대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2016두35120 사업시행계획인가처분취소
원고, 피상고인	원고 1 외 1인
	원고들 소송대리인 변호사 양시복
피고, 상고인	담양군수
	소송대리인 법무법인 에이프로 담당변호사 박덕희 외 2인
	소송대리인 변호사 이광재
피고보조참가인, 상고인	
	1. 유한회사 디자인프로방스
	피고 및 피고보조참가인 1의 소송대리인 변호사 장병우
	2. 유한회사 메타포토리아
	피고 및 보조참가인 2의 소송대리인 변호사 김황식
	피고 및 피고보조참가인들 소송대리인 법무법인(유한) 화우 담당변호사 이홍훈 외 4인
원 심 판 결	광주고등법원 2016. 2. 4. 선고 2014누6066 판결
판 결 선 고	2017. 7. 11.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 등의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 사업시행자 지정 처분의 하자로 인한 실시계획 인가 처분의 효력

가. 사업시행자 지정 처분의 적법 여부

(1) 도시계획시설사업에서 사업시행자 지정 처분의 성립

구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '국토계획법' 또는 '법'이라 한다) 제86조는 행정청이 아닌 자는 도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받아 도시·군계획시설사업을 시행할 수 있고(제5항), 행정청은 도시·군계획시설사업의 시행자를 지정한 경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 그 지정 내용을 고시하여야 한다고 규정하고 있다(제6항). 그 위임에 따라 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행규칙」(2013. 3. 23. 국토교통부령 제1호로 개정되기 전의 것) 제14조는 도시·군계획시설사업시행자 지정내용의 고시는 지정 주체에 따라 관보 또는 지방자치단체의 공보에 사업시행자의 성명과 주소 등의 사항을 게재하는 방법에 의하도록 규정하고 있다.

이와 같은 사업시행자 지정에 관한 규정의 체계와 내용 등에 비추어 보면, 국토계획법상 도시계획시설사업에서 사업시행자 지정은 특정인에게 도시계획시설사업을 시행할

수 있는 권한을 부여하는 처분이고, 사업시행자 지정 내용의 고시는 사업시행자 지정 처분을 전제로 하여 그 내용을 불특정 다수인에게 알리는 행위이다. 위 사업지정자 지정과 그 고시는 명확하게 구분되는 것으로, 사업시행자 지정 처분이 '고시'의 방법으로 행하여질 수 있음은 별론으로 하고 그 처분이 반드시 '고시'의 방법으로만 성립하거나 효력이 생긴다고 볼 수 없다.

따라서 피고보조참가인 유한회사 디자인프로방스(이하 '참가인'이라 한다)를 이 사건 유원지 조성사업 중 2단계 사업의 사업시행자로 지정하는 처분(이하 '이 사건 사업시행자 지정 처분'이라 한다)에 관하여, 원심이 지정 내용의 고시일이 아닌 그 성립일을 기준으로 처분의 적법 여부를 판단한 것은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 도시계획시설사업에서 사업시행자 지정 처분의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

(2) 이 사건 사업시행자 지정 처분의 성립 시기

일반적으로 행정처분이 주체·내용·절차와 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에 대한 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 경우에는 행정처분이 존재한다고 할 수 있다(대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결 참조). 행정처분의 외부적 성립은 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점을 확정하는 의미를 가지므로, 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 한다.

원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다. ① 피고는 2012. 10. 18. 참가인을 사업시행자로 지정 고시하기로 하는 내부문서를 결재하였고, 같은 날 담당 공무원은 담양군 인터넷 홈페이지의 고시공고란에 이 사건 사업시행

자 지정 처분의 내용을 고시하는 고시문안을 게재하였다. ② 위 고시문안의 내용은 고시번호와 고시 연월일 중 일자가 표기되지 않은 것 외에는 그 후에 실제 고시된 내용과 동일하다.

지방자치단체의 인터넷 홈페이지 개설 목적, 활용 형태와 이를 접하는 일반인의 인식에 비추어 보면, 그 홈페이지에 행정결정을 게재하는 것은 일반적으로 행정청의 의사를 외부에 표시하는 공식적인 방법이다. 따라서 위와 같은 홈페이지 게재는 피고가 참가인을 사업시행자로 지정하기로 한 결정을 공식적인 방법으로 외부에 표시한 것이고, 이로써 피고가 행한 이 사건 사업시행자 지정 처분은 객관적으로 성립하였다고 보아야 한다.

원심이 같은 취지에서, 참가인을 사업시행자로 지정하는 내용이 공보에 게재되어 고시된 날이 아니라 그 이전에 그와 같은 내용의 고시문안이 담양군 인터넷 홈페이지에 게재된 날에 이 사건 사업시행자 지정 처분이 성립하였음을 전제로 그 당시를 기준으로 참가인이 사업시행자 지정 요건 중 하나인 사업 대상인 토지 면적의 3분의 2 이상을 소유할 것이라는 요건을 충족하지 못하였으므로 이 사건 사업시행자 지정 처분이 위법하다고 판단한 것은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유의 주장과 같이 처분의 성립시기에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 이 사건 사업시행자 지정 처분의 무효 여부

(1) 국토계획법은 도시·군계획시설에 관하여 제6호가 정한 기반시설 중 도시·군관리계획으로 결정된 시설로 정의하고(법 제2조 제7호), 공공시설에 관해서는 '도로·공원·철도·수도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공용 시설'로 정의하여(법 제2조 제13호), 기반시설 중 일부만이 국토계획법상 '공공시설'에 해당하는 것으로 정하고 있다.

이러한 도시·군계획시설사업은 행정청이 사업시행자로서 그 비용으로 시행함이 원칙이고, 행정청이 아닌 자는 사업시행자로 지정을 받아야만 도시·군계획시설사업을 시행할 수 있다(법 제86조, 제101조).

국토계획법 제86조 제7항과 그 위임에 따른 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」(2013. 3. 23. 대통령령 제24443호로 개정되기 전의 것) 제96조 제2항, 제4항 등에 따르면, '국가·지방자치단체', '대통령령으로 정하는 공공기관', '국토계획법 제65조에 따라 관리청에 무상으로 귀속되는 공공시설을 설치하고자 하는 자' 등 대통령령으로 정하는 자를 제외한 사인(私人)이 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정받기 위해서는 도시계획시설사업의 대상인 토지(국·공유지는 제외한다) 면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 받아야 한다. 그리고 국토계획법 제99조, 제65조에 따르면, 사인이 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정되어 공공시설에 해당하는 도시·군계획시설을 새로 설치한 경우에는 그 시설을 관리할 관리청에 무상 귀속된다.

도시·군계획시설사업은 도시 형성이나 주민 생활에 필수적인 기반시설 중 도시관리계획으로 체계적인 배치가 결정된 시설을 설치하는 사업으로서 공공복리의 실현과 밀접한 관련이 있다. 국토계획법이 도시·군계획시설사업을 토지 등을 수용할 수 있는 사업으로 규정한 것도 그 사업으로 설치되는 기반시설의 기능에 공공성이 인정되기 때문이다. 그런데 사인이 도시·군계획시설사업을 시행하는 때에는 그 도시·군계획시설이 국토계획법이 정한 '공공시설'에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한, 설치된 도시·군계획시설의 소유·관리·처분권은 사업시행자인 사인에게 귀속되고, 국토계획법은 그 권리의 행사에 관하여 별다른 규율을 하고 있지 않다. 따라서 도시·군계획시설사업을 사

인이 시행하는 때에는 행정청이나 공공단체가 시행하는 때와 비교하여 시설의 공공적 기능 유지라는 측면이나 시설의 운영·처분 과정에서 발생하는 이익의 공적 귀속이라는 측면에서 상대적으로 공공성이 약하다고 볼 수 있다. 나아가 해당 시설이 민간의 이윤 동기에 맡겨도 공급에 문제가 없을 정도로 영리성이 강한 시설이라면 도시·군계획시설사업이 공익사업을 가장한 사인을 위한 영리사업으로 변질될 우려도 있다.

결국 국토계획법이 사인을 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정하기 위한 요건으로 소유 요건과 동의 요건을 둔 취지는 사인이 시행하는 도시·군계획시설사업의 공공성을 보완하고 사인에 의한 일방적인 수용을 제어하기 위한 것이다. 그러므로 만일 국토계획법령이 정한 도시계획시설사업의 대상 토지의 소유와 동의 요건을 갖추지 못하였는데도 사업시행자로 지정하였다면, 이는 국토계획법령이 정한 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 그 하자가 중대하다고 보아야 한다.

(2) 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하면, 참가인이 피고에게 사업시행자 지정을 신청하면서 제출한 신청서상 동의와 소유 현황에는 사업 대상 토지(이하 이 부분 판단에서는 국·공유지를 제외한 토지만을 말한다)의 소유자 총수 21명 중 11명이 동의하였고, 참가인은 사업 대상 토지 면적의 59.1%를 소유하나 나머지 동의자 10명이 소유한 토지 면적을 포함하면 소유율은 74%라고 기재되어 있는 점을 알 수 있다. 담양군 인터넷 홈페이지에 이 사건 사업시행자 지정 처분의 내용이 게재될 때까지 토지 소유자나 동의자의 변동이 있었다는 자료는 나타나 있지 않다.

이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 사업시행자 지정 처분은 참가인이 국토계획법령이 정한 사업시행자 지정을 위한 소유 요건에 미달하는 59.1%만을 소유하고 있는데도 이루어진 것으로서 그 하자가 중대하다고 보아야 한다. 그리고 국토

계획법령은 소유 요건 충족 여부에 대한 판단기준에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 사업시행자 지정 요건 중 소유 요건의 기초가 되는 '소유권'은 민법상 소유권 취득 여부를 기준으로 판단할 수밖에 없다. 신청인이 사실상 소유하는 토지도 이에 포함시켜야 한다고 볼 만한 아무런 법령상 근거가 없으므로 사업시행자 지정을 위한 소유 요건에서 소유권의 의미에 관한 해석에 다툼의 여지도 없다. 따라서 이 사건에서 참가인의 신청 내용 자체에 의하더라도 참가인이 소유 요건을 갖추지 못하였음이 분명하다. 이 사건 사업시행자 지정 처분에서 소유 요건을 충족하지 못한 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백하다.

설령 피고의 주장과 같이 사업시행자 지정 요건의 충족 여부는 사업시행자 지정 처분의 고시일을 기준으로 판단하여야 하고, 고시일 전에 참가인이 당초 동의자 7명으로부터 소유권을 양수하여 사업 대상 토지 중 72.5%를 소유함으로써 소유 요건을 충족하였다고 하더라도, 참가인에게 토지를 양도한 당초 동의자 7명은 고시일을 기준으로 해서는 토지소유자 총수에 포함될 수 없고 동의자에서도 제외되어야 하므로 참가인은 동의 요건을 충족하지 못한다[28.57% = 4명(당초 동의자 11명 - 참가인에게 토지를 양도한 동의자 7명) ÷ 14명(당초 토지 소유자 총수 21명 - 참가인에게 토지를 양도한 소유자 7명) × 100].

(3) 원심이 같은 취지에서 이 사건 사업시행자 지정 처분의 하자가 중대·명백하여 무효라고 판단한 것은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위한 요건에 관한 법리를 오해하거나 판단누락 등으로 판결결과에 영향을 미친 잘못이 없다. 상고이유에서 들고 있는 대법원 판례는 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

다. 이 사건 실시계획 인가처분의 무효 여부

선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에도 선행처분이 당연무효이면 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다툴 수 있다(대법원 1998. 9. 8. 선고 97누20502 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두9889 판결 등 참조). 도시계획시설사업의 시행자가 작성한 실시계획을 인가하는 처분은 도시계획시설사업 시행자에게 도시계획시설사업의 공사를 허가하고 수용권을 부여하는 처분으로서 선행처분인 도시계획시설사업 시행자 지정 처분이 처분 요건을 충족하지 못하여 당연무효인 경우에는 사업시행자 지정 처분이 유효함을 전제로 이루어진 후행처분인 실시계획 인가처분도 무효라고 보아야 한다.

원심이 사업시행자 지정 처분과 실시계획 인가처분이 서로 결합하여 도시·군관리계획시설의 설치라는 1개의 법률효과를 완성하기 위한 것이라는 이유를 들어 하자가 승계된다고 판단한 것은 부적절하다. 그러나 위 법리에 비추어 보면, 앞에서 보았듯이 참가인을 사업시행자로 지정한 이 사건 사업시행자 지정 처분이 당연무효인 이상 후행처분인 참가인이 작성한 실시계획에 대한 2013. 3. 14.자 인가처분(이하 '이 사건 실시계획 인가처분'이라 한다)도 무효라고 할 것이므로, 위 인가처분이 무효라고 판단한 원심의 결론은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 선행처분의 하자 승계에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 실시계획 인가처분 자체의 하자로 인한 실시계획 인가처분의 효력

가. 사업시행기간 내 부지 매각과 제3자에 의한 도시계획시설 설치를 내용으로 한 실시계획에 대한 인가처분의 무효 여부

(1) 이 사건 실시계획 인가처분의 적법 여부

국토계획법에 따르면, 행정청이 아닌 사인은 사업시행자로 지정을 받아 도시·군계획시설사업을 시행할 수 있고 자신의 비용 부담으로 사업을 시행함이 원칙이다(법 제86조 제5항, 제101조). 사인인 사업시행자는 도시·군계획시설사업의 공사를 마친 때에 행정청으로부터 준공검사를 받아야 하고(법 제98조 제1항), 도시·군계획시설사업 시행자 지정을 받지 않고 도시·군계획시설사업을 시행한 자에게는 공사의 중지, 공작물 등의 개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다(법 제133조 제1항 제14호).

위와 같은 국토계획법의 규정 내용에 따르면, 사업시행자인 사인은 그 책임으로 도시·군계획시설사업의 공사를 마쳐야 하고, 사업시행자 지정을 받지 않은 사인은 도시·군계획시설사업을 시행할 수 없다. 사업시행기간 중에 사업 대상인 토지를 제3자에게 매각하고 그 제3자에게 도시·군계획시설을 설치하도록 한다면 그와 같은 내용의 도시·군계획시설사업은 사실상 토지를 개발·분양하는 사업으로 변질될 수 있는데다가 개발이익이 배제된 가격으로 수용한 토지를 처분상대방이나 처분조건 등에 관한 아무런 제한도 받지 않고 매각하여 차익을 얻을 수 있게 됨으로써 도시·군계획시설사업의 공공성을 현저히 훼손한다. 또한 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 등에서 일정한 요건과 절차에 따라 공익사업의 대행을 허용하고 있는 것과 달리, 국토계획법은 도시·군계획시설사업의 대행을 허용하는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 사인인 사업시행자가 도시·군계획시설사업의 대상인 토지를 사업시행기간 중에 제3자에게 매각하고 제3자로 하여금 해당 시설을 설치하도록 하는 내용이 포함된 실시계획은 국토계획법상 도시·군계획시설사업의 기본원칙에 반하여 허용되지 않고, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 실시계획을 인가하는 처분은 그 하자가 중대하다고 보아야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 이 사건 실시계획에는 총사업비 587억 원(토지매입비 45억 원, 토목부대공사비 91억 원, 건축공사비 436억 원 등)을 들여 유원지를 조성하되, 토목부대공사를 마친 후 일부 토지를 156억 원에 매각하여 사업비로 충당하고 그 부지 위에 건축공사비 283억 원이 들 것으로 예상되는 건축시설은 부지를 매수한 건설사가 조성한다는 내용이 포함되어 있는 사실을 알 수 있다. 이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 실시계획은 국토계획법상 허용되지 않는 내용을 담고 있어 이를 인가한 이 사건 실시계획 인가처분은 위법하다. 같은 취지에서 이 사건 실시계획 인가처분이 위법하다고 본 원심판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 도시·군계획시설사업에서 사업부지 처분 시기와 사업 대행에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

(2) 이 사건 실시계획 인가처분의 무효 여부

이 사건 실시계획 인가처분 당시까지 사업시행기간 내에 사업 부지 일부를 제3자에 매각하고 그로 하여금 시설의 일부를 설치하도록 하는 내용의 실시계획은 국토계획법상 허용되지 않는다는 법리가 제시된 적이 없다. 국토계획법이 명시적으로 도시·군계획시설사업의 대행을 금지하는 규정을 두고 있지 않고 도시·군계획시설의 처분 시기에 관해서도 별다른 제한 규정을 두고 있지 않아 해석상 다툼의 여지가 없지 않다. 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건 실시계획 인가처분의 하자가 명백하다고 볼 수는 없다.

그런데도 이와 다른 전제에서 이 사건 실시계획 인가처분의 하자가 명백하다고 본 원심판단에는 행정처분의 당연무효에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 것이나, 당연무효인 이 사건 사업시행자 지정 처분에 기초한 이 사건 실시계획 인가처분이 당연무효

임은 위에서 본 바와 같으므로 결과적으로 판결결과에 영향을 미친 것은 아니다.

나. 사업인정 요건의 흠결로 인한 이 사건 실시계획 인가처분의 무효 여부

(1) 원심은 참가인이 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있었다고 보기 어렵고, 이는 중대·명백하거나 최소한 중대한 하자이므로 이 사건 실시계획 인가처분은 무효라고 판단하였다. 그 이유로 다음과 같은 사정을 들고 있다. ① 참가인은 이 사건 사업시행자 지정 처분 당시까지 사업실적이 전무하고 사업시행자 지정 요건 중 소유 요건조차 갖추지 못하고 있다. ② 이 사건 실시계획상 세부시설의 구성, 사업 목적에 비추어 실시계획에 따라 조성되는 시설은 유원지가 아닌 관광객의 편의를 위한 숙박시설과 상가 등이다. ③ 이 사건 실시계획의 재원조달계획상 사업 부지 일부를 매각하고 제3자로 하여금 일부 시설을 설치토록 하여 사업시행자 지위 양도를 예정하고 있고, 사업비 대비 자기자본 비율이 낮고 외부자본을 마련할 수 있는 구체적 방법도 없다. ④ 이 사건 실시계획상 사업시행기간 내에는 신축예정인 95개동의 건물 중 일부만이 준공되어 있다. ⑤ 참가인이 시행하는 사업을 셋으로 분할하고 사업시행자를 추가하는 내용으로 이 사건 실시계획 인가처분이 변경되었으나, 별도의 사업시행자 지정이 없었으므로 위와 같은 인가처분의 변경은 적법·유효하다고 볼 수 없다. ⑥ 주요한 시설들이 최종 준공 기일을 넘기고도 준공되지 못하였고, 일부 시설은 당초 계획과는 다른 시설로 변경되었다.

(2) 그러나 원심의 이러한 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

원심이 든 사정들만으로는 이 사건 실시계획 인가처분 당시 참가인에게 사업을 수행할 의사와 능력이 없었다고 단정할 수 없다. 구체적으로 살펴보면, 사업실적이 없고 소유 요건을 충족하지 못하였다는 사정(위 ①)은 특정 사업을 목적으로 신설된 법인을

일률적으로 사업 능력이 없다고 볼 수 없고, 참가인은 이 사건 실시계획 인가처분 전에 사업 대상 토지 면적의 74%를 본인 또는 타인 명의로 취득하였으므로 참가인에게 사업 수행 의사와 능력이 없었다고 보는 근거가 될 수 없다. 이 사건 실시계획이 유원지의 개념에 부합하지 않고, 사업 분할 과정에서의 실시계획 변경인가가 위법하다는 사정(위 ②, ⑤)은 실시계획 인가 처분의 위법 문제일 뿐 참가인의 사업 수행 능력과는 무관하다. 일부 사업부지의 매각 계획, 낮은 자기자본 비율과 외부자본 조달 방법의 구체성 결여라는 사정(위 ③)도 실시계획 자체의 위법 문제이지 그러한 실시계획에 따라 사업을 수행할 의사와 능력이 없었다고 볼 만한 사정은 아니다. 사업시행기간 내에 일부 세부시설이 완공되지 못하였거나 당초 계획과 다른 시설로 변경되었다는 사정(위 ④, ⑥)은 이 사건 실시계획 인가처분 이후의 사정일 뿐만 아니라 최초 사업시행기간 내에 27개동이 완공되었고 사업시행기간 연장으로 통해 순차적으로 세부시설들이 완공되고 있으므로 이 사건 실시계획 인가처분 당시 참가인에게 사업을 수행할 의사와 능력이 없었다고 보는 근거가 되지 않는다.

(3) 따라서 이와 다른 전제에서 참가인이 이 사건 실시계획 인가처분 당시 사업을 수행할 의사와 능력이 없었다고 보아 이 사건 실시계획 인가처분이 무효라고 본 원심 판단에는 공익사업 수행 의사와 능력의 존부에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다. 그러나 위에서 보았듯이 다른 이유로 이 사건 실시계획 인가처분이 당연무효이므로, 이러한 잘못이 결과적으로 판결결과에 영향을 미친 것은 아니다.

3. 결론

피고와 피고보조참가인들의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 상고비용은 패소

자들이 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박보영

대법관 권순일

주 심 대법관 김재형