

대법원 2023. 3. 13. 선고 중요판결 요지

민 사

2022다286786 건물인도 (자) 파기자판(원고패)

[장래이행의 소의 적법성 여부가 문제된 사건]

◇계약 종료에 따른 장래의 인도청구의 소에서 ‘미리 청구할 필요’ 판단 시 유의할 점◇

이행의 소는 청구권의 이행기가 도래한 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만, 이행기가 도래하더라도 채무자가 임의이행을 거부할 것이 명백히 예상되는 상황과 같이 예외적으로 채권자로 하여금 이행기에 이르러 소를 제기하게 하는 것보다 미리 그 집행권원을 확보하게 함으로써 이행기가 도래하면 곧바로 강제집행을 할 필요가 인정되는 경우를 대비하여 민사소송법 제251조에서 ‘장래이행의 소’를 정하였다.

장래이행의 소가 적법하기 위해서는 청구권 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계가 변론종결 당시 존재하여야 하고, 그 상태가 계속될 것이 확실히 예상되어야 하며, 미리 청구할 필요가 인정되어야만 한다(대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다25576 판결 등 참조). 그런데 장래이행의 소는 통상적인 이행의 소의 예외에 해당하는 것일 뿐 채무자의 무자력에 따른 강제집행의 곤란에 대비하기 위해 마련된 것이 아니다. 더구나, 쌍무계약관계의 이행기가 도래하지 않은 상태임에도 당사자 일방에 대하여 선제적으로 집행권원을 확보할 수 있게 하는 것은 자칫 계약관계의 균형이 상실되어 상대방 당사자의 계약상 권리가 침해될 수 있을 뿐만 아니라 장래의 이행기에 이르기까지 발생할 수 있는 계약상 다양한 변화를 반영하지 못함으로써 이행기 당시 쌍방 당사자의 권리의무관계와 집행권원이 모순·충돌되는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 장래이행의 소의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 한다.

☞ 원고가 임대차계약이 이미 기간만으로 종료되었음을 원인으로 건물인도청구를 하였다가 받아들여지지 않자, 원심 변론종결 직전에 제2 예비적 청구로 약 1년 8개월 후 임대차계약의 종료에 따른 건물인도청구를 추가한 사안에서, 임대차보증금·권리금·차임 등에 관한 언급 없이 단지 장래의 인도청구권에 관한 집행권원을 부여하는 내용의 원고의 화해권고 요청에 피고가 응하지 않았다는 사정만으로는 ‘미리 청구할 필요’가 있다고 볼 수 없다고 판단하여, ‘장래이행의 소’인 제2 예비적 청구를 인용한 원심을 파기하고 재판하여 이 부분 소를 각하한 사례

2022다293999 부당이득금 (자) 파기환송(일부)

[권리남용 해당 여부가 문제된 사건]

◇통행금지청구의 권리남용 해당 여부에 관한 판단 기준◇

권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 이익이 없고 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면, 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 아니하고, 이때 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리 행사로 보이는 객관적 사정을 모아 추인할 수 있으며, 이와 같이 권리의 행사에 해당하는 외관을 지닌 어떠한 행위가 권리남용이 되는지 여부는 권리남용 제도의 취지 및 그 근간이 되는 동시대 객관적인 사회질서의 토대 아래 개별적·구체적 상황을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다20819 판결, 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다242154 판결 등 참조).

☞ 반소원고가 자기 측 소유 빌딩과 반소피고 측 소유 빌딩 사이의 부지 중 자기 측 소유 부분에 관하여, 반소피고 측에게 ① 부당이득반환청구, ② 통행금지청구를 한 사안에서, ① 반소원고 측이 해당 부분에 관한 배타적 사용·수익권을 포기한 것으로 인정되지 않는다고 보아 ‘부당이득반환청구’ 중 일부를 인용한 원심을 수긍하였으나, ② 해당 부분이 오랜 기간 동안 불특정 다수인의 통행에 사용되어 온 반면, 그 현상 및 용도에 전면적이고 적법한 변화가 초래되었거나 이를 합법적인 것으로 용인할 만한 사정변경이 보이지 않으며, 해당 부분에 관하여 반소피고 측의 통행을 금지하면 반소피고 측 소유 빌딩의 출입구 위치·형태·내부 구조의 특성상 출입에 상당한 제약을 받을 수밖에 없게 되어 큰 불편과 혼란이 예상되는 상황에서, 반소원고가 해당 부분에 관한 소유권에 기초하여 그 이용자 중 객관적 용도에 따른 편익을 가장 필요로 하는 반소피고 측에 대해서만 선별적·자의적으로 통행을 금지하는 것은 소유권의 행사에 따른 실질적 이익도 없이 단지 상대방의 통행의 자유에 대한 침해라는 고통과 손해만을 가하는 것이 되어 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 ‘권리남용’이라고 볼 여지가 크다고 판단하여, 이와 달리 ‘통행금지청구’를 인용한 원심의 판단 부분을 통행금지청구권 및 권리남용에 관한 법리오해 및 심리미진을 이유로 파기·환송한 사례

형 사

2021도3652 위계공무집행방해등 (자) 상고기각

[「난민의 지위에 관한 협약」 직접 적용 여부가 문제된 사안]

◇난민신청을 할 계획이었음에도 사업 목적으로 초청된 것처럼 가장하여 사증을 발급받아 대한민국에 입국하였다는 이유로 위계공무집행방해죄 및 허위사증 신청으로 인한 출입국관리법위반죄로 기소되었다가 이후 난민의 지위를 인정하는 판결이 확정된 피고인에게 「난민의 지위에 관한 협약」 제31조 제1호를 직접 적용하여 형의 면제를 선고할 수 있는지 여부(적극)◇

대한민국헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다.”라고 규정하였다. 대한민국헌법에서 국제평화주의와 국제법 존중주의는 국가질서 형성의 기본방향을 결정하는 중요한 원리로 인정되고 있으며, 입법부와 행정부는 물론 사법부 등 모든 국가기구가 국제적 협력의 정신을 존중하여 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청된다.

「난민의 지위에 관한 협약」(이하 ‘난민협약’이라 한다)의 경우, 우리나라는 1992. 5. 28. 국무회의 심의를 거치고 1992. 11. 11. 국회 동의를 얻어 1992. 12. 3. 유엔 사무총장에게 가입서를 기탁함으로써 1993. 3. 3.부터 우리나라에서 효력이 발생되었다.

이처럼 난민협약은 국회 동의를 얻어 체결된 조약이므로 대한민국헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 동일한 효력을 가지고 그 효력은 법률에 준하는 것으로, 개별 규정의 구체적인 내용과 성질 등에 따라 직접적인 재판규범이 될 수 있다.

난민의 불법 입국 또는 체류에 따른 형사처벌과 관련하여, 난민협약 제31조 제1호는 “채약국은 그 생명 또는 자유가 제1조의 의미에 있어서 위협되고 있는 영역으로부터 직접 온 난민으로서 허가 없이 그 영역에 입국하거나 또는 그 영역 내에 있는 자에 대하여 불법으로 입국하거나 또는 불법으로 있는 것을 이유로 형벌을 과하여서는 아니 된다. 다만, 그 난민이 지체 없이 당국에 출두하고 또한 불법으로 입국하거나 또는 불법으로 있는 것에 대한 상당한 이유를 제시할 것을 조건으로 한다.”고 규정하였다.

앞서 본 바와 같이 난민협약이 기본적으로 법률과 동일한 국내법적 효력을 갖는 점에다가 위 조항이 채약국에 구체적인 요건을 충족한 난민에 대하여 형벌을 과하지 아니할 것을 직접적으로 요구한 점을 더하여 보면, 위 조항은 난민협약에 가입하고 이를 비준한 우리나라 형사재판에서 형 면제의 근거조항이 된다.

이때 형 면제 대상이 되는 ‘불법으로 입국하는 것’이란 출입국 관련 법령에서 정한 절

차를 위반한 입국 행위 및 이와 직접적·불가분적으로 관련된 행위로서 국가의 출입국관리업무에 지장을 주는 행위를 의미하므로, 출입국관리법에 따른 입국허가·사증 등을 받지 아니한 채 불법적으로 입국하거나 불법적인 방법으로 입국허가·사증 등을 받아 입국함으로써 해당 절차 관련 출입국관리법위반죄를 구성하는 행위는 물론 이를 구성요건으로 하는 형법상 범죄행위도 이에 포함된다.

☞ 피고인이 2016. 3. 3. 입국 후 곧바로 출입국사무소에 난민인정신청을 하고, 그 주장과 같은 사유가 인정되어 난민에 해당한다는 법원의 판결이 확정되는 등 난민인정을 받은 사람으로서 난민협약 제31조 제1호의 요건을 갖추었다는 이유로, 「난민의 지위에 관한 협약」 제31조 제1호에 따라 피고인에 대하여 구 출입국관리법(2020. 3. 24. 법률 제17089호로 개정되기 전의 것) 제94조 제3호, 제7조의2 제2호 및 형법 제137조에서 정한 형을 면제한 원심판결에 법리오해 등의 위법이 없다고 하여 상고를 기각한 사례

특 별

2020두53545 현역의 지위 확인 등 청구의 소 (자) 파기환송(일부)

[군인사법상 계급별 연령정년의 연장 여부에 대한 사건]

◇1. 군인사법상 계급별 연령정년이 예외적으로 연장되는 경우, 2. 예외적으로 연장되는 기간의 범위◇

대법원은 구 국가정보원직원법(2003. 12. 30. 법률 제7012호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항 제2호 소정의 계급정년이 문제된 사안에서 “계급정년의 적용을 받는 국가정보원 소속 공무원이 직권면직처분에 의하여 면직되었다가 직권면직처분이 무효임이 확인되거나 취소되어 복귀한 경우, 직권면직처분 때문에 사실상 직무를 수행할 수 없었던 기간 동안 승진 심사를 받을 기회를 실질적으로 보장받지 못하였다고 하더라도 원칙적으로 직권면직기간은 계급정년기간에 포함될 것이나, 직권면직처분이 법령상의 직권면직사유 없이 오로지 임명권자의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것이고 그러한 직권면직처분으로 인해 줄어든 직무수행기간 때문에 당해 공무원이 상위 계급으로 승진할 수 없었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에까지 직권면직기간을 계급정년기간에 포함한다면 헌법 제7조 제2항 소정의 공무원 신분보장 규정의 취지를 근본적으로 훼손하게 되므로, 그러한 경우에는 예외적으로 직권면직기간이 계급정년기간에서 제외된다고 봄이 상당하다.”라고 밝혔다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2005두7273 판결).

군인사법은 제8조 제1항에서 연령정년, 근속정년, 계급정년 등 3가지 유형의 정년제도

를 규정하였다. 그런데 ‘연령정년’은 계급마다 연한에 차등을 두고 있을 뿐만 아니라 그 연한이 경찰공무원 등 다른 공무원과 비교하여 현저히 낮게 설정되어 있으므로, 군인사법상 ‘연령정년’에 관한 문제를 다룰 때에 계급적 요소를 참작하지 않을 수 없다. 따라서 군인이 임용권자로부터 파면 등 징계, 전역명령 등 신분상 불이익처분을 받았으나 그것이 확정판결에 의하여 위법한 것으로 확인되어 복귀하는 과정에서 연령정년의 경과 여부가 문제되는 경우로서, 상명하복의 엄격한 규율과 군기를 중시하고 집단적 공동생활을 영위하는 군대의 특수한 사정을 충분히 고려하더라도 신분상 불이익처분이 법령상 정당한 근거 없이 오로지 임명권자의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것이고, 그 불이익처분으로 인해 해당 계급에서 상위 계급으로 진급함에 필요한 직무수행의 기회를 상당한 기간에 걸쳐 실질적으로 침해·제한당하는 등의 특별한 사정이 인정되며, 이를 용인할 경우 군인사법상 계급별 연령정년의 입법취지는 물론 헌법 제7조 제2항에서 정한 공무원의 신분보장 취지를 근본적으로 훼손하게 되는 정도에까지 이르러 일반 불법행위의 범리에 의한 손해배상의 방법으로 그 위법성을 도저히 치유할 수 없다고 인정되는 경우에는 위 대법원 2005두7273 판결의 법리가 동일하게 적용될 수 있다. 이 경우 ‘연령’이라는 기준의 불가역적인 성질에 비추어, 위와 같은 경위로 진급심사에 필요한 실질적인 직무수행의 기회를 상실한 기간만큼 연령정년이 연장된다고 보아야 할 것이다.

☞ 원고는 2006년 소령이 된 군법무관으로서, 2009. 3. 18. 군내 불온서적 차단대책 강구 지시를 따르지 않을 의도로 지휘계통을 거치지 않은 채 헌법소원을 제기하였다는 등의 징계사유로 파면처분을 받았으나, 징계사유 중 일부가 인정되지 않고 징계양정이 과도하다는 이유로 파면처분 취소 판결이 확정되었고(이하 ‘1차 행정소송’이라 한다), 그 이후 1차 행정소송에서 인정된 징계사유를 근거로 한 정직처분 및 현역복무부적합을 이유로 한 전역명령(이하 ‘최초 전역명령’이라 한다)에 관하여 대법원 전원합의체 판결 등을 통해 처분 사유가 모두 인정되지 않는다는 판결이 2018. 8. 9. 확정되었으나(이하 ‘2차 행정소송’이라 한다), 2차 행정소송 확정 후 20일 만에 ‘2015. 7. 22. 연령정년에 도달하였다’는 이유로 정년 전역 및 퇴역명령을 받게 되자, 원고는 피고 대한민국에 대하여 ① 주위적으로 현역 중령의 지위에 있다는 확인청구 및 ② 예비적으로 현역의 지위에 있다는 확인청구를 함

☞ ① 주위적 청구에 관해 대법원은, 군인사법에 따른 진급심사절차를 거치지 아니한 원고가 현역 중령의 지위에 있다는 확인을 구하는 것은 권력분립의 원리에 위배되어 허용될 수 없고, 제출된 증거만으로는 원고에게 정상적인 직무수행의 기회가 제공되었다면 당연히 중령으로 진급되었을 것이라는 점도 인정하기 어렵다고 보아, 주위적 청구를 배

척한 원심 판단을 수긍함

☞ ② 예비적 청구에 관해 원심은, 최초 전역명령이 법령상의 사유 없이 오로지 임명권자의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것으로 보기 어렵다는 이유를 들어 이를 기각하였으나, 대법원은, 파면처분 등에 관한 1, 2차 행정소송 재판 결과에 의해 하자의 중대·명백성과 위헌적 측면이 거듭 확인된 신분상 불이익처분으로 인하여 상당 기간 동안 정상적으로 직무를 수행할 수 없는 상태에 처하였고, 이와 같이 줄어든 직무수행기간으로 인하여 진급심사를 받을 기회를 실질적으로 상실하였으며, 그 필연적인 결과로 해당 계급이 예정한 정상적인 직무수행의 기회를 제공받지 못한 상태에서 계급별 연령정년에 이르러 결국 진급할 수 없게 되었는바, 1, 2차 행정소송 재판 결과에서 확인된 임용권자의 거듭된 불이익처분의 위법성과 그 경위 및 내용 등에 비추어 원고의 귀책 없이 초래된 비정상적인 상황 아래 도래한 계급별 연령정년을 원고에게 기계적으로 적용할 경우 군인사법상 계급별 연령정년의 입법취지는 물론 헌법 제7조 제2항에서 정한 공무원의 신분보장 취지를 근본적으로 훼손하게 되는 정도에 이른다고 볼 수 있어, 그에 해당하는 기간만큼 소령 계급의 연령정년이 연장된다고 볼 여지가 크므로, 원고는 군인사법 제36조 제1항, 제41조 본문 제2호 등에 따른 공식적인 정년 전역 및 퇴역 처리에도 불구하고 진급심사에 필요한 실질적인 직무수행의 기회를 상실한 기간만큼 여전히 현역의 지위에 있다고 볼 수 있다고 판단하여, 군인사법상 계급별 연령정년의 연장 가능성에 관한 법리 오해 및 심리미진의 잘못을 이유로 원심의 예비적 청구에 관한 판단 부분을 파기·환송함

2019후11800 거절결정(특) (자) 파기환송

[결정형 발명의 진보성이 문제된 사건]

◇결정형 발명의 진보성 판단 기준◇

의약화학물의 제제설계(製劑設計)를 위하여 그 화학물이 다양한 결정 형태 즉 결정다형(polymorph)을 가지는지 등을 검토하는 다형체 스크리닝(polymorph screening)은 통상 행해지는 일이다. 의약화학물 분야에서 선행발명에 공지된 화합물과 화학구조는 동일하지만 결정 형태가 다른 특정한 결정형의 화합물을 청구범위로 하는 이른바 결정형 발명의 진보성을 판단할 때에는 이러한 특수성을 고려할 필요가 있다. 하지만 그것만으로 결정형 발명의 구성의 곤란성이 부정된다고 단정할 수는 없다. 다형체 스크리닝이 통상 행해지는 실험이라는 것과 이를 통해 결정형 발명의 특정한 결정형에 쉽게 도달할 수 있는지는 별개의 문제이기 때문이다. 한편 결정형 발명과 같이 의약화학물 분야에 속하는 발명은 구성만으로 효과의 예측이 쉽지 않으므로 구성의 곤란성을 판단할 때 발명의 효과

를 참작할 필요가 있고, 발명의 효과가 선행발명에 비하여 현저하다면 구성의 곤란성을 추론하는 유력한 자료가 될 수 있다.

결정형 발명의 구성의 곤란성을 판단할 때에는, 결정형 발명의 기술적 의의와 특유한 효과, 그 발명에서 청구한 특정한 결정형의 구조와 제조방법, 선행발명의 내용과 특징, 통상의 기술자의 기술수준과 출원 당시의 통상적인 다형체 스크리닝 방식 등을 기록에 나타난 자료에 기초하여 파악한 다음, 선행발명 화합물의 결정다형성이 알려졌거나 예상되었는지, 결정형 발명에서 청구하는 특정한 결정형에 이를 수 있다는 가르침이나 암시, 동기 등이 선행발명이나 선행기술문헌에 나타나 있는지, 결정형 발명의 특정한 결정형이 선행발명 화합물에 대한 통상적인 다형체 스크리닝을 통해 검토될 수 있는 결정다형의 범위에 포함되는지, 그 특정한 결정형이 예측할 수 없는 유리한 효과를 가지는지 등을 종합적으로 고려하여, 통상의 기술자가 선행발명으로부터 결정형 발명의 구성을 쉽게 도출할 수 있는지를 살펴보아야 한다.

결정형 발명의 효과가 선행발명 화합물의 효과와 질적으로 다르거나 양적으로 현저한 차이가 있는 경우에는 진보성이 부정되지 않는다. 결정형 발명의 효과의 현저성은 그 발명의 명세서에 기재되어 통상의 기술자가 인식하거나 추론할 수 있는 효과를 중심으로 판단하여야 하고, 만일 그 효과가 의심스러울 때에는 그 기재 내용의 범위를 넘지 않는 한도에서 출원일 이후에 추가적인 실험 자료를 제출하는 등의 방법으로 그 효과를 구체적으로 주장·증명하는 것이 허용된다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2018후10923 판결 참조).

☞ 대법원은, 선행발명의 화합물인 ‘셀렉시팍’과 화학 구조는 동일하지만 분말 X선 회절도가 2θ:9.4도, 9.8도, 17.2도 및 19.4도에서 회절 피크를 나타내는 것으로 특정된 구성을 갖는 셀렉시팍 제1형 결정에 관한 이 사건 제1항 발명의 진보성이 문제된 사안에서, 피고가 제출한 출원 당시의 통상적인 다형체 스크리닝 방식에 관한 자료만으로는 통상의 기술자가 결정화 공정 변수를 적절히 조절하거나 통상적인 다형체 스크리닝을 통해 선행발명으로부터 이 사건 제1항 발명을 쉽게 도출할 수 있는지 분명하지 않다는 이유로 이 사건 제1항 발명이 선행발명에 의해 진보성이 부정된다고 단정할 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함