

## 대법원 2023. 12. 14. 선고 중요 판결 요지

### 민 사

2020다282674 교수지위확인 (라) 파기환송(일부)

[대학의 교원 승진임용 및 정년보장임용 거부결정에 관한 무효확인 및 손해배상을 청구한 사건]

◇사립대학이 교원에 대한 위법한 승진임용 및 정년보장임용거부로 인하여 손해배상책임을 부담하는지 여부(한정 적극)◇

기간임용제 대학교원에 대한 학교법인의 재임용거부결정이 재량권을 일탈·남용한 것으로 평가되어 그 사법적 효력이 부정된다고 하더라도 이것이 불법행위를 구성함을 이유로 학교법인에 재산적 손해배상책임을 묻기 위해서는 해당 재임용거부가 학교법인의 고의 또는 과실로 인한 것이라는 점이 인정되어야 한다. 이를 위해서는 학교법인이 보통 일반의 대학을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 재임용거부결정이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우이어야 하며, 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 재임용거부사유의 내용과 성질, 그러한 거부사유 발생에 있어서 해당 교원의 기여(관여) 정도, 재임용심사절차에서 해당 교원의 소명 여부나 그 정도, 명시된 재임용거부사유 외에 학교법인이 재임용거부 판단에 실질적으로 참작한 사유의 유무 및 그 내용, 재임용심사의 전체적 진행 경과 등 여러 사정을 종합하여 손해의 배상책임을 대학에 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다. 이러한 판단을 거쳐 학교법인의 불법행위가 인정되는 경우에는 적법한 재임용심사를 받았더라면 재임용을 받을 수 있었던 사립대학 교원은, 대학에 대하여 그러한 위법행위가 없었더라면 교원으로 임용되어 재직할 수 있었던 기간 동안 임금 상당의 재산적 손해배상을 청구할 수 있다(대법원 2021. 2. 10. 선고 2015다254231 판결 참조).

이러한 법리는 학교법인의 정관이나 인사규정 등에서 승진임용이나 정년보장임용에 관하여 재임용과 같은 절차와 방식으로 심사하도록 규정함으로써 교원에게 승진임용과 정년보장임용에 대하여도 재임용에 준하여 정해진 절차에 따라 합리적이고 공정한 심사를 하여 줄 것을 요구할 신청권을 부여하였고 이를 근거로 해당 교원이 학교법인의 위법한 승진임용거부결정 또는 정년보장임용거부결정으로 인한 임금 상당액의 손해배상책임을 묻는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

☞ 피고 대학은 교원인사관리규정에서 재임용심사와 같은 절차와 방식으로 승진임용 및 정년보장임용 심사를 하도록 규정하고 있는데, 통지의무의 경우 재임용에 관하여 임용기간 만료일 2개월 전까지 재임용 여부 및 거부사유에 관한 통지를 하도록 규정하고 있고, 이를 승진임용과 정년보장임용 심사에도 준용하고 있음

☞ 피고의 기간제임용 조교수인 원고가 승진임용 및 정년보장임용 신청을 하였으나 아무런 통지를 받지 못한 채 거부되자, 위 거부처분에 승진임용 및 정년보장임용의 여부 및 각 임용거부사유에 관한 통지를 받지 못한 중대·명백한 절차상 하자가 있다고 주장하면서 거부처분 무효확인과 임금 또는 임금 상당액의 손해배상을 구하는 사안임

☞ 원심은, 피고의 거부처분이 무효라고 판단하면서도 승진임용이 자유재량에 속한다는 점 등의 이유로 임금 상당의 손해배상청구를 기각하였음

☞ 대법원은 위 법리를 실시하면서, 원심로서는 피고 대학이 통지의무를 위반함으로써 거부처분이 객관적 정당성을 상실한 정도에 이르렀는지, 원고가 적법한 승진임용심사와 정년보장임용심사를 받았더라면 각 임용을 받을 수 있었는지 등을 심리하여 손해배상책임의 존부를 판단하여야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결의 손해배상청구 부분을 파기·환송함

## 2022다208649 손해배상(기) (타) 파기환송

**[신용장 개설은행이 보세창고업자를 상대로 운송물의 무단 반출에 따른 손해배상을 구하는 사건]**

◇1. 과실에 의한 방조로서 공동불법행위책임을 인정하기 위한 요건 및 판단 방법, 2. 해상운송화물이 통관을 위하여 보세창고에 입고된 경우 및 해상화물운송에서 선하증권이 발행된 경우 보세창고업자가 부담하는 의무의 내용과 범위◇

1. 민법 제760조 제3항은 불법행위의 방조자를 공동불법행위자로 보아 방조자에게 공동불법행위의 책임을 지우고 있다. 방조는 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민사법의 영역에서는 과실에 의한 방조도 가능하고, 이 경우 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 그 의무를 위반하는 것을 말한다. 그런데 타인의 불법행위에 대하여 과실에 의한 방조로서 공동불법행위의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 불법행위에 의한 피해자의 손해 발생 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하고, 상당인과관계를 판단할 때에는 과실에 의한 행위로 인하여 해당 불법행위를 용이하게 한다는 사정에 관한 예견가능성과 아울러 과실에 의한 행위가 피해

발생에 끼친 영향, 피해자의 신뢰 형성에 기여한 정도, 피해자 스스로 쉽게 피해를 방지할 수 있었는지 여부, 주의의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적과 보호범의 등을 종합적으로 고려하여 그 책임이 지나치게 확대되지 않도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2005다21821 판결, 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다234985 판결 참조).

2. 해상운송화물이 통관을 위하여 보세창고에 입고된 경우에는 운송인과 보세창고업자 사이에 해상운송화물에 관하여 묵시적 임치계약이 성립하고, 보세창고업자는 운송인과의 임치계약에 따라 운송인 또는 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있다. 해상화물운송에 있어서 선하증권이 발행된 경우 운송인은 선하증권의 소지인에게 화물을 인도할 의무를 부담하므로, 운송인의 이행보조자인 보세창고업자도 해상운송의 정당한 수령인인 선하증권의 소지인에게 화물을 인도할 의무를 부담한다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다39820 판결 참조). 나아가 보세창고업자는 화물 인도 과정에서 운송인이 발행한 화물인도지시서가 화물을 인도할 수 있는 근거서류로 적법하게 발행되었는지 등을 확인할 주의의무를 부담한다. 이와 같이 보세창고업자가 화물 인도에 관하여 부담하는 주의의무는 선하증권 소지인의 권리 기타 재산상의 이익을 보호하고 손해를 방지하는 것을 목적으로 할 뿐, 선하증권을 취득하지 못한 신용장 개설은행에 대해서까지 이러한 주의의무를 부담한다고 보기 어렵다.

☞ 수입업자는 원고가 개설한 수입신용장을 이용하여 이 사건 수산물을 수입하면서 원고에게 수입물품과 관련 서류를 양도담보로 제공하기로 약정하였고, 이 사건 수산물은 2017. 5. 19. 선적되어 같은 달 24일 피고의 보세창고에 입고되었음

☞ 피고는 운송회사의 국내 운송취급인으로부터 발행일 및 선적일이 2017. 5. 19.로 기재된 선하증권 사본을 팩스로 송부 받고 화물인도지시서 등을 수령하지 않은 채 수입업자에게 이 사건 수산물을 반출하였고, 원고는 발행일 및 선적일이 각 2017. 6. 18.로 기재된 선하증권을 취득한 뒤 신용장 매입은행에 수입신용장 대금을 지급하였음

☞ 원고는, 피고가 이 사건 수산물을 무단 반출함으로써 수입업자의 불법행위를 방조하여 수입신용장 대금을 회수하지 못하는 손해를 입었다고 주장하면서 피고에 대하여 손해배상을 구함

☞ 원심은, 수입업자가 이 사건 수산물에 대한 권리를 원고에게 양도하기로 약정하고도 이를 무단으로 반출하는 불법행위를 저질렀고, 피고가 그 불법행위를 고의 또는 과실로 방조하였다고 판단하였음

☞ 대법원은, 피고는 이 사건 수산물을 반출함에 있어서는 운송회사가 발행한 화물인도지시서가 화물을 반출할 수 있는 근거서류로 적법하게 발행되었는지 등을 확인할 주의의

무를 부담하나, 원고는 이 사건 수산물을 표창하는 선하증권을 취득하지 못하였고 수입업자와의 약정에 따라 향후 양도담보권을 취득할 채권적 지위에 있었을 뿐이며, 피고는 운송회사와 임치계약관계에 있으나 원고와는 이 사건 수산물의 보관·인도에 관하여 어떠한 계약관계에 있다고 볼 자료가 없으므로, 피고가 원고의 권리 기타 재산상의 이익을 보호하고 손해를 방지할 주의의무까지 부담한다고 보기는 어렵다고 보아, 이와 달리 방조로 인한 공동불법행위에 있어 피고의 주의의무 위반을 인정한 원심판결을 파기·환송함

## 2022다210093 대여금 (다) 파기환송

**[장래 예금채권에 대한 채권가압류 결정이 있었으나 채무자의 제3채무자에 대한 예금계좌가 개설되어 있지 않은 사건]**

◇1. 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없는 경우 그 가압류집행으로써 집행채권의 소멸시효가 중단되는지 여부(원칙적 적극) 2. 그 시효중단의 효력이 종료되는 시점 (= 가압류결정이 송달된 때)◇

가압류명령의 송달 이후에 채무자의 계좌에 입금될 예금채권도 그 발생의 기초가 되는 법률관계가 존재하여 현재 그 권리의 특징이 가능하고 가까운 장래에 예금채권이 발생할 것이 상당한 정도로 기대된다고 볼 만한 예금계좌가 개설되어 있는 경우 등에는 가압류의 대상이 될 수 있다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2008다9952 판결 참조). 그러나 장래의 예금채권에 대한 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달되었을 때에 채무자의 제3채무자에 대한 예금계좌가 개설되어 있지 않은 등 그 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없는 경우에는, 그러한 채권가압류는 피압류채권이 존재하지 않으므로 가압류로서 집행보전의 효력이 없다.

채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 가압류할 당시 그 피압류채권이 부존재하는 경우에도 집행채권에 대한 권리 행사로 볼 수 있어 특별한 사정이 없는 한 가압류집행으로써 그 집행채권의 소멸시효는 중단된다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2020다239601 판결 참조). 다만, 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달될 당시 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없어 가압류의 대상이 되는 피압류채권이 존재하지 않는 경우에는 가압류의 집행보전 효력이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 가압류결정의 송달로써 개시된 집행절차는 곧바로 종료되고, 이로써 시효중단사유도 종료되어 집행채권의 소멸시효는 그때부터 새로이 진행한다고 보아야 한다.

☞ 원고는 대여금 채권 보전을 위하여 채무자를 피고, 제3채무자를 15곳의 금융기관으로 하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 예금채권 중 현재 예치된 예금 및 장래 입금

될 예금 중 청구채권액에 이를 때까지의 금원(각 금융기관별로 1,000만 원씩)에 대하여 채권가압류(‘이 사건 채권가압류’) 결정을 받았는데, 피고는 가압류결정 송달 당시 금융기관들에 대하여 예금채권이 없었음을 물론 예금계좌도 가지고 있지 않았던 사안임

☞ 원심은, 이 사건 채권가압류로 인하여 대여금채권의 소멸시효가 중단되었고, 그 가압류결정이 취소된 바 없이 효력을 유지하고 있는 이상 소멸시효가 중단된 상태가 계속된다고 판단하였음

☞ 대법원은, 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없어 가압류의 대상이 되는 피압류채권이 존재하지 않는 경우에는, 그 집행절차는 곧바로 종료되고 이로써 시효중단사유도 종료되어 소멸시효는 그때부터 새로이 진행된다는 법리를 실시하고, 이와 달리 원고의 시효중단 항변을 받아들인 원심판결을 파기·환송함

### **2023다33 손해배상금등 (타) 파기환송(일부)**

**[임대주택법령에서 정한 분양전환가격 산정기준에 따른 정당한 분양전환가격의 초과분 상당에 대한 부당이득반환 청구 사건]**

◇1. 임대사업자가 우선 분양전환 대상자임을 전제로 공공건설임대주택을 우선 분양전환한 경우 우선 분양전환 요건의 구비 여부에 대한 증명책임의 소재(= 수분양자), 2. 명도 세대 입주자가 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정한 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우’에 해당할 수 있는지 여부(원칙적 소극)◇

구 임대주택법 제21조 제1항은 “임대사업자가 임대의무기간이 지난 후 주택법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설한 주택 중 주택법 제60조에 따라 국민주택기금의 자금을 지원받아 건설하거나 공공사업으로 조성된 택지에 건설하는 임대주택을 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임차인에게 우선 분양전환하여야 한다.”라고 규정하면서 제4호에서 ‘선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 거주한 무주택자인 임차인’을 우선 분양전환을 받을 수 있는 임차인 중 하나로 들고 있다. 여기서 말하는 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우는 구 「주택공급에 관한 규칙」(2010. 2. 23. 국토해양부령 제225호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택공급규칙’이라 한다) 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법에 의하여 입주자로 선정된 경우로서 주택의 입주자를 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조까지의 방법으로 선정하였지만 공급되는 주택 수에 비하여 신청자가 적어서 남은 주택에 대하여 구 주택공급규칙 제4조에서 정한 주택의 공급대상에 해당하는 사람인지 불문하고 선착순으로 공급하였을 때 입주자로 선정된 경우를 의미한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75462 판결, 대법원 2023. 2.

2. 선고 2020다265112 판결 등 참조).

구 주택공급규칙 제3조는 제1항에서 “이 규칙은 사업주체가 법 제16조에 따라 사업계획승인을 받아 건설하는 주택 및 복리시설의 공급에 적용한다.”라고 규정하고 있다. 제2항에서는 “제1항에 따른 주택 중 다음의 제5호에 해당하는 주택을 공급하는 경우에는 제4조·제21조의2·제22조 및 제29조만을 적용한다. 다만, 다음 각 호의 주택을 해당자에게 공급하고 남은 주택이 20호 또는 20세대 이상인 경우 그 남은 주택을 공급하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하면서 제5호에서 “임대주택의 입주자가 퇴거함으로써 사업주체에게 명도된 주택(이하 ‘명도 세대’라 한다)”을 규정하고 있다. 위와 같은 규정에 비추어 볼 때, 명도 세대 입주자는 구 주택공급규칙 제3조 제2항에서 정한 바에 따라 선정된 입주자이지, 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법에 의하여 선정된 입주자가 아니다(다만 명도 세대 입주자라도 구 주택공급규칙 제3조 제2항 단서에 해당하여 구 주택공급규칙 제11조부터 제13조까지의 방법으로 입주자를 선정하였지만 공급되는 주택 수에 비하여 신청자가 적어서 발생한 남은 주택에 대하여 선착순의 방법에 의하여 입주자로 선정되었다면, 구 주택공급규칙 제10조 제6항에 따라 선착순의 방법에 의하여 선정된 입주자가 될 수는 있다).

☞ 임대사업자인 피고로부터 공공건설임대주택인 이 사건 임대아파트 중 해당 세대를 우선 분양 전환 받은 원고(선정당사자) 및 선정자들(‘원고 등’)은 피고를 상대로 구 임대주택법령에서 정한 분양 전환 가격 산정 기준에 따른 정당한 분양 전환 가격의 초과분 상환에 대한 부당 이득 반환을 구하고, 이에 대하여 피고는 원고 등이 명도 세대 입주자에 해당한다는 등의 이유로 구 임대주택법 제21조 제1항 각 호에서 정한 우선 분양 전환 요건을 갖추지 못하였다는 등으로 주장하며 다투는 사안임

☞ 원심은, 피고가 원고 등에 대하여 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정한 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 임차인에 해당한다는 신뢰를 부여하였고 우선 분양 전환이 이루어지고 상당한 기간이 지난 상황에서 원고 등이 우선 분양 전환 요건을 갖추었음을 증명하는 것이 용이하지 않다는 등의 이유로, 원고 등이 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호에서 정한 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 임차인에 해당한다고 보아 우선 분양 전환 요건을 갖추었다고 판단하였음

☞ 대법원은, 일정한 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우 부당이득의 반환을 구하는 사람이 급부행위의 원인이 된 사실의 존재와 함께 그 사유가 무효, 취소, 해제 등으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 하므로, 원고 등은 원칙적으로 자신들이 구 임대주택법 제21조 제1항 각 호에

서 정한 우선 분양전환 요건을 갖추었다는 사정, 각 분양계약에 따라 지급한 분양대금 중 구 임대주택법령에서 정한 분양전환가격 산정기준에 따른 정당한 분양전환가격을 초과하는 부분이 있다는 사정 등에 대한 증명책임을 부담한다고 보아야 하고, 피고가 원고 등에 대해서 우선 분양전환 대상자로 인정하는 모습을 보였다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니라고 보아, 이와 달리 원고 등이 구 임대주택법 제21조 제1항 제4호의 선착순의 방법으로 입주자로 선정된 임차인으로서 원고 등이 모두 무주택 요건을 갖추었음이 인정된다는 전제에서 원고 등의 부당이득반환청구를 일부 받아들인 원심판결을 파기·환송함

## 2023다226866 건물인도 (타) 상고기각

### [주택임대차보호법 제3조 제3항에 정한 ‘직원’ 및 ‘주거용 임차’의 의미가 문제된 사건]

◇1. 주택임대차보호법 제3조 제3항에 정한 ‘직원’에 주식회사의 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람이 포함되는지 여부(소극), 2. 법인이 체결한 주택임대차가 주택임대차보호법 제3조 제3항에 정한 주거용 임대차에 해당하기 위한 요건 및 그 요건 해당 여부의 판단 방법◇

이 사건 조항은 중소기업기본법 제2조에 따른 중소기업에 해당하는 법인이 소속 직원의 주거용으로 주택을 임차한 후 그 법인이 선정한 직원이 해당 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생기고, 임대차가 끝나기 전에 그 직원이 변경된 경우에는 그 법인이 선정한 새로운 직원이 주택을 인도받고 주민등록을 마친 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 정하고 있다. 그리고 주택임대차보호법 제3조의2 제1항은 임차인의 범위에 ‘제3조 제3항의 법인을 포함한다. 이하 같다.’라고 정하고 있으며, 주택임대차보호법 제6조의3은 계약갱신 요구 등에 관하여 정하고 있다.

이 사건 조항에 따라 법인인 임차인이 주택임대차보호법이 정한 임차인에 해당된다고 보려면, 임차인인 법인의 직원인 사람이 그 법인이 임차한 주택을 인도받고 주민등록을 마쳐야 한다. 여기에서 말하는 ‘직원’은, 해당 법인이 주식회사라면 그 법인에서 근무하는 사람 중 법인등기사항증명서에 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람을 제외한 사람을 의미한다고 보아야 한다. 다만 위와 같은 범위의 임원을 제외한 직원이 법인이 임차한 해당 주택을 인도받아 주민등록을 마치고 그곳에서 거주하고 있다면 이로써 이 사건 조항에서 정한 대항력을 갖추었다고 보아야 하고, 그 밖에 업무관련성, 임대료의 액수, 지리적 근접성 등 다른 사정을 고려하여 그 요건을 갖추었는지를 판단할 것은 아니다.

☞ 중소기업인 피고가 이 사건 아파트를 임대차보증금 2억 원, 차임 월 1,500만 원으로

정하여 임차한 후 당시 대표이사가 그곳에서 거주하면서 주민등록을 마쳤는데, 원고가 피고에 대하여 계약 갱신 거절 의사를 표시하면서 그 인도를 구하자 피고가 주택임대차보호법에서 정한 대항력을 갖춘 임차인임을 전제로 주택임대차보호법 제6조의3에서 정한 계약갱신요구권을 행사한 사안임

☞ 원심은, 주택임대차보호법 제3조 제3항에서 정한 ‘직원’에 법인의 ‘대표이사 등 임원’은 포함된다고 하기 어렵고, 본점 소재지와 이 사건 아파트와의 거리, 차임액수, 당사자가 계약을 체결한 의도 및 이용상황 등에 비추어 볼 때 피고가 주택임대차보호법의 적용을 받는 임차인에 해당하지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은, 주택임대차보호법 제3조 제3항에서 정한 ‘직원’에는 해당 법인이 주식회사라면 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람은 제외된다고 보아야 하고, ‘주거용’인지를 판단할 때 업무관련성이나 임대료의 액수, 지리적 근접성 등 다른 사정을 고려할 것은 아니라는 법리를 설시하고, 피고가 계약갱신요구권을 행사할 수 없다고 판단한 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

## **2023다229896 부당이득금 (라) 파기환송**

**[「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제20조에 정한 전유부분과 대지사용권의 분리처분금지 여부가 문제되는 사건]**

◇1. 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 부칙 제4조에 따라 같은 법 제20조가 적용되기 전에 구분소유자가 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분한 경우의 효력(유효),  
2. 이때 분리된 전유부분과 대지사용권을 같은 조가 적용된 이후에 각각 처분한 경우의 효력(유효)◇

1984. 4. 10. 법률 제3725호로 제정된 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘집합건물법’이라고 한다) 제20조는 “구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다(제1항), 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만 규약으로써 달리 정한 때에는 그러하지 아니하다(제2항)”라고 규정하고, 같은 법 부칙 제1조는 “이 법은 공포 후 1년이 경과한 날로부터 시행한다”, 제4조는 “이 법 시행 당시 현존하는 전유부분과 이에 대한 대지사용권에 관한 제20조 내지 제22조의 규정은 이 법의 시행일로부터 2년이 경과한 날로부터 적용한다”라고 규정한다. 위 각 규정에 의하면, 집합건물법 부칙 제4조에 따라 같은 법 제20조의 규정이 적용되기 전에 구분소유자가 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분하는 것은 유효하고, 그 경우에는 집합건물법 제20조가 적용된 이후에도 그 전유부분과 대지사용권을 각자 처분하는 것



이 전유부분과 대지사용권의 일체성에 위배되어 무효라고 할 수 없다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다72779, 72786 판결 참조).

집합건물법 제20조에 의하여 분리처분이 금지되는 같은 법상 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리이므로(집합건물법 제2조 제6호 참조), 구분소유자 아닌 자가 전유부분의 소유와 무관하게 집합건물의 대지로 된 토지에 대하여 가지고 있는 권리는 같은 법 제20조에 규정된 분리처분금지의 제한을 받지 아니한다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2011다12149, 12156 판결 참조).

☞ 甲은 이 사건 토지 및 인접 토지 지상에 구분소유 형태의 이 사건 건물을 신축한 후 1978. 1.경부터 1983. 11.경 사이에 자신이 보유한 전유부분을 전부 분양하거나 양도하면서도 이 사건 토지에 관한 1/2 지분(‘이 사건 공유지분’)은 그의 소유로 남겨두었다가 2004. 12. 6. 이 사건 공유지분을 乙에게 이전하였음. 乙로부터 2009. 6. 26. 이 사건 공유지분을 이전받은 원고가 이 사건 건물의 구분소유자들인 피고들을 상대로 부당이득의 반환을 구하는 사안임

☞ 원심은, 甲의 이 사건 공유지분 처분행위가 집합건물법 제20조 제2항에 반하여 무효라고 판단하였음

☞ 대법원은, 甲은 이 사건 토지 및 이 사건 인접 토지 지상에 구분소유 형태의 이 사건 건물을 신축한 후 자신이 보유한 전유부분을 수분양자들에게 분양하는 등 모두 처분하면서 이 사건 공유지분은 그의 소유로 남겨두었는바, 이는 집합건물법 부칙 제4조에 따라 같은 법 제20조의 규정이 적용되기 전이므로 같은 법 제20조가 정한 분리처분금지의 제한을 받지 않고, 나아가 甲은 집합건물법 시행 당시 이 사건 건물의 전유부분을 모두 처분하여 이를 소유하고 있지 않았으므로, 이 사건 공유지분은 전유부분의 소유와 무관하게 甲에게 유보되어 있다가 乙, 원고에게 순차로 이전된 것이라고 보아야 하므로, 이 사건 공유지분은 전유부분의 소유를 위한 대지사용권으로 제공되었다고 볼 수 없어 이를 따로 처분하였다고 하여 그것이 분리처분금지 규정에 위배된다고 볼 수는 없다고 보아, 이와 달리 원고의 부당이득반환청구를 배척한 원심판결을 파기·환송함

## **2023다248903 손해배상(기) (다) 파기환송**

**[세월호 침몰로 사망한 망인의 친모가 뒤늦게 망인의 사망사실을 알게 되어 국가배상을 청구한 사건]**

◇1. 국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상청구권의 소멸시효기간(= 국가재정법에 따른 5년), 2. 소멸시효기간이 법원의 직권판단 대상인지 여부(적극)◇

국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상청구권은 금전의 급부를 목적으로 하는 국가에 대한 권리로서 국가재정법 제96조 제2항, 제1항이 적용되므로 이를 5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다. 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안은 진행하지 않으나, '권리를 행사할 수 없는' 경우란 그 권리행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우를 의미하고 사실상 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이에 해당하지 않는다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결 등 참조).

한편 어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하여 변론주의의 적용대상이 되지 않으므로 법원이 직권으로 판단할 수 있다(대법원 1977. 9. 13. 선고 77다832 판결, 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 70936 판결 등 참조).

☞ 망인은 안산 단원고등학교에 재학 중이던 학생이고, 원고는 망인의 친부와 이혼한 후 망인과 교류가 없던 친모로, 세월호 침몰로 망인이 사망한 사실을 뒤늦게 알게 되자 사고 당시 현장구조활동을 한 해경의 직무집행상 과실을 이유로 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사안임

☞ 원심은, 해경의 직무집행상 과실을 인정하면서, 원고 고유의 위자료채권에 대하여는 원고가 망인의 사망사실을 알게 된 시점에 비로소 그 손해 및 가해자를 알았다고 보아 그로부터 3년이 경과하기 전 소가 제기되었음을 이유로 피고의 소멸시효 항변을 배척하고, 망인의 일실수입 및 위자료채권에 대하여는 민법 제181조에 따라 원고의 상속 승인에 의한 효과가 발생한 때로부터 6개월간 소멸시효가 정지된다고 보아 피고의 소멸시효 항변을 배척하였음

☞ 대법원은, 망인의 일실수입 및 위자료채권 부분에 대한 원심판단은 수긍할 수 있으나, 원고의 고유의 위자료채권은 국가재정법상 5년의 시효기간이 적용되므로 이 사건 소 제기 당시 이미 그 기간이 경과하였다고 보아, 이와 달리 이 부분 위자료까지 더해 손해배상을 명한 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기·환송함

## 2023다270047 영업금지등 (다) 파기환송

[편의점 소유자 겸 운영자가 상가 내 같은 층의 무인 아이스크림 등 할인점 운영자를 상대로 업종제한약정 위반을 이유로 영업금지를 청구한 사건]

◇업종 제한 약정 위반 여부의 판단 방법◇

건축주가 상가를 건축하여 점포별로 업종을 정하여 분양한 경우 점포의 수분양자나 그의 지위를 양수한 자 또는 그 점포를 임차한 자는 특별한 사정이 없는 한 상가의 점포 입점자들에 대한 관계에서 상호 묵시적으로 분양계약에서 약정한 업종 제한 등의 의무를 수인하기로 동의하였다고 봄이 상당하므로, 상호간의 업종 제한에 관한 약정을 준수할 의무가 있다고 보아야 한다. 따라서 이와 같은 업종 제한 약정을 위반할 경우 이로 인하여 영업상의 이익을 침해당할 처지에 있는 자는 침해배제를 위하여 동종업종의 영업금지를 청구할 권리가 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다61179 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다79258 판결 등 참조). 상가를 분양하는 계약에서 업종 제한 약정을 하면서도 그 업종의 의미 및 영업범위에 관하여 따로 정하지 않은 경우에는, 그 업종의 사전적 의미, 일반적으로 행해지는 그 업종의 영업내용, 한국표준산업분류표의 분류기준 등을 모두 종합하여 결정하되, 획일적·절대적으로 결정할 것이 아니라 상가가 위치한 도시와 아파트 단지의 규모, 그 상가의 크기와 상권형성 정도, 인근 동종업종의 상황 등도 아울러 고려하여, 지정된 업종의 점포 입점자가 거래관념상 통상적으로 수인하여야 할 정도를 넘는 약정 위반인지 여부를 판단하여야 한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다63747 판결 등 참조).

☞ 편의점 소유자 및 운영자인 원고가 상가 내 같은 층에서 24시간 무인 아이스크림 등 할인점을 운영하는 피고를 상대로 업종제한약정 위반을 주장하며 영업금지를 청구한 사안임

☞ 원심은, 원고들의 편의점(‘이 사건 편의점’)과 피고의 아이스크림 등 할인점(‘이 사건 할인점’)은 업종 제한 약정의 적용을 받는 동종업종이라고 볼 수 없고, 이 사건 할인점으로 인한 편의점의 매출하락을 인정할 구체적인 자료도 없어 영업상 이익의 침해를 인정하기도 어렵다고 판단하였음

☞ 대법원은, 이 사건 24시간 할인점과 편의점이 동종업종으로 볼 여지가 많을 정도로 영업내용과 방식에서 유사한 점, 같은 상가건물 내 같은 층에 인접하여 배후 아파트 주민들을 주된 고객층으로 공유하고 있으므로 업종제한약정의 체결로 의도한 영업권의 독점적 보장 범위 내에 있다고 봄이 약정에 관한 합리적 의사해석인 점, 경쟁업체로 인한 매출하락 정도가 거래관념상 통상 수인하여야 할 정도를 넘는 것으로 보이는 점 등에 비추어 업종제한약정 위반에 해당할 수 있다고 보아, 이와 달리 원고들의 위 할인점에 대한 영업금지청구를 배척한 원심판결을 파기·환송함

## 2023다272234 보관금반환 (아) 파기환송

### [무권한자의 변제수령행위에 대한 묵시적 추인 여부가 문제된 사건]

◇1. 민법 제472조의 '채권자가 이익을 받은' 경우에 무권한자의 변제수령행위를 채권자가 사후에 추인하는 경우도 포함되는지 여부(적극), 2. 이러한 경우 채권자가 무권한자에게 부당이득으로서 그 변제받은 것의 반환을 청구할 수 있는지 여부(적극)◇

민법 제472조는 불필요한 연쇄적 부당이득반환의 법률관계가 형성되는 것을 피하기 위하여 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제의 경우에도 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있다고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 '채권자가 이익을 받은' 경우에는 변제의 수령자가 진정한 채권자에게 채무자의 변제로 받은 급부를 전달한 경우는 물론이고, 그렇지 않더라도 무권한자의 변제수령을 채권자가 사후에 추인한 때와 같이 무권한자의 변제수령을 채권자의 이익으로 돌릴 만한 실질적 관련성이 인정되는 경우도 포함된다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다32214 판결 참조). 이 경우 추인은 명시적 뿐만 아니라 묵시적인 방법으로도 가능하며 그 의사표시는 무권대리인이나 그 상대방 어느 쪽에 하여도 무방하고(대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다44291 판결), 이와 같이 무권한자의 변제수령을 채권자가 추인한 경우에 채권자는 무권한자에게 부당이득으로서 그 변제받은 것의 반환을 청구할 수 있다(대법원 1992. 9. 8. 선고 92다15550 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다71856, 71863 판결 등 참조).

☞ 원고는 공동상속인 중 1인인 피고를 상대로, 피고가 채무자로부터 상속재산인 투자 수익금 채권 중 4억 원을 단독으로 수령하였다고 주장하며 보관금 또는 부당이득을 원인으로 원고의 상속분에 해당하는 8,000만 원(= 4억 원 × 1/5)의 반환을 구하는 사안임

☞ 원심은, 피고의 법정상속분(1/5)을 초과하는 부분에 관하여는 피고의 변제수령행위가 무효라고 보아 원고의 채무자에 대한 8,000만 원의 채권이 소멸되었다고 보기 어렵다고 판단하였음

☞ 대법원은, 원고가 피고를 상대로 이 사건 소를 제기한 것은 무권한자인 피고의 변제수령행위를 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있으므로, 피고에 대한 변제는 원고에 대하여도 유효하게 되었다고 볼 여지가 있다고 보아, 이와 달리 원고의 부당이득반환청구를 기각한 원심판결을 파기·환송함

## 형 사

**2020도1669 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)등 (다) 파기이송 [음란합성사진 파일의 음화 해당 여부 및 휴대전화 전자정보의 증거능력이 문제된 사건]**

◇1. 음란합성사진 파일이 형법 제244조의 ‘음란한 물건’에 해당하는지 여부(소극),  
2. 당사자의 참여권이 보장되지 않고 전자정보 압수목록 교부하지 않았으며 객관적 관련성이 부정된 상태에서 수집된 휴대전화 전자정보 및 그에 따른 2차적 증거의 증거능력 인정 여부(소극)◇

가. 형법 제243조(음화반포등)는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결 참조). 이는 형법 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자를 처벌하는 규정인 형법 제244조(음화제조등)의 ‘음란한 물건’의 해석에도 그대로 적용된다.

나. 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 임의제출한 경우에는 실질적 피압수자인 피의자가 수사기관으로 하여금 그 전자정보 전부를 무제한 탐색하는 데 동의한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다(대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결 등 참조).

이와 같이 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’라 함은, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로서, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전반에 대한 실질적인 압수·수색 당사자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결, 대법원 2023. 9. 18. 선고 2022도7453 전원합의체 판결 참조).

한편 형사소송법 제308조의2(군사법원법 제359조의2)는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다. 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살펴야 한다. 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결 등 참조).

다. 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 만약 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의 사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다(위 대법원 2016도348 전원합의체 판결 참조).

☞ 피고인이 성명불상자에게 지인의 얼굴과 나체사진이 합성된 음란한 사진(음란합성사진) 파일 제작을 의뢰하고(음화제조교사), 지하철 등지에서 여고생들을 불법촬영(성폭력처벌법 위반) 등을 한 사안임

☞ 대법원은, ① 음란합성사진 파일은 형법 제244조의 ‘음란한 물건’에 해당한다고 볼 수 없고, ② 피해자가 임의제출한 이 사건 휴대전화 내 전자정보의 탐색 등 과정에서 실질적 피압수자인 피고인의 참여권이 보장되지 않았고, 전자정보 압수목록이 교부되지 않은 위법이 있으며, ③ 이후 군검사가 이 사건 휴대전화를 피해자 측에 환부한 후 다시 압수수색 영장을 발부받아 압수하였더라도 선행 절차위법 사이에 인과관계가 희석된다고 볼 수 없고, ④ 음화제조교사 부분 혐의사실과 관련성이 없는 성폭력처벌법 위반 불법촬영 사진을 발견하였음에도 추가 탐색을 중단하지 않은 위법이 있음을 이유로 이 사건 휴대전화에서 탐색·복원·출력된 전자정보 및 그에 따른 2차적 증거의 증거능력이 부정된다고 보아, 이와 달리 위 전자정보의 증거능력을 인정한 원심판결을 파기하고, 원심법원(고등군사법원)과

동등한 관할 법원인 서울고등법원으로 이송함

## 2021도2299 공공단체등위탁선거에관한법률위반 (라) 상고기각

[사인이 몰래 녹음한 피고인과 사이의 전화통화 녹음파일의 증거능력이 문제된 사건]

◇사인이 수집한 사생활 영역 관련 증거의 증거능력을 판단하는 기준◇

국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무이고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없다. 형사절차에서 증거로 사용할 수 있는지는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 허용 여부를 결정하여야 한다.

이때 법원이 비교형량을 할 때에는 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 정도, 증거수집 과정에서 사생활 내지 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다. 증거수집 절차가 개인의 사생활 내지 인격적 이익을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 아니 된다. 그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

☞ 피고인의 배우자가 피고인 모르게 피고인의 휴대전화에 자동녹음 애플리케이션을 실행해 두어 자동으로 녹음된 피고인과 배우자 사이의 전화통화 녹음파일을 증거로 사용할 수 있는지 여부가 문제된 사안임

☞ 원심은, 전화통화 녹음파일의 증거능력을 인정하여 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 위와 같은 법리를 실시한 후, 피고인의 배우자가 피고인의 동의 없이 피고인의 휴대전화를 조작하여 통화내용을 녹음하였으므로 피고인의 사생활 내지 인격적 이익을 침해하였다고 볼 여지는 있으나, ① 피고인의 배우자가 전화통화의 일방 당사자로서 피고인과 직접 대화를 나누면서 피고인의 발언 내용을 직접 청취하였으므로 전화통화 내용을 몰래 녹음하였다고 하여 피고인의 사생활의 비밀, 통신의 비밀, 대화의 비밀 등이 침해되었다고 평가하기는 어렵고, 피고인의 배우자가 녹음파일 등을 제3자에게 유출한 바 없으므로 음성권 등 인격적 이익의 침해 정도도 비교적 경미하다고 보아야 하는 점, ② 피고인의 배우자가 범행에 관한 증거로 사용하겠다는 의도나 계획 아래 전화통화를

녹음한 것이 아니고, 수사기관 역시 위 전화통화의 녹음에 어떠한 관여도 하지 않은 채 적법하게 압수한 휴대전화를 분석하던 중 우연히 이를 발견하였을 뿐인 점, ③ 반면 이 사건 형사소추의 대상이 된 행위는 수산업협동조합장 선거에서 금품을 살포하여 선거인을 매수하는 등 이른바 ‘돈 선거’를 조장하였다는 것이고, 선거범죄는 대체로 계획적·조직적인 공모 아래 은밀하게 이루어지므로, 구체적 범행 내용 등을 밝혀 줄 수 있는 객관적 증거인 전화통화 녹음파일을 증거로 사용해야 할 필요성이 높은 점 등을 종합하면, 전화통화 녹음파일을 증거로 사용할 수 있다고 보아, 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## 2022도163 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) (라) 상고기각

**[은행장에게 펀드 재판매를 요청하고 그 대가로 금원을 지급받은 변호사의 행위가 특정경제범죄법상 알선수재에 해당하는지 여부가 문제된 사건]**

◇변호사의 활동이 특정경제범죄법상 알선수재의 죄에 해당하기 위한 요건◇

변호사법 제2조는 변호사의 지위에 관하여 “변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다.”라고 규정하고, 제3조는 변호사의 직무에 관하여 “변호사는 당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 하는 것을 그 직무로 한다.”라고 규정하고 있다.

이러한 변호사 지위의 공공성과 직무범위의 포괄성에 비추어 볼 때, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘특정경제범죄법’이라 한다) 제7조의 규정은 변호사가 그 위임의 취지에 따라 수행하는 적법한 청탁이나 알선행위까지 처벌대상으로 한 규정이라고 볼 수 없다. 따라서 정식으로 법률사건을 의뢰받은 변호사의 경우라면, 사건의 해결을 위한 접대나 향응, 뇌물의 제공, 사적인 연고관계나 친분관계를 부정하게 이용하는 등 공공성을 지닌 법률전문직으로서의 정상적인 활동이라고 보기 어려운 방법을 내세워 의뢰인의 청탁 취지를 금융회사등의 임직원에게 전하거나 의뢰인을 대신하여 스스로 금융회사등의 임직원에게 청탁하는 행위 등을 한다는 명목으로 금품이나 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하는 등, 금품 등의 수수의 명목이 변호사의 지위 및 직무범위와 무관하다고 평가할 수 있는 때에만 특정경제범죄법 제7조 위반죄가 성립한다.

☞ 피고인이 A자산운용 관계자로부터 ‘B은행장을 만나 위 자산운용의 C펀드를 B은행에서 다시 판매해 달라는 요청을 해 달라’는 부탁을 받고, B은행장에게 위 펀드 재판매를 요청하고 그 대가로 약 2억 원을 지급받은 행위에 대해 특정경제범죄법위반 혐의로 기소된 사안임



☞ 대법원은, 변호사인 피고인이 정식으로 법률사건을 의뢰받고 그 위임의 취지에 따라 금융회사 등의 임직원을 접촉하여 의뢰인의 입장을 전달하며 상대방을 설득하는 것은 변호사가 수행할 수 있는 적법한 법률사무에 해당한다고 보아, 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

### 2023도3509 업무상배임등 (카) 파기환송

**[법인의 사용인이 영업비밀을 부정사용하려다가 미수에 그친 경우 법인을 부정경쟁방지법상 양벌규정으로 처벌할 수 있는지 여부]**

◇구 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제19조의 법인에 대한 양벌규정의 적용범위◇

구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2019. 1. 8. 법률 제16204호로 개정되기 전의 것) 제19조는 '법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원(이하 '사용인 등'이라 한다)이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제18조 제1항부터 제4항까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.'고 규정한다. 이에 따르면 위 양벌규정은 사용인 등이 영업비밀의 취득 및 부정사용에 해당하는 제18조 제1항부터 제4항까지의 위반행위를 한 경우에 적용될 뿐이고, 사용인 등이 영업비밀의 부정사용에 대한 미수범을 처벌하는 제18조의2에 해당하는 위반행위를 한 경우에는 위 양벌규정이 적용될 수 없다.

☞ 피고인 법인의 사용인이 피해자의 영업비밀을 부정사용하려다가 미수에 그친 사안임

☞ 원심은, 구 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제19조의 양벌규정을 적용하여 피고인 법인을 처벌하였음

☞ 대법원은, 위와 같이 판시하면서 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

### 2023도10313 스토킹범죄의처벌등에관한법률위반 (타) 상고기각

**[수개월간 반복하여 고의로 소음을 발생시킨 행위가 스토킹범죄에 해당하는지 문제된 사건]**

◇스토킹처벌법상 스토킹행위 및 스토킹범죄 해당 여부 판단 방법◇

구 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」(2023. 7. 11. 법률 제19518호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 스토킹처벌법'이라 한다) 제2조 제1호는 "'스토킹행위'란 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것을 말한다."라고 규정하고, 그 유형 중 하나로 '상대방 등에게 직접 또는 제3자를 통하여 글·말·부호·

음향·그림·영상·화상을 도달하게 하거나 주거 등 또는 그 부근에 물건 등을 두는 행위'를 들고 있다(라. 목). 그리고 같은 조 제2호는 “‘스토킹범죄’란 지속적 또는 반복적으로 스토킹행위를 하는 것을 말한다.”라고 규정한다.

스토킹행위를 전제로 하는 스토킹범죄는 행위자의 어떠한 행위를 매개로 이를 인식한 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킴으로써 그의 자유로운 의사결정의 자유 및 생활형성의 자유와 평온이 침해되는 것을 막고 이를 보호법익으로 하는 위법범이라고 볼 수 있으므로, 구 스토킹처벌법 제2조 제1호 각 목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 이를 인식한 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도라고 평가될 수 있다면 현실적으로 상대방이 불안감 내지 공포심을 갖게 되었는지 여부와 관계없이 ‘스토킹행위’에 해당하고, 나아가 그와 같은 일련의 스토킹행위가 지속되거나 반복되면 ‘스토킹범죄’가 성립한다. 이때 구 스토킹처벌법 제2조 제1호 각 목의 행위가 객관적·일반적으로 볼 때 상대방으로 하여금 불안감 또는 공포심을 일으키기에 충분한 정도인지는 행위자와 상대방의 관계·지위·성향, 행위에 이르게 된 경위, 행위 태양, 행위자와 상대방의 언동, 주변의 상황 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2023. 9. 27. 선고 2023도6411 판결 참조).

☞ 빌라 아래층에 살던 피고인이 불상의 도구로 여러 차례 벽 또는 천장을 두드려 ‘쿵쿵’ 소리를 내어 이를 위층에 살던 피해자의 의사에 반하여 피해자에게 도달하게 한 사안임

☞ 대법원은, 피고인은 층간소음 기타 주변의 생활소음에 불만을 표시하며 수개월에 걸쳐 이웃들이 잠드는 시각인 늦은 밤부터 새벽 사이에 반복하여 도구로 벽을 치거나 음향기기를 트는 등으로 피해자를 비롯한 주변 이웃들에게 큰 소리가 전달되게 하였고, 피고인의 반복되는 행위로 다수의 이웃들은 수개월 내에 이사를 갈 수밖에 없었으며, 피고인은 이웃의 112 신고에 의하여 출동한 경찰관으로부터 주거지 문을 열어 줄 것을 요청받고도 ‘영장 들고 왔냐’고 하면서 대화 및 출입을 거부하였을 뿐만 아니라 주변 이웃들의 대화 시도를 거부하고 오히려 대화를 시도한 이웃을 스토킹혐의로 고소하는 등 이웃 간의 분쟁을 합리적으로 해결하려 하기보다 이웃을 괴롭힐 의도로 위 행위를 한 것으로 보이는 점 등 피고인과 피해자의 관계, 구체적 행위태양 및 경위, 피고인의 언동, 행위 전후의 여러 사정들에 비추어 보면, 피고인의 행위는 층간소음의 원인 확인이나 해결방안 모색 등을 위한 사회통념상 합리적 범위 내의 정당한 이유 있는 행위에 해당한다고 볼 수 없고 객관적·일반적으로 상대방에게 불안감 내지 공포심을 일으키기에 충분하다고 보이며, 나아가 위와 같은 일련의 행위가 지속되거나 반복되었으므로 ‘스토킹범죄’를 구성한다고 보아, 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함