

## 대법원 2024. 9. 12. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2022다270989 손해배상(기) (아) 파기환송

[직접고용의무 위반에 따른 손해배상액과 직접고용계약의 내용이 근로조건에 미달하는지 여부를 판단할 때 적용해야 하는 근로조건(근로시간)이 문제된 사건]

◇동종·유사 업무 근로자가 있는 경우, 직접고용의무 위반에 따른 손해배상금을 산정하거나 직접고용계약의 내용이 근로조건에 미달하는지 여부를 판단할 때 적용해야 할 근로조건(= 동종·유사 업무 근로자에게 적용되는 근로조건)◇

파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 등 참조). 한편, 파견법<sup>1)</sup> 제6조의2는 제1항에서 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우 등 일정한 경우에 사용사업주는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 규정하면서, 직접 고용하는 파견근로자의 근로조건에 관하여 제3항에서 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사 업무를 수행하는 근로자(이하 '동종·유사 업무 근로자'라 한다)가 있는 경우에는 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고(제1호), 동종·유사 업무 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존 근로조건인 수준보다 저하되어서는 아니 된다고 규정하고 있다(제2호). 따라서 직접고용의무 위반에 따른 손해배상금을 산정하거나 직접고용계약의 내용이 근로조건에 미달하는지 여부를 판단함에 있어서 동종·유사 업무 근로자가 있다면, 위 근로자에게 적용되는 근로조건을 기준으로 삼아야 한다.

☞ 위탁업체에 고용되어 초등학교 방과 후 돌봄교사로 근무하던 원고들이 '지방자치단체인 피고가 직접고용의무를 이행하지 않았고, 직접고용의무를 이행한 후에도 근무시간을 1일 5시간으로 정한 것은 효력이 없다'고 주장하면서 피고를 상대로 손해배상 등을 청구함

☞ 원심은, 피고의 직접고용의무 불이행으로 인한 임금 상당 손해배상금을 산정할 때 피고가 직접 고용한 무기계약직 돌봄교사에게 적용되는 취업규칙에서 정하는 근로조건과

1) 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」

동일한 근로조건(1일 8시간, 1주 40시간)을 적용하여야 하고, 위 근로조건에 미달하는 이 사건 직접고용계약은 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 무기계약직 돌봄교사에게 적용되는 취업규칙 부칙에서 ‘단시간 교육공무직’에 대하여는 근무시간을 개별 근로계약서에 따라 달리 정할 수 있다고 규정하고 있으므로, 원고들을 직접 고용할 경우 ‘단시간 교육공무직’으로 계약을 체결하였을 가능성도 염두에 두어야 하는 점, ② 정부의 돌봄교실 확대정책에 따라 2014년경부터 초등학교 돌봄교실의 경우 오후 돌봄교실, 저녁 돌봄교실, 방과후 학교 연계, 지역사회 돌봄기관 간 연계 등 그 운영방법이 다양화되었고, 그 운영방법에 따라 돌봄교사의 근무시간을 탄력적으로 정할 필요가 있으므로, 돌봄교사의 근무시간을 반드시 1일 8시간, 1주 40시간으로 고정할 필요가 있다고 보기 어려운 점, ③ 울산광역시를 포함한 전국의 무기계약직 초등 돌봄교사의 경우, 2018. 4. 30. 기준 1주 40시간 미만의 돌봄교사는 전체 무기계약직 중 약 82%에 이르고, 1주 40시간 이상의 돌봄교사 없이 돌봄교실을 운영하는 시도도 6개에 이르는 점 등을 고려하면, 설령 원고들에 대한 직접고용의무를 부담할 당시 피고가 원고들을 직접 고용하였다 하더라도 1일 8시간, 1주 40시간의 근로시간을 적용하여 근로계약을 체결하였을 것이라고 쉽게 인정하기는 어렵다고 보아, 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기·환송함

## **2022다294084 부인의 소송 (사) 상고기각**

**[동산 소유권유보부매매 매수인에 대한 파산절차에서 매도인의 지위가 문제된 사건]**

◇1. ‘동산 소유권유보부매매’의 매수인에 대한 파산절차에서 매도인의 지위(= 별제권자)  
2. 채무자의 별제권자에 대한 변제나 대물변제는 피담보채권액과 변제 가액이 균형을 유지하는 경우 부인의 대상이 되는지 여부(소극) 3. 동산 소유권유보부매매의 매수인이 파산선고 이전에 이미 매도인이 부여한 처분권한에 기초하여 목적물을 처분한 경우 매도인이 매수인에 대한 파산절차에서 매수인이 제3자에 대하여 가지는 매매대금채권에 관하여 별제권을 주장할 수 있는지 여부(원칙적 소극)◇

1. 동산을 매매하여 인도하면서 그 대금을 모두 지급할 때까지는 동산의 소유권을 매도인에게 유보하기로 특약을 맺은 이른바 ‘동산 소유권유보부매매’의 매수인에 대한 파산절차에서, 매도인은 환취권이 아니라 별제권을 가지는 자로 보는 것이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)에 따른 파산절차는 회생이 어려운 채무자의 재산을 채권자들에게 공정하게 환가·배당하기 위한 집

단적·포괄적 채무처리절차로서, 파산절차에서는 법적 성질이 유사한 권리를 가진 채권자들을 공평하게 취급할 필요가 있다.

채무자회생법 제411조에 따르면, 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가진다. 또한 양도담보권자의 경우 채무자회생법이 회생담보권자로 규정하면서도 별제권자로 열거하고 있지는 않으나, 특정 재산에 대한 담보권을 가진다는 점에서 유치권자 등과 다르지 않으므로 별제권을 가지는 자로 본다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000두8752 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2006다17201 판결 등 참조).

동산 소유권유보부매매는 동산의 매도인이 매매대금을 다 수령할 때까지 그 대금채권에 대한 담보의 효과를 취득·유지하려는 의도에서 비롯된 것으로서, 매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5064 판결, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결 등 참조). 이러한 점에서 동산 소유권유보부매매 매도인의 지위는, 별제권을 가지는 것으로 열거된 담보권자나 양도담보권자의 지위와 다르지 않다.

나) 이러한 특성을 고려하여 동산 소유권유보부매매의 매수인에 대한 회생절차에서 매도인이 유보한 소유권은 회생담보권으로 취급된다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결). 회생절차와 파산절차가 유기적으로 연결되는 우리 채무자회생법 체계에 비추어 보면 동산 소유권유보부매매의 매도인의 지위는 파산절차에서도 동일하게 별제권을 행사할 수 있는 권리를 가지는 자로 보는 것이 일관된 해석이다.

다) 동산 소유권유보부매매 매도인을 환취권이 아닌 별제권을 행사할 수 있는 자로 보더라도 매도인으로서 파산절차에 의하지 아니하고 별제권을 행사할 수 있으므로(채무자회생법 제412조), 환취권을 행사하는 경우와 비교하여 불이익이 크다고 볼 수도 없다. 파산관재인으로서 그 별제권을 승인하고 별제권자의 처분기간을 지정하거나 별제권의 목적인 재산을 환가하는 등의 관리처분권을 행사함으로써(채무자회생법 제492조 제13호, 제497, 498조 등), 이해관계인의 이익을 균형 있게 조정하고 파산절차를 신속하고 효율적으로 진행할 수 있게 되는 이점도 있다.

2. 파산재단에 속하는 재산 중 담보권 또는 전세권 등이 설정된 부분은 피담보채권의 범위 내에서는 일반 채권자의 공동담보가 되는 재산이 아니므로, 채무자의 별제권자에 대한 변제나 대물변제는 피담보채권액과 변제 가액이 균형을 유지하는 한 원칙적으로 부인의 대상이 되지 않는다.

3. 매수인이 파산선고 이전에 이미 매도인이 부여한 처분권한에 기초하여 목적물을 처분한 경우 특별한 사정이 없는 한 매도인은 매수인에 대한 파산절차에서 매수인이 제3자에 대하여 가지는 매매대금채권에 관하여까지 별제권을 주장할 수는 없다.

☞ 피고는 채무자 회사에 이 사건 물품을 공급하면서 ‘거래처들에 대한 판매대금을 피고와 채무자 회사 공동명의 계좌를 통해 수금하고, 그 물품대금이 완납될 때까지 물품의 소유권을 피고에게 유보하기로 하는 내용’의 독점총판계약을 체결하였음. 이와 별도로 피고는 채무자 회사에 돈을 대여하였는데, 채무자 회사는 파산신청 전에 피고에 대한 물품대금채무 및 대여금채무의 변제를 위하여 피고에게 채무자 회사가 거래처들에 대하여 보유하는 물품대금채권을 양도함. 채무자 회사의 파산관재인인 원고는 채무자 회사의 채권양도행위에 대하여 부인의 소를 제기하고, 이에 대하여 피고는, 피고에게 소유권이 유보된 물품은 환취권의 대상이 되므로 그 물품을 제3자에게 판매하여 발생한 물품대금채권에 관한 채권양도는 대체적 환취권 행사와 다르지 않아 파산채권자들을 해하는 행위에 해당하지 않고, 피고가 선의였다고 주장하면서 다툼

☞ 원심은, 피고가 채무자 회사와 공동명의 계좌를 개설하고 그 계좌로 물품대금을 지급받기로 약정하였다고 하여 그 공동명의 계좌를 통해 지급받기로 한 물품대금에 대해서까지 피고가 채무자 회사의 다른 채권자들에 우선하여 변제받을 지위에 있다고 볼 수는 없고, 채무자 회사가 피고 등으로부터 구매한 물품 등을 거래처에 판매함으로써 발생한 대금채권을 파산선고 전에 피고에게 양도한 것은 다른 파산채권자들과의 관계에서 채권자평등의 원칙을 회피하는 편파행위에 해당하여 채무자회생법 제391조 제1호의 부인의 대상이 된다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 동산 소유권유보부매매의 매도인인 피고는 채무자 회사에 대한 파산절차에서 별제권의 행사는 별론으로 하고 환취권 또는 대체적 환취권을 행사할 수는 없고, 나아가 피고가 사전에 채무자 회사에 독점총판권을 부여함으로써 물품의 처분권한을 수여하였고 이에 따라 제3자에게 처분된 물품 부분에 관하여는 이 사건 파산선고 이전에 이미 피고가 유보한 소유권이 상실되었으므로 피고는 별제권을 행사할 수 있는 지위도 상실하였다고 보아, 같은 취지의 원심을 수긍하여 상고를 기각함

### **2023다225979 청구이의 (가) 파기환송**

**[집합건물의 위탁관리업자가 확정판결의 사실심 변론종결 후 위탁관리업자의 지위를 상실한 경우 청구이의의 소에서의 이익이유가 있는지 여부가 문제된 사건]**

◇집합건물의 위탁관리업자가 구분소유자를 상대로 하여 관리비 지급을 명하는 확정판결을 받았고, 그 사건 사실심 변론종결 후에 관리위탁계약이 종료되어 위탁관리업자의 지위를 상실함으로써 관리비 부과·징수권한이 소멸한 경우 청구이의의 소에서 정한 일반적 인 이의이유가 되는지 여부(소극)◇

집합건물의 관리업무를 담당할 권한과 의무는 관리단과 관리인에게 있고(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제23조의2, 제25조), 공용부분 관리에 사용될 집합건물의 구분소유자에 대한 관리비 채권은 원칙적으로 집합건물 관리업무를 담당하는 관리단에 귀속한다. 다만 관리위탁계약에 따라 포괄적인 관리업무를 위탁받은 위탁관리업자의 경우 재판상 청구 권한을 포함한 관리비 부과·징수 권한을 부여받을 수 있다(대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다229516 판결 등 참조).

피고가 이 사건 건물 관리단과 관리위탁계약을 체결하고 포괄적 관리업무를 위탁받아 망인을 상대로 선행소송을 제기하여 확정판결을 받았다고 하더라도 망인에 대한 2004. 9. 분부터 2007. 6.분까지의 채납관리비 채권은 당초부터 이 사건 건물 관리단에 귀속하는 것이다. 피고와 이 사건 건물 관리단 사이에 체결된 관리위탁계약이 종료되었다고 하여 관리비 채권의 귀속 주체가 변동되었다거나 피고가 위와 같은 관리비 채권을 가지고 있다가 상실하게 된 것으로 볼 수 없다. 따라서 피고와 이 사건 건물 관리단 사이에 체결된 관리위탁계약이 종료되었다는 사정만으로 선행소송 확정판결에 관하여 민사집행법 제44조 제1항에서 정한 청구이의의 소의 이의이유가 발생하였다고 볼 수는 없다.

나아가 피고가 위와 같은 관리위탁계약에 따라 이 사건 건물 관리단으로부터 부여받은 관리비 채권에 관한 재판상 청구 권한을 근거로 망인을 상대로 선행소송을 제기하여 확정판결을 받은 이상 집행당사자 적격을 가지고 있다고 할 것이고, 이 사건 건물 관리단이 선행소송 확정판결에 관하여 승계집행문을 부여받지 않는 한 피고의 집행당사자 적격이 소멸한다고 보기도 어렵다.

☞ 피고는 이 사건 건물 관리단과 관리위탁계약을 체결하고 관리업무를 수행한 자로서 구분소유자인 망인을 상대로 관리비청구 소송(‘선행 소송’)을 제기하여 승소 확정판결을 받았다가 망인의 상속인인 원고들에 대하여 승계집행문을 부여받아 원고들 소유의 아파트에 관하여 강제경매개시결정을 받음. 이에 원고들은 선행 소송의 사실심 변론종결 후에 위 관리위탁계약이 종료됨으로써 피고가 위 판결에 관한 집행당사자 적격을 상실하였다는 등의 사정을 주장하면서 이 사건 청구이의의 소를 제기함

☞ 원심은, 선행 소송의 사실심 변론종결 후에 위 관리위탁계약이 종료되어 피고가 집행당사자 적격을 상실하였고 이는 청구이의의 소에서 정한 이의이유가 된다고 보아 원고들

의 청구를 받아들였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원고들의 청구를 받아들인 원심의 판단에는 민사집행법 제44조 제1항에서 정한 이의이유 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 보아 원심을 파기·환송함

## 2024다239364 손해배상(기) (아) 파기환송

[공인중개사가 부동산 중개 과정에서 임대차보증금 반환채무가 매수인에게 면책적으로 인수되지 않는다는 사정을 설명할 주의의무가 인정되는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 부동산중개업의 대상이 되는 중개행위의 성격(= 사실행위) 2. 부동산 매수인이 임대차보증금 반환채무 등을 인수하면서 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우 그 채무인수의 법적 성격을 가리는 행위의 성격(= 법률사무) 3. 공인중개사가 채무인수의 법적 성격에 관하여 조사·확인하여 설명하지 않았다는 사정만으로 선량한 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 의무를 위반하였다고 볼 수 있는지 여부(원칙적 소극)◇

부동산중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 중개업자는 중개의뢰의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로 의뢰받은 중개업무를 처리할 의무가 있을 뿐 아니라, 공인중개사법 제29조 제1항에 의하여 신의와 성실로 공정하게 중개행위를 할 의무가 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다44156 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다69654 판결 등 참조).

공인중개사법 제2조 제1호, 제3호의 규정에 의하면, 부동산중개업의 대상이 되는 중개행위는 중개대상물에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것으로서, 당사자 사이에 매매 등 법률행위가 용이하게 성립할 수 있도록 조력하고 주선하는 사실행위에 불과하고, 변호사법 제3조에서 규정한 법률사무와는 구별된다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003두14888 판결 참조). 그런데 부동산 매수인이 매매목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 당사자의 의사, 임차인이 주택임대차보호법상의 대항력을 갖추었는지 여부, 임차인의 명시적 또는 묵시적 동의 여부 등에 따라 위와 같은 채무인수의 법적 성격이 면책적 채무인수, 이행인수 또는 병존적 채무인수로 달라질 수 있으므로, 각 채무인수의 요건에 관한 분석 등을 통하여 채무인수의 법적 성격을 가리는 행위는 단순한 사실행위가 아닌 법률사무에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 공인중개사가 부동산을 중개하는 과정에서 채무인수의 법적 성격까지 조사·확인하여 설명할 의무가 있다고 보기

어려우므로, 중개 과정에서 그릇된 정보를 전달하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채무인수의 법적 성격에 관하여 조사·확인하여 설명하지 않았다는 사정만으로 선량한 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 의무를 위반하였다고 볼 수 없다.

☞ 원고(부동산 매도인)는 법인에게 임대한 아파트를 공인중개사인 피고인 1의 중개 하에 매도하면서, 매수인이 임대차보증금반환채무를 인수하기로 하고 이를 매매대금에서 공제하였는데(이 사건 약정), 임차인이 법인인 경우에는 임차인의 동의 없이 임대차보증금반환채무가 매수인에게 면책적으로 인수되지 않음. 임차인인 법인은 임대차기간이 종료한 후 매수인으로부터 임대차보증금을 반환받지 못하여 결과적으로 원고가 임차인에게 임대차보증금반환채무를 부담하는 손해를 입게 되자, 원고는 ‘피고 1이 임대차보증금반환채무가 매수인에게 면책적으로 인수되지 않는다’는 사정을 설명할 주의의무를 위반하였다고 주장하면서, 피고 1 및 공인중개사의 공제사업자인 피고 2를 상대로 손해배상을 청구함

☞ 원심은, 피고 1이 이 사건 임차인의 동의가 없을 경우 매수인이 원고의 이 사건 임차인에 대한 임대차보증금 반환채무를 면책적으로 인수할 수 없다는 것을 예상할 수 있었음에도, 이와 같은 채무인수 불가능 상황과 그 대비책 등에 관한 정확한 설명 없이 이 사건 매매계약을 중개함으로써 공인중개사법 제29조 제1항에서 정한 공인중개사로서의 주의의무를 위반한 것으로 봄이 상당하므로, 피고들은 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 공인중개사인 피고 1이 주택임대차보호법상 대항력이 존재하는지 여부 등에 관한 분석을 통해 이 사건 약정의 법적 성격까지 조사·확인하여 이를 원고에게 설명해야 할 의무가 있다고 보기 어렵고, 나아가 피고 1이 중개 과정에서 원고에게 그릇된 정보를 제공하였다고 볼만한 정황도 찾아볼 수 없으므로, 피고 1이 공인중개사법 제29조 제1항의 주의의무를 위반하여 중개행위를 하였다고 볼 수 없다고 보아, 원심을 파기·환송함

## **2024다250873 근로에관한소송 (사) 파기환송**

**[대기발령을 받은 근로자가 대기발령 사유가 없거나 대기발령이 부당히 장기간 유지되어 무효라고 주장한 사건]**

◇대기발령이 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 유지한 경우 그 시점 이후부터 무효라고 보아야 하는지 여부(적극)◇

‘대기발령’은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 해당 근로자에게 직위를 부여하지 않음으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미한다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결 등 참조). 이러한 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 그러나 대기발령과 같은 잠정적인 인사명령이 명령 당시에는 정당한 경우라고 하더라도, 대기발령의 목적과 실제 기능, 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다. 따라서 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 유지하는 것은, 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 합리성이 없을 정도로 부당하다고 볼 만한 시점 이후부터의 대기발령은 무효라고 보아야 한다(대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결 등 참조).

☞ 피고가 운영하는 병원의 행정사무국장으로서 근무하던 원고가 병원장 직무대행자로부터 ‘별도 지시가 있을 때까지 자택대기하라’는 이 사건 대기발령을 통지받자, 피고를 상대로 이 사건 대기발령의 사유가 부존재하고, 설령 대기발령 사유가 있더라도 사회통념상 부당하게 장기간 유지되고 있어 무효라고 주장하면서 이 사건 대기발령 전체의 무효 확인을 청구함

☞ 원심은, 이 사건 대기발령 사유에 관한 심리를 생략한 채 이 사건 대기발령의 필요성이 없어졌음에도 그대로 유지되어 있어 원고를 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 두는 것이 부당하다고 보아, 이 사건 대기발령 처분이 무효라고 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, ① 이 사건 대기발령의 필요성이 없어진 시점부터는 대기발령이 부당하게 장기간 유지되는 것이어서 무효로 보아야 한다는 원심의 판단 부분은 정당하나, ② 이 사건 대기발령의 필요성이 있을 수 있는 부분에 관하여는 그 무효 사유를 별도로 따져 봐야 하고, 부당한 대기발령 유지 조치가 무효라는 이유만으로 그 이전 부분까지 당연히 무효가 된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 대기발령이 언제부터 무효인지 여부에 관한 추가 심리·판단이 필요하다고 보아, 원심을 파기·환송함



**형 사**

**2020도12920 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌) (다) 상고기각**

**[교사의 훈육 목적 행위가 '정서적 학대행위'에 해당하는지 여부 등이 문제된 사건]**

◇1. 교사의 훈육 목적 행위가 '정서적 학대행위'에 해당하는지에 관한 판단기준, 2. '정서적 학대행위'에 해당하는 교사의 훈육 목적 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에 고려할 사항◇

학교의 교사가 훈육 또는 지도의 목적으로 한 행위이더라도 정신적 폭력이나 가혹행위로서 아동인 학생의 정신건강 또는 복지를 해치거나 정신건강의 정상적 발달을 저해할 정도 혹은 그러한 결과를 초래할 위험을 발생시킬 정도에 이른다면, 초·중등교육법령과 학칙이 허용하는 범위 내에서 그 요건과 절차를 준수하는 등으로 법령과 학칙의 취지를 따른 것이 아닌 이상, 구 아동복지법(2021. 12. 21. 법률 제18619호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제17조 제5호에서 금지하는 '정서적 학대행위'에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2020. 3. 12. 선고 2017도5769 판결 등 참조).

한편 교사의 위와 같은 행위도 사회상규에 위배되지 아니하는 경우에는 위법성이 조각될 수 있으나, 이에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 교사의 학생에 대한 악의적·부정적 태도에서 비롯된 것이 아니라 교육상의 필요, 교육활동 보장, 학교 내 질서유지 등을 위한 행위였는지, 학생의 기본적 인권과 정신적·신체적 감수성을 존중·보호하는 범위 내에서 이루어졌는지, 동일 또는 유사한 행위의 반복성이나 지속시간 등에 비추어 교육의 필요성이 인정되는 합리적인 범위 내에서 이루어졌다고 평가되는지, 법령과 학칙의 취지를 준수하지 못할 긴급한 사정이 있었는지, 그 밖에 학생의 연령, 성향, 건강상태, 정신적 발달상태 등이 종합적으로 고려되어야 한다.

☞ 중학교 교사인 피고인이 수업시간 중 다소 선정적인 책을 보고 있었던 피해아동에게 엿드려뻔쳐를 시키고 같은 반 학생들에게 책을 보여주면서 “선정적이나? 아니냐?”라고 묻는 등 망신을 주어, 아동학대신고의무자로서 보호하는 피해아동에 대하여 정서적 학대행위를 하였다는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(아동복지시설 종사자 등의 아동학대가중처벌)으로 기소된 사안임

☞ 원심은, ① 피고인의 행위가 훈육 목적이었더라도 피해아동에게 상당한 수치심이나 좌절감을 일으켜 피해아동의 정신건강을 해치거나 정상적 발달을 저해할 정도였고 엿드려뻔쳐 등은 해당 중학교의 학칙에서 허용하는 훈육 방법에 해당하지도 아니하므로 '정

서적 학대행위'에 해당하고, ② 피고인이 피해아동의 같은 반 학생들이 모두 함께 있는 교실 안에서 상당시간 동안 엮드려뻔쳐를 시키고 망신을 주었던 이상 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 평가될 수도 없다고 보아, 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## 2020도14843 사기 (사) 파기환송

**[법원이 해외에 체류 중인 사람에 대하여 선서 없이 인터넷 화상장치로 진술을 청취한 경우 그 진술 녹음파일과 녹취서의 증거능력이 문제된 사건]**

◇1. 증인에 대하여 형사소송법이 정한 절차와 방식에 따른 증인신문을 거치지 아니하고 청취한 진술과 그 형식적 변형에 불과한 증거의 증거능력 유무(소극) 2. 피고인이나 변호인이 그러한 절차 진행에 동의하였거나 사후에 그와 같은 증거조사 결과에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 그 녹음파일 등을 증거로 함에 동의한 경우 증거능력 유무(소극)◇

헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차원칙을 천명하고, 제27조에서 '법률에 의한 재판받을 권리'를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여, 피고사건에 대한 실체 심리는 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결 등 참조).

형사소송법은 증인 등 인증(人證), 증거서류와 증거물 및 그 밖의 증거를 구분한 다음 각각의 증거방법에 대한 증거조사 방식을 개별적·구체적으로 규정하여 위와 같은 헌법적 형사소송의 이념을 구체화하고 있다. 특히 형사소송법 제1편 제12장 및 형사소송규칙 제1편 제12장에서 증인에 대한 증거조사를 '신문'의 방식으로 하면서 소환방법과 법정 불출석할 경우의 제재와 조치, 출석한 증인에 대한 선서와 위증의 벌의 경고, 증언거부권 고지 및 신문 방식 등에 대하여 엄격한 절차 규정을 두는 한편, 법정 외 신문(제165조), 비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문(제165조의2) 규정에서 정한 사유 등이 있는 때에만 예외적으로 증인이 직접 법정에서 출석하지 않고 증언할 수 있도록 정하였다. 이는 사건의 실체를 규명하는 데 가장 직접적이고 핵심적인 증인으로 하여금 원칙적으로 공개된 법정에서 출석하여 법관 앞에서 선서한 후 정해진 절차에 따른 신문의 방식으로 증언하도록 하여 재판의 공정성과 증언의 확실성·진실성을 담보하고, 법관은 그러한 증인의 진술을 토대로 형성된 유·무죄의 심증에 따라 사건의 실체를 규명하도록 하기 위함

이다.

그러므로 범죄사실의 인정을 위한 증거조사는 특별한 사정이 없는 한 공개된 법정에서 법률이 그 증거방법에 따라 정한 방식으로 하여야 하고, 이를 토대로 형성된 심증에 따라 공소가 제기된 범죄사실이 합리적인 의심이 없는 정도로 증명되었는지 여부를 판단하여야 한다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11115 판결 등 참조). 형사소송법에서 정한 절차와 방식에 따른 증인신문절차를 거치지 아니한 채 증인에 대하여 선서 없이 법관이 임의 방법으로 청취한 진술과 그 진술의 형식적 변형에 불과한 증거(녹음파일 등)는 적법한 증거조사 절차를 거치지 않은 증거로서 증거능력이 없다. 따라서 사실인정의 자료로 삼을 수도 없고, 피고인이나 변호인이 그러한 절차 진행에 동의하였다거나 사후에 그와 같은 증거조사 결과에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 그 녹음파일 등을 증거로 함에 동의하였더라도 그 위법성이 치유되지 않는다.

☞ 대학교수인 피고인이 A 등 명의를 빌려 허위의 조교인사제청서를 대학에 제출하는 방법으로 조교 장학금을 편취하였다는 사기로 기소된 사안임

☞ 원심은, A가 해외 체류 중이어서 법정 출석에 따른 증인신문이 어렵다는 이유로 선서 등 절차 없이 인터넷 화상장치를 통해 A의 진술을 청취하는 방법으로 증거조사를 한 다음 같은 기일에 검사로부터 A의 진술이 담긴 녹음파일, 녹취서 등본(이하 ‘이 사건 각 증거’)을 제출받는 우회적인 방식을 취하였고, 이 사건 각 증거를 사실인정의 자료로 삼아 A 명의로 신청된 장학금 편취 관련 일부 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심의 조치는 형사소송법이 정한 증거방법(증인)에 대한 적법한 증거조사라고 볼 수 없으므로 그러한 진술청취 결과물인 이 사건 각 증거는 증거능력이 없어 사실인정의 자료로 삼을 수 없고, 이는 피고인과 변호인이 그와 같은 절차 진행에 동의하였거나 사후에 그와 같은 증거조사 결과에 이의를 제기하지 아니하고 이 사건 각 증거를 증거로 함에 동의하였다 하더라도 마찬가지라고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2021도14485 도시및주거환경정비법위반 (다) 상고기각**

**[재건축조합 추진위원회 위원장이 토지등소유자의 열람·복사 요청에 불응한 사건]**

◇구 「도시 및 주거환경정비법」(2022. 6. 10. 법률 제18941호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시정비법’) 제124조 제1항에 따라 공개 대상이 되는 ‘관련 자료’ 및 구 도시정비법 제124조 제4항에 따라 열람·복사의 대상이 되는 ‘정비사업 시행에 관한 서류와 관련 자료’의 범위◇

1) 구 도시정비법 제124조 제1항은 “추진위원장 또는 사업시행자(조합의 경우 청산인을 포함한 조합임원, 토지등소유자가 단독으로 시행하는 재개발사업의 경우에는 그 대표자를 말한다, 이하 통틀어 ‘추진위원장 등’이라 한다)는 정비사업의 시행에 관한 다음 각호의 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원, 토지등소유자 또는 세입자가 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다”고 규정하면서 각호로 ‘설계자·시공자·철거업자 및 정비사업전문관리업자 등 용역업체의 선정계약서’(제2호) 등을 열거하고 있으며, 제124조 제4항은 “조합원, 토지등소유자(이하 통틀어 ‘토지등소유자 등’이라 한다)가 제1항에 따른 서류 및 다음 각호를 포함하여 정비사업 시행에 관한 서류와 관련 자료에 대하여 열람·복사 요청을 한 경우 추진위원장 등은 15일 이내에 그 요청에 따라야 한다”고 규정하면서 열람·복사 대상 서류를 예시적으로 열거하고 있다. 또한 제138조 제1항 제7호는 ‘제124조 제1항을 위반하여 정비사업 시행과 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니하거나 같은 조 제4항을 위반하여 토지등소유자 등의 열람·복사 요청에 따르지 아니하는 추진위원장 등’을 1년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

2) 이러한 규정들의 입법 취지는, 조합이 정비사업을 시행하는 경우 조합임원은 조합을 대표하면서 막대한 사업자금을 운영하는 등 각종 권한을 가지고 있기 때문에 조합임원과 건설사 간 유착으로 인한 비리가 발생할 소지가 크고, 정비사업과 관련된 비리는 그 조합과 조합원의 피해로 직결되어 지역사회와 국가 전체에 미치는 병폐도 크므로, 이를 개선하기 위한 방안으로서 정비사업의 시행과 관련된 서류와 자료를 공개하도록 하여 정비사업의 투명성·공공성을 확보하고 조합원의 알권리를 충족시키기 위한 것이다(대법원 2021. 2. 10. 선고 2019도18700 판결, 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2009헌바90 결정 등 참조).

3) 구 도시정비법 제124조 제1항은 공개 대상 서류를 각호에서 구체적으로 열거하면서도 ‘관련 자료’의 판단 기준에 관하여는 정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 그 밖에 공개가 필요한 서류 및 관련 자료를 대통령령으로 추가할 수 있는 위임 근거 규정을 두고 있으므로, 구 도시정비법 혹은 그 위임에 따른 시행령에 별도의 규정이 없음에도 정비사업의 투명성·공공성 확보 내지 조합원의 알권리 보장 등 규제의 목적만을 앞세워 각호에 명시된 서류의 ‘관련 자료’의 범위를 지나치게 확장하여 인정하는 것은 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규 해석원칙에 어긋난다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도15334 등 판결 참조). 따라서 위 조항에 열거된 서류의 진정성립 판단을 위해 확인할 필요가 있는 자료나 해당 서류가 그 내용을 인용하면서 별첨한 자료 등 해당 서류와 불가분적 또는 직접적으

로 관련된 자료는 위 조항에서 말하는 '관련 자료'에 포함될 수 있으나, 공개 필요성이 있다는 이유만으로 그 '관련 자료'에 해당한다고 단정하여서는 아니 된다. 또한 위 조항 각호의 서류가 작성된 바 없어 공개 대상이 되지 않는다면, 해당 서류의 관련 자료에 해당한다는 이유로 공개 대상이 된다고 볼 수도 없다.

4) 한편 구 도시정비법은 제124조 제4항에서 같은 항 각호 및 같은 조 제1항 각호의 서류 및 관련 자료를 포함하여 '정비사업 시행에 관한 서류와 관련 자료'를 포괄적으로 열람·복사의 대상으로 규정하고 있으며, 제124조 제3항에서 주민등록번호를 열람·복사 대상에서 제외하고 국토교통부령으로 열람·복사의 방법과 절차를 정하도록 위임하여 그에 따라 「도시 및 주거환경정비법 시행규칙」 제22조가 '열람·복사 요청은 사용목적 등을 기재한 서면(전자문서를 포함한다)으로 하여야 한다'고 정한 것 외에는 열람·복사 대상에서 제외되는 서류 또는 자료를 명시하거나 추진위원장 등이 열람·복사 요청에 응하지 않을 수 있는 사유 등을 규정하고 있지 않다. 이와 같이 구 도시정비법은 토지등소유자 등에게 열람·복사 요청권을 부여함으로써 조합이나 추진위원회가 정비사업 시행에 관하여 작성하거나 취득하는 등으로 보관하고 있는 서류와 자료 모두를 잠정적 공개 대상으로 정하고 있으므로, 추진위원장 등은 위 서류 및 관련 자료에 관하여 토지등소유자 등으로부터 열람·복사 요청이 있는 경우 그 요청 방법이나 절차가 법령에 위반되거나 그 요청에 응하는 것이 다른 법률에 위반되는 것이 아닌 이상 15일 이내에 그 요청에 따라야 한다. 토지등소유자 등의 열람·복사 요청에 대하여는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」이 적용되지 아니하므로, 열람·복사 대상인 서류나 관련 자료가 위 법률이 정한 비공개 대상에 해당하는 경우에도 마찬가지이다.

☞ 재건축정비사업 추진위원회 추진위원장인 피고인이 법무사 입찰업체 정관제안서 비교자료(이하 '이 사건 자료')에 대한 열람·복사 요청에 따르지 않아, 구 도시정비법 제124조 제4항, 제1항 제2호를 위반하였다고 기소된 사안임

☞ 원심은, 이 사건 자료가 구 도시정비법 제124조 제1항 제2호에서 정한 용역업체 선정계약서의 '관련 자료'에 해당한다고 보아 쟁점 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 입찰에 따른 용역계약이 실제로 체결되지 아니하여 용역계약서가 작성되지 않았으므로 그 용역계약서는 공개 대상이 되지 아니하고, 이 사건 자료 역시 구 도시정비법 제124조 제1항 제2호가 정한 용역업체 선정계약서의 '관련 자료'로서 공개 대상이 된다고 보기 어려우나, ② 추진위원회의 업무인 조합 정관 작성 및 용역업체 선정에 필요한 이 사건 자료가 '정비사업 시행에 관한 서류와 관련 자료'로서 구 도시정비법 제124조 제4항에 따른 열람·복사의 대상이 된다고 보아, 원심

을 수급하여 상고를 기각함

## 2021도14712 주택법위반 (가) 파기환송

[지역주택조합 추진위원회 위원장의 관련 자료 미공개가 문제된 사건]

◇1. 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택법’) 제12조 제1항 및 제4항에 따른 관련 자료 공개 제도의 입법취지 2. 구 주택법 제12조 제1항에 규정된 서류나 관련 자료가 작성된 바 없어 존재하지 않는 경우 위 조항에 따른 공개의무가 인정되는지(소극) 3. 구 주택법 제12조 제1항 및 그 위임에 따른 구 주택법 시행령(2020. 7. 24. 대통령령 제30864호로 개정되기 전의 것, 이하 동일) 제25조 각 호에 열거된 서류에 해당하는지 판단하는 방법 4. 구 주택법 제12조 제1항에 따라 공개 대상이 되는 ‘관련 자료’의 범위◇

1) 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6535 판결 등 참조).

2) 구 주택법 제12조 제1항은 “주택조합의 발기인 또는 임원은 주택조합사업의 시행에 관한 다음 각 호의 서류 및 관련 자료가 작성되거나 변경된 후 15일 이내에 이를 조합원이 알 수 있도록 인터넷과 그 밖의 방법을 병행하여 공개하여야 한다.”라고 규정하면서 각 호에서 공개 대상인 서류를 구체적으로 열거하고 있다. 한편, 구 주택법 제12조 제2항은 “제1항에 따른 서류 및 다음 각 호를 포함하여 주택조합사업의 시행에 관한 서류와 관련 자료를 조합의 구성원이 열람·복사 요청을 한 경우 주택조합의 발기인 또는 임원은 15일 이내에 그 요청에 따라야 한다.”라고 규정하면서 각 호에서 열람·복사 대상 서류를 예시적으로 열거하고 있다. 나아가, 구 주택법 제104조는 “제12조 제1항을 위반하여 주택조합사업의 시행에 관련한 서류 및 자료를 공개하지 아니한 자”(제2호)와 “제12조 제2항을 위반하여 조합 구성원의 열람·복사 요청에 응하지 아니한 자”(제3호)를 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

이러한 규정들의 입법취지는, 조합 구성원들은 주택조합사업 추진 상황에 대한 정확한 정보 확보가 어려워 사업추진을 주도하는 임원 등을 감독·통제하는 것이 곤란하고, 불투명한 사업추진은 조합 구성원들의 재산상 피해로 이어지므로, 이를 개선하기 위한 방안으로 주택조합사업 시행에 관한 서류와 관련 자료를 공개하도록 함으로써 주택조합사업의 투명성을 확보하고 조합 구성원들의 알권리를 충족시키기 위한 것이다.

3) 구 주택법 제12조 제1항에 따르면, 주택조합의 발기인 또는 임원은 구 주택법 제12

조 제1항 각 호에 규정된 서류 및 관련 자료의 작성 또는 그 작성된 서류 및 관련 자료의 변경 후 15일 이내에 이를 공개하도록 되어 있다. 위 조항에 따른 공개가 이행되려면 조합원이 알 수 있는 형태로 해당 서류 등이 작성되어 존재하여야 하는데, 이와 같은 형태로 작성되지 아니한 서류 등에 대하여 공개의무가 있다고 해석한다면 이는 명문의 근거 없이 주택조합의 발기인이나 임원에게 해당 서류 등에 대한 작성의무까지도 부담시키는 결과가 된다. 위 조항이 '작성'과 '공개'를 구별하고 있음에도 존재하지 않는 서류 등에 대한 공개의무를 인정하는 것은 '공개'의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것에 해당하여 허용될 수 없다. 결국, 구 주택법 제12조 제1항 각 호에 규정된 서류나 관련 자료가 작성되어 존재한 바 없다면 구 주택법 제12조 제1항 위반죄는 성립할 여지가 없다.

4) 이처럼 구 주택법 제12조 제1항과 그 위임에 따른 구 주택법 시행령 제25조 각 호가 정한 서류는 일정한 형태로 작성되어야 공개 대상이 되므로, 어떠한 서류가 위 조항에 열거된 서류에 해당하는지 여부는 해당 서류의 실제 명칭과 함께 그것이 관계 법령이나 거래관념에 비추어 위 조항에 열거된 서류의 통상적인 내용과 형식을 갖추고 있는지를 종합하여 판단하여야 한다.

5) 구 주택법 제12조 제1항은 공개대상이 되는 서류를 각 호에서 구체적으로 열거하면서도 '관련 자료'의 판단 기준에 관하여는 별도로 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라 공개가 필요한 서류 및 관련 자료는 대통령령에 위임하여 이를 추가할 수 있는 근거 규정을 두고 있다. 구 주택법 제12조 제2항은 '주택조합사업 시행에 관한 서류 및 관련 자료'를 포괄적으로 열람·복사 대상으로 정하고 있으므로, 주택조합이 주택조합사업 시행에 관하여 작성하거나 취득하는 등으로 보관하고 있는 서류나 자료는 구 주택법 제12조 제1항이 아니라도 같은 조 제2항에 따라 공개될 수 있다. 그러므로 구 주택법 혹은 그 위임에 따른 시행령에 명문의 근거 규정 없이 주택조합사업 시행의 투명성 확보나 조합 구성원들의 알권리 보장 등 규제의 목적만을 앞세워 구 주택법 제12조 제1항 각 호에 명시된 서류의 '관련 자료'의 범위를 지나치게 확장하여 인정하는 것은 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규 해석원칙에 어긋난다. 그렇다면, 구 주택법 제12조 제1항의 '관련 자료'에는 각 호에 열거된 서류의 진정성립 판단을 위해 확인할 필요가 있는 자료나 해당 서류가 그 내용을 인용하면서 별첨한 자료에 해당하는 등 해당 서류와 불가분적으로 또는 직접적으로 관련된 자료가 포함된다고 할 것이나, 공개 필요성이 있다는 이유만으로 구 주택법 제12조 제1항이나 구 주택법 시행령 제25조 각 호에 열거된 서류의 '관련 자료'에 해당한다고 설불리 단정하여서는 아니 된다.

☞ 지역주택조합 추진위원회 위원장인 피고인이 ‘연간 자금운용 계획서, 월별 자금 입출금 명세서 등 회계 관련 서류’를 그 작성일로부터 15일 이내에 공개하지 아니하여 구 주택법 제12조 제1항을 위반하였다고 기소된 사안임

☞ 원심은, ① 구 주택법 제12조 제1항에 따른 공개 대상은 각 호가 정한 서류 등의 내용인 ‘실질’이므로, 이러한 실질이 존재함에도 서류 등의 형식으로 작성·공개하지 않는 것은 위 조항의 위반으로 평가할 수 있고, ② 이 사건 추진위원회에 연간 자금운용 계획의 실질이 존재하였으므로, 피고인은 구 주택법 제12조 제1항 제8호, 구 주택법 시행령 제25조 제1호를 위반하여 ‘연간 자금운용 계획서 및 관련 자료’를 공개하지 않았다고 볼 수 있고, ③ 이 사건 추진위원회와 자금관리 대리사무계약을 체결한 신탁회사의 자금관리계좌 월별 입출금내역(이하 ‘이 사건 계좌내역’)은 구 주택법 제12조 제1항 제8호, 구 주택법 시행령 제25조 제2호가 정한 ‘월별 자금 입출금 명세서 및 관련 자료’에 해당하므로, 이를 공개하지 않은 피고인은 위 조항을 위반하였다고 볼 수 있다고 보아, 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, ① ‘연간 자금운용 계획서’는 작성되어 존재하였다고 인정할 수 없으므로, ‘연간 자금운용 계획서와 관련 자료’ 미공개로 인한 구 주택법 제12조 제1항 위반죄는 성립하지 않고, ② 이 사건 계좌내역이 구 주택법 제12조 제1항 제8호, 구 주택법 시행령 제25조 제2호에 따라 공개 대상이 된다고 하려면, 이 사건 계좌내역이 구 주택법 시행령 제25조 제2호가 정한 ‘월별 자금 입출금 명세서’에 해당하는 통상의 내용과 형식을 갖추었거나, 위 조항들이 정한 서류와 불가분적·직접적으로 관련된 자료에 해당한다고 인정되어야 하는데 원심이 이에 관하여 아무런 심리를 하지 않았고, ③ 나머지 ‘회계 관련 서류’에 관하여는 구 주택법 제12조 제1항 각 호의 서류나 관련 자료 가운데 어디에 해당하여 공개 대상이 되는지에 관해 아무런 이유를 붙이지 않았다고 보아, 원심을 파기·환송함

## **2024도4824 공직선거법위반 (아) 파기환송(일부)**

**[당선 목적 허위사실공표죄에서 미필적 고의 인정 여부가 문제된 사건]**

◇1. 허위사실공표죄에서 고의의 판단 기준 및 허위사실공표죄는 미필적 고의에 의하여도 성립하는지 여부(적극) 2. 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식 자체가 없다면 미필적 고의가 인정될 수 없는지 여부(적극)◇

공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질



상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없으며, 허위사실공표죄는 미필적 고의에 의하여도 성립된다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2015도1022 판결 등 참조). 고의의 일종인 미필적 고의는 중대한 과실과는 달리 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있고 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하므로(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결, 대법원 2024. 4. 4. 선고 2021도15080 판결 등 참조), 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식 자체가 없다면 미필적 고의가 인정될 수 없다.

☞ 피고인(천안시장 예비후보자)이 예비후보자 홍보물(이하 ‘이 사건 홍보물’)과 책자형 선거공보물(이하 ‘이 사건 공보물’)에 ‘천안시 고용률 63.8%(전국 2위)와 실업률 2.4%(전국 최저)’라는 문구(이하 ‘이 사건 문구’)를 기재하면서 ‘인구 50만 이상 대도시’ 기준(이하 ‘대도시 기준’)을 누락하고 ‘전국’이라는 기준만을 기재함으로써 피고인이 당선되게 할 목적으로 피고인의 행위에 대하여 허위사실을 공표하였다는 공직선거법 위반으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인이 공동피고인으로부터 대도시 기준이 누락된 이 사건 홍보물 및 공보물에 관한 보고를 받았지만, 이 사건 문구를 포함한 자신의 업적과 성과 부분을 제대로 살피지 아니하여 위와 같이 누락된 사실을 전혀 파악하지 못하였다는 사실을 인정하 후, 피고인이 이 사건 홍보물 및 공보물을 통하여 공표하고자 하는 사실이 진실인지에 대하여 확인·조사할 의무를 소홀히 하였으므로, 미필적 고의가 인정된다는 취지로 판단하여 유죄를 인정하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 만일 피고인이 대도시 기준이 누락되었다는 사실을 전혀 모르고 있었다면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식 자체가 없으므로, 미필적 고의가 인정될 수 없다고 판단한 다음, 피고인이 대도시 기준이 누락된 사실을 전혀 파악하지 못하였다는 사실을 인정하였으면서도, 이 사건 홍보물 및 공보물을 통하여 공표하고자 하는 사실이 진실인지에 대하여 확인·조사할 의무를 소홀히 하였으므로, 미필적 고의가 인정된다는 취지로 판단한 원심은 허위사실공표죄를 사실상 과실범으로 취급한 것과 다를 바 없어 타당하지 않다고 보아, 원심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기·환송함

**2024도5033    마약류관리에관한법률위반(향정)등    (라)    파기자판(일부)**

**[마약류 관리에 관한 법률 제40조의2 제2항에 따른 수강명령 또는 이수명령 대상인 ‘마약류사범’의 의미가 문제된 사건]**

◇마약류를 스스로 투약, 흡연, 또는 섭취하지 아니한 사람이 마약류 관리에 관한 법률 제40조의2 제2항에 따른 수강명령 또는 이수명령 대상인 ‘마약류사범’에 해당하는지 여부(소극)◇

「마약류 관리에 관한 법률」(2019. 12. 3. 법률 제16714호로 개정된 것, 이하 ‘마약류관리법’이라 한다) 제40조의2 제2항은 ‘마약류사범’에 대하여 선고유예 외의 유죄판결을 선고하는 경우 재범예방에 필요한 교육의 수강명령이나 재활교육 프로그램의 이수명령을 병과하도록 규정한다. 여기서의 ‘마약류사범’이란 마약류관리법 제3조, 제4조 또는 제5조를 위반하여 마약류를 투약, 흡연 또는 섭취한 사람을 가리킨다(마약류관리법 제40조의2 제1항). 한편 마약류관리법 부칙(2019. 12. 3. 법률 제16714호)에 의하면 위 규정은 공포 후 1년이 경과한 날인 2020. 12. 4.부터 시행되고(제1조 단서), 시행 후 최초로 마약류를 투약, 흡연 또는 섭취한 사람부터 적용된다(제2조).

마약류관리법 제40조의2 제2항에 따른 수강명령 또는 이수명령 대상인 ‘마약류사범’은 마약류를 스스로 투약, 흡연 또는 섭취함으로써 마약류에 직접 노출된 사람만을 의미한다고 보아야 한다. 수강명령 또는 이수명령은 마약류의 중독성으로 인해 재범 가능성이 높은 사람들에 대한 치료 및 교육을 통하여 그들이 건강한 사회구성원으로 복귀할 수 있도록 지원하는 데에 그 취지가 있기 때문이다. 따라서 직접 마약류를 투약, 흡연 또는 섭취하지 않은 자라면 설령 마약류관리법 위반죄에 관한 공범으로 처벌을 받더라도 여기서의 마약류사범에는 해당하지 않는다. 그러한 경우는 마약류의 중독성으로 인한 재범 가능성이 있다고 할 수 없어 재범예방이나 재활을 위한 교육이 필요한 경우라고 볼 수 없다.

☞ 피고인이 공범의 팔에 주사를 하는 방법 등으로 필로폰을 투약하였다는 공소사실로 공범과 함께 마약류관리법 위반으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인의 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인이 마약류사범임을 전제로 이수명령을 병과한 제1심판결을 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 피고인이 공범으로 하여금 필로폰 연기를 흡입하게 하거나 피고인이 공범의 팔에 주사를 놓았을 뿐 스스로 마약류를 투약, 흡연, 섭취한 것이 아니어서 마약류관리법 제40조의2에서의 ‘마약류사범’에 해당하지 않는다고 보아, 원심판결과 제1심판결 중 이수명령 부분을 파기·자판함

**2024도6728 업무상횡령 (바) 파기환송**

## [업무상횡령죄의 범의 내지 불법영득의사 유무가 문제된 사건]

◇횡령죄에서 불법영득의사의 의미 및 타인의 재물을 보관하는 자가 소유자의 이익을 위하여 처분한 경우 불법영득의사의 유무를 판단하는 방법◇

횡령죄에서의 불법영득의사는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분행위(반환 거부를 포함한다)를 하려는 의사를 의미하므로, 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 그 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의 의사를 인정할 수 없다. 다만 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그것이 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현하는 것이 되어 횡령죄가 성립하겠지만, 이러한 경우에 해당하지 아니할 때에는 피고인이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 그 위탁 받은 돈을 불법영득의사로 횡령하였다고 인정할 수는 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

☞ 건설 관련 컨설팅업을 영위하는 회사의 운영자인 피고인이 피해회사와 공동으로 진행하는 건물 신축사업을 위해 피해회사 명의 계좌를 관리하던 중 계좌에 있던 돈을 피고인 측 계좌로 이체한 다음 피고인 측 회사 직원 급여 등으로 사용함으로써 ① 주위적으로는 계좌 이체로 인한 업무상횡령으로, ② 예비적으로는 계좌 이체 후 임의 사용으로 인한 업무상횡령으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 주위적 공소사실을 무죄로 판단하는 한편, 위 신축사업은 피해회사와 피고인 측 회사의 공동사업 형태로서 피해회사 명의 계좌에 있던 돈은 공동사업자금이고 공동사업자금의 성격을 갖는 돈을 공동사업과 관련 없는 용도에 사용한 이상 업무상횡령죄가 성립하며 피해회사가 공동사업과 관련 없는 자금 집행까지 허락하였다고 볼 수 없다는 등의 이유로, 예비적 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 위 신축사업은 피고인 측 회사와 피해회사의 공동사업이고 피해회사 명의 계좌에 있던 돈은 공동사업자금에 해당하는데, 피고인은 지주공동사업계약에서 정한 피고인 측 회사의 업무에 종사하면서 피해회사 명의 계좌를 관리하였고 피해회사는 피고인에게 신축사업 자금 집행과 관련하여 포괄적인 위임을 하였으며, 피고인이 피해회사에 자금집행 내역을 보고할 의무는 없었던 점, ② 피해회사는 위 공동사업자금이 공동 주체인 피고인 측 회사의 사무실 운영비, 직원 급여 등 경비

지출의 목적으로 사용될 것임을 예정하였다고 볼 여지가 있는 점, ③ 피해회사 명의 계좌로 입금한 돈은 합리적인 범위 내에서는 신축사업과 직·간접적으로 관련된 것으로서 신축사업의 공동 주체인 피고인 측 회사의 사무실 운영비, 직원 급여 등으로 사용할 수 있었다고 봄이 타당한 점, ④ 피고인 측 계좌로 이체된 돈 중 일부를 피고인 측 회사의 인건비 등으로 사용하였다는 피고인의 주장을 가볍게 배척하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인이 피해회사 명의 계좌에서 피고인 측 계좌로 이체하여 그중 일부를 신축사업의 공동주체인 피고인 측 회사 직원 급여 등 용도로 사용하였다고 하더라도 그것이 신축사업과 직·간접적으로 관련이 있는 것으로서 공동사업자금에서 지출하도록 정하고 있는 용도의 범위 안에 있다면 피고인에게 불법영득의 의사가 인정된다고 단정하기 어렵고, 원심은 위와 같은 사정을 염두에 두고 피고인의 범의 유무를 따져보고 피고인이 이체한 돈을 용도에 반하여 사용하였는지 충분히 심리하였어야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2024도7400 무고 (바) 파기환송

**[무고죄를 범한 자가 재판확정 전에 범행을 자백하여 필요적 감면사유가 인정되는지 여부가 문제된 사건]**

◇무고죄를 범한 자의 재판확정 전 자백을 필요적 감면사유로 정한 형법 제157조, 제153조에서 정한 ‘자백’의 범위 및 ‘재판이 확정되기 전’의 의미◇

형법 제157조, 제153조는 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다고 하여 이러한 재판확정 전의 자백을 필요적 감경 또는 면제사유로 정하고 있다. 위와 같은 자백의 절차에 관해서는 아무런 법령상의 제한이 없으므로 그가 신고한 사건을 다루는 기관에 대한 고백이나 그 사건을 다루는 재판부에 증인으로 다시 출석하여 전에 그가 한 신고가 허위의 사실이었음을 고백하는 것은 물론 무고 사건의 피고인 또는 피의자로서 법원이나 수사기관에서의 신문에 의한 고백 또한 자백의 개념에 포함된다. 그리고 형법 제153조에서 정한 ‘재판이 확정되기 전’에는 피고인의 고소사건 수사 결과 피고인의 무고 혐의가 밝혀져 피고인에 대한 공소가 제기되고 피고소인에 대해서는 불기소결정이 내려져 재판절차가 개시되지 않은 경우도 포함된다(대법원 2018. 8. 1. 선고 2018도7293 판결 참조).

☞ 피고인이 수사기관에 직접 허위 진술하거나 공범으로 하여금 허위 진술하게 하였다는 무고로 기소된 사안임

☞ 피고인이 무고한 피무고인에 대한 공소가 제기되어 그 재판이 확정되었음을 알 수 있

는 자료가 없고, 피고인이 원심 제1회 공판기일에서 범행을 자백하였으나, 원심은 형법 제157조, 형법 제153조에 의한 형의 필요적 감면조치를 하지 않았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 피고인에 대한 공소가 제기되어 그 재판이 확정되었음을 알 수 있는 자료가 없고, 피고인이 원심에서 자백을 하였으므로, 원심으로서 피고인이 무고한 사건의 재판이 확정되었는지를 심리해보고 그 재판이 확정된 바 없다면 형법 제157조, 제153조에 의한 형의 필요적 감면조치를 하였어야 한다고 보아, 원심을 파기·환송함

**특 별**

**2021두35308 법인세부과처분취소 (라) 파기환송**

**[손해배상금의 손금산입 여부가 문제된 사건]**

◇확정판결에 따라 지출한 손해배상금을 법인세법 제19조의 손금요건 중 ‘일반적으로 인정되는 통상적인 비용’의 요건을 충족하지 못한다는 이유로 손금 부인할 수 있는지 여부 (소극)◇

구 법인세법(2017. 12. 19. 법률 제15222호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제19조 제1항은 “손금은 자본 또는 출자의 환급, 잉여금의 처분 및 이 법에서 규정하는 것은 제외하고 해당 법인의 순자산을 감소시키는 거래로 인하여 발생하는 손비의 금액으로 한다.”라고 규정한다. 제2항은 “제1항에 따른 손비는 이 법 및 다른 법률에서 달리 정하고 있는 것을 제외하고는 그 법인의 사업과 관련하여 발생하거나 지출된 손실 또는 비용으로서 일반적으로 인정되는 통상적인 것이거나 수익과 직접 관련된 것으로 한다.”라고 규정한다.

여기에서 말하는 ‘일반적으로 인정되는 통상적인 비용’이란 납세의무자와 같은 종류의 사업을 영위하는 다른 법인도 동일한 상황 아래에서는 지출하였을 것으로 인정되는 비용을 뜻하고, 그러한 비용에 해당하는지 여부는 지출의 경위와 목적, 형태, 액수, 효과 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 할 것인데, 특별한 사정이 없는 한 사회질서에 위반하여 지출된 비용은 여기에서 제외된다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2007두12422 판결 등 참조).

☞ 금융지주회사로서 은행의 모법인인 원고는, 은행이 공동불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송에서 패소하여 그 확정판결에 따라 손해배상금 및 지연손해금(= 이 사건 손해배상금)을 지급한 뒤 이를 손금에 산입하였으나, 과세관청이 이 사건 손해배상금을 손

금불산입하고 법인세를 부과하자, 원고가 법인세부과처분의 취소를 청구함

☞ 원심은, 이 사건 손해배상금이 사회질서에 위반하는 행위에 대한 손해배상금으로서 구 법인세법 제19조 제2항에 따른 사업관련성, 통상성 및 수익관련성이 인정되지 아니한다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 손해배상금은 은행의 사업과 관련하여 지출된 비용으로서 일반적으로 인정되는 통상적인 것이므로 손금에 해당한다고 보아, 원심을 파기·환송함

## 2021두51881 종합소득세부과처분 취소 등 (아) 파기자판

[홍콩에 설립된 외국법인의 주식 등이 정관에 의하여 양도가 제한된 경우로서 구 국세기본법 제40조 제1항 제2호에서 정한 법인의 제2차 납세의무 요건을 충족하는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 구 국세기본법(2014. 12. 23. 법률 제12848호로 개정되기 전의 것) 제40조 제1항 제2호에서 법인의 제2차 납세의무 성립요건 중 하나로 정한 ‘법인의 정관에 의하여 출자자의 주식 등의 양도가 제한된 경우’에 해당하는지 여부의 판단기준 2. 출자자의 주식 등이 외국법인이 발행한 것으로서 그 양도 제한에 관한 외국법인의 정관 규정의 해석 및 효력이 문제되는 등 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하는 경우 해당 법인의 설립 준거법에 따라 판단하여야 하는 여부(원칙적 적극)◇

구 국세기본법(2014. 12. 23. 법률 제12848호로 개정되기 전의 것) 제40조 제1항은 “국세의 납부기간 만료일 현재 법인의 무한책임사원 또는 과점주주(이하 ‘출자자’라 한다)의 재산으로 그 출자자가 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 법인은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 그 부족한 금액에 대하여 제2차 납세의무를 진다.”라고 규정하면서, 제2호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)에서 “법률 또는 그 법인의 정관에 의하여 출자자의 소유주식 또는 출자지분(이하 ‘주식 등’이라 한다)의 양도가 제한된 경우”를 규정하고 있다.

이 사건 조항에서 법인의 제2차 납세의무 성립요건 중 하나로 정한 ‘법인의 정관에 의하여 출자자의 주식 등의 양도가 제한된 경우’에 해당하는지 여부는, 구 국세기본법에서 ‘주식 등 양도의 제한’에 관하여 특별히 정하고 있지 않은 이상, 정관의 해석 및 효력 문제로서 해당 정관 규정의 내용과 객관적 의미를 합리적으로 해석하고, 민법·상법 그 밖의 실체법에 따라 그 법적 효력 등을 결정하여 판단하여야 한다. 이때 출자자의 주식 등이 외국법인이 발행한 것으로서 그 양도 제한에 관한 외국법인의 정관 규정의 해석 및

효력이 문제되는 등 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 구 국제사법(2016. 1. 19. 법률 제13759호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)의 규정에 따라 정하여지는 준거법을 1차적인 기준으로 하여야 한다.

구 국제사법 제16조 본문은 “법인 또는 단체는 그 설립의 준거법에 의한다.”라고 하여 법인의 준거법은 원칙적으로 설립 준거법을 기준으로 정하고 있다. 이 조항이 적용되는 사항을 제한하는 규정은 없는데, 그 적용 범위는 법인의 설립과 소멸, 조직과 내부관계, 기관과 구성원의 권리와 의무, 행위능력 등 법인에 관한 문제 전반을 포함한다(대법원 2018. 8. 1. 선고 2017다246739 판결 등 참조). 따라서 ‘법인의 정관에 의하여 주식 등의 양도가 제한된 경우’에 해당하는지와 같은 정관의 해석 및 효력 문제에 관하여도 특별한 사정이 없는 한 해당 법인의 설립 준거법에 따라야 한다. 한편 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용될 외국 법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석하는 경우에는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용하는 것이 원칙이며, 소송 과정에서 그 외국의 판례나 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우에만 일반적인 법해석 기준에 따라 법의 의미·내용을 확정할 수 있다(대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다49811 판결 등 참조).

☞ 甲이 2006~2010년 종합소득세 등을 체납하자 피고는 甲이 사실상 100% 출자지분을 소유하여 과점주주로 있는 홍콩법인인 원고를 甲의 제2차 납세의무자로 지정하여 원고의 순자산가액을 한도로 하여 원고의 국내 주식에 관한 배당청구권, 국내 부동산 등을 압류하고, 2006~2010년 귀속 종합소득세와 2009년 증여분 증여세를 부과·고지하자, 원고가 피고를 상대로 그 각 처분(이 사건 각 처분)의 취소를 청구함

☞ 환송 후 원심은 환송판결의 기속력에 따라 원고의 주식이 ‘법률에 의하여 양도가 제한된 경우’로 볼 수 없다고 판단한 다음, 원고의 정관에 ‘회사 사원의 수를 50인으로 한정하고 주식에 대한 청약 공모가 금지되며 이사들은 주식 양도의 등록을 어떠한 사유도 제시하지 아니하고 거부할 수 있다’는 규정이 존재함을 인정하면서, ① 이 사건 조항 중 ‘출자자의 소유주식 등이 법인의 정관에 의하여 양도가 제한된 경우’는 상법 제335조 제1항 단서에서 정하고 있는 정관상 주식양도 제한의 방법과 같이 주식거래에 대하여 법인의 이사회가 개입하여 그 허용 여부를 결정하는 등 양도 자체에 대한 승인 절차를 정관에서 규정하고 있는 경우를 의미하는 점, ② 명의개서 제도와 이사회 승인방식에 의한 정관상 주식양도 제한은 그 규정의 취지와 효력에 있어 구별되는 점, ③ 법인의 정관에서 ‘이사회가 주주명부의 등록을 거절할 수 있다’는 규정을 두고 있는 경우, 이를 주식양도 자체의 요건을 가중하는 주식양도 제한 규정과 동일한 것으로 해석하기 어려운 점 등

의 이유를 들어 원고의 주식이 ‘정관에 의하여 양도가 제한된 경우’에도 해당하지 않아 원고에게 甲이 체납한 국세에 대하여 이 사건 조항에 따른 제2차 납세의무가 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 각 처분이 모두 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 원심은 원고의 정관을 해석하면서 우리나라 상법이 그 준거법이 된다는 전제에서 상법을 적용하여 판단하였으나, 원고 정관의 해석 및 효력 문제는 특별한 사정이 없는 한 구 국제사법 제16조 본문에 따라 원고의 설립 준거법인 홍콩법에 의하여 확정하여야 하고, ② 원고의 정관에서는 이사들에게 실체적·절차적 사유에 기하여 주식양도의 등록을 거부할 수 있는 권한을 폭넓게 부여하고 있는데, 이는 홍콩회사조례상 적법·유효한 방식으로서 비공개회사의 정관상 주식양도 제한방식으로 홍콩에서 통용되고 있는 것으로 보이므로, ③ 결국 원고의 주식은 ‘정관에 의하여 양도가 제한된 경우’로서 이 사건 조항의 요건을 모두 충족한다고 보아, 이와 다른 전제에서 이 사건 각 처분이 위법하다고 판단한 환송 후 원심을 파기하고 원고의 항소와 원심에서 교환적으로 변경된 청구를 모두 기각하는 것으로 재판함

## 2022두43405 교원소청심사위원회결정취소 (타) 상고기각

### [사립학교법인이 임기를 마친 교장의 원로교사 임용신청을 거부한 사건]

◇정년 전에 임기가 끝난 사립학교 교장이 정관에서 정한 바에 따라 교사로 근무할 것을 희망하였음에도 학교법인이 교원 임용을 거부한 경우, 그러한 거부가 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」 제9조 제1항에서 소청심사의 대상으로 정한 ‘그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분’에 해당하는지(적극)◇

가. 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」(이하 ‘교원지위법’이라 한다) 제9조 제1항 제1문은 “교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

나. 정년 전에 임기가 끝난 사립학교 교장인 참가인이 정관에서 정한 바에 따라 교사로 근무할 것을 희망하였음에도 원고가 교원 임용을 거부하였는바, 이와 같은 이 사건 거부는 교원지위법 제9조 제1항에서 소청심사의 대상으로 정한 ‘그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분’에 해당한다고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 헌법 제31조 제6항은 교원의 지위에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 하고 있다. 입법자가 법률로 정하여야 할 기본적인 사항에는 무엇보다도 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함된다(헌법재판소 2003.



2. 27. 선고 2000헌바26 결정 참조).

한편 사립학교법은 사립학교 교원의 자격, 복무에 관하여 국공립학교 교원에 관한 규정을 준용하고 있고(제52조, 제55조), 형의 선고, 징계처분 또는 사립학교법에서 정하는 사유에 의하지 않고는 본인의 의사에 반하여 휴직이나 면직 등 불리한 처분을 받지 않는다고 규정함으로써 사립학교 교원의 신분보장을 구체화하고 있으며(제56조), 당연퇴직사유도 국공립학교 교원과 유사하게 규정하고 있다(제57조). 또한 교원지위법 제3조 제2항은 학교법인과 사립학교 경영자는 그가 설치·경영하는 학교 교원의 보수를 국공립학교 교원의 보수 수준으로 유지하여야 한다고 규정하는 등 사립학교 교원을 국공립학교 교원과 동등하게 처우하고 있다.

2) 종래 교원지위법이 제정되기 이전에는 국공립학교 교원은 징계 등 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때 국가공무원법에 따른 소청심사를 청구할 수 있었던 반면, 사립학교 교원은 소청심사를 청구할 수 없었다. 교원지위법이 1991. 5. 31. 제정됨에 따라 사립학교 교원도 국공립학교 교원과 마찬가지로 소청심사를 청구할 수 있고, 결정에 불복하는 경우 행정소송을 제기할 수 있게 되었다. 교원지위법이 징계 등 의사에 반하는 불리한 처분에 관한 사립학교 교원과 국공립학교 교원의 불복절차를 통일적으로 규정한 취지는, 사립학교 교원에게도 학교법인의 징계 등 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 소청심사청구 등을 할 수 있도록 함으로써 적어도 국공립학교 교원에 대한 구제절차에 상응하는 정도의 수준으로 사립학교 교원의 신분을 보장하고 그 지위향상을 도모하려는 데에 있다.

3) 교육공무원법 제29조의2 제6항은 “제47조에 따른 정년 전에 임기가 끝나는 교장·원장으로서 교사로 근무할 것을 희망하는 사람(교사자격증을 가진 사람만 해당한다)은 수업 담당 능력과 건강 등을 고려하여 교사로 임용할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제7항은 “제6항에 따라 임용된 교사는 대통령령으로 정하는 바에 따라 원로교사로 우대하여야 한다.”고 규정하고 있다. 또한 교육공무원임용령 제9조의5 제2항은 “교장이나 원장으로 그 임기를 마친 사람이 교육공무원법 제29조의2 제6항에 따라 교사로 임용되기를 원하는 경우에는 특별한 결격사유가 없으면 교사로 임용할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이처럼 교육공무원법령은 정년 전에 임기가 끝나는 국공립학교 교장에 대하여 본인이 희망할 경우 정년까지 다시 교사로 임용되어 근무할 수 있는 원로교사 제도를 마련하고 있다.

원고는 정관 제34조 제5항에 교육공무원법 제29조의2 제6항의 내용과 동일하게 “정년 전에 임기가 끝나는 교장으로서 교사로 근무할 것을 희망하는 사람(교사자격증을 가진 사람만 해당)은 수업 담당 능력과 건강 등을 고려하여 교사로 임용할 수 있다.”고 규정함

으로써 소속 사립학교의 교장이 정년 전에 임기가 끝나는 경우 국공립학교의 교장과 마찬가지로 본인의 희망에 따라 원로교사로 임용될 수 있는 가능성을 열어두고 있다.

4) 교원지위법정주의에 관한 헌법 규정과 정신에 비추어 교원의 신분은 일정한 범위 내에서 보장되어야 할 필요가 있고, 이는 교사의 지위에서 교장으로 임용되어 근무하다가 정년 전에 임기가 끝나게 된 교장이 다시 교사로 임용되어 근무하기를 희망하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 비록 원고 정관이 원고로 하여금 정년 전에 임기가 끝나는 교장을 신청에 따라 원로교사로 반드시 임용하도록 규정하고 있지 않다고 하더라도, 원고 정관과 그 정관이 원로교사 제도를 마련한 근거가 되는 교육공무원법령의 관련 규정 등에 비추어 볼 때 정년 전에 임기가 끝나는 사립학교 교장으로서의 수업 담당 능력과 건강 등에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 그 기준에 부합하면 특별한 결격사유가 없는 한 다시 교원으로 임용되리라는 기대를 가진다고 봄이 타당하다.

5) 따라서 학교법인인 원고가 정년 전에 임기가 끝나는 교장인 참가인에 대하여 원로교사 임용을 거부하는 취지로 통보한 이 사건 거부는 원로교사로 임용되어 근무할 것을 희망하는 참가인의 법률관계에 영향을 미치는 것으로서 교원지위법 제9조 제1항에서 소청심사의 대상으로 정한 '그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분'에 해당한다.

☞ 원고는 A 고등학교를 설립·운영하는 학교법인이고, 피고 보조참가인(이하 '참가인')은 A 고등학교 교장으로 근무하다가 임기가 만료된 사람인데, 참가인이 원고에게 자신을 원로교사로 임용해줄 것을 제청하였으나, 원고가 이를 거부함(이하 '이 사건 거부'). 참가인은 피고(교원소청심사위원회)에게 이 사건 거부의 취소를 구하는 소청심사를 청구하였고, 피고는 원고가 재량권을 일탈·남용하였다는 이유로 이 사건 거부를 취소함. 이에 대하여 원고는 피고를 상대로 소청심사결정의 취소를 청구함

☞ 원심은, 참가인이 원고에 대하여 임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 조리상 신청권을 가지므로 이 사건 거부는 소청심사의 대상이 되고, 이 사건 거부는 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 판단한 제1심판결을 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 거부가 교원지위법 제9조 제1항에서 소청심사의 대상으로 정한 '그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분'에 해당하고 이 사건 거부는 재량권을 일탈·남용하여 위법하므로 이 사건 소청심사 결정이 적법하다고 판단한 원심을 수긍하여 상고를 기각함

**2022두64143 양도소득세등부과처분취소 (라) 상고기각**

**[국내 소재 상속재산가액을 초과하여 상속세를 부과한 사건]**

◇피상속인이 비거주자인 경우 상속세 납부의무 한도가 국내 소재 상속재산가액으로 한정되는지 여부(적극)◇

구 상속세 및 증여세법(2016. 12. 20. 법률 제14388호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상속세법'이라 한다) 제3조는, 제1호에서 '피상속인이 거주자인 경우에는 모든 상속재산에 대하여 상속세를 부과한다'고 규정하고, 제2호에서 '피상속인이 비거주자인 경우에는 국내에 있는 상속재산에 대하여 상속세를 부과한다'고 규정하여, 피상속인이 거주자인 경우와 비거주자인 경우를 구분하여 상속세 과세대상을 달리 정하고 있다.

구 상속세법 제3조의2는, 제1항에서 '상속인은 상속재산(제13조에 따라 상속재산에 가산하는 증여재산 중 상속인이나 수유자가 받은 증여재산을 포함한다) 중 각자가 받았거나 받을 재산을 기준으로 대통령령으로 정하는 비율에 따라 계산한 금액을 상속세로 납부할 의무가 있다'고 규정하고, 제3항에서 '제1항에 따른 상속세는 상속인 각자가 받았거나 받을 재산을 한도로 연대하여 납부할 의무를 진다'고 규정하여, 상속세 과세대상이 되는 상속재산을 기초로 산출한 상속세 총액에 대하여 상속인 각자가 받았거나 받을 재산을 기준으로 상속인 고유의 상속세 납세의무와 연대납부의무를 정하고 있다. 여기서 말하는 '상속인 각자가 받았거나 받을 재산'은 상속세 과세대상이 되는 상속재산을 구 상속세법에 따라 평가한 재산가액에서 채무 등을 공제하는 과정을 거쳐 이를 상속분으로 나누어야 비로소 확정된다(대법원 2001. 11. 13. 선고 2000두3221 판결 참조).

위에서 본 법리와 관련 규정의 문언, 체계 및 취지 등을 종합하면, 피상속인이 비거주자인 경우 구 상속세법 제3조의2 제1항 및 제3항의 '상속인 각자가 받았거나 받을 재산'에는 상속세 과세대상인 '국내에 있는 상속재산'만 포함된다고 보아야 하고, 상속세 과세대상이 되지 않는 '국외에 있는 상속재산'까지 포함된다고 볼 수는 없다.

☞ 원고는 망인의 상속재산인 예금채권(이하 '이 사건 국내재산')과 미합중국에 소재한 주택 1채를 단독으로 상속하였으나, 법정신고기한 내에 상속세 신고를 하지 않았음. 피고는 이 사건 국내재산을 상속세 과세대상 상속재산으로 하고, 망인이 2016년경 상속인이 아닌 자들에게 증여한 토지 등을 사전증여재산으로 가산하여, 원고와 망인의 배우자에게 상속세를 연대하여 납부하도록 각각 고지하였음. 이에 원고는 피고를 상대로 부과처분의 취소를 청구함

☞ 원심은, 피상속인이 비거주자인 경우 상속인은 국내에 있는 상속재산 가액의 범위 내에서만 상속세를 납부할 의무가 있으므로, 원고에 대한 상속세 부과처분 중 이 사건 국내재산 가액을 초과하는 부분은 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함