

## 건축허가신청반려처분취소

[수원고등법원 2021. 1. 20. 2019누12520]



### 【전문】

【원고, 항소인】 원고 1 외 1인(소송대리인 법무법인 정일 담당변호사 최준기)

【피고, 피항소인】 시흥시장 외 1인(소송대리인 법무법인 (유한) 바른 담당변호사 김대희 외 4인)

【제1심판결】 수원지방법원 2019. 8. 29. 선고 2017구합70800 판결

【변론종결】 2020. 11. 11.

### 【주문】

】

1. 제1심판결의 피고 시흥시에 대한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 돈에 해당하는 원고들 패소부분을 취소한다.  
피고 시흥시는 원고들에게 54,438,900원과 이에 대하여 2016. 12. 23.부터 2021. 1. 20.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고들의 피고 시흥시장에 대한 항소와 피고 시흥시에 대한 나머지 항소를 모두 기각한다.
3. 원고들과 피고 시흥시장 사이에 생긴 항소비용은 원고들이 부담하고, 원고들과 피고 시흥시 사이에 생긴 소송총비용은 각자 부담한다.
4. 제1항의 금원지급부분은 가집행할 수 있다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고 시흥시장이 원고들에게 한 시흥시 (주소 생략) 지상의 행위허가(건축-단독주택)신청 불허가처분을 취소한다. 예비적으로, 피고 시흥시는 원고들에게 275,991,000원과 이에 대하여 2016. 12. 23.부터 이 사건 2019. 7. 9.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(피고 시흥시에 대한 예비적 청구는 손실보상금과 손해배상금을 선택적으로 구하는 것이다).

### 【이유】

#### 】1. 처분의 경위

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 제1심판결의 해당부분(2쪽 12줄부터 3쪽 밑에서 11줄까지) 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

#### 2. 원고들의 주장 요지

가. 피고 시흥시장에 대한 청구(주위적 청구)

- 1) 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령(2018. 2. 9. 대통령령 제28635호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 개발제한구역법 시행령'이라 한다) 제13조 제1항 [별표 1] 제5호 (다)목의 가) 중 "(이축된 건축물이 있었던 토지의 경우에는 개발제한구역 지정 당시부터 그 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우만 해당한다)"는 부분(이하 '제1쟁점조항'이라 한다)과 같은 시행령 제22조 [별표 2] 제4호 마목 중 "다른 사람의 소유인 경우와" 부분(이하 '제2쟁점조항'이라 한다)은 모법의 위임범위를 벗어나 무효이고, 이 사건 처분은 위와 같이 무효인 시행령에 기초한 것이어서 위법하다.
- 2) 설령 그렇지 않다고 하더라도 이 사건 토지의 전 소유자인 소외인에 대한 피고 시흥시장의 이축허가는 이축권 행사요건을 갖추지 못하였거나 사위 기타 부정한 방법으로 허가가 이루어진 경우 등에 해당하므로, 이 사건 토지는 '이

축된 건축물이 있었던 토지'에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 피고 시흥시에 대한 청구(예비적 청구)

- 1) 제1쟁점조항 및 제2쟁점조항은 국민의 재산권을 제한하면서 이에 대한 보상규정을 두고 있지 않아 헌법 제23조 제3항에 위배된다.

따라서 피고 시흥시는 손실보상으로서 원고들에게 이 사건 토지의 지목이 대지인 경우와 전인 경우의 차액에 해당하는 275,991,000원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

- 2) 위 1)항과 선택적으로, 피고 시흥시는 소속 공무원의 중대한 과실로 이촉권 행사요건을 갖추지 못한 소외인에 대하여 이촉허가를 하였고, 이촉허가 시 이 사건 토지의 지목을 전, 답, 과수원, 그 밖에 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경할 것을 조건으로 하였음에도 지목변경 여부를 확인하지 않고 사용승인을 해 주었다.

원고들은 이 사건 토지의 지목이 '건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목'으로 변경되지 않았기 때문에 이 사건 토지 지상에 건축을 할 수 있을 것이라고 믿고 경매절차에 참여하여 이 사건 토지를 취득하였다.

따라서 피고 시흥시는 원고들에게 손해배상으로 위 275,991,000원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 3. 관계 법령

별지 기재와 같다.

### 4. 판단

가. 제1, 2쟁점조항이 모법의 위임범위를 벗어나 무효인지 여부

#### 1) 관련법리

법률의 시행령이나 시행규칙은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수 없다.

그러나 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴본다. 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

이러한 경우에는 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2015두57277 판결 등 참조).

#### 2) 구체적 판단

- 구 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(2018. 12. 18. 법률 제15990호로 일부개정되기 전의 것, 이하 '구 개발제한구역법'이라 한다) 제12조 제1항 본문은 '개발제한구역에서는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목(竹木)의 벌채, 토지의 분할, 물건을 쌓아놓는 행위 또는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제11호에 따른 도시·군계획사업의 시행을 할 수 없다.

'고 규정하여 개발제한구역 내에서 건축물의 건축을 원칙적으로 금지하는 한편, 위 조항 단서에서 '다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 그 행위를 할 수 있다.

'고 하면서 제1호 마목에서 '개발제한구역 주민의 주거·생활편익·생업을 위한 시설에 해당하는 건축물이나 공작물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치와 이에 따르는 토지의 형질변경'을 들고 있다.

○ 그리고 위 법률의 위임에 따른 구 개발제한구역법 시행령 제13조는 '법 제12조 제1항 제1호에 따른 건축물 또는 공작물의 종류, 건축 또는 설치의 범위는 별표 1과 같다.

'고 규정하면서 같은 시행령 [별표 1] 제5호 (다)목 가)에서 개발제한구역 내 주택을 신축할 수 있는 경우로 '개발제한구역 지정 당시부터 지목이 대인 토지(이축된 건축물이 있었던 토지의 경우에는 개발제한구역 지정 당시부터 그 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우만 해당한다)와 개발제한구역 지정 당시부터 있던 기존의 주택이 있는 토지'를 들고 있다.

○ 또한 구 개발제한구역법 제12조 제8항은 '제1항 단서에 따른 허가 또는 신고의 대상이 되는 건축물이나 공작물의 규모·높이·입지기준, 대지 안의 조경, 건폐율, 용적률, 토지의 분할, 토지의 형질변경의 범위 등 허가나 신고의 세부 기준은 대통령령으로 정한다.

'고 규정하고 있고, 위 법률의 위임에 따른 구 개발제한구역법 시행령 제22조는 '법 제12조 제8항에 따른 허가 또는 신고의 세부 기준은 별표2와 같다.

'고 규정하면서 같은 시행령 [별표 2] 제4호 '취락지구로의 이축 및 이주단지의 조성' 마목은 "이주단지를 조성한 후 또는 건축물을 이축한 후의 종전 토지는 '다른 사람의 소유인 경우'와 공익사업에 편입된 경우를 제외하고는 그 지목을 전·답·과수원, 그 밖에 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여야 한다.

"고 규정하고 있다.

○ 개발제한구역제도는 도시의 무질서한 확산방지, 도시주변의 자연환경 보전 및 국가안보의 목적을 위하여 1971. 1. 19. 법률 제2291호로 도시계획법 전문개정 당시 제21조로 새로이 도입되었다.

그런데 개발제한구역의 지정 이전부터 그 지목이 '대'인 나대지의 경우, 그 대지소유자는 대지로서 토지를 사용할 수 있는 법적인 권리가 발생하였음에도 건물의 신축이 금지되어 더 이상 법적으로 허용된 방법으로 토지를 이용할 수 없어 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약을 넘는다는 이유로 1998. 12. 24. 헌법재판소에서 구 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것) 제21조에 대하여 헌법불합치 결정을 선고[89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합)]하였다.

그에 따라 도시계획법 제21조는 개발제한구역 지정에 관한 근거 규정만 남긴 채 전면 개정되는 한편, 개발제한구역의 지정 및 관리에 관하여는 '개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(2000. 1. 28. 법률 제6241호로 제정된 것)'이라는 명칭의 별개의 법률이 제정되어 종래와 같이 개발제한구역 안에서는 주택 등의 신축을 원칙적으로 금지하면서도, 예외적으로 주택 및 근린생활시설과 같이 일정한 건축물의 경우에는 허가를 받아 신축할 수 있도록 허용하면서 그 구체적인 세부기준은 대통령령에서 규정하도록 위임하였고, 그 위임을 받은 개발제한구역법 시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16893호로 제정된 것)은 제13조 제1항 [별표 1] 제3호 (가)목에서 개발제한구역에서 예외적으로 주택을 신축할 수 있는 경우에 관하여 개발제한구역 지정 당시부터 지목이 '대'인 토지라고 규정하면서도 그 토지를 '건축물을 이축한 후 남은 종전의 토지를 제외한다.

'고 한정함으로써 건축물을 이축한 후 남은 종전의 토지, 즉 '이축적지'에 대하여는 주택의 신축을 허용하지 아니하였다.

이는 개발제한구역으로 지정되기 전부터 지목이 '대'라 하여 주택의 신축을 무제한으로 허용할 경우에는 개발제한 구역 안의 주택 수의 증가를 가져와 개발제한구역의 지정목적에 훼손하게 될 것을 우려한 것으로 보인다.

그리고 위와 같이 제정된 개발제한구역법 시행령 제22조 [별표 2] 제4호 마목은 '이주단지를 조성한 후 또는 건축물을 이축한 후의 종전토지는 타인의 소유인 경우와 공익사업에 편입된 경우를 제외하고는 그 지목을 전·답·과수원 기타 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여야 한다.

'고 규정하였다.

그런데 개발제한구역 지정 당시부터 토지임대차 등을 통해 건물을 지어 소유하도록 하였던 경우와 같이 토지소유자와 건물소유자가 다른 상태에서 건물소유자가 공공사업의 시행 등으로 종전의 주택을 철거하고 이를 다른 곳에 이축하여 종전의 토지가 나대지로 남게 되었음에도 이를 '이축적지'라 하여 주택의 신축을 허용하지 아니한다면, 토지소유자는 종전 토지를 더 이상 법적으로 이용할 방법이 없어 재산권이 과도하게 침해당하는 문제점이 지적되었고, 이에 2001. 9. 6. 대통령령 제17353호로 종전의 시행령 제13조 제1항 제1호 [별표 1] 제3호 (가)목 규정을 '개발제한구역 지정 당시부터 지목이 대인 토지(이축된 건축물이 있었던 토지의 경우에 개발제한구역 지정 당시부터 당해 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우에 한한다)와 개발제한구역 지정당시부터 이미 있던 주택(제24조의 규정에 의한 개발제한구역건축물관리대장에 등재된 주택을 말한다)이 있는 토지에 한한다'라고 개정하여, 개발제한구역 지정 당시부터 지목이 '대'인 토지가 그 지상 건축물이 이축됨으로써 나대지로 남게 된 때에는 개발제한구역 지정 당시부터 당해 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우에 한하여 단독주택의 신축을 허용하기에 이르렀다.

○ 개발제한구역법은 개발제한구역에서의 모든 개발행위를 금지하고 예외적 허가사항으로서 일정한 개발행위를 허용하고 있는데, 제1, 2쟁점조항들은 종전토지 소유자에게 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 주었다는 반성적 고려에서 종전토지 소유자가 입게 되는 재산권 행사의 제한을 완화시키려는 입법적 노력의 산물로서 개발제한구역 지정의 입법목적과 종전 개정경과 등에 비추어 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것으로 볼 수 있다.

○ 제1, 2쟁점조항으로 일부 건축행위가 제한되는 결과가 발생하더라도 이는 개발제한구역지정에 따른 간접적인 효과 내지 반사적 불이익에 지나지 않는다고 보아야 한다.

○ 결국 제1, 2쟁점조항들이 모법인 법률의 위임 범위를 벗어났다고 할 수 없으므로, 원고들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 피고 시흥시장에 대한 청구에 관한 판단

#### 1) 인정사실

갑 제1, 5, 9, 11, 14, 16호증(가지번호 포함), 을 제1호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

○ 이 사건 토지가 위치한 시흥시 ○○동 일대는 1972. 8. 25. 개발제한구역으로 지정되었는데, 개발제한구역 지정 당시 이 사건 토지의 지목은 대지였고 그 지상에는 건축물이 존재하지 않았다.

○ 소외인은 2012. 8. 21. 이 사건 토지에 관하여 2012. 8. 8.자 매매를 원인으로 소유권이전등기를 마친 다음, 2012. 8. 27. 소외 2에게 2012. 8. 24.자 신탁을 원인으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

○ 소외인은 2012. 12. 27. 피고 시흥시장으로부터 이 사건 토지 지상에 대지면적 291㎡, 건축면적 40㎡, 지상 1층 규모의 경량철골구조 제1종 근린생활시설(소매점) 건물(이하 '종전 건물'이라 한다)을 신축하는 내용의 개발제한구역 내 행위(신축)허가를 받았다.

위 허가 신청 당시 소외인은 피고 시흥시장에게 '이 사건 토지의 사용을 승낙한다'는 내용의 소외 2 명의의 '수탁자사용 승낙서'를 제출하였다.

○ 피고 시흥시장은 2013. 7. 22. 건축법 제25조 규정에 의한 감리건축사의 공사감리완료보고서, 건축법 제27조 규정에 의한 현장조사, 검사대행 건축사의 사용승인조사 및 검사조서를 근거로 종전 건물에 대하여 사용승인을 하였다.

○ 소외인은 2013. 7. 23. 종전 건물을 개발제한구역 내인 시흥시 (주소 2 생략)으로 이축하는 내용의 건축허가 신청을 하였고, 피고 시흥시장은 2013. 8. 8. 위 △△동 토지 위에 대지면적 330㎡, 건축면적 196.62㎡ 규모의 제2종 근린생활시설(일반음식점) 건물(이하 '△△동 건물'이라 한다)을 신축하는 내용의 개발제한구역내 행위허가(집단취락지구 이축, 이하 '이 사건 이축허가'라 한다)를 하였다.

피고 시흥시장은 위 허가 시 행위허가 조건으로 '사용승인시까지 이축한 후의 종전 토지는 그 지목을 전·답·과수원, 그 밖에 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여야 하며, 종전의 건축물을 철거·멸실하여야 한다

상기조건을 위반할 경우 허가를 취소할 수 있으며 허가 신청자의 부담으로 원상복구를 하여야 한다.

'는 내용을 부과하였다.

○ 소외인은 위 이축허가 이후 건축주 명의를 소외 3으로 변경하였고 피고 시흥시장은 2014. 2. 7. △△동 건물에 대하여 사용승인을 하였다.

## 2) 구체적 판단

위 인정사실에 의하면, 이 사건 토지는 개발제한구역 지정 당시부터 지목이 대인 토지이기는 하나, '이축된 건축물이 있었던 토지로서 개발제한구역 지정 당시부터 그 토지의 소유자와 건축물의 소유자가 다른 경우'에 해당하지 아니하므로, 구 개발제한구역법 시행령 제13조 제1항 [별표 1] 제5호 다목에서 정한 '개발제한구역에서 주택을 신축할 수 있는 경우'에 해당하지 아니한다.

원고들은 피고 시흥시장의 이축허가가 위법하므로 이 사건 토지는 '이축된 건축물이 있었던 토지'에 해당하지 아니하고 주장하나, 행정처분은 비록 하자가 있더라도 그 하자가 중대하고 명백하여 무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 그 처분이 항고소송절차에서 취소되거나 행정청에 의하여 스스로 취소되지 않는 한 그 처분의 효력을 부정할 수 없는 공정력을 가지는 것인데, 원고들의 주장 및 이 사건에 제출된 증거들만으로는 위 이축허가에 중대·명백한 하자가 있다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 위 이축허가가 취소되었음을 알 수 있는 자료도 없다. 따라서 원고들의 피고 시흥시장에 대한 청구는 어느 모로 보나 이유 없다.

다.

## 피고 시흥시에 대한 청구에 관한 판단

### 1) 손실보상금 청구 부분

개발제한구역 지정에 의하여 개발제한구역 안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 일정한 제한을 받고, 그 한도 내에서 일반 토지 소유자에 비하여 불이익을 받게 됨은 명백하지만 그와 같은 제한으로 받게 되는 불이익은 '보건위생, 공해방지, 보안과 도시의 무질서한 확산 방지'라는 공공의 필요 내지 공익을 위하여 감수하지 아니하면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로 이에 대하여 손실보상의 규정을 두지 아니하였다 하여 개발제한구역법의 관련 규정을 헌법 제23조 제3항에 위배되는 것으로 볼 수 없고(대법원 1996. 6. 28. 선고 94다54511 판결 참조), 또 이와 같이 재산권을 제한하는 법률에 그 보상규정이 없다고 하더라도 위 헌법 조항에 근거하여 곧바로 손실보상을 청구할 수도 없다.

원고들의 이 부분 청구는 이유 없다.

### 2) 손해배상금 청구 부분

가) 먼저 원고들은, 종전 건물은 상하수도 시설, 전기시설 등이 설치되지 않은 가건물로서 토지소유자인 소외 2의 토지 사용승낙 없이 건축허가가 이루어졌고, 소외인이 실제로 위 건물에서 거주한 사실이 없으며, 소외인이 이축허가를 신청하였음에도 제3자인 소외 3에게 이축허가가 이루어졌다는 등의 이유로 이 사건 이축허가가 위법하다고 주장한다.

위 인정사실 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 피고 시흥시장이 공사감리완료보고서, 현장조사서, 사용승인조서 및 검사조서 등을 확인하고 종전 건물에 대하여 사용승인을 하였던 점, ② 소외인은 종전건물에 대한 신축허가 신청 당시 토지 소유자인 소외 2 명의의 '수탁자사용승낙서'를 제출하였던 점(위 승낙서의 '사용승낙원인'란 및 첨부된 인감증명서의 '사용용도'란이 공란이라는 사정만으로 위법사유가 존재한다고 볼 수 없다), ③ 종전 건물은 제1종 근린생활시설(소매점) 용도의 건물로서 주거 목적의 주택에 해당하지 않는 점, ④ 이 사건 이축허가를 신청한 사람과 피고 시흥시장으로부터 이축허가를 받은 사람 모두 소외인으로 동일한 점 등을 알 수 있다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건에 제출된 증거들만으로는 종전 건물에 대한 행위(신축) 허가나 이 사건 이축허가가 위법하게 이루어졌다고 인정하기에 부족하므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 다음으로 피고 시흥시 공무원들이 지목변경 의무를 이행하지 않아 손해를 입었다는 주장에 관하여 본다.

(1) 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 "공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때"라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것이다.

여기서 '법령에 위반하여'라고 함은 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 정하여져 있음에도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있는 경우도 포함한다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결 등 참조).

(2) 위 인정사실, 갑 제2호증, 갑 제6, 7호증의 각 1, 2의 각 기재, 제1심법원 감정인 소외 4의 감정측탁결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있거나 다음과 같이 평가할 수 있다.

○ 구 개발제한구역법 시행령 제22조 [별표 2] 제4호 마목은 '이주단지를 조성한 후 또는 건축물을 이축한 후 종전 토지는 다른 사람의 소유인 경우와 공익사업에 편입된 경우를 제외하고는 그 지목을 전·답·과수원, 그 밖에 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여야 한다.

'고 정하고 있다.

이는 이축된 토지의 경우 더 이상 건물의 신축이 불가능하여 대지로서 기능할 수 없다는 점을 지적공부에 반영하기 위한 규정이다.

그런데 피고 시흥시장은 이 사건 이축허가를 하면서 '이 사건 토지의 지목을 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하고 종전건축물을 철거하고 건축물대장을 말소할 것'을 허가조건으로 부과하였음에도 이 사건 토지의 지목의 변경 없이도 △△동 건물에 대한 사용승인을 하여 주었다.

○ 구 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(2020. 2. 18. 법률 제17063호로 개정되기 전의 것)은 국토의 효율적 관리 뿐만 아니라 국민의 소유권 보호에 기여함을 목적으로 하며(제1조), 같은 법 제64조 제2항은 '지적공부에 등록하는 지번·지목·면적·경계 또는 좌표는 토지의 이동이 있을 때 토지소유자의 신청을 받아 지적소관청이 결정한다. 다만 토지소유자의 신청이 없으면 지적소관청이 직권으로 조사·측량하여 결정할 수 있다.

'고 규정하여 '직권으로' 지적소관청이 지목을 변경할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있고, 토지 소유자 등의 신청 여부에 상관없이 직권으로 토지의 이동상황에 맞게 지목을 변경하여 토지의 객관적 현상을 지적공부에 올바르게 반영하는 것은 효율적인 토지관리를 위해서도 필요한 점(헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 99헌마563 전원재판부 결정 참조) 등에 비추어 볼 때, 피고 시흥시 공무원들은 이 사건 토지의 지목을 건축물의 건축을 위한 용도가 아닌 지목으로 변경하여 이 사건 토지가 더 이상 대지로서 기능할 수 없다는 점을 지적공부에 반영할 의무를 부담한다고 봄이 타당하다.

○ 그런데 피고 시흥시 소속 공무원들이 위와 같이 이 사건 이축허가의 조건에 따라 지목을 변경하게 하거나 직권으로 지목을 변경하지 아니한 상태에서 이 사건 토지에 대한 임의경매절차가 진행되었고, 이 사건 토지는 이용상황이 주거나지인 대지로 감정평가(이용상황이 단독주택인 대지를 비교표준지로 선정)되었으며, 원고들은 이 사건 토지 위에 건물을 신축할 목적으로 이 사건 토지와 시흥시 (주소 3 생략) 도로 46㎡를 294,500,000원에 낙찰받았다.

○ 이 사건 토지에 대한 개별공시지가는 이 사건 토지가 대지임을 전제로 산정되어 왔으며 원고들은 이에 따라 이 사건 토지에 대한 재산세를 납부하였다.

○ 원고들은 피고 시흥시장에게 이 사건 신청을 하였으나 피고 시흥시장은 이미 이축권이 행사된 토지라는 이유로 더 이상 건축물의 신축이 불가능하다는 취지의 이 사건 처분을 하였다.

○ 원고들이 이 사건 토지에 대하여 매각대금을 납부한 다음날인 2016. 12. 23. 현재 이 사건 토지의 지목이 '전'으로 변경된 경우의 이 사건 토지 및 시흥시 (주소 3 생략) 도로 46㎡의 시가는 113,037,000원이다.

(3) 위와 같은 사정들에 의하면, 원고들은 지적공부의 기재를 신뢰하여 경매절차에서 이 사건 토지를 취득하였는데 이 사건 토지는 이미 이축권이 행사되어 더 이상 건축물의 건축을 할 수 없는 토지임이 밝혀졌고, 이로 인해 원고들은

재산권 행사가 제한되는 손해를 입게 되었으며, 이와 같은 손해는 피고 시흥시 소속 공무원들이 이 사건 토지의 지목을 변경하게 하거나 직권으로 변경할 의무를 이행하지 아니한 부작위와 상당인과관계가 있는 손해라고 할 것이다(피고 시흥시는 위 손해가 특별손해로서 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었던 손해에 해당하지 않는다는 주장도 하나, 앞서 본 개발제한구역에 대한 관련 법령의 입법 연혁과 위 [별표 2] 제4호 마목의 규정 및 이 사건 이축허가에 부가된 허가조건의 내용 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 손해는 통상손해에 해당하고, 설령 이를 특별손해로 보더라도 피고 시흥시가 위와 같은 손해 발생을 알 수 있었을 때에 해당한다고 봄이 타당하다.

피고 시흥시의 위 주장은 이유 없다. 따라서 피고 시흥시는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 원고들에게 그 손해를 배상하여야 한다.

나아가 원고들은 제1심법원에서의 시가 감정결과를 근거로 이 사건 토지의 지목이 '대'인 경우의 시가 389,028,000원과 지목이 '전'인 경우의 시가 113,037,000원의 차액인 275,991,000원을 손해액으로 주장한다.

불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해의 형태와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해의 형태로 구분된다(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 피고 시흥시 소속 공무원들이 이 사건 토지의 지목을 변경하게 하거나 직권으로 변경할 의무를 이행하지 아니한 상태에서 원고들이 지적공부의 기재를 신뢰하여 경매절차에서 이 사건 토지를 취득함으로써 재산권 행사가 제한되는 손해를 입게 된 경우에 있어서, 피고 시흥시 소속 공무원들의 불법행위로 인하여 원고들이 입은 손해는 이 사건 토지에서 건축물을 건축할 수 있다고 믿고 이 사건 토지를 매수하기 위하여 출연한 금액인 294,500,000원에서 이 사건 토지의 지목을 '전'으로 볼 경우의 시가인 113,037,000원을 공제한 181,463,000원(= 294,500,000원 - 113,037,000원)이라고 봄이 타당하다.

다만, 개발제한구역 내에서는 원칙적으로 건물의 신축행위가 금지되어 있고(개발제한구역법 제12조 제1항 본문), 개발제한구역 지정 시부터 토지의 지목이 대지라는 이유만으로 건물의 신축이 항상 가능한 것은 아닌 점(제1쟁점조항 참조), 원고들은 이 사건 토지를 매수하기에 앞서 종전 건물의 건축물대장(원고가 이 사건에서 갑 제5호증으로 제출하였다)이나 토지등기부등본 등 관련 서류들을 열람하거나 관계 행정청에 문의함으로써 이 사건 토지의 지목이 대지라 하더라도 이미 건축물이 이축되어 새로 건축물을 건축하는 것이 불가능한 토지라는 점을 알 수 있었을 것으로 보이는 점 등 여러 사정을 참작하여 피고 시흥시의 책임을 30%로 제한한다.

(4) 따라서 피고 시흥시는 소속 공무원들의 부작위로 인한 손해배상으로 원고들에게 54,438,900원(= 181,463,000원 × 30%)과 이에 대하여 손해발생일 이후로서 원고들이 구하는 2016. 12. 23.부터 피고 시흥시가 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2021. 1. 20.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 5. 결론



원고들의 피고 시흥시장에 대한 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하고, 피고 시흥시에 대한 예비적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다.

제1심판결 중 피고 시흥시에 대한 부분은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고들의 항소를 일부 받아들여 이 부분 중 위에서 지급을 명한 원고들 패소부분을 취소하여 피고 시흥시에 위 돈의 지급을 명하며, 원고들의 피고 시흥시장에 대한 항소와 피고 시흥시에 대한 나머지 항소는 이유 없으므로 이를 모두 기각한다.

(별지 생략)

판사 이광만(재판장) 도정원 양성욱