

## 대법원 2023. 12. 21. 선고 중요 판결 요지

### 민 사

2017다249929 손해배상(기) (자) 상고기각

[시세 조종행위 내지 사기적 부정행위로 인한 손해배상을 구하는 사건]

◇1. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제3조 ‘금융투자상품’의 범위, 2. 같은 법 제 179조 제1항에 따른 금융투자상품의 투자자에 대한 손해배상책임 성립 여부◇

1) 자본시장법이 제정되기 이전까지 자본시장을 규율하던 증권거래법, 선물거래법, 「간접투자자산 운용업법」 등 법률이 적용될 당시에는 금융기관이 취급할 수 있는 상품의 종류가 제한적으로 열거되어 있어 창의적인 상품개발 등 금융혁신이 어려웠다. 이를 시정하는 차원에서 자본시장법은 금융투자상품에 관하여 포괄적으로 규정하는 방식을 채택하였다.

구체적으로 구 자본시장법은 금융투자상품을 “이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(이하 ‘투자성’이라 한다)이 있는 것”으로 규정하였고(제3조 제1항), 금융투자상품을 증권과 파생상품으로, 파생상품을 다시 장내파생상품과 장외파생상품으로 구분한 다음(제3조 제2항), 파생상품을 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약상의 권리”라고 규정하면서 그 계약 중 하나로 “당사자 어느 한쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약”을 규정하였으며(제5조 제1항), 장내파생상품을 “파생상품시장에서 거래되는 파생상품, 해외 파생상품시장(파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 있는 시장과 대통령령으로 정하는 해외 파생상품거래가 이루어지는 시장을 말한다)에서 거래되는 파생상품, 그 밖에 금융투자상품시장을 개설하여 운영하는 자가 정하는 기준과 방법에 따라 금융투자상품시장에서 거래되는 파생상품”으로(제5조 제2항), 장외파생상품을 “파생상품으로서 장내파생상품이 아닌 것”으로 규정하였다(제5조 제3항).

이와 같이 구 자본시장법은 금융투자상품을 '투자성'이 있는 권리로 규정하면서 이를 증권과 파생상품으로 구분하였을 뿐 거래주체나 장소, 적용 법규 등에 따라 범위를 한정하지 않았으므로, 구 자본시장법이 정하는 금융투자상품은 개별 조항에서 달리 정하지 않는 한 투자성을 가진 일정한 권리를 포괄하는 것이라고 볼 수 있다.

2) 가) 구 자본시장법 제178조 제1항은 “누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하면서 금지하는 부정거래행위로 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교의 사용(제1호)’, ‘중요사항에 관한 허위표시의 사용(제2호)’, ‘거래를 유인할 목적의 허위시세 이용(제3호)’ 등을 들고 있으며, 같은 조 제2항은 “금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이거나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박을 하여서는 아니 된다.”라고 규정하였다. 어느 행위가 금융투자상품의 거래와 관련하여 구 자본시장법 제178조에서 금지하는 부정행위에 해당하는지 여부는, 금융투자상품의 구조와 거래방식 및 거래경위, 금융투자상품이 거래되는 시장의 특성, 금융투자상품으로부터 발생하는 투자자의 권리·의무 및 그 종료 시기, 투자자와 행위자의 관계, 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2015. 4. 9. 자 2013마1052, 1053 결정 참조).

나) 구 자본시장법 제179조 제1항은 “제178조를 위반한 자는 그 위반행위로 인하여 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 한 자가 그 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 입은 손해를 배상할 책임을 진다.”라고 규정하였으므로, 부정행위자는 금융투자상품의 거래와 관련한 부정행위로 인하여 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 한 투자자가 그 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래로 인하여 입은 손해를 배상할 책임을 부담한다.

한편 구 자본시장법 제178조에서 금지하는 금융투자상품의 거래와 관련한 부정행위에 해당하는 경우, 부정행위로 인하여 금융투자상품을 거래하게 된 투자자에게 손해가 발생하는 경우(이하 '제1유형'이라 한다)만이 아니라 부정행위와 상관없이 “부정행위와 관련된 해당 금융투자상품(이하 '해당 금융투자상품'이라 한다)”을 거래한 투자자에 대하여도 해당 금융투자상품의 구조·내용에 따라 부정행위로 인한 손해가 발생하는 경우(이하 '제2유형'이라 한다)가 있다. 구 자본시장법 제179조 제1항은 제178조가 금지하는 부정행위를 한 자로 하여금 손해배상책임을 부담하도록 하였으므로, 제1유형만이 아니라 제2유형의 경우에도 부정행위자는 해당 금융투자상품의 거래와 관련하여 손해를 입은 투자자에 대하여 구 자본시장법 제179조 제1항에 따라 손해배상책임을 부담한다. 이와 같이 부정행위자가 구 자본시장법 제179조 제1항에 따라 금융투자상품의 투자자에게 손해배상책임을

부담하는지 여부는 손해배상책임의 구성요건인 구 자본시장법 제178조 위반행위의 구체적인 내용, 해당 금융투자상품의 구조와 내용, 특성 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

다) 특정 시점의 기초자산 가격 또는 그와 관련된 수치에 따라 권리행사 또는 조건성취의 여부가 결정되거나 금전 등이 결제되는 구조로 되어 있는 금융투자상품의 경우에 사회통념상 부정하다고 인정되는 수단이나 기교 등을 사용하여 해당 금융투자상품에서 정한 권리행사나 조건성취에 영향을 주는 행위를 하였다면, 이는 금융투자상품의 거래와 관련하여 부정행위를 한 것으로서 구 자본시장법 제178조 제1항 제1호를 위반한 행위에 해당한다. 이러한 구조와 내용을 가진 금융투자상품의 거래와 관련하여 구 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 부정행위가 성립한 경우, 부정행위자는 부정행위로 인하여 권리·의무 내용이 변경되거나 결제되는 금액이 달라져 손해를 입은 금융투자상품 투자자에게 구 자본시장법 제179조 제1항에 따라 손해배상책임을 부담한다(위 대법원 2013다1052, 1053 결정 참조). 이러한 부정행위자에는 금융투자상품의 거래에 관여한 발행인·판매인뿐 아니라, 발행인과 스와프계약 등 금융투자상품과 연계된 다른 금융투자상품을 거래하여 권리행사나 조건성취와 관련하여 투자자와 대립되는 이해관계를 가지게 된 자도 포함된다고 해석된다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다2740 판결 참조).

3) 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면 위법한 행위와 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 상당인과관계의 유무는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 당해 행위와 관련된 법령 기타 행동규범의 목적과 보호법익, 가해행위의 내용과 위법성, 피침해이익의 성질 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2005다21821 판결, 대법원 2022. 9. 16. 선고 2017다247589 판결 등 참조). 금융투자상품의 기초자산 시세를 고정시키거나 변동시켜 타인에게 손해를 가한 경우에는 그 행위와 상당인과관계 있는 범위 내에서 민법 제750조의 불법행위책임을 부담할 수 있다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다2740 판결 참조).

☞ 원고들은 외국 회사로서 국외의 장외시장에서 코스피200 지수옵션 거래를 통해 이 사건 옵션(콜옵션)을 매수하였는데, 피고들이 코스피200 지수에 관하여 구축한 투기적 포지션에서 이익을 얻을 목적으로 코스피200을 구성하는 주식들을 대량매도하여 코스피200 지수를 하락하게 하는 자본시장법 제176조의 시세조종행위, 제178조의 부정행위를 하였다고 주장하면서, 피고들에 대하여 구 자본시장법에 따른 손해배상, 민법 제750조에 따른 손해배상을 구하는 사안임

☞ 원심은, 자본시장법 제177조에서 규정한 손해배상청구권자는 ‘장내파생상품’의 매매를

하거나 위탁을 한 사람인데 이 사건 옵션은 구 자본시장법에서 규정한 장내파생상품에 해당한다고 볼 수 없고, 이 사건 옵션은 구 자본시장법상 장외파생상품에도 해당하지 아니하여 원고들이 구 자본시장법 제179조에 규정한 손해배상청구권자에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였음

☞ 대법원은, 자본시장법상 금융투자상품은 개별 조항에서 달리 정하지 않는 한 투자성을 가진 일정한 권리를 포괄하는 것으로서, 자본시장법 제178조, 제179조에서 금융투자상품에 관하여 달리 정하고 있지 않으므로, 위 조항에서 말하는 금융투자상품도 자본시장법 제3조가 정하는 금융투자상품으로서 거래주체 등에 따라 한정되지 않는다고 보아, 이와 달리 외국 회사인 원고들이 국외 장외시장에서 거래한 이 사건 옵션이 자본시장법상 금융투자상품에 해당하지 않는다고 본 원심의 잘못을 지적하였음

☞ 다만, 원고들이 주장하는 자본시장법 제179조 제1항에 따른 손해배상책임은, 자본시장법 제178조가 금지하는 금융투자상품의 거래와 관련한 부정행위를 한 경우 부정행위로 인하여 금융투자상품을 거래하여 손해를 입거나 부정행위와 관련된 해당 금융투자상품의 거래와 관련하여 손해를 입은 투자자에 대하여 그 부정행위자에게 손해배상책임을 부담하게 하는 것으로서, 피고들의 부정행위와 무관하게 이루어진 원고들의 이 사건 옵션거래와 관련하여 피고들이 원고들의 거래상대방이 아니고 그 금융투자상품 거래에 있어 대립하는 이해관계를 가지는 등으로 부정행위와 관련된 해당 금융투자상품의 거래와 관련하여 원고들이 손해를 입었다는 점에 관한 주장·증명이 없으므로 피고들이 원고들에 대하여 자본시장법 제179조 제1항에 따른 손해배상책임을 부담하지 않는다고 보아 원고들의 이 부분 청구를 기각한 원심의 결론을 수긍하였음

☞ 민법 제750조에 따른 손해배상책임에 관하여는, 자본시장법의 입법목적과 보호법익, 자본시장법 위반행위의 내용, 원고들이 취득한 옵션거래의 구조와 내용, 옵션거래와 피고들 행위에서 문제된 금융투자상품 사이의 관련성 등을 종합할 때, 피고들의 자본시장법 위반행위와 원고들 손해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다고 보아, 원고들의 이 부분 청구를 기각한 원심을 수긍하여 상고를 모두 기각함

## **2018다303653 손해배상(기) (차) 상고기각**

**[일제 강제동원 피해자들이 일본 기업을 상대로 불법행위로 인한 위자료 지급을 구하는 사건]**

◇채무자의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당하는 경우◇

채무자의 소멸시효를 이유로 한 항변권의 행사도 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과

권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다면 채무자가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결 등 참조).

☞ 일제 강제동원 피해자(또는 그 상속인)인 원고들이 일본 기업에 의해 강제노동 강요를 당하였음을 이유로 그 일본 기업과 실질적으로 동일한 회사인 피고를 상대로 불법행위에 따른 손해배상으로서 위자료 지급을 청구한 사안임

☞ 원심은, 피고의 소멸시효 완성 주장에 대해서 원고들이 이 사건 소를 제기한 2014. 2. 27. 무렵까지도 원고들에게는 객관적으로 손해배상청구권을 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다는 이유로 피고의 위 주장은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다고 판단하였음

☞ 대법원은, 대법원 2018. 10. 30. 2013다61381 전원합의체 판결 선고로 비로소 대한민국 내에서 강제동원 피해자들의 사법적 구제가능성이 확실하게 되었다는 등의 이유로, 원고들에게는 위 전원합의체 판결이 선고될 때까지는 피고를 상대로 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 보아, 피고의 소멸시효 항변을 배척한 원심 판결을 수긍하여 상고를 기각함

## 2023다221144 예금 (바) 파기환송

[투자신탁 형태 단기금융집합투자기구(MMF) 수익권의 공동상속 효과가 문제된 사건]

◇투자신탁 형태 단기금융집합투자기구 수익권의 공동상속인들에 대한 귀속 방식(= 법정 상속분에 따른 수익증권 좌수대로 분할하여 귀속)◇

1. 가. 금전채권과 같이 급부의 내용이 가분인 채권은 공동상속되는 경우 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인들에게 분할하여 귀속하고(대법원 2006. 7. 24. 자 2005스83 결정 등 참조), 특별수익이 존재하거나 기여분이 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 가분채권도 상속재산분할의 대상이 될 수 있다(대법원 2016. 5. 4. 자 2014스122 결정 등 참조).

주식은 주식회사의 주주 지위를 표창하는 것으로서 금전채권과 같은 가분채권이 아니므로 공동상속하는 경우 법정상속분에 따라 당연히 분할하여 귀속하는 것이 아니라 공동상속인들이 이를 준공유하는 법률관계를 형성하고(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다7074 판결 참조), 주택공급을 신청할 권리와 분리될 수 없는 청약저축의 가입자가 사망하여 공동상속이 이루어진 경우 공동상속인이 청약저축 예금계약을 해지하려면 금융기관과 사이에 다른 내용의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 전원이 해지의 의사표시를

하여야 한다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다294674 판결 참조).

나. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라 한다)에 따른 투자신탁의 수익증권은 집합투자업자가 신탁 형태의 집합투자기구인 투자신탁(제9조 제18항 제1호)을 설정하고 그 수익권을 표시하기 위하여 이를 균등하게 분할하여 무액면 기명식으로 발행한 것(제189조 제1항, 제4항, 제4조 제5항)으로서, 수익자는 신탁원본의 상환과 이익의 분배 등에 관하여 수익증권의 좌수에 따라 균등한 권리를 가진다(제189조 제2항). 이러한 수익증권은 자본시장법상 금융투자상품의 한 종류이고(제3조 제1항, 제2항 제1호, 제4조 제2항 제3호, 제5항), 집합투자증권에 해당하므로(제9조 제21항), 투자자가 언제든지 환매를 청구할 수 있으며(제235조 제1항), 다른 법령이나 집합투자규약 등에 다른 정함이 없는 이상 수익증권 계좌에 있는 수익증권 중 일부 좌수에 대한 환매청구도 가능하다.

MMF는 자본시장법과 그 하위 법령에 따라 집합투자재산 전부를 단기금융상품에 투자하여야 하고 운용의 제한도 받는 단기금융집합투자기구(제229조 제5호)를 의미한다. 단기금융집합투자기구에 관하여는 투자 가능한 단기금융상품의 신용등급, 잔존 만기, 운용방법 등이 엄격히 규율되고[자본시장법 시행령 제241조, 「금융투자업규정」(금융위원회 고시) 제7-14조부터 제7-20조까지 등], 환매청구를 받은 투자매매업자 또는 투자중개업자가 일정한 범위에서는 자기의 계산으로도 집합투자증권을 취득할 수 있는 예외가 인정되며(자본시장법 제235조 제6항 단서, 같은 법 시행령 제254조 제2항 제1호), 대부분의 집합투자규약에서는 환매대금 지급기일이 단기간으로 정해져 있다. 투자자의 손실을 최소화하고 투자금의 신속한 회수를 위하여 마련된 이러한 규율들은 투자자들이 단기금융집합투자기구의 집합투자증권을 예금과 유사하게 인식하는 이유이기도 하다.

다. 가분채권이 공동상속된 경우의 법률효과, 이러한 법률관계 또는 법률효과가 상속재산분할에 미치는 영향, 자본시장법상 투자신탁의 수익권을 표시하는 수익증권은 좌수를 단위로 분할 판매가 가능하고 투자자가 언제든지 환매하여 단기간 내에 환매대금을 수령함으로써 손쉽게 투자금을 회수할 수 있도록 고안되었다는 특성, 단기금융집합투자기구에 대하여 투자자의 손실을 최소화하고 투자금의 신속한 회수를 위해 마련된 특별한 규율과 이에 바탕을 둔 투자자들의 인식 등을 종합하면, 자본시장법상 투자신탁 형태 단기금융집합투자기구의 수익권은 특별한 사정이 없는 한 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따른 수익증권의 좌수대로 공동상속인들에게 분할하여 귀속한다.

투자신탁의 수익권에 의결권이나 장부·서류 열람권 등과 같은 단체법적 성격의 권리나 권능이 포함되어 있다는 점(자본시장법 제91조 제1항, 제186조 제2항, 제190조)은 단기금융집합투자기구에 관하여 그러한 권리나 권능이 갖는 기능과 중요성의 정도에 비추어

위와 같은 분할 귀속을 인정하는 데에 방해가 되지 않는다.

라. 다만 수익증권 발행과 판매의 최소 단위인 1좌 미만에 대해서까지 권리를 행사하거나 환매를 청구하는 것은 허용될 수 없다.

2. 또한 투자자가 집합투자증권의 환매를 청구하는 경우 집합투자업자는 자본시장법 제 236조 제1항에 따라 산정되는 기준가격으로 집합투자증권을 환매하여야 하고, 투자매매업자 또는 투자중개업자는 집합투자증권의 판매 및 환매업무와 그에 부수된 업무를 수행하므로 투자자의 환매청구가 있는 경우 집합투자업자에게 환매에 응할 것을 요구하고 그로부터 수령한 환매대금을 투자자에게 지급할 의무를 부담한다(대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다281213 판결 등 참조).

☞ 투자신탁 형태 단기금융집합투자기구(Money Market Fund, MMF)의 수익증권을 매수하여 보유하던 투자자(수익자, '망인')가 사망하자 그의 공동상속인 중 1인인 원고가 수익증권을 판매한 피고들(은행)을 상대로 잔존 수익증권(일부는 다른 공동상속인이 환매를 청구하여 환매대금을 받아갔음. '이 사건 각 수익증권')의 일정 시점 기준 평가금액 중 자신의 법정상속분 1/4에 상응하는 금액을 지급해달라고 청구한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 각 수익증권이 표시하는 수익권은 상속개시와 동시에 공동상속인들에게 법정상속분에 따라 분할하여 귀속하는 것이 아니라 공동상속인들이 이를 준공유하게 되었을 뿐이라고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 판시하면서, 망인이 보유하던 이 사건 각 수익증권이 표시하는 수익권은 공동상속인 중 1인인 원고에게 법정상속분에 따라 분할하여 귀속하였다고 보아, 이와 달리 상속인의 상속지분별 청구가 불가능하다고 본 원심판결을 파기·환송함

## **2023다265731 소유권말소등기 (자) 파기환송(일부)**

**[부부공동생활 파탄의 원인을 제공한 제3자가 부부 일방과 부정행위를 한 경우 불법행위책임 성립 여부가 문제된 사건]**

◇부부공동생활이 실질적으로 파탄상태에 이르게 된 원인을 제공한 제3자가 파탄상태에 있는 부부 일방과 부정행위를 한 경우 불법행위가 성립하는지 여부(소극)◇

제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 그에 대한 배우자로서의 권리를 침해하여 배우자에게 정신적 고통을 가하는 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결 등 참조). 그러나 부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 실체가 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없

는 정도에 이른 경우에는 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활이 유지되고 있다고 볼 수 없으므로, 비록 부부가 아직 이혼하지 아니하였지만 이처럼 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르렀다면, 제3자가 부부의 일방과 성적인 행위를 하더라도 이를 두고 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하는 행위라고 할 수 없고 또한 그로 인하여 배우자의 부부공동생활에 관한 권리가 침해되는 손해가 생긴다고 할 수도 없으므로 불법행위가 성립한다고 보기 어렵다(대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결 참조). 부부의 일방과 부정행위를 한 제3자가 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르게 된 원인을 제공한 경우라 하더라도, 배우자 아닌 자와의 성적인 행위가 부부공동생활이 실질적으로 파탄되어 실체가 더 이상 존재하지 아니하거나 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 상태에서 이루어졌다면 이를 달리 볼 수는 없다.

☞ 망인의 배우자 및 자녀들이 피고를 상대로 망인과 내연관계를 유지하여 부부관계를 파탄에 이르게 하였다고 주장하면서 위자료를 청구하는 사안임(예비적 청구)

☞ 원심은, 망인과 원고의 혼인관계가 피고와 망인의 부정행위로 인하여 사실상 파탄에 이른 사실을 인정하면서도 피고의 행위가 혼인관계 파탄의 원인이 되었으므로 대법원 2011므2997 전원합의체 판결을 원용하기 어렵다고 보아, 파탄상태에서 이루어진 것으로 소멸시효가 완성되지 아니한 일부 부정행위에 대해 피고가 원고에게 불법행위책임을 부담한다고 판단하였음

☞ 대법원은, 위 전원합의체 판결의 취지는 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르렀다면 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 하였더라도 일방의 배우자에 대하여 불법행위가 성립한다고 보기 어렵다는 것이고, 이때 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없는 정도의 상태에 이르게 된 원인이나 주체에 대해서는 별다른 제한이 없는 이상, 제3자가 파탄상태에 이르게 된 원인을 제공하였다고 하더라도 원인 제공 행위에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있음은 별론으로 하고, 그와 같은 파탄상태에서 이루어진 부정행위에 대해서까지 불법행위가 성립한다고 볼 수는 없다고 보아, 원심 판결 중 이와 달리 위 전원합의체 판결을 원용하기 어렵다는 전제에서 피고의 불법행위책임을 성립한다고 판단한 부분을 파기·환송함

## 2023다275424 공동사업시행자 지위확인 등 청구의 소 (자) 파기자판

### [도시환경정비사업의 공동사업시행자 지위를 다투는 사건]

◇1. 확인의 소가 허용되는 경우, 2. 도시환경정비사업의 ‘사업시행자’에 관한 사업시행

**인가를 받은 경우, 인가처분의 요건인 조합원 총회 또는 후속 집행행위의 효력을 다투는 확인의 소가 허용되는지 여부(소극)◇**

확인 소는 원칙적으로 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 허용되는바(대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다207967 판결 등 참조), 이행청구를 할 수 있는 경우임에도 별도로 그 이행의무의 존재확인을 구하거나 손해배상청구를 할 수 있는 경우임에도 별도로 그 침해되는 권리의 존재 확인을 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불안 제거에 별다른 실효성이 없고 소송경제에 비추어 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니므로 확인의 이익이 없다(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다1264 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다5622 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다60239 판결 등 참조).

구 「도시 및 주거환경정비법」(2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시정비법’이라 한다) 제8조 제3항은 “도시환경정비사업은 조합 또는 토지등소유자가 시행하거나, 조합 또는 토지등소유자가 조합원 또는 토지등소유자의 과반수의 동의를 얻어 시장·군수, 주택공사등, 건설업자, 등록사업자 또는 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자와 공동으로 이를 시행할 수 있다.”라고 정하였고, 제28조 제1항 본문은 “사업시행자(제8조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 공동시행의 경우를 포함하되, 사업시행자가 시장·군수인 경우를 제외한다)는 정비사업을 시행하고자 하는 경우에는 제30조의 규정에 의한 사업시행계획서에 정관등과 그 밖에 국토교통부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출하고 사업시행인가를 받아야 한다. 인가받은 내용을 변경하거나 정비사업을 중지 또는 폐지하고자 하는 경우에도 또한 같다.”라고 정하였다. 이러한 절차를 거쳐 도시환경정비사업조합(이하 ‘조합’이라 한다)과 함께 도시환경정비사업의 공동사업시행자 지위를 취득하게 되는 주택공사등은 정비구역 안에서 도시정비법상의 도시환경정비사업을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖게 되는 한편, 동일한 절차를 거쳐 도시환경정비사업의 공동사업시행자에서 제외됨으로써 행정주체로서의 지위가 상실될 수 있다. 따라서 행정청이 구 도시정비법 제8조 제3항, 제28조 제1항 본문에 근거하여 행하는 사업시행계획 변경인가처분 중 ‘사업시행자를 조합 단독에서 조합과 주택공사등 공동으로 변경하는 결정 부분’ 또는 ‘사업시행자를 조합과 주택공사등 공동에서 조합 단독으로 변경하는 결정 부분’은 주택공사등에 대하여 도시정비법상 도시환경정비사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체로서의 지위를 부여하거나 상실시키는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지므로, 조합

이 조합원 총회를 거쳐 주택공사등을 공동사업시행자에서 제외하는 내용의 결의를 한 후 관할 행정청의 인가를 받은 경우에는 설권적 처분의 요건인 조합원 총회의 효력 또는 그 총회 결의의 하자 등을 이유로 사업시행계획 변경인가처분 중 공동사업시행자 지위 상실 부분의 취소 또는 무효 확인을 구하는 것은 별론으로 하고, 그러한 설권적 처분의 요건에 불과한 조합원 총회의 효력 또는 그 총회 결의에 따른 조합의 후속 집행행위의 효력을 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 아니한다.

☞ 원고가 피고(도시환경정비사업조합)와 공동사업시행자로서 관리처분계획인가를 받은 후 피고가 조합원 총회를 거쳐 원고에게 공동사업시행 관련 약정에 관한 해지를 통보하였고, 이에 사업시행자를 ‘피고 및 원고’에서 ‘피고’로 변경하는 내용의 사업시행계획(변경)인가처분이 있었던 사안임

☞ 원심은 ‘해지통보의 무효 확인 청구’에 관한 확인의 이익이 있음을 전제로 원고의 청구를 인용하였음

☞ 대법원은, 해지통보 이후 사업시행자를 피고로 한정하는 내용의 사업시행변경인가처분이 내려진 이상, 변경인가처분에 대해 항고소송의 방법으로 불복할 수 있음은 별론으로 하고, 변경인가처분에 이르는 절차적 요건 중 하나인 조합원 정기총회의 결의에 따른 집행행위에 불과한 위 해지통보의 무효 확인을 구하는 것은 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단이라고 보기 어려워 특별한 사정이 없는 한 허용되지 아니한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·자판함

**형 사**

**2018도20415 자본시장과금융투자업에관한법률위반 (자) 상고기각**

**[시세조종행위에 대한 공동정범 인정 여부가 문제된 사건]**

◇공동정범의 성립요건◇

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위 지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다. 여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하여야 한다. 따라서 공동정범으로 인정하려면 범죄 실행의 전 과정을 통하여 각자의 지위와 역할, 공범에 대한 권유내용 등을 구체적으

로 검토하고 이를 종합하여 위와 같은 상호이용의 관계가 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되어야 하고, 그와 같은 증명이 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2002도5112 판결, 대법원 2018. 5. 11. 선고 2017도21033 판결 등 참조).

☞ 한국 도이치증권 주식회사 및 그 직원이 도이치은행 홍콩지점(‘이 사건 은행’)의 시세조종행위에 가담하였다는 자본시장과금융투자업에관한법률위반으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 은행의 투기적 포지션 구축 사실 및 그로 인해 주가가 하락할 경우 투기적 포지션에서 이익을 얻을 것이라는 사실까지 사전에 인지하였고, 나아가 이 사건 은행과 공동의 의사로 이 사건 시세조종행위를 하기 위해 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행한다는 상호이해가 있었다는 점이 합리적 의심을 배제할 정도로 충분히 증명되었다고는 보기 어렵다고 판단하였음

☞ 대법원은, 피고인이 이 사건 은행의 투기적 포지션 구축 및 코스피200 지수 조종 사실을 인식·용인하고 공동의 의사로 범행에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위 지배를 하였다는 점이 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 충분히 증명되었다고 보기 어렵다고 보아, 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## 2022도13402 조세범처벌법위반 (바) 파기환송

[실물거래 없이 허위 세금계산서를 발급·수취하였는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 자유심증주의의 의미와 한계 및 사실심 법원이 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 경우, 상고심의 심판대상에 해당하는지 여부(적극), 2. 실물거래 없이 가공의 세금계산서를 발급·수취한 행위를 처벌하는 구 「조세범 처벌법」 제10조 제3항 제1호의 취지 및 이때 재화나 용역을 공급하기로 하는 계약을 체결하는 등 실물거래가 있다고 하기 위한 요건◇

형사소송법은 증거재판주의와 자유심증주의를 기본원칙으로 하면서, 범죄사실의 인정은 증거에 의하되 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 하고 있다. 그러나 이는 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이지 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것은 아니므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 범죄사실이 인정되는지 여부는 논리와 경험법칙에 따라야 하고, 충분한 증명력이 있는 증거를 합리적 이유 없이 배척하거나 반대로 객관적인 사실에 명백히 반하는 증거를 근거 없이 채택·사용하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 법률 위반에 해당한다(대법원 2007. 5. 10. 선

고 2007도1950 판결, 대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결 참조). 또한 범죄의 유무 등을 판단하기 위한 논리적 논증을 하는 데 반드시 필요한 사항에 대한 심리를 다하지도 아니한 채 합리적 의심이 없는 증명의 정도에 이르렀는지에 대한 판단에 선불리 나아가는 것 역시 실제적 진실발견과 적정한 재판이 이루어지도록 하려는 형사소송법의 근본이념에 배치되는 것으로서 위법하다. 그러므로 사실심 법원으로서, 형사소송법이 사실의 오인을 항소이유로는 하면서도 상고이유로 삼을 수 있는 사유로는 규정하지 아니한 데에 담긴 의미가 올바르게 실현될 수 있도록 주장과 증거에 대하여 신중하고 충실한 심리를 하여야 하고, 그에 이르지 못하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 때에는, 사실인정을 사실심 법원의 전권으로 인정한 전제가 충족되지 아니하는 것이므로 당연히 상고심의 심판대상에 해당한다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2015도17869 판결 등 참조).

구 「조세범 처벌법」(2018. 12. 31. 법률 제16108호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제10조 제3항 제1호는 재화 또는 용역을 공급하지 아니하거나 공급받지 아니하고 부가가치세법에 따른 세금계산서를 발급하거나 발급받은 행위를 처벌하고 있다. 이는 실물거래 없이 세금계산서를 수수하는 행위를 처벌함으로써 세금계산서 수수질서의 정상화를 도모하기 위한 것이다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도7768 판결, 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020도118 판결 등 참조). 여기서 재화나 용역을 공급하기로 하는 계약을 체결하는 등 실물거래가 있다는 것은 당사자 사이에 재화나 용역을 공급하기로 하는 구속력 있는 합의가 있음을 의미한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010도11382 판결 등 참조).

☞ 피고인 2의 대표이사 피고인 1이 이 사건 각 거래에 관하여 발급·수취한 세금계산서가 실물거래 없이 허위로 작성되었는지 여부가 문제된 사안임

☞ 원심은, 이 사건 각 거래가 가장거래라는 사실에 대한 증명부족을 이유로 공소사실을 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 이 사건 각 거래에 관하여 실질적인 교섭을 거쳐 구속력 있는 합의에 이르렀다거나 실제로 아스팔트를 구입하여 수출할 진정한 의사가 있었다고 인정하기 어렵고, 피고인 2는 이 사건 각 거래가 가공거래에 해당한다는 이유로 내려진 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 패소한 바 있으므로 원심으로서 관련 행정사건에서 가공거래를 인정한 이유와 근거 등을 심리할 필요가 있었으며, 피고인 1은 이 사건 각 거래 당시 수출실적 증대를 위해 실물거래 없이 세금계산서를 수수한다는 점을 인식하고 있었다고 보인다는 등의 이유로, 이와 달리 무죄로 판단한 원심판결을 파기·환송함

2023도8730 식품위생법위반등 (마) 파기환송

[식품위생법상 식품제조·가공업 중 영업등록이 요구되는 업종과 영업신고가 요구되는 업종의 구별이 문제된 사건]

◇1. 식품위생법상 즉석판매제조·판매업의 대상 식품인지 여부를 판단할 때 제조기간을 고려해야 하는지 여부(소극), 2. 즉석판매제조·가공업자가 식품위생법 시행규칙 제37조 [별표 15] 제1호의 식품을 스스로 제조·가공하여 판매하는 경우, 같은 조 [별표 15] 제2호 단서의 제한을 받는지 여부(소극)◇

1. 식품위생법령에 의하면, 식품제조·가공업은 영업등록이 요구되나(식품위생법 제37조 제5항, 같은 법 시행령 제26조의2 제1항 제1호), 즉석판매제조·가공업은 영업신고가 요구된다(식품위생법 제37조 제4항 전단, 같은 법 시행령 제25조 제1항 제2호). 즉석판매제조·가공업이란 '총리령으로 정하는 식품을 제조·가공업소에서 직접 최종소비자에게 판매하는 영업'을 말한다(식품위생법 제36조 제3항, 같은 법 시행령 제21조 제2호). 즉석판매제조·가공업의 대상인 '총리령으로 정하는 식품'은 '식품제조·가공업에서 제조·가공할 수 있는 식품에 해당하는 모든 식품(통·병조림 식품 제외)'(식품위생법 시행규칙 제37조 [별표 15] 제1호)과 '식품제조·가공업의 영업자가 제조·가공한 식품으로 즉석판매제조·가공업소 내에서 소비자가 원하는 만큼 덜어서 직접 최종 소비자에게 판매하는 식품'(같은 별표 제2호 본문)을 의미하는데, 후자의 경우 식초 등 일부 식품은 제외된다(같은 별표 제2호 단서).

2. 이와 같이 식품위생법령은 통·병조림 식품을 제외한 모든 식품을 즉석판매제조·가공업의 대상 식품으로 규정하는 한편, 식품 제조기간의 장단에 따라 이를 달리 취급하지 않고 있다(같은 별표 제1호 참조). 또한 식품위생법령은 식품제조·가공업자가 제조·가공한 것을 즉석판매제조·가공업자가 자신의 업소 내에서 직접 최종 소비자에게 판매하는 경우에는 식초 등 일부 식품을 즉석판매제조·가공업의 대상 식품에서 제외시키고 있는바(같은 별표 제2호 단서 참조), 즉석판매제조·가공업자가 같은 별표 제1호에 정한 식품을 스스로 제조·가공하여 판매하는 경우에는 같은 별표 제2호 단서의 제한을 받지 않는다고 보아야 한다.

☞ 피고인이 자신의 주거지에서 영업등록을 하지 아니한 채 식초를 제조·발효하는 식품제조업을 하고, 피고인이 직접 제조·발효한 식초 7병('이 사건 식초')을 판매하였다는 식품위생법위반의 공소사실로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인이 제조·판매한 식초의 제조기간이 7년에 이른다거나 식품위생법령상 식초는 즉석판매제조·가공 대상 식품에서 제외된다는 점에 비추어 이 사건 식초의 제조·

판매행위는 즉석판매제조·가공업에 해당하지 않는다고 보아, 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 식품위생법령상 영업신고가 요구되는 즉석판매제조·가공업의 대상식품 여부와 관련하여 식품의 제조기간은 고려할 사항이 아니고, 식품위생법 시행규칙 제37조 [별표 15] 제1호와 제2호의 각 행위유형 및 대상 식품을 구별해야 하므로, 영업등록이 요구되는 식품제조·가공업이 아니라 영업신고가 요구되는 즉석판매제조·가공업에 해당할 여지가 있다고 보아, 이와 달리 피고인의 이 사건 식초 제조행위가 영업등록이 필요한 식품제조업에 해당한다고 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 2023도10254 경매방해 (마) 상고기각

### [위계에 의한 경매방해죄 성립 여부가 문제된 사건]

#### ◇입찰방해죄에서 '입찰의 공정을 해하는 행위'의 의미◇

입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에 성립하고, 여기서 '입찰의 공정을 해하는 행위'란 공정한 자유경쟁을 방해할 염려가 있는 상태를 발생시키는 것으로서, 그 행위에는 적정한 가격형성에 부당한 영향을 주는 것뿐 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하거나 공정한 경쟁구도의 형성을 저해하는 행위도 포함된다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도11361 판결, 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도9352 판결 등 참조).

☞ 피고인이 이 사건 각 부동산이 낙찰되지 않게 하기 위하여 제3자 명의로 매각허가결정을 받은 후 매각대금을 납부하지 않는 방법으로 위계로써 경매의 공정을 해하였다는 입찰방해의 공소사실로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인이 이 사건 각 부동산을 담보로 투자자를 구하여 대출을 받거나 조합원을 모집하여 분양대금이 충분히 모일 때까지 이 사건 각 부동산이 경매로 타인에게 넘어가는 것을 저지할 의도만 있었을 뿐 처음부터 이 사건 각 부동산을 낙찰받아 경매대금을 납부할 의사는 없었다는 등의 이유로, 피고인이 위계로써 경매의 공정을 해하였다고 판단하였음

☞ 대법원은, 피고인이 민사집행법상 기일입찰 방식의 경매절차에서 경매목적물을 매수할 의사나 능력 없이 오로지 경매목적물이 제3자에게 매각되는 것을 저지하기 위하여 경매절차를 지연할 목적으로 다른 사람의 명의를 이용하여 감정가와 현저하게 차이가 나는 금액으로 입찰하는 행위를 반복함으로써 제3자의 매수를 사실상 봉쇄하여 전체적으로 경매절차를 형해화하는 정도에 이르렀고 이는 위계로써 경매의 공정을 해한 것으로 볼 수 있다고 보아, 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

**2023도12852 특정범죄가중처벌등에관한법률(강도) 등 (마) 파기환송**

**[특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호 중 ‘이들 죄’의 의미가 문제된 사건]**

◇강도상해, 강도치상죄가 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의4 제5항 제2호 중 ‘이들 죄’에 해당하는지 여부(소극)◇

「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘특정범죄가중법’이라 한다) 제5조의4 제5항은 ‘형법 제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조·제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.’ 라고 규정하면서 제2호에서 ‘형법 제333조부터 제336조까지의 죄 및 제340조제1항의 죄(미수범을 포함한다)를 범한 경우’에 가중처벌한다고 정하고 있다. 이러한 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 규정 취지는 같은 항 각 호에서 정한 죄 가운데 동일한 호에서 정한 죄를 3회 이상 반복 범행하고, 다시 그 반복 범행한 죄와 동일한 호에서 정한 죄를 범하여 누범에 해당하는 경우에는 동일한 호에서 정한 법정형으로 처벌한다는 뜻으로 보아야 한다. 그러므로 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호 중 ‘이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우’ 부분에서 ‘이들 죄’라 함은, 앞의 범행과 동일한 범죄일 필요는 없으나, 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 각 호에 열거된 모든 죄가 아니라 앞의 범죄와 동종의 범죄, 즉 형법 제333조 내지 제336조의 죄 및 제340조 제1항의 죄 또는 그 미수죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도18891 판결 등 참조).

☞ 피고인이 과거에 강도상해죄, 강도치상죄, 절도죄 등으로 3회 이상 징역형을 선고받고 다시 준특수강도미수죄를 범하여 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호 위반의 공소사실로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인이 절도죄 등으로 세 번 이상 징역형을 받은 사람으로서 누범기간 중 다시 이들 죄를 범하였다고 판단하였음

☞ 대법원은, 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호 중 ‘이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우’ 부분에서 ‘이들 죄’라 함은, 형법 제333조 내지 제336조의 죄 및 제340조 제1항의 죄 또는 그 미수죄를 의미하고, 강도상해죄, 강도치상죄, 절도죄는 이에 해당하지 않는다고 보아, 이와 달리 피고인이 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호에 규정된 죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람에 해당한다고 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 2023도13514 사기등 (마) 상고기각

### [사기 범행의 피해자들이 부부인 경우 사기죄의 죄수관계가 문제된 사건]

◇수인의 피해자에 대하여 단일한 범의, 동일한 방법으로 각 피해자별로 기망행위를 한 경우 사기죄의 죄수관계◇

다수의 피해자에 대하여 각각 기망행위를 하여 각 피해자로부터 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다(대법원 1989. 6. 13. 선고 89도582 판결, 대법원 2003. 4. 8. 선고 2003도382 판결 등 참조). 다만 피해자들의 피해법익이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수 있다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16980 판결 등 참조).

☞ 피고인이 부부인 피해자들을 기망하여 피해자별로 계약서를 작성하고 피해자별 명의 각 계좌로부터 돈을 송금 받아 편취하였는데, 그 편취한 이득액이 5억 원 이상으로 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 등 공소사실로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피해자 부부에 대한 사기죄가 포괄하여 일죄에 해당한다고 판단하였음

☞ 대법원은, 위와 같은 법리를 실시하면서 부부인 피해자들에 대한 ① 기망행위의 공통성, ② 기망행위에 이르게 된 경위, ③ 재산 교부에 관한 의사결정의 공통성, ④ 재산의 형성·유지 과정, ⑤ 재산 교부의 목적 및 방법, ⑥ 기망행위 이후의 정황 등을 종합적으로 고려하여, 부부인 피해자들의 피해법익이 동일한 경우로 볼 수 있다고 보아, 이를 포괄일죄로 판단한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## 특 별

## 2020두50348 시정명령 등 처분 취소청구의 소 (차) 상고기각

[콘텐츠 제공사업자(CP)의 접속경로 변경행위가 전기통신사업법령상 ‘전기통신서비스의 이용을 제한하는 행위’에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규 해석·적용의 방법, 2. 콘텐츠 제공사업자의 접속경로 변경행위가 구 전기통신사업법령상 금지행위로 정한 ‘이용의 제한’에 해당하는지 여부(소극)◇

구 전기통신사업법 제50조 제1항은 ‘전기통신사업자는 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다’고 규정하면서, 제5호 후단에서 ‘전기통신이용자의 이익을 현저히 해치는 방식

으로 전기통신서비스를 제공하는 행위'를 들고 있다. 같은 법 제50조 제3항은 '제1항에 따른 금지행위의 유형 및 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다'고 규정함으로써 시행령에 금지행위의 유형과 기준을 구체적으로 정하도록 위임하고 있다. 그 위임에 따라 구 전기통신사업법 시행령 제42조 제1항 [별표 4] 제5호는 '법 제50조 제1항 제5호 중 전기통신이용자의 이익을 현저히 해치는 방식으로 전기통신서비스를 제공하는 행위는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위로 한다'고 규정하면서 그중 하나로 이 사건 쟁점조항에서 '정당한 사유 없이 전기통신서비스의 이용을 제한 또는 중단하는 행위'를 들고 있다. 그리고 구 전기통신사업법 제53조는 전기통신사업자가 제50조 제1항을 위반한 행위를 한 경우 매출액의 100분의 3 이하에 해당하는 금액을 과징금으로 부과할 수 있다고 규정하고 있고, 제99조는 제50조 제1항 각 호의 금지행위를 한 자에 대하여 3억 원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있다.

1) 침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 아니 되며(대법원 2016. 11. 25. 선고 2015두37815 판결 등 참조), 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라고 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니 된다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2016두64982 판결 등 참조). 이 사건 쟁점조항이 정한 금지행위를 이유로 하는 과징금 부과 등은 침익적 행정처분에 해당하므로, 이 사건 쟁점조항은 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 해석·적용하여서는 아니 된다.

2) 구 전기통신사업법에는 이 사건 쟁점조항이 정하고 있는 이용의 '제한'에 관하여 정의규정이나 해석규정을 두고 있지 않다. 법령상의 용어 해석에 있어 해당 법령에 규정된 정의가 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 할 것이고, 특별한 사정이 없는 한 그 의미를 제한 또는 확장하여서는 아니 된다. 이 사건 쟁점조항 중 이용의 '제한 또는 중단'과 관련하여 국립국어원 표준국어대사전은 '제한'을 '일정한 한도를 정하거나 그 한도를 넘지 못하게 막음. 또는 그렇게 정한 한계'로, '중단'을 '중도에서 끊어지거나 끊음'으로 정의하고 있다. 이와 같은 '제한'의 사전적 의미와 '제한'이 '중단'과 병렬적으로 규정되어 있는 점 등을 고려하면, '이용의 제한'은 이용의 시기나 방법, 범위 등에 한도나 한계를 정하여 이용을 못하게 막거나 실질적으로 그에 준하는 정도로 이용을 못하게 하는 것을 의미한다고 해석된다.

3) 이와 달리 이용자 편의 도모나 이용자의 보호를 이유로 이용의 '제한'을 '이용 자체

는 가능하나 이용에 영향을 미쳐 이용에 다소간의 지연이나 불편을 초래하게 하는 행위' 까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어나므로 유추해석금지의 원칙에 반할 여지가 있다.

4) 구 전기통신사업법령에서 '제한'이라는 용어를 사용하고 있는 다른 규정들에 비추어 보더라도, 이용 자체는 가능하나 이용이 지연되거나 이용에 불편이 초래된 경우는 이용의 '제한'에 해당한다고 보기 어렵다. 예를 들면, 구 전기통신사업법 시행령 제42조 제1항 [별표 4] 제5호 (나)목 4)는 '정당한 사유 없이 이용계약의 해지를 거부·지연하거나 제한하는 행위'라고 규정하여 '지연'과 '제한'을 구분하여 사용하고 있다. 그렇다면 원칙적으로 이 사건 쟁점조항에서 정한 이용의 '제한'도 구 전기통신사업법령의 여러 규정에서 사용하고 있는 '제한'과 동일한 의미로 해석하는 것이 타당하다.

5) 앞서 본 구 전기통신사업법 및 같은 법 시행령의 관련 규정의 체계적 구조와 문언의 내용 등에 비추어 보면, 이 사건 쟁점조항은 '정당한 사유 없이 전기통신서비스의 이용을 제한하는 행위'를 '전기통신이용자의 이익을 현저히 해치는 방식으로 전기통신서비스를 제공하는 행위'의 한 유형으로 규정하고 있다. 따라서 위 '이용의 제한'은 이용에 다소간의 불편, 지연을 초래하는 정도나 서비스 품질을 저하시키는 정도를 벗어나 이용자의 이용을 일정 부분 금지하는 수준에 이르러야 한다고 봄이 타당하다.

6) CP가 자신이 제공하는 콘텐츠로의 과다 접속에 따른 다량의 트래픽을 효율적으로 전송·처리하기 위한 방법 중 하나로 접속경로 변경을 선택하는 것은 드물지 않은 일이며 결코 이례적이라고 보기 어렵다. 이처럼 CP의 접속경로 변경행위는 합리적 의사결정에 따른 것으로 영업상 허용되는 범위 내에 있을 여지도 다분하다.

7) 전기통신사업법은 2020. 6. 9. 법률 제17352호로 개정되면서 제22조의7이 신설되었는데, 위 조항은 이용자 수, 트래픽 양 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 부가통신사업자는 이용자에게 편리하고 안정적인 전기통신서비스를 제공하기 위하여 서비스 안정수단의 확보, 이용자 요구사항 처리 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치를 취할 의무를 부담한다고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 전기통신사업법 시행령 제30조의8 제2항은 서비스 안정수단 확보를 위한 구체적 조치사항으로 안정적인 서비스 제공을 위한 트래픽의 과도한 집중, 기술적 오류 등을 방지하기 위한 기술적 조치와 트래픽 양 변동 추이를 고려한 서버 용량, 인터넷 연결의 원활성 확보 및 트래픽 경로의 최적화 등을 규정하고 있다. 위와 같이 법이 개정된 이유는 이용자의 보호를 위한 것인데, 전기통신사업법 제22조의7이 신설되기 이전에는 CP의 접속경로 변경행위에 대하여 규제 내지 규율하는 법적 근거가 갖추어지지 않았다고 볼 여지가 있다. 따라서 CP의 접속경로 변경행위로 인해 인

터넷망의 품질이나 서비스 안정성에 영향을 미쳐 인터넷서비스의 이용에 지장을 초래하게 하는 행위가 이 사건 쟁점조항이 정한 ‘이용의 제한’의 개념에 포함된다고 단정하기 어려운 측면이 있다.

☞ 전기통신사업법상 부가통신사업자에 해당하는 원고는 SNS 서비스를 제공하는 콘텐츠 제공사업자(CP)로서 국내 기간통신사업자(ISP)인 KT 등과 계약을 통해 국내 이용자들에게 네트워크를 통한 서비스를 제공하고 있었음

☞ 2016년 전기통신설비의 상호접속기준에 대한 고시의 개정으로 원고가 KT에 비용을 더 많이 지급해야 할 상황에 처하자, 원고는 ① 2016. 12. 8. SKT의 이용자 일부 접속경로를 국내(KT 목동 IDC)에서 SKB의 트래픽을 전송하고 있는 홍콩 Mega-I IDC로 변경하고, ② 2017. 2. 14. LGU+ 무선망 트래픽 중 일부의 접속경로를 국내에서 홍콩 PCCW, 미국 Sprint 등 해외 ISP로 변경하였음

☞ 원고의 접속경로 변경으로 인해 국내 이용자들의 페이스북 접속이 제대로 되지 않거나 동영상 재생되지 않는 등의 장애, 불편, 지연 등이 발생하였고, 관련 민원이 증가하였음

☞ 피고는 2018. 3. 21. 원고의 접속경로 변경이 이 사건 쟁점조항에서 정한 ‘정당한 사유 없이 전기통신서비스의 이용을 제한하는 행위’에 해당한다고 보아 시정조치 명령과 과징금(3억 9,600만 원) 납부명령을 부과하였음(‘이 사건 처분’)

☞ 원심은, 원고의 접속경로 변경행위가 이 사건 쟁점조항에서 정한 이용제한에는 해당하나, 전기통신서비스의 이용을 지체하였거나 이용에 불편을 초래하는 행위에서 더 나아가 페이스북 이용자들의 이익을 현저히 해치는 방식으로 전기통신서비스를 제공하는 행위에 해당한다고 보기는 어려우므로 이 사건 처분은 처분사유가 존재하지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은, 구 전기통신사업법 제50조 제1항, 같은 법 제50조 제3항, 구 전기통신사업법 시행령 제42조 제1항 [별표 4] 제5호 등 관련 규정의 문언, 규정 체계 및 취지 등을 종합해 보면, 원고의 접속경로 변경행위는 이 사건 쟁점조항이 정한 ‘이용의 제한’에 해당하지 않는다고 보아, 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## **2023두42904 업무정지 처분 취소 (자) 파기환송**

**[폐기된 서류에 관한 구 국민건강보험법상 서류제출명령 위반을 이유로 한 업무정지 처분의 취소를 구하는 사건]**

◇1. 요양기관 등이 서류보존의무를 위반하여 서류제출명령에 응할 수 없는 경우 서류제

출명령 불이행을 이유로 제재를 가할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 제재를 가할 수 있는 예외적인 경우, 2. 요양기관 등이 서류보존의무를 위반하여 서류제출명령에 응하지 못하였다고 주장하는 경우 급여 관계 서류의 생성·작성에 대한 증명책임 소재(= 처분청), 3. 처분청의 서류제출명령과 무관하게 급여 관계 서류가 폐기되었다는 사정에 대한 증명책임의 소재(= 요양기관 등)◇

구 국민건강보험법(2019. 12. 3. 법률 제16728호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제97조 제2항, 제98조 제1항 제2호, 제116조, 의료급여법 제28조 제1항 제3호, 제32조 제2항, 제35조 제5항의 각 규정에 따르면, 처분청은 요양기관 내지 의료급여기관(이하 '요양기관 등'이라고 한다)에 대하여 요양·약제의 지급 등 보험급여 내지 진료·약제의 지급 등 의료급여에 관한 서류(이하 '급여 관계 서류'라고 한다)의 제출을 명할 수 있고(이하 '서류제출명령'이라고 한다), 이를 위반한 요양기관 등은 업무정지라는 행정적 제재처분의 대상이 될 뿐만 아니라 형사처벌까지 받을 수 있다.

이에 비해 요양기관 등이 5년간 급여 관계 서류를 보존하지 않을 경우에는 100만 원 이하의 과태료를 부과 받을 수 있을 뿐이다(구 국민건강보험법 제96조의2 제1항, 제119조 제4항 제4호, 의료급여법 제11조 제1항, 제37조 제2항).

이처럼 구 국민건강보험법과 의료급여법은 요양기관 등의 서류제출명령에 응할 의무와 서류보존의무를 별도로 규정하면서 각각의 위반 정도를 달리 보고 있다. 따라서 위와 같은 규정들의 내용, 체계와 함께 서류제출명령의 실효성 제고 등을 위한 구 국민건강보험법 및 의료급여법의 입법 취지 등을 종합하면, 요양기관 등이 이미 서류보존의무를 위반하여 급여 관계 서류를 보존하고 있지 않음을 이유로 서류제출명령에 응할 수 없는 경우에는 처분청이 요양기관 등에게 서류제출명령 불이행을 이유로 제재를 할 수 없음이 원칙이지만, 요양기관 등이 서류제출명령을 받을 것을 예상하였거나 실제 서류제출명령이 부과되었음에도 이를 회피할 의도에서 급여 관계 서류를 폐기하는 경우에는 처분청이 요양기관 등에게 서류제출명령 불이행을 이유로 제재처분을 부과할 수 있다고 봄이 타당하다.

한편, 항고소송에 있어서 해당 처분의 적법성에 대한 증명책임은 원칙적으로 처분의 적법을 주장하는 처분청에 있지만, 처분청이 주장하는 해당 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 정도로 증거가 있는 경우에는 그 처분은 정당하고, 이와 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증거는 상대방에게 책임이 돌아간다(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결 참조). 따라서 급여 관계 서류의 보존행위가 요양기관 등의 지배영역 안에 있고, 요양기관 등이 서류보존의무기간 내에 이를 임의로 폐

기하는 것 자체가 이례적이라는 사실에 비추어 볼 때, 요양기관 등이 서류제출명령의 대상인 급여 관계 서류를 생성·작성하였다고 볼 만한 사정에 대해 처분청이 합리적으로 수긍할 수 있는 정도로 이를 증명하였다면, 처분청의 서류제출명령과 무관하게 급여 관계 서류가 폐기되었다는 사정은 이를 주장하는 측인 요양기관 등이 증명하여야 한다.

☞ 피고는 원고에게 구 국민건강보험법(2019. 12. 3. 법률 제16728호로 개정되기 전, 이하 같음) 제97조 제2항 및 의료급여법 제32조 제2항에 따라 본인부담금 수납대장을 포함한 급여 관계 서류의 제출을 명하였음(‘이 사건 제출명령’). 원고는 본인부담금 수납대장에 해당하는 이 사건 일일마감표의 일부만을 제출하면서 나머지(‘이 사건 미제출 서류 부분’)은 이미 폐기하여 제출할 수 없다는 이유로 이 사건 제출명령에 응하지 않았음. 이에 대해 피고가 이 사건 제출명령을 위반하였다는 이유로 각 1년의 의료급여기관 및 요양기관 업무정지처분(‘이 사건 각 처분’)을 하자, 원고가 이 사건 각 처분의 취소를 구한 [사안임](#)

☞ 원심은, ① 원고가 이 사건 제출명령 당시 이 사건 미제출 서류 부분을 소지하고 있었다거나 원고가 이 사건 제출명령이 있을 것을 미리 예상하여 이 사건 미제출 서류 부분을 폐기하거나 멸실시켰다는 점을 인정할 증거가 없다는 등의 이유로 원고가 이 사건 미제출 서류 부분에 관하여 이 사건 제출명령을 위반하였다고 볼 수 없고, ② 가사 원고가 이 사건 제출명령을 위반하였다고 보더라도 이 사건 각 처분은 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 원고가 이 사건 미제출 서류 부분을 포함하여 이 사건 일일마감표를 생성·작성하였다는 사정이 합리적으로 수긍할 수 있을 정도로 증명되었다고 볼 여지가 많으므로, 이 사건 제출명령과 무관하게 이 사건 미제출 서류 부분이 폐기되었다는 사정에 대한 주장·증명책임은 이 사건 각 처분의 상대방인 원고에게 귀속되는데, 원고가 제출한 자료만으로는 이 사건 미제출 서류 부분이 이 사건 제출명령과 무관하게 폐기되었다고 인정하기 어렵고, ② 이 사건 각 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 단정하기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

## **2023두45934 상수도원인자부담금 부과처분 무효확인 (바) 파기환송**

**[한국토지주택공사가 조성한 대지를 공급받아 아파트 등을 건축한 주택건설사업자에 대한 부담금 부과처분의 취소를 구하는 사건]**

◇수도법령에서 정한 ‘원인자부담금’과 구 지방자치법 제138조, 제139조 및 이에 근거한 조례에서 정한 ‘시설분담금’의 구분◇

수도법 제71조 및 같은 법 시행령 제65조에서 정한 '원인자부담금'은 주택단지 등의 시설이 설치됨에 따라 상수도시설의 신설·증설 등이 필요한 경우에 그 원인을 제공한 자를 상대로 새로운 급수지역 내에서 설치하는 상수도시설의 공사비용을 부담시키는 것이고, 구 지방자치법(2021. 1. 12. 법률 제17893호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 지방자치법'이라고 한다) 제138조, 제139조 및 이에 근거한 조례에서 정한 '시설분담금'은 이미 상수도시설이 설치된 급수지역 내에서 전용급수설비의 신설 등 새롭게 급수를 신청하는 자를 상대로 기존 상수도시설의 잔존가치를 기준으로 그 공사에 소요된 건설비를 징수하는 것이어서, 각각 근거 법령, 부과 목적·대상, 산정기준 등을 달리한다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020두58427 판결 참조).

☞ 한국토지주택공사가 주거환경개선사업을 시행하면서 수도법 제71조에 의한 수탁공사비를 납부하였고, 원고는 한국토지주택공사로부터 주거환경개선지구 중 2블록을 공급받아 아파트 등을 신축한 뒤 피고에게 신규 급수공사를 신청하였는데, 피고가 원고에게 이 사건 조례 제2조 제5호 (가)목, 제14조 제1항 제1호 및 제2호에 따라 이 사건 부담금을 부과하는 처분을 한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 조례와 급수공사비 납부안내서에서 '원인자부담금'이라는 용어를 사용하고 있다는 점 등을 근거로 이 사건 부담금이 수도법상의 원인자부담금이라고 보아 이를 한국토지주택공사로부터 대지를 공급받은 주택건설사업자인 원고에게 부과할 수 없다고 판단하였음

☞ 대법원은, 수도법에 따른 원인자부담금과 지방자치법에 따른 시설분담금은 조례에서 사용된 명칭만이 아니라 구체적인 내용, 산정기준, 부과절차 등의 실질에 따라 판단해야 한다는 등의 이유로 이 사건 부담금은 지방자치법상의 시설분담금에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

## **2023두53799 양도소득세부과처분취소 (바) 상고기각**

**[단독으로 상속한 주택을 양도한 것이 1세대 1주택 양도소득세 비과세 대상인지 여부 부가 문제된 사건]**

◇상속개시 당시 피상속인과 1세대를 구성하는 상속인이 공동으로 상속받은 주택이 구 소득세법 시행령 제155조 제3항의 '공동상속주택'에 해당하는지 여부(소극)◇

구 소득세법(2020. 8. 18. 법률 제17477호로 개정되기 전의 것) 제89조 제1항 제3호 (나)목은 1세대가 1주택을 양도하기 전에 다른 주택을 대체취득하거나 상속, 동거분양, 혼인 등으로 인하여 2주택 이상을 보유하는 경우로서 대통령령으로 정하는 주택과 주택부수토

지의 양도로 발생하는 소득을 비과세 양도소득으로 규정하고 있다. 그 위임에 따라 구 소득세법 시행령(2020. 2. 11. 대통령령 제30395호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제155조 제2항은 상속으로 인한 일시적 1세대 2주택 비과세 특례를 규정하면서 그 단서에서 동거봉양 합가 중 상속개시로 상속인이 2주택을 보유하게 되는 경우의 비과세 특례도 아울러 규정하고 있고, 구 소득세법 시행령 제155조 제3항(이하 '이 사건 특례조항'이라 한다)은 '제154조 제1항을 적용하여 1세대 1주택 여부를 판단할 때 공동상속주택 외의 다른 주택을 양도하는 때에는 해당 공동상속주택은 해당 거주자의 주택으로 보지 아니한다. 다만, 상속지분이 가장 큰 상속인의 경우에는 그러하지 아니하며, 상속지분이 가장 큰 상속인이 2명 이상인 경우에는 그 2명 이상의 사람 중 당해 주택에 거주하는 자, 최연장자의 순서에 따라 그에 해당하는 사람이 공동상속주택을 소유한 것으로 본다'고 규정하고 있다. 이는 상속으로 상속인들이 주택을 공동으로 소유하게 된 경우에도 주택수를 계산할 때 구 소득세법 시행령 제154조의2에 따라 공유자 전원이 각각 1주택을 소유하는 것으로 보는 불합리함을 제거하기 위한 데 그 입법취지가 있다. 한편 위 동거봉양 합가에 관한 비과세 특례규정(제155조 제2항 단서)은 이 사건 특례조항에도 그대로 적용된다고 규정하고 있다.

위와 같은 관련 규정의 문언과 입법취지 및 체계 등을 종합해 보면, 이 사건 특례조항은 상속개시 당시 상속인과 피상속인이 별도의 독립한 세대를 구성하고 있음을 전제로 한 규정으로서, 동거봉양 합가에 관한 위 제155조 제2항 단서의 특례규정이 적용되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 상속개시 당시 이미 1세대 2주택 이상이어서 양도소득세 비과세 대상인 1세대 1주택에 해당하지 않는 경우에만 적용된다고 볼 수 없으므로, 상속개시 당시 피상속인과 1세대를 구성하는 상속인이 공동으로 상속받은 주택은 이 사건 특례조항의 '공동상속주택'에 해당하지 않는다고 보아야 한다.

☞ 원고의 배우자가 사망하여 상속인들의 협의분할에 의해 원고가 이 사건 공동상속주택과 이 사건 양도주택 등을 상속받은 후 이 사건 양도주택을 양도하면서 이 사건 공동상속주택이 이 사건 특례조항의 적용대상에 해당한다고 하여 1세대 1주택 비과세 대상으로 보아 양도소득세를 신고·납부하였음. 피고는 동일세대원으로부터 상속받은 이 사건 공동상속주택은 1세대 1주택 특례가 적용되는 선순위 상속주택(구 소득세법 시행령 제155조 제2항) 또는 공동상속주택(같은 조 제3항)에 해당하지 아니한다고 보아 원고에게 양도소득세를 경정·고지('이 사건 처분')한 사안임

☞ 원심은, ① 상속개시 당시 상속인과 피상속인이 동일세대인 경우에는 이 사건 특례조항이 적용될 수 없고, ② 구 소득세법 시행령 제155조 제2항 단서 동거봉양조항은 상속

인과 피상속인이 상속개시 당시 동일세대인 경우에도 동거봉양을 위하여 합가한 경우에는 동일세대원으로부터 세대 합가 이전부터 보유하고 있던 주택을 상속받은 주택으로 보아 같은 1세대 1주택 비과세 특례를 적용한다고 규정하고 있으며, ③ 동거봉양조항은 이 사건 특례조항에도 적용된다고 명시하고 있어 그 입법취지를 고려하여 피상속인과 상속인이 동일세대를 구성하고 있어 상속과 상관없이 그 세대가 이미 1세대 1주택이 아닌 경우에도 이 사건 특례조항이 적용된다고 해석하기 어렵다고 보아, 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 특례조항은 원칙적으로 상속개시 당시 상속인과 피상속인이 1세대인 경우에는 적용되지 않는다고 보아, 이와 같은 전제에서 이루어진 이 사건 처분이 적법하다고 판단한 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

## 2023므11819 재산분할 및 위자료 (바) 파기환송

### [이혼 재산분할청구권 제척기간 준수 여부가 문제되는 사건]

#### ◇이혼에 따른 재산분할청구권 제척기간 준수 여부의 판단 기준◇

협의상 이혼한 자 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있고(민법 제839조의2 제1항), 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸하는데(제839조의2 제3항), 재판상 이혼에 따른 재산분할청구권에도 위 민법 제839조의2가 준용된다(민법 제843조). 협의상 또는 재판상 이혼을 하였으나 재산분할을 하지 않아 이혼 후 2년 이내에 최초로 법원에 민법 제839조의2에 따라 재산분할청구권을 함에 있어 제척기간 내 이루어진 청구에 대하여는 제척기간 준수의 효력이 인정된다.

1) 재산분할 제도는 혼인관계 해소 시 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 한다(대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결 등 참조). 재산분할사건은 가사비송사건에 해당하고[가사소송법 제2조 제1항 제2호 (나)목 4], 가사비송절차에 관하여는 가사소송법에 특별한 규정이 없는 한 비송사건절차법 제1편의 규정을 준용하며(가사소송법 제34조 본문), 비송사건절차에 있어서는 민사소송의 경우와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권능과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 청구인이 재산분할 대상을 특정하여 주장하더라도 법원으로서 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시키거나 제외시킬 수 있다(대법원 2022. 11. 10.자 2021스766 결정 등 참조).

2) 민법 제839조의2 제3항이 정하는 제척기간은 재판 외에서 권리를 행사하는 것으로

족한 기간이 아니라 그 기간 내에 재산분할심판 청구를 하여야 하는 출소기간이다(대법원 2022. 6. 30.자 2020스561 결정 참조). 따라서 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할심판청구를 하였음에도 그 재판에서 특정한 증거신청을 하였는지에 따라 제척기간 준수 여부를 판단할 것은 아니다.

☞ 원고가 2018. 10. 23. 피고와 협의이혼신고를 마친 후 2020. 10. 23. 재산분할을 구하는 이 사건 소를 최초로 제기한 사안임

☞ 원심은, 원고가 피고와 협의이혼한 날로부터 2년 이내에 피고를 상대로 위자료와 함께 재산분할을 청구하는 이 사건 소를 제기하였으나 소 제기 당시 분할대상 재산을 특정하지 않았고 이혼 후 2년이 경과하고 나서야 피고의 재산을 확인하기 위한 사실조회 및 금융거래정보제출명령 신청 등을 하며 분할대상 재산을 특정하였으므로, 재산분할청구는 제척기간을 준수하지 못하였다고 판단하였음

☞ 대법원은, 원고가 협의이혼일로부터 2년이 되는 날 재산분할을 구하는 청구서를 제출하였으므로 원고의 재산분할청구는 제척기간을 준수하였다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함