

대법원 2022. 8. 25. 선고 중요판결 요지

민 사

2018다261605 손해배상(기) (사) 파기환송

[총유재산의 관리·처분에 관하여 사원총회의 결의가 없다고 보아 직권으로 소를 각하한 원심 판단에 석명의무위반 등의 위법이 있는지 여부가 문제된 사건]

◇1. 중증이 손해배상을 구하는 소에서 그 소가 총유재산의 관리·처분에 관한 것으로 사원총회의 결의 없이 이루어진 것으로 부적법한 소인지 여부가 당사자 사이에 쟁점이 된 바가 없음에도 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사하지 않은 채 이를 이유로 소를 각하한 원심의 판단에 석명의무 위반의 잘못이 있는지 여부(적극), 2. ‘정기 대의원회가 총회를 갈음한다’는 원고 규약 12조가 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하여 무효인지 여부(소극)◇

민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 당사자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하면서 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 인식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상 외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다37185 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다251646 판결, 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다276973 판결 등 참조).

중증은 공동선조의 분묘수호와 제사, 그리고 종원 상호 사이의 친목도모 등을 목적으로 자연발생적으로 성립한 종족 집단체로서, 중증이 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서 단체성이 인정된다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다47024 판결 등 참조). 이와 같은 중증의 성격과 법적 성질에 비추어 보면, 중증에 대하여는 가급적 그 독자성과 자율성을

존중해 주는 것이 바람직하고, 따라서 원칙적으로 중증규약은 그것이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 중증의 본질이나 설립 목적에 크게 위배되지 않는 한 그 유효성을 인정하여야 한다(대법원 2008. 10. 9. 선고 2005다30566 판결 참조).

☞ 중증인 원고(도급인)가 피고 회사(수급인) 및 피고 회사 대표이사과 원고의 총무였던 사람을 상대로, 주위적으로 피고 회사 대표이사 등이 도급계약서를 위조하여 건물 신축에 있어 정당한 부가가치세를 초과한 부분을 편취하였거나 횡령하였다는 이유로 불법행위에 기한 손해배상을 구하고, 예비적으로 피고 회사가 위 부분 상당액을 부당이득하였다는 이유로 반환을 구하는 사안임

☞ 원심은, 원고 대의원회의에서 이 사건 소 제기후에 관한 사항 등이 의결되었다고 하더라도 원고의 규약 제12조는 ‘정기 대의원회의가 총회를 갈음한다’고 함으로써 중증총회의 역할과 권한을 포괄적으로 정기 대의원회의에 양도·위임하고 있어 이는 사단의 가장 중요한 기관인 총회를 배제하고 형해화하는 규정으로 무효라고 본 다음, 이 사건 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것으로 부적법하다고 직권으로 판단하여 1심 판결을 취소하고 소를 각하함

☞ 대법원은, 원고 규약 제12조가 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 원고 중증의 본질이나 설립 목적에 크게 위배된다고 보기 어렵고, 이 부분 규약이 무효인지 따라서 이 사건 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것으로 부적법한 소인지 여부는 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없음에도 이를 이유로 소각하한 원심판결은 당사자가 전혀 예상하지 못한 법률적 관점에 기한 뜻밖의 재판으로서 석명의무 위반 등의 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기환송함

2021다231734 대여금 (자) 파기환송(일부)

[지역주택조합이 조합원총회 결의 없이 체결한 계약의 효력의 유·무효가 문제된 사건]

◇주택법 시행령 제20조 제3항 및 주택법 시행규칙 제7조 제5항 제3호에 위반된 계약의 효력(원칙적 무효)◇

관련 법령에 따르면, 지역주택조합을 설립하기 위해서는 조합규약에 필수적인 총회의결 사항으로 ‘예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결’을 명시하도록 하여 이를 지역주택조합 설립인가의 조건이자 필수적인 요건으로 강제하고 있다. 이는 조합

규약에 규정할 필수적인 총회의결사항을 사전적으로 통제하기 위한 입법적인 조치로서, 이에 따르면, '지역주택조합'은 총회의결을 거치지 않는 한 예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결 등의 법률행위를 할 수 없는 법령상 제한 하에서만 설립인가 및 운영이 가능하다.

지역주택조합의 필수적 총회의결사항에 대한 이러한 법령상 제한은 조문의 위치만 달리 할 뿐 주택건설촉진법이 2003. 5. 29. 법률 제6916호로 전부 개정되어 '주택법'으로 명칭이 변경된 때부터 규정되어 있었다. 즉, '주택법'이 제정될 당시부터 지역주택조합의 법률행위에 대한 법령상 제한은 이미 일반에 공지된 사항이므로, 이러한 법령상 제한이 없는 통상의 민법상 법인 아닌 사단의 경우와 다르고, 한편 지역주택조합 대표자의 대표권 범위는 법률상 정해진 바가 없다는 점에서, 그 권리능력 범위 내에서 대표이사의 포괄적 대표권이 법률로 명시된 주식회사와도 다르다. 이에 더하여 관련 법령과 지역주택조합의 조합규약에 따라 적법하게 총회 소집 · 의결을 거치기 위해서는 총회 목적 · 안전 등에 관한 이사회 의결 · 공고기간 · 조합원 전원에게 대한 통지 등 상당한 시간과 노력이 소요되는 사항까지 고려하면, 지역주택조합과 사이에 그 조합원에게 상당한 부담이 될 수 있는 계약을 체결하려는 제3자는 사전에 총회의결의 존부를 확인하는 조치를 취하는 것이 관련 법령의 해석상 예정된 것이자 당연히 기대된다고 봄이 상당하다. 지역주택조합의 조합원 자격은 원칙적으로 일정한 지역에 거주하는 '무주택 세대주'만으로 엄격히 제한되는(주택법 시행령 제21조 제1항) 등 그 조합원 자격 제한을 통하여 무주택 세대주와 그 세대원들의 주거 안정을 보호할 필요성을 비롯한 지역주택조합의 특성 · 목적 · 역할 · 기능에 내재된 공공성에 비추어도 그러하다. 무주택 세대주들이 주택 마련을 위해 지역주택조합을 설립하여 주택건설사업을 장기간 동안 시행하는 과정에서 조합원들의 권리 · 의무에 직접적인 영향을 미치는 사항에 대하여 조합원들의 의사가 직접 반영될 수 있는 실질적인 절차를 마련함으로써 소수 임원의 전횡을 사전에 방지하고 이를 통해 지역주택조합과 그 조합원들을 보호하기 위한 관련 법령의 입법취지와 목적 역시 이를 뒷받침한다.

관련 법령 전체의 내용 · 취지 및 형식에 비추어 보면, 주택법 시행령 제20조 제3항 및 주택법 시행규칙 제7조 제5항 제3호는 단순히 비법인사단의 자율적 · 내부적인 대표권 제한의 문제가 아니라 그 법률행위의 상대방인 제3자와의 계약 해석에 있어서도 그 제3자의 귀책은 물을 수 없는 예외적인 경우가 아닌 한 원칙적으로 그 조합의 효력이 미치도록 하려는 것으로 볼 수 있다. 따라서 '예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결'에 해당함에도 관련 법령과 이에 근거한 조합규약에 정한 총회의결 없이 이루어진 법률행위의 상대방으로서는 그 절차적 요건의 흠결을 과실 없이 알지 못하였다는

등의 특별한 사정을 밝히지 못하는 한 절차적 요건의 충족을 전제로 하는 계약의 효력을 주장할 수 없다고 봄이 상당하다. 앞서 본 관련 법령의 취지와 내용 · 연혁에 비추어 보더라도, 이러한 해석이 지역주택조합과의 계약 상대방의 예측가능성 또는 거래의 안전을 현저히 저해한다고 볼 수 없고, 이로 인하여 결과적으로 거래 상대방이 입게 되는 손해는 그 거래의 구체적인 경위와 경과 등에 기한 지역주택조합의 책임 여하 및 정도에 따라 일정 부분 배상을 받는 근거가 될 수 있을 뿐이다.

☞ 설립된 지 불과 1년 남짓 경과된 지역주택조합인 피고가 조합원총회 결의 없이 원고에게 A회사가 원고로부터 차용한 돈에 대하여 보증(이하 '이 사건 보증')을 하였고, 원고가 피고를 상대로 보증채무의 이행을 구한 사안

☞ 대법원은, 피고 조합이 체결한 이 사건 보증약정은 '예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 될 계약의 체결'에 해당하므로, 원고는 이 사건 보증약정을 체결하기 전에 관련 법령 및 이에 근거한 조합규약에 따라 당연히 피고의 총회의결이 있었는지 여부를 확인할 의무가 있었고 이를 해태하였으므로, 이 사건 보증약정은 주택법 시행령 제20조 제3항 및 주택법 시행규칙 제7조 제5항 제3호에 따라 원칙적으로 무효라고 보았음. 따라서 원심으로서 이 사건 보증약정 체결 당시 피고가 총회의결을 거쳤는지, 원고가 피고의 총회의결 존부를 확인하였는지 혹은 그러한 절차적 흠결에도 불구하고 원고에게 그 과실 등 책임을 지울 수 없는 특별한 사정이 존재하는지 여부 등을 면밀히 심리한 후 이 사건 보증약정의 효력을 판단하였어야 함에도 단순히 이 사건 보증약정을 유효로 보았는바, 이러한 원심의 판단에는 이 사건 보증약정의 효력에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 파기환송한 사례

2021다311111 청구이의 (아) 파기환송(일부)

[세무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효기간이 몇 년인지가 문제된 사건]

◇1. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효기간을 3년으로 정한 민법 제163조 제5호가 세무사의 직무에 관한 채권에 유추적용되는지 여부(소극), 2. 세무사가 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인에 해당하는지 여부(소극)◇

1. 민법은 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되면서 제163조를 두어 3년의 단기 소멸시효가 적용되는 채권을 규정하였고, 그중 제5호에서는 '변호사, 변리사, 공증인, 계리사 및 사법서사의 직무에 관한 채권'을 규정하였다. 그 후 민법이 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 개정되면서 계리사를 공인회계사로, 사법서사를 법무사로 법령에 맞게 용어를 바꾸었을

뿐 그 내용의 변경은 없었다. 한편 세무사 제도는 민법 제정 이후인 1961. 9. 9. 법률 제 712호로 세무사법이 제정되면서 마련되었다.

이러한 법령의 제·개정 경과 및 단기 소멸시효를 규정하고 있는 취지에다가 ‘직무에 관한 채권’은 직무의 내용이 아닌 직무를 수행하는 주체의 관점에서 보아야 하는 점, 민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 자격사 외의 다른 자격사의 직무에 관한 채권에도 단기 소멸시효 규정이 유추적용된다고 해석한다면 어떤 채권이 그 적용대상이 되는지 불명확하게 되어 법적 안정성을 해하게 되는 점 등을 종합적으로 고려하면, 민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 ‘변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권’에만 3년의 단기 소멸시효가 적용되고, 세무사와 같이 그들의 직무와 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제163조 제5호가 유추적용된다고 볼 수 없다.

2. 세무사제도를 확립하여 세무행정의 원활한 수행과 납세의무의 적정한 이행을 도모함을 목적으로 하는 세무사법은 다음과 같은 규정을 두고 있다. 세무사는 공공성을 지닌 세무전문가로서 납세자의 권익을 보고하고 납세의무를 성실하게 이행하는 데에 이바지하는 것을 사명으로 한다(제1조의2). 누구든지 세무사나 그 사무직원, 세무법인이나 그 사원·직원에게 세무대리를 소개·알선하고 그 대가를 받거나 요구하여서는 아니 된다(제2조의2). 세무사는 세무사 자격시험에 합격한 사람만이 세무사의 자격이 있다(제3조 제1호). 세무사는 세무대리를 시작하려면 세무사등록부에 등록하여야 한다(제6조 제1항). 세무사와 세무사였던 사람 또는 그 사무직원과 사무직원이었던 사람은 다른 법령에 특별한 규정이 없으면 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다(제11조). 세무사는 그 외에도 성실의무, 탈세 상담 등의 금지의무, 명의 대여 등의 금지의무, 금품 제공 등의 금지의무, 계쟁권리의 양수 금지의무, 공무원 겸임 또는 영리 업무 종사 금지의무를 부담한다(제12조, 제12조의2, 제12조의3, 제12조의4, 제15조, 제16조).

이와 같이 세무사의 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하고 있는 세무사법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 세무지식을 활용하여 직무를 수행하는 세무사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영업기반의 자유로운 확충을 통한 최대환의 효율적인 영리 추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다. 그리고 세무사의 직무와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여는 상인의 영업활동 및 그로 인해 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 세무사를 상법 제4조 또는 제5조 제1

항이 규정하는 상인이라고 볼 수 없고, 세무사의 직무에 관한 채권이 상사채권에 해당한다고 볼 수 없으므로, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다.

☞ 원고는 A에게 빌라 운영 관련 업무를 위임하였고, A는 세무사인 피고에게 해당 빌라에 관한 세금신고 업무를 위임하였음. 피고는 원고를 위하여 2015. 5. 31.부터 2017. 5. 26.까지 세금신고 업무를 수행한 후 2019. 12. 17. 원고에 대하여 수행한 세무대리 업무에 대한 용역비의 지급을 구하는 지급명령을 신청하였고, 피고의 청구를 인용하는 지급명령이 내려져 확정되었음. 원고는 위 지급명령 정본에 기한 강제집행 불허를 구하는 이 사건 청구이의의 소를 제기하였음

☞ 원심은, 원고와 피고 사이에 세무대리계약이 체결되어 원고가 피고에게 용역비 채무를 부담한다고 인정하면서도, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여 ‘변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권’의 소멸시효를 3년으로 정하고 있는 민법 제163조 제5호를 유추적용할 수 있으므로 피고의 용역비 채권 중 일부는 소멸시효가 완성되었다고 판단하여, 원고 일부 승소 판결을 선고함

☞ 이에 대하여 대법원은, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제163조 제5호를 유추적용할 수 없고 세무사를 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수 없으므로, 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다고 판단하여, 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기환송함

2022다211928 부인결정에 대한 이의의 소 (타) 파기환송(일부)

[영업양도행위가 부인된 경우 상대방이 반대급부로 지급한 금전상 이익이 현존이익으로서 공익채권에 해당하는지를 판단하는 기준·방법 등이 문제된 사건]

◇1. 채무자가 부인행위 상대방으로부터 취득한 반대급부가 금전상의 이득인 때, 반대급부에 의하여 생긴 이익의 현존 추정 여부(원칙적 적극), 2. 제1심판결에서 인정된 금전채권에 기한 동시이행 주장을 항소심이 상계(공제)주장으로 바꾸어 인정하면서 그 금전채권의 내용을 항소인에게 불리하게 변경하면 불이익변경금지원칙 위반인지 여부(적극), 3. 채무자 회사의 가액배상 청구권과 부인행위 상대방의 공익채권이 당연히 공제되는 관계인지 여부(소극)◇

1. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제108조 제3항에 의하면, 채무자의 행위가 부인된 경우 상대방은 채무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익의 전부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 공익채권자로서 현존이익의 반환을 청구할 수 있고(제2호), 채

무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익의 일부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 공익채권자로서 그 현존이익의 반환을 청구할 수 있으며, 회생채권자로서 반대급부와 현존이익과의 차액의 상환을 청구할 수 있다(제4호). 한편 부당이득으로 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는지 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로(대법원 1987. 8. 18. 선고 87다카768 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007다20440, 20457 판결 등 참조), 채무자가 부인행위 상대방으로부터 취득한 반대급부가 금전상의 이득인 때에는, 특별한 사정이 없는 한 반대급부에 의하여 생긴 이익이 현존하는 것으로 추정된다.

2. 항소심은 당사자의 불복신청 범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설령 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없고(대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카1503 판결), 당사자 일방만이 항소한 경우에 항소심으로서 제1심보다 항소인에게 불리한 판결을 할 수는 없다.

불이익하게 변경된 것인지 여부는 기판력의 범위를 기준으로 하나, 일방 당사자의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 판결의 경우 반대 당사자는 그 금전채권에 관한 이행을 제공하지 아니하고는 자신의 채권을 집행할 수 없으므로, 동시이행 주장을 한 당사자만 항소하였음에도 항소심이 제1심판결에서 인정된 금전채권에 기한 동시이행 주장을 공제 또는 상계 주장으로 바꾸어 인정하면서 그 금전채권의 내용을 항소인에게 불리하게 변경하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불이익변경금지 원칙에 반한다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다8197, 8203 판결 등 참조).

3. 채무자 회사의 가액배상청구권과 부인행위 상대방의 공익채권은 당연히 공제되는 관계가 아니라 서로 상계 가능한 관계일 뿐이다.

☞ 대법원은, 채무자가 부인청구 상대방인 원고로부터 이 사건 양도의 반대급부로 송금 받은 양도대금 25억 원은 금전상의 이득이므로 특별한 사정이 없는 한 반대급부에 의하여 생긴 이익이 현존하는 것으로 추정되고, 설령 채무자가 그 금전을 사용하여 기존 채권자 중 일부에게 편파변제를 하였더라도 그 편파변제가 다시 부인권의 대상이 될 뿐 이 사건 양도의 반대급부로 인한 이익이 현존하지 않는다고 볼 수 없다고 보았음. 한편, 이 사건에서 원고만 항소하였으므로 원심이 제1심 인정 금액보다 적은 공익채권을 인정하여 이를 공제한 가액배상금의 지급을 명하는 것은 특별한 사정이 없는 한 항소인인 원고에게 불이익하게 제1심판결을 변경하는 것이 되므로 허용될 수 없다고 보아, 원심을 파기

하였음

형 사

2020도12944 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법위반등 (타) 파기환송 [피고인이 2016년 음식점 영업장 면적을 변경하고도 변경신고를 하지 않은 채 영업을 계속한 행위가 식품위생법 제37조 제4항 위반죄에 해당하는지가 문제된 사안]

◇피고인의 부(父)가 1979년 일반음식점 영업허가를 받을 당시에는 영업장 면적이 허가 신청서 기재사항이 아니었고, 이후 신고제로 변경된 이후에도 신고사항이 아니었다가 2003년 시행령 개정으로 변경신고 사항이 된 경우, 2016년에 변경행위를 한 후 변경신고를 하지 않은 채 영업을 계속하면 처벌대상이 되는지 여부(적극)◇

식품위생법 제37조 제4항, 식품위생법 시행령 제25조 제1항 제8호, 제26조 제4호에 의하면, 신고대상인 일반음식점 영업을 하고자 하는 때와 해당 영업의 영업장 면적 등 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에는 이를 시장 등에게 신고하도록 규정하고, 식품위생법 제97조 제1호에서는 위와 같은 신고의무를 위반한 자를 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다. 이러한 신고의무 조항 및 처벌조항의 취지는 신고대상인 영업을 신고 없이 하거나 해당 영업의 영업장 면적 등 중요한 사항을 변경하였음에도 그에 관한 신고 없이 영업을 계속하는 경우 이를 처벌함으로써 그 신고를 강제하고 궁극적으로는 미신고 영업을 금지하려는 데 있다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도4869 판결 등 참조). 따라서 영업장의 면적을 변경하는 행위를 하였음에도 그 당시 법령인 식품위생법 제37조 제4항, 식품위생법 시행령 제26조 제4호에 따라 영업장 면적 변경신고를 하지 않은 채 영업을 계속한다면 처벌대상이 된다고 보아야 하고, 이는 영업장 면적을 변경신고 사항으로 명시한 구 식품위생법 시행령(2003. 4. 22. 대통령령 제17971호로 개정된 것)이 시행되기 이전에 일반음식점 영업신고가 된 경우에도 마찬가지이다.

☞ 피고인은 2016. 3. 25. 기존에 영업장으로 사용하던 건물을 철거하고 면적이 262.97㎡인 건물을 신축하는 방법으로 영업장의 면적을 변경하였으므로, 변경된 영업장에서 적법하게 영업을 하기 위해서는 그 당시 법령에 따라 영업장 면적 변경신고를 하여야 하고, 이는 영업장의 면적을 변경신고 사항으로 명시한 구 식품위생법 시행령(2003. 4. 22. 대통령령 제17971호로 개정된 것)이 시행되기 이전인 1979. 7. 25. 최초 영업허가를 받고 이후 변경된 시행령에 따라 신고한 것으로 간주된 경우에도 마찬가지라는 이유로, 이와 달리 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 식품위생법 제37조 제3항의 변경신고

의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 하여 파기환송 한 사례

2020도16897 모욕 (사) 파기환송

[피고인이 자신의 페이스북에 “철면피, 파렴치, 양두구육, 극우부패세력” 등의 표현이 포함된 글을 게시하여 피해자를 모욕하였다는 공소사실로 기소된 사안]

◇이 사건 표현이 모욕죄의 구성요건에 해당하는지, 위법성이 조각되는지 여부◇

어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 그 글이 객관적으로 타당성이 있는 사실을 전제로 하여 그 사실관계나 이를 둘러싼 문제에 관한 자신의 판단과 피해자의 태도 등이 합당한가에 대한 의견을 밝히고, 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 다소 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 참조). 그리고 인터넷 등 공간에서 작성된 단문의 글이라고 하더라도, 그 내용이 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고 표현도 지나치게 모욕적이거나 악의적이지 않다면 마찬가지로 위법성이 조각될 수 있다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결 참조).

이때 사회상규에 위배되는지 여부는 피고인과 피해자의 지위와 그 관계, 표현행위를 하게 된 동기, 경위나 배경, 표현의 전체적인 취지와 구체적인 표현방법, 모욕적인 표현의 맥락 그리고 전체적인 내용과의 연관성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

☞ 이 사건 표현이 모욕적 표현에 해당하여 구성요건이 인정된다고 한 원심의 판단은 정당하나, 피고인이 피해자의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 이 사건 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다고 볼 여지가 크다는 이유로, 이와 달리 위법성을 인정한 원심의 판단에는 모욕죄의 위법성 판단에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 하여 파기환송 한 사례

2022도3717 업무상배임 (아) 파기환송

[사단법인의 이사장이 사단법인의 A 금융기관 정기예금을 중도해지하고 B금융기관의 새로운 정기예금에 가입한 행위가, 정기예금 변경으로 인해 사단법인에게 종전 정기예금의 만기 이자 상실의 손해를 가한 것으로서 사단법인에 대한 업무상 배임죄에 해당한다고 기소된 사안]

◇업무상 배임죄의 성립을 위하여 ‘재산상 이익 취득’과 ‘재산상 손해 발생’ 사이에 대응

하는 관계 등 일정한 관련성이 요구되는지 여부(적극)◇

업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하고 그러한 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때 성립한다. 여기서 ‘재산상 이익 취득’과 ‘재산상 손해 발생’은 대등한 범죄성립요건이고, 이는 서로 대응하여 병렬적으로 규정되어 있다(형법 제356조, 제355조 제2항). 따라서 임무위배행위로 인하여 여러 재산상 이익과 손해가 발생하더라도 재산상 이익과 손해 사이에 서로 대응하는 관계에 있는 등 일정한 관련성이 인정되어야 업무상배임죄가 성립한다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2016도3452 판결 참조).

☞ 군위군수이자 사단법인 군위군교육발전위원회(이하 ‘이 사건 위원회’) 이사장인 피고인이, 군위축협 조합원들이 군위군에서 추진하던 신공항 사업을 반대한다는 이유 등으로 이 사건 위원회 명의로 군위축협에 예치된 20억 원 상당의 정기예금을 중도해지하고 그 돈을 군위농협에 재예치함으로써, 군위농협에 ‘20억 원의 자금을 운용할 수 있는 재산상 이익’을 취득하게 하고 이 사건 위원회에 ‘정기예금 중도해지로 인해 만기 이자 일부를 지급받지 못하게 된 재산상 손해’를 가하였다는 업무상 배임의 공소사실로 기소된 사안임

☞ 대법원은, 위 공소사실에 기재된 군위농협의 재산상 이익과 이 사건 위원회의 재산상 손해 사이에 대응관계 등의 관련성이 인정된다고 볼 수 없고, 군위농협이 이 사건 위원회에 통상적인 이율보다 지나치게 낮은 정기예금 이자를 지급하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 군위농협이 취득한 자금운용의 기회가 곧바로 피고인의 임무위배행위로 인하여 취득한 재산상 이익에 해당한다고 단정하기 어려운데 기록상 그러한 특별한 사정을 인정할 증거를 찾을 수 없다는 이유를 들어, 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결을 파기환송함

2022도3801 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입강제추행) (마) 파기환송

[피고인이 아파트의 1층 공동현관 내 계단과 엘리베이터 앞 및 상가 1층 엘리베이터 앞까지 피해자들을 뒤따라 들어가 피해자들을 각 강제추행한 사안]

◇1. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(주거침입강제추행)죄에서 주거침입·건조물침입의 판단기준, 2. 피고인이 야간에 공동주택의 공용 부분과 일반인의 출입이 허용되는 상가의 공용 부분에 피해자를 강제추행할 목적으로 들어간 경우 「성폭력범죄의 처

별 등에 관한 특례법」 위반(주거침입강제추행)죄가 성립하는지 여부◇

성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄 내지 건조물침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄의 결합범이므로(대법원 2012. 3. 15. 선고 2012도 914 판결 등 참조) 위 죄가 성립하려면 형법 제319조가 정한 주거침입죄 내지 건조물침입죄에 해당하여야 한다.

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결, 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조). 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양인지에 따라 판단하여야 한다(위 대법원 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조).

다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트와 같은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분도 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있으므로 주거침입죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당한다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4335 판결 등 참조).

거주자가 아닌 외부인이 공동주택의 공용 부분에 출입한 것이 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 공용 부분이 일반 공중에 출입이 허용된 공간이 아니고 주거로 사용되는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 거주자들 또는 관리자에 의하여 외부인의 출입에 대한 통제·관리가 예정되어 있어 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분인지, 공동주택의 거주자들이나 관리자가 평소 외부인이 그곳에 출입하는 것을 통제·관리하였는지 등의 사정과 외부인의 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려하여 ‘주거의 사실상 평온상태가 침해되었는지’의 관점에서 객관적·외형적으로 판단하여야 한다. 따라서 아파트 등 공동주택의 공동현관에 출입하는 경우에도, 그것이 주거로 사용하는 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자와 관리자에게만 부여

된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음은 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우와 같이, 출입 목적 및 경위, 출입의 태양과 출입한 시간 등을 종합적으로 고려할 때 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 볼 수 있는 경우라면 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당할 것이다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도15507 판결 등 참조).

일반인의 출입이 허용된 상가 등 영업장소에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 영업장소에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 영업장소에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다(위 대법원 2017도18272 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 피고인이 피해자들을 강제추행할 목적으로 야간에 피해자들을 뒤따라 아파트의 공동현관 내 계단과 엘리베이터 앞까지, 그리고 일반인의 출입이 허용되는 상가 1층의 공용부분 내 엘리베이터 앞까지 들어가 피해자들을 강제추행하여 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄로 기소된 사안

☞ 원심은, 일반인의 출입이 허용된 건조물이라고 하더라도 관리자의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 그곳에 들어간 것이라면 건조물침입죄가 성립하는 것이므로, 일반인의 출입이 허용된 건조물에 강제추행 등 범죄의 목적으로 들어간 경우에는 건조물침입죄가 성립된다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도7079 판결 등 참조)는 전제에서 본죄의 성립을 인정하였음

☞ 대법원은 아파트의 공동현관 내 계단과 엘리베이터 앞 부분까지 들어간 부분에 대해서는 판시 법리에 따라 아파트에 대한 거주자들이나 관리자의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 침입한 것으로 볼 수 있다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판단은 정당하다고 판단하였음. 그러나 상가 1층의 공용부분 내 엘리베이터 앞 부분까지 들어간 부분에 대해서는 판시 법리에 따라 이 사건 상가 건물의 용도와 성질, 출입문 상태 및 피해자와 피고인의 출입 당시 모습 등 여러 사정을 종합하여 보더라도

그것이 범죄 등을 목적으로 한 출입으로서 침입에 해당한다는 점에 대한 증거가 충분하다고 볼 수 없다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판단에 성폭력처벌법위반(주거침입강제추행)죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다고 판단하였음

☞ 범죄 등을 목적으로 한 출입이라는 사정이 인정되는 경우에도 그 출입행위가 주거 등 침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하려면, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거 등의 사실상의 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 하고, 이때 거주자의 의사도 고려되지만 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태 등 출입 당시 상황에 따라 그 정도는 달리 평가하여야 한다고 판시한 대법원 2017도18272 전원합의체 판결의 법리에 따른 것임

특 별

2017두41313 법인세부과처분취소 (사) 상고기각

[회사의 분할·합병이 조세회피행위라는 이유로 거래를 재구성하여 한 법인세부과처분의 취소를 구한 사건]

◇구 국세기본법 제14조 제3항에 의하여 당사자가 거친 여러 단계의 거래 등 법적 형식이나 법률관계를 재구성하여, 연속된 하나의 거래 등을 한 것으로 보고 세법 등을 적용하기 위한 요건 및 판단 기준◇

구 국세기본법(2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것) 제14조 제3항을 적용하여 거래 등의 실질에 따라 과세하기 위해서는 납세의무자가 선택한 행위 또는 거래의 형식이나 과정이 처음부터 조세회피의 목적을 이루기 위한 수단에 불과하여 그 실질이 직접 거래를 하거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것과 동일하게 평가될 수 있어야 한다. 그리고 이는 당사자가 그와 같은 형식을 취한 목적, 제3자를 개입시키거나 단계별 과정을 거친 경위, 그와 같은 방식을 취한 데에 조세부담의 경감 외에 사업상의 필요 등 다른 합리적 이유가 있는지 여부, 각각의 행위 또는 거래 사이의 시간적 간격 및 그와 같은 형식을 취한 데 따른 손실과 위험부담의 가능성 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

☞ 분할전 법인이 회사의 분할·합병을 통해 부동산의 장부가액을 높이는 등의 방법으로

부동산의 양도에 따른 법인세를 부당하게 회피하였다는 이유로, 피고가 분할전 법인이 부동산을 양도한 것으로 거래를 재구성하여 분할·합병 후 법인인 원고에게 법인세 부과처분을 하자, 원고가 위 처분의 취소를 구한 사안임

☞ 분할·합병이 부동산의 양도에 따른 법인세를 줄이기 위해 이루어졌고 달리 사업상의 필요 등 합리적인 이유가 없다는 이유로, 구 국세기본법 제14조 제3항의 실질과세원칙에 근거한 법인세 부과처분이 적법하다고 판단한 사례임

2019두58773 하수도원인자부담금부과처분취소 (타) 상고기각

[하수도원인자부담금 부과처분의 취소를 구하는 사건]

◇구 하수도법(2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것) 제61조 제2항에 따라 사업시행자에게 부담시킬 수 있는 ‘공공하수도의 신설·증설 등을 수반하는 개발행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용’에 하수처리장 상부에 조성된 인라인스케이트장, 축구장 등 주민친화시설 설치비용이 포함되는지 여부(소극)◇

구 하수도법(2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘하수도법’이라 한다) 제61조 제2항에 따라 사업시행자에게 부담시킬 수 있는 ‘공공하수도의 신설·증설 등을 수반하는 개발행위(이하 ‘타행위’라 한다)로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용’에 하수처리장 상부에 조성된 인라인스케이트장, 축구장 등의 운동시설(이하 ‘주민친화시설’이라 한다) 설치비용은 포함되지 않는다고 해석된다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 하수도법 제2조는 ‘하수도’란 하수와 분뇨를 유출 또는 처리하기 위하여 설치되는 하수관로·공공하수처리시설·간이공공하수처리시설·하수저류시설·분뇨처리시설·배수설비·개인하수처리시설 그 밖의 공작물·시설의 총체를 말한다고 규정하고(제3호), ‘공공하수도’란 지방자치단체가 설치 또는 관리하는 하수도를 말한다(다만, 개인하수도를 제외한다)고 규정하며(제4호), ‘공공하수처리시설’이란 하수를 처리하여 하천·바다 그 밖의 공유수면에 방류하기 위하여 지방자치단체가 설치 또는 관리하는 처리시설과 이를 보완하는 시설을 말한다고 규정하고 있다(제9호). 또한 구 「김포시 하수도 사용 조례」(2019. 6. 26. 경기도김포시조례 제1610호로 개정되기 전의 것)는 ‘공공하수처리시설 총 사업비’에 관하여 ‘부지매입비, 설계비, 감리비, 시공비 등 총 소요된 금액으로 한다’고 규정하고 있다. 그런데 주민친화시설은 하수와 분뇨의 유출·처리 등 공공하수도의 본래 기능과 무관하게 공공하수처리시설 등에 관한 부정적 이미지를 개선하고 주민들의 편익을 증진시키기 위하여 설치되는 것으로, 공공하수도 또는 공공하수처리시설과 개념상 명확히 구분

된다. 따라서 하수도법상 공공하수도 또는 공공하수처리시설에 주민친화시설이 포함된다 고 보는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다.

2) 하수도법 제61조 제2항이 규정한 원인자부담금 제도의 취지는 타행위로 인하여 발생할 것이 예상되는 하수 등의 유출, 처리에 필요한 공공하수도의 설치 등에 소요되는 비용에 대하여는 그 원인을 조성한 자로 하여금 이를 부담하게 하려는 데에 있다. 그런데 주민친화시설은 타행위로 인하여 발생할 것이 예상되는 하수 등의 유출, 처리와는 관련이 없고, 타행위자가 공공하수도의 설치 등에 대한 원인을 조성한 데에서 더 나아가 주민친화시설의 설치에 대한 원인까지 제공한 것이라고 보기는 어렵다. 그러므로 타행위자에게 주민친화시설 설치비용을 부담시키는 것은 하수도법 제61조 제2항의 원인자부담금 제도의 취지에도 부합하지 않는다.

3) 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하고, 국가나 지방자치단체의 일반적 과제를 수행하는 데 부담금의 형식을 남용해서는 안 된다(헌법재판소 2007. 12. 27. 선고 2006헌바25 결정 참조). 하수도법은 국가와 지방자치단체에 대하여 하수 및 분뇨를 적정하게 처리할 수 있도록 공공하수도를 설치·관리하는 등 필요한 조치를 취할 책무를 부담시키고 있는 점, 하수도법 제61조 제2항에 따른 원인자부담금은 실질적으로 부담금의 성격을 가지고 있는 점 등을 고려하면, 명문의 근거 없이 타행위자가 부담하여야 할 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용의 범위를 확대하는 것은 바람직하지 않다.

☞ 피고가 택지개발사업 사업시행자인 원고에게 부과할 원인자부담금을 산정함에 있어, 원고의 사업으로 인하여 필요하게 된 공공하수도 공사에 소요되는 비용에 하수처리장 상부에 조성된 인라인스케이팅장, 축구장 등의 주민친화시설 설치비용을 포함시킨 후, 그를 기초로 하수도원인자부담금 부과처분을 한 사안에서, 하수도법 제2조의 문언, 하수도법 제61조 제2항의 원인자부담금 제도의 취지 등에 비추어 볼 때 하수도법 제61조 제2항에 따라 타행위자가 부담하여야 할 공공하수도에 관한 공사에 소요되는 비용에 주민친화시설 설치비용이 포함되지 않는다고 판단하여 상고기각한 사안임

2020두35219 시정명령 등 취소청구의 소 (사) 상고기각

[기능성 원단 판매자인 원고들이 국내 아웃도어 완제품 제조·판매업체에게 ‘대형마트에서의 해당 원단 소재 완제품의 판매 제한’을 요구한 행위가 구속조건부 거래행위 중 ‘거래상대방 제한행위’에 해당한다는 이유로 시정명령 등을 하자 그 취소를 구한 사안]

◇구속조건부 거래 중 ‘거래지역 또는 거래상대방 제한행위’의 의미 및 판단기준◇

구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제23조 제1항 제5호, 제2항, 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」(2014. 2. 11. 대통령령 제25173호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 [별표 1의2] 제7호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정한 구속조건부 거래 중 거래지역 또는 거래상대방의 제한은 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위로서 ‘공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위’를 말한다. 여기에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부는 해당 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등 구체적 태양과 거래의 형태, 상품 또는 용역의 특성, 시장 상황, 사업자 및 거래상대방의 시장에서의 지위, 제한의 내용과 정도, 경쟁에 미치는 영향, 공정거래법상 위법한 목적 달성을 위한 다른 행위와 함께 또는 그 수단으로 사용되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2017. 6. 19. 선고 2013두17435 판결 등 참조).

☞ 대법원은, 기능성 원단 판매자인 원고들이 국내 아웃도어 제품 제조·판매업체에게 해당 원단 소재 완제품을 대형마트에서 판매하지 못하도록 한 행위에 대하여, 그 주된 의도와 목적이 단지 해당 원단 또는 해당 원단 소재 완제품의 가격을 높게 유지하기 위해 서라기보다 고급 브랜드 가치를 유지하기 위함으로 보이는 점, 이를 위하여 대형마트에서 해당 원단 소재 완제품의 판매를 제한할 필요성 및 그 제한 범위의 합리성이 인정되는 점, 위 행위가 브랜드 내 유통채널 간 경쟁을 제한하는 효과는 미미하였던 반면 원고들의 고급 브랜드 전략은 브랜드 간 경쟁을 촉진시키고 소비자 후생을 증대시키는 효과를 가져올 수 있는 것으로 보이는 점 등의 이유로, 위 행위가 ‘공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위’에 해당하지 않는다고 본 원심의 결론을 수긍하였음

2022두35671 임시이사 선임처분 취소 청구의 소 (나) 파기환송

[사립학교법 제25조 제1항 제1호에 따른 임시이사 선임처분에 대하여, 퇴임 이사들에게 긴급처리권이 있으므로 임시이사 선임사유가 존재하지 않는다고 다투는 사안]

◇퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정되는 경우, 사립학교법 제25조 제1항 제1호의 임시이사 선임사유의 존재가 부정되는지 여부(소극)◇

가. 사립학교법 제25조 제1항 제1호는 학교법인이 이사의 결원을 보충하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우 관할청이 임시이사를 선임하도록 규정하고 있다. 한편, 학교법인의 이사 임기가 만료되었다고 하더라도, 적법한 후임이사의 선

임이 없어 임기가 만료되지 아니한 다른 이사만으로는 정상적인 학교법인의 활동을 할 수 없는 경우, 임기가 만료된 구 이사로 하여금 학교법인의 업무를 수행하게 함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 민법 제691조를 유추하여 구 이사에게 후임 이사가 선임될 때까지 종전의 직무를 계속하여 수행할 긴급처리권이 인정되고, 긴급처리권에는 후임 이사 선임에 관여할 권한도 포함된다(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결, 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021두39362 판결 등 참조).

나. 퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정되는 경우라도, 사립학교법 제25조 제1항 제1호에 정한 임시이사 선임사유의 존재가 반드시 부정되는 것은 아니다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 앞서 본 사립학교법 제25조 제1항 제1호의 문언은 이사의 결원을 보충하지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단될 것을 요건으로 하고 있을 뿐, 종전 이사의 긴급처리권 유무에 따라 임시이사 선임 여부를 달리해야 한다고 정하고 있지 않다.

2) 위 조항이 정한 임시이사 선임 제도는 이사의 결원으로 이사회의 의사결정 기능에 장애가 생겨 학교법인의 목적을 달성할 수 없거나 손해가 생길 염려가 있는 경우, 관할청이 임시이사를 선임하게 하여 그가 임시의 위기관리자로서 학교법인 운영을 담당하게 하는 데에 그 취지가 있다. 퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정된다고 하더라도, 이사회의 의사결정 기능이 유지되지 않고 조속히 회복되기를 기대하기도 어려운 사정이 있어 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우에는 관할청이 사립학교법 제25조 제1항 제1호에 따라 임시이사를 선임할 수 있다고 보는 것이 제도의 취지에도 합치된다.

3) 학교법인은 민법상 재단법인으로서 사적 자치의 자유와 함께 헌법상 기본권인 사립학교 운영의 자유를 가지고 있으므로 국가가 사립학교법에 따라 학교법인의 운영에 개입 함에는 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 따라서 이사의 결원이 생겨서 남은 이사들만으로는 학교법인의 사무를 처리할 수 없는 경우라 하더라도, 퇴임한 종전 이사의 긴급처리권을 통하여 학교법인 스스로 이사회 기능을 유지·회복할 수 있다면, 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우라고 할 수 없으므로 임시이사 선임사유가 존재한다고 보기 어렵다. 그러나 법적·규범적 측면에서 퇴임한 종전 이사에게 긴급처리권이 인정된다고 할지라도, 실제로는 그 긴급처리권이 원활하게 작동하지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우라면, 사립학교법 제25조 제1항 제1호의 임시이사 선임사유의 존재가 인정될 수 있다.

이와 같이 퇴임한 종전 이사의 긴급처리권 유무에 따라 바로 임시이사 선임사유의 존부가 결정되는 것이라 할 수 없고, 종전 이사의 긴급처리권 유무는 임시이사 선임사유가

존재하는지 판단하는 데에 고려하여야 하는 하나의 요소라고 보아야 한다.

☞ 퇴임한 종전 이사의 긴급처리권 유무는 사립학교법 제25조 제1항 제1호 임시이사 선임사유의 존부 판단에 고려되어야 하는 하나의 요소에 불과하므로 원심으로서 퇴임한 종전 이사들의 긴급처리권이 법적·규범적 관점에서 인정될 가능성이 있더라도 그 긴급처리권이 실제로는 원활하게 작동하고 있지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 볼 만한 사정이 있는지에 관하여 따져 보아 임시이사 선임사유의 존부를 가렸어야 한다고 보아, '퇴임한 종전 이사들에게 긴급처리권이 인정될 가능성이 있음에도 피고가 이를 제대로 고려하지 않았다는 이유만으로 임시이사 선임처분이 위법하다고 판단'한 원심에 사립학교법 제25조 제1항 제1호의 임시사유 선임사유에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 판단한 사안임