

서울고법 판례위원회 선정 중요 판결·결정(24~26)



서울고등법원 판례위원회(위원장 홍승면 부장판사)는 판결공간의 질적·양적 확대를 위해 2021년 8월 자발적으로 구성했다. 2021년 10월 속보 제1호를 발행한 후 매월 온라인 속보를 발행하고 있다. 2022년 3월에는 첫 통합본(전담분야별 분류, 목차 제공 등)을 발간했으며, 앞으로도 6개월마다 통합본을 발간할 예정이다.

민사, 가사, 행정 주요 판결·결정을 대상으로 하고 있으며 형사 판결로 확대는 추후 검토 예정이다. (저작권자/법률신문)

현재 서울고등법원 판례위원회 구성 명단

구분	성명	비고(전담분야 등)
위원장	홍승면 부장판사	건설
간사	이의영 고법판사	국제거래·중재
위원	김광남 고법판사	항공
위원	김선아 고법판사	지식재산
위원	김세종 고법판사	상사·기업
위원	김재령 고법판사	건설
위원	박성운 고법판사	국제거래·중재
위원	방용환 고법판사	의료
위원	이병희 고법판사	공정거래·노동
위원	이완희 고법판사	조세
위원	정문경 고법판사	언론
위원	정현경 고법판사	노동
위원	장정환 고법판사	공보관

서울고법 판례위원회 선정 중요 판결·결정(24)

[형사]

2021노1570 아동·청소년의성보호에관
한법률위반(성착취물소지)

[제12-2형사부 2022. 7. 5. 선고]

<성폭력>

□ 사안 개요

- 피고인이 토렌트 파일을 실행하여 영상물을 다운로드받아 소지하였는데, 수사기관이 불법촬영물등 추적시스템[SNS, 성인사이트, 비트토렌트(P2P)를 대상으로 음란물의 자동 수집 및 분석을 통해 불법 업로더에 대한 추적을 수행]을 통해 비트토렌트 프로그램에서 위 영상물을 다운로드받아 그 분석 보고서를 증거로 하여 기소한 사건

□ 쟁점

- 수사기관이 불법촬영물등 추적시스템을 통해 영상물을 다운로드한 행위가 실질적 압수로서 위법한 증거수집에 해당하는지(소극)

□ 판 단

- 아래와 같은 이유로 증거수집이 적법하게 이루어졌다고 판단함
- ① 피고인이 비트토렌트 프로그램으로 토렌트 파일을 실행하여 영상물을 다운로드받으면 언제든지 이를 보관·유포·공유하는 등의 행위를 할 수 있고 피고인 IP 주소를 통하여 언제든지 업로드될 수 있었으므로 아동·청소년성착취물의 소지죄가 이미 성립되었거나 성립될 가능성이 매우 높은 상황하였고, 수사상 증거보전 필요성과 긴급성도 인정됨
- ② 토렌트 파일을 실행하여 다운로드 폴더에 공유파일이 다운로드된 경우, 개별 이용자는 자신의 다운로드 폴더에 접근 가능한 이용자의 범위를 지정할 수 없기 때문에 결국 해당 파일은 모든 비트토렌트 프로그램 이용자에게 공유되므로 수사기관도 위 폴더에 임의로 접근할 수 있음
- ③ 비트토렌트 프로그램을 통한 다운로드 방식은 공유파일 전체나 그 일부를 보유한 이용자들로부터 해당 파일의 조각을 각각 다운로드하는 것이므로, 피고인 소지의 영상물 파일을 하드카피하여 반출한 것과는 다름
- ④ 피고인은 자신의 하드디스크 내 다운로드 폴더에 관하여는 위 프로그램에 의한 정상적인 접근을 한도로 하여 그 법익의 일부를 포기한 것으로 볼 수 있음. 수사기관은 비트토렌트 프로그램을 이용한 영상물 다운로드 과정에서 부정한 명령을 입력한 바 없고, 이후 시더의 IP 주소 등의 정보를 수집하는 과정에서도 불특정 다수에게 공개되고 접근이 허용된 오픈소스 코드를 이용하였음
- ⑤ 청소년성보호법 제25조의2 신설로 ‘신분

비공개수사’ 및 ‘신분위장수사’의 법률상 근거가 마련되었으나, 위법한 디지털 성범죄 수사관행에 대한 반성적 고려에서 도입된 것이라고 볼 만한 자료는 없음 [항소기각(유죄)]

[민 사]

2022나2000539 해고무효확인

[제38-1 민사부 2022. 11. 11. 선고]

<노동>

□ 사안 개요

- 공기업인 피고의 자회사는 세무회계 사무소(‘A사무소’)와 6개월간의 세무대리 위임계약을 체결하고 A사무소 소속 세무사인 원고를 자회사에 근무하도록 하였음(‘이 사건 쟁점기간’).
- 자회사는 위임계약을 갱신하지 않고, 공개채용 절차에 따라 원고와 1년의 기간제 근로계약을 체결함(‘제1 근로계약’). 피고는 자회사의 근로관계를 승계하고 원고와의 계약기간을 1년 연장함(‘제2 근로계약’),
- 피고는 1년 뒤 근로계약의 종료를 통지함(‘이 사건 종료통지’).

□ 쟁점 및 판단

- 이 사건 쟁점기간 동안 묵시적 근로관계 성립 여부(적극)
- ① 자회사가 원고를 지휘·감독하였고, 위임계약상의 위임업무를 벗어나 자회사 사업에 실질적으로 편입되어 직책을 가지고 직접 근로를 제공한 점, ② A사무소가 위임

- 계약의 수급인으로서 독자적인 업무를 수행한 바 없고, 원고에 대한 근로계약서, 4대보험 가입 등도 이루어지지 않는 등 형식적·명목적인 지위에 불과한 점, ③ 자회사의 원고에 대한 임금이 위임보수 명목으로 A사무소에 지급되었다가 일정액을 제외하고 원고에게 그대로 지급된 점 등을 근거로 묵시적 근로관계 인정함
- 기간의 정함이 없는 근로계약 관계가 성립되었는지 여부(적극)
 - ① 이 사건 쟁점기간과 제1, 제2 근로계약기간을 통산하면 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용하였으므로 기간제법 제4조 제1, 2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약관계가 성립하였음. ② 설령 묵시적 근로관계가 부정될 경우더라도 피고는 파견법의 법리에 따라 직접고용의무를 부담함. 이 경우 원칙적으로 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하여야 하므로, 제1, 2 근로계약 중 기간을 정한 부분은 효력이 없는바(대법원 2018다207847 판결), 마찬가지로 기간의 정함이 없는 근로계약관계가 성립되었음
 - 이 사건 종료통지의 효력(부당해고로 무효) [기간의 정함이 없는 근로계약관계가 성립되었고, 해고의 정당한 사유가 있다고 볼 근거 없음]
 - 해고무효확인 및 복직시까지의 임금 청구 부분 인용 (원고일부승)

[가 사]

2022르22029 이혼 등

2022르22036(병합) 손해배상(기)

[제2가사부 2022. 12. 8. 선고]

<일반>

□ 사안 개요

- 원고와 A는 1992년경 혼인신고를 마친 부부로서, 원고가 2021년경 배우자 A의 차량 블랙박스 파일을 통하여 A가 다른 이성 3명과 부정행위를 한 사실을 확인하고 손해배상 등을 구한 사건

□ 쟁점

- 민사사건에 있어, 계쟁 사건의 증거수집을 위한 녹음이나 청취 목적과 무관하게 일반적인 증거수집 목적으로 설치된 차량의 블랙박스 기기에 우연히 녹음된 파일 및 녹취록의 증거능력(통신비밀보호법 제14조 위반 여부)

□ 판단

- 아래와 같은 통신비밀보호법의 문언과 내용, 입법체계 등에 비추어 볼 때, 원고가 통신비밀보호법을 위반하는 방법으로 블랙박스 기기를 이용하여 A와 피고 사이의 대화를 녹음 또는 청취하였다고 인정하기 어려움[서울고등법원 2020. 12. 17. 선고 2020르22124(본소), 2022르22131(반소) 판결(심불기각 확정) 등 참조]

- ① 통신비밀보호법 제3조, 제14조 제1항의 문언은 타인 간의 대화를 녹음과 청취의 대상으로 규정하고 있을 뿐이고, 이미 대화가 종료되어 저장매체(기기)에 파일의 형태로 보관 중인 녹음물(데이터)을 그 대상으로 규정하고 있지는 않음

- ② 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키고 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 대화에 해당하지 않으므로(대법원 2016도19843 판결 참조), 녹음이나 청취가 금지되는 대화는 의사소통행위의 현재성 및 현장성을 전제로 한다고 봄이 타당함
- ③ 일반적인 증거수집 목적으로 설치된 녹음 기능이 부가된 영상기록장치인 블랙박스에 우연히 타인간의 대화내용이 녹음된 경우 그 녹음과일을 청취하거나 녹취록을 작성하는 행위가 통신비밀보호법 제3조, 제14조 제1항에서 금지하는 ‘녹음’ 및 ‘타인간의 대화 청취’에 포섭된다고 볼 수는 없음
- ④ 각 녹취록 기재 대화 내용이 담긴 녹음과일이 저장된 블랙박스는 A가 자신의 차량에 설치한 것으로서, 원고가 A의 휴대폰 등에서 부정행위를 의심할만한 사정을 발견한 이후 딸과 함께 A의 차량 내 블랙박스를 사후에 확인하던 중, 그 전에 이미 종료되어 파일 형태로 저장된 피고와 A의 대화녹음물을 우연히 발견한 것으로 판단됨 [항소기각(원고일부승)]

[행 정]

2020누69221 시정명령 등 취소청구의 소
 [제3행정부 2022. 12. 1. 선고]
 <공정거래>

□ 사안의 개요

원고는 프랑스 법인으로 대한민국에서 자신이 보유한 LNG 화물창 기술 라이선스를 국내 조선업체들에 제공하고 그 대가로 실시료를 징수하였는데, 피고는 원고가 국내 조선업체들과 멤브레인형 LNG 화물창 기술 라이선스 기본계약을 체결하면서 위 기술 라이선스에 엔지니어링 서비스를 끼워팔기 했다고 보아 시정명령과 과징금납부명령을 함

□ 쟁 점

- 이 사건 끼워팔기 행위를 특허권의 정당한 행사로 볼 수 있는지
- 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위가 존재하는지
- 과징금납부명령에서 관련매출액 산정의 위법 여부

□ 판 단

- LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스를 통합 판매한 행위는 엔지니어링 서비스 시장의 진입을 봉쇄하여 혁신을 저해하므로 특허법의 목적에 부합한다고 볼 수 없는 점, 국내 조선업체들이 엔지니어링을 수행할 능력이 없다고 보기 어렵고, LNG 화물창 기술 라이선스의 효과적인 구현과 안전성 제고를 위해 반드시 원고만이 엔지니어링을 수행해야 한다고 단정할 수 없는 점등을 종합하면, 원고가 LNG 화물창 기술 라이선스를 허여하면서도 해당 기술 라이선스의 내용에 포함되지 않은 엔지니어링 서비스까지 구매하도록 강제한 이 사건 끼워팔기 행위는 실시권의 범위를 부당하게 제한하는 것으로 특허권의 정당한 권리범위를 벗어난 것에 해당함

- 피고가 관련 상품시장을 LNG 화물창 기술 라이선스 시장과 멤브레인형 LNG 화물창 엔지니어링 서비스 시장을 별개의 상품 시장으로 획정한 것은 정당하고, 원고가 위 각 시장의 시장지배적 사업자에 해당하는 점, 원고가 국내 조선업체들에게 엔지니어링 서비스 구매를 강제한 것으로 볼 수 있고, 이는 국내 조선업체들에게 불이익을 초래하였으며, 경쟁을 제한하는 행위에 해당하는 점 등을 종합하면, 원고의 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위도 인정됨
- 다만 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스는 서로 별개의 상품에 해당하고, 관련매출액 산정 기준이 되는 관련 상품은 끼워팔기의 대상인 엔지니어링 서비스에 국한되므로 이에 한정하여 관련매출액을 산정해야 함에도 원고가 국내 조선업체들로부터 징수한 기술 라이선스 실시료 전체를 관련매출액으로 산정한 것은 위법함(원고일부승)

2021누36129 시정명령 및 과징금납부 명령 취소

[제6-1행정부 2022. 12. 14. 선고]

<공정거래>

□ 사안 개요

- 피고(공정거래위원회)는 원고가 2012. 2.부터 2020. 8.까지 자사 쇼핑몰 플랫폼서비스 ‘스마트스토어’를 지원하기 위해 자사 비교쇼핑서비스 ‘네이버쇼핑’의 상품 검색 결과 노출순위 결정 알고리즘(‘검색알고리즘’)을 스마트스토어 입점업체에게 유리하

고 경쟁 오픈마켓 입점업체에게 불리한 방향으로 조정하였다고 보아, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 ① 시장지배적지위 남용행위 중 거래조건 차별행위, ② 불공정거래행위 중 부당한 차별취급행위, ③ 불공정거래행위 중 부당한 고객유인행위를 적용하여, 원고에게 시정조치를 명하고 과징금 납부를 명함

□ 쟁점

- 시장지배적사업자에 해당하는지(적극), 거래조건 차별행위를 하였는지(적극)
- 시장지배적지위 남용행위에 해당하는지(적극)
- 불공정거래행위에 해당하는지(적극)

□ 판단

- 비교쇼핑서비스 시장과 오픈마켓 시장은 별개의 시장으로 보아야 하고, 스마트스토어는 오픈마켓 기능을 수행하며, 원고는 비교쇼핑서비스 시장에서 시장지배적사업자에 해당함. 원고는 검색알고리즘을 조정함으로써 스마트스토어 입점업체 및 경쟁 오픈마켓 입점업체를 차별하였고, 이는 스마트스토어를 지원하고자 하는 의도와 목적이 인정됨
- 이 사건과 같이 지배적 지위에 있는 시장(비교쇼핑서비스 시장)과 경쟁제한 효과 발생의 우려가 있는 시장(오픈마켓 시장)이 다른 경우에도 시장지배적 지위 남용은 성립할 수 있다고 보아야 함. 비교쇼핑서비스, 특히 네이버쇼핑은 오픈마켓 유입경로로 매우 중요한 역할을 수행하고 있으므로, 원고는 비교쇼핑서비스 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 오픈마켓 시장에서 상당

한 영향력을 행사할 수 있고, 오픈마켓 입점 업체로 하여금 스마트스토어와 거래하도록 유도할 수 있음. 네이버의 검색알고리즘 조정행위는 오픈마켓 시장에서 경쟁제한 효과를 발생시킬 우려가 있는 행위로서 시장 지배적지위 남용행위에 해당함

- 원고의 검색알고리즘 조정행위는 거래조건의 현저한 차별로서 부당한 차별취급행위에 해당함. 네이버쇼핑이 최적의 상품 검색 결과를 제공할 것이라는 소비자의 기대와 달리, 자사 스마트스토어 입점상품이라는 이유로 검색결과 상위에 노출시키고 그러한 위계로써 고객이 자신과 거래하도록 유인한 것으로 부당한 고객유인행위에도 해당함(원고패)

서울고법 판례위원회 선정 중요 판결·결정(25)

[형 사]

2022노408 아동·청소년의성보호에관한
법률위반(상습성착취물제작·배포등) 등
[제12-2형사부 2022. 8. 9. 선고]
<성폭력>

□ 사안 개요

- 여학생들이 화장실 내에서 용변을 보거나 샤워를 하는 모습을 촬영한 행위를 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성착취물제작)죄로 기소한 사건

□ 쟁점

- 여학생들이 화장실 내에서 용변을 보거나 샤워를 하는 모습을 촬영한 영상물이 아동·청소년성착취물에 해당하는지(소극)

□ 판단

- 구 청소년의 성보호에 관한 법률 및 현행 아동·청소년의성보호에관한법률에 이르기까지 입법 연혁에 비추어보면, 위 현행법 제2조 제4호 다.목 중 '일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위'는 구 청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제3호 소정의 '음란한 내용을 표현한 것'에 상응하는 의미로 해석됨
- 그렇다면 아동·청소년성착취물 등에 해당하기 위해서는 촬영대상자인 아동·청소년이 ① 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 것 외에도 ② 음란한 행위를 하여야 함. 그런데 이 사건 피해자들은 화장실을 그 용도에 따라 이용하였을 뿐이므로 그러한 화장실 이용행위 자체가 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 음란한 행위에 해당한다고 보기는 어려움
- 아동·청소년 피해자들의 화장실 이용행위 등 일상적인 모습을 촬영한 영상물의 경우 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 처벌이 가능하므로 특별한 법적 공백이 발생하는 것도 아님
- 성인이 신체의 전부 또는 일부를 노출·접촉하는 행위를 촬영하는 경우에는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄가, 그 촬영대상자가 아동·청소년일 때에는 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성착취물제작)죄가 각각 성립한다고 단순 해석하는 것은 각 근거 법률의

- 문언, 체계, 규정 형식, 연혁 등에 비추어 뚜렷한 근거가 없음
- 대법원은 신체의 전부 또는 일부의 노출과 음란한 행위를 명확히 구별하고 있으므로 (대법원 2003도6514 판결, 대법원 2019도 14056 판결 등 참조), 신체의 전부 또는 일부의 노출로써 곧바로 음란한 행위에 해당하게 된다는 해석은 판례의 태도에도 부합하지 않음. 이 부분 주위적 공소사실을 무죄로 판단함 (일부무죄)

[민 사]

2022나2028421 성과보수청구

[제15부 2022. 12. 16. 선고]

〈노동〉

□ 사안 개요

- 피고(신용카드회사)는 2020. 8.경 평가보상위원회를 개최하여 2017년부터 2019년까지의 장기성과 인센티브 지급과 관련하여 2020년부터 2023년까지 4년간 분할 지급하기로 하면서, 2020. 1.경 임원직에서 퇴사한 원고에 대하여는 경쟁사 이직을 이유로 지급대상에서 제외함

□ 쟁점

- 원고가 퇴직일로부터 1년 이내에 경쟁사로 이직한 것이 장기성과 인센티브 운영규정에 정한 장기성과급 지급제외사유인 '회사의 사업활동을 방해하거나 회사의 이익에 반하는 행동을 하는 경우'에 해당하는지 여부

□ 판단

- 다음과 같은 이유로, 피고가 장기성과 인센티브 지급 시 원고를 지급대상에서 제외한 것은 정당함
- ① 회사가 임직원에게 성과급을 지급할지 여부, 지급방법과 지급조건 등을 어떻게 할 것인지는 원칙적으로 사적자치의 영역에 속하는 문제임. 특히 장기성과급은 기본적으로 임원 개인의 업무실적보다는 회사 전체의 경영성과와 연동된 성과급이라는 점에서 다른 성과급에 비해 재량의 여지가 더욱 큼
- ② 피고가 운영하는 장기성과급 제도는 임원들이 높은 성과보상을 위해 과도한 위험을 부담하며 단기성과를 추구하는 행위를 제어할 수 있도록 장기성과급을 수년간 나누어 지급함으로써 합리적이고 건전한 성과보상체계를 구축하는 데 그 목적과 취지가 있음
- ③ 장기성과급의 성격, 장기성과급 제도의 취지, 관련 법령(금융회사의 지배구조에 관한 법률)의 내용 등을 고려하면, 장기성과급은 평가보상위원회의 지급 결의가 있기 전까지는 지급 여부나 지급액이 확정된 성과급이라고 보기 어렵고, 피고는 강행규정을 위반하지 않는 한도 내에서 장기성과급 지급 여부, 미지급 또는 감액 사유 등 지급조건에 관하여 광범위한 재량권을 가진다고 보아야 함
- ④ 원고는 전략영업본부장 등으로 근무하면서 피고의 마케팅과 영업전략을 총괄하는 지위에 있었고, 퇴직 직전에는 미등기 임원들 중 경영정보에 접근할 기회가 가장 많았던 최고위급 임원이었던 것으로 보임. 그러한 원고가 퇴직 후 약 4개월 만에 경쟁사의

마케팅본부장으로 영입되어 피고에서 담당했던 업무와 본질적으로 동일한 업무를 수행하게 됨. 원고가 피고에서 근무한 기간이나 지위 및 업무내용 등에 비추어 보면, 원고는 경쟁사에서 마케팅본부장으로 업무를 수행하는 과정에서 피고에서 근무하면서 취득한 인적·물적 네트워크, 마케팅 기법, 영업전략 등을 활용할 가능성이 매우 높음 [항소기각(원고패)]

2022나2005589 기타(금전)

[제14-3민사부 2022. 9. 15. 선고]

<상사>

□ 사안 개요

피고 회사와 사이에 신탁금을 브라질국채 매입에 투자하는 내용의 이 사건 신탁계약을 체결한 원고가, 원고에게 ‘증권’인 브라질국채를 ‘매출’한 것이 자본시장법 제119조 제1항에 위반되어 이 사건 신탁계약이 무효라고 주장하면서 피고 회사를 상대로 신탁금의 반환을 청구한 사건

□ 쟁점

피고가 특정금전신탁인 이 사건 신탁계약의 체결을 청약한 것이 자본시장법 제119조 제1항에서 정한 ‘증권(브라질국채)의 매출’에 해당하는지(소극)

□ 판단

① 자본시장법 제119조 제1항은 ‘일정규모 이상 증권의 매출은 금융위원회에 신고하지 않으면 할 수 없도록’ 규정하고 있고, 제9조

제9항은 ‘매출’을 ‘증권의 매도청약 또는 매수청약의 권유’로 정의하고 있음

- ② 특정금전신탁은 ‘위탁자가 신탁재산인 금전의 운용방법을 지정하는 금전신탁’이고, 신탁재산은 대내외적으로 수탁자의 소유임
- ③ 수탁자인 피고 회사는 특정금전신탁인 이 사건 신탁계약에서 정한 운용방법에 따라 자신의 명의로 브라질국채를 매입하였을 뿐, 원고에게 ‘브라질국채 매수청약을 권유’한 것이 아님
- ④ 수탁회사가 증권을 매입하는 방식으로 운용하는 신탁계약의 체결을 투자자에게 권유한 것은 투자자에 대한 ‘증권의 매출’에 해당하지 아니하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 청구를 기각함 [항소기각(원고패)]

[행 정]

2022누49221 양도소득세부과처분취소

[제1-1행정부 2022. 12. 13. 선고]

<조세>

□ 사안 개요

- A가 이 사건 주택을 2018. 1. 10. 매도하고 약 한 달 뒤 사망하였고, A의 배우자인 원고는 1세대 1주택으로 양도소득세를 신고 납부함. 피고(과세관청)는 원고가 소유하던 오피스텔 2채를 모두 주거용으로 사용(임대)하여 A가 1세대 3주택자에 해당한다고 보아 양도소득세를 경정 고지함

□ 쟁점

- 공부상 용도가 주택이 아닌 건물의 경우 이를 사실상 주거용으로 사용하였다는 점에 대한 증명책임의 소재(= 과세관청) 및 그 판단기준

□ 판단

- 1세대 1주택에 해당하여 양도소득세 비과세요건을 충족하고 있다는 사실에 관하여는 달리 특별한 사정이 없는 한 납세의무자에게 입증책임이 있지만(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005두8443 판결 등), 다른 한편, 구 소득세법(2018. 12. 31. 법률 제16104호로 개정하기 전의 것)은 제88조 제7호에서 주택을 “허가 여부나 공부상의 용도 구분에 관계없이 사실상 주거용으로 사용하는 건물을 말한다. 이 경우 그 용도가 분명하지 아니하면 공부상의 용도에 따른다.”라고 명확히 정의하고 있는바, 이처럼 실제 용도가 불분명한 경우, 굳이 ‘공부상의 용도’에 따르도록 별도의 규정을 둔 이상, ‘공부상의 용도가 주택이 아닌 건물’의 경우에는 구 소득세법 제88조 제7호 후문에 따라 이를 사실상 주거용으로 사용하였다는 점에 관한 입증책임이 과세관청인 피고에게 있다고 봄이 타당하며, 특히 지정지역의 부동산으로서 1세대 3주택에 해당한다는 점은 구 소득세법 제104조 제4항 제1호의 중과세 요건이므로, 과세관청인 피고가 입증책임을 지는 것이 당연함. 즉, 납세의무자가 1주택을 제외한 나머지 소유 건물의 공부상의 용도가 주택이 아니라는 점만 입증하면, 위 1주택의 양도 당시 나머지 건물을 사실상 주거용으로 사용하였다는 점은 과세관청이 입증하여야 함

- 과세 대상 주택의 양도 당시 오피스텔의 사실상 용도가 주거용이었던지 아닌지는, 실제 사용자가 해당 오피스텔로 주민등록법상 전입신고를 마쳤는지, 해당 건물의 전기, 가스, 수도의 각 사용량 등 이용 실태와 밀접한 각종 지표들, 해당 오피스텔의 실제 사용자, 건물 관리인이나 이웃 오피스텔 사용자 등 제3자의 진술 내용, 그리고 마지막으로 해당 오피스텔에 관한 임대차계약이 있으면 그 구체적 내용 등 제반 사정을 두루 종합하여 판단하여야 함 (원고승)

2021누77038 조합원지위확인

[제3행정부 2022. 8. 25. 선고]

<일반>

□ 사안의 개요

주택재건축정비사업조합인 피고의 사업구역 내에는 5세대가 구분등기 되어 있는 다세대주택(‘이 사건 건물’)이 있는데, 원고는 지하층 지층호 옆에 있는 부분(‘이 사건 쟁점 부분’)에 거주하고 있음. 피고는 이 사건 쟁점 부분이 이 사건 건물 등기부등본이나 집합건축물대장에 표시되어 있지 않다는 이유로 원고의 조합원 지위를 인정하지 않았음

□ 쟁점

- 이 사건 쟁점 부분이 피고 정관과 서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례(‘이 사건 조례’)에서 정한 기존 무허가건축물에 해당하는지
- 원고 소유권의 입증 여부

□ 판 단

- 피고 정관 제9조 제2항 단서는 예외적으로 무허가건축물 소유자에게 피고의 조합원 자격을 부여하고 있고, 이 사건 조례 제2조 제1호는 특정무허가건축물에 관하여 1989. 1. 24. 당시의 무허가건축물 등을 말한다고 정하고 있는데, 이 사건 조례의 적용 대상이 되는 무허가건물이 되기 위해서는 사회통념상 독립한 건물로서의 구조와 형태를 갖추어야 하고, 이를 판단할 때는 구조물의 물리적 구조뿐만 아니라 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물상태 등 객관적인 사정도 고려하여 판단하여야 함
- 이 사건 쟁점 부분은 구조상·이용상 독립성을 갖추고 있고 단순히 공용부분에 불과하다고 보기 어려운 점, 건축주의 의사에 비추어 보더라도 사회통념상 독립한 건물 부분에 해당하는 점, 피고 정관과 이 사건 조례의 취지는 무허가건축물의 사실상 소유라는 사회적 실체를 인정해 사실상 소유자도 조합원으로 인정함으로써 조합원 자격을 적절한 범위에서 확장하기 위함이므로 건물 자체가 아무런 허가도 받지 않은 채 건축된 건물뿐만 아니라 이 사건 건물과 같이 건물 자체는 허가를 받았으나 그 일부가 구분소유를 하는 것으로 허가를 받지 못한 경우도 무허가건축물에 포함된다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 쟁점 부분은 피고 정관과 이 사건 조례에서 정한 기존 무허가건축물에 해당함
- 한편 사실상의 소유자인지는 당해 무허가건축물의 양수 경위, 점유 및 사용 관계, 재산세 등의 납세 여부, 당해 무허가건축물 소재지에 주민등록을 하였는지 등을 고려해

판단해야 하는데, 제반 사정을 종합하여 원고의 소유도 입증되었다고 봄이 타당함 (원고승)

**서울고법 판례위원회 선정
중요 판결·결정(26)**

[형 사]

**2022노817 성폭력범죄의처벌등에관한
특례법위반(주거침입강제추행)**

[제9형사부 2022. 10. 20. 선고]

〈성폭〉

□ 사안의 개요

- 피해자는 이 사건 아파트의 자신이 거주하는 B동이 아닌 그 옆동인 A동 옥상에 올라가기 위하여 A동에 들어갔는데, 이를 본 피고인이 피해자를 뒤따라가 A동 비상계단에서 피해자를 강제추행하였음
- 검사는 피고인에 대하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)으로 기소하였고, 이에 대하여 원심은 유죄로 판단함

□ 쟁 점

- 피고인이 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행)죄 상의 주거침입죄를 범하였는지 여부(소극)

□ 판단

- 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항은 어떤 피해자의 주거에 침입하여 그의 사실상의 평온을 해한 자가 나아가 성폭력범죄를 저지른 경우를 처벌하는 규정인데, 여기에서 주거침입죄의 피해자는 성폭력범죄의 피해자와 원칙적으로 동일인일 것을 요한다고 해석됨(다만, 정당한 주거권자 외에도 타인의 주거에서 어떠한 경위로 사실상의 평온을 누리고 있는 자 등도 주거침입죄의 피해자가 될 수 있으므로 그러한 피해자에 대하여 성폭력범죄를 범하였다면 구성요건을 충족한다고 볼 수 있을 것임)
- ① 강제추행이 발생한 장소는 이 사건 아파트 A동의 17층과 18층 사이의 비상계단인 점, ② A동은 중앙 현관에 엘리베이터가 설치되어 있는 한편, 위 비상계단은 복도식 아파트의 가장자리 외벽에 위치하여 그 구조상 A동 공동 거주자들의 위급상황 발생 시 이용하기 위한 용도로 보이는 점, ③ A동은 임대아파트로서 이 사건 아파트의 다른 동과 별도로 관리사무소와 경비초소를 운영 중이고, 다른 동의 공동 거주자들의 공동 이용을 위한 시설 등도 없는 것으로 보이는 점 등을 고려하면, A동 비상계단은 건물구조와 용도상 원칙적으로 A동 공동 거주자들만의 공용부분에 해당한다고 봄이 상당함
- 피해자는 당시 일시적으로 A동에 들어가 있었던 것으로 보이며(A동 거주자의 초청을 받아 간 것이 아니었음), 달리 검사가 제출한 증거만으로 피해자가 위 A동 비상계단에 대한 주거의 사실상의 평온의 이익을 향유하는 자라고 인정하기에 부족함. 그렇다면 위 A동의 비상계단은 A동 공동 거주자들의 주거에는 해당할지언정 피해자의

주거에 해당한다고는 보기 어려움. 제3자의 주거인 A동에 침입하여 그 주거의 침입과 관계가 없는(주거침입 피해자가 아닌) 피해자를 강제추행한 것이므로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(주거침입강제추행)에 해당한다고 보기 어려움 (이유무죄)

[민 사]

2021나2025272 중재판정 취소의 소

[제33민사부 2022. 12. 8. 선고]

<중재>

□ 사안 개요

- 원고와 피고는 같은 날 동일한 사업에 관하여 판결에 의한 분쟁해결조항이 포함된 이 사건 용역계약서 및 중재에 의한 분쟁해결조항이 포함된 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서를 각각 작성하였음
- 그 후 원고와 피고 사이에 분쟁이 발생하였고, 피고는 중재에 의한 분쟁해결조항이 포함된 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서를 토대로 중재기관에 중재신청을 하여 이 사건 중재판정을 받았음
- 원고는 판결에 의한 분쟁해결조항이 포함된 이 사건 용역계약서가 우선하므로 원고와 피고 사이에 중재합의가 존재하지 않는다고 주장하며, 이 사건 중재판정의 취소를 구함

□ 쟁 점

- 같은 날 동일한 사업에 관하여 서로 다른 분쟁해결조항을 포함한 계약서 2부가 각각 작

성된 경우, 당사자 사이에 합의된 분쟁해결방법의 해석

□ 판 단

- 원고의 입찰공고에 명시된 계약형태, 사업자파이낸싱성과보증계약의 정의와 표준계약서 서식, 이 사건 용역계약서 및 사업자파이낸싱성과보증계약서가 각각 작성된 경위와 그 내용 등에 비추어 아래와 같이 판단함
- 원고와 피고 사이를 규율하는 주된 계약서는 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서이고, 원고의 시스템을 통해 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서의 내용을 일부 반영시키기 위해 작성된 이 사건 용역계약서는 부수적인 계약서로서 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서에서 정하지 않은 사항이 있을 경우 이를 보충하는 효력을 가질 뿐이며, 동일한 사항에 관하여 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서의 내용과 이 사건 용역계약서의 내용이 배치되는 경우 원고와 피고 사이에 명시적으로 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서의 내용을 배제하고 이 사건 용역계약서의 내용을 적용하기로 하는 합의가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서의 내용이 우선하여 적용됨
- 위와 같은 특별한 사정을 인정할 증거가 없는 이 사건에서 이 사건 사업자파이낸싱성과보증계약서의 중재에 따른 분쟁해결조항이 우선하여 적용되어 원고와 피고 사이에 중재합의가 존재함(원고패)

2021나2040448 손해배상(기)

[제22민사부 2022. 11. 3. 선고]

<일반>

□ 사안 개요

- 토지에 관하여 등기공무원의 과실로 무효의 소유권보존등기가 마쳐졌는데, 이후 원고가 위 토지에 관한 근저당권부 채권을 양수하여 근저당권을 이전받고, 위 토지에 관한 임의경매절차에서 이를 경락받은 다음, 대한민국을 상대로 손해배상을 청구한 사건

□ 쟁 점

- 등기공무원의 과실로 마쳐진 무효의 소유권보존등기에 터잡아 근저당권을 이전받고 토지를 낙찰받은 경우, 국가가 배상할 손해의 범위(= 실제 출연한 금액)

□ 판 단

- 원고는 이 사건 토지에 관한 소유권보존등기 및 이에 터잡은 그 후의 소유권이전등기가 적법 유효한 것으로 믿고 경매절차에서 낙찰받아 소유권이전등기를 마쳤으나 이 사건 토지의 소유권을 취득하지 못하였으므로, 피고는 원고에게 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있음
- 원고는 이 사건 토지에 관하여 유효한 소유권을 취득한 다음 이를 상실한 것이 아니라 처음부터 소유권을 취득하지 못하였는바, 그 손해는 이 사건 토지의 소유권 상실이라 아니라 무효의 등기를 유효로 믿고 이 사건 토지를 매수하기 위하여 출연한 금액이라 할 것임
- 매각대금에서 상계처리한 배당금(근저당권부 채권의 원리금 일부)을 뺀 나머지 금

액을 토지 매수를 위해 출연한 금액으로 보고, 위 금액과 소유권이전등기비용의 합계를, 원고가 이 사건 토지를 낙찰받았음에도 그 소유권을 취득하지 못하여 입은 손해로 인정함

- 원고는 소유권보존등기 및 이에 터잡은 그 후의 소유권이전등기가 적법 유효한 것으로 믿고 이 사건 근저당권부 채권을 양수하여 근저당권 이전의 부기등기를 마쳤으나 이 사건 근저당권을 이전받지 못하였으므로, 피고는 원고에게 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있음
- 그 손해는 원고가 이 사건 근저당권을 이전받아 담보로 취득할 수 있는 것으로 믿고 출연한 금액이라 할 것임
- 근저당권 양수대금과 근저당권이전 비용의 합계를 근저당권설정등기가 무효로 됨에 따른 손해로 인정함 (원고일부승)

[행 정]

2021누71146 부작위위법확인청구의 소

[제3행정부 2022. 9. 15. 선고]

<일반>

□ 사안의 개요

서울특별시 마포구청장은 서울특별시시장으로부터 그 소유 행정재산인 건물에 관하여 사용·수익허가를 받아 관련 시설을 설치한 후 마포농수산물시장을 개설해 피고에게 관리·운영을 위탁하였음. 피고는 원고와 위 건물 중 1층에 관하여 마트 운영위탁 계약(‘이 사건 계

약’)을 체결한 뒤 계약을 갱신해오다가 2020. 3. 26. 원고에게 더 이상 계약을 갱신하지 않겠다는 취지의 통보를 함. 이에 원고가 여러 차례에 걸쳐 피고에게 이 사건 계약 갱신을 요청하였으나, 피고는 따로 응답하지 아니함

□ 쟁점

- 이 사건 계약이 공법상 계약에 해당하여 피고가 원고의 이 사건 계약 갱신 요청에 응답할 의무가 있는지 여부
- 원고가 전차인 지위에 있음을 구하는 당사자소송이 적법한지 여부

□ 판단

- 공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하여 대등한 당사자 사이의 의사표시 합치로 성립하는 공법행위를 말하는데, 이 사건 계약은 마포구청장이 서울특별시시장으로부터 수익허가를 받은 범위에서 피고가 원고에게 건물 부분을 임대한 것이고, 피고에게 위와 같이 체결한 임대차계약의 범주를 벗어나는 공법상 법률관계를 형성할 권한이 있다고 보기 어려운 점, 이 사건 계약이 행정재산의 관리위탁에 해당한다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 계약으로 원고와 피고 간에 공법상의 법률관계가 성립하였다고 볼 수 없고, 피고가 원고에게 전통시장법 제17조의2 제5항에 따라 행정재산에 관한 사용·수익을 허가하였다고 볼 수도 없음. 따라서 원고가 피고에게 이 사건 계약 갱신을 요청할 수 있는 법규상 또는 조리상 권리를 가지고 있지 않거나 부작위의 위법확인을 구할 법률상 이익이 없으므로 부작위위법확인소의 부적법함
- 이 사건 계약이 공법상 계약이라거나 원고

와 피고 사이에 공법상의 법률관계가 형성되었다고 보기 어려운 이상, 원고가 당사자 소송 형식으로 제기한 전차인의 지위 확인의 소도 부적법함 [항소기각(소각하)]

2020누67287 해임처분 등 취소 청구의 소

[제10행정부 2022. 9. 16. 선고]

<일반>

□ 사안 개요

- 원고는 주 베트남 대한민국대사관 특명전권대사로 근무한 사람임. 중앙징계위원회는 피고(외교부장관)의 징계 요구에 따라 원고에 대한 해임과 징계부가금 2배 부과를 의결하였고, 이에 따라 대통령은 2019. 6. 5. 원고를 해임(‘이 사건 해임 처분’)하고 징계부가금 2배를 부과(‘이 사건 징계부가금 부과 처분’)하는 처분을 함

□ 쟁 점

- 각 징계사유 인정 여부, 이 사건 해임 처분의 징계양정의 적정성
- 대상이 되는 ‘비위행위의 금액’을 잘못 산정한 이 사건 징계부가금 부과 처분에 대하여 법원이 그중 일부만을 취소할 수 있는지

□ 판 단

- 호텔 무료 숙박서비스를 받은 것은 구 청탁금지법 제8조 제3항 제6호의 ‘공직자등의 직무와 관련된 공식적인 행사에서 주최자가 참석자에게 통상적인 범위에서 일률적으로 제공하는 교통, 숙박, 음식물 등의 금

품등’에 해당한다고 봄이 타당함. 또한, 원고가 골프라운딩 제공을 요구하는 것이 자기 또는 제3자의 부당한 이익을 위하여 청탁을 하였다고 보기 어려움

- 그러나 가족 항공권을 수수한 것은 위 구 청탁금지법 규정에 따라 예외적으로 허용되는 금품의 수수라고 보기 어려움. 또한 다양한 기념품을 받은 것이 구 청탁금지법 위반에는 해당하지 않더라도, 미화 100달러 미만이거나 국내 시가 10만 원 미만이라고 볼 자료가 없음에도 신고의무를 이행하지 않은 것은 국가공무원법 제56조 성실의무 위반으로 징계사유에 해당함. 나아가 하위 직원들에게 모욕적·강압적 언사를 하고 현지 대사관 직원에게 사적인 용무를 지시하고 관용 차량을 사적인 용도로 사용한 것은 국가공무원법 제56조 성실의무 및 제63조 품위유지의무 위반에 해당함
- 원고가 당시 구 청탁금지법의 요건에 대하여 명확하게 인식하지 못한 것으로 볼 여지가 있는 점, 국가공무원법 제56조, 제63조 위반의 경우에 적용되는 징계기준상 징계양정의 범위는 ‘강등부터 견책까지’인 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 이 사건 해임 처분은 비례의 원칙에 위반되므로 징계재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다고 판단됨
- 이 사건 징계부가금 부과 처분은 징계사유가 인정되지 않는 부분의 금액까지 합산한 금액을 대상으로 하여 이루어졌으므로 재량권의 일탈·남용에 해당하여 위법함. 이러한 경우 법원으로서 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없고, 이 사건 징계부가금 부과 처분 전부를 취소하여야 함 (원고승)