



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2024년 6월 1일

제683호

## 민사

1 2024. 4. 5. 자 2023마7896 결정〔부동산임의경매〕 ..... 759

- [1] 매각허가결정에 대하여 항고할 수 있는 경우 / 민사집행법 제121조에서 정한 매각허가에 대한 이의신청사유 중 같은 조 제5호의 ‘매각물건명세서의 작성에 중대한 흠이 있는 때’에 해당하는지 판단하는 기준 및 같은 조 제7호의 ‘경매절차에 중대한 잘못이 있는 때’의 의미
- [2] 유치권 신고자가 집행법원이 민사집행법 제104조 제2항에 따라 매각기일과 매각결정기일을 통지하여야 하는 같은 법 제90조 제4호의 이해관계인인 ‘부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람’에 해당하기 위한 요건
- [3] 채권자 甲 새마을금고의 신청에 따라 개시된 채무자 乙 주식회사 소유의 부동산에 관한 임의경매절차에서 제1심법원이 ‘유치권자 丙 주식회사에 대한 매각기일 등 통지가 누락되었다.’는 이유로 최고가매수인 丁 주식회사에 대한 매각불허가결정을 내린 다음, 위 결정이 확정되자 다시 새로운 매각절차를 개시하여 최고가매수인 戊에 대한 매각허가결정을 하였는데, 원심법원이 丙 회사가 신고한 유치권은 丙 회사가 위 부동산을 경매개시결정 기입등기 이전부터 점유하였다고 보기 어려워 성립될 여지가 없음이 명백한 경우에 해당하는데도 제1심법원이 작성한 매각물건명세서의 기재 및 매각불허가결정은 위 유치권의 성립을 전제로 하고 있고, 이는 일반 매수희망자가 매수의사나 매수신고가격을 결정할 때 중대한 영향을 끼친 것으로 보이므로 민사집행법 제123조 제2항의 직권 매각불허가사유가 되는 같은 법 제121조 제5호의 ‘매각물건명세서 작성에 중대한 흠이 있는 때’ 및 같은 조 제7호의 ‘경매절차에 그 밖의 중대한 잘못이 있는 때’에 해당한다며 戊에 대한 매각허가결정을 위법

하다고 판단한 사안에서, 위와 같이 戊에 대한 매각허가결정을 위법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 매각허가결정에 대한 항고는 민사집행법 제121조에서 정한 매각허가에 대한 이의신청사유가 있거나 그 결정절차에 중대한 잘못이 있다는 것을 이유로 드는 때에만 할 수 있다(민사집행법 제130조 제1항). 위 이의신청사유 중 민사집행법 제121조 제5호의 ‘매각물건명세서의 작성에 중대한 흠이 있는 때’에 해당하는지 여부는 그 흠이 일반 매수희망자가 매수의사나 매수신고가격을 결정함에 있어 어떠한 영향을 받을 정도의 것이었는지를 중심으로 하여 부동산 경매와 매각물건명세서 제도의 취지에 비추어 구체적인 사안에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 또한 민사집행법 제121조 제7호의 이의신청사유인 ‘경매절차에 중대한 잘못이 있는 때’란 이해관계인의 이익이 침해되거나 매각절차의 공정성을 해칠 우려가 있는 중대한 절차위반의 사유가 있는 때를 말한다.
- [2] 집행법원은 민사집행법 제104조 제2항에 따라 매각기일과 매각결정기일을 민사집행법 제90조 각호에서 정한 이해관계인에게 통지하여야 하는데, 이때 유치권 신고자가 민사집행법 제90조 제4호의 이해관계인인 ‘부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람’에 해당하기 위해서는 신고서 접수 이후 매각허가결정이 있을 때까지 유치권의 취득·존속에 관한 사실을 집행법원에 증명하여야 한다.
- [3] 채권자 甲 새마을금고의 신청에 따라 개시된 채무자 乙 주식회사 소유의 부동산에 관한 임의경매절차에서 제1심법원이 ‘유치권자 丙 주식회사에 대한 매각기일 등 통지가 누락되었다.’는 이유로 최고가매수인 丁 주식회사에 대한 매각불허가결정을 내린 다음, 위 결정이 확정되자 다시 새로운 매각절차를 개시하여 최고가매수인 戊에 대한 매각허가결정을 하였는데, 원심법원이 丙 회사가 신고한 유치권은 丙 회사가 위 부동산을 경매개시결정 기입등기 이전부터 점유하였다고 보기 어려워 성립될 여지가 없음이 명백한 경우에 해당하는데도 제1심법원이 작성한 매각물건명세서의 기재 및 매각불허가결정은 위 유치권의 성립을 전제로 하고 있고, 이는 일반 매수희망자가 매수의사나 매수신고가격을 결정할 때 중대한 영향을 끼친 것으로 보이므로 민사집행법 제123조 제2항의 직권 매각불허가사유가 되는 같은 법 제121조 제5호의 ‘매각물건명세서 작성에 중대한 흠이 있는 때’ 및 같은 조 제7호의 ‘경매절차에 그 밖의 중대한 잘못이 있는 때’에 해당한다며 戊에 대한 매각허가결정을 위법하다고 판단한 사안에서, 설령 매각불허가결정이 잘못되었다고 하더라도 특

별한 사정이 없는 한 이를 이유로 이후 새로이 개시된 매각절차에서 이루어진 매각허가결정까지 '경매절차에 중대한 잘못이 있는 때'에 해당한다고 보기 어렵고, 제1심법원이 유치권 신고자인 丙 회사도 일단 매각기일 등의 통지 대상자에게는 해당하는 것으로 보아 직권으로 '丙 회사에 대한 기일통지의 누락'을 이유로 민사집행법 제123조 제2항 및 제121조 제1호에 따라 내린 매각불허가결정에 丙 회사의 유치권 성립을 전제로 한 중대한 잘못이 있다고 단정할 수도 없으며, 그 밖에 매각물건명세서 작성에 중대한 흠이 있었다거나 일반 매수희망자가 매수의사나 매수신고가격을 결정할 때 매각물건명세서의 유치권 관련 기재 및 매각불허가결정에 관하여 丙 회사의 유치권이 성립될 수 있음을 전제로 고려할 것이라고 단정하기도 어려운데도, 위와 같이 戊에 대한 매각허가결정을 위법하다고 본 원심판단에 매각불허가사유에 관한 법리 오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**2** 2024. 4. 12. 선고 2023다300559 판결 [임금등청구의소] ..... 764

사용자가 부당하게 해고한 근로자를 원직이 아닌 업무에 복직시켜 근로를 제공하게 한 경우, 근로자가 사용자에게 원직에서 지급받을 수 있는 임금 상당액을 청구할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 근로자가 원직이 아닌 업무를 수행하여 지급받은 임금 전액을 청구액에서 공제하여야 하는지 여부(적극)

사용자가 부당하게 해고한 근로자를 원직(중전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것으로 볼 수 있는 경우를 포함한다)이 아닌 업무에 복직시켜 근로를 제공하게 하였다면 근로자는 사용자에게 원직에서 지급받을 수 있는 임금 상당액을 청구할 수 있다. 그런데 이 경우 근로자가 복직하여 실제 근로를 제공한 이상 휴업하였다고 볼 수는 없으므로 근로자가 원직이 아닌 업무를 수행하여 지급받은 임금은 그 전액을 청구액에서 공제하여야 하지, 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당을 초과하는 금액의 범위 내에서만 이른바 중간수입을 공제할 것은 아니다.

**3** 2024. 4. 12. 선고 2023다309020, 309037 판결 [토지인도·매매대금] ... 765

건물 소유를 목적으로 한 토지임대차계약의 기간이 만료함에 따라 지상건물 소유자가 임대인에 대하여 민법 제643조에 따른 지상물매수청구권을 행사한 경우, 그 건물의 매수가격(=매수청구권의 행사 당시 건물이 현재하는 대로의 상태에서 평가된 시가) / 민법 제643조에서 정한 지상물매수청구권의 법적 성질 및 효과 / 지상물매수청구의 대상이 된 건물의 매수가격에 관하여 당사자 사이에 의사합치가 이루어지지 않은 경우, 법원이 위와 같이 인정된 시가를 임의로 증감하여 직권으로 매매대금을 정할 수 있는지 여부(소극)

건물 소유를 목적으로 한 토지임대차계약의 기간이 만료함에 따라 지상건물 소유자가 임대인에 대하여 민법 제643조에 따른 지상물매수청구권을 행사한 경우에 그 건물의 매수가격은 건물 자체의 가격 외에 건물의 위치, 주변 토지의 여러 사정 등을 종합적으로 고려하여 매수청구권의 행사 당시 건물이 현재하는 대로의 상태에서 평가된 시가를 말한다. 그런데 민법 제643조에서 정한 지상물매수청구권은 이른바 형성권이므로, 그 행사로써 곧바로 임대인과 임차인 사이에 임차토지 지상의 건물에 관하여 매수청구권 행사 당시의 건물 시가를 대금으로 하는 매매계약이 체결된 것과 같은 효과가 발생한다. 따라서 지상물매수청구의 대상이 된 건물의 매수가격에 관하여 당사자 사이에 의사합치가 이루어지지 않았다면, 법원은 위와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여 인정된 매수청구권 행사 당시의 건물 시가를 매매대금으로 하는 매매계약이 성립하였음을 인정할 수 있을 뿐, 그와 같이 인정된 시가를 임의로 증감하여 직권으로 매매대금을 정할 수는 없다.

**4** 2024. 4. 12. 선고 2023다313241 판결 [관리인지위부존재확인] ..... 769

[1] 비법인사단이 당사자인 사건에서 이미 제출된 자료들에 의하여 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 있는 경우, 법원이 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있는지 여부(적극)

[2] 민법상의 법인이나 비법인사단을 상대로 대표자의 지위 부존재 확인을 구하는 소송에서 대표자에 대하여 직무집행정지가처분 결정이 내려진 경우, 대표자는 본안소송에서 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제되는지 여부(원칙적 적극) / 원고가 단체를 상대로 직무집행정지가처분 결정이 내려진 대표자의 대표자 지위 부존재 확인의 소를 제기하면서 그 대표자를 단체의 대표자로 표시한 소장을 제출하고 법원도 그 대표자를 송달받을 사람으로 하여 소장 부분을 송달한 후 소송절차가 진행된 경우, 대표자가 단체를 대표하여 한 소송행위나 원고가 대표자에 대하여 한 소송행위의 효력(무효) / 법인의 대표자에게 대표권이 없는 경우, 법원이 취하여야 할 조치 및 대표권의 보정이 항소심에서도 가능한지 여부(적극)

[1] 비법인사단이 당사자인 사건에서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 직권조사사항이므로, 법원에 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없으나, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.

[2] 민법상의 법인이나 비법인사단을 상대로 그 대표자의 지위 부존재 확인을 구

하는 소송에서 그 단체를 대표할 자는 지위 부존재 확인의 대상이 된 대표자이나, 대표자에 대하여 직무집행정지가처분 결정이 내려진 경우에는, 가처분 결정에 특별한 정함이 없는 한 그 대표자는 본안소송에서 그 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제된다. 따라서 원고가 단체를 상대로 직무집행정지가처분 결정이 내려진 대표자의 대표자 지위 부존재 확인의 소를 제기하면서 그 대표자를 단체의 대표자로 표시한 소장을 제출하고 법원도 그 대표자를 송달받을 사람으로 하여 소장 부분을 송달한 후 소송절차가 진행되었다면, 그 대표자에게는 그 소송에 관하여 단체를 대표할 권한이 없기 때문에 소장 부분이 단체에 적법·유효하게 송달되었다고 볼 수 없고 그 대표자가 단체를 대표하여 한 소송행위나 원고가 그 대표자에 대하여 한 소송행위는 모두 무효가 된다. 그러나 민사소송법 제64조에 따라 법인의 대표자에게 준용되는 같은 법 제59조 전단 및 제60조는, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우에는 법원은 기간을 정하여 이를 보정하도록 명하여야 하고, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 사람이 소송행위를 한 뒤에 보정된 당사자나 법정대리인이 이를 추인한 경우에는 그 소송행위는 이를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다고 규정하고 있다. 그러므로 법인의 대표자에게 대표권이 없는 경우 법원은 그 흠을 보정할 수 없음이 명백한 사정이 있지 않는 한 위 민사소송법 규정에 따라 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 의무가 있고, 이러한 대표권의 보정은 항소심에서도 가능하다.

**5** 2024. 4. 12. 선고 2023다315155 판결 (부당이득반환청구의소) ..... 772

- [1] 금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 따라 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우, 제3채무자의 질권자에 대한 금전지급으로써 질권설정자의 질권자에 대한 급부도 이루어지는지 여부(적극) 및 이러한 법리는 근저당권부채권의 질권자가 부동산 임의경매절차에서 집행법원으로부터 배당금을 직접 수령하는 경우에도 적용되는지 여부(적극)
- [2] 경매목적물의 매각대금이 잘못 배당되어 배당받을 권리 있는 채권자가 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 인해 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우, 배당금을 수령한 다른 채권자는 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있는지 여부(원칙적 적극) 및 여기서 ‘배당금을 수령한 다른 채권자’의 의미 (=실체법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람)
- [3] 질권설정자의 채무자에 대한 근저당권부채권 범위를 초과하여 질권자의 질권설정자에 대한 피담보채권 범위 내에서 질권자에게 배당금이 직접 지급됨으

로써 질권자가 피담보채권의 만족을 얻은 경우, 실제법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람(=질권자에 대한 피담보채무가 소멸하는 이익을 얻은 질권설정자)

- [1] 금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추심하여 자기채권의 변제에 충당하고 그 한도에서 질권설정자에 의한 변제가 있었던 것으로 보므로, 위 범위 내에서는 제3채무자의 질권자에 대한 금전지급으로써 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부가 이루어질 뿐만 아니라 질권설정자의 질권자에 대한 급부도 이루어진다고 보아야 한다. 이러한 법리는 근저당권부채권의 질권자가 부동산 임의경매절차에서 집행법원으로부터 배당금을 직접 수령하는 경우에도 적용된다.
- [2] 경매목적물의 매각대금이 잘못 배당되어 배당받을 권리 있는 채권자가 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 인해 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우에는, 배당금을 수령한 다른 채권자는 배당받을 수 있었던 채권자의 권리를 침해하여 이득을 얻은 것이 된다. 위와 같이 배당금을 수령한 다른 채권자는 그 이득을 보유할 정당한 권원이 없는 이상 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 이때 부당이득반환의무를 부담하는 ‘배당금을 수령한 다른 채권자’는 실제법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람을 의미하고, 그가 부동산 임의경매절차에서 현실적으로 배당금을 수령한 사람과 언제나 일치하여야 하는 것은 아니다.
- [3] 질권설정자의 채무자에 대한 근저당권부채권 범위를 초과하여 질권자의 질권설정자에 대한 피담보채권 범위 내에서 질권자에게 배당금이 직접 지급됨으로써 질권자가 피담보채권의 만족을 얻은 경우, 실제법적으로 볼 때 배당을 통하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 사람은 피담보채권이라는 법률상 원인에 기하여 배당금을 수령한 질권자가 아니라 근저당권부채권이라는 법률상 원인의 범위를 초과하여 질권자에게 배당금이 지급되게 함으로써 자신의 질권자에 대한 피담보채무가 소멸하는 이익을 얻은 질권설정자이다.

**6** 2024. 4. 16. 선고 2022다307294 판결 [소유권이전등기] ..... 776  
유언대용신탁 계약에서 위탁자 사망 전의 수익자를 위탁자로, 위탁자 사망 후의 유일한 수익자를 수탁자로 정한 경우, 위탁자 사망 후의 유일한 수익자를 수탁자로 정한 부분은 신탁법에 반하여 무효인지 여부(적극) 및 이 경우 나머지 부분의 효력(원칙적 유효) / 위탁자의 사망으로 유효한 생전 자익신탁 부분에 관한 신탁이 종료한 경우, 신탁 잔여재산의 귀속에 관한 법률관계

## 2024. 6. 1. 판례공보

신탁법상 신탁이란 위탁자가 수탁자에게 처분한 신탁재산에 관하여 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 관리, 운용 등을 하게 하는 것을 목적으로 하는 법률관계로서(신탁법 제2조) 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리할 의무를 부담하게 되는데(신탁법 제32조, 제33조), 만약 수탁자가 동시에 수익자가 되면 수탁자는 자신의 이익을 위하여 신탁재산을 관리 또는 운용하는 결과가 되므로 사실상 위탁자가 수탁자에게 재산을 증여한 것과 다름없는 법률관계가 되고 신탁의 효력을 인정할 실익이 없게 된다. 신탁법 제36조도 “수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다. 다만, 수탁자가 공동수익자의 1인인 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 위 규정도 수탁자가 신탁재산에 관하여 유일한 수익자가 되는 신탁계약은 허용되지 않는다는 것을 분명하게 규정한 것으로 해석된다. 나아가 신탁법 제5조 제2항이 “목적 이 위법하거나 불능인 신탁은 무효로 한다.”라고 규정하고 있는 사정까지 고려하면, 수탁자가 신탁재산에 관하여 유일한 수익자가 되는 신탁계약은 무효라고 보는 것이 타당하다. 따라서 유언대용신탁에서 위탁자가 사망한 후 유일한 수익자를 수탁자로 정하였다면 그 부분은 무효가 된다.

한편 신탁법 제5조 제3항은 ‘신탁 목적의 일부가 제1항(선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위반하는 사항을 목적으로 하는 신탁) 또는 제2항(목적 이 위법하거나 불능인 신탁)에 해당하는 경우 그 신탁은 제1항 또는 제2항에 해당하지 아니한 나머지 목적을 위하여 유효하게 성립한다. 다만, 제1항 또는 제2항에 해당하는 목적과 그렇지 아니한 목적을 분리하는 것이 불가능하거나 분리할 수 있더라도 제1항 또는 제2항에 해당하지 아니한 나머지 목적만을 위하여 신탁을 유지하는 것이 위탁자의 의사에 명백히 반하는 경우에는 그 전부를 무효로 한다.’고 규정하고 있다. 따라서 유언대용신탁에서 위탁자가 사망한 후 유일한 수익자를 수탁자로 정한 부분이 무효가 된다고 하더라도 나머지 부분, 즉 위탁자가 사망하기 전 수익자를 위탁자로 하여 수탁자로 하여금 신탁재산을 관리 또는 운용하도록 하는 부분(이하 ‘생전 자익신탁 부분’이라 한다)은 분리하기 불가능하거나 분리하더라도 생전 자익신탁 부분만으로 신탁을 유지하는 것이 위탁자의 의사에 명백히 반한다는 사정이 없는 이상 유효하다고 보아야 하고, 위탁자 사망 후 유일한 수익자가 수탁자가 된다는 사정만으로 곧바로 유언대용신탁 계약 전체를 무효라고 할 수는 없다.

이와 같이 유효한 생전 자익신탁 부분은 위탁자가 사망하게 되면 신탁의 목적을 달성하게 되어 곧바로 신탁이 종료되고(신탁법 제98조 제1호) 신탁재산의 잔여재산에 관한 귀속절차가 진행된다(신탁법 제101조). 유언대용신탁 계약에서 신탁

탁재산의 잔여재산이 귀속될 자(이하 ‘귀속권리자’라 한다)를 정하고 있다면 그 사람에게 귀속될 것이고(신탁법 제101조 제1항 단서), 수탁자를 귀속권리자로 정하는 것도 허용된다. 만약 유언대용신탁 계약에서 귀속권리자를 정하지 않았다면 신탁재산의 잔여재산은 신탁법 제101조 제1항 본문에 따라 수익자에게 귀속될 것인데, 이때 유효한 생전 자익신탁 부분의 수익자는 위탁자이므로 신탁재산의 잔여재산은 위탁자에게 귀속될 수밖에 없고 이에 따라 상속재산에 편입되게 된다.

**일반행정**

7 2024. 4. 16. 선고 2019두45616 판결 (평균임금정정및보험급여차액청구거부처분취소) ..... 780

2010. 5. 20. 법률 제10305호로 개정된 산업재해보상보험법 시행 전에 지급 사유가 발생한 진폐에 대하여 장해보상일시금을 산정할 때 근로복지공단이 정당한 이유 없이 그 지급을 거부하거나 늦추어 보험급여의 실질적 가치가 하락한 경우, 보험급여 지급결정일까지 평균임금을 증감해야 하는지 여부(적극)

산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라 한다) 제36조 제3항 본문은 보험급여를 산정하는 경우 해당 근로자의 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 날부터 1년이 지난 이후에는 매년 전체 근로자의 임금 평균액의 증감률에 따라 평균임금을 증감하되, 그 근로자의 연령이 60세에 도달한 이후에는 소비자물가변동률에 따라 평균임금을 증감한다고 규정하고 있다. 평균임금의 증감 제도는 오랜 기간 보험급여를 받거나 오랜 기간이 지난 후 보험급여를 받을 때, 평균임금을 산정할 사유가 생긴 날인 재해일 또는 진단 확정일을 기준으로 평균임금을 산정하여 보험급여액을 정할 경우 보험급여의 실질적 가치를 제대로 반영하지 못하는 불합리한 결과를 시정하기 위하여 마련된 것이다. 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하고자 하는 산재보험법의 입법 목적과 평균임금 증감 제도를 둔 취지에 아래와 같은 사정을 더하여 보면, 2010. 5. 20. 법률 제10305호로 개정된 산재보험법 시행 전에 지급 사유가 발생한 진폐에 대하여 장해보상일시금을 산정하는 경우 근로복지공단이 정당한 이유 없이 그 지급을 거부하거나 늦춤으로 인하여 보험급여의 실질적 가치가 하락한 경우에는 보험급여 지급결정일까지 평균임금을 증감해야 한다.

(가) 산재보험법 제36조 제3항 본문은 평균임금을 증감해야 하는 경우를 특별히 한정하고 있지 않고, 평균임금 증감의 종기(終期)에 관해서도 따로 규정하고 있지 않다.

(나) 근로복지공단은 ① 유족보상연금이나 장해보상연금을 지급할 경우에는 평균임금 산정 사유 발생일의 평균임금을 연금 지급 시까지 증감을 하고, ② 유족보상일시금을 지급할 경우에는 사망 시까지 증감을 하며, ③ 평균임금 산정 사유 발생일 자체도 경우에 따라서는 어느 특정일로 앞당긴 후 증감을 하는(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005두2810 판결에 따른 실무 처리) 등 보험급여의 실질적인 가치가 유지되도록 평균임금 증감의 시기나 종기를 다양하게 적용하여 평균임금을 증감하고 있다.

(다) 통상적인 경우에는 재해근로자가 장해를 진단받아 장해보상일시금의 지급사유가 발생하면 지급 신청을 하여 곧바로 근로복지공단으로부터 지급결정을 받을 수 있으므로 장해 진단일부터 지급결정일까지 평균임금을 증감할 필요가 없다. 그런데 근로복지공단이 정당한 이유 없이 보험급여의 지급을 거부하거나 지급을 늦춘 경우에는 산재보험법은 지연보상을 하는 규정을 두고 있지 않으므로, 근로복지공단의 지급 거부나 지체가 불법행위에 이르지 않는 한 재해근로자가 손해를 보전받기 어렵다. 이러한 제도 미비의 상황에서 부당한 지급 거부 또는 지체 시 보험급여 지급결정일까지 평균임금을 증감하는 것은 재해근로자의 보호와 행정의 적법성 확보를 위해 반드시 필요하고, 평균임금 증감 제도의 취지에도 부합한다.

**8** 2024. 4. 16. 선고 2022두57138 판결 [교원노동관계중재재정취소청구] … 783

- [1] 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 효과가 소멸하여 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라도 예외적으로 처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정되는 경우 및 그 예외 중 하나인 ‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’의 의미 / 중재재정에 대한 무효확인 또는 취소를 구하는 소의 경우에도 위 법리가 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)
- [2] 중재재정에 대한 불복사유인 중앙노동위원회 중재재정의 ‘위법’ 또는 ‘월권’의 의미 및 중재재정이 단순히 어느 노사 일방에 불리하거나 불합리한 내용이라는 사유만으로 불복할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제7조 제1항에서 단체협약으로서 효력을 가지지 않는다고 정한 내용에 관한 사항도 중재재정의 대상이 될 수 있는지 여부(적극) 및 중재재정이 이에 관하여 정하였다는 이유만으로 위법한지 여부(소극)
- [4] 국민의 교육받을 권리 보장을 위한 교육기관 및 교육행정기관의 본질적·근

본적 권한을 침해·제한하는 내용을 정한 중재재정이 위법한지 여부(적극) 및 어떠한 사항이 이에 해당하는지 판단하는 방법

- [1] 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법했는데, 소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때에 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라도, 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다. 여기에서 ‘그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있는 경우’란 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 상황에 관한 대표적인 예시일 뿐이며, 반드시 ‘해당 사건의 동일한 소송 당사자 사이에서’ 반복될 위험이 있는 경우만을 의미하는 것은 아니다. 이러한 법리는 행정처분의 일종인 중재재정에 대한 무효확인 또는 취소를 구하는 소의 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- [2] 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 ‘교원노조법’이라 한다)은 교원노동조합과 사용자가 단체교섭을 통해 합의를 위한 노력을 계속하여도 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우 이를 해결하기 위한 절차로서 중앙노동위원회에 의한 노동쟁의의 조정과 중재 제도를 마련하면서(제9 내지 11조) 관계 당사자는 중앙노동위원회의 중재재정이 위법하거나 월권에 의한 것이라고 인정하는 경우에 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(제12조 제1항). 여기에서 ‘위법’ 또는 ‘월권’이란 중재재정의 절차가 위법하거나 그 내용이 교원노조법, 근로기준법 위반 등으로 위법한 경우 또는 당사자 사이에 분쟁의 대상이 되어 있지 않는 사항이나 정당한 이유 없이 당사자 간의 분쟁범위를 벗어나는 부분에 대하여 월권으로 중재재정을 한 경우를 말하고, 중재재정이 단순히 어느 노사 일방에 불리하거나 불합리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않는다.
- [3] 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 ‘교원노조법’이라 한다) 제7조 제1항은 ‘단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의하여 위임을 받아 규정되는 내용’(이하 ‘비효력 사항’이라 한다)은 단체협약으로서의 효력을 가지지 않는다고 규정하면서도 같은 조 제2항은 비효력 사항에 대하여도 사용자 측에 그 내용이 이행될 수

있도록 성실하게 노력할 의무를 부과하고 있고, 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령 제5조는 사용자가 비효력 사항에 대한 이행 결과를 다음 교섭 시까지 교섭노동조합에 서면으로 알리도록 규정하고 있다. 이처럼 교원노동조합법이 비효력 사항에 대하여도 사용자에게 노력의무 등 일정한 의무를 부과하고 있고, 중재재정이 단체협약과 동일한 효력을 가지는 점(교원노동법 제12조 제5항) 등에 비추어 보면, 비효력 사항도 중재재정의 대상이 될 수 있고, 다만 그 중재재정 조항의 효력이 위와 같이 제한될 뿐이라고 보아야 한다. 따라서 중재재정이 비효력 사항에 관하여 정하였다는 이유만으로 위법하다고 볼 수 없다.

- [4] 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 ‘교원노동법’이라 한다)은 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제8조 제1항 단서(“다만 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.”)와 같은 비교섭 사항을 규정하고 있지 않으므로, 교원노동조합의 단체교섭에는 위 비교섭 사항에 관한 규정이 적용되지 않는다. 그러나 헌법과 법률이 교원의 지위를 보장하면서 노동3권을 일정 부분 제한하고 있는 취지에 비추어 보면, 근로조건에 관한 사항이라도 교육과정 등 정책결정에 관한 사항이나 교육기관 및 교육행정기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 국민의 교육받을 권리 보장을 위한 교육기관 및 교육행정기관의 본질적·근본적 권한을 침해·제한하는 내용을 정한 중재재정은 위법하다고 보아야 한다. 어떠한 사항이 교육기관 및 교육행정기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는지는 해당 근로조건의 내용과 성격, 국민의 교육을 받을 권리에 미치는 영향, 사용자 측에게 부과하는 부담의 정도 등을 종합하여 판단하되, 교원노동법이 교원노동조합과 그 조합원의 쟁의행위를 전면적으로 금지함으로써(제8조) 노동조합이 자신의 요구를 관철할 수단이 없기 때문에 중앙노동위원회가 교원의 근로조건의 실태와 단체교섭의 경과 등을 참작하여 적정한 근로조건을 설정해 줄 필요가 크다는 점을 충분히 고려해야 한다.

**조 세**

- [9] 2024. 4. 12. 선고 2020두53224 판결 [증여세부과처분취소] ..... 790
- [1] 구 상속세 및 증여세법 제40조 제1항 제2호 (다)목은 전환사채 등을 인수·취

득한 자가 발행 법인 최대주주의 특수관계인으로서 발행 법인의 주주가 아닐 것을 요구하는 등 과세대상과 과세범위를 한정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것인지 여부(적극)

- [2] 구 상속세 및 증여세법 제4조 제1항 제6호는 개별 가액산정규정이 설정한 증여세 과세의 범위와 한계에 들어맞지 않아 증여세 과세대상에서 제외되는 거래·행위도 특별히 과세대상으로 삼기 위한 별도의 규정인지 여부(소극)
- [1] 구 상속세 및 증여세법(2016. 12. 20. 법률 제14388호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제40조 제1항은 “전환사채, 신주인수권부사채(신주인수권증권이 분리된 경우에는 신주인수권증권을 말한다) 또는 그 밖의 주식으로 전환·교환하거나, 주식을 인수할 수 있는 권리가 부여된 사채(이하 ‘전환사채 등’이라고 한다)를 인수·취득·양도하거나, 전환사채 등에 의하여 주식으로 전환·교환 또는 주식의 인수(이하 ‘주식전환 등’이라고 한다)를 함으로써 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 한다.”라고 규정하고 있고, 제2호 (다)목은 ‘전환사채 등을 발행한 법인의 최대주주의 특수관계인(그 법인의 주주는 제외한다)이 그 법인으로부터 전환사채 등을 인수·취득한 경우로서, 전환사채 등에 의하여 주식전환 등을 함으로써 교부받았거나 교부받을 주식의 가액이 전환가액 등을 초과함으로써 얻은 이익’을 증여세 과세대상으로 규정하고 있다. 즉, 구 상증세법 제40조 제1항 제2호 (다)목은 전환사채 등의 주식전환 등에 따른 모든 이익을 증여세 과세대상으로 규율한 것이 아니라, 전환사채 등을 인수·취득한 자가 발행 법인 최대주주의 특수관계인으로서 발행 법인의 주주가 아닐 것을 요구하는 등 과세대상과 과세범위를 한정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 것으로 보아야 한다.
- [2] 증여세 완전포괄주의 관련 법령의 문언, 체계, 개정 경과, 입법 취지 및 개별 가액산정규정이 설정한 증여세 과세의 범위와 한계에 따라 증여세 과세대상에서 제외된 거래·행위에 대하여 구 상속세 및 증여세법(2016. 12. 20. 법률 제14388호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’이라 한다) 제4조 제1항 제6호를 근거로 증여세를 과세할 경우 납세자의 예측가능성과 법적 안정성을 현저히 침해하게 되는 점 등을 종합하여 보면, 구 상증세법 제4조 제1항 제6호는 새로운 금융기법이나 자본거래 등의 방법으로 부를 무상이전하는 변칙적인 증여에 대처하기 위하여 그 거래·행위의 경제적 실질이 개별 가액산정규정과 유사한 경우 개별 가액산정규정을 준용하여 증여세를 부과하기 위한 규정이라고 봄이 상당하고, 개별 가액산정규정이 설정한 증여세 과세의 범위

와 한계에 들어맞지 않아 증여세 과세대상에서 제외되는 거래·행위도 특별히 과세대상으로 삼기 위한 별도의 규정으로 볼 수는 없다.

**10** 2024. 4. 12. 선고 2020두54265 판결 [법인세부과처분등취소청구] …… 794

[1] 공신력 있는 감정기관의 감정가액을 시가로 볼 수 있는지 여부(적극) 및 그 가액이 소급감정에 의한 것이라도 마찬가지인지 여부(적극) / 이러한 법리는 부당행위계산부인 규정을 적용하면서 비상장주식의 보충적 평가방법에 따라 당해 법인의 자산을 평가하는 경우에도 적용되는지 여부(적극)

[2] 어떠한 토지에 관하여 구 상속세 및 증여세법 시행령 제49조 제1항 제2호 본문에 따른 원감정가액이 존재하고 그 원감정가액에 대하여 같은 호 단서에서 정하고 있는 재감정 사유가 인정되지 않는 경우, 과세관청의 의뢰에 따른 재감정가액을 시가로 볼 수 있는지 여부(소극) / 구 상속세 및 증여세법 시행령 제49조 제1항 제2호 단서 중 두 번째 괄호 부분, 즉 원감정가액이 기준금액 이상인 경우의 재감정 사유가 인정되는지 판단하는 기준

[1] 구 상속세 및 증여세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것) 제 60조 제2항의 위임에 따른 구 상속세 및 증여세법 시행령(2014. 2. 21. 대통령령 제25195호로 개정되기 전의 것) 제49조 제1항 각호는 재산의 시가로 볼 수 있는 대표적인 경우를 예시한 것에 불과하고, 시가란 원칙적으로 정상적인 거래에 의하여 형성된 객관적 교환가치를 의미하지만 이는 객관적이고 합리적인 방법으로 평가한 가액도 포함하는 개념이므로 공신력 있는 감정기관의 감정가액도 시가로 볼 수 있고, 그 가액이 소급감정에 의한 것이라 하여도 달라지지 않는다. 이러한 법리는 부당행위계산부인 규정을 적용하면서 비상장주식의 보충적 평가방법에 따라 당해 법인의 자산을 평가하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 구 상속세 및 증여세법(2015. 12. 15. 법률 제13557호로 개정되기 전의 것) 제 60조 제1항, 제2항, 구 상속세 및 증여세법 시행령(2014. 2. 21. 대통령령 제 25195호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법 시행령’이라 한다) 제49조 제1항의 문언, 체계, 개정 경과 및 입법 취지 등을 종합하여 보면, 비록 구 상증세법 시행령 제49조 제1항 각호의 예시적 성격을 감안하더라도 어떠한 토지에 관하여 구 상증세법 시행령 제49조 제1항 제2호 본문에 따른 원감정 가액이 존재하고 그 원감정가액에 대하여 같은 호 단서에서 정하고 있는 재감정 사유가 인정되지 않는 경우에는, 과세관청의 의뢰에 따른 재감정가액은 공신력 있는 감정기관이 평가한 가액이라 하더라도 이를 시가로 볼 수 없다. 나아가 평가심의위원회는 국세청장이 과세관청에 설치하는 기관으로서 과세

관청이 평가심의위원회의 자문결과에 구속되지 않는 점 등에 비추어 보면, 구 상증세법 시행령 제49조 제1항 제2호 단서 중 두 번째 괄호 부분, 즉 원감정가액이 기준금액 이상인 경우의 재감정 사유가 인정되는지는 평가심의위원회의 자문을 거쳤는지를 기준으로만 판단할 것은 아니고, 원감정가액의 감정평가목적, 납세자와 감정기관과의 관계, 통모 여부, 납세자의 조세회피 의사, 평가심의위원회의 자문내용 및 결과 등을 함께 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.

**11** 2024. 4. 12. 선고 2023두58701 판결〔부가가치세부과처분취소〕 …………… 800

부가가치세제에서 영세율 적용이 되는 경우 및 구 부가가치세법 시행령 제33조 제2항 제1호가 정한 비거주자 등 영세율 적용요건은 엄격히 해석하여야 하는지 여부(적극) / 영세율 적용 여부의 다툼이 있는 경우 영세율 적용요건에 관한 증명책임(=영세율 적용을 주장하는 자) / 통신용역의 국내공급에 영세율이 적용되기 위한 요건 및 구 부가가치세법 시행령 제33조 제2항 제1호의 ‘비거주자’에 해당하는지 판단하는 방법 / 이러한 법리는 용역을 공급받는 자가 ‘대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정’에 따라 우리나라에 주둔하는 미합중국군대의 구성원과 군속인 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(원칙적 적극)

부가가치세제에서 영세율 적용은 이중과세를 방지하기 위하여 원칙적으로 재화의 수출이나 용역의 국외공급에만 인정되고, 용역의 국내공급에 대하여는 용역의 국외공급에 준하는 경우로서 외국환의 관리 및 부가가치세의 징수질서를 해하지 않는 범위 내에서 외화획득의 장려라는 국가정책상의 목적에 부합되는 경우에만 법령이 정하는 바에 따라 예외적·제한적으로 인정되므로, 구 부가가치세법 시행령(2017. 2. 7. 대통령령 제27838호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제33조 제2항 제1호가 정한 비거주자 등 영세율 적용요건은 엄격히 해석하여야 한다. 그리고 어떠한 거래에 대하여 영세율 적용 여부의 다툼이 있는 경우 영세율 적용요건에 관한 증명책임은 영세율 적용을 주장하는 자에게 있다.

위에서 본 법리와 부가가치세법 제2조 제8호, 제24조 제1항 제3호, 구 부가가치세법 시행령 제33조 제2항 제1호 (라)목, 소득세법 제1조의2 제1항 제1호, 제2호, 제2항, 소득세법 시행령 제2조, 제2조의2의 문언 및 체계 등에 비추어 보면, 통신용역의 국내공급에 영세율이 적용되기 위해서는 용역을 공급받는 자가 구 부가가치세법 시행령 제33조 제2항 제1호의 ‘국내사업장이 없는 비거주자 또는 외국법인’에 해당하여야 하고, 이때 ‘비거주자’에 해당하는지는 특별한 사정이 없는 한 부가가치세법 제2조 제8호에 따라 소득세법 제1조의2 및 그 위임에 따른

소득세법 시행령 제2조, 제2조의2를 적용하여 판단하여야 한다. 이러한 법리는 용역을 공급받는 자가 ‘대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정’(이하 ‘주한미군지위협정’이라 한다)에 따라 우리나라에 주둔하는 미합중국군대의 구성원과 군속인 경우에도, 주한미군지위협정에 부가가치세법상 비거주자 판정기준에 관하여 별도의 규정을 두는 등 특별한 사정이 없는 한 마찬가지로 적용된다.

**형 사**

**12** 2024. 4. 12. 선고 2021도9043 판결 [준강간미수] ..... 803

- [1] 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우, 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 준강간죄의 불능미수가 성립하는지 여부(적극)
- [2] 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 경우, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 하는 경우
  - [1] 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였다고 볼 수 있다. 이때 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 준강간죄의 불능미수가 성립한다.
  - [2] 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가볍지 아니하여 공소장

이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실제적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서는 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다.

**13** 2024. 4. 12. 선고 2023도539 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)·조세범처벌법위반) ..... 807

[1] 조세범 처벌법 제3조와 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조에서 정한 조세포탈죄가 성립하기 위한 요건 / 세법이 정한 과세요건을 갖추지 못해 조세채무가 성립하지 않은 경우, 조세포탈죄의 성립 여부(소극)

[2] 국세기본법 제14조 제1항에서 정한 실질과세 원칙의 의미 / 재산의 귀속명의자는 이를 지배·관리할 능력이 없고 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배·관리하는 사람이 따로 있으며 그와 같은 명의와 실질의 괴리가 조세 회피 목적에서 비롯된 경우, 그 재산에 관한 소득의 귀속자 및 납세의무자(=재산을 실질적으로 지배·관리하는 사람)

[1] 조세범 처벌법 제3조와 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조에서 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 세법이 정한 과세요건이 충족되어 조세채권이 성립해야 하므로, 과세요건을 갖추지 못해 조세채무가 성립하지 않으면 조세포탈죄도 성립할 여지가 없다.

[2] 국세기본법 제14조 제1항은 실질과세 원칙을 정하고 있는데, 소득이나 수익, 재산, 거래 등 과세대상에 관하여 그 귀속명의와 달리 실질적으로 귀속되는 사람이 따로 있는 경우에는 형식이나 외관에 따라 귀속명의자를 납세의무자로 삼지 않고 실질적으로 귀속되는 사람을 납세의무자로 삼겠다는 것이다. 따라서 재산 귀속명의자는 이를 지배·관리할 능력이 없고 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배·관리하는 사람이 따로 있으며 그와 같은 명의와 실질의 괴리가 조세 회피 목적에서 비롯된 경우에는, 그 재산에 관한 소득은 재산을 실질적으로 지배·관리하는 사람에게 귀속된 것으로 보아 그를 납세의무자로 보아야 한다.

**14** 2024. 4. 12. 선고 2023도13406 판결 (성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)) ..... 810

[1] 형사소송법 제314조에서 정한 ‘그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음’의 의미 및 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’의 정도(=합리적 의심의 여지를 배제할 정도)

[2] 피고인들이 망인 甲과 합동하여 피해자 乙(여, 당시 14세)의 심신상실 또는

항거불능 상태를 이용하여 乙을 간음하였다는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반(특수준강간)의 공소사실과 관련하여, 甲이 사건 발생 14년여 후 자살하기 직전 작성한 유서가 발견되어 증거로 제출되었고, 유서에 甲이 자신의 범행을 참회하는 듯한 내용이 포함되어 있어 그 증거능력이 다투어진 사안에서, 제반 사정을 종합할 때, 유서가 신빙할 수 있는 상태에서 작성되었을 개연성이 있다고 평가할 여지는 있으나, 유서의 내용이 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않아도 될 정도로 신빙성이 충분히 담보된다고 평가할 수 없어 유서의 증거능력을 인정할 수 없다고 한 사례

- [1] 형사소송법 제314조에서 ‘그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음’이란 그 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고, 그 진술 내지 작성 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.

형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하는데, 이는 실제적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다. 형사소송법 제312조, 제313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다. 따라서 형사소송법 제314조에서 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음’에 대한 증명’은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고, 합리적 의심의 여지를 배제할 정도, 즉 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성을 충분히 담보할 수 있어 실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대한 예외로 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다.

- [2] 피고인들이 망인 甲과 합동하여 피해자 乙(여, 당시 14세)의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 乙을 간음하였다는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반(특수준강간)의 공소사실과 관련하여, 甲이 사건 발

생 14년여 후 자살하기 직전 작성한 유서가 발견되어 증거로 제출되었고, 유서에 甲이 자신의 범행을 참회하는 듯한 내용이 포함되어 있어 그 증거능력이 다투어진 사안에서, 유서에서 甲이 피고인들을 무고할 만한 뚜렷한 동기나 이유가 발견되지 않았고, 피고인들 스스로도 당시 甲 및 乙과 함께 술을 마셨던 사실은 인정하고 있는 점, 乙은 수사기관에서 당시 만취 상태에서 귀가하였는데 속옷에 피가 묻어 있었고 사타구니 부근이 아팠으며 산부인과에서 진료를 받고 사후피임약 등을 처방받았다고 진술한 점 등에 비추어 유서가 신빙할 수 있는 상태에서 작성되었을 개연성이 있다고 평가할 여지는 있으나, 유서는 작성 동기가 명확하지 아니하고, 수사기관에서 작성 경위, 구체적 의미 등이 상세하게 밝혀진 바가 없으며, 사건 발생일로부터 무려 14년 이상 경과된 후 작성된 점, 유서의 주요 내용이 구체적이거나 세부적이지 않고, 다른 증거에 의하여 충분히 뒷받침되지도 아니하며, 오히려 일부 내용은 乙의 진술 등과 명백히 배치되기도 하는 점, 甲에 대한 반대신문이 가능하였다면 그 과정에서 구체적, 세부적 진술이 현출됨으로써 기억의 오류, 과장, 왜곡, 거짓 진술 등이 드러났을 가능성을 배제하기 어려운 점 등 제반 사정을 종합하면, 유서의 내용이 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않아도 될 정도로 신빙성이 충분히 담보된다고 평가할 수 없어 유서의 증거능력을 인정할 수 없다는 이유로, 이와 달리 보아 유서의 증거능력을 인정하고 이를 주요 증거로 삼아 피고인들에게 유죄를 선고한 원심판결에 형사소송법 제314조의 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

**15** 2024. 4. 12. 선고 2023도13707 판결 (교통사고처리특례법위반(치상)·도로교통법위반(음주운전)) ..... 816

재심청구인이 재심청구를 취하할 수 있는지 여부(적극) 및 재심법원이 재심판결을 선고한 이후에도 재심청구의 취하가 허용되는지 여부(소극)

재심청구인은 형사소송법 제429조 제1항에 따라 재심청구를 취하할 수 있으나, 재심법원이 재심판결을 선고한 이후에는 재심청구의 취하가 허용되지 않는다. 그 이유는 다음과 같다.

(가) 형사소송절차에 있어서는 법적 안정성과 형식적 확실성이 요구되고, 절차 유지의 원칙이 적용된다. 특히, 법원의 종국적 소송행위인 판결의 선고가 있는 경우 그 판결은 정식의 상소절차를 거쳐 상급심에서 번복되어 효력을 상실하기 전까지는 일응 정당한 것으로 추정되고, 판결을 선고한 법원 스스로도 그 판결을 취소·변경·철회할 수 없다. 마찬가지로, 당해 절차의 개시를 구한 당사자도 선

고된 판결에 대하여 불복이 있는 경우 상소절차를 통하여 이를 다룰 수 있을 뿐, 절차 개시의 청구를 취소 내지 취하하는 방법으로 이미 선고된 판결의 효력을 소멸시킬 수는 없다고 보아야 한다.

형사소송법이 검사의 공소 취소 시기, 정식재판청구인의 정식재판청구 취하 시기를 모두 제1심판결의 선고 전까지로 제한하는 것(제255조 제1항, 제454조)도 그와 같은 취지로 이해할 수 있다.

(나) 재심이 청구되면 법원은 재심개시절차에서 재심사유의 존부를 판단하고, 재심심판절차를 통하여 그 심급에 따라 재심대상사건 자체를 처음부터 완전히 다시 심리하여 유무죄를 판단하고 형을 정하여 재심판결을 선고한다. 재심판결의 선고는 재심청구에 대한 법원의 종국적인 소송행위이고, 재심판결은 통상의 공판절차에서 법원이 선고하는 판결과 그 의미나 효력에 있어 차이가 없다. 따라서 재심판결이 선고된 이후 재심판결에 대하여 불복이 있으면 상소절차를 통하여 이를 다룰 수 있을 뿐, 재심청구를 취하하는 방법으로 재심판결의 효력을 소멸시킬 수는 없다.

**16** 2024. 4. 16. 선고 2020도3050 판결 [부정청탁및금품등수수금지예관한법률 위반·공무상비밀누설] ..... 818

- [1] 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보(유관정보)를 적법하게 탐색하는 과정에서 이와 무관한 전자정보(무관정보)를 우연히 발견한 경우, 수사기관이 그러한 정보에 대하여도 압수·수색을 할 수 있는지 여부(한정 적극) / 수사기관이 유관정보를 선별하여 압수한 후에도 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 않은 채 그대로 보관하고 있는 경우, 무관정보 부분에 대한 압수가 위법한지 여부(적극) 및 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었거나 피고인 등이 이를 증거로 함에 동의한 경우, 위법성이 치유되는지 여부(소극) / 수사기관이 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 기존 압수·수색 과정에서 취득한 무관정보가 남아 있는 하드카피·이미징 등 형태의 복제본을 탐색, 복제 또는 출력할 수 있는지 여부(소극) 및 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 집행했다라도 위법한지 여부(적극)
- [2] 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 않고 수집한 증거와 이를 기초로 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 법원이 위 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 예외적인 경우 / 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때 고려해야 할 사항

- [1] 전자정보에 대한 압수·수색에 있어 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드카피·이미징 등의 형태로 복제본(이하 ‘복제본’이라 한다)을 만들어 외부에서 그 저장매체나 복제본에 대하여 압수·수색이 허용되는 예외적인 경우에도 혐의사실과 관련된 전자정보(이하 ‘유관정보’라 한다) 이외에 이와 무관한 전자정보(이하 ‘무관정보’라 한다)를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 그러나 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 유관정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 무관정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관으로서 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.

수사기관이 유관정보를 선별하여 압수한 후에도 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 않은 채 그대로 보관하고 있다면 무관정보 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다. 수사기관이 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 열람하는 것은 압수·수색영장으로 압수되지 않은 전자정보를 영장 없이 수색하는 것과 다르지 않다. 따라서 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없으며, 수사기관은 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 필요한 경우에도 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물을 열람할 수 있을 뿐이다. 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 집행하였다고 하더라도, 이는 압수·수색절차가 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 위법하다.

- [2] 형사소송법 제308조의2에 따라 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다. 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. 다만 수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고, 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정

의 증거로 사용할 수 있다.

법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 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 살피는 것은 물론, 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 고려해야 한다.

**17** 2024. 4. 16. 선고 2023도13333 판결 [상관명예훼손] ..... 827

군형법 제64조 제3항의 행위에 대해 형법 제307조 제1항의 행위에 대한 위법성 조각사유를 규정한 형법 제310조가 유추적용되는지 여부(적극)

군형법은 제64조 제3항에서 ‘공연히 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 경우’에 대해 형법 제307조 제1항의 사실적시에 의한 명예훼손죄보다 형을 높여 처벌하도록 하면서 이에 대해 형법 제310조와 같이 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정을 별도로 두지 않았다. 그러나 입법에도 불구하고 입법자가 의도하지 않았던 규율의 공백이 있는 사안에 대하여 범규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 정당하다고 평가되는 한도 내에서 그와 유사한 사안에 관한 범규범을 적용할 수 있다고 할 것인바, 형법 제307조 제1항의 행위에 대한 위법성조각사유를 규정한 형법 제310조는 군형법 제64조 제3항의 행위에 대해 유추적용된다고 보아야 한다. 이유는 다음과 같다. 군형법상 상관명예훼손죄는 상관에 대한 사회적 평가, 즉 외부적 명예 외에 군 조직의 질서 및 통수체계 유지 역시 보호법익으로 한다. 그런데 군형법 제64조 제3항의 상관명예훼손죄는 행위의 상대방이 ‘상관’이라는 점에서 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄와 구별되는 것일 뿐 구성요건적 행위인 명예훼손을 형법상의 개념과 다르게 해석할 이유가 없다. 따라서 군형법상 상관명예훼손죄와 형법상 명예훼손죄의 불법내용에 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵고, 문제 되는 행위가 ‘공공의 이익에 관한 때’에 해당하는지를 심사할 때에 상관명예훼손죄가 보호하고자 하는 군의 통수체계와 위계질서에 대한 침해 위험 등을 추가적으로 고려함으로써 위법성조각사유의 해당 여부를 판단하면 충분하다.