

2022년 제2차 모의시험해설 선택형편

1. 공법 선택형	1
2. 형사법 선택형	52
3. 민사법 선택형	91

1. 공법 선택형

1. 대의제와 자유위임원리에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 국회의원이 교섭단체의 결정에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 자유위임 원칙에 비추어 국회의원의 신분을 상실하게 할 수는 없을 뿐만 아니라 소속 정당으로부터의 제명도 불가능하다.
- ㄴ. 직접민주제를 헌법에 규정하는 것은 별론으로 하더라도 법률에 의하여 직접민주제를 도입하는 경우에는 기본적으로 대의제와 조화를 이루어야 하고, 대의제의 본질적인 요소나 근본적인 취지를 부정하여서는 아니 된다.
- ㄷ. 자유위임원칙은 무제한적으로 보장되는 것이 아니며, 국회의 기능을 수행하기 위해서 필요한 범위 내에서 불가피하게 제한될 수밖에 없다.
- ㄹ. 헌법이 자유위임원리에 입각하고 있는 이상, 법률에서 비례대표국회의원이 소속 정당을 탈당할 때 의원직을 상실한다는 규정을 둘 수 없다.
- ㅁ. 국민과 국회의원은 자유위임의 관계에 있으므로, 유권자가 설정한 국회의석분포에 국회의원들을 구속시키는 것을 내용으로 하는 ‘국회구성권’을 기본권으로 인정하는 것은 대의제의 본질에 반한다.

① ㄱ, ㄷ

② ㄱ, ㄹ

③ ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄹ

⑤ ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (X) “국회의원의 국민대표성을 중시하는 입장에서 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 ‘당론’)에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분을 상실하게 할 수는 없으나 “정당내부의 사실상의 강제” 또는 소속 “정당으로부터의 제명”은 가능하다고 보고 있다.” (헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1).
- ㄴ. (O) “근대국가가 대부분 대의제를 채택하고도 후에 이르러 직접민주제적인 요소를 일부 도입한 역사적인 사정에 비추어 볼 때, 직접민주제는 대의제가 안고 있는 문제점과 한계를 극복하기 위하여 예외적으로 도입된 제도라 할 것이므로, 헌법적인 차원에서 직접민주제를 직접 헌법에 규정하는 것은 별론으로 하더라도 법률에 의하여 직접민주제를 도입하는 경우에는 기본적으로 대의제와 조화를 이루어야 하고, 대의제의 본질적인 요소나 근본적인 취지를 부정하여서는 아니된다는 내재적인 한계를 지닌다 할 것이다.”(헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843).
- ㄷ. (O) “통치구조의 구성원리는 자기목적적인 것이 아니라 국민의 기본권과 헌법이 추구하는 가치를 보장하고 실현하기 위한 수단의 성격을 가지는 것이다. 따라서 자유위임원칙 역시 무제한적으로 보장되는 것은 아니며, 국회의 기능을 수행하기 위해서 필요한 범위 내에서 불가피하게 제한될 수밖에 없는 것이다.” (헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1).
- ㄹ. (X) 현행 ‘공직선거법’ 제192조 제4항은 비례대표 국회의원의 탈당을 의원직 상실사유로 규정하고 있으며, 헌법재판소는 비례대표 국회의원이 소속 정당을 탈당할 할 경우 의원직을 상실한다는 법률규정을 둘 수

있다는 의견을 제시하기도 하였다. [공직선거법 제192조(피선거권상실로 인한 당선무효 등) ④ 비례대표 국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 「국회법」 제136조(退職) 또는 「지방자치법」 제90조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다. 다만, 비례대표국회의원이 국회의장으로 당선되어 「국회법」 규정에 의하여 당적을 이탈한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2021. 1. 12.>] “자유위임제도를 명문으로 채택하고 있는 헌법하에서는 국회의원은 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에도 법적으로 구속되지 아니하며, 정당의 이익보다 국가의 이익을 우선한 양심에 따라 그 직무를 집행하여야 하며, 국회의원의 정통성은 정당과 독립된 정통성이다. 이런 자유위임하의 국회의원의 지위는 그 의원직을 얻은 방법 즉 전국구로 얻었는가, 지역구로 얻었는가에 의하여 차이가 없으며, 전국구의원도 그를 공천한 정당을 탈당하였다고 하여도 별도의 법률규정이 있는 경우는 별론으로 하고 당연히 국회의원직을 상실하지는 않는다는 것이다.”(헌재 1994. 4. 28. 92헌마153).

- ㉑. (○) “대의제 민주주의하에서 국민의 국회의원 선거권이란 국회의원을 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 국민의 대표자로 선출하는 권리에 그치며, 국민과 국회의원은 명령적 위임관계에 있는 것이 아니라 자유 위임관계에 있으므로, 유권자가 설정한 국회의석분포에 국회의원들을 기속시키고자 하는 내용의 “국회구성권”이라는 기본권은 오늘날 이해되고 있는 대의제도의 본질에 반하는 것이어서 헌법상 인정될 여지가 없고...”(헌재 1998. 10. 29. 96헌마186). 정답 ②

2. 정당제도에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉑. 헌법 제8조 제1항은 정당설립의 자유만을 명시적으로 규정하고 있으므로 정당 존속의 자유는 그 보호대상이 아니다.

㉒. 입법자는 정당설립과 관련하여 형식적 요건을 설정할 수는 있으나, 일정한 내용적 요건을 구비해야만 정당을 설립할 수 있다는 소위 ‘허가절차’는 헌법적으로 허용되지 않는다.

㉓. 정당이 국회의원선거에 처음 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때에 그 정당의 등록을 취소하도록 하는 것은 군소정당 난립으로 인한 정치 질서의 혼란을 방지하기 위한 것으로서 정당설립의 자유를 침해하지 않는다.

㉔. 정당에 대한 재정적 후원을 금지하는 「정치자금법」 조항은 정치자금 조달의 투명성을 확보하고 정경유착의 위험을 방지하고자 하는 것으로서 정당활동의 자유를 침해하지 않는다.

㉕. 정당의 명칭은 그 정당의 정책과 정치적 신념을 나타내는 대표적인 표지에 해당하므로, 정당설립의 자유는 자신들이 원하는 명칭을 사용하여 정당을 설립하는 것을 포함한다.

- ① ㉑(○), ㉒(○), ㉓(×), ㉔(×), ㉕(×)
- ② ㉑(○), ㉒(×), ㉓(○), ㉔(×), ㉕(×)
- ③ ㉑(×), ㉒(○), ㉓(○), ㉔(×), ㉕(○)
- ④ ㉑(×), ㉒(○), ㉓(×), ㉔(×), ㉕(○)
- ⑤ ㉑(×), ㉒(○), ㉓(×), ㉔(○), ㉕(×)

해설

㉑. (×) “헌법 제8조 제1항 전단은 단지 정당설립의 자유만을 명시적으로 규정하고 있지만, 정당의 설립만이 보장될 뿐 설립된 정당이 언제든지 해산될 수 있거나 정당의 활동이 임의로 제한될 수 있다면 정당설립의

- 자유는 사실상 아무런 의미가 없게 되므로, 정당설립의 자유는 당연히 정당존속의 자유와 정당활동의 자유를 포함하는 것이다.”(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431).
- ㉔. (○) “헌법 제8조 제1항의 정당설립의 자유와 제2항의 헌법적 요청을 함께 고려하여 볼 때, 입법자가 정당으로 하여금 헌법상 부여된 기능을 이행하도록 하기 위하여 그에 필요한 절차적·형식적 요건을 규정함으로써 정당의 자유를 구체적으로 형성하고 동시에 제한하는 경우를 제외한다면, 정당설립에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 이는 곧 입법자가 정당설립과 관련하여 형식적 요건을 설정할 수는 있으나(정당법 제16조), 일정한 내용적 요건을 구비해야만 정당을 설립할 수 있다는 소위 ‘허가 절차’는 헌법적으로 허용되지 아니한다는 것을 뜻한다.”(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135).
- ㉕. (×) “실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사나 능력이 없는 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제함으로써 정당제 민주주의 발전에 기여하고자 하는 한도에서 정당등록취소조항의 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다. 그러나 정당등록의 취소는 정당의 존속 자체를 박탈하여 모든 형태의 정당활동을 불가능하게 하므로, 그에 대한 입법은 필요최소한의 범위에서 엄격한 기준에 따라 이루어져야 한다. 그런데 일정기간 동안 공직선거에 참여할 기회를 수 회 부여하고 그 결과에 따라 등록취소 여부를 결정하는 등 덜 기본권 제한적인 방법을 상정할 수 있고, 정당법에서 법정의 등록요건을 갖추지 못하게 된 정당이나 일정 기간 국회의원선거 등에 참여하지 아니한 정당의 등록을 취소하도록 하는 등 현재의 법체계 아래에서도 입법 목적을 실현할 수 있는 다른 장치가 마련되어 있으므로, 정당등록취소조항은 침해의 최소성 요건을 갖추지 못하였다. 나아가, 정당등록취소조항은 어느 정당이 대통령선거나 지방자치선거에서 아무리 좋은 성과를 올리더라도 국회의원선거에서 일정 수준의 지지를 얻는 데 실패하면 등록이 취소될 수밖에 없어 불합리하고, 신생·군소정당으로 하여금 국회의원선거에의 참여 자체를 포기하게 할 우려도 있어 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 정당등록취소조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 정당설립의 자유를 침해한다.”(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431)(위헌).
- ㉖. (×) “이 사건 법률조항은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것으로, 입법목적의 정당성은 인정된다. 그러나 정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된 것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로 일반 국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원천적으로 봉쇄할 필요는 없고, 기부 및 모금한도액의 제한, 기부내역 공개 등의 방법으로 정치자금의 투명성을 충분히 확보할 수 있다....나아가 정당제 민주주의 하에서 정당에 대한 재정적 후원이 전면적으로 금지됨으로써 정당이 스스로 재정을 충당하고자 하는 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 매우 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다.”(헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168)(헌법불합치).
- ㉗. (○) “정당의 명칭은 그 정당의 정책과 정치적 신념을 나타내는 대표적인 표지에 해당하므로, 정당설립의 자유는 자신들이 원하는 명칭을 사용하여 정당을 설립하거나 정당활동을 할 자유도 포함한다.”(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431). 정답 ④

3. 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 구속된 자의 변호인과의 접견이 배우자와의 접견과 동시에 이루어진 경우, 관계공무원을 그 접견에 참여시켜 대화내용을 듣거나 기록하게 하는 것은 구속된 자의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.
- ② 검찰수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단인 변호인의 변호권을 침해한다.

- ③ 구속적부심 사건에서 피의자의 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알권리를 침해하여 헌법에 위반된다.
- ④ 변호인이 되려는 자의 피의자에 대한 접견신청을 허용하기 위한 조치를 취하지 않은 검사의 행위는 헌법상 기본권인 변호인이 되려는 자의 피의자 접견교통권을 침해하지 아니한다.
- ⑤ 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서의 구속에도 인정되므로, 난민인정심사 불회부결정을 받은 채 송환대기실에 강제로 수용되어 있는 외국인에게도 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다.

해설

- ① (O) “헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 “변호인의 조력을 받을 권리”의 내용이 이상과 같음에도 불구하고, 피청구인은 국가보안법 위반으로 신체구속을 당한 청구인이 1991.6.14. 17시부터 그날 18시경까지 국가안전기획부 면회실에서 그의 변호인과 접견을 하는데 있어 소속직원(수사관)으로 하여금 접견에 참여하게 하고, 가까이서 지켜보면서 대화내용을 듣거나 기록하게 하였으니 이는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 헌법에 위반되는 일이다...피청구인은 청구인으로 하여금 그의 변호인 및 그의 처와 동시에 접견을 시키면서(더구나 변호인은, 변호인 접견은 비밀이 보장되어야 한다면서 청구인과 따로 만날 수 있게 해 달라고 요구하였다) 소속직원을 접견에 참여시켜 대화내용을 듣거나 기록하게 하였으니 이는 위헌임을 면할 수 없다.”(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111)(인용(위헌확인)).
- ② (O) “변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단이므로 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다. 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자 옆에 앉는다고 하여 피의자 뒤에 앉는 경우보다 수사를 방해할 가능성이 높아진다고나 수사기밀을 유출할 가능성이 높아진다고 볼 수 없으므로, 이 사건 후방착석요구행위의 목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 없다. 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 위축된 피의자가 변호인에게 적극적으로 조언과 상담을 요청할 것을 기대하기 어렵고, 변호인이 피의자의 뒤에 앉게 되면 피의자의 상태를 즉각적으로 파악하거나 수사기관이 피의자에게 제시한 서류 등의 내용을 정확하게 파악하기 어려우므로, 이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 피의자 신문참여권을 과도하게 제한한다. 그런데 이 사건에서 변호인의 수사방해나 수사기밀의 유출에 대한 우려가 없고, 조사실의 장소적 제약 등과 같이 이 사건 후방착석요구행위를 정당화할 그 외의 특별한 사정도 없으므로, 이 사건 후방착석요구행위는 침해의 최소성 요건을 충족하지 못한다. 이 사건 후방착석요구행위로 얻어질 공익보다는 변호인의 피의자 신문참여권 제한에 따른 불이익의 정도가 크므로, 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다. 따라서 이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 변호권을 침해한다.”(헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503)(인용(위헌확인)).
- ③ (O) “형사소송법이 구속적부심사를 기소전에만 인정하고 있기 때문에 만일 기소전에 변호인이 미리 고소장과 피의자신문조서를 열람하지 못한다면 구속적부심제도를 헌법에서 직접 보장함으로써 이 제도가 피구속자의 인권옹호를 위하여 충실히 기능할 것을 요청하는 헌법정신은 훼손을 면할 수 없다는 점 등에서, 이 규정은 구속적부심사단계에서 변호인이 고소장과 피의자신문조서를 열람하여 피구속자의 방어권을 조력하는 것까지를 일체 금지하는 것은 아니다. 결국 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.”(헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474)(인용(위헌확인)).

- ④ (X) “변호인 등의 접견교통권은 헌법으로써는 물론 법률으로써도 제한하는 것이 가능하나, 헌법이나 형사소송법은 피의자신문 중 변호인 등의 접견신청이 있는 경우 이를 제한하거나 거부할 수 있는 규정을 두고 있지 아니한 점, 이 사건 접견시간 조항은 검사 또는 사법경찰관이 그 허가 여부를 결정하는 피의자신문 중 변호인 등의 접견신청의 경우에는 적용되지 않으므로, 위 조항을 근거로 변호인 등의 접견신청을 불허하거나 제한할 수는 없는 점 등을 종합해 볼 때, 청구인의 피의자 윤○현에 대한 접견신청은 ‘변호인이 되려는 자’에게 보장된 접견교통권의 행사 범위 내에서 이루어진 것이고, 또한 이 사건 검사의 접견불허행위는 헌법이나 법률의 근거 없이 이를 제한한 것이므로 청구인의 접견교통권을 침해하였다고 할 것이다.” (헌재 2019. 2. 28. 2015헌마1204)(인용(위헌확인)).
- ⑤ (O) “헌법 제12조 제4항 본문의 문언 및 헌법 제12조의 조문 체계, 변호인 조력권의 속성, 헌법이 신체의 자유를 보장하는 취지를 종합하여 보면 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사법절차에서 이루어진 구속뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속까지 포함하는 개념이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 즉시 보장된다. 종래 이와 견해를 달리하여 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 우리 재판소 결정(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)은, 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다... 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 약 5개월 째 송환대기실에 수용되어 있었고, 적어도 난민인정심사불회부 결정 취소소송이 종료될 때까지는 임의로 송환대기실 밖으로 나갈 것을 기대할 수 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 자신에 대한 송환대기실 수용을 해제해 달라는 취지의 인신보호청구의 소를 제기해 둔 상태였으므로 자신의 의사에 따라 송환대기실에 머무르고 있었다고 볼 수도 없다. 따라서 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속” 상태였다. 이 사건 변호인 접견신청 거부는 현행법상 아무런 법률상 근거가 없이 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 제한한 것이므로, 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다.” (헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346)(인용(위헌확인)). 정답 ④

4. 평등의 원칙과 평등권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다.
- ② 헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않으므로, 제도 개선의 과정에서 일시적으로 존재할 수 있는 차별은 정당화될 수 있다.
- ③ 시제적인 법률의 경우 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되었다고 보이지 아니하는 한 헌법에 위반된다 할 수 없다.
- ④ 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등과 투표의 성과가치의 평등을 내용으로 할 뿐만 아니라, 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 자의적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정을 의미하기도 한다.
- ⑤ 사회적 신분에 대한 차별금지와 같이 헌법 제11조 제1항 후문에서 예시된 사유가 있는 경우에는 절대적으로 차별을 금지할 것이 요구되므로 입법자에게 인정되는 입법형성권이 제한되어 평등권 침해 여부의 심사에서 엄격한 기준을 적용해야 한다.

해설

- ① (O) “주민투표권이 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다.”(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마643).
- ② (O) “헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않는다...따라서 국가가 종전의 상황을 개선함에 있어서 그 개선의 효과가 일부의 사람에게만 미치고 동일한 상황하에 있는 다른 사람에게는 미치지 않아 그들 사이에 일견 차별이 생기게 된다고 하더라도 그것만으로는 평등의 원칙을 위반한 것이라고는 할 수 없다. 이러한 사정은 특히 이 사건과 같이 제도의 개선에 과다한 재원이 소요되는 경우에 분명하다.”(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27).
- ③ (O) “시혜적인 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있다고 보이지 아니하는 한 헌법에 위반된다 할 수 없다.”(헌재 2007. 7. 26. 2004헌마914).
- ④ (O) “평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할 뿐만 아니라, 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정을 의미하기도 한다.”(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92).
- ⑤ (X) “헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 선언하면서, 이어서 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다...이 사건 법률조항이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려운 점, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정되는 점에 비추어, 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사 척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단하기로 한다.”(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328).

정답 ⑤

5. 정부에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회는 국무총리나 국무위원에 대한 해임을 건의할 수 있으나, 국회의 해임건의는 아무런 법적 구속력이 없는 단순한 해임건의에 불과하다.
- ② 헌법 제72조는 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여하고 있다.
- ③ 대통령선거에서 최고득표자가 2인 이상인 경우 국회재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선인으로 한다.

- ④ 국회는 국무총리가 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때, 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성의 의결로 탄핵소추할 수 있다.
- ⑤ 국무총리가 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령의 지명을 받은 국무위원이 우선적으로 국무총리의 직무를 대행한다.

해설

- ① (○) “국회는 국무총리나 국무위원의 해임을 건의할 수 있으나(헌법 제63조), 국회의 해임건의는 대통령을 기속하는 해임결의권이 아니라, 아무런 법적 구속력이 없는 단순한 해임건의에 불과하다. 우리 헌법 내에서 ‘해임건의권’의 의미는, 임기 중 아무런 정치적 책임을 물을 수 없는 대통령 대신에 그를 보좌하는 국무총리·국무위원에 대하여 정치적 책임을 추궁함으로써 대통령을 간접적이거나 견제하고자 하는 것에 지나지 않는다.”(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1).
- ② (○) “헌법 제72조는 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여함으로써, 대통령이 단순히 특정 정책에 대한 국민의 의사를 확인하는 것을 넘어서 자신의 정책에 대한 추가적인 정당성을 확보하거나 정치적 입지를 강화하는 등, 국민투표를 정치적 무기화하고 정치적으로 남용할 수 있는 위험성을 안고 있다.”(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1).
- ③ (○) [헌법 제67조 ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다. ② 제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다.]
- ④ (○) [헌법 제65조 ① 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판소 재판관, 법관, 중앙선거관리위원회 위원, 감사원장, 감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다. ② 제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.]
- ⑤ (×) 부총리가 우선적으로 국무총리의 직무를 대행한다. [정부조직법 제22조(국무총리의 직무대행) 국무총리가 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 기획재정부장관이 겸임하는 부총리, 교육부장관이 겸임하는 부총리의 순으로 직무를 대행하고, 국무총리와 부총리가 모두 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령의 지명이 있으면 그 지명을 받은 국무위원이, 지명이 없는 경우에는 제26조 제1항에 규정된 순서에 따른 국무위원이 그 직무를 대행한다.] 정답 ⑤

6. 현행 헌법과 법률상 법원에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 특별법원이란 헌법이 정하는 사법권 독립의 요건을 갖추지 아니한 예외법원과 대법원을 최종심으로 하지 않는 모든 법원을 말하는 것으로, 이러한 특별법원의 설치는 원칙적으로 금지된다.
- ㄴ. 법관은 탄핵결정이나 징역 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직(停職)·감봉 또는 불리한 처분을 받지 아니한다.
- ㄷ. 공적 자금이 지원된 금융기관이 파산한 경우 의무적으로 5년간 한시적 파산관재인으로 예금보험공사를 선임해야 하는 반면, 법원의 파산법상의 해임권이 배제되었다 해도 불합리한 사법권의 제한은 아니다.

- ㄹ. 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 결정으로 공개하지 아니할 수 있지만 이 결정은 이유를 밝혀 선고해야 한다.
- ㄹ. 국민참여재판은 법정형이 사형·무기 등 일정형량 이상인 1심 중요 형사사건을 대상으로 하며, 대상 사건 피고인의 의사와는 무관하게 법원이 필요하다고 인정하는 경우에 이루어진다.

① ㄱ, ㄷ

② ㄴ, ㄷ

③ ㄷ, ㄹ

④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄴ, ㄹ, ㄹ

해설

- ㄱ. (O) 사법권의 독립은 법원의 독립과 법관의 독립을 그 내용으로 하며, 법관의 독립에는 법관의 재판상 독립과 법관의 신분상 독립이 포함된다. 이러한 독립이 보장되는 법관이 재판을 담당하며, 대법원을 최종심으로 하는 법원이어야만 헌법에 위반되지 않는다. 다만 헌법 제110조에서는 예외적으로 특별법원으로서 군사법원의 설치를 허용하고 있다. “헌법 제101조는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(제1항) 법원은 최고법원인 대법원과 각급 법원으로 조직되며(제2항) 법관의 자격은 법률로 정한다(제3항)고 규정하고, 헌법 제102조 제3항은 대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다고 규정하여 사법권과 일반법원의 조직 및 법관의 자격에 관하여 규정하고 있다. 한편, 헌법 제110조는 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있고(제1항) 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할하며(제2항) 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다(제3항)고 규정하여 헌법에 직접 특별법원으로서 군사법원을 설치할 수 있는 근거를 두고 있다. 그런데 헌법 제110조 제1항에서 “특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.”는 의미는 군사법원을 일반법원과 조직·권한 및 재판관의 자격을 달리하여 특별법원으로 설치할 수 있다는 뜻으로 해석되므로, 법률로 군사법원을 설치함에 있어서 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정하는 것이 헌법상 허용된다.”(헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162).
- ㄴ. (X) [헌법 제106조 ① 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.]
- ㄷ. (O) “파산관재인 선임 및 직무감독에 관한 사항’은 대립당사자간의 법적 분쟁을 사법적 절차를 통하여 해결하는 전형적인 사법권의 본질에 속하는 사항이 아니며, 따라서 입법자에 의한 개입여지가 넓으므로, 그러한 입법형성권 행사가 자의적이거나 비합리적이 아닌 한 사법권을 침해한다고 할 수 없다... 입법자는 입법과정에서 “공적자금의 효율적 회수가 필요한 때”라는 요건을 추가하여 법원의 재량 여지를 두었을 뿐만 아니라 5년간 한시적으로 적용하게 하였다. 또한 이 사건 조항이 예보가 파산관재인이 될 경우 파산법상의 법원의 해임권 등을 배제하고 있으나, 예금자보호법상 예보의 의사결정과정, 파산과리절차에 관한 지휘체계, 예보에 대한 국가기관의 감독장치, 이 사건 조항의 입법목적과 내용 등을 고려할 때, 그러한 감독권 배제가 자의적이거나 불합리하게 법원의 사법권을 제한한 것이라 보기 어렵다.”(헌재 2001. 3. 15. 2001헌가1).
- ㄹ. (O) [법원조직법 제57조(재판의 공개) ① 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 결정으로 공개하지 아니할 수 있다. ② 제1항 단서의 결정은 이유를 밝혀 선고한다.]
- ㄹ. (X) [국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제5조(대상사건) ① 다음 각 호에 정하는 사건을 국민참여재판의 대상사건(이하 “대상사건”이라 한다)으로 한다. 1. 「법원조직법」 제32조 제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른

㉔. (X) “개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원의 청구적격을 가지는지 여부는, 심판 대상조항이 규율하는 기본권의 성격, 국가기관으로서의 직무와 제한되는 기본권 간의 밀접성과 관련성, 직무상 행위와 사적인 행위 간의 구별가능성 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 그러므로 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다.”(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700).

㉕. (O) [헌법 제79조 ① 대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다. ② 일반 사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다. ③ 사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다.] “사면은 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 국가원수의 고유한 권한을 의미하며, 사법부의 판단을 변경하는 제도로서 권력분립의 원리에 대한 예외가 된다.”(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74). 정답 ②

8. 재판받을 권리에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공정한 재판받을 권리에선 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판받을 권리가 포함된다.
- ② 재판받을 권리란 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 심리검토의 기회가 보장되어야 한다는 것을 의미하며, 그러한 법관에 의한 심리검토의 기회가 한차례 이상 보장되어야 한다.
- ③ 권리보호이익은 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청으로 헌법소원제도의 목적상 필수적인 요건이며 권리보호이익이 없다는 이유로 본안판단을 받지 못한다고 하여도 곧바로 재판받을 권리의 침해가 있다고 보기는 어렵다.
- ④ 재판받을 권리는 신분이 보장되고 독립된 법관에 의한 재판의 보장을 주된 내용으로 하지만 국민참여재판을 받을 권리도 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판받을 권리의 보호범위에 속한다.
- ⑤ 자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여하여야 한다는 절차적 권리의 보장은 ‘공정한 재판받을 권리’의 핵심적인 내용을 이루는 것이다.

해설

① (O) “재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실제적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반국민의 감시 하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판받을 권리가 포함되어 있다.”(헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45).

- ② (○) “재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안된다고 할 것으로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다.”(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25).
- ③ (○) “권리보호이익은 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청으로 헌법소원제도의 목적상 필수적인 요건이라고 할 것이어서 이로 인하여 본안판단을 받지 못한다고 하여도 재판을 받을 권리의 본질적인 부분에 대한 침해가 있다고 보기 어렵다.”(헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152).
- ④ (×) “헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리는 직업법관에 의한 재판을 주된 내용으로 하는 것이므로, 국민참여재판을 받을 권리가 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다.”(헌재 2015. 7. 30. 2014헌바447).
- ⑤ (○) “자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여하여야 한다는 절차적 권리의 보장은 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이루는 것이다.”(헌재 2021. 12. 23. 2018헌바524).

정답 ④

9. 인간다운 생활을 할 권리에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리가 직접 발생한다고 볼 수 없다.
- ② 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 할 때 과잉금지원칙을 위반하여 그 내용이 지나치게 보장 내용을 제한하고 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 범위를 이탈한 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다.
- ③ 국민이 공동의 목표로 삼고 있는 일정한 방향으로 국가사회를 유도하고 그러한 상태를 형성하는 현대 조세의 기능은 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법 제34조 제1항에 의하여 헌법적 정당성이 뒷받침된다.
- ④ 주거의 안정은 인간다운 생활을 위한 필수불가결한 요소이며 국가는 경제적 약자인 소액임차인을 보호하고 사회복지 증진에 노력할 의무를 진다는 점에서, 소액임차인을 보호하는 것은 헌법 제34조 제1항 및 제2항에 의해 정당화될 수 있다.
- ⑤ 입법부와 행정부는 인간다운 생활을 할 권리의 보장을 위해 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다.

해설

- ① (○) “인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다.”(헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90).

- ② (X) “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈 한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”(헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617).
- ③ (O) “현대에 있어서의 조세의 기능은 국가재정 수요의 충당이라는 고전적이고도 소극적인 목표에서 한걸음 더 나아가, 국민이 공동의 목표로 삼고 있는 일정한 방향으로 국가사회를 유도하고 그러한 상태를 형성 한다는 보다 적극적인 목적을 가지고 부과되는 것이 오히려 일반적인 경향이 되고 있다. 이러한 조세의 유도적·형성적 기능은 우리 헌법상 “국민생활의 균등한 향상”을 기하도록 한 헌법 전문(前文), 모든 국민으로 하여금 “인간다운 생활을 할 권리”를 보장한 제34조 제1항, “균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여” 국가로 하여금 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 한 제119조 제2항, “국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여” 국가로 하여금 필요한 제한과 의무를 과할 수 있도록 한 제122조 등에 의하여 그 헌법적 정당성이 뒷받침되고 있다.”(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49).
- ④ (O) “심판대상조항으로 인해 소액임차인의 채권자는 소액임차보증금 반환채권에 대한 강제집행을 통한 채권의 만족을 얻을 수 없게 되는 불이익을 입게 된다. 그러나 주거의 안정은 인간다운 생활을 위한 필수 불가결한 요소이며 국가는 경제적 약자인 소액임차인을 보호하고 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다는 점에서, 소액임차인을 보호하는 것은 헌법 제34조 제1항 및 제2항에 의해 정당화될 수 있고, 민사집행법 제246조 제3항에 따라 구체적 상황에서 채권자의 이해관계를 반영하여 압류금지의 범위를 합리적으로 조정할 여지가 있는 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다.”(헌재 2019. 12. 27. 2018헌마825).
- ⑤ (O) “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만...”(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328). 정답 ②

10. 다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

가. 甲은 도로교통법위반(음주운전)죄로 4회 처벌받은 전력이 있는데, 2019. 8. 17. 혈중알코올 농도 0.065%의 술에 취한 상태로 승용차량을 운전함으로써 「도로교통법」 제44조 제1항을 2회 이상 위반하였다는 공소사실로 기소되어 대구지방법원에서 재판을 받게 되었다.

나. 甲은 위 재판 계속 중 2회 이상 음주운전을 가장처벌하는 구 「도로교통법」 제148조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2019. 11. 7. 위 법원으로부터 위 공소사실에 대하여 징역 1년을 선고받는 한편, 위헌법률심판제청신청에 대하여 각하(「도로교통법」 제148조의2 제1항 중 ‘제44조 제2항’ 부분) 및 기각(각하된 부분을 제외한 나머지 부분)결정을 받게 되자, 2019. 11. 18. 「헌법재판소법」 제68조 제2항 헌법소원심판을 청구하였다.

[심판대상조항]
 구 「도로교통법」(2018. 12. 24. 법률 제16037호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 것)

제148조의2(벌칙) ① 제44조 제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람(자동차등 또는 노면전차를 운전한 사람으로 한정한다)은 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

[관련조항]

「도로교통법」(2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정된 것)

제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등, 노면전차 또는 자전거를 운전하여서는 아니 된다.

- ① 심판대상조항 중 ‘위반’은 그 위반사실에 대하여 형의 선고나 유죄의 확정판결이 있어야 하는 것을 의미하는지가 불분명하므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다.
- ② 심판대상조항은 가중요건이 되는 과거 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전행위 사이에 아무런 시간적 제한을 두지 않고, 과거 위반전력, 혈중알코올농도 수준 등에 비추어 보호법익에 미치는 위험이 비교적 낮은 유형의 재범 음주운전행위도 일률적으로 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금으로 처벌하도록 하고 있어 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.
- ③ 심판대상조항이 2회 이상 음주운전을 한 음주운전 재범자를 가중처벌하도록 한 것은 교통과 관련된 안전을 확보하고 국민의 생명·신체와 재산을 보호하기 위한 입법이었다.
- ④ 甲은 당해사건의 항소심절차에서 동일한 사유를 이유로 심판대상조항에 대한 위헌법률심판 제청신청을 할 수 없다.
- ⑤ 甲이 당해사건 소송절차에서 전부무죄판결을 받지 않는 이상 당해사건 소송이 확정되더라도 헌법재판소는 재판의 전제성을 인정하여 심판대상조항에 대한 위헌여부를 판단할 수 있다.

해설

- ① (×) “심판대상조항에서 가중요건이 되는 제44조 제1항을 위반한 전력이 있어서 ‘위반’의 사전적 의미는 ‘법률, 명령, 약속 따위를 지키지 않고 어김’이므로, 가중요건으로서의 제44조 제1항을 위반한 행위는 ‘술에 취한 상태에서의 운전 금지의무를 정한 제44조 제1항을 지키지 않고 어긴 행위’를 의미한다. 그리고 심판대상조항은 반복된 음주운전으로 인한 교통상 위험과 장애를 제거하고 국민의 생명·신체에 대한 위험을 예방하기 위한 규정으로 단순히 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반’한 사람을 처벌한다고 규정하므로, 심판대상조항에 포함되는 ‘제44조 제1항을 위반’한 전력은 제44조 제1항을 위반하여 음주운전을 하였던 사실이 인정되는 전력을 의미하는 것이고, 그 위반 전력에 대하여 형의 선고나 유죄의 확정판결이 있어야 하는 것은 아니다....심판대상조항에서 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’이란 ‘2006. 6. 1. 이후 도로교통법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하였던 사실이 인정되는 사람으로서, 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전한 사람’을 의미함을 충분히 알 수 있으므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.”(헌재 2021. 11. 25. 2019헌바446).
- ② (○) “심판대상조항은 음주운전 금지규정을 반복하여 위반하는 사람에 대한 처벌을 강화하기 위한 규정인데, 가중요건이 되는 과거 위반행위와 처벌대상이 되는 재범 음주운전행위 사이에 아무런 시간적 제한을 두지 않고 있다. 그런데 과거 위반행위가 예컨대 10년 이상 전에 발생한 것이라면 처벌대상이 되는 재범 음주운전이 준법정신이 현저히 부족한 상태에서 이루어진 행위라거나 교통안전 등을 ‘반복적으로’ 위협하는 행위라고 평가하기 어려워 이를 일반적 음주운전 금지규정 위반행위와 구별하여 가중처벌할 필요가

있다고 보기 어렵다. 범죄 전력이 있음에도 다시 범행한 경우 가중된 행위책임을 인정할 수 있다고 하더라도, 전범을 이유로 아무런 시간적 제한 없이 무제한 후범을 가중처벌하는 예는 찾기 어렵고, 공소시효나 형의 실효를 인정하는 취지에도 부합하지 않는다. 또한 심판대상조항은 과거 위반 전력, 혈중알코올농도 수준 등에 비추어, 보호법익에 미치는 위험 정도가 비교적 낮은 유형의 재범 음주운전행위도 일률적으로 그 법정형의 하한인 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금을 기준으로 처벌하도록 하고 있어 책임과 형벌 사이의 비례성을 인정하기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.” (헌재 2021. 11. 25. 2019헌바446)(위헌).

- ③ (O) “심판대상조항은 술에 취한 상태에서의 운전을 금지하는 도로교통법 제44조 제1항을 반복적으로 위반하는 음주운전자를 가중처벌하여 교통과 관련된 안전을 확보하고 국민의 생명·신체와 재산을 보호하기 위하여 입법되었다.”(헌재 2021. 11. 25. 2019헌바446)(위헌).
- ④ (O) [헌법재판소법 제68조(청구 사유) ② 제41조 제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.]
- ⑤ (O) “헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 경우에는 당해 소송사건이 헌법소원의 제기로 정지되지 않기 때문에 헌법소원심판의 중국결정 이전에 당해 소송사건이 확정되어 종료되는 경우가 있을 수 있으나, 위 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 인용된 경우에는 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때라도 당사자는 재심을 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제75조 제7항), 판결이 확정되었더라도 재판의 전제성이 소멸된다고 볼 수는 없다.”(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바99). “당해사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없고, 청구인에 대한 무죄판결은 중국적으로 다룰 수 없게 되므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다.”(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바28). [헌법재판소법 제75조(인용결정)
- ⑥ 제5항의 경우 및 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조를 준용한다.
- ⑦ 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.] 정답 ①

11. 통신의 자유에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정보통신망 등을 이용하여 공포심이나 불안감을 유발하는 문언을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 한 경우를 처벌하는 법률조항은 정보통신망 이용 주체의 통신의 자유를 침해한다.
- ② 오늘날 이메일, 메신저, 전화 등 통신뿐 아니라, 각종 구매, 게시물 등록, 금융서비스 이용 등 생활의 전 영역이 인터넷을 기반으로 이루어지기 때문에, 인터넷회선 감청은 타인과의 관계를 전제로 하는 개인의 사적 영역을 보호하려는 헌법 제18조의 통신의 비밀과 자유 외에 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유도 제한한다.
- ③ 통신의 자유는 구체적인 통신으로 발생하는 외형적인 사실관계, 특히 통신관여자의 인적 동일성·통신시간·통신장소·통신횟수 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀을 보장의 대상으로 하는 것은 아니다.
- ④ 개인 사이에 이루어지는 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 표현을 전달하는 행위를 처벌하는 조항은 발신인의 통신의 자유를 제한한다.

- ⑤ 휴대전화 통신계약 체결 단계에서 이동통신서비스 가입자의 인적사항이 공개되는 경우 통신의 자유와 함께 통신의 비밀도 제한된다.

해설

- ① (X) “심판대상조항은 개인 간 정보통신망을 통한 표현의 전달행위를 처벌함으로써 일정한 내용의 표현 자체를 금지하고 있으므로 청구인과 같은 발신인의 표현의 자유를 제한한다. 한편, 청구인은 심판대상조항에 의하여 통신의 자유와 행복추구권이 침해되었다고 주장하나, 통신의 자유는 개인이 그들의 의사나 정보를 자유롭게 전달·교환하는 경우에 그 내용이 공권력에 의해 침해당하지 아니하는 자유, 즉 통신의 비밀보장을 의미하는데, 심판대상조항에 의해 청구인의 통신의 비밀이 침해된 바 없고, 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로, 표현의 자유 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 행복추구권 침해 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.” “심판대상조항은 불건전한 정보통신망이용으로부터 개인의 사생활의 평온을 보호함과 아울러 정보의 건전한 이용풍토를 조성하기 위한 것이다. 형법상 협박죄는 해약의 고지를 그 요건으로 하고 있어서, 해약의 고지는 없으나 반복적인 음향이나 문언 전송 등의 다양한 방법으로 상대방에게 공포심이나 불안감을 유발하는 소위 ‘사이버스토킹’을 규제하기는 불충분한 반면, 현대정보사회에서 정보통신망을 이용한 불법행위가 급증하는 추세에 있고, 오프라인 공간에서 발생하는 불법행위에 비해 행위유형이 비정형적이고 다양하여 피해자에게 주는 고통이 더욱 클 수도 있어서 규제의 필요성은 매우 크다. 한편, 심판대상조항은 일정 행위의 반복을 구성요건 요소로 하고 있어서 적용범위를 제한하고 있고, 법정형도 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금으로 형벌규정 중 상대적으로 가볍다. 이러한 사정을 종합하면 심판대상조항은 침해의 최소성에 반한다고 할 수 없다. 심판대상조항으로 인하여 개인은 정보통신망을 통한 표현에 일정한 제약이 받게 되나, 수신인인 피해자의 사생활의 평온 보호 및 정보의 건전한 이용풍토 조성이라고 하는 공익이 침해되는 사익보다 크다고 할 것이어서 심판대상조항은 법익균형성의 요건도 충족하였다. 따라서 심판대상조항은 표현의 자유를 침해하지 아니한다.”(헌재 2016. 12. 29. 2014헌바434)(합헌).
- ② (O) “인터넷회선 감청은 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 모든 정보가 감청 대상이 되므로, 이를 통해 드러나게 되는 개인의 사생활 영역은 전화나 우편물 등을 통하여 교환되는 통신의 범위를 넘는다. 더욱이 오늘날 이메일, 메신저, 전화 등 통신뿐 아니라, 각종 구매, 게시물 등록, 금융서비스 이용 등 생활의 전 영역이 인터넷을 기반으로 이루어지기 때문에, 인터넷회선 감청은 타인과의 관계를 전제로 하는 개인의 사적 영역을 보호하려는 헌법 제18조의 통신의 비밀과 자유 외에 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유도 제한하게 된다.”(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마263).
- ③ (X) “헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다....자유로운 의사소통은 통신내용의 비밀을 보장하는 것만으로는 충분하지 아니하고 구체적인 통신으로 발생하는 외형적인 사실관계, 특히 통신관여자의 인적 동일성·통신시간·통신장소·통신횟수 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀까지도 보장해야 한다.”(헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191).
- ④ (X) “개인 사이에 이루어지는 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 표현을 전달하는 행위를 처벌함으로써 일정한 내용의 표현 자체를 금지하고 있는 심판대상조항은 청구인과 같은 발신인의 표현의 자유를 제한한다고 볼 수 있다.”(헌재 2016. 3. 31. 2014헌바397).
- ⑤ (X) “헌법 제18조로 보장되는 기본권인 통신의 자유란 통신수단을 자유로이 이용하여 의사소통할 권리이다. ‘통신수단의 자유로운 이용’에는 자신의 인적 사항을 누구에게도 밝히지 않는 상태로 통신수단을 이용할 자유, 즉 통신수단의 익명성 보장도 포함된다. 심판대상조항은 휴대전화를 통한 문자·전화·모바일

인터넷 등 통신기능을 사용하고자 하는 자에게 반드시 사전에 본인확인 절차를 거치는 데 동의해야만 이를 사용할 수 있도록 하므로, 익명으로 통신하고자 하는 청구인들의 통신의 자유를 제한한다. 반면, 심판대상조항이 통신의 비밀을 제한하는 것은 아니다. 가입자의 인적사항이라는 정보는 통신의 내용·상황과 관계없는 ‘비 내용적 정보’이며 휴대전화 통신계약 체결 단계에서는 아직 통신수단을 통하여 어떠한 의사소통이 이루어지는 것이 아니므로 통신의 비밀에 대한 제한이 이루어진다고 보기는 어렵기 때문이다.(헌재 2019. 9. 26. 2017헌마1209). 정답 ②

12. 학문의 자유와 대학의 자치에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국립대학 교원의 성과연봉 지급에 대하여 규정한 공무원보수규정이 교육공무원법, 국가공무원법 등 관련 법률조항들의 위임에 따라서 교원 보수의 결정 기준이 되는 ‘자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도’를 보다 구체화하여 정한 것이라면 교원지위 법정주의에 반하지 않는다.
- ② 헌법 제31조 제4항이 규정하는 교육의 자주성 및 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하는 학문의 자유의 확실한 보장을 위해 꼭 필요한 것으로서 대학에 부여된 헌법상 기본권인 대학의 자율권이므로, 국립대학은 대학의 자율권의 주체로서 헌법소원심판의 청구인능력이 인정된다.
- ③ 대학의 자율권의 보호영역에는 대학시설의 관리·운영만이 아니라 연구와 교육의 내용, 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 교원의 임면에 관한 사항도 포함되나, 교원의 보수에 관한 사항은 포함되지 않는다.
- ④ 사립대학을 운영하는 학교법인으로 하여금 대학자치의 범위에 속하는 사항들 중 중요사항에 관하여 심의·자문하도록 하는 대학평의위원회를 의무적으로 설치하도록 한 사립학교법 조항은 학교법인의 사학의 자유를 제한한다.
- ⑤ 일반적으로 부모의 자녀에 대한 교육권으로부터 바로 학부모의 학교참여권(참가권)이 도출되는 것은 아니나 학부모가 미성년자인 학생의 교육과정에 참여할 당위성은 부정할 수 없으므로 입법자가 학부모의 집단적인 교육참여권을 법률로써 인정하는 것은 헌법상 당연히 허용된다.

해설

- ① (O) “성과급적 연봉제를 포함하여 공무원인 국립대학 교원의 보수에 관한 구체적인 사항들을 법률이 아니라 대통령령인 공무원보수규정에 규정한 것이 교원지위 법정주의에 반하는지 여부에 대하여 살펴본다...국립대학 교원의 보수에 관한 구체적인 내용(보수 체계, 보수 내용, 지급 방법 등)까지 반드시 법률의 형식으로만 정해야 하는 ‘기본적인 사항’이라고 보기는 어렵고, 이를 행정부의 하위법령에 위임하는 것은 불가피하다 할 것이다. 이에 교육공무원법 제34조 제2항, 제35조나 국가공무원법 제46조 제1항, 제47조 제1항 등에서는 교육공무원의 ‘보수’ 자체의 특수성으로 인하여 부득이하게 그에 관한 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하면서도 보수 결정의 원칙 등 기본적인 사항에 대하여는 법에서 직접 정하고 있으므로, 공무원의 보수에 대한 구체적인 사항들을 대통령령인 공무원보수규정에 규정한 것 자체가 교원지위 법정주의에 반한다고 보기는 어렵다....이 사건 조항은 교육공무원법 제34조 및 제35조, 국가공

- 무원법 제46조, 제47조 등의 전체적인 위임에 따라서 교원 보수의 결정 기준이 되는 ‘자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도’를 보다 구체화하여 정한 것이므로, 교원지위 법정주의에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”(헌재 2013. 11. 28. 2011헌마282)(기각).
- ② (○) “헌법 제31조 제4항이 규정하는 교육의 자주성 및 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하는 학문의 자유의 확실한 보장을 위해 꼭 필요한 것으로서 대학에 부여된 헌법상 기본권인 대학의 자율권 이므로, 국립대학인 청구인도 이러한 대학의 자율권의 주체로서 헌법소원심판의 청구인능력이 인정된다.” (헌재 2015. 12. 23. 2014헌마1149).
- ③ (×) “헌법 제31조 제4항은 헌법상 기본권으로 대학의 자율성을 보장하고 있다. 대학의 자율은 대학 시설의 관리·운영만이 아니라 연구와 교육을 포함하여 대학의 업무 전반에 걸쳐 보장되어야 한다. 따라서 연구와 교육의 내용, 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형, 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속하고, 교원의 보수에 관한 사항도 마찬가지이다.”(대판 2022. 6. 9. 2018다262653).
- ④ (○) “사립대학을 운영하는 학교법인은 법 제26조의2 제1항에 의하여 대학평의위원회를 의무적으로 설치하여야 하므로, 위 법률조항은 사립대학을 운영하는 청구인 ○○학원의 사학의 자유를 제한한다...대학평의위원회에 관한 사립학교법 제26조의2 제1항은, 대학평의위원회가 대학자치의 범위에 속하는 사항들 중 중요 사항에 한하여 심의 또는 자문하는 데 불과해 이사회의 결정권한을 제약하지 않는 점, 학교법인에 정관을 통한 자율적 형성의 여지가 부여되어 있는 점 등을 고려하면, 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”(헌재 2013. 11. 28. 2007헌마1189).
- ⑤ (○) “헌법상 부모의 자녀에 대한 교육권은, 비록 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서, 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 일반적으로 부모의 그러한 교육권으로부터 바로 학부모의 학교참여권(참가권)이 도출된다고 보기는 어렵겠지만, 학부모가 미성년자인 학생의 교육과정에 참여할 당위성은 부정할 수 없다. 그러므로 입법자가 학부모의 집단적인 교육 참여권을 법률로써 인정하는 것은 헌법상 당연히 허용된다고 할 것이다.”(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마278).

정답 ③

13. 청원권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회에 청원을 하려는 자는 국회규칙으로 정하는 기간 동안, 국회규칙으로 정하는 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받아 청원서를 제출할 수 있다.
- ② 국민은 여러 가지 이해관계 또는 국정에 관하여 자신의 의견이나 희망을 해당 기관에 직접 진술하는 외에 그 본인을 대리하거나 증개하는 제3자를 통해 진술하는 것도 청원권으로 보호된다.
- ③ 헌법상 청원권은 문서로 행사하도록 하고 있으나 청원법은 국민의 기본권 보장을 강화하기 위하여 구두로도 청원할 수 있도록 하고 있다.
- ④ 적법한 청원에 대하여 국가기관이 수리·심사하여 그 결과를 청원인에게 통지하였다면 이로써 당해 국가기관은 헌법 및 청원법상의 의무이행을 다한 것이라 할 것이고, 비록 그 처리내용이 청원인이 기대한 바에 미치지 않는다고 하더라도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 있다고 볼 수 없다.

- ⑤ 입법자는 수용 목적 달성을 저해하지 않는 범위 내에서 교도소 수용자에게 청원권을 보장하는 합리적인 수단을 선택할 수 있으므로, 국가기관에 대한 청원을 내용으로 하는 수용자의 서신도 교도소장의 허가를 반드시 받도록 하고 있는 행형법 조항은 수용 목적 달성을 위한 불가피한 것으로서 청원권의 본질적 내용을 침해하지 않는다.

해설

- ① (O) [국회법 제123조(청원서의 제출) ① 국회에 청원을 하려는 자는 의원의 소개를 받거나 국회규칙으로 정하는 기간 동안 국회규칙으로 정하는 일정한 수 이상의 국민의 동의를 받아 청원서를 제출하여야 한다.]
- ② (O) “우리 헌법은 문서로 청원을 하도록 한 것 이외에 그 형식을 제한하고 있지 않으며, 청원권의 행사 방법이나 그 절차를 구체화하고 있는 청원법도 제3자를 통해 하는 방식의 청원을 금지하고 있지 않다. 따라서 국민이 여러 가지 이해관계 또는 국정에 관해서 자신의 의견이나 희망을 해당 기관에 직접 진술하는 외에 그 본인을 대리하거나 중개하는 제3자를 통해 진술하더라도 이는 청원권으로서 보호될 것이다.” (헌재 2005. 11. 24. 2003헌바108).
- ③ (X) 문서로 하여야 한다. [헌법 제26조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.] [청원법 제9조(청원방법) ① 청원은 청원서에 청원인의 성명(법인인 경우에는 명칭 및 대표자의 성명을 말한다)과 주소 또는 거소를 적고 서명한 문서(「전자문서 및 전자거래 기본법」에 따른 전자문서를 포함한다)로 하여야 한다.]
- ④ (O) “청원서를 접수한 국가기관은 청원법이 정하는 절차와 범위 내에서 청원사항을 성실·공정·신속히 심사하고 청원인에게 그 청원을 어떻게 처리하였거나 처리하려 하는지를 알 수 있을 정도로 결과통지함으로써 충분하고, 비록 그 처리내용이 청원인이 기대한 바에 미치지 않는다고 하더라도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 있다고 볼 수 없다.”(헌재 2004. 5. 27. 2003헌마851).
- ⑤ (O) “헌법상 청원권이 보장된다 하더라도 청원권의 구체적 내용은 입법활동에 의하여 형성되며 입법형성에는 폭넓은 재량권이 있으므로 입법자는 수용 목적 달성을 저해하지 않는 범위 내에서 교도소 수용자에게 청원권을 보장하는 합리적인 수단을 선택할 수 있다고 할 것인바, 서신을 통한 수용자의 청원을 아무런 제한 없이 허용한다면 수용자가 이를 악용하여 검열 없이 외부에 서신을 발송하는 탈법수단으로 이용할 수 있게 되므로 이에 대한 검열은 수용 목적 달성을 위한 불가피한 것으로서 청원권의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.”(헌재 2001. 11. 29. 99헌마713). 정답 ③

14. 선거에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 정부나 지방자치단체의 집행기관에 있어서 더욱 크므로, 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다.
- ② 정치적 표현의 자유의 헌법상 지위, 그 성격과 중요성, 선거의 공정성과의 관계 등에 비추어 볼 때, 선거의 공정성을 위하여 부득이하게 선거 국면에서의 정치적 표현의 자유를 제한하더라도, 그 침해 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 심사기준을 적용하여야 한다.

- ③ 당내경선은 공직선거 자체와는 구별되는 정당 내부의 자발적인 의사결정에 해당하고 경선 운동은 원칙적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위인 선거운동에 해당하지 않으므로 당내경선의 형평성과 공정성을 담보하기 위해서 국가가 개입하여야 하는 정도는 공직선거와 동등하다고 보기 어렵다.
- ④ 득표율에 따라 반환금액을 차등적으로 정하고 있는 기탁금 반환 조항은 이미 납부한 기탁금을 사후적으로 반환받을 수 있는 요건을 정한 것일 뿐, 선거 전에 후보자로 등록하는 것을 제한하여 공직취임의 기회를 제한하는 것은 아니므로, 후보자의 공무담임권 또는 피선거권을 제한하지 않는다.
- ⑤ 대통령선거경선후보자가 후보자로 등록하고 선거운동을 하였으나 결국 당내경선에 참여하지 아니한 경우 후원회로부터 기부받은 자금 총액을 국고에 귀속하도록 함으로써 경선에 참여한 대통령선거경선후보자와 차별하는 「정치자금법」 조항은, 후원회 제도의 남용을 방지하기 위한 것으로서 합리적 이유가 있으므로 평등권을 침해하지 않는다.

해설

- ① (○) “공선법 제9조의 ‘공무원’이란 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원 즉, 좁은 의미의 직업 공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원(예컨대, 대통령, 국무총리, 국무위원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등 지방자치단체의 장)을 포함한다. 특히 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 정부나 지방자치단체의 집행기관에 있어서 더욱 크다고 판단되므로, 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다.”(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33).
- ② (○) “정치적 표현의 자유의 헌법상 지위, 그 성격과 중요성, 선거의 공정성과의 관계 등에 비추어 볼 때, 선거의 공정성을 위하여 부득이하게 선거 국면에서의 정치적 표현의 자유를 제한하더라도, 이러한 제한이 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 심사기준을 적용하여야 한다.”(헌재 2021. 12. 23. 2018헌바152).
- ③ (○) “당내경선은 정당이 추천하는 공직선거후보자를 선출하는 절차로서(공직선거법 제57조의2 제1항 및 제2항), 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 정당의 중요한 활동 중 하나이고, 정당의 규모와 역할이 증대됨에 따라, 당내경선이 공직선거에 있어 중요한 부분을 차지하게 된 점은 부인하기 어렵다. 그러나 당내경선은 공직선거 자체와는 구별되는 정당 내부의 자발적인 의사결정에 해당하고(헌재 2007. 10. 30. 2007헌마1128 참조), 경선운동은 원칙적으로 공직선거에서의 당선 또는 낙선을 위한 행위인 선거운동에 해당하지 않는다. 따라서 당내경선의 형평성과 공정성을 담보하기 위해서 국가가 개입하여야 하는 정도가 공직선거와 동등하다고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부를 판단할 때에는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.”(헌재 2021. 4. 29. 2019헌가11).
- ④ (○) “청구인은 기탁금 반환 조항이 공무담임권을 제한한다는 취지로 주장하나, 기탁금 반환 조항은 이미 납부한 기탁금을 사후적으로 반환받을 수 있는 요건을 정한 것일 뿐, 선거 전에 청구인이 후보자로 등록하는 것을 제한하여 공직취임의 기회를 제한하는 것은 아니므로, 청구인의 공무담임권 내지 피선거권을 제한하지 않는다.”(헌재 2021. 9. 30. 2020헌마899).
- ⑤ (×) “대통령선거경선후보자가 후보자가 될 의사를 갖고 당내경선 후보자로 등록을 하고 선거운동을 한 경우라고 한다면, 비록 경선에 참여하지 아니하고 포기하였다고 하여도 대의민주주의의 실현에 중요한 의미를 가지는 정치과정이라는 점을 부인할 수 없다. 따라서 경선을 포기한 대통령선거경선후보자에 대해

역도 정치자금의 적정한 제공이라는 입법목적을 실현할 필요가 있는 것이며, 이들에 대하여 후원회로부터 지원받은 후원금 총액을 회수함으로써 경선에 참여한 대통령선거경선후보자와 차별하는 이 사건 법률조항의 차별은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 하기 어렵다. 대통령선거경선후보자로서는 여론의 동향, 정치지형의 변화, 경제 여건의 변화 등 다양한 상황변화를 이유로 하여 후보자가 되는 것을 포기할 수 있는 것이며, 그와 같은 불가피한 상황변화에도 반드시 경선에 참여할 것을 요구하거나, 애초에 반드시 경선에 참여할 사람의 경우에만 대통령선거경선후보자가 되어야 한다고 요구하기는 어렵다.”(헌재 2009. 12. 29. 2007헌마1412)(위헌). 정답 ⑤

15. 지방자치제도에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 지방자치단체의 장이 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우’ 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 것은, 공소 제기된 자로서 구금되었다는 사실만을 유일한 요건으로 하여 자치단체장으로서의 직무를 정지시키는 불이익을 가하고 있으므로 무죄추정의 원칙에 위배된다.
- ㄴ. 지방의회의 의결에 대하여 지방자치단체의 장이 재의를 요구하였으나 지방의회가 전과 같은 의결을 한 경우, 지방자치단체의 장은 그 재의결된 사항이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 대법원에 소를 제기할 수 있다.
- ㄷ. 주민소환제는 대표자에 대한 신임을 묻는 것으로 그 속성이 재선거와 같아 그 사유를 묻지 않는 것이 제도의 취지에도 부합하며, 비민주적, 독선적인 정책추진 등을 광범위하게 통제한다는 주민소환제의 필요성에 비추어 청구사유에 제한을 둘 필요가 없다.
- ㄹ. 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에는 법률 이외에 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론 법규명령으로서 기능하는 행정규칙도 포함된다.

- ① ㄱ
- ② ㄱ, ㄴ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. (X) “이 사건 법률조항은 공소 제기된 자로서 구금되었다는 사실 자체에 사회적 비난의 의미를 부여한다거나 그 유죄의 개연성에 근거하여 직무를 정지시키는 것이 아니라, 구금의 효과, 즉 구속되어 있는 자치단체장의 물리적 부재상태로 말미암아 자치단체행정의 원활하고 지속적인 운영에 위협이 발생할 것이 명백하여 이를 미연에 방지하기 위하여 직무를 정지시키는 것이므로, ‘범죄사실의 인정 또는 유죄의 인정에서 비롯되는 불이익’이라거나 ‘유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난’이라고 볼 수 없다. 따라서 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다.”(헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474).
- ㄴ. (X) 법령에 위반되는 경우에만 대법원에 소를 제기할 수 있다. [지방자치법 제120조(지방의회의 의결에 대한 재의 요구와 계소) ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. ② 제1항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다. ③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된

- 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제192조 제4항을 준용한다.]
- ㄷ. (O) “대의민주주의 아래에서 대표자에 대한 선출과 신임은 선거의 형태로 이루어지는 것이 바람직하고, 주민소환은 대표자에 대한 신임을 묻는 것으로서 그 속성은 재선거와 다를 바 없으므로 선거와 마찬가지로 그 사유를 묻지 않는 것이 제도의 취지에 부합한다. 또한, 주민소환제는 역사적으로도 위법·탈법행위에 대한 규제보다 비민주적·독선적행위에 대한 광범위한 통제의 필요성이 강조되어 왔으므로 주민소환의 청구 사유에 제한을 둘 필요가 없고, 또 업무의 광범위성이나 입법기술적 측면에서 소환사유를 구체적으로 적시하는 것도 쉽지 않다.”(헌재 2011. 3. 31. 2008헌마355).
- ㄹ. (O) “헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 ‘법령’에는 법률 이외에도 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 ‘대통령령’, ‘총리령’ 및 ‘부령’과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이지만, ‘법령’의 직접적인 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니 하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”고 한 헌법재판소의 판시에 따라 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 ‘법령’에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다고 보아야 할 것이다.”(헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2). 정답 ②

16. 국회의 입법권과 입법절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 법치주의원칙에 비추어 국회의 입법절차는 헌법과 법률이 정한 절차를 따라야 하므로 법률의 제정절차에 헌법이나 국회법을 위반한 하자가 존재한다는 이유만으로도 국민은 그러한 하자를 헌법소원심판을 통해 다룰 수 있다.
- ㄴ. 국회의원의 법률안 심의·표결권은 국민에 의하여 선출된 국가기관으로서 국회의원이 그 본질적인 임무인 입법에 관한 직무를 수행하기 위하여 보유하는 권한으로서의 성격을 갖고 있으므로 국회의원의 개별적인 의사에 따라 이를 포기할 수 있는 것이 아니다.
- ㄷ. 의회주의 이념에 따르면 국회는 법률을 제정할 때 전체 국회의원을 구성원으로 하는 회의에서 심의절차를 거친 이후의 표결에 의하여 다수결로 결정해야 하고, 이러한 의사결정과정은 국회의 의사를 국민의 의사로 간주하는 대의효과(代議效果)의 실질적인 요건이다.
- ㄹ. 같은 의제에 대하여 여러 건의 수정안이 제출되었을 때에는, 가장 늦게 제출된 수정안부터 먼저 표결하며, 의원의 수정안은 위원회의 수정안보다 먼저 표결한다.
- ㅁ. 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 정부에 이송된 후 15일 이내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고 재의를 요구할 수 있으나, 국회의 폐회 중에는 환부할 수 없다.

① ㄱ, ㄴ, ㄹ

② ㄱ, ㄴ, ㅁ

③ ㄱ, ㄷ, ㅁ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (X) “법률의 입법절차가 헌법이나 국회법에 위반된다고 하더라도 그러한 사유만으로는 그 법률로 인하여 국민의 기본권이 현재, 직접적으로 침해받는다고 볼 수 없으므로 헌법소원심판을 청구할 수 없다.”(헌재 1998. 8. 27. 97헌마8).

- ㄴ. (○) “국회의원의 법률안 심의·표결권은 국민에 의하여 선출된 국가기관으로서 국회의원이 그 본질적 임무인 입법에 관한 직무를 수행하기 위하여 보유하는 권한으로서의 성격을 갖고 있으므로 국회의원의 개별적인 의사에 따라 포기할 수 있는 것은 아니다.”(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8).
- ㄷ. (○) “질의·토론 과정에서 소수파의 토론 기회를 박탈하거나 또는 아예 토론절차를 열지 아니한 채 표결을 진행하여 결론을 내리게 된다면, 다양한 견해에 입각한 의안의 심의 및 타협은 불가능하고, 결과적으로 의회주의 이념에 입각한 국회의 기능은 형해화될 수밖에 없다. 따라서 국회가 법률을 제정함에 있어서도 전체 국회의원을 구성원으로 하는 회의에서 심의절차를 거친 이후의 표결에 의하여 다수결로 결정해야 하는 것이고 이러한 의사결정과정은 국회의 의사를 국민의 의사로 간주하는 대의효과(代議效果)의 실질적인 요건이라 할 것이다. 그러므로 국회의 심의절차는 표결 절차와 마찬가지로 국회에 의한 의사결정절차에서 생략할 수 없는 핵심절차이며, 의회주의 이념을 기초로 하는 국회 입법절차의 본질적인 부분이라 할 것이다.”(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8).
- ㄹ. (○) [국회법 제96조(수정안의 표결 순서) ① 같은 의제에 대하여 여러 건의 수정안이 제출되었을 때에는 의장은 다음 각 호의 기준에 따라 표결의 순서를 정한다. 1. 가장 늦게 제출된 수정안부터 먼저 표결한다. 2. 의원의 수정안은 위원회의 수정안보다 먼저 표결한다. 3. 의원의 수정안이 여러 건 있을 때에는 원안과 차이가 많은 것부터 먼저 표결한다. ② 수정안이 전부 부결되었을 때에는 원안을 표결한다.]
- ㅁ. (×) [헌법 제53조 ① 국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다. ② 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 제1항의 기간내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고, 그 재의를 요구할 수 있다. 국회의 폐회 중에도 또한 같다.] 정답 ④

17. 헌법재판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 헌법재판소법은 위헌법률심판과 헌법소원심판에 관해서만 명문으로 재심 규정을 두고 있다.
- ② 헌법재판의 심판비용은 국가가 부담하며, 여기에는 재판수수료와 헌법재판소가 심판 등을 위하여 지출하는 비용인 재판비용뿐 아니라 변호사강제주의에 따른 변호사보수 등 당사자 비용도 포함된다.
- ③ 청구인이 권한쟁의심판절차 계속 중 국회의원직을 상실하는 경우 국회의원의 법률안 심의·표결권 등은 성질상 일신전속적인 것으로서 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니므로 헌법재판소는 심판절차종료선언을 하여야 한다.
- ④ 헌법재판소는 청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단해야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단해야 한다.
- ⑤ 180일의 심판기간은 개별사건의 특수성 및 현실적인 제반여건을 불문하고 모든 사건에 있어서 공정하고 적정한 헌법재판을 하는 데 충분한 기간이라고는 볼 수 없고 심판기간 경과시의 제재 등 특별한 법률효과의 부여를 통하여 심판기간의 준수를 강제하는 규정을 두지 않고 있으므로 이를 규정한 헌법재판소법 조항은 훈시적 규정이다.

해설

- ① (○) [헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에

- 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다. ⑤ 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.」 [헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑦ 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다. ⑧ 제7항에 따른 재심에서 형사사건에 대하여는 「형사소송법」을 준용하고, 그 외의 사건에 대하여는 「민사소송법」을 준용한다.]
- ② (X) “헌법재판의 심판비용을 국가가 부담하는 것은 헌법재판이 헌법을 보호하고, 권력을 통제하며, 기본권을 보호하는 등의 기능을 하는 객관적 소송이기 때문인데, 국가가 부담하는 심판비용에 변호사보수와 같이 청구인 등이 소송수행을 위하여 스스로 지출하는 비용인 당사자비용도 포함된다고 볼 경우에는 헌법재판청구권의 남용을 초래하여 헌법재판소의 운영에 따른 비용을 증가시키고 다른 국민이 헌법재판소를 이용할 기회를 침해할 수 있으며 헌법재판소법에 국선대리인 제도를 함께 규정할 필요도 없었을 것이므로, 국가가 부담하는 심판비용에는 재판수수료와 헌법재판소가 심판 등을 위하여 지출하는 비용인 재판비용만 포함되고, 변호사강제주의에 따른 변호사보수 등의 당사자비용은 포함되지 아니한다.”(헌재 2015. 5. 28. 2012헌사496).
- ③ (O) “청구인 박○은은 권한쟁의심판절차가 계속 중이던 2015. 12. 24. 국회의원직을 상실하였는바, 국회의원의 법률안 심의·표결권 등은 성질상 일선전속적인 것으로서 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니므로 이 사건 심판청구는 위 청구인의 국회의원직 상실과 동시에 당연히 그 심판절차가 종료되었다.”(헌재 2016. 4. 28. 2015헌라5).
- ④ (O) “헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 한다.”(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12).
- ⑤ (O) “헌법재판이 국가작용 및 사회 전반에 미치는 파급효과 등의 중대성에 비추어 볼 때, 180일의 심판 기간은 개별사건의 특수성 및 현실적인 제반여건을 불문하고 모든 사건에 있어서 공정하고 적절한 헌법재판을 하는 데 충분한 기간이라고는 볼 수 없고, 심판기간 경과 시의 제재 등 특별한 법률효과의 부여를 통하여 심판기간의 준수를 강제하는 규정을 두지 아니하므로, 심판대상조항은 헌법재판의 심판기간에 관하여 지침을 제시하는 훈시적 규정이라 할 것이다.”(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732). 정답 ②

18. 탄핵심판에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회 본회의가 탄핵소추안을 법제사법위원회에 회부하기로 의결하지 아니한 경우에는 본회의에 보고된 때부터 24시간 이후 48시간 이내에 탄핵소추 여부를 무기명투표로 표결하며, 이 기간 내에 표결하지 아니한 탄핵소추안은 폐기된 것으로 본다.
- ② 국가기관이 국민에 대하여 공권력을 행사할 때 준수하여야 하는 법원칙으로 형성된 적법절차 원칙은 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에 직접 적용할 수 없다.
- ③ 헌법 제65조는 대통령이 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’를 탄핵사유로 규정하고 있고, 여기서 말하는 ‘헌법’은 명문의 헌법규정을 의미하며 헌법재판소의 결정에서 확인된 불문헌법은 포함된다고 볼 수 없다.
- ④ 탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고하고, 피청구인이 결정 선고 전에 해당 공직에서 파면되었을 때에는 헌법재판소는 심판청구를 각하하여야 한다.

- ⑤ 헌법재판소는 원칙적으로 국회의 소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받지 않으므로 소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유도 판단의 대상으로 삼을 수 있다.

해설

- ① (X) [국회법 제130조(탄핵소추의 발의) ① 탄핵소추가 발의되었을 때에는 의장은 발의된 후 처음 개의하는 본회의에 보고하고, 본회의는 의결로 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다. ② 본회의가 제1항에 따라 탄핵소추안을 법제사법위원회에 회부하기로 의결하지 아니한 경우에는 본회의에 보고된 때부터 24시간 이후 72시간 이내에 탄핵소추 여부를 무기명투표로 표결한다. 이 기간 내에 표결하지 아니한 탄핵소추안은 폐기된 것으로 본다.]
- ② (O) “탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 따라 사인으로서 대통령 개인의 기본권이 침해되는 것이 아니다. 국가기관이 국민에 대하여 공권력을 행사할 때 준수하여야 하는 법원칙으로 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에 직접 적용할 수 없다.”(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1).
- ③ (X) “헌법 제65조는 대통령이 ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’를 탄핵사유로 규정하고 있다. 여기에서 ‘직무’란 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무와 사회통념상 이와 관련된 업무를 말하고, 법령에 근거한 행위뿐만 아니라 대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위를 포괄하는 개념이다. 또 ‘헌법’에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 따라 형성되어 확립된 불문헌법도 포함되고, ‘법률’에는 형식적 의미의 법률과 이와 동등한 효력을 가지는 국제조약 및 일반적으로 승인된 국제법규 등이 포함된다.”(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1).
- ④ (X) [헌법재판소법 제53조(결정의 내용) ① 탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다. ② 피청구인이 결정 선고 전에 해당 공직에서 파면되었을 때에는 헌법재판소는 심판청구를 기각하여야 한다.]
- ⑤ (X) “헌법재판소는 원칙적으로 국회의 소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받고, 소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다.”(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1). **정답 ②**

19. 헌법소원심판의 적법요건에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 국회가 의결하여 정부에 이송된 법률안에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제1항 헌법소원심판을 청구한 경우, 법률안이 그대로 공포되었다면 공포되기 전에 헌법소원심판을 청구하였다 하더라도 헌법소원의 대상성이 인정된다.
- ② 정당은 「헌법재판소법」 제68조 제1항 헌법소원심판을 청구할 수 있으나, 권한쟁의심판의 당사자능력은 인정되지 않는다.
- ③ 기본권침해의 직접성에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률규정의 직접성은 부인된다.
- ④ 공판정에서 「헌법재판소법」 제68조 제2항 헌법소원심판 청구인이 출석한 가운데 재판서에 의하여 위헌법률심판제청신청을 기각하는 취지의 주문을 낭독하는 방법으로 재판의 선고를 하였고 이후 기각 결정문을 송달받았다면, 「헌법재판소법」 제68조 제2항 헌법소원심판 청구기간의 기산일은 위헌법률심판제청신청 기각 결정문을 송달받은 날이다.

- ⑤ 권리보호이익이라는 「헌법재판소법」 제68조 제1항 헌법소원심판의 적법요건은 「헌법재판소법」 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 내지 행정소송법 규정들에 대한 해석상 인정되는 일반적인 소송원리이지 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 ‘기본권의 침해를 받은’이라는 부분의 해석에서 직접 도출되는 것은 아니다.

해설

- ① (○) “법률안이 거부권 행사에 의하여 최종적으로 폐기되었다면 모르되, 그렇지 아니하고 공포되었다면 법률안은 그 동일성을 유지하여 법률로 확정되는 것이라고 보아야 하므로 이에 대한 헌법소원은 적법하다.”(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494).
- ② (○) “청구인 진보신당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하기 위한 조직으로 성격상 권리능력 없는 단체에 속하지만, 구성원과는 독립하여 그 자체로서 기본권의 주체가 될 수 있고, 그 조직 자체의 기본권이 직접 침해당한 경우 자신의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있으나...”(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419); “정당은 국민의 자발적 조직으로, 그 법적 성격은 일반적으로 사적·정치적 결사 내지는 법인격 없는 사단으로서 공권력의 행사 주체로서 국가기관의 지위를 갖는다고 볼 수 없다. 정당이 국회 내에서 교섭단체를 구성하고 있다고 하더라도, 헌법은 권한쟁의심판청구의 당사자로서 국회의원들의 모임인 교섭단체에 대해서 규정하고 있지 않고, 교섭단체의 권한 침해는 교섭단체에 속한 국회의원 개개인의 심의·표결권 등 권한 침해로 이어질 가능성이 높아 그 분쟁을 해결할 적당한 기관이나 방법이 없다고 할 수 없다. 따라서 정당은 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국가기관’에 해당한다고 볼 수 없으므로, 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다.”(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라6).
- ③ (○) “법령으로 인한 기본권 침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 당해 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 한다. 그리고 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부인된다.”(헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661).
- ④ (×) “공판정에서 청구인이 출석한 가운데 재판서에 의하여 위헌법률심판제청신청을 기각하는 취지의 주문을 낭독하는 방법으로 재판의 선고를 한 경우, 청구인은 이를 통하여 위헌법률심판제청신청에 대한 기각결정을 통지받았다고 보아야 하므로 그로부터 30일이 경과한 후 제기된 헌법소원 심판청구는 청구기간을 경과한 것으로서 부적법하다.”(헌재 2018. 8. 30. 2016헌바316).
- ⑤ (○) “권리보호이익 내지 소의 이익은, 국가적·공익적 입장에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 입장에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것으로, ‘이익 없으면 소 없다’라는 법언이 지적하듯이 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이다. 따라서 권리보호이익이라는 헌법소원심판의 적법요건은 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 내지 행정소송법 규정들에 대한 해석상 인정되는 일반적인 소송원리이지 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘기본권의 침해를 받은’이라는 부분의 해석에서 직접 도출되는 것은 아니다.”(헌재 2001. 9. 27. 2001헌마152).

정답 ④

20. 헌법재판소의 결정에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「헌법재판소법」 제68조 제1항 헌법소원심판에서 8인의 재판관 중 4인의 재판관이 각하 의견이고 4인의 재판관이 위헌 의견인 경우 헌법재판소는 심판청구를 각하하여야 한다.

- ② 위헌법률심판에서 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 기속력을 인정한다고 하더라도, 이를 위해서는 적어도 그 이유에 대하여 관여 재판관 과반수의 찬성이 있어야 한다.
- ③ 「헌법재판소법」은 위헌법률심판의 위헌결정, 권한쟁의심판의 결정 그리고 헌법소원심판의 인용결정에 대하여 기속력을 인정하고 있다.
- ④ 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건뿐 아니라 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여도 위헌결정의 소급효가 인정된다.
- ⑤ 헌법소원심판에서의 가처분 결정과 권한쟁의심판에서의 가처분 결정은 의결정족수가 동일하다.

해설

- ① (○) “헌법소원심판에서 본안판단으로 나아가기 위해서는 적법요건이 충족되었다는 점에 대한 재판관 과반수의 찬성이 있어야 하며, 이에 이르지 못한 경우 헌법재판소로서는 본안판단에 나아가 수 없으므로 심판청구를 각하하여야 한다....화해권유 부작위의 위헌확인을 구하는 심판청구가 적법성을 충족한 것인지에 대해 어떠한 견해도 과반수에 이르지 아니한 이상, 헌법재판소는 심판청구를 각하함이 마땅하다. 청구인 이○○ 등의 심판청구 중 화해권유 부작위 부분에 대한 각하의견인 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진뿐만 아니라 위헌의견인 재판관 이미선 역시 4인의 재판관이 각하의견, 4인의 재판관이 위헌의견인 경우 주문은 각하로 표시되어야 한다는 데에는 의견을 함께 하였다.”(헌재 2021. 9. 30. 2016헌마1034). [헌법재판소법 제23조(심판정족수) ① 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다. ② 재판부는 종국심리(終局審理)에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다.]
- ② (×) “헌법재판소법 제47조 제1항 및 제75조 제1항에 규정된 법률의 위헌결정 및 헌법소원 인용결정의 기속력과 관련하여, 입법자인 국회에게 기속력이 미치는지 여부, 나아가 결정주문뿐 아니라 결정이유에 까지 기속력을 인정할지 여부는 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계, 국회의 입법권의 범위와 한계 등을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다. 설령 결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것이고(헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항 참조), 이에 미달할 경우에는 결정이유에 대하여 기속력을 인정할 여지가 없는데,...”(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098).
- ③ (○) [헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.] [헌법재판소법 제67조(결정의 효력) ① 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.] [헌법재판소법 제75조(인용결정) ① 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.]
- ④ (○) “위헌결정에 불소급의 원칙을 채택한 법 제47조 제2항의 합헌성을 인정하면서도 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효의 인정을 부인해서는 안 될 것이다. 그러한 경우로서는 첫째, 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서, 법원의 제청·헌법소원 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종사건), 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행사건)에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것이다.”(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10(병합))

- ⑤ (○) 가처분 결정의 의결정족수에 대해서는 별도의 규정이 없으므로, 헌법재판소법 제23조 제1항에 따라 재판관 7명 이상의 출석과 중국심리에 참여한 재판관 과반수의 찬성으로 결정한다. [헌법재판소법 제23조 (심판정족수) ① 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다. ② 재판부는 중국심리(終局審理)에 참여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다.] [헌법재판소법 제65조(가처분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.] [헌법재판소법 제57조(가처분) 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 중국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.] 정답 ②

21. 甲은 폐기물처리업을 하고자 A시장에게 사업계획서를 제출하였는데, A시장은 '처리시설 부지의 분할 및 지목변경을 할 것'의 조건을 부가하여 사업계획에 대한 적합통보를 하였다. 甲은 사업계획서를 제출할 당시, A시의 민원실에 문의하여 민원팀장으로부터 토지형질변경이 가능할 것이라는 안내를 받은 바 있다. 그런데 甲이 조건의 이행을 위하여 시설 부지에 대한 형질변경허가신청을 하자 A시장은 이에 대한 거부처분을 하였다. 甲은 A시장의 거부처분이 신뢰보호의 원칙에 반하여 위법하다고 주장한다. 신뢰보호의 원칙의 적용에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲에게 토지형질변경이 가능할 것이라고 답변한 A시 민원팀장의 안내는 신뢰의 대상이 되는 공적 견해표명에 해당한다.
- ② 甲이 민원팀장의 답변을 믿고 별도로 A시 담당부서 공무원에게 공적 견해표명을 구하는 정식 서면질의 등을 하지 않더라도 甲의 신뢰는 보호되어야 한다.
- ③ A시장의 공적 견해표명이 있었는지 여부는 행정조직상의 형식적인 권한분장에 따라서 판단한다.
- ④ A시장의 조건부 적합통보에는 시설부지에 대한 형질변경허가 신청을 허가하는 공적 견해표명이 포함되어 있다고 볼 수 없다.
- ⑤ A시장은 자신이 이미 한 공적 견해표명에 반하여 거부처분을 한 것이다.

해설

- ① (×), ② (×) 원심은 그의 채용 증거들을 종합하여 ~~(중략)~~ 서울지방법무청 총무과 민원팀장에 불과한 지종수가 이와 같은 법령의 내용을 숙지하지 못한 상태에서 원고측의 상담에 응하여 민원봉사차원에서 위와 같이 안내하였다고 하여 그것이 피고의 공적인 견해표명이라고 하기 어렵고, 원고측이 더 나아가 담당부서의 담당공무원에게 공적 견해의 표명을 구하는 정식의 서면질의 등을 하지 아니한 채 지종수의 안내만을 신뢰한 것에는 원고측에 귀책사유도 있어 신뢰보호의 원칙이 적용되지 아니한다고 판단하였다. 기록 중의 증거들과 대조하여 살펴보니, 원심의 그 사실인정은 정당하다(대판 2003.12.26, 2003두1875).
- ③ (×) 행정청의 공적 견해 표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한 분장에 구애될 것이 아니라 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대판 1997.09.12, 96누18380).
- ④ (○), ⑤ (×) 폐기물관리법령에 의한 폐기물처리업 사업계획에 대한 적정통보와 국토이용관리법령에 의한 국토이용계획변경은 각기 그 제도적 취지와 결정단계에서 고려해야 할 사항들이 다르므로, 피고가 위와 같이 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 한 것만으로 그 사업부지 토지에 대한 국토이용계획변

경신청을 승인하여 주겠다는 취지의 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없고, 그럼에도 불구하고 원고가 그 승인을 받을 것으로 신뢰하였다면 원고에게 귀책사유가 있다 할 것이므로, 이 사건 처분이 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

피고가 폐기물처리업 사업계획에 대하여 적정통보를 하면서 불인 이행조건의 적법 및 그 성취 여부는 국토이용계획변경신청 승인의 전제조건이 된다고 할 수 없으므로, 원심이 피고로서는 그 이행조건이 성취되지 않는 한 원고의 국토이용계획변경신청을 승인할 수 없다고 실시한 것은 적절하지 아니하다 할 것이나, 이 사건 처분이 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 본 결론에 있어서는 정당하다(대판 2005.04.28. 2004두8828).

정답 ④

22. 甲은 B도 A시에 소재하는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 관리지역 내 110㎡ 토지 위에 연면적 60㎡인 2층 건축물(이하 '이 사건 건축물')을 건축하고자 한다. 이 사건 건축물의 건축을 위해서는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가가 필요하다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「건축법」

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

⑤ 제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다.

3. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가

⑥ 허가권자는 제5항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다.

제14조(건축신고) ① 제11조에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 시장·군수·구청장에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다.

2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전 지역에서 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축

② 제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다.

③ 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 신고를 받은 날부터 5일 이내에 신고수리 여부를 신고인에게 통지하여야 한다.

제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) ① 허가권자는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 대지나 건축물에 대하여 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

※ 위 법조항은 사안에 맞추어 일부 수정된 것임

- ① 甲은 이 사건 건축물을 건축하기 전에 미리 A시장에게 건축신고를 하여야 한다.
- ② 甲의 건축신고에 대하여 A시장이 수리여부를 통지하지 않았음에도 甲이 건축공사를 시작한 경우 A시장은 위반 건축물에 대한 조치를 명할 수 있다.

- ③ 이 사건 건축신고로 개발행위허가가 의제되므로 甲의 건축신고는 수리를 요하는 신고로 보아야 한다.
- ④ 건축신고 수리 여부는 개발행위허가 요건 심사와는 무관하게 별도로 판단된다.
- ⑤ 甲의 건축신고에 대하여 A시장이 수리를 거부한 경우 그 거부는 항고소송의 대상이 된다.

해설

- ① (○) 관리지역 내에서 연면적 60㎡ 인 2층 건축물의 건축을 위해서는 건축법 제14조에 의한 건축신고를 하여야 한다.
- ② (○) 판례는 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다. 따라서 수리가 있기 전에는 건축을 할 수 없다. 수리가 없는 상태에서 건축을 하는 경우 건축법을 위반한 건축을 한 것이고 허가권자는 건축법 제79조에 의한 필요한 조치를 취할 수 있다. 수리를 요하는 신고에서 수리는 처분이며 수리거부도 처분이다.
- ③ (○) **다수의견** 건축법에서 이러한 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가 의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축 신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가 의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축 신고와 인·허가 의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가 의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축 신고만으로 인·허가 의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇 보다도 건축 신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비 서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축 신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가 의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축 신고는 일반적인 건축 신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 옳다(대판(전) 2011. 01.20, 2010두14954).
- ④ (×) **다수의견** 일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다.
반대의견 수리란 타인의 행위를 유효한 행위로 받아들이는 수동적 의사행위를 말하는 것이고, 이는 허가와 명확히 구별되는 것이다. 그런데 다수의견에 의하면, 행정청이 인·허가의제조항에 따른 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 개발행위허가 요건 등을 갖추었는지 여부에 관하여 심사를 한 다음, 그 허가 요건을 갖추지 못하였음을 이유로 들어 형식상으로도 수리거부를 하는 것이 되고, 사실상으로는 허가과 아무런 차이가 없게 된다는 비판을 피할 수 없다. 이러한 결과에 따르면 인·허가의제조항을 특별히 규정하고 있는 입법 취지가 몰각됨은 물론, 신고와 허가의 본질에 기초하여 건축신고와 건축허가 제도를 따로 규정

하고 있는 제도적 의미 및 신고제와 허가제 전반에 관한 이론적 틀이 형해화 될 가능성이 있다(대판(전) 2011.01.20, 2010두14954).

⑤ (○)

정답 ④

23. 다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「식품위생법」상 일반음식점을 운영하는 식품접객업자인 甲은 청소년 주류제공 금지 2차 위반을 이유로 「식품위생법 시행규칙」 [별표] ‘행정처분 기준’에 따라 영업정지 3개월 처분(이하 ‘2차 처분’)을 받았다. 甲은 이전에도 청소년 주류제공 금지 1차 위반을 이유로 영업정지 2개월 처분(이하 ‘1차 처분’)을 받았으나 다투지 않은 사실이 있다. 「식품위생법」은 식품접객업자가 청소년에게 주류를 제공하는 행위를 한 경우 6개월 이내의 영업정지, 영업허가 취소 또는 영업소 폐쇄를 할 수 있다고 규정하고 있다.

- ① 甲에 대한 영업정지 처분은 재량행위이다.
- ② 1차 처분에 대한 제소기간이 도과하지 않았다면, 이미 2개월의 영업정지기간이 경과되었다 하더라도 甲은 1차 처분에 대해서 취소소송을 제기할 법률상 이익이 있다.
- ③ 「식품위생법 시행규칙」 [별표] ‘행정처분 기준’은 영업정지 처분의 최고한도를 정해 놓은 것이므로, 법원은 2차 처분의 취소를 구하는 취소소송에서 2차 처분의 재량권 일탈·남용 여부를 심사할 수 있다.
- ④ 甲이 2차 처분의 취소를 구하는 취소소송을 제기하였을 경우, 「식품위생법 시행규칙」 [별표] ‘행정처분 기준’은 법원을 기속하는 효력이 없다.
- ⑤ 甲이 손님으로 온 청소년의 주민등록증을 검사하여 만 19세가 넘는 것을 확인하였으나 그 청소년이 신분증을 변조하여 행사한 것이었다면, 2차 처분의 취소를 구하는 취소소송에서 법원은 甲의 의무해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있었다는 이유로 인용판결을 할 수 있다.

해설

- ① (○) 행정청이 영업정지처분을 함에 있어서 그 정지기간을 어느 정도로 할 것인지는 행정청의 재량권에 속하는 사항인 것이며, 다만 그것이 공익의 원칙이나 평등의 원칙 또는 비례의 원칙등에 위반하여 재량권의 한계를 벗어난 재량권 남용에 해당하는 경우에만 위법한 처분으로서 사법심사의 대상이 되는 것이다. 법원으로서의 영업정지처분이 재량권 남용이라고 판단될 때에는 위법한 처분으로서 그 처분의 취소를 명할 수 있을 뿐이고, 재량권의 한계내에서 어느 정도가 적절한 영업정지 기간인지를 가리는 일은 사법심사의 범위를 벗어난다(대판 1982.09.28, 82누2).
- ② (○) 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 ‘규칙’이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 ‘선행처분’이라고 한다)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 ‘후행처분’이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당

공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다(대판(전) 2006.06.22, 2003두1684). ☞ 종래에는 가중적 제재처분의 기준이 부령 형식으로 규정된 경우에는 행정명령에 불과한 각종 규칙상의 행정처분 기준에 관한 규정에서 위반 횟수에 따라 가중처분하게 되어 있다 하여 법률상의 이익이 있는 것으로 볼 수는 없다고 하여 협의의 소의 이익을 부정했지만, 위 판례를 통해 행정규칙에 가중적 제재처분의 기준이 규정되어 있는 경우에도 협의의 소의 이익을 긍정하는 것으로 변경하였다.

- ③ (X) 판례가 청소년보호법 시행령의 과징금 수액을 최고한도액이라고 본 것과 달리 시행규칙에 대해서는 최고한도라 판시한 바 없다.

판례는 시행규칙에 규정되어 있는 제재처분기준을 행정규칙으로 보면서 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 않고 또 그 규칙에 정한 기준에 적합하다 하여 바로 그 처분에 적합한 것이라 할 수 없고 그 처분의 적법여부는 법률의 규정의 적합여부에 따라 판단하고 있다.

지문에서 2차 처분의 재량권 일탈·남용 여부를 심사할 수 있는 부분은 맞는 지문이지만, 앞 부분의 최고한도를 정해 놓은 것이라는 부분이 틀렸다.

- ④ (O) 식품위생법 시행규칙 제53조에서 별표 15로 같은 법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다 하더라도, 이는 형식은 부령(현재는 총리령)으로 되어 있으나 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 같은 법 제58조 제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 기속하는 것이라고 할 수 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 힘이 있는 것은 아니다(대판 1993.06.29, 93누5635).

- ⑤ (O) 구 여객자동차 운수사업법(2012. 2. 1. 법률 제11295호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항의 과징금부과 처분은 제재적 행정처분으로서 여객자동차 운수사업에 관한 질서를 확립하고 여객의 원활한 운송과 여객자동차 운수사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공복리를 증진한다는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다(대판 2014.10.15, 2013두5005).

정답 ③

24. 甲은 1,000만 원의 과세처분을 받고 세금을 납부하였으나, 1년 후 당해 과세처분이 위법한 것이었음을 알게 되었다. 甲은 국가가 위법한 과세처분에 의하여 이득을 얻고 그 결과 자신에게 피해를 입었다고 여겨 이에 대한 구제를 받고자 한다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 이행소송으로 과오납금환급소송을 제기하는 대신 과세처분의 무효확인을 구하는 항고소송을 제기할 수 있다.
- ② 甲은 과세처분의 취소판결을 받은 이후에 비로소 과세처분의 위법을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있다.
- ③ 甲이 과세처분이 당연무효임을 전제로 민사법원에 과오납금환급소송을 제기한 경우, 법원은 행정소송 등의 절차를 거칠 필요 없이 과세처분의 하자를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결

할 수 있다.

- ④ 과세처분의 하자가 취소사유에 불과한 때에는 그 처분이 취소되지 않는 한 처분의 효력을 부정하여 과세처분으로 인한 이득을 법률상 원인 없는 이득이라 할 수 없다.
- ⑤ 甲이 과오납에 따른 조세환급금의 지급을 구하는 경우, 해당 조세환급금은 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸하였음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당한다.

해설

- ① (○) 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하는 것이므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 그 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다. 또한 행정소송법 제4조에서는 무효확인소송을 항고소송의 일종으로 규정하고 있고, 행정소송법 제38조 제1항에서는 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력 및 행정청의 재처분 의무에 관한 행정소송법 제30조를 무효확인소송에도 준용하고 있으므로 무효확인판결 자체만으로도 실효성을 확보할 수 있다. 그리고 무효확인소송의 보충성을 규정하고 있는 외국의 일부 입법례와는 달리 우리나라 행정소송법에는 명문의 규정이 없어 이로 인한 명시적 제한이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 비롯하여 행정에 대한 사법통제, 권익구제의 확대와 같은 행정소송의 기능 등을 종합하여 보면, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다. 이와 다른 취지로 판시한 종전 대법원판결들, 즉 대판 1963.10.22, 63누122; 대판 2006.05.12, 2004두14717 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다(대판(전) 2008.03.20, 2007두6342). ☞ 종래 판례는 무효확인소송도 확인소송이라는 점에서 무효확인소송의 보충성을 요구하였으나 변경된 대법원 판례는 항고소송이라는 점과 판결의 효력으로서의 기속력을 강조하며 더 이상 보충성을 요하지 않는다. 따라서 과오납금환급청구소송을 제기하는 대신 과세처분 무효확인소송을 제기할 수 있다.
- ② (×) 과세처분의 위법성의 정도가 무효사유인 경우 뿐만 아니라 취소사유인 경우에도 국가배상청구소송의 수소법원인 민사법원은 과세처분이 위법하다는 것을 심리하고 이를 전제로 손해배상을 명하는 판결을 할 수 있다. 따라서 취소사유가 있다고 하더라도 취소판결을 받은 이후에만 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니다.
- ③ (○) 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니다(대판 2010.04.08, 2009다90092). ☞ 민사소송의 수소법원이 선결문제로 처분이 무효임을 전제로 판단할 수 있다.
- ④ (○) 조세의 과오납이 부당이득이 되기 위하여는 납세 또는 조세의 징수가 실체법적으로나 절차법적으로 전혀 법률상의 근거가 없거나 과세처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효이어야 하고, 과세처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과할 때에는 과세관청이 이를 스스로 취소하거나 항고소송절차에 의하여 취소되지 않는 한 그로 인한 조세의 납부가 부당이득이 된다고 할 수 없다(대판 1994.11.11, 94다28000). ☞ 민사소송과 선결문제의 논의인데 효력부인 국민이어서 민사법원은 처분의 효력을 부인할 수 없으므로 처분이 취소되기 전에는 민사법원이 부당이득이라고 판단할 수 없고, 만약 그렇게 판단하면 공정력에 반하는 의미이다.

- ⑤ (○) 국세기본법 제51조 제1항의 규정에 의하면, 세무서장은 납세의무자가 국세·가산금 또는 체납처분비로서 납부한 금액 중 오납액, 초과납부액 또는 환급세액이 있는 때에는 즉시 이를 국세환급금으로 결정하여야 한다고 되어 있는바, 여기서 오납액이라 함은 납부 또는 징수의 기초가 된 신고(신고납세의 경우) 또는 부과처분(부과과세의 경우)이 부존재하거나 당연무효임에도 불구하고 납부 또는 징수된 세액을 말하고, 초과납부액은 신고 또는 부과처분이 당연무효는 아니나 그 후 취소 또는 경정됨으로써 그 전부 또는 일부가 감소된 세액을 말하며, 환급세액은 적법히 납부 또는 징수되었으나 그 후 국가가 보유할 정당한 이유가 없게 되어 각 개별 세법에서 환부하기로 정한 세액을 말하므로, 위 오납액과 초과납부액 및 환급세액은 모두 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당한다(대판 1997.10.10, 97다26432). ◻ 과세처분이 무효인 경우는 처음부터 조세채무가 존재하지 않는 경우이고, 과세처분이 취소사유인 경우에는 그 후 취소되면 조세채무가 소멸되어 납부한 세금은 부당이득에 해당한다. 5번 지문은 다소 논란의 소지는 있는 지문이다. 과세처분이 위법하기는 한데 취소사유라고 하더라도 취소되지 않은 상태에서 조세환급금을 구하는 경우는 부당이득이 아닌데, 지문이 과연 취소된 경우를 전제한다고 말할 수 있는지 의문이 있으므로 논란은 된다. 하지만 2번 지문이 명백히 틀렸으므로 정답은 2번으로 본다. 정답 ②

25. 강학상 인가에 관한 판례의 입장으로 볼 수 없는 것은?

- ① 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 기본행위에 하자가 있다 하더라도 인가처분에 하자가 없다면 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 없다.
- ② 행정청이 「도시 및 주거환경정비법」에 근거하여 행하는 주택재건축조합설립인가처분은 법령상 요건을 갖추는 경우 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 실권적 처분의 성격을 갖는다.
- ③ 「자동차관리법」상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회의 설립인가처분은 국토해양부장관 또는 시·도지사가 자동차관리사업자들의 단체결성행위를 보충하여 효력을 완성시키는 처분에 해당한다.
- ④ 행정청은 「도시 및 주거환경정비법」상 주택재건축정비사업조합의 관리처분계획에 대한 인가처분을 하면서 기부채납과 같은 조건을 붙일 수 있다.
- ⑤ 「자동차관리법」상 조합 등 설립인가에 관하여 구체적인 기준이 정하여져 있지 않은 경우, 인가권자인 국토해양부장관 또는 시·도지사는 조합 등의 설립인가 신청에 대하여 「자동차관리법」에 정한 설립요건의 충족 여부 등을 검토하여 설립인가 여부를 결정할 재량을 가진다.

해설

- ① (○) 인가는 기본행위인 재단법인의 정관변경에 대한 법률상의 효력을 완성시키는 보충행위로서, 그 기본이 되는 정관변경 결의에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있었다 하여도 기본행위인 정관변경 결의가 유효한 것으로 될 수 없으므로 기본행위인 정관변경 결의가 적법 유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다루는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 없다(대판(전) 1996.05.16, 95누4810).

- ② (O) 행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립 인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다(대판 2009.10.15, 2009다10638·10645). ▣ 종래 판례는 조합설립인가처분을 강학상 인가로 보았으나 최근 판례는 설권적 행위(특허)로 보고 있다. 조합설립인가와 달리 조합설립추진위원회 구성승인 처분은 강학상 인가에 해당한다. 판례는 조합설립추진위원회 구성승인처분은 조합의 설립을 위한 주체인 추진위원회의 구성행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분으로서 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간 단계의 처분에 해당한다고 한다(대판 2013.01.31, 2011두11112).
- ③ (O) 구 자동차관리법(2012. 1. 17. 법률 제11190호로 개정되기 전의 것, 이하 '자동차관리법'이라고 한다) 제67조 제1항, 제3항, 제4항, 제5항, 구 자동차관리법 시행규칙(2011. 12. 15. 국토해양부령 제414호로 개정되기 전의 것) 제148조 제1항, 제2항의 내용 및 체계 등을 종합하면, 자동차관리법상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회(이하 '조합 등'이라고 한다)의 설립인가처분은 국토해양부장관 또는 시·도지사(이하 '시·도지사 등'이라고 한다)가 자동차관리사업자들의 단체결성행위를 보충하여 효력을 완성시키는 처분에 해당한다. 그리고 자동차관리법이 자동차관리사업자들로 하여금 시·도지사 등의 설립인가를 거쳐 조합 등을 설립하도록 한 취지는, 자동차관리사업자들이 공통의 이익을 추구하기 위해 단체를 구성하여 활동할 수 있는 헌법상 결사의 자유를 폭넓게 보장하는 한편, 조합 등이 수행하는 업무의 특수성을 고려하여 공익적 차원에서 최소한의 사전적 규제를 하고자 함에 있다(대판 2015.05.29, 2013두635).
- ④ (X) 관리처분계획 및 그에 대한 인가처분의 의의와 성질, 그 근거가 되는 도시정비법과 그 시행령상의 위와 같은 규정들에 비추어 보면, 행정청이 관리처분계획에 대한 인가 여부를 결정할 때에는 그 관리처분 계획에 도시정비법 제48조 및 그 시행령 제50조에 규정된 사항이 포함되어 있는지, 그 계획의 내용이 도시정비법 제48조 제2항의 기준에 부합하는지 여부 등을 심사확인하여 그 인가 여부를 결정할 수 있을 뿐 기부채납과 같은 다른 조건을 붙일 수는 없다고 할 것이다(대판 2012.08.30, 2010두24951).
- ⑤ (O) 구 자동차관리법(2012. 1. 17. 법률 제11190호로 개정되기 전의 것, 이하 '자동차관리법'이라고 한다)상 자동차관리사업자로 구성하는 사업자단체인 조합 또는 협회(이하 '조합 등'이라고 한다) 설립인가 제도의 입법 취지, 조합 등에 대하여 인가권자가 가지는 지도·감독 권한의 범위 등과 아울러 자동차관리법상 조합 등 설립인가에 관하여 구체적인 기준이 정하여져 있지 않은 점에 비추어 보면, 자동차관리법상 조합 등 설립인가에 관하여 구체적인 기준이 정하여져 있지 않은 점에 비추어 보면, 인가권자인 국토해양부장관 또는 시·도지사는 조합 등의 설립인가 신청에 대하여 자동차관리법 제67조 제3항에 정한 설립요건의 충족 여부는 물론, 나아가 조합 등의 사업내용이나 운영계획 등이 자동차관리사업의 건전한 발전과 질서 확립이라는 사업자단체 설립의 공익적 목적에 부합하는지 등을 함께 검토하여 설립인가 여부를 결정할 재량을 가진다(대판 2015.05.29, 2013두635). 정답 ④

26. 친일반민족행위진상규명위원회는 甲을 친일반민족행위자로 최종발표(선행처분)를 하였고, 이에 따라 지방보훈지청장은 「독립유공자에우에 관한 법률」 적용 대상자로 보상금 등의 예우를 받던 甲의 유가족 乙에 대하여 독립유공자법 적용배제자 결정(후행처분)을 하였다. 선행처분에 대한 제소기간은 경과하였음을 전제로, 이 사안에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 선행처분과 후행처분은 서로 결합하여 하나의 효과를 달성하는 것이므로 선행처분의 하자는 지방보훈지청장이 乙에게 한 후행처분에 승계된다.
- ㄴ. 친일반민족행위진상규명위원회의 선행처분이 무효인 경우에는 乙에게 한 지방보훈지청장의 후행처분도 무효이다.

- 절차에서 관련 인허가의제 제도를 통해 두 허가의 발급 여부가 동시에 심사·결정되어야 하는 것은 아니다.
- ㄴ. 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서 「건축법」상 허가 요건 뿐 아니라 인허가의제 대상이 되는 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설 사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다.
 - ㄷ. 인허가의제 효과를 수반하는 건축허가의 경우 의제되는 인허가의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 건축허가를 거부할 수 있다.
 - ㄹ. 건축신고를 수리하거나 건축허가를 하는 행정청으로서 「건축법」상의 요건뿐만 아니라 인허가의제 사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 해야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㄹ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄴ, ㄹ

해설

- ㄱ. (X) 건축법 제11조 제1항, 제5항 제3호, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다) 제56조 제1항 제1호, 제57조 제1항의 내용과 체계, 입법 취지를 종합하면, 건축주가 건축물을 건축하기 위해서는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가를 각각 별도로 신청하여야 하는 것이 아니라, 건축법상 건축허가절차에서 관련 인허가 의제 제도를 통해 두 허가의 발급 여부가 동시에 심사 결정되도록 하여야 한다. 즉, 건축주는 건축행정청에 건축법상 건축허가를 신청하면서 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가 심사에도 필요한 자료를 첨부하여 제출하여야 하고, 건축행정청은 개발행위허가권자와 사전 협의절차를 거침으로써 건축법상 건축허가를 발급할 때 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가가 의제되도록 하여야 한다(대판 2020.07.23, 2019두31839).
- ㄴ. (O) 건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어려우므로, 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서 「건축법」상 허가 요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다(대판 2015.07.09, 2015두39590). ☞ 집중효의 정도에 대해서 판례의 입장은 절차집중은 긍정하지만 실제집중은 부정한다.
- ㄷ. (O) 건축법 제11조 제1항, 제5항 제3호, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다) 제56조 제1항 제1호, 제57조 제1항의 내용과 체계, 입법 취지를 종합하면, 건축주가 건축물을 건축하기 위해서는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가를 각각 별도로 신청하여야 하는 것이 아니라, 건축법상 건축허가절차에서 관련 인허가 의제 제도를 통해 두 허가의 발급 여부가 동시에 심사 결정되도록 하여야 한다. 즉, 건축주는 건축행정청에 건축법상 건축허가를 신청하면서 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가 심사에도 필요한 자료를 첨부하여 제출하여야 하고, 건축행정청은 개발행위허가권자와 사전 협의절차를 거침으로써 건축법상 건축허가를 발급할 때 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가가 의제되도록 하여야 한다.
이를 통해 건축법상 건축허가절차에서 건축주의 건축계획이 국토계획법상 개발행위 허가기준을 충족하였는지가 함께 심사되어야 한다. 건축주의 건축계획이 건축법상 건축허가기준을 충족하더라도 국토계획법상 개발행위 허가기준을 충족하지 못한 경우에는 해당 건축물의 건축은 법질서상 허용되지 않는 것이므로,

건축행정청은 건축법상 건축허가를 발급하면서 국토계획법상 개발행위(건축물의 건축) 허가가 의제되지 않은 것으로 처리하여서는 안 되고, 건축법상 건축허가의 발급을 거부하여야 한다. 건축법상 건축허가절차에서 국토계획법상 개발행위 허가기준 충족 여부에 관한 심사가 누락된 채 건축법상 건축허가가 발급된 경우에는 그 건축법상 건축허가는 위법하므로 취소할 수 있다. 이때 건축허가를 취소한 경우 건축행정청은 개발행위허가권자와의 사전 협의를 통해 국토계획법상 개발행위 허가기준 충족 여부를 심사한 후 건축법상 건축허가 발급 여부를 다시 결정하여야 한다(대판 2020.07.23, 2019두31839). [☞] 집중효의 정도에 대해서 판례의 입장은 절차집중은 긍정하지만 실체집중은 부정한다.

- ㄱ. (O) **다수의견** 건축법에서 이러한 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가 의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축 신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가 의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면, 건축법과 인·허가 의제사항 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축 신고와 인·허가 의제사항도 각각 별개의 제도적 취지가 있으며 그 요건 또한 달리하기 때문이다. 나아가 인·허가 의제사항 관련 법률에 규정된 요건 중 상당수는 공익에 관한 것으로서 행정청의 전문적이고 종합적인 심사가 요구되는데, 만약 건축 신고만으로 인·허가 의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 무엇 보다도 건축 신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비 서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축 신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가 의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축 신고는 일반적인 건축 신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 옳다(대판(전) 2011. 01.20, 2010두14954). 정답 ④

28. 甲은 A시의 시장 乙에게 「주택법」에 따라 주택건설사업계획승인신청을 하였다. 乙은 해당 지역의 자연보존 및 환경보호가 필요하다는 이유로 거부처분(이하 ‘이 사건 거부처분’)을 하였다. 甲은 사전통지가 없었고, 이유제시도 부족하다는 이유로 이 사건 거부처분이 위법하다고 주장한다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

「주택법」

제15조(사업계획의 승인) ① 주택건설사업을 시행하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수에게 사업계획승인을 받아야 한다.

② 제1항의 사업계획은 쾌적하고 문화적인 주거생활을 하는 데에 적합하도록 수립되어야 한다.

※ 위 법조항은 사안에 맞추어 수정된 것임

- ① 乙은 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정되더라도 법규에 명문의 규정이 없으면 거부처분을 할 수 없다.
- ② 乙이 이 사건 거부처분을 하면서 사전통지를 하지 않은 것은 절차상의 하자로 독자적인 위법의 사유가 된다.
- ③ 甲이 이 사건 거부처분의 전체적인 과정에서 처분의 이유를 충분히 알 수 있는 경우에도 처분서에 처분의 이유가 구체적으로 명시되지 않았다면 거부처분을 취소할 위법사유가 된다.

- ④ 甲이 이 사건 거부처분에 대한 취소소송을 제기하여 법원이 절차상 하자를 이유로 청구를 인용하고 판결이 확정되어 甲이 동일하게 주택건설사업계획승인 재신청을 하였다면, 乙이 절차상 하자를 보완하여 동일한 거부처분을 하여도 판결의 기속력에 반하지 않는다.
- ⑤ 乙은 甲에게 주택건설사업계획 승인처분을 하면서 자연보존 및 환경보호에 관한 조건이나 부담을 붙일 수 없다.

해설

- ① (X) 구 주택건설촉진법 제33조에 의한 주택건설사업계획의 승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로서 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속하므로, 이러한 승인을 받으려는 주택건설사업계획이 관계 법령이 정하는 제한에 배치되는 경우는 물론이고 그러한 제한사유가 없는 경우에도 공익상 필요가 있으면 처분권자는 그 승인신청에 대하여 불허가 결정을 할 수 있으며, 여기에서 말하는 「공익상 필요」에는 자연환경보전의 필요도 포함된다(대판 2007.05.10, 2005두13315). ☞ 재량행위는 요건이 충족되어도 거부할 수도 있다.
- ② (X) 행정절차법 제21조 제1항은 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리 방법, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 당사자 등에게 통지하도록 하고 있는바, 신청에 따른 처분이 이루어지지 아니한 경우에는 아직 당사자에게 권익이 부과되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 신청에 대한 거부처분이라고 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 신청에 대한 거부처분을 여기에서 말하는 ‘당사자의 권익을 제한하는 처분’에 해당한다고 할 수 없는 것이어서 처분의 사전통지대상이 된다고 할 수 없다(대판 2003.11.28, 2003두674). ☞ 거부처분이 행정절차법상 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분(불이익처분)에 해당하는지 견해대립이 있으나 판례는 소극설의 입장이다.
- ③ (X) 일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 안·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어서 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수는 없다. 행정청이 토지형질변경허가신청을 불허하는 근거규정으로 ‘도시계획법시행령 제20조’를 명시하지 아니하고 ‘도시계획법’이라고만 기재하였으나, 신청인이 자신의 신청이 개발제한구역의 지정목적에 현저히 지장을 초래하는 것이라는 이유로 구 도시계획법시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조 제1항 제2호에 따라 불허된 것임을 알 수 있었던 경우, 그 불허처분이 위법하지 아니하다(대판 2002.05.27, 2000두8912).
- ④ (O) 행정소송법 제30조 제2항의 규정에 의하면 행정청의 거부처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 그 처분을 행한 행정청이 판결의 취지에 따라 이전의 신청에 대하여 재처분할 의무가 있다고 할 것이나, 그 취소사유가 행정처분의 절차, 방법의 위법으로 인한 것이라면 그 처분 행정청은 그 확정판결의 취지에 따라 그 위법사유를 보완하여 다시 종전의 신청에 대한 거부처분을 할 수 있고, 그러한 처분도 위 조항에 규정된 재처분에 해당한다(대판 2005.01.14, 2003두13045). ☞ 취소판결의 기속력은 절차하자가 있어 위법하다는 점에 미치므로 절차하자를 보완하여 동일한 처분을 하는 것은 기속력에 반하지 않는다.
- ⑤ (X)

* 행정기본법 제17조(부관) ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.

29. 개인정보의 보호에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「개인정보 보호법」은 원칙적으로 민간기관만을 적용대상으로 한다.
 ㄴ. 「개인정보 보호법」상 “가명처리”란 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다.
 ㄷ. 「개인정보 보호법」에 의하면 통계작성 및 과학적 연구를 위하여는 특정 개인을 알아보기 위한 목적으로 가명정보를 처리할 수 있다.
 ㄹ. 「개인정보 보호법」상 개인정보처리자는 정보주체의 동의가 없더라도 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 법령상의 기준에 따른다면 개인정보를 추가적으로 이용할 수 있다.
 ㅁ. ‘법무부장관은 변호사시험합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하여야 한다.’고 규정한 「변호사 시험법」 규정은 개인정보자기결정권을 침해하는 것이 아니다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×), ㅁ(×) ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(×)
 ③ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(○) ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(○)
 ⑤ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)

해설

ㄱ. (×)

* 개인정보보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

5. “개인정보처리자”란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.
 6. “공공기관”이란 다음 각 목의 기관을 말한다.
 가. 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체
 나. 그 밖의 국가기관 및 공공단체 중 대통령령으로 정하는 기관

ㄴ. (○)

* 개인정보보호법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1의2. “가명처리”란 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다.

ㄷ. (×)

* 개인정보보호법 제28조의2(가명정보의 처리 등) ① 개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다.

- ② 개인정보처리자는 제1항에 따라 가명정보를 제3자에게 제공하는 경우에는 특정 개인을 알아보기 위하여 사용될 수 있는 정보를 포함해서는 아니 된다.

제28조의5(가명정보 처리 시 금지의무 등) ① 누구든지 특정 개인을 알아보기 위한 목적으로 가명정보를 처리해서는 아니 된다.

- ② 개인정보처리자는 가명정보를 처리하는 과정에서 특정 개인을 알아볼 수 있는 정보가 생성된 경우에는 즉시 해당 정보의 처리를 중지하고, 지체 없이 회수·파기하여야 한다.

ㄹ. (O) 개인정보보호법은 동의가 있는 경우 목적 외의 용도로 이용할 수도 있음을 예정하고 있다.

* 개인정보보호법 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우
3. 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우
4. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우
5. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우
6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다.

② 개인정보처리자는 제1항제1호에 따른 동의를 받을 때에는 다음 각 호의 사항을 정보주체에게 알려야 한다. 다음 각 호의 어느 하나의 사항을 변경하는 경우에도 이를 알리고 동의를 받아야 한다.

1. 개인정보의 수집·이용 목적
2. 수집하려는 개인정보의 항목
3. 개인정보의 보유 및 이용 기간
4. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용

③ 개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용할 수 있다.

ㄹ. (O) 심판대상조항의 입법목적은 공공성을 지닌 전문적인 변호사에 관한 정보를 널리 공개하여 법률서비스 수요자가 필요한 정보를 얻는 데 도움을 주고, 변호사시험 관리 업무의 공정성과 투명성을 간접적으로 담보하는 데 있다. 심판대상조항은 법무부장관이 시험 관리 업무를 위하여 수집한 응시자의 개인정보 중 합격자의 성명을 공개하도록 하는 데 그치므로, 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적이다. 합격자 명단이 공고되면 누구나, 언제든지 이를 검색할 수 있으므로, 심판대상조항은 공공성을 지닌 전문적인 변호사의 자격 소지에 대한 일반 국민의 신뢰를 형성하는 데 기여하며, 변호사에 대한 정보를 얻는 수단이 확보되어 법률서비스 수요자의 편의가 증진된다. 합격자 명단을 공고하는 경우, 시험 관리 당국이 더 엄정한 기준과 절차를 통해 합격자를 선정할 것이 기대되므로 시험 관리 업무의 공정성과 투명성이 강화될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2020.03.26, 2018헌마77·283·1024(병합)). 정답 ④

30. 행정의 실효성확보수단에 관한 내용 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 병무청장이 「병역법」에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다.
- ② 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입 물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 압수·수색 영장 없이 진행되었을 경우 특별한 사정이 없는 한 위법하다.
- ③ 조세부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.

- ④ 급박한 상황에 대처하기 위한 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」상 불법게임물의 영장 없는 수거는 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 헌법상 영장주의에 위배되지 않는다.
- ⑤ 구 「의료보험법」상 가산금의 납부독촉이 여러 번 반복된 경우, 최초의 독촉만이 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.

해설

- ① (○) 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다. 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않은 것이 적절하지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이며, 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않았거나 처분서를 작성·교부하지 않았다는 점만으로 항고소송의 대상적격을 부정하여서는 아니된다(대판 2019.06.27, 2018두49130). ☞ 병무청장이 ‘여호와와 증인’ 신도인 원고들을 병역의무 기피자로 판단하여 그 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하자 원고들이 이를 다투는 항고소송을 제기한 사안에서, 원심이 병무청장의 인적사항 등 공개결정이 항고소송의 대상인 ‘처분’에 해당하지 않는다고 판단한 것은 잘못이지만, 병무청장이 대법원 2018.11.01, 2016도10912 전원합의체 판결의 취지를 존중하여 상고심 계속 중에 그 공개결정을 직권으로 취소한 이상 소의 이익이 소멸하였으므로 원고들의 소를 각하한 결론은 결국 정당하다고 보아 상고기각한 사례
- ② (×) 관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, ‘국제우편물 수입통관 사무처리’(2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 ‘수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙’(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이 관세의 부과 징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다(대판 2013.09.26, 2013도7718).
- ③ (○) 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다퉴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다프으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다(대판 2011.03.10, 2009두23617, 23624).
- ④ (○) 이 사건 법률조항[관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 4호 중 게임물에 관한 규정 부분은]은 영장에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하면서, 법 제24조 제4항 및 제6항에서 ‘수거증 교부’

및 '중표 제시'에 관한 규정을 두고 있는 점으로 미루어 보아 영장제도를 배제하고 있는 취지로 해석되므로, 이 사건 법률조항이 영장주의에 위배되는지 여부가 문제된다.

영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 앞에서 본바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다(헌재 2002.10.31, 2000헌가12).

- ⑤ (O) 구 의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 전문 개정되기 전의 것) 제45조, 제55조, 제55조의2의 각 규정에 의하면, 보험자 또는 보험자단체가 사기 기타 부정한 방법으로 보험급여비용을 받은 의료기관에게 그 급여비용에 상당하는 금액을 부당이득으로 징수할 수 있고, 그 의료기관이 납부고지에서 지정된 납부기한까지 징수금을 납부하지 아니한 경우 국세체납절차에 의하여 강제징수할 수 있는바, 보험자 또는 보험자단체가 부당이득금 또는 가산금의 납부를 독촉한 후 다시 동일한 내용의 독촉을 하는 경우 최초의 독촉만이 징수처분으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되고 그 후에 한 동일한 내용의 독촉은 체납처분의 전제요건인 징수처분으로서 소멸시효 중단사유가 되는 독촉이 아니라 민법상의 단순한 최고에 불과하여 국민의 권리의무나 법률상의 지위에 직접적으로 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다(대판 1999.07.13, 97누119). 정답 ②

31. 甲은 자신의 집 옥상에 작은 규모의 창고를 증축하였는데, 관할 구청장 A는 이를 불법증축으로 판단하여 甲에게 해체명령을 하였다. 甲이 증축부분은 외부에서 잘 보이지 않고, 해체에 많은 비용이 소요된다고 주장하며 해체명령을 이행하지 않자, A는 甲에게 이행강제금을 부과하였다. 또한 A는 甲에 대하여 사망한 甲의 부친에게 부과하였던 이행강제금의 납부를 독촉하고 있다. 甲은 변호사 B에게 이행강제금의 법적 성질 및 부과 적법성에 대해서 자문을 구하였다. B의 답변 내용 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲: 변호사님, 돌아가신 부친에게 부과되었던 이행강제금도 제가 납부하여야 하나요?
乙: 그렇지 않습니다. 이행강제금 납부의무는 상속인에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로, 선생님께서는 작고하신 부친에게 부과되었던 이행강제금은 납부할 필요가 없습니다.
- ② 甲: 제가 옥상에 증축한 창고가 위법한 것이어서 정말 해체가 필요하다면 A가 행정대집행을 통해서 해체를 할 수 있는 것으로 알고 있습니다. 그럼에도 불구하고 굳이 제게 심리적 압박을 주면서 직접 해체하도록 요구할 수 있나요?
乙: 건축물의 해체의무는 대체적 작위의무에 해당하는데, 종래 부작위의무나 비대체적 작위의무가 이행강제금의 대상으로 인정되어 왔던 경우가 많기는 하지만, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대해서도 부과될 수 있습니다.

- ③ 甲: 그렇다면 A는 행정대집행과 이행강제금을 임의로 선택할 수 있고 별다른 제한은 없는 것 인가요?
乙: 그렇습니다. A는 제한 없이 행정대집행과 이행강제금을 선택적 또는 중첩적으로 활용할 수 있습니다.
- ④ 甲: 만약 제가 이번에 이행강제금을 납부하지 않으면 1년에 2번씩이나 계속 이행강제금이 부과될 수 있다고 하더군요. 그렇다면 나중에는 이행강제금이 제 집값보다 더 많게 될 수도 있을 텐데, 이런 것은 너무 과한 것 아닐까요?
乙: 과거 헌법재판소는, 이행강제금은 위법건축물의 원상회복을 궁극적인 목적으로 하고, 그 궁극적인 목적을 달성하기 위해서는 위법건축물이 존재하는 한 계속하여 부과할 수밖에 없어서 이행강제금을 부과함에 있어 통산횟수의 제한이 없더라도 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수는 없다고 보았습니다.
- ⑤ 甲: 주변에서 듣기로 이행강제금 이외에 A는 벌금을 부과할 수도 있다고 하던데, 그러는 것은 이중처벌 아닌가요?
乙: 벌금의 부과와 이행강제금의 부과는 보호법익과 목적에서 차이가 있어서 양자가 중복적으로 이루어진다 하더라도 이중처벌에 해당한다고 보기 어렵습니다.

해설

- ① (○) 구 건축법(2005.11.8. 법률 제7696호로 개정되기 전의 것)상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과되는 간접강제의 일종으로서 그 이행강제금 납부의무는 상속인 기타의 사람에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연히 무효이고, 이행강제금을 부과받은 사람의 이의에 의하여 비송사건절차법에 의한 재판절차가 개시된 후에 그 이의한 사람이 사망한 때에는 사건 자체가 목적을 잃고 절차가 종료한다(대결 2006.12.08, 2006마470).
- ② (○), ③ (×), ④ (○) 이 사건 법률조항(건축법 제80조1항 및 4항)은 ‘건축물의 안전과 기능, 미관을 향상시켜, 공공복리의 증진을 도모하기 위한 것’으로 그 입법목적이 정당하고, 이러한 목적 달성을 위하여 시정명령에 불응하고 있는 건축법 위반자에 대하여 이행강제금을 부과함으로써 시정명령에 응할 것을 강제하고 있으므로 적절한 수단이 된다. 또한 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정여지 등을 감안하여 허가권자는 행정대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있고, 행정대집행과 이행강제금 부과가 동시에 이루어지는 것이 아니라 허가권자의 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 이를 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없으며, 이행강제금은 위법건축물의 원상회복을 궁극적인 목적으로 하고, 그 궁극적인 목적을 달성하기 위해서는 위법건축물이 존재하는 한 계속하여 부과할 수밖에 없으며, 만약 통산 부과횟수나 통산 부과상한액의 제한을 두면 위반자에게 위법건축물의 현상을 고착할 수 있는 길을 열어 주게 됨으로써 이행강제금의 본래의 취지를 달성할 수 없게 되므로 이 사건 법률조항에서 이행강제금의 통산 부과횟수나 통산 부과상한액을 제한하는 규정을 두고 있지 않다고 하여 침해 최소성의 원칙에 반한다고 할 수는 없다. 그리고 이 사건 법률조항에 의하여 위반자는 위법건축물의 사용·수익·처분 등에 관한 권리가 제한되지만, 건축물의 안전과 기능, 미관을 향상시켜 공공복리의 증진을 도모하고자 하는 공익이 훨씬 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 법익 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하므로 위반자의 재산권을 침해하지 아니한다(헌재 2011.1

0.25, 2009헌바140). ☞ 선택적으로 활용할 수는 있지만 대집행과 이행강제금을 동시에 중첩적으로 행할 수는 없다.

- ⑤ (○) 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 이행강제금은 일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻을 미리 계고함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래에 그 의무를 이행하게 하려는 행정상 간접적인 강제집행 수단의 하나로서 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재로서의 형벌이 아니라 장래의 의무이행의 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서 범죄에 대하여 국가가 형벌권을 실행한다고 하는 과벌에 해당하지 아니하므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌금지의 원칙이 적용될 여지가 없을 뿐 아니라, 건축법 제108조, 제110조에 의한 형사처벌의 대상이 되는 행위와 이 사건 법률조항에 따라 이행강제금이 부과되는 행위는 기초적 사실관계가 동일한 행위가 아니라 할 것이므로 이런 점에서도 이 사건 법률조항이 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지의 원칙에 위반되지 아니한다(헌재 2011.10.25, 2009헌바140). 정답 ③

32. Y도지사는 「산업단지 및 개발에 관한 법률」에 따라 A주식회사를 사업시행자로 지정하고 관내 P지역을 산업단지로 지정·고시하였다. 甲은 P지역 내 토지의 소유자로서 甲의 일단의 토지 중 90%가 위 산업단지 구역으로 지정되었다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A주식회사가 甲과 협의하여 甲소유의 토지를 취득한 경우 그 협의취득은 공법상 계약에 해당하고, 이에 대한 분쟁은 당사자소송에 의한다.
- ② A주식회사와 甲 사이에 협의를 성립되지 않아 Y도지방토지수용위원회의 수용재결이 있었다면 A주식회사와 甲이 다시 협의하여 토지의 취득과 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 없다.
- ③ 甲이 A주식회사에게 위 산업단지 구역으로 지정된 토지 위의 지장물에 대한 재결신청을 청구하였으나 그 청구가 거부된 경우, 甲은 A주식회사를 상대로 손실보상소송을 제기하여 보상청구권을 행사할 수 있다.
- ④ Y도지방토지수용위원회가 위 산업단지 구역으로 지정된 토지에 대하여 수용재결을 하였으나 甲의 일단의 토지 중 10%의 잔여지에 대한 수용청구 부분에 대해서는 받아들이지 않은 경우, 甲은 A주식회사를 상대로 보상금증감에 관한 소송을 제기하여 보상청구권을 행사할 수 있다.
- ⑤ A주식회사의 사업시행으로 甲이 수용대상 토지에서 운영해 왔던 화훼소매업의 폐지가 불가피한 경우, 甲은 그 영업손실을 보전받기 위하여 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상청구를 할 수 있다.

해설

- ① (×) 공공사업의 시행자가 토지수용법에 의하여 그 사업에 필요한 토지를 취득하는 경우 그것이 협의에 의한 취득이고 토지수용법 제25조의2의 규정에 의한 협의 성립의 확인이 없는 이상, 그 취득행위는 어디까지나 사경제 주체로서 행하는 사법상의 취득으로서 승계취득한 것으로 보아야 할 것이고, 재결에 의한 취득과 같이 원시취득한 것으로 볼 수는 없다(대판 1996.02.13, 95다3510). ☞ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 협의의 법적성질에 대하여 사업시행자가 토지소유자등과 법적으로 대등한 지

- 위에서 행하는 임의적 합의라는 사법상 계약설과 합의는 수용권의 주체인 사업시행자가 수용권을 실행하는 방법에 불과하다는 공법상 계약설이 대립한다. 과거 공익사업에 있어서 합의취득에 대해서는 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법이 규율했었고, 강제수용에 대해서는 토지수용법이 규율하고 있었는데 두 법이 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률로 통합되었다. 동법에 의하면 협의절차도 사업인정 전의 협의(제16조)와 사업인정 후의 협의(제26조)가 있는데 판례는 사업인정 전의 협의에 해당하는 구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법상의 협의취득에 대하여 사법상계약으로 보았고(대판 1981.05.26, 80다2109), 사업인정 후의 협의에 해당하는 토지수용법상의 협의에 대해서도 위 판례에서 사법상계약으로 본 것이다. 최근 판례 중에도 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의한 보상합의는 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 계약의 실질을 가지는 것으로서, 당사자 간의 합의로 같은 법 소정의 손실보상의 기준에 의하지 아니한 손실보상금을 정할 수 있으며, 이와 같이 같은 법이 정하는 기준에 따르지 아니하고 손실보상액에 관한 합의를 하였다고 하더라도 그 합의가 착오 등을 이유로 적법하게 취소되지 않는 한 유효하다는 판례도 있다(대판 2013.08.22, 2012다3517).
- ② (X) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다)은 사업시행자로 하여금 우선 협의취득 절차를 거치도록 하고, 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에 수용재결 취득 절차를 밟도록 예정하고 있기는 하다. 그렇지만 일단 토지수용위원회가 수용재결을 하였더라도 사업시행자로서는 수용 또는 사용의 개시일까지 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급 또는 공탁하지 아니함으로써 재결의 효력을 상실시킬 수 있는 점, 토지소유자 등은 수용재결에 대하여 이의를 신청하거나 행정소송을 제기하여 보상금의 적정 여부를 다룰 수 있는데, 그 절차에서 사업시행자와 보상금액에 관하여 임의로 합의할 수 있는 점, 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리를 증진시키고, 재산권을 적정하게 보호하려는 토지보상법의 입법 목적(제1조)에 비추어 보더라도 수용재결이 있는 후에 사법상 계약의 실질을 가지는 협의취득 절차를 금지해야 할 별다른 필요성을 찾기 어려운 점 등을 종합해 보면, 토지수용위원회의 수용재결이 있는 후라고 하더라도 토지소유자 등과 사업시행자가 다시 협의하여 토지 등의 취득이나 사용 및 그에 대한 보상에 관하여 임의로 계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다(대판 2017.04.13, 2016두64241).
- ③ (X) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제28조, 제30조에 따르면, 편입토지 보상, 지장물 보상, 영업·농업 보상에 관해서는 사업시행자만이 재결을 신청할 수 있고 토지소유자와 관계인은 사업시행자에게 재결신청을 청구하도록 규정하고 있으므로, 토지소유자나 관계인의 재결신청 청구에도 사업시행자가 재결신청을 하지 않을 때 토지소유자나 관계인은 사업시행자를 상대로 거부처분 취소소송 또는 부작위 위법확인소송의 방법으로 다투어야 한다. 구체적인 사안에서 토지소유자나 관계인의 재결신청 청구가 적법하여 사업시행자가 재결신청을 할 의무가 있는지는 본안에서 사업시행자의 거부처분이나 부작위가 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대판 2019.08.29, 2018두57865).
- ④ (O) 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것) 제74조 제1항에 규정되어 있는 잔여지 수용청구권은 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 요건을 구비한 때에는 잔여지를 수용하는 토지수용위원회의 재결이 없더라도 그 청구에 의하여 수용의 효과가 발생하는 형성권적 성질을 가지므로, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 위 법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하여 사업시행자를 피고로 하여야 한다(대판 2010.08.19, 2008두822).
- ⑤ (X) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다) 제26조, 제28조, 제30조, 제34조, 제50조, 제61조, 제79조, 제80조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용과 입법 취지 등을 종합하면, 공익사업으로 인하여 공익사업시행지구 밖에서 영업을 휴업하는 자가 사업시행자로부터 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제47조 제1항에 따라 영업손실에 대한 보상을

받기 위해서는, 토지보상법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐이다. 이러한 재결 절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다(대판 2019. 11.28, 2018두227). ☞ 토지보상법상 공익사업시행지구 밖 영업손실보상대상에 공익사업의 시행으로 설치되는 시설의 형태·구조·사용 등에 기인하여 발생한 손실도 포함된다고 판단하고, 이를 토대로 원고가 주장하는 토지보상법상 손실보상청구권이 성립하였고 그에 관한 쟁송이 공법상 당사자소송 절차에 의하여야 한다고 본 원심의 결론을 수긍하여 상고기각한 사례 정답 ④

33. 甲은 변호사 개업활동을 해 오던 중 형사범죄로 선고유예 판결이 확정되어 대한변호사협회로부터 변호사 등록이 취소되었다. 이후 「변호사법」에서 정한 선고유예 판결에 따른 2년의 변호사등록 결격기간이 지나자, 甲은 이 선고유예 판결의 확정증명원만 첨부하고 다른 범죄경력조회서는 첨부하지 않은 채 다시 변호사등록신청을 하였다. 서울지방법변호사회는 “甲에 대한 선고유예 판결이 2년이 경과하여 등록거부사유가 없으므로 등록을 함이 타당하다.”는 의견서를 첨부하여 대한변호사협회에 송부하였다. 그러나 대한변호사협회장 乙은 甲에게 「변호사법」에서 정한 등록거부사유가 있다는 전제 하에 등록심사위원회에 甲에 대한 변호사등록 여부를 안건으로 회부하였고, 등록심사위원회는 甲이 등록거부사유에 해당하는지 여부를 심의하였으나 위 선고유예 확정판결 이외에 다른 사유를 확인하지 못하였음에도 별다른 이유 없이 2개월간 등록을 지연하였다. 이에 甲은 변호사등록이 2개월간 지연되었음을 이유로 손해배상소송을 제기하고자 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대한변호사협회는 공법인으로서 위탁받은 공행정사무에 관한 행정주체의 지위에서 배상책임을 부담한다.
- ② 공법인의 피용인은 실질적인 의미에서 공무를 수행한 사람으로서 「국가배상법」 제2조에서 정한 공무원에 해당하므로 고의 또는 중과실이 있는 경우 배상책임을 부담한다.
- ③ 공무원의 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다.
- ④ 乙은 대한변호사협회장으로서 서울지방법변호사회의 의견을 임의로 무시한 경과실이 인정되면 甲에 대한 개인적 배상책임을 부담한다.
- ⑤ 甲은 국가의 독자적인 감독상 과실이 인정되지 않는 한 국가를 상대로 배상청구를 할 수 없다.

해설

① (O), ② (O), ③ (O), ④ (X) [1] 공법인이 국가로부터 위탁받은 공행정사무를 집행하는 과정에서 공법인의 임직원이나 피용인이 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는, 공법인은 위탁받은 공행정사무에 관한 행정주체의 지위에서 배상책임을 부담하여야 하지만, 공법인의 임직원이나 피용인은 실질적인 의미에서 공무를 수행한 사람으로서 국가배상법 제2조에서 정한 공무원에 해당하므로 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 배상책임을 부담하고 경과실이 있는 경우에는 배상책임을 면한다. 한편 공무원의 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다.~~(중략)~~

취소심판의 대상이 되지 않는다는 견해도 있었으나 통설은 취소심판의 대상도 된다고 했었고 취소심판은 처분을 대상으로 하며 처분에는 거부처분도 포함되므로 실무에서도 취소심판의 대상으로 인정하고 있었다. 개정 행정심판법은 취소심판이나 무효등확인심판의 대상에 거부처분이 포함됨을 명문으로 규정하고 있다(제49조2항).

ㄴ. (○)

- * 행정심판법 제1조(목적) 이 법은 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분(處分)이나 부작위(不作爲)로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 한다.
- * 행정심판법 제5조(행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다.
 1. 취소심판 : 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판

ㄷ. (○) 행정심판법은 임시처분제도를 도입하여 거부처분이나 부작위의 경우 임시처분이 가능하도록 함으로서 집행정지가 갖는 한계를 극복하고 있다. 당사자의 신청이 있는 경우 뿐만 아니라 직권으로도 가능하다.

- * 행정심판법 제31조(임시처분) ① 위원회는 처분 또는 부작위가 위법·부당하다고 상당히 의심되는 경우로서 처분 또는 부작위 때문에 당사자가 받을 우려가 있는 중대한 불이익이나 당사자에게 생길 급박한 위험을 막기 위하여 임시지위를 정하여야 할 필요가 있는 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 임시처분을 결정할 수 있다.

ㄹ. (×)

- * 행정심판법 제40조(심리의 방식) ① 행정심판의 심리는 구술심리나 서면심리로 한다. 다만, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 하여야 한다.
 - ② 위원회는 제1항 단서에 따라 구술심리 신청을 받으면 그 허가 여부를 결정하여 신청인에게 알려야 한다.
 - ③ 제2항의 통지는 간이통지방법으로 할 수 있다.

ㅁ. (○)

- * 행정심판법 제43조의2(조정) ① 위원회는 당사자의 권리 및 권한의 범위에서 당사자의 동의를 받아 심판청구의 신속하고 공정한 해결을 위하여 조정을 할 수 있다. 다만, 그 조정이 공공복리에 적합하지 아니하거나 해당 처분의 성질에 반하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ② 위원회는 제1항의 조정을 함에 있어서 심판청구된 사건의 법적·사실적 상태와 당사자 및 이해관계자의 이익 등 모든 사정을 참작하고, 조정의 이유와 취지를 설명하여야 한다.
 - ③ 조정은 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 서명 또는 날인하고 위원회가 이를 확인함으로써 성립한다.
 - ④ 제3항에 따른 조정에 대하여는 제48조부터 제50조까지, 제50조의2, 제51조의 규정을 준용한다.

정답 ④

35. 취소소송의 원고적격에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 乙 소유의 도로를 공로에 이르는 유일한 통로로 이용하였으나, 甲 소유의 대지에 연결하여 새로운 공로가 개설되어 그 쪽 출입문을 내어 바로 새로운 공로에 이를 수 있게 된 경우, 甲이 乙 소유의 도로에 대한 도로폐지허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ② 甲이 국민권익위원회에 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 신고와 신분보장조치를 요구하였고, 국민권익위원회가 甲의 소속기관 장인 시·도선거관리위원회

위원장 乙에게 ‘甲에 대한 증징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구’하는 내용의 조치요구를 한 경우, 국가기관인 乙은 위 조치요구의 취소를 구할 원고적격이 인정되지 않고, 다만 기관소송으로 위 조치요구를 다룰 수 있다.

- ③ 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.
- ④ 법인에 대한 행정처분으로 인하여 법인이 더 이상 영업 전부를 행할 수 없게 되고, 영업에 대한 인·허가의 취소 등을 거쳐 해산·청산되는 절차 또한 처분 당시 이미 예정되어 있으며, 그 후속절차가 취소되더라도 그 처분의 효력이 유지되는 한 당해 법인이 종전에 행하던 영업을 다시 행할 수 없는 예외적인 경우에는 법인의 주주도 법인에 대한 행정처분에 관하여 그 효력을 다룰 원고적격이 있다.
- ⑤ 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때라도, 허가 등의 처분을 받지 못한 자가 명백한 법적 장애로 인하여 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 당해 처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.

해설

- ① (○) 갑이 을 소유의 도로를 공로에 이르는 유일한 통로로 이용하였으나 갑 소유의 대지에 연결하여 새로운 공로가 개설되어 그 쪽으로 출입문을 내어 바로 새로운 공로에 이를 수 있게 된 경우, 을의 신청에 따라 관할 행정청이 을 소유의 도로에 대하여 한 도로폐지허가처분으로 인하여 을 소유의 도로가 구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제2조 제11호 (나)목 소정의 도로에 해당하지 않게 되었다고 하더라도 주위토지소유자인 갑의 대지 및 그 지상의 주택은 같은 법 제2조 제11호 소정의 새로 개설된 도로에 접하고 있으므로 여전히 같은 법 제33조 소정의 점도의무가 충족된다고 할 것이고, 도로폐지허가처분 이전에 을 소유의 도로에 대하여 같은 법 제34조, 제36조, 제37조가 적용됨으로써 갑이 갖고 있던 통행의 이익이 도로폐지허가처분에 의하여 상실되었다고 하더라도 이러한 갑의 폐지된 도로에 대한 통행의 이익은 같은 법에 의한 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이익에 불과하고 이를 같은 법에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익에 해당한다고 보기도 어렵고, 또한 갑이 종전에 갖고 있던 폐지된 도로에 대한 주위토지통행권은 새로운 도로가 개설됨으로써 도로폐지허가처분 당시에는 이미 소멸하였을 뿐만 아니라, 도로폐지허가처분 당시에는 폐지된 도로의 소유자인 을에게 폐지된 도로에 대한 독점적·배타적 사용수익권이 있다고 할 것이어서 그 제한을 전제로 한 갑의 폐지된 도로에 대한 무상통행권도 인정되지 않는다고 할 것이므로, 도로폐지허가처분으로 인하여 갑이 폐지된 도로에 대한 사법상의 통행권을 침해받았다고 볼 수도 없다 할 것이어서 갑에게는 도로폐지허가처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다(대판 1999.12.07. 97누12556).
- ② (×) 갑이 국민권익위원회에 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 ‘국민권익위원회법’이라 한다)에 따른 신고와 신분보장조치를 요구하였고, 국민권익위원회가 갑의 소속기관 장인 을 시·도 선거관리위원회 위원장에게 ‘갑에 대한 증징계요구를 취소하고 향후 신고로 인한 신분상 불이익처분 및 근무조건상의 차별을 하지 말 것을 요구’하는 내용의 조치요구를 한 사안에서, 국가기관 일방의 조치요구

에 불응한 상대방 국가기관에 국민권익위원회법상의 제재규정과 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정하는 다른 법령의 사례를 찾아보기 어려운 점, 그럼에도 을이 국민권익위원회의 조치요구를 다룰 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어 보면, 처분성이 인정되는 위 조치요구에 불복하고자 하는 을로서는 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이므로 비록 을이 국가기관이더라도 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 보는 것이 타당하고, 을이 위 조치요구 후 갑을 파면하였다고 하더라도 조치요구가 곧바로 실효된다고 할 수 없고 을은 여전히 조치요구를 따라야 할 의무를 부담하므로 을에게는 위 조치요구의 취소를 구할 법률상 이익도 있다(대판 2013.07.25, 2011두1214). ☞ 판례는 국립대학교 총장과 같은 행정기관의 당사자능력도 부정한다. 그런데 위 판례는 행정기관의 당사자능력 및 원고적격을 인정하였는데, 동 판례가 행정기관의 당사자능력을 일반적으로 인정하였다고 보기는 어렵고 본래는 기관소송의 대상이 되어야 하나 기관소송법정주의 하에서 경기도선거관리위원장의 불복수단이 규정되어 있지는 않은 상태에서 행정기관의 구제수단이 필요한 현실적 측면에서 예외적인 판례가 나온 것이라고 볼 수 있다. 최근 판례 중에는 처분성이 인정되는 국민권익위원회의 조치요구에 불복하고자 하는 소방청장에게 예외적으로 당사자능력과 원고적격을 인정한 판례도 있다(대판 2018.08.01, 2014두35379).

- ③ (O) 개발제한구역 중 일부 취락을 개발제한구역에서 해제하는 내용의 도시관리계획변경결정에 대하여, 개발제한구역 해제대상에서 누락된 토지의 소유자는 위 결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 한 사례(대판 2008.07.10, 2007두10242).
- ④ (O) 법인의 주주는 법인에 대한 행정처분에 관하여 사실상이나 간접적인 이해관계를 가질 뿐이어서 스스로 그 처분의 취소를 구할 원고적격이 없는 것이 원칙이다. 다만 그 처분으로 인하여 법인이 더 이상 영업 전부를 행할 수 없게 되고, 영업에 대한 인·허가의 취소 등을 거쳐 해산 청산되는 절차 또한 처분 당시 이미 예정되어 있으며, 그 후속절차가 취소되더라도 그 처분의 효력이 유지되는 한 당해 법인이 종전에 행하던 영업을 다시 행할 수 없는 예외적인 경우에는 주주도 그 처분에 관하여 직접적·구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 보아 그 효력을 다룰 원고적격이 있지만(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002두5313 판결 등 참조), 만일 그 법인의 주주가 법인에 대한 행정처분 이후의 주식 양수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 처분에 대하여 간접적·경제적 이해관계를 가질 뿐 법률상 직접적·구체적 이익을 가지는 것은 아니다(대판 2010.05.13, 2010두2043).
- ⑤ (O) 인·허가 등의 수익적 행정처분을 신청한 수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가 등으로 귀결될 수밖에 없는 때 허가 등의 처분을 받지 못한 자는 비록 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 처분의 취소를 구할 원고 적격이 있다. 다만, 명백한 법적 장애로 인하여 원고 자신의 신청이 인용될 가능성이 처음부터 배제되어 있는 경우에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다(대판 2009.12.10, 2009두8359). ☞ 경원자소송에서 경원자관계에 있는 자는 제3자이지만 원고적격이 인정된다. 단서 부분은 협의의 소의 이익(권리보호의 필요)에 관한 판시이다.

정답 ②

36. 甲에 대한 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 그 처분의 당사자가 아닌 제3자 乙에게 인정되는 경우를 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲은 신규로 담배일반소매인지정을 받았는데, 甲의 영업소는 기존 담배일반소매인 乙의 영업소로부터 처분의 근거법령에서 정하고 있는 소매인 영업소 간 제한거리 이내에 위치하였다. 乙은 甲에 대한 담배소매인지정처분의 취소를 구하고자 한다.
- ㄴ. 甲은 신규로 담배내소매인지정을 받았는데, 甲의 영업소는 기존 담배일반소매인 乙의 영업소로부터 처분의 근거법령에서 정하고 있는 소매인 영업소 간 제한거리 이내에 위치

하였다. 乙은 甲에 대한 담배소매인지정처분의 취소를 구하고자 한다.

- ㉔. 면허처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 목적으로 하고 있는 경우, 甲에 대한 사업면허변경처분이 종전보다 甲에게 불리하게 이루어졌는데 경영자 乙은 당해 변경처분의 취소를 구하고자 한다.
- ㉕. 교육부장관이 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 甲 대학교를 설치·운영하는 甲 학교법인의 이사를 선임한 데 대하여 총학생회 乙은 이사선임처분의 취소를 구하고자 한다.
- ㉖. 甲 교통주식회사는 노사 간의 임금협정을 통하여 운전기사의 합승행위 등으로 회사에 대하여 과징금이 부과되면 당해 운전기사에 대한 상여금지급시 그 금액상당을 공제하기로 하였다. 운전기사 乙의 합승행위를 이유로 甲회사에 과징금이 부과되어 乙의 상여금지급이 제한되자, 乙은 과징금부과처분의 취소를 구하고자 한다.

① ㉒, ㉔, ㉕

② ㉒, ㉕

③ ㉒, ㉖

④ ㉓, ㉔

⑤ ㉓, ㉕, ㉖

해설

- ㉒. (○) 구 담배사업법(2007. 7. 19. 법률 제8518호로 개정되기 전의 것)과 그 시행령 및 시행규칙의 관계 규정에 의하면, 담배소매인을 일반소매인과 구내소매인으로 구분하여, 일반소매인 사이에서는 그 영업소 간에 군청, 읍·면사무소가 소재하는 리 또는 동지역에서는 50m, 그 외의 지역에서는 100m 이상의 거리를 유지하도록 규정하는 등 일반소매인의 영업소 간에 일정한 거리제한을 두고 있는데, 이는 담배유통구조의 확립을 통하여 국민의 건강과 관련되고 국가 등의 주요 세원이 되는 담배산업 전반의 건전한 발전 도모 및 국민경제에의 이바지라는 공익목적을 달성하고자 함과 동시에 일반소매인 간의 과당경쟁으로 인한 불합리한 경영을 방지함으로써 일반소매인의 경영상 이익을 보호하는 데에도 그 목적이 있다고 보이므로, 일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 일반소매인에 대한 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익이 아니라 법률상 보호되는 이익으로서 기존 일반소매인이 신규 일반소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다(대판 2008.03.27, 2007두23811). ☞ 제3자호 행정행위에서 경업자소송의 전형적인 사례이다. 기존일반소매인과 신규 일반소매인 간에 기존일반소매인의 원고적격을 인정한 것이다. 거리제한규정은 과당경쟁으로 인한 불합리한 경영을 방지하는 것을 보호목적으로 하고 있다고 해석되므로 갑의 이익은 사실상 이익이 아니라 법률상 이익에 해당한다.
- ㉓. (×) 구내소매인과 일반소매인 사이에서는 구내소매인의 영업소와 일반소매인의 영업소 간에 거리제한을 두지 아니할 뿐 아니라 건축물 또는 시설물의 구조·상주인원 및 이용인원 등을 고려하여 동일 시설물 내 2개소 이상의 장소에 구내소매인을 지정할 수 있으며, 이 경우 일반소매인이 지정된 장소가 구내소매인 지정대상이 된 때에는 동일 건축물 또는 시설물 안에 지정된 일반소매인은 구내소매인으로 보고, 구내소매인이 지정된 건축물 등에는 일반소매인을 지정할 수 없으며, 구내소매인은 담배진열장 및 담배소매점 표시판을 건물 또는 시설물의 외부에 설치하여서는 아니 된다고 규정하는 등 일반소매인의 입장에서 구내소매인과의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것을 그 목적으로 할 수 있다고 보기 어려우므로, 일반소매인으로 지정되어 영업을 하고 있는 기존업자의 신규 구내소매인에 대한 이익은 법률상 보호되는 이익이 아니라 단순한 사실상의 반사적 이익이라고 해석함이 상당하므로, 기존 일반소매인은 신규 구내소매인 지정처분의 취소를 구할 원고적격이 없다(대판 2008.04.10, 2008두402). ☞ 기존일반소매인과 신규 구내소매인 간에는 거리제한규정이 없어 처분의 근거법규가 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것을 그 목적으로 하고 있지 않다고 보아 기존일반소매인의 원고적격을 부정할 것이다.

- ㉔. (X) 일반적으로 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 목적으로 하고 있는 경우, 다른 업자에 대한 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경쟁자에 대하여 이루어진 면허나 인허가 등 행정처분의 상대방이 아니라고 하더라도 당해 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구할 이익이 있다. 그러나 경업자에 대한 행정처분이 경쟁자에게 불리한 내용이라면 그와 경쟁관계에 있는 기존의 업자에게는 특별한 사정이 없는 한 유리할 것이므로 기존의 업자가 그 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구할 이익은 없다고 보아야 한다(대판 2020. 04.09, 2019두49953).
- ㉕. (O) 교육부장관이 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 甲 대학교를 설치·운영하는 乙 학교법인의 이사 8인과 임시이사 1인을 선임한 데 대하여 甲 대학교 교수협의회와 총학생회 등이 이사선임처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 사안에서, 甲 대학교 교수협의회와 총학생회는 이사선임처분을 다룰 법률상 이익을 가지지만, 전국대학노동조합 甲 대학교지부는 법률상 이익이 없다고 한 사례(대판 2015.07.23, 2012두19496,19502).
- ㉖. (X) 회사의 노사 간에 임금협정을 체결함에 있어 운전기사의 합승행위 등으로 회사에 대하여 과징금이 부과되면 당해 운전기사에 대한 상여금지급시 그 금액상당을 공제하기로 함으로써 과징금의 부담을 당해 운전기사에게 전가하도록 규정하고 있고 이에 따라 당해 운전기사의 합승행위를 이유로 회사에 대하여 한 과징금부과처분으로 말미암아 당해 운전기사의 상여금지급이 제한되었다고 하더라도, 과징금부과처분의 직접 당사자 아닌 당해 운전기사로서는 그 처분의 취소를 구할 직접적이고 구체적인 이익이 있다고 볼 수 없다(대판 1994.04.12, 93누24247). 정답 ②

37. X사립대학교 교원 甲은 근무태도 불량을 이유로 X학교법인으로부터 해임통지를 받았다. Y국립대학교 교원 乙은 뇌물수수혐의로 Y국립대학교 총장으로부터 파면통지를 받았다. 甲과 乙은 각각 교원소청심사위원회(이하 ‘위원회’)에 징계처분의 취소를 구하는 심사청구를 제기하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲의 심사청구에 대하여 위원회가 해임결정을 정직으로 변경하는 결정을 한 경우, 위원회의 이 결정은 행정심판의 재결에 해당하여 그 자체로 기속력을 갖는다.
- ② 甲의 심사청구에 대하여 위원회가 인용결정을 한 경우, X학교법인은 위원회를 상대로 민사소송을 제기하여 인용결정의 무효확인을 구할 수 있다.
- ③ 乙의 심사청구에 대하여 위원회가 파면처분을 해임처분으로 변경하는 결정을 한 경우, 乙은 Y국립대학교 총장을 상대로 해임처분으로 변경된 당초 처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있다.
- ④ 乙의 심사청구에 대하여 위원회가 인용결정을 한 경우, Y국립대학교 총장은 위원회를 상대로 인용결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다.
- ⑤ 甲과 乙의 심사청구에 대하여 위원회가 기각결정을 한 경우, 甲과 乙은 기각결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다.

해설

- ① (X), 국공립학교 교원에 관한 징계처분에 대한 교원소청심사위원회의 취소결정은 성질이 행정심판의 재결

에 해당하므로 결정 자체에 고유한 위법이 있는 경우에만 항고소송으로 다룰 수 있다. 그러나 사립학교 교원에 관한 징계처분은 사법상 행위로서 행정처분이 아니며 이에 대한 교원소청절차는 학교법인과 교원 사이의 사법적 분쟁을 해결하기 위한 간이한 분쟁해결절차로서의 성격을 가지므로 교원소청심사위원회의 결정은 그 성질이 특정한 법률관계에 대하여 의문이 있거나 다툼이 있는 경우에 행정청이 공적 권위를 가지고 판단·확정하는 행정처분에 해당하며 행정심판의 재결이라고 할 수 없다. ☞ 사립대 교원인 갑은 사립대 교원인

- ② (X) [1] 교원지위 향상을 위한 특별법 제10조 제3항, 대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법 제10조 제2항, 사립학교법 제53조의2 제1항, 제2항 규정들의 내용 및 원래 교원만이 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있도록 한 구 교원지위 향상을 위한 특별법(2007. 5. 11. 법률 제8414호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항이 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2006. 02. 23. 선고 2005헌가7, 2005헌마1163 전원재판부 결정)에 따라 학교법인 및 사립학교 경영자뿐 아니라 소청심사의 피청구인이 된 학교의 장 등도 행정소송을 제기할 수 있도록 현재와 같이 개정된 경우, 학교의 장은 학교법인의 위임 등을 받아 교원에 대한 징계처분, 인사발령 등 각종 업무를 수행하는 등 독자적 기능을 수행하고 있어 이러한 경우 하나의 활동단위로 특정될 수 있는 점까지 아울러 고려하여 보면, 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는 자에는 교원지위 향상을 위한 특별법 제10조 제3항에서 명시하고 있는 교원, 사립학교법 제2조에 의한 학교법인, 사립학교 경영자뿐 아니라 소청심사의 피청구인이 된 학교의 장도 포함된다고 보는 것이 타당하다.

[2] 사립대학교 총장이 소속 대학교 교원의 임용권을 위임받아 전임강사 갑에 대하여 재임용기간의 경과를 이유로 당연면직의 통지를 하였고, 이에 갑이 총장을 피청구인으로 재임용 거부처분 취소 청구를 하여 교원소청심사위원회가 재임용 거부처분을 취소한다는 결정처분을 한 사안에서, 대학교 총장이 교원소청심사위원회를 상대로 결정처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 당사자능력 및 당사자적격이 있다고 한 사례(대판 2011.06.24. 2008두9317). ☞ 교원소청심사위원회의 인용결정에 대해 법률에서는 명시적으로 소송을 제기할 수 있도록 인정한 학교법인과 학교의 경영자 외에 학교장도 제기할 수 있다는 것이 판례이다.

*** 교원지위 향상을 위한 특별법**

제10조(소청심사 결정 등) ① 심사위원회는 소청심사청구를 접수한 날부터 60일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다. 다만, 심사위원회가 불가피하다고 인정하면 그 의결로 30일을 연장할 수 있다.

④ 제1항에 따른 심사위원회의 결정에 대하여 교원, 「사립학교법」 제2조에 따른 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자(공공단체는 제외한다)는 그 결정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다.

- ③ (O) 유리하게 수정하는 재결이 있는 경우 유리하게 수정된 원처분이 소송의 대상이 된다는 것이 판례이다(수정된 원처분설). 이에 의하면 乙은 해임처분으로 변경된 당초 처분에 대한 취소소송을 원처분청인 Y국립대학교 총장을 피고로 제기할 수 있다.
- ④ (X) 행정심판에서 인용재결이 있는 경우에 피청구인인 행정청은 행정소송을 제기할 수 없다는 것이 판례이다. 교원소청심사위원회의 인용결정은 인용재결에 해당하므로 피소청인 Y국립대학교 총장은 위원회를 상대로 인용결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 없다.
- ⑤ (X) 행정소송법 제19조는 “취소소송은 처분 등을 대상으로 한다. 다만, 재결취소소송의 경우에는 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한한다”고 규정하고 있고, 교원지위향상을 위한 특별법은 각급학교 교원의 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대한 소청심사를 하기 위하여 교육과학기술부에 교원소청심사위원회를 두고(제7조 제1항), 교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있으며(제9조 제1항), 교원은 교원소청심사위원회의 소청심사결정에 대하

여 그 결정서를 송달받은 날부터 90일 이내에 행정소송법으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다 (제10조 제3항)고 규정하고 있다. 따라서 국립대학교 총장의 국립대학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 행정처분이므로 국립대학교 교원이 국립대학교 총장의 징계 등 불리한 처분에 대하여 불복이 있으면 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구하고 위 심사위원회의 소청심사결정에 불복이 있으면 항고소송으로 이를 닦아야 할 것인데, 이 경우 그 소송의 대상이 되는 처분은 원칙적으로 원처분인 국립대학교 총장의 처분이고, 국립대학교 총장의 처분이 정당한 것으로 인정되어 소청심사청구를 기각한 소청심사결정 자체에 대한 항고소송은 원처분의 하자를 이유로 주장할 수 없고, 그 소청심사결정 자체에 고유한 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우, 즉 원처분에는 없고 소청심사결정에만 있는 교원소청심사위원회의 권한 또는 구성의 위법, 소청심사결정의 절차나 형식의 위법, 내용의 위법 등이 존재하는 때에 한하고 (대법원 1993. 08. 24. 선고 93누5673 판결, 대법원 1994. 02. 08. 선고 93누17874 판결 등 참조), 신청을 기각하는 소청심사결정에 사실오인이나 재량권 남용·일탈 등의 위법이 있다는 사유는 소청심사결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 것으로 볼 수 없다(대판 2009.10.15, 2009두11829). ◻ 갑의 심사청구에 대한 기각결정은 행정처분에 해당하므로 갑은 기각결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있지만, 을의 심사청구에 대한 기각결정은 재결에 해당하므로 고유한 위법이 있는 경우에만 기각결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다. 정답 ③

38. 2021년 1월 12일 전부개정되어 시행되고 있는 「지방자치법」(법률 제18661호)의 내용으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 주민은 지방자치단체의 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 해당 지방자치단체의 장에게 청구할 수 있다.
- ㄴ. 지방의회의 의장은 지방의회 사무직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·의회규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육·훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다.
- ㄷ. 지방자치단체의 의회와 집행기관에 관한 「지방자치법」의 규정에도 불구하고 따로 법률로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 장의 선임방법을 포함한 지방자치단체의 기관구성 형태를 달리 할 수 있다.
- ㄹ. 지방자치단체는 국가의 외교·통상 정책과 배치되지 아니하는 범위에서 국제교류·협력, 통상·투자유치를 위하여 외국의 지방자치단체, 민간기관, 국제연합과 협력을 추진할 수 있다.
- ㅁ. 2개 이상의 지방자치단체가 특정한 목적을 위하여 공동으로 사무를 처리할 필요가 있어 특별지방자치단체를 설치하는 경우, 구성 지방자치단체의 장의 협의를 거쳐 기초 지방자치단체의 경우에는 광역 지방자치단체장의 승인을, 광역 지방자치단체의 경우에는 행정안전부장관의 승인을 받아야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄹ, ㅁ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㅁ
- ⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

ㄱ. (×)

* 지방자치법 제19조(조례의 제정과 개정·폐지 청구) ① 주민은 지방자치단체의 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다.

② 조례의 제정·개정 또는 폐지 청구의 청구권자·청구대상·청구요건 및 절차 등에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.

* 주민조례발안에 관한 법률 제2조(주민조례청구권자) 18세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(「공직선거법」 제18조에 따른 선거권이 없는 사람은 제외한다)은 해당 지방자치단체의 의회에 조례를 제정하거나 개정 또는 폐지할 것을 청구할 수 있다.

1. 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주(永住)할 수 있는 체류자격 취득일 후 3년이 지난 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

ㄴ. (○)

* 지방자치법 제103조(사무직원의 정원과 임면 등) ② 지방의회의 의장은 지방의회 사무직원을 지휘·감독하고 법률과 조례·의회규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육·훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다.

ㄷ. (○)

* 지방자치법 제4조(지방자치단체의 기관구성 형태의 특례) ① 지방자치단체의 의회와 집행기관에 관한 이 법의 규정에도 불구하고 따로 법률로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 장의 선임방법을 포함한 지방자치단체의 기관구성 형태를 달리 할 수 있다.

ㄹ. (○)

* 지방자치법 제193조(지방자치단체의 역할) 지방자치단체는 국가의 외교·통상 정책과 배치되지 아니하는 범위에서 국제교류·협력, 통상·투자유치를 위하여 외국의 지방자치단체, 민간기관, 국제기구(국제연합과 그 산하기구·전문기구를 포함한 정부 간 기구, 지방자치단체 간 기구를 포함한 준정부 간 기구, 국제 비정부기구 등을 포함한다)와 협력을 추진할 수 있다.

ㅁ. (×)

* 지방자치법 제199조(설치) ① 2개 이상의 지방자치단체가 공동으로 특정한 목적을 위하여 광역적으로 사무를 처리할 필요가 있을 때에는 특별지방자치단체를 설치할 수 있다. 이 경우 특별지방자치단체를 구성하는 지방자치단체는 상호 협의에 따른 규약을 정하여 구성 지방자치단체의 지방의회 의결을 거쳐 행정안전부장관의 승인을 받아야 한다.

정답 ③

39. 다음 사례에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

〈사례〉

甲교회가 지구단위계획구역으로 지정되어 있던 토지 중 일부를 매수한 후 교회 건물을 신축하는 과정에서 乙구(區) 소유 국지도로 지하에 지하주차장 진입 통로를 건설하고 지하공간에 건축되는 예배당 시설 부지의 일부로 사용할 목적으로 乙구청장에게 위 도로 지하 부분에 대한 도로점용허가를 신청하였다. 乙구청장이 위 도로 중 일부 도로 지하 부분을 甲교회가 점용할 수 있도록 하는 내용의 도로점용허가처분을 하자, 甲교회는 위 도로 지하 부분을 포함한 신축 교회 건물 지하에 예배당 등의 시설을 설치하였다.

도로법은 일반 공중의 교통에 제공되는 시설이라는 도로의 기능적 특성을 고려하여 그 소유관계를 불문하고 특수한 공법적 규율을 하는 법률로서 도로가 공유재산에 해당하는 경우 공유재산 및 물품 관리법보다 우선적으로 적용되는 특별법에 해당한다(대판 2019.10.17, 2018두104). 정답 ③

40. 甲은 乙로부터 1989. 3. 9.자로 단독주택과 그 대지를 매수하여 등기한 후 소유하여 왔고, 해당 부동산에 대하여 세금을 성실히 납부하였다. 해당 대지에 설치되어 있는 담장의 일부가 A시가 소유한 부지 위에 설치한 X도로의 일부를 침범하고 있었는데, A시 소속 담당공무원이 이를 발견하였고 A시의 시장 丙은 관련 법령에 의거하여 2022. 1. 2.자로 甲에게 X도로를 침범하고 있는 담장의 일부를 해체하여 도로를 원상회복하라는 통지서를 발부하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① X도로의 관리권은 A시의 소유권에 기한 것이므로 해체 및 원상회복통지는 적법하다.
- ② 담장으로 침범된 부분의 X도로 부지는 甲의 시효취득 대상이 되지 않는다.
- ③ X도로의 형태가 거의 소멸되어 본래의 용도에 제공되지 않고 있다면 묵시적으로 용도폐지의 의사표시가 있다고 볼 수 있다.
- ④ 丙의 해체 및 원상회복 통지서가 적법한데도 甲이 불응할 경우 丙은 「민사집행법」에 따라 강제집행을 할 수 있다.
- ⑤ 丙은 甲의 도로 무단점유에 대하여 변상금 부과·징수권을 행사하여야 하고, 민사상 부당이득 반환청구의 소는 제기할 수 없다.

해설

- ① (×) 도로법의 제반 규정에 비추어 보면, 같은 법 제80조의2의 규정에 의한 변상금 부과권한은 적정한 도로관리를 위하여 도로의 관리청에게 부여된 권한이라 할 것이지 도로부지의 소유권에 기한 권한이라고 할 수 없으므로, 도로의 관리청은 도로부지에 대한 소유권을 취득하였는지 여부와는 관계없이 도로를 무단점유하는 자에 대하여 변상금을 부과할 수 있다(대판 2005.11.25, 2003두7194).
- ② (○) 국유재산법과 공유재산 및 물품관리법은 국유재산과 공유재산을 행정재산과 일반재산으로 구분하고 있는데 강학상 공물에 해당하는 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다고 명문으로 규정하고 있다(국유재산법 제7조 제2항 공유 재산 및 물품관리법 제6조 제2항). 도로는 행정재산(행정재산 중 공공용재산)에 해당하므로 시효취득의 대상이 되지 않는다.
- ③ (×) 공물의 공용폐지에 관하여 국가의 묵시적인 의사표시가 있다고 인정되려면, 공물이 사실상 본래의 용도에 사용되고 있지 않거나 행정주체가 점유를 상실하였다는 정도의 사정만으로는 부족하고, 주위의 사정을 종합하여 객관적으로 공용폐지의사의 존재가 추단될 수 있어야 한다(대판 2009.12.10, 2006다 87538).
- ④ (×) 해체 및 원상회복명령은 대체적 작위의무를 부과하는 처분이고 의무를 불이행하는 경우, 행정대집행이 가능하다. 민사집행법에 따라 강제집행을 하는 것이 아니라 보다 간소한 자력집행을 통해 실효성을 확보한다.
- ⑤ (×) **다수의견** 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정 처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산의 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다(대판 1992.04.14, 91다42197 참조). 또한 변상금은 부당이득 산정의 기초가 되는 대부료나 사용료의 120%에 상당하는 금액으로서 부당이득금과 액수가 다르고, 이와 같이 할증된 금액의 변상금을 부과 징수하는 목적은 국유재산의 사용·수익으로 인한 이익의 환수를

넘어 국유재산의 효율적인 보존·관리라는 공익을 실현하는 데 있다(대판 2008.05.15, 2005두11463 참조). 그리고 대부 또는 사용·수익허가 없이 국유재산을 점유하거나 사용·수익하였지만 변상금 부과처분은 할 수 없는 때에도 민사상 부당이득반환청구권은 성립하는 경우가 있으므로, 변상금 부과·징수의 요건과 민사상 부당이득반환청구권의 성립 요건이 일치하는 것도 아니다(대판 2000.03.24, 98두7732 참조). 이처럼 구 국유재산법 제51조 제1항, 제4항, 제5항에 의한 변상금 부과 징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과 징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 구 국유재산법 제32조 제3항, 구 국유재산법 시행령 제33조 제2항에 의하여 국유재산 중 잡종재산(현행 국유재산법상의 일반재산에 해당한다)의 관리·처분에 관한 사무를 위탁받은 원고의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 원고는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.

반대의견 구 국유재산법 제51조에 의한 변상금 부과·징수권은 공법상의 권리이고 민사상 부당이득반환청구권은 사법상의 채권이기는 하지만, 양자 모두 국유재산의 무단점유자로부터 법률상 원인 없는 이익을 환수하는 것을 본질로 하므로, 변상금 부과·징수는 국유재산의 무단점유자에 대한 부당이득반환청구를 공법적인 형태로 규율하는 것으로 볼 수 있다. 결국 구 국유재산법 제51조에 의한 변상금 부과·징수권과 민사상 부당이득반환청구권은 본질이 다르지 아니하다(대판(전) 2014.07.16, 2011다76402). **정답** ②

2. 형사법 선택형

1. 형법의 해석에 관한 설명으로 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 형벌법규의 해석은 죄형법정주의의 원칙에 따라 엄격하여야 하나, 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석은 허용된다.
- ㄴ. 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례의 법리에 따라 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌하더라도 죄형법정주의에 반하지 않는다.
- ㄷ. 「군형법」 제64조 제1항의 상관면전모욕죄의 구성요건은 '상관을 그 면전에서 모욕하는' 것인데, 여기에서 '면전에서'라 함은 얼굴을 마주 대한 상태를 의미하는 것임이 분명하므로, 전화를 통하여 통화하는 것을 면전에서의 대화라고는 할 수 없다.
- ㄹ. 시스템의 설치·운영 주체로부터 각자의 직무 범위에서 개개의 단위정보의 입력 권한을 부여 받은 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치·운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 경우도 공전자기록등위작죄에서의 전자기록의 '위작'에 포함된다는 법리는 사전자기록등위작죄에서의 '위작'에도 마찬가지로 적용된다.
- ㅁ. 「형법」 제6조의 외국인인 '대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 때'란 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익이 직접적으로 침해되는 결과를 야기하는 죄를 범한 경우를 말한다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(○) ② ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(×)
 ③ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(○), ㅁ(○) ④ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○), ㅁ(×)
 ⑤ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(×), ㅁ(○)

해설

- ㄱ. (○) 대판(全) 2002. 02. 21, 2001도2819; 대판 2003. 01. 10, 2002도2363.
- ㄴ. (×) 가상자산 관리자의 착오나 가상자산 운영 시스템의 오류 등으로 법률상 원인관계 없이 다른 사람의 가상자산 전자지갑에 가상자산이 이체된 경우, 가상자산을 이체 받은 자는 가상자산의 관리자 등에 대한 부당이득반환의무를 부담하게 될 수 있다. 그러나 이는 당사자 사이의 민사상 채무에 지나지 않고 이러한 사정만으로 가상자산을 이체받은 사람이 신임관계에 기초하여 가상자산을 보존하거나 관리하는 지위에 있다고 볼 수 없다. 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없는 현재의 상황에서 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례를 유추하여 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반한다. 이 사건 비트코인이 법률상 원인관계 없이 피해자로부터 피고인 명의의 전자지갑으로 이체되었더라도 피고인이 신임관계에 기초하여 피해자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 피고인을 피해자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다(대판 2021. 12. 16, 2020도9789).

ㄷ. (○) 대판 2002. 12. 27, 2002도2539.

ㄹ. (○) 대판(승) 2020. 08. 27, 2019도11294; 대판 2016. 11. 10, 2016도6299.

ㅁ. (○) 대판 2011. 08. 25, 2011도6507 등.

정답 ③

2. 형사법에서의 목적에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름)

- ① 객관적으로 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하여 반국가단체나 그 활동을 이롭게 하거나 그 이익이 될 수 있는 내용이 담겨 있는 이적표현물을 그와 같은 인식을 하면서도 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식은 있다고 추정되고, 따라서 학문적인 연구나 오로지 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적 목적이 없었다고 보여지는 자료가 나타나지 않는 한 초과주관적 위법요소인 목적의 요건은 충족된다.
- ② 「정보통신망법」 제70조 제2항(명예훼손)에서의 비방할 목적이 있는지 여부는 피고인이 드러낸 사실이 거짓인지 여부와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 거짓이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다.
- ③ 무고죄에서 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적은 허위신고를 함에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족하고 그 결과발생을 희망하는 것까지를 요하는 것은 아니므로, 고소인이 고소장을 수사기관에 제출한 이상 그러한 인식은 있었다고 보아야 한다.
- ④ 내란선동죄에서 국헌문란의 목적은 범죄성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나 확정적 인식임을 요하지 않는다.
- ⑤ 모해위증죄에 있어서 ‘모해할 목적’이란 피고인·피의자 또는 징계혐의자를 불리하게 할 목적으로서 허위의 진술을 함으로써 피고인에게 불리하게 될 것이라는 인식이 있으면 충분하고, 허위진술의 대상이 되는 사실은 공소 범죄사실을 직접적으로 뒷받침하는 사실에 한정되지 않는다.

해설

- ① (×) 목적범에서의 목적은 범죄 성립을 위한 초과주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 요구되는 것이므로, 행위자가 표현물의 이적성을 인식하고 제5항의 행위를 하였다고 하더라도(즉 고의가 있더라도) 이적행위를 할 목적이 인정되지 아니하면 그 구성요건은 충족되지 아니한다. 그리고 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 하며, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 제5항의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 아니된다(대판(승) 2010. 07. 23, 2010도1189).
- ② (○) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제2항에 따른 범죄가 성립하려면 피고인이 공공연하게 드러낸 사실이 거짓이고 그 사실이 거짓임을 인식하여야 할 뿐만 아니라 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. 비방할 목적이 있는지 여부는 피고인이 드러낸 사실이 거짓인지 여부와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 거짓이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다. 그리고 이 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임은 검사에게 있다(대판 2020. 12. 10, 2020도11471).

- ③ (○) 대판 2006. 05. 25, 2005도4642; 대판 2005. 09. 30, 2005도2712; 대판 1995. 12. 12, 94도3271; 대판 2014. 03. 13, 2012도2468.
- ④ (○) 대판(全) 1980. 05. 20, 80도306.
- ⑤ (○) 형법 제152조 제2항의 모해위중죄에 있어서 '모해할 목적'이란 피고인·피의자 또는 징계혐의자를 불리하게 할 목적을 말하고, 허위진술의 대상이 되는 사실에는 공소 범죄사실을 직접, 간접적으로 뒷받침하는 사실은 물론 이와 밀접한 관련이 있는 것으로서 만일 그것이 사실로 받아들여진다면 피고인이 불리한 상황에 처하게 되는 사실도 포함된다. 그리고 이러한 모해의 목적은 허위의 진술을 함으로써 피고인에게 불리하게 될 것이라는 인식이 있으면 충분하고 그 결과의 발생까지 희망할 필요는 없다(대판 2007. 12. 27, 2006도3575). 정답 ①

3. 도로교통에 관한 다음 사례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

택시운전사인 甲은 차량 신호등이 적색 등화임에도 횡단보도 정지선 직전에 정지하지 않고 상당한 속도로 정지선을 넘어 횡단보도에 진입하였고 횡단보도에 들어선 이후 차량 신호등이 녹색 등화로 바뀌자 교차로로 계속 직진하였다. 甲의 택시는 교차로에 진입하자마자, 사거리 교차로의 신호등이 황색 등화로 바뀐 상태를 알면서도 교차로에 진입하여 교차로를 거의 통과하였던 乙의 승용차 오른쪽 뒤 문짝 부분을 택시 앞 범퍼 부분으로 충돌하였다. 乙은 전치 2주의 상해를 입었고 乙의 승용차 뒷문이 찌그러졌으며, 甲의 택시 범퍼가 떨어졌다.

- ① 모든 차의 운전자는 차의 조향장치와 제동장치, 그 밖의 장치를 정확하게 조작하여야 하며, 도로의 교통상황과 차의 구조 및 성능에 따라 다른 사람에게 위험과 장애를 주는 속도나 방법으로 운전하여서는 아니 된다.
- ② 甲이 적색 등화에 따라 정지선 직전에 정지하였다면 교통사고는 발생하지 않았을 것이므로 甲의 신호위반행위는 교통사고 발생의 직접적 원인이 되었다.
- ③ 乙은 황색 등화를 보고도 교차로 직전에 정지하지 않았으므로 신호를 위반한 과실이 있다.
- ④ 교통사고에 의해 발생한 손괴에 대해서는 신호를 위반하였더라도 교통사고처리특례법의 반의사 불벌죄 규정은 적용된다.
- ⑤ 법원은 교통사고처리특례법위반(치상)으로 기소된 甲에 대하여 공소기각판결을 해야 한다.

해설

- ① (○) 도로교통법 제48조 제1항.
- ② (○), ⑤ (×) [1] 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 제1호, 제4조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 신호기에 의한 신호에 위반하여 운전한 경우에는 같은 법 제4조 제1항에서 정한 보험 또는 공제에 가입한 경우에도 공소를 제기할 수 있으나, 여기서 '신호기에 의한 신호에 위반하여 운전한 경우'란 신호위반행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 된 경우를 말한다. [2] 피고인의 택시가 차량 신호등이 적색 등화임에도 횡단보도 앞 정지선 직전에 정지하지 않고 상당한 속도로 정지선을 넘어 횡단보도에 진입하였고, 횡단보도에 들어선 이후 차량 신호등이 녹색 등화로 바뀌자 교차로로 계속 직진하여 교차로에 진입하자마자 교차로를 거의 통과하였던 甲의 승용차 오른쪽 뒤 문짝 부분을 피고인 택시 앞 범퍼 부분으로 충돌하여 甲 등으로 하여금 상해를 입게 한 경우, 피고인이 적색 등화에 따라 정지선 직전에 정지하였더라면 교통사

고는 발생하지 않았을 것임이 분명하여 피고인의 신호위반행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 되었다고 보아야 한다. 그럼에도 원심이 이 사건 공소를 기각한 제1심의 조치를 그대로 유지하였으니, 이러한 원심판결에는 신호위반과 교통사고 사이의 인과관계에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다(대판 2012. 03. 15, 2011도17117).

- ③ (O) 도로교통법 시행규칙 제6조 제2항 [별표 2]는 “황색의 등화”의 뜻을 ‘1. 차마는 정지선이 있거나 횡단보도가 있을 때에는 그 직전이나 교차로의 직전에 정지하여야 하며, 이미 교차로에 차마의 일부라도 진입한 경우에는 신속히 교차로 밖으로 진행하여야 한다’라고 규정하고 있는바, 위 규정에 의하면 차량이 교차로에 진입하기 전에 황색의 등화로 바뀐 경우에는 차량은 정지선이나 ‘교차로의 직전’에 정지하여야 하며, 차량의 운전자가 정지할 것인지 또는 진행할 것인지 여부를 선택할 수 없다(대판 2006. 07. 27, 2006도3657 등 참조). 따라서 교차로 진입 전 정지선과 횡단보도가 설치되어 있지 않았다 하더라도 피고인이 황색의 등화를 보고서도 교차로 직전에 정지하지 않았다면 신호를 위반하였다고 봄이 타당하다(대판 2018. 12. 27, 2018도14262).
- ④ (O) 교통사고처리특례법 제3조 제2항은 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄와 도로교통법 제151조의 죄(업무상과실재물손괴죄 또는 중과실재물손괴죄)를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하면서, 단서 및 단서의 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(신호위반사고 등 12개 예외항목)로 인하여 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 따라서 차의 교통으로 도로교통법 제151조의 죄(업무상과실재물손괴죄 또는 중과실재물손괴죄)를 범한 운전자는 법 제3조 제2항 단서의 제한을 받지 않고 반의사불벌 규정인 제2항 본문이 적용되므로 항상 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 정답 ⑤

4. 피해자의 승낙 및 동의에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「형법」 제24조에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다.
- ㄴ. 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하고 있는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정적 승낙이 있었다고 볼 수 있다.
- ㄷ. 사문서를 작성·수정하는 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위·변조죄가 성립하지 않는다.
- ㄹ. 피해자의 승낙은 언제든지 자유롭게 철회할 수 있으며, 그 철회의 방법에는 아무런 제한이 없다.
- ㅁ. 미성년자약취죄가 미성년자의 자유 외에 보호감독자의 감호권도 그 보호법익으로 하고 있다는 점을 고려하면, 피고인과 공범들이 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 미성년자를 보호·감독하고 있던 아버지의 감호권을 침해하여 그를 자신들의 사실상 지배자로 옮긴 이상 미성년자약취죄가 성립하고, 약취행위에 미성년자의 동의가 있었다 하더라도 본죄의 성립에는 변함이 없다.

- ① ㄱ, ㄷ, ㄹ ② ㄱ, ㄹ, ㅁ ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ
 ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅁ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (O) 대판 2008. 12. 11, 2008도9606; 대판 1985. 12. 10, 85도1892; 대판 1989. 11. 28, 89도201 등.
 ㄴ. (X) 건물의 소유자라고 주장하는 피고인과 그것을 점유관리하고 있는 피해자 사이에 건물의 소유권에 대한 분쟁이 계속되고 있는 상황이라면 피고인이 그 건물에 침입하는 것에 대한 피해자의 추정적 승낙이 있었다거나 피고인의 이 사건 범행이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다(대판 1989. 09. 12, 89도889).
 ㄷ. (O) 사문서를 작성·수정함에 있어 그 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서의 위변조죄에 해당하지 않고, 한편 행위 당시 명의자의 현실적인 승낙은 없었지만 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위·변조죄가 성립하지 않는다고 할 것이나, 명의자의 명시적인 승낙이나 동의가 없다는 것을 알고 있으면서도 명의자 이외의 자의 의뢰로 문서를 작성하는 경우 명의자가 문서작성 사실을 알았다면 승낙하였을 것이라고 기대하거나 예측한 것만으로는 그 승낙이 추정된다고 단정할 수 없다(대판 2003. 05. 30, 2002도235; 대판 2008. 04. 10, 2007도9987).
 ㄹ. (O) 승낙은 법익침해 이전에 표시되어야 하며 법익침해시까지 계속되어야 한다. 승낙은 자유로이 철회할 수 있고 철회방법에는 특별한 제한이 없지만, 철회의 소급효는 없으므로 철회 전에 이미 행한 법익침해는 위법성을 조각한다. 그러나 승낙은 법익침해시에 존속해야 하므로 행위당시에 이미 철회된 경우에는 그 행위는 위법성이 조각될 수 없다.
 ㅁ. (O) 대판 2003. 02. 11, 2002도7115. 정답 ④

5. 책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정신지체 3급 장애인으로 지능이 45점 수준의 정신박약과 주의력결핍 과잉행동장애(ADHD)가 있는 소년인 피고인이 흥기를 휴대하고 자신의 선생님이었던 피해자를 강제추행하여 상해를 입혔다고 하여 기소되었다면, 법원은 피고인이 이 사건 범행 당시 심신장애의 상태에 있었는지 여부에 대한 감정을 실시하여 그 결과까지 종합해 본 다음 과연 피고인이 이 사건 범행 당시 심신상실 내지 심신미약의 상태에 있었는지 여부를 판단하여야 한다.
 ② 범행당시 정신분열증으로 심신장애의 상태에 있었던 피고인이 피해자를 살해한다는 명확한 의식이 있었고 범행의 경위를 소상하게 기억하고 있다고 하더라도, 피고인이 범행당시 사물의 변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도가 아니라 미약한 상태에 있었다고 단정할 수는 없다.
 ③ 음주로 인한 심신상실 상태에서 공연음란죄를 저지른 자는 책임능력이 없어 처벌되지 않는다.
 ④ 「형법」 제16조의 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

- ⑤ 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌하는 「병역법」 제88조 제1항에서의 정당한 사유는 책임조각사유인 기대불가능성을 말한다.

해설

- ① (○) 이 사건 범행은 피고인이 정신박약과 주의력결핍 과잉행동장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약해진 상태에서 저질러졌다고 볼 가능성이 없다고 단정하기 어렵다. 그렇다면 원심으로서는 소년인 피고인이 이 사건 범행 당시 심신장애의 상태에 있었는지 여부에 대한 감정을 실시하여 그 결과까지 종합해 본 다음 과연 피고인이 이 사건 범행 당시 심신상실 내지 심신미약의 상태에 있었는지 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 피고인이 이 사건 범행 당시 심신장애의 상태에 있지 아니하였다고 단정한 것은 소년형사법의 심리 및 심신장애에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없다(대판 2011. 06. 24, 2011도4398).
- ② (○) 대판 1990. 08. 14, 90도1328.
- ③ (○) 음주로 인한 '심신상실 상태'에서 저지른 공연음란죄는, 제10조 제3항의 요건에 해당하지 않는 한 책임능력이 없어 처벌되지 않는다(제10조 제1항).
- ④ (○) 대판 2006. 03. 24, 2005도3717; 대판 2006. 09. 28, 2006도4666; 대판 2008. 02. 28, 2007도5987; 대판 2008. 10. 23, 2008도5526.
- ⑤ (×) 병역법 제88조 제1항에 따르면 정당한 사유가 있는 경우에는 피고인을 벌할 수 없는데, 여기에서 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유이다. 이는 형법상 위법성조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별된다. ... 입영하지 않은 병역의무자가 처한 구체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당할 수 있다고 보아야 한다. 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다. 여기서 정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 한다(대판(소) 2018. 11. 01, 2016도10912; 대판 2019. 01. 31, 2017도20851). 정답 ⑤

6. 예비·음모죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 살인예비죄가 성립하기 위해서는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 하며, 실행의 착수에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 한다.
- ② 음모는 실행의 착수 이전에 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의로서, 합의 자체는 행위로 표출되지 않은 합의 당사자들 사이의 의사표시에 불과한 만큼 실행행위로서의 정형이 없기 때문에, 어떤 범죄를 실행하기로 막연하게 합의한 경우나 특정한 범죄와 관련하여 단순히 의견을 교환한 경우까지 모두 음모죄가 성립한다고 하면 음모죄의 성립범위가 과도하게 확대될 위험이 있다.
- ③ 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 강도를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 준강도할 목적이 있음에 그치는 경우에도 강도예비·음모죄로 처벌할 수 있다.
- ④ 내란목적살인죄를 범할 목적으로 음모하였으나 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 자에 대하여는 그 형을 감경 또는 면제한다.

- ⑤ 흉기를 휴대하거나 2명 이상이 합동하여 피해자에 대하여 강제추행죄를 저지를 목적으로 예비 또는 음모한 자는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 특수강제추행죄의 예비 또는 음모로 처벌된다.

해설

- ① (○) 대판 2009. 10. 29, 2009도7150.
 ② (○) 대판(순) 2015. 01. 22, 2014도10978.
 ③ (×) [1] 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다. [2] 피고인이 범행이 발각될 염려가 거의 없는 심야의 인적이 드문 주택가 주차장이나 길가에 주차된 자동차를 골라 그 문을 열고 동전 등 물건을 훔치는 범행을 한 경우, 비록 “뜻하지 않게 절도 범행이 발각되었을 경우 체포를 면탈하는데 도움이 될 수 있을 것”이라는 정도의 생각에서 등산용 칼을 휴대하고 있었다 하더라도 강도예비죄에 해당할 수 없다(대판 2006. 09. 14, 2004도 6432).
 ④ (○) 제87조(내란) 또는 제88조(내란목적의 살인)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자가 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다(제90조 제1항).
 ⑤ (○) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제15조의2 및 제4조. **정답** ③

7. 교사범에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 단순히 범죄를 유발할 수 있는 상황을 만든 것에 불과하거나 범죄행위의 충동을 일으킬 만한 상황을 설정해 준 것에 불과하다면 범행의 결의를 생기게 할 정도에 이르지 못한 것이므로 교사행위로 인정될 수 없다.
 ② 동일한 구성요건 간의 착오의 해결에 대한 법정적 부합설의 입장에서는 피교사자가 객체의 착오를 일으킨 경우에도 교사자에게 발생한 결과에 대한 고의기수의 교사범 성립을 인정한다.
 ③ 甲이 형사미성년자인 乙을 교사하여 절도죄를 저지르게 하였을 경우, 극단적 종속형식에 따르면 甲은 절도죄의 교사범이 된다.
 ④ 부작위는 타인의 범행결의에 인과적으로 작용할 수 없기 때문에 부작위를 통해서 범행결의를 야기하게 할 수 없다고 보는 견해에서는 부작위에 의한 교사를 부정한다.
 ⑤ 甲이 공무원 乙에게 뇌물을 받으라고 교사하는 경우에는 乙이 공무원임을 甲이 인식하여야 수뢰죄의 교사의 고의를 인정할 수 있다.

해설

- ① (○) 교사는 범죄결의를 가지게 하는 것이므로 단순히 범죄를 유발할 수 있는 상황을 만든 것만으로는 교사행위라 할 수 없다. 甲이 乙의 처 丙을 살해할 의사로 丙이 그의 정부(情夫)와 성교하는 장소에 乙을 보내 乙이 丙을 살해한 경우 또는 가정부가 집 주인에게 불만을 품고 대문을 잠그지 않아 우연히 절도범이 절도고의를 유발하여 절도를 한 경우가 그 예이다.

- ② (○) 피교사자, 즉 정범의 객체의 착오가 교사자에게 어떤 착오인가에 대해 **법정적 부합설**의 입장에서는 ‘**객체의 착오**’로 이해한다(이재상·정성근·박광민 등). 법정적 부합설에 따라 정범의 객체의 착오를 교사자에게도 객체의 착오로 보게 되면, 정범이 실행한 범행에 대해 그대로 교사범이 성립한다.
- ③ (×) 제한적 종속형식은 정범의 행위가 위법하면 이에 종속하여 공범이 성립하고, 극단적 종속형식은 정범에게 책임까지 긍정될 때에 비로소 공범이 종속하여 성립할 수 있다. 따라서 **책임무능력자를 교사한 경우** 제한적 종속형식에 의하면 공범이 성립하고 극단적 종속형식에 의하면 공범이 성립하지 않으므로 **간접정범**이 된다.
- ④ (○) 교사는 피교사자에게 심리적 영향을 미쳐 범죄를 결의하게 하는 것인바, 부작위에 의해서는 타인에게 심리적 영향을 미치지 못하므로 **부작위에 의한 교사는 불가능하다**(통설).
- ⑤ (○) **교사자의 고의는 피교사자로 하여금 범죄결의를 가지게 하고(교사의 고의), 범죄를 실행케 하여 기수**에까지 이르게 한다는 점에 대한 인식(정범의 고의), 즉 이중의 고의를 내용으로 한다(통설). 여기서 **교사의 고의는 ‘특정한 정범에게 ‘특정한 범죄를 결의시킨다는 인식을 말하고, 정범의 고의란 정범에 의해 행하여질 특정한 범죄에 대한 인식, 즉 교사한 범죄에 대한 고의를 의미한다. 신분범을 교사한 경우는 교사자에게 정범의 신분에 대한 인식도 있어야 하는데, 이를 대체로 교사자의 이중의 고의 중 ‘정범의 고의’의 내용으로 서술하고 있지만, ‘교사의 고의’와도 관계된다.** 따라서 본 지문에서 “甲이 공무원 乙에게 뇌물을 받으라고 교사하는 경우에는 乙이 공무원임을 甲이 인식하여야 수뢰죄의 ‘교사의 고의’를 인정할 수 있다.”고 하였더라도 틀린 지문으로 볼 수 없다. ‘정범의 고의’를 인정할 수 있다고 하였더라도 동일하다. 결국 신분범을 교사한 경우 교사자에게 정범이 신분자라는 인식 있어야 교사범의 고의가 인정된다. **정답 ③**

8. 죄수관계에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우 특수공무 집행방해치상죄만 성립할 뿐 별도로 특수상해죄가 성립하지는 않는다.
- ㄴ. 살해의 목적으로 동일인에게 일시 장소를 달리한 수 차의 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우 그 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 포괄적으로 보아 한 개의 살인기수죄로 처단할 것이다.
- ㄷ. 업무방해죄와 폭행죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 업무방해죄의 성립에 일반적·전형적으로 사람에게 대한 폭행행위를 수반하는 것은 아니며 폭행행위가 업무방해죄에 비하여 별도로 고려되지 않을 만큼 경미한 것이라고 할 수도 없으므로, 실령 피해자에 대한 폭행행위가 동일한 피해자에 대한 업무방해죄의 수단이 되었다고 하더라도 그러한 폭행행위가 ‘불가벌적 수반행위’에 해당하여 업무방해죄에 대하여 흡수관계에 있다고 볼 수는 없다.
- ㄹ. 업무상배임행위에 사기행위가 수반된 때의 죄수 관계에 관하여 보면, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 상상적 경합 관계가 아니라 법조경합관계로 봄이 상당하다.

- ① ㄴ
- ② ㄴ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

ㄱ. (○) 대판 2008. 11. 27, 2008도7311.

ㄴ. (○) 살해의 목적으로 동일인에게 일시 장소를 달리하고 수차에 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우에 그 예비행위 내지 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 각 행위가 같은 일시 장소에서 행하여 졌거나 또는 다른 장소에서 행하여 졌거나를 막론하고 또 그 방법이 동일하거나 여부를 가릴 것 없이 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 행위는 모두 실행행위의 일부로서 이를 포괄적으로 보고 단순한 한 개의 살인기수죄로 처단할 것이지 살인예비 내지 미수죄와 동 기수죄의 경합죄로 처단 할 수 없는 것이다(대판 1965. 09. 28, 65도695).

ㄷ. (○) 대판 2012. 10. 11, 2012도1895. 상상적 경합범이라는 취지이다.

ㄹ. (×) 업무상배임행위에 사기행위가 수반된 때의 죄수 관계에 관하여 보면, 양 죄는 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장에 규정되어 있어, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄(또는 단순배임죄)의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다(대판(순) 2002. 07. 18, 2002도669). 정답 ③

9. 몰수와 추징에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법원이나 수사기관은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있으나, 몰수대상물건이 압수되어 있는가 하는 점 및 적법한 절차에 의하여 압수되었는가 하는 점은 몰수의 요건이 아니다.
- ② 「형법」 제48조가 규정하는 몰수·추징의 대상인 범인이 범죄행위로 인하여 취득한 물건에서의 ‘취득’이란 해당 범죄행위로 인하여 결과적으로 이를 취득한 때를 말한다고 제한적으로 해석함이 타당하다.
- ③ 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 물건은 몰수할 수 있는데, 이때의 ‘범인’에 해당하는 공범자는 반드시 유죄의 죄책을 지는 자에 국한된다고 볼 수 없고 공범에 해당하는 행위를 한 자이면 족하다.
- ④ 밀수전용의 선박·자동차 기타 운반기구가 몰수대상이 되는지의 여부를 판단함에 있어 당해 운반기구가 누구의 소유에 속하는가 하는 것은 권리의 실질적인 귀속관계가 아니라 그 공부상의 명의를 기준으로 판단하여야 한다.
- ⑤ 수인이 공모하여 뇌물을 수수한 경우에 몰수불능으로 그 가액을 추징하려면 개별적으로 추징하여야 하고 수수금품을 개별적으로 알 수 없을 때에는 평등하게 추징하여야 한다.

해설

① (○) 대판 2003. 05. 30, 2003도705.

② (○) 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다. 형법 제48조가 규정하는 몰수추징의 대상은 범인이 범죄행위로 인하여 취득한 물건을 뜻하고, 여기서 ‘취득’

이란 해당 범죄행위로 인하여 결과적으로 이를 취득한 때를 말한다고 제한적으로 해석함이 타당하다(대판 2021. 07. 21. 2020도10970).

- ③ (○) 대판 2006. 11. 23, 2006도5586 등.
- ④ (×) 몰수대상물의 소유권귀속은 판결선고당시를 기준으로, 공부상의 명의 여하에 불구하고 권리의 실질적인 귀속관계에 따라 판단하여야 한다(대판 1999. 12. 10, 99도3478).
- ⑤ (○) 대판 1993. 10. 12, 93도2056; 대판 1975. 04. 22, 73도1963. 정답 ④

10. 불법영득의사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법인을 위한 목적이 아니라 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적으로 비자금에 법인의 회계장부에 올리지 않고 법인의 운영자나 관리자가 회계로부터 분리시켜 별도로 관리하여 조성한 것임이 명백히 밝혀진 경우에는 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현되었다고 볼 수 있다.
- ② 타인의 은행 직불카드를 사용하여 그의 예금계좌에서 자기의 예금계좌로 돈을 이체시키고 곧 반환한 경우에도 그 직불카드에 대한 불법영득의사는 인정된다.
- ③ 사회단체보조금 지원에 관한 조례상의 보조금을 집행할 직책에 있는 자가 자기 자신의 이익을 위한 것이 아니고 경비부족을 메우기 위하여 보조금을 전용한 것이라 하더라도, 그 보조금의 용도가 엄격하게 제한되어 있는 이상 불법영득의 의사를 부인할 수는 없다.
- ④ 회사의 비자금을 보관관리하고 있다가 이를 일단 다른 용도로 소비한 다음 그만한 돈을 별도로 입금 또는 반환하면서 그 비자금의 행방이나 사용처에 대한 설명에 부합하는 자료를 제시하는 경우에는 함부로 그 비자금을 불법영득의사로 인출사용함으로써 횡령하였다고 단정할 것은 아니다.
- ⑤ 현금 등이 들어 있는 피해자의 지갑을 가져갈 당시에 피해자의 승낙을 받지 않았다면, 후일 변제할 의사가 있었다고 하더라도 불법영득의사가 인정된다.

해설

- ① (○) 비자금을 조성한 행위가 애초부터 회사를 위한 목적이 아니라 위 피고인들이 법인의 자금을 빼내어 개인적으로 착복할 목적으로 행하여졌음이 명백히 밝혀진 경우라면 그 조성행위 자체로써 불법영득의사를 실현한 것으로 인정할 수 있을 것이지만(대판 2010. 12. 09, 2010도11015; 대판 2015. 09. 10, 2014도12619), 불법영득의사의 실행으로 한 것이라고 인정할 수 있을 만큼 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 입증되었다고 보기에 부족한 경우에는 그 일부를 개인적으로 사용함으로써 불법영득의사가 명백히 표현되었다고 볼 수 있을 정도의 구체적인 사용시에 비로소 횡령행위가 기수에 이른다(대판 2006. 08. 24, 2006도3039).
- ② (×) 직불카드로 타인의 예금계좌에서 자기 계좌로 돈을 이체한 후 직불카드를 반환한 경우에도 직불카드 자체에 대한 불법영득의 의사가 없다(대판 2006. 03. 09, 2005도7819).
- ③ (○) 대판 2018. 10. 04. 2016도16388.
- ④ (○) 피고인들이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 비자금의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 제시한 경우에는 함부로 그 비자금을 불법영득의사로 인출사용함으로써 횡령하였다고 단정할 것은 아니다(대판 2017. 05. 30, 2016도9027; 대판 2009. 02. 26, 2007도4784).
- ⑤ (○) 대판 1999. 04. 09, 99도519. 정답 ②

11. 사기죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보험금을 지급받을 수 있는 사유가 있다고 하더라도 이를 기화로 실제로 지급받을 보험금보다 다액의 보험금을 편취할 의사로 장기간의 입원 등을 통하여 과다한 보험금을 지급받은 경우에는 실제 지급받을 수 있었던 보험금에 대하여는 사기죄가 성립하지 않는다.
- ② 보험상담원이 진정으로 보험료를 납부할 의사와 능력이 없는 보험가입자들의 1회 보험료를 대납하는 방식으로 보험계약을 체결하고 그 실적에 따라 피해자로부터 수수료를 지급받은 행위는 고지할 사실을 묵비함으로써 피해자를 기망한 것이므로 사기죄에 해당한다.
- ③ 보험계약 체결 당시에 이미 발생한 교통사고로 인한 질환과 관련하여 피고인이 치료를 받았을 뿐만 아니라 앞으로 치료를 더 받게 될 개연성이 농후한데도 자기의 과거병력과 치료이력을 묵비하고 보험계약을 체결하는 경우는 기망에 해당한다.
- ④ 사기죄의 피해자에게 기망의 대가가 지급된 경우 피해자를 기망하여 그가 보유하고 있는 그 대가를 다시 편취하거나 피해자로부터 그 대가를 위탁받아 보관 중 횡령하였다면, 기존에 성립한 사기죄와는 별도의 사기죄나 횡령죄가 성립한다.
- ⑤ 甲이 乙에게 전매가 1회로 제한된 거주자공급택지분양권을 이중으로 매도하고, 택지분양권을 순차 매수한 丙·丁에게 이중매도 사실을 숨긴 채 자신의 명의로 형식적인 매매계약서를 작성해 준 경우 甲이 직접 매매대금을 수령하지 않았다고 하더라도 丙·丁에 대한 사기죄가 성립한다.

해설

- ① (X) [1] 보험금을 지급받을 수 있는 사유가 있다 하더라도 이를 기화로 실제 지급받을 수 있는 보험금보다 다액의 보험금을 편취할 의사로 장기간의 입원 등을 통하여 과다한 보험금을 지급받은 경우에는 지급받은 보험금 전체에 대하여 사기죄가 성립한다. [2] 환자들의 건강상태에 맞게 적절한 진료행위를 하지 않은 채 입원의 필요성이 적은 환자들에게까지 입원을 권유하고 퇴원을 만류하는 등으로 장기간의 입원을 유도하여 국민건강보험공단에 과다한 요양급여비를 청구한 행위는 사회통념상 권리행사의 수단으로 용인할 수 없는 것이어서, 비록 그 중 일부 기간에 대하여 실제 입원치료가 필요하였다고 하더라도 그 부분을 포함한 당해 입원기간의 요양급여비 전체에 대하여 사기죄가 성립한다(대판 2009. 05. 28, 2008도4665).
- ② (O) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다. ... 피해자로서는 보험가입자들이 진정으로 보험료를 납부할 의사와 능력이 없이 피고인에 의하여 1회 보험료를 대납하는 방식으로 보험계약을 체결하는 것이어서 1회 보험료 결제 후 보험계약이 유지되지 않을 것이라는 사정을 알았더라면 그 보험계약 체결에 따른 수수료를 지급하지 않았으리라고 보이고, 피고인으로서는 신의성실의 원칙상 사전에 피해자에게 진정으로 보험계약을

성립시킬 의사 없이 수수료 수입을 올리기 위한 방편으로 보험가입신청서를 접수한다는 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 채 보험가입자로 하여금 피해자와 보험계약을 체결하게 하고 이에 따른 수수료를 지급받은 행위는 고지할 사실을 묵비함으로써 피해자를 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다고 볼 것이다. 피고인과 피해자 사이에 직접적인 계약관계 등이 성립되어 있지 아니하여 수수료가 ○○홈쇼핑을 통하여 지급된다거나 피해자의 직원 공소외 3이 이 사건과 같이 보험계약이 체결되는 사정을 알고 있었다고 하여 피고인에게 피해자에 대한 신의칙상의 고지의무가 없다고 보기는 어렵다(대판 2014. 01. 16, 2013도9644).

- ③ (○) 피고인은 이 사건 보험계약 체결 당시 이미 발생한 교통사고 등으로 생긴 '요추, 경추, 사지' 부분의 질환과 관련하여 입·통원치료를 받고 있었을 뿐 아니라 그러한 기왕증으로 인해 향후 추가 입원치료를 받거나 유사한 상해나 질병으로 보통의 경우보다 입원치료를 더 받게 될 개연성이 농후하다는 사정을 인식하고 있었음에도 자신의 과거 병력과 치료이력을 모두 묵비한 채 이 사건 보험계약을 체결한 것은 부작위에 의한 기망에 해당한다(대판 2017. 04. 26, 2017도1405).
- ④ (○) 대판 2009. 10. 29, 2009도7052.
- ⑤ (○) 甲이 乙에게 이중매도한 택지분양권을 순차 매수한 丙·丁에게 이중매도 사실을 숨긴 채 자신의 명의로 형식적인 매매계약을 작성해 준 경우, 甲이 직접 매매대금을 수령하지 않았더라도 丙·丁에 대한 사기죄가 성립한다(대판 2009. 01. 30, 2008도9985). 즉 범인에게 그 제3자인 乙로 하여금 재물을 취득하게 할 의사가 있는 경우로서 제3자를 위한 사기죄가 성립한다는 취지이다. 정답 ①

12. 배임죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 업무상 배임죄에서 재산상 손해가 발생하였다고 평가될 수 있는 재산상 실해 발생의 위험은 본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있는 경우를 말한다.
- ② 채무자가 채권을 담보하기 위하여 점유개정 방식으로 채권자에게 동산을 양도담보로 제공하고 이를 보관함으로써 양도담보권자인 채권자에 대해 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무를 부담하게 되므로 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 경우에는 배임죄가 성립한다.
- ③ 서면으로 부동산 증여의 의사를 표시한 증여자는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하므로, 그 계약에 따른 수증자에게 부동산 소유권을 이전하지 않고 이를 제3자에게 처분하여 등기를 하는 경우에 배임죄가 성립한다.
- ④ 회사직원이 퇴사 시에 그 영업비밀 등을 회사에 반환하거나 폐기할 의무가 있음에도 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 이를 반환하거나 폐기하지 아니한 경우 업무상 배임죄가 성립한다.
- ⑤ 매도인이 부동산의 매수인에게 계약금을 수령하고 순위보전의 효력이 있는 가등기를 마쳐주었다고 하더라도, 중도금을 수령한 이후 그 부동산을 다시 제3자에게 처분하고 부동산 등기를 제3자에게 이전하는 행위는 배임죄에 해당한다.

해설

- ① (○) 대판 2015. 09. 10, 2015도6745.

- ② (X) 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다(대판(全) 2020. 02. 20, 2019도9756).
- ③ (O) 대판 2018. 12. 13, 2016도19308.
- ④ (O) 대판 2008. 04. 24, 2006도9089; 대판 2009. 10. 15, 2008도9433; 대판 2016. 07. 07, 2015도17628; 대판 2016. 06. 23, 2014도11876.
- ⑤ (O) 부동산 매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 후 매도인이 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다. 그리고 매도인이 매수인에게 순위보전의 효력이 있는 가등기를 마쳐 주었더라도 이는 향후 매수인에게 손해를 회복할 수 있는 방안을 마련하여 준 것일 뿐 그 자체로 물권변동의 효력이 있는 것은 아니어서 매도인으로서의 소유권을 이전하여 줄 의무에서 벗어날 수 없으므로, 그와 같은 가등기로 인하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계의 전형적·본질적 내용이 변경된다고 할 수 없다(대판 2020. 05. 14, 2019도16228). 정답 ②

13. 장물에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체하는 방법으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 경우 그 인출된 현금은 장물이 될 수 없다.
- ② 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 받은 경우 그 교부행위는 별도의 사기죄를 구성하지 않는다.
- ③ 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 경우도 장물을 취득한 것에 해당된다.
- ④ 재산범죄를 저지른 이후에 별도의 재산범죄의 구성요건에 해당하는 사후행위가 있었다면 비록 그 행위가 불가벌적 사후행위로서 처벌의 대상이 되지 않는다고 하더라도 그 사후행위로 인하여 취득한 물건은 장물이 될 수 있다.
- ⑤ 장물인 현금 또는 수표를 금융기관에 예금의 형태로 예치하였다가 이를 동일한 액수의 현금 또는 수표를 인출한 경우 장물로서의 성질은 그대로 유지된다.

해설

- ① (O) 甲이 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체(이는 컴퓨터사용 사기죄에 해당)한 후 그 중 일부를 인출(이는 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않음)하여 그 정을 아는 乙에게 교부한 경우, 甲이 컴퓨터사용사기죄에 의하여 취득한 예금채권은 재물이 아니라 재산상 이익이므로, 그가 자신의 예금계좌에서 돈을 인출하였더라도 장물을 금융기관에 예치하였다가 인출한 것으로

볼 수 없으므로 乙의 장물취득죄의 성립은 부정된다(대판 2008. 06. 12, 2008도2440; 대판 2004. 04. 16, 2004도353).

- ② (○) 절취한 자기앞수표를 음식대금으로 교부하고 거스름돈을 환불받은 행위는 절도의 불가별적 사후처분 행위로서 사기죄가 되지 아니한다(대판 1987. 01. 20, 86도1728).
- ③ (×) 장물취득죄에서 '취득'이라고 함은 점유를 이전받음으로써 그 장물에 대하여 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하는 것이므로, 단순히 보수를 받고 본범을 위하여 장물을 일시 사용하거나 그와 같이 사용할 목적으로 장물을 건네받은 것만으로는 장물을 취득한 것으로 볼 수 없다(대판 2003. 05. 13, 2003도1366 등). 장물보관죄에 해당한다.
- ④ (○) 대판 2004. 04. 16, 2004도353.
- ⑤ (○) 대판 2000. 03. 10, 98도2579; 대판 2002. 04. 12, 2002도53; 대판 2004. 04. 16, 2004도353 등.

정답 ③

14. 문서의 죄에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공문서작성을 보조하는 공무원이 허위내용의 공문서를 작성하고 그 허위의 정을 모르는 작성권자의 결재를 받아 공문서를 완성한 경우 허위공문서작성죄의 간접정범이 아니라 공문서위조죄가 성립한다.
- ② 공문서의 작성권한이 없는 공무원이 작성권한자의 결재를 받지 않고 직인 등을 보관하는 담당자를 기망하여 작성권자의 직인을 날인하도록 하여 공문서를 완성한 경우 공문서위조죄가 성립한다.
- ③ 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 하더라도 그 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 공정증서원본 불실기재죄나 공전자기록 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당한다.
- ④ 부동산 거래당사자가 거래가액을 시장 등에게 거짓으로 신고하여 받은 신고필증을 기초로 하여 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 한 경우 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄가 성립한다.
- ⑤ 공정증서원본에 기재된 사항이나 그 원인된 법률행위가 객관적으로 존재하고 다만 거기에 취소사유인 하자가 있는 경우 취소되기 전후를 불문하고 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재는 공정증서원본의 불실기재에 해당한다.

해설

- ① (×) 공무원의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위임을 모르는 작성권자의 결재를 받아 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 될 것이지만, 이러한 결재를 거치지 않고 임의로 작성권자의 직인 등을 부정 사용함으로써 공문서를 완성한 때에는 공문서위조죄가 성립하고, 이는 공문서의 작성권한 없는 사람이 허위공문서를 기안하여 작성권자의 결재를 받지 않고 공문서를 완성한 경우에도 마찬가지이다(대판 2017. 05. 17, 2016도13912).

- ② (○) 다른 공무원 등이 작성권자의 결재를 받지 않고, 작성권자의 결재가 있는 때에 한하여 보관 중인 직인 등을 날인할 수 있을 뿐인 직인 등을 보관하는 담당자를 기망하여 작성권자의 직인을 날인하도록 하여 공문서를 완성한 때에도 공문서위조죄가 성립한다(대판 2017. 05. 17, 2016도13912).
- ③ (×) 주식회사의 발기인 등이 상법 등 법령에 정한 회사설립의 요건과 절차에 따라 회사설립등기를 함으로써 회사가 성립하였다고 볼 수 있는 경우 회사설립등기와 그 기재 내용은 특별한 사정이 없는 한 공정증서원본 불실기재죄나 공전자기록 등 불실기재죄에서 말하는 불실의 사실에 해당하지 않는다. 발기인 등이 회사를 설립할 당시 회사를 실제로 운영할 의사 없이 회사를 이용한 범죄 의도나 목적이 있었다거나, 회사로서의 인적·물적 조직 등 영업의 실질을 갖추지 않았다는 이유만으로는 불실의 사실을 법인등기부에 기록하게 한 것으로 볼 수 없다(대판 2020. 02. 27, 2019도9293).
- ④ (×) 부동산등기법이 개정되면서 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 신청하는 경우에 거래가액을 부동산등기부에 기재하도록 하였으나 부동산등기부에 기재되는 거래가액은 당해 부동산의 권리의무관계에 중요한 의미를 갖는 사항에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 부동산의 거래당사자가 거래가액을 시장등에게 거짓으로 신고하여 신고필증을 받은 뒤 이를 기초로 사실과 다른 내용의 거래가액이 부동산등기부에 등재되도록 하였더라도 형법상의 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄가 성립하지는 아니한다(대판 2013. 01. 24, 2012도12363).
- ⑤ (×) 공정증서원본에 기재된 사항이 '부존재'하거나 외관상 존재한다고 하더라도 '무효'에 해당되는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당하지만, '취소사유'인 하자가 있을 뿐인 경우라면 하자를 이유로 취소되기 전에 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재는 불실기재에 해당하지는 않는다(대판 1993. 09. 10, 93도698; 대판 1997. 01. 24, 95도448; 대판 1985. 09. 10, 85도1481; 대판 2004. 09. 24, 2004도4012).

정답 ②

15. 공무방해의 죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경찰관은 범죄행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있는데, 그 제지조치가 적법한지는 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단하여야 한다.
- ② 공무집행방해죄는 추상적 위험범으로서 구체적으로 직무집행의 방해라는 결과발생을 요하지 아니한다.
- ③ 민원인이 경찰청 민원실에서 욕설을 하는 등 위력으로 공무원의 직무집행을 방해한 경우 공무집행방해죄는 물론 업무방해죄도 성립하지 아니한다.
- ④ 피의자가 수사기관에 적극적으로 허위의 증거를 조작하여 제출하고 그 증거 조작의 결과 수사기관이 그 진위에 관하여 나름대로 충실한 수사를 하더라도 제출된 증거가 허위임을 발견하지 못할 정도에 이른 경우에는 위계공무집행방해죄가 성립한다.
- ⑤ 부동산등기의 등기신청인이 제출한 허위의 소명자료 등에 대하여 등기관이 나름대로 충분히 심사를 하였음에도 이를 발견하지 못하여 등기가 마쳐진 경우, 등기관에게 등기신청이 실제 법상의 권리관계와 일치하는지를 심사할 실질적인 권한이 없다고 하더라도 위계공무집행방해죄가 성립한다.

해설

- ① (X) 경찰관 직무집행법 제6조는 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”라고 정하고 있다. 경찰관 직무집행법 제6조에 따른 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가되기 위해서는, 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태이어야 한다. 다만 경찰관의 제지 조치가 적법한지는 제지 조치 당시의 구체적 상황을 기초로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다(대판 2013. 06. 13, 2012도9937; 대판 2018. 12. 13, 2016도19417).
- ② (O) 대판 2018. 03. 29, 2017도21537.
- ③ (O) 甲이 친구 5명과 함께 민원실에서 근무하는 경찰관 B에게 큰소리로 욕설하고 민원실 바닥에 뒹구는 등 소란을 피운 것은 ‘위력’으로 볼 수는 있을지라도 ‘폭행’이나 ‘협박’으로 보기는 어려워 공무집행방해죄에 해당한다고 할 수 없다(대판 2010. 02. 25, 2008도9049; 대판 2011. 07. 28, 2009도11104). 또한 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다고 해석함이 상당하다(대판(全) 2009. 11. 19, 2009도4166). 따라서 지방경찰청 민원실에서 민원인들이 진정사건의 처리와 관련하여 지방경찰청장과의 면담 등을 요구하면서 이를 제지하는 경찰관들에게 큰소리로 욕설을 하고 행패를 부린 경우(대판 2010. 02. 25, 2008도9049)는 물론 큰소리로 욕설하고 민원실 바닥에 뒹구는 등 소란을 피우는 위력으로 시장(市長)의 기자회견 업무를 방해한 경우에는 업무방해죄가 성립하지 않는다(대판 2011. 07. 28, 2009도11104).
- ④ (O) 대판 2019. 03. 14, 2018도18646.
- ⑤ (O) 대판 2016. 01. 28, 2015도17297. 정답 ①

16. 범인도피죄에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 사람이면 그가 진범인지 여부를 묻지 않고 범인도피죄에서 정한 ‘죄를 범한 자’에 해당한다.
- ② 범인이 자신을 위하여 「형법」 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거의 가족으로 하여금 허위자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 범인도피교사죄를 구성하지 아니한다.
- ③ 범인도피죄에 관한 친족간의 특례에 있어서 ‘친족 또는 동거의 가족’의 범위에 사실혼관계에 있는 자는 포함되지 않는다.
- ④ 수사기관에서 조사받는 피의자가 사실은 게임장의 종업원임에도 불구하고 자신이 실제 업주라고 허위로 진술하고 나아가 게임장의 운영 경위, 자금 출처, 게임기 등의 구입 경위, 점포의 임대차계약 체결 경위 등에 관해서까지 적극적으로 허위로 진술하거나 허위 자료를 제시하여 수사기관이 진범의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도에 이른 경우에는 범인도피죄를 구성한다.

- ⑤ 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 행위가 다른 공범을 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없고, 다른 공범이 이러한 행위를 교사하였더라도 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.

해설

- ① (○) 범인은닉죄의 ‘죄를 범한 자’는 범죄의 혐의를 받아 수사대상이 되어 있는 사람이면 그가 진범인지 여부를 묻지 않고 이에 해당한다(대판 2014. 03. 27, 2013도152; 대판 1982. 01. 26, 81도1931).
- ② (×) [1] 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바(대판 2000. 03. 24, 2000도20; 대판 2006. 05. 26, 2005도7528), 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다. [2] 무면허 운전으로 사고를 낸 사람이 동생을 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 한 행위는 범인도피교사죄를 구성한다(대판 2006. 12. 07, 2005도 3707).
- ③ (○) 사실혼관계에 있는 자는 민법 소정의 친족이라 할 수 없어 위 조항에서 말하는 친족에 해당하지 않는다(대판 2003. 12. 26, 2003도4533).
- ④ (○) 게임산업진흥에 관한 법률 위반, 도박개장 등의 혐의로 수사기관에서 조사받는 피의자가 사실은 게임장·오락실·피씨방 등의 실제 업주가 아니라 그 종업원임에도 불구하고 자신이 실제 업주라고 허위로 진술하였다고 하더라도, 그 자체만으로 범인도피죄를 구성하는 것은 아니다. 다만, 피의자가 실제 업주로부터 금전적 이익 등을 제공받기로 하고 단속이 되면 실제 업주를 숨기고 자신이 대신하여 처벌받기로 하는 역할(이른바 ‘바지사장’)을 맡기로 하는 등 수사기관을 착오에 빠뜨리기로 하고, 단순히 실제 업주라고 진술하는 것에서 나아가 게임장 등의 운영 경위, 자금 출처, 게임기 등의 구입 경위, 점포의 임대차계약 체결 경위 등에 관해서까지 적극적으로 허위로 진술하거나 허위 자료를 제시하여 그 결과 수사기관이 실제 업주를 발견 또는 체포하는 것이 곤란 내지 불가능하게 될 정도에까지 이른 것으로 평가되는 경우 등에는 범인도피죄를 구성할 수 있고, 이를 교사한 업주는 범인도피교사죄가 성립한다(대판 2010. 01. 28, 2009도10709; 대판 2012. 08. 30, 2010도13694).
- ⑤ (○) 공범 중 1인이 그 범행에 관한 수사절차에서 참고인 또는 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하고 허위 자료를 제출하는 것은 자신의 범행에 대한 방어권 행사의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없고, 이러한 행위가 다른 공범을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다(구성요건에 해당하지 않음). 이때 공범이 이러한 행위를 교사하였더라도 범죄가 될 수 없는 행위를 교사한 것에 불과하여 범인도피교사죄도 성립하지 않는다(대판 2018. 08. 01, 2015도 20396).

정답 ②

17. 뇌물죄에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 공무원이 뇌물로 투기적 사업에 참여할 기회를 제공 받았으나 사업 참여로 인한 이익을 얻지 못한 경우라도 뇌물수수죄 성립에는 아무런 영향이 없다.
- ㄴ. 뇌물공여죄가 성립하기 위하여는 뇌물을 공여하는 행위와 필요적 공범관계에 있는 상대방에게 뇌물수수죄가 성립하여야 한다.

- ㄷ. 뇌물수수죄에서 말하는 ‘수수’란 받는 것, 즉 뇌물을 취득하는 것으로서 뇌물에 대한 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하고, 법률상 소유권까지 취득하여야 하는 것은 아니다.
- ㄹ. 뇌물수수자가 뇌물공여자에 대한 내부관계에서 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 취득하였으나 뇌물수수 사실을 은닉하거나 또는 뇌물공여자가 계속 그 물건에 대한 비용 등을 부담하도록 소유권이전의 형식적 요건을 유보하는 경우에도 뇌물수수자는 그 물건을 뇌물로 받은 것이다.
- ㅁ. 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공범 이외의 사람을 말하므로, 공무원이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원의 범죄행위를 알면서 방조하였다면 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 없다.

① ㄱ, ㄷ

② ㄴ, ㄹ

③ ㄱ, ㄷ, ㄹ

④ ㄴ, ㄷ, ㅁ

⑤ ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (O) 투기적 사업에 참여할 기회를 제공받은 경우 뇌물수수죄의 기수 시기는 투기적 사업에 참여하는 행위가 종료된 때로 보아야 하며, 그 행위가 종료된 후 경제사정의 변동 등으로 인하여 당초의 예상과는 달리 그 사업 참여로 아무런 이득을 얻지 못한 경우라도 뇌물수수죄의 성립에는 영향이 없다(대판 2002. 11. 26. 2002도3539; 대판 2002. 05. 10. 2000도2251; 대판 1994. 11. 04. 94도129).
- ㄴ. (X) 뇌물공여자가 성립되기 위하여서는 뇌물을 공여하는 행위와 상대방측에서 금전적으로 가치가 있는 그 물품 등을 받아들이는 행위가 필요할 뿐이지 반드시 상대방측에서 뇌물수수죄가 성립되어야만 한다는 것을 뜻하는 것은 아니다(대판 1987. 12. 22. 87도1699; 대판 2006. 02. 24. 2005도4737).
- ㄷ. (O), ㄹ. (O) [1] 뇌물수수에서 말하는 ‘수수’란 받는 것, 즉 뇌물을 취득하는 것이고, 뇌물공여에서 말하는 ‘공여’란 뇌물을 취득하게 하는 것이다. 여기에서 취득이란 뇌물에 대한 사실상의 처분권을 획득하는 것을 의미하고, 뇌물인 물건의 법률상 소유권까지 취득하여야 하는 것은 아니다. 뇌물수수자가 법률상 소유권 취득의 요건을 갖추지는 않았더라도 뇌물로 제공된 물건에 대한 점유를 취득하고 뇌물공여자 또는 법률상 소유자로부터 반환을 요구받지 않는 관계에 이른 경우에는 그 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 갖게 되어 그 물건 자체를 뇌물로 받은 것으로 보아야 한다. [2] 뇌물수수자가 뇌물공여자에 대한 내부관계에서 물건에 대한 실질적인 사용·처분권한을 취득하였으나 뇌물수수 사실을 은닉하거나 뇌물공여자가 계속 그 물건에 대한 비용 등을 부담하기 위하여 소유권 이전의 형식적 요건을 유보하는 경우에는 뇌물수수자와 뇌물공여자 사이에서는 소유권을 이전받은 경우와 다르지 않으므로 그 물건을 뇌물로 수수하고 공여하였다고 보아야 한다(대판(全) 2019. 08. 29. 2018도2738).
- ㅁ. (X) 제3자뇌물수수죄에서 제3자란 행위자와 공동정범 이외의 사람을 말하고, 교사자나 방조자도 포함될 수 있다. 그러므로 공무원 또는 중재인이 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 제공하게 하고 제3자가 그러한 공무원 또는 중재인의 범죄행위를 알면서 방조한 경우에는 그에 대한 별도의 처벌규정이 없더라도 방조범에 관한 형법총칙의 규정이 적용되어 제3자뇌물수수방조죄가 인정될 수 있다(대판 2017. 03. 15. 2016도19659).

정답 ③

제155조 제1항은 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자를 처벌하고 있고, 여기서의 '위조'란 문서에 관한 죄의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미한다. 그러나 사실의 증명을 위해 작성된 문서가 그 사실에 관한 내용이나 작성명의 등에 아무런 허위가 없다면 '증거위조'에 해당한다고 볼 수 없다. 설령 사실증명에 관한 문서가 형사사건 또는 징계사건에서 허위의 주장에 관한 증거로 제출되어 그 주장을 뒷받침하게 되더라도 마찬가지로 지이다(대판 2021. 01. 28. 2020도2642).

- ㉔. (X) [1] 도로교통법 제2조 제26호는 '술에 취한 상태에서의 운전'(도로교통법 제148조의2 제1항, 제44조), '약물로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서의 운전'(제148조의2 제3항, 제45조), '차의 운전 등 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴하고 사상자를 구호하는 등 필요한 조치나 피해자에게 인적 사항(성명·전화번호·주소 등을 말한다) 제공을 하지 않은 경우(도로교통법 제148조, 제54조 제1항)에는 도로 외의 곳에서 운전한 경우를 포함한다고 규정하면서, 무면허운전에 관해서는 이러한 예외를 정하고 있지 않다. 따라서 도로교통법 제152조, 제43조를 위반한 무면허운전이 성립하기 위해서는 운전면허를 받지 않고 자동차 등을 운전한 곳이 도로에 해당해야 하고, 도로가 아닌 곳에서 운전면허 없이 운전한 경우에는 무면허운전에 해당하지 않는다. 도로에서 운전하지 않았는데도 무면허운전으로 처벌하는 것은 유추해석이나 확장해석에 해당하여 죄형법정주의에 비추어 허용되지 않는다. 운전면허 없이 자동차 등을 운전한 곳이 특정인이나 그와 관련된 용건이 있는 사람만 사용할 수 있고 자체적으로 관리되는 곳이라면 도로교통법에서 정한 '도로에서 운전'한 것이 아니므로 무면허운전으로 처벌할 수 없다. [2] 피고인이 자동차운전면허를 받지 않고 아파트 단지 안에 있는 지하주차장 약 50m 구간에서 승용차를 운전하였는데, 위 주차장이 아파트 주민이나 그와 관련된 용건이 있는 사람만 이용할 수 있고 경비원 등이 자체적으로 관리하는 곳이라면 도로에 해당하지 않을 수 있고, 피고인의 자동차 운전행위는 도로교통법에서 금지하는 무면허운전에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있다(대판 2017. 12. 28. 2017도17762).

㉕. (O) 대판 2000. 04. 11, 99도334.

- ㉖. (X) 보통예금은 은행 등 법률이 정하는 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로서, 그 예금계좌에 입금된 금전의 소유권은 금융기관에 이전되고, 예금주는 그 예금계좌를 통한 예금반환채권을 취득하는 것이므로, 금융기관의 임직원은 예금주로부터 예금계좌를 통한 적법한 예금반환 청구가 있으면 이에 응할 의무가 있을 뿐 예금주의 재산관리에 관한 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다. 따라서 임의로 예금주의 예금계좌에서 5,000만 원을 인출한 금융기관의 임직원에게 업무상배임죄가 성립하지 않는다(대판 2008. 04. 24, 2008도1408). 정답 ①

19. 입건 전 조사(내사) 및 수사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 입건 전 조사는 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 범죄인지 전에 행해지는 수사기관 내부의 조사활동에 불과하므로, 입건 전 조사 그 자체만으로는 피조사자(피내사자)에게 어떠한 의무를 부과하거나 피조사자의 기본권에 직접적이고 구체적인 침해를 가한다고 볼 수 없다.
- ② 피의자라고 하기 위해서는 수사기관에 의하여 범죄의 인지 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 하지만, 그 이전의 단계라도 장차 형사입건될 가능성이 크다면 피의자에 해당한다.
- ③ 친고죄나 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추 조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다.

- ④ 피조사자 신분이라고 하더라도 변호인과의 접견교통권은 피조사자의 인권보장과 방어준비를 위한 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다.
- ⑤ 범죄인지절차는 수사기관의 사무처리절차규정에 불과하므로, 인지절차를 밟기 전에 수사를 하였다고 하더라도 그 수사가 장차 인지의 가능성이 전혀 없는 상태 하에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 인지절차가 이루어지기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다.

해설

- ① (○) **내사(= 입건 전 조사)** : 아직 ‘범죄의 혐의가 있다’(제196조, 제197조 제1항)고 사료되지 않은 상태에서 행하는 수사기관의 각종의 조사활동은 수사에 해당하지는 않는다. 수사준칙은 “입건 전에 범죄를 의심할 만한 정황이 있어 수사 개시 여부를 결정하기 위한 사실관계의 확인 등 필요한 조사”라고 표현하고 있는데(제16조 제3항, 경찰수사규칙 제19조 제1항, 검찰사건사무규칙 제224조 제1항), 이를 내사(內査)라고 한다.
- ② (×) **수사와 내사의 구별기준** : 종래 입건(立件)의 존부라는 형식에 의하여 구별하는 형식설도 있었지만, 판례는 “수사기관이 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 범죄의 인지절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 이 검찰사건사무규칙의 규정은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리 절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니다.”라고 판시하여(대판 2011. 11. 10. 2010도8294; 대판 2010. 06. 24. 2008도12127 등 참조), 내사를 수사 자체와 구별하지 않고 형사소송법상 수사 일반의 문제로 취급하여, 범죄혐의가 인정되는지 여부에 의하여 구별하는 실질설의 입장이다. 따라서 판례인 실질설에 따르면, 범죄인지 전이라도 범죄혐의가 인정되는 자는 피의자에 해당하므로 ② 지문은 옳지 않다.
- ③ (○) **고소·고발 전 수사의 허부(원칙적 허용)** : 법률에 의하여 고소·고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소·고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소·고발 전에 수사를 하였더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발의 가능성이 없는 상태하에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소·고발 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하게 되는 것은 아니다(대판 2011. 03. 10. 2008도7724).
- ④ (○) **피내사자의 변호인과의 접견교통권** : 변호인과의 접견교통권은 피고인 또는 피의자나 피내사자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다(대결 1996. 06. 03. 96도18; 대결 1991. 03. 28. 91도24 등).
- ⑤ (○) **범죄의 인지(실질적 개념)** : 수사기관이 범죄의 인지절차를 밟기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 인지의 가능성이 전혀 없는 상태하에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 인지절차가 이루어지기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없고, 따라서 그 수사과정에서 작성된 피의자신문조서나 진술조서 등의 증거능력도 이를 부인할 수 없다(대판 2001. 10. 26. 2000도 2968).

정답 ②

20. 고소와 고발에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공갈죄의 수단으로서 한 협박은 공갈죄에 흡수될 뿐 별도로 협박죄를 구성하지 않으므로 피해자가 협박죄 부분에 대해서만 고소를 한 후 협박죄의 고소를 취소하였다고 하여도 공갈죄로 처벌하는 데에 아무런 장애가 되지 않는다.
- ② 대리고소의 경우 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 충분하고, 그 방식에 특별한 제한은 없으므로, 고소를 할 때 반드시 위임장을 제출한다거나 ‘대리’라는 표시를 하여야 하는 것은 아니다.
- ③ 친고죄에서 고소는 서면뿐만 아니라 구술로도 할 수 있고, 다만 구술에 의한 고소를 받은 검사 또는 사법경찰관은 조서를 작성하여야 하지만 그 조서가 독립된 조서일 필요는 없으며, 수사기관이 고소권자를 증인 또는 피해자로서 신문한 경우에 그 진술에 범인의 처벌을 요구하는 의사표시가 포함되어 있고 그 의사표시가 조서에 기재되면 고소는 적법하다.
- ④ 조세범에 대한 국세청장 등의 고발에도 고소·고발 불가분의 원칙이 적용되므로 양벌규정에 의하여 처벌받는 법인에 대한 고발은 그 행위자인 자연인에게까지 미친다.
- ⑤ 친고죄의 공범 중 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후에는 제1심판결선고전의 다른 공범자에 대하여 고소의 취소가 있더라도 고소취소의 효력이 발생하지 않는다.

해설

- ① (○) 고소취소된 사건을 협박죄로 기소하였다가 공갈미수로 공소장변경을 신청하여 허가된 경우 공소 제기시 하자의 치유 허부(적극) : 공갈죄의 수단으로서 한 협박은 공갈죄에 흡수될 뿐 별도로 협박죄를 구성하지 않으므로, 이 사건 범죄사실에 대한 피해자의 고소는 결국 공갈죄에 대한 것이라 할 것이어서, 그 후 고소가 취소되었다 하여 공갈죄로 처벌하는 데에 아무런 장애가 되지 아니하며, 공소를 제기할 당시에는 이 사건 범죄사실을 협박죄로 구성하여 기소하였다 하더라도 그 후 공판 중에 기본적 사실관계가 동일하여 공소사실을 공갈미수로 공소장변경이 허용된 이상 그 공소제기의 하자는 치유된다고 할 것이다(대판 1996. 09. 24. 96도2151[소위 조폭내연녀 사건][협박, 변경된 죄명(공갈미수)]). ☞ 검사가 고소취소된 사건을 협박죄로 기소하였다가 공갈미수로 공소장변경을 신청하여 허가된 경우에는 공소제기시의 하자가 치유되어 적법한 공소제기로서 심판의 대상이 된다는 사안으로, 고소의 추완을 불허하는 판례의 일반적 태도와는 다른 판례로 평가된다.
- ② (○) 대리인에 의한 고소방식 : 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 족하고, 반드시 위임장을 제출하거나 ‘대리’라는 표시를 해야 하는 것은 아니고, 또 고소기간은 대리고소인이 아니라 정당한 고소권자를 기준으로 고소권자가 범인을 알게 된 날부터 기산한다(대판 2001. 09. 04. 2001도3081).
- ③ (○) 고소의 방식 : 서면이나 구술로 검사 또는 사법경찰관에게 한다. 수사기관이 구술에 의한 고소를 받은 때에는 조서를 작성하여야 한다(제237조). 고소조서는 처벌을 희망하는 의사표시만 있으면 되기 때문에 반드시 독립된 조서일 필요는 없다(대판 2011. 06. 24. 2011도4451 등 참조).
- ④ (×) 전속고발사건에 고소의 주관적 불가분원칙 적용 여부(소극) : 고발에 있어서는 이른바 고소·고발 불가분의 원칙이 적용되지 아니하므로, 고발의 구비 여부는 양벌규정에 의하여 처벌받는 자연인인 행위자와 법인에 대하여 개별적으로 논하여야 한다(대판 1962. 01. 11. 60도883; 대판 1971. 11. 23. 71도1106; 대판 2004.

09. 24. 2004도4066). **☞** 고발이 소송조건이 되는 전속고발사건에서 판례는 객관적 불가분원칙은 적용되지만(대판 2005. 01. 14. 2002도5411; 대판 2014. 10. 15. 2013도5650 참조), 주관적 불가분원칙은 적용되지 않는다(위 판례).
- ⑤ (○) 공범에 대한 제1심판결 선고 후 고소취소(소극) : 적극설, 소극설이 대립하지만, 판례는 친고죄의 공범 중 그 일부에 대하여 제1심 판결이 선고된 후에는 제1심판결 선고 전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고, 그 고소의 취소가 있다 하더라도 그 효력을 발생할 수 없다고 하여(대판 1985. 11. 12. 85도1940 등), 소극설의 입장이다. **정답 ④**

21. 「형사소송법」 제216조와 제217조의 규정에 따른 영장에 의하지 아니한 압수·수색에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있으나 사후에 영장을 받을 필요는 없다.
- ② 체포현장에서 영장없이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체없이 압수영장을 청구하여야 하고, 압수 후 늦어도 48시간 이내에는 이를 발부받아야 한다.
- ③ 수사기관이 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 경우 구속현장에서 영장없이 압수수색할 수 있다.
- ④ 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 필요한 때에는 24시간 내에 영장없이 압수할 수 있고, 이를 계속 압수하고자 하는 때에는 지체없이 압수수색영장을 청구하되, 그 청구시기는 압수 후 48시간을 넘을 수 없다.
- ⑤ 경찰관이 음주운전을 적발한 후 주취운전자를 체포하지 아니하면서도 영장없이 그 차량열쇠를 압수하였다면, 이 압수조치는 위법하다.

해설

- ① (×) 범죄장소에서의 압수·수색·검증(제216조 제3항) : 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.
- ② (×) 체포현장에서의 압수·수색·검증(제216조 제1항 제2호)과 사후영장 : 체포현장에서 영장없이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체없이 체포한 때부터 48시간 이내에 압수수색영장을 청구하여야 한다(제217조 제2항).
- ③ (○) 피고인 구속현장에서의 압수·수색·검증(제216조 제2항) : 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장을 집행하는 경우(제81조)에 필요한 때에는 그 집행현장에서 영장없이 압수·수색·검증할 수 있다. 구속집행현장에서의 압수·수색·검증 등은 수사기관의 수사에 속하는 처분에 해당한다. 따라서 그 결과를 법관에게 보고하거나 압수물을 제출할 필요가 없고, 사후영장도 요하지 않는다.
- ④ (×) 긴급체포시의 압수·수색·검증(제217조 제1항)과 사후영장 : 긴급체포시 영장없이 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체없이 체포한 때부터 48시간 이내에 압수수색영장을 청구하여야 한다(동조 제2항).
- ⑤ (×) 주취운전과 차량열쇠(제216조 제3항) : 주취운전이라는 범죄행위로 당해 음주운전자를 구속 체포하지 아니한 경우에도 필요하다면 그 차량열쇠는 범행중 또는 범행직후의 범죄장소에서의 압수로서 제216조

제3항에 의하여 영장없이 이를 압수할 수 있다(대판 1998. 05. 08. 97다54482[음주운전자 차량열쇠 압수 사건]). 정답 ③

22. 증거보전 및 제1회 공판기일 전 증인신문에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 성폭력범죄의 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다.
- ② 증거보전절차에서 행해지는 증인신문의 경우에도 지방법원판사는 신문의 일시와 장소를 피의자·피고인 및 변호인에게 미리 통지하여야 하며, 증거보전에 의하여 작성된 조서는 법관의 조서이므로 증거능력이 있다.
- ③ 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고받은 사이로 필요적 공범관계에 있다고 하더라도 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위하여 필요한 경우에는 판사에게 공동 피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 있다.
- ④ 참고인이 수사단계에서의 진술을 공판단계에서 반복할 염려가 있으며 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에도 제1회 공판기일 전의 증인신문을 청구할 수 있다.
- ⑤ 판사가 제1회 공판기일 전의 증인신문을 실시할 경우에는 피고인, 피의자 또는 변호인에게 신문기일의 장소 및 증인신문에 참여할 수 있다는 취지를 통지하여야 한다.

해설

- ① (○) 증거보전의 특례(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제41조) : 성폭력범죄의 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) 제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다.
- ② (○), ⑤ (○) 증거보전절차에서 작성된 증인신문조서의 증거능력(제311조 제2문) : 판사가 제184조에 의한 증거보전절차로 증인신문을 하는 경우에는 제163조에 따라 검사, 피의자 또는 변호인에게 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지하여 증인신문에 참여할 수 있는 기회를 주어야 하며(대판 1988. 11. 08. 86도1646), 증거보전에 의하여 작성된 각종 조서는 법원·법관의 조서로서 당연히 증거능력이 있다(제311조 제2문 참조). ☞ 다만, 판례는 증거보전절차에서 피의자와 변호인에게 참여의 기회를 주지 않은 증인신문조서라도 피고인과 변호인이 증거로 할 수 있음에 동의하여 별다른 이의없이 적법하게 증거조사를 거친 경우에는 위 증인신문조서는 증인신문절차가 위법하였는지의 여부에 관계없이 증거능력이 부여된다고 하지만(대판 1988. 11. 08. 86도1646), 그러한 증인신문조서는 증거동의를 있더라도 증거능력을 인정할 수는 없다는 **비판**이 있다.
- ③ (○) 증거보전(제184조) 청구의 내용 : 증거보전을 청구할 수 있는 것은 압수·수색·검증, 증인신문 또는 감정이다. 따라서 증거보전절차에서 피의자 또는 피고인의 신문을 청구할 수는 없지만(대판 1977. 12. 13. 77도2770 등), 그러나 공동피고인 또는 공범자를 증거보전절차에서 증인으로 신문하는 것은 가능하다(대판 1988. 11. 08. 86도1646).

- ④ (X) 진술번복의 염려(제221조의2 제2항 → 삭제) : 헌법재판소는 진술번복의 염려가 있는 경우에 판사의 증인신문을 허용한 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제2항과 관련된 동조 제5항이 적법절차 및 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 보아 이 부분을 위헌결정하였고(헌재결 1996. 12. 26. 94헌바1), 2007년 개정법은 헌법재판소의 결정에 따라 이 규정을 삭제하였다. 정답 ④

23. 공소장에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 범죄의 직접적인 동기 또는 공소범죄사실과 밀접불가분의 관계에 있는 동기를 공소사실에 기재하는 것이 공소장일본주의의 위반이 아니다.
- ② 공소제기 당시 피고인이 구속되어 있거나 체포 또는 구속된 후 석방된 경우, 공소장에는 체포 영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 각 첨부하여서는 아니된다.
- ③ 공소제기가 공소장일본주의에 위배된 때에는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다.
- ④ 특허권·상표권 침해사범처럼 사안의 성질상 도면 등에 의한 공소사실의 특징이 필요한 경우에는 서류의 내용을 요약 또는 사본하여 공소장에 첨부할 수 있다.
- ⑤ 공소장의 기재가 공소장일본주의를 위반하였더라도 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다.

해설

- ① (O) 공소장일본주의와 범죄의 동기의 기재(판례 → 적법) : 살인, 방화 등의 경우 범죄의 직접적인 동기 또는 공소범죄사실과 밀접불가분의 관계에 있는 동기를 공소사실에 기재하는 것이 공소장일본주의의 위반이 아님은 명백하고, 설사 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다(대판 2007. 05. 11. 2007도748).
- ② (X) 공소장일본주의와 첨부·인용의 금지 : 사건에 관하여 법원의 예단을 발생시킬 수 있는 서류 기타 물건을 첨부 또는 인용하는 것을 금지한다(규칙 제118조 제2항). 그러나 예단을 줄 염려가 없는 서류(예컨대, 구속영장 기타 구속에 관한 서류 또는 변호인선임서 등)를 공소장에 첨부하는 것은 공소장일본주의에 반하지 않는다(규칙 제118조 제1항).
- ③ (O) 공소장일본주의 위반의 효과 : 공소장일본주의의 위반은 공소제기의 방식에 관한 중대한 위법으로 ‘공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’이므로, 법원은 원칙적으로 공소기각판결(제327조 제2호)을 하여야 한다(대판(순습) 2009. 10. 22. 2009도7436[소위 문국현 사건]).
- ④ (O) 공소장일본주의와 첨부·인용이 허용되는 경우 : 공소사실의 기재는 본질적으로 역사적으로 이미 발생한 사실을 그에 관한 자료를 기초로 범죄사실로 재구성하여 표현하는 것이어서 그 정도의 차이가 있을 뿐 필연적으로 장차 증거로 제출될 서류 기타 물건에 담긴 정보를 기술하는 형식에 의하게 되고, 특히 명예훼손·모욕·협박 등과 같이 특정한 표현의 구체적인 내용에 따라 범죄의 성부가 판가름되는 경우나 특허권·상표권 침해사범처럼 사안의 성질상 도면 등에 의한 특징이 필요한 경우 등에는 서류 기타 물건의

내용을 직접 인용하거나 요약 또는 사본하여 첨부할 수밖에 없다. 결국, 공소장일본주의는 공소사실 특성의 필요성이라는 또 다른 요청에 의하여 필연적으로 제약을 받을 수밖에 없는 것이므로, 양자의 취지와 정신이 조화를 이룰 수 있는 선에서 공소사실 기재 또는 표현의 허용범위와 한계가 설정되어야 한다(대판(소합) 2009. 10. 22. 2009도7436[소위 문국현 사건]).

- ⑤ (○) 공소장일본주의 위반과 하자의 치유 : 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다(대판(소합) 2009. 10. 22. 2009도7436[문국현 사건] [다수의견]). ☞ 다만, 피고인 측으로부터 이의가 유효하게 제기되어 있는 이상, 공판절차가 진행되어 법관의 심증형성의 단계에 이르렀다고 하여 공소장일본주의 위배의 하자가 치유된다고 볼 수 없다(대판 2015. 01. 29. 2012도2957). 정답 ②

24. 공소시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상상적 경합의 관계에 있는 사기죄와 변호사법위반죄 중 변호사법위반죄의 공소시효가 완성된 경우, 사기죄의 공소시효까지 완성된 것으로 볼 수 있다.
- ② 범인이 가지는 여러 국외 체류 목적 가운데 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있는 경우에 공소시효가 정지된다.
- ③ 공소시효를 배제하는 내용의 특례규정이 법률에 신설되었으나 소급적용에 관한 명시적인 경과규정을 두지 않았다면 특례규정을 소급적용할 수 없다.
- ④ 공소제기 후 공소장변경이 행해진 경우에 공소제기의 효력은 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 사실에 대해서 미치므로, 공소제기시를 기준으로 변경된 공소사실의 공소시효의 완성 여부를 결정하는 것이 타당하다.
- ⑤ 법정최고형이 징역 5년인 부정수표단속법위반죄를 저지른 자가 중국으로 출국하여 체류하다가 그곳에서 다른 범죄로 징역 14년을 선고받고 8년 이상 복역한 후 가족이 있는 우리나라로 추방되어 부정수표단속법위반죄로 공소가 제기되었다면 수감기간 동안에 공소시효의 진행이 정지되지 않는다.

해설

- ① (×) 상상적 경합관계와 공소시효의 기준(개별적) : 상상적 경합관계, 즉 과형상 일죄는 실체법상 수죄이므로 각 범죄사실에 대하여 개별적으로 공소시효를 결정해야 한다. 판례도 변호사법 위반죄의 공소시효가 완성되었다고 하여 그 죄와 상상적 경합관계에 있는 사기죄의 공소시효까지 완성되는 것은 아니라고 한다(대판 2006. 12. 08. 2006도6356).
- ② (○) 공소시효 정지사유로서의 '형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우'의 의미 : 제253조 제3항에서의 범인의 국외체류의 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는 것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다(대판 2008. 12. 11. 2008도4101).
- ③ (○) 공소시효를 정지·연장·배제하는 특례조항을 신설하면서 소급적용에 관한 명시적인 경과규정을 두지 않은 경우, 그 조항을 소급하여 적용할 수 있는지 판단하는 방법 : 공소시효를 정지·연장·배제하는 특례

- 조항을 신설하면서 소급적용에 관한 명시적인 경과규정을 두지 않은 경우 그 조항을 소급하여 적용할 수 있는지에 관해서는 보편타당한 일반원칙이 존재하지 않고, 적법절차원칙과 소급금지원칙을 천명한 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 정신을 바탕으로 하여 법적 안정성과 신뢰보호원칙을 포함한 법치주의 이념을 훼손하지 않는 범위에서 신중히 판단해야 한다(대판 2021. 02. 25. 2020도3694). ☞ 따라서 **공소시효 배제조항을 신설하면서도 이에 대하여 부칙규정 등에서 경과규정을 두지 아니한 경우에는, 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용하여 공소시효의 완성 여부를 판단하여야 한다**(대판 2015. 05. 28. 2015도1362, 2015전도19 등 참조).
- ④ (O) **공소장변경과 공소시효** : [1] 공소장변경이 있는 경우에 **공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장변경시를 기준으로 삼을 것은 아니고**(대판 2004. 07. 22. 2003도8153), [2] 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 **변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다**(대판 2001. 08. 24. 2001도2902[절도죄 → 인정된 죄명은 건조물침입][병록지절취사건]).
- ⑤ (O) **‘형사처분을 면할 목적’ 인정 여부** : … 위 수감기간 동안에는 이 사건 범죄에 대한 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었다고 볼 다른 자료가 없는 상태에서는 제253조 제3항의 ‘형사처분을 면할 목적’을 인정할 수 없어 공소시효의 진행이 정지되지 않는다(대판 2008. 12. 11. 2008도4101). 정답 ①

25. 공판에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 항소심 제4회 공판기일에 피고인이 변호인과 함께 출석하자 법원이 변론을 종결하고 제5회 공판기일인 선고기일을 지정하여 고지하였는데, 피고인과 변호인이 모두 제5회 공판기일에 출석하지 아니하자 피고인의 출석 없이 공판기일을 개정하여 피고인의 항소를 기각한 것은 「형사소송법」 제365조(피고인의 출정)에 따른 적법한 결정이다.
- ② 제1심 법원이 국민참여재판 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였더라도, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 아니한다고 하면서 위와 같은 제1심의 절차적 위법을 문제삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우, 제1심 공판절차의 하자가 치유된다고 보기 위해서는 피고인에게 국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 한다.
- ③ 토지관할에 대한 피고인의 관할 위반의 신청은 피고사건에 대한 진술 전에 하여야 한다.
- ④ 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다.
- ⑤ 법원은 증거능력이 없어 증거로 채택되지 아니한 증거서류 또는 증거물을 제출받아서는 안 되고, 일단 제출받은 경우에는 이를 증거신청인에게 반환하여야 한다.

해설

- ① (X) **항소심에서의 불출석 재판의 요건**(= 적법한 기일 통지 받고, 2회 연속 불출석) : 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하는 것이 원칙이다(제370조, 제276조). 다만 피고인이 항소심 공판기일에 출정하지 않아 다시 기일을 정하였는데도 정당한 사유 없이 그 기일에도 출정하지 않은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다(제365조). 이와 같이 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해

서는 피고인이 적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출정하지 않은 경우에 해당하여야 한다(대판 2019. 10. 31. 2019도5426).

- ② (O) 국민참여재판을 받을 권리의 침해와 항소심에서 하자의 치유 요건 : 1심법원이 국민참여재판의 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였더라도, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 아니한다고 하면서 위와 같은 제1심의 절차적 위법을 문제 삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우에는 그 하자가 치유되어 제1심 공판절차는 전제로서 적법하게 된다고 봄이 상당하고, 다만 국민참여재판제도의 취지와 피고인의 국민참여재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 관련 규정의 내용에 비추어 위 권리를 침해한 제1심 공판절차의 하자가 치유된다고 보기 위해서는 법 제8조 제1항, 규칙 제3조 제1항에 준하여 피고인에게 국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 한다(대판 2012. 04. 26. 2012도1225; 同旨 대판 2012. 06. 14. 2011도15484; 대판 2013. 01. 31. 2012도13896 등).
- ③ (O) 토지관할의 위반 신청 : 법원은 피고인의 신청이 없으면 토지관할에 관하여 관할위반의 선고를 하지 못하고(제320조 제1항), 관할위반의 신청은 피고사건에 대한 진술 전에 하여야 하므로(동조 제2항), 진술 이후에는 관할위반의 하자는 치유된다.
- ④ (O) 공판조서의 열람·등사권이 침해된 경우 증거능력 : 피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구에 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라(제55조 제3항), 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다(대판 2003. 10. 10. 2003도3282; 대판 2012. 12. 27. 2011도15869).
- ⑤ (O) 증거서류 등의 반환 : 법원은 증거신청을 기각·각하하거나, 증거신청에 대한 결정을 보류하는 경우, 증거신청인으로부터 당해 증거서류 또는 증거물을 제출받아서는 아니 된다(규칙 제134조 제4항). [신설 2007.10.29.] 따라서 법원은 증거능력이 없어 증거로 채택되지 아니한 증거서류 또는 증거물을 제출받아서는 안 되고, 일단 제출받은 경우에는 이를 증거신청인에게 반환하여야 한다. 정답 ①

26. 임의제출물의 압수에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의 사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다.
- ② 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우, 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.
- ③ 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하였다 하더라도 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되는 것으로 더욱 제한적으로 해석하여야 할 필요는 없다.
- ④ 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하며 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다 하더라도 그 위법성이 치유되지는 않는다.

- ⑤ 휴대전화를 이용한 불법촬영 범죄의 경우, 휴대전화 안에 저장되어 있는 같은 유형의 전자 정보에서 발견되는 간접증거나 정황증거는 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 인정 될 수 있다.

해설

대판(全合) 2021. 11. 18. 2016도348. 준강제추행·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) [대학교수 여제자 준강제추행등 사건] : 피고인이 2014. 12. 11. 피해자 A를 상대로 저지른 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영) 범행(‘2014년 범행’)에 대하여 A가 즉시 피해 사실을 경찰에 신고 하면서 피고인의 집에서 가지고 나온 피고인 소유의 휴대전화 2대에 피고인이 촬영한 동영상과 사진이 저장 되어 있다는 취지로 말하고 이를 범행의 증거물로 임의제출하였는데, 경찰이 이를 압수한 다음 그 안에 저장 된 전자정보를 탐색하다가 A를 촬영한 휴대전화가 아닌 다른 휴대전화에서 피고인이 2013. 12.경 피해자 B, C를 상대로 저지른 같은 법 위반(카메라등이용촬영) 범행(‘2013년 범행’)을 발견하고 그에 관한 동영상·사진 등을 영장 없이 복제한 CD를 증거로 제출한 사안에서, 피고인의 2013년 범행을 무죄로 판단한 원심의 결론 이 정당하다고 한 사례.

- ① (○) 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때 임의제출자 의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우, 임의제출에 따 른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되는지 여부(적극) : 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체 를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다(대판(全合) 2021. 11. 18. 2016도348. 준강제추행·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용 촬영) [대학교수 여제자 준강제추행등 사건]).
- ② (○) 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우, 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보 장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 하는지 여부(적극) : 압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체나 그 복제본을 임의제출받은 수사기관이 그 정보저장매체 등을 수사기 관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’)나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압 수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의사실과 무관한 전자정보 의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다 (대판(全合) 2021. 11. 18. 2016도348. 준강제추행·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) [대학 교수 여제자 준강제추행등 사건]).
- ③ (×) 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하는 경우, 임의 제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되 는 것으로 더욱 제한적으로 해석하여야 하는지 여부(적극) : 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피 의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하는 경우에는, 그 임의제출 및 그에 따른 수사기관의 압수가 적법 하더라도 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수 의 대상이 되는 것으로 더욱 제한적으로 해석하여야 한다. 피의자 개인이 소유·관리하는 정보저장매체에는 그의 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권 등 인격적 법익에 관한 모든 것이 저장되어 있어 제한 없이 압수·수색이 허용될 경우 피의자의 인격적 법익이 현저히 침해될 우려가 있기 때문이다(대판

(소송) 2021. 11. 18. 2016도348. 준강제추행·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) [대학교수 여자자 준강제추행등 사건].

- ④ (O) 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거가 위법수집증거에 해당하는지 여부(적극) 및 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의한 경우 그 위법성이 치유되는지 여부(소극) : 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관이 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 만약 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다. 따라서 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다(대판(소송) 2021. 11. 18. 2016도348. 준강제추행·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) [대학교수 여자자 준강제추행등 사건]).
- ⑤ (O) 간접증거와 정황증거를 포함하는 구체적·개별적 연관관계 있는 관련 증거의 범위 : 휴대전화에 담긴 전자정보 중 임의제출을 통해 적법하게 압수된 범위는 임의제출 및 압수의 동기가 된 피고인의 범행 자체와 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보로 제한적으로 해석하는 것이 타당하다(대판(소송) 2021. 11. 18. 2016도348. 준강제추행·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) [대학교수 여자자 준강제추행등 사건]). 정답 ③

27. 전문증거와 그 증거능력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정해지는 데, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.
- ② 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 「형사소송법」 제316조 제1항의 규정에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있고, 그 전문진술이 기재된 조서는 「형사소송법」 제312조 내지 314조의 규정에 의하여 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 「형사소송법」 제316조 제1항의 규정에 따른 위와 같은 조건을 갖춘 때에 예외적으로 증거능력을 인정하여야 한다.
- ③ 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 진술의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 진술은 전문증거에 해당하지 않는다.
- ④ 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면 그것이 진술조서라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다.

- ⑤ 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 증명책임은 검사에게 있으므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다.

해설

- ① (○) 전문증거와 본래증거의 구별 : 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증 사실과의 관계에서 정하여지는바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 그 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대판(순승) 2019. 08. 29. 2018도 14303 등).
- ② (○) 재전문증거의 증거능력 : 판례는 재전문서류와 재전문진술(또는 재전문진술을 기재한 조서)을 구별하여, [1] 재전문서류(전문진술이 기재된 서류)는 전문서류로서 제312조 또는 제314조의 요건 및 전문진술로서 제316조 제1항(피고인의 진술) 또는 제2항(피고인 아닌 자의 진술)의 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있지만, [2] 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 피고인이 증거동의 없는 한 이를 증거로 할 수 없다는 입장이다(대판 2000. 03. 10. 2000도159[30개월 영아 성폭행사건]; 대판 2017. 07. 18. 2015도 12981 등).
- ③ (×) 정황증거를 통한 전문증거 - Backdoor 전문(傳聞)의 금지(전문법칙의 잠탈 불허) : 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다. 서류가 그곳에 기재된 원진술의 내용인 사실을 증명하는데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증 사실이 되기 때문이다. 이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다(대판(순승) 2019. 08. 29. 2018도2738[국정농단 사건] 참조).
- ④ (○) 피의자신문조서 : 피의자신문조서란 수사기관인 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하여 그 진술을 기재한 조서를 말한다(제200조, 제241조 이하 참조). 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 ‘진술조서, 진술서’ 등 어떤 형식을 취하였는가를 불문하고, 수사과정에서 검사가 피의자와 대담하는 장면을 녹화한 비디오테이프에 대한 법원의 검증조서도 피의자신문조서에 준하여 증거능력을 판단하여야 한다(대판 1992. 06. 23. 92도682[소위 부산신20C과 사건]).
- ⑤ (○) 제314조 소재불명 등의 입증책임(검사) : 증인의 법정출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정출석이 불가능하게 되었다는 사정은 검사가 증명한 경우여야 한다(대판 2013. 04. 11. 2013도1435). 정답 ③

28. 자백배제법칙과 자백보강법칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 자백의 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명하여야 한다.
- ㄴ. 자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라, 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다.

29. 상소에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 상고심은 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 하므로 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유를 상고이유로 삼아 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반한다.
- ㄴ. 상소권을 포기한 후 상소제기기간이 도과한 다음에 상소포기의 효력을 다투는 한편, 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기기간 내에 상소를 하지 못하였다고 주장하는 사람은 상소권회복청구가 인용된 다음에야 상소를 제기할 수 있다.
- ㄷ. 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심으로서는 이를 적법한 상소제기로 다루어야 하므로 본안에 관한 판단을 제외한 몰수 또는 추징에 관한 부분만 상소심으로 이심된다.
- ㄹ. 검사와 피고인 양쪽이 상소를 제기한 경우, 어느 일방의 상소는 이유 없으나 다른 일방의 상소가 이유 있어 원판결을 파기하고 다시 판결하는 때에는 이유 없는 상소에 대해서는 판결이유 중에서 그 이유가 없다는 점을 적고 주문에서 그 상소를 기각해야 한다.
- ㅁ. 피고인의 상소는 불이익한 원재판을 시정하여 이익된 재판을 청구함을 본질로 하는 것이어서 재판이 자기에게 불이익하지 않으면 이에 대한 상고권을 가질 수 없으므로, 피고인에게 가장 유리한 판결인 무죄판결에 대한 피고인의 상고는 부적법하다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄴ, ㄹ

③ ㄱ, ㄷ, ㄹ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄴ, ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (○) 이른바 ‘상고이유의 제한법리’ : …(중략) 위 규정 및 법리를 종합해 보면, 상고심은 항소심판결에 대한 사후심으로서 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 한다. 그 결과 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없고 이를 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반한다. 이러한 점에서 이른바 ‘상고이유 제한에 관한 법리’는 형사소송법이 상고심을 사후심으로 규정한 데에 따른 귀결이라고 할 수 있다(대판(全합) 2019. 03. 21. 2017도16593[처방전 없는 한약 조제·판매 사건]).
- ㄴ. (×) 상소권회복의 절차 : 상소권회복을 청구한 자는 상소권회복청구서와 동시에 상소장을 제출하여야 한다(제346조 제3항).
- ㄷ. (×) 몰수·추징 부분만의 상소 : 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심으로서는 이를 적법한 상소제기로 다루어야 하고, 그 부분에 대한 상소의 효력은 그 부분과 불가분의 관계에 있는 본안에 관한 판단 부분에까지 미쳐 그 전부가 상소심으로 이심된다(대판(全합) 2008. 11. 20. 2008도5596).
- ㄹ. (×) 주문표시와 판결이유 : 검사와 피고인 양쪽이 상소를 제기한 경우, 어느 일방의 상소는 이유 없으나 다른 일방의 상소가 이유 있어 원판결을 파기하고 다시 판결하는 때에는 이유 없는 상소에 대해서는 판결

이유 중에서 그 이유가 없다는 점을 적으면 충분하고 주문에서 그 상소를 기각해야 하는 것은 아니다(대판 2020. 06. 25. 2019도17995).

- ㄱ. (○) 무죄판결에 대한 피고인의 상고의 적법 여부(소극) : 피고인의 상소는 불이익한 원재판을 시정하여 이익된 재판을 청구함을 그 본질로 하는 것이어서 재판이 자기에게 불이익하지 아니하면 이에 대한 상소권을 가질 수 없으므로, 피고인에게 가장 유리한 판결인 무죄판결에 대한 피고인의 상고는 부적법하다(대판 2012. 12. 27. 2012도11200 등). 정답 ④

30. 재심에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데 과실이 있는 경우라 하더라도 그 증거는 재심사유에 관한 「형사소송법」 제420조 제5호에서의 ‘증거가 새로 발견된 때’에 해당한다고 보는 것이 적법하다.
- ② 이른바 ‘여순사건’ 당시 내란 및 국권문란 혐의로 군법회의에 회부되어 사형을 선고받고 그 판결에 따라 사형이 집행된 피고인들의 유족들이 그 후 위 판결에 대해 재심을 청구하여 재심개시결정이 있게 되자 검사가 재항고를 한 사안에서, 재심대상판결의 판결서가 발견되지 않았으므로 위 재심대상판결이 존재하지 않은 것으로 볼 수 있다.
- ③ 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저질러진 범죄의 경우 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치게 된다.
- ④ 재심심판절차에서 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용된다.
- ⑤ 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심개시결정이 확정되어 법원이 그 사건에 대해 다시 심리를 한 후 재심의 판결을 선고하고 그 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실한다.

해설

- ① (×) 제420조 제5호의 증거의 신규성 판단기준 : 법원 이외에 당사자에 대하여도 신규인 경우에만 증거의 신규성을 인정할 수 있는지에 대하여는 (i) 필요설, (ii) 불요설, (iii) 절충설이 대립하는데, 판례는 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데 과실이 있는 경우에는 그 증거는 위 조항에서의 ‘증거가 새로 발견된 때’에서 제외된다고 하여(대결(소승) 2009. 07. 16. 2005도472[소위 ‘무정자증’ 재심사건] [다수의견]), 절충설의 입장이다.
- ② (×) 판결서가 없는 경우 재심대상 여부(적극) : 재심청구의 대상은 유죄의 확정판결이다(제420조). 판결은 선고함으로써 성립하고, 공판정에서는 판결서에 따라 판결을 선고해야 한다(제42조). 판결과 판결서는 개념적으로 다르다. 판결의 선고내용과 판결서의 내용이 다르면 선고된 내용에 따라 판결의 효력이 발생하고, 판결서는 판결의 내용을 확인하는 문서일 뿐 판결서가 판결 그 자체인 것은 아니다(대판 1973. 10. 10. 73다555 판결, 대결 1981. 05. 14. 81모8 등 참조). 따라서 판결서가 작성되지 않았거나 작성된 다음 멸실되어 존재하지 않더라도 판결이 선고되었다면 판결은 성립하여 존재한다고 보아야 한다. 그것이 유죄 확정판결이라면 재심의 대상이 될 수 있다(대결(소승) 2019. 03. 21. 2015도2229[다수의견]).

- ③ (X) 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저지른 범죄라면 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치는지 여부(소극) : 상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저지른 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않는다. 만약 재심판결의 기판력이 재심판결의 선고 전에 선행범죄와 동일한 습벽에 의해 저질러진 모든 범죄에 미친다고 하면, 선행범죄에 대한 재심대상판결의 선고 이후 재심판결 선고시까지 저지른 범죄는 동시에 심리할 가능성이 없었음에도 모두 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 되는데, 이는 처벌의 공백을 초래하고 형평에 반한다(대판(순수) 2019. 06. 20. 2018도20698).
- ④ (X) 재심절차에서 공소장변경 허부(소극) : 재심의 취지와 특성, 형사소송법의 이익재심 원칙과 재심심판절차에 관한 특칙 등에 비추어 보면, 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다(대판(순수) 2019. 06. 20. 2018도20698).
- ⑤ (O) 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 종전 확정판결의 효력 상실시점(= 재심판결의 확정시) : 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심개시결정이 확정되어 법원이 그 사건에 대해 다시 심리를 한 후 재심의 판결을 선고하고 그 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실한다(대판(순수) 2019. 06. 20. 2018도20698; 대판 2017. 09. 21. 2017도4019, 대결 2005. 09. 28. 2004도453 등 참조).

정답 ⑤

31. 아파트에 거주하는 甲은 층간소음 문제로 시비가 붙어 위층에 거주하는 A를 칼로 찔러 살해하였다는 혐의로 기소되었다. 甲의 아파트 안에서 피가 묻은 칼은 발견되었으나 A의 사체는 결국 발견되지 않았다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲의 살인죄는 간접증거에 의해서도 인정될 수 있으나, 주요사실의 전제가 되는 간접사실의 인정은 합리적 의심을 허용하지 않을 정도의 증거가 있어야 하고, 그 하나하나의 간접사실이 상호 모순, 저축이 없어야 함은 물론 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다.
- ② 사법경찰관 P가 甲을 적법하게 체포한 후 甲의 집에서 발견한 칼을 甲이 임의로 제출하였다면, 이 칼은 영장 없이 압수할 수 있으며 별도로 사후에 영장을 받을 필요도 없다.
- ③ 甲이 A의 사체에 돌을 매달아 아파트 정화조에 버렸다면 별개의 사체유기죄가 성립한다.
- ④ 甲이 A가 사망하였다고 생각하고 그 사체를 숨길 목적으로 돌을 매달아 아파트 정화조에 버렸으나 실제로 A는 정화조 안에서 질식사했다면 甲에게 살인의 고의를 인정할 수 없다.
- ⑤ 甲이 경찰서에 자수한 경우 형을 감경하지 않았다 하더라도 위법한 것은 아니다.

해설

- ① (O) 간접증거에 의한 증명 : 형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접증거가 아닌 간접증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접증거는 이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니되고 모든 관점에서 빠짐없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다(대판 2012. 05. 24. 2010도5948 등). ☞ 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만에 의하여 유죄를 인정할

수 있고, 살해의 방법이나 피해자의 사망 경위에 관한 중요한 단서의 피해자의 사체가 멸실된 경우라 하더라도 간접증거를 상호 관련 하에서 종합적으로 고찰하여 살인죄의 공소사실을 인정할 수 있다. 이 경우 범행 전체를 부인하는 피고인에 대하여 살인죄의 죄책을 인정하기 위해서는 피해자의 사망이 살해의사를 가진 피고인의 행위로 인한 것임이 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되어야 한다(대판 2012. 09. 27. 2012도2658[사체 없는 살인 사건]).

- ② (○) 현행범 체포현장 또는 범죄장소에서 소지자 등의 임의제출물 압수의 허부(적극) 및 이 경우 사후 영장을 받아야 하는지 여부(소극) : 범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고(제212조), 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄현장에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용된다. 이 경우에는 검사 또는 사법경찰관은 별도로 사후영장을 받을 필요도 없다(대판 2019. 11. 14. 2019도13290 등).
- ③ (○) 사람을 살해한 다음 그 범죄의 흔적을 은폐하기 위하여 그 시체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 살인죄와 사체유기죄의 경합범이 성립하고 사체유기를 불가벌적 사후행위라 할 수 없다(대판 1997. 07. 25. 97도1142).
- ④ (×) 피해자가 피고인들의 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄책을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 살인죄의 죄책을 면할 수 없다(대판 1988. 06. 28. 88도650).
- ⑤ (○) 피고인이 자수하였다 하더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다(대판 2001. 04. 24. 2001도872; 대판 2011. 12. 22. 2011도12041). 정답 ④

32. 고등학생 甲(17세)은 술을 마셔서 혀가 꼬부라진 발음을 하며 갈지(之)자로 비틀거리며 걷는 등 만취한 상태에서 00:10경 자동차를 운전하다가 행인 A를 뒤늦게 발견하고 미처 피하지 못하여 A에게 전치 3주의 상해를 입히고 뒤이어 B 소유의 자동차 트렁크를 들이받아 파손한 후 의식을 잃고 곧장 사고현장 인근 병원 응급실로 후송되었다. 병원 응급실로 출동한 사법경찰관 P는 甲에게서 술 냄새가 강하게 나는 등 음주운전의 가능성이 현저하자 같은 날 01:50경 甲의 아버지의 동의를 받고 그 병원 의사에게 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 甲의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수하였다. 그 후 P는 그 혈액을 국립과학수사연구원에 감정의뢰하였고 甲의 혈중알코올농도는 0.195%로 회신되었다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 A에게 상해를 입힌 점은 교통사고처리특례법위반(치상)죄와 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(위험운전치상)죄를 구성하고 양자는 상상적 경합관계에 있다.
- ② 甲이 B 소유의 자동차 트렁크를 파손한 점은 도로교통법위반죄를 구성하지만, B가 甲을 처벌하지 말아달라는 의사표시를 한 경우 검사는 甲을 도로교통법위반죄로 기소할 수 없다.
- ③ 甲의 동의를 기대할 수 없었던 상황이었다고 하더라도 甲의 법정대리인인 아버지의 동의만으로는 혈액채취에 관한 유효한 동기가 있었다고 볼 수 없다.
- ④ 甲이 후송된 병원 응급실은 「형사소송법」 제216조 제3항의 범죄장소에 준한다.
- ⑤ P가 혈액을 압수한 후 지체없이 압수·수색영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 않았다면 국립과학수사연구원이 작성한 감정의뢰회보는 증거능력이 없다.

해설

- ① (X) 위험운전치사상죄가 성립하는 때에는 차의 운전자가 형법 제268조의 죄를 범한 것을 내용으로 하는 교통사고처리특례법 위반죄는 그 죄에 '흡수'되어 별죄를 구성하지 아니한다(대판 2008. 12. 11. 2008도 9182).
- ② (O) 甲이 B 소유의 상점 출입문을 파손한 점은 도로교통법 제151조위반(업무상과실재물손괴)죄를 구성한다. 그런데 교통사고처리특례법 제3조 제2항은 “차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치사죄 또는 중과실치사죄와 도로교통법 제151조의 죄(업무상과실재물손괴죄 또는 중과실재물손괴죄)를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.”고 규정하고 있으므로, 사안에서 B가 甲을 처벌하지 말아달라는 의사표시를 한 경우에 검사는 甲을 도로교통법위반죄로 기소할 수 없다. 반의사불벌에 대한 예외를 규정한 동법 제3조 제2항 단서는 “차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치사죄 또는 중과실치사죄를 범”한 경우를 전제하므로, 업무상과실재물손괴죄를 범한 경우에는 이에 해당할 여지가 없음에 주의해야 한다.
- ③ (O) 강제체결과 법정대리인 부(父)의 동의의 효력(원칙적 소극) : 소송능력이란 소송당사자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력, 즉 피고인 또는 피의자가 자기의 소송상의 지위와 이해관계를 이해하고 이에 따라 방어행위를 할 수 있는 의사능력을 의미하는데, 피의자에게 의사능력이 있으면 직접 소송행위를 하는 것이 원칙이고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에는 형법 제9조 내지 제11조의 규정의 적용을 받지 아니하는 범죄사건에 한하여 예외적으로 법정대리인이 소송행위를 대리할 수 있다(제26조). 따라서 음주운전과 관련한 도로교통법 위반죄의 범죄수사를 위하여 미성년자인 피의자의 혈액채취가 필요한 경우에도 피의자에게 의사능력이 있다면 피의자 본인만이 혈액채취에 관한 유효한 동의를 할 수 있고, 피의자에게 의사능력이 없는 경우에도 명문의 규정이 없는 이상 법정대리인이 피의자를 대리하여 동의할 수는 없다(대판 2014. 11. 13. 2013도1228).
- ④ (O) 음주운전 교통사고 직후 의식불명인 상태로 후송된 병원 응급실(=범죄장소에 준) : 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 준현행범인으로서의 요건이 갖추어져 있고, 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 제216조 제3항의 범죄장소에 준한다(대판 2012. 11. 15. 2011도15258[아들동의 체혈 사건]).
- ⑤ (O) 강제체결의 법적 성격과 필요한 사후영장의 종류(압수·수색영장 또는 감정처분허가장) : 판례는 강제체결의 법적 성격을 감정 또는 압수로 보면서, 이를 감정처분허가장을 받아 ‘감정에 필요한 처분’(제221조의4 제1항, 제173조 제1항) 또는 압수영장을 받아 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’(제219조, 제106조 제1항, 제120조 제1항)으로 할 수 있다는 입장이다(대판 2012. 11. 15. 2011도15258[아들동의 체혈 사건]).
 따라서 후송된 응급실에서 제216조 제3항에 따라 영장없이 채혈한 후 지체없이 사후영장(감정처분허가장 또는 압수수색영장)을 발부받지 않았다면, 채혈된 혈액 자체뿐만 아니라 국립과학수사연구원의 감정의뢰회보는 위법수집증거 또는 독수과실로 증거동의 여부를 불문하고 위법수집증거배제법칙(제308조의2)에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 없다. 정답 ①

33. 사립대학 교수인 甲은 동료 교수인 A가 자신을 늘 무시하고 인사도 받지 않자 이에 앙심을 품고 허위임을 알면서도 ‘A는 지난 수년간 학생 B와 불륜관계를 유지하고 있으므로 품위 유지의무 위반으로 징계해 달라’는 내용의 글을 작성하여 대학의 재단 이사장인 C에게 이메일을 발송하였다. 그 후 甲은 교수회의가 개최된 자리에서 A를 마주치자 “버려지 같은 놈”이라고 말하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 C에게 이메일을 보낸 행위는 무고죄에 해당한다.
- ㄴ. 甲의 C에 대한 이메일은 정보통신망을 이용한 것이므로 공연성이 인정되지 않아도 명예 훼손죄가 성립한다.
- ㄷ. A의 고소가 없음에도 검사가 甲을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 제2항의 명예훼손과 「형법」 제311조에 규정된 모욕으로 기소한 경우, 명예훼손과 모욕에 대하여 법원은 「형사소송법」 제327조 제2호에 따른 공소기각판결을 하여야 한다.
- ㄹ. 제1심 법원이 甲의 모든 혐의에 대한 유죄를 인정하고 벌금 1,000만원을 선고하자 甲만 양형부당으로 항소한 경우, 항소심법원은 형중상항금지에 따라 징역형을 선고할 수는 없지만 1,000만원을 초과하여 벌금형을 선고할 수 있다.

- ① ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

- ㄱ. (X) 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고함으로써 성립하는 범죄이다. 무고죄의 ‘징계처분’이란 공법상의 특별권력관계에 기인하여 질서유지를 위하여 과하여지는 제재를 의미하고, 또한 ‘공무소 또는 공무원’이란 징계처분에 있어서는 징계권자 또는 징계권의 발동을 촉구하는 직권을 가진 자와 그 감독기관 또는 그 소속 구성원을 말한다(대판 2010. 11. 25, 2010도10202). 그런데 학교법인 등의 사립학교 교원에 대한 인사권의 행사로서 징계 등 불리한 처분은 사법적 법률행위의 성격을 가지므로 사립학교 교원에 대한 학교법인 등의 징계 처분은 형법 제156조의 ‘징계처분’에 포함되지 않는다고 해석함이 옳을 뿐 아니라(대판 2014. 07. 24, 2014도6377), ‘사립대학의 재단 이사장’은 허위신고의 행위대상인 ‘공무원 또는 공무소’에 해당할 여지도 없다.
- ㄴ. (X) 형법상의 명예훼손죄는 ‘공연히’ 사실을 적시할 것을 요구하고(형법 제307조, 제308조, 제309조), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 명예훼손은 정보통신망을 통하여 ‘공공연하게’ 사실을 드러낼 것을 요구하는바(동법 제70조), ‘공공연하게’란 형법 제307조의 ‘공연히’와 같은 개념이다. 따라서 정보통신망을 이용한 경우에도 공연성이 인정되지 않을 때에는 형법상의 명예훼손죄는 물론 정보통신망 법상의 명예훼손죄도 성립할 수 없다.
- ㄷ. (X) 고소 없는 반의사불벌죄와 친고죄의 공소제기의 경우 법원의 조치 : 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄에 해당하고(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제2항, 제3항), 공연히 사람을 모욕한 죄는 친고죄에 해당한다(형법 제311조, 제312조 제1항). 따라서 법원은 고소 없는 명예훼손죄에 대하여는 (제1심판결 선고 전까지 명시적인 처벌불원의사표시가 없는 한) 실체재판을 진행하여야 하지만, 고소 없는 모욕죄에 대하여는 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 하여야 한다.
- ㄹ. (X) 일반사건(고단사건)에서의 불이익변경금지의 원칙(제368조)과 약식명령에 대한 정식재판청구사건(고정사건)에서의 형중상항금지의 원칙(제457조의2) : 통상의 공판사건에서는 피고인이 항소한 사건과 피고인을 위하여 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 불이익변경금지의 원칙이 적용되지만(제368조), 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서는 피고인이 정식재판을 청구

한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다는 ‘형종 상향 금지’의 원칙이 적용된다(제457조의2, 2017년 전문개정). **따라서** **ㄹ**. 지문 자체는 불분명하지만, 약식명령에 대한 정식재판 청구사건이 아닌 통상의 제1심판결에 대하여 피고인만 항소한 사건이라면 ‘형종 상향 금지’의 원칙이 아닌 불이익 변경금지의 원칙이 적용되어, 항소심법원은 중한 형인 1,000만원을 초과하여 벌금형을 선고할 수는 없다.

정답 ⑤

34. 다음 사례에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

범죄를 범할 목적으로 구성된 ○○단체의 우두머리 甲은 자기 휘하에 들어올 것을 거부한 폭력배 A를 제거하기 위하여 ○○단체의 구성원인 乙, 丙과 공모하여 칼로 A의 한쪽 다리 아킬레스건을 절단하게 하였다. 甲은 이 사실이 알려져 ○○단체가 드러나는 상황을 피하기 위해 동네 불량배 丁, 戊를 경찰에 적극적으로 기만하여 허위자수하게 하였다.

또한 甲은 평소 A와 친분이 있고 우연히 범행현장을 목격한 B가 경찰에 출석하여 사실대로 진술할 경우 자칫 범행의 전모는 물론 ○○단체를 구성한 사실까지도 밝혀질 것을 우려하여, 위 범행직후부터 수차례에 걸쳐 B에게 경찰에 알리면 죽여버리겠다고 겁을 준 후, 제주도행 항공권도 주었다. 겁을 먹은 B는 甲의 말에 따라 제주도로 갔다.

- ① 甲과 乙, 丙에게는 범죄단체구성·활동죄와 특수상해죄가 각 성립하고, 양자는 실제적 경합범의 관계에 있다.
- ② B를 제주도로 가게 한 甲의 행위는 乙과 丙의 형사사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 되더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없다.
- ③ 甲이 丁과 戊를 경찰에 자수하여 허위로 진술하게 한 행위는 범인도피교사죄가 성립한다.
- ④ 공범으로 기소된 乙과 丙에 대하여 변론의 분리 후 각각 증인으로 채택하여 특수상해의 공소사실에 대하여 신문하는 것은 피고인들 자신의 공소사실에 대한 신문으로서 허위의 진술을 하더라도 위증죄가 성립하지 아니한다.
- ⑤ 공범으로 기소된 丁과 戊가 변론이 분리된 후 각각 증인으로 채택되어 증언거부권을 고지 받고 증언하면서 서로 함께 범행하였다고 허위의 진술을 한 경우 위증죄가 성립한다.

해설

- ① (○) [1] 피고인들이 구성한 '○○○○파'는 폭력범죄 등을 목적으로 하는 계속적이고도 최소한의 통솔 체계를 갖춘 조직적인 결합체로서 폭력행위등처벌에관한법률 제4조에 정하여진 **범죄단체**에 해당한다. [2] 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 범죄단체구성원의 **야간휴기휴대 상해의 점** 등에 대하여 **범죄의 증명**이 있다고 하여 유죄를 선고한 조치는 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있다. [3] 원심이 유죄로 인정한 **증인도피죄**는 아래 ②의 이유로 **성립하지 않으므로** 원심판결을 파기하기로 한다. [4] 그렇다면 원심판결 중 증인도피죄 부분은 파기를 면하지 못할 것인바, 원심이 위 **피고인들에 대하여 유죄로 인정**한 나머지 각 죄와 각 **형법 제37조 전단의 경합범관계**에 있으므로 위 피고인들에 대한 원심판결을 전부 파기하고 위 각 부분을 더욱 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송한다(대판 2003. 03. 14, 2002도6134. 대판 1987. 10. 13, 87도1240도 동지).

- ② (○) 형법 제155조 제2항 소정의 증인도피죄는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉·도피하게 한 경우에 성립하는 것으로서, 피고인 자신이 직접 형사처분이나 징계처분을 받게 될 것을 두려워한 나머지 자기의 이익을 위하여 증인이 될 사람을 도피하게 하였다면, 그 행위가 동시에 다른 공범자의 형사사건이나 징계사건에 관한 증인을 도피하게 한 결과가 된다고 하더라도 이를 증인도피죄로 처벌할 수 없다(대판 2003. 03. 14. 2002도6134).
- ③ (○) 범인 아닌 자가 수사기관에서 범인임을 자처하고 허위사실을 진술하여 진범의 체포와 발견에 지장을 초래하게 한 경우는 범인도피죄에 해당하고(대판 1996. 06. 14. 96도1016; 대판 2000. 11. 24. 2000도4078), 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어의 남용으로 범인도피죄사죄에 해당한다(대판 2000. 03. 24. 2000도20; 대판 2006. 05. 26. 2005도7528).
- ④ (×) 공범인 공동피고인이 소송절차의 분리로 피고인 지위에서 벗어난 경우, 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인적격이 있는지 여부(적극) 및 허위진술을 한 경우 위증죄의 성부(적극) : 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있어 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다(대판 2008. 06. 26. 2008도3300[소위 '바지사장 사건'] 등 참조). 일단 피고인 2에 대한 증인신청이 채택되어 피고사건이 나머지 공동피고인에 대한 피고사건으로부터 분리된 상태에서 적법하게 증거거부권이 고지된 다음 피고인 2에 대한 증인신문절차가 진행되었고 그 증인신문절차에서 피고인 2가 진술거부권을 행사하지 아니한 채 사실에 반하는 허위의 진술을 하였다면 위증죄를 구성한다고 볼 수밖에 없고, 이와 관련하여 위 피고인에게 적법행위에 대한 기대가능성이 없었다고 볼 수도 없다(대판 2012. 10. 11. 2012도6848, 2012전도143; 대판 2012. 09. 27. 2012도6079 참조).
- ⑤ (○) 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인이 증거거부권을 고지받은 상태에서 자기의 범죄사실에 대하여 허위로 진술한 경우, 위증죄가 성립하는지 여부(적극) : 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있어 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다(대판 2008.6.26. 2008도3300[소위 '바지사장 사건'] 등 참조). 한편 형사소송법 제148조는 피고인의 자기부죄 거부특권을 보장하기 위하여 자기가 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하고 있고, 그와 같은 증거거부권 보장을 위하여 형사소송법 제160조는 재판장이 신문 전에 증거거부권을 고지하여야 한다고 규정하고 있으므로, 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인에 대하여 증인적격을 인정하고 그 자신의 범죄사실에 대하여 신문한다 하더라도 피고인으로서의 진술거부권 내지 자기부죄거부특권을 침해한다고 할 수 없다. 따라서 증인신문절차에서 형사소송법 제160조에 정해진 증거거부권이 고지되었음에도 불구하고 위 피고인이 자기의 범죄사실에 대하여 증거거부권을 행사하지 아니한 채 허위로 진술하였다면 위증죄가 성립된다(대판 2012. 10. 11. 2012도6848, 2012전도143). 정답 ④

35. 甲은 자신이 타고 다니던 승용차를 매도한 후 다시 절취해 가져오기로 마음먹고 범행계획을 乙과 丙에게 알려 준 다음, 2022. 4. 1. A와 자동차에 대한 매매계약을 체결하고 A로부터 매매대금 1억 3000만 원을 수령한 후 소유권이전등록에 필요한 일체의 서류를 A에게 교부함과 동시에 자동차를 인도해 주었다(㉠). 그 후 甲은 ㉡사실을 乙과 丙에게 알려 주었고 乙과 丙은 2022. 4. 3. 함께 A의 인적사항과 주소지를 甲으로부터 받아서 자동차를 찾아내 이를 절취하였다(㉢). A는 절취당한 자동차를 찾다가 색깔이 유난히 눈에 띄는 그 자동차를 甲이 운전하고 다니는 것을 도로에서 보게 되어 甲을 사기혐의로 고소하였고, 甲은 사기의 공소사실로 약식기소되어 벌금 200만 원의 약식명령을 고지받자 정식재판을 청구하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 아니한다면 공소장변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로, 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대판 2012. 06. 28. 2012도2628; 대판 2004. 06. 24. 2002도995 등). **☞** 다만, 정범으로 기소된 사건의 심리과정에서 한 번도 방조사실에 대한 언급이 없었음에도 방조범으로 인정하는 경우에는 피고인의 방어권보장을 위하여 공소장변경이 필요하다(대판 2007. 09. 21. 2005도5433). **정답 ③**

36. 건설회사 대표 甲은 ○○도청 신축공사를 하면서 공무원인 현장감독관 A, B에 대한 식대, 명절 선물비 등으로 회사가 지출하는 '대관업무비'의 예산편성을 주도하였다. 또한 甲은 현장소장인 乙이 자신의 판단에 따라 '대관업무비'를 A, B에게 지출한 후 매월 그 상세내역을 보고하면 사후에 이를 확인한 후 결재하여 주었으며 금액이 과다하다고 생각되면 그 금액을 삭감하기도 하였다. 이 사안에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲은 乙이 자신의 판단에 따라 A, B에게 지출한 대관업무비에 대해서도 뇌물공여죄의 공모 공동정범이 성립한다.
- ② 甲이 乙과의 공모는 물론이고 범의까지 부인하는 경우, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수 있다.
- ③ 이 사건 재판과정에서, 甲과 乙의 범행 사실에 대한 제3자의 진술을 담고 있는 서류 등의 증거가 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체로 사용되거나 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다.
- ④ A, B 사이에 직무와 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 하는 명시적 또는 암묵적 공모관계가 성립하고 그 공모 내용에 따라 공범자 중 1인이 금품이나 이익을 수수한 경우, 수수할 금품이나 이익의 규모나 정도 등에 대하여 사전에 서로 의사의 연락이 있거나 수수한 금품 등의 구체적 금액을 공범자가 알아야 공모공동정범이 성립하는 것은 아니다.
- ⑤ A, B가 뇌물을 받음에 있어서 그 취득을 위하여 상대방에게 뇌물의 가액에 상당하는 금원의 일부를 비용의 명목으로 출연하거나 그 밖에 경제적 이익을 제공한 경우, 그 뇌물의 가액에서 위와 같은 지출을 공제한 나머지 가액에 상당한 이익만을 몰수·추징할 수 있다.

해설

- ① (○) 이 경우 비록 사전에 구체적인 대상 및 액수를 정하여 뇌물공여를 지시하지 아니하였다고 하더라도 그 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 보아야 하므로 공모공동정범의 죄책을 인정하여야 한다(대판 2010. 07. 15. 2010도3544).
- ② (○) [1] 공모공동정범에 있어서 공모 또는 모의는 '범죄될 사실'의 주요부분에 해당하는 이상, ... 엄격한 증명의 대상에 해당한다(대판 2007. 04. 27. 2007도236 등). [2] 범의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위해서는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 '금품 등을 수수'한 사실을 인정하면서도 범의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없다(대판 2017. 01. 12. 2016도15470 등).

- ③ (O) 전문증거와 본래증거의 구별 : 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정해진다. 따라서 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대판(순습) 2019. 08. 29. 2018도14303 등). 어떤 진술이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용함에 있어서는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다든 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용함에 있어서는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(대판 2000. 02. 25. 99도1252 등).
- ④ (O) 공범자들 사이에 알선 등과 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 명시적 또는 암묵적인 공모관계가 성립하고 그 공모 내용에 따라 공범자 중 1인이 금품이나 이익을 수수하였다면, 사전에 특정 금액 이하로만 받기로 약정하였다든가 수수한 금액이 공모 과정에서 도저히 예상할 수 없는 고액이라는 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 그 수수한 금품이나 이익 전부에 관하여 위 각 죄의 공모공동정범이 성립하는 것이며, 수수할 금품이나 이익의 규모나 정도 등에 대하여 사전에 서로 의사의 연락이 있거나 수수한 금품 등의 구체적 금액을 공범자가 알아야 공모공동정범이 성립하는 것은 아니고, 이와 같은 법리는 특경법 제5조가 정한 수재의 공모공동정범에서도 마찬가지로 적용된다(대판 2010. 10. 14. 2010도387).
- ⑤ (X) 공무원이 뇌물을 받음에 있어서 그 취득을 위하여 상대방에게 뇌물의 가액에 상당하는 금원의 일부를 비용의 명목으로 출연하거나 그밖에 경제적 이익을 제공하였다 하더라도, 이는 뇌물을 받는데 지출한 부수적 비용에 불과하다고 할 것이어서 그 받은 뇌물 자체를 몰수하여야 하고, 그 뇌물의 가액에서 위와 같은 지출을 공제한 나머지 가액에 상당한 이익만을 몰수 추정할 것은 아니다(대판 1999. 10. 08. 99도1638; 대판 2017. 03. 22. 2016도21536). 정답 ⑤

37. A 회사의 홍보 담당자인 甲은 B 신문사의 기자인 Z에게 A의 홍보자료를 건네주고 500만원을 건네주면서 이른바 ‘유료 기사’ 게재를 청탁하였다. 이후 甲과 Z은 배임수증재죄 등으로 기소되어 재판을 받고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 보도의 대상이 되는 자가 언론사 소속 기자에게 소위 ‘유료 기사’ 게재를 청탁하는 행위는 사실상 ‘광고’를 ‘언론 보도’인 것처럼 가장하여 달라는 것으로서 언론 보도의 공정성 및 객관성에 대한 공공의 신뢰를 저버리는 것이므로, 배임수증재죄의 부정한 청탁에 해당한다.
- ㄴ. 이른바 ‘유료 기사’의 내용이 객관적 사실과 부합하더라도, 언론 보도를 금전적 거래의 대상으로 삼은 이상 그 자체로 부정한 청탁에 해당한다.
- ㄷ. 甲과 Z에 대하여 변론이 분리되었다고 하더라도, 이들은 대항범인 공동피고인이므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없다.
- ㄹ. 부정한 청탁에 따른 재물이나 재산상 이익이 외형상 사무처리를 위임한 타인에게 지급된 것으로 보이더라도 사회통념상 그 타인이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 사람이 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 경우에는 배임수증재죄가 성립될 수 있다.
- ㅁ. 배임수증재죄에서 부정한 청탁은 반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 필요는 없고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하면 충분하나, 그 청탁은 반드시 명시적으로 이루어져야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄴ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

- ㄱ. (○), ㄴ. (○) 보도의 대상이 되는 자가 언론사 소속 기자에게 소위 '유료 기사' 게재를 청탁하는 행위는 사실상 '광고'를 '언론 보도'인 것처럼 가장하여 달라는 것으로서 언론 보도의 공정성 및 객관성에 대한 공공의 신뢰를 저버리는 것이므로, 배임수재죄의 부정한 청탁에 해당한다. 설령 '유료 기사'의 내용이 객관적 사실과 부합하더라도, 언론 보도를 금전적 거래의 대상으로 삼은 이상 그 자체로 부정한 청탁에 해당한다(대판 2021. 09. 30. 2019도17102; 대판 2021. 09. 30. 2020도2641).
- ㄷ. (×) 공법인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소 사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있고(대판 2008. 06. 26, 2008도3300), 이러한 결론은 대항법인 공동피고인의 경우에도 동일하다(대판 2012. 03. 29, 2009도11249).
- ㄹ. (○) 개정 형법(2016. 05. 29. 법률 제14178호로 개정된 것) 제357조 제1항은 구법과 달리 제3자로 하여금 재물이나 재산상 이익을 취득하게 하는 행위를 배임수재죄의 구성요건에 추가하였다. 개정 형법이 적용되는 경우에도 제3자에는 다른 특별한 사정이 없는 한 사무처리를 위임한 타인은 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 그러나 배임수재죄의 행위주체가 재물 또는 재산상 이익을 취득하였는지는 증거에 의하여 인정된 사실에 대한 규범적 평가의 문제이다. 부정한 청탁에 따른 재물이나 재산상 이익이 외형상 사무처리를 위임한 타인에게 지급된 것으로 보이더라도 사회통념상 그 타인이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 사람이 직접 받은 것과 동일하게 평가할 수 있는 경우에는 배임수재죄가 성립될 수 있다(대판 2021. 09. 30. 2019도17102; 대판 2021. 09. 30. 2020도2641).
- ㅁ. (×) 배임수재죄에서 '부정한 청탁'은 반드시 업무상 배임의 내용이 되는 정도에 이를 필요는 없고, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하면 충분하다. '부정한 청탁'에 해당하는지를 판단할 때에는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하고, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것은 아니며 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다. 그리고 타인의 업무를 처리하는 사람에게 공여한 금품에 부정한 청탁의 대가로서의 성질과 그 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 부정한 청탁의 대가로서의 성질을 갖는 것으로 보아야 한다(대판 2021. 09. 30. 2019도17102; 대판 2021. 09. 30. 2020도2641).

정답 ③

38. 추운 겨울 도로변에 주차하여 둔 甲의 차에 노숙자인 乙이 문을 열고 들어가 잠을 자고 있었다. 이를 발견한 甲이 항의하자 乙은 “뭘 훔쳐가려는 것도 아닌데 추운 날씨에 잠시 잠도 못 자느냐, 노숙자라고 무시하냐?”고 화를 내며 甲의 차 운전석 문을 발로 차서 찌그러뜨렸다. 이에 격분한 甲이 乙의 행동을 저지하며 체포하는 과정에서 乙의 목살을 수회 잡아 흔들어 乙에게 약 2주간의 치료를 요하는 흉부찰과상을 가하였다. 이 사안에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로, 甲의 현행범인 체포는 법령에 의한 행위로서 정당행위이다.
- ② 乙이 甲의 자동차를 찌그러뜨린 행위는 재물손괴죄에 해당한다.
- ③ 현행범체포는 정당행위의 일반적 요건을 갖추었는지 여부에 따라 결정되어야 하고 반드시 소극적인 방어행위에 한정되어야 하는 것은 아니다.
- ④ 乙이 자동차 안에서 잠을 잔 행위는 자동차 등 불법사용죄에 해당한다.

- ⑤ 甲이 乙을 체포함에 있어서 乙을 잡은 행위는 사회통념상 체포를 위하여 필요한 범위 내에서 강제력 행사라고 볼 수 있으므로 위법성이 조각된다.

해설

- ① (○) 현행범인 또는 준현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로(형사소송법 제211조 및 제212조), 사인인 甲이 현행범인 乙을 체포하는 행위는 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다.
- ② (○) 乙은 甲의 차를 찌그러뜨린 것은 손괴죄에 해당한다.
- ③ (○), ⑤ (○) 사안에서 은 손괴범행주후인 자로서 현행범인에 해당하고, 사인의 현행범인 체포행위에 대해 적절한 한계를 벗어나는 체포행위는 그 부분에 관한 한 법령에 의한 행위로 될 수 없다고 할 것이나, 적절한 한계를 벗어나는 행위인가 여부는 정당행위의 일반적 요건을 갖추었는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이지 그 행위가 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라 결정되어야 하는 것이 아니므로, 이 사건에서 피고인이 현행범을 체포함에 있어서 乙을 잡은 행위는 그와 같은 적절한 한계를 벗어나는 행위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 설사 소론이 주장하는 바와 같이 피고인이 도망하려는 현행범을 체포함에 있어서 乙을 잡고 흔들어 결과적으로 그 주장과 같은 상처(전치 14일의 흉부찰과상)를 입게 된 사실이 인정된다고 하더라도 그것이 사회통념상 허용될 수 없는 행위라고 보기는 어렵다고 할 것이다 (대판 1999. 01. 26, 98도3029).
- ④ (×) 자동차 등 불법사용죄는 권리자의 동의 없이 타인의 자동차 등을 일시 사용함으로써 성립하는 범죄 인바(제331조의2), 여기서 '일시 사용'이란 자동차 등을 독자적으로 그 용법에 따라 통행수단으로 일시 이용하는 것을 말한다. '통행수단으로 이용하지 않고 자동차에서 잠을 자거나 라디오를 듣거나 단순히 휴식을 취하는 것만으로는 '사용'에 해당하지 않아 본죄에 해당하지 않는다(통설). 따라서 乙은 자동차 등 불법사용죄의 현행범인은 될 수 없다. **정답 ④**

39. 파업으로 대량연행자 발생시 신속한 접견을 부탁받은 변호사 L은 경찰이 노동자 A를 불법체포하는 것을 보고 '자신이 A의 변호인이 되겠다'고 외치며 A와의 접견교통권을 행사하려고 하였다. L을 경찰이 제지하는 과정에서 몸싸움이 발생하여 L은 A를 끌고 가는 경찰관 P를 밀어 상해를 입혔다. L은 A를 태운 경찰승합차를 자신의 몸으로 막았고, 현장을 지휘하던 경찰간부 甲은 L을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다. L은 甲을 불법체포 및 직권남용죄로 고소하였으나 검사는 '혐의 없음'의 불기소처분을 하였다. 이 사례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① L은 객관적으로 A의 변호인이 될 가능성이 있으므로 A와의 접견교통권을 제한해서는 아니 된다.
- ② A에 대한 L의 접견요청은 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 접견교통권을 행사한 것이다.
- ③ P에 대한 L의 상해행위는 A의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로 위법성이 조각된다.
- ④ 甲이 현행범인 체포의 요건을 갖추지 못한 채 L을 체포한 행위는, 비록 외형상으로는 경찰의 직무집행 범위에 속한다고 하더라도 실질은 직무집행의 법령상 요건과 필요성 및 상당성을 결여한 것이다.

- ⑤ L의 재정신청에 대해 재정법원이 공소제기결정을 하였으나 그 사실을 형사소송법 제262조 제1항이 정한 10일 이내에 L에게 통지하지 않았다면 그 위법은 중대하고 명백하여 공소제기 결정에 따른 검사의 공소제기 절차에도 당연히 승계되므로 이 사건에 대해 법원은 공소기각 판결을 하여야 한다.

해설

- ① (○) 현행범인체포 현장에서의 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권(적극) : 형사소송법 제34조는 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정되는데도, 형사소송법 제34조에서 정한 ‘변호인 또는 변호인이 되려는 자’가 아니라고 보아 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하지 못하도록 제한 하여서는 아니 된다(대판 2017. 03. 09. 2013도16162).
- ② (○) 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권 행사의 한계 및 접견교통권이 한계를 일탈 여부 : 피고인이 피해자의 공소의 1에 대한 접견 요청을 체포 현장에서 수락한다고 하여 체포제도 본래의 목적에 반한다고 볼 수 없는 점 등에 비추어, 피해자가 피고인에게 계속하여 접견을 요청한 것은 체포된 공소의 1의 변호인이 되려는 자로서 접견교통권을 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사한 것이고 그 한계를 일탈하지 아니하였다(대판 2017. 03. 09. 2013도16162).
- ③ (○) 경찰관의 위법한 직무집행인 체포를 면하려고 폭행한 경우, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 폭행 또는 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대판 2002. 05. 10. 2001도300). ☞ 공무집행방해죄에서 직무집행의 적법성의 체계적 지위에 대한 구성요건요소설에 의하면 甲의 행위는 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 않고 상해죄의 구성요건에만 해당하지만 정당방위로 위법성이 조각된다.
- ④ (○) 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 여기서 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다. 경찰관이 현행범인 체포의 요건을 갖추지 못하였는데도 실력으로 현행범인을 체포하였다면 적법한 공무집행이라고 볼 수 없다. 사안의 경우 피해자가 경찰의 체포·호송에 관한 공무집행을 방해한 현행범인이라고 볼 수 없고, 경찰공무원인 피고인이 현행범인 체포의 요건을 갖추지 못한 채 피해자를 체포한 행위는, 비록 외형상으로는 경찰의 직무집행 범위에 속한다고 하더라도 실질은 직무집행의 법령상 요건과 필요성 및 상당성을 결여한 것이어서 적법한 공무집행이 아니다(대판 2017. 03. 09. 2013도16162). ☞ 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 이를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함하므로, 피고인이 인신구속에 관한 직무를 집행하는 사법경찰관으로서 체포 당시 상황을 고려하여 경험칙에 비추어 현저하게 합리성을 잃지 않은 채 판단하면 체포 요건이 충족되지 아니함을 충분히 알 수 있었는데도, 자신의 재량 범위를 벗어난다는 사실을 인식하고 그와 같은 결과를 용인한 채 사람을 체포하여 권리행사를 방해하였다면, 직권남용체포죄와 직권남용권리행사방해죄가 성립한다(대판 2017. 03. 09. 2013도16162).
- ⑤ (×) 공소제기결정의 하자를 본안사건에서 다룰 수 있는지 여부(원칙적 소극) : 법원이 재정신청서를 송부 받았음에도 송부받은 날부터 형사소송법 제262조 제1항에서 정한 기간 안에 피의자에게 그 사실을 통지하지 아니한 채 제262조 제2항 제2호에서 정한 공소제기결정을 하였더라도, 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시된 후에는 다른 특별한 사정이 없는 한 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다(대판 2017. 03. 09. 2013도16162). ☞ 그 하자를 다룰 수 있다는 공소기각판결설도 있지만, 판례는 실제판단설의 입장이다.

죄의 공동정범이 성립하고 제3자뇌물수수죄는 성립하지 않는다(대판(술) 2019. 08. 29, 2018도2738; 대판(술) 2019. 08. 29, 2018도13792).

- ㉔. (○) 뇌물공여죄의 고의는 ‘공무원에게 그 직무에 관하여 뇌물을 공여한다’는 사실에 대한 인식과 의사를 말하고, 미필적 고의로도 충분하다. 공여자가 공무원의 요구에 따라 비공무원에게 뇌물을 공여한 경우 공무원과 비공무원 사이의 관계가 형법 제129조 제1항 뇌물수수죄의 공동정범에 해당하고 공여자가 이러한 사실을 인식하였다면 공여자에게 형법 제133조 제1항, 제129조 제1항에서 정한 뇌물공여죄의 고의가 인정된다(대판(술) 2019. 08. 29, 2018도13792).
- ㉕. (×) 뇌물수수죄의 공범들 사이에 직무와 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 하는 명시적 또는 암묵적 공모관계가 성립하고 공모 내용에 따라 공범 중 1인이 금품이나 이익을 주고받았다면, 특별한 사정이 없는 한 이를 주고받은 때 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립하고, 금품이나 이익 전부에 관하여 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 공동정범인 공무원 또는 비공무원 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치지 않는다. 공무원과 비공무원이 사전에 뇌물을 비공무원에게 귀속시키기로 모의하였거나 뇌물의 성질상 비공무원이 사용하거나 소비할 것이라고 하더라도 이러한 사정은 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물의 처리에 관한 것에 불과하므로 뇌물수수죄가 성립하는 데 영향이 없다(대판(술) 2019. 08. 29, 2018도13792). 정답 ②

3. 민사법 선택형

1. 신의칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채권자는 물상보증인이 되려는 자에게 주채무자의 신용 상태를 고지할 신의칙상 의무를 부담한다.
- ② 甲이 건본주택 건설을 목적으로 임대인 乙과 토지에 관하여 임대차계약을 체결하면서 특약 사항으로 위 목적을 명시하였는데, 지방자치단체장으로부터 가설건축물 축조신고 반려통보 등을 받아 건본주택을 건축할 수 없게 된 경우, 甲은 乙에게 임대차계약 해지를 통보하고 임대차보증금의 반환을 청구할 수 있다.
- ③ 부동산 거래에 있어 거래상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 인정될 수 있다.
- ④ 공무원의 불법행위로 손해를 입은 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효 기간이 지났으나 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 권리남용으로 허용될 수 없어 배상책임을 이행한 경우, 소멸시효 완성 주장이 권리남용으로 해당하게 된 원인행위와 관련하여 공무원의 적극적 주도 등의 특별한 사정이 없는 한, 국가가 공무원에게 구상권을 행사하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다.
- ⑤ 지방자치단체로부터 매수한 토지가 공공용지에 편입되어 매수인이 의도한 음식점 등의 건축이 불가능하게 되었더라도 그와 같은 사정이 계약성립의 기초가 되지 않았다면, 매수인이 의도한 주관적인 매수목적 달성을 수 없게 되어 손해를 입었다 하더라도 매매계약을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

해설

정답 ①

2. 甲은 2003. 2. 1.생으로 이 사건 당시 만 18세의 미성년자였다. 甲은 법정대리인 A의 동의없이 L신용카드회사와 신용카드 이용계약을 체결하여 신용카드를 발급받았다. 甲은 乙이 운영하는 노트북 대리점에서 10만 원 상당의 외장하드를 3개월 할부로 구입하면서, 이를 위 신용카드로 결제하였다. 한편 甲은 당시 A의 허락을 얻어 시작한 아르바이트 등을 통해 월 60만 원 이상의 소득을 얻고 있었다. 이후 甲은 A의 동의가 없었음을 이유로 L사와의 위 신용카드 이용계약 및 乙과의 위 신용구매계약을 각각 취소하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 신용카드를 이용하여 乙과의 신용구매 행위를 한 후, L사와의 신용카드 이용계약의 취소를 구하는 것은 신의칙에 반하므로 적법한 취소권 행사로 인정될 수 없다.
- ㄴ. 甲과 乙의 신용구매계약은 현금으로 구매하는 경우와 달리 A의 처분허락이 있다고 할 수

4. 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법인은 특별한 사정이 없는 한, 정당한 이유 없이도 이사를 해임할 수 있다.
- ② 법인 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우, 법인은 이사의 중대한 의무위반 등 특별한 사정이 없는 한 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없다.
- ③ 법인은 상속을 받을 수는 없지만, 특정유증뿐만 아니라 포괄유증도 받을 수 있다.
- ④ 가처분재판에 의하여 이사의 직무대행자가 선임된 후 적법하게 소집된 총회결의에 따라 피대행자의 후임자가 새로 선출되었다 하더라도 직무대행자의 권한이 위 총회의 결의에 의하여 당연히 소멸하는 것은 아니다.
- ⑤ 법인의 대표자가 직무에 관하여 불법행위를 하였다면 피해자는 법인을 상대로 사용자책임을 물을 수도 있다.

해설

정답 ⑤

5. 甲은 자신이 乙의 대리인임을 표시하면서 丙에게 乙소유의 X토지를 대금 1억 원에 매도하는 계약(이하 '이 사건 계약')을 체결하고 대금지급기일과 소유권이전등기의 이행기일을 2021. 6. 30로 정하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적임) (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 丙은 이행기일에 乙로부터 이 사건 계약 체결에 관한 대리권을 수여받은 甲에게 대금 1억 원을 지급하였으나 甲이 위 1억 원을 乙에게 전달하지 않았다 하더라도, 乙은 특별한 사정이 없는 한 대금이 지급되지 않았음을 이유로 丙의 소유권이전등기청구에 대해 그 이행을 거절할 수 없다.
- ㄴ. 乙로부터 이 사건 계약 체결에 관한 대리권을 수여받은 甲은 丙의 대금지급의무불이행을 이유로 乙의 해제권을 대리하여 행사할 수 없으나, 乙의 소유권이전등기의무 불이행을 이유로 丙의 해제의사표시를 수령할 권한은 갖는다.
- ㄷ. 乙이 甲의 대리권 없음을 이유로 丙을 상대로 위 매매계약을 원인으로 마쳐진 소유권이전 등기의 말소를 구하는 소를 제기하는 경우, 丙은 甲의 대리권 존재를 증명하여야 한다.
- ㄹ. 甲이 이 사건 계약 체결에 관한 대리권을 수여받지 않았고 丙이 이를 이유로 이 사건 계약에 대한 유효한 철회의 의사표시를 하면, 이 사건 계약은 확정적으로 무효가 되어 그 후 乙은 甲의 무권대리행위를 추인할 수 없다.
- ㅁ. 무권대리인 甲에 의해 이 사건 계약이 체결되었으나 甲이 乙의 추인을 받지 못하자 丙이 계약이행을 선택하였고, 이 사건 계약에는 乙의 채무불이행에 대비한 손해배상액이 예정되어 있었다. 이 경우 甲이 계약에서 정한 채무를 이행하지 않으면 丙에게 채무불이행에 따른 손해를 배상할 책임을 부담하나, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 계약에서 정한 손해배상액의 예정에 따라 정해될 것은 아니다.

- ① 가, 나
- ② 가, 다
- ③ 나, 다
- ④ 다, 라
- ⑤ 라, 마

해설

정답 ②

6. 법률행위의 무효와 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부동산 거래신고 등에 관한 법률상 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효인 매매계약을 체결한 경우에도, 매매계약 체결 당시 일방이 토지거래허가를 받기 위한 협력 자체를 이행하지 아니하거나 허가신청에 이르기 전에 매매계약을 철회하는 경우, 상대방에게 일정한 손해액을 배상하기로 하는 약정을 유효하게 할 수 있다.
- ② 토지거래허가제도는 투기적 거래를 방지하여 정상적 거래질서를 형성하려는 것에 입법 취지가 있으므로 제3자가 토지거래허가를 받기 전의 토지 매매계약상 매수인 지위를 인수하는 경우 뿐 아니라 매도인 지위를 인수하는 경우에도 원래의 매도인과 매수인 사이의 매매계약에 대하여 관할 관청의 허가가 있어야만 그 지위의 인수에 관한 합의의 효력이 발생한다.
- ③ 임금지급에 갈음하여 사용자가 제3자에게 가지는 채권을 근로자에게 양도하는 것은 전부무효이나, 무효행위의 전환의 법리에 따라 그 채권양도약정은 ‘임금의 지급을 위하여 한 것’으로 효력을 가질 수 있다.
- ④ 근로계약도 기본적으로 사법상 계약이므로 계약 체결에 관한 당사자들의 의사표시에 취소 사유가 있으면 표의자는 이를 이유로 근로계약을 취소할 수 있으나, 그 경우에도 취소의 의사 표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다.
- ⑤ 취소의 원인이 종료되어 취소권행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률 행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 되었다면 취소권의 소멸에 관한 민법 제146조 전단의 ‘추인할 수 있는 날’에 해당한다.

해설

정답 ②

7. 소멸시효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 건물에 관한 소유권이전등기청구권에 있어서 그 목적물인 건물이 완공되지 아니하여 이를 행사할 수 없었다는 사유는 사실상의 장애사유에 불과하므로 소멸시효의 진행을 방해하지 않는다.
- ② 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 소멸시효기간이 만료하기 전에 매매계약을 원인으로 하여 건축주명의변경을 구하는 소를 제기하는 것은 소멸시효의 대상인 소유권이전등기

청구권 자체의 이행청구에 해당하지 않으므로 소멸시효를 중단시키는 재판상 청구에 포함되지 않는다.

- ③ 주택임대차보호법에 따른 임대차에서 임대기간이 끝난 후 임차인이 보증금을 반환받기 위해 목적물을 점유하고 있는 경우, 보증금반환채권에 대한 소멸시효는 진행하지 않는다고 보아야 한다.
- ④ 양육자가 비양육자에 대하여 과거 양육비의 지급을 구할 권리는 그 양육비를 지출한 때로부터 소멸시효가 진행된다.
- ⑤ 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 하였다면 그 배당은 무효이고, 회사는 배당을 받은 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있는데, 회사의 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 5년의 상사소멸시효에 걸린다.

해설

정답 ③

8. 제척기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 집합건물의 아파트 입주자대표회의가 스스로 하자담보추급에 의한 손해배상청구권이 있음을 전제로 직접 아파트의 분양자를 상대로 손해배상청구를 하였다가, 그 소송계속 중에 정당한 권리자인 구분소유자들로부터 그 손해배상채권을 양도받고 분양자에게 그 통지가 마쳐진 후 그에 따라 소를 변경한 경우, 소 변경 시점에 위 권리를 행사한 것으로 볼 수 있다.
- ② 민법 제146조에 따른 취소권 행사기간은 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 당사자의 주장에 관계없이 법원이 그 기간의 도과여부를 직권으로 조사하여야 한다.
- ③ 甲과 乙이 2015. 2. 1. 토지매매예약을 체결하면서 그 내용으로 매수인 乙이 2016. 2. 1.부터 예약완결권을 행사할 수 있다고 정하였다면, 乙은 2026. 2. 1.까지 예약완결권을 행사할 수 있다.
- ④ 민법 제204조 제3항의 점유침탈자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈당한 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 위의 제척기간은 재판 외에서 권리를 행사하는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를 제기하여야 하는 출소기간이다.
- ⑤ 민법 제999조 제2항은 “상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다.”라고 규정하고 있는데, 그 중 10년의 장기제척기간은 상속권 침해행위로 인하여 상속회복청구권이 발생한 때부터 진행된다.

해설

정답 ③

9. 甲은 친구 乙과 명의신탁약정을 하고, 丙과 그 소유의 X부동산에 관한 매매계약을 체결하여 丙으

- 소유권이전등기가 마쳐졌다면, 그 후 어떠한 사유로 취득시효완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복되더라도 시효완성자는 더 이상 소유자에게 시효취득의 효과를 주장할 수 없다.
- ② 점유취득시효 완성 후 이전등기 전에 원소유자가 선의로 해당 토지에 설정한 근저당권의 피담보채무를 시효완성자가 변제하였다면 변제액 상당에 대하여 원소유자에게 대위변제를 이유로 구상권을 행사하거나 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.
- ③ 점유자가 자신의 점유취득시효 완성을 주장할 수 없는 상대방으로서의 제3자라 함은 취득시효기간 만료 후에 해당 토지에 대한 거래에 의하여 새로운 이해관계를 가지게 된 제3자에 국한되므로, 이러한 제3자의 소유권 취득에는 법률의 규정에 의한 소유권 취득으로 인하여 등기를 경료하지 아니한 경우는 포함되지 않는다.
- ④ 타인의 부동산에 관하여 상속등기를 마치지 않은 채 부동산을 점유한 상속인의 점유기간과 피상속인의 점유기간을 합쳐서 10년이 넘었다 하더라도 등기부취득시효가 인정될 수 없다.
- ⑤ 등기부취득시효가 완성된 후에 그 부동산에 관한 점유자 명의의 등기가 적법한 원인 없이 다른 사람 앞으로 이전되었다 하더라도 그 점유자는 등기부취득시효의 완성을 청구원인으로 하여 현재의 등기명의자를 상대로 소유권이전등기를 구할 수는 없다.

해설

정답 ⑤

12. 공유에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 공유자는 자신의 지분을 자유로이 처분할 수 있기에 다른 공유자의 동의 없이 공유지분을 목적으로 한 전세권을 자유로이 설정할 수 있다.
- ㄴ. 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것은 공유물의 멸실 및 훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적 혹은 법률적 행위인 공유물의 보존행위에 해당한다고 볼 수 없다.
- ㄷ. 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물의 공유자인 임대인이 임차인에게 갱신거절의 통지를 하는 행위는 실질적으로 처분행위의 성질을 갖는 것이므로 상가건물 공유자 전원의 동의가 필요하다.
- ㄹ. 과반수 지분의 공유자는 그 공유토지의 특정된 한 부분을 배타적으로 사용 및 수익할 수 있지만, 그로 인하여 특정부분의 사용 및 수익을 전혀 하지 못하여 손해를 입은 소수지분권자에 대하여 그 지분에 상응하는 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있으므로 그 과반수 지분의 공유자로부터 공유물의 특정부분의 사용 및 수익을 허락받은 제3자도 소수지분권자에 대하여 그러한 부당이득반환의무를 부담하게 된다.

① ㄱ

② ㄴ

③ ㄱ, ㄴ

④ ㄴ, ㄷ

⑤ ㄷ, ㄹ

해설

정답 ②

13. 전세권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 존속기간 경과로 담보물권적 권능만 남은 전세권은 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 양도될 수 없다.
- ② 전세금의 지급은 전세권의 요소이고, 전세권은 목적물을 점유할 권리를 포함하므로 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이다.
- ③ 저당권의 목적이 된 전세권의 존속기간이 만료되었다면 전세권의 용익물권적 권능은 소멸하지만 담보물권적 권능은 남아있기에 전세권 자체에 대하여 여전히 저당권을 실행할 수 있다.
- ④ 전세권자는 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에 목적부동산의 경매를 청구할 수 있는데 이러한 경매청구가 가능하려면 전세권설정자에게 전세목적물을 현실적으로 인도하여야 한다.
- ⑤ 전전세권도 물권이므로 전전세권설정의 합의와 등기에 의해서 성립할 수 있으나, 전세권설정자와 전세권자가 미리 설정행위에 의하여 전전세를 금지할 수 있다.

해설

정답 ⑤

14. 유치권에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 건물신축공사 수급인인 乙 주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 건축자재를 공급한 경우에 甲의 건축자재대금채권은 건물자체에 관하여 생긴 채권이므로 건물에 관한 유치권을 주장할 수 있다.
- ㄴ. 매매 목적물인 부동산을 여전히 점유하고 있는 매도인 甲은 소유권을 미리 이전받은 매수인 乙이 매매대금 일부를 지급하지 않더라도 매매대금채권을 피담보채권으로 하여 유치권을 주장할 수 없다.
- ㄷ. 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 효력이 있기에 채권자 甲이 직접점유를 하지 않고 제3자 乙에게 보관시키는 경우에는 인정되지 않는다.
- ㄹ. 채무자 甲 소유의 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 되어 압류의 효력이 발생한 이후에 甲이 부동산에 관한 공사대금 채권자 乙에게 그 점유를 이전함으로써 乙이 유치권을 취득하게 된 경우, 乙은 유치권을 내세워 경매절차의 매수인 丙에게 대항할 수 없으나 채권자 乙이 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 되어 있음을 몰랐거나 이를 알지 못한 것에

관하여 과실이 없었다면 그 유치권으로 매수인 丙에게 대항할 수 있다.

- ① ㄱ
- ② ㄴ
- ③ ㄱ, ㄷ
- ④ ㄴ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄹ

해설

정답 ②

15. 저당권의 침해와 처분에 관련한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공장저당권의 목적동산이 저당권자의 동의 없이 공장으로부터 반출된 경우, 저당권자는 그 동산을 자신에게 반환할 것을 청구할 수는 없지만 그 동산이 제3자에게 선의취득이 되지 않는 한 원래의 장소로 원상회복 할 것을 청구할 수 있다.
- ② 피담보채권과 저당권이 함께 양도되는 경우에 피담보채권이 먼저 양도되어 일시적으로 피담보채권과 저당권의 귀속이 달라지면, 저당권은 무효가 되어 피담보채권의 양수인은 우선변제를 받을 수 없다.
- ③ 저당권부 채권의 입질에 있어서 질권자와 질권설정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것도 가능하다.
- ④ 취득시효가 완성된 후 소유자가 목적물에 저당권을 설정한 경우에 점유자는 저당권의 부담을 안고 시효취득을 하는 것이 되어 저당권은 소멸하지 않는다.
- ⑤ 저당부동산의 종물에 대하여 일반채권자가 강제집행을 하는 경우에 저당권자는 제3자 이외의 소를 제기할 수 있다.

해설

정답 ②

16. 공동저당에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 채무자와 물상보증인이 각 소유하는 부동산에 관하여 공동저당권이 설정되어 동시배당이 이루어진 경우, 경매법원은 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다.
- ㄴ. 채무자와 물상보증인이 각 소유하는 부동산에 관하여 공동저당권이 설정되었으나 채무자 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 공동저당권자가 변제를 받은 경우, 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있다.
- ㄷ. 동일한 채권담보를 위하여 부동산과 선박에 선순위저당권이 설정된 후에 먼저 선박에 대해

무(이른바 1차적 급부의무)는 소멸한다.

- ㄴ. 건물의 매도인이 그 건물에 설정된 근저당권 설정등기 및 수개의 가압류 또는 압류등기를 모두 말소할 수 없는 무자력 상태에 있다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한, 그가 부담하는 소유권이전지급의무는 이행불능으로 되었다고 볼 수 없다.
- ㄷ. 원인불명의 화재로 인해 임대차목적물이 멸실되었다면, 임차인은 귀책사유로 부존재를 증명하지 못하는 한 임대인에 대하여 목적물 반환채무에 관한 이행불능의 책임을 진다.
- ㄹ. 쌍무계약에서 채무자의 귀책사유로 인해 채무의 일부가 이행불능으로 되었고 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달성할 수 없다고 하더라도 채권자는 이행가능한 부분만의 급부를 청구할 수 있다.
- ㅁ. 쌍무계약에서 양 당사자의 급부 전부가 불능으로 되었다면 특별한 사정이 없는 한 일방은 타방에게 대상청구권을 행사할 수 없다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄷ, ㄹ

③ ㄱ, ㄷ, ㅁ

④ ㄴ, ㄹ, ㅁ

⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

정답 ③

19. 수령지체에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부작위채무의 경우에는 원칙적으로 수령지체가 발생하지 않는다.
- ② 급부가 이행불능인 경우, 그 급부에 관하여는 채권자의 수령지체가 인정되지 않는다.
- ③ 쌍무계약에서 채권자의 수령거절 의사가 확고한 경우, 채권자 위험부담주의에 관한 민법 제538조 제1항에서의 수령지체의 성립을 위해서는 채무자의 구두제공조차 요구되지 않는다.
- ④ 수령지체 중에 양 당사자의 책임 없는 사유로 급부가 불능으로 된 경우, 대가위험은 채무자로부터 채권자에게 이전된다.
- ⑤ 상인인 무상수치인이 적법하게 임치계약을 해지하고 약정대로 임치인에게 임치물의 회수를 최고하였음에도 임치인이 이를 행하지 않고 있는 동안 임치물이 멸실되었다면 수치인은 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 채무불이행책임을 지지 않는다.

해설

정답 ③

20. 甲은 乙에 대한 A 금전채권을 가지고 있고, 乙은 丙에 대하여 B 금전채권을 가지고 있다. 甲이 乙을 대위하여 丙을 상대로 B 금전채권의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 乙의 무자력은 변론종결 당시를 기준으로 판단하여야 한다.
- ② 甲의 소 제기에 따라 B 채권의 소멸시효는 중단된다.
- ③ 乙은 甲의 대위행사 사실을 알게 된 후에도 丙으로부터 B 채권의 변제를 받을 수 있다.
- ④ 甲의 위 대위소송을 통하여 丙으로 하여금 甲에게 금전을 직접 지급하라는 판결이 확정된 경우, 乙의 다른 채권자 丁은 B 금전채권을 압류할 수 없다.
- ⑤ 乙이 甲의 대위행사 사실을 알게 된 후에 乙의 다른 채권자 戊의 신청에 의해 B 금전채권에 대한 전부명령이 행해진 경우, 그 전부명령은 원칙적으로 무효이다.

해설

정답 ④

21. 채권자취소권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 그 액수나 범위가 구체적으로 확정되어 있지 않은 경우에도 피보전채권이 될 수 있다.
- ② 부동산 양도행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송계속 중에 양도행위가 해제되어 목적 부동산의 소유권이 채무자에게 복귀된 경우, 그 채권자취소소송은 원칙적으로 소의 이익이 없다.
- ③ 동일한 채권자가 채무자의 동일한 법률행위에 대하여 피보전채권을 달리하여 사해행위 취소의 소를 제기하는 것은 중복제소에 해당한다.
- ④ 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고 원상회복을 위하여 제3채무자에 대한 채권양도 취소의 통지가 이루어진 경우, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에 대하여 위 채권의 이행을 청구할 수 없다.
- ⑤ 채무자 甲이 乙에게 X부동산을 양도하여 乙 명의로 이전등기를 마치고나서 乙의 채권자 丙이 위 부동산을 가압류하여 그 등기를 마친 후에 甲과 乙 사이의 X부동산 양도행위가 사해행위임을 이유로 취소된 경우, 丙 명의의 가압류의 효력은 당연히 소멸한다.

해설

정답 ⑤

22. 보증채무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주채무의 발생원인이 되는 기본계약이 보증계약보다 먼저 성립할 필요는 없다.
- ② 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 다른 약정이 없는 한 보증한도액과는 별도로 부담한다.
- ③ 보증인이 채권자와의 합의로 주채무자의 채무를 중첩적으로 인수하기로 약정한 경우, 주채무

- ③ 채무자에게 동시이행의 항변권이 인정되는 채권은 특별한 사정이 없는 한 이행기가 도래해도 소멸시효에 걸리지 않는다.
- ④ 대립하는 채권이 동시이행관계에 있고, 서로 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 그 중 어느 하나의 채권을 자동채권으로 한 상계는 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다.
- ⑤ 확정기한부 원인채무의 지급을 위하여 어음이 발행된 경우, 그 어음이 반환되지 않았다고 하더라도 채무자가 적극적으로 동시이행의 항변권을 행사하지 않는 한 그는 원인채무의 변제기 도과로 이행지체에 빠진다.

해설

정답 ⑤

27. 계약해제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 합의해제가 행해진 경우에도 그로 인한 원상회복 등기가 행해지기 전에 해당 물건에 관하여 대항력 있는 권리를 취득한 선의의 제3자는 해제의 소급효로부터 보호된다.
- ② 매매계약의 일방당사자가 사망하여 그의 권리·의무가 수인에게 공동상속된 경우, 이들이 위 매매계약을 해제하려면 특별한 사정이 없는 한 그 상속인 전원이 해제의 의사표시를 하여야 한다.
- ③ 토지거래 허가를 받지 않아 유동적 무효상태에 있는 토지매매계약도 계약금 계약에 기한 약정 해제권의 행사에 의해 적법하게 해제될 수 있다.
- ④ 제3자를 위한 계약이 해제된 경우, 낙약자는 자신과 요약자 사이의 법률관계에 기초하여 대가 관계를 맺은 수익자에 대해서는 이미 급부한 물건의 반환을 청구할 수 없다.
- ⑤ 무효인 명의신탁 약정에 기해 건물의 소유권보존등기를 마친 명의수탁자가 제3자와 위 건물에 관하여 매매계약을 체결하여 인도와 이전등기를 마친 후 위 매매계약이 해제되었다면, 명의수탁자는 위 건물의 소유자가 아니므로 위 제3자에게 원상회복을 청구할 수 없다.

해설

정답 ⑤

28. 변호사 甲은 딜러사 乙로부터 외제차 한 대를 신차로 구입하였는데, 인도받은 날에는 아무런 문제가 없었으나, 1개월 이후부터 계기판의 속도계가 작동하지 않는 이상(계기판 전체의 교체로 쉽게 고쳐질 수 있음)을 보였으며, 乙은 이러한 사실을 전혀 예견할 수 없었다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 甲과 乙의 매매계약에는 상사매매에 관한 규정이 민법상의 매매에 관한 규정보다 우선 적용된다.

- 손해배상의무가 없음에도 불구하고 甲이 이를 모르고 乙에게 손해배상을 해 준 경우
- ③ 채권자 乙이 보유한 양도담보권의 목적물에 甲의 소유 동산이 권원 없이 부합되어 위 목적물과 일체를 이룬 경우
 - ④ 3자간 명의신탁에 있어서 명의신탁자 乙 소유 부동산의 명의수탁자인 甲에게 과세관청이 그 부동산에 관한 재산세 부과처분을 하여 甲이 재산세를 납부한 경우
 - ⑤ 상해보험의 피보험자 乙이 보험자인 甲으로부터 이미 보험금을 충분히 지급받았음에도 불구하고 그 사실을 이미 알고 있는 가해자 丙으로부터 재차 손해배상을 받은 경우

해설

정답 ①

31. 사용자 甲의 피용자 乙은 직무와 관련하여 제3자인 丙과 공동불법행위를 하여 丁에게 1억 원의 손해를 입혔다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 乙의 행위가 고의의 영득행위라면 사용자 甲은 丁의 과실을 들어 손해배상액의 감경을 주장하지 못한다.
- ② 丁이 입은 손해발생에 관한 乙과 丙의 과실비율이 6:4라고 한다면 甲은 丁에게 乙의 부담부분인 6,000만 원의 손해배상책임만 부담한다.
- ③ 甲이 丁에게 1억 원 전액을 배상하였다면 甲은 특별한 사정이 없는 한 乙과 丙에게 그 전액을 구상할 수 있고, 乙과 丙은 이 경우 부진정연대관계에 있다.
- ④ 丁에 대한 손해배상책임이 乙 1억 원, 丙 6,000만 원으로 서로 다른데 乙이 자신 채무의 절반인 5,000만 원을 丁에게 지급하였다면 이제 丙의 손해배상책임은 3,000만 원으로 줄어든다.
- ⑤ 乙이 고의의 불법행위를 하였다면, 甲은 자신이 丁에 대해 가지고 있던 금전채권을 자동채권으로 하여 자신의 丁에 대한 사용자책임과 상계할 수 없다.

해설

정답 ⑤

32. 혼인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 부부간의 상호부양의무에 따른 과거의 부양료에 관하여는 특별한 사정이 없는 한 이행지체에 빠진 이후의 것에 대하여만 지급을 청구할 수 있다.
- ② 가정법원이 민법 제924조의2에 따라 부모의 친권 중 양육권만을 제한하여 미성년후견인으로 하여금 자녀에 대한 양육권을 행사하도록 결정한 경우에 미성년후견인은 비양육친을 상대로 양육비심판을 청구할 수 있다.
- ③ 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정된다면 그 파탄의 원인에 대한

- 것을 의미하고, 사망자와 친생자관계에 있다는 사실까지 알아야 하는 것은 아니다.
- ③ 친생부인의 소를 제기할 수 있는 자로 추가된 ‘처’에는 대상자의 법률상 父와 재혼한 처는 포함되지 않는다.
- ④ 당사자가 양친자관계를 창설할 의사로 친생자출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 모두 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 이와 같은 경우 파양에 의하여 그 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등 특별한 사정이 없는 한 친생자관계 부존재확인청구는 허용될 수 없다.
- ⑤ 아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 자녀를 출산한 경우, 친생추정의 효력은 미치지 않는다.

해설

정답 ⑤

35. 甲은 적극재산 5,000만원과 채무 3,000만원을 남기고 2015. 6. 30. 사망하였고, 상속인으로 자녀 乙과 丙이 있다. 그런데 甲은 2013. 5. 30. 유류분 침해 사실을 모르는 乙과 丁에게 각각 7,000만원씩을 증여하기로 하였고, 2014. 7. 30. 그 채무를 이행하였다. 또한 甲은 남은 재산 2,000만원을 사회복지단체 戊에게 기증하도록 자필증서에 의한 유언을 했다. (가) 丙의 유류분액, (나) 丙이 乙과 丁에게 반환을 청구할 수 있는 금액, (다) 戊가 유류분 반환을 거친 후 최종적으로 취득할 금액을 올바르게 나열한 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

(가)	(나)	(다)
① 2250만 원	250만 원	0원
② 2250만 원	2250만 원	2천만 원
③ 2250만 원	0원	1250만 원
④ 4천만 원	2천만 원	0원
⑤ 4천만 원	0원	1천만 원

해설

정답 ③

36. 중재에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 중재란 당사자가 분쟁해결을 제3자인 중재인에게 맡기기로 합의하여 법원의 판단이 아닌 중재인의 판단에 따라 분쟁을 종결시키는 분쟁해결수단이다.
- ② 중재판정이 집행권원이 되기 위해서는 중재법에 따라 그 중재판정을 승인하고 집행을 허가하는 법원의 결정이 필요하다.

- ③ 중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정 취소의 소를 제기하는 방법으로 할 수 있는데, 중재법이 정한 그 취소사유는 판결에 대한 재심사유 및 화해조서에 대한 준재심사유와 같다.
- ④ 국제상거래에서 중재가 활발히 이용되는 이유 중 하나는, ‘외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’에 의하여, 계약국의 법원이 다른 계약국에서 행해진 중재판단에 대하여 원칙적으로 승인 및 집행을 허용하도록 의무지워져 있고, 대부분의 주요국가들이 이 협약에 가입하였기 때문이다.
- ⑤ 한국에는 중재법에 기하여 대한상사중재원이 설치되어 있다.

해설

- ① (○) 중재란 당사자의 합의에 의하여 선출된 중재인의 중재판정에 의하여 당사자간의 분쟁을 해결하는 절차를 말한다. 중재의 본질은 그것이 사적 재판이라는 데에 있으며 중재인 선정, 절차진행, 준거법 등 합의해서 진행하는 것일 뿐이고 그 점에서 당사자의 양보에 의한 자주적 해결인 재판상화해 및 조정과 다르다. 중재제도는 단심제로서 분쟁이 신속히 해결되고, 비용이 저렴하며, 관계분야의 전문가를 중재인으로 선정함으로써 실정에 맞는 분쟁해결을 할 수 있으며, 비공개심리이기 때문에 업무상 비밀유지에 좋고, 국제상거래나 외국기업투자 분쟁에 있어서는 국제중재기구가 나서게 됨으로써 자국법원의 편파성을 피할 수 있다.
- ② (○) ④ (○) ‘외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’ 가입국에서 행하여진 중재판정은 그 협약에 따르되, 그 적용을 받지 아니하는 외국중재판정은 원칙적으로 우리나라 법원의 집행결정을 받아면 강제집행할 수 있다(중재법 제39조).
- ③ (×) 중재법 제36조에 별도의 중재판정 취소 사유들이 규정되어 있다.
- ⑤ (○) 중재법에서는 산업통상자원부장관이 지정하는 상사중재를 행하는 사단법인을 두게 하였는데, 그 법인이 대한상사중재원이다. 정답 ③

37. 특별재판적에 관한 다음 설명 중 옳은 것은?

- ① 재산권에 관한 소를 재산소재지 법원에 제기할 수는 있으나, 거소지의 관할법원에 제기할 수는 없다.
- ② 상속에 관한 소 또는 유증(遺贈), 그 밖에 사망으로 효력이 생기는 행위에 관한 소는, 상속이 시작된 당시 각 상속인의 보통재판적 소재지 법원에 제기할 수 있다.
- ③ 민사소송법의 관할 관련 조문 중에는, 부동산에 관한 소는 부동산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다는 규정이 있으며, 선박·자동차·건설기계·항공기도 등기·등록으로 공시되는 것이어서 부동산과 유사성이 있으므로, 이 규정의 적용을 받는다.
- ④ 회사, 그 밖의 사단이 사원에 대하여 소를 제기하거나 사원이 다른 사원에 대하여 소를 제기하는 경우에는 그 소가 사원의 자격으로 말미암은 것이면 회사, 그 밖의 사단의 보통재판적이 있는 곳의 법원에 소를 제기할 수 있다.
- ⑤ 불법행위에 관한 소는 행위지의 법원에 제기할 수 있는데, 여기서 “행위지”는 가해행위지뿐만 아니라 손해발생지를 포함하는 것으로 해석하는 것이 판례이며, 여러 가해행위가 결합하여 불법

행위 요건을 충족하는 경우에는 그 중 주된 가해행위지 한 곳만 재판적을 가지게 된다.

해설

① (X)

제8조(거소지 또는 의무이행지의 특별재판적) 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다.

② (X)

제22조(상속·유증 등의 특별재판적) 상속에 관한 소 또는 유증, 그 밖에 사망으로 효력이 생기는 행위에 관한 소를 제기하는 경우에는 상속이 시작된 당시 피상속인의 보통재판적이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.

③ (X) 여기의 부동산 개념은 민법 기타 법률에 의하므로 토지와 건물 외에 공장재단·광업재단, 나아가 광업권·어업권 따위의 부동산이나 토지에 관한 규정이 준용되는 것도 이에 속한다. 그러나 선박·자동차·건설기계·항공기 등 이동성이 있는 것은 적용되지 않는다.

제20조(부동산이 있는 곳의 특별재판적) 부동산에 관한 소를 제기하는 경우에는 부동산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.

④ (O)

제15조(사원 등에 대한 특별재판적) ① 회사, 그 밖의 사단이 사원에 대하여 소를 제기하거나 사원이 다른 사원에 대하여 소를 제기하는 경우에는 그 소가 사원의 자격으로 말미암은 것이면 회사, 그 밖의 사단의 보통재판적이 있는 곳의 법원에 소를 제기할 수 있다.

⑤ (X) 불법행위의 구성요건 가운데 어느 한 가지 요건사실의 발생지라도 불법행위지로 되어 재판적이 생기므로 불법행위에서 그 원인이 된 사실이 발생한 곳에는 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과 발생지도 포함된다는 것에, 대법 2013.07.12, 2006다17539 **정답 ④**

38. 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 확인의 소의 제1심에서 피고가 권리관계를 다투었으나 항소심에 이르러서는 더 이상 다투고 있지 않다면, 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익이 없다.
- ㄴ. 甲 명의로 등기가 마쳐진 X 부동산에 관하여 무단으로 乙, 丙 명의로 순차로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 甲의 丙에 대한 등기말소청구가 패소 확정되어 甲의 등기명의 회복이 불가능하다면, 甲이 乙에게 등기말소를 청구하는 소송은 소의 이익이 인정되지 않는다.
- ㄷ. 채권이 압류되면 제3채무자의 채무자에 대한 지급이 금지되므로, 채무자가 제3채무자를 상대로 채무이행을 구하는 소는 소의 이익이 없다.
- ㄹ. 원고가 양도담보로 제공한 부동산의 잔존 피담보채무 변제를 조건으로 피고 명의의 소유권이전등기 말소를 구하는 소는 장래이행의 소인데, 피고가 위 등기는 대물변제에 기한 것이지 담보에 기한 것이 아니라고 다투고 있다면 위 소는 미리 청구할 이익이 있다.

① ㄱ, ㄴ

② ㄱ, ㄷ

③ ㄱ, ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄷ, ㄹ

해설

- ㄱ. (X) 원고가 적법하게 확인의 소를 제기하였고 피고가 당해 소송에서 다투다가 항소심에서 다투지 아니 하는 사유만으로 확인의 이익을 부인할 수 없다는 것에, 대법 2009.01.15, 2008다74130
- ㄴ. (X) 순차로 마쳐진 소유권이전등기에 관하여 최종 등기명의자에게 등기말소를 구할 수 있는지와 관계없이 중간 등기명의자에게 등기말소를 구할 소의 이익이 있다는 것에, 대법 2017.09.12, 2015다242849. 강제집행이 불가능하여도 현재이행의 소의 권리보호이익은 인정된다.
- ㄷ. (X) 채무자가 단지 압류명령을 받을 때는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 수 있지만, 추심명령을 받을 때에는 당사자적격을 상실한다는 것에, 대법 2000.04.11, 99다23888; 대법 2015.05.28, 2013다1587
- ㄹ. (O) 채무자는 자신의 채무를 먼저 변제하여야만 비로소 그 채무를 담보하기 위하여 경료되었던 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소나 새로운 소유권이전등기를 청구할 수 있는 것이기는 하지만, 채권자가 그 가등기 등이 채권담보의 목적으로 경료된 것임을 다룬다든지 피담보채무의 액수를 다투기 때문에 채무자가 채무를 변제하더라도 채권자가 위와 같은 소유권의 공시에 협력할 의무를 이행할 것으로 기대되지 않는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다고 보아 채무의 변제를 조건으로 채권담보의 목적으로 경료된 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소나 새로운 소유권이전등기를 청구하는 장래이행의 소를 허용하여야 할 것이라는 것에, 대법 1992.01.21, 91다35175 정답 ③

39. 사망자를 당사자로 한 소송에 관한 설명 중 옳은 것은?

- ① 변론종결 후에 당사자가 사망하면, 수계절차 없이 법원은 그대로 판결을 선고할 수 있다.
- ② 소제기 시점에 피고가 생존 중이었다면 소장부분 송달시점에는 비록 그가 사망했더라도 그의 상속인에게 소송이 승계된다.
- ③ 피고가 사망자임을 모른 채로 원고가 소를 제기했던 것이라면, 그 상속인 앞으로 당사자표시 정정을 허용한다는 것이 판례이며, 표시정정 없이 판결이 선고되더라도 그 판결이 당연무효는 아니다.
- ④ 피고에게 소장부분이 송달된 후에 피고가 사망하면 그 소송은 피고의 상속인들에게 승계되며, 이 경우 만약 피고의 소송대리인이 있다면 소송이 중단되지 않지만, 판결이 선고되면 그때 비로소 소송이 중단된다.
- ⑤ 이미 사망한 자를 당사자로 표시하여 소제기한 경우에, 그 망인이 피고이면 당연히 부적법하지만, 그 망인이 원고이면 부적법하지 않다는 것이 판례이다.

해설

- ① (O) 판결의 선고는 소송절차가 중단된 중에도 할 수 있다(제247조 1항). 사건의 청구인이던 甲이 원심의 변론종결후에 사망하였음에도 원심이 소송수계절차없이 판결을 선고하였다고 하더라도 위법이라 할 수 없다는 것에, 대법 1989.09.26, 87므13
- ② (X) 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 사망한 乙을 피고로 하여 선고된 제1심판결은 당연무효이고, 乙의 상속인들인 망 乙의 소송수계신청인 1, 2, 3이 제기한 추후보완 항소나 소송수계신청은 모두 부적법

하며 그들에 대한 당사자표시정정신청도 허용되지 아니한다는 것에, 대법 2015.01.29, 2014다34041; 대법 2017.11.14, 2017다24281

- ③ (X) 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있으나(대법 2006.07.04, 2005마425), 사망한 사람을 상대로 한 판결은 무효이고 이에 터잡아 이루어진 소유권이전등기는 특별한 사정이 없는 한 부적법한 등기라는 것에, 대법 1980.05.27, 80다735
- ④ (X) 제238조에 의해 소송대리인이 있는 경우 중단되지 않지만, 그 심급의 판결정본이 당사자에게 송달 되면 당해 소송대리인의 대리권은 소멸되고 따라서 소송절차는 중단된다는 것에, 대법 1980.10.14, 80다 623-624. 다만 소송대리인이 상소의 특별수권이 있었던 경우에는 상소하지 않으면 상소기간 도과시, 상소하면 상소제기시에 중단된다.
- ⑤ (X) 제소전 피고 사망인 경우 원고가 선의인 경우 부적법하나, 상속인으로 표시정정은 허용된다. 다만 소 제기 당시 이미 사망한 당사자와 상속인이 공동원고로 표시된 손해배상청구의 소가 제기된 경우, 이미 사망한 당사자 명의로 제기된 소부분은 부적법하여 각하되어야 할 것일 뿐이고, 소의 제기으로써 상속인이 자기 고유의 손해배상청구권뿐만 아니라 이미 사망한 당사자의 손해배상청구권에 대한 자신의 상속분에 대해서까지 함께 권리를 행사한 것으로 볼 수는 없다는 것에, 대법 2015.08.13., 2015다209002

정답 ①

40. 기일의 해태(불출석)에 관한 다음의 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 변론기일 불출석에 따른 불이익을 그 당사자에게 귀속시키려면 그 당사자 본인과 소송대리인 모두가 출석하지 아니하여야 하고, 그 출석 여부는 변론조서의 기재에 의하여 증명되어야 한다.
- ② 변론준비기일은 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리 하기 위한 것으로서 그 이후에 진행되는 변론기일과 일체성이 있으므로, 변론준비기일에서의 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계된다.
- ③ 원고와 피고가 제2회 변론기일에 모두 출석하지 아니하였지만 제3회 변론기일에는 모두 출석한 다음 제4회 변론기일에는 피고만이 출석하였으나 변론을 하지 아니한 경우, 당사자의 기일 지정신청이 없는 상태에서 재판장이 직권으로 제5회 변론기일을 지정하였는데 원고와 피고가 모두 출석하지 아니하였다면, 소의 취하가 있는 것으로 볼 수 없다.
- ④ 제1회 변론기일에 원고만이 출석하여 변론하고 피고는 '원고의 청구는 이유 없다'는 취지의 답변서를 제출하였으나 출석하지 아니하여 위 답변서 기재 내용이 진술간주된 경우, 변론관할이 발생한다.
- ⑤ 양쪽 당사자가 변론기일에 2회 불출석한 때에는 1월 이내에 기일지정신청을 하지 않으면 소를 취하한 것으로 간주하는데, 위 기간은 불변기간이므로 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 위 기간 내에 기일지정신청을 하지 못한 경우 그 당사자는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 그 신청을 보완할 수 있다.

해설

- ① (O) 소송대리인이 선임된 경우에 변론기일 불출석으로 인한 불이익을 그 당사자에게 귀속시키려면 그

당사자 본인과 소송대리인 모두가 변론기일에 출석하지 아니함을 요건으로 하고 그 출석여부는 변론조서의 기재에 의하여 증명하여야 한다. 따라서 변론조서에 소송대리인 불출석이라고만 기재되어 있고 당사자 본인의 출석여부에 대하여 아무런 기재가 없다면, 당사자의 변론기일에의 불출석은 증명되지 아니한다는 것에, 대법 1982.06.08, 81다817

- ② (X) 변론준비기일이 수소법원 아닌 재판장 등에 의하여 진행되며, 또한 변론기일과 달리 비공개로 진행될 수 있어서 직접주의와 공개주의가 후퇴되는 점, 변론기일에 있어서는 사건과 당사자의 호명에 의하여 개시된 기일에 양쪽 당사자의 불출석이 밝혀진 이상 앞서 본 양쪽 불출석의 효과가 발생하고 그 기일을 연기할 수 없는(대법원 1982.01.26, 선고 81다849 판결 참조) 데에 비하여, 변론준비기일에 있어서 양쪽 당사자의 불출석이 밝혀진 경우 재판장 등은 앞서 본 양쪽의 불출석으로 처리하여 새로운 변론준비기일을 지정하는 외에도 당사자 불출석을 이유로 변론준비절차를 종결할 수 있다는(제284조 제1항 제3호) 점, 나아가 양쪽 당사자 불출석으로 인한 취하간주제도는 적극적 당사자에게 불리한 제도로서 적극적 당사자의 소송유지의사 유무와 관계없이 일률적으로 법률적 효과가 발생한다는 점까지 고려할 때 변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계되지 않는다는 것에, 대법 2006.10.27, 2004다69581
- ③ (X) 원칙적으로 당사자 쌍방이 2회에 걸쳐 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 당사자의 기일지정신청에 의하여 기일을 지정하여야 할 것이나, 법원이 직권으로 신기일을 지정한 때에는 당사자의 기일지정신청에 의한 기일지정이 있는 경우와 마찬가지로 보아야 할 것이고, 그와 같이 직권으로 정한 기일 또는 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 소의 취하가 있는 것으로 보아야 한다는 것에, 대법 2002.07.26, 2001다60491
- ④ (X) 원고가 관할권 없는 법원에 제소한 때에 피고가 본안에 관한 사실을 기재한 답변서만을 제출한 채 불출석한 경우 그것이 진술간주가 되어도 변론관할(제30조)이 생기는 것은 아니라는 것에, 대법 1980.09.26, 80마403
- ⑤ (X) 이 기간은 불변기간은 아니므로 기일지정신청의 추후보완은 허용될 수 없다. 정답 ①

41. 증명과 관련된 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 법정변제충당의 순서에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다.
- ② 사문서의 진정성립은 다른 증거에 의하지 않고 변론 전체의 취지만으로 인정할 수 있다.
- ③ 법원은 다른 증거방법이 없는 경우에도 당사자신문만으로 요증사실을 인정할 수 있다.
- ④ 원고가 제출한 증거에 대하여 피고가 자신의 이익으로 원용한다는 진술을 하여야만 피고에게 유리한 사실인정의 자료로 사용될 수 있다.
- ⑤ 변론의 방식에 관한 규정이 지켜졌다는 것은 오로지 조서의 기재에 의해서만 증명할 수 있다.

해설

- ① (O) 법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다는 것에, 대법 1998.07.10, 98다6763

- ② (○) 사문서는 진정성립이 증명되어야만 증거로 할 수 있지만 증명의 방법에 관하여는 특별한 제한이 없고, 부지로 다루는 서증에 관하여 증거자가 성립을 증명하지 아니한 경우라 할지라도 법원은 다른 증거에 의하지 아니하고 변론의 전취지를 참작하여 그 성립을 인정할 수도 있다는 것에, 대법 1990.09.25, 90누3904; 대법 1993.04.13, 92다12070
- ③ (○) 구 민사소송법 제339조는 법원은 증거조사에 의하여 심증을 얻지 못한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자 본인을 신문할 수 있다는 당사자신문의 보충성에 관하여 규정하고 있었으나, 2002년 개정으로 당사자신문의 보충성에 관한 규정이 폐지됨으로써 당사자신문 결과는 다른 증거와 마찬가지로 법관의 자유심증에 의하여 독립된 증거력을 평가받을 수 있게 되었다. 따라서 원심판결이 원고의 당사자 신문 결과만으로 주요사실을 인정하였다 하더라도 증거법칙을 위반하였다고 할 수 없다는 것에, 대법 2013.06.13, 2010다34159
- ④ (×) 증거는 어느 당사자에 의하여 제출되거나 또 상대방이 이를 원용하는 여부에 불구하고 이를 당사자 어느 쪽의 유리한 사실인정 증거로 할 수 있다는 것에, 대법 1978.05.23, 78다358
- ⑤ (○)

제158조(조서의 증명력) 변론방식에 관한 규정이 지켜졌다는 것은 조서로만 증명할 수 있다. 다만, 조서가 없어진 때에는 그러하지 아니하다.

정답 ④

42. 소송종료선언에 대한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소취하의 부존재 또는 무효를 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있으며, 그 신청이 이유 없는 경우 법원이 판결로 소송종료를 선언한다.
- ② 청구의 인낙이 변론조서에 기재되었음에도 불구하고 법원이 소송종료를 간과하고 심리를 진행한 경우, 법원은 직권으로 소송종료선언을 할 수 있다.
- ③ 이혼소송의 계속 중 당사자 일방의 사망으로 당사자대립구조가 소멸한 경우 상대방 당사자의 기일지정신청에 대하여 법원은 소송종료선언을 하여야 한다.
- ④ 청구의 인낙으로 소송이 종료된 경우 기판력이 생기므로 당사자 일방은 기일지정신청을 할 수 없고 준재심의 소로만 그 효력을 다룰 수 있을 뿐이며, 당연무효사유가 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.
- ⑤ 종국판결이 선고된 후 상소기록이 상소심법원에 보내지기 전에 이루어진 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 이유로 기일지정신청이 있는 때에, 상소의 이익이 있는 당사자 모두가 상소한 경우 상소심법원이 기일지정신청에 대하여 재판한다.

해설

- ① (○) 소의 취하 또는 상소의 취하가 부존재 또는 무효임을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있고 (규칙 제67조), 제268조 2항과 3항의 소취하간주의 경우에도 그 효력을 다투면서 기일지정신청을 할 수 있다. 신청이 이유 없는 경우 신청을 기각할 것이 아니라 반드시 종국판결로써 소송의 종료를 선언해야 한다.
- ② (○) 피고가 청구인낙을 하여 그 취지가 변론조서에 기재 되었으면 따로 인낙조서의 작성이 없는 경우

라도 확정판결과 동일한 효력이 생기므로 소송이 종료된다. 그럼에도 소송이 진행된 경우에는 법원은 판결을 취소하고 소송종료선언을 해야 한다.

- ③ (○) 원고와 피고의 지위가 혼동되거나, 일신전속적인 법률관계 등 승계되지 않는 소송에서 당사자가 사망한 경우에 소송은 종료된다. 이 경우에 소송은 바로 종료되나 당사자 사이에 다툼이 있어 기일지정을 신청한 경우에는 이를 명백히 하는 의미에서 소송종료선언을 한다는 것에, 대법 1992.05.26, 90므1135
- ④ (×) 청구의 포기·인낙과 화해는 기판력이 발생하므로 준재심(제461조)으로만 다룰 수 있으므로 당사자가 기일지정신청을 하면 각하한다(대법 1990.03.17, 90그3). 그러나 확정판결의 당연무효사유를 주장하며 기일지정신청을 하였는데 무효사유가 존재하지 않으면 소송종료선언을 한다는 것에, 대법 2001.03.09, 2000다58668
- ⑤ (○) 종국판결 선고 후 상소가 있기 전 또는 상소가 있은 후 소송기록이 상소심에 송부되기 전에 소취하가 있었는데 그 취하의 부존재 또는 무효를 주장하는 기일지정신청이 있는 경우에, i) 상소이익이 있는 당사자 전원이 상소한 경우에는 상소법원이 통상의 기일지정신청의 경우와 같은 절차에 의하여 그 당부를 심판하며, ii) 상소이익이 있으면서도 아직 상소를 하지 않은 당사자가 남아 있을 때에는 원심법원에서 그 당부를 심판하는데 이때 신청이 이유 없으면 소송종료선언을 하나 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 소취하의 무효선언을 한다. 이에 의해 본안판결에 대해 상소의 이익이 있으면서도 소취하를 받고 상소하지 않았던 당사자가 상소할 수 있게 된다. 정답 ④

43. 소취하와 관련된 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고 甲, 乙, 丙의 소송대리인 丁이 자신의 사무원에게 甲만의 소 취하를 지시하였으나, 그 사무원의 착오로 甲, 乙, 丙 모두의 소를 취하한 경우에도 그 취하는 유효하며 착오를 이유로 취소할 수 없다.
- ② 채권자 甲이 채무자 乙을 상대로 원본채권의 지급을 청구하는 소를 제기하였다가 패소한 뒤 항소심에서 소를 취하하였다가, 다시 이자채권의 지급을 청구하는 소를 제기하는 경우, 甲의 이자채권의 지급을 구하는 소는 재소금지에 해당되어 각하되어야 한다.
- ③ 원고 甲은 피고 乙에게 지상권설정등기말소청구의 소를 제기하여 승소하였으나 乙과의 별도의 약정에 따라 항소심에서 소를 취하하였는데, 乙이 그 약정을 위반하자 다시 지상권설정등기말소청구의 소를 제기한 경우 재소금지에 해당되지 않는다.
- ④ 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 제3채무자 丙에게 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다가 항소심에서 소를 취하하였는데, 소송고지를 통해 대위소송의 제기사실을 알고 있는 乙이 丙을 상대로 동일한 소를 제기한 경우, 乙의 소유권이전등기청구의 소는 재소금지에 해당되어 각하되어야 한다.
- ⑤ 채권자 甲이 채무자 乙의 제3채무자 丙에 대한 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받은 뒤 甲이 제3채무자 丙을 상대로 추심소송을 제기하였다가 항소심에서 소를 취하하였는데, 그 후 乙의 다른 채권자인 丁이 乙의 동일한 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받은 뒤에 丙을 상대로 추심소송을 제기한 경우, 丁의 추심소송은 재소금지에 해당되어 각하되어야 한다.

- ① (O) 소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 원고들 소송대리인으로부터 원고 중 1인에 대한 소 취하를 지시받은 사무원은 원고들 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고들 소송대리인의 착오로 보아야 하므로, 그 사무원의 착오로 원고들 소송대리인의 의사에 반하여 원고들 전원의 소를 취하하였다 하더라도 이를 무효라 볼 수는 없고, 적법한 소 취하의 서면이 제출된 이상 그 서면이 상대방에게 송달되기 전 후를 묻지 않고 원고는 이를 임의로 철회할 수 없다는 것에, 대법 1997.06.27, 97다6124
- ② (O) 후소가 전소의 소송물을 선결적 법률관계 내지 전제로 하는 것일 때에는 비록 소송물은 다르지만 본안의 종국판결후에 전소를 취하한 자는 전소의 목적이었던 권리 내지 법률관계의 존부에 대하여는 다시 법원의 판단을 구할 수 없는 관계상 위 제도의 취지와 목적에 비추어 후소에 대하여도 동일한 소로서 판결을 구할 수 없다고 풀이함이 상당하다는 것에, 대법 1989.10.10, 88다카18023
- ③ (O) 재소금지원칙이 적용되기 위하여는 소송물이 동일한 외에 권리보호의 이익도 동일하여야 할 것인데, 피고가 전소 취하의 전제조건인 약정사항을 지키지 아니함으로써 위 약정이 해제 또는 실효되는 사정변경이 발생하였다면, 이 사건 지상권이전등기 말소등기청구와 전소가 소송물이 서로 동일하다 하더라도, 소제기를 필요로 하는 사정이 같지 아니하여 권리보호의 이익이 다르다 할 것이므로, 결국 이 사건 청구는 위 재소금지원칙에 위배되지 아니한다는 것에, 대법 1993.08.24, 93다22074
- ④ (O) 소를 취하한 자가 대위소송을 한 채권자인 경우 채무자가 대위소송이 제기된 것을 안 이상 채무자는 재소금지의 제재를 받는다는 것에, 대법 1996.09.20, 93다20177
- ⑤ (X) 甲 주식회사가 乙 등에 대하여 가지는 정산금 채권에 대하여 甲 회사의 채권자 丙이 채권압류 및 추심명령을 받아 乙 등을 상대로 추심금 청구의 소를 제기하였다가 항소심에서 소를 취하하였는데, 그 후 甲 회사의 다른 채권자 丁 등이 위 정산금 채권에 대하여 다시 채권압류 및 추심명령을 받아 乙 등을 상대로 추심금 청구의 소를 제기한 사안에서, 丁 등은 선행 추심소송과 별도로 자신의 채권 집행을 위하여 위 소를 제기한 것이므로 재소금지 규정에 반하지 않는다고 본 원심판결이 정당하다고 한 사례로, 대법 2021.05.07, 2018다259213 정답 ⑤

44. 기판력에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사기에 의한 의사표시 취소를 원인으로 근저당권설정등기말소청구의 소를 제기하여 패소 확정된 원고가 동일한 피고를 상대로 같은 등기에 대하여 변제로 인한 피담보채무의 부존재를 원인으로 근저당권설정등기말소청구의 소를 다시 제기하는 것은 전소의 기판력에 저촉된다.
- ② 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 동일한 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기하는 것은 전소의 기판력에 저촉된다.
- ③ 甲이 乙을 상대로 하여 건물에 대한 전세금반환청구의 소를 제기하였다가 청구기각의 판결이 확정되었는데, 乙이 甲을 상대로 소유권에 기한 건물인도청구의 소를 제기하자 甲이 전세금 반환청구권을 내세워 동시이행의 항변을 하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는 주장이어서 허용될 수 없다.
- ④ 건물의 매수인인 甲이 매도인 乙에 대하여 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다가 인용판결이 확정되어 소유권이전등기를 경료하였는데, 乙이 전소의 소유권이전등기가 원인무효임을

주장하며 甲명의를 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 것은 기판력에 저촉된다.

- ⑤ 건물 매수인인 甲은 매매예약을 원인으로 한 가등기가 유효함을 전제로 매도인 乙에게 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소하였으며 이 판결이 확정되었는데, 乙이 다시 甲에게 원인무효임을 이유로 위 가등기의 말소를 청구하는 소를 제기하는 것은 기판력에 저촉되지 않는다.

해설

- ① (X) 이 사건 근저당권설정계약이 기망에 의하여 체결되었음을 이유로 이를 취소하고 이에 터잡아 경료된 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지이고(물권적 청구권), 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 피담보채무가 없으니 근저당권설정계약을 해지하고, 이에 터잡아 원상회복으로서 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지임이 명백한 바(채권적 청구권), 위 청구들은 각 그 청구원인을 달리하는 별개의 독립된 소송물이라는 것에, 대법 1986.09.23, 85다353
- ② (O) 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다는 것에, 대법 2000.01.21, 99다3501
- ③ (O) 피고가 확정판결에서 부정된 전세금반환청구권을 내세워 동시이행의 항변을 한다면 이는 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 주장이어서 허용될 수 없다는 것에, 대법 1987.06.09, 86다카2756
- ④ (O) 판결이 형식적으로 확정되면 그 내용에 따른 기판력이 생기므로, 소유권이전등기절차를 명하는 확정판결에 의하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우에, 다시 원인무효임을 내세워 그 말소등기절차의 이행을 청구함은 확정된 이전등기청구권을 부인하는 것이어서 기판력에 저촉된다는 것에, 대법 1996.02.09, 94다61649
- ⑤ (O) 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 자체에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것은 아니어서, 가등기에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 전소 판결의 기판력은 소송물인 소유권이전등기청구권의 존부에만 미치고 그 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부나 판결이유 중에 실시되었을 뿐인 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 아니하고, 따라서 만일 후소로써 위 가등기에 기한 소유권이전등기의 말소를 청구한다면 이는 1물1권주의의 원칙에 비추어 볼 때 전소에서 확정된 소유권이전등기청구권을 부인하고 그와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 경우에 해당하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 할 것이지만, 이와 달리 위 가등기만의 말소를 청구하는 것은, 전소에서 판단의 전제가 되었을 뿐이고 그로써 아직 확정되지는 아니한 법률관계를 다투는 것에 불과하여 전소 판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없다는 것에, 대법 1995.03.24, 93다52488

정답 ①

45. 소송고지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소송고지의 요건이 갖추어진 경우 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 권리를 행사하

- 겠다는 취지의 의사가 표명되었다면 소멸시효 중단사유로서의 최고의 효력이 인정된다.
- ② 채권자가 추심명령의 취지에 따라 제3채무자를 상대로 소를 제기할 때에는 일반규정에 의한 관할법원에 제기하고 채무자에게 그 소를 고지하여야 한다.
 - ③ 소송에 참가할 수 있는 제3자를 상대로 소송고지를 한 경우 피고지자가 실제로 소송에 참가한 경우에만 후일 고지자와의 소송에서 전소 확정판결에서 결론의 기초가 된 사실상·법률상 판단에 반하는 것을 주장할 수 없다.
 - ④ 소송고지에 의한 최고는 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것이므로 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다.
 - ⑤ 소송고지가 있는 경우에 해당 소송이 계속되어 있는 동안에는 고지자와 피고지자 사이에 소멸시효기간이 진행되지 아니한다.

해설

- ① (○) 소송고지에 일반적으로 시효중단의 효력을 주는 독일법과 달리 우리 법은 어음·수표법상 상환청구권(소구권)에 대하여 소송고지로 인한 시효중단만을 규정하고 있다. 다만 소송고지에 민법상 최고의 효과(민법 제174조)는 인정된다는 것에, 대법 2009.07.09, 2009다14340
- ② (○) 채권자가 명령의 취지에 따라 제3채무자를 상대로 소를 제기할 때에는 일반규정에 의한 관할법원에 제기하고 채무자에게 그 소를 고지하여야 한다. 다만, 채무자가 외국에 있거나 있는 곳이 분명하지 아니한 때에는 고지할 필요가 없다(민사집행법 제238조).
- ③ (×) 피고지자가 고지를 받고도 참가하지 아니하거나 늦게 참가한 경우라도 소송고지에 의해 참가할 수 있었을 때에 참가한 것과 같이 제77조의 참가적 효력을 받게 된다(제86조).
- ④ (○) 소송고지에 의한 최고는 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것이므로 만일 법원이 소송고지서의 송달사무를 우연한 사정으로 지체하는 바람에 소송고지서의 송달 전에 시효가 완성된다면 고지자가 예상치 못한 불이익을 입게 된다는 점 등을 고려하면, 소송고지에 의한 최고의 경우에는 민사소송법 제265조를 유추 적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다는 것에, 대법 2015.05.14, 2014다16494
- ⑤ (○) 당해 소송이 계속중인 동안은 최고에 의하여 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 민법 제174조에 규정된 6월의 기간은 당해 소송이 종료된 때로부터 기산되는 것으로 해석하여야 한다는 것에, 대법 2009.07.09, 2009다14340

정답 ③

46. 甲은 乙을 상대로 X 부동산에 관한 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 소송계속 중 丙은 乙에 대하여는 X 부동산에 관한 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 청구하고, 甲에 대하여는 X 부동산에 관하여 乙에 대한 소유권이전등기청구권이 丙에게 있다는 확인을 청구하는 독립당사자참가 신청(이하 '이 사건 신청'이라고 한다)을 하였다. 丙이 이 사건 신청 사유로서 乙이 甲과 丙에게 이중매매를 하였다고 주장하였으나 제1심 법원은 이 사건 신청이 부적법하다고 판단하였다. 증거조사 결과 乙이 甲에게 X 부동산을 매도하였다는 확신을 가지게 된 제1심 법원은 甲의 乙에 대한 청구를 인용하고 이 사건 신청을 각하하는 판결을 선고하였고, 이 판결에 대하여 丙만이 항소하였다. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 이 사안에서 법원이 판결을 할 때에는 甲, 乙, 丙을 당사자로 하는 하나의 종국판결만을 내려야 하는 것이지 위 당사자의 일부에 관해서만 판결을 하는 것은 허용되지 않는다.
- ㄴ. 이 사안에서 甲의 승소판결이 내려진 후 丙만이 항소를 하였더라도 판결 전체의 확정ى 차단되고 사건 전부에 대하여 이심의 효력이 생긴다.
- ㄷ. 이 사안에서 丙의 참가신청이 적법하고 나아가 합일확정의 요청상 필요성이 인정된다고 항소심이 판단한다면 甲의 乙에 대한 청구인용 부분을 甲에게 불리하게 변경할 수 있다.
- ㄹ. 이 사안에서 항소심 법원이 丙의 항소를 기각하면서 제1심 판결 중 乙이 항소하지 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각하더라도 그 판결은 적법하다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄴ, ㄷ, ㄹ

해설

- ㄱ. (○) 당사자 3인간 모순 없는 해결을 위하여 반드시 1개의 전부판결을 하여야 하며 일부판결은 허용되지 않는다. 일부판결을 한 경우에는 추가판결을 정리할 수는 없고 판단누락에 준하여 상소나 재심으로 처리한다(제451조 제1항 제9호).
- ㄴ. (○) 패소한 乙이 항소하지 않고, 참가가 각하된 丙만이 항소했어도 상소되지 않은 본소 청구 부분도 이심한다.
- ㄷ. (○) 상호 대립·견제관계로 인한 모순 없는 해결, 즉 합일확정의 요청 때문에 불이익변경금지의 원칙(제415조)이 배제되어, 상소를 제기하지 않은 당사자의 판결부분도 심판의 대상이 된다. 그러나 참가인의 참가신청이 적법하고 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한하여 불이익변경금지원칙이 배제된다.
- ㄹ. (×) 원고의 피고에 대한 청구를 인용하고 참가인의 참가신청을 각하한 제1심판결에 대하여 참가인만이 항소한 이 사건에서, 참가인의 참가신청이 부적법하다는 이유로 참가인의 항소를 기각하면서도, 제1심판결 중 피고가 항소하지도 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각한 원심의 판단에는 독립당사자참가소송에서 패소한 당사자 중 일부만이 항소한 경우의 항소심의 심판대상에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 것에, 대법 2007.12.14, 2007다37776·37783 **정답** ①

47. 청구의 병합에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 토지 소유자이던 A 종중이 해당 토지에 관한 종중원 B 명의로의 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 소유권이전등기 말소등기청구의 소를 제기하여 소송 진행 도중, 위 소유권이전등기는 유효하나 A 종중과 B 사이의 명의신탁 해지를 이유로 A 명의로 소유권이전등기를 구하는 청구를 병합 신청한 경우, 위 각 청구는 선택적 병합 관계이다.
- ㄴ. 선택적 병합의 경우 여러 개의 청구가 한 소송절차에 불가분적으로 결합되므로, 선택적 청구 중 어느 하나에 대하여 일부만 인용하고 다른 선택적 청구에 대하여 아무런 판단을 하지 않으면 위법하다.
- ㄷ. 선택적으로 병합된 수개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우 상고심 법원이 선택적 청구 중 어느 한 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정한다면 원심

- ① 항소기간 경과 후 항소취하가 있는 경우 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전 항소취하가 있는 경우 판결은 확정되지 않고 항소인은 항소기간 내에 다시 항소 제기할 수 있다.
- ② 원고의 항소에 따라 제1심판결을 취소하고 사건을 제1심법원으로 환송하는 취지의 항소심 판결은 중급판결이 아닌 중간판결에 해당하므로 이를 대상으로 곧바로 상고를 제기할 수 없다.
- ③ 당사자에게 소송대리인이 여러 명 있는 경우 항소기간은 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결 정보가 송달되었을 때부터 기산된다.
- ④ 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심판결 선고 전 미리 상소하지 않기로 합의하였다면 제1심판결은 선고와 동시에 확정되며, 이러한 불상소합의는 반드시 서면에 의하여야 한다.
- ⑤ 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 항소를 제기한 후 항소심에서 그중 일부 청구에 대한 항소 취하서를 제출하였더라도, 항소인은 항소심 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있다.

해설

- ① (○) 항소취하가 된 경우에는 항소가 처음부터 계속되지 않은 것으로 본다(제393조 제2항, 제267조 제1항). 즉, 항소기간 만료시에 소급하여 원심판결이 그대로 확정된다. 다만, 항소취하 후이더라도 항소기간이 만료되지 않았다면 상대방은 물론 항소인도 다시 항소를 제기할 수 있다는 것에, 대법 2016.01.14, 2015므3455
- ② (×) 항소심의 환송판결은 중급판결이므로 고등법원의 환송판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다는 것에, 대법(전) 1981.09.08, 80다3271
- ③ (○) 대리인이 수인인 때에는 최초 1인에 송달된 때가 기준이 된다는 것에, 대법 2011.09.29, 2011마1335
- ④ (○) 어느 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심판결선고전에 미리 항소하지 아니하기로 합의하였다면, 제1심판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로 그 판결선고 후에는 당사자의 합의에 의하더라도 그 불항소합의를 해제하고 소송계속을 부활시킬 수 없다는 것에, 대법 1987.06.23, 86다카2728. 불상소의 합의의 요건은 관할의 합의(제29조)에 준하므로(제390조 제2항 참조), 서면에 의하여야 한다.
- ⑤ (○) 항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 **항소의 일부 취하는 효력이 없으므로** 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 자체의 효력에 아무런 영향이 없다는 것에, 대법 2017.01.12, 2016다241249 정답 ②

49. 재심이나 준재심에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 각 유죄판결에 대해 형사재심에서 인정한 재심사유가 공통되고 무죄판결 이유가 같다면, 유죄판결이 여러 개라도 민사재심에서는 하나의 재심

사유로만 인정된다.

- ㄴ. 채권 보전을 위하여 대위행사가 필요한 경우에는 소송법상 권리에 대해서도 대위가 허용되므로, 채무자와 제3채무자 사이의 종전 재심대상판결에 대해 불복하는 재심의 소 제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 있다.
- ㄷ. 환송판결은 재심 대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항의 '확정된 종국판결'에 해당하지 아니하므로, 환송판결을 대상으로 제기한 재심의 소는 부적법하다.
- ㄹ. 비법인사단 대표자가 총유물 처분에 관한 총회결의 없이 소송행위를 한 것은 특별수권을 받지 않은 경우로서 민사소송법 제451조 제1항 제3호의 재심사유에 해당하므로, 그 재심의 소는 민사소송법 제457조에 따라 재심사유를 안 날부터 30일이 지난 후에도 제기할 수 있다.
- ㅁ. 기판력이 없는 확정된 이행권고결정에 설령 재심사유에 해당하는 하자가 있더라도 이를 이유로 준재심의 소를 제기할 수는 없고, 청구이익의 소를 제기하거나 또는 강제집행이 완료된 경우에는 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄴ, ㄹ

③ ㄱ, ㄷ, ㅁ

④ ㄴ, ㄹ, ㅁ

⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (X) 재심사유는 그 하나하나의 사유가 별개의 청구원인을 이루는 것이므로, 여러 개의 유죄판결이 재심 대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정되었다는 사정은 특별한 사정이 없는 한 별개의 독립된 재심사유라고 보아야 한다. 재심대상판결의 기초가 된 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하다고 하더라도 달리 볼 수 없다는 것에, 대법 2019.10.17, 2018다300470
- ㄴ. (X) 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련된 개개의 소송행위는 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 옳으므로, 채권자는 채권자대위권에 기한 재심청구를 할 수 없다는 것에, 대법 2012.12.27, 2012다75239
- ㄷ. (O) 대법원의 파기환송판결은 형식적으로는 종국판결에 해당하나, 실질적으로는 종국적 판단을 유보하여 기판력이 생기지 않는 중간판결의 성질을 가지므로 재심의 대상이 되지 않는다는 것에, 대법 1995.02.14, 93재다27
- ㄹ. (X) 제457조의 재심기간에 제한이 없는 것은 좁은 의미의 무권대리의 경우이고 특별수권의 흠 등 월권대리의 경우는 불포함한다는 것에, 대법 1994.06.24, 94다4967
- ㅁ. (O) 민사소송법 제461조에 의하여 준용되는 같은 법 제451조의 재심은 확정된 종국판결에 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있는 경우에 그 판결의 취소와 이미 종결된 소송을 부활시켜 재심판을 구하는 비상외의 불복신청방법으로서 확정된 종국판결이 갖는 기판력, 형성력, 집행력 등 판결의 효력의 배제를 주된 목적으로 하는 것이다. 그러므로 기판력을 가지지 아니하는 확정된 이행권고결정에 설사 재심사유에 해당하는 하자가 있다고 하더라도 이를 이유로 민사소송법 제461조가 정한 준재심의 소를 제기할 수는 없고, 청구이익의 소를 제기하거나 또는 전제로서의 강제집행이 이미 완료된 경우에는 부당이득반환청구의 소 등을 제기할 수 있을 뿐이라는 것에, 대법 2009.05.14, 2006다34190

정답 ②

50. 채권자 대위소송에 관한 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피보전채권의 근거가 되는 계약이 강행법규에 위반되어 무효라도 그 피보전권리가 확정판결에 기한 것이라면, 그 판결이 재심에 의해 취소되지 않는 한 제3채무자에 대한 관계에서는 피보전권리가 존재한다고 보아야 한다.
- ② 채권자가 채권자취소권을 대위행사하는 경우 제소기간은 원고인 채권자를 기준으로 하므로, 채권자취소권을 대위행사하는 채권자가 취소원인을 안 지 1년이 지났다면 채무자가 취소원인을 안 날로부터 1년이 안 지났더라도 채권자취소소송의 제소기간을 도과한 것이다.
- ③ 공유물분할청구권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있으므로, 피보전권리가 금전채권인 경우에도 공유물분할청구권을 대위행사할 수 있다.
- ④ 채무자 소유 부동산을 시효취득한 채권자의 공동상속인이 채무자에 대한 시효완성에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권을 대위행사하는 경우, 공동상속인은 자기 지분을 초과하는 범위에서도 보존행위로서 그 말소등기청구권을 적법하게 대위행사할 수 있다.
- ⑤ 채권자대위소송이 계속 중인데 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 공동소송참가를 신청할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 참가신청은 적법하고, 또한 원고가 일부청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 경우에도 참가인의 청구금액이 원고 청구금액을 초과하지 않으면 그 참가신청은 적법하다.

해설

- ① (X) 甲이 乙에 대하여 청구권을 취득한 것이 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 것으로서 신탁법 제6조가 유추적용되어 무효인 경우와 같이, 강행법규에 위반되어 무효라고 볼 수 있는 경우 등에는 위 확정판결에도 불구하고 채권자대위소송의 제3채무자에 대한 관계에서는 피보전권리가 존재하지 아니한다고 보아야 한다(대법 2015.09.24, 2014다74919). 이는 위 확정판결 또는 그와 같은 효력이 있는 재판상 화해조서 등이 재심이나 준재심으로 취소되지 아니하여 채권자와 채무자 사이에서는 그 판결이나 화해가 무효라는 주장을 할 수 없는 경우라 하더라도 마찬가지로 마찬가지라는 것에, 대법 2019.01.31, 2017다228618
- ② (X) 민법 제404조 소정의 채권자대위권은 채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 자신의 이름으로 행사할 수 있는 권리라 할 것이므로, 채권자가 채무자의 채권자취소권을 대위행사하는 경우, 제소기간은 대위의 목적으로 되는 권리의 채권자인 채무자를 기준으로 하여 그 준수 여부를 가려야 할 것이고, 따라서 채권자취소권을 대위행사하는 채권자가 취소원인을 안 지 1년이 지났다 하더라도 채무자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내라면 채권자취소의 소를 제기할 수 있다는 것에, 대법 2001.12.27, 2000다73049
- ③ (X) 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다. 채권자가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산

관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. 또한 특정 분할 방법을 전제하고 있지 않는 공유물분할청구권의 성격 등에 비추어 볼 때 그 대위행사를 허용하면 여러 법적 문제들이 발생한다. 따라서 극히 예외적인 경우가 아니라면 금전채권자는 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없다는 것에, 대법 2020.05.21, 2018다879

- ④ (X) 채권자대위권은 채무자의 채권을 대위행사함으로써 채권자의 채권이 보전되는 관계가 존재하는 경우에 한하여 이를 행사할 수 있으므로, 원고는 乙에게 소유권이전등기청구권이 있다고 주장하는 이 사건 토지 중 472.96/1,705 지분의 범위 내에서만 乙의 피고 丙에 대한 소유권이전등기청구권을 대위하여 행사할 수 있고, 그 범위를 초과하는 지분에 관하여는 보전의 필요성이 있다고 볼 수 없다. 따라서 그 초과 지분에 관한 대위 청구 부분의 소는 부적법하다. 그런데도 원심은 원고가 乙을 대위하여 피고 丙에 대하여 이 사건 토지 중 472.96/1,705 지분을 초과한 지분에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 청구 부분을 기각하는 본안판단을 하였다. 이러한 원심판결에는 채권자대위소송의 소송요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 것에, 대법 2012.08.30, 2010다39918; 대법 2014.10.27, 2013다25217
- ⑤ (O) 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적의 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였다더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적의 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 한다는 것에, 대법 2015.07.23, 2013다30301 **정답 ⑤**

51. 채권자취소소송에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채권자가 사해행위의 취소 및 원상회복을 청구하면서 그 피보전채권을 추가하거나 교환하는 것은 청구의 변경에 해당하지 않는다.
- ② 채권자가 사해행위의 전부 취소 및 원상회복으로서 원물반환을 청구하는 경우 법원이 청구 취지변경 없이 사해행위의 일부 취소 및 가액반환을 명하는 것은 처분권주의에 반한다.
- ③ 사해행위 후 그 목적물에 관하여 선의의 제3자가 근저당권을 취득하였음을 이유로 가액배상을 명하는 경우에는 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 부동산 가액 전부의 배상을 명하여야 할 것이고, 그 가액에서 제3자가 취득한 저당권의 피담보채권액을 공제할 것은 아니다.
- ④ 채무자의 동일한 사해행위에 대하여 채권자 甲이 제기한 채권자취소소송의 계속 중 채무자의 다른 채권자 乙이 제기한 채권자취소소송은 중복소송에 해당하지 않는다.
- ⑤ 채무자의 동일한 사해행위에 관하여 채권자 甲이 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소 판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자 乙의 사해행위

취소 및 원상회복청구의 소가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다.

해설

- ① (○) 채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소의 변경이라 할 수 없다는 것에, 대법 2003.05.27, 2001다13532
- ② (×) 사해행위의 전부취소와 원상회복청구의 주장에는 사해행위의 일부취소와 가액배상청구의 주장도 포함되어 있으므로 청구취지의 변경이 없어도 가액배상을 명할 수 있다는 것에, 대법 2001.09.04, 2000다66416; 대법 2002.11.08, 2002다41589
- ③ (○) 어느 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 사해행위를 취소하고 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 하는 것이나, 다만 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로서 사해행위 목적물의 가액 상당의 배상을 명하여야 하는 것이고, 이러한 가액배상에 있어서는 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있어 사해행위가 성립하는 범위 내의 가액의 배상을 명하여야 하는 것이므로, 사해행위 후 그 목적물에 관하여 선의의 제3자가 저당권을 취득하였음을 이유로 가액배상을 명하는 경우에는 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 부동산 가액 전부의 배상을 명하여야 할 것이고, 그 가액에서 제3자가 취득한 저당권의 피담보채권액을 공제할 것은 아니라는 것에, 대법 2003.12.12, 2003다40286
- ④ (○) ⑤ (○) 각 채권자가 동시 또는 이시에 채권자취소 및 원상회복소송을 제기한 경우 이들 소송이 중복제소에 해당하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없어지게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 채권자취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다는 것에, 대법 2003.07.11, 2003다19558; 대법 2005.05.27, 2004다67806; 대법 2014.08.20, 2014다28114

정답 ②

52. 주주총회결의에 관한 소송 및 대표이사 직무집행정지 가처분에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은?

- ① 주주총회결의의 효력이 제3자 간의 소송에서 선결문제로 된 경우에는, 당사자는 언제든지 그 주주총회결의의 무효를 주장할 수 있는 것이고 반드시 먼저 회사를 상대로 제소해야 하는 것은 아니라는 것이 판례이므로, 이에 따르면 대법원은 주주총회결의 무효확인 소의 성격을 확인의 소로 보고 있다.
- ② 주주총회결의 무효확인 소에 관해서는 제소권자 및 제소기간에 관한 규정이 없다.
- ③ 주주총회결의 무효확인 소와 그 취소 소에서는, 법원이 제반사정을 참작하여 원고의 청구를 기각할 수 있는 이른바 재량기각 제도가 있다.
- ④ 주식회사의 대표이사에게 직무집행정지 가처분이 내려지면, 이로써 대표이사의 대표권이 상실되므로, 그 주식회사에게 소송대리인이 있는 경우를 제외하고는 그 주식회사의 소송은 중단되며, 이 때에는 직무대행자가 그 소송을 수계할 사람이다.
- ⑤ 주주총회 결의무효 확인을 구하는 소송에서 결의부존재 확인판결을 선고할 수 있다는 것이 판례이다.

해설

- ① (○) ② (○) 주주총회결의 무효 또는 부존재확인 소에 관해서는 제소권자 및 제소기간에 관한 규정이 없다. 주주총회결의의 효력이 그 회사 아닌 제3자 사이의 소송에 있어 선결문제로 된 경우에는 당사자는 언제든지 당해 소송에서 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재하다고 다투어 주장할 수 있는 것이고, 반드시 먼저 회사를 상대로 제소하여야만 하는 것은 아니며, 이와 같이 제3자간의 법률관계에 있어서는 제380조, 제190조는 적용되지 아니한다.¹⁾ 【11.12.19.20.모의】 【9회 변시】
- ③ (×) 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부당하다고 인정할 때에는 법원은 직권(職權)에 의해 청구를 기각할 수 있다(제379조). 재량기간은 주주총회 결의에 대한 소송 중 결의취소소송에서만 허용된다. 【11.14.15.19.20.21.모의】 법원의 재량기각판결도 기각판결이므로 대세적 효력이 없다. 【18.19.20.모의】
- ④ (○) 민법상의 법인이나 법인이 아닌 사단 또는 재단의 대표자를 선출한 결의의 무효 또는 부존재 확인을 구하는 소송에서 그 단체를 대표할 자는 의연히 무효 또는 부존재 확인청구의 대상이 된 결의에 의해 선출된 대표자라 할 것이나, 그 대표자에 대해 직무집행정지 및 직무대행자선임 가치분이 된 경우에는 그 가치분에 특별한 정함이 없는 한 그 대표자는 그 본안소송에서 그 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제되고 직무대행자로 선임된 자가 대표자의 직무를 대행하게 되므로, 그 본안소송에서 그 단체를 대표할 자도 직무집행을 정지당한 대표자가 아니라 대표자 직무대행자로 보아야 할 것이다. 따라서 위 박성문에 대한 위 가치분결정이 고지됨과 동시에 위 박성문은 일체의 직무집행에서 배제되는 결과가 사건 소송에서 피고를 대표할 권한도 상실하였다고 할 것이므로, 민사소송법 제213조, 제60조에 의해 소송절차가 중단되고 직무대행자가 이 사건 소송을 수계하였어야 마땅하다 할 것이다.²⁾
- ⑤ (○) 법률상 부존재로 볼 수밖에 없는 총회결의에 대하여 무효확인을 청구하는 경우 이는 부존재확인 의 의미로 무효확인을 청구하는 취지로 보고 판단할 수 있다.³⁾ 이 판례에 대해 무효확인 소와 부존재확인 소가 소송물이 동일하다고 보는 입장이 있다.⁴⁾ 【15.모의】 【6회 변시】 정답 ③

53. 주식회사 관련 소송에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중 사망하였거나 사실심 변론종결 후 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단됨이 없이 종료된다.
- ② 주주총회결의 부존재 또는 무효확인 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우에는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.
- ③ 주주대표소송 제기를 위해 주주가 상법 제403조 제2항에 따라 회사에 제출하는 이유 기재 서면에 책임추궁 대상 이사의 성명이 누락되거나 책임발생 원인사실이 개략적으로 기재되었더라도, 회사가 그 서면 내용이나 회사 보유 자료를 종합하여 특정 가능하다면, 그 서면은 상법 제403조 제2항에 정한 요건을 충족한다.
- ④ 이사가 주식회사를 상대로 소를 제기하면서 상법 제394조에 의해 회사를 대표할 권한이 있는

1) 대법원 1992. 9. 22. 선고, 91다5365 판결.

2) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다31348 판결

3) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1810 전원합의체 판결.

4) 송옥렬, 상, 937면.

감사가 아닌 대표이사를 대표자로 잘못 기재한 소장을 제출한 경우, 이사인 원고는 제1심 뿐 아니라 항소심에서도 대표자를 감사로 표시하여 소장을 정정함으로써 그 흠결을 보정할 수 있다.

- ⑤ 본래 甲이 乙 회사의 주주명부상 주식 소유자로 기재되어 있었는데, 丙이 위조한 주식매매 계약서로 인해 丙 앞으로 해당 주식에 관한 명의개서가 되었다면, 甲은 자신의 주주 지위에 현존하는 위험, 불안을 제거하기 위하여 乙 회사를 상대로 주주권 확인의 소를 제기할 확인의 이익이 인정된다.

해설

- ① (○) 이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중 에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다. 이사는 주식회사의 의사결정기관인 이사회에 구성원이요, 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다.⁵⁾ 【20.21.모의】 【10회 변시】
- ② (○) 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소의 경우, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.⁶⁾
- ③ (○) 만약 회사가 이사의 책임을 추궁하지 않는다면, 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 직접 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 수 있다(제403조 제3항). 주주는 소를 제기하기 전에 먼저 회사에 대하여 소의 제기를 청구해야 하는데, 이 청구는 이유를 기재한 서면(이하 '제소청구서'라 한다)으로 하여야 한다(상법 제403조 제1항, 제2항). 제소청구서에 기재되어야 하는 '이유'에는 권리귀속주체인 회사가 제소 여부를 판단할 수 있도록 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실에 관한 내용이 포함되어야 한다. 다만 주주가 언제나 회사의 업무 등에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있다고 할 수는 없으므로, 제소청구서에 책임추궁 대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생 원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회 의사록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다.⁷⁾
- ④ (○) 상법 제394조에 의하여 그 소에 관하여 회사를 대표할 권한이 있는 감사를 대표자로 표시하지 아니하고 대표이사를 피고 회사의 대표자로 표시한 소장을 법원에 제출하고, 법원도 이 점을 간과하여 피고 회사의 대표이사에게 소장의 부분을 송달한 채, 피고 회사의 대표이사로부터 소송대리권을 위임받은 변호사들에 의하여 소송이 수행되었다면, 이 사건 소에 관하여는 피고 회사를 대표할 권한이 대표이사에게 없기 때문에 소장이 피고에게 적법유효하게 송달되었다고 볼 수 없음은 물론 피고 회사의 대표이사가 피고를 대표하여 한 소송행위나 피고 회사의 대표이사에 대하여 원고가 한 소송행위는 모두 무효이다. / 전항과 같은 경우에도 원고가 스스로, 또는 법원의 보정명령에 따라, 소장에 표시된 피고 회사의 대표자를

5) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결

6) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결

7) 대법원 2021. 7. 15. 선고, 2018다298744, 판결

이 사건 소에 관하여 피고 회사를 대표할 권한이 있는 감사로 표시하여 소장을 정정함으로써 그 흠결을 보정할 수 있고 이 경우 법원은 원고의 보정에 따라 피고 회사의 감사에게 다시 소장의 부분을 송달하여야 되고, 소장의 송달에 의하여 소송계속의 효과가 발생하게 됨에 따라, 피고 회사의 감사가 위와 같이 무효인 종전의 소송행위를 추인하는지의 여부와는 관계없이 법원과 원고·피고의 3자간에 소송법률관계가 유효하게 성립한다고 보아야 할 것이다/ 전항과 같은 피고 회사 대표자의 대표권에 관한 흠결의 보정은 속심제를 채택한 우리 민사소송법의 구조와 민사소송의 이념 및 민사소송법 제388조 등에 비추어 보면 항소심에서도 할 수 있는 것이다.8) /

- ⑤ (X) 갑이 을 주식회사를 상대로 자신이 주주명부상 주식의 소유자인데 위조(偽造)된 주식매매계약서에 의해 타인 앞으로 명의개서가 되었다며, 갑이 을 회사를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 명의개서 절차의 이행을 구할 수 있으므로, 주주권 확인을 구한 경우 이는 확인의 이익이 없다. [20.모의] [10회 변시] 정답 ⑤

54. A가 서울특별시 강남구에서 경영하는 “甲제과점”은 서울 지역에서 매우 인기 높은 제과점이었는데, B가 서대문구에서 甲제과점의 명성을 이용하고자 “甲베이커리”라는 상호로 개업을 하게 되었고, 몇 달 후 A의 매출액이 급격히 감소하기 시작했다. 甲제과점 상호는 미등기상태였고, 뒤에 영업을 개시한 “甲베이커리”라는 상호는 등기된 상태이다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① B는 자신이 등기상호권자임을 이유로 A의 상호등기말소청구를 거절할 수 있다.
 ② 만약, A가 먼저 상호를 등기하였다면 유사한 상호가 등기되었음을 이유로 B를 상대로 상호 등기말소를 청구할 수 있다.
 ③ B가 인천광역시 연수구에서 “甲베이커리”라는 상호로 영업을 한 경우에도 A는 B를 상대로 상호권 침해에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.
 ④ 만약, A의 상호가 B의 상호보다 먼저 등기가 된 경우라면 A는 B의 부정목적이 없어도 B를 상대로 상호등기말소를 청구할 수 있다.
 ⑤ 만약, A의 상호가 B의 상호보다 먼저 등기가 된 경우 A는 손해를 받을 염려를 입증하여야 B를 상대로 상호등기말소를 청구할 수 있다.

해설

※ 상호권문제가 나오면 항상 제23조 상호사용폐지청구와 제22조 선등기자의 등기배척청구를 고려해야 하며 두 권리의 차이점을 숙지해야 한다.

- ① (X) A는 서울시 강남구에서 ‘갑제과점’이라는 상호를 사용하는 미등기상호권자로서 **선사용자**이고, B는 서울시 서대문구에서 ‘갑 베이커리’라는 상호를 등기하여 사용하는 **후사용자**이다. 따라서 선사용자 A는 (a) B의 부정목적, (b) 오인가능성(유사상호), (c) 손해우려 등을 입증하여 후사용자 B에 대하여 제23조에 기하여 ‘갑 베이커리’의 사용폐지를 청구할 수 있고, 상호등기의 말소도 청구할 수 있으므로, B는 A에 대해 상호사용폐지를 청구할 수 없다.
 ② (X) 타인이 이미 먼저 등기한 상호는 **동일지역**(특별시·광역시·시·군)에서 **동종영업**의 동일상호로 등기하지 못한다(제22조).9) 이 경우 먼저 상호를 등기한 자가 갖는 권리를 ‘등기배척청구권’이라고 한다. [동/

8) 대법원 1990. 5. 11. 선고, 89다카15199, 판결

9) 제23조와 달리 제22조는 동일지역에서만 인정되는 권리이다.

동/동/기 ‘갑 베이커리’와 ‘갑제과점’은 동일상호가 아니므로 A는 제22조에 기하여 B에게 상호등기말소를 청구할 수 없다.

- ③ (○) 제23조의 상호사용폐지청구권은 규정상 제22조의 선등기자의 등기배척청구권과 달리 지역적인 제한이 없다. 따라서 B가 인천광역시 연수구에서 “甲베이커리”라는 상호로 영업을 한 경우 A는 B를 상대로 상호권 침해에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁰⁾
- ④ (×) A의 상호가 B의 상호보다 먼저 등기가 된 경우라도 제23조에 의한 등기말소청구의 경우 부정목적은 요하므로 A는 B가 부정목적이 없다면 B를 상대로 상호등기말소를 청구할 수 없다.
- ⑤ (×) 선사용자 A는 (a) B의 부정목적, (b) 오인가능성(유사상호), (c) 손해우려 등을 입증하여 후사용자 B에게 등기말소청구가 가능하지만, 상호를 등기한 경우라면 입증책임이 전환되어 B의 부정목적과 손해발행 우려가 추정되는바, B의 부정 목적을 입증할 필요는 없어진다. 정답 ③

55. 상행위로 인한 채권에 관한 설명 중 옳은 것은 ? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲주식회사가 B로부터 공장 매입자금을 차용하면서 그 대표이사 A도 당해 금전소비대차계약의 공동채무자가 된 경우 B의 甲회사에 대한 채권은 상행위로 인한 채권이지만 A에 대한 채권은 그러하지 아니하다.
- ② 상인 A가 위탁매매인 B에게 물건의 매도를 위탁하였고, B가 위탁받은 물건을 C에게 매도하였으나 C가 매매대금채무를 이행하지 않은 경우 A가 B에게 이행담보책임 이행을 청구할 권리는 상사소멸시효 보다 짧은 3년의 소멸시효에 걸린다.
- ③ A가 학원의 설립과정에서 영업준비자금을 B로부터 차입하는 행위는 점포구입 등의 경우와는 달리 그 행위의 성질상 개업의사를 B가 객관적으로 알 수 있는 경우가 아니므로 B의 A에 대한 채권은 상행위로 인한 채권에 해당할 수 없다.
- ④ 정기주주총회에서 재무제표의 승인 및 이익배당 결의에 의하여 주주 A가 취득한 甲주식회사에 대한 배당금지급청구권은 채무자인 甲회사가 상인이지만 상행위로 인한 채권에 해당하지 않는다.
- ⑤ 상인이 아닌 A가 상인 B에게 외상대금채권을 가지고 있었는데 B의 요청을 받은 C(상인이 아님)가 B의 채무를 면책적으로 인수하는 내용의 계약을 A와 체결한 결과 A가 C에 대해 갖게 된 채권은 상행위로 인한 채권이 아니다.

해설

- ① (×) 하나의 거래에서 당사자 한 편이 수인인 경우 그중 1인에 대하여만 상행위가 되는 행위에 대해서도 전원에 대하여 상법이 적용된다.¹¹⁾ 따라서 공동차주 중 1인이 상인이면 비록 다른 당사자가 비상인이라고 하더라도 이들의 채무는 상행위가 되어 상사시효가 적용되는 것이다. 甲회사(상인)가 B로부터 공장 매입자금을 차용하면서 대표이사 A(비상인)도 당해 금전소비대차계약의 공동채무자가 된 경우 B의 甲회사에 대한 채권은 상행위로 인한 채권이며, A에 대한 채권도 상행위로 인한 채권에 해당한다.

10) 다만 판례의 경우 영업의 규모나 고객의 지역성을 고려한다. 예를 들어 서울의 “보령제약 주식회사”와 ‘수원의 보령약국’은 동일한 영업주체라고 일반인들이 오인할 염려는 없다(73다1238).
 11) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다31740 판결.

- ② (X) 위탁매매인은 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 스스로 이를 이행할 책임이 있는데 (제105조) 이를 위탁매매인의 '이행담보책임(개입의무)'라 한다. [21.모의] 위탁매매인 B의 위탁자 A에 대한 이행담보책임은 상인이 물건을 판매한 대가에 기한 것이 아니라 위탁매매인의 영업상의 책임이므로 상대방 채무의 시효기간과는 별도로 상사시효 5년의 시효로 소멸한다(제64조).¹²⁾ [21.모의]
- ③ (X) (a) 영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 준비행위를 한 때 상인자격을 취득함과 아울러 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 최초의 보조적 상행위가 되는 것이고, 이와 같은 개업준비행위는 반드시 상호등기·개업광고·간판부착 등에 의하여 영업의사를 일반적·대외적으로 표시할 필요는 없으나 점포구입·영업양수·상업사용인의 고용 등 준비행위의 성질로 보아 영업의사를 상대방이 객관적으로 인식할 수 있으면 당해 준비행위는 보조적 상행위로서 여기에 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. (b) 그리고 영업자금 차입 행위는 행위 자체의 성질로 보아서는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위라고 할 수 없지만, 행위자의 주관적 의사가 영업을 위한 준비행위였고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식하였던 경우에는 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다고 봄이 타당하다.¹³⁾ [주/설/인] [13.모의] [변시 3회] A가 학원의 설립과정에서 영업준비자금을 B로부터 차입하는 행위는 점포구입 등의 경우와는 달리 그 행위의 성질상 개업의사를 B가 객관적으로 알 수 있는 경우가 아니지만 A의 '설명'에 의해 B가 개업의사를 '인식'하였다면 B의 A에 대한 채권은 상행위로 인한 채권에 해당할 수 있다.
- ④ (O) 이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다.¹⁴⁾
- ⑤ (X) 면책적 채무인수라 함은 채무의 동일성을 유지하면서 이를 종래의 채무자로부터 제3자인 인수인에게 이전하는 것을 목적으로 하는 계약으로서, 채무인수로 인하여 인수인은 종래의 채무자와 지위를 교체하여 새로이 당사자로서 채무관계에 들어서서 종래의 채무자와 동일한 채무를 부담하고 동시에 종래의 채무자는 채무관계에서 탈퇴하여 면책되는 것일 뿐이므로, 인수채무가 원래 5년의 상사시효의 적용을 받던 채무라면 그 후 면책적 채무인수에 따라 그 채무자의 지위가 인수인으로 교체되었다고 하더라도 그 소멸시효의 기간은 여전히 5년의 상사시효의 적용을 받는다 할 것이고, 이는 채무인수행위가 상행위나 보조적 상행위에 해당하지 아니한다고 하여 달리 볼 것이 아니다.¹⁵⁾ [21. 모의] 즉 비상인이 상인의 채무를 면책적으로 인수해도 그 채무의 성질인 상행위성을 잃지 않는다. 정답 ④

56. 개입권 또는 개입의무에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 대리상이 본인의 허락 없이 본인의 영업부류에 속한 거래를 하여 이득을 얻은 경우 본인은 개입권을 행사하여 직접 거래의 주체가 될 수 있다.
- ② 중개인이 임의로 당사자의 일방의 성명 또는 상호를 상대방에게 표시하지 아니한 때에는 상대방은 중개인에 대하여 이행을 청구할 수 있다.
- ③ 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매로 인하여 상대방에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담한다.

12) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결

13) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104246판결.

14) 대법원 2021. 6. 24 선고 2020다208621 판결. 따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸시효에 걸린다고 보아야 한다.

15) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99다12376 판결

- ④ 운송주선인은 다른 약정이 없으면 직접 운송할 수 있다.
- ⑤ 위탁매매인은 다른 약정이나 관습이 없다면 위탁자를 위한 매매에 관하여 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 위탁자에 대하여 이를 이행할 책임이 있다.

해설

- ① (X) 대리상은 특정상인의 영업거래를 계속적으로 대리하거나 중개하는 독립의 상인을 의미한다(제87조). 대리상은 본인의 허락 없이 자기 또는 제3자의 계산으로 본인의 영업부류에 속한 거래를 하거나, ‘동종(同種)영업을 목적으로 하는’ 회사의 문헌책임사원 또는 이사가 되지 못한다(제89조제1항). 이는 상업사용인의 경우와 구별된다. [20. 모의] 대리상의 경업금지 의무도 ‘거래금지 의무’와 ‘겸직금지 의무’로 나누어지며, 그 위반에 대해서도 본인은 ① 거래금지 의무 위반의 경우 개입권, 해지권, 손해배상청구권을, ② 겸직금지 의무 위반의 경우 해지권과 손해배상청구권을 각각 행사할 수 있다(동조 제2항, 제17조 제2항~제4항).
- ② (O) 중개인이 임의로 또는 일방당사자의 요구에 의하여 타방당사자의 성명이나 상호를 묵비(黙秘)한 경우 중개인은 상대방에게 계약의 이행을 담보할 의무를 부담하는데 이를 ‘개입의무’라 한다(제99조). 이러한 개입의무 때문에 일방 당사자입장에서는 상대방의 성명이나 상호를 모르더라도 유사시에 중개인이 책임진다고 하면 안심하고 거래에 임할 수 있게 된다. [15,16.모의]
- ③ (O) 위탁매매인은 상대방에 대하여 직접(直接) 권리를 취득하고 의무를 부담한다(제102조). 위탁매매인과 제3자의 관계의 경우 보통의 매매처럼 위탁매매인이 직접 당사자가 된다는 점에서 그 특색이 있다. 즉, 위탁매매의 성립 또는 효력에 영향을 미치는 사실의 여부는 위탁자가 아니라 위탁매매인을 기준으로 한다. [16,18,21.모의]
- ④ (O) 운송주선인은 운송을 주선하지 않고 직접 운송하는 것을 선택할 수 있다. 즉, ① 다른 약정이 없거나 또는 ② 화물상환증을 작성하는 경우 자신이 직접 운송을 할 수 있는 권리를 행사할 수 있다(제116조).¹⁶⁾ 개입권을 행사하면 운송계약의 당사자가 되는 것은 위탁매매인의 경우와 같다. [12,20.모의] 다만, 운임은 표준적인 시세가 있는 것이 아니므로 개입권행사시 시세(時勢)가 있음을 요하지 않는다는 점에서 위탁매매인의 경우와 구별된다.
- ⑤ (O) 위탁매매인은 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 스스로 이를 이행할 책임이 있는데(제105조) 이를 위탁매매인의 ‘이행담보책임(개입의무)’라 한다. 위탁매매인은 위탁자로부터 위탁받은 거래를 하고, 그 이행을 받아서 이를 위탁자에게 이전할 의무를 부담한다. [21.모의] 이 경우 상대방이 의무를 이행하지 않으면 위탁자에 대해서 이전의무가 불가능해지므로 상법은 위탁자를 보호하기 위해 위탁매매인에게 무과실(無過失)의 이행담보책임을 부과하고 있다. [변시 2회,5회] [18.모의] 정답 ①

57. 주주총회에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주주가 전자적 방법으로 의결권을 행사한 경우 그 주주는 해당주식에 대하여 그 의결권 행사를 변경 또는 철회할 수 있다.
- ② 감사 선임에 관한 주주총회에서 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 주식을 출석한 주주의 의결권 수 및 발행주식총수에 산입되지 않는다.
- ③ 주식에 대해 질권이 설정된 경우 원칙적으로 질권설정자인 주주는 의결권을 행사할 수 없다.
- ④ 자본금 총액이 10억원 미만인 회사에서는 총주주의 동의를 있으면 서면에 의한 결의를 할 수

16) 운송주선인의 화물상환증작성으로 운송계약을 의제하는 것이 아니라 개입권을 의제함에 유의한다.

있다.

- ⑤ 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 소집절차나 결의방법의 적법성을 조사하기 위하여 총회 전에 법원에 감사인의 선임을 청구할 수 있다.

해설

- ① (○) 2020년 1월 29일 상법 시행령 개정에 따라 과거 舊 상법 시행령상 전자투표 방법으로 행사한 의결권의 철회·변경을 금지하는 규정이 삭제되었으므로 주주가 전자적 방법으로 의결권을 행사한 경우에도 그 주주는 해당주식에 대하여 그 의결권 행사를 변경 또는 철회할 수 있다.
- ② (○) (a) 감사의 선임에서 3% 초과 주식은 제371조 제2항의 규정에도 불구하고 제368조 제1항에서 말하는 ‘발행주식총수에 산입되지 않는다. (b) 그리고 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사를 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사라고 하여 달리 볼 것도 아니다.¹⁷⁾ 【17,20,21,모의】 【10회 변시】 【18,모의사례】
- ③ (×) 주식에 대해 질권이 설정된 경우 원칙적으로 질권설정자인 주주는 주식의 소유자로서 의결권을 행사할 수 있다.

관련판례

갑은 A와 B회사의 대표이사를 겸직하고 있었고, A회사 주식 전부를 양수하여 보유하고 있었으나, 양도인에게 주식매매대금을 지급하지 못하였고, 다만 근질권을 설정해둔 상태에서 A회사와 B회사가 거래를 하였다. 이에 대해 대법원은 ① 갑이 A회사의 주식매매계약에 따른 주식매매대금을 지급하지 않았다고 하더라도 주식매매대금 지급채무를 부담하는 것은 별도로 하고 갑이 A회사주식의 주주가 아니라고 할 수 없다. ② 또한 주식에 대해 질권이 설정되었다고 하더라도 ‘질권자가 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 직접 의결권을 행사하기로 약정하는 등의 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고’ 질권설정자인 갑은 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다. ③ 갑이 질권자와 근질권설정계약에 따라 일정한 중요 사항에 관한 의결권을 행사할 때 질권자에게 사전 서면 동의를 구해야 하는 의무를 부담하고 있었다는 사실만으로 갑이 주주가 아니라고 보기 어렵다. ④ 따라서 갑이 A회사의 대표이사이자 주식의 100%를 소유한 1인 주주로서 이 사건 공급계약(자기거래)을 체결하였다면, 주주 전원이 동의하였다고 할 것이므로 A회사는 이사회 승인이 없었음을 이유로 그 책임을 회피할 수 없다고 판시한 바 있다.¹⁸⁾ 【9회 변시】

- ④ (○) 개정상법에서는 종래에 유한회사에만 인정되던 서면결의제도(제577조)를 주식회사에 도입하였다. 즉, (a) 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있고, 또한 (b) 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 간주한다. 이 경우 서면결의에 대해서는 주주총회와 동일한 효력이 있다(제363조 제5항).¹⁹⁾ 【16,20,모의】

※ 서면결의와 서면투표

	서면결의	서면투표
주주총회 개최 여부	개최 하지 않음	개최함
정관의 근거 여부	필요 하지 않음	필요

- ⑤ (○) ① 총회는 이사가 제출한 서류와 감사의 보고서를 조사하게 하기 위하여 감사인(檢査人)을 선임할

17) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결.

18) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결

19) ‘서면결의제도’는 ‘서면에 의한 의결권의 행사’(제368조의3)와는 다른 것이다. 후자는 주주총회가 개최된 경우에 이에 현실적으로 출석하지 못한 주주들이 서면으로 의결권을 행사하는 것인 데 반해, 전자는 주주총회 자체를 개최하지 않고 표결 전부를 서면으로 하는 것을 말한다.

수 있다(제367조 제1항). 회사 또는 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 소집절차나 결의방법의 적법성을 조사하기 위하여 총회 전에 법원에 검사인(檢査人)의 선임을 청구할 수 있다(동조 제2항 : 총회검사인). 【20.모의】 / ② 회사의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있는 때에는 발행주식의 총수의 100분의 3이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 법원에 검사인의 선임을 청구할 수 있다(제467조제1항 : 업무재산검사인). **정답 ③**

58. 비상장회사인 甲주식회사에는 대표이사 A, 이사 B, C, D, E 및 감사 F가 재직 중 이다. 甲회사의 이사회에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① B가 甲회사에게 매도한 건물에 하자가 있어 甲회사가 그 계약을 해제할 것인지 여부를 결정하기 위하여 소집한 이사회에 A, B, C가 참석하였다면 이사 과반수가 출석하였다고 할 수 있다.
- ② A, B, C, D, E 전원이 이사회 회의장에 참석하지 않고 음성을 동시에 송수신하는 원격통신수단에 의하여 이사회 결의에 참가하기 위해서는 이를 허용하는 명문의 정관 규정이 존재해야 한다.
- ③ A, B, C, D, E 전원이 동의한 이상 회일의 1주 전에 소집통지를 발송하지 않아도 이사회는 언제든지 회의할 수 있다.
- ④ 이사회는 정관에서 금지하고 있지 않다면 중요자산 처분에 관한 의사결정을 B, C, D로 구성된 위원회에 위임할 수 있으며, 당해 위원회에서 중요자산 처분을 승인하는 결의를 한 이사회는 이에 구속된다.
- ⑤ 이사회 소집통지는 A, B, C, D, E 및 F에게 이루어져야 하지만 F는 이사회에 출석하여 의견을 진술할 권한은 없다.

해설

- ① (○) 감회사와 B간의 거래는 이사의 자기거래로써 이사B는 당해 결의에 대하여 특별이해관계가 있다. 특별이해관계 있는 이사는 ‘의사정족수’에는 포함되나, ‘의결정족수’에는 산입되지 아니한다(제391조 제3항, 제371조 제2항). 【11, 12, 14.모의】 【9회 변시】 따라서 이사 B의 경우 의사정족수(재적 과반수출석)에는 포함되지만, 의결정족수(재적 2/3 찬성)에는 포함되지 아니한다. 재적이사 5명중 A, B, C가 이사회에 참석하였다면 B는 의사정족수 계산에 포함이 되므로 3/5으로써 의사정족수가 충족이 된다.
- ② (×) 정관에 달리 정하는 경우를 제외하고는, 이사의 전부 또는 일부가 직접 회의에 출석하지 아니하고 모든 이사가 음성을 동시에 송수신하는 통신수단에 의하여 결의에 참가하는 것은 원칙상 허용된다(제391조 제2항, conference call). 【2회,4회 변시】 【16.모의】
- ③ (×) ⑤ (×) 소집권자는 회일의 1주간 전에 모든 이사와 감사에 대하여 소집통지를 ‘발송’하여야 하는데, 이사와 감사 전원(全員)의 동의가 있다면 이러한 절차 없이 언제든지 회의할 수 있다(동조 제3항, 제4항). 【15,20.모의】 감사에게도 이사회출석 및 의견진술권이 있으므로 감사에게도 통지하여야 한다.²⁰⁾ 【16.21.모의】

20) 그러나 감사의 출석이 이사회 결의의 유효요건은 아니다.

- ㄴ. (X) 2011년 개정상법은 신주인수인이 회사에 대해 금전채권을 가지고 있는 경우 회사의 동의(同意)가 있으면(일방적 행사 X) 주금의 납입과 상계(相計)할 수 있다고 한다(제421조 제2항).²³⁾ 즉, 신주발행과 관련하여 기업회생절차에서만 인정되던 출자전환(出資轉換)을 허용하고 있다. 【11.13.19.20.모의】 【4회.7회 변시】
- ㄷ. (X) 대법원은 “신주인수권의 양도에 관하여 이사회가 결정한 것이 없다고 하더라도 회사가 그 양도를 승낙한 때에는 회사에 대하여 효력이 있다”고 판시한 바 있다.²⁴⁾ 즉, 판례는 “(1) 제416조 제5호의 규정은 주로 회사 측의 신주발행사무의 편의를 위한 것이므로 회사가 양도를 승낙한 경우에는 회사에 대하여 효력이 있고, (2) 상법이 주권발행 전 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다고 엄격하게 규정한 것(제335조 제3항 본문)과는 달리 신주인수권의 양도에 대하여는 정관이나 이사회 의 결의를 통하여 자유롭게 결정할 수 있도록 규정하고 있으며, (3) 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권의 양도 또한 주권발행 전의 주식양도에 준하여 지명채권양도의 일반원칙에 따른다”는 점을 근거로 들고 있다. [편/달자/전/지 【13.17.모의】 【변시 4회.7회】 【18.모의】
- ㄹ. (O) 회사가 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법에 의하여 주식을 발행함으로써 주주가 불이익을 받을 염려가 있는 경우에는 그 주주는 회사에 대하여 그 발행을 유지할 것을 청구할 수 있다(제424조). 【12.모의】
- ㅁ. (O) 소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실제법상의 권리 이전을 널리 포함하는 것이므로, 신주발행무효의 소 계속중 그 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 양도인이 이미 제기한 기존의 위 소송을 적법하게 참가승계할 수도 있다. ²⁵⁾ 【15.17.모의】
- ㅂ. (X) 신주발행무효판결이 확정되면 그 판결의 효력은 제3자에게도 미친다(제430조, 제190조 본문:대세효). 다만 장래에 대하여 효력을 잃는 데 불과하다(제431조 제1항:장래효), 따라서 신주발행의 유효를 전제로 판결시까지 행해진 모든 행위는 유효한 것으로 취급된다.²⁶⁾ 【13.모의】 【18.모의】 회사는 무효판결 당시의 주주에게 주금액을 반환처리해야 하는데, 이때의 금액은 원칙적으로 인수가액을 의미하나, 회사의 재산 상태에 따라 가감이 가능하고, 질권자는 이러한 금전에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있다(제432조).

정답 ②

60. 상법상 주식회사의 자본금감소 및 준비금에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 결손보전을 위한 자본금감소는, 주주의 이해관계에 중요한 영향을 미치므로 주주총회 특별 결의를 거쳐야 하지만, 회사의 순자산에는 영향이 없으므로 채권자보호절차는 거치지 않아도 된다.
- ② 자본금감소를 위한 주식병합은 자본금 변경의 등기가 된 때에 효력이 발생하지만, 아직 채권자 보호절차가 완료되지 않았다면 그 효력이 발생하지 않는다.
- ③ 회사는 자본금의 2분의 1이 될 때까지 매 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상을 이익준비금

23) 그러나 회사가 상계하는 것은 무방하다고 본다.

24) 대법원 1995. 5. 23, 94다36421 판결.

25) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결

26) 신주는 장래에 대하여 효력을 상실하므로 그 사이 신주발행이 유효한 것을 전제로 하여 이루어진 의결권의 행사, 이익배당, 신주의 처분 등과 같은 후속행위가 모두 유효하게 된다. 다만, 신주의 무효로 인하여 신주 자체는 효력이 없어지므로 신주를 양수한 자는 자신이 선의이더라도 주주권을 상실당하게 되고, 신주의 질권자도 신주에 대한 질권을 주장할 수 없게 된다.

으로 적립해야 하지만, 주식배당은 회사재산이 유출되는 것이 아니므로 이익준비금 적립의무가 없다.

- ④ 이익준비금은 회사에 결손이 발생할 경우를 대비하여 적립하는 것이므로, 결손보전은 먼저 이익준비금으로 충당하고, 이것으로 부족한 경우에만 자본준비금을 가지고 결손보전에 충당할 수 있다.
- ⑤ 회사는 적립된 자본준비금 및 이익준비금의 총액이 자본금의 1.5배를 초과하면 주주총회 보통결의로 그 초과한 금액 범위에서 준비금을 감액할 수 있는데, 이 경우 채권자를 위한 책임재산이 감소되므로 채권자보호절차를 거쳐야 한다.

해설

- ① (X) 통상의 감자를 위해서는 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다(제438조 제1항). 【변시 2회】 【11.모의】 【변시 5회】 / 2011년 개정상법은 결손보전을 위한 자본금의 감소는 회사재산이 유출됨이 없이 단지 계정(計定) 간의 수치조정에 그치므로 주주총회의 특별결의가 아닌 보통결의만으로 할 수 있게 하였다(제438조 제2항).
- ② (X) 감자방법 중 주식을 병합하는 경우 ‘주권제출기간의 만료 및 채권자보호절차의 종료시’에 자본금 감소의 효력이 생긴다(제441조). 주식의 강제소각의 경우에도 마찬가지이다. 【17.모의】
- ③ (O) 이익준비금이란 손익(損益)거래(영업거래)로부터 발생하는 이익을 재원(財源)으로 적립이 강제되는 법정준비금을 의미한다. 주로 자본금의 결손을 보전하기 위하여 적립하는 준비금이다. 【21.모의】 회사는 자본금의 2분의 1에 달할 때까지 매결산기의 이익배당액의 1/10이상의 금액을 이익준비금으로 적립하여야 한다(제458조). 【7회 변시】 다만, 주식배당의 경우에는 적립할 필요가 없다. 즉, 이익잉여금의 취지가 회사잉여금의 유출방지인 점에서 현금, 현물배당은 적립대상이 되지만, 애당초 유출가능성이 없는 주식배당은 적립대상에서 제외된다는 의미이다(제458조). 【14.17.20.모의】
- ④ (X) 자본결손이란 결산기에 확정된 “회사의 순자산액이 자본금과 ‘법정’준비금의 합계에 미달하는 상태”를 의미하고, 이러한 자본결손의 보전에는 이익준비금이나 자본준비금 중 어느 것을 먼저 사용해도 무방하다(제460조).
- ⑤ (X) 회사는 적립된 자본준비금 및 이익준비금의 총액이 자본금의 1.5배를 초과하는 경우에 주주총회의 결의에 따라 그 초과한 금액 범위에서 자본준비금과 이익준비금을 감액할 수 있다(제461조의2). 【14.17.모의】 【7회 변시】 【19.모의】 정답 ③

61. 상법상 주식회사의 설립에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 발기인이 정관을 작성하고 주식을 인수하기 전 성립 후 회사의 영업을 위하여 제3자와 체결한 자동차차입계약에 대해서는 성립 후 회사가 계약상 책임을 지지 않는다.
- ② 설립 중 회사의 발기인이 아닌 이사가 재산인수계약을 체결한 경우에는 정관의 기재가 있어도 재산인수로서의 효력이 없다.
- ③ 자본금총액 10억원 미만의 주식회사를 발기설립 하는 경우 정관은 각 발기인이 정관에 기명 날인 또는 서명함으로써 효력이 생긴다.
- ④ 회사의 설립 후 납입이 완료되지 않은 주식이 있는 경우 발기인이 설립업무를 소홀히 하지

않았음을 증명하여도 납입담보책임을 면할 수 없고, 총주주의 동의로만 면제할 수 있다.

- ⑤ 회사가 성립하지 못한 경우 발기인은 과실이 없어도 설립에 관한 행위에 대하여 연대하여 책임을 진다.

해설

- ① (○) 설립중의 회사가 언제부터 성립하는지 문제된다. 학설은 ① 정관작성시설, ② 발기인인수시설, ③ 발행주식총수 인수시설 등이 있다. 판례는 ‘발기인인수시설’입장에서 “설립중의 회사라 함은 설립과정에서 발기인이 회사의 설립을 위하여 필요한 행위로 인하여 취득하게 되는 권리의무가 회사의 설립과 동시에 그 설립된 회사에 귀속되는 법률관계를 설명하기 위한 강학상의 개념으로 ① 정관이 작성되고, ② 발기인이 적어도 1주 이상의 주식을 인수하였을 때 비로소 성립하는 것이다.”라고 판시한바 있다.²⁷⁾ [18.모의] [10회 변시] 발기인이 정관을 작성하고 주식을 인수하기 전에는 성립후회사가 성립하기 전이므로 성립 후 회사의 영업을 위하여 제3자와 체결한 자동차조립계약에 대해서는 설립중회사의 기관지위에서 행한 것이 아닌바, 이에 대하여 성립 후 회사가 계약상 책임을 지지 않는다.
- ② (○) 재산인수라 함은 발기인이 성립후의 회사를 위하여 특정인(자격 불문함)으로부터 일정한 재산을 양수하기로 하는 개인법상의 계약을 의미한다(제290조 제3호). [6회 변시] 설립 중 회사의 기관은 발기인이며 이사는 감시기관에 불과하므로 발기인이 아닌 이사가 재산인수계약을 체결한 경우에는 정관의 기재가 있어도 재산인수로서의 효력이 없다.
- ③ (○) 원시정관은 발기인 전원 합의로 작성하여 전원이 이에 기명날인 또는 서명함으로써 ‘성립’하는데, 상법은 원시정관의 경우 설립관계를 명확히 하고자 하는 취지에서 공증인의 인증을 받아야만 그 ‘효력’이 발생하는 것으로 규정하고 있다(제292조). 다만, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사를 발기설립(모집설립 ×) 하는 경우에는 각 발기인이 정관에 기명날인 또는 서명함으로써 효력이 생긴다. [17.모의] [변시 3회, 4회]
- ④ (×) 회사설립시에 발행한 주식으로서 설립등기 이후에도 아직 인수되지 아니한 주식이 있거나, 주식인수 청약의 취소가 있는 경우에는 발기인이 이를 공동으로 인수한 것으로 본다(제321조 제1항).²⁸⁾ 회사설립 후 납입되지 아니하는 주식이 있는 경우에는 발기인은 연대하여 납입할 책임을 진다(제321조 제2항). 이는 상법이 인정한 법정책임으로서 무과실책임이므로 총주주의 동의로도 면제되지 않는다. [18. 모의]
- ⑤ (○) 회사가 불성립(不成立)한 경우 발기인이 연대하여 책임을 진다(제326조). 이는 무과실책임으로서 예를 들면, ① 창립총회에서 설립을 폐지(제316조 제1항)하거나, ② 발행주식 대부분이 인수되지 않아 설립이 좌절된 경우이다. 정답 ④

62. 甲주식회사의 주주총회는 2022.3.31. 임원의 보수 및 퇴직금에 관한 정관 제30조를 ‘임원의 보수는 주주총회에서 총액을 정하고 각자의 보수액은 이사회가 결의로 정한다. 퇴직한 임원의 퇴직금도 같으며, 그 지급액은 상근 임원의 연간 총보수액의 평균월액에다가 근속연수의 2배수로 곱한 금액으로 한다’고 개정하였다. 한편, 이사회는 2022.4.22. ‘회사는 임원의 신청이 있으면 퇴직금 중간정산을 실시할 수 있다’는 내용의 임원퇴직금규정 제정하였다. 이사로서의 임기가 2023.3.20. 만료되는 대표이사 A는 2022.5. 퇴직금 중간정산을 신청하여 회사로부터 중간정산금 명목으로 10억원을 지급받았다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

27) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다50215 판결.
 28) 청약이 의제되는 것이 아니라 주식인수인의 지위 자체가 의제된다.

- ① 퇴직금은 상법 제388조에 규정된 보수에 포함되고, 퇴직금을 미리 정산하여 지급받는 형식을 취하는 퇴직금 중간정산금도 퇴직금과 성격이 동일하다.
- ② 정관 제30조에서 이사의 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정하면서 퇴직금의 액수에 관하여만 정하고 있다면, 퇴직금 중간정산에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 A는 퇴직금 중간정산금을 청구할 수 없다.
- ③ 주주총회결의로 임원의 보수총액을 정한 후 이사들 사이의 구체적 배분을 이사회에서 결정하도록 위임한 甲주식회사의 정관 제30조는 유효하지 않다.
- ④ A가 정당한 이유 없이 임기만료 전에 이사회에서 해임된 경우 회사에 대하여 해임으로 인한 손해배상을 청구하려면, A는 정당한 이유의 부존재에 관한 증명책임을 부담한다.
- ⑤ 상법이 정관 또는 주주총회의 결의로 이사의 보수를 정하도록 한 것은 이사들의 고용계약과 관련하여 사익 도모의 폐해를 방지함으로써 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 것이다.

해설

- ① (○) ② (○) ⑤(○) [1] 상법이 정관 또는 주주총회의 결의로 이사의 보수를 정하도록 한 것은 이사들의 고용계약과 관련하여 사익 도모의 폐해를 방지함으로써 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 것이다. [2] 甲 주식회사의 정관에 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정하도록 규정하고 있는데, 甲 회사의 대표이사인 乙이 주주총회의 결의 없이 甲 회사로부터 '특별성과급'이라는 명목으로 금원을 지급받은 사안에서, 乙이 '특별성과급'이라는 명목으로 지급받은 금원은 직무수행에 대한 보상으로 지급된 보수에 해당하는데, 乙이 특별성과급을 지급받을 때 주주총회의 결의 없이 甲 회사의 대주주의 의사결정만 있었다면, 주주총회를 개최하였더라도 결의가 이루어졌을 것이 예상된다는 사정만으로 결의가 있었던 것과 같게 볼 수 없고, 특별성과급 일부가 주주총회에서 정한 이사의 보수한도액 내에 있다는 사정만으로 그 부분의 지급을 유효하다고 볼 수도 없으므로, 乙에게 지급된 특별성과급은 법률상 원인 없이 이루어진 부당이득에 해당한다.²⁹⁾
- ③ (×) 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 않은 때에는 주주총회의 보통결의로 이를 정한다(제388조). 【10.모의】 보수결정권한을 전적으로 이사회로 위임하는 것이 가능한지 문제된다. 이에 대하여 통설적인 입장은 ① 이사의 보수를 이사회나 대표이사에게 무조건적으로 위임하는 것은 제388조 취지에 비추어 무효이지만, ② 전체이사에 대한 보수총액 또는 그 상한을 정하여 이사회 또는 대표이사에 위임할 수 있다고 한다. 【15. 모의】 【8회 변시사례】

관련판례

(a) 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 아니한다. (b) 그리고 주주총회에서 이사의 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우에도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것도 상법이 규정한 권한의 범위에 속하는 것으로서 가능하다.³⁰⁾

- ④ (○) 이사의 '임기'를 정한 경우에 정당한 이유 없이 임기만료 전에 주주총회 결의로 '해임'된 때에는 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다(제385조 제1항 후단). 여기서 '정당한 사유'에

29) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결

30) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515(본소), 2016다241522(반소) 판결

대하여 판례에 의하면 “주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, ① 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 ② 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, ③ 회사의 중요한 사업계획 수립이나 그 추진에 실패함으로써 경영능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 이사가 업무를 집행하는 데 장애가 될 객관적 상황이 발생한 경우”를 의미한다.³¹⁾ [법/정/신] ④ 이러한 정당한 이유의 존부에 관한 입증책임은 손해배상을 청구하는 이사 본인이 부담한다.³²⁾ [13, 14,모의] [18,모의] 정답 ③

63. 상장회사인 甲주식회사는 보통주만을 발행하고 있으며 발행주식총수는 10만주이다. 甲회사의 발행주식총수 중 A는 3만주, B는 2만주, C는 5천주를 소유하고 있다. 甲회사는 감사위원회위원의 선임이나 해임에 관련하여 특별한 정관규정을 두고 있지 않다. 甲회사의 감사위원회에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲회사의 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 1천억원 이상이지만 2조원 미만인 경우 주주총회에서 선임되는 감사위원회위원으로 구성된 감사위원회를 둘 수 없다.
- ② 甲회사의 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 경우 이사회결의에 의하여 선임된 감사위원회위원으로 구성된 감사위원회를 둘 수 없다.
- ③ 甲회사의 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 경우 주주총회에서 사내이사 2인과 감사위원회위원 1인을 선임하고자 한다면 후자의 감사위원회위원 1명은 다른 사내이사 2인과 분리하여 선임하여야 한다.
- ④ 甲회사의 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 경우 주주총회에서 감사위원회위원을 선임할 때는 B와 C는 각각 3천주까지만 의결권을 행사할 수 있다.
- ⑤ 甲회사의 이사회가 주주들이 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 허용한 경우 만약 주주총회에서 출석한 주주의 총의결권 3,500개 중 1,800개의 찬성을 얻었다면 감사위원회위원에 대한 선임결의는 유효하게 성립한다.

해설

① (×) ② (○) 대통령령으로 정하는 상장회사(자산규모 1천억 이상)는 주주총회 결의에 의하여 회사에 상근하면서 감사업무를 수행하는 상근감사를 1명 이상 두거나, 이에 대체하여 감사위원회를 두어야 한다. 상근감사와 감사위원회가 병존할 수는 없다(제542조의10 제1항). 【변시 4회】 즉, 비상장회사(㉠)와 자산 1천억 미만인 회사(㉡)는 상근감사를 둘 필요가 없지만, 자산 1천억 이상 2조원 미만인 상장회사(㉢)는 상근감사를 1명 이상 두거나, 이에 대체하여 감사위원회를 두어야 한다. 자산 2조원 이상인 대규모상장회사(㉣)는 감사위원회를 의무적으로 설치해야 한다. [14,15,16,모의]

▶ 감사와 감사위원회 ◀ [19,모의]

31) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다25611 판결.
32) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결

비상장 회사	상근감사 or 비상근감사 or 감사위원회	감사위원의 선임, 해임은 이사회
자산 1천억 미만 상장회사		
자산 1천억 이상 2조원 미만 상장회사	상근감사 or 감사위원회	감사위원의 선임, 해임은 주주총회
자산 2조원 이상 상장회사	의무적 감사위원회	

- ③ (O) 대규모상장회사(최근 사업연도말 현재의 자산총액이 2조원 이상)의 감사위원의 선임, 해임은 주주총회에서 결정한다(제542조의12 제1항 본문). 【변시 2회】 【20.모의】 이에 관해 상법은 ① 먼저 이사를 선임한 다음 선임된 이사 중에서 감사위원을 선임하는 이른바 ‘일괄선출제’를 채택하였다(제542조의12 제2항 본문). 【15.모의】 ② 다만, 2020년 개정상법에 의하면 “ 감사위원회위원 중 1명은 주주총회 결의로 다른 이사와 구분(分離)하여 ‘감사위원회위원이 되는 이사’로 선임해야 한다” 고 하여 대주주의 영향력을 배제하는 ‘분리선출제’를 보충하고 있다(동조 제2항 단서).³³⁾ 【21.모의】
- ④ (O) 2020년 개정상법에 의하면, ① 감사위원회 위원을 선임 및 해임하는 경우 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 수의 주식을 보유한 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 의결권을 행사할 수 없다(제542조의12 제4항). ② 다만 사외이사 아닌 감사위원회 위원을 선임 및 해임하는 경우 최대주주와 특수관계인의 주식을 합산(合算)한다(동 제4항 괄호부분). 따라서 B와 C는 각각 3천주까지만 의결권을 행사할 수 있다.
- ⑤ (O) 2020년 개정상법에 의하면, “회사가 제368조의4 제1항에 따라 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 하는 경우 제368조 제1항에도 불구하고 ‘출석 주주의 의결권의 과반수’로써 대규모상장회사 감사위원회위원을 선임한다”고 하여 ‘발행주식총수의 4분의1 이상’의 결의요건을 적용하지 않는다(제542조의12 제8항). 따라서 甲회사의 이사회가 주주들이 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 허용한 경우 주주총회 출석주주의 총의결권 3,500개 중 1,800개의 찬성을 얻었다면 감사위원회위원에 대한 선임결의는 유효하게 성립한다. 정답 ①

64. A는 甲주식회사의 주주총회에서 이사로 선임되고 다시 이사회에서 대표이사로 선임, 등기되었다. A는 甲회사 대표이사로서 甲회사 소유의 부동산을 B에게 양도하는 계약을 체결하였다. 그런데 A를 이사로 선임한 위 주주총회결의의 효력을 다투는 소가 제기되어 결국 그 효력이 상실되었다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲회사의 주주총회가 소집통지의 흠결을 이유로 취소판결이 확정되었다면 A의 대표이사 등기는 등기신청권자인 회사가 아닌 제3자에 의하여 이루어진 것으로 보아야 한다.
- ② 제3자가 A의 대표이사 등기를 경료한 경우, 회사가 이를 알지 못한 것에 과실이 있다면 B는 그 등기를 근거로 부동산 소유권이전등기를 청구할 수 있다.
- ③ 甲회사의 감사가 대표이사의 인장을 도용하여 의사록 등 서류를 위조하여 A를 대표이사로 등기한 경우, 회사가 그 등기의 존재를 알고 있음에도 시정하지 않고 상당 기간 방치한 결과 B가 부동산양도계약을 체결하였다면, B는 그 등기를 근거로 부동산 소유권이전등기를 청구할 수 있다.
- ④ A가 표현대표이사로 되기 위해서는 회사의 귀책사유가 필요한데, 이를 위해서는 단순히 이사회결의의 성립을 위하여 필요한 수의 이사가 표현대표를 허용하는 것으로는 부족하고 사실상

33) 정관에서 2명 이상으로 정할 수 있으며, 정관으로 정한 경우에는 그에 따른 인원으로 한다.

회사를 운영하는 자 또는 지배주주의 목인이 요구된다.

- ⑤ 甲회사의 30% 지분을 보유한 C가 주주총회 의사록과 이사회 의사록을 작성하였으나, 실제로는 주주총회나 이사회가 개최된 사실이 없다는 이유로 주주총회결의부존재확인³⁴⁾의 소의 승소판결이 확정된 경우, B는 A가 표현대표이사임을 이유로 부동산 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

해설

- ① (X) [1] 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 **대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고**, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 **대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효**가 된다. [2] 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된다고 하더라도 그 선임 결의가 취소되는 대표이사와 거래한 상대방은 상법 제39조의 적용 내지 유추적용에 의하여 보호될 수 있으며, 주식회사의 법인등기의 경우 회사는 대표자를 통하여 등기를 신청하지만 등기신청권자는 회사 자체이므로 취소되는 주주총회결의에 의하여 이사로 선임된 대표이사가 마친 이사 선임 등기는 **상법 제39조의 부실등기에 해당**된다(대법원 2004. 2. 27. 선고, 2002다19797, 판결).
- ② (X) ③ (O) 표현대표이사제도는 **대표이사 아닌 자가 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정**될 만한 명칭을 사용한 행위에 대하여 회사가 선의의 제3자에게 책임을 지는 법리이다(제395조). **【6회 번시사례】** 판례는 “제3자가 임의로 명칭을 참칭한 경우 원칙적으로 회사는 책임을 지지 않지만, 회사가 이를 **알면서도 방치한 경우에 한하여 목시적 허락과 동일하게 취급한다**”고 판시한바 있다(①설).³⁴⁾ **【11.14.16.20.모의】** 회사가 이를 알지 못한 것에 과실이 있다면 B는 그 등기를 근거로 부동산 소유권이전등기를 청구할 수 없다.
- ④ (X) **대표이사가 명칭사용을 허락한 것이 여기에 해당함은 당연하고, 나아가 이사회 결의 또는 그에 준하는 정도의 이사 과반수가 이러한 명칭사용을 허락한 경우도 이에 해당한다고 본다.**³⁵⁾ 즉 사실상 회사를 운영하는 자 또는 지배주주의 목인이 요구되는 것이 아니다.
- ⑤ (X) ① 상법 제395조의 규정에 의하여 회사가 표현대표자의 행위에 대하여 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 목시적으로 승인함으로써 대표자격의 외관 현출에 책임이 있는 경우에 한하는 것이므로, **주주총회를 전혀 소집, 개최함이 없이 의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 상법 제395조에 따라 회사에게 그 책임을 물으려면, 의사록 작성으로 대표자격의 외관이 현출된 데에 대하여 회사에 귀책사유가 있음이 인정되어야만 할 것이다.**³⁶⁾ **【18.모의】**
- ② 허위의 주주총회결의 등의 외관을 만들어 부실등기를 마친 사람이 회사의 상당한 지분을 가진 주주라고 하더라도 그러한 사정만으로는 회사의 고의 또는 과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수는 없다.³⁷⁾ **【18.모의】 【번시 7회】** 甲회사의 30% 지분을 보유한 C가 주주총회 의사록과 이사회 의사록을 작성하였으나, 실제로는 주주총회나 이사회가 개최된 사실이 없다는 이유로 주주총회결의부존재확인³⁴⁾의 소의 승소판결이 확정된 경우는 **회사의 귀책사유가 없으므로** B는 A가 표현대표이사임을 이유로 부동산 소유권이전등

34) 대법원 1995. 11. 21. 선고, 94다50908 판결. 표현대표자의 행위에 대하여 회사가 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭 사용을 명시적으로나 목시적으로 승인할 경우에 한하는 것이고, 회사의 명칭 사용 승인 없이 임의로 명칭을 참칭한 자의 행위에 대하여는 비록 그 명칭 사용을 알지 못하고 제지하지 못한 점에 있어 회사에게 과실이 있다고 할지라도 그 회사의 책임으로 돌려 선의의 제3자에 대하여 책임을 지게 할 수 없다.

35) 대법원 1992. 9. 22. 선고, 91다5365 판결.

36) 대법원 1992. 8. 18. 선고, 91다14369, 판결

37) 대법원 2008. 7. 24. 2006다24100

기를 청구할 수 없다.

정답 ③

65. 사채에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 전환사채의 경우 전환을 청구한 때 신주의 효력이 발생하나, 신주인수권부사채의 경우에는 납입을 완료한 때 신주의 효력이 발생한다.
- ② 경영권 방어목적으로 신주인수권부사채를 주주 외의 자에게 발행한 경우 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다.
- ③ 신주인수권만을 양도할 수 있는 분리형 신주인수권부사채를 발행하기로 결정한 경우 회사는 채권과 함께 신주인수권증권을 발행하여야 한다.
- ④ 신주인수권부사채의 사채권자가 신주인수권을 행사하려면 회사의 승낙을 얻어야 한다.
- ⑤ 각 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사로 인하여 발행할 주식의 발행가액의 합계 액은 각 신주인수권부사채의 금액을 초과할 수 없다.

해설

- ① (O) ① 주주가 전환권을 갖는 경우에는 ‘전환을 청구한 때’에 즉시 효력이 발생한다. 회사가 전환권을 갖는 경우에는 이사회가 통지 또는 공고한 ‘주권제출기간이 끝난 때’에 그 효력이 발생한다(제350조 제1항).
- ② 전환사채는 사채권자가 ‘전환권을 행사한 때’(제516조 제2항, 제350조 제1항)이다. ③ 신주인수권부사채의 경우 사채권자가 신주인수권을 행사하여 납입을 한 때이다(제516조의6 전문).
- ② (O) 판례에 의하면 “① 상법 제418조 제1항, 제2항은 회사가 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 기존 주주에게 배정하고 정관에 정한 경우에만 제3자에게 신주배정을 할 수 있게 하면서 사유도 신기술의 도입이나 재무구조의 개선 등 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한정함으로써 기존 주주의 신주인수권을 보호하고 있다. ② 따라서 회사가 위와 같은 사유가 없음에도 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권(經營權)이나 지배권(支配權) 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이다. ③ 그리고 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(제516조의2 제4항 후문, 제418조 제2항 단서)”는 입장이다.³⁸⁾
- ③ (O) 신주인수권부사채의 발행 당시 사채권(bond)과는 별도로 신주인수권증권(warrant)을 발행하는 경우를 ‘분리형’이라고 하고, 사채권과 신주인수권이 하나의 사채권(社債券)에 표창되어 있는 경우를 ‘결합형(비분리형)’이라 한다. ‘결합형’으로 발행하는 것이 원칙이지만 ‘분리형’으로 신주인수권증권(證券)을 별개로 발행하고자 하는 경우 그에 관한 이사회결의가 있어야만 한다(제516조의2 제2항 제4호). 회사가 사채권(bond) 외에 별도로 ‘신주인수권증권(warrant)’을 발행하는 경우(제516조의5 제1항) 사채권자는 동 증권의 교부에 의해 사채 고유의 권리와 신주인수권을 분리해서 양도할 수 있다.
- ④ (X) 신주인수권을 행사하는 경우 신주발행의 청구서 2통을 회사에 제출하여야 하고(제516조의9 제1항) 신주발행가액 전액을 납입해야 한다. ‘분리형’은 신주인수권증권을 첨부하여야 하고, ‘결합형’은 사채권(社債券)을 제시하여야 한다(동조 제2항). 통상의 신주발행과 달리 주금의 납입이 신주인수권 행사의 요건이 됨을 주의한다.

38) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결

- ⑤ (O) 신주인수권의 행사로 인하여 발행될 주식의 발행가액의 합계액은 각 신주인수권부사채의 금액을 초과할 수 없다(제516조의2 제3항). 예를 들면 사채금액이 1억원이면 '발행가액' 1만원의 신주를 1만주 밖에 발행하지 못한다. 【12,14,17,20. 모의】³⁹⁾ 전환사채의 경우 전환전의 사채발행총액은 전환후 신주의 발행가액총액과 동액이어야 하지만(제516조 제2항, 제348조), 신주인수권부사채의 경우 신주의 발행가액 총액은 신주인수권부사채의 총액을 초과할 수 없다(제516조의 2). 【14,20.모의】 정답 ④

66. 백지어음에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 발행인이 어음상 책임을 면하려면 백지어음이 아니고 불완전 어음으로서 무효라는 점에 대하여 발행인이 증명하여야 한다.
- ② 소지인이 백지 부분을 보충하지 않고 어음금청구의 소를 제기하였다고 하더라도 변론종결일 까지 이를 보충하면 된다.
- ③ 백지어음 소지인이 어음금 청구소송의 사실심변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우 어음소지인은 백지보충권을 행사하여 발행인을 상대로 다시 동일한 청구를 할 수 없다.
- ④ 만기는 기재되어 있으나 지급지와 지급을 받을 자 부분이 백지인 어음의 경우, 그 백지를 보충하지 않은 상태에서 어음금을 재판상 청구하면 어음상의 청구권에 관한 소멸시효가 중단되는 효과가 있다.
- ⑤ 소지인이 보충권의 범위를 넘어 부당 보충된 어음을 악의 또는 중과실로 취득한 경우, 발행인은 어음상의 책임을 부담하지 않는다.

해설

- ① (O) 판례는 “백지약속어음의 경우 발행인이 수취인 또는 그 소지인으로 하여금 백지부분을 보충케 하려는 보충권을 줄 의사로서 발행하였는가 여부의 점에 대하여는 발행인에게 보충권을 줄 의사로 발행한 것이 아니라는 점 즉 백지어음이 아니고 불완전어음으로서 무효라는 점에 관한 입증책임이 있다”고 판시한 바 있다.⁴⁰⁾ 【14.모의】 【4회,6회 변시】
- ② (O) 백지어음은 보충에 의해 완전어음으로 되므로 보충이후에는 권리행사가 가능하다. 이때 보충권자는 적법한 보충권자에 의해야 하며, 백지어음의 정당한 소지인도 보충할 수 있다. 그리고 백지어음인 채로 소를 제기 한 경우에도 ‘변론종결전’까지만 보충하면 적법한 보충이 된다. 【10, 12, 14.모의】
- ③ (O) 약속어음의 소지인이 어음요건의 일부를 흠결한 이른바 백지어음에 기하여 어음금 청구소송(전소)을 제기하였다가 위 어음요건의 흠결을 이유로 청구기각의 판결을 받고 위 판결이 확정된 후 위 백지 부분을 보충하여 완성한 어음에 기하여 다시 전소의 피고에 대하여 어음금 청구소송(후소)을 제기한 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하므로 이러한 백지보충권 행사의 주장은 특별한 사정이 없는 한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다.⁴¹⁾ 【11, 12, 13.모의】 【8회 변시】
- ④ (O) 대법원은 “① 만기가 기재된 백지어음은 만기의 날로부터 어음상의 청구권에 대하여 소멸시효가

39)

40) 대법원 1984. 5. 22. 83다카1585 판결.

41) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다59230 판결

- 진행한다고 하면서 ② 백지 부분을 보충하지 않은 상태의 어음금청구라도 그 백지어음의 발행인이 어음금채무를 승인하고 어음금을 지급하여 어음에 관한 법률관계를 소멸시키는 것도 얼마든지 가능하므로, 백지 부분을 보충하지 아니한 채 어음금을 청구하더라도, 이는 완성될 어음에 기한 어음금청구와 동일한 경제적 급부를 목적으로 하는 실질적으로 동일한 법률관계에 관한 청구로서 어음상의 청구권을 실현하기 위한 수단이라고 봄이 상당하다고 판시하였다. 또한 ③ 지급지와 수취인이 백지인 약속어음을 소지한 자가 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잠자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다. ④ 이 경우 백지에 대한 보충권은 그 행사에 의하여 어음상의 청구권을 완성시키는 것에 불과하여 그 보충권이 어음상의 청구권과 별개로 독립하여 시효에 의하여 소멸한다고 볼 것은 아니므로 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하고 있는 한 이를 행사할 수 있다"고 하여 재판상 또는 재판 외의 권리행사를 구분하지 않고 백지어음에 의한 시효중단을 인정한다.⁴²⁾ 【1회,4회,6회 변시】 【12 14,18,모의】 【8회 변시】 【열/동/잠/별】
- ⑤ (X) ① 발행인(백지어음행위자)으로부터 백지보충권을 부여 받은 자의 지시에 의하여 취득자가 보충권의 범위를 넘어 보충한 경우에 악의 또는 중대한 과실이 없는 이상 취득자는 어음법 제10조에 의하여 보호받는다.⁴³⁾ 【10,11,18모의】 【7회,8회 변시】 ② 다만, 가장 중요한 어음요건인 “어음금액이 백지인 경우에는 이를 취득할 당시에 보충권의 내용에 관하여 발행인에게 직접 조회하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 취득자에게 중대한 과실이 있다”고 판시한 바 있다⁴⁴⁾. 【10,18 모의】 【1회, 3회, 8회 변시】 ③ 백지수표의 부당보충에 대한 수표법 제13조의 적용에 있어서도 역시 수표금액의 보충범위를 조회하지 않은 취득자에게 중대한 과실을 인정하였다.⁴⁵⁾ 즉 발행인은 어음상의 책임을 부담하지 않는 것이 아니라 애초의 보충권의 범위 내에서는 책임을 진다. 정답 ⑤

67. 어음의 배서에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 추심위임의 목적으로 하는 숨은 추심위임배서의 경우에는 인적항변이 절단된다.
- ② 어음의 점유자가 배서의 연속에 의하여 그 권리를 증명할 때에는 그를 적법한 소지인으로 추정하며, 최후의 배서가 백지식인 경우 배서의 연속에 관하여는 배서를 하지 아니한 것으로 본다.
- ③ 지급거절증서가 작성된 후에 한 배서 또는 지급거절증서 작성기간이 지난 후에 한 배서는 지명채권 양도의 효력만 있다.
- ④ 배서인은 자기의 배서 이후에 새로 하는 배서를 금지할 수 있으며, 이 경우 피배서인은 배서에 의한 양도를 할 수 없다.
- ⑤ 위조어음에 배서한 배서인은 상환의무를 부담하지 않는다.

해설

- ① (X) '상계필어음유치 특약'의 경우 채무자가 어음할인의뢰시 행한 양도배서는 추심위임을 위한 배서로

42) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결.

43) 대법원 1978. 3. 14. 77다2020 판결.

44) 대법원 1978. 3. 14. 77다2020 판결. 판례는 기본적으로 유추적용설의 입장이지만, 조회의무를 부과하므로 결과에 있어서는 부정설과 동일한 결론에 이른다.

45) 대법원 1995. 8. 22. 95다10945 판결.

유용되어 은행은 숨은 추심위임배서의 피배서인의 지위에 서게 되므로, 어음채무자는 배서인(즉 채무자)에 대한 인적 항변사유로서 은행에 대항할 수 있다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 【13,15,모의】【19,모의】

- ② (X) 최후의 배서가 백지식이면 현재의 소지인은 적법한 소지인으로 추정(推定)되며(어 제16조 제4항), 중간에 백지식배서가 개입되어 있으면 그 다음의 배서인이 동 어음을 백지식 배서에 의해 취득한 것으로 간주(看做)된다(어 제16조 제2항). 따라서 백지식 배서가 배서의 연속을 방해하는 것은 아니다. 【11,20,모의】
- ③ (O) 지급거절증서작성 후 또는 그 작성기간경과 후의 배서를 기한후배서라 한다. 기한후배서는 통상의 배서와 같이 배서로서의 유통성을 강력하게 보호받지는 못하고 다만 민법상의 지명채권양도의 효력만을 인정받는 데 그친다(어 제20조 제1항). 【변시 3회, 7회】【19,21,모의】 기한후배서는 ‘만기후배서’와 구별되는데, 만기 후라고 하더라도 지급거절증서의 작성기간⁴⁷⁾이 경과하기 전이고 또한 지급거절증서도 작성되지 않은 상태에서 배서가 이루어졌다면 이는 ‘만기 전의 배서’와 동일한 효력이 있다. 【11,21,모의】【변시 7회】
- ④ (X) 배서인은 피배서인에게 다시 배서를 못하도록 배서란에 배서금지의 기재를 할 수 있는데 이러한 배서를 배서금지배서 또는 금전배서(禁轉背書)라 한다(어 제15조 제2항 1문). 배서금지배서의 배서인은 그 후의 피배서인에 대하여 담보책임을 지지 않는다(동항 2문).【19,모의】배서금지어음과는 달리 배서금지배서가 된 어음은 지시증권성을 상실하지 않는다. 즉, 배서금지배서 이후의 어음소지인도 배서에 의해 어음상 권리를 양도할 수 있는 것이다. 즉 배서금지배서를 한 경우에도 권리의전적 효력 및 자격수여적 효력은 생긴다. 【15,19,모의】
- ⑤ (X) 선행어음행위가 위조되었다 하더라도 어음에 형식적 하자가 없는 이상 그 이후의 어음행위는 ‘어음행위독립의 원칙’에 의해 유효하며, 따라서 위조된 어음 위에 기명날인 또는 서명한 자도 어음소지인에게 어음채무를 부담한다(어 제7조 2호). 【18,모의】 정답 ③

68. A는 2022.5.9. 자신의 영업소에 비치된 자신이 소유한 집기 및 보관 중인 재고물품의 도난에 대비하여 자신을 피보험자로 하는 물건보험을 甲보험회사와 체결하고 1회보험료를 납입하였다. 보험기간은 2022.5.9.로부터 2년, 나머지 보험료는 매월 9일 분납하기로 하였다. 그런데 A는 2022.6.9. 납입할 보험료를 납입하지 않았다. A와 甲보험회사의 법률관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보험계약은 “분납보험료 납입기일로부터 2주가 경과할 때까지 납입이 이루어지지 않으면 보험계약은 해지된다”는 약관조항이 계약에 편입되었다고 하더라도 2022.6.9.로부터 2주 후에 자동적으로 해지되지 않는다.
- ② 도난사고가 2022.6.3. 발생하였다면 甲보험회사가 보험료 연체를 이유로 하여 소정의 절차를 밟아 계약을 해지하였더라도 2022.6.3. 도난사고와 관련하여 보험금 지급의무가 있다.
- ③ 도난사고가 2022.6.13. 발생하였다면 甲보험회사가 보험료 연체를 이유로 하여 소정의 절차를 밟아 계약을 해지한 경우 2022.6.13. 도난사고와 관련하여 보험금 지급의무가 없다.
- ④ A가 자신의 물건에 대해 도난 사고가 발생하지 않은 상태에서 2022.6.10. 甲보험회사를 상대로 계약을 해지한 경우 당사자 간에 다른 약정이 없으면 미경과보험료의 반환을 청구할 수

46) 대법원 1994. 11. 22. 선고 94다30201 판결. 상계필 어음의 유치특약은, 은행이 채무자의 위임에 의하여 그 채무자를 대신 하여 어음을 추심 또는 처분하는 권한을 부여받는 약정으로서 유효하다.

47) 지급거절증서작성기간은 “지급을 할 날에 이은 2거래일”이다(어 제44조 제3항). 예컨대 만기가 8월 14일 일요일이라면 그 다음날은 법정공휴일인 8월 15일이므로 지급을 할 날은 8월 16일이 되고, 지급거절증서기간은 이에 이은 2거래일 즉, 8월 17일, 18일 이틀이다.

있다.

- ⑤ 보험료 연체를 이유로 甲보험회사가 계약을 해지하였으나, 아직 A에게 해지환급금을 지급하지 않은 상태라면 A는 연체보험료와 약정이자를 甲보험회사에게 지급하고 계약의 부활을 청구할 수 있고, 그 시점에 종전 보험계약은 부활한다.

해설

- ① (○) ‘최고’와 ‘해지통고’의 절차 없이 일정기간을 유예기간으로 설정하여 그 기간이 경과할 때까지 계속 보험료의 지급이 없으면 그대로 보험계약을 실효시키는 약관이 사용되는 경우가 있는데, 이를 실효약관이라 한다. 이는 계속보험료의 납입태에 대해 최고조차도 없이 약관규정만으로 보험계약관계를 소멸시키는 경우를 의미한다. 판례는 ① 과거에 실효약관의 유효성을 인정한 바 있었으나,⁴⁸⁾ ② 그 후 전원 합의체 판결을 통해 ‘분납보험료가 소정의 시기에 납입되지 않은 경우 위와 같은 절차를 거치지 않고 막 바로 보험계약이 해지되거나 실효됨을 규정한 보험약관은 제663조 규정에 위배되어 무효’라고 한 다음, 계속 무효설의 태도를 유지하고 있다.⁴⁹⁾ 【6회 변시】 【18.모의】 즉 제650조 제2항, 제3항에 의하면 보험계약을 해지하기 위해서는 최고와 해지통고의 절차가 필요한데 이를 생략하는 약관은 보험계약자에게 불리한 변경으로서 무효라는 입장이다.
- ② (○) ③ (○) 보험계약자가 계약성립 후 2월 내에 보험료의 전부 또는 최초보험료를 지급하지 아니한 때에는 다른 약정이 없는 한 그 계약은 자동으로 해제된다(제650조 제1항 후단). 【6회 변시】 그러나 계속보험료의 경우에는 약정한 시기에 이를 지급하지 않으면 보험자는 상당한 기간을 정하여 보험계약자에게 최고하고, 이 기간 내에도 지급하지 않으면 계약을 해지할 수 있다(동조 제2항).⁵⁰⁾ 판례는 “보험자가 계속보험료의 연체를 이유로 해지한 경우라도 연체가 없었던 기간의 보험사고에 대해서는 보험자가 보험금을 지급해야 한다”는 입장이다.⁵¹⁾⁵²⁾
- ④ (○) 보험사고가 발생하기 전에는 보험계약자는 언제든지 계약의 전부 또는 일부를 임의로 계약을 해지할 수 있다. 그러나 ‘타인을 위한 보험계약’의 경우에는 보험계약자는 그 타인의 동의를 얻지 아니하거나 보험증권을 소지하지 아니하면 그 계약을 해지하지 못한다(제649조 제1항). 【20.모의】 보험사고가 발생하기 전에는 보험계약자가 임의로 해지한 경우 보험계약자는 당사자 간에 다른 약정이 없으면 미경과보험료의 반환을 청구할 수 있다(동조 제3항). 【20.모의】
- ⑤ (×) 계속보험료(최초보험료 ×)의 연체로 보험계약이 해지된 경우 아직 해지환급금이 지급되지 않았다면 보험계약자는 보험자와의 계약으로 종전의 보험계약을 부활시킬 수 있다(제650조의2). 【6회 변시】 이 경우 보험계약자는 일정기간 내에 연체보험료에 약정이자를 붙여 지급해야 한다. 이 경우 보험회사에서는 다른 약정이 없으면 30일 이내에 그 보험계약자에 대하여 보험계약의 부활 여부에 대하여 승낙여부의 통지를 발송하여야 하며 만일 그 기간 내에 승낙여부의 통지를 발송하지 아니한 경우 승낙한 것으로 보게 된다(상법 제650조의 2 단서, 상법 제638조의 2). 즉 보험부활 청구시에 계약이 부활하는 것이 아니다.

정답 ⑤

48) 대법원 1977. 9. 13. 선고 77다329 판결

49) 대법원 1995. 11. 16. 선고 94다카56852 전합

50) 즉 제650조는 계속보험료의 미납을 이유로 해지할 수 있는 조문이며, 보험료지급 연체 중에 보험사고 발생한 경우 그 해지가 되기 전에 연체된 보험금을 완납하게 되면 650조에 의해 해지권이 발생하지 않음에 유의한다.

51) 대법원 2001. 4. 10. 선고 99다67413 판결.

52) 송우렬, 상, 262면. 연체이후 해지전의 보험사고에 대해서는 보험자는 연체를 이유로 보험계약을 해지할 수 있고, 보험금 지급의 책임을 면할 수 있다. 제655조(계약해지와 보험금액청구권)가 제650조(보험료의 지급과 지체의 효과)도 열거하고 있음은 근거로 하기 때문이다.

69. 영업양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 양수인이 양도인 영업의 물적 설비를 양수한 후, 양도인 영업의 폐지 전 종업원 중 일부만을 신규 채용의 형식으로 새로이 고용한 경우에는 영업양도라고 볼 수 없다.
- ② 양도인의 상호를 계속 사용하여 영업하는 양수인이 양도인의 영업상 채권자에 대하여 변제 책임을 지는 채무의 범위에는 영업관련성이 인정되면 불법행위로 인한 손해배상채무도 포함된다.
- ③ 유한회사가 자신의 영업의 중요한 일부를 양도하고자 할 경우에는 사원총회의 결의가 있어야 하며 그 결의는 총사원의 반수 이상이며 총 사원의 의결권의 3분의 2이상을 가지는 자의 동의로 한다.
- ④ 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 수 있다.
- ⑤ 영업양수인이 양도인의 상호를 계속사용하지 아니하더라도 양도인의 영업으로 인한 채무를 인수할 것을 광고한 때에는 양수인도 변제할 책임이 있으며, 이 경우 양도인의 제3자에 대한 채무는 광고후 2년이 경과하면 소멸한다.

해설

- ① (○) 대법원은 “영업양도의 판단기준에 관하여 물적 조직뿐만 아니라 인적 조직 즉, 영업양도인과 피용자 사이에 체결된 고용계약관계 등까지도 포괄적으로 이전되어야 한다”는 점을 강조하고 있다.⁵³⁾ 즉 양수인이 양도인 영업의 물적 설비를 양수한 후, 양도인 영업의 폐지 전 종업원 중 일부만을 신규 채용의 형식으로 새로이 고용한 경우에는 **영업양도라고 볼 수 없다.**
- ② (○) 양수인이 양도인의 상호를 속용하는 경우, 양수인도 양도인의 채권자에 대해 변제할 책임이 있다(제42조 제1항, 제44조). 이는 거래안전을 위한 **외관주의법리에** 근거를 둔 규정이다. 본조의 “영업으로 인한 제3자의 채권”이란 양도인의 **영업활동과** 관련해서 발생한 채권인 이상 ① 거래상의 채권, ② 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 등에 한정되지 않고, ③ 부당이득반환청구권, ④ 불법행위로 인한 손해배상청구권 등도 포함하는 개념이라고 본다. [거/채/부/불] 【11.19.21.모의】 【10회 변시】
- ③ (×) 유한회사가 자신의 영업의 중요한 일부를 양도하고자 할 경우에는 사원총회의 결의가 있어야 하며 그 결의는 총사원의 반수 이상이며 총 사원의 의결권의 4분의 3이상을 가지는 자의 동의로 한다(제576조).
- ④ (○) 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 **사회관념상** 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이지만, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 **해체하여 양도했다면** 영업의 양도로 볼 수 없다.⁵⁴⁾ 【변시 2회】 【19.모의】
- ⑤ (○) 양도인과 양수인 양자의 책임 가운데 **양도인의 책임**은 ① 양수인이 상호를 계속 사용한 경우에는 ‘**영업양도**’로부터 2년, ② 채무인수를 광고한 경우에는 그 ‘**광고**’로부터 2년이 경과하면 소멸한다(제45조). 이는 신속한 구상관계의 **중결과** 이러한 채무는 개인채무가 아니라 **기업활동으로 인한 채무**라는 특징

53) 대법원 1995.7. 14. 선고 94다20198 판결

54) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812,5829,5836 판결

때문이다. 【11.19.모의】

정답 ③

70. 甲회사는 2022.7.10. 丙회사에게 30억원을 대여하면서, 변제기는 대여일로부터 6개월 후로 하되, 丙회사가 대여원금인 30억원에 이자 3억원을 더한 33억원을 변제하기로 하였다. 같은 날 乙회사(자본금 15억원, 총자산 30억원, 연간매출액 30억원)의 대표이사인 A는 친분이 두터웠던 丙회사의 대표이사 B의 요청으로 ‘위 소비대차계약 내용이 진행되지 못하였을 경우 대여금의 원리금을 대위변제한다’는 내용의 보증확인서를 乙회사의 명의로 甲회사에게 작성하여 주었다. 丙회사가 대여일로부터 6개월이 지나도록 차용금을 변제하지 않자, 甲회사는 乙회사에게 보증인으로서 33억원을 변제할 것을 청구하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A의 보증확인서 작성은 乙회사의 이사회규정상 이사회부의사항이 아니더라도 이사회승인을 얻어야 한다.
- ② 만약 2022.2.10. 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 A의 이사 자격이 부정되었음에도 불구하고 乙회사가 이사 말소등기를 하지 않은 상태에서 A를 정당한 대표 이사로 믿고 거래한 甲회사에 대해서는 乙회사가 대표이사의 무자격을 주장하지 못한다.
- ③ A가 자신의 개인적인 이득을 위하여 보증확인서를 작성한 경우라도 甲회사가 A의 진의를 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 보증확인서는 효력이 있다.
- ④ 甲회사가 乙회사 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었다면 乙회사는 보증인으로서 33억원을 변제할 필요가 없다.
- ⑤ A가 이사회결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위를 이사회결의 없이 한 경우, 乙회사가 거래의 무효를 주장하기 위해서는 거래상대방인 甲회사의 주관적 요건에 대한 증명책임을 부담한다.

해설

- ① (○) 비록 “상법에 규정되지 아니하였고 이사회규정상 이사회부의사항으로 되어 있지 아니한 사항이라고 하더라도 ‘중요한 사항’은 반드시 이사회결의를 거쳐야만 하며, 대표이사에게 위임할 수 없다”는 것이 판례의 입장이다.⁵⁵⁾ 【9회 변시】 【13.21.모의사례】 즉 A의 보증확인서 작성은 乙회사의 이사회규정상 이사회부의사항이 아니더라도 이사회승인을 얻어야 한다.
- ② (○) 표현대표이사제도는 대표이사 아닌 자가 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 행위에 대하여 회사가 선의의 제3자에게 책임을 지는 법리이다(제395조). 【6회 변시사례】 판례는 “제3자가 임의로 명칭을 참칭한 경우 원칙적으로 회사는 책임을 지지 않지만, 회사가 이를 알면서도 방치한 경우에 한하여 묵시적 허락과 동일하게 취급한다”고 판시한바 있다(①설).⁵⁶⁾ 【11.14.16.20.모의】
- ③ (○) 대표권의 남용행위도 객관적으로 대표이사의 권한범위 내의 행위이므로 대외적 관계에서는 유효이다. 다만, 회사입장에서 거래의 효력을 부인할 수 있는 근거가 무엇인지 문제된다. 판례는 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다고 하여 ‘비진의표시설’의 입장을

55) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다47791 판결.

56) 대법원 1995. 11. 21. 선고, 94다50908 판결. 표현대표자의 행위에 대하여 회사가 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭 사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인할 경우에 한하는 것이고, 회사의 명칭 사용 승인 없이 임의로 명칭을 참칭한 자의 행위에 대하여는 비록 그 명칭 사용을 알지 못하고 제지하지 못한 점에 있어 회사에게 과실이 있다고 할지라도 그 회사의 책임으로 돌려 선의의 제3자에 대하여 책임을 지게 할 수 없다.

취한 것이 다수⁵⁷⁾이지만, 드물게는 ‘권리남용설’을 취한 것도 있다.⁵⁸⁾ 【16.18.모의】

- ④ (X) 이사회결의 없는 대외적 행위(보증)의 효력에 대하여 판례는 종래 “이사회결의 사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효”라고 하여 상대방의 선의, 무과실을 요하였으나,⁵⁹⁾ 최근 전합판례를 통해 “거래행위가 유효해지려면 상대방 선의, 무중과실을 요하는다”는 입장으로 변경되었다. 【21.모의】 【21.모의사례】

관련판례

① (a) 상법은 대표이사의 대표권 제한에 대하여 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 정하고 있다(상법 제389조 제3항, 제209조 제2항). 거래행위의 상대방인 제3자가 보호받기 위하여 선의 이외에 무과실까지 필요하지는 않지만, 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없다고 보아 거래행위가 무효라고 해석함이 타당하다. (b) 일정한 대외적 거래행위에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 권한을 제한한 경우에도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하고, 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다. 【21.모의】 (c) 대표이사의 대표권을 제한하는 상법 제393조 제1항은 그 규정의 존재를 모르거나 제대로 이해하지 못한 사람에게도 일률적으로 적용된다. 법률의 부지나 법적 평가에 관한 착오를 이유로 그 적용을 피할 수는 없으므로, 이 조항에 따른 제한은 내부적 제한과 달리 볼 수도 있다. (d) 그러나 주식회사의 대표이사가 이 조항에 정한 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등의 행위’에 관하여 이사회 결의를 거치지 않고 거래행위를 한 경우에도 거래행위의 효력에 관해서는 위에서 본 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 보아야 한다.⁶⁰⁾

- ⑤ (O) 주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니하고 한 경우라도 이와 같은 이사회결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회결의가 없었음을 알거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 해석되고 위와 같은 상대방의 악의는 이를 주장하는 회사 측이 주장입증하여야 할 것이다(대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결). 정답 ④

57) 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다18059 판결
 58) 대법원 1987. 10. 13. 86다카1522 판결.
 59) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677.
 60) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결