

## 대법원 2025. 9. 11. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2019다273803 임금 (가) 상고기각

[병원 전공의들이 연장근로수당, 야간근로수당을 청구하는 사건]

◇포괄임금약정의 성립 여부를 판단하는 방법◇

포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지는 근로시간, 근로형태와 업무의 성질, 임금 산정의 단위, 단체협약과 취업규칙의 내용, 동종 사업장의 실태 등 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려해서 구체적으로 판단해야 한다(대법원 2022. 2. 10. 선고 2018다298904 판결 등 참조). 이때 단체협약이나 취업규칙 및 근로계약서에 포괄임금이라는 취지를 명시하지 않았음에도 묵시적 합의에 의한 포괄임금약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로형태의 특수성으로 인하여 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나 일정한 연장·야간·휴일근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 그 정액의 월급여액이나 일당임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 한다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결 등 참조).

☞ 원고들은 피고와 ‘주당 소정 수련시간은 80시간을 원칙으로 한다’는 내용의 수련계약을 체결하고 피고 산하 병원에서 응급의학과 전공의(레지던트)로 근무한 사람들로서, 1주 40시간을 초과한 근로에 대하여 연장근로수당, 야간근로에 대하여 야간근로수당을 청구한 사안임

☞ 원심은, ① 원고들이 제출한 근무시간표에 기재한 근무시간은 그 일부가 전문의 자격 취득에 필요한 교육시간의 성격을 가진다고 하더라도 그 전부가 근로시간에 해당하고, ② 피고가 지급한 급여는 1주 40시간의 근로의 대가이며 위 급여 외에 1주 40시간을 초과한 근로에 대하여 연장근로수당이나 야간근로수당을 별도로 지급하지 않는다는 묵시적 포괄임금약정이 성립되었다고 보기 어렵다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

2022다283602, 2022다283619(병합) 채권조사확정재판에 대한 이의의 소 (사) 상고기각

[파산채무자가 재단법인을 설립하여 부동산을 출연하고 소유권이전등기를 마쳐주었는데 원인행위인 출연행위는 부인되지 않고 등기행위만 부인된 경우, 파산채권으로 소유권이전등기의무 이행불능에 따른 손해배상청구권이 인정되는지 문제된 사건]

◇1. 권리변동의 원인행위가 유효하고 성립요건인 채무자의 상대방에 대한 등기행위만 부인된 경우, 등기행위로 소멸하게 된 상대방의 채무자에 대한 등기청구권은 부인권인 행사된 때로 소급하여 부활하는지 여부(적극), 2. 채무의 이행이 불가능하다는 것의 의미 및 파산관재인이 부인한 채무자의 행위가 등기행위뿐이어서 여전히 원인행위가 유효하고 상대방이 그에 따른 등기절차이행청구권을 보유한다고 하더라도, 파산관재인이 소로써 부인권을 행사한 결과 채무자의 등기행위를 부인한다는 판결이 확정되고 부인등기까지 마쳐진 경우, 파산관재인의 상대방에 대한 등기절차이행의무가 이행불능이 되는지 여부(적극)◇

1. 채무자회생법 제394조 제1항 본문은 “지급정지 또는 파산신청이 있는 후에 권리의 설정·이전 또는 변경의 효력을 생기게 하는 등기 또는 등록이 행하여진 경우 그 등기 또는 등록이 그 원인인 채무부담행위가 있는 날부터 15일을 경과한 후에 지급정지 또는 파산신청이 있음을 알고 행한 것인 때에는 이를 부인할 수 있다.”라고 규정함으로써 등기나 등록과 같이 권리변동의 성립요건 자체를 독자적인 부인의 대상으로 규율하고 있다. 이는 등기나 등록과 같은 행위도 채무자회생법 제391조의 일반 규정에 따른 부인의 대상이 되어야 하지만, 권리변동의 원인이 되는 행위를 부인할 수 없는 경우에는 가능한 한 권리변동을 인정하여 당사자가 의도한 목적을 달성시키되, 채무자회생법 제394조 제1항 소정의 엄격한 요건을 추가로 충족시키는 경우에만 특별히 이를 부인할 수 있도록 한 것이다(폐지된 구 파산법 제66조 제1항에 관한 대법원 2007. 7. 13. 선고 2005다72348 판결 참조). 따라서 권리변동의 성립요건행위를 부인하더라도 그 권리변동의 원인이 되는 행위의 효력까지 소멸되는 것은 아니다.

나아가 채무자회생법 제396조 제1항에 따라 ‘부인권을 소에 의하여 행사한다’는 것은, 부인의 대상이 되는 행위가 그 효력을 소급적으로 상실하게 됨으로써 발생하는 법률적인 효과에 따라 원상회복의무의 이행을 구하는 소를 제기하는 방법으로 할 수도 있다는 의미이고(대법원 2009. 5. 28. 선고 2005다56865 판결 참조), 부인권 행사에 따른 원상회복은 부인된 행위가 없었던 원상태로 회복되게 하는 것을 말하므로(대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다214885 판결 참조), 권리변동의 원인행위가 여전히 유효하고 성립요건인 채무자의 상대방에 대한 등기행위만 부인되었다면, 그 등기행위로 소멸하게 된 상대방의 채무자에 대한 등기청구권은 부인권인 행사된 때로 소급하여 부활한다고 보아야 한다.

2. 그런데 채무의 이행이 불가능하다는 것은, 절대적·물리적으로 불가능한 경우만이 아니라 사회생활상 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다42020 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다75321 판결 등 참조).

설령 파산관재인이 부인한 채무자의 행위가 권리변동의 원인행위를 제외한 등기행위뿐이어서 여전히 그 원인행위가 유효하고 상대방이 그에 따른 등기절차이행청구권을 보유했다고 하더라도, 파산관재인이 소로써 부인권을 행사한 결과 채무자의 등기행위를 부인한다는 판결이 확정되고 나아가 그 부인등기까지 마쳐졌다면, 이로써 파산관재인의 상대방에 대한 등기절차이행의무는 사회통념상 이행불능이 되었다고 할 것이다.

☞ 파산채무자는 재단법인인 원고를 설립하여 이 사건 부동산을 출연한 후 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었음. 피고 파산관재인이 원고를 상대로 이 사건 출연행위 및 등기행위 부인을 구하는 소를 제기하였는데, 위 사건에서 이 사건 출연행위의 부인은 인정되지 않고 이 사건 등기행위의 부인만 인정되는 판결이 선고되어 확정되었고, 이에 따라 이 사건 부동산에 관하여 부인등기가 마쳐졌음. 원고는 이 사건 등기행위 부인으로 인하여 파산채무자의 원고에 대한 부동산 소유권이전등기의무가 부활하였다가 즉시 이행불능이 되어 원고의 파산채무자에 대한 이행불능으로 인한 손해배상채권이 파산채권이 되었다고 주장하고, 피고들은 이 사건 등기행위에 대한 부인으로 인하여 이 사건 부동산에 관한 원고의 파산채무자에 대한 소유권이전등기청구권이 소멸하였고, 이로 인하여 파산채무자가 원고에게 이행불능을 원인으로 한 손해배상책임을 부담하지 않음을 전제로, 이 사건 부동산에 관한 파산채권도 인정될 수 없다고 다투는 사안임

☞ 원심은, 이 사건 등기행위에 대한 부인으로 인해 이 사건 부동산의 소유권이 물권적으로 파산채무자에게 상대적으로 복귀되는 효력은 인정되지만, 그러한 부인만으로 이 사건 부동산에 관한 원고의 소유권이전등기청구권이 소멸된다고 볼 수 없고, 부인등기로 인하여 파산채무자의 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의무는 부활하여 미이행 상태로 그대로 존속하므로, 파산채무자는 출연행위에 따른 소유권이전등기의무의 이행불능으로 인해 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심의 결론은 수긍하여 상고를 기각함

## **2022다283633    부당이득금    (사)    상고기각**

**[파산채무자가 재단법인을 설립하여 부동산을 출연하고 소유권이전등기를 마쳐주었는데 원인행위인 출연행위는 부인되지 않고 등기행위만 부인된 경우, 부동산을 점유**

· 사용할 권원이 없게 되어 부당이득반환책임을 부담하는지 문제된 사건]

◇1. 파산채무자가 파산선고 전에 상대방과 일정한 법률관계를 형성한 경우, 파산 전에 파산채무자와 상대방 사이에 형성된 모든 법률관계에 관하여 파산관재인에게 대항할 수 없는지 여부(원칙적 소극) 및 파산관재인이 채무자회생법에 따라 부인권을 행사하는 경우에도 마찬가지로인지 여부(적극), 2. 권리변동의 원인행위가 유효하고 성립요건인 채무자의 상대방에 대한 등기행위만 부인된 경우, 등기행위로 소멸하게 된 상대방의 채무자에 대한 등기청구권은 부인권이 행사된 때로 소급하여 부활하는지 여부(적극), 3. 채무의 이행이 불가능하다는 것의 의미 및 파산관재인이 부인한 채무자의 행위가 등기행위뿐이어서 여전히 원인행위가 유효하고 상대방이 그에 따른 등기절차이행청구권을 보유한다고 하더라도, 파산관재인이 소로써 부인권을 행사한 결과 채무자의 등기행위를 부인한다는 판결이 확정되고 부인등기까지 마쳐진 경우, 파산관재인의 상대방에 대한 등기절차이행의무가 이행불능이 되는지 여부(적극), 4. 토지의 매수인이 소유권이전등기를 경료받지 않았더라도 매매계약의 이행으로 토지를 인도받은 때에는 매도인이 매수인에 대하여 점유·사용으로 인한 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부(소극) 및 재단법인이 출연행위 등의 효력으로서 이미 해당 부동산을 인도받아 적법하게 점유·사용하고 있는 중에 등기행위의 부인으로 출연행위에 따른 소유권이전등기가 말소되는 경우에도 마찬가지로 여부(적극)◇

1. 파산채무자가 파산선고 전에 상대방과 일정한 법률관계를 형성한 경우에 민법 제108조 제2항과 같은 특별한 제한이 있는 경우를 제외하고는 재산의 출연 등 파산 전에 파산채무자와 상대방 사이에 형성된 모든 법률관계에 관하여 파산관재인에게 대항할 수 없는 것은 아니다(파산채무자와 상대방 사이의 실질적 법률관계에 따라 채무의 소멸을 파산권자에게 대항할 수 있다는 대법원 2005. 5. 12. 선고 2004다68366 판결 참조). 이는 파산관재인이 채무자회생법에 따라 부인권을 행사하는 경우에도 마찬가지이다.

2. 채무자회생법 제394조 제1항 본문은 “지급정지 또는 파산신청이 있는 후에 권리의 설정·이전 또는 변경의 효력을 생기게 하는 등기 또는 등록이 행하여진 경우 그 등기 또는 등록이 그 원인인 채무부담행위가 있는 날부터 15일을 경과한 후에 지급정지 또는 파산신청이 있음을 알고 행한 것인 때에는 이를 부인할 수 있다.”라고 규정함으로써 등기나 등록과 같이 권리변동의 성립요건 자체를 독자적인 부인의 대상으로 규율하고 있다. 이는 등기나 등록과 같은 행위도 채무자회생법 제391조의 일반 규정에 따른 부인의 대상이 되어야 하지만, 권리변동의 원인이 되는 행위를 부인할 수 없는 경우에는 가능한 한 권리변동을 인정하여 당사자가 의도한 목적을 달성시키되, 채무자회생법 제394조 제1항

소정의 엄격한 요건을 추가로 충족시키는 경우에만 특별히 이를 부인할 수 있도록 한 것이다(폐지된 구 파산법 제66조 제1항에 관한 대법원 2007. 7. 13. 선고 2005다72348 판결 참조). 따라서 권리변동의 성립요건행위를 부인하더라도 그 권리변동의 원인이 되는 행위의 효력까지 소멸되는 것은 아니다.

나아가 채무자회생법 제396조 제1항에 따라 ‘부인권을 소에 의하여 행사한다’는 것은, 부인의 대상이 되는 행위가 그 효력을 소급적으로 상실하게 됨으로써 발생하는 법률적인 효과에 따라 원상회복의무의 이행을 구하는 소를 제기하는 방법으로 할 수도 있다는 의미이고(폐지된 구 파산법 제68조 제1항에 관한 대법원 2009. 5. 28. 선고 2005다56865 판결 참조), 부인권 행사에 따른 원상회복은 부인된 행위가 없었던 원상태로 회복되게 하는 것을 말하므로(대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다214885 판결 참조), 권리변동의 원인행위가 여전히 유효하고 성립요건인 채무자의 상대방에 대한 등기행위만 부인되었다면, 그 등기행위로 소멸하게 된 상대방의 채무자에 대한 등기청구권은 부인권이 행사된 때로 소급하여 부활한다고 보아야 한다.

3. 그런데 채무의 이행이 불가능하다는 것은, 절대적·물리적으로 불가능한 경우만이 아니라 사회생활상 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다42020 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다75321 판결 등 참조).

설령 파산관재인이 부인한 채무자의 행위가 권리변동의 원인행위를 제외한 등기행위뿐이어서 여전히 그 원인행위가 유효하고 상대방이 그에 따른 등기절차이행청구권을 보유한다고 하더라도, 파산관재인이 소로써 부인권을 행사한 결과 채무자의 등기행위를 부인한다는 판결이 확정되고 나아가 그 부인등기까지 마쳐졌다면, 이로써 파산관재인의 상대방에 대한 등기절차이행의무는 사회통념상 이행불능이 되었다고 할 것이다.

4. 토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 않았더라도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에 대하여 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다(대법원 1996. 6. 25. 선고 95다12682, 12699 판결, 1998. 6. 26. 선고 97다42823 판결 등 참조). 이러한 법리는 재단법인이 출연행위 등의 효력으로서 이미 해당 부동산을 인도받아 적법하게 점유·사용하고 있는 중에 등기행위의 부인으로 출연행위에 따른 소유권이전등기가 말소되는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

☞ 파산채무자는 재단법인인 피고를 설립하여 이 사건 부동산을 출연한 후 피고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었음. 원고(파산관재인)가 피고를 상대로 이 사건 출연행위 및

등기행위 부인을 구하는 소를 제기하였는데, 위 사건에서 이 사건 출연행위의 부인은 인정되지 않고 이 사건 등기행위의 부인만 인정되는 판결이 선고되어 확정되었고, 이에 따라 이 사건 부동산에 관하여 부인등기가 마쳐졌음. 피고는 이 사건 등기행위일인 2009. 11. 27. 파산채무자로부터 이 사건 부동산을 인도받아 위 부인등기일 전날인 2018. 7. 18.까지 위 부동산을 점유하였음. 원고는 피고를 상대로 이 사건 등기행위 부인에 따라 피고가 소급적으로 이 사건 부동산을 점유·사용할 권원이 없게 되었다면서 그 점유·사용에 따른 부당이득반환을 구하는 사안임

☞ 원심은, 피고가 이 사건 등기행위일인 2009. 11. 27.부터 이 사건 부인등기일 전날인 2018. 7. 18.까지 이 사건 부동산을 점유·사용한 사실은 인정되나, 피고의 점유·사용은 이 사건 출연행위에 기초한 것으로 법률상 원인이 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 채무자에 대하여 파산이 선고되기 전에 이 사건 출연행위에 따라 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 피고는 이 사건 부동산의 소유자로서 이 사건 부동산을 점유·사용할 정당한 권리가 있고, 채무자에 대하여 파산이 선고된 이후 원고에 의하여 이 사건 등기행위에 관한 부인권이 행사되었더라도, 권리변동의 원인행위인 이 사건 출연행위가 부인되지 않은 이상 피고는 그에 따른 소유권이전등기절차이행을 구할 권리가 있고, 따라서 이 사건 출연행위의 이행으로 이 사건 부동산을 인도받았던 피고는 여전히 이 사건 부동산을 점유·사용할 권리가 있으며, 다만 원고가 소로써 부인권을 행사한 결과 채무자의 등기행위를 부인한다는 판결이 확정되고 나아가 그 부인등기까지 마쳐졌다면, 이로써 피고에 대한 등기절차이행의무는 사회통념상 이행불능이 되고 피고는 당시 이 사건 부동산 시가에 상당하는 액수의 손해배상청구권을 보유하게 되므로, 그때부터 피고는 더 이상 이 사건 부동산을 점유·사용할 수 없을 뿐이라고 보아, 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

## **2024다284418 건물인도 (라) 파기환송**

**[공공임대주택의 임대인이 임차인의 다른 주택에 관한 분양권 취득을 이유로 임대차계약을 해지하고 임대차목적물인 주택의 인도를 청구한 사건]**

◇구 「주택공급에 관한 규칙」(2023. 5. 10. 국토교통부령 제1211호로 개정되기 전의 것)이 시행되기 전에 입주자모집공고가 있었던 공공임대주택에 입주한 임차인이 임대차계약기간 중 다른 주택의 분양권을 취득하였다가 처분하였다면 주택을 소유한 것으로 간주되어 공공임대주택 임대차계약 해지 등 사유가 되는지(소극)◇

1) 「공공주택 특별법」 제49조의2 제1항, 제2항 제3호에 따르면 공공임대주택에 대한 임

임대차계약을 체결하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 표준임대차계약서를 사용하여야 하고, 표준임대차계약서에는 공공주택사업자 및 임차인의 권리·의무에 관한 사항 등이 포함되어야 하며, 제49조의3 제1항 제7호에 따르면 공공주택사업자는 임차인이 공공임대주택을 고의로 파손·멸실하는 등 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 재계약을 거절할 수 있다. 이에 따라 구 「공공주택 특별법 시행령」(2020. 9. 8. 대통령령 제31005호로 개정되기 전의 것) 제47조 제2항 제4호에서는 임대차계약 기간 중 다른 주택을 소유하게 된 경우를 해제·해지 또는 재계약 거절사유로 규정하고 있고, 구 「공공주택 특별법 시행규칙」(2020. 10. 19. 국토교통부령 제771호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 [별지 제5호, 제6호, 제7호 서식] 표준임대차계약서에서도 시행령 조항 사유와 동일한 내용을 규정하고 있다. 따라서 「공공주택 특별법」의 적용을 받는 임대주택에 관해서는 위 법령 조항 및 표준임대차계약서 해당 조문 각호 중 하나에 해당하는 사유가 있는 경우라야 임대인이 그 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있다(대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다265171 판결 참조).

2) 「공공주택 특별법」 제2조 및 제48조 제1항에 따르면 공공임대주택에 대한 입주자의 자격과 입주자 관리 등에 관한 사항은 국토교통부령으로 정하도록 되어 있고, 그 조항에 따라 「공공주택 특별법 시행규칙」 제13조 제1항은 “공공주택의 입주자 자격, 입주자 선정 방법 및 입주자 관리는 이 규칙에서 정하는 바에 따르되, 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 「주택공급에 관한 규칙」이 정하는 바에 따른다.”라고 규정하고 있다. 그런데 2018. 12. 11. 국토교통부령 제565호로 개정된 구 「주택공급에 관한 규칙」(2023. 5. 10. 국토교통부령 제1211호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주택공급규칙’이라 한다) 제53조 본문에 분양권등을 갖고 있는 경우에는 주택을 소유하고 있는 것으로 본다는 내용이 추가되었고, 그 부칙 제3조는 “제53조의 개정규정은 이 규칙 시행 이후 입주자모집승인을 신청하는 경우로서 다음 각 호의 구분에 따른 분양권등부터 적용한다.”(이하 ‘경과규정’이라 한다)라고 규정하고 있다.

여기서 경과규정을 ‘이 규칙 시행 이후 입주자모집승인을 신청하는 공공임대주택’으로 해석할 것인지 또는 ‘이 규칙 시행 이후 입주자모집승인을 신청하는 분양권’으로 해석할 것인지 여부에 따라 구 주택공급규칙 제53조의 적용범위가 달라진다. 이 규정은 규칙 시행 이후 입주자모집승인을 신청하는 공공임대주택부터 적용한다는 의미로 해석하여야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 경과규정을 해석하는 데에는 임대주택을 원활히 공급하여 국민주거생활의 안정을 도모하려는 임대주택 공급제도의 취지를 고려하여야 한다.

나) 경과규정과 같이 구 주택공급규칙에 마련된 부칙은 주택의 공급에 관한 입주자 자격요건 등 세부규정을 개정하는 경우 공공임대주택의 입주자모집승인 신청 시점과 실제 입주자모집 시점 사이에 차이가 발생함을 고려하여 그 규칙의 적용 시점을 정하기 위한 규정이다. 이와 같이 경과규정은 공공임대주택과 관련된 시점 중 하나로 해석하여야 하므로 경과규정에 '입주자모집승인을 신청하는 경우' 부분은 '공공임대주택의 입주자모집승인 신청' 시점을 의미하거나 이를 기준으로 삼은 것으로 보아야 한다.

다) 경과규정의 각 호에서는 보유 대상이 되는 분양권등을 한정하고 있는데, 제1호 단서 가목 및 나목, 제2호에는 해당 분양권등과 관련된 주택의 사업계획승인이나 입주자모집승인 신청 시점을 정하는 내용이 별도로 포함되어 있다. 만약 경과규정을 공공임대주택에 입주하려는 사람이 '이 규칙 시행 이후 입주자모집승인을 신청하는 분양권'을 갖고 있는 경우로 해석한다면, 경과규정 제2호에 규칙 시행 전에 입주자모집승인을 신청한 분양권등을 매매하여 가지고 있는 경우에도 구 주택공급규칙 제53조가 적용되도록 하는 규정을 두고 있는 것과 모순된다.

3) 따라서 구 주택공급규칙이 시행된 이후에 체결되거나 갱신된 임대차계약이더라도, 규칙 시행 전에 있었던 입주자모집승인 신청을 통하여 임대주택에 입주를 한 임차인에게는 위 규칙이 적용된다고 할 수 없으므로, 임대인은 임차인이 위 규칙 시행 전에 입주자모집승인 신청이 있었던 임대주택에 입주하였다면 비록 위 규칙 시행 이후 다른 주택에 관한 분양권을 취득한 사실이 있다고 하더라도 이를 이유로 임대차계약을 해제 또는 해지하거나 임대차계약의 갱신을 거절할 수는 없다.

☞ 공공임대주택의 임대인인 원고는 임차인인 피고가 임대차계약 기간 중 다른 주택의 분양권을 취득하였다가 처분한 것이 임대차계약 해지·재계약 거절사유인 '공공주택의 임대차계약 기간 중 다른 주택을 소유하게 된 경우'에 해당한다고 보아 피고에게 임대차계약을 해지한다는 통보를 하고 피고를 상대로 임대차목적물인 주택의 인도를 청구한 사실인

☞ 원심은, 피고가 임대차계약 기간 중 다른 주택의 분양권을 취득함으로써 해지사유인 '공공주택의 임대차계약기간 중 다른 주택을 소유하게 된 경우'에 해당하게 되었으므로 임대차계약은 적법하게 해지되었다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 분양권 등을 갖고 있는 경우 주택을 소유하고 있는 것으로 간주하는 내용으로 개정된 구 주택공급규칙은 부칙 제3조에 따라 적용범위가 결정되는데, 부칙 제3조의 해석상 구 주택공급규칙이 시행되기 전에 입주자모집승인이 있었던 공공임대주택에 입주한 피고에게는 구 주택공급규칙이 적용된다고 볼 수 없



으므로 피고가 분양권을 갖고 있었던 것을 주택소유로 간주할 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2025다211120 주주지위 확인의 소 (사) 상고기각

[주식을 공동상속받은 자가 단독으로 회사에 명의개서절차이행 내지 주주권 확인을 청구하는 사건]

◇1. 주식을 공동상속하는 경우의 법률관계(=준공유), 2. 공유주식에 관하여 공유상태 명의개서를 청구하는 행위가 상법 제333조 제2항에서 정한 ‘주주의 권리 행사’에 해당하여 그 청구를 위해 반드시 1인의 권리행사자가 정해져야 하는지 여부(소극), 3. 주식을 공유하는 자들 중 일부가 명의개서를 희망하지 않는 등의 경우에는 명의개서를 희망하는 일부 공유자들의 의사만으로 회사에 대하여 공유상태 명의개서를 청구할 수 있는지 여부(소극), 4. 주식을 공유하는 자들 중 일부가 명의개서를 원하지 않는 등으로 공유상태 명의개서를 청구할 수 없는 경우 주식을 공유하는 수인 중 일부가 단독으로 회사를 상대로 주주권 확인을 구할 이익이 있는지 여부(적극) 및 주식을 공유하는 다른 공유자 간의 권리관계가 자기의 권리관계에 영향을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주식을 공유하는 수인 중 일부 주주는 자신이 취득한 공유지분에 한하여 회사를 상대로 주주권 확인을 구할 이익이 있는지 여부(적극)◇

1. 상속이 개시되면 상속인이 바로 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리와 의무를 승계한다(민법 제1005조). 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결 등 참조). 주식은 주식회사의 주주 지위를 표창하는 것으로서 금전채권과 같은 가분채권이 아니므로 공동상속하는 경우 법정상속분에 따라 당연히 분할하여 귀속하는 것이 아니라 공동상속인들이 이를 준공유하는 법률관계를 형성하게 된다(대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다221144 판결 등 참조). 따라서 공동으로 주식을 상속한 수인은 상속이 개시된 때에 그 주식을 공유하게 되고, 상속인들 명의로의 명의개서가 이루어지지 않았거나 주식에 관하여 상속재산분할심판청구가 확정되지 않았다고 해서 달리 볼 것은 아니다.

2. 상법 제333조 제2항은 주식이 수인의 공유에 속하는 때에는 공유자는 주주의 권리를 행사할 자 1인을 정하여야 한다고 규정하고 있는데, 이는 공유주주들의 권리행사와 관련하여 회사에 생길 수 있는 어려움이나 불이익을 미리 막고, 회사 사무처리의 편의를 도모

하여 회사의 이익을 보호하고자 하는 취지이다. 공유자 전원 또는 그중 일부가 단독으로, 공유자 전원이 대상주식을 공유하고 있다는 내용의 명의개서(이하 ‘공유상태 명의개서’라 한다)를 청구하는 것은, 향후 상법 제333조 제2항에 따라 정해질 권리행사자가 공유주주의 권리를 행사할 때 그 공유관계를 회사에 대항하기 위한 요건을 갖추하고자 하는 취지이므로 이를 허용한다고 해서 회사에 어떠한 어려움이나 불이익이 생긴다고 할 수도 없다. 따라서 공유주식에 관하여 공유상태 명의개서를 청구하는 행위가 상법 제333조 제2항에서 정한 ‘주주의 권리 행사’에 해당한다고 할 수는 없으므로, 그 청구를 위해 반드시 1인의 권리행사자가 정해져야 한다고 볼 수 없다.

3. 한편, 주식의 취득자는 원칙적으로 취득한 주식에 관하여 명의개서를 할 것인지 아니면 명의개서 없이 이를 타인에게 처분할 것인지 등에 관하여 자유로이 결정할 권리가 있고(대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다89665 판결 참조), 수인이 주식을 공유하는 경우에는 공유자 전원의 성명과 주소가 주주명부에 기재되어야 한다(상법 제352조). 따라서 주식을 공유하는 자들 중 일부가 명의개서를 희망하지 않는 등의 경우에는 명의개서를 희망하는 일부 공유자들의 의사만으로 회사에 대하여 공유상태 명의개서를 청구할 수는 없다.

4. 주식을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 자신이 주식을 취득한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 단독으로 그 명의개서를 청구할 수 있으므로 회사를 상대로 주주권 확인을 구할 확인의 이익이 없다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결 등 참조). 그러나 주식을 공유하는 자들 중 일부가 명의개서를 원하지 않는 등으로 공유상태 명의개서를 청구할 수 없는 경우에는, 주식을 공유하는 수인 중 일부가 단독으로 회사를 상대로 주주권 확인을 구할 이익은 있다고 보아야 한다. 다만 공유자의 지분은 다른 공유자의 지분에 의하여 일정한 비율로 제한을 받는 것을 제외하고는 독립한 소유권과 같아 공유자는 그 지분을 부인하는 제3자에 대하여 각자 그 지분권을 주장하여 지분의 확인을 소구함이 원칙이고, 공유자 일부가 제3자를 상대로 타공유자의 지분의 확인을 구하는 것은 타인의 권리관계 확인을 구하는 소에 해당하여 그 타인 간의 권리관계가 자기의 권리관계에 영향을 미치는 경우에 한하여 확인의 이익이 있다고 할 것이며, 공유물 전체에 대한 소유관계 확인도 이를 다투는 제3자를 상대로 공유자 전원이 하여야 하는 것이지 공유자 일부만이 그 관계를 대외적으로 주장할 수 있는 것이 아니다(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다35008 판결 참조). 따라서 주식을 공유하는 다른 공유자 간의 권리관계가 자기의 권리관계에 영향을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주식을 공유하는 수인 중 일부 주주는 자신이 취득한 공유지분에 한하여 회사를 상대로 주주권 확인을 구할 이익이 있다

고 할 것이다.

☞ 망인이 피고 회사의 주식을 보유하여 주주명부상 주주로 기재되어 있던 중 사망함에 따라 망인의 자녀인 원고가 망인의 다른 자녀인 피고들에게 상속재산 분할협의를 요청하였으나 협의가 성립되지 않아 상속재산분할심판을 청구한 상황에서, 원고가 피고 회사를 상대로 ① 주위적으로는 준공유의 명의개서절차 이행을 청구하고, ② 예비적으로는 공유 주주권의 확인을 구한 사안임

☞ 원심은, ① 주위적 청구에 대하여, 상법 제333조 제2항은 ‘주식이 수인의 공유에 속하는 때에는 공유자는 주주의 권리를 행사할 자 1인을 정하여야 한다’고 규정하고 있는데, 원고의 명의개서청구에는 권리행사자가 지정되지 않았다는 등의 이유로 이를 기각하였고, ② 예비적 청구에 대하여는 주식의 공유자들인 나머지 피고들이 원고의 공유주주 지위를 다투고 있어 법률상 지위에 현존하는 위험·불안이 있어 확인의 이익이 있다는 이유로 이를 인용하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 공유상태 명의개서 청구는 원고가 상속에 따른 공유관계를 피고 회사에 대항하기 위한 요건을 갖추고자 하는 행위에 지나지 아니하므로 그 청구를 위해 상법 제333조 제2항에 따른 1인의 권리행사자가 정해져야 할 필요는 없으나, 이 사건 주식의 공유자들인 나머지 피고들이 공유상태 명의개서에 동의하지 않고 있음이 명백하므로, 원고가 단독으로 명의개서를 희망한다고 하더라도 나머지 피고들을 포함한 상속인들 전원을 위한 공유상태 명의개서를 청구할 수는 없다고 보아, 원심의 결론을 수긍하여 상고를 기각함

## 형 사

**2022도493 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률위반 (자) 파기환송**

**[수용되는 토지에 있는 지장물을 소유한 자가 이주대책의 미수립·실시를 이유로 지장물을 인도·이전하지 않은 사건]**

◇「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’) 제95조의2 제2호, 제43조를 위반하여 수용할 토지 또는 물건을 수용 개시일까지 사업시행자에게 인도·이전하지 않은 행위가 형법 제20조에 따라 위법성이 조각되는지를 판단하는 기준◇

토지보상법은 제43조에서 “토지소유자 및 관계인과 그 밖에 토지소유자나 관계인에 포함되지 아니하는 자로서 수용하거나 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진 자(이하 ‘토지소유자 등’이라 한다)는 수용 또는 사용의 개시일까지 그 토지나 물건

을 사업시행자에게 인도하거나 이전하여야 한다.”라고 규정하고, 제95조의2 제2호에서 이를 위반하여 토지 또는 물건을 인도하거나 이전하지 아니한 자를 처벌한다고 규정하고 있다. 토지보상법 제95조의2 제2호, 제43조가 토지소유자 등으로 하여금 수용할 토지 또는 물건을 수용 개시일까지 사업시행자에게 인도·이전하도록 하고, 이를 위반한 토지소유자 등을 처벌하도록 하는 것은 공익사업의 효율적인 수행을 위한 것이다. 그러나 토지보상법 제95조의2 제2호, 제43조의 별칙조항으로 인하여 토지소유자 등은 거주이전의 자유, 직업의 자유, 재산권 등의 헌법상 기본권에 큰 제한을 받는다. 이처럼 충돌하는 법익들이 적절하게 조화되도록 하고 토지소유자 등의 헌법상 기본권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 할 필요가 있다. 따라서 토지소유자 등이 수용 개시일 이후 토지 또는 물건을 인도·이전하지 않는 경우에도, 토지소유자 등이 공익사업의 시행으로 인하여 상실하게 되는 권리의 내용, 특히 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는지 여부, 그 경우 토지보상법 제78조에 따른 이주대책의 수립·실시가 이루어지거나 이주정착금 등이 지급되었는지 여부, 토지소유자 등이 인도·이전의 대상인 토지 또는 물건을 보유한 기간과 그 기간 동안 해당 토지 또는 물건에 관하여 형성하여 온 생활환경, 그에 따른 이주의 용이성, 토지 또는 물건의 인도·이전거절행위가 공익사업의 시행에 미친 영향 등을 종합하여, 토지소유자 등의 인도·이전거절행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후의 지배적인 사회윤리 또는 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 보아야 한다.

☞ 피고인은 수십 년 이상 공소사실 기재 토지 지상의 주택에 거주하면서 그 인근에서 사과나무를 식재하고 재배하는 등 농업에 종사해온 사람으로, 공익사업의 시행으로 인하여 위 주택 등에 대하여 수용재결이 있었음에도 수용 개시일 이후에도 지급받은 보상금만으로는 현재의 주거지를 떠나 새로운 곳에서 주거를 마련하고 다시 농사를 짓기 어렵다는 이유로 위 주택의 인도를 거절하여 토지보상법 제95조의2 제2호, 제43조 위반죄로 기소됨

☞ 원심은, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 피고인이 이 사건 주택을 인도하는 것은 단순히 주거의 이전만을 의미하는 것이 아니라 주거, 직장을 포함한 생활 터전 전부를 이전하는 의미가 있는 점, ② 비록 피고인이 이주대책대상자로서 분양받을 토지의 실제 형태나 성상을 전혀 알 수 없는 상황이었던 점, ③ 피고인이 이 사건 주택의 인도를 거절한 것은 주거 상실 이후 종전의 생활상태를 유지할 마땅한 방법을 찾지 못하였기 때문으로 보이는 점, ④ 피고인의 인도거절행위로 인하여 위 사업에 중대한 차질이 빚어졌다

고 볼 만한 사정은 엿보이지 않는 점 등을 종합하여 고려해 보면, 피고인의 이 사건 주  
택 인도거절행위는 법질서 전체의 정신이나 그 배후의 지배적인 사회윤리 또는 사회통념  
에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 보아, 이와  
달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2022도1665 업무방해 등 (라) 파기환송

### [업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’의 의미와 범위가 문제된 사건]

◇현수막 등을 설치하여 어떠한 사실이나 의견 등을 알리는 것이 업무방해죄의 보호대상  
이 되는 ‘업무’에 해당하기 위한 요건 및 그 판단 기준과 고려 사항◇

형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’란 직업 또는 사회생활상의 지위에 기하여  
계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2013도3829 판결,  
대법원 2017. 11. 9. 선고 2014도3270 판결 등 참조). 직업이나 사회생활상의 지위에 기한  
것이라고 보기 어려운 단순한 의사표현의 일환으로서 일회적 또는 일시적으로 현수막 등  
을 설치하여 어떠한 사실이나 의견 등을 알리는 것은 업무방해죄의 보호대상인 ‘업무’라  
고 할 수 없다. 현수막 등을 설치하여 어떠한 사실이나 의견 등을 알리는 것이 일회적 또  
는 일시적인 사무라 하더라도 그것이 계속성을 갖는 본래의 업무수행의 일환으로서 또는  
본래의 업무수행과 밀접불가분의 관계에서 행하여지는 것이라면 업무방해죄에 의하여 보  
호되는 ‘업무’에 해당할 수는 있다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도8701 판결 등 참조). 그  
러나 그러한 업무에 해당하는지는 본래의 업무의 종류와 성격, 현수막 등의 설치 시기와  
장소, 경위와 목적, 현수막 등에 기재된 내용과 방해된 업무 사이의 관련성 등 여러 사정  
을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 특히 업무방해죄의 보호범익은 업무를 통한 사  
람의 사회적·경제적 활동을 보호하려는 데 있으므로(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도  
4166 전원합의체 판결 등 참조), 서로 대립하는 관계에서 단순히 자신의 의견을 개진하거  
나 상대방에 대한 반대 입장을 표시하는 것을 방해하는 행위에 대하여 형법상 업무방해  
죄로 처벌하는 것은 신중하게 이루어져야 한다.

☞ 재개발추진위원회 위원장인 피고인이 그와 대립관계에 있던 지주협의회 회장인 피해  
자가 재개발사업 관련 지주협의회 입장을 게재한 현수막을 떼어내어 위력으로 피해자  
의 지주협의회 입장 홍보 업무를 방해하였다는 업무방해 등으로 기소됨

☞ 원심은, 피해자가 지주협의회를 운영하면서 행한 현수막 게시를 통한 홍보 업무는 업  
무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다는 이유 등으로 피고인이 위력으로써 피해  
자의 지주협의회 입장 홍보 업무를 방해한 것으로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 피해자가 현수막을 설치하여 지주협회의 입장을 지주들에게 알리는 것이 업무방해죄의 보호대상이 되는 ‘업무’에 해당한다고 보기 어려우므로, 피고인의 행위로 인하여 피해자의 지주협회 입장 홍보 업무가 방해되었다고 볼 수 없다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2022도10256 업무방해 등 (아) 파기환송

### [검사의 수사개시 가능 범위가 문제된 사건]

◇구 검찰청법(2022. 5. 9. 법률 제18861호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 검찰청법’) 제4조 제1항 제1호 단서 및 구 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」(2022. 9. 8. 대통령령 제32902호로 개정되기 전의 것)에 따라 검사의 수사개시가 가능한 범위와 그 범위를 초과한 수사절차에 이어진 공소제기의 효력(무효)◇

가) 구 검찰청법 제4조 제1항 제1호 단서(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)는, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄(가목), 경찰공무원이 범한 범죄(나목), 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄(이하 ‘본래범죄’라 한다)와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄(다목)로 규정하여 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 열거하였다.

나) 구 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」(2022. 9. 8. 대통령령 제32902호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 수사개시규정’이라 한다) 제3조는 이 사건 규정 다목의 “직접 관련성이 있는 범죄”의 의미를 구체화하여, ‘본래범죄의 피의자가 범한 수죄 중 동종범죄, 본래범죄의 피의자가 범한 수죄 중 범죄수익의 원인 또는 그 처분으로 인한 뇌물·횡령·배임죄’, ‘본래범죄의 피의자가 범한 수죄 중 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄’, ‘수인이 공동으로 범한 죄’, ‘수인이 동시에 동일장소에서 범한 죄’, ‘범인은닉죄·증거인멸죄·위증죄·허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄’, ‘형사소송법 제208조 제2항에 따라 재구속이 제한되는 동일한 범죄’, 형법 제19조에 따른 ‘독립행위로서 경합하는 범죄’, ‘본래범죄에 대한 무고죄’를 “직접 관련성이 있는 범죄”로 규정하였다.

다) 수사는 국민의 권리·의무에 관계되어 있는 사항이므로 그 수사를 개시할 수 있는 권한이 누구에게 있는지에 관한 규정 역시 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 사항으로서 대외적 효력을 가진다고 보아야 한다.

라) 법률의 시행령은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을

변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없다. 그렇지만, 법률의 시행령의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본다. 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두19526 판결 등 참조).

비록 모법인 구 검찰청법이 이 사건 규정 다목의 “직접 관련성이 있는 범죄”의 구체적 기준이나 범위에 관하여 대통령령에 위임하지는 않았지만, 이 사건 규정 다목은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위에 관하여, 이 사건 규정 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 “관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄”로 비교적 개괄적으로 규정하고 있다. 구 수사개시규정 제3조는 2022. 9. 8. 대통령령 제32902호로 개정되면서 삭제되었는데, 그 개정이유는 ‘법률의 위임 없이 검사가 기존 사건과 관련하여 인지한 범죄에 대하여 수사를 개시할 수 있는 범위를 불합리하게 제한하였음’인 점 등이었다. 이와 같은 이 사건 규정 다목의 문언이나 내용, 개정의 경위 등에 비추어 보면, 구 수사개시규정 제3조에서 정한 범죄가 이 사건 규정 다목에서 정하는 범죄의 해석상 가능한 범위를 넘어섰다고 볼 수는 없어, 모법의 규율 범위를 벗어났다고 해석하기 어렵다. 따라서 구 수사개시규정 제3조를 무효라고 볼 수는 없다.

마) 이 사건 규정에서 검사가 수사를 개시하여 1차적 수사를 직접 담당할 수 있는 범죄를 제한한 것은, 사법경찰관이 1차적 수사를 담당하고 검사가 보완수사요구(형사소송법 제197조의2), 시정조치요구(형사소송법 제197조의3) 등을 함으로써 사법경찰관과 검사의 상호협력, 상호견제 구조에서 수사의 효율이 높아지고 국민의 안전과 인권이 보호될 수 있는 반면, 검사가 수사를 개시하여 1차적 수사를 직접 담당하면 사법경찰관과 상호협력, 상호견제가 불가능하여 수사권의 효율적이고 민주적인 행사가 보장되지 않을 우려가 있으므로 이를 방지하고자 한 것이다.

이 사건 규정의 문언과 이러한 입법 취지를 종합적으로 고려하면, 검사의 수사개시 제한에 관한 이 사건 규정을 위반한 수사에 대해서는 적절한 통제가 필요하다. 검사가 이 사건 규정에 따라 수사권 행사가 불가능한 범죄에 관하여 수사를 개시한 후 1차적 수사를 하는 것은 수사절차에 위법이 있는 경우이고, 그에 관한 공소제기는 위법하게 개시된 수사절차를 종결하는 처분으로서 해당 수사절차와 밀접하게 관련되어 있다. 그러므로 이 사건 규정을 위반하여 개시된 수사절차에 이어진 공소제기는 “그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효”인 경우에 해당한다고 보아야 하고, 형사소송법 제327조 제2호에 따른 공

소기각 판결의 대상이 된다. 한편 공소기각 판결이 확정된 이후, 특별한 사정이 없는 한 적법한 수사기관이 수사개시를 통해 수사절차를 진행하고, 그 결과에 따라 적법한 공소제기권자가 재기소를 할 수도 있으므로, 이를 통해 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명 사이에 조화를 도모할 수 있다.

☞ 피고인들은 원심, 제1심 공동피고인들과 공모하여 특별 분양을 받을 수 있는 조건을 갖추었으나 경제적 능력이 없어 주택을 분양받을 수 없는 사람들의 명의를 빌려 특별 분양을 받은 뒤 전매하는 행위를 하였음. 사법경찰관은 원심 공동피고인 갑, 을의 안양평촌○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄를 송치하였는데, 검사는 송치받은 사건 외에 ① 피고인 A가 공범으로 범한 안양평촌○○○ 아파트 관련 주택법 위반 등 범죄와 ② 그 외의 범죄들에 대해서 수사를 개시하여 기소한 사안임

☞ 원심은, ① 부분은 구 수사개시규정 제3조가 정한 범위에 해당하므로 검사의 수사개시가 적법하고, ② 부분은 그 범위에 해당하지 않지만, 검사가 일반적인 수사권을 갖고 있고, 일부 사건들은 이 사건 규정 시행 전 수사의 필요성에 관한 보고가 되었으며, 검사가 경찰의 수사를 회피하기 위해서 해당 사건을 직접 수사하였다고 볼 만한 사정을 찾기 어렵다는 이유로 수사개시가 일부 위법하였더라도 수사 과정에서 수집된 증거를 유죄의 증거로 사용할 수 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 구 수사개시규정 제3조는 이 사건 규정 다목에서 정하는 범죄의 해석상 가능한 범위를 넘어섰다고 볼 수는 없고 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 이유로 대외적 효력을 인정한 다음, 구 수사개시규정 제3조가 정한 범위를 벗어난 ② 부분에 관한 수사개시와 그에 따른 공소제기는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 경우에 해당하므로 ② 부분에 관하여는 공소기각 판결을 해야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

**2024도1932 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 등 (바) 파기환송(일부)**  
**['특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(사기)죄와 위계에 의한 업무방해죄의 죄수 관계가 문제된 사건]**

◇「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘특정경제범죄법’) 위반(사기)죄와 위계에 의한 업무방해죄의 죄수(=실체적 경합)◇

이 사건과 같이 피해자를 기망하여 임상시험 대금 등을 교부받은 특정경제범죄법 위반(사기)죄와 위계로써 피해자의 신약 개발업무를 방해한 업무방해죄는 보호법익, 구성요건적 행위의 양태, 범죄의 기수 시기 등이 서로 다를 뿐 아니라, 어느 한 죄의 불법과 책임



의 내용이 다른 죄의 불법과 책임의 내용을 모두 포함하고 있지 않으므로 별개로 성립한다. 나아가 위 각 죄는 법률상 1개의 행위로 평가되는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 구성요건을 달리하는 별개의 범죄로서 보호법익을 달리하고 있으므로 상상적 경합관계가 아니라 실체적 경합관계로 봄이 타당하다.

☞ 임상시험 대행기관을 운영하는 피고인이 신약 개발 관련 임상시험을 제대로 하지 않으면서 임상시험 위탁기관인 피해 회사에 관련 비용을 계속적으로 청구·수령하여 임상시험 대금 등을 편취하고, 위계로써 피해 회사의 신약 개발업무를 방해하였다는 특정경제범죄법 위반(사기), 업무방해 등으로 기소된 사안임

☞ 원심은, 특정경제범죄법 위반(사기)죄가 성립하는 경우 위계에 의한 업무방해죄는 불가벌적 수반행위에 해당하여 별도로 성립하지 않는다고 보아, 업무방해 부분을 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 특정경제범죄법 위반(사기)죄와 위계에 의한 업무방해죄는 별개로 성립하고 각 죄는 실체적 경합관계에 있다는 이유로, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2024도12420    특정금융거래정보의보고및이용등에관한법률위반 등    (자)    파기환송**

**[가상자산 재정거래를 위하여 모은 자금을 외국환은행을 통하여 외국으로 송금한 사건]**

◇등록하지 않고 외국환업무를 업으로 한 사람을 처벌하는 취지 및 외국환거래법 제8조 제1항, 제3항에 위반하여 등록하지 않고 ‘나목의 외국환업무’를 업으로 하였는지 여부를 판단하는 방법◇

외국환거래법은 외국환거래와 그 밖의 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 외국환거래법령에 의하면, 과학기술정보통신부장관이 지정하는 체신관서 외에는 외국환업무를 업으로 하려는 자는 기획재정부장관에 등록하여야 하고(외국환거래법 제8조 제1항, 제3항, 외국환거래법 시행령 제7조 제4호, 제13조 제9항), 등록을 하지 아니하고 외국환업무를 업으로 한 자는 처벌되므로(외국환거래법 제27조의2 제1항 제1호), 등록된 금융회사등이나 체신관서인 외국환업무취급기관과 등록한 전문외국환업무취급업자가 아니면 외국환업무를 취급할 수 없다.

그리고 외국환거래법령에 의하면, 외국환거래법의 적용을 받는 거래나 행위에 따른 채권·채무를 결제할 때 외국환업무취급기관, 전문외국환취급업자 및 인가받은 외국환중개

회사(이하 함께 지칭할 때에는 ‘외국환업무취급기관등’이라 한다)를 통하여 지급 또는 수령을 하는 것을 원칙으로 하고(외국환거래법 제16조 제4호), 외국환업무취급기관등은 그 고객과 외국환거래법을 적용받는 거래를 할 때 고객의 거래나 지급 또는 수령이 외국환거래법에 따른 허가를 받았거나 신고를 한 것인지를 확인하여야 한다(외국환거래법 제10조 제1항). 기획재정부장관은 외국환업무취급기관등의 업무를 감독하고 감독상 필요한 명령을 할 수 있고(외국환거래법 제11조 제1항), 외국환업무취급기관등의 장으로 하여금 외국환거래법의 적용을 받는 지급·수령 등에 관한 자료를 국세청장 등에게 통보하도록 할 수 있다(외국환거래법 제21조 제1항).

이러한 외국환거래법령의 내용을 종합하면, 등록하지 아니하고 외국환업무를 업으로 한 사람을 처벌하는 취지는, 외국환업무취급기관과 전문외국환취급업자로 하여금 외국환업무를 독점적으로 취급하도록 함으로써 외국환거래나 지급·수령에 따른 자금 흐름을 모니터링하고, 이들이 외국환거래법령에 따라 적법하게 이루어지도록 관리·감독하여 외국환거래법령의 규범력과 실효성을 확보하려는 데 있음을 알 수 있다.

한편 외국환업무의 범위에 관하여 외국환거래법 제3조 제1항 제16호 나목은 ‘대한민국과 외국 간의 지급·추심 및 수령’을 외국환업무의 하나(이하 ‘나목의 외국환업무’라 한다)로 열거한다. 외국환관리법의 제정 이래 현행 법률에 이르기까지 나목의 외국환업무를 외국환은행이 취급하는 업무로 규정하여 왔는데, 외국환거래법령의 제·개정을 거치면서 나목의 외국환업무를 취급할 수 있는 자의 범위가 확대되었으나 여전히 외국환은행만이 특별한 제한 없이 나목의 외국환업무를 취급할 수 있다(외국환거래법 제8조 제1항, 제2항, 제3항, 외국환거래법 시행령 제14조, 제15조의3 등 참조).

따라서 외국환거래법 제8조 제1항, 제3항을 위반하여 기획재정부장관에게 등록하지 않고 나목의 외국환업무를 업으로 하였는지 여부는, 외국환거래법의 입법목적, 무등록 외국환업무를 처벌하는 외국환거래법의 취지를 염두에 두고, 대한민국과 외국 간의 지급·추심 및 수령과 관련된 행위의 경위와 목적, 규모와 횟수, 기간, 영업성 등 여러 사정을 종합하여 외국환은행이 취급하는 나목의 외국환업무와 실질적으로 동일한 기능을 계속 반복적으로 수행한 것에 해당하는지를 살펴 판단할 수 있다.

☞ 피고인들이 이른바 ‘김치 프리미엄’에 따른 가상자산 차익거래를 위하여 다수인으로부터 모은 자금을 외국환은행을 통하여 해외 수취업체의 외국 거래은행 계좌로 송금한 것이 대한민국과 외국 간의 지급에 관한 외국환업무를 업으로 한 것에 해당한다는 이유로 외국환거래법 위반으로 기소됨

☞ 원심은, 등록된 외국환업무취급기관을 통하여 외국환업무를 한 이상 등록하지 아니하

고 외국환업무를 한 것으로 보기 어렵다는 이유 등을 들어, 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 재정거래는 국내의 자금을 외국으로 송금하여 외국 가상자산거래소에서 지급하는 사무 처리를 포함하고 있고, 그 과정에서 피고인들이 역할을 분담하여 전주로부터 외국에서 사용할 목적으로 자금을 받아 외국환은행을 통하여 외국은행의 해외 수취업체 계좌로 입금되도록 한 것은, 다른 은행 등을 매개로 외국은행에 지급지시를 전하는 등으로 수취인에게 외화를 지급하도록 하는 외국환은행의 외환송금과 실질적으로 동일한 기능을 수행한 것으로 볼 수 있는 점, ② 이 사건 재정거래의 구조를 고안하고 외국환거래법령에 따른 규제를 회피하는 데 사업의 성패가 달려있었으므로, 피고인들이 받은 수수료에는 외국환거래법령의 규제를 회피하여 외환송금 용역을 제공하는 것에 대한 대가가 포함되어 있었다고 볼 수 있는 점, ③ 불특정 다수인으로부터 자금을 받아 이를 외국으로 송금하는 사무를 계속 반복하는 자는 외국환거래법령에 따른 규제를 회피하는 통로로 이용될 위험이 크고, 이는 실제 송금이 외국환은행을 통하여 이루어지는 경우에도 마찬가지인 점 등을 들어, 피고인들이 각각 가담한 범위 내에서 무등록 외국환업무를 업으로 하였다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2025도11062    마약류관리에관한법률위반(항정)    (자)    파기환송**

### **[합성대마 사용의 불능미수죄가 성립하는지 문제된 사건]**

◇구 「마약류 관리에 관한 법률」(2025. 4. 1. 법률 제20878호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 마약류관리법’) 제59조 제1항 제5호에서 금지하는 행위가 미수에 그친 경우 구 마약류관리법 제59조 제3항을 적용하여 미수범으로 처벌할 수 있는지 여부(소극)◇

형법 제8조는 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.”라고 규정하고 있고, 형법 제29조는 “미수범을 처벌할 죄는 각칙의 해당 죄에서 정한다.”라고 규정한다. 따라서 형법 각칙의 해당 죄 또는 특별형벌법규에서 미수범 처벌규정을 둔 경우 미수범으로 처벌할 수 있다.

형법 제27조(불능범)는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 불능미수란 행위자에게 범죄의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있더라도 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 결과발생 또는 범익침해의 가능성이 없지만 다만 그 행위의 위험성 때문에 미수범으로 처벌하는 경우를 말한다. 여기에서 ‘결

과의 발생이 불가능하다는 것은 범죄행위의 성질상 어떠한 경우에도 구성요건의 실현이 불가능하다는 것을 의미한다(대법원 1998. 10. 23. 선고 98도2313 판결, 대법원 2019. 5. 16. 선고 2019도97 판결 등 참조).

한편 구 「마약류 관리에 관한 법률」(2025. 4. 1. 법률 제20878호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 마약류관리법’이라고 한다) 제59조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.”라고 규정하고, 같은 항 제5호는 “제3조 제5호를 위반하여 제2조 제3호 가목에 해당하는 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 소지·소유·사용·관리한 자”를 구 마약류관리법 제59조 제1항의 처벌대상에 포함시키고 있으나, 같은 조 제3항은 “제1항(제5호 및 제13호는 제외한다) 및 제2항에 규정된 죄의 미수범은 처벌한다.”라고 규정하여 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호를 미수범 처벌대상에서 제외하고 있다.

이와 같은 형법 총칙 및 구 마약류관리법의 관련 규정 내용과 체계 등에 비추어 볼 때, 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호에서 금지하는 행위가 미수에 그친 경우 구 마약류관리법 제59조 제3항을 적용하여 미수범으로 처벌할 수 없다.

☞ 피고인은 합성대마 사용으로 인한 구 마약류관리법위반(향정) 부분 공소사실에 대하여 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호, 제3조 제5호, 제2조 제3호 가목이 적용되어 기소됨

☞ 원심은, 피고인이 실제 합성대마를 사용하였다는 점이 합리적 의심을 넘어설 정도로 증명되지 않았다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하고, 다만 피고인이 합성대마 사용의 고의로 실행에 착수하였고 그 행위의 위험성이 인정된다는 이유로 이 부분 공소사실에 포함된 합성대마 사용의 불능미수로 인한 구 마약류관리법위반(향정) 부분을 유죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 구 마약류관리법 제59조 제1항 제5호에서 금지하는 행위가 미수에 그친 경우 구 마약류관리법 제59조 제3항을 적용하여 미수범으로 처벌할 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 특 별

**2023두34644 부가가치세경정거부처분취소 (라) 파기환송**

**[온라인 숙박예약 플랫폼에서 에누리액의 인정범위가 문제된 사건]**

◇부가가치세법 제29조 제5항 제1호의 ‘재화나 용역을 공급할 때 그 품질이나 수량, 인

도조건 또는 공급대가의 결제방법이나 그 밖의 공급조건에 따라 통상의 대가에서 일정액을 직접 깎아주는 금액'(에누리액)은 그 발생시기가 재화나 용역의 공급시기 전으로 한정되거나 공제·차감의 방법에 특별한 제한이 있는지 여부(소극) / 온라인 숙박예약 플랫폼을 운영하는 회사가 제휴점의 숙박상품을 예약대행하고 총 판매대금에서 일정률로 예약대행수수료를 지급받되, 제휴점 이용객에게 발행하여 사용된 할인쿠폰 금액만큼 공제하여 남은 수수료만 수취한 사안에서, 에누리액을 인정하는 '공급의 범위' 및 '공급가액'의 산정 기준을 '정산기간 내의 모든 거래 및 총 판매대금'으로 인정한 사례◇

부가가치세법 제29조 제1항은 “재화 또는 용역의 공급에 대한 부가가치세의 과세표준은 해당 과세기간에 공급한 재화 또는 용역의 공급가액을 합한 금액으로 한다.”라고 규정하고, 제5항 제1호는 '공급가액에 포함하지 아니하는 금액'의 하나로 '재화나 용역을 공급할 때 그 품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법이나 그 밖의 공급조건에 따라 통상의 대가에서 일정액을 직접 깎아주는 금액'(이하 '에누리액'이라 한다)을 들고 있다. 에누리액은 그 발생시기가 재화나 용역의 공급시기 전으로 한정되지 아니하고, 그 공제·차감의 방법에도 특별한 제한이 없다(대법원 2015. 12. 23. 선고 2013두19615 판결 참조).

그리고 당사자 사이에 계약을 둘러싸고 의사표시의 해석이 문제되는 경우에는 의사표시의 내용, 의사표시가 이루어진 동기와 경위, 의사표시에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다60065 판결, 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006다15816 판결 등 참조).

☞ 원고는 온라인 숙박예약 플랫폼을 운영하는 사업자로서, 제휴점과 이용객 사이의 숙박계약을 중개하고, 제휴점으로부터 총 판매대금의 일정비율을 예약대행수수료(이하 '이 사건 용역수수료')로 지급받는 내용의 계약을 체결하였음. 원고는 이용객들에게 할인쿠폰 등을 발행하거나 포인트를 적립해 주고, 향후 이용객이 제휴점의 숙박상품을 예약하면서 이를 사용할 경우 제휴점으로부터 지급받아야 하는 이 사건 용역수수료에서 할인 상당액을 공제해주었음. 원고는 이와 같이 공제를 마친 뒤 일별 정산금액을 산정하여 4영업일 후에 제휴점에 송금하였음. 원고는 피고에게 이 사건 용역수수료에서 공제된 할인 상당액이 매출에누리에 해당한다고 주장하며 이를 공급가액에서 차감하여 부가가치세를 감액해 달라는 경정청구를 하였고, 피고는 각 개별 숙박계약 건별로 계산한 수수료를 한도로 하여 해당 수수료에서 공제된 할인액만을 매출에누리로 인정하였음. 이후 원고는 각 개별 숙박계약 건별로 계산한 수수료를 초과하여 발생한 할인액(이하 '이 사건 초과할인

액')도 매출에누리에 해당한다고 주장하면서 부가가치세를 감액해 달라는 경정청구를 하였으나, 피고는 경정을 거부하였고(이하 '이 사건 거부처분'), 이에 원고가 그 처분의 취소를 청구한 사안임

☞ 원심은, 원고가 제휴점에 공급하는 용역의 단위가 각 숙박계약의 중개행위라는 전제에서 이 사건 초과할인액이 에누리액이 아닌 장려금에 해당하여 이 사건 거부처분이 적법하다고 판단하였음

☞ 대법원은, 원고와 제휴점은 제휴점과 이용객 사이의 숙박계약과 구별되는 계약을 독립적으로 체결하였고, 그 계약에서 제휴점과 이용객의 개별 숙박계약에서 발생한 초과할인금을 가지고 원고와 제휴점 사이에 어떤 거래를 대상으로 어떻게 정산할 것인지 등은 원고와 제휴점의 자율적인 의사에 따라 정해진 점, 해당 정산기간 동안 총 판매대금을 기준으로 계산한 이 사건 용역수수료에서 같은 기간 동안의 숙박상품 할인액을 일괄 공제한 다음 그 잔액을 정산·지급하기로 원고와 제휴점 사이에 의사의 합치가 있었고, 그에 따라 이 사건 용역수수료에서 할인 상당액이 직접 차감되었다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 이 사건 용역수수료에서 실제로 공제된 할인 상당액은 해당 정산기간 동안의 총 수수료를 상한으로 하여 통상의 공급가액에서 직접 공제·차감되어야 할 에누리액에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2024두34276 약국개설등록처분취소 (사) 파기환송**

**[신규 약국개설등록처분 취소소송에서 인근 약국개설자의 원고적격이 문제된 사건]**

◇다른 약사에 대한 약국개설등록처분으로 인하여 조제 기회를 전부 또는 일부라도 상실하게 된 기존 약국개설자는 해당 약국개설등록처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(원칙적 적극) 및 신규 약국개설등록처분으로 인해 의료기관의 처방약 조제 기회를 공정하게 배분받을 기존 약국개설자의 이익이 침해될 우려가 있는지를 판단하는 기준◇

가. 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다(행정소송법 제12조 전문). 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 '법률상 보호되는 이익'을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있고, '법률상 보호되는 이익'은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익을 말한다(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결, 대법원 2025. 2. 13. 선고 2024두57996 판결 등 참조).

나. 약국개설등록과 관련하여 약사법 제20조 제5항 제2호, 제3호, 제4호는 의료기관과 약국 사이에 일정한 장소적 관련성이 있는 경우 약국을 개설하지 못하도록 하고 있다. 이

는 약사법 제23조, 제23조의2, 제24조, 제24조의2, 제26조 등 관련 규정의 체계나 내용 등에 비추어, 의료기관과 담합행위를 할 가능성이 큰 약국의 개설을 금지함으로써 의료기관의 처방전에 대한 인근 약국개설자들의 접근 기회가 공정하게 배분되도록 하고, 나아가 인근 약국개설자가 약사법이 정하는 바에 따라 의료기관으로부터 독립하여 조제업무를 수행할 수 있도록 하는 취지도 있다. 따라서 ‘의료기관의 처방약 조제 기회를 공정하게 배분받을 기존 약국개설자의 이익’은 약국개설등록처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이라고 할 수 있다. 그러므로 다른 약사에 대한 약국개설등록처분으로 인하여 조제 기회를 전부 또는 일부라도 상실하게 된 기존 약국개설자는 특별한 사정이 없는 한 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 의약분업은 2000. 7. 1. 의사와 약사가 환자 치료를 위한 역할을 분담하여 처방 및 조제 내용을 서로 점검·협력함으로써 불필요하거나 잘못된 투약을 방지하고, 의사의 처방전을 공개함으로써 환자에게 처방된 약의 정보를 알 수 있게 하려는 목적에서 실시되었다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두13940, 13957 판결 참조). 이를 위하여 약사법은 약국의 약사만이 의료법 제18조에 따라 처방전이 교부된 외래환자를 위하여 의약품 조제할 수 있도록 하고 있다(제23조). 약사가 의약품을 조제하는 경우 의약품정보를 미리 확인하도록 하고(제23조의2), 약사가 처방전을 발행한 의사의 동의를 받아 변경하거나 수정하여 조제할 수 있도록 하며(제26조 제1항), 처방전에 의심스러운 점이 있는 경우 처방전을 발행한 의사에게 이를 확인한 후 조제하도록 하는(제26조 제2항) 등 약사가 일정한 범위 내에서 조제업무를 독립적으로 수행하도록 하고 있다.

2) 의약분업의 핵심인 의사와 약사 사이의 상호 견제·보완 및 이중 점검의 기능이 제대로 작동하기 위해서는 먼저 의료기관에서 처방전을 발행함에 따라 발생하는 조제 기회가 공정하게 배분되도록 하여 약사의 독립성을 보호할 필요가 있다. 외래환자의 처방전에 기초한 의약품 조제 매출은 대부분의 약국 운영에 필수적인데, 약국은 조제 기회를 스스로 창출할 수 없고 인근 의료기관에서 발행한 처방전을 유치하여야 하기 때문이다. 그런데 의료기관과 약국이 결탁하여 특정 의료기관의 처방전이 특정 약국에 집중되어 인근의 다른 약국개설자가 해당 의료기관의 처방전을 유치하는 것이 어렵게 되면, 인근 약국개설자들이 해당 의료기관의 처방전을 견제·보완하거나 점검하는 것이 사실상 불가능에 가깝게 된다. 이 경우 약사법이 약사에게 부여한 독립적인 지위가 유명무실하게 되고, 종국적으로 약국이 의료기관에 종속될 가능성이 높아지게 된다.

3) 이에 약사법은 약국과 의료기관 사이의 일정한 담합행위를 금지하고 있고(제24조 제

2항, 제24조의2), 이를 위반하면 업무정지, 자격정지 등 행정처분과 형사처벌의 대상이 된다(제76조 제1항 제3호, 제79조 제2항 제1호, 제3항 제1호의2, 제81조, 제94조 제1항 제2호, 제2호의2 등). 그렇지만 일반적인 행정감독으로는 양자 사이의 구체적인 담합행위를 적발해내기가 매우 어렵고, 담합행위 등을 사후적으로 규제하는 것만으로는 의료기관과 약국의 결탁에 의한 조제 기회의 집중과 독점을 막는 것이 불가능하므로, 사전에 이를 방지할 필요가 있다. 약국이 의료기관 내에 있거나 의료기관과 장소적으로 밀접하게 연관되어 있으면, 약국과 의료기관이 담합할 가능성이 크고, 상호 결탁한 것과 같은 외관을 가지게 된다. 이에 따라 약사법 제20조 제5항은 장소적 연관성에 따른 담합·결탁 가능성을 사전에 최소화하기 위하여 ‘약국을 개설하려는 장소가 의료기관의 시설 안 또는 구내인 경우(제2호)’, ‘의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수(改修)하여 약국을 개설하는 경우(제3호)’, ‘의료기관과 약국 사이에 전용(專用) 복도·계단·승강기 또는 구름다리 등의 통로가 설치되어 있거나 이를 설치하는 경우(제4호)’에 약국의 개설등록을 받는 것을 금지하고 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2001헌마700 등 결정, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009두4265 판결 참조). 이를 위반하여 약국을 개설한 경우 그 약국은 등록취소의 대상이 된다(약사법 제76조 제1항 제2호, 제3항, 「약사법 시행규칙」 제50조 [별표 3] II. 개별기준 7.).

결국, 위 규정들은 의약분업제도가 효율적으로 실현될 수 있는 환경을 조성함과 동시에 조제 기회의 공정한 배분을 통하여 의료기관으로부터 독립하여 조제업무를 수행할 수 있는 인근 약국개설자의 경제적 기반도 보호하고 있는 것이다.

다. 신규 약국개설등록처분으로 인해 의료기관의 처방약 조제 기회를 공정하게 배분받을 기존 약국개설자의 이익이 침해될 우려가 있는지를 판단함에 있어서는, 약사법 제20조 제5항 제2호, 제3호, 제4호 위반이 문제되는 개별 의료기관을 기준으로 신설 약국 및 기존 약국의 위치·규모·운영형태, 의료기관과 각 약국 사이의 거리·접근 방법, 인근의 약국 분포 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 이때 반드시 기존 약국개설자의 주된 매출이 해당 의료기관이 발행한 처방전에 기초하고 있었다거나 해당 의료기관이 발행한 처방전에 관한 기존 약국개설자의 매출 감소가 상당하여야만, 그와 같은 이익이 침해될 우려가 있다고 볼 것은 아니다.

만약 기존 약국개설자가 운영하는 약국이, 약사법 제20조 제5항 제2호, 제3호, 제4호 위반이 문제되는 신규 약국개설등록처분 당시를 전후하여 기준이 되는 개별 의료기관이 발행한 처방전에 따라 의약품을 조제한 적이 있다면, 그 약국은 신규 약국개설등록처분으로 인하여 해당 의료기관이 발행한 처방전에 대한 조제 기회가 감소할 것이라고 충분히 예



상할 수 있다. 이러한 경우 기존 약국개설자는 특별한 사정이 없는 한 해당 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

☞ 약사인 피고보조참가인에 대한 신규 약국개설등록처분이 의료기관과 약국 사이에 일정한 장소적 관련성이 있는 경우 약국을 개설하지 못하도록 한 약사법 제20조 제5항 제2호, 제3호, 제4호에 위반된다는 이유로, 인근 기존 약국개설자인 원고들이 해당 신규 약국개설등록처분의 취소를 청구한 사안임

☞ 원심은, 원고들 약국의 주된 매출이 해당 의료기관의 처방전에 대한 조제약 판매에 기초한다고 볼 수 없고, 새로운 약국 개설로 인하여 원고들 약국의 매출 중 이 사건 약원의 처방전에 기초한 매출 감소가 유의미하게 있다고 평가하기 어렵다는 등의 이유로 원고들에게 해당 신규 약국개설등록처분의 취소를 구할 원고적격이 인정되지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원고들의 약국이 기준이 되는 의료기관 인근에 위치하고 있고, 원고들 약국에서 피고보조참가인에 대한 신규 약국개설등록처분이 있었던 2020년 7월 무렵을 전후하여 해당 의료기관이 발행한 처방전에 기초하여 수차례 의약품을 조제하였으므로, 원고들에게 피고보조참가인에 대한 신규 약국개설등록처분의 취소를 구할 원고적격이 인정된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2024두49933 이행명령처분취소 (가) 파기환송**

**「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제135조에 따라 사업시행자 지위를 승계하는지 문제된 사건]**

◇도시·군계획시설사업부지 일부의 소유권을 이전받음으로써 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’) 제135조에 따라 사업시행자 지위를 승계하는지 여부(소극)◇

1) 국토계획법 제86조 제5항 및 구 국토계획법 시행령(2025. 7. 1. 대통령령 제35628호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제96조 제1항에 따르면, 행정청이 아닌 자는 시행자로 지정을 받아 도시·군계획시설사업을 시행할 수 있고, 그 시행자로 지정받고자 하는 자는 사업의 종류 및 명칭, 사업시행자의 성명 및 주소(법인인 경우에는 법인의 명칭 및 소재지와 대표자의 성명 및 주소), 토지 또는 건물의 소재지·지번·지목 및 면적 등, 사업의 착수예정일 및 준공예정일, 자금조달계획을 기재한 신청서를 국토교통부장관, 시·도지사 또는 시장·군수에게 제출하여야 한다.

국토계획법 제86조 제7항 및 구 국토계획법 시행령 제96조 제2항에 따르면, 국가 또는

지방자치단체, 일정한 공공기관 등이 아닌 자가 그 시행자로 지정을 받으려면 도시·군계획시설사업의 대상인 토지(국공유지는 제외한다) 면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 한다.

국토계획법 제133조 제1항은 “국토교통부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 이 법에 따른 허가·인가 등의 취소, 공사의 중지, 공작물 등의 개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다.”라고 규정하면서, 제15호의2에서 “제88조에 따라 도시·군계획시설사업의 실시계획인가 또는 변경인가를 받고 그 실시계획에서 정한 사업기간 동안 사업을 완료하지 아니한 자”를 규정하고 있다.

국토계획법 제135조 제1항은 “다음 각 호에 해당하는 권리·의무는 그 토지 또는 건축물에 관한 소유권이나 그 밖의 권리의 변동과 동시에 그 승계인에게 이전한다.”라고 규정하면서, 제1호에서 “토지 또는 건축물에 관하여 소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자의 도시·군관리계획에 관한 권리·의무”를 규정하고 있다.

2) 위와 같은 관련 규정의 체계와 내용 등을 종합해 보면, 국토계획법 제135조 제1항 제1호에 따라 이전하는 ‘도시·군관리계획에 관한 권리·의무’에 사업시행자의 지위는 포함되지 않는다고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 국토계획법 제135조 제1항 제1호에 사용된 문언의 객관적인 의미를 고려할 때, 토지 또는 건축물에 관한 소유권이나 그 밖의 권리의 변동과 동시에 승계인에게 이전되는 권리·의무는 그 토지 또는 건축물에 관하여 ‘소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자’의 지위에 주어지는 도시·군관리계획에 관한 권리·의무라고 해석함이 상당하다. 국토계획법 제142조가 같은 법 제133조 제1항에 따른 이행명령을 위반한 자를 형사처벌의 대상으로 정하고 있는 점까지 함께 고려한다면, 문언의 가능한 의미를 벗어나 토지 또는 건축물에 관하여 ‘소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자’의 지위와 별개로 부여되는 사업시행자의 지위나 그 지위에 주어지는 권리·의무까지 국토계획법 제135조 제1항 제1호에 따라 승계인에게 이전된다고 해석하는 것은 타당하지 않다.

나) 국토계획법 제135조 제1항 제1호에 따른 이전 범위에 사업시행자의 지위까지 포함된다고 보면, 사업시행자가 소유하는 부지 중 일부가 양도된 경우에는 양도인과 양수인이 공동으로 사업시행자가 된거나, 사업시행자로부터 다수인이 그 부지를 양수한 경우에는 양수인의 수만큼 사업시행자가 증가한다는 결론에 이르게 된다. 이는 행정청 등이 아닌 자가 사업시행자로 지정받기 위한 요건을 엄격히 설정하고 사업의 안정적 수행을 위하여 자금조달계획 등 사업시행능력까지도 사전에 심사하여 그 사업시행자 지정을 하도

록 한 제도의 취지를 형해화시킬 수 있다.

다) 국토계획법상 도시계획시설사업의 사업시행자 지정은 특정인에게 도시계획시설사업을 시행할 수 있는 권한을 부여하는 처분이다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결 참조). 이러한 처분에 의하여 설정된 사업시행자 지위는 국토계획법 제86조 제5항, 제6항, 제7항, 구 국토계획법 시행령 제96조 제1항, 제2항 등에 따라 신청을 거쳐 법령이 정하는 요건을 갖춘 자에 한하여 사업시행자 변경지정 및 그 고시를 함으로써 이전되는 것이므로, 별도의 사업시행자변경지정처분 없이도 사업시행자의 지위가 승계된다고 보는 것은 타당하지 않다.

☞ 피고는 소외 회사를 사업시행자로 하는 도시계획시설사업 실시계획을 인가하였다가 원고들이 강제경매절차를 통해 위 사업부지 중 일부를 취득하자 사업시행자의 지위도 함께 승계하였음을 전제로 실시계획인가 조건 등의 이행을 명하는 이행명령 처분을 하였고, 원고들이 그 처분의 취소를 청구한 사안임

☞ 원심은, 원고들이 국토계획법 제135조 제1항 제1호에 따라 이 사건 사업의 사업시행자 지위를 승계하였으므로, 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 국토계획법 제135조 제1항 제1호에 따라 이 전하는 ‘도시·군관리계획에 관한 권리·의무’에 사업시행자의 지위는 포함되지 않는다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## 2024두60435 부가가치세경정거부처분 취소소송 (카) 파기환송

[채무자의 파산으로 회수할 수 없는 채권에 대한 대손세액공제를 구하는 사건]

◇부가가치세법 시행령 및 법인세법 시행령에서 대손세액 공제사유로 규정한 ‘채무자의 파산으로 회수할 수 없는 채권’의 의미(=채무자의 파산으로 인하여 그 채권 전부의 회수불능 사실이 객관적으로 확정된 채권) / 채권의 회수불능 사실이 객관적으로 확정되기 이전에 채권을 회수할 가능성이 있었다는 사정만으로 위 규정이 적용되지 않는지 여부 (원칙적 소극)◇

부가가치세법 제45조 제1항의 위임에 따라 부가가치세법 시행령 제87조 제1항 제1호 및 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 제8호에서 대손세액 공제사유로 규정하는 ‘채무자의 파산으로 회수할 수 없는 채권’이라 함은, 채무자의 파산으로 인하여 그 채권 전부의 회수불능 사실이 객관적으로 확정된 채권을 의미하는 것으로, 납세의무자가 해당 채권의 회수를 임의로 포기한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 구체적인 사안에서 채권의 회수불능 사실이 객관적으로 확정되기 이전에 이를 회수할 가능성이 있었다는 사정만으로

로 그 적용이 부정된다고 할 수는 없다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 엄격하게 하여야 하고 확장해석이나 유추해석은 허용되지 아니한다 (대법원 2004. 3. 12. 선고 2002두5955 판결, 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005다19163 판결 등 참조).

나) 부가가치세법 제45조 제1항은 “사업자는 부가가치세가 과세되는 재화 또는 용역을 공급하고 외상매출금이나 그 밖의 매출채권(부가가치세를 포함한 것을 말한다)의 전부 또는 일부가 공급을 받은 자의 파산·강제집행이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 대손되어 회수할 수 없는 경우에는 ‘대손세액 = 대손금액 × 110분의 10’의 계산식에 따라 계산한 금액(이하 ‘대손세액’이라 한다)을 그 대손이 확정된 날이 속하는 과세기간의 매출세액에서 뺄 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 위임에 따라 부가가치세법 시행령 제87조 제1항 제1호는, 부가가치세법 제45조 제1항 본문에서의 ‘파산·강제집행이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유’ 중 하나로 ‘소득세법 시행령 제55조 제2항 및 법인세법 시행령 제19조의2 제1항에 따라 대손금으로 인정되는 경우’를 정하고 있다.

다) 부가가치세법령은 상당 기간 대손세액 공제사유를 법인세법 등의 대손금 인정 사유와는 별도로 규정하고 있다가, 2006. 2. 9. 대통령령 제19330호로 개정된 부가가치세법 시행령 제63조의2 제1항에서 “법 제17조의2 제1항에서 ‘파산·강제집행 기타 대통령령이 정하는 사유’라 함은 소득세법 시행령 제55조 제2항 및 법인세법 시행령 제62조 제1항의 규정에 따라 대손금으로 인정되는 사유를 말한다.”라고 규정하게 되었다. 그 개정 이유는 재화 또는 용역을 공급받은 자의 파산 등으로 인하여 그 외상매출금 등을 회수하지 못하는 경우에 매출세액에서 차감하여 주는 대손세액 공제의 범위를 확대하여 법인세법 및 소득세법상 대손금의 인정범위와 일치시킴으로써 영세한 자영업자의 자금부담을 완화할 수 있도록 하여 영세자영업자의 경영여건 개선을 지원하기 위한 것이었다. 위와 같이 대손세액의 공제범위를 정하는 방식은 그 후로도 유지되었고, 이에 따라 현행 부가가치세법 제45조 제1항 및 부가가치세법 시행령 제87조 제1항 제1호는 대손세액 공제를 할 수 있는 개별적인 사유에 관하여 법인세법 시행령 제19조의2 제1항이 규정하는 대손금의 손금산입 사유를 그대로 인용하고 있다.

라) 이러한 입법 형식 및 부가가치세법령의 개정 이유를 감안할 때, 부가가치세법상 대손세액 공제사유와 법인세법상 대손금 손금산입 사유는 동일하므로, 법인세법 시행령 제19조의2 제1항에 따라 법인세법상 대손금으로 손금산입이 인정될 사유에 해당하는 경우에는, 부가가치세법 제45조 제1항 및 부가가치세법 시행령 제87조 제1항 제1호의 각 규정

에 따라 부가가치세법상 대손세액 공제 요건 역시 충족된다고 보아야 한다. 양자의 요건을 각기 다르게 취급하는 것은 조세법률주의의 엄격해석 원칙에 반한다.

마) 나아가 법인세법 시행령 제19조의2 제1항은, “법인세법 제19조의2 제1항에서 ‘채무자의 파산 등 대통령령으로 정하는 사유로 회수할 수 없는 채권’이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다”고 규정하면서 제1호부터 제13호까지의 사유를 열거하고 있는데, 그중 제8호는 “채무자의 파산, 강제집행, 형의 집행, 사업의 폐지, 사망, 실종 또는 행방불명으로 회수할 수 없는 채권”을 들고 있다. 여기서 ‘채무자의 파산으로 인하여 회수할 수 없는 채권’이라 함은, 손금에 산입하는 사업연도에 채무자의 파산으로 인하여 그 채권 전부의 회수불능 사실이 객관적으로 확정된 채권을 의미하는 것으로, 일단 위 규정에 정하여진 요건사실이 충족되는 한 그에 따라 일률적으로 대손금의 손금 산입 여부가 결정되는 것이 원칙이고, 납세의무자가 해당 채권의 회수를 임의로 포기한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 구체적인 사안에서 채권의 회수불능 사실이 객관적으로 확정되기 이전에 이를 회수할 가능성이 있었다는 사유만으로 그 적용이 부정된다고 할 수는 없다.

☞ 건설회사인 원고는 시행사인 A 회사에 대한 1,030억 원의 공사대금채권이 있는 상태에서 선행대출 상환 등을 위해 A 회사에 490억 원을 대여하고, 공사대금채권보다 위 대여금 채권에 먼저 변제충당하기로 약정하였으며, 그 후 실제로 A 회사로부터 지급받은 484억 원을 위 약정에 따라 대여금 채권의 변제에 우선 충당하였음. 그 후 A 회사는 분양수입금액으로 대출 원리금 상환이 어렵다는 등의 이유로 파산선고를 받았는데, 원고가 위 공사대금을 법인세법상 대손금으로 손금 산입하는 한편, 위 공사대금채권이 부가가치세법 제45조의 ‘채무자의 파산으로 회수할 수 없는 채권’에 해당한다고 주장하며 관련 부가가치세(77억 원)에 관한 대손세액공제를 해달라는 경정청구를 하였으나, 피고는 ‘A 회사가 상환한 484억 원은 공사대금의 일부 변제에 충당된 것으로 보아야 한다’는 이유로 일부 변제충당 이후 잔존하였을 공사대금에 관한 부가가치세(43.5억 원)만 대손세액 공제 대상으로 인정하고, 나머지 부가가치세(33.7억 원)에 대한 경정청구를 거부하였음. 이에 원고가 그 처분의 취소를 청구함

☞ 원심은, 법인세법상 대손금 손금산입 사유와 부가가치세법상 대손세액 공제사유는 서로 동일하지 않음을 전제로 채무자가 파산에 이르게 되었더라도 부가가치세의 발생 원인이 된 채권이 과연 ‘회수할 수 없는’ 상태가 되었는지 여부는, 채무자의 자산상황 및 지급능력, 구체적 거래 내용과 함께 공급받은 자(채무자)가 파산에 이르는 과정에서 공급하는 자(채권자)에게 해당 매출채권에 관한 사실상의 지출을 할 수 있었는지, 이로써 공급

하는 자에게 채권회수불능에 대한 회피가능성이 있었는지 등을 종합하여 사회통념에 따라 객관적·규범적으로 판단해야 하는데, 원고가 A 회사로부터 지급받은 484억 원을 공사대금 채권에 우선하여 대여금 채권의 변제에 충당함으로써 공사대금 채권의 회수를 원고 스스로 포기한 것에 해당하여 원고가 위 공사대금 채권을 회수할 가능성 및 그 채권의 회수 불능이라는 결과를 회피할 수 있는 가능성이 없었다고 볼 수 없다는 등의 이유로 원고의 청구를 배척하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, A 회사에 파산선고가 이루어짐으로써 원고가 A 회사에 대하여 가진 공사대금 채권의 회수가 불가능한 것으로 확정된 이상, 파산 이전에 원고가 A 회사로부터 받은 금원을 위 공사대금 채권이 아닌 대여금 채권의 변제에 충당하였다는 사정만으로 원고가 위 공사대금 채권을 임의로 포기한 것으로 보아 부가가치세법 제45조에 따른 대손세액 공제가 허용되지 않는다고 볼 수 없다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2025두30721    기관경고처분 등 취소    (바)    파기환송**

**[학교법인과 이사장이 소속 교원에 대하여 징계의결 요구를 하지 아니한 것이 법령상 의무 또는 선관주의의무 위반에 해당하는지 문제된 사건]**

◇1. 사립학교 교원이 업무수행 중 「개인정보 보호법」 제15조 제1항을 위반하여 개인정보를 처리한 경우, 사립학교법 제61조 제1항 제1호에서 정한 징계사유에 해당하는지 여부(적극), 2. 사립학교 교원의 임용권자가 충분한 조사를 거친 결과 소속 교원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우, 징계의결을 요구할 의무가 있는지 여부(적극) 및 사립학교 교원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있음에도 해당 교원의 임용권자가 충분한 조사를 거치지 않은 채 징계의결을 요구하지 않은 경우, 법령상의 징계의결 요구 의무를 위반한 것으로 평가할 수 있는지 여부(적극) / 학교법인의 이사장이 소속 사립학교 교원의 징계혐의에 대하여 충분한 조사를 거친 결과 그 행위가 징계사유에 해당함이 분명해졌음에도 징계의결을 요구하지 않거나, 소속 교원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있음에도 충분한 조사를 거치지 않은 채 징계의결을 요구하지 않은 경우, 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 것으로 평가할 수 있는지 여부(적극)◇

1. 사립학교법 제55조 제1항에 의하여 사립학교 교원의 복무에 관하여 준용되는 국가공무원법 제56조는 사립학교 교원에 대하여 법령을 준수하고 성실히 직무를 수행할 의무를 부과하고 있고, 사립학교법 제61조 제1항은 “사립학교 교원이 다음 각 호의 어느 하나에

해당할 때에는 해당 교원의 임용권자는 징계의결을 요구하여야 하고, 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.”라고 규정하며, 제1호에서 ‘이 법과 그 밖의 교육 관계 법령을 위반하여 교원의 본분에 어긋나는 행위를 하였을 때’를 들고 있다.

그런데 이 사건 관련자들 중 교감인 甲은 사립학교 교원이므로, 甲이 사무직원인 乙, 丙과 함께 수사기관 등에 전 교장 D와 교사 E에 관한 비위사실 조회를 요청하여 회신을 받은 이 사건 각 행위가 「개인정보 보호법」 제15조 제1항을 위반하여 개인정보를 처리한 경우에 해당한다면, 이는 국가공무원법 제56조의 성실의무를 위반한 것으로서 사립학교법 제61조 제1항 제1호에서 정한 징계사유에 해당한다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2023두31782 판결 참조).

2. 사립학교법 제61조 제1항, 제64조, 제66조, 제70조의5에 따르면, 사립학교 교원 또는 사무직원이 징계사유에 해당할 때에는 해당 교원 또는 사무직원의 임용권자는 미리 충분한 조사를 한 후 관할 교원징계위원회 또는 징계위원회에 징계의결을 요구하여야 하고, 해당 교원징계위원회 또는 징계위원회는 임용권자로부터 징계의결 요구가 있는 경우에 징계 여부 및 징계양정에 관하여 심의·의결을 하여야 하며, 임용권자는 원칙적으로 그 심의·의결 결과에 따라야 한다.

위와 같은 사립학교 교원 등에 대한 징계 관련 규정의 내용에다가 이러한 관련 규정의 입법취지가 임용권자의 자의적인 징계운동을 견제하려는 데 있는 점까지 보태어 보면, 사립학교 교원의 임용권자는 소속 교원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당하는지 여부에 관하여 판단할 재량은 있지만, 충분한 조사를 거친 결과 그 행위가 징계사유에 해당하는 것이 명백한 경우에는 관할 교원징계위원회 또는 징계위원회에 징계의결을 요구할 의무가 있다고 보아야 한다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결 참조). 또한 앞서 살핀 입법취지 등에 비추어 보면, 사립학교 교원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 해당 교원의 임용권자가 충분한 조사를 거치지 않은 채 징계의결을 요구하지 않은 경우에는 위와 같은 법령상의 징계의결 요구 의무를 위반한 것으로 평가할 수 있다.

한편, 사립학교법 제19조 제1항은 “이사장은 학교법인을 대표하고 이 법과 정관에 규정된 직무를 수행하며 그 밖에 학교법인 내부의 사무를 총괄한다.”라고 규정하고 있고, 사립학교법 제27조에 따라 준용되는 민법 제61조는 “이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 선량한 관리자의 주의라 함은 보통의 주의력을 가진 행위자가 구체적인 상황에서 통상 가져야 할 주의의 정도를 말하는 것이다(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카1923 판결 참조). 그러므로 학교법인의 이사장이 소속

교원의 징계혐의에 대하여 충분한 조사를 거친 결과 그 행위가 징계사유에 해당함이 분명해졌음에도 징계의결을 요구하지 않는다면, 이는 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 것으로 보아야 한다. 또한 사립학교 교원의 구체적인 행위가 징계사유에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 학교법인의 이사장이 충분한 조사를 거치지 않은 채 징계의결을 요구하지 않은 경우에도 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 것으로 평가할 수 있다.

☞ 원고 A법인은 B고등학교를 설치·운영하는 학교법인이고, 원고 C는 원고 A법인의 이사장인데, B고등학교 교감인 甲과 사무직원 乙, 丙(이하 통틀어 ‘이 사건 관련자들’)은 B고등학교 학교장 명의로 수사기관 등에 전 교장 D와 교사 E가 형사사건으로 기소 중인지 여부 또는 내사, 조사, 수사 중인지 여부에 대한 확인을 요청하는 ‘비위사실조사 협조 요청’ 공문을 보내어 그 무렵 수사기관 등으로부터 ‘해당 없음’의 결과를 회신 받았음(이하 ‘이 사건 각 행위’). 그러자 E는 서울특별시교육청 공익제보센터를 방문하여 ‘이 사건 관련자들이 D와 E에 관하여 수사기관 등에 비위사실조사 협조 요청 공문을 보내 회신을 받았고, 이에 대하여 문제를 제기하자 B고등학교가 비위행위 은폐를 시도하였다.’는 취지로 민원을 제기하였음. 피고(서울특별시교육감)는 위와 같은 민원제보에 따라 실시된 서울특별시교육청 감사관의 감사결과를 토대로 ‘이 사건 관련자들의 이 사건 각 행위는 「개인정보 보호법」 제15조 제1항, 사립학교법 제61조의2 제1항, 「공익신고자 보호법」 제15조 제1항을 위반한 비위행위에 해당하고, 원고들은 위법한 이 사건 각 행위를 알았음에도 이 사건 관련자들에 대한 징계의결 요구를 하지 아니하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하지 못하였다.’는 점을 처분사유로 하여 원고 A법인에 대하여 기관경고 처분을 하고, 이사장인 원고 C에 대하여 경고 처분을 하였음(이하 통틀어 ‘이 사건 각 처분’)

☞ 원심은, ① 이 사건 각 행위가 「개인정보 보호법」 제15조 제1항을 위반한 행위에 해당하더라도 법령의 해석 여하에 따라 사립학교법 제61조 제1항 제1호의 징계사유에 해당하지 않는다고 볼 여지도 충분하고, 이 사건 각 행위는 사립학교법 제61조의2 제1항 및 「공익신고자 보호법」 제15조 제1항을 위반한 비위행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판단한 다음, ② 법률전문가가 아닌 교육전문가인 원고들로서는 이 사건 관련자들에게 사립학교법 제61조 제1항 제1호에서 정하는 징계사유가 존재한다고 인식할 수 없었던 이상, 원고들이 이 사건 각 행위의 존재를 알게 되었음에도 이 사건 관련자들에 대하여 징계의결 요구를 하지 않았다고 하여 이를 선량한 관리자의 주의의무를 게을리한 것으로 평가하기 어려우므로, 이 사건 각 처분은 처분사유가 인정되지 아니하여 위법하다고 판단하



였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 관련자들 중 甲은 사립학교 교원이므로, 이 사건 각 행위가 「개인정보 보호법」 제15조 제1항을 위반하여 개인정보를 처리한 경우에 해당한다면, 이는 국가공무원법 제56조의 성실의무를 위반한 것으로서 사립학교법 제61조 제1항 제1호에서 정한 징계사유에 해당하고, ② 원고들이 적어도 교사 E에 관한 비위사실 조회를 요청하여 회신을 받은 행위와 관련하여 소속 교원인 甲에 대하여 징계의결 요구를 하지 아니한 것은 사립학교 교원의 임용권자인 원고 A법인의 법령상 징계의결 요구 의무 및 원고 A법인 이사장인 원고 C의 선관주의의무를 위반한 것으로 평가할 여지가 크다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함

## **2025두33779    종합부동산세부과처분취소    (사)    상고기각**

**[1세대 1주택자에 해당함을 이유로 종합부동산세부과처분의 취소를 구하는 사건]**

◇주택 소유자가 속한 세대의 다른 세대원이 지방 저가주택을 소유한 경우에도 해당 주택 소유자를 종합부동산세 과세표준 공제 대상인 1세대 1주택자로 볼 수 있는지 여부(소극)◇

구 종합부동산세법 제7조 제1항은 종합부동산세의 납세의무자를 과세기준일 현재 주택 분 재산세의 납세의무자로 규정하고, 제8조 제1항은 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준을, 납세의무자별로 주택의 공시가격을 합산한 금액에서 6억 원을 공제한 금액에 대통령령으로 정하는 공정시장가액비율을 곱한 금액으로 하되, 과세기준일 현재 세대원 중 1인이 해당 주택을 단독으로 소유한 경우로서 대통령령으로 정하는 1세대 1주택자(이하 '1세대 1주택자'라 한다)의 경우에는, 납세의무자별로 주택의 공시가격을 합산한 금액으로부터 위 6억 원 외에 5억 원을 추가로 공제한 금액에다가 위와 같은 공정시장가액비율을 곱한 금액으로 정하고 있다.

나아가 구 종합부동산세법 제8조 제4항은, 같은 조 제1항을 적용할 때 1주택과 다른 주택의 부속토지를 함께 소유하고 있는 경우(제1호), 1세대 1주택자가 1주택을 양도하기 전에 다른 주택을 대체취득하여 일시적으로 2주택이 된 경우로서 대통령령으로 정하는 경우(제2호), 1주택과 상속주택을 함께 소유하고 있는 경우(제3호), 1주택과 주택 소재 지역, 주택 가액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 지방 저가주택(이하 '지방 저가주택'이라 한다)을 함께 소유하고 있는 경우(제4호) 중 어느 하나에 해당할 때에는 1세대 1주택자로 본다고 규정한다. 한편, 구 종합부동산세법 제8조 제1항의 위임에 따른 구 종합부동산세법 시행령(2023. 2. 28. 대통령령 제33266호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조의3 제1

항은 1세대 1주택자를 세대원 중 1명만이 주택분 재산세 과세대상인 1주택만을 소유한 경우로서 그 주택을 소유한 소득세법 제1조의2 제1항 제1호에 따른 거주자로 규정하고 있다.

이와 같이 종합부동산세의 과세표준 계산 시 주택의 공시가격을 합산한 금액에서 총 11억 원(기본공제 6억 원 및 추가공제 5억 원)을 공제받을 수 있는 1세대 1주택자로 보기 위한 사유인, 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호의 '1주택과 지방 저가주택을 함께 소유하고 있는 경우'는, 과세기준일 현재 세대원 중 주택분 재산세 과세대상인 1주택을 소유한 자가 지방 저가주택도 함께 소유하고 있는 경우에 한정되는 것이지, 해당 1주택 소유자 외의 다른 세대원이 저가 지방주택을 소유하는 경우까지 포함한다고 볼 수 없다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 조세법률주의 원칙상 조세법규는 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 하고 합리적 이유 없이 확장·축소해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않는다. 다만, 법규 상호 간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 경우 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측 가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석을 하는 것이 허용된다(대법원 2020. 7. 29. 선고 2019두56333 판결 등 참조).

2) 앞서 본 바와 같이 구 종합부동산세법은 주택분 재산세의 납세의무자별로 그 소유 주택의 공시가격을 합산하여 종합소득세 과세표준을 계산하는 이른바 '인별 합산과세 방식'을 채택하면서, 그 제8조 제1항에서 '1세대 1주택자'에 해당할 경우 과세표준을 계산할 때 5억 원의 추가공제를 허용하고 있다. 그런데 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호와 함께 같은 조 제1항의 '1세대 1주택자'에 대한 예외를 설정하고 있는 제8조 제4항 제2호는 '1세대 1주택자가 1주택을 양도하기 전에 다른 주택을 대체취득하여 일시적으로 2주택이 된 경우로서 대통령령으로 정하는 경우'라고 규정하여, 1주택을 양도하는 행위 및 다른 주택을 대체취득하는 행위의 주체를 '1세대 1주택자'로 법문에서 명시하고 있다. 여기에 '1세대 1주택자'에 관한 구 종합부동산세법 시행령 제2조의3 제1항의 내용을 보태어 보면, 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제2호는 결국 '세대원 중 1명만이 주택분 재산세 과세대상인 1주택만을 소유한 경우로서 그 주택을 소유한 자가 1주택을 양도하기 전에 다른 주택을 대체취득하여 일시적으로 2주택이 된 경우'를 가리키는 것으로, 해당 1주택 소유자 외의 다른 세대원이 다른 주택을 대체취득한 경우는 여기에 해당하지 아니한다는 결론이 도출된다.

구 종합부동산세법 제8조 제4항 제2호의 행위주체에 관한 이와 같은 해석은, 관련 규정

의 문언과 체계 등에 비추어 같은 항 나머지 각호에 대해서도 통일적으로 유지될 필요가 있다. 따라서 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호 역시 '세대원 중 1명만이 주택분 재산세 과세대상인 1주택만을 소유한 경우로서 그 주택을 소유한 자가 지방 저가주택을 함께 소유하고 있는 경우'를 의미한다고 보는 것이 타당하다.

3) 현행 종합부동산세제는, 앞서 본 바와 같이 세대별로 소유하고 있는 과세대상의 공시가격을 합산하여 과세표준을 계산하는 '세대별 합산과세 방식'이 아니라, 납세의무자별로 과세대상의 공시가격 합산액을 정하는 '인별 합산과세 방식'이 근간을 이루고 있다. 이로 인해 2 이상의 주택을 세대원 중 1인이 모두 소유한 경우에는 이를 여러 세대원이 나누어 소유한 경우에 비해서 공제액(기본공제 1인당 6억 원)과 세율 면에서 불리하여 세대 전체를 기준으로 보았을 때 전자가 후자의 경우보다 종합부동산세의 부담이 상대적으로 커질 수 있다. 이러한 현상을 완화시키기 위해 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호는 '납세의무자가 1주택과 지방 저가주택을 함께 소유하고, 동일 세대 하에서의 다른 세대원은 주택을 소유하지 아니한 경우'에 대하여 조세감면의 혜택을 부여한 것이다. 따라서 이를 국면이 다른 '세대원들이 1주택과 지방 저가주택을 나누어 소유함으로써 공제액과 세율 면에서 불리하지 아니한 경우'에까지 확대하여 적용하지 않는다고 하여 반드시 불합리하다고 볼 수 없다.

한편 위 제4호에서의 지방 저가주택에 해당하기 위해서는 구 종합부동산세법 시행령 제4조의2 제3항 제1호에 따라 공시가격이 3억 원 이하이어야 하므로, 납세의무자 본인 외의 세대원이 지방 저가주택을 소유하는 경우 그 세대원은 6억 원의 기본공제를 적용받아 종합부동산세를 별도로 부담하지 않게 될 수 있다. 따라서 납세의무자 본인이 1주택을 소유하고 다른 세대원이 지방 저가주택을 소유하는 경우, 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호가 적용되지 않더라도, 납세의무자 본인이 1주택과 지방 저가주택을 함께 소유하여 5억 원의 추가공제를 적용받는 경우에 비해 세대 전체를 기준으로 한 과세 부담이 현저하게 커진다고 단정할 수 없다. 설령 위 두 가지 경우 사이에 차이가 존재하더라도, 이는 조세감면에 관한 특별규정인 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호의 요건에 해당하지 아니하여 생기는 반사적 결과일 뿐이므로, 그러한 사정만으로 위 제4호에 관한 해석을 달리할 수 없다.

☞ 원고는 아파트 1채, 그 배우자는 지방 저가주택 1채를 소유하고 있는데, 과세관청인 피고는 원고가 1세대 1주택자가 아님을 전제로 종합부동산세를 부과하였고, 이에 원고가 그 종합부동산세 부과처분의 취소를 구한 사안임

☞ 원심은, 원고가 주택을 소유하고 그 배우자가 지방 저가주택을 소유한 경우에는 구

종합부동산세법 제8조 제4항 제4호에서 정한 ‘1세대 1주택자’에 해당하지 않는다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호는 ‘세대원 중 1명만이 주택분 재산세 과세대상인 1주택만을 소유한 경우로서 그 주택을 소유한 자가 지방 저가주택을 함께 소유하고 있는 경우’를 의미한다고 보는 것이 타당하므로 원고가 구 종합부동산세법 제8조 제4항 제4호에서 정한 ‘1세대 1주택자’에 해당하지 않는다고 보아, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## 2023므11758 인지청구 및 부양료청구의 소 (자) 상고기각

### [혼외자가 비양육친인 친부에게 과거의 부양료를 청구하는 사건]

◇혼외자의 친모와 친부가 자녀의 양육비를 청구하지 않기로 합의하였더라도 혼외자는 친부인 부양의무자를 상대로 미성년인 기간 동안 발생한 과거 부양료를 청구할 수 있는지 여부(원칙적 적극)◇

1) 이혼한 부부나 혼인의 출생자의 생모, 생부 사이에서 미성년 자녀에 대한 양육비의 지급을 구할 권리는 당사자의 협의나 가정법원의 심판으로 구체적인 내용과 범위가 정해지기 전에는 추상적인 청구권에 불과하고 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되었더라도 그 이행기가 도래하기 전의 양육비채권은 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능한 완전한 재산권이라고 보기 어렵다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2006므751 판결, 대법원 2024. 7. 18. 자 2018스724 전원합의체 결정 등 참조). 따라서 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전이거나, 확정된 이후라도 그 이행기가 도래하기 전이라면, 장래 양육비채권을 포기하기로 하는 약정을 하였더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 자녀의 복리에 반하여 그 포기의 효력이 자녀에게 미친다고 볼 수 없다.

2) 부모는 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하며, 자녀양육의무는 부모 중 누가 친권을 행사하는 자인지 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지를 물을 것 없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무로서 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생한다(대법원 1994. 5. 13. 자 92스21 전원합의체 결정, 대법원 2024. 7. 18. 자 2018스724 전원합의체 결정 등 참조). 민법 제860조는 “인지는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다. 따라서 인지판결 확정으로 법률상 부양의무가 현실화되는 것이기는 하지만 부모의 법률상 부양의무는 인지판결이 확정되면 그 자의 출생 시로 소급하여 효

력이 생기는 것이므로, 양육자는 인지판결의 확정 전에 발생한 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 부담함이 상당한 범위 내에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다고 보아야 한다 (대법원 2023. 10. 31. 자 2023스643 결정 참조). 이는 혼인외의 자가 부양의무자를 상대로 인지판결 확정 전 미성년인 기간 동안 발생한 과거 부양료를 청구하는 경우에도 마찬가지이고, 비록 혼인외의 자가 부모 일방으로부터 성년에 이르기까지 현실적으로 부양을 받았더라도 달리 볼 것은 아니다. 따라서 혼인외의 자는 부모의 소득과 재산 정도, 경제생활의 수준 등 제반 사정에 비추어 부모 일방의 부양만으로도 부모 쌍방의 생활수준에 상응하는 정도로 충분한 부양을 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양육하지 않은 부모 일방을 상대로 미성년인 기간 동안의 과거 부양료를 청구할 수 있다.

☞ 미성년 혼외자의 양육친인 생모가 비양육친인 생부에 대하여 양육비 포기의사를 표시하였는데, 이후 성년에 도달한 혼외자가 직접 생부를 상대로 자신에 대한 인지와 아울러 과거 부양료의 지급을 청구한 사안임

☞ 원심은, 부모 한쪽의 양육비 청구권의 포기나 부모 사이의 그와 같은 약정이 미성년 자녀 고유의 부양료 청구권 행사를 방해하지 않고, 원고가 피고로부터 인지되기 전의 상황을 고려하면 부양의무의 성질이나 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있으며, 원고의 청구가 신의성실의 원칙에 위반된다고 보기도 어렵다고 판단하고, 과거 부양료 액수를 7,000만 원으로 정하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 미성년 혼외자의 양육친인 생모가 비양육친인 생부에 대하여 양육비 포기의사를 표시하였다고 하더라도 혼외자가 성년이 되어 자신이 미성년인 기간 동안의 과거 부양료를 청구할 수 있다고 보아, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## 2024므14938 이혼 등 (바) 상고기각

**[부정행위의 피해자가 배우자로부터 위자료 합의금을 지급받은 상태에서 상간자에게 별도의 위자료 지급을 청구하는 사건]**

◇손해배상청구소송에서 법원이 “청구의 기초가 되는 손해액”을 원고의 청구금액보다 많은 금액으로 인정하였더라도 청구금액을 초과하여 지급을 명하지 않은 경우 처분권주의에 위배되는지 여부(소극)◇

손해배상청구소송에서 법원이 “청구의 기초가 되는 손해액”을 원고의 청구금액보다 많은 금액으로 인정하였다고 하더라도 청구금액을 초과하여 지급을 명하지 않은 이상, 처분

권주의에 위배되지 아니한다(대법원 1994. 10. 11. 선고 94다17710 판결 등 참조).

☞ 피고는 원고의 배우자인 A와 연인관계로 지내는 등 부정행위를 하였는데, 원고가 A를 상대로 이혼을, A와 피고를 상대로 혼인파탄에 관한 위자료 5,000만 원 및 이에 대한 지연손해금의 공동 지급을 구하였다가, A와 사이에서는 1심에서 이혼하고 위자료 2,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 받기로 화해권고결정이 성립되어 원고는 A로부터 화해권고결정에서 정한 위자료를 변제받은 후, 피고를 상대로 위자료 2,000만 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급만을 구하는 것으로 청구취지 및 청구원인을 변경하였음

☞ 원심은, 피고와 A는 당초 원고에 대하여 공동불법행위로 인해 위자료 4,000만 원을 배상할 부진정연대채무를 부담하였고, A가 그중 2,000만 원을 변제함에 따라 피고의 채무액도 그만큼 소멸하여 피고는 원고에게 나머지 2,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, 원심을 수긍하여 상고를 기각함

## 2024후10436 권리범위확인(특) (사) 파기환송

### [권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구의 허용 여부 등이 문제된 사건]

◇1. 특허권의 권리범위 확인심판에서 심판청구의 대상이 되는 확인대상 발명의 특정 정도, 2. 적극적 권리범위 확인심판에서 확인대상 발명과 피심판청구인이 실시하고 있는 발명 사이에 동일성이 인정되어야 하는지(적극) 및 이들 발명이 사실적 관점에서 같다고 보이는 경우 그 동일성이 인정되는지(적극), 3. 후등록 특허발명을 확인대상 발명으로 하여 선등록 특허권의 권리범위에 속한다는 확인을 구하는 적극적 권리범위 확인심판청구가 허용되는지(원칙적 소극) 및 두 발명이 이용관계에 있는 경우 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구가 허용되는지(적극) / 권리범위 확인심판에서 확인의 이익 유무가 심판청구의 적법 요건으로서 법원의 직권조사사항인지(적극)◇

1. 특허권의 권리범위 확인심판을 청구할 때 심판청구의 대상이 되는 기술내용은 당해 특허발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되어야 한다. 그렇지만 그 특정을 위하여 대상물의 구체적인 구성을 전부 기재할 필요는 없고, 특허발명의 구성요소에 대응하는 부분의 구체적인 구성을 기재하면 된다. 또한 그 구체적인 구성의 기재도 특허발명의 구성요소와 대비하여 그 차이점을 판단함에 필요한 정도면 충분하다(대법원 1994. 5. 24. 선고 93후381 판결, 대법원 2004. 10. 14. 선고 2003후2164 판결 등 참조).

2. 특허권자가 심판을 청구하는 확인대상 발명이 특허권의 권리범위에 속한다는 내용의

적극적 권리범위 확인심판을 청구한 경우, 심판청구인이 특정한 확인대상 발명과 피심판청구인이 실시하고 있는 발명 사이에 동일성이 인정되지 아니하면, 확인대상 발명이 특허권의 권리범위에 속한다는 심결이 확정된다고 하더라도, 그 심결은 심판청구인이 특정한 확인대상 발명에 대하여만 효력을 미칠 뿐 실제 피심판청구인이 실시하고 있는 발명에 대하여는 아무런 효력이 없다. 이와 같이 피심판청구인이 실시하지 않고 있는 발명을 대상으로 한 적극적 권리범위 확인심판청구는 확인의 이익이 없어 부적법하여 각하되어야 한다(대법원 2003. 6. 10. 선고 2002후2419 판결 등 참조). 확인대상 발명과 피심판청구인이 실시하고 있는 발명의 동일성은 피심판청구인이 확인대상 발명을 실시하고 있는지 여부라는 사실 확정에 관한 것이므로 이들 발명이 사실적 관점에서 같다고 보이는 경우에는 그 동일성을 인정할 수 있다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011후2626 판결 등 참조).

3. 선등록 특허권자가 후등록 특허권자를 상대로 후등록 특허발명을 확인대상 발명으로 삼아 선등록 특허권의 권리범위에 속한다는 확인을 구하는 적극적 권리범위 확인심판청구는, 등록무효절차 이외에서 등록된 권리의 효력을 부인하는 결과가 되어 확인의 이익이 인정될 수 없으므로 원칙적으로 부적법하다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007후2766 판결, 대법원 2016. 4. 28. 선고 2013후2965 판결 등 참조). 다만 예외적으로 두 발명이 특허법 제98조에서 규정하는 이용관계에 있어 확인대상 발명의 등록의 효력을 부정하지 않고 권리범위의 확인을 구할 수 있는 경우에는 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판의 청구가 허용된다(대법원 2002. 6. 28. 선고 99후2433 판결, 대법원 2016. 4. 28. 선고 2015후161 판결 등 참조). 한편 권리범위 확인심판에서 확인의 이익 유무는 심판청구의 적법요건에 관한 것으로서 직권조사사항이므로, 법원은 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다고 하더라도 이미 제출된 자료들에 의하여 그 확인의 이익이 있는지 의심이 갈 만한 사정이 보인다면, 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.

☞ 원고들은 피고를 상대로 확인대상 발명이 이 사건 정정발명의 권리범위에 속한다고 주장하며 적극적 권리범위 확인심판을 청구하였고, 피고는 ❶ 확인대상 발명을 실시하고 있지 않고, ❷ 실시주장 발명은 피고의 특허발명과 동일하여 이 사건 심판청구는 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구에 해당하여 부적법하며, ❸ 확인대상 발명은 이 사건 정정발명의 권리범위에 속하지 않는다고 주장한 사안임

☞ 특허심판원은 피고가 확인대상 발명을 실시하고 있지 않고 확인대상 발명이 특정되지 아니하여 심판청구가 부적법하다고 보아, 위 ❷ 쟁점에 관해서는 판단하지 않은 채 심판청구를 각하하였음

☞ 원심은, 피고가 확인대상 발명을 실시하고 있고, 확인대상 발명도 특정되었다고 보아,

② 쟁점에 관해서는 판단하지 않은 채 특허심판원 심결을 취소하였음

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 설시하면서, 피고가 확인대상 발명을 실시하고 있고 확인대상 발명도 특정되기는 하였으나, 이 사건 심판청구가 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판청구에 해당할 경우, 확인대상 발명이 선등록 특허발명인 이 사건 제1항 정정발명과 이용관계에 있지 않다면 그 심판청구는 확인의 이익이 인정될 수 없어 부적법하다고 볼 소지가 있으므로, 원심으로서는 석명권을 적절히 행사하여 선등록 특허권자인 원고가 피고의 후등록 특허발명의 구체적인 실시 형태를 심판의 대상인 확인대상 발명으로 삼았는지, 확인대상 발명이 이 사건 제1항 정정발명과 이용관계에 있는지 여부 등에 관하여 당사자들의 주장·증명을 촉구한 다음, 그러한 당사자들의 주장·증명을 바탕으로 이 사건 심판청구가 확인의 이익이 있는지 여부를 판단하였어야 한다는 이유로, 확인대상 발명이 피고가 실시하고 있는 발명과 동일하고 이 사건 제1항 정정발명과 서로 대비할 수 있을 만큼 구체적으로 특정되었다고 판단한 다음, 권리 대 권리 간 적극적 권리범위 확인심판에서의 확인의 이익 유무에 관해서는 별다른 심리 없이, 심판청구를 부적법하다고 본 심결을 취소한 원심을 파기·환송함