

지방재정관련 판례

1. 대법원 2004. 5. 13. 선고 2003다61368 판결 [소유권말소등기]

【판결요지】

지방자치단체가 공용으로 사용하기 위하여 다른 지방자치단체로부터 지방재정법에 따라 양여를 받아 목적 토지의 점유를 취득한 경우 설사 그것이 타인의 토지의 양여에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 양여를 받은 지방자치단체가 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 양여를 한 지방자치단체에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 양여받았다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되지 않는 한, 그 사실만으로 바로 그 양수인의 점유가 소유의 의사가 있는 점유라는 추정이 깨어지는 것이라고 할 수 없다.

【원고, 피상고인겸상고인】 서○○ 외 2인

【피고, 상고인겸피상고인】 ○○도

【주 문】 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울 고등법원에 환송한다. 원고들의 상고를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 피고의 상고이유에 대한 판단

원심은, 피고의 취득시효항변, 즉 피고가 ○○시로부터 1967.경 ○○시 ○○구 ○○로 3가 1-1 대 37,323㎡로 합병되기 전의 구 ○○로 3가 2 대 1,817㎡와 구 ○○로 3

가 3-1 대 1,802㎡(위 2필지의 토지를 합하여 이하에서는 ‘이 사건 토지’라 한다)를 양여받아 현재까지 도청부지로 사용하면서 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 왔으므로 그 때로부터 20년이 되는 1987.경 이 사건 토지의 소유권을 시효취득하였다는 항변에 대하여, 그 채용한 증거들에 의하여 인정되는 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 ○○시로부터 제공받아 도청부지의 일부로 사용하는 이 사건 토지를 양여받으려다가 미등기토지인 관계로 소유명의를 넘겨받을 수 없게 되자 수원시 명의로 등기되어 있던 나머지 토지들만 양여받았을 뿐 이 사건 토지는 양수대상에서 제외하여 양여받지 아니하였고, 설령 이 사건 토지도 양여받았다고 하더라도, 피고는 ○○시가 이 사건 토지의 진정한 소유자가 아니라는 사실을 잘 알면서 ○○시로부터 양여받아 점유를 개시한 것에 불과하므로, 자주점유의 추정은 깨어졌다고 판단하여 이를 배척하였다.

그러나 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

(1) 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단 점유한 것임이 입증된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이어서 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어지지만(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체

판결 참조), 지방자치단체가 공용으로 사용하기 위하여 다른 지방자치단체로부터 지방재정법에 따라 양여를 받아 목적 토지의 점유를 취득한 경우 설사 그것이 타인의 토지의 양여에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 양여를 받은 지방자치단체가 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 양여를 한 지방자치단체에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 양여받았다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되지 않는 한, 그 사실만으로 바로 그 양수인의 점유가 소유의 의사가 있는 점유라는 추정이 깨어지는 것이라고 할 수 없다(대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체 판결 참조).

(2) 기록에 의하면, ○○시는 1958. 경부터 공설운동장 부지로 사용하던 토지를 1967. 피고에게 도청부지로 사용하도록 무상으로 제공하여 피고가 1967. 6. 23. ○○도위치변경에관한법률에 따라 도청을 위 토지로 이전하게 된 사실, 피고는 1967. 9. 9. ○○시에게 피고가 도청부지로 사용하고 있는 토지에 대한 소유관계를 조사하여 보고할 것을 지시하였고, ○○시는 1967. 9. 28. 위 토지 전부는 ○○시가 매입하여 취득한 ○○시의 소유인데, 다만 그 중 일부토지만 ○○시 앞으로 등기가 되어 있고, 나머지 토지는 미등기이거나 아직 제3자 앞으로 등기가 남아 있다고 회신한 사실(을 제1호증의 1, 2), 피고는 1967. 11.경 ○○시에게 구

지방재정법시행령(1970. 8. 20. 대통령령 제 5277호로 개정되기 전의 것) 제68조 제1항 제1호의 “잡종재산은 그 지방자치단체의 구역 안에 있는 지방자치단체에서 공공용 또는 공용으로 사용하기 위하여 필요할 때 양여할 수 있다.”는 규정에 근거하여 위 토지 전부를 양여해 줄 것을 요청한 사실(을 제2호증의 1, 2), 이에 ○○시는 1967. 12. 22. 피고에게 ○○시 소유의 위 토지를 양여하는 것은 중요재산의 처분에 관한 사항에 해당하므로 구 지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문 개정되기 전의 것) 제19조 제6항, 구 지방자치에관한임시조치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 폐지되기 전의 것) 제10조에 의하여 ○○도지사의 승인을 얻어 양여하겠다고 회신한 다음(을 제3호증의 1), ○○도지사에게 승인을 요청하였고, 1967. 12. 27. ○○도지사가 승인을 하였다고 ○○시장에게 통첩을 하라는 ○○도의 행정결제가 이루어진 사실(을 제11호증의 5), ○○시가 1968. 1. 26. 피고에게 “시유재산 양여”라는 제목으로 양여대상토지에 대한 등기부등본과 토지대장등본 등을 송부하였는데, 이 사건 토지에 대하여도 ○○시가 아직 소유명의를 취득하지 못한 미등기토지이기는 하나 ○○시가 토지대장상의 소유명의자인 소외 ○○으로부터 매수하여 현재는 ○○시 소유임을 증명한다는 내용의 관련 서류를 송부한 사실(을 제4호증의 1, 2)을 알 수 있다. 그런데 원심이 들고 있는 사정, 즉 그 당시 이 사건 토지에 관하여 피고 앞으로 양여를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐지지 않았고, 당시 ○○도지사와 ○○시장이

기명날인한 정식의 양여계약서를 제출하지 못하고 있는 사정 등을 감안하더라도, 위에서 인정한 사실관계에서 알 수 있는바와 같이, ○○시는 공설운동장 부지를 피고에게 제공할 당시에 그 전부를 양여할 의사를 가지고 있었다고 보이고, 피고의 입장에서도 도청부지 전부를 양여받으면서 그 일부에 해당하는 이 사건 토지를 양여대상에서 제외할 만한 합리적인 이유가 없는 점, ○○시와 피고 사이에 당시에 오고간 공문의 내용을 살펴보면, 이 사건 토지를 포함한 도청부지 전부를 양여대상물건으로 취급하면서 양여양수하는 절차가 진행된 것으로 보이고, 특히 1968. 1. 26.자 ○○시 공문에서는 “시유재산 양여”라는 제목하에 이 사건 토지를 포함한 도청부지 전체를 양여하였음을 전제로 이 사건 토지가 ○○시 소유임을 증명할 수 있는 서류도 함께 송부한 것으로 보이는 점에다가 피고가 1967. 6. 23. 도청을 옮긴 후 현재까지 약 36년 동안 계속하여 이 사건 토지를 도청부지로 점유·사용해 오고 있으며, ○○시도 이에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않고 있는 점을 더하여 보면, ○○시가 피고에게 도청부지를 양여할 때 그 일부를 이루는 이 사건 토지도 같이 양여하였다고 보아야 할 것이다.

(3) 또한, 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고가 ○○시로부터 도청부지를 양여받을 당시 ○○시가 피고에게 제공한 토지는 전부 ○○시가 매입하여 취득한 토지들이고 단지 일부 토지에 대하여 소유명의를 미처 정리하지 못하여 미등기이거나 제3자 앞으로 등기가 되어

있는 토지가 남아 있을 뿐이며, 이 사건 토지도 아직 ○○시 앞으로 소유권이전등기를 하지 못하였으나, ○○시가 토지대장상의 소유명의자인 소외 껍○○으로부터 매수하였는데 껍○○이 행방불명이라서 소유권이전등기를 하지 못하고 있을 뿐이고 ○○시가 취득한 ○○시의 소유임이 분명한다는 내용의 관련 서류를 송부한 바 있고 그러한 자료에 특별한 의문점이 없었던 점, ○○시는 이 사건 토지를 1958.경부터 공설운동장으로 사용하면서 마치 자기의 소유물처럼 배타적인 점유를 하고 있었고, 공설운동장 부지의 상당부분은 이미 ○○시 앞으로 등기가 되어 있었던 점, 피고가 ○○시로부터 도청부지를 양여받는 절차를 진행하면서 오고간 공문의 내용에 비추어 이 사건 토지는 ○○시의 소유임을 전제로 양여절차가 진행된 점 등을 종합하여 보면, 비록 이 사건 토지에 관하여 ○○시 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지지 않았다고 하더라도, 피고가 이 사건 토지를 양여받아 점유를 개시할 당시 ○○시에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이 사건 토지를 양여받아 무단점유한 것이라고는 보기 어렵고, 원심이 들고 있는 사정, 즉 피고가 ○○시로부터 매매계약서 등 객관적인 증명자료를 받지 못하였고, 피고가 1991. 무주부동산공고를 할 때까지 이 사건 토지의 소유권이전등기에 필요한 아무런 조치를 취하지 못하다가 1992.경에 비로소 이 사건 토지에 대한 사정명의자인 망 서○○를 상대로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행청구의 소를 제기하였다

는 점 등만으로는 피고의 자주점유의 추정 이 깨졌다고 하기도 어려우며, 수원시가 피고에게 이 사건 양여 당시에 시행되던 구 지방재정법시행령의 규정을 위반하여 이 사건 토지를 양여하였다고 하더라도, 피고가 이 사건 양여를 받을 당시 양여가 유효하다고 믿고서 점유를 개시한 이상 이로 인하여 피고의 자주점유가 반복되는 등으로 시효취득에 영향을 미치는 것은 아니라 할 것이다.

(4) 그럼에도 불구하고, 이와 달리 판단한 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 자주점유 추정의 반복에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 원고들의 상고이유에 대한 판단

피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기임을 전제로 하는 원고들의 이 사건 부당이득반환청구를 받아들일 수 없는 이상 그 부당이득액의 산정이 부당하게 과소하다는 취지의 원고들의 상고이유의 주장은 모두 이유 없으므로 받아들이지 아니한다.

3. 그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하여 이 부분 사건을 원심법원에 환송하고, 원고들의 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

2. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다69652 판결〔손해배상(기)〕

【판결요지】

피해자가 입은 손해가 통상의 손해와는 달리 특수한 자연적 조건 아래 발생한 것이라 하더라도 가해자가 그와 같은 자연적 조건이나 그에 따른 위험의 정도를 미리 예상할 수 있었고 또 과도한 노력이나 비용을 들이지 아니하고도 적절한 조치를 취하여 자연적 조건에 따른 위험의 발생을 사전에 예방할 수 있었다면 그러한 사고방지 조치를 소홀히 하여 발생한 사고로 인한 손해배상의 범위를 정함에 있어서 자연력의 기여분을 인정하여 가해자의 배상범위를 제한할 것은 아니다.

【원고, 피상고인】 최○○ 외 2인

【피고, 상고인】 ○○○○시 ○○구

【주문】 상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

【이유】

○ 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 ‘공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때’라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것인바, 여기서 ‘법령에 위반하여’라고 하는 것은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체,

재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이며(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결 참조), 이는 지방자치단체와 그 소속 공무원에 대하여도 마찬가지라 할 것이다.

원심은, 그 채용 증거들에 의하여 그 판시 사실을 인정한 다음, 피고 소속 공무원들에게는 자연재해대책법 제36조, 제39조, 제42조의 규정에 따라 폭우로 인하여 차도 또는 하수도가 침수되어 인근 건물 내의 인명 또는 재산 피해가 예상되는 경우 침수의 방지, 통제, 퇴거 등의 조치를 취하고, 재해 비상발령이 내려진 상황에서 신속하게 ○○시재해대책본부로부터 지시 받은 조치를 시행하거나 방재책임자 등에게 이를 알리는 등 재해방지에 필요한 적절한 조치를 신속히 취하여야 할 의무가 있고, 그 의무 위반 행위는 국가배상법 제2조 제1항 소정의 ‘법령 위반’에 해당한다는 취지로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와

같은 판단은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 자연재해대책법 소정의 공무원의 의무의 성질 및 불법행위의 성립요건에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

○ 원심의 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고 소속 공무원들이 재해방지에 필요한 적절한 조치를 신속히 취하였더라면 망인이 이 사건 사고 장소에서 탈출하거나 구조될 수 있는 충분한 시간적 여유가 있었다고 보여지므로, 피고 소속 공무원들의 위와 같은 의무위반행위와 망인의 사망 사이에 상당인과관계를 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 판단누락이나 상당인과관계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

○ 불법행위에 기한 손해배상사건에 있어서 피해자가 입은 손해가 자연력과 가해자의 과실이 경합되어 발생한 경우 가해자의 배상범위는 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 손해발생에 대하여 자연력이 기여하였다고 인정되는 부분을 공제한 나머지 부분으로 제한하여야 함이 상당하나, 다만 피해자가 입은 손해가 통상의 손해와는 달리 특수한 자연적 조건 아래 발생한 것이라 하더라도 가해자가 그와 같은 자연적 조건이나 그에 따른 위험의 정도를 미리 예상할 수 있었고 또 과도한 노력이나 비용을 들이지 아니하고도 적절한 조치를 취하여 자연적 조건에 따른 위험의 발생을 사전에 예방할 수 있었다면 그러한 사고방지 조치를 소홀

히 하여 발생한 사고로 인한 손해배상의 범위를 정함에 있어서 자연력의 기여분을 인정하여 가해자의 배상범위를 제한할 것은 아니다(대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734 판결 등 참조).

위와 같은 법리 및 원심의 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고의 배상범위가 불가항력적인 자연력이 가공된 부분을 공제한 나머지 부분으로 제한되어야 한다는 피고의 주장에 대하여 판단을 누락한 잘못이 있기는 하나, 피고가 자연적 조건이나 그에 따른 위험의 정도를 미리 예상할 수 있었고 또 과도한 노력이나 비용을 들이지 아니하고도 적절한 조치를 위하여 자연적 조건에 따른 위험의 발생을 사전에 예방할 수 있었다고 보여지므로 이 사건의 경우 손해배상의 범위를 정함에 있어서 자연력의 기여분을 인정하여 피고의 배상범위를 제한할 것은 아니라 할 것이어서, 원심의 위와 같은 잘못으로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수는 없다. 따라서 원심판결에 자연력의 기여분의 공제에 관한 법리를 오해한 위법이나 판단누락의 위법이 있다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

한편, 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 과실이 있는 경우에 그 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속하는 것인바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 피해자에 대한 과실비율의 평가가 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하

다고는 인정되지 아니하므로, 원심판결에 과실상계에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장 또한 받아들일 수 없다.

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

3. 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다14495 판결〔부당이득금〕

【판결요지】

공유재산의 무단점유로 인한 변상금징수권은 공법상의 권리의무를 내용으로 하는 것으로서 사법상의 채권과는 그 성질을 달리하는 것이므로 위 변상금징수권의 성립과 행사는 지방재정법의 규정에 의하여서만 가능한 것이고 제3자와의 사법상의 계약에 의하여 그로 하여금 변상금채무를 부담하게 하여 이로부터 변상금징수권의 종국적 만족을 실현하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이다.

【원고, 상고인】 ○○제1구역주택개량재개발조합

【피고, 피상고인】 ○○○○시

【주문】 원심판결 중 1995. 11. 1.부터 1998. 4. 30.까지의 무단점유를 원인으로 한 변상금에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고의 나머지 상고를 기각한다.

【이유】

1. 원심의 인정 사실

원심은 다툼 없는 사실과 채택 증거에 의하여, 원고는 ○○ ○○구 ○○동 266 일대 201,874㎡를 사업시행구역으로 한 도시재개발사업을 추진할 목적으로 위 구역 주민 1,973명으로 구성된 주택개량재개발조합으로서, 1994. 11. 26. ○○○○시 ○○구청장으로부터 조합의 설립 및 주택개량재개발

사업의 시행을 인가받은 사실, ○○○○시공유재산관리조례에 따라 ○○○○시장으로부터 시유재산의 관리처분사무를 위임받은 ○○구청장은 1995. 10. 31. 원고의 일부 조합원들에 대하여 지방재정법 제87조 및 같은 법시행령 제105조를 적용하여 이들이 1990. 11. 1.부터 1995. 10. 31.까지 위 구역 내에 있는 ○○ ○○구 ○○동 266-4 등 피고 소유의 토지 893건 합계 29,937㎡를 무단점유하였다는 이유로 합계 1,224,457,610원의 변상금(이하 '1차 변상금'이라 한다) 부과처분을 한 사실, 한편 ○○구청은 1998. 5.경 원고가 ○○구청장에게 주택개량재개발조합 아파트 신축공사의 착공신고서를 제출하자 원고에게 변상금을 먼저 해결할 것을 요구하였고, 이에 원고가 1998. 5. 2.경 위 아파트 신축공사의 시공사인 ○○건설 주식회사에 국·공유지 사용료 및 변상금 처리를 위

한 자금으로 25억여 원의 대여를 요청하였다가 ○○건설 주식회사로부터 자금사정 악화로 전액 대여가 불가능하다는 답변을 받고 다시 ○○구청에 변상금을 3회에 걸쳐 분납할 수 있도록 해 줄 것을 요청하자, ○○구청장은 1998. 5. 19. 원고에 대하여 1차 변상금 중 미납된 749,629,660원을 3회 분납할 수 있도록 하여 이를 고지하는 한편, 원고 및 그 소속 일부 조합원들이 1995. 11. 1.부터 1998. 4. 30.까지 ○○ ○○구 ○○동 266-207 등 피고 소유의 토지 474건을 무단점유 하였다는 이유로 지방재정법 제87조 및 같은법시행령 제105조를 적용하여 원고에 대하여 296,249,060원의 변상금(이하 '2차 변상금'이라 한다) 부과처분을 하면서 이를 3회 분납할 수 있도록 고지한 사실, 이에 따라 원고는 1998. 5. 19. 1차 변상금의 미납액 중 1회 분납원금과 연체이자 525,176,930원 및 2차 변상금 중 1회 분납금 98,749,680원 합계 623,926,610원을 납부한 사실 등을 인정하였다.

2. 1차 변상금의 미납액 중 525,176,930원의 납부에 관하여

원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, ○○구청장이 원고에 대하여 1차 변상금의 미납액에 관한 분할납부를 고지한 것은 원고의 일부 조합원들에 대하여 이미 적법하게 부과처분된 1차 변상금의 미납액에 관하여 원고의 일부 조합원들을 대신한 원고의 분할납부 요청을 받아들여 이를 3회에 걸쳐 분할납부할 수 있도록 허가한 것에 불과한 것으로 보일 뿐 원고에 대하여 새로이 변상

금을 부과하는 처분을 한 것으로 보이지는 아니하므로, ○○구청장이 원고에 대하여 1차 변상금에 관한 부과처분을 한 적이 없다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 주장과 같이 변상금 부과처분에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

한편, 위와 같이 원고의 일부 조합원들에 대하여 이미 적법한 1차 변상금의 부과처분이 있었고, ○○구청장이 원고에 대하여 1차 변상금에 관한 새로운 부과처분을 한 것으로 볼 수 없는 이상 원고의 1차 변상금의 미납액 중 1회 분납원금과 연체이자의 납부는 원고의 일부 조합원들의 납부를 사실상 대행한 것에 지나지 않는 것으로서 그 납부의 법률상 원인은 원고의 일부 조합원들에 대하여 이루어진 1차 변상금의 부과처분으로 보아야 할 것이므로, 피고가 그 납부로 인하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 것이라고 할 수는 없고, 따라서 원심의 설시에 다소 적절하지 아니한 점은 있으나 원고의 1차 변상금에 관한 부당이득 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 주장과 같이 변상금의 납부 근거나 변상금 대납 합의의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법 등이 있다고 할 수 없다.

그리고 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 원고가 ○○구청장에게 1차 변상금의 미납액을 대신 납부하겠다는 의사표시를 한 것이 불공정한 법률행위에 해당하여 무효라는 원고의 주장을 그 판시와 같은 이유로 배척한 것은 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 주장과 같은 채증법칙 위배의 위법이 있다고 할 수 없으며, 원고의 위와 같은 의사표

시가 조합원총회의 결의를 거치지 아니하여 무효라는 주장은 원고가 원심에 이르기까지 전혀 한 바 없으므로, 적법한 상고이유가 될 수 없다. 상고이유 중 1차 변상금과 관련된 부분은 모두 받아들일 수 없다.

3. 2차 변상금 중 98,749,680원의 납부에 관하여

원심은, ○○구청장의 원고에 대한 2차 변상금 부과처분은 피고 소유의 토지를 여전히 점유한 일부 조합원들이 아닌 당시까지 위 토지를 점유한 적이 없는 원고를 상대로 한 것이므로 이는 납부의무 없는 자에 대한 처분으로서 위법하고 그 하자가 중대하고도 명백하여 당연무효라고 할 것이나, 원고가 2차 변상금을 납부한 것은 재개발사업의 진행을 위해 그 소속 조합원들을 대신 하여 변상금을 납부하겠다고 요청함에 따른 원고와 ○○구청장 사이의 합의에 의한 것이므로, 피고가 납부된 변상금 중 그에게 귀속된 금원 상당의 이득을 보게 되었다 하더라도, 이는 위 합의에 기한 것일 뿐 결코 아무런 법률상 원인 없이 그 상당의 부당이득을 취한 것으로 볼 수 없다고 하여, 원고가 납부한 2차 변상금의 1회 분납금 98,749,680원을 부당이득으로서 반환을 구하는 원고의 이 부분 청구를 배척하였다.

공유재산의 무단점유로 인한 변상금징수권은 공법상의 권리의무를 내용으로 하는 것으로서 사법상의 채권과는 그 성질을 달리하는 것이므로 위 변상금징수권의 성립과 행사는 지방재정법의 규정에 의하여서만 가능한 것이고 제3자와의 사법상의 계약에 의

하여 그로 하여금 변상금채무를 부담하게 하여 이로부터 변상금징수권의 종국적 만족을 실현하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이다(대법원 1989. 11. 24. 선고 89누787 판결 참조).

원심이 확정된 사실과 기록에 의하면, ○○구청장이 원고의 일부 조합원들에게 부과될 예정인 2차 변상금을 대신 납부하겠다는 원고의 요청을 받아들여 원고와 사이에 ○○구청장이 위 2차 변상금을 원고의 일부 조합원들에게 부과하는 대신 원고에게 부과함과 아울러 원고가 이를 대신 납부하기로 합의한 사실, 원고는 위와 같은 합의와 ○○구청장의 자신에 대한 위 2차 변상금 부과처분에 따라 위 2차 변상금의 1회 분납금을 납부한 사실을 알 수 있는바, 이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 ○○구청장 사이의 위와 같은 합의는 변상금납부의무가 없는 원고에게 변상금채무를 부담시키는 계약으로서 효력이 없고, 그러한 합의에 기한 2차 변상금의 납부 역시 효력이 없다고 보아야 할 것이므로, 그러한 합의가 원고의 2차 변상금의 납부에 대한 적법한 법률상 원인이 될 수도 없다고 할 것이다.

그럼에도 원심이 이와는 달리 원고와 ○○구청장 사이의 그 판시와 같은 합의가 원고의 2차 변상금납부의 법률상 원인이 될 수 있음을 전제로 이 부분 원고의 청구를 배척하고 말았으니, 거기에는 변상금채무의 납부 근거나 대납 합의의 효력에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 이 부

분 상고이유의 주장은 이유 있다.

환송하고, 원고의 나머지 상고는 기각하기로

4. 그러므로 원심판결 중 2차 변상금에
관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다
시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에

하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문
과 같이 판결한다.

4. 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추51 판결 (재의결무효확인)

【판결요지】

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고, 지방자치법 제15조 본문은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하는바, 여기서 말하는 ‘법령의 범위 안에서’란 ‘법령에 위반되지 않는 범위 내에서’를 가리킴으로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다.

지방의회의원에 대한 회기수당의 지급요건으로서의 ‘회기’는 정례회 및 임시회의 회기만을 의미하는 것이라고 해석함이 상당하므로, 행정사무조사특별위원회가 지방자치법 제53조의 규정에 의하여 폐회 중에도 본회의의 의결이 있거나 의장이 필요하다고 인정할 때, 재적위원 3분의 1 이상의 요구 또는 지방자치단체의 장의 요구가 있는 때에 한하여 개최할 수 있고, 같은 법 제36조의 규정에 의하여 본회의 의결로 활동기간을 부여받는 것이라 하더라도 그러한 사유만으로 ‘비회기 중의 회의 등 활동’을 정례회 및 임시회의 ‘회기 중의 활동’에 준하는 것이라거나 ‘회기 중의 활동’이라고 의제할 수는 없는바, 행정사무조사특별위원회가 비회기 중에 회의 등 활동할 경우 그 활동에 참석한 위원에게 참석 일수에 따라 수당을 지급할 수 있도록 한 조례안은 헌법 제117조, 지방자치법 제15조, 제32조 제1항 제3호의 규정에 위반되어 위법하고 이와 같은 경우에는 이 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 한다.

【원고】 ○○○도지사

가. 피고가 2003. 4. 3. 주문 기재 개정조

【피고】 ○○○도의회

례안(이하 ‘이 사건 조례안’이라 한다)을 의

【주문】 피고가 2003. 9. 4.에 한 ○○○도
의회의원의정활동비등지급에관한
조례 중 개정조례안에 대한 재의
결은 그 효력이 없다. 소송비용은
피고가 부담한다.

결하여 같은 해 4. 4. 원고에게 이송하였고,
원고는 같은 해 4. 16. 이 사건 조례안 제3
조 제5항이 헌법 제117조 제1항, 지방자치
법(이하 ‘법’이라 한다) 제15조, 제32조 제1
항 제3호에 위반된다는 이유로 피고에게 재

【이유】

의를 요구하였으나, 피고는 같은 해 9. 4.
제197회 임시회 제2차 본회의에서 이 사건

1. 개정조례안에 대한 재의결과 그 내용

조례안을 원안대로 재의결 함으로써 이 사건 조례안이 확정되고, 같은 해 9. 16. 공포되었다.

나. 이 사건 조례안은 종전 ○○○도의회의원의정활동비등지급에관한조례 제3조에 제5항으로 “행정사무조사특별위원회가 비회기 중에 회의 등 활동할 경우 그 활동에 참석한 위원에게는 [별표 2] 지급기준표에 의하여 참석일수에 따라 예산의 범위 내에서 수당을 지급할 수 있다.”는 규정을 신설한 것이다.

2. 이 사건 조례안의 법령위반 여부

가. 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고, 법 제15조 본문은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하는바, 여기서 말하는 ‘법령의 범위 안에서’란 ‘법령에 위반되지 않는 범위 내에서’를 가리키므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2002추23 판결, 2003. 9. 23. 선고 2003추13 판결 등 참조).

나. 그러므로 이 사건 조례안이 법령에 위반되는지 여부를 살펴본다.

법 제38조, 제39조, 제41조의 각 규정을 종합하면, 시·도의회는 경우 매년 2회 정례회를 개최하되, 그 회기는 연 2회를 합하여 40일 이내로 하고, 임시회의 회기는 15

일 이내로 하며, 연간 회의 총일수는 정례회 및 임시회를 합하여 120일을 초과할 수 없도록 하고 있는바, 이와 같이 시·도의회는 경우 연간 회의 총일수를 제한한 것은 시·도의회는 상설기관화를 방지하고, 이로 인한 지방의회 및 지방행정의 능률과 지방재정상의 경제(의회운영의 절약)를 확보하기 위함에 그 입법 취지가 있고, 한편 법 제32조 제1항은 “지방의회의원에게 다음 각 호의 비용을 지급한다.”고 규정하면서 그 제1호로 “의정자료의 수집·연구와 이를 위한 보조활동에 소요되는 비용을 보전하기 위하여 매월 지급하는 의정활동비”를, 제2호로 “본회의 또는 위원회의 의결이나 의장의 명에 의하여 공무로 여행할 때 지급하는 여비”로, 제3호로 “회기 중의 활동을 지원하기 위하여 지급하는 회기수당”이라고 규정하여 지방의회의원에게 지급되는 비용의 종류와 내용 및 범위를 엄격하게 법정하고 있는 것도 결국 지방재정상의 경제(의회운영의 절약)를 확보하기 위함에 그 입법 취지가 있다고 보아야 할 것인 점 등을 종합하여 보면, 지방의회의원에 대한 회기수당의 지급요건으로서의 ‘회기’는 정례회 및 임시회의 회기만을 의미하는 것이라고 해석함이 상당하다.

따라서 행정사무조사특별위원회가 법 제53조의 규정에 의하여 폐회 중에도 본회의의 의결이 있거나 의장이 필요하다고 인정할 때, 재적위원 3분의 1 이상의 요구 또는 지방자치단체의 장의 요구가 있는 때에 한하여 개최할 수 있고, 법 제36조의 규정에 의하여 본회의의 의결로 활동기간을 부여받는 것이라 하더라도 그러한 사유만으로 ‘비회기

중의 회의 등 활동'을 정례회 및 임시회의 '회기 중의 활동'에 준하는 것이라거나 '회기 중의 활동'이라고 의제할 수는 없다고 할 것이다.

그리고 행정사무조사특별위원회의 의정활동을 활성화하기 위하여 참석 위원에게 회기수당을 지급하도록 할 필요성이 있다거나 지방의회의원의 권한을 강화하기 위하여 유급직으로 하는 것이 세계적인 추세라거나 다른 특별위원회의 활동은 지방의회의 기본적인 의정활동의 일환으로서 의무적 성격이 강한 반면, 행정사무조사특별위원회의 활동은 자치단체의 장이나 집행부의 행정집행과정에서 나타난 부정부패와 비리 등을 밝혀 그 시정을 요구하는 등 지방자치단체의 장이나 집행부에 대한 강력한 견제수단으로서 감사적 성격을 가진다거나 행정사무조사특별위원회의 회의수당을 지급하는 데에는 연 5,510,400원 정도의 예산으로도 해결이 가능하다는 등의 사유는 행정사무조사특별위원

회의 회의수당을 신설하는 입법론적 근거가 될 수 있음은 별론으로 하고 앞에서 본 바와 같은 해석을 좌우할 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면 행정사무조사특별위원회가 비회기 중에 회의 등 활동할 경우 그 활동에 참석한 위원에게 참석 일수에 따라 수당을 지급할 수 있도록 한 이 사건 조례안 제3조 제5항의 규정은 헌법 제117조, 법 제15조, 제32조 제1항 제3호의 규정에 위반되어 위법하고 이와 같은 경우에는 이 사건 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인되어야 할 것이다.

3. 결론

이 사건 조례안에 대한 재의결의 효력 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 소송비용은 패소자인 피고가 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

5. 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003추44 판결 (재의결무효확인)

【판결요지】

상위법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명·위촉권한을 부여하면서도 임명·위촉권의 행사에 대한 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한 당해 법령에 의한 임명·위촉권은 지방자치단체의 장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 할 것이어서 하위법규인 조례로써는 지방자치단체의 장의 임명·위촉권을 제약할 수 없다 할 것이고 지방의회의 지방자치단체 사무에 대한 비판, 감시, 통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로 위와 같은 제약을 규정하는 조례를 제정할 수도 없다.

지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체가 설립한 지방공기업 등의 대표에 대한 임명권의 행사에 앞서 지방의회의 인사청문회를 거치도록 한 조례안이 지방자치단체의 장의 임명권에 대한 견제나 제약에 해당한다는 이유로 법령에 위반된다고 한 사례.

【원고】 ○○○도지사

【피고】 ○○○도의회

【주문】 1. 피고가 2003. 9. 4.에 한 ○○○도공기업사장등의임명에관한인사청문회조례안에 대한 재의결은 그 효력이 없다. 2. 소송비용은 피고가 부담한다.

【이유】

1. 이 사건 조례안에 대한 재의결 경위와 그 내용

가. 피고가 2003. 7. 25. 제196회 정례회에서 ○○○도공기업사장등의임명에관한인사청문회조례안(이하 ‘이 사건 조례안’이라 한다)을 의결하여 같은 해 7. 28. 원고에게 이송하였고, 이에 대하여 원고는 같은 해 8. 9. 이 사건 조례안이 법령에 위반된다는 이유로 피고에게 재의를 요구하였다. 그러나 피고는 같은 해 9. 4. 이 사건 조례안을 원안대로 재의결하고 ○○○도의회의장이 같은 해 9. 16. 이 사건 조례안을 공포하였다.

나. 이 사건 조례안은 ○○○도가 설립한 지방공기업 및 출자·출연한 법인의 대표를 원고가 임명 또는 승인하기 전에 그 대표의 인품 및 도덕성과 경영능력 등을 검증하기 위하여 피고의 그 대표의 임명에 관한 인사청문특별위원회의 구성·운영과 인사청문회의 절차·운영 등에 관한 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정된 것으로서 이 사건 조례안 제2조는 임명후보자를 ○○○도가 설립한 지방공기업 사장 및 출자·출연한 법인체의 인사청문대상자로 [별표 1]과 같다고 하고(제2조), [별표 1]은 ○○○도가 설립한 지방공기업 및 출자·출연한 법인체의

인사청문대상자로 재단법인 중소기업종합지원센터 본부장, 재단법인 생물벤처기업지원센터 센터장, 재단법인 ○○산업종합지원센터 센터장(조례의 개정으로 한국○○산업연구원 원장으로 됨), 재단법인 ○○신용보증재단 이사장, ○○개발공사 사장, 지방공사 ○○○도의료원 원장, ○○○도장학숙 원장, ○○○도운수연수원 원장, 재단법인 여성개발연구원(조례의 개정으로 여성발전연구원으로 됨) 원장, 재단법인 ○○○○연구원(조례의 개정으로 ○○○○발전연구원으로 됨) 원장을 규정하고 있으며, 제4조는 임명후보자에 대하여는 이 사건 조례안에 의한 인사청문특별위원회 청문을 거쳐 임명 또는 승인 및 선임하여야 하고, 인사청문특별위원회가 인사청문을 마친 후 인사청문심사결과보고서를 작성하여 의장에게 제출하면 의장은 도지사에게 이를 이송 또는 송부하여야 한다는 것(제10조 내지 제12조) 등을 주요내용으로 하고 있다.

2. 이 사건 조례안의 법령위배 여부

가. ○○개발공사 사장, 지방공사 ○○○도의료원 각 원장에 관하여 본다.

상위법령에서 지방자치단체의 장에게 기관구성원 임명·위촉권한을 부여하면서도 임명·위촉권의 행사에 대한 지방의회의 동의를 받도록 하는 등의 견제나 제약을 규정하고 있거나 그러한 제약을 조례 등에서 할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는 한 당해 법령에 의한 임명·위촉권은 지방자치단체의 장에게 전속적으로 부여된 것이라고 보아야 할 것이어서 하위법규인 조례로써는

지방자치단체의 장의 임명·위촉권을 제약할 수 없다 할 것이고 지방의회의 지방자치단체 사무에 대한 비판, 감시, 통제를 위한 행정사무감사 및 조사권의 행사의 일환으로 위와 같은 제약을 규정하는 조례를 제정할 수도 없다고 할 것이다(대법원 1993. 2. 9. 선고 92추93 판결 참조).

지방공기업법 제58조 제2항 본문은 지방공기업 사장과 감사는 대통령이 정하는 바에 의하여 지방공기업의 경영에 관한 전문적인 식견과 능력이 있는 자 중에서 지방자치단체의 장이 임명한다고 규정하고, 제3항은 지방자치단체의 장이 사장을 임명할 때는 사장추천위원회에서 추천된 자 중에서 임명하여야 한다고 규정하며, 제4항은 사장추천위원회의 구성과 운영에 관하여는 대통령이 정하는 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고, 지방공기업법시행령 제56조 제1항은 사장은 법 제58조 제3항의 규정에 의하여 사장추천위원회에서 추천한 인사 중에서 당해 지방자치단체의 장이 임명한다고 규정하며, 제56조의2 제1항 본문은 법 제58조 제4항의 규정에 의한 사장추천위원회는 그 지방자치단체의 장이 추천하는 자 2인, 그 지방의회가 추천하는 자 2인, 그 공사의 이사회가 추천하는 자 3인으로 구성한다고 규정하고, 제56조의3 제1항은 사장추천위원회는 공기업에 관한 학식과 경험이 풍부하고 최고경영자의 능력을 갖춘 자를 사장후보로 추천하여야 한다고 규정하며, 제2항은 사장추천위원회는 사장후보를 추천하고자 하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 2인 이상을 추천하여야 한

다고 규정하고, 제3항은 지방자치단체의 장은 추천된 후보가 법 제60조의 규정에 의한 임원의 결격사유에 해당하거나 공사의 경영을 위하여 현저하게 부적당하다고 인정되는 때에는 사장추천위원회에 사장후보의 재추천을 요구할 수 있고, 이 경우 사장추천위원회는 지체 없이 사장후보를 재추천하여야 한다고 규정하여, 지방공기업법령은 지방자치단체의 장에게 지방공기업 사장에 대한 임명권을 부여하는 한편, 사장추천위원회에서 추천된 인사 중에서 지방공기업의 경영에 관한 전문적인 식견과 능력이 있는 자를 임명하도록 하는 제한과 사장추천위원회를 당해 지방자치단체의 장이 추천하는 자 2인, 그 지방의회가 추천하는 자 2인, 그 공사의 이사회가 추천하는 자 3인으로 구성하도록 하는 제한을 둬으로써 지방공기업 사장의 임명에 있어서 지방자치단체의 장과 지방의회의 사이에 견제와 균형을 이루도록 하고 있을 뿐 달리 지방자치단체의 장의 지방공기업 사장의 임명권행사에 대한 제약을 할 수 있는 규정을 두고 있지 아니하므로 지방공기업법 제58조 제2항은 지방자치단체의 장에게 위에서 본 바와 같은 제한 하에서 전속적으로 지방공기업 사장에 대한 임명권을 부여하였다 할 것이다.

갑 제6호증, 갑 제7호증의 1, 2, 3, 갑 제8호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, ○○개발공사는 지방공기업법 제49조, 제53조 및 ○○개발공사설치조례 제1, 2, 4조에 의하여 ○○○도가 출자하여 설립된 지방공기업이고, 지방공사 ○○○도의료원은 지방공기업법 제49조, 제53조 및 지방공사○○○도의

료원설치조례 제1 내지 4조에 의하여 ○○도가 전액 출자하여 설립된 지방공기업인 사실, 지방공기업법 제58조 제4항, 지방공기업법시행령 제56조의2, 제56조의3의 위임을 받은 ○○○도지방공사사장추천위원회설치 및운영조례 제3조, 제8조도 지방공사사장추천위원회의 구성과 사장후보의 추천절차에 관하여 지방공기업법시행령 제56조의2, 제56조의3과 같은 내용을 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위에서 본 법리와 관계 법령의 각 규정을 위에서 인정한 사실관계에 비추어 살펴보면, 원고의 전속적 권한인 지방공기업 사장인 ○○개발공사 사장과 지방공사 ○○○도의 료원 각 원장에 대한 임명권의 행사에 앞서 미리 피고의 인사청문회를 거치도록 한 이 사건 조례안의 관계 규정은 비록 원고가 인사청문회를 실시하고 제시한 피고의 후보자들에 대한 의견에 기속되는 것은 아니라고 하더라도 위 사장과 위 각 원장에 대한 행정적 감독책임을 궁극적으로 원고가 지게 되는 것임에 비추어 볼 때 원고의 위 사장과 위 각 원장에 대한 임명권에 대한 견제나 제약에 해당한다고 할 것이어서 지방공기업법 제58조 제2항 본문, 지방공기업법시행령 제56조 제1항에 위반되고, 따라서 지방자치법 제15조에도 위반된다고 할 것이다.

나. 재단법인 ○○신용보증재단 이사장, 재단법인 중소기업종합지원센터 본부장, 재단법인 한국○○산업연구원 원장, 재단법인 ○○○도생물벤처기업지원센터 센터장, 재단법인 ○○○도여성발전연구원 원장에 관하

여 본다.

(1) 재단법인 ○○신용보증재단 이사장
지역신용보증재단법 제12조는 지역신용보증재단의 임원으로 이사장 1인, 이사 7인 이내와 감사 1인을 둔다고 규정하고, 제15조 제1항 본문은 이사장은 이사회의 추천을 받아 시·도지사가 임명한다고 규정하여 지역신용보증재단 이사장의 임명권을 시·도지사에게 부여하면서도 달리 시·도지사의 임명권행사에 대한 견제나 제약을 할 수 있는 규정을 두고 있지 아니하므로 지역신용보증재단법 제15조 제1항 본문은 시·도지사에게 전속적으로 지역신용보증재단 이사장에 대한 임명권을 부여하였다 할 것이다.

갑 제9호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 재단법인 ○○신용보증재단은 지역신용보증재단법 제7, 9조 및 ○○신용보증재단설립 및지원에관한조례 제1, 2, 3조에 의하여 설립된 ○○○도의 출연법인으로서 이사장은 이사회의 추천을 받아 도지사가 임명한다고 되어 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 가항에서 본 법리와 관계 법령의 각 규정을 위에서 인정한 사실관계에 비추어 살펴보면, 원고의 전속적 권한인 재단법인 ○○신용보증재단 이사장에 대한 임명권의 행사에 앞서 미리 피고의 인사청문회를 거치도록 한 이 사건 조례안의 관계 규정은 원고의 위 이사장에 대한 임명권에 대한 견제나 제약에 해당한다고 할 것이어서 지역신용보증재단법 제15조 제1항에 위반되고, 따라서 지방자치법 제15조에도 위반된다고

할 것이다.

(2) 재단법인 ○○○도중소기업종합지원센터 본부장

갑 제10호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 재단법인 ○○○도중소기업종합지원센터는 민법 제32조, 제43조 및 재단법인○○○도중소기업종합지원센터설립및운영조례 제1, 2, 9조에 의하여 설립된 ○○○도의 출연법인으로서 위 조례 제6조는 위 법인에는 이사장·부이사장·이사과 감사를 두고, 임원의 정수 및 선출방법은 정관으로 정하도록 하고 있으며, 재단법인○○○도중소기업종합지원센터정관 제8조 제1항, 제2항 본문은 이사장은 ○○○도 행정부지사를 당연직으로 하고, 부이사장(본부장)은 이사장의 제청으로 이사회에서 선출하도록 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 인정 사실에 의하면, 원고에게는 재단법인 ○○○도중소기업종합지원센터 본부장에 대한 임명 또는 승인권한이 없음에도 불구하고, 원고에게 위 본부장에 대한 임명 또는 승인권한이 있음을 전제로 하여 위 본부장에 대한 인사청문회를 거치도록 하는 이 사건 조례안의 관계 규정은 인사청문대상기관 및 그 대상자가 불명확하고 조례안의 조항 상호간에 모순 또는 저촉이 있어 그 효력이 없다고 할 것이다.

(3) 재단법인 한국○○산업연구원 원장

갑 제11호증의 1, 2, 3의 각 기재에 의하면, 재단법인 한국○○산업연구원은 민법 제32조, 제43조 및 한국○○산업연구원설립및

운영조례 제1, 2, 9조에 의하여 설립된 ○○○도의 출연법인으로서 위 조례 제6조는 위 법인에는 이사장, 이사와 감사를 두고, 임원의 정수 및 선출방법을 정관으로 정하도록 하고 있으며, 재단법인한국○○산업연구원정관 제8조 제1항은 이사장은 선임직 이사 중에서 이사회에서 선임하고, 제9조 제1항은 원장(센터장)은 이사회에서 선임하여 이사장이 임명하도록 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 인정 사실에 의하면, 원고에게는 재단법인 한국○○산업연구원 원장에 대한 임명 또는 승인권한이 없음에도 불구하고, 원고에게 위 원장에 대한 임명 또는 승인권한이 있음을 전제로 하여 위 원장에 대한 인사청문회를 거치도록 하는 이 사건 조례안의 관계 규정은 인사청문대상기관 및 그 대상자가 불명확하고 조례안의 조항 상호간에 모순 또는 저촉이 있어 그 효력이 없다고 할 것이다.

(4) 재단법인 ○○○도생물벤처기업지원센터 센터장

갑 제12호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 재단법인 ○○○도생물벤처기업지원센터는 민법 제32조, 제43조 및 ○○○도생물벤처기업지원센터설립및운영조례 제1, 2, 9조에 의하여 설립된 ○○○도의 출연법인으로서 위 조례 제6조는 위 법인에는 이사장·이사 및 감사를 두되, 임원의 정수 및 선출방법은 정관으로 정하도록 하고, 재단법인○○○도생물벤처기업지원센터정관 제6조 제1항은 이사장은 ○○○도 행정부지사로 하도록 하

며, 제31조 제1항은 법인의 사무집행기관으로 센터를 두고, 제2항은 센터에는 센터장 1인과 부설연구소·행정지원팀·시설지원팀을 두며, 센터장과 연구소장은 이사장이 임용하고, 센터장과 연구소장은 겸직할 수 있도록 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 인정 사실에 의하면, 원고에게는 재단법인 ○○○도생물벤처기업지원센터 센터장에 대한 임명 또는 승인권한이 없음에도 불구하고, 원고에게 위 센터장에 대한 임명 또는 승인권한이 있음을 전제로 하여 위 센터장에 대한 인사청문회를 거치도록 하는 이 사건 조례안의 관계 규정은 인사청문대상기관 및 그 대상자가 불명확하고 조례안의 조항 상호간에 모순 또는 저촉이 있어 그 효력이 없다고 할 것이다.

(5) 재단법인 ○○○도여성발전연구원 원장 지방자치단체출연연구원의설립및운영에관한법률 제5조 제1항은 지방자치단체출연연구원의 정관에는 목적, 명칭, 주된 사무소의 소재지, 업무 및 그 집행에 관한 사항, 재산 및 회계에 관한 사항, 임원·연구원 및 직원에 관한 사항, 이사회에 관한 사항, 정관의 변경에 관한 사항, 공고의 방법에 관한 사항을 기재하도록 하고, 제6조 제1항은 지방자치단체출연연구원에 이사장 1인 및 원장 1인을 포함한 30인 이내의 이사와 감사 2인을 두도록 하고 있으며, 한편 갑 제13호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 재단법인 ○○○도여성발전연구원은 지방자치단체출연연구원의설립및운영에관한법률 제2, 3, 4조

및 ○○○도여성발전연구원설립및운영지원조례 제1, 2, 4조에 의하여 설립된 ○○○도의 출연법인으로서 ○○○도여성발전연구원 정관 제8조 제1항은 이사장은 이사회에서 호선하고, 제2항은 원장 및 감사는 이사회 의 의결을 거쳐 이사장이 임명하도록 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 인정 사실에 의하면, 원고에게는 ○○○도여성발전연구원 원장에 대한 임명 또는 승인권한이 없음에도 불구하고, 원고에게 위 원장의 임명 또는 승인권한이 있음을 전제로 한 이 사건 조례안의 관계 규정은 인사청문대상기관 및 그 대상자가 불명확하고 조례안의 조항 상호간에 모순 또는 저촉이 있어 그 효력이 없다고 할 것이다.

다. ○○○도장학숙 원장, ○○○도우수연수원 원장, 재단법인 ○○○도발전연구원 원장에 관하여 본다.

갑 제14호증의 1, 2, 3, 갑 제15호증의 1, 2, 갑 제16호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, ○○○도는 ○○○도장학숙설치및운영에관한조례 제1, 2조에 의하여 ○○○도장학숙을 설립하여 위 조례 제4조에 의하여 위 각 장학숙의 운영업무를 ○○○도의 출연기관인 재단법인 ○○○도꿈나무장학재단에 위탁하고, 위 조례 제7조에 의하여 그 위탁운영에 필요한 비용을 보조하고 있는 사실, 위 각 장학숙 각 원장은 위 장학재단이 ○○○도로부터 위탁받은 위 각 장학숙의 운영업무를 수행하기 위하여 설치한 부속기관인 사실, 또한 ○○○도는 여객자동차운수사

업법 제27조, 화물자동차운수사업법 제42조 및 ○○○도운수연수원설치조례 제1, 2조에 의하여 ○○○도운수연수원을 설립하여 위 조례 제5조에 의하여 위 연수원의 운영업무를 사단법인 ○○○도운수연수원에 위탁하고, 그 위탁에 필요한 비용을 보조하고 있는 사실, 위 연수원 원장은 위 사단법인의 대표자인 사실, 그리고 재단법인 ○○경제사회발전연구원은 민법 제32조, 제43조에 의하여 설립된 재단법인으로서 ○○○도로부터 업무위탁 없이 ○○○도보조금관리조례에 의하여 보조금을 교부받는 법인인 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 인정 사실에 의하면, 이 사건 조례안 제2조 본문은 인사청문대상기관 및 그 대상자를 ○○○도가 출자·출연한 법인체의 대표자임을 전제로 하면서도 그 구체적인 인

사청문대상기관 및 그 대상자를 정한 그 [별표]에서는 ○○○도가 출자·출연한 법인체가 아닌 ○○○도장학숙 각 원장, 사단법인 ○○○도운수연수원 원장, 재단법인 ○○ ○○발전연구원 원장을 포함시키고 있으므로 이 사건 조례안의 관계 규정은 인사청문대상기관 및 그 대상자가 불명확하고 조례안의 조항 상호간에 모순 또는 저촉이 있어 그 효력이 없다고 할 것이다.

3. 결론

그러므로 이 사건 조례안은 위법하여 그 효력이 없다 할 것이므로 그 효력의 배제를 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 소송비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

6. 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다22615 판결〔위임수수료지급〕

【판결요지】

구소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조제1항 본문 중 ‘대통령령으로 정하는 이율’ 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 그에 따라 개정된 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의 법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 적용할 법정이율

【원고, 피상고인】 ○○○○시 ○○구

【피고, 상고인】 대한민국

【주문】 원심판결의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 455,286,220원에 대한 2001. 1. 1.부터 2003. 5. 31.

까지는 연 5분의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 2할의 각 비율에 의한 금원을 초과한 부분을 파기하여, 그 부분 제1심판결을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 청구를 기각

한다. 피고의 나머지 상고를 기각한다. 소송총비용은 이를 10분하여 그 중 1은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

【이유】

기관위임사무라 함은 본래 국가의 사무인 것을 국가가 이를 지방자치단체장에게 위임하여 그 사무를 처리하게 하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 기관위임사무에는 민법상의 위임의 법리가 적용된다고 할 것이고, 한편 위임인과 수임인 사이에 위임수수료에 대한 약정이 있고, 수임인이 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리한 이상 그 후 위임인인 국가가 제정한 법률이 사후에 위헌으로 판단되어 그 법률에 근거하여 행한 위임 사무가 근거 없는 것이 되었다 하더라도 그에 따른 불이익은 특별한 사정이 없는 한 본래 사무의 귀속주체인 위임인인 국가가 부담하여야 한다고 할 것이므로, 피고는 위임의 본지에 따라 업무를 처리한 원고에게 위헌으로 환급된 부담금에 대한 이 사건 위임수수료를 지급할 의무가 있다고 판단하였는바, 원심판결 이유를 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 수긍이 가고, 거기에 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 ‘대통령령으로 정하는 비율’ 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 그에 따라 개정된 소송촉진

등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에 관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로, 이 사건에서 피고가 원고에게 지급하여야 할 지연손해금에 대하여는 지급일 발생 이후로서 원고가 구하는 2001. 1. 1.부터 위 개정법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 민사 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 금원을, 그 다음날부터 완제일까지는 위 개정법률에 따른 연 2할의 비율에 의한 금원의 지급을 명하여야 할 것인데, 이와 달리 판결선고 다음날 이후의 기간에 대하여 위 개정 전의 소송촉진등에관한특례법의 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금을 명한 제1심판결을 인용한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

그러므로 원심판결의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 455,286,220원에 대한 2001. 1. 1.부터 2003. 5. 31.까지는 연 5푼의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 2할의 각 비율에 의한 금원을 초과한 부분을 파기하되 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 위 파기 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 피고의 나머지 상고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다. ☺