방법 및 금액 등의 보상내용은 원칙적으로 사업시행계획 인가고시일에 확정되므로, 세입자가 사업시행계획 인가고시일까지 해당 주거용 건축물에 계속 거주하고 있었다면 특별한 사정이 없는 한 정비사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 경우에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

9 2023. 7. 27. 선고 2022두52980 판결 [정보공개거부처분취소] 1566

청구인이 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대한 이의신청을 하여 공공기관으로부터 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 취소소송을 제기하는 경우, 제소기간의 기산점(=이의신청에 대한 결과를 통지받은 날)

공공기관의 정보공개에 관한 법률 제18조 제1항, 제3항, 제4항, 제20조 제1항, 행정소송법 제20조 제1항의 규정 내용과 그 취지 등을 종합하여 보면, 청구인이 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대한 이의신청을 하여 공공기관으

로부터 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 취소소송을 제기하는 경우 그 제소 기간은 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 기산한다고 봄이 타당하다.

형 사

10 2023. 7. 17. 선고 2017도1807 전원합의체 판결〔특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·의료법위반〕 1568

[1] 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 구 의료법 제33조 제2항에서 정한 의료기관 개설자격 위반에 해당하는지 판단하는 기준

[2] 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관의 개설자격 위반 여부에 관한 판단 기준을 의료법인 명의로 개설된 의료기관의 개설자격 위반 여부에 관한 판단에 그대로 적용할 수 있는지 여부(소극) 및 비의료인이 의료법인 명의로 개설된 의료기관에 관여하는 경우, 구 의료법 제33조 제2항에서 정한 의료기관 개설자격 위반에 해당하는지 판단하는 기준

[1] 대법원은 의료인 개인 명의로 개설된 의료기관이 실질적으로 의료인의 자격이 없는 일반인(이하 ‘비의료인’이라 한다)에 의하여 개설·운영된 것인지에 대하여, 비의료인이 의료기관의 시설 및 인력의 충원·관리, 개설신고, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 운영성과의 귀속 등을 주도적인 입장에서 처리하였는지를 기준으로 판단하면서, 비의료인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관을 개설한 행위는 형식적으로만 적법한 의료기관의 개설로 가장한 것일 뿐 실질적으로는 비의료인이 의료기관을 개설한 경우에 해당한다고 판단하여 왔다. 또한 소비자생활협동조합법에 의하여 설립된 소비자생활협동조합 명의로 의료기관 개설신고가 된 경우에도 위와 같은 법리를 적용하여 왔다.

[2] [다수의견] (가) 의료법인 명의로 개설된 의료기관의 경우, 의료인의 자격이 없는 일반인(이하 ‘비의료인’이라 한다)의 주도적 출연 내지 주도적 관여만을 근거로 비의료인이 의료기관을 개설·운영한 것으로 평가하기 어렵다. 비의료인이 의료기관의 개설·운영 등에 필요한 자금 전부 또는 대부분을 의료법인에 출연하거나 의료법인 임원의 지위에서 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하는 것은 의료법인의 본질적 특성에 기초한 것으로서 의료법인의 의료기관 개설·운영을 허용한 의료법에 근거하여 비의료인에게 허용된 행위이다. 비의료인의 주도적 자금 출연 내지 주도적 관여 사정만을 근거로 비의료인이 실질적으로 의료기관을 개설·운영하였다고 판단할 경우, 허용되는

행위와 허용되지 않는 행위의 구별이 불명확해져 죄형법정주의 원칙에 반할 수 있다.

(나) 따라서 의료법인 명의로 개설된 의료기관을 실질적으로 비의료인이 개설·운영하였다고 판단하려면, 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하였다는 점을 기본으로 하여, 비의료인이 외형상 형태만을 갖추고 있는 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하였다는 사정이 인정되어야 한다.

이러한 사정은 다음 두 가지 사항 중 어느 하나에 해당되면 인정될 수 있다. 첫째는 비의료인이 실질적으로 재산출연이 이루어지지 않아 실체가 인정되지 아니하는 의료법인을 의료기관 개설·운영을 위한 수단으로 악용한 경우이고, 둘째는 의료법인의 재산을 부당하게 유출하여 의료법인의 공공성, 비영리성을 일탈한 경우이다. 전자는 의료법인 중 ‘법인’에 관한 사항이고, 후자는 의료법인 중 ‘의료’에 관한 사항이다.

① 재산이 출연되지 않은 의료법인은 의료기관을 개설·운영할 시설과 자금이 없어 스스로 의료기관을 개설·운영할 수 없다. 재산이 출연되지 않아 시설과 자금이 없는 의료법인의 명의로 의료기관이 개설되었더라도 그 의료기관은 필연적으로 의료법인이 아닌 제3자가 실질적으로 개설·운영하였다고 평가될 수밖에 없다. 비의료인이 실질적인 재산출연 없이 주무관청인 시·도지사를 기망하여 의료법인 설립허가를 받은 경우라면 의료기관을 개설·운영할 시설과 자금이 없는 의료법인을 의료기관 개설의 외형만을 갖추기 위하여 설립한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 위와 같이 형식만을 갖춘 의료법인을 설립한 비의료인이 의료법인 명의 의료기관의 개설·운영을 주도하였다면 비의료인이 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장한 채 실질적으로는 비의료인 자신이 의료기관을 개설·운영하였다고 보아야 한다.

② 의료법인은 의료기관 개설·운영 목적으로 의료법에 근거하여 설립되는 것으로[구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제33조 제2항 제3호 참조], 의료법이 의료법인에 법인격을 부여하고 의료기관 개설·운영 자격을 인정한 전제인 공공성과 비영리성이 유지되어야 한다. 비의료인이 의료법인 명의로 의료기관을 개설·운영하면서 공공성, 비영리성을 일탈하였다면, 외형상으로 그 형태만을 갖추고 있는 의료법인을 탈법적인 수단으로 악용하여 적법한 의료기관 개설·운영으로 가장하였다고 보아야 한다. 형식적으로 의료법인 명의로 의료기관이 개설·운영되었더라도, 비

의료인이 의료법인을 지배하면서 의료기관 운영수익 등을 상당한 기간 부당하게 유출하는 등 공공성, 비영리성을 일탈한 경우라면, 공공성, 비영리성을 전제로 의료기관 개설자격을 부여받은 의료법인의 규범적 본질이 유지되었다고 보기 어렵다.

③ 다만 의료법인 설립과정에 하자가 있었다는 사정이나 비의료인이 의료법인의 재산을 일시적으로 유출하였다는 정황만을 근거로 곧바로 비의료인이 의료기관 개설자격을 위반하여 의료기관을 개설·운영하였다고 평가할 수는 없고, 의료법인 설립과정의 하자가 의료법인 설립허가에 영향을 미치거나 의료기관 개설·운영이 실질적으로 불가능할 정도에 이르는 것인지나 의료법인의 재산이 유출된 정도, 기간, 경위 및 이사회 결의 등 정당한 절차나 적정한 회계처리 절차가 있었는지 등을 종합적으로 고려하여 의료법인의 규범적 본질이 부정될 정도에 이르러 의료기관 개설·운영을 위한 탈법적인 수단으로 악용되었다고 평가될 수 있는지를 판단해야 한다.

[대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 이홍구, 대법관 오경미의 반대의견] 의료법인 명의로 개설된 의료기관을 실질적으로 비의료인이 개설·운영하였다고 판단하는 기준은 개인 명의 의료기관이나 소비자생활협동조합 명의로 개설된 의료기관에 관한 선례와 마찬가지로 해석, 적용되어야 한다. 구 의료법 제33조 제2항 위반죄에 관한 구성요건해당성과 고의의 핵심적인 징표는, 비의료인이 의료기관의 개설·운영에 주도적으로 관여하였다는 점을 기본으로 하여 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화되고 비의료인 개인의 사적 이익을 추구하는 탈법적 수단으로 악용되었다는 데에 있다. 따라서 비의료인이 의료법인을 설립한 실질적 목적과 동기, 설립과정의 적정성, 의료법인 내부의 의사결정방식, 의료업 운영 행태, 자산관리 및 수익의 귀속 양상 등 의료법인의 설립과 운영의 전반에 나타난 구체적 사정을 종합적으로 고려하여, 비의료인 개인의 사적 이익 추구로 의료법인의 공공성 및 비영리성이 형해화되어 의료법인에 대하여 예외적으로 의료기관 개설자격을 부여하는 의료법의 입법 취지가 물각되었다고 볼 정도에 이르렀는지를 중심으로 이를 판단해야 한다.

구 의료법 제33조 제2항 위반행위는 의료기관 개설과 운영이라는 전 과정을 통하여 행위자의 단일하고 계속된 범의로 이루어지는 것임에도, 다수의견은 이러한 특성을 충분히 고려하지 않은 채 구성요건해당성 및 고의의 판단을 위한 여러 간접사실을 의료법인 설립에 관한 사항과 의료법인 운영에 관한 사항으로 형식적, 도식적으로 나누어 제시한 것이어서 타당하지 않다. 이

러한 기준으로는 피고인의 행위와 고의를 전체적, 통합적으로 파악하기 어렵고, 그 결과 의료법인 명의 의료기관의 경우 개설자적 위반의 인정 범위가 지나치게 축소되는 결과를 초래한다. 이에 따르면 영리 목적 의료기관의 개설을 억지하여 의료의 적정을 기하고 국민의 건강을 보호, 증진하고자 하는 의료법의 입법 목적을 해치고 나아가 국민건강보험 재정의 건전성을 위협할 우려가 있다. 이러한 점에서 다수의견에 동의할 수 없다.

11 2023. 7. 17. 선고 2021도11126 전원합의체 판결 (교통사고처리특례법위반(치상)) 1598

[1] 반의사불벌죄에서 성년후견인이 명문의 규정 없이 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 결정하거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하는 행위를 할 수 있는지 여부(소극) / 이는 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 소송행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻더라도 마찬가지인지 여부(적극)

[2] 피고인이 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 보행자인 피해자 甲을 들이받아 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리 특례법 위반(치상)의 공소사실로 기소되었고, 위 사고로 의식불명이 된 甲에 대하여 성년후견이 개시되어 성년후견인으로 甲의 법률상 배우자 乙이 선임되었는데, 乙이 피고인 측으로부터 합의금을 수령한 후 제1심 판결선고 전에 甲을 대리하여 처벌불원의사를 표시한 사안에서, 위 특례법 제3조 제2항에서 차의 운전자가 교통사고로 인하여 범한 업무상과실치상죄는 ‘피해자의 명시적인 의사’에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하여 문언상 그 처벌 여부가 ‘피해자’의 ‘명시적’인 의사에 달려 있음이 명백하므로, 乙이 甲을 대신하여 처벌불원의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다고 한 사례

[1] [다수의견] 반의사불벌죄에서 성년후견인은 명문의 규정이 없는 한 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 결정하거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하는 행위를 할 수 없다. 이는 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 소송행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다. 구체적인 이유는 아래와 같다.

(가) 형사소송절차 규정을 해석·적용할 때에는 절차적 안정성과 명확성이 무엇보다 중요하므로 문언의 객관적인 의미에 충실한 해석이 필수적이다. 특

히 반의사불벌죄에서 처벌불원의사와 같이 소송조건과 관련된 규정은 국가소추권·형벌권 발동의 기본 전제가 되므로, 형사소송절차의 명확성과 안정성, 예측가능성을 확보하기 위해서 법문에 충실한 해석의 필요성이 무엇보다 크다.

교통사고처리 특례법 제3조 제2항에 따르면, 차의 운전자가 교통사고로 인하여 범한 형법 제268조의 업무상과실치상죄는 ‘피해자의 명시적인 의사’에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하므로, 문언상 그 처벌 여부가 ‘피해자’의 ‘명시적’인 의사에 달려 있음이 명백하다. 따라서 제3자가 피해자를 대신하여 처벌불원의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다.

교통사고처리 특례법은 물론 형법·형사소송법에도 반의사불벌죄에서 피해자의 처벌불원의사에 관하여 대리가 가능하다거나 법정대리인의 대리권에 피해자의 처벌불원 의사표시가 포함된다는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 반의사불벌죄의 처벌불원의사는 원칙적으로 대리가 허용되지 않는다고 보아야 한다.

(나) 형사사법의 목적과 보호적 기능, 국가소추주의 내지 국가형벌독점주의에 대한 예외로서 반의사불벌죄의 지위 등을 감안하면, 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 원하지 않거나 처벌희망의 의사표시를 철회하는 의사결정 그 자체는 특별한 규정이 없는 한 피해자 본인이 하여야 한다.

범죄행위를 하여 처벌을 받아야 할 자에 대해서는 합리적 의심의 여지가 없는 증거가 있음을 전제로 그에 상응한 처벌이 이루어져야 한다는 형사사법의 보호적 기능을 담보하기 위하여 현행법은 국가소추주의 내지 국가형벌독점주의를 원칙으로 정하고 있다. 그런데 반의사불벌죄는 특정 유형의 범죄에 관하여 피해자의 의사를 최대한 존중하는 취지에서 특별히 피해자의 명시적인 의사를 소극적 소추조건으로 규정한 것인바, 이는 우리 법질서가 사인의 형사사법절차에 대한 개입을 예외적으로 인정한 부분이다. 그럼에도 법이 예정한 범위나 정도를 벗어나 사인의 형사사법절차에 대한 개입을 확대하게 되면, 궁극적으로 형사사법의 보호적 기능이 약화되고 결과적으로 국가형벌권이 불공평하게 행사되는 결과가 초래될 수 있다. 그러므로 반의사불벌죄를 해석할 때에는 피해자의 일방적인 의사에 의해 국가의 공적인 형벌기능이 좌우되는 것을 방지할 수 있도록 국가소추권·형벌권의 공평한 행사, 법익보호와 책임원칙이라는 형사사법의 대원칙까지 고려하여야 한다.

반의사불벌죄는 피해자의 일방적 의사표시만으로 이미 개시된 국가의 형사사법절차가 일방적으로 중단·소멸되는 강력한 법률효과가 발생한다는 점에

서도 처벌불원의사는 피해자의 진실한 의사에 기한 것이어야 한다.

처벌불원에 관한 법정대리인의 의사표시를 피해자 본인의 의사와 같다고 볼 수는 없다. 법정대리인의 의사표시는 그 자체로 피해자의 의사가 아닐 뿐만 아니라 피해자의 진실한 의사에 부합한다는 점에 관한 담보가 전혀 없기 때문이다. 결국 피해자의 처벌불원의사는 입법적 근거 없이 타인의 의사표시에 의하여 대체될 수 있는 성질의 것이 아니므로, 일신전속적인 특성을 가진다.

(다) 형사소송법은 친고죄의 고소 및 고소취소와 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 달리 규정하였으므로, 반의사불벌죄의 처벌불원의사는 친고죄의 고소 또는 고소취소와 동일하게 취급할 수 없다.

형사소송법은 고소 및 고소취소에 관하여, 고소권자에 관한 규정(제223조 내지 제229조), 친고죄의 고소기간에 관한 규정(제230조), 고소취소의 시한과 재고소의 금지에 관한 규정(제232조 제1항, 제2항), 불가분에 관한 규정(제233조) 등 다수의 조문을 두고 있다. 특히 형사소송법 제236조는 “고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있다.”라고 하여 대리에 의한 고소 및 고소취소에 관한 명시적 근거규정을 두었다. 반면 반의사불벌죄에 관하여는 형사소송법 제232조 제3항에서 “피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 사건에서 처벌을 원하는 의사표시를 철회한 경우에도 제1항과 제2항을 준용한다.”라고 하여 고소취소의 시한과 재고소의 금지에 관한 규정을 준용하는 규정 하나만을 두었을 뿐 반의사불벌죄의 처벌불원의사에 대하여는 대리에 관한 근거규정을 두지 않았고, 대리에 의한 고소 및 고소취소에 관한 형사소송법 제236조를 준용하는 근거규정도 두지 않았다.

친고죄와 반의사불벌죄는 피해자의 의사가 소추조건이 된다는 점에서는 비슷하지만 소추조건으로 하는 이유·방법·효과는 같다고 할 수 없다. 피고인 또는 피의자의 처벌 여부에 관한 피해자의 의사표시가 없는 경우 친고죄는 불처벌을, 반의사불벌죄는 처벌을 원칙으로 하도록 형사소송법이 달리 취급하는 것도 그 때문이라고 할 수 있다.

형사소송법이 친고죄와 달리 반의사불벌죄에 관하여 고소취소의 시한과 재고소의 금지에 관한 규정을 준용하는 규정 외에 다른 근거규정이나 준용규정을 두지 않은 것은 이러한 반의사불벌죄의 특성을 고려하여 고소 및 고소취소에 관한 규정에서 규율하는 법원칙을 반의사불벌죄의 처벌불원의사에 대하여는 적용하지 않겠다는 입법적 결단으로 이해하여야 한다.

피해자가 아닌 제3자에 의한 고소 및 고소취소 또는 처벌불원의사를 허용

할 것인지 여부는 친고죄와 반의사불벌죄의 성질상 차이 외에 입법정책의 문제이기도 하다. 이는 반의사불벌죄에서 처벌불원 의사결정 자체는 피해자 본인이 해야 한다는 입법자의 결단이 드러난 것으로, 피해자 본인의 진실한 의사가 확인되지 않는 상황에서는 함부로 피해자의 처벌불원의사가 있는 것으로 추단해서는 아니 됨을 의미한다.

(라) 민법상 성년후견인이 형사소송절차에서 반의사불벌죄의 처벌불원 의사 표시를 대리할 수 있다고 보는 것은 피해자 본인을 위한 후견적 역할에 부합한다고 볼 수도 없다.

피해자를 사건본인으로 하는 성년후견개시심판과 피고인 또는 피의자를 당사자로 하는 형사소송절차는 완전히 별개의 절차로, 가정법원에 의한 성년후견인 선임은 형사소송절차에 대한 별도의 고려 없이 가사재판이 추구하는 가치를 충실히 구현할 수 있는 관점에서 이루어진다. 피해자 본인의 의사가 무엇보다 중요한 형사소송절차에서 반의사불벌죄에 대한 처벌불원의사에까지 성년후견인에게 대리를 허용하는 것은 피해자 보호를 비롯한 형사사법이 추구하는 보호적 기능의 구현과 무관할 뿐만 아니라 오히려 이에 역행한다고 볼 여지도 있다.

반의사불벌죄가 아닌 범죄에서 피해자와의 합의 내지 피해자의 처벌불원의사는 유리한 양형참작사유에 해당할 여지가 있으므로, 피고인이나 피의자는 피해자와 합의를 하려는 적극적인 유인이 있고, 이러한 합의는 성년후견인을 통해서도 당연히 가능하다. 그러나 반의사불벌죄에서 피해자의 진실한 처벌불원의사가 확인되지 않음에도 성년후견인에 의한 처벌불원의사의 대리를 허용하는 것은 피해자가 아닌 피고인 또는 피의자의 이익·관점에 지나치게 경도된 것이다.

반의사불벌죄에서 처벌불원의사로 국가의 형사사법기능이 중단되는 것은 그것이 ‘피해자’의 의사라는 점에서 정당성을 찾을 수 있으므로, 피해자가 의사무능력인 상황에서 성년후견인이 처벌불원의사를 대신 결정할 수 있도록 하는 것이 피해자 복리·보호에 부합한다고 추단할 수는 없다.

(마) 반의사불벌죄는 피해자에 대한 피해회복 등 당사자 사이에 사적인 분쟁해결을 촉진하고 존중하려는 취지도 포함되어 있다. 그러나 피해자의 처벌불원의사의 존부에 지나치게 무게중심을 두는 형사사법절차는 현실적으로 피해자에 대한 2차 가해와 같은 사회적 갈등이나 추가적인 법적 분쟁을 일으키는 주요한 원인이 될 수도 있다. 처벌불원의사를 표시하지 않는 행위가 피고인 또는 피의자에 대한 가혹함으로 치부되어, 결과적으로 피해자가 원치 않

는 의사표시를 강요당하는 상황에 처할 수 있기 때문이다.

2023. 7. 1. 시행된 대법원 양형기준은 ‘처벌불원’ 또는 ‘합의’의 지위를 범 죄별로 차등하여 규정하고, 정의 규정을 새롭게 정비함으로써 처벌불원과 합의의 양형인자로서의 기능을 체계적으로 세분화하였다. 새로 시행된 형사공탁제도는 인적사항이 특정되지 않은 상황에서도 피해자에 대한 공탁을 가능하게 함으로써 피해자의 보호라는 형사사법의 목적을 훼손하지 않으면서 피해회복과 유리한 양형인자를 확보할 수 있게 하였다. 이러한 제도적 변화까지 고려하면, 양형기준을 포함한 현행 형사사법 체계 아래에서 성년후견인의 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자와 합의를 한 경우에는 이를 소극적인 소추조건이 아니라 양형인자로서 고려하면 충분하다.

[대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 이동원, 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 반대의견] (가) 형사소송법은 반의사불벌죄에서 피해자의 의사능력이 결여된 경우 처벌불원 의사표시에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않은 법률 흠결상태이다. 피해자가 의사무능력인 경우에도 피해자의 자기결정권을 구현하고 피해자의 복리·보호를 위하여 제3자가 피해자의 의사를 지원·보완하는 방법을 통해 처벌불원 의사표시를 하는 것이 필요하므로 피고인에게 유리한 방향으로 형사소송법의 관련 규정들을 유추적용할 필요성이 매우 크다. 그것이 본인의 의사와 잔존능력을 존중하여 가능한 최대한도에서 정상적인 사회의 구성원으로 활동할 수 있도록 새롭게 도입된 성년후견제도의 취지를 반영하는 해석이다.

따라서 반의사불벌죄에서 의사능력이 없는 피해자에게 성년후견이 개시되어 있는 경우 성년후견인이 가정법원의 허가를 받아 처벌불원의 의사표시를 할 수 있다고 보아야 한다.

(나) 형사소송법이 피해자의 의사무능력에 관하여 그 대리에 관한 아무런 규정을 두지 않은 것은 보충이 필요한 법률의 흠결에 해당한다. 성년후견인에 의한 처벌불원 의사표시의 허용은 피고인에게 불리하지 않으므로 유추해석을 허용하더라도 죄형법정주의에 반하지 않는다. 다수의견은 형사소송법상의 법률의 흠결을 입법정책 내지 입법재량으로만 이해하고 새로운 제도의 도입으로 인한 유추해석의 필요성과 허용성을 지나치게 협소하게 파악하였다. 그러한 해석론은 피해자의 생활반경을 극히 제한적인 영역으로만 한정하면서 성년후견제도의 이용가능성을 원천적으로 봉쇄하여 피해자의 복리와 보호를 후퇴시키고 소극적 소송조건을 부당하게 축소해석함으로써 결과적으로 처벌범위를 확대하는 것이 되어 타당하지 않다.

(다) 성년후견인에 의한 피후견인의 자기결정권에의 지원·보완은 관련 민법 규정들과 성년후견제도에 의하여 허용된다.

의사결정능력이 제한되거나 상실된 사람의 자기결정권 행사를 지원·보완하는 것은 ‘장애인의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)’을 비롯하여 국민의 헌법상의 권리인 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리를 보장받기 위한 제도적 장치이다. 형사재판의 피해자라는 이유로 보호에서 제외될 수 없다. 특히 예상하지 못한 사고로 인지능력을 상실한 피해자는 가해자에 대한 민사소송과 가해자를 피고인으로 하는 형사소송 등 여러 법률적 분쟁에 휘말리게 된다. 그런데 위 민사소송과 형사소송은 피해를 입게 된 원인인 역사적 사실이 서로 동일한 점, 따라서 인지능력을 상실한 피해자를 대신하여 각 소송을 수행하는 성년후견인으로서 민사와 형사를 분리하여 각 소송별로 독자적인 해결책을 모색하기보다는 이들을 통틀어 일체로 파악하여 총체적·전체적 관점에서 피해자의 최선의 이익을 추구하는 방향으로 해결책을 모색할 가능성이 높다는 점에서, 각 소송은 상호 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 민사소송에서든 형사소송에서든 성년후견인의 행위는 피해자의 최선의 이익이라는 동일한 지향점 위에 상호 유기적으로 연결되어 있다고 볼 수 있고 양자를 분리하여 파악하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 손해배상금을 수령하는 행위와 처벌불원서를 제출하는 행위는 밀접하게 결합되어 전체적으로 피해자를 법률분쟁으로부터 해방시키는 절차를 구성하는 것이다. 이때 가정법원은 후견감독기관으로서 각 행위를 위한 허가재판에서 피해자의 의사능력결여 정도와 피해자복지 적합성을 심리하여 재판한다. 가정법원의 성년후견심판과 형사재판은 전혀 관계가 없다는 견해는 동의하기 어렵다.

개인의 신상에 관한 의사결정이 본인의 진실된 의사로 이루어져야 한다는 점은 반대의견의 전제이기도 하다. 그러나 인간은 예상하지 못한 사유로 의사능력을 상실할 수 있고 그때에도 여전히 결정하여야 할 대상이 존재한다. 성년후견인에 의한 의사결정권의 지원·보완은 제3자에 의한 의사결정의 대행·대체가 아니라 본인의사에 관한 진지하고 철저한 탐구·확인을 통하여 가정법원이 선임한 공적 지위의 성년후견인으로 하여금 본인의사가 실질적으로 실현된 것과 동일한 법률적 효과를 지향하고 그 과정에서도 법원의 후견감독기능을 개입시켜 본인의 자기결정권 행사를 담보하려는 것이다. 다수의 견이 우려하는 피해자 복리와와의 충돌, 피해자 의사의 무력화 등의 위험은 가정법원의 허가재판에서 걸러지게 될 것이다.

(라) 다수의견은 의사무능력자인 피해자의 성년후견인이 한 처벌불원의사 내지 형사합의는 양형참작사정으로 고려하는 것으로 충분하다고 한다. 성년후견인이 피해자를 대리하여 손해배상금을 수령하는 행위를 피해변제로 참작할 수 있다는 점에 대하여는 반대의견도 이견이 없다. 피해변제의 측면에서 형사공탁제도의 취지와 도입배경에 관한 다수의견의 이해 역시 이를 다투지 않는다.

그러나 피해자의 처벌불원의사는 ‘피해자 본인의 진정한 의사’에 기하여 ‘상대방을 용서’하는 것이다. 다수의견이 가해자를 용서하고 그의 처벌을 원하지 않는다는 의사의 결정은 의사능력을 갖춘 피해자 본인에 의하여만 할 수 있다고 하면서도 처벌불원서를 양형참작사정으로서 적법유효한 처벌불원의사로 취급하는 것은 수긍하기 어렵다. 이러한 시각은 소극적 소송조건으로서의 처벌불원의사와 양형요소로서 기능할 수 있는 처벌불원의사의 의미를 이원적으로 파악하는 것인데 그와 같은 이원적 취급의 근거를 알기 어렵다. ‘처벌불원의사’의 의미를 형사소송절차 전반에 걸쳐 동일하게 새겨야 하는 것이 타당함은 다언을 요하지 않을 것이다. ‘처벌불원의사’의 소송절차상의 지위나 기능을 그 절차적 특성이나 심리의 단계에 따라 다르게 파악하는 것은 ‘처벌불원의사’의 개념을 정의한 이후에 비로소 논의될 성질의 문제이다. 다수의견은 ‘처벌불원의사’의 의미를 심리절차에 따라 다르게 파악하고 있다는 점에서 동의하기 어렵다. 이 점에서 피해자 본인의 진실한 의사에 따른 처벌불원서가 항소심에서 제출되는 경우 양형참작사정으로 인정되는 것과는 다르다고 할 것이다.

- [2] 피고인이 자전거도로에서 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 보행자인 피해자 甲을 들이받아 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리 특례법 위반(치상)의 공소사실로 기소되었고, 위 사고로 의식불명이 된 甲에 대하여 성년후견이 개시되어 성년후견인으로 甲의 법률상 배우자 乙이 선임되었는데, 乙이 피고인 측으로부터 합의금을 수령한 후 제1심 판결선고 전에 甲을 대리하여 처벌불원의사를 표시한 사안에서, 위 특례법 제3조 제2항에서 차의 운전자가 교통사고로 인하여 범한 업무상과실치상죄는 ‘피해자의 명시적인 의사’에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하여 문언상 그 처벌 여부가 ‘피해자’의 ‘명시적’인 의사에 달려 있음이 명백하므로, 甲의 성년후견인인 乙이 甲을 대신하여 처벌불원의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다는 이유로, 같은 취지에서 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례.