

부 산 고 등 법 원

제 1 민 사 부

판 결

사 건 2009나14005 매매대금반환

원고, 피항소인 □□◇◇아파트주택재건축정비사업조합

부산 ■■구 □□동 ○-○

대표자 조합장 갑◇◇

소송대리인 법무법인 ○○ 담당변호사 ---, ---

법무법인 ◎◎ 담당변호사 ---

변호사 ---

피고, 항소인 부산광역시

대표자 시장 ---

소송대리인 변호사 ---

제 1 심 판 결 부산지방법원 2009. 8. 19. 선고 2008가합255 판결

변 론 종 결 2010. 10. 6.

판 결 선 고 2010. 12. 22.

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.

2. 항소비용은 피고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 72억 450만 원 및 이에 대하여 2006. 4. 21.부터 2009. 6. 24.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심 판결 중 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2003. ○○. ○○. 부산 ■■■구 □□동 ○○○-○○ 일대 66,711.3㎡를 사업시행구역(아래 2005. ○○. ○○.자 사업시행인가 당시 그 면적이 54,258㎡이었으나 2008. ○○. ○○. 부산광역시 고시 제2008-545호 정비구역 변경지정 고시로 사업시행 구역의 면적이 위와 같이 증가되었다, 이하 '이 사건 사업구역'이라 한다)으로 하여 이 사건 사업구역 내의 □□◆◆아파트 680세대와 ◆◆빌라아파트 280세대(이하 '기존 아파트'라 한다)를 철거하고 새 아파트를 건축(이하 '이 사건 재건축사업'이라고 한다)하기 위하여 설립된 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'이라 한다)상의 주택재건축정비사업조합으로서, 2005. ○○. ○○. 부산광역시 ■■■구청장으로부터 '이 사건 사

업구역 내에 편입되어 이 사건 재건축사업의 시행으로 용도폐지되는 피고 소유의 도로에 관하여는 용도폐지 후 매수할 것'을 조건으로 이 사건 재건축사업의 시행인가를 받았다.

나. 이에 따라 원고는 2006. ○○. ○○. 피고와 사이에, 원고가 피고로부터 이 사건 사업구역에 편입된 토지로서 위 기존 아파트 단지 내 도로로 사용되던 부산 ■■구 □□동 ○○○-○○ 대 4,876㎡(위 기존 아파트 단지의 외곽도로 및 중앙도로의 역할을 하는 위 □□동 ○○○-○○ 도로 19,823㎡(이하 '이 사건 도로'라 한다)에서 2005. ○. ○○. 분할되어 그 무렵 대지로 지목이 변경된 토지이다. 이하 '이 사건 토지'라 한다)를 72억 450만 원에 매수하기로 하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하고 그 무렵 피고에게 위 매매대금을 전부 지급한 뒤, 이 사건 토지에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다.

다. 한편, 원고는 이 사건 재건축사업을 시행하면서 이 사건 사업구역 내의 일부 토지 위에 합계 7,868,355,195원 상당의 비용을 들여 도시정비법상 정비기반시설인 도로 2,088㎡(다만, 위 재건축사업 완료 단계에서의 측량한 결과 그 면적이 13.5㎡ 증가하여 토지대장상 □□동 ○○○ 도로 2101.5㎡이다) 및 어린이공원 2,045㎡를 새로이 설치하여 피고에게 기부 채납하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1, 8 내지 12호증, 갑 14, 16, 17, 19호증, 을 22호증의 각 기재, 제1심 법원의 주식회사 나라감정평가법인에 대한 각 감정촉탁결과, 변론전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

원고가 피고로부터 매수한 이 사건 토지는 강행규정인 도시정비법 제65조 제2항 후단이 규정하는 '사업시행자에게 무상으로 양도되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설'이므로 이 사건 매매계약은 강행규정에 위반되어 무효이고, 피고는 이 사건 매매계약 당시부터 이 사건 토지가 무상양도대상인 정비기반시설에 해당한다는 것을 잘 알고 있었으므로, 피고는 악의의 수익자로서 원고에게 이 사건 토지의 매매대금 및 이에 대한 위 매매대금 지급일부터의 이자 또는 지연손해금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

이 사건 토지는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라 한다) 등 관련 법령에 의하여 도시계획으로 결정되어 설치된 시설이 아닐 뿐더러 도로법상 노선 인정 등의 도로개설절차도 취하여지지 아니한 사실상의 도로에 불과하여 도시정비법 제65조 제2항 후단의 무상양도대상인 정비기반시설이 아니므로, 원고의 청구에 응할 수 없다.

3. 판단

가. 관련 법령

별지 기재와 같다.

나. 무상양도대상인 정비기반시설인지 여부에 대한 판단

(1) 이 사건에서 인정되는 사실관계

(가) 1976. 〇〇. 〇〇. 건설부고시 제198호로 이 사건 사업구역을 포함한 부산 □ □동 일대 및 해면매립지 총면적 399,340m²를 □ □아파트지구로 지정하는 도시계획결정이 고시되고, 이어 1977. 〇〇. 〇〇. 부산시고시 제1491호로 위 도시계획결정에 따

른 지적승인 고시가 되었다.

(나) 한편, 건설부 장관은 1984. ○○. ○○. 부산시장이 승인 요청한 □□아파트지구 381,027㎡를 총 3개의 지구(1지구 87,562㎡(이 사건 사업구역 일대이다), 2지구 130,833㎡, 3지구 162,632㎡)로 구분하고, 1지구 중 18,936㎡와 2지구 중 22,452㎡ 및 3지구 중 15,463㎡를 도로용지로, 2지구 중 16,795㎡를 학교용지로, 3지구 중 6,340㎡를 공원용지로 이용하기로 하는 내용의 □□아파트지구 개발기본계획을 승인하였다.

(다) 승인된 □□아파트지구개발기본계획에 의하면, 계획도에 이 사건 도로에 대한 개략적인 도면이 나와 있고, 용도규제계획에 학교용지는 학교시설로, 공원용지는 근린공원시설로, 도로용지는 "도로시설"로 건축한다는 내용이 포함되어 있으며, 개발잔여지 건축계획의 건축계획도에 이 사건 도로가 도로로 표시되어 있다.

(라) 그런데, 부산직할시는 도시계획시설 결정에 대한 것으로는 공원에 대한 것만 있는 □□아파트지구개발기본계획을 1985. ○○. ○○. 부산직할시 고시 제301호로 구 주택건설촉진법 제20조 제2항의 규정에 의하여 고시하였다.

(마) 한편, 위 □□아파트지구개발기본계획에 따라 당시 □□아파트지구개발사업의 시행자이던 주식회사 ◇◇주택은 □□아파트지구 중 1지구 내에 이 사건 재건축사업 대상인 기존 아파트 및 타워아파트 798세대를 나란히 배치한 형태로 건축하여 분양함과 아울러, 위 기존아파트 단지의 중앙도로 및 외곽도로의 역할(타워아파트의 외곽도로 중 일부 포함)을 하는 이 사건 도로를 설치한 뒤 1988. ○○.경 피고에게 기부 채납하였고, 1988. ○○. ○○.자 권리귀속을 원인으로 하여 1988. ○○. ○○. 피고 명의로 소유권이전등기가 경료되었다.

(바) 이 사건 도로는 크기는 기존아파트 단지의 중앙도로(왕복 2차로)와 그 아파트

단지 전체를 둘러싼 외곽도로(왕복 3차로) 부분으로 구분되고(타워아파트 외곽도로의 일부도 포함되어 있음은 위에서 본 바와 같다), 위 중앙도로와 외곽도로 모두 북쪽에 위치한 ■■구청 앞의 도시계획시설인 도로(중로 ○○-○○)와 연결되어, 기존 아파트 단지의 주민 뿐 아니라, 타워아파트의 주민 역시 자유로이 중앙도로와 외곽도로를 이용하여 ■■구청 방면으로 통행하였고, 마을버스도 다녔으며, 피고도 이 사건 도로를 도로로서 관리하여 왔는바(피고가 도로의 중앙선 및 가장자리 주정차선의 도색뿐 아니라, 도로 보수시 아스팔트 포장도 한 것으로 보인다), 이와 같이 이 사건 도로는 이 사건 정비구역 내에 있는 토지로서 그 현황은 도로법상의 도로이나, 도로법에 따른 노선 인정(지정)·공고 또는 도로구역 결정·고시는 이루어지지 않았다.

(사) 그 후 이 사건 재건축사업의 시행을 위한 원고의 지구단위계획 입안요청에 따라 피고는 2004. ○○. ○○. 부산광역시 고시 제2004-289호, 같은 달 ○○. 부산광역시 고시 제2004-311호로 이 사건 사업구역 일대를 국토계획법상 제1종 지구단위계획구역으로 지정하고 이 사건 재건축사업의 시행에 필요한 용적률 확보를 위하여 이 사건 도로 전부를 용도폐지(2005. ○○. ○○. 부산광역시 고시 제2005-258호로 이 사건 도로 전부가 아니라 위 도로 중 7,790㎡만을 용도 폐지하는 것으로 정정 고시되었다)한다는 내용의 도시관리계획결정 및 지형도면승인 고시를 하고, 2005. ○○. ○○. 부산광역시 고시 제2005-23호로 위 □□아파트지구를 도시정비법상 주택재개발 정비사업구역으로 변경 지정하였다.

(아) 이어 앞서 본 2005. ○○. ○○.자 부산광역시 ■■구청장의 이 사건 재건축사업의 시행인가 이후 2005. ○○. ○○. 이 사건 토지(4,876㎡)가 이 사건 도로(19,823㎡)에서 분할되어 그 무렵 대지로 지목이 변경되었고, 이 사건 토지가 이 사건 재건축

사업의 시행으로 인하여 용도 폐지되는 정비기반시설인 도로라고 되어있는 원고의 관리처분계획이 2005. 00. 00. 부산광역시 ■■구 고시 제2005-42호로 인가·고시되었다.

(자) 한편, 이 사건 재건축 사업으로 인하여 원고가 이 사건 재건축사업 단지 내의 대지들(□□동 000-00 대 등)의 일부에 새로이 외곽도로를 확장(이하 '이 사건 외곽도로 확장 부분'이라 한다)하여 설치하였는바, 원고가 새로이 확장하여 설치한 이 사건 외곽도로 확장 부분은 ■■구 고시 제2009-2호로 정비기반시설로 고시되었고, 이어 2009. 00. 00. ■■구 고시 제2009-10호로 이 사건 정비사업의 시행으로 인하여 새로이 설치한 정비기반시설인 도로를 무상귀속한다는 내용이 고시되었는데, 이 사건 외곽도로 확장 부분의 경우에도 정비기반시설조서는 작성되었으나 도로법에 의한 노선의 인정(지정)·공고 등의 절차를 거치지 않는 아니하였다.

[인정근거] 갑 12 내지 37호증, 을 1 내지 51호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

(2) 판단

(가) 이 사건 도로는 아래에서 보는 관련규정과 법리 및 사실관계 등에 비추어 보면, 도시관리계획으로 결정되어 설치된 국가 또는 지방자치단체 소유의 기반시설에 해당하므로, 도시정비법 제65조 제2항의 무상양도 대상인 정비기반시설에 해당한다고 봄이 상당하다.

즉, 구 주택건설촉진법 제22조 제1항, 구 도시재개발법 제5조 제7항의 규정에 의하여, 구 주택건설촉진법 제20조 제2항에 의한 아파트지구개발기본계획의 고시가 있는 경우 그 고시내용 중 구 도시계획법에서 도시계획으로 결정하여야 할 사항은 구 도시

계획법에 따른 도시계획결정이 있는 것으로 보도록 되어 있고, 도시계획구역 안에서의 도로는 구 도시계획법 제2조 제1항 제1호 (나)목, 제3호, 제16조에 의하여 도시계획으로써만 설치할 수 있는 시설이므로, 아파트지구개발기본계획의 고시가 있는 경우 그 고시내용에 포함된 아파트지구 내의 도로에 대하여는 도시계획법상 도시계획시설인 도로를 설치하는 도시계획결정이 있었던 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1999. 4. 13. 선고 98두16453 판결 참조).

이 사건의 경우, 구 주택건설촉진법 제20조 제2항, 동 시행령 제23조 제3항에 의하여 1985. ○○. ○○. 부산직할시 고시 제301호로 이 사건 사업구역이 포함된 □□아파트지구개발기본계획이 고시되고 위 기본계획에 따라 위 □□아파트지구 내에 이 사건 도로가 설치되어 □□아파트지구의 북쪽에 위치한 ■■구청 앞의 도시계획시설인 도로에 연결됨으로서, 주민들이 널리 이용하는 기반시설에 해당하는 교통시설로서의 역할과 기능을 하였을 뿐 아니라, 지금도 외곽도로 부분은 여전히 기반시설에 해당하는 교통시설로서의 역할과 기능을 하고 있으며, 피고도 이 사건 도로에 차선 도색과 포장을 하는 등으로 교통시설로서의 도로로 관리하는 등, 이 사건 도로에 관하여는 구 주택건설촉진법 제20조 제2항, 제22조 제1항, 구 도시재개발법 제5조 제7항, 구 도시계획법 제2조 제1항 제1호 (나)목, 제3호, 제16조의 각 규정에 의하여 구 도시계획법상 도시계획결정이 있었던 것으로 보아야 하고, 국토계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행된 것) 부칙 제15조 제1항은 "이 법 시행 당시 종전의 도시계획법에 의한 도시계획시설은 이 법에 의한 도시계획시설로 본다"고 규정하고 있으므로, 이 사건 도로는 도시계획시설이라고 보아야 할 것이다.

(나) 가사 이 사건 도로가 도시관리계획으로 결정된 도시계획시설이 아니라고 하

더라도, 앞서 본 사실 등에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 도로는 도시정비법 제65조 제2항의 무상양도 대상인 정비기반시설에 해당한다고 봄이 타당하다.

① 피고 산하 ■■구청장은 2005. ○○. ○○. 부산광역시 ■■구 고시 제 2005-42호(갑 12호증의 1)로 이 사건 재건축사업의 시행과 관련하여 『신설 또는 폐지하는 정비기반시설의 명세』 항목 하에, 『신설공원 : 면적 ~ 2,045㎡, 용도폐지 도로 : 면적 ~ 4,876㎡』라는 내용이 포함된 원고의 관리처분계획을 인가하고 고시하였는 바, 피고 산하 ■■구청장에 의하여 인가·고시된 위 관리처분계획에도 이 사건 토지는 정비기반시설로 되어 있다.

② 이 사건 도로는 개설 당시 시행자의 신청누락 등으로 도시계획시설결정조서가 작성되지 아니한 점은 있으나, 당시 건설부 장관이 승인한 □□아파트지구개발기본계획의 계획도에 이 사건 도로에 대한 도면이 나와 있었고, 용도규제계획에 도로용지는 '도로시설'로 건축한다는 내용이 포함되어 있었으며, 개발잔여지 건축계획의 건축계획도에도 이 사건 도로가 도로로 표시되어 있었고, 실제로 크게는 기존아파트 단지의 중앙도로(왕복 2차로) 부분과 그 아파트단지 전체를 둘러싼 외곽도로(왕복 3차로) 부분(타워아파트 외곽도로의 일부도 포함되어 있음)으로 되어 있고, 위 중앙도로와 외곽도로 모두 북쪽에 위치한 ■■구청 앞의 도시계획시설인 도로(중로 ○○-○○)와 연결되어, 기존 아파트단지의 주민 뿐 아니라, 타워아파트의 주민 역시 이 사건 도로를 이용하여 ■■구청 방면으로 통행하고 마을버스가 다니는 등 기반시설에 해당하는 교통시설로서의 역할과 기능을 하였다.

③ 더구나 피고도 이 사건 도로에 차선 도색과 포장을 하는 등 도로로서 관리하

였을 뿐 아니라, 이 사건 도로 중 이 사건 토지를 제외한 나머지 도로 부분은 지금도 피고가 정비기반시설로 고시한 이 사건 외곽도로 확장 부분과 일체를 이루어 기반시설에 해당하는 교통시설로서의 역할과 기능을 하고 있다.

④ 이 사건 외곽도로 확장 부분이 ■■구 고시 제2009-2호로 정비기반시설로 고시되었고, 이어 2009. ○○. ○○. ■■구 고시 제2009-10호로 정비사업시행으로 인하여 새로이 설치할 정비기반시설인 도로를 무상귀속한다는 내용이 고시되었는데, 이 사건 외곽도로 확장 부분과 일체를 이루는 기존의 외곽도로(이 사건 도로 중 이 사건 토지 부분을 제외한 부분)도 도시계획시설조서나 정비기반시설조서가 작성되지는 않았지만 정비기반시설에 해당한다고 봄이 상당하다. 즉, 형상과 구조 및 기능상 일체를 이루는 도로 중 정비기반시설조서가 작성된 이 사건 외곽도로 확장 부분만 정비기반시설에 해당하고, 나머지 도로 부분은 도시계획시설조서나 정비기반시설조서가 작성되지 않았다는 것만으로 정비기반시설이 아니라는 것은 대단히 부자연스럽다.

⑤ 이 사건 외곽도로 확장 부분의 경우, 도로법에 의한 노선의 인정(지정)·공고 등의 절차를 거치지 않는 아니하였음에도 피고가 도시정비법상의 정비기반시설로 지정·고시하였다.

⑥ 한편, 도로법상 도로는 관리청 등에 의하여 노선이 인정(지정)·공고된 도로를 가리키는 것으로서 그에 따른 필요적 절차로서 도로구역의 결정·고시가 뒤따르게 되어 국토계획법상 도시관리계획의 결정·고시로 의제되나(도로법 제25조 제1항 제7호), □□아파트지구개발기본계획이 고시되어 이 사건 도로가 개설된 당시의 법령인 구 도로법(1989. 12. 30. 법률 제4175호로 개정되기 전의 것) 제10조 및 구 도로법시행령(1985. 10. 16. 대통령령 제11780호로 개정되기 전의 것) 제10조의2에 의하면 도시계획

사업에 의한 도로는 도로법 중 노선관련 규정, 도로구역결정 규정, 도로대장 규정 등의 적용이 배제되어 있었을 뿐 아니라, 구 도시계획시설의 기준에 관한 규칙(1986. 4. 16. 부령 제399호로 개정되기 전의 것)에도 노선관련 규정이 없었는바(2000. 8. 18. 부령 제257호로 도시계획시설의 기준에 관한 규칙이 개정되면서 노선관련 규정이 신설되었다), 위와 같이 이 사건 도로 설치 당시의 관련 법령 등에 의하면, 도시계획사업에 의한 도로에는 도로법상 도로구역결정 뿐 아니라, 노선의 인정(지정)·공고조차도 필요하지 않았으므로, 이 사건 도로에 관하여 도로법상 노선의 인정(지정)·공고 등의 절차가 없었다고 하여 도시정비법상 정비기반시설인 도로가 아니라고 할 수는 없다.

⑦ 피고가 원고로부터 원고가 7,868,355,195원 상당의 비용을 들인 도시정비법상 정비기반시설인 이 사건 외곽도로 확장 부분과 어린이공원을 기부채납 받으면서도 □□아파트지구개발사업의 시행자이던 주식회사 ◇◇주택으로부터 □□아파트지구개발기본계획에 따라 아파트 단지의 외곽도로 및 중앙도로의 역할을 하도록 설치되어 기부채납 받아 소유권을 취득한 이 사건 도로를 원고에게 무상양도가 아닌 유상 양도한다는 것은 형평에도 심히 반한다.

⑧ 국유재산법상 행정재산의 일종인 공공용 재산은 국가가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산을 말하는 것이므로(2009. 1. 30. 법률 제 9401호로 전문개정되기 전의 구 국유재산법 제4조 제2항 제2호), 도로와 같은 인공적 공공용 재산도 법령에 의하여 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 결정한 경우 또는 그러한 지정이나 결정이 없더라도 국가가 실제 공공용으로 사용하는 경우에는 그에 해당한다고 할 것인데, 이 사건의 경우, 이 사건 시유지가 법령에 의하여 도로로 지정되거나 행정처분으로써 공공용으로 사용하기로 하는 결정이 있었던 것으로 볼 자료는

없지만, 앞서 본 바와 같이 ㉔ 주식회사 ㉔주택이 □□아파트지구개발기본계획에 의하여 이 사건 도로를 개설하여 공중의 통행에 제공한 이래 계속하여 도로로서 일반의 통행로로 제공되어 온 점, ㉔ 주식회사 ㉔주택이 1988. 〇〇. 〇〇. 이 사건 도로를 피고에게 기부 채납하여 부산광역시의 소유로 귀속된 점, ㉔ 그 이후부터 피고가 관리청으로서 이 사건 도로를 사실상 도로로 관리하여 온 사실 등에 비추어 보면, 이 사건 도로에 대하여 따로 도로구역의 결정·고시나 도로설치와 관련된 도시계획법 등에 의한 절차를 거친 바가 없다고 하더라도, 1988. 〇〇. 〇〇. 피고에게 귀속된 이후 피고가 직접 공중의 통행에 제공된 도로로 사용함으로써 행정재산의 일종인 공공용 재산으로 유지·관리되어 왔다고 할 것이다.

⑨ 다른 한편, 도시정비법은 정비기반시설의 의미를 정의하면서 그 정비기반시설의 하나로 '도로'를 규정하고 있지만, 도시정비법 및 그 시행령 등에는 위 '도로'에 대한 정의 규정이 없을 뿐 아니라, 무상양도의 대상이 되는 정비기반시설을 국토계획법 제2조 제7호에 정한 바와 같이 도시관리계획으로 결정된 도시계획시설로 한정하는 규정도 없는 점 등에 비추어 보면, 도시정비법 제65조 제2항의 '무상양도의 대상이 되는 정비기반시설'을 해석함에 있어서 도시정비법 제2조 제4호에 열거하고 있는 정비기반시설의 하나에 해당하면 바로 도시정비법 제65조 제2항에서 정한 무상양도의 대상이 되는 정비기반시설이라고 볼 것이지, 정비기반시설의 개념 자체를 '국토계획법에 의하여 도시관리계획으로 결정되어 설치된 기반시설'로 한정하여 해석할 이유는 없다.

⑩ 더구나 도시정비법 제65조 제2항의 입법 취지는 민간 사업시행자에 의하여 새로 설치된 정비기반시설이 전단 규정에 따라 관리청에 무상으로 귀속됨으로 인하여 야기되는 사업시행자의 재산상 손실을 고려하여 그 사업시행자가 새로 설치한 정비기반

시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 등 소유의 정비기반시설을 그 사업시행자에게 무상으로 양도되도록 하여 위와 같은 재산상의 손실을 합리적인 범위 안에서 보전해 주고자 하는 데 있어, 위 후단 규정은 민간 사업시행자에 의하여 새로 설치될 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 용도 폐지될 정비기반시설의 무상양도를 강제하는 강행규정으로 보아야 하는바(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007두6663 판결), 이와 같은 입법취지 등에 비추어 보더라도 도시정비법상 정비기반시설을 국토계획법상 도시계획시설조서의 작성 등 형식적, 절차적 요건을 모두 구비한 도시계획시설로 한정하여 좁게 해석할 이유는 없으므로, 정비기반시설로서의 도로의 경우, 도시계획시설조서가 필요하거나 도시계획시설로서의 도로개설과 같은 정도의 절차를 반드시 거쳐야 할 필요는 없다.

⑪ 한편, 정비기반시설을 국토계획법에 의하여 도시관리계획으로 결정되어 설치된 기반시설이라고 볼 경우, 도시관리계획 또는 도시계획이라는 용어는 국토계획법 제정 또는 도시계획법의 제정으로 규정된 것이어서, 국토계획법 제정 이전 또는 도시계획법의 제정 이전에 존재하던 도로 등은 도시관리계획 또는 도시계획으로 결정되어 설치된 기반시설이 아니라고 하게 되어 정비기반시설의 개념에 전혀 포함되지 않게 되는 문제점이 발생한다.

⑫ 도시정비법은 무상양도의 대상이 되는 정비기반시설의 범위에 대해 '사업시행자가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안'으로 제한하고 있고, 도로에 해당하는지 여부는 도로의 이용실태, 이용기간, 넓이, 포장여부, 차선의 도색 등에 따라 합리적으로 판단할 수 있으므로, 도시계획시설이 아닌 도로를 도시정비법상의 정비기반시설에 포함시키더라도 무상양도의 범위가 무제한적으로 확장될 우려가 있다

고 할 수는 없다.

⑬ 그 밖에 도로 등 공공용재산의 설치 및 유지는 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 고유 업무인바, 이 사건 도로도 관할 행정청이 그 현황에 따라 도시계획시설로 지정하고 체계적으로 유지·관리하였어야 함이 상당함에도, 관할 행정청이 행정착오 등으로 인하여 현황에 따른 도시계획시설로 지정하지 아니한 것에 불과하다.

(3) 소결

따라서, 이 사건 재건축사업의 시행으로 인하여 이 사건 도로 중 이 사건 사업구역에 편입된 이 사건 토지가 분할되어 용도 폐지되었으므로, 이 사건 토지는 도시정비법 제65조 제2항 후단의 무상양도대상인 "정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설"에 해당한다고 할 것이다.

다. 이 사건 매매계약의 무효 여부

(1) 앞서 본 바와 같이 도시정비법 제65조 제2항 후단규정은 민간 사업시행자에 의하여 새로 설치될 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 용도폐지될 정비기반시설의 무상양도를 강제하는 강행규정이고, 위 후단규정을 위반하여 사업시행자와 국가 또는 지방자치단체 사이에 체결된 매매계약 등은 무효(대법원 2009. 6. 25. 선고 2006다18174 판결 참조)라고 할 것이다.

(2) 따라서 도시정비법 제65조 제2항 후단규정에 의하여 무상양도가 강제되는 정비기반시설인 이 사건 토지를 원고가 피고로부터 유상으로 매수하기로 하는 내용의 이 사건 매매계약은 강행규정인 도시정비법 제65조 제2항 후단규정에 위반하여 무효라고 할 것이다.

(3) 이에 대하여 피고는, 이 사건 매매계약은 앞서 본 2005. ○○. ○○.자 이 사건

재건축사업의 시행인가에 부가된 조건에 따라 체결되었고, 행정처분인 위 인가조건은 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우에 해당하지 아니할 뿐만 아니라 따로 권한 있는 기관에 의하여 적법하게 취소된 바도 없어 이미 불가쟁력이 발생하였으므로, 위 인가조건 이행의 일환으로 이루어진 이 사건 매매계약은 확정적으로 유효로 되었다는 취지로 주장하나, 행정처분에 붙은 부담인 부관이 제소기간의 도과로 확정되어 이미 불가쟁력이 생겼다면 그 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효로 보아야 할 경우 외에는 누구나 그 효력을 부인할 수 없을 것이지만, 부담의 이행으로서 하게 된 사법상 매매 등의 법률행위는 부담을 붙인 행정처분과는 어디까지나 별개의 법률행위이므로 그 부담의 불가쟁력의 문제와는 별도로 법률행위가 사회질서 위반이나 강행규정에 위반되는지 여부 등을 따져보아 그 법률행위의 유효 여부를 판단할 수 있는 것이므로(위 대법원 2006다18174 판결 참조), 피고의 위 주장은 이유 없다.

라. 부당이득반환의 범위

(1) 피고가 반환할 부당이득의 범위에 관하여 보건대, 도시정비법 제65조 제2항 후단은 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다고 규정하고 있고, 앞서 본 바와 같이 원고가 이 사건 재건축사업을 시행하면서 새로이 설치한 도시정비법상 정비기반시설인 도로 및 공원의 설치비용이 합계 7,868,355,195원 상당이고, 원고가 이 사건 매매계약에 따라 도시정비법상 무상양도대상인 이 사건 토지의 매매대금으로 72억 450만 원을 피고에게 지급하였다.

(2) 따라서 원고가 이 사건 재건축사업을 시행하면서 새로이 설치한 정비기반시설

의 설치비용이 피고에게 지급한 이 사건 토지의 매매대금을 초과하므로, 피고는 원고에게 무효인 이 사건 매매계약에 기하여 원고로부터 수령한 위 매매대금 72억 450만 원을 반환할 의무가 있다.

(3) 한편, 피고가 이 사건 매매계약 당시부터 이 사건 토지가 도시정비법상 무상양도대상인 정비기반시설에 해당한다는 것을 잘 알고 있는 악의의 수익자라는 원고의 주장에 관하여는 이를 인정할 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 그 이후부터 이 사건 소제기 전까지 피고가 이를 알았다고 볼 증거도 없으며, 오히려 앞서본 사실관계에 나타난 이 사건 재건축사업 전후의 일련의 과정에 비추어 볼 때, 피고가 원고와 사이에 무상양도대상인 이 사건 토지에 관하여 이 사건 매매계약을 체결한 것은 관계 법령의 해석을 잘못된 데에 연유하는 것으로 보일 뿐, 피고가 원고의 주장과 같이 이 사건 매매계약 당시부터 이 사건 토지가 도시정비법상 무상양도대상에 해당된다는 것을 잘 알고 있었다고 보기는 어려우므로, 이 사건 소를 제기한 때에 악의의 수익자로 간주된다고 할 것이다.

(4) 결국 피고는 원고에게, 72억 450만 원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일인 2008. 1. 10.부터 이 사건 청구취지 변경신청서 송달일인 2009. 6. 24.까지는 원고가 구하는 바에 따라 민법에 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 이와 결론을 같이 한 제1심 판결은 정당하므로, 피고의 항소는

이유 없어, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 한 승 _____

 판사 권기철 _____

 판사 김종수 _____

관련법령

■ 도시정비법

제2조 (용어의 정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "정비구역"이라 함은 정비사업을 계획적으로 시행하기 위하여 제4조의 규정에 의하여 지정·고시된 구역을 말한다.
2. "정비사업"이라 함은 이 법에서 정한 절차에 따라 도시기능을 회복하기 위하여 정비구역 안에서 정비기반시설을 정비하고 주택 등 건축물을 개량하거나 건설하는 다음 각목의 사업을 말한다. 다만, 다목의 경우에는 정비구역이 아닌 구역에서 시행하는 주택재건축사업을 포함한다.
다. 주택재건축사업 : 정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업
4. "정비기반시설"이라 함은 도로·상하수도·공원·공용주차장·공동구(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 9호의 규정에 의한 공동구를 말한다. 이하 같다) 그 밖에 주민의 생활에 필요한 가스 등의 공급시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다.

제65조 (정비기반시설 및 토지 등의 귀속)

- ② 시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 사업시행자가 정비사업의 시행으로 새로이 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 인하여 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 그가 새로이 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 사업시행자에게 무상으로 양도된다.
- ④ 사업시행자는 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 관리청에 귀속될 정비기반시설과 사업시행자에게 귀속 또는 양도될 재산의 종류와 세목을 정비사업의 준공 전에 관리청에 통지하여야 하며, 당해 정비기반시설은 그 정비사업이 준공인가되어 관리청에 준공인가통지를 한 때에 국가 또는 지방자치단체에 귀속되거나 사업시행자에게 귀속 또는 양도된 것으로 본다.

■ 주택건설촉진법(1987. 12. 24. 법률 제3998호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 주택건설촉진법'이라고 한다)

제20조(아파트지구개발기본계획의 수립)

- ① 시장(서울특별시시장 및 부산시장을 포함한다. 이하 같다)·군수는 도시계획법에 의한 아파트지구의 지정이 있을 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 아파트지구개발에 관한 기본계획(이하 "지구개발계획"이라 한다)을 수립하여 건설부장관의 승인을 얻어야 한다.
- ② 시장·군수는 제1항의 규정에 의한 승인을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 지구개발

계획을 고시하고 일반에게 공람시켜야 한다.

제22조(아파트지구개발사업의 시행절차)

① 아파트지구개발사업의 시행절차에 관하여는 도시재개발법을 준용한다(다만, 국가·지방자치단체 또는 대한주택공사가 사업주체인 경우에는 그러하지 아니할 수 있다). 이 경우에 아파트지구개발사업은 도시재개발사업으로 보며 제20조 제2항의 규정에 의한 지구개발계획의 고시가 있는 때에는 도시재개발법 제5조의 규정에 의한 재개발사업계획의 결정고시가 있는 것으로 보고 제21조 제3항의 규정에 의한 사업시행자의 지정고시가 있는 때에는 도시재개발법 제10조 및 제11조의 규정에 의한 사업시행자지정의 고시가 있는 것으로 본다. 다만, 사업시행자가 제21조제2항의 규정에 의한 지정업자인 경우에는 토지 등의 수용 또는 사용을 주무관청에 신청하여야 한다.

■**도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시재개발법’이라고 한다)**

제5조(재개발사업계획의 입안 및 결정)

⑤ 재개발사업계획의 결정 또는 변경은 중앙도시계획위원회의 의결을 거쳐 건설부장관이 이를 결정한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경은 중앙도시계획위원회의 의결을 거치지 아니하고 건설부장관이 이를 결정하거나, 당해 재개발사업계획을 입안한 시장 또는 군수가 건설부장관에게 신고함으로써 결정된다.

⑥ 건설부장관은 제5항의 규정에 의하여 재개발사업계획을 결정 또는 변경한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 지체없이 이를 관보에 고시하고 결정 또는 변경된 재개발사업계획을 관할시장 또는 군수에게 송부하여 일반인에게 공람시켜야 한다. 다만, 제5항 단서에 해당하는 변경사항에 대하여는 그러하지 아니하다.

⑦ 제6항의 규정에 의한 재개발사업계획의 결정 또는 변경의 고시내용 중 도시계획법에 도시계획으로 결정하여야 할 사항은 그 법에 따른 도시계획결정이 있는 것으로 보며, 재개발사업계획에 저촉되는 종전의 도시계획결정은 폐지된 것으로 본다.

■**도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 도시계획법’이라고 한다)**

제2조(정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "도시계획"이라 함은 도시계획구역과 그 구역 안에서 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 공공복리의 증진을 위한 토지이용·교통·위생·산업·보안·국방·후생 및 문화 등에 관한 다음의 계획을 말한다.

나. 도로·광장·주차장·자동차정류장·철도·궤도·색도·고속철도·하천·운하·항만·공항·녹지·공원·운동장·유원지·관망탑·공공공지·공용의 청사·학교·도서관·시장·수도·하수도·공동구·도살장·공동묘지·화장장·쓰레기 및

오물처리장·전기공급설비·저수지·방풍설비·가스공급설비·유류저장 및 송유설비·유통업무설비·방수설비·방화설비·사방설비·방조설비의 시설 기타 대통령령으로 정하는 시설의 설치·정비·개량에 관한 계획

3. "도시계획시설"이라 함은 도시계획으로 결정된 제1호 나목 및 다목의 계획에 의하여 설치되는 시설을 말한다.

제16조(도시계획시설의 설치·관리)

① 도시계획구역 안에서 제2조 제1항 제1호 나목 및 다목에 계기한 시설을 지상·공간 및 지하에 설치하고자 할 때에는 도시계획으로써만이 이를 설치하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 시설은 그러하지 아니하다.