

## 대법원 2024. 11. 14. 선고 중요판결 요지

민 사

2019다292750 손해배상(기) (자) 파기환송

[상장주식을 거래한 투자자들이 유료 투자정보 서비스 제공업체 관계자들의 시세조종 행위와 부정거래행위로 인한 손해배상을 청구한 사건]

◇1. 상장주식의 시세 변동을 통한 이익을 얻으려는 의도로 일련의 시세조종행위와 시세조종성 부정거래행위를 복합적으로 실행한 경우, 시세조종성 부정거래행위와 그로부터 직접 영향을 받아 투자판단을 하고 진행한 주식 거래 사이의 인과관계를 증명하거나 시세조종성 부정거래행위로 형성된 가격에 의하여 주식을 거래하였음을 증명하여 손해배상을 청구할 수 있는지 여부(적극) 2. 복합 시세조종성 부정거래행위로 인한 손해액의 산정 방법◇

1. 구 자본시장법<sup>1)</sup>은 ‘제4편 불공정거래의 규제’라는 표제 하에 시장의 가격형성기능과 시장에 대한 신뢰를 해치고 투자자에게 손해를 입히는 다양한 유형의 불공정거래행위를 금지하는 규정을 두었다.

그중 시세조종행위에 관한 구 자본시장법 제176조는, 제2항 제2호에서 상장증권 등의 매매를 유인할 목적으로 그 증권 등의 시세가 자기 또는 타인의 시장 조작에 의하여 변동한다는 말을 유포하는 행위를, 같은 항 제3호에서 상장증권 등의 매매를 유인할 목적으로 그 증권 등의 매매를 함에 있어서 중요한 사실에 관하여 거짓의 표시 또는 오해를 유발시키는 표시를 하는 행위를 각각 시세조종행위의 유형 중 하나로 규정하면서 그 행위들을 금지한다. 구 자본시장법 제177조 제1항은 위와 같은 시세조종행위를 한 사람으로 하여금 그 위반행위로 인하여 형성된 가격에 의하여 해당 증권 등에 관한 매매 등을 한 자가 그 매매 등으로 인하여 입은 손해를 배상할 책임을 부담하도록 정하였다.

부정거래행위에 관한 구 자본시장법 제178조는, 제2항에서 증권 등의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 행위를, 제1항 제1호에서 증권 등의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위를 각각 부정거래행위의 유형 중 하나로 규정하면서 그 행위들을 금지한다. 구 자본시장법 제179조 제1항은 위와 같은 부정거래행위를 한 사람으로 하여금 그 위반행위로

1) 구 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것)

인하여 증권 등에 대한 매매 등의 거래를 한 자가 그 매매 등의 거래와 관련하여 입은 손해를 배상할 책임을 부담하도록 정하였다.

한편 거짓 표시 내지 위계, 그 밖의 부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 등의 부정거래 행위를 하여 상장주식의 시세를 인위적으로 변동시킴으로써 이익을 얻으려고 한 사안(이하 이와 같은 부정거래행위를 '시세조종성 부정거래행위'라 한다)에서 그 시세조종성 부정거래행위에 직접 영향을 받아서 투자판단을 하고 주식을 거래하였다고 주장하는 투자자는 그 시세조종성 부정거래행위와 자신의 주식 거래 사이의 인과관계를 증명함으로써 구 자본시장법 제179조 제1항의 손해배상청구를 할 수 있다. 나아가 그렇지 않은 투자자라 하더라도 시세가 시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성되었으리라는 생각 아래 그 주식을 거래한 것으로 볼 수 있으므로, 그 시세조종성 부정거래행위로 형성된 가격에 의하여 해당 주식을 거래하였음을 증명함으로써 구 자본시장법 제179조 제1항의 손해배상청구를 할 수 있다.

2. 시세조종행위와 부정거래행위를 금지하는 구 자본시장법 제176조와 제178조는 모두 증권 등에 관한 거래의 공정성과 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익을 보호하려는 규정이다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 등 참조). 그중 구 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 시장의 가격형성기능과 시장에 대한 신뢰를 해치는 부정한 행위를 일반적, 포괄적으로 금지하기 위해 마련된 규정이다. 해당 규정에 의하여 금지되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위'는 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위를 의미한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 등 참조). 구 자본시장법 제176조 제2항 제2호의 '상장증권 등의 매매를 유인할 목적으로 그 증권 등의 시세가 자기 또는 타인의 시장 조작에 의하여 변동한다는 말을 유포하는 방식의 시세조종행위'와 같은 항 제3호의 '상장증권 등의 매매를 유인할 목적으로 그 증권 등의 매매를 함에 있어서 중요한 사실에 관하여 거짓의 표시 또는 오해를 유발시키는 표시를 하는 방식의 시세조종행위' 및 구 자본시장법 제178조 제2항의 '증권 등의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 위계를 사용하는 부정거래 행위'도 결국 사회통념상 부정하다고 인정되는 수단 등을 사용하는 행위에 해당하므로, 위와 같은 시세조종행위와 부정거래행위는 제178조 제1항 제1호가 정한 일반적, 포괄적 부정거래행위의 특수한 형태라 할 수 있다.

그렇다면 상장주식의 시세 변동을 통해 이익을 얻으려는 동일한 의도 하에 그 주식에 대하여 위와 같은 시세조종행위와 시세조종성 부정거래행위를 실행하여 해당 주식의 시세에 복합적인 영향을 주려고 한 사안에서는, 그 시세조종행위와 부정거래행위가 결합한

일련의 시세조종성 부정거래행위가 실행된 것으로 볼 수 있다(이하 이러한 시세조종행위와 시세조종성 부정거래행위를 통틀어 '복합 시세조종성 부정거래행위'라 한다). 이 경우 복합 시세조종성 부정거래행위에 직접 영향을 받아서 투자판단을 하고 주식을 거래하였다고 주장하는 투자자는 그 일련의 복합 시세조종성 부정거래행위와 자신의 주식 거래 사이의 인과관계를 증명하는 방법으로 구 자본시장법 제179조 제1항에 따른 손해배상청구를 할 수 있고, 그렇지 않은 투자자라 하더라도 그 일련의 복합 시세조종성 부정거래행위에 의하여 형성된 가격으로 주식을 거래하였음을 증명하는 방법으로 구 자본시장법 제179조 제1항에 따른 손해배상청구를 할 수 있다.

여기서 복합 시세조종성 부정거래행위가 주식의 시세 형성에 영향을 주었는지 여부는 사건연구 방식 등의 전문가 감정을 통하여 복합 시세조종성 부정거래행위에 의해 영향을 받았을 것으로 예상되는 기간(사건기간) 중의 주가동향과 그 행위들이 없었다면 진행되었을 주가동향을 비교하여 그 차이가 통계적으로 의미가 있는지를 기준으로 판단할 수 있다.

나아가 이러한 사안에서 주식 등을 거래한 투자자는 전체적으로 주식 등 거래의 공정성과 유통의 원활성을 해치는 일련의 복합 시세조종성 부정거래행위로 손해를 입었다고 할 수 있으므로, 그 투자자가 입은 손해액은 복합 시세조종성 부정거래행위가 없었다면 매수 당시 형성되었으리라고 인정되는 정상주가와 그 복합 시세조종성 부정거래행위로 인하여 형성된 주가로서 그 투자자가 실제로 매수한 조작주가와 차액 상당(만약, 정상주가 이상의 가격으로 실제 매도한 경우에는 조작주가와 그 매도주가와 차액 상당)으로 산정할 수 있다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다69607, 69614 판결 등 참조).

☞ 코스닥 상장법인의 주식을 거래한 원고들은 유료 투자정보 서비스 제공업체를 운영하는 회사 및 그 임원인 피고들이 여러 유형의 시세조종행위 내지 부정거래행위를 실행하여 손해를 입게 하였다고 주장하면서 구 자본시장법 제177조, 제179조에 의한 손해배상을 청구함

☞ 원심은, 원고들이 피고 측의 시세조종행위 내지 부정거래행위에 상응하는 손해의 유형과 액수를 특정한 후 개별적인 인과관계와 손해 발생 금액을 증명해야 함에도 그 증명을 다하지 않았다는 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 원고들은 피고 측에 의한 복합 시세조종성 부정거래행위가 전체적으로 투자판단에 직접 영향을 주어서 원고들이 주식을 거래하게 되었다면 그 복합 시세조종성 부정거래행위와 원고들의 주식 거래 사이 인과관계가 증명되었다고 할 수 있고, 복합 시세조종성 부정거래행위를 구성하는 각각의 시세조종행

위 내지 부정거래행위와 원고들의 주식 거래 사이에 개별적인 인과관계가 존재한다는 것 까지 증명할 것은 아니며, ② 원고들이 입은 손해액은 복합 시세조종성 부정거래행위가 없었더라면 매수 당시 형성되었으리라고 인정되는 정상주가와 복합 시세조종성 부정거래행위로 인하여 형성된 주가로서 투자자가 실제로 매수한 조작주가와 차액 상당으로 산정할 수 있고 반드시 개별 유형별 시세조종행위 내지 부정거래행위로 인한 주가 변동 및 손해 부분을 따로 추정하거나 이를 분리해서 산정해야 하는 것은 아니라고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

### 2021다215060 기타(금전) (다) 파기환송

**[위임인이 수임인을 상대로 위임계약 종료에 따라 수임인이 위임사무의 처리로 받은 금전 및 그 지연손해금의 지급을 구하는 사건]**

◇당사자 사이의 특약 등 특별한 사정이 없는 경우, 수임인이 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 등을 위임인에게 인도하여야 하는 시기(= 위임계약이 종료한 때) 및 그와 같은 위임인의 인도 의무가 기한의 정함이 있는 채무인지 여부(적극)◇

민법 제684조 제1항은 “수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인에게 인도하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이때 인도 시기는 당사자 간에 특약이 있거나 위임의 본뜻에 반하는 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 위임계약이 종료된 때이고, 수임인이 반환할 금전의 범위도 위임 종료 시를 기준으로 정해진다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2004다64432 판결, 대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다11295 판결 등 참조).

☞ 원고는 피고와 이 사건 상가와 이 사건 아파트를 공유하고 있었는데, 2009. 1.경 피고에게 이 사건 상가의 임대 등 관리와 이 사건 아파트의 매도를 위임함. 피고는 2009. 4.경 이 사건 아파트의 매도를 완료하였고, 원고는 2015. 3.경 이 사건 상가의 임대 등 관리에 관한 위임을 해지함. 원고는 피고를 상대로 원고 지분 비율에 따른 이 사건 상가의 임대수익금과 이 사건 아파트의 매도대금 및 각 그에 관한 위임종료 시부터 다 갚는 날까지 지연손해금의 지급을 청구하고, 이에 대하여 피고는 민법 제684조 제1항에 따른 수임인의 취득물 등 인도 의무는 기한의 정함이 없는 채무이므로 원고로부터 이행청구를 받은 다음 날부터 지체 책임을 부담한다고 다툼

☞ 원심은, 이 사건 각 위임계약의 종료로 인한 피고의 원고에 대한 임대수익금, 매매대금 인도 의무는 기한의 정함이 없는 채무로서 피고는 원고로부터 이행청구를 받은 때로부터 그에 대한 지체 책임을 부담한다고 보아, 피고는 원고에게 임대수익금 및 이 사건 아

파트의 매매대금 중 원고 지분비율에 따른 금액 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 일 다음 날부터 다 갚는 날까지 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 각 위임계약이 종료되었다면 피고는 위임사무의 처리로 취득한 임대수익금, 매매대금 중 원고 지분에 해당하는 금액을 원고에게 인도하여야 하므로, 이 사건 각 위임계약이 종료된 때 임대수익금, 매매대금 인도의 의무 이행기가 도래하였다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

**2021다220062, 2021다220079(병합), 2021다220086(병합), 2021다220093(병합) 임금 (자) 파기환송**

**[임상병리사, 방사선기사, 운전기사, 기계·전기기사, 수술실 간호사의 당직 및 콜대기 근무시간이 근로기준법상 근로시간인지 여부가 문제된 사건]**

◇당직 및 콜대기 근무시간이 근로기준법상 근로시간에 해당하는지 여부를 판단하는 기준◇

근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간을 말하고, 휴게시간이란 근로시간 도중에 사용자의 지휘·감독으로부터 해방되어 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 시간을 말한다. 따라서 근로자가 작업시간 도중에 실제로 작업에 종사하지 않은 휴식시간이나 대기시간이라 하더라도 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니라 실질적으로 사용자의 지휘·감독을 받고 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다고 보아야 한다. 근로계약에서 정한 휴식시간이나 대기시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결, 대법원 2018. 7. 12. 선고 2013다60807 판결 참조). 그리고 일반적인 일·숙직 근무가 주로 감시, 경비, 긴급보고의 수수 등의 업무를 그 내용으로 하고 있는 것과는 달리 당직근무를 하는 도중에 수행하는 업무의 내용이 본래의 업무가 연장된 경우는 물론이고 그 내용과 질이 통상근무의 태양과 마찬가지로 인정될 때에는 당직근무시간이 근로시간에 포함된다고 보아야 한다. 이와 달리 당직근무가 전체적으로 보아 근무의 밀도가 낮은 대기성의 단속적 업무에 해당하는 경우에는 본래의 업무에 실제로 종사한 시간만을 근로시간으로 보아

야 한다. 당직근무를 하는 도중에 수행하는 업무의 내용과 질이 본래의 업무가 연장된 경우에 해당하거나 통상근무의 태양과 마찬가지로인지는 여부, 당직근무가 통상의 근무시간의 구속으로부터 완전히 벗어났는지 또는 통상근무의 태양이 그대로 계속되는지 여부, 당직근무를 하는 도중에 본래의 업무에 종사하게 되는 빈도 내지 시간의 장단, 당직근무를 하면서 충분한 수면시간이 보장되는지 여부 등을 충분히 심리하여 정해야 한다(대법원 1995. 1. 20. 선고 93다46254 판결, 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다14742 판결 등 참조).

☞ 피고 산하 병원 소속 간호사, 임상병리사, 방사선기사 등인 원고들은 통상임금을 재산정해야 한다고 주장하면서 피고를 상대로 기지급받은 시간외수당 등 각종 수당 등의 차액 지급을 청구함

☞ 원심은, 원고들의 당직 및 콜대기 근무시간 전부가 근로기준법상의 근로시간에 해당한다고 보아, 당직 및 콜대기 근무시간 전부에 대한 가산임금 지급을 인정하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 원고들 중 운전기사와 기계·전기기사의 경우 당직근무 중 수행한 업무의 내용이 무엇인지, 통상근무의 태양과는 차이가 있는지, 당직근무 중 자유롭게 이용할 수 시간이 어느 정도 있었는지 등을 알 수 있는 아무런 증거가 없고 원고들 중 일부 방사선기사와 임상병리사의 경우도 마찬가지인 점, ② 피고 소속 일부 병원의 다른 방사선기사들이 이 사건 청구기간 중 일부 기간에 평일 야간 및 휴일 근무를 한 것이 근로기준법상 근로시간에 해당한다고 인정된 판결이 선고되어 확정된 사실은 있으나, 원고들 중 해당 시기에 해당 병원에 근무하였던 방사선기사의 근무 내용 및 태양 등도 이들과 동일하였는지, 위 확정판결 이후 시점의 근무 내용 및 태양에 변화가 없었는지 등을 알 수 있는 자료가 없는 점, ③ 원고들 중 수술실 간호사, 일부 병원의 방사선기사와 임상병리사의 경우 수술실, 영상의학실, 진단검사의학실의 콜 건수 등에 관한 자료가 제출되었으나, 이것만으로는 해당 원고들이 통상근무 시간에 수행한 업무의 내용이 무엇이었는지, 통상근무와 당직 또는 콜대기 근무 사이의 근무 밀도 차이가 어느 정도였는지, 자택에서 당직 또는 콜대기 중 콜을 받으면 몇 분 안에 출근해야 하는지 등을 알 수 없어, 위 원고들의 자택에서의 당직 또는 콜대기 근무시간 전부가 실질적으로 사용자인 피고의 지휘·감독 아래에 놓여있는 근로시간에 해당하는지, 그중 어느 범위까지 근로시간으로 보아야 하는지를 판단하기 어려운 점에 비추어 보면, 원심으로서 위와 같은 사항들을 심리하여 원고들의 당직 또는 콜대기 근무가 내용과 질에 있어서 그 근무시간의 전부 또는 일부를 근로시간으로 볼 수 있는지를 판단하였어야 한다고 보아, 원심을 파기·환송함

**2021다289399 손해배상 (자) 상고기각**

**[영업비밀 침해행위를 이유로 금지 및 손해배상을 구하는 사건]**

◇구 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(2019. 1. 8. 법률 제16204호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 (라)목 영업비밀 침해행위의 ‘부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적’의 의미◇

구 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」<sup>2)</sup> 제2조 제3호 (라)목은 계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위를 영업비밀 침해행위로 규정하고 있다[이하 ‘(라)목 영업비밀 침해행위’라 한다]. 위와 같은 목적이 있는지 여부는 행위자의 업종, 경력, 행위의 동기 및 경위와 수단, 방법, 행위자의 영업비밀 보유자에 대한 의무의 내용과 범위, 영업비밀 보유자의 경쟁력 손상 위험 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

☞ 원고는 이 사건 기술정보(평판 디스플레이 패널 생산을 위한 진공이송시스템인 VTS 도면)가 자신의 영업비밀임을 전제로 이 사건 기술정보를 사용한 피고의 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제3호 (라)목의 영업비밀 침해행위라고 주장하면서 금지 및 손해배상을 청구함

☞ 원심은, ① 이 사건 기술정보는 원고와 피고가 공동으로 보유하는 영업비밀이고, ② 원고와 피고 사이에 이 사건 기술정보의 사용에 관한 다른 약정이 없으므로 그 공동보유자인 피고는 영업비밀성을 상실하게 하지 않는 이상 원고의 동의 없이 이 사건 기술정보를 사용할 수 있으며, ③ 피고가 피고 거래업체에 비밀유지의무를 부과하고 피고 거래업체로 하여금 이 사건 기술정보가 포함된 이 사건 도면을 사용하여 이 사건 제품을 제작하게 한 것은 원고가 그 제작을 포기하였기 때문이고, 이는 피고 자신이 영업비밀성을 유지하면서 이 사건 기술정보를 사용한 것과 다르지 않으므로, 피고의 행위는 영업비밀 침해행위에 해당하지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, ① 이 사건 기술정보는 원고를 통하지 않고서는 통상 입수할 수 없고 이를 사용하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있으며 원고가 합리적인 노력에 의해 비밀로 유지해 온 것이어서 원고의 영업비밀에 해당하고, ② 이 사건 기술정보는 원고와 피고가 공동으로 보유한 정보이기는 하나 제출된 자료만으로는 피고가 이를 합리적인 노력에 의해 비밀로 유지하였다고 보기 어려워 이를 피고의 영업비밀

2) 2019. 1. 8. 법률 제16204호로 개정되기 전의 것, 이하 같음

이라고 평가할 수 없으며, ③ 피고는 원고와의 약정에 따라 원고의 영업비밀인 이 사건 기술정보를 비밀로 유지할 의무를 부담하나 사용제한에 관하여 별도의 약정을 하지 않은 이상 반드시 원고의 동의를 받고 이 사건 기술정보를 사용할 의무를 부담한다고 볼 수는 없고, ④ 제출된 자료만으로 영업비밀 보유자인 원고의 경쟁력이 손상될 위험이 있다고 보기도 어려우므로, 피고가 이 사건 계약에 따라 원고에 대하여 비밀유지의무를 부담한다고 하더라도 부정한 이익을 얻거나 원고에게 손해를 입힐 목적으로 이 사건 기술정보를 사용하여 제품을 제작하였다고 볼 수 없다고 보아, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

### 2022다281378 지급보증금 등 청구의 소 (자) 파기환송(일부)

**[사용자책임에 따른 손해배상을 구하는 사건에서 피해자가 피용자의 불법행위가 사무집행행위에 해당하지 않음을 알았거나 알지 못한 데 중대한 과실이 있는지 여부가 문제된 사건]**

◇사용자책임에서 피해자가 피용자의 불법행위가 사무집행행위에 해당하지 않음을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에 해당하는지 여부를 판단하는 기준◇

피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 업무와 관련된 것으로 보여지는 경우에 사용자로 하여금 그에 대해 책임을 지게 하는 이른바 외형이론은 그 외형에 대한 사회적 신뢰의 보호와 형평의 관념에서 우리나라의 것이므로, 그것이 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하고, 이를 판단함에 있어서는 그 행위가 법령상의 제한을 위반한 것인지에 대한 상대방의 인식가능성, 상대방의 경험이나 지위, 쌍방의 종래의 거래관계, 당해 행위의 성질과 내용 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다20422 판결 참조).

☞ 원고가 피고(지역농업협동조합)의 경제사업소장이 작성한 피고 명의의 지급보증서를 받은 뒤 A 회사에 40억 원을 대출하였으나 A 회사가 채무를 이행하지 않자, 원고는 피고를 상대로 사용자책임에 따른 손해배상을 청구함

☞ 원심은, 원고가 조금만 주의를 기울였다더라면 피고의 경제사업소장의 행위가 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있다는 피고의 면책 주장을 배척하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 피고가 지역농업협동조합으로서 다른 사람의 채무에 대하여 지급보증을 하는 행위는 채무부담행위로서 강행법규에 위반되어 무효인 점, ② 원고는 경영관리(자금운영, 재무, 재정 관리) 컨설팅, 기업의 국내 및 해외

투자 유치 컨설팅업, 부동산 매매, 임대 및 기타 관리서비스업 등을 목적으로 설립된 주식회사로 이 사건 대출 당시 10년 이상 운영되고 있었고, 그 기간 동안 몇 개월을 제외하고는 동일인이 계속 대표이사로 재직하였으므로, 스스로 피고의 채무부담에 관한 법률상 제한이나 피고 임직원의 업무 범위 등에 관하여 비교적 어렵지 않게 이를 검토하여 확인할 수 있는 위치에 있었던 점, ③ 원고가 경제사업소장이 지급보증서를 작성할 권한이 있는지, 이 사건 지급보증서에 따른 지급보증의 유효한지, 피고의 이사회 결의가 필요하지 않은지 등에 관하여 의문을 가졌던 것으로 보이는데도, 자신의 의문과 관련하여 피고에게 관련 사실관계 등을 문의하였음을 인정할 증거가 없는 점에 비추어 보면, 원고는 경제사업소장의 지급보증서 작성 행위가 피고의 사무집행행위에 해당하지 않음을 알았거나 그렇지 않더라도 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2023다272289 약정금 (나) 파기환송

**[약정 내용 자체에서 원금 전액 반환과 아울러 추가로 사업 성공이나 이익 발생 등과 같은 조건충족에 결부시키지 않은 일정한 금전의 지급을 확정적으로 보장한 경우 이자제한법이 적용되는 금전소비대차계약에 해당하는지 여부가 문제된 사건]**

◇이자제한법이 적용되는 금전소비대차계약 해당 여부를 판단하는 방법◇

이자제한법은 이자의 적정한 최고한도를 정함으로써 국민경제생활의 안정과 경제정의 실현하기 위하여 제2조에서 “금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 25%를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다(제1항). 계약상의 이자로서 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 한다(제3항).”라고 규정한다. 나아가 “예금, 할인금, 수수료, 공제금, 체당금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 본다(제4조 제1항).”라는 규정과 “제2조 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하여 이자를 받은 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(제8조 제1항).”는 규정을 두고 있다. 이처럼 이자제한법은 금전소비대차계약에 관하여 규율하면서 최고이자율을 넘는 이자나 금전 대차와 관련한 대가 지급약정의 효력을 인정하지 않고 이를 초과하여 이자를 받은 자를 형사처벌하고 있다. 민법 제598조는 “소비대차는 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”라고 규정하는바, 금전을 이전받는 상대방이 이전받은 금전의 원금 전액 반환을 보장하는 약정을 하지 않았다면 이는 금전소비대차계약이라고 할 수 없어 이자제한법이 적용

될 여지가 없다. 이자제한법의 적용을 받는 금전소비대차계약인지 여부는 원칙적으로 당사자 사이의 계약 해석의 문제로, 금전을 지급한 당사자와 상대방 사이의 관계, 금전을 지급하게 된 경위, 금전 지급에 대하여 상대방이 제공하기로 약정한 이익의 성질과 제공 방법, 통상적인 거래관념 등을 종합적으로 고려하여야 하는데, 금전을 지급한 당사자와 상대방 사이에 이전받은 금전의 원금 전액 반환과 아울러 추가로 상대방의 사업 성공이나 이익의 발생 등과 같은 조건충족에 결부시키지 않은 일정한 금전의 지급을 약정 내용 자체에서 확정적으로 보장하였다면, 이러한 약정은 금전소비대차계약으로서 이자제한법이 적용될 가능성이 높다.

☞ 원고와 피고들과 사이에서 투자약정서라는 이름으로, 원고가 2021. 1. 10. 이 사건 사업을 위하여 1억 원을 지급하면 피고들이 2021. 7. 31.까지 원금과 이 사건 사업 이익금 1억 원을 합한 2억 원을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 약정을 체결함. 이후 피고들이 원고에게 원금 1억 원만 반환하자, 원고는 피고들을 상대로 이 사건 약정에서 정한 이익금 1억 원의 지급을 청구함

☞ 원심은, 이 사건 약정은 투자수익 지급약정으로서 금전소비대차계약과는 그 성격이 구별되므로, 이 사건 약정에서 정한 이익금에 대하여 이자제한법상 최고이자율이 적용되지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 약정은 2021. 1. 10. 1억 원을 지급받으면 2021. 7. 31.까지 원금 1억 원과 이익금 1억 원을 합한 2억 원을 확정적으로 지급하는 내용이고 여기에 사업 성공이나 이익 발생 등의 조건을 결부시키지 않았으므로 금전소비대차계약으로서 이자제한법의 적용을 받는다고 볼 여지가 크고, ② 이 사건 사업의 전망이나 개발이익의 실현이 불투명하였고 투자원금 및 이익금의 회수에 상당한 위험성이 있었으며 이 사건 약정서 제목이 '투자약정서'라고 되어 있고, 원고와 피고들 상호간 지급되는 금원을 투자원금, 투자이익금이라고 표현하였다는 사정을 이유로 이 사건 약정이 이자제한법이 적용되는 금전소비대차계약이 아니라고 할 수는 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2023다287168 직무발명보상금 (라) 상고기각**

### **[직무발명 보상금 산정이 문제된 사건]**

◇1. 발명진흥법 제15조 제1항이 정하는 직무발명 보상금 지급 채무에 관한 채무자의 지체책임 발생 시기(= 이행청구를 받은 때) 2. 직무발명 보상금 채권이 외화채권인지 여부(= 원칙적 소극)◇

1. 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다(민법 제387조 제2항). 발명진흥법 제15조 제1항이 정하는 직무발명 보상금 지급 채무는 직무발명에 관한 근무규정 등에서 직무발명 보상금의 지급시기를 정하고 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다.

2. 발명진흥법 제15조 제1항이 정하는 직무발명 보상금 채권은 당사자가 외국통화로 지급하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권액이 외국통화로 지정된 외화채권이라고 할 수 없다.

☞ 피고에 재직하다가 퇴직한 원고들은, 피고에 근무하던 중 이 사건 직무발명을 완성하였고 피고가 이를 승계하였다고 주장하면서 피고를 상대로 직무발명 보상금을 청구함

☞ 원심은 ① 민법 제387조 제2항에 따라 피고는 원고들로부터 이행청구를 받은 다음 날인 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 직무발명 보상금 지급 채무의 이행지체 책임을 부담한다고 판단하고, ② 직무발명 보상금 채권이 외화채권에 해당하지 않는다는 전제에서 원고들의 직무발명 보상금을 산정하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 모두 기각함

## 2024다251470 토지인도 (차) 파기환송(일부)

[집합건물의 구분소유자들이 집합건물의 차량 진입도로를 점유하는지 여부 및 진입도로 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한이 문제된 사건]

◇1. 집합건물의 구분소유자들이 특정 토지를 도로로 이용하고 있고, 이를 이용하지 않고서는 해당 건물에 차량이 출입할 수 없다는 사정만으로 집합건물의 구분소유자들이 위 토지를 공동으로 점유하는 것으로 볼 수 있는지 여부(소극) 2. 토지 소유자가 소유 토지를 일반 공중 등의 통행로로 무상 제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적 사용·수익권의 행사가 제한되는 경우, 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는지 여부(소극) 및 그 후 일정한 요건을 갖춘 때에는 사정변경의 원칙에 따라 소유자가 다시 독점적·배타적 사용·수익권을 행사할 수 있는지 여부(적극) 및 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는지를 판단할 때 고려하여야 할 사항 및 그에 대한 증명책임의 소재(= 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한을 주장하는 사람)◇

1. “건물의 부지”라 함은 건물을 세우기 위하여 마련한 땅으로서 그 건물의 존립에 필요한 범위 내의 토지를 가리킨다고 할 것인바, 원심이 이 사건 각 토지 부분이 이 사건

건물의 부지에 해당한다고 판단한 근거로 제시한 사정, 즉 이 사건 각 토지 부분을 도로로 이용하지 않고서는 이 사건 건물의 차량이 공로로 나아갈 수 없다는 등의 사정만으로는 이 사건 각 토지가 이 사건 건물의 부지라고 볼 수 없다.

한편 점유는 사회 통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보이는 객관적 관계에 있는 것을 말하고, 이때 사실적 지배는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것에 국한하는 것이 아니라 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권 관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 할 것이지만, 그러한 사실적 지배에 속하는 객관적 관계에 있다고 하기 위해서는 적어도 타인의 간섭을 배제하는 면이 있어야 하고(대법원 1974. 7. 16. 선고 73다923 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다84971 판결 등 참조), 다른 사람 소유의 토지를 통행하더라도 그 통로에 대하여 통행지 소유자의 점유를 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있지 않다면 통행지 소유자가 통행자에 대하여 통로 부분의 인도를 구할 수 없다(대법원 2003. 8. 19. 선고 2002다53469 판결 등 참조).

2. 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중 등의 통행로로 무상 제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적 사용·수익권의 행사가 제한되는 것은 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 기존 이용상태가 유지되는 한 토지 소유자가 이를 수인해야 함에 따른 결과일 뿐이고 그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는 것은 아니다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다211575 판결 등 참조). 또한 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 때에는 신의성실의 원칙으로부터 파생되는 사정변경의 원칙에 따라 소유자가 다시 독점적·배타적 사용·수익권을 행사할 수 있다(위 대법원 2012다54133 판결, 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 신의성실의 원칙과 독점적·배타적 사용·수익권 제한 법리의 관련성에 비추어 보면, 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는지를 판단할 때는 토지 소유자의 의사를 비롯하여 다음에 보는 여러 사정을 종합적으로 고찰할 때 토지 소유자나 그 승계인이 권리를 행사하는 것이 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 허용될 수 있는지가 고려되어야 한다.

즉 독점적·배타적 사용·수익권을 행사하는 것을 제한할 수 있는지 여부는 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공하거나 그 사용을 용인하게 된 경위와 그 규모, 토지 제공 당시 소유자의 의사, 토지 제공에 따른 소

유자의 이익 또는 편익의 유무와 정도, 해당 토지의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경, 소유자가 보인 행태의 모순 정도 및 이로 인한 일반 공중의 신뢰 내지 편익 침해 정도, 소유자가 행사하는 권리의 내용이나 행사 방식 및 권리 보호의 필요성 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 하여 판단하여야 한다. 또한 독점적·배타적 사용·수익권 행사를 제한하는 법리는 토지 소유자의 권리행사를 제한하는 예외적인 법리이므로, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한에 관한 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항 및 법치행정의 취지에 비추어 신중하고 엄격하게 적용되어야 하고, 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한을 주장하는 사람이 그 제한 요건을 충족하였다는 점에 대한 증명책임을 진다(위 대법원 2016다264556 전원합의체 판결, 대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다295442 판결 등 참조).

☞ 원고의 부친인 망인이 1961년경 3필지의 토지(이하 ‘분할 전 토지’)의 소유권을 취득하였고, 그중 일부를 분할하여 이 사건 제1, 2토지가 되었으며, 이 사건 토지는 이 사건 제1, 2토지의 일부임. 이 사건 제1, 2토지는 분할 전 토지들의 중간에 위치하고, 남북으로 좁고 긴 형상이며, 북쪽 끝 부분이 공로에 접하고 있고, 그 면적 합계가 분할 전 토지들 전체 면적에서 차지하는 비율이 약 0.6%로서 매우 낮음. 망인은 분할 전 토지들의 지목을 모두 대지로 변경한 후 여러 필지로 분산하여 제3자에게 소유권을 이전함. 원고는 협의분할에 의한 상속으로 이 사건 제1, 2토지 등 망인의 재산을 상속함. 분할 전 토지 중 일부 토지가 합병된 후 위 토지에 공동주택인 이 사건 건물이 신축되었는데, 이 사건 각 토지 부분의 이 사건 건물 신축 전 사용현황은 막다른 도로였고, 현재 사용현황과 크게 다르지 않음. 원고는 이 사건 건물 신축 과정에서 이 사건 각 토지 부분 등에 관하여 도로(대지) 사용동의서를 작성하여 인감증명서와 함께 관할구청장에게 제출하였고, 관할구청장은 위 사용동의서를 제출받고 현장조사 후 이 사건 건물에 대한 건축허가를 내어줌. 이후 원고는 피고들이 이 사건 토지를 권원 없이 아파트 차량 출입 통행로로 점유·사용하고 있다는 이유로 피고들을 상대로 이 사건 토지의 인도 및 그 사용에 따른 부당이득금반환을 청구함

☞ 원심은 ① 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 본다는 전제 하에, 피고들이 이 사건 각 토지 부분을 도로로 이용하고 있고 이를 이용하지 않고서는 이 사건 건물에 차량이 출입할 수 없으므로, 이 사건 각 토지 부분을 공동으로 점유하고 있다고 판단하였고, ② 망인이나 원고가 이 사건 각 토지 부분에 관한 배타적 사용·수익권을 포기할 의사가 있었다거나 원고의 이 사건 각 토지 부분에 관한 배타적 사용·수

익권 행사가 제한된다고 보기 어렵다고 보아 원고의 피고들에 대한 청구를 일부 인용하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 피고들의 이 사건 각 토지 부분에 대하여 타인의 간섭을 배제할 정도의 배타적인 점유를 하고 있는지 심리하지 아니한 채 점유사실을 인정한 원심의 판단에 점유에 관한 법리오해가 있고, ② 망인이 스스로 이 사건 토지 부분을 도로로 제공하여 인근 주민 등에게 통행권을 부여하는 등으로 이 사건 각 토지 부분에 대한 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되었고, 이러한 상태는 원고가 망인의 위 재산을 상속한 후 이 사건 건물 건축시 도로 사용동의를 함으로써 계속 유지되었다고 볼 여지가 크다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2024다251876 청구이의 (나) 상고기각

**[관광진흥법 제8조 제2항에 따른 관광사업자 지위 승계에 대한 회원의 이익권 행사 가능 여부, 회원의 이익권 행사에 따른 입회금 반환채무에 관한 보증채무 존속 여부 및 회원의 이익권 행사의 적법 여부가 문제된 사건]**

◇1. 관광진흥법 제8조 제2항에 따른 승계의 성격(= 면책적 채무인수) 및 회원의 이익권 행사 가부(적극) 2. 기존 관광사업자의 입회금 반환채무에 대한 보증인이 존재하는 경우에도 회원의 이익권 행사가 가능한지 여부(적극) 및 회원이 상당한 기간 내 이익권을 행사하는 경우 위 보증채무의 존속 여부(적극) 3. 관광사업자 지위 승계 시 이익권 행사의 방법◇

1. 관광진흥법 제8조는 제1항에서 “관광사업을 양수한 자 또는 관광사업을 경영하는 법인이 합병한 때에는 합병 후 존속하거나 설립되는 법인은 그 관광사업의 등록등 또는 신고에 따른 관광사업자의 권리·의무(제20조 제1항에 따라 분양이나 회원 모집을 한 경우에는 그 관광사업자와 소유자등 또는 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다.”고 하고, 제2항에서 “민사집행법에 따른 경매 등의 절차에 따라 문화체육관광부령으로 정하는 주요한 관광사업 시설의 전부를 인수한 자는 그 관광사업자의 지위(제20조에 따라 분양이나 회원 모집을 한 경우에는 그 관광사업자와 소유자등 또는 회원 간에 약정한 권리 및 의무 사항을 포함한다)를 승계한다.”고 규정하고 있다.

이는 관광사업의 양수인 등이나 주요한 관광사업 시설의 전부를 인수한 자에 대하여 영업주체의 변동에도 불구하고 관광사업의 등록 등 또는 신고에 따른 공법상 관리관계를 유지시키려는 취지와 함께, 관광사업자와 분양 및 회원 모집으로 계약관계를 맺은 다수 소유자등 및 회원(이하 ‘회원’이라고만 한다)의 이익을 보호하려는 취지에서 둔 특칙이다.

이러한 법조항의 문언, 체계 및 입법 취지를 고려하면, 관광진흥법 제8조 제2항에 따른 승계는 법률상 당연승계로 보아야 하므로, 주요한 관광사업 시설의 전부를 인수한 자는 해당 시설의 소유권과 결합하여 관광사업자의 지위 및 그로 인한 계약상의 권리·의무 일체를 그대로 승계한다. 그 결과 양수인은 관광사업자의 기존 회원에 대한 일체의 채무를 면책적으로 인수하고, 양도인은 그 계약관계에서 탈퇴하여 회원에 대한 입회금 반환채무를 면하게 된다.

다만, 관광사업법 제20조 제5항은 관광사업 시설에 대하여 분양 또는 회원 모집을 한 자가 소유자등·회원의 권익을 보호하기 위하여 지켜야 할 사항들을 규정하고 있는데 이에는 회원 입회금의 반환이 명시되어 있고, 같은 법 시행령 제26조는 회원의 입회금의 반환에 관하여 '회원의 입회기간 및 입회금의 반환은 관광사업자 또는 사업계획승인을 받은 자와 회원 간에 체결한 계약에 따르되, 회원의 입회기간이 끝나 입회금을 반환해야 하는 경우에는 입회금 반환을 요구받은 날부터 10일 이내에 반환할 것'이라고 규정하는 등 회원의 권익 보호와 관련된 사항으로 입회금 반환에 관한 구체적인 규정을 두고 있는 점 등을 고려하면, 공법상 관리관계를 유지시키면서 다수의 권리관계를 안정적으로 확정하려는 관광진흥법 제8조의 규정 역시 이러한 소유자등·회원의 권익 보호 차원에서 조화롭게 이해되어야 한다. 나아가, 계약 당사자로서의 지위 승계를 목적으로 하는 계약인수는 계약상 지위에 관한 양도인과 양수인 사이의 합의와 나머지 당사자의 동의 내지 승낙을 요한다는 원칙에 비추어 볼 때, 회원으로서는 자신의 의사와 무관하게 이루어지는 관광사업자 지위 승계에 관하여 이를 수용할 것인지 선택할 권리가 있다고 보아야 한다. 이와 같이 회원의 권익 보호를 위한 관광진흥법의 입법 취지, 계약인수에 당사자의 의사 관여를 요구하는 점 등에 비추어 관광진흥법에 따른 관광사업자의 지위 승계에 있어서도 관광사업자의 지위 승계를 원하지 않는 회원으로서는 관광사업의 양도나 주요한 관광사업 시설의 인수 사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 입회계약의 구속으로부터 벗어날 수 있고, 그와 같은 경우 기존 관광사업자의 회원에 대한 입회금 반환채무는 소멸하지 않는다고 보아야 한다. 그리고 이는 기존 관광사업자와의 관계뿐 아니라 입회금 반환채무의 보증인 등이 있는 경우에도 마찬가지이다.

2. 관광진흥법 제8조 제2항에 따른 관광사업자의 지위 승계는 회원 등이 상당한 기간 내에 이의권을 행사하는 것을 해제조건으로 하는 것이므로, 회원 등이 상당한 기간 내에 기존 관광사업자에 대하여 입회계약 해지 및 입회금 반환을 구하면서 이의권을 행사하는 경우 해제조건이 성취로 법률상 승계에 따른 면책적 채무인수의 효력은 부정되고, 기존 관광사업자는 입회금 반환채무를 부담하며, 보증채무의 부종성에 따라 기존 관광사업자

의 입회금 반환채무에 대한 보증채무 역시 유효하게 존속한다.

3. 회원이 관광진흥법 제8조 제2항에 따른 관광사업자의 지위 승계에 대하여 이의권을 행사하는 경우 그러한 이의권 행사에 반드시 특별한 형식이나 절차가 요구된다고 볼 것은 아니고, 승계되는 법률관계의 구속에서 면하고 기존 관광사업자와의 입회계약관계가 유지됨을 전제로 하는 의사가 객관적으로 인정될 수 있다면, 이는 이의권 행사로 볼 수 있다.

나아가, 이의권 행사가 인정되는 상당한 기간이라고 함은, 회원과 기존 관광사업자 사이의 관계, 사업양도 내지 주요한 관광사업 시설 등 인수가 이루어지게 된 경위, 회원이 이를 알게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

☞ 피고는 관광숙박시설을 운영하던 A 회사와 2건의 리조트 입회계약(입회금 각 5억 원, 이하 '이 사건 각 입회계약')을 체결하고 합계 10억 원의 입회금을 납입함. 이 사건 각 입회계약 당시 원고는 특약을 통해 A 회사의 피고에 대한 입회금 반환채무를 보증함. 그 후 이 사건 리조트 부지 및 건물에 관한 임의경매절차에서 B 회사가 위 각 부동산을 낙찰받아 소유권을 취득함. 원고에 대한 회생절차가 개시되어 피고의 입회금반환에 관한 10억 원 보증채권이 회생채권으로 확정됨(이하 '이 사건 회생채권자표'). A 회사에 대한 회생절차가 개시되어 피고가 입회금 반환채권을 신고하였는데, 관리인이 위 채권이 B 회사에 면책적 채무인수 되었음을 이유로 이를 부인함. 이에 피고는 위 시부인표 내용을 확인한 후 서울회생법원에 회생채권조사확정재판을 신청하면서 이 사건 각 입회계약을 해지하고 입회금반환을 구한다는 신청서를 제출하여 그 신청서가 관리인에게 도달함. 피고가 원고에게 입회금반환에 따른 보증채무 이행을 수차례 요청하자, 원고는 관광진흥법 제8조 제2항에 따라 B 회사가 입회금 반환채무를 면책적으로 인수하였다고 주장하면서 이 사건 회생채권자표에 기초한 강제집행을 불허한다는 청구이의의 소를 제기함

☞ 원심은, ① 관광사업 시설의 회원이 해당 시설의 인수 사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 입회계약관계의 구속에서 벗어날 수 있고, 그러한 경우 기존 관광사업자의 회원에 대한 입회금 반환의무는 소멸하지 않는다고 보아, 입회금 반환채무의 보증인 등 입회금 계약관계의 당사자 외에 이해관계인이 존재하는 경우 회원의 이의권 행사를 인정할 수 없다는 원고의 주장을 배척하고, ② 관광사업 시설의 회원이 입회계약에 따른 법률관계의 승계에 이의권을 행사하는 경우 그 회원과 기존 관광사업자 사이의 법률관계는 처음부터 소멸하지 않고 존속하는 것으로 봄이 상당하다고 보아, 사후적으로 피고가 이의권을 행사하였다는 사정만으로 이미 소멸한 원고의 보증채무가 소급하여 부활하는 것으로 볼 수 없다는 원고의 주장을 배척하고, ③ 피고가 기존 관광사업

자인 A 회사에 대한 회생채권조사확정재판 신청서에 관광진흥법 제8조 제2항에 따른 입회 계약관계의 승계에 대한 이의권 행사임을 명확히 밝히지 않았다 하더라도 B 회사가 이 사건 리조트 시설을 인수하였다는 사실을 알게 된 때로부터 상당한 기간 내에 이 사건 각 입회계약에 따른 입회금반환채권 10억 원에 대한 회생채권조사확정재판을 신청하는 방법으로 이의권을 행사한 것으로 봄이 상당하다고 판단하여, 원고의 청구를 기각한 제1심을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

### **2024다254523 분담금반환청구 (다) 파기환송(일부)**

#### **[자격상실 조합원이 지역주택조합에 납입한 분담금의 반환을 구하는 사건]**

◇가입계약 이후 조합원의 자격을 상실한 경우 납입금 환급청구권의 범위 및 시기를 정하기 위하여 적용되는 규약◇

지역주택조합과 조합원 사이의 법률관계는 근거 법령이나 조합 규약의 규정, 조합총회의 결의 또는 조합과 조합원 사이의 약정에 따라 규율되므로, 조합원에게 조합의 비용 중 일정 부분을 부담하도록 하기 위해서는 그와 같은 취지를 조합 규약이나 조합총회의 결의, 조합과 조합원 사이의 약정 등으로 미리 정해야 한다. 조합원의 지위 상실로 인한 분담금 환급절차에서 조합의 비용 중 일정 부분을 공제하는 경우도 마찬가지이다[대법원 2022. 2. 11. 선고 2021다282046(본소), 2021다282053(반소) 판결 등 참조].

☞ 지역주택조합인 피고에 가입한 이후에 조합원 자격을 상실한 원고는 피고를 상대로 납부한 분담금의 환급을 청구함

☞ 원심은, 원고가 조합원 자격 상실 당시 적용되던 피고 규약인 종전규정에 따라 원고에 대한 환급금의 반환범위 및 반환시기가 정하여지더라도, 피고가 원고의 조합원 자격 상실 이후 규약을 개정하여 공동분담금 및 환급시기를 별도로 정한 이상 개정규정에 따른 환급시기가 적용되므로, 원고의 분담금 반환의 이행기가 도래하지 않았다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 원고가 조합원 자격 상실사유가 발생한 즉시 조합원 지위를 상실함과 동시에 피고에 대하여 납입금 환급청구권을 취득하고, 그 환급의 범위 및 시기는 자격 상실 당시에 적용되던 피고의 규약인 종전규정에 따라 결정된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

### **2024다264865 건물인도 (차) 파기환송**

## [공장 임대차계약에 「상가건물 임대차보호법」이 적용되는지 여부가 문제된 사건]

◇「상가건물 임대차보호법」(이하 ‘상가임대차법’) 적용대상인 ‘상가건물 임대차’의 의미 및 ‘상가건물’에 해당하는지에 관한 판단기준◇

상가임대차법의 목적과 같은 법 제2조 제1항 본문, 제3조 제1항에 비추어 보면, 상가임대차법이 적용되는 상가건물의 임대차는 사업자등록의 대상이 되는 건물로서 임대차 목적물인 건물을 영리를 목적으로 하는 영업용으로 사용하는 임대차를 가리킨다. 그리고 상가임대차법이 적용되는 상가건물에 해당하는지 여부는 공부상의 표시가 아닌 건물의 현황·용도 등에 비추어 영업용으로 사용하느냐에 따라 실질적으로 판단하여야 하고, 단순히 상품의 보관·제조·가공 등 사실행위만이 이루어지는 공장·창고 등은 영업용으로 사용하는 경우라고 할 수 없으나 그곳에서 그러한 사실행위와 더불어 영리를 목적으로 하는 활동이 함께 이루어진다면 상가임대차법의 적용대상인 상가건물에 해당한다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다40967 판결 참조).

☞ 임대인인 원고들은 임차인은 피고에게 이 사건 건물(공장)을 임대하였고, 피고는 이 사건 건물을 사업장소재지로 하여 사업자등록을 한 후 레이저 제조업을 영위하여 옴. 원고들은 이 사건 계약의 기간만료를 주장하면서 피고를 상대로 이 사건 건물의 인도를 청구하고, 피고는 이 사건 건물이 상가임대차법이 적용되는 상가건물에 해당하고 피고의 갱신요구에 따라 갱신되었으므로 임대차기간이 종료하지 않았다고 다툼

☞ 원심은, 이 사건 계약은 제조업을 목적으로 한 공장 임대차로 보일 뿐이고, 이 사건 건물에서 상품 제조 등 사실행위를 넘어서 영리를 목적으로 하는 활동이 함께 이루어진다고 볼 수 없다고 보아, 이 사건 계약에 상가임대차법이 적용되어야 한다는 피고의 주장을 배척하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 제품 대금의 지급은 다양한 방법으로 이루어질 수 있고, 신용카드나 계좌이체의 방식으로 거래 대금을 지급하는 것은 통상의 거래에 있어 일반적인 지급 방식임에도 대금의 결제가 주로 계좌이체의 방법으로 이루어지는 것으로 보이므로 이 사건 건물에서 대금을 수수한다고 보기 어려워 이 사건 건물에서 영업행위가 이루어진다고 볼 수 없다는 취지의 원심의 판단은 선뜻 받아들이기 어렵고, ② 피고는 이 사건 건물 외에 별도의 영업소를 두고 있지 않으며 이 사건 건물에서 상품의 제조·가공과 함께 대금 수수 등 영리를 목적으로 하는 활동이 이루어지고 있으므로 제조업을 영위하는 상인인 피고가 이 사건 건물에서 하는 작업은 모두 일련의 영업활동에 해당하여 이 사건 건물 전체가 영업활동을 하는 하나의 사업장으로서 영업용으로 사용하는 건물이라고 보아야 하며, ③ 이 사건 계약서의 표제가 ‘부동산(공장) 월세 계약서’이

고 이 사건 계약서의 특약사항에도 이 사건 건물이 제조업임을 전제로 ‘상기 공장’이라는 문구가 기재되어 있으나, 피고와 같이 제조업을 영위하는 개인사업자가 운영하는 소규모 공장의 경우 별도의 영업소를 두지 않고 그 공장에서 상품의 제조·가공과 영업활동이 함께 이루어지는 경우가 통상적이므로 원고와 피고 모두 이 사건 계약 당시 이 사건 건물이 상품의 제조·가공과 영리를 목적으로 하는 활동을 하는 장소로 모두 사용될 것이라는 인식과 의사 합치가 있었다고 볼 여지가 크므로, 이 사건 건물은 단순히 상품의 제조·가공 등의 사실행위만이 아니라 그와 더불어 영리를 목적으로 하는 활동이 함께 이루어지는 장소로서 상가임대차법의 적용대상인 상가건물에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2024다267871 청구이의 (마) 파기환송

**[청구이의 사건의 판결 선고 시까지 강제집행정지를 명하는 잠정처분에 따라 채권자에 대한 배당액이 공탁되었는데, 강제집행을 허용하는 판결 선고 후 채권자가 공탁된 배당액을 수령한 경우 변제의 효력 발생 시점이 문제된 사건]**

◇청구이의 사건의 판결 선고 시까지 강제집행정지를 명하는 잠정처분에 따라 채권자에 대한 배당액이 공탁되었는데, 강제집행을 허용하는 판결 선고 후 채권자가 공탁된 배당액을 수령한 경우 변제의 효력 발생 시점(= 강제집행을 허용하는 판결이 선고된 시점)◇

민사집행법에 의하면 제3채무자는 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁할 수 있고(제248조 제1항), 이 경우 집행법원은 배당절차를 개시한다(제252조 제2호). 그 배당절차에서 배당을 받아야 할 채권자의 채권에 관하여 민사집행법 제49조 제2호에 규정된 문서(강제집행의 일시정지를 명한 취지를 적은 재판의 정본)가 제출되어 있는 때에는 그에 대한 배당액을 공탁하여야 하고, 그 뒤 공탁의 사유가 소멸한 때에는 집행법원은 공탁금을 지급하거나 추가배당을 실시하여야 한다(제256조, 제160조 제1항 제3호, 제161조 제1항). 따라서 채무자가 채권자를 상대로 청구이의의 소를 제기하면서 판결 선고 시까지 강제집행을 정지하도록 명하는 잠정처분을 받아 위 채권자에 대한 배당액이 공탁된 경우, 강제집행을 허용하는 내용의 판결이 선고되면 잠정처분은 효력을 상실하여 공탁의 사유가 소멸하므로 채권자는 집행법원에 그 사실을 증명하여 공탁된 배당액을 지급받을 수 있다. 한편 공탁의 사유가 소멸하면 채권자는 공탁금을 즉시 지급받을 수 있는 지위에 있는데, 그 이후의 어느 시점(가령 판결정본 송달 시점 또는 실제 공탁금 출급 시점)을 기준으로 변제의 효력이 발생한다고 보면 우연한 사정 또는 채권자의 의사에 따라 채무의 소멸시

점이 늦추어질 수 있고, 그때까지 채무자는 지연손해금을 추가로 부담하게 되어 불합리하다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결 참조). 따라서 민사집행법 제252조 제2호에 의한 배당절차에서, 청구이의 사건의 판결 선고 시까지 강제집행을 정지하도록 명하는 잠정처분이 내려진 채권은, 특별한 사정이 없는 한 강제집행을 허용하는 내용의 판결이 선고된 시점에 공탁된 배당액으로 충당되는 범위에서 소멸한다고 보아야 한다.

☞ 피고는 원고에 대한 확정 지급명령에 기초하여 원고의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받고, 이에 대하여 원고가 피고를 상대로 이 사건 지급명령에 기초한 강제집행의 불허를 구하는 이 사건 청구이의 소를 제기하였는데, 제1심법원은 제1심판결 선고 시까지 강제집행의 정지를 명하는 잠정처분을 하였음. 제3채무자는 민사집행법 제248조 제1항을 근거로 공탁을 하였고, 이에 따라 개시된 배당절차에서 배당표가 확정되자, 집행법원은 잠정처분을 이유로 피고에 대한 배당액을 공탁함. 제1심법원은 2024. 1. 31. ‘1. 이 사건 지급명령에 기한 강제집행은 16,242,529원 및 이에 대한 지연손해금을 초과하는 부분에 한하여 이를 불허한다. 3. 이 판결이 확정될 때까지 이 사건 지급명령에 기한 강제집행은 위 돈을 초과하는 부분에 한하여 이를 정지한다. 5. 제3항은 가집행할 수 있다’는 내용의 판결을 선고하였고, 피고는 이에 따라 2024. 3. 14. 집행법원으로부터 공탁금 8,226,280원을 지급받았음

☞ 원심은, 피고가 실제로 공탁금을 지급받은 2024. 3. 14. 피고의 채권이 위 돈으로 총당되는 범위에서 소멸한다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 제1심판결이 선고됨에 따라 16,242,529원 및 이에 대한 지연손해금 부분은 잠정처분으로 정지된 강제집행이 다시 허용되었고 공탁된 8,226,280원은 위 돈의 범위 안에 있으므로, 피고의 채권은 제1심판결이 선고된 2024. 1. 31. 8,226,280원으로 총당되는 범위에서 소멸하였다고 보아 원심을 파기·환송함

## **2024다268997 토지매수청구 (마) 파기환송(일부)**

**[지상권 설정계약에서 지료를 늘리지 않는다는 특약이 있는 경우 새로운 소유자에게 대항하기 위한 요건이 문제된 사건]**

◇종전 토지소유자와 지상권 설정계약을 체결하면서 지상권 존속기간 중 지료를 늘리지 않는다는 특약이 있는 경우, 이를 가지고 토지의 새로운 소유자에게 대항하기 위하여 특약에 대한 등기가 필요한지 여부(적극)◇

민법 제286조는 “지료가 토지에 관한 조세 기타 부담의 증감이나 지가의 변동으로 인

하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 그 증감을 청구할 수 있다.”라고 규정한다. 한편 지료에 관하여 지료액 또는 그 지급시기 등의 약정은 이를 등기하여야만 그 뒤에 토지소유권 또는 지상권을 양수한 사람 등 제3자에게 대항할 수 있고(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다24874 판결 참조), 지상권자가 종전 소유자와 지료를 늘리지 않는다는 특약을 맺은 경우 이를 가지고 새로운 소유자에게 대항하기 위해서는 그 등기를 하고 있어야 한다.

☞ 피고는 이 사건 토지 등의 종전 소유자와, 피고가 이 사건 토지 등의 지상 및 상공에 공작물을 설치하는 내용의 지상권설정계약을 체결하였는데, 그 계약에는 지상권 존속기간 중 지료를 증액하지 아니한다는 이 사건 특약이 있었으나, 이 사건 특약은 등기되어 있지 않음. 이후 이 사건 토지의 소유권을 취득한 원고는 피고를 상대로 지료증액 등을 청구함

☞ 원심은, 원고에 대하여 이 사건 특약을 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 인정될 정도의 사정변경이 없다는 이유로 민법 제286조에 의하여 지료증액을 구하는 원고의 예비적 청구를 받아들이지 않았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 위 특약이 등기되지 않았으므로 원심은 이 사건 토지의 새로운 소유자인 원고에 대하여 위 특약을 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 인정될 정도의 사정변경이 있는지 살펴볼 필요 없이, 지료가 이 사건 토지에 관한 조세 기타 부담의 증감이나 지가의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 되었는지 심리하여야 한다고 보아, 원심 중 예비적 청구 부분을 파기·환송함

## **2024다273593 분묘굴이 등 (마) 파기환송(일부)**

**[타인의 토지에 설치된 분묘의 굴이 등 청구 및 분묘의 기지 등 인도 청구의 상대방이 누구인지 문제된 사건]**

◇1. 토지 소유권에 기한 분묘 굴이 및 그에 부속한 상석이나 비석 철거 청구의 상대방 (= 원칙적으로 그 분묘에 안장된 망인의 제사주재자) 2. 분묘의 기지 등의 불법점유를 이유로 한 인도 청구의 상대방(= 그 분묘에 안장된 망인의 제사주재자)◇

1. 토지의 소유권에 기하여 분묘의 굴이 및 그에 부속한 상석이나 비석의 철거를 청구하려면 그 관리처분권을 가진 사람을 상대로 하여야 하는데(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다1092 판결 등 참조), 분묘와 그에 부속한 상석이나 비석의 관리처분권은 특별한 사정이 없는 한 그 분묘에 안장된 망인의 제사를 주재하는 사람에게 귀속된다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다302039 판결, 대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결 등 참조).

2. 불법점유를 이유로 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 사람을 상대로 하여야 하고 이를 현실적으로 점유하고 있지 않은 사람을 상대로는 인도를 청구할 수 없다(대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다11847 판결 참조). 사회통념상 분묘는 분묘의 기지와 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 안에 있는 분묘의 기지 주위의 공지를 떠나서는 존재할 수 없으므로, 분묘의 기지와 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 안에 있는 분묘의 기지 주위의 공지가 된 토지는 그 분묘에 안장된 망인의 제사를 주재하는 사람이 점유하는 것으로 보아야 한다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2018다264420 판결, 대법원 2023. 8. 18. 선고 2021다249810 판결 등 참조).

☞ 피고는 원고 소유의 이 사건 토지에 접한 토지에 공설묘지를 설치·운영하면서 주민들에게 분묘(상석, 비석 포함)의 설치·사용을 허락해 왔는데, 이 사건 토지 중 이 사건 침범부분이 위 공설묘지의 일부로서 위와 같은 방식으로 사용되고 있음. 원고는 피고를 상대로 이 사건 침범부분 지상의 분묘 굴이와 상석과 비석의 철거 및 이 사건 침범부분의 인도 등을 청구함

☞ 원심은, 피고는 이 사건 침범부분에 대한 간접점유자로서 원고에게 그 지상의 분묘를 굴이하고 상석과 비석을 철거하고 이 사건 침범부분을 인도할 의무가 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 침범부분에 설치된 분묘 및 그에 부속한 비석과 상석의 관리처분권은 특별한 사정이 없는 한 피고가 아니라 그 분묘에 안장된 망인의 제사를 주재하는 사람들에게 귀속되므로, 분묘 굴이 및 상석과 비석 철거 청구도 이들을 상대로 하여야 하고, ② 피고의 허락에 따라 이 사건 침범부분에 설치된 분묘의 기지와 그 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 안에 있는 분묘의 기지 주위의 공지가 된 토지는 분묘에 안장된 망인의 제사를 주재하는 사람들이 현실적으로 점유하고, 피고는 이를 현실적으로 점유하고 있지 않다고 보인다는 이유로, 원심판결의 피고 패소부분 중 분묘 굴이, 상석과 비석 철거 및 토지 인도 부분을 파기·환송함

**형 사**

**2021도5555 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(정보통신망침해등)  
(가) 파기환송**

**[타인의 인터넷 구글 계정이 로그인 되어 있는 상태를 이용하여 구글 계정 사진첩에 들어가는 행위가 정보통신망 침입에 해당하는지 여부가 문제된 사건]**

◇「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제48조 제1항에서 정한 ‘정당한

접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입'하는 행위의 의미 및 서비스제공자로부터 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우 접근권한이 있는지를 판단하는 방법◇

구 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(2024. 1. 23. 법률 제20069호로 개정되기 전의 것, 이하 '정보통신망법'이라고 한다) 제48조 제1항은 “누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하여서는 아니 된다.”고 정하고 있고, 같은 법 제71조 제1항 제9호는 이를 위반한 자를 처벌하도록 규정하였다.

정보통신망법 제48조 제1항은 '정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입'하는 행위를 금지하고 있으므로, 정보통신망법은 그 보호조치에 대한 침해나 훼손이 수반되지 않더라도 부정한 방법으로 타인의 식별부호를 이용하거나 보호조치에 따른 제한을 면할 수 있게 하는 부정한 명령을 입력하는 등의 방법으로 침입하는 행위도 금지한다고 보아야 한다. 위 규정은 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이므로, 위 규정에서 접근권한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하는 주체는 서비스제공자이고 따라서 서비스제공자로부터 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우 그에게 접근권한이 있는지 여부는 서비스제공자가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도870 판결, 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020도17860 판결 등 참조).

☞ 피고인이 배우자가 피고인과 다툰 후 가출한 상태에서 배우자와 함께 사용하던 노트북 컴퓨터에 배우자의 인터넷 구글 계정이 로그인 되어 있는 것을 발견하고, 정당한 접근권한 없이 배우자의 구글 계정 사진첩에 저장된 사진을 탐색하였다는 등의 내용으로 정보통신망법 위반으로 기소된 사안임

☞ 원심은, ① 피고인에게 접근권한이 있는지 여부는 정보통신서비스 제공자가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 하고 계정 명의자인 배우자의 의사를 기준으로 판단할 것은 아니고, ② 배우자는 식별부호(아이디와 비밀번호)를 직접 입력하여 구글 계정에 접속하였고 피고인은 배우자에 의하여 이미 접속되어 있는 상태를 기회로 사진을 탐색하였을 뿐 배우자의 식별부호를 직접 입력하여 접속하지는 않았으며, ③ 피고인의 행위가 배우자의 의사에 반한다 하더라도 정보통신망 자체의 안정성이나 정보의 신뢰성 등에 직접적인 영향을 주지 않는다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심을 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 배우자의 구글 계정 사진첩 서비스제공자인 구글은 배우자에게만 식별부호를 이용하여 위 사진첩에 접근할 권한을 부여한 것이

고, ② 피고인은 배우자가 식별부호를 입력하여 구글 계정에 접속된 상태에 있는 것을 기화로 배우자나 구글로부터 아무런 승낙이나 동의 등을 받지 않고 위 사진첩에 접속할 수 있는 명령을 입력하여 접속하였으며, ③ 이는 서비스제공자인 구글의 의사에 반하여 정당한 접근권한 없이 정보통신망인 배우자의 구글 계정 사진첩에 접속한 것이고, 이로 인하여 정보통신망의 안정성이나 정보의 신뢰성을 해칠 위험이 있으므로, 정보통신망법 제48조 제1항에서 금지하고 있는 정보통신망에 침입하는 행위에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

### 2023도11044 업무상배임등 (차) 파기환송(일부)

**[원인행위 없이 상표권 이전등록을 마친 자의 상표 사용행위가 상표권 침해행위에 해당하는지 여부가 문제된 사건]**

◇상표권이 이전되기 위한 요건(= 상표권 이전의 합의와 등록) 및 제3자가 정당한 권원 없이 상표권의 효력 범위에 속하는 행위를 한 경우 상표권의 침해행위인지 여부(적극)◇

상표권이 양수인에게 이전되기 위해서는 상표권자와 양수인 사이에 상표권을 이전할 것을 목적으로 하는 합의와 상표법 제96조 제1항 제1호에 따른 등록이 있어야 한다. 한편 상표법 제230조는 상표권 또는 전용사용권의 침해행위를 한 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 상표권자 이외의 제3자는 정당한 권원 없이 상표권의 효력범위에 속하는 행위를 해서는 안 되고, 이를 위반하는 행위는 상표권의 침해행위에 해당한다.

☞ 피고인이 게스트하우스를 운영하면서, 게스트하우스 서비스제공업 등을 하는 피해 회



사의 이 사건 등록상표( )를 피고인의 게스트하우스 인터넷 홈

페이지에 게시하여 게스트하우스 영업활동을 함으로써 피해 회사의 상표권을 침해하였다는 상표법 위반 등으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 이 사건 등록상표의 상표권 이전등록이 피고인 앞으로 마쳐진 후 피고인이 이 사건 등록상표를 사용한 행위는 타인의 등록상표를 사용한 행위가 아니므로 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다고 보아, 이를 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 등록상표권의 이전등록이 피고인 앞

으로 마쳐졌다고 하더라도 피해 회사와 피고인 사이에 이 사건 등록상표권을 이전할 것을 목적으로 하는 합의가 없었으므로, 피고인이 피해 회사로부터 위 상표권을 적법하게 이전받았다고 할 수 없고, 피고인은 이 사건 등록상표의 상표권자가 아니므로 피고인이 이 사건 등록상표를 지정상품인 게스트하우스 서비스제공업 등에 사용한 것은 정당한 권원 없이 이 사건 등록상표권의 효력범위에 속하는 행위를 한 것으로서 이 사건 등록상표권의 침해행위에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심 중 무죄 부분을 파기·환송함

## **2023도14674 산업안전보건법위반 (나) 파기환송**

**[인천항 갑문 보수공사에서 작업을 하던 근로자가 추락하여 사망한 사건에서, 도급인인 및 그 안전보건관리총괄책임자의 산업안전보건법 위반죄 성립 여부가 문제된 사건]**

### ◇산업안전보건법상 도급인과 건설공사발주자의 구분기준◇

1) 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것)은 도급사업 시의 안전·보건조치와 관련하여, 사업의 일부 또는 전문 분야 공사 전부를 도급 주는 사업주 중 그 사업주의 근로자와 수급인의 근로자가 같은 장소에서 작업을 하는 경우에 한정하여 도급 사업주에게 산업재해 예방을 위한 조치를 할 의무를 부과하고(제29조 제1항), 그 위반행위를 벌금형으로 처벌하되(제70조), 추락, 토사 붕괴 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 발생위험이 있는 장소에서 안전·보건시설의 설치 등 고용노동부령이 정한 산업재해 예방조치를 취하지 않은 경우에는 도급 사업주를 가중처벌하는 규정을 두고 있었다(제29조 제3항, 제68조 제3호). 반면 2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정(2020. 1. 16. 시행)된 산업안전보건법(이하 '개정 산업안전보건법'이라고 한다)은 “도급”의 의미를 “명칭에 관계없이 물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 타인에게 맡기는 계약을 말한다(제2조 제6호).”라고 정의하는 규정을 신설하고, 도급인에 해당하는 사업주로 하여금 도급인의 사업장(도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배·관리하는 장소를 포함한다)에서 작업을 하는 자신의 근로자뿐만 아니라 관계수급인의 근로자에 대하여서도 안전·보건조치의무를 부담하도록 규정함으로써(제63조), 자신의 사업장에서 작업하는 관계수급인의 근로자에 대하여 안전·보건조치의무를 부담하는 도급인의 범위를 대폭 확대하였다. 또한 개정산업안전보건법은 도급 사업주의 안전·보건조치의무 위반 행위를 형사처벌하는 기존의 규정을 유지하면서 그 법정형을 상향하는 한편(제169조 제1호), 의무위반의 결과 관계수급인 근로자가 사망한 경우 수급 사업주와 마찬가지로 형사처벌하고, 사망사고가 반복될 경우 가중처벌하는 규정을 신설하

여(제167조) 도급인에 대한 형사처벌을 강화하였다. 한편 개정 산업안전보건법은 도급인의 범위에서 제외되는 '건설공사발주자'라는 개념을 도입하면서(제2조 제7호 단서), "건설공사발주자란 건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자를 말한다. 다만, 도급받은 건설공사를 다시 도급하는 자는 제외한다."라고 정의하는 한편(제2조 제10호), 건설공사발주자에 대하여 별도의 조항에서 산업재해 예방 조치의무를 부과하고(제67조) 그 위반행위를 과태료 부과 대상으로 정하였다(제175조 제4항 제3호). 이에 따르면 건설공사 현장에서 안전·보건조치의무를 위반하여 관계수급인의 근로자가 사망한 경우, 건설공사를 도급하는 사업주 중 시공을 주도하여 총괄·관리하는 자는 도급인에 해당하여 그 근로자의 사망에 관하여 개정법 제167조의 형사책임을 부담하게 되고, 그렇지 않은 자는 건설공사발주자로서 위와 같은 형사책임을 부담하지 않는다.

따라서 개정 산업안전보건법상 건설공사 도급과 관련한 안전·보건조치의무 및 그 위반에 따른 형사처벌 규정의 해석에서는 위와 같은 산업안전보건법의 규정 체계나 입법 경위와 함께, 개정법상 도급 사업주의 안전·보건조치의무는 수급 사업주의 안전·보건조치의무와 중첩적으로 부과되는 것으로서, 개정 산업안전보건법이 제167조에서 관계수급인 근로자 사망에 관한 형사처벌 규정을 신설한 것은 종래 도급 사업주의 안전·보건조치의무를 한정적으로만 인정하고 그 의무 위반에 대하여도 제한적으로 형사처벌하던 것에 비하여, 의무 인정범위를 확대함과 함께 그 위반의 결과인 사망사고에 대한 도급 사업주의 책임을 강화하여 도급 사업장에서 발생하는 산업재해를 예방함으로써 근로자의 생명을 보호하기 위한 입법적 결단이라는 점, 다만 개정 산업안전보건법은 건설공사의 경우 그 특수성을 감안하여 도급인의 범위를 시공을 주도하여 총괄·관리하는 자에 한정된 점 등을 고려하여야 한다.

이러한 측면에서 건설공사를 도급하는 사업주가 자신의 사업장에서 사망한 관계수급인의 근로자와 관련하여 개정 산업안전보건법 제167조의 형사책임을 부담하는 도급인에 해당하는지는, 위와 같은 사항과 함께 도급 사업주가 자신의 사업장에서 시행하는 건설공사 과정에서 발생할 수 있는 산업재해 예방과 관련된 유해·위험요소에 대하여 실질적인 지배·관리 권한을 가지고 있었는지를 중심으로, 도급 사업주가 해당 건설공사에 대하여 행사한 실질적 영향력의 정도, 도급 사업주의 해당 공사에 대한 전문성, 시공능력 등을 종합적으로 고려하여 규범적인 관점에서 판단하여야 한다.

2) 산업안전보건법 제38조, 제39조가 사업주에 대하여 각종 의무를 규정한 취지는 산업재해나 건강장해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 근로자의 안전과 보건을

유지·증진하기 위한 목적에서 사업주에게 근로자에 대한 안전교육, 구체적 안전작업지시, 건강장해 예방조치 등을 시행할 의무를 부과하려는 데 있다. 그리고 같은 법 제38조 제4항 및 제39조 제2항은 사업주가 하여야 할 안전·보건조치에 관한 구체적 사항은 고용노동부령으로 정한다고 규정하고, 이에 따라 제정된 「산업안전보건기준에 관한 규칙」(이하 ‘안전보건규칙’이라고 한다) 제3조 제2항은 “사업주는 제품, 자재, 부재 등이 넘어지지 않도록 붙들어 지탱하게 하는 등 안전 조치를 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 구 안전보건기준규칙(2022. 10. 18. 고용노동부령 제367호로 개정되기 전의 것)은 제43조 제1항에서 “사업주는 작업발판 및 통로의 끝이나 개구부로서 근로자가 추락할 위험이 있는 장소에는 안전난간, 울타리, 수직형 추락방망 또는 덮개 등의 방호 조치를 충분한 강도를 가진 구조로 튼튼하게 설치하여야 하며, 덮개를 설치하는 경우에는 뒤집히거나 떨어지지 않도록 설치하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 제619조 제1항에서 ‘사업주는 밀폐공간에서 근로자에게 작업을 하도록 하는 경우 사업장 내 밀폐공간의 위치 파악 및 관리 방안 등 내용이 포함된 밀폐공간 작업 프로그램을 수립하여 시행하여야 한다.’고 규정하고 있으며, 제625조에서는 “사업주는 근로자가 밀폐공간에서 작업을 하는 경우에 공기호흡기 또는 송기마스크, 사다리 및 섬유로프 등 비상시에 근로자를 피난시키거나 구출하기 위하여 필요한 기구를 갖추어 두어야 한다.”라고 규정하고 있다. 산업안전보건법이 제173조, 제168조 제1호에서 제38조, 제39조 제1항을 위반한 행위를 처벌하는 것은 산업재해의 결과 발생에 대한 책임을 물으려는 것이 아니라 사업주 등이 산업안전보건법 제38조, 제39조 등에서 정한 필요한 조치를 이행하지 아니한 것에 대한 책임을 물으려는 것으로 보이고, 따라서 피고인들이 위와 같이 관계법령상의 필요한 조치를 이행하지 아니하였다면 그 자체로 산업안전보건법 제173조, 제168조 제1호, 제38조, 제39조 위반죄가 성립한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006도7733 판결 등 참조).

☞ 인천항 갑문 정기보수공사의 도급을 받은 업체 소속 직원이 갑문 상부 난간에서 H빔을 하강시키는 작업을 하다가 추락하여 사망한 사건에서, 공사를 도급 준 법인인 피고인 1과 그 대표이사이자 안전보건관리총괄책임자인 피고인 2가 산업안전보건법 위반으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 건설공사의 시공을 직접 수행할 자격이나 능력이 없이 건설공사를 다른 사업주에게 도급할 수밖에 없는 자인 경우에는 산업안전보건법상의 책임을 회피하기 위하여 임의로 이러한 외관을 야기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 같은 법상 건설공사발주자에 해당할 뿐 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 도급인에는 해당하지 않는다고 보아야 하는데, 피고인 1은 산업안전보건법상 건설공사발주자에 해당할 뿐이므로

피고인 1이 산업안전보건법상 도급인에 해당함을 전제로 한 산업안전보건법 위반죄는 성립할 여지가 없고, 설령 도급인에 해당한다고 하더라도 피고인들에게 법 위반의 점에 대한 고의가 있다고 인정하거나 중대재해 발생 사업장에서의 안전·보건조치의무를 다하지 아니한 책임을 묻기는 어렵다고 보아, 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 피고인 1은 항만 핵심시설인 갑문의 유지·보수에 관한 전담부서를 두고 있으면서, 피고인 1의 사업장에서 진행된 갑문 정기보수공사 과정에서 발생 가능한 산업재해의 예방과 관련된 유해·위험 요소에 대하여 실질적인 지배·관리 권한을 가지고 있었고, 갑문 정기보수공사에 관한 높은 전문성을 지닌 도급 사업주로서 수급인에게 실질적인 영향력을 행사하였다고 보아야 하므로, 피고인 1은 건설공사 시공자격 보유 여부와 관계없이 단순한 건설공사발주자를 넘어 산업안전보건법상 도급인에 해당한다고 보아야 하고, ② 피고인 2는 안전보건관리총괄책임자로서 안전보건기준규칙이 정한 중량물 취급시의 사고 위험이나 근로자의 추락 위험을 방지하기 위한 조치 등을 하여야 할 의무가 있음에도 위험 방지에 필요한 아무런 조치를 취하지 않았고, 이러한 의무 위반과 직원의 추락, 사망 사이 인과관계가 인정되며, ③ 피고인 1은 위 사망사고 발생 후 약 1주일이 지나고도 사고현장에서 사업주가 취하여야 할 안전·보건조치를 다하지 않았으므로, 원심의 무죄 판단에 산업안전보건법상 건설공사발주자와 도급인의 구분, 산업안전보건법상 안전·보건조치의무 위반으로 인한 근로자 사망 및 사업주의 안전·보건조치의무위반죄에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 보아, 원심을 파기·환송함

## 2024도3794 공갈미수 (나) 파기환송

**[피고인이 피해자로부터 준강간상해의 성폭력범죄를 당하였다고 주장하면서 한 발언이 공갈에 해당하는지가 문제된 사건]**

◇성폭력범죄 피해를 입었다고 주장하면서 피해자에게 합의금을 요구하는 과정에서 이루어진 언행이 공갈죄를 구성하는 해악의 고지에 해당하는지에 관한 판단 기준◇

1. 이 사건 공소사실은 피고인이 피해자로부터 이 사건 모텔에서 준강간상해죄의 피해를 입었다고 주장하며 피해자에게 합의금을 요구하는 과정에서 발생한 것이었고, 피고인은 그로부터 며칠 후 피해자를 준강간상해죄로 고소하였다. 따라서 피고인이 합의금을 요구하면서 피해자에게 한 말이 공갈죄를 구성하는 해악의 고지에 해당하는지 판단하기 위해서는 먼저 피고인의 이러한 언행이 피고인이 주장하는 준강간상해죄에 대한 형사소송법 상 고소권의 행사와 관련하여 이루어진 것인지 또는 당시 피고인에게 준강간상해죄의 피해자라는 인식이 있었는지 여부가 중요하다. 피고인의 이 사건 발언이 범죄피해자의 고

소권 행사에 수반하여 이루어진 것으로서 정당한 권리자에 의하여 권리실행의 수단으로서 사용된 것으로 인정될 여지가 있다면, 그것이 권리남용에 이를 정도의 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공갈죄를 구성할 수 없게 되기 때문이다.

2. 무고죄의 판단에서 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분이나 무죄판결이 내려졌다고 하여 신고 내용을 허위라고 단정하여서는 아니 된다는 법리(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결, 대법원 2020. 8. 27. 선고 2020도1842 판결 등)는 공갈죄 성립과 관련하여 정당한 권리 실현의 수단 내지 방법에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일한 기준으로 적용되어야 한다. 따라서 성폭력 피해를 입었다고 주장하는 사람이 특정인을 가해자로 지목하며 합의금을 주지 않으면 불이익을 끼칠 것과 같은 언동을 하고 나아가 그 사람을 수사기관에 고소한 경우, 가해자로 지목된 사람(피고소인)의 성폭력범죄 성립이 증명되지 않는다고 하여 바로 성폭력 피해를 입었다고 주장하는 사람이 합의금과 관련하여 한 위와 같은 언동이나 고소행위가 정당한 권리자에 의하여 권리실행의 수단으로서 사용된 것이 아니라고 쉽사리 단정하여서는 안된다. 나아가 고소인의 그러한 언행이 공갈죄를 구성하는 해악의 고지에 당연히 해당하게 되는 것은 아니다.

3. 피고인이 피해자를 성범죄로 고소한 것과 관련하여 피고인과 피해자의 주장에 부합하는 증거가 각각 제출되었고 그것들이 함부로 배척하기 어려운 나름의 합리성을 갖춘 상황이라면, 증명책임의 원칙상 유죄의 증명을 다하지 못하였다는 이유로 해당 고소사실에 대하여 불기소처분 내지 무죄라는 판단이 내려질 수 있고, 동시에 피고인이 고소권의 행사 과정에서 피해자에게 합의금을 주지 않으면 불이익을 끼칠 것처럼 해악의 고지를 한 것이 공갈죄를 구성하는지에 대하여도 증명책임의 원칙상 유죄의 증명이 부족하다고 보아 무죄 판단이 내려질 수 있다. 즉, 피고인의 고소사실에 대하여 성범죄 피해자로서의 피고인의 진술의 신빙성이 배척되었다고 하여, 이러한 사정을 피고인에 대한 위 공갈죄 판단에서 피고인의 진술을 배척하고 유죄의 근거로 삼는 것은 사실상 피고인의 유죄를 추정하는 것이나 다름없는 결과를 가져와 정의와 형평의 이념에 입각한 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.

☞ 피고인이 피해자와 모텔에 투숙하는 과정에서 피해자로부터 준강간상해의 피해를 입게 되었다고 형사고소를 하였으나 불송치(혐의없음) 결정되었는데, 고소 제기 전 피고인이 피해자에게 준강간상해 피해를 주장하면서 “나에게 합의금 5,000만 원을 주면 조용히 끝내겠다. 합의금을 안 주면 남자친구인 김○이 너를 어떻게 할지 모른다. 김○이 칼을 품고 다닌다. 칼부림이 난다. 김○이 술 먹으면 눈깔 돌아가는 것이다.”라고 말하는(이하 ‘이 사건 발언’) 등으로 해악을 고지하고 피해자에게 5,000만 원 상당 합의금을 요구하였

으나 피해자가 이에 응하지 않아 미수에 그쳤다는 공갈미수로 기소된 사안임

☞ 원심은 준강간상해 혐의를 부인한 피해자 진술의 신빙성이 인정된다고 보아 피고인이 피해자에게 사회통념상 허용되는 정도나 범위를 넘는 해악을 고지하여 공갈죄의 실행에 착수하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하여, 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 피고인의 이 사건 발언은 준강간상해죄에 대한 고소권 행사와 관련하여 이루어진 것으로 당시 피고인에게 준강간상해죄의 피해자라는 인식이 있었다고 판단되고, ② 피고인이 피해자를 준강간상해죄로 고소한 사건에서 수사기관은 증거 불충분을 이유로 혐의 없음의 불송치 결정을 하였는데, 그렇다고 하여 피해자의 준강간상해 혐의에 관하여 무죄가 확정된 것이 아니고 더욱이 피해자가 피고인을 무고죄로 고소한 바도 없어 준강간상해에 관한 피고인의 고소사실이 허위라는 점이 사법절차에 의하여 판단·확정된 것이 아님에도 원심이 준강간상해죄의 성립과 관련하여 이를 부인하는 피해자 진술의 신빙성이 인정된다는 이유만으로 만연히 성관계를 비롯한 성적 접촉에 관한 동의나 합의가 있었다고 단정하고 이를 바탕으로 이 사건 발언이 공갈죄를 구성하는 해악의 고지라고 판단한 것은 공갈죄에서의 유죄인정의 증명책임에 반하며, ③ 피고인으로서 준강간상해의 범죄 피해자로서 자신을 인식하며 피해자를 고소하기에 이르는 일련의 과정에서 합의금을 요구한 것이므로, 그 과정에서 자신이 입은 피해나 주변 상황 등에 대한 다소의 과장이나 강조가 있다고 하여 이를 선불리 사회통념상 허용되는 정도를 넘는 권리의 행사라거나 권리남용이라고 단정하기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2024도11314 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(강간등치상) (자) 상고기각**

### **[형사조정조서의 증거능력이 문제된 사건]**

◇1. 형사소송법 제313조 제1항에서 규정한 ‘전 2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’의 의미(= 수사과정 외에서 작성된 서류) 2. 피고인의 진술을 기재한 서류가 비록 수사기관이 아닌 자에 의하여 작성되었더라도, 수사가 시작된 이후 수사기관의 관여나 영향 아래 작성된 경우로서 실질적으로 고찰할 때 그 서류가 수사과정 외에서 작성된 것이라고 보기 어려운 경우, 형사소송법 제313조 제1항의 ‘전 2조의 규정 이외에 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당하는지 여부(소극)◇

1. 헌법 제12조 제1항이 규정한 적법절차의 원칙과 헌법 제27조에 의하여 보장된 공정

한 재판받을 권리를 구현하기 위하여 형사소송법은 공판중심주의와 구두변론주의 및 직접심리주의를 기본원칙으로 하고 있다. 따라서 형사소송법이 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건을 충족하는 경우에 증거능력을 인정하는 것은 실제적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것일 뿐이므로 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2022. 6. 16. 선고 2022도364 판결 참조).

2. 형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 인정하지 않고, 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로 증거능력을 인정한다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결 참조).

형사소송법 제311조는 법원 또는 법관의 조서의 증거능력에 관하여 규정하고, 제312조 제1항 내지 제3항은 검사 또는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 관하여 규정한다. 형사소송법 제312조 제4항은 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서에 대하여 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 실질적 진정성립이 증명되고 반대신문이 보장되며 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거능력을 인정한다. 형사소송법 제312조 제5항은 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술서가 수사과정에서 작성된 경우 같은 조 제1항 내지 제4항을 준용한다. 형사소송법 제313조 제1항은 '전 2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류'로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것에 대하여 그 진정성립이 증명되면 증거능력을 인정한다. 수사과정에서 작성된 서류의 증거능력에 관하여 형사소송법 제313조 제1항보다 더욱 엄격한 요건을 규정한 형사소송법 제312조의 취지에 비추어 보면, 형사소송법 제313조 제1항이 규정하는 서류는 수사과정 외에서 작성된 서류를 의미한다.

3. 이러한 헌법과 형사소송법의 규정 및 전문증거의 증거능력 인정에 관한 해석 원칙에 비추어 보면, 피고인의 진술을 기재한 서류가 비록 수사기관이 아닌 자에 의하여 작성되었다고 하더라도, 수사가 시작된 이후 수사기관의 관여나 영향 아래 작성된 경우로서 서류를 작성한 자의 신분이나 지위, 서류를 작성한 경위와 목적, 작성 시기와 장소 및 진술을 받는 방식 등에 비추어 실질적으로 고찰할 때 그 서류가 수사과정 외에서 작성된 것이라고 보기 어렵다면, 이를 형사소송법 제313조 제1항의 '전 2조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2024. 3. 28. 선고 2023도15133, 2023전도163, 164 판결 참조). 나아가 전문증거의 증거능력은 이를 인정하는 법적 근거가 있는 때에만 예외적으로 인정된다는 원칙 및 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술서가

수사과정에서 작성된 경우 그 증거능력에 관하여 형사소송법 제313조 제1항보다 더욱 엄격한 요건을 규정한 형사소송법 제312조의 취지 등에 비추어 보면, 수사기관이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 피고인의 진술을 기재한 서류의 증거능력도 엄격하게 제한할 필요가 있다.

☞ 피고인이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(강간등치상)으로 기소된 사안으로, 형사조정조서의 ‘피의자의 주장’란에 기재된 진술의 증거능력이 문제된 사안임

☞ 원심은, 피고인의 진술이 기재된 형사조정조서에 대하여 형사소송법 제313조에서 규정하는 진술기재서에 해당된다고 보아 증거능력을 인정하고 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 형사조정위원들의 소속 및 지위, 이 사건 형사조정조서를 작성한 경위와 목적, 형사조정위원들이 형사조정절차의 진행과 관련하여 수사기관으로부터 확보한 자료의 내용과 성격, 형사조정의 방식 및 내용과 그 진행 장소, 간사로 검찰수사관이 관여한 상황, 형사조정의 불성립 이후 이 사건 형사조정조서를 받은 검사가 이를 토대로 피고인에 대한 피의자신문을 실시한 수사의 진행 경과 등에 비추어 이 사건 형사조정조서 중 ‘피의자의 주장’란에 피고인의 진술을 기재한 부분은 비록 수사기관이 아닌 자에 의하여 작성되었다고 하더라도 수사가 시작된 이후 수사기관의 관여나 영향 아래 작성된 경우로서 실질적으로 고찰할 때 수사과정 외에서 작성된 것이라고 볼 수 없으므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 증거능력을 인정할 수 없고, 이는 수사기관이 작성한 ‘피의자신문조서’나 ‘피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서’가 아니고, ‘피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서’라 보기도 어려우므로 형사소송법 제312조에 의하여 증거능력을 인정할 수도 없다고 보아, 그 증거능력을 인정한 원심의 판단에 형사소송법 제313조 등의 법리를 오해한 잘못이 있다고 판단하면서도, 증거능력이 인정되는 나머지 적법하게 채택된 증거들에 의하더라도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로, 위와 같은 원심의 잘못이 판결 결과에 영향이 없다고 보아, 상고를 기각함

## 2024도11629 무고등 (마) 파기환송

[허위로 112신고를 한 행위가 위계공무집행방해죄의 위계에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 「경범죄 처벌법」 제3조 제3항 제2호의 거짓신고 행위가 원인이 되어 상대방인 공무원이 범죄가 발생한 것으로 오인함으로써 인하여 공무원이 그러한 사정을 알았더라면 하지

않았을 대응조치를 취하기에 이른 경우, 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는지 여부(적극), 2. 위와 같은 행위가 수사과정에서 허위 진술을 하거나 허위 증거를 제출함으로써 범죄 수사 직무에 관하여 위계로 인한 공무집행방해죄가 성립하는지와 구별되는지 여부(적극)◇

1. 경범죄 처벌법 제3조 제3항 제2호의 거짓신고로 인한 경범죄 처벌법 위반죄는 '있지 아니한 범죄나 재해 사실을 공무원에게 거짓으로 신고'하는 경우에 성립하는 범죄이고, 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄는 상대방의 오인, 착각, 부지를 일으키고 이를 이용하는 위계에 의하여 상대방으로 하여금 그릇된 행위나 처분을 하게 함으로써 공무원의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하는 경우에 성립하는 범죄이다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도17297 판결 참조). 전자는 사회공공의 질서유지를 보호법익으로 하는 반면, 후자는 국가기능으로서의 공무 그 자체를 보호법익으로 하는 등 양 죄는 그 보호법익이나 규율대상 및 구성요건 등을 달리하는 별개의 죄이다. 따라서 경범죄 처벌법 제3조 제3항 제2호에서 정한 거짓신고 행위가 원인이 되어 상대방인 공무원이 범죄가 발생한 것으로 오인하게 만들었고 이로 인하여 공무원이 그러한 사정을 알았더라면 하지 않았을 대응조치를 취하기에 이르렀다면, 이로써 구체적이고 현실적인 공무집행이 방해되어 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는 것이지, 그 거짓신고 행위와 결과의 불법성이 경범죄 처벌법 제3조 제3항 제2호가 예상한 정도를 현저하게 넘어선 예외적인 경우에 해당하는지 여부에 의하여 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부가 좌우된다고 볼 것은 아니다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도9958 판결 참조).

2. 경찰관의 직무에는 국민의 생명·신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방, 범죄피해자 보호, 그 밖에 공공의 안녕과 질서 유지 등이 포함된다(경찰관 직무집행법 제2조 제1호, 제2호, 제2의 2호, 제7호 참조). 어떤 사람이 경찰관에게 경범죄 처벌법 제3조 제3항 제2호에서 정한 거짓신고를 하였고, 이에 따라 경찰관이 신고의 거짓 여부를 확인하거나 검토할 여유 없이 국민의 생명·신체 보호 등을 위해서 다른 업무보다 우선하여 긴급하게 현장에 출동하는 등 즉각적인 대응조치를 취하여야 하는 상황에서[「112 종합상황실 운영 및 신고처리 규칙」(2023. 10. 27. 경찰청예규 제617호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 예규'라 한다) 제9조 제2항 제1호, 제13조 등 참조] 실제로 그러한 대응조치가 이루어졌다면, 특별한 사정이 없는 한 경찰관의 위와 같은 직무에 관하여 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 보아야 한다. 이러한 직무는 경찰관이 수사기관으로서 수행하는 범죄 수사에 관한 직무(경찰관 직무집행법 제2조 제2호 참조)와 구별되는 것이므로, 그 직무에 관하여 위계로 인한 공무집행방해죄가 성립하는가는 피고인이 수사과정에서 허위 진술을

하거나 허위 증거를 제출함으로써 범죄 수사 직무에 관하여 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는가와 구별하여 살펴보아야 한다.

☞ 피고인이 강제추행을 당했다는 내용으로 허위의 112 신고를 하여, ① 범행이 실제로 있었다고 오인한 경찰관들이 현장에 출동하여 수사를 하게 하고, 피고인에게 임시숙소 제공 및 범죄피해자 안전조치를 실시하게 하였으며, ② 위 신고가 있는 날부터 한 달 이상 위 범죄 혐의 확인을 위한 수사를 하게 하여 경찰관들의 정당한 직무집행을 방해하였다는 무고 및 위계공무집행방해(주위적 공소사실), 경범죄 처벌법 위반(예비적 공소사실)으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 수사기관이 피고인이 증거로 제출한 휴대전화 동영상의 미심쩍은 점을 자세히 묻고 강제추행범으로 지목된 자의 진술을 청취함으로써 피고인의 신고가 허위라는 점을 쉽게 확인하였고, 경찰관들이 수행한 위 공무는 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 제반 증거가 있는지 수집·조사하는 수사기관의 본래 직무 범위에 속하는 것이며, 이로 인하여 다른 신고사건에 관한 업무처리를 하지 못하였다거나 다른 지역에 치안공백이 야기되었다는 사정도 보이지 않는다는 이유로, 주위적 공소사실 중 위계공무집행방해 부분을 이유에서 무죄로, 예비적 공소사실을 유죄로 각 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 주위적 공소사실 중 ② 부분은 수사기관의 불충분한 수사에 의한 것으로서 피고인의 위계로 수사가 방해되었다고 볼 수 없으므로 이 부분을 무죄로 판단한 원심은 타당하나, 주위적 공소사실 중 ① 부분은 ❶ 피고인의 허위 신고는 그 내용과 범행 장소, 범행 발생 시점에 비추어 신속한 출동에 따른 범인 수색 및 검거조치가 요구된 점, ❷ 경찰은 위 신고 접수 후 이를 ‘code 1 신고’로 분류하고 출동 관련 지령을 내렸는데, 경찰청 예규(「112 종합상황실 운영 및 신고처리 규칙」)에 따르면 code 1 신고의 경우 순찰차, 지구대·파출소 근무자 등 출동요소는 소관 업무나 관할 등을 이유로 출동을 거부하거나 지연 출동하여서는 안 되는 점, ❸ 위 지령에 따라 최초 신고 접수 4분 만에 경찰관이 현장 도착하였고, 관할 경찰서 수사팀 소속 경찰관들과 순찰차 총 6대 등이 출동하여 피고인의 진술을 청취하고 탐문 및 수색 작업을 진행하였는데, 이는 신고 대상 범죄를 수사하는 직무뿐만 아니라 추가적인 범죄를 예방하고 피고인을 비롯한 국민의 생명·신체를 보호하는 직무로서의 성격도 함께 지니는 점, ❹ 경찰은 피고인에게 임시숙소 1일 숙박비를 지급하고 피고인을 긴급신변 보호시스템에 등록하고 스마트워치를 지급하여 범죄피해자 보호 직무를 한 점, ❺ 피고인이 마치 성범죄 피해를 당한 것처럼 112 신고를 함으로써 신고 접수 담당 경찰관으로 하여금 긴급히 대응하여야 할 위급한 상황이 발생한 것으로 오인하게 하였고, 이로 인하여 경찰관들이

현장에 즉각적으로 출동하여 현장 주변을 수색·탐문하고 피해자 보호조치를 하는 등 허위의 신고라는 사정을 알았더라면 하지 않았을 대응조치까지 취하였으므로 피고인이 위계로써 경찰관의 112 신고에 따른 사건처리 업무, 범죄 예방 업무, 범죄피해자 보호 업무에 관한 구체적인 직무집행을 방해한 것이라고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결 중 주위적 공소사실 및 예비적 공소사실 부분을 파기·환송함

## 2024도13000 업무상배임 (차) 파기환송

### [배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇지입차주가 지입회사로부터 할부로 지입회사 소유의 자동차를 매수하면서 그 자동차에 관하여 지입계약을 체결하였는데, 할부대금 완납 전에 지입회사가 그 자동차에 관하여 근저당권을 설정한 경우, 지입회사 운영자가 지입차주와의 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지 여부(소극)◇

1. 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가할 때 성립하는 것이므로 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있어야 한다. 여기서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다. 이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계에 있다거나, 계약을 이행함에 있어 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고, 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결, 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도14770 전원합의체 판결 등 참조).

2. 지입차주가 자신이 실질적으로 소유하거나 처분권한을 가지는 자동차에 관하여 지입회사와 지입계약을 체결함으로써 지입회사에게 그 자동차의 소유권등록 명의를 신탁하고 운송사업용 자동차로서 등록 및 그 유지 관련 사무의 대행을 위임한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 지입회사 측이 지입차주의 실질적 재산인 지입차량에 관한 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 것으로서 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통

상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있으므로, 지입회사 운영자는 지입차주와의 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 할 것이나(대법원 2021. 6. 24. 선고 2018도 14365 판결 참조), 지입차주가 지입회사로부터 할부로 지입회사 소유의 자동차를 매수하면서 해당 자동차에 관하여 지입계약을 체결한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 지입차주가 그 할부대금을 완납하기 전까지는 지입차량을 지입차주의 실질적 재산이라고 보기 어려우므로, 지입계약이 체결되었다는 사실만으로 곧바로 지입회사 운영자가 지입차주와의 관계에서 지입차량에 관한 재산상 사무를 맡아 처리하는 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 보기 어렵다.

☞ 여객자동차 운송사업 등을 목적으로 하는 회사의 대표이사인 피고인이, 지입차주인 피해자들로부터 할부대금을 완납하기 전에 지입받은 버스들을 피해자들의 동의 없이 근저당권을 설정하였다는 업무상배임으로 기소된 사안임

☞ 원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 피해자들은 이 사건 회사와 사이에 이 사건 각 버스에 관하여 매매계약 및 지입계약을 체결한 이후 이 사건 회사에 매매계약에 따른 매매대금을 모두 지급하지 않았고, 달리 피해자들이 매매대금을 전부 지급하기 전에 이 사건 각 버스에 관한 실질적 소유권 또는 처분권한을 이전받기로 약정하였음을 인정할 수 있는 자료도 없으므로, 피해자들이 이 사건 각 버스에 대하여 실질적 소유권 또는 처분권한을 가진다고 보기 어렵고, 나아가 피해자들과 이 사건 회사 사이에 지입계약서가 작성되지 않은 이 사건에서, 이 사건 회사가 피해자들과 사이에 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 이 사건 각 버스를 피해자의 재산으로 보호 또는 관리하기로 하였다고 볼 만한 사정도 찾아볼 수 없으므로, 지입회사 운영자인 피고인이 지입차주인 피해자들과의 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 보기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함