

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2011다8539 손해배상(기)

원고, 피상고인 겸 상고인

원고

소송대리인 법무법인 케이씨엘

담당변호사 유지담 외 2인

원고보조참가인 주식회사 서현골프랜드

피고, 상고인 겸 피상고인

성남시

소송대리인 법무법인(유한) 에이팩스

담당변호사 우의형 외 4인

원 심 판 결 서울고등법원 2010. 12. 3. 선고 2010나10155 판결

판 결 선 고 2012. 5. 24.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자가 부담한다.

이 유

상고이유(기간이 지난 후 제출된 보충이유는 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 피고의 상고이유 제1점에 관하여

행정처분이 후에 항고소송에서 위법하다고 판단되어 취소되더라도 그것만으로는 그 행정처분이 공무원의 고의나 과실에 의한 불법행위라고 단정할 수 없지만, 그러한 행정처분이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 담당 공무원이 객관적 주의의무를 소홀히 함으로써 객관적 정당성을 상실하게 된 경우라고 볼 수 있는 경우에는 공무원의 과실에 의한 불법행위가 성립한다고 할 것이므로 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임이 있다. 이때 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 그 행위의 태양과 목적, 피해자의 관여 여부 및 관여의 정도, 침해된 이익의 종류와 손해의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하되, 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체가 부담할 만한 실질적 이유가 있는지도 살펴보아야 한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다 70600 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 성남시장은 1994. 3. 9.과 1994. 12. 5.에 성남시 서현근린공원 조성계획을 순차로 일부 변경하여 성남시 분당구 이매동 산 62-1 일대 24,100㎡를 골프연습장부지로 결정·고시한 사실, 원고는 1994. 12. 20. 성남시장에게 도시공원시설(골프연습장으로서 그 건축연면적은 3,450㎡이다, 이하 ‘이 사건 골프연습장’이라고 한다) 설치관리인가와 사업시행자지정 신청을 하여 1995. 1. 10. 성남시장으로부터 조건부 시행자지정 통보를 받았는데(이하 이 사건 골프연습장에 대한 원고의 설치관리인가권자 및 사업시행자로서의 지위를 ‘이 사건 사업권’이라고 한다), 당시 성남시장은 원고에게 한국토지개발공사로부터 진입도로 개설허가를 받을 것 등의 조건을

붙이면서 인근 공공공지(公共空地)로의 진입도로 개설을 승인한 사실, 원고는 위 사업 시행자 지정처분에 따라 사업부지 중 4,000여평을 매수하고 같은 동 산 61에 있는 국유림에 대한 사용허가를 받는 등 조건을 이행하기 위하여 798,231,640원을 투입한 사실, 그런데 성남시장은 1995. 2. 23. 위 사업과 관련하여 군부대의 동의를 얻을 수 없다는 등의 이유로 사업시행자 지정처분을 취소한 사실, 그러자 원고는 1995. 3. 27. 해당 군부대인 국군 제9125 부대장으로부터 직접 동의를 얻어 1995. 6. 26. 거듭 도시계획시설 설치관리인가 신청(2차 신청)을 한 사실, 그러나 성남시장은 1995. 7. 14. 종전의 사업시행자 지정처분시에 언급하지 않았던 9개의 조건을 새로 붙여 1995. 8. 8.까지 보완할 것을 요구하였고, 원고가 그 중 진입도로 변경과 토지 소유자 동의 등의 요구사항을 보완하지 못하자 1995. 9. 20. 신청을 반려한 사실, 이에 원고는 1995. 11. 7. 위 반려처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였고, 재결청인 경기도지사는 1996. 3. 13. 진입도로가 개설되더라도 공공공지의 기능이 크게 저해되지 않고 진입도로의 개설이 불가능할 정도로 교통혼잡이 우려된다고 보기 어렵다는 등의 이유로 '성남시장이 1995. 9. 20. 원고에 대하여 한 위 도시계획사업시행자 지정신청 반려처분과 도시계획시설 설치관리인가신청 반려처분을 취소하라'는 재결(1차 재결)을 한 사실, 위 재결 후 1996. 4. 19. 원고가 다시 도시계획시설사업인가와 시행자지정 신청(3차 신청)을 하였으나, 성남시장은 1996. 5. 6. 국토해양부로부터 공원조성계획에서 골프연습장을 삭제한 후 보고하라는 지시가 있었고 인근 주민들이 반대한다는 이유로 신청을 불허한 사실, 이에 원고가 1996. 8. 5. 위 불허가처분의 취소와 그 이행을 구하는 행정심판을 청구하자, 경기도지사는 1996. 12. 31. 국토해양부 지시 공문내용은 이 사건 사업에 적용되지 않고 인근 주민들의 반대는 관련 법규에 규정된 제한사유에 해당하지 않으며 경기도지사의

1996. 3. 13.자 인용재결의 기속력에도 어긋난다는 이유로 위 불허가처분의 취소와 도시계획사업시행자 지정처분 및 실시계획인가처분의 이행을 명하는 재결(2차 재결)을 한 사실, 위 재결에도 불구하고 성남시장이 도시계획사업시행자 지정처분과 실시계획인가처분을 하지 않자, 원고는 1997. 3. 5. 행정심판법 제37조 제2항에 의한 인용재결의 이행신청을 한 사실, 이에 경기도지사는 1997. 4. 3.과 1997. 5. 22. 두 차례에 걸친 시정명령을 하였으나 성남시장이 이에 불응하자, '성남시 분당구 서현근린공원 내 골프연습장, 위 공원구역 내의 진입도로, 위 공원 구역 외의 성남시 분당구 이매동 128-11 일원의 진입도로(이하 '이 사건 진입도로'라 한다)'에 대한 직접처분을 하기로 하고, 이 사건 진입도로에 관하여 도시계획입안을 한 다음 경기도 도시계획위원회의 의결을 거쳐 1997. 12. 22. 성남도시계획시설(도로·공공공지)결정 및 변경결정과 지적승인의 고시를 하였고, 1998. 4. 16. 위 골프연습장, 공원구역 내의 진입도로, 이 사건 진입도로에 관한 도시계획사업시행자 지정처분과 실시계획인가처분을 한 사실, 성남시장은 1998. 5. 29. 헌법재판소에 '경기도지사의 위 직접처분 중 이 사건 진입도로에 관한 도시계획사업시행자지정처분과 실시계획인가처분'이 피고의 권한을 침해하였다고 주장하면서 권한쟁의심판을 청구하였고, 1998. 11. 2.에는 '이 사건 진입도로에 관한 도시계획입안'부분을 추가하는 취지의 심판청구정정신청을 한 사실, 헌법재판소는 1999. 7. 22. '이 사건 진입도로에 대한 도시계획사업시행자지정처분'은 도시계획법 제23조 제5항에 의한 청구인의 권한을 침해한 것으로 무효임을 확인하면서, '이 사건 진입도로에 관한 도시계획입안 및 실시계획인가처분'에 관하여는 청구기간이 지났거나 성남시장에게 그 처분권한이 없어 부적법하다는 이유로 청구를 각하한 사실, 그 후 성남시장은 2002. 1. 26. 사업시행이 어려운 불필요한 시설이라는 이유로 이 사건 진입도로에 관한 노선폐

지결정을 하였고, 이에 원고가 2002. 7. 3. 성남시장에게 이 사건 진입도로에 관한 도시계획시설(도로·공공공지)결정과 변경결정 신청, 도시계획사업시행자 지정과 실시계획인가신청(제4차 신청)을 한 사실, 성남시장은 2002. 7. 29. 위 신청을 불허하는 처분(이하 '이 사건 불허가 처분'이라 한다)을 한 사실, 원고는 이에 불복하여 2002. 8. 13. 수원지방법원 2002구합3066호로 그 취소를 구하는 소를 제기하였는데, 위 법원은 2003. 3. 12. 실시계획인가신청 불허처분, 도시계획시설(도로·공공공지) 결정과 변경결정신청 불허처분의 취소를 구하는 부분은 '경기도지사의 직접처분이 여전히 유효하게 존속하므로 원고의 신청을 피고가 재차 거부하였다고 하더라도 새로운 법익의 침해가 없다'는 이유로 그 부분 소를 각하하고, '사업시행자지정신청 불허처분에는 재결의 기속력이 미치므로, 재결의 취지와 달리 원고의 신청을 거부한 처분은 재결의 기속력에 반하여 무효'라는 이유로 위 도시계획사업시행자지정신청 불허처분을 취소하는 판결(무효확인 의미의 취소판결)을 선고한 사실, 이에 대하여 성남시장은 항소 및 상고하였으나 2003. 11. 21.과 2004. 4. 16. 그 항소와 상고가 모두 기각된 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 경기도지사가 이 사건 1, 2차 재결을 하였을 뿐 아니라 1998. 4. 16. 같은 취지의 직접처분을 한 이상 성남시장으로서 이 사건 골프연습장 및 그 진입도로에 관한 원고의 신청에 대하여 이 사건 1, 2차 재결이나 위 직접처분의 취지에 반하는 불허가 처분을 할 수 없다고 할 것임에도 다른 새로운 사유 없이 그와 명백히 배치되는 불허가처분을 반복하였고 그로 인한 위법상태는 이 사건 불허가 처분의 무효확인판결이 확정된 후에도 계속되어, 도시계획사업시행자지정과 실시계획인가에 관한 업무를 처리하는 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 이는 객관적 주의의무를 결하여 객관적 정당성을 상실한 경우로서 국가배

상책임이 있다고 보아야 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 불법행위의 성립에 관한 채증법칙 위반, 법리오해, 심리미진 및 판단누락 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고의 상고이유 제2점에 관하여

채무의 면제가 반드시 명시적 의사표시에 의해서만 이루어지는 것은 아니고 채권자의 행위나 의사표시의 해석에 의해서도 인정되는 경우가 있으나 그러한 채권자의 행위나 의사표시의 해석은 엄격히 하여야 하고(대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원 합의체 판결 참조), 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것인지에 관한 의사해석의 문제이므로, 계약 체결의 목적, 계약에 있어 당사자 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등 여러사정에 비추어 계약 당사자의 의사를 합리적으로 해석하여야만 한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다18804 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원고가 2006. 6. 20. 소외 1·소외 2에게 이 사건 사업권을 35억 원에 양도하면서 같은 날 이들로부터 다시 이 사건 사업권을 양수한 원고보조참가인(이하 ‘보조참가인’이라 한다)에게 직접 사업자 명의변경을 해 주기로 약정하였는데, 그때 작성된 원고와 소외 1·소외 2 사이의 사업권시행권양도·양수계약서(갑 제62호증)에는 잔금 지급과 사업시행권 명의변경에 필요한 서류의 교부에 관한 내용은 있으나 피고에 대한 손해배상채권의 포기에 관한 언급은 없고, 원고와 소외 1·소외 2, 보조참가인 사이의 사업승인권양도·양수계약서(을 제14호증의 2)에도 손해배상채권의

포기에 관한 내용은 전혀 기재되어 있지 않은 사실, 보조참가인과 소외 1·소외 2는 같은 날 원고가 보조참가인 또는 소외 1·소외 2에게 사업승인권 명의변경에 필요한 서류 일체를 교부하면 보조참가인은 중도금 26억 5,000만 원을 아무런 조건 없이 원고에게 지급하기로 하는 내용의 확약서를 작성해 준 사실, 그 무렵 위 사업시행권양도·양수계약서(갑 제62호증)에 중도금 26억 5,000만 원 지급시 모든 서류를 교부한다는 내용의 문구가 추가로 기재된 사실, 원고는 2006. 7. 20.에야 보조참가인으로부터 중도금을 지급받을 경우 이 사건 사업권과 관련된 모든 권리를 포기하기로 하는 내용이 담긴 사업권포기각서(을 제14호증의 6)를 작성하여 보조참가인에게 교부한 사실, 그 후 원고가 2006. 8. 7. 피고에게 도시개발사업실시계획인가(변경)신청서를 제출하면서 위 사업권포기각서 사본을 붙임서류로 제출한 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 참가인 사이의 사업권포기각서에는 손해배상채무를 면제한다는 내용이 명시되어 있지 않을 뿐 아니라 위 사업권포기각서는 사업시행자 명의변경에 필요한 인가절차를 밟는 데에 필요한 양도·양수 관련 서류의 하나로 작성·교부된 것으로서 원고가 중도금 26억 5,000만 원을 지급받게 되면 그 양수인과의 사이에 사업권 귀속에 관한 분쟁을 방지하고 행정절차를 원만히 진행하기 위하여 사업시행자로서의 지위를 포기한다는 취지를 담고 있을 뿐 손해배상채무 면제의 의사표시가 포함되어 있다고 볼 수 없고, 권리의 포기에 관한 부분은 원고가 제3자인 피고에 대하여 직접 이행의무를 부담한다는 확정적 의사표시(제3자 약관)가 포함되어 있지 않으므로 제3자를 위한 계약이 포함되어 있다고 볼 수도 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 채무면제에 관한 경험칙 위반, 계

약해석 및 제3자를 위한 채무면제에 관한 법리오해의 위법이 없다.

3. 피고의 상고이유 제3점에 관하여

국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상책임을 묻는 사건에 대하여는 같은 법 제8조의 규정에 의하여 민법 제766조 제1항 소정의 단기소멸시효제도가 적용되고, 여기서 가해자를 안다는 것은 피해자나 그 법정대리인이 가해 공무원이 국가 또는 지방자치단체와 공법상 근무관계가 있다는 사실 뿐 아니라, 그 공무원의 불법행위가 국가 또는 지방자치단체의 직무를 집행함에 있어서 행해진 것이라는 사실까지 인식하는 것을 말한다. 한편, 민법 제766조 제1항 소정의 ‘손해 및 가해자를 안 날’이라 함은 손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 말하고, 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하였다고 볼 것인지는 개별사건에 있어서의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결 참조).

원심은, 이 사건 손해배상청구권의 단기소멸시효 기산점은 경기도지사의 직접처분이 있는 1998. 4. 16.이라는 피고 주장에 대하여, 이 사건과 같이 행정처분인 골프연습장 설치관리인가 또는 그 진입도로 개설과 관련한 불허가처분이 여러 차례 있었고 그때마다 원고가 그 처분이 있었음을 이를 알았다고 하여 그러한 사실만으로 그 행정처분이 불법행위임을 원고가 인식하였다고 단정할 수는 없으며, 원고가 행정소송으로 이 사건 불허가 처분의 취소를 구하여 대법원으로부터 승소확정판결을 받은 2004. 4. 16.에 비로소 각 불허가처분의 불법성 및 그 손해와 가해자를 확정적으로 알게 되었다고 봄이

상당하다고 판단하였다.

원심의 이러한 조치는 위 법리에 비추어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 소멸시효의 기산점에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법은 없다.

4. 피고의 상고이유 제4점에 관하여

원심이 그 적법하게 채택한 증거에 의하여 인정되는 사실에 터잡아, 성남시장이 이 사건 골프연습장 또는 진입도로에 관한 인가신청을 불허가하여 생긴 손해를 그 판시와 같이 산정한 것도 수긍할 수 있으므로, 거기에 상고이유의 주장과 같이 일실회의의 산정에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

5. 원고의 상고이유 및 피고의 상고이유 제5점에 관하여

피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감경하여 달라는 주장을 허용하게 되면 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오게 되어 허용되지 않으나 그와 같은 결과를 초래하는 경우가 아니면 과실상계나 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능하고(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758,16765 판결 참조), 불법행위로 인한 손해배상 청구사건에 있어 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하며, 과실상계에 있어서의 피해자 과실은 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 부주의를 말한다(대법원 1999. 7. 23. 선고 98다31868 판결 참조).

원심은, 원고가 제3자에게 이 사건 사업권을 양도하면서 41억 2,500만 원을 받았다고

하더라도 사업권의 양도는 정당한 권리행사이므로 위 금액을 손익상계할 수는 없으나, 원고로서는 아직까지 골프연습장 경영능력이 검증된 바 없고 통상적으로 골프연습장 영업의 특성상 영업개시에 예기치 못한 장애의 발생, 인지도 저조로 인한 영업부진 등 개업초기의 부담도 있다는 점 등을 고려하여 피고의 책임을 80%로 제한함이 상당하다고 판단하였다.

원심의 이러한 조치는 위 법리에 비추어 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 손해의 공평한 분담에 관하여 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 신의칙 및 공평의 원칙 위반, 법리오해 등의 위법은 없다.

6. 피고의 상고이유 제6점에 관하여

당사자가 변론종결 후 주장과 증명을 위하여 변론재개신청을 한 경우에 그 주장과 증명에 따라 판결결과가 달라질 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 받아들일지 여부는 법원의 재량에 속할 뿐 아니라, 당사자가 항변을 제출할 기회가 충분히 있었음에도 이를 하지 않다가 변론종결 후에 변론재개신청을 하였다면 법원이 이를 받아들이지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다90347 판결 참조).

기록에 의하면, 피고는 제1심과 원심의 변론과정에서 불법행위의 성립요건인 피고의 고의 또는 과실에 관하여 변론해 왔음에도 원심 변론종결 후 추가로 고의 또는 과실의 간접사실에 관한 주장 및 증거가 있다는 내용의 준비서면을 제출하였을 뿐이고 그 주장을 보더라도 이 사건 손해배상청구권의 성립이나 그에 관한 판결결과가 달라질 만한 내용을 담고 있다고 볼 수 없으므로, 원심이 원고의 변론재개신청을 받아들이지 아니한 데에 상고이유의 주장과 같이 변론재개에 관한 법리오해나 심리미진 등의 위법이

없다.

7. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이상훈
-----	-----	-----

주심	대법관	전수안
----	-----	-----

	대법관	양창수
--	-----	-----

	대법관	김용덕
--	-----	-----