

대법원 2004. 2. 13 선고 2001다15828, 15835, 15842 판결 [건물명도등 · 유익비상환청구]
[공보불게재]

판시사항

- [1] 공원관리청의 도시공원시설 관리위탁처분의 법적 성질(=재량행위)과 부관의 허용 여부(적극) 및 그 내용적 한계
- [2] 확인의 소에서 요구되는 확인의 이익
- [3] 행정청의 부작위에 대한 작위의무의 이행이나 확인을 구하는 행정소송이 허용되는지 여부(소극)

참조조문

- [1] 행정소송법 제1조[행정처분일반], 제2조, 도시공원법 제6조 제2항
- [2] 민사소송법 제250조
- [3] 행정소송법 제2조

재판경과

대법원 2004. 2. 13 선고 2001다15828 판결

서울고등법원 2001. 2. 7 선고 99나62854(본소), 62861(본소), 62878(반소) 판결

서울지방법원 1999. 10. 22 선고 97가합26949 판결

참 조 판 례

[1] 대법원 1998. 10. 23. 선고 97누164 판결(1984,520)

[2] 대법원 1995. 5. 26. 선고 94다59257 판결(1988,189), 대법원 1997. 10. 16. 선고 96다11747 전원합의체 판결(1992,1037)대법원 1999. 9. 17. 선고 97다54024 판결(공1988, 168)

[3] 대법원 1989. 9. 12. 선고 87누868 판결(공1993하, 2098), 대법원 1992. 2. 11. 선고 91누4126 판결(공2000하, 1547), 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1629 판결(공2003상, 1003)

따 릇 판 례

대법원 2006. 5. 25 선고 2003두11988 판결

전 문

【원고(반소피고),피상고인】 서울특별시

(소송대리인 변호사 조■우)

【피고(반소원고),상고인】 김◆준

(소송대리인 변호사 차●근)

【원심판결】 서울고법 2001. 2. 7. 선고 99나62854, 62861, 62878 판결

주 문

원심판결 중 주위적 반소청구에 관한 부분을 파기하고, 그 부분에 해당하는 제1심판결을 취소하며, 그 부분 소를 각하한다. 피고(반소원고)의 나머지 상고를 기각한다. 소송총비용은 본소 및 반소를 통틀어 모두 피고(반소원고)의 부담으로 한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 본소청구에 관한 상고이유에 대하여

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 1995. 12. 23.경 공개경쟁입찰에 의하여 남산공원 내 관리위탁시설의 수탁자를 선정한다는 방침을 세우고 같은 해 12. 28. 수탁관리자회의를 소집하여 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다) 등 기존의 수탁자들에게 이를 고지한 후 1996년 1년 동안 위탁관리기간을 연장하고 그 후에는 공개경쟁입찰하기로 합의한 다음, 피고에게 1995. 12. 30. 최종적으로 위탁기간을 1년으로 하여 위 각 해당 시설물을 위탁관리한 사실, 한편 피고는 그 판시와 같은 내용의 관리위탁조건이행각서를 공증하여 원고에게 제출한 사실 등을 인정한 다음, 그 판시와 같은 이유로 '피고가 원고에게 제출한 관리위탁조건이행각서는 원고의 공권력에 의한 우월적 지위에서 피고들의 무지함을 이용한 강압에 의하여 강제로 제출한 것이어서 무효이다.'라는 피고의 주장을 배척하였는바, 관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 정당하다고 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이나, 이유모순의 위법 또는 입증책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

나. 도시공원법 제6조 제2항에 의하여 공원관리청이 도시공원 또는 공원시설의 관리를 공원관리청이 아닌 자에게 위탁하면서 그 공원시설 등을 사용·수익할 권한까지 허용하고 있는 것은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 수익적 행정행위로서, 관계 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 관리청의 재량행위에 속하고, 이러한 재량행위에 있어서는 관계 법령에 명시적인 금지규정이 없는 한 행정목적 달성을 위하여 부관을 붙일 수

있으며, 그 부관의 내용이 이행가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하며 행정처분의 본질적 효력을 저해하지 아니하는 한도 내의 것인 이상 부관의 한계를 벗어난 위법이 있다고 할 수 없다 할 것인바(대법원 1998. 10. 23. 선고 97누164 판결 참조), 기록에 의하면, 이 사건 남산공원의 관리청인 원고가 도시공원법 제6조 제2항에 따라 공원시설로서 원고 소유인 이 사건 위탁시설을 피고에게 관리위탁하면서 부관으로 정한 위탁기간이 경과하였음을 알 수 있는바, 이에 의하면 다른 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 위탁시설을 명도하고, 그 명도시까지 이 사건 위탁시설을 권원 없이 점유·사용함으로써 인하여 원고가 입은 손해도 배상하여야 할 의무가 있다 할 것이다.

이 부분 원심의 이유 설시에 다소 미흡하고, 부적절한 점이 없지 아니하나, 피고가 원고에게 이 사건 위탁시설을 명도하고, 그 명도시까지 이 사건 위탁시설의 점유·사용으로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 본 결론에 있어서는 정당하므로, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 도시공원법의 공원위탁시설 및 부지의 설치관리권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다. 다. 원심은, 그 손해배상의 범위에 관하여 그 판시와 같은 이유로 공개경쟁입찰의 방법으로 이 사건 위탁시설의 새로운 수탁자로 정해진 김경희로부터 얻을 수 있었던 위탁료 상당액을 원고가 입은 손해라고 판단하였는바, 관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 되고(관계 법령에 공원시설의 수탁자 선정방법에 관하여 아무런 정함이 없으니 원고가 공개경쟁입찰의 방법으로 공원시설의 관리수탁자를 선정한 행위는 당연무효라는 상고이유의 주장은 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다), 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 손해배상에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라. 기록에 의하면, 이 사건 위탁시설 중 남산휴게실이 건축물관리대장에는 '철근콘크리트조 평옥개식당 242.02㎡(지층 25.92㎡, 1층 216.10㎡), 브릭조 시멘트 식당 1층 57.85㎡, 1969. 10. 15. 신축, 소유자 원고'라고 기재되어 있음에 반하여, 그 실제 현황은 1층 철근콘크리트조 슬라브지붕 270.50㎡, 2층 173.50㎡(외파이프 천막지붕 160.90㎡, 알루미늄조 유리지붕 5.40㎡, 세멘브록조 슬라브지붕 7.20㎡), 지층 53.90㎡로서 연면적이 497.90㎡임을 알 수 있으나, 그 물리적 구조, 용도와 기능 및 이 사건 관리위탁의 경위 등에 비추어 그 증축부분은 기존건물과 독립한 경제적

효용을 가지고 거래상 별개의 소유권 객체가 될 수 있다고 볼 수는 없어 기존건물에 부합되었다 할 것이므로, 이 사건 남산휴게실 전체가 원고의 소유라 할 것이고, 나아가 원고는 이 사건 남산휴게실 그 현황대로 피고에게 관리위탁하였다고 봄이 상당하므로, 결국 피고는 원고에게 이 사건 남산휴게실 전체를 명도할 의무가 있다 할 것이다.

이 부분 원심의 이유 설시에 다소 미흡한 점이 있으나, '이 사건 위탁시설 중 남산휴게실은 공원시설관리대장이나 건축물관리대장의 표시와 그 실제 현황이 다르므로 그 공부상의 표시를 초과하는 부분에 대하여는 명도의무가 없다.'는 취지의 피고의 주장을 배척한 결론에 있어서 정당하므로, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 부합에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

마. 원고가 이 사건 관리위탁처분을 하면서 부가한 관리위탁조건 제8조의 '수탁인은 민법 제203조 또는 제626조의 규정에 의한 비용상환청구 등 일체의 청구를 할 수 없다.'는 조건은 행정처분의 부관이라 할 것인바, 관계 법령에 위와 같은 부관을 붙일 수 없다는 명시적인 금지규정이 없는 점, 이 사건 관리위탁처분의 성격, 원고가 피고에게 이 사건 위탁시설을 관리위탁한 기간 및 경위, 피고가 위 관리위탁조건을 성실히 이행하겠다는 내용의 이행각서를 제출한 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 위 부관은 이 사건 관리위탁처분의 본질적 효력을 저해하지 아니하는 한도 내의 것으로서 비례의 원칙 및 평등의 원칙에도 적합하여 유효하다고 봄이 상당하고, 특별한 사정이 없는 한 행정처분의 부관에 민법 제652조가 유추적용되거나, 약관의규제에관한법률이 적용될 수는 없다 할 것이다.

원심이 이 부분 이유 설시를 다소 달리 하였으나, 피고가 유익비 또는 필요비 상환청구권을 행사할 수 없다고 본 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 불공정한 법률행위 또는 신의성실의 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

바. 또한 원심은, '피고가 1994. 10.경 이 사건 남산휴게실 전면을 1.5평 증축하였다가 무단건축으로 원고에게 변상금 3,416,000원을 납부하였는데 위 무단건축 부분이 양성화되었으므로 결국 원고는 위 변상금을 부당이득금으로 피고에게 반환할 의무가 있다.'는 피고의 주장에 대하여, 무단건축에 대하여 행정청인 원고에게 납부한 변상금이 그 부분이 양성화되었다 해서 부당이득이 된다고는 할 수 없다고 판단하여 피고의 위 주장을 배척하였는바, 관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의

위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 부당이득에 관한 법리를 오해한 위법은 없다.

2. 예비적 반소청구에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 피고의 예비적 반소청구에 대하여, 그 판시와 같은 이유로 이를 모두 기각하였는바, 관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 불공정한 법률행위 또는 신의성실의 원칙, 부당이득 및 소유권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

3. 주위적 반소청구 부분에 대한 직권판단

이 부분에 관한 피고의 상고이유를 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 입찰무효확인청구 부분

확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안, 위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효, 적절한 수단일 때에 허용되는 것인바(대법원 2001. 6. 26. 선고 2001다19776 판결 참조), 기록에 의하면, 원고의 피고에 대한 이 사건 관리위탁처분의 위탁기간이 1996. 12. 31.자로 만료됨으로써 이 사건 위탁시설에 대한 피고의 관리수탁권은 소멸하였으므로, 원고가 다시 피고에게 이 사건 위탁시설을 관리위탁하지 아니한 이상 피고가 이 사건 입찰무효확인청구에 대한 승소판결을 받는다 하여 피고가 이 사건 위탁시설에 대한 관리수탁권을 취득한다거나 관리수탁권을 취득할 수 있는 법률상의 지위를 갖게 되는 것은 아니라 할 것이어서 결국 피고에게는 이 사건 입찰의 무효확인을 구할 확인이 이익이 없다 할 것이고, 따라서 이 부분 소는 부적법하다 할 것이다.

나. 이 사건 위탁시설에 대한 관리위탁처분을 명할 것을 구하는 청구 부분

행정소송법상 행정청의 부작위에 대하여는 부작위위법확인소송만 인정되고 작위의무의 이행이나 확인을 구하는 행정소송은 허용될 수 없다 할 것인데, 피고가 원고에 대하여 구하고 있는 이 사건 위탁시설에 대한 관리위탁처분이 행정처분임은 앞서 본 바와 같은바, 그렇다면 이 부분 소는 행정청인

원고에 대하여 행정처분에 대한 작위의무의 이행을 구하는 것으로서 법률상 허용되지 않는 것으로서 부적법하다 할 것이다.

다. 위와 같은 사유들은 모두 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계 없이 법원이 직권으로 판단하였어야 했음에도 불구하고 원심이 이를 간과한 채 본안판단에 들어가 피고의 주위적 반소청구를 모두 기각한 것은 위법하여 파기를 면할 수 없다 할 것인바, 이 부분은 이 법원이 민사소송법 제437조에 의하여 자판하기에 충분하므로, 원심판결 중 주위적 반소청구에 관한 부분을 파기하고, 그 부분에 해당하는 제1심판결을 취소하며, 그 부분 소를 각하하기로 한다.

4. 결 론

그러므로 원심판결 중 본소청구 및 예비적 반소청구에 관한 피고의 상고를 기각하고, 주위적 반소청구에 관한 부분을 위와 같이 파기 자판하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장) 변재승(주심) 윤재식 고현철