

## 손해배상(기)

[서울고등법원 2017. 10. 13. 2016나2090081]



### 【전문】

【원고, 피항소인】 원고 1 외 1인(소송대리인 변호사 황찬욱)

【피고, 항소인】 김포시(소송대리인 법무법인(유) 화우 담당변호사 박종철 외 1인)

【제1심판결】 인천지방법원 2016. 12. 1. 선고 2014가합61285 판결

【변론종결】 2017. 9. 19.

### 【주문】

】

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.

피고는 원고 1에게 435,443,008원, 원고 2에게 28,475,013원 및 각 이에 대하여 2016. 5. 10.부터 2017. 10. 13.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라.

2. 피고의 나머지 항소를 모두 기각한다.

3. 소송 총비용 중 1/2은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고는 원고 1에게 622,061,440원, 원고 2에게 262,895,790원 및 각 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 제1심 판결 선고일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라.2. 항소취지 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고는 원고 1에게 622,061,440원, 원고 2에게 262,895,790원 및 각 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 제1심 판결 선고일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라.2. 항소취지 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고는 원고 1에게 622,061,440원, 원고 2에게 262,895,790원 및 각 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 제1심 판결 선고일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라.2. 항소취지 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고는 원고 1에게 622,061,440원, 원고 2에게 262,895,790원 및 각 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 제1심 판결 선고일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율에 의한 돈을 지급하라.2. 항소취지 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 기초 사실

제1심 판결 이유 중 '1. 기초 사실' 부분과 같다(민사소송법 제420조 본문, 이하 같다).

## 2. 당사자들의 주장

제1심 판결 이유 중 '2. 당사자들의 주장' 부분과 같다.

## 3. 본안 전 항변에 관한 판단

제1심 판결 이유 중 '3. 본안 전 항변에 관한 판단' 부분과 같다.

## 4. 본안에 관한 판단

### 가. 손해배상책임의 발생

#### 1) 손해배상책임의 성립

앞서 인정한 사실관계에 의하면, 지방자치단체인 피고 소속 공무원 소외 1, 소외 2가 군사기지 및 군사시설 보호법(이하 '군사기지법'이라 한다)상 제한보호구역 내에 있는 이 사건 각 토지에 관하여 이 사건 건축신고를 수리하기 전에 같은 법 제13조에 따라 관할부대장과 그에 관하여 협의하여야 할 의무가 있음에도 이러한 절차를 간과한 채 위법하게 이 사건 건축신고를 수리한 과실로 인해 원고들은 이 사건 건축신고 수리를 적법한 것으로 믿고 신축한 이 사건 각 건축물을 철거해야 할 의무를 부담하게 되었으므로, 피고는 국가배상법 제2조 제1항에 따라 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

이에 대해 피고는, 원고들이 이 사건 건축신고 이전에 관할부대장의 협의거절을 이유로 건축신고 등을 5회나 반려받은 전력이 있음에도, 이 사건 건축신고를 하면서 그 신고서에 이 사건 건축신고의 수리가 관할부대장과 협의사항에 해당한다는 점을 표시하지 않았고, 그 협의를 위한 구비서류를 스스로 제출하지도 않았으며, 나아가 소외 1로부터 위 구비서류를 요청받고도 이를 제출하지 않았는데, 이 사건 건축신고의 수리는 위와 같은 사정에 피고 내부의 인사 이동 상황까지 맞물려 담당공무원들 간의 업무인수인계가 제대로 이루어지지 않은 상황에서 일어났는바, 피고 소속 공무원들의 이 사건 건축신고 수리가 객관적 정당성을 상실하였다고 보기 어려우므로, 피고에게는 국가배상법 제2조 제1항에 따른 손해배상책임이 없다고 주장한다.

그러나 원고들로부터 이 사건 건축신고 업무의 대행을 의뢰받은 주식회사 △△건축사사무소(이하 '△△건축사사무소'라 한다)가 그 신고서에 관할부대장과 협의사항에 관한 문구를 기재하지 않았다는 점만으로 이 사건 건축신고의 수리가 원고들 측의 사실은폐 또는 사위에 의해 이루어진 것이라 보기는 어렵다.

그리고 제1심 증인 소외 2의 일부 증언만으로 소외 1이 원고들 측에 관할부대장과 협의를 위한 구비서류를 요청한 사실을 인정하기에 부족하다(피고도 2016. 5. 31.자 준비서면을 통해 피고는 원고들의 이 사건 건축변경신고 당시에 비로소 관할부대장과 협의가 필요함을 알게 되었다고 진술한 바 있다). 나아가 피고 내부의 인사이동 시기에 담당 공무원들 간의 업무인수인계가 제대로 이루어지지 않았다는 점은 피고의 책임을 부정할 만한 사유가 될 수 없다.

피고의 위 주장은 이유 없다.

#### 2) 책임의 제한

가) 을 제2, 17~20, 24호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 제1심 증인 소외 2의 일부 증언에 의하면, 원고들이 이 사건 각 토지 위에 건축물을 신축하기 위해 2006년경 3회에 걸쳐 개발행위허가신청을, 2009년, 2010년 각 1회 건축신고를 하였으나, 관할부대장의 협의거절을 이유로 김포시장은 개발행위허가신청을, ○○읍장은 건축신고를 각 반려하였던 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 원고들은 애초 이 사건 각 토지 위에 건축물을 신축하는 데에는 관할부대장과 협의가 필요하다는 점을 어느 정도 알고 있었을 것으로 보인다.

그러므로 비록 이 사건 건축신고 이전에 같은 내용의 개발행위허가신청 또는 건축신고가 관할부대장의 협의거절을 이유로 반려되었다는 점만을 들어 원고들이 이 사건 건축신고에 기초해 이 사건 각 건축물을 신축하는 것이 불가능하다는 점을 알았다고 단정하기는 어렵고, 오히려 원고들로서는 이 사건 건축신고만큼은 종전과 달리 관할부대장과 협의가 이루어져 이 사건 각 건축물의 신축이 가능하다고 믿었을 여지도 없지는 않지만, 다른 한편 원고들로서는 이 사건 건축신고가 관할부대장과 협의 없이 수리되었을 가능성을 충분히 의심해 볼 수 있었다고 보인다.

이에 관하여는 원고들 역시 2016. 6. 14.자 준비서면을 통해 '원고 1은 2011. 7.경 군사기지법이 개정되어 이 사건 각 토지 위에 건축물의 신축이 가능하다는 정보를 접하고 △△건축사사무소에 의뢰해 원고 2 명의로 이 사건 건축신고를 하였다'고 주장한 바도 있어, 원고들이 이 사건 건축신고의 수리에 관할부대장과 협의가 필요하다는 점을 실제로 의식하고 있었음을 알 수 있다.

그렇다면 원고들로서는 이 사건 건축신고가 종전과 달리 수리되었더라도, 그것이 군사기지법의 개정 때문인지, 피고 소속 공무원들의 업무처리상 잘못 때문인지 알아볼 만하였다.

나) 한편 앞서 든 증거에 의하면, △△건축사사무소가 이 사건 건축신고 업무를 대행하면서 그 신고서 말미의 협의사항 기재란에 이 사건 각 토지가 군사기지법상 제한보호구역 내에 있다는 사실을 기재하지 않은 사실, 이와 달리 원고들이 2009년과 2010년에 이 사건 각 토지에 관하여 건축신고를 할 때에는 그 신고서에 관할부대장과 협의사항에 관한 문구가 기재되어 있었던 사실을 인정할 수 있다.

군사기지법 제13조에 따르면 제한보호구역 내 건축물의 신축에 관하여 관할부대장과 협의할 의무는 그에 대한 건축신고 수리를 담당하는 행정청에 있는 것이고, 건축신고서 말미에 기재하는 협의사항은 민원인이 행정청의 주의를 촉구하기 위한 것일 뿐이므로, 협의사항 기재란에 관할부대장과 협의사항에 관한 문구를 기재하지 않았다고 하여 이를 들어 민원인의 건축신고가 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 건축신고서에 관할부대장과 협의사항에 관한 문구가 기재되지 않음으로써 적어도 피고 소속 공무원들이 이 사건 각 토지가 군사기지법상 제한보호구역 내에 있다는 사실을 파악하고 관할부대장과 협의를 거쳐 이 사건 건축신고를 적법하게 수리하는 절차로 나아가는 데에 결과적으로 도움이 되지 못한 것은 사실이다.

다) 한편 이 사건 건축신고 이전에 있었던 같은 내용의 건축신고에 대하여 ○○읍장이 "건축(신축)신고 불허가 통보"라는 제목 아래 그 불허가 사유로 관할부대장의 협의거절이 있었음을 명시적으로 기재함으로써 건축물의 신축에 대한 불허가임을 명확히 밝혔던 데 반하여, 위 2012. 5. 21.자 반려공문의 제목은 "건축(허가/신고사항변경)신고 반려처리 알림"으로 되어 있었고, 이 사건 건축변경신고의 민원 접수번호와 그에 대한 반려처리임이 명시되어 있었으며, 이 사건 건축신고의 효력에 관하여는 구체적인 언급이 없었던 점, 이미 이루어진 건축신고의 수리를 취소하려면 명시적인 취소통보가 있어야 할 것인 점 등에 비추어, 이 사건 건축변경신고의 반려에 이 사건 건축신고의 수리까지 취소한다는 의미가 분명하게 표시되어 있었다고 보기는 어렵다.

그러나 위 공문에는 '건축물 신축불가'의 취지와 '관할부대장의 협의거절'이라는 사유가 명시적으로 기재되어 있어 일반인이 보더라도 이 사건 각 토지 위에 건축물을 짓는 데에는 군사기지법상 제한이 있다는 점을 충분히 이해할 수 있었다고 보인다.

한편 원고들이 피고로부터 위 공문을 직접 교부받지 못한 것은 사실이나, 소외 2는 2012. 5. 18.경 세움터에 이 사건 건축변경신고 반려통지서를 등재하고, 그 서류를 원고들의 대리인으로 인증을 받은 △△건축사사무소에 보냈다.

이에 관해 원고들은 이 사건 건축신고, 착공신고, 건축주명의변경신고에 대한 수리서 등은 △△건축사사무소를 통해 교부받았다고 인정하고 있는바, 유독 이 사건 건축변경신고 반려통지서만은 △△건축사사무소로부터 전달받지 못하고, '증축허가 불가'라는 내용만을 구두로 통지받았다는 원고들의 주장을 쉽게 납득하기 어렵다.

설령 원고들이 이 사건 건축변경신고 반려통지서를 △△건축사사무소로부터 전달받지 못하였더라도, 이 사건 건축변경신고가 반려되었다는 구두통지를 받고도 증축을 금지하는 내용이나 이유를 확인해 보지 않고, 건축물 신축공사를 만연히 진행하였다면 그 자체가 원고들의 과실이 될 수 있다.

원고들의 주장에 의하더라도 이 사건 건축변경신고에 대한 반려통지 당시 원고들은 이 사건 각 토지 위에 식재되어 있는 수목을 제거하고, 토목공사를 일부 시행하였을 뿐이었으므로, 원고들이 이 사건 건축변경신고 반려통지서의 내용을 제대로 확인했다면, 원고들에게 손해가 발생하거나 확대되는 것을 방지할 수 있었을 것으로 보인다.

라) 그렇다면, 이 사건 건축변경신고 반려통지서의 내용이 위와 같았고, ○○읍장이 직권으로 이 사건 건축신고 수리를 취소 또는 철회한 것이 아니어서, 원고들로서는 이 사건 건축신고가 관할부대장과의 협의가 없는 채로 이루어져 이 사건 각 건축물의 신축이 위법한 것임을 확정적으로 인식하지는 못하였다 하더라도, 그렇게 될 가능성이 충분함에도 원고들이 이 사건 건축변경신고의 반려 사유를 제대로 확인해 보지 않은 채 이 사건 각 건축물의 신축공사를 그대로 강행한 것은 원고들의 과실로 봄이 타당하며, ○○읍장이 이 사건 각 토지 중 김포시 (주소 1 생략) 토지 지상에 건축되는 제2종 근린생활시설(일반음식점) 용도 건축물에 대해 건축관계자를 원고 2에서 원고 1로 변경하는 건축관계자 변경신고를 수리하고, 이 사건 각 토지에 설치된 오수처리시설 준공에 대해 적합통보를 하였다는 점이나, 피고가 2013. 2. 27.경에야 뒤늦게 이 사건 각 건축물에 대한 신축중지명령을 내린 점(앞서 본 바와 같이 이 사건 건축변경신고 반려통지와 신축중지명령 사이의 기간 동안 피고 소속 공무원들은 원고들과 접촉하여 이 사건 각 건축물이 철거되지 않을 수 있는 방안을 강구하기로 하면서, 원고들에게 이 사건 사용승인신청의 취하를 유도하였고, 이에 원고들은 위 제안에 따라 피고 소속 공무원들과의 협의 아래 건축관계자 명의를 원고들이 설립한 각 농업회사법인으로 변경하며 이 사건 각 건축물의 용도를 농업용창고로 전환하는 방안을 모색하였다) 등의 사정은 원고들의 과실을 부정할 만한 사유가 될 수는 없다.

앞서 살펴본 여러 사정을 종합적으로 고려해 볼 때 원고들에 대한 피고의 손해배상책임은 70%로 제한함이 타당하다.

나. 손해배상의 범위

#### 1) 원고 1의 손해

가) 급수시설 및 전기시설 설치비용

원고 1에게, ○○읍장이 이 사건 각 건축물에 사용될 개인급수전 공사에 대하여 급수공사비, 시설분담금, 수수료 명목으로 합계 3,903,000원을 부과하고, 피고가 전기시설 공사비로 4,756,400원을 부과하여, 원고 1이 이를 각 납부한 사실은 원고 1과 피고 사이에 다툼이 없거나, 갑 제3호증의 29, 30의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 이를 인정할 수 있다.

이에 의하면, 원고 1은 급수시설 및 전기시설 설치비용 합계 8,659,400원(= 3,903,000원 + 4,756,400원) 상당의 손해를 입었음을 알 수 있다.

나) 이 사건 각 건축물 신축공사비, 철거비용 및 폐기물 처리비용

갑 제3호증의 1~28의 각 기재, 제1심 감정인 소외 3의 감정결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 1의 비용으로 이 사건 각 건축물 신축공사를 시행한 사실, 이 사건 각 건축물의 신축공사비는 538,882,402원(= 근린생활시설 용도

건축물 426,676,636원 + 단독주택 용도 건축물 112,205,766원)이 들었고, 이 사건 각 건축물의 철거비용은 23,676,565원, 폐기물 처리비용은 50,843,073원인 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 원고 1은 이 사건 각 건축물 신축공사비, 철거비용 및 폐기물 처리비용 합계 613,402,040원(= 538,882,402원 + 23,676,565원 + 50,843,073원) 상당의 손해를 입었음을 알 수 있다.

## 2) 원고 2의 손해

### 가) 공과금

갑 제2호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ○○읍장은 원고 2에게 이 사건 건축신고를 수리하면서 이 사건 각 토지 중 김포시 (주소 1 생략) 토지 관련 건축신고 수리에 관해 면허세 24,000원, 국민주택채권 570,000원, 지역개발공채 915,000원, 농지보전부담금 138,847,500원, 개발행위 이행보증금 14,676,000원을 부과하고, 같은 리 (주소 2 생략) 토지 관련 건축신고 수리에 관해 면허세 12,000원, 국민주택채권 20,000원, 지역개발공채 145,000원, 농지보전부담금 22,169,700원, 개발행위 이행보증금 2,802,000원을 부과한 사실, 그런데 원고 2는 위 각 공과금을 납부하면서 개발행위 이행보증금에 관해서만은 보험료 161,720원, 30,870원으로 이를 납부함으로써 합계 162,895,790원을 지출한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 피고는, 원고 2가 납부한 위 각 공과금 중 국민주택채권 570,000원 및 20,000원 중 본인부담금은 각 22,043원 및 768원, 지역개발공채 915,000원 및 145,000원 중 각 수납액은 각 66,204원 및 10,489원에 불과하다고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없어, 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

다만, 농지법 제38조 제5항 제1호, 제39조 제1항 제7호, 같은 법 시행령 제51조 제1항에 의하면, 농림축산식품부장관 등은 농지전용허가를 받은 사람이 관계 공사의 중지 등의 조치명령을 위반한 경우에는 그 허가를 취소해야 하고, 농지보전부담금을 낸 사람에 대한 농지전용허가가 취소된 경우 농지관리기금을 운용·관리하는 사람은 농림축산식품부장관의 결정에 따라 농지보전부담금을 환급해야 한다.

앞서 본 바와 같이 원고 2는 이 사건 건축신고의 수리 후 농지보전부담금으로 138,847,500원 및 22,169,700원을 각 지출하였지만, 이 사건 각 건축물에 대한 신축중지명령 등 앞서 든 여러 사정을 고려해 볼 때 원고 2는 이 사건 건축물의 철거 후 위 각 농지보전부담금을 환급받을 수 있다 할 것이므로, 원고 2가 낸 농지보전부담금에 관하여는 원고 2의 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 보기 어렵다.

결국 원고 2는 위 각 공과금의 납부로 인하여 합계 1,878,590원(= 24,000원 + 570,000원 + 915,000원 + 161,720원 + 12,000원 + 20,000원 + 145,000원 + 30,870원) 상당의 손해를 입었음을 알 수 있다.

### 나) 이 사건 각 토지에서 벌목한 배나무의 가액

갑 제2호증의 9, 갑 제8, 9호증, 갑 제10호증의 1, 2, 갑 제12, 13호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 2 소유의 이 사건 각 토지에 배나무가 식재되어 있었던 사실, 원고 2가 이 사건 각 건축물의 신축을 위하여 위 배나무를 모두 벌목한 사실을 인정할 수 있다.

그리고 갑 제10호증의 1, 갑 제13호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 각 토지 및 김포시 통진읍 (주소 3 생략) 대 2,079㎡ (그중 2,003㎡는 2014. 9. 30. 같은 리 (주소 4 생략) 토지로 분할되었다)에서 배나무를 실제로 경작한 소외 4가 2011. 3. 18. 배나무 310주(수령 15년 230주, 40년 80주)에 대한 태풍·우박 과실손해보장보험에 가입하였던 사실을

인정할 수 있는바, 이 사건 각 토지에 적어도 배나무 194주[= 310주 × 이 사건 각 토지의 면적 합계 3,508㎡ / (이 사건 각 토지 면적 합계 3,508㎡ + 김포시 통진읍 (주소 3 생략) 토지 면적 2,079㎡), 소수점 이하 버림]가 식재되어 있었다고 추정된다.

또한 제1심 감정인 소외 3의 감정결과에 의하면, 2011년 4분기 당시 과실수취가 가능한 18년생 정도의 배나무 가격은 주당 200,000원이었던 사실을 인정할 수 있다.

결국 원고 2는 이 사건 각 토지에서 별목한 배나무 194주의 가액 38,800,000원(= 194주 × 200,000원) 상당의 손해를 입었음을 알 수 있다.

### 3) 소결

피고는 원고 1에게 435,443,008원[= (8,659,400원 + 613,402,040원) × 0.7], 원고 2에게 28,475,013원[= (1,878,590원 + 38,800,000원) × 0.7]의 손해배상금 및 각 이에 대하여 원고들이 구하는 바에 따라 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분이 피고에게 송달된 다음 날인 2016. 5. 10.부터 피고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 당심 판결 선고일인 2017. 10. 13.까지 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚을 때까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 5. 결론

원고들의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결 중 피고에게 위 각 돈을 초과하여 지급할 것을 명한 피고 패소 부분은 이와 결론이 달라 부당하므로 이를 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각하며, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 모두 기각한다.

판사 오석준(재판장) 권순민 최향석