



# 지방재정관련 판례

행정자치부

## 1. 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두7061 판결[채석허가신청불허가처분취소]

### 판결요지

구 산림법(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 개정되기 전의 것) 제90조의2 제6항 제3호 규정이 법문상 채석허가의 타당성 여부에 대한 판단 기준으로 '재해발생이 우려되는 등'을 명시하고 있고, 여기에서 '재해발생이 우려되는 등'이라 함은 산림의 보호·육성, 산림의 공익기능의 증진 등을 도모하여 국토의 보전에 이바지하고자 하는 같은 법의 입법목적과 같은 법 제90조의2 제6항 각 호의 채석허가 제한사유의 내용과 그 상호관계 등에 비추어 보면, 채석으로 인하여 재해발생이 우려되거나 그에 준하는 공익상 필요가 있는 경우를 말한다고 해석되므로, 위 제90조의2 제6항 제3호 규정이 채석허가의 타당성 여부에 대하여 그 판단 기준이나 범위를 설정함이 없이 전적으로 행정청의 판단에 일임한 것으로 그 규정이 불명확하다고 볼 수 없고, 또한 행정청으로 하여금 공익상 필요 외의 다른 사유로 채석허가를 거부할 수 있도록 규정한 것으로 볼 수 없으므로, 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

**【원고, 상고인】** 주식회사 ○○

**【피고, 피상고인】** ○○군수

**【원심판결】** 대전고법 2004. 6. 3. 선고 2003누900 판결

**【주 문】** 상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## 【이 유】

## 1. 구 산림법(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제90조의2 제6항 제3호가 헌법에 위반된다는 주장에 대하여

법 제90조의2 제1항은 산림 안에서 석재를 굴취·채취하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 바에 따라 시장·군수의 채석허가를 받아야 한다고 규정하고, 그 제6항은 시장·군수는 채석허가를 함에 있어서 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 하여서는 아니된다고 규정하며, 그 제3호(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)는 채석허가를 하여서는 아니되는 경우의 하나로서 ‘농림부령이 정하는 바에 따라 현지조사 및 주민의견을 수렴한 결과 재해발생이 우려되는 등 허가함이 타당하지 아니하다고 판단되는 경우’를 들고 있다.

이 사건 규정이 법문상 채석허가의 타당성 여부에 대한 판단 기준으로 ‘재해발생이 우려되는 등’을 명시하고 있고, 여기에서 ‘재해발생이 우려되는 등’이라 함은 산림의 보호·육성, 산림의 공익기능의 증진 등을 도모하여 국토의 보전에 이바지하고자 하는 법의 입법목적과 법 제90조의2 제6항 각 호의 채석허가 제한사유의 내용과 그 상호관계 등

에 비추어 보면, 채석으로 인하여 재해발생이 우려되거나 그에 준하는 공익상 필요가 있는 경우를 말한다고 해석되므로, 이 사건 규정이 채석허가의 타당성 여부에 대하여 그 판단 기준이나 범위를 설정함이 없이 전적으로 행정청의 판단에 일임한 것으로 그 규정이 불명확하다고 볼 수 없고, 또한 행정청으로 하여금 공익상 필요 외의 다른 사유로 채석허가를 거부할 수 있도록 규정한 것으로 볼 수 없으므로, 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.

## 2. 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여, 그 판시 사실을 인정한 다음, 원고가 채석허가를 신청한 ○○ ○○군 ○○면 ○○리 산 56-2 입야 347,108㎡ 중 46,200㎡(이하 ‘이 사건 신청지’라 한다)는 산 정상 부분으로서 ○○도립공원지구와 더불어 자연경관을 이루는 곳이므로 현상대로 보전할 가치가 있는 점, 이 사건 신청지의 위치와 주위 환경, 인근 채석장에 의한 피해상황 등을 고려하면, 이 사건 신청지의 채석으로 인하여 그 일대의 산림훼손이나 소음, 비

산면지 등이 더욱 심해질 것으로 예상될 뿐만 아니라, 그 소음, 비산먼지 등이 인근 마을에 그대로 미쳐 인근 주민의 주거·생활환경에 막대한 피해가 우려되는 점 등을 종합하면, 원고의 채석허가신청을 반려한 이 사건 처분으로 원고가 경제적인 손실을 입게 되더라도 그보다는 자연환경의 보전 및 인근 주민의 평온한 주거·생활환경의 보장 등 공익상 필요가 크다고 할 것이므로, 이 사건 처분에 재량권의 일탈·남용의 위법이 있다고 할 수 없다고 판단하였다.

원심의 설시에 일부 적절하지 아니한 점이 있으나, 이 사건 처분이 적법하다고 본 원심

의 결론은 정당한 것으로 수공이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위배에 의한 사실오인, 채석허가의 거부처분에 있어서의 재량권의 일탈·남용 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유의 주장 역시 이유 없다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 2. 대법원 2005.8.19. 선고 2004다49969 판결【공사대금】

### 판결요지

공사대금채권 자체가 하수급인에게 이전되거나 이로 인하여 소멸되는 것은 아닌 경우, 하수급인에게 하도급대금에 대한 직접지급청구권이 있다는 이유만으로 그 하도급대금에 상당하는 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권에 관한 채권양도가 있다고 보거나 그 공사대금채권에 대한 제3자의 압류 등 강제집행이 제한된다고 할 수는 없다.

【원고, 피상고인】 주식회사 ○○○○

【피고, 상고인】 ○○○○시 시설관리공단

【원심판결】 서울고등법원 2004. 8. 25. 선고 2003나54737 판결

【주 문】 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

**【이 유】**

상고이유를 본다.

**1. 기초사실**

원심은 그 채용 증거들을 종합하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

가. ○○종합건설산업 주식회사(이하 ‘○○건설’이라 한다)는 △△종합건설 주식회사(이하 ‘△△건설’이라 한다)와 함께 2001. 6. 27. 피고로부터 ‘서울 ○○지하도상가 개·보수 건축공사’(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)를 공사기간은 2001. 7. 1.부터 같은 해 11. 30.까지, 지체상금은 1일당 계약금액 1,000분의 1의 비율에 의한 금원, 대금은 금 1,367,240,000원으로 각 정하여 도급받아 위 공사를 진행하였다.

나. 원고는 2001. 8. 30. ○○건설로부터 이 사건 공사 중 석공사 부분을 공사기간은 A구역 2001. 9. 5.부터 같은 달 25.까지, B구역 2001. 11. 5.부터 같은 달 25.까지, 대금은 금 236,500,000원, 기성금은 1개월에 1회씩 지급받는 것으로 각 정하여 하도급받은 후(이하 ‘이 사건 하도급’이라 한다) 위 석공사

를 진행하였는데, ○○건설은 원고에게 위 공사대금의 지급을 보증하기 위한 보증서를 발급해 주지 아니하였다.

다. ○○건설은 피고로부터 2001. 8. 17. 선급금 299,200,000원, 같은 해 10. 23. 1차 기성금 172,374,000원(1차 기성청구금 중 선급금을 공제한 금원), 같은 해 11. 23. 2차 기성금 167,277,000원(2차 기성청구금 중 선급금을 공제한 금원)을 각 지급받았는데, 위 기성금 중 석공사에 관한 부분은 1차 기성금 중 27,865,765원, 2차 기성금 중 117,868,726원 상당이다.

라. ○○건설은 원고에게 공사대금의 일부로 2001. 10. 23. 금 30,000,000원, 같은 해 11. 13. 금 20,000,000원, 같은 해 11. 14. 금 50,000,000원, 같은 해 12. 11. 금 40,000,000원, 합계 금 140,000,000원을 지급하였고, 2001. 12. 18. 원고와의 사이에 위 석공사의 하도급대금을 금 325,600,000원으로 증액하는 것으로 합의하였다.

마. 한편, 피고는 2001. 11. 29. ○○건설, △△건설과 사이에 이 사건 공사의 공종별 설계변경으로 인한 대금의 증감에 따라 이 사건 총 공사대금 1,367,240,000

원을 금 1,362,386,300원으로 감액하는 합의를 하였다. 위 감액 합의 당시 원고가 하도급받은 석공사부분은 금 237,432원이 감액되었다.

바. 원고의 석공사 및 ○○건설의 이 사건 공사가 완료된 2001. 12. 31.경 피고의 ○○건설에 대한 미지급 공사대금은 금 287,571,684원이나, 그 중 ○○건설의 지체상금 28,719,110원(지체일수 31일)과 하자보수보증금 27,792,680원을 공제하면, 피고가 ○○건설에게 지급하여야 할 공사대금은 금 231,059,894원이 남게된다.

사. 소외 주식회사 ◇◇건설은 2001. 12. 20. ○○건설에 대한 공사대금채권 63,648,100원을 청구채권으로 하여 ○○건설의 피고에 대한 위 공사대금채권에 관하여 가압류결정을 받았고(서울지방법원 동부지원 2001카단 17860), 원고는 2002. 1. 17. ○○건설에 대한 공사대금채권 185,600,000원을 청구채권으로 하여 ○○건설의 피고에 대한 위 공사대금채권에 관하여 가압류결정을 받았으며(서울지방법원 동부지원 2002카합94), 그 후 ○○건설에 대한 채권자들 수인이 ○○건설의 피고에 대한 이 사건 공사대금채권에 관하여 수회에 걸쳐 압류 또는 가압

류결정을 받았다.

아. 한편, 원고는 2002. 1. 16.경 피고에게 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조, 같은 법 시행령 제4조 및 건설산업기본법 제35조, 공사계약일반조건 제43조의 규정에 따라 원고가 ○○건설로부터 지급받지 못한 위 석공사 잔대금 185,600,000원을 발주자인 피고가 직접 지급해 줄 것을 요청하였다.

자. 피고는 2002. 7. 24. ○○건설에게 지급하여야 할 공사잔대금 231,059,894원을 위와 같은 압류 및 가압류 등의 경합을 이유로 민사집행법 제248조 제1항에 의하여 공탁하였다.

## 2. 상고이유 제4점에 대하여

### 가. 원심의 사실인정 및 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은, (1) 그 채용 증거들을 종합하여, 피고와 ○○건설 사이의 이 사건 공사계약에 편입된 공사계약일반조건 제43조는 “계약담당공무원은 계약상대자(이 사건의 ○○건설)가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 건설산업기본법 등 관련 법령의 규정에 의하여 체결한 하도급 계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 계약상대자가 하수급인에게 제39조 및 제40조의 규정에 의한 대가

지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 하수급인에게 직접 지급하여야 한다. 제1호 : 하수급인이 계약상대자를 상대로 하여 받은 판결로서 그가 시공한 분에 대한 하도급대금지급을 명하는 확정판결이 있는 경우, 제2호 : 계약상대자가 파산, 부도, 영업정지 및 면허취소 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우, 제3호 : 하도급거래 공정화에 관한 법률 또는 건설산업기본법에 규정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우”라고 규정하고 있고, 위 공사계약 일반조건 제42조는 “계약상대자가 계약된 공사의 일부를 제3자에게 하도급하고자 하는 경우에는 건설산업기본법 등 관련 법령에 정한 바에 의하여야 한다”고 규정하고 있는 사실, ○○건설이 2001. 9. 29.경 발주자인 피고에게 이 사건 하도급계약사실을 통보하였으나, 피고는 2001. 10. 10.경 예정공정표 등 첨부서류의 미비를 이유로 위 통보를 반려한 사실, 원고는 ○○건설을 상대로 서울지방법원 동부지원 2002가합951호로 미지급하도급대금 지급청구의 소를 제기하여 2002. 4. 18. 위 법원으로부터 금 185,600,000원 및 그에 대한 지연손해금을 지급하라는 전부승소판결을 선고받아 그 무렵 확정된 사실, ○○건설은 건설산업기본

법 제34조 제2항에 규정한 내용에 따라 원고에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 함에도 불구하고 그 지급보증서를 제출하지 아니한 사실, 이 사건 하도급은 ○○건설이 전문공사부분인 석공사 부분을 석공사에 관한 전문건설업면허가 있는 원고에게 하도급을 준 것인 사실을 각 인정한 다음, (2) 건설산업기본법 제29조 제2항, 제5항에 의하면 ○○건설이 발주자에게 이 사건 하도급사실을 통보만 하면 되고 발주자인 피고의 승인을 받을 필요는 없는 것으로 규정되어 있으므로, 피고가 비록 통보를 반려하기는 하였으나 일단 ○○건설이 원고에 대한 하도급사실을 통보한 이상 이 사건 하도급은 공사계약일반조건 제43조에서 말하는 건설산업기본법의 규정에 의하여 체결한 하도급에 해당한다고 봄이 상당하다 할 것이어서, 공사계약일반조건 제43조 제1항 제1호 및 제3호에 따라 피고는 원고에게 하도급대금을 직접 지급할 의무가 있다고 판단하고, (3) 피고의 ○○건설에 대한 공사대금채무가 위 집행공탁으로써 소멸되었으므로 피고는 원고에게 하도급대금을 지급할 의무가 없다는 피고의 주장에 대하여, 피고가 하도급대금 직접지급의무가 성립한 후에 집행공탁을 하였으므로 그 집행공탁으로써 피고는 채무를 면할 수 없다고 하여, 위 주장을 배척하였다.

### 나. 이 법원의 판단

원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

원심이 판단한 바와 같이 하수급인인 원고가 도급인인 피고에게 직접 이 사건 하도급대금의 지급을 청구할 수 있는 권리가 인정된다고 하더라도 그 직접지급청구권은 도급인인 피고와 수급인인 ○○건설 사이의 약정인 공사계약일반조건에 근거한 것으로 그 권리의 내용과 범위 역시 피고와 ○○건설 사이의 약정에 따라 정하여지는 것이라고 할 것인데, 이 사건 공사계약에 편입된 공사계약일반조건(2001. 2. 10. 회계예규 2200.04-104-9)에 의하면 그 약정의 취지는 하수급인의 도급인에 대한 직접지급청구권의 행사에 의하여 도급인이 하수급인에게 하도급공사대금을 직접 지급함으로써 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권과 하수급인의 수급인에 대한 하도급공사대금채권이 동시에 정산·소멸되는 효과를 가져온다는 것일 뿐 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권 자체가 하수급인에게 이전되거나 이로 인하여 소멸되는 것은 아니라고 봄이 상당하므로, 하수급인에게 하도급대금에 대한 직접지급청구권이 있다는 이유만으로 그 하도급대금에 상당하는 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권에 관한 채권양도가 있다고

보거나 그 공사대금채권에 대한 제3자의 압류 등 강제집행이 제한된다고 할 수는 없다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다20083 판결, 2003. 4. 22. 선고 2001다20363 판결 참조).

따라서 이 사건에 있어서 피고가 민사집행법 제248조 제1항에 의하여 압류에 관련된 ○○건설의 피고에 대한 공사대금채권 전액을 공탁하였다면, 이로써 원고의 하도급대금 직접지급청구권에 기한 채권 등은 모두 소멸된 것으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은, 피고가 하도급대금 직접지급의무가 성립된 이후에 집행공탁을 하였으므로 그 집행공탁으로써 면책될 수 없다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 공사계약일반조건 제43조 제1항의 하도급대금 직접 지급청구권의 효력 및 민사집행법 제281조 제1항의 집행공탁에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

**3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.**

## 3. 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다21517 판결 [부당이득금]

## 판결요지

토지 소유자인 원고로부터 사원용 국민주택의 건축 및 분양업무를 위임받은 대한주택공사가 서울특별시에게 기존 도로를 사원용 국민주택부지로 사용하도록 승인해 줄 것을 의뢰하자 서울특별시가 이 사건 토지에 대한주택공사의 부담으로 새로운 도로를 개설하는 것을 조건으로 기존 도로를 사원용 국민주택부지로 사용하는 것을 승인하였고, 이에 대한주택공사가 원고의 토지사용승낙서를 첨부하여 서울특별시에게 국민주택 건축허가신청을 하여, 서울특별시가 현재 도로상의 허가된 건물 신축은 이 사건 도로 공사 완료 후 착수할 것을 조건으로 하여 건축허가를 하였으며, 이에 따라 이 사건 토지에 대한 분할 및 지목변경이 이루어지고, 대한주택공사가 직접 이 사건 토지에 대한 도로공사를 시행하여 도로를 개설하기에 이르렀다면, 원고로서는 사원용 국민주택의 건축을 위하여 관계관청의 허가조건을 받아들이고 이 사건 토지가 주민들의 통로로 제공되는 것까지도 용인한 것으로 보는 것이 옳을 것이고, 원고가 이미 도시계획법상 도로예정지로 지정되어 있던 이 사건 토지를 취득한 후 대한주택공사에 위임하여 그 일대의 토지에 원고의 사원용 국민주택을 건축하였고, 사원용 국민주택이 준공된 후 이 사건 토지가 사원용 국민주택 거주자 등의 통행에 제공되어 왔다면, 원고가 이 사건 토지를 소유하게 된 경위나 보유기간, 이 사건 토지의 분할 경위 및 이 사건 토지의 위치 등에 비추어서도 원고는 도로에 편입된 이 사건 토지에 대하여 사용수익권을 포기하거나 주민들에게 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여한 것으로 볼 수 있을 것이다.

**【원고, 피상고인】** ○○공사

**【피고, 상고인】** 서울특별시

**【원심판결】** 서울고법 2005. 3. 16. 선고 2004나23020 판결

**【주 문】** 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

**【이 유】**

1. 원심의 판단

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여, ○○ ○○동 494-3 전 625평에 대한 소유권을 이

전기 주식회사는 1960. 8. 29. 대한민국으로  
부터 서울 ○○구 ○○동 494-1 전 3,797평,

전반았는데, 원고는 1961. 6. 30. ○○전기 주식회사를 합병한 사실, 원고는 1962년 그 소유의 ○○동 494-1 전 3,797평 외 4필지에 총면적 12,536.3평 규모의 사원용 국민주택 154세대를 건립하기 위하여 대한주택공사에 위 사업과 관련된 건축 및 분양업무를 위임하고, 대한주택공사는 1962. 7. 31. 건설부장관으로부터 국민주택사업계획을 승인 받은 사실, 대한주택공사는 당시 도로로 사용되고 있던 토지(이하 “기존 도로”라 한다)를 국민주택부지로 사용하기 위하여 서울특별시시장에게 도시계획법상 도로로 예정되어 있었으나 도로로 개설되고 있지 않던 ○○동 494-3 전 625평 및 ○○동 494-1 전 3,797평 중 일부 토지에 도로를 축조해 달라고 신청하였으며, 서울특별시장은 1962. 8. ○○동 494-3 전 625평 및 ○○동 494-1 전 3,797평 중 일부에 새로 도로를 개설한다면 기존 도로 부분을 건축부지로 사용할 수 있다고 회신한 사실, 대한주택공사는 1962. 9. 경 원고의 토지사용승낙서를 첨부하여 서울특별시장에게 국민주택 건축허가신청을 하였고, 서울특별시장은 1962. 10. 12. “현재 도로상의 허가된 건물 신축은 계획도로 공사 완료 후 착수함”이라는 조건을 부가하여 건축을 허가한 사실, ○○동 494-1 전 3,797평은 1962. 11. 16. ○○동 494-1 전 3,030평, 494-5 전 2평, 494-6 전 765평으로 분

할되었고, 1962. 12. 4. ○○동 494-3 전 625평 및 ○○동 494-6 전 765평의 지목이 도로로 각 변경된 사실(이하 ○○동 494-3 도로 625평과 ○○동 494-6 도로 765평을 합하여 “이 사건 토지”라 한다), 원고는 1962. 12. 21. 국민주택부지로 사용될 예정이던 ○○동 494-1 전 3,030평 중 2,947평을 비롯하여 인근의 원고 소유 토지를 대한주택공사에 매도하였으며, 원고는 도로가 건설될 예정이었던 토지 중 ○○동 494-6 도로 765평에 대하여는 대한주택공사에게 1962. 11. 22.자로 범위 2,970평, 존속기간은 계약일로부터 20년으로 하는 지상권을 설정하여 준 사실, 대한주택공사는 도시계획에 따라 이 사건 토지에 폭 25m의 왕복 4차선 도로(이하 “이 사건 도로”라 한다)를 개설하였는데, 이 사건 도로는 국민주택 단지의 중앙을 가로지르도록 되어 있는 사실, 그 후 대한주택공사는 국민주택 154세대를 건설하고, 1963. 1. 4. 피고로부터 사용허가를 얻어 이를 분양한 사실, 피고는 그 후 이 사건 도로에 상하수관을 설치하고, 1994년경 아스팔트 덧씌우기 공사를 시행하는 등 이 사건 도로를 유지 및 관리하고 있는 사실, 원고는 위 지상권의 설정기간이 만료될 무렵인 1979년경부터 서울특별시 ○○구에 이 사건 토지에 대한 보상을 요청한 사실 등 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정 사실에 의

하면, 피고는 원고가 부당이득의 반환을 구하는 시점인 1997. 2. 23. 이전부터 아무런 권원 없이 이 사건 토지에 상하수관 매설공사 및 아스팔트 포장공사를 하여 이를 일반공중의 통행에 사용하는 등 도로로 점유·사용함으로써 그 차임 상당의 이익을 얻고, 이로 인하여 이 사건 각 토지의 소유자인 원고에게 동액 상당의 손해를 가하였다고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 토지에 대한 피고의 점유개시일 이후로서 원고가 구하는 1997. 2. 23.부터 현재까지 점유·사용으로 인한 부당이득을 반환할 의무가 있다고 판단하였다.

## 2. 피고의 도로 점유에 대하여

국가나 지방자치단체가 도로를 점유하는 형태는 도로관리청으로서의 점유와 사실상의 지배주체로서의 점유로 나누어 볼 수 있는바, 우선 사유지에 대하여 도로법에 의한 노선인정의 공고 및 도로구역의 결정이 있거나 도시계획법에 의한 도시계획사업의 시행으로 도로설정이 된 때에는 이 때부터 도로관리청으로서의 점유를 인정할 수 있고, 또한 이러한 도로법 등에 의한 도로설정행위가 없더라도 국가나 지방자치단체가 일반공중의 교통에 공용되지 않던 사유지상에 사실상 필요한 공사를 하여 도로로서의 형태를 갖춘

다음 그 토지를 일반공중의 교통에 공용한 때에는 이 때부터 그 도로는 국가나 지방자치단체의 사실상 지배하에 있는 것으로 보아 사실상 지배주체로서의 점유를 인정할 수 있다(대법원 1993. 8. 24. 선고 92다19804 판결, 2001. 4. 27. 선고 2001다7728 판결 등 참조).

그리고 지방자치단체가 도로를 사실상 지배하는 주체로서 점유하는 경우에는 도로의 노폭에 관한 특별시나 광역시와 자치구의 사무분장 등 도로의 유지·관리에 관한 특별시나 광역시 조례의 규정을 따져 볼 것도 없이, 지방자치법 제5조 제1항의 규정에 따라 지방자치법이 시행되기 전인 1988. 4. 30.까지는 특별시나 광역시가 그 점유 주체가 될 것이나, 지방자치법이 시행된 1988. 5. 1.부터는 그 점유 주체가 특별시나 광역시로부터 자치구에 당연히 이전된 것으로 보아야 한다(대법원 1997. 7. 22. 선고 96다14227 판결 참조).

그런데 기록에 의하면 이 사건 토지에 관하여는 도시계획법에 의한 도시계획사업의 시행으로 도로설정이 되었거나 도로법에 의한 노선인정의 공고 및 도로구역의 결정이 있어 피고가 도로관리청으로서 이 사건 토지를 점유하고 있는지, 아니면 사실상의 지배주체로서 점유하고 있는지 여부가 명확하지 아니하므로 우선 이 점에 관하여 살펴보고, 만약 피고가 사실상의 점유주체로서 점유하고 있다

면 1988. 5. 1.부터는 지방자치법의 시행으로 점유주체가 관할 자치구로 바뀌었다고 할 것이므로 이 점에 관하여도 심리를 하여야 할 것임에도, 원심이 이에 이르지 아니한 채 판시와 같은 이유만으로 피고를 이 사건 도로의 점유주체로 단정한 것은 심리를 제대로 하지 아니한 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 독점적이고 배타적인 사용수익권의 포기에 대하여

어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 사용되고 있는 경우, 그 토지의 소유자가 스스로 그 토지를 도로로 제공하여 인근 주민이나 일반 공중에 게 무상으로 통행할 수 있는 권리를 부여하였거나 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기한 것으로 의사해석을 함에 있어서는 그가 당해 토지를 소유하게 된 경위나 보유 기간, 나머지 토지들을 분할하여 매도한 경위와 그 규모, 도로로 사용되는 당해 토지의 위치나 성상, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 가지 사정과 아울러 분할·매도된 나머지 토지들의 효과적인 사용·수익을 위하여 당해 토지가 기여하고 있는 정도 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2000. 5. 12. 선고

98다59262 판결 등 참조).

원심은, 국민주택건설사업의 시행자인 대한주택공사가 국민주택 중 일부 건물의 통로를 위하여 이 사건 각 토지에 사도를 축조하여 무상으로 도로로 제공하였고, 원고도 자신의 사원용 국민주택건설사업을 위하여 이러한 사실을 잘 알고 이 사건 각 토지에 대한 토지사용승낙서를 발급하여 주는 등 이 사건 각 토지를 무상으로 도로로 사용하도록 하였으므로, 이 사건 각 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다는 피고의 주장에 대하여, 이 사건 토지는 대한주택공사가 이를 도로로 조성하기 이전부터 도시계획상 폭 25m의 도로예정지로 지정되어 있던 점, 원고가 위와 같이 토지사용승낙한 이유는 대한주택공사가 서울특별시장에게 국민주택 건설을 위하여 기존 도로를 국민주택부지로 사용할 수 있도록 승인을 요청하자 서울특별시장이 이 사건 토지에 대한주택공사의 부담으로 새로운 도로를 개설하는 것을 조건으로 기존 도로를 국민주택부지로 사용하는 것을 승인하고, 이를 조건으로 국민주택의 건축허가를 하였기 때문이었던 점, 원고가 1962. 12. 21. 국민주택이 건설될 토지 부분을 대한주택공사에게 모두 매도하였음에도, 도로가 건설될 예정이었던 ○○동 494-6 토지에 대하여는 대한주택공사에 매도하지 않고 대신 1962. 11. 22. 대한주택공

사에게 범위 2,970평, 존속기간은 계약일로부터 20년으로 하는 지상권을 설정하여 준 점, 위 지상권의 존속기간이 만료될 무렵인 1979년경부터 원고가 지속적으로 서울특별시 ○○구에 이 사건 토지에 대한 보상을 요청한 점, 이 사건 도로가 폭이 25m나 되는 왕복 4차선 도로인 점에 비추어 볼 때 원고가 무상으로 이 사건 토지를 도로로 제공하였다거나 장차 일반 공중의 통행에 제공하기 위하여 이에 대한 배타적인 사용수익권을 포기하였다고 볼 수 없다는 이유로 피고의 주장을 배척하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

원심이 확정된 바와 같이 원고로부터 사원용 국민주택의 건축 및 분양업무를 위임받은 대한주택공사가 서울특별시시장에게 기존 도로를 사원용 국민주택부지로 사용하도록 승인해 줄 것을 의뢰하자 서울특별시장이 이 사건 토지에 대한주택공사의 부담으로 새로운 도로를 개설하는 것을 조건으로 기존 도로를 사원용 국민주택부지로 사용하는 것을 승인하였고, 이에 대한주택공사가 원고의 토지사용승낙서를 첨부하여 서울특별시시장에게 국민주택 건축 허가신청을 하여, 서울특별시장이 현재 도로상의 허가된 건물 신축은 이 사건 도로 공사 완료 후 착수할 것을 조건으로 하여 건축허가를 하였으며, 이에 따라 이 사건 토지에 대한

분할 및 지목변경이 이루어지고, 대한주택공사가 직접 이 사건 토지에 대한 도로공사를 시행하여 도로를 개설하기에 이르렀다면, 원고로서는 사원용 국민주택의 건축을 위하여 관계관청의 허가조건을 받아들이고 이 사건 토지가 주민들의 통로로 제공되는 것까지도 용인한 것으로 보는 것이 옳을 것이다.

그리고 원심이 확정된 바와 같이 원고가 이미 도시계획법상 도로예정지로 지정되어 있던 이 사건 토지를 취득한 후 대한주택공사에 위임하여 그 일대의 토지에 원고의 사원용 국민주택을 건축하였고, 사원용 국민주택이 준공된 후 이 사건 토지가 사원용 국민주택 거주자 등의 통행에 제공되어 왔다면, 원고가 이 사건 토지를 소유하게 된 경위나 보유기간, 이 사건 토지의 분할 경위 및 이 사건 토지의 위치 등에 비추어서도 원고는 도로에 편입된 이 사건 토지에 대하여 사용수익권을 포기하거나 주민들에게 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여한 것으로 볼 수 있을 것이다.

원고가 이 사건 토지에 대하여 사용수익권을 포기하거나 주민들에게 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하였다면 원고는 이 사건 토지에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익을 할 수는 없는 것이고, 따라서 그 점유로 인하여 원고에게 어떠한 손해가 생긴다고는 할 수 없을 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 판시와 같은 이유만으로 원고가 이 사건 토지에 대하여 사용수익권을 포기하거나 주민들에게 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하였다고 볼 수 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 사용수익권의 포기에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

### 4. 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결 [○○○학교급식조례재의결무효확인]

#### 판결요지

특정 지방자치단체의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식을 위해 위 지방자치단체에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품(이하 '우수농산물'이라고 한다)을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하는 위 지방자치단체의 조례안이 내국민대우원칙을 규정한 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)에 위반되어 그 효력이 없다.

**【원 고】** ○○북도교육감

**【피 고】** ○○북도의회

**【변론종결】** 2005. 6. 24.

**【주 문】** 피고가 2003. 12. 16.에 한 '○○북도 학교급식 조례안'에 대한 재의결은 그 효력이 없다. 소송비용은 피고가 부담한다.

## 【이 유】

## 1. 기초사실

갑 제1호증의 1 내지 갑 제5호증의 1, 2, 3, 갑 제6호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가. 피고가 2003. 10. 30. 주문기재 조례안(이하 ‘이 사건 조례안’이라 한다)을 의결하여 원고에게 이송하고, 원고는 같은 해 11. 14. 이 사건 조례안이 ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’(General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 이하 ‘GATT’라 한다) 제3조 제1항, 제4항 등에 위반된다는 이유로 피고에게 재의를 요구하였으나, 피고는 같은 해 12. 16. 이 사건 조례안을 원안대로 재의결함으로써 이 사건 조례안은 확정되었다.

나. 이 사건 조례안은 먼저 ○○북도에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품을 ‘우수농산물’이라고 정의한 다음(제3조 제2항), ○○북도의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식에 우수농산물을 사용하도록 지도·지원함으로써 급식의 안정성과 질을 높여 성장기 학생의 건전한 심신의 발달을 도모함을 물론 전통 식

문화에 대한 이해의 증진과 식생활 개선 및 ○○북도 지역 농산물의 소비촉진과 안정된 수급조절에 이바지함을 그 목적으로 하고(제1조), 이를 위하여 교육감은 안전하고 질 높은 학교급식을 위해 우선적으로 우수농산물을 사용하도록 하되(제6조 제1항), 도지사과 교육감은 학교급식에 우수농산물을 사용하는 지원대상자에게 식재료의 일부를 현물로 지급하거나 식재료 구입비의 일부를 지원하도록 하며(제4조 제2항, 제6조 제2, 3항), 지원금을 교부받은 지원대상자는 지원금을 지원교부결정 내용에 따라 우수농산물 구입에 사용하여야 하고(제9조), 교육감은 지원대상자가 지원금을 지원목적 외에 사용한 경우 즉시 그에 상응하는 조치를 취하는 등 지도·감독의무를 이행하도록 하는 것(제11조)을 주요 내용으로 하고 있다.

## 2. 본안전 항변에 대한 판단

가. 이 사건 조례안이 GATT 제3조 제1항, 제4항 등에 위반된다는 이유로 그 무효확인을 구하는 원고의 이 사건 소에 대하여, 피고는 ‘세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정’(Agreement

Establishing the WTO, 이하 ‘WTO 협정’이라 한다) 부속서 2 ‘분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해각서’ (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute, 이하 ‘DSU’라 한다) 제23조 제1항, 제2항 (a)에 의하여 WTO협정에 대한 위반 여부에 대한 판정은 WTO 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body)만이 재판권을 갖도록 하고 있으므로 이 사건 소는 재판권이 없는 대법원에 제기된 부적법한 소라고 항변한다.

나. 그러나 재판권관할에 관한 DSU 제23조 제1항, 제2항 (a)는 WTO협정의 체약국들(the Contracting parties) 사이에서 효력을 가질 뿐이므로 체약국이 아닌 광역지방자치단체 의회인 피고가 제정한 이 사건 조례안이 GATT 제3조 제1항, 제4항 등에 위반되는지 여부를 따지는 이 사건에는 적용되지 아니한다고 할 것이어서 DSU 제23조가 이 사건에 적용됨을 전제로 하는 피고의 위 항변은 이유 없다.

### 3. 본안에 대한 판단

가. GATT는 1994. 12. 16. 국회의 동의를

얻어 같은 달 23. 대통령의 비준을 거쳐 같은 달 30. 공포되고 1995. 1. 1. 시행된 조약인 WTO협정(조약 1265호)의 부속 협정(다자간 무역협정)이고, ‘정부조달에 관한 협정’ (Agreement on Government Procurement, 이하 ‘AGP’라 한다)은 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 1997. 1. 3. 공포·시행된 조약(조약 1363호, 복수국가간 무역협정)으로서 각 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다고 할 것이다.

나. 그러므로 먼저 이 사건 조례안이 GATT 제3조 제1항, 제4항에 위반되는지 여부를 살펴본다.

GATT 제3조 제1항은 “체약국은 ... 산품(products)의 국내판매, 판매를 위한 제공, 구매, 수송, 분배 또는 사용에 영향을 주는 법률, 규칙 및 요건...은 국내 생산을 보호하기 위하여 수입산품(imported products) 또는 국내산품(domestic products)에 대하여 적용하여서는 아니 된다는 것을 인정한다.”고 규정하고, 제3조 제4항은 “체약국 영역의 산품으로서 다른 체약국의 영역에 수입된 산품은 그 국내에서의 판매, 판

매를 위한 제공, 구입, 수송, 분배 또는 사용에 관한 모든 법률, 규칙 및 요건에 관하여 국내 원산의 동종 산품에 부여하고 있는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여하여야 한다는 것을 인정한다.”라고 규정하고 있는바, 위 각 규정에 의하면, 수입산품의 국내판매에 불리한 영향을 주는 법률, 규칙 및 요건 등이 국내생산을 보호하기 위하여 수입산품 또는 국내산품에 적용되어서는 아니 되고, 수입국이 법률, 규칙 및 요건에 의하여 수입산품에 대하여 국내의 동종물품에 비해 경쟁관계에 불리한 영향을 미칠 수 있는 차별적인 대우를 하여서는 안 된다고 해석된다.

그런데 앞서 거시한 이 사건 조례안의 각 조항은 학교급식을 위해 우수농산물, 즉 전라북도에서 생산되는 우수농산물 등을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하고 있으므로 결국 국내산품의 생산보호를 위하여 수입산품을 국내산품보다 불리한 대우를 하는 것으로서 내국민대우원칙을 규정한 GATT 제3조 제1항, 제4

항에 위반된다고 할 것이다.

다. 이에 대하여, 피고는 이 사건 조례안은 학교급식의 질적 개선을 통한 성장기 학생의 건전한 심신의 발달의 도모와 전통 식문화에 대한 이해의 증진 및 식생활 개선이라는 목적과 그를 달성하기 위한 수단인 하나로 안전성이 검증된 우수농산물을 사용하도록 하겠다는 것이 수입농산물을 국내농산물보다 불리한 대우를 하겠다는 것이 아니므로 내국민대우원칙을 규정한 GATT 제3조 제1항, 제4항에 위반되지 않는다고 주장한다.

그러나 이 사건 조례안이 원고 주장과 같은 정책목적을 가지고 있다 하더라도 그러한 정책목적을 달성하기 위한 수단이 내국민대우원칙을 위반하여 외국농산물을 국내농산물보다 불리하게 대우한 이상 내국민대우원칙을 규정한 GATT 제3조 제1항, 제4항의 적용이 배제된다고 할 수 없다. 이 점에 관한 피고의 위 주장은 이유 없다.

라. 또한, 피고는 ○○북도가 식재료를 현물로 조달하거나 식재료 구입비를 지원하는 것을 내용으로 한 이 사건 조례안의 위 규정들은 GATT 제3조 제8항 (a)에서 예외사항으로 규정하고 있는 정부기관이 정부용으로 구매하는 물품에 해

당하여 내국민대우원칙을 규정한 GATT 제3조 제1항, 제4항에 위반되지 않는다고 항변한다.

살피건대, GATT 제3조 제8항 (a)는 ‘본 조의 규정은 상업적 재판매를 위하여서나 상업적 판매를 위한 재화의 생산에 사용하지 아니하고 정부기관이 정부용으로 구매하는 상품의 조달을 규제하는 법률, 규칙 또는 요건에는 적용되지 아니한다.’는 취지로 규정하고 있는 바, 위 규정은 정부기관이 정부용으로 상품을 구매하는 경우에 그 구매에 관하여는 내국민대우원칙을 적용하지 않겠다는 취지에 불과하므로, 이 사건과 같이 정부가 국내산품을 구매하는 자를 선별하여 지원하는 경우에 적용될 수 있는 것이 아니라고 할 것이다.

더구나 AGP 제1, 2, 3조 및 한국양허표 부속서 2에 의하면, 광역지방자치단체의 경우 내국민대우원칙의 적용이 배제되는 정부조달은 조달금액이 20만 SDR 미만의 물품계약에 한하도록 규정되어 있으므로, 광역자치단체인 전라북도가 구매하거나 지원하는 식재료의 금액에 대하여 아무런 제한을 두지 않고 있는 이 사건 조례안 제4조 제2항, 제6조 제2항, 제3항은 정부용으로 구매할 때 적용하는 경우에도 AGP 제3조

소정의 내국민대우원칙에 위반된다고 할 것이다.

따라서 피고의 위 항변 역시 받아들일 수 없다.

마. 그렇다면 원고의 다른 주장에 관하여 더 나아가 판단할 것도 없이 이 사건 조례안 중 일부가 위법한 이상 이 사건 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 할 것이므로, 그 재의결의 효력 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원고의 이 사건 청구를 인용하고, 소송비용은 패소자인 피고가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다. ☺