

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2021두33838 건축허가신청반려처분취소

원고, 상고인 겸 피상고인

원고 1 외 1인

소송대리인 법무법인 정일

담당변호사 최준기

피고, 피상고인 1. 시흥시장

피고, 피상고인 겸 상고인

2. 시흥시

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 김두영 외 2인

원 심 판 결 수원고등법원 2021. 1. 20. 선고 2019누12520 판결

판 결 선 고 2021. 7. 21.

주 문

원심판결 중 피고 시흥시 패소 부분과 피고 시흥시장에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 수원고등법원에 환송한다.

원고들의 피고 시흥시에 대한 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고 시흥시의 상고 부분

가. 원심은, 구 「개발제한구역 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 시행령(2018. 2. 9. 대통령령 제28635호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 개발제한구역법 시행령'이라 한다) 제22조 [별표 2] 제4호 마목, 구 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」(2020. 2. 18. 법률 제17063호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공간정보관리법'이라 한다) 제64조 제2항 등에 의하면 피고 시흥시 소속 공무원들이 이 사건 토지의 지목을 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여 이 사건 토지가 더 이상 대지로서 기능할 수 없다는 점을 지적공부에 반영할 의무를 부담하는 것으로 보아야 한다고 전제하고, 위 공무원들이 그러한 조치를 이행하지 않음으로 인하여 원고들은 지목이 변경되지 않은 지적공부에 따라 지상에 건물 신축이 가능하다고 생각하여 이 사건 토지를 취득하였으니, 피고 시흥시는 원고들이 입게 된 손해를 국가배상법에 따라 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

나. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위해서는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 "공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때"라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것이다. 여기서 '법령을 위반하여'라고 함은 엄격하게

형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다. 따라서 국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있어서 국민의 생명 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험의 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 상당한 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령에서 정하여진 대로 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령을 위반'하였다고 할 수는 없다. 따라서 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없는 때라면 공무원의 부작위로 인하여 침해되는 국민의 법익 또는 국민에게 발생하는 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 한다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결 등 참조).

2) 구 개발제한구역법 시행령 제22조 [별표 2] 제4호 마목은 '이주단지를 조성한 후 또는 건축물을 이축한 후 종전 토지는 다른 사람의 소유인 경우와 공익사업에 편입된 경우를 제외하고는 그 지목을 전·답·과수원, 그 밖에 건축물의 건축을 위한 용도

가 아닌 지목으로 변경하여야 한다.'고 규정하면서 그 변경 주체와 절차에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 위 규정을 관련 공무원에 대하여 건축물 이축에 있어 종전 토지의 지목을 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여야 할 적극적인 작위의무를 명하는 규정으로 볼 수 없고, 관련 법령에 그와 같은 작위의무 규정을 찾아볼 수도 없다.

오히려 지적공부·부동산종합공부의 작성 및 관리 등에 관한 사항을 규정하고 있는 구 공간정보관리법은, 지적공부에 토지의 소재·지번·지목·면적·경계 또는 좌표를 등록한 것을 '토지의 표시', 토지의 표시를 새로 정하거나 변경 또는 말소하는 것을 '토지의 이동'이라 각 규정하면서(제2조 제20호, 제28호), 토지의 이동이 있을 때에는 지적소관청이 토지소유자의 신청을 받아 지번·지목·면적·경계 또는 좌표를 결정하고, 다만 신청이 없더라도 지적소관청이 직권으로 조사·측량하여 결정할 수 있다고 규정하고 있다(제64조). 따라서 구 공간정보관리법상 토지소유자는 지목변경을 할 토지가 있으면 일정 기간 내에 지목변경을 신청하여야 하나(제81조), 그러한 신청이 없다고 하여 지적소관청이 직권으로 조사·측량하여 결정할 의무를 부담한다고 볼 수는 없다.

또한, 구 공간정보관리법은 지적소관청이 지적공부의 등록사항에 잘못이 있음을 발견하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 직권으로 조사·측량하여 정정할 수 있다고 규정하고 있는데(제84조 제2항), 그 위임규정인 같은 법 시행령 제82조 제1항은 지적소관청이 직권으로 조사·측량하여 정정할 수 있는 경우를 각 호로 열거하고 있고, 제2항은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 토지가 있을 때에는 지적소관청이 지체 없이 정정하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 같은 법 시행령 제82조 제1항 각 호에 열거되지 않은 사항에 대해서까지 지적소관청이 직권으로 조사·측량하여 정정할 의무

를 부담한다고 볼 수 없다.

3) 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 이 사건 토지는 개발제한구역으로 지정될 당시 그 지목이 대지였고 지상에 건축물이 존재하지 않았는데, 소외인이 2012. 12.경 개발제한구역 내 행위허가를 받아 이 사건 토지 지상에 건물(이하 '종전 건물'이라 한다)을 신축하여 2013. 7.경 사용승인을 받았다.

나) 소외인은 2013. 8.경 종전 건물에 대해 이 사건 이축허가를 받은 후 건축주 명의를 변경하여 종전 건물을 철거하고 개발제한구역 내인 인근 토지 지상에 건물을 신축하여 2014. 2.경 사용승인을 받았다. 한편 이 사건 이축허가 시 행위허가 조건으로 '사용승인시까지 이 사건 토지는 그 지목을 전·답·과수원, 그 밖에 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여야 한다.'는 내용이 부과된 바 있으나, 이 사건 토지의 지목은 변경되지 않았다.

다) 원고들은 2016. 12.경 임의경매절차를 통해 이 사건 토지를 각 2분의 1 지분씩 매수한 뒤, 2017. 6.경 이 사건 토지 지상에 단독주택을 신축하는 행위에 대한 허가를 신청하였으나, 그 무렵 피고 시흥시장으로부터 불허가 통보를 받았다(이하 '이 사건 처분'이라 한다). 그 이유는, 구 개발제한구역법 시행령 제13조 [별표1] 제5호 다목 가)는 개발제한구역 내 주택을 신축할 수 있는 경우로 '개발제한구역 지정 당시부터 지목이 대인 토지(이축된 건축물이 있었던 토지의 경우에는 개발제한구역 지정 당시부터 그 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우만 해당한다)'와 '개발제한구역 지정 당시부터 있던 기존의 주택이 있는 토지'를 들고 있는데, 이 사건 토지는 여기에 해당하지 않는다는 것이다.

4) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 들고 있는 구 개발제한구역법 시행령 제22조 [별표 2] 제4호 마목, 구 공간정보관리법 제64조 제2항 등은 피고 시흥시 소속 공무원들로 하여금 이 사건 토지의 지목을 '건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목'으로 변경할 작위의무를 명하는 법령의 규정이라고 볼 수 없고, 이 사건과 같은 경우는 구 공간정보관리법 시행령 제82조 제1항 각 호에 열거된 사항에 해당하지 아니하여 관련 공무원들이 구 공간정보관리법 제84조 제2항에 따라 직권으로 정정하여야 할 의무를 부담하는 경우라고 볼 수도 없다. 나아가 구 공간정보관리법 제67조, 같은 법 시행령 제58조에 의하면 지적공부·부동산종합공부에 기재되는 각 지목의 종류가 상당히 많고 이를 구분하는 기준 역시 다양하게 설정되어 있는바, 피고 시흥시 소속 공무원들이 직권으로 그와 같이 많은 지목 중에서 이 사건의 경우에 적합한 '건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목'을 특정하여 이를 변경할 것을 요구할 수도 없다.

반면에 이 사건 토지의 지목이 직권으로 변경되지 아니함으로 인해 원고들이 입은 손해는 재산적 이익에 관한 것으로서 이에 관하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 야기되었다고 보이지 않을 뿐만 아니라, 관련 공무원들이 쉽게 원고들이 입은 손해를 예견하거나 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있다고 보기 어렵다. 따라서 피고 시흥시 소속 공무원들의 부작위를 가지고 '고의 또는 과실로 법령에 위반'하였다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 피고 시흥시에 대하여 직권으로 그 지목을 변경하지 아니함으로 인한 손해배상책임을 인정하였으니, 그러한 원심판단에는 공무원의 부작위로 인한 국가배상법상 손해배상책임에 관한 법리를 오해하여 판결에

영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 원고들의 상고 부분

가. 피고 시흥시장에 대한 상고 부분

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 처분의 근거가 된 구 개발제한구역법 시행령 제13조 제1항 [별표 1] 제5호 (다)목의 가) 중 '(이축된 건축물이 있었던 토지의 경우에는 개발제한구역 지정 당시부터 그 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우만 해당한다)'는 부분과 같은 시행령 제22조 [별표 2] 제4호 마목 중 '다른 사람의 소유인 경우와' 부분은 종전 법령이 토지소유자에게 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 주었다는 반성적 고려에서 재산권 행사의 제한을 완화시키려는 입법적 노력의 산물로서 개발제한구역지정의 입법목적과 개정경과 등에 비추어 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것으로 볼 수 있어 모법의 위임 범위를 벗어났다고 할 수 없고, 이 사건 이축허가에 중대하고 명백한 하자가 있다거나 취소되었다고 볼 증거나 자료가 부족하다는 이유 등을 들어, 이 사건 처분이 위법하다는 원고들의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 위임입법의 한계, 법률행위의 해석, 이축권의 행사요건 및 중대한 하자 등에 관한 법리오해, 심리미진, 사실오인 등의 잘못이 없다(다만 아래에서 보는 바와 같이 피고 시흥시 패소 부분이 파기되므로, 그와 주관적·예비적 공동소송 관계에 있는 피고 시흥시장에 대한 부분 역시 파기되어야 한다).

나. 피고 시흥시에 대한 상고 부분

원고들은 상고이유로 원심의 책임제한이나 손해배상액 산정에 있어 잘못이 있다고 주장하나, 앞에서 보는 바와 같이 피고 시흥시의 손해배상 의무를 인정한 원심판결을

파기하는 이상 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

3. 파기의 범위

원고들은 주위적으로 피고 시흥시장에 대해 이 사건 처분의 취소 청구를 하면서 그 청구가 인용되지 아니할 경우를 위하여 예비적으로 피고 시흥시에 대해 금전의 지급을 청구하면서 그 청구원인을 손실보상 또는 국가배상으로 선택적으로 주장하고 있다. 따라서 피고 시흥시장은 주위적 피고, 피고 시흥시는 예비적 피고로서 피고들의 관계에 대하여 행정소송법 제8조, 민사소송법 제70조가 적용된다. 그리고 피고 시흥시장에 대하여는 손실보상청구와 국가배상청구가 선택적으로 병합되어 있다.

원고들의 피고 시흥시에 대한 국가배상청구 중 피고 시흥시 패소 부분과 손실보상청구 중 피고 시흥시 패소 부분은 여러 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 피고 시흥시 패소 부분은 모두 파기되어야 한다.

한편 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 하나의 종국판결을 내려야만 하므로, 위와 같이 피고 시흥시 패소 부분을 파기하는 이상 피고 시흥시장에 대한 부분도 파기할 수밖에 없다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 피고 시흥시 패소 부분과 피고 시흥시장에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고들의 피고 시흥시에 대한 상고는 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 천대엽

 대법관 조재연

주 심 대법관 민유숙

 대법관 이동원