

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2015두36836 개발행위불허가처분취소
원고, 피상고인 주식회사 남정수상태양광
소송대리인 법무법인(유한) 바른길
담당변호사 정갑주 외 3인
피 고 고흥군수
피고보조참가인, 상고인
한국농어촌공사
소송대리인 법무법인 서정 외 3인
원 심 판 결 광주고등법원 2014. 12. 30. 선고 2014누6394 판결
판 결 선 고 2017. 10. 12.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

이 유

1. 먼저 이 사건 상고가 적법한지를 살펴본다.

가. 행정소송 사건에서 참가인이 한 보조참가가 행정소송법 제16조가 규정한 제3자의 소송참가에 해당하지 않는 경우에도, 판결의 효력이 참가인에게까지 미치는 점 등 행정소송의 성질에 비추어 보면 그 참가는 민사소송법 제78조에 규정된 공동소송적 보조참가라고 볼 수 있다. 민사소송법 제78조의 공동소송적 보조참가에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조 제1항, 즉 "소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다."고 한 규정이 준용되므로, 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가지고, 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없으므로, 참가인이 상소를 할 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수는 없다(대법원 1970. 7. 28. 선고 70누35 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두 13729 판결 등 참조).

한편, 민사소송법상 보조참가신청에 대하여 당사자가 이의를 신청한 때에는 수소법원은 참가를 허가할 것인지 여부를 결정하여야 하지만, 당사자가 이의를 신청하지 아니한 채 변론하거나 변론준비기일에서 진술을 한 경우에는 이의를 신청할 권리를 잃게 되고(민사소송법 제73조 제1항, 제74조) 수소법원의 보조참가 허가 결정 없이도 계속 소송행위를 할 수 있다.

나. 기록에 의하면, ① 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)은 이 사건 1심 소송계속 중인 2014. 6. 18. 보조참가 신청을 한 사실, ② 같은 날 1심 법원이 원고에게 참가인의 보조참가신청에 대한 의견제출요청서를 송부하여 그 다음날 원고가 이를 수령하였음에도, 원고는 참가인의 보조참가신청에 대한 이의신청 없이 2014. 6. 26. 열린

1심 제1회 변론기일에서 변론한 사실, ③ 이에 1심 법원은 참가인의 보조참가신청에 대하여 명시적인 허부 결정을 하지 않은 채 참가인으로 하여금 피고보조참가인으로서 이 사건 소송에서 소송행위를 하도록 하였고, 그때부터 참가인은 계속 피고보조참가인으로서 소송행위를 하여 온 사실, ④ 참가인은 상고기간 내인 2015. 1. 19. 상고하였으나, 피고는 2015. 1. 21. 상고포기서를 제출한 사실 등을 알 수 있다.

다. 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 판결의 효력이 참가인에게도 미치므로 참가인은 공동소송적 보조참가인 지위에 있다고 볼 수 있고, 참가인이 그 상고기간 내에 적법하게 상고를 제기한 이상, 그 후 피참가인인 피고가 상고포기서를 제출하였다고 하더라도 이러한 상고포기는 참가인의 이익에 반하여 그 효력이 없다. 따라서 참가인이 제기한 이 사건 상고는 적법하다.

2. 다음으로 상고이유를 판단한다.

가. 이 사건 토지가 1937년경 보성방조제 준공 당시부터 보성방조제의 부속시설이었는지 여부

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 토지가 1937년경 보성방조제 준공 당시에는 '잡종지'였으나, 1986년경 내부제방 설치 공사로 방조제 안 내수면의 수위가 상승함에 따라 비로소 물에 잠겨 보성방조제의 조유지(潮遊地, 방조제 안에 물을 모아두는 내수면)가 되었다고 판단하였다.

원심의 판단 중 위와 같은 사실인정에 대하여 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유심증에 속하는 증거의 취사선택과 증거가치의 판단을 탓하는 것에 불과하여 받아들일 수 없다.

나. 이 사건 토지가 현황상 '농지보전이나 농업생산에 이용되는 조유지'로서 농어촌

정비법 제23조에 따른 '목적 외 사용' 승인의 대상이 되는지 여부

(1) 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2013. 7. 16. 법률 제11922호로 개정되기 전의 것, 이하 '국토계획법'이라고 한다) 제61조 제1항은 "개발행위허가를 할 때에 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수가 그 개발행위에 대한 다음 각 호의 인가·허가·승인·면허·협의·해제·신고 또는 심사 등에 관하여 제3항에 따라 미리 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 그 인·허가 등을 받은 것으로 본다."라고 규정하고, 그 제4호에서 "농어촌정비법 제23조에 따른 농업생산기반시설의 목적 외 사용의 승인"을 규정하고 있다.

위 국토계획법 규정이 인용하고 있는 구 농어촌정비법(2016. 12. 27. 법률 제14297호로 개정되기 전의 것, 이하 '농어촌정비법'이라고 한다) 제23조 제1항 및 그 위임에 따른 구 농어촌정비법 시행령(2017. 5. 8. 대통령령 제28028호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항에 의하면, 한국농어촌공사가 관리하는 농업생산기반시설이나 용수를 본래 목적 외의 목적으로 사용하려는 자는 한국농어촌공사의 승인을 받아야 한다.

여기서 '농업생산기반시설'은 "농업생산기반 정비사업으로 설치되거나 그 밖에 농지보전이나 농업 생산에 이용되는 저수지, 양수장(揚水場), 관정(管井: 우물) 등 지하수 이용시설, 배수장, 취입보(取入洑), 용수로, 배수로, 유지(溜池: 웅덩이), 도로(「농어촌도로정비법」 제4조에 따른 농도(農道) 등 농로를 포함한다. 이하 같다), 방조제, 제방(堤防: 둑) 등의 시설물 및 그 부대시설과 농수산물의 생산·가공·저장·유통시설 등 영농시설"을 뜻한다(농어촌정비법 제2조 제6호).

나아가 농어촌정비법은 제3장 제2절에서 '농업생산기반시설의 관리'라는 제목 아래 제16조에서 제24조까지 농업생산기반시설의 관리자, 등록, 관리방법, 목적 외 사용 승

인 등을 규정하고 있다. 즉, 농업생산기반 정비사업 시행자가 농업생산기반 정비사업이 끝나면 그 사업으로 설치된 농업생산기반시설을 관리하나, '국가가 시행한 농업생산기반 정비사업으로 설치된 농업생산기반시설'과 '지방자치단체나 토지 소유자가 관리하는 농업생산기반시설 중 그 지방자치단체 또는 토지 소유자가 농림축산식품부장관에게 한국농어촌공사가 인수하여 관리하게 하여 줄 것을 요청하는 농업생산기반시설'은 농림축산식품부장관의 결정에 따라 한국농어촌공사가 인수하여 관리할 수 있다(제16조 제1항, 제2항 제1문 제1호, 제2호). 이에 따라 농업생산기반시설을 관리하는 자(이하 '농업생산기반시설관리자'라고 한다)는 그가 관리하는 농업생산기반시설을 관할 행정청에 등록하여야 하고(제17조), 안전관리계획의 수립, 정비, 시설물 개수·보수 등의 조치, 안전점검과 안전정밀진단을 하는 등 선량한 관리를 하여야 하며(제18조 제1항, 제2항), 일정한 요건 하에 목적 외 사용 승인권과 경비 징수권을 가진다(제23조).

(2) 이러한 관련 규정들의 문언, 체계와 내용에 비추어 보면, 농어촌정비법상 '농업생산기반시설'은 농어촌정비법상 농업생산기반 정비사업으로 설치되어 농지 보전이나 농업 생산에 이용되는 각종 시설뿐만 아니라 그 밖의 방법으로 조성되어 농지 보전이나 농업 생산에 이용되는 각종 시설까지 포괄하는 개념이기는 하지만, 농업생산기반시설의 관리에 관한 농어촌정비법 제17조 이하의 규정들은 농어촌정비법 제16조에 따라 관리권한을 취득한 농업생산기반시설관리자의 경우에 한하여 적용되는 것으로 해석함이 타당하다. 따라서 농어촌정비법 제23조 제1항에 따라 한국농어촌공사로부터 농업생산기반시설의 '목적 외 사용'에 대하여 승인을 받아야 하는 경우는, ① 한국농어촌공사가 농업생산기반 정비사업 시행자로서 정비사업을 완료한 후 그 사업으로 설치된 농업생산기반시설을 관리하는 경우와 ② 한국농어촌공사가 농림축산식품부장관의 결정에

따라 국가, 지방자치단체 또는 토지소유자로부터 그가 설치하였거나 관리하는 농업생산기반시설의 관리권한을 인수한 경우에 한정된다.

나아가 농어촌정비법 제17조에 따른 '농업생산기반시설의 등록'은 관할 행정청이 농업생산기반시설관리자의 관리사무를 감독하기 위한 사실적 기초로서 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐이므로, 그 등록 자체에 농업생산기반시설의 관리권한을 부여하는 효력이 있다고 볼 수는 없다.

(3) 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 참가인 보성지사의 전신인 보성토지개발조합이 1986년경 보성방조제의 내부제방을 설치하는 공사를 시행하여 방조제 안 내수면의 수위가 상승함에 따라 종전에 잡종지였던 이 사건 토지가 비로소 물에 잠겨 보성방조제의 조유지가 되었음에도, 그 이후 보성토지개발조합이나 참가인이 이 사건 토지의 소유자에게 그 손실을 보상하지 않았고 이 사건 토지를 농업생산기반시설로 등록하지도 않았다가, 원고가 2012. 12. 26. 피고에게 개발행위허가를 신청하여 그 무렵 피고가 참가인에게 농업생산기반시설의 목적 외 사용 승인 협의를 요청하자, 그제야 참가인은 2013. 1.경 전라남도지사에게 이 사건 토지를 보성방조제의 조유지로서 등록하였음을 알 수 있다고 하였다. 그리고 참가인이 농어촌정비법 제16조에서 정한 방식으로 이 사건 토지의 관리권한을 취득하였는지에 관하여는 아무런 주장·증명이 없다.

(4) 앞서 본 법령의 내용과 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 토지는 보성방조제의 부속시설인 조유지로 사실상 기능하고 있어 농어촌정비법상 농업생산기반시설로는 볼 여지가 있으므로, 원심이 이 사건 토지가 농어촌정비법상 농업생산기반시설에 해당하지 않는다고 본 부분은 적절하지 아니하다. 그러나 참가인이 농어촌정비법 제16조에서 정한 방식으로 이 사건 토지의 관리권한을 취득하지 못하였다면 이 사건 토지는 농어

촌정비법 제23조 제1항에 따라 참가인으로부터 농업생산기반시설의 목적 외 사용 승인을 받아야 할 대상이 되지 않고, 따라서 개발행위허가를 할 때 국토계획법 제61조 제1항 제4호에 따라 미리 관계행정기관의 장과 협의하여야 할 대상이 되는 것도 아니다. 그러므로 이 사건 토지 소유자인 원고에 대한 개발행위허가에 참가인과 협의가 필요하다는 전제 하에, 참가인이 그 협의를 거부하였다는 이유만으로 개발행위허가를 거부한 이 사건 처분은 위법하다.

(5) 결국 참가인이 이 사건 토지의 관리권한을 보유하고 있지 않음을 전제로 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 원심 결론은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 농어촌정비법상 농업생산기반시설에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다만, 이 판결에 의해 이 사건 처분을 취소하는 1심 판결이 확정되므로, 피고는 취소 판결의 취지에 따라 원고의 이 사건 개발행위허가신청에 대하여 다시 처분을 하여야 하는데(행정소송법 제30조 제2항), 이때 원고의 사업계획의 적정성 여부나 그 밖의 개발행위허가의 요건을 충족하였는지에 여부에 관하여 제대로 된 심사가 이루어져야 할 것이고, 다른 한편으로 참가인의 주장처럼 이 사건 토지를 현재의 상태로 유지·관리하는 것이 보성방조제의 기능 유지에 필수적이라면 참가인은 이제라도 이 사건 토지를 수용하여 농어촌정비법상 농업생산기반시설 관리권한을 적법하게 취득하여야 할 것임을 지적하여 둔다.

다. 권리남용 및 포락 여부

이 부분 상고이유는 참가인이 상고심에 이르러 처음으로 하는 주장임이 기록상 명백하므로 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다.

나아가 살펴보더라도, 이 사건 토지에 대하여 종전 소유자들이 정당한 사용·수익권을 포기하였는지 여부나 포락으로 국가의 소유가 되었는지 여부는 당초 피고가 이 사건 처분을 하면서 제시한 처분사유가 아니므로 이를 들어 상고심에서 이 사건 처분의 적법사유로 삼을 수는 없다. 그리고 포락은 어느 토지가 법률이 정한 국가하천이나 공유수면의 요건에 해당하면 법률의 규정에 의해 국가의 소유로 되는 경우를 말하는 것으로서(대법원 2000. 12. 8. 선고 99다11687 판결 등 참조), 방조제 안에 위치한 이 사건 토지가 수위 상승으로 물에 잠겨 사실상 조유지가 되었다는 사정만으로 포락에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 참가인의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 참가인이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	고영한
	대법관	조희대
주 심	대법관	권순일
	대법관	조재연