

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017다278446 손해배상(기)
원고, 피상고인 원고 1 외 1인
소송대리인 변호사 황찬욱
피고, 상고인 김포시
소송대리인 법무법인(유한) 화우
담당변호사 김세원 외 5인
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 10. 13. 선고 2016나2090081 판결
판 결 선 고 2020. 10. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

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

1. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 산하 ○

○읍 소속 공무원이 군사기지 및 군사시설 보호법(이하 '군사기지법'이라고 한다)상 제한보호구역에 속한 이 사건 각 토지에 관하여 이 사건 건축신고를 수리하기에 앞서 같은 법 제13조에 따라 관할부대장과 협의하여야 할 의무가 있었음에도 이를 간과한 채 이 사건 건축신고를 수리하는 과실을 저질렀고 이는 객관적 정당성을 상실한 것으로서 원고들은 이 사건 건축신고 수리가 적법하게 이루어진 것으로 믿은 나머지 이 사건 각 건축물의 신축에 이르렀다가 이를 철거해야 할 의무를 지게 되었으므로, 피고는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하면서, 구체적으로 피고는 그 책임비율에 따라 원고 1에게 급수시설 및 전기시설 설치비용, 이 사건 각 건축물의 신축공사비, 철거비용 및 폐기물 처리비용 상당의 판시 손해액을, 원고 2에 대하여 납부된 공과금 상당의 판시 손해액을 각 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

2. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단 중 피고 산하 ○○읍 소속 공무원이 군사기지법 제13조에 따라 관할부대장과 협의하여야 할 의무를 위반한 채 이 사건 건축신고를 그대로 수리하는 과실을 저질렀고 이는 객관적 정당성을 상실한 것이라는 부분에는 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 국가배상책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 그러나 원심판단 중 원고들에게 이 사건 각 건축물의 철거 내지 이를 전제로 하는 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 판단한 부분은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

가. 불법행위를 이유로 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하므로,

가해자가 행한 불법행위로 인하여 피해자가 채무를 부담하게 된 경우 피해자가 가해자에게 그 채무액 상당의 손해배상을 구하기 위해서는 채무의 부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 하고, 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1992. 11. 27. 선고 92다29948 판결, 대법원 2019. 8. 14. 선고 2016다217833 판결 등 참조).

가해자가 행한 불법행위로 인하여 피해자에게 어떤 행정처분이 부과되고 확정되었다면 그 행정처분에 중대하고 명백한 하자가 있어 무효로 되지 아니한 이상 행정처분의 당사자인 피해자는 이를 이행할 의무를 부담하게 된다. 따라서 행정처분의 이행에 비용이 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 행정처분 당시에 그 비용 상당의 손해가 현실적으로 발생한 것으로 볼 수 있다. 그러나 행정처분이 있는 이후 행정처분을 이행하기 어려운 장애사유가 있어 오랫동안 이행을 이루어지지 않았고, 해당 행정관청에서도 이러한 사정을 참작하여 그 이행을 강제하기 위한 조치를 취하지 않고 불이행된 상태를 방치하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 손해가 현실화되었다고 인정하는데 보다 신중할 필요가 있다. 이와 같은 경우에 행정처분의 이행에 따른 비용 상당의 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 보기 위해서는 행정처분 당시의 자료와 사실심 변론종결 시점까지 제출된 모든 자료를 종합하여 행정처분의 존재뿐만 아니라 그 행정처분의 이행가능성과 이행필요성이 인정되어야 한다. 특히 시간적으로 먼저 이루어지는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 되었더라도, 선행처분의 상대방이 입었다고 주장하는 피해가 선행처분 자체로 인하여 생긴 것이 아니라, 위 선행처분에 연속하여 나중에 이루어지는 별도의 후행처분에 의하여 장차 부과될 의무와 관련된 것이고, 사실심 변론종결 시점에 후행처분이 실제로 이루어질 가능성에 의문이

제기되는 등의 예외적인 상황이 존재하며, 실제로 행정관청에서 장기간 후행처분을 하지 않고 있을 뿐만 아니라 제반사정에 비추어 볼 때 앞으로도 후행처분이 이루어지지 않을 가능성을 배제할 수 없는 경우라면, 가까운 장래에 선행처분의 상대방에게 후행처분이 이루어질 개연성을 인정하기 부족하여 후행처분에 의하여 부과될 의무이행을 위한 비용 상당의 손해가 확정적으로 발생하였다고 보기는 어렵다. 그리고 불법행위로 인한 손해배상청구에서 위와 같은 손해의 발생 사실은 행정처분을 받은 당사자인 피해자가 이를 증명하여야 한다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다56455 판결 참조).

나. 원심이 인용한 제1심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 원고 2의 건축신고 및 수리

가) 원고 2는 2011. 7. 12. 피고 산하 ○○읍장에게 이 사건 각 토지 중 김포시 ○○읍 (지번 1 생략) 지상에 제2종 근린생활시설(일반음식점) 용도 건축물과 나머지 (지번 2 생략) 지상에 단독주택 용도 건축물의 각 신축을 위한 이 사건 건축신고를 하였다.

나) 이 사건 건축신고를 접수한 ○○읍사무소의 당시 직원은 2011. 7. 14. 관련 부서에 관련 법령에 따른 적합 여부를 문의하는 과정에서, 이 사건 각 토지가 군사기지법상 폭발물 관련 제한보호구역으로 지정되어 있었음에도 관할부대장에게 건축물 신축 등 허가에 필요한 협의요청을 하지 않았다.

다) 그 후 인사발령으로 위 직원의 업무를 인계받은 ○○읍사무소의 다른 직원도 관할부대장과 협의하여야 하는 사항이라는 점을 간과한 채 개발행위허가가 이루어진 사실만 확인하고 이 사건 건축신고를 수리하였으며, 2011. 9. 9. 원고 2에게 이

사건 건축신고에 관한 신고필증을 교부하였다.

라) 원고 2는 2012. 1. 17. ○○읍장에게 위 건축물의 착공신고를 하여 ○○읍 장으로부터 신고필증을 교부받았다.

2) 원고 2의 건축변경신고 및 반려 등

가) 원고 2는 2012. 3.경 당초 신고된 건축면적을 늘리기 위하여 ○○읍장에게 건축신고사항변경신고를 하였다. ○○읍사무소 직원은 위 건축변경신고를 접수한 후에 야 이 사건 각 토지에 건축물을 신축하기 위해서는 관할부대장과의 협의가 필요하다는 사실을 발견하였고, 이에 따라 2012. 3. 26. 관할부대장인 (부대 명칭 생략)장을 상대로 군사기지법 제13조에 따른 협의 요청이 이루어졌다.

나) (부대 명칭 생략)장은 위 협의 요청을 받고 심의한 결과 '신청지는 폭발물 관련 보호구역으로 군사기지법 시행규칙 제8조, 국방부 탄약 및 폭발물 안전관리 기준 에 의거, 일반건축물, 소매점 신축은 불가하다'는 이유로 부동의를 하였고, 이를 통보받 은 ○○읍장은 2012. 5. 21. (부대 명칭 생략)장의 위와 같은 부동의 사유를 들어 이 사건 건축변경신고에 대한 반려통지를 하였다.

다) 한편, 원고 1은 ○○읍장에게 이 사건 각 토지 중 (지번 1 생략) 지상에 건축되는 제2종 근린생활시설(일반음식점) 용도 건축물에 관하여 건축관계자를 원고 2 에서 원고 1로 변경하는 내용의 건축관계자 변경신고를 하였고, ○○읍장은 2012. 11. 29. 이를 수리하였다.

3) 원고들의 사용승인신청 및 ○○읍장의 신축 중지명령 등

가) (부대 명칭 생략)장은 2013. 1. 15. 피고 및 ○○읍장에게 이 사건 각 토지 위에 불법건축물이 신축되고 있다는 이유로 공사중지 및 건축물 철거와 건물신축허가

의 취소를 요청하였다.

나) 원고들은 2013. 2. 14. ○○읍장에게 이 사건 각 토지 위에 신축된 이 사건 각 건축물에 대한 이 사건 사용승인신청을 하였다.

다) ○○읍장은 2013. 2. 27. 원고들에게 (부대 명칭 생략)장으로부터 위 행정 조치 요청이 있었다는 이유로 이 사건 각 토지 위에서 건축물 신축을 중지하라는 명령을 내렸다.

4) 이후의 경과

가) 그 뒤로 해당 업무를 인계받은 ○○읍사무소의 직원은 원고들에게 이 사건 각 건축물을 농업용 창고로 전환하여 관할부대장과 협의하는 방법을 제안하였고, 원고들은 이를 수락하고 이 사건 사용승인신청을 취하하는 의사를 표시하였다. 이에 ○○읍장은 2013. 4. 2. 원고들에게 이 사건 사용승인신청이 취하 처리되었음을 통보하였다.

나) 원고들은 위 협의에 따라 농업회사법인을 설립한 다음, ○○읍장에게 이 사건 각 건축물의 건축관계자 명의를 농업회사법인으로 변경하는 신고를 하였고, ○○읍장은 이를 수리하였다.

다) 원고들은 농업회사법인 명의로 ○○읍장에게 이 사건 각 건축물의 사용승인신청을 하였고, ○○읍장은 2013. 4. 4. (부대 명칭 생략)장에게 군사기지법 제13조에 따른 협의를 요청하였다. 그러나 (부대 명칭 생략)장은 이 사건 각 건축물의 철거 등 원상회복이 이행되지 않았다는 이유로 여전히 부동의를 하였다.

라) ○○읍장은 2014. 11. 28. (부대 명칭 생략)장의 부동의 사유를 들어 농업회사법인 명의의 위 사용승인신청을 반려하였다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들은 피고 산하 ○○읍장이 향후 어떠한 내용의 후속 행정처분을 내리는지에 따라 이 사건 각 건축물이 철거될 수도 있는 잠재적 위험 내지 불안정을 안고 있는 상태라고 볼 여지가 있기는 하다. 행정청은 대지나 건축물이 건축법 또는 그에 따른 명령이나 처분에 위반되면 건축법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주 등에게 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체 등 필요한 조치를 명할 수 있기 때문이다(건축법 제79조 제1항).

그러나 이 사건 각 건축물은 원심 변론종결 시점까지 사용승인을 받지 못한 관계로 건축법 제22조 제3항에 따라 이 사건 각 건축물을 사용하여서는 아니 되는 의무가 부과되고 있을 뿐이고, 종전에 수리된 건축신고가 취소되거나 건축법 제79조 제1항에 따라 이 사건 각 건축물의 철거를 명하는 시정명령이 오랫동안 내려지지 않고 있는 상태이다. 이는 수리된 건축신고의 취소나 건축법 제79조 제1항에 따른 시정명령이 후행처분으로서 실제로 이루어질 가능성에 의문을 제기하게 하거나 앞으로도 그와 같은 조치가 이루어지지 아닐 상당한 가능성이 있는 것은 아닌지 의문을 갖게 하는 사정에 해당한다. 따라서 원심 변론종결 시점까지 이 사건 각 건축물에 관한 사용승인이 반려된 상태가 지속되고 있다는 점만으로는 원고들에게 가까운 장래에 이 사건 각 건축물의 철거 내지 이를 전제로 하는 손해의 결과가 현실적·확정적으로 발생하였다고 단정하기 어렵다.

그렇다면 원심으로서 이 사건 각 건축물의 철거에 따른 손해가 이미 현실적·확정적으로 발생하였다고 단정하기에 앞서, 이 사건 각 건축물에 대한 사용승인이 반려된 상태가 지속되고 있는 점뿐만 아니라 수리된 건축신고의 취소나 건축법 제79조 제1항

에 따른 시정명령 역시 장기간 이루어지고 있지 아니하고 행정관청에서 현 상황을 그대로 방치하고 있는 것은 아닌지 등을 면밀히 살펴보아 가까운 장래에 이 사건 각 건축물의 철거 내지 이를 전제로 하는 손해가 발생할 수밖에 없는 상황인지에 관하여 구체적으로 심리해 보았어야 한다.

라. 그런데도 원심은 위와 같은 사정에 관하여 심리하지 아니한 채 판시와 같은 이유만으로 원고들이 이 사건 각 건축물을 철거해야 할 의무를 지게 된 것으로 보아 이 사건 각 건축물의 철거 내지 이를 전제로 하는 손해를 현실적·확정적으로 입었다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 손해발생에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김재형

 대법관 민유숙

주 심 대법관 이동원

대법관 노태악