



판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2025년 1월 15일

제698호

민사

1 2024. 11. 21. 선고 2021다255853 전원합의체 판결 [손해배상(자)] 113

타인의 불법행위로 인한 직무상 재해로 사망한 교직원의 상속인들이 망인의 일실 퇴직연금 또는 퇴직연금일시금 상당의 손해배상채권을 상속하는 한편 상속인들 중 일부 혹은 상속인이 아닌 사람이 사립학교교직원연금공단으로부터 직무상 유족연금을 지급받는 경우, 일실 퇴직연금 또는 퇴직연금일시금 상당의 손해배상채권이 상속인들에게 상속된 후 수급권자인 상속인으로부터만 직무상 유족연금을 공제하여야 하는지 여부(적극) / 이러한 법리는 공무원연금법상 일실 퇴직연금 또는 퇴직연금일시금 상당의 손해배상채권에서 유족연금 등의 공제 순서와 그 인적 범위에 관하여도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

(가) 사립학교교직원 연금법(이하 ‘사학연금법’이라 한다), 공무원연금법, 공무원 재해보상법과 관련한 퇴직연금 또는 퇴직연금일시금(이하 편의상 ‘퇴직연금’이라고만 한다) 및 직무상 유족연금 등의 법적 성질과 형평의 이념, 직무상 유족연금 수급권자의 법적 지위와 수급권의 법적 성질, 사회보장법률의 목적과 취지 등을 종합하면 다음과 같이 결론지을 수 있다. 즉, 퇴직연금을 받을 수 있었던 사람이 타인의 불법행위로 인한 직무상 재해로 사망함에 따라 발생하는 망인의 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권은 상속인들에게 각자의 상속분 비율에 따라 공동상속된다. 그 후 수급권자가 지급받는 직무상 유족연금은 그 수급권자가 상속한 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권을 한도로 하여 그 손해배상채권에서만 공제된다. 이와 달리 망인의 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권 전체에서 직무상 유족연금을 먼저 공제한 후 그 나머지 손해배상채권이 상속인들에게 각자의 상속분 비율에 따라 공동상속된다고 볼 것은 아니다. 상세한 이유는 다음과 같다.

① 직무상 유족연금은 재해보상·손실전보로서의 성격을 가지는 동시에 퇴직유

족연금 및 퇴직연금과 동일하게 수급권자의 생활안정과 복지향상을 도모하기 위한 목적과 성격을 아울러 가지는 급부이다. 이러한 직무상유족연금의 수급권자가 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권까지 상속하게 된다면 같은 목적의 급부를 이중으로 지급받게 된다. 따라서 수급권자가 지급받는 직무상유족연금은 수급권자가 상속한 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권에서 공제하는 것이 형평의 이념에 부합한다. 직무상유족연금은 사망 이후 비로소 지급되는 것이므로, 망인의 사망과 동시에 발생하는 손해배상채권의 상속 이후에 공제가 이루어진다고 보는 것이 시간적, 논리적으로도 타당하다.

그러나 수급권자가 아닌 상속인들은 직무상유족연금을 지급받지 않으므로, 상속받은 일실 퇴직연금 상당의 손해배상액을 지급받더라도 같은 목적의 급부를 이중으로 지급받는다고 볼 수 없다. 수급권자가 아닌 상속인들은 직무상유족연금 지급으로 인한 사실상 이익을 누릴 수는 있으나 법률상 급부 이익을 받는다고 할 수는 없으므로, 수급권자가 아닌 상속인들이 상속한 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권에서 직무상유족연금을 공제할 것은 아니다.

② 사학연금법 제2조 제1항 제2호 각 목, 제2항, 제3항, 제36조, 제37조에 의하면, 직무상유족연금은 유족의 경제적 생활안정과 복지향상에 이바지할 목적으로 지급되는 것으로, 수급권자가 된 유족은 상속인으로서가 아니라 직접 자기의 고유의 권리로서 직무상유족연금의 수급권을 취득하므로 그 수급권은 사망한 교직원의 상속재산에 포함되지 아니한다.

따라서 교직원이 타인의 불법행위로 인한 직무상 재해로 사망함에 따라 그 상속인들이 망인의 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권을 상속하는 한편 사학연금법 소정의 수급권자가 사립학교교직원연금공단으로부터 직무상유족연금을 지급받게 되는 경우, 수급권자가 아닌 상속인들이 상속한 망인의 손해배상채권과 유족연금 수급권은 귀속주체가 서로 상이하여 상호보완적 관계를 인정할 수 없다. 직무상유족연금의 지급으로 당해 수급권자가 상속한 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권에 대한 전보가 이루어진 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 이를 넘어서서 다른 상속인들이 상속한 손해배상채권에 대해서까지 전보가 이루어졌다고 볼 수는 없다. 오히려 직무상유족연금 수급권자가 아닌 상속인들이 상속한 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권에서 해당 유족연금을 공제한다면, 그 상속인들은 실제로 손해회복이 되지 않았음에도 손해배상채권의 전부 또는 일부를 박탈당한다. 이는 수급권자가 아닌 상속인들의 상속받을 권리를 침해한다.

③ 직무상유족연금이 수급권자가 상속하는 망인의 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권 상속분을 초과하여 실질적으로 손해배상과 아울러 해당 유족연금 일부

를 중첩하여 받는 결과가 되더라도, 그 중첩 부분은 유족에 대한 생활보장적 급부로 제공되는 것이므로 이를 망인의 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권 전체에서 모두 공제하지 않더라도 부당하다고 볼 수 없다. 직무상유족연금은 재해보상·손실전보로서의 성격과 함께 수급권자의 생활안정과 복지향상을 도모하기 위한 목적을 가지므로, 직무상유족연금의 지급을 곧바로 망인에 대한 위 손해배상채권의 변제와 동일시할 수는 없다.

나아가 사회보장법률이 수급권자의 생활보장 기능을 더욱 확대하는 방향으로 변천되어 온 점을 고려할 필요가 있다. ‘공제 후 상속’ 방식과 같이 손실전보의 중복성을 강조하여 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권에서 유족연금의 공제 범위를 넓게 인정한다면, 사회보장제도를 유지하는 재원으로 가해자의 책임을 면제시키는 결과에 이를 수 있고 수급권자의 생활안정과 복지향상을 위한 사회보장법률의 목적과 취지가 몰각될 수 있다.

(나) 사학연금법은 급여의 종류, 급여의 사유, 급여액 및 급여의 제한 등에 관한 사항에 대하여 공무원연금법과 공무원 재해보상법의 해당 규정을 그대로 준용하는 체계를 갖고 있으므로, 그에 대하여 공무원연금법 등과 해석을 달리하기 어렵다. 대법원으로서의 근본적·최종적으로 적용되는 준용대상 규정의 해석·적용에 대한 견해를 밝히는 것이 법질서의 정합성에도 부합한다. 따라서 사학연금법이 준용하는 공무원연금법상 일실 퇴직연금 상당의 손해배상채권 전체에서 유족연금 등을 공제한 나머지가 민법이 규정한 바에 따라 공동상속된다는 취지로 판단한 종래의 대법원판결들은 이 판결의 견해와 배치되는 범위에서 변경하기로 한다.

2 2024. 11. 28. 선고 2021다308030 판결 [마일리지지급] 120

[1] 약관 조항이 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 ‘신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항’이라는 이유로 무효라고 보기 위한 요건 및 이를 판단하는 기준

[2] 甲 항공사 등이 마일리지에 약 10년의 유효기간을 도입하는 내용으로 약관을 개정하자, 마일리지 보유자인 乙 등이 甲 항공사 등을 상대로 위 약관이 고객에게 부당하게 불리한 조항으로서 공정성을 잃어 무효라고 주장하면서 소멸된 마일리지의 지급을 구한 사안에서, 위 약관이 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제2항 제1호의 ‘고객에게 부당하게 불리한 조항’이라거나 위 법 제6조 제1항의 ‘신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 조항’이라고 보기는 어렵다고 한 원심판단이 정당하다고 한 사례

[1] 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부

당하게 불리한 조항으로서 ‘신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항’이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 그 약관 조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 약관 작성자가 거래상의 지위를 남용하여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. 그리고 이와 같이 약관 조항의 무효 사유에 해당하는 ‘고객에게 부당하게 불리한 조항’인지는 관계 법령이나 거래관행 등에 비추어 해당 약관 조항이 고객에게 어떠한 불이익을 발생시키는지, 고객이 사업자와 개별적으로 합의하였다도 동일한 내용이 포함되었으리라고 할 수 있는지, 고객의 불이익을 정당화할 만한 사업주의 정당한 이익이나 합리적 사유가 있는지, 사업자가 고객의 불이익을 상쇄하거나 최소화할 만한 합리적인 조치를 두어 고객의 이익도 충분히 배려하였는지 등을 다른 약관 조항 등 계약 전체의 내용, 계약을 통해 추구하고자 한 이익의 내용과 그 사이의 균형, 거래관계의 실질적인 사정, 사업의 특성 등에 비추어 심사할 필요가 있다.

- [2] 甲 항공사 등이 마일리지에 약 10년의 유효기간을 도입하는 내용으로 약관을 개정하자, 마일리지 보유자인 乙 등이 甲 항공사 등을 상대로 위 약관이 고객에게 부당하게 불리한 조항으로서 공정성을 잃어 무효라고 주장하면서 소멸된 마일리지의 지급을 구한 사안에서, 고객이 취득한 항공마일리지는 재화나 서비스를 교환하는 수단으로 사용되고, 사업자는 마일리지의 판매, 소진 과정에서 이윤을 창출하므로, 항공마일리지가 재산적 가치가 있음은 부인하기 어려우나, 마일리지 제도의 구체적인 내용이나 마일리지의 가치는 약관을 통해 약정된 범위 내에서 인정되는 것이고, 사업자는 사적 자치의 한계를 벗어나지 않는 한 원칙적으로 마일리지 제도의 유지 여부, 마일리지 취득조건, 마일리지의 교환대상이 되는 재화나 서비스, 유효기간 등에 관한 계약내용 형성의 자유를 가지는 특성에 따라 마일리지는 전형적인 채권으로 포섭되기 어려운 특수한 유형의 재산권으로, 항공마일리지 제도에 민·상법상 채권의 소멸시효 규정이 당연히 적용되어야 하는 것은 아니지만, 그 제도의 유사성에 비추어 민·상법 규정상 채권에 부여하는 보호의 수준은 약관상 제도가 고객에게 부당하게 불리하게 설계되어 있는지를 판단하는 일종의 기준이 될 수 있는 점에 비추어, 위 약관은 상인인 甲 항공사 등이 부담하는 채무에 관한 것임에도 상사시효가 아닌 민사상 소멸시효에 준하는 10년의 유효기간을 정하고 있어 전체적으로 보아 위 약관이 민·상법의 채권의 소멸시효 규정을

적용하였을 때보다 고객들을 현저히 불리한 지위에 두었다고 단정할 수 없고, 본래 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있음을 고려하면 더욱 그러하며, 마일리지와 유사하게 상용고객 우대제도의 일종으로 부여되는 신용카드나 기타 각종 멤버십 포인트, 또는 전자형·모바일·온라인 상품권 등의 경우 통상 5년 내지 그보다 단기의 유효기간 제도를 두고 있고, 항공마일리지 제도를 두면서 유효기간 제도를 둔 외국 항공사들의 경우 대부분 유효기간을 4년 이내의 단기로 정하고 있으며, 위 제도 관련 약관들은 통상 포인트나 마일리지 적립 시부터 곧바로 유효기간이 진행된다고 정하고 있을 뿐 특정 서비스 이용이 가능한 정도로 축적되기를 기다려 비로소 유효기간이 진행된다는 약관은 찾아보기 어려운데, 외국 항공사들 중 일부는 마일리지 일부라도 추가 적립되거나 소비되면 유효기간 진행이 중단되고 다시 진행된다는 정책을 두고 있기는 하나, 해당 항공사들은 대부분 유효기간을 3년 이내의 단기로 정하고 있는 점 등을 감안하면, 위 약관이 기산일을 정한 부분이나 중단사유를 두지 않은 것이 거래관행에 비추어 현저히 불리하거나 이례적이어서 예견가능성이 없다거나, 甲 항공사 등이 고객들과 개별적으로 협상하였다면 포함되지 않았을 제도라고 단정하기는 어렵고, 甲 항공사 등이 마일리지 및 마일리지의 유효기간 제도를 통해 얻는 이익에 상응하는 만큼 고객들의 이익이 충분히 보장되었다고 보기에는 미흡한 정황이 보이기도 하나, 제출된 주장 및 증명만으로는 그 이익의 불균형이 사적 자치의 한계를 일탈하여 약관 조항을 무효로 볼 정도에 이르렀다고 인정하기에 부족하므로, 위 약관이 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제2항 제1호의 ‘고객에게 부당하게 불리한 조항’이라거나 위법 제6조 제1항의 ‘신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 조항’이라고 보기는 어렵다고 한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

3 2024. 11. 28. 선고 2022다238633 판결 (보험금) 126

- [1] 하나의 보험회사에 대하여 피보험자가 동일한 여러 개의 보험계약이 체결되어 있는 경우, 여러 개의 보험계약에 관하여 보험계약자 또는 피보험자가 위험변경증가 통지의무를 이행하였는지 판단하는 기준 및 이는 피보험자의 직업이나 직무에 따라 적용해야 할 보험요율에 차이가 있는 상해보험계약 약관에서 피보험자가 보험계약 체결 후 직업 또는 직무를 변경하는 경우 보험계약자나 피보험자가 보험자에게 그 사실을 알리도록 규정하고 있는 때에도 마찬가지로 여부(적극)
- [2] 甲이 乙 보험회사와 피보험자를 丙, 피보험자의 직업을 일반 경찰관으로 하

는 상해보험계약을 체결한 상태에서 丙이 보험요율에 차이가 있는 화물차 운전기사로 직업을 변경하였고, 이후 甲이 乙 회사와 피보험자를 丙으로 하는 운전자 보험계약을 체결하면서 신규 발급된 운전자 보험증권에 丙의 직업이 일반 경찰관으로 기재되어 있음을 확인하자 운전자 보험계약 체결 관련 업무를 담당하는 보험설계사에게 丙의 직업 변경 사실을 통지하였는데, 그 후 丙이 교통사고로 상해를 입게 되어 甲이 乙 회사를 상대로 상해보험계약에 따른 보험금을 청구하자, 乙 회사가 보험약관에서 정한 계약 후 알릴 의무 위반을 이유로 보험금을 감액하여 지급한다고 통지한 사안에서, 甲이 보험설계사에게 丙의 직업 변경을 통지할 무렵 상해보험계약에 관하여도 乙 회사에 상법 제652조 또는 상해보험약관에서 정한 ‘위험의 변경 또는 증가’와 관련한 통지의무를 이행하였다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

- [1] 보험기간 중에 보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 안 때에는 지체 없이 보험자에게 통지하여야 하고, 보험자가 위 위험변경증가의 통지를 받은 때에는 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다(상법 제652조). 이때 하나의 보험회사에 대하여 피보험자가 동일한 여러 개의 보험계약이 체결되어 있는 경우 여러 개의 보험계약에 관하여 보험계약자 또는 피보험자가 위험변경증가 통지의무를 이행하였는지 여부는 보험회사와 사이에 체결된 보험계약의 내역, 보험계약자 또는 피보험자가 보험회사에 알린 내용과 알리게 된 경위, 이후 보험회사의 처리경과 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 이러한 법리는 피보험자의 직업이나 직무에 따라 적용해야 할 보험요율에 차이가 있는 상해보험계약 약관에서 피보험자가 보험계약 체결 후 직업 또는 직무를 변경하는 경우 보험계약자나 피보험자가 보험자에게 그 사실을 알리도록 규정하고 있는 때에도 마찬가지이다.
- [2] 甲이 乙 보험회사와 피보험자를 丙, 피보험자의 직업을 일반 경찰관으로 하는 상해보험계약을 체결한 상태에서 丙이 보험요율에 차이가 있는 화물차 운전기사로 직업을 변경하였고, 이후 甲이 乙 회사와 피보험자를 丙으로 하는 운전자 보험계약을 체결하면서 신규 발급된 운전자 보험증권에 丙의 직업이 일반 경찰관으로 기재되어 있음을 확인하자 운전자 보험계약 체결 관련 업무를 담당하는 보험설계사에게 丙의 직업 변경 사실을 통지하였는데, 그 후 丙이 교통사고로 상해를 입게 되어 甲이 乙 회사를 상대로 상해보험계약에 따른 보험금을 청구하자, 乙 회사가 보험약관에서 정한 계약 후 알릴 의무 위

반을 이유로 보험금을 감액하여 지급한다고 통지한 사안에서, ① 甲은 보험설계사에게 직업 변경 사실을 통지하면서 운전자 보험계약 외에 피보험자에 대한 정보를 공유하는 상해보험계약에 관하여도 乙 회사에 대한 통지가 이루어진다고 믿었을 것으로 보이는 점, ② 甲이 丙의 직업 변경 사실을 알릴 당시 운전자 보험계약만을 특정한 것으로 보이지 않고 그럴 이유도 없는 점, ③ 甲이 직업 변경 사실을 통지할 당시 보험계약을 특정하지 않았다고 하더라도 乙 회사가 운전자 보험계약에 관하여만 직업 변경을 반영하였다는 사정만으로는 甲이 상해보험계약에 관하여 통지의무를 이행하지 않았다고 보기 어려운 점, ④ 乙 회사가 보험설계사로부터 丙의 직업 변경 사실을 전달받아 인식하게 되었고 나아가 그 내용을 乙 회사가 보유, 관리하는 내부 자료에 입력하여 문서화한 이상, 甲이 보험약관의 규정과 달리 서면에 의하여 알리지 않았다고 하더라도 甲의 직업 변경에 관한 통지의 효력에 영향을 미친다고 볼 수 없는 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 甲이 보험설계사에게 丙의 직업 변경을 통지할 무렵 상해보험계약에 관하여도 乙 회사에 상법 제652조 또는 상해보험약관에서 정한 ‘위험의 변경 또는 증가’와 관련한 통지의무를 이행하였다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

4 2024. 11. 28. 선고 2023다245287 판결〔운영위원지위부존재확인〕 …… 131

비법인사단인 교회에 확인의 이익이 인정되는 경우, 교회 스스로 원고가 되어 교인총회 결의의 존재를 주장하는 교인 등을 상대로 그 결의의 부존재 확인의 소를 제기할 수 있는지 여부(적극)

비법인사단인 교회의 교인총회 결의에 대하여 부존재 확인의 소를 제기할 수 있는 사람이 누구인지에 관하여 민법 등에 특별한 규정이 없으므로, 일반적인 확인의 소의 경우처럼 확인의 이익이나 법률상 이해관계를 가지는 사람은 누구든지 원고적격을 가진다. 교회에 확인의 이익이 인정되는 경우에는 교회 스스로 원고가 되어 교인총회 결의의 존재를 주장하는 교인 등을 상대로 그 결의의 부존재 확인의 소를 제기할 수도 있다.

5 2024. 11. 28. 자 2023마6248 결정〔중재판정승인및집행결정신청〕 …… 132

[1] 중재판정의 주문 자체에는 불명료하거나 불완전한 부분이 있으나 이유의 기재 내용을 통해 이를 명확히 할 수 있는 경우, 주문과 이유의 해석을 통해 주문 내용을 명확하게 확정하는 방법으로 집행을 허가할 수 있는지 여부(적극) 및 이 경우 사실인정과 법률적용 등 중재판정의 실체적 판단을 재심사하는 방법으로 중재판정의 내용을 보충할 수 있는지 여부(소극) / 중재판정의

내용 자체가 명확한 경우, 다른 자료에 의하여 이를 확장 또는 유추해석하거나 다른 내용으로 변경할 수 있는지 여부(소극)

- [2] 외국 중재판정의 성립 이후 민사집행법상 청구이의의 사유가 발생한 경우, '외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약' 제5조 제2항 (b)호의 공공질서 위반에 해당하는 것으로 보아 중재판정의 집행을 거부할 수 있는지 여부(적극)
- [3] 장래의 불확정채권에 대하여 압류가 중복된 상태에서 전부명령이 있는 경우, 전부명령이 무효가 되는 압류의 경합이 있는지 판단하는 기준(=전부명령이 제3채무자에게 송달된 당시의 계약상 피압류채권액) 및 그 피압류채권액을 산정하는 방법
- [4] 당사자가 중재합의의 존부와 효력에 관하여 중재절차에서 적절히 이의를 제기하지 아니하고 중재합의의 존재를 전제로 중재절차에 참여한 경우, 중재판정의 승인 및 집행절차에서 중재합의의 존부와 효력에 관한 이의를 제기할 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [5] '외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약' 제5조 제1항 (b)호에 따라 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있는 경우의 범위 및 이에 대한 판단 기준(=집행국 법령)
- [6] '외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약' 제5조 제2항 (b)호의 규정 취지 및 위 조항에 따라 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있는 경우 / 중재판정의 사기적 편취를 이유로 '외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약' 제5조 제2항 (b)호에 따라 외국 중재판정의 집행을 거부하기 위한 요건
- [1] 중재는 당사자 간의 합의로 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 사적 분쟁해결절차로서, 중재절차에서 내려진 중재판정은 승인 또는 집행이 거절되지 않는 한 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다(중재법 제35조). 중재법은 분쟁해결수단으로서 중재절차를 선택한 당사자들의 의사를 존중하고 이를 국가의 독점적·배타적 강제집행권 행사와 조화시켜 적절한 균형을 도모하기 위하여 중재판정에 대하여 법원의 허가로 집행력을 부여하는 재판인 집행결정 절차를 두고 있다(중재법 제37조 제2항). 국내 중재판정의 경우 중재법 제38조에 열거된 사유가 없는 한 승인 또는 집행되어야 하고(중재법 제38조), '외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약'(이하 '뉴욕협약'이라 한다)을 적용받는 외국 중재판정 역시 협약에 열거된 거부사유에 해당하는 경우에 한하여 승인 및 집행이 거부될 수 있다(중재법 제39조 제1항). 이와 같은 사적 분쟁해결절차인 중재제도의

목적, 이를 반영하여 대한민국 중재법과 뉴욕협약이 중재판정에 대하여 확정판결과 같은 효력을 인정하는 한편 그 권리실현을 위하여 중재판정의 승인과 집행 제도를 두면서 승인과 집행 거부사유를 제한적으로만 열거하고 있는 점, 중재판정이 법원에 의하여 내려지는 것이 아니고 또한 외국법이 중재판정의 준거법이 됨으로써 중재판정 주문이 민사집행법이 요구하는 정도의 명확성과 특정성이 갖추어지지 않는 경우가 있을 수 있는 점 등을 고려하면, 중재판정의 주문 형식이나 기재 방식이 우리나라 판결과 다소 상이하다 하더라도, 집행국인 우리나라 법원으로서 중재판정에 대하여 확정재판 등에 의한 집행과 같거나 비슷한 정도의 법적 구제를 제공하는 것이 바람직하다.

이에 따라 중재판정의 주문 자체에는 불명료하거나 불완전한 부분이 있으나 이유의 기재 내용을 통해 이를 명확히 할 수 있는 경우라면 중재판정의 주문과 이유의 해석을 통해 중재판정의 주문 내용을 명확하게 확정하는 방법으로 집행을 허가하는 것은 집행결정을 내리는 법원의 정당한 권한 범위 내에 있다고 보아야 한다. 다만 이 경우에도 집행결정은 중재판정의 주문과 이유 기재 내용 자체에 기초하여야 하고 사실인정과 법률적용 등 중재판정의 실체적 판단을 재심사하는 방법으로 중재판정의 내용을 보충하여서는 아니 된다. 또한 법원은 중재판정의 내용 자체가 명확한 경우에는 다른 자료에 의하여 이를 확장 또는 유추해석하거나 다른 내용으로 변경할 수는 없다.

- [2] 외국 중재판정은 확정판결과 동일한 효력이 있어 기판력이 있으므로 대상이 된 청구권의 존재가 확정되고, 집행결정을 통하여 집행력을 부여받으면 우리나라 법률상의 강제집행절차로 나아갈 수 있게 된다. 집행결정은 그 결정 시를 기준으로 하여 집행력의 유무를 판단하는 재판이므로, 중재판정의 성립 이후 민사집행법상 청구이의의 사유가 발생하여 중재판정문에 터 잡아 강제집행절차를 밟아 나가도록 허용하는 것이 우리나라 법의 기본적 원리에 반한다는 사정이 집행재판의 심리과정에서 드러난 경우에 법원은 ‘외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’ 제5조 제2항 (b)호의 공공질서 위반에 해당하는 것으로 보아 그 중재판정의 집행을 거부할 수 있다. 이와 같이 해석하는 것이 당사자로 하여금 집행결정의 확정 이후에 별도의 청구이의 소송을 통하여 다투도록 하는 것보다 소송경제에 부합하고, 2016. 5. 29. 법률 제14176호로 개정된 중재법에서 중재판정의 집행 허가를 판결에서 결정에 의하도록 변경한 후에도 중재판정의 집행에 관한 심사기준은 개정 전후로 큰 차이가 없어 당사자들은 종전과 같이 변론기일이나 적어도 심문기일에서 주장과 증명을 해야 하므로 청구이의 사유를 항변으로 주장하는 것이 결정절차에 적합하

지 않다고 보기도 어렵다.

[3] 장래의 불확정채권에 대하여 압류가 중복된 상태에서 전부명령이 있는 경우 그 압류의 경합으로 인하여 전부명령이 무효가 되는지는 나중에 확정된 피압류채권액을 기준으로 판단할 것이 아니라 전부명령이 제3채무자에게 송달된 당시의 계약상 피압류채권액을 기준으로 판단하여야 하고, 장래의 불확정채권에 대한 전부명령을 허용하는 것은 가까운 장래에 채권이 발생할 것이 상당한 정도로 기대되기 때문이므로, 전부명령 송달 당시 피압류채권의 발생 원인이 되는 계약에 그 채권액이 정해지지 아니하여 그 채권액을 알 수 없는 경우에는 그 계약의 체결 경위와 내용 및 그 이행 경과, 그 계약에 기하여 가까운 장래에 채권이 발생할 가능성 및 그 채권의 성격과 내용 등 제반 사정을 종합하여 그 계약에 의하여 장래 발생할 것이 상당히 기대되는 채권액을 산정한 후 이를 그 계약상의 피압류채권액으로 봄이 상당하다.

[4] ‘외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’ 제5조 제1항 (a)호 후단은 외국 중재판정의 승인·집행의 거부사유 중 하나로 ‘중재합의가 유효하지 않은 경우’를 들고 있다. 그러나 당사자가 중재합의의 존부와 효력에 관하여 중재절차에서 적절히 이의를 제기하지 아니하고 중재합의가 존재함을 전제로 중재절차에 참여한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 당사자들 사이에 중재에 관한 새로운 합의가 성립하였거나 이에 관한 이의제기 권한을 포기한 것으로 보아 중재판정의 승인 및 집행절차에서 그와 같은 이의를 제기할 수 없다고 봄이 타당하다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 당사자가 중재절차에서 중재합의의 유효성에 관하여 별다른 이의를 제기함이 없이 중재절차에 참여하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 중재절차에 따라 분쟁을 해결하고자 하는 의사를 가졌던 것으로 추인할 수 있다.

② 또한 당사자가 중재합의의 존재 및 중재판정부의 권한을 인정하는 것을 전제로 중재절차에 참여하여 상대방으로 하여금 이에 대한 신뢰를 가지게 한 후 불이익한 판정을 받으면 그 판정에 불복하면서 중재합의의 부존재 또는 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙 및 금반언의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다고 볼 여지가 크다.

③ 중재판정부나 중재절차의 위반 여부를 판단할 때, 승인국 또는 집행국 법원은 ‘중재절차에서 적시에 이의를 제기하였는지’를 중요하게 고려하여 중재절차 진행과정에서 절차위반이 있더라도 이에 대하여 당사자가 적절히 이의를 제기하지 아니하였고 그 위반사항이 공공의 이익을 보장하기 위한 것이라기보다 당사자의 절차적 권리와 이익을 보장하기 위한 것일 경우에는 이에

관한 이의제기 권한을 포기한 것으로 볼 수 있다. 유효한 중재합의가 있었을 것을 중재의 승인 및 집행의 요건으로 삼는 것 역시 공공의 이익을 보장하기 위한 것이라기보다는 당사자의 권리와 이익을 보장하기 위한 것이므로, 이에 대하여 적시에 이의를 제기하지 않았다면 이의제기 권한을 포기한 것을 볼 수 있다.

④ 우리 중재법 제17조 제2항 역시 “중재판정부의 권한에 관한 이의는 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 제기되어야 한다.”라고 규정하여 중재판정부의 판정 권한의 부존재에 관한 이의제기 시기를 정하고 있는데, 위 규정에서 말하는 ‘중재판정부의 권한에 관한 이의’에는 ‘중재합의의 존부 또는 유효성에 관한 이의’도 포함한다.

[5] ‘외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’ 제5조 제1항 (b)호에 의하면, 중재판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 방어할 수 없었던 경우에는 집행국 법원이 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있게 되어 있다. 위 규정의 취지상 승인 및 집행을 거부할 수 있는 경우는 당사자의 방어권이 침해된 모든 경우를 말하는 것이 아니라 그 방어권 침해의 정도가 현저하게 용인할 수 없는 경우만으로 한정되는 것이라고 해석되고, 중재당사자의 방어권 보장은 절차적 정의실현과 직결되어 공공의 질서의 일부를 이루는 것이므로 이는 집행국 법령의 기준에 의하여 판단하여야 한다.

[6] ‘외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’ 제5조 제2항 (b)호에 따르면, 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우 집행국 법원은 중재판정의 승인이나 집행을 거부할 수 있다. 이는 중재판정의 승인이나 집행이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해치는 것을 방지하여 이를 보호하려는 데 그 취지가 있다. 따라서 위 조항에 관해서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 해석하여야 할 것이고, 해당 중재판정을 인정할 경우 그 구체적 결과가 집행국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반할 때에 승인이나 집행을 거부할 수 있다.

집행국 법원이 당해 외국 중재판정의 편취 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 중재인의 사실인정과 법률적용 등 실체적 판단의 옳고 그름을 전면적으로 재심사한 후 그 외국 중재판정이 사기적 방법에 의하여 편취되었다고 보아 집행을 거부하는 것은 허용되지 아니하고, 다만 그 외국 중재판정의 집행을 신청하는 당사자가 중재절차에서 처벌받을 만한 사기적 행위를 하였다 는 점이 명확한 증명력을 가진 객관적인 증거에 의하여 명백히 인정되고, 그

반대당사자가 과실 없이 신청당사자의 사기적인 행위를 알지 못하여 중재절차에서 이에 대하여 공격방어를 할 수 없었으며, 신청당사자의 사기적 행위가 중재판정의 쟁점과 중요한 관련이 있다는 요건이 모두 충족되는 경우에 한하여, 외국 중재판정을 취소·정지하는 별도의 절차를 거치지 않더라도 바로 당해 외국 중재판정의 집행을 거부할 수 있다.

6 2024. 11. 28. 선고 2024다271825 판결 (근저당권말소) 143

원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 청구하였으나 원리금의 계산에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는 데에 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우, 원고의 청구에 확정된 잔존채무를 변제하고 그다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있다고 해석하여야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 근저당권설정등기의 피담보채무 중 잔존원금 및 지연손해금의 액수를 심리·확정한 후 그 변제를 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 하는지 여부(적극) / 이는 채무의 담보를 위하여 설정된 지상권설정등기 말소청구의 경우에도 마찬가지로인지 여부(적극)

원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 청구하였으나 원리금의 계산에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는 데에 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구에 확정된 잔존채무를 변제하고 그다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있다고 해석함이 상당하고, 이는 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정되므로, 피담보채무가 전액 변제되지 않았다는 이유만으로 원고의 청구를 단순히 기각할 것이 아니라 근저당권설정등기의 피담보채무 중 잔존원금 및 지연손해금의 액수를 심리·확정한 후 그 변제를 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 한다. 이는 채무의 담보를 위하여 설정된 지상권설정등기 말소청구의 경우에도 마찬가지이다.

일반행정

7 2024. 11. 28. 선고 2020두36892 판결 (시정명령등취소청구의소) 145

[1] 공정거래위원회가 고시한 '시장지배적 지위 남용행위 심사기준'에서 시장지배적 지위 남용행위의 하나로 정한 '거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위'의 의미 및 이때 '정상적인 거래 관행'인지 판단하는 기준

- [2] 현실의 거래관행과 일치하지 않는 거래관행이더라도 바람직한 경쟁질서에 부합하는 것으로 인정될 경우, 시장지배적 지위 남용행위 성립의 전제가 되는 ‘정상적인 거래관행’으로 인정될 수 있는지 여부(적극) 및 이때 무엇이 바람직한 경쟁질서에 부합하는 정상적인 거래관행에 해당하는지 판단하는 방법
- [3] 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제59조의 반대해석상 위 법이 적용되는 대상인 ‘저작권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’의 의미 및 이에 해당하는지 판단하는 방법 / 저작권자가 저작물에 대한 접근 및 사용에 대하여 대가를 받는 것이 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건제시에 해당하는지 판단할 때 고려할 사항
- [4] 상류시장에서 하류시장 사업자의 생산 활동에 필수적인 원재료 등을 공급함과 동시에 하류시장에서 원재료 등을 기초로 상품 또는 용역을 생산·판매하는 수직 통합된 시장지배적 사업자가 상류시장에서 책정한 원재료 등의 가격이 하류시장에서 경쟁사업자를 경쟁에서 배제할 정도로 높게 책정되었거나 그 가격으로 인해 신규 사업자의 진입가능성이 실질적으로 차단되는 경우, 위 원재료 등의 가격을 바람직한 경쟁질서에 부합하는 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 부당한 조건으로 볼 수 있는지 여부(적극)
- [1] 시장지배적 지위 남용행위로서의 ‘거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위’는 ‘시장지배적 사업자가 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시함으로써 그 사업자의 사업활동을 부당하게 어렵게 하는 행위’를 말한다. 여기서 ‘정상적인 거래관행’이란 원칙적으로 해당업계의 통상적인 거래관행을 기준으로 판단하되 구체적 사안에 따라 바람직한 경쟁질서에 부합하는 관행을 의미하며 현실의 거래관행과 항상 일치하는 것은 아니다.
- [2] 시장지배적 지위 남용행위로서의 타당성 없는 조건 제시행위는 ‘정상적인 거래관행’에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시한 행위를 의미하고, 현실의 거래관행과 일치하지 않는 거래관행이라 하더라도 바람직한 경쟁질서에 부합하는 것으로 인정될 경우 이는 시장지배적 지위 남용행위 성립의 전제가 되는 ‘정상적인 거래관행’으로 인정될 수 있다. 이때 무엇이 바람직한 경쟁질서에 부합하는 정상적인 거래관행에 해당하는지는 시장지배적 지위의 남용을 방지하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조성하고, 궁극적으로는 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하고자 하는 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것)의 입법 취지를 고려하여 규범적으로 판단되어야 한다.

- [3] 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공정거래법’이라 한다) 제59조의 반대해석상 저작권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위에 대하여는 구 공정거래법이 적용된다. 이때 ‘저작권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’란 행위의 외형상 저작권의 행사로 보이더라도 그 실질이 저작권제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 저작권법의 목적과 취지, 해당 저작권의 내용과 아울러 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단해야 한다. 따라서 저작권자가 저작물에 대한 접근 및 사용에 대하여 대가를 받는 것이 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건 제시에 해당하는지를 판단할 때에는 저작권자로서 갖는 정당한 권리의 내용과 그 한계를 충분히 고려해야 한다.
- [4] 시장지배적 사업자가 공급망의 연쇄를 따라 두 개의 서로 다른 생산단계에서 모두 사업을 영위하는 수직 통합된 사업자로서 상류시장에서 하류시장 사업자의 생산 활동에 필수적인 원재료나 투입요소 등(이하 ‘원재료 등’이라 한다)을 공급함과 동시에 하류시장에서 원재료 등을 기초로 상품 또는 용역을 생산·판매하는 경우 시장지배적 지위 남용행위의 한 유형으로서 이윤압박이 문제 될 수 있다. 따라서 수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 책정한 원재료 등의 가격이 하류시장에서 그 시장지배적 사업자와 동등하게 효율적으로 사업을 하는 경쟁사업자를 경쟁에서 배제할 정도로 높게 책정되었다거나, 수직 통합을 이룬 시장지배적 사업자의 상류시장과 하류시장에서의 시장점유율이 압도적인 상황 등에서 그가 정한 원재료 등의 가격으로 인해 하류시장에서 신규 사업자의 진입가능성이 실질적으로 차단되는 것으로 평가할 수 있다면, 수직 통합된 시장지배적 사업자가 상류시장에서 책정한 원재료 등의 가격은 그 한도 내에서 바람직한 경쟁질서에 부합하는 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 부당한 조건으로 볼 수 있다.

8 2024. 11. 28. 선고 2021두49208 판결 [시정명령등취소] 154

- [1] 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조 제1항을 위반하여 서면을 발급하지 않은 데에 대한 의무 해태를 탓할 수 없는 행정법 일반원칙상의 정당한 사유는 발급된 서면의 일부 사항 기재 누락에 관한 같은 조 제3항에서 구체적으로 정한 정당한 사유보다 엄격하게 인정되어야 하는지 여부(적극) 및 이때 행정법 일반원칙상의 정당한 사유가 존재한다는 점에 관한 증명책임의 소재(=이를 주장하는 원고)

[2] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제5호에서 부당한 하도급대금의 결정행위로 정한 ‘원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위’의 의미 / 이때 ‘단가가 낮은지 여부’를 판단하는 기준 및 그 기준인 ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준을 인정하는 방법

[1] 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 위반자의 의무 해태를 닮할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우까지 부과할 수 있는 것은 아니다.

이와 관련하여, 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9971호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항은 원사업자로 하여금 ‘정당한 사유가 없으면’ 같은 조 제2항의 사항을 적은 서면을 수급사업자가 위탁에 따른 작업을 시작하기 전까지 발급하도록 규정하였다. 그런데 2010. 1. 25. 개정된 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2016. 12. 20. 법률 제14456호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 하도급법’이라 한다) 제3조 제1항에서 원사업자의 수급사업자에 대한 위와 같은 서면발급의무의 일반적 면제 사유인 ‘정당한 사유’ 기재 부분이 삭제되면서, 같은 조 제3항에서 “위탁시점에 확정하기 곤란한 사항에 대하여는 재해·사고로 인한 긴급복구공사를 하는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우에는 해당 사항을 적지 아니한 서면을 발급할 수 있다.”라는 규정이 신설됨으로써 발급된 서면의 일부 사항에 대한 기재를 누락할 수 있는 예외적 면제 사유인 정당한 사유만이 규정되었다.

위와 같이 2010. 1. 25. 개정된 구 하도급법 제3조는 정당한 사유 유무를 불문하고 서면발급의무를 원칙적으로 부과하고 있고, 단지 서면에 기재되어야 하는 사항 중 일부에 대한 기재의무를 예외적으로 면제하고 있을 뿐이다. 이와 같은 구 하도급법 제3조의 개정경위와 수급사업자를 보호하고 공정한 하도급거래질서를 확립하기 위한 구 하도급법의 입법 취지를 고려하면, 구 하도급법 제3조 제1항을 위반하여 서면을 발급하지 않은 데에 대한 의무 해태를 닮할 수 없는 행정법 일반원칙상의 정당한 사유는 발급된 서면의 일부 사항 기재 누락에 관한 구 하도급법 제3조 제3항에서 구체적으로 정한 정당한 사유보다 엄격하게 인정되어야 한다. 이때, 행정법 일반원칙상의 정당한 사유가 존재한다는 점에 관한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다.

[2] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제5호는 부당한 하도급대금의 결정으로 보는 원사업자의 행위로, ‘원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위’를 들고 있다. 이는 원사업자가 거래상 우월적 지위에 있음을 기화로 하여 수급사업자의 실질적인 동의나 승낙이 없음에도 단가 등을 낮게 정하는 방식으로 일방적으로 하도급대금을 결정하는 행위

를 말한다.

여기서 ‘단가가 낮은지 여부’는 위탁 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준인지를 기준으로 판단하여야 한다. ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준은, 문제가 된 행위 당사자들 사이에 있었던 종전 거래의 내용, 비교의 대상이 되는 다른 거래들(이하 ‘비교 대상 거래’라고 한다)에서 형성된 대가 수준의 정도와 편차, 비교 대상 거래의 시점, 방식, 규모, 기간과 비교 대상 거래 사업자들의 시장에서의 지위나 사업 규모, 거래 당시의 물가 등 시장 상황 등을 두루 고려하여 인정할 수 있다.

9 2024. 11. 28. 선고 2023두61349 판결〔건축허가신청반려처분취소〕…… 161

- [1] 행정청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 사회적 사실관계의 기본적 동일성이 인정되더라도 그에 대한 규범적 평가와 처분의 근거 법령 변경으로 당초 처분의 내용을 변경할 필요성이 제기되는 경우, 행정처분의 적법성과 효력을 다투는 항고소송에서 당초 처분의 내용을 그대로 유지한 채 근거 법령만 추가·변경하는 것이 허용되는지 여부(소극)
- [2] 처분청이 거부처분에 대한 항고소송에서 기존의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유를 처분사유로 추가·변경한 것에 대하여 처분상대방이 추가·변경된 처분사유의 실체적 당부에 관하여 해당 소송 과정에서 심리·판단하는 것에 명시적으로 동의하는 경우, 법원은 이를 예외적으로 허용할 수 있는지 여부(적극) / 이에 대하여 처분상대방이 아무런 의견을 밝히지 않는 경우, 법원이 취할 조치 / 법원이 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유의 실체적 당부에 관한 처분상대방의 명시적인 동의 없이 추가·변경된 거부처분사유를 심리·판단하여 이를 근거로 거부처분이 적법하다고 판단할 수 있는지 여부(소극)
- [1] 행정처분의 적법성과 효력을 다투는 항고소송에서는 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 별개의 사유를 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다(이를 ‘처분사유 추가·변경 제한 법리’라고 한다). 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지에 따라 판단하는 것이 원칙이고, 행정청이 처분 당시에 제시한 구체적 사실을 변경하지 않는 범위 내에서 단지 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다. 그러나 사회적 사실관계의 기본적 동일성이 인정되는 경

우라고 하더라도 그에 대한 규범적 평가와 처분의 근거 법령의 변경으로, 예를 들어 기속행위가 재량행위로 변경되는 경우와 같이, 당초 처분의 내용을 변경할 필요성이 제기되는 경우에는 해당 처분을 취소한 후 처분청으로 하여금 다시 처분절차를 거쳐 새로운 처분을 하도록 하여야 할 것이지 당초 처분의 내용을 그대로 유지한 채 근거 법령만 추가·변경하는 것은 허용될 수 없다.

- [2] 처분청이 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데에 취지가 있음을 고려하면, 처분청이 거부처분에 대한 항고소송에서 기존의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유를 처분사유로 추가·변경한 것에 대하여 처분상대방이 추가·변경된 처분사유의 실체적 당부에 관하여 해당 소송 과정에서 심리·판단하는 것에 명시적으로 동의하는 경우에는, 법원으로서 그 처분사유가 기존의 처분사유와 기본적 사실관계가 동일한지와 무관하게 예외적으로 이를 허용할 수 있다. 처분상대방으로서 처분청이 별개의 사실을 바탕으로 새롭게 주장하는 처분사유까지 동일 소송절차 내에서 판단을 받음으로써 분쟁을 한꺼번에 해결하는 것을 유효·적절한 수단으로서 선택할 수도 있으므로, 처분상대방의 그러한 절차적 선택을 존중하는 것이 처분사유 추가·변경 제한 법리의 기본취지와도 부합하기 때문이다. 그렇다면 법원은, 처분상대방의 명시적 동의에 따라 처분사유의 추가·변경을 허용할 경우, 추가·변경된 거부처분사유가 당초 거부처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않더라도 처분사유 추가·변경 제한 법리에 따라 처분청의 주장을 형식적으로 배척할 것이 아니라 추가·변경된 거부처분사유의 실체적 당부에 관하여 심리·판단해야 한다. 그 결과 추가·변경된 거부처분사유도 실체적으로 위법하여 처분을 취소하는 판결이 선고·확정되는 경우 추가·변경된 거부처분사유에 관한 법원의 판단에 대해서까지 취소판결의 기속력이 미친다고 보아야 한다. 이와 달리 처분상대방의 명시적인 동의가 없다면, 법원으로서 처분사유 추가·변경 제한 법리의 원칙으로 돌아가 처분청의 거부처분사유 추가·변경을 허용해서는 안 된다.

따라서 처분청이 거부처분에 대한 항고소송에서 당초 거부처분사유와 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않는 다른 거부처분사유를 주장한 것에 대하여 처분상대방이 아무런 의견을 밝히지 않고 있다면 법원은 적절하게 석명권을 행사하여 처분상대방에게 처분사유 추가·변경 제한 법리의 원칙이 그

대로 적용될 것을 주장하는지, 아니면 추가·변경된 거부처분사유의 실제적 당부에 관한 법원의 판단을 구하는지에 관하여 의견을 진술할 수 있도록 기회를 주어야 한다. 그리고 법원이 기본적 사실관계가 동일하지 않은 사유의 실제적 당부에 관한 처분상대방의 명시적인 동의 없이 추가·변경된 거부처분사유를 심리·판단하여 이를 근거로 거부처분이 적법하다고 판단하는 것은 행정소송법상 직권심리주의의 한계를 벗어난 것으로 허용될 수 없다.

10 2024. 11. 28. 선고 2024두35125 판결 [시정명령등취소청구의소] 169

- [1] 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조 제1항을 위반하여 서면을 발급하지 않은 데에 대한 의무 해태를 다탈 수 없는 행정법 일반원칙상의 정당한 사유는 발급된 서면의 일부 사항 기재 누락에 관한 같은 조 제3항에서 구체적으로 정한 정당한 사유보다 엄격하게 인정되어야 하는지 여부(적극) 및 이때 행정법 일반원칙상의 정당한 사유가 존재한다는 점에 관한 증명책임의 소재(=이를 주장하는 원고)
- [2] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제1호에서 부당한 하도급대금의 결정행위로 정한 ‘정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위’에서 ‘일률적인 비율로 단가를 인하’한다는 의미 및 결정된 인하율이 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있더라도 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있는 경우, ‘일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위’에 해당 하는지 여부(적극) / 위 조항의 ‘정당한 사유’의 의미 및 그에 관한 증명책임의 소재(=이를 주장하는 원고)
- [3] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제5호에서 부당한 하도급대금의 결정행위로 정한 ‘원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위’의 의미 및 위 조항 위반의 성립요건
- [4] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제5호 위반의 성립요건 중 원사업자가 ‘합의 없이 일방적으로’ 하도급대금을 결정했는지 판단하는 방법
- [5] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제5호 위반의 성립요건 중 원사업자가 합의 없이 일방적으로 결정한 하도급대금이 ‘낮은 단가’로 결정되었는지 여부의 인정 기준 / ‘낮은 단가’를 인정할 기준이 되는 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래에 관한 증거가 어렵다는 사정만으로 수급사업자의 제조원가를 기준으로 ‘낮은 단가’를 인정할 수 있는지 여부(소극) 및 예외적으로 수급사업자의 제조원가를 기준으로 ‘낮은 단가’를 인정할 여지가 있는 경우

- [1] 행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 위반자의 의무 해태를 닮할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우까지 부과할 수 있는 것은 아니다.

이와 관련하여, 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9971호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항은 원사업자로 하여금 ‘정당한 사유가 없으면’ 같은 조 제2항의 사항을 적은 서면을 수급사업자가 위탁에 따른 작업을 시작하기 전까지 발급하도록 규정하였다. 그런데 2010. 1. 25. 개정된 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2019. 4. 30. 법률 제16423호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 하도급법’이라 한다) 제3조 제1항에서 원사업자의 수급사업자에 대한 위와 같은 서면발급의무의 일반적 면제 사유인 ‘정당한 사유’ 기재 부분이 삭제되면서, 같은 조 제3항에서 “위탁시점에 확정하기 곤란한 사항에 대하여는 해해·사고로 인한 긴급복구공사를 하는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우에는 해당 사항을 적지 아니한 서면을 발급할 수 있다.”라는 규정이 신설됨으로써 서면 중 일부 사항에 대한 기재의무가 면제되는 예외적 사유로서의 ‘정당한 사유’만이 규정되었다.

위와 같이 2010. 1. 25. 개정된 구 하도급법 제3조는 정당한 사유 유무를 불문하고 서면발급의무를 원칙적으로 부과하고 있고, 단지 서면에 기재되어야 하는 사항 중 일부에 대한 기재의무를 예외적으로 면제하고 있을 뿐이다. 이와 같은 구 하도급법 제3조의 개정경위와 수급사업자를 보호하고 공정한 하도급거래질서를 확립하기 위한 구 하도급법의 입법 취지를 고려하면, 구 하도급법 제3조 제1항을 위반한 데에 대한 의무 해태를 닮할 수 없는 행정법 일반원칙상의 정당한 사유는 발급된 서면의 일부 사항 기재 누락에 관하여 구 하도급법 제3조 제3항에서 구체적으로 정한 정당한 사유보다 엄격하게 판단되어야 하고, 그 정당한 사유가 존재한다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다.

- [2] 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다) 제4조 제2항은 “다음 각호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.”라고 규정하면서, 제1호에서 ‘정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위’를 들고 있다. 여기서 ‘일률적인 비율로 단가를 인하’한다는 의미는 둘 이상의 수급사업자나 품목에 관하여 수급사업자의 경영 상황, 시장 상황, 목적물 등의 종류·거래규모·규격·품질·용도·원재료·제조공법·공정 등 개별적인 사정에 차이가 있는데도 동일한 비율 또는 위와 같은 차이를 반영하지 않고 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하하는 것을 말한다. 그 결정된 인하율이 수급사업자에 따

라 어느 정도 편차가 있더라도 위 기준에 비추어 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있다면 ‘일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위’에 해당한다.

한편 하도급법 제4조 제2항 제1호에서 정한 ‘정당한 사유’는 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위를 정당화할 객관적이고 합리적인 사정이 인정되는 경우를 의미하고, 그 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다.

[3] 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다) 제4조 제2항 제5호는 부당한 하도급대금의 결정으로 보는 원사업자의 행위로, ‘원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위’를 들고 있다. 이는 원사업자가 거래상 우월적 지위에 있음을 기화로 수급사업자의 실질적인 동의나 승낙이 없음에도 단가 등을 낮게 정하는 방식으로 일방적으로 하도급대금을 결정하는 행위를 말한다. 하도급법 제4조 제2항 제5호 위반이 인정되기 위해서는 우선 ‘합의 없이 일방적으로’ 하도급대금이 정해져야 하고, 다음으로 그 하도급대금이 ‘낮은 단가’에 의해 결정되어야 한다.

[4] 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제5호 위반의 성립요건인 ‘합의 없이 일방적으로’ 대금을 결정했는지는 원사업자의 수급사업자에 대한 거래상 우월적 지위의 정도, 수급사업자의 원사업자에 대한 거래의존도, 계속적 거래관계의 유무와 정도, 거래관계를 지속한 기간, 문제 된 행위를 전후로 한 시장 상황 등과 함께, 하도급대금이 결정되는 과정에서 수급사업자가 의사표시의 자율성을 제약받지 않고 협의할 수 있었는지와 제약의 정도, 결정된 하도급대금으로 인해 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

[5] 원사업자가 합의 없이 일방적으로 결정한 대금이 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다) 제4조 제2항 제5호에서 정한 ‘낮은 단가’로 결정되었는지는 문제가 된 행위 당사자들 사이에 있었던 종전 거래의 내용이나 비교의 대상이 되는 다른 거래에서 형성된 대가 수준을 고려하여 인정하는 것이 일반적이다.

그런데 ‘낮은 단가’를 인정할 기준이 되는 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래에 관한 증거가 이루어지지 않으면 원사업자가 결정한 대금이 ‘낮은 단가’로 결정되었다는 점에 관한 증거가 이루어졌다고 보기 어려운 경우가 많을 것이고, 단순히 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래에 관한 증거가 어렵다는 사정만으로 수급사업자의 제조원가를 기준으로 하도급법 제4조 제2항

제5호의 ‘낮은 단가’를 인정할 수는 없다.

그러나 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래를 찾는 것이 사실상 불가능한 것으로 보이는 상황에서 원사업자가 위탁한 목적물 등을 수급사업자로부터 납품 등 받은 후에 비로소 하도급대금을 결정하면서 수급사업자의 가격 협상력이 낮아진 상태를 이용하여 실질적인 협의 없이 일방적으로 단가를 결정한 것이 인정되는 경우라면, 예외적으로 수급사업자의 제조원가를 기준으로 하도급법 제4조 제2항 제5호의 ‘낮은 단가’를 인정할 여지가 있다.

조 세

- 11 2024. 11. 28. 선고 2021두63044 판결 [경정거부처분취소] 179
 구 교육세법 시행령 제5조 제2호 단서 (가)목의 ‘만기·사망·해약 등으로 소멸된 책임준비금 해당액’에 보험료적립금과 무관하게 상해·질병 등 약정 보험사고가 발생하여 보험금이 지급됨에 따라 소멸된 지급준비금이 포함되는지 여부(소극)
 구 교육세법 시행령(2019. 2. 12. 대통령령 제29529호로 개정되기 전의 것) 제5조 제2호 단서 (가)목의 ‘만기·사망·해약 등으로 소멸된 책임준비금 해당액’에 보험료적립금과 무관하게 상해·질병 등 약정 보험사고가 발생하여 보험금이 지급됨에 따라 소멸된 지급준비금은 포함된다고 볼 수 없다.

형 사

- 12 2024. 11. 28. 선고 2022도10272 판결 [폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동상해)교사·범인도피] 182
 - [1] 범인도피죄의 친족 간 특례를 규정한 형법 제151조 제2항에서 ‘친족’의 의미(=민법이 정한 법률상의 친족) / 혼인의 출생자가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자신의 생부(生父)를 도피하게 하였으나 생부가 혼인의 출생자를 인지하지 않은 경우, 혼인의 출생자의 행위에 대하여 형법 제151조 제2항을 적용할 수 있는지 여부(소극)
 - [2] 생부가 혼인의 출생자를 인지하지 않아 법률상 친자관계가 발생하지 않았으나 생부와 혼인의 출생자 사이의 자연적 혈연관계로 말미암아 도피시키지 않을 것을 기대하기 어려운 경우, 형법 제151조 제2항을 유추적용할 수 있는지 여부(소극)

[1] 형법 제151조 제2항은 친족, 동거의 가족이 본인을 위하여 범인도피죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는데, 여기서의 친족은 민법이 정한 법률상의 친족을 말한다. 혼인의 출생자의 경우 모자관계는 인지를 요하지 아니하고 법률상의 친자관계가 인정될 수 있지만, 부자관계는 부의 인지에 의하여만 법률상 친자관계가 발생한다.

따라서 혼인의 출생자가 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자신의 생부(生父)를 도피하게 하더라도 생부가 혼인의 출생자를 인지하지 않은 경우에는 생부와 혼인의 출생자 사이에 법률상 친자관계가 발생하지 않으므로 혼인의 출생자의 행위에 대하여 형법 제151조 제2항을 적용할 수 없다.

[2] 형법 제151조 제2항은 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자(본인)와 범인도피 행위를 한 자(행위자) 사이의 구체적·개별적 관계나 상황을 가리지 않고 ‘친족 또는 동거가족’에 해당하기만 하면 일률적으로 처벌하지 아니한다고 정함으로써 그 적용범위를 명확히 한정하였다. 입법자는 형법 제151조 제2항을 통해 ‘친족 또는 동거가족’에 한하여만 ‘처벌하지 아니하겠다.’는 의사를 분명히 한 것으로 볼 수 있다. 한편 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로서 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것인데, 형법 제151조 제2항의 적용범위에 관하여 어떤 법률의 흠결이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 형법 제151조 제2항의 적용에 따른 처벌·불처벌의 결과는 오롯이 ‘친족 또는 동거가족 여부’에 따라 결정되어야 하고, 본인과 행위자 사이의 구체적·개별적 관계나 상황을 따져 적법행위에 대한 기대불가능성 유무에 따라 형법 제151조 제2항을 유추적용하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 유추적용을 허용할 경우 입법자가 명확하게 설정한 형법 제151조 제2항의 적용범위가 확장되어 입법자의 의도에 반하게 되고, 유추적용의 기준이 불분명하여 법적 안정성이나 예측가능성이 저해되며, 이로 인하여 형사처벌의 불균형이라는 부당한 결과가 발생할 수도 있다. 그러므로 생부가 인지하지 않아 법률상 친자관계가 발생하지 않은 경우에는 비록 생부와 혼인의 출생자 사이의 자연적 혈연관계로 말미암아 도피시키지 않을 것을 기대하기 어려운 경우가 있다고 하더라도 형법 제151조 제2항을 유추적용할 수는 없다.

13 2024. 11. 28. 선고 2022도10688 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)] 184

[1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 정한 통신매체이용음란죄의 보호법익 / 위 통신매체이용음란죄에서 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는

것'의 의미 / 통신매체를 이용한 대화 또는 메시지 등 전달 과정에서 이루어진 어떠한 행위가 '성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건'에 해당하는지 판단하는 기준

- [2] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 정한 통신매체이용음란죄에서 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적'의 법적 성격(=이른바 초과주관적 위법요소) 및 이때 '성적 욕망'의 내용 / 위와 같은 목적에 대한 인식 정도 및 목적 유무를 판단하는 기준
- [3] 피고인이 온라인 게임상에서 피해자 甲(남, 26세)과 같은 팀을 이루어 게임을 하던 중 시비를 걸다가 甲과 팀원들에 의해 강제퇴장을 당하게 되자 甲에게 채팅창의 귓속말 기능으로 "니 @#미 너무 쪼여 T, 너무 잘빠렝!, 니 @#미 토막내서 개먹이로 던져줬성ㅋㅋ"라는 메시지를 전송하고, 메일로 "니 @#미 강간하고 토막냄 ㅋㅋ 개먹이로 던져주니 우걱우걱 ㅋㅋ"라는 메시지를 전송하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(통신매체이용음란)으로 기소된 사안에서, 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 같은 법 위반(통신매체이용음란)죄의 성립에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제13조는 "자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 '성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건'(이하 '성적 수치심을 일으키는 글 등'이라고 한다)을 상대방에게 도달하게 한 사람"을 처벌하고 있다. 성폭력처벌법 위반(통신매체이용음란)죄는 '성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 글 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리'를 보장하기 위한 것으로 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 보호법익으로 한다.

'성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 것'은 피해자에게 단순한 부끄러움이나 불쾌감을 넘어 인격적 존재로서의 수치심이나 모욕감을 느끼게 하거나 싫어하고 미워하는 감정을 느끼게 하는 것으로서 사회 평균인의 성적 도의관념에 반하는 것을 의미한다. 통신매체를 이용한 대화 또는 메시지 등 전달 과정에서 이루어진 어떠한 행위가 성적 수치심을 일으키는 글 등에 해당하는지는 행위자의 주관적 동기나 의도가 아니라 피해자와 같은 성별과 연령대의 일반적이고 평균적인 사람들을 기준으로 그 행위 자체의 전체적인 내용을 관찰하여 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 판단하여야 한다.

- [2] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(통신매체이용음란)죄의 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’은 이른바 초과주관적 위법요소로서 ‘성적 욕망’에는 성행위나 성관계를 직접적인 목적이나 전제로 하는 욕망뿐만 아니라 상대방을 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망도 포함되고, 이러한 성적 욕망이 상대방에 대한 분노감과 결합되어 있더라도 달리 볼 것은 아니다. 또한 그 목적에 대하여는 미필적 인식이 있으면 충분하고 그 결과의 발생을 의욕하거나 희망할 필요는 없다.

‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’이 있는지는 통신매체이용음란죄의 입법 목적이 통신매체를 통하여 인격적 존재로서의 수치심이나 모욕감 등을 느끼게 하는 말 등을 개인의 의사에 반하여 일방적으로 접하지 아니하도록 함으로써 성적 자기결정권과 일반적 인격권을 보호하고 이를 통하여 건강한 성풍속을 확립하고자 함에 있음을 염두에 두고, 외부적으로 드러난 표현의 내용과 정도, 피고인과 피해자의 관계, 행위의 동기와 경위, 행위의 수단과 방법, 행위의 내용과 태양 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

- [3] 피고인이 온라인 게임상에서 피해자 甲(남, 26세)과 같은 팀을 이루어 게임을 하던 중 시비를 걸다가 甲과 팀원들에 의해 강제퇴장을 당하게 되자 甲에게 채팅창의 귓속말 기능으로 “니 @ㅁ미 너무 쪼여 T, 너무 잘빠렁!, 니 @ㅁ미 토막내서 개먹이로 던져줬성ㅋㅋ”라는 메시지를 전송하고, 메일로 “니 @ㅁ미 강간하고 토막냄 ㅋㅋ 개먹이로 던져주니 우겨우겨 ㅋㅋ”라는 메시지를 전송하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 한다) 위반(통신매체이용음란)으로 기소된 사안에서, 위 메시지는 피고인이 甲의 어머니를 비하하여 지칭하는 표현을 사용하면서 甲 어머니와 피고인 사이의 성관계 태양이나 기교, 성기에 가해지는 자극, 성적 쾌감이나 흥분 등을 구체적이고 적나라하게 묘사하고, 甲의 어머니를 강간하는 등의 가학적 폭력성을 드러내는 내용으로서, 위와 같은 표현을 하는 것은 사회 평균인의 성적 도의 관념에 반하는 행위에 해당하는 점, 위 메시지상 외부적으로 드러난 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 표현’의 수위와 강도, 피고인과 甲의 관계, 행위의 수단과 방법 등 여러 사정을 사회통념에 따라 살펴볼 때, 피고인은 자신이 보낸 표현의 문언적 의미를 충분히 인식하고서, 甲의 어머니를 노골적이고 적나라한 성적 대상으로 삼은 위 메시지를 받게 되는 甲을 성적으로 비하하고 조롱하여 그에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으킴으로써 자신의

심리적 만족을 얻고자 하는 욕망을 유발하는 등의 목적으로 이러한 행위를 한 것으로 평가할 수 있고, 거기에 상대방을 향한 분노감 표출, 상대방을 화나게 할 의도 등 다른 목적이 결합되어 있었다라도 이와 달리 볼 수 없는 점, 상대방의 성별이나 구체적인 인적사항을 알지 못하였다는 것은 인터넷과 같은 온라인 매체를 이용한 비대면 범죄의 고유한 속성에서 기인하는 것일 뿐이므로, 피고인이 온라인 게임 중 甲을 우연히 처음 만났다가 甲을 동성으로 인식하였는지 등은 성폭력처벌법 위반(통신매체이용음란)죄의 인정에 장애가 되지 아니하는 점 등을 종합하면, 위 메시지는 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 글에 해당하고, 당시 피고인에게 자기의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있었다고 봄이 타당하다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 성폭력처벌법 위반(통신매체이용음란)죄의 성립에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

14 2024. 11. 28. 선고 2023도7199 판결〔성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)〕 191

- [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 정한 통신매체이용음란죄의 보호법익 / 위 통신매체이용음란죄에서 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’이 있는지 판단하는 기준
- [2] 피고인이 인터넷 게임을 하던 중 같은 게임을 하던 피해자 甲(여, 29세)에게 게임 내 채팅창을 이용하여 “니 ㅇ미가 입으로 봉사하는거 보고.,” “니 ㅇ미는 지금 니 ㅇ미가 내 주니어 빠는거 관전중이셔.,” “니 ㅇ미 몸매 관리 좀 하라해. 그게 더 흥분돼.” 등의 메시지를 전송하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(통신매체이용음란)으로 기소된 사안에서, 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 같은 법 위반(통신매체이용음란)죄의 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례
- [1] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제13조는 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건’(이하 ‘성적 수치심을 일으키는 글 등’이라 한다)을 상대방에게 도달하게 한 사람”을 처벌하고 있다. 성폭력처벌법 제13조에서 정한 ‘통신매체이용음란죄’는 ‘성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 글 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리’를 보장하기 위한 것으로 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한

성폭속 확립을 보호법익으로 한다.

‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’이 있는지는 피고인과 피해자의 관계, 행위의 동기와 경위, 행위의 수단과 방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

[2] 피고인이 인터넷 게임을 하던 중 같은 게임을 하던 피해자 甲(여, 29세)에게 게임 내 채팅창을 이용하여 “니 ㅇ미가 입으로 봉사하는거 보고.,” “니 ㅇ비는 지금 니 ㅇ미가 내 주니어 빠는거 관전중이서.,” “니 ㅇ미 몸매 관리 좀 하라해. 그게 더 흥분돼.” 등의 메시지를 전송하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 위반(통신매체이용음란)으로 기소된 사안에서, 피고인과 甲은 서로의 성별조차도 모르는 사이로서, 당일 처음 인터넷 게임상에서 함께 팀을 이뤄 게임을 하게 되었고, 함께 게임에 참여한 다른 사람들도 모두 피고인, 甲과 처음 인터넷 게임상에서 만났을 뿐인 점, 피고인이 甲과 같은 팀에 소속되어 게임을 하는 과정에서 피고인을 포함한 같은 팀원들이 甲에게 ‘甲이 게임을 망치고 있다.’는 취지의 메시지를 보냈고, 甲도 피고인에게 적극적으로 대응하는 메시지를 보냄으로써 피고인과 다툼이 생겼으며, 피고인은 甲과 다투는 과정에서 다소 공격적인 甲의 메시지 내용에 화가 나서 위 메시지를 한 문장씩 전송한 것인 점 및 피고인과 甲의 관계, 위 메시지 전송 경위 등을 고려하면, 위 메시지에 甲의 부모를 대상으로 하는 모멸감을 주는 표현이 섞여 있기는 하나, 피고인은 甲과의 다툼 과정에서 자신의 분노를 표출하는 것이 주된 목적이었을 뿐 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망이 있었다고 인정하기 어렵다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 성폭력처벌법 위반(통신매체이용음란)죄의 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

15 2024. 11. 28. 선고 2024도12324 판결〔군인등강제추행(변경된 죄명: 군인등준강제추행미수)〕 195

- [1] 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 항소심이 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극)
- [2] 성폭력 사건에서 피고인이 공소사실을 부인하고 있고 공소사실에 부합하는 직접증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우, 피해자의 진술이 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있는지 판단하는 방법 및 사소한 사항에 관한 진술에 다소 일관성이 없다는 등의 사정만으로 그 진술의 신빙성을 배척할

수 있는지 여부(원칙적 소극)

- [3] 중대장인 피고인이 같은 중대 소대장인 피해자 甲이 실제로는 항거불능 상태에서 잠이 든 것이 아님에도 취기로 잠들어 항거불능 상태에 있다고 오인하고, 甲의 항거불능 상태를 이용하여 추행하려고 하였으나 미수에 그쳤다는 내용으로 기소된 사안에서, 제1심이 이미 고려한 사정 또는 공소사실과 직접적인 관련이 없는 부수적인 사정만을 들어 甲 진술의 신빙성에 관한 제1심의 판단을 뒤집어 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례
- [1] 형사소송법이 채택하고 있는 직접심리주의의 정신에 따라 제1심 증인의 진술에 대한 제1심과 항소심의 신빙성 평가 방법의 차이를 고려해 보면, 제1심 판결 내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결 시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하여 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로는 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니 된다.
- [2] 성폭력 사건에서 피고인이 공소사실을 부인하고 있고 공소사실에 부합하는 직접증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우, 피해자의 진술이 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있는지는 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되고 구체적인지, 진술 내용이 논리와 경험칙에 비추어 합리적이고, 진술 자체로 모순되거나 객관적으로 확인된 사실이나 사정과 모순되지 않는지, 또는 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 있는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 하고, 그 밖의 사소한 사항에 관한 진술에 다소 일관성이 없다는 등의 사정만으로 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 된다.
- [3] 중대장인 피고인이 같은 중대 소대장인 피해자 甲이 실제로는 항거불능 상태에서 잠이 든 것이 아님에도 취기로 잠들어 항거불능 상태에 있다고 오인하고, 甲의 항거불능 상태를 이용하여 추행하려고 하였으나 미수에 그쳤다는 내용으로 기소된 사안에서, 甲은 수사기관부터 제1심 법정에서 이르기까지 피해사실의 주된 부분에 관하여 직접 경험한 사람이 아니면 진술하기 힘든 세밀한 정보를 포함하여 구체적이고 일관된 진술을 한 점, 甲은 동료들에 의해

침대로 옮겨질 때 눈을 감고 자는 척을 하고 있었다고 진술하였고, 추가 피해를 막기 위해 피고인이 다시 방으로 들어온 상황을 포함하여 甲이 진술한 추행 시점 이후의 상황을 모두 녹음하였으므로, 누가 자신을 들어서 옮겨 놓았는지, 추행 시점 이후에 방에 누가 들어왔는지 등을 정확하게 기억하지 못한다는 사정만으로 甲 진술의 신빙성을 배척하기는 어려운 점, 甲이 진술한 신체접촉의 부위, 추행행위의 태양과 내용은 甲을 들어서 침대로 옮기거나 흔들어 깨우는 과정에서 발생할 수 있는 신체접촉의 부위, 행위태양과는 구별되는 점 등을 종합하면, 甲 진술의 신빙성에 관한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우에 해당한다고 단정하기 어렵다는 이유로, 제1심이 이미 고려한 사정 또는 공소사실과 직접적인 관련이 없는 부수적인 사정만을 들어 甲 진술의 신빙성에 관한 제1심의 판단을 뒤집어 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 원심판단에 공판중심주의와 직접심리주의 원칙을 위반하고 진술의 신빙성에 관한 판단과 증거의 증명력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.