

대법원 2025. 4. 24. 선고 중요판결 요지

민 사

2024다221455 건물인도 (바) 파기환송

[주택임대차보호법에 따른 임차인의 임차권등기 관련비용 상환채권의 행사 방법이 문제된 사건]

◇임차인이 주택임대차보호법 제3조의3 제8항에 따른 임차권등기 관련비용 상환채권을 민사소송으로 청구하거나 상계의 자동채권으로 삼는 등의 방법으로 행사할 수 있는지 여부(적극)◇

주택임대차보호법(이하 '주택임대차법'이라 한다) 제3조의3은 제3항에서 임차권등기명령의 신청에 대한 재판절차와 임차권등기명령의 집행 등에 관하여 민사집행법상 가압류에 관한 절차규정을 일부 준용하는 한편, 제8항에서 "임차인은 제1항에 따른 임차권등기명령의 신청과 그에 따른 임차권등기와 관련하여 든 비용을 임대인에게 청구할 수 있다."라고 규정하고 있다.

이처럼 주택임대차법 제3조의3 제8항은 임차권등기명령 신청비용과 임차권등기비용(이하 각 비용을 통틀어 '임차권등기 관련비용'이라 한다)에 대한 비용상환청구권을 인정하면서도 비용청구의 방법이나 절차에 관한 별도의 규정을 두지 않고 있다. 따라서 임차인은 민사소송으로 그 비용을 청구하거나, 상계의 자동채권으로 삼는 등의 방법으로 비용상환청구권을 행사할 수 있다고 봄이 타당하다.

☞ 원고(임대인)가 임대차계약 해지 후 피고(임차인)에게 차임 상당 부당이득금 및 원상회복비용 등의 지급을 구하자, 피고는 임차권등기 관련비용 상환채권으로 원고의 채권과 상계한다고 항변한 사안임

☞ 원심은, 임차권등기 관련비용은 소송비용액 확정절차를 거쳐 돌려받아야 한다는 이유로, 임차권등기 관련비용 상환채권의 존부 및 범위를 심리·판단하지 않은 채 피고의 상계항변을 배척하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심으로서는 피고가 상계의 자동채권으로 주장하는 임차권등기 관련비용 상환채권의 존부와 범위를 심리·판단했어야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

2024다248290 소유권이전청구권가등기 말소절차이행 등 (바) 상고기각

[부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권의 양수인 앞으로 마쳐진 가등기 이전의 부기등기 및 가등기에 기한 본등기의 효력이 문제된 사건]

◇소유권이전등기청구권의 양수인이 소유권이전청구권 가등기 이전의 부기등기와 가등기에 기한 본등기까지 마쳤으나 당초의 소유자 겸 매도인이 그 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않은 경우, 양수인 명의로 된 가등기 이전의 부기등기 및 가등기에 기한 본등기가 실체관계에 부합하는 등기로서 유효한지 여부(소극)◇

채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다(민법 제449조 제1항). 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요하므로, 채무자의 승낙이나 동의가 없는 채권양도는 원칙적으로 효력이 없다(대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결 등 참조).

한편, 등기가 실체관계에 부합한다고 하는 것은 그 등기절차에 어떤 하자가 있다고 하더라도 진실한 권리관계와 합치하는 것, 즉 소유권이전에서 등기이전절차만이 위법하고 그 외의 다른 법률행위는 적법·유효한 상태로 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 경우를 말한다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다55777 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다33017 판결 취지 참조).

따라서 소유권이전등기청구권을 매수인으로부터 양도받은 양수인이 소유권이전청구권 가등기 이전의 부기등기를 마치고 가등기에 기한 본등기까지 마쳤으나 당초의 소유자 겸 매도인이 그 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않고 있다면 양수인은 매도인과 아무런 법률관계가 없어 매도인에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 등의 권리행사를 할 수 없으므로(대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452, 9469 판결, 대법원 1995. 8. 22. 선고 95다15575 판결 등 참조), 그 가등기 이전의 부기등기 및 가등기에 기한 본등기는 이에 부합하는 양수인과 매도인 간의 적법·유효한 실체관계가 존재하지 아니하여 원인무효의 등기가 된다.

☞ 원고는 원고보조참가인과 원고 소유의 이 사건 부동산에 관하여 매매예약을 체결하고 원고보조참가인 앞으로 소유권이전청구권가등기를 마쳐주었는데(이하 ‘이 사건 가등기’), 원고보조참가인은 A 앞으로 소유권이전등기청구권 양도를 원인으로 하는 이 사건 가등기

이전의 부기등기를 마쳐주었고, A는 이와 별도로 원고와 이 사건 부동산에 관하여 매매 계약을 체결하였음. 그 후 A에서 B를 거쳐 피고에게로 소유권이전등기청구권 양도를 원인으로 하는 이 사건 가등기 이전의 부기등기가 순차로 마쳐졌으나, 원고는 A가 B에게, B가 피고에게 각각 소유권이전등기청구권을 양도하는 것에 대하여 동의하거나 승낙하지 않았음. 피고는 관련사건의 항소심 계속 중 해당 사건의 제1심 공시송달 판결에 터 잡아 이 사건 가등기에 기하여 소유권이전등기의 본등기를 마쳤고(이하 ‘이 사건 본등기’), 위 제1심 판결은 항소심에서의 소 취하로 실효됨. 이에 원고가 피고를 상대로 이 사건 가등기 이전의 부기등기 및 이 사건 본등기의 말소를 청구한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 부동산의 당초 소유자 겸 매도인인 원고는 중간자인 B가 피고에게 매매로 인한 소유권이전등기청구권을 양도하는 것에 동의하거나 승낙하지 않았으므로 피고는 원고에 대하여 소유권이전등기청구권을 행사할 수 없고, 피고 앞으로 마쳐진 이 사건 가등기 이전의 부기등기와 이에 기하여 마쳐진 이 사건 본등기는 실체관계에 부합하는 등기로 볼 수 없으므로 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

2024다277687 토지인도 등 (바) 상고기각

[농지 양수인이 대항력을 갖추지 못한 농지 임차인에 대해 농지인도 등을 청구한 사건]

◇농지법 제26조에 따라 임대 농지의 양수인이 임대인의 지위를 승계하려면 임차인이 대항력을 갖추어야 하는지 여부(적극)◇

주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 것은 어디까지나 임차인이 대항력을 갖추고 있는 것을 요건으로 하는 것이고(대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다276914 판결 참조), 이러한 법리는 농지법 제24조 제2항에 의하여 등기가 없어도 임차인이 농지소재지 관할 시·구·읍·면 장의 확인을 받고 농지를 인도받은 경우 대항력을 갖게 되는 농지 임대차의 경우에도 마찬가지로, 농지법 제26조에 따라 임대 농지의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 것은 임차인이 대항력을 갖추고 있는 것을 요건으로 한다. 따라서 임차인이 이러한 대항력을 갖추지 못한 이상, 임대 농지의 양수인이 임대차계약의 존재사실을 알았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 임대인의 지위를 승계한다고 볼 수 없다.

☞ 농지소유자와 임차인인 피고 사이에 대항력 없는 임대차계약이 존속하던 중에 농지소유자로부터 농지를 매수하여 소유권이전등기를 마친 원고가 피고를 상대로 농지의 인도

등을 청구한 사안임

☞ 원심은, 피고가 농지법 제24조 제2항에 따라 임대차계약을 등기하거나 시·구·읍·면의 장의 확인을 받는 등 대항력을 갖추었다고 볼 증거가 없으므로 농지법 제26조에 따라 임대인의 지위가 승계된다고 볼 수 없다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

2024다295876 부당이득금 반환 청구의 소 (사) 파기환송(일부)

[원천징수세액 상당에 대한 환급청구권이 원천납세의무자와 원천징수의무자 중 누구에게 귀속되는지가 문제된 사건]

◇원천징수의무자가 원천징수하여 납부한 원천징수세액이 법인세의 기납부세액으로 공제·충당 처리되었다가 법인세 부과처분이 취소된 경우, 기납부세액으로 처리된 원천징수세액 상당액에 대한 환급청구권의 귀속주체 확정 방법◇

국세환급금의 충당은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위 또는 소멸에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이라기보다는 국가의 환급금 채무와 조세채권이 대등액에서 소멸되는 점에서 민법상 상계와 비슷하고, 소멸대상인 조세채권이 존재하지 아니하거나 당연무효 또는 취소되는 경우에는 그 충당의 효력이 없는 것으로서 이러한 사유가 있는 경우에 납세의무자로서는 충당의 효력이 없음을 주장하여 언제든지 민사소송으로 이미 결정된 국세환급금의 반환을 청구할 수 있다(대법원 1994. 12. 2. 선고 92누14250 판결 등 참조). 이와 같이 국세환급금 충당의 효력이 없는 경우 그 범위에서 되살아나는 권리는 충당의 대상이 되었던 조세의 환급청구권이 아니라 당초 확정되었다가 충당된 조세의 환급청구권이다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64435 판결 참조). 나아가 이러한 법리는 원천징수의무자 명의로 납부된 세액에 관한 환급금이 다른 조세채권에 충당 처리되었다가 해당 조세채권이 마찬가지로 존재하지 않거나 당연무효 또는 취소되는 경우에도 동일하게 적용된다.

원천징수 세제에서 원천징수의무자가 원천납세의무자로부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 세액을 징수·납부하였거나 징수하여야 할 세액을 초과하여 징수·납부하였다면, 이는 국가가 원천징수의무자로부터 납부 받는 순간 아무런 법률상 원인이 없는 부당이득이 된다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두8780 판결, 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다68294 판결 및 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007두18284 판결 등 참조). 이때 원천징수의무자 명의로 납부된 세액에 관하여는 원천징수의무자가 그 환급청구권자가 되고, 원천납세

의무자는 자신 명의로 납부된 세액에 관하여만 환급청구권자가 될 수 있을 뿐이다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다68294 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014두45246 판결 등 참조).

☞ 과세관청이 원고들의 국내 고정사업장이 있음을 전제로 원고들에 대하여 법인세 부과처분을 하면서 그 이전에 원천징수의무자가 원고들과 관련된 하위 중간 지주회사에게 배당금 등을 지급하면서 원천징수하여 납부한 원천징수세액을 기납부세액으로 공제·충당 처리하였는데, 그 후 위 법인세 부과처분이 취소되자 원고들이 위 원천징수세액 상당액에 대한 환급청구권이 원고들에게 귀속된다고 주장하면서 그 지급을 구하는 사안임

☞ 원심은, 법인세 부과처분이 취소되었더라도 원천징수에 따른 조세 납부와 관련된 법률관계가 되살아나지 않는다고 보아 원고들의 청구를 인용하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 법인세 부과처분이 취소된 이상 원천징수세액 환급금을 법인세 기납부세액으로 공제·충당 처리한 효력이 소멸하게 되었고, 이에 따라 공제·충당 처리된 원천징수세액에 관한 환급청구권은 원고들이 아니라 납부 명의자인 원천징수의무자들에게 속한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

2024다297643 구상금 (다) 파기환송

[공사 하자로 인한 손해가 계약이행보증계약의 보증대상인지 여부가 문제된 사건]

◇계약이행보증보험에서 보험사고의 의미 및 공사도급계약과 관련한 계약이행보증계약에서 보증의 대상이 되는 보증책임의 일부를 별도의 보증으로 다루고 있는 경우 원래 계약보증의 대상이 되는 보증책임이 면제되는지 여부(소극)◇

보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 뜻하는 것으로서, 계약이행보증보험에서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정해야 한다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 등 참조). 공사도급계약에서 통상 수급인이 도급인에게 지급하는 계약보증금 또는 계약이행보증금을 대신하는 보증보험증권은 수급인이 약정한 공사기간 내에 공사를 완료하는 것을 내용으로 하는 공사도급계약의 이행을 보증하고 만일 계약의 이행 과정에서 수급인의 귀책사유로 도급인에게 채무를 부담하게 될 경우 그 채무의 이행을 보증하는 것이며, 계약보증의 대상이 되는 보증책임의 일부를 하자보수보증과 같이 별도의 보증으로 다루고 있다고 하여 원래 계약보증의 대상이 되는 보증책임이 면제되는 것은 아니다(대법원 2001. 12. 14. 선고 99다58129 판결 등 참조).

☞ 수급인인 피고가 건설공사를 도급받는 계약(이하 ‘이 사건 공사계약’)을 체결한 후 도급인을 위하여 원고와 사이에 이행(계약)보증보험계약(이하 ‘이 사건 보증계약’)을 체결하였는데, 피고가 공사를 수행한 부분에 미시공 하자과 부실시공 하자가 있다는 이유로 도급인에게 손해배상책임을 부담하는 내용의 판결이 확정되자(이하 ‘관련 판결’) 원고가 도급인에게 보험금을 지급한 후 피고에게 구상금을 청구한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 보증계약상의 이행(계약)보증금은 수급인이 약정한 공사기간 내에 공사를 이행하는 것을 보증하기 위한 것인데, 피고가 부담하게 된 손해배상책임을 공사계약의 미이행으로 발생한 손해액이라고 볼 수 없으므로 피고는 원고가 지급한 보험금에 대해 구상할 의무가 없다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 공사계약에 따라 공사를 수행한 부분에 존재하는 하자로 인한 손해가 이 사건 보증계약의 보증대상이 된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

형 사

2022도15950 추행 (라) 파기환송

[영내 생활관에서 또는 불침번 근무 중 동성 군인 간 성적 행위가 군형법상 추행죄를 구성하는지 여부가 문제된 사건]

◇자발적 의사 합치에 따른 동성인 군인 사이의 항문성교 그 밖에 이와 유사한 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해하는 경우 군형법상 추행죄를 구성하는지 여부(적극)◇

군형법 제92조의6은 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 것으로서 “제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람(이하 ‘군인 등’이라고 한다)에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하고 있다(이하 ‘현행 규정’이라고 한다). 현행 규정은 구 군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것) 제92조의5 규정과는 달리 ‘계간’ 대신 ‘항문성교’라는 표현을 사용하고 행위의 객체를 군형법이 적용되는 군인 등으로 한정하였다. 계간은 사전적으로 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로서 남성 간의 성행위라는 개념요소를 내포하고 있지만 현행 규정의 대표적 구성요건인 ‘항문성교’는 이성 간에도 가능한 행위이고 남성 간의 행위에 한정하여 사용되는 것이 아니다. 따라서 현행 규정의 문언만으로는 동성 군인 간의 성행위 그 자체를 처벌하는 규정이라는 해석이 당연히 도출되지 않는다.

‘추행’의 사전적 의미는 ‘더럽고 지저분한 행동, 강간이나 그와 비슷한 짓’이라고 되어 있다. 형법 등 성폭력범죄 처벌규정에서 ‘추행’을 구성요건으로 정하고 있는 경우가 있는데, 대법원은 추행을 ‘객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것’이라고 하면서 이를 판단할 때 피해자의 의사를 고려요소의 하나로 삼고 있다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결 등 참조).

한편 어떤 행위가 추행에 해당하는지에 대한 일반적인 관념이나 동성 간의 성행위에 대한 규범적 평가는 시대와 사회의 변화에 따라 바뀌어 왔고, 동성 간의 성행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 평가는 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어렵게 되었다.

현행 규정의 문언, 개정 경위, 동성 간 성행위에 대한 법규범적 평가의 변화 등을 종합하면, 현행 규정의 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전통적인 보호법익과 함께 ‘군인의 성적 자기결정권’도 포함된다고 보아야 한다. 따라서 동성 군인 간 합의에 따른 성행위가 언제나 군기를 침해하는 행위라거나 현행 규정의 처벌대상에 해당한다고 볼 수 없다. 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 현행 규정에서 정한 추행죄에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결 참조).

그러나 동성인 군인 사이의 항문성교나 그 밖에 이와 유사한 행위가 자발적 의사 합치에 따른 것이라 하더라도, 그것이 상명하복의 엄격한 규율과 집단적 공동생활이라는 군조직의 특성을 유지할 필요성이 인정되어 자유로운 성적 자기결정권의 행사를 일부 제한하더라도 이를 기본권의 적법한 제한이라고 새길 수 있을 정도로 군기 및 군율의 확립·유지 요청이 비교적 큰 공간이나 상황에서 이루어졌다면, 그러한 행위는 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적·구체적으로 침해하는 것으로 현행 규정의 추행죄를 구성할 수 있다고 보아야 한다.

☞ 피고인이 함께 복무하던 군인과 소속대 막사 생활관 내에서 키스하고 속옷 안에 손을 집어넣어 성기를 잡고 비비는 행위를 하는 등으로 추행을 하고(이하 ‘제1행위’), ② 소속대 막사 화장실에서 불침번근무 중인 군인으로부터 구강성교를 해달라는 요구를 받고 입으로 성기를 빨아 사정하게 함으로써 추행을 하였다(이하 ‘제2행위’)는 군형법상 추행으로 기소됨

☞ 원심은, 제1행위는 근무 외 시간에 피고인과 다른 군인의 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 이뤄진 것이고, 제2행위는 피고인과 다른 군인의 자유로운 의사를 기초로 한 합의에 따라 독립적이고 폐쇄적인 곳에서 은밀히 이뤄졌고 피고인이 근무 중인 상태도 아니었으며 다른 군인의 불침번 임무수행에 지장을 주었다고 단정하기 어렵다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 병은 의무복무기간 동안에는 영외에서의 휴가나 외박 등 특수한 경우를 제외하면 구체적 복무상황이나 상태, 근무시간 등을 불문하고 계속적인 규율과 통제의 상태에서 생활하고 있다고 볼 수 있는 점, ② 병의 생활관은 군사훈련 내지 집단적 단체생활의 일부이면서 규율과 상명하복이 요구되는 공간에 해당하는 점, ③ 불침번근무 중의 군인은 엄연히 군사적 필요에 따른 임무를 수행 중인 상태라 할 것이고, 그러한 임무 수행 중의 군인이 항문성교나 추행 등의 성적 행위에 나아가는 것은 그 성적 행위가 실제로 이루어진 구체적 장소나 시간을 불문하고 군기를 직접적·구체적으로 침해한다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 의하면, 제1, 2행위가 동성 군인 사이에 자발적 의사 합치에 따른 것이라고 하더라도 군형법상 추행죄를 구성할 수 있다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

2024도14169 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반등 (가) 파기환송 [온라인게임에서 설정된 제한 등을 무력화하는 프로그램을 판매하여 취득한 대금이 추정 대상인지 여부가 문제된 사건]

◇구 범죄수익은닉규제법(2022. 1. 4. 법률 제18672호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 범죄수익은닉규제법’)에 따라 몰수·추정 대상이 되는 ‘범죄행위에 의하여 생긴 재산’에 범죄행위에 의하여 취득한 재산이 포함되는지 여부(적극)◇

구 범죄수익은닉규제법은 “중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산”을 범죄수익으로 규정하고[제2조 제2호 (가)목], 범죄수익을 몰수할 수 없으면 그 가액을 추정할 수 있다고 규정한다(제10조 제1항, 제8조 제1항 제1호).

“범죄행위에 의하여 생긴 재산”은 중대범죄의 범죄행위에 의하여 새로 만들어진 재산 뿐만 아니라 그러한 범죄행위에 의하여 취득한 재산도 포함한다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도5652 판결 등 참조).

☞ 피고인은 온라인게임에서 설정된 제한 등을 무력화하는 프로그램(이하 ‘핵프로그램’)을 게임이용자들에게 판매하고 이를 구매한 게임이용자들은 이를 실행하여 게임에서 설

정된 제한 등을 무력화함으로써 피해자인 게임회사의 정상적인 게임운영업무를 방해하였다는 공소사실 등으로 기소됨

☞ 원심은, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하면서, 피고인이 취득한 핵프로그램 판매대금은 업무방해죄로 생긴 재산에 해당하지 않는다고 보아 구 범죄수익은닉규제법에 따른 추징 대상이 아니라고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 핵프로그램을 판매하는 피고인과 핵프로그램을 구매하여 이용한 게임이용자가 함께 업무방해죄의 공동정범이 된다면 피고인이 취득한 핵프로그램 판매대금도 업무방해죄에 의하여 취득한 재산으로서 구 범죄수익은닉규제법에 따른 추징 대상이라고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

2024도16766 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)등 (가) 상고기각

[시장정비사업조합의 임원을 뇌물죄에서의 ‘공무원’으로 볼 수 있는지 여부가 문제된 사건]

◇시장정비사업조합의 임원에 대하여 구 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」(2023. 3. 28. 법률 제19319호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항에 따라 「도시 및 주거환경정비법」 제134조가 준용되어 뇌물죄 적용에서 공무원으로 볼 수 있는지 여부(적극)

◇

구 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」(2023. 3. 28. 법률 제19319호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 전통시장법’이라 한다) 제4조 제1항은 ‘시장정비사업과 관련하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’이라 한다) 중 재개발사업에 관한 규정을 준용한다’고 규정하고 있다. 이는 시장정비사업이 도시정비법에 따른 재개발사업과 그 실질이 동일하다는 점을 고려하여 구 전통시장법에서 특별히 규정한 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 한 도시정비법의 재개발사업에 관한 규정을 시장정비사업의 관련 사항에 원칙적·포괄적으로 준용하도록 정한 것이다(헌법재판소 2022. 6. 30. 선고 2020헌바15 결정 참조).

도시정비법 제134조는 ‘조합임원은 형법 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다’고 규정하여 조합의 임원을 형법상 뇌물죄 적용에 있어서 공무원으로 의제하고 있다. 구 전통시장법에 시장정비사업과 관련하여 뇌물죄를 적용함에 있어 시장정비사업조합의 임원을 공무원으로 의제한다는 내용의 명시적 규정은 없으나, 도시정비법의 공무원 의제 조항은 재개발사업을 비롯한 정비사업을 시행하는 조합 임원의 법적 지위를 정한 것으로서 재개발사업에 관한 규정으로 볼 수 있고, 시장정비사업조합의

임원에 대하여 도시정비법상 공무원 의제 조항을 준용하는 것이 그 성질에 반한다고 볼 수 없다.

따라서 시장정비사업조합의 임원에 대하여는 구 전통시장법 제4조 제1항에 따라 도시정비법 제134조가 준용된다고 보는 것이 타당하고, 구 전통시장법 제4조 제1항이 명확성의 원칙에 위배되는 조항이라거나 위 조항에 따라 도시정비법 제134조를 준용하는 것이 죄형법정주의에 반하는 확장해석이나 유추해석이라고 볼 수 없다.

☞ 피고인 1은 시장정비사업조합의 조합장으로서 피고인 2와 공모하여, 조합장이 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수하였다는 등의 공소사실로 기소됨

☞ 원심은, 구 전통시장법 제4조 제1항에 따라 시장정비사업조합의 임원에 대하여 도시정비법 제134조의 공무원 의제 조항이 준용된다고 보아 공소사실을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

2024도19106 준강제추행 등 (라) 상고기각

[피압수자인 피의자의 변호인에게 휴대전화 전자정보 압수·수색과정에 참여할 기회를 제공하지 않은 경우 휴대전화 전자정보의 증거능력 인정 여부가 문제된 사건]

◇1. 피압수자에게 집행의 일시와 장소를 통지하고, 피압수자가 스스로 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여할 의사를 명시하거나 또는 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 변호인에게 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 하는지 여부(원칙적 적극), 2. 위법수집증거 및 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는 경우와 판단 기준◇

1. 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조). 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어, 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만일 그러한 조치를 취하지 않았다면, 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나, 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 압수·수색

이 적법하다고 할 수 없다. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

한편 형사소송법 제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이다. 따라서 설령, 피압수자에게 집행의 일시와 장소를 통지하고, 피압수자가 스스로 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여할 의사를 명시하거나 또는 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결 참조).

2. 형사소송법 제308조의2는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다’고 정하고 있다. 이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조). 헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다. 이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다.

그러나 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 확일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법의 목적에 맞지 않는다. 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이기 때문이다. 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다. 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어

진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰하여 판단해야 한다. 이러한 법리는 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거에 대해서도 마찬가지로 적용되므로, 절차에 따르지 않은 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석이나 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

☞ 수사기관이 피고인의 동의를 얻어 피고인의 휴대전화 전자정보를 탐색하고, 그 과정에서 피해자와의 성관계 영상 등을 확인한 후, 압수·수색영장을 발부받아 피고인의 휴대전화에 저장된 동영상, 사진 등 전자정보를 압수하였는데, 그 과정에서 피고인의 변호인에게 위 압수·수색 절차에 관한 사전통지를 하지 않아 위 전자정보의 증거능력이 문제된 사안임

☞ 원심은, 피고인의 변호인에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하지 않은 채 압수·수색영장을 집행하여 휴대전화 전자정보를 압수하였더라도 피고인에게 참여권을 보장하였으므로 압수·수색은 적법하고, 설령 변호인에게 별도로 참여권을 보장하였어야 압수·수색이 적법하다고 보더라도 그 절차 위반의 정도가 무겁다고 볼 수 없으므로 해당 전자정보의 증거능력을 인정할 수 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 수사기관은 위와 같은 탐색·복제에 앞서 피고인의 변호인에게 그 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 절차에 참여할 기회를 제공하였어야 하고 그와 같은 조치를 취하지 않은 것은 압수절차를 위반한 것이어서 이 부분 원심의 판단은 법리를 오해한 것이나, 피고인이 실제 탐색·복제 절차에 참여하는 등 제반 사정에 비추어 보면 예외적으로 그와 같이 수집된 증거와 2차적 증거 모두 증거능력이 있는 경우에 해당하여 증거능력을 인정한 원심의 결론은 수긍하여 상고를 기각함

2024도19305 업무상배임 (바) 파기환송

[피고인이 소속 회사에서 퇴사하면서 반출한 자료가 회사의 영업상 주요한 자산인 지 여부가 문제된 사건]

◇회사 직원이 무단으로 자료를 반출하는 행위를 업무상배임죄로 의율하기 위해서는 해

당 자료가 ‘영업상 주요한 자산’에 해당하여야 하는지 여부(적극)◇

회사 직원이 경쟁업체 또는 스스로의 이익을 위하여 이용할 의사로 무단으로 자료를 반출한 행위가 업무상배임죄에 해당하기 위하여는, 그 자료가 반드시 영업비밀에 해당할 필요까지는 없다고 하겠지만 적어도 그 자료가 불특정 다수인에게 공개되어 있지 않아 보유자를 통하지 아니하고는 이를 통상 입수할 수 없고, 그 보유자가 자료의 취득이나 개발을 위해 상당한 시간, 노력 및 비용을 들인 것으로서 그 자료의 사용을 통해 경쟁상의 이익을 얻을 수 있는 정도의 영업상 주요한 자산에는 해당하여야 한다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도3915 판결, 대법원 2022. 6. 30. 선고 2018도4794 판결 등 참조).

☞ 피고인은 피해 회사에 재직 중 업무상 임무에 위배하여 피해 회사의 영업상 주요한 자산인 ㉠ 필터 원재료 A의 시험성적서, ㉡ A를 주된 원재료로 하여 제조된 필터 B에 대한 동물이식 실험 결과보고서, ㉢ A에 관한 Ordersheet(이하 통틀어 ‘이 사건 각 자료’)를 반출하여 재산상 이익을 취득하고 피해 회사에 재산상 손해를 가하였다는 업무상 배임으로 기소됨

☞ 원심은, 피해 회사에서 제작하는 필터의 주된 원재료가 다양한 가교 덱스트란(cross-linked dextran) 화합물 중 하나인 A임을 알 수 있는 이 사건 각 자료는 피해 회사의 영업상 주요한 자산이라고 볼 수 있고, 피고인이 피해 회사를 퇴사하면서 이 사건 각 자료를 반환하거나 폐기하지 아니한 채 반출한 이상 이는 임무 위배행위에 해당하며 그에 대한 고의도 있었다고 보아, 공소사실을 유죄로 인정하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 각 자료에 기재된 정보는 보유자인 피해 회사를 통하지 않고서도 통상 입수할 수 있고, 보유자인 피해 회사가 이 사건 각 자료의 정보를 사용하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있다고 보기도 어려우므로, 이 사건 각 자료는 피해 회사의 영업상 주요한 자산에 해당한다고 할 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

2025도265 전기통신사업법위반 (바) 파기환송

[피고인이 휴대폰 대리점 운영자로 하여금 피고인 명의 선불유심을 개통하게 한 것이 전기통신사업법 제30조 위반 행위에 해당하는지 여부가 문제된 사건]

◇전기통신사업법 제30조 본문에서 정한 ‘타인의 통신용으로 제공’한다는 것의 의미 및 미필적 고의의 판단방법◇

전기통신사업법 제30조 본문은 “누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 이를 타인의 통신용으로 제공하여서는 아니 된다.”라

고 규정한다. 이는 정당한 권한 없이 다른 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 자신이 제공받는 역무와 동종 또는 유사한 역무를 제공함으로써 전기통신사업자의 사업에 지장을 초래하거나 통신시장질서를 교란하는 행위를 막기 위한 취지의 조항이다(헌법재판소 2002. 5. 30. 선고 2001헌바5 결정 참조). 여기에서 ‘타인의 통신을 매개’한다는 것은 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 다른 사람들 사이의 통신을 연결해 주는 행위를 의미하고, ‘타인의 통신용으로 제공’한다는 것은 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 다른 사람이 통신을 위하여 이용하도록 제공하는 행위를 의미한다(대법원 2021. 7. 29. 선고 2021도3520 판결 등 참조).

고의의 일종인 미필적 고의는 중대한 과실과는 달리 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있고 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지 여부는 행위자의 진술에 의존하지 않고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이 라면 해당 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인지를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 등 참조).

☞ 피고인이 휴대폰 대리점 운영자 A로부터 “선불유심을 개통해주면 돈을 주겠다.”는 제안을 받고 A로 하여금 피고인 명의 9회선의 선불유심을 개통하게 함으로써, 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 타인의 통신용으로 제공하였다는 전기통신사업법 위반으로 기소됨

☞ 원심은, 피고인이 “휴대폰 대리점 실적이 부족하니 개통실적을 쌓는 용도로 선불유심을 개통하게 해 달라. 타인에게 제공하지는 않을 것이다.”라는 취지의 A의 말을 믿고 A를 도와주려는 단순한 호의로 선불유심의 개통에 응하였을 가능성을 배제할 수 없다는 등의 이유로, 피고인의 고의에 관한 증거가 부족하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 일반적으로 유심은 통신용으로 제공될 것을 전제로 개통되는데, 피고인은 A에게 피고인 명의로 선불유심을 개통하도록 허락하였음에도 개통된 선불유심을 A의 관리 아래 그대로 둔 채 그것이 실제 타인의 통신용으로 제공되지 않도록 하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않았고, A가 피고인 등으로부터 취득한 유심 중 일부가 실제 보이스피싱 등의 범행에 사용된 점, ② 휴대폰 대리점의 실적을 위하여 개통된 유심도 타인의 통신용으로 제공될 수 있으므로 피고인이 A가 운영하는 휴대폰 대리점의 실적을 위하여 선불유심의 개통을 허락하였다는 사정만으로 피고인의 고의를 부정할 수는 없고, 피고인이 A로부터 선불유심 개통에 대한 대가를 지급받은 점에

비추어 피고인이 A를 도와주려는 단순한 호의로 선불유심의 개통에 응한 것이라고 보기도 어려운 점, ③ 피고인이 제1심부터 원심에 이르기까지 변호인의 조력을 받는 상황에서, 개통을 승낙한 1~2회선의 선불유심에 관하여는 공소사실을 인정하는 취지로 일관되게 진술하였고 그 진술의 임의성을 의심할 만한 사정을 찾을 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인에게 전기통신사업법 위반의 미필적 고의가 있었다고 볼 여지가 충분하다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

특 별

2022므15371 친생자관계 존부 확인 (라) 파기환송

[대리모가 자신이 대리출산한 자녀를 상대로 친생자관계존재확인을 구하는 사건]

◇1. 보조생식 시술을 통하여 임신·출산한 자녀를 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 이른바 대리모계약의 효력(무효) 및 무효인 대리모계약에 의하여 출산이 이루어진 경우 자녀를 출산한 대리모가 자녀의 모인지 여부(적극), 2. 친생자관계존재확인의 소가 소권 남용에 해당하는지 여부를 판단하는 기준◇

1. 보조생식 시술을 통하여 임신·출산한 자녀를 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 이른바 대리모계약은 여성의 몸을 도구화하고, 출생한 자녀를 거래의 객체화하며, 임신과 출산 과정에서 형성된 모자간의 정서적 유대관계를 깨뜨려 인간으로서의 존엄성을 침해하므로, 민법 제103조에서 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위로서 무효이다. 대리모가 자신이 출산한 아이와 관련하여 친생모로서 가지는 권리 일체를 포기하기로 하는 합의는 대리모계약의 일부 혹은 그 연장선상에서 체결된 것이므로 역시 무효이고, 진실한 친자관계를 부정하고 모로서의 정당한 권리행사를 박탈하는 것이라는 점에서도 그 효력을 인정하기 어렵다.

한편 부자관계는 그 관계 확정을 위한 별도의 요건을 충족하는 경우에만 친자관계가 성립하는 법률적 친자관계이지만, 모자관계는 임신과 출산이라는 사실에 의하여 그 관계가 명확히 결정되는 자연적 친자관계라는 것이 우리 민법이 정하고 있는 바이고(대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결 등 참조), 출산한 모와 자녀 사이에 혈연관계도 존재한다면, 무효인 대리모계약에 의하여 출산이 이루어졌다고 하더라도 자녀를 출산한 대리모를 자녀의 모로 보는 것이 타당하다.

2. 가사소송절차에 준용되는 민사소송법 제1조 제2항은 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다고 규정하여 가사소송에 있어서도 신의성실의 원

칙이 적용됨을 선언하고 있다. 그러므로 이러한 신의칙에 위배한 소권의 행사는 허용되지 아니한다 할 것이나, 법원의 재판을 받을 권리는 헌법상 보장된 기본권에 속하는 이상 실체법상의 권리를 실현하기 위한 소송의 제기에 대하여 이를 신의칙에 반하는 소권의 남용이라고 판단함에 있어서는 신중을 기하여야 한다. 특히 친족법상 친자관계의 존부를 다투는 소송에서는, 친자관계가 신분관계의 기본이 되는 것으로 단순히 친자 상호간의 관계뿐만 아니라 친족 간의 상속문제 기타 친족관계에 기초한 각종 법률관계에도 영향을 초래할 수 있으므로 진실한 신분관계를 확정하는 것은 그 자체가 법이 의도하고 있는 정당한 행위이다. 따라서 소송의 결과가 위 각종 법률관계에 영향을 미치는 것은 정당한 신분관계의 회복에 당연히 수반되는 것이므로 이를 두고 그 소송의 동기나 목적이 소권남용의 의도에서 비롯된 것으로 단정 지어 비난할 사유가 되지 못하고, 특별한 사정이 없는 한 친생자관계존재확인의 소가 소권의 남용이라는 명목으로 쉽게 배척되어서는 아니 된다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2004므405 판결 참조).

그러나 자녀의 복리는 친자관계의 성립과 유지에서 가장 우선적으로 고려해야 할 사항이므로(대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결 참조), 친생자관계존재확인의 소를 통해 진실한 신분관계를 귀속시키는 것이 오히려 자녀의 복리에 현저히 반하게 되는 특별한 사정이 있다면 친생자관계존재확인의 소도 예외적으로 소권남용에 해당하여 허용되지 않을 수 있다. 여기서 자녀의 복리에 현저히 반하게 되는지 여부는 법률상 친자관계가 진실한 혈연관계와 달라진 경위, 법률상 부모와 자녀가 친생자 관계에 준할 정도의 정서적 유대와 실질적 생활관계를 형성·유지해온 기간과 내용, 판결로써 친생자관계의 존재를 확정함에 따라 자녀 및 법률상 부모가 입을 고통이나 불이익, 원고가 친생자관계존재확인의 소에 이른 경위와 동기 및 목적, 친생자관계존재확인의 소가 받아들여지지 않을 경우 원고가 입을 고통이나 불이익, 원고 외에 현저하게 불이익을 받는 자의 유무 등의 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

☞ 대리모인 원고가 A 부부와 대리모계약을 체결하고 보조생식 기술을 통해 피고를 임신·출산한 뒤, 자신이 대리출산한 자녀인 피고를 상대로 친생자관계존재확인을 청구한 사안임

☞ 원심은, 원고가 피고를 출산하였음을 근거로 원고와 피고 사이의 친생자관계존재확인 청구를 인용하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 대리모계약 자체나 원고가 친모로서의 권리를 행사하지 않기로 하는 내용의 합의는 무효이고, 자녀를 출산한 대리모인 원고가 자녀의 모이며, 법률상 친자관계에 진실한 혈연관계를 반영시키고자 하는 원고의 의사는 원

칙적으로 존중되어야 하는 것이지만, 원고가 피고를 대리출산한 사실을 악용하여 A 부부로부터 장기간에 걸쳐 거액의 돈을 받았고, 피고의 출생의 비밀을 일부 폭로하기도 한 사정 등을 고려할 때 원심으로서 원고의 친생자관계존재확인 소가 자녀의 복리에 반하는 결과를 가져와 예외적으로 소권남용에 해당하는지를 심리하였어야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

2022두42228 증여세부과처분취소 (라) 상고기각

[구 「상속세 및 증여세법」(2016. 12. 20. 법률 제14388호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법’) 제39조 제1항 제1호 (다)목 및 같은 법 제4조 제4항 전단의 적용이 문제된 사건]

◇1. 구 상증세법 제39조 제1항 제1호 (다)목(이하 ‘이 사건 과세조항’)의 증여세 과세대상(=법인이 주주가 아닌 자에게 신주를 시가보다 낮은 가액으로 발행함에 따라 해당 법인의 기존 주주로부터 신주인수인에게 무상으로 이전되는 증자에 따른 이익), 2. 이 사건 과세대상에 따른 증여세 과세대상에 대하여 구 상증세법 제4조 제4항 전단이 적용될 수 있는지 여부(적극)◇

1. 이 사건 과세조항은 법인이 자본금을 증가시키기 위하여 신주를 발행하고 해당 법인의 주주가 아닌 자가 해당 법인으로부터 신주를 직접 배정받음으로써 이익을 얻은 경우 그 이익에 상당하는 금액을 그 이익을 얻은 자의 증여재산가액으로 하여 증여세를 부과하도록 규정하고 있다.

한편 구 상증세법은 제4조 제4항 전단에서 ‘수증자가 증여재산(금전은 제외한다)을 당사자 간의 합의에 따라 제68조에 따른 증여세 과세표준 신고기한 이내에 증여자에게 반환하는 경우(반환하기 전에 제76조에 따라 과세표준과 세액을 결정받은 경우는 제외한다)에는 처음부터 증여가 없었던 것으로 본다’고 규정하고 있고(이하 ‘이 사건 비과세조항’이라 한다), 제2조 제7호에서 ‘증여재산이란 증여로 인하여 수증자에게 귀속되는 모든 재산 또는 이익을 말한다’고 규정하고 있다. 그리고 구 상증세법 제68조 제1항은 ‘증여세 납부의무가 있는 자는 증여받은 날이 속하는 달의 말일부터 3개월 이내에 증여세의 과세가액 및 과세표준을 납세지 관할 세무서장에게 신고하여야 한다’고 규정하고 있고, 구 상증세법 제39조 제1항의 위임에 따른 구 「상속세 및 증여세법 시행령」(2017. 2. 7. 대통령령 제27835호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증세법 시행령’이라 한다) 제29조 제1항 제2호는 주식대금 납입일을 증여일로 규정하고 있다.

2. 이 사건 과세조항이 규정한 증여세 과세대상은 법인이 주주가 아닌 자에게 신주를

시가보다 낮은 가액으로 발행함에 따라 해당 법인의 기존 주주로부터 신주인수인에게 무상으로 이전되는 증자에 따른 이익으로 봄이 상당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 상법 제418조 제1항은 “주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다.”라고 규정하여 원칙적으로 기존 주주만이 신주의 배정을 받을 권리가 있다. 따라서 법인이 시가보다 낮은 가액으로 발행한 신주를 기존 주주가 아닌 제3자에게 배정하게 되면 법인의 지분비율에 변화가 생기고, 기존 주주가 보유한 주식의 가치가 희석되어 새로이 주주가 된 제3자에게 기존 주주의 부(富)가 이전하는 효과가 발생하게 된다.

나. 이 사건 과세조항의 입법취지는 위와 같이 신주를 저가에 발행한 법인의 기존 주주로부터 신주인수인에게 무상으로 이전되는 증자에 따른 이익에 대하여 과세함으로써 조세평등을 도모하려는 데에 있다.

다. 구 상증세법 제39조 제2항은 이 사건 과세조항 등을 적용할 때 이익을 증여한 자가 소액주주로서 2인 이상인 경우에는 이익을 증여한 소액주주가 1명인 것으로 보고 이익을 계산하도록 규정하고 있는데, 이는 증자에 따른 이익을 증여한 자가 신주발행법인의 기존 주주임을 전제로 한 규정이다.

3. 따라서 이 사건 과세조항이 증여세 과세대상으로 삼은 ‘기존 주주로부터 무상으로 이전받은 증자에 따른 이익’이 이 사건 비과세조항에서 정한 요건을 충족하여 증여자인 기존 주주에게 반환된 경우에는 이 사건 비과세조항을 적용할 수 있다고 보아야 한다.

☞ 원고는 회사가 실시한 제3자 배정방식의 유상증자에서 참여하여 주식대금을 납입하고 주식(이하 ‘이 사건 주식’)을 인수하였는데, 과세관청이 원고가 시가보다 낮은 가액으로 이 사건 주식을 인수한 것으로 보고 이 사건 과세조항에 기하여 원고에게 증여세를 부과하자(이하 ‘이 사건 처분’) 원고가 그 처분의 취소를 청구한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 과세조항은 신주를 저가에 인수한 제3자가 취득한 ‘타인의 기여에 의한 재산가치의 증가’를 증여세 과세대상으로 하는 것이어서 원고가 증자에 따른 이익을 기존 주주로부터 이전받았다고 볼 수 없다는 이유로, ‘이 사건 주식을 이 사건 회사의 1인 주주에게 사후적으로 반환하였으므로 이 사건 비과세조항에 따라 처음부터 증여가 없었던 것으로 보아야 한다’는 원고의 주장을 배척하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심이 이 사건 과세조항이 규정한 증여세 과세대상을 ‘타인의 기여에 의한 재산가치의 증가’라고 본 것은 적절하지 않으나, 원고가 주장하는 이 사건 주식의 반환은 이 사건 주식의 주식대금 납입일이 속하는 달의 말일로부터 3개월이 지난 후에 이루어진 것일 뿐만 아니라 기존 주주가 아닌 이에게 인수가액에 미달하는 가액으로 양도되어 이 사건 비과세조항이 정한 요건을 충족하지 못하므로,

이 사건 처분이 적법하다는 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

2022두45647 관세등부과처분취소 (라) 상고기각

[관세조사기간 연장절차를 거치지 않은 채 사전통지된 조사종료일 이후에도 조사행위가 이루어진 경우 과세처분의 적법성이 문제된 사건]

◇구 관세법 시행령 제139조의2 제2항의 연장절차를 거치지 않은 채 사전통지된 조사기간 이후에도 관세조사가 계속된 경우에도 이에 따른 과세처분이 적법하다고 볼 수 있는지 여부(적극)◇

구 관세법(2017. 12. 19. 법률 제15218호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제111조 제1항은 “세관공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하고 통관의 적법성을 보장하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 관세조사를 하여야 하며 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다.

구 관세법 시행령(2020. 2. 11. 대통령령 제30399호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제139조의2 제1항은 관세조사의 조사기간은 조사대상자의 수출입 규모, 조사 인원·방법·범위 및 난이도 등을 종합적으로 고려하여 최소한이 되도록 하되, 방문하여 조사하는 경우에 그 조사기간은 20일 이내로 한다고 규정하면서, 제2항에서 조사대상자가 장부·서류 등을 은닉하거나 그 제출을 지연 또는 거부하는 등 조사를 기피하는 행위가 명백한 경우(제1호) 또는 이에 준하는 사유로 사실관계의 확인이나 증거 확보 등을 위하여 조사기간을 연장할 필요가 있는 등(제4호) 각 호의 사유가 있는 경우에는 이를 연장할 수 있다고 규정하고 있다.

원심은, 원고가 당초 고지된 조사종료일 직전 또는 조사기간이 도과한 후에야 특수관계에 있는 영업본사가 원고에게 발행한 대금청구서 및 이와 관련된 자료를 제출함으로써 피고 소속 세관공무원이 조사종료일 이후에도 여러 차례 원고에게 자료 등을 요청하게 된 점, 조사종료일 이후에 실시된 조사행위는 누락된 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성을 검증하기 위한 것이거나 원고가 이미 제출한 자료에 대한 추가 설명을 요구한 것에 불과하고, 세관공무원이 원고의 사무실 등 현장을 직접 방문하여 질문조사권 등을 행사한 것은 아닌 점, 그 과정에서 강요, 회유 등 불법적인 수단이 동원되었다고 볼 수 없고, 원고도 위 조사행위에 임의로 협력하는 등 묵시적으로 동의한 점 등 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고 소속 세관공무원이 당초 고지된 조사종료일 이후에도 일련의 조사행위를 한 것이 세무조사권을 남용한 것이거나 관세법령상 납세자의 절차적 권리를 중대하게 침해하여 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 관세법령의 문언, 체계 및 입법취지 등과 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같이 관세조사권의 남용금지 및 납세자의 절차적 권리 침해 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

☞ 다국적 의류기업의 국내법인인 원고가 특수관계에 있는 본사 측으로부터 물품을 수입하면서 제3국에 있는 물품의 위탁생산업체가 발행한 송장에 기재된 가격을 기준으로 관세를 신고납부하자, 과세관청이 2015. 7. 29.경 원고에게 ‘이 사건 물품 수입거래에 대한 과세가격 등 통관의 적정성 여부를 2015. 8. 10.부터 2015. 8. 28.까지 조사하겠다’는 사전통지를 하였으나 사전통지한 조사기간이 지난 후에도 추가 자료 요청 등을 거쳐 2017. 11. 7. 관세 등을 증액경정·고지하였는데, 원고가 과세관청의 조사행위가 위법하다며 처분의 취소를 구한 사안임

☞ 원심은, 원고가 당초 고지된 조사종료일 직전 또는 조사기간이 도과한 후에야 대금청구서 및 이와 관련된 자료를 제출함으로써 피고 소속 세관공무원이 조사종료일 이후에도 여러 차례 원고에게 자료 등을 요청하게 된 점, 조사종료일 이후에 실시된 조사행위는 누락된 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성을 검증하기 위한 것이거나 원고가 이미 제출한 자료에 대한 추가 설명을 요구한 것에 불과하고, 세관공무원이 원고의 사무실 등 현장을 직접 방문하여 질문조사권 등을 행사한 것은 아닌 점, 그 과정에서 강요, 회유 등 불법적인 수단이 동원되었다고 볼 수 없고, 원고도 위 조사행위에 임의로 협력하는 등 묵시적으로 동의한 점 등을 이유로 과세처분이 적법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

2023두63413 평균임금정정불승인처분취소 (아) 파기환송

[최초 진폐 진단을 받은 후 진폐 및 고도의 심폐기능장해 진단을 받고 재요양을 받던 중 사망한 근로자에 대한 유족급여 산정이 문제된 사건]

◇진폐로 사망한 근로자에 대한 유족급여 산정 기준이 되는 평균임금 산정사유 발생일(= 원칙적으로 최초 진폐 진단일) 및 이는 근로자가 최초 진단 시 요양급여를 받지 않고 장해급여를 받았거나 재요양을 받은 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 예외적으로 재요양 상병 진단일을 평균임금 산정사유 발생일로 보아야 하는 경우 및 이에 관한 구체적인 의미◇

1. 구 산업재해보상보험법(2015. 1. 20. 법률 제13045호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제62조 제1항, 제2항 [별표 3]은 근로자가 업무상의 사유로 사망한 경우에 유족에게 지급되는 유족급여(유족보상연금과 유족보상일시금)는 평균임금을 기준으로 산정하고, 구 「진

폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」(2010. 5. 20. 법률 제10304호로 개정되기 전의 것) 제24조 제1항 제3호, 제4항 및 제25조 제3항은 근로자가 진폐로 사망하여 유족이 산업재해보상보험법상 유족급여의 대상이 된 경우에 지급되는 유족위로금은 산업재해보상보험법상 유족보상일시금의 100분의 60에 해당하는 금액으로 한다고 규정하고 있다. 구 산업재해보상보험법 제5조 제2호는 ‘평균임금은 근로기준법에 따른 평균임금을 말한다’고 규정하고, 근로기준법 제2조 제1항 제6호는 평균임금은 이를 산정할 사유가 발생한 날을 기준시점으로 하여 그 금액을 산출한다고 규정하며, 근로기준법 시행령 제52조는 재해보상을 하는 경우에는 ‘사망 또는 부상의 원인이 되는 사고가 발생한 날 또는 진단에 따라 질병이 발생하였다고 확정된 날’을 평균임금 산정사유 발생일로 규정하고 있다.

이러한 규정들에 따르면, 진폐로 사망한 근로자에 대한 유족급여의 산정기준이 되는 평균임금의 산정사유 발생일은 특별한 사정이 없는 한 ‘진단에 따라 진폐가 발생하였다고 확정된 날’, 즉 ‘최초 진폐 진단일’을 의미하고, 이는 근로자가 최초 진단 시 요양급여를 받지 아니하고 장해급여를 받았거나 재요양을 받은 경우에도 마찬가지이다. 다만 최초 진단 이후의 사정이 사망의 직접적인 원인이 되었고 재요양의 대상이 된 상병 진단일의 평균임금(이하 ‘재요양 진단일의 평균임금’이라 한다)이 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 반영한다고 볼 수 있는 예외적인 경우에는 재요양 진단일을 평균임금 산정사유 발생일로 보는 것이 타당하다(대법원 2023. 7. 13. 선고 2021두35438 판결 참조).

2. 이때 ‘최초 진단 이후의 사정이 사망의 직접적인 원인이 된 경우’는, 최초 진단 이후 근로자가 추가로 수행한 분진업무와 재요양 상병 및 그로 인한 사망 사이에 밀접하고 주된 원인관계가 인정되는 경우를 말한다. 이와 같은 직접적인 원인관계가 인정되는지는 최초 진단 후 분진에 추가로 노출된 정도, 최초 진단 전·후 분진업무 종사기간의 길이, 최초 진단일 또는 최종 분진업무 종료일과 재요양 진단일 사이의 간격 및 재요양 상병의 호전 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 법적·규범적 관점에서 판단하여야 한다. 최초 진단 후 분진 사업장이나 담당 업무에 변경이 없었다거나 최초 진단 후 분진업무 종사기간이 최초 진단 전 분진업무 종사기간보다 짧다는 사정만으로 직접적인 원인관계가 부정되는 것은 아니다.

3. 다음으로 ‘재요양 진단일의 평균임금이 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 반영한다고 볼 수 있는 예외적인 경우’란 특별한 사정이 없는 한 근로자가 ‘최초 진단일의 평균임금에 대하여 재요양 진단일까지 평균임금 증감을 한 금액’(이하 ‘최초 진단일 기준액’이라 한다)보다 높은 재요양 진단일의 평균임금을 기초로 산정된 휴업급여나 상병보상연금을 수령하여 근로자와 그에 의하여 부양되고 있던 유족이 생활하는 경제적 기초로서

그것이 근로자의 통상의 생활임금으로 되었다고 평가할 수 있는 경우를 말한다. 이와 같은 경우에도 최초 진단일 기준액을 기초로 유족급여를 산정한다면, 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 반영하지 못함으로써 근로자에 의하여 부양받고 있던 유족의 생활수준을 저하시킬 우려가 있는데, 이는 유족의 생활보장 등을 목적으로 하는 유족급여의 취지에 부합하지 않기 때문이다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005두11845 판결 등 참조). 이와 달리 근로자가 사망 당시 실제로 지급받던 휴업급여나 상병보상연금의 기초가 된 재요양 진단일의 평균임금이 최초 진단일 기준액과 같거나 그보다 낮았던 경우에는, 최초 진단일 기준액을 기초로 유족급여를 산정하더라도 유족의 생활수준을 저하시킬 우려가 없으므로, 평균임금 산정사유 발생일을 재요양 진단일로 보아야 하는 예외적인 경우에 해당하지 아니한다.

☞ 최초 진폐 진단을 받은 후에도 동일 사업장에서 퇴직할 때까지 분진업무를 계속 수행한 근로자(이하 ‘망인’)가 퇴직 후 진폐 및 고도의 심폐기능장애 진단을 받고 재요양을 받던 중 사망하자, 피고(근로복지공단)가 망인이 최초 진단을 받은 날을 평균임금 산정사유 발생일로 하여 산정한 평균임금 증감 금액을 기준으로 망인의 유족인 원고에게 유족급여 등을 지급하였음. 이에 대해 원고가 재요양 상병 진단일의 평균임금 증감 금액을 기준으로 유족급여의 평균임금 정정 및 보험급여 차액의 지급을 청구하였는데, 피고가 이를 불승인하자 원고는 그 처분의 취소를 청구함

☞ 원심은, ① 망인이 최초 진폐 진단을 받은 후에도 3년 이상 같은 광업소에서 분진 등에 지속적으로 노출되었고 이로 인하여 기존 진폐가 악화되어 재요양 상병을 진단받은 뒤 사망하였으므로 최초 진단 이후의 사정이 망인의 사망에 직접적인 원인이 되었고, ② 퇴직 후 망인의 장애등급이 상향조정됨에 따라 지급된 장애보상일시금 차액에 적용된 평균임금이 최초 진단일의 평균임금보다 훨씬 높게 산정되는 등 재요양 진단일의 평균임금이 망인의 통상의 생활임금을 사실대로 반영한다고 볼 수 있는 경우에 해당하므로, 유족급여의 산정기준이 되는 평균임금 산정사유 발생일은 재요양 진단일이고, 이와 다른 전제에서 한 피고의 처분은 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, ① 원심이 최초 진폐 진단 이후 망인이 추가적으로 수행한 분진업무와 재요양 상병 및 그로 인한 사망 사이에 직접적인 원인관계가 인정된다고 판단한 것은 정당하나, ② 망인이 재요양 기간 동안 최저임금을 기초로 산정된 휴업급여를 수령하였을 뿐, 최초 진단일 기준액보다 높은 재요양 진단일의 평균임금을 기초로 산정된 휴업급여를 수령한 것은 아니므로, 재요양 진단일의 평균임금이 망인의 통상의 생활임금을 사실대로 반영한다고 볼 수 있는 예외적인 경우에는 해당하지 않

는다고 보아, 이와 달리 망인에게 지급된 장해보상일시금 차액에 적용된 평균임금이 최초 진단일의 평균임금보다 훨씬 높게 산정되었다는 사실만을 근거로 재요양 진단일의 평균임금이 위와 같이 예외적인 경우에 해당한다고 본 원심을 파기·환송함

2024두35446 시정명령등취소 (다) 파기환송

[해상 화물운송사업자들이 운임을 합의한 행위에 대해 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’)의 적용 여부가 문제된 사건]

◇1. 공정거래법의 입법 취지와 일반적 적용범위, 2. 해양수산부장관에게 신고되지 않은 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위에 공정거래법이 적용되는지 여부 (적극)◇

1. 가) 헌법 제119조는 제1항에서 ‘개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다’고 선언하면서도, 제2항에서 ‘국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다’고 규정한다. 이러한 사회적 시장경제질서의 경제정책적 목표를 달성하기 위한 법률인 공정거래법은 제1조에서 “이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조성하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.”라고 하여 그 입법 목적을 밝히고 있다.

나) 1980. 12. 31. 제정 당시 공정거래법 제47조는 ‘이 법의 규정은 특정한 사업에 대하여 특별한 법률이 있거나, 특별한 법률에 의하여 설립된 사업자 또는 사업자단체가 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다’(제1항)고 하면서 ‘제1항의 규정에 의한 특별한 법률은 따로 법률로 지정한다’(제2항)고 규정하였으나, 그러한 특별한 법률을 따로 지정하는 법률은 만들어지지 않았다. 1986. 12. 31. 개정된 공정거래법 제47조는 ‘이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다’라고만 규정하였고, 구 공정거래법 제58조도 ‘이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다’라고 규정하였다.

다) 구 공정거래법(1990. 1. 13. 법률 제4198호로 전부 개정된 후 1996. 12. 30. 법률 제

5235호로 일부 개정되기 전의 것)은 제61조에서 ‘금융 및 보험업을 영위하는 사업자에 대하여는 이 법의 일부 규정을 적용하지 아니한다’는 내용의 규정을 두고 있었다. 그러나 자본·금융시장의 개방 등 경제자유화 조치의 확대에 의하여 야기될 수 있는 경제력 집중의 심화 현상을 방지하기 위하여 1996. 12. 30. 법률 개정으로 위 조항이 삭제되었고, 이후 공정거래법은 특정 산업분야에 대하여 적용을 제외하는 규정을 두고 있지 않다.

라) 한편 특정한 경제주체나 경제활동에 대하여 특화된 규제가 필요하거나 피고를 비롯한 복수의 규제기관에 의한 중복제재가 우려된다는 등의 이유로 개별 특별법령에서 공정거래법의 적용제외를 명시적으로 규정하는 경우가 있다. 예를 들어 「해외건설 촉진법」 제3조 제4항은 공정거래법 일부 규정의 적용을 제외하고 있으며, 전기통신사업법 제54조는 같은 법에 따른 시정조치 또는 과징금을 부과하는 경우 동일한 사업자의 동일한 행위에 대하여 동일한 사유로 공정거래법에 따른 시정조치 또는 과징금의 부과를 할 수 없다고 정하고 있다.

마) 위와 같은 공정거래법의 입법 취지와 개정 경과, 공정거래법 적용제외를 명시한 특별법령의 존재 등에 비추어 볼 때, 공정거래법은 국민경제 전반에 걸쳐 헌법상 요구되는 사회적 시장경제질서를 구현하기 위한 법률로서, 다른 법률에 특별한 정함이 없는 이상 모든 산업분야에 적용되어야 한다.

2. 아래와 같은 사정을 종합해 보면, 해운법이 제29조에서 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위를 허용하면서 해당 공동행위에 대하여 해양수산부장관이 필요한 조치를 취할 수 있도록 규제의 방법과 절차를 정하고 있다는 사유만으로 이 사건 공동행위에 공정거래법이 적용되지 않고 그 결과 피고에게는 이를 규제할 권한이 없다고 보기는 어렵다.

가) 1963. 12. 5. 제정된 해상운송사업법이 1978. 12. 5. 일부 개정되면서 제7조의2에서 외항선박운항사업에 관한 공동행위의 허용과 그에 대한 신고 및 시행 중지 또는 내용 변경에 필요한 조치 등을 규정한 이래 여러 차례의 개정을 거쳐 현재에 이른 해운법은 위 조항의 기본구조를 계승하여 제29조에서 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위와 그에 대한 신고 및 시행 중지 또는 내용 변경에 필요한 조치 등을 규정하고 있다. 위와 같은 공동행위와 관련하여, 일반적으로 사업자들의 부당한 공동행위 등을 규율 대상으로 삼는 공정거래법이 제정된 이후에도 해운법에서는 그러한 공동행위에 대하여 공정거래법 적용을 제외한다는 명시적 규정을 두고 있지 않다.

나) 다음과 같은 이유에서, 해운법의 관련 규정 해석을 통하여 이 사건 공동행위에 대한 공정거래법 적용제외, 즉 해운법의 배타적 적용을 인정할 수는 없다.

(1) 일반적으로 특별법이 일반법에 우선한다는 원칙은 동일한 형식의 성문법규인 법률이 상호 모순·저촉되는 경우에 적용되는 것이고, 법률이 상호 모순·저촉되는지 여부는 법률의 입법 목적, 적용범위 및 규정사항 등을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결 등 참조).

해운법은 제1조에서 그 입법 목적을 ‘해상운송의 질서를 유지하고 공정한 경쟁이 이루어지도록 하며 해운업의 건전한 발전과 여객·화물의 원활하고 안전한 운송을 도모함으로써 이용자의 편의를 향상시키고 국민경제의 발전과 공공복리의 증진에 이바지하는 것’이라고 밝히고 있다. 제29조 제1항에서 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위를 허용하면서도, 같은 조 제5항에서는 해양수산부장관에게 신고된 공동행위의 내용이 부당하게 운임이나 요금을 인상하는 등 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우에는 해양수산부장관이 그 공동행위의 시행 중지, 내용의 변경이나 조정 등 필요한 조치를 명할 수 있도록 하고 있다. 결국 해운법은 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위를 제한 없이 허용하는 것이 아니라 그 공동행위가 부당하게 경쟁을 실질적으로 제한하지 않는 범위 내에서만 허용하고 있다.

아울러 아래 (2)항의 사정까지 고려하면, 적어도 외항 정기 화물운송사업자들의 운임 등에 관한 공동행위 중 ‘신고되지 않은 공동행위’에 대하여는 두 법 사이에 모순·저촉이 있다고 보기 어려우며, 해양수산부장관과 피고가 모두 규제권한을 행사할 수 있다고 해석하는 것이 충분히 가능하다.

(2) 해운법 제29조 제5항은 해양수산부장관이 ‘신고된 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위’에 대하여 필요한 조치를 명할 수 있다고 정하고 있을 뿐, 공동행위가 신고되지 아니한 경우에도 해양수산부장관이 필요한 조치를 명할 수 있는지에 관하여는 정하고 있지 않다.

해운법 제50조 제1항 제7호, 같은 법 시행규칙 제27조 [별표 5] 제9호에 따르면 위와 같은 공동행위에 관하여 확인이 필요한 경우 해양수산부장관이 해운업자에게 협약서, 운임표 및 운임산출명세서, 선박 배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송 조건에 관한 계약이나 공동행위와 관련된 증빙자료, 화주단체와 협정한 내역을 제출하게 할 수 있다. 이와 같은 자료는 사업자들이 신고한 협약의 존부와 구체적인 내용 등을 확인하는 데에 필요하고 적절한 것일 수 있지만, 구 공정거래법 제49조부터 제55조의2까지에 규정된 조사절차 등과 비교해 볼 때, 사업자들이 신고하지 않고 은폐하려는 협약의 존부와 내용 및 이에 관한 사업자들의 목적·의도 등을 파악하여 해양수산부장관이 적절한 규제와 조정을 하기에는 매우 불충분한 것이다.

그렇다면 해운법 제29조를 포함한 관련 해운법령이 외항 정기 화물운송사업자들의 공동행위가 허용된 범위를 벗어나거나 필요한 정도를 넘는 부당한 경우에 대하여 이를 직접 금지하면서 그에 관한 규제권한의 소재와 구체적인 규제의 방법·절차까지 별도로 정하고 있는 것은 아니라고 보아야 한다.

(3) 둘 이상의 정기선 화물운송사업자가 특정 항로에서 과도하게 경쟁하는 것을 방지하고 서로의 이익을 유지·증진시키기 위하여 해운동맹을 결성한 후 운임, 선박의 배치, 화물의 적재, 기타 운송조건을 공동으로 결정하는 행위에 관하여는 오랫동안 그 필요성과 합리성이 널리 인정되어 왔다. 그러나 원심이 판시한 것처럼 최근에는 해운산업에 관해서도 경쟁법적 규제를 면제할 필요가 없고 오히려 경쟁원리에 따라 규율하는 것이 타당하다는 시각이 대두되고 있다. 특히 운임에 관한 공동행위는 원칙적으로 불허하고 선박의 배치와 화물의 적재 등에 관한 상호협력만을 허용해야 한다는 견해가 있고, 실제로 미국, 유럽연합(EU), 캐나다, 호주, 일본 등 여러 법제에서 위와 같은 취지로 해운동맹에 대한 경쟁법적 규율을 재정비하고 있는 것으로 보인다.

앞서 본 공정거래법과 해운법의 제·개정 과정에서, 위와 같은 국제적 추세와 달리 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위에 대하여 공정거래법 적용제외를 인정해야 할 필요성과 합리성이 충분히 고려된 결과로써 관련 규정이 정비되었다고 볼 만한 사정은 드러나지 않는다.

☞ 피고가 원고를 포함한 23개 해상 화물운송사업자들이 한국-동남아 항로에서 컨테이너를 통하여 화물을 운송하는 서비스의 가격을 합의하고 해양수산부장관에 대한 신고 없이 이를 실행(이하 ‘이 사건 공동행위’)하였음을 이유로 원고에게 시정명령 및 과징금납부명령을 하자 원고가 그 처분의 취소를 청구한 사안임

☞ 원심은, 해운법 제29조에 따라 외항 정기 화물운송사업자들의 운임에 관한 공동행위에 관하여는 설령 그 운임이 다소 높다 하더라도 해양수산부장관이 부당성 여부를 판단하여 규제할 문제일 뿐, 이에 대하여 피고가 해운법에 따라 필요한 정도를 넘는다고 주장하면서 규제권한을 행사할 수는 없으므로, 구 공정거래법 제58조에서 정한 적용제외요건의 충족 여부와 관계없이 이 사건 공동행위에 구 공정거래법이 적용되지 않는다고 보아 피고의 시정명령 및 과징금납부명령이 위법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 공동행위에 공정거래법이 적용된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함