

## 대법원 2021. 9. 16. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2017다271834(본소), 271841(반소) 분묘기지권확인 등(본소), 토지임료(지료)(반소)

#### (다) 파기환송

[이른바 ‘승낙형 분묘기지권’에서 지료지급의무의 존부와 범위가 문제된 사건]

◇이른바 ‘승낙형 분묘기지권’에서 지료지급의무와 존부와 범위◇

분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘 수호·관리권자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 관하여 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 한다(대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결 참조). 이와 같이 승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다.

☞ 토지 소유자의 승낙에 따라 반소피고가 수호·관리하는 분묘가 설치된 토지를 임의경매 절차에서 매수한 반소원고가 반소피고를 상대로 차임 상당 지료의 지급을 구한 사안에서, 분묘 설치 당시의 토지 소유자와 분묘 수호·관리권자 사이에 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정한 것이 있으면, 그 약정의 효력이 분묘기지의 특정승계인에게도 미친다고 보아, 분묘 설치 당시 토지 소유자와 반소피고 사이에 지료에 관하여 어떠한 약정이 있었는지를 심리하지 아니한 채 차임 상당의 지료 지급의무를 인정한 원심판결을 파기환송한 사례임

☞ 원심은 반소피고가 이른바 ‘승낙형 분묘기지권’을 취득한 후에 다시 분묘기지권을 시효로 취득하였다고 판단하여 반소원고의 토지 소유권 취득일부터의 지료 지급을 명하였는데, 대법원은 반소피고가 ‘승낙형 분묘기지권’을 보유하는 이상 그 후에 같은 분묘의 기지에 관하여 취득시효를 원인으로 하는 분묘기지권을 취득할 여지는 없다고 보고, 이 사건 분묘에 관한 지료 지급의무의 존부나 범위는 ‘승낙형 분묘기지권’의 지료에 관한 위법리에 따라야 한다고 판단하였음

2018다38607(반소) 손해배상(기) (가) 상고기각

[집합건물 관리주체가 실시한 단전조치의 적법성]

◇단전조치에 관하여 법령이나 규약 등에 근거가 없거나 규약이 무효로 밝혀진 경우 단전조치가 위법한지 여부◇

집합건물의 관리단 등 관리주체가 단전조치를 하기 위해서는 법령이나 규약 등에 근거가 있어야 하고, 단전조치의 경위, 동기와 목적, 수단과 방법, 입주자가 입게 된 피해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있어야 한다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다76713, 76720 판결 참조).

단전조치에 관하여 법령이나 규약 등에 근거가 없거나 규약이 무효로 밝혀진 경우 단전조치는 원칙적으로 위법하다. 다만 관리주체나 구분소유자 등이 규약을 유효한 것으로 믿고 규약에 따라 집합건물을 관리하였는지, 단전조치를 하지 않으면 집합건물의 존립과 운영에 심각한 지장을 초래하는지, 구분소유자 등을 보호할 가치가 있는지 등을 종합하여 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 인정할 만한 특별한 사정이 있다면 단전조치가 위법하지 않다.

☞ 대법원은, 상가 집합건물의 관리단인 반소피고가 구분소유자인 반소원고들의 관리비 미납을 이유로 관리규약에 따라 단전조치를 했는데 소송과정에서 관리규약이 무효로 밝혀진 사안에서, 단전조치가 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성을 벗어난 위법한 행위라고 보기 어렵다는 이유로 손해배상을 구하는 반소 청구를 받아들이지 않은 원심을 정당하다고 보아 상고를 기각함

**2021다200914(본소), 200921(반소) 건물등철거(본소), 소유권이전등기(반소) (라) 파기환송(일부)**

**[건물철거 및 토지인도 청구에 대하여 신의성실의 원칙 위반 항변을 한 사건]**

◇신의성실의 원칙 위반 항변에 대한 판단 시 석명의무◇

민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 같은 조 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 그러므로 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 증명하지 아니한 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그 법률적 관점에 대하여 당

사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것은 석명 의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 위법을 범한 것이 된다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다30687 판결 등 참조).

☞ 토지 소유자인 원고가 그 지상의 피고 소유 건물 철거 및 그 부지 부분 인도를 청구한 데 대하여, 피고는 취득시효 완성을 이유로 원고의 청구가 신의칙에 위반된다고 항변하고 반소로서 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하였을 뿐, 원고 및 피고의 조부 작성의 이 사건 인증서의 효력으로 피고의 아버지가 건물 부지 부분을 유증 받았음을 전제로 피고가 아버지를 대위하여 원고에게 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다고 주장하며 신의칙 위반 항변을 한 바는 없었던 사안임

☞ 원심은, 이 사건 인증서의 기재에 유증의 효력이 인정되는지 여부, 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구권의 존부 등에 관하여 당사자들에게 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사하지 아니한 채 원고 및 피고의 조부가 이 사건 인증서에 의하여 피고의 아버지에게 건물 부지 부분을 유증하였다고 인정하고, 토지의 명의수탁자였던 원고의 아버지가 유증의 취지에 따라 피고의 아버지에게 부담하던 건물 부지 부분에 대한 소유권이전등기 의무를 상속에 의해 원고가 부담하게 되었다고 보아 피고의 신의칙 위반 항변을 받아들였음. 이러한 원심의 판단에는 석명 의무를 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아, 본소 부분을 파기환송한 사례

## 2021다219529 손해배상(기) (가) 상고기각

### [직장 내 성희롱에 대하여 사용자책임 등을 묻는 사건]

◇ 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」의 ‘직장 내 성희롱’ 해당 여부 및 그에 대한 사용자책임 성립 여부 판단◇

「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 ‘남녀고용평등법’이라 한다) 제12조는 “사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 아니 된다.”라고 정하여 직장 내 성희롱을 금지하고 있고, 같은 법 제2조 제2호는 ‘직장 내 성희롱’을 “사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것”으로 정의하고 있다. 남녀고용평등법 시행규칙 제2조 [별표 1]은 직장 내 성희롱을 판단하기 위

한 기준을 예시하면서 성적인 언동 중 언어적 행위의 하나로 “성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위”를 들고 있고, “성희롱 여부를 판단하는 때에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토하여야 한다.”라고 정하고 있다.

‘성적 언동’이란 남녀 간의 육체적 관계 또는 남성이나 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서, 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 뜻한다. 성희롱이 성립하기 위해서 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소와 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용과 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 지속적인 것인지 등 구체적인 사정을 참작하여 볼 때 성적 언동 등으로 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다고 인정되어야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 등 참조). 그러한 성적 언동 등에는 피해자에게 직접 성적 굴욕감 또는 혐오감을 준 경우뿐만 아니라 다른 사람이나 매체 등을 통해 전파하는 간접적인 방법으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느낄 수 있는 환경을 조성하는 경우도 포함된다.

A 등의 발언은 ‘성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위’로서 남녀고용평등법 시행규칙 제2조 [별표 1]에서 말하는 성적인 언동에 해당하고, 원고1과 같은 처지에 있는 일반적·평균적인 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하기에 충분하다.

A 등의 발언은 피고 회사의 근로자 사이에서 동료 근로자인 원고1을 대상으로 한 성적인 내용의 정보를 의도적으로 유포하거나 성적인 사실 관계를 확인함으로써 원고1에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 불러일으킴과 동시에 적대적이고 위협적인 근로환경을 조성하는 행위로서 업무관련성도 인정된다. A 등의 발언은 대부분 원고1 앞에서 직접 행해진 것이 아니라 근로자 사이에 원고1을 대상으로 한 성적인 내용의 정보를 유포하는 간접적인 형태로 이루어졌지만, 위와 같이 유포된 성적인 정보의 구체적 내용, 유포 대상과 범위, 그 효과 등에 비추어 업무관련성을 인정할 수 있으므로, 남녀고용평등법 제12조에서 금지되는 직장 내 성희롱에 해당한다.

나아가 A 등의 발언은 직장 내 성희롱으로 인정되는 행위로서 사용자의 사업과 시간

적·장소적으로 근접하고 업무와 관련하여 이루어진 불법행위이고, 남녀고용평등법에 따라 피고 회사에 이러한 가해행위(직장 내 성희롱)가 발생할 위험을 방지할 책임이 있다는 사정을 아울러 고려하면, A 등의 발언으로 원고1이 입은 손해는 A 등이 피고 회사의 사무집행에 관하여 원고1에게 가한 손해에 해당한다.

☞ 피고 회사에서 버스기사로 근무하고 있던 여성인 원고1이, 동료 버스기사들인 A 등이 원고1을 대상으로 한 성적인 내용의 정보를 근로자들 사이에 퍼뜨리거나 원고1에게 성적인 사실관계를 확인함으로써 남녀고용평등법에서 금지되는 직장 내 성희롱을 하였다고 주장하면서 이에 대하여 피고 회사에게 사용자책임을 물은 사안임

☞ 대법원은, 위와 같은 A 등의 발언은 원고1에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 불러일으킬 과 동시에 적대적이고 위협적인 근로환경을 조성하는 행위로서 업무관련성이 인정되어 남녀고용평등법 제12조가 금지하는 직장 내 성희롱에 해당하고, 사용자의 사업과 시간적·장소적으로 근접하고 업무와 관련하여 이루어진 불법행위이므로 사무집행 관련성이 인정되어 피고 회사가 이에 대하여 사용자책임을 부담한다고 판단하여, 피고 회사의 상고를 기각함

## 형 사

### 2015도12632 특수공무집행방해치상 등 (라) 파기환송(일부)

#### [쟁의행위로 인한 업무방해에 대한 방조죄 성립 여부가 문제된 사건]

##### ◇쟁의행위로 인한 업무방해에 대한 방조죄의 성립 범위◇

쟁의행위가 업무방해죄에 해당하는 경우 제3자가 그러한 정을 알면서 쟁의행위의 실행을 용이하게 한 경우에는 업무방해방조죄가 성립할 수 있다. 다만, 헌법 제33조 제1항이 규정하고 있는 노동3권을 실질적으로 보장하기 위해서는 근로자나 노동조합이 노동3권을 행사할 때 제3자의 조력을 폭넓게 받을 수 있도록 할 필요가 있고, 나아가 근로자나 노동조합에 조력하는 제3자도 헌법 제21조에 따른 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유를 가지고 있으므로, 위법한 쟁의행위에 대한 조력행위가 업무방해방조에 해당하는지 판단할 때는 헌법이 보장하는 위와 같은 기본권이 위축되지 않도록 업무방해방조죄의 성립 범위를 신중하게 판단하여야 한다.

또한, 방조범은 정범에 종속하여 성립하는 범죄이므로 방조행위와 정범의 범죄 실현 사이에는 인과관계가 필요하다. 방조범이 성립하려면 방조행위가 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 있고 정범으로 하여금 구체적 위험을 실현시키거나 범죄결과를 발생시킬 기회

를 높이는 등으로 정범의 범죄 실현에 현실적인 기여를 하였다고 평가할 수 있어야 한다. 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련이 없는 행위를 도와준 데 지나지 않는 경우에는 방조범이 성립하지 않는다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결).

☞ ○○노조 △△자동차 비정규직지회 조합원들이 △△자동차 생산라인을 점거하면서 쟁의행위를 한 것과 관련하여, ○○노조 미조직비정규직인 피고인2가 ① △△자동차 정문 앞 집회에 참가하여 점거 농성을 지원하고, ② 점거 농성장에 들어가 비정규직지회 조합원들을 독려하고, ③ ○○노조 공문을 비정규직지회에 전달하는 등 역할을 수행한 사안임.

☞ 피고인2의 농성현장 독려 행위는 정범의 범행을 더욱 유지·강화시킨 행위에 해당하여 업무방해방조로 인정할 수 있지만, 집회 참가 및 공문 전달 행위는 업무방해 정범의 실행행위에 해당하는 생산라인 점거로 인한 범죄 실현과 밀접한 관련성이 있다고 단정하기 어려워 방조범의 성립을 인정할 정도로 업무방해행위와 인과관계가 있다고 보기 어려움에도, 피고인2의 위 행위들을 모두 업무방해방조로 인정한 원심판결을 파기한 사례

## 2019도18394 뇌물수수등 (다) 파기환송

### [허위공문서작성죄에서 '허위작성'의 의미가 문제된 사건]

◇공문서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있다는 사정만으로 허위공문서작성죄의 성립을 인정할 수 있는지 여부(소극)◇

허위공문서작성죄는 공문서에 진실에 반하는 기재를 하는 때에 성립하는 범죄이므로, 공문서를 작성하는 과정에서 법령 등을 잘못 적용하거나 적용하여야 할 법령 등을 적용하지 아니한 잘못이 있더라도 그 적용의 전제가 된 사실관계에 관하여 거짓된 기재가 없다면 허위공문서작성죄가 성립할 수 없고, 이는 그와 같은 잘못이 공무원의 고의에 기한 것이라도 달리 볼 수 없다. 공문서 작성 과정에서 법령 등을 잘못 적용하였다고 하여 반드시 진실에 반하는 기재를 하여 공문서를 작성하게 되는 것은 아니므로, 공문서 작성 과정에서 법령 등의 적용에 잘못이 있다는 것과 기재된 공문서 내용이 허위인지 여부는 구별되어야 한다.

☞ 관급공사의 현장감독관인 피고인이, 공사 현장이 아닌 제작 공장에서의 기성검사의 경우 기성검사에서 합격된 자재의 100분의 50 범위 내에서만 기성부분으로 인정할 수 있도록 한 공사계약일반조건과 달리, 자재 제작을 내용을 하는 부분 전부를 기성부분으로 인정하여 이를 바탕으로 산정된 기성고 비율과 기성부분 준공금액을 기재하여 기성검

사조서를 작성한 것이 허위공문서작성에 해당한다고 보아 허위공문서작성 등으로 공소제기되었으나, 이 사건 기성검사조서에 자재의 현장 반입 여부나 제작공장에서 기성검사 실시 및 합격 여부, 자재의 특성이나 용도, 시장거래 상황 등 위 공사계약일반조건 규정의 적용에 전제가 되는 사실관계에 관하여 아무런 기재가 없고, 산정 경위에 비추어 기재된 기성고 비율과 기성부분 준공금액이 객관적 진실에 반한다고 단정할 수 없다는 이유로, 이 사건 기성검사조서가 허위의 공문서에 해당한다고 본 원심판결을 파기한 사례

## 2021도2748 국회에서의증언·감정등에관한법률위반 등 (라) 상고기각

[직권남용권리행사방해죄, 국회 불출석으로 인한 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 위반죄의 성립 여부 등이 문제된 사건]

◇직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘직권남용’의 의미 및 직권의 ‘남용’에 해당하는지 판단하는 기준, ‘사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 때’의 의미◇

직권남용죄는 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁(假託)하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립한다. 여기에서 말하는 ‘직권남용’이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 권한을 위법·부당하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미한다. 어떠한 직무가 공무원의 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 하기 위해서는 그에 관한 법령상 근거가 필요하다. 법령상 근거는 반드시 명문의 규정만을 요구하는 것이 아니라 명문의 규정이 없더라도 법령과 제도를 종합적, 실질적으로 살펴본다. 그것이 해당 공무원의 직무권한에 속한다고 해석되고, 이것이 남용된 경우 상대방으로 하여금 사실상 의무 없는 일을 하게 하거나 권리를 방해하기에 충분한 것이라고 인정되는 경우에는 직권남용죄에서 말하는 일반적 직무권한에 포함된다. 직권의 ‘남용’에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권 행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도 11441 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결, 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도 14303 전원합의체 판결 등 참조).

직권남용죄에서 말하는 ‘사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 한 때’라 함은 공무원이 직권을 남용하여 다른 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 한 때를 의미한다. 따라서 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결

될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다. 그러나 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 등 참조). 공무원의 직무집행을 보조하는 실무 담당자에게 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있는지 여부 및 공무원의 직권남용행위로 인하여 실무 담당자가 한 일이 그러한 기준이나 절차를 위반하여 한 것으로서 법령상 의무 없는 일인지 여부는 관련 법령 등의 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도11698 판결 참조).

☞ 전 청와대 민정수석비서관인 피고인이 국가정보원 국익정보국장과 공모하여 국정원 직원들로 하여금 전 청와대 특별감찰관, 전 평창동계올림픽 조직위원장에 대한 정보를 수집하고 보고서를 작성하도록 한 사안에서 직권남용권리행사방해죄가 성립한다고 판단한 사례

☞ 피고인이 국회 운영위원회 위원장 명의의 증인출석요구서를 송달받고도 정당한 이유 없이 국정감사장에 출석하지 않았다는 구 국회증언감정법 제12조 제1항 위반의 공소사실로 공소가 제기된 사안에서, 구 국회증언감정법 제5조 제5항에 따라 증인출석요구서는 증인의 주소 등에 송달하여야 하고, 그 송달할 장소를 알지 못하거나 그 장소에서 송달할 수 없는 때에 한하여 근무장소로 송달할 수 있으며, 그와 같은 절차를 거치지 아니한 채 곧바로 증인의 근무장소로 증인출석요구서를 전달한 것은 적법한 송달이라고 볼 수 없다는 이유로, 국회 운영위원장이 피고인 소속 기관의 장인 대통령 비서실장에게 증인명단과 출석요구서가 첨부된 국정감사통보 공문을 보내는 방식으로 증인출석요구서를 송달한 것은 적법한 송달에 해당하지 않으므로 피고인을 구 국회증언감정법 제12조 제1항 위반죄로 처벌할 수 없다고 판단한 사례

**2021도5000 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동학대치사) 등 (라) 파기환송(일부)**

**[친모인 피고인1과 그 남자친구인 피고인2가 공모하여 피해아동A를 학대하여 사망에 이르게 한 사건]**

◇아동학대처벌법 제4조가 정한 신분의 법적 성격◇

구 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(2021. 3. 16. 법률 제17932호로 개정되기

전의 것. 이하 '구 아동학대처벌법'이라 한다) 제4조, 제2조 제4호 가목 내지 다목은 '보호자에 의한 아동학대로서 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제271조 제1항(유기), 제276조 제1항(체포, 감금) 등의 죄를 범한 사람이 아동을 사망에 이르게 한 때'에 '무기 또는 5년 이상의 징역'에 처하도록 규정하고 있다. 이는 보호자가 구 아동학대처벌법 제2조 제4호 가목 내지 다목에서 정한 아동학대범죄를 범하여 그 아동을 사망에 이르게 한 경우를 처벌하는 규정으로 형법 제33조 본문의 '신분관계로 인하여 성립될 범죄'에 해당한다. 따라서 피고인들에 대하여 구 아동학대처벌법 제4조, 제2조 제4호 가목, 형법 제257조 제1항, 제30조로 공소가 제기된 이 사건에서 피고인2에 대해 형법 제33조 본문에 따라 아동학대처벌법 위반(아동학대치사)죄의 공동정범이 성립하고 구 아동학대처벌법 제4조에서 정한 형에 따라 과형이 이루어져야 한다.

☞ 친모인 피고인1과 그 남자친구인 피고인2가 공모하여 피해아동 A를 학대하여 사망에 이르게 한 사안에서, 위와 같은 법리에 따라, 피고인2에 대하여 형법 제33조 단서를 적용하여 형법 제259조 제1항의 상해치사죄에서 정한 형으로 처단한 원심의 판단에 구 아동학대처벌법 제4조 및 형법 제33조에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로 파기환송한 사례

**특 별**

**2017후2369, 2017후2376(병합) 등록무효(특), 등록무효(특)(병합) (가) 파기환송 [먼저 출원되었으나 나중에 공개된 발명의 출원서에 최초로 첨부된 명세서 또는 도면에 기재된 발명(확대된 선출원)과 이 사건 특허발명이 동일한 발명인지 문제된 사건]**

◇구 특허법(2006. 3. 3. 법률 제7871호로 개정되기 전의 것) 제29조 제3항에서 말하는 발명의 동일성을 판단하는 기준◇

특허출원한 발명이 그보다 먼저 출원된 다른 발명의 특허출원서에 최초로 첨부된 명세서에 기재된 청구범위나 발명의 설명 또는 도면의 내용과 동일성이 인정될 경우에는 먼저 출원된 발명이 나중에 공개된 경우에도 특허를 받을 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2012후726 판결 등 참조).

구 특허법(2006. 3. 3. 법률 제7871호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제3항에서 말하는 발명의 동일성은 발명의 진보성과는 구별되는 것으로서 두 발명의 기술적 구성이 동일한지 여부에 따르되 발명의 효과도 참작해서 판단해야 한다. 두 발명의 기술적 구성

에 차이가 있더라도 그 차이가 과제해결을 위한 구체적 수단에서 주지관용기술의 부가·삭제·변경 등에 지나지 않아 새로운 효과가 발생하지 않는 정도의 미세한 차이가 있을 뿐이라면 두 발명은 서로 실질적으로 동일하다고 할 수 있다. 그러나 두 발명의 기술적 구성의 차이가 위와 같은 정도를 벗어난다면 설령 그 차이가 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라 한다)이 용이하게 도출할 수 있는 범위 내라고 하더라도 두 발명이 동일하다고 할 수 없다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010후 2179 판결 등 참조).

☞ '환기용 급기 장치'라는 명칭의 이 사건 특허발명이, 선출원발명인 선행발명 1의 명세서 또는 도면에 기재된 발명과 동일한 발명이어서 특허를 받을 수 없는 발명인지 문제된 사안임

☞ 이 사건 특허발명은 외부 급기부와 연결되는 내부 급기배관이 건축물 바닥면에 설치되는 난방배관의 폐열을 열교환으로 회수·이용할 수 있도록 난방배관의 하면에 배치되어 있는 것을 특징으로 함

☞ 선출원발명인 선행발명 1의 명세서에는 공기배관이 실내 바닥과 벽체를 통해 매설된다는 내용과 동절기에 외부의 찬 공기가 에어히터를 통해 1차적으로 예열되고 그에 이어 난방호스의 난방열이 콘크리트를 통해 공기배관에 전달되므로 충분히 가열된 공기가 실내에 공급된다는 내용이 적혀 있고, 그 도면에는 공기배관이 난방호스가 있는 실내 바닥에 매설되어 있는 구성이 나타나 있음

☞ 대법원은, 급기배관과 난방배관을 함께 건축물 바닥에 매설할 때 난방배관의 폐열을 활용하도록 급기배관을 난방배관 하면에 배치하는 구성이 이 사건 특허발명 출원 당시 기술상식이거나 주지관용기술에 해당한다고 볼만한 자료가 없고, 이 사건 특허발명은 급기배관을 난방배관의 하면에 배치함으로써 난방배관 하부로 방출되어 손실되는 열을 급기배관을 통해 실내에 공급되는 공기를 데우는 데 활용할 수 있어 그만큼 열손실을 줄일 수 있는 새로운 효과를 가지므로, 이 사건 특허발명은 선행발명 1과 동일하지 않다고 판단하여, 이와 다른 취지의 원심을 파기하였음