

## 대법원 2022. 8. 31. 선고 중요판결 요지

### 민 사

#### 2018다212740 구상금 (가) 파기환송(일부)

[자동차종합보험의 보험자인 원고가 피보험자에게 자동차상해특약에 기한 보험금을 지급하고, 피보험자의 피고에 대한 국가배상청구권을 대위행사한 사건]

◇이 사건 자동차종합보험의 보통약관에서 '보험자대위를 원칙적으로 허용하되 자기신체 사고의 경우에는 보험자대위를 배제'하는 것으로 정하고 있는 경우, 자동차상해특약에서 담보하는 사고가 위 보통약관이 정한 보험자대위 배제사유로서 자기신체사고인 경우에 해당하여, 보험자대위를 할 수 없다고 볼 것인지 여부(소극)◇

자동차상해보험은 그 성질상 상해보험에 속하므로, 자동차상해보험계약에 따른 보험금을 지급한 보험자는 상법 제729조 단서에 따라 보험자대위를 허용하는 약정이 있는 때에 한하여 피보험자의 권리를 해치지 않는 범위에서 그 권리를 대위할 수 있다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다29463 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2013다71227 판결 등 참조).

이 사건 보험계약의 보통약관 제34조 제2항 제1호에서 보험자대위를 배제하는 '자기신체사고'에 자동차상해 특약에서 담보하는 사고가 포함되어 있다고 보기는 어렵다. 이 사건 보험계약의 보통약관 제34조 제1항에서는 제34조 제2항의 경우를 제외하고는 보험자대위를 허용하고 있으므로, 자동차상해 특약에 의하여 보험금을 지급한 경우에도 보험자대위가 허용된다고 봄이 타당하다.

☞ 자동차종합보험 자기신체사고특약에 관한 특별약관이 자동차상해보험 특약과 자기신체사고 특약은 동시에 가입할 수 없는 것으로 정하고, 자기신체사고에 관해서는 보통약관이 아닌 특별약관을 적용하도록 되어 있었음. 자동차종합보험의 보통약관에는 '보험자대위를 원칙적으로 허용하되 자기신체사고의 경우에는 보험자대위를 배제하는 것'으로 정하고 있음

☞ 보험자인 원고가 자동차상해특약에 가입한 피보험자에게 자동차상해보험금을 지급하고 지방자치단체인 피고를 상대로 하여 피보험자의 피고에 대한 국가배상청구권을 대위행사하자, 피고가 '자동차상해특약이 담보하는 사고는 보통약관이 보험자대위 배제사유로 정한 자기신체사고에 포함되므로, 보험자대위권을 행사할 수 없다'고 다툼 사안임

☞ 원심은 자동차상해보험은 자기신체사고보험을 대체하고 그 성질상 자기신체사고에 관

한 손해를 보상하는 것을 내용으로 하고 있어서, 자동차상해보험이 담보하는 사고가 이 사건 보통약관이 보험자대위를 배제하는 자기신체사고에 포함된다고 보고, 상법 제729조 단서가 정한 보험자대위를 허용하는 약정이 없다고 판단하여 원고의 보험자대위청구를 기각하였음

☞ 대법원은 자기신체사고보험특약과 자동차상해보험특약에 관한 이 사건 보험약관의 내용과 체계, 각 보험특약의 도입취지 등을 고려할 때, 이 사건 보통약관이 보험자대위 배제사유로 정한 자기신체사고에는 자동차상해보험특약이 담보하는 사고는 포함되지 않는 것으로 해석된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송하였음

#### 2018다218601 기타(금전) (다) 파기환송

[공유토지 지상 공유건물에 관한 관습법상 법정지상권 성립여부가 문제된 사안]

◇건물과 토지가 동일 공유자들의 소유였다가 건물 공유자 중 1인이 타인에게 건물의 공유지분을 증여함으로써 건물과 토지의 공유자가 변경된 경우, 건물의 공유지분을 취득한 자에게 관습법상 법정지상권이 인정되는지(소극)◇

토지 및 그 지상 건물 모두가 각 공유에 속한 경우 토지 및 건물공유자 중 1인이 그중 건물 지분만을 타에 증여하여 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에도 해당 토지 전부에 관하여 건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권이 성립된 것으로 보게 된다면, 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 다른 공유자의 의사에 기하지 아니한 채 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다(대법원 1993. 4. 13. 선고 92다55756 판결, 대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다73038, 73045 판결 등 참조). 따라서 이 사건 토지 및 건물공유자 중 1인인 원고가 피고 민정기에게 위 건물의 공유지분을 이전함으로써 토지와 건물의 소유자가 달라졌다고 하여 위 피고에게 이 사건 토지에 관한 관습법상 법정지상권의 성립을 인정할 수 없다.

☞ 토지와 건물이 모두 원고와 A의 1/2지분씩의 공유였다가 건물에 관한 증여에 의해 피고들이 순차적으로 건물의 공유자가 된 사안에서, 토지의 공유지분을 그대로 보유하고 있는 원고가 피고들을 상대로 하여 피고들이 건물의 공유지분을 취득함으로써 원고 소유 토지 지분에 관한 관습법상 법정지상권을 취득했다고 주장하며, 자료의 지급을 구한 사건

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 기초로 하여, 토지와 건물 모두가 공유인 경우 공유자 중 1인의 건물 지분 처분으로 인해 토지와 건물의 공유자가 달라진 경우 관습법상 법정지상권을 인정하면 토지공유자 중 1인에게 다른 공유자의 토지지분에 대한 처분행위를 허용

하는 셈이 되어 이를 허용할 수 없다는 이유로, 공유토지 지상 공유건물에서 토지 또는 건물 공유자 중 1인이 달라진 경우에는 건물의 공유자에게 관습법상 법정지상권이 인정될 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송하였음

☞ 공유토지 지상 공유건물에서 공유자 중 1인이 달라진 경우에도 관습법상 법정지상권이 성립되지 않음을 판단한 첫 번째 사례임

## 2018다304014 보험금 (가) 파기환송

[영문 보험계약에서 면책사유로 정한 'any wilful violation or breach of any law'의 해석이 문제된 사안]

◇영문 보험계약상 'any wilful violation or breach of any law'의 의미를 법령 위반을 알았거나 법령 위반이라는 결과 발생을 용인하는 정도의 의미가 아니라 계획적인 법령 위반으로 한정하여 해석해야 하는지(소극)◇

☞ 원심은 영문 보험계약에 면책사유로서 기재된 'any wilful violation or breach'은 단순히 법령의 위반을 알았거나 법령 위반이라는 결과 발생을 소극적으로 용인하는 정도의 의미가 아니라 계획적인 법령 위반으로 좁혀 해석해야 하는데, 원고의 불충분한 담보 제공 행위가 계획적인 법령 위반에 해당한다고 볼 수는 없다는 이유로 곧바로 피고의 면책 주장을 배척하였음

☞ 이에 대해 대법원은 면책사유에 있는 'wilful'의 의미를 일반적인 고의가 아니라 계획적인 고의로 한정해야 할 합리적인 근거를 찾을 수 없고, 'wilful'의 의미를 일반적인 고의로 해석하는 이상 여기에서 '미필적 고의'를 제외할 이유가 없다고 판단한 다음(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다72209 판결의 취지 참조), 원심이 원고의 불충분한 담보 제공 행위가 적어도 미필적 고의에 해당하는 것은 아닌지 관해서 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다고 보아 원심을 파기하였음

## 2019다21422, 21439(참가) 소유권이전등기절차이행, 소유권이전등기 (라) 상고 기각

[계약을 체결한 실제 행위자와 계약서상 명의자가 다른 사안에서 계약당사자 확정 문제된 사건]

◇1. 계약 체결행위를 하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 계약의 당사자가 누구인지 결정하는 기준, 2. 매도인과 사이에 매매계약 체결행위를 한 사람과 계약서상 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의인 다른 경우 누구를 매매당사자로 보아야

하는지(=원칙적으로 계약명의자), 매도인이 명의신탁사실을 알고 있었다는 사정만으로 체결행위자를 매수인으로 볼 수 있는지(소극)◇

1. 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 행위자와 상대방의 의사가 일치하면 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약 당사자로 확정하면 되지만, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않으면 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 계약 체결에 관련된 모든 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 삼았을 것인지에 따라 계약 당사자를 결정하여야 한다(대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다3897 판결, 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결 등 참조). 계약 내용이 처분문서인 서면으로 작성된 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다72572 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다44471 판결 등 참조).

2. 따라서 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수하면서 매수인 명의와 소유권이전등기 명의를 타인 명의로 하는 경우에, 명의신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과하므로 상대방이 명의신탁관계를 알고 있었다 하더라도 상대방이 계약명의자인 타인이 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 계약명의자인 타인을 매매당사자로 보아야 함이 원칙이다(대법원 2013. 10. 7. 자 2013스133 결정, 대법원 2016. 7. 22. 선고 2016다207928 판결 등 참조).

☞ 독립당사자참가인은 피고 소유의 임야에 관한 매매계약 체결행위를 하면서 매수인을 원고 명의로 하여 매매계약을 작성하였음. 피고가 위 임야에 관해 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳐주지 않자 원고는 소유권이전등기절차 이행을 구하는 이 사건 소를 제기하였으나, 제1심은 위 임야에 대한 매매계약이 계약명의신탁이고 피고가 악의이므로 무효라는 이유로 원고의 청구를 받아들이지 않았음

☞ 원심에서 독립당사자참가인이 참가하여 자신이 실제 매수인이라고 주장하면서 임야에 대한 소유권이전등기를 구하였으나, 원심은 매매계약의 당사자는 원고이고 원고와 독립당사자참가인 사이에는 계약명의신탁이 체결되었다고 판단하면서 독립당사자참가인의 청구도 받아들이지 않았음

☞ 대법원은 위와 같은 법리에 따라 원심 판단을 수긍하고 독립당사자참가인의 상고를 기각하였음

## 2019다200737 배당이의 (가) 상고기각

**[파산자(사업주)를 대신하여 최우선임금채권을 채당금으로 지급하고 근로자의 최우선 임금채권을 대위 행사하는 근로복지공단이 별제권 행사에 따른 경매절차에서 우선변제를 받자(다만, 그 배당금은 관련 법리에 따라 파산관재인인 피고에게 교부되었음), 담보물권자인 원고가 채무자회생법 제415조의2 단서에 따라 근로복지공단은 우선변제권을 가지지 못하게 되었다고 주장하면서, 피고를 상대로 배당이의를 하는 사건]**  
◇채무자회생법 제415조의2 단서를 근로복지공단이 채당금 지급에 따라 대위행사하는 근로자의 최우선임금채권의 우선변제권을 제한하는 것으로 볼 수 있는지(소극)◇

가. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라 한다) 제411조, 제412조는 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 지당권 등의 담보권자 또는 전세권자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가지며, 별제권은 파산절차에 의하지 않고 행사한다고 정하고 있다. 한편 채무자회생법 제473조, 제475조, 제476조, 제477조는 국제징수법 또는 지방징수법에 따라 징수할 수 있는 청구권(이하 ‘조세채권’이라 한다), 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금 등을 재단채권으로 정하면서, 재단채권은 파산절차에 따르지 않고 파산채권보다 먼저 수시로 변제하고, 파산재단이 재단채권의 총액을 변제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 재단채권의 변제는 다른 법령이 규정하는 우선권에 불구하고 아직 변제하지 않은 채권액의 비율에 따라 한다고 정하고 있다.

파산자 소유의 부동산에 대한 별제권 행사에 따른 경매절차에서 과세관청이 관련 법령에 따라 다른 담보물권자보다 우선변제권을 가진 조세채권에 관하여 한 교부청구는 그 담보물권자가 파산으로 말미암아 파산 전보다 더 유리하게 되는 이득을 얻는 것을 방지함과 아울러 채무자회생법상 적정한 배당재원의 확보라는 공익을 위하여 별제권보다 우선하는 채권 해당액을 공제하도록 하는 제한된 효력만이 인정된다. 따라서 별제권 행사에 따른 경매절차에서 위와 같은 교부청구를 한 조세채권에 대해서는 다른 담보물권자보다 우선변제권을 가진 조세채권에 우선 배당을 하되, 그 배당금은 채권자인 과세관청에 직접 교부할 것이 아니라, 파산관재인이 채무자회생법 소정의 절차에 따라 각 재단채권자에게 안분 변제할 수 있도록 파산관재인에게 교부해야 한다. 파산관재인은 이를 수령하여 재단채권자에 대한 변제자원 등으로 사용하게 된다(대법원 2003. 6. 24. 선고 2002다70129 판결 등 참조).

이러한 법리는 채무자회생법 제415조의2(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 신설·시행되기 전에 발생한 근로기준법 제38조 제2항 각호와 「근로자퇴직급여 보장법」 제12조 제2항에 따라 다른 담보물권자보다 선순위인 임금·재해보상금·퇴직금 등 채권(이하 통칭하여

‘최우선임금채권’이라 한다)에 관하여 임금채권자가 별제권 행사에 따른 경매절차에서 한 배당요구에 대해서도 그대로 적용된다고 봄이 타당하다.

나. 2014. 12. 30. 법률 제12892호로 개정되어 2015. 7. 1. 시행된 채무자회생법은 제415조의2를 신설하여 “근로기준법 제38조 제2항 각호에 따른 채권과 「근로자퇴직급여 보장법」 제12조 제2항에 따른 최종 3년간의 퇴직급여 등 채권의 채권자는 파산재단에 속하는 재산에 대한 별제권 행사…에 따른 환가대금에서 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 다만, 임금채권보장법 제8조에 따라 해당 채권을 대위하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있다.

채무자회생법 제415조의2 규정을 신설한 이유는 위에서 보았듯이 최우선임금채권에 대하여 우선 배당을 하더라도 파산관재인이 그 배당금을 수령하여 재단채권자에게 안분변제해야 하는 상황을 개선하여 근로자의 최우선임금채권을 두텁게 보장하기 위하여 근로자가 행사하는 최우선임금채권에 대한 최우선변제권을 별제권 행사에 따른 경매절차에서도 인정하려는 데 있다. 따라서 근로자는 채무자회생법 제415조의2 본문에 따라 별제권 행사에 따른 경매절차에서 최우선임금채권에 대하여 배당요구를 하여 다른 담보물권자보다 우선하여 배당을 받고 그 배당금을 직접 수령할 수 있다.

한편 채무자회생법 제415조의2 단서, 즉 “다만, 임금채권보장법 제8조에 따라 해당 채권을 대위하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라는 규정을 어떻게 해석할 것인지 문제된다. 이것은 고용노동부장관의 위탁을 받은 근로복지공단이 사업주를 대신하여 지급한 최우선 임금채권에 대해서는 채무자회생법 제415조의2 본문의 적용을 배제함으로써 임금채권보장법 제8조 제2항의 규정에도 불구하고 근로복지공단이 우선변제권을 가지는 배당금을 직접 수령하여 변제받을 수 없다는 의미로 보아야 하고, 여기에서 나아가 채무자회생법 제415조의2 신설 전과 달리 근로복지공단이 임금채권보장법 제8조 제2항의 규정에 따른 우선 변제를 받을 권리(다만 그 배당금은 파산관재인에게 교부된다)조차도 행사할 수 없도록 하여 담보물권자가 파산으로 말미암아 파산 전보다 더 유리하게 되는 결과를 허용하고자 하는 취지는 아니라고 봄이 타당하다.

☞ 파산자(사업주)를 대신하여 최우선임금채권을 채당금으로 지급하고 근로자들의 최우선임금채권을 대위 행사하는 근로복지공단이 파산자 소유의 부동산에 관한 경매절차(별제권 행사에 따른 경매절차)에서 우선변제를 받자(다만, 그 배당금은 관련 법리에 따라 파산관재인인 피고가 수령함), 위 부동산의 담보물권자인 원고가 채무자회생법 제415조의2 단서에 따라 근로복지공단은 우선변제권을 가지지 못하게 되었다고 주장하면서 피고를 상대로 배당이의를 하는 사건에서, 채무자회생법 제415조의2 단서는 근로복지공단이

별제권 행사에 따른 경매절차에서 배당금을 직접 수령하여 변제받을 수 없다는 의미일 뿐이고 더 나아가 임금채권보장법 제8조 제2항에 따른 우선변제를 받을 권리(다만, 그 배당금은 파산관재인에게 교부된다)를 제한하는 것은 아니라고 판단하여, 원고의 청구를 기각한 원심의 판단에 채무자회생법 제415조의2 단서 해석에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 보고 상고기각한 사안임

### 2019다282050 건축주명의변경절차이행 청구의 소 (다) 상고기각

[다수의 법령위반 사유로 사용승인 및 소유권보존등기를 마치지 못하고 있는 완성된 건물에 관하여, 공동건축주 겸 공유자 중 일부인 甲으로부터 지분을 양수하기로 한 원고가 나머지 공동건축주 겸 공유자인 피고를 상대로 건축주명의를 '피고와 甲'에서 '피고와 원고'로 바꾸는 절차를 이행하거나 이에 승낙할 것을 청구한 사건]

◇건물 공유자 겸 공동건축주 일부가 다른 사람에게 해당 건물 공유 지분을 양도하기로 한 경우 나머지 공동건축주가 당연히 건축주 명의변경에 동의할 의무를 부담하는지(소극)◇

행정청으로부터 허가를 받거나 행정청에 신고(이하 이러한 허가와 신고를 합하여 '허가 등'이라고 한다)를 하여 건축이 이루어지고 허가 등에 관한 건축주 명의를 수인으로 되어 있을 경우, 허가 등은 해당 건축물의 건축이라는 단일한 목적을 달성하기 위하여 이루어지고 허가 등을 받은 지위의 분할청구는 불가능하다는 법률적 성격 등에 비추어 보면, 공동건축주 명의변경을 위해서는 변경 전 건축주 전원에게서 동의를 얻어야 한다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012다23863 판결 참조). 그리고 공동건축주 일부가 다른 사람에게 해당 건축물의 공유 지분을 양도하기로 하였더라도, 법령이나 약정 등의 근거가 없는 한 나머지 공동건축주가 당연히 건축주 명의변경에 동의할 의무를 부담하는 것은 아니다.

☞ 이 사건 증축물은 기존 건물에 부합되지 않은 채로 완성되었으나 건축법위반 등의 사유로 사용승인 및 소유권보존등기를 마치지 못한 상태였는데, 원고는 그 공동건축주 겸 공유자 중 일부인 甲으로부터 지분을 양수하기로 한 후 직접 또는 甲을 대위하여 나머지 공동건축주 겸 공유자인 피고를 상대로 건축주명의를 '피고와 甲'에서 '피고와 원고'로 바꾸는 절차를 이행하거나 이에 승낙할 것을 청구하였음

☞ 1심은 甲이 원고에게 건축주명의를 변경해줄 의무가 있는데 다른 공유자인 피고는 甲의 공유 지분 처분 권능을 제한할 법적 권리 내지 이에 대항할 사정이 없으므로 역시 건축주명의를 변경해줄 의무가 있다고 판단하면서 청구를 인용하였으나, 원심은 원고가 이 사건 증축물의 공유자이자 공동건축주인 甲으로부터 공유 지분을 양수하기로 하였더라도

다른 공유자이자 공동건축주인 피고가 당연히 건축주 명의를 '피고와 甲'에서 '피고와 원고'로 변경하는 것에 동의할 의무를 부담한다고 볼 수는 없고 피고의 동의를 강제하기 위해서는 별도의 법적 근거가 필요한데 이 사건에서는 그러한 법적 근거를 찾을 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였음

☞ 이에 대하여 원고가 상고하였으나, 대법원은 위와 같은 법리를 판시하면서 원심의 판단을 수긍하였음

### 2019다298482 손해배상(기) (가) 파기환송

[긴급조치 제9호위반 혐의로 수사를 받은 사람들이 대통령과 수사기관, 법원의 불법행위를 이유로 국가배상을 청구한 사안]

◇긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용에 대한 국가배상책임이 인정되는지(적극)◇

긴급조치 제9호는 위헌·무효임이 명백하고 긴급조치 제9호 발령으로 인한 국민의 기본권 침해는 그에 따른 강제수사와 공소제기, 유죄판결의 선고를 통하여 현실화되었다. 이러한 경우 긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용은, 전체적으로 보아 공무원이 직무를 집행하면서 객관적 주의의무를 소홀히 하여 그 직무행위가 객관적 정당성을 상실한 것으로서 위법하다고 평가되고, 긴급조치 제9호의 적용·집행으로 강제수사를 받거나 유죄판결을 선고받고 복역함으로써 개별 국민이 입은 손해에 대해서는 국가배상책임이 인정될 수 있다(대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결 참조).

☞ 원고들은 긴급조치 제9호를 위반하였다는 혐의로 영장 없이 체포되어 구속 기소되었다가 공소취소되어 공소기각결정을 받거나 긴급조치 제9호가 해제되어 면소 판결을 선고 받아 석방되었음

☞ 대법원은 긴급조치 제9호의 발령부터 적용·집행에 이르는 일련의 국가작용은 전체적으로 보아 객관적 주의의무를 소홀히 하여 그 정당성을 상실한 것으로서 위법하므로 긴급조치 제9호의 적용·집행으로 강제수사를 받음으로써 원고들이 입은 손해에 대해서는 국가배상책임이 인정된다고 보아, 불법행위 성립을 부정한 원심판결을 파기환송함

### 2021다216766 소유권이전등기 (라) 파기환송

[농지분배 관련 서류의 증명력이 문제되는 사건]

◇분배대상 농지를 확인하는 서류나 상황에 필요한 사항을 기재하는 서류뿐 아니라 보상

에 관한 서류에도 소유자 기재가 일치되어 있는 경우, 이러한 서류들이 농지분배 당시 그 토지 소유권이 그 명의자에게로 이전되어 있었다는 사실을 인정할 수 있는 유력한 자료가 되는지 여부(적극)◇

1975. 12. 31. 지적법 개정 전에 복구된 구 토지대장상의 소유자란에 이름이 기재되어 있다고 하더라도 그 기재에는 권리추정력을 인정할 수 없다. 또한 구 농지개혁법(1949. 6. 21. 법률 제31호로 제정되었다가, 1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다)에 따른 농지분배 과정에서 작성된 서류들에 지주 또는 피보상자로 등재되어 있더라도 그 사람이 분배대상 농지의 소유자로 추정되는 것은 아니다. 따라서 구 토지대장이나 분배농지부 등에 토지의 사정명의인 아닌 사람이 소유자로 등재되어 있더라도 그것만으로 그 명의자가 소유자로 추정된다고 할 수는 없다.

그러나 구 토지대장이나 농지분배 관련 서류들의 기재 내용을 다른 사정들과 종합하여 권리변동에 관한 사실인정의 자료로 삼는 데는 아무런 제약이 없다. 또한 농지소표, 분배농지부 등 분배대상 농지를 확인하는 서류나 상환대장 등 상환에 필요한 사항을 기재하는 서류뿐 아니라 농지를 국가에 매수당한 지주가 보상을 받는 과정에서 작성된 보상신청서, 지주신고서, 지가사정조서, 지가증권 등 보상에 관한 서류에도 소유자 기재가 일치되어 있는 경우라면, 이러한 서류들은 적어도 농지분배 당시에는 그 토지 소유권이 그 명의자에게로 이전되어 있었다는 사실을 인정할 수 있는 유력한 자료가 된다. 그리고 이러한 경우 위와 같은 유력한 자료의 증명력을 배척하려면, 그에 배치되는 합리적인 다른 사정이 있는지를 면밀히 살펴 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다91354 판결, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2014다13808 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다17455 판결 등 참조).

☞ 원고는 이 사건 토지의 사정명의인 甲의 상속인임. 1950년경 乙이 작성하여 서울특별시시장에게 제출한 이 사건 토지에 관한 보상신청서에는 이 사건 토지의 등기부명의인이 乙로 기재되어 있고, 대한민국은 그 신청에 따라 지가사정을 거친 후 乙에게 보상을 지급하기로 하는 내용의 지가증권을 발급하였음. 피고보조참가인은 별소 확정판결에 기해 이 사건 토지에 관하여 乙의 상속인들 명의로 소유권보존등기를 마친 다음 자신 앞으로 소유권이전등기를 마쳤고, 이후 이 사건 토지를 피고에게 매도한 다음 피고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었음. 원고는 현재 등기명의인인 피고를 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 이 사건 소를 제기하였음

☞ 대법원은, 보상신청서, 지가사정조서, 지가증권 등 구 농지개혁법에 의한 농지분배 당시 작성된 모든 관련 서류에 일치하여 이 사건 토지의 소유자가 乙로 기재되어 있는 점,

구 농지개혁법의 시행으로 인하여 보상을 받는 데 필요한 보상신청서는 구 농지개혁법시행령(1950. 3. 25. 대통령령 제294호로 제정되었다가 1995. 12. 22. 대통령령 제14835호 부칙 제2조 제1호로 폐지되기 전의 것) 제13조에 의해 보상받을 자가 보상받을 농지를 실제 소유하고 있는 사실에 관하여 소재지 농지위원회 및 구청장, 시장 또는 읍·면장의 확인을 받아 거주지 지방장관에게 제출하는 서류로서 乙이 제출한 보상신청서도 관할면장의 확인을 받은 것인 점, 乙이 실제로 이 사건 토지 등에 대한 일부 보상금을 지급받았던 점, 반면 원고를 비롯한 사정명의인의 상속인들은 이 사건 소재지 전까지 이 사건 토지에 관하여 소유권보존등기를 마치거나 실질적인 권리행사를 하는 등 소유자로서 당연히 하였을 것으로 예상되는 권리주장을 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 토지는 농지개혁 당시 乙의 소유였다고 볼 여지가 충분하다고 판단하여, 이와 달리 원고의 청구를 인용한 원심판결을 파기환송하였음

## 2021다256481 추심금 (라) 상고기각

**[착오송금에서 수취은행의 상계권 행사가 허용되는지 여부가 문제되는 사안]**

◇착오송금의 수취인이 착오송금 사실을 인정하거나 수취은행에 반환을 승낙하였다고 볼 수 없는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인 계좌에 착오송금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것이 송금의뢰인과의 관계에서 신의칙 위반 내지 상계권 남용에 해당하는지 여부(소극)◇

송금의뢰인이 착오송금임을 이유로 거래은행을 통하여 혹은 수취은행에 직접 송금액의 반환을 요청하는 경우, 수취인도 송금의뢰인의 착오송금에 의하여 수취인의 계좌에 금원이 입금된 사실을 인정하여 수취은행에 그 반환을 승낙하고 있다면, 특별한 사정이 없는 한 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙 위반 또는 상계권 남용으로서 허용되지 않는다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결, 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다72612 판결 등 참조). 그러나 일반적으로 수취인의 계좌에 입금된 금원이 착오송금에 의한 것인지 조사·확인하여야 할 수취은행의 의무는 없으므로, 송금의뢰인이 착오송금을 주장하더라도 수취인이 착오송금 사실을 인정하거나 수취은행에 그 반환을 승낙하였다고 볼 수 없는 경우에는, 수취은행의 상계는 이에 해당하지 않아 원칙적으로 허용된다.

☞ 원고는 착오로 甲의 피고(은행)에 대한 계좌로 돈을 송금하였음. 원고가 착오송금을 이유로 피고에게 송금액의 반환을 요청하자, 피고가 수취인 甲에 대한 대출채권을 자동

채권으로 하여 상계항변을 한 사안임

☞ 대법원은, 수취인 甲이 원고의 착오송금 사실을 인정하거나 피고에게 그 돈의 반환을 승낙하였다고 볼 수 없는 이 사건에서, 피고가 甲에 대한 대출채권을 자동채권으로 하여 착오송금액 상당의 예금채권과 상계하는 것이 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로 볼 수 없고, 예금채권이 제3자에 의하여 압류되었다거나 피고가 그 피압류채권액의 범위를 벗어나 상계를 하였다고 하여 이와 달리 볼 것은 아니라고 판단하여, 피고의 상계항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 원심의 결론이 정당하다고 보았음

## 2022다222898 정정보도 등 (카) 파기환송(일부)

### [피고의 보도에 대하여 인격권 침해 등을 이유로 손해배상을 구하는 사건]

◇타인에 대한 비판적 표현이 의견 표명으로서의 한계를 벗어난 것으로서 위법한 인격권 침해행위에 해당하는지 여부를 판단하는 기준◇

타인에 대하여 비판적인 의견을 표명하는 것은 원칙적으로 위법하다고 볼 수 없다. 다만 표현행위의 형식과 내용이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 인격권을 침해한 경우에는 의견 표명으로서의 한계를 벗어난 것으로서 불법행위가 될 수 있다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결, 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 등 참조).

어떠한 표현이 의견 표명으로서의 한계를 벗어난 것으로서 위법한 인격권 침해행위에 해당하는지 여부는 언론의 자유의 보장이 민주주의의 근간을 이루는 점을 고려하여 신중하게 판단하되, 표현의 취지와 구체적인 표현방법뿐 아니라 표현행위를 하게 된 동기나 경위, 전체적인 내용과의 연관성 및 표현의 맥락, 표현행위자와 피해자의 지위 및 관계 등을 아울러 참작할 수 있다.

☞ 원고들이 피고의 이 사건 제1, 2보도 중 'IS 느낌', '이단', '명백한 범죄행위를 저지른 것'이라는 표현이 원고들의 명예나 인격적 가치를 공격하는 모멸적인 표현이라는 이유로 손해배상을 구한 사건에서, 이 사건 제1, 2보도의 전체적인 내용은 그에 앞서 보도된 ○○신문의 기사 내용을 소개하고 분석·평가하면서 시청자들에게 가짜뉴스의 실태를 알리고 가짜뉴스의 생산·유통에 직·간접적으로 관련된 원고들의 행위를 비판하는 취지인 점, 이 사건 제1, 2보도에서 적시된 사실이 허위임을 인정하기 어렵고 보도의 주요 목적과 동기가 공공의 이익을 위한 것이며 원고들을 비방할 목적이 있었다고 보기 어려운 점, 각 개별 표현의 구체적인 표현방법, 전체적인 내용과의 연관성 및 표현의 맥락 등을 고려하여

보면, 위 표현들은 원고들에 대하여 부정적 가치판단이나 평가를 드러내는 것이기는 하지만, 원고들의 가짜뉴스 생산·전파 행위에 대하여 비판적인 의견을 표명하는 과정에서 수사적, 비유적으로 사용된 다소 과장된 표현이거나 가짜뉴스를 전파하면서 공적 관심의 대상이 되고 있는 원고 단체가 어떤 단체인지 설명하는 과정에서 사용된 표현으로서, 이를 두고 지나치게 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당한다거나 타인의 신상에 관한 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 위법한 인격권 침해행위를 하였다고 보기는 어렵다고 판단하여, 위 표현들이 원고들의 명예나 인격적 가치를 공격하는 모멸적인 표현이라고 보아 불법행위의 성립을 인정한 원심을 파기환송한 사안임

## 2022다233607 손해배상(기) (가) 파기환송

[신규 임차인이 되려는 사람에 대한 철거·재건축 계획 등의 고지가 곧바로 '권리금 회수 방해행위'에 해당하는지 문제된 사안]

◇ 1. 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람에게 건물의 철거·재건축 계획 등을 고지하였다는 사정만으로 상가임대차보호법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 '권리금 회수 방해행위'에 해당한다고 볼 수 있는지(한정 소극), 2. 임대인의 철거·재건축 계획 등 고지 내용이 임대차계약 갱신에 관한 상가임대차보호법 제10조 제1항 제7호 각 목의 요건을 충족하지 않더라도 마찬가지로 마찬가지인지(적극) ◇

상가건물 임대차보호법(이하 '상가임대차법'이라 한다) 제10조의4 제1항 본문은 "임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. 다만, 제10조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 정하면서, 제4호에 "그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위"를 들고 있다.

건물 내구연한 등에 따른 철거·재건축의 필요성이 객관적으로 인정되지 않거나 그 계획·단계가 구체화되지 않았는데도 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람에게 짧은 임대가능기간만 확정적으로 제시·고수하는 경우 또는 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람에게 고지한 내용과 모순되는 정황이 드러나는 등의 특별한 사정이 없는 한, 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람과 임대차계약 체결을 위한 협의 과정에서 철거·재건축 계획과 그 시점을 고지하였다는 사정만으로는 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 '권리금 회수 방해행위'에 해당한다고 볼 수 없다. 임대차계약의 갱신에 관한 상가임대차

법 제10조 제1항과 권리금의 회수에 관한 상가임대차법 제10조의3, 제10조의4의 각 규정의 내용·취지가 같지 않은 이상, 후자의 규정이 적용되는 임대인의 고지 내용에 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 각 목의 요건이 충족되지 않더라도 마찬가지이다(대법원 2022. 8. 11. 선고 2022다202498 판결 참조).

☞ 원심은 임대인이 신규 임차인이 되려는 사람에게 한 건물의 재건축에 관한 고지 내용이 임대차계약 갱신에 관한 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 각 목의 요건을 충족하지 않은 이상, 임대인이 진정한 의사로 오래된 건물을 재건축하더라도 임차인의 권리금 회수기회를 보호할 의무를 부담한다고 전제하고, 임대인의 고지 행위가 '권리금 회수 방해 행위'에 해당한다고 판단하였음

☞ 이에 대해 대법원은 건물의 내구연한 등에 따른 철거·재건축의 필요성이 객관적으로 인정되지 않거나, 그 계획·단계가 구체화되지 않았는데도 임대인이 신규 임차인이 되려는 자에게 짧은 임대 가능기간만 확정적으로 제시·고수한 것이거나 임대인이 고지한 내용과 모순되는 행동을 한 정황이 드러나는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 이상, 상가임대차법 제10조 제1항 제7호 각 목의 요건을 충족하지 않더라도 그러한 고지 행위가 '권리금 회수 방해행위'에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하여, 원심을 파기하였음

## 2022다239896 대여금 (라) 상고기각

[대여금 청구에 대해 변제항변을 한 사안에서, 법정변제충당의 순서가 문제된 사건]

◇채무자가 변제로서 제공한 급여가 같은 채권자가 가지는 수개의 원본 채권과 그 이자 또는 지연손해금 채권 등을 전부 소멸시키기에 부족한 경우 이자 또는 지연손해금과 원본 간 변제충당의 방법◇

채무자가 변제로서 제공한 급여가 같은 채권자가 가지는 수개의 원본 채권과 그 이자 또는 지연손해금 채권 등을 전부 소멸시키기에 부족한 경우 이자 또는 지연손해금과 원본 간에는 당사자 사이의 명시적·묵시적 합의가 없는 한 확실히 가장 공평·타당한 충당 방법인 민법 제479조의 규정에 따라 이자 또는 지연손해금과 원본의 순으로 법정변제충당이 이루어진다(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다51339 판결 등 참조).

☞ 피고에 대하여 수개의 채권을 가진 원고가 그중 대여금 채권에 대한 이행의 소를 제기하자, 피고가 변제항변을 하면서 민법 제477조에 따라 변제에 제공된 금액이 '변제이익이 가장 많은 채무의 이자 및 원본'에 먼저 충당되어야 한다고 주장한 사안임

☞ 대법원은, 이 경우 민법 제479조에 따라 '각 채무의 이자 또는 지연손해금'에 먼저 충당되어야 한다고 판단한 원심을 수긍하였음

## 형 사

### 2019도7370 모욕 (다) 파기환송

[정말 야비한 사람인 것 같습니다'라는 표현이 모욕죄에서의 모욕에 해당하는지 여부 부가 문제된 사안]

◇모욕죄에서 모욕의 의미와 그 판단기준, 모욕죄의 구성요건을 해석·적용함에 있어 고려할 사항◇

형법 제311조 모욕죄는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 '외부적 명예'를 보호법익으로 하는 범죄로서, 여기서 '모욕'이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 외부적 명예를 침해할 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 어떠한 표현이 모욕죄의 모욕에 해당하는지는 상대방 개인의 주관적 감정이나 정서상 어떠한 표현을 듣고 기분이 나쁜지 등 명예감정을 침해할 만한 표현인지를 기준으로 판단할 것이 아니라 당사자들의 관계, 해당 표현에 이르게 된 경위, 표현방법, 당시 상황 등 객관적인 제반 사정에 비추어 상대방의 외부적 명예를 침해할 만한 표현인지를 기준으로 엄격하게 판단하여야 한다.

어떠한 표현이 개인의 인격권을 심각하게 침해할 우려가 있는 것이거나 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설이 아니라 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 정도이거나(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2661 판결 등 참조) 상대방에 대한 부정적·비관적 의견이나 감정을 나타내면서 경미한 수준의 추상적 표현이나 욕설이 사용된 경우 등이라면 특별한 사정이 없는 한 외부적 명예를 침해할 만한 표현으로 볼 수 없어 모욕죄의 구성요건에 해당된다고 볼 수 없다.

개인의 인격권으로서의 명예 보호와 민주주의의 근간을 이루는 기본권인 표현의 자유는 모두 헌법상 보장되는 기본권으로 각자의 영역 내에서 조화롭게 보호되어야 한다. 따라서 모욕죄의 구성요건을 해석·적용할 때에도 개인의 인격권과 표현의 자유가 함께 고려되어야 한다.

☞ 피고인이 직원들에게 피해자(민주노총 지부장)가 관리하는 사업소의 문제 등을 지적하는 내용의 카카오톡 문자메시지를 발송하면서 '민주노총 ○○○지부장은 정말 야비한 사람인 것 같습니다'라고 표현('이 사건 표현')하여 공연히 피해자를 모욕하였다는 혐의로 기소된 사안임

☞ 이 사건 표현이 모욕죄의 모욕에 해당한다고 판단(1심 판결 수긍)한 원심판결에 대하

여, 이 사건 표현은 피고인의 피해자에 대한 부정적·비판적 의견이나 감정이 담긴 경미한 수준의 추상적 표현에 불과할 뿐 피해자의 외부적 명예를 침해할 만한 표현이라고 단정하기 어렵다고 보아 법리오해를 이유로 원심판결을 파기환송함

☞ 모욕죄의 모욕이란 ‘외부적 명예를 침해할 만한 표현’으로서(모욕의 의미) 모욕에 해당하는지는 명예감정을 침해할 만한 표현인지가 아니라 외부적 명예를 침해할 만한 표현인지를 기준으로 엄격하게 판단하여야 하고(판단기준), 모욕죄의 구성요건을 해석·적용함에 있어 인격권과 표현의 자유가 함께 고려되어야 한다고 판시함

**특 별**

**2017두53170 부가가치세경정거부처분취소 (카) 상고지각**

**[이동통신 단말기 보조금에 관한 부가가치세 환급을 거부한 경정청구거부처분의 취소를 구한 사건]**

◇이동통신사업자인 원고가 자신이 제공하는 이동통신용역을 일정 기간 이용하기로 약정하는 이용자에게 지원한 단말기 구입 보조금이 위 이동통신용역의 공급가액에 대한 에누리액에 해당하는지 여부(소극)◇

구 부가가치세법(2013. 6. 7. 법률 제11873호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조는 제1항 본문 제1호에서 재화 또는 용역의 공급에 대한 부가가치세의 과세표준에 관하여 ‘금전으로 대가를 받는 경우: 그 대가’라고 규정하고, 제2항 제1호에서 부가가치세의 과세표준에 포함하지 아니하는 금액으로 ‘에누리액’을 드는 한편, 제3항에서는 장려금과 이와 유사한 금액 등을 부가가치세의 과세표준에서 공제하지 아니하도록 규정하고 있다. 구 부가가치세법 시행령(2013. 6. 28. 대통령령 제24638호로 전부 개정되기 전의 것) 제52조 제2항은 “법 제13조 제2항 제1호에 규정하는 에누리액은 재화 또는 용역의 공급에 있어서 그 품질·수량 및 인도·공급대가의 결제 기타 공급조건에 따라 그 재화 또는 용역의 공급 당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 금액으로 한다.”라고 규정하고 있다.

위 각 규정의 내용과 입법 취지 및 부가가치세는 재화 또는 용역의 공급이라는 거래 그 자체를 과세대상으로 하여 개별 공급거래를 단위로 거래징수되는 점 등을 종합하여 보면, 어떠한 금액이 부가가치세의 과세표준에 포함되지 않는 에누리액에 해당하기 위해서는 사업자가 공급한 재화 또는 용역의 공급가액에서 직접 공제된 금액이어야 한다. 사업자가 거래상대방에게 일정한 이익을 제공하는 등으로 해당 재화 또는 용역의 공급가액이 그 상당액만큼 감액되었을 때와 동일한 경제적 효과가 발생하더라도, 그 이익이 별개

의 재화 또는 용역의 공급거래에 대하여 제공되는 등의 이유로 해당 재화 또는 용역의 공급가액에서 그 상당액이 직접 공제되었다고 평가할 수 없다면, 이를 해당 재화 또는 용역의 공급가액에 대한 에누리액에 해당한다고 볼 수 없다.

☞ 이동통신사업자인 원고는 자신이 제공하는 이동통신용역을 일정 기간 이용하기로 약정하는 이용자에게 단말기 구입 보조금(이하 ‘이 사건 보조금’이라 함)을 지원하였음. 원고는 이 사건 보조금이 이용자에게 대한 이동통신용역의 공급가액에 대한 에누리액에 해당하므로 그 금액이 부가가치세 과세표준에서 제외되어야 한다고 주장하며 그에 따른 부가가치세액의 환급을 구하는 경정청구를 하였으나 피고가 이를 거부하였음

☞ 피고가 한 위 거부처분의 취소를 구하는 사건에서, 이 사건 보조금이 이용자의 단말기 구입을 위한 지원금으로서 원고가 공급한 이동통신용역의 공급가액에서 직접 공제된 것이 아니므로 이에 대한 에누리액에 해당하지 않는다고 보고 피고의 위 거부처분이 적법하다고 판단한 원심판결에 부가가치세법에서 정한 에누리액의 요건과 판단기준, 조세중립성의 원칙 및 조세평등의 원칙 등에 관한 법리오해의 잘못이 없다는 이유로 원고의 상고를 기각한 사례임

**2021두46971 계고처분취소 (라) 파기환송**

**[원상복구 시정명령 및 계고처분에 재량권 일탈·남용의 하자가 인정되는지 여부가 문제된 사건]**

◇1. 개발제한구역 내에서 형질변경허가 없이 토지의 형질을 변경한 행위에 대한 원상복구 시정명령 등이 재량행위인지 여부(적극), 2. 행정청의 재량행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부에 대한 심사 방법◇

가. 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」(이하 ‘개발제한구역법’이라 한다) 제30조 제1항은 “시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 적발한 경우에는 그 허가를 취소할 수 있으며, 해당 행위자(위반행위에 이용된 건축물·공작물·토지의 소유자·관리자 또는 점유자를 포함한다. 이하 ‘위반행위자등’이라 한다)에 대하여 공사의 중지 또는 상당한 기간을 정하여 건축물·공작물 등의 철거·폐쇄·개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 조치를 명(이하 ‘시정명령’이라 한다)할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 그중 제1호는 “제12조 제1항 단서에 따른 허가를 받지 아니하거나 허가의 내용을 위반하여 건축물의 건축 또는 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위, 죽목(竹木) 벌채 또는 도시·군계획사업의 시행(이하 통틀어 ‘개발행위’라 한다)을 한 경우”를 규정하고 있다. 이러한 규정의 형식이나 체제 또는 문언에

비추어 보면 개발제한구역 내에서 제12조 제1항 단서에 따른 허가를 받지 아니하고 토지의 형질변경 등 개발행위를 한 경우 그 위반행위자등에 대한 행정청의 시정명령은 재량행위에 해당한다.

나. 재량행위에 대한 사법심사는 행정청의 재량에 의한 공익판단의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위반 등을 그 판단 대상으로 한다(대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 참조).

☞ 원고가 개발제한구역 내에 있는 토지(이하 '이 사건 토지')에 대해 형질변경허가를 받은 바 없이 형질을 변경하자, 위 행위가 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제12조에 위반된다는 이유로 피고가 원상복구 시정명령 및 원상복구 계고처분(이하 '이 사건 처분')을 한 사안임

☞ 대법원은, 원고가 1996년경 이 사건 토지 위에 건물을 건축하면서 토지 형질변경허가를 받은 바 없이 이 사건 토지 일부에 콘크리트나 잡석을 타설하는 방법으로 그 형질을 변경하고 현재까지 이를 위 건물의 진입로(포장된 도로의 너비 5.5m, 길이 94m)로 이용하고 있으며 그 외의 다른 부분에도 같은 방법으로 형질을 변경하여 그 전체 면적이 약 1,216㎡에 이르는 점, 원고는 무단으로 형질변경한 부분을 현재에 이르기까지 장기간 개인적으로 이용하여 왔고 위와 같은 위법상태를 해소하기 위한 아무런 노력도 하지 않아 무단 형질변경 행위의 위법성이 상당히 무거운 것으로 평가할 수 있는 점, 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익이 이 사건 처분으로 원고가 입게 되는 불이익에 비하여 결코 가볍다고 할 수 없는 점 등을 종합하면 이 사건 처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없다고 판단하여, 이와 달리 이 사건 처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 본 원심판결을 파기환송하였음

## 2020후11479 거절결정(특) (다) 파기환송

**[원출원 시에 공지예외주장을 하지 않은 경우 분할출원에서 공지예외주장을 하여 원출원일을 기준으로 한 공지예외의 효과를 인정받을 수 있는지가 문제된 사안]**

◇원출원 시에 공지예외주장을 하지 않은 경우 분할출원에서 공지예외주장을 하여 원출원일을 기준으로 한 공지예외의 효과를 인정받을 수 있는지(적극)◇

다음과 같은 공지예외 및 분할출원 관련 규정의 문언과 내용, 각 제도의 취지 등에 비추어 보면, 원출원에서 공지예외주장을 하지 않았더라도 분할출원에서 적법한 절차를 준수하여 공지예외주장을 하였다면, 원출원이 자기공지일로부터 12개월 이내에 이루어진 이

상 공지예외의 효과를 인정받을 수 있다고 봄이 타당하다.

1) 특허법 제30조 제1항 제1호는 특허를 받을 수 있는 권리를 가진 자에 의하여 그 발명이 특허출원 전 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시되는 등으로 특허법 제29조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우[이하 '자기공지(自己公知)'라고 한다], 그날로부터 12개월 이내에 특허출원을 하면 그 특허출원된 발명에 대하여 특허발명의 신규성 또는 진보성(특허법 제29조 제1, 2항) 규정을 적용할 때 그 발명은 제29조 제1항 각 호의 공지된 발명에 해당하지 않는 것으로 본다 고 하여 공지예외 규정을 두고 있다. 그리고 같은 조 제2항은 같은 조 제1항 제1호의 적용을 받고자 하는 자는 특허출원서에 그 취지를 기재하여 출원하여야 하고, 이를 증명할 수 있는 서류를 특허출원일로부터 30일 이내에 특허청장에게 제출하여야 한다고 하여, 공지예외 적용을 위한 주장의 제출 시기, 증명서류 제출 기한 등 절차에 관한 규정을 두고 있다.

한편, 특허법 제52조 제2항은 적법한 분할출원이 있을 경우 원출원일에 출원한 것으로 본다는 원칙과 그 예외로서 특허법 제30조 제2항의 공지예외주장의 제출 시기, 증명서류의 제출 기간에 관하여는 분할출원일을 기준으로 한다고 정하고 있을 뿐(이는 공지예외 주장의 시기 및 증명서류 제출 기한을 원출원일로 소급하여 산정하면 분할출원 시 이미 그 기한이 지나있는 경우가 많기 때문이다), 원출원에서 공지예외주장을 하지 않고 분할출원에서만 공지예외주장을 한 경우에는 분할출원일을 기준으로 공지예외주장의 요건 충족 여부를 판단하여야 한다거나 원출원에서의 공지예외주장을 분할출원에서의 공지예외주장을 통한 원출원일을 기준으로 한 공지예외의 효과 인정 요건으로 정하고 있지 않다. 결국 위 규정들의 문언상으로는 원출원 시 공지예외주장을 하지 않았더라도 분할출원이 적법하게 이루어지면 특허법 제52조 제2항 본문에 따라 원출원일에 출원한 것으로 보게 되므로, 자기공지일로부터 12개월 이내에 원출원이 이루어지고, 분할출원일을 기준으로 공지예외주장의 절차 요건을 충족하였다면, 분할출원이 자기공지일로부터 12개월을 초과하여 이루어졌다 하더라도 공지예외의 효과가 발생하는 것으로 해석함이 타당하다.

2) 분할출원은 특허법 제45조 제1항이 정하는 1발명 1출원주의를 만족하지 못하는 경우뿐만 아니라, 원출원 당시 청구범위에는 기재되어 있지 않으나 원출원의 최초 첨부 명세서 및 도면에 기재되어 있는 발명에 대하여 후일 권리화할 필요성이 생긴 경우 이들 발명에 대해서도 이 새로운 특허출원이 적법한 것이면 원출원과 동시에 출원한 것과 같은 효과를 인정하는 것도 허용하여 특허제도에 의해 보호될 수 있도록 하고 있다. 따라서 원출원 당시에는 청구범위가 자기공지한 내용과 무관하여 공지예외주장을 하지 않았으나, 분할출원시 청구범위가 자기공지한 내용에 포함되어 있는 경우가 있을 수 있고, 이와

같은 경우 원출원 시 공지에외주장을 하지 않았더라도 분할출원에서 공지에외주장을 하여 출원일 소급의 효력을 인정할 실질적 필요성이 있다.

3) 분할출원은 특허에 관한 절차에서 보정의 대상이 되는 어떤 절차와 관련하여 기재 사항의 흠결, 구비서류의 보완 등을 목적으로 이루어지는 보정과는 별개의 제도로, 보정 가능 여부와 무관하게 특허법 제52조의 요건을 충족하면 허용되는 독립된 출원이다. 따라서 특허출원서에 공지에외주장 취지를 기재하도록 한 특허법 제30조 제2항을 형해화할 우려가 있다는 점에서 출원 시 누락한 공지에외주장을 보정의 형식으로 보완하는 것은 허용되지 않지만(대법원 2011. 6. 9. 선고 2010후2353 판결 등 참조), 이 점이 원출원 시 공지에외주장을 하지 않은 경우 분할출원에서의 공지에외주장을 허용하지 않을 근거가 된다고 보기 어렵다.

4) 위 2010후2353 판결 이후 출원인의 권리 보호를 강화하기 위하여 특허법 제30조 제3항을 신설하여(2015. 1. 28. 법률 제13096호로 개정된 것) 출원인의 단순한 실수로 출원 시 공지에외주장을 하지 않더라도 일정 기간 공지에외주장의 취지를 적은 서류나 이를 증명할 수 있는 서류를 제출할 수 있는 공지에외주장 보완 제도를 도입하였다. 그런데 특허 절차에서의 보정과 분할출원은 그 요건과 취지를 달리하는 별개의 제도라는 점에서, 원출원에서 공지에외주장을 하지 않은 경우 분할출원에서의 공지에외주장으로 원출원일을 기준으로 한 공지에외의 효과를 인정받을 수 있는지의 문제는 특허법 제30조 제3항의 신설 전후를 불문하고 일관되게 해석함이 타당하다.

5) 여기에 공지에외 규정은 특허법 제정 이후 현재에 이르기까지 그 예외 인정 사유가 확대되고, 신규성뿐만 아니라 진보성과 관련해서도 이를 적용하며, 그 기간이 6개월에서 1년으로 확대되는 등의 개정을 통해 특허제도에 미숙한 발명자를 보호하기 위한 제도를 넘어 출원인의 발명자로서의 권리를 실효적으로 보호하기 위한 제도로 자리 잡고 있다는 점까지 더하여 보면, 분할출원에서 공지에외주장을 통해 원출원일을 기준으로 한 공지에외 효과를 인정받는 것을 제한할 합리적 이유를 찾기 어렵다.

☞ 원고가 원출원을 출원할 당시에는 공지에외주장을 하지 않았다가, 특허청 심사관으로부터 출원일 전 공개된 원고 본인의 석사학위 논문(선행발명 3)에 의해 신규성 및 진보성이 부정된다는 취지의 의견제출통지를 받아, 이 사건 출원발명을 분할출원하면서 공지에외주장을 하고, 원출원 신청은 취하한 사안임. 특허청 심사관은 원고의 공지에외주장을 배척하고 최종적으로 거절결정을 하였고, 원심은 거절결정에 대한 불복심판청구 기각 심결을 유지함

☞ 대법원은 공지에외 및 분할출원 관련 규정의 문언과 내용, 각 제도의 취지 등에 비추

어, 원출원에서 공지에외주장을 하지 않았더라도 분할출원에서 적절한 절차를 준수하여 공지에외주장을 하였다면, 원출원이 자기공지일로부터 12개월 이내에 이루어진 이상 공지에외의 효과를 인정받을 수 있다고 봄이 타당하다고 하여 이와 다른 취지의 원심판결을 파기함