

地方財政關聯 判例

1. 대법원 2001.10.12. 선고 2001두4078 판결 [대집행계고처분무효확인]

○ 대부계약이 적법하게 해지된 이후에 있어서의 공유재산 점유의 성격 및 불법시설물의 강제철거 가능 여부

【판결요지】

○ 대부계약 외 달리 정당한 권원이 있다는 자료가 없는 이 사건에 있어서 그 대부계약이 적법하게 해지된 이상 원고의 이 사건 토지에 대한 점유는 정당한 이유 없는 점유라 할 것이고, 따라서 피고는 지방재정법 제85조에 의하여 행정대집행의 방법으로 이 사건 묘목 및 비닐하우스 등을 철거시킬 수 있다 할 것이다

【원고, 피상고인】 ○○○

【피고, 상고인】 ○○시 ○○동장

【원심판결】 광주고등법원 2001. 4. 26. 선고 2000누1392 판결

【주 문】 원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다.

【이 유】

원심은, 원고와 피고 사이의 ○○시 소유 재산인 ○○시 ○○동 18 답 251㎡(이하

사건 토지라고 한다)에 관한 대부계약이 체결되었다가 해지된 후 피고가 2000. 4. 10. 원고에 대하여 같은 해 5. 6.까지 이 사건 토지상의 묘목과 비닐하우스 등을 자진철거하지 아니하면 피고가 강제철거를 하거나 제3자로 하여금 이를 집행하게 하고 그 비용을 징수하겠다는 내용의 대집행 계고처분을 한 사실을 인정한 다음, 공유재산 또는 공유재산에 대한 매각 또는 대부의 법률관계는 국가나 지방자치단체가 공권력의 주체로서 법률행위를 하는 것이 아니고 사경제적인 주체로서 법률행위를 하는데 불과하여 국가나 지방자치단체와 법률행위를 한 상대방에게 공법상의 의무가 발생하는 것이 아니므로, 이 사건 대부계약이 적법하게 해지하였다 하더라도 그 해지에 따른 원상회복으로 이 사건 묘목과 비닐하우스 등의 철거를 구하는 것은 민사소송절차에 의하여 함은 별론으로 하고, 원고에게 행정대집행법에 의한 철거계고처분을 한 피고의 조치는 법에 근거가 없는 처분으로서 그 하자가 중대하고 명백한 것이어서 당연무효라고 판단하였다.

그러나 지방재정법 제85조 제1항은, 공유재산을 정당한 이유없이 점유하거나 그에 시설을 한 때에는 이를 강제로 철거하게

할 수 있다고 규정하고, 그 제2항은, 지방자치단체의 장이 제1항의 규정에 의한 강제철거를 하게 하고자 할 때에는 행정대집행법 제3조 내지 제6조의 규정을 준용한다고 규정하고 있는바, 원고가 이 사건 토지에 관하여 이 사건 대부계약 외 달리 정당한 권원이 있다는 자료가 없는 이 사건에 있어서 그 대부계약이 적법하게 해지된 이상 원고의 이 사건 토지에 대한 점유는 정당한 이유 없는 점유라 할 것이고, 따라서 피고는 지방재정법 제85조에 의하여 행정대집행의 방법으로 이 사건 묘목 및 비닐하우스 등을 철거시킬 수 있다 할 것이다(대법원 1999. 1. 26. 선고 98두13058 판결 참조).

그럼에도 불구하고 원심은 피고의 이 사건 대집행계고처분이 법에 근거가 없는 처분으로서 당연무효라고 판단하고 말았으니, 거기에는 공유재산의 대집행에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

2. 대법원 2001.6.15. 선고 99두509 판결 [무상사용허가일부거부처분취소]

- ① 구 지방재정법 제75조의 규정에 따라 기부채납받은 행정재산에 대한 공유재산 관리청의 사용·수익허가의 법적 성질(=행정처분)
- ② 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가 중 사용·수익허가의 기간에 대하여 독립하여 행정소송을 제기 할 수 있는지 여부

【판결요지】

[1] 공유재산의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이라고 보아야 할 것인바, 행정재산을 보호하고 그 유지·보존 및 운용 등의 적정을 기하고자 하는 지방재정법 및 그 시행령 등 관련 규정의 입법 취지와 더불어 잡종재산에 대해서는 대부·매각 등의 처분을 할 수 있게 하면서도 행정재산에 대해서는 그 용도 또는 목적에 장애가 없는 한도 내에서 사용 또는 수익의 허가를 받은 경우가 아니면 이러한 처분을 하지 못하도록 하고 있는 구 지방재정법(1999. 1. 21. 법률 제5647호로 개정되기 전의 것) 제82조 제1항, 제83조 제2항 등 규정의 내용에 비추어 볼 때 그 행정재산이 구 지방재정법 제75조의 규정에 따라 기부채납받은 재산이라 하여 그에 대한 사용·수익허가의 성질이 달라진다고 할 수는 없다.

[2] 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바, 기부채납받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다.

【원고, 상고인】 ○○개발주식회사

【피고, 피상고인】 ○○○공원 관리사업소장

【원심판결】 서울고등법원 1998. 12. 17. 선고 97구34589 판결

【주 문】 원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고의 나머지 상고를 기각한다.

【이 유】

상고이유(기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

1. 원심판결의 요지

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 1990. 4. 20. 서울특별시시장으로부터 구 도

시공원법(1993. 8. 5. 법률 제4571호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 등의 규정에 의하여 공원시설을 조성하도록 하는 도시계획사업(공원조성) 시행허가를 받아 이 사건 시설물을 설치하여 이를 서울특별시에 기부한 다음 서울특별시시장의 권한을 위임받은 피고로부터 1997. 3. 14. 이 사건 시설물에 대하여 그 기간을 20년간으로 한 무상 사용·수익의 허가(이하 '이 사건 허가'라 한다)를 받아, 위와 같은 허가기간의 산정이 위법하다고 하면서, 주위적으로는 이 사건 허가 중 원고가 신청한 사용·수익 허가기간 40년 가운데 20년간만 허가기간으로 인정하고 그 나머지 기간에 대한 신청을 받아들이지 않은 부분의 취소를 구하고, 예비적으로는 이 사건 허가 전부의

취소를 구하는 이 사건 소를 제기한 데 대하여, 지방자치단체가 구 지방재정법시행령(2000. 10. 20. 대통령령 제16983호로 개정되기 전의 것) 제83조 제1항의 규정에 의하여 기부채납받은 공유재산을 기부자에게 무상사용하도록 허가하거나 그 무상사용기간을 정하는 행위는 사경제주체로서 상대방과 대등한 입장에서 행하는 사법상의 행위이지, 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상 행위가 아니어서 이 사건 소는 주위적 청구 및 예비적 청구 모두 부적법하다고 판단하였다.

2. 주위적 청구에 관하여

공유재산의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분이라고 보아야 할 것인바(대법원 1997. 4. 11. 선고 96누17325 판결, 1998. 2. 27. 선고 97누1105 판결 등 참조), 행정재산을 보호하고 그 유지·보존 및 운용 등의 적정을 기하고자 하는 지방재정법 및 그 시행령 등 관련 규정의 입법 취지와 더불어 잡종재산에 대해서는 대부·매각 등의 처분을 할 수 있게 하면서도 행정재산에 대해서는 그 용도 또는 목적에 장애가 없는 한도 내에서 사용 또는 수익의 허가를 받은 경우가 아니면 이러한 처분을 하지 못하도록 하고 있는 구 지방재정법(1999. 1. 21. 법률 제5647호로 개정되기 전의 것) 제82조 제1항, 제83조 제2항 등

규정의 내용에 비추어 볼 때 그 행정재산이 구 지방재정법 제75조의 규정에 따라 기부채납받은 재산이라 하여 그에 대한 사용·수익허가의 성질이 달라진다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 사건 시설물에 대한 사용·수익의 허가나 그 사용·수익기간의 결정이 사법상의 행위임을 이유로 하여 이 사건 주위적 청구가 부적법하다고 판단한 것은 잘못이라고 하지 않을 수 없다.

그러나 한편, 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는바(대법원 1986. 8. 19. 선고 86누202 판결, 1991. 12. 13. 선고 90누8503 판결, 1993. 10. 8. 선고 93누2032 판결 등 참조), 이 사건 허가에서 피고가 정한 사용·수익허가의 기간은 이 사건 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없는 것이고, 이러한 법리는 이 사건 허가 중 원고가 신청한 허가기간을 받아들이지 않은 부분의 취소를 구하는 이 사건 주위적 청구의 경우에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이므로, 결국 이 사건 주위적 청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없다.

그렇다면 원심이 이 사건 주위적 청구를 각하한 결론은 정당하고, 거기에 판결 결과에 영향을 미친 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 다투는 상고이유는 받아들이지 아니한다.

3. 예비적 청구¹⁾에 관하여

앞에서 살펴본 바와 같이 공유재산의 관리청이 기부채납된 행정재산에 대하여 하는 사용·수익의 허가는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분임에도 불구하고, 원심이 이 사건 시설물에 대한 사용·수익의 허가가 행정처분이 아니라는 이유로 이 사건 소 중 예비적 청구 부분을 부적법하다고 판단한 데에는 행정처분에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다(이 사건 허가에서 그 허가기간은 행정행위의 본질적 요소에 해당한다고 볼 것이

어서, 부관인 허가기간에 위법사유가 있다면 이로써 이 사건 허가 전부가 위법하게 될 것이다.). 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결 중 예비적 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

3. 대법원 2000.11.24. 선고 2000추29 판결 [○○군공유재산관리조례중개정조례안에대한재의결]

- ① 지방자치단체의 자치사무나 단체위임사무에 관한 자치조례의 제정 한계
- ② 지방자치법 제15조 소정의 '법령의 범위 안'의 의미 및 특정 사항에 관하여 국가법령이 이미 존재할 경우, 그 법령에서 정하지 아니한 사항을 규정한 조례의 적법 요건
- ③ 중요재산의 취득과 처분에 관하여는 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서 공유재산의 관리행위에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니한 지방자치법과 지방재정법 등의 규정 취지
- ④ 공유재산 관리행위를 지방의회의 의결사항으로 규정하고 있는 조례안의 규정이 법령에 위반되는지 여부(소극) 및 형평에 반하는지 여부(소극)

0) 주된 주장에 대한 심리의 청구가 그 목적을 달할 수 없는 경우에 대비하여 그것과 양립하지 않는 주장에 관하여 제2차적으로 행하는 심판의 청구. 갑으로 부터 을에 대하여 매매대금의 지급을 구하면서, 만약에 매매가 무효라는 이유로 매매대금의 지급청구가 인정되지 아니할 때에 대비하기 위한 물품의 반환청구는 예비적 청구이다. 소를 제기할 때에 예비적 청구가 있으면 소의 예비적 병합이 되고 소송의 도중에 예비적 청구가 있으면 소의 변경이 된다.

【판결요지】

[1] 지방자치법 제9조 제1항과 제15조 등의 관련 규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별 법령에서 특별히 위임하고 있을 경우에는 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거 법령 등에 비추어 볼 때 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 제15조가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다.

[2] 지방자치법 제15조에서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다.

[3] 지방자치법 제35조 제1항 제6호 및 그 시행령 제15조의3과 지방재정법 제77조 및 그 시행령 제84조는 일정한 중요재산의 취득과 처분에 관하여는 관리계획으로 정하여 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서도 공유재산의 대부와 같은 관리행위가 지방의회의 의결사항인지 여부에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 아니하지만, 우선 지방자치법 제35조 제2항에서 그 제1항이 정하고 있는 사항 이외에 지방의회에서 의결되어야 할 사항을 조례로써 정할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 일반적으로 공유재산의 관리가 그 행위의 성질 등에 있어 그 취득이나 처분과는 달리 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 것으로서 지방의회가 사전에 관여하여서는 아니되는 사항이라고 볼 근거는 없는 것이므로, 지방자치법과 지방재정법 등의 국가 법령에서 위와 같이 중요재산의 취득과 처분에 관하여 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서 공유재산의 관리행위에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니하더라도 이는 공유재산의 관리행위를 지방의회의 의결사항으로 하는 것을 일률적으로 배제하고자 하는 취지는 아니고 각각의 지방자치단체에서 그에 관하여 조례로써 별도로 정할 것을 용인하고 있는 것이라고 보아야 한다.

[4] 지방자치법 제9조 제2항 제1호 (자)목 등의 규정에 의하면 조례안에서 규정하고 있는 공유재산의 관리는 지방자치단체의 자치사무에 해당하는 것이 분명하고, 따라서 위 조례안은 자치조례로서 지방자치법 제15조에서 규정하고 있는 '법령의 범위 안

'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐이라고 할 것인데, 조례안에서 그 소정의 공유재산 관리행위를 지방의회의 의결사항으로 규정하고 있는 것은 지방자치법 제35조 제2항의 규정에 기한 것으로서 같은 법 제15조에서 정하고 있는 법령의 범위 안이라는 자치조례의 사항적 한계 내의 규정이라고 할 것이므로, 이를 들어 법령에 위반된 조례 규정이라고 할 수가 없고, 또한 위 조례안에 의하면 군유지의 관리행위에 관하여 국유지와 도유지의 경우보다 더 엄격한 지방의회의 관여가 이루어지게 되는 결과가 된다고 하더라도, 국유지와 도유지의 관리행위 자체가 원래 지방의회의 관여가 허용되는 자치사무에 속하지 아니하는 것인 이상, 위와 같은 사정을 들어 형평에 반한다고 할 것도 아니다.

【원 고】 ○○군

【피 고】 ○○군의회

【주 문】 원고의 청구를 기각한다. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

【이 유】

1. 이 사건 조례안에 대한 재의결

갑 제1호증의 1 내지 3, 갑 제2호증, 갑 제3호증의 1, 2, 갑 제4호증의 각 기재에 의하면, 원고가 1999. 9. 13. 피고에게 '○○군공유재산관리조례중개정조례안'(이하 '이 사건 조례안'이라고 한다)의 의결을 요구하였으나, 피고는 2000. 1. 28. 그 중 제37조 제1항(이하 '이 사건 계쟁 조항'이라고 한다)을 수정 의결하였고, 이를 이송 받은 원고가 2000. 2. 12. 이 사건 계쟁 조항이 법령에 위반된 것이라는 이유로 피고에게 재의를 요구하였으나, 피고는 2000. 3. 23. 당초의 수정 의결과 같은 내용으로 재의결을 한 사실과 피고가 수정 의결 및 재의결한 이 사건 계쟁 조항은 그 단서에서 '원형을 변형하는 광업용 임대 등 관리의

경우'에도 지방의회의 의결을 받아야 하는 것으로 규정함으로써 공유재산의 취득과 처분 외에 원형 변경이 초래될 수 있는 광업용 재산의 임대와 같은 공유재산의 일부 관리행위도 피고의 의결사항으로 규정한데 비하여, 원고가 의결을 요구한 안에는 공유재산의 취득과 처분만이 피고의 의결사항으로 규정되어 있었을 뿐 위와 같은 관리행위는 그 대상에서 제외되어 있었음을 인정할 수 있다.

2. 원고 주장의 요지

원고는 이 사건 청구원인으로, 이 사건 조례안의 계쟁 조항은 위임조례에 해당하는 것임에도 상위 법령인 지방자치법과 지방재정법 등의 위임 범위를 넘어 그 취지에 반하는 사항을 규정하고 있을 뿐만 아니라 그에 따르면 국유지나 도유지의 대부에 관하여는 별도로 승인 등의 절차가 필요하지 아니함에 비하여 그보다 하급 지방자치단체의 소유지인 군유지를 대부하는 경우에는 피고의 의결을 받아야 하는 결과

가 되어 형평에 반하므로 그에 대한 재의결의 효력 배제를 구한다고 주장한다.

3. 이 사건 계쟁 조항의 법령 위반 여부

지방자치법 제9조 제1항과 제15조 등의 관련 규정에 의하면 지방자치단체는 원칙적으로 그 고유사무인 자치사무와 법령에 의하여 위임된 단체위임사무에 관하여 이른바 자치조례를 제정할 수 있는 외에, 개별 법령에서 특별히 위임하고 있을 경우에는 그러한 사무에 속하지 아니하는 기관위임사무에 관하여도 그 위임의 범위 내에서 이른바 위임조례를 제정할 수 있지만, 조례가 규정하고 있는 사항이 그 근거 법령 등에 비추어 볼 때 자치사무나 단체위임사무에 관한 것이라면 이는 자치조례로서 지방자치법 제15조가 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐, 위임조례와 같이 국가법에 적용되는 일반적인 위임입법의 한계가 적용될 여지는 없다.

그런데 지방자치법 제9조 제2항 제1호(자)목 등의 규정에 의하면 이 사건 계쟁 조항에서 규정하고 있는 공유재산의 관리에 지방자치단체의 자치사무에 해당하는 것임이 분명하고, 따라서 이 사건 계쟁 조항은 자치조례로서 지방자치법 제15조에서 규정하고 있는 '법령의 범위 안'이라는 사항적 한계가 적용될 뿐이라고 할 것인데, 여기서 말하는 '법령의 범위 안'이라는 의미는 '법령에 위반되지 아니하는 범위 안'이라는 의미로 풀이되는 것으로서, 특정 사항에 관하여 국가 법령이 이미 존재할 경

우에도 그 규정의 취지가 반드시 전국에 걸쳐 일률적인 규율을 하려는 것이 아니라 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하고 있다고 해석될 때에는 조례가 국가 법령에서 정하지 아니하는 사항을 규정하고 있다고 하더라도 이를 들어 법령에 위반되는 것이라고 할 수가 없다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96추244 판결 참조).

그런데 지방자치법 제35조 제1항 제6호 및 그 시행령 제15조의3과 지방재정법 제77조 및 그 시행령 제84조는 일정한 중요재산의 취득과 처분에 관하여는 관리계획으로 정하여 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서도 공유재산의 대부와 같은 관리행위가 지방의회의 의결사항인지 여부에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 아니하지만, 우선 지방자치법 제35조 제2항에서 그 제1항이 정하고 있는 사항 이외에 지방의회에서 의결되어야 할 사항을 조례로써 정할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 일반적으로 공유재산의 관리가 그 행위의 성질 등에 있어 그 취득이나 처분과는 달리 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 것으로서 지방의회가 사전에 관여하여서는 아니되는 사항이라고 볼 근거는 없는 것이므로, 지방자치법과 지방재정법 등의 국가 법령에서 위와 같이 중요재산의 취득과 처분에 관하여 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서 공유재산의 관리행위에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니하더라도 이는 공유재산의 관리행위를 지방의회의 의결사항으로 하는 것을 일률적으로 배제하

고자 하는 취지는 아니고 각각의 지방자치단체에서 그에 관하여 조례로써 별도로 정할 것을 용인하고 있는 것이라고 보아야 할 것이다.

그렇다면 이 사건 계쟁 조항에서 그 소정의 공유재산 관리행위를 피고의 의결사항으로 규정하고 있는 것은 위와 같은 지방자치법 제35조 제2항의 규정에 기한 것으로서 같은 법 제15조에서 정하고 있는 법령의 범위 안이라는 자치조례의 사항적 한계 내의 규정이라고 할 것이므로, 이를 들어 법령에 위반된 조례 규정이라고 할 수가 없고, 또한 위 조례 조항에 의하면 군유지의 관리행위에 관하여 국유지와 도유

지의 경우보다 더 엄격한 지방의회의 관여가 이루어지게 되는 결과가 된다고 하더라도, 국유지와 도유지의 관리행위 자체가 원래 지방의회의 관여가 허용되는 자치사무에 속하지 아니하는 것인 이상, 위와 같은 사정을 들어 형평에 반한다고 할 것도 아니다. 원고의 주장은 어느 것이나 받아들일 수 없다.

4. 결론

그러므로 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

4. 대법원 1998.1.23. 선고 97다38329 판결 [전부금]

① 건설회사가 지방자치단체와 공사도급계약을 체결하면서 약정한 하자보수보증금의 법적 성질(=위약벌)

【판결요지】

○ 건설회사가 지방자치단체와 체결한 공사도급계약에서 약정한 하자보수보증금은 위 도급계약상의 수급인의 하자보수책임의 이행을 간접적으로 강제하고 수급인이 동 책임을 이행하지 아니하는 경우에는 그에 대한 제재로서 동 금원을 지방자치단체의 소유로 귀속시키기로 하는 이른바 위약벌 내지 제재금에 해당하므로, 수급인의 하자보증금 반환채권은 하자담보책임기간 내에 하자가 발생하지 아니하거나 혹은 그 기간 내에 하자가 발생한 경우에도 수급인이 위 계약에 따른 하자보수의무를 이행하는 조건으로 하여 발생한다

【원고, 상고인】 ○○○

【피고, 피상고인】 ○○도지사

【원심판결】 광주고등법원 1997. 7. 18. 선

고 96나770 판결

【주 문】 상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

【이 유】

원심이 그 내세운 증거에 의하여, 피고와 소외 ○○종합건설 주식회사(후에 ○○종합건설 주식회사, ○○종합건설 주식회사로 순차 상호가 변경되었다. 이하 소외 회사라 한다)는 1993. 5. 4. 피고가 발주하는 ○○교육박물관 신축공사에 관한 공사도급계약을 체결하였는데 공사대금은 금 1,326,049,200원, 공사기간 1993. 5. 7.부터 1994. 2. 10.까지, 하자보수보증금률은 공사대금의 3%, 하자담보책임기간은 2년으로 약정한 사실, 그 후 위 공사의 설계변경으로 인하여 피고와 소외 회사는 1993. 12. 30. 위 도급계약 내용 중 공사대금을 금 1,516,104,400원으로, 공사기간을 1993. 5. 7.부터 1994. 2. 27.까지 변경하기로 합의하였고, 소외 회사는 이에 따라 위 공사를 진행하여 1994. 8. 3. 준공하였는데 최종 정산 결과 공사대금은 금 1,508,985,000원으로 확정된 사실, 피고와 소외 회사 간의 이 사건 공사도급계약에 적용되는 공사계약일반조건 제18조 제1항은 "계약자는 공사의 하자보수를 보증하기 위하여 계약에서 정한 하자보수보증금률을 계약금액에 곱하여 산출한 금액(이하 하자보수보증금이라 한다)을 준공검사 후 그 공사의 대가를 지급할 때까지 현금 또는 동 조건 제3조 제1항 소정의 보증서 또는 증권 등으로 납부 또는 제출하여야 한다.", 제3항은 "계약자는 준공검사를 필한 날로부터 계약서에서 정하는 하자담보책임기간 중 당해 공사의 하자보수를 보증하여야 한다.", 제4항은 "계약자 또는 연대보증인이 제3항의 규정에 의한 하자담보책임기

간 중 계약 담당 공무원으로부터 하자보수요구를 받고, 이에 불응한 경우에는 제1항의 규정에 의한 하자보수보증금을 국고에 귀속한다.", 제5항은 "제1항의 규정에 의한 하자보수보증금은 하자담보책임기간이 종료한 후 계약자의 청구에 의하여 반환한다."라고 각 규정하고 있고, 위 계약에 따른 하자보수보증금은 금 45,269,550원(확정된 공사대금 1,508,985,000원×3/100)이며, 위 계약의 하자담보책임기간은 1996. 8. 3. 까지인 사실, 한편 이 사건 공사에 따른 하자담보책임기간 이내에 이 사건 건물의 전 시설 바닥 균열, 각 실의 도어문 자동제어장치 불량, 화장실 천장 누수 등의 하자가 발생되었는바, 그 예상 보수비는 금 14,974,570원 상당으로 추산되고, 이에 피고는 1996. 7. 17.부터 같은 달 30.까지 사이에 걸쳐 구체적인 하자 내용을 적시하여 이를 보수하여 주도록 소외 회사에 요청하였으나, 소외 회사는 이에 응하지 아니한 사실을 각 인정한 다음, 이 사건 도급계약의 내용에 비추어 보면 위 하자보수보증금은 위 도급계약상의 소외 회사의 하자보수책임의 이행을 간접적으로 강제하고, 소외 회사가 동 책임을 이행하지 아니하는 경우에는 그에 대한 제재로서 동 금원을 피고 소유로 귀속시키기로 하는 이른바 위약벌 내지 제재금에 해당하는 것이고, 따라서 소외 회사의 하자보증금 반환채권은 위 하자담보책임기간 내에 하자가 발생하지 아니하거나 혹은 그 기간 내에 하자가 발생한 경우에도 소외 회사가 위 계약에 따른 하자보수의무를 이행하는 조건으로 하여 발

생한다 할 것인데, 소외 회사가 위 계약상의 하자담보책임기간 내에 하자보수의무를 불이행함에 따라 위 하자보수보증금은 피고의 소유로 귀속되어 동 하자보수보증금의 반환채권은 발생하지 아니한다고 판단하였는바, 기록과 국가를당사자로하는계약에관한법률 제18조 제3항, 제12조 제3항의 규정에 비추어 보면 원심의 이러한 인정과 판단은 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진이나 법리오해의 위법이 있다고

할 수 없다.

그리고 위 하자보증금이 하자보수 불이행에 대한 손해배상예정액임을 전제로 하는 원고의 주장은 원심에서 한 바 없는 새로운 주장일 뿐 아니라 독단적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자인 원고의 부담으로 하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

5. 대법원 2001.4.24. 선고 2000다57856 판결 [손해배상]

- ① 예산회계법 제96조 소정의 소멸시효기간이 적용되지 않는 '다른 법률의 규정'의 의미 및 민법 제766조 제2항이 이에 해당하는지 여부(소극)
- ② 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있지 않은 경우에도 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 수 있는지 여부(한정적극) 및 그 판단 기준

【판결요지】

[1] 예산회계법 제96조에서 '다른 법률의 규정'이라 함은 다른 법률에 예산회계법 제96조에서 규정한 5년의 소멸시효기간보다 짧은 기간의 소멸시효의 규정이 있는 경우를 가리키는 것이고, 이보다 긴 10년의 소멸시효를 규정한 민법 제766조 제2항은 예산회계법 제96조에서 말하는 '다른 법률의 규정'에 해당하지 아니한다.

[2] 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 것이 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 것이나, 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령대로만 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지를 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

【원고(선정당사자), 피상고인 겸 상고인】

○○○외 54인

【피고, 피상고인】 구 농어촌진흥공사의 소
송수계인 농업기반공사

【피고, 상고인 겸 피상고인】 대한민국의
1인

【원심판결】 광주고등법원 2000. 9. 21. 선
고 98나5097 판결

【주 문】 상고를 모두 기각한다. 상고비용
중 원고(선정당사자)의 상고로 인한 부분은
원고(선정당사자)의, 피고 대한민국, 피고
목포시의 상고로 인한 부분은 위 피고들의
각 부담으로 한다.

【이 유】

1. 원고(선정당사자, 이하 '원고'라고
한다)의 상고이유에 대하여 본다.

가. 상고이유 제1점 : 피고 대한민국 및

피고 농업기반공사(이하 '피고 공사'라고
한다)의 사전방지책임 및 피고 공사의 사
후방지책임

원심은, 피고 대한민국과 피고 공사가 판
시 영산강하구언 공사를 시행함에 있어서
위 공사로 인하여 목포항의 조위가 상승할
것을 예견할 수 있었음에도 과실로 이를
예견하지 못하거나 그 대책을 강구하지 못
한 잘못이 있다는 원고의 주장에 대하여
위 피고들에게 영산강하구언 축조 이전에
원고가 주장하는 바와 같은 침수피해에 관
한 예견가능성이 있었다고 인정하기는 어
렵다는 이유로 위 피고들에게 그에 대한
사전예방적인 책임이 있다고 볼 수 없고,
또한 그 판시와 같은 사정에 비추어 피고
공사에게도 피고 대한민국과 마찬가지로
피해자들에 대하여 직접 그 침수원인을 규
명하고 그 방지대책을 세워야 한다거나, 또
는 피고 목포시에 대하여 재정적인 지원을

하는 등의 대책을 수립하여야 하는 사후방지의무를 지울 수는 없다고 판단하였는바, 거기에 상고이유와 같은 불법행위에 있어서의 주의의무에 관한 법리의 오해가 있다고 할 수 없으며, 원고가 상고이유에서 들고 있는 판례는 사안을 달리하여 이 사건에서 원용할 것이 못된다.

나. 상고이유 제2점 및 제5점 : 소멸시효기간

예산회계법 제96조에서 '다른 법률의 규정'이라 함은 다른 법률에 예산회계법 제96조에서 규정한 5년의 소멸시효기간보다 짧은 기간의 소멸시효의 규정이 있는 경우를 가리키는 것이고, 이보다 긴 10년의 소멸시효를 규정한 민법 제766조 제2항은 예산회계법 제96조에서 말하는 '다른 법률의 규정'에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 (대법원 1967. 7. 4. 선고 67다751 판결, 2000. 4. 7. 선고 99다53742 판결 참조), 그와 반대되는 취지의 상고이유는 이유 없다.

다. 상고이유 제3점 : 삼학도, 울도 주민들의 청구

원심은, 별지 명단 순위 22, 23(삼학도 주민이다), 32, 33, 34(울도 주민이다)의 선정자들이 거주하는 지역은 행정구역상으로 목포시에 속해 있기는 하나 과거 섬이었던 지역이거나, 또는 현재 목포 앞바다의 섬지역인 사실을 인정하고, 피고 대한민국 및 피고 공사에게 원고의 상고이유 제1점에서 본 바와 같은 사전방지책임을 지울 수 없고, 또한 사후방지책임으로서 위 선정자들

이 입은 침수피해를 방지하기 위하여 어떠한 방식으로 대책을 수립할 수 있었는지에 관하여 주장·입증이 없다는 이유로 위 선정자들의 피고 대한민국과 피고 공사에 대한 청구를 배척하였는바, 거기에 채증법칙²⁾을 위반하여 사실을 오인하였거나, 불법행위에 있어서의 주의의무의 존재와 입증책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 상고이유 제4점 : 위자료 산정의 법리오해

원심은, 피고 목포시는 1981년 무렵부터 위 피고가 관리하는 공공의 영조물인 하수구와 하수관 및 안벽 등 호안시설의 설치 또는 관리상의 하자로 인하여, 피고 대한민국은 1990년 1월 무렵부터 위 피고가 사후방지책임을 제대로 취하지 아니한 잘못으로 인하여 원심 판시 갑 선정자들에게 침수피해를 입힌 사실을 인정하고 소멸시효

2) 채증법칙이란 증거를 취사선택함에 있어서 지켜야 할 법칙을 말한다. 어느 행위가 범죄에 해당하는가를 살피려면 먼저 어떠한 행위가 일어났는가 하는 점을 확정해 두어야 하며, 이와 같이 실체법규를 적용하기에 앞서서 판단의 대상이 되는 것을 가리켜 사실관계라고 함. 그런데 이 사실관계는 과거에 일어난 사건이기 때문에 증거를 가지고 재구성해 가야만 하며, 이때 재판과정에서 여러 가지 증거들이 법관에게 제시되는데 법관은 이러한 증거를 합리적인 이성¹⁾에 따라 자유롭게 취사선택하여 사실관계를 확정해 가게 되는데, 법관이 사실관계를 확정하기 위하여 증거를 취사선택할 때 지켜야 할 논리칙, 경험칙을 말하는 것이다.

가 완성되지 아니한 1990. 7. 28.부터 1996년 1월경까지의 손해의 배상을 명함에 있어 피고 목포시가 배상할 위자료의 수액을 피고 대한민국의 그것과 동일하거나 다액으로 정하였는바, 기록과 원심 설시의 여러 사정에 비추어 보면, 원심의 위 조치는 모두 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유와 같은 법리오해가 있다고 할 수 없다.

2. 피고 대한민국의 상고이유에 대하여 본다.

가. 상고이유 제1점 : 국가배상책임의 법리오해

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 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는 데도 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 없

더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령대로만 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지는 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결 참조).

원심이, 위와 같은 취지에서, 그 판시와 같은 제반 사정에 비추어, 피고 대한민국 소속 공무원으로서는 구 풍수해대책법(1995. 12. 6. 법률 제4993호 자연재해대책법으로 전문 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제40조 제1항, 제46조의 규정에 따라 원심 판시 침수피해를 방지하는 데 필요한 적절한 조치를 신속히 취하여야 할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유와 같은 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 상고이유 제2점 : 사실오인

원심이, 별지 명단 16, 18, 25, 37, 38, 44의 선정자들에 대하여 원심 판시 거주기간 동안 원심 판시 지역에서 본인이 실제로 거주하거나, 가게를 운영하거나, 본인은 타처로 전출한 동안 그 가족들이 거주한 사실을 인정한 것은 기록에 비추어 정당하고 상고이유와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 상고이유 제3점 : 처분권주의 위반

원심이, 별지 명단 1, 5, 6, 25, 37의 선정자들에 대하여 그들의 청구금액인 각 금 2,000만원 범위 내에서(소장 및 항소장 참조) 400만원 내지 500만원의 위자료를 인용한 것은 정당하고 상고이유와 같은 처분권주의를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다(위 피고는 위 선정자들의 청구금액이 원고의 1998. 3. 27.자 준비서면 중 각 선정자별로 계산된 금액임을 전제로 주장하는 것으로 보이는데, 위 준비서면에서 각 선정자별로 계산된 금액은 일실수입에 불과하다).

3. 피고 목포시의 상고이유에 대하여 본다.

가. 상고이유 제1점 : 채증법칙 위반

상고이유는, 영산강하구언의 축조로 목포 앞바다의 조위가 상승하였고, 그로 인하여 판시 침수피해가 발생한 것이라는 명백한 증거가 있음에도 불구하고 판시 침수피해의 책임이 영산강하구언을 축조하도록 한

피고 대한민국이 아닌 피고 목포시에 있다고 인정한 원심에는 채증법칙을 위반한 위법이 있다는 것이나, 원고의 상고이유 제1점에 대한 판단에서 본 바와 같이 피고 대한민국에게 영산강하구언의 축조 이전에 사전예방적인 책임이 있다고 볼 수 없는 이상 영산강하구언의 축조와 판시 침수피해 사이에 인과관계가 있다고 하더라도 피고 대한민국에게 그 책임을 지울 수 없는 것이고, 피고 목포시에게는 피고 목포시의 상고이유 제3점에서 보는 바와 같은 책임이 있어 그 책임을 지운 원심에 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 상고이유 제2점 : 지방자치법 제113조 제2항의 법리 오해

상고이유는, 피고 대한민국의 영산강하구언 축조로 인하여 침수피해가 발생한 것임에도 그 손해배상을 자치단체인 피고 목포시에게 부담하도록 한 원심판결에는 국가의 부담을 지방자치단체에 전가하여서는 아니 된다는 지방자치법 제113조 제2항의 규정에 위반한 위법이 있다는 것이나, 이 사건 침수피해가 피고 대한민국의 사후방지책임의 불이행과 피고 목포시의 영조물 관리상의 하자로 인하여 발생하였다고 인정하고 위 피고들에게 연대하여 그 배상을 명한 원심의 판단에 국가의 부담을 지방자치단체에 전가한 잘못이 있다고 할 수 없으므로, 논지는 이유 없다.

다. 상고이유 제3점 : 영조물관리의 주체에 대한 오인

상고이유는, 원심 판시의 안벽 등 호안시설은 항만법 제9조 및 같은법시행령 제2조에 따라 피고 대한민국(소관 : 해양수산부장관)이 설치·관리하고, 지방자치법 제11조 제4호에 따라 지방자치단체인 피고 목포시로서는 설치·관리할 수 없는 시설임에도 불구하고 피고 목포시가 설치·관리하는 시설이라고 판단한 원심에는 사실오인 또는 법리오해가 있다는 것이다.

살피건대, 항만법 제9조 제1항은 항만시설의 신설·개축·유지·보수 및 준설에 관한 공사는 지정항만은 해양수산부장관이, 지방항만은 시·도지사가 각각 시행한다고 규정하고 있고 지방자치법 제11조 제4호는 지방자치단체는 지정항만에 대한 국가사무를 처리할 수 없다고 규정하고 있기는 하나, 원심 판시의 안벽 등 호안시설은 목포시의 해안도로에 관한 것으로서 그 설치·관리의 주체는 피고 목포시로 여겨지고(그래서 원심의 인정과 같이 피고 목포시가

긴급대책사업으로 1992. 10. 24.부터 1994. 2. 28.까지 사이에, 항구대책사업으로 1993. 11. 15.부터 1996. 1. 16.까지 사이에 해안도로의 파라펫트 설치작업 등을 시행하였던 것이고, 그 공사 이후 침수피해가 현저하게 감소하였다), 나아가 원심이 인정한 바와 같이 피고 목포시가 설치 또는 관리하는 원심 판시 갑 선정자들 거주지역의 하수구와 하수관이 낡은 상태로 남아 있었고 바닷물의 역류를 막을 수 있는 개폐시설조차 전혀 설치되어 있지 아니하여 위 하수구를 통하여 바닷물이 역류한 것이 원심 판시 침수피해의 주요한 원인이었던 이상, 피고 목포시는 위 하수구와 하수관의 관리의무자로서 그 설치 또는 관리상의 하자로 인하여 원심 판시 갑 선정자들이 입은 손해를 배상할 책임을 면할 수 없다고 할 것이므로, 상고이유의 주장은 이유 없다.

4. 따라서 상고를 모두 기각하고 상고비용은 각 상고인의 부담으로 하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

