



〈김연 변호사의 건설 판례 이야기〉

기부채납

대법원 2006. 9. 14. 선고 2006다30785 판결

1. 들어가며

건축허가나 토지형질변경허가처분과 같이 일반 국민의 신청에 따라 제한적으로 금지된 행위를 허가하는 경우에 있어서 그 내용에 약간의 보완을 명하는 경우가 있다. 즉, 특정한 행위를 추가로 요청하거나, 아니면 허가하는 행위를 일정기간만 한정하는 경우, 위반행위가 있을 경우에 허가를 취소할 수 있음을 예정하는 등 허가에 부수적으로 의무를 덧붙임으로써 일반 국민의 허가 신청이 개별 사안에 맞도록 일정한 제재를 더하여 허가되도록 탄력적으로 운용하도록 장려하고 있는데, 이를 '행정행위의 부관'이라고 한다.

그러나, 사안에서와 같이 '결과적으로 주된 행정행위에 부관한 부관이 위법한 경우' 그 효력을 어떻게 다루어야 하는지가 문제된다. 사안은 이와 같이 행정행위 및 부관의 효력에 관하여 다루고 있는데, 이하에서는 이에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 사실관계

A는 건물을 건설하기 위하여 토지형질변경허가 신청을 하였는데, 주무관청인 피고는 A의 토지 중 일부가 도시계획시설결정에 따라 도로로 지정되어 있는 바, 이를 기부채납할 것을 부관으로 하여 토지형질변경을 허가하였다.

이에 A는 당해 토지를 피고에게 증여하여 소유권이전

등기를 완료하였으며 건물을 건축하였는데, 그 후 도시계획시설결정대로 사업이 시행되지 아니하였고, 결국 이러한 도시계획시설결정이 폐지되기에 이르렀다.

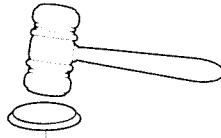
그러자, A는 만약 토지형질변경허가 당시 도시계획시설 결정이 폐지되었다면 피고도 이를 기부채납하라는 부관을 붙이지 않았을 것이 자명한 바, 결국 부당하게 기부채납한 토지를 피고가 소유한 결과가 되므로, 피고는 부당하게 취한 이사건 토지를 A에게 반환하여야 한다고 주장하였다.

3. 판결요지

이 사건에 관하여 원심인 서울고등법원과 대법원은 그 해석을 달리하고 있다. 즉, 원심은 A의 청구를 인용하였으나, 대법원은 원심의 법리 해석에 관한 오해의 위법이라고 한다. 그 요지는 다음과 같다.

1) 서울고등법원 판결의 요지

만약 토지형질변경허가 당시 도시계획시설결정이 이미 폐지되었더라면 피고측이 원고에게 기부채납을 하라는 요구를 하지 않았을 것이고, 원고 역시 기부채납을 할 이유도 없었을 것인 점, 피고가 도시계획시설결정이 폐지되어 더 이상 도로를 개설하지 않기로 확정되었음에도 불구하고 토지소유자에게 이를 반환하지 않고 여전히 소유권을 가지면서 다른 용도로 전용하여 사용할 수



있게 된다면 피고가 토지소유자에게 아무런 보상을 하지 않은 채 토지형질변경을 빌미로 그 토지의 소유권을 취득하는 부당한 결과가 된다는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 이 사건 토지를 피고에게 기부채납하기로 한 계약에는 이 사건 토지에 대한 도시계획시설결정이 폐지되는 것을 해제조건으로 삼기로 하는 묵시적인 합의가 포함되어 있다고 봄이 상당하다.

2) 대법원 판결의 요지

토지형질변경허가처분의 부관에 따라 도시계획시설 결정에 저촉되는 토지에 대한 기부채납이 있었는데, 그 후 도시계획사업이 실시되지 아니한 채 도시계획시설결정이 폐지된 경우, 그러한 사정만으로 기부채납 당시 행정청과 기부채납자 사이에 도시계획시설결정이 폐지되는 것을 해제조건으로 하는 묵시적 합의가 있었다고 보기 어렵다.

4. 용어의 해설

1) 기부채납

기부채납이란 국가 또는 지방자치단체가 무상으로 재산을 받아들이는 것을 말한다. 이 경우 기부는 민법상의 증여와 같은 것이며, 채납은 승낙에 해당된다. 따라서, 기부채납된 재산은 국유재산이 된다. 세법상으로는 기부채납이란 용어는 사용하지 아니하며 기부금이라는 용어만 사용하고, 국가 또는 지방자치단체에 사업자가 기부한 재산의 가액은 법인의 각 사업연도 소득금액 계산상 또는 개인의 사업소득·부동산임대소득·산림소득 금액 계산상 소득금액에서 이월결손금을 공제한 금액을 한도로 손금으로 용인된다. 기부채납의 경우 특정 수익 활동을 허가하는 조건으로 부과되는 경우가 많으며, 사안과 같은 경우에 있어서도 마찬가지이다. 사안의 경우,

기부채납은 A에게 허가하는 대신 A의 소유 토지 중 일부의 소유권을 국가에 증여하라는 의미로 해석하면 될 것이다.

2) 부관

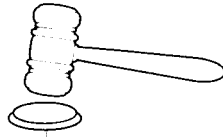
행정행위의 효력 범위를 보다 자세히 정하기 위하여 주된 행정행위에 부가된 규율을 부관이라고 한다. 예컨대, 수렵면허를 허가하면서 일정한 기간을 허락하는 경우라면, 이 사건과 같이 건축허가를 하면서 일정 토지에 대하여 기부채납을 명하는 경우를 들 수 있다. 부관은 행정행위의 내용상의 제한은 아니며 그에 부수적인 의무를 정하는 것이라고 새겨야 할 것이다.

행정행위의 부관은 부족한 신청행위에 있어 또한 공공복리와의 조화를 꾀하기 위하여 허가 처분을 함에 있어서 부수적인 의무를 부과함으로써, 행정의 합리성, 신속성, 탄력성, 경제성을 보장하는 기능을 수행한다.

3) 조건

조건은 앞서 설명한 부관의 한 종류이다. 즉, 허가행위의 효력의 발생이나 폐지를 장래에 불확실한 사실에 의존하게 한다. 예컨대, '운전면허를 취득해야 적법하게 운전할 수 있다'와 같이 운전면허의 취득이라는 조건의 성취에 따라 행정행위의 효과의 발생 여부를 결정하게 되는 것이 부관으로서의 조건이다. 이와는 달리 장래에 성취가 확실한 사실에 의존하게 하는 것을 기한이라고 한다.

조건에는 그 성취에 의하여 행정행위의 효과가 비로소 발생하는 정지조건과, 행정행위의 효력이 상실되는 해제조건이 있다. 주차시설의 완비를 조건으로 하는 호텔영업허가는 전자에, 그리고 일정기간 내에 공사에 착수할 것을 조건으로 하는 공유수면매립면허는 후자에 속한다.



5. 평 석

사안에서 대법원은 원심인 서울고등법원이 판시한, '해제 조건으로 삼겠다는 묵시적 합의'를 인정하지 않아 이를 파기 환송하였다. 즉, 원심은 사실관계와 같이 A가 기부채납한 토지가 도시계획시설로서 이용이 안되었기 때문에 도시계획시설로의 이용을 전제로 기부채납한 것이고 그렇기 때문에 도시계획시설로 이용이 안되었다면 이는 기부채납의 의미가 없기 때문에 이는 당연히 '도시계획시설로의 이용이 안된다면 기부채납 역시 해제한다'는 묵시적 합의가 있는 것으로 보아야 한다는 것이다.

그러나, 대법원은 '이 사건 기부채납은 도시계획시설이 예정되어 있기는 하지만 반드시 도시계획시설로 이용되어야 한다'는 명시적인 조건을 세운 것도 아니고, 그렇다고 건축허가 당시 부관으로 붙은 기부채납이 위법한 것으로 볼 수도 없기 때문에 단순히 도시계획시설로 이용되지 않았다 하여 이를 원상회복하여야 한다는 것은 법령의 해석상 적합하지 않다고 하였다.

생각컨대, 원심의 경우 A의 억울함을 반영하여 해제 조건을 추정한 것으로 보여진다. 그러나, 그렇다고 없는 법리를 억지로 짜 맞추는 것도 옳지 않다고 할 것이다. 행정소송에 있어서 부관의 무효는 행정행위 전체를 무효로 하는 소송을 제기하여야 할 것이지만, 이 사건 기부

채납 부관은 '일정 의무를 부과시키는 부담'에 해당되고 부담은 독립적으로 행정쟁송의 대상이 된다 할 것이므로, A로서는 부담의 무효 또는 취소를 구하는 형태로 소송을 진행하거나, 이 사건 기부채납이 실제로 증여를 통하여 이루어진 만큼 민사소송으로 다툼에 있어서 증여의 무효를 주장하는 것에서 나아가 예비적으로 '이로 인하여 손실이 발생하였는 바, 손실보상'을 청구하거나 하였어야 한다고 사료된다.

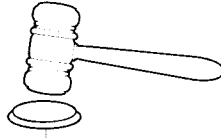
정리하면, 원심은 A의 억울함을 반영하여 결과적으로 피고가 부당하게 소유권을 취득한 것에 중점을 두어 묵시적 합의의 해제 조건을 인정하였으나, 이는 위에서 살펴 본 바와 같이 법리 해석의 위법이 있다고 할 수 밖에 없으므로, 대법원 판결이 타당하다. 그러나, 파기환송되어 원심에서 판단하는 경우에 있어서도 A의 손실을 보상하는 판단이 있을 것으로 사료된다. 그렇기 때문에 피고가 아무런 조치를 취해도 된다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

결국, 이 사건 대법원 판결은 법리를 적용함에 있어 중심을 잃지 않는 공정한 적용을 환기시키는 판결이라 사료되는 바, 그러한 점에서 다시 한번 곱씹어 볼 필요가 있는 좋은 사례라 하겠다.

김 현 대표, 한국철도공사 사업심의위원회 외부전문가 위촉

건설교통부 고문번호사이며, 현재 각광받고 있는 민자 개발에 있어 핵심 자문을 다수 수행하여 건설 실무 관련 법조 능력에서도 자타가 인정하고 있는 법무법인 세창의 김 현 대표가 한국철도공사 사업심의위원회 외부전문가로 위촉되었다.

한국철도공사의 전신인 철도청 시절부터 고문번호사로서 철도에 따른 여객과 화물 운송 문제에 있어서도 일가견이 있는 김 현 대표는 앞으로도 심의위원회 외부전문가로서 전문적이고도 실용적인 지식을 한국철도공사에 제공하여 한국철도공사의 사업 방향에 잣대 역할을 톡톡히 수행할 것이 기대된다.



Profile

김 현 (金炫) 변호사

- 법무법인 세창 대표 변호사(Sechang Law Offices)
- 서울대학교 법과대학 졸업
- 행정고시 24회 2차 합격
- 사법시험 25회 합격
- 서울대학교 대학원 법학과 법학석사
- 미국 코넬대학교 법과대학원 법학석사
- 미국 워싱턴대학교 법과대학원 법학석사
- 미국 보글 앤드 게이츠 법률회사 근무
- 미국 워싱턴대학교 법과대학원 법학박사
- 미국 뉴욕주 변호사자격 취득

전문분야 : 금융, 회사, 건설, 무역, 해외투자, 지적재산권, 보험, 해상, 항공, 중재

건설교통부 고문변호사 · 도로정책심의회 위원
과학기술부 고문변호사
한국철도공사 고문변호사
해양수산부 고문변호사
대한변호사협회 사무총장

저서 : 해상법원론 (서울법대 송상현교수 공저: 박영사, 2005)
건설판례 이해하기 (범우사, 2004)

법무법인 세창

서울 서초구 서초4동 1699-14 하림빌딩 3/5층
전화 : 595-7121 팩스 : 595-9626, 591-8456
E-mail : hyunkim@sechanglaw.com



소속 변호사 그룹과 함께 법무법인 세창 로비에 선 김현 변호사



송해연 변호사

우리 협회지에 건설관련 판례를 정기적으로 소개하고 있는 법무법인 세창 소속변호사를 매호마다 선정 소개합니다. 이번호에 소개되는 변호사는 송해연 변호사입니다.

■ 전문분야 : 해상, 건설, 금융

■ 경력

- 1992년 사법시험 제 34회 합격
- 1995년 사법연수원 제 24기 수료
- 1995년 - 국제거래법학회 회원
- 1999년 성신양회공업(주) 고문변호사
- 2000년 인천항 종합여객시설 민자사업 정부협상대표

- 2000년 ㈜디지털조선일보 고문변호사
- 2000년 ㈜한화건설 고문변호사
- 2000년 SK해운/삼성건설 컨소시엄 인도 PETRONET LNG 프로젝트
- 2001년 한국컨테이너공단 광양신항만 SOC사업 자문
- 2001년 중앙중금 신주인수권부 사채 발행 자문