

## 대법원 2024. 10. 8. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2021다304779(본소), 304786(반소) 임금(본소), 사납금청구(반소) (가) 파기환송 [택시운전근로자들이 만근일을 초과하여 근무한 날의 근로시간에 대해서도 최저임금이 지급되어야 하는지 여부가 문제된 사건]

◇근로자가 소정의 근로일에 해당하지 않는 날에 근로한 경우, 그 근로한 시간이 최저임금액 이상의 임금을 지급해야 하는 시간에 포함되는지 여부(원칙적 소극)◇

최저임금법 제6조 제5항, 구 「최저임금법 시행령」(2018. 12. 31. 대통령령 제29469호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조의2 단서 제1호는 일반택시운송사업에서 운전업무에 종사하는 근로자의 최저임금에 산입되는 임금(최저임금의 적용을 위한 임금으로서 이하 ‘비교대상 임금’이라 한다)의 범위에 관하여 소정근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금을 산입하지 아니한다고 정한다. 그리고 구 「최저임금법 시행령」 제5조 제1항 제3호는 비교대상 임금 중 월 단위로 지급된 임금을 ‘1개월의 소정근로시간 수’로 나누어 시간에 대한 임금으로 환산하도록 정한다[「최저임금법 시행령」(2018. 12. 31. 대통령령 제29469호로 개정되어 2019. 1. 1.부터 시행된 것) 제5조의3 단서 제1호, 제5조 제1항 제3호의 내용도 이와 유사한데, 다만 월 단위로 지급된 비교대상 임금을 소정근로시간 수에 주휴시간 수를 합산한 시간 수로 나누어 시간에 대한 임금으로 환산한다는 점에서만 차이가 있다].

이러한 최저임금법령의 규정 내용과 취지를 고려하면, 소정의 근로일에 해당하지 않는 날에 근로자가 근로하였더라도 그 근로한 시간은 특별한 사정이 없는 한 최저임금액 이상의 임금을 지급해야 하는 시간(이하 ‘최저임금 지급 대상 시간’이라 한다)에 포함되지 않는다고 해석함이 타당하다(대법원 2023. 11. 2. 선고 2018도965 판결, 대법원 2024. 7. 25. 선고 2023다223744, 223751 판결 등 참조).

☞ 피고(반소원고, 이하 ‘피고’)는 수원시에서 일반택시운송사업을 영위하는 회사이고, 원고(반소피고, 이하 ‘원고’)들은 피고에 고용되어 택시운전근로자로 근무하며 정액사납금제 방식으로 임금을 지급받다가 퇴직한 사람들임. 일반택시 운전근로자의 최저임금에 산입되는 임금에서 생산고에 따른 임금을 제외하는 최저임금법 제6조 제5항이 2010. 7. 1.부터 피고가 소재한 수원시 지역에 시행되었고, 그 무렵부터 피고의 사업장에서는 일련의 임금협정을 통해 순차로 소정근로시간을 단축하는 합의가 이루어졌음. 원고들은 본소로

써 위 소정근로시간 단축 합의가 무효라고 주장하면서, 2016. 7.부터 각자의 퇴직 시점까지의 기간에 대한 최저임금 미달액과 이를 반영해 재계산한 평균임금을 기초로 한 퇴직금 차액의 지급을 청구함. 피고는 예비적 반소로써 위 소정근로시간 단축 합의가 무효라면 각 임금협정의 사납금 관련 합의도 무효라고 주장하면서, 증액되었을 사납금 상당액의 지급을 청구함

☞ 원심은, 이 사건 소정근로시간 단축 합의가 무효라고 판단한 다음, 원고들이 월 만근일을 초과하여 근로한 날의 근로시간까지 최저임금 지급 대상 시간에 포함시켜 최저임금 미달액을 계산하여, 본소 청구를 모두 인용하고 예비적 반소 청구를 모두 기각하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 제반 사정을 고려할 때 2010년 임금협정에서 월 근로일수에 대해 25일 만근(2월은 23일 또는 24일)이라고 정한 것은 월 소정의 근로일을 정하는 취지로서 원고들이 만근일을 초과하여 근로한 날의 근로시간이 최저임금 지급 대상 시간에 포함되지 않는다고 볼 여지가 크다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2022다251650 손해배상(기) (마) 상고기각

**[전직 국회의원인 원고가 언론사 및 소속 기자인 피고들을 상대로 허위기사로 인한 명예훼손을 주장하면서 손해배상 및 기사삭제를 청구하는 사건]**

◇해당 기사의 허위사실의 적시 여부 및 위법성조각사유 인정 여부에 대한 판단기준◇

언론보도의 진실성이란 그 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라는 의미로서, 세부적으로 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다고 하여 그 보도가 진실하지 않다고 볼 것은 아니다(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다2275 판결 등 참조). 또한 복잡한 사실관계를 알기 쉽게 단순하게 만드는 과정에서 일부 특정한 사실관계를 압축, 강조하거나 대중의 흥미를 끌기 위하여 실제 사실관계에 장식을 가하는 과정에서 다소의 수사적 과장이 있더라도 전체적인 맥락에서 보아 보도내용의 중요부분이 진실에 합치한다면 그 보도의 진실성은 인정된다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다2275 판결, 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다28121 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2014다51855 판결 등 참조).

한편 언론·출판을 통해 사실을 적시함으로써 타인의 명예를 훼손하는 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 그 행위에 위법성이 없다. 여기서 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 그 적시된 사실의 구체적 내용, 그 사

실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 고려함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교·고려하여 결정하여야 하고(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006다15922 판결 참조), 나아가 명예훼손을 당한 피해자가 공적 인물인지 일반 사인인지, 공적 인물 중에서도 공직자나 정치인 등과 같이 광범위하게 국민의 관심과 감시의 대상이 되는 인물인지, 단지 특정 시기에 한정된 범위에서 관심을 끌게 된 데 지나지 않는 인물인지, 적시된 사실이 피해자의 공적 활동 분야와 관련된 것이거나 공공성·사회성이 있어 공적 관심사에 해당하고 그와 관련한 공론의 필요성이 있는지, 그리고 공적 관심을 불러일으키게 된 데에 피해자 스스로 어떤 관여가 된 바 있는지 등을 종합적으로 살펴서 결정하여야 한다(대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다33489 판결 등 참조).

☞ 언론사 및 소속 기자인 피고들은 ‘김대중 내란음모 사건’과 관련하여 당시 서울대 총학생회장이었던 원고가 군사재판에서 허위자백을 함으로써 관련자들이 중형을 선고받았다는 내용의 기사를 게재함. 이에 원고는 피고들을 상대로 허위기사로 인한 명예훼손을 주장하면서 불법행위로 인한 손해배상 및 기사삭제를 청구함

☞ 원심은, 해당 기사에 일부 허위사실의 적시가 있으나, 원고가 공적 인물에 해당하고 그 기사의 내용 역시 공공적 의미를 가진 사안인 점 등을 고려하여 피고들로서는 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었고, 해당 기사 중 허위사실이 아닌 나머지 부분은 전체적인 맥락에서 중요한 부분이 허위라고 인정하기 어렵다는 이유로 불법행위에 기한 손해배상청구와 기사삭제청구를 모두 받아들이지 않았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 모두 기각함

## 2023다210991 부당이득금 (가) 상고기각

[주택재개발정비사업 정비구역에 포함된 국·공유재산 중 일반재산을 점유·사용한 사업시행자에 대한 변상금 부과처분이 당연무효인지 여부가 문제된 사건]

◇1. 국·공유재산을 점유하거나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여 이루어진 변상금 부과처분이 당연무효인지 여부(적극) 2. 주택재개발정비사업 사업시행계획상 정비구역에 포함된 일반재산이 사업시행자에게 양도되기로 예정된 경우, 사업시행자가 사업시행인가 후 일반재산에 대한 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는지 여부(원칙적 적극)◇

1) 국유재산법 제72조 제1항 본문, 제2조 제9호, 공유재산법 제81조 제1항 본문, 제2조 제9호가 사용허가나 대부계약 없이 국유재산 또는 공유재산을 사용·수익하거나 점유한

자에 대하여 그 재산에 대한 사용료 또는 대부료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수하도록 규정한 것은, 국유재산 또는 공유재산에 대한 점유나 사용·수익 자체가 법률상 아무런 권원 없이 이루어진 경우에는 정상적인 사용료나 대부료를 징수할 수 없기 때문에 그 사용료나 대부료 대신에 변상금을 징수한다는 취지라고 풀이되므로, 점유나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여는 그 규정이 적용되지 않고, 위와 같은 법적 지위에 있는 자에 대하여 이루어진 변상금 부과처분은 당연무효이다(대법원 2023. 10. 18. 선고 2023두42584 판결 등 참조).

2) 사업시행계획상 정비구역에 포함된 일반재산이 사업시행자에게 양도되는 것으로 예정되어 있다면, 그 일반재산의 사용관계에 관하여 달리 정해진 내용이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사업시행자는 사업시행인가가 이루어진 때부터 그 일반재산의 소유권을 취득하기에 상당한 기간 동안 자신의 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있다고 보아야 한다.

☞ 주택재개발정비사업의 사업시행자인 원고는 사업시행인가를 받은 경우 정비구역 내에 포함된 국·공유재산 중 일반재산인 토지(이하 ‘쟁점 토지’)를 점유·사용하더라도 무단점유에 해당하지 않아 그에 대한 변상금 부과처분이 당연무효라고 주장하면서, 피고를 상대로 납부한 변상금에 대한 부당이득반환을 청구함

☞ 원심은, 사업시행자가 정비구역 내 일반재산을 점유하더라도 관리처분계획인가·고시 이후부터는 그 점유가 적법하므로, 일반재산의 점유에 대한 변상금 부과처분 중 관리처분계획인가·고시 시점 이후 부분은 당연무효라고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 사업시행인가 당시 사업시행계획에 일반재산인 쟁점 토지가 모두 원고에게 양도될 것으로 예정되어 있었고, 그 후 실제로 원고에게 양도되었으며, 사업시행인가 당시 일반재산의 사용관계에 관하여 달리 정한 바도 없으므로, 해당 일반재산의 점유를 이유로 한 원고에 대한 변상금 부과처분은 점유나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여 이루어진 것으로서 당연무효라고 보아, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## **2023다236337 수익금배분 청구의소 (가) 파기환송**

**[집합건물의 구분소유자들이 관리단을 상대로 공용부분에서 발생한 수익금의 지급을 구하는 사건]**

◇집합건물의 구분소유자가 공용부분에서 발생한 수익금을 보관하는 관리단에게 자신의 지분 비율에 상당하는 부분의 지급을 구할 수 있는지 여부(원칙적 적극)◇

「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘집합건물법’이라 한다)에서는 집합건물의 공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속하고(제10조 제1항), 각 공유자는 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있으며(제11조), 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분에서 생기는 이익을 취득한다(제17조)고 규정하고 있다. 집합건물의 공용부분에서 생기는 수익금은 규약에서 달리 정하지 않는 한 구분소유자들 전원에게 지분의 비율에 따라 귀속하게 되고, 특별한 사정이 없는 한 각 구분소유자는 공용부분에서 생긴 수익금을 보관하고 있는 관리단을 상대로 그 수익금 중 자신의 지분 비율에 상당하는 부분을 지급해 달라고 청구할 수 있다. 다만 관리단집회의 결의나 규약으로 공용부분 관리비용 등 관리단의 사무집행을 위한 비용과 분담금 등을 각 구분소유자에게 청구·수령하고 관리하는 방식에 관하여 정하면서 공용부분에서 생기는 수익금을 이러한 비용이나 분담금 등에 충당하기로 하였다면 관리단은 그러한 방식과 절차에 따라 공용부분에서 생긴 수익금을 분배할 수 있고, 이 경우 구분소유자는 관리단에 공용부분 수익금을 자신에게 직접 지급해 달라고 청구할 수는 없을 것이다.

☞ 이 사건 건물의 구분소유자들인 원고들은 이 사건 건물의 관리단인 피고를 상대로, 공용부분에 관하여 징수한 수익금 중 자신의 지분 비율에 상응하는 수익금 지급을 청구함

☞ 원심은, 공용부분 수익금을 구분소유자들에게 배분하기 위해서는 관리단집회 결의가 필요하고 수익금 분배의 결의가 없는 이상 원고들은 피고를 상대로 공용부분 수익금의 배분을 구할 수 없다는 이유로 원고들의 청구를 받아들이지 않았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 공용부분에 관하여 징수한 수익금은 공용부분에서 생긴 이익으로 이 사건 건물의 구분소유자들 전원에게 그 지분 비율에 따라 귀속하므로 반드시 관리단집회의 결의가 있어야만 원고들이 자신의 지분비율에 상응하는 수익금 지급을 청구할 수 있는 것은 아니고, 이 사건 공용부분에서 생기는 수익금을 구분소유자들에게 직접 분배하지 않고 관리단의 사무집행을 위한 비용과 분담금 등에 충당하기로 분배 방식을 정한 내용의 관리단집회의 결의나 규약이 밝혀진 바 없으므로, 원심으로서 분배 절차나 방식에 관하여 위와 같은 정함이 없는 한 피고가 원고들에게 각 지분 비율에 따른 수익금을 지급하여야 한다고 판단하였어야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2023다298892 보험금 (자) 상고기각

[공동주택의 하자가 하자보수보증보험계약의 보험기간 내에 발생하였으나 보험계약자

의 하자보수의무 불이행이 보험기간 종료 후에 있었던 경우 보증보험자의 책임유무가 문제된 사건]

◇1. 구 공동주택관리법(2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정되기 전의 것) 제37조 제1항에서 정한 하자담보책임기간의 법적 성격이 하자발생기간과 권리행사기간 중 무엇인지 (= 하자발생기간) 2. 보증보험계약의 목적이 주계약의 하자담보책임기간 내에 발생한 하자보수의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것인데 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정하였다면, 보증보험계약이 보험기간 내에 발생한 하자에 대하여는 보험기간 종료 후 발생한 보험사고에 대하여도 책임지는 것인지 여부(원칙적 적극) 3. 약관법 제6조 제1항에서 정한 ‘신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항’의 판단기준◇

가) 구 공동주택관리법(2017. 4. 18. 법률 제14793호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제37조 제1항은 ‘사업주체(건설산업기본법 제28조에 따라 하자담보책임이 있는 자로서 제36조 제1항에 따른 사업주체로부터 건설공사를 일괄 도급받아 건설공사를 수행한 자가 따로 있는 경우에는 그 자를 말한다)는 담보책임기간에 하자가 발생한 경우에는 해당 공동주택의 제1호부터 제4호까지에 해당하는 자 또는 제5호에 해당하는 자의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다. 이 경우 하자보수의 절차 및 종료 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.’고 규정하고 있다. 구 공동주택관리법 시행령(2017. 9. 29. 대통령령 제28350호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 위와 같은 위임에 따라 제38조에서 하자보수 절차를, 제39조에서 담보책임 종료를 각 규정하고 있다. 이러한 관련 규정의 문언 내용과 입법 취지 등에 비추어 볼 때 구 공동주택관리법 제37조 제1항에서 정한 사업주체의 하자담보책임기간은 그 기간 내에 발생한 하자에 대하여 사업주체가 입주자대표회의등에 하자담보책임을 진다는 하자발생기간을 의미한다. 구 공동주택관리법 시행령 제38조 제1항에서 ‘법 제37조 제1항 각 호 외의 부분 후단에 따라 입주자대표회의등 또는 임차인등은 공동주택에 하자가 발생한 경우에는 담보책임기간 내에 사업주체에게 하자보수를 청구하여야 한다.’고 규정하고 있기는 하지만 이는 구 공동주택관리법 제37조 제1항 후문에서 위임한 하자보수 절차에 관한 조항이라고 보아야 하는 것이지, 위 조항으로 구 공동주택관리법 제37조 제1항에서 정한 사업주체의 하자담보책임기간의 법적 성격을 달리 볼 수는 없다.

나) 보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 피보험자가 보험자를 상대로 보험금청

구권을 행사하기 위해서는 보험계약자의 주계약상의 채무불이행이라고 하는 '보험사고의 발생'과 이에 기한 '피보험자의 재산상 손해의 발생'이라는 두 요건을 필요로 한다. 즉, 보험자는 보험계약자가 주계약에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 약관이 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위 내에서 보상하는 것이다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다68914 판결, 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다20265 판결 참조). 특히 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 보증보험에서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다. 그리고 보증보험증권에 보험기간이 정해져 있는 경우에는 보험사고가 그 기간 내에 발생한 때에 한하여 보험자가 보험계약상의 책임을 지는 것이 원칙이지만, 보증보험계약의 목적이 주계약의 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보험계약자의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것임에도 불구하고 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 경우 특단의 사정이 없으면 위 보증보험계약은 그 계약의 보험기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여는 비록 보험기간이 종료한 후 보험사고가 발생하였다고 하더라도 보험자로서 책임을 지기로 하는 내용의 계약이라고 해석함이 타당하다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다62490 판결 참조).

다) 약관법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 '신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항'이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 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 약관 조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결, 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016다274904 판결 참조).

☞ 사업주체이자 보험계약자인 소외인은 구 공동주택관리법상 공동주택인 이 사건 주택을 신축하면서 보험자인 피고와 이 사건 주택의 하자보수에 관한 보증보험계약인 이 사건 보험계약을 체결하였고, 이 사건 보험계약의 각 보험기간 내에 이 사건 주택에 하자가 발생하여, 이 사건 주택을 경매절차에서 공동으로 매수한 원고들은 제1 내지 제3 보

험증권의 보험기간이 모두 종료한 후 소외인에게 하자보수를 청구하였으나, 소외인이 하자보수의무를 불이행하자, 원고들은 피고를 상대로 하자보수보증보험금 지급을 청구함

☞ 원심은, 보험기간을 소외인의 하자담보책임과 같은 기간을 정한 이 사건 보험계약의 내용에 비추어 볼 때, 이 사건 보험계약의 각 보험기간 내에 이 사건 주택에 하자가 발생한 이상 제1 내지 제3 보험기간이 종료한 후에 원고들이 소외인에게 하자보수를 청구하였다고 하더라도 피고는 이 사건 보험계약에 따라 보험금 지급책임을 부담하고, ‘보험기간이 만료되기 전까지 피보험자의 보험계약자에 대한 하자보수청구가 없는 경우에 보험금 지급책임을 부담하지 않는다’는 내용의 이 사건 보험계약의 공동주택하자특별약관 제3조는 주의 촉구적인 규정으로 해석하여야 하며, 설령 위 특별약관 제3조가 보험기간 내에 하자보수청구가 없으면 피고의 보험금 지급책임을 면제되는 것으로 해석되더라도 이는 약관법 제6조 제1항에서 정한 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항에 해당하여 무효라고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 피고가 원고들에게 이 사건 보험계약 중 제1 내지 제3 보험증권에 기한 보험금 지급의무가 있다고 본 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## 2024다241510 소유권이전등기 (차) 상고기각

[개정 「공의사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」의 적용에 따른 환매권 발생 여부가 문제된 사건]

◇구 「공의사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(2021. 8. 10. 법률 제 18386호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 토지보상법’) 제91조 제1항에 대한 헌법불합치 결정 이전에 환매권 발생기간이 경과하였고, 토지의 공공필요가 소멸되어 환매권이 발생요건이 충족된 후 개정 토지보상법(2021. 8. 10. 법률 제18386호로 개정된 것) 시행 이전에 구 토지보상법 제91조 제1항에 따른 제척기간도 경과한 경우, 개정 토지보상법 제91조 제1항을 적용하여 환매권이 인정되는지 여부(소극)◇

1) 헌법불합치결정이 선고된 경우 위헌결정과 달리 입법개선을 기다려 개선된 입법을 소급적으로 적용함으로써 합헌적 상태를 회복할 수 있으나, 헌법불합치결정도 위헌결정의 일종이므로 그 결정의 효력은 결정이 있는 날로부터 발생하고, 위헌결정의 경우와 같은 범위에서 소급효가 인정된다. 따라서 헌법불합치결정에 따른 개선입법이 소급적용되는 범위도 위헌결정에서 소급효가 인정되는 범위와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 헌법불합치결정 당시의 시점까지 소급되는 것이 원칙이라 할 것이다(헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌가22 등 결정 참조).

2) 이 사건 부칙조항은 이미 환매권이 발생하여 이를 행사할 수 있는 경우에도 환매권의 행사기간 등에 관하여 개정 토지보상법의 적용을 확장하는 조항에 해당할 뿐 개정 토지보상법의 소급적용을 제한하기 위한 규정으로는 볼 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항을 근거로 개정 토지보상법 제91조 제1항의 적용범위가 제한될 수는 없다.

3) 그러나 이 사건 헌법불합치 결정일 이전에 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일 부터 10년이 경과하여 구 토지보상법에 따른 환매권의 발생기간이 경과하였을 뿐만 아니라 토지의 공공필요가 소멸되어 환매권의 발생요건이 충족된 후 개정 토지보상법 시행 이전에 구 토지보상법 제91조 제1항에 따른 제척기간마저 경과하여 환매권이 소멸하였다면 이 사건 헌법재판소 결정과 무관하게 개정 토지보상법 시행 당시 환매권의 행사가능성이 확정적으로 차단되어 개정 토지보상법이 적용될 수 없다.

☞ 피고(대한민국)는 1975. 12. 22. 원고들 측으로부터 군사시설 설치를 위한 공익사업을 위해 이 사건 토지에 관하여 협의취득을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤는데, 2011. 11.경 이 사건 토지의 공공필요가 소멸되었음. 헌법재판소는 2020. 11. 26. 구 토지보상법 제91조 제1항 중 환매권의 발생기간을 제한하고 있는 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내’ 부분에 대한 헌법불합치결정을 하면서 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용중지를 명하였음(이하 ‘이 사건 헌법불합치 결정’). 그 후 위 조항은 ‘사업이 폐지·변경된 날 또는 사업의 폐지 변경 고시가 있는 날로부터 10년 이내에 그 토지를 환매할 수 있다’고 개정됨. 개정 토지보상법 부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”라고 규정하고, 부칙 제3조(이하 ‘이 사건 부칙조항’)는 “제91조 제1항의 개정규정은 이 법 시행 당시 환매권을 행사할 수 있는 경우에도 적용한다.”라고 규정함. 원고들은 피고에게 개정 토지보상법에 따라 환매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구함

☞ 원심은, 이 사건 부칙조항은 ‘개정 토지보상법 시행 당시 구 토지보상법 제91조 제1항에 따른 환매권의 행사요건을 충족하고 있었던 경우에는 개정 토지보상법 제91조 제1항에 따라 연장된 환매권의 행사기간을 적용한다’는 취지의 규정이라고 보면서 이 사건의 경우 개정 토지보상법 시행일인 2021. 8. 10. 기준으로 구 토지보상법 제91조 제1항에 따른 환매권의 행사기간이 이미 도과하여 개정 토지보상법은 소급적용되지 않고 구 토지보상법 제91조 제1항이 적용된다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건의 경우 이 사건 헌법불합치 결정 당시 이 사건 각 토지의 협의취득일로부터 10년이 경과하여 구 토지보상법에 따른 환매권의 발생기간이 이미 경과하였을 뿐만 아니라 2011. 11.경 이 사건 각 토지의 공공필요가

소멸되어 환매권 발생요건이 충족되었음에도 원고들 측이 이 사건 각 토지가 필요 없게 된 때로부터 1년 이내인 2012. 11.경까지 피고에게 적법하게 환매권을 행사하였다고 볼 자료가 없어 원고들의 환매권은 구 토지보상법 제91조 제1항에 따른 제척기간의 경과로 소멸되었다고 봄이 상당하므로, 개정 토지보상법 시행 당시 원고들의 환매권 행사가능성은 확정적으로 차단되어 개정 토지보상법이 적용되지 않고 구 토지보상법이 적용된다고 판단하여, 원심의 이유 설시에 일부 부적절한 부분이 있으나, 결국 원고들의 환매권은 구 토지보상법에 따라 소멸하였다고 본 원심의 결론은 정당하다고 보아, 원고들의 청구를 기각한 원심을 수긍하여 상고를 모두 기각함

## **2024다254820 기타(금전) (마) 상고기각**

**[우리사주조합원이 우리사주 예탁일부터 1년 이내에 퇴직하여 우리사주조합원의 자격을 상실한 경우 그 이전에 그 우리사주에 관하여 지급된 배당소득에 대하여 소득세를 과세할 수 있는지 여부가 문제된 사건]**

◇조세특례제한법 제88조의4 제9항 단서의 ‘예탁일부터 1년 이내에 인출하는 경우’의 의미◇

조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 한다(대법원 2012. 7. 5. 선고 2012두3972 판결 등 참조).

조세특례제한법 제88조의4 제9항은 본문에서 각 호의 요건을 갖춘 경우 우리사주의 배당소득에 대하여 소득세를 과세하지 않는다고 하면서, 단서에서 “예탁일부터 1년 이내에 인출하는 경우 그 인출일 이전에 지급된 배당소득에 대해서는 인출일에 배당소득이 지급된 것으로 보아 소득세를 과세한다.”라고 규정한다. 그 문언에 의하면 조세특례제한법 제88조의4 제9항 각 호의 요건을 갖추어 배당소득에 대한 소득세가 비과세되었다가 예탁일부터 1년이 지나 인출한 우리사주에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 인출일 이전에 근로자에게 지급된 배당소득에 대한 소득세를 과세할 수 없고, 이는 그 근로자가 예탁일부터 1년 이내에 소속 주식회사에서 퇴직하여 우리사주조합원의 자격을 상실하였다고 해도 다르지 않다.

☞ 이 사건 조합은 피고 및 피고가 지배하는 회사의 소속 근로자들을 조합원으로 하여 설립된 우리사주조합이고, 원고는 이 사건 조합의 조합원이었다가 정년퇴직한 사람임. 원고가 정년퇴직 전까지 취득한 우리사주는 총 262주임. 원고의 정년퇴직 전에 원고의 우리사주에 대한 배당금이 원고에게 지급되었는데, 조세특례제한법 제88조의4 제9항 각 호

의 요건을 갖추어 위 배당금에 대한 소득세가 과세되지 않았음. 원고의 정년퇴직 이후인 2022. 2. 3. 위 262주가 위 우리사주를 예탁한 금융 주식회사에서 전부 인출되었는데, 당시까지 원고가 이 사건 조합에 출연한 돈 중 일부가 우리사주를 취득하는 데 사용되지 않고 남아 있었으나, 이 사건 조합은 원고의 출연금 일부만을 반환하였음. 이 사건 조합은, 원고가 배당금이 지급된 우리사주의 예탁일부터 1년 이내에 정년퇴직하여 이 사건 조합의 조합원 자격을 상실하였으므로 조세특례제한법 제88조의4 제9항 단서에 따라 배당소득에 대한 소득세 납세의무가 발생하였다는 이유로, 그 소득세에 해당하는 금액을 피고에게 지급하였고, 피고도 같은 이유로 위 돈을 원고의 배당소득에 대한 소득세로 납부하였음. 원고는 피고를 상대로 위 262주 중 예탁일부터 1년이 지나 인출한 253주에 대한 납부세액의 반환을 청구함

☞ 원심은 원고가 우리사주 예탁일부터 1년 이내에 정년퇴직하여 이 사건 조합의 조합원 자격을 상실하였으므로 조세특례제한법 제88조의4 제9항 단서에 따라 배당소득에 대한 소득세가 비과세되지 않는다고 보아 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 위 253주는 예탁일로부터 1년이 지난 2022. 2. 3. 인출하여 그 이전에 지급된 위 253주의 배당소득에 대하여는 소득세를 과세할 수 없으므로 원심의 이유설시는 적절하지 않으나, 원고는 이 사건 조합을 상대로 동액 상당의 출연금 잔액 반환청구권을 행사할 수 있어, 원고에게 어떠한 손해가 발생하였다고 할 수 없고, 따라서 원고는 피고에게 동액 상당의 부당이득반환청구권을 행사할 수 없으므로, 원고의 청구를 받아들이지 않은 원심의 결론은 정당하다고 보아 원고의 상고를 기각함

## **2024다257362 부당이득금 (마) 파기환송**

**[주택법상 지역주택조합의 조합장이 조합규약이나 총회 결의 없이 보수를 지급받은 경우 부당이득 성립 여부 및 그 보수 지급이 도의관념에 적합한 비채변제인지 여부가 문제된 사건]**

### **◇1. 급부부당이득에서 손해의 의미 2. 도의관념에 적합한 비채변제의 판단 방법◇**

1. 민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.”라고 정하고 있다. 당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 그 급부가 법률상 원인 없음으로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우 그 급부 자체가 급부수령자의 이익

및 급부자의 손해를 구성한다.

2. 민법 제744조가 정하는 도의관념에 적합한 비채변제에서 변제가 도의관념에 적합한 것인지는 객관적인 관점에서 급부를 수령자가 그대로 보유하는 것이 일반인의 법감정에 부합하는지에 따라 판단하고 이에 대한 증명책임은 급부수령자에게 있으며, 비채변제가 강행법규를 위반한 무효의 약정 또는 상대방의 고의·중과실의 위법행위에 기하여 이루어진 경우에는 그러한 변제행위를 도의관념에 적합한 비채변제라고 속단하여서는 아니 된다(대법원 2016. 4. 12. 선고 2015다218723 판결 참조).

☞ 주택법상 지역주택조합인 원고의 조합규약에는 별도로 정하는 보수규정에 의하여 조합장의 보수를 지급할 수 있도록 되어 있고 보수규정은 총회에서 정하도록 되어 있으나 총회에서는 보수규정을 제정하지 않았음. 그런데 원고의 조합장인 피고는 이사회에서 임원의 보수에 관한 이 사건 임원 급여 지급규정을 제정하고 그에 따라 보수를 지급받았음. 이에 원고는 피고에 대한 보수 지급이 무효라고 주장하면서 같은 금액의 부당이득반환을 청구하고, 피고는 ‘원고에게 손해가 발생하지 않았고, 손해가 발생하였더라도 도의관념에 적합한 비채변제에 해당한다’고 주장함

☞ 원심은, 피고가 보수 지급의 근거라고 주장한 이 사건 임원 급여 지급규정은 효력이 없으므로 피고는 법률상 원인 없이 보수를 지급받았으나 원고에게 손해가 발생하지 않았고, 손해가 발생하였어도 도의관념에 적합한 비채변제에 해당한다는 이유로 원고의 청구를 기각하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 피고는 법률상 원인 없이 보수를 수령하였으므로 이로 인하여 원고는 같은 금액 상당의 손해를 입었고, ① 지역주택조합에 관한 규정에 비추어 보았을 때 지역주택조합은 높은 공공성이 요구되는 점, ② 피고는 원고의 조합장으로서 원고와 위임관계와 같은 관계에 있는데, 민법은 위임을 원칙적으로 무상계약으로 정하고 있는 점, ③ 주택법령이 조합임원의 보수에 관한 사항을 조합원이 총회에서 정하도록 한 것은 조합임원이 개인적 이익을 도모하는 것을 방지하기 위함인 점, ④ 원고의 원시 조합규약은 원고에게 임원 보수 지급의무를 부여하지는 않은 채 보수규정에 따라 보수를 지급할 수 있다고만 하였고, 보수규정을 조합설립인가일 전 총회에서 제정한다고 정하였으나 총회에서 보수규정을 제정하지 않았음에도 피고가 다른 이사 1명과 함께 이사회를 개최하여 효력이 없는 이 사건 임원 급여 지급규정을 제정하여 보수를 지급받은 점, ⑤ 원심은 원시 조합규약 제30조를 이 사건 보수 지급이 도의관념에 적합하다는 근거로 삼았으나, 위 조항은 시행예정일 이전에 삭제되어 시행된 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 실제로 조합장 업무를 수행하였고 상당수 조합원이 피고의 보수

수령을 알면서도 이익하지 않았거나 그 액수가 다른 조합장의 보수에 비하여 지나치게 과다하지 않다는 등의 이유만으로는 원고가 피고에게 보수를 지급한 것을 도의관념에 적합한 비채변제라고 볼 수 없다고 보아, 원심을 파기·환송함

## 2024다258921 대여금 (마) 파기환송

### [급부가 특정 채무의 변제로 이루어졌는지 여부가 문제된 사건]

#### ◇급부가 특정 채무의 변제로 이루어졌는지에 관한 판단 방법◇

변제에 관한 증명책임은 채무자에게 있다(대법원 1984. 6. 12. 선고 83다카2014 판결 참조). 채무자는 채권자에게 급부한 점 및 그 급부가 특정 채무의 변제로서 이루어졌다는 점을 증명해야 한다(대법원 1997. 6. 13. 선고 97다11072 판결 참조). 급부가 특정 채무의 변제로서 이루어졌는지는 급부와 채무의 구체적 내용, 당사자의 의사, 급부 당시의 상황 등 여러 사정을 고려하여 판단한다. 채무자가 객관적으로 특정 채무의 내용에 적합한 급부를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 급부가 그 채무의 변제로서 이루어졌다는 점이 인정된다.

☞ 원고는 피고의 연대보증 하에 A에게 4,000만 원을 대여하였음. A는 차용 후 변제기 다음날까지 원고에게 차용금 원리금을 넘는 돈을 송금하였음. 원고는 피고를 상대로 위 대여금 반환을 청구하고, 이에 대하여 피고는 A의 송금으로 차용금채무를 모두 변제하였다고 주장함

☞ 원심은, A가 원고의 계원으로 원고와 장기간 금전거래를 하였다는 등의 이유로 A가 원고에게 송금한 돈이 위 차용금채무의 변제로 지급된 것이라고 보기 부족하다는 이유로 피고의 주장을 받아들이지 않았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① A의 송금은 차용금채무의 내용에 적합한 급부이고, ② 원고가 그 급부를 수령한 이상 A의 급부가 차용금채무가 아니라 계불입금채무에 변제충당된다는 요건사실을 주장·증명해야 하는 주체는 원고인데, 원고의 명시적 주장·증명이 있었다고 보기 어려우며, ③ 설령 주장·증명이 있었다고 하더라도 계의 규모, 불입금, 운영기간 및 A의 가입 시기에 비추어 A가 원고에게 송금한 금액은 계와 관련하여 원고에게 지급하여야 할 금액을 훨씬 초과하는 점에 비추어 A가 위 차용금채무를 모두 변제하였다고 볼 여지가 충분하다고 판단한 뒤, 원심으로서 원고가 위 금액이 다른 채무에 충당되었다는 주장을 하는 것인지 주장의 취지를 분명하게 하여 그러한 주장을 하는 것이라면, A가 다른 채무를 부담하고 있었는지, 이를 다른 채무에 변제충당하기로 하는 합의나 지정이 있었는지를 더 밝혀보았어야 한다고 보아, 원심을 파기·환송함

## 형 사

### 2020도11223 마약류관리에관한법률위반(대마) (나) 파기환송

#### [주거지 등 압수·수색에서 참여능력 요부가 문제된 사건]

◇형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주(住居主) 등 또는 이웃 등이 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력을 갖추어야 하는지 여부(적극)◇

가) 우리 헌법은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.'(제12조 제1항 후문), '체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.'(제12조 제3항 본문)라고 정하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언하고 있다. 형사소송법은 이와 같은 헌법 정신을 이어받아 압수·수색절차에 관한 다양한 구체적 기준을 마련하였다. 특히 형사소송법은 제121조, 제219조에서 압수·수색절차에서 피고인과 피의자의 참여권 일반을 정하는 한편, 제123조, 제219조에서 압수·수색이 이루어지는 장소의 특수성을 고려하여 특정 장소에서 압수·수색영장을 집행할 때는 그 장소의 책임자가 참여하게 함으로써, 압수·수색영장의 집행과정에서 절차적 권리로서의 참여권이 적법절차와 영장주의의 이념을 실질적으로 구현하는 장치로 기능하도록 하였다.

이와 같이 기본권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 실제적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 그 구체적인 절차를 정하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 하고, 참여권에 관한 규정을 비롯하여 형사소송법이 정한 압수·수색절차에 관한 구체적 규정들은 헌법 원칙인 적법절차와 영장주의를 구현하는 관점에 따라 해석·실현되어야 한다.

나) (1) 형사소송법 제123조는 '영장의 집행과 책임자의 참여'라는 표제 아래, 공무소, 군사용 항공기 또는 선박·차량 안에서 압수·수색영장을 집행하려면 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 하고(제1항), 제1항에서 규정한 장소 외에 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선박·차량 안(이하 '주거지 등'이라고 한다)에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 사람(이하 '주거주 등'이라고 한다)을 참여하게 하여야 하며(제2항), 주거주 등을 참여하게 하지 못할 때에는 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원(이하 '이웃 등'이라고 한다)을 참여하게 하여야 한다(제3항)고

규정하고 있다. 이는 형사소송법 제219조에 의해 수사기관의 압수·수색영장 집행에서도 준용된다. 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조가 주거지 등에서 압수·수색영장을 집행할 때 주거주 등이나 이웃 등을 참여하도록 한 것은 주거의 자유나 사생활의 비밀과 자유와 같은 기본권 보호의 필요성이 특히 요구되는 장소에 관하여 밀접한 이해관계를 갖는 사람을 참여시켜 영장집행절차의 적정성을 담보함으로써 수사기관이나 법원의 강제 처분을 받는 당사자를 보호하고 궁극적으로 국민의 기본권을 보호하려는 데 그 취지가 있다. 이러한 점에 비추어 보면 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에서 정한 바에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등 또는 이웃 등은 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력(이하 '참여능력'이라고 한다)을 갖추고 있어야 한다. 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등 또는 이웃 등이 참여능력을 갖추지 못한 경우에는 영장의 집행 과정에서 발생할 수 있는 위법·부당한 처분이나 행위로부터 당사자를 보호하고 영장집행절차의 적정성을 담보하려는 형사소송법의 입법 취지나 기본권 보호·적법절차·영장주의 등 헌법적 요청을 실효적으로 달성하기 어렵기 때문이다.

(2) 형사소송법 제123조 제2항과 제3항은 주거주 등이나 이웃 등의 참여에 관하여 그 참여 없이 압수·수색영장을 집행할 수 있는 예외를 인정하지 않고 있다. 이는 형사소송법 제121조, 제122조에서 압수·수색영장의 집행에 대한 검사, 피의자, 변호인의 참여에 대하여 급속을 요하는 등의 경우 집행의 일시와 장소의 통지 없이 압수·수색영장을 집행할 수 있다고 한 것과 다른 점이다. 따라서 형사소송법 제123조 제2항에서 정한 주거지 등에 대한 압수·수색영장의 집행이 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 경우 특별한 사정이 없는 한 그러한 압수·수색영장의 집행은 위법하다고 보아야 한다. 나아가 주거주 등 또는 이웃 등이 참여하였다고 하더라도 그 참여자에게 참여능력이 없거나 부족한 경우에는, 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 것과 마찬가지로 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에서 정한 압수수색절차의 적법요건이 갖추어졌다고 볼 수 없으므로 그러한 압수·수색영장의 집행도 위법하다.

다) 한편, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 '장애인차별금지법'이라고 한다) 제26조 제6항은 '사법기관은 사건관계인에 대하여 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있는지 여부를 확인하고, 그 장애인에게 형사사법 절차에서 조력을 받을 수 있음과 그 구체적인 조력의 내용을 알려주어야 한다. 이 경우 사법기관은 해당 장애인이 형사사법 절차에서 조력을 받기를 신청하면 정당한 사유 없이 이를 거부하여서는 아니 되며, 그에 필요한 조치를 마련하여야 한다.'라고 정하고 있다. 이는 수사, 기소, 공판에 이르는 일련의 형사사법절차에서 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가

있는 사람으로 하여금 자기의 형사사법절차상의 지위와 이해관계를 이해하고 충분한 방어행위를 할 수 있도록 함으로써 그들의 절차적 지위와 권리, 방어권을 보장하는 데에 그 취지가 있다. 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에 따라 압수·수색영장의 집행에 참여하는 주거주 등이나 이웃 등에게도 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있을 수 있으므로, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관으로서는 그러한 장애가 있는 참여자에 대하여 장애인차별금지법 제26조 제6항의 취지에 맞는 적법한 조치를 취함으로써 형사소송법 제123조 제2항, 제3항이 요구하는 압수수색절차의 적법요건이 갖추어질 수 있도록 하여야 한다.

라) 이러한 법리는, 주거주 등에 대한 압수·수색에서 피의자가 동시에 주거주 등인 경우에도 동일하게 적용된다. 형사소송법이 제121조, 제122조, 제219조에서 ‘당사자의 참여권’이라는 표제 아래 검사, 피의자, 변호인의 참여권을 규정하면서도 제123조에서 ‘책임자의 참여’라는 표제로 주거주 등이나 이웃 등의 필요적 참여를 별도로 정하고 있고, ‘당사자의 참여권’과 ‘책임자의 참여’는 그 취지나 목적, 보호법익이 동일하지 않기 때문이다. 따라서 피의자가 주거주 등인 주거주 등에서 압수·수색영장을 집행하는 경우 피의자에게 참여능력이 없다면 그 피의자만 참여하는 것으로는 부족하고, 수사기관은 형사소송법 제123조 제3항에 따라 참여능력이 있는 이웃 등을 함께 참여시켜야 한다. 이때 참여능력이 없는 피의자만이 참여하였다면 그 압수·수색은 형사소송법 제123조 제2항, 제3항을 위반한 것으로 원칙적으로 위법하다.

마) 위와 같이 형사소송법 제123조 제2항, 제3항, 제219조에 따라 압수수색절차에 참여한 참여자와 관련하여 해당 절차의 적법요건이 갖추어졌는지는, 수사기관이 인식하였거나 인식할 수 있었던 사정 등을 포함하여 압수·수색 당시를 기준으로 외형적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 살펴 판단하여야 한다. 압수·수색 당시 수사기관이 인식할 수 없었던 참여자의 내부적, 주관적 사정이나 참여자의 객관적 능력에 관한 법률적·사후적인 판단은 고려대상이 아니다.

☞ 피고인이 「마약류관리에 관한 법률」 위반(대마) 등으로 기소된 사안으로, 수사기관이 피의자의 주거주에 대해서 압수·수색을 하면서 ‘전체지능 57, 사회성숙연령 11세’ 수준으로 성년후견개시심판을 받아 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 최소한의 능력(이하 ‘참여능력’)이 없거나 부족하다고 보이는 피의자의 딸 A만 참여시켰고, 그 과정에서 이 사건 대마 등 마약 관련 증거물을 발견하여 이를 압수한 사안임

☞ 원심은, 이 사건 대마를 포함하여 이 사건 압수·수색을 통하여 확보한 증거와 압수조서 등을 유죄의 증거로 하여 쟁점 공소사실 부분을 유죄로 인정한 제1심 판단을 유지하

였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, A는 이 사건 압수·수색 당시 형사소송법 제 123조 제2항에서 정한 주거주 등으로서 참여능력이 없거나 부족하였던 것으로 볼 여지가 있고, A는 이 사건 압수·수색 직전에 재물손괴 등으로 현행범 체포되어 경찰조사를 받은 사실이 있는데, 이를 계기로 수사기관이 A의 정신과 치료 내역이나 현행범체포 당시의 사정 등을 파악하고 있었던 만큼, 수사기관으로서는 A가 참여능력이 없거나 부족하다는 점을 인식하고 있었거나 충분히 인식할 수 있었다고 보이는데도, 수사기관은 이 사건 압수·수색 당시 A만 참여시켰고, 형사소송법 제123조 제3항에 따라 이웃 등을 참여시키는 등의 조치를 취하지 않았으므로, 이 사건 압수·수색이 위법하다고 볼 소지가 크다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2021도13926 아동복지법위반(아동학대) (나) 파기환송

**[교사가 교육과정에서 한 행동이 아동복지법상 금지되는 학대행위에 해당하는지 여부가 문제된 사건]**

◇1. 교사가 법령에서 정하는 바에 따라 아동인 학생을 교육하는 행위가 아동복지법이 금지하는 ‘학대행위’에 해당하는지 여부(원칙적 소극) 2. 교사의 아동인 학생에 대한 지도행위에 다소의 유형력이 수반된 경우에도 같은 법리가 적용되는지 여부(원칙적 적극)◇

1) 아동복지법은 제1조에서 “이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 한다.”라고 규정하여 입법 목적을 밝히면서, 제2조 제3항에서 “아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.”라고 규정하여 그 기본이념을 밝히고 있다. 한편, 제3조 제7호에서 “아동학대”를 “보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다.”라고 정의하고, 제17조 제3호에서 ‘누구든지 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위를 하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다.

위와 같은 아동복지법의 입법 목적, 기본이념 및 관련 조항들의 내용 등을 종합하면, 아동복지법상 금지되는 신체적 학대행위란 ‘신체적 폭력이나 가혹행위로서 아동의 신체건강 또는 복지를 해치거나 정상적 신체발달을 저해할 정도 혹은 그러한 결과를 초래할 위험을 발생시킬 정도에 이르는 것’을 말하며, 반드시 아동에 대한 신체적 학대의 목적이거나 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고 자기의 행위로 아동의 건강 및 발달을 저해하는

결과가 발생할 위험 또는 가능성이 있음을 미필적으로 인식하면 충분하다.

2) 아동인 학생에 대하여 교사가 교육과정에서 행한 행동이 아동복지법상 금지되는 학대행위에 해당 하는지 문제되는 경우, 아동복지법과 교육관계 법령 사이에 조화로운 해석이 필요하다. 교육기본법에 의하면, 교육은 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 하고(제2조), 학교교육은 학생의 창의력 계발 및 인성 함양을 포함한 전인적 교육을 중시하여 이루어져야 한다(제9조 제3항). 학생의 기본적 인권은 학교교육과정에서 존중되고 보호되며, 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다(제12조 제1항, 제2항). 한편 교사는 법령에서 정하는 바에 따라 학생을 교육한다(초·중등교육법 제20조 제4항). 이러한 법령의 내용을 종합하면, 교사가 법령에서 정하는 바에 따라 아동인 학생을 교육하는 행위는 학생이 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민의 자질을 갖추게 하는 등으로 학생의 복지에 기여하는 행위에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 아동복지법이 금지하는 '학대행위'로 평가할 수 없다. 따라서 교사가 아동인 학생을 교육하는 과정에서 학생에게 신체적 고통을 느끼게 하였더라도, 그 행위가 법령에 따른 교육의 범위 내에 있다면 아동복지법 제17조 제3호를 위반하였다고 할 수 없다.

3) 교사가 교육상 필요에 따라 아동인 학생을 지도하는 행위에 대하여도 같은 법리가 적용된다. 구 초·중등교육법(2021. 3. 23. 법률 제17954호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제18조 제1항 본문은 “학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다.”고 규정하고, 그 위임에 따른 구 초·중등교육법 시행령(2023. 6. 27. 대통령령 제33566호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제31조 제8항은 “학교의 장은 법 제18조 제1항 본문에 따라 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다.”고 규정하였으므로, 교사가 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 아동인 학생을 지도하는 행위는 법령에 따른 교육행위에 해당한다.

나아가, 법령과 학칙이 구체적 상황에 맞는 적절한 방법을 모든 경우에 걸쳐 망라하여 규정할 수 없고, 고정된 규정만으로 다양한 실제의 상황에 적절히 대응하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 학교교육에서 교원의 전문성과 교권은 존중되어야 하고(교육기본법

제14조 제1항, 교육공무원법 제43조 제1항), 교사가 되기 위해서는 법률이 정한 자격을 갖추어야 하므로(구 초·중등교육법 제21조 제2항), 교사는 지도행위에 관하여 일정한 재량을 가진다. 따라서 교사의 아동인 학생에 대한 지도행위가 법령과 학칙의 취지에 따른 것으로서 객관적으로 타당하다고 인정된다면 여전히 법령에 따른 교육행위의 범위에 속하는 것이고, 구 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항에 따라 금지되는 체벌에 해당하지 않는 한 지도행위에 다소의 유형력이 수반되었다는 사정만으로 달리 볼 수 없다.

☞ 초등학교 담임교사인 피고인이 수업 중 학생들로 하여금 교실 앞으로 나와 노래를 부르고 율동을 따라하는 활동을 하도록 하였는데, 같은 반 학생인 피해아동이 율동에 참여하지 않고 급식실로 이동하자 피고인의 말에 따르지 않자, 그 과정에서 피고인이 피해아동에게 “야 일어나”라고 말하면서 피해아동의 팔을 잡아 일으키려고 하는 등 신체적 학대행위를 하였다는 아동복지법 위반(아동학대)로 기소된 사안임

☞ 원심은, 대화나 비신체적인 제재 등 다른 교육적 수단으로는 훈육이 불가능하여 신체적 유형력을 통한 지도가 필요했던 상황이라고 보기 어렵다는 이유 등을 들어 쟁점 공소 사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 조치는 피해아동에게 필수적인 교육활동 참여를 독려한다는 목적에 기초하여 이루어진 교사의 학생에 대한 지도행위에 해당하고, ② 피고인이 피해아동을 체벌하거나 신체적 고통을 가할 의도가 있었다고 보기 어려운 점과 피고인이 행사한 유형력의 태양이나 정도 등에 비추어, 이 사건 조치가 구 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항에 따라 금지된다고 보기 어려우며, ③ 피고인은 당시 상황에 비추어 구두 지시 등 신체적 접촉을 배제한 수단만으로는 이러한 목적 달성이 어렵다고 판단하여 교사로서 가지는 합리적인 재량의 범위 안에서 적절하다고 생각하는 지도방법을 택한 것으로 보이므로, 교육 관계 법령의 취지에 비추어 이 사건 조치는 객관적으로 타당한 교육행위로 볼 여지가 많다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2023도12580 부정청탁및금품등수수의금지에관한법률위반 (나) 파기환송

[「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(이하 ‘청탁금지법’) 제8조 제1항의 공직자등에 대한 향응 가액 산정 방법이 문제된 사건]

◇1. 공직자등인 피고인이 향응을 제공받아 향응제공자와 함께 소비하고 향응제공자가 이에 소요되는 금원을 지출한 경우, 피고인이 받은 향응 가액 산정 방법 2. 그중 다른 참석자가 제공받은 향응 가액이 피고인의 그것과 동일하다고 평가할 수 없는 특별한 사정

## 이 증명된 경우, 피고인이 받은 향응 가액 산정 방법◇

1) 청탁금지법은 공직자등에 대한 부정청탁 및 공직자등의 금품등의 수수를 금지함으로써 공직자등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 한다(제1조). 그 입법 취지는 공직자등의 공정한 직무수행을 저해하는 부정청탁 관행을 근절하고, 공직자등의 금품등의 수수행위에 직무관련성 또는 대가성이 없는 경우에도 제재가 가능하도록 함으로써 공직에 대한 신뢰와 공직자의 청렴성을 보장하는 데에 있다.

2) 청탁금지법 제8조는 제1항에서 “공직자등은 직무 관련 여부 및 기부·후원·증여 등 그 명목에 관계없이 동일인으로부터 1회에 100만 원 또는 매 회계연도에 300만 원을 초과하는 금품등을 받거나 요구 또는 약속해서는 아니 된다.”라고 하고, 제5항에서 “누구든지 공직자등에게 또는 그 공직자등의 배우자에게 수수 금지 금품등을 제공하거나 그 제공의 약속 또는 의사표시를 해서는 아니 된다.”라고 규정하여 일정한 금액 이상 금품등의 수수 및 제공을 금지하고 있다. 위 ‘금품등’에는 음식물·주류·골프 등의 접대·향응 등이 포함된다(청탁금지법 제2조 제3호). 위와 같이 금지되는 일정 금액 이상의 금품등을 수수한 공직자등과 이를 제공한 자는 청탁금지법 제22조 제1항 제1호, 제3호에 따라 형사 처벌된다. 나아가 청탁금지법은 수수한 금품등 가액이 제8조 제1항의 금액 이하이더라도 직무관련성이 인정되는 경우에는 과태료 부과 대상으로 하는 한편(제8조 제2항, 제23조 제5항), ‘원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등으로서 대통령령으로 정하는 가액 범위 안의 금품등’을 비롯한 일부 영역에서 수수 금지의 예외를 인정하고 있다(제8조 제3항).

3) 금품등 수수 및 제공으로 인한 청탁금지법위반죄에서 피고인인 공직자등이 향응을 제공받아 향응제공자와 함께 소비하고 향응제공자가 이에 소요되는 금원을 지출한 경우, 피고인이 받은 향응 가액을 산정할 때는 먼저 피고인의 접대에 들어간 비용과 향응제공자가 소비한 비용을 가려낸 다음 전자의 수액을 피고인이 받은 향응 가액으로 하고, 만일 각자에 들어간 비용이 불분명할 때에는 특별한 사정이 없는 한 이를 평등하게 분할한 액을 피고인이 받은 향응 가액으로 인정하여야 한다. 이는 동시에 향응을 제공받은 공직자등이 다수일 때에도 마찬가지이다. 그런데 다수의 공직자등이 각자 제공받은 향응 가액에 차이가 있다고 평가할 만한 특별한 사정이 있는 때에는 청탁금지법의 입법 취지에 따라 향응 가액의 평가 및 귀속이 적정하게 이루어질 수 있도록 그러한 사정을 반영할 필요가 있다. 즉, 향응제공자와 공직자등인 피고인 및 다른 참석자의 관계, 각자의 신분, 향응 제공이 이루어진 목적과 연유, 참석의 경위와 참석한 시간, 제공된 향응의 내역과 특성 등

에 비추어, 다른 참석자가 제공받은 향응 가액이 피고인의 그것과 동일하다고 평가할 수 없는 특별한 사정이 증명된 경우에는, 다른 참석자가 제공받은 향응 가액을 구분하여 총 비용에서 이를 공제하고 남은 가액을 향응제공자를 포함한 나머지 참석자들 사이에서 평등하게 분할한 액으로 피고인에 대한 향응 가액을 정하여야 한다. 다만, 금품등 수수 및 제공으로 인한 청탁금지법위반죄는 해당 금품등 가액이 1회에 100만 원 또는 매 회계연도 300만 원을 초과하는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있어, 그 가액에 따라 형사처벌 여부가 달라지므로, 향응을 포함하여 제공받은 금품등의 가액을 책임주의 원칙에 맞도록 합리적인 기준으로 신중하게 산정하여야 하고, 공소사실에 대한 증명책임을 부담하는 검사가 다른 참석자에게 제공된 향응 가액이 피고인의 그것과 동일하다고 평가할 수 없는 특별한 사정에 대하여 증명하지 않는 경우에는 원칙으로 돌아가 총 비용을 평등하게 분할한 금액을 피고인이 받은 향응 가액으로 하여야 한다.

☞ 피고인 1, 2가 검사인 피고인 3에게 1,145,333원 상당의 술과 안주 등을 제공함으로써 공직자에게 1회 100만 원을 초과하는 향응을 제공하고, 공직자인 피고인 3은 1회 100만 원을 초과하는 향응을 제공받았다는 청탁금지법 위반으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 피고인 1, 2가 피고인 3에게 제공한 향응 가액은 청탁금지법 제8조 제1항이 금지하는 금품등 수수행위의 구성요건인 1회 100만 원을 초과하지 않을 가능성을 배제할 수 없다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 이 사건 술자리에는 피고인 3 외에 다른 참석자들이 있었고 그들의 관계나 향응 제공이 이루어진 목적과 연유, 참석의 경위와 참석한 시간, 제공된 향응의 내역과 특성 등에서 그들이 제공받은 향응 가액이 피고인 3의 그것과 동일하다고 평가할 수 없는 특별한 사정이 있으므로, 원심으로서도 피고인 3이 이 사건 술자리를 떠난 시점까지 발생한 총 비용을 심리하여 피고인 3과 동일하게 평가할 수 없는 다른 참석자들이 제공받은 향응 가액을 구분한 후 이를 총 비용에서 공제한 나머지 가액을 피고인 3과 향응제공자인 피고인 1, 2 사이에서 평등하게 분할한 액을 피고인 3이 제공받은 향응 가액으로 인정하였어야 하고, 위와 같은 방식으로 피고인 3이 이 사건 술자리에서 제공받은 향응 가액을 산정한다면 1회 100만 원을 초과할 가능성이 상당하다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2024도10062 공갈등 (마) 상고기각

[형사소송법 제216조 제3항에 의한 압수 후 청구한 압수영장이 기각되었는데 압수물이 아직 반환되지 않은 상태에서 다시 압수영장을 청구하여 압수영장을 발부받은 다

## 음 압수물을 피압수자에게 반환함과 동시에 다시 압수한 경우 그 압수물의 증거능력이 문제된 사건]

### ◇형사소송법 제216조 제3항에 의한 압수 후 지체없이 압수영장을 발부받지 못한 경우 압수물 반환 방법◇

형사소송법 제216조 제3항은 “범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 압수수색영장을 청구하였다가 영장을 발부받지 못한 때에는 수사기관은 압수한 물건을 즉시 반환하여야 하고, 즉시 반환하지 아니한 압수물은 유죄의 증거로 사용할 수 없으며, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 참조). 여기서 압수한 물건을 즉시 반환한다는 것은 수사기관이 압수한 물건을 곧바로 반환하는 것이 현저히 곤란하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 영장을 청구하였다가 기각되는 바로 그 때에 압수물을 돌려주기 위한 절차에 착수하여 그 절차를 지연하거나 불필요하게 수사기관의 점유를 계속하는 등으로 지체함이 없이 적극적으로 압수 이전의 상태로 회복시켜주는 것을 의미한다.

☞ 피고인이 성명불상자가 지정한 중국 소재 은행 계좌로 금전을 송금하여 무등록 외국 환입무를 하였다는 외국환거래법 위반 등으로 기소된 사안임. 대전지방경찰청 소속 사법경찰관이 2020. 10. 6. 서울에 있는 피고인의 영업소에서 형사소송법 제216조 제3항을 근거로 영장 없이 피고인의 휴대전화를 압수하였고 이후 압수영장이 청구되었으나, 2020. 10. 8. 법원에서 압수조서 및 압수목록 미작성 등을 이유로 압수영장이 기각되었음. 사법경찰관은 서울에 있는 피고인에게 전화하여 대전지방경찰청에 방문하여 휴대전화를 반환받아 갈 것을 고지하면서 휴대전화를 반환받더라도 다시 압수할 것이라고 하였고, 피고인이 합리적 근거를 들어 우편반환을 요청했으나 이를 거절하고 직접 출석하여 수령할 것을 요구하였음. 이에 피고인은 2020. 10. 12. 대전지방경찰청에 출석하여 휴대전화를 반환받기로 하였으나 출석하지 않았음. 2020. 10. 12. 사법경찰관은 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보에 대한 압수영장을 신청하였고, 2020. 10. 13. 압수영장이 발부되었음. 사법경찰관은 다시 피고인에게 연락하여 휴대전화를 반환받아 갈 것을 고지하면서 다른 한편으로는 이를 다시 압수해야 해서 휴대전화를 가져갈 수는 없다는 취지로 말하였고, 이에 피고인은 휴대전화를 반환받을 수 없다고 생각하고 출석하지 않았음. 사법경찰관은 압수영장의 유효기간 만료가 2020. 10. 20.로 다가오자 2020. 10. 19. 서

울에 있는 피고인을 방문하여 피고인에게 휴대전화를 건네주고 곧바로 압수영장을 집행하여 휴대전화를 반출하였고, 검사는 휴대전화에 저장된 전자정보를 복제·출력한 자료를 증거로 제출하였음

☞ 원심은, 수사기관이 적법절차를 지키지 않고 휴대전화를 압수하고 이에 대한 사후 압수영장이 기각되었음에도 즉시 반환하지 아니하다가 그 사이에 압수영장을 발부받아 휴대전화를 형식적으로 반환한 외관을 만든 후 다시 압수하는 것은 적법절차의 원칙이나 영장주의를 잠탈하는 것으로 허용할 수 없으므로 휴대전화 압수의 위법성이 압수영장 집행으로 희석·단절되었다고 할 수 없다고 보아, 휴대전화 및 위 증거들은 위법하게 수집된 증거이거나 이를 기초로 획득한 2차 증거로서 증거능력이 부정된다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## 특 별

### 2021후10886 등록무효(특) (자) 상고기각

#### [명세서 기재요건 위반 여부가 문제된 사건]

#### ◇특허법 제42조 제3항 제1호의 실시가능 요건 및 같은 조 제4항 제1호의 뒷받침 요건 충족 여부의 판단기준◇

1. 특허법 제42조 제3항 제1호는 발명의 설명을 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람(이하 '통상의 기술자'라 한다)이 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 적을 것을 규정하고 있다. 이는 특허출원된 발명의 내용을 제3자가 명세서만으로 쉽게 알 수 있도록 공개하여 특허권으로 보호받고자 하는 기술적 내용과 범위를 명확하게 하기 위한 것이다. 위 조항에서 요구하는 명세서 기재의 정도는 통상의 기술자가 출원 시의 기술 수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서도 명세서의 기재에 의하여 당해 발명을 정확하게 이해할 수 있고 동시에 재현할 수 있는 정도를 말한다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2003후2072 판결 참조). 구성요소의 범위를 수치로 한정하여 표현한 물건의 발명에서도 청구범위에 한정된 수치범위 전체를 보여주는 실시례까지 요구되는 것은 아니지만, 통상의 기술자가 출원 시의 기술 수준으로 보아 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 명세서의 기재만으로 수치범위 전체에 걸쳐 물건을 생산하거나 사용할 수 없는 경우에는, 위 조항에서 정한 기재요건을 충족하지 못한다고 보아야 한다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2013후525 판결 참조).

2. 특허법 제42조 제4항 제1호는 청구범위에 보호받으려는 사항을 적은 청구항이 발명

의 설명에 의하여 뒷받침될 것을 규정하고 있는데, 이는 특허출원서에 첨부된 명세서의 발명의 설명에 기재되지 아니한 사항이 청구항에 기재됨으로써 출원자가 공개하지 아니한 발명에 대하여 특허권이 부여되는 부당한 결과를 막기 위한 것이다. 청구항이 발명의 설명에 의하여 뒷받침되고 있는지 여부는 출원 당시의 기술 수준을 기준으로 하여 통상의 기술자의 입장에서 청구범위에 기재된 사항과 대응되는 사항이 발명의 설명에 기재되어 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004후776 판결 참조). 출원 시의 기술상식에 비추어 보더라도 발명의 설명에 개시된 내용을 청구범위에 기재된 발명의 범위까지 확장 내지 일반화할 수 없는 경우에는 그 청구범위는 발명의 설명에 의하여 뒷받침된다고 볼 수 없다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004후1120 판결 참조).

☞ 피고가 원고의 '렌즈 조립체'에 관한 이 사건 특허발명에 대하여 명세서 기재요건(실시가능 요건, 뒷받침 요건) 위반 등을 이유로 등록무효 심판을 청구하고, 원고가 심판 절차 중 이 사건 특허발명의 청구범위를 정정청구하였는데, 특허심판원이 정정을 인정하면서도 피고의 심판청구를 인용하는 심결을 하자, 원고는 피고를 상대로 심결의 취소를 청구함

☞ 원심은, 이 사건 제1항, 제13 내지 제15항, 제21항, 제32항 내지 제36항, 제39항 정정발명은 발명의 설명이 통상의 기술자가 그 발명을 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재되어 있지 않고, 발명의 설명에 의해 뒷받침되지도 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 정정발명은 물건의 발명이자 구성요소의 수치를 한정한 수치한정발명으로, 렌즈 조립체의 TTL(총트랙길이)이 짧은데도 망원 렌즈의 기능(TTL/EFL 1.0 미만)을 가지면서 양호한 이미지 품질을 구현한다는 데에 그 기술적 특징이 있는데, 이 사건 정정발명 명세서 기재나 이 사건 정정발명의 출원 당시 기술 수준으로 TTL≤6.5mm인 수치범위 전체에서 TTL/EFL이 1.0 미만이면서도 양호한 이미지 품질을 구현하는 렌즈 조립체를 생산할 수 있다고 볼 수 없어, 통상의 기술자는 과도한 실험이나 특수한 지식을 부가하지 않고서는 위 TTL 수치범위 전체에서 렌즈 조립체를 생산할 수 없다고 봄이 타당하고, ② TTL이 6.5mm 이하인 점이 발명의 설명에 기재되어 있지 않고 실시례로부터도 그러한 점이 시사되어 있지 않아, 청구항의 TTL≤6.5mm인 구성은 발명의 설명에 의해 뒷받침되지도 않는다고 보아, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

**2021후11216 등록무효(특) (자) 상고기각**

**[특허발명의 진보성 부정 여부가 문제된 사건]**

◇1. 특허법 제29조 제2항의 ‘발명이 속하는 기술분야’의 의미 및 판단방법 2. 특허발명의 진보성 판단 기준◇

특허법 제29조 제2항에서 정하는 ‘그 발명이 속하는 기술분야’란 원칙적으로 당해 특허발명이 이용되는 산업분야를 말하고(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006후2059 판결 참조), 그 범위를 정할 때에는 발명의 목적, 기술적 구성, 작용효과의 면을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91후1298 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002후987 판결 참조). 여러 선행기술문헌을 인용하여 특허발명의 진보성을 판단할 때에는 그 인용되는 기술을 조합 또는 결합하면 당해 특허발명에 이를 수 있다는 암시·동기 등이 선행기술문헌에 제시되어 있거나 그렇지 않더라도 당해 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적 과제, 발전경향, 해당 업계의 요구 등에 비추어 보아 그 기술분야에 통상의 지식을 가진 사람(이하 ‘통상의 기술자’라 한다)이 용이하게 그와 같은 결합에 이를 수 있다고 인정할 수 있다면 당해 특허발명의 진보성은 부정된다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005후3284 판결, 대법원 2023. 8. 31. 선고 2020후10285 판결 참조).

☞ 피고들이 철근과 거푸집 사이에 배치되는 탈형 데크용 스페이서에 관한 원고의 이 사건 제1항, 제2항 발명이 선행발명들에 의하여 진보성이 부정된다고 주장하면서 등록무효 심판을 청구하고, 특허심판원이 해당 부분 심판청구를 인용하는 심결을 하자, 원고가 피고들을 상대로 심결의 취소를 청구함

☞ 원심은, 이 사건 제1항, 제2항 발명이 선행발명 2에 선행발명 1을 결합하는 등으로 통상의 기술자가 쉽게 발명할 수 있어 진보성이 부정된다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 선행발명 1, 2와 이 사건 제1항 발명은 동일한 기술분야에 속하고, 이 사건 제1항 발명은 통상의 기술자가 선행발명 2에 선행발명 1을 결합하여 쉽게 발명할 수 있어 진보성이 부정되며, 이 사건 제2항 발명은 이 사건 제1항 발명의 기술적 특징을 그대로 포함하는 종속항으로 거기에 한정된 구성요소가 이 사건 제1항 발명의 구성요소와 실질적으로 동일하므로 통상의 기술자가 선행발명 2에 선행발명 1을 결합하여 쉽게 발명할 수 있어 역시 진보성이 부정된다고 보아, 원심을 수긍하여 상고를 모두 기각함