

## 대법원 2024. 1. 4. 선고 중요 판결 요지

### 민 사

2021다169 근로자지위확인 등 (차) 파기환송(일부)

[부당해고된 근로자가 해고 이후 기간에 대한 임금과 단체협약에 따른 징계가산금을 청구한 사건]

◇사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우 그 대기발령의 정당성 판단기준◇

사용자가 부당해고된 근로자를 복직시키는 경우 원칙적으로 원직에 복귀시켜야 할 것이나, 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 정당하게 복직시킨 것으로 볼 수 있다(대법원 1994. 7. 29. 94다4295 판결, 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결 참조).

사용자가 부당해고한 근로자를 복직시키면서 일시적인 대기발령을 하는 경우 그 대기발령이 아무런 보직을 부여하지 않는 인사명령으로서 원직복직에 해당하지 않는다는 이유만으로 위법하다고 볼 것은 아니고, 그 대기발령이 앞서 본 바와 같이 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 근로자에게 원직복직에 해당하는 합당한 업무를 부여하기 위한 임시적인 조치로서 필요성과 상당성이 인정되는 경우에는 근로자의 생활상의 불이익과 비교·교량하고 근로자 측과의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 대기발령의 정당성을 인정할 수 있다(대법원 2023. 7. 13. 선고 2020다253744 판결 등 취지 참조).

☞ 피고의 사내협력업체 근로자인 원고는 2005년 소속 업체에서 징계해고를 당하고 그 무렵 피고로부터도 사업장 출입금지를 당하자(‘이 사건 해고’) 피고를 상대로 부당해고구제를 신청하였는데, 중앙노동위원회는 피고가 사용자가 아니라는 이유로 구제신청을 기각하는 재심판정을 하였음. 원고는 재심판정 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 피고와 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)상 파견근로관계가 성립하여 고용간주되었음을 확인하는 취지의 대법원 판결을 받았고(‘선행 대법원판결’), 이에 따라 중앙노동위원회는 부당해고를 인정하고 피고에게 원직복직을 명하는 재처분 재심판정을 함. 피고는 2013. 1. 9. 원고를 복직시키면서 배치대기발령(‘이 사건 배치대기발령’)을 하였는데, 원고가 이에 불응하여 927일간 계속 결근하였음

☞ 원고는 피고에 대해 이 사건 해고의 무효확인, 해고 이후 기간(2005. 2. 2.~2016. 12. 19.)에 대한 임금(2013. 1. 9. 이후 결근한 기간에 관한 임금 포함), 피고와 노동조합 사이에 체결한 단체협약상 가산금 조항(해고가 노동위원회 또는 법원의 판결에 의해 부당징계로 판명되었을 때에는 피고는 판정서 혹은 결정서 접수당일부로 징계무효 처분을 하고 원직복직명령을 하며 임금 및 해고 기간의 평균임금의 200%를 즉시 가산 지급한다)에 따른 징계가산금을 청구하는 이 사건 소를 제기함

☞ 원심은, 이 사건 가산금 조항은 개별적인 징계해고의 부당성이 밝혀진 경우에 적용되므로 원고에게 적용되지 않는다고 보아 가산금 청구를 배척하고, 이 사건 배치대기발령이 원직복직의무의 이행에 해당하지 않는다고 보아 이 사건 배치대기발령 이후에도 원고가 근로제공을 거절할 정당한 사유가 있다고 판단하였음

☞ 대법원은, 이 사건 가산금 청구 관련, 이 사건 가산금 조항의 도입과 개정 경위, 이러한 규정으로 노사 양측이 달성하려는 목적, 위 규정의 내용과 형식 등에 비추어 보면, 이 사건 가산금 조항은 피고의 부당한 징계권의 행사와 남용으로 인한 해고를 억제함과 아울러 그 징계해고가 부당하다고 판명되었을 때 근로자를 신속하게 원직에 복귀시키도록 하고 이를 간접적으로 강제하기 위하여 가산금을 부과하는 제재적 규정으로서, 해고된 근로자가 이 사건 가산금 조항의 적용을 받기 위해서는 그 해고가 피고가 근로자에 대하여 징계권을 행사한 것이거나 징벌적 조치를 한 것이라고 볼 수 있어야 하고, 그 징계해고가 부당하여 무효라는 점이 노동위원회나 법원에서 판명되어야 한다고 전제하고, ① 원고는 사내협력업체에서 징계해고 된 후 부당해고 구제신청을 하였는데, 2010. 7. 22.에야 원고와 피고 사이의 파견근로관계의 성립을 인정하는 선행 대법원판결이 선고된 점, ② 피고의 사업장 출입금지 조치는 원고가 피고의 근로자가 아닌 사내협력업체의 근로자임을 전제로 원고가 그 업체에서 해고되었음을 이유로 한 조치이고, 피고가 원고를 자신의 근로자로 인식하여 징계권을 행사하거나 징벌적 조치를 취한 것으로 보이지 않는 점 등의 사정을 들어 피고가 원고를 해고한 행위는 징계권의 행사 또는 징벌적 조치로서 이루어졌다고 보기 어려우므로 원고는 이 사건 가산금 조항에 따른 가산금을 청구할 수 없다고 보아, 이 부분 상고를 기각함

☞ 또한 대법원은, 원고의 임금 청구 중 배치대기발령 이후 원고가 결근한 기간에 관하여 위와 같은 법리를 실시한 다음, 이 사건에 나타난 여러 사정들에 비추어 보면 원고에 대한 배치대기의 인사발령은 원고에게 합당한 보직을 부여하기 위한 임시적 조치로서 그 필요성과 상당성이 인정되고, 원고가 받게 되는 생활상 불이익이 있다거나 그 불이익이 크다고 볼 수 없으며, 원고 측과의 성실한 협의절차도 거쳤다고 인정되므로 배치대기발

령의 정당성을 인정할 수 있고, 원고가 이에 불응하여 출근하지 않은 것에 정당한 사유가 인정되기 어렵다고 보아, 이와 달리 배치대기발령 이후에도 원고가 근로제공을 거절할 정당한 사유가 있다는 전제에서 2013. 1. 9.부터 2014. 3. 31.까지의 기간에 대한 피고의 임금지급의무를 인정한 원심판결 부분을 파기·환송함

☞ 같은 날 선고된 대법원 2019두34807 판결에서 유사 쟁점에 관해 같은 취지로 판단함

## 2022다256624 분양자 명의변경 절차 이행청구 (자) 상고기각

### [부동산 매수인의 일방적인 잔금 지급과 해제권 행사의 관계가 문제된 사건]

◇1. 이행기 전에 이행에 착수할 수 있는지 여부(원칙적 적극), 2. 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것으로 볼 수 있는지 여부의 판단방법◇

매도인이 민법 제565조에 따라 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려면 매수인이 이행에 착수할 때까지 하여야 하는데, 이때 '이행의 착수'는 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말하는 것으로, 단순히 이행의 준비를 하는 것으로는 부족하지만, 반드시 계약 내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는 것은 아니다. 또한, 민법 제565조가 해제권 행사의 시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 경우 필요한 비용을 지출하였을 것임은 물론 계약이 이행될 것으로 기대하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 단계에서 상대방이 계약을 해제함에 따라 입게 될 불측의 손해를 방지하려는 것으로, 이행기의 약정이 있더라도 당사자가 채무의 이행기 전에 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다(대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결, 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다11599 판결 등 참조).

한편 부동산 매매계약에서 중도금 또는 잔금 지급기일은 일반적으로 계약금에 의한 해제권의 유보기간의 의미를 가진다고 이해되고 있으므로, 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있다면, 채무자가 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 이에 해당하는지 여부는 채무 내용, 이행기가 정하여진 목적, 이행기까지 기간의 장단 및 그에 관한 부수적인 약정의 존재와 내용, 채무 이행행위를 비롯하여 당사자들이 계약 이행과정에서 보인 행위의 태양, 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지, 채권자가 채무자

의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단해야 한다.

☞ 원고는 피고로부터 이 사건 아파트의 분양권을 매수하면서 피고에게 계약금을 지급한 뒤 피고 명의 계좌로 거래 명목을 ‘축 생신’으로 기재하여 4회에 걸쳐 합계 2,000만 원을 송금하였으나, 그 전후에 피고 측에 송금사실을 고지한 적은 없었음. 피고는 원고의 송금사실을 알고서 그 직후부터 수차례에 걸쳐 원고 측에 반환하겠다고 고지한 사안임

☞ 원심은, 매수인인 원고가 일방적으로 잔금 지급기일 이전에 2,000만 원을 송금하였다는 사정만으로 매도인인 피고의 약정해제권 행사에 영향을 미칠 수 없으므로, 피고가 계약금의 배액을 상환하면서 해제 의사표시를 하여 적법하게 해제되었다고 판단하였음

☞ 대법원은, 이 사건 계약의 내용, 잔금 지급기일을 정하는 외에 사전 지급에 관한 특약까지 명시한 점, 원고가 잔금 지급기일에 앞서 송금한 액수 및 명목, 이에 대한 피고의 반응과 조치, 그러한 상황 하에서 피고의 계약해제권 행사가 계약의 구속력의 본질을 침해하는 등 신의칙에 반하거나 원고에게 예측하지 못한 손해를 가한 것으로 볼 수 있는지 등을 종합하여, 이 사건에서는 잔금 지급기일과 관련하여 매도인인 피고에게도 기한의 이익이 인정되므로 원고가 잔금 지급기일 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 보아, 원고의 청구를 기각한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## 2022다284513 손해배상(기) (자) 파기환송

### [인터넷 사이트 운영자에 대한 명예훼손 여부가 문제된 사건]

#### ◇정치적 표현행위로 인한 명예훼손책임의 성립요건◇

표현행위로 인한 명예훼손책임이 인정되려면 사실을 적시함으로써 타인의 명예가 훼손되었다는 점이 인정되어야 한다. 정치적 표현과 관련한 불법행위책임의 경우에도 마찬가지인데, 이 경우에는 정치적 논쟁이나 의견 표명과 관련한 표현의 자유를 넓게 보장할 필요가 있다. 즉, 명예는 객관적인 사회적 평판을 뜻하므로, 누군가를 상대로 단순히 ‘중복’ 등 정치적으로 부정적인 표현을 사용하였다고 하여 명예훼손으로 단정할 수 없고, 그 표현행위로 말미암아 객관적으로 평판이나 명성이 손상되었다는 점까지 증명되어야 명예훼손책임이 인정된다. 또한, 표현행위가 명예훼손에 해당하는지를 판단할 때에는 사용된 표현뿐만 아니라 발언자와 상대방이 누구인지, 그 표현을 한 맥락을 고려하여 명예훼손에 해당하는지를 판단해야 한다. 또한, 타인에 대하여 비판적 의견을 표명하는 것은 극히 예외적인 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다. 다만 표현행위의 형식과 내용이 모욕적·경멸적인 인신공격에 해당하거나 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서 사실을

왜곡하는 공표행위를 하는 등 인격권을 침해하는 정도에 이를 경우에는 의견 표명으로서의 한계를 벗어난 것으로서 불법행위가 될 수 있다. 그러나 정치적·이념적 논쟁 과정에서 통상 있을 수 있는 수사학적인 과장이나 비유적인 표현에 불과하다고 볼 수 있는 부분에 대해서까지 금기시하고 법적 책임을 지우는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 될 수 있어 쉽게 이를 인정할 것은 아니다. 특히 ‘종북’이라는 표현은 과거 북한을 무비판적으로 추종하는 태도를 뜻하는 것으로 사용되기 시작한 이후 ‘주체사상을 신봉하고 대한민국의 정체성과 정통성을 부정하는 반국가·반사회 세력’이라는 의미부터 ‘북한에 우호적인 태도를 보이는 사람들’, ‘정부의 대북강경정책에 대하여 비판적인 견해를 보이는 사람들’이라는 의미에 이르기까지 다양하게 사용되고 있는데, 대한민국과 북한이 대치하고 있는 상황 하에서 대한민국의 대북정책이나 북한과의 관계 변화, 북한의 대한민국에 대한 입장 또는 태도 변화, 서로 간의 긴장 정도 등 시대적·정치적 상황에 따라 그 용어 자체가 갖는 개념과 포함하는 범위도 지속적으로 변하고 있어, 평균적 일반인 뿐만 아니라 그 표현의 대상이 된 사람이 ‘종북’이라는 용어에 대하여 느끼는 감정 또는 감수성도 가변적일 수밖에 없으므로 그 의미를 객관적으로 확정하기가 어렵다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 원고는 인터넷 커뮤니티 사이트(‘이 사건 사이트’)의 운영자로, 국가정보원 대변인이 ‘(이 사건 사이트가) 종북세력이나 북한과 연계된 인물들이 활동하고 있는 가능성이 많이 있는 공간으로 본다’는 취지의 언론 인터뷰(‘이 사건 종북 관련 발언’)를 한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 종북 관련 발언은 단순한 의견표명이 아니라 사실을 적시함으로써 원고가 다년간 이 사건 사이트 운영 등을 통해 쌓아 올린 명성·신용 등 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 침해하는 명예훼손에 해당한다고 판단하였음

☞ 대법원은, ① 이 사건 종북 관련 발언의 경위, 내용상 유보적·잠정적 판단 내지 의견임이 비교적 명확한 점, ② ‘종북’이라는 표현의 특성상 사실 적시라기보다는 이 사건 사이트에 대한 광의의 정치적 평가 내지 의견표명으로 볼 여지가 많은 점, ③ 이 사건 사이트의 이용자 중 일부가 종북세력이나 북한과 연계되었을 가능성이 있다는 취지에 불과하여 그 표현이 지칭하는 대상이 이 사건 사이트의 운영자인 원고라고 단정하기 어렵고, 이 사건 종북 관련 발언으로 인하여 이 사건 사이트 운영 등을 통해 쌓은 원고에 대한 객관적 평판이나 명성이 손상되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여, 이 사건 종북 관련 발언이 원고에 대한 사실 적시에 의한 명예훼손에 해당한다고 보기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

2022다285097 퇴직연금 (자) 파기환송

[상속재산에 관한 파산절차에서 퇴직연금채권이 파산재단에 포함되는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 압류금지재산을 파산재단에서 제외하는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제383조 제1항이 상속재산파산절차에도 적용되는지 여부(원칙적 소극), 2. 「근로자퇴직급여 보장법」 제7조 제1항에 따라 압류금지재산으로 규정된 퇴직연금채권이 상속재산파산절차의 파산재단에서 제외되는지 여부(원칙적 적극)◇

1) 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)은 ‘상속재산으로 상속채권자 및 유증을 받은 자에 대한 채무를 완제할 수 없는 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로 파산을 선고한다.’고 규정하여(제307조), 개인인 채무자에 대한 파산절차와 별도로 상속재산 자체에 대한 파산절차를 두었다. 상속재산파산절차는 상속재산 자체에 파산능력을 인정하여 채무초과상태의 상속재산을 엄격한 절차에서 공평하게 청산할 수 있도록 하기 위한 절차로서, 이에 대하여 ‘상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 이에 속하는 모든 재산을 파산재단으로 한다.’라고 정함으로써(제389조 제1항), 채무자가 개인인 경우와 달리 파산재단의 범위에 관한 별도의 독립된 규정을 두었다. 이와 같이 상속재산 자체를 채무자로 보는 상속재산파산절차의 성질·목적·취지 등을 종합하면, 채무자가 개인인 경우에 적용되는 채무자회생법의 규정들이 상속재산파산절차에 그대로 적용된다고 보기는 어려우므로, ‘압류할 수 없는 재산은 파산재단에 속하지 아니한다.’라고 정한 채무자회생법 제383조 제1항 역시 상속재산파산절차에는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

2) 그러나 상속재산파산절차에서도 피상속인 및 그 가족의 최소한의 생계를 보장하려는 사회적·정책적 요청에 근거한 압류금지재산의 경우에는 그 취지가 참작되어야 한다. 즉, 채권의 2분의 1에 해당하는 금액에 대해서만 압류를 금지하는 민사집행법 제246조 제1항 제4·5호에서 정한 퇴직금채권·퇴직연금채권과 비교하여 「근로자퇴직급여 보장법」(이하 ‘퇴직급여법’이라 한다) 제7조는 ‘퇴직연금제도(중소기업퇴직연금기금 제도 포함)의 급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.’고 규정하여 퇴직연금수급권 전액에 관하여 압류가 금지되는바(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결 참조), 이는 퇴직급여제도의 설정·운영을 통해 마련된 경제적 수입이 근로자 본인은 물론 그 가족의 안정적 노후생활을 보장하는 기초가 되도록 하려는 사회적·정책적 고려 등에 따른 것이다. 이러한 퇴직급여법의 목적과 취지, 입법을 통하여 퇴직급여법상 퇴직급여채권에 대해서는 민사집행법상 일반적인 압류금지채권에 비해 압류금지의 범위를 확대시킨

점 등을 종합하면, 퇴직급여법상 피상속인의 퇴직급여채권은 피상속인의 상속재산을 채무자로 하는 상속재산파산절차에서 일반적인 압류금지재산과 달리 특별한 사정이 없는 한 파산재단에 속하지 아니한다고 보아야 한다.

☞ 망인(피상속인)의 상속재산에 관한 파산절차에서 파산관재인으로 선임된 원고가, 망인이 가입한 확정급여형 퇴직연금을 운용·관리하는 퇴직연금사업자인 피고를 상대로 이 사건 퇴직연금채권이 파산재단에 포함된다고 주장하면서 그 지급을 구하는 사안임

☞ 원심은, 원칙적으로 이 사건 퇴직연금채권은 상속재산파산절차의 파산재단에 포함되지만 예외적으로 망인이 부양해야 할 가족의 최소한의 생계유지를 위해 필요한 재산인 경우에는 파산재단에서 제외될 수 있다고 보아, 원고가 생계유지를 위해 필요한 재산이라는 점에 관한 증명을 다하지 못했다는 이유로 파산재단에 포함된다고 판단하였음

☞ 대법원은, 상속재산파산절차의 채무자는 ‘상속재산 그 자체’이므로 채무자가 개인인 경우에 적용되는 채무자회생법 제383조 제1항(압류금지재산을 파산재단에서 제외하는 규정)이 상속재산파산절차에 원칙적으로 적용될 수는 없지만, 퇴직급여법 제7조 제1항에 따라 압류금지재산으로 규정된 퇴직연금채권은 근로자 본인은 물론 그 가족의 안정적 노후생활을 보장하는 기초가 되도록 하려는 사회적·정책적 고려 등에 따른 것으로 그 취지를 참작해야 하는바, 근로자퇴직급여 보장법의 목적, 취지, 입법을 통해 압류금지의 범위를 확대시킨 점 등을 종합하면, 퇴직급여법 제7조 제1항에 따른 퇴직연금채권은 일반적인 압류금지 재산과 달리 특별한 사정이 없는 한 상속재산파산절차의 파산재단에서 제외하여야 한다고 보아, 이와 달리 이 사건 퇴직연금채권이 파산재단에 포함된다고 본 원심 판결을 파기·환송함

## **2022다286335 손해배상(주식매매대금 반환) (자) 파기환송**

**[기망으로 제3자로부터 주식을 매수한 경우 불법행위에 따른 재산상 손해의 산정방법이 문제된 사건]**

◇기망이 없었다면 정상적 거래의 대상인 특정 주식을 매수하지 않았을 것이라고 단정할 수 없는 경우, 불법행위로 인한 재산상 손해의 산정방법(= 주식의 매수대금에서 취득 당시 객관적인 가액 상당을 공제한 차액)◇

불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 위법행위가 없었다면 존재하였을 재산상태와 위법행위가 가해진 시점의 재산상태의 차이를 의미하고(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결, 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다39633 판결 등 참조), 그 손해액은 원칙적으로 불법행위 시를 기준으로 산정하

여야 한다(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다26043 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다 91828 판결 등 참조). 이는 특정 주식의 가격상승 등에 관한 기망으로 이를 매수하게 한 것이 불법행위에 해당하는 경우에도 마찬가지이므로, 해당 주식이 매수 전후에 정상적인 거래의 대상이었고 기망이 없었다면 이를 매수하지 않았을 것이라고 단정할 수 없다면, 불법행위로 인한 재산상 손해는 주식의 매수대금에서 취득 당시 객관적인 가액 상당을 공제한 차액이라고 볼 수 있다.

☞ 원고가 약 1년 동안 피고의 추천으로 피고가 실질적으로 운영하는 소외 회사로부터 여러 차례 이 사건 주식을 매수한 뒤, 피고 측이 이 사건 주식을 제3자로부터 매수한 가격에 최소의 이윤을 더한 ‘적정가격’으로 이를 매도하였어야 함에도 허위 정보를 제공하고 높은 가격으로 매도하여 손해가 발생하였다고 주장하면서 피고에 대해 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 사안임

☞ 원심은, 피고의 기망행위가 없었다면 원고가 이 사건 주식을 매수하지 않았을 것이라고 보아, 이 사건 주식 매수대금 전액을 손해액으로 판단하였음

☞ 대법원은, ① 이 사건 주식을 포함하여 원고가 매수한 전체 장외주식의 거래기간과 거래규모, 피고 측이 이 사건 주식을 매수한 시점과 당시 주당 평균 매수가격, 원고가 이 사건 주식 매매거래의 상대방인 소외 회사가 아닌 피고를 상대로 이 사건 주식의 매수로 인한 손해를 구하면서도 이 사건 주식의 객관적인 가치에 관한 자료의 제출요구에 불응함으로써 이 사건 주식의 매수 및 보유기간 전체에 걸친 손실의 발생 여부 및 정도를 제대로 파악할 수 없게 된 점 등을 더하여 보면, 피고의 불법행위는 원고가 이 사건 주식을 차익 실현의 목적으로 매수함에 있어 원고를 기망하여 소외 회사로부터 이 사건 주식을 객관적 가치보다 높은 가격으로 매수하게 한 것에 있는 점, ② 피고의 이 사건 주식 추천이 불법행위에 해당하더라도, 그로 인하여 원고가 소외 회사로부터 이 사건 주식을 매수함으로써 입은 재산상 손해를 이 사건 주식의 매수 그 자체라거나 그 매수대금 전액이라고 단정하기는 어렵고, 오히려 그와 같이 산정하게 되면 원고가 이 사건 주식을 매수함으로써 그 당시 시가 상당의 이익을 실질적으로 취득하였음에도 이 사건 주식의 매수대금 전액이 재산상 손해로 인정됨에 따라 과잉배상이 될 가능성마저 많아 보이는 점 등을 종합하여, 불법행위 시인 원고가 이 사건 주식을 매수한 시점의 재산상 손해는 이 사건 주식의 매수대금과 당시 이 사건 주식의 객관적 가치와의 차액이라고 보아, 이와 달리 이 사건 주식 매수대금 전액을 손해액으로 인정한 원심판결을 파기·환송함

2023다225580 주식양도 (자) 상고기각

[같은 법률사무소 소속 변호사의 자문이 ‘쌍방대리’에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 대리인이 본인을 위한 대리행위라는 의사를 표시(현명)하는 방식, 2. 민법상 ‘대리’와 ‘사자’의 구별방법, 3. 변호사법 제31조 제2항에 따른 법률사무소 소속 변호사들이 상대방의 관계에 있는 당사자 쌍방으로부터 각자 수임한 경우 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따라 원칙적으로 수임이 제한되는지 여부(적극), 4. 변호사법 제31조 제1항 제1호 수임제한 규정 위반 시 민법 제124조 적용 여부(적극) 및 위 민법 조항에 따른 ‘본인의 허락’에 관한 주장·증명책임(= 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자)과 ‘허락’의 방법◇

1) 민법상 대리는 행위자 아닌 자에게 법률행위의 효력을 귀속시키는 제도로서 의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이지만, ‘의사 또는 관념의 통지’와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다43490 판결 등 참조). 또한 ‘대리인’은 본인으로부터 위임받은 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시하면서 본인에게 효력이 발생할 의사표시를 자신의 이름으로 상대방에게 행하는 자로(민법 제114조 제1항), 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 보지만, 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인에게 효력이 발생한다(민법 제115조). 대리인이 본인을 위한 대리행위라는 의사의 표시(현명)는 방식을 불문할 뿐만 아니라 반드시 명시적으로만 할 필요가 없이 묵시적으로도 할 수 있는 것이고, 현명을 하지 아니한 경우라도 그 행위를 둘러싼 여러 사정에 비추어 대리행위로서 이루어진 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에는 적법한 대리행위로서 효력이 인정된다(대법원 1984. 4. 10. 선고 83다카316 판결, 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다43490 판결 등 참조).

2) 한편, 본인에게 효력이 발생할 의사표시의 내용을 스스로 결정하여 상대방과의 관계에서 자신의 이름으로 법률행위를 하는 대리인과 달리 ‘사자’는 본인이 완성해둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과하지만, 대리인도 본인의 지시에 따라 행위를 하여야 하는 이상(민법 제116조 제2항), 법률행위의 체결 및 성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이 대리인과 사자를 구별하는 결정적 기준이나 징표가 될 수는 없다. 그 구별은 의사표시 해석과 관련된 문제로서, 상대방의 합리적 시각, 즉 본인을 대신하여 행위하는 자가 상대방과의 외부적 관계에서 어떠한 모습으로 보이는지 여부를 중심으로 살펴보아야 하고, 이러한 사정과 더불어 행위자가 지칭한 자격·지위·역할에 관한 표시 내용, 행위자의 구체적 역할, 행위자에게 일정한 범위의 권한이나 재량이 부여

되었는지 여부, 행위자가 그 역할을 수행함에 필요한 전문적인 지식이나 자격의 필요 여부, 행위자에게 지급할 보수나 비용의 규모 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. 이는 당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 하는 것을 직무(변호사법 제3조)로 하는 변호사가 각종 권리의무의 발생과 법적책임 등 복잡한 법률관계가 수반되는 당사자 사이의 계약의 체결을 위한 일련의 교섭 과정에 어느 일방을 위한 자문의 역할로 개입한 경우, 그 행위가 대리에 해당하는지 혹은 단순한 사자에 불과한지 다투어지는 경우에도 마찬가지이다.

3) 변호사가 아닌 자는 소송·비송·가사조정·심판·수사·조사 사건만이 아니라 '그 밖의 일반 법률사건'에 관하여도 법률관계 문서 작성 등 법률사무를 할 수 없으며 그 위반 행위는 형사처벌의 대상이 된다(변호사법 제109조 제1호). 이때 '그 밖의 일반 법률사건'이란 법률상의 권리의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반을 의미한다(대법원 1998. 8. 21. 선고 96도2340 판결, 대법원 2022. 10. 14. 선고 2021도10046 판결 등 참조). 변호사는 당사자 한쪽으로부터 상의를 받아 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건에 관하여 직무를 수행할 수 없으므로(변호사법 제31조 제1항 제1호), 이른바 '쌍방대리'는 원칙적으로 변호사의 직무 범위에서 제외된다. 그런데 법무법인·법무법인(유한)·법무조합이 아니면서 변호사 2명 이상이 사건의 수임·처리나 그 밖의 변호사 업무 수행 시 통일된 형태를 갖추고 수익을 분배하거나 비용을 분담하는 형태로 운영되는 법률사무소는 하나의 변호사로 취급되므로(변호사법 제31조 제2항), 이러한 법률사무소 소속 변호사들이 상대방의 관계에 있는 당사자 쌍방으로부터 각자 수임을 받은 경우에도 '쌍방대리'에 해당하여 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따라 원칙적으로 수임이 제한된다.

4) 변호사가 변호사법 제31조 제1항 제1호에 따른 수임제한 규정을 위반한 경우에는 민법 제124조가 적용됨에 따라 원칙적으로 허용되지 않는 무권대리행위에 해당하고, 예외적으로 본인의 허락이 있는 경우에 한하여 효력이 인정될 수 있다. '본인의 허락'이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명책임을 부담하고, 이때의 '허락'은 명시된 사전 허락 이외에도 '묵시적 허락' 또는 '사후 추인'의 방식으로 가능하다.

☞ 원고는 피고 1로부터 이 사건 주식을 매수하면서 A 법률사무소 소속 변호사들에게 이 사건 주식에 관한 매매계약 체결 및 이행에 관한 법률자문을 의뢰하였고, 피고들도 같은 법률사무소 소속 변호사들에게 법률자문을 의뢰한 사안임

☞ 원심은, ① 묵시적 대리권 수여의사를 추단할 만한 피고 1의 행위가 불분명하고, 피고 측 변호사가 업무 수행과정에서 스스로 의사결정을 내린 적이 없으며, 이 사건 주식매매계약의 협상·체결과 관련한 행위가 모두 피고 1의 지시·승인 아래 이루어졌다는 등의 이유로 피고 측 A 법률사무소 변호사가 피고들의 대리인이 아닌 사자에 불과하다고 판단하였음. 나아가 원심은, ② 이 사건 주식매매계약의 체결·이행에 관한 자문은 변호사법이 당사자 쌍방으로부터 수임을 금지한 법률사건에 해당한다고 단정할 수 없고, 피고 1은 매각자문사의 대표이사를 통해 쌍방자문에 동의하였거나 사후 동의하였다는 등의 이유로 민법 제124조 및 변호사법 제31조 제1항에 위반되지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은, ① 원심의 판단 중 피고 측 A 법률사무소 변호사가 피고들의 사자에 불과하다거나, 이 사건 주식매매계약의 체결·이행에 관한 자문은 변호사법이 당사자 쌍방으로부터 수임을 금지한 법률사건에 해당한다고 볼 수 없다고 한 부분은 수긍하기 어려우나, ② 이 사건 주식매매계약의 목적물이 구체적으로 확정되어 있었던 상황에서 피고 1이 가장 중요한 계약 내용이자 주된 급부에 해당하는 주당 매매대금에 대한 협상·결정을 직접 하면서 매각자문사의 대표이사를 통해 A 법률사무소 변호사의 쌍방자문에 대하여 사전 또는 사후에 동의하였다는 등의 이유로 민법 제124조 및 변호사법 제31조 제1항에 위반되지 않는다고 판단한 부분은 결론에 있어 수긍할 수 있다고 보아, 원고의 청구를 인용한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## 2023다237460 임금 (자) 파기환송

### [단체협약에 따른 소정근로시간 단축의 효력이 문제된 사건]

◇1. 정액사납금제하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 실제 근무형태나 운행시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단축하기로 한 합의의 효력(무효), 2. 2018. 12. 31. 이전 소정근로시간 단축의 무효 여부를 판단할 때 주휴수당 관련 근로시간을 고려하여야 하는지 여부(소극)◇

가. 헌법 제32조 제1항 및 최저임금법 관련 규정 내용과 체계, 2008. 3. 21. 법률 제8964호로 개정된 최저임금법 제6조 제5항(이하 '특례조항'이라 한다)의 입법 취지와 입법 경과, 여객자동차 운수사업법의 규정 취지 및 일반택시운송사업의 공공성, 소정근로시간을 단축하는 합의 관련 전후 사정 등을 종합적으로 고려하면, 정액사납금제하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 사용자가 소정근로시간을 기준으로 산정되는 시간당 고정급의 외형상 액수를 증가시키기 위해 택시운전근로자 노동조합과 사이에 실제 근무형태나 운행시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단

축하기로 합의한 경우, 이러한 합의는 강행법규인 최저임금법상 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 보아야 한다(대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결 참조).

나. 구 최저임금법 시행령(2018. 12. 31. 대통령령 제29469호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 제2호 및 제3호는 비교대상 임금 중 주 단위 또는 월 단위로 지급된 임금에 대하여 '1주 또는 1개월의 소정근로시간 수'로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 하도록 규정하고 있다. 여기서 소정근로시간이란 구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제50조, 제69조 또는 산업안전보건법 제46조에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 의미하고(구 근로기준법 제2조 제1항 제7호), 이는 통상임금 산정 기준시간 수와는 구별되는 이상, 주급제 혹은 월급제에서 지급되는 유급휴일에 관한 임금인 주휴수당 관련 근로시간은 고려할 필요가 없다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다64245 판결, 대법원 2018. 6. 19. 선고 2014다44673 판결 등 참조).

☞ 택시여객자동차 운송사업 등을 영위하는 피고 회사와 피고 노동조합이 2013년부터 단체협약을 통하여 정액사납금제 택시운전근로자인 원고들의 소정근로시간을 종전의 1일 6시간 40분에서 순차적으로 1일 3.9452시간 내지 1.7753시간으로 단축하기로 합의한 사안임

☞ 원심은, 소정근로시간 단축합의의 효력을 판단하기 위해 단체협약 체결 경위 등을 살펴볼 때에는 주휴시간을 포함한 소정근로시간을 기준으로 당시 최저임금 준수 여부를 판단하는 것이 타당하다는 전제에서, 2013년부터의 소정근로시간 단축합의는 그 직전의 소정근로시간(주휴시간 포함)을 기준으로 시간급 비교대상 임금으로 환산한 결과가 모두 당해 연도에 정해진 최저임금에 미치지 못하는 등 강행법규인 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당하여 무효라고 보아, 원고들에게 적용되는 소정근로시간은 2011년 단체협약에서 정한 1일 6시간 40분이라고 판단하였음

☞ 대법원은, ① 강행법규인 최저임금법상 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그 합의의 효력을 부정할 수 있을 뿐으로(위 대법원 2016다2451 전원합의체 판결 참조), 노사 간의 합의에 의해 정해진 소정근로시간의 효력을 그와 같은 사유로 부정하기 위해서는 그 사유의 예외적인 성격에 비추어 최저임금제도의 실질적 잠탈 여부 등 관련 사정을 종합하여 엄격하게 판단하여야 하고, 2018. 12. 31. 이전의 기간에 관하여 지급된 임금이 최저임금에 미달하는지 여부를 판단하거나 그 기간 동안 최저임금에 미달한 임금액을 산정할 때는 물론 해당 기간 동안 소정근로시간의 단축합의가 최저임금법상 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위

로서 무효인지 여부를 판단할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 주휴시간은 제외하여야 하는 점, ② 2013년 단체협약은 2011년 단체협약에 비해 일 근로시간을 40분 감축한 것에 불과할 뿐만 아니라 원심의 계산방식과 같이 ‘운전기사 임금 기준표’에 기재된 합계액 949,110원을 직전 단체협약에 따른 월 소정근로시간(주휴시간 제외)으로 나눈 임금액이 2013년부터 2015년까지의 법정 시간당 최저임금보다도 현저히 높은 점, ③ 2015년 단체협약은 소정근로시간을 전혀 단축하지 않은 상태에서 1일 사납금만 다소 증액한 것이어서 ‘소정근로시간 단축합의’에 해당하지도 않고, 원심의 계산방식과 같이 ‘운전기사 임금 기준표’에 기재된 합계액 1,004,400원을 2011년 단체협약에 따른 월 소정근로시간(주휴시간 제외)으로 나눈 임금액이 2015년의 법정 시간당 최저임금보다도 상당히 높은 점, ④ 2017년 및 그 이후에 체결된 단체협약 또한 소정근로시간 단축합의 관련 전후 사정은 물론 위와 같은 방식으로 계산한 결과를 종합적으로 고려하여, 정액사납금제 하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 사용자가 소정근로시간을 기준으로 산정되는 시간당 고정급의 외형상 액수를 증가시키기 위해 실제 근무형태나 운행시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단축하기로 합의한 경우에 해당하는지 여부를 면밀히 살펴봄으로써 그 효력은 물론 이를 전제로 지급된 임금이 최저임금에 미달하는지 여부나 최저임금에 미달한 임금액을 산정하여야 한다고 보아, 이와 달리 2013년부터의 소정근로시간 단축합의의 효력 여부를 판단함에 있어 특별한 사정이 보이지 않음에도 주휴시간을 포함한 소정근로시간을 기준으로 하여 그 단축합의가 최저임금법상 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다고 판단한 원심판결을 파기·환송함

**2023다244499 인천미추출구축구협회장 지위 확인의 소 (자) 파기자판(각하)**

**[단체의 대표자 지위에 대한 확인의 이익이 문제된 사건]**

◇단체의 임원 또는 당선인 등 지위의 적극적 확인을 구하는 단체 내부의 분쟁에서 피고가 되는 자(= 단체)◇

확인 소는 원칙적으로 분쟁 당사자 사이의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 한하여 허용된다(대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다207967 판결 등 참조). 특히 단체의 임원 혹은 당선인 등의 지위의 적극적 확인을 구하는 단체 내부의 분쟁에 있어서 피고가 되는 자는 그 청구를 인용하는 판결이 선고될 경우 승소판결의 효력이 미치는 단체 자체라 할 것이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 해당 단체 아닌 자를 상대로 지위

확인을 구하는 것은 그 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효·적절한 방법이 될 수 없어 소의 이익을 인정하기 어렵다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2006다65774 판결 등 참조).

☞ 이 사건 협회가 원고를 회장으로 선출하였음에도 인준권자인 피고가 원고에 대한 임원 결격사유 심의에 문제가 있음을 이유로 원고에 대한 인준을 거부하면서 재선거 실시를 통보하자, 원고가 피고에 대하여 원고가 이 사건 협회의 회장 지위에 있다는 확인을 구하는 사안임

☞ 원심은, 원고가 이 사건 협회의 회장 지위에 있음을 확인하였음

☞ 대법원은, 원고가 이 사건 총회에서 회장으로 선출된 다음 피고의 인준을 받아 취임하게 되고, 피고는 인준 후 결격사유 및 기타 사유가 드러나 인준에 하자가 있는 경우 직권으로 인준을 취소·철회 할 수 있으므로, 피고가 이러한 규정 등을 근거로 하여 임원 결격사유 심의에 문제가 있음을 이유로 원고의 인준을 거부하였더라도, 원고가 이를 이유로 피고에 대하여 인준 절차의 이행을 구할 여지가 있음은 별론으로 하고, 이 사건 협회를 상대로 구하여야 할 이 사건 협회의 회장 내지 당선인 지위에 있다는 확인판결을 피고로부터 받는 것은 관련 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단이라고 보기 어려우므로 확인의 이익이 인정되지 않는다고 보아, 이와 달리 원고가 피고에 대하여 이 사건 협회의 회장 지위에 있음을 확인할 이익이 있음을 전제로 판단한 원심판결을 파기·자판함

## 2023다252162 약정금 (자) 파기환송

### [공인중개사의 중개보수에 관한 사건]

◇1. 공인중개사법상 ‘중개’의 의미, 2. 공인중개사가 해당 중개업무를 의뢰하지 않은 거래당사자로부터 중개보수를 지급받을 수 있는지 여부(원칙적 소극), 3. 공인중개사의 중개대상물에 관한 확인·설명 의무의 상대방(= 중개의뢰인), 4. 중개의뢰인이 아닌 거래당사자가 ‘중개대상물 확인·설명서’에 기명·날인을 한 경우 중개수수료를 지급하기로 하는 약정에 관한 의사표시 해당 여부(원칙적 소극)◇

가. 공인중개사법 제2조 제1호는 ‘중개’에 관하여 “제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것”이라고 정하였다. 이러한 ‘중개’에는 중개업자가 거래의 쌍방 당사자로부터 중개의뢰를 받은 경우뿐만 아니라 일방 당사자의 의뢰로 중개대상물의 매매 등을 알선하는 경우도 포함된다(대법원 1995. 9. 29. 선고 94다47261 판결, 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017

다243723 판결 등 참조).

공인중개사법 제32조 제1항 본문은 “개업 공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받는다.”라고 정하였으므로, 공인중개사가 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경을 알선하는 행위를 하였더라도, 해당 중개업무를 의뢰하지 않은 거래당사자로부터는 별도의 지급 약정 등 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 중개보수를 지급받을 수 없다.

나. 공인중개사법 제25조 제1항에서 정한 공인중개사의 중개대상물에 관한 확인·설명의무는 해당 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에 대하여 인정되는 것이므로, 공인중개사가 공인중개사법 제25조 및 공인중개사법 시행령 제21조에 따라 작성한 ‘중개대상물 확인·설명서’의 직접적인 대상자 역시 해당 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에 한정된다. 따라서 공인중개사법 시행령 제21조 제1항 제3호에서 공인중개사가 공인중개사법 제25조 제1항에 따라 확인·설명할 사항 중 ‘중개보수 및 산출내역’을 명시한 것도 중개의뢰인과의 관계에서만 의미를 가지고, 비록 공인중개사법 시행령 제21조 제3항이 공인중개사로 하여금 중개의뢰인이 아닌 거래당사자에게도 위 서면을 교부할 의무를 부과하였지만, 이는 행정적 목적을 위해 공인중개사에게 부과한 의무일 뿐 공인중개사의 중개대상물에 관한 확인·설명의무의 대상을 중개의뢰인이 아닌 거래당사자에 대해서까지 확대하는 취지라고 볼 수는 없다. 그러므로 중개의뢰인이 아닌 거래당사자가 ‘중개대상물 확인·설명서’에 기명·날인을 하였더라도, 이는 공인중개사로부터 ‘중개대상물 확인·설명서’를 수령한 사실을 확인하는 의미에 불과할 뿐 ‘중개보수 등에 관한 사항’란에 기재된 바와 같이 중개수수료를 지급하기로 하는 약정에 관한 의사표시라고 단정할 수 없다.

☞ 이 사건 건물의 공유자들인 피고들이 이 사건 건물 외벽에 건물을 임대한다는 문구와 건물 관리소장의 전화번호가 연락처로 기재된 광고물을 설치하였는데, 원고가 관리소장에게 공인중개사임을 밝힌 후 임대가 가능한지 문의하여 임대가 가능하다는 답변을 듣고 임차사로부터 의뢰를 받아 이 사건 건물을 소개하여 임대차계약이 체결된 사안임

☞ 원심은, ① 원고가 피고들로부터 중개의뢰를 받았다고 인정할 직접적 증거는 없으나, ② 한 쪽으로부터만 중개의뢰를 받았더라도 중개업무의 특성상 부분적으로는 중개의뢰를 받지 않은 쪽의 중개업무도 간접적으로 수행하여야 하므로, 중개를 명시적으로 의뢰하지 않은 거래당사자라 할지라도 중개수수료를 지급하지 않겠다는 의사를 명백히 표시하지 않은 한 중개수수료 지급의무를 부담하고, ③ 원고와 피고들 사이에 중개대상물 확인·설명서의 ‘중개보수 등에 관한 사항’란에 기재된 바와 같이 중개수수료를 지급하기로 하는

약정이 성립하였다고 판단하였음

☞ 대법원은, ① 원고가 임차인으로부터 중개의뢰를 받아 알선 행위를 하는 과정에서 거래당사자 쌍방의 의사를 조정·전달하는 행위를 하였다고 하여 그것만으로 임대인인 피고들의 중개의뢰 또는 중개수수료 지급 약정의 성립을 당연히 긍정하여야 하는 사정에 해당하는 것은 아닌 점, ② 피고들의 중개수수료 지급의무가 인정되기 위해서는 원고에 대하여 중개수수료를 지급하기로 하는 별도의 약정이 존재하였어야 하는데, 별다른 증거가 없는 점, ③ 원고가 작성한 ‘중개대상물 확인·설명서’에 피고들의 기명·날인도 포함되어 있으나, 피고들의 원고에 대한 중개의뢰 사실 자체를 인정하기 어려운 상황에서는 그와 같은 기명·날인이 해당 서면을 영수하였다는 의미를 넘어 중개의뢰 또는 중개수수료 지급 약정의 성립에 관하여 특별한 의미를 가진다고 단정하기는 어려운 점, ④ 피고 3의 단편적인 발언이 중개수수료 지급 약정의 성립을 뒷받침하는 간접사실에 해당한다고 보기 어렵고, 원고는 이 사건 임대차계약이 체결되기 불과 5일 전인 2021. 5. 20. 피고들 중 1명을 처음으로 만났을 뿐 그 전까지는 피고들과 직접 의사교환을 한 적이 없으며, 피고들은 이 사건 임대차계약 체결 과정에서 주로 이 사건 건물의 관리소장을 통하여 원고와 상호간 의사를 나누었을 뿐인데다가 앞서 본 것처럼 중개수수료 지급에 관한 별도의 언급이나 협상도 없었던 점 등을 종합하여, 이러한 정황은 피고들과 원고 사이에 중개의뢰 및 중개수수료 지급 약정의 성립을 인정하기에는 상당히 이례적인 정황이라고 보아, 이와 달리 피고들이 원고에게 중개수수료를 지급할 의무가 있다고 판단한 원심판결을 파기·환송함

## **2023다263537 이사회결의 무효확인청구 (마) 상고기각**

### **[법인이 정관으로 정한 이사의 해임사유가 문제된 사건]**

◇1. 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 있는지 여부(원칙적 소극), 2. 법인이 정관으로 이사의 해임사유를 정한 경우, 그 해임사유로 인하여 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르러야 하는지 여부(소극)◇

1. 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 하는 위임 유사 관계이다. 민법 제689조 제1항에 따르면 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다. 그러므로 법인은 원칙적으로 이사의 임기 만료 전에도 언제든지 이사를 해임할 수 있다. 다만 이러한 민법 규정은 임의규정이므로 법인이 자치법규인 정관으로 이사의 해임사유 및 절차 등에 관하여 별도 규정을 둘 수 있다. 이러한 규정은 법인과 이사의 관계를 명확히 하는 것 외에 이사

의 신분을 보장하는 의미도 아울러 가지고 있으므로 이를 단순히 주의적 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우 이사의 중대한 의무위반 또는 정상적인 사무집행 불능 등의 특별한 사정이 없는 이상 법인은 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다41741 판결 참조).

2. 법인의 자치법규인 정관을 존중할 필요성은 법인이 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임하는 경우뿐만 아니라 법인이 정관에서 정한 사유로 이사를 해임하는 경우에도 요구된다. 법인이 정관에서 이사의 해임사유와 절차를 정하였고 그 해임사유가 실제로 발생하였다면, 법인은 이를 이유로 정관에서 정한 절차에 따라 이사를 해임할 수 있다. 이때 정관에서 정한 해임사유가 발생하였다는 요건 외에 이로 인하여 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르러야 한다는 요건이 추가로 충족되어야 법인이 비로소 이사를 해임할 수 있는 것은 아니다. 해임사유의 유형이나 내용에 따라서는 그 해임사유 자체에 이미 법인과 이사 사이의 신뢰관계 파탄이 당연히 전제되어 있거나 그 해임사유 발생 여부를 판단하는 과정에서 이를 고려하는 것이 적절한 경우도 있으나, 이 경우에도 궁극적으로는 해임사유에 관한 정관 조항 자체를 해석·적용함으로써 해임사유 발생 여부를 판단하면 충분하고, 법인과 이사 사이의 신뢰관계 파탄을 별도 요건으로 보아 그 충족 여부를 판단해야 하는 것은 아니다.

☞ 피고 재단법인 소속 이사들이 이사 겸 이사장인 원고에게 정관에 정한 해임사유가 있다면서 임시이사회를 개최하여 원고를 해임하는 이 사건 해임 등 결의를 하자, 원고는 이 사건 해임 등 결의에 절차적 하자 및 실체적 하자가 있다고 다투면서 이사회 결의의 무효 확인을 구하는 사안임

☞ 원심은, 피고 재단법인이 정관에 이사의 해임사유를 정하였더라도, 그 해임사유는 이사의 행위로 인하여 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이른 경우에만 정당한 해임사유가 될 수 있다고 판단하였음

☞ 대법원은, 위와 같은 법리를 실시하면서 이사의 해임사유에 관한 원심의 판단 부분이 적절하지 않음을 지적하되, 다만 피고 재단법인이 정한 정관상 해임사유 자체를 기준으로 보더라도 원고에게 그와 같은 해임사유가 있다고 인정하기 부족하다고 보아, 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

## 2023다282040 임금 (차) 파기환송(일부)

### [원심이 청구취지 불특정을 이유로 소 각하 판결을 한 사건]

#### ◇청구취지가 특정되지 아니한 경우 법원의 석명의무◇

민사소송에서 청구의 취지는 그 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명하고 그 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다. 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다11055 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결 등 참조).

☞ 피고는 일반택시운송회사이고, 원고들은 피고에게 고용되어 택시운전기사로 근무하다 퇴직한 근로자들임. 원고들은 피고와 피고 노동조합 사이의 2015년 및 2017년 임금협정이 무효라는 이유로 2014년 임금협정에 따른 소정근로시간(주휴수당을 포함하여 월 203시간)을 적용한 최저임금과 원고들이 수령한 임금의 차액 상당의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기함

☞ 원고들은 제1심 진행 중 청구취지를 2회 변경하였는데, 1차 취지변경신청서 및 준비서면에서 주휴수당을 제외하여 청구취지를 감축한다는 취지를 밝혔고, 2차 취지변경신청서에는 청구취지 변경의 이유에 관한 아무런 설명이 없었음

☞ 제1심은 원고들의 청구취지를 2차 취지변경신청서에 따라 기재하면서 청구원인의 주장을 '2014년 임금협정의 소정근로시간인 1일 6시간 40분이 소정근로시간이 되어야 한다'고 정리하였고, 2017년 임금협정은 무효라고 판단한 다음 2015년 임금협정에 따라 원고들의 청구를 일부 인용하였음

☞ 원고들과 피고 모두 제1심판결에 불복하여 항소하였고, 원심은 제1회 변론기일에 변론을 종결하였으며, 변론종결 후 원심 재판장은 '2차 취지변경신청의 구체적인 내역과 제1심 제7차 변론기일에서 1, 2차 취지변경신청서가 함께 진술된 경위를 밝힐 것(이 보정명령은 기관력의 범위 등을 특정하기 위한 청구의 특정과 관련이 있는 것이고 항소심의 결론과 직접 관련이 없을 수도 있음)'이라는 취지의 보정명령을 내렸고('1차 보정명령'), 원고들 소송대리인이 이에 대하여 '1차 취지변경신청서는 월 평균 소정근로시간을 169.16시간으로 계산하였으나, 2차 취지변경신청서는 월 평균 소정근로시간을 172시간으로 계산하였고, 그 외 계산오류를 정정하였다'는 취지의 참고서면을 제출하였으며, 원심

재판장은 다시 ‘2차 취지변경신청의 구체적 내역을 밝힐 것(1차 보정명령과 동일함)’을 명하는 보정명령을 내렸고(‘2차 보정명령’), 이에 대하여 원고들은 추가로 보정하지는 않았음  
☞ 원심은, 변론종결 후 원고들에게 1, 2차 보정명령을 내렸음에도 불구하고 변경된 청구취지의 구체적인 내역을 특정하지 아니하였다고 보아, 이 사건 소가 부적법하여 각하하는 판결을 선고함

☞ 대법원은 위와 같이 판시하면서, 2차 취지변경신청서의 청구취지 금액은 소장의 청구취지 금액의 산출근거가 된 표의 203시간 부분을 172시간으로 대체하여 산출된 금액임을 쉽게 알 수 있을 뿐만 아니라, 원심의 1차 보정명령은 1차 취지변경신청과 2차 취지변경신청의 관계를 묻는 것이 주된 내용인 것으로 오해될 여지가 있었으므로, 원고들이 보정명령의 취지를 오해하여 불충분하게 보정하였다면 원심으로서도 보정의 취지를 보다 상세히 풀어 설명하였어야 했다고 보아, 이와 달리 간단히 1차 보정명령을 원용함에 그친 2차 보정명령을 내린 후 원고들이 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소각하 판결을 선고한 원심판결 부분을 파기·환송함

## 형 사

### **2021도5723 마약류관리에관한법률위반(향정)등 (자) 파기환송**

#### **[휴대전화 몰수가 비례의 원칙에 위반되는지 여부가 문제된 사건]**

◇1. 형법상 몰수에 비례의 원칙에 따른 제한이 적용되는지 여부(적극), 2. 몰수가 비례의 원칙에 위반되는지 여부 판단방법◇

구 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제48조 제1항 제1호의 ‘범죄행위에 제공한 물건’은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건만 의미하는 것이 아니라 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후 행위에 사용한 물건 중 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 물건까지도 포함한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도4075 판결 등 참조). 한편, 위 조항에 따른 몰수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 몰수할 것인지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는데, 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위해서는, 몰수 대상 물건이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건

이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2005도8174 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결 참조). 또한, 전자기록은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이므로 위 조항에 정한 사유가 있는 때에는 이를 몰수할 수 있는바, 가령 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 '범죄행위에 제공된 물건', 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 '범죄행위로 인하여 생긴 물건'에 각각 해당하고 이러한 경우 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능하다(대법원 2017. 10. 23. 선고 2017도5905 판결).

☞ 원심은, 대마 관련 범행 시 문자메시지를 몇 차례 주고받고 필로폰 관련 범행 시 통화를 1회할 때 사용한 휴대전화를 '범죄행위에 제공된 물건'에 해당된다고 보아 몰수를 명한 제1심 판결을 유지하였음

☞ 대법원은, ① 타인 명의 휴대전화의 개통 경위·목적·사용기간·사용내역, ② 마약 등의 수수 및 흡연(투약)을 본질로 하는 이 사건 범죄의 실행행위 자체 또는 범행의 직접적 도구로 사용된 것은 아닌 점, ③ 이 사건 범행으로 체포되기까지 약 1년 6개월 동안 이 사건 휴대전화를 일상적인 생활도구로 사용하던 중 이 사건 범죄사실과 관련하여 상대방과의 연락 수단으로 일시적으로 이용한 것일 뿐 이 사건 범행의 직접적이고 실질적인 목적·수단·도구로 사용하기 위하여 또는 그 과정에서 범행·신분 등을 은폐하기 위한 부정적인 목적으로 타인 명의로 개통하여 사용한 것으로 보이지는 않는 등 이 사건 범죄와의 상관성은 매우 낮은 편이어서 이를 몰수되지 않으면 다시 이를 직접적이고 실질적인 범행의 목적·수단·도구로 이용하여 동종 범행을 저지를 가능성이 높다고 보기 어려운 점, ④ 이 사건 휴대전화의 증거가치 혹은 관련·동종의 범행 예방 차원에서 피고인의 점유 내지 소유권을 박탈할 필요성이 높아 보이지 않는 점, ⑤ 이 사건 휴대전화는 단순히 금전적·경제적 가치를 넘어 해외에 거주하는 가족과 연락할 수 있는 수단이자 지인의 연락처·금융거래 및 각종 계정 등 다수의 개인정보와 전자정보가 저장된 장치로서 피고인에게는 일상생활과 경제활동 등에 필수불가결한 물건으로 보이는 점 등을 종합하여, 이 사건 휴대전화는 비록 최초 압수 당시에는 몰수 요건에 형식적으로 해당한다고 볼 수 있었다 하더라도 몰수로 인하여 피고인에게 미치는 불이익의 정도가 지나치게 큰 편이라는 점에서 비례의 원칙상 몰수가 제한되는 경우에 해당한다고 볼 여지가 많다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

**2022도699 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) (자) 상 고기각**

**[양육비 미지급자에 대한 신상정보 공개행위에 관해 정보통신망법위반(명예훼손)으로 기소된 사건]**

◇정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)의 ‘비방할 목적’ 판단기준◇

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 한다) 제70조 제1항은 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정한다. 이 규정에 따른 범죄가 성립하려면 피고인이 공공연하게 드러낸 사실이 다른 사람의 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것임을 인식해야 할 뿐만 아니라 사람을 비방할 목적이 있어야 한다. 비방할 목적이 있는지는 피고인이 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트릴 만한 것인지와 별개의 구성요건으로서, 드러낸 사실이 사회적 평가를 떨어트리는 것이라고 해서 비방할 목적이 당연히 인정되는 것은 아니다. 그리고 이 규정에서 정한 모든 구성요건에 대한 증명책임은 검사에게 있다(대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도 11471 판결 등 참조).

‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 해당 적시 사실의 내용과 성질, 해당 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현의 방법 등 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·형량하여 판단되어야 한다. 또한 비방할 목적이란 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에서 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다. 여기에서 ‘적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우’라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는데, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이다. 나아가 적시된 사실이 이러한 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 해당 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인인지 아니면 사인에 불과한지, 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지, 그리고 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과

침해의 정도, 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이거나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도5068 판결, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2022도4171 판결 등 참조).

☞ 피고인 1은 양육비채권자의 제보를 받아 양육비 미지급자의 신상정보를 공개하는 사이트 운영에 관계된 사람, 피고인 2는 위 사이트에 전 배우자를 제보한 사람임. 피고인 1은 위 사이트에 피고인 2의 전 배우자를 비롯하여 피해자 5명의 이름, 거주지, 직장명, 얼굴 등을 공개하는 글이 올라가게 하고, 피고인 2는 피고인 1과 공모하여 전 배우자의 신상을 공개하는 글이 올라가게 하고, 인스타그램에 그 링크 주소를 첨부하고 ‘미친년’이라는 표현 등을 덧붙인 글을 게시하여, 피고인들이 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)으로 기소된 사안임

☞ 대법원은, 위 사이트의 신상정보 공개를 통해 양육비 미지급 사실을 알린 것은 결과적으로 양육비 미지급 문제라는 공적 관심 사안에 관한 사회의 여론형성이나 공개토론에 기여하였다고 볼 수 있으나, 글 게시 경위 등을 비추어 살피면 특정된 개별 양육비 채무자를 압박하여 양육비를 신속하게 지급하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 사적 제재수단의 일환에 가깝다고 볼 수 있는 점, 이 사건 사이트에서 신상정보를 공개하면서 공개 여부 결정의 객관성을 확보할 수 있는 기준이나 양육비채무자에 대한 사전 확인절차를 두지 않고 양육비를 지급할 기회를 부여하지도 않은 것은 양육비채무자의 권리를 침해하는 정도가 커 정당화되기 어려운 점, 이 사건 사이트에서 얼굴 사진, 구체적인 직장명, 전화번호 등을 공개함으로써 양육비채무자가 입게 되는 피해의 정도가 매우 큰 점 등을 종합하여, 피고인들의 행위에 대하여 비방할 목적을 인정할 수 있다고 보아, 피고인들에 대하여 유죄로 판단한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## **2022도14571 모욕 (자) 파기환송**

### **[모욕죄의 구성요건 해당성에 관한 사건]**

#### **◇1. 모욕죄에서 ‘공연성’ 판단기준, 2. 전파가능성 인정 여부에 관한 소극적 사정◇**

가. 모욕죄의 구성요건인 ‘공연성’에 관하여도 명예훼손죄의 ‘공연성’에 관한 법리가 동일하게 적용되므로(대법원 2022. 6. 16. 선고 2021도15122 판결 등 참조), 개별적으로 소수의 사람에게 발언하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 해당 내용을 전파할 가능성이 객관적으로 인정되는 경우에는 공연성을 인정할 수 있지만, 특정한 소수에게만 발언하였다는 점은 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 그와 같은 사정 하

에서의 전파가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증명이 필수적이다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020도8336 판결 등 참조).

구체적인 사안에서 공연성이 인정되는지 여부는 발언을 하게 된 경위와 당시 상황, 발언의 내용·방법, 행위자의 의도, 행위자·상대방의 태도, 행위자·상대방·피해자의 관계와 지위 등 행위 당시의 구체적인 사정을 심리한 후 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 등을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2016도21547 판결, 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결 등 참조).

나. 전파가능성을 이유로 모욕죄의 공연성이 인정될 수 있는 경우에도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의는 필수적이므로, 행위자가 당시에 전파가능성에 대한 인식을 전제로 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 존재한다는 사실 및 그에 대한 증명이 있어야 한다. 행위자가 전파가능성을 용인하였는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태·상황 등 구체적 사정을 기초로 하여 일반인이라면 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 심리상태를 추인하여야 하므로, 행위자의 고의를 인정함에 있어 신중할 필요가 있다. 한편 발언 후 실제로 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단함에 있어 소극적 사정으로 고려될 수 있다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도340 판결, 대법원 2020. 1. 30. 선고 2016도21547 판결, 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결 등 참조).

특히 발언의 내용 역시 피해자의 외부적 명예나 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키거나 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 표현이라기보다는 전체적으로 피해자의 입장에서 불쾌함을 느낄 정도의 부정적·비판적 의견이나 불편한 감정을 거칠게 나타낸 정도의 표현에 그치는 것으로서, 발언에 담긴 취지가 아니라 그와 같은 조악한 표현 자체를 피해자에게 그대로 옮겨 전파하리라는 사정을 쉽게 예상하기 어려운 경우에는 전파가능성을 인정함에 더욱 신중을 기할 필요가 있다.

☞ 피고인이 같은 정당에 소속된 상대방에게 카카오톡 메시지로 피해자가 같은 정당 소속 의원과 간담회에 참석한 사진을 보내면서 ‘거기에 술꾼인 피해자가 송총이랑 가 있네요 꺾 거기는 술 안 사주는데. 입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 피해자와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다.’는 취지의 메시지를 전송한 사안임

☞ 원심은 피고인의 카카오톡 메시지 발송 행위가 공연성을 비롯한 모욕죄의 범죄구성요건을 충족한다고 판단하였음

☞ 대법원은, ① 특정 단체의 대표에게 단체 업무와 관련한 구성원의 처신, 자질 등과 관련한 사실을 단체의 이해관계자가 제보하는 행위는 해당 단체의 평판 및 건전한 존속,

운영 등과 직결된 사항이므로 전파가능성 내지 그에 대한 제보자의 인식을 쉽게 인정할 것은 아닌 점, ② 피고인과 상대방이 상호 담당하는 지위·역할에 따른 업무상 또는 공식적 관계에서 주고받은 메시지의 내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 이유나 가능성이 객관적으로 증명되었다고 보기 어려운 점, ③ 상대방의 태도·의사·인식 및 메시지 처리 내역에 비추어 보면 공연성을 부정할 만한 소극적 사정이 존재하는 점, ④ 피고인이 전제되는 객관적 사실관계를 토대로 자신의 판단과 피해자가 취한 태도 등이 합당하가 하는데 대한 자신의 판단·의견을 밝히고 그 타당성을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면, 이는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되는 점 등을 종합하여, 피고인이 카카오톡 메시지를 보낸 행위에 모욕죄의 공연성이 있었다거나 피고인에게 전파가능성에 대한 인식과 그 위험을 용인하는 의사가 있었다고 단정하기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

## **2022도15955 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동감금)등 (자) 파기환송**

### **[건조물침입죄의 성립 여부에 관한 사건]**

◇업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소에 들어간 경우 건조물침입죄의 성립 여부(원칙적 소극)◇

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다(대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결, 대법원 2022. 6. 16. 선고 2021도7087 판결 등 참조). 한편, 업무시간 중 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소에 들어간 경우, 관리자의 명시적 출입금지 의사 및 조치가 없었던 이상 그 출입 행위가 결과적으로 관리자의 추정적 의사에 반하였다는 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 출입하였다고 평가할 수 없다(위 대법원 2021도7087 판결 참조).

☞ 호텔관리단 소속 피고인들이 업무시간 중 A건설, B저축은행, C저축은행에 사전 면담 약속·방문 통지를 한 후 방문하거나 면담요청을 하기 위해 방문하였다가 면담이 무산되어 각 장소를 점거한 사안임

☞ 원심은 A건설, B저축은행, C저축은행의 추정적 의사를 주된 근거로 삼아 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)죄를 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 피고인들이 업무시간 중 일반적으로 출입이 허용되어 개방된 장소이거나 업무상 이해관계인의 출입에 별다른 제한이 없는 영업장소에 업무상 이해관계인 자격으로 관리자의 출입제한이나 제지가 없는 상태에서 사전에 면담약속·방문 통지를 한 후 방문한 것이거나 면담요청을 하기 위해 통상적인 방법으로 들어간 이상, 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 들어갔다고 볼 수 없어 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당한다고 보기 어려우며, 사후적으로 볼 때 위 피고인들의 위 각 장소에의 순차적 출입이 앞서 본 소란 등 행위로 인하여 결과적으로 각 관리자의 추정적 의사에 반하는 결과를 초래하게 되었더라도, 그러한 사정만으로는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 출입하였다고 평가할 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 2023도1178 공직선거법위반등 (자) 상고기각

### [사문서위조 및 동행사죄의 객체인 '사문서'의 의미에 관한 사건]

◇1. '권리·의무에 관한 문서' 및 '사실증명에 관한 문서'의 의미, 2. '거래상 중요한 사실을 증명하는 문서'의 의미와 판단기준◇

가. 사문서위조 및 동행사죄의 객체인 사문서는 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 가리키고, '권리·의무에 관한 문서'는 권리 또는 의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, '사실증명에 관한 문서'는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서를 의미한다(대법원 2002. 12. 10. 선고 2002도5533 판결 참조).

나. '거래상 중요한 사실을 증명하는 문서'는 법률관계의 발생·존속·변경·소멸의 전후 과정을 증명하는 것이 주된 취지인 문서뿐만 아니라 법률관계에 간접적으로만 연관된 의사표시 또는 권리·의무의 변동에 사실상으로만 영향을 줄 수 있는 의사표시를 내용으로 하는 문서도 포함될 수 있지만(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결 등 참조), 문서의 주된 취지가 단순히 개인적·집단적 의견의 표현에 불과한 것이어서는 아니 되고, 적어도 실체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리·의무와의 관련성이 인정되는 경우 이어야 한다.

다. '거래상 중요한 사실을 증명하는 문서'에 해당하는지 여부는 문서 제목만을 고려할 것이 아니라 문서 내용과 더불어 문서 작성자의 의도, 문서가 작성된 객관적인 상황, 문서에 적시된 사항과 그 행사가 예정된 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도8527 판결, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도 2690 판결 등 참조).

☞ 피고인이 특정 후보자에 대한 지지선언 형식의 기자회견을 위해 허무인 명의 서명부를 작성한 사안임

☞ 대법원은, 위와 같이 판시하면서 피고인이 허무인 명의로 작성한 이 사건 서명부 21장은 주된 취지가 특정 대통령후보자에 대한 정치적인 지지 의사를 집단적 형태로 표현하고자 한 것일 뿐, 실체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리·의무에 관한 문서 내지 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서에 해당한다고 보기 어렵다고 보아, 무죄를 선고한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각함

## **2023도2836 물가안정에관한법률위반 (자) 파기환송**

### **[매점매석 행위 금지 위반에 관한 사건]**

◇1. 물가안정법 위임에 따른 「마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시('이 사건 고시')」의 성격(= 물가안정법 제7조와 결합하여 물가안정법 위반죄의 실질적 구성요건을 이루는 보충규범), 2. 물가안정법 제7조 '폭리 목적'의 해석 및 판단방법, 3. 이 사건 고시 제5조 제1항 '영업'의 의미◇

1) 「물가안정에 관한 법률」(이하 '물가안정법'이라 한다) 제7조는 사업자로 하여금 폭리를 목적으로 물품을 매점하거나 판매를 기피하는 행위로서 기획재정부장관이 물가의 안정을 해칠 우려가 있다고 인정하여 매점매석행위로 지정한 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하면서 이를 위반한 행위에 대해 물가안정법 제26조에 따라 처벌하되, 구 「마스크 및 손소독제 매점매석 행위 금지 등에 관한 고시」(2020. 9. 28. 기획재정부고시 제 2020-28호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 고시'라 한다) 제5조는 '2019. 1. 1. 이전부터 영업을 한 사업자(제1항 제1호)', '2019. 1. 1. 이후 신규로 영업을 한 사업자(제1항 제2호)', '2020. 1. 1. 이후 신규로 영업을 한 사업자(제1항 제3호)'로 나누어 매점매석행위에 관한 판단기준을 정하였다. 행정규칙인 고시가 법령의 수권에 따라 법령을 보충하는 사항을 정한 경우에 근거 법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 성질과 효력을 가지게 되므로, 물가안정법 제7조와 이 사건 고시 제5조가 결합하여 물가안정법 제26조, 제7조 위반죄의 실질적 구성요건을 이루는 보충규범으로 작용한다.

2) 물가안정법 제26조, 제7조 위반죄는 초과 주관적 위법요소인 '폭리 목적'을 범죄성립 요건으로 하는 목적범이므로, '폭리 목적'은 고의와 별도로 요구됨은 물론 엄격한 증명의 대상이 된다. '폭리 목적'에 대한 증명책임도 검사에게 있으므로, 행위자가 이 사건 고시 제5조에서 정한 매점매석행위를 하였다는 사실만으로 폭리 목적을 추정할 수는 없다. 다만, 행위자에게 폭리 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 경우에도 피고인이 해당 물품을 매입한 시점·경위, 판매를 위한 노력의 정도, 판매에 이르지 못한 사정, 해당 물품의 시가 변동 및 시장 상황, 매입 및 판매 형태·수량 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

3) 이 사건 고시 제5조 제1항에서 정한 '영업'은 해당 사업자에게 실제로 판매 또는 생산의 결과가 발생한 경우만을 의미하는 것이 아니라, 사업자가 직접적·구체적으로 판매 또는 생산행위에 착수한 경우는 물론 객관적으로 보아 판매 또는 생산을 위한 준비행위를 한 경우라면 널리 이에 포함된다고 봄이 타당하다.

☞ 원심은 피고인 회사가 2019. 12. 31. 이전에 마스크 재고를 보유하고거나 마스크 매출을 발생시켰다고 볼 자료가 없는 이상 '2020. 1. 1. 이후 신규로 영업을 한 사업자'로서 매점매석 행위를 한 사실이 인정된다고 판단하였음

☞ 대법원은, 피고인들의 마스크 공급·판매 시점, 수량, 공급 상대방, 매입단가 및 판매단가, 피고인들이 마스크를 판매하지 못하게 된 경위 등에 비추어 피고인들에게 '폭리목적'이 있었다거나 피고인들이 '2020. 1. 1. 이후 신규 영업을 한 사업자'에 해당한다고 단정하기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 2023도2982 장애인차별금지및권리구제등에관한법률위반등 (자) 파기환송

### [장애인차별금지법에서 정한 차별행위의 해석에 관한 사건]

◇1. 장애인차별금지법에서 정한 '장애를 사유로 한 악의적인 차별행위'의 구성요건 및 증명대상, 2. 장애를 가진 사람에 대한 부당한 취급이 해당 장애를 주된 사유로 한 것이 아니거나 장애가 없는 사람과 차별적으로 이루어진 것이 아닌 경우 장애인차별금지법 제49조 제1항 적용 여부(소극)◇

1) 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 '장애인차별금지법'이라 한다)은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 입법목적으로 하여(제1조), '괴롭힘 등'에 금전적 착취가 포함되는 것으로 정의하면서(제3조 제21호), 누구든지 장애를 이유로 사적인 공간,

가정, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인에게 금전적 착취를 하여서는 아니 됨을 명시하여 '괴롭힘 등'을 금지하였다(제32조 제4항). 또한 장애인차별금지법은 차별행위의 하나로 '장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 장애인을 불리하게 대하는 경우'를 정하였고(제4조 제1항 제1호), 이 법에서 금지한 차별행위가 악의적인 경우에는 형사처벌의 대상으로 하되(제49조 제1항), 구 장애인차별금지법(2017. 12. 19. 법률 제15272호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제49조 제1항에서 정한 '악의성'을 판단할 때 차별의 고의성(제1호), 차별의 지속성 및 반복성(제2호), 차별 피해자에 대한 보복성(제3호), 차별 피해의 내용 및 규모(제4호)를 '전부' 고려하여 판단하여야 한다고 정하였다(제49조 제2항). 한편, 장애인차별금지법 제49조 제2항은 2017. 12. 19. 법률 제15272호로 개정된 것인데, 이는 구 장애인차별금지법 제49조 제2항에서 정하였던 차별행위의 악의성에 대한 판단요건이 지나치게 엄격함에 따라 구체적 사건마다 해당 판단요건을 적절히 고려하여 '악의성' 여부를 판단할 수 있도록 해당 조문의 각 호에서 정한 사항을 '전부' 고려하도록 명시되어 있었던 문구 중 '전부' 부분을 삭제하였다.

2) 장애인차별금지법의 입법목적과 체계·내용 등에 비추어 보면, 장애인차별금지법 제49조 제1항에서 정한 형사처벌의 대상은 '장애를 사유로 한 악의적인 차별행위'로서, 범죄구성요건에 해당하는 사항인 ① 차별행위의 존재, ② 차별이 장애를 사유로 한 것일 것, ③ 악의적일 것에 관하여는 검사에게 엄격한 증명책임이 있다. 이때 '차별행위의 존재'에 대하여는 비장애인과 비교하여 장애인을 불리하게 대하였다는 점이, '장애를 사유로 한 차별행위'에 대하여는 장애인의 성별, 장애의 유형·정도·특성 등을 충분히 고려하여 차별의 주된 원인이 장애라는 점이 각 증명되어야 하고(제5조), '악의성'에 대하여는 장애인차별금지법 제49조 제2항의 개정 경과·이유, 시행시기 등을 고려하여 해당 조문의 각 호에서 정한 사항이 구체적으로 증명되어야 한다. 따라서 어떠한 장애를 가진 사람에 대하여 이루어진 괴롭힘 등 부당한 취급이 해당 장애를 주된 사유로 한 것이 아니라거나 장애가 없는 사람과 차별적으로 이루어진 것이 아닌 경우에는, 그러한 부당한 취급 자체가 별도의 민사·형사·행정적 제재의 대상이 될 수 있음은 별론으로 하더라도 장애를 주된 사유로 하는 비장애인과 악의적인 차별행위를 형사처벌의 대상으로 정한 장애인차별금지법 제49조 제1항이 적용된다고 볼 수는 없다.

☞ 원심은, 피고인이 피해자(지적장애 3급 장애인)에게 약 30년 동안 사찰에서 생활하게 한 후 노전스님 역할을 부여하면서 약 9년 동안 약 1억 3,000만 원의 급여를 지급하지 않은 것이 악의적으로 장애를 이유로 한 금전적 착취에 해당한다고 판단하였음

☞ 대법원은, 검사가 제출한 증거들만으로는 '장애를 이유로 한 차별행위의 존재'를 인정

하기 어렵고 ‘악의성’이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다고 보아, 이와 달리 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 2023도11313 공기호위조등 (마) 파기환송

### [검찰 업무표장 사용행위에 대해 공기호위조직 등으로 기소된 사건]

#### ◇형법 제238조 ‘공기호’의 의미◇

형법상 인장에 관한 죄에서 인장은 사람의 동일성을 표시하기 위하여 사용하는 일정한 상형을 의미하고, 기호는 물건에 압달하여 사람의 인격상 동일성 이외의 일정한 사항을 증명하는 부호를 의미한다(대법원 1995. 9. 5. 선고 95도1269 판결 참조). 그리고 형법 제 238조의 공기호는 해당 부호를 공무원 또는 공무소가 사용하는 것만으로는 부족하고, 그 부호를 통하여 증명을 하는 사항이 구체적으로 특정되어 있고 해당 사항은 그 부호에 의하여 증명이 이루어질 것이 요구된다.

☞ 피고인이 온라인 구매사이트에서, 검찰 업무표장(  또는  ) 아래 피고인의 전화번호, 승용차 번호 또는 ‘공무수행’ 문구를 표시한 표지판 3개를 주문하고 그 판매자로 하여금 제작하게 하여 배송받은 다음 이를 자신의 승용차에 부착하고 다녔고, 이에 대하여 공기호위조직 및 위조공기호행사죄로 기소된 사안임

☞ 원심은, 일반인들이 위 각 표지판이 부착된 차량을 ‘검찰 공무수행 차량’으로 오인하기에 충분하다는 등의 사정에 비추어 위 각 표지판이 공기호에 해당한다고 보아 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, 위 법리를 실시하면서, 위 각 검찰 업무표장은 검찰수사, 공판, 형의 집행부 터 대외 홍보 등 검찰청의 업무 전반 또는 검찰청 업무와의 관련성을 나타내기 위한 것으로 보일 뿐, 이것이 부착된 차량은 ‘검찰 공무수행 차량’이라는 것을 증명하는 기능이 있다는 등 이를 통하여 증명을 하는 사항이 구체적으로 특정되어 있다거나 그 사항이 이러한 검찰 업무표장에 의하여 증명된다고 볼 근거가 없고, 일반인들이 위 각 표지판이 부착된 차량을 ‘검찰 공무수행 차량’으로 오인할 수 있다고 해도 위 각 검찰 업무표장이 위와 같은 증명적 기능을 갖추지 못한 이상 이를 공기호라고 할 수는 없다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

2023도13081 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(공중밀집장소에서의추행) (자)

파기환송

[자폐성 장애 겸 지적장애인이 '추행'을 하였는지 여부에 관한 사건]

◇1. '추행'의 고의를 부인하는 경우의 판단기준 및 피고인이 장애인인 경우의 심리상 유의점, 2. 피고인이 제출한 증거가 피고인의 주장 사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 유죄를 선고할 수 있는지 여부(소극), 3. 성범죄 사건을 심리할 때 '성인지적 관점'의 의미와 한계, 4. 공소사실을 부인하는 내용이 기재된 피의자신문조서에 관하여 증거동의 한 경우 그 중 일부만을 발췌하여 유죄의 증거로 사용할 수 있는지 여부(소극)◇

1) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제11조의 '공중 밀집 장소에서의 추행죄'의 '추행'이란 일반인을 기준으로 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 것을 의미한다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2015도7102 판결 참조). 성폭력처벌법 제11조 위반죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요건으로서 추행을 한다는 인식을 전제로 적어도 미필적으로나마 이를 용인하는 내심의 의사가 있어야 하므로, 피고인이 추행의 고의를 부인하는 경우에는 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 따를 수밖에 없다. 이 경우 피고인의 나이·지능·지적능력 및 판단능력, 직업 및 경력, 피고인이 공소사실 기재 행위에 이르게 된 경위와 동기, 피고인과 피해자의 관계, 구체적 행위 태양 및 행위 전후의 정황, 피고인의 평소 행동양태·습관 등 객관적 사정을 종합하여 판단해야 하고, 피고인이 고의로 추행을 하였다고 볼 만한 징표와 어긋나는 사실의 의문점이 해소되어야 한다. 이는 피고인이 자폐성 장애인이거나 지적장애인에 해당하는 경우에도 마찬가지로, 외관상 드러난 피고인의 언행이 비장애인의 관점에서 이례적이라거나 합리적이지 않다는 이유만으로 함부로 고의를 추단하거나 이를 뒷받침하는 간접사실로 평가하여서는 아니 되고, 전문가의 진단이나 감정 등을 통해 피고인의 장애 정도, 지적·판단능력 및 행동양식 등을 구체적으로 심리한 후 피고인이 공소사실 기재 행위 당시 특정 범행의 구성요건 해당 여부에 관한 인식을 전제로 이를 용인하는 내심의 의사까지 있었다는 점에 관하여 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신에 이르러야 한다.

2) 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다(헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의2). 무죄추정의 원칙은 수사를 하는 단계뿐만 아니라 판결이 확정될 때까지 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙으로서, '의심스러우면 피고인의 이익으로'라는 오래된 법언에 내포된 것이며 우리 형사법의 기초를 이루고 있다(대법원 2017.

10. 31. 선고 2016도21231 판결 등 참조). 형사소송법 제307조 제2항이 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 정한 것의 의미는, 법관은 검사가 제출하여 공판절차에서 적법하게 채택·조사한 증거만으로 유죄를 인정하여야 하고, 법관이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 만큼 확신을 가지는 정도의 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 공소사실을 증명할 책임은 검사에게 있다는 것이다. 결국 검사가 법관으로 하여금 그만한 확신을 가지게 하는 정도로 증명하지 못한 경우에는 설령 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 가는 사정이 있다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 따라서 피고인이 유리한 증거를 제출하면서 범행을 부인하는 경우에도 공소사실에 대한 증명책임은 여전히 검사에 있고, 피고인이 공소사실과 배치되는 자신의 주장 사실에 관하여 증명할 책임까지 부담하는 것은 아니므로, 검사가 제출한 증거와 피고인이 제출한 증거를 종합하여 볼 때 공소사실에 관하여 조금이라도 합리적인 의심이 있는 경우에는 무죄를 선고하여야 할 것이지, 피고인이 제출한 증거만으로 피고인의 주장 사실을 인정하기에 부족하다는 이유를 들어 공소사실에 관하여 유죄 판결을 선고하는 것은 헌법상 무죄추정의 원칙은 물론 형사소송법상 증거재판주의 및 검사의 증명책임에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

3) 성범죄 사건을 심리할 때에는 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지적 관점’을 유지하여야 하므로, 개별적·구체적 사건에서 성범죄 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없지만(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조), 이는 성범죄 피해자 진술의 증명력을 제한 없이 인정하여야 한다거나 그에 따라 해당 공소사실을 무조건 유죄로 판단해야 한다는 의미는 아니다.

가) 성범죄 피해자 진술에 대하여 성인지적 관점을 유지하여 보더라도, 진술 내용 자체의 합리성·타당성뿐만 아니라 객관적 정황, 다른 경험칙 등에 비추어 증명력을 인정할 수 없는 경우가 있을 수 있다.

나) 또한 피고인은 물론 피해자도 하나의 객관적 사실 중 서로 다른 측면에서 자신이 경험한 부분에 한정하여 진술하게 되고, 여기에는 자신의 주관적 평가나 의견까지 어느 정도 포함될 수밖에 없으므로, 하나의 객관적 사실에 대하여 피고인과 피해자 모두가 자신이 직접 경험한 사실만을 진술하더라도 그 내용이 일치하지 않을 가능성이 항상 존재한다. 즉, 피고인이 일관되게 공소사실 자체를 부인하는 상황에서 공소사실을 인정할 직접

적 증거가 없거나, 피고인이 공소사실의 객관적 행위를 한 사실은 인정하면서도 고의와 같은 주관적 구성요건만을 부인하는 경우 등과 같이 사실상 피해자의 진술만이 유죄의 증거가 되는 경우에는, 피해자 진술의 신빙성을 인정하더라도 피고인의 주장은 물론 피고인이 제출한 증거, 피해자 진술 내용의 합리성·타당성, 객관적 정황과 다양한 경험칙 등에 비추어 피해자의 진술만으로 피고인의 주장을 배척하기에 충분할 정도에 이르지 않아 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가질 수 없게 되었다면, 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.

4) 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있다. 이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다.

반면, 수사기관이 작성한 진술조서는 수사기관이 피조사자에 대하여 상당한 시간에 걸쳐 이루어진 문답 과정을 그대로 옮긴 '녹취록'과는 달리 수사기관의 관점에서 조사결과를 요약·정리하여 기재한 것에 불과할 뿐만 아니라 진술의 신빙성 유무를 판단할 때 가장 중요한 요소 중 하나인 진술 경위는 물론 피조사자의 진술 당시 모습·표정·태도, 진술의 뉘앙스, 지적능력·판단능력 등과 같은 피조사자의 상태 등을 정확히 반영할 수 없는 본질적 한계가 있다. 따라서 피고인이 수사과정에서 공소사실을 부인하였고 그 내용이 기재된 피의자신문조서 등에 관하여 증거동의를 한 경우에는, 형사소송법에 따라 증거능력 자체가 부인되는 것은 아니지만, 전체적 내용이나 진술의 맥락·취지를 고려하지 않은 채 그 중 일부만을 발췌하여 유죄의 증거로 사용하는 것은 함부로 허용할 수 없다. 특히 지적능력·판단능력 등과 같이 본질적으로 수사기관이 작성한 진술조서에 나타나기 어려운 피고인의 상태에 대해서는 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의 원칙에 따라 검사가 제출한 객관적인 증거에 대하여 적법한 증거조사를 거친 후 이를 인정하여야 할 것이지만, 공소사실을 부인하는 취지의 피고인의 진술이 기재된 피의자신문조서 중 일부를 근거로 이를 인정하여서는 아니 된다.

☞ 원심은, ① 피고인의 지하철 내에서의 이동경로 및 신체적 접촉 정도 등에 관한 피해자 및 목격자의 진술 내용을 고려하면, 피고인 측이 제출한 소견서 등만으로는 자폐성

장애에 따른 ‘상동행동’으로서 추행의 고의가 없었다고 단정하기 어렵다는 취지의 제1심 판결 이유를 인용하면서, ② 피고인이 자폐성 장애 및 2급 지적장애인으로 언어·사회성 등의 발달이 지연되어 사회적 관습과 규칙을 이해하고 내면화하는 것에 어려움이 있는 것으로 보이지만, 2016년 실시된 피고인에 대한 심리평가결과와 수사과정에서의 일부 질문에 대한 답변 내용에 비추어, 피고인의 지적 또는 의지적 상태가 자신이 한 행동의 사회적 의미를 전혀 이해하지 못하는 수준의 상태에 해당한다고 볼 정도는 아닌 점, ③ 피고인이 피해자의 맞은편에 앉아 있다가 피해자 옆으로 옮겨 앉은 후 공소사실 기재와 같은 행위를 한 점에 비추어 자폐성 장애로 인한 상동행동에 기인한 것이라고 보기 어려운 점 등을 추가적인 이유로 하여, 추행의 고의를 부인하는 피고인의 주장을 배척하고 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은, ① 피고인이 피해자를 따라간 것처럼 계속 자리를 이동하였다는 점에 관해서는 “자폐성 장애로 인한 ‘빈자리 채워 앉기에 관한 강박 증상’의 발현에 불과하다.”는 피고인의 주장 및 장애 상태와 이를 뒷받침하는 객관적 발현 증상에 관한 이론적 근거도 존재하는 것으로 보이는 점, ② 피해자가 피고인이 상박 중 일부를 고의로 비었다고 생각한 것은 자폐성 장애로 인하여 피고인도 의식하지 못한 채 별다른 의미 없이 팔을 위아래로 움직이는 ‘상동행동’의 일환일 가능성을 배제하기 어려운 점, ③ ‘피고인이 제출한 증거만으로는 자폐성 장애에 따른 상동행동으로서 추행의 고의가 없었다고 단정하기는 어렵다.’는 취지의 원심의 판단은 헌법상 무죄추정의 원칙은 물론 형사소송법상 증거재판주의 및 검사의 증명책임에 반한다고 볼 여지가 큰 점, ④ 피해자 진술만으로는 추행의 고의를 부인하는 피고인의 주장을 배척하기에 충분할 정도에 이르렀다고까지 단정할 수 없는 점, ⑤ 피고인이 일관되게 공소사실을 부인하는 내용의 경찰 작성 피의자신문조서는 증거동의를 하였기에 증거능력 자체는 인정되지만, 원심이 그 중 일부 내용만을 근거로 피고인의 진술태도나 지적상태·인지능력 등과 같은 피고인의 상태를 추단한 후 이를 공소사실을 뒷받침하는 유죄의 증거로 사용하는 것은 허용될 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인에게 추행의 고의를 인정하기 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 특 별

### 2022두65092 강등처분취소 (자) 파기환송

[공무원이 승진심사 과정에서 주택보유현황을 허위로 신고하였다는 이유로 징계처분을 받아 그 취소를 구하는 사건]

#### ◇1. 공무원 인사 운영 관련 규정 해석·적용 방법, 2. 지방공무원 임용권자가 5급 공무원을 4급 공무원으로 승진임용하기 위한 절차와 방법◇

대한민국 헌법(이하 '헌법'이라 한다) 제7조가 정한 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 따라 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 이러한 직업공무원제도를 운영함에 있어서는 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하고, 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 그 핵심적 요소라고 할 수 있다(헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바8 전원재판부 결정 등 참조). 특히 직업공무원에게는 정치적 중립과 더불어 공무를 효율적으로 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 헌법 제7조가 보장하는 직업공무원제도의 운영 및 기본적 요소에 해당하는 공무원의 임용·보직·승진에는 공무원의 능력·성적·전문성 등을 반영한 능력주의·성과주의가 바탕이 되어야 한다(헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌바21 전원재판부 결정, 헌법재판소 2020. 6. 25. 선고 2017헌마1178 전원재판부 결정 등 참조). 또한, 헌법 제7조 제2항은 '공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.'라고 하여, 직업공무원제도가 정치적 중립성과 신분보장을 중추적 요소로 하는 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하면서도 구체적 내용을 법률로 정하도록 위임하였으므로, 이러한 헌법의 위임 및 지속적 방향 제시에 따른 지방공무원법이 정한 신분보장·승진 등 인사 운영 관련 규정을 해석·적용할 때에도 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적과 함께 능력주의·성과주의 원칙을 고려하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 95누17625 판결 등 참조).

지방공무원법에 따르면, 지방자치단체의 장은 소속 공무원의 임용권을 가지는데(제6조 제1항), 공무원의 임용은 시험성적, 근무성적, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증에 따라야 하고(제25조 본문), 계급 간의 승진임용은 근무성적평정, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증에 따라야 한다(제38조 제1항 본문). 지방공무원의 승진임용은 능력과 경력 등을 고려하여 1급부터 3급까지의 공무원으로 승진하거나 승진시험을 거쳐 5급 공무원으로 승진하는 경우를 제외하고는 같은 직렬의 바로 하급 공무원 중에서 임용하되, 임용하려는 결원에

대하여 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 사람부터 차례로 대통령령으로 정하는 범위에서 해당 인사위원회의 사전심의를 거쳐 임용하여야 하고(제39조 제3·4항), 임용권자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 근무성적평정, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증에 의한 순위에 따라 직급별로 승진후보자명부를 작성하여야 한다(제39조 제5항 본문).

지방공무원법의 위임에 따른 대통령령인 「지방공무원 임용령」에 따르면, 임용권자는 소속 공무원에 대하여 정기 또는 수시로 근무성적을 평정하여야 하고, 근무성적평정의 결과는 승진임용, 특별승급, 성과상여금 지급, 교육훈련, 보직관리 등 각종 인사관리에 반영하여야 하며(제31조의2 제1항), 5급 이하 공무원에 대한 근무성적평정은 평정대상기간의 근무실적 및 직무수행능력을 구분하여 평가하되, 임용권자가 필요하다고 인정하는 경우에는 직무수행태도를 평가항목에 추가할 수 있다(제31조의2 제4항). 임용권자는 승진소요 최저연수에 도달한 5급 이하 공무원에 대해서는 경력을 평정하여 승진에 반영하여야 하고(제31조의6 제1항), 승진임용에 필요한 요건을 갖춘 5급 이하 공무원에 대하여 근무성적평정점을 70%로, 경력평정점을 30%로 한 비율에 따라 승진후보자명부를 승진 예정 직급별로 작성하되(제32조 제1항 본문), 기관 및 직무의 특성을 반영하여 근무성적평정점과 경력평정점을 일정한 범위 내에서 가산 또는 감산할 수 있으며(제32조 제1항 단서), 승진후보자명부 작성을 위한 평정에서 일정한 경우 가산점을 주거나 감점을 할 수 있되, 가산점 및 감점의 평정기준 등은 행정안전부령으로 정하였다(제32조 제2·3항).

위와 같은 지방공무원법령 규정에 따르면, 지방공무원의 임용권자가 5급 공무원을 4급 공무원으로 승진임용을 하기 위해서는 승진 예정 대상자인 5급 공무원에 대하여 직급별로 「지방공무원 임용령」에서 정한 바에 따라 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증을 반영한 승진후보자명부를 작성하여 인사위원회 사전심의를 거친 다음 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자부터 차례로 승진임용 여부를 심사하여 결정하여야 한다. 이때 임용권자에게는 승진임용에 관하여 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용하여야 하는 것은 아니지만(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 등 참조), 승진후보자명부의 작성 또는 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 아무런 제한 없는 재량권이 인정되는 것은 아니다. 즉, 임용권자가 승진후보자명부의 작성 및 승진임용을 할 때에는 지방공무원법 제25조, 제38조 제1항 및 제39조 제5항에 따라 근무성적평정·경력평정 및 그 밖의 능력의 실증에 따라야 하는 의무를 부담하므로, 4급 공무원으로 승진임용을 하기 위하여 승진후보자명부를 작성하거나 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 법령상 근거 없이 직무수행능력과

무관한 요소로서 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증에 해당한다고 보기 어려운 사정을 주된 평정 사유로 반영하였거나 이러한 사정을 승진임용에 관한 일률적인 배제사유 또는 소극요건으로 삼았다면, 이는 임용권자가 법령상 근거 없이 자신의 주관적 의사에 따라 임용권을 자의적으로 행사한 것으로 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적 및 능력주의 원칙은 물론 지방공무원법령 규정에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

☞ 경기도는 4급 승진후보자들에 대하여 주택보유조사를 실시하였는데, 경기도 소속 지방공무원으로 4급 승진후보자였던 원고는 주택보유현황을 신고하면서, 보유하던 오피스텔 분양권을 신고하지 않았고, 이후 원고가 4급 공무원으로 승진하자, 피고가 원고의 주택보유현황 허위 신고를 이유로 원고를 강등하는 이 사건 처분을 한 사안임

☞ 원심은, 원고가 4급 공무원으로의 승진임용 심사에 반영된다는 점을 알면서도 주택보유조사 시 오피스텔 분양권 2건에 대한 신고를 누락하였기에 지방공무원법 제48조의 성실의무 위반에 따른 징계사유가 인정되고, 인사의 공정성을 침해하는 등 비위 정도가 중하여 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다고 판단하였음

☞ 대법원은, 공무원의 ‘주택보유현황’ 자체가 공무원의 직무수행능력과 관련되는 도덕성·청렴성 등을 실증하는 지표에 해당한다고 볼 수는 없어 법령상 근거 없이 ‘다주택 보유 여부’를 4급 공무원으로의 승진임용 심사에서 일률적인 배제사유 또는 소극요건으로 반영할 수 없고, 원고가 법령상 근거가 없는 주택보유조사 과정에서 사실과 다르게 답변서를 제출하였다는 사정만으로는 지방공무원법 제48조에서 정한 성실의무를 위반한 경우 등에 해당하여 이 사건 처분에 대하여 적법한 징계사유가 있다고 단정할 수 없음은 물론 징계양정에 있어 재량권을 일탈하였다고 보아, 이와 달리 이 사건 처분이 적법하다고 판단한 원심판결을 파기·환송함

## 2022므11027 사실혼파기에 따른 위자료 등 (자) 파기환송

### [사실혼 해소 시 재산분할의 기준 시점에 관한 사건]

◇사실혼 해소를 원인으로 한 재산분할의 대상이 되는 재산과 액수의 산정 시점(= 사실혼이 해소된 날)◇

사실혼 해소를 원인으로 한 재산분할에서 분할의 대상이 되는 재산과 액수는 사실혼이 해소된 날을 기준으로 하여 정하여야 한다. 한편 재산분할 제도가 혼인관계 해소 시 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것으로서, 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 적극재산 및 그 형성에 수반하여 부담한 채무 등을 분할하여 각자에게 귀속될 몫을 정하기 위한 것이므로, 사실혼 해소 이후 재산분할 청구사건의

사실심 변론종결 시까지 사이에 혼인 중 공동의 노력으로 형성·유지한 부동산 등에 발생한 외부적, 후발적 사정으로서, 그로 인한 이익이나 손해를 일방에게 귀속시키는 것이 부부 공동재산의 공평한 청산·분배라고 하는 재산분할제도의 목적에 현저히 부합하지 않는 결과를 가져오는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 분할대상 재산의 가액 산정에 참작할 수 있다(대법원 2023. 7. 13. 선고 2017므11856 판결 참조).

☞ 원심은, 원·피고의 사실혼 해소에 따른 재산분할의 대상 및 가액을 산정하는 기준시점을 원심 변론종결일이라고 보아, 피고의 적극재산 중 ‘이 사건 건물’의 가액을 2021. 12. 10. 자 감정서를 기준으로 3억 5,700만 원으로 산정한 후 이를 바탕으로 재산분할을 명하였음

☞ 대법원은, 재산분할의 대상이 되는 재산과 액수는 사실혼 관계가 해소된 날을 기준으로 산정하여야 하므로, 적어도 원심까지 제출된 자료 중 그 시점과 가장 가까운 제1심 법원의 감정축탁결과에 따라 재산분할을 명하여야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심 판결을 파기·환송함