

# 農業關聯 判例分析 및 關聯法의 整備方案 研究

연구책임자 황 적 인

농림부 도서실



0000777

농 립 부

# 農業關聯 判例分析 및 關聯法의 整備方案 研究

연구책임자 황 적 인





# 제 출 문

농림부장관 귀하

본 보고서 “農業關聯 判例分析 및 關聯法의 整備方案 研究”  
과제의 최종보고서를 제출합니다.

2002 년 8 월 일

2002-10

|                   |
|-------------------|
| 농림부 자료실           |
| 등록번호: 111         |
| 등록일: 2002년 8월 28일 |
| 기증:               |

연구책임자 : **황 적 인** (한국농업법학회 회장)



# 머 리 말

그간 농업법 판례에 관한 정리·연구는 거의 이루어지지 않았다. 본 연구과제는 이러한 현실에 비추어 일차적으로 농림부 연관의 농업법 전부와 농민과 관계된 손해배상, 특히 사망 또는 장애로 인하여 발생한 손해에 관한 판례들을 체계적으로 정리하는데 주안점을 두었다. 방대한 농업법관련 판례들을 개별특별법에 따라 분류 정리하고, 폐지된 법들에 관련된 판례는 별도의 목차로 정리하여 판례를 찾고 이해하는데 도움이 되도록 노력하였다. 판례는 대법원 판례뿐만 아니라 헌법재판소의 결정례, 중요 하급심 판례까지 망라하였다.

판례의 소개에 있어서는 그간의 판결요지만 소개하는 판례정리가 실제 부딪치는 문제에 대해 거의 도움이 되지 못하는 점을 감안하여, 사실관계나 주요쟁점에 대한 판결이유 등을 필요한 범위 내에서 모두 실는 것을 원칙으로 하였다.

그리고 주요판례나 핵심쟁점들에 관해서는 기존의 평석등을 정리 소개하거나 새로운 해설을 추가하였다.

본서를 만드는 데는 金炳文 변호사가 오래동안 수고하였다.

이번의 작업은 앞으로 농업판례에 대한 본격적인 연구를 위한 밑바탕이 되었으면 하는 바램이고, 보다 심층적인 검토와 분쟁해결에 관한 방안연구를 통하여 농업의 발전과 농민생활의 향상에 기여할 수 있기를 바란다.

2002. 8.

서울대학교 법과대학 명예교수 연구실에서

한국농업법학회 회장 황 적 인



# 目 次

|  |     |
|--|-----|
| 第 1 編 個別 農業法 關聯 判例 .....                         | 1   |
| 第 1 章 農業政策 全般 .....                              | 3   |
| 第 1 節 農業·農村基本法 .....                             | 3   |
| I. 農業·農村基本法의 概要 .....                            | 3   |
| II. 農業·農村基本法에 관한 判例 .....                        | 5   |
| 第 2 節 農漁村發展特別措置法 .....                           | 7   |
| I. 農漁村發展特別措置法의 概要 .....                          | 7   |
| II. 農漁村發展特別措置法에 관한 判例 .....                      | 9   |
| 第 3 節 農漁村構造改善特別會計法, 農漁村特別稅法, 農漁村特別稅管理特別會計法 ..... | 26  |
| I. 農漁村構造改善特別會計法等의 概要 .....                       | 26  |
| II. 農漁村構造改善特別會計法等에 관한 判例 .....                   | 28  |
| 第 4 節 農漁家負債輕減에 관한 特別措置法 .....                    | 41  |
| I. 農漁家負債輕減에 관한 特別措置法의 概要 .....                   | 41  |
| II. 農漁家負債輕減에 관한 特別措置法에 관한 判例 .....               | 41  |
| 第 2 章 農業協同組合法 .....                              | 42  |
| I. 農業協同組合法의 概要 .....                             | 42  |
| II. 農業協同組合法에 관한 判例 .....                         | 46  |
| [1] 農業協同組合法에 관한 判例의 概要 .....                     | 46  |
| [2] 條文別 判例 整理 및 解說 .....                         | 46  |
| [3] 憲法裁判所 決定例 .....                              | 97  |
| 第 3 章 農地法 .....                                  | 130 |
| I. 農地法의 概要 .....                                 | 130 |
| II. 農地法에 관한 判例 .....                             | 133 |
| [1] 農地法에 관한 判例 概要 .....                          | 133 |
| [2] 農地改革法에 관한 判例 .....                           | 133 |
| [3] 農地의 賣買 等 .....                               | 185 |

|                                    |            |
|------------------------------------|------------|
| [4] 農地轉用許可 및 許可取消 等 .....          | 201        |
| [5] 農地造成費 및 農地轉用負擔金 .....          | 228        |
| <b>第 4 章 農業基盤·振興法 .....</b>        | <b>235</b> |
| 第 1 節 農漁村整備法 .....                 | 235        |
| I. 農漁村整備法의 概要 .....                | 235        |
| II. 農漁村整備法에 관한 判例 .....            | 237        |
| 第 2 節 農業機械化促進法 .....               | 261        |
| I. 農業機械化促進法의 概要 .....              | 261        |
| II. 農業機械化促進法에 관한 判例 .....          | 261        |
| 第 3 節 農業基盤公社 및 農地管理基金法 .....       | 265        |
| I. 農業基盤公社 및 農地管理基金法의 概要 .....      | 265        |
| II. 農業基盤公社 및 農地管理基金法에 관한 判例 .....  | 267        |
| [1] 概要 .....                       | 267        |
| [2] 土地改良事業法에 관한 判例 .....           | 267        |
| [3] 農村近代化促進法에 관한 判例 .....          | 289        |
| [4] 農漁村振興公社 및 農地管理基金法에 관한 判例 ..... | 317        |
| [5] 農業基盤公社 및 農地管理基金法에 관한 判例 .....  | 326        |
| 第 4 節 農村振興法 .....                  | 345        |
| I. 農村振興法의 概要 .....                 | 345        |
| II. 農村振興法에 관한 判例 .....             | 346        |
| 第 5 節 公有水面埋立法 .....                | 350        |
| I. 公有水面埋立法의 概要 .....               | 350        |
| II. 公有水面埋立法에 관한 判例 .....           | 352        |
| <b>第 5 章 生産資材關係法 .....</b>         | <b>396</b> |
| 第 1 節 農藥管理法 .....                  | 396        |
| I. 農藥管理法의 概要 .....                 | 396        |
| II. 農藥管理法에 관한 判例 .....             | 398        |
| 第 2 節 肥料管理法 .....                  | 409        |
| I. 肥料管理法의 概要 .....                 | 409        |
| II. 肥料管理法에 관한 判例 .....             | 410        |
| 第 3 節 種子産業法 .....                  | 422        |

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| I. 種子産業法の 概要 .....                    | 422        |
| II. 種子産業法에 관한 判例 .....                | 427        |
| <b>第 6 章 農水産物流通 및 價格關係法 .....</b>     | <b>447</b> |
| 第 1 節 農産物加工産業育成法 및 農産物品質管理法 .....     | 447        |
| I. 農産物加工産業育成法 및 農産物品質管理法의 概要 .....    | 447        |
| [1] 農産物加工産業育成法 .....                  | 447        |
| [2] 農産物品質管理法 .....                    | 448        |
| II. 農産物加工産業育成法 및 農産物品質管理法의 概要 .....   | 450        |
| 第 2 節 農水産物流通公社法 .....                 | 457        |
| I. 農水産物流通公社法の 概要 .....                | 457        |
| II. 農水産物流通公社法에 관한 判例 .....            | 457        |
| 第 3 節 農水産物流通 및 價格安定에 관한 法律 .....      | 462        |
| I. 農水産物流通 및 價格安定에 관한 法律의 概要 .....     | 462        |
| II. 農水産物流通 및 價格安定에 관한 法律에 관한 判例 ..... | 466        |
| [1] 判例 概要 .....                       | 466        |
| [2] 都賣市場에 관한 判例 .....                 | 466        |
| [3] 都賣市場法人에 관한 判例 .....               | 470        |
| [4] 仲都買人에 관한 判例 .....                 | 498        |
| [5] 店鋪使用許可取消에 관한 判例 .....             | 516        |
| [6] 租稅 等에 관한 判例 .....                 | 520        |
| [7] 他法과 關聯된 判例 .....                  | 527        |
| 第 4 節 糧穀管理法 .....                     | 533        |
| I. 糧穀管理法의 概要 .....                    | 533        |
| II. 糧穀管理法에 관한 判例 .....                | 534        |
| [1] 民事·行政判例 .....                     | 534        |
| [2] 刑事判例 .....                        | 549        |
| <b>第 7 章 農業災害對策法 .....</b>            | <b>554</b> |
| 第 1 節 農漁業災害對策法 .....                  | 554        |
| I. 農漁業災害對策法の 概要 .....                 | 554        |
| II. 農漁業災害對策法에 관한 判例 .....             | 555        |
| 第 2 節 農作物災害保險法 .....                  | 562        |
| I. 農作物災害保險法の 概要 .....                 | 562        |



|                                |            |
|--------------------------------|------------|
| II. 農作物災害保險法에 관한 判例 .....      | 562        |
| <b>第 8 章 畜産關係法 .....</b>       | <b>563</b> |
| 第 1 節 畜産法 .....                | 563        |
| I. 畜産法의 概要 .....               | 563        |
| II. 畜産法에 관한 判例 .....           | 564        |
| 第 2 節 畜産物加工處理法 .....           | 573        |
| I. 畜産物加工處理法의 概要 .....          | 573        |
| II. 畜産物加工處理法에 관한 判例 .....      | 574        |
| 第 3 節 草地法 .....                | 594        |
| I. 草地法의 概要 .....               | 594        |
| II. 草地法에 관한 判例 .....           | 594        |
| 第 4 節 飼料管理法 .....              | 610        |
| I. 飼料管理法의 概要 .....             | 610        |
| II. 飼料管理法에 관한 判例 .....         | 611        |
| 第 5 節 家畜傳染病豫防法 .....           | 623        |
| I. 家畜傳染病豫防法의 概要 .....          | 623        |
| II. 家畜傳染病豫防法에 관한 判例 .....      | 624        |
| <b>第 9 章 山林法 .....</b>         | <b>627</b> |
| I. 山林法의 概要 .....               | 627        |
| II. 山林法에 관한 判例 .....           | 628        |
| <br>                           |            |
| <b>第 2 編 損害賠償에 관한 判例 .....</b> | <b>677</b> |
| 第 1 節 逸失所得에 관한 判例 .....        | 679        |
| 第 2 節 國家賠償 等 .....             | 716        |

參考文獻

판례색인

第 1 編

---

個別 農業法 關聯 判例



# 第 1 章 農業政策 全般

## 第 1 節 農業・農村基本法

### I. 農業・農村基本法の 概要

#### 1. 制定経위 등

‘농업·농촌기본법’은 1967년에 제정, 시행되었으나 유명무실한 선언적 법에 그쳤던 ‘농업기본법’을 대체하고, 1990년 제정되어 20회 이상 개정되면서도 집행적 성격을 띠었던 ‘농어촌발전특별조치법’을 포괄하여 농업관련 법률의 모법으로 제정되었다.

1980년대 개방농정 하에서 ‘농업기본법’의 실효성과 개정필요성이 끊임없이 제기되었고, 특히 UR타결 후 미국의 ‘농업법’이나 일본의 ‘농업기본법’에 견줄 수 있는 실질적인 ‘기본법’이 요구되어 1999. 2. 5. 농업·농촌기본법이 제정, 공포되어 2000. 1. 1.부터 시행되었다.

농업·농촌기본법은 ‘개방과 경쟁’의 시대에 맞춰 식량안보와 환경보전 등의 공익적 기능에 대한 관심 증대, 새로운 생산·경영 및 유통구조, 생산·가공·유통을 포함하는 종합산업으로 범위 확대, 통일에 대비하는 농정의 수립, 농촌지역사회의 유지, 농업인의 정책결정참여 욕구 증대 등의 변화를 수용하고, 가족농 육성, 지역농업, 환경농업, 통일농업 등 농정의 기본 방향을 천명하고 국가와 국민경제의 기반인 농업과 농촌의 발전을 도모하기 위하여 농업·농촌이 나아갈 방향과 국가의 정책방향에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 제정되었다.

#### 2. 개별농업법들과의 관계

농업·농촌기본법은 농정의 기본 원칙을 제시하는 모법으로서 농업관련 제법률의 조화로운 정비를 위한 기반을 마련한 것이라 할 수 있다.

농업·농촌기본법에서는 개별법으로 규정될 개별시책(구조개선, 수급·유통, 교역·국제협력, 농촌개발·소득 등)과 발전계획을 명시하고 있고, 개별법은 농업·농촌기본법에 기초하여 제정비될 예정이다.

그러나 농업·농촌기본법이 다른 농업관련 개별법의 상위법인 것은 아니다. 농업·농촌

기본법과 개별농업법과의 관계는 신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙 또는 상위법 우선의 원칙 등 일반원칙의 적용을 받을 것이다. 그러나 만약 농업·농촌기본법과 다른 개별농업법 간의 모순이나 충돌이 발생한다면 농업·농촌기본법을 모법적인 성격으로 하여 개별농업법을 정비하고자 하는 입법자의 의도가 고려되어 신법 우선의 원칙등을 적용하면서 농업·농촌기본법을 중심으로 통일시켜 나가는 것이 필요하다 할 것이다.

이와 관련하여 농업·농촌기본법의 제 조항들은 단순히 선언적 규정이라 할 수는 없고 구체적인 정책의지를 반영한 법적 구속력을 가지는 구체적인 조항으로 해석되어야 할 것이다. 그리고 농업·농촌기본법의 규정은 개별농업법의 해석에 있어 근거 또는 전제가 되어야 할 것이고, 개별농업법의 흠결을 보충하는 기능을 할 수 있도록 해야 할 것이다. 그런 측면에서 농업·농촌기본법의 조항들을 보충할 필요가 있고, 농어촌발전특별조치법이 사실상 사문화화하면서 기본법의 성격에 맞지 않은 조항들이 농업·농촌기본법에 편입된 부분들의 관련 농지법 등을 개정하여 흡수하고 농업·농촌기본법에서 삭제하여 농업·농촌기본법의 성격을 분명히 하여야 할 것이다.

### 3. 농업·농촌기본법의 주요내용

농업·농촌기본법은 제1장 총칙, 제2장 농업·농촌시책의 기본방향, 제3장 농업구조개선, 제4장 농산물의 수급안정 및 유통정책, 제5장 농산물의 교역 및 국제협력, 제6장 농어촌 지역개발 및 소득지원, 제7장 농어·농촌 발전계획의 추진, 제8장 보칙 등 총 8장, 48개의 조문으로 되어 있다.

제1장과 제2장을 보면, 제2조에서 농업·농촌·농업인에 대한 기본이념을 밝히고, 제4조에서 국가 및 지방자치단체의 농업발전·지원을 위한 책무와 농업인의 책무를 규정하면서 농업인의 농정참여의 길을 열었고, 제5조에서는 농업시책의 기본원칙을 선언하면서 농업의 공익적 기능을 분명히 하여 WTO체제하에서 농업정책의 다양성을 확보하고 나아가 현안이 된 직접지불제 등을 확대 실시할 수 있는 근거를 마련하였고, 제6조에서는 식량안보의 중요성을 명시적으로 규정하였고, 제8조 내지 제10조에서 지역농업, 환경농업, 통일농업 등 농정의 기본 방향을 명시하고 있다.

제3장을 보면, 제11조에서 가족농의 경영안정을 규정하여 지배적 영농주체인 가족농의 육성·의지를 분명히 하고 제11조 내지 제18조에서 후계농업인, 전업농업인, 여성농업인, 영농조합법인, 농업회사법인 등 농업인력 및 농업생산 조직의 육성 및 생산자단체 등 농업관련단체의 육성·지원을 명시적으로 규정하고 있고, 제19조 내지 제21조에서 농지의 이용 및 보전에 대해 규정하고 있고, 그밖에도 농업구조개선을 위해 농업기반정비 및 농업기계화 촉진(제22조, 제24조), 농업경영규모적정화 및 농업과학기술진흥·정보화촉진(제23조, 제25조, 제28조), 벤처농업 육성을 위한 근거마련(제26조), 지적재산권 보호를 위한 근거 마련(제27조) 등을 규정하고 있다.

제4장을 보면, 제30조와 제31조에서는 농산물유통개선을 위한 정부의 의무를 명시하고 있고, 농업관측, 생산조정, 생산자단체의 자조금 조성 등 농산물 수급안정시책을 규정하고 있으며, 도매시장 등 유통인프라 및 농산물의 포장·규격화 등 물류의 표준화 촉진에 관한 규정과 다양한 유통정보의 수집·제공 및 유통교육 등을 위한 유통조성 시책 마련에 대한 규정을 두고 있고, 농산물의 원산지표시 등 품질관리 및 가공식품산업 육성에 대한 지원근거를 제32조와 제33조에서 규정하고 있다.

제5장을 보면, 제34조에서는 대외통상 및 국제협력의 원칙을 규정함으로써 우리 나라의 권리와 이익을 확보할 수 있는 통상정책 수립의 근거와 외국과의 협력을 통한 국익증진을 위하여 인력·기술교류 등 국제협력의 근거를 규정하였고, 나아가 해외 의존도가 높은 농산물을 안정적으로 공급하기 위하여 농업투자환경조사 등 해외농업개발을 위한 법적 근거를 마련하였고, 농산물의 수출진흥 및 수입관리 강화를 규정하고 있다.

제6장을 보면, 농촌지역개발을 위한 다양한 정책도입을 제38조에서 규정하고 있고, 제39조에서 직접지불제 실시를 명시하여 WTO상 허용된 각종 직접지불제도의 국내도입 근거를 마련하고, 제40조에서 농업재해에 대한 보험·공제 등 필요한 시책을 강구하도록 하고 있다.

제7장을 보면, 제43조에서는 농업기본법의 농업정책심의회와 농어촌발전특별조치법의 농어촌발전심의회를 통합하여 중앙·지방 농정심의회를 신설하도록 하였고, 지방자치단체 등이 정책을 효율적으로 시행할 수 있는 방안을 규정하고 있다.

## II. 農業·農村基本法에 관한 判例

농업·농촌기본법이 2000년 1월 1일 시행된 이후 농업·농촌기본법과 관련된 직접적인 판례는 아직 보이지 않는다.

다만 농어촌발전특별조치법을 흡수하여 규정된 조항들과 관련된 판례와 농지법 규정과 관련된 판례에 대해서는 제2절 농어촌발전특별조치법과 제3장 농지법에서 검토하고자 한다.

현재 농업·농촌기본법과 관련하여서는 농업·농촌기본법의 기본법적 성격으로 인해 개별조항에 근거한 직접적인 분쟁은 많지 않을 것으로 보이나, 농업·농촌기본법의 조항과 개별농업법의 조항간에 모순·충돌이 발생하여 법적용의 원칙과 관련된 문제가 발생할 소지가 있고 경우에 따라서는 헌법의 농업관련조항 등과 관련한 위헌법률심판 문제나 헌법소원이 제기될 가능성은 있어 보인다.

나아가 농업·농촌기본법의 원칙적인 규정과 관련하여 농업·농촌기본법의 정신이 개별법에 구체적으로 반영되도록 법을 개정하도록 하는 요구나 국가나 지방자치단체에 의무를

## 6 農業關聯 判例分析 및 關聯法の 整備方案 研究

부여한 부분과 관련하여 국가나 지방자치단체에서 의무를 이행하지 않고 있는 부분에 대해 행정소송의 부작위 위법확인소송 등이 제기될 수도 있을 것이다(의무이행소송은 현행 법제상 허용되지 않고 있으므로 법원이 국가나 지방자치단체에 정책의 시행을 강제할 수는 없다할 것이다).

## 第 2 節 農漁村發展特別措置法

### I. 農漁村發展特別措置法の 概要

#### 1. 제정경위 등

1980년대 이후 외국농산물 수입 급증하고 UR 협상이 진행되는 가운데 농업경영의 불안정성이 심화되고 농가인구의 격감등 농촌의 공동화 현상과 농업경영의 영세성, 농업의 해체현상이 개선되지 않는 상황에서, 장기적인 농어촌발전 방안을 수립하고 농어촌경제의 구조적 문제해결을 위한 근본대책이 절실해짐에 따라 1989. 4. 28. 농어촌공사의 설립, 농지관리기금의 신설, 농지임대차관리법의 시행, 장기임대차지원제도, 영농조합과 위탁영농회사의 육성, 농업진흥권역의 설정 등을 내용으로 하는 농어촌발전종합대책을 발표하고, 이와 같은 광범위한 내용을 제도적으로 뒷받침하기 위하여 농어촌공사및농지관리기금설치법과 함께 입안된 것이 농어촌발전특별조치법이다.

농어촌발전특별조치법은 농어촌 발전종합대책의 일환으로서 농림어업 경영의 규모화 등 농림어업의 구조개선을 통하여 생산성을 향상시키고, 농어촌공업의 육성 등 농어촌 소득원을 확충하여 영세농 등 취업희망 농어민의 취업기회를 증대시키며, 농어촌의 생활환경을 개선하여 농어촌을 쾌적한 주거생활환경으로 조성함으로써 농어촌에서도 도시에 못지 않은 소득과 생활복지를 향유하게 하고자 중장기 농어촌발전계획을 수립하여 시행하고 이에 필요한 재원을 조달하기 위하여 농어촌발전기금을 설치하는 등 농어촌 문제해결에 그 동안 축적된 우리의 경제력을 바탕으로 하여 농업인 등의 복지향상과 국민경제의 균형 있는 발전으로 도모하기 위하여 1990. 4. 7. 제정, 공포되었으며, 같은해 8. 8. 동법의 시행령이 제정, 공포되었다.<sup>1)</sup>

농어촌발전특별조치법은 그동안 타법의 개정에 따라 용어 등을 정리하기 위한 개정까지 포함하면 지금까지 27여회에 걸쳐 개정이 되었고 가장 최근에는 2000. 1. 28. 개정되었으나 동법은 위에서 본 바와 같이 농어촌발전종합대책을 제도화하기 위한 법으로 1999.까지 약 42조원의 사업비를 투자한 농어촌발전종합대책이 시행, 완료되었으므로 법에 유효기간이 명시되어 있는 것은 아니지만 법의 제정경위나 목적 등에 비추어 유효기간이 사실상 제한되는 광의의 한시법이라 할 수 있으므로 법으로서 효력을 사실상 상실하였다 할 것이다.

하지만 법에 유효기간을 명시하지 않아 타법의 제정에 맞추어 법에 농어촌발전특별조치법의 내용이 타법에 흡수되고 농어촌발전특별조치법에서는 동 조항이 삭제되는 방식을 취하게 되었는데, 현재 제2장 농림어업의 구조개선, 제7장 농어촌발전계획의 수립 등은 농업·농촌기본법에, 제4장 농의소득원의 개발촉진, 제5장 농어촌정주생활권 개발은 농어촌

1) 황적인, 농업법개론, 1994., p.226



정비법에, 제8장 농어촌발전기금은 농어촌구조개선특별회계법에, 농업진흥지역 등은 농지법에 각 흡수되었고, 현재 남아 있는 조항은 어업과 관련된 조항(예를 들어 제3조 전업어업인의 육성 등) 등 극히 일부의 조항만 남아 있다.

따라서 어업 관련조항 등 남은 조항을 기존법에 흡수하거나 별도의 법을 제정하고 사실상 사문화되어 있는 농어촌발전특별조치법을 완전 폐지하여 법체계를 정비하여야 할 것이다.

## 2. 농어촌발전특별조치법의 주요내용

농어촌발전특별조치법은 위에서 본 바와 같이 사실상 사문화되었으나 관련된 판례등을 이해하기 위하여 법이 유효하게 발동하고 있던 당시의 법의 주요내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

농어촌발전특별조치법은 제1장 총칙, 제2장 농림어업의 구조개선, 제3장 농림수산물의 수급안정, 제4장 농의소득원의 개발촉진, 제5장 농어촌정주생활권 개발, 제6장 농어촌구조개선사업을 위한 투자재원등, 제7장 농어촌발전계획의 수립, 제8장 농어촌발전기금, 제9장 보칙 등 총 9장, 78조로 되어 있다.

제2장 농림어업의 구조개선을 보면, 전업농어가, 농림어업인후계자, 영농조합법인 및 농업회사법인을 지원, 육성하고 농업기계화 및 시설현대화를 촉진하며, 농림어업 특정연구사업에 대한 지원을 함과 동시에 영세농어가의 안정된 전업을 지원함으로써 농림어업의 구조개선을 촉진하도록 하고 있다.

제3장 농림수산물의 수급안정을 보면, 농업관측결과에 따라 생산자단체의 자율적인 생산조정을 유도하고, 이를 위해 자조금 적립을 지원함으로써 생산물의 수급 및 가격안정을 도모하도록 하고 있고, 국내 농림수산물의 판로확대와 농업인 등 또는 생산자단체의 농림수산물가공업 참여를 촉진하고, 이에 대한 지원을 강화함으로써 농림수산물 가공산업의 육성을 도모하도록 하며 농림수산물의 수출을 촉진하고, 정부가 농수산물의 수입을 자유화하고자 할 때에는 농림수산물수입자유화 예시계획을 수립, 예시하도록 하고, 수입자유화에 따른 보완대책을 강구함으로써 농업인 등의 소득을 보호하고 국내자원을 효율적으로 활용할 수 있도록 하고 있다.

제4장 농의소득원의 개발촉진을 보면, 농림어업인의 취업 확대와 소득구조의 고도화를 위하여 농의소득 증대계획을 수립하고 농공단지의 개발을 촉진하며 농어촌의 부존자원과 유희노동력을 효율적으로 활용하기 위하여 농어촌특산물생산단지를 육성하도록 하고 있다.

제5장 농어촌정주생활권 개발을 보면, 정부는 농어촌지역의 생활환경, 산업기반 및 편의·복지시설등을 종합적으로 정비·확충하고 농업인들의 복지를 향상시키기 위하여 농어촌정주생활권을 개발하여야 하며 이러한 정주생활권의 개발은 면사무소 소재지와 주민생활의

거점이 되는 지역을 중심으로 하되 지역여건, 지역주민의 의견을 감안하여 조정할 수 있도록 하고, 정주생활권 개발계획을 수립하고 개발사업비를 지원하도록 하고 정주생활권개발 위원회와 기획기술지원단을 설치 운영할 수 있도록 하고 있다.

제6장 농어촌구조개선사업을 위한 투자재원 등을 보면, 농어촌구조개선사업에 대한 투자 재원을 확보하기 위하여 농지법 규정에 의하여 농지의 조성에 소요되는 비용을 납입하여야 하는 자에 대하여 전용부담금을 부과·징수하도록 하고 있고, 농어촌용수의 효율적인 개발·보전 및 관리를 위하여 농어촌용수이용합리화계획을 수립·추진하도록 하고 있다.

제7장 농어촌발전계획의 수립을 보면, 해당장관은 농어촌의 균형 있는 발전을 위하여 중앙농어촌발전심의회를 심의를 거쳐 농어촌발전기본방침을 수립하고, 도지사는 도농어촌발전계획을, 시장·군수는 시·군농어촌발전계획을 수립하여 시행하도록 하고 있고, 기본방침, 중요한 사항을 심의하기 위하여 중앙농어촌발전심의회, 도농어촌발전심의회, 시·군농어촌발전심의회를 각 설치하도록 하고 있다.

## Ⅱ. 農漁村發展特別措置法에 관한 判例

1. 농어촌발전특별조치법이 사실상 사문화되고 개별조항들이 타법에 흡수되었으므로 농지법 등의 관련규정에서 판례를 검토하고자 한다. 다만 농어촌발전특별조치법과 관련된 몇 가지 중요 판례는 여기에서 검토하고자 한다.

### 2. 농업진흥지역고시에 관한 판례(대법원 1995.12.26. 95누10587)

#### 가. 판시사항

- [1] 시·도지사의 농업진흥지역지정고시에 첨부된 지정도면과 토지조서를 시장·군수로 하여금 일반에게 열람시키도록 한 규정의 취지
- [2] 농업진흥지역지정고시에 첨부된 지정도면과 토지조서를 누락한 채 일반에게 열람시킨 하자가 있어 농업진흥지역지정처분이 위법 하다고 한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 관계 법령의 규정 내용을 종합하여 보면 시·도지사가 농업진흥지역 지정을 고시함으로써 농업진흥지역 지정의 효력이 발생하는 것으로서, 시·도지사는 지정된 농업진흥지역의 위치와 규모 등 일반적·추상적인 내용을 고시에 의하여 관계 행정기관과 국민 일반에게 알려준 다음, 농업진흥지역 지정도면 등을 시장·군수에게 통보하여 용도 구역별 토지조서와 함께 일반에게 열람시키도록 함으로써 농업진흥지역에

포함될 토지의 지번, 면적 등 보다 구체적이고 상세한 농업진흥지역 지정의 내용을 국민에게 알려주려는 것이 바로 위 관계 법령의 규정 취지라고 해석된다.

[2] 군수가 도지사의 농업진흥지역 지정고시에 첨부된 지정도면과 토지조서를 누락한 채 일반에게 열람시킴으로써 농업진흥지역 지정처분이 그 열람절차에 하자가 있어 위법하다.

#### 다. 관련법령

구농어촌발전특별조치법(1994. 12. 22. 법률 제 4817호 농지법 부칙 제15조 제1항으로 폐지) 제42조 : 구농어촌발전특별조치법시행령 제48조(1995. 12. 22. 대통령령 제14835호로 폐지)

#### 라. 원심판례

대전고등법원 1995.6.16. 94구2990

#### 마. 판결이유

농어촌발전특별조치법(이하 '법'이라고 약칭한다) 제40조 제1항, 제2항에 의하면 정부는 농지를 효율적으로 이용·보전함으로써 농업의 생산성의 향상을 도모하기 위하여 농업진흥지역을 지정하되, 농업진흥지역은 상당한 규모로 농지가 집단화된 지역으로서 농업목적으로 이용하는 것이 필요한 지역인 농업진흥구역과 농업진흥구역의 농업환경을 보호하기 위하여 필요한 지역인 농업보호구역으로 용도구역을 구분하여 지정할 수 있다고 규정되어 있고, 한편 그 지정절차에 관하여 법 제42조 제1항, 제2항, 제4항, 같은법 시행령(이하 '령'이라 약칭한다) 제48조 제1항, 제2항에 의하면 시·도지사가 농어촌발전심의회의 심의를 거쳐 농림수산부장관의 승인을 얻어 농업진흥지역을 지정한 때에는 지정 연월일, 행정구역별 농업진흥지역의 면적, 농업진흥지역 등이 표시된 축척 5천분의 1 또는 2만5천분의 1의 지형도를 지체 없이 고시하고, 그 고시내용을 지체 없이 농림수산부장관에게 보고하는 동시에 시장·군수에게 통지하여야 하며, 그 통지를 받은 시장·군수는 읍·면·동별로 용도구역별 토지조서를 포함하여 20일 이상 일반에게 열람하게 하여야 한다고 규정되어 있다.

위 관계 법령의 규정내용을 종합하여 보면 시·도지사가 농업진흥지역 지정을 고시함으로써 농업진흥지역 지정의 효력이 발생하는 것으로서, 시·도지사는 지정된 농업진흥지역의 위치와 규모 등 일반적·추상적인 내용을 고시에 의하여 관계 행정기관과 국민 일반에게 알려준 다음, 농업진흥지역 지정도면 등을 시장·군수에게 통보하여 용도 구역별 토지조서와 함께 일반에게 열람시키도록 함으로써 농업진흥지역에 포함될 토지의 지번, 면적 등 보다 구체적이고 상세한 농업진흥지역 지정의 내용을 국민에게 알려주려는 것이 바로 위 관계 법령의 규정취지라고 해석된다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고가 충청남도 농어촌발전심의회의 심의를 거쳐 농림수산부장관으로부터 농업진흥지역지정승인을 받아 1992. 12. 24. 이를 충청남도 고시 제 1992-229호로 도보에 농업진흥지역 지정을 고시한 사실, 위 고시에서 피고는 농업진흥지역의 총 대상면적을 157,149.4ha로 하였고 대상 필지는 아산군의 경우 농업진흥구역은 44,018필지, 농업보호구역은 19,441필지로 하였으며, 농업진흥지역 지정도면을 첨부하고, 시·군에 대하여 20일 이상 지정도면과 토지조서를 열람하도록 하면서 지정도면과 토지조서가 상이할 경우 지정도면을 기준으로 한다고 하였는데 위 농업진흥지역 지정도면에는 이 사건 토지들(원심판결의 별지 부동산목록 중 제9항, 제18항 기재 토지를 제외한 나머지 토지들)이 포함되어 있었으나 위 아산군의 농업진흥구역 대상 필지 수에는 당초 시·군으로부터의 보고 시부터 이 사건 토지들이 포함되지 않았던 관계로 포함되지 아니한 사실, 피고는 관할시·군에 위 고시내용을 통보하여 일반에게 열람하도록 하면서 시·군별 농업진흥지역 지정면적이 담긴 농업진흥지역 지정 고시내용을 송부하였고, 아산군 염치읍도 위 고시내용을 통보 받아 이를 일반에게 열람하도록 하였는데 아직 농업진흥구역 지정도면과 용도구역별 토지조서는 송부되어 오지 않았던 관계로 지정 연월일과 행정구역별 농업진흥지역의 면적만이 담긴 위 고시내용을 열람하도록 하였고, 토지조서를 작성함에 있어서도 처음에는 이 사건 토지들이 소재하고 있는 방현리의 경우 농업진흥구역으로 418필지, 농업보호구역으로 91필지 합계 509필지만을 대상으로 작성하여 이 사건 토지들을 누락시켰다가 이 사건 소송이 제기된 후인 1995. 3.경에 이르러서야 아산시의 지시에 따라 염치읍 산업계에서 이 사건 토지들을 포함하여 농업진흥구역 26필지를 추가하는 보충토지조서를 작성한 사실을 인정한 다음, 피고가 이 사건 토지들에 대하여 한 농업진흥지역 지정처분의 절차를 보면, 피고가 그 과정에서 농업진흥지역 지정도면과 용도구역별 토지조서를 산하 아산군 염치읍으로 하여금 일반에게 열람토록 하지 않았다 할 것이므로 이 사건 농업진흥지역 지정처분은 그 열람절차에 하자가 있어 결국 소정의 지정절차에 위배되어 이루어진 것으로서 위법하다고 판단하였는바, 앞에서 본 바와 같은 법령의 규정 취지에 비추어 볼 때 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 원심판결에 논하는 바와 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

### 3. 폐지된 농어촌소득원개발촉진법 관련 판례(대법원 1995.7.28. 94누8860)

#### 가. 판시사항

행정처분 후의 법령 개폐로 그 처분의 근거가 된 제도 자체가 폐지된 뒤 그 행정처분이 취소된 경우, 그 취소처분의 취소를 소구할 법률상 이익이 있는지 여부

#### 나. 판결요지

구 농어촌소득원개발촉진법(1990.4.7. 법률 제4228호 농어촌개발특별조치법 부칙 제2조

제1항에 의하여 폐지)에 의하여 시가 조성중인 농공단지내의 입주승인처분을 받아 시와 그 단지 내의 공장부지 일부에 관하여 분양계약을 체결한 처분상대방이 그 분양대금 등을 납부하지 않자, 산업입지및개발에관한법률이 제정 시행됨으로써 농어촌소득원개발촉진법상의 사업계획의 승인(입주승인)에 관한 제도가 폐지된 후에 이르러 시가 그 입주승인처분을 취소한 경우, 그 입주승인처분은 농어촌소득원개발촉진법의 폐지로 말미암아 그 법률상 근거가 없어져 이미 효력을 상실하였음은 물론 그 취소처분 역시 그러한 제도자체가 법률의 폐지에 의하여 폐지된 이후에 한 처분으로서, 이미 그 효력을 상실한 그 입주승인처분을 시가 취소하였다고 하여 그 처분상대방과 시 사이에 체결된 농공단지 내의 공장부지에 관한 사법상의 계약에 무슨 영향을 미치는 것도 아니므로 그 처분상대방으로서는 그 취소를 구할 현실적 필요가 없음은 물론 아무런 법률상 이익도 없다.

#### 다. 관련법령

구 농어촌소득원개발촉진법(1990.4.7. 법률 제4228호 농어촌개발특별조치법부칙 제2조 제1항에 의하여 폐지) 제10조, 산업입지및개발에관한법률 부칙 제3조 제2항, 행정소송법 제12조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 ○○전선 주식회사 외 1인

【피고, 피상고인】 이○갑

【원심판결】 대전고등법원 1994.6.3. 93구1587

#### 마. 판결이유

기록에 의하면, 피고는 원고들에 대하여 1990.12.28. 그 당시 시행되던 농어촌소득원개발촉진법에 의하여 소외 이○갑이 조성중인 농공단지내에 입주하여 시행할 사업계획승인처분(입주승인처분)을 하고, 그 후 이○갑은 원고들과 사이에 그 농공단지내의 공장부지 일부에 대하여 분양계약을 체결한 바 있는데, 원고들이 그 분양대금의 선수금 등을 납부하지 않자 피고는 1993.3.9. 이를 이유로 위 입주승인처분을 취소한 사실을 알아볼 수 있다. 그런데 피고가 이 사건 사업계획의 승인(입주승인)을 할 당시에 시행되던 농어촌소득원개발촉진법은 1990.4.7. 농어촌발전특별조치법이 제정 시행되면서 그 부칙 제2조 제1항으로 폐지되었고, 그 제2항에서 위 농어촌소득원개발촉진법의 농공지구 관련사항은 1990.1.13. 제정된 산업입지및개발에관한법률(이하 “산업입지법”이라 한다)의 시행일 전일까지는 종전의 규정에 의하도록 규정하였는데, 산업입지법이 1991.1.13.부터 시행하게 됨으로써 그 이후에는 농어촌소득원개발촉진법의 농공지구 관련사항은 산업입지법에 의하여 규율되게 되었고, 이 산업입지법은 그 부칙 제3조 제2항에서 농어촌소득원개발촉진법에 의한 농공단지내를

같은 법 제2조 제2호 다목 소정의 농공단지로서 보도록 규정하는 한편, 선수금(제32조), 시설 부담금(제33조), 개발토지, 시설 등의 분양(제38조) 등에 관하여 규정하고 있어 종전의 농어촌소득원개발촉진법 제9조(농공지구 안의 재산처분)에 의한 재산처분에 관하여는 이 조항들이 적용된다고 할 것이나, 농어촌소득원개발촉진법상의 사업계획의 승인(제10조)에 관하여는 아무런 조항이 없으므로 산업입지법이 제정 시행되면서 농어촌소득원개발촉진법 소정의 사업계획의 승인에 관한 제도는 폐지되었다고 보아야 할 것이어서, 산업입지법이 제정 시행된 이후에는 사업계획의 승인이나 그 취소 즉 입주승인이나 그 취소는 행할 수 없게 되었다고 할 것이다. 이와 같이 산업입지법이 제정 시행됨으로써 농어촌소득원개발촉진법상의 사업계획의 승인에 관한 제도가 폐지되었음에도 불구하고, 피고는 1993.3.9.에 이르러 이 사건 입주승인처분을 취소하였으나, 위 입주승인처분은 농어촌소득원개발촉진법의 폐지로 말미암아 그 법률상 근거가 없어져 이미 효력을 상실하였음은 물론 그 취소처분 역시 그러한 제도 자체가 법률의 폐지에 의하여 폐지된 이후에 한 처분으로서, 이미 그 효력을 상실한 위 입주승인 처분을 피고가 취소하였다고 하여 원고들과 이○갑 사이에 체결된 농공단지내의 공장부지에 관한 사법상의 계약에 무슨 영향을 미치는 것도 아니므로 원고들로서는 그 취소를 구할 현실적 필요가 없음은 물론 아무런 법률상 이익도 없다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 소는 소의 이익이 없다고 할 것임에도 불구하고 원심은 소의 이익이 있음을 전제로 하여 본 안에 들어가 판단하였으니 파기를 면할 수 없다고 할 것이다.

#### 4. 관광농원의 식품위생법 등 위반 사례(대법원 1994.4.29. 94도44)

##### 가. 판시사항

- [1] 농어촌발전특별조치법에 의한 사업승인을 받아 설치한 관광농원 내에 콘도미니엄 형식의 객실을 갖추고 농원 내방객의 숙박에 제공한 경우 독립적으로 숙박업을 영위한 것으로 본 사례
- [2] 구건축법 제55조 제2호, 제5조 제1항 본문에 의하여 처벌되는 무허가건축행위에 건축허가 내용과 다른 건축행위를 한 경우도 포함되는지 여부

##### 나. 판결요지

- [1] 농어촌발전특별조치법에 의한 농어촌관광휴양지 개발사업승인을 받아 관광농원을 설치 운영함에 있어서, 농원 내에 건고한 건물 6동을 건축하여 각 건물에 2개의 콘도미니엄 형식의 객실을 시설하고, 그 내부에 주방시설과 냉장고, 텔레비전 등의 설비를 갖추어 내방객의 숙박에 제공하면서 시설이용료 명목으로 객실 1개당 1일 5만 원씩을 받아 계속적으로 숙박료 수입을 올려 왔다면, 건물의 구조, 객실의 규모와 내부설비, 숙박요금의 수준 등에 비추어, 숙박시설을 이용하여 독립적으로 숙박업을 영위

한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 관할관청으로부터 숙박업영업허가를 받지 아니한 이상 공중위생법의 규정에 의한 처벌을 면할 수 없다.

[2] 구건축법(1991.5.31. 법률 제4381호로 전문 개정되기 전의 것) 제55조 제2호, 제5조 제1항 본문에 의하여 처벌되는 도시계획구역 밖에서의 무허가건축행위 중에는 같은법 제5조 제1항, 제4항의 규정취지에 비추어 처음부터 건축허가 없이 건축하는 행위뿐만 아니라 일단 건축허가를 받았어도 그 허가내용과 다른 건축행위를 한 경우도 같은법 제5조 제4항 단서 소정의 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경이 아닌 한 이에 포함된다.

#### 다. 관련법령

- [1] 공중위생법 제42조 제1항 제1호, 제4조 제1항 : 농어촌발전특별조치법 제30조 제1조
- [2] 구건축법(1991.5.31. 법률 제4381호로 전문 개정되기 전의 것) 제55조 제2호, 제5조 제1항, 제4항 : 같은법 시행령(1992.5.30. 대통령령 제13655호로 전문 개정되기 전의 것) 제6조, 제2조 제1항 제2호

#### 라. 판결이유

(1) 농어촌발전특별조치법 제30조 제1항에 의한 농어촌관광휴양지의 개발에 관한 사업은 농어민이나 농어민단체뿐만 아니라 그 지역에서 농어촌소득원의 개발사업을 영위하거나 영위하고자 하는 자도 승인 받을 수 있고, 또한 이 사건 기록에 의하면 이○을은 공소의 박○주 등 4명과 공동으로 이 사건 농어촌관광휴양지 개발사업의 승인을 받은 사실을 인정할 수 있으므로, 원심이 위 농어촌관광휴양지의 개발사업은 농어민이나 농어민단체에 대하여만 승인이 되고 이○을이 위 박○주 등 4명의 명의를 빌려 위 사업의 승인을 받았다고 인정하였음은 위 특별조치법 제30조 제1항의 법리를 오해하고, 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정한 것으로서 위법 하다고 할 것이다.

그러나 이 사건 기록에 의하면, 이○을은 이 사건 농어촌관광휴양지 개발사업승인을 받아 관광농원을 설치 운영함에 있어서, 위 농원 내에 견고한 6동 건물을 건축하여 각 건물에 2개의 콘도미니엄 형식의 객실을 시설하고, 그 내부에 주방시설과 냉장고, 텔레비전 등의 설비를 갖추어 이를 위 농원의 내방객의 숙박에 제공하면서 시설이용료 명목으로 객실 1개당 1일 5만원씩을 받아 원심판시의 기간 동안 계속적으로 숙박료 수입을 올려 온 사실이 인정되는 바, 위와 같은 건물의 구조, 객실의 규모와 내부설비, 숙박요금의 수준 등에 비추어 보면, 이○을의 위와 같은 행위는 위 숙박시설을 이용하여 독립적으로 숙박업을 영위한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 관할관청으로부터 숙박업영업허가를 받지 아니한 이상 공중위생법의 규정에 의한 처벌을 면할 수 없다고 할 것이다(당원 1993.11.26.선고 93도2281 판결 참조).

따라서 이 사건 공중위생법 위반의 공소사실에 대하여 유죄를 인정한 원심의 조치는 결국 정당하다고 할 것이고, 원심판결의 앞서 본 바와 같은 위법은 판결결과에 영향을 미친

다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유 없다.

(2) 구 건축법(1991.5.31. 법률 제4381호로 전면 개정되기 전의 것) 제55조 제2호, 제5조 제1항 본문에 의하여 처벌되는 도시계획구역 밖에서의 무허가건축행위 중에는 위 법 제5조 제1항, 제4항의 규정취지에 비추어 처음부터 건축허가 없이 건축하는 행위뿐만 아니라 일단 건축허가를 받았어도 그 허가내용과 다른 건축행위를 한 경우도 위 법 제5조 제4항 단서 소정의 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경이 아닌 한 이에 포함된다고 할 것이다 (당원 1991.8.23. 선고 91도1448 판결 참조). 한편 구 건축법시행령(1992.5.30. 대통령령 제 13655호로 전면 개정되기 전의 것) 제6조는 “법 제5조 제4항에서 ‘대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경’이라 함은 제2조 제1항 제1호 내지 제6호의 규정에 의한 신축, 증축, 개축, 재축, 이전 또는 대수선(이하 건축 등이라 한다)에 해당하지 아니하는 변경을 말한다”고 규정하고 있고, 위 시행령 제2조 제1항 제2호는 “증축이라 함은 기존건축물이 있는 대지 안에서 건축물의 건축면적, 연면적 또는 높이를 증가시키는 것을 말한다”고 규정하고 있으므로, 이○을이 이 사건 각 건물의 지붕의 높이를 높게 건축한 것은 건축물의 높이를 증가시키는 행위로서 위 시행령 제2조 제1항 제2호 소정의 증축에 해당되고 따라서 위 법 제5조 제4항 단서 소정의 ‘대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경’에 해당한다고 볼 수 없어, 이○을의 위와 같은 행위는 결국 도시계획구역 밖에서의 무허가건축행위에 해당한다고 할 것이다.

그러므로 이○을에 대하여 구 건축법 제55조 제2호, 제5조 제1항 본문을 적용하여 유죄를 인정한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 소론과 같은 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

또한 이 사건 기록에 의하면, 이○을은 이 사건 건물에 대하여 건축허가를 받은 후 구 건축법 제5조 제4항에 의한 변경허가를 받음이 없이 이 사건 각 건물의 높이를 1.2m씩 높이 건축한 사실을 인정할 수 있고, 다만 이○을은 위와 같이 건물의 높이를 높게 건축한 이후 설계변경신고를 하여 변경된 대로 준공처분을 받은 사실은 인정이 되나, 이○을이 관할관청으로부터 변경허가를 받지 아니하고 이 사건 각 건물의 높이를 허가내용과는 달리 위에서 본 바와 같이 높게 건축한 이상 그 이후 관할관청에 변경신고를 하였다 하더라도 구 건축법 제55조 제2호, 제5조 제1항 본문의 죄책을 면한다고 할 수 없는 것이다. 논지는 모두 이유 없다.

## 5. 농지전용특례관련 판례(대법원 1994. 4. 12. 93누16994 2)

### 가. 판시사항

건물의 용도변경이 농어촌발전특별조치법 제47조 제3항의 “다른 목적으로 사용하는 경

2) 이 글은 현행 농어촌발전특별조치법에서는 삭제(1994. 12. 22.)된 구법 제47조와 관련된 판례에 대한 검토로서, 대체로 김선중, 대법원 판례해설 제21호, 1994년 상반기 94.11, p.358이하의 내용을 인용한 것이다.



우"에 해당하여 군수의 승인을 요한다고 본 사례

**나. 재판요지**

원래 절대농지를 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의하여 주유소 부지로 전용하고, 그 후 그 지상에 주유소 건물을 신축하여 이 중 이 사건 건물부분에 관하여 위험물 저장 및 처리시설 용도로서 준공검사를 받고 다시 건축법상 제1종 근린생활시설인 일용품 소매점으로 용도변경 허가를 받았다면, 농지가 전용된 날로부터 5년 이내에 이를 다시 건축법상 제2종 근린생활시설인 대중음식점으로서의 용도변경을 하기 위하여는 농어촌발전특별조치법 제47조 제3항의 규정에 따라 군수의 승인을 받아야 한다.

**다. 관련법령**

농어촌발전특별조치법 제47조 제3항(1994. 12. 22. 삭제된 조항), 구 농어촌발전특별조치법시행령(1993.12.14. 대통령령 제14025호로 개정되기 전의 것) 제59조, 구 농지의보전및이용에관한법률(1993.8.5. 법률 제4572호로 개정되기 전의 것) 제4조

**라. 당사자 등**

- 【원고, 상 고 인】 김○갑
- 【피고, 피상고인】 당진군수
- 【원심판결】 대전고등법원 1993.7.9. 93구249

**마. 판결이유**

(1) 농어촌발전특별조치법 제47조 제3항, 같은법 시행령 제59조에 의하면 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의한 허가를 받아 전용된 토지는 절대농지가 전용되었을 경우 이를 5년 이내에 다른 목적으로 사용하는 경우에는 시장, 군수 또는 구청장의 승인을 얻어야 한다고 함으로써 농지의 전용과 이용에 관한 특례를 규정하고 있다.

기록에 비추어 보면 원심의 사실인정은 옳은 것으로 수긍되는바, 원심이 적법히 확정된 대로 이 사건 토지는 원래 절대농지가 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의하여 주유소 부지로 전용된 것으로서, 그 후 그 지상에 주유소 건물을 신축하여 이 중 이 사건 건물부분에 관하여 위험물저장 및 처리시설 용도로서 준공검사를 받고 다시 건축법상 제1종 근린생활시설인 일용품소매점으로 용도변경 허가를 받았다면, 농지가 전용된 날로부터 5년 이내에 이를 다시 건축법상 제2종 근린생활시설인 대중음식점으로서의 용도변경을 하기 위하여는 위 농어촌발전특별조치법의 규정에 따라 군수의 승인을 받아야 할 것이다.

건축법상 제1종 근린생활시설인 일용품소매점에서 제2종 근린생활시설인 대중음식점으로서의 용도변경에 허가 또는 신고를 요하지 아니한다고 하더라도 그 용도변경이 위 농어촌

발전특별조치법 소정의 다른 목적으로의 사용에 해당하지 않는다거나 군수의 승인을 요하지 않는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

원심이 같은 취지에서 위 농어촌발전특별조치법의 규정에 따른 용도변경 승인을 받지 아니하고 그 용도가 일용품소매점인 이 사건 건물부분에 대중음식점인 식품접객업 영업허가를 신청한 원고에 대하여 그 허가를 거부한 피고의 조치가 적법하다고 판단한 것은 옳고, 반대의 견해에서 원심판결에 농어촌발전특별조치법 및 건축법에 관한 법리오해의 위법이 있다는 논지는 이유 없다.

(2) 식품위생법상 대중음식점영업허가는 성질상 일반적 금지에 대한 해제에 불과하므로 허가권자는 허가신청이 법에서 정한 요건을 구비한 때에는 허가하여야 하고, 관계법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 허가신청을 거부할 수 없음은 소론과 같다.

그러나 이 사건 건물부분에서 대중음식점영업을 하기 위하여는 먼저 농어촌발전특별조치법에 따라 군수의 승인을 받아야 하므로, 같은 취지에서 군수의 승인 없이 한 허가신청이 농어촌발전특별조치법에 위반된다는 이유로 이를 거부한 피고의 조치가 적법하다고 판단한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 식품위생법상 식품접객업영업허가의 성질 및 허가제한사유에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 소론이 지적하는 판례는 이 사건에 적절하지 않는 것이다. 논지는 이유 없다.

(3) 피고의 이 사건 거부처분이나 그 이전의 용도변경행위가 소의 김○을이나 원고의 신퇴를 저버리는 행위라고는 보기 어렵고, 소론 주장과 같이 피고가 이 사건 주유소의 부근에 있는 주유소들에 대중음식점영업허가를 한 적이 있다고 하더라도 이 사실만으로는 원고에 대한 이 사건 거부처분이 평등의 원칙에 반하여 위법 하다고 할 수도 없다. 논지는 모두 이유 없다.

## 마. 해설

### (1) 사안의 개요

이 사건 토지는 경지지역이고 절대농지에 소재한 담으로서, 소의 조○은이 1991.5.8. 충남지사로부터 농지의보전및이용에관한법률 제4조에 의하여 주유소 부지로 농지전용허가를 받고, 피고로부터 5. 15. 석유판매업허가(9. 10. 시설변경허가), 9. 17. 주유소 신축허가, 92. 2. 7. 주유도를 위험물저장 및 처리시설 87.9㎡, 같은 시설 72.01㎡로 하여 캐노피(주유기) 32㎡, 화장실 18.78㎡에 대한 준공검사를 받았다.

당진읍장은 92. 8. 16. 위 주유소건물 중 “B동 72.01㎡”를 근린생활시설(대중음식점)로 용도 변경하였다가, 9. 7. 다시 근린생활시설(일용품소매점)로 용도변경을 하였는데, 9. 24. 이를 취소하고, 그 중 48.81㎡는 근린생활시설(일용품소매점)로, 23.20㎡는 방 및 다용도실로 각 용도 변경하였다.

원고는 92. 9. 19. “위 근린생활시설(일용품소매점) 48.81㎡”에 대하여 식품접객업(대중음식점영업) 영업허가를 신청하였으나, 피고는 9. 24. 신청서를 반려하였다. 반려사유는 (1) 국토이용관리법상 경지지역 안에서는 근린생활시설(대중음식점)을 할 수 없으므로, 건축법 시행령 별표1의 4호 가의 1목(일용품 소매점)에서 나의 1목(대중음식점)으로의 용도변경은 허가할 수 없다. (2) 이 사건 토지는 절대농지가(주유소부지로) 전용된 것이므로 그 용도를 5년 내에는 다른 용도로 변경할 수 없다는 것이다.

### (2) 관계법령 상호간의 관계

농어촌발전특별조치법 제47조 3항, 농어촌발전특별조치법시행령 제59조는 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의한 허가를 받아 전용된 토지는 그것이 절대농지였을 경우에 5년 이내에 다른 목적으로 사용하는 경우에는 시장, 군수 또는 구청장의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다.

그런데 국토이용관리법에 의하면 이 법에 의하여 결정된 국토이용계획(이 사건은 경지지역)은 다른 법령에 의한 토지이용에 관한 계획의 기본이 되고(국토이용관리법 제6조, 국토이용관리법 제13조의2), 용도지역 안에서 행정기관의 장이 다른 법령에 의하여 허가, 인가 또는 승인 등으로 토지이용행위를 허용함에 있어서 이 법 및 이 법에 의한 명령에 토지이용행위의 제한에 관한 정함이 있는 경우에는 그 범위 안에서 이를 행하여야 하며(국토이용관리법 제14조 3항), 경지지역에 관하여는 농수산부장관 및 지방자치단체의 장은 농지보전법에 의하여 당해 지역을 보전, 관리하여야 한다(국토이용관리법, 제14조의2). 경지지역 안에서는 농축산업에 직접 관련된 목적 외의 토지이용행위는 이를 할 수 없으나, 대통령령이 정하는 사항에 대하여는 그러하지 아니하다(국토이용관리법 제15조 3항)라고 규정하고, 경지지역 안에서 할 수 있는 행위에 대하여 구체적으로 나열하고 있으며(국토이용관리법시행령 제14조), 농지의보전및이용에관한법률 제3조에서 농수산부장관은 농지의 전용을 합리적으로 규제하고 그 이용을 조정하기 위하여 절대농지를 지정하여 고시하도록 하고, 농지의보전및이용에관한법률 제4조에서 농지전용을 엄격히 제한하며, 농어촌발전특별조치법시행령 제11조에서 불법전용농지에 대한 조사 등 사후관리를 철저히 하고 있다.

위 각 규정을 종합하면 농어촌발전특별조치법상 군수가 전용된 농지에 대하여 타목적 사용의 승인을 하기 위하여는 국토이용관리법상 토지이용행위의 제한 범위 안에서 행하여야 하고, 경지지역에 있어서는 농지의보전및이용에관한법률에 따라야 할 것으로 본다.

### (3) 이 사건 농지의 전용목적

기록에 의하면 소외 조○은은 절대농지이며 국토이용관리법상 경지지역 안에 있는 이 사건 토지에 대하여 충남지사로부터 전용목적용 주유소부지로 한 농지전용허가를 받아, 그 지상에 주유소 시설을 하기 위하여 피고로부터 석유판매업(주유소) 허가를 받고 석유판매업(주유소) 시설변경 신청을 하였는데, 주유소 시설변경 신청시 당초에 없던 근린생활시설

48.81㎡를 추가하였다. 그 후 건축허가시 주 용도를 위험물 저장 및 처리시설로, b동 72.01㎡에 근린생활시설(일용품소매점) 및 다용도실을 설치하는 것으로 신청하여 그대로 수리되고, 준공검사시에도 전체 건물의 주용도가 위험물저장 및 처리시설, 캐노피, 화장실로 하여 준공을 마쳤다. 그러나 당진읍장은 가옥대장에 위 건물을 등재하면서 당초에는 b동 건물 전체의 용도를 위험물저장 및 처리시설로 하였다가 원고의 용도변경신청을 받아들여 그 전체를 대중음식점으로 용도변경하고, 다시 그 전체를 일용품소매점으로 용도 변경하였으나, 뒤늦게 그것이 잘못된 것임을 발견하고 이를 취소하고, 당초의 건축허가 내용대로 그 일부만 일용품소매점으로 바로 잡음으로써 하자를 치유하였다.

그런데 충남도지사는 “주유소의 설치”는 국토이용관리법상 경지지역 안에서 할 수 있는 행위로 보고(국토이용관리법 제15조 3항, 국토이용관리법시행령 제14조 1항 10호 참조; 경지지역 안에서는 농축산업에 직접 관련된 목적 외의 토지이용행위는 이를 할 수 없으나, 대통령령이 정하는 사항 즉 접도구역 밖(이 사건 토지가 이에 해당)에서 관계법령 등에 의한 허가 등을 받아 행하는 도로변휴게소, 주차장 및 주유소 등의 설치 등은 할 수 있다), 농지의보전및이용에관한법률시행령 제3조 11호 소정의 시, 도지사가 특히 필요하다고 인정하는 사업에 소요되는 용지로 사용하기 위한 경우에 해당한다고 하여 “절대농지의 주유소부지로의 전용을 허가”하고, 이에 따라 피고는 주유소 허가와 주유소 신축허가 등을 하면서 “주용도를 위험물저장시설 및 처리시설, 주유기, 화장실” 등으로 한 것으로 보인다(주유소의 시설기준은 석유사업법상 저장시설, 주유기, 화장실로 나뉘어 있다).

또한 피고는 “주유소 내의 근린생활시설”은 주유소의 부대시설인 휴게시설 및 편의시설로 보고(국토이용관리법상 “도로변휴게소의 설치”는 경지지역 안에서 할 수 있는 행위이고, 소방법 제15조와 소방시설의설치,유지및위험물제조소등시설의기준등에관한규칙 제242조 “주유취급소의 부대설비” 제1항의 “다만 주유취급소의 설치자는 주유취급소의 경영에 부수되는 사업을 직접 경영하기 위하여 필요한 경우 자동차 부속용구 판매시설, 자동판매기 등을 설치할 수 있다”는 규정과, 석유판매업 상호간 거리유지 등에 관한 고시 일반대리점 및 주유소허가 시설기준 제6항 “휴게시설 및 편의시설 조성”에서 주유소내 휴게시설 및 편의시설 조성기준은 휴게시설에는 자동판매기, 인스턴트식품 등 판매소, 편의시설에는 특산품 판매시설, 자동차의 간이 부품판매 등을 위한 일용품소매점으로, 충남 도고시에서 휴게시설 및 편의시설로서 일용품소매점의 설치를 할 수 있도록 되어 있는 규정 참조) 이에 따라 건축허가와 준공검사를 하여준 것이다(건축허가서등에 이 사건 건물의 용도가 근린생활시설—일용품소매점으로 지정된 사실은 있으나, 대중음식점 용도의 건축물의 건축을 허가한 흔적을 찾을 수 없다).

따라서 이 사건 농지의 전용목적은 주유소 부지와 주유소 부대시설로서의 일용품소매점 부지로 사용하기 위한 것이라고 보아야 할 것이고, 전용된 토지의 타목적 사용제한의 기산점은 당해 시설물의 준공검사필증을 교부한 날 또는 건축물대장에 기재된 날 기타 농지의 전용목적이 완료된 날로 보도록 규정하고 있으므로(농어촌발전특별조치법시행령 제59조),

이 사건에서 전용목적이 완료된 날은 그 목적이 주유소 부지와 편의시설인 일용품소매점용으로 확정된 92. 9. 24.로 보아야 할 것이다(그렇지 아니하고 준공검사필증을 교부한 날 또는 건축물대장에 기재된 날 전용목적이 완료된 것으로 보게 되면 원래의 전용목적은 주유소 부지와 일용품소매점용으로 되고, 그 이후 당진읍장이 한 대중음식점으로의 용도변경은 아래에서 보는 것처럼 특조법상 타목적 사용의 승인대상으로서 권한 없이 한 것이 되어 효력이 없게 되나, 그 후 다시 이를 취소하고 원상 회복한 것으로 보면 무방하기는 하다).

#### (4) 대중음식점으로의 용도변경이 농어촌발전특별조치법상 “타목적 사용”에 해당되는지 여부

건축법상 일용품소매점에서 대중음식점으로의 용도변경은 허가 또는 신고 없이도 가능하다(건축법 제14조, 건축법시행령 제14조 1항 1호, 건축법시행령 별표 1, 건축법시행규칙 제12조 3항 1호 참조). 그러나 농어촌발전특별조치법과 농지의보전및이용에관한법률은 건축법과는 그 입법취지를 달리 하므로 건축법상 건축물의 용도변경이 가능하다고 하여 반드시 특조법상 다른 목적으로의 사용에 해당하지 않는 행위라고 보아야 하는 것은 아닐 것이다(농지의보전및이용에관한법률 제3조의2에 건축법상의 허가나 신고대상시설이 아닌 경우에도 일시적으로 농지의 형질을 변경하는 경우에는 농지의 일시전용허가를 받아야 한다고 규정하고 있는 점 참조).

오히려 어떤 행위가 특조법상 다른 목적에의 사용에 해당하는가의 여부는 국토법과 농지보전법 등 관계법령에서 절대농지의 전용과 경지지역에서의 토지이용행위 등을 엄격히 규제하고 있고, 특조법의 취지가 농지가 전용된 지 5년 안에는 다른 목적으로의 전용을 원칙적으로 제한하여 당초의 전용의 목적을 살리려는데 있다는 점을 감안하여, 당초의 전용 목적과 견주어 합목적적으로 판단하여야 하고, 그 해석도 엄격히 제한적으로 해석하여야 할 것이며, 반드시 건축법상의 용도에 구애되어서는 아니 될 것이다.

따라서 이 사건에서와 같이 당초 주유소와 그 편의시설(일용품소매점)의 부지로 사용하기 위하여 농지전용을 받은 경우 이를 다시 대중음식점 경영을 위한 목적으로 사용하는 것은 양자의 영업형태와 국토법등 규제내용 즉, 대중음식점과 일용품소매점은 건축법상으로는 동일한 근린생활시설에 속하나 식품위생법상 그 영업형태는 전혀 다르고, 국토법상으로도 경지지역 안에서 휴게 및 편의시설로서의 일용품소매점은 할 수 있으나, 대중음식점의 경영은 할 수 없는 점에 비추어 보면 그 사용목적은 서로 다르다고 봄이 상당하다.

더욱이 위와 같은 전용을 허용하는 것은 실질적으로 국토이용관리법 등 관계법령에 반하여 경지지역 안에서 독립하여 대중음식점 영업을 할 수 있도록 허용하는 셈이 되어 이를 제한하는 관계법령의 취지가 무색하게 되고, 이를 잠탈하는 결과가 되어 부당하므로, 그러한 사용목적의 변경은 건축법상 신고대상인 여부에 관계없이 농어촌발전특별조치법상 다른 목적에의 사용에 해당한다고 보아 군수의 승인을 요한다고 보아야 할 것이다.

(5) 대중음식점영업으로의 목적변경에 대하여 군수가 그 승인을 할 수 있는지 여부

앞에서 본대로 농어촌발전특별조치법상 군수가 타목적사용의 승인을 하기 위하여는 국토이용관리법상 토지이용행위의 제한 범위 안에서 행하여야 하고, 경지지역에 있어서는 농지의보전및이용에관한법률에 의하여야 할 것이며, 대중음식점의 경영은 국토이용관리법상 경지지역 안에서 할 수 있는 행위에 속하지 아니하므로, 휴게 및 편의시설의 범주를 벗어난 대중음식점의 경영을 위한 행위에 대하여는 이를 위한 전용허가나 사용승인을 할 수 없는 것이다(참고로 국토이용관리법에 의하면 용도지역 안에서의 시설, 건축물 기타 공작물의 용도를 변경하는 경우에는 이 법의 적용에 있어서 이를 그 변경된 용도의 시설, 건축물 기타 공작물의 새로운 설치행위로 본다. 다만 대통령이 정하는 사항의 변경 즉 당해 용도지역의 지정목적에 적합하지 아니한 기존의 시설, 건축물 등의 용도를 종전의 부적합한 정도 이하의 범위 안에서 이를 이용하기 위한 용도로 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다(국토이용관리법 제24조, 국토이용관리법시행령 제42조)라고 규정하고 있다).

(6) 이 사건 대법원판결은 원고가 위 농어촌발전특별조치법의 규정에 따른 용도변경 승인을 받지 아니하고 그 용도가 일용품소매점인 이 사건 건물부분에 대중음식점인 식품접객업 영업허가를 신청함에 대하여, 그 허가를 거부한 피고의 처분이 적법하다고 판단한 원심의 조치는 옳다는 이유로 원고의 상고를 배척하였는바, 이는 위에서 검토한 내용에 비추어 볼 때 정당한 판단이라고 생각된다.

## 6. 영농조합법인 공사관련 판례(서울고등법원 1998.1.13. 96나21531)

### 가. 당사자 등

【원고, 항 소 인】 ○○주식회사

【피고, 피항소인】 ○○영농조합법인

### 나. 판결이유

#### (1) 기초사실

(가) 피고 조합은 1994. 1. 17. 김포군에 의하여 94 화훼생산유통 지원사업 대상자로 선정되어 농어촌발전특별조치법에 의하여 같은 해 3. 8. 설립된 영농조합법인으로 농림수산부의 94 화훼산업육성계획에 따라 총 사업비 금3,862,000,000원으로 유리온실, 집하장, 비닐온실, 저온저장고 등 화훼의 생산, 포장, 수송, 판매와 관련한 일체의 시설을 시공(이하 이 사건 공사라고 한다.)하게 되었는바, 위 사업비 중 금965,000,000원은 정부보조금, 금965,000,000원은 지방자치단체 보조금, 금1,158,600,000원은 특별융자금, 금772,000,000원은 피고 김○병의 출자금으로 총당

하도록 되어 있었다.

- (나) 피고 조합의 대표이사이던 소외 김○갑은 1994. 11. 8. 원고 회사와 사이에 공동계약자 겸 연대보증인을 소외 제일토건 주식회사로 하여 이 사건 공사에 관하여 총공사대금 3,862,000,000원, 계약이행보증금 193,100,000원, 공사는 이 사건 공사현장인 경기 김포군 양촌면 누산리 1047 등 5필지 상의 부지조성작업이 완료되는 즉시 착공하고, 시설기자재 등의 제작작업은 1994. 11. 15.부터 착수하며 준공기한은 1995. 12. 31.로 정하는 내용의 공사도급계약(이하 이 사건 가계약이라고 한다.)을 체결하였다.
- (다) 이 사건 가계약 체결 당시 피고 조합은 원고 회사로부터 위 계약 다음날인 같은 달 9.까지 유리온실기술시방서, 공사별예비견적서 등 서류와 위 공동계약자 겸 연대보증인인 제일토건 주식회사의 승낙서 등 제반 서류를 제출 받고, 이를 같은 달 10. 개최예정이던 피고 조합의 임시 김○병 총회에 제출하여 김○병들의 동의를 얻으면 위 가계약의 효력이 발생하는 것으로 원고 회사와 약정하면서 원고 회사의 대표이사이던 소외 박○수로부터 그와 같은 내용의 각서(을 제3호증의 2)를 교부 받았다.
- (라) 이 사건 가계약 당시 원고 회사와 피고 조합은 위 나 항과 같은 내용의 공사 도급표준계약서 2부를 작성하면서 그 중 1부의 계약서의 계약일자는 1994. 11. 8.로 기재하고(갑 제20호증), 다른 1부는 계약일자 중 월 및 일의 란을 공란으로 비워 두었는데(갑 제1호증), 원고 회사가 위 계약서 2부를 모두 소지하고 있다가 이후 피고 조합 총회의 동의를 받아 위 가계약이 효력을 발생하면 그때 계약일자를 보충하기로 약정하였다.

## (2) 주위적 청구에 관한 판단

- (가) 원고는 이 사건 주위적 청구원인으로, 이 사건 가계약은 이후 피고 조합 총회의 동의를 얻어 유효하게 성립되었고, 가사 이 사건 가계약이 피고 조합 총회의 동의를 얻지 못하여 효력을 상실하였다 하더라도 그 이후 원고 회사와 피고 조합 사이에 1994. 11. 12. 원고 회사가 이 사건 공사를 대금 3,862,000,000원에 시공하기로 하는 내용의 공사도급계약(이하 이 사건 공사도급계약이라고 한다.)이 새로이 체결되어 원고 회사가 피고 조합에게 위 공사대금의 5%에 해당하는 계약보증금 193,100,000원을 원고 회사가 발행한 동액 상당의 약속어음으로 납부하였는데 피고 조합의 김○병이자 이사인 소외 김○을가 피고 조합의 대표이사로 취임하면서 이 사건 공사도급계약의 효력을 일관되게 부인하고, 소외 국제종합기계주식회사와 사이에 이 사건 공사의 일부인 유리온실공사에 관한 도급계약을 체결하는 등 다른 회사들과 이 사건 공사에 관한 도급계약을 체결하고 이미 상당부분 공사가 진행되어 원고 회사와의 이 사건 공사도급계약은 이행불능상태에 이르게 되었으므로 이 사건

1996. 2. 12. 자 청구취지 및 원인변경신청서 부분의 송달로써 이 사건 공사도급계약을 해제한다고 주장하면서, 피고 조합에 대하여 이 사건 공사도급계약이 위와 같이 피고 조합의 귀책사유로 해제됨으로 인하여 원고 회사가 입은 손해배상으로 계약이행보증금의 배액상당액을 지급할 것을 구한다.

이에 대하여 피고 조합은, 이 사건 가계약은 피고 조합 총회에서 부결되어 무효가 되었을 뿐 그 후 원고와의 사이에 새로이 이 사건 공사도급 계약을 체결한 사실은 없다고 다룬다.

- (나) 증거를 종합하면, 피고 조합은 이 사건 가계약이 체결된 이후 1994. 11. 10. 14:00 경 서울 서초구 서초동 1716의 4 소재 중앙빌딩 302호 변호사 이○연 법률사무소에서 피고 김○병인 위 김○갑, 소외 신○균, 이○석, 김○을, 권○운, 이○규 총 6명 중 피고 조합 현 대표이사인 김○을과 이○규를 제외한 4명의 김○병이 참석한 가운데 김○병 임시총회를 개최하여 이 사건 공사의 기본 사업계획 및 세부내역에 관한 사업계획을 의결하고 그 사업의 구체적인 내역과 집행은 이사회에 일임하기로 의결하였다. 그리고 곧 이어 피고 조합 이사 위 김○갑, 김○을, 신○균 총 3인의 이사 중 위 김○을을 제외한 2명의 이사가 참석한 가운데 이사회를 개최하여 이 사건 가계약의 동의 여부에 관한 의제를 토의한 결과 원고 회사가 같은 달 9.까지 제출하기로 한 기술시방서 등의 서류들을 제출하지 않아 원고 회사의 시공능력에 대한 자료가 없었고, 위 김○을 등이 강력하게 반대하였던 점 등을 이유로 동의하지 않기로 의결하였다. 그리하여 피고 조합 대표이사이던 위 김○갑과 참석하였던 이사 신○균은 당초 이 사건 가계약이 동의될 것을 전제로 미리 작성하여 두었던 이사회 회의록 중 제3의안의 1. 첨부한 화훼첨단용시설공사에 대한 공사표준도급계약서를 동의 의결한다. 는 부분을 삭제하기로 하고 그 부분에 두줄을 긋고, 그들의 도장을 각 날인하였고, 피고 조합은 이에 따라 같은 달 28. 및 같은 해 12. 16. 각 원고에게 이 사건 가계약이 피고 김○병 총회의 동의를 얻지 못하여 무효가 되었음을 통지하였다.
- (다) 위 김○갑은 1994. 12. 15. 위 항과 같은 내용의 총회 의사록과 이사회 의사록을 공증하려고 하였으나 공증사무실의 사무원으로부터 삭제된 부분을 그대로 두고는 공증할 수 없다는 이야기를 듣고, 새로이 타자하여 위 의사록의 삭제된 부분을 지우고 회의록들(갑 제8호증의 1, 2)을 만든 다음 이를 공증하였다.
- (라) 그런데 원고 회사는 그 무렵 이 사건 가계약이 위 (가) 항과 같이 조합 총회의 동의를 얻지 못하여 효력을 상실하였다는 통지를 받고, 피고 조합과 상의 없이 일방적으로 위 1의 라 항과 같이 작성한 이 사건 가계약에 관한 공사도급표준계약서 1부의 계약일자 중 월 란에 11, 일 란에 12 를 각 기재하여 공사도급표준계약서(갑 제1호증)를 만든 다음 1994. 12. 30. 경 그 계약서와 원고 회사가 발행한 액면 금 193,100,000원 짜리 약속어음 1매(갑 제2호증)를 위 김○갑에게 일방적으로 건네주



있을 뿐 1994. 11. 12. 이나 그 이후 원고 회사와 피고 조합 사이에 이 사건 가계약과 별도의 공사도급계약이 이루어진 바는 없다.

(마) 그리고 이 사건 가계약이 피고 조합의 이사회에서 부결된 이후 다시 같은 날 18:00 경 이사회에서 이 사건 가계약을 동의하기로 하는 새로운 의결이 있었다는 점에 관하여는, 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 당심증인 김○갑, 신○균의 증언에 변론의 전취지를 종합하면, 피고 조합의 총회에는 당초 김○병 겸 이사인 김○갑, 신○균, 김○을, 김○병인 이○석, 권○운, 이○규가 참석하여 이 사건 가계약의 동의 여부에 관하여 격론을 벌이다가 불만을 품은 위 김○을, 이○규가 퇴장한 이후 남은 김○병들이 위와 같이 위 안건을 부결하기로 결의한 다음 형식상으로는 위에서 본 바와 같이 총회에서 이 사건 가계약에 관한 사항을 이사회에 일임하고, 이사회에서 이를 부결한 것으로 처리한 후 그와 같은 취지의 이사록을 작성한 사실, 위와 같은 총회와 이사회를 마치고, 또한 위 김○을, 이○규가 떠난 다음 김○병 겸 이사인 위 김○갑, 신○균, 김○병인 이○석, 권○운 등 4명이 남아 같은 날 18:00 경 근처 다방에 모여 이 사건 가계약에 관한 이야기를 나누는 사실은 인정되나, 이를 가지고 이미 종료된 이사회 연장이라거나 새로운 이사회 개최로 볼 수는 없는 것이고, 가사 이를 새로운 이사회로 볼 수 있다 하더라도 이는 적법한 소집절차 없이 이루어진 것으로 무효라고 할 것이다.(위에서 인정한 바와 같이 일단 피고 조합이 총회와 이사회를 개최하여 이 사건 가계약을 부결하기로 의결하고 총회와 이사회를 마친 이상 그와 배치되는 새로운 결의를 하기 위하여는 또다른 소집절차가 있어야 할 것이다.) 그러므로 원고의 위 주장은 그 이유 없다.

(바) 그렇다면, 이 사건 가계약이 피고 조합의 동의를 얻어 유효하게 되었다거나, 원고 회사와 피고 조합 사이에 1994. 11. 12. 새로운 공사도급계약이 있었음을 전제로 하는 원고의 이 사건 주위적 청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 그 이유 없다. {피고 조합의 대표이사이던 위 김○갑이 부결된 내용의 회의록을 작성하려 하였다가 공증을 하는 과정에서 앞서 본 바와 같은 경위로 부결된 내용을 삭제하였다 하여 이를 가지고 위 가계약이 동의를 받은 것으로 된다가, 원고와 피고 조합 사이에 새로운 공사도급계약이 이루어졌다고 볼 수 없고, 또한 원고가 이 사건 가계약에 관한 계약서에 월일을 임의로 보충하여 위 김○갑에게 건네주었다 하여 이로써 원고 회사와 피고 조합 사이에 새로운 공사도급계약이 이루어진 것으로 볼 수도 없다.}

### (3) 예비적 청구에 관한 판단

(가) 원고는 당심에 이르러 예비적 청구원인으로, 피고 조합이 1995. 9. 5. 이 사건 공사도급계약의 해약합의금으로 계약이행보증금의 배액인 금386,200,000원을 지급하기로 약정하였다고 주장하면서 피고 조합에 대하여 위와 같은 약정금을 지급할 것을

구한다.

이에 대하여 피고 조합은, 원고가 인천지방법원 95카합187호로 제기한 채권가압류 사건과 같은 법원 95차4123호 지급명령 사건을 취하하는 것을 조건으로 피고 조합이 원고에게 금193,100,000원을 지급하기로 약정하였는데 원고가 그와 같은 조건을 이행하지 않았으므로 원고의 예비적 청구에 응할 수 없다고 항변한다.

- (나) 살피건대, 갑 제22호증의 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 피고 조합이 1995. 9. 5. 원고에게 해약합의금으로 금193,100,000원을 지급하기로 약정하고, 김포군수에 대한 같은 금액 상당의 보조금채권의 수령권한을 원고에게 위임한 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없다.(피고 조합이 해약합의금으로 위 금193,100,000원 이외에 금386,200,000원을 지급하기로 약정하였다는 점에 관하여는, 이에 부합하는 듯한 갑 제36호증의 5 내지 8, 10의 기재와 당심증인 박○건의 증언은 믿지 아니하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.)

그러나 위 갑 제22, 23호증의 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 그와 같은 약정은 무조건적인 것이 아니라 피고 조합이 이 사건 공사를 원활하게 진행시키기 위하여 당시 원고 회사가 인천지방법원 95카합187호로 제기하였던 채권가압류 사건과 같은 법원 95차4123호 지급명령 사건(위 지급명령에 피고 조합이 이의하여 이 사건 소송으로 이행되었다.)을 취하하는 것을 조건으로 위와 같은 금원을 지급하기로 약정한 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없다. 그리고 위 지급명령 사건을 원고 회사가 취하하지 않은 것은 이 사건 기록상 명백하고, 또한 원고 회사가 위 가압류 사건을 취하하였다고 인정할 증거도 없다. 그러므로 이 점을 다투는 피고의 위 항변은 그 이유 있다.

#### (4) 결 론

따라서, 원고의 이 사건 주위적 청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 할 것인 바, 이와 결론을 같이 한 원심판결은 정당하고, 이에 대한 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하고, 당심에서 추가된 원고의 예비적 청구도 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 第3節 農漁村構造改善特別會計法, 農漁村特別稅法, 農漁村特別稅管理特別會計法

#### I. 農漁村構造改善特別會計法等의 概要

##### 1. 농어촌구조개선특별회계법의 제정경위 및 주요 내용

농어촌구조개선특별회계법은 농림수산물의 수입개방에 대응하여 농림수산업의 경쟁력 제고 및 전문영농인력의 육성 등 구조개선사업을 촉진하고, 생활환경개선 등 농어촌의 활력을 증대시켜 나가기 위하여 투자재원의 확보가 무엇보다 중요하므로 이러한 투자재원을 안정적으로 확보할 수 있도록 농어촌구조개선특별회계를 설치하려는 것을 목적으로 하여 1991.11.22 법률 제4399호로 제정되었고 1994.8.1 전문 개정된 후 이후 3차에 걸쳐 개정되었다.

농어촌구조개선특별회계법은 총 14조의 조항으로 되어 있는 바, 주요내용은 제3조에서 회계 계정을 농어촌구조개선사업계정, 임업진흥사업계정 및 농어촌특별세전입금사업계정으로 구분하고, 제4조에서 농어촌구조개선사업계정의 세입이 농업·농촌기본법 제41조의 규정에 의한 농지전용부담금과 일반회계로부터의 전입금 등으로 이루어지고, 농어촌구조개선사업에 대한 투자·보조·출연·융자 등에 사용됨을 명시하고 있고, 제5조에서 농어촌특별세전입금사업계정의 세입이 농어촌특별세관리특별회계법 제3조제2항의 규정에 의한 농어촌특별세관리특별회계로부터의 전입금 등으로 이루어지고, 첨단농림수산물 및 현장애로기술의 개발 및 농림수산물기술전문교육기관 지원, 물류센타건설등 농림수산물유통개선사업 등에 사용됨을 명시하고 있고, 제6조에서 국가가 특정 수입농수산물에 대하여 부과·징수되는 관세액의 전액과 사료관리법 제2조제3호의 규정에 의한 배합사료 및 특정 축산기 자재에 대하여 부과·징수되는 부가가치세액의 전액을 일반회계로부터 이 회계의 농어촌구조개선사업계정에 전입하여야 하는 것 등을 명시하고 있고, 나머지 조항에서 회계처리의 기준에 대해 규정하고 있다. 이 법의 관계법령으로는 예산회계법, 농어촌특별세법 및 농어촌특별세관리특별회계법, 농림수산업자신용보증법, 농업·농촌기본법 등이 있다.

##### 2. 농어촌특별세관리특별회계법의 제정경위 및 주요내용

농어촌특별세관리특별회계법은 WTO 체제의 출범으로 어려움을 겪게 될 농어촌을 계획적으로 지원하기 위하여 마련된 농어촌특별세의 사용용도를 분명히 하고, 이를 보다 효율적으로 운용·관리하기 위하여 새로운 회계를 신설하려는 것을 목적으로 하여, 1994.8.1 법

를 제4771호로 제정된 후 3차에 걸쳐 개정되었다.

농어촌특별세관리특별회계법은 20004. 12. 31.까지만 효력을 가지는 한시법이며, 효력이 종료되는 당시의 이 회계의 채권·채무 등 모든 권리·의무는 농어촌구조개선특별회계법에 의한 농어촌구조개선특별회계에 승계 되도록 되어 있다.

농어촌특별세관리특별회계법은 총 8조로 되어 있는 바, 제3조에서 회계의 세입은 농어촌특별세법에 의한 농어촌특별세액 등으로 이루어지고, 농림수산업경쟁력강화, 농어촌생활환경개선 및 농어민후생복지증진을 위한 사업으로서 별표에서 정하는 대상사업중 농림부·농촌진흥청·산림청 및해양수산부소관사업외의 사업에 대한 투자·보조·융자 및 출연 및 위 사업 중 별표에서 정하는 대상사업중 농림부·농촌진흥청·산림청 및 해양수산부소관 사업에 대한 투자·보조·융자 및 출연을 위한 농어촌구조개선특별회계의 농어촌특별세전입금사업계정으로의 전출금 등으로 사용해야 함을 명시하고 나머지 조항에서 회계기준에 대해 규정하고 있다.

### 3. 농어촌특별세법의 제정경위 및 주요내용

농어촌특별세법은 농어업의 경쟁력강화와 농어촌산업기반시설의 확충 및 농어촌지역개발사업을 위하여 필요한 재원을 확보하기 위하여, 1994. 3. 24. 법률 제4743호로 제정되었고 이후 21차례에 걸쳐 개정되었다.

농어촌특별세법은 총 제13조로 되어 있는 바, 제3조에서 법 제2조제1항 본문에 규정된 법률에 의하여 소득세·법인세·관세·취득세 또는 등록세의 감면을 받는 자, 법인세법 제55조제1항 또는 제95조의 규정에 의한 세율을 적용 받는 법인세의 납세의무자중 과세표준금액이 5억원을 초과하는 법인, 특별소비세법 제1조제2항의 물품중 제1호 가목(1)·(2), 제1호 다목(2), 제2호 나목(3) 및 (5)의 물품 또는 동조 제3항 제4호의 입장행위에 대한 특별소비세 납세의무자, 증권거래세법 제3조 제1호에 규정된 증권거래세 납세의무자, 지방세법에 의한 취득세 또는 경주·마권세의 납세의무자, 지방세법에 의한 종합토지세의 납세의무자로서 납부세액이 500만원을 초과하는 자 등 납세의무자를 규정하고 있고, 제5조에서 과세표준과 세율을, 제7조에서 신고와 납부 등에 대해, 제8조에서 부과와 징수에 대해 규정하고 있다.

## II. 農漁村構造改善特別會計法等에 관한 判例

### 1. 농어촌특별세법 관련 판례(헌법재판소 2001.4.26. 99헌바55)

#### 가. 판시사항

- [1] 종전에 감면되어 오던 양도소득세에 대하여, 농어촌특별세법을 신설하여 감면분 중 일부를 농어촌특별세로 부과 징수하면서, 동법 시행 이후 양도된 분에 대하여 곧바로 적용하기로 한 동법 부칙규정이, “소급입법에 의한 재산권박탈금지의 원칙”에 위배되는지 여부(소극)
- [2] 같은 규정이 “신뢰보호원칙”에 위배되는지 여부(소극)

#### 나. 재판요지

- [1] 이 사건 법률조항은 농어촌특별세법 시행 전에 이미 그 양도되어 과세요건이 완성된 양도소득세 감면분에 대하여 소급하여 그 일부를 농어촌특별세로 부과하려는 것이 아니라, 동법 시행 당시 보유·임대중인 임대주택에 대하여 동법의 시행기간 중 장차 그것이 양도되면 그에 대한 양도소득세 감면분 중 일부를 농어촌특별세로 부과하려는 것이므로, 이는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 “부진정소급효”의 입법에 해당하는 것이므로, 원칙적으로 허용되는 것이다.
- [2] 농어촌특별세는 본질적으로 불로소득인 지가상승에 대하여 과세하는 것으로 침해되는 이익의 보호가치는 원천적으로 크지 않고, 양도소득세 감면에 대한 기대와 신뢰는 본래부터 영구적인 것이 아니라 법의 개정에 따라 신축적·잠정적인 것이며, 종전에 받고 있던 특혜의 정도가 축소되었을 뿐 일반의 양도소득세 납세자와 비교하여 여전히 높은 감면의 혜택을 누린다. 이러한 신뢰이익의 가치 및 손상의 정도와, 우루과이라운드 협상의 타결에 따라 농어업의 경쟁력 강화와 농어촌 산업기반시설의 확충 및 농어촌 개발사업에 필요한 재원을 조달하여야 할 공익적 목적을 비교형량할 때, 후자가 전자보다 더 크다고 할 것이므로, 정책적·잠정적인 조세우대조치라 할 임대주택 양도소득세 감면제도를 시행함에 있어, 그 감면비율을 적정범위 내에서 축소 조정함으로써 인하여 초래되는 신뢰의 손상은 앞서 본 그 조정의 공익적 목적에 의하여 헌법상 그 정당성을 인정할 수밖에 없다.

#### 다. 관련법령

헌법 제13조 제2항 농어촌특별세법 제2조, 제3조, 제5조, 제7조, 제8조, 부칙칙 제1조, 제2조 조세감면규제법(1993. 12. 31. 법률 제4666호로 개정된 것) 제67조 【심판대상조문】 농

어촌특별세법(1994. 3. 24. 법률 제4743호로 제정된 것) 부칙 제3조 제1항 단서 후단

**라. 판결이유**

(1) 사건의 개요 및 심판의 대상

(가) 사건의 개요

청구인은 1995. 12. 20. 부산 사하구 하단동 475번지 외 2필지 소재 임대주택 519세대(건물 연면적 30,852. 675㎡, 대지면적 11,789.3㎡)와 근린생활시설 및 부대시설 등(이하 “이 사건 부동산”이라 한다)을 양도하고, 1996. 5. 31. 조세감면규제법(1993. 12. 31. 법률 제4666호로 개정된 것) 제67조에 의하여 이 사건 부동산에 대한 양도소득세 금 1,907,621,438원을 감면 신청하면서, 그 감면세액에 대한 농어촌특별세는 이를 신고하지 않았다.

서부산세무서장은 이 사건 부동산에 대한 양도소득세 금 1,907,621,438원은 전액 면제하였으나, 농어촌특별세법(1994. 3. 24. 법률 제4743호로 제정된 것) 부칙 제3조 제1항 단서 후단에 의하여 위 감면의 경우가 농어촌특별세의 과세대상이 된다고 보아 1997. 8. 9. 동법에 의하여 산정한 양도소득세 감면세액에 대한 농어촌특별세 금 419,676,710원을 청구인에게 결정·고지하였다.

청구인은 이에 불복하여 부산고등법원에 위 과세처분의 취소를 구하는 소송(99누400)을 제기하고, 그 소송계속 중 위 부칙 제3조 제1항 단서 후단에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(99아88)을 하였으나, 1999. 6. 18. 위 법원은 위 제청신청을 기각하였고, 그 결정이 같은 달 26. 송달되자, 같은 해 7. 9. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 농어촌특별세법(1994. 3. 24. 법률 제4743호로 제정된 것) 부칙 제3조 제1항 단서 후단(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련법률조항의 구체적인 내용은 다음과 같다.

조세감면규제법(1993. 12. 31. 법률 제4666호로 개정된 것) 제67조(장기임대주택에 대한 양도소득세 등의 감면) ① 대통령이 정하는 내국인이 다음 각호의 1에 해당하는 국민주택(이에 부수되는 당해 건물연면적의 2배 이내의 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 5년 이상 임대한 후 양도하는 경우에는 당해 주택(이하 “임대주택”이라 한다)을 양도함으로써 발생하는 소득에 대한 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 50(임대주택건설촉진법에 의한 임대주택과 10년 이상의 임대주택의 경우에는 100분의 100)에 상당하는 세액을 감면한다.

1. 1986년 1월 1일 이후 신축된 주택
2. 1985년 12월 31일 이전에 신축된 공동주택으로서 1986년 1월 1일 현재 입주된 사실이 없는 주택

② 생략

③ 제1항의 규정에 의하여 양도소득세 또는 특별부가세를 면제받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 주택임대에 관한 사항을 신고하고 세액의 감면신청을 하여야 한다.

농어촌특별세법(1994. 3. 24. 법률 제4743호로 제정된 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 “감면”이라 함은 조세감면규제법·관세법 또는 지방세법에 의하여 소득세·법인세·관세·취득세 또는 등록세가 부과되지 아니하거나 경감되는 경우로서 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. 비과세·세액면제·세액감면·세액공제 또는 소득공제

제3조(납세의무자) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법의 규정에 의하여 농어촌특별세를 납부할 의무를 진다.

1. 제2조 제1항 본문에 규정된 법률에 의하여 소득세·법인세·관세·취득세 또는 등록세의 감면을 받는 자

제5조(과세표준과 세율) ① 농어촌특별세는 다음 각호의 과세표준에 해당 세율을 곱하여 계산한 금액을 그 세액으로 한다.

제7조(신고·납부 등) ① 제5조 제1항 제1호의 규정에 의한 농어촌특별세는 당해 본 세를 신고·납부(중간예납을 제외한다)하는 때에 그에 대한 농어촌특별세도 함께 신고·납부하여야 하며, 신고·납부할 본 세가 없는 경우에는 당해 본 세의 신고·납부의 예에 따라 신고·납부하여야 한다. (단서 생략)

제8조(부과·징수) ① 제7조의 규정에 의하여 농어촌특별세의 신고·납부 및 원천징수 등을 하여야 할 자가 신고를 하지 아니하거나 (중략)한 경우에는 다음 각호의 규정에 의한다.

1. 제3조 제1항의 납세의무자 중 소득세 또는 법인세의 감면을 받는 자(중략)에 대하여는 세무서장이 당해 본 세의 결정·경정 및 징수의 예에 따라 결정·경정 및 징수한다.

부칙

제1조(시행일) 이 법은 1994. 7. 1.부터 시행한다.

제2조(유효기간) 이 법은 2004. 6. 30.까지 효력을 가진다. (단서 생략)

제3조(소득세 또는 법인세를 본 세로 하는 농어촌특별세에 관한 적용례) ① 제5조 제1항 제1호에 규정된 소득세 또는 법인세의 감면을 받는 세액에 부과되는 농어촌특별세는 이 법 시행일부터 2004년 6월 30일까지의 기간(이하 “시행기간”이라 한다) 중에 종료하는 과세연도 분에 대하여 적용한다. 다만, 조세감면규제법 제15조의 규정에 의한 감면의 경우에는 이 법 시행기간 중에 발생하는 소득 분에 대하여 적용하며, 양도소득세 및 특별부가세(양도차익에 대한 법인세를 포함한다)의 감면

의 경우에는 시행기간 중에 양도하는 분에 대하여 적용한다.

(2) 판단

(가) 장기임대주택에 대한 양도소득세 등의 감면과 농어촌특별세의 신설

① 장기임대주택에 대한 양도소득세의 감면규정의 변천과정

“조세감면규제법”이 1986. 12. 26. 법률 제3865호로 개정되면서, 당시 정부의 중점 시책 중의 하나이던 “임대주택건설”을 세제면에서 효율적으로 뒷받침한다는 취지에서, 동법에 제67조의 4가 신설됨으로써, 장기임대주택에 대한 양도소득세의 감면 제도가 창설되었다. 그 주된 내용은, 국민주택을 5년 이상 10년 미만 임대한 후 양도하는 경우에는 그에 대한 양도소득세의 50%를, 10년 이상 임대한 후 양도하는 경우에는 100%를 각 면제하는 것이었다.

위 규정은 1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되어, 임대주택건설촉진법에 의한 임대주택사업자의 경우에는 5년 이상 10년 미만 임대한 임대주택을 양도하는 경우에도 양도소득세의 100%를 면제하도록 하였으며, 이후 1993. 12. 31. 법률 제4666호로 다시 개정되어, 제67조의 4에서 제67조로 이동되고 용어가 “면제”에서 “감면”으로 바뀌었으나 내용에는 별다른 변화가 없었고, 1994. 12. 22. 법률 제4806호로 다시 개정되어 종전에 임대주택건설촉진법(1993. 12. 27. 법률 제4629호로 임대주택법으로 변경됨)에 의한 임대주택은 임대기간을 묻지 않고 양도소득세의 100%를 면제하던 것을, 그 중 5년 이상 임대한 경우로 한정하였으며, 1998. 12. 28. 법률 제5584호로 조세감면규제법이 “조세특별제한법”으로 전면 개정되면서 종전 규정이 자구가 정리된 채, 같은 내용으로 제97조에 옮겨져 규정되고 있다.

② 농어촌특별세의 신설

농어촌특별세법(1994. 3. 24. 법률 제4743호)은, 우루과이라운드 협상의 타결에 따른 후속대책의 일환으로 추진되는 농어업의 경쟁력 강화와 농어촌 산업기반시설의 확충 및 농어촌 개발사업에 필요한 재원을 조달하기 위하여, 1994년 7월 1일부터 10년간 한시적으로 특별세를 신설하는 내용으로 제정된 것이다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바58 판례집 10-2, 673, 681 참조). 그 중 대표적인 것이 소득세·법인세 등을 감면 받는 경우 그 감면분 중의 일부(100분의 20)를 농어촌특별세로 징수하는 것이다.

(나) 이 사건 청구인이 농어촌특별세를 부과 받게 된 경위

청구인은 1987. 4. 및 1989. 4. 경 이 사건 부동산을 신축하여 임대하기 시작한 것으로 보이므로(기록 제26면 참조), 그 당시에 신설된 조세감면규제법 제67조의 4 규정(1986. 12. 26. 법률 제3865호에 의하여 개정된 것)에 따라 장차 5년 이상 10년 미만 임대하면, 양도소득세의 50%를, 10년 이상 임대하면, 그 100%를 면제받을 수 있었을 것이다. 그런데, 위 규정이 1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정됨에 따라 임



대주택건설촉진법에 따른 임대주택으로서의 요건을 갖추었다면, 임대기간에 관계 없이 양도소득세의 100%를 면제받게 되었으므로(위 ①항 참조), 임대사업자로서의 자격을 갖추었던 것으로 보이는 청구인(기록 27면 참조)은 당시 10년 미만의 기간 이 사건 부동산을 임대하였지만 양도소득세의 100%를 면제받을 수 있었다. 이후 1994. 12. 22. 법률 제4806호로 위 규정이 다시 개정되어, 임대주택법에 의한 임대주택의 경우에도 5년 이상 이를 임대하여야 양도소득세를 면세 받을 수 있게 되었지만(위 ③항 참조), 당시 이미 5년 이상 이 사건 부동산을 임대하고 있었던 청구인은 여전히 양도소득세를 100% 면제받을 수 있었다.

그런데, 1994. 3. 24. 법률 제4743호로 농어촌특별세법이 제정되어, 같은 해 7. 1.부터 시행되었고, 이 사건 법률조항에 따라 위 시행 이후 양도된 이 사건 부동산의 경우도 그 적용을 받게 되어, 청구인은 양도소득세 감면액의 20%(이 사건에서 양도소득세의 100%를 감면 받았으므로, 결국 양도소득세액 전체의 20%가 된다)를 농어촌특별세로 징수 당하게 된 것이다.

(다) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

① 소급입법에 의한 재산권 박탈금지의 원칙 위배 여부

헌법 제13조 제2항에 “모든 국민은 소급입법에 의하여 …… 재산권을 박탈당하지 아니한다”고 규정함으로써 소급입법에 의한 재산권 박탈의 금지를 선언하고 있다. 여기서 박탈금지의 대상이 되는 재산권은 개개의 구체적인 재산권일 뿐, 경제적 능력을 의미하는 전체로서의 일반재산은 포함되지 않는다는 견해가 있을 수 있으나, 우리 헌법재판소는 납세자의 일반적 재산에 제한을 가하는 조세, 택지초과소유부담금에 관한 헌법소원에서 헌법 제13조 제2항 소정의 소급입법금지의 원칙이 적용됨을 전제로 그 위배 여부를 판단하여 왔다. 따라서 농어촌특별세법 시행 전에 임대주택을 취득하였다가 동법의 시행기간 중에 이를 양도하는 임대사업자에 대하여 농어촌특별세라는 새로운 금전적 부담을 가하는 근거조항으로서, 그의 일반적인 재산에 제한을 가하는, 이 사건 법률조항에 대하여도 헌법 제13조 제2항에 의한 심사기준이 적용된다.

소급입법은, 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지, 아니면 현재 진행 중인 사실관계에 작용하는지에 따라 “진정소급입법”과 “부진정소급입법”으로 구분되고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459 ; 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-681 ; 1999. 7. 22. 97헌바

76 등, 판례집 11-2, 175, 195 각 참조).

이 사건 법률조항은 농어촌특별세법 시행 전에 이미 그 양도되어 과세요건이 완성된 양도소득세 감면 분에 대하여 소급하여 그 일부를 농어촌특별세로 부과하려는 것이 아니라, 동법 시행 당시 보유·임대 중인 임대주택에 대하여 동법의 시행기간 중 장차 그것이 양도되면, 그에 대한 양도소득세 감면분 중 일부를 농어촌특별세로 부과하려는 것이므로, 이는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법에 해당하는 것이므로, 원칙적으로 허용되는 것이라 할 것이다.

따라서 이는 뒤에서 보는 바와 같이 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 임대주택 보유자에 대한 신뢰보호의 문제일 뿐, 소급입법에 의한 재산권 박탈의 문제는 아니므로, 이 사건 법률조항이 소급입법에 의한 재산권 박탈금지의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 하는 주장은 받아들일 수 없다.

## ② 신뢰보호의 원칙 위배 여부

이 사건 법률조항과 같은 부진정소급입법에 대하여는 위에서 본 바와 같이 신뢰보호원칙의 요청을 위반한 것인지 여부가 문제될 뿐이므로 이에 관하여 본다.

헌법상 법치국가의 원칙으로부터 신뢰보호의 원칙이 도출되는바(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 461 참조), 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 이러한 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위하여는, 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰 침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461 ; 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-683 ; 1999. 7. 22. 97헌바76 등, 판례집 11-2, 175, 195 각 참조).

이 사건 농어촌특별세는 지가상승으로 인한 불로소득에 대하여 과세되는 양도소득세가 감면되는 경우 그 감면세액 중의 일부를 징수하는 것으로 본질적으로는 불로소득인 지가상승에 대하여 과세하는 것이라 볼 수 있다. 따라서 침해받는 이익의 보호가치는 원칙적으로 크다고 할 수 없다.

또한, 농어촌특별세법 시행 전에 이미 임대주택을 보유·임대하고 있었던 임대사업자의 신뢰도 그다지 공고하다고 할 수 없으며, 양도소득세액의 20%인 세율 역시 과중하여 신뢰를 손상한 정도가 그다지 크다고 할 수도 없다. 즉 임대주택에 대한 양도소득세 감면규정이 처음 시행된 1987. 경 임대주택사업을 시작한 자는 그로부

터 5년 이상 10년 미만의 임대기간 후 이를 양도하였을 때, 그 당시의 조세감면규제법 규정에 따라 양도소득세의 50%를 면제받을 것으로 예상하였다가, 도중에 동법의 개정으로 양도소득세의 100%를 감면 받게 되었으므로, 당초의 50% 감면기대가 100% 감면기대로 늘어났던 것이, 농어촌특별세법이 제정됨에 따라 다시 80% 감면의 결과로 축소되게 된 것으로서, 감면에 대한 기대와 신뢰는 본래부터 영구적인 것이 아니라 법의 개정에 따라 신축적·잠정적인 것이라 할 것이며, 종전에 받고 있던 특혜의 정도가 축소되었을 뿐 일반의 양도소득세 납세자와 비교하여 여전히 80%라는 높은 감면의 혜택을 누린다.

한편 위와 같은 입법변천과정을 그 배경이 되는 공익적 목적과 연관지어 살펴보건대, 당초 극심한 주택부족현상을 해결하기 위한 방편으로 임대주택의 건설 및 주택의 임대를 촉진할 사회적 필요성이 대두됨에 따라 임대기간에 따라 양도소득세액의 50% 내지 100%를 감면하던 것이, 중간에 임대주택건설촉진법에 의한 임대사업자의 경우에는 임대기간의 장단을 묻지 않고 100%를 감면하는 것으로 바뀌었으며, 이후 위 법률에 의한 임대사업자의 경우에도 임대기간이 5년 이상인 경우에만 이를 감면하는 것으로 다시 바뀌는 등 입법 당시의 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 정책적인 필요에 따라 감면의 범위가 지속적으로 조정되어 오던 것이었으며, 그러던 중 이번에는 우루과이라운드 협상의 타결에 따라 농어업의 경쟁력 강화와 농어촌 산업기반시설의 확충 및 농어촌 개발사업에 필요한 재원을 조달하여야 할 시급한 필요성이 대두되자, 위 감면세액 중 일정비율을 농어촌특별세로 징수하게 됨으로써, 다시 한번 감면비율이 조정 받는 결과에 이른 것이다.

그렇다면, 농어촌특별세법 시행 전에 형성된 신뢰이익의 가치와 손상의 정도와, 농어촌특별세가 실현하고자 하는 위와 같은 시급한 공익성을 비교형량할 때, 후자가 전자보다 더 크다고 하지 않을 수 없다.

법률이 개정되는 경우에는 기존 법질서와의 사이에 크든 작든 어느 정도의 이해관계의 충돌이 불가피하기 마련이며, 특히 조세법규는 그 때 그 때의 시급한 정책적인 필요에 의하여 신속한 개정이 이루어질 수밖에 없다는 점을 아울러 고려할 때, 정책적·잠정적인 조세우대조치라 할 임대주택 양도소득세 감면제도를 시행함에 있어, 그 감면비율을 적정범위 내에서 축소 조정함으로 인하여 초래되는 신뢰의 손상은 기존의 신뢰이익에 대한 배려가 따로 없음에도 불구하고 앞에서 본 그 조정의 공익적 목적에 의하여 헌법상 그 정당성을 인정할 수밖에 없다.

#### (라) 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 소급입법에 의한 재산권박탈의 금지원칙 및 신뢰보호의 원칙에 위배되지 아니하고, 그 밖에 헌법에 위배된다고 볼 만한 사정도 없으므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

## 2. 농어촌특별세관련 판례(헌법재판소 1998.11.26. 97헌바58)

### 가. 판시사항

- [1] 소급입법의 종류와 허용범위
- [2] 법인세의 과세기간 중에 농어촌특별세법을 제정하여 법인세를 본 세로 하는 농어촌특별세를 부과하기로 하면서, 그 법 시행일 이후 최초로 종료하는 사업연도의 개시일부터 적용토록 한 것이 소급과세금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
- [3] 위와 같은 부진정소급입법이 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

- [1] 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계에 작용케 하는 진정소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 현재 진행중인 사실관계에 작용케 하는 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다.
- [2] 농어촌특별세는 법인세의 과세기간이 종료하는 때에 납세의무가 성립하는바, 농어촌특별세법 부칙 제3조 제3항은 그 시행일 이후 최초로 종료하는 사업연도의 개시일부터 적용토록 하고 있으므로 법인세 및 이를 본세로 하는 농어촌특별세의 과세기간 진행 중에 시행된 법을 과세기간 개시일에 소급하여 적용토록 하는 이른바 부진정소급입법에 해당할 뿐, 새로운 입법으로 이미 종료된 과거에 소급하여 과세하는 진정소급입법이라 할 수 없어 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항이나 소급과세금지원칙에 위반한다고 할 수 없다.
- [3] 농어촌특별세법은 우루과이라운드 협상의 타결에 따른 후속대책의 일환으로 추진되는 농어촌 개발사업 등에 필요한 재원을 조달하기 위하여 10년을 시한으로 농어촌특별세를 신설하면서도, 법인세를 본 세로 하는 농어촌특별세는 특별히 적용기간을 2년으로 단축하고 있고, 개정된 법인세법에 따라 법인세율이 종래 34%에서 32%로 인하된 것을 감안하여 그 차이인 2%만을 농어촌특별세로 부과함으로써 기업의 실질적 부담증가는 없도록 배려하고 있으므로, 비록 동법 부칙 제3조 제3항에서 그 시행일 이후 최초로 종료하는 사업연도의 개시일부터 적용토록 하고 있더라도 입법취지에서 엿보이는 공익목적의 중요성, 신뢰침해의 방법과 정도, 침해받은 신뢰의 보호가치 등을 종합적으로 비교·형량할 때 위 부칙조항이 헌법상의 신뢰보호원칙에 위반한 것이라 하기 어렵다.

### 다. 관련법령

농어촌특별세법 부칙 제3조 제3항 : 헌법 제13조 제2항 : 농어촌특별세법 제5조 제1항 제

3호 : 부칙칙 제1조, 제2조

라. 당사자 등

【청 구 인】 ○○기계공업주식회사 대표이사 이○옥

【당해사건】 서울고등법원 96구38782 농어촌특별세부과처분취소

마. 판결이유

(1) 사건의 개요와 심판의 대상

(가) 사건의 개요

① 청구인은 내연기관 발전기 및 부분품 등의 제조판매업 등을 그 사업목적으로 하고 있고, 사업연도가 매년 1.1.부터 그 해 12.31.까지로 되어 있는 법인으로서, 공장을 지방으로 이전하기 위하여 1994.8.7. 청구인 소유의 인천 북구 효성동 소재 10필지의 토지를 금 24,750,000,000원에 양도하였다.

청구인의 1994.1.1.부터 1994.12.31. 사업연도의 법인세 과세표준은, 청구인이 위 각 토지의 양도로 금 22,945,716,954원의 양도차익을 얻었으나 사업소득 부분에서 결손을 보았기 때문에 금 16,970,643,814원이 되었는데, 청구인은 농어촌특별세는 비과세 대상이라고 판단하여 이를 신고하지 아니하였다.

② 이에 부천세무서장은, 농어촌특별세법 제5조 제1항 제3호에 의하여, 1995.10.16. 청구인에 대하여, 청구인의 1994.1.1.부터 1994.12.31. 사업 연도에 대한 법인세의 과세표준 금액 금 17,012,840,344원 중 금 500,000,000원을 초과하는 금액인 16,512,840,344원을 과세표준으로 하고 세율 100분의 2를 적용하여 산출세액 금 330,256,806원을 산정하고, 여기에다가 동법 제11조에 의한 미신고 가산세 금 33,025,680원을 합산한 금 363,282,480원을 농어촌특별세로 부과·고지하였다.

③ 청구인은, 위 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(서울고등법원 96구 38782 농어촌특별세부과처분취소), 위 부과처분의 근거가 된 동법 부칙 제3조 제3항이 헌법상 보장된 법률불소급의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌심판제청신청을 하였으나, 위 법원은 그 신청을 기각하였다(97부1134). 이에 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 1997.8.14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 농어촌특별세법(1994.3.24. 법률 제4743호, 이하 “법”이라고 한다) 부칙 제3조 제3항(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)의 위헌여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법 부칙 제3조(소득세 또는 법인세를 본 세로 하는 농어촌특별세에 관한 적용례 등) ③ 제5조 제1항 제3호의 규정에 의한 농어촌특별세는 동 규정의 적용을 받는 법인의 사업연도중 이 법 시행일 이후 최초로 종료하는 사업연도의 개시일(1994

년 7월 1일부터 1994년 12월 30일까지 사업연도가 종료하는 경우에는 당해 사업연도 종료후 최초로 개시하는 사업연도의 개시일을 말한다)부터 적용하되, 그 적용기간은 2년 이내에 종료하는 사업연도 분까지로 한다.

법 제5조(과세표준과 세율)

- ① 농어촌특별세는 다음 각호의 과세표준에 해당 세율을 곱하여 계산한 금액을 그 세액으로 한다.

3. 법인세법에 의한 각 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준금액(청산소득에 대한 법인세의 과세표준금액을 포함한다) 중 5억원을 초과하는 금액법 부칙 제1조(시행일) 이 법은 1994년 7월 1일부터 시행한다.

법 부칙 제2조(유효기간) 이 법은 2004년 6월 30일까지 효력을 가진다. 다만, 제5조 제1항 제3호의 규정에 의한 농어촌특별세에 관한 규정은 1996년 12월 31일까지 효력을 가진다.

(2) 청구이유, 법원의 위헌제청신청기각 이유 및 관련기관의 의견

(가) 청구이유

- ① 이 사건 법률조항은 1994.3.24. 제정, 공포된 법의 공포일 이전에 사업연도가 개시되어 이미 소득 또는 과세원인이 발생한 부분에 대하여도 농어촌특별세(이하 “특별세”라고 한다)의 납세의무를 지을 수 있도록 하였는바, 이는 모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 아니하며, 과세원인이 발생한 이후에 제정된 법률에 의하여서는 납세의무를 지지 아니한다는 헌법 제13조 제2항에 보장된 법률불소급의 원칙에 위반된다.
- ② 특별세는 조세감면액, 특별소비세액, 주권의 양도가액, 취득세액, 경주·마권세액, 종합토지세액 등 다른 많은 세원이 있어서 법시행 첫해에 법인세를 세원으로 하는 농어촌특별세를 꼭 징수하여야 할 필요성이 없다.
- ③ 사업연도의 종료시점이 1994.12.31.이후로 되어 있는 청구인과 같은 법인의 법인세율이 2% 인하되었다 하여 그 만큼 특별세를 부과한 것은 그러한 세율인하를 믿고 사업계획을 세워 집행해온 법인세 납세의무자들의 신뢰를 깨뜨리는 것이다.

(나) 법원의 위헌제청신청기각이유

1994.3.24. 제정되어 1994.7.1.부터 시행하는 법의 부칙 제3조 제3항에 의하면, 법인의 사업연도 중 법 시행일 이후 최초로 종료하는 사업연도에 대한 특별세는 그 본세인 법인세와 함께 법 시행일 이후인 위 사업연도 종료일에 비로소 그 과세원인이 완성하고 조세의무가 성립하는 이상, 법 부칙 제3조 제3항의 규정이 과세원인이 발생하기 이전의 소득에 대하여 납세의무를 부담지움으로써 법률불소급의 원칙을 위반하였다고 보기 어렵다.

## (다) 재정경제원장관의 의견

- ① 특별세는 우루과이라운드협상 타결로 인해 여러 가지 어려움을 겪는 농어업의 경쟁력 강화와 농어촌 산업기반 시설의 확충 및 농어촌 개발사업에 필요한 재원을 조달하기 위하여 10년간 한시적으로 시행되는 목적세로서, UR협상 타결에 따라 수출 환경이 안정되어 공산품을 수출하는 대기업 등이 상대적으로 이득을 보게 되고 그동안 경제성장에 따른 혜택이 대기업 중심으로 배분된 면도 있으므로 연간 법인소득 5억원을 초과하는 대기업에 한하여 2년간 한시적으로 부과토록 하였다.
- ② 1994 사업연도 분부터 법인세가 종래 34%에서 32%로 인하되었기 때문에 그 차이인 2% 만큼 특별세를 부과기로 하였으며, 사업연도가 법 시행일인 1994.7.1.부터 1994.12.30.이전에 종료되는 법인에 대하여는 위 법인세를 인하가 적용되지 아니하므로 이에 대하여는 특별세를 부과하지 아니하였다.
- ③ 특별세의 경우 과세기간이 종료하는 때에 과세요건이 완성되어 납세자의 납세의무가 성립하는 것인바, 과세기간 중에 세법이 개정되었다 하더라도 납세의무가 성립할 때의 법에 의하여 과세토록 규정한 이 사건 법률조항이 소급과세금지의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.
- ④ 특별세의 입법취지, 이 사건 법률조항의 문면내용 등으로 볼 때 정부가 입법을 통하여 달성하려는 공익목적이 청구인이 구법질서에 대하여 기대하였던 신뢰보호의 필요성보다 크다.

## (라) 국세청장의 의견

이 사건 법률규정은 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈의 금지, 즉 법률불소급의 원칙은 물론 헌법상 법치국가원리에서 파생되는 신뢰보호의 원칙에도 각 위배되지 아니한다.

## 바. 판단

(1) 헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여……재산권을 박탈당하지 아니한다”고 규정하고 있으므로 새로운 입법으로 과거에 소급하여 과세하거나 또는 납세의무가 존재하는 경우에도 소급하여 중과세하도록 하는 것은 위 헌법조항에 위반된다(헌재 1995.3.23. 93헌바18등, 판례집 7-1, 376). 넓은 의미의 소급입법은, 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지 아니면 현재 진행중인 사실관계에 작용하는지에 따라 일용 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분되고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1995.10.26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447; 1996.2.16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 84-88).

(2) 이 사건 법률조항은 부진정소급입법에 해당한다.

국세기본법 제21조 제1항 및 그 제1호 본문에 의하면 법인세는 과세기간이 종료하는 때에 납세의무가 성립하고, 동항 제10의4호에 의하면 농어촌특별세는 본 세의 납세의무가 성립하는 때에 납세의무가 성립하며, 법인세의 경우 사업연도가 법인세 과세소득의 시간적 단위가 된다. 이 사건에서 청구인의 1994년도 사업연도는 1994.1.1.부터 같은 해 12. 31.까지 이므로, 청구인의 1994년도 법인세 및 법인세를 본 세로 하는 농어촌특별세의 납세의무는 1994.12.31. 성립된다.

그런데 법은 1994.3.24. 공포되어 부칙 제1조에 의하여 같은 해 7.1.부터 시행되며, 이 사건 법률조항은 그 시행일인 1994.7.1.이후 최초로 종료하는 사업연도의 개시 일부부터 적용토록 하고 있다. 청구인의 경우 그 사업연도는 1994.12.31. 종료되므로 과세기간 개시일인 1994.1.1.에 소급하여 법의 적용을 받게 된다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 법인세 및 이를 본 세로 하는 농어촌특별세의 과세기간 진행 중에 개정, 시행된 법을 과세기간 개시일에 소급하여 적용토록 하고 있으므로 이른바 부진정소급입법에 해당할 뿐, 새로운 입법으로 이미 종료된 과거에 소급하여 과세하는 진정소급입법이라 할 수 없으므로 입법방식 그 자체로 헌법 제13조 제2항이나 소급과세금지 원칙에 위반된다고는 할 수 없다. 그러나 이 사건 법률조항과 같은 부진정소급입법에 대하여는 위에서 본 바와 같이 법치국가원리에서 도출되는 신뢰보호원칙의 요청을 위반한 것이 아닌지 검토되어야 하므로 이에 관하여 본다.

(3) 신뢰보호원칙의 위반여부는 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적을 종합적으로 비교형량하여 판단하여야 한다(헌재 1995.10.26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461).

(가) 법은 우루과이라운드 협상의 타결에 따른 후속대책의 일환으로 추진되는 농어업의 경쟁력 강화와 농어촌 산업기반시설의 확충 및 농어촌 개발사업에 필요한 재원을 조달하기 위하여(법 제1조) 1994년 7월 1일부터 10년간 한시적으로 특별세를 신설하였다(법 부칙 제2조 본문). 그러면서도 법인세를 본 세로 하는 특별세는 다른 경우와 달리 특별히 적용기간을 2년으로 단축하고 있으며(법 부칙 제2조 단서), 법인세의 과세표준금액이 5억원을 초과하는 경우에만 그 초과부분을 과세표준으로 하여 부과토록 함으로써 중소기업에게는 특별세의 부담을 지우지 않고 있다. 또한 1993.12.31. 법률 제4664호로 개정된 법인세법 제22조 제1항에 따라 법인의 법인세율이 종래 34%에서 32%로 인하된 것을 감안, 그 차이인 2%만을 특별세로 부과함으로써 기업의 실질적 부담증가는 없도록 배려하였다.

(나) 납세의무자로서는 구법질서에 의거하여 적극적인 신뢰행위를 하였다든가 하는 사정이 없는 한 원칙적으로 세율 등 현재의 세법이 과세기간 중에 변함없이 유지되



리라고 신뢰하고 기대할 수는 없다. 그렇게 되면 국가 조세·재정정책의 탄력적·합리적 운용이 불가능하기 때문이다.

이런 점에서 볼 때, 1994 사업연도부터 법인세율의 2% 인하를 믿고 사업계획을 세워 소득활동을 한 경우 이 사건 법률조항으로 인한 신뢰침해가 전혀 없다고 할 수는 없다 하더라도, 그 신뢰보호의 가치는 그다지 크다고 할 수 없다. 법인세를 본세로 하는 특별세의 과세원인은 법인의 소득활동이고 이는 법인세의 부담을 수반하는 것이며, 특별세는 법인세에 부가되는 종속적인 것이므로, 구법상 특별세의 부담이 없었다 하여 그것이 영리법인의 통상적 행위인 소득활동에 대한 적극적 유인(誘因)이 되었다거나 이를 좌우하는 결정적 변수로 작용하였다고는 보기 어렵고, 따라서 법인이 통상적 소득활동을 하였다는 점만으로는 구법질서에 터잡은 적극적인, 보호할만한 가치 있는 신뢰행위가 있었다고 인정할 수 없기 때문이다(더욱이 이 사건 청구인의 경우 법인세 및 특별세의 실질적 과세원인은 부동산 양도로 인한 양도차익인데, 그 부동산양도는 법시행일 이후인 1994.8.에야 비로소 이루어졌다).

- (다) 그렇다면 이 사건 법률조항은 위 입법취지에서 엿보이는 공익목적의 중요성, 신뢰침해의 방법과 정도, 침해받은 신뢰의 보호가치 등을 종합적으로 비교·형량할 때 헌법상의 신뢰보호원칙에 위반한 것이라고까지 하기는 어렵다.
- (라) 이 사건 법률조항이 비록 헌법에 위반되는 것은 아니라 할지라도 입법론적으로 바람직한 것은 아니다. 과세기간 중에 세법을 국민에게 불리한 쪽으로 개정할 때에는 과거에 시작되어 진행 중인 과세기간에까지 신법을 적용할 것이 아니라, 개정법 시행일 이후에 개시되는 과세기간부터 적용토록 하는 것이 국민의 경제생활의 예측가능성과 법적 안정성을 보다 잘 보장하는 길이 될 것임을 지적해 둔다.

## 사. 결론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 아래 5.와 같이 주문표시에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

## 第4節 農漁家負債輕減에 관한特別措置法

### I. 農漁家負債輕減에 관한特別措置法の 概要

농어가부채경감에 관한 특별조치법은 농어가의 금융부담을 완화함으로써, 농어업의 경영비를 절감하고 농어가의 부채상환부담을 경감할 목적으로 농어가의 부채를 획기적으로 경감하기 위하여 1989.12.30 법률 제4172호로 동법을 제정하게 되었고, 이후 2차에 걸쳐 개정되었다.

농어가부채경감에 관한 특별조치법은 총 6조로 되어 있는 바, 제3조에서 경지면적 2헥타르 미만 농가와 이에 준 하는 어가 및 양축가의 농어가부채중 상환기간이 2년이상인 중장기자금은 이 법 시행 일부터 5년동안 거치 후 5년동안 균등 분할하여 상환한다. 다만, 이미 융자받은 자금의 상환기간이 5년 거치 후 5년 균분상환보다 길거나 유리한 때에는 그 융자조건에 따르도록 하는 등 중장기자금의 이자감면 및 상환연기를 규정하고 있고, 제4조에서는 경지면적 2헥타르 미만 농가와 이에 준 하는 어가 및 양축가의 부채중 상호금융자금 차입금은 이 법 시행 일부터 3년동안 거치 후 7년동안 균등 분할하여 상환하도록 하는 등 상호금융차입금의 이자감면 및 상환연기를 규정하고 있고, 제5조에서는 특별 지원하는 대상 농어가·양축가의 심사 등에 대하여 제6조에서는 이차보전에 대하여 규정하고 있다.

### II. 農漁家負債輕減에 관한特別措置法에 관한 判例

농어가부채경감에 관한 특별조치법에 대해서는 구체적인 판례를 발견하지 못하였다. 법 자체가 어쨌든 농어민에게는 혜택을 주는 내용이므로 농어민이 당사자가 되어 소송을 하는 경우는 거의 없을 것으로 판단되고 다만 농어가부채경감을 위한 보다 효과적이고 실질적인 입법을 청원하는 것은 가능할 것이나 입법청원 자체가 한계를 가지고 있고 소송으로 입법을 촉구할 수 있는 방법이 현행법제상 없으므로 헌법소원이나 행정소송 중 부작위 위법확인 소송 등을 시도해 볼 수는 있을 것이나 실효성은 없어 보인다.

## 第 2 章 農業協同組合法

### I. 農業協同組合法의 概要

#### 1. 制定경위

구 농업협동조합법은 1957. 2.14. 법률 제436호로 제정되었으나, 1961. 7.29 법률 제670호로 구 농업협동조합법과 농업은행법을 폐지하고 이를 통합한 농업협동조합법을 다시 제정하였고, 그 후 1980.12.31. 법률 제3300호로 축산업협동조합이 농업협동조합에서 분리되고, 1988. 12. 31. 법률 제4080호로 조합장 직선제와 중앙회장 선거제가 도입되는 등 20여회 이상 크고 작은 개정이 이루어지다가 1993. 12. UR 타결과 함께 농업협동조합법(이하 농협법이라 한다)의 개정이 논의되다 1998. 4. 농림부, 농협, 농민단체, 학계 등 대표로 협동조합개혁위원회가 구성되어 같은 해 7. 최종보고서가 농림부장관에게 제출되고 1999. 3. 8. 농협등 개혁방안이 발표되고 같은 해 9. 7. 논란 끝에 법률제6018호로 이전의 농협법과 축산업협동조합법(이하 축협법이라 한다), 인삼협동조합법을 폐지하고 축산업협동조합과 인삼협동조합을 통합하는 통합농협법이 제정되어 2000. 7. 1.부터 시행되었다. 이후 관련법의 개정예 따라 5차에 걸쳐 개정이 이루어졌다.

#### 2. 농협법의 주요내용

통합농협법은 제1장 총칙, 제2장 지역농업협동조합(목적과 구역, 설립, 조합원, 기관, 사업, 회계, 합병·분할·조직변경·해산 및 청산, 등기), 제3장 지역축산업협동조합, 제4장 품목별·업종별협동조합, 제5장 농업협동조합중앙회(통칙, 기관, 임원과 직원, 사업, 중앙회의 지도·감사, 우선출자, 농업금융채권, 회계, 준용규정), 제6장 감독, 제7장 벌칙 등 총 7장, 174조와 부칙으로 이루어져 있다. 통합농협법 제정의 가장 큰 특징은 농업협동조합(이하 농협이라 한다)과 축산업협동조합(이하 축협이라 합니다), 인삼협동조합을 통합하고 신용사업과 경제사업을 분리하는 대신에 중앙회 내에 독립사업부를 두어 농업경제대표이사, 축산경제대표이사 및 신용대표이사를 둔 점이라 할 것이다.

이하에서는 개정된 내용을 중심으로 농협법의 주요내용을 간단히 살펴보고자 한다.

제1장 총칙에서는, 농협법에 의한 농협이 아닌 자의 협동조합 명칭의 사용을 제한하고

(제3조), 협동조합에 특수법인으로서의 법인격을 부여하고(제4조), 조합원에 대한 최대봉사 원칙과 영리행위 등의 금지를 재천명하고(제5조) 논란에도 불구하고 조합과 중앙회의 공직 선거에의 관여를 금지하고 있고(제7조), 조합과 중앙회의 업무 및 재산에 대하여 조세외의 부과금을 면제를 규정하고(제8조) ICA7대원칙 중 하나인 협동조합간 협동을 규정하고(제10조) 있다.

제2장 지역농업협동조합을 보면, 같은 구역안에서는 2 이상의 지역농협을 설립할 수 없도록 하고 있으며(제14조), 당해 구역안의 20인이상의 조합원자격을 가진 자가 발기인이 되어 정관을 작성하고 창립총회의 의결을 얻은 후 농림부장관의 인가를 받아 조합을 설립하도록 함으로써 조합설립에 있어 인가주의를 채택하고(제15조), 조합원의 자격을 지역농협의 구역안에 주소나 거소 또는 사업장이 있는 농업인으로 하고, 2이상의 지역농협에 가입할 수 없도록 하면서 영농조합법인 및 농업회사법인이 지역농협의 조합원이 될 수 있는 길을 열어놓고 있고(제19조) 제21조 내지 제32조에서 조합원의 권리와 의무, 가입과 탈퇴에 대해 규정하고 있고(제29조에서는 이사회는 조합원의 전부 또는 일부를 대상으로 자격심사를 할 수 있도록 하여 자격없는 조합원을 탈퇴시킬 수 있도록 하고 있다), 조합원이 총회의 의결이나 임원선거 등에 대해 취소 또는 무효확인을 농림부장관에게 청구하거나 이를 청구하는 소를 제기할 수 있도록 하면서 농림부장관에게 청구하는 때에는 의결일 또는 선거일부터 1월 이내에 조합원 300인 또는 100분의 5이상의 동의를 얻어 청구할 수 있도록 하고 상법 제376조 내지 제381조의 규정을 준용하도록 함으로써 조합원에게 상법상의 소수주주권에 비견되는 권리를 인정하고 있고(제33조), 총회등과 관련하여서도 조합원 500인 또는 100분의 10 이상의 동의를 얻어 총회의 소집을 조합장에게 청구할 수 있도록 하고 있고(제36조) 조합원 300인 또는 100분의 5 이상의 동의를 얻어 조합장에 대하여 서면으로 일정한 사항을 총회의 목적사항으로 할 것을 제안할 수 있도록 하면서 상법 제363조의2의 규정을 준용하도록 하고(제39조), 조합원 300인 또는 100분의 5 이상의 동의를 얻어 회계장부 및 서류 등의 열람 또는 사본의 교부를 청구할 수 있고, 농협의 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있다고 의심이 되는 사유가 있는 때에는 조합원 300인 또는 100분의 5 이상의 동의를 얻어 지역농협의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 법원에 감사인의 선임을 청구할 수 있도록 하여(제65조) 소수조합원권을 강화하여 인정하고 있다.

그리고 정관변경, 조합원의 제명 등은 조합원 과반수의 출석과 출석조합원 3분의 2이상의 찬성으로 의결하고(제38조), 해산·합병·분할 또는 품목조합으로의 조직변경은 조합원 과반수의 투표와 투표조합원 3분의 2이상의 찬성으로 의결할 수 있도록 하여 특별의결요건의 완화하고 있고, 이사회 및 임원과 관련하여 이사수는 7인-25인으로 확대하였고, 이사 중 3분의 2이상이 조합원이어야 한다고 규정하여 3분 1 범위내에서 외부전문가등 비조합원

이사를 둘 수 있도록 하고, 감사 중 1인을 상임감사로 할 수 있는 근거를 마련하였고(제45조), 임원은 선거일공고일 현재 조합에 대하여 50좌이상(개정전 20좌)의 납입출자를 2년 이상(상임인 조합장의 경우에는 5년이상, 개정전 2년이상) 계속 보유하도록 하고(제49조), 상임임원은 고의 또는 과실(비상임임원은 고의 또는 중대한 과실)로 인해 조합에 끼친 손해에 대해서도 배상책임을 지도록 함으로써(제53조) 임원의 자격요건과 책임을 강화하였고, 조합장을 비상임명예직과 상임조합장으로 구분하면서(제46조) 조합장 선출방법을 조합원이 투표로 선출하거나 대의원에서 선출하거나 이사회가 이사 중에서 선출하는 방법 중 택일할 수 있도록 하고(제45조) 조합장 선거방식 변경을 전체조합원의 특별결의사항에서 대의원회의 특별결의사항으로 완화함으로써 조합실정에 맞는 선거방식으로의 변경을 용이하게 하여 조합장 선출방식을 다양화하고 있다.

사업과 관련하여서는 지역농협이 교육·지원사업, 경제사업, 신용사업, 공제사업 등 제반 사업을 실시하도록 하고(제57조) 비조합원이 조합원의 이용에 지장이 없는 범위 안에서 조합의 사업을 이용할 수 있도록 하며(제58조) 조합원에게 협동조합의 운영원칙과 방법에 대한 교육을 실시하도록 의무를 지우고 있다(제60조). 회계부분은 각 회계단위별, 사업부문별로 독립채산제를 실시하도록 하고 있다.

제3장 지역축산업협동조합에서는 목적 등 지역농협과 차별성이 있는 부분을 제외하고는 대부분 지역농협의 규정을 준용하도록 하고 있다.

제4장 품목별·업종별협동조합에서는 정관이 정하는 품목이나 업종의 농업 또는 정관이 정하는 한우사육업, 낙농업, 양돈업, 양계업 기타 대통령령이 정하는 가축사육업의 축산업을 경영하는 조합원에게 필요한 기술·자금 및 정보 등을 제공하고, 조합원이 생산한 농축산물의 판로확대 및 유통원활화를 도모함으로써 조합원의 경제적·사회적·문화적 지위향상을 증대함을 목적으로 품목별·업종별조합을 설립할 수 있도록 하고 지역농협과 차별성이 있는 부분을 제외하고는 대부분 지역농협의 규정을 준용하도록 하고 있다(제108조)

제5장 농업협동조합중앙회를 보면, 앞에서 본 바와 같이 농협과 축협 인삼협동조합을 통합하고(위 각 협동조합중앙회는 부칙 제6조에서 별도의 해산절차 없이 통합농협법의 시행과 동시에 해산된 것으로 보고 있다), 중앙회의 회장은 중앙회를 대표하되 사업전담대표이사가 대표하는 업무에 대하여는 그러하지 아니하고 농업경제대표이사, 축산경제대표이사 및 신용대표이사가 각 소관업무를 전담하여 처리하고 그 사업에 대하여 중앙회를 대표하도록 하고 있다(제127, 128조) 중앙회의 해산에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하고 있으나(제121조) 별도의 법은 아직 제정되지 않았다.

중앙회장은 교육·지원사업, 의료지원사업, 사업전담대표이사간의 이견조정, 기타 사업전담대표이사의 업무에 속하지 않는 업무등이고(제127조), 중앙회장은 임기 4년의 농업경

제대표이사과 신용대표이사후보를 추천하고 이를 대의원회의 동의를 얻어 임명하고, 직원을 임면하되, 승진·전보는 사업전담 대표이사가 각각 담당한다.

그리고 품목조합이 그 권익증진을 도모하고 공동사업의 개발을 위하여 5개 이상의 품목조합을 회원으로 하는 품목조합연합회를 설립할 수 있는 근거조합을 두고 있는데, 전국단위의 연합회를 결성하기 위해서는 전국의 동일 품목조합의 3분의 2이상이 참가하여야 한다(제138조). 그리고 중앙회의 사업은 은행법에 의한 은행업무, 신탁 및 신용카드 업무 등으로 확대되었고 은행법과 한국은행법을 원칙적으로 적용하도록 하고 있다.

나아가 중앙회장이 회원을 지도하며 필요한 규정 또는 지침을 정할 수 있도록 하고 회원의 경영상태를 평가하고 그 결과에 따라 당해 회원에게 경영개선, 합병권고 등의 필요한 조치를 요구할 수 있도록 하고(제142조), 회장 소속하에 회원의 업무를 지도·감사할 수 있도록 조합감사위원회를 두도록 하여(제143조) 조합감사결과 당해회원에게 시정 또는 업무의 정지, 관련 임원에 대한 개선, 직무의 정지, 견책 또는 변상, 관련 직원에 대한 징계면직, 정직, 감봉, 견책 또는 변상 등의 조치를 할 것을 요구할 수 있도록 함으로써(제146조) 중앙회장의 조합에 대한 지도감사를 강화하고 있다.

통합농협법의 제정과 관련하여 가장 큰 쟁점이 되었던 중앙회의 신용사업과 경제사업의 분리추진문제에 대해서는 농림부장관이 협동조합에 관하여 국제적으로 권위있는 연구기관에 중앙회의 신용사업과 경제사업의 분리의 타당성 등을 검토하기 위한 연구를 의뢰하고, 그 결과를 법 시행후 2년 이내에 국회에 제출하며, 농림부장관은 연구보고서를 국회에 제출한 날로부터 2년 이내에 연구결과에 따른 조치를 시행하도록 하고, 법 공포와 동시에 신용사업과 경제사업을 분리하기 위하여 정부, 협동조합관계자, 농업인대표 및 학계전문가로 구성된 협의기구를 설치하도록 하여(부칙 제16조) 신용사업과 경제사업을 분리할 수 있는 근거규정을 두는 것으로 정리되었다.

제6장 감독을 보면, 농림부장관은 부실한 조합에 경영지도를 실시할 수 있고, 이 권한은 중앙회장에게 위탁할 수 있고(제166조), 일정요건하에서 조합에 대하여 설립인가를 취소하거나 합병을 명할 수 있도록 함으로써(제167조) 농림부장관의 조합에 대한 감독권을 강화하고, 금융감독위원회도 대통령이 정하는 바에 따라 조합의 신용사업에 대하여 그 경영의 건전성 확보를 위한 감독을 하고 이에 필요한 명령을 할 수 있도록 함으로써(제162조) 금융감독위원회의 조합에 대한 감독권이 강화되었고, 중앙회에 대해서도 역시 포괄적인 감독권은 농림부장관이 수행하되, 신용사업에 대하여 금융감독위원회의 감독권이 강화되었다(제162조).

## II. 農業協同組合法에 관한 判例

### [1] 農業協同組合法에 관한 判例의 概要

농업협동조합법 판례에 대해서는 통합 농협법의 조문에 따라 검토하고, 협동조합과 관련된 그간의 헌법재판소 결정례는 별도로 정리하고자 한다. 형사판례는 벌칙부분에서 정리하는 것으로 한다.

### [2] 條文別 判例 整理 및 解說

#### 1. 제3조(명칭)에 관한 판례(대법원 1981.5.30. 81마83)

##### 가. 판시사항

낙농협동조합이 농지담보법에 의한 농지저당기관이나 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법에 의한 금융기관인지의 여부(소극)

##### 나. 판결요지

농업협동조합법상의 특수농업협동조합인 낙농협동조합은 여신업무를 취급할 수 없으므로 농지담보법에 의한 농지담보기관이나 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법에 의한 금융기관이라고 할 수 없다.

##### 다. 관련조문

구 농업협동조합법 제2조, 제125조, 농지담보법 제3조,  
금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제2조

##### 라. 당사자 등

【재항고인】 충남 낙농협동조합

【원심판결】 청주지방법원 1981.1.19. 고지 80라16 결정

##### 마. 판결이유

농지담보법 제3조(농지저당기관)와 같은 법 시행령 제1조(농지저당기관)에 의하면 같은

법에 의하여 농지저당기관이 될 수 있는 자는 농업협동조합, 농업협동조합중앙회와 수산업협동조합이라 할 것이고, 농업협동조합법 제2조 제1항과 같은 법 제4장에 의하여 농업협동조합은 단위농업협동조합과 함께 재향고인 조합과 같은 특수농업협동조합을 포함하기는 하나, 한편 같은 법 제125조에 의하면 특수농업협동조합의 사업내용에는 신용사업을 포함하고 있지 아니하고, 또한 농지담보법 제1조(목적)에 의하면 같은 법은 농지를 담보로 제공하여 농업자금을 원활히 조달하게 하여 농가경제의 향상을 도모함을 목적으로 하고 있으며, 같은 법 제6조(선이자 및 복리금지)에 의하면 농지저당기관은 같은 법에 의한 대부금에 선이자를 받거나 이자를 원금에 가산할 수 없다고 규정하고 있어 이에 비추어 보면 여신업무를 취급할 수 없는 재향고인 조합은 농지담보법에 의한 농지저당기관이 될 수 없고, 따라서 같은 법 제4조의 규정하는 바에 의하여 그 담보농지를 인수할 수 있으려면 그 경매절차가 농업자금으로 대부한 채권을 피담보채권으로 하는 저당권에 기한 것이어야 하고 이 사건에 있어서와 같이 농업자금으로 대부한 채권도 아닌 물품외상대금 채권을 피담보채권으로 하는 근저당권에 기한 경매절차에 있어서는 이를 적용할 수 없다 할 것이다.

## 2. 제4조(법인격등)에 관한 판례(대법원 1976.3.23.. 75다2304)

### 가. 판시사항

채권자가 군농업협동조합 직원을 채무자로 하고 농업협동조합 중앙회를 제3채무자로 하여 발부받은 퇴직금 압류 및 전부명령의 효력

### 나. 판결요지

시군농업협동조합은 그 업무에 관하여 농업협동조합 중앙회의 지도 조정 감독을 받지만 그의 독자적인 기구와 재정부담 아래 목적사업을 수행하고 있는 별개의 법인이어서 군농업협동조합의 직원은 특단의 사정이 없는 한 위 군농협에 대하여 퇴직금을 청구할 수 있을 뿐 위 중앙회에 대하여 직접 이를 청구할 수는 없으므로 채권자가 군농업협동조합의 직원을 채무자로 하고 위 중앙회를 제3채무자로 하여 발부받은 퇴직금압류 및 전부명령은 위 중앙회에게 효력이 없다.

### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 최○환

【피고, 피상고인】 농업협동조합중앙회

【원심판결】 대구지방법원 1975.11.26. 선고, 75나278 판결



## 라. 판결이유

원심은 피고 농업협동조합 중앙회와 그 회원조합인 시군농업협동조합은 별개의 법인이고 시군조합은 그 업무에 관하여 중앙회의 지도, 조정, 감독을 받을지언정 중앙회와는 별도로 독자적인 기구를 두고 그의 재정부담 아래 목적사업을 수행하고 있는 것이므로 소외 김○학이가 피고 중앙회의 직원이 아니고 경산군농업협동조합의 직원이었던 이상 특단의 사정이 없는 한 후불적임금의 성질을 가진 퇴직금에 관하여는 그 사용자인 위 경산군농협에 대하여 청구할 수 있을 뿐 피고 중앙회에 대하여 직접 이를 청구할 수는 없다고 판단하고 피고 중앙회 안에 소론 퇴직급여 및 재해보상기금제도가 설치되어 있다고 해서 위 김○학이가 바로 피고 중앙회에 대하여 퇴직금 채권을 가지게 된다고 볼 수도 없다고 판단하고 따라서 원고가 위 김○학을 채무자로 하고 피고 중앙회를 제3채무자로 하여 발부받은 이 사건 압류 및 전부명령은 피고에게 효력이 없다고 인정하여 원고의 청구를 배척하고 있다.

이 기금은 피고 중앙회와 회원조합들이 이에 가입하여 그 소속 직원들의 퇴직금등에 공여될 자금을 한데 모아서 공동으로 운영관리 하기 위하여 피고 중앙회내에 이를 설치하되 별도의 회계를 두어 기금운용위원회가 그 운용을 담당하며 각 가입회원조합이나 중앙회에서 퇴직급여금을 지급할 사유가 생겼을 때에는 중앙회 소속 직원에 대하여는 일정한 서식에 의하여 기금에서 직접 퇴직자 본인에게 이를 지급하나 그외의 회원조합 소속 직원에게는 그 소속장의 지급위임 없이는 이를 직접 지급하지 아니하고 그 회원조합이 전금을 받아서 이를 지급하도록 되어있음을 알 수 있다.

그렇다면 이 기금제도가 있다고 해서 소속장의 위임도 없이 바로 위 김○학이가 피고 중앙회에 대하여 퇴직급여청구권을 갖는다고 할 수는 없을 것이므로 같은 취지의 원심판단은 정당하여 여기에 소론과 같은 채증법칙의 위배나 판단유탈 내지는 법리오해 등의 위법사유가 있다고 할 수 없고 이와 다른 견해에 입각한 상고논지는 채용될 수 없다 할 것이다.

### 3. 제5조(최대봉사의 원칙)에 관한 판례

#### 가. 대법원 1969.3.25.. 68다1560

##### (1) 판시사항

농협의 도정공장 양도와 경업금지의무

##### (2) 판결요지

농업협동조합이 도정공장을 양도했다 하더라도 동조합은 양수인에 대하여 상법 제41조에 의한 경업금지 의무는 없다.

##### (3) 관련조문

농업협동조합법 제5조, 상법 제41조

(4) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 방○룡

【피고, 피상고인】 양서농업협동조합

(5) 판결이유

원고는 주소지에서 신흥 정미소라는 상호로 도정업을 하던중 1966.6.4 위 정미소의 건물과 시설일체를 대금 70만원에 피고에게 매도하였다가 그해 11.5 이를 동액으로 다시 매수하여 운영중인데, 피고는 1967.7경 동소에 새로 정미소를 설치하고 도정을 하고 있다는 것인 바, 상법상의 영업양도에 관한 규정은 양도인이 상인이 아닌 경우에는 적용할 수 없고, 또 농업협동조합법 5조 2항에 의하면, 동 조합은 영리나 투기사업을 하지 못하게 되어 있으므로 동 조합을 상인이라 할 수 없고 따라서 동 조합이 도정공장을 양도하였다 하더라도 동 조합은 양수인에 대하여 상법 41조에 의한 경업금지 의무는 없다할 것이므로 설사 소론과 같이 피고가 사실상 영업행위를 하고 있다 하더라도 원고는 피고에 대하여 경업금지 청구권이 없으니 이를 전제로 한 원고의 청구를 배척한 원판결은 정당하다.

나. 대법원 1978.2.14.. 77누250

(1) 판시사항

농업협동조합이 법인세법상의 “비영리 내국법인”에 해당하는지 여부

(2) 판결요지

농업협동조합은 법인세법 제1조에서 말하는 “비영리내국법인”에 해당하지 아니한다.

(3) 관련조문

구 농업협동조합법 제1조, 제5조 제2항, 제117조, 제67조, 제83조, 법인세법 제1조

(4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 울주군농업협동조합

【피고, 상 고 인】 울산세무서장

【원심판결】 대구고등법원 1977.9.8 선고 76구181 판결

(5) 판결이유

농업협동조합법 (1976.12.31 공포 법률 제2963호로 개정되기 전의 농업협동조합법을 말한다. 이하 같다)은 농민의 자주적인 협동조직을 통하여 농업생산력의 증진과 농민의 경제

적, 사회적 지위향상을 도모함으로써 국민경제의 균형있는 발전을 기함을 목적으로 한다(제1조)고 규정하여 농업협동조합의 설립목적을 규제하고 있고 또, 조합은 영리적, 투기적 업무를 하지 못하도록 규정(제5조 2항, 1976.12.31 공포 법률 제2963호에 의하여 동조합 중 '영리적, 투기적 업무'가 '영리 또는 투기를 목적으로 하는 업무'로 개정되었다)하고 있으나 한편 제111조에 의하면 조합은 그 목적달성을 위하여 구매사업, 판매사업, 신용사업 등의 수익사업을 할 수 있고, 제117조, 제67조에 의하면 조합의 회계년도에 있어서의 손실을 보전하며 법정적립금, 사업준비금 및 이월금을 공제하고 잉여금이 있으면 정관의 정하는 바에 의하여 연5푼을 초과하지 아니하는 범위내에서 불입출자액에 따라 조합원에게 배당하고 그리고도 잉여가 있을 때에는 조합원의 사업이용분량의 비율에 의하여 이를 배당한다(위 법률제2963호에 의하여 제67조 제3항중 '연5푼'이 '연10푼'으로 '범위내'가 '범위안'으로 개정되었다)고 규정하고 있으며, 제117조, 제83조에 의하면 조합해산의 경우에 청산잔여재산은 정관의 정하는 바에 의하여 처분하도록 규정하고 있으므로 이러한 조문들을 검토하여 보면 농업협동조합은 동법에 규정한 외의 영리적, 투기적 업무를 할 수 없는 것이라고 해석될 뿐이어서 동법에 의하여 설립된 원고조합이 법인세법 제1조에서 말하는 '특별법에 의하여 설립된 법인으로서 민법 제32조의 규정에 의한 법인과 유사한 설립목적'을 가진 법인' 즉 법인세법에서 말하는 '비영리내국법인'에 해당한다고 할 수는 없는 것이라고 할 것이다.

#### 다. 대법원 1992.3.10.. 91누5273

##### (1) 판결요지

단위농업협동조합도 그 자체의 영리를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 조합원의 사업(영농)과 생활에 필요한 물자인 석유를 조합원에게 공급하기 위하여 석유사업법 소정의 허가를 받아 주유소 등을 경영할 수 있다고 한 사례.

##### (2) 관련조문

구 농업협동조합법 제5조 제2항, 제13조 제2항, 제58조 제1항

##### (3) 당사자 등

【원고, 피상고인】 효돈농업협동조합

【피고, 상고인】 서귀포시장

【원심판결】 광주고등법원 1991.5.16. 선고 90구1167 판결

##### (4) 판결이유

원심은, 원고조합의 정관에서는 사업의 종류를 구체적으로 규정(제5조 제1항 제2호에 농업협동조합법 제58조 제1항 제2호와 같은 내용이 규정되어 있다)한 다음, 비조합원에게는 조합원의 이용에 지장이 없는 범위안에서 제5조에 규정한 사업을 이용하게 할 수 있되, 비

조합원의 사업이용량은 당해 회계연도 사업량의 3분의1을 초과할 수 없도록 규정(제69조)하고 있는 사실, 원고조합 관내의 조합가입 농민은 전주민의 70%정도인 사실, 원고조합이 경영하는 유류일반판매소에서 공급하는 유류의 총량은 조합원 수요의 41%에 불과한 사실 등을 인정한 다음, 농업협동조합법 제1조 제5조 제2항 제58조 제1항 제2호 제59조 제1항 제69조와 석유사업법 제12조 제1항 및 같은 법시행령 제9조 등 관계법령의 규정내용에 비추어 보면, 원고와 같은 단위농업협동조합은 조합원의 농업생산력의 증진과 농민의 경제적 사회적 지위향상을 도모할 목적으로, 농업협동조합법 제58조 제1항 제2호 및 원고조합의 정관 제5조 제1항 제2호 소정의 구매사업(조합원의 사업과 생활에 필요한 물자의 구매, 운반, 보관, 가공과 공급)으로, 조합원의 사업(영농)과 생활에 필요한 물자인 석유를 조합원들에게 공급하기 위하여 유류의 일반판매소나 주유소를 경영하는 것도, 원고조합 자체의 영리를 목적으로 하는 것이 아닌 이상, 석유사업법 및 같은 법시행령에 따라 허가를 받으면 가능하다고 할 것이고, 석유사업법 소방법 농업협동조합법 등 관계법령에 의하여 단위농업협동조합이 동력자원부장관에게 신고한 후 주유 설비를 설치하여 휘발류 등의 석유류를 판매할 수 있다고 하여, 위와 같은 결론이 달라질 수 없는 것이라는 취지로 판단하였는바, 원심의 위와 같은 인정판단은 정당한 것으로 수긍이 된다.

**라. 대법원 1992.4.21.. 92마103**

(1) 판시사항

- (가) 농업협동조합이 영리 또는 투기를 목적으로 하거나 그 기본재산으로 삼으려는 의도로 경매부동산의 경매신고를 한 행위가 당연무효인지 여부(소극)
- (나) 농업협동조합이 경매부동산을 취득함에 있어서 농업협동조합법 제58조제1항 제13호 소정의 승인을 받아야 하는지 여부(소극)

(2) 판결요지

- (가) 농업협동조합이 영리 또는 투기를 목적으로 하거나 그 기본재산으로 삼으려는 의도로 경매부동산의 경매신고를 하였다 하더라도 영리 또는 투기목적의 업무 금지를 규정하고 있는 농업협동조합법 제5조 제2항과 기본재산의 취득과 처분이 이 사회의 의결사항이라고 규정한 같은 법 제45조 제4항이 강행법규라 볼 수 없어 이를 당연무효라고 할 수 없다.
- (나) 농업협동조합법 제3조, 제14조, 제58조, 제173조에 의하면 조합원의 농업생산력의 증진과 경제적, 사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 하는 법인인 농업협동조합은 그 목적을 달성하기 위하여 구매사업, 판매사업, 이용사업등 같은 법 제58조 제1항 각 호가 정하고 있는 사업들을 수행할 수 있다는 것이므로 위 사업들을 수행하기 위하여 업무용부동산도 당연히 취득할 수 있다고 보아야 할 것이며 또 같은 법에서 제한적으로 열거하고 있는 사업 이외의 사업을 행한다 할지라도 조합에는

효력이 없고 조합의 임원이 사업목적 외에 자금을 사용할 때는 형사처벌을 받도록 되어 있는 점에 비추어 볼 때 위 조합이 경매부동산의 경매신고를 한 것은 결국 같은 법에서 정하고 있는 사업들을 수행하기 위한 것이라고 보아야 할 것이므로 위 조합이 경매부동산을 취득함에는 같은 법조항 제13호가 정하고 있는 주무부 장관의 승인을 받아야 할 필요가 없다.

(3) 관련조문

구 농업협동조합법 제5조 제2항, 제45조 제4항, 제58조 제1항

(4) 당사자 등

【재항고인】 정○철 외 1인

【원심결정】 수원지방법원 1991.12.31. 자 91라60 결정

마. 대법원 1993.5.14.. 92누10630

(1) 판시사항

(가) 농업협동조합법 제5조 제2항 소정의 “영리 또는 투기 목적의 업무”의 의미

(나) 농업협동조합이 석유류를 조합원들에게 공급하기 위하여 주유소 등을 경영할 수 있는지 여부(한정적극)

(다) 농업협동조합의 주유소경영에 따른 영리성 여부를 판단함에 있어 과세유류에 대한 조합원과 비조합원 간의 공급량 비율에 대한 실지자료가 없으므로 조합원 소유의 가정용 유류사용기기의 추정사용량에 의하여 그 비율을 추산한 원심의 조치를 수긍한 사례

(2) 판결요지

(가) 농업협동조합법 제5조 제2항이 금지하는 “영리 또는 투기 목적의 업무”라고 함은 조합 자체의 이윤획득 또는 잉여금 배당목적의 업무를 말하고 이는 구성원인 조합원을 대상으로 하여 조합의 영리목적으로 사업을 해서는 안 되는 것과 조합원과 관계없는 사업경영으로 조합 자체의 영리를 도모하는 것을 금지하는 취지라고 해석된다.

(나) 조합이 조합원의 영농과 생활에 필요한 물자인 석유류를 조합원들에게 공급하기 위하여 유류의 일반판매소나 주유소를 경영하는 것도 조합 자체의 영리를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 석유사업법 및 같은법 시행령에 따라 허가를 받은 경우는 그 사업을 경영할 수 있고, 이 경우 주유소 사업은 조합의 고유목적에 속하는 사업이다.

(다) 농업협동조합의 주유소경영에 따른 영리성 여부를 판단함에 있어 과세유류에 대한

조합원과 비조합원 간의 공급량 비율에 대한 실지자료가 없으므로 조합원 소유의 가정용 유류사용기기의 추정사용량에 의하여 그 비율을 추산한 원심의 조치를 수긍한 사례.

(3) 관련조문

구 농업협동조합법 제5조 제2항, 제58조

(4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 관인농업협동조합

【피고, 상 고 인】 포천군수

【원심판결】 서울고등법원 1992.6.3. 선고 91구15586 판결

(5) 판결이유

농업협동조합법은 농민의 자주적인 협동조직을 통하여 농업생산력의 증진과 농민의 경제적, 사회적 지위향상을 도모함으로써 국민경제의 균형있는 발전을 기함을 목적으로 한다(제1조)고 규정하여 농업협동조합(이하 조합이라고 한다)의 설립목적은 규제하고 있고, 조합은 영리 또는 투기를 목적으로 하는 업무를 하지 못한다(제5조 제2항)고 규정하여 그 업무범위에 대한 한계를 설정하고 있으나, 동법 제58조(특수농업협동조합에 대하여는 제126조)는 조합의 목적달성을 위한 사업범위를 열거하고 있고, 그 중에는 구매사업, 판매사업, 신용사업등의 수익사업을 할 수 있도록 되어 있는 바, 위 법이 금지하는 『영리 또는 투기목적의 업무』라고 함은 조합 자체의 이윤획득 또는 잉여금 배당목적의 업무를 말하고 이는 구성원인 조합원을 대상으로 하여 조합의 영리목적으로 사업을 해서는 안되는 것과 조합원과 관계없는 사업경영으로 조합자체의 영리를 도모하는 것을 금지하는 취지라고 해석되고, 또한 위 법은 사업을 비조합원에게 이용하게 하는 것도 허용하되, 다만 일정사업에 대하여는 정관으로 비조합원의 이용을 제한할 수 있도록 규정하고 있는 것뿐이므로(제59조 제1항), 어느 사업에 대하여 비조합원이 조합원과 다름없이 이를 이용하는 것이 허용되어 있다고 하더라도 농업협동조합법규와 정관에 합치되는 한 이를 영리목적의 위한 사업이라고 단정할 수 없다고 할 것이다.

따라서 조합이 조합원의 영농과 생활에 필요한 물자인 석유류를 조합원들에게 공급하기 위하여 유류의 일반판매소나 주유소를 경영하는 것도 조합 자체의 영리를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 석유사업법 및 같은법 시행령에 따라 허가를 받은 경우는 그 사업을 경영할 수 있다고 할 것이고(대법원 1992.3.10. 선고 91누5273 판결), 이 경우 주유소사업은 그 고유목적에 속하는 사업이라고 볼 것이다.

## 바. 해설

### (1) 농협자체의 영리목적 또는 투기목적의 영업금지

농협법 5조 2항에 의하면 「농협은 영리목적 또는 투기를 목적으로 하는 업무를 하지 못하도록」 규정하고 있다.

#### (가) 농협자체의 영리목적 업무금지

「영리목적의 업무」라고 하는 것은 농협자체의 이윤획득 또는 잉여금배당목적의 업무를 말한다. 이는 「구성원(조직원)과의 관계에서」 조합의 영리목적으로 사업을 해서는 안된다는 것과 「구성원과 관계없는 사업경영으로 농협자체」의 영리를 도모하는 것을 금지하는 취지이다. 주의할 것은 「조합원의 이익을 위한」 영리성 활동을 하는 것은 무관하다는 점이다.

요컨대 농협자체의 이윤획득을 목적으로 하지 않는다는 것은 상업이윤을 배제한다는 뜻이고 이는 유통비용을 절감하는 데 그 의미가 있다.

#### (나) 투기목적의 업무금지

「투기목적의 업무」라고 하는 것은 시가의 변동을 기회로 취득가격과 매도가격의 차익을 노리는 업무를 말한다. 이를 금지하는 이유는 농협은 본래 자본이 없거나 부족한 사람들로 구성되어 있으므로 한번 도산하면 재기가 어렵기 때문에 모험과 투기에 의한 농협사업의 급격한 확대보다 안정적인 성장이 바람직스럽기 때문이다. 농협법에서는 농협이 투기목적의 재산처분이나 이용상으로 농협에 손실을 끼친 때에는 기관임원이 처벌을 받도록 되어 있다.(제173조)

#### (다) 경영 또는 투기목적여부 판단기준

위의 농협자체의 영리 또는 투기목적의 영업금지에 있어서 주의할 것은 농협업무가 결과적으로 다소간 영리 또는 투기행위라 할지라도 「목적」이 농협자체의 영리나 투기가 아니라면 가능한 것이라는 점이다. 그런데 「목적이 영리 투기인지 여부에 관한 판단기준」은 명문규정이나 판례가 없으므로 사회통념에 의하여 판단해야 할 것으로 본다.

### (2) 농협에 관한 상법의 적용배제

상법과 농협법은 각기 사법의 일반법인 민법에 대하여 특별법이지만 양자간에는 어느 법이 특별법이라고 할 수 없으므로 특별법 우선의 원칙이 적용될 여지는 없다. 그러나 농협은 농협법에 의하여 상행위를 하지 않으며 상인도 아니기 때문에 영리를 목적으로 하는 상행위나 상인을 규율하는 상법은 원칙적으로 농협에 적용될 여지가 없다는 것이 판례의 입장이다. 따라서 농협의 사업이나 업무수행을 함에 있어서 일반법으로는 상법이 적용되지 않고 민법이 적용된다. 그러므로 농협과 조합원과의 거래행위에 관한 규정이 농협법에 없을 때에는 상법이 아니고 민법이 적용되므로 상법의 적용은 배제된다.

#### 4. 제8조(부과금의 면제)에 관한 판례

##### 가. 대법원 1977.6.7, 76누277

###### (1) 판시사항

농업협동조합법 제8조가 국세기본법의 특별법인지 여부

###### (2) 판결요지

국세기본법은 동법 제3조에 의하여 다른 세법보다 우선 적용하게 되어있고 동법 제47조에 의하여 세법에 규정한 의무 위반자에 대한 가산세는 당해 세법이 정하는 국세의 세목으로 하되 당해 국세를 감면하는 경우에도 그 감면하는 국세에 포함되어 당연히 감면되는 것이 아니다.

###### (3) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 농업협동조합중앙회

【피고, 피상고인】 서울용산세무서장

【원심판결】 서울고등법원 1976.10.13. 선고 76구270 판결

###### (4) 판결이유

원판결 이유에 의하면 원심은 국세기본법은 동법 제13조에 의하여 다른 세법보다 우선 적용하게 되어 있다하고 동법 제47조를 들고 세법에 규정한 의무위반자에 대한 가산세는 당해 세법이 정하는 국세의 세목으로 하되 당해국세를 감면하는 경우에도 그 감면하는 국세에 포함되어 당연히 같이 감면되는 것은 아니라는 뜻으로 실시함으로써 소론세금과 부과금에 가산세가 포함된다 할지라도 농업협동조합법 제8조가 국세기본법보다 우선 적용되어야 할 특별법이라 할 수 없으니 이유없는 주장이라고 배척한 취지로 볼 수 있으므로 원판결에 원고주장에 대한 심리판단을 유탈한 잘못 있다고 할 수 없다.

그리고 원심의 법률해석은 정당하고 농업협동조합법 제8조의 법리를 오해한 위법 없다고 본다. 논지는 이유없다.

같은 상고이유 제2점을 판단한다.

그러나 강제3호중의 2의 규정 기재내용에 의하면 이권 직원퇴직급여기금가입회원을 소론과 같이 본다 할지라도 소속직원의 고정급여에서 일정비율로 산출한 금액을 추렴하여 충당한다고 규정하고 있는 것으로 볼 것이므로 위 퇴직기금에 적립되는 금액을 결국 직원의 급여에서 지급된다고 본 원심의 사실인정은 정당하다 할 것이고 증거판단을 잘못하여 사실을 오인한 잘못있다고 볼 수 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하고 상고소송비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.



## 나. 대법원 1983.2.8, 81누172

### (1) 판시사항

농업협동중앙회가 단위조합으로부터 판매위탁을 받은 물건대금에 관한 지급보고서 제출 의무 유무

### (2) 판결요지

농업협동조합법 제130조, 제153조 제1항 제4호, 제58조 제1항 제3호의 규정들과 농업협동조합중앙회나 단위조합이 그 조합원들로부터 매입한 농산물등의 대금에 대하여는 지급보고서 제출의무를 면제하여 가산세를 부과하지 아니하게 한 구 법인세법시행령(1974.12.31 개정된 대통령령 제7464호) 제130조 제2항 제12호의 규정의 취지에 비추어 볼 때 농업협동조합중앙회가 회원인 단위조합으로부터 판매위탁을 받은 물건대금에 관하여도 지급보고서의 제출의무가 면제되어야 한다고 볼것이고, 이는 농업협동조합법 제8조의 단위조합과 위 중앙회의 업무에 대한 세금과 각종 부과금을 면제토록 한 규정과 1976.12.31 대통령령 제8350호로서 위 법인세법시행령의 규정이 개정되어 위 중앙회와 회원간의 거래에 대하여도 지급보고서등의 제출의무가 면제됨을 명백히 한 점에 있어서도 그렇게 봄이 상당하다.

### (3) 관련조문

농협협동조합법 제8조

### (4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 농업협동조합중앙회

【피고, 상 고 인】 서대문세무서장

【원심판결】 서울고등법원 1981.4.7 선고 79구30 판결

### (5) 판결이유

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여,

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 거시 증거에 의하여 원고 경영의 축산물공판장은 1976.1.7부터 같은 해 9.17까지의 기간동안 경기 연천군 관인 단위농업협동조합으로부터 한우 506두의 도축 위탁판매의뢰를 받아 이를 도살 해체하여 경매에 의하여 판매한 후 그 위탁판매대금에서 수수료를 차감하고 그 대금을 위 단위농협에 지급하였던 사실, 1975.12.18부터 1976.9.17까지 위 단위농협의 축탁직원으로 축산물의 계통 출하를 담당하였던 소외 이○옥은 위 단위농협과 총 판매대금의 0.03퍼센트의 수수료를 지급하기로 하고 1976.1.7부터 같은해 9.17 사이에 위 단위농협자금으로 한우 506두를 구입하여 위 단위조합장 명의로 위 축산물공판장에 위탁판매통지서(도축신청서)를 제출, 도축하여 판매하고, 수수료로 금 56만원을 위 조합에 지급한 사실로 사업지 관할 세무서장인 동부세무서장은 서울지방검찰청

의 위 이○옥에 대한 조세포탈혐의 사실통보내용과 서울지방국세청의 실지거래자 조사결과에 의거 원고와 위 단위조합간의 축산물 위탁판매는 실제상 원고와 위 이○옥간의 거래로서, 동인은 위 단위조합의 촉탁직원으로서 있으면서 실제로는 독립적으로 자기책임 아래 원고와 축산물거래를 하였으며 이에 관련된 제세로서 동인에게 개인영업세, 사업소득세, 농협판매분 원천징수불이행에 따른 제세가 이미 징수조치되었다는 이유로 피고에게 원고와 위 단위조합간의 축산물거래를 위장거래로 통보하고, 피고는 원고가 위 거래분에 대하여 보고서제출이 없다 하여, 동 불이행에 따른 가산세를 부과한 사실을 인정한 다음 원고로서는 위와 같이 동 소외인이 개재되어 거래된 사실을 알았다고 볼만한 입증이 없고 보면, 원고가 한 위 단위조합과의 거래를 동 소외인과의 거래의 위장이었다고 볼 수는 없으므로 당시의 법인세법시행령(1974.12.31 개정된 대통령령 제7464호) 제130조 제2항 제12호의 규정에 따라 지급보고서의 제출의 무가 면제된다고 판시하고 있다. 원심거시의 증거들을 기록에 대조하여 검토하여 보아도, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하다고 수긍이 가고 거기에 소론과 같은 심리미진 및 이유불비의 위법이 있다 할 수 없으며, 지급보고서 제출의무 면제에 관한 위 법인세법시행령 제130조 제2항 제12호는 {농업협동조합법 및.....의 하여 설립된 조합 또는 중앙회가 그 조합원으로부터 매입한.....축산물.....의 대금}이라고 규정하여 위 규정의 문언상으로는 조합이 조합원으로부터 매입하는 경우에만 지급보고서의 제출의무가 면제될 뿐이고 원심판시와 같이 조합간의 거래에까지 그 제출의무가 면제되는 것인지 분명치는 아니하나, 농업협동조합법 제130조에 의하면, 농업협동조합중앙회는 단위조합을 회원으로 하고 있고, 동법 제153조 제1항 제4호에 의하면 위 중앙회는 회원을 위한 판매사업을 할 수 있고, 동법 제58조 제1항 제3호에는 단위조합은 조합원이 생산하는 물자에 대한 판매사업을 행함을 알 수 있으므로, 이 건에서 원고가 위 단위조합으로부터 판매위탁받은 한우 506두는 원고가 직접 조합원들로부터 매입한 것은 아니더라도 위 농업협동조합법의 규정에 따른 원고의 회원인 위 조합을 위한 판매사업을 수행하기 위하여 위 단위조합으로부터 판매위탁을 받은 것이므로 농업협동조합법의 위 규정들과 중앙회나 단위조합이 그 조합원들로부터 매입한 농산물 등의 대금에 대하여는 지급보고서 제출의무를 면제하여 가산세를 부과하지 아니하게 한 위 법인세법시행령 제130조 제2항 제12호의 규정취지에 비추어 볼 때 이 건과 같이 농업협동조합중앙회가 회원인 단위조합으로부터 판매위탁을 받은 물건대금에 관하여도 지급보고서의 제출의 무가 면제되어야 한다고 볼 것이다. 이는 농업협동조합법 제8조의 단위조합과 중앙회의 업무에 대한 세금과 각종 부과금을 면제토록 한 규정과 1976.12.31 대통령령 제8350호로서 위 법인세법시행령의 규정이 개정되어 중앙회와 회원간의 거래에 대하여도 지급보고서 등의 제출의무가 면제됨을 명백히 한 점에 있어서도 그렇게 봄이 상당하다 할 것이므로 원심판결은 그 설시에 있어서 미흡한 바 있으나 위와 같이 이해되어 그 결론에 있어서는 정당하고 소론과 같이 당시 법인세법 제41조 제4항의 해석을 잘못된 위법은 없다 할 것이므로 논지는 이유없다.

## 2. 상고이유 제2점(불명자료 가산세분)에 대하여,

이건 거래 당시에 시행중이던 법인세법(1976.12.22개정전 법률)제66조 제1항은 도매업 등과 대통령령이 정하는 사업을 영위하는 법인은 대통령령이 정하는 바에 의하여 매월 영수할 수입금액에 관한 보고서(판매보고서)를 제출하도록 규정하고 있고 동법시행령 제128조의2, 제129조 제6항 제2호 등에 의하면, 원고 법인에게도 판매보고서 등의 제출의무가 있음을 알 수 있고, 위 법인세법 제41조 제4항에 의하면, 지급조서나 판매보고서의 거래내용 및 거래상대방을 실지조사한 결과 그 거래사실이 불분명한 경우에는 그 불분명한 지급조서 또는 보고서의 거래금액의 100분의 3에 상당하는 금액을 가산하여 법인세로서 징수하도록 하는 한편 1976.12.31 개정된 대통령령 제8350호 제114조 제3항(동령은 1977.1.1이후 최초로 거래하는 분부터 적용되므로 이 사건 불명자료중1976년도 분에 대하여는 이 규정의 적용은 없다.)에는 (1) 제출된 보고서에 의한 거래내용과 거래상대자를 실지조사한 결과 사실과 상이한 때, (2) 제출된 지급조서에 지급자 및 소득자의 주소, 성명, 납세번호(주민등록번호로 같음하는 경우에는 주민등록증번호)나 영업자 납세번호, 소득의 종류, 소득귀속연도 또는 지급액을 기재하지 아니하였거나 잘못 기재하여 거래사실을 확인할 수 없는 때 등을 법 제41조 제4항의 대통령령이 정하는 불분명한 경우로 의제하고 있는 한편, 1974.12.31 개정 대통령령 제7464호 동법시행령 제114조 제3항(위 령 제8350호 제4항과 같음)에는 (1) 거래일 현재(영업세법에 의하여 정당히)영업자 납세번호증의 교부를 받은 자(검열을 받은 자 포함)또는 납세번호의 부여를 받은 자와의 거래, (2) 국가 또는 지방자치단체가 지정한 자와의 거래, (3) 위 각호 이외의 거래로서 거래일 이후 거래상대자가 소재불명된 것이 확인된 거래 등에 대하여는 위 법 제41조 제4항(위 대통령령 제8350호 제114조 제3항)의 거래사실이 불분명한 경우에 포함되지 않는 것으로 규정하고 있는바, 위의 각 규정에 원심이 확정된 사실을 비추어 보면, 원고가 제출한 1977년도분 이 사건 판매보고서 중에서 거래상대자의 영업장 소재지 지번기재를 누락한 것, 영업장 소재지를 오류기재한 것, 영업자 납세번호를 오류기재한 것 등은 일응 위 령 제8350호의 불명자료에 해당한다 하겠으나, 한편 이 모두가 거래상대자들이 거래 당시에 영업자 납세번호를 부여받은 자들이거나 거래후 전출선 불명으로 확인된 자들이라는 것이니, 원심판시와 같이 정부가 실지조사한 결과 거래상대자의 거래사실부인(5건), 위장거래분중 거래상대자의 무재력 및 명의위장분(5건)으로 밝혀진 판매보고서 부분을 제외한 나머지 판매보고서에 대하여는 위 개정전 법인세법시행령 제114조 제3항(개정후 제4항) 제1, 3호에 각 해당하여 거래사실이 불분명한 경우에 포함되지 아니한다 할 것이므로 당시 법인세법제66조 및 제41조 제4항의 해석에 잘못이 있다는 논지는 이유없다.

따라서 상고를 기각하고, 상고 소송비용은 패소자의 부담으로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

다. 대법원 1974. 1.29, 73누117

(1) 판시사항

농업협동조합이 부동산 투기억제세의 부과대상이 되는지 여부

(2) 판결요지

조세감면 규제법상 농업협동조합에 대한 소득세, 영업세와 법인세는 면제되나 후법인 조세감면 규제법은 농업협동조합법 제8조에 우선하여 적용되므로 농업협동조합도 부동산 투기억제세의 부과대상이 된다.

이에 저촉되는 종전 대법원 판결(72.7.11 선고 72누93 판결, 72.10.10 선고 72누154 판결 등을 폐기한다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제8조

조세감면규제법 제2조, 제3조, 제4조

(4) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 서울특별시 농업협동조합

【피고, 피상고인】 광화문세무서장

【원심판결】 서울고등법원 1973.5.16 선고 72구231 판결

(5) 판결이유

상고이유 제1점의1 내지 3의 요지는,

원고조합의 업무에 대하여는 농업협동조합법 제8조에 의하여 관세와 물품세 이외의 국가나, 지방자치단체의 세금과 부과금 일체가 면세되는 것으로서 동 농업협동조합법은 농업협동조합의 설립목적에 비추어 이를 육성보호하기 위한 특별법임이 분명하고 이는 대법원의 확립된 판례임에도 불구하고(대법원 1972.7.11. 선고 72누93 판결, 1972.10.10. 선고 72누154 판결) 원판결은 조세감면 규제법이 위 농업협동조합법보다 우선한다고 봄으로서 위 조세감면 규제법상 본건 투기억제세의 원고조합에 대한 면세규정이 없다는 취지로 원고주장을 배척하였음은 법령의 해석을 그르쳤다는데 있으므로 살피기로 한다.

1961.7.29. 공포시행된 농업협동조합법 제8조가 농업협동조합에 대하여는 그 업무에 관한 한 관세와 물품세 이외의 일체의 세금을 면제하도록 규정한 점은 분명하다. 그러나 그 후1966.1.1.부터 시행된 조세감면 규제법(1965.12.20.자 법률 제1723호)은 그 제2조에서 “이 법 및 조약과 다음 각호에 계기하는 법률에 의하지 아니하고는 조세의 감면은 할 수 없다”고 규정하였고 이에따라 농업협동조합은 동법 제3조 제1항 제2호에 의한 소득세, 같은법 제4조 제1항 제6호에 의한 영업세, 또 같은 법 제4조 제2항에 의한 법인세를 각 면제받게

되어 있으며 그 부칙 제2항에서 “이 법 시행당시 이법과 제2조 각호에 계기하는 법률 이외의 법률에 규정된 조세감면에 관한 조항은 이 법 시행과 동시에 그 효력을 상실한다”라고 규정하고 있는 바, 동 조세감면 규제법의 이러한 규정과 동법이 조세감면에 일체의 사항을 총체적으로 재조정하여 단일화 하므로써 과세의 공평과 세수의 확보를 기하려는 목적으로 제정된 점(동법 제1조의 취지)에 비추어 볼 때, 동법은 조세감면에 관한 한 우선적으로 적용하여야 할 것으로 볼 때 상당하다. 위 농업협동조합법도 농업협동조합의 설립목적에 비추어 이를 육성발전시키게 위한 특별법으로서 동법 제8조의 규정도 이러한 목적에 부응키 위한 것은 논지와 같다할 것이나, 조세감면에 관한 한 위 두개의 법률은 모두 특별법의 위치에 있는 것으로서 그렇다면 후법 우선의 원리에 따라 위 조세감면규제법이 우선적으로 적용되어야 할 것으로 보아야 옳을 것이며, 만일 논지와 같이 농업협동조합법 제8조가 조세감면규제법에 우선하여 동조에 규정된 대로 관세와 물품세 이외의 조세를 부과할 수 없다는 해석이 합리적인 것이라 하려는, 전시한 바와 같이 소득세, 영업세, 법인세를 면제하는 규정을 조세감면 규제법 자체에서 다시 규정할 필요가 없었을 것이다. 그러함에도 불구하고 조세감면 규제법에 전시한 바와 같이 농업협동조합에 대한 소득세, 영업세, 법인세의 면제규정을 둔 것은 조세감면에 관한 한 후법인 조세감면 규제법을 우선 적용하는 취지로서 입법되었고, 또 동법 제2조와 부칙 제2항의 문면의 해석상 그렇게 해석하는 것이 당연하다 할 것이다.

그런데 한편 위 조세감면 규제법과 부동산 투기억제에 관한 특별조치세법등에 원고조합에 대한 본건 투기억제세를 면제할 근거를 발견할 수 없으니 원고조합은 동 투기억제세의 부과대상이 된다고 판단한 것은 적법하며 따라서 원판결에는 논지와 같은 법령의 해석을 그르친 잘못이 있다할 수 없고, 이에 저촉되는 종전의 당원판결(1972.7.11. 선고 72누93 판결, 1972.10.10. 선고 72누154 판결 등)은 이 판결로서 폐기하기로 하는 것이니 논지는 그 이유없다 할 것이다.

(2) 상고이유 제1점의 4의 요지는 원고조합이 본건 부동산을 취득하여 처분한 것은 연체대출금을 회수키 위한 것이니 이에 부동산의 투개를 억제하기 위한 투기억제세를 부과함은 조세원리에 어긋나는 것이라는 데에 있으나, 부동산 투기억제에 관한 특별조치세법에 의하면 토지의 양도로 인하여 생기는 차익이 있으면 바로 이를 과세대상으로 하도록 되어있고, 그 양도행위 자체에 투기성이 있었는지의 여부는 따지지 않도록 되어있는 것이니, 원고조합의 본건 토지취득 및 양도행위가 원고조합의 업무내용에 속하는 것이라 할지라도 양도차익이 있는 한 과세대상이 되는 것이라 할 것이니 원판결은 이와 같은 견해하에 판단한 것으로 거기에 어떠한 잘못이 있다할 수 없으나 이 점 논쟁 역시 그 이유없다.

(3) 상고이유 제2점에 대하여 판단한다.

원고는 소장에서 “피고의 부과처분은 부동산 투기억제에 관한 특별조치세법의 명문규정

에 어긋나는 위법한 처분이다"라고 주장하고 다시 본건 토지의 취득시나 양도시의 시가표준액에 차이가 없다(79정 석명)는 취지의 주장을 하였음이 분명하니 이는 부동산 투기억제세를 부과할 양도차익이 없다는 취지의 주장을 한 것으로 봄이 상당하고 이에 대한 입증으로 갑 제5호증의1, 2 증인 고○인의 환문을 구하고 있음이 분명하며 동 원고 입증에 의하면 실질취득가격과 양도가격에 차이가 없음을 일응 엿볼 수 있고 을 제1호증에 의하면 피고는 본건 토지의 양도가격과 취득가격을 정부 고시가격으로 환산하여 양도차익이 있음을 전제로 하여 본건 과세에 이르렀음이 분명하니 이는 실질양도차익과 현저한 차이가 있다고 인정되는 경우라 할 것으로 그렇다면 본건에 있어서는 부동산 투기억제에 관한 특별조치세법 제9조 제1항 단서, 동법 시행령 제20조의2 제1항에 의하여 실지거래액에 의하여 양도차익의 유무를 가려내어 피고의 본건 부과처분의 적법여부를 가려내어야 할 것이라고 보여진다(동법 시행령 제20조의3은 1971. 즉 본건 양도행위후부터 시행되어 본건에는 적용할 수 없는 것이다). 그런데 원판결에 의하면 원심은 이러한 원고의 주장과 이에 부합하는 위 각 증거에 대하여 판단을 하지않고 있음이 분명하니 이는 결국 원심이 위 법령을 오해하였거나 판단을 유탈하여 판결 결과에 영향을 미치는 위법을 범한 것이라 할 것이므로 논지는 이유 있고, 원판결은 이 점에서 파기를 면치 못할 것이므로 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 라. 해설

### 일부세금의 면제와 특혜

농협법에서는 물품세와 관세를 제외한 일체의 세금은 면제된다고 규정되어 있으나, 조세감면규제법에서는 이와 달리 조세의 감면 등은 「조세감면규제법」에 의해서만 가능하다고 규정하고 있다. 그리고, 농협법과 조세감면규제법의 관계는 후법우선의 원칙에 따라서 세금에 관하여는 조세감면규제법이 농협법에 우선하여 적용케 됨에 따라 농협법 8조의 조세에 관한 부분은 효력이 상실되었다. 따라서 농협의 업무와 재산에 관한 조세의 감면은 조세감면규제법과 동법제3조에 열거된 세법에 의해서만 가능한 것이다.

## 5. 제9조(국가 및 공공단체의 협력 등)에 관한 판례

(대법원 1968. 1.11, 67마576)

### 가. 판결요지

리농업협동조합이 군조합 아닌 자(서울채신청장)로부터 금원을 차용하고 그로 인하여 부담하게 될 일질의 채무와 그 불이행으로 인한 일질의 손해배상금채무를 담보하기 위하여 근저당권설정계약을 체결한 경우 위 차입이 무효라 하더라도 근저당권은 위 차입행위가 무효로 됨으로 인하여 발생하는 부당이득반환채무를 담보하는 것으로 본다.

## 나. 관련조문

농업협동조합법 제58조 2항, 농업협동조합법 제11조 1항, 2항

## 다. 판결이유

재항고인은 원심에서 재항고인이 소사리 농업협동조합의 국가에 대한 채무에 대하여 물상담보한 점을 부인하고, 가사 그것이 사실이라 할지라도 소사리 농업협동조합은 농업협동조합법에 의하여 설립되는 특수법인으로서 같은 조합의 사업능력은 같은 법에서 정한 범위 내에 국한되는 것이며 따라서 위 조합으로서는 상위 단위가 되는 군 조합으로부터의 차금행위 이외에는 이를 할 수 없다고 할 것이므로 위 조합의 국가로부터의 차금행위는 결국 위 법에 위배되어 무효하고 경매의 원인이 된 채무는 적법하게 성립할 수 없음에도 불구하고 본건 부동산에 대하여 경매절차를 진행하여 이루어진 경락허가 결정은 위법하다고 주장하나 본건 근저당권 설정계약서기재에 의하면 재항고인은 소사리 농업협동조합이 채권자인 대한민국(서울 체신청장)에게 부담하게 될 일체의 채무와 그 불이행으로 인하여 발생하는 일체의 손해배상금 채무를 담보하기 위하여 금 80만원정을 한도로 하여 본건 부동산에 제1번의 근저당권을 설정할 것을 약정하고 있으므로 소사리 농업협동조합이 상위단위가 되는 군 농업협동조합이 아닌 서울 체신청장으로부터 본건 금원을 차입하였다 하여도 본건 근저당권은 이 차입행위가 무효로 되므로 인하여 발생하는 부당이득 반환채무를 담보로 하는 것으로 보는 것이 앞서 말한 근저당권 설정계약서의 취지에 비추어 타당하다 할 것이므로 위 근저당권 설정계약 자체가 무효임을 전제로 하는 재항고논지는 채용할 수 없다.

## 6. 제12조(다른 법률의 적용 배제)에 관한 판례 (대법원 1970. 8.31, 70도1267)

### 가. 판시사항

농업협동조합이 도정업을 하는 경우와 허가 여부

### 나. 판결요지

농업협동조합은 양곡을 원료로 하여 가공업을 하는 경우에도 그 조합의 목적 성질에 비추어 정부의 허가를 필요로 하지 아니한다.

### 다. 관련조문

농업협동조합법 제13조, 양곡관리법 제13조, 제16조

**라. 판결이유**

원판결은 그 이유 설명에서 1961.7.29. 법률 제670호로 개정된 농업협동조합법 제13조는 양곡관리법 제13조의 규정이 농업협동조합에는 적용하지 아니한다고 규정하였고 그 당시 시행되고 있던 양곡관리법 제13조의 규정은 1963.8.7. 법률 제136호로 개정되어 같은법 제16조 제1항이 되었으나 그후 1967.1.16. 법률 제1879호로 농업협동조합법 제13조의 규정이 개정된바 있어 농업협동조합도 도정업을 하려면 정부의 허가가 필요하다는 취의의 판단을 하였다.

그러나 농업협동조합법 제13조가 농업협동조합에 양곡관리법 제13조의 적용을 배제한다는 내용의 규정을 한 것은 농업협동조합은 양곡을 원료로 하여 가공업을 하는 경우에도 그 조항의 목적 성질에 비추어 정부의 허가를 필요로 하지 아니함이 상당하다는 견지에 입각한 것으로서 위 양곡도정업에 정부의 허가가 필요하다는 양곡관리법 제13조의 규정이 같은법 제16조로 조문배열이 변경되고 무역통제에 관한 법령적용도 배제하는 농업협동조합법 제13조의 문헌정리가 있었다고 하여 농업협동조합이 위 도정업을 하는 경우에 정부의 허가를 필요로 하게 법이 개정된 것이라 해석할 수 없음은 새로 조문배열이 변경된 양곡관리법 제13조의 수입양곡의 조절에 관한 규정이 농업협동조합에 그 적용을 배제시켜야 할 성질의 규정이 아닌 점에 비추어 보아도 상당하다할 것이므로 농업협동조합법 제13조의 규정은 양곡을 원료로 하는 가공업에 정부의 허가를 필요로 하는 양곡관리법의 규정을 의연 배제하는 것이라 해석함이 상당함에도 불구하고 위에서 지적한바와 같이 이와 반대의 견해에 입각한 원판결 판단은 법의 채택을 잘못된 위법이 있다할 것으로서 이 점에 관한 상고논지는 이유있고 다른 논점에 대한 판단을 필요로 할 것 없이 원판결은 파기를 면치 못할 것이다.

**7. 제14조(구역과 지사무소)에 관한 판례**

**가. 대법원 1962. 4.18, 4294민상1054**

(1) 판시사항

원예 협동조합의 생산물에 속하지 아니한 청과류를 중앙도매시장 업무구역 내에서 도매한 행위와 중앙도매시장법 제6조의2 제1항

(2) 판결요지

중앙도매시장의 업무구역 내에 있어서 그 구역을 업무구역으로 하는 농업협동조합은 그 조합에서 생산한 농산물의 도매행위는 할 수 있으나 그 조합에서 생산하지 아니한 농산물의 도매행위는 할 수 없다



(3) 관련조문

구농업협동조합법 제4조, 제13조, 제14조, 제15조, 중앙도매시장법 제6조의2 제1항

(4) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 대전청과시장주식회사

【피고, 피상고인】 농업협동조합중앙회

(5) 판결이유

원판결이 논지 제1,2점에서 논한 바와 같이 농업협동조합의 판매사업에는 그 방법 및 대상에 아무런 제한이 없고 또 중앙도매시장법과 농업협동조합법의 상호관계에 관하여 양법은 각각 별개의 법역을 형성하고 있으므로 상호 접촉여부가 문제되지 않을 것이고 항상 동등하게 병존하여 운영되어야 할 것인 즉 농업협동조합의 제반사업을 실시함에 있어서는 중앙도매시장법에 의하여 도매시장 업무구역에 관한 지역적 제한 또는 업종의 제한을 받지 않는다고 판시 하였음은 그 판시상 명백하다. 그러나 구 농업협동조합법 제13조에서 농업협동조합은 농민의 자주적인 협동조직을 촉진하여 농업생산력의 증진과 농민의 경제적 사회적 지위향상을 도모한다고 규정하였고 제4조에는 영리적 투기적 업무 또는 일부 구성원의 이익에 편중되는 업무를 하지 못하도록 규정되고 있으며 또 제14조는 업무구역을 정하였고 또 제15조는 구매 및 판매의 대상을 제한하고 있으므로 농업협동조합의 업무에는 그 지역 및 대상에 있어서 법이 규정한 제한이 있을뿐 만 아니라 중앙도매시장 법도 그 효력을 존속하고 있으며 그 법 제6조의 2는 중앙도매시장의 업무구역 내에 있어서는 개설자 또는 그 대행기관 이외에는 당해 시장의 취급물품에 대하여 도매시장 유사업무를 하는 시장 또는 도매행위를 할 수 없다고 규정하고 있으므로 두법을 비교 검토하여 보면 중앙도매시장의 업무구역 내에 있어서 그 구역을 업무구역으로 하는 농업협동조합은 판매행위로서 그 조합에서 생산농산물의 도매행위는 할 수 있으나 그 조합에서 생산한 이외의 농산물의 도매행위는 할 수 없는 것이다. 그렇다면 본건에 있어 대전시 중앙도매시장 업무구역 내에 있어서 피고 대전시 원예협동조합의 생산물에 속하지 아니한 청과류 도매행위의 금지를 구하는 뜻인 원고의 청구를 판시와 같은 이유로 배척한 원판결은 구 농업협동조합법과 중앙도매시장법의 법 해석을 잘 못한 위법이 있다.

나. 대법원 1972.12.12, 72다1957

(1) 판시사항

농업협동조합이 중앙도매시장 구역에서 비조합원의 농산물을 판매할 수 있는 여부

(2) 판결요지

본조가 규정한 비조합원의 사업이용중에는 비조합원이 생산하는 청과물의 판매행위 따

위는 포함되지 않는다.

(3) 관련조문

구농협협동조합법 제13조, 제15조, 제59조, 제125조, 중앙도매시장법 제6조의 2

(4) 당사자 등

【신청인, 피상고인】 경주중앙청과 주식회사

【피신청인, 상고인】 경주월성원에 협동조합

【원심판결】 대구고등법원 1972.9.7. 선고 72카65 판결

(5) 판결이유

농업협동조합법 제1조, 제5조, 제8조, 제13조, 제14조, 제15조, 제125조, 중앙도매시장법 제6조의 2의 규정들을 종합하면 중앙도매시장의 업무구역내에서 그 구역을 업무구역으로 하는 농업협동조합이 그 사업의 하나로 농산물판매행위를 할 경우에는 그 조합원이 생산하는 농산물의 판매행위는 할수 있어도 그 조합원 이외의 자가 생산한 물건의 판매행위는 할수 없다고 풀이하는 것이 상당하다(대법원 1962.4.18. 선고 4294민상1054 판결), 농업협동조합법 제59조가 규정한 비조합원의 사업이용중에는 조합이 그 조합원이 아닌 사람이 생산하는 청과물을 판매하는 행위따위는 포함되지 아니한다고 보는 것이 상당하다.

그렇다면 이 상고는 그 이유없는 것이 되므로 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 한다.

**8. 제31조(지분환급청구권과 환급정지)에 관한 판례**  
(대법원 1974.12.24, 73다1653)

**가. 판시사항**

탈퇴조합원의 환불지분의 범위를 규정한 농업협동조합의 정관 규정이 농업협동조합법에 위반되는가 여부

**나. 판결요지**

농업협동조합법의 제정목적과 이법에 의하여 특수법인으로서 설립된 농업협동조합의 목적사업 및 조합원의 자격이나 그 책임등을 규정한 관계법을 검토할 때 이 법이 조합원에 대한 지분의 계산과 탈퇴 조합원의 지분환불 청구에 관한 사항을 농업협동조합의 정관에 위임하고 있는 이상 그 정관 규정이 환불지분의 범위를 규정하였다 하여 법에 어긋나는 것이 아니다.

## 다. 관련조문

농업협동조합법 제34조

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 흑석제2동농업협동조합

【피고, 피상고인】 서울특별시농업협동조합

【원심판결】 서울고등법원 1973.10.5선고 72나1966 판결

## 마. 판결이유

원판결이유에 의하면, 원심은 농업협동조합법 제117조에 의하여 군농업협동조합에 해당하는 피고조합에 준용되고 있는 같은법 제34조제1항에 '탈퇴한 조합원은 그 탈퇴한 연도가 경과한 후 정관의 정하는 바에 의하여 그 지분의 환불을 청구할 수 있다'고 규정되어 있고, 그법 제17조 제6호에 의하여 '지분계산에 관한 사항'을 규정하고 있는 피고조합의 정관 제37조에는 '본조합의 재산에 대한 조합원의 지분은 다음 각호의 기준에 의하여 이를 계산한다'고하고 그 제1호 내지 제3호로서 원심이 판시한 바와 같은 '불입출자금' '회전출자금' 및 '사업준비금'에 대하여 규정하고 제4호로서 기타 재산에 대하여는 본 조합해산의 경우에 한하여 계산하되 그 산정방법은 총회에서 이를 정한다고 규정하고 있으며, 같은 정관 제20조 제1항에서는 피고조합은 탈퇴한 조합원의 청구에 의하여 탈퇴한 회계년도말의 조합재산에 대하여 위 정관 제37조 제1호 내지 제3호(법정적립금과 이월금 제외)에 의하여 산출한 지분의 합계액을 환불한다고 규정하고 있는 것이므로 피고조합에서 탈퇴한 조합원인원고조합은 위 정관 제37조 제1호 내지 제3호에 의하여 계산되는 '불입출자금' '회전출자금' 및 '사업준비금'에 한하여 피고조합에 그 환불을 청구할 수 있을 뿐이라고 판단하고, 이어서 피고조합의 위 정관 규정은 조합원에 대한 지분의 환불을 명하고 있는 법제34조 제1항의 취지에 위배하여 부당하게 그 환불의 범위를 축소한 것이므로 무효이거나 지분의 환불에 관한 정관 규정이라고 볼 수 없다는 원고의 주장에 대하여, 원래 지분이라는 것은 조합원이 조합의 순자산에 대하여 가지는 비율이기는 하지만 탈퇴조합원에게 환불할 지분의 산정방법이나 그 범위는 농업협동조합제도 의 근본 취지에 반하지 아니하는 한 정관으로서 이를 제한할 수 있는 것이고 이 정관규정이 농협의 근본 취지에 어긋나지 않는 것이라고 판단하여 이 주장을 배척하고 있음이 명백하다.

생각하건대, 농업협동조합법의 제정목적과 이 법에 의하여 특수법인으로서 설립된 농업협동조합의 목적사업 및 조합원의 자격이나 그 책임등을 규정한 관계법 규정을 하나하나 검토하고 아울러 위에서 본바와 같이 법이 조합원에 대한 지분의 계산에 관한 사항과 탈퇴조합원의 지분환불 청구에 관한 사항을 피고조합의 정관에 위임하고 있는 사실들에 비추어 볼 때, 환불지분의 범위를 규정한 피고조합의 위 정관규정이 법에 어긋나는 것이 아니라고

판단한 원심의 견해는 정당한 것으로 보여진다.

논지는 위 견해와는 다른 관점에서 원판결을 공격하는 결과가 되어 채용될 수 없다 할 것이며, 원심과 같은 견지에 설 때, 이 사건에서 피고조합의 전체 자산에 대하여 원고조합이 가지고 있는 비율을 심리규명할 필요는 없는 것이므로 원판결에 소론과 같은 지분율을 확정함이 없이 그 환불액을 산정한 이유 불비의 위법이 있다고 할 수 없고, 그 밖에 지분의 본질 내지는 농업협동조합제도의 취지의 오해 또는 헌법의 재산권에 관한 규정과 민법의 지분권에 관한 규정의 위배 내지 그 해석을 잘못된 위법이 있다고 할 수 없다.

위에서 판단한 바와 같이 탈퇴한 원고조합이 피고조합에 대하여 환불을 청구할 수 있는 범위는 피고조합의 정관규정에 의하여 불입출자금, 회전출자금 및 사업준비금에 한정되어 피고조합의 자본적립금은 그 제한에서 벗어난 것이고 이 사건은 소론과 같이 원고가 피고조합에 대하여 지분의 환불을 청구하고 있을 뿐, 피고조합의 잉여금에 대한 배당을 요구하는 것이 아니므로 원심이 이 환불청구의 대상에서 제외되는 피고조합의 자본적립금에 관하여 소론과 같이 증거판단을 잘못하여 이를 이월금으로 보았고 또 당사자의 주장을 잘 못 파악하여 이 자본적립금에 관하여 원고가 잉여금으로 배당을 청구하는 것이라고 보고 판단하였고, 또는 이 자본적립금에 관한 판단에 있어서 입증책임의 분배에 관한 원칙을 오해한 것이 사실이라 하더라도 지분의 환불에 관한 이 사건 판결결과에는 아무런 영향이 미칠 바 되지 아니하므로 이 점에 관한 상고논지는 결국 그 이유없음에 귀착되는 것이라고 할 것이며, 원판결에 소론과 같은 심리미진이나 이유의 모순 등이 있다고 볼 근거도 없다.

**바. 지분환급청구권의 의의**

여기서 지분이란 조합원이 조합의 재산에 대하여 가지는 몫을 말한다. 이 권리는 조합원이 탈퇴하지 않는 한, 구체적인 청구권이 될 수 없고 지분은 탈퇴하기 전에는 일체 환급을 청구할 수 없다. 탈퇴한 조합원은 농협법에 근거한 정관에 따라 청구할 수 있고, 이들 이외에 청구할 수 없다.

**9. 제40조(총회의 의사록)에 관한 판례(대법원 1973. 3.28, 72다2291)**

**가. 판시사항**

농업협동조합법 규정과 자유심증주의의 한계

**나. 판결요지**

농업협동조합법 제127조, 제43조, 피고 장성군 축산업협동조합 정관 제52조에 의하면 총회의 의사에 관한 의사록작성과 비치를 강제하고 있으므로 피고조합이 총회를 열었다면 의당 이에 대한 의사록이 있어야 하고 만약 없다면 특별사정이 없는 한 총회자체가 있었다고

볼 수 없다.

**다. 관련조문**

민사소송법 제187조, 농업협동조합 제127조, 제43조

**라. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 김○중 외 5명

【피고, 상 고 인】 장성군 축산협동조합

【원심판결】 광주지방법원 1972.10.25. 선고 72나50 판결

**마. 판결이유**

원판결은, 피고조합이 1968.2.28. 조합정관의 규정에 따라 조합원의 정기총회를 열어 적법히 조합의 가축사로 제도가공사업에 따른 차입금의 최고한도를 돈 100,000원으로 결의한 사실은 인정하고 있다. 그런데 농업협동조합법 제127조, 제43조, 피고조합정관(갑 제1호증) 제52조에 따르면, 총회의 의사에 관한 의사록 작성과 비치에 강제하고 있을뿐더러, 총회에 관한 절차에 관한 규정이 그 법과 정관에 소상히 규정되어 있으므로, 피고조합이 원심인정처럼 총회를 열었다면 의당 이에 대한 의사록이 있어야 할 이치이다.

따라서 총회의 존부가 가장 중요한 쟁점으로 되어 있음이 변론의 전취지로 엿보이는 이 사건에 있어서 원심은 의당 총회의사록에 관하여 석명하여 이를 제출케하는 등 좀더 깊이 들어가 총회결의여부를 따져 보아야 했을터이고, 만일 심리하여도 그런 법과 정관에 따른 의사록이 없다면 특별사정이 없는한 총회자체가 있었다고 볼 수 없는 것이 일반의 통념이리니 원판결처럼 한 명의 증언으로 실시내용의결을 한 총회가 열렸다고 볼 수는 없겠으므로 원판결은 심리를 다하지 않은 채 판결한 위법으로 결과에 영향을 준 위법을 범하였다고 하겠으니 논지는 이유있고 원판결은 파기를 못 면할 것이다.

**바. 해설**

(1) 의사록의 작성과 비치

의사록의 서식에 관하여는 정해진 것이 없으나 실무상으로 쓰여지고 있는 서식등을 내부규정으로 정형화하는 것이 바람직스럽다고 생각된다.

의사록의 작성에 있어서 주의할 것은 다음과 같다.

- ① 감사가 출석한 때에는 명문규정이 없으나 반드시 이를 표시함이 좋고 또한 감사나 조합의 간부직원의 의견이 있을 때에는 반드시 이를 표시해야 하며 이의 처리 결과도 기재하는 것이 좋다. 감사가 의사록에 서명 또는 기명날인을 하는 것은 법규상의 의무사항은 아니다.

② 매안건별로 동의자, 재청자를 반드시 표시해야 하고 의안과 조정안의 표결시에는 정족수를 표시해야 한다. 또한 의장의 개회 폐회선언 등도 반드시 표시되어야 한다.

(2) 의사록이 없을 때의 효력

농협법과 정관에서는 총회의 의사에 관한 의사록의 작성과 비치를 강제하고 있으므로, 만약 합법적인 의사록이 작성되어 비치되지 않으면 증인이 있다해도 특별한 사정이 없는 한 총회자체가 없었던 것으로 판례는 보고있다(대판 72다2291호).

10. 제45조(임원의 정수 및 선출)에 관한 판례

가. 대법원 1991. 7.12, 91다12905

(1) 판시사항

농업협동조합의 임원선거에 따른 당선자 결정의 무효 여부에 대한 확인을 구하는 소를 위 조합이 아닌 당선자 개인을 상대로 하여 제기할 이익이 있는지 여부(소극).

확인 이익의 유무와 법원의 직권판단

(2) 판결요지

농업협동조합과 같은 단체의 임원선거에 따른 당선자 결정의 무효 여부에 대한 확인을 구하는 소의 경우, 당선자 개인을 상대로 제소하여서는 만일 그 청구를 인용하는 판결이 내려졌다 하더라도 그 판결의 효력이 당해 조합에 대하여 미친다고 할 수 없어 위 당선자 결정의 효과로서 부여되는 조합장의 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 수단으로 가장 유효 적절한 방법이 될 수 없기 때문에, 당선자를 결정한 그 조합을 상대로 제소할 것이지 당선자 개인을 상대로 하여서는 그 확인의 이익이 있다고 볼 수 없다.

소가 그 확인의 이익이 없어 부적법한지의 여부는 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제41조, 제46조, 민법 제758조

(4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 김○탁

【피고, 상고인】 정○연

【원심판결】 광주고등법원 1991.3.27. 선고 90나4074 판결

## (5) 판결이유

기록에 의하여 보면, 원고는 이 사건 소에 있어서, 1990.3.13.원고와 피고등 2인이 입후보하여 조합원의 직접투표로 실시한 소의 도덕농업협동조합 조합장 선거에서의 다수득표자는 원고인데도 불구하고, 위 조합선거관리위원회는 개표과정에서 원고에 대한 유효투표수 중 상당수를 무효표로 잘못 처리한 나머지, 피고가 다수득표를 하였다 하여 그를 당선자로 결정하였으니, 그 결정은 무효라고 주장하면서, 당선자인 피고를 상대로 위 결정의 무효와 원고가 당선자임의 확인을 구하였고, 원심은 이를 받아들여 원고의 위 청구를 인용한 제1심 판결을 유지하고 있다.

그러나 농업협동조합과 같은 단체의 임원선거에 따른 당선자결정의 무효여부에 대한 확인을 구하는 소에 있어서는, 당선자를 결정한 그 조합을 상대로 제소할 것이지 당선자인 피고를 상대로 하여서는 그 확인의 이익이 있다고 볼 수 없다. 왜냐하면 당선자인 피고를 상대로 제소하여서는, 만일 그 청구를 인용하는 판결이 내려졌다 하더라도 그 판결의 효력이 당해조합에 대하여 미친다고 할 수 없기 때문에, 위 당선자 결정의 효과로서 부여되는 조합장의 지위를 둘러싼 당사자들 사이의 분쟁을 근본적으로 해결하는 수단으로 가장 유효적절한 방법이 될 수 없기 때문이다.

그렇다면 이 사건 소는 그 확인의 이익이 없어 부적법하다 할 것이고, 이점은 직권조사 사항이므로 당사자의 주장여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하였어야 함에도 불구하고 원심은 이에 따르지 않고 제1심과 마찬가지로 본안에 관하여 나아가 심리판단하고 말았으니 거기에는 확인의 소에 있어서의 소송요건인 확인의 이익 등의 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다 아니할 수 없고, 이점을 지적하는 논지는 이유 있다.

이에 나머지 상고이유에 대하여는 판단을 하지 아니하고 원심판결을 파기함과 아울러 제1심판결을 취소하며, 이 사건은 당원이 재판하기에 충분하므로, 이 소를 각하하고 소송총비용은 패소자의 부담으로 하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

## 나. 대법원 1991. 8.12, 91다5443

## (1) 판시사항

농업협동조합의 임원선거에 따른 당선자 결정의 무효 여부에 대한 확인을 구하는 소를 당선자 개인을 상대로 제기할 이익이 있는지 여부(소극)

## 확인이익의 유무와 법원의 직권판단

단위농업협동조합의 임원선거관리지침에 투표용지에 투표관리자의 사인을 날인하도록 규정하고 있는 경우, 위 사인이 누락된 투표용지의 효력 유무(소극)

## (2) 판결요지

농업협동조합과 같은 단체의 임원선거에 따른 당선자 결정의 무효 여부에 대한 확인을 구하는 소에 있어서 당선자를 상대로 제소하는 경우에는 그 청구를 인용하는 판결이 내려

졌다 하더라도 그 판결의 효력이 당해 조합에 미친다고 할 수 없기 때문에 그 당선자 결정에 따라 정하여지는 조합장의 지위를 둘러싼 당사자 사이의 분쟁을 근본적으로 해결할 수 없다고 보아야 하고 따라서 당선자를 결정한 그 조합을 상대로 제소할 일이지 당선자를 상대로 제소하여서는 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.

소가 그 확인의 이익이 없어 부적법한지의 여부는 직권조사사항이어서 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다.

단위농업협동조합의 임원선거규약에 무효투표사유의 하나로 “소정의 투표 용지를 사용하지 아니한 경우”를 규정하고 있고 임원선거관리지침에 투표 관리자는 선거인 본인임을 확인하고 투표용지 교부시 소정란에 그의 사인을 날인하도록 규정하고 있다면, 이와 같은 투표관리자의 사인날인에 관한 규정은 단순한 훈시규정이 아니라 투표절차상의 필수적인 절차로서 규정한 투표에 관한 효력규정이라 할 것이므로 비록 투표용지가 투표 당시 소정의 양식에 따라 인쇄되어 있고 일련번호란에 일련번호가 기재되어 있으며 선거관리위원회 위원장의 직인이 날인되어 있다 하더라도 투표관리자의 사인이 누락된 투표용지는 무효표에 해당한다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제41조, 제46조

(4) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○수

【피고, 피상고인】 대강농업협동조합의 1인

【원심판결】 광주고등법원 1990.12.28. 선고 90나5367 판결

11. 제46조(임원의 직무)에 관한 판례(대법원 1976. 9.28, 76다1054)

가. 판시사항

이(里) 농업협동조합과 그 조합장의 관계가 민법 제758조 소정의 사용자와 피용자의 관계에 있다고 할 수 있는지 여부

나. 판결요지

농업협동조합법 제46조 제1항과 제47조 제1항에 의하면 단위 농업협동조합인 이(里) 조합의 대표 기관으로서 민법 제758조 소정의 사용자와 피용자의 관계에 있다고 할 수 없다.



### 다. 관련조문

농업협동조합법 제46조, 제47조

### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 황○익 외 15명

【피고, 상 고 인】 공주군

【원심판결】 서울고등법원 1976.3.26. 선고 75나630 판결

### 마. 판결이유

원심이 거시한 증거들을 기록에 의하여 대조 검토하면 피고군이 소외 수촌리 농업협동조합에 대하여 실제로 이 사건 양곡을 대여한 사실이 없는데도 불구하고 원심판시와 같은 자기들의 양곡횡령사실을 은폐하고 또는 이를 횡령하기 위한 수단으로서 당시 피고군의 군수였던 이진형과 위 조합의 조합장이던 전○오가 서로 짜고 대여양곡교환계약서(을 제5호증)등 관계서류를 허위로 작성하여 마치 위 양곡의 대여가 있었던 것 같이 가장하였음에 지나지 않았으며 원고들은 위와 같은 양곡의 대차관계가 실제로 있었던 것으로 알고 위 조합의 상환채무를 담보한다는 취지에서 피고군에게 이 사건 근저당권설정등기를 한 것이라는 원심인정사실이 충분히 공인되는 바이다.

그렇다면 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채권채무가 존재하지 않는다 할것이므로 같은 취지에서 원심이 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 명하였음은 정당하여 여기에 소론과 같은 증거의 해석을 잘못된 위법이 있다고 할 수 없고 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 위 조합의 피고군에 대한 상환채무의 담보를 위한 것이 아니라 위 소외 이진형의 피고군에 대한 불법행위 채무를 담보하기 위하여 설정된 것이라는 상고이유는 원심이 인정한 것과는 다른 사실을 근거로 한 것으로서 채용될 수가 없다.

그리고 농업협동조합법 제46조 제1항과 제47조 제1항에 의하면 이 사건에 있어서와 같은 단위농업협동조합인 이 조합의 장은 그 조합의 대표기관으로서 민법 제758조 소정의 사용자와 피용자의 관계에 있다고 할 수 없음이 분명하므로 위 수촌리농업협동조합과 그 조합장인 전○오와의 관계가 사용자와 피용자관계에 있음을 전제로 한 피고의 주장을 배척한 원심의 조치 또한 정당하여 원심이 이 사건에서 사용자 배상책임에 관한 법리를 오해하였다고 할 수도 없다.

그러므로 상고논지는 모두 그 이유없음에 돌아간다 하여 이 상고를 기각하고 상고 소송비용은 패소자인 피고의 부담으로 하기로 하여 관여법관들의 일치한 의견으로 주문과 같이 판결한다.

바. 해설

(1) 대표권

(가) 대표권의 의의

대표권이라 함은 법인의 기관이 당해법인을 대표하는 권한을 말하고 이와 같은 대표권을 갖는 법인의 기관을 대표기관이라고 한다. 법인의 활동은 대표기관의 행위를 통해서만 외부에 효력이 있게되는 것이며, 농협의 경우는 조합장(회장)이 대표기관에 해당된다. 따라서 대표기관인 조합장(회장)은 조합의 행위능력 범위내에서 재판상, 재판외의 모든 업무에 대하여 조합을 대표하는 권한이 있다. 대표기관인 조합장이 조합을 위하여 행한 행위는 모두 소속농협의 행위로 인정되고 그 효과도 모두 소속농협에 귀속된다. 또한 대표기관인 조합장에 대하여 행한 타인의 의사표시는 모두 소속농협에 대하여 효력이 발생(의사표시 수령)한다.

(나) 위법적 대표행위의 효력과 대표권의 남용

총회, 이사장 등 회의체기관의 결의를 얻어야 할 사항임에도 이를 얻지 않거나 또는 결의가 취소된 경우와 회의체기관의 결의에 위반하여 행한 조합장의 행위의 효력이 유효한가 하는 점이다. 이 경우에 그 행위자체는 위법이라고 하지 않을 수 없으나 외관주의와 거래안전의 필요성 때문에 「대외적인 거래행위」는 상대방이 그러한 요식절차가 없음을 몰랐거나 알 수 없었을 때에는 유효하다고 생각된다. 주식회사의 경우에도 동일하게 생각되고 있다(대판 78다 389호 78. 6. 27일). 그러나 「대내적인 행위」에 관한 것은 무효라고 보고 있다.

대표기관이 객관적으로는 대표권의 범위에 속하는 행위를 자기 또는 제3자의 이익, 즉 소속농협이외의 자의 이익을 위하여 행한 경우의 효력도 문제가 되며 명문 규정이나 판례는 없으나 주식회사의 경우는 의결기관의 의결없이 집행한 것과 동일하게 취급하고 있으며 농협에서도 이를 원용함이 타당하다고 생각된다.

(2) 농협과 임원간의 법률관계는 민법상의 위임계약관계이고(법 57. 127. 163, 상법 382 ②, 민법 680), 그러므로 임원은 법령. 정관 등의 규정을 준수하여 충실히 그 직무를 수행해야 하는 것이다.

12. 제53조(임원의 의무와 책임)에 관한 판례

가. 판시사항

농업협동조합임원의 연대책임에 관한 동조합법 제54조 제2항의 해석

나. 판결요지

본조 제2항은 임원중 1인이 직무상 불법행위로 조합 또는 타인에게 손해를 가할 경우에 이와 관계없는 다른 모든 임원까지도 연대하여 손해배상의 책임을 진다는 취지는 아니다.

다. 관련조문

농업협동조합법 제54조 제2항

라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 양주군농업협동조합

【피고, 피상고인】 안○국의 11

【원심판결】 서울고등법원 1972.5.12. 선고 71나2904 판결

마. 판결이유

원심이 인정한 사실에 의하면 경기 양주군 진접면 장현리 농업협동조합의 조합장이었던 윤○섭이 피고들과 죽은 이○용의 승낙없이 기왕에 보관중이던 이사사람들의 인장을 부정 사용하여 갑 제1호각증(이사건 비료기탁 보관계약서)을 작성한 것이요, 위의 사람들이 원고 주장과 같이 위 장현리 농업협동조합이 부담할 재산상 책임에 대하여 연대보증한 사실은 인정되지 아니한다라 하였다. 기록을 정사하면서 원심이 한 위와같은 사실인정의 과정을 살펴보면 적법하고, 여기에는 논지가 말하는 바와 같은 채증상의 위법이 없다.

그리고 농업협동조합법 제54조 제2항의 규정은 원심이 정당하게 판단하고 있는바와 같이 임원의 한사람이 그 직무를 수행하다가 고의 또는 중대한 과실로 조합 또는 타인에게 가한 손해에 대하여 여기에 관계없는 모든 다른 임원이 연대하여 손해배상의 책임을 진다는 취지로 풀이할 수는 없다. 원심판결에는 같은 법 제54조 1,2항의 해석을 잘못하였거나 심리미진 기타 법적용을 그르친 위법이 없다.

그렇다면 이 상고는 그 이유없는 것이 되므로 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 한다.

바. 해설

임원개인의 책임, 즉 법인(농협)의 기관담당자로서 개인의 책임은 소속농협에 관한 민사 책임, 제3자에 관한 민사책임, 신분상의 책임, 형사책임으로 분류할 수 있다. 주의할 것은 이러한 책임은 각기 독립된 것이라는 점이다. 즉, 소속농협에 관한 민사책임을 부담하였다 하여 신분상의 책임이나 형사책임이 면제되는 것이 아니고 각개의 책임이 독립적으로 발생 된다.

임원개인이 농협에 관한 책임이나 제3자에 관한 책임(법 54. 127. 163)은 채무(의무)불이

행에 의한 손해배상이며 대표기관의 행위에 의한 농협의 목적범위 외의 행위에 의한 임원개인의 제3자에 관한 책임은 불법행위에 의한 손해배상책임으로서 양자는 별개의 권리이다.

임원개인이 소속농협에 대하여 민사책임을 져야하는 경우와 내용은 다음과 같다.

(1) 임원계약에 따른 의무(책무)불이행책임

임원은 농협과 위임계약관계에 있기 때문에 임원은 선량한 관리자의 주의를 가지고 농협법령, 이에 의한 제규정, 회의체기관의 결의 등을 준수하고 농협을 위하여 성실히 근무해야 할 의무를 다하지 않음으로서 소속농협에 손해를 끼쳤을 때에는 단독 또는 기관임원이 연대하여 손해를 배상해야 한다(법 54. 127. 163, 민법 681). 이때의 책임은 민법상의 책무(의무)불이행에 의한 손해배상책임이다.

(2) 농협법에 의한 책임

임원이 직무를 수행함에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 소속농협에 손해를 가한 때에는 단독 또는 기관임원이 연대하여 손해를 배상해야 한다.

이 때에 임원은 연대하여 책임을 진다는 것은 손해를 발생한 행위와 관계가 없는 다른 모든 임원까지도 연대하여 책임을 진다는 뜻이 아니라 기관임원이 있을 때에 한다는 뜻이다(대판 72. 8. 29일 72다 1161호).

그리고 「연대하여」라고 하는 것은 임원들이 동일내용의 배상액에 대하여 각자가 전부변제의 책무를 지고, 임원중 1인의 변제로서 책무가 소멸되는 관계를 말하는 것이며, 어느1인의 변제로서 배상이 끝나게 되면 임원상호간에 구상문제만이 남게된다.(민법 425). 또한 임원의 책임에서 경과실이 제외되는 이유는 임원의 업무의욕의 위축을 방지하고 신속한 업무처리를 위한 것으로 보인다.

### 13. 제57조(사업)에 관한 판례

#### 가. 대법원 1982. 6. 8, 82다150

(1) 판시사항

개인의 자금유통을 위하여 특수 농업협동조합 상무가 조합명의로 어음을 발행한 경우와 동 조합의 사용자책임

(2) 판결요지

구 농업협동조합법 제125조 제3항에 의하면 특수농업협동조합은 개인으로부터 자금을 차입할 수 없으므로 위 특수조합의 상무가 타인의 자금유통을 위하여 조합명의로 어음을 발행한 행위는 무효라 할 것이나, 위 조합상무는 재제상 또는 재제외의 대리권이 부여되어

있고 이 사건 어음의 발행은 외관상 그 직무범위에 속하는 행위라고 보여지므로 위 조합은 위 어음을 선의로 배서양도받은 자에게 사용자로서 배상책임이 있다.

(3) 관련조문

구 농업협동조합법 (1961.7.29 법률 제670호) 제125조 제3항  
농업협동조합법 제127조, 제57조의 2 제4항  
상법 제11조 제1항

(4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 이○기

【피고, 상 고 인】 대구우유협동조합

【원심판결】 대구지방법원 1982.2.3 선고 81나276 판결

(5) 판결이유

원심이 확정한 사실은 다음과 같다. 즉 피고 조합(원래 명칭은 경상북도 낙농협동조합)은 농업협동조합법에 의하여 설립된 특수조합으로서 상무인 소외 최○형이 조합장의 결재를 받아 발행인으로 '경상북도 낙농협동조합 조합장 김○관, 상무 최○형'이라 기명하고 그 옆에 조합장의 직인과 위 최○형의 사인을 날인하는 방법으로 피고 조합의 어음 수표를 발행해 오고 있었는데, 피고 조합의 명칭이 현재의 명칭으로 바뀌면서 당시 궤위중인 전무의 권한을 행사하여 전무로 사실상 호칭되던 위 최○형은 당좌거래 명의를 '대구우유조합 조합장 김○관, 전무 최○형'으로 변경한 후 소외 김○태에게 자금융통을 도와주려고 위 당좌거래 명 의와 같이 발행인 명의를 기명하고 그 옆에 전무 직인과 자신의 사인을 압날한 이 사건 어음을 발행 교부하였고, 원고는 위 김○태로부터 위 어음이 피고 조합에서 정당하게 발행된 것으로 믿고 배서양도 받았다는 것이다.

생각컨대, 농업협동조합법(1980.12.31 법 제3300호로 개정되기 전의 법률)제125조 제3항의 규정에 의하면 특수농업협동조합은 그 목적달성을 위하여 중앙회 또는 군조합으로부터만 자금을 차입할 수 있고 다른 기관이나 개인으로부터는 차입할 수 없도록 되어 있으므로 위 최○형이 위 김○태의 자금융통을 위하여 이 사건 어음을 발행한 행위는 차입에 속하는 채무부담행위로서 무효라고 할 것이나, 농업협동조합법 제127조, 제57조의 2 제4항, 상법 제11조제1항의 규정에 의하여 특수농업협동조합의 상무는 재판상 또는 재판외의 대리권이 부여되어 있으므로 선의의 제3자인 원고에 대한 관계에 있어서는 위 최○형의 위 인정과 같은 조합 명 의의 어음발행은 외관상 그 직무행위와 유사하여 거래상 그 직무범위에 속하는 행위로 보여진다고 하겠으니, 원심이 피고조합에게 위 최○형의 사용자로서 동인의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해에 대한 배상책임을 인정한 조치는 정당하고 사용자 배상책임에 관한 대법원의 법령해석과 상반된 판단이라고 볼 수 없다.

논지가 들고 있는 판례 중 당원 1974.11.26 선고74다 993 판결은 농업협동조합 상무대리 명의로 발행된 약속어음에 관한 사건이고, 당원 1970.11.24 선고 70다2140 판결은 국고수표에 관한 사건이며, 당원 1973.6.22 선고 72다2391 판결은 농지개량조합의 조합장과 총무과장 및 경리계장 등이 공동발행인이 된 약속어음에 관한 사건으로서 모두 이 사건과 구체적인 사안을 달리하고있어 위 각 판결에서 명시된 당원의 법령해석이 원심판결이 이 사건에 관하여 내린 법령해석과 상반된다고 볼 수 없으니 논지는 이유없다.

## (6) 해석

사용자책임의 요건을 보면

- (가) 어떤 사무에 종사시키기 위하여 타인(예:직원)을 사용할 것 사무라고 하는 것은 통속적으로 일이라고 말하는 것과 같으며 매우 넓은 개념이다. 타인(피용자)이라고 하기 위하여서는 사용자가 선임에 의하여 그 지휘, 감독하에 사용자가 영위할 사업에 종사하는 자를 말한다(대판 76. 9.14일 75다1890호, 76. 4.27일 75다137호). 사용관계가 반드시 법적으로 유효한 계약관계가 있어야 하는 것이 아니므로 선임, 감독관계도 사실상의 것으로 충분하고 명시, 묵시에 의한 선임, 감독관계도 성립할 수도 있다. 요컨대 지휘, 감독관계는 객관적으로 지휘, 감독을 해야 할 관계가 있었느냐의 여부에 의하여 결정되는 것이다. 타인을 사용한다는 것은 위의 사무를 사실상 행하게 하는 것으로서 비용계약 등 어떤 관계라도 된다. 명의대여자는 사용자 책임이 있으며(대판 81. 9.28일 81다281호), 실질적으로 도급인이 수급인의 일의 집행에 지시, 감독한 경우에는 수급인의 행위에 대하여 도급인이 책임을 진다(대판 83. 2.28일 81다428호).
- (나) 피용자(직원)가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 주었을 것 사무집행에 관하여 라 함은 구체적으로 직원이 사무에 속하지 않더라도 객관적으로 행위의 외형상 사무의 범위내라고 인정되는 모든 경우(밀접한 관련이 있거나 유사한 경우)를 포함한다는 것이 판례, 통설의 입장이다(대판 80. 1.15일 79다1867호, 85. 8.13일 84다카979호). 그러나 피용자의 행위가 사용자의 사무집행에 해당하지 않음을 피용자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 외관상 직무집행 행위라고 볼 수 있어도 사용자 책임이 없다(대판 83. 6.28일 83다카217호, 76. 9.14일 75다1219호).
- (다) 피용자(사원)가 제3자에게 손해를 주었을 것  
제3자라 함은 사용자와 직접 가해행위를 한 피용자를 제외한 그 밖의 자를 말한다. 따라서 같은 사용자 밑에 고용되는 근로자(직원)사이에서도 한쪽이 업무상의 불법행위로 다른 쪽에 손해를 주었을 때에는 사용자 책임이 생긴다.
- (라) 피용자(직원)의 고의, 과실, 책임능력이 있을 것
- (마) 사용자가 면책사유가 있음을 입증하지 못할 것

사용자는 피용자(직원)의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 책임을 면할 수 있다(민법 756조1항 단서). 그러나 판례는 이에 관한 사용자의 주장을 거의 인정하지 않고 있어서(인정한 판례없음) 사용자 책임은 무과실책임에 가까운 것으로 되어 있다. 주의할 것은 대리 감독자(예: 직속상급자, 조합장 등)의 과실은 사용자(농협)의 과실로 본다고 해석하고 있다는 점이다.

**나. 대법원 1963. 1.17, 67다775**

(1) 판결요지

군 농업협동조합의 차금능력은 농업협동조합 중앙회로부터의 자금차입에 국한되므로 군 농업협동조합이 개인으로부터 자금을 차입하기 위하여 약속어음을 발행한 행위는 무효이다.

(2) 관련조문

농업협동조합법 제111조 제1항 제4호(바)

(3) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○화

【피고, 피상고인】 동래군농업협동조합

(4) 판결이유

피고 조합의 차금능력은 농업협동조합 중앙회로부터의 자금 차입에 국한된다함은 본원의 판례(1962.5.10 선고 62다127 판결)로서 아직 이를 변경할 필요를 느끼지 않는 바이고 피고 조합은 농업협동조합법에 의하여 설립되는 특수법인으로서 피고 조합의 사업능력은 같은 법에서 정한 범위 내에 국한된다 할 것이니 피고 조합의 사업능력 범위를 벗어난 개인으로부터의 자금 차입을 위한 약속어음 발행행위는 절대무효이고 표현대리에 관한 법리를 적용할 여지가 없으며 따라서 이와 같은 취지로 한 원심판시이유는 정당하고 이와 반대의 견해에 입각한 논지는 채용할 수 없다.

**다. 대법원 1968. 5.14, 68다249**

(1) 판결요지

구 농업협동조합(61.7.29. 법률 제670호) 제111조 제1항 제4호(바)에 의하면 시농업협동조합이 자금을 차입함에 있어서는 반드시 농업협동조합중앙회로부터 하여야 하고 다른 사람으로부터 차금을 할 수 없는 것인데 중앙회 아닌 다른 사람으로부터 금원을 차용하고 약속어음을 발행하였다면 이 약속어음은 위 법조에 위반하여 무효이다.

## (2) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○원

【피고, 피상고인】 서울특별시농업협동조합

## (3) 판결이유

그러나 원판결이, 농업협동조합법 제111조 제1항 제4호(바)에 의하여, 피고 조합이 자금을 차입함에 있어서는, 반드시 농업협동조합 중앙회로부터 하여야하고, 다른 사람으로부터 차금을 할 수 없는 것인데, 중앙회 아닌 원고로부터 금원을 차용하고 본건 약속어음이 발행된 것이니, 이 약속어음은 위 법조에 위반하여 무효한 것이라고 실시하였음은 정당하여 아무 잘못이 없는 판단이라 할 것이고, 피고 조합의 성격과 사업종류가 소론과 같은 것이라 하여, 중앙회 아닌 원고로부터 금원을 차용하고 발행한 본건 약속어음이 유효한 것이라고는 볼 수 없을 것이며, 또 원심은, 피고 조합은 그 사업으로 행할 수 있는 범위안에서도 약속어음을 발행할 능력이 없다는 취지를 실시하고 있는 것은 아니고(중앙회로부터 자금을 차입하고 약속어음을 발행한 것이라면 그 약속어음은 유효한 것이라 할 것이다) 다만 위 법조에 위배하여 금원을 차용하고 발행된 본건 어음이 무효하다고 판단하고 있는 것이다.

그리고 약속어음이 무인증권이라 하여, 위 법조에 위반하여 피고 조합이 채무를 부담하게 되는 본건 약속어음 발행행위가 유효하다고는 할 수 없는 것이고, 법률규정에 의한 피고 조합의 능력의 제한이 피고 조합의 내부 문제라고는 볼 수 없다 할 것이며, 원고가 위 법률의 규정을 몰랐다하여 본건 약속어음이 유효하다고는 할 수 없는 것이라 할 것이어서, 논지는 모두 독자적 견해이거나, 본건에 적절한 것이 못되어, 채용할 수 없다.

그러나, 피고 대리인이 제출한 1966.12.15.자 답변서를 보면 「……소외 윤○구의 본건 약속어음 발행 그 자체가 호의적으로 해석하여도 중앙회가 아닌 자로부터 자금차입을 목적으로 한 것임으로……」라고 기재되어 있을 뿐, 소론과 같이 「피고는 농업협동조합 중앙회가 아닌 원고로부터 자금을 차입하여 본건 약속어음을 발행한 것」이라는 기재있음을 찾아 볼 수 없고, 위 피고대리인의 답변사실로, 피고 조합에서 본건 약속어음을 발행하여, 원고로부터 금원을 차입하여 사용한 사실을 자백하고 있는 것이라고는 볼 수 없다 할 것이므로 논지는 이유없다.

그러나 원판결이 농업협동조합법 제111조 제1항 제4호(바)의 규정에 비추어, 농업협동조합중앙회가 아닌 원고로부터 금원을 차용하고, 약속어음을 발행하는 것은, 피고 조합의 사업범위내에 속하는 행위라거나 또는 그에 관련된 행위라고는 할 수 없다는 취지로 판단하였음은 정당하다 할 것이고, 소론 본원의 판례는, 위 법조와 같은 능력의 제한이 없는 사건에 관한 것으로, 본건에 적절한 것이 못되며, 설사 피고 조합이 그 사업범위내에서는 약속어음을 발행할 능력이 있고, 또 여신사업과 수신사업을 하고 있다 하더라도, 본건에 있어서와 같이 농업협동조합 중앙회 이외의 자로부터 금원을 차용한 행위를 할 수 있는 행위능력은 없는 것이므로, 그와 같이 금원을 차용하는 결과가 되는 본건 약속어음 발행도 할 수



없는 것이라 할 것이어서, 논지는 모두 본건에 적절한 것이 못되므로 채용할 수 없다.

라. 대법원 1971. 6. 8, 71다631

(1) 판시사항

법률의 강행규정에 위배되어 당연무효인 행위를 유효한 것으로 믿고 거래한 당사자에게도 그렇게 믿은 점에 과실이 없다고는 할 수 없다.

(2) 판결요지

법률의 강행규정에 위배되어 당연무효인 행위를 유효한 것으로 믿고 거래하였다면 그 당사자에게도 그렇게 믿은 점에 과실이 없다고는 할 수 없다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제111조 제1항 4호 (바)

(4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 안○현

【피고, 상 고 인】 서울특별시 농업협동조합

(5) 판결이유

원판결 이유에 의하면 피고 조합은 농업협동조합법에 의하여 설립된 특수법인이고 그 사업능력은 동법이 정한 범위 내에 국한되는 것으로서 동법 제111조 제1항 제4호 (바)에 의하면 신용사업을 위한 피고 조합의 자금차입은 농업협동조합 중앙회로부터만 할 수 있도록 되어 있어 본건의 경우 피고 조합이 원고 주장대로 수표에 대한 수표상의 지급보증을 하였다면 이는 피고조합의 자금차입에 속하는 채무부담 행위로서 위의 규정에 위반되어 무효라고 판단하여 원고의 수표금청구를 배척하고 앞에서 본바와 같이 사용자배상책임을 인정하고 위 수표의 지급보증서 발행행위로 인한 피고 조합의 사용자 배상책임을 손해배상액을 산정함에 있어서는 원고의 과실을 참작하지 않고 원고청구 전액을 인용하는 취지의 판단을 하였음이 뚜렷하다.

그러나 농업협동조합이 동 조합 중앙회 이외의 타인으로부터 그의 사업에 소요되는 자금을 차입하는 행위는 농업협동조합법의 강행규정(동법 제111조 제1항 제4호(바) 목)에 위배되는 당연무효의 행위이고 타인 발행의 선일자수표에 대한 지급보증행위 역시 위 자금차입 행위에 준하여 당연 무효한 것이라 함이 당원판례의 견해인 만큼 위와 같이 법률강행규정에 위배되어 당연 무효인 행위를 유효한 것으로 믿고 거래한 당사자에게도 그렇게 믿은 점에 과실이 없다고는 할 수 없다 할 것이다. 그런데 본건에 있어서 피고 조합 시흥동 예금취급소장 조○만의 그 판시와 같은 수표에 대한 지급보증을 유효한 것으로 믿고 그 판

시와 같은 거래를 한 원고에게도 과실이 있다 할 것이고 비록 피고가 과실상계를 주장하지 아니하였다 하더라도 손해배상액을 정함에 있어서 이를 참작하여야 할 것임에도 불구하고 이를 참작하지 아니하였음은 과실상계에 대한 법리를 오해하였거나 또는 피해자 자신의 과실 유무에 관한 판단을 유탈한 잘못이 있다 할 것이다.

**마. 대법원 1986. 6.24, 86다133**

(1) 판시사항

특수농업협동조합의 상무가 농업협동조합중앙회이외의 자에게 할인을 위하여 발행한 수표의 효력

(2) 판결요지

농업협동조합법 제125조 제3항의 규정에 의하면 특수농업협동조합은 그 목적을 달성하기 위하여 농업협동조합중앙회로부터만 자금을 차입할 수 있고 다른 기관이나 개인으로부터는 차입할 수 없도록 되어 있으므로, 특수농업협동조합의 상무가 할인을 위하여 조합명의의 수표를 발행한 행위는 차입에 속하는 채무부담행위로서 위 법규에 위반되어 무효라고 할 것이어서 수표소지인은 조합을 상대로 수표금청구를 할 수 없다.

(3) 관련조문

구농업협동조합법 제125조 제3항

(4) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○식

【피고, 피상고인】 옥천원예협동조합

【원심판결】 청주지방법원 1986.2.7 선고 85나178 판결

(5) 판결이유

원심이 인용한 1심판결 이유에 의하면 소외 강○구가 농업협동조합법에 의하여 설립된 특수농업협동조합인 피고조합의 상무이사이면서 수표발행등의 사무를 담당하고 있던중 그가 보관하고 있던 피고 조합의 수표용지와 직인을 이용하여 발행인 피고조합, 발행일 1985.4.26, 액면 금 6,450,000원, 발행지 옥천읍, 지급인 농업협동조합, 지급지 농업협동조합 옥천군지부로 된 선일자 소지인 출급식 당좌수표 1장을 발행하여 이를 1984.9.27 원고에게 할인하면서 교부한 사실을 인정하고, 농업협동조합법 제125조 제3항의 규정에 의하면 특수농업협동조합은 그 목적을 달성하기 위하여 농업협동조합중앙회로부터만 자금을 차입할 수 있고 다른 기관이나 개인으로부터는 차입할 수 없도록 되어 있으므로, 위 강○구가 피고조합 명의의 수표를 원고로부터 할인하기 위하여 발행한 위 행위는 차입에 속하는 채무

부담행위로서 강행법규에 위반되어 무효라고 할 것이므로 위 수표발행이 유효함을 전제로 한 원고의 위 수표금청구는 법률상 받아들일 만한 것이 못된다고 판단하였는 바, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고 농업협동조합법 제125조 제3항의 법리를 오해한 바 없으려니와 소론 판례(당원 1982.6.8 선고 82다150 판결)는 사용자배상책임에 관한 판례이고 기록에 비추어 보면 상고인은 수표금청구를 하고 있고 사용자배상책임에 관하여 주장한 바도 없으니 위 판례는 본건에 적절하지 못하다. 상고논지는 이유없다.

#### (6) 해설

##### (가) 사업종목(종류)에 관한 제한열거주의

농협법은 사업으로서 구매사업 판매사업등 10여개의 사업을 나열하고 있는 바 이렇게 나열된 것을 「예시」로 볼 것이나(예시주의) 아니면 「제한적으로 열거한 것」으로 볼 것이나(제한열거주의)가 문제가 된다.

농협법의 사업종류(종목)에 관한 규정의 내용은 제한적으로 열거한 것(제한열거주의)이라고 하는 것이 판례 통설이다.

「판례와 통설이 제한열거주의를 채택하는 주된 근거」는 농협법의 사업종목에 「목적달성에 필요한 사업」(규정된 것 이외의 것)은 농수산부장관(주무부장관)의 인가(승인)를 얻어 행할 수 있도록 규정하고 있는 바, 이를 반대해석한 것이다.

「농협법에서 사업을 제한적으로 열거하는 취지는」 농협목적외의 사업에 관한 제한을 가하려는 것이고 농협목적달성에 필요한 경우에는 농수산부장관(주무부장관)의 승인(인가)를 얻어 사업을 할수 있게 하려는 것이다.

농협이 위와같이 제한열거된 사업중에서 정관으로 채택한 사업 이외의 사업을 존립을 위한 기본사업으로 행한다 할 지라도 그 사업의 효력이 없다. 이는 제한열거주의에 관한 규정이 제한규정이 아니라 효력규정(능력규정)으로 보는 것이기 때문에 이에 위반할 때에는 일정한 제재는 물론이고 위반행위 자체의 효력도 없다.

##### (나) 借入先以外の 者로부터 차입의 효력

농협법에서는 系統조직별로 차입선을 규제하여 외부자본의 부당한 침투의 여지를 봉쇄하고 있으며 이러한 차입선이외의 자로부터의 차입은 무효가 된다(대판 71. 1. 29일 70다 2667호, 71. 6. 8일 71다 631호).

또한 당연무효인 행위를 유효한 것으로 믿고 차입을 하여 준 자도 유효하다고 믿은 데에 과실이 있다고 보고 과실 상계의 대상이 된다.

#### 바. 대법원 1981. 2.24, 80다2855

##### (1) 판결요지

농업협동조합이 행하는 공제사업은 비영리 사업이므로 단위 농업협동조합이 행하는 공제사업 역시 비영리 사업으로 보아야 한다.

(2) 관련조문

농업협동조합법 제58조

(3) 당사자 등

【원고, 상 고 인】 지○배

【피고, 피상고인】 평창단위농업협동조합

(4) 판결이유

원심판결 이유설시 증거 및 변론의 전취지를 기록에 대조하여 살펴보면 이 사건 공제계약은 피고 평창단위농업협동조합이 농업협동조합법 제58조 제1항 제6호 규정에 의한 공제사업으로 동법 제58조의 2 절차에 따른 공제규정을 마련하여 그 규정에 좇은 계약이라 할 것인 바, 이 사건 피고 농업협동조합이 행하는 공제사업은 농업협동조합법(제1조, 제5조, 제58조 참조) 규정에 비추어 비영리사업이라 할 것이니 이와 같은 뜻에서 원심이 피고조합의 이 사건 공제사업을 비영리사업으로 본 판단 결론조치는 정당하다 할 것이니(대법원 1969.3.25 선고 68다1560 판결 참조) 이와 배치되는 견해에서 피고조합의 이 사건 공제사업이 상법 제46조 소정의 기본적 상행위가 된다거나 이 사건 공제계약이 상법 제650조 제663조의 적용을 받는 보험계약임을 전제로 원심판결에 소론 법리오해가 있다거나 심리미진이 있다는 논지는 모두 이유없다 할 것이다.

사. 대법원 1964.12.29, 64다1321

(1) 판결요지

법인자체에 대하여 불법행위상의 책임을 물을 수 있는 것은 법인자체의 대표자가 그 직무에 관하여 타인에 대하여 불법행위를 가한 경우에만 한정한다는 것이 본조 제1항의 취지이며 구 농업협동조합법(61.7.29. 법률 제670호) 제3조, 제2조, 제111조에 의하면 군농업협동조합이라는 법인의 목적달성을 위한 사업중에는 신용사업이 있으나 그 신용사업수행을 위하여 자금차입을 하는 경우에는 반드시 농업협동조합중앙회로부터서만 이를 함을 요하는 것으로 법률상 명백히 규정하고 있으니 자금차입에 관한 군농업협동조합 자체의 불법행위 책임은 그 조합의 대표권자가 위 중앙회로부터 자금차입을 하는데 관하여 타인에게 불법행위를 가한 경우에만 한정된다 할 것인바 농업협동조합의 지소장이 그 개인적인 사업자금조달을 위하여 개인으로부터 자금을 차입하여 타인에게 손해를 가하였다 하더라도 이는 위 조합의 목적범위내에서 타인에게 불법행위를 가한 경우라고 볼 수 없어 위 조합자체의 불법행위가 된다고 볼 수 없다.

(2) 사실관계

피고조합의 상무이고 부산지소장 이던 소외 김○일이 실제에 있어서는 자기의 처질여서

인 소의 김○혁의 사업비 조달의 목적임에도 불구하고 그 정을 모르는 원고등에게 피고조합의 초창기 사업비에 사용한다는 허언을 통하여 그러한 취지를 믿은 원고등을 기망함으로써 본건 약속어음금 상당의 금원을 교부받아 차용하였다.

아. 대법원 1970.10.30, 70다1807

(1) 판결요지

농업협동조합의 예금취급소장이 개인발행의 수표에 지급보증하는 행위는 무효라 하더라도 외형상 그 본래의 직무집행으로 보여진다고 할 것이므로 농업협동조합은 그 사용자로서의 책임을 면할 수 없다.

(2) 당사자 등

【원고, 피상고인】 김○숙

【피고, 상 고 인】 서울특별시농업협동조합

(3) 판결이유

원판결은 피고의 소론 사용자배상책임을 인정하는 이유로서 원고가 소외 도○섭에게 이 사건 돈을 빌려 준 것은 피고 조합의 시흥동 예금출장소장 조○만이 도○섭 발행의 원판시 각 수표의 지급을 보증하는 행위를 한 것에 원인하였음이 분명하고 피고 조합은 비록 농업협동조합 중앙회 이외의 자로부터는 돈을 빌릴 수 없는 것이어서 위와 같은 보증행위가 법률상 무효이고 피고조합 예금취급소장의 본래의 직무권한에도 속하지 않는다고 할지라도 피고조합이 금융기관의 일원으로서 일반인의 예금취급 및 돈지급 위탁사무의 수입, 자기앞 수표 즉 이른바 보증수표의 발행 등을 그 업무의 일종으로 하고 있음에 비추어 피고조합 예금취급소장인 소외 조○만의 위에서 본 지급보증행위는 적어도 예금취급소장으로서의 그 본래의 직무와 밀접한 관련을 가진 것으로서 외형상은 그 본래의 직무집행으로 보여진다고 할 것임으로 피고 조합은 위 예금취급소장 조○만의 사용자로서 위 조○만의 행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하고 있는 바, 기록에 의하여 이를 검토할지라도 원판결의 판단은 정당하다 할 것이고, 원판결에는 소론이 지적하는 바와 같은 법리오해나 논리에 모순이 있다고는 볼 수 없다.

자. 대법원 1997. 6. 7, 76다1853

(1) 판결요지

시군 농업협동조합의 전무가 조합의 일상업무에 관하여 자신 및 조합직원에게 업무상 불성실한 사적이 있어 그로 말미암아 신원보증인의 책임을 야기할 염려가 있음을 알았다면 바로 동 조합이 그러한 사실을 알았다고 할 것이어서 동 조합은 신원보증법 제4조 제1호에 따라서 신원보증인에게 이를 통지할 의무가 있다고 할 것이다.[전원합의체판결 : 본판결로

76.06.22 75다1687 판결변경]

(2) 당사자 등

【원고, 상고인겸피상고인】 부산시농업협동조합

【피고, 피상고인】 이○회 외 1명

(3) 사실관계

원고조합의 전무인 피고 심○섭은 동 조합의 전무로 취임할 당시부터 동 조합의 상무, 대리, 또는 서기들로 재직하고 있던 원심피고 손○모, 박○현 등과 공동하여 그 판시와 같은 부정대출행위를 하여 시중 자신은 물론, 동인 등의 업무상 불성실한 사적을 알고 있으면서도 자신 및 동인 등의 신원보증인 등인 피고 이○회, 박○자 등에게 그 사실을 통지하지 않았다.

차. 대법원 1973. 8.21, 73다644

농업협동조합은 영리적 업무를 수행할수 없으므로 금원을 차용하면서 영리업무에 사용할 취지였다면 농협협동조합의 업무집행과는 관련이 없다.

카. 대법원 1971. 7.29, 71다935

당연 무효인 지급보증행위를 유효한 것으로 믿고 외상으로 물건을 판매한 원고에게도 그렇게 믿은 과실이 있다 할 것이고, 원고가 입은 손해액의 1/2에 대하여 과실상계를 하였음은 적법하다.

#### 14. 제58조(비조합원의 사업이용)에 관한 판례

가. 대법원 1980. 5.13, 80도685

(1) 판시사항

농업협동조합의 신용자금 대출대상

(2) 판결요지

농업협동조합의 신용자금 대출은 오직 조합원에 한한다고 할 것이요, 조합원과 동일한 세대에 속하는 자라고 하더라도 그에게는 이를 대출할 수 없다.

(3) 참조조문

농업협동조합법 제58조, 제59조

## (4) 당사자 등

【피 고 인】 나○준

【상 고 인】 검사 및 피고인

【원심판결】 전주지방법원 1980.1.17 선고 79노564 판결

## (5) 판결이유

농업협동조합법 제58조 제1항에 의하면, 조합은 그 목적을 달성하기 위하여, 다음의 사업의 전부 또는 일부를 행한다고 규정하면서, 그 제4호에 “신용사업”을 열거하고, 나아가 그 “다”목에 “조합원에 필요한 자금의 대출”을 규정하므로써, 조합은 그 신용사업의 일환으로서 조합원에 필요한 자금의 대출을 할 수 있음을 규정하고 있음을 알 수 있고, 한편 같은 법 제59조 제1항 본문에 의하면, 조합은 자금의 대출을 제외하고는 조합원의 이용에 지장이 없는 범위안에서 조합원이 아닌 자에게 그 사업을 이용하게 할 수 있다고 규정하고, 같은 제2항에서, 조합원과 동일한 세대에 속하는 자와, 다른 조합 및 다른 조합의 조합원의 사업이용은, 이를 그 조합의 조합원의 이용으로 본다고 규정하므로써, 위의 제58조 제1항과, 제59조 제1, 2항의 규정을 종합하여 볼 때, 위 제59조 제2항에서 말하는, “조합원과 동일한 세대에 속하는 자”는, 같은 제1항에서 규정한 자금의 대출을 제외 하고는 조합원과 똑 같이 조합의 사업을 이용할 수 있다는 것을 규정한 취지임을 알 수 있어, 결국 조합의 신용자금의 대출은, 오직 조합원에 한한다고 할 것이요, 조합원과 동일한 세대에 속하는 자라고 하더라도 그에게는 이를 대출할 수 없다고 해석함이 타당하다고 할 것이다.

그런데 이 사건에 있어서 원심판결 이유에 의하면, 원심은 위 제58조 제1항 제4호 “다”목과, 제59조 제2항의 규정을 종합하여, 단위조합은 그 목적을 달성하기 위하여, 조합원에 필요한 자금의 대출 및 조합원과 동일한 세대에 속하는 자에 대하여서도 필요한 자금의 대출 등을 할 수 있다는 취지로 해석하여, 피고인이 조합의 일반자금 3,460,000원을, 원심판시의 별지목록기재, 조합원 이○근의 아들인 이○용등 9명에게 각 대출한 것은, 조합원과 동일세대에 속하는 자에 대한 적법한 대출로서, 조합의 사업목적 외에 자금을 사용 또는 대출하여, 조합에 동액 상당의 손실을 끼친 것이 아니라고 판단하였는 바, 이는 앞에서 설시한 바에 따라, 농업협동조합법 제58조 제1항과 같은 제59조 제1항 및 제2항에서 정한 조합원과 동일한 세대에 속하는 자에 대한 조합자금의 대출에 관한 법리를 오해한데에서 비롯된 소치라고 보지 아니할 수 없고, 위와 같은 법리오해는 판결에 영향을 미쳤다고 할 것이니, 이 점을 지적하여 나온 논지는 이유있다.

이리하여 피고인의 상고는 이유없으므로, 이를 기각할 것이고 검사의 상고는 이유있으므로 원심 판결중 무죄부분은 이를 파기하여야 할 것이나, 위 기각되는 부분과, 파기되는 부분은 경합범이므로, 원심판결을 모두 파기환송하기로 하여, 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

나. 대법원 1975. 5. 2, 74다208

(1) 판시사항

농업협동조합(특수농업협동조합 포함)이 비조합원이 생산한 농수산물의 판매행위를 할 수 있는가 여부

(2) 판결요지

관계법령에 비추어 농업협동조합(특수농업협동조합 포함)의 비조합원은 조합의 사업을 농업협동조합법 59조의 제한범위 내에서 일반적으로 이용할 수 있어 농업협동조합은 비조합원이 생산한 농수산물의 판매행위를 할 수 있다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제59조

(4) 당사자 등

【원고, 피상고인】 목포수산청과시장주식회사

【피고, 상 고 인】 무안지구 원예협동조합

【원심판결】 광주고등법원 1973.12.28 선고 73나285 판결

(5) 판결이유

원심판결은 그 이유에서 피고조합은 농업협동조합법상의 특수조합으로 농업협동조합법 제118조, 제125조, 제5조 2항, 제8조의 규정등에 의하면 특수조합은 특수농업을 경영하는 조합원의 공동이익을 도모함을 목적으로 하고 그 목적을 위한 사업이 한정되어 있으며 그 한정사업의 범위를 넘어 영리적 투기적 업무를 하지 못하도록 하는 한편 그가 하는 업무 및 재산에 관하여는 관세 및 물품세 이외의 국가나 지방자치 단체의 세금과 부과금을 면제하도록한 규정등에 비추어 중앙도매시장법 6조의 2의 적용배제를 규정한 구농업협동조합법 13조나 중앙도매시장법이 폐지되고 이에 대체된 농수산물도매시장법10조1항이 농수산물도매시장의 개설자 또는 대행자가 아니면 도매시장의 개설지역 안에서 도매시장 업무와 유사한 시장을 개설하거나 도매행위를 할 수 없고 다만 농업협동조합이 행하는 판매사업은 예외로 한다는 규정의 취지는농수산물도매시장(구 중앙도매시장)의 업무구역을 그 업무구역으로 하는 농업협동조합은 그 조합원이 생산하는 농산물에 한하여 그 판매행위로서 도매행위를 할 수 있으나 그 조합원이 생산하지 아니한 농산물의 도매행위 및 유사도매행위는 할 수 없다고 봄이 상당하고 또 농업협동조합법 제127조, 제59조의 비조합원의 조합사업 이용의 규정의 취지는 비조합원은 조합원이 아닌 농민의 지위에서 농업협동조합의 이용사업에 속하는 가공시설, 보관시설, 공동작업장 시설등을 이용할 수 있다는 반사적이익을 받을 수 있다는데 불과하다는 취지로 보아 비조합원의 판매사업은 동법 제8조 소정의 면세대



상이 되지 않을 뿐 아니라 그 도매행위도 농수산물 도매시장법(폐지된 중앙도매시장법)의 적용을 받는다고 봄이 상당하다 하여 피고조합은 그 조합원이 생산하지 아니한 청과물 일체의 도매행위와 위탁판매등 유사도매행위를 할 수 없다고 단정하였다.

이 사건은 피고가 하는 비조합원 생산농산물의 도매행위를 금하고 그 위반행위로 인하여 원고에 발생한 본건 제소(1971.9.25) 전 3년간의 손해배상을 구하고 있으므로 그 관계일시에 시행되던 관계법령과 그 후 개폐된 법령을 먼저 살펴보기로 한다.

(가) 1951.6.22 법률 제207호 중앙도매시장법은 1952.12.16 법률 제267호로써 제6조의 2를 신설하여 「중앙도매시장의 업무구역내에 있어서는 개설자 또는 그 대행기관 이외에는 당해시장의 취급 물품에 대하여 도매시장 유사업무를 하는 시장 또는 도매행위를 할 수 없다」고 규정하였다가 다음에서 언급하는 농수산물 도매시장법부칙 ⑥에 의하여 전면폐지되었으며,

(나) 농수산물 도매시장법은 1973.2.6 법률 2483호로써 공포되고 그 3월후에 실시기로 한바, 그 제10조 제1항에 의하면 위 중앙도매시장법 제6조의 2와 같은 내용의 유사도매행위의 금지규정을 두되 「다만 농업협동조합(중앙회를 포함한다) 또는 수산업협동조합(중앙회를 포함한다)이 행하는 판매사업에 관하여는 예외로」하는 취지의 단서를 두었으며

(다) 농수산물 도매시장법시행령 (1973.7.9 대통령령 제6751호) 제9조의 정한 바는 법 제10조 제1항의 규정에 의한 농업협동조합과 수산업협동조합이 행하는 판매사업이라 함은 조합원의 생산품이거나 비조합원인 생산자가 직접 출하한 농수산식료품의 판매사업을 말한다 고 명시하고 있으며 (4) 현행 농업협동조합법(1961.7.29 법률 제670호) 제2조는 본법에서 농업협동조합(이하 조합이라 한다)이라 함은 이동농업협동조합, 군 농업협동조합, 서울특별시 농업협동조합과 특수농업협동조합을 말한다 하고 그 제13조 타 법령의 적용배제 (1967.1.16 법률 제1879호로써 1부 개정)에서 위 (1)의 중앙도매시장법 제6조의 2 규정은 조합과 중앙회에 적용하지 아니한다 하였다가 1973.3.5 법률 제2577호로써 이 타 법령의 적용배제에서 위 중앙도매시장법 제6조의2를 삭제하였으며 그 제58조에서 농업협동조합의 사업으로 13가지를 규정하고 이어 제59조에서 조합은 융자알선과 자금의 대출을 제외하고는 조합원의 이용에 지장이 없는 한 정관의 정하는 바에 의하여 조합원이 아닌 자에게 그 사업을 이용하게 할 수 있다는 취지를 일정한 제한을 부가하여 규정하고 동 제125조에서 특수 농업협동조합의 사업 13가지를 정하고 제127조에서 위 제59조의 비조합원의 사업이용 규정을 특수조합에 준용하도록 규정하고 있다.

위의 규정들을 종합하면 그 문면으로 보아 이 사건에서 문제되는 1971.9.25 이 사건 제소 전 3년경에는 농업협동조합의 비조합원은 농업협동조합법 제59조의 제한범위내에서 조합의 사업을 일반적으로 이용할 수 있다고 볼 것이며 이는 특수조합에 있어도 동일하다 할 것인바 이러한 해석은 구 농업협동조합법 (1957.2.14 법률 제436호) 제16조가 비조합원에게

조합시설을 이용하게 하였던 규정이 위에서 본 현행 농업협동조합법에 의하여 조합의 사업을 일반적으로 비조합원에게 이용하겠금 규정한 유래에 비추어도 수공되며 동조합법 제5조 조합원에 대한 최대의 봉사와 영리적 투기적업무의 금지 및 제8조 면세규정이 있다 하여 비조합원의 사업이용을 원판시와 같이 시설이용에 제한하거나 판매사업에서 제외한 근거가 될 수 없다고 할 것이다. 또 한편 폐지된 중앙도매시장법 제6조의2 유사도매행위의 금지규정은 위에서 본 바와같이 개정전 농업협동조합법 제13조에서 농업협동조합에는 적용하지 아니한다 하였으니 위 일시경에 있어서는 농업협동조합은 그 판매행위(도매행위)를 할 수 있고 이 판매행위에는 비조합원이 생산한 농수산물의 판매도 포함된다고 해석된다. 원래 농업협동조합은 구성원인 조합원을 위하여 최대의 봉사를 함을 목적(법 제5조)으로 하는 단체인만큼 그 사업이용은 조합원에 한정함을 원칙이라 하겠으나 조합원의 이용에 지장이 없는 범위에서 비조합원에도 그 사업의 이용을 하게 하여 조합의 사업량을 확보하여 사업경영을 원활하게 하는 것이 조합의 사회적 의의를 크게 하는 점을 고려하여 법이 비조합원의 사업이용을 허용한 이상 판매사업에 비조합원 이용을 포함시킨다 하여 조합의 공익성에 반한다고 볼 수 없거니와 이를 배제한다면 오히려 사업이용을 인정한 법의 취지를 몰각하는 결과가 되고 말 것이다. 뿐만 아니라 농수산물도매시장법 제10조 동시행령 제9조에 보면 비조합원의 판매사업이용가능이 더욱 뚜렷하며 위 시행령의 규정이 그 본법이나 농업협동조합법에 저촉된다고 볼 수 없다. 그리고 당원 1962.4.28 선고 4294민상1054 판결은 관계법령이 달라진 이 사건의 경우에는 적절한 선례가 될 수 없다. 그렇다면 이와 견해를 달리하여 1에 본 바와 같이 판시한 원심판결에 위 실시 관계법령의 해석적용을 잘못된 위법이 있다고 아니할 수 없으니 이 점을 논란하는 상고논지는 이유있고 원고소송대리인의 답변은 채택할 수 없다.

#### (6) 해설

(가) 조합이 자금을 대출할 수 있는 대상은 원칙적으로 조합원에 한하는 것이나 예외적으로 조합원의 이용에 지장이 없는 범위 내에서 정하는 바에 따라 비조합원도 이용할 수 있다.(법 59①. 127)

이 때에 조합원과 동일세대에 속하는 자와 타조합 및 타조합 조합원의 사업이용은 조합원이 이용한 것으로 본다. 이러한 제한은 소수인에 관한 편중대출을 방지하여 수혜자를 극대화하려는 것으로서 상업금융기관의 경우와 다른 것이다.

(나) 단위조합의 신용사업에 농협법과 신탁법 중 어느것이 우선 적용되느냐 하는 문제에 관하여 생각컨대 1973. 3. 5일 농협법개정후에는 당연히 농협법이 우선 적용되고 농협법에 규정되지 아니한 사항에 한하여 신탁법이 적용된다 생각된다.

(다) 조합이 농산물 판매사업을 하는 점포인 공판장, 판매장을 설치하려면 농림수산부장관의 승인을 얻어야 한다. 공판장, 판매장 등을 개발하려면 공판사업에 관한 사무규정을 제정하고 신청서에 첨부하여 승인을 얻어야 한다. 공판장, 판매장 등에서

비조합원이 생산한 농산물의 취급은 농협법 제59조에 의거 가능하다(대판 75. 2. 10일 74다 203호)

(라) 조합의 단체협약과 전계통조직의 조합원에 관한 보조금의 교부 및 특수조합의 영농자금알선은 성질상 허용하면 조합원의 이용에 지장이 있는 것이고 또한 조합과 조합원의 관계를 전제로 행하여지는 사업이기 때문에 비조합원(비회원)의 이용이 불가능한 것으로 보아야 한다.

(마) 제57조에서 지역조합의 사업범위를 구체적으로 열거하고 있으며, 복지후생사업, 창고사업, 신용사업중 보호預受업무가 추가되었다. 추가된 이러한 사업들을 원만히 수행하기 위해서는 정부의 제도적인 뒷받침이 필요하며, 또한 농업인의 소득증대와 농업인의 생활활동에 필요한 농업관련자금생산을 위한 농어촌 공업시설사업을 추가적으로 포함시키는 문제를 검토해야 할 것으로 생각된다.

그리고 또한 경제사업 활성화를 유도할 수 있도록 이에 관한 적극적인 지도를 강화해야 할 것이다.

**다. 대법원 1975.10. 7, 75다1487**

(1) 판시사항

농업협동조합이 도매시장개설지역안에서 일반상인이 반입한 청과물에 대하여 도매행위와 위탁판매행위등 유사도매행위를 할 수 있는지 여부

(2) 판결요지

농업협동조합법 59조, 농수산물도매시장법 10조1항, 동령 10조등의 규정에 비추어 농업협동조합은 도매시장개설지역안에서 비조합원인 생산자가 직접 출하한 거래물품이 아닌 일반상인이 반입하는 청과물에 대하여는 도매행위와 위탁판매 행위등 유사도매행위를 할 수 없다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제59조, 농수산물도매시장법 제10조 제1항

(4) 당사자 등

【신 청 인, 상 고 인】 이익지구원예협동조합

【피신청인, 피상고인】 합자회사이리청과회사

【원심판결】 광주고등법원 1975.7.3 선고 75나183 판결

(5) 판결이유

농업협동조합법 제59조, 농수산물도매시장법 제10조 제1항, 동법시행령 제9조 제1항, 동

령 제10조 등의 규정을 종합하면 신청인 조합은 원심판시와 같이 이리시내 일원에서 그 비조합원이 생산하는 청과물중 생산자가 직접 출하한 것에 대하여는 회계연도 마다 그 회계연도에 있어서의 전판매량의 1/5을 초과하는 도매행위와 위탁판매행위 등 유사도매행위를 하여서는 아니 되지만 일반상인이 반입하는 청과물에 대하여는 위와 같은 모든 행위를 하여서는 아니된다고 해석하는 것이 정당하다. 논지는 위의 비조합원중에는 비단 직접 생산하는 자뿐만 아니라 상인도 포함된다고 보아야 된다고 이론을 전개하고 있으나 상고인의 독자적 견해이므로 받아들이지 아니한다. 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법사유가 없다.

### 15. 제75조(합병)에 관한 판례(대법원 1969. 9.23, 69다837)

#### 가. 판시사항

수개의 조합이 해산한 뒤 한 합병 설립한 경우 합병 무효 소송에 관한 전조합들의 당사자 능력

#### 나. 판결요지

수개의 동농업협동조합이, 하나의 농업협동조합을 합병 신설하여, 종전의 각 조합은 해산등기가 되고 신설조합의 설립등기가 완료된 이상 합병절차에 하자가 있어 합병이 무효라고 가정하더라도 형식상 소멸된 종전 조합은 합병무효 소송을 제기할 당사자 능력이 없다.

#### 다. 관련조문

농업협동조합법 제74조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 죽원일동 농업협동조합 외 3명

【피고, 피상고인】 광석동 농업협동조합

#### 마. 판결이유

소론에 의하면, 피고 농업협동조합을 합병신설 함으로서 해산된 것으로 등기된 원고의 각 농업협동조합은 합병을 위하여서 합병계약서를 작성하였다거나, 합병으로 인한 해산결의들을 한 바 없으므로, 위의 해산등기는 무효라는 것인 바, 가사 소론과 같은 이유로 위의 합병이 무효라고 가정하더라도 소론과 같이 원고들 조합은 피고 조합을 합병 신설하였다는 이유로 형식상 원고 조합의 해산등기와 피고 조합의 설립등기가 완료되어 형식상 원고 조

합은 소멸된 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 소론과 같은 합병 절차에 하자가 있다는 이유 만으로서는 형식상 소멸되어 존재하지 않은 원고들 조합명의로 기재된 본건 합병 무효 소송은 적법하다 할 수 없을 것인 즉, 원심이 위와 같은 취지에서 이미 소멸되어 존재하지 않은 원고 조합명의로 제기한 본건 소송은 부적법하다하여 각하 하였음에 위법이 있다할 수 없다.

## 마. 해설

(1) 합병등기는 신설합병의 경우에는 합병으로 인하여 설립되는 조합이 설립등기를 하고, 흡수합병인 경우에는 합병후 존속하는 조합이 변경등기를 하며, 어느 경우에는 소멸되는 조합은 해산등기(신청인은 소멸되는 조합의 조합장)를 해야 한다(법 91. 127).

### (2) 합병의 효과

합병이 되면 담당자조합 중 1개이상의 조합이 소멸되고 새로운 조합의 발생 또는 변경이 생기며, 소멸조합으로부터 신설조합 또는 존속조합에 관한 권리와 의무의 포괄적 이전이 생긴다.(법인격은 승계 안됨)

#### (가) 당사자조합의 법인격 소멸

합병이 되면 신설합병의 경우에는 당사자조합 전부, 흡수합병의 경우에는 흡수 당하는 조합의 법인격은 청산절차 없이 소멸된다. 주의할 것은 신설합병과정에 있는 당사자조합은 행위능력이 제한된다는 점이다. 즉, 합병에 의한 신설조합이 등록 또는 설립인가를 획득하고 설립위원이 조합장에게 사무를 인계한 후에는 신설합병등기여부에 불구하고 합병당사자조합의 모든 권리. 의무는 포괄적으로 신설조합에 이전되고 당사자조합은 합병목적 달성을 위한 범위 이내에서만 행위능력이 있는 것이다.

#### (나) 조합의 설립 또는 존속조합의 정관변경

신설합병의 경우에는 새로 나타날 조합의 설립행위에 의거 조합이 신설되며, 흡수 합병의 경우에는 존속조합이 정관변경을 해야 한다.

#### (다) 조합원의 수용(합일)

합병에 의하여 소멸되는 조합의 조합원은 자동적 또는 포괄적으로 존속조합 또는 신설조합의 조합원으로 수용되는 것이 원칙이다. 다만, 조합원의 수용에 관한 구체적인 조건은 합병규약의 내용으로 정하여지는 것이나, 타조합원에 관한 것보다 불리한 조건을 붙일 수 없고(법 30①. 127) 또한 조합원의 의사에 반하여 책임을 가중할 수 없으며 합병의결로도 이를 강제하지 못하는 것으로 보고 있다.

주의할 것은 「합병에 반대하는 조합원이 연도 중에 탈퇴(회계년도말이전 탈퇴)가 가능한가」하는 점이다. 이에 관한 명문규정이나 판례는 없으나 조합의 합병의 성질 및 조합원의 탈퇴에 관한 농협법의 취지로 볼 때 연도중의 탈퇴는 인정할 수 없

다고 보아야 할 것이다.

(라) 권리 의무의 포괄적 이전(승계)

합병으로 신설되는 조합 또는 존속하는 조합은 합병으로 인하여 소멸된 조합의 권리와 의무, 자산과 부채를 당연히 포괄적으로 승계 한다, 이는 개별적으로 승계 하는 것이 아니라 포괄적으로 승계 하는 것이므로 인계. 인수하는 대차대조표에 포함되지 않은 채무도 당연히 승계 하는 것이다(춘천지법 강릉지원 64가40564, 12. 24일). 주의할 것은 「포괄적으로 이전되는 권리, 의무는 이전이 가능한 재산적 권리, 의무에 한하고 비재산적인 권리 내지 법률상의 지위 또는 법인격은 포함되지 않는다는 점이다.

16. 제7장(벌칙)등에 관한 법률

가. 대법원 1981. 8. 20, 80도1672

(1) 판시사항

농업협동조합법 제173조 소정의 '사업목적 외의 대출'에 해당하는 예

(2) 판결요지

단위농업협동조합장이 객토융자금을 대출함에 있어 면에서 통보된, 농가의 객토면적에 따른 융자금배정표가 허위이고, 또 조합원의 개인적 용도에 사용하기 위하여 부정 대출되는 사실을 알면서 이를 거절하지 아니하고 대출한 소위는 농업협동조합법 제173조 소정의 사업목적외의 대출에 해당하므로 위 조합장과 조합원은 공동정범으로서 위 법조에 따라 각 처벌된다.

(3) 관련조문

농업협동조합법 제173조

(4) 판결이유

원심이 유지한 제 1 심 판결 거시 증거에 의하면 피고인에 대한 그 판시 범죄사실을 인정하기에 어렵지 아니하고, 거기에 소론과 같이 증거에 의하지 아니하거나 채증법칙에 위배하여 사실을 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 농업협동조합법 제173조 위반행위에 신분 없는 자가 가공한 경우에 그 가공이 공동하여 죄를 범한 것일 때에는 그 죄에 대한 공동정범이 성립될 수 있음은 형법 제33조, 제30조에 비추어 명백하다 할 것이므로 반대의 견해에서 원심판결에 범죄성립의 법리오해 있다는 소론도 받아들일 수 없다. 논지는 모두 이유 없다.

원심이 유지한 제 1 심 판결 거시 증거에 의하면, 피고인에 대한 그 판시 범죄사실을 능히 인정할 수 있으므로 거기에 소론과 같이 증거에 의하지 아니하거나 채증법칙에 위배하여 사실을 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 이 사건 객토융자금의 융자절차에 있어서는 소론과 같이 먼저 당해 면이 각 농가의 객토면적을 확인하여 그 면적에 따른 융자금 배정액을 당해 농업협동조합에 통보하면 그 조합에서는 통보된 배정표를 보관하고 있다가 객토한 농민이 융자신청을 하는 경우에 이를 위 배정표와 대조 확인한 후 융자금을 지급하게 되는 것임을 엿볼 수 있으나, 원심이 적법히 확정된 바와 같이 강동면 단위농업협동조합장인 피고인이 이 사건의 객토융자금을 대출함에 있어서 강동면에서 통보된 배정표가 허위이고 또 상피고인 정○시의 개인적 용도에 사용하기 위하여 부정 대출되는 사실을 알면서 이를 거절하지 아니하고 대출한 이상 위와 같은 소위는 농업협동조합법 제173조 소정의 사업목적 외의 대출에 해당한다고 할 것이며, 또한 이와 같이 부정 대출됨으로써 위 조합에 손해를 끼쳤다고 볼 것이고, 그 융자신청에 연대보증인이 있었다거나 그 후에 융자금이 전액 상환되었다고 하여 달리 볼 것이 아니라고 할 것이다.

이와 같은 취지에서 피고인의 이 사건 대출행위를 같은 법조에 해당하는 것으로 판단한 원심의 조치는 정당하고, 거기에는 소론과 같은 법리오해 또는 심리미진의 잘못이 있다고 할 수 없다. 논지는 모두 이유 없다.

#### 나. 대법원 1980. 2.12, 79도3037

##### (1) 판시사항

“조합에 손실을 끼쳤을 때”의 의미

##### (2) 판결요지

농업협동조합법 제173조의 조합의 임원이 사업목적외에 자금을 사용한 경우에 조합에 손해가 있는 여부는 조합의 자산 전체와 여러 가지 사정을 종합 고찰하여 정하여야 하고 피고인이 조합이 이미 입은 손해를 다른 사업자금으로 유용 정리하고 그 유용금 마저 변상 조치한 이상 조합 전체의 자산에 어떤 손해가 있다 할 수 없다.

##### (3) 관련조문

농업협동조합법 제173조

##### (4) 판결이유

피고인이 원예협동조합장으로서 전임 조합장이 조합에 입힌 결손금을 정리하기 위하여 조합원의 결의에 따라 사업자금을 대출 받아 일단 위의 결손금을 변제 충당한 후에 위의 대출금 마저 조합에 변제 청산하였다면 이는 농업협동조합법 제173조에 이른바 조합의 임

원이 사업목적 외에 자금을 사용함으로써 조합에 손실을 끼친 경우에는 해당하지 않는다고 봄이 상당하다 할 것이다.

논지에서는 사업목적 외에 자금을 유용한 자체가 위 법조에 말하는 손해발생으로 보아야 한다고 하나 조합에 손해가 있는 여부는 조합의 자산 전체와 여러 가지 사업 등을 종합 고찰하여 정하여야 할 것이고 피고인이 이미 조합이입은 손해를 다른 사업자금으로 유용 정리하고 그 유용금 마저 변상조치를 한 이상 조합 전체의 자산에 어떤 손해가 있다 할 수 없으므로 논지 이유 없다.

**다. 대법원 1980. 4. 8, 80도296**

(1) 판시사항

농업협동조합법 제174조 제1항에 규정한 감독기관의 인가 또는 승인을 얻어야 할 사항의 의미

(2) 판결요지

농업협동조합법 제174조 제1항에 규정한 감독기관의 인가 또는 승인을 얻어야 할 사항이라 함은 그것이 처벌규정인 점에 비추어 죄형법정주의의 원칙상 동 농업협동조합법에 규정되거나 동법에 근거한 위임에 따라 그 시행령에 규정된 것임을 요한다.

(3) 판결이유

원심이 피고인에 대한 공소사실을 무죄로 인정한 이유에서 군농업협동조합장은 이 사건 피고인이 조합장으로 있던 단위 농업협동조합의 감독기관이 아니라고 판단한 바는 옳고 단지 제1심 판결에서 그러한 판단을 한 바 있을 뿐이다.

따라서 감사의 이 점에 관한 논지는 원심이 판단한 바도 없는 사실을 전제로 한 것으로서 이유 없다.

원심이 그 판결이유에서 농업협동조합법 제174조 제1항에 규정한 감독기관의 인가 또는 승인을 얻어야 할 사항이라고 함은 그것이 처벌규정인 점에 비추어 적어도 같은 법에서 그 사항이 구체적으로 특정되어 있어야 할 것인데 단지 농업 협동조합중앙회가 시달한 단위조합경영관리지도 강화방안에 규정된 사항은 이에 해당하는 것이 아니라고 실시한 바 그 법 해석 또한 그대로 수긍이 간다.

같은 법조에 의하여 조합장이 감독기관의 승인 또는 인가를 얻지 아니한 때는 3년 이하의 징역 또는 500,000원 이하의 벌금에 처하게끔 되어 있으므로 이른바 죄형법정주의의 원칙상 그 승인 또는 인가를 얻어야 할 사항은 바로 같은 농업협동조합법에 규정되거나 같은 법에 근거한 위임에 따라 그 시행령에 규정된 것임을 요한다고 봄이 상당하므로 단지 농업협동조합중앙회가 행정지시로 시달한 앞서의 단위조합경영관리지도 강화방안 속에 단위조합에서 500,000원 이상의 재산을 취득할 시에는 사전에 군조합장의 승인을 받도록 규정



하였다고 해서 그 규정은 같은 법조 소정 범죄의 구성요건인 승인 또는 인가를 요할 사항과 동일시 할 수는 없는 것이다.

따라서 이 사건의 피고인이 그가 조합장으로 있던 상주군 함창면 단위 조합에서 문제된 조합창고 부지를 매수함에 있어서 위에 나온 관리지도 강화방안에 따른 군조합의 승인을 얻은 바 없다 하더라도 처벌할 수는 없다고 원심이 판단한 것은 상당하고 이와 반대되는 검사의 논지는 이유 없다.

#### 라. 해설

농협법상 형벌이 과해지는 행위와 죄형내용을 보면 다음과 같다.

(1) 임원이 위법행위로 소속농협에 손실을 끼쳤을 때

제173조 규정은 「형벌대상」이 임원에 국한되므로 일정한 신분을 가진 자만을 대상으로 하는 「신분범」에 관한 것이다. 또한 이 규정은 「결과범(실질범)」이라 함은 범죄구성내용요건이 범죄행위 뿐만 아니라 결과까지 포함하여 규정한 것을 말한다.

(가) 임원이 사업목적외에 「자금을 사용하거나 대출하므로」인하여 소속농협에 손실을 끼쳤을 때

여기서 「사업목적외」라 함은 법과 정관에 의하지 아니한 사업과 법과 정관에서 허용하는 비조합원(비회원) 이용한도를 초과하여 이용케 한 행위도 포함되는 것이다.(대판 80. 5. 30일 80도 685호).

그리고 1인당 대출최고한도를 초과한 자금의 대출도 「사업목적외의 자금대출행위」에 포함된다.

사업목적외에 자금사용 또는 대출로 인하여 소속농협에 「손실을 끼쳤을 때」라 함은 사업목적외에 자금을 사용한 자체만으로는 손해발생으로 볼 수 없고, 조합의 전체자산과 여러 가지 사정 등을 종합적으로 고찰하여 조합에 손해가 있는지 여부를 판단하는 것이다(대판 80. 2. 12일 79도 3037호). 위 판례에 의하면 조합원의 결의에 따라 전임조합장이 조합에 입힌 결손금(사고금)을 정리하기 위하여 조합장이 사업자금을 대출(販賣先導金)받아 위의 결손금을 변제하고 또한 위 대출금도 변제한 경우에는 사업목적외의 자금사용으로 「조합에 손실을 끼친 것이 아니라고」보고 있다.

(나) 임원이 투기목적으로 소속농협의 재산을 처분하거나 이용하므로써 소속농협에 손실을 끼친 때

여기서 주의할 것은 위의 행위로 인한 「이익의 발생여부」는 불문이라는 점이다.

(다) 임원이 농협법과 정관에 위반되는 행위로 소속농협에 손실을 끼친 때

(2) 임원과 조합의 간부직원이 위법행위를 한 때

제174조의 규정도 형벌대상이 임원, 청산인, 조합의 간부직원에 한하므로 신분범에 관한

것이다. 그러나 주의할 것은 결과범이 아니고 「행위범(형식범)」이라는 점이다. 따라서 손실 발생여부는 불문이고 법규에 위반하면 형벌대상이 된다. 「형벌범(형식범)」이라 함은 범죄 구성요건의 내용이 결과까지는 필요로 하지 않고 단순히 행위자체만으로서 충분히 범죄를 말한다.

### [3] 憲法裁判所 決定例

#### 1. 농협이 금융기관인지 여부 등에 관한 결정례 (헌법재판소 2001.3.21. 99헌바72)

##### 가. 판시사항

- [1] ‘금융기관’ 임·직원의 ‘직무’ 관련 수재등 행위에 대한 이 사건 처벌규정의 입법취지와 ‘금융기관’ 및 ‘직무’의 범위
- [2] 농·축협이 위 ‘금융기관’에 포함된 근거
- [3] ‘금융기관’ 및 ‘직무’가 금융업무에 관련되는 것인지를 구분하지 않은 것이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
- [4] 농·축협 임직원의 금융업무와 무관한 수재등 행위에 대한 이 사건 처벌규정의 평등원칙, 과잉금지원칙 위반여부(소극)

##### 나. 판결요지

- [1] 법이 소정의 ‘금융기관’ 임·직원의 직무에 관련된 금품수수 등 행위에 대해 공무원과 같은 수준으로 처벌을 강화하고 있는 것은, 특별법령에 의하여 설립된 이들 기관 임·직원의 직무가 국가의 경제정책, 국민경제에 미치는 영향을 고려하여 그들에 공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하고 불가매수성을 확보하고자 하는 것으로서, 여기서의 ‘금융기관’은 은행법, 한국은행법에서 정의하는 ‘금융기관’만을 가리키는 것이 아니며, 이 사건 법률조항들 소정의 ‘직무’도 금융 또는 신용에 관련된 직무에만 한정되지 않는다.
- [2] 법이 농민 등의 자조조직인 농·축협을 ‘금융기관’에 포함시켜 그 임·직원에 대해 청렴의무를 부과하고 있는 것은 이들 조합의 경제적 기능에 있어서의 공공적 성격 때문이다.
- [3] 이 사건 법률조항들에서 규정하는 ‘금융기관’에 관하여는 법에서 정의해 두고 있고, 해당되는 기관들을 구체적으로 특정하고 있어 불명확하다고 할 수 없으며, ‘직무에 관하여’라는 용어도, 이 사건 법률조항의 입법취지와 체계를 살펴보았을 때 법에서

정의된 ‘금융기관’의 임직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무라고 파악되고, 법원의 판례에 의해서도 그와 같이 해석되어 왔다. 따라서, 이 사건 법률조항들이 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.

- [4] 이들 농·축협 임·직원의 수재 및 이들에 대한 중재행위에 대하여 일반사인의 경우와는 달리 처벌하는 것은 이들 기관의 공공성에 근거한 것으로서, 합리적 근거가 있는 차별이므로 평등의 원칙을 위반한 것이라 할 수 없고, 입법배경과 입법목적, 보호법의 및 공무원에 관한 형법상 수뢰죄 등의 법정형 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 법정형이 과도하다 할 수 없으며 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

#### 다. 판결이유

##### (1) 사건의 개요와 심판의 대상

###### (가) 사건의 개요

###### ① 99헌바72

청구인 추○문은 미곡 건조·저장시설의 제작 및 설치를 전문으로 하는 청구의식회사 두손의 대표이사인데, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(이하약칭할 경우 ‘특경가법’ 또는 ‘법’이라 한다) 제6조 제1항에 위반하여, ‘강원 횡성군 공근면 소재 공근농업협동조합이 1998. 4.경 발주하는 산물벼 저장·건조시설공사의 사업자 선정 등의 업무를 총괄하는 전무 김○경에게, 위 공사를 주식회사 두손에게 수의계약으로 도급을 주고 공정에 따라 기성금을 지급하여 준 대가로 1998. 8. 7.과 같은 달 12. 두 차례에 걸쳐 각 500만원씩 교부하여 금융기관의 직원의 직무에 관하여 금품을 공여하였다’는 사실로 기소되어 1999. 5. 21. 춘천지방법원 원주지원에서 위 사실에 관하여 특경가법위반(중재등)으로 유죄판결을 선고받자(99고합12)이에 불복하여 서울고등법원에 항소하고(99노1479) 그 소송 계속 중에 특경가법 제5조 제1항, 제6조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(99초227), 위 법원은 1999. 7.20. 위 항소를 기각하면서 위 신청 또 한 기각하였다. 이에 청구인은 위 결정정본을 송달받고 같은 달 31. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

###### ② 2000헌바12

청구인 김○희는 구 축산업협동조합법에 의하여 설립된 업종별 축산업협동조합인 서울우유협동조합에서 1997.부터 유통사업부장, 시설건설단장, 총무부장 등으로, 청구인 이영소는 같은 조합에서 1995.부터 총무부장, 마케팅부장 등으로 각 근무하던 자인데, 각 특경가법 제5조 제1항에 위반하여, 청구인 김남희는 ‘같은 조합에서 발주하는 시설공사와 관련하여 공사감독 및 기성금 지급 등에 있어 편의를 보아 준다는 명목으로 1998. 4.경부터 1999. 2.경까지 사이에 납품업체로부터 29회에 걸쳐 합계 금 13,600,000원을 교부받은’ 사실로, 청구인 이○소는 ‘납품과 관련된 각종 편

의를 보아 준다는 명목으로 1997. 2. 초순경부터 1998.12.경 까지 사이에 납품업체로부터 16회에 걸쳐 합계 금 20,000,000원을 교부받은' 사실로 각 기소되어, 1999. 8. 27. 서울지방법원에서 위 각 사실에 관하여 특경가법 위반(수재등)으로 유죄판결을 선고받았다(99 고합316, 99고합326(병합)).

청구인들은 이에 불복하여 서울고등법원에 항소하는 한편(99노2463), 그 소송 계속 중에 특경가법 제5조 제1항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(99초458), 위 법원은 2000. 1. 19. 위 제청신청을 기각하였다. 이에 청구인들은 2000. 1. 24. 위 결정정본을 송달받고 같은 해 2. 2. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제1항, 제6조 제1항 중 같은 법 제2조 제1호의 마, 사목에 관한 부분(위헌제청신청과 이에 대한 기각결정 및 헌법소원심판청구의 대상이 된 조문은 제5조 제1항, 제6조 제1항 전체이나, 청구인들의 심판청구 이유 및 당해사건의 내용을 살펴볼 때 같은 조항들 중에서 서도 법 제2조 제1호의 마, 사목 즉, 농업협동조합과 축산업협동조합이 관련되는 부분에 관한 심판을 구하는 취지이므로 이 사건 심판의 대상을 법 제5조 제1항, 제6조 제1항 중에서도 '법 제2조 제1호의 마, 사목에 관한 부분'으로 한정하기로 한다. 이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제5조(수재등의 죄) ① 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. 제6조(중재등의 죄) ① 제5조의 규정에 의한 금품 기타 이익을 약속·공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "금융기관"이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 것을 말한다.

가. 한국은행, 금융감독원 및 은행법 기타 법률에 의한 은행

나. 삭제

다. 종합금융회사에관한법률에 의한 종합금융회사

라. 상호신용금고법에 의한 상호신용금고와 그 연합회

마. 농업협동조합법에 의한 단위조합과 그 중앙회

바. 수산업협동조합법에 의한 수산업협동조합과 그 중앙회

사. 축산업협동조합법에 의한 조합과 그 중앙회

아. 신용협동조합법에 의한 신용협동조합과 그 연합회

자. 새마을금고법에 의한 새마을금고와 그 연합회

- 차. 신탁업법에 의한 신탁회사
- 카. 증권투자신탁업법에 의한 위탁회사
- 다. 증권거래법에 의한 증권회사·증권금융회사
- 파. 보험업법에 의한 보험사업자
- 하. 신용보증기금법에 의한 신용보증기금
- 거. 기타 가목 내지 하목의 기관과 동일 또는 유사한 업무를 행하는 기관으로서 대통령령이 정하는 기관
- 2. “저축”이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 것을 금융기관에 예입·납입 또는 신탁하거나 금융기관으로부터 수령 또는 매입하는 것을 말한다.
  - 가. 예금·적금·부금·계금 및 신탁재산
  - 나. 주식·채권·수익증권·어음·수표 및 채무증서
  - 다. 보험료
  - 라. 기타 가목 내지 다목에 준하는 것으로서 대통령령이 정하는 것3. “대출등”이라 함은 금융기관이 취급하는 대출, 채무의 보증 또는 인수, 급부, 채권 또는 어음의 할인 기타 이에 준하는 것으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.

(다) 농업협동조합과 축산업협동조합의 공공성 이 사건에서 문제가 되고 있는 농업협동조합이나 축산업협동조합은 그 경제적 기능이 공공성을 띤다는 점에서 일반 사기업과는 매우 다르다. 이 재판소는 2000. 6. 1. 99헌마553 농업협동조합법 위헌확인 사건에서 “……협동조합 역시 하나의 경제주체로서 경제적 정의를 이루기 위한 국가의 활동영역에서 예외가 아닐 뿐만 아니라, 오히려 자본주의가 고도화되어 국가가 적극적으로 사회적 시장경제질서를 추구하게 됨에 따라, 이제는 단순히 국가로부터 소극적 보호를 받는 대상에 그치지 않고, 오히려 국가의 편에 서서 국가 경제정책의 목적달성을 위한 수단으로서의 역할까지를 담당하게 되었다. 즉 오늘날 사회복지국가가 경제에 관여하는 수단으로서 공공조합이라는 법 형식을 이용하게 되자, 협동조합은 본래의 자조적 협동조합적 성격으로부터 지배단체적 성격으로 변질되는 모습을 보이게 된 것”이라고 하면서, 국민경제, 국가 전체의 경제와 관련된 이들 협동조합의 공공성을 확인한 바 있다(헌재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686, 711).

농업협동조합, 축산업협동조합은 지역조합, 품목조합, 중앙회 중 어느 것이든 경제사업 뿐 아니라 공제사업, 기타 경제적, 문화적 생활수준의 향상을 위한 교육·지원사업, 그리고 국가나 공공단체등이 위탁하는 사업을 두루 그 사업내용으로 하고(농업협동조합법 제57조, 제106조, 제111조, 제134조), 그 업무에 있어서 조합원 또는 회원을 위하여 최대한 봉사하여야 한다는 원칙을 천명하고 있다(같은 법률 제5조). 또한 이들 조합들은 설립시 농림부장관의 설립인가를 받아야 하며(같은 법률 제15조, 제107조, 제112조, 제121조) 임원의 자격과 임·직원의 겸직에 대한 일정한

제한이 있으며(같은 법률 제49조, 제52조, 제107조, 제112조, 제161조), 한편으로는 국가, 지방자치단체 등이 사업에 적극협력하며 필요한 경비를 보조하거나 융자하고 부과금을 면제하는 등 적극적으로 지원하도록 하고 있다(같은 법률 제8조, 제9조 제2항, 제57조 제2항, 제59조 제3항, 제107조, 제112조, 제134조 제2항, 제136조 제3항). 이러한 점들에 비추어볼 때, 이들 농·축산업협동조합은 국민경제 및 국가 전체의 경제와 관련된 경제적 기능에 있어서 금융기관에 준하는 공공성을 가지고 있음을 알 수 있다.

결국 특경가법이 농민 등의 자조조직으로서의 이들 농·축산업협동조합을 금융기관에 포함시켜 그 임·직원에 대해 청렴의무를 부과하고 있는 것도 이들 협동조합의 공공적 성격 즉, 이들 협동조합이 수행하는 사업 내지 업무가 국민경제에서 차지하는 비중 내지 영향을 전제로 한 것으로 볼 수 있다.

(라) 이 사건 법률조항들의 위헌여부

① 명확성의 원칙 위반 여부

법 제5조 제1항에서 ‘금융기관의 임·직원’의 범위에 있어서 금융 내지 신용사업과 무관한 업종별 협동조합의 임·직원까지 포함시키고, ‘직무’의 범위에 있어서도 금융업무 내지 신용업무와 무관한 경제사업과 관련된 직무까지 포함시키는 것과 관련하여, 이 사건 법률조항들이 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙을 위반한 것인지 여부를 살펴본다(제6조 제1항은 제5조 제1항을 인용하고 있으므로 이 문제는 양 조항 모두에 관련된다).

일반적으로 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형법법규의 내용에 애매모호 하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙을 반드시 위반한 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적인 것이 되어 부단히 변화하는 다양한 생

활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 792-793).

법 제5조 제1항이 규정하고 있는(제6조 제1항에서는 이를 인용) ‘금융기관’에 관하여는 법 제2조 제1호에서 이미 정의해 두고 있고 또한 법 제2조 제1호 각목에서 ‘금융기관’에 포함되는 기관들을 구체적으로 특정하고 있다. 따라서, 법 제2조 제1호 마, 사목의 농·축산업협동조합들은 각 조합이 구체적으로 수행하는 사업내용과 관계 없이 이 사건 법률조항들 소정의 ‘금융기관’에 포함되는 것은 분명하다. 그리고 법 제5조 제1항이 규정하고 있는(제6조 제1항에서는 이를 인용) ‘직무에 관하여’라는 용어도, 법 제1조에 나타나 있는 같은 법의 입법목적에 따르는 이 사건 법률조항의 입법취지와 같은 법률의 체계를 살펴보았을 때, 제2조 제1호에서 정의된 ‘금융기관’의 임·직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무라고 파악되고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가지게 할 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 관련 법규정들에 입각한 법관의 보충적 해석을 통하여 충분히 그 의미가 명확화될 수 있고, 실제로 법원의 일관된 판례에 의하여 위와 같이 해석되어 왔다.

그러므로 이 사건 법률조항들이 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.

## ② 평등의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항들에서, 농·축산업협동조합들을 그것이 수행하는 구체적인 사업에 상관없이 전부 ‘금융기관’의 개념범위에 포섭시키는 것과 ‘직무’의 범위에 금융내지 신용업무와 무관한 업무까지 포함시키는 것이 헌법상 평등원칙을 위반한 것인지 여부를 살펴본다.

일반적으로 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 따라서 평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 하지만 이러한 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등원칙에 반하는 것이 아니라는 것이 이 재판소의 확고한 입장이다(위 98헌바26결정, 판례집 11-1, 627-628).

한편, 비교집단들이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있다고 할 것이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701 참조). 그리고, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이라고 할 수 없게 된다.

앞에서 살펴 본 바와 같이, 특경가법의 입법목적은 건전한 국민경제윤리에 반하는 특정경제범죄에 대한 가중처벌을 통해 경제질서를 확립하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지함에 있고, 이 사건 법률조항들은 제2조 제1항에서 ‘금융기관’이라는 이름으로 열거하고 있는 기관의 임·직원의 직무가 국가의 경제정책과 국민경제에 긴밀한 영향을 미친다는 점에서 그 직무의 공공성이 높기 때문에 그 임·직원에게 대하여 일반 공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하고 불가매수성을 확보하고자 하는 데 입법취지를 두고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

따라서 이 사건 법률조항들에서 금융 내지 신용사업을 취급하지 않는 품목별·업종별 농·축산업협동조합 등의 임·직원의 금품수수행위, 금융 내지 신용관계 업무와 무관한 직무에 종사하는 임·직원의 그 직무에 관한 금품수수행위, 이들 임·직원에게 대한 증재행위에 대해 공무원의 경우와 마찬가지로 처벌하는 것은, 일반 사기업과 다른 이들 기관의 공공성, 공익과의 긴밀한 관련성에 그 근거를 두고 있는 것이므로, 이 사건 법률조항들이 ‘금융기관’ 임·직원의 직무와 관련한 수재행위에 대하여, 또는 이들에 대한 증재행위에 대하여 일반사인의 경우와는 달리 처벌한다고 하더라도 이는 합리적 근거가 있는 차별이므로 헌법상 평등의 원칙을 위반한 것이라 할 수 없다.

### ③ 과잉금지의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항들에서, 해당 기관이 수행하는 사업 또는 해당 임·직원이 담당하는 직무의 구체적 성격에 상관없이, 즉 그것이 금융 내지 신용업무이든 아니든 상관없이 전부 구성요건에 포함시켜 공무원의 수재 또는 공무원에 대한 증재의 경우와 마찬가지로 처벌하는 것이 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙을 위반하여 신체의 자유 등 헌법상 기본권을 과도하게 제한하는 결과를 초래하는지 여부를 살펴본다.

이 사건 법률조항들의 입법목적은 앞에서 본 것과 같은바, 이 사건 법률조항은 ‘금융기관’ 임·직원의 청렴성과 불가매수성을 보호법익으로 하고 있으며, 이는 특히 금융기능에 직·간접적으로 관련이 있거나 그 경제적 기능과 특경가법의 입법목적에 비추어 이에 비견된다고 보는 이들 기관들의 업무의 투명성·공정성을 확보하고 이를 통하여 건전한 경제질서를 확립하는데 기여하는 것이라는 점에서 매우 중요한 공익이라 할 수 있다.

이와 같은 이 사건 법률조항들의 입법목적에 비추어 볼 때 문제되는 것은 이들 ‘금융기관’ 자체의 건실한 운영과 이를 통한 건전한 경제적 역할수행이며, 일반적 의미에서의 금융 또는 신용사업 부문의 건전성에 국한되는 것은 아니다. 그리고 이들 ‘금융기관’의 임·직원이 그 직무와 관련하여 금품을 수수한다면 그 구체적 직무가 금융업무에 관한 것이든 그 외의 부문에 관한 것이든 결국 이들 금융기관 자체의 건전한 경제적 기능 수행에 영향을 미치거나 기관의 부실화를 초래하게 될



것이다.

그러므로 이 사건 법률조항들의 입법목적은 정당성을 가진다고 할 수 있다.

나아가 법정형을 살펴보면, 법 제5조 제1항은 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 경우에 이를 '5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지'에 처하도록 하고 있다(다만 같은 조 제4항에 가중처벌 규정이 있으나 같은 항은 이 사건 심판대상이 아니다). 이것은 형법상의 수뢰죄(형법 제129조 제1항)와 동일한 법정형이다. 또한 법 제6조 제1항은 제5조의 규정에 의한 금품 기타 이익을 약속·공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 '5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'에 처하도록 규정하고 있는데, 이것은 형법상 뇌물공여죄의 법정형(5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)과 비교할 때 벌금형의 상한만 다소 높다.

이 사건 법률조항들의 입법배경과 입법목적, 보호범의 및 공무원에 관한 형법상 수뢰죄 등의 법정형 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 위 법정형은 그것이 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃고 있다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다.

그러므로 수단의 적절성 및 피해의 최소성의 원칙도 충족한다고 할 것이다.

그리고, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려고 하는 공익과 이 사건 법률조항의 적용에 의하여 개인이 제한 받는 법익의 정도를 비교형량하였을 때, 법익의 균형성 원칙도 충족되고 있다고 보여진다.

결론적으로, 이 사건 법률조항에서 이들 '금융기관' 임·직원의 직무와 관련한 수재행위 또는 이들에 대한 증재행위에 대하여 공무원의 수재행위 또는 공무원에 대한 증재행위와 같거나 유사한 수준으로 처벌하는 것이 과잉금지의 원칙에 위반하는 것이라 할 수 없다(위 98헌바26결정, 판례집 11-1, 629-631 참조).

## 2. 조합임원 결격사유 규정에 관한 결정례(2000.6.1. 98헌마386)

### 가. 판시사항

농업협동조합법 제50조 제1항 제11호가 조합 임원의 결격사유의 하나로서 선거일 공고일 현재 당해 조합의 조합원 신분을 2년 이상 계속 보유하고 있지 않은 자는 조합의 임원이 될 수 없다고 규정한 것이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없이 차별을

하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것인데, 조합은 조합원의 농업생산력의 증진과 경제적, 사회적 지위의 향상을 도모하거나, 전문농업을 경영하는 조합원의 공동이익을 도모함으로써 궁극적으로는 국민 경제의 균형 있는 발전을 목적으로 설립되는 농업인의 자주적인 협동조직으로서, 농업협동조합법이라는 특별법에 의하여 그 설립목적과 목적사업이 직접 규정되어 있는 특수법인으로 공공성이 강한 법인이므로 이의 건전한 육성을 위하여 조합의 임원이 될 수 있는 자격을 법률로써 엄격히 제한할 필요가 있고, 조합은 본질적으로 농업인들간의 자조적인 인적 결합체로서 조합의 임원직을 담당하려면 구성원들간의 인화와 협동을 도모할 수 있는 인적 신뢰가 필요하므로 조합의 업무와 운영 전반에 관하여 상당한 정도의 이해와 경험이 필수적으로 요구되는데, 위 요건을 구비한 조합원과 이를 구비하지 못한 조합원 사이에 임원의 피선거권에 있어서 차별이 있다 하더라도 거기에는 충분한 합리적 근거가 있다고 할 것이며, 조합 임원 피선거권의 요건으로서 조합원 신분의 보유기간을 정함에 있어서는 입법자에게 조합 및 임원의 현황과 경제현실 등 제반사정을 참작하여 상당하다고 판단되는 기간을 정할 재량권이 부여되어 있다고 할 것인데, 이 사건 법률조항에서 정한 2년이라는 기간은 조합원의 임원 피선거권을 형해화할 정도로 장기간이라고 볼 수 없으므로 조합원 신분 보유기간 2년을 기준으로 임원의 피선거권 부여 여부를 달리 하는 것은 합리적인 차별이라 할 것이다

#### 다. 관련법령

헌법 제11조 제1항 농업협동조합법(1994. 12. 22. 법률 제4819호로 개정된 것) 제3조, 제5조, 제6조, 제8조, 제11조, 제14조, 제47조, 제54조, 제57조, 제118조, 제125조 【심판대상조문】 농업협동조합법(1994. 12. 22. 법률 제4819호로 개정되고, 1999. 9. 7. 법률 제6018호로 농업협동조합법 부칙칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1. 폐지되는 것) 제50조 제1항 제11호 본문 전단

#### 라. 판결이유

##### (1) 사건의 개요와 심판의 대상

##### ① 사건의 개요

청구인은 1997. 10. 24. 평택시 안중면에 있는 안중농업협동조합의 조합원 신분을 취득한 후 1999. 4. 실시 예정인 조합장선거에 출마하려고 준비하던 중, 1998. 10.경 농업협동조합법(1994. 12. 22. 법률 제4819호로 개정된 것) 제50조 제1항 제11호에서 선거일 공고일 현재 조합원 신분을 2년 이상 보유하지 않은 것을 임원의 결격사유로 규정하고 있음을 알게 되었다.

이에 청구인은 위 조항이 합리적인 이유 없이 조합원의 임원 피선거권을 제한하여 청구인의 평등권을 침해하였다고 주장하면서 1998. 10. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

② 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 농업협동조합법(1994. 12. 22. 법률 제4819호로 개정되고, 1999. 9. 7. 법률 제6018호 농업협동조합법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1. 폐지되는 것, 이하 “법”이라 한다) 제50조 제1항 제11호 본문 전단(청구인은 법 제50조 제1항 제11호 전부의 위헌확인을 구하고 있으나, 그 중 본문 후단부분 및 단서부분은 청구인과 무관하므로 심판대상을 이와 같이 한정한다, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

법 제50조(임원의 결격사유) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 조합의 임원이 될 수 없다. 다만, 제11호의 규정은 상임이사의 경우에는 적용하지 아니한다.

11. 선거일 공고일 현재 당해 조합의 조합원 신분을 2년 이상 계속 보유하고 있지 아니하거나 정관으로 정하는 출자좌수 이상의 납입출자를 2년 이상 계속 보유하고 있지 아니한 자. 다만, 설립 또는 합병 후 2년을 경과하지 아니한 조합의 경우를 제외한다.

(2) 판단

(가) 평등의 원칙의 의의

① 이 사건 법률조항은 조합 임원의 결격사유의 하나로서 선거일 공고일 현재 당해 조합의 조합원 신분을 2년 이상 계속 보유하고 있지 않은 자는 조합의 임원이 될 수 없다고 규정함으로써, 임원의 피선거권에 있어서 조합원 신분을 보유한지 2년이 지나지 않은 조합원을 2년이 지난 조합원에 비하여 차별 취급하고 있으므로, 평등의 원칙 위배 여부가 문제로 된다.

② 그런데 헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없이 차별을 하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 659 각 참조), 이 사건 법률조항은 위 차별이 합리적 근거가 없는 경우에 한하여 평등의 원칙에 반하게 된다고 할 것이다.

(나) 평등의 원칙 위반 여부

① 조합은 조합원의 농업생산력의 증진과 경제적, 사회적 지위의 향상을 도모하거나(지역조합의 경우), 전문농업을 경영하는 조합원의 공동이익을 도모함으로써(전문조합의 경우) 궁극적으로는 국민 경제의 균형있는 발전을 목적으로 설립되는 농업인의 자주적인 협동조직으로서, 농업협동조합법이라는 특별법에 의하여 그 설립목적과 목적사업이 직접 규정되어 있는 특수법인이다(법 제3조, 제14조, 제58조, 제118조, 제125조).이와 같이 조합은 농업협동조합법에서 정하는 특정한 국가적 목적

을 위하여 설립되는 공공성이 강한 법인이므로, 국가는 조합에 대한 세금과 부과금을 면제하며(법 제8조), 편의제공, 경비보조, 융자 등으로 조합의 사업에 적극적으로 협력함으로써(법 제11조) 조합을 지원하는 한편, 조합으로 하여금 영리 또는 투기를 목적으로 하는 업무를 하지 못하도록 하며(법 제5조), 정치에 대한 관여도 금지시키고 있다(법 제6조).

- ② 조합의 임원 중 조합장은 조합을 대표하고 조합의 업무를 총괄·집행하며, 이사는 조합장이 궐위되거나 사고로 직무를 수행할 수 없을 때 그 직무를 대행하고, 감사는 조합의 재산과 업무집행상황을 감사하며(법 제47조), 조합의 임원이 직무상 행한 불법행위에 대하여는 조합이 그 손해를 배상할 책임을 진다(법 제57조, 민법 제35조). 그러므로 위와 같이 공공적 성격이 강한 조합의 건전한 육성을 위하여 조합의 임원이 될 수 있는 자격을 법률로써 엄격히 제한할 필요가 있으며, 이에 관하여는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 부여되어 있다 할 것이다.

이러한 맥락에서 법 제50조 제1항에서는 조합의 임원이 될 수 없는 결격사유를 열거하고 있으며, 그 중 하나로서 이 사건 법률조항에서는 선거일 공고일 현재 당해 조합의 조합원 신분을 2년 이상 계속 보유하고 있지 아니한 자를 결격자로 규정하고 있다.

- ③ 조합은 본질적으로 농업인들간의 자조적인 인적 결합체이므로, 조합의 임원직을 담당하려면 경영능력 외에 구성원들간의 인화와 협동을 도모할 수 있는 이해와 경험이 필수적으로 필요하고, 앞에서 본 바와 같이 임원의 직무는 중요하며 그 직무를 수행함에 있어 고의 또는 중대한 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에는 연대하여 손해배상책임을 지게되므로(법 제54조), 임원에게는 조합의 업무와 운영 전반에 관하여 상당한 정도의 이해와 경험이 필수적으로 요구된다.

그러므로 입법자로서는 일정한 기간 동안 조합원 신분의 보유를 임원 피선거권의 요건으로 규정할 수 있고, 그로 인하여 위 요건을 구비한 조합원과 이를 구비하지 못한 조합원 사이에 임원의 피선거권에 있어서 차별이 있다 하더라도 거기에는 충분한 합리적 근거가 있다고 할 것이다.

- ④ 나아가 임원 피선거권의 요건으로서 조합원 신분의 보유기간을 정함에 있어서는 입법자에게 조합 및 임원의 현황과 경제현실 등 제반 사정을 참작하여 상당하다고 판단되는 기간을 정할 재량권이 부여되어 있다고 할 것인데, 이 사건 법률조항에서 정한 2년이라는 기간은 조합원의 임원 피선거권을 형해화 할 정도로 장기간이라고 볼 수 없으므로 이를 정한 입법자의 결정은 존중되어야 할 것이고, 조합원 신분 보유기간 2년을 기준으로 임원의 피선거권 부여 여부를 달리 하는 것은 합리적인 차별이라 할 것이다.

(다) 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위반되지 아니하므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

3. 농·축협 통합에 관한 결정례(헌법재판소 2000.6.1. 99헌마553)

가. 판시사항

- [1] 축협중앙회라는 결사체 자체도 그 결사의 구성원인 회원조합들과 별도로 결사의 자유의 주체가 될 수 있는지 여부(적극)
- [2] 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능하고 반드시 법률로 따로 정하여 해산하도록 하고 있는 등 사법인에서 볼 수 없는 공법인적 특성을 많이 가지고 있는 축협중앙회가 기본권의 주체가 될 수 있는 법인인지 여부(적극)
- [3] 헌법 제123조 제5항에서, “농·어민의 자조조직을 육성할 의무”와 “자조조직의 자율적 활동과 발전을 보장할 의무”를 아울러 규정하고 있는 의미
- [4] “중앙회의 해산에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 규정하고 있는 축협법 제111조의 입법취지
- [5] 축협중앙회의 해산 및 새로 설립되는 농협중앙회로의 통합 등을 규정하고 있는 농업협동조합법(1999. 9. 7. 법률 제6018호)이 축협중앙회 등이 가지는 기본권의 본질적인 내용을 침해하는지 여부(소극)[6] 위 농업협동조합법이 축협중앙회 등의 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등을 과도하게 제한하는 것으로 위헌인지 여부(소극)

나. 판결요지

- [1] 법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무수행에 있어서 자기결정권을 가지고 있어 결사의 자유의 주체가 된다고 봄이 상당하므로, 축협중앙회는 그 회원조합들과 별도로 결사의 자유의 주체가 된다.
- [2] 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하는 것이고 공법인은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없다[3] 축협중앙회는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이지만, 이로써 공법인이라고 단정할 수는 없을 것이고, 이 역시 그 존립목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할 수 없으므로, 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다.
- [3] 헌법 제123조 제5항은 국가에게 “농·어민의 자조조직을 육성할 의무”와 “자조조직

의 자율적 활동과 발전을 보장할 의무”를 아울러 규정하고 있는데, 이러한 국가의 의무는 자조조직이 제대로 활동하고 기능하는 시기에는 그 조직의 자율성을 침해하지 않도록 하는 후자의 소극적 의무를 다하면 된다고 할 수 있지만, 그 조직이 제대로 기능하지 못하고 향후의 전망도 불확실한 경우라면 단순히 그 조직의 자율성을 보장하는 것에 그쳐서는 아니 되고, 적극적으로 이를 육성하여야 할 전자의 의무까지도 수행하여야 한다.

- [4] 중앙회의 해산을 따로 법률로 정하여 하도록 한 축협법 제111조의 취지는, 축산업을 포함한 농업은 단순히 농민의 이익만을 위한 산업이 아니라 국민에게 식량공급을 담당하고 있는 산업이므로 지속적으로 국가의 농업정책과 긴밀하게 관련되어 있고, 농협, 축협 등 각 중앙회는 한편으로는 회원조합이나 그 조합원의 이익을 위하여 기능하면서도 다른 한편으로는 국가의 농업정책 수행의 기능을 보조·담당하기도 하여 국가의 농업정책수행을 함께 긴밀히 조율해 나가는 기능도 아울러 지니고 있다고 판단되는 점에 비추어, 해산에 관한 한 중앙회 회원들끼리 합부로 중앙회를 임의해산하는 일이 없도록 하여 중앙회의 유지·존속을 꾀함과 아울러, 중앙회의 존속여부 및 해산방식 등의 점에 관하여 법 자체에서 광범위한 입법형성권을 유보하여 둔 것이다.
- [5] 기존의 축협중앙회를 해산하여 신설되는 농협중앙회에 통합하도록 하는 농업협동조합법(1999. 9. 7. 법률 제6018호)에 의하면 신설중앙회 안에서 상당한 자율성을 갖는 축산경제대표이사를 정점으로 한 양축인들의 자조조직이 유지될 뿐만 아니라(제128조 제3항, 제132조), 기존의 축협중앙회 사업도 신설중앙회가 그대로 이어받으며(제134조), 지역별·업종별 축협은 그대로 존속하므로(부칙 제11조), 축협중앙회의 회원조합이나 축협조합원들의 입장에서 보면, 그들의 단체는 신설중앙회 안에 형태를 바꾸어 여전히 유지·존속하고 있어, 이를 형식적으로만 보아 양축인들의 자율적 단체가 해산되어 소멸하였다거나, 향후 그들의 단체결성이 금지되었다고 볼 것은 아니고, 나아가 이는 헌법 제123조 제5항의 국가의 자조조직 육성의무 이행의 한 형태로서 결과된 것이므로, 청구인들에게 수인을 요구할 수 있는 범위를 넘어서 그들의 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할 것은 못된다.
- [6] 기존의 축협중앙회를 해산하여 신설되는 농협중앙회에 합병토록 하고 신설 농협중앙회가 기존축협중앙회의 자산·조직 및 직원을 승계하도록 규정한 위 농업협동조합법 부칙 제2조 제2호, 제6조, 제7조 제1항, 제2항, 제10조, 제11조는, 일선 조합의 부실, 조직의 비대화, 신용사업의 경쟁력상실 등 축협중앙회의 어려운 상황을 극복하기 위한 효과적이고도 불가피한 선택으로, 위 법률에서 축산부분의 자율성도 배려하고 있는 점 등을 고려하면, 그것이 비록 청구인들의 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 기본권을 제한한다고 하더라도, 그 정도가 과도하여 기본권제한의 목적·수단간의 비례성을 현저히 상실하였다고 보기 어렵고, 그 입법목적 및 통합이 지니는 고도의 공익성 등에 비추어 입법재량권의 범위를 현저히 일탈한 것이라고 할 수 없다.

## 다. 관련법령

헌법 제15조, 제21조 제1항, 제23조, 제37조 제2항, 제119조, 제123조 제5항, 제126조축산업협동조합법(2000. 7. 1. 법률 제6018호로 폐지되기 전의 것) 제111조 【심판대상조문】 농업협동조합법 부칙칙 제2조 제2호, 제3조 제1항, 제2항, 제4항, 제6조, 제7조 제1항, 제2항, 제10조 중 각 축협중앙회부분, 제11조 중 축협부분

## 라. 판결이유

### (1) 사건의 개요와 심판의 대상

#### (가) 사건의 개요

청구인 1은 현행 축산업협동조합법에 의한 축산업협동조합(이하 ‘축협’이라고 한다)중앙회이고, 청구인 2는 동법에 의한 업종별 축협 중의 하나이고, 청구인 3 내지 11은 동법에 의한 지역별 축협들이며, 청구인 12 및 13은 지역별 축협의 조합원들, 청구인 14 및 15는 축협중앙회의 임원, 청구인 16은 축협중앙회의 직원, 청구인 17은 축협중앙회의 직원들로 구성된 축협중앙회노동조합이다. 그런데, 1999. 8. 13. 국회에서 의결되고 같은 해 9. 7. 공포된 농업협동조합법(이하 ‘신법’이라고 한다)에 의하면, ㉠ 기존의 축협중앙회 및 농업협동조합(이하 ‘농협’이라고 한다)중앙회와 인삼협동조합(이하 ‘삼협’이라고 한다)중앙회는 각 해산되어 새로 설립되는 농협중앙회(이하 ‘신설중앙회’라고 한다)에 합병되는 것으로 보며, ㉡ 기존의 지역별 농협과 축협은 신법에 의한 지역농협 및 지역축협으로, 업종별 축협과 전문농협 및 삼협은 신법에 의한 품목별·업종별 협동조합으로 각 변경되어 존속하고, ㉢ 기존의 각 중앙회의 직원들은 신설중앙회의 직원으로 간주되며, ㉣ 기존의 각 중앙회들의 재산 등 권리와 의무는 신설중앙회가 포괄승계하고, ㉤ 신설중앙회의 설립을 준비하기 위하여 농협중앙회 설립위원회(이하 ‘설립위원회’라고 한다)가 구성된다. 이에 청구인들은 신법에 의하여, 그들의 의사에 반하여 축협중앙회가 해산되고 신설중앙회로 합병되게 되었을 뿐만 아니라, 위 설립위원회에는 그들의 참여가 실질적으로 보장되지도 아니하며, 축협중앙회의 재산이 모두 신설중앙회로 이전되고, 직원들의 소속이 변경되며, 축협중앙회의 직원들로 구성된 노동조합이 더 이상 종전의 업무를 수행할 수 없게 되었다는 등 헌법상 특별히 두텁게 보호되는 자조조직으로서의 축협의 결사의 자유 및 재산권, 직업선택의 자유 등을 침해당하게 되었다고 주장하면서 1999. 9. 22. 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

#### (나) 심판의 대상

청구인들은 신법 중 농협중앙회와 삼협중앙회의 통합부분을 제외한 나머지 조문들 즉 신법의 축협관련 조항 전부에 대하여 위헌심판을 구하고 있으나, 그 중 축협중앙회의 통합을 직접적으로 규정하는 법률조항들을 제외한 나머지 조항들은 통합을 전제로 축협의 조직·사업·회계 등 실제적 내용을 규정한 조항들로서 통합을 규

정한 조항들을 위헌으로 선언할 경우에 비로소 심판대상을 확장하여 동시에 위헌 선언하게 되는 경우는 별론으로 하되 이를 처음부터 이 사건 심판대상으로 삼을 것은 아니다.

따라서 이 사건 심판대상은, 축협중앙회의 신설중앙회로의 통합을 규정하는 조항들 즉, (1) 중앙회의 합병 및 기존의 조합 등 중앙회 회원의 소속변동에 관한 신법 부칙 제2조 제2호, 제6조 중 축협중앙회 부분, 제11조 중 축협 부분, (2) 설립위원회에 관한 신법 부칙 제3조 제1항, 제2항, 제4항 중 각 축협중앙회 부분, (3) 신설중앙회가 기존의 축협중앙회의 권리의무를 승계토록 하는 부칙 제7조 제1항, 제2항 중 각 축협중앙회 부분, (4) 직원의 처리에 관한 부칙 제10조 등으로 그 규정내용은 다음과 같다.

① 중앙회의 합병 및 기존의 조합 등 중앙회 회원의 소속변동

신법 부칙 제2조 제2호(밑줄 부분)

“다음 각호의 법률은 이를 폐지한다.

1. 농업협동조합법
2. 축산업협동조합법
3. 인삼협동조합법”

신법 부칙 제6조 중 밑줄 부분

“이 법 시행과 동시에 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회는 각각 해산된 것으로 본다. 이 경우 중앙회의 설립은 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회의 합병으로 본다.”

신법 부칙 제11조 중 밑줄 부분

“① 이 법 시행 당시 다음 표의 원편란에 기재된 종전의 농업협동조합법에 의한 지역농업협동조합 등은 같은 표의 오른편란에 기재된 이 법에 의한 지역농업협동조합 등으로 본다.

- |  |   |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>2. 종전의 축산업협동조합법에 의한 지역별축산업협동조합</li> <li>2. 지역축산업협동조합</li> <li>3. 종전의 농업협동조합법에 의한 전문농업협동조합, 종전의 축산업협동조합 법에 의한 업종별축산업협동조합 및 종전의 인삼협동조합법에 의한 인삼협동조합</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>3. 품목별·업종별협동조</li> </ol> |
|--|---|

3. 품목별·업종별협동조

② 이 법 시행 당시의 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협조합중앙회의 회원은 중앙회의 회원으로 본다.”

② 설립위원회

신법 부칙 제3조 중 각 밑줄 부분

“① 종전의 농업협동조합법에 의한 농업협동조합중앙회(이하 “농업협동조합중앙



회”라 한다), 종전의 축산업협동조합법에 의한 축산업협동조합중앙회(이하 “축산업협동조합중앙회”라 한다) 및 종전의 인삼협동조합법에 의한 인삼협동조합중앙회(이하 “인삼협동조합중앙회”라 한다)의 해산과 중앙회의 설립에 관한 사무를 처리하기 위하여 농업협동조합중앙회 설립위원회(이하 “설립위원회”라 한다)를 설치한다.

② 설립위원회는 농림부장관이 위촉하는 위원장을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성하되, 농업협동조합중앙회·축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회의 임·직원이 포함되어야 한다.

③ 생략

④ 설립위원회는 제121조의 규정에 불구하고 이 법 시행일 60일전까지 중앙회의 정관을 작성하여 종전의 농업협동조합중앙회·축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회의 회원으로 구성된 창립총회에서 재적회원 과반수의 찬성을 얻어 농림부장관의 인가를 받아야 한다.”

③ 신설중앙회가 기존의 축협중앙회의 권리의무를 승계

신법 부칙 제7조 중 밑줄 부분

“① 중앙회는 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회의 재산과 채권·채무 기타 권리·의무(법률 제670호 농업협동조합법 부칙 제10조 내지 제13조의 규정에 의한 승계재산을 포함한다)를 포괄적으로 승계한다.

② 등기부 기타 공부에 표시된 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회의 명의를 중앙회의 명의로 본다.”

④ 직원의 처리

신법 부칙 제10조 밑줄 부분

“① 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회의 직원은 각각 중앙회의 직원으로 본다.

② 중앙회 합병에 따라 잉여인력을 조정하고자 하는 때에는 제132조 제3항의 규정에 의하여 1998년 1월 1일부터 이 법 시행일까지 종전의 농업협동조합중앙회, 축산업협동조합중앙회 및 인삼협동조합중앙회가 각각 시행한 자체인력감축 실적과 승계한 직원의 인원을 고려하여야 한다.”

## (2) 판단

### (가) 서론

청구인들은 앞에서 본 바와 같이 이 사건 심판대상인 개별조항들로 인하여 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 그들의 기본권을 각기 침해받았다고 주장한다.

그런데, 이 사건 심판대상 조항 중 신법 부칙 제2조, 제6조, 제7조, 제10조, 제11조(이하 이들 조항을 “통합조항”이라고 한다)는 기존의 축협중앙회를 해산하여 신설

중앙회에 합병토록 하는 것 및 합병의 직접적인 효과로서 신설중앙회가 기존 축협 중앙회의 자산·조직 및 직원을 승계한다는 내용으로, 이에 관한 다툼은 결국 축협 중앙회를 신설중앙회에 통합하는 것이 위헌인지 여부로 집약되고, 나머지 신법 부칙 제3조에 대한 다툼은 설립위원회에 관한 것으로서 신설중앙회를 구성하는 절차의 위헌성을 다루는 것이므로, 이 사건에 대한 본안판단은 위 두 가지 쟁점에 초점을 맞추어 차례로 보기로 한다.

(나) “통합조항”의 위헌성 여부

① 헌법 제123조 제5항과 자조조직 육성 의무

헌법 제123조 제5항은 “국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다”라고 규정하고 있다.

우리 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유 시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제 질서로서의 성격을 띠고 있다. 즉, 절대적 개인주의·자유주의를 근간으로 하는 자본주의사회에 있어서는 계약자유의 미명 아래, “있는 자, 가진 자”의 착취에 의하여 경제적인 지배종속관계가 성립하고 경쟁이 왜곡되게 되어 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 됨에 따라, 이를 대폭 수정하여 실질적인 자유와 공정을 확보함으로써 인간의 존엄과 가치를 보장하도록 하였는바, 이러한 절대적 개인주의·자유주의를 근간으로 하는 초기 자본주의의 모순 속에서 소비자·농어민·중소기업자 등 경제적 종속자 내지는 약자가 그들의 경제적 생존권을 확보하고 사회경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 결성한 것이 협동조합이며, 국가는 이러한 자조조직인 협동조합을 보호하게 되었던 것이다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380-381 참조).

그런데, 협동조합 역시 하나의 경제주체로서 경제적 정의를 이루기 위한 국가의 활동영역에서 예외가 아닐 뿐만 아니라, 오히려 자본주의가 고도화되어 국가가 적극적으로 사회적 시장경제질서를 추구하게 됨에 따라, 이제는 단순히 국가로부터 소극적 보호를 받는 대상에 그치지 않고, 오히려 국가의 편에 서서 국가 경제정책의 목적달성을 위한 수단으로서의 역할까지를 담당하게 되었다. 즉 오늘날 사회복지 국가가 경제에 관여하는 수단으로서 공공조합이라는 법형식을 이용하게 되자, 협동조합은 본래의 자조적 협동조합적 성격으로부터 지배단체적 성격으로 변질되는 모습을 보이게 된 것이다.

따라서 헌법 제123조 제5항의 해석은 단순히 그 조항자체만을 놓고 볼 것이 아니라, 같은 조 제1항 ‘국가의 농업 및 어업의 보호·육성 의무’ 및 헌법 제119조 제2항에서 국가의 적극적인 경제에 관한 규제·조정권을 둔 취지 등 “헌법 제9장 경제”의 전체 조항에 흐르는 국가의 사회복지적 성격과 조화되도록 하지 않으면 안된다.

위 제123조 제5항은 경제정의의 실현과 무관한 불순한 정치적 목적을 위하여 협동조합에 제한을 가하여 협동조합의 정치적 중립성을 훼손시키는 결과를 가져오는 것과 같은 따위의 입법은 헌법상 허용될 수 없다는 취지이지, 농업을 보호·육성하기 위한 것 등 경제정의의 실현을 목적으로 하는, 고도의 공익성을 지닌 입법 등 국가의 규제·조정권의 정당한 행사로 볼 수 있는 제한입법마저도 정당화될 수 없다는 취지는 아니다.

더 나아가 볼 때, 헌법 제123조 제5항은 국가에게 “농·어민의 자조조직을 육성할 의무”와 “자조조직의 자율적 활동과 발전을 보장할 의무”를 아울러 규정하고 있는데, 이러한 국가의 의무는, 자조조직이 제대로 활동하고 기능하는 시기에는 그 조직의 자율성을 침해하지 않도록 하는 후자의 소극적 의무를 다하면 된다고 할 수 있지만, 만약 어떠한 이유에서든 그 조직이 제대로 기능하지 못하고 향후의 전망도 불확실하다면, 국가는 단순히 그 조직의 자율성을 보장하는 것에 그쳐서는 아니되고, 적극적으로 이를 육성하여야 할 전자의 의무까지도 수행하여야 한다고 할 것이다.

## ② 축협법 제111조와 광범위한 입법재량권

앞에서 살핀 바와 같이 축협중앙회는 일반 사법인에서는 볼 수 없는 많은 공법인적 성격을 가지고 있는 특수한 법인인데, 특히 해산에 관하여는 따로 법률로 정하여서만 중앙회를 해산하도록(축협법 제111조) 하고 있다.

축협법이 이와 같이 중앙회의 해산을 따로 법률로 정하여 하도록 한 취지(농협법의 중앙회 해산에 관한 규정취지도 같다)는, 축산업을 포함한 농업은 단순히 농민의 이익만을 위한 산업이 아니라, 국민에게 식량공급을 담당하고 있는 산업이므로, 지속적으로 국가의 농업정책과 긴밀하게 관련되어 있고, 농협, 축협 등 각 중앙회는, 한편으로는 회원조합이나 그 조합원의 이익을 위하여 기능하면서도, 다른 한편으로는 국가의 농업정책 수행의 기능을 보조·담당하기도 하여, 국가의 농업정책 수행을 함께 긴밀히 조율해나가는 기능도 아울러 지니고 있다고 판단되는 점에 비추어, 해산에 관한 한, 중앙회 회원들끼리 합부로 중앙회를 임의해산하는 일이 없도록 하여 중앙회의 유지·존속을 꾀함과 아울러, 중앙회의 존속여부 및 해산방식 등의 점에 관하여는 법 자체에서 입법자에게 광범위한 입법형성권을 유보하여 둔 것이라 볼 것이다.

즉 축협중앙회의 해산 및 통합은 정치적 측면이 아닌 국가의 경제정책적인 측면, 사회경제적인 측면에서 접근하여야 할 문제인바, 경제정책적인 문제, 사회경제적인 문제에 대한 입법자의 입법행위는, 사회경제의 실태에 대한 정확한 기초자료의 파악과 그러한 입법행위가 가져올 영향 및 다른 사회경제정책 전체와의 조화를 고려하여야 하므로, 이러한 여러 가지 조건에 대한 적절한 평가와 판단은 사법적 판단보다는 입법자의 정책기술적인 재량에 맡기는 것이 바람직하고, 헌법재판소는

일단 입법자의 입법형성권을 존중하되, 다만 입법자가 그 재량범위를 일탈하여 현저히 불합리한 입법을 하는 경우에만 이에 개입하여 그 효력을 부인하는 것이 상당하다고 할 것이다.

위 축협법 제111조는 축협중앙회의 해산에 관하여 위와 같은 입법자의 재량이 법제화된 것이며, 따라서 이 사건에서 입법자는 축협중앙회가 처한 현실과 장래에 대한 전망, 소요되는 경제적·사회적 비용 등 제반사정을 스스로 판단하여, 축협중앙회를 언제, 어떠한 방식으로 해산하고 통합할 것인지를 선택할 수 있다 할 것이고, 그러한 입법자의 판단과 선택은 그것이 농민 자조조직의 육성, 나아가서는 경제정의의 추구라는 헌법적 요청을 구체화시키고 실현시키는, 고도의 공익성을 띠는 것인 한, 그리고 그것이 관련 주체에 대하여 과도하게 기본권을 침해하는 등 특별히 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없는 한 존중되어야 할 것이다.

③ 입법재량범위의 일탈여부에 관하여

이와 같이 입법자에게 광범위한 입법형성권을 인정하여야 한다는 바탕위에서, 이 사건 통합조항이 청구인들이 주장하는 기본권을 과도하게 침해하여 입법재량범위를 일탈한 것인지에 관하여 본다.

i) 기본권의 제한

통합조항은 청구인들의 의사에 반하여 축협중앙회를 해산하여 신설중앙회에 합병시킴으로써(신법 부칙 제2조, 제6조), 이에 수반하여 청구인 1(축협중앙회)의 “결사의 자유(단체존속의 자유 등)”를, 축협중앙회의 회원인 청구인 2 내지 11(업종별·지역별 축협)의 “결사의 자유(단체존속의 자유, 단체에 잔류할 자유 등)”를, 청구인 17(축협중앙회 노동조합)의 “결사의 자유(단체존속의 자유 등)”를 각 제한한다고 할 것이다.

나아가 위 합병의 결과로서, 축협중앙회 회원조합을 그들의 의사와는 무관하게 신설중앙회의 회원조합으로 보도록 함으로써(부칙 제11조), 청구인 2 내지 11(업종별·지역별 축협)의 “결사의 자유(단체활동의 자유 등)”를, 청구인 12, 13(지역별 축협의 조합원)의 “결사의 자유(단체에 가입하지 아니할 자유 등)”를 각 제한한다고 할 것이며, 또한 축협중앙회의 자산을 신설중앙회가 승계하도록 함으로써(부칙 제7조) 청구인 1 내지 13의 재산권을 제한한다고 할 것이다.

한편 법인의 설립 및 존속은 “직업의 자유”의 한 모습이기도 하므로(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379-380 참조), 통합조항은 청구인 1에 대하여는 법인해산으로 단체존속을 중단시킴으로써 “직업수행의 자유”를 제한하며, 청구인 2 내지 11에 대하여는 축협중앙회의 설립을 불가능하게 함으로써, 청구인 12, 13에 대하여는 농협중앙회에 소속되지 아니한 지역별 축협을 결성하지 못하도록 함으로써 각 법인설립에 관한 “직업선택의 자유”를 제한한다고 할 것이다. 청구인 14 내지 16(축협중앙회의 임직원)에 대하여는 그 동안 수행하던 직업을 더 이상 영위할

수 없게 하거나 고용주를 변경시킴으로써 “직업수행의 자유”를 제한한다고 할 것이다. 또한 청구인 17에 대하여는 그 단체를 더 이상 존속할 수 없도록 함으로써 “직업수행의 자유” 또는 “단결권”을 제한한다고 할 것이다.

### ii) 본질적 침해 여부

청구인 축협중앙회를 해산함은 형식적으로는 단체 자체를 해산하므로 결사의 자유 내지는 직업의 자유 등 기본권의 본질적 침해가 있는 것으로 보인다.

그러나 신법에 의한 통합은, 이른바 신설합병의 형식에 의한 것으로 신설중앙회 안에서 상당한 자율성을 갖는 축산경제대표이사를 정점으로 한 양축인들의 자조조직이 유지될 뿐만 아니라(신법 제128조 제3항, 제132조), 기존의 축협중앙회 사업도 신설중앙회가 그대로 이어받으며(신법 제134조), 지역별·업종별 축협은 그대로 존속하므로(신법 부칙 제11조), 축협중앙회의 회원 조합이나 축협조합원들의 입장에서 보면, 그들의 단체는 신설중앙회 안에 형태를 바꾸어 여전히 유지·존속하고 있어, 이를 형식적으로만 보아 양축인들의 자율적 단체가 해산되어 소멸하였다거나, 향후 그들의 단체결성이 금지되었다고 볼 것은 아니고, 나아가 이는 헌법 제123조 제5항의 국가의 자조조직 육성 의무 이행의 한 형태로서 결과된 것이므로, 이를 가리켜 청구인들에게 수인을 요구할 수 있는 범위를 넘어서 그들의 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할 것은 못된다.

### iii) 과잉금지의 원칙

국민의 기본권을 제한하는 법률규정이 헌법에 위배되지 않기 위하여는 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 입법활동의 한계라고 할 수 있는 과잉금지의 원칙이 지켜져야 한다. 즉 입법의 목적이 헌법과 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 입법자가 선택한 방법이 그 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절해야 하며, 입법목적 달성을 위하여 똑같이 효과적인 방법 중에서 기본권을 보다 적게 침해하는 방법을 사용하여야 하고, 입법에 의하여 보호하려는 공익과 이로 인하여 침해되는 사익을 비교형량하여 양자 사이에 합리적인 비례관계가 이루어져야 한다(헌재 1999. 7.22. 98헌가5, 판례집 11-2, 26, 44).

#### ㉠ 입법목적의 정당성

통합조항은, UR협상·WTO 및 OECD가입·세계적인 보호무역 장벽의 제거 등 대외환경의 변화와 외환위기·대내외적 경제주체간의 첨예한 경쟁이 촉발되고 있는 비상사태적 상황을 맞이하여, 농축협의 비효율성과 낭비적 요소를 제거함으로써, 농업인(농민과 양축인을 포함)의 경쟁력을 강화시켜 농업인의 경제적·사회적 지위의 보호·향상을 꾀하고, 나아가 국민경제의 균형있는 발전을 도모하고자 함에 그 입법목적이 있다.

즉 1980. 12. 15. 국가보위입법회의의 의결을 거쳐 법률 제3276호로 제정·공포된 축산업협동조합법과 같은 해 12. 31. 법률 제3300호로 개정·공포된 농업협동조합

법은 당시 농협중앙회의 회원조합이었던 축산계 특수조합을 회원으로 하는 축협중앙회를 1981. 1. 1. 농협중앙회로부터 분가·발족시켰으나, 전업농가가 발달하지 못하고 소규모복합영농이 특징인 우리 농촌의 현실상 축협의 조합원은 그 중 약 80%가 농협조합원으로 상당부분 중복되고, 경제사업부문은 열악한 농촌경제사정으로 농축협 모두 정부의 보조·유자에 대한 의존도가 커서 자생력이 취약하며, 그 결과 경제위기 후 강화된 회계기준에 의하면, 축협조합의 82%, 농협조합의 49%가 완전자본잠식상태일 정도로 일선조합의 부실이 심각한 상황이다. 거기에 조직은 지나치게 비대화하여 그동안 농가 및 양축농가의 수는 크게 줄어든 반면, 협동조합 종사인원은 오히려 크게 증가하여 농민을 위한 협동조합이 아니라 임직원을 위한 협동조합과 중앙회라는 비판까지 받기에 이르렀다.

그런데 그동안 경제사업에서의 적자를 보전하는 역할을 하여 오던 신용사업부문을 보면, 우리나라가 경제위기를 겪은 후 금융권의 경쟁이 날로 격화되고 예금보호액 수의 축소로 예금의 이동현상이 뚜렷한 가운데, 농협은 국내 최고의 수신고를 가진 최대규모급 금융기관으로 사정이 나은 반면, 축협은 제1금융권에서 최하위의 수신고를 기록한 최소규모급으로 신용부문 경쟁력의 차이가 크고, 한편 그동안 축협중앙회의 상당한 자금원이 되어 왔던 쇠고기수입사업마저도 쇠고기수입자유화로 더 이상 축협중앙회의 재원이 될 수 없는 형편에 이르렀으므로, 이제 축협중앙회는 정부의 대폭적인 지원을 시급히 요청하지 않으면 아니 될 대단히 어려운 처지에 놓이게 되었다.

그렇다면 이와 같은 상황에서 농민 및 양축인의 지위를 보호하고, 나아가 국민경제의 균형있는 발전을 꾀하고자 하는 통합조항의 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상 정당한 목적이라는 점에서는 의문의 여지가 없다.

#### ㉠ 수단의 적합성 및 피해의 최소화

비대하고 비효율적으로 각기 운영되고 있는 농협중앙회 및 축협중앙회 등의 중복 기능 및 불필요한 자산의 보유 등 낭비요소를 제거하기 위하여는 이들을 하나로 축소통합하는 것이 효과적이고 적절한 방법이라고 하지 않을 수 없다. 합병과 통합에 의한 협동조합의 구조개혁 및 효율성의 추구는 오늘날 협동조합이 거대 기업체와 대항하여 경쟁에서 살아남기 위한 것으로 세계적인 추세이다.

그렇다면 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 효과적인 방법으로 통합 이외에 다른 방법으로도 같은 효과를 낼 수는 없는가, 그리고 통합 이외에 다른 대안이 없다고 하는 경우에도 그 과정에서 청구인들의 기본권이 덜 제한되도록 하는 방법이 있는지가 또한 문제된다고 할 수 있겠다.

우선 통합 이외의 방법으로는 기존의 각 중앙회를 존치시키고 그들로 하여금 불필요한 인원과 자산을 정리하도록 하여 효율성을 제고시키는 방법이 있을 수 있으나, 앞에서 본 바와 같이 경쟁이 격화되는 오늘날의 경제환경 아래에서 소규모의 신용

사업이나 경제사업으로는 경쟁력 강화에 한계가 있을 것이며, 또한 상당부분 중복되는 조합원을 대상으로 하여 비교적 유사한 기능을 하고 있는 축협중앙회와 농협중앙회를 그대로 존치시키고서는 통합시 기대되는 만큼의 중복 자산의 정리 및 조직의 경량화, 업무의 효율화를 기대할 수 없다.

그렇다면 통합 이외에는 위와 같은 입법목적에 달성할 합리적인 대안이 없다고 할 것이다.

다음으로 통합을 하면서도 청구인들의 기본권을 덜 제한할 수 있는 방안을 생각해 보면, 정부가 합병보조금의 지급 등 합병을 용이하도록 하는 유인을 제공하여 각 중앙회들이 스스로 변화하는 환경에 맞추어 합병하도록 하고, 정부는 다시 이에 맞추어 법령을 정비하는 방안이 있는데, 이것이 축협의 자조성을 덜 침해하는 바람직한 방법인 것만은 틀림없다. 그러나 이 사건에서는 정부가 상당한 기간을 두고 자발적 통합을 유도하였음에도 각 중앙회의 의견이 합일점을 찾지 못하였고, 특히 축협중앙회의 의견은 일관되지 못하였을 뿐 아니라, 중앙회임직원 및 조합간부들의 기득권상실을 우려한 완강한 통합반대 때문에 가능한 어떠한 유인책으로도 임의적 통합이 불가능한 상태였다고 보여지므로, 축협법 제111조에 따라 이를 해산하고 농협중앙회 등과 통합하도록 하는 신법을 제정하는 것이 현실적이고도 불가피한 선택이라고 하지 않을 수 없다.

더욱이 이러한 통합으로 인하여 축협중앙회의 개성이 완전히 몰각되는 것이 아니고, 신법은 축산부문 특례조항(제132조)을 두어, 축산경제 대표이사는 축산부문 조합장대표자회의에서 추천된 자를 회장이 임명(제1항)하며, 기존의 축협중앙회 재산 중 신용사업관련 재산을 제외한 모든 재산은 축산대표이사가 관리(제2항)하고, 신설중앙회의 잉여인력 조정시 농·축협별로 같은 비율을 적용(제3항)하며, 축산사업 계획수립 등 축산부문사업 수행시 자율성과 전문성을 보장(제4항)하는 등 축산부문의 자율성이유지될 수 있도록 배려하고 있다.

#### ㉔ 법익의 균형성

통합조항으로 인하여 침해되는 법익으로는 앞에서 본 바와 같이 청구인 1(축협중앙회)의 단체존속의 자유가 가장 문제될 것이나, 그로 인하여 얻어지는 이익은 모든 농축산인의 경쟁력 강화와 나아가서는 국민경제의 발전이다. 축협중앙회가 향후 국가의 대폭적인 지원을 요하는 매우 어려운 지경에 이르렀고, 만약 이러한 축협중앙회의 부실이 끝내 파산에 이르기라도 한다면, 회원축협들도 동반 파산되어 우리나라의 축산업기반이 붕괴되는 결과를 낳게 될 것이고, 이는 양축인들의 피해만에 그치지 않고, 나아가 국민에 대한 식량공급에 막대한 차질을 초래하는 등 국가적 위기까지 불러 올 염려도 있다.

그렇다면 축협중앙회 및 회원조합들의 동반 부실을 예방하기 위하여는, 설사 통합이 청구인들의 위와 같은 기본권을 일부 제한하는 결과가 된다고 하더라도 사회전

체의 공공복리를 위하여 허용된다고 하지 않을 수 없다.

한편 재산권침해 주장과 관련하여 통합조합 중 재산권의 이전을 내용으로 하는 신법 부칙 제7조는 중앙회의 합병에 필연적으로 따르는 것으로, 앞에서 본 기본권의 제한원리에 비추어 청구인들의 재산권이 제한되는 것은 헌법상 허용되는 범위 내에 있다고 하지 않을 수 없으며, 더욱이 청구인 1의 재산권은 형식적으로 법인의 해산으로 인하여 박탈되는 것처럼 보이나, 그 실질적인 귀속주체인 청구인 2 내지 13의 측면에서 보면, 여전히 신설중앙회에 승계되어 가치를 상실함이 없이 존속한다.

여기서 특기할 것은 축협중앙회를 해산하여 청산하는 경우에도 각 회원조합들은 그들의 출자를 반환받아가는 것을 넘어서 청산시의 잔여재산전부에 대한 분배청구권까지 있다고 할 것은 아니라는 점이다. 즉 현행 축협법 제111조가 중앙회의 해산에 관하여 따로 법률로 정한다고 한 취지는 해산을 위한 입법에 의하여 청산방법까지 예정되고 있다는 취지로 보아야 할 것이다. 만약 그렇게 보지 않는다면 그 동안 국가의 지원으로 형성된 축협중앙회의 재산 부분까지도 모두 회원조합들에 배분되어야 할 것인데, 그 동안 국가의 지원은 개개의 회원조합이나 그 조합원들의 사적 재산의 증식을 위한 것이 아니라, 협동조합의 공익성 또는 공법인적 부분에 지원된 것이기 때문에 이는 명백히 정의에 반한다. 이런 점에서 기존 축협중앙회의 전재산에 대하여 위 청구인들이 잔여재산분배청구권이 있다거나 이를 전제로 재산 분배에 대한 기존의 신뢰가 보호되어야 한다는 취지의 청구인들의 주장은 받아들일 수 없다.

또한 축협중앙회는 본질적으로 영리추구를 목적으로 하는 단체가 아니며, 앞에서 본 바와 같은 특수한 법인이므로 이를 사영기업(私營企業)이라고 할 수 없고, 따라서 이 사건에 사영기업에 대한 불간섭의 원칙을 천명한 헌법 제126조가 적용되어야 한다는 청구인들의 주장 역시 이를 받아들일 것이 못된다.

### (3) 결론

그렇다면 통합조합이 비록 청구인들의 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 기본권을 제한한다고 하더라도, 그 정도가 과도하여 기본권제한의 목적·수단간의 비례성을 현저히 상실하였다고 보기 어렵고, 그 입법목적 및 통합이 지니는 고도의 공익성 등과 아울러 볼 때, 통합조합이 입법재량권의 범위를 현저히 일탈한 것이라고는 할 수 없다. “신법 부칙 제3조 제1항, 제2항, 제4항 중 각 축협중앙회 부분”이 절차적 민주주의의 원칙에 위배하여 청구인 1 내지 13의 결사의 자유를 침해하여 위헌인지 여부

신설중앙회를 설립하는 것과 관련된 절차적 민주주의는 그 구성원인 중앙회 회원이 될 자들의 의사를 반영하는 설립절차를 의미할 것인데, 신법 부칙 제3조 제1항, 제2항, 제4항은 기존의 각 중앙회의 해산 및 신설중앙회의 설립사무를 처리할 설립위원회를 설치하며,



그 구성은 농림부장관이 위촉하는 위원장을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성하되, 기존의 각 중앙회의 임직원을 포함시키도록 하고 있어, 축협중앙회측에도 이에 참여할 기회를 보장하고 있으며, 위 설립위원회에서 작성한 정관은 기존의 각 중앙회의 회원으로 구성된 창립총회의 결의를 거치도록 하고 있다.

위 청구인들이 주장하는 바대로 사실상의 주도권이 농림부장관에 있다거나 청구인들은 통합에 반대하는 입장이므로, 그들에게 할당된 위원을 참석시키지 않는다거나 참석한 조합장을 해임하여 버림으로써 참여기회를 스스로 포기하고 있다는 사정은 위 법률조항이 절차적 민주주의 원칙을 침해하는지 여부와 관련이 없으며, 앞에서 본 축협중앙회의 공익성 내지는 공법인적 성격을 고려하면, 위와 같은 참여기회의 보장만으로는 지나치게 미비하여 회원들의 의사와 동떨어진 중앙회가 설립되게 된다고 할 것도 아니다.

이 사건 심판대상 법률조항들은 입법자가 위에서 본 바와 같은 여러 가지 사정을 입법정책적으로 고려하여 입법한 것으로서, 청구인들에 대한 기본권의 침해의 정도가 지나쳐 입법형성권의 범위를 이탈한 것이라 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

#### 4. 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 제1항 및 제5조의 위헌 여부(헌법재판소 1996.3.28. 93헌바41)

##### 가. 판시사항

[1] 재판의 전제성의 의미

[2] 이른바 1980년 정화계획에 의하여 해직된 단위조합장들이 농업협동조합중앙회를 상대로 한 손해배상청구소송사건을 당해사건으로 하여 제기한 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 및 제5조에 대한 헌법소원의 재판전제성을 부인한 사례

##### 나. 판결요지

[1] 재판의 전제성이 있다고 하려면 우선 그 법률이 당해사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일 때에는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우, 즉 재판의 주문이 달라질 경우 및 문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 주문에는 영향을 주지 않는다 하더라도 적어도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달리하는 경우라야 한다.

[2] 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 제1항은 국가가 그 의무를 지는 보상을 규정한 것이며, 그 제5조는 정부가 정부산하기관에게 이른바 1980년 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관 직원들에 대하여도 가급적 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 하라는 것이지 위 정화계획에 의하여 해직된 직원 등에 대한 정부산하기관의 보상 의무를 규정한 것이 아니다. 따라서 당해소송사

건이 농업협동조합중앙회를 상대로 임금상당액 등의 손해배상을 청구하는 소송일 뿐 국가 또는 정부를 상대로 하는 소송이 아닌 이 사건의 경우는 재판의 전제성이 부인될 수밖에 없다.

**다. 판결이유**

(1) 사건의 개요와 심판의 대상

(가) 사건의 개요

청구인들은 1978.3.31.부터 1980.7.5.까지 사이에 청구의 농업협동조합중앙회의 회원조합인 각 단위농업협동조합의 조합장으로 임명되어 근무하여 오다가 1980.7.31. 각 해임된 자들이다.

청구인들은 서울지방법원에 청구의 농업협동조합중앙회를 상대로 위와 같은 각 해임이 불법행위를 구성함을 전제로 하여 그에 대한 손해배상으로 해임되지 아니하였더라면 각 잔여임기 동안에 청구인들이 받게 되었을 임금상당액 등의 청구소송을 제기하였으나 1993.1.21. 기각되었고, 이에 불복하여 서울고등법원에 같은 법원 93나10554로 항소하였다.

또한 청구인들은 위 사건(93나10554)이 서울고등법원에 계속중, 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 제1항 및 제5조의 위헌 여부가 위 재판의 전제가 된다고 하여 위헌법률심판제청의 신청을 하였다. 서울고등법원은 1993.8.19. 위 신청을 각하하였고, 이에 청구인들은 1993.9.2. 이 사건 심판청구를 하기에 이르렀다.

(나) 심판의 대상

청구인들은 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법(1989.3.29. 법률 제4101호; 이하 “이 사건 법률”이라고 한다) 제2조 제1항이 청구인과 같은 정부산하기관의 임원을 동법이 정하는 보상대상자에 포함시키지 아니한 것 및 동법 제5조가 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 하여야 할 대상에 정부산하기관의 임원을 제외시킨 것이 헌법에 위반된다고 주장하는 것이므로 결국 그 심판대상은 다음과 같다.

1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조(보상)

- ① 이 법에 의한 보상대상자는 1980년 7월 1일부터 동년 9월 30일까지의 기간중 정화계획에 의하여 해직된 공무원으로 한다. 다만, 정화계획에 의하여 해직된 공무원으로서 그 해직일이 위 기간 이외의 시기에 해당하는 자에 대하여는 대통령령이 정하는 절차에 따라 보상대상자로 한다.
- ② 동법 제5조(행정지도) 정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다.
- ③ 서울고등법원의 위헌제청신청각하 이유

이 사건 법률은 정부(국가)의 보상책임을 규정하는 법률이고, 그와 같은 법률에서

청구인들에 대한 임면권도 없는(당시 시행중이던 농업협동조합임원임면에관한임시조치법 및 조합장임면규칙에 의하면 청구인들과 같은 단위조합장들에 대한 임면권은 군조합장에게 위임되어 있었다) 농업협동조합중앙회장이 청구인들을 해임시켰고, 또 그 해임이 위법임을 전제로 국가나 지방자치단체가 아닌, 농업협동조합중앙회와 같은 법인의 보상책임 내지는 배상책임을 규정할 수는 없으며, 오히려 그와 같은 규정을 둔다면 그 규정 자체가 농업협동조합중앙회의 헌법상 보장된 재산권 등의 침해가 될 것이므로 청구인들의 위헌법률심판제청신청은 재판의 전제성요건을 충족하지 못하여 부적법하다.

#### (다) 판단

먼저 재판의 전제성의 존부에 관하여 본다.

재판의 전제성이 있다고 하려면 우선 그 법률이 당해 사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일 때에는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우, 즉 재판의 주문이 달라질 경우 및 문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 주문에는 영향을 주지 않는다 하더라도 적어도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달리하는 경우라야 한다[헌법재판소 1989.7.14. 선고, 88헌가5, 88헌가8, 89헌가44(병합) 결정 및 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 참조]. 그런데 이 사건 법률은 그 제2조 제1항에서 동법률에 의한 보상대상자를 해직공무원에 국한하고 정부산하기관의 임원으로서 이른바 1980년 정화계획에 의하여 해직된 자는 이에 포함되지 않도록 규정하였고, 그 제5조의 적용대상도 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자로만 국한하고 정부산하기관의 임원 중 위 정화계획에 의하여 해직된 자는 이에 포함되지 않는 것으로 규정하였다. 그러나 위 제2조 제1항은 국가가 그 의무를 지는 보상을 규정한 것이며, 그 제5조는 정부가 정부산하기관에게 위 정화계획에 의하여 해직된 정부산하기관 직원들에 대하여도 가급적 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 하라는 것이지 위 정화계획에 의하여 해직된 직원 등에 대한 정부산하기관의 보상의무를 규정한 것이 아니다.

기록에 의하면 당해소송사건은 청구인들이 위 정화계획에 의하여 불법하게 해직되었다 하여 청구의 농업협동조합중앙회를 상대로 임금 상당액 등의 손해배상을 청구하는 소송일 뿐, 국가 또는 정부를 상대로 하는 소송이 아님을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률 제2조 및 제5조의 적용대상에 청구인들과 같은 정부산하기관의 임원 중 위 정화계획에 의하여 해직된 자들을 포함시키지 아니한 것이 헌법에 합치되지 아니한다는 결정이 선고된다고 하더라도 당해 법원이 청구인들에게 승소판결을 선고할 수 없고 위 법률조항들의 위헌 여부가 당해사건의 재판의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미칠 수 없으므로 재판의 전제성이 부인될 수밖에 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법한 것임을 면할 수 없다.

5. 조합장의 겸직금지의무에 관한 결정례(헌법재판소 1991.3.11. 90헌마28)

가. 판시사항

- [1] 법규에 대한 헌법소원의 적법요건
- [2] 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법 제33조 제1항 제6호의 위헌 여부
- [3] 권력분립의 원칙과 공무원의 겸직금지의 필요성
- [4] 참정권보장의 필요성
- [5] 농지개량조합의 조합장에 대한 겸직금지규정 등의 위헌 여부

나. 판결요지

- [1] 법규 때문에 기본권의 침해를 받았다하여 헌법소원의 형태로 그 위헌여부의 심판을 구하는 법규에 대한 헌법소원은 구체적인 소송사건에서 전제된 경우도 아니고 단순히 어느 법규가 위헌인가의 여부에 대한 의문이 있어 제기하는 추상적 규범통제제도와는 근본적으로 다른 것으로서 자기관련성, 현재성, 그리고 직접성의 요건을 갖추게 되면 그것만으로 적법한 소원심판청구로 되어 허용이 된다.
- [2] 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호 전면 개정) 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법(1990.12.31. 법률 제 4310호 개정) 제33조 제1항 제6호 중 농업협동조합, 수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·엽연초생산협동조합·인삼협동조합의 조합장에 대한 부분은 국민의 참정권을 제한함에 있어서 합리성 없는 차별대우의 입법이라 할 것이므로 헌법에 위반된다.
- [3] 권력분립의 원리는 인적 측면에서도 입법과 행정의 분리를 요청하고, 만일 행정공무원이 지방입법기관에서라도 입법에 참여하면 권력분립의 원칙에 배치되게 되는 것으로, 공무원의 경우는 지방의회의원의 입후보제한이나 겸직금지가 필요하다.
- [4] 민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 치자와 피치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무원입권을 통해 최대다수의 최대정치참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요부득이한 경우에 국한되어야 한다.
- [5] 농지개량조합의 조합장에 대한 겸직금지 규정 등은 다른 조합의 조합장과 달리 그에 대해 부과될 직무전념의 성실의무 그리고 공법인성 등과 상치된다고 단정할 수 없을 것이며 겸직금지에 의하여 참정권이 제한된다고 하여도 이때에 얻는 이익과 잃는 이익을 비교형량하여 어느 것이 큰지는 매우 판단하기 어려운 일로서, 이 경우에 겸직금지규정을 두느냐의 여부는 입법자의 결단사항이라고 봄이 무방할 것이다.  
재판관 한병채의 반대의견 농업협동조합 등의 조합장들에 대한 겸직금지 및 입후보금지규정은 각 조합들의 법적 성격과 공익적 기능을 고려하고 각 조합의 직무의 성실성을 확보하여 농촌경제의 육성발전을 위하여 필요하다는 판단에서 제정된 것으로

서, 이에 대하여는 헌법재판의 대상이 아닌 입법정책의 문제이고 또 기본권의 본질을 침해한 것도 아니며 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된 위헌입법이라 할 수 없다.

#### 다. 관련법령

헌법 제7조, 제11조, 제25조, 제37조 제2항 : 헌법재판소법 제68조 제1항 : 지방의회의원 선거법 제35조, 제69조, 제180조 : 지방자치법 제32조, 제33조, 제2조, 제33조 : 농업협동조합법 제1조 : 농업협동조합법 제6조, 제7조, 제11조, 제16조, 제22조, 제23조, 제31조, 제46조, 제58조, 제164조, 제165조 : 수산업협동조합법 제8조, 제55조 : 축산업협동조합법 제8조, 제41조 : 산림조합법 제6조, 제41조 : 연연초생산협동조합법 제6조, 제19조 : 인삼협동조합법 제17조 : 농촌근대화촉진법 제1조의2, 제7조, 제30조, 제33조, 제44조 : 은행법 제3조 : 정당법 제17조

#### 라. 판결이유

##### (1) 사건의 개요와 심판의 대상

###### (가) 사건의 개요

청구인 조신영은 금산농업협동조합의 조합장이고, 같은 장순복은 인천시수산업협동조합의 조합장이며, 같은 심상범은 업종별축산업협동조합인 서울경기양돈협동조합의 조합장이고, 같은 윤용문은 온양농지개량조합의 조합장이고, 같은 신호철은 용인군 산림조합의 조합장이고, 같은 권영진은 이천연연초생산협동조합의 조합장이며, 같은 조기환은 강화인삼협동조합의 조합장이다.

청구인들은 1990.2.24. 헌법재판소에, 개정전 지방의회의원선거법(1988.4.6. 법률 제4005호) 제28조 제1항 제7호 및 개정전 지방자치법(1989.12.30. 법률 제4162호) 제33조 제1항 제6호가 청구인들과 같은 각 조합의 조합장들이 지방자치단체의 의원 후보자가 되는 것 및 지방의회 의원의 직을 겸하는 것을 금지하여 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 직접 침해하였다고 주장하면서 위 각 법조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다고, 1990.12.31. 법률 제4311호로 지방의회의원선거법이 전면 개정되자 1991.2.6. 위 개정전의 법조항에 대응하는 개정된 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호로 심판청구의 대상을 변경하였고, 한편 위 개정전 지방자치법 제33조 제1항 제6호도 1990.12.31. 법률 제4310호로 일부 개정되었다.

###### (나) 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 위 개정된 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호 전면 개정) 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법(1990.12.31. 법률 제4310호 개정) 제33조 제1항 제6호 중 각 “조합장”에 관한 부분이 청구인들이 기본권을 침해하였는지의 여부이며, 그 조문가운데 각 그 “상근 임·직원”부분은 심판의 대상

이 아닌 것이다.

지방의회의원선거법 제35조 (공무원 등의 입후보)① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 지방의회 의원의 임기만료일전 90일까지 그 직에서 해임되어야 한다. 다만, 임기만료에 의하지 아니하는 재선거·보궐선거·증원선거 또는 선거를 연기한 경우에 있어서는 후보자등록 전까지 그 직에서 해임되어야 한다. 그러나 지방의회 의원이 당해 지방의회 의원선거에 후보자가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

(다) 판단

지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호에서는 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개량조합·산림조합·엽초생산협동조합·인삼협동조합(이하 농업협동조합 등이라 약칭한다)의 조합장이 지방의회의원의 입후보자가 되고자 하는 때에는 지방의회의원의 임기만료일전 90일까지 그 직에서 해임되어야 하고(다만 동법 부칙 제2조에 의하면 이 법 시행후 최초로 실시하는 지방의회의원선거에 있어서는 선거일 공고일로부터 5일 이내에 그 직에서 해임되어야 한다고 규정하였다), 지방자치법 제33조 제1항 제6호에 의하면 지방의회의원은 농업협동조합 등의 조합장의 직을 겸할 수 없게 되어 있다. 이와 같은 농업협동조합장 등에 대한 지방의회의원선거법상의 입후보 제한규정과 지방자치법상의 겸직금지규정은 농업협동조합 등의 조합장이 그 직을 유지한 상태에서는 지방의회의원의 후보자도 될 수 없고 지방의회의원의 겸직도 불가능하게 하는 것이므로, 이들에 대한 사회적 신분에 의한 정치생활의 영역에 있어서의 차별이고(헌법 제11조), 국민의 공무담임권(헌법 제25조)의 계약으로 보여진다. 이렇듯 농업협동조합 등의 조합장에 대한 입후보 제한 및 겸직금지규정이 헌법 제25조 소정의 공무담임권의 차별적 처우라면 과연 그것이 합리적 차별이라고 할 수 있을 것이다. 입후보 제한규정은 자격제한 규정으로서 만일 당선이 못되면 조합장·지방의회의원 두가지 모두 놓치게 되는 점에서, 양립불능으로 이 두가지 중 한 가지만 선택하여야 하는 겸직금지 규정보다도 공무담임권 제한의 정도가 더 강한 편이나 어느 것도 공무담임권의 제한임에 틀림없으며 그것이 과연 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화 할 수 있는 기본권의 제한이라 할 것인가. 우선 농업협동조합 등의 성격 및 조합장의 법적지위와 관련하여 제한의 필요성을 살펴본다.

- ① 먼저 농지개량조합의 조합장을 제외한 나머지 조합장부터 본다. 농업협동조합의 예를 보면 농업협동조합은 농민의 자주적인 협동조직을 통하여 농업생산의 증진과 농민의 경제적·사회적 지위향상을 도모함을 목적으로 하는 농민을 위한 협동조직체이다(농협법 제1조). 구역내에 거주하는 농민 20인 이상이 발기인이 되어 설립하며(농협법 제16조), 구역내에 거주하는 농민을 조합원으로 하여 그 출자로 자금을 조달하는(농협법 제22조, 제23조) 농민의 자치조직으로서 임의탈퇴가 허용되

며(농협법 제31조) 그 조합장은 국가임명 아닌 조합원의 직선제에 의하여 조합원 중에서 선출된다(농협법 제46조 제2항). 따라서 국가의 강력한 감독은 받지만 행정 목적수행을 위해 설립한 것도 아니고, 그 설립면에 있어서나 관리면에 있어서 자주적인 단체이기 때문에 공법인성보다도 사법인성이 강하고 그 조합장은 공무원이 아닌 것이다. 다만 농업협동조합법 제6조가 조합에 대하여서는 정치관여를 금지시켰지만, 자연인인 조합의 조합장을 비롯한 임원에 대하여서는 같은 규정이 없으며, 오히려 농업협동조합법 제7조는 그 정치적 자유를 존중하여 선거에 의하여 취임하는 공무원을 겸직할 수 있도록 규정하였다. 선거에 의하여 취임하는 공무원을 겸직할 수 있음은 농업협동조합의 목적과 그 조합장의 법적 지위가 대동소이한 수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·연초생산협동조합의 조합장의 경우에도 같다(수협법 제8조, 축협법 제8조, 산림조합법 제6조 제1항, 연초협법 제6조). 더구나 인삼조합의 조합장의 경우는 일반공무원 겸직 금지의 규정조차도 없다. 이처럼 이들 조합장에 대해 선거직 공무원의 겸직을 각 그 조합법에서는 일반 규정으로 허용하면서, 지방의회의원선거법과 지방자치법에서는 특별규정으로 선거직 공무원의 대표적인 것이라고 할 지방의회의원 겸직을 막아 그 정치적 자유를 제약할 이유가 어디에 있는지 쉽사리 찾기 어렵다. 또 농업협동조합 등의 조합장은 정당법상 정당의 당원이 될 수 있다(정당법 제17조 참조). 이점에서 국민전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립성을 유지하여야 하고(헌법 제7조) 정당의 당원이 되어 정치참여 하는 것이 허용 안되는 공무원과는 법적 지위가 다르다. 그러므로 공무원에 대해 지방의회의원의 입후보 제한 및 겸직금지가 요청된다고 해서 곧바로 농업협동조합 등의 조합장의 경우에도 같은 요구를 할 수는 없는 것이다. 생각건대 권력분립의 원리는 인적인 측면에서도 입법과 행정의 분리를 요청한다. 만일 행정공무원이 지방입법기관에서라도 입법에 참여한다면 권력분립의 원칙에 배치되게 된다. 이와 같이 권력분립의 원칙을 준수할 필요성 때문에 공무원의 경우는 지방의회의원의 입후보 제한이나 겸직금지가 필요하며 또 그것이 당연하다고 할 것이나, 어느 특정 계층의 자조적 협동체의 임원에 그치는 조합장에게 같은 필요가 있다고는 할 수 없을 것이다. 나아가 살피건대 겸직금지의 필요성은 이해가 서로 상충될 관계에 있는 단체의 구성원 상호간에 있어서는 분명히 있다. 그러나 농업협동조합 등과 지방자치단체와는 반드시 그 이해가 충돌될 이른바 경합관계에 있는 것이 아니며, 주민복리의 증진이라는 목적상의 합치로 때로는 상조관계일 수도 있는 것이다.

물론 농업협동조합 등의 조합장이 그대로 지방의회에 진출하여 소속 협동조합의 이익을 위하여 지방의회에서 부당하게 영향력 행사를 하는 때도 없지 않을 것이나 그것이 염려된다면, 그 때를 대비하여 특정의 관련의제에 토론 및 의결관여를 시키지 않는 배제입법의 정도이면 족한 것이지, 이처럼 농업협동조합 등의 조합장의 참

정권 자체를 제약하는 입법으로까지 비약시킬 일을 아니다. 이것은 최소한의 제한이 못된다.

한 걸음 더 나아가 지방의회의원선거의 공정확보의 필요가 위 입후보 제한규정의 근거가 될 수 있는지를 검토한다. 농업협동조합 등의 조합장은 지방의회의원선거에 있어서 선거관리의 공직도 아니며, 지방의회의원선거법 제69조 제2항은 조합장과 같은 지위의 사람이 선거과정에서 영향력행사를 막기 위해, 누구든지 교육기관이나 종교적·직업적 단체에 대한 특수관계를 이용하여 선거운동을 할 수 없다고 규정하고 있으며, 동법 제180조 제1항은 그 위반자에 대하여 형사처벌로 응징하게끔 대응해 놓고 있는 바이다. 만일 입후보 제한 및 겸직금지의 목적이 선거의 공정성 확보라고 한다면 유독 농업협동조합 등의 조합장에게만 같은 규정을 둘 성질의 것이 아니며, 같은 정도의 영향력이 예상되는 유사 직업단체 나아가 종교적 단체의 임원에 대해서도 응당 법적으로 균형을 맞추어 놓았어야 할 것이다.

- ② 농지개량조합 조합장 이외의 나머지 조합장은 어디까지나 명예직이며, 법률상 비상근직인 것이다(농협법 제46조 제5항, 수협법 제55조 제5항, 축협법 제41조 제5항, 산림조합법 제41조 제3항, 엽연초협법 제19조 제4항, 인삼조합법 제17조 제4항). 정기급의 봉급이 아니라 실비의 변상을 받을 뿐이다. 원래 명예직이란 그 성질상 특히 양립하기 어려운 사유가 없으면 응당 다른 직에 종사가 예정되어 있는 직위이다. 따라서 명예직에 종사하는 자에게 다른 직책의 겸직을 금한다는 것은 특단의 사정이 없는 한 직업선택의 자유의 침해가 되고 나아가 생존권에까지 위협을 줄 수 있다. 그렇기 때문에 타직의 겸직은 오히려 적극 장려되어야 할 일이지 막아서는 안될 일이다. 일본의 공직선거법을 보면 공무원까지 비상근직의 경우에는 입후보 제한을 받지 않는다. 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의의 실현시키려는 헌법의 민주적 기본질서를 침해할 위험성이 큰 것으로서 민주주의의 원리와는 배치되는 것이기 때문에 어디까지나 최소한의 정도에 그쳐야 할 것인바, 그럼에도 불구하고 향차 공무원도 아닌 명예직의 협동조합의 조합장들에게 입후보의 원천봉쇄 및 겸직금지규정으로 참정권에 제약을 가하고 있다. 더구나 지방자치법 제32조에 의하면 지방의회의원은 명예직이며 회기 중에 일비와 공무로 여행할 때에 여비를 지급받을 뿐이고 정기본수는 없으며, 이 점 세비를 받는 국회의원의 지위와는 다르다. 따라서 한가지 직무에만 전념하기 어려운 명예직인 농업협동조합 등의 조합장에게 다소간 있는 공공성(국가의 감독, 계약에 의한 정부위촉의 사업수행 등)만을 강조한 나머지 다른 명예직도 겸직을 금지시키는 것은 명백히 과도한 기본권 제한이며 민주국가에 있어서의 참정권제한 최소화 원칙에 합치될 수 없는 것이다. 이것은 오히려 지방자치의 구현, 이른바 풀뿌리 민주주의를 정착시키는 과정에 동참의 기회균등만을 막을 뿐이다. 분명히 농지개량조합의 조합장과 같은 상근직은 물론, 나머지 조합장의 지방의 진출의 문호개방은 지역직능



대표로서의 기능과 역할을 기대할 수 있는 것이고 특정 계층의 여과된 이익과 전문가적 경험을 지방자치에서 조화있게 반영시키는 계기도 될 수 있을 것이다. 물론 의원직 금지규정 등을 없앤다면 조합장에 의한 조합의 정치적 악용 내지 중립성 저해의 가능성이 없지 않을 것이나 명예직 조합장의 영향력행사의 한계 때문에 그 폐해 또한 우려할 만큼 심각한 것은 못될 것이다. 이익형량상으로도 참정권 제약해제에서 오는 이익 즉, 정치적 자유를 신장시키는 이익이나 의미는 그 때 생길 불이익을 상계하고도 남을 바가 있을 것이다. 그렇다면 농지개량조합의 조합장은 별도로 하고, 그 나머지 조합장에 대해서는 적어도 국민의 참정권을 제한함에 있어서 합리성 없는 차별대우의 입법이라고 보지 않을 수 없으며, 이들에 대한 참정권 및 평등권에 관하여 도저히 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화 될 수 없는 과도한 제한이며 그 기본권의 침해라고 볼 것이다. 민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 치자와 피치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대 다수의 최대 정치참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며, 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요 부득이한 경우에 국한되어야 한다. 이러한 헌법상의 법리가 지켜지지 않은 것이다.

③ 이제 농지개량조합의 조합장의 법적 지위를 본다.

농촌근대화촉진법 제30조 제5항에 의하면 조합장 이외의 임원만을 명예직으로 함으로써 조합장은 상근직으로 하고 있고, 동법 제4조의 2의 선거직 공무원의 겸직 규정에도 불구하고 동법 제33조 제1항은 조합장의 경우에도 다른 직무의 겸직을 총회의 승인사항으로 규정하였다. 더구나 농지개량조합의 경우는 토지구획정리사업을 수행하는 등 공법상의 권한을 갖고 있고(농촌근대화촉진법 제7조 제1항 참조), 조합비 부과에 관한 쟁송은 행정쟁송의 방법에 의하여야 하지(동법 제44조) 민사소송에 의할 수 없으며 조합과 그 임직원의 관계는 공법관계라는 것이 판례의 태도로서, 그 공법인성은 어느 협동조합보다도 뚜렷하다. 그렇다면 농지개량조합의 조합장에 대한 겸직금지규정 등은 다른 조합의 조합장과는 달리 그에 대해 부과될 직무 전념의 성실의무 그리고 공법인성 등과 상치된다고 단정할 수 없을 것이며 겸직금지에 의해 참정권이 제한된다 하여도 이 때에 얻는 이익과 잃는 이익을 비교 형량하여 어느 것이 큰지는 매우 판단하기 어려운 일로서, 이 경우에 겸직금지규정을 두느냐의 여부는 차라리 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 결단사항이라고 봄이 무방할 것이다. 따라서 이 한도에서 참정권의 부당한 차별이라고 할 수 없으며 참정권이나 평등권의 침해가 있었다고 볼 수 없다.

(2) 결론

그렇다면 이 사건 심판의 대상중 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·염연초생산협동중·인삼협동조합의 조합장에 관한 부분은 헌법에 위반되고 그 나

머지 부분 즉 농지개량조합의 조합장 부분은 헌법에 위반되지 않는다고 할 것인 바(문제의 조문중 각 “그 상근 임·직원” 부분은 심판의 대상에서 제외), 결국 이 사건 청구인들 중 농지개량조합장인 청구인 윤○문을 제외한 나머지 청구인들의 경우는 모두 이유있어 인용할 것이고 동 청구인의 청구는 그 이유없어 이를 기각하기로 한다.

# 第3章 農地法

## I. 農地法の概要

### 1. 制定経緯 등

농지법은 농지의 소유·이용 및 보전등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 농지를 효율적으로 이용·관리하여 농업인의 경영안정 및 생산성향상을 통한 농업의 경쟁력강화와 국민경제의 균형있는 발전 및 국토의 환경보전에 이바지함을 목적으로 1994. 12. 22. 법률 제4817호로 제정되고 1996. 1. 1.부터 시행되었고, 이후 14차례 걸쳐 개정되었다.

농지제도는 1949년 농지개혁법 제정(자작농체제 구축, 농지매입제한, 3정보 소유상한제, 소작제 금지 등)된 이후, 1972년 농지의보전및이용에관한법률 제정(절대농지.상대농지 지정 등), 1980년 헌법 제121조에 법률이 정하는 바에 따른 임대차, 위탁경영 허용 규정 신설, 1986년 농지임대차관리법 제정(농지임대차 및 위탁경영 합법화), 1987년 헌법 제121조에 경자유전 원칙 추가<sup>3)</sup>, 1988년 농지개혁법시행규칙 개정(농지매매증명제도 운영강화로 농지투기억제 추진), 1990년 농어촌진흥공사및농지관리기금법 제정 및 농지의보전및이용에 관한법률 개정(농지전용신고제 도입으로 농지전용규제 완화 등), 농어촌발전특별조치법 제정(영농조합법인, 농업회사법인의 농지소유 허용 등), 1992년 농어촌발전특별조치법 개정(농어촌구조구조개선투자재원 마련을 위한 전용부담금제 도입 및 농업진흥지역 지정, 농지전용시 당해 토지공시지가의 20%를 전용부담금으로 징수, 필지별 보전방식인 절대농지.상대농지 제도를 폐지하고 집단화된 우량농지 1,034,000ha를 농업진흥지역으로 지정), 1993년 농어촌발전특별조치법 개정(농업진흥지역안 농지소유상한을 3ha에서 10ha로, 시장.군수의 승인을 받을 시 20ha까지 허용, 비농민 소유농지 처분의무 부과 및 미처분시 농어촌진흥공사의 협의매수제도 도입), 1994년 농지의보전및이용에관한법률시행령 개정(농지전용규제를 추가로 완화하여 준농림지역의 농지전용제한방식을 행위허용열거방식에서 제한행위열거방식으로 변경하고, 농지전용 허가권한을 시.도지사, 시장.군수에게 모두 위임), 1994년 농지임대차관리법 시행규칙 개정(농지구입시 농지소재지 사전 6개월 거주요건 철폐) 등의 과정을 거쳐, 기존의 농지개혁법, 농지개혁사업정리에관한특별조치법, 농지의보전및이용에

3) 헌법 제121조[농지의 소작제도 금지, 농지의 임대차. 위탁경영]

- ① 국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다
- ② 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다

관한법률, 농지임대차관리법, 지력증진법을 폐지·흡수하여 1994. 12. 22. 법률 제4817호로 제정된 농지법에 의해 체계화되었다.

## 2. 농지법의 주요내용

농지법은 제1장 총칙, 제2장 농지의 소유, 제3장 농지의 이용(제1절 농지의 이용증진 등, 제2절 농지의 임대차등), 제4장 농지의 보전 등(제1절 농업진흥지역의 지정·운용, 제2절 농지의 전용, 제3절 농지관리위원회), 제5장 보칙, 제6장 벌칙 등 총 6장, 65조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면, 제3조에서 농지는 국민의 식량공급과 국토환경보전의 기반이고 농업과 국민경제의 균형있는 발전에 영향을 미치는 한정된 귀중한 자원이므로 소중히 보전되어야 함은 물론 공공복리에 적합하게 관리되어야 하며 그에 관한 권리의 행사에는 필요한 제한과 의무가 따르고, 투기의 대상이 되어서는 아니된다고 하여(제3조), 헌법 제121조와 농지법 제6조의 경자유전의 원칙에 터잡아, 농지보전의 원칙, 농지이용의 공공복리 적합 의무 등을 규정하고 이에 관한 국가와 국민의 의무를 규정하고 있다.(제4조, 5조)

제2장 농지의 소유를 보면, 헌법상 경자유전의 원칙을 유지하면서 영농규모의 확대를 유도하기 위하여 자작농 중심의 농지제도를 다양한 경영체(가족농, 영농조합법인, 농업회사법인 등)중심으로 전환하여 규모화 영농의 기반을 조성하고 농업회사법인의 농지소유를 허용하면서 농업진흥지역 내의 농지소유상한을 폐지하고(제6조, 7조), 농지소유 및 거래에 관한 사전적 규제를 완화하고 농지매매증명을 농지취득자격증명(제8조)으로 변경하고, 위탁경영을 제한하고(제9조), 농지처분명령제도 도입(제11조 등) 등 영농의무를 강화하고 있다.

제3장을 보면, 제1절에서 농지이용계획의 수립과 농지이용증진사업의 시행(제14조), 토지의 개량·보전에 관해 규정하고 있다.

그리고 제2절에서 농지임대차관리법의 내용을 흡수하여 국유농지나 상속 농지 등에 대하여 임대차할 수 있도록 규정하고 있다.

제4장 농지의 보전을 보면, 제1절에서 과거 필지별로 절대농지와 상대농지가 지정되어 있었으나 필지별로 우량농지를 보전하는 데는 한계가 있으므로 일정 면적 이상으로 우량농지가 집단화된 권역을 농업진흥지역으로 지정·보전하는 한편, 농지를 다른 용도로 전용하고자 하는 경우, 상대적으로 생산성이 낮은 농지를 우선적으로 전용하도록 함으로써 비농업부문의 토지수요증가에 계획적으로 대응하고자, 농업진흥지역의 지정은 국토이용관리법 제6조의 규정에 의한 농림지역, 준농림지역 및 자연환경보전지역과 도시계획법 제17조 제1항 제4호의 규정에 의한 녹지지역(특별시의 녹지지역은 제외)을 그 대상으로 하여(법 제31

조), 시·군에서 주민설명회와 농어촌발전심의회 등의 심의를 거쳐 지정안을 작성하여 시·도에 보내고 다시 시·도가 지정승인을 요청하면 농림수산부가 지정을 승인(녹지지역은 건설교통부와 사전협의)하고 이를 시·도가 지정고시하고 시·군에서 주민에게 열람하는 절차를 통하여(제32조 등), 농지조성사업 또는 농업기반정비사업이 시행되었거나 시행중인 지역으로서 농업용으로 이용하고 있거나 이용할 토지가 집단화되어 있는 지역이나 그 외의 지역으로서 농업용으로 이용하고 있는 토지가 집단화되어 있는 지역으로서 농업의 진흥을 위하여 농업 목적으로 이용하는 것이 필요한 지역을 농업진흥구역으로, 농업진흥구역의 용수원 확보, 수질보전 등 농업환경을 보호하기 위하여 필요한 지역을 농업보호구역으로 하여 농업진흥 지역을 지정하도록 하고 있다(제30조)

농업진흥구역안에서는 법이 인정하는 특수한 경우를 제외하고 농업생산 또는 농지개량과 직접 관련되지 아니한 토지이용행위를 할 수 없고, 농업보호구역안에서 대기오염물질배출시설, 폐수배출시설 등을 할 수 없고(제34조), 국가등은 농업진흥지역에 대한 개발투자를 확대하고 우선지원하여야 한다(제35조)

제2절 농지의 전용을 보면, 농지의 전용이라 함은 농지를 농작물의 경작 또는 다년성식물의 재배 등 농업생산 또는 농지개량외의 목적에 사용하는 것을 말하는데(법 제2조 제9호), 현행 농지법에 규정된 농지전용의 유형은 ① 허가를 받아야 농지전용을 할 수 있는 경우(법 제36조제1항), ② 허가가 의제되는 경우로서 협의를 하여야 하는 경우(법 제36조제2항), ③ 신고만으로 농지전용을 할 수 있는 경우(법 제37조), ④ 허가나 신고 없이 자유롭게 전용할 수 있는 경우(법 제36조제1항제4호, 5호)로 나눌 수 있다. 농지전용 허가는 다시 일반적인 농지전용 허가(법 제36조 제1항)와 농지의 타용도 일시사용 허가(법 제38조), 농지전용 허가의 특례(법 제45조), 허가가 의제되는 경우(법 제36조 제2항)로 나뉘어진다.

예외적으로 산림법에 의한 산림훼손의 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 불법으로 개간된 농지를 산림으로 복구하는 경우 등과 같이 전용신고도 없이 자유롭게 전용할 수 있는 경우가 있다.

농지전용허가와 관련하여 보면, 원칙적으로 모든 농지를 전용하거나 전용허가사항을 변경하고자 하는 자는 당해 농지의 소재지를 관할하는 농지관리위원회의 확인을 거쳐 농림부장관, 또는 시·도지사, 시장·군수의 허가를 받아야 하는데, 농지전용을 하려면 일정한 서식을 갖추어 농지전용 허가신청을 하고, 농지관리위원회 확인을 거쳐, 허가권자가 시장·군수·구청장인 경우에는 시장·군수·구청장이 허가하고 허가권자가 시·도지사 등인 경우에는 시장·군수·구청장이 심사 확인을 하고 허가권자가 허가를 하는 과정을 밟는다. 허가권자는 지역사회의 개발, 공용·공공용 목적사업의 시행 기타 부득이 한 경우를 제외하고는 당해 농지의 소재지를 관할하는 농지관리위원회의 확인결과를 참작하여 허가여부를 결정하도록 하고 있다.(규칙 제28조 제1항)

그리고 농림부장관은 농지전용 허가를 제한할 수 있고(제39조), 허가권자는 농지전용허가 등을 한 후 ①사위 기타 부정한 방법으로 허가를 받거나 신고를 한 경우, ②허가의 목적

또는 조건을 위반하거나 허가 또는 신고 없이 사업계획 또는 사업규모를 변경하는 경우 등 일정한 법 제41조에 해당하는 경우 허가를 취소하거나 관계공사의 중지, 조업의 정지, 사업 규모의 축소 또는 사업계획의 변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

그리고 농지를 전용하고자 하는 농지에 상당하는 농지의 조성에 소요되는 비용(농지조성비)을 농지관리기금을 운용·관리하는 자에게 납입하여야 한다(제40조).

제3절 농지관리위원회등을 보면 농지 및 그 임대차의 효율적인 관리를 위하여 시·구·읍 또는 면에 각각 농지관리위원회를 두도록 하고 있다.

## II. 農地法에 관한 判例

### [1] 農地法에 관한 判例 概要

농지법은 앞에서 본 바와 같이 농지개혁법, 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법, 농지의 보전및이용에 관한 법률, 농지임대차관리법, 지력증진법을 폐지 흡수하여 제정되었으므로 위 각 법들과 관련된 판례가 축적되어 왔으나, 여기에서는 압도적으로 많은 판례가 축적되어 온 기존의 농지개혁법에 관한 판례를 별도로 정리하고(적용가능성이 없는 너무 오래된 판례는 삭제하였음), 농지의보전및이용에 관한 법률, 농지임대차보호법 등과 관련된 판례는 농지법의 관련 부분에서 검토하기로 하고, 판시내용이 중복되고 관련되어 있는 농어촌발전특별조치법과 관련된 판례는 제1장 제2절 농어촌발전특별조치법에서 검토한 것 외에는 여기에서 검토하기로 하고, 농업기반공사(농어촌진흥공사), 농지관리기금 등에 관한 판례는 제4장 농업기반공사 및 농지관리기금법에서 검토하고자 한다.

그리고 농지법에 관한 판례는 편의상 판례 수에 따라, 농지의 매매등, 가장 많은 판례가 집중되어 있는 농지의 전용과 관련하여서는, 농지전용허가(거부처분, 허가취소 포함), 농지조성비 및 농지전용부담금 등으로 나누어서 검토하고자 한다.

### [2] 農地改革法에 관한 判例

#### 1. 농지개혁법의 강행법규성(대법원 1964. 5.12, 63다830)

농지개혁법 제1조 소정의 목적과 제17조의 농지소작제도 금지규정에 비추어 볼때 농지

개혁법은 경자유전의 원칙아래 농지를 농민에게 적절히 분배하고 종전의 소작제도를 지양하기 위하여 제정된 강행법규라고 보아야 할 것이므로 그 법 실시 이후에 있어서는 자작농민으로부터 농지를 매수하여 다시 그 농민에게 소작을 주는 것을 내용으로 하는 것과 같은 농지의 매매 계약은 무효하다고 해석하여야 할 것이고 다만 소작의 약정만이 무효이고 농지의 매매계약 자체는 유효하다고는 볼 수 없는 것이다.

## 2. 농지매매에 관한 소송에서의 법원의 직권조사범위 (대법원 1972. 2.29, 71다2594)

소송목적물이 농지개혁법 적용대상의 농지인 여부는 법원의 직권조사 사항이 아니므로 이를 전제로 본건 토지가 농지개혁법 시행당시 농지였다고 하는 원심에서 주장하지 않은 새로운 사실을 내세우고 원판결을 비난하는 논지는 이유없다.

## 3. 농지개혁법의 시행규정에 위반되는 내용의 화해의 효력 (대법원 1966. 7.26, 66다1011, 1012)

분배 내지 등기에 있어서의 원고주장과 같은 착오로 인한 원고의 상환료 미불과 피고의 상환료 과불관계로 조정하기 위한 것이었다면 몰라도 농지개혁법자체의 적용에 관하여 피고에게 분배하여야할 농지부분을 원고에게 분배된 것으로 하기 위한 화해였다면 그것은 당연무효인 것이다.

## 4. 분배대상농지에 관한 재판상 화해 또는 소취하의 효력 (대법원 1970. 9.22, 70다1227)

이 사건 토지들은 원고의 피 상속인 망 왕○룡이가 분배받았는데, 피고 전○갑 명의로 상환완료에 의한 소유권이전등기가 되어 피고 이○정 명의를 거쳐 제16목록 토지는 1967. 5.25. 피고 이○일 명의로, 제17목록 토지는 1967. 4.28. 제1심 공동피고인 성○순 명의로, 제18목록 토지는 같은 날 피고 김○익 명의로 각각 소유권이전등기가 되었으나 이는 모두 원인무효 등기이니 이에 대한 말소등기 절차를 이행하라는 소송이 계속 중, 제1심 1968. 1.10. 10:00 법정에서 피고 이○일과 제1심 공동피고 성○순은 각 69,000원, 피고 김○술과 피고 김○익은 각 66,000원을 원고에게 지급하고 원고는 위 피고들 명의의 토지에 대한 소유권을 확인한다는 재판상 화해를 하였다. 이 사건 소송목적물이 분배대상농지라 할지라도 원고에게 권리가 있음을 전제로 한 재판상 화해를 하였다고 하여 그 재판상 화해가 당연 무

효라 할 수 없고 또 비록 이 사건이 분배대상농지에 관한 소송일지라도 원고에게 처분권이 없는 것이 아니라고 할 것이므로 소의 취하행위가 당연히 무효라는 논지는 이유없다.

### 5. 농지개혁법에 의한 처분에 관한 소송(대법원 1964. 9. 8, 64다333)

원판결이 적법히 확정된 사실에 의하면 소의 박○회는 농지개혁법 시행전 약40년전부터 서울에 거주하고 있던 본건 농지의 부재지주라는 것으로서 질병 공무취학 기타 부득이한 사유로 인하여 일시 이농한자가 아니므로 농지개혁법 제5조 제2호 나항 및 같은법 시행령 제4조 제4호 규정에 의거한 귀농이 있을 수 없을 뿐만 아니라 같은 소외인이 농지 소재지에 돌아왔거나 농사를 지은 일이 없으면서도 농지소재지면 농지위원회에 농사짓기 위하여 귀농하는 것 같이 신고하여 귀농하는 지주로 인정받았다는 것 또한 원판결에 의하여 확정된 사실로서 이 귀농하는 지주로 인정받은 것이 위법한 것임은 명백한바 ...농지개혁법 시행에 관한 소송을 행정소송으로 보지 아니하고 민사소송으로 보아 농지개혁법시행에 따르는 처분에 위법이 있을 때에 이를 당연무효로 본다.

### 6. 농지인 여부를 결정하는 기준(대법원 1973. 2.26, 72다2346)

원심은 그 채택한 증거를 종합하여 이사건 각 토지는 당초 일본국 해군이 그들의 군요새지로 사용하기 위하여 바다를 매립하였던 일본국 소유이던 것을 8.15. 해방으로 이곳에서 일본군이 물러나자 당시 그 인근에 살고있던 피고 김○곤, 김○서 등이 제각기 이를 농지로 개간하여 경작하여 오다가 농지개혁법이 시행하게되자 1950.3.25.경 각 그 경작부분(청구취지 기재해당부분)을 농지로 분배받았던 것이나 6.25사변으로 이곳에 미제192병기 부대가 주둔하게되고 이어 1955.5.5.경부터 한국군 보급창이 점유하게 됨으로써 각기 그 상환을 지체하여 오다가 1961.5.15.에야 비로소 그 상환을 완료하였던 사실을 인정할 수 있다고 하여 이 사건 토지는 농지개혁법 시행당시 농지분배 대상이 되는 농지가 아니고 또 농지분배를 한 사실도 없다는 원고의 주장사실과 그 입증을 위 원심 인정사실과 배치된다는 취지에서 이를 배척하였다.

그러나 농지개혁법 제2조 제1항에서 “본법에서 농지는 법적 지목여하에 불구하고 실제 경작에 사용하는 토지현상에 의한다”고 규정되어 있다 하더라도 그 취지는 물리적으로 실제 경작에 사용하는 것 인지의 여부만을 따져서 농지여부를 가릴 것이 아니라 어디까지나 그 토지의 주위와 환경은 물론이거니와 그 토지를 경작에 사용하게 된 동기·유래등도 함께 따져서 종합적인 견지에서 그 토지가 실제 경작에 사용하는 토지인지의 여부를 판단하여야 할 것이며(대법원 1965.12.7. 선고 65다1927 판결, 1962.11.29. 선고 62다619 판결 1965.3.16. 선고 64다1809 판결 각 참조)농지개혁법에서 말하는 농지라 함은 소유자의 주관



적인 목적이 농경지로서 사용할 의사가 있어야 하고 객관적으로 그 토지가 농경지로서 소유자의 주관적인 농경목적에 이를 수 있는 것을 의미한다고 해석하여야 하므로 소유자가 그 토지를 농경의 목적으로 사용할 주관적인 의사가 전연 없고 또 그 토지의 주위환경으로 보아 농경지로서는 적합하지 아니한다는 것이 객관적으로 인정된다면 그 토지가 어떤 사정으로 공지로 방치되어 있다거나 타인이 아무런 근원없이 이를 일시 경작하였다 하더라도 이를 농지개혁법 제2조에서 말하는 실제경작에 사용하는 토지라고 할 수 없을 뿐만 아니라 (대법원 1968.10.29. 선고 67다2411 판결 1963.9.19. 선고 63다483 판결 1967.5.23. 선고 67다556 판결 1967.5.23. 선고 65다565, 566판결 각 참조)농지개혁법 제25조의 2에 의하면 농지개혁법 공포인 현재에 미완성한 개간지, 간척지 또는 동법 공포일 후에 개간 혹은 간척한 농지는 동법을 적용하지 아니한다라고 규정되어 있으므로 일본국 해군이 그들의 군요새지로 사용하기 위하여 바다를 매립(간척)하였던 이 사건 토지를 8.15. 해방후 그 인근에 살고 있었던 위 피고등과 소외인들이 제각기 이를 개간하여 경작하여 왔다는 원심 확정사실만으로는 이 사건 토지가 농지개혁법 시행당시 농지분배 대상이 되는 농지였었다는 것으로 단정하기에는 부족하다할 것이고 원심 채택의 각 증거를 기록에 의하여 대조·검토하여 보아도 그 증거들에 의하여 이 사건 토지는 그 소유자인 정부에게 농경지로 하려는 의사가 있었고 이를 개간한 위 피고등과 소외인들이 적법한 권원에 의하여 점유하면서 위 소유자의 의사에 따라 이를 농경지로 개간(혹은 간척)한 것으로서 객관적으로 농경지에 적합한 것이었다거나 농지개혁법 시행당시 개간이나 간척이 완성된 것이었다고 단정하기에는 부족하다고 아니할 수 없으니 필경 원심은 농지분배 대상이 되는 농지에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니하여 증거없이 또는 증거의 가치판단을 잘못하여 이 사건 토지를 분배 대상 농지로 확정하고 분배대상 농지가 아니라는 원고 주장에 대한 전입증을 그 확정사실에 배치된다는 이유만으로 배척한 채증상의 위법을 저지른 것이라고 할 수 밖에 없다.

### 7. 농지인 여부를 판단하는 시기(대법원 1965. 7.27, 62다838)

농지개혁법 실시 당시는 농지였으나 그 법 실시 당시는 분배를 받지 못한 토지를 후에 분배함에 있어 분배당시의 토지현상에 따라 농지로서 분배여부를 결정하여야 하며 농지개혁법 실시 당시는 농지였으나 실제 농지분배를 할 당시에는 토지의 현상이 이미 변경되어 농경지가 아니면 이에 대한 농지분배 당연무효이다.

### 8. 공유수면매립지와 농지개혁법의 적용(대법원 1964. 5.26, 63다929)

원판결에 의하면 원심은 증거에 의하여 원래 공유수면이던 본건 토지는 거금 27년 전에 소외 이○근이 제방을 축조하고 매립한 후 소외 권○철과 그의 작인들이 각자 논으로 개간

하여 개간착수 6,7년후 즉 농지개혁법 실시 이전에 이미 숙전이 된 사실을 인정하고 이와 같은 개간농지는 매립준공검사라는 행정청의 행위로서 공유수면이 농지가 되는 것이 아니고 농개법 실시 당시의 현황에 따라 농지나 아니냐가 결정된다고 해석된다 하여 농개법 실시 이전에 이미 현황이 농지라고 인정되는 이상 그에 대한 매립준공검사가 없었다고 하여 농지가 아니라고 할 수 없는 것이니 본건 농지는 분배대상농지로 특별한 사유가 없는 한 당연히 정부에 매수되었다고 할 것인즉 그 이후에 취득한 원고명의로의 소유권이전등기는 원 인무효의 등기라고 단정하여 원고의 본소청구를 배척하고 있다.

그러나 공유수면을 매립하여 농지를 조성하는 경우에 있어 매립면허를 받은 자는 준공의 인가받은 날에 그 매립지의 소유권을 취득하는 것이고 그 이전에 있어서는 매립지를 사용할 수 있을 뿐인 것이며 또 매립의 추인의 경우에도 매립지의 소유권취득관계는 위와 동일한 것이므로,.....건 공유수면의 매립준공이 1960.10.17에 있었음이 명백한 이상 그 이전에 있어서는 매립지의 일부가농지로 개간되어 있었다 하더라도 농지개혁법 제6조 제1항 제8호 단서의 규정에 의하여 특별보상을 하고 매수함은 모르되 농지개혁법실시로 매립지인 농경지가 그 준공인가 전에 매립면허자로부터 정부에 당연히 매수되었다고는 볼 수 없는 것이므로 원심이 당연히 매수되었다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이다.

### 9. 농지 아닌 토지를 일시 경작에 사용한 경우 농지개혁법의 적용 (대법원 1965.12.21, 65다1932)

원판결은..... 결국 국가는 원판시와 같은 형태로 농지개혁법 시행전후를 통하여 국유이었던 본건 토지를 군용비행장의 용지로 단속 보유할 의사를 표시 보유하고 있었고, 따라서 본건 토지는 1963. 7. 6. 용도폐지가 될 때까지 행정재산으로서의 성질을 잃지 아니 하였으며, 그동안 일시적인 이용상태로서 유희지였던 본건 토지를 민간인이 경작한 일이 있다 하여도 이는 어디까지나 일시적인 현상에 지나지 아니하는 것이고 이로 인하여 본건 토지가 농지개혁법에 의한 분배의 대상이 되는 농경지로 변경된 것으로는 볼 수 없다고 단정하고 있는 바,..... 원판결에는 논지가 말하는 바와 같은 위법은 존재하지 아니한다고 볼 것이다.

### 10. 일필의 토지의 일부가 비농지인 경우 농지개혁법의 적용범위 (대법원 1970.11.24, 70다2119)

본건 계쟁토지인 서울특별시 용산구 이태원동 245의 6 대 51평은 원래 일본인 소유 농지인 동 245 전 519평의 일부였던 것을 1937.6.20 소외 최○남이가 그 소유자로부터 위 51평 부분을 임차하여 그 지상에 본소 철거청구의 대상인 건물들(건평 18평 7합과 5평 6합의 건물 2동)을 신축 소유하면서 그 임차부분 전부를 점유 사용하게된 이래 그것이 대지로 화하

여 농경에는 사용할 수 없게 되었던 것이고, 그후 위 지상건물들이 1946년중에 최○남으로부터 소의 최○식에게, 다시 1954.3.5 최○식으로부터 피고 박○승에게 순차 매도되었음으로 인하여 현재 위 피고가 그 건물들을 소유하고 그 일부식을 다른 피고들에게 임대함으로써 위 대지부분을 점유하고 있는 실정인 바, 농지개혁법 시행당시 농림부장관이 위 이태원동 245 전 519평 중 이미 위와 같이 대지화한 계쟁토지 51평 부분을 제외한 나머지 부분만을 경작하고 있던 원고에게 그 전 519평 전부를 분배하였던 관계로 원고가 그 상황을 완료하고 1958.3.19자로 그 토지전부를 그의 명의로 소유권이전등기를 경료하게 되었다는 것인 즉, 법적 지목의 여하에 불구하고 법시행 당시 실제 경작에 사용하고 있는 토지를 농지라 하여 이를 농민에게 적절히 분배하려함을 목적으로 하는 농지개혁법의 취지에 비추어 위와 같은 사실을 확정된 원판결이 그 사실 중 농림부장관이 원고에게 위 전 519평 전부를 분배한 처분에 관하여 그중 전술한 바와 같이 1937년중 이미 대지화한 계쟁토지 51평 부분에 대한 분배처분을 당연무효인 것이었다고 단정하였음은 정당하였다고 할 것이다.

### 11. 농지 아닌 토지에 대한 분배처분 등의 효력(대법원 1969. 6.24, 69다520)

원심이 확정된 사실에 의하면 이 사건에서 문제로 되어 있는 토지인 경기 인천시 남구 송의동 137의 50 전 69평은 농지개혁법이 시행될 당시의 토지현황이 농경지가 아니고 도로이었다 한다. 이러한 토지는 농지개혁법에 의한 분배대상이 되지 못한다. 설사 논지가 말하는 바와 같이 이 토지에 관하여 농지소표, 상환대장, 그 부표 등 서류가 남아 있어서 형식상으로는 그 토지에 대한 농지분배절차가 제대로 갖추어진 것처럼 되어 있다손 치더라도 이러한 농지분배는 당연무효인 것이다.

### 12. 농지 아닌 토지에 대한 사용목적변경인허처분의 효력 (대법원 1972. 2.22, 71다2286)

사실관계가 위와 같다면 유수지도 저수지의 기지임에는 변함이 없고 이러한 저수지의 기지는 농지개혁법2조에서 말하는 농지라고는 볼 수 없으므로 이 기지를 농지라는 전제 밑에서 농림부장관이 농지개혁법에 의거하여 사용목적 변경인허처분을 하였다고 하여도 그 인허처분은 처분의 대상은 오인한 것으로 중대하고도 명백한 흠집이 있어 당연 무효의 처분행위라고 할 것이며, 그 인허처분이 있었다고 해서 위 유수지가 농지로 전환될 리 없고, 또 위 저수지가 무용지물이 되어서 폐지된 것이라고 한다 면 그전 기지는 그 폐지로 인해서 그 본래의 목적을 상실하고 비로소 확정적으로 농지등으로 이용하게 되었다고 할 것이므로 그 일부공지가 사실상 이미 농지로 조성되어 있다 하여도 이에 관계없이 그 전환조성된 땅은 농지개혁법이 시행된 후에 새로 개간 또는 간척된 농지에 해당한 것으로 보는 것

이 상당할 것이고, 따라서 이 기지에 대한 거래에 관해서는 농지개혁법 25조의 2에 따라 농지개혁법 15조 2항 등 제한규정을 적용할 성질의 것이 아니다.

### 13. 이미 대지가 된 토지에 대한 농지분배처분의 효력 (대법원 1989. 4.11, 88다카 4628)

원심인용의 증거들을 기록과 대조하여 살펴보면 위 4필지의 환지전 토지인 부산시 부산진구 전포동 656 답 635평, 같은 동 619의 3 답 280평과 현재의 지번 같은 동 680의 12,13,22, 같은 동 683의 11,16, 같은 동 684의 2,같은 동 685의 5(원심판결의 별지목록 66,67,72,79,84,85,90)의 환지전 토지인 같은 동 640의 1 644,643 토지들은 모두 귀속농지였는데 1951.2.19.경부터 미육군의료창 한국육군의무기재보급창 육군교도소가 점거 사용함으로써 대지가 되었다고 인정한 원심의 조치는 정당하다고 수긍이 가고,.... 농지분배당시 대지였더라도 농지개혁시행 당시는 농지였으나 그 현황이 불가항력적 사유로 변경되고 실제 경작자가 경작의 의사로 농지분배를 받았다고 해서 농지분배가 유효가 된 것은 아니다.

### 14. 대지에 대한 농지분배처분의 효력과 타인의 권리매매에 있어서 이행불능의 의미(대법원 1982.12.28, 80다2750)

매매의 목적이 된 권리의 전부가 타인에게 속함으로 인하여 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있고, 또 선의의 매수인은 손해배상도 청구할 수 있다고 규정한 민법 제570조는 매매에 있어서 매수인 보호를 위한 규정으로 여기의 이른바 소유권의 이전불능은 채무불이행에 있어서와 같은 정도로 엄격하게 해석할 필요는 없고 사회통념상 매수인에게 해제권을 행사시키거나 손해배상을 구하게 하는 것이 형평에 타당하다고 인정되는 정도의 이행장애가 있으면 족하고 반드시 객관적 불능에 한하는 엄격한 개념은 아니라고 할 것이다. 그런데 기록에 의하면 이 사건 토지는 원래 부산시 부산진구 전포동 583의 4 전 254평 1흡에서 분할 및 지목변경이 된 것이고(원심의 형사기록검증결과 중 토지대장등 분, 환지설명서, 기록 984, 1014면) 이 사건 토지를 포함한 지역 일대의 농지분배는 환지전 구지번으로 있을 때 행하여 졌으며, (제1심의 민사기록검증결과중 최 해룡의 진술조서, 기록 718면) 환지후 분할 전의 같은동 685의 4 토지 254평 1흡은 1951.2.10부터 1962.4.28까지 미육군 제60 의료창기지로 사용되어 왔던 사실(원심의 형사기록검증결과 중 소송수행자료 요청서, 기록 966, 967면)등을 엿 볼 수 있는바, 위와 같이 군기지로 사용된 위 토지가 환지전의 종전토지의 일부를 가리키는 것이라면 위 환지전 토지는 농지분배 당시 이미 농지가 아니고 사실상 대지화 된 것이라고 볼 수 있고 따라서 이와 같이 이미 대지화 된 토지에 대하여는 실제로 농지분배가 있었다 하여도 그 농

지분배는 당연무효임을 면치 못한다 할 것이므로 그 농지분배를 이유로 한 소유권이전등기와 이에 터잡아 이루어진 그 후의 소유권이전등기는 모두 특별한 사정이 없는 한 원인무효로서 말소될 수 밖에 없는 것임이 분명하다 할 것이다. 사정이 위와 같다면 국가가 앞서 본 바와 같은 이유를 들어 원.피고 등을 상대로 제기한 소유권이전등기의 말소를 구한 위 소송에서 원고가 그 주장과 같은 사정으로 부득이 확정판결이 있기 전에 미리 국가와의 사이에 위와 같은 내용의 법정화해를 하고 이에 따라 원고 명의의 소유권이전등기의 말소에 갈음하여 국가 앞으로 소유권이전등기를 경료하여 주기에 이름으로써 원고는 피고와의 매매 계약에 기하여 일단 이전받은 그 소유권을 진실한 소유자로부터 추탈당하였고 이로써 타에 특별한 사정이 없는 한 매도인인 피고는 그 권리를 매수인인 원고에게 이전하는 것이 사회통념상 불가능한 상태에 이른 경우에 해당한다고 볼 수 있다 할 것이며, 비록 원고가 그 주장과 같이 다시 국가로부터 이 사건 토지를 매수하기로 하는 내용의 법정화해를 하였고, 이에 따라 그 후 이 사건 토지를 다시 매수하였다 하여 그것만으로 원고가 그 소유권을 추탈당하고 피고에게 있어서 그 소유권의 이전이 불가능하게 된 것이 오직매수인인 원고의 책임 있는 사유에 인한 것이라고도 보기 어렵다.

#### 15. 잘못 농지분배된 토지에 대한 환지에정지와 그에 대한 시의 과실이 있는 점유(대법원 1983.10.11, 83다카531)

원심은 인천시 남구 송의동 130의 1 입야 1,027평은 1945.8.9 현재 일본국인 소유로 군정 법령 제33호에 의하여 국가에 귀속된 것인데 1955.6.17에 송의동 130의 4전 50평등 여러 필지로 분할되고 공부상의 지목이 전으로 변경되었으며, 그뒤 1970.4.14 토지구획정리사업의 실시로 인하여 위 전 50평이 이 사건 대지인 인천시 남구 송의동 129의 38 대 44평 4흡으로 비환지되었으나 그 현황은 1943.경부터 대지로서 원고들의 피상속인인 소외 망 이○민이 그 무렵부터 위 전 50평중 판시 특정부분 30평 위에 건물을 소유하면서 그 30평을 부지로 사용해 오다가 1957.8.30 경기도 관재국장으로부터 위 토지 30평을 불하받아 1962.5.3까지 그 대금을 완납한 것이고, 한편 농림부장관은 위 전 50평의 공부상 지목이 전으로 되어 있었으므로 그 현황을 살피지도 아니하고 소외 망 이○민이 불하받기 전에 이를 농지개혁법에 따라 피고인천직할시에게 분배하고 그 상환을 완료하자 1960.6.20 피고 앞으로 소유권이전등기를 마친 것이므로 피고 앞으로의 소유권이전등기는 당연무효인 농지분배에 기인된 것이어서 원인무효라는 취지로 사실인 정 및 판단을 한 다음, 피고 앞으로 경료된 위 소유권이전등기(50분의 30 공유지분)의 말소등기절차이행을 구하는 원고들의 청구에 대하여 판시하기를 판시증거들을 종합하면, 피고 인천직할시는 1956.1.14 위 송의동 130의 4 전 50평에 대한 농지사용목적변경인 허를 받아 이를 농지분배 받은 후 1956.6.8 그 상환을 완료하고 1960.6.20 상환완료를 원인으로 소유권이전등기를 마친 다음, 1963.4.9경이 사건 전 50평을 비롯한 그 주위일대 토지에 대한 구획정리사업을 실시하여 위 전 50평에 대한 환지에정

지로서 승의동 196부락 17-2논트를 지정하고 1966.11.13 위 환지예정지와 그 주위 여러 필의 토지상에 인천시보건소(뒤에 중구보건소로 개칭함)건물을 신축한 이래 이를 소유의 의사로 평온, 공연하게 현재까지 위 중구보건소의 부지로 점유하여 오고 있으며 위 환지예정지는 1970.4.14 이 사건 대지인 승의동 129의 38 대 44평 4흡으로 환지확정된 사실을 인정할 수 있으므로 피고는 위 환지예정지를 점유하기 시작한 날로부터 10년이 경과된 1976.11.13에 이 사건 대지를 시효취득하였다 할 것이고, 따라서 피고명의의 소유권이전등기는 위와 같은 실체적 권리관계와 부합되니 그 말소등기절차이행을 구하는 원고들의 청구는 이유없다고 판단하였다. 그러나 민법 제245조 제2항에 의한 부동산의 등기부시효취득을 인정하기 위하여는 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의로 부동산을 점유하였다는 요건외에 점유의 시초에 과실이 없었음을 필요로 하며, 이와 같은 무과실에 대하여는 그 주장자에게 입증책임이 있다 할 것인바, 원심은 그 판결이유에서 피고가 그 판시와 같은 경위로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 후 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의로 점유를 계속하여왔다는 사실만을 확정하였을 뿐, 피고의 점유시초에 과실이 없었다는 점에 대하여는 아무런 판시를 한 바 없고, 원심이 확정한 바와 같이 피고가 당연무효의 농지분배를 원인으로 소유권이전등기가 마쳐진 종전토지에 대한 환지예정지 지정처분에 터잡아 그 환지예정지를 점유하기 시작한 것이었다면 위 농지분배 사무를 국가기관으로서의 피고가 한 것이었다는 점에서 그 점유의 시초에 과실이 없었던 것이라고도 볼 수 없다 할 것이므로 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 등기부시효취득에 관한 피고의 항변을 받아들여 원고들의 청구를 배척한 조치에는 부동산의 등기부시효취득에 관한 법리오해로 판결의 이유를 제대로 갖추지 아니한 위법이 있다 양을 수 없다.

#### 16. 시가지계획과 농지개혁법의 적용(대법원 1971. 3. 9, 71다30,31)

이 사건 토지가 시가지계획 구역내에 소재하고 환지예정지 지정이 있었다 하여도 농지개혁법 시행이전에 당해 시가지계획 공사와 토지구획정리 공사가 시행되어 환지처분의 절차를 거침으로써 위 공사가 완료되지 아니한 이상, 이를 대지라고 인정할 수 없다.

#### 17. 환지예정지에 대한 경작권을 얻은 자의 권리 (대법원 1971. 9.14, 71다1401)

피고 김○배가 환지전의 위 동동 589의 1 전 327평을 경작하게 된 연유가 그 땅의 소유자로부터 경작권을 얻은 것이 아니라 그 땅을 환지예정지로 지정받은 묘지인 동동 282의 1와 21필지의 소유자로부터 그의 환지예정지에 대한 사용수익권의 행사내용으로서 위 동동 589의 1 토지에 대한 경작권을 얻은 것이라면 피고 김○배는 경작하던 토지를 분배받아

상환을 완료한 후에 환지처분이 확정되더라도 위 589의 1토지 그 자체의 소유권을 취득하는 것이고, 이를 묘지로 하여 환지지정된 토지(환지후의 530의 3, 대124평 6푼) 소유권을 취득하는 것이 아니며 반대로 피고 김○배가 위 589의 1 토지소유자로부터 경작권을 얻어 경작하다가 분배받아 상환을 완료하고 난후에 위 토지를 묘지로 환지처분이 되었다면 동 피고는 당초 분배받은 토지(환지전의 589의 1)를 위한 환지토지(환지후의 530의 3) 소유권을 취득하게 되는 것이라고 판시하고 있다. 이러한 원심판단은 종래의 당원의 견해(1970.11.24. 선고 70다2023 판결, 1968.12.2. 선고 67다914 판결 참조)에 따른 것으로서 위법이 없다.

### 18. 농지에 대한 분배처분 이외 처분의 효력(대법원 1969. 2.25, 68다475)

귀속재산인 토지가 농지개혁법 시행당시 농지인 경우에는 농림부장관이 농지개혁법 소정의 분배 절차에 의하여 농가에게 분배를 하여야하고 농지가 아닌 경우에는 귀속재산처리법에 의하여 재무부장관이 처분하여야 함은 위의 각법 규정에 의하여 명백하다, 따라서 농림부장관은 귀속재산인 토지를 불하의 형식으로 농지분배 절차에 의하지 아니하고 매각처분을 할 수 있는 경우는 있을 수 없다고 할 것이다.

### 19. 지소 등과 몽리토지와 의 법률관계(대법원 1976. 3.23, 74다1902)

농지개혁법 제2조 제2항 (나)호에 의하면 농지경영에 직접 필요한 수로는 당해 몽리토지에 부속되는 것이므로, 농지개혁법을 실시함에 있어서는 수로는 위 규정에 의하여 당연히 그것을 그 운영에 직접 필요로 하는 농지(몽리토지)에 부속되어 처리되어야 할 것인 즉, 수로만을 그 몽리토지와 분리하여 따로이 취급할 수 없음은 물론이거니와, 그 반대로 몽리토지만을 그가 직접 필요로 하는 수로와 분리해서 처리할 수도 없다 할 것이고, 수로는 그 몽리토지와 불가분리의 관계로 그 몽리농지에 부속되어 그 처분에 따르게 되는 것이라고 할 것이므로, 농지개혁법에 의하여 농지를 분배하는 경우에 있어서도 그에 부속되는 수로는 그 분배에 부수해서 그에 따르게 될 것은 당연하다.

### 20. 부속시설의 판단기준(대법원 1967. 8.29, 67다1194)

농지개혁법 시행당시에 본건 대지가 현실로 동법 제2조 제2항 소정의 농지부속시설의 대지가 아니었다면, 아무리 전주시 다년생식물재배농지 특별사정위원회가 본건 대지를 농지부속시설의 대지로 인정하였다고 하여서, 농지부속시설의 대지 아닌 본건 대지가 부속시

설의 대지로 변경될 수는 없는 것이고, 따라서 원고에게 대한 본건 대지의 농지분배는 당 연무효의 처분으로서 원고는 본건 대지에 대한 소유권을 취득할 수는 없다고 할 것이고, 피고가 위 분배절차에 대한 동법 소정의 이의절차를 하지 아니하였다고 하여서 그 결론이 달라질 수는 없는 것이다.

## 21. 법인의 농가인 여부(대법원 1976. 5.11, 75다1427)

원심은 소외 망 김○호가 1948년경 경북 상주군 화북면 입석리, 문경군 농암면, 충북 괴 산군 청천면 일대의 불교신도 270명으로부터 시주를 받아 충북 괴산군 청천면 이평리 72 답 1026평을 매수하는 한편 경북 상주군 화북면 입석리 29의 1에 법당등 건물 3동을 건립 하고 그 사찰의 명을 보굴암이라 칭하고 자신이 주지가 되어 위 시주신도들을 위하여 불공 을 하고 매년 음력 4.8과 9.9에는 불교예식에 따라 행사를 하며 위 신도들에게 주식을 베풀 어 오다가 그 시경 위 농지를 매도하고 그 대금으로 경작에 편리한 이 사건 문제의 토지 1564평을 매수하였고 1960년경에는 소외 이○재가 위 사찰 및 농지와 주지의 자격을 인계 받아 주지로 재직하고 다시 1970.8경 소외 김○길을 거쳐 1972.9.27 위 김○길의 아들인 소 외 김○수가 주지가 되어 한국불교태고종에 위 사찰을 같은 태고종 소속 사찰로 등록하는 한편 태고종정으로부터 주지임명을 받아 이래 위 사찰의 주지로 재직하고 있는 사실 위 이 ○재는 위 사찰의 주지로 재직하고 있을 당시인 1964.12.27 일반농지의 소유권이전등기에 관한 특별조치법에 따라 위 토지를 그 사찰명의인 보굴암으로 소유권이전등기를 한 사실 피고 계는 계원상호간의 친목과 위 사찰에서의 수양불공 및 야유를 목적으로 위 시주신도 중 37명으로 조직된 단체인데 1972.7.9 당시 피고 계의 계장이던 소외 이○국이 마치 동년 5.20자 모임에서 피고 계의 명칭이 종전에는 보굴암이던 것을 수양계로 바꾸기로 결의하였 다는 내용의 허위의 결의서를 작성하고 피고 계가 이권 농지에 관한 명칭변경등기신청을 하여 동년 7.11자에 그 등기절차를 마친 사실을 확정된 다음 원고 보굴암은 불교재산관리 법 소정의 등록절차를 마친 동법에 의한 종교단체는 아니더라도 당초 신도들의 시주에 의 하여 창건되어 고유한 재산과 독립된 사찰의 실체를 갖춘 종교단체로서 비법인사단이라 판 단하고 원고 보굴암이 당사자 능력이 없다는 피고의 본안전 항변을 배척하는 한편 원고 보 굴암명의의 이 사건 농지에 관한 이전등기는 그 등기신청을 함에 있어서 원고 보굴암이 마 치 자연인인 것처럼 가장하여 일반농지소유권이전등기에 관한 특별조치법상의 확인서 등 을 발급받아 경료된 것이니 그 등기는 무효로서 원고 보굴암은 이권 등기말소를 구할 법률 상 이익이 없다는 피고의 주장에 대하여는 이 사건 농지가 원고 보굴암의 소유인 이상 그 등기절차에 그와 같은 하자가 있다 하더라도 실체에 부합한다는 취지로 판시하고 또 이 사 건 농지는 비자경농지로서 국가에 매수되었고 그후 시행된 농지개혁사업정리에 관한 특별 조치법 소정의 기간내에 그 보상청구권을 행사한 바 없이 그 청구권마저 소멸되었으니 이 권 등기말소청구는 부당하다는 피고의 주장에 대하여는 그 판시증거를 종합하면 이권 농지



는 농지개혁법시행당시 원고 사찰이 자경한 것으로서 국가의 매수대상에서 제외되었고 설사 매수된 것이라 하더라도 위 특별조치법시행과 동시에 국가의 위 매수조치는 해제되어 원소유자인 원고 보굴암에 환원되었다고 판시하고 피고의 위 주장을 모두 배척하였다. 그러나 1974.5.22자 원심 제2차 변론기일에 진술된 동년 5.18자 원고의 준비서면(기록 213면)과 동년 9.4자의 원심 제6차 변론조서를 보면 원고는 1949년경에 신도 270명으로부터 시주를 받아 충북 괴산군 청천면 이평리 72 답 1026평을 매수하여 경작하다가 5년후인 1954년경에 이를 매도하고 그 대금으로 이건 농지를 매수하여 이래 경작하여 왔다는 취지의 자백을 하였고 1974.9.4자 원심 제6차 변론기일에 진술된 동년 8.2자 피고의 준비서면(기록 256면)을 보면 피고의 진술 역시 이건 농지의 매매일자에 관한 한 원고의 위 자백과 일치하고 있고 그 후 원고는 원심 변론종결시까지 위 자백을 취소한 흔적이 없으므로 원심으로서는 이건 농지의 매매일자에 대하여는 농지개혁법시행 후에 매수된 사실로서 그 심증여하에 불구하고 그 자백에 구속을 받아 그대로의 사실을 인정하여야 할 것이요(대법원 1966.11.29 선고 66다1872 판결참조) 또한 농지개혁법상 농지를 매수할 수 있는 자의 자격은 매매당시 기성 농가이거나 매수당시 농가가 아니더라도 농지를 자경 또는 자영할 목적이 있는 자다시 말하면 농가가 되려는 자임을 요하고(대법원 1960.4.21 선고 4291민상280, 판결 1966.7.5 선고 66다736 판결참조) 동법에서 말하는 농가라 함은 자연인에 한한다(대법원 1955.3.31 선고 4287민상119 판결 1965.11.16 선고 65다1800 판결참조)함이 당원이 유지하여 온 판례이므로 원고 사찰이 법인격이 없는 사단이라면 원고는 이건 농지를 취득할 수 없다 할 것이고 따라서 이건 농지에 관한 원고 명의의 등기는 실체에 부합되지 않는 무효의 등기라 할 것임에도 불구하고 원심이 위 자백과는 달리 원고가 이건 농지를 농지개혁법시행전인 1948년경에 매수한 이래 자경하고 있는 사실로 인정하고 그 전제하에 이건 농지가 원고의 소유라 하여 피고의 주장을 모두 배척하고 원고의 청구를 인용하였음은 필경 원심은 소송법상의 자백의 법리를 오해한 것이 아니면 이유의 모순 내지 농지개혁법의 법리를 오해한 위법을 범한 것이라고 아니할 수 없다.

## 22. 국가가 농가인지의 여부(대법원 1972. 8.29, 72다1028)

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경이 그 공시방법으로서 부동산등기법에 의한 등기가 된 이상 그 등기부 기재와 같은 권리취득이 일용 적법한 것으로 추정된다 함은 소론과 같으나, 등기부의 기재자체에 의하여 그 권리취득이 법률상 적법한 것으로 추정될 수 없는 것이 분명한 경우에는 그 권리취득은 적법한 것으로 추정될 수 없는 것이라고 상당할 것으로, 원심이 이 사건 농지에 대한 등기부 기재에 의하여 이 사건 농지는 1957. 1.30. 상환완료를 원인으로 하여 피고 국가 앞으로 그 소유권이전등기가 경료되어 있는 사실을 확정하고, 농지개혁법상 자경할 농지가 될 수 없는 국가는 농지를 자기 앞으로 분배소유할 수 없는 것이 분명하니 위의 이 사건 농지에 대한 등기는 특단의 사정이 없는 한 원인무효

의 등기가 된다는 것으로 판단하였음은 정당하다.

### 23. 미성년자도 농가인지 여부(대법원 1980. 9. 9, 80다1082)

원심판결 이유에 의하면 피고의 항변 즉 소외 양○근은 1934.7.17생으로서 농지개혁법시행 당시 15세의 미성년자였기 때문에 농지개혁법상의 농가로 볼수 없고, 따라서 위 소외인에 대한 이 사건 토지에 대한 농지분배처분은 무효라는 취지의 주장에 대하여 원심은 농지개혁법에 의하여 농지를 분배받을 수 있는 자는 분배 당시 당해 농지를 경작하는 농가임을 요하는 바, 여기서 말하는 농가란 반드시 성년자임을 요하는 것은 아니고 미성년자라 할지라도 그 가족과 더불어 농업에 종사하여 당해 농지를 경작한 이상 농가로 보아야 할 것이라 전제한 다음 그 판시증거 및 변론의 전 취지를 종합하여 위 소외 양○근은 이 사건 농지분배 당시에 16세 내지 17세의 미성년자였으나 그의 아버지인 소외 양○길과 함께 살면서 농업에 종사하였던 사실, 위 소외 양○길과 양○근은 농지개혁법시행 이전부터 그들이 경작하여 오던 이 사건 농지를 위 인정과 같이 위 양○근 명의로 분배받았던 사실을 인정하고, ... 따라서 위 양○근 명의의 분배처분을 무효라고 볼 수 없다 할 것이므로 위 피고의 주장은 어느 모로 보나 이유 없어 받아들일 수 없다 하여 이를 배척하고 있는 바, ... 소외 양○근을 농지개혁법상의 농가로 볼 수 있다고 한 판단조치는 시인될 수 있다.

### 24. 구왕실재산인 토지의 분배대상 여부(대법원 1974. 7.26, 73다1558, 1559)

이○직 명의의 재산은 구 왕궁 재산처분법(1950.4.8.공포 법률 제119호)에 의하여 국유재산에 편입되기 전까지는 구 왕실소유재산으로서 국유재산과는 그 성질을 달리하는 것이어서 그 중 비자경농지는 농지개혁법 실시와 더불어 국가에 매상된 것이었다고 하여야 함에도 원심이 농지개혁법이 실시될 때까지도 이○직 명의 재산이 당연히 국유재산이었던 것으로 보았음은 잘못이다.

### 25. 조선총독부가 소유하던 농지의 분배대상 여부

(대법원 1989. 8. 8, 88다카25496)

일정시 조선총독부가 소유관리하던 재산은 군정법령 제33호 및 대한민국 정부와미국정부간의재정및재산에관한최초협정 제1조에 의하여 미군정청으로부터 대한민국에 이양된 국유행정재산에 속하므로, 이중 농지는 농지개혁법 시행당시 실제경작에 사용되고 있었다고 하여도 농지개혁법시행령 제10조에 의하여 공용 또는 공공용으로 필요로 하지 않는 토지로

조사결정되어 재무부장관으로부터 농림부장관에게 인계되지 않는 한 분배대상농지가 될 수 없다.

## 26. 자경농지의 결정 기준(대법원 1960. 5.19, 4292민상669)

자경하지 않는 자의 농지'라 함은 농지개혁법 실시 당시인 단기4282년 6월 21일 현재 등기부상 또는 사실상 소유자라 하더라도 실지 자경치 않은 농지를 말함이고 등기부상 소유명의가 없다 하더라도 실질상 소유자로서 자경하고 있는 자의농지는 매상 대상에서 제외될 것이며 실질상 소유권도 없고 자경하지도 않음에도 불구하고 다만 형식상으로만 있는 등기부상의 소유명의는 하등의 효력이 없다고 해석함이 타당하다 할 것이다.

## 27. 농지의 자경과 소작의 구분(대법원 1972. 9.26, 72다77)

원심은 별 지 제1호 목록기재의 농지는 농지개혁법 시행당시에 피고들의 망부 조○수가 조○만(원고의 부)의 위임에 의하여 경작하였던 것임을 인정할 수 있어 농지개혁법시행과 동시에 정부에 매수된 것이므로 전소유자는 그 실질적 소유권을 상실하였다 할 것이니 원고는 원인무효인 소유권 이전등기의 말소를 구할 이익은 있을지언정, 그 실질적 소유권을 주장하여 농지의 인도를 구하거나 불법 점유를 이유로 손해배상을 구할 수 없다고 판시 하였으나, 농지의 경작은 경작자 자신의 경작은 물론 그렇지 않더라도 자기의 계산하에 타인으로 하여금 경작케 하는 소위 자영의 방법으로도 할수 있으므로 원심은 모름지기 원고의 부인 조○만의 조○수에게 한 위임에 의한 경작이 위에서 말한 조○만의 계산하에서 조○수에게 경작케 한 의미인지 아니면 소위 소작을 주었다는 의미인지의 여부를 석명하여 심리 판단하였어야 할 것(당원62.5.3 선고: 4294민상1029 판결참조)인데도 불구하고, 위임 경작이라는 자구 만으로서 원고(실은 그 망부)의 경작사실을 부인하였음은 이유 불비가 아니면 석명권 불 행사와 심리 미진의 위법이 있다고 아니할 수 없다.

## 28. 공유농지를 사실상 분할경작한 경우 자경농지인 여부 (대법원 1974.10. 8, 74다581)

원심은 그 거시의 증거에 의하여 원고들이 1947.5.30 소의 남○완으로부터 그 소유의 본건 계쟁부동산인 경기 시흥군 의왕면 청계리 325의1(그 당시는경기 수원군 임왕면 청계리 325의1) 전 2138평 (아래서는 "본건 토지"라고 약칭한다)을 비롯한 8필지의 농지 및 그 판시의 대지의 1/2지분을 공동매수하여 같은해 6.4 원고들 명의로 그 매수지분에 관한 소유

권이전등기를 경료하였고 이보다 앞서 소위 이○승이가 위 남○완으로부터 “본건토지”를 비롯한 위 8필지 토지의 별도지분1/2을 매수하여 동인 명의로 등기를 경료하였는바, 위 이○승과 원고들은 서로 합의하여 위 토지들에 대한 등기부상의 공유관계는 그대로 두고 경작의 편의상 지분비율과 평수를 감안하여 본건 토지는 원고 이○영이가 위 토지들 중의 같은 곳 324의1 전 1,403평 및 같은 곳 324의2 답 1,081평 (매수당시의 표시는 같은 곳 324 전 2,609평이었다)은 원고 이○중이가 그 나머지 6필지 (농지가 4필지로서 2,312평이고 대지가 2필지로서 1,258평임)는 위 이○승이가 각 차지하기로 사실상 공유물을 특정분할하고 분할된 부분을 각 경작하여 온 관계로 이들 농지가 농지분배에서 제외되고 농지소표 및 농지대장상에는 “본건토지”와 원고 이○중이가 경작한 위 2필지의 토지가 원고들의 공유로 정리된 사실과 소위 6.25사변 당시에 이들 토지의 등기부를 비롯한 공부가 소실된 후 원들이 회복등기를 하지 않고 있었는데 피고가 “본건토지”에 관하여 피고명의로 그 판시의 소유권보존등기를 경료한 사실을 적법하게 인정한 다음 공유자간에 사실상 공유를 분할을 하여 분할 받은 공유자가 농지개혁법시행당시 경작한 이상 이는 공유자들이 공동경작한 경우와 다를 바 없으므로 비록 다른 공유자인 원고 이○중이가 원고 이○영과 함께 본건 토지를 경작하지 않았다 하여 농지개혁법 제5조 2호(원판결에서 5조 2항이라고 한것은 5조 2호의 착오로 보인다)에 의하여 본건 토지의 전부 또는 원고 이○중 지분이 정부에 매수된 것이 아니라고 판단하고있다. 살피건대 원심이 인정한 본건의 경우에 있어서는 본건 토지를 원고들이 공동경작한 경우로 보는 것이 농지개혁법의 입법취지에 합당한다 할 것이니 본건 토지의 전부 또는 원고 이○중 지분이 농지개혁법 제5조 2호 (나)의 본문 소정의 정부매상 대상 이 아니라고 판단한 원판결은 정당하다.

## 29. 국가에 매수된 농지에 대하여 지주의 상속인이 한 상속등기의 효력 (대법원 1970. 4.14, 70다183)

자경하지 않는 자의 농지는 농지개혁법 시행과 동시에 국가에 매수된 농지로서 그 당시의 등기부상 소유명의자의 변동이 있어서는 아니되며 또한 국가에 매수된 농지를 그 지주의 상속인이라 할지라도 재산상속 등기를 함은 원인없는 등기라 할 것이고 국가가 수분배자에게 이전등기를 함에 있어서 종전 지주의 협력을 필요로 하지 않는 것이기는 하나, 이는 지주의 등기부상 변동이 없을 때를 말하는 것이며 제3자에게 이전등기가 경료되었을 경우에는 국가는 그 말소등기절차를 구하여 수분배자에게 이전등기를 하여 줄 수 있고 위 상속등기 (등기의무를 부담한 상속이 아니므로) 또한 같이 취급하여야 할 것이니 국가가 수분배자의 상속인인 원고에게 소유권이전등기를 하지않고 또는 하지 못하고 있는 본건에 있어서 수분배자는 그 등기청구권을 행사하여 국가에 대하여 이전등기를 청구할 수 있고 매수당시의 등기부상 지주명의의 변동이 있을 경우에는 그 등기의 말소를 국가를 대위하여 행사할 수 있다 할 것이다.

### 30. 농지개혁법에 의하여 매수된 농지의 등기부상 소유자의 처분행위의 효력 (대법원 1974. 6.11, 73다1434)

농지개혁법 실시 당시에 본건 농지의 소유권을 타인에게 양도하고 그 현실의 인도까지 하여 주어 그 때부터 경작을 하지 아니한 위 임○관은 등기부상 소유명의자로 남아 있다고 하여도 그 농지에 대한 소유권을 완전히 상실하고 이를 처분할 권리가 없다고 할 것이다.

### 31. 농지를 타에 매도하고 농지개혁법 시행당시 자경하지 아니하던 등기부상 소유명의자로부터 2중으로 양수한 자의 지위 (대법원 1989. 5. 9, 88다카12681)

원심판결은 인용증거에 의하여 원래 피고 주○현의 아버지인 소외망 주○기의 소유 농지이던 이 사건 부동산을 원고가 1948.8.5. 위 망인으로부터 매수하여 인도받아 현재까지 경작하여온 사실, 원고는 위 매매계약에 의한 소유권이전등기신청을 사법서사인 소외 김○환에게 위임하여 동 소외인은 1949.6.29. 인천지방법원(당시지원) 접수번호 제6512호로 위 등기신청을 하여 이 사건 부동산에 관한 등기필증까지 교부받았으나 등기공무원의 착오로 실제등기부에는 원고가 매수한 이 사건 부동산이 아닌 인접부동산인 인천시 남구 만수동 470의 2 답760평에 관하여 원고 명의의 소유권이전등기가 경료되고 이 사건 부동산에 관하여는 소외 망 주○기 명의의 등기가 그대로 남아 있게 된 사실, 피고 주○현은 이 사건 부동산에 관하여 1952.10.31. 호주상속을 원인으로 한 자신 명의의 소유권이전등기를 경료하고 그후 1970.8.31. 피고 이○영에게 이 사건 부동산을 매도하였으며 피고 이○영은 다시 1976.12.20. 피고 함○훈에게 피고 함○훈은 피고 이○성에게 각 이를 매도하여 순차로 각 소유권이전등기를 경료한 사실을 인정된 후 피고 주○현이 이 사건 부동산을 피고 이○영에게 매도하였다고 하여 그것이 농지개혁법상 그 매매계약 또는 그에 기한 피고 이○영 명의의 소유권이전등기를 무효로 하는 사유가 된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

살피건대, 농지개혁법시행 이전에 농지를 타인에게 매도하고 농지개혁법 시행 당시 이를 자경하지 아니한 등기부상 소유명의자는 그 농지에 대한 소유권을 완전히 상실하고 이를 처분할 아무런 권리가 없고, 반대로 그 농지를 매수하여 인도받아 자경하고 있는 소유권이전등기를 경료하지 아니하였어도 소유권을 주장할 수 있으며, 농지개혁법시행 이후에 전 소유자로부터 그 토지를 다시 매수 또는 전전매수한 자는 소유권이전등기를 경유하였다 하여도 소유권을 취득할 수 없다는 것이 당원의 견해이다

### 32. 농지개혁법에 의한 농지매수의 실효 (대법원 1981.12. 8, 81다782, 81다카141)

농지개혁법에 의하여 자경하지 않는 농지를 정부가 매수한 것은 후에 그 농지가 분배되지 않을 것을 해제조건으로 매수한 것으로서, 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법 제 2 조 제 1 항에 의하여 국유로 등기한 농지라 하더라도 그후 동법 제 2 조 제3 항에서 정한 1년의 기간 내에 동법 제 2 조 제 2 항의 규정에 의거 분배된 농지를 제외한 그 외의 농지는 위 기간이 경과된과 동시에 국가의 매수조치가 해제되어 원소유자의 소유로 복구된다고 함이 당원의 판례로 하는 바이다.

### 33. 자경중인 수증자가 민법 부칙 제10조에 의해 1965.12.31까지 등기를 마치지 아니한 경우의 소유권 상실 여부(대법원 1994.11. 8, 94다2853)

농지개혁법 시행 이전에 토지를 증여 받아 계속하여 경작하여 왔고 농지개혁법 시행 당시에 토지가 자경 농지로 인정되어 일반분배 대상 농지에서 제외되었다면 그 농지의 수증자는 농지개혁법에 의하여 등기 없이도 완전히 토지 소유권을 취득하였다고 할 것인 반면 농지개혁법 시행당시 이를 자경하지 아니한 증여자의 상속인은 그 농지에 대한 소유권을 완전히 상실하게 되었다고 할 것이고, 수증자가 민법 부칙 제10조에 의해 1965.12.31까지 등기를 마치지 아니 하였다고 해서 그 소유권을 상실하게 된대거나 증여자의 상속인들이 그 소유권을 회복하게 된다고는 할 수 없다.

### 34. 농지개혁법상의 보상금채권의 제척기간(대판1982. 4.27, 81다카15)

농지개혁법 시행에 따른 보상금채권은 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법 제11조에 의하여 동 특별조치법 시행일로부터 1년 이내에 행사하지 아니하면 소멸하고 그 기간은 제척기간이라 할 것이다.

### 35. 농지소표의 작성과 그 추정력(대법원 1993.12.21, 92다7603)

어떤 토지에 관하여 농지분배가 이루어졌다 하여 농지소표가 작성되어 있다면, 그것이 비록 농지개혁법에 의한 농지의 분배 당시가 아니라 그 후의 어느 시점에 작성된 것이라고 할지라도 위조되었다거나 허위내용의 것이라는 점이 객관적, 합리적인 증거에 의하여 인정되는 등의 특별한 사정에 의하여 그 증명력이 배척되지 않는 한 그에 의하여 같은법시행령 제32조에 의한 분배농지확정절차가 적법하게 거처진 것으로 추정된다.

### 36. 농지분배의 확정력(대법원 1964. 7.23, 63다1201)

농지분배에 대하여 이의를 가진 이해관계인이 본법 소정 절차에 의하여 이의 또는 항고를 하지 아니하는 한, 타인에게 분배한 농지가 자기의 자경지였다는 이유로써 농지분배를 다툴 수 없는 것이고, 소재지읍, 면장도 착오를 이유로 하여 이미 이루어진 농지분배를 취소할 수 없다.

### 37. 국민학교에 대한 농지분배의 효력(대법원 1982. 8.24, 81다1355)

국민학교는 아동교육을 위한 시설 내지 영조물에 지나지 아니하여 권리능력의 주체가 될 수 없어 농지분배를 받을 자격이 없으므로 국민학교에 대한 농지분배는 당연무효이다.

### 38. 환지에정지중 추정부분이 농지분배된 경우의 소유 형태 (대법원 1989. 8. 8, 88다카3099)

환지에정지 지정이 되고 아직 환지 확정이 되기 전에 환지에정지의 특정 부분을 농지분배 받게 되면 그 소유권 이전등기를 공유지분 이전의 방법으로 한 경우도 수분배자는 그 특정부분의 소유권을 취득하고 종전소유권자는 그 부분에 대한 소유권을 상실하게 되어 양자간의 공유관계가 성립되지 않는다.

### 39. 환지분배 대상농지에 대한 명의수탁자의 소유권 취득 여부 (대법원 1991.10.22, 91도1397)

문중이 명의신탁한 토지가 농지개혁법 시행 당시 같은 법의 적용대상이 되는 농지로서 수탁자가 경작하고 있었고 이것이 정부의 매수대상에서 제외되는 위토 등이 아니었다면 같은법 제11조 제1호, 제27조의 규정취지에 비추어 볼 때 신탁자는 그 신탁계약을 해지하여도 그 농지의 반환(인도나 소유권이전등기)을 청구할 수 없고, 그 결과 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁관계는 소멸되고 수탁자는 완전한 소유권을 취득하게 되며, 수탁자가 신탁자를 위하여 보관하는 자의 지위에 서게 되지 않는다고 보아야 한다.

### 40. 상환대장이 작성된 경우의 추정 여부(대법원 1994. 5.24, 94다8198)

농지에 대하여 상환대장이 작성되어 있는 경우에는 그 토지는 적법한 농지분배절차를

거처 분배가 확정된 것으로 추정이 되고 다른 특별한 자료가 없는 한 이를 가볍게 배척할 수 없다.

**41. 분배농지 상한선을 초과하여 농지분배된 경우 초과부분에 대한 분배처분의 효력무효결정시기(대법원 1978. 4.22, 73다740)**

분배농지상한선 (9,000평)을 초과하여 농지분배가된 경우 그 초과된 부분에 대한 분배처분의 효력유무를 결정함에 있어서는 제1차적으로 (원칙적으로) 농지분배의 효력발생시기, 즉 분배처분확정당시를 기준으로 하여 결정하고 제2차적으로(예외적으로) 현실적으로 소유권을 취득하는 시기 즉 상환완료시를 기준으로 하여 위 초과부분의 유무와 그 효력의 유무를 결정하여야 한다.

**42. 상환대장부표의 증거력(대법원 1989.10.13, 88다카18702)**

**가. 판결요지**

상환대장에 근거하여 그 변동사항을 기재하는 서류임이 그 문서자체에 의하여 명백한 상환대장부표의 기재는 특별한 사정이 없는 한 가볍게 배척할 것이 아니므로 그 내용 가운데 지번표시를 사후에 정정한 것처럼 보이고 미등기토지인데도 비고란에 등기필의 날인이 되어 있는 의문점 등을 심리하지 않고 위 증서를 배척한 원심은 심리미진 또는 채증법칙 위배의 위법이 있다.

**나. 관련조문**

민사소송법 제187조, 제327조

**다. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 이○순

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 수원지방법원 1988.5.20. 선고, 87나711 판결

**라. 판결이유**

원심판결 이유에 의하면, 경기 화성군 의왕읍(행정구역 개편전에는 반월면) 월암리 324의3 전 318평(이 사건 토지)은 원고가 농지개혁법에 의하여 분배받아 상환을 완료한 원고 소유의 토지라고 주장한데 반하여 갑제6호증의13(상환대장부표)의 기재와 제1심 증인 김○



길, 정○순의 증언만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 증거가 없다

그러나 이 사건 토지의 소재지를 관할하는 의왕읍에 비치된 위 상환대장 부표에 의하면, 위 토지는 원고가 반월면 월암리 335의5 답 531평 및 335의8 답98평과 함께 분배받은 것으로 기재되어 있는 바, 상환대장에 근거하여 그 변동사항을 기재하는 서류임이 그 문서자체에 의하여 명백한 위 부표의 기재는 특별한 사정이 없는 한 가볍게 배척할 것이 아니라 할 것이다. 다만 그 내용가운데 이 사건 토지의 지번표시란을 보면 324의 1을 324의 3으로 사후에 정정한 것처럼 보이고, 이 사건 토지는 현재까지도 미등기상태인데도 비고란에 등기필의 날인이 되어 있기는 하나 원고는 분할되기 전의 위 324 전 1719평 가운데 324의1 부분 전 247평과 335 전 695평을 분배받아 상환곡을 납부하여 오다가 위 324의 1부분 전 247평을 최○홍에게 매도하고(동인은 농지개혁사업정리에관한특별조치법 제9조에 의하여 상환완료를 원인으로 직접 소유권이전등기를 경료하였다) 원고는 그보다 71평이 증평된 324의3 부분전 318평을 매수하여 이에 따른 상환을 완료하였고, 1960.12.30. 위324 전 1719평의 324의1 전 247평, 324의2 전 241평, 324의3 전 318평, 324의4 전 679평 및 324의 5 전 234평으로 분할되자 상환대장부표에 그 변동사항을 사실과 부합되도록 324의3으로 정정 기재한 사실을 엿볼 수 있고 또한 324의3전 318평의 비고란에 날인되어 있는 등기필이라는 것도 앞서 본바와 같이 324의 1을 324의 3으로 정정하기 전에 찍은 것으로 보이는 만큼 위 상환대장부표를 배척할 만한 사유는 될 수 없는 것이다.

또한 분배농지토지분할조서나 농지소표상에 기재된 324의 1 전318평은 324의 3 전318평의 오기라고 보여진다.

### 43. 농가 아닌 상속인과 농지수분배권의 상속(대법원 1974. 2.12. 73다509)

#### 가. 판결요지

농지를 분배받은 사람이 사망한 경우 그 농지에 대한 수분배권을 상속할 수 있는 사람은 피상속인의 집에 있는 가주 또는 동거가족의 주업인 농경으로서 생계를 영위하는 그 집의 구성원인 재산상속인에 한하는 것으로, 민법상의 재산상속인이라 하더라도 농가가 아니고 또 그 농지의 경작에 의하여 생계를 유지하지 않는 사람은 농지수분배권을 상속할 수 없다.

#### 나. 관련조문

농지개혁법 제15조

#### 다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 이○화

【피고, 상 고 인】 최○용 외 2명

【원심판결】 서울고등법원 1973.2.8 선고 72나1995 판결

#### 라. 판결이유

원심은 그 판결에 적시된 여러가지 증거들을 종합하여 원래 귀속재산이던 본건 각 부동산이 공부상 지목은 임야이지만 실지 현황은 농지였었다는 사실과 국가에서 농지개혁법에 의하여 소외 임○환에게 이를 분배하여 그 사람이 상환을 완료하였다는 사실을 인정한 다음, 그러므로 경기도 관재국장이 이 부동산을 농지가 아닌 일반 귀속재산으로 취급하여 1958.12.15로 피고 최○용에게 불하한 처분은 당연무효라고 판시하고 있는 바, 기록에 의하여 검토할 때 원심의 위와 같은 사실인정의 과정으로 거친 증거의 취사는 적법하여 소론과 같은 채증법칙의 위반이 있다고 볼 근거가 없고, 또한 원심이 채택한 증거들에 의하면 원심의 인정사실은 이를 궁인하기에 충분하여 여기에 사실인정의 잘못이 있다고도 할 수 없다.

또 원심이 위와 같은 본건 토지가 농지개혁법에 의하여 적법하게 분배되었다는 사실을 판시한 이상 소론과 같은 농지일람표의 종람기간, 이의신청의 유무 또는 분배확정일자등 사실을 구체적으로 판시하지 아니하였다 하여 소론과 같은 심리미진 등의 위법이 있다고도 할 수 없다.

원판결 이유에 의하면 원심은 농지분배를 받은 사람이 사망하므로써 그 농지를 유산상속하는 경우에는 농지개혁법의 법의에 비추어 민법상의 재산상속인이라 하더라도 농가가 아니고 또 그 농지의 경작에 의하여 생계를 유지하지 않는 사람이 농지수분배권을 상속할 수는 없는 것이고, 따라서 피상속인의 집에 있는 거주 또는 동거가족의 주업인 농경으로서 생계를 영위하는 그 집의 구성원인 재산상속인에게 그 농지에 대한 수배권이 상속되는 것으로 해석함이 상당하다는 대법원의 이 사건에 대한 환송판결취지에 따라 심리한 끝에 이 사건 토지를 분배받은 위 임○환이가 1963.3.5 사망하여 그 사람의 처인 황씨등 원판시 8인이 민법상 위 임○환의 공동 상속인이지만 그중 임○무, 황씨및 유○란등 3인만이 위 취지에 따른 본건 토지의 상속인이라고 판시하고 있다.

원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하여 여기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 위 이론과는 다른 견해아래 원판결에 법리오해가 있다는 것으로서 채용될 수 없다 할 것이다.

#### 44. 구 민법 당시 호주상속인이 농가가 아닌 경우의 농지수분배권의 상속인 (대법원 1991. 8.13, 91다 17368)

##### 가. 판결요지

분배농지의 수분배자가 사망함으로써 그 농지를 구 민법에 따라 유산 상속하는 경우에

는, 농가 아닌 사람에게 농지분배를 허용하지 않는 농지개혁법의 입법취지에 비추어 호주 상속인의 지위에 있는 자라 하더라도 농가 또는 그 농지의 경작에 의하여 생계를 유지하지 않는 경우에는 농지 수분배권을 상속할 수 없어, 피상속인의 집에 있는 거주 또는 동거가족으로서 농경으로 생계를 유지하는 재산상속인이 이를 상속하는 것으로 보아야 한다.

#### 나. 관련조문

민법 제1005조, 농지개혁법 제11조

#### 다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 구○회

【피고, 상 고 인】 이○주전 외 2인

【원심판결】 대구지방법원 1991.5.8. 선고 90나10030 판결

#### 라. 사실관계

이 사건 농지는 소외 구○생이 1950.3.25. 분배받아 경작하면서 그 대금을 상환하여 오던 중 1953.4.18. 사망하였던 바, 동인의 장남이었던 소외 구○동은 위 구○생 생존시에 소외 구○원(위 구○생의 형)에게 사실상 입양되어 위 구○원의 집에서 거주하여 왔고, 위 구○생의 차남과 3남은 위 구○생의 사망일 이전에 이미 사망하여 4남인 원고만이 위 구○생과 동거하면서 위 구○생과 함께 이 사건 농지를 경작하면서 대금을 상환해 왔고, 위 구○생의 사망후에도 대금상환을 계속하여 1956.7.30. 대금을 상환완료하였다.

#### 마. 해설

(1) 분배농지의 수분배자가 사망함으로써 그 농지를 구 민법에 따라 유산상속하는 경우에는 농가 아닌 사람에게 농지분배를 허용하지 않는 농지개혁법의 입법취지에 비추어, 호주상속인의 지위에 있는 자라 하더라도 농가 또는 그 농지의 경작에 의하여 생계를 유지하지 않는 경우에는 농지수분배권을 상속할 수 없어, 피상속인의 집에 있는 거주 또는 동거가족으로서 농경으로 생계를 유지하는 재산상속인이 이를 상속할 수 있다.

원심은 위 법리에 따라 구○생의 농지수분배권을 원고가 상속하였다고 본 것으로서 정당하고, 이 사건 농지가 원고에게 적법이 분배된 것이라고 인정되는 이상 그 분배가 없었음을 전제로 하여 그 소유권이 원소유자에게 복귀(환원)된 것이라는 주장도 이유없다.

(2) 본 사건으로서는 확실히 알 수 없으나 피상속인의 유산이 본건 수분배농지 뿐이라고 한다면 본법 제15조에 의하여 4남인 원고만이 상속하게 되고 피상속인의 장남 구○동은 민법 제1000조1호와 1009조1항에 의하여 상속권이 있음에도 불구하고 전혀 유산을 상속할 수

없는가?

(가) 본법은 상속인의 특별법이라고 할 수 있으므로 본법 제15조가 우선한다. 따라서 농가이거나 농지의 경작자가 아닌 경우에는 수분배농지의 취득을 금한다. 본조의 경우에 수분배농지는 가산으로서 상속하도록 규정하고 있으므로 개인주의적으로 각 상속인이 상속재산에 대하여 상속분에 따라 물권적 지분을 가지는 상속재산의 공동소유관계로 볼수 없다. 따라서 이 범위 내에서 장남 구○동은 수분배농지에 관하여 지분소유권도 없다.

(나) 장남 구○동은 부당이득반환의 법리에 의하여 그의 상속분 1/2을 청구할 수 있는가 하는 문제이다. 부당이득제도란 공평의 관념을 도입하여 ① 법률상 원인없이 부당하게 재산적 이득을 얻고 ② 이로 말미암아 타인에게 손해를 준 자에 대하여 그 이득의 환송을 명하는 제도이다.

그렇다면 본건의 경우에는 농지개혁법 제15조에 의하여 합법적으로 법이 절대적인 보호를 하고 있으므로 부당이득의 법리도 적용될 여지는 없다.

(다) 그렇다면 수분배농지가 농지이외로 환가되어 있다면 장남 구○동은 상속권자로서 그의 상속분 1/2을 주장할 수 있음에도 우연한 사정으로(수분배농지 현물로 존재하는 경우) 전혀 상속을 받지 못하게 된다. 지분소유권이 없으므로 분할을 청구할 수도 없다. 그렇다면 4남인 원고가 단독상속하는 것이 합목적인가 하는 문제가 제기된다. 사건으로서는 영세농.생계농의 보호를 목적으로 하는 본법의 취지는 이해는 하지만 적어도 수분배농지의 상속에 있어서는 모든 국민은 법 앞에 평등하며 누구든지 사회적 신분에 의하여 경제적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. 는 헌법의 정신과 재산권은 공공복리를 위하여 법률로서 제한을 할 수 있으나 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 헌법정신에 저촉되는 것으로 보여진다.

#### 45. 수분배자로부터 매수한 자의 소유권이전등기청구권 (대법원 1989. 5.23, 88다카5331)

##### 가. 판시사항

- [1] 분배농지를 그 수분배자로부터 매수하여 상환을 완료한 자가 국가를 대위하여 농지개혁법 시행당시의 소유자에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 법률상의 이익이 있는지 여부(소극)
- [2] 농지개혁법상 법인격 없는 사단이 농지를 매수할 자격이 있는지 여부(소극)다. 구 농지개혁법(1960.10.13. 법률 제561호로 개정되기 전의 것)상 상환완료전의 분배농지에 관한 매매의 효력

### 나. 판결요지

- [1] 농지개혁법 제15조, 제16조, 제16조의2에 의하면 국가가 농지수분배자에게 소유권이 전등기를 하는데 있어서는 국가명의로의 중간등기가 필요없음은 물론 농지개혁법 시행 당시의 소유자의 협력을 필요로 하지 않는 것이니 국가는 이미 타인에게 배분되어 상황이 완료된 농지에 관하여 농지개혁법시행당시의 소유자를 상대로 동법 제5조에 의한 매수를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 필요가 없고 상환완료를 원인으로 한 이전등기를 청구함으로써 족한 것이므로, 분배농지를 그 수분배자로부터 매수하여 상환을 완료한 것으로 주장하는 자 또한 국가를 대위하여 농지개혁법 시행당시의 소유자에 대하여 국가에게 소유권이전등기절차를 이행할 것을 소구할 법률상의 이익은 없다.
- [2] 농지개혁법상 농지를 매수할 수 있는 자의 자격은 매매당시 기성농가이거나 농가가 되려는 자이어야 하고 동법에서 말하는 농가는 자연인에 한하므로 법인격 없는 사단은 농지를 취득할 자격이 없다.
- [3] 구 농지개혁법 (1960.10.13.법률 제561호로 단서규정이 신설되기 전의 것) 제16조에 의하여 분배받은 농지에 대하여는 상환완료시까지 매매가 금지되었으므로 상환완료 전의 분배농지에 대한 매매는 무효이며 다만 예외적으로 상환완료를 정지조건으로 하여 매수인에게 상환완료시까지 농지를 현실적으로 인도하지 아니한 경우나 농지개혁법의 적용을 받지 않는 비농지화를 정지조건으로 하여 그 조건이 단시일내에 성취된 경우에만 유효한 매매로 인정할 수 있다.

### 다. 관련조문

농지개혁법 제15조, 제15조, 제16조의2, 제11조, 제19조

### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 대구직할시

【피고, 상 고 인】 김○경 외 5인

【원심판결】 대구고등법원 1988.1.19. 선고 86나494 판결

### 마. 원심판결요지

- (1) 국가는 1949. 6.21. 농지개혁법 제5조에 의하여 매수를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행할 의무가 있다.
- (2) 수리계(법인격 없는 사단)가 수리시설을 조성하기 위한 것이고 몽리민들로 구성된 수리계가 취득하는 경우에는 농지개혁법의 취지에 비추어 허용된다할 것이고 따라서 수리계의 토지취득을 비농가라 하여 무효라 할 수 없다. 따라서 수리계도 수분배권자

가 된다.

#### 바. 사실관계

부동산목록 제1 내지 제4의 토지는 농지개혁법 시행당시 피고 이○형 소유의 비자경농지로서 그 중 제1,3,4의 각 토지는 분필되기전 대구 서구 내당동 665 답1,140평 중의 일부로서 위 법시행으로 국가에 매수된후 국가가 이를 소외 김○조에게 분배하면서 분필된 것이고 제2의 토지는 위법시행으로 역시 국가에 매수된 후 국가가 이를 박○동에게 분배한 농지이며 제5 내지 제10의 토지는 농지개혁법 시행당시 피고 도○귀, 도○진의 선대인 망 도○호 소유의 비자경농지인 분필되기전 대구 서구 내당동 658 답2,896평의 일부로서 위 법시행으로 국가에 매수된 후 소외 신○이, 김○윤, 박○문에게 각 분배되면서 분필된 것인바, 수분배자들이 상환을 완료하기 전인1955.경 금봉지 수리계가 농경용 저수지의 부지로서 하기 위하여 수분배자들로부터 매수한 후 위 수리계에서 그 상환을 완료하고 금봉지를 축조하여 이에 대한 사용기관인 위 수리계 명의로의 소유권이전등기는 하지 않은 채 이를 관리만 하고있었다. 1962.1.21. 토지개발사업법의 시행으로 원고가 위 수리계의 모든 권리의무를 취득하였으니 원고는 국가를 대위하여 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있으므로 피고 이○형은 국가에 대하여 1949.6.21. 농지개혁법제5조에 기한 매수를 원인으로 소유권이전등기절차를, 피고 도○진, 도○귀는 국가에 대하여 5분의 4와 5분의 1의 각 상속지분에 대하여 위 법 제5조에 기한 매수를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각각 이행하여야 할 의무가 있다는 것이다.

#### 사. 해설

농지개혁법 제15조, 제16조, 제16조의2에 의하면 농지개혁법의 시행과 동시에 국가에 매수된 농지에 관하여 분배로 인한 상환이 완료되면 시, 구, 읍,면의 장은 직접 수배자 명의로 당해 농지의 소유권이전등기를 하도록 규정하고있다. 따라서 국가가 농지수배자에게 소유권이전등기를 하는데 있어서는 국가명의로의 중간등기가 필요없음은 물론 농지개혁법시행당시의 소유자의 협력을 필요로 하지 아니한다

따라서 국가는 이미 타인에게 분배되어 상환이 완료된 농지에 관하여 농지개혁법 시행당시의 소유자를 상대로 국가에게 위 법 제5조에 의한 매수를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 필요가 없고 상환완료로 분배농지의 소유권을 취득한 자는 국가를 상대로 그 상환완료를 원인으로 한 이전등기를 청구함으로써 족한 것이다.

그렇다면 이 사건 분배농지를 그 수분배자로부터 매수하여 상환을 완료한 것으로 주장하는 원고 또한 국가를 대위하여 농지개혁법 시행당시의 당해 농지소유자에 대하여 국가에게 소유권이전등기절차를 이행할 것을 소구할 법률상의 이익은 없다고 할 것이므로 본 판결은 정당하다.

농지개혁법상 농지를 매수할 수 있는 자의 자격은 매매당시 기성농가이거나 농가가 되

려는 자이어야 하고 위 법에서 말하는 농가라는 것은 자연인에 한하므로 금봉지 수리계가 원심판시 대로 법인격 없는 사단이라면 이 사건 농지를 취득할 자격이 있다고 할 수 없을 것이다. 농지개혁법 제16조 단서의 규정이 신설(1960.10.13. 법률 제561호)되기 전에는 위 법조 본문의 규정에 의하여 분배받은 농지에 대하여는 상환완료시까지 매매가 금지되었으므로 상환완료전의 분배농지에 대한 매매는 무효이며 다만 언제로 상환완료를 정지조건으로 하여 매수인에게 상환완료시까지 농지를 현실적으로 인도하지 아니한 경우나 농지개혁법의 적용을 받지 않는 비농지화를 정지조건으로 하여 그 비농지화의 조건이 단시일 내에 성취된 경우에만 유효한 매매로 인정할 수 있다는 것이 지금까지 확립된 판례이다.

따라서 비농지화와 상환완료를 정지조건으로 하여 상환완료전의 분배농지에 대한 매매가 이루어지고 그 정지조건이 성취되었다면 그 매수인이 농가인 여부를 불문하고 그 매매의 효력은 인정되는 것이다.

이 사건의 경우 금봉지수리계와 농지수분배자들 사이의 이 사건 토지에 대한 매매는 농지개혁법의 적용대상이 되지 아니하는 비농지화와 상환완료를 정지조건으로 한 것이라고 볼 때에 비로소 유효하다할 것이다. 따라서 원심으로서 위 매매계약이 비농지화와 상환완료를 정지조건으로 한 매매로서 유효한 것인가 그 정지조건은 성취된 것인가를 심리판단하지 않고서는 이 사건 토지의 매매계약의 효력에 관한 원고의 주장을 인용할 수 없을 것이다.

#### 46. 상환완료후 상당한 기간내에 이의하지 아니한 경우와 추인 (대법원 69. 1.21, 68다1844)

##### 가. 판결요지

수분배농지에 대한 상환 완료전의 매매 인도는 무효.

##### 나. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 최○들

【피고, 피상고인】 박○은 외 1명

【원심판결】 제1심 서울민사지방법, 제2심 서울고등

##### 다. 사실관계

원고는 본건 토지에 관하여 수분배자로 확정된 후 상환완료 전에 소외 김○순에게 매도, 인도하였고, 소외 김○순은 본건 토지를 점유, 경작하면서 상환완료 하였다. 그 후 피고 박○은이 매수하여 경작하고 있다. 그런데 원고는 농지개혁법 제16조 1호에 의하여 그 매매행위가 무효라고 주장하였다.

라. 평석

상환 완료전에 수분배자가 이를 타에 매도하고 즉시 인도까지 했다면, 이는 농지개혁법 제16조 위반으로 무효라 할 것이나, 상환 완료후 위 매수인이 그 농지를 점유 경작함에 대하여 위 매도인 이 상환 완료 후 상당 기간 내에 아무런 이의도 하지 아니 하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 위 매도인은 상환 완료 후에 상환 미료 중의 매매를 추인한 것이라 인정함이 상당하다.

따라서 본건 농지를 분배받고 상환완료전에 이를 소외 김○순에게 매도하는 동시에 이를 인도까지 한 원고는 위 농지에 대한 상환이 완료된 1960.12 이래 본소 제기 당시 (1967.7.28)까지 만 6년 이상이 경과하는 기간 동안에 위 김○순으로부터 다시 매수한 피고 박○은이가 위 농지를 점유함에 대하여 아무런 이의도 아니하였다 하여 위 상환 완료전의 매수를 추인한 것으로 판단한 것은 정당하다 할 것이다.

47. 무효인 농지매매에 대하여 상환완료 후 상당기간 내에 이의하지 않은 것이 추인이 되는지 여부(대법원 1980. 1.15, 79다1400, 79다1401)

가. 판결요지

분배농지에 관하여 그 상환이 완료되기 이전에 이를 매도하고 현실적으로 인도까지 하였다면 무효라고 할 것이나 상환완료 후 상당기간 내에 매도인이 매수인의 점유 경작에 대하여 아무런 이의를 하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 상환완료 후에 상환미료 중의 농지매매를 추인한 것이라고 봄이 상당하다.

나. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○정

【피고, 상 고 인】 임○영 외 8인

【원심판결】 대전지방법원 1979.6.28 선고 78나132, 79나13 판결

다. 사실관계

이건 부동산은 원래 피고들의 선대 망 임○산의 소유이었는데 동인이 1953.2.10 소외 망 진○천에게 매도하고 그 후 전매되어 원고가 이를 1961.2.1에 매수한 사실이 인정되니 임○산의 상속인들인 피고들에게 각 매수자를 대위해서 그 공유지분권이전등기절차의 이행을 구하는 이 청구는 이유있다.



라. 해설

농지개혁법에 의해 분배된 농지에 대해 그 상환완료 전에 수분배자가 이를 타에 매도하고 인도까지 했다면 이는 농지개혁법 제16조 위반으로 무효라고 할 것이나 그 매수인이 농지를 점유 경작함에 대하여 매도인이 상환완료후 상당기간내에 아무런 이의도 하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 매도인은 상환완료 후에 상환미료 중의 매매를 추인한 것이라고 봄이 상당하다.

따라서 피고인들이 이건 부동산이 전매되어 오는 동안 매수인들의 점유 경작에 대해서 하등의 이의를 제기한 사실이 없었으니 피고인들은 상환완료 전의 매매를 추인했다고 봄이 상당하다고 판시한 바, 이는 정당하다.

48. 상환완료 전에 수분배자가 사망한 경우 농지의 상속 여부  
(대법원 1980. 5.27, 79누295)

가. 이 사건 토지가 농지개혁법에 의한 분배농지로서 원고가 상속할 당시인 1971.11.27 현재 그 상환이 완료되지 아니한 상태였다면, 원고는 이 사건 토지에 관한 소유권자체를 상속하였다고는 할 수가 없고, 원고는 단지 원심이 실시한 바와 같이 원고가 상환을 완료하면 그 소유권을 취득할 수 있는 상속세법 제10조에서 규정하고 있는 조건부 권리를 상속한 것이라고 보는 것이 옳다고 할 것이다.

나. 토지에 관하여 소유권을 상속한 경우와 조건부 권리만을 상속한 경우와는 상속재산가액에 필연적인 차이가 있을 것으로 짐작되는 바이다.

49. 상환미료 중의 분배농지를 매수한자가 농지를 현실인도 받아 경작하면서 상환을 대납한 경우 동매매의 효력(대법원 1982. 8.24, 81다카1263)

가. 판결요지

상환미료 중의 분배농지는 원칙적으로 처분이 금지되는 것이나 상환완료를 정지조건으로 하여 수급배자 자신이 상환을 하며 그 농지의 현실 인도를 수반하지 않는 경우에는 그 매매는 유효하나, 매수자가 분배농지를 현실인도 받아 경작하면서 상환곡을 매수자가 대납한 때에는 그 매매는 무효이다.

나. 당사자 등

【원고, 피상고인】 최○규

【피고, 상 고 인】 정○환

【원심판결】 서울고등법원 1981.11.17 선고 80나3130 판결

#### 다. 사실관계

이 사건 토지는 원래 소외 윤○정의소유이었던 것을 소외 전병세가 농지개혁법시행 당시 분배받은 농지인바, 원고가 1951.4.7 위 소외 전○세로부터 위 토지를 상환완료를 정지조건으로 하여 대금 950,000원(당시 화폐)에 매수한 사실, 그 무렵 원고는 이 사건 토지를 동서인 피고에게 경작토록 위임하고 그 대신 피고는 경작하여 얻은 곡물의 일부를 이 사건 토지에 관한 상환곡을 납부하여 상환완료가 되어 일단 수배자명의로 상환완료로 인한 소유권이전등기가 경료되면 다시 원고 앞으로 소유권이전등기를 넘겨주고 위 토지를 인도하기로 약정한 사실, 그런데 당시 이미 6.25사변으로 이 사건 토지를 위 전○세에게 분배한 관계서류를 포함한 현재의수원시 화서동 일대의 농지에 대한 분배서류가 대부분 멸실되었고 당시는 농지개혁법이 시행되지 얼마 되지 아니하여 미작성된 분배서류도 있어 수복 후(1.4후퇴 후) 1951년경부터 농지분배 서류가 재작성 또는 보완되고 있었는데 그 과정에서 이 사건 토지는 피고가 원고의 위임을 받아 위와 같이 경작하고 상환곡도 납부하고 있던 관계로 편의상 피고 농가의 대표자인 피고의 망부 정○창이 이 사건 농지를 분배받은 것으로 상환대장등 분배 관계서류가 작성되었고, 1957.8.14 위 정○창의 사망으로 피고가 그의 재산상속을 한 후 위 약속에 따라 1963.4.1 상환곡 불입을 마침으로써 그 해 10.22 이 사건 부동산을 상환자인 피고 명의로 신탁한 위에서 본 소유권이전등기가 경료되었다.

#### 라. 해설

(1) 이 사건 토지는 피고 또는 피고의 선대 소외 정○창이 분배받아 그 상환곡을 납부한 것으로 되어 있는바, 기록에 의하면 이들 문서는 모두 6.25 동란의 수복 후에 작성된 것이나 그 기재들이 사실과 상위된다고 볼 자료를 찾아볼 수 없으니 그 분배관계 공문서의 내용을 취신하는 것이 경험칙에 합당하다고 할 것이며, 이들로서는 위 전○세가 분배받은 것이라고는 단정할 수 없는 것이다.

(2) 상환미료 중의 분배농지는 원칙적으로 처분이 금지되는 것이나 상환완료를 정지조건으로 하여 수분배자 자신이 상환을 하며 그 농지의 현실인도를 수반하지 아니하는 경우는 그 매매를 유효하다 할 것이나 매수자가 분배농지를 현실인도받아 경작하면서 상환곡을 매수자가 대납한 때에는 그 매매는 무효라 할 것이다.

따라서 위 원심인정에 의하면 원고가 수분배자인 소외 전○세로부터 본건 농지를 매수하여 인도 받아 피고로 하여금 경작케 하고 그 소출의 일부로써 상환곡을 납부케 하였다는 것이니 이는 상환미료 중의 분배농지를 매수한 원고가 농지를 현실인도받아 상환곡을 대납한 경우에 해당하여 그 매매는 무효라고 아니할 수 없으니 가사 소외 전○세가 본건 농지를 분배받은 것이라 할지라도 원고의 위 매수는 무효로 돌아간다고 할 것이다.

(3) 따라서 원고가 위 소송 전○세로부터 상환미료 중의 본건 농지를 매수하였다할지라도 그 매매는 무효일 뿐 아니라 그로부터 소유권이전등기를 받지 아니함이 분명한 본건에 있어서는 동농지의 소유권을 취득하지 못하였다 할 것이니 피고와 신탁에 관한 채권계약이 있다하여도 그 소유권을 주장할 수 없다.

그러므로 원고의 소유권이전등기청구권이 발생할 수 있다.

### 50. 농지의 수분배로 인한 소유권취득과 등기의 불요 (대법원 1983. 3.22, 83다4)

#### 가. 판결요지

농지의 수분배자는 상환을 완료하면 민법 제187조 소정의 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득으로서 등기를 경유하지 아니하여도 소유권을 취득한다.

#### 나. 관련문헌

민법 제187조

#### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 황○택

【피고, 피상고인】 배○섭 외 2인

【원심판결】 전주지방법원 1982.11.18 선고 81나195 판결

#### 라. 사실관계

본건 토지는 원래 원고의 아버지인 소외 황○진이 분배받은 농지로서 1957.5.30 상환을 완료한 후 원고에게 증여한 원고 소유의 토지인데 제1심 피고 황○태는 원인없이 이에 대하여 1965.10.25 그 명의로 소유권이전등기를 하고, 소외 박○순을 거쳐 피고들에게 매도하여 피고들 명의로 소유권이전등기가 되었으니 위 등기는 원인없는 무효의 등기이므로 말소 등기절차의 이행을 구함에 대하여, 위와 같이 피고들 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기라 하더라도 이건 부동산에 관하여 원고 명의로 소유권이전등기가 경료된 바 없으니 원고에게 소유권취득의 효력이 발생할 수 없으므로 원고가 계쟁토지의 소유자임을 전제로 하는 이건 청구는 이유없다.

#### 마. 해설

농지의 수분배자는 상환을 완료하면 민법 제187조 소정의 법률의 규정에 의한 부동산에

관한 물권의 취득으로서 등기를 경유하지 아니하여도 소유권을 취득한다.

그러나 이 사건에서 원고의 주장은 농지를 수배하여 상환을 완료한 소외인으로부터 원고가 증여를 받았다는 것인 바, 법률의 규정에 의하여 등기없이 부동산물권을 취득한 경우에도 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못하는 것이며, 또한 위 증여는 소외인과 원고와의 법률행위로 인한 물권을 취득하는 경우이니 등기하여야 그 효력이 생기는 것임은 민법 제186조에 의하여 명백하므로 원심의 같은 취지의 판단조치는 정당하다.

피고들이 이권 토지를 분배받은 소외인이 상환중 이를 매수하여 나머지 상환량을 완납하여 소유권을 취득했다는 주장은 원심이 피고들이 이권 등기가 원인무효임을 전제로 하여 판단한 이상 그 가부를 판단할 필요도 없다.

**51. 상환완료에 인한 소유권이전등기가 경료된 경우 그 농지분배 절차의 적법 추정여부(대법원 1984. 9.25, 80다610)**

**가. 판결요지**

어떤 토지가 농지로 분배된 점에 부합하는 공문서인 서증이나 문서의 기재가 있을 뿐만 아니라 그 농지에 관하여 상환완료에 인한 소유권이전등기 까지 경료되어 있는 것이라면 그에 대한 농지분배 절차는 일응 적법하게 되었다고 추정되어야 하고 객관적으로 시인될 수 있는 합리적인 증거가 없는 이상 이와 상치되는 증인의 증언만으로 그 문서 내용과 상반되는 사실을 인정하여 위 추정을 번복할 수 없다.

**나. 관련조문 【참조조문】**

민사소송법 제187조

**다. 당사자 등**

- 【원고, 피상고인 겸 상고인】 대한민국
- 【피고, 상고인 겸 피상고인】 박○용 외 56인
- 【원심판결】 대구고등법원 1980.2.8 선고 78나354 판결

**52. 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우, 그 농지 분배절차의 적법성 추정여부(대법원 1986. 3.11, 85다카1420)**

**가. 판결요지**

토지가 농지로 분배된 점에 부합하는 공문서인 서증이나 문서의 기재가 있을 뿐만 아니라

라 그 농지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기까지 마쳐져 있는 것이라면 그에 대한 농지분배절차는 일응 적법하게 되었다고 추정된다.

#### 나. 관련조문

민사소송법 제187조,

#### 다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 정○해

【피고, 상 고 인】 김○례 외2인

【원심판결】 인천지방법원 1985.6.13 선고 84나64 판결

#### 라. 사실관계

이 사건 토지인 경기 김포읍 북변리 448의 1 전 374평방미터는 본래 인접된 경기 김포읍 북변리 448의 2 답 53평과 한 필지로서 소외 김○목의 소유이었는데 소외 석○한이 1933.2.18 이를 위 김○목으로부터 매수하여 소유권을 이전받은 후 1949.4.9 원고에게 매도 하였던 사실, 원고는 위 석○한으로부터 이 사건 토지를 매수하고 즉시 인도받았는데 당시 양조장을 경영하였던 까닭에 이를 직접 경작하지 아니하고 약 3년간 소외 강○산에게 경작 하게 하였다가 그후 이 사건 토지 및 이에 인접한 위 북변리 448의 2. 외에 같은 리 442의 3, 443의 1, 443의 2 등 그 일대의 땅 들레에 철조망을 치고 448의 2 토지에 우물을 파고 양 조장을 경영하면서 이 사건 토지를 점유하여 온 사실, 원고는 이 사건 토지가 척박하여 농 토로 경작하기에는 적당하지 아니한 까닭에 1961년경 딸인 소외 정○조에게 이곳에서 양계 를 하게 하였고, 위 정○조는 그 무렵부터 남편인 소외 김○희와 함께 양계장과 양돈장을 짓고 닭과 돼지를 기르면서 이 사건 토지에 구덩이를 파고 닭과 돼지의 배설물을 버려 쌓 아두기도 하다가 그후 양계장 양돈을 그만두고 이 사건토지 및 앞에서 본 인접토지 위에 관상수등을 심어 지금까지 가꾸어 오고 있는 사실, 원고가 위와 같이 이 사건 토지를 매수 한 후 직접 또는 간접으로 지금까지 계속 이를 점유하여 오고 있는 반면 소외 망 허○순은 원고가 이 사건토지를 매수하기 이전에는 당시 소유자이던 소외 석○한으로부터 이를 빌어 소작하여 오다가 원고가 이를 매수한 후에는 소작을 그만두고 전혀 이를 점유하지 아니하 였는데, 농지개혁법의 시행에 의하여 경기 김포읍 북변리75 답441평과 같은 리 15의 1 답 644평 및 이들과는 훨씬 떨어져 위치하고 있는 이 사건 토지가 자신의 앞으로 분배되자 1959.8.25 위 3필지의 토지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였 으나, 실제로는 이 사건 토지를 점유 경작하지 아니하였던 까닭에 1968.경 실제로 경작하여 분배받은 위 북변리 15의 1(후에 환지개량되어 같은 리 42의1로 됨) 답644평과 같은 리 75 (후에 환지개량되어 같은 리 27의2로 됨) 답441평을 타에 매도처분하고 가족인 피고들과

함께 서울로 이주하면서도 이 사건 토지는 이를 그대로 놔두었고 그 이래 1977. 사망할 때까지도 원고가 이 사건 토지를 계속 점유하여 오고 있는 데에 대하여 아무런 이의도 제기하지 아니하였다. 원고는 이 사건 토지를 매수한 1949.4.9부터 소유의 의사로 평온 공연하게 이를 점유하여 오고 있다 할 것이고 그로부터 20년이 경과한 1969.4.9 그 취득시효가 완성되었다.

#### 마. 해설

어떤 토지가 분배된 점에 부합하는 공문서인 서증이나 문서의 기재가 있을 뿐만 아니라 그 농지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기까지 마쳐져 있는 것이라면 그에 대한 농지분배절차는 일응 적법하게 되었다고 추정되어야 할 것이다.

이 사건에 있어서 상환대장(을제1호증)에 이 사건 토지를 농지분배받아 그 상환을 완료한 것으로 기재되어 있고 등기부(갑제1호증)에 같은 토지에 관하여 1959. 8. 25. 같은해 8. 4. 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있는 소외 망 허재순(피고들의 피상속인)은 이 사건 토지를 적법하게 농지분배받았다고 추정된다고 하겠고, 한편 농지개혁법 제11조는 같은 법에 의하여 정부가 취득한 농지등은 '자경할 농가'에게 분배 소유케 한다고 규정하고, 그 분배받을 수 있는 순위에 관하여는 '현재 당해 농지를 경작하는 농가'를 제1순위로 하여 '경작능력에 비하여 과소한 농지를 경작하는 농가', '농업경영에 경험을 가진 순국열사의 유가족', '영농력을 가진 피고영농가', '국외에서 귀국한 농가'를 차례로 들고 있는 바, 위 규정에 비추어 보면 앞서본 바와 같은 사정으로 이 사건 토지를 적법하게 농지분배받은 것으로 추정되는 위 허재순은 그 농가분배 당시를 전후하여 이 사건 토지를 고유 경작하였다고 추정된다.

원심이 이 사건 토지를 원고가 1949. 4. 9.부터 1969. 4. 9.까지 소유의 의사로 평온 공연하게 점유한 것이라는 사실인정에 인용하고 있는 증거들은 기록에 대조하여 살펴보면, 제1심 증인 손○등, 원심증인 김○희의 각 증언과 원고가 이 사건과 관련하여 제1심의 피고측 증인 공○덕을 위증죄로 고소하여 그 수사과정에서 원고 및 피고의 주위사람들이 경찰 및 검찰에서 조사를 받은 진술조서의 기재가 있을 뿐 그밖에는 위 사실을 인정할 아무런 증거가 없다.

따라서 그 증거들도 신빙성이 없어서 원고가 계속 점유하였다고 볼 수 없으므로 시효취득은 인정되지 않는다.

### 53. 농지분배절차의 적법추정등(대법원 1993. 3.26, 92다25472)

#### 가. 판결요지

(1) 분배받은 농지에 대한 처분방법으로서 농지개혁법이 규정하고 있던 것은 (1) 분배받

은 농지를 스스로 정부에 반환하는 제도,(2) 이농하는 제도,(3)분배된 농지를 상환완료 후에 농지 소재지 관서의 증명을 받아 매매하는 제도뿐이었고, 그 밖에 법원이 인정한 양도 방법은 (1) 상환을 완료하지 아니한 농지를 현실로 매수인에게 인도하지 아니하고 분배받은 자 스스로 상환을 완료하여 소유권을 취득하는 것을 정지조건으로 하는 매매,(2) 비농지화를 정지조건으로 한 매매뿐이었으므로, 농지를 분배받은 자가 수분배권을 타인에게 양도하고 경작권만을 포기할 수 있는 제도나 방법은 인정되지 아니한다.

(2) 농지소표는 농지분배절차의 근본서류이므로 농지소표가 작성되었다면 같은법시행령 제32조의 규정에 따른 대지조사를 한 것으로 추정되고, 어떤 토지에 대하여 농지분배가 이루어졌다 하여 농지소표까지 작성되었다면 이에 배치되는 특별한 사유가 없는 한 그 농지에 대하여 대지조사나 종람절차를 적법하게 거친 것으로 추정되므로 함부로 이를 분배대상 농지가 아니라고 단정할수 없으며, 상환증서가 발행되었다면 농지분배절차는 적법하게 이루어진 것으로 추정되고 농지소표와 상환대장이 있는 이상 농가별 일람표나 종람관계 문서책이 없다 하여도 그 분배를 무효로 볼 수 없다.

#### 나. 관련조문

농지개혁법 제16조, 제19조, 제20조, 제11조, 구 농지개혁법시행규칙 제50조, 제52조, 농지개혁사업정리에관한특별조치법 제2조, 농지개혁사업정리에관한특별조치법시행령 제1조 제2항, 농지개혁법시행령 제32조, 농지개혁법시행령 제38조, 제39조, 민법 제404조, 제162조

#### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○주 외 3인

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 서울민사지방법원 1992.5.21. 선고 92나3945 판결

#### 라. 사실관계

이 사건 토지들은 원래 원고들의 조부 소외 이○옥의 소유로서 그가 1940.10.31. 소외 조선신탁주식회사(후에 상호를 주식회사 한일은행으로 변경하였다)에 수익자를 자신으로 하는 관리신탁계약을 체결하고 이 계약에 기하여 1940.11.28. 위 회사 명의로 신탁법에 따른 신탁 목적의 소유권이전등기를 경료하였다. 위 소외인은 1948.3.1. 사망하고 그 아들인 소외 이○승이 호주 및 재산상속을 한 다음 1950.6.7. 위 신탁계약을 해지한 사실, 위 이○승은 1977.9.3. 사망하고 장남으로서 호주상속인인 원고 이○주, 차남인 원고 이○주, 시집간 딸 들인 나머지 원고들이 그의 재산을 공동상속한 사실, 이 사건 토지들은 1949년 농지개혁법 시행 당시 비자경농지로서 피고 대한민국에 매수되어 소외 원○만에게 상환기간을 1950년

부터 1954년까지로 하여 분배된 것이다.

### 마. 해설

(1) 구 농지개혁법 중 '분배받은 농지의 처분'에 관하여

소외 원○만이 소외 안○철에게 이 사건 토지들에 대한 수분배권을 양도한 때는 1951년 경이라는 것이므로, 농지개혁법은 1950. 3. 10. 법률 제108호로 개정된 것을, 그 시행령은 1950. 3. 25. 대통령령 제294호를, 그 시행규칙은 1950. 4. 28. 농림부령 제18호를 각 살펴보기로 한다(이하 농지개혁법은 '법'으로, 그 시행령은 '령'으로, 그 시행규칙은 '규칙'으로 약칭한다).

(가) 농지의 처분 행위

법은 제15조에서 '분배받은 농지는 분배받은 농가의 대표자 명의로 등록하고 가산으로서 상속한다'는 원칙을 세운 후, 법 제16조에서 분배받은 농지에 대하여 상속완료까지 매매 증여 기타 소유권의 처분(제1호), 저당권·지상권 기타 담보권의 설정(제2호)을 제한하였고, 법 제17조 본문에서 농지를 소작, 임대차 또는 수탁경영할 수 없다고 규정하는 한편, 법 제19조 제2항은 법에 의하여 분배되지 않은 농지와 상환을 완료한 농지에 한하여 소재지 관서의 증명을 얻어 당사자가 직접 매매할 수 있도록 규정하고 있었다.

위와 같이 구 농지개혁법 시행 당시에는, 그 제16조에서 분배받은 농지에 대하여 상속완료까지 매매를 금지하고 있었으므로, 판례는 일찍부터 분배농지에 대한 상환완료 전의 매매는 무효임을 원칙으로 삼아 왔고, 다만 예외로 (1) 상환을 완료하지 아니한 농지는 이를 상환완료를 정지조건으로 하여 즉, 농지를 현실로 매수인에게 인도하지 아니할 뿐 아니라, 분배받은 자 스스로 상환을 완료하여 소유권을 취득하는 것을 정지조건으로 하는 매매 (2) 농지개혁법의 적용을 받지 않는 비농지화를 정지조건으로 하되, 그 조건이 단시일 내에 성취된 경우의 매매만을 유효하다고 인정하여 왔다.

(나) 이 사건의 검토

소외 원○만이 소외 안○철에게 이 사건 토지들에 대한 어떤 권리를 양도하였다는 때에는, 분배받은 농지에 대한 처분 방법으로서 (a) 법이 규정하고 있던 것은 ㉠ 분배받은 농지를 스스로 정부에 반환하는 제도, ㉡ 이농하는 제도, ㉢ 분배된 농지를 상환 완료 후에 농지 소유권 관서의 증명을 받아 매매하는 제도뿐이었고 (b) 판례가 인정한 양도 방법은 ㉠ 상환을 완료하지 아니한 농지를 현실로 매수인에게 인도하지 아니하고 분배받은 자 스스로 상환을 완료하여 소유권을 취득하는 것을 정지조건으로 하는 매매, ㉡ 비농지화를 정지조건으로 한 매매뿐이었다.

그러므로, 이 사건 당시 원심이 인정한 바와 같이 농지를 분배받은 자가 그 수분배권을 타인에게 양도하고 경작권만을 포기할 수 있는 제도나 방법은 법이나 판례가



인정하지 아니하는 바이고, 따라서 원심이 이를 유효하다고 인정한 데에는 농지개혁법에 따라 분배된 농지에 관한 권리를 양도하는 행위의 효력에 대한 법리를 오해한 위법이 있다.

#### 54. 자주점유의 추정과 그 한계 농지개혁법에 의한 농지분배와 자주점유로의 전환(대법원 1989. 2.28, 88다카14137)

##### 가. 판결요지

- [1] 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되지만 점유의 성질상 자주점유가 아닌 경우까지 그러한 추정을 받을 수는 없다.
- [2] 농지개혁법에 의하여 분배받은 농지는 상환을 완료한 때에 그 소유권이 수분배자에게 이전되는 것이므로 농지를 분배한다는 통지를 받은 날부터 타주점유가 자주점유로 되는 것은 아니다.

##### 나. 참조조문

민법 제197조 제1항

##### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○준

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 대구고등법원 1988.4.7.선고 87나421 판결

##### 라. 사실관계

원고의 양부 소외 망 박○훈이가 8.15 해방 직후에 이진 토지를 포함한 과수원의 소유자였던 일본인 요○고로부터 과수원의 경작권을 이어받아 점유 경작하다가 1948.2.1.에 사망하고 원고가 그 점유경작을 승계하여 그 점유가 계속된 사실을 인정하고 그러나 원고의 점유가 자주점유라고 볼 수 없는 망 양부의 점유를 승계한 것에 불과하여 그 것 역시 자주점유라고 볼 수 없다는 취지로 판시하여 1948.2.1.부터 20년이 경과한 1968.2.1.에 부동산의 취득기간이 만료되었다는 원고의 주장은 이유없다.

##### 마. 해설

점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정된다. 그러나 점유의 성질상 자주점유가 아닌 경우까지 그러한 추정을 받을 수는 없으며 원심판결은 망 박○훈의 점유가 성질상 자주

점유일 수 없다는 전제에서 그 점유를 승계한 원고의 점유 또한 자주점유일 수 없다고 파악한 것이므로 타당하다.

또한 농지개혁법에 의하여 분배받은 농지는 상환을 완료한 때에 그 소유권이 수분배자에게 이전되는 것이므로 농지를 분배한다는 통지를 받은 날부터 원고의 점유가 자주점유로 추정되지 않는다.

**55. 농지분배에 의한 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기의 추정력  
(대법원 1993. 5.14, 92다45773)**

**가. 판결요지**

어떤 토지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있다면 그에 대한 농지분배절차는 일응 적법하게 된 것으로 추정되고 수분배자가 농지분배 당시를 전후하여 그 토지를 점유·경작한 것으로 추정된다.

**나. 관련조문**

민법 제186조

**다. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 한국전력공사

【피고, 상 고 인】 김○희 외 10인

【원심판결】 부산고등법원 1992.9.17. 선고 91나14208 판결

**라. 사실관계**

소외 ○○전기주식회사(소외회사는 1942.4.8.경 ○○합동전기주식회사로 상호가 변경되었고 1961.6.30. 원고의 전신인 소외 한국전력주식회사에 흡수 합병되었음)가 1931.7.31.경 경남 통영군 통영읍 명정리 407 답 810평을 매수하고 같은 해 8.6. 소유권이전등기를 마친 뒤, 1938.4.15.경 그 지상에 목조 콘크리트조 스테트즘 평가건 변전소 1동 건평 19평 2흡 4작과 목조 아연즙 평가건 창고 1동 건평 9평 1흡을 신축하고, 그 옆에는 가로 약 21.9m, 세로 약 5.6m의 크기로 위 충무변전소의 냉각수 저장용 콘크리트조 수조를 설치하고 수조 옆에는 송전용 목전주 2개를 설치하였으며, 위 변전소 및 그 부지 주위에는 외부인의 출입을 금지할 목적으로 철조망을 둘러쳤다. 위 토지는 1941.1.15. 제1차로 위 같은 리 407의 1답 332평과 같은 리 407의 2답 478평으로 분할된 것을 비롯하여 1982.5.9.까지 제4차에 걸쳐 원심판결첨부 별지 도면분할표 제1,2기재와 같이 순차로 토지분할 및 지목변경이 이루어

어지면서 그 중 일부토지가 충무시에 기부되거나 타에 매각되기도 하였으나, 위 충무변전소 및 창고가 위치한 같은 리 407의 3 대 262평 토지와 위 냉각수 저장용 콘크리트 수조 및 송전용 목전주가 위치한 이 사건 토지로 분할되기 전의 같은 리 407의 7 잡종지 1,300㎡는 소외 회사로부터 원고공사에 이르기까지 계속하여 충무변전소 및 그 부대시설의 부지로서 점유 사용되어 오다가, 원고공사가 1985.경 위 충무변전소를 충무시 정량동으로 이전함에 따라 그 이후 나대지 상태의 위 토지를 점유하면서 충무시와 매각협의를 하여 온 사실을 인정한다.

### 마. 해설

어떤 토지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있다면 그에 대한 농지분배절차는 일응 적법하게 된 것으로 추정된다고 더불어 수분배자가 그 농지분배당시를 전후하여 그 토지를 점유 경작한 것으로 추정된다고 할 것이다.

이 사건의 경우 원심이 인정한 바와 같이 이 사건 토지에 대한 피고들 명의의 소유권이전등기는 국가를 상대로 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 판결을 구하여 그 확정판결에 의하여 경료되었으므로 특별한 합리적인 이유 없이는 피고들이 농지분배 사실을 뒤엎지 못한다고 할 것이다.

## 56. 상환완료를 원인으로 소유권이전등기를 경료한 자의 적법절차 및 점유 경작 추정여부(대법원 1995. 1.24, 94다29065)

### 가. 판결요지

- [1] 제1심에서 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용한 판결에 대하여 피고만이 항소한 때에는, 2심의 효력은 사건 전체에 미치더라도 원고로부터 부대항소가 없는 한 항소심의 심판대상으로 되는 것은 예비적 청구에 국한되는 것임에도 불구하고, 원심은 심판의 대상으로 되지 않은 주위적 청구에 대하여도 제1심과 마찬가지로 원고의 청구를 기각하는 판결을 하였으나, 원심이 위와 같은 무의미한 판결을 하였다고 하여 원고가 그에 대하여 상고함으로써 주위적 청구부분이 상고심의 심판대상으로 되는 것은 아니므로, 원고의 주위적 청구부분에 관한 상고는 심판의 대상이 되지 않은 부분에 대한 상고로서 불복의 이익이 없어 부적법하다.
- [2] 농지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있다면 그에 대한 농지분배절차는 적법하게 된 것으로 추정되고, 더불어 수분배자가 그 농지분배당시를 전후하여 그 토지를 경작한 것으로 추정된다.

나. 관련조문

민사소송법 제392조, 민법 제197조, 제245조, 제186조  
 구 농지개혁법(1994.12.22. 법률 제4817호 농지방법원 부칙에 의하여 폐지) 제16조의2

다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 엄○호  
 【피고, 피상고인】 이○구  
 【원심판결】 서울민사지방법원 1994.5.12. 선고 93나46048 판결

라. 해설

(1) 이 사건과 같이 2심에서 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용한 판결에 대하여 피고만이 항소한 때에는, 2심의 효력은 이 사건 전체에 미치더라도 원고로부터 부대항소가 없는 한 항소심의 심판대상으로 되는 것은 예비적 청구에 국한되는 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 심판의 대상으로 되지 않은 주위적 청구에 대하여도 제1심과 마찬가지로 원고의 청구를 기각하는 판결을 하였으나, 원심이 위와 같은 무의미한 판결을 하였다고 하여 원고가 그에 대하여 상고함으로써 주위적 청구부분이 상고심의 심판대상으로 되는 것은 아니므로, 원고의 주위적 청구부분에 관한 상고는 심판의 대상이 되지 않은 부분에 대한 상고로서 불복의 이익이 없어 부적법하다.

(2) 원고가 1945년부터 이 사건 농지를 점유·경작하였다고 하더라도 이 사건 농지에 관하여 1963. 7. 22. 피고의 아버지인 소위 망 이○태 명의로 1955. 12. 4.자 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐진 이상 원고 또는 원고가 선정한 대표자는 농지개혁법 제8조에 의하여 정부로부터 위 농지에 대한 보상으로서 지가증권을 발급받았다고 추정되고 반증없으므로, 농지개혁법 제5조 내지 제8조 소정의 농지매수절차가 종료된 1950년부터 원고의 점유는 권원의 성질상 타주점유로 보아야 할 것이고, 원고가 농지개혁법 소정의 농지 매수절차가 종료된 이후인 1954. 3. 2. 멸실등기부회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 마치고 그 등기권리증을 소지하면서 이 사건 지대를 점유하였다고 하더라도 그것만으로는 소유자인 정부 또는 위 망 이○태에게 소유의 의사를 표시하여 이 사건 농지에 대한 원고의 타주점유를 자주점유로 전환시켰다고 할 수 없고, 달리 원고가 이 사건 토지를 소유의 의사로 점유하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 시효취득주장을 배척하였다.

농지에 관하여 상환완료를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료되어 있다면 그에 대한 통지분배절차는 적법하게 된 것으로 추정되고, 더불어 수분배자가 그 농지분배 당시를 전후하여 그 토지를 경작한 것으로 추정된다고 할 것이므로, 위 이○태는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 사건 통지를 적법한 절차에 따라 분배받아 그 분배를 전후하여 점유·경작

한 것으로 추정된다 할 것이다.

그러므로 원고의 상고 중 주위적 청구에 관한 부분은 부적법하여 각하하고, 예비적 청구에 관한 부분은 이유없이 기각한다.

### 57. 농지개혁법 제17조에 위반한 농지 임대차계약의 성질과 지급한 임료의 반환 청구권과의 관계(대법원 1970.10.30, 70다1390, 70다1391)

#### 가. 판결요지

농지개혁법 제17조에 위반한 농지 임대차계약의 성질과 지급한 임료의 반환 청구권과의 관계, 경작방해금지(본소), 부당이득금반환(반소).

#### 나. 참조조문

민사소송법 제187조

#### 다. 당사자 등

【원고(반소피고), 피상고인 겸 상고인】 이○옥 외 2명

【피고, 상고인 겸 피상고인】 이○주

【원심판결】 제1심 광주지방법, 제2심 광주고등

#### 라. 해설

원판결은 취학으로 인한 일시이농의 점에 관한 원고들의 주장은 이를 인정함에 족한 증거가 없다고 하여 이를 배척하고 있으며 증인 이○수와 갑제1호증의 1,2는 원심이 이를 사실인정의 증거자료로 채택하지 아니한 것인 바, 기록에 의하면 이를 검토할지라도 원심의 조처에 소론이 지적하는 바와 같은 잘못은 없다고 보며 농지개혁법 제17조에 위반한 농지 임대차계약이 무효라 할지라도 이로 인하 임료의 급여행위가 선량한 풍속 기타 논리적 사회질서에 위배되는 불법원인급여에 해당한다고는 볼 수 없으며, 원고는 농지개혁법 제17조를 위반하여 이 사건 농지를 피고에게 임대하고 그 임료를 받은 것이므로 다른 특별한 사정이 없는 이상에는 원고는 그 임료를 받은 때부터 약의 수익자라고 보아야 할 것이니, 원심이 이상의 점에 관하여 이와 같은 취지로 판단한 것은 정당하고 이를 근거없이 논란하는 상고논지는 채택할 수 없다.

그러나 벼 33섬은 이 농지에 대한 임대료로 미리 원고에게 지급한 것이므로 이는 이 농지에 관하여 지급한 것이 아니고 이 농지를 목적으로 하는 임대차계약에 인한 임대료로서 지급한 것이라 할 것이니, 이를 이 농지를 목적으로 하는 임대차계약에 인한 임대료로서

지급한 것이라 할 것이니, 이를 반환받을 채권 역시 이 농지에 관하여 발생한 채권이라고는 말할 수 없으므로 원심이 피고의 유치권에 관한 항변을 이와 같은 견해 아래에서 배척한 것은 정당하다.

원판결은 피고(반소원고 이하 피고로 약칭한다)의 제1차적 반소청구를 배척한 제1심판결에 대한 피고의 항소를 기각하는 이유로서 원고 이○옥(반소피고 이하 원고 이○옥으로 약칭한다)가 원판시 무효인 농지임대차계약에 의하여 그 임대료로 피고로부터 벼33섬을 받은 것은 법률상 원인없이 이득(부당이득)하였다 할 것이므로 피고는 원고에게 그 반환을 청구할 권리가 있다 할 것이나 현재 위 벼33섬이 같은 원고에게 있는 점은 인정할 아무런 증거가 없으므로 그 원물의 반환을 구하는 피고의 청구는 받아들일 수 없다고 판시하였다.

그러나 원고가 피고로부터 원판시와 같이 벼 33섬을 받은 것은 사실이라면 다른 특별한 사정이 없는 이상에는 아직도 원고가 이를 소지하고 있다고 보아야 할 것이고, 이것이 현재 원고에게 존재 없는 이상에는 아직도 원고가 이를 소지하고 있다고 보아야 할 것이고, 이것이 현재 원고에게 존재하지 아니한다는 점은 원고가 이를 입증하여야 할 책임이 있다 할 것임에도 불구하고 원심은 이에 관한 입증책임이 피고에게 있는 것을 전제로 하여 위 벼 33섬이 원고에게 있는 점을 인정할 아무런 증거가 없다고 단정하여 이에 관한 피고의 반환청구를 배척한 것은 잘못이라 할 것이다.

### 58. 도로부지 편입과 분배처분의 실효(대법원 1969. 8.26, 69다808)

#### 가. 판결요지

농지 분배 처분이 실효되었다고 잘못 판단한 실례.

#### 나. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○옥 외1명

【피고, 피상고인】 김○순 외1명

【원심판결】 제1심 광주지방법, 제2심 광주지방법

#### 다. 사실관계

계쟁토지인 광주시 중흥동 183의 10대 125평 8흡은 광주시의 도시계획사업에 의하여 1965.11.30 동동 700의1 논 225평에 대한 환지로 확정되어 그 날로서 그 환지등기까지 경료된 토지이고 위 700의1 논 225평은 동동 700 논 1,284평으로부터 1953.3.1자로 분할된 토지였으며 위 700 논 1,284평은 원래 소위 망 최○숙 소유의 비자경농지였다. 농지개혁법의 시행에 따라 1950.12월중 당시 이를 분점 경작중이던 원고 김○근이가 그중의 734평을, 원고

김○옥의 땅 부 김○천은 나머지 550평을 각 분배받게 되었던 것이므로 그들이 각자의 수분배 부분에 대한 제1회 상환곡을 납부하였던 것이나 그후 위 김○근 수분배 부분중의 137평과 김○천 수분배 부분중의 88평이 6.25 사변으로 인하여 광주시내에 새로이 마련된 작전도로의 부지에 사실상 편입되었던 것이므로 그 부분들에 대한 상환곡의 납부가 중단됨에 이르렀다., 위와 같이 도로의 부지에 편입된 각 부분이 1953.3.1 전술한 700의1 논 225평으로 분할되었던 것이었다는 사실과 위 700의1 논 225평에 대한 상환이 중단되자 그 부분에 대하여 이미 납부된 전술 제1회분 상환곡은 1952.3.27자로 그들의 전기 각 수분배농지중 위 도로부지 편입부분을 제외한 나머지 부분에 대한 상환료로 조입 충당됨에 이르렀던 것이다. 본건 계쟁 토지가 위 도로 부지부분에 대한 환지로 확정된 후 인 1969.2.25에 원고들이 그 도로부지 부분중의 전시 각 자의 수분배부분에 대한 상환료를 변제 공탁하였던 것이다.

#### 라. 평석

위 환지확정과 상환료의 변제공탁의 법적인 효력에 의거한 원고들의 계쟁토지에 대한 소유권 주장은 위 700의 논 225평은 전술한 바와 같이 원고들에게 분배되었던 농지였다 할지라도 원고들이 그 상환을 전연 하지 않고 있던 중 그것이 도시계획구역내에 편입되었던 것이므로 도시계획법의 시행으로 인하여 이에 대한 농지개혁법의 적용이 배제될 것이니 위 상환료의 변제공탁도 그 효력을 발생할 수 없는 것이었다는 취지의 판시로서 그 주장을 배척하였음이 명백(원판시에 의하면 결국 위 토지는 원래의 지주 망 최○숙의 상속인 소외 최○성의 소유에 돌아가게 되었다는 것이다)하다.

또 광주시장의 위 조입 충당 조치에 의하여 위 700의 1 토지에 대한 분배처분이 실효되었던 것 같이 속단한 위 판결(농지개혁법 제18조는 상환료 미납의 조치에 관하여 제19조 제1항은 분배토지의 반환이 있었을 경우에 관하여 정부가 취하여 분배처분의 실효를 인정하였음은 망단에 지나지 않는 것이었다)이 원고들의 그 토지의 상환료에 대한 변제 공탁을 그 토지에 대한 농지개혁법의 적용이 전술한 바와 같은 이유에 의하여 배제된 후의 공탁이 있다 하여 그로 인한 상환의 효력을 부정하였음도 위 조입 충당 조치의 효력이나 도시계획법에 관한 법리를 오해한 위법이 있는 조치였다고 할 것이니(소론 제3점의 논지에 관한 부분) 결국 원판결의 위와 같은 위법들을 논란하는 소론의 각 논지를 모두 이유 있다 할 것이다.

#### 59. 농지매매계약체결 당시 소재지관서의 증명이 없는 경우 매매계약의 효력(대법원 1993.11. 9, 93다28928)

가. 농지개혁법 제19조 제2항에 소정의 소재지관서의 증명은 매매계약체결 당시에 있어야만 하는 것은 아니고, 계약체결 당시 농지매매증명이 없다고 하여 채권계약인 매매가 무효로 돌아가는 것도 아니다.

나. 농지가 대지화되었다거나 도시계획구역내에 포함된 경우(다만 1991.12.14. 법률 제4427호로 개정된 도시계획법 제87조 제1항 제3호 단서에 의하면, 녹지지역 안의 농지로서 도시계획사업에 필요하지 아니한 경우는 제외된다) 농지개혁법의 적용이 배제되어 농지매매에 소유지관서의 증명은 필요없다.

**60. 소유지관서의 증명유무에 대한 입증책임(대법원 1993.11. 9, 93다28928)**

- 가. 농지개혁법 제19조 제2항에 소정의 소재지관서의 증명은 매매계약체결 당시에 있어야만 하는 것은 아니고, 계약체결 당시 농지매매증명이 없다고 하여 채권계약인 매매가 무효로 돌아가는 것도 아니다.
- 나. 농지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우에는 농지매매에 관한 소재지관서의 증명에 있었다고 추정이 되고 또 그 증명에 관한 사항은 직권조사사항이 아니므로 그 증명에 없었다는 사실은 이를 다투는 자에게 그 입증책임이 있다.

**61. 소재지관서의 증명을 얻어야 하는 시기(=사실심변론종결일)  
(대법원 1992. 5.12, 91다 33872)**

**가. 판결요지**

농지개혁법 제19조 제2항 소정의 소재지 관서의 증명에 농지매매의 효력발생요건이라는 취지가 매매로 인한 소유권이전의 효과를 발생할 수 없다는 것일 뿐, 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 효력까지 발생하지 못한다는 것은 아니라고 할지라도, 소재지 관서의 증명을 얻지 아니한 채 체결된 농지의 매매계약을 원인으로 하여 매수인이 매도인을 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 경우에는 적어도 사실심의 변론이 종결될 때까지는 소재지 관서의 증명을 얻지 않으면 안된다.

**나. 관련조문**

농지개혁법 제19조 제2항

**다. 해설**

소재지관서의 증명에 없는 농지매매는 물권변동의 효과 즉 소유권이권이 효과를 발생할 수는 없으나, 매매당사자 사이에 채권계약으로서의 매매계약은 유효하게 성립될 수 있다는 견해는 대법원이 1964. 10. 1. 대판 64 다 563 전원합의체판결로써 판시한 이래, 판례의 주류적인 태도이다. 또 한편 농지에 관해서 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 청구



하는 사건에 있어서는 사실심의 변론이 종결될 때까지 소재지관서의 증명을 얻지 않으면 안된다는 것도 대법원의 일관된 판시사항이다. 곧 소재지관서의 증명이 없는 농지매매가 당사자 사이에 채권계약으로서 유효하게 성립될 수 있다는 것으로부터 곧바로 채권계약으로서의 농지매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에서 소재지관서의 증명이 필요없다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 이것은 외국인토지법 제5조 제1항 소정의 내무부장관의 허가 없이 체결된 매매계약의 효력에 관하여 대법원 73. 8. 21. 선고 73다 737 판결이 “토지에 대한 매매계약이 채권계약으로서 유효하다는 문제와 위의 매매계약을 근거로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 전제로서 우선 외국인토지법 제5조 제1항의 규정에 의하여 내무부장관의 허가를 얻어야 된다는 문제와는 구별하여 생각하여야 한다”라고 판시한 점과 같은 취지이다.

다만 1990년 8월 1일 공포된 부동산등기특별조치법 제5조 제1항은 등기원인에 대하여 행정관청의 허가, 동의 또는 승낙을 받을 것이 요구되는 때에는 부동산등기법 제40조 제3항의 규정에 불구하고 소유권이전등기를 신청할 때에 그 혁, 동의 또는 승낙을 증명하는 서면을 제출하여야 한다고 규정하고 있고, 이에 따라 대법원은 1991. 3. 7. 등기 제483호로써 소유권이전등기 신청의 경우 등기원인을 증명하는 서면이 집행력있는 판결인 경우라도 등기원인에 대하여 공익상의 이유로 관공서의 허가, 동의 또는 승낙 등을 받을 것이 요구되는 때에는 해당 허가서 등의 현존사실이 판결서에 기재되어 있더라도 이를 반드시 제출하도록 등기예규를 개정하였는바, 이에 의하면 농지에 관한 소유권이전등기 신청시에 소재지관서의 증명을 제출하지 아니하는 한 그 소유권이전등기가 경로될 수 없게 되었으므로 농지의 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 청구하는 사건에서 반드시 사실심의 변론 종결일까지 소재지관서의 증명을 요구할 필요는 없어진 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나 위 법률규정이나 등기예규는 어디까지나 등기원인에 대하여 관공서의 허가, 동의 또는 승낙 등을 받을 것이 요구되는 경우 그 소유권이전등기 신청시에 해당 허가서 등을 제출하도록 함으로써 원인무효의 등기를 사전에 방지하기 위한 등기신청절차에 관한 규정에 불과한 것으로 보이는 바, 이러한 등기신청절차에 관한 규정을 내세워 실체법으로서 강행규정인 농지개혁법 제19조 제2항의 규정을 완화 해석하여 농지의 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 청구하는 사건에서 소재지관서의 증명이 없어도 소유권이전등기절차의 이행을 명할 수 있다고 해석하는 것은 법률의 명문에 반하는 것이다.

또한 1990. 12. 4. 농림수산부령 제1055호로서 공포된 농지임대차관리법 시행규칙 제9조에 의한 별지 제9호 서식에 의하면 농지매매증명신청서에 매도인과 매수인 쌍방이 서명 또는 날인을 하도록 되어 있고, 그 아래에 “매수인이 농지에 관한 소유권이전등기절차이행을 명하는 판결 또는 경락을 받은 경우에는 매수인(경락인) 단독으로 신청 가능”이라는 (주)를 달아 놓고 있는바, 위 서식의 기재가 농지의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구사건에서는 소재지관서의 증명이 필요없고 매수인은 소재지관서의 증명이 없이 소유권이전등

기절차이행을 명하는 판결을 받은 후 단독으로 소재지관서의 증명을 발급받아 소유권이전등기신청을 하면 된다는 것을 전제로 한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 실제로 이 사건의 원심은 매수인이 매도인을 상대로 농지매매증명신청절차의 이행을 구하는 청구에 대하여, 위 별지 서식의 기재에 의하면 매수인은 매도인을 상대로 소유권이전등기절차이행을 명하는 판결을 선고받아 단독으로 농지매매증명을 신청할 수 있으므로 소의 이익이 없다하여 각하하였는데, 이는 위의 견해를 전제로 한 것으로 생각된다.

그러나 위 별지 서식의 기재는 부동산등기특별조치법 제5조와 등기예규에 따라 농지에 관한 소유권이전등기신청에 있어 등기원인을 증명하는 서면이 집행력 있는 판결인 경우에도 소재지관서의 증명을 제출하도록 되어 있음을 감안하여 소송절차에서 소재지관서의 증명을 얻지 아니한 채 소유권이전등기절차이행을 명하는 판결을 받은 매수인으로 하여금 소유권이전등기신청에 제출할 소재지관서의 증명을 단독으로 신청할 수 있도록 배려한 것에 불과하다고 한다. 만일 그 기재가 농지의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구사건에서 소재지관서의 증명이 필요 없다는 것을 전제로 한 것이라면 이는 농지개혁법 제19조 제2항의 명문의 규정에 반하는 무효의 규정이기 때문이다.

현행헌법 제121조 제1항은 국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다고 규정하고 있고, 농지임대차관리법 제19조, 같은 법 시행령 제23조, 같은 법 시행규칙 제9조, 제10조에서는 소재지관서증명의 발급절차를 강화하고 있으므로 이 사건 대법원판결은 이러한 입법조치에 부응하여 기존 판례의 입장을 다시 한번 확인한 것이라고 한다.

## 62. 농지를 취득할 수 없는 회사가 체결한 농지매매계약의 효력 (대법원 1994.10.25, 94다 18232)

### 가. 판결요지

의약품제조 및 도매업, 의약품 원료 조분판매, 의약품 수입판매 등을 목적으로 하는 주식회사는 농지매매계약을 체결하였다고 하더라도 농지개혁법 또는 농지임대차관리법상 농지매매증명을 발급받을 수가 없어 결과적으로 농지의 소유권을 취득할 수 없으므로, 농지의 매도인이 매매계약에 따라 그 매수인에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무는 원시적으로 이행불능이라고 하여야 할 것이고, 따라서 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 농지의 매매계약은 채권계약으로서도 무효라고 아니할 수 없다.

### 나. 관련조문

민법 제546조, 농지개혁법 제19조 제2항, 농지임대차관리법 제19조

다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 유○성

【피고, 피상고인】 ○○제약 주식회사

【원심판결】 인천지방법원 1994.2.25. 선고 93나3097 판결

라. 판결이유

(1) 원심은 원고가 주식회사인 피고에게 이 사건 농지 및 임야를 매도한 사실을 인정한 다음, 피고가 법인으로서는 농지개혁법 소정의 소재지관서의 증명을 발급받을 수가 없어 원고의 이 사건 농지에 관한 소유권이전등기의무는 원시적으로 불능이므로 농지가 대부분인 이 사건 매매계약은 무효라고 할 것이고 따라서 원고로서는 피고에 대하여 더 이상 이 사건 농지 및 임야에 대한 소유권이전등기의무를 부담하지 아니한다는 취지의 원고의 주장에 대하여, 농지의 매수인이 농민이 아니어서 농지개혁법 소정의 소재지관서의 증명을 얻을 수 없는 경우에는 그 매매로 인한 소유권이전등기절차를 경료하지 못한다는 것일 뿐, 농지매매 당사자 사이의 채권계약으로서의 효력까지 발생하지 아니한다는 것은 아니므로 위 매매계약이 원시적 불능임을 전제로 하는 원고의 위 주장은 이유 없다고 하여 이를 배척하였다.

(2) 그러나 기록에 의하면 피고는 의약품제조 및 도매업, 의약품 원료 조분판매, 의약품 수입판매 등을 목적으로 하는 주식회사임을 알 수 있고, 이러한 주식회사는 농지매매계약을 체결하였다고 하더라도 농지개혁법 또는 농지임대차관리법상 농지매매증명을 발급받을 수가 없어 결과적으로 농지의 소유권을 취득할 수 없으므로, 농지의 매도인인 원고가 매매계약에 따라 그 매수인인 피고에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무는 원시적으로 이행불능이라고 하여야 할 것이고, 따라서 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 이 사건 농지의 매매계약은 채권계약으로서도 무효라고 아니할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 사건 농지의 매수인인 피고가 법인이라고 하더라도 원, 피고 사이의 이 사건 매매계약은 여전히 채권계약으로서 효력을 가지므로 원고의 소유권이전등기의무가 원시적으로 불능이라고 할 수 없다는 취지로 판단하여 원고의 위 주장을 배척하였음은, 매수인이 법인인 농지매매계약의 효력 또는 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 법률행위의 효력에 관한 법리를 오해한 것이라고 할 것이다. 이점을 지적하는 논지는 이유 있다.

(3) 그러므로 원심판결을 파기하고 이 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 마. 해설

이 사건은 소재지관서의 증명이 없는 농지매매계약의 효력에 관한 것이다. 앞의 판례들에서 본바와 같이 이러한 경우에 매매로 인한 소유권이전의 효과를 발생시킬 수는 없지만 채권계약으로서의 매매계약은 유효하다는 것이 지금까지의 대법원의 태도였다. 그러나 이 사건에서는 채권계약의 효력까지도 부인했다는 점에서 기존의 판례의 태도가 변경된 것이 아닌가라는 의문을 갖게 한다. 이 사건에서 원심은 매매계약이 원시적 불능이므로 무효라는 원고의 주장을, 피고가 법인으로서의 농지개혁법 소정의 소재지관서의 증명을 발급받을 수 없음에도 불구하고 농지의 매수인이 농민이 아니어서 농지개혁법 소정의 소재지관서의 증명을 얻을 수 없는 경우에는 그 매매로 인한 소유권이전등기절차를 경료하지 못한다는 것일 뿐, 농지매매 당사자 사이의 채권계약으로서의 효력까지 발생하지 아니한다는 것은 아니라는 이유로 배척하였다. 이에 대해 대법원은 이는 매수인이 법인인 농지매매계약의 효력 또는 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 법률행위의 효력에 관한 법리를 오해한 것이라고 하여 원심을 파기환송한 것이다.

그러나 이는 형식적인 면에서 전원합의체판결이 아닐 뿐만 아니라 내용적인 면에서도 소재지관서의 증명을 얻는 것이 원시적 불능인 경우로 판단으로서, 소재지관서의 증명 없는 모든 경우에 채권계약이 무효라고 판시한 것은 아니다. 따라서 이 판결이 종전의 판례를 변경한 것이라고 볼 수는 없다고 생각된다.

### 63. 농지개혁법 제19조 제2항 소정의 소재지관서의 증명에 관한 사항이 법원의 직권조사사항인지 여부(대법원 1991. 7.12, 90다8343)

농지개혁법 제19조 제2항 소정의 소재지관서의 증명에 관한 사항은 법원의 직권조사사항이 아니라 당사자의 공격방어자료에 불과한 것이므로, 당사자가 사실심에서 농지매매증명에 관한 사항을 따로 공격방어의 자료로 문제삼지 아니하였다면 법원이 이 점에 관하여 심리판단하지 아니하고 그 농지에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 명하였다고 하여 여기에 농지개혁법의 법리를 오해하여 심리를 미진하거나 농지의 소유권이전등기에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 64. 농지소재지 증명 구비의 추정 등(대법원 1992.12.24, 92다36403)

가. 농지에 관하여 소유권이전등기가 경료되어 있으면 등기 당시 이미 농지개혁법 소정의 농지소재지증명이 구비되어 있었던 것으로 추정되고, 나아가 농지소재지증명을 구비한 자는 농지를 자경 또는 자영할 의사가 있었다고 추정된다.

나. 농지개혁법 소정의 농지소재지증명에 관한 사항은 법원의 직권조사사항이 아니라 당사자의 공격방어자료에 불과한 것으로 그 증명이 없었다는 사실은 이를 다투는 상대방에게 입증책임이 있다.

### 65. 구 도시계획법 시행 당시 자연녹지지역 내의 농지매매와 농지매매증명의 여부 등 (대법원 1993.10.26, 92다54135)

#### 가. 판결요지

- [1] 구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 제3호가 시행될 당시에는 도시계획구역의 자연녹지지역에 있는 농지에 대하여 농지개혁법의 적용이 배제되므로 이러한 농지의 매매에 대하여는 소재지 관서의 증명이 필요 없다.
- [2] 구 도시계획법은 같은 법 제21조 제1항 소정의 개발제한구역에 대하여 같은 법 제87조 제1항 제3호의 적용을 배제한다는 아무런 명문의 규정을 두고 있지 않고 또 개발제한구역에 대하여는 위 규정의 적용을 배제하여야 한다고 해석하여야 할 근거도 없으므로 개발제한구역 내에 있는 농지에 대하여도 위 규정이 적용된다.
- [3] 도시계획구역 안의 농지매매에 관하여 소재지 관서의 증명이 필요 없었던 당시에 도시계획구역(녹지지역)에 있던 농지에 대한 명의신탁해지가 이루어진 이상, 위 개정된 도시계획법 제87조 제1항 단서가 적용될 여지가 없는 것이므로, 위 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 함에 있어서는 농지매매증명이 필요하지 않다.

#### 나. 관련조문

농지개혁법 제19조 제2항, 도시계획법 제21조 제1항, 제87조 제1항  
구 도시계획법(1991.12.14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 제3호

### 66. 농민 아닌 사람이 농지를 시효취득할 수 있는지 여부 (대법원 1993.10.12, 93다1886)

#### 가. 판결요지

- [1] 농지개혁법이 농민이 아닌 사람의 농지의 취득을 전면적으로 금지하고 있지는 아니 할 뿐 아니라 농민이 아닌 사람의 점유로 인한 농지소유권의 시효취득을 금지하고 있지 않으므로 농민이 아닌 사람도 농지를 시효취득할 수 있다.
- [2] 시효취득은 원시취득이어서 농지개혁법 제19조 제2항의 적용이 없다.

나. 관련조문

민법 제245조, 농지개혁법 제19조 제2항

67. 도시계획구역 내의 농지는 농지매매증명 없이 경락을 허가 할 수 있는지 여부(적극)(대법원 1990.10.11, 90마679)

가. 판결요지

지목이 농지라도 도시계획구역 내에 있는 토지라면 농지매매증명 없이 경락을 허가할 수 있다.

나. 관련조문

농지개혁법 제19조 제2항

68. 농지개혁법 제19조 소정의 반환의 의미(대법원 1993.11.23, 93다29471)

가. 판결요지

[1] 농지개혁법 제19조 소정의 “농지의 전부 또는 일부를 반환할 때”라 함은, 같은법시행규칙 제50조, 제52조 소정의 절차를 밟아서 정부에 반환된 농지를 말하는 것이므로, 수분배자가 이러한 반환절차를 밟지 아니하고 농지를 다른 사람에게 양도하고 이사한 경우나 사실상 경작을 포기하고 방치한 경우는 여기에 해당하지 아니하고, 이 경우는 원래의 분배처분이 여전히 유효하되 아직 상황이 완료되지 아니한 상태로 남아 있을 뿐이다.

[2] 분배농지상환대상과 농지대가연도별수납부에 수분배자가 농지를 포기한 것으로 기재된 경우 농지개혁법 소정의 반환이 이루어진 것으로 추정함이 상당하다고 한 사례.

나. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○민

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 서울민사지방법원 1993.5.21. 선고 93나9445 판

다. 해설

원심은 소의 양○○가 이 사건 농지를 정부에 반환하였다고 볼 아무런 증거가 없다고 판

단했으나, 대법원은 다음과 같은 이유로 판단을 달리했다. 곧 증거로 제출된 분배농지상환 대장 표지 및 내용에는 소외 양○○가 이 사건 농지 등을 분배받았다가 그 중 이 사건 농지를 포기한 것으로 비고란에 기재되어 있고, 농지대가 연도별 수납부의 변동된 분배면적란에도 같은 취지의 기재가 있는 바. 현행 농지개혁법에는 “포기”라는 용어를 사용하고 있지 않지만 원래의 농지개혁법(1949. 6. 21. 법률 제31호) 제19조는 현행법 “반환”이라는 용어를 사용하고 있었고, 위 서증상의 포기라는 기재는 반환을 의미한다고 보아야 할 것이고, 분배 받은 농지를 반환하려면 같은 법 시행규칙 제52조 소정의 신청서를 제출하여야 하나 수십년이 지났고, 피고가 그 관련서류를 보관조차 하지 않고 있다는 이 사건에서 원고에게 같은 법 시행규칙 소정의 절차가 마쳐졌다는 구체적인 입증요구를 요구하는 것은 무리라고 할 것이고, 피고가 반환사실을 명시적으로 다투고 있지도 아니하는 이 사건에서는 더욱 그러하다고 할 것이므로, 이 사건과 같은 사실관계하에서는 위의 상환대장이나 농지대가연도별 수납부에 포기라고 기재되어 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 적법한 절차를 거쳐서 포기 또는 상환되었기에 그렇게 기재되었을 것으로 추정하는 것이 상당하다는 것이다. 이는 제19조 제1항의 해석 적용에 관한 것으로서, 본항은 현재로서는 실효된 조항이지만 효력을 유지할 당시의 행위의 법률적 판단에 관해서는 아직도 규준이 됨을 알 수 있다.

### 69. 정부에 반환된 농지에 관한 판례(대법원 1993. 3.26, 92다25472)

#### 가. 판결요지

농지개혁법 제20조는 정부에 반환된 농지는 같은 법에 의하여 분배한다고 규정하고 있고 그 절차는 같은법시행령 제32조에 따르도록 되어 있는바 이 절차를 밟지 아니한 농지분배는 당연무효이다.

#### 나. 관련조문

농지개혁법 제20조

### 70. 농지개혁사업정리에 관한특별조치법과 농지귀속관계 (대법원 2001.12.27. 2001다48187)

#### 가. 판시사항

- [1] 구 농지개혁사업정리에관한특별조치법 시행 당시 분배되지 않은 농지 및 같은 법 제2조에 의하여 국유로 등기되었으나 분배되지 아니한 농지의 귀속관계
- [2] 구 농지개혁법에 의하여 정부가 매수한 농지에 대한 국가의 점유의 성질(=타주점유)

## 나. 판결요지

- [1] 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 의하여 자경하지 않는 농지를 정부가 매수한 것은 후에 그 농지가 분배되지 않을 것을 해제조건으로 매수한 것이므로, 구 농지개혁사업정리에관한특별조치법(위 농지법 부칙 제2조 제2호로 폐지, 이하 ‘특별조치법’이라고 한다) 시행 당시에 분배되지 아니한 농지는 특별조치법 제2조 제1항의 규정에 의하여 국유로 등기되거나 확인된 경작자에게 분배할 농지를 제외하고는 특별조치법 시행과 동시에 분배하지 아니하기로 확정되어 원소유자의 소유로 환원되고, 특별조치법 제2조 제1항에 의하여 국유로 등기한 농지라 하더라도 그 후 특별조치법 제2조 제3항의 기간 내에 특별조치법 제2조 제2항에 의거하여 분배된 농지를 제외한 그 외의 농지는 특별조치법 제2조 제3항의 1년의 기간이 경과됨과 동시에 국가의 매수조치가 해제되어 원소유자의 소유로 환원된다.
- [2] 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 의하여 정부가 매수한 농지가 농민들에게 분배되지 않는 것으로 확정될 경우 그 소유권은 원소유자에게 복귀되는 것이므로 국가가 구 농지개혁법에 따라 농지를 매수한 것은 이를 자경하는 농민 등에게 분배하기 위한 것이고, 분배하지 아니하기로 확정되는 경우에는 원소유자에게 환원될 것이 매수 당시부터 예정되어 있는 것이므로 국가의 매수농지에 대한 점유는 진정한 소유자의 지배를 배제하려는 의사를 가지고 하는 자주점유라고 볼 수 없고, 권원의 성질상 타주점유로 보아야 한다.

## 다. 관련법령

- [1] 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)제5조, 구 농지개혁사업정리에관한특별조치법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법부칙 제2조 제2호로 폐지) 제2조
- [2] 민법 제197조 제1항, 제245조 제1항, 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)제5조, 구 농지개혁사업정리에관한특별조치법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법부칙 제2조 제2호로 폐지) 제2조

## 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 재단법인 ○○○○향교재단

【피고, 상 고 인】 대한민국

【원심판결】 청주지법 2001. 6. 21. 선고 99나5140 판결



### 마. 판결이유

(1) 박○학은 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 의하여 원래 원고의 소유였던 이 사건 농지를 분배받았으나 상환을 완료하지 아니한 채 수분배를 포기하고 이 사건 농지를 피고에게 반환하였는바, 피고가 1969. 1. 29. 이 사건 농지에 관한 소유권이전등기를 자신의 명의로 경료하였다 하더라도 구 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법(위 농지법 부칙 제2조 제2호로 폐지, 이하 ‘특별조치법’이라고 한다)의 시행일인 1968. 3. 13.로부터 1년이 경과한 이후에도 이 사건 농지가 분배되지 아니하였으므로 결국 이 사건 농지는 그 기간의 경과와 동시에 원소유자인 원고의 소유로 환원되었다

(2) 구 농지개혁법에 의하여, 자경하지 않는 농지를 정부가 매수한 것은 후에 그 농지가 분배되지 않을 것을 해제조건으로 매수한 것이므로, 특별조치법에 의하여 시행 당시에 분배되지 아니한 농지는 특별조치법 제2조 제1항의 규정에 의하여 국유로 등기되거나 확인된 경작자에게 분배할 농지를 제외하고는 특별조치법 시행과 동시에 분배하지 아니하기로 확정되어 원소유자의 소유로 환원되는 것이고(대법원 1996. 2. 13. 선고 95다41031 판결 참조), 특별조치법 제2조 제1항에 의하여 국유로 등기한 농지라 하더라도 그 후 특별조치법 제2조 제3항의 기간 내에 특별조치법 제2조 제2항에 의거하여 분배된 농지를 제외한 그 외의 농지는 특별조치법 제2조 제3항의 1년의 기간이 경과됨과 동시에 국가의 매수조치가 해제되어 원소유자의 소유로 환원되는 것(대법원 1981. 12. 8. 선고 81다782, 81다카141 판결, 2001. 8. 21. 선고 99다55878 판결 등 참조)이다.

이처럼 구 농지개혁법에 의하여 정부가 매수한 농지가 농민들에게 분배되지 않는 것으로 확정될 경우 그 소유권은 원소유자에게 복귀되는 것이므로 국가가 구 농지개혁법에 따라 농지를 매수한 것은 이를 자경하는 농민 등에게 분배하기 위한 것이고, 분배하지 아니하기로 확정되는 경우에는 원소유자에게 환원될 것이 매수 당시부터 예정되어 있는 것이므로 국가의 매수농지에 대한 점유는 진정한 소유자의 지배를 배제하려는 의사를 가지고 하는 자주점유라고 볼 수 없고, 권원의 성질상 타주점유로 보아야 할 것이다.

같은 취지에서 원심이 피고가 이 사건 부동산을 소유의 의사로 점유하였음을 전제로 하는 시효취득 주장을 배척한 것은 정당하고 거기에, 자주점유의 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

## 71. 지가증권과 분배농지의 소유권 추정력(대법원 2001.8.21. 99다55878)

### 가. 판결요지

구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)에 의하여 정부가 매수한 비자경농지의 지주에게 발급되는 지가증권은 농지대가보상금채권을 증명하

는 증서에 불과하고 농지소유관계를 나타내는 증서는 아니므로, 지가증권을 발급받은 자가 바로 분배대상농지의 소유권자로 추정되는 것은 아니다.

나. 관련법령

구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조 제1호로 폐지)제5조, 제 8조

다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 이○갑

【피고, 상 고 인】 대한민국

【원심판결】 서울지법 1999. 8. 25. 선고 98나51236 판결

**[3] 農地의 賣買 等**

1. 농지의 의미 등(대법원 1998. 5. 29. 97누2542)

가. 판시사항

- [1] 구 농지의보전및이용에관한법률 제4조 제4항 소정의 ‘제2항의 규정에 의하여 협의를 받아 농지를 전용하고자 하는 자’가 부담하여야 할 농지조성비납입의무의 성립시기
- [2] 구 농지의보전및이용에관한법률 제2조 제1호 소정의 ‘농지’의 의미
- [3] 공부상 지목이 전이라도 토지의 현황이 사실상 대지화되어 농지조성비와 전용부담금의 부과대상인 농지에 해당하지 않는다고 한 사례
- [4] 농지조성비 및 농지전용부담금을 자진 납부한 경우, 농어촌진흥공사를 상대로 그 부과처분 취소를 구할 수 있는지 여부(적극)

나. 판결요지

[1] 구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제2조 제7호, 제4조, 농어촌발전특별조치법 제45조의2의 각 규정 등을 종합하면, 구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제 2조에 의하여 폐지) 제4조 제4항에서 정한 ‘제2항의 규정에 의하여 협의를 받아 농지를 전용하고자 하는 자’의 경우에는 ‘제1항의 규정에 의하여 농지의 전용허가를 받고 자 하는 자’나 ‘제5조 제1항의 규정에 의하여 협의·동의 또는 승인을 얻어 농지를 전

용하고자 하는 자'의 경우와는 달리, 위 제2항의 규정에 의한 협의의 시기가 아니라 실제로 농지전용을 하고자 하는 시기를 농지조성비 납입의무의 성립시기로 보아야 한다.

- [2] 농지전용에 따른 농지조성비 및 농지전용부담금을 부과하기 위하여는 그 토지가 구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제2조 제1호 소정의 '농지'이어야 하는데, 위 법조 소정의 농지인지의 여부는 공부상의 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 할 것이고, 공부상 지목이 전으로 되어 있다고 하여도 농지로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없다면 그 토지는 같은 법에서 말하는 농지에 해당하지 아니한다.
- [3] 당해 토지가 토지대장상 지목이 전으로 되어 있으나 1987.경부터 1988.경까지 사이에 공장부지공사로 인하여 당해 건축신고승인 이전에 이미 농지로서의 현상을 상실하였고, 당해 토지를 다시 농경지 또는 다년생식물재배지와 기타 농지의 보전이나 이용에 필요한 시설의 부지로 다시 이용한다는 것도 불가능하여 그 상실상태도 일시적이라고 볼 수 없으므로 이를 농지조성비 등의 부과대상인 농지에 해당하지 아니한다.
- [4] 농어촌진흥공사가 당해 토지의 소유권자에 대하여 당해 농지조성비 및 농지전용부담금을 부과지 한 다음에, 위 소유자가 소외 기초자치단체장으로부터 교부받은 확인서 등을 이용하여 수납기관에 위 농지조성비 등을 신고납입하였다면, 이러한 위 납입행위는 달리 특별한 사정이 없는 한 당해 처분에 의하여 부과된 농지조성비 등의 납입의무를 이행한 것에 불과하다고 할 것이므로, 그 처분에 하자가 있어 취소사유에 해당하는 경우 위 소유자로서는 여전히 당해 처분을 대상으로 하여 그 취소를 구할 수 있다.

#### 다. 관련조문

구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙제2조에 의하여 폐지) 제2조 제1, 7호(현행 농지법 제2조 제9호 참조), 제4조(현행 농지법 제36조 참조), 농어촌발전특별조치법 제45조의2

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 구○남

【피고, 상 고 인】 농어촌진흥공사

【환송판결】 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누14688 판결

【원심판결】 부산고법 1997. 1. 17. 선고 96구518 판결

마. 해설

농지법상 “농지”라 함은 전.답 또는 과수원 기타 그 법적 지목 여하에 불구하고 실제의 토지현상 이 농작물의 경작 또는 다년생식물 재배지로 이용되는 토지(다만, 초지법에 의하여 조성된 초지 등은 제외)와 위 토지의 개량시설의 부지와 고정식 온실 등 농업생산에 필요한 시설의 부지를 말한다.(법 제2조 제1호). 판례는 위에서 본 바와 같이 일관되게 역시 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 한다고 판시하고 있다.<sup>4)5)</sup>

2. 농지매매증명에 관한 판례(대법원 2000.8.22. 99다62609)

가. 판시사항

- [1] 구 농지개혁법상 자경 또는 자영의사 없는 매수인 앞으로 경료된 농지에 대한 소유권 이전등기의 효력(원인무효)
- [2] 채권담보의 목적으로 농지에 대한 소유권이전등기를 하는 경우, 양수인의 자경 또는 자영의 의사 및 농지매매증명이 있어야 하는지 여부(적극)
- [3] 양도인이 양수인에게 손해배상조로 농지의 소유권을 넘겨주기로 약정하고 그에 따라 소유권이전등기를 경료하여 준 다음 그 등기의 말소를 구하는 경우, 신의칙에 위반되

---

4) 동지 판례, 대법원 1996. 6. 14. 선고 95누18901 판결  
 농지전용에 따른 농지조성비 등을 부과하기 위하여는 그 토지가 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법으로 폐지) 제2조 제 1호 소정의 ‘농지’이어야 하는데, 위 법조 소정의 농지인지의 여부는 공부상의 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 할 것이고, 공부상 지목이 담으로 되어 있다고 하여도 농지로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없다면 그 토지는 위 법에서 말하는 농지에 해당하지 않는다. 지목이 담이나 토지의 현황이 사실상 대지화되어 더 이상 농지로서의 실질을 보유하지 못한 채 대지로 완전히 전용되어서 농지조성비와 전용부담금의 부과대상인 농지에 해당하지 않는다.

5) 대법원 1998. 4.10. 97누256, 구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제2조 제7호, 제4조 제4항, 농어촌발전특별조치법 제45조의2의 각 규정에 의하여 농지전용에 따른 농지조성비 및 농지전용부담금을 부과하기 위하여는 그 토지가 농지의보전및이용에관한법률 제2조 제1호 소정의 ‘농지’이어야 하는데, 위 법조 소정의 농지인지의 여부는 공부상의 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 할 것이고, 공부상 지목이 담인 토지의 경우 그 농지로서의 현상이 변경되었다고 하더라도 그 변경 상태가 일시적인 것에 불과하고 농지로서의 원상회복이 용이하게 이루어질 수 있다면 그 토지는 여전히 구 농지의보전및이용에관한법률에서 말하는 농지에 해당한다. 당해 계쟁 토지가 그 건축허가신청당시에 이미 농지로서의 성질을 상실하고 사실상 대지화되었다고 보기 어렵고, 가사 위 토지가 종전의 토지형질변경허가에 터잡은 공사로 인하여 농지로서의 현상이 변경되었다고 하더라도 위 공사가 준공되기 이전에 그 토지형질변경허가가 적법하게 취소되었고, 이로 인하여 위 토지를 농지로 원상회복하는 것이 가능한 점 등에 비추어 그 현상변경이 일시적인 것에 불과하므로, 당해 계쟁 토지는 여전히 구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지)에서 말하는 농지에 해당하고, 따라서 위 토지 전부에 대한 당해 농지조성비 및 농지전용부담금 부과처분이 적법하다.

지 아니한다고 본 사례

**나. 판결요지**

- [1] 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지)상 자경 또는 자영의 의사가 없는 농지의 매수인은 농지매매증명의 발급 여부에 관계없이 농지에 대한 소유권을 취득할 수 없는 것이고, 농지매매증명을 얻은 매수인은 자경 또는 자영의 의사가 있었다고 추정되나, 반증에 의하여 자경 또는 자영의 의사가 없었음이 입증되면 그 추정은 번복되고, 그 추정이 번복되는 경우 이미 소유권이전등기가 마쳐졌다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 등기는 원칙적으로 원인무효로서 비농가인 매수인은 농지개혁법상의 농지소유에 필요한 요건을 구비하지 못한 셈이 되어 농지의 소유권을 취득할 수 없다.
- [2] 채권담보의 목적으로 농지에 대한 소유권이전등기를 하는 경우에도 법률상으로는 농지의 양도이므로 양수인은 자경 또는 자영의 의사가 있어야 하고 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제19조 제2항 소정의 소재지관서의 증명에 있어야만 그 등기가 유효하다.
- [3] 양도인이 양수인에게 손해배상조로 농지의 소유권을 넘겨주기로 약정하고 그에 따라 소유권이전등기를 경료하여 준 다음 그 등기의 말소를 구하는 경우, 객관적으로 선행 행위와 모순되나 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지)에 위반되는 등기를 하게 된 경위에 있어 쌍방 모두에게 주관적 귀책사유가 있고, 양수인은 위장전입의 방법으로 농지를 취득한 것에 불과하여 그 등기가 유효하다는 양수인의 신뢰는 법적으로 보호할 가치가 없어 굳이 합법성의 원칙을 희생하면서까지 신의성실의 원칙을 적용할 필요성은 없다는 이유로, 신의칙에 위반되지 아니한다.

**다. 참조법령**

구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지)제19조 2항 (현행 농지법 제6조, 제8조 참조)

**라. 당사자등**

【원고(반소피고), 피상고인】 박○갑

【피고(반소원고), 상 고 인】 박○을

【원심판결】 서울지법 1999.10.6.선고 99나17479, 17486 판결

### 마. 판결이유

(1) 구 농지개혁법(1994.12.22.법률 4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지)상 자경 또는 자영의 의사가 없는 농지의 매수인은 농지매매증명의 발급 여부에 관계없이 농지에 대한 소유권을 취득할 수 없는 것이고, 농지매매증명을 얻은 매수인은 자경 또는 자영의 의사가 있었다고 추정되나, 반증에 의하여 자경 또는 자영의 의사가 없었음이 입증되면 그 추정은 번복되고, 그 추정이 번복되는 경우 이미 소유권이전등기가 마쳐졌다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 등기는 원칙적으로 원인무효로서 비농가인 매수인은 농지개혁법상의 농지소유에 필요한 요건을 구비하지 못한 셈이 되어 농지의 소유권을 취득할 수 없다 할 것이다(대법원 1984.11.13.선고 84다75 판결, 1992.12.24.선고 92다36403 판결, 1994.9.13.선고 93다52501 판결 등 참조).원심은 채택증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고가 이 사건 농지를 자경 또는 자영할 의사 없이 원고로부터 손해배상조로 그 소유권이전등기를 경료받은 것이어서 피고 명의의 소유권이전등기는 구 농지개혁법상의 농지소유에 필요한 요건을 구비하지 못한 원인무효의 등기라고 판단하였는바, 기록과 위 법리에 비추어 보면 원심의 이와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 농지의 소유권 취득에 관한 법리오해의 위법이 없다.

(2) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 명의의 소유권이전등기가 손해배상조로 이전된 것으로 판단하였을 뿐만 아니라, 채권담보의 목적으로 농지에 대한 소유권이전등기를 하는 경우에도 법률상으로는 농지의 양도이므로 양수인은 자경 또는 자영의 의사가 있어야 하고 구 농지개혁법 제19조 제2항 소정의 소재지관서의 증명이 있어야만 그 등기가 유효한 것이므로(대법원 1981.3.10.선고 80다1983 판결 참조) 이 점을 다투는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 우리 헌법은 제헌헌법 제86조에서 “농지는 농민에게 분배하며 그 분배의 방법, 소유의 한도, 소유권의 내용과 한계는 법률로서 정한다.고 규정한 이래 현재에 이르기까지 ‘경자유전’의 원칙을 거듭 천명하고 있고, 구 농지개혁법 제19조 제2항에서 농지 매매시 소재지관서의 증명을 받도록 규정한 것은 이러한 헌법의 규정을 구체적으로 실천하기 위한 것이므로 그 합법성의 원칙은 존중되어야 한다. 민법상 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안된다는 추상적 규범을 말하는 것인바, 사적자치의 영역을 넘어 공공질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 사안에서는 원칙적으로 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 비로소 적용된다고 봄이 상당하다. 원심이 확정판사실관계에 의하면, 이 사건 농지는 원래 원고의 소유로서 피고가 자경 또는 자영할 의사 없이 주소지 위장전입의 방법으로 피고 앞으로 소유권이전등기를

경료하였을 뿐 여전히 원고가 이를 점유·경작하고 있다는 것인데 원고가 피고에게 손해배상조로 이 사건 토지의 소유권을 넘겨주기로 약정하고 그 약정에 따라 소유권이전등기를 경료하여 준 다음 위 약정에 반하여 그 등기의 말소를 구하는 것은 객관적으로 선행행위와 모순된다 할 것이나, 구 농지개혁법에 위반되는 등기를 하게 된 경우에는 원고와 피고 모두에게 주관적 귀책사유가 있다고 보아야 할 것이고, 피고는 자신이 농지를 취득할 수 없음에도 위장전입의 방법으로 농지를 취득한 것에 불과하여 그 등기가 유효하다는 피고의 신뢰는 법적으로 보호할 가치가 있다고 볼 수 없으므로 굳이 합법성의 원칙을 희생하면서까지 신의성실의 원칙을 적용할 필요성은 없다 할 것이다. 같은 취지에서 원심이 피고의 신의칙 위반 주장을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리 오해의 위법이 없다.

#### 바. 해설6)

##### (1) 농지매매증명의 법적 성질

농지매매증명은 발급관청이 농지의 매수인이 농지개혁법이 정하고 있는 여러 조건들을 구비하고 있는가를 심사하여 매수인이 그러한 조건을 갖추고 있다는 사실을 증명하여 주어 농지매매계약의 효력을 완성시켜 주는 행정행위로 사인간의 법률행위를 증명이라는 동의로써 보충하여 그 행위의 효력을 완성시켜 주는 공법상의 인가적 성질을 가지는 것이라고 할 것이다<sup>7)</sup>. 따라서 소재지 관서가 적법하게 조건을 구비한 농지매매증명발급신청을 불허한 경우라면, 당사자는 소재지 관서를 피고로 하여 그 불허처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있을 것임에는 의문의 여지가 없다.

(2) 농지의 매수인이 농지매매증명의 발급신청을 거부하는 농지매도인에 대하여 민사소송의 방법으로 그 증명의 발급신청절차이행을 청구할 수 있는지 여부

농지를 매도한 자는 특별한 사정이 없는 한 매수인을 위하여 농지매매의 효력발생요건인 농지매매증명이 발급되어 매매목적물인 농지에 관한 소유권이전의 효과가 발생될 수 있도록 협력하여야 할 의무가 있으므로 매수인은 이러한 의무에 위배하여 농지매매증명의 발급신청절차에 협력하지 않는 매도인에 대하여 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 수 있다고 해석하여야 할 것이다. 대법원도 같은 취지에서 1994. 7. 29. 선고 94다9986판결<sup>8)</sup>에서, '농지임대차관리법 시행규칙 제9조 제1항은 농지개혁법 제19조 제2항의 규정에 의한 농지매매증명을 발급받고자 하는 경우에는 원칙적으로 매도인과 매수인이 공동으로 서명 또는 날인한 농지매매증명신청서를 제출하도록 규정하고 있으므로, 농지매매증명을 발급받기

6) 이 부분은 황적인 편, 농업법 100-108면을 요약 정리하였다.

7) 강신섭 '농지매매와 소재지관서의 증명' 사법논집 제25집 제110면

8) 민경도 '농지매매증명 발급을 조건으로 한 소유권이전등기청구의 소의 적부' 법원행정처 대법원 판례해설 22권(94년하반기) 제298면 이하

위하여는 매도인이 농지매매증명의 발급을 신청하는 의사표시를 할 것을 요한다'고 법리를 설시한 후, “농지매매증명의 발급신청은 매매당사자의 어느 한쪽이 하더라도 무방하므로 농지의 매수인인 원고는 스스로 매매증명서의 발급을 신청할 수 있다고 할 것이니, 이 사건 訴로써 매도인인 피고에게 매매증명의 발급신청절차의 이행을 구하는 것은 법률상 아무런 근거가 없다”고 판시한 원심판결에는 농지매매증명발급신청에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다고 판시하였다. 위 판례는, “매수인이 농지에 관한 소유권이전등기절차 이행을 명하는 판결 또는 경락을 받은 경우” 이외에는 원칙적으로 매도인과 매수인이 공동으로 서명 또는 날인한 농지매매증명신청서를 제출하여야 한다는 대법원의 견해를 표명한 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 농지매매증명이 없는 농지매매계약의 효력

① 학설의 태도

첫째, 농지개혁법의 공익적 강행규정성을 강조하여 농지매매증명을 갖추지 않은 매매계약은 절대적으로 무효라는 견해(소위 채권계약 완전 무효설)

둘째, 농지매매증명은 물권적 합의의 효력발생요건에 불과하므로, 그 증명이 없는 경우에도 채권계약으로서의 매매계약은 완전히 유효하다는 견해(소위 채권계약 완전 유효설)

셋째, 농지매매증명은 채권계약으로서의 농지매매계약의 효력발생요건이므로 그 증명이 없으면 원칙적으로 물권적으로 뿐만이 아니라 채권적으로도 무효이나, 다만 증명을 받기 전의 계약이 처음부터 증명을 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적으로 무효로서 유효화될 여지가 없으나, 이와 달리 증명을 받을 것을 전제로 한 거래계약일 경우에는 증명을 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률행위로서 유동적 무효(schwebend unwirksam)의 상태에 있다고 주장하는 견해(소위 채권계약 유동적 무효설)

② 판례의 변천

초기의 판례는 농지매매증명을 물권계약과 채권계약 양자의 효력발생요건이라고 판시하였다(대법원 1958. 5. 8. 선고 4290민상540, 541 판결, 대법원 1960. 8. 18. 선고 4293민상184 판결, 대법원 1962. 2. 15. 선고 4292민상829 판결 등). 그러나 대법원은 1964. 10. 1. 선고 64다563 전원합의체 판결로 종전의 입장을 변경하여, “중래 구민법의 적용을 받을 농지매매로서 소재지판서의 증명이 없는 경우에는 그 효력을 발생할 수 없다고 판시하였음은 소재지판서의 농지매매증명이 없는 경우에는 매매에 관한 물권변동의 효과 즉 소유권이전의 효과를 발생할 수 없다는 취지에 지나지 않으며 농지매매 당사자 사이의 채권계약인 농지매매 계약 자체까지 효력이 발생하지 못한다는 취지가 아니며 농지매매에 있어 소재지판서의 농지증명이 없을지라도 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 매매계약이 유효히 성립될



수 있는 것이다” 라고 판시하여, 농지 소재지관서의 증명이 없어도 채권계약으로서의 농지매매계약은 유효하며, 다만 농지 소재지관서의 증명은 물권적 합의(물권 행위)의 효력발생요건이므로 소유권이전의 효과는 발생되지 않는 것이라는 새로운 견해를 전개함으로써, 앞서 본 학설 중 둘째의 견해를 채택하였다.

위 전원합의체 판결 이후 채권계약완전무효설을 취하는 듯한 이취지의 판례들을 찾아 볼 수 있기는 하지만, 이를 제외한 대체적인 판례의 주류는 농지매매증명이 없어도 채권계약으로서의 농지매매계약은 유효하다는 입장을 현재까지 취하여 오고 있다(대법원 1965. 9. 7. 선고 65다1293 판결, 대법원 1972. 6. 27. 선고 72다700 판결, 대법원 1979. 8. 28. 선고 79다1077 판결, 대법원 1987. 4. 28. 선고 85다카971 판결 1996. 8. 23. 선고 96도1514 판결 등). 주류적 판례의 태도를 지지한다.

한편 판례는 일단 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우에 있어서는 농지매매증명을 받은 것으로 추정되어 그 부존재는 이를 다투는 자에게 입증책임이 있지만<sup>9)</sup> 그 부존재가 입증되면 매수인 명의로의 소유권이전등기는 원인무효로 되며<sup>10)</sup>, 소유권이전등기 당시에 농지매매증명을 갖추었다고 하더라도 그 증명이 필요적 기재사항(1가구당 총경작면적이 3정보를 초과하지 않는다는 점 등)을 누락하고 있는 경우<sup>11)</sup>, 그 증명을 신청할 당시에 매수인이 사망한 경우<sup>12)</sup>, 자경 또는 자영의 의사가 없는 자에게 발급된 경우<sup>13)</sup>에는 그 각 등기는 원인무효라고 한다. 또한 중간생략등기의 경우에는 그 각각의 매매마다 소재지관서의 증명이 있음을 요하고 어느 하나의 매매라도 그 증명을 구비하지 못한 경우에는 무효이므로, 최종매수인이 최초매도인을 상대로 소유권이전등기를 청구할 수 없으나<sup>14)</sup>, 그 증명은 최종매수인이 일괄신청하여 얻은 것이라도 무방하다고 한다<sup>15)</sup>.

#### (4) 농지매매증명을 발급받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기를 청구하는 것이 가능한지 여부

대법원은 국토이용관리법상 토지거래허가를 받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행청구는 토지거래허가를 받지 아니하는 한 무효이므로 허용될 수 없다고 판시하면서 그 근거로 토지거래의 허가를 받기 전에는 채권계약 자체가 아무런 효력이 없다는 점을 들

9) 대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1312(법원공보 1987, 1790), 1992. 1. 21. 선고 91다33373판결(법원공보 916, 892)

10) 대법원 1967. 2. 21. 선고 65다1603판결(대법원판결집 제15권(1)민108), 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다58전원합의체판결(대법원판결집 제27권(1)민77), 1984. 11. 13. 선고 84다75(대법원판결집 제32권(4)민77)

11) 대법원 1963. 10. 22. 선고 63다279판결(대법원판결요지집 특별 2-1 190)

12) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다19432(법원공보 907, 2521)

13) 대법원 1968. 5. 28. 선고 68다490판결(대법원판결집 16권(2)민88)

14) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다19432판결(법원공보 907, 2521)

15) 대법원 1966. 2. 22. 선고 65다2300판결(대법원판결집 14권(1)민93), 1968. 7. 16. 선고 65다1115,1116판결(대법원판결집 16권(2)민243)

고 있는 바(위 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결), 이에 반하여 농지매매증명이 없어도 농지매매로서의 채권적 효력은 있고 단지 소유권이전의 효과가 발생하지 않으므로, 위 판례가 농지매매의 경우에도 그대로 적용될 수는 없다.

농지매매증명을 발급받는 것을 조건으로 하는 소유권이전등기청구의 소를 허용하는 것이 종전의 판례에 어긋난다고 할 수는 없다. 다만 농지매매증명을 받을 가능성이 없는 경우에는 위와 같은 소가 허용되지 않는다고 보아야 할 것임에는 의문의 여지가 없다. 대법원도 '농지개혁법 제19조 제2항 소정의 소재지 관서의 증명이 없어도 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 효력이 발생하지 않는 것은 아니고 단지 매매로 인한 소유권이전의 효과가 발생하지 않는 것뿐이므로 농지를 매수한 자는 매도인에 대하여 그 필요가 있는 한 농지매매증명이 발급되는 것을 조건으로 미리 농지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다'고 판시하여 긍정설을 취하고 있다(위 대법원 1994. 7. 29. 선고 94다9986판결).

(5) 농지매매증명의 흠결과 신의칙

- ① 판례에 의하면, 매수인이 재일교포로서 농지매매증명을 받을 수 없음을 알고 농지를 매매하고 대금까지 모두 받은 경우에 있어, 매도인이 농지매매증명이 없음을 이유로 매매계약의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위반되지 아니한다고 하면서도(대법원 1991. 9. 10. 선고 91다19432 판결), 농지 매수인 자신이 농가가 아니고 자영의 의사도 없다거나 도시에 거주하여 농지매매증명을 받을 수 없다 등의 이유를 들어 농지매매계약의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배된다고 하고(대법원 1987. 4. 28. 선고 85다카971판결, 매수인이 기히 지급한 매매대금의 반환을 구한 사안임), 매도인이 매수인에게 농지에 대한 소유권이전등기를 경료한 이후에 위 농지의 매매가 농지개혁법 제19조(농지매매증명에 관한 조항) 위반이라는 이유로 그 등기의 말소를 구함은 신의칙에 위반된다고 하며(대법원 1984. 11. 13. 선고 84다75판결), 매도인이 농지의 매매가 농지개혁법 제27조 위반을 이유로 매수인 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 것도 신의칙 위반이라고 한다(대법원 1980. 11. 11. 선고 80다191판결, 1977. 11. 22. 선고 77다1947판결).
- ② 농지개혁법이 농지매매증명을 요구하는 것은 개인의 권리보호 보다는 공익을 위한 것이라는 측면에서 위 85다카971판결의 취지는 다소 의문이고, 또한 위 85다971의 판결의 사안이 이미 소유권이전등기가 경료된 이후 농지매매증명의 흠결을 이유로 그 말소를 구하는 것이므로, 적어도 소유권이전등기가 경료되지 아니한 상태에서는 매도인은 농지매매증명의 흠결을 이유로 매매계약의 무효를 주장할 수 있다고 하여야 할 것이다.

### 3. 농지취득자격증명의 효력(대법원 1998.2.27. 97다49251)

#### 가. 판시사항

- [1] 농지법상 농지취득자격증명이 농지 취득의 원인이 되는 법률행위의 효력발생요건인지 여부(소극)
- [2] 농지에 대한 소유권이전등기절차이행의 소송에서 농지취득자격증명이 없다는 이유로 그 청구를 배척할 수 있는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 농지법 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에 첨부하여야 할 서류로서(농지법 제8조 제4항), 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건은 아니다.
- [2] 농지에 대한 소유권이전등기절차이행의 소송에서, 비록 원고가 사실심 변론종결시까지 농지취득자격증명을 발급받지 못하였다고 하더라도 민사소송절차의 종료 후 얼마든지 농지취득자격증명을 발급받아 농지의 소유권을 취득할 수 있으므로, 원고가 농지취득자격증명을 발급받은 바 없다는 이유로 그 청구가 배척되지는 않는다.

#### 다. 관련법령

- [1] 농지법 제8조 [2] 농지법 제8조

#### 라. 당사자 등

- 【원고, 피상고인】 박○갑
- 【피고, 상 고 인】 박○을
- 【원심판결】 대구지법 1997. 9. 26. 선고 96나12786 판결

#### 마. 판결이유

(1) 제1, 2점에 대하여 원심이 그 내세운 증거에 의하여, 원고는 1988. 7.경 당시 그의 처였던 소외 박○병을 통하여 농지인 이 사건 각 부동산을 소외 윤현주 외 8인 및 소외 박○정에게서 각 전전 매수한 피고로부터 대금 합계 금 12,000,000원에 매수하고, 그 매매대금을 전액 피고에게 지급하면서 다만 위 각 부동산의 소유권이전등기는 피고 명의로 하기로 피고와 약정한 사실, 위 약정에 따라 이 사건 제1부동산에 관하여 1988. 7. 26.에, 이 사건 제2부동산에 관하여 같은 달 25.에 피고 명의로 소유권이전등기가 각 마쳐진 사실, 원고의 명의신탁해지의 의사표시가 기재된 이 사건 소장부분이 1996. 4. 17. 피고에게 송달된 사실

을 각 인정한 다음, 위 각 부동산은 원고가 피고에게 명의신탁한 것인데, 이 사건 소장부분의 송달로써 위 명의신탁은 해지되었으므로, 피고는 원고에게 위 각 부동산에 관하여 1996. 4. 17. 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 후, 피고의 주장 즉, 피고는 원고가 아닌 위 박○병로부터 위 각 부동산을 명의신탁받은 것이라는 주장과 피고가 1989. 7.경 위 박○병로부터 위 각 부동산을 다시 매수함으로써 위 명의신탁약정은 해지되었다는 주장을 그 판사와 같은 이유로 모두 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 사실인정과 판단은 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 명의신탁 성립에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 제3점에 대하여 농지법 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에 첨부하여야 할 서류로서(농지법 제8조 제4항), 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건은 아니라고 할 것이다.

원심이, 같은 취지에서 비록 사실심 변론종결시까지 농지취득자격증명을 발급받지 못하였다고 하더라도 민사소송절차의 종료 후 얼마든지 농지취득자격증명을 발급받아 농지의 소유권을 취득할 수 있는 길이 열려져 있는 것이라고 하여 이에 관한 피고의 주장(즉, 원고가 위 각 부동산에 대하여 농지취득자격증명을 발급받은 바 없으므로, 위 각 부동산의 소유권이전등기 절차의 이행을 구하는 원고의 이 사건 청구는 허용되어서는 아니 된다는 주장)을 배척한 조치는 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 농지법 제8조 소정의 농지취득자격증명에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 바. 해설16)

### (1) 현행법규의 해석

농지법 제8조 제1항은 “농지를 취득하고자 하는 자는 .. 농지취득자격증명을 발급받아야 한다”고 규정하고 있는바, 여기서의 취득은 ‘소유권의 취득’으로 볼 수 있다. 농지법은 농지개혁법과는 달리 취득원인인 매매를 위하여 농지취득자격증명을 요구하고 있는 것이 아니라, 취득 자체를 위하여 필요한 것으로 규정하고 있다. 따라서 매매계약 자체는 위 취득자격증명을 발급받았는지의 여부와 관계없이 완전하게 효력을 발생한다고 볼 수밖에 없다고 할 것이다(결국 위 취득자격증명은 농지매매 자체에 대한 증명이고 단지 농지 취득의 자격증명에 불과하다). 그러므로 농지의 매수인은 농지취득자격증명을 받은 바가 없다고 하더라도 농지의 매도인에 대하여 매매를 원인으로 소유권이전등기를 구할 수 있다 할 것이다. 다만 당사자가 소유권이전등기를 하려면 위 판결만 가지고는 아니 되고 농지취득자격증명이 첨부되어야만 한다(등기예규 제833호).

16) 이 부분은 황적인 편, 농업법 108-110면을 요약 정리하였다.

앞서 본 바와 같이 농지개혁법에서 농지매매증명을 받기 위하여는 원칙적으로 매도인과 매수인이 공동으로 서명 또는 날인한 농지매매증명신청서를 제출하여야 하였으나(농지임대차관리법시행규칙 제9조 제1항), 농지법에서는 농지취득을 하고자 하는 자가 단독으로 신청하게 변경되었다(농지법시행령 제10조 제1항).

현재로서 이러한 현행 농지법상의 농지취득자격증명에 대한 해석에 관하여 학자들의 활발한 논의를 찾아보기는 어렵다.

## (2) 판례의 태도

대법원도 현행 농지법 제8조의 농지취득자격증명에 대하여는, 위 판결에서 보듯이 ① 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건은 아니고, ② 민사소송절차의 종료 후 얼마든지 농지취득자격증명을 발급받아 농지의 소유권을 취득할 수 있으므로, 원고가 농지취득자격증명을 발급받은 바 없다는 이유로 그 청구가 배척되지는 않는다.”고 판시하기에 이르렀다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다49251 판결).<sup>17)</sup>

(3) 위와 같은 법규의 해석과 판례의 태도는 경매절차에도 그대로 원용할 수 있는 것인가? 이에 대하여는 다음의 3가지 견해를 예상할 수 있는데, 첫째는 농지의 경매의 경우에도 그 농지취득자격증명은 소유권이전등기를 촉탁할 때에 첨부하면 족한 것이므로, 경락허가결정시에는 필요없다는 견해이다(소위 등기촉탁시설). 그 논거는, 농지법 제8조 제4항은 “농지를 취득하고자 하는 자”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘취득’에는 매매 등 법률행위에 의한 물권변동과 ‘경매’ 등 법률규정에 의한 물권변동을 모두 포함하는 규정이라고 해석되므로, 경매의 경우에도 경매법원의 등기촉탁시까지 첨부하면 족하다고 한다. 둘째는 농지의 경매의 경우에는 그 농지취득자격증명은 대금완납시까지 제출하면 족하므로, 경락허가결정시에는 필요없다는 견해로(소위 대금납부시설), 그 논거는, 경매는 매매 등 법률행위에 관한 물권변동이 아니라 법률규정에 의한 물권변동이므로(민법 제187조) 등기는 그 취득요건이 아니고, 경매의 경우의 소유권이전시기는 경락대금을 완납한 때이므로(민사소송법 제646조의2), 농지법 제8조 제4항에서 ‘농지를 취득하고자 하는 자’를 해석함에 있어서도, 법률행위에 의한 물권변동의 경우와 법률규정에 의한 물권변동의 경우를 구분하여 보아야 하고, 법률행위에 의한 물권변동의 소유권취득시점은 등기한 때이므로, 법률규정에 의한 물권변동의 하나인 경매의 경우에는 ‘대금완납시’에 소유권을 취득하는 것이므로, 결국 대금완납시까지 농지취득자격증명을 제출하면 족하다는 것이다. 셋째로 농지의 경매의 경우도

17) 이와 같은 판결은, 농지법이 구 농지개혁법과 달리 제8조 제4항과 같은 규정을 두었을 뿐만 아니라, 농지법이 종래의 경자유전의 원칙을 보다 완화하고 있는 점(농업기술개발을 위한 시험, 연구를 하는 자, 종묘 기타 농업기자재를 생산하는 자, 농지의 전용허가를 받은 자 등에 대하여도 소유자격을 인정함. 농지법 제6조 제2항 1호 내지 9호 참조), 농지상한을 폐지하고 있는 점 등의 입법취지(대한민국법령연혁집 제19권, 231면)를 고려한 것으로 보인다.

그 농지취득자격증명은 경락허가결정시까지 제출하여야 한다는 견해(소위 경락허가결정시설)인데, 그 논거는, 경매절차를 살펴보면, “경매신청 → 경매기일 → 경락기일(경락허가결정) → 대금지급기일(경락허가결정확정일로부터 1월 이내) → 대금납부 → 배당절차”로 이어지는바, 경락기일과 대금지급기일은 비교적 단기간이고 경매절차는 법원이 관여하여 진행되고 그 절차의 진행이 서로 상관관계를 맺고 있으므로, 경매의 경우는 일반 매매의 경우와 달리 취급하여야 함이 상당하고, 실제로 대금지급기일에 대금을 납부할 때 그 대금은 은행에 납부하게 되는데 은행에서 어느 경우에 농지취득자격증명을 요하는지 여부를 확인할 방도가 없으므로, 경락허가결정시까지 요구하더라도 부당하지는 않다는 것이다. 세번째의 경락(또는 낙찰)허가결정시설의 논거가 타당한 것으로 보이고, 판례도 같은 견해를 취하고 있는 것으로 이해된다(대법원 1997. 12. 23. 선고 97다42991 판결, 1999. 2. 23.자 98마2604결정).

#### 4. 농지취득자격증명발급신청과 경매절차(대법원 1999.4.9. 98두12437)

##### 가. 판시사항

부동산경매사건의 최고가매수신고인이 경락기일에 경매법원에 제출할 목적으로 농지취득자격증명발급신청을 하였으나 행정청의 적극적인 처분 없이 경락기일이 도과한 경우, 위 신고인에게 부작위 위법확인을 구할 소의 이익이 있는지 여부(적극) 및 부작위 위법 여부의 판단 기준시(=사실심구두변론종결시)

##### 나. 판결요지

부동산강제경매사건의 최고가매수신고인이 애당초 농지취득자격증명발급신청을 한 목적이 경락기일에서 경매법원에 이를 제출하기 위한 데에 있고 행정청이 적극적인 처분을 하지 않고 있는 사이 위 경락기일이 이미 도과하였다 하더라도, 위 사실만으로 위 신고인이 부동산을 취득할 가능성이 전혀 없게 되었다고 단정할 수는 없으므로 위 경락기일이 이미 도과함으로써 위 신고인이 농지취득자격증명을 발급받을 실익이 없게 되었다거나 행정청의 부작위에 대한 위법확인을 구할 소의 이익이 없게 되었다고 볼 수는 없으며, 또한 부작위 위법 여부의 판단 기준시는 사실심의 구두변론종결시이므로 행정청이 원심판결선고 이후에 위 신고인의 위 신청에 대하여 거부처분을 함으로써 부작위 상태가 해소되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

##### 다. 관련조문

행정소송법 제2조 제1항, 제4조 제3호, 제36조, 농지법 제8조 제1항, 제2항, 농지법시행령 제8조 제1항, 제10조, 농지법시행규칙 제7조 제3항

라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 한○수

【피고, 상 고 인】 부여군 옥산면장

【원심판결】 대전고법 1998. 6. 19. 선고 97구3697 판결

마. 판결이유

원심은, 원고가 이 사건 부동산에 관한 대전지방법원 강경지원 96타경6802 부동산강제경매사건의 최고가매수신고인으로서, 경락기일인 1997. 6. 20. 위 법원에 농지취득자격증명을 제출하기 위하여 1997. 6. 17. 피고에게 이 사건 부동산을 취득농지로 하는 농지취득자격증명 발급신청을 하였으나, 피고는 원고의 신청서에 농지관리위원회 위원 2인의 농지취득자격 확인이 누락되었다는 이유로 원심변론종결일까지 아무런 처분도 하지 아니한 사실을 인정하였다.

원심은 나아가, 피고가 원고의 신청에 대하여 아무런 처분을 하지 아니하고 있는 것은 위법하며, 원고로서는 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하기 위하여 위 부작위가 위법하다는 확인을 구할 법률상의 이익이 있다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보니, 원심의 이러한 사실인정 및 판단은 정당하고 거기에 소의 이익에 관한 법리오해의 위법은 없다.

그리고 원고가 애당초 이 사건 농지취득자격증명발급신청을 한 목적이 1997. 6. 20. 실시 예정인 경락기일에서 경매법원에 이를 제출하기 위한 데에 있고 피고가 적극적인 처분을 하지 않고 있는 사이 위 경락기일이 이미 도과하였다 하더라도, 위 사실만으로 원고가 이 사건 부동산을 취득할 가능성이 전혀 없게 되었다고 단정할 수는 없으므로 위 경락기일이 이미 도과함으로써 원고가 이 사건 농지취득자격증명을 발급받을 실익이 없게 되었다거나 피고의 부작위에 대한 위법확인을 구할 소의 이익이 없게 되었다고 볼 수는 없으며, 또한 부작위 위법 여부의 판단기준시는 사실심의 구두변론종결시이므로(대법원 1992. 7. 28. 선고 91누7361 판결, 1990. 9. 25. 선고 89누4758 판결 등 참조), 피고가 원심판결선고 이후에 원고의 이 사건 신청에 대하여 거부처분을 함으로써 부작위 상태가 해소되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

5. 농업진흥지역 지정처분에 관한 판례(서울고등법원 1997.4.17. 97구33302)

가. 당사자 등

【원 고】 이○규 외 1

【피 고】 경기도지사

## 나. 판결이유

### (1) 관계 법령 등

법 제40조 제1항은, 정부는 농지를 효율적으로 이용보전함으로써 농업의 생산성 향상을 도모하기 위하여 농업진흥지역을 지정한다고 규정하고 있고, 제2항은 제1항의 규정에 의한 진흥지역은 다음 각호의 용도구역으로 구분하여 지정할 수 있다고 규정하고, 그 제1호로 농업진흥구역 : 상당한 규모로 농지가 집단화된 지역으로서 농업목적으로 이용하는 것이 필요한 지역 을, 제2호로 농업보호구역 : 농업진흥구역의 농업환경을 보호하기 위하여 필요한 지역 을 들고 있으며, 그 지정대상에 관하여 제41조는 위 진흥지역은 국토이용관리법 제6조의 경지지역과 도시계획법 제17조 제1항 제4호의 녹지지역을 그 대상으로 한다고 규정하고, 그 지정절차에 관하여 제42조 제1항은 시·도지사는 시·도 농어촌발전심의회 의 심의를 거쳐 농림수산부장관의 승인을 얻어 진흥지역을 지정한다고 규정하고, 제2항은 시·도지사는 제1항의 규정에 의한 진흥지역을 지정할 때에는 지체없이 이를 고시하고 관계기관에 통보하여야 하며, 시장·군수 또는 구청장으로 하여금 일반에게 열람하게 하여야 한다고 규정하고, 제4항은 진흥지역의 용도구역 지정요건과 절차 기타 진흥지역의 지정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다.

같은법시행령(1995. 12. 22. 대통령령 제14835호로 제정된 농지법시행령으로 흡수되기 전의 것, 이하 시행령이라고 한다) 제46조 제1항은 법 제40조 제2항 제1호의 농업진흥구역의 지정대상지역은 농업의 진흥을 도모하여야 하는 지역으로서 효율적인 영농기계화가 가능한 지역 중 다음 각호의 1에 해당하는 지역으로 한다고 규정하고, 그 제1호로 농지조성사업 또는 농업기반정비사업이 시행되었거나 시행중인 지역으로서 농업용으로 이용하고 있거나 이용할 토지가 상당한 규모로 집단화되어 있는 지역을, 그 제2호로 제1호에 해당하는 지역 외의 지역으로서 농업용으로 이용하고 있는 토지가 상당한 규모로 집단화되어 있는 지역을 들고 있고, 제3항은 법 제40조 제2항의 규정에 의한 용도구역별 세부지정요령에 관하여는 농림수산부장관이 정한다라고 규정하고 있다.

### (2) 판단

(가) 농업진흥지역 지정처분은 시·도지사가 법령의 범위 내에서 농업의 발전을 도모하고 농민의 이익을 보호하기 위하여 농업의 구조를 개선하여 생산성을 향상시키고 농업을 육성하기 위한 목적으로 농업정책상의 전문적·기술적 판단에 기초하여 행하는 일종의 행정계획으로서 재량행위라고 할 것이므로 그 재량권의 일탈·남용이 없는 이상 그 처분을 위법하다고 할 수 없다 할 것인바(택지개발예정지구지정에 관한 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 참조), 비록 이 사건 각 토지에 대하여 이 사건 지정처분 전에 피고 산하 화성군수의 농지전용허가가 있었다거나 위 홍○유 등이 농지전용신고를 하였으며 이 사건 각 토지의 기존 지방도로 맞은편에 농산물직판장 등이 건축되어 있다고 하더라도 앞



서 본 바와 같이 이 사건 각 토지는 평야지에 위치하고 있는 토지로서 한·수해 상습지역이 아닌 점, 이 사건 각 토지의 지목은 이 사건 지정처분 당시 농지인 담으로 되어 있었던 점, 이 사건 지정처분 당시 이 사건 각 토지 인근에 축산폐수가 고여 있었으나 피고 산하 화성군에서 폐수를 배출한 이후로 축산폐수가 유입되지 아니하는 점, 이 사건 각 토지의 주변 토지는 현재도 정상적으로 영농을 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 농지를 효율적으로 이용·보전함으로써 농업생산성의 향상을 도모하기 위하여 이 사건 각 토지를 농업진흥지역으로 지정한 이 사건 지정처분은 이 사건 각 토지의 상황과 그 지정경위에 비추어 합리성이 인정된다고 할 것이고, 그 밖에 피고가 이 사건 지정처분을 함에 있어 재량권을 일탈하거나 남용한 사실을 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 지정처분이 재량권을 일탈하였다거나 남용한 중대하고 명백한 하자가 있음을 전제로 한 원고들의 첫째 주장은 이유 없다.

- (나) 농림수산부장관은 시·도지사에게 농업진흥지역지정처분을 함에 있어서 읍·면별로 이장단, 농지관리위원, 지역농민대표 등을 대상으로 설명회를 개최하도록 농업진흥지역 지정지침 및 재정비지침을 시달한 사실, 이에 피고 산하 송산면장은 이 사건 각 토지를 농업진흥지역의 제외지역으로 지정하기 전인 1991. 9. 17.에는 농업진흥지역지정 설명회를 개최하였으나, 막상 농림수산부장관의 보완요구에 의하여 이 사건 각 토지를 농업진흥지역으로 지정처분을 하기 전에는 설명회를 개최하지 아니한 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증 없으나, 법이나 시행령에서 농업진흥지역 지정처분을 함에 있어서 반드시 설명회를 갖도록 요구하고 있지 아니함에도 농림수산부장관이 설명회를 갖도록 요구한 것은 이해관계자들의 의견을 수렴하는 것이 분쟁의 사전예방, 기득권침해의 최소화, 민주행정 구현 등에 이바지하기 위해서인데도 피고 산하 송산면이 설명회를 개최하지 아니한 것은 위 농업진흥지역 지정지침 및 재정비지침에 따르지 아니한 하자가 있다고 할 것이지만, 그러나 그 하자가 중대하고 명백하여 무효사유에 해당한다고 할 수 없다고 할 것이므로(대법원 1992. 5. 22. 선고 92누1032 판결 등 참조), 원고들의 이유 없다.

- (다) 행정상 법률관계에서 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명하여야 하고, 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 개인에게 귀책사유가 없어 그 신뢰가 보호가치 있는 것이어야 하며, 개인이 견해표명을 신뢰하고 이에 따라 어떠한 행위를 하였어야 하고, 행정청이 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 한다 할 것인바(위 대법원 96누10096 판결 등 참조), 이 사건 각 토지에 대하여 피고 산하 화성군수가 농지전용허가를 하였다거나 위 홍○유 등이 농지전용신고를 하였으며 이 사건 각 토지의 기존 지방도로 맞은

편에 농산물직판장 등이 건축되어 있다는 사정만으로는 피고가 이 사건 각 토지의 소유자인 위 홍○유 등에게 이 사건 각 토지를 농업진흥지역으로 지정하지 않으리라는 신뢰를 주었다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법 제44조 제3항에 의하더라도 이 사건 지정처분으로 인하여 이 사건 각 토지에 대한 기득권이 침해되지 않는다고 할 것이어서 원고들의 이유 없다.

(라) 비록 이 사건 지정처분 후에 이 사건 각 토지의 지목이 잡종지로 변경되었고 그 지상에 건물들을 건축하였으며, 신설도로의 개통으로 이 사건 각 토지가 기존도로와 신설도로에 접하게 되어 이 사건 각 토지에서 영농행위를 한다는 것이 불가능하게 되었다고 하더라도, 앞에서 인정한 바와 같이 이 사건 지정처분이 정당한 이상 위와 같은 사유만으로는 이 사건 지정처분이 중대하고 명백한 하자가 있는 경우로서 무효라고 볼 수 없으므로, 원고들의 주장은 이유 없다.

#### [4] 農地轉用許可 및 許可取消 等

##### 1. 구 농지법시행령 제38조 제1항 제2호의 규정 취지 (대법원 2000.11.24. 2000두2341)

###### 가. 판시사항

- [1] 농지전용허가에 관한 심사기준을 규정한 구 농지법시행령 제38조 제1항제2호의 규정 취지
- [2] 농지의 전용허가를 받으려는 토지에 대하여 택지개발촉진법 제6조제1항에 의한 토지형질의 변경허가를 받을 수 없는 경우, 구 농지법시행령 제38조 제1항 제2호 소정의 농지전용허가에 관한 심사기준에 저촉되는지 여부(적극)

###### 나. 판결요지

- [1] 농지법 제36조 제1항 소정의 농지전용허가에 관하여 그 심사기준을 규정하고 있는 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항은 제2호에서 ‘전용하고자 하는 농지가 전용목적사업에 적합하게 이용될 수 있는지의 여부’를 들고 있고, 이는 농지전용허가가 있었음에도 그 전용 목적사업을 실현할 수가 없어 결과적으로 농지가 이용되지 않은 채 방치되는 것을 방지하기 위하여 둔 심사기준이어서 전용목적사업의 실현에 관하여 법령 등에 의한 인·허가가 필요한 경우에는 그 인·허가의 요건을 갖추고 있을 것도 그 내용으로 한다고 해석하여야 한다.

[2] 택지개발촉진법 제6조 제1항은 예정지구 안에서 토지형질의 변경 등 행위를 하고자 하는 자는 관할시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있으므로 택지개발 예정지구 안에 있는 토지에 대해서는 농지전용의 허가를 받은 자라 하더라도 택지개발촉진법 제6조 제1항에 의한 토지형질의 변경허가를 받지 않고서는 그 전용목적사업을 실현할 수 없는 것이므로, 농지의 전용허가를 받으려는 토지에 대하여 택지개발촉진법 제6조 제1항에 의한 토지형질의 변경허가를 받을 수 없다면 이는 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 제2호 소정의 농지전용허가에 관한 심사기준에 저촉된다.

**다. 관련법령**

- [1] 농지법 제36조 제1항, 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것) 제38조제1항 제2호
- [2] 농지법 제36조 제1항, 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것) 제38조제1항 제2호, 택지개발촉진법 제6조 제1항

**라. 당사자 등**

- 【원고, 피상고인】 박○갑
- 【피고, 상 고 인】 평택시장
- 【원심판결】 서울고법 2000.3.9.선고 99누10089 판결

**마. 판결이유**

- (1) 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심은, 피고가 1997.12.16. 원고에게 한 통지는 원고의 진정에 대하여 중간처리과정을 알려주고, 향후 불이익한 행정처분이 있을 것을 예고하는 안내문에 불과하고 피고는 1998.2.4. 원고의 농지전용허가신청을 불허가하는 행정처분을 한 것이라고 판단하여, 1997.12.16. 행정처분이 있었음을 전제로 하는 피고의 본안전 항변을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다 할 수 없다.
- (2) 농지법 제36조 제1항 소정의 농지전용허가에 관하여 그 심사기준을 규정하고 있는 구 농지법시행령(1999.4.19.대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항은 제2호에서 ‘전용하고자 하는 농지가 전용목적사업에 적합하게 이용될 수 있는지의 여부’를 들고 있고, 이는 농지전용허가가 있었음에도 그 전용 목적사업을 실현할 수가 없어 결과적으로 농지가 이용되지 않은 채 방치되는 것을 방지하기 위하여 둔 심사기준이어서 전용목적사업의 실현에 관하여 법령 등에 의한 인·허가가 필요한 경우에는 그 인·허가의 요건을 갖추고 있을 것도 그 내용으로 한다고 해석하여야 할

것이고(대법원 2000.3.24. 선고 98두8766 판결 참조), 한편 택지개발촉진법 제6조 제1항은 예정지구 안에서 토지형질의 변경 등 행위를 하고자 하는 자는 관할시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있으므로 택지개발예정지구 안에 있는 토지에 대해서는 농지전용의 허가를 받은 자라 하더라도 택지개발촉진법 제6조 제1항에 의한 토지형질의 변경허가를 받지 않고서는 그 전용목적사업을 실현할 수 없는 것이므로, 농지의 전용허가를 받으려는 토지에 대하여 택지개발촉진법 제6조 제1항에 의한 토지형질의 변경허가를 받을 수 없다면 이는 농지전용허가에 관한 심사기준에 저촉된다고 보아야 할 것이다. 그런데 토지형질의 변경 등 행위의 허가권자이기도 한 피고가 이 사건 토지일대가 택지개발예정지구로 지정되었음을 이유로 하여 원고의 농지전용허가신청을 불허가한 이상 원고로서는 특별한 사정이 없는 한 달리 택지개발촉진법에 의한 토지형질의 변경허가도 받을 수 없게 되었다고 보아야 할 것이고, 그렇다면 원고의 농지전용허가신청은 농지의 전용허가의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이, 그 판시와 같은 사정만을 들어 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 것은 농지법상의 농지전용허가의 요건에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이고, 이는 판결에 영향을 미쳤다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 바. 해설

### (1) 농지전용허가의 성질

#### (가) 허가인지 여부

농지전용허가를 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 주는 허가로 볼 것인지, 특정 상대방을 위하여 새로이 권리를 설정하여 주는 특허로 볼 것인지 문제된다.

헌법상의 경자유전의 원칙, 농지이용의 공공복리 적합 의무 등과 농지보전의 원칙 등에 비추어 볼 때 농지의 전용은 농지를 원래 목적 이외의 용도로 사용할 수 있는 새로운 권리를 부여하여 주는 것이므로 강학상의 허가가 아닌 특허라 할 수 있을 것이다. 또는 적어도 일정행위가 유해하거나 사회적으로 바람직하지 않는 것으로서 법령상 원칙적으로 금지되어 있으나 예외적인 경우 금지를 해제하여 당해행위를 적법하게 할 수 있게 하는 예외적 허가(Ausnahmebewilligung)로 이론 구성할 수도 있을 것이다. 그리고 농지전용허가는 신청을 전제로 한 쌍방적 행정행위이다.

#### (나) 재량행위인지 여부

##### ① 판례의 입장

판례는 하급심이지만 “개발제한구역 안에서의 토지형질변경 및 공작물 설치 허가권자나 농지전용 허가권자가 그 허가를 할 것인 지의 여부는, 개발제한구역 지정의 목적에 위배되는지 여부와 농지의 보전가치 및 농지법시행규칙 소정의 심사기준

등을 고려하여 공익성과 합목적성에 따라 할 수 있는 기속재량행위에 속한다. 저유소 확장사업 현장이 유류 수급에 편리한 지역이고 산업시설 및 교통량의 급증으로 유류 수급이 증대되어 저장시설의 확충이 필요할 뿐만 아니라, 그 확충을 위한 토지형질변경이나 공작물 설치가 개발제한구역의 지정 목적에 위반되지도 아니하고 농지전용신청을 한 농지가 농업진흥지역 밖의 산간농지로서 경지정리도 되지 아니하여 농지로서의 보전가치가 희박하고 인근 마을의 농업용수와 생활환경에 크게 영향이 없는 등 농지법시행규칙의 심사기준에 적합함에도 불구하고, 무리한 요구를 하는 주민들과의 미합의만을 이유로 하는 그 불허가 처분은 재량권을 일탈하여 위법하다“(대구고법 1996. 6. 26. 선고 95구7209 판결)고 판시하고 있다.

## ② 검토

기속행위, 재량행위의 구별기준에 관하여, 요건재량설, 효과재량설 등의 견해가 있으나 법규정을 중심으로 판단하는 견해가 타당하다고 본다. 기속행위란 법규가 법규상의 요건이 충족되면 행정청이 반드시 어떠한 행위를 발하거나 발하지 말아야 하는 것으로 규정한 경우 그 법규에 근거한 행위를 말하고, 재량행위란 법규가 요건이 충족됨을 전제로 행정청에 그 효과의 선택권과 결정권을 부여한 경우 그 재량에 따른 행위를 말한다. 이 견해에 의하면 원칙적으로 법규정이 “...하여야 한다.”,

“...한다” 라고 되어 있으면 기속행위이고, “...할 수 있다” 이면 재량행위라 본다.

자유재량행위와 기속재량행위를 구분하는 견해가 있는데 이에 의하면 자유재량행위는 법규의 개념이 다의적이고 불확정하여 무엇이 공익인지 등에 대하여 처분자의 주관적 재량에 의할 수밖에 없는 “무엇이 행정상의 합목적성인가”의 재량행위를 말하고, 기속재량행위는 법규의 개념이 다의적이라 하더라도 법이 예상하는 법요건은 일반사회통념에 의할 때 확정적이며 따라서 행정청은 법규가 정하는 법요건을 일반사회통념 등에 의하여 해석. 판단할 뿐인 “무엇이 법인가”의 재량행위를 말한다. 하지만 기속재량행위인가 자유재량행위인가의 구별 역시 기속재량행위도 결국 법원이 공익 등을 고려하여 재량을 인정하거나 재량의 일탈·남용으로 처리한다는 점에서 실익이 없다 할 것이다.

농지법은 농지전용허가에 관하여 뒤에서 보는 바와 같이, 농지를 전용하고자 하는 ..... 농림부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.(법 제36조 제1항)

농림부장관은 농지 전용허가를 함에 있어서 ..... 경우에는 그 전용을 허가할 수 없다. 농림부장관은 ..... 경우에는 ..... 농지의 전용을 제한할 수 있다.(법 제39조) 라고 규정하고 있다.

위와 같이 “...하고자 하는 자는 ...의 허가를 받아야 한다.”와 같이 행정청의 권한을 간접적으로 규정하고 있는 경우는 행정청의 재량여부에 관한 직접적인 규정이라고

보기는 어렵다. 나아가 기속행위인가 재량행위인가의 판단에 있어 법규정은 중요한 하나의 기준일 뿐이고, 법의 목적, 취지, 행정행위의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 농지전용 허가는 위에서 본 바와 같이 특허에 해당한다. 또한 농지전용허가 여부와 관련하여 가장 중요하게 고려하여야 할 것은 농지보전이라는 공익이다. 따라서 농지전용허가는 농지전용 허가를 제한하여야 하는 경우인지, 전용하고자 하는 농지가 전용 목적사업에 적합하게 이용될 수 있는지, 농수산업, 농어촌 생활 환경에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는 재량행위라 할 것이다.<sup>18)</sup> 물론 농지전용 허가를 금지하고 있는 규정에는 행정청이 기속된다 할 것이다.

(다) 농지전용업무처리세부규정 등의 성질

농지 전용 허가에 관한 훈령으로는 농지전용업무처리세부규정(농림부훈령제897호, 1997.4.22. 전면개정)이 있고, 지침으로는 공공시설설치관련농지전용업무처리지침, 농지전용관련기타업무처리지침 등이 있다. 위 훈령이 국민과 법원을 기속하는 법규적 효력을 갖는가에 대하여 대법원은 일관하여 이는 행정기관 내부의 사무처리 준칙에 불과한 것으로 관계행정기관이나 직원을 기속함에 그치고, 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규로서의 효력은 없다고 판시하고 있다.<sup>19)</sup> 농지전용업무처리세부규정은 행정규칙으로서 법규적 효력을 인정하기는 어렵다 할 것이다. 하지만 재량준칙으로서 행정의 자기구속원리에 의하여 간접적으로 법규적 효력을 인정할 수 있을 것이다.

(라) 농지전용허가 심사기준

농지법 제39조에 의한 농지전용허가 등의 제한에 해당하는지 여부, 전용하고자 하는 농지가 전용목적사업에 적합하게 이용될 수 있는지 여부, 적정면적인지 여부, 농수산업, 농어촌생활환경에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고(법 시행령 제38조 제1항), 농림부장관은 위 심사기준에 적합하지 아니한 경우

18) 참조, 대법원, 1992. 04. 10. 선고 91누7767 판결

산림 내에서의 토석채취 허가는 산림법 제90조의2 제3항 소정의 금지 또는 제한구역에 속하는 경우에는 허용되지 아니함은 물론이나 그에 해당하는 지역이 아니라 하여 반드시 허가하여야 하는 것으로 해석할 수는 없고 허가권자는 신청지 내의 임황과 지황 등의 사항 등에 비추어 국토 및 자연의 보전 등의 중대한 공익상 필요가 있을 때에는 그 허가를 거부할 수 있다고 하여야 할 것이다.

19) 대법원, 1993. 9. 14 선고 93누6959 판결

구 농수산부훈령 제713호 농지전용업무처리심사세부규정 제3조 제4항은 군수가 농지전용신고증 발급에 앞서 구 농지의보전및이용에관한법률시행규칙 제11조의 2, 제6조의 규정에 의한 농지전용의 타당성 여부를 심사하도록 규정하고 있으나, 이는 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과한 것으로 관계행정기관이나 직원을 기속함에 그치고, 일반 국민이나 법원을 구속하는 법규로서의 효력이 없다.

동지; 대법원, 1991. 9. 10. 선고 90누9865판결[농지전용허가심사세부규정(농림수산부훈령 제595호, 제611호) 제3조 제1항의 용도증명서 발급에 관한 판결]

에는 농지의 전용허가를 하여서는 안되는 의무를 진다.(같은 조 제2항) 이 경우 허가를 하지 않아야 하는 농림부장관의 의무는 기속행위라 할 것이다.

(마) 농지전용허가의 취소 등

허가권자는 농지전용허가 등을 한 후 ① 사기 기타 부정한 방법으로 허가를 받거나 신고를 한 경우, ② 허가의 목적 또는 조건을 위반하거나 허가 또는 신고 없이 사업계획 또는 사업규모를 변경하는 경우 등 일정한 법 제41조에 해당하는 경우 허가를 취소하거나 관계공사의 중지, 조업의 정지, 사업규모의 축소 또는 사업계획의 변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

농지전용허가의 취소 등을 구할 수 있는 원고적격이 있는가에 대하여 판례는 토지상에 시멘트 하치장을 설치하기 위한 농지전용허가를 함에 있어 그 농지인근에 거주하는 주민들은 하치장 설치시 소음 분진 등으로 주거의 안녕 및 생활안정을 해한다는 이유로 무효확인을 구할 원고 적격이 없다고<sup>20)</sup> 하여 인근 주민의 당사자적격을 부정하고 있다.

(바) 원상회복

농림부장관, 시장, 군수 또는 자치구구청장은 농지전용 허가 또는 농지의 타용도 일시사용 허가를 받지 아니하고 농지를 전용하거나 타용도로 사용하거나, 농지전용신고를 하지 아니하고 농지를 전용하거나, 허가가 취소된 경우에는 그 행위를 한 자에 대하여 일정한 기간을 정하여 원상회복을 명할 수 있다.(법 제44조 제1항)<sup>21)</sup> 위 원상회복명령에 위반하여 원상회복을 하지 아니한 때에는 행정대집행법에 의하여 대집행하여 원상회복을 할 수 있다.(같은 조 제2항, 제3항)

(사) 용도변경 승인

농지전용허가 협의를 받거나 농지전용신고를 하고 농지전용 목적사업에 사용되고 있거나 사용된 토지를 일정 기간이내에 다른 목적으로 사용하고자 하는 경우에는 시장,군수 또는 자치구구청장의 승인을 얻어야 한다.(법 제42조)<sup>22)</sup>

20) 서울고법, 1995. 1. 17. 선고 95구18538 판결

21) 대법원 1981. 10. 13. 선고 80누158 판결

상대농지전용허가를 받음이 없이 상대농지를 육우 및 양계를 위한 시설의 용지로 전용하였다는 이유로 피고 군수가 원고에게 1978.12.19자로 원상복구명령과 계고처분을 하고 1979.6.19자로 앞서의 계고처분에 의한 원상복구의무의 이행기한을 동년 7.31로 유예한 후 1979.7.10 원고에게 통지한 “원상복구촉구”의 공문은 선행된 원상복구명령 및 계고처분에 의하여 부담하고 있는 원상복구의무의 이행을 촉구 내지 권고하는 취지로서 그 자체로서는 원고에 대하여 어떤 법률적 의무를 부담시키는 법적 효과가 발생하는 것이 아니므로 이를 독립된 행정 처분이라고 할 수 없고 따라서 이의 취소를 구하는 항고소송은 부적법하다.

22) 농지전용신고는 법 제37조 참조

대법원 1993. 9. 14 선고 93누6959 판결

농어촌발전특별조치법 제47조 제1항은 농가가 대통령령으로 정하는 규모 이하의 농가주택과 농업용 시설의 설치 등을 목적으로 하는 경우 농지의보전및이용관한법률 제4조 제1항 등의 규정을 배제하고 자유로이 신고만으로 농지를 전용할 수 있도록 한 취지이므로 위 농어촌발전특별조치법 제47조 제1항의 규정에 의한 농지전용신고를 받은 행정청으로서의 당해 전용신고가 위 법과

## 2. 공익상 필요와 농지전용불허가처분(대법원 2000.5.12. 98두15382)

### 가. 판시사항

- [1] 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정되는 경우, 농지전용행위를 불허가할 수 있는지 여부(적극)
- [2] 농지전용신청 대상 농지가 국립공원인 치악산 인근에 위치하고 있고 주변이 마을관 광단지로 지정되어 일반 시민의 휴식공간으로 이용되고 있으며 산림훼손 제한지역으로 고시되어 있는 경우, 여관 건물을 신축하기 위한 농지전용허가신청에 대한 불허가 처분이 중대한 공익상의 필요에 의한 것으로서 적법하다고 한 사례

### 나. 판결요지

- [1] 농지법이 농지의 소유·이용 및 보전 등에 필요한 사항을 정함으로써 농지의 효율적인 이용·관리 등과 함께 국토의 환경보전에 이바지함을 그 목적으로 하면서(제1조) 농지가 국민의 식량공급과 국토환경보전의 기반으로 소중히 보전되어야 함은 물론 공공복리에 적합하게 관리되어야 하고 그에 관한 권리의 행사에는 필요한 제한과 의무가 따른다는 것을 농지에 관한 기본이념으로 설정하고 있는 점(제3조 제1항), 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것)에서 농지전용허가에 대한 심사기준에도 농어촌생활환경에 미치는 영향 등을 고려하도록 하고 있는 점등에 비추어 볼 때, 농지전용행위에 대하여 허가관청은 구 농지법시행령이 정한 위의 심사기준에 부적합한 경우는 물론 대상 농지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 종합적으로 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정되는 경우에도 이를 불허가할 수 있다.
- [2] 농지전용신청 대상 농지가 국립공원인 치악산 인근에 위치하고 있고 주변이 마을관 광단지로 지정되어 일반 시민의 휴식공간으로 이용되고 있으며 산림훼손 제한지역으로 고시되어 있는 경우, 여관 건물을 신축하기 위한 농지전용허가신청에 대한 불허가 처분이 중대한 공익상의 필요에 의한 것으로서 적법하다고 한 사례.

### 다. 관련법령

농지법 제1조, 제3조 제1항, 제39조 제2항 제2호, 제3호, 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것)제38조, 행정소송법 제1조[행정처분일반]

---

같은 법 시행령 제57조에 규정된, 신고에 의하여 전용할 수 있는 경우에 해당하는지 여부 및 위법 규정에 의한 농지관리위원회의 확인절차를 거쳤는지 여부 등을 심사하여 그것이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 위 법규정에 정하지 아니한 농지의 보전가치 등을 심사하여 이를 이유로 신고 수리를 거부할 수 없다.



## 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 이○갑

【피고, 상 고 인】 원주시장

【원심판결】 서울고법 1998. 8. 18. 선고 97구48717 판결

## 마. 판결이유

원심은, 원고가 원주시 행구동 53의 1 과수원 3,779㎡ 중 495㎡(아래에서는 ‘이 사건 농지’라 한다)에 대하여 그 위에 지하 1층, 지상 3층의 숙박시설(여관)을 신축할 목적으로 그 부지 조성을 위한 농지전용허가를 신청하였는데, 피고는 이 사건 농지는 소득 높은 과수원으로 이용되고 있고 원주시 지역의 유일한 마을관리관광지로서 원주시민의 휴식처로 제공되고 있으며 국립공원 인접지역에서 자연경관의 훼손이 우려되고 지역주민들이 반대한다는 등의 사유를 들어 그 농지전용을 불허가하는 처분(아래에서는 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 한 사실을 인정하였다.

그리고 원심은, 피고로서는 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 각 호의 심사기준을 토대로 공익성과 합목적성 등을 고려하여 농지전용허가 여부를 결정할 수 있으나 그 허가 신청이 위의 심사기준에 적합한 이상 허가를 제한함으로써 달성하려는 공익과 이로 인하여 상대방이 받는 불이익을 신중히 비교교량하여 지역사회의 개발, 공용·공공용 목적사업의 시행 기타 부득이한 사유가 없는 한 위의 심사기준 외의 사유를 들어 허가를 거부할 수는 없다고 전제한 다음, 피고가 내세운 위와 같은 사유는 위의 심사기준에 해당하지 아니하고, 한편 피고가 이 사건 소송에 이르러 이 사건 처분의 사유로서 추가하여 들고 있는 사정들 즉 이 사건 농지를 전용하여 여관을 신축할 경우 토사유출로 인하여 인근 농지를 손괴할 우려가 있고 일조와 통풍에 장애가 발생할 우려가 있으며 이 사건 농지의 주위 임야들이 산림훼손 제한지역으로 고시되어 있어 이는 농지법 제39조 제2항 제2호, 제3호와 농지법시행령 제38조 제1항 제2호, 제5호에 정한 제한사유에 해당한다는 점은 피고가 당초 이 사건 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실 관계를 달리하는 것이어서 이 사건 처분의 적법 여부를 판단할 사유로 삼을 수 없으며, 나아가 이 사건 농지가 마을관리관광지로 지정된 곳에 위치하고 인접한 임야들은 산림보호구역으로 지정되어 있다는 사정만으로는 이 사건 농지의 전용을 불허가할 공익적 필요가 있다고 보기 어렵고 달리 그 점을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 이 사건 처분은 재량권 범위를 일탈한 것이므로 위법하다고 판단하여 그 취소를 구하는 원고의 이 사건 청구를 받아들였다.

그러나 농지법이 농지의 소유·이용 및 보전 등에 필요한 사항을 정함으로써 농지의 효율적인 이용·관리 등과 함께 국토의 환경보전에 이바지함을 그 목적으로 하면서(제1조) 농지가 국민의 식량공급과 국토환경보전의 기반으로 소중히 보전되어야 함은 물론 공공복리에 적합하게 관리되어야 하고 그에 관한 권리의 행사에는 필요한 제한과 의무가 따른

다는 것을 농지에 관한 기본이념으로 설정하고 있는 점(제3조 제1항), 그의 시행령에서 농지전용허가에 대한 심사기준에도 농어촌생활환경에 미치는 영향 등을 고려하도록 하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 농지전용행위에 대하여 허가관청은 구 농지법시행령이 정한 위의 심사기준에 부적합한 경우는 물론 대상 농지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 종합적으로 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정되는 경우에도 이를 불허가할 수 있다 할 것이다(대법원 1999. 7. 13. 선고 97누15920 판결 참조). 위의 법리와 기록상 알 수 있는 이 사건 특유의 사실관계를 함께 고려할 때, 피고가 당초 이 사건 처분의 근거로 삼은 사유들 중 이 사건 농지는 과수원으로 이용되고 있고 원주시지역의 유일한 마을관리관광지로서 원주시민의 휴식처로 제공되고 있으며 국립공원 인접지역에서 자연경관의 훼손이 우려된다는 점은, 이 사건 농지전용허가신청을 불허가할 위에서 본 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우에 해당하는 사유가 있다는 취지로 이해할 수 있고, 또한 피고가 이 사건 소송에서 추가하여 주장하는 이 사건 농지의 인접 임야들이 산림훼손 제한지역으로 지정되어 있다는 사유는 이 사건 농지에 인접하여 있는 주위 토지의 상황에 관한 구체적인 사정으로서 피고가 당초 이 사건 처분의 근거로 삼은 위와 같은 공익상 필요라는 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정된다고 보아야 할 것이다.

그리고 원심이 확정된 사실관계와 기록에 의하니, 이 사건 농지가 포함된 원주시 행구동 53의 1 토지는 국립공원인 치악산 자락에 위치하고 있고 그 주변은 자연경관이 수려하고 관음사, 연암사 등의 사찰이 있어 마을관리관광지로 지정되어 일반 시민의 휴식공간으로 이용되고 있는 사실, 위의 토지는 약 7년생 배나무 130여 그루가 식재되어 있는 과수원이고 그 인접 임야들은 산림이 울창하고 수려하여 산림훼손 제한지역으로 고시되어 있으며 인근에 위치한 과수원 단지에서는 ‘치악산 복숭아’, ‘치악산 배’로 전국적으로 알려진 품질 좋은 복숭아와 배가 생산되고 있는 사실, 위의 관광지는 원주시 중심가에서 3~4km 정도 떨어져 있어 원주 시민들이 자주 이용하고 있고 그 아래쪽 경계선인 계곡을 따라 하천이 흐르고 있는데, 하천 건너편에는 그 관광지 입구에 이르는 도로가 개설되어 도로 양쪽으로 음식점, 숙박시설 등이 군데군데 들어서 있는 반면, 하천 위쪽 즉 이 사건 농지가 있는 관광지 지역은 개발이 거의 이루어지지 아니한 사실, 원고가 이 사건 농지 위에 건축하려고 하는 건물은 지하 1층 161.25㎡, 지상 1층 281.04㎡, 지상 2, 3층 각 276.36㎡의 여관인 사실을 알 수 있다.

사정이 위와 같아서, 원고가 여관을 건축하게 될 경우 일반시민의 휴식공간으로 이용되고 있는 이 사건 농지 주변의 자연경관에 어울리지 않을 뿐만 아니라 이를 훼손할 우려가 있고 농촌생활환경에도 적지 않은 영향을 미칠 것으로 예상되므로 이 사건 농지는 농지인 상태 그대로 보전할 필요가 있다고 볼 것이기에, 피고가 원고의 이 사건 농지전용허가신청에 대하여 이를 허가하지 아니하는 이 사건 처분을 한 것은 이 사건 농지의 현상과 위치, 주위의 상황 및 원고의 여관건축이 환경에 미치는 영향 등에 비추어 국토 및 자연의

유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상의 필요에 의한 것으로서 적법하다고 보아야 할 것이다.

따라서, 원심이 이와 달리 이 사건 농지의 인접 임야들이 산림훼손 제한지역으로 지정되어 있다는 사유까지도 당초의 처분사유와 기본적 사실관계에서의 동일성이 없다고 보고, 아울러 위와 같은 중대한 공익상의 필요가 있어 이루어진 이 사건 처분을 그의 판시와 같은 이유로 위법하다고 판단한 것은, 처분사유의 추가 및 동일성에 관한 법리와 농지전용허가의 제한에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이고, 상고이유의 주장 중 이 점을 지적하는 부분은 정당하기에 이를 받아들인다.

### 3. 향토유적보호와 농지전용불허가 여부(대법원 2000.3.24. 98두8766)

#### 가. 판결요지

‘강화군 향토유적조례’에 의하여 향토유적으로 지정된 봉오리 돈대(墩臺)에 인접한 토지에 주택 등을 신축하기 위한 농지전용허가신청에 대하여 향토유적의 보호를 이유로 거부할 수 없다고 한 사례.

#### 나. 판결이유

구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제8조 제1항의 규정상 건축허가는 건축물의 대지가 도시계획구역이나 국토이용관리법에 의하여 지정된 도시지역과 준도시지역 또는 대통령령이 정하는 지역에 속하거나 건축물의 규모가 연면적 200㎡ 또는 3층 이상인 경우에 요구되는 것인 반면, 기록에 의하면, 이 사건 토지는 국토이용관리법상 준농림지역에 속하는 농지이고, 원고가 이를 전용하여 신축하고자 하는 주택 및 화장실도 연면적이 101.31㎡인 지상 1층의 건축물임을 알 수 있을 뿐이어서(기록 30면), 이 사건 토지에 위와 같은 규모의 건축물을 신축하는 것이 건축법상 건축허가가 요구되는 건축행위라고 단정할 수 없다.

뿐만 아니라, 구 문화재보호법(1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조, 제4조 내지 제8조, 제20조 제4호, 제55조 및 제58조 제2항에 의하면, 문화재 혹은 그 보호구역에서의 현상변경 행위 등은 소정의 허가를 받아야 하지만, 이는 그 문화재가 국가지정 문화재 또는 시도지정 문화재이거나 시도지사가 지정한 문화재자료에 해당할 것을 전제로 하고 있는 데 비하여, 기록에 의하면, 이 사건 토지에 인접한 원심 판시의 봉오리 돈대는 이 사건 처분 당시 ‘강화군 향토유적조례’에 기하여 지정된 향토유적일 뿐 위와 같은 문화재보호법상의 지정문화재에 해당하지 아니함을 알 수 있으므로, 이와 같은 향토유적 인접지에서의 건축행위에 문화재보호법상의 허가가 요구된다고도 할

수 없다.

또한 기록에 의하면, 피고가 이 사건 처분을 하면서 ‘강화군 향토유적조례’를 근거로 삼았음이 분명하고, 이 조례는 지방자치법 제10조 제2항과 그 시행령 제8조 [별표 1] 제5항(다)목의 2에서 시·군의 자치사무로 규정하고 있는 비지정문화재(향토유적 등)의 보존·관리를 위하여 마련된 것으로 보이지만, 그 내용을 기록에 의하여 살펴보면, 이 사건 토지와 같은 향토유적 인접지에서의 건축행위에 대하여 허가제 등의 제한을 직접 법률의 위임에 따라 규정하고 있는 것으로는 볼 수 없다.

그러므로 이 사건 토지에 대한 농지법상의 농지전용허가 여부를 심사하는 데에는 그 전용 목적과 관련된 다른 법령상의 인·허가 요건을 고려할 수 있다고 하더라도, 원고가 구체적으로 전용목적사업으로 삼고 있는 이 사건 주택 및 화장실의 신축은 인근에 향토유적인 원심 판시의 분오리 돈대가 있다고 하여 건축법이나 문화재보호법 또는 ‘강화군 향토유적조례’상 별도의 인·허가 등을 받아야 하는 것은 아니고, 한편 농지법이나 그 시행령에서 이러한 향토유적의 보호를 농지전용허가의 제한사유로 규정하고 있지도 아니하므로, 결국 이러한 사유를 들어 원고의 이 사건 농지전용허가신청을 거부할 수는 없다고 해야 할 것이다.

#### 4. 건축불허가처분 등과 농지전용불허가 처분 (사건의 표시 대법원 2001.1.16. 99두10988)

##### 가. 판시사항

건축불허가처분을 하면서 건축불허가 사유 외에 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있는 경우, 그 건축불허가처분에 관한 소송에서 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여도 다룰 수 있는지 여부(적극) 및 별개의 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 소송을 제기하지 아니하였을 때 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 발생하는지 여부(소극)

##### 나. 판결요지

구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 제3항, 제5항에 의하면, 건축허가를 받은 경우에는 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조에 의한 토지의 형질변경허가나 농지법 제36조에 의한 농지전용허가 등을 받은 것으로 보며, 한편 건축허가권자가 건축허가를 하고자 하는 경우 당해 용도·규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 건축법 관련 규정이나 같은 도시계획법 제4조, 농지법 제36조 등 관계 법령의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라

형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니므로, 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 같은 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다룰 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다.

#### 다. 관련법령

구 건축법(1999. 2. 8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 제3항, 제5항, 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조, 농지법 제36조, 행정소송법 제1조[행정처분일반], 제19조, 제27조[행정소송재판일반]

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 주식회사○○

【피고, 상 고 인】 서산시장

【원심판결】 대전고법 1999.10.8. 선고 99누378 판결

#### 바. 판결이유

(1) 구 건축법(1999.2.8. 법률 제5895호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 제3항, 제5항에 의하면, 건축허가를 받은 경우에는 도시계획법 제4조에 의한 토지의 형질변경허가나 농지법 제36조에 의한 농지전용허가 등을 받은 것으로 보며, 한편 건축허가권자가 건축허가를 하고자 하는 경우 당해 용도·규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 건축법 관련 규정이나 도시계획법 제4조, 농지법 제36조 등 관계 법령의 규정에 적합한지의 여부를 검토하여야 하는 것일 뿐, 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니다. 따라서 그 건축불허가처분을 받은 사람은 그 건축불허가처분에 관한 쟁송에서 건축법상의 건축불허가 사유뿐만 아니라 도시계획법상의 형질변경불허가 사유나 농지법상의 농지전용불허가 사유에 관하여도 다룰 수 있는 것이지, 그 건축불허가처분에 관한 쟁송과는 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니며, 그러한 쟁송을 제기하지 아니하였어도 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유에 관하여 불가쟁력이 생기지 아니한다. 그러므

로 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

(2) 이 사건에서 원심이, ① 이 사건 건축이 인근 토지 및 주변 건축물의 이용현황에 비추어 현저히 부적합하다고 볼 수 없는 등 건축법상의 건축허가 제한사유가 없고, ② 이 사건 토지가 서산시 중심부로부터 멀리 떨어져 있고, 인근지역에 인가 및 공공시설이 없어 인구집중과 교통 혼잡을 피할 수 있으며, 간선도로와 쉽게 연결되고, 좌우면은 조경을 할 예정이고, 후면은 지형적으로 차폐되어 있어 토지형질변경으로 주변 토지의 환경, 풍치, 미관과 서산시 전체의 미관에 손상될 우려가 있는 지역이 아니므로 형질변경불허가 사유가 없으며, ③ 진입로는 이 사건 토지와 150m 떨어진 서산-당진간 국도와 연결된 농로로 지적도상 6m 도로이고 중앙 3m만 포장되었으나 나머지 부분도 원고가 포장할 예정이고, 이 사건 토지와 진입로 사이의 용수로를 농지개량조합으로부터 점용 허가받아 폭 8m 정도의 암거를 설치하여 진입도로로 활용할 계획인 점등을 고려하면, 농지전용으로 인하여 농로 협소, 오폐수 유입 등으로 인한 일조, 통풍, 통작에 현저한 지장을 초래하거나 농지개량시설의 폐지를 수반하여 인근 농지의 농업경영에 현저한 영향을 미친다고 할 수 없으므로 농지전용불허가 사유가 없고, ④ 그밖에 민원이 제기된 사정만으로 건축허가 제한사유가 되지 아니하므로, 원고의 신청을 반려한 이 사건 처분이 위법하다고 판단하여 이를 취소한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 법리오해 등의 위법이 없다.

## 5. 농업인주택과 농지전용허가(서울행정법원 2000.3.24. 99구26708)

### 가. 당사자 등

【원 고】 전○화

【피 고】 일산구청장

### 나. 판결이유

#### (1) 처분경위

(가) 원고는 농업진흥지역 내에 위치한 고양시 일산구 구산동 1693의 2 전 2,640㎡ 중 389㎡(이하 이 사건 농지라고 한다) 지상에 농업인주택을 설치할 목적으로 피고에게 농지전용허가신청을 하였다.

(나) 그러자 피고는 이 사건 농지가 경지정리·수리시설 등 농업생산기반이 정비되어 있어 농지로서 보전의 가치가 있는 지역이라는 이유로 1999. 2. 24. 불허가처분을 하였다.

## (2) 처분의 적법 여부

## (가) 근거 법령의 유무

이 사건에서와 같이 농업진흥지역 내에 농업인 주택을 설치하기 위해서는 농지전용허가를 받아야 하는데, 이러한 농지전용허가의 심사기준에는 전용하고자하는 농지가 경지정리·수리시설 등 농업생산기반이 정비되어 있거나 집단화되어 있어 농지로서의 보전 가치가 있는지의 여부 가 포함되어 있으므로 {농지법시행령 (1996. 12. 31. 대통령령 제15229호로 개정된 것) 제38조 제1항 제4호}, 피고가 이에 기하여 경지정리·수리시설이 정비된 지역과 그렇지 않은 지역을 구분하여 농업인 주택 설치 목적의 농지전용허가 여부를 결정하는 것은 법적 근거가 있다 할 것이다.

## (나) 재량권 남용 여부

이 사건 농지를 포함한 주위 일대는 1987. 4. 27. 토지구획정리가 완료되어 경지정리가 잘 되어 있는 집단화된 우량농지 지대로, 이 사건 농지 경계로부터 2-3km가량 떨어진 곳에 한강 하류가 있고, 이 사건 농지 바로 10m 가량 옆에는 한강에서 흘러 들어오는 용수로 시설이 잘 구비되어 있어 언제라도 농업 용수를 공급받을 수 있는 등 농업생산기반 시설이 완비되어 있는바(갑4의 2, 갑6 변론의 전취지), 피고로부터 농지전용허가를 받은 다른 농지들이 위와 같은 농업생산기반 시설의 완비면에서 이 사건 농지와 동일하다고 볼 자료가 없는 이상(특히 을7의 1 내지 3, 을8의 1의 각 기재에 의하면 피고로부터 1999.경 들어 농지전용허가를 받은 토지들은 토지구획정리사업의 미시행 등으로 인해 농업생산 기반이 제대로 정비되어 있지 않은 토지들이며 명백한 것으로 보인다) 피고의 이 사건 불허가처분이 농지전용허가를 받은 다른 농지들의 경우와 비교하였을 때 평등의 원칙을 위반한 처분이라고 단정할 수 없으므로 위 주장 역시 이유 없다.

## 6. 군조례와 농지전용불허가처분(위법, 서울행정법원 1998.11.4. 98구6899)

## 가. 당사자 등

【원 고】 안○섭

【피 고】 포천군수

## 나. 판결이유

## (1) 처분의 경위 등

(가) 피고는 1997. 1. 27. 남○춘에게 그 소유의 경기 포천군 일동면 기산리 23의 26 전 중 도로에 접한 부분에 대하여 주택 및 근린생활시설(식당), 창고 부지조성을 목적

으로 한 농지전용허가를 한 바 있으나, 같은 해 8. 11. 남○촌으로부터 위 토지 중 일부에 대한 토지사용승낙을 얻은 원고가 그 중 별지 도면 표시 1, 2, 3, 4, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 부분 498m<sup>2</sup>(이하 이 사건 토지라고만 한다)를 지하 1층 지상 5층, 연면적 995.63m<sup>2</sup>의 숙박시설 부지로 조성하겠다는 내용의 농지전용허가 신청을 하자, 같은 해 8. 30. 이를 불허하는 이 사건 처분을 하였다.

(나) 이 사건 토지는 농업진흥지역 밖에 위치한 국토이용관리법상 준농림지로서 일동 읍내로부터 3km 떨어진 청계산 계곡 하단부에 위치하여 북쪽으로 주변의 농지에 농업용수를 공급하는 청계저수지가 있고, 그 주변에 위 저수지를 따라 이미 음식점 등이 다수 건축되어 영업 중에 있으며, 주민들이 거주하는 기산7리 마을까지는 고개를 사이에 두고 700m 정도, 기산3리 마을까지는 1km 정도 떨어져 있는데, 이 사건 토지의 남서쪽 약 100m 거리에 위치한 나산골프장과 인근의 군부대들로 인하여 골프장을 찾거나 군부대에 면회 온 사람들의 왕래가 잦은 편이다.

(다) 포천군의 조례와 그에 따른 제한결정 및 불허가처분

- ① 한편, 포천군 의회는 준농림지역 내의 토지이용행위의 제한을 규정한 구 국토이용관리법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것, 이하 법이라고만 한다) 제 15조 제1항 제4호, 구 같은법시행령(1997. 9. 11. 대통령령 제15490호로 개정되기 전의 것, 이하 시행령이라고만 한다) 제14조 제1항 제4호에 의거 준농림지역의 무질서한 개발을 방지하고 농촌지역의 전통 미풍양속을 저해함은 물론 환경오염과 지역정서에 맞지 않는 식품접객업 및 숙박업, 관광숙박업 시설의 설치를 일부 제한할 목적으로 1997. 3. 21. 포천군 조례 제1560호로 포천군준농림지역내숙박업소 등설치제한조례(이하 조례 라고만 한다)를 제정하였다. 위 조례 제3조 제1호에 의하면 숙박업을 위한 시설을 제한대상 시설로 하고, 제4조 제1항에 의하면 숙박업 등의 시설을 제한할 수 있는 지역을 1. 간이상수도 취수원 주변지역, 2. 국도, 지방도에서 20m 이내의 지역, 3. 임상이 양호하거나 경관이 수려하여 계속 산림으로 보전이 필요한 지역, 4. 영농을 위하여 보전이 필요한 지역, 5. 하천법 제2조에 의한 직할하천, 하천법 제10조 및 같은법시행령 제9조에 의거 지정된 준용하천으로부터 20m 이내 지역, 6. 주민이 집단 거주하는 취락마을, 7. 미풍양속 저해 및 주변 지역 정서와 부합하지 않는 지역, 8. 기타 군수가 판단하여 제한할 필요가 있는 지역으로 규정하고 있으며, 같은 조 제2항에서 그 구체적인 제한지역을 결정하거나 변경코자 할 때는 포천군국토이용계획심의위원회(이하 심의위원회 라고만 한다)의 심의를 거치도록 하고, 제8조에서 이에 관한 심의위원회의 결정내용은 포천군 공보에 게재하고 군청 및 읍면 게시판에 20일 이상 공고하여 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있으며, 한편 제5조 제1, 2항에 의하면 심의위원회는 위원장인 부군수와 부위원장 각 1인을 포함하여 군수가 임명 또는 위촉한 위원 10인으로 구성한다고 규정되어 있다.



- ② 피고는 1997. 5. 16. 조례 제4조 제1항 각 호에서 정하는 제한지역을 구체적으로 결정하기 위하여 심의위원회를 소집하였던 바, 회의결과 그 제2호의 국도, 지방도에 서 20m 이내의 지역, 제5호의 직할하천, 준용하천으로부터 20m 이내 지역과 제6호의 주민이 집단거주하는 취락마을에 대해서는 그 구체적인 지역을 결정하였으나, 제7호와 제8호를 포함한 5개항의 제한지역에 대하여는 아무런 결정도 내리지 못한 채 그 결정을 유보하였다. 피고는 우선 위 3개항의 제한지역만을 공고한 다음 그에 따른 제한지역 내의 건축허가신청을 불허가 처리하였으나, 나머지 지역에 대하여는 위 조례가 아닌 관련 법령에 따라서 허가 여부를 결정하여 왔다.
- ③ 피고는 위와 같이 나머지 5개항의 구체적인 제한지역을 결정하기 위한 심의위원회의 심의절차를 지연하고 있던 중 원고의 신청을 비롯한 다수의 숙박업소 건축허가신청 또는 그 부지조성을 위한 농지전용허가신청이 접수되자, 이를 모두 허가할 경우 숙박시설이 지나치게 많이 건축된다고 보고, 또 이 사건 토지는 청계산 유원지 입구의 청계산 하단부에 위치하여 30-40m 떨어진 곳에 청계저수지가 있어 자연경관의 보호나 농업용수의 공급확보를 위하여 보전이 필요할 뿐만 아니라 이 사건 토지 인근의 기산3리 이장과 주민들이 같은 해 8. 6. 청소년 탈선과 주민정서에의 악영향, 환경파괴 및 오폐수 배출 우려 등을 이유로 이 사건 토지의 농지전용허가를 반대한다는 의견을 제시하자, 조례 제4조 제1항 각 호 중 심의위원회에 의하여 구체적인 제한대상지역의 결정이 없었던 5개항에 대해서도 그 제한범위가 특정되지 않는 한 군수는 준농림지역 내의 모든 토지에 대하여 숙박업소 등의 건축을 제한할 수 있다고 보고 각 건축허가신청지가 위 5개항에 해당하는지 여부를 개별 심의하여 결정하기로 방침을 세운 다음, 같은 달 22. 개최된 위 심의위원회 회의에서 원고의 농지전용허가신청을 포함한 농지전용허가신청 5건, 건축허가신청 7건의 각 대상지를 구체적인 제한지로 결정하려는 의안을 상정, 심의한 결과 원고의 이 사건 토지를 제한대상지역으로 지정하려는 의안이 가결되었다.

(라) 처분사유

피고는 원고에게 이 사건 처분의 불허가사유로 조례 제4조 제2항에 의거 제한 여부를 결정하기 위한 위 심의위원회의 심의 결과 건축제한 결정이 되어 허가할 수 없다고만 통보하고, 같은 해 9. 6.부터 같은 달 25.까지 이 사건 토지를 제한지역으로 하는 공고를 하였으나, 위 처분에 대한 행정심판을 거칠 때까지 제한의 구체적인 이유를 밝히지 않고 있다가, 이 사건 변론에 이르러 비로소 이 사건 토지가 조례 제4조 제1항 제7호의 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않는 지역 또는 제8호의 기타 군수가 판단하여 제한할 필요가 있는 지역에 해당하기 때문에 위와 같은 불허가처분을 한 것이라고 밝히고 있다.

## (2) 처분의 적법 여부

(가) 농지법 제36조 제1항의 규정에 의한 농지전용허가는 성질상 특별히 농지를 전용할 수 있는 권리를 설정해 주는 것이 아니라 공익을 위하여 일반적으로 제한되었던 농지이용의 자유를 회복시켜 주는 것이어서, 농지전용허가권자는 농지전용허가신청이 농지법 등 관계법규에서 정하는 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 위 법조가 규정하고 있는 허가를 하여야 하고 공익상 특별한 필요가 없음에도 불구하고 위 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다 하겠으므로 원고의 농지전용허가신청을 거부한 이 사건 처분의 근거법령에 관하여 본다.

## (1) 조례 제4조 제1항 제8호

법 제15조 제1항 제4호는 준농림지역의 경우 환경오염의 우려가 있거나 부지가 일정규모 이상인 공장, 건축물, 공작물 기타의 시설의 설치 등 대통령령이 정하는 토지이용행위는 이를 할 수 없다고 규정하고, 시행령 제14조 제1항은 법 제15조 제1항 제4호에서 대통령령이 정하는 토지이용행위 라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 말한다고 규정하면서, 제4호에서 지방자치단체의 조례가 정하는 지역에서 식품위생법 제21조 제1항 제3호의 규정에 의한 식품접객업, 공중위생법 제2조 제1항 제1호 가 목의 규정에 의한 숙박업 및 관광진흥법 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 관광숙박업을 영위하기 위한 시설 중 지방자치단체의 조례가 정하는 시설의 설치를 들고 있다.

그런데, 위 법 및 시행령의 각 규정에 따라 제정된 위 조례 제4조 제1항 제8호는 실질적으로 주민의 재산권을 제한하는 사항인 토지이용행위의 제한지역을 정함에 있어 막연히 기타 군수가 판단하여 제한할 필요가 있는 지역이라고 규정하고 있는 바, 위 규정은 그 내용이 불명확하여 기본권제한 법령에 기본적으로 요청되는 구체성이 없어 합리적인 사고를 가진 주민들이라도 어떤 지역에 위 규정에 의한 제한이 내려질지를 사전에 전혀 예측할 수 없고, 또 그에 따른 처분이 있을 경우에 대한 구체적인 불복의 사유를 주장할 수도 없게 되며, 군수의 판단 여하에 따라서 주민의 재산권에 대한 제한이 아무런 합리적인 기준이 없이 이루어 질 수 있게 되어 있으므로, 기본권 제한입법의 원리에 관한 헌법 제37조와 국민의 재산권 보장에 관한 헌법 제23조에 정면으로 배치되는 것이고, 위 조례의 상위법령인 국토이용관리법이 그 제14조 제2항에서 국토이용계획으로 정하여진 용도지역 안에서의 행위의 제한이라도 그 지역의 지정목적에 따라 필요한 최소한도에 그쳐야 한다고 규정하고 있음에 비추어, 지방자치단체는 위 법 제15조 제1항 제4호, 시행령 제14조 제1항 제4호에 의하여 준농림지역내의 토지이용행위가 제한되는 지역과 그 시설을 조례로써 정함에 있어 위 법 및 시행령이 위임한 바대로 구체적인 제한대상을 정하였어야 할 것임에도 불구하고, 위 조례 제4조 제1항 제8호는 그러한 제한의 기준을 설정함이 없이 단지 군수가 제한이 필요하다고 인정하기만 하면 그 지

역에서의 주민의 토지이용행위를 규제할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라, 위 법 및 시행령의 각 규정에 의하여 포천군의회가 조례로써 정하도록 되어 있는 제한지역 등의 지정권한을 아무런 제한 없이 군수 및 그에 의하여 임명 또는 위촉되는 위원들로 구성되는 심의위원회에 백지 위임하여 그 결정에 따르게 함으로써 위 법 및 시행령의 각 규정에서 정한 조례 제정권의 범위를 일탈한 것이라 하겠으므로 결국 위 조례 제4조 제1항 제8호는 헌법과 상위법령에 저촉되어 그 효력을 인정할 수 없다고 하겠고, 따라서 이에 근거한 이 사건 처분도 위법하다고 볼 수밖에 없는 것이다.

(2) 조례 제4조 제1항 제7호

다음 이 사건 토지가 조례 제4조 제1항 제7호 소정의 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않는 지역에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 토지의 인근에 위치한 기산3리의 이장과 주민들이 청소년 탈선과 주민 정서에의 악영향 등을 우려하여 이 사건 토지가 숙박시설 부지로 농지전용되는 것을 반대하고 있다고는 하나, 한편 위 인정사실에 의하면 이 사건 토지는 주민들이 거주하는 마을까지는 상당한 거리를 두고 있고 주변의 골프장과 군부대가 있어 이 사건 토지 상에 숙박시설이 건축되더라도 주말에 휴식 혹은 면회를 위하여 찾는 사람들이 위 시설을 주로 이용할 것으로 보이는 데다가, 갑23, 25호중에 의하면, 정작 위 기산3리보다 이 사건 토지에 가까이 거주하는 기산7리 주민들은 일대 숙박시설의 미비, 시설의 열악함 등을 들어 이 사건 토지에 대한 농지전용허가에 찬성하고 있는 사실이 인정되는바, 이에 비추어 보면 이 사건 토지의 농지전용에 대하여 일부 주민들이 반대하고 있다는 사정만으로 이 사건 토지를 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않는 지역이라고 단정할 수는 없다 하겠고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없으므로 위 제7호를 이유로 한 이 사건 처분은 위법함을 면할 수 없다.

- (나) 또한, 조례 제4조 제2항, 제8조 등에 의하면, 제4조 제1항의 구체적인 제한지역의 결정과 변경은 심의위원회의 심의를 거쳐 정하고 이를 20일간 공고하도록 되어 있는데, 시행령 제15조 제1항 제4호에 의하면 지방자치단체의 조례가 정하는 지역에서의 일정한 시설을 제한하도록 규정되어 있으므로 이 때의 지역을 지번이라고 좁게 해석하기는 어렵고, 조례 제4조 제2항 후문에서 제한지역 변경의 경우에도 심의를 거치도록 한 것은 당초의 제한지역 결정이 개별토지에 대한 것이 아니라 일정한 면적의 지역을 미리 설정하는 것임을 전제로 하는 규정으로 보이며, 실제로 피고는 조례를 운영함에 있어 조례 제4조 제1항 제2, 5, 6호의 사유에 관하여 구체적인 제한대상지역을 심의위원회의 심의를 거쳐 공고하였고, 제7호와 제8호 등의 나머지 제한대상지역 결정은 일단 유보하였던 점등에 비추어, 비록 명문의 규정은 없지만 위 제4조 제2항의 취지는 구체적인 제한지역을 사전에 결정하여 공고

하고 그에 기하여 건축허가신청이나 농지전용허가신청을 처리하도록 한 규정이라 할 것이지 개별 신청토지에 대하여 매번 심의위원회의 결의를 따로 받아 제한여부를 결정하도록 한 것은 아니라고 볼 것이다.

그런데, 이 사건 처분의 경우에는 위에서 본 바와 같이 심의위원회의 구체적 제한지역에 대한 결정 및 공고 없이 막바로 원고의 농지전용허가신청에 대하여 심의위원회를 개최하여 이 사건 토지가 위 조례 제4조 제1항 제7호 또는 제8호 소정의 제한대상 지역에 해당한다면 이를 제한하기로 결정하였는바, 이는 위 조례가 정한 절차에 따른 제한이라고 하기 어렵고, 따라서 이 사건 처분에 있어 그와 같은 위법한 심의위원회의 제한결정을 농지전용허가를 불허할 수 있는 법령상의 제한사유로 삼을 수는 없다고 하겠으므로, 가사 위 조례 제4조 제1항 제8호가 적법하다거나 이 사건 토지를 제7호의 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않는 지역에 해당한다고 보더라도 피고의 이 사건 처분은 이 점에서도 위법하다고 할 것이다.

- (다) 나아가 이 사건 처분에 인근 청계저수지의 오염이나 주변경관의 훼손을 방지하는 등 공익상의 특별한 필요가 있는 것인지 여부에 관하여 보건대, 앞서 인정한 바와 같이 위 청계저수지는 상수원이 아닌 농업용수 공급을 위한 것이고, 이미 그 주변에 다수의 음식점이나 골프장 등이 건축되어 영업 중에 있을 뿐만 아니라 피고는 이 사건 토지와 한필지로 되어 도로변에 위치한 일부 토지에 대해서 이미 숙박시설에 비하여 결코 오폐수의 발생 등 환경오염의 우려가 적다고 하기 어려운 주택 및 근린생활시설(식당), 창고 부지조성을 목적으로 하는 농지전용허가를 한 바 있는 점에다가 갑15, 26호증의 각 기재에 변론의 전취지를 더해 보면, 원고는 이 사건 농지전용허가신청을 함에 있어 100인용의 오수정화조 시설 등 환경오염방지시설을 갖추는 것을 내용으로 한 상세한 피해방지계획을 작성하여 제출한 바 있고, 이 사건 토지 인근의 농림지역에 위치한 경기 포천군 일동면 기산리 산 142의 35에 대하여 나산골프장의 증설에 따라 준도시휴양지구로 국토이용계획을 변경하는 작업이 추진되고 있는 사실이 인정되는바, 이러한 제반사정을 종합적으로 고려하여 보면 이 사건 토지에 대해서만 농지전용허가를 제한하여야 할 만한 특별한 공익상의 필요도 찾아보기 어렵다.

## 7. 군조례와 농지전용불허가처분(적법, 서울고등법원 1998.9.22. 97구52082)

### 가. 당사자 등

【원 고】 이 남 승

【피 고】 포천군수

## 나. 판결이유

### (1) 처분의 경위

- (가) 원고는 국토이용관리법상 준농림지역내에 위치하고 있는 경기 포천군 내천면 내리 176 답 1,258 중 499(이하 이 사건 토지라 한다) 지상에 숙박업소를 설치하기 위하여 피고에게 1997. 8. 14. 농지전용허가 신청 및 같은 해 9. 10. 건축허가 신청을 하였다.
- (나) 피고는 포천군 준농림지역내 숙박업소등설치제한조례 (이하 조례라고만 한다) 제 4조 제2항에 의하여 포천군 국토이용계획심의위원회의 심의결과 숙박업소 설치 제한지역으로 결정되었다는 이유로 1997. 9. 19. 농지전용허가신청 불허가 처분 및 1997. 9. 24. 건축허가신청 불허가 처분(이하 이 사건 각 처분이라 한다)을 하였다.

### (2) 처분의 적법 여부

#### (가) 당사자의 주장

피고는, 이 사건 토지는 위 조례 제4조 제1항 소정의 숙박업소등의 설치를 제한할 수 있는 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않은 지역 기타 군수가 판단하여 제한할 필요가 있는 지역에 해당하는 것으로 포천군 국토이용계획심의위원회에서 심의 결정된 바 있으므로 이 사건 각 처분은 적법하다고 주장함에 대하여, 원고는 아래와 같은 이유로 이 사건 각 처분이 위법하다고 주장한다.

- i) 이 사건 토지는 47번 국도에 접한 임야로 둘러싸인 농지로서, 집단취락마을과는 400m정도 떨어져 있고 이미 인근에 음식점, 카페 등이 산재되어 있는 지역이므로 미풍양속의 저해 및 주변지역정서와 부합하지 않는 지역에 해당되지 않는다.
- ii) 이 사건 토지 주변에는 이미 음식점, 카페 등이 설치되어 있는바, 피고가 이 사건 토지보다 조건이 나쁜 위 지역에 대하여 농지전용허가 및 건축허가를 해 준 것이므로 이에 비추어 이 사건 처분은 형평의 원칙 및 신뢰의 원칙에 반한다.

#### (나) 관계법령

- i) 국토이용관리법 제15조 제1항은 용도지역 안에서의 행위제한에 대하여는 다음 각호에서 정하는 바에 따른다고 규정하면서, 그 제4호에서 준농림지역의 경우에는 환경오염의 우려가 있거나 부지가 일정규모 이상인 공장 건축물 공작물 기타의 시설의 설치 등 대통령령이 정하는 토지이용행위는 이를 할 수 없고, 다만 농림수산부장관이 농업진흥이나 농지보전에 필요하다고 인정하는 지역에서는 농지법에 의하여 행위를 제한할 수 있으며, 이 경우에는 이 법에 의한 행위제한의 취지와 형평을 이루도록 하여야 한다고 규정하고 있고, 같은법시행령

(1997. 9. 11. 대통령령 제15480호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제14조 제1항은 법 제15조 제1항 제4호에서 대통령령이 정하는 토지이용행위 라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다고 규정하면서, 제4호에서 지방자치단체의 조례가 정하는 지역에서 식품위생법 제21조 제1항 제3호의 규정에 의한 식품접객업, 공중위생법 제2조 제1항 제1호 가목의 규정에 의한 숙박업 및 관광진흥법 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 관광숙박업을 영위하기 위한 시설 중 지방자치단체의 조례가 정하는 시설의 설치를 들고 있다.

- ii) 위 법령에 근거하여 피고가 1997. 3. 21. 제정한 조례 제1조는 이 조례는 국토이용관리법 제15조 및 같은법시행령 제14조 규정에 의하여 준농림지역의 무질서한 개발을 방지하기 위하여 지역여건에 맞지 않는 식품접객업 및 숙박업, 관광숙박업의 시설의 설치를 일부 제한하는데 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다고 규정하고 있고, 제4조 제1항은 준농림지역내에서의 숙박업 등의 설치를 제한할 수 있는 지역은 다음 각호와 같다고 규정하면서, 제2호로 국도, 지방도에서 20m 이내의 지역을, 제6호로 주민이 집단거주하는 취락마을을, 제7호로 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않는 지역을, 제8호로 기타 군수가 판단하여 제한할 필요가 있는 지역을 각 들고 있으며, 제2항은 제1항의 규정에 의한 구체적인 제한지역은 제5조에서 정한 심의위원회의 심의를 거쳐 결정한다고 규정하고 있다.

(다) 인정사실

이 사건 토지는 국토이용관리법상 준농림지역내에 있으며 남양주 진접과 포천군 일동간을 통과하는 47번 국도와 인접한 임야 하단부에 위치한 농지로서, 주민들이 30여호 집단 거주하는 같은 면 내5리 마을과는 약 300m 떨어져 있고, 스키장인 포천 배어스타운과는 약 500m 떨어져 있다.

또한 이 사건 토지 주변에는 식당 10동, 호텔 1동, 여관 1동이 1km 이내에 산재하고 있는바, 위 시설들은 위 조례제정 이전에 허가된 것들이다.

원고가 위와 같이 이 사건 토지 지상에 숙박업소를 설치하기 위하여 농지전용허가 및 건축허가 신청을 하자, 피고는 위 조례에서 정한 숙박업 등의 설치를 제한할 수 있는 지역에 해당하는지 여부를 결정하기 위하여 포천군 국토이용계획심의위원회의 심의에 회부하였는데, 위 위원회에서 1997. 9. 13. 이 사건 토지를 숙박업소 설치제한 지역으로 심의결정하였으므로, 피고는 이에 따라 원고의 위 신청을 거부하는 이 사건 각 처분을 하였다.

(라) 판단

위 인정사실에 의하면 이 사건 토지는 국도에 인접하여 있고, 그 부근에는 집단취락마을이 위치하고 있으며, 주변에 이미 식당, 숙박업소 등이 상당수 산재하고 있으므로, 이 사건 토지상에 원고가 신청한 숙박시설을 다시 허가하는 경우 환경오염

이나 무질서한 개발의 우려가 있다고 보여지는데, 환경오염의 우려가 있거나 부지가 일정규모 이상인 공장, 건축물, 공작물 기타의 시설의 설치행위 등 일정한 토지 이용행위를 금지하는 국토이용관리법 제15조 제1항의 취지 및 준농림지역의 무질서한 개발을 방지하기 하기 위하여 지역여건에 맞지 않는 식품접객업 및 숙박업, 관광숙박업의 시설의 설치를 일부 제한하는 위 조례의 취지에 비추어, 위 조례에 정한 절차에 따라 포천군 국토이용계획심의위원회의 심의를 거쳐 이 사건 토지가 미풍양속 저해 및 주변지역 정서와 부합하지 않는 지역이거나 기타 군수가 판단하여 제한할 필요가 있는 지역에 해당한다고 보고 원고의 위 농지전용허가 신청 및 건축허가 신청을 거부한 피고의 이 사건 각 처분에 재량권을 남용한 위법이 있다고 보기 어렵고, 또한 주변에 이미 설치된 숙박업소 등은 위 조례 제정 이전에 허가된 업소들인 점에 비추어 이 사건 각 처분이 형편에 반하거나 신뢰의 원칙에 반하는 것이라고 보기도 어렵다할 것이다.

## 8. 농지전용용도변경불허가처분 사례(서울고등법원 1998.12.17. 98누9938)

### 가. 당사자 등

【원고, 항 소 인】 이○규  
 【피고, 피항소인】 화성군수

### 나. 판결이유

#### (1) 처분경위

갑제1호증의 1 내지 3, 을제1호증의 1 내지 3의 각 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 원고는 1997. 8. 6. 농지법 제30조 소정의 농업진흥지역 내에 위치하고 그 지상에 농산물직판장이 설치된 원고 소유의 경기 화성군 송산면 봉가리 208 잡종지 697평방미터(이하, 이 사건 토지라 한다.)에 음식점을 설치하기 위하여 피고에게 농지법 제42조에 의하여 농지전용용도변경승인신청을 한 사실, 이에 대하여 피고는 1997. 8. 13. 음식점이 농지법 제34조 제1항과 같은 법 시행령 제34조 제1항 소정의 농업진흥지역 내에서의 행위제한대상시설에 해당한다는 이유로 농지전용용도변경신청 불허가 통보(이하, 이 사건 처분이라 한다.)를 한 사실을 인정할 수 있다.

#### (2) 이 사건 처분의 적법 여부

##### (가) 관계법령

- ① 농지법 제42조(1994. 12. 22. 법률 제4817호로 제정)는 농지법 제36조 제1항의 규정에 의한 농지전용허가를 받아 농지전용목적사업에 사용되고 있거나 사용된 토지를

다른 목적으로 사용하고자 하는 경우에는 시장, 군수 또는 자치구구청장의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있고, 농지법시행규칙 제47조 제2항은 시장, 군수 또는 자치구구청장은 농지전용용도변경승인신청이 있는 때에는 농지전용허가의 심사기준을 규정한 농지법 시행령 제38조의 제1항 각호의 규정에 준하여 이를 심사한 후 그 승인여부를 결정하여야 한다고 규정하고 있으며, 농지법 부칙 제1조에 의하면 농지법은 1996. 1. 1.부터 시행한다고 하고 있고, 같은 부칙 제8조 제1항에 의하면, 농지법 시행 당시 종전의 농지의보전및이용에관한법률, 농어촌발전특별조치법 등에 의하여 농지전용허가를 받은 자는 이 법에 의하여 농지전용허가를 받은 것으로 본다 고 규정되어 있으며, 구 농지의보전및이용에관한법률(농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제4조 제1항에 의하면, 농지를 전용하고자 하는 자는 일정한 경우를 제외하고 농수산부장관의 허가를 받아야 한다고 하고 있고, 도시계획법 제4조 제1항 제1호에 의하면, 도시계획구역 안에서 토지의 형질변경을 하고자 하는 자는 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 하고 있다.

- ② 농지법 제34조 제1항에 의하면, 농업진흥구역 안에서는 단서의 9가지 경우 외에 농업생산 또는 농지개량과 직접 관련되지 아니한 토지이용행위를 할 수 없다고 하고 있고, 같은 법 시행령 제34조 제1항에서는 농업진흥구역 안에서 허용되는 농업생산 또는 농지개량과 직접 관련되는 토지 이용행위로서, 농작물의경작, 다년생 식물의 재배, 고정식온실, 벼섯재배사 및 비닐하우스와 그 부속시설의 설치, 농막 및 간이 퇴비장의 설치, 농지개량사업 또는 농업용수개발사업의 시행을 들고 있으며, 같은 조 제2항에서 농업진흥구역 안에서 설치할 수 있는 농수산물의 가공, 처리 시설 및 농수산업 관련시험 연구시설의 범위를 규정하고 있다.
- ③ 농지법 제34조 제3항에서는 농업진흥지역의 지정 당시 관계법령의 규정에 의하여 인가, 허가 또는 승인 등을 얻거나 신고하고 설치한 기존의 건축물, 공작물 기타 시설에 대하여는 제1항의 행위제한에 관한 규정을 적용하지 아니한다고 하고, 같은 법조 제4항에서 농업진흥지역의 지정 당시 관계법령의 규정에 의하여 건축물의 건축, 공작물 기타 시설의 설치나 토지의 형질변경 기타 이에 준하는 행위에 대한 허가 등을 얻거나 신고하고 사업을 시행 중에 있는 자의 경우에는 그 공사 또는 사업에 한하여 제1항의 행위제한에 관한 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있다.
- ④ 한편, 구 농어촌발전특별조치법 제44조(1994. 12. 22. 농지법 부칙 제15조에 의하여 삭제) 제1항에 의하면, 농업진흥구역 안에서는 농수산업과 직접 관련되지 아니한 토지 이용행위를 할 수 없다고 규정하고 있으나, 같은 법 제44조 제3항에 의하면, 진흥구역의 지정당시 동 지역 안에 있는 기존의 건물, 공작물 기타 시설과 관계법령의 규정에 의하여 건축물의 건축, 시설의 설치, 토지의 형질변경 등에 관하여 인가, 허가 또는 승인을 얻어 사업을 시행 중에 있는 경우에는 제1항의 규정을 적용



하지 아니한다고 하고 있다.

(나) 판단

① 갑제3호증의 1, 2, 갑제4호증의 1, 2, 갑제5호증의 1 내지 3, 을제2, 3호증의 각 1 내지 4의 각 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 이 사건 토지의 종전 토지인 경기 화성군 송산면 봉가리 208 답 469평방미터는 원래 소외 박○갑 소유였던 사실, 위 토지에서 1993. 4. 17. 같은 리 208의 1 답 79평방미터가 분할되고 1993. 4. 30. 같은 리 209, 220의 1토지가 각 합병되어 같은 리 208 답 964평방미터가 되고 그 후 1995. 4. 13. 일부가 같은 리 208의 4로 분할된 후 지목이 변경되어 이 사건 토지인 같은 리 208 잡종지 697평방미터로 된 사실, 소외 박○갑은 1993. 8. 18.경 도시계획구역 내 생산녹지지역에 위치하고 있는 위 분할 전 토지 중 이 사건 토지부분에 대하여 도시계획법 제4조 제1항에 따라 농수산물직판장 부지로서 토지형질변경허가(위 농지의보전및이용에관한법률 제4조 제1항, 제2항에 의하면 도시계획구역 안에 있는 농지를 전용하는 경우 농지전용허가는 불필요하나 형질 변경할 때에 농수산부장관과 협의하여야 한다)를 받아 형질변경공사를 시작한 사실, 원고는 1995. 3. 6.경 위 소외인으로부터 위 분할 전 토지에 대한 소유권이전등기를 경료 받은 다음 위 소외인 명의로 1995. 3. 31.경 이 사건 토지부분에 대하여 농수산물직판장부지로서 형질변경준공검사를 받고, 1995. 4. 3. 준공검사필증을 교부받은 사실, 한편 이 사건 토지 일대는 1993. 12. 24. 농어촌발전특별조치법 제43조(1994. 12. 22. 농지법에 의하여 삭제)의 규정에 따라 농업진흥지역으로 지정, 고시된 사실, 이 사건 토지 지상에는 1995. 4. 18. 준공되어 농수산물직판장으로 사용되고 있는 조립식 판넬조 1층 건물 128평방미터가 존재하는 사실을 인정할 수 있고 반증 없다.

② 살피건대, 모든 법이 그 시행일 이후에 이루어지는 행위 전반에 대하여 적용되어야 함은 법의 기본 원리이므로, 원고가 이 사건 토지에 대하여 1997. 8. 6. 농지전용용도변경승인신청을 한 이 사건에 있어서는 그 승인여부를 정함에 있어 1996. 1. 1.부터 시행된 농지법이 적용되어야 하고, 또한 이 사건 토지가 농업진흥지역으로 지정된 것이 농지법 시행 이전이고 그 지정 당시 시행되던 구 농어촌발전특별조치법에 의하면 원고의 음식점영업을 위한 농지전용용도변경이 가능하였는데 그 후 제정된 농지법이 규제를 강화하여 농지법을 적용하게 되면 음식점영업을 위한 농지전용용도변경이 제한 받게 된다고 하여 이로써 헌법이 보장하는 소급입법에 의한 재산권 박탈금지에 어긋난다고 할 수 없다 할 것이니, 이 사건 토지가 농지법 시행 이전에 농업진흥지역에 편입되었음을 들어 위 농어촌발전특별조치법이 적용되어야 한다는 원고의 첫 번째 주장은 받아들일 수 없다.

농지법 제34조 제1항, 같은 법 시행령 제34조 제1항에 의하면 원고가 용도변경에 의하여 이 사건 토지를 사용하고자 하는 목적사업인 음식점은 농업진흥지역 내의

행위제한 대상시설에 해당됨이 분명한바, 이 사건의 경우 농지법 34조 제3항을 적용할 것인지 같은 조 제4항을 적용할 것인지에 관하여 보면 위 인정사실에서 본 바와 같이 이 사건 토지가 농업진흥지역으로 지정될 당시 토지형질변경허가는 받았으나 토지형질변경공사나 그 지상의 건축공사가 완공된 것은 위 농업진흥지역 지정 후이므로 농업진흥지역 지정 당시 관계법령의 규정에 의하여 건축물의 건축, 공작물 기타 시설의 설치나 토지의 형질변경 기타 이에 준하는 행위에 대한 인가, 허가, 승인 등을 얻거나 신고하고 사업을 시행 중에 있는 자의 경우에 해당하여 농지법 제34조 제4항이 적용된다 할 것이고 따라서 인가, 허가, 승인 등을 얻거나 신고한 당해 공사 또는 사업에 한하여 제1항의 행위제한에 관한 규정이 적용되지 아니한다고 해석함이 마땅하므로 이 사건에 있어서 농지법 제34조 제1항의 행위제한에 관한 규정이 적용되지 아니하는 것은 농수산물직판장 영업에 국한한다고 보아야 할 것이다. 결국 농지법 제34조 제3항을 적용하여야 함을 전제로 한 원고의 두 번째 주장 또한 이유 없다.

### 9. 농지전용신고와 구 농지법시행령 제41조 [별표 1] 제1호의 효력 (대법원 2000.10.19. 98두6265)

#### 가. 판시사항

- [1] 대통령령으로 정할 사항에 관한 법률의 위임의 범위 및 판단 기준
- [2] 농지전용신고의 대상이 되는 농업인 주택을 '농업진흥지역 밖에' 설치하는 농업인 주택으로 제한한 구 농지법시행령 제41조 [별표 1] 제1호의 효력(무효)

#### 나. 판결요지

- [1] 헌법 제75조의 규정상 대통령령으로 정할 사항에 관한 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 이루어져야 하고, 이 때 구체적으로 범위를 정한다고 함은 위임의 목적·내용·범위와 그 위임에 따른 행정입법에서 준수하여야 할 목표·기준 등의 요소가 미리 규정되어 있는 것을 가리키고, 이러한 위임이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 직접적인 위임 규정의 형식과 내용 외에 당해 법률의 전반적인 체계와 취지·목적 등도 아울러 고려하여야 하고, 규율 대상의 종류와 성격에 따라서는 요구되는 구체성의 정도 또한 달라질 수 있으나, 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 소지가 있는 사항에 관한 위임에 있어서는 위와 같은 구체성 내지 명확성이 보다 엄격하게 요구된다.
- [2] 농지의 전용에 관한 규제는 국민의 재산권 행사에 대한 제약으로서 그에 관하여 시행령에서 정할 사항의 위임은 보다 구체적이고 명확할 것이 요구되는 것인바, 농업

인 주택과 같은 시설의 '설치지역'이란 그 문언적 의미에서 보더라도 시설의 범위나 규모 혹은 설치자의 범위에는 속할 수 없는 사항일 뿐만 아니라, 농지 전용의 허부와 관련하여 위와 같은 요소들과는 독립된 별도의 주요 기준에 해당하는 점에 비추어 보면, 농지법 제37조 제2항에서 위임사항으로 규정하고 있는 '신고대상 시설의 범위·규모 또는 설치자의 범위 등에 관한 사항'에는 농업인 주택과 같은 시설의 '설치지역'에 관한 사항은 포함되지 아니하는 것으로 풀이된다 할 것이어서, 같은 법 제37조 제2항에 근거한 구 농지법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15229호로 개정되기 전의 것) 제41조 [별표 1] 제1호에서 농지전용신고의 대상이 되는 농업인 주택을 '농업진흥지역 밖에' 설치하는 농업인 주택으로 규정함으로써, 결과적으로 농업진흥지역 내에 설치되는 농업인 주택에 대하여는 같은 법 제39조와 구 같은법시행령 제37조 및 제38조의 규정에 따라 농지로서의 보전가치와 농업경영 및 농어촌 생활환경의 유지라는 측면에서 보다 엄격한 심사가 이루어지는 허가를 받도록 한 것은, 결국 법률의 위임 없이 국민의 재산권 행사를 보다 제한한 것이 되어 효력을 가질 수 없다.

#### 다. 관련법령

- [1] 헌법 제75조 [2] 농지법 제36조, 제37조 제2항, 제39조, 구 농지법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15229호로 개정되기 전의 것)제37조, 제38조, 제41조 [별표 1] 제1호

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○갑

【피고, 상 고 인】 경산시장

【원심판결】 대구고법 1998.2.27.선고 97구4327 판결

#### 마. 판결이유

헌법 제75조의 규정상 대통령령으로 정할 사항에 관한 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 이루어져야 하고, 이 때 구체적으로 범위를 정한다고 함은 위임의 목적·내용·범위와 그 위임에 따른 행정입법에서 준수하여야 할 목표·기준 등의 요소가 미리 규정되어 있는 것을 가리킨다. 그리고 이러한 위임이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 직접적인 위임 규정의 형식과 내용 외에 당해 법률의 전반적인 체계와 취지·목적 등도 아울러 고려하여야 하고, 규율 대상의 종류와 성격에 따라서는 요구되는 구체성의 정도 또한 달라질 수 있으나, 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 소지가 있는 사항에 관한 위임에 있어서는 위와 같은 구체성 내지 명확성이 보다 엄격하게 요구된다. 그런데 농지법(다음부터는 '법'이라고 한다) 제36조 제1항은 농지의 전용에는 원칙적으로 관할 관청의 허가가 필요한 것

으로 규정하면서 그 제3호에서 농지전용신고로써 전용이 가능한 경우를 예외로 규정하고, 이어 제37조는 제1항에서 그 소정 시설의 부지로 농지를 전용하고자 할 경우에는 농지전용신고로써 전용이 가능한 것으로 규정하면서 그 시설로서 농업용시설, 농수산물유통·가공시설, 농업인의 공동생활 편의시설, 농수산물관련 연구시설, 어업용 시설과 아울러 '농업인 주택'을 규정한 다음, 제2항에서 위와 같은 '신고대상시설의 범위·규모 또는 설치자의 범위 등에 관한 사항'은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데, 이에 기한 법 시행령(1996.12.31.대통령령 제15229호로 개정된 것, 다음부터는 '영'이라고 한다) 제41조 [별표 1]은 그 제1호(다음부터는 '이 사건 문제 규정'이라고 한다)에서 농업인 주택을 '농업진흥지역 밖에 설치하는 영 제34조 제4항의 규정에 해당하는 농업인 주택'으로 규정하고 있다. 그러나 농지의 전용에 관한 규제는 국민의 재산권 행사에 대한 제약으로서 그에 관하여 시행령에서 정할 사항의 위임은 보다 구체적이고 명확할 것이 요구되는 것은 앞서 본 법리에 비추어 분명하고, 농업인 주택과 같은 시설의 '설치지역'이란 그 문언적 의미에서 보더라도 시설의 범위나 규모 혹은 설치자의 범위에는 속할 수 없는 사항일 뿐만 아니라, 농지 전용의 허부와 관련하여 위와 같은 요소들과는 독립된 별도의 주요 기준에 해당하는 점에 비추어 보면, 법 제37조 제2항에서 위임사항으로 규정하고 있는 '신고대상 시설의 범위·규모 또는 설치자의 범위 등에 관한 사항'에는 농업인 주택과 같은 시설의 '설치지역'에 관한 사항은 포함되지 아니하는 것으로 풀이된다. 따라서 법 제37조 제2항에 근거한 이 사건 문제 규정에서 농지전용신고의 대상이 되는 농업인 주택을 '농업진흥지역 밖에' 설치하는 농업인 주택으로 규정함으로써, 결과적으로 농업진흥지역 내에 설치되는 농업인 주택에 대하여는 법 제39조와 영 제37조 및 제38조의 규정에 따라 농지로서의 보전가치와 농업경영 및 농어촌 생활환경의 유지라는 측면에서 보다 엄격한 심사가 이루어지는 허가를 받도록 한 것은, 결국 법률의 위임 없이 국민의 재산권 행사를 보다 제한한 것이 되어 효력을 가질 수 없다. 그러므로 원고가 농업인 주택을 설치하기 위하여 한 이 사건 농지의 전용에 관한 신청에 대하여, 피고가 이 사건 문제 규정을 근거로 농업진흥지역에 속하는 이 사건 농지의 전용은 허가사항에 해당한다고 보아 달리 원고의 신청이 농지전용신고로서의 요건을 갖추었는지 여부를 심사하여 그 수리 여부를 결정하지 아니한 채 이 사건 불허가처분을 한 것은 결국 법령상의 근거 없이 한 것으로서 위법하다. 같은 취지에서 피고의 이 사건 불허가처분이 위법하다고 판단하여 원고의 청구를 인용한 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 법 제37조 제2항 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 따라서 상고는 이유 없으므로 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여 대법판들의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## [5] 農地造成費 및 農地轉用負擔金

### 1. 농지조성비 납입시기 등(대법원 1998.5.29. 97누2542)<sup>23)</sup>

#### 가. 판결요지

구농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제2조 제7호, 제4조, 농어촌발전특별조치법 제45조의2의 각 규정 등을 종합하면, 구농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제4조 제4항에서 정한 ‘제2항의 규정에 의하여 협의를 받아 농지를 전용하고자 하는 자’의 경우에는 ‘제1항의 규정에 의하여 농지의 전용허가를 받고자 하는 자’나 ‘제5조 제1항의 규정에 의하여 협의·동의 또는 승인을 얻어 농지를 전용하고자 하는 자’의 경우와는 달리, 위 제2항의 규정에 의한 협의의 시기가 아니라 실제로 농지전용을 하고자 하는 시기를 농지조성비 납입의무의 성립시기로 보아야 한다.

#### 나. 해설

##### (1) 농지조성비

##### (가) 제도의 취지

전용으로 인하여 감소되는 농지를 개간·간척 등으로 대체 조성하여 지속적인 식량 자급기반을 마련하기 위하여 부과하는 것이다.

##### (나) 납입의무자

당해 농지를 전용하고자 하는 자로서 농지전용허가의 경우는 허가신청자 즉, 허가를 받은 자, 농지전용협의를 경우에는 협의신청서류에 기재된 사업시행자가 전용하려는 농지에 상당하는 농지의 조성소요되는 비용(이하“농지조성비”라 한다)을 농지관리기금을 운용·관리하는 자에게 납입하여야 한다.

##### (다) 부과금액

농지조성비의 단위당 금액은 농림부장관이 농지별로 결정·고시한다.(법 제40조 제4항)

##### (라) 납입절차

농지조성비는 농지관리기금의 운용·관리를 위탁받은 농어촌진흥공사<sup>24)</sup>가 수납업

23) 위 농지의 매매에서 소개한 판례와 동일

24) 대법원, 1997. 3. 14. 선고, 95누13708판결

농지조성비 및 전용부담금을 납부할 것을 조건으로 건축허가를 받은 자가 건축허가 관할청으로부터 농지조성비 등의 납부를 요구받고 관할청으로부터 농지조성비 등 내역 확인서를 교부 받아 관할청의 수납기관에 농지조성비 등을 자진 납부한 경우, 농어촌진흥공사가 농지조성비 등의 부과결정은 물론 수납업무를 행한 바 없는 이상 농어촌진흥공사를 그 처분청이라고 볼 수는 없으므로 농어촌진흥공사를 상대로 농지조성비 등 부과처분취소를 구할 수 없다.

무를 대행하고 있다.(법시행령 제53조, 시행규칙 제38조) 농어촌진흥공사가 관할청으로부터 농지조성비부과결정서 등의 통보를 받은 때에는 통보내용에 따라 납입금액 등을 명시하여 납입의무자에게 통지하여야 한다. 납입의무자는 통지 전에 자진 납부<sup>25)</sup>할 수 있다.(법 시행령 제54조 제6항)

(마) 농지조성비의 환급

농지조성비를 납입한 자가 허가가 취소되거나 사업계획의 변경 기타 이에 준하는 사유로 인하여 전용하고자 하는 농지의 면적이 당초보다 감소한 때에는 이미 납입한 농지조성비 및 환급가산금을 환급하여야 한다(법 제40조 제2항)

(바) 농지조성비의 감면

농립부장관은 국가 또는 지방자치단체가 공용 또는 공공용의 목적으로 농지를 전용하는 경우 등에는 농지조성비를 감면할 수 있다.(법 제40조 제3항)

(사) 농지조성비 강제징수

납입기한 내 납입하지 않는 경우 국세채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있다(법 제40조 제5항)

(2) 농지전용부담금

(가) 제도의 취지

농어촌구조개선사업의 투자재원을 마련하기 위하여 1992. 2. 22. 이후 농지를 타목적으로 전용하는 경우 농지조성비와 함께 농지전용부담금 징수하여 농어촌구조개선특별회계(국고)에 납입한다.(농어촌발전특별조치법 제45조의2)

(나) 납입의무자

농지조성비 납입의무자와 동일하다.

(다) 부과기준 등

부담금의 금액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 해당 농지의 개별공시지가(해당 농지의 개별공시지가가 없는 경우에는 공시지가를 기준으로 하여 산정한 금액을 말한다.)의 범위 안에서 공시지가의 20/100에 해당하는 금액으로 하고, 이 경우 해당 농지의 개별공시지가의 수준, 전용에 따른 이익의 발생정도 등을 참작하여 차등 부과할 수 있다(농어촌발전특별조치법 제45조의2 제2항) 농어촌진흥공사가 고지.수납업무를 대행하고 있다.

(라) 납입의무 위반의 효과

25) 대법원, 1997.3. 14. 선고 95누13708 판결, 1996. 11. 15. 선고 96누10478 판결

농지조성비 및 전용부담금의 자진납부시 관할 행정청이 농지조성비 등의 납입의무자에게 자진 신고납부서나 농지전용협의를 따른 농지조성비·전용부담금내역확인서를 발급하고 그 확인서에 부과근거 및 산출내역 등이 명시되어 있다고 하더라도, 이러한 확인서 등을 교부한 행위는 단순한 사무적 행위에 불과할 뿐 이를 가리켜 농지조성비 등을 부과하는 행정처분이라고 할 수는 없다.

농림수산부장은 전용부담금을 납입하여야 하는 자가 이를 납입하지 아니한 때에는 해당 농지전용의 허가.협의.동의 또는 승인을 취소할 수 있다(농어촌발전특별조치법 제45조의2 제3항)

(마) 검토

농지조성비와 전용부담금의 성질이 법정부관인지, 부담인지, 독립된 처분인지 문제되 독립된 처분에 가까운 부담의 일종이라 할 수 있을 것이다. 농지조성비와 전용부담금이 별도의 목적으로 별개의 회계체계를 가지고 2중적으로 징수되고 있어 많은 문제가 발생하고 있는 바 통일된 기준에 의한 단일한 징수체계 등을 갖추어야 할 것이다.

2. 농지조성비 납입의무 면제 여부(대법원 1996.12.23. 95누12200)

가. 판시사항

구국토이용관리법에 의하여 수립·시행되는 취락지역개발계획에 따른 개발행위로서 농지를 전용하는 경우, 농지조성비 납입의무가 면제되는지 여부(소극)

나. 판결요지

구국토이용관리법(1993. 8. 5. 법률 제4572호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항 제1호는 같은 법에 의하여 국토이용계획상의 용도지역으로서 취락지역을 지정할 당시에 이미 건설부장관과 농림수산부장관 등 사이에 협의를 거쳤으므로, 같은 법 제14조의2 제1항 제2호에 의하여 수립·시행된 취락지역개발계획에 따른 개발행위로서 농지를 전용하고자 하는 자는 구농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법에 의하여 폐지) 제4조 제1항 및 제5조에 규정된 농림수산부장관의 허가나 협의 등을 요하지 아니하고 구국토이용관리법 제27조 제3항에 의하여 신고함으로써 족하다는 취지이지, 그 규정이 구 농지의보전및이용에관한법률 제4조 제4항에 규정된 농지조성비의 납입의무까지 면하게 하는 취지로 볼 수는 없다.

다. 관련법령

구농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법에 의하여 폐지) 제2조, 제4조, 제5조 : 구국토이용관리법(1993. 8. 5. 법률 제4572호로 개정되기 전의 것) 제14조의2 제1항 제2호, 제27조

라. 원심판례

서울고등법원 1995.7.14. 93구30077

3. 농지조성비·전용부담금내역확인서 발급·교부 행위가 행정처분인지 여부  
(대법원 1996.11.15. 96누10478)

가. 판시사항

농지조성비 등을 자진납부하는 경우에 있어서 행정청이 자진신고납부서나 농지조성비 전용부담금내역확인서를 발급·교부하는 행위가 행정처분인지 여부(소극)

나. 재판요지

농지의보전및이용에관한법률시행령 제8조 제3항, 같은법 시행규칙 제8조의4를 들어 농지조성비 등을 자진납부하는 경우에 있어서 행정청이 자진신고납부서나 농지전용 협의에 따른 농지조성비 전용부담금내역확인서(을 제3호증)를 발급하였고 그 확인서에 부과 근거 및 산출내역 등이 명시되어 있다고 하더라도, 이러한 확인서 등을 교부하는 행위는 단순한 사무적 행위에 불과할 뿐 이를 가리켜 농지 조성비 등을 부과하는 행정처분이라고 할 수 없다.

다. 관련법령

행정소송법 제1조 : 구농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법에 의하여 폐지) 제4조 : 농지의보전및이용에관한법률시행령 제8조 제3항 : 농지의보전및이용에관한법률시행규칙 제8조의4

4. 농지전용부담금의 산정 등(서울고등법원 1998.11.26. 97구52501)

가. 당사자 등

【원 고】 ○○○○○주식회사

【피 고】 농어촌진흥공사

나. 판결이유

구 농어촌발전특별조치법(1994. 8. 3. 법률 제4781호로 개정되기 전의 것, 이하 특조법이라 한다) 제45조의2 제1항에 의하면, 농림부장관은 농어촌구조개선사업에 대한 투자재원을



확보하기 위하여 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법으로 폐지) 제4조 제4항의 규정에 의하여 농지의 조성에 소요되는 비용을 납입하여야 하는 자에 대하여 전용부담금을 부과·징수하여야 한다고 규정한다. 한편 농지의보전및이용에관한법률 제4조 제4항의 규정에 의하면, 농지의 전용허가를 받고자 하는 자는 그 전용하고자 하는 농지에 상당하는 농지의 조성에 소유되는 비용을 납입하여야 한다고 규정하고 있다.

위 특조법 제45조의2 제2항에 의하면, 전용부담금의 금액은 지가공시및토지등의평가에 관한법률 제4조의 규정에 의한 해당 농지의 공시지가(해당 농지의 공시지가가 없는 경우에는 동법 제10조의 규정에 의하여 산정한 개별토지가격)의 범위안에서 대통령령이 정하는 부과기준을 적용하여 계산한 금액으로 한다고 규정하고, 같은법 시행령 (1994. 7. 23. 대통령령 제14339호로 개정되기 전의 것) 제52조의2 제1항에 의하면, 법 제45조의2 제2항의 규정에 의한 전용부담금의 금액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 해당 토지의 공시지가(해당 토지의 공시지가가 없는 경우에는 동법 제10조의 규정에 의하여 산정한 개별토지가격을 말한다)의 100분의 20으로 한다고 규정한다.

그런데 이 사건의 경우 원고가 일단 위 토지에 대한 농지전용부담금을 납부한 이후에 위 부담금 산정의 기준이 되었던 1994년도 공시지가가 원고의 이의신청에 따라 재조사 결정되었으므로 당연히 재조사 결정된 1994년도 공시지가를 기준으로 하여 이 사건 농지전용부담금을 다시 산정하여야 하고, 재조사 결정된 1994년도 공시지가는 재조사 결정일인 1995. 10. 5.을 기준으로 하여 재평가한 것이 아니라, 역시 공시기준일인 1994. 1. 1.을 기준으로 하여 재평가한 것에 불과하므로 재조사 결정된 공시지가를 적용하여 이 사건 농지전용부담금을 다시 산정하였다고 해서 공시지가를 소급적용한 것이라고 볼 수는 없다.

(2) 을제8호증의 2(농지조성비, 농지전용부담금 부과명세서)의 기재에 의하면, 이 사건 처분에 사용된 농지전용부담금 부과명세서의 서식에 부동문자로 농지법 시행령 제53조 제2항 및 농어촌발전특별조치법 시행령 제52조의4 제2항의 규정에 의하여 농지조성비 및 전용부담금 부과결정 결과를 알립니다 라고 인쇄되어 있으며, 피고는 위 서식을 이용하여 이 사건 농지전용부담금을 부과하고 있음을 알 수 있고, 한편 농지법시행령(1995. 12. 22. 대통령령 제14835호) 제53조 제2항은 농림부장관은 농지조성비의 징수업무를 농어촌진흥공사로 하여금 대행하게 한 경우에는 농림수산부령이 정하는 바에 의하여 제52조 제1항 각호의 사항을 기재한 농지조성비 부과결정서에 부과명세서 등을 첨부하여 농어촌진흥공사에 통보하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나 위 서식은 농지전용부담금의 부과처분 뿐만 아니라 농지조성비의 부과처분을 위한 서식으로도 이용되고 있어, 위 서식에 미리 농지조성비 부과권한의 위임·위탁에 관한 근거규정인 위 농지법 시행령 제53조 제2항을 인쇄해 두고 있는 것뿐이며, 위 서식에는 이와 함께 농지전용부담금 부과권한의 위임·위탁에 관한 근거규정인 농어촌발전특별조치법 시행령 제52조의4 제2항도 인쇄되어 있으므로 이 사건 농지전용부담금에 대하여는 위 농어

촌발전특별조치법 시행령 제52조의4 제2항이 적용되는 것임을 쉽게 알 수 있다.

따라서 이 사건 부과처분은 부과기준일 당시에 시행되지 않던 농지법시행령 제53조 제2항을 소급적용하여 이루어진 것이라는 원고의 주장도 이유없다.

## 5. 농지조성비 납입의무 발생시기, 신의칙 등 (서울고등법원 1998.4.14. 97구17225)

### 가. 당사자 등

【원 고】 전○근

【피 고】 농어촌진흥공사

### 나. 판결이유

(1) 위 각 규정들을 종합해 보면 도시계획구역 안에 있는 농지를 전용하는 경우 농수산부 장관의 허가는 받지 않아도 되지만, 비록 도시계획구역 안에 있는 농지라 하더라도 농지보전법 제4조 제2항에 의하여 주무부 장관이 도시계획구역 등을 결정 또는 지정할 때에 당해 구역 내에 농지가 포함되어 있는 경우와 녹지지역 등 안의 농지를 타용도로 변경하거나 형질을 변경할 경우에 농수산부 장관과의 협의를 받은 때에는 농지보전법 제4조 제4항에 따라 이 경우에도 그 농지를 전용하고자 하는 자에 대하여 전용대상농지에 상당하는 농지의 조성비에 소요되는 비용을 납입하도록 되어 있고, 그 농지조성비 납입의무의 발생시기는 협의 등을 거친 도시계획의 결정 등으로 농지전용의 길이 열린 시점이 아니라 협의 후 구체적인 농지전용행위가 행해지는 때라 할 것인바, 위에서 본 바와 같이 이 사건 토지는 1985. 4. 19. 생산녹지지역에서 주거지역으로 용도지역이 변경되었고(그 변경에 관하여 농지보전법 제4조 제2항에 따른 협의가 있었을 것으로 추인된다) 원고는 1993. 12. 15. 이 사건 토지에 관한 형질변경허가를 받아 농지를 전용한 것이니, 이 사건 토지가 농지전용허가대상인지 여부에 관계없이, 원고는 농지보전법 제4조 제2항 및 제4항과 농어촌발전법 제45조의2에 따라 농지조성비 및 전용부담금의 납입의무를 지게 된 것이라 할 것이므로, 위 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 토지는 농지전용허가대상도 아니고, 농지보전법 제4조 제4항에서 말하는 제2항의 규정에 의하여 협의를 받아 농지를 전용하고자 하는 자의 농지조성비 납입의무는 협의의 시기가 아니라 실제로 농지전용을 하고자 하는 시기라 할 것이므로, 농수산부 장관은 법 제4조 제4항의 규정에 의하여 농지조성비를 납입하여야 하는 자에 대하여 농지전용의 허가 협의 동의 또는 승인을 할 때에는 농지조성비를 미리 납입하게 하거나 조성비 및 전용부담금의 납입을 허가등의 조건으로 하여야 한다고 규정한 농지보전법시행령 제6조

는 이 사건 농지전용의 경우에 적용되는 것이라 할 수 없고, 또한 이 사건 토지의 형질변경 당시 소관청이 농지조성비 및 전용부담금을 문제삼지 아니하다가 상당기간이 지난 후에 비로소 피고에 의하여 이 사건 처분이 행해졌다 하더라도 이로써 원고의 납입의무가 면제된다거나 이 사건 처분이 신의칙에 어긋나는 것이라 할 수 없으므로, 위 주장도 이유 없다.

# 第 4 章 農業基盤 · 振興法

## 第 1 節 農漁村整備法

### I. 農漁村整備法の 概要

#### 1. 制定経위 등

농어촌정비법은 농수산업생산기반, 농어촌생활환경과 농어촌휴양자원 및 한계농지등을 종합적·체계적으로 정비·개발하여 농어촌의 소득증대사업추진뿐만 아니라, 농수산업의 경쟁력 향상과 농어촌생활환경개선을 촉진함으로써 현대적인 농어촌건설과 국가의 균형발전을 도모하고자 1994.12.22. 법률 제4823호로 제정되어 1995.6.23.부터 시행되었고 13차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 타법률과의 관계

이 법의 시행과 함께 농지확대개발촉진법은 폐지되었고, 농촌근대화촉진법 중 중전의 농지개량사업을 농업생산기반정비사업으로 확대·개편하여 관개·배수시설등 논위주의 사업 외에 농업주산단지조성사업 및 영농시설확충사업을 함께 추진하도록 흡수·보강하였으며 환지·교환·분합에 관한 사항도 농어촌정비법에 흡수되고 농촌근대화촉진법 중 농지개량사업 및 농지개량조합 관련 부분은 농지개량조합법에 흡수되었다. 그리고 농어촌발전특별조치법 중 제5장 농어촌정주생활권 개발 부분 역시 농어촌정비법에 흡수되었다.

#### 3. 농어촌정비법의 주요내용

농어촌정비법은 제1장 총칙, 제2장 농어촌정비를 위한 자원조사·활용, 제3장 농업생산기반 정비, 제4장 수산업생산기반 정비, 제5장 농어촌생활환경 정비, 제6장 농어촌 토지 등의 효율적 정비를 위한 환지, 교환·분합 등, 제7장 농어촌 휴양자원 개발 및 한계농지등의 정비, 제8장 보칙 등 총 8장, 107조로 되어 있다.

제2장 농어촌정비를 위한 자원조사·활용을 보면 종합적이고 체계적인 자원조사 결과를 바탕으로 농업생산기반, 수산업생산기반, 농어촌생활환경, 농어촌휴양자원, 한계농지등의 개발 및 정비를 위해 농어촌정비종합계획을 수립하도록 하고 있고(제3조, 제4조)

제3장 농업생산기반정비를 보면, 농림부장관은 예정지조사를 실시하고 그 결과 타당성이 있는 사업에 대하여는 농업생산기반사업기본계획과 시행계획을 수립하여야 하고(제6조 내지 제8조), 시행계획수립을 한 때에는 사업시행자를 지정하고 국가, 지방자치단체, 농업기반공사, 토지소유자(농업주산단지조성 및 영농시설 확충사업은 농업협동조합도 시행할 수 있음)가(제9조) 시행인가를 받아 시행할 수 있도록 하고 있는데, 농어촌지역의 농업용수등 농어촌용수개발사업, 경지정리, 배수개선, 수리시설 개보수등 농업생산기반개발사업, 농수산업을 주목적으로 하는 간척·매립·개간등 농지확대개발사업, 농업주산단지조성 및 영농시설확충사업, 기타 농지의 개발 또는 이용을 위하여 필요한 사업 등을 할 수 있도록 하고 있다(제2조 제3호)

제4장 수산업생산기반정비를 보면, 농업생산기반정비와 마찬가지로 해양수산부장관은 자원조사 결과를 바탕으로 지구별·유형별 수산업생산기반정비계획을 수립하고 이에 의거 사업별 기본계획 및 시행계획을 수립하여야 하고, 시행계획을 수립한 때에는 사업시행자를 지정하고 국가, 지방자치단체, 농어촌진흥공사, 수산업협동조합, 어촌계 또는 대통령령으로 정하는 자가(제23조) 시행할 수 있도록 하고 있는데, 농어촌지역의 연안시설의 정비사업, 연안해면에 대한 저질개량, 고정물 설치 및 수산자원 조성시설등 수산업생산기반 확충사업, 기타 수산업생산기반을 정비하기 위하여 필요한 사업 등을 할 수 있도록 하고 있다.(제2조 제4호)

제5장 농어촌생활환경 정비를 보면, 제2조 제5호의 집단화된 농어촌주택, 공동이용시설 등을 갖춘 새로운 농어촌 마을의 건설사업, 농어촌마을의 재개발사업, 분산된 마을의 정비사업, 간이상수도, 마을하수도 및 오수·폐수정화시설의 설치등 농어촌수질오염방지를 위한 사업, 기타 필요한 사업을 하도록 되어 있고, 생활환경정비사업개발계획을 수립하고, 마을정비구역을 지정할 수 있도록 하고 있고(제32조), 농어촌주택등을 분양·임대할 수 있도록 하고 있다(제41조)

제6장 농어촌토지 등의 효율적 정비를 위한 환지·교환·분합 등을 보면, 농업기반등 정비사업의 시행자는 농업기반등 정비사업의 공사를 준공한 후 지체없이 환지계획을 작성하여 농림부장관의 인가를 받도록 하고 있고(제43,44조), 농경지이외의 미곡종합처리장, 공동집하장 등 특정용도의 용지확보를 위하여 종전 토지에 권리가 없는 자(국가, 지방자치단체등)에게 환지를 지정할 수 있도록 창설환지제도를 두고 있다.(제47조)

제7장 농어촌휴양자원개발 및 한계농지 등의 정비를 보면, 시장·군수는 농어촌지역에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 관광농원·농어촌휴양단지 또는 주말농원 등을 지정하여 이를 개발하거나 농림어업인의 단체, 농어촌진흥공사 또는 농림어업인등으로 하여금 개발하게 할 수 있도록 하고 있고(제67조), 농림부장관은 한계농지와 그 주변산지등 토지를 효율적으로 관리·이용 및 개발하기 위하여 한계농지등의 정비에 관한 기본방침을 수립하여 시행할 수 있도록 하고 있고(제76조등), 시장·군수는 관할농촌지역의 산업을 진흥하기 위하여 산업입지및개발에관한법률이 정정하는 바에 따라 시도지사의 승인을 얻어 농공단지를 지정하고 이를 개발하도록 하고 있으며 생산된 제품의 판매를 지원하도록 하고 있다(제85조의 3,4)

## II. 農漁村整備法에 관한 判例

여기에서는 농어촌정비법의 제정과 함께 폐지된 농촌근대화촉진법, 농지확대개발촉진법에 관한 최근 판례도 함께 정리하였다.

### 1. 농지개발사업과 청산금(헌법재판소 2000.4.27. 99헌바58)

#### 가. 판시사항

- [1] 농지개발사업 완료 후 환지에 적합하지 않은 과소농지소유자 등에게 지급하는 청산금의 의미
- [2] 환지처분으로 청산대상토지의 소유권을 취득한 후 90일 안에 청산금을 지급하도록 규정한 구 농촌근대화촉진법 제126조 제5항, 제129조 제3항 및 제133조 제1항이 입법형성권의 한계를 벗어난 것인지 또는 과잉금지의 원칙을 위반한 것인지 여부(소극)
- [3] 90일 안에 보상하도록 하면서 보상시까지의 이자지급을 규정하지 않은 위 구 농촌근대화촉진법 조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 청산금은 구 농촌근대화촉진법에 의한 환지처분의 결과 발생하는 토지소유자간의 경제적 이득의 불균형을 조절하기 위한 기능과 함께, 환지에 적합하지 아니하거나 농지개발사업의 목적에 부합하지 아니한 300평 이하의 과소토지의 경우에는 농업의 기계화, 합리화라는 공공의 이익을 위하여 종전농지의 소유권을 국가 또는 국가를 대행하여 사업을 시행하는 사업시행자가 강제 취득함으로써 종전농지의 소유자가 입게 되

는 손실을 보상하는 손실보상금의 기능을 아울러 가지는 것으로 이해하여야 한다.

[2] 헌법 제23조 제3항이 요구하는 보상의 방법과 범위를 정하는 것은 입법자에게 위임되어 있어, 입법자는 헌법이 요구하는 보상의무를 형성하고 구체화시킨[3] 그러나 보상의 방법과 정도에 관한 입법자의 입법형성권은 헌법이 요구하는 정당한 보상의 범위 내에서 공공의 이익과 피수용자 및 이해관계인의 이익, 수용의 목적과 공공사업의 특수성 등을 고려하여 타당한 보상의 방법과 정도를 정하여야 하는 것인바, 농지개량사업은 일반적으로 추수가 끝난 후 다음 해 파종 때까지 불과 5~6개월의 짧은 기간 안에 시행, 완료되어야 하는데다가 사업시행, 완료 후에는 파종을 위하여 조속히 농지 등에 관한 권리관계가 확정되어야 하므로 먼저 토지소유권의 귀속관계를 확정된 후 그 청산의 과정에 들어가야 할 필요가 있는 등 농지개량사업의 특성에 비추어 볼 때, 토지수용법의 규정과는 달리 90일의 청산기한을 규정한 것은 수궁할 수 있고, 이를 가리켜 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라거나 과잉금지의 원칙에 위반한 것이라고는 볼 수 없다.

[3] 농지개량사업에 의한 청산금의 지불은 90일의 기한이 있어 소유권 상실 후 환지계획에서 정하는 청산금 지불시기까지는 청산금을 수령할 수 없고 그 결과 토지수용법이나 토지구획정리사업법에는 사후보상에 있어 이자를 지급하는 것과는 달리 그에 따른 이자상당의 재산상 손실을 입게 되는 차별이 존재한다[3] 그러나 농지개량사업의 특수성을 고려할 때, 이와 같은 차별은 합리적 근거 있는 차별이라 할 것이므로 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

#### 다. 심판대상조문

구 농촌근대화촉진법(1970. 1. 12. 법률 제2199호로 제정되었다가 1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙 제7조 제4항에 의하여 삭제되기 전의 것) 제126조 제5항, 제129조 제3항, 제133조 제1항

#### 라. 당사자 등

【청 구 인】 이○자 외 1인

#### 마. 판결이유

##### (1) 사건의 개요

경기 파주군 교하면 야당리 632의 1 전13,201㎡는 원래 청구인 이○자의 소유였고, 야당리 632의 2 전 3290㎡는 청구인 문○덕의 소유였다. 청구의 파주농지개량조합은 1990. 10. 경 위 각 토지의 일부를 포함한 같은 면 와당리, 당하리, 야당리 일대 47.83헥타아르 지역의 경지정리사업에 대하여 구 농촌근대화촉진법(법이라 줄여 쓴다)에 의한 사업시행자로 지정

되었다. 위 조합은 사업지구 내의 물리면적 40헥타아르의 토지소유자 104명중 80명의 동의를 얻어 1990. 11. 3. 경기도지사로부터 경지정리사업시행인가를 받았다. 위 조합이 1991. 5. 경 사업을 완료한 후 환지계획을 작성하여 1991. 8. 13. 물리자총회를 개최하였고, 위 총회에서 법에 따라 사업지구내 편입되는 토지의 면적이 300평 이하인 경우에는 환지를 제공하지 않고 금전에 의하여 청산하되 종전의 토지와 환지의 평정가격은 각각 평당 20,000원 및 24,000원으로 결정하여 이를 이해관계인에게 공고하였다. 공고 결과 토지소유자의 3분의 2 이상이 환지계획에 동의하였고 1992. 5. 22. 경기도지사로부터 환지계획의 인가를 받았다.

위 사업의 시행과정에서 1992. 1. 29. 청구인 이○자 소유 632의1 토지중 사업지구에 포함된 65㎡는 야당리 632의 13으로, 454㎡는 야당리 632의 14로, 청구인 문○덕 소유 632의 2 토지중 사업지구에 포함된 137㎡는 야당리 632의 15로 각 분할되었는데 위 토지들은 사업지구내 편입되는 면적이 각 300평 이하라는 이유로 위 조합은 1992. 6. 8. 위 토지들에 대하여 분할등기 및 환지등기의 촉탁을 하였고 같은 날 위 토지들에 대한 각 분할등기가 종료되고 등기부가 폐쇄되었다.

위 조합은 1992. 7. 30.경 물리자총회에서 결정된 청산가격에 따라 청구인 이○자에게 3,208,270원, 청구인 문○덕에게 846,870원을 각 1992. 8. 21.까지 지급할 예정임을 알리고 관련서류를 구비하여 수령할 것을 통보하였으나 청구인들이 교부신청을 하지 아니하여 청산금이 지급되지 아니하였다.

청구인들은 위 토지들이 여전히 자신들의 소유라고 주장하며 서울지방법원에 토지인도 청구의 소(98가단88640)를 제기하였다. 그 소송에서 청산금의 교부 없이 청산대상토지의 소유권을 취득할 수 있도록 하는 법 제129조 제3항, 제126조 제5항, 제133조 제1항(이 사건 법률조항이라 한다)이 평등권을 침해하고, 정당보상의 원칙을 규정한 헌법 제23조 제3항에 위반된다는 이유로 위헌제청을 신청하였으나(98카기114680), 위 법원은 1999. 6. 23. 이를 기각하였고, 청구인들은 같은 해 7. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## (2) 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 법 제126조 제5항, 제129조 제3항 및 제133조 제1항의 위헌여부이며 그 내용은 다음과 같다.

법 제126조(환지계획) ①~④ 생략

⑤ 제2항 전단 및 제3항의 규정에 의하여 환지를 정하는 경우에 상계할 수 없는 부분이 있는 경우와 환지계획구역안에 300평 이하의 토지소유자가 있는 경우 또는 1구획의 환지를 받고 잔여토지가 300평 이하의 토지소유자가 있을 경우에는 금전에 의한 청산을 하되 당해 환지계획에서 그 금액의 지불 및 징수의 방법과 시기를 정하여야 한다.

⑥~⑧ 생략

법 제129조(환지처분의 효과와 청산금) ① 제127조 제4항의 규정에 의하여 고시된 환지계획에 의하여 교부된 환지는 제162조 제1항의 경우를 제외하고는 그 환지계획을 고시한 날



의 익일부터 이를 종전의 토지로 본다.

② 제1항의 규정은 행정상 또는 재판상의 원본에 의하여 종전의 토지에 전속하는 권리에 대하여는 영향을 미치지 아니한다.

③ 제127조 제4항의 규정에 의한 고시가 있을 때에는 농지개량사업시행자는 그 고시된 환지계획에 의하여 청산금을 지불하거나 징수하여야 한다. 이 경우에 그 청산금은 환지인가가 있는 날로부터 90일 안에 청산하여야 한다.

법 제133조(환지처분에 의한 등기) ① 농지개량사업시행자는 제127조 제1항의 규정에 의한 인가가 있을 때에는 지체없이 당해 환지계획에 관한 토지 및 건물에 관한 등기를 촉탁 또는 신청하여야 한다.

②~③ 생략

### (3) 판단

#### (가) 농지개량사업과 청산금의 의미

① 농지개량사업은 농지의 개량·개발·보전 및 집단화와 농업의 기계화에 의한 농업 생산력을 증진시키고 농가주택을 개량함으로써 농촌근대화를 촉진하게 함을 목적으로 농지개량시설의 설치·관리·변경 또는 폐합, 농지에 관한 권리의 교환·분합 등 농지의 개량 또는 보전을 위하여 필요한 사업을 말한다(법 제1조, 제2조). 소유권의 귀속에 따라 무계획적으로 나뉘어져 있는 우리나라 농지의 구조적 실태와 농촌의 공동화(空洞化)로 인하여 노령화된 농촌인력구조하에서 자연재해에 대처하고 농업의 생산성을 증대시키기 위해서는 농업의 기계화, 집단화가 필연적으로 요청되었다. 따라서 농지개량사업은 농업의 집단화 및 기계화를 통하여 농지의 생산성을 증대시켜 국민생존의 기초자원인 식량의 안정적인 공급을 확보함에 그 목적이 있는 것이다.

농지개량사업은 기존의 농지를 구획정리, 개답 및 개전하여 사업완료 후 종전농지에 새로 지번을 붙인 다른 농지를 지정하여 이를 종전의 농지로 보는 환지처분을 그 본질적인 내용으로 한다. 이 과정에서 기존농지소유자의 재산권에 일정한 제한을 가하게 되는 경우가 발생하므로 토지소유자 등 이해관계인의 동의를 사업시행의 요건으로 하고(법 제93조 제3항), 환지는 종전의 토지의 지목·지적·등급·토성·수리·경사·온도 기타의 자연조건 및 이용조건을 참작하여 종전의 토지와 상응하여야 하며(법 제126조 제2항), 농지 소유자간의 형평을 위하여 종전의 토지와 환지로 교부할 토지의 가격을 평정하여(법 제131조) 청산금을 지불하거나 징수하도록(법 제129조 제3항) 규정하여 그 제한을 최소화하고 이해관계인들간의 공평을 꾀하는 한편, 환지를 정하는 경우에 ㉠ 상계할 수 없는 부분이 있는 경우와 ㉡ 환지계획구역안에 300평 이하의 토지소유자가 있는 경우 ㉢ 1구획의 환지를 받고 잔여토지가 300평 이하의 토지소유자가 있는 경우에는 급전에 의한 청산을 하되 당해 환

지계획에서 그 금액의 지불 및 징수의 방법과 시기를 정하여야 하고(법 제126조 제5항), 이 경우에 그 청산금은 환지인가가 있는 날로부터 90일 안에 청산하여야 한다(법 제129조 제3항).

- ② 따라서 청산금은 법에 의한 환지처분의 결과 발생하는 토지소유자간의 경제적 이득의 불균형을 조절하기 위한 기능과 함께, 환지에 적합하지 아니하거나 농지개발사업의 목적에 부합하지 아니한 300평 이하의 과소토지의 경우에는 농업의 기계화, 합리화라는 공공의 이익을 위하여 종전농지의 소유권을 국가 또는 국가를 대행하여 사업을 시행하는 사업시행자가 강제 취득함으로써 종전농지의 소유자가 입게 되는 손실을 보상하는 손실보상금의 기능을 아울러 가지는 것으로 이해하여야 한다.

(나) 헌법 제23조 제3항에 위반되는지 여부

- ① 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요가 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15 등, 판례집 6-1, 38, 55 ; 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 243).

- ② 농지는 전·답 또는 과수원 기타 지적법에 의한 지목여하에 불구하고 사실상 농작물의 경작에 이용되고 있는 토지와 기타 시설의 부지를 말하는 것으로서 자연재해로부터의 피해를 예방하고 농지의 생산성을 높여 국민에게 안정적인 식량을 공급하기 위하여는 농업의 기계화, 합리화가 필연적으로 요구되고, 이를 위하여 농지개발사업을 시행하는 때에는 사업시행자가 그 사업지구 내에 편입되는 토지를 강제 취득하여야 할 공익적 필요가 있다.

그러한 의미에서 법이 농지개발사업을 하는 때에는 사업시행자가 종전의 토지에 상응한 환지를 정하되 상계할 수 없는 부분이 있는 경우 등에는 금전으로 청산할 것을 정하는 환지계획을 작성하여야 하고(법 제126조 제1항, 제5항), 농림수산부 장관이 이를 인가하여 지체없이 고시(법 제127조 제1항, 제4항)하여야 하며, 고시된 환지계획에 의하여 교부된 환지는 그 환지계획을 고시한 날의 익일부터 이를 종전의 토지로 보며(법 제129조 제1항), 그 결과 금전으로 청산할 것을 정한 경우에는 환지계획이 고시된 날의 익일부터는 법률의 규정에 의하여 종전 토지소유자들의 소유권이 상실되고(대법원 1999. 5. 25. 선고 99다1789 판결 ; 1998. 10. 13. 선고 97다21291 판결 등 참조), 그 청산금은 환지인가가 있는 날로부터 90일 안에 청산하여야 하며(법 제129조 제3항), 사업시행자는 환지계획의 인가가 있는 때에는 지체없

이 당해 환지계획에 의한 토지 및 건물에 관한 등기를 촉탁 또는 신청하여야 한다(법133조 제1항)고 규정하고 있음은 그 입법목적에서 정당하고, 기본권제한의 방법이 적정하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

- ③ 헌법 제23조 제3항이 요구하는 보상의 방법과 범위를 정하는 것은 입법자에게 위임되어 있어, 입법자는 헌법이 요구하는 보상의무를 형성하고 구체화시킨다. 그러나 보상의 방법과 정도에 관한 입법자의 입법형성권은 헌법이 요구하는 정당한 보상의 범위 내에서 공공의 이익과 피수용자 및 이해관계인의 이익, 수용의 목적과 공공사업의 특수성 등을 고려하여 타당한 보상의 방법과 정도를 정하여야 하는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 환지인가가 있는 날로부터 90일 안에 청산금을 지불하도록 규정하고 있으므로 이에 관하여 본다.

농지개발사업은 일반적으로 추수가 끝난 후 다음 해 파종 때까지 불과 5-6개월의 짧은 기간 안에 시행, 완료되어야 하는데다가 사업시행, 완료 후에는 파종을 위하여 조속히 농지 등에 관한 권리관계가 확정되어야 하므로 먼저 토지소유권의 귀속 관계를 확정된 후 그 청산의 과정에 들어가야 할 필요가 있고, 농지개발사업은 국고와 지방비의 재정부담아래 사실상 토지소유자 등 이해관계인의 자발적인 의사와 참여하에 이루어지며, 농지개발사업은 국가가 공공이익을 위하여 국민의 재산권을 강제적으로 취득하는 것이 아니라 농지의 구획 또는 형질을 변경하여 그것과 동가치의 다른 농지와 교환(환지)하여 줄 뿐 권리의 실질에는 변경을 주지 않으며, 금전으로 청산하는 경우에도 그 청산금의 지불 및 징수의 방법과 시기를 당해 환지계획에서 정하여야 하고, 청산금은 수용(강제취득)에 따른 특별한 희생에 대한 보상이라는 기능과 함께 사업구역내 토지소유자간의 경제적 이득의 불균형을 조절하기 위한 기능을 아울러 가지고 있는 등 농지개발사업의 특성에 비추어 볼 때, 법이 토지수용법의 규정과는 달리 90일의 청산기한을 규정한 것은 수긍할 수 있고, 이를 가리켜 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라거나 과잉금지의 원칙에 위반한 것이라고는 볼 수 없다.

#### (다) 평등의 원칙에 위반되는지 여부

토지수용법이나 토지구획정리사업법 등에 의하여 수용 당하거나 청산금을 교부 받게 되는 피수용자는 수용 전 또는 적어도 수용과 동시에 보상금을 수령하게 되고 또한 사후에 보상금이 지급되는 경우에는 각 법률에 따른 소정의 이자를 지급 받게 되나, 농지개발사업에 의한 청산금의 지불은 90일의 기한이 있어 소유권 상실 후 환지계획에서 정하는 청산금 지불시기까지는 청산금을 수령할 수 없고 그 결과 그에 따른 이자상당의 재산상 손실을 입게 되는 차별이 존재한다. 그러나 농지개발사업에는 앞에서 본 바와 같은 여러 특성이 있고, 그 특성을 고려할 때 이와 같은 차별은 합리적 근거 있는 차별이라 할 것이므로 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해한다고도 할 수 없다.

## 2. 재결신청권과 보상금 결정 절차(대법원 2000.10.27. 98두18381)

### 가. 판시사항

토지 소유자 및 관계인에게 재결신청의 청구권을 부여한 토지수용법제25조의3의 규정이 구 농촌근대화촉진법 제157조가 정하는 보상금결정의 절차에 준용될 수 있는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

토지수용법이 제25조의3의 각 항으로 토지 소유자 및 관계인에게 재결신청의 청구권을 부여한 이유는, 사업시행자는 사업인정의 고시 후 1년 이내에는 언제든지 재결을 신청할 수 있는 반면에 토지 소유자 및 관계인은 재결신청권이 없으므로, 수용을 둘러싼 법률관계의 조속한 확정을 바라는 토지 소유자 및 관계인의 이익을 보호하고 수용 당사자 간의 공평을 기하기 위한 것이라 할 것인데, 구 농촌근대화촉진법(1995. 2. 29. 법률 제5077호 농지개량조합법 부칙 제2조로 폐지) 제157조 제1항(1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙 제7조 제4항으로 삭제)에서 농지개량사업의 시행으로 손실을 받은 자와 그 손실을 보상하여야 할 자 사이에 보상금에 관한 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에 손실을 보상하여야 할 자만이 보상금결정의 신청을 할 수 있는 것으로 한정하고 있지 아니한 이상 손실을 보상하여야 할 자뿐만 아니라 손실을 받은 자에게도 위의 규정에 의한 보상금결정 신청의 권한이 있다고 보아야 하므로, 사업시행자에게만 재결신청권이 부여되어 있음을 전제로 한 토지수용법 제25조의3의 규정이 구 농촌근대화촉진법 제157조가 정하는 보상금결정의 절차에 준용될 수는 없다.

### 다. 관련법령

토지수용법 제25조의3, 구 농촌근대화촉진법(1995. 2. 29. 법률 제5077호 농지개량조합법 부칙 제2조로 폐지) 제157조 제1항(1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙 제7조제4항으로 삭제)

### 라. 당사자 등

【원고(선정당사자), 상고인】 이○갑 외 7인

【피고, 피상고인】 중앙토지수용위원회 외 1인

【원심판결】 서울고법 1998.10.14.선고 97구29525 판결

### 3. 개간허가 등과 관련한 군수등의 국가배상책임 (대법원 2000.5.12. 99다70600)

#### 가. 판시사항

- [1] 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소된 사실만으로 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수 있는지 여부(소극) 및 이 경우 국가배상책임의 성립요건과 그 판단 기준
- [2] 개간허가 취소처분이 후에 행정심판 또는 행정소송에서 취소되었으나 담당공무원에게 객관적 주의의무를 결한 직무집행상의 과실이 없다는 이유로 국가배상책임을 부인한 사례
- [3] 군수 또는 그 보조 공무원이 구 농지확대개발촉진법 제61조 제2항, 같은법 시행령 제1항에 의하여 농수산부장관으로부터 도지사를 거쳐 군수에게 재 위임된 국가사무인 개간허가 및 그 취소사무의 처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우, 국가배상책임의 귀속 주체

#### 나. 판결요지

- [1] 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기관력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고, 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.
- [2] 개간허가 취소처분이 후에 행정심판 또는 행정소송에서 취소되었으나 담당공무원에게 객관적 주의의무를 결한 직무집행상의 과실이 없다는 이유로 국가배상책임을 부인한 사례.
- [3] 구 농지확대개발촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙 제2조로 폐지) 제24조와 제27조에 의하여 농수산부장관 소관의 국가사무로 규정되어 있는 개간허가와 개간허가의 취소사무는 같은 법 제61조 제1항, 같은법 시행령 제37조 제1항에 의하여 도지사에게 위임되고, 같은 법 제61조 제2항에 근거하여 도지사로부터 하위 지방자치단체장인 군수에게 재위임 되었으므로 이른바 기관위임사무라 할 것이고, 이러한 경우 군수는 그 사무의 귀속 주체인 국가 산하 행정기관의 지위에서 그

사무를 처리하는 것에 불과하므로, 군수 또는 군수를 보조하는 공무원이 위임사무처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였다 하더라도 원칙적으로 군에는 국가배상책임이 없고 그 사무의 귀속 주체인 국가가 손해배상책임을 지는 것이며, 다만 국가배상법 제6조에 의하여 군이 비용을 부담한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 국가와 함께 손해배상책임을 부담한다.

#### 다. 관련법령

구 농지확대개발촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙제2조로 폐지) 제24조, 제27조 제1항 제3호, 제24조, 제27조, 제61조 제1항, 제2항, 구 농지확대개발촉진법시행령(1995. 6. 23. 대통령령 제14679호 농어촌정비법시행령 부칙 제2조 제1항으로 폐지) 제37조 제1항

#### 라. 당사자 등

【원고, 상고인 겸 피상고인】 박○갑

【피고, 피상고인 겸 상고인】 박○을

【원심판결】 전주지법 1999. 11. 5. 선고 99나895 판결

#### 마. 판결이유

(1) 피고의 상고이유에 대하여 가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고 군의 군수가 1989. 3. 27. 원고에게 전북 박○을 신림면 신평리 산 10의 1 입야 34,711㎡와 같은 리 34의 6 입야 15,669㎡ 중 10,000㎡에 대하여 준공기한을 같은 해 11월 24일로 한 소규모자력개간허가(이하 '제1차 허가'라고 한다)를 하고, 피고 산하 신림면장이 박○을 사무의 읍면위임조례에 의하여 1990. 9. 3. 원고에게 같은 리 산 9 입야 중 25,000㎡에 대하여 준공기한을 1991. 3. 30.로 한 소규모자력개간허가(이하 '제2차 허가'라고 한다)를 한 후, 원고가 제1차 허가에 따른 개간사업의 준공기한을 도과하자 신림면장이 1991. 1. 5. 원고에게 위 각 허가에 따른 사업을 같은 해 4월 30일까지 완공하라고 계고하고, 원고가 이를 도과한 후 같은 해 5월 27일에는 다시 같은 해 6월 10일까지 모두 완공하라고 계고한 다음, 같은 해 7월 5일 원고가 위 각 준공기한을 도과하여 허가조건을 위반하였고, 위 준공기한 경과 당시 위 각 개간사업이 전체 공정의 65%에 불과한 데 위 개간사업으로 인한 임지의 경관훼손 및 장마철에 토사유출 등의 재해를 우려하는 주민여론 및 신문보도 등이 있음을 이유로 제1, 2차 허가 전부에 대한 취소처분을 하였는데(이하 '제1차 취소처분'이라고 한다), 원고가 행정심판을 거쳐 광주고등법원 91구2679호로 제1차 취소처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 결과 위 법원으로부터 1993. 6. 24. 제1차 처분은 처분권한 없는 자에 의한 것이므로 당연무효라는 이유로 승소판결을 선고받아 그 판결

이 확정되었으나, 피고 군의 군수는 다시 1993. 7. 20. 제1차 허가를 취소함과 아울러 제2차 허가는 허가권이 없는 자에 의한 것이어서 당연무효라는 이유로 원고에게 그 무효통보를 하였으며(이를 이하 '제2차 취소처분'이라고 한다), 이에 대하여 원고가 다시 행정심판을 제기한 결과, 전라북도지사는 93행심60호로 1993. 10. 6. 피고 군의 군수가 1991. 1. 5.자 계고시 위 산 34의 6 입야 중 10,000㎡에 대하여는 계고를 하지 아니하였다는 이유로 제2차 취소처분 중 위 입야 부분에 관하여는 이를 취소하되, 나머지 부분에 관한 심판청구를 기각하는 재결을 하였고, 원고가 다시 제2차 취소처분 중 위 재결로 취소되지 아니한 부분이 재량권을 일탈한 위법한 처분이라는 이유로 광주고등법원 93구3171호로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기한 결과, 위 법원으로부터 1994. 12. 22. 승소판결을 선고받아 그 판결이 1995. 1. 14. 확정된 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면 신임면장이 한 제1차 취소처분과 피고 군의 군수가 한 제2차 취소처분은 모두 위법하고, 피고의 담당 공무원들로서도 지방자치법, 농지확대개발촉진법 등 관련 법규에 따라 신임면장에게는 자신의 이름으로 제1차 취소처분을 할 권한이 없었다는 점 등을 알았거나 알 수 있었으므로, 그들의 직무집행으로 행한 이 사건 각 취소처분은 고의 또는 적어도 과실 있는 행위라고 할 것이고, 따라서 피고는 담당공무원들의 위와 같은 불법행위로 말미암아 원고가 위 사업추진이 중단됨으로써 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하고 있다.

(2) 그러나 어떠한 행정처분이 후에 항고소송에서 취소되었다고 할지라도 그 기관력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없는 것이고(대법원 1999. 9. 17. 선고 96다53413 판결), 그 행정처분의 담당공무원이 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이른 경우에 국가배상법 제2조 소정의 국가배상책임의 요건을 충족하였다고 봄이 상당할 것이며, 이 때에 객관적 정당성을 상실하였는지 여부는 피침해이익의 종류 및 성질, 침해행위가 되는 행정처분의 태양 및 그 원인, 행정처분의 발동에 대한 피해자 측의 관여의 유무, 정도 및 손해의 정도 등 제반 사정을 종합하여 손해의 전보책임을 국가 또는 지방자치단체에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 있는지 여부에 의하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결 참조). 그런데 원심이 확정한 사실과 이 사건 기록에 의하면, 원고는 1989. 3. 27. 피고 군의 군수로부터 제1차 허가를 받으면서 피고 군의 군수에게 "허가증에 명시된 제반 사항을 충실하게 이행하고, 사업시행에 만전을 기하여 지정 준공기일 내에 공사를 완료하여 준공인가를 득하겠다."는 내용의 각서를 제출한 바가 있는데, 제1차 허가에 따른 개간사업의 준공기한인 1989. 11. 24.을 도과하고서도 그 개간사업을 준공하지 못하고, 그 후 1990. 9. 3. 피고 산하 신임면장으로부터 준공기한을 1991. 3. 30.로 한 제2차 허가를 받은 후 1991. 1. 5.경에 이르기까지도 제1차 허가에 따른 개간사업을 준공하지 못하자, 피고 군의 군수가 원고에게 제1차 허가에 따른 개간사업과 제2차 허가에 따른 개간사업을 모두 1991. 4. 30.까

지 준공하고, 그 기일까지 준공인가를 받지 아니하는 경우 위 각 허가를 취소하겠다는 계고를 하였는데, 원고가 그 기일을 도과하고서도 위 각 개간사업을 준공하지 아니하였으며, 그 밖에도 산림면의 담당 공무원이 여러 차례에 걸쳐 원고에게 구두로 위 각 개간사업의 준공을 촉구하였음에도 1991. 7. 5.에 이르기까지 위 각 개간사업을 준공하지 아니할 뿐만 아니라 이로 인한 임지의 경관훼손 및 재해를 우려하는 주민 여론 등이 있자, 피고 군의 군수가 산림면장에게 이 사건 각 허가를 취소하고 원상복구조치를 하도록 지시하여 산림면장이 제1차 취소처분을 하였으며, 그 후 원고가 제1차 취소처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 1993. 6. 24. 군의 사무 중 기관위임사무인 농지확대개발촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙 제2조로 폐지, 이하 '법'이라고 한다) 제24조 소정의 개간허가 신청처리의 사무와 법 제27조 소정의 개간허가의 취소사무를 읍면에 위임한다고 규정한 박○을 사무의 읍면위임조례는 조례로 제정할 수 없는 사항을 제정한 것이어서 위법하고, 그 위임은 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 하부행정기구로 하여금 피고 군의 군수의 권한을 사실상 행사하도록 하는 소위 내부위임에 불과한 효력밖에 없으므로 산림면장은 대외적으로 자신의 이름으로 제1차 취소처분을 할 권한이 없다는 이유로 제1차 취소처분이 당연무효라고 하여 이를 취소하는 판결이 선고되었고, 이에 피고 군의 군수가 1993. 7. 20. 다시 제1차 허가를 취소하고, 산림면장에 의하여 행하여진 제2차 허가는 위 판결의 취지에 따라 권한 없이 행하여진 것이어서 당연무효라는 취지의 제2차 취소처분을 하였는데, 이에 대하여 원고가 제기한 행정심판에서 제2차 취소처분 중 위 산 34의 6 임야 중 10,000 m<sup>2</sup>에 대한 제1차 허가를 취소한 부분은 적법한 계고처분이 없었다는 이유로 이를 취소하고, 제1차 허가의 나머지 부분을 취소한 부분과 제2차 허가에 대한 무효통보 부분에 관한 심판청구는 기각하는 재결이 있는 다음, 원고가 다시 제2차 취소처분 중 심판청구가 기각된 부분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 1994. 12. 22. 원고가 위 준공기한을 도과하고서도 위 개간공사를 준공하지 아니하였다거나 위 개간사업으로 인하여 임지의 경관훼손 및 장마철에 토사유출 등 재해를 우려하는 주민여론 및 신문보도 등이 있다는 점 등은 법소정의 허가취소 사유의 어느 경우에도 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 제2차 허가대상 토지에 대하여는 적법한 계고가 없었으며, 개간공사의 진척 정도 및 이로 인한 원고의 지출비용의 정도 등을 고려할 때 제2차 처분 중 행정심판에서 취소되지 아니한 부분은 재량권의 범위를 일탈한 위법한 처분이라는 이유로 이를 취소하는 판결이 선고되고, 1995. 1. 14. 위 판결이 확정되었음을 알 수 있다.

법 제27조 제1항 제3호는 '허가조건을 위반한 때'를 개간허가의 취소사유로 규정하고 있고, 위에서 본 바와 같이 원고가 제1차 허가에 따른 개간사업의 준공기한을 1년 6개월 이상 도과하였을 뿐만 아니라, 피고 군의 군수의 계고처분에도 불구하고 제2차 허가에 따른 개간사업의 준공기간이 도과한 후로서 계고처분에서 정한 기한까지도 제1, 2차 개간사업을 준공하지 아니함에 따라 피고 군의 군수가 원고의 위와 같은 준공기한의 도과는 법 제27조 제1항 제3호 소정의 '허가조건을 위반한 때'에 해당한다고 보아 박○을 사무의 읍면위임조



례에 따라 신림면장에게 제1차 취소처분을 하도록 지시하여 신림면장에 의하여 제1차 취소처분이 행하여졌으며, 그 후 제1차 취소처분의 절차상의 위법을 이유로 한 행정소송 판결의 취지에 따라 다시 제2차 취소처분이 행하여진 점 등이 사건 각 처분에 이르게 된 일련의 과정을 비롯하여 원고의 이 사건 개간사업의 추진경위 등 제반 사정에 비추어 보면, 비록 이 사건 각 취소처분에 행정심판 또는 행정소송에서 확정된 바와 같은 위법이 있었다 하더라도, 손해배상제도의 이념에 비추어 실체상으로 이 사건 각 취소처분이 그로 인하여 원고가 입은 손해를 피고에게 전보하여야 할 정도로 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이르렀다거나 그 직무를 수행하는 보통 일반의 공무원을 표준으로 하여 볼 때 이 사건 각 취소처분의 담당공무원에게 객관적 주의의무를 결한 직무집행상의 과실이 있다고 할 수 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 이 사건 각 취소처분이 행정심판 또는 행정소송에서 취소되었다는 사실만을 가지고 곧바로 이 사건 각 취소처분이 위법 하다고 하고, 나아가 이 사건 각 취소처분이 피고 소속 공무원들의 직무집행상의 고의 또는 적어도 과실 있는 행위라고 하여, 이로 인하여 원고가 입은 모든 손해를 피고에게 배상할 책임이 있다고 판단한 조치에는, 심리를 다하지 아니하였거나 국가배상법 제2조 소정의 배상책임의 성립요건에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

피고의 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

(3) 한편, 법 제24조와 제27조에 의하여 농수산부장관 소관의 국가사무로 규정되어 있는 개간허가와 개간허가의 취소사무는 법 제61조 제1항, 법시행령 제37조 제1항에 의하여 도지사에게 위임되고, 법 제61조 제2항에 근거하여 도지사로부터 하위 지방자치단체장인 군수에게 재위임 되었으므로 이른바 기관위임사무라 할 것이고, 이러한 경우 피고 군의 군수는 그 사무의 귀속 주체인 국가 산하 행정기관의 지위에서 그 사무를 처리하는 것에 불과하므로, 피고 군의 군수 또는 군수를 보조하는 피고 소속 공무원이 위임사무처리에 있어 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하였다 하더라도 원칙적으로 피고에게는 국가배상책임이 없고 그 사무의 귀속 주체인 국가가 손해배상책임을 지는 것이며(대법원 1996. 11. 8. 선고 96다21331 판결, 1999. 6. 25. 선고 99다11120 판결, 2000. 1. 14. 선고 99다24201 판결 등 참조), 다만 국가배상법 제6조에 의하여 피고가 비용을 부담한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 피고도 국가와 함께 손해배상책임을 부담하게 되는 것이다.

그러므로 피고가 국가배상법 제6조 소정의 비용부담자인지 여부가 먼저 밝혀지지 아니 하고서는 피고에게 이 사건 각 처분으로 인한 손해배상책임이 있다고 할 수 없음에도 불구하고, 원심이 이 사건 각 처분이 피고 군의 군수나 피고 소속의 담당공무원들의 직무집행상의 고의 또는 과실에 의한 위법행위라고 하여 곧바로 피고에게 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단한 데에는 국가배상책임의 발생원인에 관한 법리를 오해하였거나 이유불비 혹은 심리미진의 위법이 있다는 점도 아울러 지적하여 둔다.

#### 4. 사업인정과 취소소송(서울행정법원 1999.11.17. 99구19274)

##### 가. 당사자 등

【원 고】 김○옥 외 6

【피 고】 중앙토지수용위원회

##### 나. 판결이유

###### (1) 이의재결의 경위.

경상북도 봉화군수(이하 봉화군수 라고 한다)는 농어촌정비법의 규정에 따라 봉성문화 마을 조성사업에 관하여 시행계획의 승인을 받아 1997. 12. 10. 봉화군고시 제1997-28호로 이를 고시하고 그 시행자가 되어 위 사업을 시행하게 되었다. 이 사건 토지가 위 사업시행 지구에 편입되었고, 원고들은 망 고○범의 처 및 자녀들로서, 1989. 8. 27.경 위 고○범의 사망으로 위 토지를 상속받은 공동상속인들인바, 봉화군수는 원고 김○갑을 제외한 나머지 원고들(이하 위 원고들 이라고 한다)과 위 사업시행을 위하여 위 토지의 매수를 협의하였으나, 협이가 성립되지 아니하였다. 이에 봉화군수는 경상북도지방토지수용위원회에게 이 사건 토지의 수용재결을 신청하였고, 위 위원회는 1999. 1. 26. 봉화군수가 위 사업시행을 위하여 위 토지를 수용하고, 수용의 시기는 1999. 2. 26.로 하는 내용의 수용재결을 하였는 바, 위 재결에는 위 고○범이 위 토지소유자로, 위 원고들이 관계인(상속인)으로 표시되어 있었다. 봉화군수는 1999. 2. 25. 위 원고들을 피공탁자로 하여 위 수용재결에서 정한 보상금을 공탁하였다.

한편, 위 원고들은 이 사건 토지를 수용대상에서 제외하여 줄 것 등을 주장하며 피고에게 이의신청을 하였고, 이에 대하여 피고는 1999. 5. 18. 위 원고들의 이의신청을 기각하는 이의재결(이하 이 사건 이의재결 이라고 한다)을 하였다.

###### (2) 이의재결의 적법 여부

(가) 먼저, 원고들의 주위적 청구에 관하여 살펴 본다.

이 사건 수용재결에서는 원고 김○갑을 제외한 나머지 원고들만을 보상금을 받을 자로 정하고 있으므로, 위 원고들만을 피수용자로 하여 이 사건 토지 전체를 수용한 것 자체의 위법 여부는 별론으로 하고, 위 수용재결에 따라 위 원고들만을 피공탁자로 하여 위 보상금을 공탁한 것 자체에는 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없으며, 따라서 이 사건 수용의 시기까지 적법한 공탁이 이루어지지 않아 이 사건 수용재결이 실효 되었다고는 볼 수 없다.

이 사건 수용재결 당시 이 사건 토지의 등기부상 소유명의자는 위 고○범인 상태였고, 그 공동상속인들인 원고들 측에서 스스로 원고 김○갑을 제외한 나머지 원고들이 이 사건 토지를 공동 상속하였으니 향후 절차를 자신들을 상대로 진행하라는

취지의 의견서를 봉화군수에게 제출하였으며, 공동상속인들 사이에서 상속재산의 협의분할이 가능한 이상, 봉화군수가 이에 따라 위 원고들을 피수용자로 확정하고 수용절차를 진행하였다 하더라도 봉화군수에게 과실이 있다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 결국 이 사건 수용재결의 효력을 부인할 수는 없다 할 것이다. 그렇다면, 이 사건 수용재결이 실효 되었거나 무효임을 전제로 한 원고들의 이 사건 주위적 청구는 이유 없다.

(나) 다음으로, 원고들의 예비적 청구에 관하여 살펴 본다.

사업인정 자체의 위법은 사업인정 단계에서 다투어야 하며, 이미 그 쟁송기간이 도과한 수용재결 단계에서는 사업인정이 당연무효라고 볼 만한 특단의 사정이 없는 한 그 위법을 이유로 수용재결의 취소를 구할 수는 없고(대법원 1992. 12. 11. 선고 92누5584 판결 등 참조), 토지수용법은 수용·사용의 일차 단계인 사업인정에 속하는 부분은 사업의 공익성판단으로 사업인정기관에 일임하고 그 이후의 구체적인 수용·사용의 결정은 토지수용위원회에 맡기고 있는바, 이와 같은 토지수용절차의 2분화 및 사업인정의 성격과 토지수용위원회의 재결사항을 열거하고 있는 토지수용법 제29조 제2항의 규정내용에 비추어 볼 때 토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 않는 한 그 기능상 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉, 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수는 없다 할 것이다(대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결 참조). 농어촌정비법 제91조 제4항의 규정에 의하면, 동법 제34조 소정의 시행계획의 승인을 토지수용법 소정의 사업인정으로 보도록 하고 있는바, 가사 봉화군수가 이 사건 토지를 사업지구로 편입하는 이 사건 사업 시행계획의 승인을 얻어 고시하기에 앞서 원고들 및 주민들의 의견을 청취하는 절차를 이행하지 아니하였다거나, 이 사건 토지는 이 사건 사업목적에 비추어 사업대상으로 삼기에 적합한 토지가 아니라 하더라도, 이러한 하자는 중대하고 명백한 것이 아니라 할 것이므로 무효사유가 되는 하자라 할 수 없고, 그런 이상 이미 위 시행계획승인고시에 대한 쟁송기간이 도과한 이후에 위와 같은 하자를 이유로 이 사건 이의재결의 취소를 구할 수는 없다 할 것이며(대법원 1993. 6. 29. 선고 91누2342 판결 참조), 또한, 이미 위 법률에 의한 시행계획의 승인고시가 있는 이상 피고가 이 사건 토지에 대한 위 사업인정을 무의미하게 하도록 토지수용신청 자체를 기각할 수는 없다고 할 것이므로, 이 사건 수용재결 및 이를 유지한 이 사건 이의재결에는 어떠한 위법이 있다고 할 수 없어 위 주장 역시 이유 없다. 결국, 원고들의 예비적 청구는 이유 없다.

## 5. 농지개발사업과 평정가격 조사결정(대법원 1997.7.11. 96누5902)

### 가. 판시사항

- [1] 농지개발사업에 있어서 공사착수 전에 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하도록 한 구농촌근대화촉진법 제131조의 규정 취지
- [2] 농지개발사업에 있어서 종전 토지의 평정가격 조사결정이 공사착수 후에 이루어진 경우, 그 평정가격에 관하여 몽리자총회 또는 대의원회의 적법한 의결이 있으면 특별한 사정이 없는 한 그 하자가 치유되는지 여부(적극)

### 나. 판결요지

- [1] 구농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 농어촌정비법이 제정되면서 개정되기 전의 것) 제131조, 제132조에 의하면, 종전 토지의 가격평정은 농지개발사업의 시행자가 공사착수 전에 '조사결정'한 후, 그 평정가격 등에 관하여 몽리자총회나 대의원회의 '의결'을 거치도록 규정하고 있는바, 이와 같이 공사착수 전에 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하도록 한 취지는 사업시행자로 하여금 종전 토지의 상황을 정확하게 조사 결정하도록 함에 있다.
- [2] 농지개발사업에 있어서의 종전 토지에 대한 평가절차를, 공인평가기관의 '평가' 후 토지평가협의회의 '심의'를 거쳐 사업시행자가 '결정'하도록 하고 있는 토지구획정리사업에 있어서의 토지 등에 대한 평가절차(토지구획정리사업법 제48조의2)와 대비하여 보거나, 몽리자총회 또는 대의원회에서 사업시행자가 조사 결정한 평정가격 외에 등 급결정에 관하여까지 의결을 하도록 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 농지개발사업의 경우에는 몽리자들의 자율을 존중하여 몽리자총회 또는 대의원회의 의결에 의하여 종전 토지에 대한 가격이 결정된다고 봄이 상당하므로, 가사 종전 토지의 가격평정에 그 조사결정이 공사착수 후에 행하여지는 등의 하자가 있다고 하더라도, 그 평정가격이 사업시행자에 의하여 조사 결정된 후 그 평정가격에 관하여 몽리자총회 또는 대의원회의 의결이 적법히 이루어진 경우에는 사업착수 전에 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하도록 한 법의 취지에 반하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 가격 평정상 하자는 치유되는 것으로 보아야 할 것이다.

### 다. 관련법령

구농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것) 제131조(현행 농어촌정비법 제52조 참조), 제132조(현행 농어촌정비법 제53조 참조)

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○갑

【피고, 피상고인】 용인시장

【원심판결】 서울고법 1996. 3. 27. 선고 95구20630 판결

## 마. 판결이유

구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 농어촌정비법이 제정되면서 개정되기 전의 것) 제131조, 제132조에 의하면, 종전 토지의 가격평정은 농지개발사업의 시행자가 공사착수 전에 '조사결정'한 후, 그 평정가격 등에 관하여 몽리자총회나 대의원회의 '의결'을 거치도록 규정하고 있는바, 이와 같이 공사착수 전에 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하도록 한 취지는 사업시행자로 하여금 종전 토지의 상황을 정확하게 조사 결정하다 함에 있다고 할 것이다.

그런데 위와 같은 농지개발사업에 있어서의 종전 토지에 대한 평가절차를, 공인평가기관의 '평가' 후 토지평가협의회의 '심의'를 거쳐 사업시행자가 '결정'하도록 하고 있는 토지구획정리사업에 있어서의 토지 등에 대한 평가절차(토지구획정리사업법 제48조의2)와 대비하여 보거나, 몽리자총회 또는 대의원회에서 사업시행자가 조사 결정한 평정가격 외에 등급결정에 관하여까지 의결을 하도록 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 농지개발사업의 경우에는 몽리자들의 자율을 존중하여 몽리자총회 또는 대의원회의 의결에 의하여 종전 토지에 대한 가격이 결정된다고 봄이 상당하다고 할 것이다.

따라서 가사 종전 토지의 가격평정에 그 조사결정이 공사착수 후에 행하여지는 등의 하자가 있다고 하더라도, 그 평정가격이 사업시행자에 의하여 조사 결정된 후 그 평정가격에 관하여 몽리자총회 또는 대의원회의 의결이 적법히 이루어진 경우에는 사업착수 전에 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하다 한 법의 취지에 반하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 가격평정상의 하자는 치유되는 것으로 보아야 할 것이다.

기록에 의하면, 농지개발사업의 시행자인 피고가 이 사건 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하다 후인 1994. 10. 21. 그 평정가격에 관하여 대의원회의 의결이 적법히 이루어졌음을 알 수 있으므로, 가사 상고이유에서 주장하는 바와 같이 종전 토지의 가격평정에 그 조사결정이 공사착수 후에 행하여지는 등의 하자가 있었다고 하더라도, 사업착수 전에 종전 토지의 평정가격을 조사 결정하다 한 법의 취지에 반하는 등의 특별한 사정이 엿보이지 아니하는 이 사건에 있어서 그와 같은 가격평정상의 하자는 치유되었다고 보아야 하고, 따라서 결국 이 사건 종전 토지에 대한 가격결정은 적법하다고 할 것이다.

## 6. 농지전용제한과 동기의 착오(대법원 1997.4.11. 96다31109)

### 가. 판시사항

공장의 신축부지로 사용하기 위하여 매입한 토지가 농지의 전용을 제한하는 법령에 의한 복잡한 절차를 거쳐야만 공장의 부지로 사용할 수 있다는 사실을 알면서도 매매계약을 체결한 매수인의 동기의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소 주장을 배척한 사례

### 나. 판결요지

매수인이 공장의 신축부지로 사용하기 위하여 토지를 매입하였는데, 그 토지가 개간농지로서 농지의 전용을 제한하는 법령에 의한 복잡한 절차를 거쳐야만 공장의 부지로 사용할 수 있다는 사실을 매수인이 알고 있었고, 또 그 토지가 곧바로 공장의 부지로 전용될 수 있다는 것을 당사자들이 의사표시의 내용으로 삼지 않은 경우, 부지의 전용이 매매계약의 동기가 되었다고 할 수 없다고 하여 매수인의 동기의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소 주장을 배척한 사례.

### 다. 판결이유

(1) 이 사건 토지는 1981. 11. 12.자로 구 농지확대개발촉진법에 따라 개간 준공된 개간농지인 사실, 피고와 함께 이 사건 토지를 박○덕으로 부터 매수한 신하순이 1990. 2.경 이 사건 토지 중 같은 목록 제1, 2 기재 토지에 관하여 논산군을 경유하여 농업외 전용허가신청을 하였는데, 그 관할청인 충청남도지사는 중소기업창업지원법에 의한 사업계획승인신청과 함께 농지전용허가를 신청하면 일괄처리가 가능하므로 이를 보완하라는 취지로 위 신청을 반려한 바 있는 사실, 이 사건 매매계약 당시 피고도 원고가 벽돌공장을 설립하기 위하여 이 사건 토지를 매수한다는 것을 알고 있던 사실을 인정할 수 있으나, 한편 원고 회사의 전무인 소외 이○을는 이 사건 매매계약 전에 논산군청 등에 농지인 이 사건 토지 상에 벽돌공장을 지을 수 있는지 여부에 관하여 알아본 사실이 인정되는 점, 원고 회사는 농촌지역인 김제군 황산면 진흥리와 전남 함평군 월야면 월야리에도 벽돌공장을 소유하고 있어 농촌지역에 공장을 지을 경우 필요한 행정절차에 대하여 잘 알고 있다고 보이는 점, 이 사건 토지는 이 사건 매매계약 당시 구 농지확대개발촉진법 제53조 제1항에 따라 농지전용이 가능하고, 이 사건 토지가 개간 준공 후 10년이 경과한 1991. 11. 12. 이후부터 구 농지보전 및이용에관한법률 제4조 제1항에 따라 농지전용이 가능하며, 중소기업창업지원법 제22조 제1항에 의하면 같은 법 제21조 제1항에 의한 사업계획승인을 받으면 농지전용허가를 받은 것으로 보도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 매매계약 당시 피고는 이 사건 토지가 구 농지확대개발촉진법에 의한 개간농지로서 공장용지로 전용이 불가능한 토지임에도 이를 숨기고 공장용지로 전용이 가능한 것처럼 원고를 기망하였다거나 원고가 착오로 이 사건 토지 상에 벽돌공장 건립이 가능한 것으로 알고 이 사건 토지를 매수하였다고 볼

수 없다고 하여 원고의 주장을 배척하였다.

(2) 이 사건 매매계약 당시 시행 중이던 구 농지확대개발촉진법(1994. 12. 22. 법률 제 4823호 농어촌정비법에 의하여 폐지되기 전의 법률) 제53조 제1항에 의하면 같은 법에 의하여 개발된 농지를 농업 이외의 목적으로 전용하고자 할 때에는 농수산부장관의 허가를 받도록 규정하고 있으며, 같은 법 제53조 제4항에 의하면 같은 법에 의하여 준공인가를 받은 후 10년이 경과한 개발농지의 전용 및 이용 등 관리에 관하여는 농지의보전및이용에관한법률의 규정에 의하도록 되어 있고, 구 농지의보전및이용에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제 4552호로 개정되기 전의 법률) 제4조 제1항에 의하면 농지를 전용하고자 하는 자는 일정한 경우를 제외하고는 대통령령이 정하는 바에 의하여 농수산부장관의 허가를 받도록 규정하고 있으며, 구 중소기업창업지원법(1991. 12. 14. 법률 제4419호로 개정되기 전의 법률) 제 21조 제1항, 제22조 제1항 제11호, 제13호에 의하면 대통령령이 정하는 기술집약형 중소기업 및 농어촌지역의 중소기업의 창업자가 대통령령이 정하는 바에 의하여 사업계획서를 작성하고, 이에 대한 시장, 군수, 구청장(서울특별시·직할시의 구청장에 한한다)의 승인을 얻은 때에는 구 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의한 농지전용의 허가, 구 농지확대개발촉진법 제53조의 규정에 의한 개발농지의 전용허가 등의 처분을 받은 것으로 보도록 규정하고 있으므로, 구 농지확대개발촉진법에 의하여 준공인가를 받은 개발농지라고 하더라도 구 중소기업창업진흥법에 의한 사업계획의 승인을 받거나 구 농지확대개발촉진법 또는 구 농지의보전및이용에관한법률에 따라 관할 관청의 허가를 받으면 공장용지로의 전용이 가능하다고 할 것이다.

뿐만 아니라 기록에 의하면, 원고 회사의 전무로서 원고를 대리하여 이 사건 매매계약을 체결한 이○을은 이 사건 매매계약을 체결하기 전에 이 사건 토지를 답사하고 관할 관청인 논산군청을 찾아가 이 사건 토지 상에 벽돌공장을 지을 수 있는지를 알아보기까지 한 사실이 인정되므로, 특별한 사정이 없는 한 원고는 이 사건 토지가 구 농지확대개발촉진법에 의하여 준공인가를 받은 개발농지라는 점 및 이 사건 토지 상에 공장을 짓기 위하여는 관할 관청의 허가가 필요하다는 점을 알고 있었다고 봄이 상당하다.

그리고 원고가 이 사건 토지에 대한 전용허가를 받기 위하여는 구 중소기업창업지원법에 의한 사업계획의 승인을 받는 등의 복잡한 절차를 거쳐야 한다는 사실을 모르고 곧바로 벽돌공장을 지을 수 있는 것으로 잘못 알고 있었다고 하여도, 그러한 착오는 동기의 착오에 지나지 않으므로 당사자 사이에 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼았을 때 한하여 의사표시의 내용의 착오가 되어 취소할 수 있다 할 것인데, 기록에 의하면, 원고의 위와 같은 동기가 이 사건 매매계약의 내용으로 되었다는 점을 인정할 만한 아무런 증거도 없다.

원심이, 위와 같은 취지에서, 피고의 기망이나 원고의 착오로 인하여 이 사건 매매계약을 체결하였다고 하는 원고의 주장을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 사기 또는 착오에 의한 의사표시에 관한 법리오해·심리미진·채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

7. 농지개량사업 시행을 위한 당해사업에 관한 권리의무  
(대법원 1997.2.25. 96다43607)

가. 판시사항

- [1] 구 농촌근대화촉진법 제173조의 ‘당해 사업에 관한 권리의무’의 의미
- [2] 농어촌진흥공사가 국토종합개발계획의 일환으로 농업종합개발사업을 시행하면서 그 당시 토지 소유자의 승낙을 받아 암거를 설치한 경우, 현 소유자가 그 암거의 철거와 그 부분 토지의 인도를 구하는 것이 권리남용에 해당될 여지가 있다고 한 사례

나. 판결요지

- [1] 구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것) 제173조에서 말하는 ‘당해 사업에 관한 권리의무’는 농지개량사업의 시행을 위한 토지에의 출입과 사용, 시설물 설치 등 사업 자체에 관한 권리의무를 가리키는 것이지, 그 토지의 매매 계약 등에 따른 소유권 기타 권리의 이전에 관한 권리의무까지를 포함하는 것은 아니다.
- [2] 농어촌진흥공사가 국토종합개발계획의 일환으로 농업종합개발사업을 시행하면서, 몽리 면적은 약 413만 평이고, 몽리 세대수는 약 1,352세대 3,380여 명에 이르며, 거기서 생산되는 미곡량은 연 67,500여 가마에 달하는, 연장길이 13km인 갑 용수간선과 연장길이 8km인 을 용수간선을 설치하게 되었는데, 그 철거를 청구하는 암거 부분이 갑 용수간선과 을 용수간선이 갈라져 나가는 시발점으로서, 이 부분이 철거되고 나면 위 각 용수간선은 모두 쓸모가 없게 되어 버리고, 그렇다고 하여 위 각 암거 부분을 철거하고 다른 곳을 통하여 나머지 용수로와 연결시키기에도 주변 토지의 여건이나 경제적으로 보아 큰 어려움과 손실이 따르게 되는데 반하여, 위 임야를 다른 용도로 개발하려는 특별한 계획을 가지고 있지 않는 소유권자로서는 위 각 암거 부분이 임야의 지하에 매몰되어 설치되어 있고 그 길이나 점유면적도 얼마 되지 않기 때문에 그 임야의 사용·수익에 위 암거로 인하여 어떤 지장을 받고 있다고는 보이지 아니하며, 또한 암거가 불법으로 설치된 것이 아니라 당시 토지의 소유자의 승낙을 받고서 설치한 것이라면, 암거의 철거와 그 부분 토지의 인도를 구하는 현 소유권자의 청구는 권리남용이라고 볼 여지가 충분하다고 한 사례.

다. 관련법령

구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것) 제173조



## 라. 판결이유

### (1) 제1점에 대하여

구 농촌근대화촉진법 제173조가 이 사건 농지개량사업 당시 시행 중에 있었던 이상 위 규정이 그 후 농어촌정비법(1994. 12. 22. 법률 제4823호)의 시행으로 폐지되었다고 하여도 이를 적용한 데에 아무런 잘못이 있다고 할 수 없다.

### (2) 제2점에 대하여

(가) 위 법 제173조는 “농지개량사업 및 농가주택개량사업의 시행 지역 내의 토지에 관하여 소유권 기타 권리를 가지는 자의 당해 사업에 관한 권리의무는 그 토지에 관한 소유권 기타 권리의 이동과 동시에 그 승계인에게 이전한다.”고 규정하고 있다. 피고는 1980. 4. 22. 구 농촌근대화촉진법에 의하여 농림수산부장관으로부터 대호지구농업종합개발사업의 시행인가를 받아 이를 시행함에 있어서 그 사업 시행 지역 내에 있는 그 판시 분할 전의 서산시 대산읍 운산리 산 284의 12 임야 36,198㎡ 중 일부를 관개용 용수로시설의 부지로 편입하기 위해 그 편입 예정 부분을 소외 하○웅 등으로부터 매수하기로 하고 1984. 11. 8. 이 사건 각 부동산 등에 관한 매매계약을 체결하였다. 그런데 원고는 그 후인 1985. 4. 10. 위 하○웅 등으로부터 위 분할 전의 임야 전체를 매수하고 그 다음 날 원고 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 피고는 그 후 1992. 10. 20. 토지수용을 원인으로 하여 피고 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 위 사업시행 지역 내의 이 사건 각 부동산에 관하여 소유권을 가지는 위 하○웅의 위 농업개발사업에 관한 권리의무는 위 법 제173조에 따라 이 사건 각 부동산을 양수한 원고에게 이전되었다.

따라서 원고는 피고로부터 그 판시 매매대금 정산금을 수령함과 동시에 피고에게 그 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 부담하고 있고, 피고는 원고에 대하여 소유권이전등기를 청구할 권리가 있다고 할 것이다.

피고는 이 사건 각 부동산에 대하여 위 하○웅 등에게 이미 지급한 부분을 제외한 나머지 대금을 1992. 10. 24. 그 권리의무를 승계한 원고를 피공탁자로 하여 변제공탁함으로써 위 하○웅 등과 그를 승계한 원고에게 이 사건 각 부동산의 매매대금을 전부 지급하였다. 그러므로 이 사건 각 부동산에 관한 피고 명의의 각 소유권이전등기는 그 절차에 잘못이 있다 하더라도 실제관계에 부합하는 유효한 등기로 되었다고 할 것이고, 따라서 원고가 피고에 대하여 자신에게 소유권이 있음을 주장하여 이에 기한 방해배제로서 위 각 등기의 말소를 구하고 이에 설치된 용수로시설을 철거하여 그 부지의 인도를 구할 수는 없다.

(나) 그러나 위 법 제173조에서 말하는 ‘당해 사업에 관한 권리의무’는 농지개량사업의 시행을 위한 토지에의 출입과 그 사용, 시설물 설치 등 사업 자체에 관한 권리의무를 가리키는 것이지 그 토지의 매매계약 등에 따른 소유권 기타 권리의 이전에 관

한 권리의무까지를 포함하는 것은 아니라고 할 것이다.

- (다) 그렇다면 원고는 위 농지개발사업의 시행에 따른 이 사건 용수로시설의 설치 및 이의 설치관리에 필요한 범위 내에 토지의 사용 등에 관한 피고와 위 하○웅 등 사이의 권리의무를 승계 하게 되는 결과 피고에 대하여 위 매매 토지 상에 설치된 용수로시설의 철거나 위 용수로의 설치관리에 필요한 범위 내의 부지의 인도를 구할 수 없다 할 것이다.

그러나 다른 한편 원고가 피고와 위 하○웅 등 사이의 위 매매계약에 따른 소유권 이전의 권리의무까지를 승계 하는 것은 아니라 할 것이다.

- (라) 그럼에도 불구하고 원심이 이와 달리 원고가 위 하○웅 등의 피고에 대한 소유권 이전의 의무까지를 승계하는 것이라고 해석하여 피고 명의의 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기가 실체관계에 부합하고 그 결과 그 등기의 말소는 물론이고 용수로시설의 철거와 그 부지의 인도를 구할 수 없다고 판단한 것은 위 법제173조의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다.

다만 원고의 피고에 대한 위 용수로시설의 철거와 그 부지의 인도청구는 앞서 본 바와 같은 이유로 어차피 배척될 수밖에 없으므로, 이 부분 원고의 청구를 기각한 원심판결은 그 이유 설시에 잘못이 있기는 하나 결론적으로 정당하다 할 것이다. 따라서 상고이유 제2점의 주장은 소유권이전등기말소청구 부분에 한하여 이유가 있게 된다 할 것이다.

(3) 피고의 상고이유를 판단한다.

- (가) 원심은 원심판결 주문 제2항 기재 각 압거의 철거와 해당 부지 부분의 인도가 권리남용이라는 피고의 항변을 그 설시와 같은 이유로 배척하였다.

(나) 우선 기록에 의하여 그 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

- ① 피고는 국토종합개발계획의 일환으로 이 사건 대호지구 농업종합개발사업을 시행하면서 연장길이 13km인 삼길 용수간선과 연장길이 8km인 지곡 용수간선을 설치하게 되었는데, 그 몽리 면적은 약 413만 평이고, 몽리 세대수는 약 1,352세대 3,380여 명에 이르며, 거기서 생산되는 미곡량은 연 67,500여 가마에 달한다는 것이다.
- ② 그런데 원심이 철거를 명한 이 사건 각 압거 부분은 위 삼길 용수간선, 지곡 용수간선이 갈라져 나가는 시발점으로서, 이 부분이 철거되고 나면 위 각 용수간선은 모두 쓸모가 없게 되어 버린다.
- ③ 그렇다고 하여 위 각 압거 부분을 철거하고 다른 곳을 통하여 나머지 용수로와 연결시키기에라도 주변 토지의 여건이나 경제적으로 보아 큰 어려움과 손실이 따르게 될 것이라고 보인다.
- ④ 이에 반하여 위 임야를 다른 용도로 개발하려는 특별한 계획을 가지고 있지 않는

원고로서는 위 각 암거 부분이 임야의 지하에 매몰되어 설치되어 있고 그 길이나 점유면적도 얼마 되지 않기 때문에 그 임야의 사용·수익에 위 암거로 인하여 어떤 지장을 받고 있다고는 보이지 아니한다.

- ⑤ 나아가 원심이 판시한 피고의 그 판시 각 임야 매수와 나머지 용수로서설 설치의 경위와 을 제2호증의 기재, 제1심 증인 박○실, 같은 홍○호의 각 증언 등에 의하면, 피고는 위 각 암거를 불법으로 설치한 것이 아니라 당초 그 소유자인 위 하○웅 등의 승낙을 받고서 설치한 것으로 볼 여지가 크다.

(다) 위 인정 사실에 의하면, 위 각 암거의 철거와 그 부분 토지의 인도를 구하는 원고의 청구는 권리남용이라고 볼 여지가 충분하다 할 것임에도 불구하고 원심이 이와 달리 판단한 것은 채증법칙 위반 또는 심리미진으로 인하여 사실을 오인하였거나, 권리남용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다.

## 8. 손실보상금청구를 민사소송으로 할 수 있는지 여부

(대법원 1995.3.3. 93다55296)

### 가. 판시사항

민사소송으로 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행자를 상대로 구농촌근대화촉진법에 의한 손실보상금청구를 할 수 있는지 여부

### 나. 판결요지

구농촌근대화촉진법 제156조(1994.12.22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙에 의하여 삭제) 소정의 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행으로 인하여 손실을 받은 이해관계인은 같은 법 제157조 제1항과 제2항에 정한 절차에 따라서 손실보상을 청구하고, 농림수산부장관의 재결에 대하여도 불복일 때에는 시·도지사를 상대로 항고소송에 의하여 공법상의 처분인 시·도지사의 결정의 취소를 구하여 그 결과에 따라 손실보상을 받을 수 있을 뿐이고, 곧바로 민사소송으로 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행자를 상대로 하여 손실보상금청구를 할 수 없다.

### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제6조 : 구농촌근대화촉진법 제156조, 제157조(1994.12.22. 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙에 의하여 삭제) : 구수산업법(1990.8.1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것) 제40조 : 행정소송법 제2조

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○갑 외 3인

【피고, 피상고인】 농어촌진흥공사

【원심판결】 광주고등법원 1993.10.8. 선고 92나4696 판결

## 마. 판결이유

농촌근대화촉진법 제156조는 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행자는 그 사업에 관한 이해관계인이 같은 법 제154조 제1항 이외의 사유로 당해 사업으로 인하여 손실을 받은 때에는 그 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 제157조 제1항은 위 규정 등에 의하여 보상하여야 할 금액은 당사자간의 협의에 의하여 결정하되, 다만 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 시 도지사(보상자가 시 도지사인 경우에는 농림수산부장관)가 결정하도록 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 위 시 도지사의 결정에 이의가 있는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 농림수산부장관에게 그 재결을 신청할 수 있다고 규정하고 있다(위 각 조항은 1994. 12. 22. 자 법률 제4823호 농어촌정비법 부칙 제7조 제4항에 의하여 삭제되었고, 위 법은 부칙 제1조에 따라 공포후 6월이 경과된 날로부터 시행하기로 되어 있다). 따라서 위 법 제156조 소정의 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행으로 인하여 손실을 받은 이해관계인은 위에 본 같은 법 제157조 제1항과 제2항에 정한 절차에 따라서 손실보상을 청구하고, 농림수산부장관의 재결에 대하여도 불복일 때에는 위 시 도지사를 상대로 항고소송에 의하여 공법상의 처분인 위 시 도지사의 결정의 취소를 구하여 그 결과에 따라 손실보상을 받을 수 있을 뿐이고, 곧바로 민사소송으로 농지개량사업 또는 농가주택개량사업의 시행자를 상대로 하여 손실보상금청구를 할 수는 없는 것이다. 그런데 기록에 의하면, 원고들은 이 사건 청구원인으로 그들이 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 관행에 의한 입어자들로써 피고 농어촌진흥공사(제1심 및 원심은 피고를 농업진흥공사로 표시하고 있으나 위 농업진흥공사는 1990. 4. 7. 공포, 시행된 농어촌진흥공사 및 농지관리기금법에 근거하여 이 사건 소제기 전인 1990. 7. 2. 자로 농어촌진흥공사가 설립됨과 동시에 해산되고 재산과 권리 의무가 위 농어촌진흥공사에 포괄승계되었음이 기록과 위 법 부칙 제3조, 제7조 등의 규정에 비추어 명백하므로 당원은 피고의 표시를 농어촌진흥공사로 바로잡기로 한다)의 이 사건 영산강 하구둑축조공사로 인하여 하구둑이 완공된 1981. 2. 28. 이후로는 위 영산강 하류로 바닷물이 유입되지 아니하게 되어 원고들이 어로작업을 하던 전남 무안군과 영암군의 영산강 하류지역의 수질이 담수로 변함으로써 원고들이 더 이상 종래의 어업에 종사할 수 없게 되는 손실을 입었다고 주장하여 민사소송으로 위 영산강하구둑축조공사의 사업주체인 피고에 대하여 농촌근대화 촉진법 제156조에 의한 정당한 보상으로서 같은 법 제6조에 의한 이해관계인인 원고들이 입은 손실보상금을 청구하고 있음이 명백하다. 그렇다면 원고들의

이 사건 소는 부적법하여 각하 하여야 할 것임에도 불구하고, 원심이 이를 간과하고 본안에 들어가 심리 판단하여 원고들의 이 사건 청구를 기각한 제1심 판결을 그대로 유지하였음은 위법 하다고 할 것이다.

## 第2節 農業機械化促進法

### I. 農業機械化促進法の概要

#### 1. 制定経위 등

농업기계화촉진법은 농업기계의 개발과 보급을 촉진하고 효율적인 이용을 도모함으로써 농업의 생산성향상과 경영개선에 이바지하기 위하여 1978.12. 5 법률 제3120호로 제정되었는데 1994.11.11. 법률 제4788호로 전문개정 된 후 6차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 농업기계화촉진법의 주요내용

농업기계화촉진법은 총18개의 조문으로 되어 있는데, 국가 또는 지방자치단체에 기계화 촉진의무를 부여하고, 농업기계를 구입하거나 그 이용에 따른 부대시설을 설치하고자하는 자 또는 농업기계의 제조업자에게 농업기계의 구입, 개발·생산 및 사후관리에 필요한 자금의 전부 또는 일부를 지원할 수 있도록 하고 있고(제4조), 농림부장관으로 하여금 농업기계화기본계획을 수립 시행하도록 하고 있고(제5,6조), 신기술을 이용한 농업기계의 개발과 보급을 촉진하기 위하여 신기술의 이용에 적합한 농업기계를 신기술 농업기계로 지정·고시하고 그 생산 또는 구입에 필요한 자금을 우선 지원할 수 있도록 하고(제7조), 농업기계의 검사 및 검사합격의 무효·취소(제9, 10조), 사후관리 및 안전관리 등(제11,12조)에 대해 규정하고 있다. 관계법령으로는 농·축산·임·어업용기자재에대한부가가치세영세율적용에관한특례규정, 보조금의예산및관리에관한법률, 등이 있다

### II. 農業機械化促進法 관한 判例

#### 1. 개요

농업기계화촉진법과 관련된 판례는 이 법 역시 지원법이기 때문에 제10조 농업기계의 검사합격의 무효·취소를 제외하고는 민사 또는 행정소송화할 가능성이 별로 없어 보인다.

다만 형사소송에 있어 경운기나 개조한 속칭 딸딸이 등이 도로교통법상의 자동차에 해당하는 지에 대해서는 많은 판례가 축적되어 있다.

## 2. 경운기가 자동차에 해당하는지 여부(대법원 1985.7.9. 84도2884)

### 가. 판시사항

경운기가 구도로교통법(1981.12.31 법률 제3489호로 개정된 것) 제2조 제10호에 규정된 자동차인지 여부(소극)

### 나. 재판요지

원동기에 2륜의 적재함을 연결한 경운기는 농업기계화촉진법 제2조 소정의 농업기계의 일종일 뿐 구도로교통법(1981.12.31 법률 제3489호로 개정된 것) 제2조 제10호, 도로운송차량법 제3조, 동법 시행규칙 제2조의 별표1에 기재된 자동차에 해당하지 않는다.

### 다. 관련법령

구도로교통법(1981.12.31 법률 제3489호로 개정된 것) 제2조 : 농업기계화촉진법 제2조 : 도로운송차량법 제3조 : 도로운송차량법시행규칙 제2조

### 라. 판결이유

(1) 도로 교통법 제38조는 누구든지 제55조 제1항의 규정에 의한 서울특별시장, 직할시장 또는 도지사의 운전면허를 받지 아니하고 자동차 등을 운전하여서는 아니 된다고 규정하고, 같은법 제39조 제1항은 운전면허를 받은 자라 할지라도 주취중에 자동차 등을 운전하여서는 아니 된다고 규정하면서 같은법 제75조는 그 제1호에서 법 제38조의 규정에 위반하여 자동차를 운전한자를, 그 제2호에서 제39조제1항의 규정에 위반한 자를 각각 처벌대상으로 규정하고 있는바, 위 도로교통법에서 사용되는 용어의 정의를 규정한 같은법 제2조 제10호는 자동차의 정의에 관하여 '원동기를 사용하여 궤조 또는 가선에 의하지 아니하고 운전되는 차(피견인 차도 자동차의 일부로 본다)로서 도로운송차량법 제3조의 규정에 의하여 교통부령으로 정하는 보통자동차, 소형자동차 및 특수자동차를 말한다'고 규정하고 있고, 도로운송차량법 제3조에 의하면 자동차는 이를 보통자동차, 소형자동차와 특수자동차로 나누되 그 구분은 자동차의 크기, 구조와 원동기의 종류, 총배기량 또는 정규출력을 기준으로 하여 교통부령으로 정한다고 규정하고, 교통부령인 도로운송차량법시행규칙 제2조에서는 법 제3조의 보통자동차, 소형자동차 및 특수자동차의 종별은 별표 1에 정하는 바에 의한다하여 그 별표 1에서 자동차의 종별을 세분하여 정하고있으므로, 피고인이 원동기에 2륜의 적재함을 연결한 원심판시 경운기를 운전면허 없이, 주취중에 운전한 행위가 도로교통법 제38조, 제39조 제1항에 해당한다고 하려면 우선 그 경운기가 위 도로운송차량법시행규칙 제2조의 별표1에 나열한 자동차중의 어느 하나에 해당되어야만 할 것이다.

(2) 그런데 위 도로운송차량법시행규칙 제2조의 별표 1에 규정한 자동차의 종별내용을 살펴보아도 피고인이 운전하였다는 경운기는 그 자동차의 종별 중에 포함되어 있지 아니하므로 원심이 유지한 제1심 판결이 피고인이 운전한 경운기는 농업기계화촉진법 제2조 소정의 농업 기계의 일종일 뿐, 위 시행규칙 제2조의 별표 1에 기재된 자동차에 해당 않는다 하여 피고인의 소위가 도로교통법 제38조, 제39조제1항 위반이 될 수 없다고 판단하였음은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해가 있다 할 수 없다.

### 3. 속칭 딸딸이가 자동차에 해당되는지 여부(대법원 1987.3.24. 85도1979)

#### 가. 판시사항

속칭 딸딸이가 자동차에 해당되는지 여부

#### 나. 재판요지

속칭 딸딸이는 농업기계인 경운기를 받갈이, 양수, 탈곡, 운반에 더 효율적이 있도록 개조한 것으로 그 기능상 불가피하게 도로상을 이동하는 경우가 있다 할지라도 위 용구의 본질적인 기능과 구조로 볼 때에는 농업기계화촉진법 제2조에서 말하는 농업기계로 보아야 하고 도로운송차량법과 도로교통법상의 자동차로 볼 수 없다.

#### 다. 관련법령

농업기계화촉진법 제2조 : 도로운송차량법 제2조 제2항

#### 라. 판결이유

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 속칭 딸딸이는 농업기계인 경운기를 받갈이, 양수, 탈곡, 운반에 더 효율성이 있도록 개조한 것으로 1975.5.1자로 특허국에 농사 작업차로 의장등록된 고안에 따라 제작되었으며 피고인도 자신이 관리하는 목장일 중 목초지경작이나 퇴비운반 등에 사용할 목적으로 구입하여 목장 내에서 주로 사용해 온 사실을 인정한 다음 위 용구가 그 기능상 불가피하게 도로상을 이동하는 경우가 있다 할지라도 위 용구의 본질적인 기능과 구조로 볼 때에는 농업기계화촉진법 제2조에서 말하는 농업기계로 보아야 하고 도로운송차량법과 도로교통법상의 자동차로 볼 수 없으므로 이 사건 용구가 도로운송차량법과 도로교통법상의 자동차임을 전제로 한 이 사건 공소사실은 모두 죄가 되지 아니하거나 범죄의 증거가 없는 경우에 해당된다고 판시하고 있는 바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 논지가 주장하는 바와 같은 도로운송차량법이나 도로교통법위반에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유 없다.



#### 4. 개조한 경운기가 자동차에 해당하는지 여부(대법원 1986.9.9. 86도1480)

##### 가. 판시사항

핸들 및 적재함을 일부 개조한 경운기가 도로운송차량법 소정의 등록대상인 자동차에 해당하는지 여부

##### 나. 재판요지

통상 경운기는 농업기계화촉진법 제2조 소정의 농업기계로 보아야 하고 통상의 경운기를 운전과 하물적재의 편의를 위하여 핸들부분을 원형으로, 적재함 부분을 철판으로 일부 개조하였다 하여도 그 사유만으로 경운기가 자동차로 전환되어 도로운송차량법 소정의 등록대상이 되는 것은 아니다.

##### 다. 판결이유

원심이 적법하게 조사채택한 증거들을 기록과 비추어 살펴보면, 피고인은 통상의 경운기(속칭 딸딸이)와 엔진부분은 동일하나 운전과 하물적재의 편의를 위하여 통상의 경운기중 핸들부분을 원형으로, 적재함부분을 철판으로 각 개조한 이 사건 경운기를 자동차등록원부에 등록하지 아니한 채 운행한 사실을 인정하고, 위와 같은 경운기가 도로운송차량법 소정의 등록대상에 해당하려면 도로운송차량법 제3조에 의하여 같은법 시행규칙 제2조의 별표에 나열된 자동차중의 어느 하나에 해당되어야 할 것인바, 통상 경운기는 농업기계화촉진법 제2조 소정의 농업기계로 보아야 할 것이고, 피고인이 운행한 이 사건 경운기가 통상의 경운기중 핸들 및 적재함부분을 일부 개조한 구조로 갖추어졌다 하여도 그 사유만으로 원래 농업기계인 경운기가 등록대상인 자동차로 전환되어 도로운송차량법시행규칙 제2조의 별표 1에 나열된 자동차의 종별에 포함된다고 볼 수 없으므로 이 사건 경운기는 도로운송차량법 소정의 등록대상이 아니라고 판단한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 소론이 주장하는 바와 같이 도로운송차량법의 법리를 오해한 위법이 없다.

## 第3節 農業基盤公社및農地管理基金法

### I. 農業基盤公社및農地管理基金法의 概要

#### 1. 制定경위 등

농업기반공사및농지관리기금법은 기존에 유사한 기능을 수행하고 있던 농어촌진흥공사, 농지개량조합, 농지개량조합연합회등 3기관을 통합하여 농업기반공사를 설립하고 농지관리기금을 설치하여 농어촌정비사업을 시행하고 농업기반시설을 종합관리하며 농업인의 영농규모적정화를 촉진함으로써 농업생산성을 증진시키고, 농어촌의 경제·사회적 발전에 이바지하기 위하여 1999. 2. 5. 법률 제5759호로 제정·공포되어 2000. 1. 1.부터 시행되었고 2차에 걸쳐 개정되었다.

제정 경위를 보면 1998. IMF이후 강도 높은 구조조정이 이루어지면서 1998.7.8 농정개혁위원회에서 3기관 통합방침과 1998. 8. 5 기획예산위원회에서 2차공기업 민영화 및 경영혁신계획에 의거 농업생산기반정비관련조직 통합방침이 확정된 후 1998.7.20 농업인단체, 학계대표, 공무원, 3기관 임원 등으로 구성된 『통합추진위원회』를 구성하여 회의와 토론회 등을 거쳐 1998. 9. 8. 입법 예고되고 같은 해 11. 27. 정부입법으로 국회에 제출되어 1999. 1. 5. 국회 의결을 거쳐 같은 해 2. 5. 제정·공포된 것이다.

#### 2. 기존법률 등과의 관계

농지개량조합과 관련한 법률 및 명칭 변경을 보면 농지개량조합은 1908. 수리조합으로 출범하였는데 1961. 토지개량사업법이 발효되면서 토지개량조합으로 명칭이 변경되었다가 1970. 1. 12. 토지개량사업법을 흡수하여 농촌근대화촉진법이 제정·공포되면서 농지개량조합으로 개칭된 후 1995. 12. 29. 농지개량조합법이 제정되면서 농촌근대화촉진법이 폐지되었고,

농지개량조합연합회는 1938. 조선토지개량협회로 출범하여 1962. 토지개량조합연합회로 개칭되었으며 1971년 농지개량조합협회로 분리 발족된 후, 1977. 12. 31. 농촌근대화촉진법 제5차 개정에 따라 농지개량조합연합회로 발족되었고,

농어촌진흥공사는 1970. 농촌근대화촉진법이 제정되면서 토지개량조합연합회와 지하수개발공사를 통합하여 농업진흥공사를 설립한 후, 1989. 4. 28. 농어촌공사의 설립, 농지관리기금의 신설, 농지임대차관리법의 시행, 장기임대차지원제도, 영농조합과 위탁영농회사의 육성, 농업진흥권역의 설정 등을 내용으로 하는 농어촌발전종합대책이 발표되면서 이를 제

도적으로 뒷받침하기 위하여 농어촌발전특별조치법과 함께 1990. 4. 7 법률 제4229호로 농어촌진흥공사및농지관리기금법이 제정되면서 농어촌진흥공사로 확대 개편되었다가 위 농업기반공사및농지관리기금법이 제정되면서 농업기반공사로 개칭되었다.

### 3. 농업기반공사및농지관리기금법의 주요내용

농업기반공사및농지관리기금법은 제1장 총칙, 제2장 농업기반공사(제1절 설립, 제2절 사업, 제3절 재무), 제3장 농지관리기금, 제4장 보칙 등 총4장, 51조로 되어 있다.

제2장 농업기반공사를 보면, 농어촌정비사업을 시행하고 농업기반시설을 종합관리하며, 농업인의 영농규모 적정화를 촉진함으로써 농업생산성을 증진시키고, 농어촌의 경제·사회적 발전에 이바지함을 목적으로 농업기반공사를 설립하되, 자본금은 5조원으로 하고 있고(제3조, 제6조), 공사는 농어촌정비법에 의한 농어촌정비사업, 농업기반시설의 유지·관리 및 이용에 관한 사업, 농어촌용수 및 지하수자원의 개발·이용 및 보전·관리에 관한 사업, 농지의 조성 및 이용증진사업, 영농규모적정화를 위한 농지의 매매·임대차·교환·분합에 관한 사업 및 농지 등의 재개발사업, 농어촌의 도로의 개발 및 정비, 지역균형개발 및 지방중소기업육성에관한법률에 의한 복합단지의 조성, 산업입지및개발에관한법률에 의한 농공단지의 개발 등 농어촌지역개발사업, 농어촌의 수질오염방지시설·하수도시설 및 오수·폐수처리시설의 설치 및 지원사업, 해외농업개발 및 기술용역사업 등의 사업을 하도록 하고 있고(제10조), 공사는 종전 조합원의 농업기반시설의 사용권을 계승시키고, 농업용수공급의 효율적인 관리를 위하여 공사관리지역을 설정함에 있어 이해관계인, 시·도지사의 의견을 수렴하여 공사관리지역을 지정·관리하도록 하고 공사관리지역안에서 농업용수의 공급을 받는 자의 요건을 정하고, 농업기반시설의 운영·관리를 위하여 필요한 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 농업용수이용료를 징수할 수 있도록 하고 있고(제11조 내지 제14조), 농지관리기금등에서 농지매매사업자금등을 지원할 수 있도록 하고 있다(제18조 내지 제23조)

제3장 농지관리기금을 보면, 정부는 영농규모적정화, 농지의 집단화, 농지의 조성 및 농지의 효율적 관리에 필요한 자금을 조달 공급하기 위하여 정부출연금, 공공자금관리기금으로부터의 징수금, 농지법 제40조의 규정에 의한 농지조성비납입금, 농어촌정비법 제15조제4항의 규정에 의한 매립지등의 매각대금 등으로 농지관리기금을 설치하도록 하고(제31, 32조) 위 기금을 동법에 규정된 농지매매사업, 농지의 장기임대차사업, 농지의 교환·분합사업과 농어촌정비법에 의한 한계농지등의 정비사업, 그리고 농지조성사업 등에 사용하도록 하고 있고(제34조), 농림부장관이 기금을 운용·관리하고, 대통령령이 정하는 바에 따라 기금의 운용·관리에 관한 업무의 일부를 공사에 위탁할 수 있도록 하며, 이의 중요한 사항

을 심의하기 위하여 농림부에 농지관리기금운용심의회를 두도록 하고 있다. (제35, 36조)

## II. 農業基盤公社및農地管理基金法에 관한 判例

### [1] 概要

위에서 본바와 같이 토지개량사업법이 농촌근대화촉진법에 흡수되고, 농촌근대화촉진법이 농지개량조합법에 흡수되고, 농지개량사업법과 농어촌진흥공사및농지관리기금법이 농업기반공사및농지관리기금법으로 통일되어 오늘에 이르고 있으므로, 관련판례 역시 토지개량사업법, 농촌근대화촉진법, 농어촌진흥공사및농지관리기금법 등 순서대로 검토할 필요가 있다할 것이다.

### [2] 土地改良事業法에 관한 判例

#### 1. 토지개량사업과 권리 침해(대법원 1970. 2. 10. 67다 318)

##### 가. 판결요지

토지개량조합이 토지개량사업법 제2조의 사업을 실시함에 있어서 타인의 소유권이나 점유권을 침해하는 경우에는 그 권리자는 그 침해나 침해의 우려에 대하여 이의 배제를 민사소송으로 청구할 수 있다.

##### 나. 당사자 등

【원고, 상고인(선정당사자)】 박○운

【피고, 피상고인】 청도토지개량조합

##### 다. 판결이유

소장에 의하면 원고의 이 건 청구원인은 경북 청도군 각남면 옥산 1동 2통 3동 동면 합박동 농명 1동 2동 농민들은 가뭄으로 인한 피해를 방지하기 위하여 피고의 전신인 각남수리조합을 받기하여 1958.3.12 각남수리조합 설립인가와 위 6개동을 몽리구역으로 하는 수리사업인가를 받았으나 정부의 재정난으로 보조금이 배정되지 않아 위 사업실시의 가망이 없게 되자 위 6개동 농민들은 동인들의 자체부담으로 옥산지, 한박지, 옥척지의 32개소

의 보를 설치하여 현재는 위 6개동의 물리면적인 120정보의 농지에 충분한 물을 공급할 수 있게 되었음에도 불구하고 피고 조합은 지금에 와서 새삼스럽게 전시 수리사업인가에 기하여 위 6개동을 물리구역으로 하는 저수지 공사를 착공하였는데 이는 국가재정의 무용한 낭비와 앞으로 물리구역민들로 하여금 부당한 수세를 부담하게 하고 위 저수지설치로 인하여 전, 답, 27,648평이 위 저수지 부지로 편입되어 원고 등의 소유권과 점유권 및 용수권을 침해하는 행위라 하여 위 수리시설 사업의 금지를 구하는데 있고 제1심 8차구두변론조서 (기록 297정)에 의하면 본권 청구원인은 솟장 침부의 제1목록기재 부동산이 유지 및 제방부지로 편입됨으로 소유권 및 점유권이 침해되는 것을 말하는 것이고 기득권의 침해는 이미 설치된 옥척지, 옥산지, 함박지로부터 인수되는 농경용수를 관개할 수 있는 전체농민의 수리권을 침해 당하는 것이라고 석명한 것이 뚜렷한 본 건에 있어서는 토지개량사업법에 의하여 설립된 피고 토지개량조합이라 할지라도 토지개량사업법 제2조의 사업을 실시함에 있어서는 타인의 소유권 혹은 점유권을 침해할 수 없는 것이니 만큼 본 건 원고 등의 청구 중 원고 등이 소유 혹은 점유하고 있는 전, 답, 27,648평이 위 수리 시설의부지로 편입하게 되었다면 원고들은 위 권리 등의 침해 혹은 그 침해의 우려에 대하여 이의 배제를 구할 수 있을 것이며 그 청구는 민사소송으로 다룰 수 있다 할 것이니 원심판결이 원고의 청구원인을 가리지 않고 만연히 본 건 청구는 일반민사소송에 의하여 다룰 수 없는 것이라 하여 그 소를 각하한 조치는 위법이라 아니할 수 없다.

## 2. 도지사 승인 없는 조합의 수표발행의 효력(대법원 1965. 7. 20. 65다 992)

### 가. 판시사항

토지개량조합이 도지사의 승인 없이 적법하게 부담한 채무의 이행 이외의 목적을 위하여 수표를 발행한 경우의 효력

### 나. 판결요지

토지개량조합의 수표발행은 적법하게 부담한 채무의 이행에 대신하거나 그 이행을 확보하기 위하여 발행하는 경우 또는 이와 동일시 할 수 있는 경우를 제외하고는 동 조합평의회 의결과 도지사의 승인이 필요하고 도지사의 승인 없이 발행된 수표는 무효이다.

### 다. 관련법령

토지개량사업법 제30조3호, 부칙 제10항

### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○선

【피고, 피상고인】 담양토지개량조합

마. 판결이유

수표가 무인증권이라 하여도 토지개량조합이 적법하게 부담한 채무의 이행에 대신하거나 그 이행을 확보하기 위하여 발행하는 경우 또는 이와 동일시할 수 있는 경우를 제외하고는 토지개량조합이 수표를 발행하는 것은 토지개량사업법 제30조 제3호 소정사유에 해당한다고 봄이 상당하다 할 것이며 따라서 토지개량조합 평의회 의결을 요하는 사항이라 할 것이고 같은 법 부칙 제10항에 의하여 도지사의 승인이 필요하다 할 것이므로 도지사의 승인 없이 발행된 위와 같은 수표는 무효일 것이어서 토지개량조합은 아무런 수표채무를 부담하지 아니한다 할 것이고 그 수표소지인의 위와 같은 사유의 유무에 관한 선의 악의 여하에 불구하고 토지개량조합은 그 수표발행의 무효를 주장할 수 있다할 것인바 본 건 수표발행에 있어 그것이 기왕의 적법한 채무의 이행에 대신하거나 그 이행을 확보하기 위한 것 또는 그와 동일시 할 수 있는 경우라고 인정할 수 없다는 것이 원판결의 판단취지로서 본 건 수표발행 행위는 도지사의 승인이 없어 무효이며 피고 조합은 어떠한 소지인에게 대하여도 그의 무효를 주장할 수 있다는 원판결은 정당하고 원판결에 소론 위법이 있음을 인정할 수 없다.

3. 조합의 약속어음 발행과 그 효력(대법원1971.1.26.. 70다2598 )

가. 판결요지

토지개량조합이 매매대금의 지급을 위하여 약속어음을 발행한 경우 먼저 그 조합의 예산을 검토 심리하여 그것이 도지사의 승인필요사항인 여부를 가려서 토지개량사업법(폐) 제30조의 해당항목을 확정하지 않고서는 도지사의 승인사항이라 속단하여 그것을 무효라고 할 것이 아니다.

나. 관련법령

토지개량사업법(폐) 제30조, 토지개량사업법(폐) 부칙 제10항 나호

다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 동광화학공업주식회사

【피고, 피상고인】 영산토지개량조합

【피고, 보조참가인】 강○문

## 라. 판결이유

피고조합이 원고회사로부터 농약 소미치온을 매수하고 그 대금지급을 위하여 본 건 약속어음을 발행한 것인바, 위와 같은 경우에 있어서 토지개량사업법 제30조(평의회 의결사항)의 어느 항목에 해당되는 것인가를 확정하지 아니하고서는 도지사의 승인사항이라고 속단하기 어렵다 할 것이고, 더욱이 앞에서 거시한 을 제5호중의 1(농약공급계약서) 제1조, 제2조에 의하면 조합자체 예산에서 매수하는 것 같은 느낌을 주고 있으므로 위 계약 및 약속어음 발행행위가 예산 내라면 을 제8호중(영산토지개량조합정관)의 내용을 고려하여 도지사의 승인필요여부를 결정하여야 할 것이고, 만약 예산외라면 토지개량사업법 제30조, 제5호에 의하여 도지사의 승인사항으로 볼 수 있어 그 승인여부를 판단하여야 할 것이므로 원심은 모름지기 피고조합의 예산을 검토 심리한 연후에 위 계약 및 그 대금지급을 위한 약속어음 발행행위에 대하여 도지사의 승인필요사항 여부와 승인필요사항이라면, 승인여부를 판단하였어야 옳았을 것인데도 불구하고 만연히 농약의 매매계약을 체결하고, 본 건 약속어음을 그 대금지급을 위하여 발행함에 있어서 소관 도지사의 승인이 없어 무효라 하였음은 심리미진으로 인한 이유불비의 잘못을 저질렀다 할 것이다.

## 4. 농지개량조합장의 위법한 기채행위와 조합의 사용자책임 (대법원 1972.12.26. 72다 1987)

### 가. 판결요지

농지개량조합의 조합장이 조합의 경상비로 사용하기 위하여 기채함에 있어서 토지개량사업법 소정절차를 밟음이 없이 차용한 결과, 채권자가 조합에 대하여 채권을 취득할 수 없게 된 경우에 위 조합은 그 조합장의 사용자로서 채권자에게 그 손해를 배상할 책임이 있다.

### 나. 당사자 등

【원고, 피상고인】 문○주

【피고, 상 고 인】 광주농지개량조합

【원심판결】 광주고등법원 1972.9.12. 선고 72나122 판결

### 다. 판결이유

원심판결이유에 의하면 원심은 피고조합의 대표자이었던 조합장인 소외 김○일이 원고로부터 1970.7.3.부터 같은 해 9.3.까지 3차에 걸쳐 도합 360,000원을 토지개량사업법상의 소정절차를 밟음이 없이 차용하여 같은 조합의 경상비등으로 사용한 사실을 확정하였다 그렇

다면 위 피고 조합장 김○일의 행위는 그가 토지개량사업법상의 소정의 절차를 밟음이 없이 원고로부터 기채한 결과 원고와 피고조합간에 채권채무관계가 성립되지 않아 원고로서는 피고조합에게 채권을 취득할 수 없게된다 할 것이니 피고 조합은 피용자인 위 김○일의 사무집행에 관하여 원고에게 입힌 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이고 이와 같은 결론의 원심 판시이유는 정당하고 그 과정에 심리 미진 또는 이유불비의 위법이 없다.

## 5. 조합비 납부의무(1962.10.18.. 62누11)

### 가. 판결요지

수리조합원은 조합원이라는 신분에 의하여 당연히 조합비를 납부할 의무가 있고 다만 그 이익을 받는 정도에 따라 차등이 있음에 불과하다

### 나. 당사자 등

【원고, 피상고인】 유○석 외 14인

【피고, 상 고 인】 담양토지개량조합

### 다. 판결이유

원래 수리조합 사업은 토지의 농업상 이용을 증진하기 위한 토지의 개척 지목변경 도로 제방의 신설 유지의 설치변경과 그 외의 농업증산을 위한 여러가지의 사업을 하기 위하여 조직되는 것으로서 그 사업은 국가공익에 직접적 영향이 있고 위의 사업을 시행하고 그 사업을 유지 관리하는데 소요되는 비용에 충당하기 위하여 조합원으로부터 조합비를 징수하게 되는 바 이상의 조합비 납부의무는 각 조합규약에 따라 이익을 받는 정도에 따라 많고 적은 차이는 있을지언정 구체적으로 몽리가 없다고 하여서 당연히 그 조합비 납부의무가 면제되는 것이 아니다. 더욱 본 건과 같이 기초가 아직 확립되지 아니하는 조합에 있어서는 그러하다 할 것인 바(1958년 2월 28일 선고, 4290년 행상 128호 판결 참조), 조합원은 조합원이라는 신분에 의하여 당연히 조합비를 납부할 의무가 있고 다만 그 이익을 받는 정도에 따라 차등이 있음에 불과하다고 해석하여야 할 것임에도 불구하고 위에서 말한 바와 같이 원심이 구체적인 이익의 유무로서 조합비 납부 의무의 유무를 판단하였음은 수리조합에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없다.



## 6. 農리를 받지 못한 경우 조합비 납부의무 유무(1966. 6. 21. 66누 33)

### 가. 판결요지

토지개량조합(농지개량조합)의 조합원이 조합원의 지위를 보유하고 있는 이상 구체적으로 農리를 받지 못한 경우에도 조합비를 납부할 의무가 있다.

### 나. 관련법령

토지개량사업법 제36조

### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○호 외 2명

【피고, 피상고인】 강외토지 개량조합

### 라. 판결이유

토지개량조합의 사업구역내에 토지를 소유하는 자는 당연히, 조합원이 되며, 조합원은 각 조합규약에 따라, 이익을 받은 정도에 따라, 많고 적은 차이는 있을지언정, 조합비를 납부할 의무가 있고, 이 의무는 구체적으로 農리를 받지 않은 조합원이거나 또는 신설조합이나, 기설조합이거나 다른바 없다고 할 것인 바, (66누39 판결 참조) 원심은 원고들이 피고 조합원의 지위를 보유하고있다고 적법하게 확정하고, 피고가 시공한 지하수 차단공사에 인한 農리를 받지아니한다 하더라도, 조합원의 지위를 보유하고 있는 이상, 통상의 조합비를 납부할 의무가 있다고 판시한 것은 정당하다.

## 7. 이익향유 유무와 조합비 납부의무(대법원 1966.7.26. 66누35)

### 가. 판결요지

토지개량조합의 사업으로 인하여 아무런 이익도 받지 않는 자에 대하여 이를 고려하지 않고 조합원이라는 신분에만 치중하여 통상조합비를 과함은 위법하다.

### 나. 관련법령

토지개량사업법 제36조

### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 민○황 외 2명

【피고, 피상고인】 강의토지개량조합

**라. 판결이유**

토지개량사업법 36조나, 피고조합의 규약 19조는 모두 조합의 사업으로 인하여 이익을 받는 정도를 표준으로 하여 조합비를 부과하도록 하였을 뿐이고, 이익을 받지 않는 토지에 대하여 조합비를 면제한다는 것이 아니라 함은 원판결이 설명한바와 같다 할지라도 만일 원고들이 주장하는 바와 같이 피고 조합의 사업으로 인하여 원고들이 아무런 이익도 받지 아니한다면 특별한 사정이 없는 한, 피고조합은 의당 토지개량사업법 36조 및 피고조합의 규약19조에 의하여 위 사실을 고려하여 원고들에게 대한 경비부과를 하여야할 것이고, 만일 조합이 이러한 고려를 한 바 없이 다만 원판시와 같이 원고들이 아직 피고 조합의 조합원이라는 신분에만 치중하여 일방적으로 원판시와 같은 통상조합비를 부과하였다면, 이는 토지개량사업법 36조나 피고조합규약 19조에 위배되는 것이다.

**8. 수리조합의 약속어음 발행과 도지사의 인가  
(대법원 1962. 4. 12. 61다 964)**

**가. 판결요지**

도지사의 인가 없는 수리조합의 차입금계약은 무효이다

**나. 관련법령**

조선수리조합령 제39조

**다. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 김○철

【피고, 상 고 인】 창원토지 개량조합

**라. 판결이유**

상고이유를 검토하건대 원심은 원심판결이 인용하는 증거를 종합하여 피고조합 이사인 김○문이 본 건 약속어음 두벌에 조합장의 서명날인을 하여 지출한 행위가 이른바 서명의 대리해당한다는 전제하에 원고의 본소 청구를 인용하였다. 그러나 원심이 열거하는 증거를 종합하여도 소외 김○문에게 피고조합장의 서명 대리권이 있었다는 자료를 찾아낼 수 없을뿐더러 병1호증의 1내지 3의 기재 내용과 원심 증인 김○문의 (1,2회)증언과 1심증인 최○동(2회)의 증인에 의하면 본 건 약속어음지출일인 1958년 10월 20일에는 피고조합

조합장인 정○룡은 출근하였음에 반하여 이사 김○문이는 결근하였음에 불구하고 김○문이가 근무처도 아닌 마산시내 어느 다방에서 어음에 서명 날인한 사실과 그후 조합장으로 부터 김○문이가 어음발행에 대하여 책망까지 받은 사실을 엿볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 원심이 김○문에게 본 건 어음 지출에 있어 피고 조합장의 서명을 대리할 적법한 권한 있었다고 인정한 것은 논지에 지적하는 바와 같이 채증에 있어 우리의 일반 경험법칙을 무시한 위법이 있을 뿐더러 가사 서명 대리가 적법하다손 치더라도 피고 조합이 차입금을 하려면 도지사의 인가를 필요로 함은 조선수리조합령 39조 4호에 명백하게 규정하는 바이요 도지사의 인가 없는 차입금계약은 무효라고 해석할 것이며 본건약속어음 지출에 의한 채무 부담은 그것이 금전소비 대차의 뜻이 있는 이상 일종의 차입금 계약에 해당한다고 볼 것인데 원심이 본 건 약속어음 발행에 있어 도지사의 인가 여부를 조사하지 않는 점은 역시 심리를 다하지 않은 위법이 있다 할 것이다.

### 9. 강행규정위반 계약서 효력(대법원 1962. 5. 31. 61다1544)

#### 가. 판결요지

수리조합장이 강행규정을 어기고 체결한 양수기 설치공사도급계약은 무효이다

#### 나. 참조조문

조선수리조합령 제13조 제38조 제39조

#### 다. 판결이유

일건기록에 의한 원고의 주장에 의하면 소의 동덕건설주식회사와 피고와의 사이에 피고의 양수기 설치공사의 도급계약을 체결하고 위의 회사는 그 보증금을 피고에게 지급하고 만일 피고가 공사 대금 미정 등으로서 위의 회사로 하여금 약정기일까지에 공사를 착수할 수 없게 하는 경우에는 피고가 받은 위의 보증금 5백만원과 손해배상 약정으로서의 5백만원을 위의 회사에게 지급하도록 약정하였음에도 불구하고 피고가 공사대금에 대한허가를 받지 못하여서 위의 계약은 해제되었으므로 위의 회사가 피고에게 지급하였던 보증금 및 손해배상 예약금 합 1천만원을 피고가 지급하게 되었든 바 원고는 위의 회사로부터 그 채권을 양수하였다는 것이며 피고의 주장에 의하면 피고는 원고가 주장하는바와 같은 계약을 체결한바 없고 가사 그 계약이 있다고 하더라도 공법인으로서의 피고는 이러한 계약을 함에 있어서는 법의 규정에 의하여 피고조합 평의회외의 자문 감독관청의 허가 입찰공고에 의한 계약체결 등의 절차가 있어야 함에도 불구하고 본 건 계약에 있어서 이러한 절차가 없었으므로 무효라고 아니할 수 없다라고 항변하였음이 명백한 바 구법인 조선수리조합령제 13조에 의하면 조합장은 조합에 관한 중요한 사항에 대하여는 평의회에 자문을 하여야 한

다라고 규정하였고 제38조에 의하면 조합의 사업계획을 정할 때에는 정부의 승인을 받아야 한다라고 하였으며 제39조에 의하면 예산에 정한 이외의 새로운 의무부담을 할 때에는 도지사의 인가를 받아야 한다라고 규정하였으며 이러한 규정은 당사자가 임의로 그 적용을 배척할 수 없는 강행규정이라고 해석하여야 할 것인바 본 건에 있어서 일건기록을 검토하여도 피고가 위의 규정에 의한 절차를 밟았다는 입증이 없으므로 본 건 계약은 피고와의 관계에 있어서 무효라고 아니할 수 없다. 그러나 원고가 주장하는 소외 동덕건설주식회사의 피고에게 대한 보증금 5백만원의 반환청구부분에 관하여는 본 건 계약해제로 인하여서의 부당이득에 의한 반환청구라고 해석되므로 원심으로서의 피고의 이득의 현존여부를 심리하고 이것을 전제로 판단하여야 할 것임에도 불구하고 본건계약이 유효라는 전제하에서 한 판단은 위의 법령을 오해하였다는 비난을 면할 수 없다 할 것이다.

**10. 토지개량조합이 도지사의 인가 없이 한 수리공사 계약의 효력**  
(1963. 2. 14. 62다892)

**가. 판결요지**

도지사의 인가 없이 수리조합이 예산으로 정한 이외의 의무를 부담할 법률행위를 한 경우에는 그 법률행위는 법률상 효력을 발생할 수 없는 것이다.

**나. 관련법령**

구 조선수리조합령 제39조

**다. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 권○철

【피고, 상 고 인】 선산토지개량조합

**라. 판결이유**

구 조선수리조합령 제39조는 예산으로 정한 외에 새로 의무를 부담할 경우에는 도지사의 인가를 받아야한다 규정하였으므로 도지사의 인가 없이 수리조합이 예산으로 정한 이외에 의무를 부담할 법률행위를 한 경우에는 그 법률행위는 법률상 효력을 발생할 수 없는 것이다 피고의 본 건 수리공사계약은 구 조선수리조합령 제38조의 규정에 의하여 주무부장관의 인가가 없으니 유효한 조합의 행위라고 볼 수 없다는 주장에 대하여 원심은 주무부장관의 승인을 받지 못한 사실을 인정하여 판사와 같이 승인을 받지 못한 사실만으로써는 피고는 원고에 대한 그 계약에 의한 보수지급의무를 면할 수 없다 판시하였다 그러나 피고의

위 주장은 결국 본 건 수리공사계약은 구 수리조합령 위반이니 무효라는 주장으로 해석할 수 있고 그 점에 관한 논지도 같이 해석되는바 원심은 모름지기 본 건 수리공사계약이 구 수리조합령 제39조에 해당하는 여부를 심리하여 그것에 해당하며 도지사의 인가가 없는 본 건 수리공사계약은 법률상 효력이 없다고 하여야함에도 불구하고 판시와 같은 이유로 원고의 청구를 받아드렸음은 원판결에는 심리미진의 위법이 있음은 물론 구 수리조합령의 적용 및 해석을 잘못된 위법이 있다고 하지 아니 할 수 없다.

### 11. 채무부담행위와 석명권(대법원 1962. 12. 6. 62다 721)

#### 가. 판시사항

수리조합의 채무부담 행위가 도지사의 인가가 있었는가의 여부의 석명권 행사를 다하지 않은 경우

#### 나. 판결요지

조합과 어떠한 재산상의 법률행위를 하고 이로 인하여 채권을 취득하였다고 주장하는 자는 그 조합이 이러한 법률행위를 함에 앞서서 농수산부장관의 승인을 받았는가를 주장 입증할 책임이 있다

#### 다. 관련법령

민사소송법 제126조 1항, 구수리조합령 제39조, 토지개량사업법 제46조

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 이○국

【피고, 상 고 인】 심도수리조합 수계인 강화토지개량조합

#### 마. 판결이유

구 수리조합령 제39조에 의하면 수리조합이 타인으로부터 일시 돈을 빌리던가 예산 밖의 의무부담을 할 때에는 미리 도지사의 인가가 필요하고 이것이 없을 때에는 수리조합의 채무부담 행위는 무효로 돌아가는 것이므로 수리조합과 어떠한 재산상의 법률 행위를 하고 이로 인하여 채권을 취득하였다고 주장하는 사람은 수리조합이 이러한 법률행위를 함에 앞서서 도지사의 인가를 받았다는 점을 주장 입증할 책임이 있다 할 것이요 이러한 주장 입증이 없다 하면 법원은 모름지기 석명권을 행사하여 이 점에 관한 주장과 입증을 촉구하여 사실 관계를 명확히 하여야 할 의무가 있다 할 것인 바 원고의 본 건 청구원인으로 하는

바는 원고는 피고 강화토지 개량조합이 합병한 심도수리조합 이사 송○석에게 양회 800포대를 대금 12만원으로 의상으로 팔고 그 대금은 1959년 10월 30일까지 월 5푼 이자를 가산하여 지급하기로 하였던 바 심도수리조합은 이를 이행치 아니하고 1960년 7월 30일에 이르러 아직 경기도로부터 공사비 지급을 받지못하였으니 연기하여 달라고 간청하여 위 12만원에 그해 8월 20일까지 월 5푼의 이자를 가산하여 그날 원고에게 액면금 17만 2천원 지급기일 1960년 8월 20일 지급지 지급장소 발행지 모두 강화군 강화면의 약속어음 한 장을 발행하고 원고는 이를 소지하고 만기에 지급제시를 하였으나 그 지급을 이행하지 아니하고 또 그해 연말까지 연기하여 달라고 간청하여 심도수리조합은 원고에게 그해 10월 30일 위 약속어음 금 17만 2천원에 그해 12월 30일까지 월 5푼의 이자를 가산하여 금 19만 6천원을 소외 건창기업주식회사에 지급할 심도수리조합 배수갑문공사금 중에서 1960년 12월 30일까지 직접 원고에게 지급 할 것을 보증한다고 지급보증서를 발행하여 원고가 이것을 소지하고 있던 바 심도수리조합은 그해 12월 30일까지 이를 지급하지 아니한다고 주장하고 피고는 이상 원고의 주장사실을 전적으로 부인하고 있으므로 원고로서는 이 지급보증서를 심도수리조합이 원고에게 발행함에 있어서 도지사의 인가를 받았다는 점을 주장 입증하여야 할 것임에도 불구하고 이 점에 관하여서는 아무런 말이 없고 원판결도 이 점에 관하여 아무런 설명이 없이 피고에게 본 건 금원의 지급을 명한 것은 심리미진과 이유불비의 위법이 있다 할 것이다

## 12. 환지확정공고 후 이행지체 책임(1973. 11. 27. 72다 392)

### 가. 판결요지

구 토지개량사업법 제129조의 규정에 의하면 환지인가의 고시가 있는 후에는 환지확정등기가 필요될 때까지는 일반등기는 정지된다고 되어 있는바, 이것은 환지확정공고가 있는 후에는 일체의 일반등기는 할 수 없다는 뜻이므로 위 기간중 매도인의 소유권이전등기의 의무는 법률상 그 이행이 불가능하고 따라서 매수인이 잔대금을 지급치 않는다고 하여 그에게 이행지체의 책임을 물을 수 없다 .

### 나. 관련법령

민법 제536조, 토지개량사업법(폐) 제129조

### 다. 당사자 등

【신청인, 피상고인】 박○문 외 1명

【피신청인, 상고인】 송○만 외 1명

【원심판결】 서울고등법원 1972.2.9. 선고 71나2333 판결

## 라. 판결이유

원판결에는 환지등기의 효력 또는 이행지체에 관한 법리오해의 위법이 있다함에 있으나 그러나 구 토지개량사업법 제129조의 규정에 의하면 환지인가의 고시가 있는 후에는 환지 확정등기가 필요될 때까지는 일반 등기는 정지된다고 되어있는바, 이것은 환지인가의 공시의 취지가 등기부에 기재되었느냐의 여부를 따지지 않고 환지확정 공고가 있는 후에는 일체의 일반등기는 할 수 없다는 법리이므로 위 일반등기가 금지된 기간은 매도인의 소유권이전등기의 의무는 법률상 그 이행이 불가능하고 따라서 매수인이 잔대금을 지급하지 않는다고 하여 그에게 이행지체의 책임을 물을 수 없다고 해석함이 쌍무계약에 있어서의 각 채무의 이행의 견련성의 법리, 등기거래의 통념 및 신의 성실의 원칙에 비추어 상당할 것이므로 같은 취지 이유로 매도인인 피신청인들의 원 설시의 해제항변을 배척한 원심의 조치는 정당하고 거기에 소론이 지적하는 위법사유가 있다고 할 수 없다.

환지확정 공고로부터 환지등기가 필요될 때(1968.6.30)까지는 신청인들의 잔대금 지급의무는 이행지체가 되지 않는다 함은 앞에서 설시한 바와 같으므로 따라서 그 간에 한 피신청인들의 해제의 의사표시는 무효한 것이라 할 것이므로 환지등기가 필요된 후에 그것이 다시 되살아나 유용될 수 있다고는 할 수 없으므로 이와 반대의 견해인 논지를 받아 들이지 아니한 원심의 조치에는 아무런 위법이 없다.

### 13. 조합의 분할과 소송 승계(1970. 4. 28. 67다 1262)

#### 가. 판결요지

소송계속중 피고인 토지개량조합이 분할되어 새로운 토지개량조합이 설립된 경우에는 법원은 직권으로 이 점을 조사하여 새로 설립한 토지개량조합을 피고의 소송수계인으로 보아 소송절차를 진행하여야 한다.

#### 나. 관련법령

민사소송법 제212조, 민사소송법 제221조, 토지개량사업법 제77조

#### 다. 당사자 등

【원고, 상고인 겸 피상고인】 대륙공업

【피고, 피상고인】 위천토지개량조합

#### 라. 판결이유

법인의 권리의무가 법률의 규정에 의하여 새로 설립된 법인에게 승계 되는 경우에는

특단의 사유가 없는 한 계속중인 소송에 있어서 의 그 법인의 법률상의 지위도 새로 설립된 법인에게 승계 되는 것이라 함은 당원의 판례로 하는 바이고(대법원 1963.4.11 선고, 63다8 판결참조), 수계신청의 적부는 법원의 직권조사 사항으로서 조사의 결과 수계가 이유 없다고 인정할 경우에는 결정으로서 이를 기각하여야 되나 이유 있을 때에는 별도의 재판을 필요로 하는 것이 아니며, 그대로 소송절차를 진행할 수 있음이 민사소송법 제221조1항의 규정에 비추어 명백하다 함이 또한 당원의 판례이다(대법원 1962.1.11 선고 4294민상558 판결 참조)

#### 14. 농지개량조합장 등의 금원차입행위와 조합의 사용자책임 (대법원 1972. 7. 11. 72다 815)

##### 가. 판결요지

농지개량조합의 조합장, 총무과장, 경리계장 등이 농림부장관이 도지사의 인가와 평의회 의 의결 또는 도지사의 승인을 받지 아니하고 한 금원차입행위는 무효이나, 위 조합은 사용자로서의 위 자들의 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

##### 나. 당사자 등

【원고, 피상고인】 권○택

【피고, 상 고 인】 금강농지개량조합

【원심판결】 광주고등법원 1972.3.30. 선고 71나211 판결

##### 다. 판결이유

원판결 이유에 의하면 원심은 피고조합이 기계를 하거나 예산내의 지출을 하기 위하여 이시 차입금을 차입하려면 토지개량사업법 제46조에 의하여 농림부장관이나 도지사의 인가를 받아야 하고 또 동법 제30조 제3호, 동법부칙 제10조의 (나)항에 의하여 평의회의 의결 또는 도지사의 승인을 얻어야 함에도 불구하고 피고조합의 총무과장인 소외 서○원과 경리계장인 소외 남○희는 피고 조합장과 합의하여 위 절차를 밟지 아니하고 원고로부터 그 판시와 같은 합계금 880,000원을 차용하여 판시와 같은 용도에 사용하였으나 위의 금원차입행위는 무효이라고 한 다음 그러나 원고는 피고 조합의 임원 및 직원인 위 소외인들이 그 사무집행에 관하여 한 불법행위로 인하여 손해를 입은 것이라 할 것이므로 피고조합은 사용자로서 피용자인 위 소외인 등이 원고에게 가한 위 손해를 배상할 책임이 있다고 하였는바, 기록에 의하여 그 증거관계를 검토하여도 위법이 없고, 본 건 손해배상 책임은 민법 제756조의 사용자의 배상책임을 인정하고 있는 것이고 소론이 지적하는 현금출납부의 기재사항을 조사하지 아니하였다 하여 잘못이라 할 수 없고 원판결에는 소론의 채증법칙을



위배한 위법이 있거나 법리오해 및 심리미진 또는 판결이유 모순의 잘못이 있다할 수 없으므로 논지는 그 어느 것이나 채용할 수 없다.

원판결과 기록에 의하면 원심은 증거에 의하여 원고의 손해액을 확정하고 피고 주장의 원고가 금원대부시 피고조합의 제한된 자금차입 능력(즉 도지사의 인가등)을 알았다는 점에 대한 증거가 없어 결국 원고에게 과실이 없다는 취지아래 피고의 과실 상계항변을 배척한 것으로 알아볼 수 있으므로 원판결은 정당하고 소론의 채증법칙 위배의 잘못이 있다는 것과 법리오해, 심리미진의 위법이 있다는 논지는 받아들일 수 없다.

## 라. 평석

### (1) 서설

민법 제756조의 사용자책임에 관해서 살펴보기로 한다.

사용자책임이란 자기와 사용관계 있는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가해행위를 한 경우, 사용자가 그로 인한 손해배상의무를 직접 피해자에 대하여 부담하는 것을 말한다.

민법은 과실책임주의의 틀에서 크게 벗어나지 않으면서 사용자책임의 특수성도 고려하려는 절충적인 입장에서 사용자책임의 과실요건을 규정하였다. 즉 적극적 성립요건으로 사용자의 과실을 요구하지는 않지만, 「사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 책임이 성립하지 않는다」는 일종의 면책사유를 규정하고 있다. 사용자책임은 무과실책임적 효과를 과실 책임적 구성을 빌린 「중간책임」이다.

### (2) 책임의 근거

사용자책임은 사용자에게 직접 피해에 대한 손해배상의무를 부과하는 것이지만, 실제의 사례에 있어서는 사용자, 피해자, 피용자의 3자관계가 발생한다. 직접 가해행위를 한 피용자는 제750조에 따라 피해자에 대해 불법행위책임을 지며, 사용자가 이미 피해자에게 손해배상을 한 경우에는 자기의 부담부분을 사용자에게 갚아야 한다(구상관계). 이 3자간의 관계는 사용자의 책임근거를 어떻게 이해하느냐에 따라 다르게 된다.

#### (가) 배상보장설 (대위책임설)

다수설은 사용자책임의 목적이 피해자의 피용자에 대한 손해배상청구권을 보장해 줌에 있다고 보아서(통상 가해행위를 한 피용자는 배상할 자력이 없기 때문), ① 사용자가 배상 의무는 단지 피용자가 스스로 불법행위책임을 지는 경우에만 발생하며, ② 피용자가 궁극적으로 부담하여야 할 배상 의무를 마치 연대보증인처럼 대신 변제해 주는 기능을 하며, ③ 피해자에게 배상해 준 사용자는 언제나 피용자에게 전액 구상할 수 있다고 한다.

#### (나) 고유책임설

사용자책임은 ① 피해자에 대한 관계에서 응당 사용자 자신이 부담하여야 할 배상 책임을 부담하는 것일 뿐으로 사용자의 과책은 피용자의 선임·감독을 제대로 다했음을 입증하지 못한 때에 추정되는 과실이고, ② 사용자는 피용자의 과실이나 책임능력이 없는 경우까지 책임지며, ③ 사용자책임은 책무 없는 책임이 아니라 책무 있는 책임이므로 대내적 관계에서도 부담부분을 가진 부진정연대관계로 보아야 하며, 사용자의 부담부분은 피용자와의 내부관계의 분석에 의하여 결정된다는 견해가 있다. 고유책임설은 사용자책임이 사용자와 피해자의 대외적 관계만을 파악한 것이며 사용자와 피용자 사이의 대내관계는 이들의 계약관계 등에 의하여 별도로 정해진다고 이해한다. 고유책임설에 의할 경우 위험업무에서 피용자의 경과실로 인한 가해행위에 대하여는 사용자책임만을 인정하고 피용자 자신의 불법행위책임은 면제하는 이론구성이 가능하다.

### (3) 책임성립요건

#### (가) 피용자의 가해행위

- ① 가해행위는 피용자가 제3자에 대하여 하였어야 한다. 제3자는 가해행위를 한 피용자와 그에 대한 사용자책임을 지는 사용자를 제외한 그 밖의 자를 말한다.
- ② 피용자의 가해행위는 제750조의 불법행위에 해당하여야 하는가. 그 가해행위가 위법성을 띠며, 그로 인하여 제3자에게 손해를 가하였을 것이라는 요건에 관하여는 의문의 여지없이 긍정된다. 피용자의 가해행위가 그의 고의·과실로 인한 것이어야 하는가에 대하여는 의문이 제기된다.

#### i) 피용자 과실요건설

다수설과 판례는 피용자의 과실 및 책임능력도 사용자책임의 요건이라고 한다. 그 근거로서 첫째, 사용자가 피용자의 과실 없는 행위에 대해서까지 책임지는 것은 가혹하다는 점, 둘째, 제 756조 제3항의 구상권행사 규정은 간접적으로 피용자의 불법행위책임성립을 요구한 것으로 해석된다는 점을 든다.

#### ii) 피용자 과실불요설

반대설로서, 사용자책임의 성립에 피용자의 과실 및 책임능력은 불필요하다는 견해가 있다. 그 근거는 다음과 같다.

첫째, 사용자책임은 사용자가 피용자를 사용하여 그 자신의 활동을 확대하는 것이므로 그로 인하여 발생된 피용자의 침해행위도 사용자의 행위범주내에서 판단되어야 한다고 한다.

둘째, 사용자의 불충분한 작업지시 도는 부적절한 기재제공으로 말미암아 피용자의 가해행위가 야기된 경우에 피용자 자신의 과실 및 불법행위책임은 부정되어야 하는데, 피용자과실요건설에 의하면 이 때 사용자책임도 부정되어 부당한 결과로 된다.

셋째, 민법에서는 사용자책임의 요건으로서 피용자과실을 요구하지 않는다. 피용자과실요건설은 제756조 제3항이 법적 근거가 된다고 주장하나 제756조 제3항은 사용자책임의 대내관계에 관한 구상권 조항으로서 대외관계(사용자와 피해자 사이의 관계)에 있어서의 피용자책임발생요건과는 무관하다.

넷째, 사용자책임의 소송에서 피해자로 하여금 피용자에 관한 불법행위성립의 모든 요건과 그에 추가하여 사용자책임의 성립요건을 입증하도록 하는 것은 가혹하다.

(나) 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 할 것

① 사용관계의 존재

여기서 「사무」라 함은 법률적·계속적인 것에 한하지 않고, 사실적·일시적 사무라도 무방하다. 타인을 「사용한다」는 것은 사실상 위와 같은 일을 시키는 것을 의미하므로 타인을 사용하는 사실이 있는 한 계약 기타의 원인의 여하를 묻지 않고 보수의 유무도 관계 없다. 사용관계가 무효인 경우도 포함된다.

그러나 타인을 사용한다고 하기 위하여서는 사용자와 피용자간에 선임·감독의 관계가 있는 것이 필요하다. 즉 사용자가 피용자에 대하여 일의 집행에 관하여 필요한 명령을 할 수 있어야 한다. 그리고 선임·감독관계는 사실상의 것으로 충분하며 또한 명시에 의한 경우 뿐만 아니라 묵시에 의한 경우에도 성립할 수 있다.

② 도급인의 경우

수급인은 도급인으로부터 독립하여 일을 행하므로 피용자라고 할 수 없을 것이나, 수급인의 일이라도 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 있으면 수급인의 행위에 대하여 사용자로서의 책임을 지도록 하고 있다(민법 제757조).

하도급이라고 하는 것 중에는 수급인의 설계에 의하여 그 명하는 방법에 따라 일을 완성해야 한다는 점에서는 거의 피용자와 다름없는 것이 있으므로, 그러한 경우에는 수급인은 하수급인의 행위에 관하여 사용자책임을 지지 않으면 안 된다. 판례도 단순한 노무도급과 같이 수급인이 독립해서 일을 완성하는 것이 아닐 때에는 도급인에게 사용자책임을 인정하고 있다.

③ 명의대여자의 책임

영업상의 명의를 대여하고 있는 경우에 명의대여자는 사용자책임을 진다는 것을 판례는 인정하고 있다. 더욱이 명의대여자는 그 명의를 빌린 자의 도급인 또는 피용자의 업무상의 불법행위에 대하여서도 사용자책임을 져야 한다고 할 것이며 자동차사고에 대하여 명의대여자는 그 자동차의 운행에 관하여도 종업원을 직접 선임하지는 않았더라도 종업원을 지휘, 감독할 의무가 있으므로 사용자책임을 진다.

(다) 사무집행관련성

① 외형이론

「사무집행에 관하여」란 「사용자가 사용자로부터 위임받은 사무의 집행행위 및 그

와 일체불가분의 관계에 있는 행위」외에 「피용자의 행위가 사무집행의 외형을 갖는 경우」에도 인정된다.

외형이론은 사용자책임의 부과에 있어서 사용자와 거래한 상대방의 신뢰를 보호하려는 배려에서 출발한 이론이므로 거래상대방이 피용자의 행위가 사무집행에 해당하지 않음을 알았거나 또는 중과실로 알지 못한 경우에는 사용자책임을 부정한다.

② 외형이론에서 말하는 사무집행의 외형을 갖는 경우는 다음과 같이 구체화될 필요가 있다.

첫째, 당해 행위가 사용자의 사무범위에 속할 것, 이 사무범위도 근래에는 넓게 해석되어 부수적 업무나 부당한 사무집행도 사용자업무의 외형을 갖추면 포함시킨다.

둘째, 당해 행위가 피용자의 사무집행범위에 속할 것, 이는 피용자의 제3자에 대한 행위가 객관적으로 보아 그 피용자의 본래의 사무 또는 그와 관련된 것으로 판단되는 경우를 말한다. 사용자와 피용자 사이의 내부관계에서 사무집행행위가 아닌 경우에도 외형을 갖추면 사무집행행위로 취급된다. 피용자가 사리를 얻기 위해 그의 권한을 남용한 행위, 피용자가 사용자의 명령이나 금지에 위반하여 한 행위, 근무시간 외 및 사무실 밖에서 행해진 행위 등이 이에 해당된다.

(라) 사용자가 면책사유 있는 것을 입증하지 못할 것

사용자는 피용자의 선임 및 사무감독에 상당한 주의를 한 때, 또는 상당한 주의를 하였더라도 손해가 발생하였을 경우에는 면책된다(제756조 1항 단서). 사용자책임은 이러한 면책규정에 의해 사용자의 선임 감독상 주의의무 위반의 과실책임으로서 규정되어 있지만, 실제운영에 있어서는 무과실책임으로 다루어진다.

첫째, 일반적 과실책임과는 달리 손해배상청구권자에게 과실의 입증책임이 부과되지 않고 거꾸로 손해배상의무자가 자신의 과실 없음을 입증해야 하며(입증책임의 전환), 둘째, 이러한 면책은 사용자책임의 무과실책임화경향에 따라 학설, 판례에 의해 엄격히 제한된다. 사용자의 선임 감독상의 주의의무는 어떠한 구체적 사용관계에 사용자가 행하여야 할 행위규범의 역할을 하는 것이 아니라 단지 추상적으로 주의의무를 부과함으로써 사용자에게 대한 비난 및 책임부과의 근거로 이용될 뿐이다.

판례는 아직 한번도 사용자의 면책을 허용한 적이 없다.

(4) 책임내용

(가) 사용자의 배상의무

사용자는 피용자의 가해행위로 말미암아 생긴 손해를 직접 피해자에게 배상할 의무가 있다. 사용자는 피용자에게 배상능력이 있다는 이유로 자기의 배상의무를 면하거나 피해자에게 그를 가지고 항변할 수 없다. 제393조 2항의 손해배상범위결정

을 위한 예견가능성은 배상의무자인 사용자를 기준으로 판단되어야 한다.

(나) 공동불법행위

사용자 이외에 사무감독자(민법 제756조 제2항의 “사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자”라 함은 객관적으로 볼 때 사용자에 갈음하여 현실적으로 구체적인 사업을 감독하는 지위에 있는 사람을 말하는 것으로서, 반드시 그가 피용자를 선임한 경우라야 하는 것은 아니다. 대판 1992. 7. 28. 92다100531 가 사용자책임의 요건을 충족한 경우, 사용자는 사무감독자와 공동으로 사용자책임을 진다.

(5) 구상관계

사용자 또는 대리감독자가 배상을 한 때에는 피용자에 대하여 구상권을 행사 할 수 있다(제756조 3항). 그러나 보상책임의 이론을 철저화하기 위해서는 이 구상권을 인정하는 것은 입법론적으로 고려할 문제라는 비판을 받고 있다.

(6) 결론

이 사건에서 피고 조합의 피용자인 조합장, 총무과장, 경리계장 등이 도지사의 승인을 받음이 없이 금전을 차입한 행위는 엄연한 불법행위로서 사용자인 피고 조합은 위 사람들이 불법행위로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

15. 무효확인소송의 성질(1966. 2. 15. 65다 2055)

가. 5판결요지

농지개량조합의 탈퇴부담금 부과처분은 토지개량사업법(폐) 제13조, 제16조, 제126조에 의한 것으로서 이는 공법상의 권리관계에 속한다고 할 것이므로 그 처분의 무효확인소송은 행정소송법 제1조에 규정한 행정소송이라 할 것이다.

나. 관련법령

토지개량사업법 제13조 제36조 제126조

다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 호남비료 주식회사

【피고, 피상고인】 나주토지 개량조합

【원심판결】 제1심 광주지법, 제2심 광주고법

## 라. 판결이유

원심이 확정된 사실에 의하면 원고는 피고조합의 토지개량사업 시행구역내에 있는 토지를 매수한 자라는 것이므로 토지개량사업법 제13조 제126조에 의하여 피고조합에 대한 전소유자의 권리의무를 승계 하였다고 할 것이고 또 피고조합은 같은법 제36조에 의하여 조합원 또는 탈퇴 조합원에게 조합경비를 부과할 권한이 있다고 할 것이다 따라서 피고조합이 원고에게 본 건 탈퇴부담금 부과처분을 한 것이 일정한 부과형식을 갖춘 것인 이상 일용 적법한 것이라고 보지 않을 수 없고 설사 위 부과처분에 원고 주장과 같은 법규위반의 허물이 있다고 가정하더라도 그 법규위반은 외관상 명백한 것이라고 할 수 없으므로 권한 있는 기관에 의하여 위 부과처분이 적법하게 취소되지 않는 한 유효한 부과처분으로 존속한다고 할 것이므로 그 부과처분에 따른 채납처분이 있었다고 하여 이로써 피고가 법률상 원인 없이 재산상 이득을 하였다고 할 수 없다 그리고 기록을 자세히 살펴봐도 원고회사가 매수한 토지부분을 토지개량사업법 제70조 제2항의 절차를 밟아 피고 조합 구역에서 제외하였다는 사실을 인정할 아무런 자료도 없고 또 그 이외의 논지는 모두 독자적 견해이므로 채용할 수 없다.

피고조합의 원고회사에 대한 탈퇴부담금 부과처분은 토지개량사업법 제13조 제36조 제126조에 의한 것으로서 이는 공법상의 권리관계에 속한다고 할 것이므로 그 처분의 무효확인소송은 행정소송법 제1조에 규정한 행정소송이라고 할 것이다 따라서 이와 반대되는 논지는 채용할 수 없다.

## 마. 평석

### (1) 행정행위의 공정력

#### (가) 서론

이 판결의 기초를 이루는 법리의 하나인 행정의사의 공정력에 대해 살펴보기로 한다.

공정력이란 행정행위가 행하여지면 그 실체법상의 적법·위법 또는 당·부당을 가릴 것 없이, 다시 말하면 비록 법정요건(실체법상의 요건)을 갖추지 못하면 흠(위법·부당)이 있더라도 그 흠이 중대하고 명백하여 절대무효로 인정되는 경우를 제외하고는, 당해 행정기관의 판단을 우선시켜 권한 있는 기관에 의하여 취소되기까지는, 상대방·제3자에 대하여 일용 구속력이 있는 것으로 통용되는 힘을 말한다. 여기에서 제3자라 함은 행정행위의 직접 상대방이 아닌 이해관계인과 행정심판의 재결정 이외의 행정 및 행정소송의 수소법원 이외의 법원을 말한다. 예컨대 세무서장의 조세부과처분이 있으면 그것에 흠이 있더라도 권한 있는 기관에 의하여 취소가 있기까지는 상대방은 지정기간 내에 납부할 의무를 지며, 납부하지 아니하면 채납처분을 당한다. 또한 다른 행정청이나 법원도 조세부과처분의 존재와 그 법적 효과는 인정하여야 하고 그것을 스스로의 결정의 기초 내지는 구성요건적 요소로 삼

아야 한다.

(나) 본질

오토 마이어에 의하여 확립된 자기확인설에 의하면 행정행위는 본질적으로 재판판결과 유사하며, 따라서 행정청이 그 일반적 권한 내에서 행정행위를 하였으면 그 적법요건을 갖춘 것도 동시에 확인되어 적법성의 추정을 받으며, 상대방과 제3자를 구속하는 힘을 가진다고 한다. 따라서 공정력의 본질은 실체법상의 적법성의 추정력으로 본다.

(다) 근거

① 이론적 근거

i) 판결유사설

자기확인설이 주장하며, 행정행위는 재판판결과 본질적으로 유사하다는 의미에서 행정권의 독자성, 자기완결성에 그 근거를 두는 것이다.

포르스트호프는 행정행위는 법에 적합한 것인지 흠을 띠고 있는지에 관계 없이 어떠한 경우에도 국가권위의 표명이며, 따라서 그에 따를 것이 요구된다고 하여 국가권위설을 주장하였는바, 자기확인설을 계승한 이론이라 하겠다.

ii) 행정정책설

절차법적 공정력설의 시각에서 주장하며, 행정행위 그 자체에 내재하는 특수성이나 우월성에서가 아니고 오히려 행정행위의 상대방이나 제3자의 신뢰보호, 행정기관계의 안정성 또는 행정의 원활한 운영 등 정책적 이유에 근거를 구한다. 이 견해가 통설이며 타당하다.

② 실정법적 근거

현행법상 공정력의 그 자체를 직접적으로 인정하는 규정은 없으나, 공정력은 행정쟁송제도(취소소송의 배타성)의 반사적 효과에 지나지 아니한다 할 것이므로 그 실정법적 근거는 행정쟁송관계법률이 된다고 할 것이다.

(라) 한계

① 비권력적 행정

공정력은 행정행위의 구속력의 잠정적 통용을 의미하는 것이므로 성질상 비권력행정에는 인정되지 아니한다.

② 무효인 행정행위

공정력을 인정하는 근거는 상대방 및 일반 제3자의 신뢰보호에 있으므로 통상인이 평가하여 무효인 경우 또는 부존재인 경우에는 그 신뢰를 보호함이 부적당하고 또한 필요도 없다. 따라서 다른 행정기관이나 법원은 물론 사인도 독자의 판단과 책임으로 무효를 인정할 수 있다. 그리하여 무효 또는 부존재인 행위에 의하여 명하여진 의무를 위반하여도 처벌되지 않는다.

③ 공정력과 입증책임의 소재

공정력이 행정행위의 취소소송에서의 입증책임의 소재결정에 영향을 미치는가에 대하여, 종래의 통설은 공정력은 당해 행정행위의 적법요건이 실체법상 존재한다는 것을 추정시키는 것으로 보아 위법임을 주장하는 원고에게 입증책임이 있다고 보았으나, 오늘날의 통설은 공정력은 행정행위의 사실상의 통용력에 지나지 아니하고, 그 실체법적 위법성을 추정시키는 것은 아니므로 공정력은 입증책임의 소재결정에 영향을 미치지 아니한다고 보아 공정력만을 이유로 입증책임의 소재를 결정할 수는 없다고 한다.

#### ④ 공정력과 위법한 행위에 대한 쟁송수단(선결문제)

행정심판법과 행정소송법에 의하여 위법한 행정행위에 대한 쟁송수단은 취소소송이며, 그 반사적 효과로 공정력이 인정되므로 행정심판이나 행정소송을 제기 받은 행정청이나 법원만이 행정행위의 위법여부를 심사하여 그 효력을 부인할 수 있다. 따라서, 일반적으로 말하면 취소소송의 수소법원이 아닌 다른 법원은 취소소송 이외의 다른 소송에서 선결문제로서 행정행위의 위법성을 심사하여 그 효력을 부인할 수 없다고 할 것이다. 그러나 다른 소송에서 선결문제로서 심사할 수 있는지의 여부는 구체적으로 민사소송과 형사소송에 따라 다르게 보아야 하며, 또한 민사소송에 있어서도 행정행위의 효력을 부인하는 것인지 또는 위법성만을 인정하는 것인지에 따라 다르게 보아야 할 것이다.

다만 행정행위가 무효인 경우는 민사소송이나 형사소송에서 그 효력을 부인할 수 있음은 의문의 여지가 없다.

##### i) 공정력과 민사소송

#### ㉠ 민사소송에서의 행정행위의 효력의 부인

현행법상 행정행위가 절대무효인 경우를 제외하고는 그 위법성을 심사하여 효력을 부인할 수 있는 기관은 취소소송을 제기 받은 행정청 또는 법원 뿐이라 할 것이므로, 민사소송을 제기 받은 법원은 그 선결문제로서 행정행위의 위법성을 심사하여 이를 취소함으로써 효력을 부인할 수 없다고 할 것이다. 예컨대 부과처분이 무효가 아닌 한, 이미 납부한 조세에 대한 부당이득반환청구소송에서 과세처분의 효력을 부인하고 청구를 인용할 수는 없다.

#### ㉡ 민사사건에서의 행정행위의 위법성 인정

공정력은 행정행위가 실체법상 위법하더라도 행정청의 인정에 따라 일응 유효한 행위로 통용시키는 것에 불과하므로, 당해 행위의 효력의 유무에 대한 유권적 판단권을 그 내용으로 한다고 할 것이다. 따라서 권한 있는 기관에 의하여 취소되기 전이라도 그 효력을 직접 부정하는 것이 아니면 민사소송이나 공법상 당사자소송에서 선결문제로서 행정행위의 위법을 인정할 수 있다고 본다. 그러므로 행정행위가 취소되기 전이라도 그 행정행위의 위법을 주장하여 그 행위에 의하여 생긴 손해의 배상을 청구하는 것은 공정력에 반하지 않는다고 할 것이다.



## ii) 공정력과 형사소송

형사소송에서도 앞서 민사소송에서 살펴본 내용이 그대로 적용된다고 본다. 즉 행정행위의 효력을 부인할 수 없지만, 행정행위의 위법여부가 선결문제인 경우에는 그 행정처분의 위법성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

## (2) 무효등 확인소송의 대상

## (가) 서론

행정소송법 제4조 2호에 규정된 무효등 확인소송은 행정청의 처분 등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송이므로서, 이 소송의 대상이 되는 “처분등”이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 준 하는 행정작용(이하 처분이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다(행정소송법 제2조 1호). 이 사건에서는 피고조합의 원고회사에 대한 탈퇴부담금 부과처분이 행정소송법 제2조 1호 소정의 처분에 해당하는지가 문제로 제기된다.

## (나) 처분성에 대한 학설

## ① 실체법상 개념설

종래의 전통적 견해는 공정력이 인정되는 행정행위에 대해서만 처분성을 인정하였다. 다만 공권력적 사실행위도 공정력이 있는 행정행위에 준 하는 것으로 본다.

## ② 쟁송법상 개념설

오늘날 행정의 행위형식이 다양화되어 권력행정에서 비권력행정으로 행정의 중심이 옮겨지게되자 비권력적 행위도 처분개념에 포함시켜야 한다는 주장이 나오게 되었는데, 이에 따라 공정력을 갖는 행정처분을 실제적 행정행위라 칭하고 행정기관의 행위로서 공권력행사의 실체는 갖지 않으나 일정한 행정목적을 위하여, 국민개개인의 법익에 대하여, 계속적으로 사실상의 지배력을 미치는 행위를 형식적 행정행위라 칭하여 처분에는 공정력 있는 본래의 행정처분 이외에, 공정력이 없는 형식적 행정처분이 포함된다고 한다.

## (다) 판례의 동향

판례는 기본적으로 실체법상 개념설에 따르고 있는바 ① 공권력성 ② 법적효과성 ③ 분쟁의 성숙성의 3가지 요건을 요구하고 있다.

## ① 공권력성

처분은 공권력발동으로서의 행위이어야 한다는 것으로 사법행위는 처분성이 인정되지 아니한다. 국유잡종재산매각(대판 1974. 7. 14, 74누97), 농지분배행위(대판 1964. 6. 23, 64누5)등을 사법행위로 보고 있다.

## ② 법적 효과성

처분은 권리의무를 설정하거나 그 범위를 확정하는 행위라야 한다. 따라서 단순한 사실행위, 행정기관의 내부적 행위 등은 제외된다.

③ 분쟁의 성숙성

처분은 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위, 즉 행정의사를 구체화하기 위한 일련의 행정과정을 구성하는 행위 중에서 최종적으로 직접적 효과를 발생시키는 행정단계라야 하며, 당해행위에 의하여 일반적, 추상적인 법상태의 변동이 있는 것만으로는 부족하다는 것이다. 입법행위나 일반처분은 행정처분에 해당하지 않는다.

바. 결론

이 사건 판결이유에서, 피고조합의 원고회사에 대한 탈퇴부담금부과처분에 법규위반의 허물이 있다고 가정하더라도 그 법규위반은 외관상 명백한 것이라고 할 수 없으므로 권한 있는 기관에 의하여 위 부과처분이 적법하게 취소되지 않는 한 유효한 부과처분으로 존속한다고 하였는바, 이는 행정행위가 공정력을 갖는 것에 비추어 당연하다 할 것이다. 또한 위 처분은 토지개량사업법에 의한 것으로서 판례가 요구하는 처분개념의 3요소를 모두 충족시킨다고 볼 것이므로 그 처분의 무효확인소송은 행정소송이라고 할 것이다.

[3] 農村近代化促進法에 관한 判例

1. 농지개량사업 참여 자격(대법원 1991. 11. 26. 91다 33094, 33100)

가. 판시사항

농지매매증명 발급이 농지개혁법시행규칙 제51조 제3항에 위반되었다 해도농지개량조합의 조합원 자격 요건에 관하여 규정한 농촌근대화촉진법 제5조 제1항 제1호의 “토지소유자”에 해당된다고 본 사례

나. 판결요지

농지를 매수하여 농지매매증명을 발급 받아 소유권이전등기를 마치고 이를 경작하였다면 비록 농지개혁법시행규칙 제51조 제3항의 “농민이 아닌 자가 농지매매증명원을 제출하고자 할 때에는 그 가족 전부가 농지의 소재지에 주민등록을 이전하고 실제 거주기간이 6월을 경과한 경우에 한한다”는 규정에 위반되었다 하더라도 그것만으로 곧 위 등기를 무효라고 할 수 없어 위 조합의 조합원 자격 요건에 관하여 규정한 농촌근대화촉진법 제5조 제1항 제1호의 “토지소유자”에 해당한다고 본 사례.

다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제5조 제1항, 제19조, 농지개혁법시행규칙 제51조 제3항

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 전○재

【피고, 피상고인】 한강농지개발조합 외 1인

【원심판결】 서울고등법원 1991.8.20. 선고 91나10444,10451(병합)판결

## 마. 판결이유

원심판결 이유에 의하면 원심은 그 증거에 의하여, 피고 조합은 농촌근대화촉진법에 의하여 설립되었고 피고조합의 정관 제5조 제1항에 의하면 조합원의 자격은 위법 제5조의 규정에 의한 농지개발사업에 참여할 수 있는 자로 규정되어 있는 사실과 피고조합의 조합장은 정부에서 임명하여 왔으나 1989.4.1. 위법이 농지개발조합의 조합장을 조합원중에서 조합원이 직접 선출하도록 개정되어 그 해 7.1.부터 시행됨에 따라 피고조합도 정관에서 조합장 및 기타 임원을 총회에서 선출하도록 규정하는 외에 피고조합 임원선거규정에서 선거일 공고일 현재 당해조합의 조합원이 아닌 자는 피선거권이 없는 것으로 규정하게 된 사실, 피고 차○오는 피고조합의 관선조합장으로 임명받아 1989.6.30.경까지 근무하면서 서울 종로구 혜화동에서 거주하던 중 위와 같이 농촌근대화촉진법 및 피고조합의 정관 등이 개정되기에 이르자 그 개정 이전인 1989.2.10. 판시 답 2,180평방미터를 매수한 후 그 해 4.8. 자신이 단독세대주가 되어 그의 주민등록을 김포군 사우리에 있는 피고조합관사로 이전한 다음 그로부터 5일만에 농지매매증명을 발급 받아 같은 달 18. 소유권이전등기를 마치고 또 그 해 4.19. 문○엽으로부터 판시 답 1,927평방미터를 매수한 후 그 해 5.13. 이에 관한 소유권이전청구권보전을 위한 가등기를 마친 다음 소외인 들로 하여금 이를 관리 경작하게 한 사실 및 위 피고가 피고조합장선거에 입후보하여 1986.6.26. 당선된 사실을 인정하였는 바, 기록에 비추어 원심의 사실인정은 옳게 수긍이 되고 거기에 지적하는 바와 같은 채증법칙을 어긴 위법이 없다.

그리고 위와 같은 경위로 피고 차○오가 위 농지를 매수하여 농지매매증명을 발급 받아 소유권이전등기를 마치고 이를 경작하였다면 비록 농지개혁법시행규칙 제51조 제3항의 “농민이 아닌 자가 농지매매증명원을 제출하고자 할 때에는 그 가족전부가 농지의 소재지에 주민등록을 이전하고 실제거주기간이 6월을 경과한 경우에 한다”는 규정에 위반되었다 하더라도 그것만으로 곧 위 등기를 무효라고 할 수 없을 뿐만 아니라 위 피고는 피고조합의 조합원자격요건에 관하여 규정한 농촌근대화촉진법 제5조 제1항 제1호의 “토지소유자”에 해당한다 할 것이므로 같은 취지에서 피고 차○오가 이 사건 조합장 선거에서 피선거권이 있다고 본 원심의 판단은 정당하고 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 총회의결사항(대법원 1978. 3. 14. 77다 2375)

### 가. 판시사항

농촌근대화촉진법 제23조 소정 예산의 계약의 체결에 해당하지 아니하는 사례

### 나. 판결요지

농지개량조합이 저수지 공사의 시공주로서 공사의 원활한 시행을 위하여 그 공사의 수급자인 회사에 지급될 공사비중에서 그 공사에 사용된 중기의 임대인에게 그 중기사용료를 책임지고 지급하겠다는 보증행위는 농촌근대화촉진법 제23조 제8호 소정의 소위 “예산외에 조합의 부담이 될 계약의 체결”에 해당하지 아니한다.

### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제23조 제8호

### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 농업진흥공사

【피고, 피상고인】 중앙농지개량조합

【원심판결】 서울고등법원 1977.11.3 선고 77나1369 판결

### 마. 판결이유

원심은 소외 주식회사 건○사가 원고로부터 그 소유의 이 사건 중기를 임차함에 있어서 그 임대료지급의무에 관하여 피고가 보증한 사실을 적법하게 인정하여 피고는 보증인으로서 원고에게 일응 그로 인한 임료를 지급할 의무가 있으나 피고는 농촌근대화촉진법에 의하여 설립 운영되는 법인이어서 같은 법제23조 제8호, 같은법 부칙 제9조 제2항의 규정에 의하여 예산외에 피고조합에 부담이 될 계약을 체결함에 있어서는 피고 조합원총회의 의결이나 농림부장관의 승인을 얻어야하는데 그 예산외에 부담이 될 계약인 이 사건 임대료지급의무에 관한 보증을 함에 있어서 피고조합원총회의 의결이나 농림부장관의 승인을 얻은 바 없으니 피고의 위 보증행위는 무효라고 판단하면서, 피고가 묘장지구 저수지공사를 함에 있어 그 시공주이고 위 소외회사는 그 공사의 수급인으로서 위 중기를 원고로부터 임차하여 그 공사에 사용한 것이므로 결국 피고조합은 시공주로서 자기공사를 하는데 위 중기를 사용한 것이 되어 피고의 이 사건 보증행위는 예산외에 피고조합에 부담이 될 계약에 속하지 않는다는 원고주장에 관한 제1심증인 이○해, 원심증인 장○윤의 증언부분을 믿지 않고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 배척하였다.

그러나 원심이 배척하지 아니한 갑 제1호증의3 갑 제2호증, 갑 제4,6호증, 갑 제5호증의

1,2의 각 기재내용에 의하면 피고는 농지개량시설을 설치하거나 유지 관리하고 구획정리사업 및 농사개량등을 수행함을 목적으로 하고 있으며 그 목적사업의 하나로 묘장지구저수지공사를 시행한 바 있는데 위 소외회사가 원고로부터 입차한 이 사건 중기(부르도자)는 바로 피고가 시공중이던 위 묘장지구 저수지 공사에 사용하기 위하여 입차한 것이고 그에 대하여 위 공사시공주인 피고가 그 임대료지급의무를 보증한 것일 뿐만 아니라 원고의 위 중기 반환요청에 대하여 피고가 1971.3.8 원고에 대하여 위 중기 사용기간을 연장해 달라고 요청한 일까지도 있었음을 알 수 있으니 이러한 점으로 미루어보아 피고는 위 묘장지구저수지공사의 시공주로서 그 공사 수급인인 위 소외회사가 위 공사에 사용하기 위하여 원고로부터 이 사건 중기를 입차함에 있어서 피고가 장차 위 소외회사에 지급할 공사비중에서 같은 회사의 원고에 대한 이 사건 중기 임대료를 우선 지급하겠다는 의미로 이 사건 보증을 한 것으로 넉넉히 짐작되는 바인데 원심이 그 증언을 배척한 증인 김○해, 같은 장○윤(이 증인은 피고조합의 직원으로서 위 묘장지구 공사현장에 나가 공사 감독업무를 담당하고 있던 사람이다)은 피고가 시행하는 위 공사의 공사비 예산안에는 이 사건 중기의 사용료가 포함되어 있어서 피고는 위 공사의 시공주로서 그 공사수급인인 위 소외 회사에게 장차 지급할 공사비 중에서 원고에 대한 이 사건중기임대료를 우선 지급하겠다는 의미로 이 사건 보증을 한 것이라는 내용의 진술을 하고 있는 바 특히 그러한 진술을 취신하는 데에 지장이 될만한 사정이 전혀 보이지 않는 이 사건에서는 위 증언들을 취신하는 것이 경험칙에 합당하다 할 것이고 전자에 들은 서증들에 위 증언들을 보태어 보면 위 묘장지구저수지공사는 피고의 목적사업의 하나로서 피고의 예산으로써 시공되는 것인데 피고는 그 시공주로서 공사의 원활한 시행을 위하여 그 공사 수급인인 소외회사에 지급될 공사비중에서 원고에 대한 위 중기사용료를 책임지고 지급하겠다는 의미로 이 사건 보증을 한 것이 인정될 수 있고 위와 같은 사정 하에서 피고의 이 사건 보증행위는 위 공사 시행에 따른 예산의 범위 내에서 하나의 예산의 지급방법이거나 그 예산집행 행위에 필요하고 적절한 행위이고 또 피고조합이 위 보증을 한 사실에 유의만 했다면 예산외에 별도의 부담이 될 여지가 없는 행위라 하겠다.

따라서 이 보증은 별도로 피고조합원총회의 의결이나 농림부장관의 승인을 요할 것으로 규정한 농촌근대화촉진법 제23조 제8호 소정의 소위 '예산외에 조합의 부담이 될 계약의 체결'에 해당하는 것으로는 볼 수 없다 할 것이므로 피고의 이 사건 보증행위는 피고조합원 총회의 의결이나 농림부장관의 승인이 없었더라도 유효한 것이어서 원고의 이 사건 청구가 이유 있게 됨에도 불구하고 원심이 위 증인 김○해 같은 장○윤의 앞서본 증언들을 배척함에 있어서 수긍될 만한 합리적 이유를 설시함이 없이 만연히 그것들을 믿지 않는다고 배척하고 달리 원고의 위 주장사실을 인정할 증거가 없다고 단정하고 나아가 피고의 위 보증행위가 피고의 예산외 부담이 될 계약의 체결에 속한 것으로서 피고조합원 총회의 의결이나 농림부장관의 승인을 얻지 않고서 한 것이어서 무효라고 단정한 조치는 결국 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였고 농촌근대화촉진법 제23조 제8호 소정 예산외 부담이

될 계약의 체결에 관한 법리를 오해함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법을 범하였다 할 것이어서 이 점에 관한 상고 논지는 이유 있다.

### 3. 농지개량사업시행으로 조성된 재산의 분배(대법원 1982.3.9. 80다2545)

#### 가. 판시사항

농지개량조합의 매립지 분배행위의 성질(사법행위)

#### 나. 판결요지

농지개량조합이 농지개량사업의 시행으로 인하여 조성된 재산중 농지개량사업에 공하지 아니하는 매립지를 분배하는 행위나 그 분배취소행위는 행정행위가 아니라 사법행위이다.

#### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제102조, 농촌근대화촉진법시행령 제47조의2, 행정소송법 제1조

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 보령농지개량조합

【피고, 상 고 인】 이○교 외 17인

【원심판결】 서울고등법원 1980.9.19 선고 80나381 판결

#### 마. 판결이유

원심판결에 의하면 원심은, 이 사건 토지는 원고조합에서 공유수면을 매립하여 조성한 약 545정보의 농지의 일부로서 원고 조합이 1973.4.7 및 그 달 24,30.의 3차에 걸쳐 피고들에게 분배하였다가 그해 7.9그 판시와 같은 절차상의 하자를 이유로 위 분배처분을 취소한 사실을 인정한 다음, 농촌근대화촉진법에 의하여 설립된 농지개량조합인 원고는 농지를 개량개발 보전케 함으로써 농업생산력을 증진시키기 위하여 설립된 공권력이 부여된 특수법인으로서 원고가 그 목적을 달성하기 위하여 공유수면의 매립인가를 받아 농지를 조성한 다음 그 농지를 분배하는 행위는 공법상의 행위로 봄이 상당하고, 따라서 원고 조합이 이 사건 매립농지에 대한 분배처분을 취소한 처분이 적법한 행정쟁송의 방법에 의하여 다투어 지지 아니함으로써 확정된 이상, 피고들에 대한 농지분배는 그 효력을 상실하였다고 판시하여, 이 사건 농지분배는 단순한 사법상의 매매계약에 불과하므로 피고들에게 귀책사유가 없는 한 원고가 이를 일방적으로 취소할 수는 없는 것이라는 피고들의 주장을 배척하고 있다.

그러나, 원고 조합이 농촌근대화촉진법에 의하여 설립된 특수법인이라 하더라도 그가 하

는 행위는 전부가 공법적 관계에서 하는 것이 아니고, 경우에 따라서는 사법적 관계에서 일반개인과 같은 자격으로 물건을 매매할 수가 있는 것이며, 이에 관하여 분쟁이 일어나면 민사 재판사항으로 처리되는 것이고, 어떠한 행위가 행정처분으로서 행정소송의 대상이 되며, 어떠한 행위가 민사소송의 대상이 되는가의 구별의 기준은 결국 그 행위의 내용과 방법 및 분쟁이 일어났을 때에 그 해결에 관한 특별규정이 있느냐의 여부에 의하여 정할 문제라 할 것인바, 원고조합이 농지개량사업의 시행으로 인하여 조성된 재산 중농지개량사업에 공하지 아니하는 이 사건 매립지를 분배함에 있어서 농촌근대화촉진법에 제한규정이 있다 하더라도 위 분배계약의 내용과 방법 및 위 법에 위 분배계약 체결에 관한 분쟁에 대하여는 이의 등 그 해결에 관한 특별규정이 없는 점 등을 종합 고찰하면 이 사건 토지의 분배 행위는 행정 목적달성을 위하여 공권력의 발동으로써 행한 권력행위가 아니고 사법상의 법률행위에 속한다고 할 것이고, 따라서 위 분배처분을 취소한 조치 역시 사법상의 법률행위라고 할 것이다.

그렇다면, 원심이 이 사건 농지분배 취소행위를 행정처분이라 하여 그 취소요건에 관한 심리 판단 없이 이를 유효로 단정하였음은 농촌근대화촉진법과 행정행위에 대한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였음이 명백하므로 논지는 이유 있다.

## 바. 평 석

### (1) 행정행위의 의의<sup>26)</sup>

현재의 통설적 견해에 따르면, 행정행위라 함은 “행정청이 법 아래서 구체적 사실에 관한 법집행으로서 행하는 권력적 단독행위인 공법행위”를 의미하는 바, 그 특성 또는 징표로서 다음의 몇 가지 점을 들 수 있다.

#### (가) 행정청의 행위

행정행위는 행정청의 행위다. 그러나 여기서 행정청은 조직법상의 행정청인 국가나 지방자치단체의 행정기관에 한정되지 아니하고, 공사 기타 공법인은 물론 사인도 국가로부터 공권력을 부여받은 한도에서는 여기에서의 행정청에 포함된다.

#### (나) 구체적 사실에 관한 규율행위

행정행위는 구체적 사실을 규율하는 행위이다. 따라서 일반적, 추상적인 행정입법이나 조례, 규칙 등은 그것이 특정범위의 사람을 대상으로 하는 경우라 할지라도 행정행위는 아니다. 이에 반하여 구체적 사실을 규율하는 행위인 한, 불특정다수인을 대상으로 하는 일반처분(예컨대, 도로통행금지)도 행정행위에 속한다.

#### (다) 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 발생하는 행위

행정행위는 일반국민에 관한 행위로서, 행정기관 상호간에 있어서의 내부적 행위는 행정행위가 아니다. 더불어 행정행위는 국민에 대하여 직접적인 법적 효과, 즉

26) 김동희, 행정법(I)등 참조

국민의 권리, 의무를 형성하거나 그 범위를 측정하는 등, 기존의 권리상태를 변동시키거나 일반적인 법적 상태를 구체화시키는 것이어야 한다.

(라) 권력적 단독행위

행정행위는 공권력의 행사로서, 행정청이 일방적으로 국민의 권리를 부여하거나 의무를 명하고, 또는 권리, 의무관계를 규율, 확정하는 행위이다. 따라서 이처럼 일방적, 권력적 성격을 가지고 아니하는 사법행위(국유재산의 대부, 각종재산의 매각)나 공법상의 법률행위(공법상계약, 합동행위)는 행정행위가 아니다.

(2) 사안에의 적용

본 안에 있어서 원고조합이 농촌근대화촉진법에 의하여 설립된 공법인으로써, 본 건 매립농지의 분배행위가 설사 행정청의 구체적 사실에 관한 규율행위로 일을 볼 수 있다하더라도 이를 동 조합이 피고들에 대하여 일방적으로 권리를 부여하거나 의무를 명하는 권력적 단독행위로는 보여지지 않는다.

결국 본 건에 있어 원고 조합의 매립농지의 분배행위는 대법원이 실시하고 있는 바와 같이 동조합이 공법적 관계에서 행정목적 달성을 위하여 공권력의 발동으로써 행한 권력행위라기 보다는 조합이 사법적 관계에서 일반 개인과 같은 자격으로 행한 사법상의 매매행위에 속한다고 봄이 상당하고, 따라서 그 분배행위를 취소한 조치 역시 사법상의 법률행위에 불과하다 할 것이므로 조합의 매립농지분배행위가 행정행위임을 기초로 한 원심판결을 파기한 대법원의 판단은 타당하다고 여겨진다.

4. 일시 이용지 지정의 효과(대법원 1979. 9. 11. 79다 1179)

가. 판시사항

일시 이용지에 대한 매매를 종전 토지에 대한 매매로 볼 수 있는지 여부

나. 판결요지

농촌근대화촉진법에 따른 농지개량사업의 시행에 의하여 지정된 일시 이용지를 목적으로 한 매매는 그 일시 이용지가 표상하는 종전 토지의 매매로 보아야 한다.

다. 관령법령

농촌근대화촉진법 제123조

라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 장○환 외 2인



【피고, 상 고 인】 심○달 외 2인

【원심판결】 부산지방법원 1979.5.11 선고 78나339 판결

#### 마. 판결이유

일시 이용지를 목적으로 한 매매는 그 일시 이용지가 표상하는 종전 토지의 매매로 보아야 하고, 일시 이용지의 지정이 있을 때에는, 종전 토지의 소유자가 일시 이용지에 대하여 종전 토지에 대한 것과 동일한 조건으로 사용 수익할 수 있다 함이 농촌근대화촉진법의 규정상 분명한 바, 같은 취지에서 한 원심판단은 정당하고, 거기에 논지가 주장하는 바와 같은 일시 이용지에 관한 법리를 오해한 허물이 있다고 할 수 없다.

#### 바. 해설

농지개량사업시행자는 농지개량사업에 관한 공사가 준공되기 전이라도 필요한 경우 부령이 정하는 바에 따라 당해 사업시설지역내의 지정이 있으면 법 제123조 3항의 권리를 가진 자는 일시이용지의 전부 또는 일부를 그 통지된 사용개시일로부터 법 제127조 4항의 규정에 의한 고시가 있을 때까지 법률 또는 계약으로 정한 당해 권원의 내용에 따라 종전 토지에 관한 것과 동일한 조건으로 사용 수익할 수 있다(법102조). 이 때 농지개량사업시행자는 일시이용지의 지정으로 인하여 보통 생길 손실을 보상하여야 하며, 수익자로부터는 그 이익에 상당하는 금액을 징수할 수 있다(법102조). 그러므로 위 판결은 타당하다.

### 5. 사실증명에 의한 환지등기(대법원 1985. 2. 8. 87다 343)

#### 가. 판결요지

환지처분이 확정되면 확정환지가 후자의 토지로 간주되는 것뿐이고 그 권리관계는 종전의 토지 상에 존속하던 내용이 그 동일성을 유지한 채 환지로 이행되는 것이므로 환지에 관한 소유권의 귀속은 환지의 법리상 당연히 종전토지의 정당한 소유자가 누구였는가에 따라 결정되어야 하고, 이와 같은 법리는 농지개량사업시행자가 종전토지에 관한 소유권자를 잘못 알고 환지처분을 하였다거나 소유 권없는 자 앞으로 경유된 소유권이행전의 등기가 농촌근대화촉진법 제126조 제4항의 사전증명을 바탕으로 하여 이루어진 것이라 하여 다를 바 없다.

#### 나. 관련법령

농촌근대화촉진법 제126조, 농지개량등기처리규칙 제13조, 민법 제186조

### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○엽

【피고, 피상고인】 유○옥 외 2인

【원심판결】 광주고등법원 1984. 5. 23, 82나 772

### 라. 판결이유

원심판결 이유에 의하면 원심은, 광주시 서구 유천동 596의 2 답3,035평방미터는 종전의 토지인 같은 곳 543 답1,031평에 관한 환지이고, 그 토지에 관하여 피고 유○옥 앞으로 경유된 1975. 10. 23.자 소유권이전등기는 광주시가 종전 토지를 포함한 유덕지구 토지에 관하여 농촌근대화촉진법에 의한 농지개량사업을 시행함에 있어 당시 종전 토지의 등기부상 소유자가 소외 박○주(1965. 4. 10.사망)로 되어 있었으나 같은 법 제126조 제4항에 의한 사실증명에 의하여 그 토지의 소유권이 피고 유○옥에게 1970. 2. 10. 매매로 사실상 변동되었다는 사실을 확인하여 피고 유○옥에게 환지처분을 하고 그 처분이 확정되자 등기의무자를 대위한 등기촉탁에 의하여 이루어진 것이라는 사실 등을 판시증거에 의하여 인정한 다음, 위 유○옥 앞으로의 소유권이전등기는 전등기명의자인 소외 박○주가 사망(1965. 4. 10)한 뒤에 경료된 것으로서, 피고 유○옥이 등기부상 소유자인 박○주로부터 판시토지를 매수한 사실이 없으므로 무효의 등기라는 원고의 주장에 대하여, 그 등기는 환지처분의 확정 에 의하여 이루어진 것이므로 전 등기명의인이 사망한 뒤에 이루어졌다는 사실만으로 무효가 될 수 없고, 또 농촌근대화촉진법 제126조 제4항에 의하면 토지의 매매, 양도, 교환, 분할 등의 사유로 사실상의 소유권은 변동되었으나 소유권변동에 관한 등기를 필하지 못하였을 경우에 그 토지를 관할하는 구청장, 시장, 군수의 사실증명에 의하여 그 사실이 확인된 때에는 등기부상 소유자로부터 순차로 전전하여 사실상 소유권이 변동된 경우도 포함한다 할 것이므로 피고 유○옥에게 토지소유권이 사실상 변동되었다는 소재지 구청장의 사실증명에 터잡아 환지처분으로 이루어지고 피고 유○옥 앞으로의 소유권이전의 등기는 피고 유○옥이 그 토지를 직접 등기부상 소유자인 박○주로부터 매수한 바 없다는 사실만으로 무효가 될 수 없고 달리 무효라고 인정할 증거가 없다는 취지로 판단하여, 위 유○옥 앞으로의 소유권이전등기가 원인무효임을 전제로 하고 있는 원고의 청구를 배척했다.

그러나 관계증거에 의하면 광주시 서구 유천동 596의 2 답3,035평방미터(918평)는 종전 토지인 같은 곳 543 답1,031평에 관한 환지로 확정된 토지로서 이에 관하여 피고 유○옥 앞으로 경료된 원심판시 1975. 10. 23.자 소유권이전등기는 농지개량사업 시행자인 광주시가 환지에 관한 등기의 신청에 필요하다하여 농촌근대화촉진법 제126조 제4항의 사실증명을 이유로 대법원규칙(농지개량등기처리규칙)제13조에 의하여 경유한 것임을 알 수 있는 바, 환지처분이 확정되면 확정환지가 종전의 토지로 간주되는 것 뿐이고 그 권리관계는 종전토지상에 존속하던 내용이 그 동일성을 유지한 채 환지로 이행되는 것이므로 환지에 관한 소유권의 귀속은 환지의 법리상 당연히 종전 토지의 정당한 소유자가 누구였는가에 따라 결

정되어야 하고, 이와 같은 법리는 이 사건에서와 같이 농지개량사업시행자인 광주시 r과고 유○옥을 종전 토지의 소유권자로 취급하여 환지처분을 하였다거나 피고 유○옥 앞으로는 경유된 소유권이전의 등기가 농촌근대화촉진법 제126조 제4항의 사실증명을 바탕으로 농지개량등기처리규칙 제13조에 의하여 이루어진 것이라 하여 다를 바 없다할 것이다.

그런데 등기부의 기재에 의하면, 이 사건 확정환지의 종전 토지는 원래 소외 정○철의 소유였다가 1963. 9. 21.에 소외 망 박○주(1065. 4. 10사망)앞으로 그 소유권이전등기가 마쳐진 이외에 다른 소유권변동은 없었던 토지인 것이 분명하므로 특단의 사정이 없는 한 이 사건 확정환지는 종전 토지소유자인 위 박○주의 상속인들의 소유라고 보아야 할 것인데 농촌근대화촉진법에 의한 농지개량사업시행자이던 광주시가 위 박○주로부터 피고 유○옥 앞으로의 소유권이전등기를 대위 신청함에 있어 첨부한 사실증명인을 제4호증의 3에 의하면 그 소유권변동의 사유가 1970. 20.10.매매라고 되어 있기는 하나 이 사건에 있어서 종전 소유자이던 박○주의 상속인 원고는 그 매매사실을 부인하고 있는 반면 피고 유○옥 또한 그 사실증명의 내용과 같이 이 사건 종전토지를 등기부상의 소유자인 박○주로부터 직접 매수하였다는 것이 아님은 물론 전전매수하였다는 것도 아니다. 다만 소외 오○근이 소유자였음을 전제로 위 오○근의 아들 오○진으로부터 1972. 9. 19.에 매수한 것이라고 주장하고 있을 뿐이므로 피고 유○옥 앞으로의 소유권이전등기는 결국 허위내용의 사실증명에 의하여 경료한 것이어서 그 등기추정력을 인정할 수 없는 원인무효의 등기라고 보아야 할 것인바, 종전 토지의 소유자가 등기부상 소유자인 소외 망 박○주가 아니라 소외 오○근이었고 피고 유○옥이 이를 위 오○근의 아들 오○진으로부터 매수하였으므로 그 등기가 유효하다는 피고 측의 주장은 위와 같이 일단 원인무효로 보아야 할 등기가 실체권리관계와 부합된다는 주장에 돌아가는 것이니 이에 관한 입증의 책임은 그 주장자인 피고측에 있다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심은 피고 유○옥 명의의 소유권이전등기가 환지처분의 확정 에 의하여 이루어진 것이므로 무효로 볼 수 없고 그 등기가 원인무효라고 인정할 증거가 없다하여 원고의 청구를 배척하였으니 필경 환지의 효과에 관한 법리를 오해한 것이 아니면 등기추정력에 관한 법리를 오해하여 입증책임의 내용과 소재를 전도한 위법을 저지른 것이라 양을 수 없고, 이는 소송촉진 등에 관한 특례법 제12조에 의하여 원심판결을 파기하여야 할 법령위반에 해당한다 하겠으므로 이 점을 지적하고 있는 허가상고논지는 이유 있다.

## 6. 환지처분의 착오(대법원1987. 9. 8. 87다카 1067, 87다카1068)

### 가. 판시사항

- [1] 경지정리사업에 있어 환지교부의 성질과 종전 토지소유자의 환지에 대한 소유권 취득시기

- [2] 사업시행자가 작성한 환지계획서가 환지분배위원회에서 세운 환지계획과 다르다고 하여 업무처리의 착오를 인정할 수 있는지 여부

**나. 판결요지**

- [1] 경지정리(토지개량) 사업에 있어 환지를 교부하는 것은 종전 토지 소유자에 대하여 종전 토지에 갈음하는 대토를 주는 것을 의미하는 것으로서 환지계획의 인가와 고시가 있으면 환지는 종전토지로 간주되어 종전토지 소유자는 종전토지에 대한 권리를 잃고 환지에 대하여 그 소유권을 취득하는 것이므로 환지를 받을 자는 원칙적으로 종전 토지의 소유자인 것이다.
- [2] 환지계획을 작성하고 확정하는 업무는 사업시행자가 하는 것이니 만큼 사업시행자가 아닌 경지정리사업시행구역내 토지소유자로 구성된 환지분배위원회에서 환지계획을 세웠다 하더라도 이는 사업시행자의 환지업무를 보조하는 것에 불과하다 할 것이므로 설사 사업시행자가 작성한 환지계획서가 소위 환지분배위원회에서 세운 환지계획과 다른 것이었다 하여 그것만으로써 그 업무처리가 착오였다고 할 수는 없다.

**다. 관련법령**

농촌근대화촉진법 제129조, 제126조

**라. 당사자 등**

- 【원고, 반소피고, 상 고 인】 길○균 외 1인  
 【피고, 반소원고, 피상고인】 이○길  
 【원심판결】 대구지방법원 1987.3.18 선고 86나7(본소), 8(반소) 판결

**마. 판결이유**

기록에 의하면, 원고들은 이 사건 계쟁토지인 상주군 외서면 봉강리 145 답311평과, 이천리 475 답 241평 2필지는 종래 경지정리(토지개량)사업에 의하여 원고들이 환지 받아 그 환지등기까지 경료한 원고들의 소유인데 피고가 권원없이 그중 일부(판시 가,나부분)를 점거하고 있다 하여 그 점거토지의 인도를 구하고 이에 대하여 피고는 위 2필지의 토지는 원고들과 피고의 선대(이○상) 3인이 공동환지받은 것이고 원. 피고들 사이에는 그 점거상태대로 판시 가,나부분 토지는 피고의 소유로 하기로 그 분할의 합의가 있었으므로 오히려 원고들이 그 부분에 관하여 피고에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있다고 주장하는 이 사건에 있어 원심은 대략 다음과 같은 이유로 원고들의 청구를 배척하고 피고의 반소청구를 인용하고 있다.

즉, 원심은 그 거시증거에 의하여, 1964.11. 경 상주군에서 이 사건 토지가 있는 위 봉강리

일대에 경지정리(토지개량) 사업을 시행하면서 구역내 토지소유자로 구성된 환지분배위원회(위원장 송○호)에서 원고들의 종전토지와 피고선대인 소외 이○상의 종전토지에 대한 환지로서 한부록으로 된 이 사건 토지2필지를 판시와 같이 3등분하여 교부하기로 계획을 세웠던 바, 그무렵 원고들과 위 이○상은 위와 같이 공동환지 받은 위 2필지 토지를 위 환지 계획과는 달리 각자 점거하는 현상대로 분할하기로 약정을 하기 이에 기하여 위 이○상에 분할된 부분(판시 가, 나부분)은 그 아들인 피고가 계속 경작하여 온 사실을 인정하고 이어 실시하기를, 위 경지정리 작업이 완공된 후 상주군은 환지분배위원회의 환지분배 내용에 따라 환지계획을 작성 1971.5.20 농수산부장관의 인가, 고시를 거쳐 동년 9.28 환지등기를 완료하였는데 위 환지사무 처리상의 착오로 이 사건 토지 2필지는 모두 원고들에게 환지된 것으로 처리되었으며 피고는 이러한 사실을 알지 못하여 이의를 제기하지 아니한 채 불복기간을 도과하여 위 환지처분이 확정된 것이므로 이에 의하여 이 사건 토지 2필지가 원고들 명의로 환지등기가 되었다 하더라도 그것이 위와 같이 환지사무처리상의 착오에 기인한 것에 불과한 이상 원고들과 피고(피고 선대인 위 이○상) 간의 위 분할약정의 효력에 영향을 끼칠 바 못된다 하여 원고들의 이 사건 토지에 관한 소유권주장을 배척하고 있다.

원심의 실시내용이 애매모호하여 그 취지를 헤아리기가 매우 어려우나, 요컨대 이 사건 토지 2필지는 원고들과 피고 선대인 위 이○상 3인 앞으로 공동환지된 토지이고 환지 받은 위 3인 사이에 판시와 같은 분할의 합의가 있었으므로 원고들은 이 사건 토지중 피고 점거 부분에 대하여 소유권주장을 할 수 없다는 취지인 것 같다.

보건대, 이 사건에 있어서와 같이 경지정리(토지개량)사업에 있어 환지를 교부하는 것은 종전토지 소유자에 대하여 종전토지에 갈음하는 대토를 주는 것을 의미하는 것이고, 환지계획의 인가와 고시가 있으면 환지는 종전토지로 간주되어 종전토지 소유자는 종전토지에 대한 권리를 잃고 환지에 대하여 그 소유권을 취득하는 것이고, 환지를 받을 자는 원칙적으로 종전토지의 소유자인 것이다. 또 환지계획을 작성하고 확정하는 업무는 사업시행자가 하는 것이니 만큼 사업시행자가 아닌 판시 환지분배위원회 따위에서 환지계획을 세웠다 하더라도 이는 사업시행자의 환지업무를 보조하는 것에 불과하다 할 것이다.

이 사건에 있어 원심은 이 사건 토지 중 일부를 피고의 선대인 소외 이○상에게 환지를 주기로 환지계획을 세웠다 하면서도 그 종전토지를 명시하고 있지 않을 뿐 아니라 기록에 의하더라도 그 환지를 받을 종전토지를 찾아볼 수 없다.

원심은 토지소유자로서 구성된 환지분배위원회(위 원장 송○호)에서 환지계획을 세우면서 이 사건 토지 중 일부를 피고 측에 환지 주기로 한 것인데 상주군에서 착오로 이 사건 토지를 모두 원고들에게 환지된 것으로 업무처리를 하였다고 실시하고 있어 그 착오의 내용이 무엇인지 분명하지 아니하나 환지계획을 작성하고 확정하는 업무는 사업시행자가 하는 것이므로, 설사 사업시행자인 상주군에서 작성한 환지계획서가 소위 환지분배위원회에서 세운 환지계획과 다른 것이었다 하여 그것만으로서 그 업무처리가 착오였다고 볼 수는 없을 것이다.

기록에 의하면, 위 환지분배위원회에서 작성한 것이라는 도면이 갑 제4호증으로 제출되어 있으나 그 도면이 지극히 조잡하고 그 출처도 명확하지 않을 뿐 아니라 설사 환지분배위원회에서 그와 같은 환지계획 도면을 작성하였다 하더라도 그 자체에 무슨 법률상 효과가 있다할 수 없고 도리어 원심이 배척하지 아니한 갑 제4,5,6,7호증 등을 보면, 이는 사업시행자인 상주군에서 이 사건 토지 2필지는 원고들 소유인 종전 토지 봉강리 169 답 679평에 대한 환지로 지정하는 환지계획을 작성하여 소정의 인가와 고시를 거쳐 환지등기촉탁을 하기에 이른 관계공문서들로서 기록에 의하더라도 이것이 어떠한 착오에 기인하여 작성된 것이라고 볼만한 사유도 찾아볼 수 없다.

또 원심은 원고들과 피고(그 선대인 위 이○상)간에 있었다는 판시분할의 약정에 중점을 두어 원고들의 이 사건 소유권 주장을 부당하다는 취지의 설시를 하고 있으나, 원심의 판시에 의하더라도 피고가 이 사건 토지중의 일부를 정당하게 환지 받았음을 전제로 하여 단지 공동환지 받은 원고들과 피고사이에 판시와 같은 분할의 약정이 있었다는 취지이므로 만약 그 전제가 되는 피고의 환지가 인정되지 아니한다면 판시 분할의 약정도 그 법률상 효력을 인정하기 어려울 것이다.

그렇다면, 원심은 피고가 이 사건 토지 일부를 어떻게 하여 환지 받을 수 있으며, 또 환지를 받은 것인지 여부에 관하여는 필요한 심리를 해보지도 아니한 채 사업시행자인 상주군에서 한 환지업무를 착오라 하여 그 환지계획에 의하여 환지 받은 원고들의 권리를 부인하였음은 결국 환지토지의 소유권취득에 관한 법리를 오해하거나 환지절차에 관한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이는 소송촉진등에관한특별법 소정의 파기사유에 해당한다 할 것이다. 이 점을 다투는 논지는 결국 이유 있다.

**7. 농지개량조합이 도지사 승인 없이 체결된 계약의 효력  
(대법원 1981.5.26. 80다 2922)**

**가. 판시사항**

농지개량조합이 도지사의 승인 없이 체결한 임차계약의 효력(무효)

**나. 판결요지**

농지개량조합이 농촌근대화촉진법 제183조, 동 법시행령 제71조 제1항 제4호의 규정에 의한 도지사의 승인 없이 체결한 농기계 임차계약은 무효이다.

**다. 관련법령**

농촌근대화촉진법 제23조 제183조 부칙 제9조 동법시행령 제71조 제1항

## 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 농업진흥공사

【피고, 상 고 인】 임실농지개량조합

【원심판결】 광주고등법원 1980.11.5. 선고 78나331 판결

## 마. 판결이유

농촌근대화촉진법은 그 제22조에 농지개량조합에 조합원 총회를 두도록 규정하고 그 의결사항을 제23조에 정관의 변경, 조합채 차입에 관한 사항, 조합원의 부담에 관한 사항, 제 규정의 제정변경 또는 폐지, 농지개량사업계획의 수립, 변경 또는 폐지, 예산의 편성, 세입 세출 결산서와 사업보고서 및 재산목록의 승인, 예산 외에 조합의 부담이 될 계약의 체결, 부동산의 취득, 관리 또는 처분, 적립금의 설정, 관리 및 처분, 합병, 분할 또는 해산 기타 법령이나 정관에 의하여 그 권한에 속하는 사항 등을 열거하고 있고, 한편 이 법 부칙 제 9조는 농지개량조합의 총회 및 대의원회는 제22조의 규정에 불구하고 대통령령으로 정하는 시기에 이를 구성하고 이의 구성시까지 그의 의결을 요하는 사항은 농수산부장관의 승인을 얻어 시행토록 하고, 다시 위법 제183조는 농수산부장관은 이 법의 규정에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 서울특별시장, 부산시장, 도지사 또는 농업진흥공사 사장에게 위임할 수 있다고 규정하고, 농어촌근대화촉진법시행령 제71조 제1항 제4호는 조합구역 2천정보 미만의 조합에 대한 법 부칙 제9조 제2항의 규정에 의한 총회 또는 대의원의 의결을 요하는 사항의 승인에 관한 권한을 농수산부장관이 도지사에 위임할 수 있도록 하고 있는 바, 원심은 위 농촌근대화촉진법에 의하여 조직되고 그 법의 규제를 받은 피고의 이권 농기계사용료 채무는 관할 도지사의 승인을 받지 않아 무효라는 주장에 관하여 이미 발생한 채무를 승인하는 행위는 새로운 채무의 부담행위라고는 할 수 없어 도지사의 승인이 유효요건이 된다고 볼 수 없다고 하여 이를 배척하였다. 그러나 이 점에 관한 피고의 주장은 ‘...갑 제1호증 내지 갑 제9호증의2는 도지사의 승낙이 없는 것이므로 시효중단의 효력이 발생될 수 없다고 할 것이다’(원심의 1978.11.15 변론기일에 진술한 피고의 1973.11.14 자, 준비서면 기재, 기록 274정)라고 되어 있어 얼핏 기왕에 발생한 채무를 확인하는 행위를 가르키는 듯한 표현을 하고 있으나 위 갑 제1호증 내지 갑 제9호증의2 중 갑 제2호증의1, 갑 제3호증의1, 갑 제4호증의1, 갑 제5호증의1, 갑 제6호증의1, 갑 제7호증의1, 갑 제8호증의1 각 농기계지원 임대계약서의 기재는 1970.8.20부터 1971.10.29 까지의 사이에 원·피고 간에 여러 차례에 걸쳐 농기계의 임대차계약이 되풀이 있었다는 사실을 내세우는 것이므로 그렇다면 피고의 주장에는 임대료 지급의 채무를 부담하게 되는 이 여러 차례의 농기계의 임대계약은 도지사의 승인이 없으므로 그 효력이 없다는 뜻의 주장이 당연히 포함되어 있다고 보아야 할 것임에 도 불구하고 이를 간과하여 이미 발생한 채무를 승인하는 행위는 새로운 채무의 부담행위라고는 할 수 없어 도지사의 승인이 유효요건이 된다고 볼 수 없다고 판시한 원심판결에는 필경 심리를 다하지 아니하고 당사자의 주장을 오해한 이유불

비의 위법과 판단유탈의 위법이 있다고 아니할 수 없다.

## 8. 총회의 의결 또는 도지사의 승인 요부(1982. 4. 27. 81다카 1273)

### 가. 판시사항

농지개량조합이 승인된 사업의 예산범위내에서 한 공사장비 임대차계약과 농촌근대화촉진법 제23조 소정의 의결 또는 승인의 요부

### 나. 판결요지

농지개량조합이 적법히 승인된 농지개량사업의 시공주로서 장차 공사수급인에게 지급할 공사비 중에서 동 공사에 사용할 중장비의 사용료를 공제하고 직접 임대인에게 지급하려는 뜻에서 동 조합 명의로 체결한 중장비임대차계약은 이미 적법하게 부담한 채무에 관하여 단지 그 지급방법만을 달리 한데 불과하므로 별도로 농촌근대화촉진법 제23조 소정의 의결이나 승인을 요하지 아니한다.

### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제123조 제8호

### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 농업진흥공사

【피고, 피상고인】 임실농지개량조합의 수계인 전주농지개량조합

【원심판결】 광주고등법원 1981.11.26 선고 81나369 판결

【환송판결】 대법원 1981.5.26 선고 80다2922 판결

### 마. 판결이유

원심판결에 의하면 원심은, 피고의 피수계인 임실농지개량조합은 그가 시행하는 그 판시 소류지개보수공사, 지산지구 성토작업공사, 삼길지구 농업용수 개발공사등에 사용하게 할 목적으로 원고로부터 그 소유의 이 사건 중장비(농기계)를 임차하는 계약을 한 사실, 이에 따라 1970.8.20부터 1972.2.29까지 위 중장비 임대차계약에 의한 위 조합의 원고에 대한 중기사용료 채무가 합계 금 3,148,880원인 사실을 각 인정하고, 원, 피고 사이의 본 건 중장비 임대차계약이 농수산부장관이나 전라북도지사의 승인을 받지 아니하고 체결되었고 위 임실농지개량조합의 조합구역이 2천정보 이상(2,143헥트알)인 사실에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없다고 설시한 다음, 그렇다면 원, 피고 사이의 본 건 중장비 임대차계약은 농촌



근대화촉진법 제23조에서 말하는 조합원 총회의 의결사항으로 예산외에 조합의 부담이 될 계약의 체결에 해당하는 행위이며 위 입실농지 개량조합의 조합구역이 2천정보 이상 이어서 위 계약체결은 조합원 총회의 의결에 갈음할 농수산부장관의 승인을 얻어야 할 것인데도 이의 승인을 얻은 바 없어 무효라고 할 것이고 따라서 피고가 부담하게 된 이 사건 중기사용료 채무도 효력이 없다는 취지로 판단하고 있다.

그러나 원심이 채용하고 있는 각 증거와 원심이 배척하지 아니한 을 제2호증의 1,2, 을 제3호증의 각 기재 및 제1심 증인 백○기의 증언 등에 의하면 피고의 피수계인인 입실농지개량조합은 농지개량시설을 설치하거나 유지, 관리하여 구획정리사업 및 농사개량등을 수행함을 목적으로 하고 있었으며, 그 목적사업으로 본 건 지산지구 저수지 설치공사 및 삼길지구저수지 설치공사등을 소외 토건회사들(소외 송화토건 주식회사 및 소외 합자회사 합동건설사)에게 공사도급을 주어 이를 시행한 바 있는데, 위 조합이 원고로부터 임차한 이 사건 중장비는 바로 위 조합이 시공 중이던 위 각 공사 등에 사용하기 위하여 임차한 것이고 위 조합은 위 공사의 시공주로서 그 공사수급인인 위 소외 회사들이 위 각 공사에 사용할 이 사건 중장비를 임차함에 있어서 위 소외 회사들과의 합의하에 위 조합이 장차 위 소외 회사들에게 지급할 공사비 중에서 그 중기사용료를 공제하여 직접 이를 원고에게 지급하기로 하여 그러한 뜻에서 위 조합 명의로 이 사건 중장비를 임차하는 내용의 본 건 중장비 임대차계약을 하게 된 것이며, 위 조합이 시행하는 위 각공사의 공사비 예산에는 이 사건 중장비의 사용료가 포함되어 있음을 엿볼 수 있는바, 그렇다면 위 각 공사는 위 조합의 목적사업으로서 조합의 예산으로서 시공되는 것인데 위 공사자체에 대하여 조합원 총회의 의결에 갈음할 농수산부장관이나 도지사의 승인(농촌근대화촉진법 제183조, 부칙 제9조, 동 법 시행령 제71조 참조)이 없었다고 한다면 몰라도 그렇지 않고 이미 적법하게 승인된 위 농지개량사업의 예산범위 내에서라면 위와 같은 직접 지급의 의미에서의 본 건 중장비 임대차계약은 이미 적법하게 부담한 채무에 관하여 단지 그 지급의 방법만을 달리한 데 지나지 않는 행위이고 예산외에 별도의 부담이 될 여지가 없는 행위라고 할 것이다.(당원 1977.10.11 선고 76다2582 판결, 1978.3.14 선고 77다2375 판결 등 참조)

따라서 본건 중장비 임대차계약은 별도로 조합원 총회의 의결이나 농수산부장관의 승인을 요할 것으로 규정한 농촌근대화촉진법 제23조 제8호 소정의 소위 “예산외에 조합의 부담이 될 계약의 체결”에 해당하는 것으로 단정할 수는 없다 할 것임에도 불구하고 원심이 위와 같이 판단한 조치는 필경 농촌근대화촉진법의 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할 것이고, 원심판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의와 형평에 반한다고 인정되므로 논지는 이유 있다.

9. 조합장의 수표범행과 조합의 사용자 책임(대법원1983. 6. 28. 83다카 217)

가. 판시사항

농지개량조합의 지출역 명의로 된 당좌수표를 담보로 하여 동 조합장에게 금원을 대여한 신용금고의 과실 유무(적극)

나. 판결요지

농지개량조합의 조합장이 동 조합 지출역과 공모하여 개인적 목적으로 신용금고로부터 금원을 차용하고 아무런 내부적 절차나 도지사의 승인을 거침이 없이 동 지출역 명의로 된 당좌수표 1매를 발행하게 하여 위 차용금에 대한 담보로 신용금고에 교부한 경우에 신용대출등을 사업목적으로 하는 신용금고로서는 위와 같은 농지개량조합의 채무담보에 관한 법률상 제한을 능히 알 수 있다고 보여지고, 개인이 신용금고로부터 차용하는 금원에 대하여 농지개량조합이 그 지출담보로 수표를 발행한다는 것은 극히 이례에 속하는 일이므로 특단의 사정이 없는 한 신용금고는 위 수표발행이 적법하게 된 것이 아님을 알았거나 또는 알지 못하였다고 하여도 중대한 과실이 있는 것이다.

다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제23조 제52조 제183조, 농촌근대화촉진법 부칙 제9조, 농촌근대화촉진법시행령 제71조, 수표법 제53조민법 제34조 제756조

라. 당사자 등

- 【원고, 피상고인 겸 부대상고인】 주식회사 한성상호신용금고
- 【피고, 상고인 겸 피부대상고인】 청양농지개량조합
- 【원심판결】 서울고등법원 1982.12.22 선고 82나1826 판결

마. 판결이유

(1) 피고 소송대리인의 상고이유 제1점을 본다.

(가) 피용자의 불법행위가 외관상 사용자의 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보여지는 경우에 사용자는 민법 제756조에 의한 배상책임을 면할 수 없으나, 다만 피용자의 행위가 사용자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 사용자에게 대하여 사용자 책임을 물을 수 없다고 보아야 할 것이다.

원심판결이유에 의하면 원심은 원고의 예비적 청구에 관하여 소외 조○호는 피고 조합의 조합장 직위에 있음을 기화로 피고조합 지출역이던 소외 김○상과 공모하

여 개인적 목적으로 원고로부터 금 10,000,000원을 차용하고 위 김○상으로 하여금 아무런 내부적 절차나 감독관청인 도지사의 승인절차를 거침이 없이 액면 금 10,000,000원, 발행일 1980.12.22 지급인 청양군 농업협동조합, 발행인 피고조합 지출역 김○상 명의로 된 당좌수표 1매를 발행케 하여 이를 위 차용금에 대한 담보로 원고에게 교부한 사실을 인정한 후, 농촌근대화촉진법 제52조, 제23조, 제183조, 부칙 제9조 및 같은법 시행령 제71조의 각 규정에 의하면 농지개량조합에서 예산 외 의무부담이 될 차입금등 채무의 부담행위를 하려면 도지사의 승인을 얻도록 되어 있으므로 이러한 승인을 얻지 아니한 이 사건 수표발행은 피고 조합에 대한 관계에 있어서 효력이 없는 것이라고 판단하고, 위 소외인들이 피고에 대하여 효력이 없는 위와 같은 수표를 담보로 원고에게 제공함으로써 원고로 하여금 피고에게 담보책임 내지 보증책임을 물을 수 없게 된 손해를 가한 데에 대하여 위와 같은 수표발행 행위가 외관상 피고 조합의 사무집행에 해당함을 전제로 민법 제756조에 의한 피고의 사용자 책임을 인정하고 있다.

- (나) 그러나 기록에 의하면 원고는 신용대출 등을 사업목적으로 하는 신용금고로서 위와 같은 피고 농지개량조합의 채무부담에 관한 법률상 제한을 능히 알 수 있는 처지에 있다고 보여질 뿐 아니라, 원심 확정사실과 기록에 의하면 위 수표는 소외 조○호가 개인적으로 원고로부터 차용한 10,000,000원에 대한 지급담보로 발행된 것인바, 개인이 신용금고로부터 차용하는 금원에 대하여 농지개량조합이 그 지급담보로 수표를 발행한다 함은 극히 이례에 속하는 일이라고 하겠으므로 특단의 사정이 없는 한 원고는 이 사건 수표발행이 적법하게 된 것이 아님을 알았거나 또는 알지 못하였다고 하여도 중대한 과실이 있는 것이라고 보지 않을 수 없다.
- (다) 그럼에도 불구하고 원심이 위와 같은 점을 간과하여 피고의 사용자 책임을 인정하였음은 민법상 사용자 책임에 있어 그 사무집행의 범위에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한 위법이 있고 이는 소송촉진등에관한특례법 제12조 제2항 소정의 파기사유에 해당하므로 이 점에 관한 논지는 이유 있다.

(2) 원고 소송대리인의 부대상고이유를 본다.

상고이유의 요지는 첫째로, 원심이 원고의 이 사건 수표금청구에 관하여 이 사건 당좌수표가 아무런 내부적 절차나 도지사의 승인을 받음이 없이 발행된 것으로서 강행규정인 농촌근대화촉진법에 위반하여 효력이 없고 또 보증으로서도 효력이 없다고 판시하였으나 위와 같은 수표발행 행위를 도지사의 승인을 받을 채무부담 행위라고 볼 수 없으니 위 원심판단은 수표법과 민법의 보증책임에 관한 법리를 오해한 것이고, 둘째로, 원심이 원고의 불법행위로 인한 손해배상청구에 관하여 위 조○호의 말만 믿고 이 사건 당좌수표를 취득하고 금원을 대여한 원고의 과실을 인정하여 과실상계를 하였으나 원고의 과실이 있다고 할 수 없으니 위 원심조치는 과실상계의 법리를 오해한 것이라고 함에 있다.

그러나 위와 같은 사유는 소송촉진등에관한특례법 제11조 제1항 각호의 소정의 어느 경우에도 해당하지 아니하여 적법한 상고이유가 될 수 없으니 논지는 받아들일 수 없다.

## 10. 농지개량조합과 소멸 시효(대법원 1978. 2. 28. 77다 2038)

### 가. 판시사항

농업진흥공사의 농지개량조합에 대한 금전채권의 시효기간

### 나. 판결요지

농지개량조합의 권리 또는 농지개량조합에 대한 권리에 있어서 그 소멸시효의 기간 등에 관하여는 예산회계법의 규정이 준용되므로 농업진흥공사의 농지개량조합에 대한 중기 사용료채권의 소멸시효기간은 5년이다.

### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제53조, 예산회계법 제71조

### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 농업진흥공사

【피고, 상 고 인】 해남농지개량조합

【원심판결】 광주고등법원 1977.10.5 선고 76나260 판결

### 마. 판결이유

(1) 원심판결은 원고공사(그 전신인 토지개량조합연합회 포함)와 피고조합(그 전신인 옥매토지개량조합 포함)과 중기임대차계약을 체결하여 피고조합에서 이를 사용하였는데 1972.3.20까지의 사용료를 금 8,198,037원으로 조정 결정되어 피고조합은 1974.7.31까지 여러 차례에 합계 금 5,022,366 원을 납부하고 미납액이 금 3,175,671원인 사실을 인정하였는 바 기록을 살피건대 위 조치를 수긍할 수 있고 위 사용료 조정결정이란 것은 피고가 말한 바와 같은 전후등 사정으로 사용하지 아니한 날의 것은 사용료산정에서 제외되었다는 취지임을 간취할 수 있으니 거기에 소론과 같은 심리미진 내지 판단유탈, 채증법칙 및 이유모순, 법리오해 등 위법사유가 있다고 보아지지 아니한다.

(2) 농촌근대화촉진법 제53조는 금전채무이행의 청구를 목적으로 하는 농지개량조합의 권리 또는 농지개량조합에 대한 권리에 있어서 그 소멸시효의 기간, 중단, 정지에 관하여는

예산회계법 제71조 내지 제73조의 규정을 준용한다고 규정하고, 예산회계법 제71조는 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리나 국가에 대한 권리로서 시효에 관하여 타법률에 규정이 없는 것은 5년간행사하지 아니할 때는 시효로 인하여 소멸한다 하고, 그 제72조는 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리나 국가에 대한 권리에 있어서는 시효중단 정지 기타의 사항에 적용할 타법률의 규정이 없을 때에는 민법의 규정을 준용한다고 정하고 있는 바 이에 따르면 피고조합에 대한 금전채권의 소멸시효는 원칙적으로 5년으로 한다는 것이 명백하고 기록에 의하면 피고조합에서도 위 규정에 따라 5년간의 소멸시효를 주장하였음이 명백하니 이런 취지에서 원심판결에서 예산회계법에 따라 5년의 소멸시효를 적용하고 원고공사가 1975.3.21위 잔여사용료 납부촉구를 한 사실을 인정하여 이에 의하여 시효가 중단되었다고 본 원심의 판단은 정당하고 피고조합에 대한 금전채권에 대하여는 위 예산회계법의 시효에 관한 규정이 준용되지 아니한다거나 원심에서 주장하지 아니하던 단기시효를 들고 원판시를 공격하는 소론은 채택할 수 없다.

## 11. 일시경작권의 효력 등(대법원 1983. 9. 27. 83다카 1069)

### 가. 판시사항

- [1] 간척지의 농지분배증서의 증거력
- [2] 간척지의 일시경작권의 소유자에 대한 대항력 유무(소극)

### 나. 판결요지

(1) 공문서라도 보고문서에 불과한 이상 법원은 반증이 없이도 자유심증에 의하여 그 증거력을 배척할 수 있으나, 농지분배증서는 농촌근대화촉진법 제102조 및 같은법 시행령 제47조에 의하여 농지를 분배한 전라북도지사가 그 분배사실을 증명하는 내용이므로 그 내용의 진정을 의심할 만한 반증이 없는 한 그 내용대로 분배된 것으로 믿는 것이 경험칙에 합당하다.

(2) 도지사가 간척지에 대하여 한 일시경작지 지정에 의한 경작권이란 분배확정시까지의 경작권을 의미함에 불과하므로 일시경작권자가 그후 분배받았으면 모르되 만일 제3자에게 적법하게 분배되었다면 일시경작권을 가지고 있다거나 또는 수배자 등록신청을 하였다는 사유만을 가지고서 토지 소유자(나라)에게 대항할 수 있는 점유권원으로 내세울 수 없다.

### 다. 관련법령

민사소송법 제187조 제327조, 농촌근대화촉진법 제102조 제123조, 민법 제213조

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 남○현

【피고, 피상고인】 최○례

【원심판결】 전주지방법원 1983.4.21 선고 82나152 판결

## 마. 판결이유

(1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 소외 국의 주관 아래 소외 전라북도가 섬진강댐 수몰지구이재민들에 대한 피해보상 및 이주대책으로 장차전북 부안군 개화도공사가 완성될 때 조성될 일정량의 농지를 그들에게 분배함에 따라 그 이재민의 한사람인 소외 망 권○호도 그 생전인 1965.4.경 전라북도지사로부터 이주정착예정지지정을 받아 위 간척지 내에 있는 2정보의 땅을 분배받을 수 있는 가경지분배권을 취득한 후 위 분배 예정된 땅 2정보에 관하여 장차 간척 준공되면 이주 영농할 수 있는 권리 일체를 소외 임○복에게 양도하고 위 임○복은 다시 1972.2.5 원고에게 위 권리를 양도한 사실은 인정할 수 있으나, 원심증인 김○완의 증언과 원심에서의 농지분배 관계서류 검증결과에 비추어 갑 제3호증(농지분배증서, 갑 제8호증의 6과 같다)의 기재만으로는 원고가 이 사건 농지를 나라로부터 분배받았다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 한편 성립에 다툼이 없는 을 제1호증(공과금 납부확인서), 을 제2,3호증(각 농지확인증명원)의 각 기재와 원심증인 김○완, 김○천의 각증언 및 위 농지분배 관계서류 검증결과에 변론의 전취지를 종합하면, 위 소외 망 권○호는 위 인정과 같이 장차 분배될 농지에 대한 그 권리를 양도하고 위 간척공사준공 전에 사망한 후 그의 처인 소외 최○비가 그 권리를 승계 하여 1976.12.10 전라북도지사로부터 개화도간척지중 이 사건 토지를 포함한 4 필지에 대한 일시경작지 지정을 받음으로써 분배확정시까지 위 토지에 대한 일시경작권을 취득하고 1979.2.23 위4 필지의 농지중 이 사건 토지에 대한 일시경작권을 피고에게 매도하고 피고로 하여금 위 농지를 점유 경작하게 하였으며, 그후 피고는 전라북도에 이 사건 토지의 분할양수자로서 수매자확인 및 등록신청을 하였으나 전라북도는 이 사건 농지에 관한 원·피고 사이의 분쟁으로 인하여 위 농지를 확정분배하지 못한 채 개화간척지 농지분배확정대상상 이 사건 농지에 대한 확정수분배자란(농지소유자란)을 공란으로 방치해두고 있는 사실을 인정할 수 있다고 한 후, 인정사실에 비추어 보면 원고가 그 주장과 같이 이 사건 농지의 수분배자의 지위에 있다고 보기는 어려운 것이라고 판단하고 있다.

(2) 그러나 원심이 사실인정의 자료로서 부족하다고 배척한 위 갑 제3호증(농지분배증서)은 기록에 의하면, 전라북도지사가 1980.6.9자로 이 사건 토지 2필지가 농촌근대화촉진법 제102조 및 같은법 시행령 제47조의 규정에 의하여 원고에게 분배된 농지임을 증명하는 문서로서 피고도 그 성립을 다투지 아니하고 있는바, 공문서라고 할지라도 보고문서에 불과한 이상 법원은 자유심증에 의하여 반증이 없이도 그 증거력을 배척할 수 있는 것이긴

하나 위 문서는 농촌근대화촉진법 제102조 및 같은법 시행령 제47조의 규정에 의하여 농지를 분배한 전라북도지사가 그 분배사실을 증명하는 내용이므로 그 내용의 진정을 의심할만한 별다른 반증이 없는 한 그 내용대로 분배된 것으로 보는 것이 우리의 경험칙에 합당한 일이라고 할 것이다.

그런데 원심이 위 농지분배증서의 증거력을 배척하는 반증으로 삼은 원심증인 김○완의 증언과 원심의 농지분배관계서류 검증결과를 살펴보면, 우선 위 김○완은 전라북도 농지와 농지관리계장으로 1975.7.25부터 1981.1.30까지 이 사건 토지를 포함한 개화도 간척지 농지분배 사무를 담당한 공무원인데 1980.6.9자로 발행된 위 농지분배증서에 대하여 적법하게 작성된 문서이긴 하나 그 내용을 모르며 착오로 원고에게 분배된 여부는 관계서류를 검토하여야 답변할 수 있다는 취지로 애매모호하게 진술하고 있고 또 농지분배관계서류 검증결과에 보면 개화도 농지분배확정 대장상 이 사건 농지의 소유자란에 피고이름이 등재되어 있는 사실이 인정되는 바, 농지분배사무를 담당한 공무원이 그 담당기간중에 적법하게 발행되었다는 위 농지분배 증서의 발행경위와 내용을 모른다 함은 쉽사리 납득되지 않을 뿐 아니라, 농지분배확정대장이 피고 명의로 등재되었음에도 불구하고 농지분배증서가 원고 앞으로 발행된 것은 두 공문서 중 어느 하나가 허위임이 분명한데 위와 같은 담당공무원의 애매모호한 진술내용만으로는 유독 위 농지분배증서의 내용이 허위라고 단정하기에는 미흡하다고 할 것이다.

원심으로서도 모름지기 위 농지분배증서(갑 제3호증)가 원고 앞으로 발행된 경위를 심리하여 그 내용의 진정여부를 판단하였어야 함에도 불구하고 이에 이름이 없이 만연히 위 증언과 농지분배관계서류 검증결과만에 의하여 위 농지분배증서의 증거력을 배척하였음은 심리미진과 경험칙에 반하는 증거취사를 한 허물이 있다고 할 것이다.

(3) 또 원심판결 이유에 의하면 원심은 가사 원고가 이 사건 농지를 분배받았다고 한들 국가가 그 소유의 매립간척지를 연고자에게 분배하는 것은 사경제적인 법률행위에 속하고 또한 특단의 사정이 없는 한 수분배자가 분배받은 토지에 대한 소유권을 확정적으로 취득하기 전에 있어서는 그 지위는 채권적인 권리에 불과하며 대세적인 효력이 없으므로 직접 피고를 상대로 이 사건 농지의 인도를 구할 수는 없다고 할 것이고, 또 원고가 소외 나라를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 농지의 인도를 구하는 경우에도 피고가 적어도 위 인정과 같이 소외 최○비로부터 이 사건 농지에 대한 경작권을 취득하여 소외 국으로부터 그 확인 증명까지 받아 위 농지를 정당하게 점유경작하고 있는 이상 피고를 상대로 그 인도를 구할 수는 없는 법리라고 판시하고 있다.

그러나 원심채택의 증거에 의하면 원심판시와 같이 피고가 소외 최○비로부터 이 사건 토지에 대한 일시 경작권을 매수한 후 전라북도지사에게 이 사건 토지에 대한 수배자 등록 신청을 한 사실을 인정할 수 있기는 하나, 위의 일시경작지 지정에 의한 경작권이라 함은 분배확정시까지의 경작권을 의미함에 불과함이 명백하므로 그후 피고에게 분배가 되었다

면 모르되 만일 제3자인 원고에게 적법하게 분배가 된 것이라면 피고는 위와 같은 일시경작권을 가지고 있다거나 또는 수배자 등록신청을 하였다든 사유만을 가지고 토지소유자인 소의 국에게 대항 할 수 있는 점유권원으로 내세울 수는 없는 것이다.

결국 원고가 이 사건 농지를 분배받았다고 가정하더라도 소의 국을 대위한 명도청구는 부당하다는 원심판단은 도저히 수긍될 수 없다.

## 12. 환지불지정과 토지소유권(대법원 1978. 9. 12. 78다 682)

### 가. 판시사항

농지개량사업으로 인한 환지계획에서 환지의 지정 없이 금전으로 청산된 경우 종전 토지소유자의 소유권상실 여부

### 나. 판결요지

농지개량사업으로 인한 환지계획에서 환지의 지정이 없이 금전으로서 청산이 되었다면 특별한 사정이 없는 한 위 토지들에 관하여는 그 환지계획이 인가되고 고시됨에 따라 종전 토지소유자들의 소유권은 상실되었다고 봄이 상당하다.

### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제126조

### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 김○호 외 1인

【피고, 상 고 인】 대한민국 법률상대표자 법무부장관 이선중

【원심판결】 춘천지방법원 1978.3.3 선고 77나31 판결

### 마. 판결이유

원심은 그 판시 제1내지 제6목록 기재 부동산은 원고 김○호의 선대 망 김○희의 소유로서 동인명의로 소유권이전등기가 경료되었고, 제7내지 제9목록 부동산은 원고 김○학의 선대 망 김○승이가, 제10내지 제20목록 부동산은 위망 김○승과 망 김○희 외 19인이 1931.2.19 당시 조선총독으로부터 각각 양여받아 소유권이전등기를 경료하였다는 사실을 인정하여, 위 제1내지 제6목록기재 부동산에 관한 원고 김○호의, 위 제7내지 제9목록 기재 부동산에 관한 원고 김○학의, 위 제10내지 제20목록 기재 부동산 중 각 21분의 1 공유지분에 관한 원고들의 각 소유권확인청구를 인용하고 있다.



그러나 원심이 채택하고 있는 갑 제8호증의 5(환지계획서)의 기재에 의하면, 원심이 농지개발사업으로 인하여 1973.10.3자로 환지가 이루어졌다고 인정한 이 사건 토지들 중 그 판시 제5목록인 고성군 오성면 벽촌리 566의2 구거 30평, 제8목록인 같은 곳 578의2 구거 146평, 제18내지 제20목록인 같은 곳 581의6 구거 84평, 581의8 구거 104평 및 581의10 구거 105평은 그 환지계획에서 환지의 지정이 없이 금전으로서 청산이 되었음을 알 수가 있다. 그렇다면 특별한 사정이 없는 한 위 토지들에 관하여는 그 환지계획이 인가되고 고시됨에 따라 종전토지소유자들의 소유권은 상실되었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 종전토지들이 원고들의 소유 또는 공유였다 하더라도 원고들은 피고에 대하여 이 토지들에 대한 소유권확인을 청구할 수는 없다고 할 것이다.

이에 덧붙여서 원심이 채택하고 있는 갑 제2호증의 1, 2와 원심이 배척하지 아니한 갑 제3호증의 1, 2, 3의 각 기재내용에 의하여 보면, 이 사건 토지들에 관하여는 1971.8.25 토지개발시행신고가 있었고 1973.10.26 경지정리완료신고가 있어 1973.10.31 종전의 토지대장이 폐쇄되고 경지정리에 따른 지목, 지번 및 지적에 맞추어 새로운 토지대장이 조제되어 있음을 알 수 있는데, 원고들은 종전의 토지대장상의 지목, 지번 및 지적에 근거하여 이 사건 확인청구를 하고있음이 분명하다. 원고들이 위와 같이 굳이 폐쇄된 종전의 토지대장상의 지목, 지번 및 지적에 근거하여 이 사건 토지들의 소유권확인을 구하여야 할 특별한 이익이나 필요가 있는지의 여부가 본 건에서는 분명치 않다.

### 13. 취득시효와 환지(대법원 1979. 4. 10. 79다 16,17)

#### 가. 판시사항

농지개발사업시행에 의한 환지에정지 지정처분전에 종전 토지를 취득시효기간 동안 점유한 자가 종전 토지의 환지로서 확정된 토지에 대한 시효취득 주장을 할 수 있는지 여부

#### 나. 판결요지

농지개발사업시행에 의한 환지에정지 지정처분전에 종전 토지를 20년의 시효취득기간동안 점유한 자는 그 취득기간 만료 후에 종전 토지에 대한 환지로서 확정된 토지에 대하여 종전 토지에 관하여 가지고 있는 것과 같은 권리를 주장하여 시효완성에 의한 소유권이전 등기를 청구할 수 있다.

#### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제129조 제1항

라. 당사자 등

【원고(반소피고), 상 고 인】 최○복

【피고(반소원고), 피상고인】 김○식

【원심판결】 대구고등법원 1978.11.24 선고 78나100,101 판결

마. 판결이유

(1) 원심판결은 본 건 토지의 종전 토지인 상주군 이안면 중촌리 381 입야 538평을 소외 김○호가 원소유자 최○수로부터 매수하여 그 1부를 경작지로 개간 경작 중이던 것을 피고의 조부 망 김○현이 1947.7.1경 이를 매수하여 인도 받아 1부는 경작지로 잔여지는 모래더미인 채로 점유하여 오다가 동 김○현의 사망으로 피고가 그 점유를 승계 하여 경지정리사업으로 인한 환지예정지 지정공고가 있는 1971.1. 하순경까지 위 입야 538평을 점유하고 온 사실을 인정하고, 원고가 1966.4경 위 입야에 뽕뿌라를 식재하였다는 원고 주장을 배척하였는 바, 기록에 대조하건대 원심의 그 조치에 수궁이 가며, 거기에 소론과 같은 심리미진 또는 채증법칙위배나 그 외 어떤 잘못 있다 할 수 없다.

(2) 그리고 원심판결에 의하면 이 사건 토지인 상주군 이안면 중촌리 305 답 632평을 위 종전 토지인 중촌리 381 입야 538평에 대한 환지라고 인정하였는 바, 기록에 의하면 그 조치를 수궁할 수 있다.

위에서 본 바와 같이 피고가 종전 토지를 점유하고 있는 동안에 다시 말하여 환지예정지 지정처분이 있기 전에 20년의 시효취득기간이 경과하였음이 분명하므로 그 취득기간 만료 후에 종전 토지에 대한 환지로서 확정된 본 건 토지에 대하여는 피고는 종전 토지에 관하여 가지고 있는 것과 같은 권리를 주장할 수 있다 할 것이다(농촌근대화촉진법 제129조 제1항 참조).

그러므로 원심판결이 원고의 토지인도 청구를 배척하고 피고의 시효완성으로 인한 소유권이전등기청구를 인용한 조치는 정당하며 거기에 소론과 같은 법리오해 있다 할 수 없다.

14. 도지사 승인의 법적 성질 등(1980. 10. 27. 80누 204)

가. 판시사항

- [1] 농지개발조합 총회의 의결에 갈음하는 도지사의 승인처분이 항고소송의 대상이 될 수 있는지 여부
- [2] 행정처분에 대하여 사실상이며 간접적인 이해관계만을 가지는 경우와 행정소송을 제기할 이익

## 나. 판결요지

(1) 농촌근대화촉진법 제23조 동법 부칙 제9조 제2항 및 동법 시행령 제71조 제1항 1호 마 등의 규정에 의하여 농지개량조합이 부동산을 취득하거나 처분함에 있어 요구되는 조합 총회의 의결에 갈음하는 도지사의 승인은 감독권에 의한 효력보충행위로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이다.

(2) 행정처분에 대하여 직접적이고 구체적인 이해관계 없이 사실상이며 간접적인 이해관계만을 가지는 경우에는 행정소송을 제기할 이익이 없는 것이므로 위 조합의 조합원인 원고가 조합이 본 건 토지를 무상양여함으로써 조합비의 납부 등에 손해가 있고 원고의 남편이 조합으로부터 임차 경작하고 있던 일부 토지를 경작하지 못하게 되는 이해관계가 있다는 사정은 조합이 본 건 토지를 처분함으로써 일어나는 사실상의 이해관계일 뿐 도지사의 승인처분으로 인한 직접적이고 구체적인 이해관계라고 할 수 없다.

## 다. 관련법령

행정소송법 제2조, 농촌근대화촉진법 제23조 제177조 제183조, 동법부칙 제9조 제2항, 동법시행령 제71조 제1항 1호 마

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 정○녀

【피고, 피상고인】 전라북도 지사

【원심판결】 광주고등법원 1980.3.20. 선고, 78구21 판결

## 마. 판결이유

(1) 기록에 의하면 소외 동진농지개량조합은 그 소유인 본 건 토지인 농지를 사회복지법인 기독교대한성결교회 사회사업유지 재단에 무상 증여하고자 1977.12.20자로 피고에게 재산처분승인 신청을 한 바, 피고는 1978.3.2자로 위 조합의 신청을 승인하였는데 위 유지재단은 농지를 소유할 수 없을 뿐 아니라 위 조합의 예산회계규정 제9조에 '조합재산은 법령 정관 또는 이 규정에 의하지 아니하고는 교환하거나 지급의 수단으로 사용하거나 또는 정당한 대가 없이 양여하거나 대부할 수 없다'고 규정되어 있어 피고의 본 건 승인은 이 규정에도 위배되는 것이므로 원고는 위 조합원의 한 사람으로서 그 승인의 취소를 구한다는 것이다.

원심판결은 여기에 대하여 농촌근대화촉진법 제23조, 제183조 부칙 제9조에 의하면 농지개량조합의 부동산의 취득, 관리 또는 처분에 관한 사항은 조합총회의 의결을 거치도록 되어 있으나 농지개량조합의 총회 및 대의원회가 아직 구성되어 있지 아니한 현재에 있어서

농지개량조합의 총회 및 대의원회가 구성될 때까지 그 의결을 요하는 사항은 농림부장관의 승인을 얻어서 행하도록 되어 있고 농림부장관의 위 권한은 도지사에게 위임되어 있으므로 위 법조에 정한 도지사의 승인은 농지개량조합 총회의 의결에 갈음하는 것이고 농지개량조합 총회의 의결은 사법상의 법률행위에 지나지 아니한다 할 것인바, 원래 행정처분이라는 개념은 행정청이 실정법 질서의 구조 내에서 일정한 목적 하에 특정의 기능을 다하기 위하여 하는 일련의 행정작용을 총칭하는 것으로서 그 목적 성질을 떠나서 추상적 관념적으로 정의하기는 어려운 것이나 적어도 사법상의 법률행위인 농지개량조합 총회의 의결에 갈음하는 피고의 본 건 승인은 그 성질 등에 비추어 행정처분이라고 보기에는 어렵다고 판시하였다.

(2) 행정소송의 목적이 되는 행정소송법 제1조의 행정처분이라고 함은 행정청이 공권력의 발동으로 하는 행위로서 국민의 권리의무에 직접 관계 있는 것을 말하며 그 사항이 행정청의 일반적 권한에 속하고 그 권한에 관하여 법령에 명시된 경우에는 당해 행정행위가 국민의 권리의무에 직접 관계되는 이상 권리설정행위, 권리변경행위, 권리박탈행위는 물론 보충행위라도 행정소송법 제1조의 행정처분에 속한다고 해석된다(당원 1962.1.18 선고 4292행상89판결 참조).

한편 농촌근대화촉진법 제177조에 의하면 농지개량조합은 농림부장관의 감독을 받도록 규정하고 동 제183조에 따르면 농수산부장관의 이 감독권은 소할 도지사에게 위임할 수 있도록 되어 있다.

또 동법 제23조에는 농지개량조합이 부동산을 취득 관리하거나 처분할 때에는 총회의 의결을 거치도록 규정되어 있는데 동법 부칙 제9조 제2항은 농지개량조합의 총회 및 대의원회가 구성될 때까지 그 의결을 요하는 사항은 농수산부장관의 승인을 얻어 시행한다 하며 동법 시행령 제71조 제1항 1호 마에는 위 승인의 권한을 도지사에게 위임한다고 규정하고 있는 바, 이런 규정들의 취지를 총합하여 보면 동진농지개량조합총회의 의결에 갈음한 본 건 피고의 승인행위는 감독권에 의한 효력보충행위로서 위 조합의 재산처분행위의 성립요건을 충족하는 것이니 이는 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 봄이 상당하다 할 것이니, 이와 견해를 달리한 위 원판시는 잘못이라 아니할 수 없다.

그러나 그것이 행정처분이라 하여도 그 처분에 의하여 원고가 직접적이고 구체적인 이해관계가 없고 다만 사실상이며 간접적인 관계를 가지는데 불과하다면 행정소송을 제기할 이익이 없다고(당원 1971.12.28 선고 71누109 판결참조)할 것인 바, 기록에 의하면 원고는 조합원으로서 본 건 토지를 조합이 무상 양여함에 따라 조합비의 납부 등에 막대한 손해가 있을 뿐 아니라 원고의 남편 소외 공○래가 조합으로부터 임차 경작하던 일부 본 건 토지를 경작 못하게 되는 이해관계가 있다는 것이나 그런 사정은 위 조합의 본 건 재산처분으로 일어난 사실상의 이해관계이지 본 건 승인처분으로 인한 직접적이고 구체적인 것이라 할 수 없음이 명백하므로 이 점에서 원고에게는 본 건 행정처분 취소에 관한 소의 이익이

없다고 할 것이니 비록 이유는 다를지언정 원고의 본 건 소를 각하한 원심의 결론은 정당하므로 논지 이유 없다.

### 15. 환지계획인가처분취소소송의 소의 이익(1992. 6. 26. 91누 11728)

#### 가. 판시사항

농촌근대화촉진법에 의한 환지처분이 확정된 경우, 일부 토지에 관한 환지지정에 위법이 있다는 사유로, 확정된 환지처분 전부 또는 일부의 취소를 구할 법률상 이익 유무(소극)

#### 나. 판결요지

농촌근대화촉진법에 의한 환지처분이 일단 공고되어 그 효력을 발생한 이상일부 토지에 관한 환지지정에 있어 위법이 있다 하여도 그 사유만으로는 다른 부분에 대한 환지확정처분까지 당연히 무효가 되는 것이 아니므로 위 확정된 환지처분 전부에 대하여 취소를 구할 수 없으며, 확정된 환지처분은 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 변경할 수 없으므로 일부분의 취소도 구할 법률상의 이익이 없다.

#### 다. 관련법령

농촌근대화촉진법 제129조, 행정소송법 제1조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○선

【피고, 피상고인】 전라남도지사

【원심판결】 광주고등법원 1991.10.4. 선고 90구478 판결

#### 마. 판결이유

농촌근대화촉진법에 의한 환지처분이 일단 공고되어 그 효력을 발생한 이상 일부토지에 관한 환지지정에 있어 위법이 있다 하여도 그 사유만으로는 다른 부분에 대한 환지확정처분까지 당연히 무효가 되는 것이 아니므로 위 확정된 환지처분 전부에 대하여 취소를 구할 수 없으며, 확정된 환지처분은 환지전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 변경할 수 없으므로 일부분의 취소도 구할 법률상의 이익이 없다 할 것이다(대법원 1980.6.24.선고 79누 100 판결, 1985.4.23.선고 84누 446 판결 참조).

같은 취지에서 원심이 이 사건 환지처분이 확정된 이상 위 환지처분 중 원고에 대한 부분에 위법 부당한 점이 있다고 하여도 그 사유만으로는 확정된 환지처분 전부, 또는 원고

에 해당하는 부분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없어 위 처분전부의 취소를 구하는 원고의 소는 부적법 하다고 판단한 것은 정당하여 수공이 가고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다.

논지는 이유 없다.

#### [4] 農漁村振興公社및農地管理基金法에 관한 判例

##### 1. 농어촌진흥공사 직원이 뇌물수수죄의 주체가 되는지 여부 (대법원 1998.4.28. 96도2828)

###### 가. 판시사항

- [1] 경지정리사업의 감리업무를 한 농어촌진흥공사의 직원이 건설기술관리법 제45조 소정의 공무원으로 의제 되는지 여부(소극)
- [2] [1]항의 농어촌진흥공사의 직원이 과장급인 경우 정부투자기관관리기본법 제18조 소정의 공무원으로서 뇌물수수죄의 적용대상이 되는지 여부(적극)

###### 나. 판결요지

- [1] 건설기술관리법 제27조, 제45조, 건설기술관리법시행령 제50조 규정에 따르면, 농어촌진흥공사가 경지정리사업을 농촌근대화촉진법에 의한 농지개량사업으로 당해 군청의 의뢰에 따라 그 감리를 맡은 경우, 이를 건설기술관리법 제27조 제1항에 의하여 같은 법 제28조의 규정에 의한 감리전문회사로서 감리를 맡은 것이라고 볼 수 없으므로, 농어촌진흥공사의 직원으로 감리업무를 한 자가 같은 법 제45조에 의하여 공무원으로 의제 된다고 볼 수 없다.
- [2] [1]항의 농어촌진흥공사 직원이 당해 사건 범행 당시 3급 과장으로 근무하고 있었다면 정부투자기관관리기본법 제2조, 제18조, 정부투자기관관리기본법시행령 제14조, 농어촌진흥공사및농지관리기금법 제7조 제1항의 규정에 따라 뇌물수수죄의 적용에 있어서는 공무원으로 의제 된다.

###### 다. 관련법령

- [1] 건설기술관리법 제27조, 제45조 : 건설기술관리법시행령 제50조
- [2] 정부투자기관관리기본법 제2조, 제18조 : 정부투자기관관리기본법시행령 제14조 : 농어촌진흥공사및농지관리기금법 제7조 : 형법 제129조

## 라. 판결이유

건설기술관리법 제45조는 같은 법 제27조의 규정에 의하여 그 업무를 행하는 감리원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 본다고 규정하고 있고, 제27조 제1항(1995. 1. 5. 법률 제4921호로 개정되기 전의 것)은 국가·지방자치단체·정부투자기관 기타 대통령령이 정하는 기관은 그가 발주하는 건설공사의 품질의 확보 및 향상을 위하여 제28조의 규정에 의한 감리전문회사로 하여금 책임감리를 하게 하여야 한다.

다만, 대통령령이 정하는 건설공사의 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있으며, 같은법 시행령 제50조(1995. 8. 4. 대통령령 제4744호로 개정되기 전의 것) 제2항은 법 제27조 제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 건설공사”라 함은 다음 각 호의 공사를 말한다고 하고, 제2호에서 농촌근대화촉진법에 의한 농지개발사업에 따른 공사 등을 열거하고 있는 바, 이 사건 보들지구 경지정리사업이 농촌근대화촉진법에 의한 농지개발사업으로 고창군청의 의뢰에 따라 농어촌진흥공사가 그 감리를 맡은 것이라면, 이를 건설기술관리법 제27조 제1항에 의하여 같은 법 제28조의 규정에 의한 감리전문회사로서 감리를 맡은 것이라고 볼 수 없으므로, 농어촌진흥공사의 직원으로 감리업무를 한 피고인 박○율이 같은 법 제45조에 의하여 공무원으로 의제 된다고 볼 수 없다.

그러나 정부투자기관관리기본법 제2조(1997. 8. 28. 법률 제5376호로 개정되기 전의 것)는 이 법의 적용대상이 되는 정부투자기관은 정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자한 기업체로 한다고 규정하고 있고, 농어촌진흥공사및농지관리기금법 제7조 제1항은 농어촌진흥공사의 자본금은 1조 원으로 하되 국가가 그 전액을 출자한다고 규정하고 있으므로, 농어촌진흥공사는 정부투자기관임이 명백하고, 정부투자기관관리기본법 제18조는 정부투자기관의 임원 및 대통령령이 정하는 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 공무원으로 본다고 규정하고 있고, 같은법 시행령 제14조는 법 제18조에서 “대통령령이 정하는 직원”이라 함은 투자기관의 과장대리급 이상의 직원을 말한다고 규정하고 있으며, 기록에 의하면, 위 피고인은 1976. 1. 21. 5급으로 입사하여 1989. 1.경 3급 과장으로 승진하였음을 알 수 있으므로, 위 피고인은 뇌물수수죄의 적용에 있어서는 공무원으로 의제 된다고 보인다.

그렇다면 위 피고인이 정부투자기관의 과장대리급 이상의 직원인지 심리하지 아니하고 그에게 뇌물수수죄가 적용될 수 없다고 한 원심의 조치는 심리를 다하지 아니하거나 뇌물죄의 주체에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고 이를 지적하는 상고이유는 이유가 있다.

2. 농지조성비납부통지와 농어촌진흥공사의 행정소송 피고적격  
(대법원 1995.12.22. 95누14688)

가. 판시사항

행정소송의 피고적격

나. 판결요지

행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않다고 할 것이며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수입행정청이 정당한 권한에 기하여 그 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여 받은 데 불과하여 원행정청 명이나 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명여자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다.

다. 판결이유

원고에 대한 이 사건 농지조성비 및 전용부담금의 납입통지는 피고가 농어촌진흥공사에게 농지의보전및이용에관한법률시행규칙 제8조의2, 농어촌발전특별조치법시행규칙 제35조의3 제1항의 규정에 의하여 통지한 내역에 따라 농어촌진흥공사가 한 것으로 인정되는바, 이러한 경우 그 처분을 외부적으로 한 행정청은 농어촌진흥공사라고 보아야 할 것이고, 농어촌진흥공사에게 정당한 권한이 있는지 여부를 불문하고 위 처분의 취소를 구하는 항고소송의 피고는 농어촌진흥공사가 되어야 할 것이다(위 94누1197 판결 참조).뿐만 아니라 농지의보전및이용에관한법률 제4조 제4항, 같은법 시행령 제8조, 같은법 시행규칙 제8조의2, 제8조의3, 농어촌발전특별조치법 제45조의2, 제74조, 같은법시행령 제52조의3, 제52조의4, 제83조, 같은법 시행규칙 제35조의2, 제35조의3, 농어촌진흥공사및농지관리기금법 제32조, 같은법 시행령 제36조 등의 각 규정에 의하면, 농어촌진흥공사가 농림수산부장관 등을 대신하여 농지조성비와 농지전용부담금을 고지하여 징수하는 것은 단순히 수납을 대행하는데 그치는 것이 아니라 고지징수권을 위임 위탁받아 자기의 권한에 기하여 한 것으로 인정된다(위 94누1197 판결 참조).

라. 해설(행정소송의 피고적격)



### 3. 시화지구 간척사업과 이주대책 등에 관한 판례 (서울고등법원 1997.12.16. 97나3868)

#### 가. 당사자 등

【원고(선정당사자), 항소인】 이○갑

【피고, 피항소인】 1. 농어촌진흥공사, 2. 한국수자원공사

【원심판결】 서울지방법원 1996. 12. 3. 선고 94가합117462 판결

#### 나. 판결이유

(1) 공특법 제8조 제1항은, 사업시행자는 공공사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 인하여 생활근거를 상실하게 되는 자(이하 이주자라고 한다)를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립, 실시하도록 규정하고 있는바, 이 규정의 취지는 이른바 생활보상의 일환으로 이주자에 대하여 종전의 생활상태로 회복시켜 주면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주고자 하는 데에 있고, 강제4, 5호증, 강제6, 7호증의 각 1, 2, 을제31, 32, 34호증의 각 기재에 변론의 전취지를 모아보면, 피고 진흥공사 시화사업단은 1988. 4. 13. 경기도 시화지구 보상심의회를 통하여 피해주민의 이주대책 수립건의를 받고, 같은 해 10. 경 한국과학기술원 해양연구소에 시화지구 간척피해 영향권 조사연구용역을 주어 1989. 4. 경까지 이주대책 등이 포함된 용역결과를 보고 받은 뒤, 같은 해 11. 17. 건설부장관으로부터 피해주민을 위한 이주대책의 수립, 시행지시를 받아 위 용역결과 등을 토대로 1990. 2. 8. 건설부, 농림수산부 등과 이주택지 조성계획의 협의를 거친 끝에 1992. 7. 7. 그 실시계획의 승인을 받고 경기 화성군 전곡리 전면의 공유수면 등에 이주정착지 조성공사를 벌이는 한편, 1996. 3. 20.경 이주대상자를 확정하는 등 위 방조제사업의 시행과 관련된 이주대책을 수립, 실시하여 온 사실, 원고 및 선정자 등은 위 개발사업 내지 방조제사업지구 인근에서 김가공업을 영위하다가 그 사업의 시행으로 인하여 이를 폐지하게 됨에 따라 손실보상금을 지급 받은 자로서 1993. 2.경부터 여러 차례에 걸쳐 피고 진흥공사 등에 대하여 자신들에 대한 이주대책을 마련하여 달라고 민원과 탄원을 거듭하였으나 그들의 요구가 끝내 수용되지 아니한 사실이 각 인정되기는 한다.

그러나, 위 공특법 규정의 위임에 근거하여 마련된 공특법 시행령 제5조 제5항(1992. 5. 22. 대통령령 제13649호로 개정되기 이전의 것) 본문은 법 제8조 제1항의 규정에 의한 이주대책은 건설부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이주대책 대상자(법 제8조 제1항의 규정에 의한 이주자중 허가를 받거나 신고를 하고 건축하여야 하는 건축물을 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축한 건축물의 소유자 기타 건설부령으로 정하는 자를 제외한다, 이하 같다)중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에 수립, 시행한다고 규정하며, 같은 법 시행규칙(1995. 1. 7. 건설교통부령 제3호로 개정되기 이전의 것) 제27조의 2 제3항은, 영 제5조 제5항에서 '건설부령으로 정하는 자'란

다음 각호의 자를 말한다고 규정하면서 제2호로 건물의 소유자중 당해 건물에 계속하여 거주하고 있지 아니한 자를 들고 있는데, 위 규정들을 아울러 고려하여 보면, 공특법 제8조 제1항 소정의 사업시행자가 생활근거를 상실함으로써 그 이주대책을 수립하여 주어야 할 이른바 이주자는 공공사업의 시행에 따라 종전부터 계속 거주하여 오던 주거용 건물이 철거되는 등의 사유로 주거 내지 생활근거를 상실하게 되는 자를 말한다고 봄이 상당한바, 우선 원고 및 선정자 등이 위와 같은 의미의 이주자에 해당한다고 볼 아무런 증거가 없다.

또한, 을제31, 32, 34호증의 각 기재에 변론의 전취지를 모아보면, 피고 진흥공사 시화사업단은 위 이주대책을 수립하면서 원칙적으로 위 방조제사업으로 축조될 시화방조제 내측의 어민에 대하여 종전의 생업을 계속할 수 있도록 그들을 그 방조제 외측의 임해지역으로 이동시켜 주자는 근본취지 아래 전문기관인 한국과학기술원 해양연구소에 이에 관한 연구용역을 의뢰하여 1989. 4. 25.경 같은 연구소로부터 보고 받은 연구결과 등을 토대로 당해 사업의 목적과 가용 예산의 범위, 사업지역의 여건 및 향후 발전가능성 등을 고려하여, 그 이주대상자의 자격을 방조제 축조로 생계기반을 상실한 간접피해지역 내 주민 중, 지역경제 활성화를 위하여 이주정착지에서 종전업을 계속할 수 있는 자(어선 어업자 및 횃집 등 영업자가 이에 속한다), 가옥 등 건물이 철거되지 않았으나 사업의 시행으로 고립된 도서민으로서 생계가 어려운 자 및 석산 발파로 주거불능의 피해를 입은 자로 제한하는 한편, 그 선정기준을 위 개발사업으로 인하여 영업보상을 받은 가옥의 소유자 또는 사업변경고시일인 1989. 10. 14. 이전의 건축물대장에 등재된 가옥 소유자 또는 사업변경고시일인 1989. 10. 14. 이전의 건축물대장에 등재된 가옥 소유자이자 주민등록상 전입신고를 마친 자 등으로 삼아 소정의 선정절차를 거친 끝에, 위 개발사업 등의 시행으로 손실보상을 받은 총 4,200여 세대 가운데 주로 그 방조제 내측의 이주대상지역 내에 소재한 1,200여 세대를 우선 가려내고 그중 종전업이 가능한 자 및 고립도서지역 거주자인 약 500여 세대를 최종대상자로 선정하여, 그들에게 가구당 위 같은 피고가 이주정착지로 조성한 전곡 및 오이도 등 이주정착지 내의 택지 70평 내외를 분양하여 주기로 확정된 사실을 인정할 수 있는데, 나아가 원고 및 선정자 등이 피고 진흥공사가 정한 위 선정자격을 갖추었고 그 선정기준에도 적합하다고 볼 아무런 증거가 없다. 오히려, 갑제5호증, 갑제6호증의 2, 을제32, 34호증의 각 기재에 변론의 전취지를 모아보면, 원고 및 선정자 등은 모두 위 시화방조제의 외측에서 김가공업을 영위하던 자들로서 이미 방조제 외측의 임해지역에 위치하고 있는 외에 부근의 김양식장마저 이미 소멸되어 장차 종전의 김가공업을 계속 영위할 수도 없는 등 그 선정자격을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라 선정기준에도 적합하지 아니하기 때문에 결국 이주대상자로 선정되지 못한 사실을 엿볼 수 있을 따름이다.

무엇보다도, 공특법령이 사업시행자에게 일정한 경우 이주자를 위하여 이주대책의 수립, 실시의무를 지우면서도 나아가 그 실시를 위한 요건이나 절차, 구체적 대책의 내용, 즉 이주대상자의 선정이나 그 선정자에 대한 급부의 종류 및 범위, 그 실시에 따른 효과 등의 점에 관하여는 침묵한 채 아무런 규정을 두고 있지 아니하고 있는 것은, 결국 당해 공공사업

의 종류 및 성질, 사업상황이나 여건, 그 대상자의 규모등 제반 사정을 고려하여 사업시행자가 합리적으로 결정할 수 있도록 궁극적으로 사업시행자의 재량에 맡겨 두자는 취지로 봄이 상당하다. 따라서 보상대상자로서 이주대책 대상자로 선정될 수 있는 요건을 구비한 자라고 하여 당연히 그에 관한 권리를 취득하는 것은 아니라 할 것이다. 그런데, 피고 진흥공사가 위에서 본 바와 같이 공인 연구기관에 의뢰한 연구용역의 결과를 토대로 설정한 기준에 따라 이주대책업무를 처리함에 있어 원고 및 선정자 등을 이주대책상의 이주대상자로 선정하지 아니한 데에 그 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 잘못이 있다고 볼 아무런 증거가 없다.

(2) 피고 수자원공사의 위탁을 받아 손실보상업무를 취급하였던 경기도가 위 개발사업 및 방조제 사업의 시행으로 인하여 원고 및 선정자 등이 소속되어 있다는 남리 어촌계의 총유에 속하는 김양식어업권이 소멸됨에 따른 손실보상금을 산정함에 있어 그 산정기준이 되는 평년 수익액에 관한 공제항목인 생산경비의 하나로서 김 가공경비를 김가공업을 경영하고 있는지의 여부를 묻지 않은 채 김 1속 당 금1,000원 꼴로 계산한 사실이 인정되기는 한다.

그러나, 김양식업과 김가공업을 경영하는 자의 이른바 자가가공(건조)의 경우라도 그 건조에는 자신의 노동력이 적지 않게 들고 건조시설의 투자에도 상당한 자본이 소요되는데 이러한 비용까지 아울러 고려하여 볼 때 가공(건조)에 소요되는 객관적인 가공비용은 결국 김양식업자가 김가공업자에게 건조를 위탁하는 이른바 위탁가공(건조)의 경우와 하등 다를 바가 없다고 봄이 상당할뿐더러, 설령 다소의 차이가 있다손 치더라도, 나아가 원고를 제외한 선정자등이 김양식업을 경영하고 있다거나 이른바 자가가공의 경우 건조비용이 그들이 주장하는 금400원 내지 500원 정도라고 볼 아무런 증거가 없다.

또한 갑제2호증의 1, 2, 을제33호증의 1, 2, 을제37호증의 각 기재에 변론의 전취지를 모아보면, 경기도가 위 개발사업 등의 시행으로 인하여 원고 및 선정자등이 소속되어 있다는 남리 어촌계의 총유에 속하는 김양식어업권(경기 양식 제791호, 781호 및 제790호)이 소멸됨에 따른 손실보상금을 산정하여 그 산정결과인 위 각 면허어장별 생산보상액의 합계 금 4,155,699,840원을 위 같은 어촌계에 지급한 바 있는데 위 생산보상액을 위 어촌계의 위 각 면허어장별 평년 수익액의 합계 금649,328,100원으로 나누면 6.4(금4,155,699,840원 / 금649,328,100원)라는 수치가 나오는 사실은 인정되나, 이는 단지 경기도가 위 어촌계에 대하여 그 어촌계 총유에 속하는 김양식어업권의 소멸에 따른 손실보상금을 수산업법령 소정의 산출방식[평년 수익액 / 금리(시중은행의 일반대출금리인 12.5퍼센트를 적용하였다) x 0.8]에 의하여 산정한 계산결과일 따름이지, 실제 경기도가 그 생산보상액을 산정함에 있어 약 6.5년간의 가공경비를 현실적으로 공제하여 얻은 계산결과는 아니다(원심법원의 경기도지사에 대한 사실조회의 결과 참조).

뿐만 아니라, 설령 경기도가 원고 및 선정자들의 주장처럼 6.4년간의 가공경비를 공제하

여 그 생산보상액을 산정한 것이라 하여도, 김가공업은 신고만으로 영업이 가능한 신고어업인 반면, 김양식어업은 그 배타적 권리가 인정되는 특허성격의 면허어업인 만큼 그 법적 성질이나 법적 보호의 측면에서 서로 현저한 차이가 있는 데다가, 오로지 공특법령에 근거하여 평년 수익액의 2년분만을 보상하는(당시의 공특법 시행규칙 제24조 참조) 데에 그치는 김가공업은 공특법령 및 수산업법령에 근거하여 평년 수익액 / 금리 x 0.8의 산식에 의하여 보다 두텁게 보상하는 (당시의 공특법 시행규칙 제23조 및 수산업법 시행령 제72조 참조) 김양식어업과는 서로 그 폐업 또는 소멸에 따른 보상의 근거법령이나 보상방식을 달리하고 있는 만큼, 단지 김양식어업이나 김가공업이 똑같이 김이라는 해산물을 그 사업대상으로 삼고 있다는 이유나 폐업보상에 있어 그 보상액을 평년 수익액의 2년분만으로 한정하고 있는 김가공업과의 형평상의 이유만을 들어, 김양식업자이자 김가공업자인 원고 및 선정자 등에 대한 손실보상에 있어서 그 가공경비의 공제기간을 원고 및 선정자들의 주장처럼 반드시 2년간으로 제한하여야 한다고 말하기도 어렵다.

나아가, 원고를 제외한 선정자 등은 앞서 본 바와 같이 보상액의 사정을 끝낸 경기도로부터 손실보상에 관한 협의를 요청 받고 경기도와 개별적인 협의를 거친 끝에 각기 자신들이 영위하던 김가공업 등의 영업권, 공장 건물과 건조기 등 부대시설에 관한 손실보상계약을 작성하고 그 보상금을 지급 받는 등 공특법 시행규칙 소정의 보상절차를 마무리짓는 한편(공특법 시행규칙 제5조의 5, 6, 7 등 참조), 위 보상금을 수령함에 있어 향후 이 사건 개발사업 및 방조제사업에 따른 김가공업 영업권 등의 손실보상에 관하여 어떠한 이의나 추가보상도 요구하지 않겠다는 취지의 각서까지 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 이에 의하면, 원고를 제외한 선정자 등에 대한 보상은 사업시행자가 공특법령 소정의 개별적인 협의를 통해 각별로 체결한 보상계약에 따라 행한 것이라 하겠으므로, 적어도 그들에 관한 한, 사업시행자 측이 적법한 보상절차를 거치지 아니하거나 정당한 보상을 다하지 아니한 채 방조제사업을 강행한 불법행위를 저질렀다고도 말할 수 없다.

이와 관련하여, 원고 및 선정자들은, 위 각서는 그 내용이 그들에게 현저히 공정을 잃은 것으로서 당장의 생계유지에 급급한 그들의 궁박한 상태를 이용하여 만일 각서를 쓰지 아니하면 보상금을 지급하지 않겠다고 공언하는 경기도의 압력에 어쩔 수 없이 작성한 것이므로, 이른바 불공정한 법률행위에 해당하여 무효이거나 아니면 강박에 의한 의사표시에 해당하여 취소할 수 있는 행위일 뿐만 아니라, 그 각서의 상대방도 경기도(시화지구 개발지원사업소장)일 뿐이어서 피고들에 대하여는 아무런 효력을 미칠 수 없다고 주장하나, 위 각서가 원고 및 선정자들의 주장처럼 불공정한 법률행위 또는 강박에 의한 법률행위에 해당한다고 볼 아무런 증거가 없고, 또한 경기도는 피고들로부터 위탁받은 위 개발사업 및 방조제사업과 관련한 손실보상업무 등을 피고들을 대리하여 처리하는 과정에서 위 각서를 작성, 교부 받았음은 앞서 본 바로서 그 각서의 효력은 본인인 피고들에게 당연히 미칠 터이므로, 위 주장을 모두 받아들이지 아니한다.

결국, 김양식어업과 김가공업을 겸영하는 원고 및 선정자 등에 대하여 손실보상액을 산정

함에 있어 그 가공경비를, 자가가공이 아닌 위탁가공에 따른 비용으로 과다산정하고 또한 김가공업의 폐지에 따른 손실보상의 경우와 대비하여 균형을 잃은 6.5년간이나 공제하였음을 전제로 한 원고 및 선정자들의 위 주장 또한 나아가 그들이 입었다는 구체적 피해액이나 피고들의 책임귀속관계등 나머지 점에 관하여 살필 필요 없이 그 이유 없다.

#### 4. 환매권 행사요건에 관한 판례(서울고등법원 1995.7.6. 93나39630)

##### 가. 당사자 등

【원고, 항 소 인】 김○구 외 16

【피고, 피항소인】 농어촌진흥공사

##### 나. 판결이유

(1) 이 사건 부동산이 과연 위 특례법 9조 1항이 정한 환매권 행사의 요건인 당해 공공사업의 폐지 변경 기타의 사유로 인하여 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 필요 없게 되었을 때에 해당하는지 그 여부에 대하여 살펴본다.

(가) 피고가 시행하는 위 하구언축조공사가 1983. 12.경 착공되어 1990. 10.경 준공되었고, 그 공사도중 이 사건 부동산은 사토장, 인부숙소용 가건물 터로 사용되었다가 1989. 경 그 가건물이 철거되고 사토장 터로 사용되던 것도 일시 중단되었으며, 이 사건 부동산 중 별지 부동산 목록 1의 가항, 2항 부동산은 위 사토로 말미암아 형질이 변경되어 옥구군의 토지형질변경 준공검사를 거쳐 1991. 8. 17. 잡종지로 지목 변경되었고, 위 부동산과 같은 목록 3항 부동산은 군산시 도시계획구역에 편입되었다.

(나) 피고 공사에서는 1992. 3. 충남 서천군의 하천부지 70.6ha, 전북 옥구군의 하천부지 5ha와 피고 공사 소유의 토지 20ha(이 사건 부동산도 이에 포함된다)에 금강호에서 준설한 모래와 사토를 매립하여 장차 이를 활용하고 준설량 중 일부를 공사용 골재로 판매하여 수익을 얻는 것 등을 내용으로 하는 1단계 금강호 활용 사업계획을 수립한 바 있다.

(다) 위 하구언이 준공됨에 따라 1991. 2. 전라북도에서 이 사건 부동산을 포함한 그 일대를 관광지로 개발하고자 금강호관광지 개발기본계획을 수립한 다음 1991. 3. 이를 옥구군으로 이관하여 옥구군에서는 이 사건 부동산에 파출소, 주차장, 골프연습장, 공중화장실, 일반상가 등을 배치하기로 예정하는 등 금강호관광지 개발계획을 수립하여 개발계획구역 686,485평방미터 중 도시계획구역 내 자연녹지 314,676평방미터(별지 부동산 목록 1의 가항, 2항, 3항 부동산은 여기에 포함된다)에 대하여는 1992. 3. 27. 도시계획업무를 관장하는 군산시에 유원지 시설 결정을 신청하였

고, 또한 개발계획구역 중 도시계획구역 외 토지인 전북 옥구군 성산면 성덕리 일대 371,809평방미터(별지 부동산 목록 1의 나,다,라,마항 부동산은 여기에 포함된다)에 관하여는 전라북도 도지사를 경유하여 교통부장관에게 관광지 지정 신청을 하여 1992. 7. 10. 교통부장관이 이 전북 옥구군 성산면 성덕리 일대 토지 371,809평방미터를 관광진흥법 23조의 규정에 따라 금강호 관광지로 지정하고 같은 해 7. 16. 관광지 지정 고시를 하였으며, 1993. 2. 17. 전라북도지사로부터 직제 정원 2계 11명으로 된 금강호 관광개발사업소 설치를 승인 받아 현재 그곳에는 9명이 배치되어 있다.

- (라) 금강호와 이 사건 부동산 사이에는 도시계획상 도로가 개설되게 되어 있는데 현재 광로가 개설될 곳에는 계획 폭 50m 중 7m로, 대로가 개설될 곳에는 계획 폭 35m 중 6m로 도로가 개설되어 있어 사람과 차량들의 통행이 빈번하다.
- (마) 그러나, 위에서 인정한 사실만으로는 아래에서 인정하는 사실에 비추어 볼 때 이 사건 부동산의 전부 또는 일부가 피고가 시행하는 위 공공사업에 더 이상 필요 없게 되었다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 자료가 없다.

(2) 옥구군수는 금강호관광지개발을 위하여 앞서 본 바와 같이 개발계획구역 686,485평방미터에 속하는 도시계획구역 내 자연녹지 314,676평방미터(별지 부동산 목록 1의 가항, 2항, 3항 부동산은 여기에 포함된다)에 관하여는 군산시장에게 이에 대한 유원지 시설 결정을 신청하였으나 1992. 6. 13. 군산시 의회에서 이 사건 부동산을 포함한 피고 공사 소유의 토지에 대하여는 이를 유원지 편입대상에서 제외하도록 의결하였고 이에 따라 군산시장은 같은 해 6. 24. 옥구군수에게 국가사업으로 추진중인 금강지구 농업종합개발사업과 관련하여 유원지 시설 결정을 재검토하도록 신청서류를 반려하여 결국 관광지개발의 초기 단계인 유원지 시설 결정조차 받지 못하여 관광지개발이 불가능하게 되었다. 옥구군수는 또한 개발계획구역 중 도시계획구역 외 토지 371,809평방미터(별지 부동산 목록 1의 나,다,라,마항 부동산은 여기에 포함된다)에 관하여는 앞서 본 바와 같이 관광지개발의 중간단계라 할 교통부장관의 관광지 지정 고시까지는 받았으나 피고 공사의 토지 매각 불응에 부딪치자 토지수용절차를 밟아서라도 관광지로 개발하고자 1993. 7. 15. 건설부장관에게 사업인정신청을 하였는데, 건설부장관은 같은 해 8. 18. 위 토지는 피고 공사가 금강지구 대단위 농업종합개발사업에 계속 사용할 계획이므로 사업인정이 불가하다는 이유로 신청서를 반려하여 이 역시 관광지개발이 불가능하게 되었다. 옥구군수는 위 절차와는 별도로 1992. 7. 16.부터 1993. 11. 9.까지 피고 공사에게 이 사건 부동산을 포함한 피고 공사 소유 토지에 관하여 협조, 매수협의 요청을 하였으나 위와 같은 이유로 거부당하였고, 도시계획도로 및 기존도로의 확포장사업을 위하여 피고 공사에게 토지사용승낙을 요청하였으나 이마저 거부당하였다. 그리하여, 옥구군에서는 애초 1992. 12. 금강호 관광개발사업을 위하여 국비 약 10억원, 도비 약 3억원을 사업비로 보조받아 이를 추진하려 하였으나 피고가 토지 매각 및 사용승

낙에 불응하여 1994. 2. 개발 유보를 결정하고 국, 도비 반납절차를 밟고 있다.

(3) 이 사건 부동산은 비록 호안과 약간의 거리가 있으나, 1986년까지는 금강 하구둑 배수관문 터파기 공사에서 발생한 토사 등을, 1988년까지는 배수관문 구조물 공사를 위하여 육지화했던 가체절 구간을 해체하는 과정에서 발생한 토사 등을 사토, 적치하였고, 1993. 11.부터는 금강호 용수를 공급하는 시설사업인 화양 양수장 공사현장에서 발생한 토사를 사토하였으며, 앞으로도 준설한 개흙이나 토사 등의 적치장소로 충분히 사용할 수 있다.

따라서, 이 사건 부동산이 피고 공사가 시행하는 위 공공사업에 더 이상 필요 없는 토지라 하여 위 특례법에 따라 환매권을 행사한다는 원고들의 주장은 이유 없다.

### 5. 농지조성비납입고지서의 성질(대구고등법원 1992.11.18. 92노559)

#### 가. 판시사항

농어촌진흥공사가 발행한 농지조성비납입고지서가 형법상 공문서인지의 여부(소극)

#### 나. 판결요지

농어촌진흥공사는 정부가 그 기금을 전액출자한 정부투자기관으로서 그 임원 및 직원 중 일부가 형법상 뇌물죄의 적용에 있어 공무원으로 의제되지만, 그 이외의 경우에는 그 직원이 당연히 공무원으로 의제되거나 업무의 처리에 관하여 그 기관이 공무소로 된다고 볼 수 없으므로 위 공사가 발행한 농지조성비납입고지서는 형법상 공문서에 해당하지 아니한다.

## [5] 農業基盤公社 및 農地管理基金法에 관한 判例

### 1. 농업기반공사 관련 손해배상 판례( 대법원 2001.10.26. 2001다47757)

#### 가. 판시사항

농지가 흙더미의 방치나 논두렁의 훼손 등으로 인하여 경작이 이루어질 수 없었던 경우, 그로 인한 손해의 산정기간

#### 나. 판결요지

농지가 흙더미의 방치나 논두렁의 훼손 등으로 인하여 경작이 이루어질 수 없었던 경우

에 그로 인한 손해는, 실제로 소유자에 의한 원상회복이 완료되어 경작이 가능할 때까지 계속하여 발생하는 것이 아니라 소유자 스스로 원상회복을 할 수 있었던 상당한 기간까지만 발생하는 것으로 봄이 상당하다.

#### 다. 당사자 등

【원고, 상고인 겸 피상고인】 김○갑 외 1인

【피고, 피상고인】 ○○주식회사

【피고, 피상고인 겸 상고인】 부여농지개량조합의 소송수계인 농업기반공사

【원심판결】 대전고법 2001. 6. 22. 선고 2000나704 판결

#### 라. 판결이유

##### (1) 원고들의 상고이유에 대한 판단 가

원고들의 상고이유에 대하여 원심은, 부여농지개량조합(피고 농업기반공사가 1999. 2. 5. 흡수합병 하여 그 권리·의무를 포괄적으로 승계 하였다. 이하 ‘피고 공사’라고만 한다)으로부터 이 사건 농수로 개설공사를 도급 받은 피고 ○○주식회사(이하 ‘피고 회사’라고만 한다)의 이 사건 공사 현장소장인 이○열이 피고 공사가 원고들 소유의 이 사건 소나무에 대한 보상을 하였는지 여부를 확인하지 아니하고 이를 별채하여 멸실 시킨 잘못이 있으므로 이○열의 사용자인 피고 회사는 위 이○열의 불법행위로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있음을 인정한 다음, 손해배상의 범위에 관하여 피고 회사가 배상하여야 할 수액은 특별한 사정이 없는 한 이 사건 임야에 자라고 있던 소나무의 시가 상당액으로 보고, 제1심 감정인의 시가감정결과에 의하여 이 사건 임야에 생육 중인 자연상태에서의 소나무 100주의 입목가격으로 이를 평가하였다.

관련 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심리미진, 채증법칙 위반으로 인한 사실오인, 손해배상의 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 수 없다.

그리고 이 사건 소나무의 별채와 산림의 훼손으로 인하여 종래 장마나 한발에 완충작용을 하여 오던 임야의 생태적 기능을 상실하고, 홍수시 토사가 인근 경작지에 밀려 들어와 농토를 황폐화시킬 우려가 있다는 취지의 주장은, 상고심에서 비로소 제기된 것으로 적법한 상고이유로 삼을 수 없으며, 한편, 상고이유에서 들고 있는 판례는 사안을 달리하여 이 사건에서 원용하기에는 적절하지 못하다(이 부분 청구와 관련하여 원심은 원고들의 피고 공사에 대한 청구는 기각하였는데, 이에 대하여는 원고들의 상고이유 중 불복사유의 기재가 없다). 나. 원고 김○갑의 상고이유에 대하여 원심은, 피고 공사는 원고 김○갑 소유의 원심판결 첨부 별지 목록 기재 토지(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)의 일부가 이 사건 공사에 편입되면 이 사건 토지 위에 구름다리식의 용수로를 설치하기로 하고 보상금을 지급한 후, 실제로는 이 사건 공사에 편입되는 토지(이하 ‘이 사건 편입토지’라고 한다)에 개거형의



지상수로 설치함에 따라 위 지상수로 중심으로 이 사건 토지들이 양분되었으므로, 피고들은 위 원고에게 위와 같이 양분된 토지를 통행할 수 있는 2개의 교량설치비를 지급할 의무가 있다는 위 원고의 주장에 대하여 먼저 피고 공사가 원래 구름다리식의 용수로로 설치하기로 하고 이에 해당하는 보상금만을 지급하였다는 점에 대하여는 믿기 어려운 증거를 제외하고는 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 그 판시와 같이 피고 공사가 위 원고와 사이에 이 사건 편입토지를 대금 3,122,400원에 매수하기로 하는 내용의 토지매매계약을 체결하고 그 대금 중 2,496,000원을 위 원고에게 지급한 사실 및 나머지 잔금은 위 편입토지 부분에 대한 피고 공사 명의의 소유권이전등기를 마친 후 지급하기로 약정한 사실이 인정되는 바이므로, 설사 위 지상수로 설치로 인하여 위 원고가 위와 같이 양분된 이 사건 토지를 경작하는데 지장이 초래되었다고 하더라도, 피고 공사나 피고 회사가 위 원고에게 양분된 토지 사이로 교량을 설치해 주기로 약정한 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 원고가 매수인 또는 공사 시행자인 피고들에 대하여 위 교량의 설치를 구할 아무런 근거가 없다고 하여 이를 받아들이지 아니하였다.

관련 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 위 원고가 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심리미진, 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### (2) 피고 농업기반공사의 상고이유에 대한 판단

원고 김○갑에 대한 상고이유 제1점에 대하여 원심은 그 인정 사실에 의하여, 피고 공사와 피고 회사는 이 사건 토지 약 1,274㎡ 위에 이 사건 공사로 생긴 흙더미를 방치하고, 위 수로에 접한 약 175㎡의 토지면은 논두렁이 없는 상태로 방치함으로써, 원고 김○갑으로 하여금 1997년부터 원심 변론종결(2001. 5. 18.) 당시까지 약 4년간 이 사건 토지를 경작하지 못하게 한 잘못이 있다고 한 다음, 위 원고가 1994년경부터 위 토지를 경작하지 아니한 채 휴경지로 방치하고 있었으므로 이 사건 공사와 위 원고의 벼농사 휴경은 인과관계가 없다는 취지의 피고들의 주장에 대하여 위 원고가 1994년경부터 위 토지를 경작하지 아니하고 있었다고 하더라도 1997년 이후에도 위 토지를 경작하지 아니하였으리라고 단정할 수 없고, 피고 공사 등이 흙더미를 방치하거나 논두렁을 설치해 주지 아니하여 위 원고로 하여금 위 토지를 본래의 용도에 따라 사용하지 못하게 한 사실이 인정되는 이상 그 손해를 배상할 책임이 있다고 하여 위 주장을 받아들이지 아니하고, 위 4년간의 휴경으로 인한 손해를 합계 금 18,000,000원으로 산정 하였다.

먼저 기록에 의하면, 피고 공사 등이 이 사건 토지 약 1,274㎡ 위에 이 사건 공사로 생긴 흙더미를 방치하고 위 수로에 접한 약 175㎡의 토지면을 논두렁이 없는 상태로 방치함으로써 원고 김○갑으로 하여금 이 사건 토지를 경작하지 못하게 하였다 본 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍된다.

그런데 그 손해배상의 범위에 관하여 보건대, 이 사건 토지와 같은 농지가 흙더미의 방

치나 논두렁의 훼손 등으로 인하여 경작이 이루어질 수 없었던 경우에 그로 인한 손해는, 실제로 소유자에 의한 원상회복이 완료되어 경작이 가능할 때까지 계속하여 발생하는 것이 아니라 소유자 스스로 원상회복을 할 수 있었던 상당한 기간까지만 발생하는 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다(임차인의 원상회복의무 지체로 인하여 임대인이 입게 된 손해배상의 범위에 관한 대법원 1999. 12. 21. 선고 97다15104 판결 등 참조). 따라서 원심으로서는 피고 공사 등의 불법행위가 있는 날로부터 4년이 지난 원심 변론종결일 현재까지 계속 손해가 발생하고 있음을 전제로 손해배상을 산정할 것이 아니라, 먼저 피고 공사 등의 위 불법행위가 종료된 다음 원고 스스로 복구할 수 있었는지 여부를 살펴보고, 원고 스스로의 복구가 불가능하지 아니하였다면 그 원상회복을 충분히 마칠 수 있었던 시점이 언제인지를 아울러 심리하여 그 시점까지의 경작불능에 따른 손해를 인정하여야 하였을 것이다.

이 점을 지적하는 상고이유는 그 이유가 있다(이 부분 청구와 관련하여 원심에서 일부 패소한 피고 회사는 상고하지 아니하였다). 나. 원고들에 대한 상고이유 제2점에 대하여 일반적으로 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다(대법원 1998. 6. 26. 선고 97다42823 판결 등 참조). 관련 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 이 사건 공사가 부여군의 3개 면에 걸쳐 약 50km 정도의 농업용수로 건설하여 약 1001ha의 농지에 농업용수를 공급하는 공익적인 사업이고, 이 사건 원고들 소유의 임야에 설치된 지상 용수로(측구) 및 지하 용수로는 위 공사구간의 일부로서 그 국가적·사회적 공동이익이 지대하므로, 위 용수로의 철거를 구하는 것은 사회상규에 반하거나 권리남용에 해당한다는 피고 공사의 주장을 받아들이지 아니한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 권리남용의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 그러므로 원심판결 중 피고 공사의 원고 김○갑에 대한 패소 부분 중 휴경에 따른 손해 금 18,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 명한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전고등법원으로 환송하고, 원고들의 상고와 피고 공사의 원고 김○을에 대한 상고 및 원고 김○갑에 대한 나머지 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 2. 농업기반공사및농지관리법부칙제6조단서위헌확인 (헌법재판소 2001.4.26. 2000헌마122)

### 가. 판시사항

- [1] 법률조항이 “정관에 정하는 바에 따라”라고 규정하고 있지만 주장취지의 관점에서 그 법률조항을 다투는 헌법소원의 직접성 요건이 구비되었다고 본 사례
- [2] 법률이 자치적인 사항을 공법적 단체의 정관으로 정하도록 위임한 경우 헌법 제75조, 제95조의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되는 여부(소극)
- [3] 농업기반공사및농지관리기금법 부칙 제6조가 구 농지개량조합법에 따른 농지개량조합장들의 임기를 종료시키면서 단서에서 ‘농업기반공사의 정관이 정하는 바에 따라’ 필요한 예우를 하도록 규정한 것이 포괄위임입법금지 원칙 혹은 의회유보의 원칙에 위배하여 청구인들의 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

### 나. 재판요지

- [1] 통상 법률조항이 정관에 위임하고 있는 경우 그 조항 자체가 기본권을 침해하는 것으로 볼 수 없지만, 이 사건에서는 청구인이 그 조항의 규정 형식 자체를 문제삼고 있고, 입법부가 정관에 기본권 관련 사항을 위임할 수 있는지는 특수한 헌법적 성격을 가지므로, 헌법소원의 직접성 요건을 인정함이 상당하다.
- [2] 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는, 그 문리해석상 정관에 위임한 경우까지 그 적용 대상으로 하고 있지 않고, 또 권력분립의 원칙을 침해할 우려가 없다는 점 등을 볼 때, 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 원칙적으로 적용되지 않는다.
- [3] 농업기반공사및농지관리기금법 부칙 제6조 단서는 농업기반공사의 자치적 입법사항을 정관에 위임한 것으로서 이를 행정부의 법규명령에 위임한 것과 같이 볼 수 없어, 헌법상 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않으며, 이미 조합장 등의 기존 임기가 종료된 것을 전제로 종전의 기득권 보호차원에서 필요한 예우를 규정한 것이므로 직업선택의 자유의 본질적이거나 본질적인 사항이라고 볼 수 없어 반드시 국회가 스스로 정할 사항은 아니므로 법률유보의 원칙에 위배되지 않고, 달리 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한 것이라 볼만한 사정이 없다.

### 다. 심판대상조문 농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제6조 단서

라. 판결이유

(1) 사건의 개요 및 심판의 대상

(가) 사건의 개요

구 농지개량조합법(1999. 2. 5. 법률 제5759호 농업기반공사및농지관리기금법에 의하여 폐지됨) 제32조 제2항, 제34조 제1항에 의하여, 각 임기 4년으로, 청구인 이○현은 1997. 7. 1.부터 순창농지개량조합장으로, 청구인 백○석은 1997. 7. 1.부터 전북농지개량조합장으로, 청구인 김○관은 1997. 9. 3.부터 청양농지개량조합장으로, 청구인 조○관은 1997. 11. 26.부터 정읍농지개량조합장으로 각 재직하기 시작했으나, 위 농업기반공사및농지관리기금법(이하 ‘법’이라 한다) 부칙 제6조는 법 시행일로부터 농지개량조합 등의 임원의 임기를 종료시키면서, 다만 그 임원에 대하여 농업기반공사 정관이 정하는 바에 따라 직무의 부여 등 필요한 예우를 하도록 규정하였다.

한편 1999. 12. 27. 시행된 농업기반공사의 정관은 농지개량조합장 등 임원이었던 자가 2000. 1. 1. 현재 58세 이하이면서 잔여임기가 6개월 이상 남은 경우는 농업기반공사의 계약직 지부장으로 임용할 수 있도록 하였으나, 그 외의 자에 대하여는 일정한 공로금과 특별위로금만을 지급하도록 하였다. 그런데 청구인들은 모두 2000. 1. 1. 현재 58세가 넘어 위 임용기준에 맞지 않았다.

청구인들은 2000. 2. 18., 법 부칙 제6조 단서규정이 ‘농업기반공사의 정관이 정하는 바에 따라’ 필요한 예우를 하도록 규정한 것은, 헌법 제75조, 제95조의 위임입법의 법리에 위배하여 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권 등을 침해하는 것이라며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제6조 단서(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌 여부이다. 이 사건 조항 및 관련규정은 아래와 같다.

법 부칙 제6조(임원에 관한 조치) 이 법 시행과 동시에 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 임원은 임기가 종료된 것으로 본다. 다만, 농지개량조합장등 임원에 대하여는 잔여임기와 업무수행능력등을 감안하여 공사의 정관이 정하는 바에 따라 종전의 직위에 상응한 직무의 부여등 필요한 예우를 한다.

법 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2000년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 부칙 제3조의 규정은 공포한 날로부터 시행한다.

농업기반공사 정관(1999. 12. 27. 시행) 제4조(임원에 관한 조치) 법 부칙 제6조 단서 규정에서 정한 “농지개량조합장 등 임원의 예우”라 함은 다음 각호와 같다.

1. 업무의 효율성과 직원의 정년 등을 고려하여 2000년 1월 1일 현재 58세 이하인 농지개량조합장을 공사의 계약직 지부장으로 임용할 수 있다. 다만, 잔여임기가 6

개월 미만인 자는 제외한다.

2. 공사의 계약직 지부장 및 임원으로 임용하지 않는 농지개량조합장, 농지개량 조합연합회 및 농어촌진흥공사 상임임원은 다음 각호에서 정한 금전적인 예우를 한다.

가. 농지개량조합장은 공로금으로 기본급여에 잔여임기월수를 곱한 금액의 100분의 50에 해당하는 금액과 특별위로금으로 잔여임기가 1년 미만인 자는 3천만원, 1년 이상인 자는 5천만원을 합산한 금액을 지급한다.

나. 농지개량조합연합회 및 농어촌진흥공사 상임임원은 공로금으로 기본급여에 잔여임기월수를 곱한 금액의 100분의 50에 해당하는 금액을 지급한다.

다. 공로금·특별위로금은 1999년 12월 31일까지 해당 소속기관에서 지급한다.

## (2) 판단

### (가) 적법요건 판단

헌법소원심판의 대상이 되는 법률은 별도의 구체적인 집행행위의 매개를 필요로 하지 아니하고 그 법률 자체로서 직접 청구인의 기본권을 침해하는 경우여야 하고 그 법률을 통하여 자유가 제한되거나 의무가 부과되는 경우 또는 권리와 법적 지위 등이 박탈되는 경우에 법률에 의한 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589).

이 사건 조항은 종래의 조합장에 대한 예우 사항을 공사의 정관에 위임하고 있다. 그러므로 구체적인 정관의 내용 여하에 따라 청구인들의 재임용이 결정되게 된다. 통상 이러한 경우 법률조항 자체가 청구인의 기본권을 침해하는 것으로 볼 수 없어 직접성 요건에 흠결이 있게 된다.

그런데 이 사건에서 청구인들은 이 사건 조항 자체가 포괄적인 위임입법을 하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하였다는 취지의 주장을 하고 있는바, 아래의 점에서 직접성을 인정할 수 있다.

첫째, 청구인들은 이 사건에서 단순히 청구인들이 합당한 예우를 받지 못했다는 것만 다투는 것이 아니라, 이 사건 조항의 규정 형식 자체를 문제삼고 있다. 즉, 직업선택의 자유 등 기본권의 제한에 관한 규정은 일반적인 위임입법보다도 더 엄격한 형식에 의하여야 할 것임에도 불구하고, 행정규칙도 아닌 농림부 산하기관에 불과한 농업기반공사의 정관에 위임한 것은 위헌이라는 것이다. 이러한 주장은 이 사건 조항을 직접 다룰 때만 성립될 수 있는 것이다.

둘째, 정관에 기본권 관련 사항을 위임할 수 있는지는, 일반적 위임입법 문제와는 달리 특수한 헌법적 성격을 가진다. 만일 국회가 법률로써만, 혹은 구체적인 위임입법(법규명령) 형식으로만 정하여야 할 경우에도 정관에 위임시킨다면 이는 국회가 자신의 의무를 회피하는 것이 되는 중대한 헌법문제로서, 이 사건 조항을 직접

다들 때에만 그 해명이 이루어질 수 있는 것이다.

(나) 본 안에 관한 판단

이 사건의 쟁점은 법률이 “정관이 정하는 바에 의하여”라고 규정한 경우에도 헌법상의 위임입법의 한계 원칙이 적용될 것인지, 적용되지 않는 경우 위헌심사의 기준은 무엇인지가 우선 문제되며, 그러한 관점에서 이 사건 조항이 직업의 자유를 침해한 것인지 여부가 문제된다.

① “정관이 정하는 바에 의하여”라는 규정형식과 포괄위임입법금지 원칙

헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하면서, 아울러 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고, 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 각 규정함으로써 행정기관으로서의 위임입법을 인정하고 있는데, 우리 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 것이다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1 판례집 10-1, 509, 515-516).

“위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 그 요건이 엄격할 수밖에 없으니 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하는 것이다(헌법 제75조).”(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 379)

그런데 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다고 봄이 상당하다. 우선 헌법 제75조, 제95조의 내용을 보면, 그 문리해석상 정관에 위임한 경우까지 그 적용 대상으로 하고 있지 않다. 즉 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙은 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정(법규명령)을 주된 대상으로 하고 있는 것이다.

위임입법을 엄격한 헌법적 한계 내에 두는 이유는 무엇보다도 권력분립의 원칙에 따라 국민의 자유와 권리에 관계되는 사항은 국민의 대표기관인 의회가 정하는 것이 원칙이라는 법리에 기인한 것이다. 즉, 행정부에 의한 법규사항의 제정은 입법부의 권한 내지 의무를 침해하고 자의적인 시행령 제정으로 국민들의 자유와 권리를 침해할 수 있기 때문에, 엄격한 헌법적 기속을 받게 하는 것이다. 그런데 법률이 행정부가 아니거나 행정부에 속하지 않는 공법적 기관의 정관에 특정 사항을 정할 수 있다고 위임하는 경우에는 그러한 권력분립의 원칙을 훼손할 여지가 없다.

이는 자치입법에 해당되는 영역이므로 자치적으로 정하는 것이 바람직하다. 또한 헌법재판소는 조례의 경우, 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572)고 판단한 바 있는데, 법률이 공법상의 법인의 정관에 위임한 경우에도 그것이 그 법인의 자치적인 규율 사항이라고 보는 한 같은 법리가 적용된다고 할 수 있다. 한편 외국의 판례를 참조할 때, 독일 연방헌법재판소의 판례 역시 법규명령의 위임입법의 한계를 정한 기본법 규정(제80조 제1항)은 권리능력있는 공법적 기관에게 자치적 규약제정권을 부여하는 경우에는 적용되지 않는다고 판단한 바 있다(BVerfGE 제12권, 319, 325 등).

그러므로 이상의 이유에서 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙이 원칙적으로 적용되지 않는다고 볼 것이다.

그러나 공법적 기관의 정관 규율사항이라도 그러한 정관의 제정주체가 사실상 행정부에 해당하거나, 기타 권력분립의 원칙에서 엄격한 위임입법의 한계가 준수될 필요가 있는 경우에는 헌법 제75조, 제95조의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되어야 할 것이다.

한편 법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않는다 하더라도, 그 사항이 국민의 권리 의무에 관련되는 것일 경우에는, 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1 판례집 10-1, 509, 515-516) 법률유보 내지의 회유보의 원칙이 지켜져야 할 것이다.

나아가 비록 기본적으로 본질적인 것이 아닌 권리와 의무에 관한 사항이라도, 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 입법부의 권한 내지 의무로 하는 법치주의 내지 법률유보의 원칙을 고려할 때, 법률에서 정관으로 정하여질 내용을 되도록 범위를 한정시켜 위임하는 것이 바람직하며, 한편 정관으로 제정된 내용은 자의적인 것이어서는 안될 것이다.

## ② 이 사건 조항의 위헌 여부

이 사건 조항은 법 부칙 제6조 단서인데, 청구인들은 법 시행과 동시에 종전 임원은 임기가 종료된 것으로 보도록 한 본문 부분의 위헌성 여부는 다투지 않으며, 조합장 등의 종전의 지위에 대한 신뢰를 보호하기 위한 경과규정인 이 사건 조항을 다투고 있다.

그러므로 사실상 정관의 내용 여하에 따라, 상응하는 직무가 부여될 수도 그렇지

않을 수도, 기타 다른 방법의 예우를 받을 수도 있게 되므로, 청구인들의 직업의 자유가 침해될 소지가 있게 된다.

그런데 청구인들은 이 사건 조항 자체가 “정당하지 않게 직업선택의 자유에 관한 사항을 정관에 포괄적으로 위임한 것”이라는 취지로 다투고 있으므로, 그러한 의미에서 이 사건 조항은 한편으로는 예우에 대하여 규정하는 수익적 조항이지만, 다른 한편으로는 직업의 자유에 대한 제한 문제에 관련되고 있다.

그러나 이 사건 조항은 공사의 자치적 입법사항을 정관에 위임한 것으로서, 아래에서 보듯이, 그 위헌심사에는 헌법상 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않으며, 달리 직업의 자유 등을 침해한 것이라 볼 수 없다.

우선, 공사는 국가가 전액을 출자하여 농어촌정비사업 등을 행하는 법인이다(법 제 4조, 제6조 제1항, 제10조). 따라서 공사는 공법적 규율을 받는 일종의 공법인이다. 비록 공사의 정관 제정은 공사설립위원회가 작성하여 농림부장관의 인가를 받아야 하지만(법 부칙 제3조), 공사설립위원회는 각 지역별로도 구성되고 순수한 민간인도 포함되고 있는 점에서, 정관의 제정이 행정부에 의하여 이루어지는 경우라거나, 정관에 위임한 것을 행정부의 법규명령에 위임한 것과 같이 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 조항은 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙의 적용을 받지 않는다.

한편 이 사건 조항은 이미 조합장 등의 기존 임기가 종료된 것을 전제로, 단지 종전의 기득권 보호차원에서 필요한 예우를 규정한 것이므로, 직업선택의 자유를 새로이 제한하는 것이 아니라, 이미 임기 종료된 직업에 대하여 신뢰보호의 차원에서 새로이 공사의 임원으로 임명 혹은 불임명(혹은 금전보상 등) 될 것인지를 정하는 것이므로, 직업선택의 자유의 기본적인거나 본질적인 사항에 관한 것이라고는 볼 수 없다.

또한 이 사건 조항이 위임한 사항은 국가기관이 아니라 공법상 법인인 농업기반공사의 임원의 선임 등에 관련된 사항이므로 공사의 자치행정의 영역에 속하는 것인바, 종래의 3개 기관이 하나로 통합되는 이상 종전의 임원을 선별적으로 평가하여 재임용 여부를 결정하여야 하므로, 이는 법률이 직접 규율하기에 부적합하며 공사가 자치적으로 필요한 기준과 평가를 거쳐 결정하는 것이 필요하다. 한편 이 사건 조항은 그 선별 기준으로서 “잔여임기와 업무수행능력등을 감안하여” 정관이 정하도록 범위를 정하여 정관에 위임하고 있다.

이상의 상황을 종합하면, 이 사건 조항이 공사의 정관에게 청구인들의 종전 직위에 상응한 직무 부여 등 예우를 정하도록 한 것이 법률유보의 원칙이나 달리 헌법 규정에 위배된 것이라 볼 수 없고, 그밖에 이 사건 조항 자체가 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한 것이라 볼 수 없다. 또한 달리 다른 기본권이 침해되었다고 볼 사정이 없다.



③ 정관의 내용과 평등권 문제

청구인들은 정관에서 정한 “58세 이하” “6개월 미만” 등 재임용 선별 기준이 자의적이라는 취지로 주장하나, 이는 정관의 내용 자체의 문제인바, 청구인들은 정관 자체의 위헌성 여부는 이 사건 심판대상으로 삼지 않고 있다.

설사 그러한 주장을 살핀다 해도, 공사의 임원에 대한 일반적인 정년제도 등을 감안할 때, 정관의 그러한 내용이 비합리적인 것이라거나 자의적인 것이라고 보기는 어려우므로, 이로써 청구인들의 평등권이 침해되었다고 보기는 어렵다.

(4) 결 론

그러므로 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

**3. 농업기반공사및농지관리기금법위헌확인**

(헌법재판소 2000.11.30. 99헌마190)

**가. 판시사항**

- [1] 농지개량조합이 사법인으로서 기본권의 주체가 되어 헌법소원의 청구인적격을 갖는지 여부(소극)
- [2] 기존 농지개량조합들 및 농지개량조합연합회와 농어촌진흥공사를 각 해산하여 신설되는 농업기반공사에 합병시키도록 한 농업기반공사및농지관리기금법 부칙 제2조 제2호, 제8조가 농지개량조합 조합원의 결사의 자유, 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
- [3] 기존 농지개량조합의 재산을 신설되는 농업기반공사가 포괄승계토록 한 같은 법 부칙 제9조 제1항, 제2항이 농지개량조합 조합원의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

**나. 재판요지**

- [1] 농지개량조합은 농지소유자의 조합가입이 강제되는 점, 조합원의 출자에 의하여 조합재산이 형성되는 것이 아니라 국가 등이 설치한 농업생산기반시설을 그대로 인수하는 점, 조합의 합병·분할·해산은 법정 사유로 제한되어 있는 점, 조합원은 그 자격을 상실하지 않는 한 조합에서 임의 탈퇴할 수 없는 점, 탈퇴되는 경우에도 조합에 대한 지분반환청구는 허용되지 않는 점, 해산한 조합의 잔여재산은 조합원들에게 분배되지 아니하고 농지개량조합자립육성금고에 납입되는 점, 조합원들에게 조합비를 부과·징수하여 경비에 충당하나 그 징수절차가 지방세계납처분의 예에 의하고 이용료의 성격을 띠고 있는 점, 조합과 그 직원과의 관계는 공법상의 특별권력관계인 점,

주요사업인 농업생산기반시설의 정비·유지·관리사업은 농업생산성의 향상 등 그 조합원들의 권익을 위한 것만이 아니고 수해의 방지 및 수자원의 적정한 관리 등 일반국민들에게도 직접 그 영향을 미치는 고도의 공익성을 띠고 있는 점 등 농지개량조합의 조직, 재산의 형성·유지 및 그 목적과 활동전반에 나타나는 매우 짙은 공적인 성격을 고려하건대, 이를 공법인 이라고 봄이 상당하므로 헌법소원의 청구인적격을 인정할 수 없다.

- [2] 결사의 자유에서의 결사란 자연인 또는 법인이 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합한 단체를 말하는 것으로 공적책무의 수행을 목적으로 하는 공법상의 결사는 이에 포함되지 아니한다. 따라서 농지개량조합을 공법인으로 보는 이상, 이는 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체로 볼 수 없어 조합이 해산됨으로써 조합원이 그 지위를 상실하였다고 하더라도 조합원의 '결사의 자유'가 침해되었다고 할 수 없다.

한편 법인의 설립 및 존속은 그 자체가 간접적인 직업선택 또는 직업수행의 한 방법으로서 농조의 해산 및 공사예의 합병으로 인하여 조합원이 그 소속 조합을 존속시키지 못하게 됨에 따라 직업의 자유를 제한 받는 듯이 보이나, 앞에서 본 바와 같이 농지개량조합을 공법인으로 보아 결사의 자유의 대상이 되는 결사체임을 부정하는 이상 법인의 설립·존속과 관련하여 별도로 '직업의 자유'가 침해되었다고 보기 어렵다.

- [3] 농지개량조합의 재산은 기본적으로 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 기반시설을 포괄승계한 것으로서, 조합원 개개인이 그에 대한 지분을 갖거나 지분에 상응한 반환청구권을 행사할 수 없다. 즉 농지개량조합의 재산은 조합원 개개인에 귀속되어 그들의 사적 이익을 위하여 사용되는 것이 아니라, 농업기반시설의 유지·관리 및 이용의 확보라는 공적 기능을 보장하고 원활하게 하고자 설정되고 유지되는 것으로서, 조합원 개개인을 위하여 헌법상 보장되는 재산권의 대상이 된다고 보기 어렵다.

#### 다. 심판대상조문

농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제2조 중 제2호, 제7조, 제8조, 제9조 중 제1항, 제2항

#### 라. 판결이유

##### (1) 사건의 개요와 심판의 대상

##### (가) 사건의 개요

- ① 청구인 양평농지개량조합은 기존 농지개량조합법(1995. 12. 29. 법률 제5077호, 이하 “농조법”이라 한다)에 의한 농지개량조합(이하 “농조”라 한다) 중의 하나이고, 청구인 김○권은 동법에 의한 서산농조의 조합원이며, 청구인 김○은 동법에 의한

파주농조의 직원이자 동 농조의 노동조합 대표이고, 청구인 박○필은 동법에 의한 농지개량조합연합회(이하 “농조연”이라 한다)의 직원이자 농조연 노동조합의 대표이다.

- ② 그런데, 농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호, 2000. 1. 1. 시행, 이하 “법”이라고 한다)에 의하면, ① 기존의 농조와 농조연 및 농어촌진흥공사 및농지관리기금법(1990. 4. 7. 법률 제4229호)에 의한 농어촌진흥공사(이하 “농진공”이라 한다)는 각 해산되어 새로 설립되는 농업기반공사(이하 “공사”라 한다)에 합병된 것으로 보며, ② 농조, 농조연 및 농진공의 직원은 공사의 직원으로 보고, ③ 농조, 농조연 및 농진공의 재산 기타 권리와 의무는 신설된 공사가 포괄승계하게 된다.
- ③ 이에 청구인들은 법의 시행에 의하여, 그들의 의사와는 무관하게 농조가 해산되고 공사로 합병되게 되었을 뿐만 아니라, 농조의 재산이 모두 공사로 이전되고, 직원들의 소속이 변경되어 근로조건이 악화되며, 농조 또는 농조연의 직원들로 구성된 노동조합이 소멸하여 노동조합대표로서 더 이상 종전의 업무를 수행할 수 없게 됨으로써, 헌법상 보장된 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 및 근로의 권리 등 기본권을 침해당하게 되었다고 주장하면서 1999. 4. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### (나) 심판의 대상

청구인들은 법 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 청구인들이 주장하는 청구이유 및 각자 침해당하였다는 기본권들의 내용에 비추어 보면, (1) 농조법의 폐지를 규정한 법 부칙 제2조 제2호, (2) 농조 직원의 공사에의 승계를 규정한 법 부칙 제7조, (3) 농조의 해산과 공사에의 합병을 규정한 법 부칙 제8조, (4) 농조 재산을 공사가 포괄승계토록 하는 법 부칙 제9조 제1항, 제2항이 이 사건 심판대상조문이 된다고 할 것이다(한편 청구인들 대리인은, 법 시행과 동시에 농조 임원의 임기가 종료된 것으로 간주하도록 하는 법 부칙 제6조 본문의 규정이 농조 임원의 직업의 자유를 침해하며, 법 부칙 제8조 등에 의하여 농조가 해산됨과 동시에 농조연도 해산되어 공사에 합병됨으로써 농조연의 결사의 자유, 직업의 자유 등 기본권도 침해된다고 주장하나, 위 주장은 각 청구인 아닌 자의 기본권침해를 주장하는 것으로서 자기관련성이 없고, 이를 청구인들의 나머지 주장을 이유 있게 하기 위하여 덧붙인 것에 불과하므로 따로 이 사건 심판대상에 포함시키지는 아니하기로 한다).

[이 사건 심판대상 조문 및 그 내용]

① 농조법의 폐지(법 부칙 제2조 중 제2호)

“다음 각호의 법률은 이를 폐지한다.

2. 농지개량조합법”

② 농조 직원을 공사가 승계(법 부칙 제7조)

“공사가 설립된 때에는 그 설립 당시의 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 직원은 공사의 직원으로 본다. 다만, 농지개량조합의 직원은 농업기반시설의 유지·관리 등 지역적 특성을 감안하여 배치하여야 한다.”

③ 농조의 해산과 공사에의 합병(법 부칙 제8조)

“농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회는 이 법에 의한 공사의 설립과 동시에 민법 중 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 본다. 이 경우 공사의 설립은 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 합병으로 본다.”

④ 농조 재산을 공사가 포괄승계(법 부칙 제9조 중 제1항, 제2항)

- “① 공사는 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 재산과 채권·채무 기타 권리·의무를 포괄적으로 승계 한다.  
 ② 등기부 기타 공부에 표시된 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 명의로는 공사의 명의로 본다.”

(2) 적법요건

(가) 청구인 양평농조의 청구인 적격

① 서

공권력의 행사자인 국가나 국가기관 또는 국가사무의 일부를 위임받아 수행하는 공법인 이나 그 기관은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 아니므로, 헌법소원 청구인으로서의 적격이 없다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120 ; 1995. 2. 23. 90헌마125 ; 1995. 9. 28. 92헌마23등 ; 1997. 12. 24. 96헌마365 ; 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295 등 참조) 할 것이므로, 이 사건에서는 청구인 양평농조가 공법인 인지 여부를 우선 밝혀보지 않을 수 없다.

② 농조법상의 관련조문을 중심으로 한 농조의 법적 성격

i) 사법인적 성격

농조법은 농민의 자주적인 조직을 통하여 (중략) 농민의 경제적 자립과 이익의 증진에 이바지함을 목적으로 하고(농조법 제1조), 농조 조합원자격을 가진 자 20인 이상이 발기인이 되어 농조를 설립하게 되므로(농조법 제9조 제1항), 농조의 결성이 법적으로 강제되지 아니하며, 조합원들로 구성되는 총회의 의결로 일정한 경우 스스로 합병·분할 또는 해산할 수 있을 뿐만 아니라(농조법 제24조 제2호, 제61조 제1항), 조합장은 조합원 중에서 조합원들이 선출하도록 되어 있는 등(농조법 제32조 제2항) 사법인적 성격이 엿보인다.

ii) 공법인적 성격

조합구역내에 조합원 자격이 있는 자의 3분의 2 이상이 동의하면 동의하지 않은

조합원 자격 있는 자까지도 모두 조합원으로 자동 가입되고(농조법 제9조 제1항, 제18조 제1항), 조합구역에 새로 편입된 구역내의 조합원 자격 있는 자는 그의 의사와 무관하게 조합원이 되며(농조법 제18조 제3항), 조합원은 그 자격을 상실하지 아니하고는 조합에서 임의로 탈퇴할 수 없고(농조법 제18조 제4항, 제5항, 제47조 제1항), 조합은 그 조합구역내에 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 농업생산기반시설을 인수하여 관리하여야 하며(농조법 제16조), 조합원은 조합의 경비에 충당될 조합비를 부담하나 조합비는 그가 받은 이익에 상응하는 것으로 정하여져 시설이용료의 성격을 띠고 있는 것(농조법 제43조, 제44조, 제46조)과 조합원들이 그들에 대한 조합비 등 부과금을 체납한 경우 지방세체납처분의 예에 의하여 징수하고(농조법 제51조), 조합비로 경비를 전부 충당할 수 없을 때에는 그 부족한 금액을 국고에서 보조받으며(농조법 제45조), 농조 및 농조연은 정치에 관여하는 일체의 행위를 하여서는 아니 되고(농조법 제6조), 농조 및 농조연 임직원은 공무원을 겸직할 수 없고(농조법 제7조 제3항), 공정한 임원 선거를 위하여 엄격한 법적 규제를 하고 있으며(농조법 제37조), 농조의 권리와 농조에 대한 채무에 대한 소멸시효에 관하여는 예산회계법을 준용하는 것을 비롯하여 농조의 회계에 대하여 많은 제한 규정을 두고 있고(농조법 제52조 내지 제60조), 강제합병·분할·해산에 관한 광범위한 규정(농조법 제61조 제2항)을 두는 등 사법인에서는 볼 수 없는 공법인적 성격이 있다.

### iii) 소결론

위에서 살펴본 농조의 법적 성격에 의하면, 농조는 그 설립 자체가 강제되지는 않는다는 점 등 사법인적 성격도 없지 않으나, 구역내 농지소유자의 농조가입이 강제되는 점(농조법 제9조 제1항, 제18조 제1항, 제3항), 농조의 기본재산은 조합원들의 출자에 의하여 형성되는 것이 아니라 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 농업생산기반시설을 그대로 인수하여 보유하게 되는 점(농조법 제16조), 조합원들의 결의로 합병·분할·해산할 수 있는 경우도 조합구역의 일부변경이나 다른 농조에의 합병을 위한 것이거나 수혜구역이 농지로서의 성격을 잃는 등 농조의 설립 목적을 달성할 수 없게 되었을 경우로만 제한되는 것으로 해석되는 점(농조법 제61조 이하), 조합원은 원칙적으로 그 소유의 농지가 조합구역에서 제외되거나 농지의 소유권을 상실하는 등의 사유로 조합원으로서의 자격을 잃은 경우에만 농조에서 탈퇴할 수 있고(농조법 제18조 제4항, 제5항, 제47조 제1항), 또한 조합에서 탈퇴하게 되는 경우에도 조합에 대한 지분반환청구는 허용되지 않는 점(대법원 1999. 3. 12. 선고 98다57051 판결 참조), 해산한 조합의 잔여재산은 조합원들에게 분배되는 것이 아니라 농조자립육성금고에 납입토록 하여 여전히 공익적 목적에 사용되는 점(농조법 제70조 제5항), 농조의 경비는 조합원들에게 부과하여 징수하나 그 징수절차가 지방세체납처분의 예에 의하고, 그 내용도 조합원들이 받은 이익에 상

응하는 이용료의 성격을 띠고 있으며, 부족분은 국고의 보조를 받게 되는 점, 농조와 그 직원과의 관계는 공법상의 특별권력관계로서 징계처분을 받은 직원은 행정소송으로 이를 다투어야 하는 점 등을 비롯하여, 농조의 주요사업인 농업생산기반시설의 정비·유지·관리는 농업생산성의 향상 등 그 조합원들의 권익을 위한 것만이 아니고 수해의 방지 및 수자원의 적정한 관리 등 일반국민들에게도 그 영향을 직접 미치는 고도의 공익성을 띠고 있는 것이고, 나아가 농조 재산의 운용과 농조의 사업 및 활동은 조합원들이 선출한 조합장과 조합원으로 구성된 총회의 의결 및 정관에 따라 자주적으로 수행되는 것이라고 하더라도, 이는 어디까지나 농조 본연의 공적 책무인 목적을 위하여 필요한 범위 내에서만 수행될 수 있는 것이지 조합원들의 사익을 추구하기 위한 것이 아니라는 점 등 농조의 존립목적, 조직과 재산의 형성 및 그 활동전반에 나타나는 매우 짙은 공적인 성격을 고려하건대, 이를 공익적 목적을 위하여 설립되어 활동하는 공법인 이라고 봄이 상당하다 할 것이다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28 판례집 3, 63, 82 ; 1999. 8. 25. 99헌마454 ; 대법원 1977. 7. 26. 선고 76다3022 판결, 공1977, 10240 ; 1985. 4. 9. 선고 83누399 판결, 공1985, 736 ; 1992. 9. 14. 선고 92다19347 판결, 공1992, 2880 ; 1995. 6. 9. 선고 94누10870 판결, 공1995, 2401 ; 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결, 공2000, 362 각 참조). 따라서 이 사건 청구 중 청구인 양평농조의 청구는 헌법소원의 청구인적격을 갖추었다고 보기 어렵다.

(나) 직접성, 침해성 및 권리보호의 이익

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권의 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192 판례집 4, 813, 823 ; 1994. 12. 29. 94헌마201 판례집 6-2, 510, 524 각 참조).

- ① 이 사건 심판대상 법률조항 중 법 부칙 제7조를 제외한 나머지 법 부칙 제2조 제2호, 제8조 및 제9조 제1항, 제2항의 경우는, 다른 집행행위의 매개 없이 위 법률조항들 자체에 의하여 기존의 농조법이 폐지되고 농조가 해산되어 신설되는 공사에 통합되므로 그로 인한 기본권침해의 직접성에는 의문의 여지가 없다.
- ② 그러나, 청구인 김○, 박○필의 청구 중 법 부칙 제7조가 공사로 하여금 기존 농조 및 농조연의 직원들을 승계토록 하면서도 같은 조 단서에서 농조의 직원은 지역적 특성을 감안하여 배치하여야 한다고 규정함으로써 직원들의 재배치과정에서 농조 직원들이 실직하거나 종전의 지위를 그대로 유지할 수 없게 되는 등의 사태가 예상되는 등 법의 시행으로 인하여 위 청구인들의 직업수행의 자유 및 행복추구권 등이 침해당한다는 부분에 관하여 보건대, 위 부칙 규정은 농조 및 농조연 직원들

에 대한 감원을 직접적으로 규정하고 있는 것이 아니다. 오히려 위 조항은 농조 및 농조연의 직원을 공사가 전부 승계 하는 것을 전제로 하여 이후 인력의 재배치시 기존 농조 직원의 지역연고성을 존중함으로써 그들에게 불이익이 가지 않도록 하는 배려가 담긴 조항일 뿐이다.

또한 청구인 김○, 박○필의 나머지 주장, 즉 통폐합으로 인하여 농조 및 농조연의 노동조합이 소멸되므로 각 노동조합 대표인 자신들의 직무수행이 불가능하게 됨에 따라 직업선택의 자유를 침해받는다라는 주장은, 이로써 법 부칙 제2조 제2호, 제8조 등 통폐합을 규정하고 있는 조항들의 위헌선언을 구하는 것으로 보이나, 직권으로 살피건대 법이 시행되기 이전인 1999. 5. 3. 농조연 노동조합은 그 스스로 그 명칭을 “전국농지개발조합노동조합”으로 바꾸고 그 대표자를 김○ 및 박○필(위 청구인들과 동일인임)로 변경하였으며, 청구인 김용이 대표로 있었던 파주농조 노조는 1999. 11. 22. 이에 흡수합병 됨으로써 해산된 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 청구인 김용의 파주농조 노동조합 대표로서의 자격 및 청구인 박○필의 농조연 노동조합 대표로서의 자격은 법의 시행(2000. 1. 1.)에 앞서 이미 소멸되거나 변경되어 더 이상 유지되지 않고, 따라서 이 사건 법조항들로 인하여 더 이상 그 지위나 직무를 침해당할 여지가 없게 되었다(그들이 새로운 노동조합의 공동대표로 선정되었다고 하더라도 이는 새로운 지위이지 침해를 주장하던 종전의 지위가 아니므로 마찬가지다)고 할 것이므로 이 부분 권리보호의 이익이 없다.

그렇다면 청구인 김용, 박○필의 청구는 직접성 또는 침해성의 요건을 결하거나 권리보호의 이익을 갖추지 못한 것으로, 모두 부적법 함을 면할 수 없다.

(3) 농조의 해산이 청구인 김○권의 결사의 자유, 직업의 자유를 침해하는지 여부(법 부칙 제2조 제2호, 제8조의 위헌 여부)

청구인 김○권은 농조의 해산으로 인하여 조합원인 그의 결사의 자유(결사조직의 자유, 결사존립의 자유 등) 및 직업선택의 자유(직업결정의 자유)가 침해되었다고 주장한다.

살피건대, 헌법 제21조가 규정하는 결사의 자유에서의 결사란 자연인 또는 법인이 공동 목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합한 단체를 말하는 것으로 공적책무의 수행을 목적으로 하는 공법상의 결사는 이에 포함되지 아니한다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 377 참조)고 할 것인바, 앞에서 살핀 바와 같이 농조를 공법인으로 보는 이상, 농조는 헌법상 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체로 볼 수 없고(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 77 참조), 따라서 이 사건에서 농조가 해산됨으로써 청구인 김○권이 조합원의 지위를 상실하였다고 하더라도 이로써 그의 결사의 자유가 침해되었다고 할 것은 아니다.

한편 법인의 설립 및 존속은 그 자체가 간접적인 직업선택 또는 직업수행의 한 방법으로서(1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379-380 참조), 법에 의한 농조의 해산 및 공사

에의 합병으로 인하여 청구인 김○권이 그 소속 서산농조를 존속시키지 못하게 됨으로써 그의 직업의 자유를 제한 받는 듯이 보이나, 앞에서 본 바와 같이 농조를 공법인으로 보아 결사의 자유의 대상이 되는 결사체임을 부정하는 이상 법인의 설립·존속과 관련하여 별도로 직업의 자유가 침해된다고 보기도 어렵다.

또한 청구인들 대리인은 농조해산으로 청구인 김○권이 조합원으로서의 업무수행을 하지 못하게 됨으로써 그의 직업의 자유를 침해받았다고 주장하여, 법인의 설립·존속과 무관하게 조합원의 지위 자체가 직업이라는 것을 전제로 하는 듯한 주장을 하나, 조합원이라는 지위는 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동”(1993. 5. 13. 92헌마 80, 판례집 5-1, 365, 374)으로 정의되는 직업의 자유에서 말하는 직업에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유 없다.

(4) 공사가 농조의 재산을 포괄승계하는 것이 청구인 김○권의 재산권을 침해하는지 여부(법 부칙 제9조 제1항, 제2항의 위헌여부)

(가) 서

청구인들 대리인은 농조의 해산으로 청구인 김○권의 농조 총회에서의 의결권, 농업생산기반시설에 대한 이용수익권 등이 상실되었고, 농조의 재산이 공사에 포괄승계됨으로써 헌법상 보장되는 재산권을 침해당하였다고 주장한다.

그러나 농조 총회에서의 의결권은 농조라는 법인의 의사형성에 관한 권리일 뿐 이를 따로 떼어 헌법상 보장되는 재산권이라고 보기 어렵고, 농업생산기반시설에 대한 이용수익권은 법 부칙 제11조에서 종전의 농지개량조합법에 의한 조합원은 이 사건 법률 제13조의 농업용수이용자로 보는 규정을 두는 한편, 법 부칙 제9조 제4항에서 공사가 농조 및 농조연으로부터 승계 받은 재산은 농업기반시설의 유지·관리를 위한 목적으로만 사용토록 규정하고 있고, 법 제30조에서도 농조 및 농조연으로부터 포괄승계받은 농업기반시설에 대하여는 별도 회계를 설치하여 관리토록 규정하고 있으며, 나아가 법 제14조 제1항에서 공사는 농업용수이용자에게 농업용수를 성실하게 공급하여야 하는 공급의무규정을 됨으로써, 농조 해산 후에도 공사에 의하여 그대로 보장된다고 할 것이므로 위 청구인이 이를 상실하게 되었다거나 그에 대한 제한이 새로 추가되었다고 할 수 없다.

따라서 이 사건에서 농조의 재산권 침해가 문제될 수 있다면 농조의 명의로 등기된 농업기반시설의 소유권 등 농조의 재산에 대한 조합원의 권리가 침해되는지의 여부일 것이다.

(나) 농조 재산에 대한 농조 조합원의 재산권을 인정할 수 있는지 여부

농조의 재산은 기본적으로 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 기반시설을 농조가 포괄승계하여(농조법 제16조 제1항) 보유하게 되는 것이고, 비록 이 때 함께 승계 되는 채무 중 일부가 조합원들의 부담으로 상환되거나, 조합원들에 부과된



조합비 및 기반시설의 유지관리를 위한 조합원들의 노역 등 조합원들의 기여에 의지하는 부분이 있다고 하더라도, 이는 농조가 그 공적 책무인 목적을 달성하기 위하여 각종 사업을 수행함에 있어 사용하였던 경비로 인한 채무에서 출발된 것이거나 그러한 경비에 충당되는 것일 뿐(농조법 제43조 제1항), 이로써 농조의 재산 자체에 대하여 조합원 개개인이 지분을 갖거나 지분에 상응한 반환청구권을 행사할 수 있게 되는 것은 아니다. 즉 농조의 재산은 조합원 개인에 귀속되어 사적 이익을 위하여 사용될 수 있는 재산적 가치가 아니며, 농업기반시설의 유지·관리 및 이용의 확보라는 공적 기능을 보장하고 원활하게 하고자 설정되고 유지되는 것일 따름이다.

그렇다면 농조 재산은 헌법 제23조에 의하여 조합원 개개인에 보장되는 재산권의 대상이라 보기 어렵고, 따라서 법 부칙 제9조 제1항, 제2항에 의하여 농조의 재산을 공사가 다시 포괄승계한다고 하여 이를 청구인 김○권에게 헌법상 보장된 재산권의 침해라고 할 수 없다.

#### (4) 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 청구 중 청구인 김○권의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하고, 나머지 청구인들의 청구는 각 부적법하므로 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

## 第4節 農村振興法

### I. 農村振興法の概要

#### 1. 制定経위 등

농촌진흥법은 국가의 기본산업인 농업의 발전과 농업인의 복지향상을 도모하기 위하여 농업과학기술의 진흥을 위한 시험연구사업·농촌지도사업 및 농업관련인에 대한 교육훈련사업의 실시에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위하여 1962. 3. 21. 법률 제1039호로 제정되어 1962. 4.1.부터 시행되다가 195.12. 6. 법률 제5020호로 전문 개정된 후 3차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 농촌진흥법의 주요내용

농촌진흥법은 총 17조로 되어 있는데, 농업과학기술개발, 농업생물산업을 위한 첨단기술개발 및 농업환경 보전에 관한 시험연구, 주요 우량작물·화훼종묘·우량과수의 묘목 및 유용미생물의 개발 및 생산 등 시험연구사업과 농업생산력의 증진과 농업인의 생활개선을 목적으로 하는 농업인 조직의 육성, 농촌 청소년 및 농업인 후계자 등 농업후계인력의 육성, 우량종자 및 종축의 보급, 농작물의 품질 및 품위향상을 위한 지도, 방역기술 지도 등 농촌지도사업, 시험연구사업·농촌지도사업 및 교육훈련사업에 종사하는 자에 대한 교육훈련, 농업관련 산업계·학계·관계 및 연구기관의 협동에 의한 농과계 학교의 교원 및 학생에 대한 영농기술교육훈련, 농업인 등에 대한 교육훈련, 부업훈련 및 취업알선 등 교육훈련사업을 하도록 하고 있고(제2조), 지역적인 시험연구사업 및 농촌지도사업을 분장하게 하기 위하여 지방농촌진흥기관을 둘 수 있도록 하고 있고(제3조), 농촌진흥청장은 지역농업의 균형적인 발전을 도모하고 효율적인 농촌지도 사업을 추진하기 위하여 지방자치단체가 실시하는 농촌지도사업을 조정할 수 있으며, 지방자치단체는 지역특성에 맞는 농촌지도사업에 관한 시책을 개발하여 추진하도록 하고 있고 다른 법률에 의하여 농촌지도사업을 실시할 수 있는 공공단체는 국가 또는 지방자치단체의 농촌진흥업무를 담당하는 기관과 긴밀히 협조하도록 하고 있고(제5조) 농업산학협동사업을 원활히 추진하기 위하여 매년 예산에서 필요한 자금을 지원할 수 있도록 하고 있다(제16조)

## II. 農村振興法에 관한 判例

### 1. 농촌지도소장과 공무원징계(대법원 1971.2.23. 70누151)

#### 가. 판결요지

공무원징계령 제5조 제2항에서 규정한 보통징계위원회의 위원으로 임명하도록 되어 있는 징계대상이 될 자보다 상위급류의 소속공무원에는 국가공무원이나 지방공무원인 여하를 구별할 것이 아니다.

#### 나. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○갑

【피고, 피상고인】 전라남도지사

#### 다. 판결이유

공무원의 징계는 감독관계에 기한 규율 질서의 유지에 그 근본목적을 두고있는 것이므로 국가공무원과 지방공무원이 혼합 배치되어 있고, 지방공무원이 징계대상자의 사실상의 감독자가 되어 있는 지방자치단체나 그 소속기관의 보통징계위원회의 구성에 있어서 징계대상자인 국가공무원 보다 상위직위의 국가공무원이 징계위원정수에 미달할 때에는 상위직위의 소속공무원이면 지방공무원으로 임명하여도 된다할 것이고, 공무원징계령 제5조 제2항에 보통징계위원회의 위원으로 임명하도록 되어 있는 징계대상자 될 자보다 상위급류의 소속공무원도 이러한 상위직위에 있는 자이면 국가공무원이나 지방공무원인 여하를 구별할 것이 아니라고 볼 것인바, 원판결이 이와 같은 취지로서 위 공무원징계령의 조항을 해석할 것이라는 전제하에 이 사건의 경우 원고가 국가공무원임용령상 임업기사로서 4급 갑류에 해당되고 보성군 소속의 조림계장의 직에 있으니, 이 사건 징계위원(보성군의 내무, 재무, 사업등 각 과장, 보건소장, 농촌지도소장)이 원고 보다 상위급류의 같은 소속 공무원 임이 법령상 명백하고 그 가운데 특히 보건소장은 보건소법 제6조에 의하여 또 농촌지도소장은 농촌진흥법 제4조에 의하여 이 사건 징계위원회 설시기관의 장인 보성군수의 소속공무원이라 해석되는 터이므로 이 사건 징계위원회의 구성은 법령상 적법하다고 하였음은 정당하다 할 것이다.

## 2. 농촌주제지도사의 사망과 공무와의 인과관계 (서울고등법원 1994.5.12. 93구16651)

### 가. 당사자등

【원 고】 오○옥

【피 고】 공무원연금관리공단

### 나. 판결이유

#### (1) 처분의 경위

소의 망 김○식은 1949.12.24.생으로서 1973.2.1.연기군농촌지도소 통일쌀 증산지도요원으로 임용되어 연기군농촌지도소 및 관내 지소에서 계속 근무하다가 1991.1.1.부터는 충남 연기군 서면 와촌 1, 2, 3리 지역농업개발시범지역 주제지도사로 근무하던 중(최종직급: 농촌지도관대우) 1992.10.1. 간암으로 사망한 사실, 이에 위 망인의 처인 원고는 위 망인이 공무상 질병으로 사망하였음을 이유로 피고에게 유족보상금지급청구를 하였으나, 피고는 위 망인의 사망원인이 된 간암은 바이러스, 알코올 및 약물 등에 기인한 간염 및 간경화를 거쳐 진행되는 질병으로 공무수행과는 관계없이 발병한 것이고 이와 같이 발병한 간암이 공무상의 과로와는 관계없이 자연 악화되어 사망한 것으로 공무와는 인과관계가 없다는 이유로 1993.1.20. 원고의 유족보상금지급청구를 부결하는 이 사건 처분을 한 사실은 당사자사이에 다툼이 없거나 갑제1, 2, 5호증의 각 기재에 의하여 이를 인정할 수 있다.

#### (2) 처분의 적법여부

피고는 위 처분사유를 들어 이 사건 처분이 적법하다고 주장함에 대하여, 원고는 위 망 김○식은 평소 건강하였는데 계속되는 과중한 업무로 인하여 지병인 간염이 악화되어 간암으로 사망하게 된 것으로서 위 망인은 공무상 질병으로 인하여 사망한 것이므로 이 사건 처분은 위법 하다고 주장한다.

살피건대, 공무원연금법 제61조 제1항 소정의 유족보상금지급청구의 요건인 “공무상 질병으로 인한 사망”이란 공무원이 공무집행중 이로 인하여 발생한 질병으로 사망한 경우를 뜻하므로 공무와 사망의 원인이 되는 질병과의 사이에 인과관계가 있어야 하나, 질병의 주된 발생원인이 공무와 직접 관련이 없다고 하더라도 직무상 과로가 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 질병을 유발하거나 악화시켰다면 그 인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, 과로로 인한 질병이란 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 직무의 과중으로 급속히 악화된 경우까지도 포함된다고 보아야 할 것이며, 또한 공무상질병에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어 공무와 사망 사이의 상당인과관계의 유무는 보통평균인이 아니라 당해공무원의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 할 것이다.(대법원 1994.2.25.선고, 93누19030판결 참조)

돌이켜 이 사건에 관하여 보건대 강제7호증 1, 4 내지 22, 을제6호증의 1, 2의 각 기재와 증인 김○철, 오○균의 각 증언, 당원의 서울대학교병원장, 대한의학협회장에 대한 각 사실 조회결과에 변론의 전취지를 종합하면, 위 김○식은 1949. 12. 24.생의 남자로서 처음 임용될 당시에는 건강하였는데 1988년 공무원 정기신체검사 결과 비(B)형 간염보균자라는 판정을 받고 건강관리에 노력하면서 정상적으로 근무하여 왔으며, 1991.1.부터는1 연기군 서면 와촌1, 2, 3리 담당 주재지도사로 일하게 된 사실, 주재지도사란 농촌지도소 관내의 담당 지역에 상주하면서 농촌진흥법 제5조에 정해진 바에 따라 그 지역 농민들의 지도, 교육을 하고 단체를 조직, 육성, 지원하는 일을 하는 농촌지도소직원을 일컫는바, 위 김○식은 주재지도사가 된 뒤에는 매일 07:30경 청주시 사직동 자택을 출발하여 시외버스와 시내버스를 번갈아 타고 연기군 서면 봉암출장소로 가서 그곳에서 오토바이로 주재지역 사무실까지 출근하는데 약 2시간 정도 걸리고, 퇴근도 같은 방법으로 하여 저녁 10시 이후에 귀가하는 생활을 하여 왔으며, 출근해서는 거의 매일 오토바이를 타고 각 마을과 농가를 돌아다니며 농업기술, 가축사육, 주택개량, 생활개선등의 지도를 하고 관내 202농가의 실태를 조사하고 그 지역의 종합적인 농업 및 주거에 관한 기술지원과 행정지원을 위한 조사와 계획의 수립, 농민들의 교육과 선진지역의 시찰, 타지역 시찰단의 안내 등의 일을 하여 왔는바, 위 망인은 이러한 일들을 함에 있어 각 마을의 개발위원장 등과 상의하기는 하였지만 다른 직원의 도움 없이 모두 혼자서 하여 온 사실, 위 김○식은 위와 같은 일상적인 일 이외에 1992년 3월경 충남농촌진흥원장으로부터 시범지역특화작목 개발사업과 우루과이라운드(UR) 대응 시범사업을 실시하라는 지시를 받고 시범지역특화작목으로 수막이용 오이재배사업을, 그리고 UR대응 시범사업으로는 관상어양식사업을 선정한 다음 시범농가의 선정에서부터 사업계획서 작성, 설계, 기술지도 등을 하여온 사실, 그러던 중 지병인 당뇨병, 담낭염, 담석증, 간염 등이 악화되어 1992. 6. 4.부터 7. 4.까지 병가를 내고 치료를 받았으나 그 후에는 계속 출근하여 관내 마을을 돌아다니며 영농지도 등을 하였고, 1992. 8. 19. 관상어사육농민 11명을 인솔하고 충북 진천군 관상어 협업단지와 충남 천안군 광덕면 7차주재지역을 견학하고 돌아온 후 그 동안의 과로가 겹쳐 주재지도사 사무실에 쓰러져 주민들이 집으로 데려다 주었으며, 그 후 병원에 가서 정밀진단을 받은 결과 이미 치료가 불가능할 정도로 간암이 진행되어 있다는 판정을 받고 1992. 9. 15. 퇴원하여 집에서 요양중 같은 해 10. 1. 사망한 사실, B형 간염이 오랫동안 진행되어 악화되면 간암이 발생할 수 있으며 만성 간질환에 있어서 과로, 스트레스, 음주는 모두 병을 악화시키는 유발인자이고 이의 치료에는 충분한 휴식이 필요한 사실, 그런데 위 망인은 비(B)형간염보균자라는 진단을 받은 이후에도 계속하여 정상 출근하여 근무하여왔으며, 비록 과거에 폭음한 전력이 있고 위 절제수술을 받고 당뇨 등 기왕의 질병이 있으나 간염보균자라는 판정을 받은 이후에는 주민들이 권하면 거절하지 못하고 한 두잔의 술을 받아 마시는 일은 있었으나 그밖에는 거의 술을 마시지 않은 사실, 위 망인의 경우 간암의 발생원인은 비(B)형 간염바이러스이고 과거 폭음의 전력이 있으나 이는 간암의 발생과는 직접 관련이 없는 것으로 판명된 사실을 인정할

수 있고 달리 반증이 없다.

위 인정사실에 의하면 위 김○식은 공무원으로 임용될 당시에는 건강하였는데 재직중 간염의 질병을 얻게 되었고, 농촌주재지도사로 일하는 동안의 장거리 출퇴근과 잦은 출장 및 초과근무, 그리고 시범사업의 실시 등이 간염을 앓고 있던 위 김○식에게는 감당하기 어려울 정도로 과중한 업무였다고 보여지고, 그렇게 계속되는 업무의 과중으로 인하여 위 질병이 자연적인 진행정도보다도 더 빨리 악화되어 간암으로 발전되어 사망하게 된 것이라고 할 것이므로, 결국 위 망인은 공무원 질병으로 재직중 사망한 경우에 해당하여 공무원 연금법상의 유족보상금지급청구의 요건을 충족한다고 할 것이다.

### (3) 결론

그렇다면, 위 김○식의 사망이 공무원 질병으로 인한 것임을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하고, 소송비용은 패소자인 피고의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.

## 第 5 節 公有水面埋立法

### I. 公有水面埋立法의 概要

#### 1. 制定경위 등

공유수면매립법은 공유수면을 환경친화적으로 매립하여 합리적으로 이용하게 함으로써 공공의 이익을 증진하고 국민경제의 발전에 이바지하기 위하여 제정되어 1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되어 2차에 걸쳐 일부 개정되었다.

#### 2. 공유수면매립법의 주요내용

공유수면매립법은 제1장 총칙, 제2장 공유수면매립기본계획, 제3장 면허, 제4장 매립공사의 시행·보상·소유권취득 등, 제5장 감독, 제6장 보칙, 제7장 벌칙등 총 7장, 43조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면, “공유수면”이라 함은 바다·바닷가, 하천, 호소, 구거 기타 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류로서 국유인 것을 말하고, “바닷가”라 함은 만조수위선으로부터 지적공부에 등록된 지영까지의 사이를 말한다고 하여 법이 적용되는 공유수면을 특정하고 있다.(제2조)

제2장 공유수면매립기본계획을 보면, 해양수산부장관은 국토의 전체적인 기능 및 용도에 맞고 환경과 조화되도록 공유수면을 이용·관리하기 위하여 10년마다 관계 중앙행정기관의 장과 협의하고 관계 특별시장·광역시장 또는 도지사의 의견을 듣고, 연안관리법 제22조의 규정에 의한 중앙연안관리심의회의 심의를 거쳐 공유수면매립기본계획을 수립하여야 하고(제4조), 매립기본계획은 연안관리법에 의한 연안종합관리계획, 국토건설종합계획법에 의한 국토건설종합계획과 국토이용관리법에 의한 국토이용계획에 적합하고 환경과 조화되도록 수립하여야 하며, 매립예정지별로 매립예정지의 위치와 규모, 매립예정지의 토지이용계획 등을 정하여야 하고(제6조), 해양수산부장관은 매립기본계획을 수립한 때에는 지체없이 이를 관보에 고시하고 관계 중앙행정기관의 장 및 관계 시·도지사에게 통보하도록 하고 있다(제7조)

제3장 면허를 보면, 공유수면을 매립하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 매

립목적을 명시하여 해양수산부장관의 면허를 받아야 하도록 하고 있고(제9조) 매립예정지 및 매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역 안의 공유수면에 관하여 법령의 규정에 의하여 공유수면의 점·사용 허가를 받은 자, 어업권자 또는 수산업법 제2조제7호의 규정에 의한 입어자, 법령의 규정에 의하여 허가를 받아 공유수면으로부터 인수하거나 공유수면에 배수하는 자, 관습에 의하여 공유수면으로부터 인수하거나 공유수면에 배수하는 자 등 권리를 가진 자가 있는 경우에는 공유수면에 관하여 권리를 가진 자가 매립에 동의하고 매립이 환경 및 생태계의 변화에 관하여 충분히 고려한 것으로 인정되는 경우 등 특정 경우를 제외하고는 매립면허를 할 수 없도록 하고 있다(제11, 12조).

제4장 매립공사의 시행·보상·소유권취득 등을 보면, 매립면허를 받은 자는 매립공사의 착수 전에 대통령령이 정하는 바에 의하여 실시계획을 작성하여 해양수산부장관의 인가를 받아야 하도록 하고 있고(제15조) 법의 규정에 의한 권리를 가진 자가 있는 공유수면에 대하여 매립면허를 받은 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 권리를 가진 자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 하여야 하고, 매립면허를 받은 자는 보상에 관하여 보상을 받을 자와 협의하도록 하고 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없을 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 하고 토지수용법 제73조 내지 제75조의2의 규정은 제3항의 규정에 의한 관할 토지수용위원회의 재결에 대한 이의신청 등에 관하여 이를 준용하도록 하고 있고(제20조), 제26조에서 매립지의 소유권취득에 관하여, 제27조에서 잔여매립지의 매수청구에 관하여 규정하고 있다.

제5장 감독을 보면, 해양수산부장관은 매립공사의 준공인가전에 허위 기타 부정한 방법으로 매립면허 기타 처분을 받은 경우 등에 해당하는 사유가 있는 경우에는 면허 또는 인가 등을 취소·변경하거나 매립공사의 시행구역안에 있는 공작물 기타 물건의 개축·제거 또는 원상회복 기타 필요한 처분을 할 수 있도록 하고 있다(제32조).

그리고 제7장 벌칙에서는, 매립면허를 받지 아니하고 매립공사를 한 자나 허위 기타 부정한 방법으로 매립면허 기타의 처분을 받은 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 등 형사처벌 규정을 두고 있고 법인에게도 벌금을 부과하게 하는 양벌규정을 두고 있다.(제41, 42조)



## II. 公有水面埋立法에 관한 判例

### 1. 공유수면의 의의 및 공유수면매립준공인가처분 취소 (1992. 4. 28. 91누 4300)

#### 가. 판시사항

- [1] 공유수면에 매립공사를 시행하여 주변이 매립지로 바뀌었지만 그 중 일부가 원래의 수면형태로 남아 있는 경우 그 부분이 공유수면성을 상실하는지 여부(소극)
- [2] 댐시터 등 유원지 부분이 매립공사시 설치한 방조제로 인하여 해수의 유입이 차단되고 인수, 배수시설로써 인위적인 인수, 배수가 가능하게끔 시설되어 있어도 공유수면으로서의 성질을 상실한 것으로 볼 수 없다고 한 사례
- [3] 부관부 행정처분에 있어서 부관의 적법요건
- [4] 공유수면매립면허시 '매립준공 후 수면으로 되는 지역은 준공인가시 매립면적에서 제외한다'는 면허조건에 따라 면허관청이 그 준공인가시 위 '나'항의 유원지 부분을 국유로 유보한 조치가 위법 하다고 할 수 없다고 한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 공유수면이라 함은 하천, 바다, 호수 기타 공공의 용에 사용되는 수류 또는 수면으로서 국가의 소유에 속하는 자연공물을 말하고, 매립이라 함은 공유수면에 토사, 토적 기타 물건을 인위적으로 투입하고 물을 제거하여 육지로 조성하는 행위를 말하는 것이므로, 공유수면에 매립공사를 시행하였으나 그 중 일부가 원래의 수면형태로 남아 있다면 그 부분은 주변이 매립지로 바뀌었다고 하여도 공유수면성을 상실하지 않는다고 할 것이다.
- [2] 보트장, 댐시터, 저수지 등 유원지 부분이 공유수면 매립공사시 설치한방조제로 인하여 해수의 유입이 차단되고 인수, 배수시설로써 인위적인 인수, 배수가 가능하게끔 시설되어 있어도 그 수면적, 저수상태, 생성과정 등에 비추어 공유수면으로서의 성질을 상실한 것으로 볼 수 없다.
- [3] 부관부 행정처분에 있어서 그 부관의 내용은 적법하여야 하고 이행 가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 한다.
- [4] 공유수면매립면허를 함에 있어 면허조건으로 '매립한 후 수면으로 되는 지역은 준공인가시 매립면적에서 제외한다'고 붙인 사정 등에 비추어 보면 면허관청은 매립면허당초부터 위 '나'항의 유원지 부분이 매립공사 준공 이후에도 공유수면으로 계속 유지되어 공공의 용에 사용될 것을 전제로 이를 사권설정의 대상에서 제외하였을 뿐

아니라 면허권자도 이를 인식하고 그 전제하에서 실시계획인가 설계도를 작성하여 매립공사를 진행하여 왔다 할 것이어서 면허판청이 위 면허조건에 따라 그 준공인가 시 위 유원지 부분을 국유로 유보한 조치를 위법 하다고 할 수 없다.

**다. 관련법령**

공유수면매립법 제2조, 행정소송법 제1조, 구 공유수면매립법 제14조, 구 공유수면매립법 시행령 제20조

**라. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 인화개발주식회사

【피고, 피상고인】 서울지방국토관리청장

【원심판결】 서울고등법원 1991.4.17. 선고 90구3937 판결

**마. 판결이유**

공유수면이라 함은 하천, 바다, 호수 기타 공공의 용에 사용되는 수류 또는 수면으로서 국가의 소유에 속하는 자연공물을 말하고, 매립이라 함은 공유수면에 토사, 토적 기타 물건을 인위적으로 투입하고 물을 제거하여 육지로 조성하는 행위를 말하는 것이므로, 공유수면에 매립공사를 시행하였으나 그중 일부가 원래의 수면형태로 남아 있다면 그 부분은 주변이 매립지로 바뀌었다고 하여도 공유수면성을 상실하지 않는다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거에 의하여 이 사건 매립공사의 2, 3공구는 원래 평균 지반고가 (+)7.80미터의 공유수면으로서 원고가 매립공사를 하기 전에는 만조 시에는 해수가 차서 해면으로 되고 간조 시에는 해수가 빠져나가면서 갯벌상태로 되던 지대였는데 원고가 방조제를 설치하여 만조지 들어온 해수가 빠지지 못한 상태에서 매립공사시 일부 주변의 높은 곳을 깎아내고 낮은 곳을 매립하여 원심판결말미 첨부별지도면 (3)(보트장, 86,612평방미터), (4)(낙시터, 30,838평방미터), (5)(저수지, 43,034평방미터)표시와 같은 수면이 형성된 사실과 같은 도면(1)(어린이수영장), (2)(어른수영장) 및(3)표시 부분에는 방조제 축조시 제방 중앙부근에 설치한 관문을 통하여 해수가 들어오게 되어 있고, 위 (4), (5)표시 부분에는 농업용 저수지에서 배수로를 통하여 유수된 담수와 만조시 위 배수로를 통하여 들어오는 해수를 취수하게 되어 있는 사실을 인정한 다음, 위 사실에 의하면 이 사건 유원지(위 (3),(4), (5)표시부분)는 원고가 설치한 방조제로 인하여 해수의 유입이 차단되고 인수, 배수시설로써 인위적인 인수, 배수가 가능하게끔 시설이 되어 있기는 하지만 그렇다고 하여 그 수면적, 저수상태, 생성과정 등에 비추어 공유수면으로서의 성질을 상실한 것으로 볼 수 없다고 판단하였는바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단에 수긍이 가고 거기에 소론과 같은 공유수면 및 공유수면매립에 관한 법리오해나 이

유불비의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

부관부 행정처분에 있어서 그 부관의 내용은 적법하여야 하고 이행 가능하여야 하며 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하고 행정처분의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 한다는 것과, 구 공유수면매립법 제14조, 같은법 시행령 제20조의 규정취지에 비추어 매립지중 도로, 호안 등을 제외하고 매립공사로 인하여 생긴 토지는 법령의 규정에 의하여 국가의 시설로서 필요한 경우에 한하여 사전에 면허조건으로써 지정하여 사권설정의 대상에서 제외할 수 있도록 되어 있음은 소론과 같으나, 이는 위 법령의 규정상 당해 토지가 매립지일 경우에 적용되는 것이고 위에서 본 바와 같이 이 사건 유원지부분(보트장, 낚시터 및 저수지)이 원고의 매립공사로 인하여 비로소 형성된 매립지가 아니라 원래의 공유수면의 형태로 남아 있는 부분이라고 보는 한 그 수면부분을 국유로 유보하는 데에 위와 같은 법령의 규정이 필요한 것은 아니라고 할 것이므로, 같은 취지의 원심판단은 정당하다.

또 기록에 의하면 원심판시와 같이 국유로 유보된 이 사건 유원지부분은 원고가 매립한 광대한 제 2, 3공구 면적(1,098,627평방미터)의 일부분(160,484평방미터)에 해당할 뿐만 아니라, 나머지 지역(813,448평방미터)으로도 관광유원지조성의 목적을 달성하는데 장애가 있다고 볼 자료가 없는바(제2, 3공구 중에는 그 용도가 종합운동장, 특수관광지, 부대시설, 경마장 등이 있다), 원심채용증거에 의하면 원심이 적법히 확정한 바와 같이 피고는 원고에 대하여 이 사건 매립면허를 함에 있어 매립면허조건으로 제1항에서 총매립면적433,545평중 도로 5,408.7평, 수면 152,675.3평으로 하고 다만 실시계획인가시 면허면적범위 내에서 실측에 의거 조정할 수 있다고 명시하고, 그 제6항(아)호에서 '본 관광시설중 매립준공후 수면으로 되는 지역은 준공인가시 매립면적에서 제외할 것이므로 실제 측량에 따라 수면적과 매립면적을 확정한다'고 명시한 사실, 이에 따라 피고는 1976. 3. 2. 면허조건변경시 매립면적418,062평으로 변경하면서 위 도로와 수면의 면적을 각각 8,961.8평과 76,952.8평으로 변경하고, 원고로부터 위 매립면적 가운데 도로 및 수면적 합계 85,914.6평을 제외한 나머지 매립면적에 대하여 공유수면매립법에 의한 매립면허수수료를 징수하고, 원고가 점유하는 공유수면 76,952.8평에 대하여는 공유수면관리법에 의한 공유수면점용료를 공사착수일부터 기산 하여 1년 단위로 부과 징수하여 온 사실, 원고는 1981. 9. 21. 피고에 대하여 (1)매립계획고 9.00평방미터를 8.50평방미터로, (2)수영장, 보트장, 낚시터, 저수지 등을 매립으로 간주 준공후 공유수면에서 사유지로 변경하여 달라는 내용의 공유수면매립공사계획변경인가 신청을 하였으나 피고는 위 (1)에 대하여만 실시계획변경인가를 하고 위 (2)에 대하여는 변경인가를 하지 아니한 사실, 그후 매립공사 준공 시까지 위와 같은 면허조건은 삭제됨이 없이 그대로 유효하게 존속하였던 사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면 원심이 피고는 매립면허 당초부터 이 사건 유원지부분이 매립공사준공 이후에도 공유수면으로 계속 유지되어 공공의 용에 사용될 것을 전제로 이를 사권설정의 대상에서 제외하였을 뿐 아니라 원고도 이를 인식하고 그 전제하에서 실시계획인가 설계도를 작성하여 매립공사를 진행하여 왔다 할 것이어서 피고가 위 면허조건에 따라 이 사건 준공인가시

이 사건 유원지부분을 국유로 유보한 조치를 위법 하다고 할 수 없다고 판단하였음은 정당하고, 거기에 소론과 같은 심리미진, 이유불비 내지 이유모순의 위법이 있거나 행정처분의 부관에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없으며, 소론의 판례(당원 1990.4.27. 선고 89누 6808 판결)는 이 사건에 적절한 것이 아니다. 논지는 모두 이유 없다.

**바. 해설**

이 사건에서 원고 측은 공유수면매립이란 인공으로 공유수면으로부터 차단되고 성토됨으로써 원래의 자연적인 수면의 상태를 상실하게 하는 행위를 말하는 것이며, 그와 같은 매립행위가 있는 후에 인위적인 취수 또는 인수로써 수면이 되더라도 공유수면성을 다시 회복하는 것은 아니라고 하여 본 대법원 판결과 같은 입장인 원심을 공격하고 있다. 그러나 대법원은 보트장, 낚시터, 저수지등 유원지 부분이 공유수면매립공사시 설치한 방조제로 인하여 해수의 유입이 차단되고 인수, 배시설로써 인위적인 인수, 배수가 가능하게끔 시설되어 있어도 그 수면적, 저수상태, 생성과정등에 비추어 공유수면으로서의 성질을 상실한 것으로 볼 수 없다고 판단하고 있는 것이다.

그런데, 인수, 배수시설에 의하여 인위적 인수, 배수가 가능하게 되었다는 이유만으로 자연공물인 공유수면의 형태적 요소가 소멸되었다고 판단하기는 어려울 것으로 보인다. 또한 공물은 사용가치에 의하여 공공의 목적에 공용된 것이고 그렇다면 위 수면의 관리를 매립자의 자의에 완전히 맡기는 것보다는 국가의 감독을 받게 하여 자칫 매립자가 영리에 눈이 어두워 소홀하기 쉬워 환경보전등을 담당하게 하는 것이 바람직할 것이다. 더구나 매립면허시 공유수면으로 유보한다는 의사표시를 해둔 사실을 인정할 수 있다는 것도 이러한 결론을 뒷받침하고 있는 것이다.

한편 대법원은 매립이전부터 만조 시에도 임야로 판명된 경우에 공유수면매립법상의 공유수면에 해당하지 않는 임야나 기타 토지 등에 대하여는 위 법이 적용될 수 없고, 따라서 그러한 임야나 기타 토지에 관하여 위 법에 의한 매립면허 및 준공허가는 하자가 중대하고도 명백하여 무효라 할 것이라고 판시하고 있다.

**2. 공유수면매립면허 효력회복신청서 반환처분 취소  
(대법원 1989. 9. 12., 88누9206)**

**가. 판시사항**

- [1] 실효된 공유수면매립면허의 효력을 회복시키는 처분이 자유재량 행위인지 여부(적극)
- [2] 공유수면매립면허실효후 매립공사를 완공한 경우 면허관청이 면허를 회복시킬 의무가 있는지 여부(소극)

나. 판결요지

- [1] 공유수면매립면허는 설권행위인 특허의 성질을 갖는 것이므로 원칙적으로 행정청의 자유재량에 속하며, 일단 실효된 공유수면매립면허의 효력을 회복시키는 행위도 특단의 사정이 없는 한 새로운 면허부여와 같이 면허관청의 자유재량에 속한다고 할 것이므로 공유수면매립법(1986.12.31. 개정)부칙 제4항의 규정에 의하여 위 법시행전에 같은 법 제25조 제1항의 규정에 의하여 효력이 상실된 매립면허의 효력을 회복시키는 처분도 특단의 사정이 없는 한 면허관청의 자유재량에 속하는 행위라고 봄이 타당하다.
- [2] 공유수면매립면허가 준공기간초과로 실효된 후에 매립공사를 완공하였다면 면허실효 후의 시공은 무면허자의 매립행위에 불과하므로 면허관청이 이에 기속을 받아 면허를 회복해 주어야 할 의무는 없다.

다. 관련법령

공유수면매립법 제25조 제1항, 부칙제4항

라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 모○곤

【피고, 상 고 인】 충청남도지사

【원심판결】 서울고등법원 1988.7.7. 선고 88구1594 판결

마. 판결이유

(1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 1965.3.13. 피고로부터 충남 안면읍 중장리 앞 바다(매립면적 97정 7단보, 원심판결 첨부도면 표시 B지구)에 관하여 공유수면매립면허를 얻은 다음 그 매립공사를 하였으나 1차연장허가를 받은 1969.12.31.까지 준공하지 못함으로써 위 면허가 1970.1.1.자로 실효된 사실 및 원고는 공유수면매립법(1986.12.31. 개정) 부칙 제4항에 의하여 1987.10.14. 피고에게 실효된 매립면허의 회복신청을 하자 피고는 그 해 10.22. 위 공유수면은 이미 같은 법 제29조에 의하여 1974.10.17. 서산군수에게 매립면허 처분되어 그가 관리하고 있다는 이유로 효력회복거부처분을 한 사실은 다툼이 없다고 한 후, 그 거시증거에 의하여 위 B지구의 매립면허는 원심판결 첨부도면 (가),(나),(다) 방조제 축조공사가 그 주요내용인데 원고는 위 매립면허의 지정준공기간내인 1969.12.말 위 외곽 방조제의 해수체절(물막이) 공사까지 완료하고 그 마무리공사를 1차 연장된 준공기한인 그 해 31.까지 완공하지 못하여 면허가 실효되었는데, 그 후 원고는 위 B지구의 매립공사를 완공하여 준공인가신청을 하였으나 준공인가를 받지 못한 사실, 피고는 1974.10.7.자로 서산군수의 위 B지구에 대한 공유수면매립사업 승인신청을 받아들여 사업승인을 한 사실을 인

정하고, 피고의 서산군수에 대한 매립사업승인은 이미 매립이 준공된 대상에 관한 것이어서 당연무효인 반면 원고는 같은 법 부칙 제4항 소정의 사업수행능력이 있는 매립면허회복 신청권자에 해당하고 매립면허효력회복은 매립면허와는 달리 기속재량행위라고 볼 것이므로 원고의 면허효력회복 신청에 대한 피고의 이 사건 거부처분은 위법 하다고 판단하였다.

(2) 그러나 공유수면매립면허는 설권행위인 특허의 성질을 갖는 것이므로 원칙적으로 행정청의 자유재량에 속하는 것이며, 일단 실효된 공유수면매립면허의 효력을 회복시키는 행위도 특단의 사정이 없는 한 새로운 면허부여와 같이 면허관청의 자유재량에 속한다고 할 것이므로, 공유수면매립법(1986.12.31.개정) 부칙 제4항의 규정에 의하여 효력이 상실된 매립면허의 효력을 회복하는 처분도 특단의 사정이 없는 한 면허관청의 자유재량에 속하는 행위라고 보는 것이 타당하다.

원심은 원고의 공유수면매립허가 비록 실효되긴 하였지만 원고가 매립공사를 사실상 완공한 사정을 감안하여 원고의 면허효력회복이 기속재량에 속하는 것으로 판단한 것 같으나, 원심이 확정된 사실에 의하더라도 원고는 공유수면매립면허가 준공기간 도과로 실효된 당시 외곽방조제의 물막이공사까지 완료하였을 뿐이고 위 매립면허가 실효된 후에 비로소 위 외곽방조제공사를 완공하였음이 명백한 바, 위와 같이 면허가 실효된 후에 한 시공은 무면허자의 매립행위에 불과하므로 이러한 무면허자의 매립행위에 면허관청이 기속을 받아 면허를 회복해 주어야 할 의무는 없다고 할 것이다(매립추인에 관하여 같은 취지의 당원 1986.11.26. 선고 68무1 판결 참조).

위와 같이 원고의 매립면허효력회복신청을 거부한 피고의 처분이 자유재량에 속하는 것이라면 이로 인하여 원고의 사실상 이익이 침해되었음은 별론으로 하고 법률상 이익 내지 권리가 침해되었다고 볼 수 없으므로 원고는 위 처분의 위법을 다툼 소송상 이익이 없다고 할 것이다.

#### 바. 해설<sup>27)</sup>(행정소송의 피고적격)

(1) 항고소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다(행소 13조 1항, 38조 1항). 따라서 “처분”에 대하여는 처분 행정청이, “재결”에 대하여는 재결청이 각 피고로 된다. 부작위위법확인소송에 있어서는 국민으로부터 일정한 행위를 하여 줄 것을 신청 받은 행정청이 피고가 된다.

행정청의 행위의 효과는 결국 인격체인 국가 또는 공공단체에 귀속되는 것이고, 행정청 자체는 민사소송법이 정하는 당사자능력이 없으므로, 취소소송의 피고는 원래 권리 의무의 귀속주체인 국가 또는 공공단체이어야 할 것이나, 소송기술상의 편의를 도모하기 위하여 기관에 불과한 행정청에 대하여 피고로서의 당사자능력과 적격을 인정한 것이다.

27) 이 부분은 사업연수원 교재 행정소송을 요약 정리한 것이다.

## (2) 행정청

## (가) 의의

“행정청”이란 국가 또는 공공단체의 기관으로서 국가나 공공단체의 의견을 결재하여 외부에 나타낸 기관을 말한다. 의사결정 표시기관이라는 점에서 행정조직법상의 행정청 개념과 반드시 일치하는 것은 아니다. 입법·사법기관은 물론 법령에 의하여 행정처분을 할 권한을 위임받은 공공단체 및 그 기관을 포함하는 개념이며 좁은 의미의 행정기관만을 말하는 것도 아니다.

외부적 의사 표시기관이 아닌 내부기관은 실질적인 의사가 그 기관에 의하여 결정되더라도 피고 적격을 갖지 못한다. 예를 들면, 사법시험 불합격처분은 합격자 발표를 외부적으로 한 행정자치부장관이 피고가 되어야 하고, 사법시험위원회는 피고 적격을 갖지 못한다.

## (나) 합의제 기관일 경우

공정거래위원회, 토지수용위원회, 방송위원회, 공직자윤리위원회 등 각종 합의제 행정기관이 한 처분에 대하여는 그 합의체의 대표가 아닌 합의체 행정기관 자체가 피고가 되는 것이 원칙이다.

그러나 중앙노동위원회의 처분에 대한 소는 “중앙노동위원회위원장”을 피고로 하고(노동위원회법 27조). 중앙해양안전심판원의 재결에 관한 소는 “중앙해양안전심판위원장”을 피고로 하도록 특별 규정을 두고 있으므로(해양사고의조사및심판에관한법률 75조), 이들 처분 등에 대한 소는 중앙노동위원회나 중앙해양안전심판원이 아닌 중앙노동위원회위원장, 중앙해양안전심판위원장이 각 피고가 되어야 한다.

## (다) 공법인 등

공법인 이나 개인도 국가나 지방자치단체의 사무를 위임받아 행하는 범위 내에서 “행정청”에 속하며 항고소송의 피고적격을 갖는다. 공무원연금관리공단, 국민연금관리공단, 근로복지공단, 농업기반공사, 한국자산관리공사 등이 그 예이며, 이 경우 행정권한을 위임받은 것은 공법인 그 자체이고 그 대표자가 아니므로 처분은 공법인의 이름으로 행하여지고, 그에 대한 항고소송의 피고도 공법인이 되어야 하고 그 대표자가 되는 것이 아니다.

## (라) 지방의회

지방의회는 지방자치단체 내부의 의결기관이지 지방자치단체의 의사를 외부에 표시하는 기관이 아니므로, 원칙적으로 항고소송의 피고가 될 수 없음이 원칙이다. 그리하여 지방의회가 의결한 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 권리의무에 영향을 미쳐 항고소송의 대상이 되는 경우에도 그 피고는 조례를 공포한 지방자치단체의 장(교육, 학예에 관한 조례는 시·도교육감)이 되어야 하고, 지방의회가 될 수 없다. 다만, 지방의회의원에 대한 징계의결의 취소나 무효확인을 구하는 소, 지방의회회의장에 대한 의장선출이나 불신임결의의 피고는 지방

의회이다.

(3) 처분을 한 행정청

(가) 개설

항고소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청이 피고가 된다. 그리하여 행정처분을 하게 된 연유가 상급 행정청이나 타 행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하더라도 처분을 행한 행정청이 피고가 된다.

(나) 권한이 위임·위탁된 경우

행정권한의 위임이나 위탁이 있으면 위임청은 위임사항의 처리에 관한 권한을 잃고 그 사항은 수입청의 권한이 되는 것이므로, 수입청이 위임받은 권한에 기하여 수입청 명의로 한 처분에 대하여는 당연히 수입청이 정당한 피고가 된다.

반면에, 행정권한의 대리나 내부위임의 경우에는 처분권한이 이관되는 것이 아니므로, 그 처분권한을 가진 원 행정청의 이름으로 처분 등을 하여야 한고(예컨대 서울시장의 이름으로 행하면서 단지 내부 전결규정이나 위임에 따라 부시장이나 국장이 전결한다는 표시가 되어있는 처분), 이 경우는 원 행정청이 피고적격을 갖는다.

농림부장관은 농지조성비와 농지전용부담금의 수납업무를 농업기반공사에 대행시킬 수 있는 바(농지법 40조, 시행령 53조, 농업농촌기본법 41조, 시행령 43조 3항), 이 경우 농업기반공사의 이름으로 납입통지서가 발부되고, 그 부과처분의 취소를 구하는 소의 피고는 농업기반공사가 된다.

3. 공유수면에 관하여 권리를 가진 자인지 여부 판단기준시점 등  
(대법원1991.1.29.. 90다6781)

가. 판시사항

- [1] 구 공유수면매립법(1986.12.31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제5조, 같은법 제 16조 제1항 소정의 '공유수면에 관하여 권리를 가진 자'인 여부를 판단하는 기준시점 (=매립면허처분시)
- [2] 공유수면매립이라는 공익상의 이유로 어업권의 기간연장허가가 거부되어 어업권이 기간만료로 소멸된 경우 공유수면의 매립권자에 대한 관계에 있어서 어업권이 침해되었다고 할 수 있는지 여부(소극)

나. 판결요지

- [1] 구 공유수면매립법(1986.12.31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제5조, 같은법 제



16조 제1항 소정의 '공유수면에 관하여 권리를 가진 자'인 여부는 매립면허처분 당시를 기준으로 판단하여야 할 것이므로 매립면허 신청 당시에는 당해 공유수면에 관하여 권리를 가지고 있었으나 매립면허 처분이 있기 이전에 그 권리를 상실한 자는 이에 해당하지 아니하여 매립 면허자에 대하여 손실보상을 청구할 수 없는 것이다.

[2] 공유수면매립이라는 공익상의 이유로 어업권의 기간연장허가가 거부되어 어업권이 기간만으로 소멸된 경우 공유수면의 매립권자에 대한 관계에 있어서 어업권이 침해되었다고 할 수 없다.

#### 다. 관련법령

구 공유수면매립법 제5조 제16조, 구 수산업법 제14조 제20조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 전○환

【피고, 피상고인】 농업진흥공사

【원심판결】 서울고등법원 1990.8.17.선고, 87나4567 판결

#### 마. 판결이유

(1) 법률의 해석적용은 법원의 전권에 속하는 것인 바, 원심이 법제처장이 질의응답 형식으로 수산업법 제14조 제2항, 공유수면매립법 제16조 제1항(공유수면에 관하여 권리를 가진 자)등에 대하여 한 법률적 견해를 표시하고 있는 강제3호증을 그 법률적 견해의 오류를 지적하지 아니한 채 배척하였다 하여 거기에 잘못이 있다할 수 없으므로 이 점에 관한 논지는 이유 없다.

(2) 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거에 의하여 피고가 이 사건공유수면 매립에 관하여 원고의 동의를 받은 사실을 인정한 다음 피고의 이 사건 공유수면매립면허 신청은 권리자의 동의를 요건으로 하지 않는 공유수면매립법 제5조 제1항 제2호 및 제3호 소정의 요건을 그 이유로 하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로 원고의 위 동의는 이 사건에 관한 한 동법 제5조 제1항 제1호 소정의 공유수면매립에 있어서 필요로 하는 동의라고 할 수 없다고 하고, 한편으로 원고의 어업면허기간연장신청은 정부추진사업인 간척농지개발계획(이 사건 매립)으로 인하여 허가되지 아니함으로써 원고의 어업권은 그 기간(1980.6.20.까지) 만료로 소멸된 사실을 확정하고 나서 이에 의하면 원고는 이 사건 매립면허 당시인 1981.5.19.에는 이 사건 공유수면에 아무런 권리도 가지고있지 아니하였으므로 원고는 공유수면매립법 제16조 제1항 소정의 공유수면에 대하여 권리를 가진 자라고는 할 수 없다 하여 원고의 이 사건 손실보상청구를 배척하였다.

구 공유수면매립법(1986.12.31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제5조에 의하면 공유수면에 관하여 권리(동법 제6조 소정의 어업권등)를 가진 자가 있는 경우에는 그 권리자가 매립에 동의한 경우(1호), 매립으로 인하여 생기는 이익이 손실을 현저히 초과하는 경우(2호), 매립이 법령에 의하여 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업을 위하여 필요한 경우(3호)중 어느 하나에 해당하는 경우에만 공유수면매립면허를 할 수 있도록 되어 있고, 동법 제16조제1항에 의하면 위와 같이 권리자가 있는 공유수면에 대하여 매립면허를 받은 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 권리자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 하여야 하도록 되어있는 바, 위 각 법조 소정의 '공유수면에 관하여 권리를 가진 자'인 여부는 '매립면허처분 당시'를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이므로 원칙적으로 매립면허신청 당시에는 당해 공유수면에 관하여 권리를 가지고 있었으나 매립면허처분이 있기 이전에 그 권리를 상실한 자는 이에 해당하지 아니한다 할 것이므로 건설부장관은 위와 같은 공유수면에 대하여는 동법 제5조 각호 소정의 요건을 갖추었는지 여부에 관계없이 매립면허를 할 수 있는 것이며 위 면허이전에 공유수면에 관하여 권리를 상실한 자는 위 매립면허자에 대하여 동법 제16조 제1항에 의한 손실보상을 청구할 수 없게 되는 것이다.

이 사건은 어업권을 가지고 있는 원고가 공유수면 매립에 동의를 한 후 그 매립면허가 있기 전에 면허 유효기간이 도래하여 기간연장신청을 하였으나 당해 매립사업을 이유로 연장허가가 되지 아니함으로써 매립면허 당시에는 어업권이 소멸된 경우이므로 위 어업권을 가지고 있던 원고는 공유수면매립법 제16조 제1항이 정하고 있는 손실보상의 대상인 권리를 가진 자에 해당하지 아니한다 할 것이다.

그리고 수산업법 제14조 제2항에 의하면 어업권자는 그 기간이 만료된 때 동조 소정의 기간연장 불허가 사유가 없는 한 기간의 연장을 허가 받을 권리와 이익이 있다 할 것이나, 동시에 공익상 필요한 경우 등 불허가사유가 있어 기간연장허가가 되지 아니하는 경우에는 그 면허기간이 만료됨으로써 어업권은 소멸되도록 되어 있으므로 (수산업법 제14조 제3항 제4항, 제20조 제1항 제3호), 이사건과 같이 공유수면매립이라는 공익상 이유로 그 기간연장허가가 거부되어 어업권이 기간만료로 소멸되었다면 공유수면의 매립권자인 피고에 대한 관계에 있어 원고의 어업권이 침해되었다고는 말할 수 없다.

원심의 실시에는 다소 미흡한 점이 있으나, 위에서 본 바와 같은 견해에서 원고가 이 사건 공유수면매립에 대하여 동의를 한 바 있지만 이 사건 매립면허가 있기 전에 위와 같이 어업권이 소멸되었으므로, 원고는 공유수면매립법 제16조 제1항 소정의 공유수면에 관하여 권리를 가진 자에 해당하지 아니 한다고 판단한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙위배 또는 공유수면매립법 제5조, 제16조 및 동시행령 제3조에 관한 법리오해는 없으므로 논지는 이유 없다.

원고가 이 사건 청구원인 사실 중에 원, 피고 사이에 이 사건 매립을 둘러싼 보상에 관하여 약정이 있었다는 사실을 주장한바 있음은 소론과 같으나, 기록(430정)에 의하면 1990.7.20. 10:00 원심 제18차 변론기일에서 재판장의 석명에 응하여 이 사건 청구는 공유수

면매입법에 의한 손실보상청구이고 약정에 의하여 청구하는 것이 아니라고 진술함으로써 이를 철회한 사실이 인정되므로 원심이 이에 대하여 판단을 하지 아니한 것을 가리켜 판단 유탈이라 할 수 없으므로 논지는 이유 없다.

## 바. 해설

언뜻 보기에 매립면허를 할 때에는 어업권이 이미 소멸한 후이므로 어업권자가 공유수면에 관하여 권리를 가진 자라고 보기는 어렵다. 그러나 어업권과 같은 경우에 어업권자가 자기의 권리가 당연히 갱신되리라고 신뢰한 경우 행정청으로서 그러한 신뢰에 반하여 어업권연장거부처분을 하여서는 안 된다는 것을 근거로 하여 위 어업권자도 권리를 가진 자로 보아야 한다는 주장도 충분히 나올 수 있다. 행정절차법에서는 「위법한 행정처분을 취소한 경우에 당해 행정청은 청구가 있으면, 당사자 등이 행정처분을 신뢰함으로써 인하여 받은 재산상의 손실에 대하여 원상회복, 손실보상 기타 필요한 조치를 하여야 한다.」고 규정하고 철회의 경우에도 이를 준용하고 있어 위의 주장과 궤를 같이 한다고 볼 수도 있을 것이다. 일반적으로 종기가 정하여진 특허는 그 기간동안만 효력을 갖는 것이고 그 갱신은 공익상 필요가 있는지 문제되는 경우에는 행정관청의 판단에 따라 갱신여부가 결정되는 것이다. 다만 예외적으로 특허가 계속적으로 갱신되어 온 사정이 있다거나 많은 자본을 투자한 경우에 특허권자의 신뢰를 보호해 줄 필요가 생기는 것이라고 보아야 할 것이다. 그런데 이 사안에서 어업권자는 후자에 속한다고 볼 여지가 많다. 따라서 어업권의 갱신에 대하여 상당한 정도의 신뢰를 가졌다고 할 수 있고 그것은 이른바 법률상 보호되는 이익에 해당한다고 보여진다.

그러나 이 경우에도 법간의 규정에 비추어 법률상 보호되는 이익이 있다는 것만으로 손실보상을 인정할 수 없다고 볼 것이어서 위 판결의 태도에 이의를 달기는 힘들 것 같다.

## 4. 공유수면 매립과 소유권취득 등(대법원 1991.6.25. 90다17040)

### 가. 판시사항

- [1] 공유수면에 대한 매립면허를 받아 그 공사완공 후에 소유권을 취득하는 토지 중 일부를 양도하기로 한 약정을 원인으로 하여 사실심 변론종결일 현재 준공인가 되지 아니한 상태에서 그 소유권이전등기절차이행을 구하는 소송의 적부(소극)
- [2] 위 “가”항의 약정 속에 그와 같이 양도할 부분에 대하여 공유수면매립 면허신청인 명의의 변경 신고하는 절차를 이행하기로 하는 약정이 포함되어 있는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

- [1] 공유수면매입법 제12조 및 제14조에 의하면 공유수면매립면허자는 매립공사를 준공

하여 관계당국으로부터 준공인가를 받아야 비로소 공용 또는 공공의 용에 사용하기 위하여 필요한 매립지를 제외한 매립지 중 준공인가 신청시에 면허자가 원하는 위치의 매립지로서 그 매립에 소요되는 사업비에 상당하는 매립지의 소유권과 그 밖의 잔여매립지 중 국가에 귀속되는 것 등을 제외한 잔여매립지에 대한 소유권을 취득한다고 규정되어 있어 준공인가 되기 이전의 상태에서는 매립자가 소유권을 취득하게 될 토지의 위치와 면적이 특정되어 있지 아니하므로, 공유수면에 대한 매립면허를 받아 그 공사완공 후에 소유권을 취득하는 토지 중 일부를 양도하기로 한 약정을 원인으로 하여 사실상 변론종결일 현재 준공인가 되지 아니한 상태에서 그 소유권이전등기절차이행을 구하는 소송은 그 청구를 특정하여 인용할 수 없으니 결국 권리보호의 요건을 결여한 부적법한 것이라 아니할 수 없다.

[2] 위 “가”항의 약정 속에 그와 같이 양도할 부분에 대하여 공유수면매립 면허신청인 명의 변경 신고하는 절차를 이행하기로 하는 약정이 포함되어 있다고 할 수 없다.

**다. 관련법령**

공유수면매립법 제12조 제14조

**라. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 정○환

【피고, 피상고인】 송○정

【원심판결】 부산고등법원 1990.10.25. 선고, 90나4679 판결

**마. 판결이유**

원심이 확정된 사실에 의하면, 원고가 이 사건 주위적 청구에 의하여 소유권이전 등기절차이행을 구하는 계쟁부동산은 공유수면인 바다인데 피고가 1988.8.26. 관계당국으로부터 공유수면매립면허를 받아 1990.6.11.경 매립공사에 착수하였으나 아직 준공되지 아니하였을 뿐만 아니라 원심 변론종결일 현재로 아직 공유수면인 상태로 되어 있는 부분도 있다는 것이다.

공유수면매립법 제12조 및 제14조에 의하면 공유수면매립면허자는 매립공사를 준공하여 관계당국으로부터 준공인가를 받아야 비로소 공용 또는 공공의 용도에 사용하기 위하여 필요한 매립지를 제외한 매립지 중 준공인가 신청시에 면허자가 원하는 위치의 매립지로서 그 매립에 소요되는 사업비에 상당하는 매립지의 소유권과 그 밖의 잔여매립지 중 국가에 귀속되는 것 등을 제외한 잔여매립지에 대한 소유권을 취득한다고 규정되어 있어 준공인가 되기 이전인 현재상태에서는 매립자인 피고가 소유권을 취득하게 될 토지의 위치와 면적이 특정되어 있지 아니하여 가사 원고가 이 사건 주위적 청구의 청구원인으로 주장한 내용이

사실이라고 하더라도 원고의 청구를 특정하여 인용할 수 없으니 결국 원고의 이 사건 주위적 청구에 관한 소는 권리보호의 요건을 결여한 부적법한 것이라 아니할 수 없다. 같은 취지로 판단하여 이 사건 주위적 청구에 관한 소를 각하한 제1심판결을 유지한 원심의 조처는 정당하고 거기에 소론이 주장하는 바와 같은 소의 실익에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

원심판결이유에 의하면 원심은, 원고가 피고로부터 양도받기로 약정하였다고 주장하면서 그 주장의 지분에 대하여 공유수면매립 면허명의 변경신고절차이행을 구하는 예비적 청구에 대하여 피고가 원고에게 공유수면매립면허의 수면허자로서의 지위를 양도하기로 약정하였음을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 배척하였는 바, 기록에 대조하여 살펴보면 원심의 위 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 되고, 장차 관계당국으로부터 공유수면매립을 면허 받아 그 공사완공 후에 피고가 소유권을 취득하는 토지 중 일부를 원고에게 양도하기로 한 약정 속에 피고가 위와 같이 양도할 부분에 대하여 공유수면매립면허신청인명의를 원고로 변경 신고하는 절차를 이행하기로 하는 약정이 포함되어 있다고 할 수 없으니 원심판결에 소론이 주장하는 이유모순의 위법이 있다 할 수 없다.

## 5. 공유수면매립면허 부관에 위반하여 이루어진 양도계약의 효력 등 (대법원 1992.10.23. 91다40238)

### 가. 판시사항

- [1] 갑으로부터 “매립토지 중 해변최근지 70평”을 양도받기로 하였으나 매립지의 분배에 관한 갑과 동업자 사이의 분쟁으로 갑에게 돌아갈 토지의 면적과 위치가 정하여지지 못하였다면, 매립지 중 해변 최근지 해당 토지의 갑 소유지분에서 70평에 해당하는 지분이전등기를 구할 수 있다고 한 사례
- [2] 준공인가 전의 매립지 매매 등을 금지하는 공유수면매립면허 부관에 위반하여 이루어진 양도계약이 당연무효인지 여부(소극)

### 나. 판결요지

- [1] 갑으로부터 “매립토지 중 해변최근지 70평”을 양도받기로 하였으나 매립지의 분배에 관한 갑과 동업자 사이의 분쟁으로 갑에게 돌아갈 토지의 면적과 위치가 정하여지지 못하였다면, 매립지 중 해변최근지 해당 토지의 갑 소유지분에서 70평에 해당하는 지분이전등기를 구할 수 있다.
- [2] 공유수면매립면허 부관상의 의무는 수면허자가 면허권자에게 부담하는 공법상의 의무에 지나지 아니하므로, 준공인가 전의 매립지 매매 등을 금지하는 매립면허 부관에 위반하여 이루어진 양도계약은 당연무효가 아니다.

## 다. 관련법령

공유수면매립법 제4조 제12조 동법시행령 제11조

## 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 송○룡

【피고, 상 고 인】 강○호

【원심판결】 부산고등법원 1991.10.4. 선고 91나1691 판결

## 마. 판결이유

원심이 이 사건 매립면허에 관하여 원고가 피고에게 제공하기로 약정한 ‘노무’란 피고가 부산시 수산업협동조합(이하 부산수협이라 한다)으로부터 매립에 관한 동의를 얻을 수 있도록 하는 것 자체를 의미하는데, 결과적으로 부산수협의 제1차 동의뿐만 아니라 제2차 동의도 원고의 노력에 의하여 이루어짐으로써 원고는 약정한 ‘노무’를 제공한 것이라고 인정하였음은 옳고, 거기에 심리미진이나 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 처분문서의 해석을 그르친 위법이 있다할 수 없다.

원심판결이유에 의하면, 원심은, 원고가 피고로부터 양도받기로 약정한 ‘노무’의 대가가 ‘매립토지 중 해변최근지 70평’이었다고 하더라도, 준공된 매립지의 분배에 관한 피고와 그 동업자들 사이의 분쟁 때문에 매립지를 각 동업자별로 나누지 못함으로써 피고에게 돌아갈 토지의 면적 및 위치가 정하여지지 못하고 있는 이상, 원고는 피고 및 소외인들의 공유로 보존등기된 위 매립지 중 해변최근지에 해당하는 원심판시 별지목록기재 부동산의 피고소유 지분에서 70평에 해당하는 지분의 이전등기는 구할 수 있다고 판단하였는바, 위약정의 경위 및 내용에 비추어 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 사실오인 또는 계약의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다.

원심이 이 사건 양도계약은 부산수협의 피고에 대한 강박에 의하여 이루어졌다거나, 원고가 피고의 공유수면매립에 대하여 부산수협이 동의하도록 알선한 행위는 변호사법 제78조 제1호에 해당하므로 이 사건 양도계약은 반사회질서를 내용으로 하는 법률행위에 해당한다는 피고의 각 주장을 배척한 것은 옳고, 거기에 심리미진 또는 채증법칙위배로 인한 사실오인이나 강박에 의한 의사표시, 변호사법 제78조 제1호 또는 민법 제103조에 관한 법리오해의 위법이 있다할 수 없다.

공유수면매립면허 부관상의 의무는 수면허자가 면허권자에게 부담하는 공법상의 의무에 지나지 아니하므로(당원 1982.12.28. 선고, 80다731, 732 판결 참조), 원심이 같은 취지에서 준공인가 전에 이루어진 이 사건 양도계약이 당면무효가 아니라고 판단한 것은 옳고, 거기에 공유수면매립면허의 부관에 관한 법리오해의 위법이 없다. 논지들은 모두 이유가 없다.

### 6. 수도대금 납부고지행위 등의 행정처분성(1992.1.21. 91누1264)

#### 가. 판시사항

- [1] 건설부장관이 공유수면매립면허를 함에 있어 그 면허 받은 자에게 당해 공유수면에 이미 토사를 투기한 지방해운항만청장에게 그 대가를 지급하도록 한 부관에 따라 한 같은 해운항만청장의 수도대금 납부고지행위가 행정처분에 해당한다고 할 수 없다고 한 사례
- [2] 위 항의 경우 해운항만청장이 수도대금을 국세체납의 예에 의하여 징수하겠다는 의사표시를 한 바 있었다거나 세입금납세고지서에 의하여 납부할 것을 고지하였다 하여 그 납부고지행위가 행정처분이 될 수 있는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 건설부장관이 공유수면매립면허를 함에 있어 그 면허조건에서 울산지방해운항만청이 울산항 항로 밑바닥에 쌓인 토사를 준설하여 당해 공유수면에 투기한 토량을 같은 해운항만청장이 산정 결정한 납입고지서에 의하여 납부하도록 정한 경우에 있어 건설부장관이 공유수면매립면허를 받은 자에게 부관으로 당해 공유수면에 이미 토사를 투기한 해운항만청장에게 그 대가를 지급하도록 한 조치에 대하여 별도의 법령상의 근거나 그 징수방법, 불복절차, 강제집행 등에 관한 규정이 없다면 이에 의해 같은 해운항만청장이 한 수도대금의 납부고지행위는 항만준설공사를 함에 있어 투기한 토사가 그 매립공사에 이용됨으로써 이득을 본다는 취지에서 준설공사비용의 범위 내에서 이를 회수하려는 조치로서 그 법적 성격 등에 비추어 볼 때 이를 가리켜 행정소송법 제2조 제1항 제1호 소정의 처분에 해당한다고 할 수 없다.
- [2] 위 항의 경우 해운항만청장이 공유수면매립면허를 받은 자에게 위수도대금을 납부하지 않을 경우에는 국세체납의 예에 의하여 징수하겠다는 의사표시를 한 바 있었다고 하여도 이는 법령상의 근거 없이 한 것으로서 이 때문에 위 수도대금의 납부고지행위가 공권력을 가진 우월한 지위에서 행하는 행정처분이나 행정작용이 된다고 할 수 없고 세입금 납세고지서에 의하여 납부할 것을 고지하였다 하여도 마찬가지이다.

#### 다. 당사자 등

- 【원고, 상 고 인】 현대자동차주식회사
- 【피고, 피상고인】 울산지방해운항만청장
- 【원심판결】 부산고등법원 1990.12.28. 선고 89구1209 판결

**다. 판결이유**

(1) 원심이 인정한 사실에 의하면 건설부장관은 원고에게 이 사건 공유수면매립면허를 함에 있어 그 면허조건 (아)항에서 울산지방해운항만청이 울산항 항로 밑바닥에 쌓인 토사를 준설하여 공유수면에 투기한 토량(한자생략)을 해운항만청장이 산정 결정한 납입고지서에 의하여 납부하도록 정하였다는 것인바, 그렇다면 피고가 한 이 사건 수도대금부과처분은 건설부장관의 원고에 대한공유수면매립면허의 부관에 의한 것으로서 그 부과 징수에 관하여 법규상 어떠한 강제방법이나 이의신청절차규정이 없어 항고소송의 대상이 되는 행정처분이나 이에 준 하는 행정작용이라고 볼 수 없고, 공권력을 수반하지 아니하는 사경제적 작용에 불과한 사법상의 행위라는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 피고가 원고가 수도대금을 납부하지 않을 경우에는 국세체납의 예에 의하여 징수하겠다는 의사표시를 한 바 있었다고 하여도 이는 법령상의근거 없이 한 것으로서 이 때문에 피고의 이 사건 수도대금의 납부고지 행위가 피고가 공권력을 가진 우월한 지위에서 행하는 행정처분이나 행정작용이 된다고 할 수 없고, 피고가 세입금납세 고지서에 의하여 이 사건 수도대금을 납부할 것을 고지하였다고 하여도 마찬가지이다.

(2) 어떠한 행정행위의 부관인 부담에 정해진 바에 따라 당해 행정청이 아닌 다른 행정청이 그 부담상의 의무이행을 요구하는 의사표시를 하였을 경우 이러한 행위가 당연히 또는 무조건으로 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수는 없을 것이고, 이 사건에서 건설부장관이 원고에게 공유수면매립면허를 함에 있어 부관으로 당해 공유수면에 이미 토사를 투기한 피고에게 그 대가를 지급토록 한 조치에 대하여 별도의 법령상의 근거나 그 징수방법, 불복절차, 강제집행 등에 관한 규정이 없다면 그 수도대금의 징수는 피고가 항만준설공사를 함에 있어 투기한 토사가 원고의 매립공사에 이용됨으로써 이득을 본다는 취지에서 준설공사비용의 범위 내에서 이를 회수하려는 조치로서 그 법적 성격 등에 비추어 볼 때 이를 가리켜 행정소송법 제2조제1항 제1호 소정의 처분에 해당한다고 할 수 없을 것이다.

따라서 논지도 이유가 없다.

**7. 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분에 대한 행정소송 가능여부  
(1991. 12. 13. 90누 8503)**

**가. 판시사항**

공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분에 대하여 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 있는지 여부(소극)



**나. 판결요지**

행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 행정청이 한 공유수면매립준공인가 중 매립지 일부에 대하여 한 국가귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이므로 이러한 행정행위의 부관에 대하여는 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다.

**다. 관련법령**

행정소송법 제1조(행정처분일반) 제19조, 공유수면매립법 제14조

**라. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 김○홍

【피고, 피상고인】 부산지방해운항만청장

【원심판결】 부산고등법원 1990.9.26. 선고 89구2035 판결.

**마. 판결이유**

행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것이다 (당원 1970.9.17.선고 70누 98 판결, 1985.6.25.선고 84누 579 판결, 1986.8.19.선고 86누 202 판결 각 참조).

기록에 의하면, 원심은 피고가 1989.3.11. 원고에 대하여 한 공유수면매립준공인가 중 판시 토지를 국가소유로 귀속하는 처분에 대하여 이를 위법하다는 이유로 위 준공인가 (청구 취지는 위 공유수면매립준공인가 ‘면적’이라고 하였으나 매립준공인가처분을 가리킨다 할 것이다) 중 판시 토지에 대한 귀속처분만의 취소를 구하는 원고의 청구를 기각하였는 바, 피고가 그 토지에 대하여한 국가귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에 대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과일부를 배제하는 부관을 붙인 것으로 볼 것이고, 이러한 행정행위의 부관에 대하여는 위 법리와 같이 독립하여 행정소송의 대상으로 삼을 수 없는 것이다. 원심판결이이 점을 간과하고 본 안에 대하여 심리하여 원고의 청구를 배척하였음은 행정소송의 대상에 관한 법리를 오해한 위법을 범하였다고 할 것이다.

**바. 같은 취지의 판례**

1993. 10. 8. 93누 2032(행정행위의 부관은 부담의 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 것인바, 지방국토관리청장이 일부 공유수면매립지에 대하여 한 국가 또는 직할시 귀속처분은 매립준공인가를 함에 있어서 매립의 면허를 받은 자의 매립지에

대한 소유권취득을 규정한 공유수면매립법 제14조의 효과 일부를 배제하는 부관을 붙인 것이고, 이러한 행정행위의 부관은 위 법리와 같이 독립하여 행정소송 대상이 될 수 없다.)

## 8. 공유수면매립지의 소유권 취득 및 양도(1984. 12. 11. 81다 630)

### 가. 판시사항

- [1] 공유수면매립지의 소유권 취득
- [2] 면허관청의 허가 없는 공유수면매립면허양도의 효력

### 나. 판결요지

- [1] 공유수면매립지의 소유권은 공용 또는 공공의用に 공하기 위하여 필요한 매립지가 아닌 한 공유수면매립법 제14조 본문의 규정에 따라 매립의 면허를 받은 자가 그 준공의 인가를 받은 날에 취득한다.
- [2] 공유수면매립면허양도에 관하여 공유수면매립법 제20조의 위임에 따른 동법시행령 제29조 제1항은 매립면허를 받은 자가 매립하는 권리를 양도하고자 할 때에는 양수인과 연명으로 면허관청의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있어 위 공유수면매립의 성질이나 위 각 규정 등의 취지로 보아 위 면허양도에 있어서의 면허관청의 허가는 효력요건이고 위 각 규정은 강행규정임이 명백하므로 면허관청의 허가가 없는 공유수면매립면허의 양도는 법률상 아무 효력도 없다.

### 다. 관련법령

공유수면매립법 제14조, 제20조, 공유수면매립법시행령 제29조

### 라. 당사자 등

- 【원고, 상 고 인】 김○재 외 49인
- 【피고, 피상고인】 장○삼 외 10인
- 【원심판결】 광주고등법원 1981.1.28 선고 77나487 판결

### 마. 판결이유

(1) 원심판결 이유기재에 의하면, 원심은 그 거시증거를 모아 이 사건 토지는 원래 공유수면인데 피고 장○삼이 1964.5.26 농지조성을 목적으로 개인명의로 면허번호 제3753호로 준공기한을 1966.6.30로 하여 전라남도지사로부터 공유수면매립면허를 받고, 동피고는 위 면허 받은 공유수면매립사업을 실시함에 있어서 정부로부터 미공법 제480호 제2관에 의거

한 미국잉여농산물의 지원을 받아 사업을 용이하게 실시코자 목포시와의 협의에 의하여 이 사건 공유수면매립공사장을 정부의 미공법 제480호 제2관에 따른 자조근로사업실시요령에 의한 영세민의 자조근로사업장으로 책정 받아 그 명칭을 “목포시 충무동 달리 복구 자조근로사업장”으로 정하고 위 매립면허사업은 정부의 자조근로사업실시요령에 따라 목포시장이 사업수행의 책임자가 되고, 피고 장○삼은 위 자조근로사업장의 운영위원 및 그 대표자가 되어 원고 등을 포함한 목포시 충무동 달리 거주 주민들 75세대를 취로자로 하여 사업을 진행하였으나 준공기한인 1966.6.30까지 방조제공사만 완공되었을 뿐 내부공사가 완료되지 못함으로 인하여 공유수면매립면허가 실효 되었으나, 피고 장○삼의 공유수면매립면허 효력회복신청에 대한 1966.9.27자 전라남도 지사의 매립면허 효력회복지령에 따라 매립면허의 준공기한을 1967.3.31로 연장한 매립면허 효력회복이 되고, 계속 공사를 추진한 결과 1966.11월말경 매립공사가 완성되어 1966.11.28 준공인가신청을 하였고, 준공기한 전인 1966.12.26자로 피고 장○삼 명의로 별지목록(원심판결 별첨)의 제1내지 제7에 기재된 이 사건 토지에 대한 공유수면매립준공인가가 되어, 동 피고는 1967.4.18 토지대장에 소유명의를 등재키 위한 과세지정신청을 하여 별지목록 제1 내지 제5토지에 관한 토지대장에 소유자 명의를 자기 자신으로 등제한 후에 이 사건 토지중 별지목록 제1내지 5토지에 관하여는 그 명의로 소유권보존등 기를 마치고, 별지 제6목록 토지에 관하여는 피고 이○춘에게 소유권을 양도함으로써 토지대장상 피고 이○춘 명의로 등재되었고, 전라남도에 비치되어 있는 공유수면매립에 관한 준공대장에도 준공자 명의로 피고 장○삼 개인 명의로 당초 기재되었던 것이나 1977.4.14경 원고들이 이의를 제기하므로써 전라남도지사는 위 준공대장의 준공자 명의란에 적혀있는 장○삼이라는 이름 앞에 “대표”라는 두 글자를 기입해 넣은 사실 등을 인정하고 있는 바, 일건 기록에 의하여 위 원심적시의 증거들을 살펴보면 원심에 이와 같은 사실인정은 정당하고 그에 이르는 원심의 심리과정이나 증거의 취사판단에 심리미진이 나 채증법칙 위반의 허물을 가려낼 수가 없다. 소론이 내세우는 을 제1호증이나 을 제2호증의 2 또는 을 제7호증은 이 사건과 무관한 것이어서 증거로 삼을 수 없는 것이라는 점 등은 그 독자적 견해로서 사실심의 전권에 속하는 사실의 확정을 비난하는 데 불과하고 이 사건 공유수면매립면허와 그 준공인가가 피고 장○삼의 명의로 되었다면 공유수면매립법 제14조 본문의 규정에 따라 매립의 면허를 받은 피고 장○삼이 준공의 인가를 받은 날에 매립지의 소유권을 취득하는 것이고 공용 또는 공공의 용에 공하기 위하여 필요한 매립지가 아닌 한 같은법 제14조 단서의 규정이 적용될 여지가 없는 것이어서 논지는 모두 그 이유가 없다.

(2) 공유수면매립법 제20조는 매립의 면허를 받은 자가 이 법 또는 이 법에 의하여 법령의 규정에 의하여 가지는 권리의무는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 이전할 수 있다고 규정하고 이 위임에 따른 공유수면매립법시행령 제29조 제1항은 매립면허를 받은 자가 매립하는 권리를 양도하고자 할 때에는 양수인과 연명으로 면허관청의 허가를 받아야 한다

고 규정하고 있고 공유수면매립의 성질이나 위 각 규정의 취지로 보아 공유수면매립면허 양도에 있어서의 면허관청의 허가는 효력요건이고 따라서 위 각 규정은 강행규정임이 명백하므로 가사 피고 장○삼이 이 사건 공유수면매립면허를 소의 목포시에 양도한 사실이 있었다고 하더라도 기록상 그 양도에 면허관청인 전라남도지사의 허가가 없었다는 사실을 원고 등이 이를 자인하고 있음이 명백한 이 사건에 있어서 이는 법률상 아무 효력도 발생할 수 없는 것일 뿐만 아니라 기록상 양도가 있었다고 하는 1964.7.2이후인 1966.9.27 피고 장○삼 명의로 준공기간을 1967.3.31로 연기하는 공유수면매립면허 효력회복에 관한 전라남도지사의 지령이 있었음이 인정되므로 같은 취지에서 피고 장○삼 명의의 공유수면매립권이 목포시에 양도되어 동 피고 명의의 소유권보존등기가 원인무효라는 원고 등의 주장을 배척한 원심조치는 정당하고 이에 아무런 위법도 있다고 할 수 없으므로 논지 또한 그 이유가 없다.

(3) 기록에 의하여 원심적시의 증거를 모아보면, 원고 등과 피고 장○삼 등을 그 구성원으로 하는 목포시 충무동 달리 북구 자조근로사업장은 민법상의 조합이라고 봄이 상당하고 피고 장○삼은 그 대표자이며 업무집행자라는 것이므로 조합의 업무집행자인 조합원은 조합의 업무집행에 관하여 조합의 대표자로서나 또는 자기의 이름으로 재판상 또는 재판 외의 일체의 행위를 할 수 있는 것이므로 원심이 이와 같은 취지에서 피고 장○삼이가 이 사건 공유수면매립면허가 목포시와 원고들 및 위 피고 사이의 협의에 의하여 내부적으로는 조합에 양도된 것이라고 하더라도 위 피고는 조합의 업무집행자인 조합원이며 동피고가 그의 이름으로 공유수면매립면허 준공인가신청을 하고 그 이름으로 인가가 되었다면 조합내부의 정산은 별론으로 하고 그 준공인가의 효력에 아무소장도 없다고 판시한 조치는 정당하고 아무 잘못도 없으므로 이와 반대되는 견해로 이 자조근로사업장은 민법상 조합도 아니고 설사 민법상의 조합이라고 하면 그 재산은 조합원의 합유에 속하여 피고 장○삼이 그 소유권을 취득할 수 없다고 원심을 비난하는 논지는 위와 같은 법리를 오해함에 연유하는 것으로 그 이유가 없다.

## 바. 해설

법률행위가 유효하려면 목적이 적법한 것이 되어야 한다. 이것은 민법 제105조의 '법령 중 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정'에 반하지 않아야 함을 의미한다. 그런데 이 사안에 적용되는 공유수면매립법시행령 제29조는 매립면허를 받은 자가 매립하는 권리를 양도하고자 하는 때에는 양수인과 연명으로 면허관청의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 대법원은 위 허가가 매립면허 양도의 효력요건임을 명시하고 있다.

일반적으로 강행규정은 효력규정과 단속규정으로 나뉜다고 하는데 법률이 특히 엄격한 표준을 정하여 일정한 자격을 갖춘 자에 대하여만 일정한 기업을 허용하는 경우에는 그 법규는 효력규정이라고 해석하는 것이 통설이다. 이 판결은 허가규정이 바로 효력규정임을

명백히 하고 있는데 그 의미가 있다.

위 시행령 상에 규정되어 있는 면허관청의 허가란 강학상 '인가'에 해당한다고 볼 수 있다. 인가란 행정청이 타자의 법률행위를 동의로써 보충하여 그 행위의 효력을 완성시켜주는 행위를 말한다. 기본행위가 적법하나 인가가 없는 경우 무인가 행위로서 법률행위의 효력이 완성되지 않음은 위에서 살펴본 바와 같다.

그렇다면 당사자 사이에서 면허양도 약정은 아무런 효과도 발생하지 않는 것인가 하는 의문이 생긴다. 아래 판결을 통해 살펴보기로 하자.

### 9. 공유수면매립면허의 권리의무관계(1991. 6. 25. 90누5184)

#### 가. 판시사항

- [1] 공유수면매립면허 공동명 의자의 권리의무의 귀속(=합유) 및 합유물에 관한 소송이 보존행위가 아닌 한 필요적 공동소송인지 여부(적극)
- [2] 면허관청의 인가를 받지 않은 공유수면매립면허로 인한 권리의무양도약정의 효력 유무(소극)
- [3] 공유수면매립면허의 공동명 의자 갑이 다른 공동명 의자 을에게 면허로 인한 권리의무를 양도하기로 약정하였으나 이에 관한 인가를 받지 않은 상태에서 효력이 상실된 후, 위 면허의 효력을 공동명 의로 소급하여 회복시키는 면허관청의 처분에 대하여 을 혼자서 제기한 그 취소나 무효확인을 청구하는 소의 적부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 공유수면매입법에 따라서 수인이 공동명 의로 공유수면매립면허를 받은 경우에, 그들이 법 또는 법에 의하여 발하는 명령의 규정에 의하여 가지는 권리의무는 그들의 합유에 속하는 것으로서, 합유물에 관한 소송은 보존행위가 아닌 한 원칙적으로 소송의 목적이 합유자 전원에 대하여 합일적으로 확정되어야 하는 필요적 공동소송이다.
- [2] 공유수면매입법 제20조 제1항 및 같은 법 시행령 제29조 제1항 등 관계법령의 규정 내용과 공유수면매립의 성질 등에 비추어 볼 때, 공유수면매립의 면허로 인한 권리의무의 양도·양수에 있어서의 면허관청의 인가는 효력요건으로서, 위 각 규정은 강행규정이라고 할 것인바, 위 면허의 공동명 의자 사이의 면허로 인한 권리의무양도약정은 면허관청의 인가를 받지 않은 이상 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없다.
- [3] 공유수면매립면허의 공동명 의자 갑이 다른 공동명 의자 을에게 면허로 인한 권리의무를 양도하기로 약정하였으나 이에 관한 인가를 받지 않은 상태에서 면허의 효력이 상실된 후 면허관청이 공유수면매립면허의 효력을 공동명 의로 소급하여 회복시키는 처분을 하자 을 혼자서 위 처분의 취소나 무효확인을 청구하는 소송을 제기한 경우,

위 양도약정은 법률상 효력이 없어 위 면허는 갑, 을의 합유에 속하는 것이고 그에 관한 권리에 대한 위의 제소는 보존행위라고는 볼 수 없으므로 위 소는 당사자적격에 흠결이 있는 부적법한 것이다.

**다. 관련법령**

공유수면매립법 제4조, 제20조 제1항, 동법 시행령 제29조 제1항

**라. 당사자 등**

- 【원고, 상 고 인】 최○수
- 【피고, 피상고인】 충청남도지사
- 【피고, 보조참가인】 황○영 외 2인

**마. 판결이유**

원고와 위 소외 김○기 등 2인이 1980.3.20. 공동명의로 피고로부터 이 사건 공유수면매립면허(이 뒤에는 “이 사건 면허”라고 약칭한다)를 얻었는데, 위 김인기는 1983.6.14. 이 사건 면허에 의하여 가지는 일체의 권리를 포기하고 그 면허명의로도 원고의 단독명의로 마쳐 주기로 약정하고, 원고는 6.18. 피고보조참가인(이 뒤에는 “참가인”이라고 약칭한다) 들의 피상속인인 소외 문○갑과 사이에 이 사건 면허에 의하여 가지는 권리를 양도하기로 계약을 체결하면서, 장차 이 사건 면허가 실효 되더라도 후에 그 효력이 회복되는 경우 계약에 의한 그들의 권리는 동일성을 유지한 채 보장되도록 약정하였다.

위 문○갑이 위 계약에 따라 공사를 시행하던 중 1983.8.경 원고와 위 문○갑 사이에 분쟁이 생겨 원고 등의 방해로 위 문○갑이 더 이상 매립공사를 시행하지 못하게 되는 바람에, 이 사건 면허의 면허조건에 따른 준공기간 내에 공사가 완공되지 아니함으로써, 1985.10.1. 공유수면매립법 제25조 제1항 제2호에 따라서 이 사건 면허의 효력이 상실되었다.

위 문○갑은 원고와 위 김○기를 상대로(위 김○기에 대하여는 원고를 대위하여) 위 1983.6.18.자 양도계약을 원인으로 하여 이 사건 면허에 관한 공유수면매립권 양도양수인가 신청절차의 이행 등을 청구하는 소송을 제기하였던 바(그 소송이 제1심에 계속중인 1984.8.22. 위 문○갑이 사망하여 그의 상속인들인 참가인들이 소송절차를 수계하였다), 제1심에서는 참가인들의 청구가 기각되었으나, 참가인들이 항소한 결과 서울고등법원은 1987.7.30. 제1심판결을 취소하고, 이 사건 면허에 관하여 공유수면매립법 부칙 제4항(1986.12.31. 법률 제3901호)에 의한 효력회복을 조건으로, 위 김○기는 원고에게 1983.6.14.자 탈퇴를 원인으로 하여, 원고는 참가인들에게 1983.6.18.자 양도계약을 원인으로 하여, 각기 충청남도지사에 대한 공유수면매립권 양도양수허가의 신청절차를 이행하라는 참가인들

의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 대법원이 1987.11.24. 원고의 상고허가신청을 기각하여 위 판결이 확정되자, 참가인들이 1987.12.15. 위 확정판결에 기하여 피고에게 이 사건 면허의 효력회복신청과 아울러 이 사건 면허에 관한 권리의무 양도양수의 인가신청을 하였던 바, 피고가 12.30. 이 사건 면허에 대하여, 공유수면매립법 부칙 제4항에 따라서 원고와 위 김○기의 공동명의로 소급하여 그 효력을 회복시키는 처분을 함과 동시에, 공유수면매립법 제20조 및 같은 법 시행령 제29조 제2항(1987.10.13. 대통령령 제12257호로 개정된 것)에 따라서 권리의무의 양도양수를 인가하는 처분을 하였다.

공유수면매립법에 따라서 수인이 공동명의로 공유수면매립면허를 받은 경우에, 그들이 법 또는 법에 의하여 발하는 명령의 규정에 의하여 가지는 권리의무는 그들의 합유에 속하는 것으로서, 합유물에 관한 소송은 보존행위가 아닌 원칙적으로 소송의 목적이 합유자 전원에 대하여 합일적으로 확정되어야하는 필요적 공동소송임이 명백한 바(당원 1965.12.21. 선고 65누104 판결, 1969.11.25. 선고 65다1352 판결, 1972.5.23. 선고 72누9 판결, 1975.6.10. 선고 74다1113 판결 등 참조), 이 사건의 경우 피고가 효력이 상실된 이 사건 면허의 효력을 원고와 위 김인기의 공동명의로 소급하여 회복시킨 처분의 취소나 무효확인을 청구하는 소송을 제기하는 것이, 원고와 위 김인기의 합유에 속하는 이 사건 면허에 관한 권리에 대한 보존행위라고는 볼 수 없으므로, 원고가 그와 같은 소송을 제기하는 것이 그와 같은 권리에 대한 보존행위라고 보아야할 것이라는 소론은 받아들일 것이 못된다.

“매립의 면허를 받은 자가 이 법 또는 이 법에 의하여 발하는 명령의 규정에 의하여 가지는 권리의무는 대통령령의 정하는 바에 의하여 이를 이전할 수 있다”고 규정한 공유수면매립법 제20조 제1항 및 “매립의 면허로 인한 권리·의무를 양도·양수하고자 하는 자는 면허관청의 인가를 받아야 한다”고 규정한 같은 법 시행령 제29조 제1항 등 관계법령의 규정 내용과 공유수면매립의 성질 등에 비추어 볼 때, 공유수면매립의 면허로 인한 권리·의무의 양도·양수에 있어서의 면허관청의 인가는 효력요건으로서, 위 각 규정은 강행규정이라고 할 것이므로(당원 1984.12.11. 선고 81다630 판결 참조), 원고와 공동명의로 이 사건 면허를 받은 위 김○기가 소론과 같이 이 사건 면허로 인한 권리의무를 원고에게 양도하기로 약정하였다고 하더라도, 그 점에 관하여 면허관청의 인가를 받지 않은 이상 그와 같은 약정은 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없는 것이고, 따라서 그와 같은 약정으로 인하여 위 김○기가 원고와 공동명의로 이 사건 면허를 받은 자의 지위에서 떨어져 나간 것이라는 소론도 받아들일 것이 못된다.

결국 이 사건 면허로 인한 권리의무의 합유자의 1인인 원고 혼자서 제기한 이 사건 면허 효력회복처분 취소청구의 소나 그 무효확인청구의 소가 당사자적격에 흠결이 있는 부적법한 것이라고 판단한 원심판결에 당사자 적격에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 논지는 이유가 없는 것임이 명백하다. 원심이 피고가 이 사건 면허로 인한 권리의무의 양도양수를 인가한 처분의 취소나 무효확인을 구하는 원고의 청구에 대하여, 원고가 이 사건 면허의 효력이 상실된 후 1985.12.부터 1987.11.까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 피고에게 면허효력

회복신청을 하였으나 그 요건미비 등의 이유로 신청서가 반려되어 온 사실이 인정될 뿐, 원고가 이 사건 면허로 인한 권리의무의 양도양수에 관한 인가신청을 하였음을 인정할 증거는 없으므로, 피고의 위 양도양수 인가처분이 채권자 대위권에 관한 법리에 위배되어 재량권을 남용하거나 일탈한 것이라는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유가 없는 것이라고 판단한 끝에, 원고의 위 각 청구를 기각하였는 바, 사실관계가 원심이 적법하게 확정하와 같다면, 원심의 위와 같은 판단에 채권자대위권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 논지도 받아들일 것이 못된다.

### 10. 공유수면매립면허의 양도와 관할관청의 인가(1992. 7. 6. 92마 54)

#### 가. 판시사항

- [1] 민사소송법상의 가치분으로써 행정행위의 금지를 구할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 제3채무자(국가)에 대하여 위 면허권에 관한 명의개서 기타 일체의 변경절차의 금지를 구한 부분에 대하여는, 위 면허권 양도의 인가를 금지하도록 명해 달라는 뜻으로 보아 허용될 수 없다고 한 원심의 조치를 수긍한 사례
- [3] 공유수면매립면허의 양도에 있어 관할관청의 인가가 효력발생요건인지여부(적극)

#### 나. 결정요지

- [1] 민사소송법상의 보전처분은 민사판결절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리에 관한 것이므로, 민사소송법상의 가치분으로써 행정청의 어떠한 행정행위의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다 할 것이다.
- [2] 채권자가, 채무자와 제3채무자(국가)를 상대로 채무자의 공유수면매립면허권에 관하여, “채무자는 이에 대한 일체의 처분행위를 하여서는 아니 되며, 제3채무자는 위 면허권에 관하여 채무자의 신청에 따라 명의개서 기타 일체의 변경절차를 하여서는 아니 된다.”는 요지의 내용을 신청취지로 하여 가치분신청을 한 데 대하여, 원심이, 채무자에 대한 신청부분은 인용하면서도, 제3채무자에 대한 부분에 대하여는, 위 신청취지를 채무자가 면허권을 타에 양도할 경우 면허관청으로 하여금 그 양도에 따른 인가를 금지하도록 명해 달라는 뜻으로 풀이한 후, 이 부분 신청은 허용될 수 없다.
- [3] 공유수면매립면허의 양도에 있어서는 관할관청의 인가라는 행정처분이 있어야 그 효력이 있는 것이다.

#### 다. 관련법령

공유수면매립법 제20조 동법시행령 제29조



라. 당사자 등

【재항고인】 ○○건설주식회사

【원 결 정】 부산고등법원 1991.12.20. 자 91라52 결정

11. 공유수면매립자격(92누 10104)

가. 판시사항

개인 등이 공유수면매립법시행령 제8조의2 제3항의 각호 중 어느 하나에 해당하기만 하면 공유수면을 매립할 수 있는지 여부(적극)

나. 판결요지

공유수면매립법 제4조 제4항 및 같은법시행령 제8조의2 제3항의 지정취지와 형식에 비추어 볼 때 개인 등은 위 제3항의 각호 중 어느 하나에 해당하기만 하면 공유수면을 매립할 수 있는 것으로서 만일 어느 구역이 위 제2호에 정한 사유, 즉 해안선경관의 개선이나 해안이용의 증진을 위하여 해안선정리가 필요한 경우에는 위 제1호에서 정하는 매립지의 용도 및 용도별 면적의 제한에 구애되지 않고 매립을 할 수 있다.

다. 관련법령

공유수면매립법4조4항, 같은법시행령8조의2제3항

라. 판결이유

기록에 의하면 원고들이 이 사건 공유수면매립면허를 신청한 지역은 소의 강화군이 이미 공영개발사업의 하나로 계획하고 있는 공유수면매립시행예정지구에 포함되어 있으며 그 지역이 순수한 해안경관의 개선이나 해안이용의 증진을 위하여 해안선의 정리가 필요한 곳은 아닌 사실을 인정할 수 있는 바, 강학상 특허에 해당하는 이 사건 공유수면매립면허 신청에 대하여 피고가 공유수면매립법시행령 제8조의 2 제3항 제2호에 정한 공유수면매립은 순수한 해안경관의 개선 또는 해안선이용증진을 위하여 필요한 경우에 한하여 그 면허를 부여할 수 있음을 전제로 원고들의 신청지역이 그에 해당하지 아니한다 하여 원고들의 신청을 거부한 이 사건 거부처분은 적법하다 할 것이다.

원고들이 공유수면매립면허를 신청한 지역이 위 시행령 제8조의 2 제3항 제2호에 해당하지 아니하고, 기록에 의하면 원고들이 위 매립면허를 신청한 목적은 위 지역을 매립하여 초지로 사용하기 위한 것으로서 그 매립지의 면적이 위 시행령 제8조의 2 제3항 제1호 다목에서 규정한 용도별 면적기준인 농수산 용지100,000 제곱미터를 초과함을 이유로 피고가

원고들의 신청을 거부한 처분에 위법이 없다고 한 원심의 판단은 정당하다.

공유수면매립법 제4조제4항에 의하면 도시계획구역안의 공유수면과 대통령령이 정하는 공유수면에서의 매립은 국가 지방자치단체 또는 정부투자기관이 매립하되 매립의 목적 규모 또는 입지여건등을 감안하여 대통령령이 정하는 경우에는 개인등이 매립할 수 있도록 규정되어 있고, 동 시행령 제8조의 2 제3항은 위 법에서 정한 개인등이 매립할 수 있는 경우로서 제1호 내지 제4호를 규정하고 있는바, 그 규정취지와 형식에 비추어 볼 때 개인등은 위 제3항의 각호중 어느 하나에 해당하기만 하면 공유수면을 매립할 수 있는 것으로서 만일 어느 구역이 위 제2호에 정한 사유 즉 해안선경관의 개선이나 해안이용의 증진을 위하여 해안선정리가 필요한 경우에는 위 제1호에서 정하는 매립지의 용도 및 용도별 면적의 제한에 구애되지 않고 매립을 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

#### 마. 해설

이 판결은 법 제4조의 면허를 받기 위한 개인 및 사기업 등의 조건에 관한 시행령 제8조의 2 제3항을 해석한 것이다. 즉 법 제4조 제4항에 의하면 일정공유수면의 매립의 경우 그 주체가 국가, 지방자치단체 등으로 제한되나, '매립의 목적, 규모 또는 입지여건 등을 감안하여' 그 주체를 개인등에게까지 확대시키고 있는 바, 이는 일종의 재량권을 건설교통부장관에게 부여한 것이라고 할 것이다. 그 내용을 보충하고 있는 시행령 제8조의 2 제3항에서는 개인 등이 공유수면을 매립할 수 있는 경우를 4개호로 기술하고 있는 바 이는 위 법의 추상적인 요건의 기준을 제시한 것이라고 할 것인데, 위 4개 각호간의 관계를 이 판결에서 제시하고 있는 것이다.

사실상 공유수면매립의 경우 그 용도는 공업용지, 상업용지, 주택용지 또는 농수산용지 일 것이므로 그 각각의 면적을 제시하고 있는 제1호는 개인등의 매립사업을 제한하는 법의 태도로 볼 때 포괄적으로 개인등이 시행하는 공유수면매립의 경우에 각 적용되어 개인등이 시행할 수 있는 매립사업의 면적을 제한한다고 볼 수도 있을 것이다. 이렇게 해석한다면 위 1호와는 달리 매립의 목적이라던가 다른 법에 의한 권한수여를 기술하고 있는 나머지 3개호는 위 제1호의 제한을 받는다고 하는 해석이 가능할 것이다. 이에 반하여 법은 '매립의 목적, 규모와 입지여건 등을 감안하여'라고 규정하지 아니하고 '매립의 목적, 규모 또는 입지여건 등을 감안하여'라고 규정하고 있으므로 '규모'도 나머지 각호와 마찬가지로 하나의 나열된 조건으로 해석을 하여 제2내지 4호의 경우에는 면적의 제한을 받지 않는다고 해석할 수도 있을 것이다. 법이 개인등의 매립사업을 제한하고 있는 점에 비추어 볼 때, 매립사업의 주체를 확대시켜 개인 등의 공유수면매립사업시행의 제한을 축소할 수 있는 후자의 입장이 타당하다고 생각하며 따라서 위 판결의 태도에 찬성한다.

법 제4조 관련하여 아래에서 살펴볼 것은 공유수면매립법에 의하여 매립허가의 대상이 되는 것은 공유수면뿐이고, 그 외에 대상에 면허처분이나 준공허가처분을 한다고 하여도 이는 당연무효라는 것이다. 즉, 공유수면매립법에 의하여 '수류' 또는 '수면'이 아니라 공유

수면관리법상의 '빈지'에 해당한다면, 위와 같은 준공허가는 존재하지 않는 공유수면의 매립에 대한 것으로서 중대하고도 명백한 하자가 있어 당연무효이다(대판 93. 4. 13., 93다 1169).

위 판결에서 '빈지'라 함은 공유수면관리법상의 개념으로서 위 법은 공유수면의 보전, 이용 기타 관리 등에 관하여 적용되는 법이다. 이 법에서는 공유수면의 개념을 공유수면매립법과는 다르게 규정하고 있는바, '해, 하, 호, 소기타 공공용으로 사용되는 수류 또는 수면과 빈지로서 하천에 관한 법령의 적용 또는 준용을 받지 아니하는 것을 말하고 빈지란 만조수 위선으로부터 지적공부에 등록된 지역까지의 사이를 말한다'(제2조)라고 규정하고 있으므로 이 중 공유수면매립법에서는 포함되지 않는 부분도 있는 바, 이러한 부분에 대한 매립 면허 등의 처분은 그 대상이 없으므로(판례의 표현으로는 존재하지 않는 공유수면에 대한 처분) 당연무효가 된다고 판시하고 있는 바 타당하다고 생각된다.

## 12. 권리를 가진 자 등(대법원 2000.5.26. 99다37382)

### 가. 판시사항

- [1] 1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정된 구 수산업법 시행 당시의 관행어업권자의 위 법 시행 후 2년 동안의 법적 지위
- [2] 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로써 인하여 수산업법 제41조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우의 구제방법(=민사소송)
- [3] 공유수면매립사업 시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공사를 시행하여 신고어업자에게 실질적이고 현실적인 피해를 가한 경우, 불법행위의 성립 여부(적극) 및 손해배상의 범위(=손실보상금 상당액)
- [4] 공유수면매립허가가 고시된 이후 어업의 신고를 한 자가공유수면매립사업의 시행으로 특별한 손실을 입었다고 할 수 있는지 여부(소극)
- [5] 수산업법 제44조 소정의 어업신고의 법적 성질(=수리를 요하는 신고) 및 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법한 경우, 적법한 신고가 있는 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

- [1] 1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정된 구 수산업법(1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것)은 제2조 제7호에서 입어자의 정의 규정을 새로 두어 "입어자라 함은 제44조의 규정에 의하여 어업의 신고를 한 자로서 공동어업권이 설정되기 전부터 당해 수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에

게 인정되는 자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록된 자를 말한다.”라고 규정하고 있으므로, 같은 법 시행 후에 일정한 공유수면에서의 관행에 따른 어업을 권리로 새로 인정받기 위하여는 단순히 종전과 같이 당해 공유수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 시인되는 것만으로는 부족하고, 같은 법 제44조에 의하여 어업의 신고를 하고 공동어업의 어업권원부에 입어에 관한 사항을 등록할 것을 요하게 된 것은 사실이나, 한편 같은 법 부칙 제11조 제2항은 “이 법 시행 당시 공동어업의 어장 안에서 입어 관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전 규정에 의하여 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 제16조의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다.”고 규정하여 종래의 관행어업권자의 지위에 대하여 경과규정을 따로 두고 있으므로, 종래의 관행어업권자는 같은 법 규정에도 불구하고 그 시행일로부터 2년 동안은 어업의 신고나 어업권원부에의 등록 없이도 종전의 권리를 그대로 유지할 수 있으며, 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 상태로 2년을 경과하면 그 때 비로소 같은 법에 의한 관행어업권으로 인정될 여지가 더 이상 없게 되어 그 권리가 소멸될 뿐이다.

- [2] 수산업법 제81조 제1항 제1호는 같은 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다.)의 규정에 해당되는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 위와 같은 처분으로 인하여 손실을 입은 자는 처분을 한 행정관청 또는 그 처분을 요청한 행정관청이 속한 권리주체인 지방자치단체 또는 국가를 상대로 민사소송으로 손실보상금지청구를 할 수 있고, 이러한 법리는 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로써 인하여 같은 법 제44조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고한 어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우에도 같이 보아야 한다.
- [3] 적법하게 어업의 신고를 하고 공유수면매립사업지구 내에서 신고한 어업에 종사하고 있던 어민들에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 실질적이고 현실적인 침해를 가하였다면 이는 불법행위를 구성하고, 이 경우 어업의 신고를 한 자가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이다.
- [4] 일정한 공유수면에 관하여 매립면허가 고시된 후에 한 어업의 신고는 공유수면매립사업의 시행과 그로 인한 신고 어업의 제한이 이미 객관적으로 확정되어 있는 상태에서 그 제한을 전제로 하여 한 것이라고 볼 것이므로 공유수면매립면허가 고시된 후에 어업의 신고를 한 자는 그 이전에 신고를 마친 자와는 달리 그 공유수면매립사

업의 시행으로 인하여 특별한 손실을 입게 되었다고 할 수는 없다.

- [5] 어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록 까지 하고 있는 수산업법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이고, 따라서 설사 관할관청이 어업신고를 수리하면서 공유수면매립 구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법 하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 같은 법 제44조 소정의 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다.

#### 다. 관련법령

공유수면매립법 제7조, 12조, 16조, 20조, 구 수산업법(1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제2조 제7호, 제16조, 제44조 제1항, 부칙(1990. 8. 1.) 제11조 제2항, 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조제1항

#### 라. 당사자등

【원고, 선정당사자, 상고인】 김○갑 외 205인

【피고, 피상고인】 농어촌진흥공사

【원심판결】 대전고법 1999. 6. 4. 선고 98나4383 판결

#### 마. 판결이유

(1) 피고는 구 농촌근대화촉진법(1995. 12. 29. 법률 제5077호 농지개량조합법 부칙 제2조에 의하여 폐지)에 의한 농지개량사업의 일환으로 시행하는 홍보지구 농업종합개발사업의 시행자인바, 1991. 3. 25. 농림수산부고시 제91-9호로 고시된 위 홍보지구 농업종합개발사업(이하 '이 사건 공공사업'이라고 한다) 시행계획은 다음과 같다.

① 사업목적 : 수자원확보, 농업기반조성 ② 사업구역 : 충남 홍성군 홍성읍, 광천읍, 서부면, 결성면, 구항면, 장곡면, 은하면, 홍동면, 갈산면, 보령시 오천면, 천북면, 주포면, 청소면 ③ 사업면적 : 8,100 ha ④ 사업내용 : 방조제, 배수갑문, 수질개선시설, 진입도로, 양수장, 용수로 등의 시설공사 이 사건 공공사업은 1991. 8. 21.경 그 사업의 시행인가가 고시되었고, 피고는 위 사업과 관련하여 1991. 11. 8. 공유수면매립면허를 받아 이는 1991. 11. 13. 농림수산부 고시 제91-35호로 고시되었으며, 1992. 1. 25.에는 농림수산부 고시 제92-9호로

공유수면매립공사 실시계획인가 고시가 이루어졌는바, 그 후 피고는 이 사건 공공사업에 따른 공사에 착공하여 그 방조제 설치 등의 공사를 진행하고 있다.

한편, 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 '원고들'이라고 한다) 중 일부는 이 사건 공공사업의 시행계획고시일 이후인 1991. 8. 2.부터 같은 해 11월 19일까지 사이 및 1994년경과 1995년경에 걸쳐 보령군수에게 수산업법 제44조에 의한 신고를 하여 보령군수로부터 보령군 천북면 해상 일원을 조업구역(단, 일부 원고들에 대하여는 이 사건 공공사업 시행계획이 고시된 구역을 제외한 나머지 부분만이 조업구역으로 되었다.)으로 하여 바지락, 굴 등을 채취하는 맨손어업 신고필증을 교부 받았다.

(2) 원심은 위 인정 사실을 기초로, 원고들은 위 사업구역 내의 어장에서 관행으로 어업에 종사해온 관행어업권자들인데, 피고가 원고들에 대하여 보상하거나 원고들의 동의를 받음 없이 공유수면매립공사를 시행하여 원고들의 관행어업권을 소멸시키는 손해를 입혔으므로 그 손해배상을 구한다는 원고들의 주장에 대하여 구 농촌근대화촉진법에 의한 농지개량사업과 이와 관련된 공유수면매립공사에 있어서 손실보상을 받을 수 있는 자는 어업권자 또는 수산업법 제2조 제7호가 규정하는 '입어자'라 할 것인데, 원고들이 어업권자가 아님은 그 주장 자체에 의하여 분명하고, 한편 위 규정에 따른 '입어자'로 인정되기 위하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록하여야 하는데, 원고들이 어업권원부에 등록하였다는 점을 인정할 증거가 없으니 원고들은 수산업법 제2조 제7호가 규정하는 입어자에도 해당하지 아니하여 원고들은 구 농촌근대화촉진법 및 공유수면매립법에 의하여 보상받을 권리가 있는 자들이 아니고, 따라서 피고가 원고들에게 보상을 하지 아니하고 공유수면매립공사를 비롯한 이 사건 공공사업을 시행하였다고 하더라도 그것이 원고들에 대하여 불법행위가 된다고 할 수 없다고 판단하고, 나아가 설사 원고들이 관행어업권자로서는 보호받을 수 없다고 하더라도 최소한 신고어업자로서의 보호는 받아야 하므로 피고는 신고어업의 폐지에 따른 손실보상액 상당의 손해배상은 하여야 한다는 원고들의 주장에 대하여는, ① 피고가 이 사건 공공사업을 시행한 것만 가지고는 수산업법 제81조에 규정된 신고어업에 대한 제한 등 행정처분이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, ② 원고들의 신고어업이 피고의 사업시행으로 피해를 입었다고 하기 위하여서는 이 사건 공공사업의 사업시행계획 고시가 있기 전에 어업의 신고가 있는 경우라야 하는데, 이 사건에서 원고들은 모두 사업시행계획고시일인 1991. 3. 25.이 경과한 후에야 비로소 맨손어업의 신고를 하였을 뿐이니 이 사건 공공사업 시행으로 원고들의 신고어업에 어떤 손해가 발생하였다고 보기 어려우며, ③ 한편 원고들 중 상당수는 그 맨손어업의 신고필증상의 조업구역이 이 사건 공공사업 시행계획이 고시된 구역을 제외한 구역으로 한정되어 있으므로 그 경우에는 이 사건 사업시행으로 그 맨손어업에 어떤 식으로든 손해가 발생할 여지가 전혀 없는 것이라고 판단하여 원고들의 이 사건 청구를 모두 기각하고 있다.

(3) 1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되어 1991. 2. 1.부터 시행된 수산업법(이하 '개정 수산업법'이라고 한다)은 제40조 제1항에서 "공동어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어업장에서 어업하는 자의 입어를 거절할 수 없다."고만 하고 있던 입어의 관행에 관한 종전의 규정을 "공동어업의 어업권자는 제2조 제7호의 입어자에 대하여는 제38조의 어장 관리규약이 정하는 바에 의하여 당해 어장에 입어하는 것을 허용하여야 한다."라는 것으로 고쳐 규정하고, 제2조 제7호에서 입어자의 정의 규정을 새로 두어 "입어자라 함은 제44조의 규정에 의하여 어업의 신고를 한 자로서 공동어업권이 설정되기 전부터 당해 수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 인정되는 자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록된 자를 말한다."라고 규정하고 있으므로, 개정 수산업법 시행 후에 일정한 공유수면에서의 관행에 따른 어업을 권리로 새로 인정받기 위하여는 단순히 종전과 같이 당해 공유수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 시인되는 것만으로는 부족하고, 개정 수산업법 제44조에 의하여 어업의 신고를 하고 공동어업의 어업권원부에 입어에 관한 사항을 등록할 것을 요하게 된 것은 사실이나(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다3838 판결 참조), 한편 개정 수산업법 부칙 제11조 제2항은 "이 법 시행 당시 공동어업의 어장 안에서 입어 관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전 규정에 의하여 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 제16조의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다."고 규정하여 종래의 관행어업권자의 지위에 대하여 경과규정을 따로 두고 있으므로, 종래의 관행어업권자는 위 개정 수산업법의 규정에도 불구하고 그 시행일로부터 2년 동안은 어업의 신고나 어업권원부에의 등록 없이도 종전의 권리를 그대로 유지할 수 있으며, 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 상태로 2년을 경과하면 그 때 비로소 개정 수산업법에 의한 관행어업권으로 인정될 여지가 더 이상 없게 되어 그 권리가 소멸될 뿐이다.

그렇다면 원심이 이와 달리 개정 수산업법 시행 이후부터는 어업의 신고와 어업권원부에의 등록을 요건으로 하는 개정 수산업법에 의한 입어자만이 존재할 수 있을 뿐, 종래의 관행어업권자로서의 권리는 2년의 유예기간 내인지 여부를 불문하고 더 이상 존재할 여지가 없다는 전제하에, 원고들이 개정 수산업법 시행 이전부터 이 사건 공유수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 종래의 관행어업권자들인지, 이 사건 공유수면매립 공사가 언제 시행된 것인지, 혹시 종래의 관행어업권이 2년의 유예기간 경과로 소멸되기 전에 이 사건 공유수면매립공사가 착공·시행됨으로써 원고들이 실질적이고 현실적인 피해를 입게 된 것은 아닌지 등에 관하여 나아가 심리·판단하지도 아니한 채 원고들이 2년의 유예기간 내에 어업권원부에 등록을 하지 아니하여 개정 수산업법에 의한 입어자가 되지 못한다는 점만을 들어, 피고가 원고들에게 보상을 하지 아니하고 이 사건 공유수면매립 공사를 시행하였다고 하더라도 그것이 원고들에 대하여 불법행위가 되는 것은 아니라고 단정해 버린 것은 개정 수산업법 부칙 제11조 제2항의 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니

한 위법을 저지른 것이라고 할 것이다.

(4) 신고어업 침해에 관한 상고이유에 대하여 보면, 개정 수산업법 제81조 제1항 제1호는 “동법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다.)의 규정에 해당되는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 위와 같은 처분으로 인하여 손실을 입은 자는 처분을 한 행정관청 또는 그 처분을 요청한 행정관청이 속한 권리주체인 지방자치단체 또는 국가를 상대로 민사소송으로 손실보상금지급청구를 할 수 있고, 이러한 법리는 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로써 인하여 개정 수산업법 제44조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고한 어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우에도 같이 보아야 할 것이며(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다46450 판결 참조), 한편 이와 같이 적법하게 어업의 신고를 하고 공유수면매립사업지구 내에서 신고한 어업에 종사하고 있던 어민들에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 실질적이고 현실적인 침해를 가하였다면 이는 불법행위를 구성하고, 이 경우 어업의 신고를 한 자가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이라고 할 것이다(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 등 참조). 따라서 원심이 원고들 중 일부가 개정 수산업법 제44조의 규정에 의하여 적법하게 어업의 신고를 한 사실을 인정하고서도 신고 어업의 폐지에 따른 손실보상금 상당액의 손해배상을 구하는 원고들의 주장에 대하여 “피고가 이 사건 공공사업을 시행한 것만 가지고는 개정 수산업법 제81조에 규정된 신고어업에 대한 제한 등 행정처분이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없다.”는 이유를 들어 이를 배척한 것은 신고 어업에 대한 손해배상에 관하여 법리오해의 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다.

다만, 일정한 공유수면에 관하여 매립면허가 고시된 후에 한 어업의 신고는 공유수면매립사업의 시행과 그로 인한 신고 어업의 제한이 이미 객관적으로 확정되어 있는 상태에서 그 제한을 전제로 하여 한 것이라고 볼 것이므로 공유수면매립면허가 고시된 후에 어업의 신고를 한 자는 그 이전에 신고를 마친 자와는 달리 그 공유수면매립사업의 시행으로 인하여 특별한 손실을 입게 되었다고 할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 참조). 따라서 원심으로서 원고들의 이 부분 주장을 판단함에 있어서는 원고들이 이 사건 공유수면매립면허가 고시되기 이전에 어업의 신고를 하였는지 여부를 먼저 따져 보아야 할 것이다.

그리고 어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 ‘수리한 날’로 규정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록까지 하고 있는 개정 수산업



법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 개정 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이다.

따라서 설사 관할관청이 원고들 중 일부의 어업 신고를 수리하면서 이 사건 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법 하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 개정 수산업법 제44조 소정의 적법한 어업 신고가 있는 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.

(4) 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

### 13. 권리를 가진 자 등(대법원 2002.1.22. 2000다2511)

#### 가. 판시사항

- [1] 수산업법 소정의 신고어업자로서 손실보상을 받기 위하여는 같은 법소정의 신고를 필요로 하는지 여부(적극)
- [2] 신고어업자가 될 수 있는 자의 범위
- [3] 신고어업자의 손해액 산정시 공제할 어업경비에 자가노임이 포함되는지 여부(적극)
- [4] 공유수면매립사업의 시행으로 인한 신고어업자의 손실보상청구권의 인정여부(적극)
- [5] 공유수면매립사업의 시행으로 인한 신고어업자에 대한 손실보상금의 산정 기준시기(=사업시행일)
- [6] 어장지역에 실제 거주하며 세대 구성원이 맨손어업에 종사하였다는 이유로 공무원으로 재직 중에 있는 자에 대하여도 신고어업자로 인정한 원심을 맨손어업의 어업형태 등에 비추어 정당하다고 한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 공유수면인 해수면에서의 어업은 어업종류별로 수산업법이 정하는 바에 따라 관할관청의 면허 또는 허가를 받거나 신고를 한 경우를 제외하고는 허용되지 않으므로, 사실상 신고어업의 대상이 되는 맨손어업에 종사하여 왔다고 하더라도 수산업법이 정하는 바에 따라 관할관청에 신고를 하지 아니한 이상 위 법 소정의 신고어업자로서 보호받을 수 없다.

- [2] 신고어업은 신고명의자 스스로 종사하거나 적어도 세대를 같이 하는 가족을 통하여 영위하여야 하는 것으로서 그 밖의 타인을 통하여 대신 어업행위를 하게 할 수는 없다 할 것이므로, 어업을 계속할 수 있는 노동능력과 의사를 가진 자로서 20세부터 60세에 이르기까지의 자 또는 동일 세대 내에 그를 도와 신고어업에 종사할 수 있는 그 연령범위 내의 가족이 있는 자에 한하여 신고어업자로서 보상의 대상이 될 수 있다.
- [3] 신고어업 종사자들 자신의 노임 평가액은 신고어업을 위한 비용으로서의 성질을 갖는다 할 것이므로, 신고어업자들의 손해액을 산정하면서 자가노임 평가액을 어업경비의 일부로서 공제한 것은 정당하다.
- [4] 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 관한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실보상을 규정한 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문개정되기 전의 것) 제16조, 공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다는 공공용지의 취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항, 일정한 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 어업면허의 유효기간 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다는 수산업법 제81조 제1항 제1호 등 규정의 취지를 종합하여 보면, 적법한 절차에 의하여 신고를 하고 신고어업에 종사하던 중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게 되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는 수산업법의 위 규정 및 신고어업자의 손실보상액 산정에 관한 수산업법시행령 제62조의 규정을 유추 적용하여 손실보상을 하여 줄 의무가 있다.
- [5] 공유수면매립사업의 시행으로 인한 손실보상금은 그 손실보상금이 지급되었어야 할 시점인 공유수면매립사업의 시행일을 기준으로 삼아 산정 하여야 하는바, 공유수면매립에 의하여 신고어업이 폐지되었음을 원인으로 한 공유수면매립사업의 시행자의 신고어업자에 대한 손실보상금은 신고어업의 유효기간 만료일을 기준시점으로 산정할 것은 아니다.
- [6] 신고어업자는 원칙적으로 그 스스로 신고어업에 종사하여야 하나, 맨손어업을 대상으로 하는 신고어업은 그 일반적인 종사자 및 어업형태에 비추어 동일 세대 내에 있는 가족의 도움을 받아 영위할 수도 있다고 할 것이므로, 원심이 공무원으로 재직 중에 있는 자에 대하여도 그들이 어장지역에 실제 거주하며 그들 세대의 구성원이 맨손어업에 종사하였다는 이유로 신고어업자로 인정한 것은 정당하다.

**다. 관련법령**

- [1] 수산업법 제44조 [2] 수산업법 제44조 [3] 수산업법 제44조, 제81조, 수산업법시행령 제62조 [4] 헌법 제23조 제3항, 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문

개정되기 전의 것) 제6조 제2호(현행 제12조 제2호 참조), 제16조(현행 제20조 참조), 수산업법 제44조, 제81조 제1항 제1호, 수산업법시행령 제62조, 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항 [5] 수산업법 제44조, 제81조, 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것)제16조(현행 제20조 참조) [6] 수산업법 제44조, 제81조, 수산업법시행령 제33조 제1항 제1호

**라. 당사자 등**

- 【원고(선정당사자), 피상고인 겸 상고인】 이○갑 외 533인
- 【피고, 상고인 겸 피상고인】 인천국제공항공사
- 【원심판결】 서울고법 1999. 11. 18. 선고 98나29744 판결

**마. 판결이유**

(1) 원심판결의 요지 원심은 그 채택한 증거를 종합하여 인정한 판시 사실관계를 기초로, 원고들 및 선정자들(이하 ‘원고 등’이라고 한다) 중 원심판결 별지 제1목록 기재 42인에 대하여는 신고어업의 신고를 하지 아니하였다는 이유로, 같은 별지 제2목록 기재 155인에 대하여는 인천국제공항 건설을 위한 이 사건 매립사업 착공일인 1993. 4. 1. 당시 이미 60세의 가동연한을 넘은 사람들로서 가동연한 내에 있는 세대원이 없는 경우이거나 혹은 전입일이 늦어 이 사건 어장에서 신고어업에 종사하였다고 볼 수 없다는 이유로 각 손실보상을 청구할 수 있는 신고어업자에 해당하지 않는다고 판단하고, 그 나머지 같은 별지 제3목록 기재의 원고 등에 대하여만 신고어업자로서의 손실보상청구권을 인정하였다.

그리고 손실보상청구권이 인정된 원고 등의 각 손실액 산정에 관하여, 그 기준시기는 원고 등이 구하는 바에 따라 이 사건 매립사업이 포함된 수도권신공항건설사업계획승인 고시일인 1992. 11. 13.로 하며, 공제하는 어업경비에 신고어업자 자신의 노임 평가액도 포함되는 것으로 판단하였고, 이에 따라 원심판결 별지 제3목록 기재 원고 등 중 원심에서 추가로 이 사건 매립사업으로 인한 손실보상청구권자로 인정한 최감분을 제외한 나머지 원고 등의 손실액을 제1심과 동일하게 인정하여 그들에 대한 원고 등 및 피고의 항소를 모두 기각하였다.

(2) 원고들의 상고이유에 대한 판단

(가) 공유수면인 해수면에서의 어업은 어업종류별로 수산업법이 정하는 바에 따라 관할 관청의 면허 또는 허가를 받거나 신고를 한 경우를 제외하고는 허용되지 않으므로 사실상 신고어업의 대상이 되는 맨손어업에 종사하여 왔다고 하더라도 수산업법이 정하는 바에 따라 관할관청에 신고를 하지 아니한 이상 위 법 소정의 신고어업자로서 보호받을 수 없다(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다55720 판결 등 참조). 원심이 같은 이유로 원고 등 중 어업의 신고를 하지 아니한 그 판시 42인에 대하여 손

실보상을 인정하지 아니한 조치는 정당하고 거기에 신고어업자에 관한 법리오해의 위법이 없다.

- (나) 신고어업은 신고명의자 스스로 종사하거나 적어도 세대를 같이 하는 가족을 통하여 영위하여야 하는 것으로서 그 밖의 타인을 통하여 대신 어업행위를 하게 할 수는 없다 할 것이므로, 어업을 계속할 수 있는 노동능력과 의사를 가진 자로서 20세부터 60세에 이르기까지의 자 또는 동일 세대 내에 그를 도와 신고어업에 종사할 수 있는 그 연령범위 내의 가족이 있는 자에 한하여 신고어업자로서 보상의 대상이 될 수 있다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서 이 사건 매립사업 착공일 당시 이미 60세를 넘은 자로서 그 세대 내에 위 연령 이내의 가족이 없다고 인정한 원고 등을 보상대상으로 삼지 아니한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다.

- (다) 기록에 의하여 살펴보면, 상고이유에서 지적하는 선정자 강○자, 한○숙, 백○옥, 조○두의 경우 이 사건 어장지역에 전입한 시기와 그 이전의 주소지 등에 비추어 이 사건 공유수면매립사업승인 고시 및 그 착공 당시 실제로 이 사건 어장지역에서 거주하며 맨손어업에 종사하였다고 보기 어려우므로, 원심이 위 선정자들을 이 사건 매립사업으로 인하여 손실을 입은 신고어업자로 인정하지 아니한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배의 잘못이 없다.

- (라) 신고어업 종사자들 자신의 노임 평가액은 신고어업을 위한 비용으로서의 성질을 갖는다 할 것이므로 원심이 이 사건 신고어업자들의 손해액을 산정 하면서 자가노임 평가액을 어업경비의 일부로 공제한 것은 정당하고(대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다3170 판결, 2001. 9. 28. 선고 2001다20592 판결 참조), 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다.

- (마) 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 관한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실보상을 규정한 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것) 제16조, 공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항, 일정한 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 어업면허의 유효기간 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다는 수산업법 제81조 제1항 제1호 등 규정의 취지를 종합하여 보면, 적법한 절차에 의하여 신고를 하고 신고어업에 종사하던 중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게 되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는 수산업법의 위 규정 및 신고어업자의 손실보상액 산정에 관한 수산업법시행

령 제62조의 규정을 유추적용하여 손실보상을 하여 줄 의무가 있다고 할 것이다(1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 등 참조). 원심이 같은 취지에서 원심판결 별지 제3목록 기재의 원고 등에게 손실보상을 인정한 조치는 옳고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

- (바) 상고이유의 주장은 원고 등의 신고어업이 그 유효기간 만료일인 1997. 9.까지 제한되거나 폐지됨이 없이 그대로 유지되었으므로 이 사건 매립사업의 착수로 인하여 원고 등의 신고어업에 어떠한 손실을 입었다고 볼 수 없다는 취지인바, 기록에 비추어 보면, 원심이 손실보상청구권이 인정된 원고 등에 대하여 이 사건 매립사업의 시행에 의한 어장기능의 상실로 인하여 신고어업이 폐지되는 손실을 입었다고 판단한 조치는 정당하고 거기에 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.
- (사) 공유수면매립사업의 시행으로 인한 손실보상금은 그 손실보상금이 지급되었어야 할 시점인 공유수면매립사업의 시행일을 기준으로 삼아 산정하여야 한다(대법원 2001. 9. 28. 선고 99다72521 판결 등 참조). 원심은 원고들이 주장하는 바에 따라 이 사건 공유수면매립사업 시행일인 1993. 4. 1. 이전인 1992. 11. 13.경을 기준으로 이 사건 손실보상금을 산정하였는 바, 기록에 의하면 원심이 이와 같이 기준시점을 몇 개월 앞당겨 잡은 것이 어패류의 가격상승 추세에 비추어 피고에게 불리한 것으로 보이지 않을 뿐만 아니라, 피고의 이 사건 손실보상의무는 이 사건 공유수면매립에 의하여 신고어업이 폐지되었음을 원인으로 한 것으로서 피고의 주장과 같이 신고어업의 유효기간 만료일을 기준시점으로 손실보상금을 산정할 것도 아니므로 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.
- (아) 신고어업자는 원칙적으로 그 스스로 신고어업에 종사하여야 하나, 맨손어업을 대상으로 하는 신고어업은 그 일반적인 종사자 및 어업형태에 비추어 동일 세대 내에 있는 가족의 도움을 받아 영위할 수도 있다고 할 것이므로, 원심이 공무원으로 재직 중에 있다고 인정한 그 판시 선정자들에 대하여도 그들이 이 사건 어장지역에 실제 거주하며 그들 세대의 구성원이 맨손어업에 종사하였다는 이유로 신고어업자로 인정한 것은 정당하고, 거기에 이유불비 등의 잘못이 없다.

#### 14. 새만금간척사업 관련 판례(서울고등법원 1998.5.15. 97구18396)

##### 가. 당사자 등

【원 고】 최○필 외 13

【피 고】 중앙토지수용위원회

나. 판결이유

(1) 이 사건 처분의 경위

(가) 농수산부장관은 1991. 8. 19. 사업시행자로서 구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 제정된 농어촌정비법등의 시행으로 실효 되었다)에 의하여 전라북도 군산시, 부안, 김제, 옥구군의 간척종합개발, 수자원개발사업을 목적으로 하는 새만금간척종합개발사업계획(사업기간 1991. 11.-2004. 12.)을 고시한 후 위 사업구역의 공유수면 매립을 위하여 1991. 10. 17. 공유수면매립법(1997. 4. 10. 법률 제 5337호 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조에 의하여 위 사업구역에 대한 공유수면매립면허를 얻어 1991. 10. 22. 같은 법 제7조에 의하여 이를 고시한 후 위 사업을 시행하여 왔다.

(나) 원고들은 별지 2 기재와 같이 위 사업시행구역 인근에 위치한 사유(私有)수면을 어장구역으로 하여 위 공유수면매립면허고시일 이전에 내수면어업개발촉진법(1996. 8. 8. 법률 제5153호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제7조의 규정에 의하여 뱀장어 양식업면허를 얻거나 그 면허를 이전 받아 위 매립면허고시일 당시 별지 2 기재의 각 양만장(뱀장어 양식장)을 운영하여 오면서 위 사업시행 구역인 공유수면 등지에서 채포된 뱀장어 종묘(실뱀장어)를 구입하여 이를 위 각 양만장에서 성어로 양식하여 판매하여 오던 사람들로서, 원고들중 일부는 위 공유수면 매립면허 고시일 전 또는 후에 같은 법 제8조에 의하여 위 사업구역등을 비롯한 전라북도 일원에서의 뱀장어 종묘(실뱀장어)채포어업허가를 받았다.

(다) 원고들은 위 사업의 시행으로 인하여 실뱀장어 서식지인 위 사업지구내에서의 종묘채포가 어렵게 되고 그에 따른 종묘구입의 어려움으로 인하여 뱀장어양식업 또한 거의 불가능하게 됨으로써 손실을 입었다는 등의 주장을 하면서 위 사업시행자에 그 피해보상을 요구하였으나 거절당하자 공유수면매립법 제16조 제3항의 규정에 의하여 피고에게 재정을 신청하였고, 이에 대하여 피고는 1997. 1. 24. 원고들이 위 매립면허고시일 현재 공유수면매립법 제16조 제1항 소정의 권리를 가진 자에 해당되지 아니하거나 위 사업 시행으로 인한 직접적인 손실을 입은 바 없다는 등의 이유로 원고들의 재정신청을 기각하는 결정처분(이하 이를 이 사건 처분이라 한다)을 하였고, 그 결정서는 같은 해 2. 3.경 원고들에게 송달되었다.

(2) 본 안에 관한 판단

(가) 관계법령

① 공유수면매립법

공유수면매립법 제5조 제1항은 건설부장관은 매립을 행하고자 하는 구역 및 그 매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역 안의 공유수면에 관하여 권리를 가진 자가 있을 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 매립을 면허할 수

없다고 하면서 그 1호로 공유수면에 관하여 권리를 가진 자가 매립에 동의하였을 경우를 규정하고 있고, 제6조는 제5조 제1항에서 공유수면에 관하여 권리를 가진 자라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다고 하면서 1호로 법령의 규정에 의하여 공유수면의 점용허가를 받은 자, 2호로 어업권자 또는 수산업법 제2조 제7호의 규정에 의한 입어자, 3호로 법령의 규정에 의하여 공유수면으로부터의 인수 또는 공유수면에 배수의 허가를 받은 자, 4호로 관습에 의하여 공유수면으로부터 인수하거나 공유수면에 배수하는 자를 규정하고 있으며, 제16조 제1항은 권리를 가진 자가 있는 공유수면에 대하여 매립의 면허를 받은 자는 대통령령의 정하는 바에 의하여 그 권리를 가진 자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 하여야 한다. 제2항은 매립의 면허를 받은 자는 제1항의 규정에 의한 보상에 관하여 미리 보상을 받을 자와 협의하여야 한다. 제3항은 제2항의 규정에 의한 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없을 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 토지수용위원회에 재정을 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

② 수산업법(1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것)

수산업법 제2조 제6호는 어업권 이라 함은 제8조의 규정에 의하여 면허를 받아 어업을 경영할 수 있는 권리를 말한다고 규정하고 있고, 제8조 제1항은 면허를 받아야 하는 면허어업의 종별에 대하여 규정하고 있으며, 제15조는 제8조의 규정에 의하여 어업의 면허를 받은 자와 제18조의 규정에 의하여 어업권을 이전 또는 분할 받은 자는 16조의 어업권원부에 등록함으로써 어업권을 취득한다고 규정하고 있고, 허가어업에 관하여는 제41조에서 규정하고 있다.

③ 내수면어업개발촉진법

내수면어업개발촉진법 제7조 제1항은 양식어업등을 면허어업으로, 제8조 제1항은 종묘채포어업등을 허가어업으로 각 규정하고 있고, 제11조 제1항은 제7조의 규정에 의하여 어업의 면허를 받은 자는 면허를 받은 때에 어업권을 취득한다고 규정하고 있고, 제16조는 이 법에 특별한 규정이 없는 때에는 수산업법이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있다.

(나) 판단

- ① 공유수면매립법의 입법취지와 위에서 든 공유수면매립법 규정내용에 비추어 보면, 공유수면매립법 제16조 제2항, 제3항에 의하여 손실보상을 협의하고 그 협의불성립으로 인하여 토지수용위원회에 재정을 신청할 수 있는 자는 같은 조 제1항 소정의 권리를 가진 자와 공유수면에 대하여 매립의 면허를 받은 자라할 것이고, 위 제16조 제1항 소정의 권리를 가진 자라함은 매립을 행하고자 하는 구역 및 그 매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역 안의 공유수면에 관하여 같은 법 제6조 소정의 권리를 가진 자를 의미한다고 할 것이다(1998. 2. 27. 선고 97다46450 판결 참조).

- ② 그러므로, 나아가 원고들이 공유수면매립법 제16조 제3항의 규정에 의한 재정을 신청할 수 있는 권리를 가진 자에 해당하는가의 점에 관하여 살피건대, 위 수산업법과 내수면어업개발촉진법의 규정들을 종합하면, 뱀장어 종묘채포허가어업은 내수면어업개발촉진법 제8조에 의한 허가어업에 불과하여 그 허가로 인하여 동법상의 어업권을 취득할 수는 없다할 것이므로 그 종묘채포허가어업자를 공유수면매립법 제6조 제2호에서 규정하는 어업권자로 볼 수 없고(위 대법원 판결 참조), 원고들이 앞에서 본 바와 같이 뱀장어 양식어업면허를 받음으로써 그 어업권을 취득하였다고 하더라도 이는 이 사건 공유수면매립을 행하고자 하는 구역 및 그 매립으로 인한 피해가 예상되는 구역안의 공유수면에 관하여 가지는 어업권이 아니라 사유수면에 관한 어업권이라 할 것이어서 사유수면에 관하여 양식어업면허를 받은 원고들을 공유수면매립법 제6조 제2호 소정의 어업권자라고 볼 수 없으며, 그 외 달리 원고들이 공유수면매립법 제6조 제2호 소정의 권리를 가진 자라고 인정할 만한 원고들의 주장과 입증은 없다.
- ③ 따라서, 원고들은 위 사업의 시행으로 인하여 원고들 주장과 같은 손실을 입었다고 하더라도 그 손실에 대하여 민사소송으로 보상 청구할 수 있음은 별론으로 하고 공유수면매립법 제16조 제3항에 의하여 피고에게 재정을 신청을 할 수 있는 권리를 가졌다고 할 수 없으므로, 위와 같은 손실의 보상을 구하는 원고들의 재정신청을 기각한 이 사건 처분은 적법하다할 것이다.

### 15. 공유수면매립과 보상절차 흠결(대법원 1997.3.28. 96다3258)

#### 가. 판시사항

- [1] 공유수면매립의 면허를 받은 자가 공유수면에 대하여 권리를 가진 자에게 보상절차를 거치지 않은 채 매립사업을 시행하여 손해를 입힌 경우, 민사상 손해배상의무를 지는지 여부(적극)
- [2] 김양식업 어업면허기간이 끝난 후 재면허신청이 관할 관청으로부터 거부된 자들은 공유수면에 대하여 권리를 가진 자에 해당하지 않는다는 이유로 그들의 간척사업시행자에 대한 손해배상청구를 기각한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 공유수면매립의 면허를 받은 자가 공유수면매립법 제16조 제1항에 의한 보상을 함이 없이 공유수면매립사업을 시행하여 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손해를 입혔다면 이는 불법행위를 구성하는 것으로서 민사상의 손해배상채무를 지게 되므로, 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업의 시행자가 그 사업의 대상인 공유수면에



대하여 권리를 가진 자에게 보상을 함이 없이 매립사업을 시행하여 그 권리를 가진 자에게 손해를 입혔다면 민사상의 손해배상채무를 지게 된다.

- [2] 김양식업 어업면허기간이 끝난 후 재면허신청이 관할 관청으로부터 거부된 자들은 공유수면에 대하여 권리를 가진 자에 해당하지 않는다는 이유로 그들의 간척사업시행자에 대한 손해배상청구를 기각한 사례.

#### 다. 관련법령

공유수면매립법 제6조, 제16조 제1항, 제17조:구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제 4823호 농어촌정비법 부칙 제7조에 의해 삭제되기 전의 것) 제2조 제1호 (라)목

#### 라. 판결이유

원심판결 이유에 의하면, 원심은 거시 증거에 의하여 피고는 국토확장사업의 일환으로 시행하는 영산강 1, 2, 3단계 사업 중 그 3단계 사업시행자로서 1985. 11. 15.자 농림수산부 고시 제85-56호에 따라 위 사업에 착수하였고, 위 사업과 관련하여 농림수산부장관은 1987. 6. 9.(3단계 1지구 사업)과 1989. 12. 9.(3단계 2지구 사업) 피고에게 각 공유수면매립 면허를 하였으며, 피고는 1991. 4. 8.과 1994. 3. 23. 위 사업 중 각 방조제 끝의 물막이 공사를 완료한 상태인 사실, 원고 해남군수산업협동조합(전 우수영어업협동조합)은 1970. 3. 3.부터 1985. 3. 2.까지 전라남도지사로부터 김양식업 어업면허를 받았고, 나머지 원고들은 원고 해남군수산업협동조합과 1970년부터 1985년까지 김양식 어업권행사계약을 체결하여 전남 해남군 일대 중 위 사업의 3단계 2지구에 위치한 어장에서 김양식어업을 하여 왔으며, 원고 해남군수산업협동조합은 위 어업면허기간이 종료되는 위 1985. 3. 2. 이전에 전라남도지사에게 위 어업면허기간의 연장을 신청하였으나 원고 해남군수산업협동조합의 면허어장은 이 사건 영산강개발사업예정지라는 이유로 거부되었고, 같은 해 7. 26.경 전라남도지사에게 재면허신청을 하였으나 역시 같은 이유로 거부되었으며, 피고의 위 공유수면매립공사로 인하여 해양 생태계에 변화가 생겨 원고들의 김양식어장은 그 기능을 상실한 사실, 한편 피고는 위와 같은 공유수면매립공사를 하면서 면허어업권자가 아니라는 이유로 원고들에게는 아무런 손실보상을 하지 않은 사실 등을 인정한 다음, 원고들은 전라남도 해남군 화원면과 산이면 일대 각 지선해안 마을에서 어촌계를 조직하여 30년 전부터 김양식을 하여 왔는데 피고의 위 개발사업으로 말미암아 원고들의 어업면허권이 소멸되고 어장을 상실하였는데도 피고가 원고들에 대하여 아무런 손실보상을 하지 않고 있는바, 이는 원고들에 대하여 불법행위를 구성하므로 피고는 그로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 원고들의 이 사건 청구원인에 대하여, 구 공유수면매립법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제6조 제2호, 제16조 제1항, 제17조의 각 규정에 의하면 공유수면매립의 면허를 받은 자는 공유수면에 관하여 권리를 가진 자가 있는 경우에 그의 동의를 받지 않고는 그 권리를 가진 자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방

지하는 시설을 한 후가 아니면 그 권리자들에게 손실을 미칠 공사를 착수할 수 없도록 되어 있고, 공유수면에 관하여 권리를 가진 자로서 어업권자 또는 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제40조 제1항의 규정에 의한 입어자를 포함시키고 있으며, 구 수산업법은 제2조에서 “어업이라 함은 수산, 동식물을 채포 또는 양식하는 사업을 말하고 어업권이라 함은 그 법의 규정에 의하여 면허를 받아 어업을 경영할 수 있는 권리를 말한다.”고 규정하고, 그 제8조 제1항, 제4항은 “일정한 수면에서 구획 기타 시설을 하여 양식하는 어업을 하고자 하는 자는 도지사의 면허를 받아야 한다.”고 규정하는 한편 그 제89조에서 면허 없이 양식어업 행위를 한 자에 대하여는 처벌하도록 규정하고 있으므로, 원고들이 영위한 김양식업은 구 수산업법 제8조 제1항 제1호 소정의 양식어업에 해당하고 도지사의 면허를 받음으로써 이를 할 수 있는 권리를 취득하며 그 면허를 받음이 없이는 아무도 양식어업을 할 수 없다고 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 원고 해남군수산업협동조합의 어업면허권은 1985. 3. 2.자로 종료되어 소멸되었으므로 원고들은 구 공유수면매립법 제6조 제2호 소정의 어업권자가 아니라고 할 것이고, 또한 구 수산업법 제40조 제1항은 “공동어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어업장에서 어업 하는 자의 입어를 거절할 수 없다.”고 규정하고 있는바, 이는 면허 없이 관행에 의하여 오랫동안 계속 일정한 공유수면을 전용하고 수산 동식물을 포획 또는 채취하여 온 자는 후에 당해 공유수면에 대하여 공동어업권이 설정되더라도 계속 어업을 할 수 있도록 보호된다는 취지이며, 이와 같은 관행에 따른 어업권은 위 같은 법 제8조 제1항 소정의 공동어업을 하여온 자에 대하여 성립할 수 있을 뿐이고, 일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용 또는 기타 시설을 하여 패류·해조류 등 수산 동식물을 인위적으로 증식하는 양식어업에 대하여는 성립될 여지가 없는 것이므로, 비록 피고의 위 사업을 위하여 전라남도지사가 원고 해남군수산업협동조합에 대한 어업면허기간을 연장하여 주지 않거나 재면허신청을 거부하여 결과적으로 위 원고의 어업면허권이 소멸되었다고 하더라도, 그러한 사실만으로 피고의 위 사업시행이 원고들에 대하여 불법행위를 구성한다고는 할 수 없고, 또한 원고들의 양식어업권이 1985. 3. 2. 기간만으로 소멸된 이상 비록 그 이후에 피고의 공유수면매립으로 인한 생태계 변화로 원고들의 양식어장의 기능이 상실되었다고 하더라도 구 공유수면매립법 제6조 제2호, 제16조 제1항, 제17조의 각 규정의 취지에 비추어 피고로서는 원고들에게 손실보상을 할 의무를 부담하지 않는 것이니, 원고들에 대하여 구 공유수면매립법 소정의 손실보상절차를 거치지 않은 채 이 사건 공유수면매립사업을 시행한 피고의 행위는 원고들에 대하여 불법행위를 구성할 여지가 없으므로 피고는 원고들에게 이에 따른 손해를 배상할 책임을 부담하지 않는다고 판단하여 원고들의 청구를 기각하였다.

구 농촌근대화촉진법 제2조 제1호는 “농지개발사업이라 함은 이 법에 의하여 시행하는 다음의 사업을 말한다.”고 규정하면서 (라)목에서 “농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척”을 열거하고 있고, 같은 법 제104조는 “제2조 제1호 (라)목의 사업시행에 관하여는 공유수면매립법을 적용한다.”라고 규정하고 있으므로(위 각 조항은 1994. 12. 22. 법률 제4823호

농어촌정비법 부칙 제7조 제4항에 의하여 삭제되었다) 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업에 대하여는 구 농촌근대화촉진법이 아니라 공유수면매립법이 적용되는 것인바, 구 공유수면매립법 제16조 제1항은 “권리를 가진 자가 있는 공유수면에 대하여 매립의 면허를 받은 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 권리를 가진 자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 하여야 한다.”고 규정하고 같은 법 제17조 본문은 “매립의 면허를 받은 자는 전조 제1항의 규정에 의한 보상이나 시설을 한 후가 아니면 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손실을 미칠 공사에 착수할 수 없다.”고 규정하고 있으므로 공유수면매립의 면허를 받은 자가 위 공유수면매립법 제16조 제1항에 의한 보상을 함이 없이 공유수면매립사업을 시행하여 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손해를 입혔다면 이는 불법행위를 구성하는 것으로서 민사상의 손해배상채무를 지게 된다 할 것이니(당원 1988. 11. 3. 자 88마850 결정, 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결, 1995. 9. 15. 선고 94다55323 판결 등 참조), 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업의 시행자가 그 사업의 대상인 공유수면에 대하여 권리를 가진 자에게 보상을 함이 없이 매립사업을 시행하여 그 권리를 가진 자에게 손해를 입혔다면 민사상의 손해배상채무를 지게 된다 할 것이다.

소론이 지적하는 당원 1995. 3. 3. 선고 93다55296 판결은 구 농촌근대화촉진법이 적용되는 농지개발사업 등의 시행으로 인하여 손실을 받은 이해관계인이 같은 법이 정한 절차에 따라 제기하는 손실보상청구는 항고소송에 의하여야 한다고 판시한 것일 뿐, 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업의 시행자가 그 사업의 대상인 공유수면에 대하여 권리를 가진 자에게 보상을 함이 없이 매립사업을 시행하여 그 권리를 가진 자에게 손해를 입혔음을 주장하여 그 공유수면에 대하여 권리를 가진 자가 손해배상청구를 하는 경우에도 항고소송에 의하여야 한다고 판시한 것이 아니므로 당원의 위 판단과 배치되는 판례라 할 수 없다.

관계 증거를 기록과 대조하여 살펴보면 원심의 위 인정판단은 정당하고, 원고들은 구 공유수면매립법 제16조 제1항, 제6조 소정의 공유수면에 대하여 권리를 가진 자에 해당하지 않는다는 이유로 원고들의 이 사건 손해배상청구를 배척한 조치 역시 공유수면매립의 면허를 받은 자가 위 공유수면매립법 제16조 제1항에 의한 보상을 함이 없이 공유수면매립사업을 시행하여 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손해를 입혔다면 이는 불법행위를 구성하는 것으로서 민사상의 손해배상채무를 지게 된다는 판단을 전제로 한 것으로서 당원의 위 견해에 부합하여 정당하며, 거기에 소론과 같은 위법이 없다 할 것이다.

상고이유 중 이 사건과 같은 농업을 목적으로 하는 매립·간척사업의 경우 구 농촌근대화촉진법에 대하여 공유수면매립법이 특별법의 위치에 있어 사업시행자는 공유수면매립법에 따라 매립면허를 따로 취득하고 그 법에 따라 모든 권리자에게 보상할 의무가 있다 할 것인바, 원심이 이 사건과 같은 매립·간척사업으로 인한 손실보상청구에 대하여 적용되는 법률이 무엇인지를 판단하지 않은 채 그 판시와 같은 이유로 원고들의 청구를 기각한 것은 위법 하다는 취지의 부분은 원고들이 이 사건 매립·간척사업의 시행으로 인하여 그 매립대상 공유수면에 대한 권리자인 원고들이 입은 손실의 보상을 구하는 것이 아니라 피고가

원고들에게 아무런 손실보상 없이 위 공유수면매립공사를 한 것이 불법행위에 해당한다는 이유로 그 손해배상을 구하고 있는 것임이 기록상 분명한 이 사건에 있어 적법한 상고이유가 될 수 없다.

# 第 5 章 生産資材關係法

## 第 1 節 農藥管理法

### I. 農藥管理法의 概要

#### 1. 制定경위 등

농약관리법은 농약의 제조·수입·판매 및 사용에 관한 사항을 규정함으로써 농약의 품질향상, 유통질서의 확립 및 안전사용을 도모하고 농업생산과 생활환경보전에 이바지하기 위하여 1957. 8. 28. 법률 제445호로 제정되었다가 1995. 12. 6. 법률 제5023호로 전면 개정되었고 이후 3차에 걸쳐 일부 개정되었다.

#### 2. 농약관리법의 주요내용

농약관리법은 제1장 총칙, 제2장 영업의 등록 등, 제3장 농약의 등록 등, 제4장 농약의 유통관리 등, 제5장 보칙, 제6장 벌칙 등 총 5장 40조로 되어 있다.

제2장 영업의 등록을 보면, 제조업·원제업 또는 수입업을 하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 기준에 적합한 인력·시설·장비 등을 갖추어 농림부령이 정하는 바에 따라 농촌진흥청장에게 등록하도록 하고, 판매업을 하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 바에 따라 업소의 소재지를 관할하는 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 등록하도록 하고 있고, 방제업중 수출입식물에 관한 방제업 하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 바에 따라 대통령령이 정하는 국립식물검역기관의 장에게 신고하도록 하여(제3조, 3조의 2) 등록제와 신고제를 채택하고 있고, 농촌진흥청장에게 등록된 자(제조업, 원제업, 수입업자)가 등록을 하지 아니한 농약 또는 원제를 제조 또는 수입하거나 판매한 때(필요적 취소), 농약의 표시를 하지 아니하거나 허위의 표시를 한 때, 규정에 위반하여 농약을 보관·진열 또는 판매한 때, 허위광고 또는 과대광고를 하거나 동조의 규정에 의한 광고방법에 따르지 아니하고 광고를 한 때 등에 해 당할 때에는 그 영업의 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있도록 하고 있고, 시·도지사에게 판매업의 등록을 한 자가 금치산 선고 등을 받거나 농약관리법을 위반하여 일정한 처벌을 받은 경우(필요적

취소), 규정에 위반하여 농약을 보관, 진열, 판매하는 등의 행위를 한 때에는 그 영업의 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있도록 하고 있다.(제7조)

제3장 농약의 등록 등을 보면, 제조업자가 농약을 국내에서 제조하여 판매하고자 할 때에는 신청서, 시험성적서 등을 작성 제출하여 품목별로 농촌진흥청장에게 등록하도록 하고(제8조), 다만 농촌진흥청장은 허위 기타 부정한 방법으로 품목을 등록한 때에는 그 품목의 등록을 필요적으로 취소하도록 하고 있고, 약해 등이 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정할 때에는 필요한 범위 안에서 당해 품목의 등록사항을 변경하거나 그 품목의 등록을 취소할 수 있도록 하고 있고(제14조), 원제업자가 원제를 생산하여 판매하고자 할 때에는 종류별로 농촌진흥청장에게 등록하도록 하고 있고(제16조), 수입업자는 농약 또는 원제를 수입하여 판매하고자 할 때에는 농약의 품목 또는 원제의 종류별로 농촌진흥청장에게 등록하도록 하고 있다(제17조)

제4장 농약의 유통관리등을 보면 농림부장관은 농약의 수급안정등을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 위 업자들에 대하여 농약의 수급조절과 유통질서의 유지를 요청할 수 있으며(제18조), 제조업자 또는 수입업자는 당해 업자가 제조 또는 수입한 농약을 판매하고자 할 때에는 그 용기 또는 포장에 농약의 명칭·유효성분별 함유량·적용병해충명·약효보증기간 기타 농림부령이 정하는 사항을 표시하도록 하고 있고(제20조), 보관 판매 등에 제한을 두고(제21조), 허위광고등을 금지하며(제22조), 농촌진흥청장, 시·도지사 또는 국립식물검역기관의 장은 관계공무원으로 하여금 농약·그 원료, 관계장부 또는 시설·장비를 검사하게 할 수 있도록 하고 있다(제24조)

제5장 보칙에서는 등록 등과 관련된 이의신청(제26조), 등록취소등을 하는 경우 필요적으로 청문절차를 밟도록(제29조) 하고 있다.

제6장 벌칙에서는 제조업 등의 등록을 하지 아니하고 농약의 품목이나 원제의 제조·수입·판매를 업으로 한 자 등 일정 요건에 해당하는 자에게 3년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 허위광고 또는 과대광고를 한 자 등 일정요건에 해당하는 자에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 등 형사처벌을 할 수 있도록 하고 있고, 법인도 벌금형에 처하는 양벌규정을 두고 있다(제38조)

## II. 農藥管理法에 관한 判例

### 1. 農藥판매상의 주의의무(대법원 1995.3.28. 93다62645)

#### 가. 판시사항

재배농민에게 농약을 판매할 경우 농약판매상의 주의의무에 관한 사례

#### 나. 판결요지

대추나무 재배농민이 농약을 혼용 살포한 결과 약해로 수확이 감소했다는 이유로 농약 판매상을 상대로 손해배상을 청구한 사안에서, 현재까지 대추나무용 농약에 관하여는 농약 관리법의 규정에 따라 고시된 농약이 전혀 없고, 또 대추나무에 그 농약을 혼용 살포할 수 있는지의 여부 및 그에 따른 약해 유무 등에 관하여 뚜렷한 기준이 없다 하더라도, 원고를 비롯한 대추나무 재배농민들이 종래 농약판매업자인 피고와 상의하여 사과나 배 등의 일반 과수에 고시된 농약을 선택하여 대추나무에 혼용 살포하여 왔다면, 피고로서는 원고에게 농약을 판매할 때에 그 농약의 성능, 사용방법 등에 관하여 정확한 설명을 하여 줄 주의의무가 있고, 그 성능 등에 관하여 알지 못하면서 함부로 그 사용에 관한 지시나 권유를 하여서는 안될 주의의무가 있다고 한 사례.

#### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 윤○만 외 1인

【피고, 피상고인】 정○문

【원심판결】 대구고등법원 1993.11.18. 선고 92나10587 판결

#### 라. 판결이유

(1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 농약판매상인 피고로서는 대추나무용 농약에 관하여 문의하여 오는 원고들에게 이 사건 농약을 대추나무에 혼용하여 살포하지 못하도록 지시 또는 권유하거나 이 사건 농약의 성질, 사용처, 사용방법 등을 자세히 설명하여 줄 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 하여 만연히 대추나무에 살포하여도 좋다고 지시 내지 권유하거나 위 설명의무를 제대로 이행하지 아니함으로써, 원고들이 이 사건 농약을 혼용 사용한 결과 약화를 입게 되어 그 수확이 감소된 것이라는 원고들의 주장에 대하여, 농약 관리법 제10조 제1항에 의하면, 농약판매업을 하고자 하는 자는 농림수산부령이 정하는 기준에 적합한 요건 및 시설을 갖추어 그 판매소 소재지 관할 서울특별시장, 직할시장 또는 도지사에게 등록하여야 한다라고 규정되어 있고, 같은 법에 따라 농약제조업자나 수입업자에게는 제조, 품목, 광고 등에 대한 엄격한 규제조항이 있으나 농약판매상에 대하여는 아무

런 규제조항이 없는 점과 이 사건 농약의 각 표지에 사용방법, 사용처, 용법 등이 설명되어 있는 점 등에 비추어, 농약판매업자인 피고에게 위 주장과 같은 주의의무나 설명의무가 있다고 인정할 수 없고, 가사 피고에게 위와 같은 주의의무가 있다고 하더라도 대추나무에 대하여는 농약관리법에 규정된 과정을 거쳐서 고시된 농약이 없고, 이 사건 농약의 혼용살포에 대하여도 각 제조회사들이 각각 견해를 달리하고 있으며, 공식적인 실험도 행하여진 바 없어 그 혼용살포가 불명인 점에 비추어 단순한 농약판매업자에 불과한 피고에게 그 주의의무를 요구할 수 있는 기대가능성이 있다고 할 수 없으며, 또한 이 사건 농약을 혼용하여 대추나무에 살포함으로써 그 약해가 발생한 것이라는 점과 설사 그 약해가 발생하였다고 하더라도 그 약해로 말미암아 원고들의 대추나무에 영향을 미쳐서 그 수확이 감소되었던 것이라는 점에 관하여 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고들의 청구는 어느 모로 보나 모두 이유 없다는 이유로 원고들의 청구를 배척하였다.

(2) 살피건대, 원심이 인정한 바와 같이 현재까지 대추나무용 농약에 관하여는 농약관리법의 규정에 따라 고시된 농약이 전혀 없고, 또, 대추나무에 이 사건 농약을 혼용 살포할 수 있는지의 여부 및 그에 따른 약해 유무 등에 관하여 뚜렷한 기준이 없다 하더라도, 원고들을 비롯한 대추나무 재배농민들이 종래 농약판매업자인 피고와 상의하여 사과나 배 등의 일반과수에 고시된 농약을 선택하여 대추나무에 혼용 살포하여 왔다면, 농약판매상인 피고로서는 농민인 원고들에게 이 사건 농약을 판매할 때에 그 농약의 성능, 사용방법 등에 관하여 정확한 설명을 하여 줄 주의의무가 있다고 할 것이고, 그 성능 등에 관하여 알지 못하면서 함부로 그 사용에 관한 지시나 권유를 하여서는 안될 주의의무가 있다 할 것이다. 따라서 원심이 그 설시의 사정만을 들어 농약판매업자인 피고에게 위 주의의무나 설명의무가 있다고 할 수 없다거나 그 주의의무를 요구할 수 있는 기대가능성이 없다고 판단한 것은 농약판매업자의 주의의무에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니한 것이라 하겠다.

(3) 그러나, 원심이 나아가, 피고가 원고들에게 이 사건 3종류의 농약을 1:1:1의 비율로 혼용하여 대추나무에 살포하도록 권유한 것이 잘못된 사용방법의 지시에 해당하는 것으로서, 그로 인하여 약해가 발생하였고, 또, 그 약해로 말미암아 원고들의 대추 수확이 감소된 것이라는 원고들의 주장에 대하여 원고들의 전거중에 의하더라도 이를 인정할 수 없다는 이유로 배척한 것은, 기록에 비추어 살펴볼 때, 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 논지가 주장하는 것과 같은 농약판매업자의 과실과 인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이나 채증법칙에 위반한 위법, 또는 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다. 소론은 요컨대 사실심인 원심의 전권사항인 증거의 취사와 사실의 인정을 다투는 것이거나 원심이 인정한 것과는 다른 사실을 전제로 원심판결을 나무라는 것으로서 받아들일 수 없다. 따라서, 비록 피고의 농약판매상으로서의 주의의무에 관한 원심의 이유설시에 위에서 살펴본



바와 같은 잘못이 있다 하더라도 이는 판결결과에는 영향이 없다 할 것이고, 원고들의 이 사건 청구를 배척한 원심의 결론은 정당하다 할 것이다. 논지는 결국 이유가 없다.

## 2. 영업의 등록과 등록명의 대여 허부(대법원 1988.2.9. 87다카1304)

### 가. 판시사항

- [1] 농약관리법 제10조의 규정취지와 등록명의 대여의 허부
- [2] 농약관매등록명의자가 그 등록명의를 대여한 경우 상법 제24조에 의한 명의대여자책임유무

### 나. 판결요지

- [1] 농약관리법 제10조에 의하면 농약관매업을 하고자 하는 자는 일정한 자격과 시설을 갖추어 등록을 하도록 되어 있는 바 이는 농약의 성질로 보아 무자격자가 판매업을 할 경우 국민보건에 위해를 끼칠 염려가 있기 때문이며 따라서 그 등록명의를 다른 사람에게 빌려준다든지 하는 일은 금지된다.
- [2] 농약관매등록명의자가 그 등록명의를 대여하였다거나 그 명의로 등록할 것을 다른 사람에게 허락하였다면 농약의 판매업에 관한 한 등록명의자 스스로 영업주라는 것을 나타낸 것이라 할 것이므로 상법 제24조에 의한 명의대여자로서 농약거래로 인하여 생긴 채무를 변제할 책임이 있다.

### 다. 관련법령

구 농약관리법 제10조(현행 제3조) : 상법 제24조

### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○갑

【피고, 상 고 인】 박○을

【원심판결】 광주고등법원 1987.5.13 선고 86나670 판결

### 마. 판결이유

농약관리법 제10조(현행 제3조)에 의하면 농약관매업을 하고자 하는 자는 일정한 자격과 시설을 갖추어 등록을 하도록 되어 있는 바 이는 농약의 성질로 보아 무자격자가 판매업을 할 경우 국민보건에 위해를 끼칠 염려가 있기 때문이며 따라서 그 등록명의를 다른 사람에게 빌려 준다든지 하는 일은 금지되고있다 할 것이다. 그러나 만일 그 등록명의를 대여하

였다거나 그 명의로 등록할 것을 다른 사람에게 허락하였다면 농약의 판매업에 관한 한 등록명의자 스스로 영업주라는 것을 나타낸 것이라 할 것이고 상법 제24조에 의한 명의대여자로서 농약거래로 인하여 생긴 채무를 변제할 책임이 있다고 할 것이다.

원심은 그 채택증거를 종합하여 피고가 농약관리법에 의하여 농약판매업등록을 한 바 있는데 그 동생인 정○곤으로 하여금 피고명의의 위 등록증을 사용하여 대신농약사라는 상호로 농약판매업을 하게 한 사실을 인정한 다음 그 사업이 비록 정○곤의 계산에서 운영되고 피고에게는 사실상 이해관계가 없다 하더라도 피고는 위 등록증의 명의대여자로서 그 사업을 감독할 의무가 있고, 따라서 위 정○곤이 부담하고 있는 원고에 대한 농약대금채무를 변제할 책임이 있다고 판단하였는 바 원심의 위와 같은 인정판단은 그 설시에 다소 흠이 있으나 결론에 있어 수긍되는 바이고 그 과정에 소론과 같은 채증법칙위배나 심리미진 또는 명의대여자의 책임에 관한 법리오해의 위법이 없다. 논지는 이유 없다.

### 3. 농약 콩나물에 관한 판례(대법원 1997.7.25. 95도2471)

#### 가. 판시사항

- [1] 농약인 호마이가 들어있는 콩나물이 유해·유독물질이 들어있는 식품인지 여부(적극)
- [2] 호마이를 넣은 물에 원료콩을 불려 콩나물을 재배·판매한 경우, 유독·유해물질이 들어 있을 염려가 있는 식품을 판매한 것으로 볼 수 있는지 여부(한정 적극)

#### 나. 판결요지

- [1] 농약인 ‘호마이’ 내지는 그 성분인 ‘툽신’은 사람이 이를 장기간 섭취하면 발암을 촉진하고 돌연변이를 유발하는 등의 만성 중독현상을 일으키는 것으로서 인체에 유해하고, 식품위생법 제12조의 규정에 의한 식품·첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합하거나, 보건사회부장관이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것도 아니므로, 위 농약이 들어있는 콩나물은 같은 법 제4조 제2호에서 금지하고 있는 유해·유독물질이 들어있는 식품에 해당한다.
- [2] 원료콩을 불리는 물에 투입되어 원료콩에 흡수된 농약의 양, 콩나물을 재배하는 동안의 살수의 정도와 양, 온도, 습도, 재배기간에 따라서 콩나물이 판매될 당시에 농약이 들어 있는지 또한 얼마나 들어 있는지가 달라질 것이기 때문에 피고인이 유독·유해물질인 호마이를 혼합한 물에 콩을 불려 콩나물을 재배하여 판매할 당시에 콩나물에 위 농약이 들어 있을 가능성을 배제할 수는 없으므로, 피고인이 콩나물을 재배하는 과정에서 그 성분으로 보아 인체에 유해한 유독·유해물질인 호마이를 넣은 물에 원료콩을 불려 콩나물을 재배한 이상, 콩나물이 판매될 당시 콩나물에 유독·유해물질

이 포함되어 있지 않았거나 그 재배 과정에서의 적절한 처리에 의하여 그 염려가 없게 되었다는 점에 대한 충분한 입증은 없는 한, 피고인은 적어도 유독·유해물질이 들어 있을 염려가 있는 식품을 판매한 것이라고 보지 않을 수 없다.

#### 다. 관련법령

- [1] 식품위생법(1995. 12. 29. 법률 제5099호로 개정되기 전의 것) 제4조 제2호  
 [2] 식품위생법(1995. 12. 29. 법률 제5099호로 개정되기 전의 것) 제4조 제2호, 제74조

#### 라. 판결이유

(1) 원심의 판단 이 사건 주위적 공소사실의 요지는 “피고인은 콩나물을 재배하는 자로서, 유독·유해물질이 들어 있거나 그 염려가 있는 식품은 판매가 금지되어 있고 콩나물을 재배할 때는 인돌비 이 외의 농약을 일체 사용할 수 없음에도 1992. 12.경부터 1994. 6.경까지 사이에 서울 서대문구 연희동 219의 19 소재 자신이 경영하는 연희두채공장에서 어독성 1급으로 취급제한기준이 정하여져 있어 허용작물 및 용도가 제한되어 있는 농약인 호마이를 사용하여 콩나물을 생산하고, 위와 같이 농약을 사용하여 가공한 콩나물 약 30,000kg을 식료품점 등에 판매한 것이다.”라고 함에 있는바, 이에 대하여 원심은, 피고인이 콩나물의 원료콩을 불리는 과정에서 농약인 호마이를 포함한 여러 가지 약품을 혼합한 물에 콩을 불려 콩나물을 재배하여 온 사실은 인정되나, 한편 소송기록에 편철된 사단법인 대한두채협회 작성의 두채생산업의 실태보고서 및 두채 중의 잔류농약에 관한 논문의 각 기재에 의하면, 콩나물은 그 생산과정에서 보통 7-8일 동안 1일 5-6회의 살수로 재배하기 때문에 원료콩 자체에 함유된 유해물질이 재배과정에 따라 점차 희석되고, 마지막 시판단계에 이르러서는 유해물질이 전혀 검출되지 아니하는 경우도 있는 사실 또한 인정되므로, 피고인이 판매한 이 사건 콩나물에 대하여 유독·유해물질이 포함되어 있다는 감정결과 등이 현출되지 아니한 이 사건에 있어서 피고인이 원료콩을 불리는 과정에서 위 농약인 호마이를 사용하였다는 사실만으로 피고인이 제조하여 판매한 이 사건 콩나물이 유독·유해물질을 함유하고 있었다거나 또는 그 염려가 있는 식품에 해당한다고 보기 어렵다고 하여 위 식품위생법위반의 주위적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 판단하였다(다만 예비적 공소사실인 농약관리법위반죄를 유죄로 인정한다는 이유로 따로 주문에서 무죄를 선고하지 아니하였다).

(2) 당원의 판단 이 사건에 적용될 식품위생법(1995. 12. 29. 법률 제5099호로 개정되기 이전의 것, 이하 같다) 제74조, 제4조 제2호에 의하면, 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그 염려가 있는 식품 또는 첨가물을 판매한 경우에는 처벌하도록 규정하고 있고, 다만 식품위생법 제4조 제2호 단서에 의하면 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 보건사회부장관이 인정하는 것은 판매 등의 금지대상에서 제외하고 있으며, 같은법 시행규칙

(1995. 8. 31. 보건복지부령 제10호로 개정되기 이전의 것) 제2조는 그 제외대상 식품의 범위에 관하여 같은법 제12조의 규정에 의한 식품·첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합한 것과 위 공전에 수록되지 아니한 것으로서 보건사회부장관이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것으로 한정하고 있으므로, 위 공전에 수록된 기준 규격에 적합하지 아니하거나 위 공전에 수록되지 아니한 것으로서 보건사회부장관이 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것이 아닌 것은 그 판매 등이 금지된다고 보아야 할 것인데(당원 1995. 11. 7. 선고 95도1966 판결 참조), 농약인 호마이 내지는 그 성분인 '투신'은 사람이 이를 장기간 섭취하면 발암을 촉진하고 돌연변이를 유발하는 등의 만성 중독현상을 일으키는 것으로서 인체에 유해하고(당원 1989. 7. 25. 선고 88도1575 판결 참조), 식품위생법 제12조의 규정에 의한 식품·첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합하거나, 보건사회부장관이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것도 아니므로, 위 농약이 들어있는 콩나물은 같은법 제4조 제2호에서 금지하고 있는 유해·유독물질이 들어있는 식품이라고 할 것이다.

그리고 원래 유해·유독물질이 들어 있는 식품은 사람의 생명, 신체, 건강에 위협을 초래하고 소비대중이 위험성을 미처 인식하지 못하고 이를 섭취함으로써 피해가 신속하고 광범위하게 발생할 위험이 있으며, 또한 일단 피해가 발생되면 사후구제란 별 효과가 없는 경우가 대부분이기 때문에 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모함으로써 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 하여 제정된 식품위생법 제4조 제2호는 위와 같은 유해식품으로 인하여 생기는 피해의 특수성을 고려하여 피해방지를 위하여 유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 외에 그 염려가 있는 것까지도 판매하는 등 행위를 금지하고 있는 것이라고 할 것이다.

이 사건의 경우 피고인이 이 사건 콩나물의 원료콩을 불리는 과정에서 유독·유해물질인 호마이라는 농약을 포함한 여러 가지 약품을 혼합한 물에 콩을 불려 콩나물을 재배하였음은 기록상 명백하고, 원심이 인정한 바와 같이 콩나물은 그 생산과정에서 보통 7-8일 동안 1일 5-6회 물을 뿌려 재배하기 때문에 이러한 살수과정에서 콩에 함유된 유해물질이 점차 희석되고, 마지막 시판단계에 이르러서는 유해물질이 전혀 남아 있지 아니한 경우도 있을 수 있으나, 원료콩을 불리는 물에 투입되어 원료콩에 흡수된 농약의 양, 콩나물을 재배하는 동안의 살수의 정도와 양, 온도, 습도, 재배기간에 따라서 콩나물이 판매될 당시에 농약이 들어 있는지 또한 얼마나 들어 있는지가 달라질 것이기 때문에 피고인이 유독·유해물질인 호마이를 혼합한 물에 콩을 불려 이 사건 콩나물을 재배하여 판매할 당시에 콩나물에 위 농약이 들어 있을 가능성을 배제할 수는 없는 노릇이다.

사정이 이러하다면 피고인이 이 사건 콩나물을 재배하는 과정에서 그 성분으로 보아 인체에 유해한 유독·유해물질인 호마이를 넣은 물에 원료콩을 불려 이 사건 콩나물을 재배한 이상, 이 사건 콩나물이 판매될 당시 콩나물에 유독·유해물질이 포함되어 있지 않았다

거나 그 재배 과정에서의 적정한 처리에 의하여 그 염려가 없게 되었다는 점에 대한 충분한 입증이 없는 한, 피고인은 적어도 유독·유해물질이 들어 있을 염려가 있는 식품을 판매한 것이라고 보지 않을 수 없다.

그럼에도 불구하고, 원심이 위에 판시한 바 같은 이유로 이 사건 주위적 공소사실인 식품위생법위반의 점에 대하여 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 판단하였으니, 원심판결은 식품위생법에 관한 법리를 오해한 나머지 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 하지 않을 수 없다.

(3) 이에 원심판결을 파기하고 이 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

#### 4. 농약콩나물에 관한 판례(대법원 1995.11.7. 95도1966)

##### 가. 판시사항

- [1] 식품위생법 제12조의 규정에 의한 식품 첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합하지 아니하거나 그 공전에 수록되지 아니한 것으로서 보건사회부장관이 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것이 아닌 것은 그 판매 등이 금지되는지 여부 및 보건사회부장관이 식품의 성분에 관한 규격을 정하여 고시하지 아니하였다 하여 유독 유해한 성분을 용인하는 것이라고 볼 수 있는지 여부
- [2] 보통독성 농약인 치오파네이트 메틸과 카벤다짐이 들어 있는 콩나물이 식품위생법 제4조 제2호 소정의 유해·유독물질이 들어 있는 식품이라고 본 사례

##### 나. 판결요지

- [1] 식품위생법 제4조 제2호 단서, 같은법 시행규칙 제2조에 비추어 보면 식품·첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합하지 아니하거나 위 공전에 수록되지 아니한 것으로서 보건사회부장관이 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것이 아닌 것은 그 판매 등이 금지되고, 같은 법 제7조, 제12조에서 보건사회부장관이 식품의 성분에 관한 규격을 정하여 고시할 수 있고, 그러한 기준을 수록한 공전을 작성 보급하도록 규정하고 있는 취지는 국민보건상 특히 필요하다고 인정되는 판매용 식품의 성분 규격을 미리 정하여 규격에 맞지 아니한 식품의 제조, 판매 등을 금지시키기 위한 것에 불과하므로 식품의 각 품목마다 반드시 그 고시를 하여야 하는 것은 아니고 또 이러한 고시를 아니하였다 하여 유독 유해한 성분을 용인하는 것이라고는 볼 수 없다.
- [2] 치오파네이트 메틸과 카벤다짐은 식품위생법 제12조의 규정에 의한 식품 첨가물 등

의 공전에 수록된 기준 규격에 적합하지 아니하고, 또한 보건사회부장관이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것도 아니므로, 이들이 들어 있는 콩나물은 같은 법 제4조 제2호에서 금지하고 있는 유해 유독물질이 들어있는 식품이다.

#### 다. 관련법령

농약관리법 제18조 제1항 : 농약관리법시행령 제16조 : 식품위생법 제4조 제2호, 제7조, 제12조 : 식품위생법시행규칙 제2조

#### 라. 판결이유

##### (1) 사실오인의 점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고인이 경찰 이래 원심법정에 이르기까지 자신이 사용한 농약이 공소사실에 기재된 바와 같이 벤레이트티라고 진술하고 있기는 하나, 벤레이트티는 베노밀과 치람의 혼합제 이므로 이 사건 콩나물에 위 농약이 사용되었다면 감정결과 베노밀이 검출되어야 하는데, 이 사건 콩나물에서는 베노밀은 검출되지 않았고 다만 치오파네이트 메틸과 카벤다짐만이 검출되었음을 들어 피고인이 사용한 농약은 벤레이트티는 아니라고 인정 판단하였다. 그러나, 피고인이 경찰 이래 원심법정에 이르기까지 자신이 사용한 농약은 벤레이트티라고 진술하고 있음은 원심도 인정하는 바이고, 원심이 채택하여 인용하고 있는 국립과학수사연구소장 작성의 감정회보서의 기재에 의하면, 이 사건 콩나물에서 치오파네이트메틸과 카벤다짐이 검출되었고, 카벤다짐은 베노밀과 치오파네이트 메틸이 작물체중에서 변화된 대사산물이라고 기재되어 있으므로, 이들을 종합하면 결국 피고인은 이 사건 콩나물에 벤레이트티 농약을 사용하였다고 할 것임에도 불구하고, 원심은 증거의 판단을 잘못함으로써 채증법칙을 위반하였고 그러한 잘못은 판결결과에 영향을 미쳤음이 명백하므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다 하겠다.

##### (2) 법리오해의 점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 카벤다짐과 치오파네이트 메틸의 인체에 대한 독성이 보고된 바 없는 점, 카벤다짐의 경우 작물에서는 장기간 잔류하지만 동물체내에서는 급속히 배설되는 점, 이 사건 콩나물에서 검출된 카벤다짐의 양은 0.37 g/g으로서 보건사회부공고 식품공전 개정안상의 강낭콩에 대한 허용기준치인 2.0 g/g보다도 극히 적은 점, 이 사건 감정 콩나물이 완전히 성장하여 시장출하가 되려면 2-4일 정도의 재배기간이 추가로 필요하고 그 기간 중에 4시간마다 물을 주므로 출하단계에서의 위 농약 잔류량은 감소될 것인 점 등을 종합하여 이 사건 콩나물이 유해 유독물질이 들어있거나 그 염려가 있는 식품에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다. 그러나, 이 사건 카벤다짐이나 치오파네이트 메틸(위에서 본 바와 같이

작물체중에서 카벤다짐으로 변화된다)은 농약관리법 제18조 제1항, 같은 법 시행령 제16조의 규정에 의한 보통독성 농약으로서 식품위생법 제4조 제2호에서 규정한 유해 유독물질이라 할 것이고, 같은 제2호 단서에 의하면 인체의 건강을 해칠 우려가 없다고 보건사회부장관이 인정하는 식품은 판매 등의 금지대상에서 제외하고 있으며, 같은 법 시행규칙 제2조는 그 제외대상 식품의 범위에 관하여 같은 법 제12조의 규정에 의한 식품 첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합한 것과, 위 공전에 수록되지 아니한 것으로서 보건사회부장관이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것으로 한정하고 있으므로, 위 공전에 수록된 기준 규격에 적합하지 아니하거나 위 공전에 수록되지 아니한 것으로서 보건사회부장관이 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것이 아닌 것은 그 판매 등이 금지된다고 보아야 하고, 같은 법 제7조, 제12조에서 보건사회부장관이 식품의 성분에 관한 규격을 정하여 고시할 수 있고, 그러한 기준을 수록한 공전을 작성 보급하도록 규정하고 있는 취지는 국민보건상 특히 필요하다고 인정되는 판매용 식품의 성분 규격을 미리 정하여 규격에 맞지 아니한 식품의 제조, 판매 등을 금지시키기 위한 것에 불과하므로 식품의 각 품목마다 반드시 그 고시를 하여야 하는 것은 아니고 또 이러한 고시를 아니하였다 하여 유독 유해한 성분을 용인하는 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다. (대법원 1989.7.25. 선고, 88도1575판결 참조). 그런데, 기록에 의하면 이 사건 치오파네이트 메틸과 카벤다짐은 식품위생법 제12조의 규정에 의한 식품 첨가물 등의 공전에 수록된 기준 규격에 적합하지 아니하고, 또한 보건사회부장관이 식품위생심의위원회의 심의를 거쳐 유해의 정도가 인체의 건강을 해할 우려가 없는 것으로 인정한 것도 아닌 사실을 알 수 있으므로, 이들이 들어있는 콩나물은 같은 법 제4조 제2호에서 금지하고 있는 유해 유독물질이 들어있는 식품이라고 할 것임에도 불구하고, 원심은 앞에서 본 바와 같이 이 사건 콩나물이 그러한 식품이라고 볼 수 없다고 판단하고 말았으니 결국 원심은 위 법조항의 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이라 할 것이다.

## 5. 골프장과 농약(대법원 1992.5.22. 91도2525)

### 가. 판시사항

허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는다고 잘못 알려 준 것을 믿은 경우 자기의 행위가 죄가 되지 않는 것으로 오인한 데 정당한 이유가 있는지 여부(적극)

### 나. 판결요지

행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 허가를 받지 아니하여 처벌대상의 행위를 한 경우라도, 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿

었기 때문에 허가를 받지 아니한 것이라면 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨 데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌할 수 없다.

#### 다. 판결이유

(1) 원심은, 피고인들이 이 사건 산림훼손 등의 행위를 할 무렵 골프장 중 이 사건 산림훼손지역이 아닌 다른 골프코스의 라프지역에 대한 입목간벌을 하려고 제주시에 입목벌채 등의 허가를 신청하였다가 제주시장으로부터 이 사건 골프장지역이 국토이용관리법상의 관광휴양지역이어서 그 곳에서의 산림훼손 등은 관광진흥법의 규제사항이라는 이유로 반려 받아 다시 관광진흥법의규정에 따라 신청하여 산림훼손 등의 허가를 받아 입목간벌을 시행한 바 있었던 사실을 인정하고서도, 그러한 사정과 기타 피고인들이 주장하는 다른 사정만으로는 피고인들이 이 사건 산림훼손 등의 행위를 함에 있어 사전에 당국의 허가를 받을 것을 기대 할 수 없었다거나, 이 사건 산림훼손 등의 행위를 하지 아니 할 것을 기대 할 수 없었다고 할 수 없다고 하여 피고인들이 이 사건산림훼손 등의 행위를 함에 있어 산림법에 의한 허가를 받을 것을 기대 할 수 없다는 피고인들의 주장을 배척하였다.

그러나 행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 허가를 받지 아니하여 처벌대상의 행위를 한 경우라도, 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿었기 때문에 허가를 받지 아니한 것이라면 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨 데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당하여 처벌 할 수 없다고 할 것이다(당원 1983.3.22.선고 81도 2763 판결, 1989.2.28.선고 88도 1141 판결 참조).

이 사건의 경우, 피고인들이 이 사건 산림훼손 등의 행위를 하기 직전에 제주시장에게 위 산림훼손지역이 속한 골프장 중 다른 지역에 대하여 산림법 제90조에 의한 입목벌채허가신청을 하였던 바, 제주시장은 위 지역이 국토이용관리법에 의하여 관광휴양지역으로 결정 고시된 장소로서 산림법 제90조의 적용이 배제된다는 이유로 위 신청서를 반려한 사실 및 이 사건 산림훼손지역이 관광휴양지역내에 위치하고 있다는 사실을 원심이 인정하고 있고, 더욱 피고인들은 이 사건 산림훼손 등의 행위를 함에 있어 산림법 제90조에 의한 허가를 받지 아니한 것은 관광휴양지역내에서는 위 산림법의 규정이 배제된다는 제주시장의 말을 믿은 데에도 그 이유가 있다는 취지로 변소하고 있음을 기록에 의하여 알 수 있다. 이와 같이 이 사건 산림훼손지역이 허가신청이 반려된 지역과 마찬가지로 관광휴양지역내에 위치하고 있는 이상, 피고인들이 위 산림훼손지역에 대하여서는 산림법 제90조 소정의 허가신청을 한 바 없다 하더라도 그와 같이 허가신청을 하지 아니한 것이 제주시장의 말을 믿은 때문이라면 거기에는 정당한 이유가 있다고 할 것이므로 피고인들을 산림법위반으로 처벌 할 수는 없다고 할 것이다. 피고인들이 위 산림훼손지역에 대하여 관광진흥법 제36조 소정의 허가를 받지 아니하였다 하더라도 이는 동 법 제59조제1항 제3호에 의하여 과태료를 부과 할 사유는 될지언정 그 때문에 피고인들이 산림법 제90조 소정의 허가를 받지 아니하여도 된다고 믿은 데 정당한 이유가 있다는 결론에 지장이 있는 것은 아니다.



(2) 피고인들의 농약관리법위반의 점에 관하여, 원심은 제1심판결의 적시증거에 의하여 피고인들의 범죄사실 즉 피고인들도 이 사건 농약관리법 소정의 사용기준을 벗어난 농약의 사용을 결정하고 지시하는 등의 방법으로 제1심 판시의 농약을 사용하는데 가담한 사실을 인정할 수 있다고 하였던 바, 이는 정당하고 피고인들이 농약을 직접 사용하는 실무자가 아니라 하여 농약관리법위반의 주체가 될 수 없다고 하는 주장은 받아들일 수 없다. 논지는 이유 없다.

## 第2節 肥料管理法

### I. 肥料管理法의 概要

#### 1. 制定경위 등

비료관리법은 비료의 품질을 보전하고 원활한 수급과 가격안정을 통하여 농업생산력을 유지·증진시키며 농업환경을 보호함을 목적으로 비료단속법을 폐지하고 1976.12.30 법률 제2985호로 제정되었다가, 1995. 12. 6. 법률 제5019호로 전면 개정되었고 그후 3차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 비료관리법의 주요내용

비료관리법은 총 32조로 되어있는 바, 제2조에서 “비료”라 함은 식물에 영양을 주거나 식물의 재배를 돕기 위하여 흙에서 화학적 변화를 가져오게 하는 물질과 식물에 영양을 주는 물질을 말한다 라고 규정하는 등 “보통비료”, “부산물비료 등 개념규정을 하고, 제4조에서 농림부장관은 공정규격을 설정·변경 또는 폐지하거나 부산물비료를 지정 또는 폐지할 수 있도록 하고 있고 제5조에서 농림부장관은 매년도 개시 전에 당해연도의 비료수급계획을 수립하도록 하고 있고, 제7조에서 필요한 경우 농업협동조합법에 의한 농업협동조합중앙회로 하여금 비료를 공급하게 할 수 있도록 하면서 이 경우 농협중앙회는 비료계정을 따로 설치·운영하도록 하고 있고(제8조), 제10조에서 위해성비료등의 수입을 제한하고 있고, 제11조에서 비료를 생산하여 판매하는 것을 업으로 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 비료의 종류별로 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 등록하도록 하고 있고, 제12조에서 비료를 수입하여 판매하는 것을 업으로 하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 바에 의하여 시·도지사에게 신고하도록 하고 있으며, 제20조에서 시·도지사는 비료생산업자가 허위 기타 부정한 방법으로 비료생산업의 등록을 한 때(필요적 취소), 등록된 날부터 1년이 경과하여도 영업을 개시하지 아니한 때, 공정규격에 정하여진 유해성분 최대함유량이 농림부령이 정하는 기준을 초과한 비료를 생산하여 판매한 때 등에 해당할 때에는 그 등록을 취소하거나 3월 이내의 기간을 정하여 영업을 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있도록 하고, 제14조에서 비료생산업자·비료수입업자 및 비료판매업자는 농림부령이 정하는 바에 의하여 보통비료 및 부산물비료의 용기나 포장의 외부에 비료의 명칭, 보증성분량 등의 보증표시를 하도록 하고, 제18조에서 농림부장관 또는 시·도지사에게 품질검사권을 부여하고, 제25조에서 감독권을 규정하고, 제26조에서 농림부장관의 권한을 농촌진흥청장

에게 위임할 수 있도록 하고, 제27조, 28조에서 등록을 하지 아니하고 비료를 생산하여 판매하거나 신고를 하지 아니하고 비료를 수입하는 등의 사유에 해당할 때에는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하는 등 형사처벌을 할 수 있는 근거규정 및 양벌규정(제29조)을 두고 있다.

## II. 肥料管理法에 관한 判例

### 1. 비료의 개념, 생산판매업의 허가 등(서울지방법원 1991.4.16. 89노6525)

#### 가. 판시사항

- [1] 비료관리법 제11조에 규정된 비료의 생산판매업의 허가를 받아야 하는 비료는 반드시 같은 법 제2조 소정의 비료성능(효능)이 있어야 하는지 여부
- [2] 행정당국(도지사)이 비료로서의 성능이 입증되지 아니한 물질의 생산시설을 환경보전법(폐지)상의 배출시설인 비료제조시설에 해당한다고 보고 한 조업정지명령을 위반하고 조업을 계속한 행위가 같은 법 제66조 제5호, 제21조에 의한 처벌대상행위에 해당하는지 여부

#### 나. 판결요지

- [1] 비료관리법 제11조 제1항에 의한 허가의 대상이 되는 비료의 생산, 판매라 함은 실제 비료로서의 효능이 있고 없고에 관계없이 그 물질의 성분, 형상(용기, 포장, 의장 등), 명칭, 거기에 표시된 사용목적, 효능, 효과, 용법, 용량, 판매할 때의 선전 또는 설명 등을 종합적으로 판단하여 사회 일반인들에게 같은 법 소정의 비료로 인식될 수 있거나 비료로서의 효능이 있다고 표방하는 물질을 만들어 내어 판매하는 모든 행위를 뜻한다고 해석함이 상당하고, 반드시 직접 식물에 영양을 주는 것이나 그러한 목적으로 흙에서 어떤 화학적 변화를 일으키는 것이 입증된 물질(이른바 비료성능이 있음이 입증된 물질)을 생산, 판매하는 경우에 한하는 것은 아니다.
- [2] 행정당국(도지사)이 질석을 주원료로 하는 퇴비부숙제의 생산시설인 질석제조용 가마를 환경보전법(폐지)상 배출시설인 비료제조시설로 보고 조업정지명령을 한 경우, 가사 위 가마에서 제조되는 물질이 비료로서의 성능이 입증되지 아니하여 객관적으로 이를 비료로 단정하는데 무리가 있다고 하더라도 그 하자가 중대, 명백하다고는 볼 수 없어 이는 당연무효인 행정처분이 아니므로, 위 조업정지명령을 위반하고 조업을 계속한 행위는 같은 법 제66조 제5호, 제21조에 의한 처벌대상행위에 해당한다.

#### 다. 관련법령

비료관리법 제11조환경보전법(1990.8.1.법률 제4257호로 폐지) 제66조 같은법 제21조

#### 라. 판결이유

(1) 검사의 항소이유의 요지는, 첫째로 비료관리법위반의 점에 관하여, 이 사건 “브이케이(VK)81”은 비료성분인 마그네슘을 상당부분 함유하고 있는 점, 이것을 토양에 투여하였을 때 토양개량의 효과가 있는 점 등에 비추어 비료관리법상의 비료에 해당됨에 불구하고 원심은 위 브이케이(VK)81이 토양에 투여되었을 때 결과적으로 토양에 유기물이 풍부해져 토양이 개량되는 효과가 나타나지만 그것 자체는 “식물에 영양에 주거나 식물의 재배를 돕기 위하여 흙에서 화학적 변화를 가져오게 할 목적으로 배풀어지는 물질”이 아니고 “식물에 영양을 줄 것을 목적으로 식물에 배풀어지는 물질”도 아님이 명백하다고 하면서 위 브이케이(VK)81이 비료관리법 제1조 제1호에 규정한 비료에 해당되지 아니하고 따라서 비료관리법 제11조의 허가를 받을 필요 없다는 이유로 피고인들에 대한 이 사건 비료관리법위반 공소사실에 대하여 무죄의 선고를 한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 비료관리법상 비료의 개념을 잘못 해석하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 둘째로 환경보전법위반의 점에 관하여도 이 사건 브이케이(VK)81의 제조시설인 질석제조용가마는 환경보전법 제2조 제12호 및 같은법 시행규칙 제3조 별표 2의 배출시설인 비료제조시설에 해당하므로 당국의 조업정지명령을 받고도 이에 위반하여 계속 조업한 행위는 환경보전법 제66조 제5호, 제21조 위반에 해당됨에도 불구하고 원심은 이 사건 브이케이(VK)81이 비료관리법상 비료가 아니므로 그 제조시설인 질석제조용 가마도 비료제조시설이 아니고 또한 환경보전법 제2조 제12호 및 같은법 시행규칙 소정의 다른 어느 배출시설에도 해당하지 아니함이 명백하므로 이 사건 조업정지명령은 그 하자가 중대 명백하여 당연무효이므로 이를 무시하고 계속 조업한 피고인 박○갑의 행위는 환경보전법상의 무허가배출시설에 대한 조업 정지명령위반이 될 수 없다고 판시하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고한 것은 환경보전법의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이다.

(2) 그러므로 먼저 비료관리법위반의 점에 관하여 살피건대, 비료관리법 제2조 제1호가 비료라 함은 “식물에 영양을 주거나 식물의 재배를 돕기 위하여 흙에서 화학적 변화를 가져오게 할 것을 목적으로 토지에 배풀어지는 물질과 식물에 영양을 줄 것을 목적으로 식물에 배풀어지는 물질”을 말한다고 규정하는 한편, 같은 조 제2호와 제3호가 비료를 보통비료와 부산물비료로 나누어 보통비료에 관한 공정규격이 정해지거나 부산물 비료에 관한 당국의 지정이 행해지도록 규정하고, 같은 법 제3조 제5항의 위 “보통비료 및 부산물 비료의 비료는 판매의 목적으로 이를 생산하거나 수입할 수 없다”라고 규정하면서(이에 위반한 행위 자체에 관한 처벌규정은 마련되어 있지 않다), 같은 법 제11조 제1항 본문이 “비료를

생산하여 판매하는 것을 업으로 하고자 하는 자는 비료의 종류별로 품목마다 농수산부장관의 허가를 받아야 한다”고 규정하여 비료의 생산판매업을 허가사항으로 하고 있는 취지는, 비료가 농업생산력에 깊은 관련이 있고 나아가 농업경제에 심대한 영향을 미치는 물질이므로 그 생산판매업자에게 엄격한 규제를 가하여 비료의 품질을 보전하고 그 경제성 및 안전성을 확보함으로써 농업생산력의 유지, 증산을 도모하려는 데 있다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 비료관리법의 여러 규정 및 입법취지에 비추어 볼 때 위 법조에 의한 허가대상이 되는 “비료의 생산, 판매”라 함은 실제 비료로서의 효능(위 법 제2조 제3호는 이를 “비료성능”이라 표현하고 있다)이 있고 없고에 관계 없이 그 물질의 성분, 형상(용기, 포장, 의장 등), 명칭, 거기에 표시된 사용목적, 효능, 효과, 용법, 용량, 판매할 때의 선전 또는 설명 등을 종합적으로 판단하여 사회일반인들에게 비료관리법 소정의 비료로 인식될 수 있거나 비료로서의 효능이 있다고 표방하는 물질을 만들어 내어 판매하는 모든 행위를 뜻하는 것이라고 해석함이 상당하고, 반드시 직접 식물에 영양을 주는 것이나 그러한 목적으로 흙에서 어떤 화학적 변화를 일으키는 것임이 입증된 물질(이른바 “비료성능”이 있음이 입증된 물질)을 생산, 판매하는 경우에 한하는 것은 아니라고 볼 것이다.

비료관리법 제11조의 비료를 이와 같이 해석한다면, 이 사건 브이케이(VK)81을 수사기록 제5, 6면의 기재내용과 같이 미생물퇴비부숙제라는 제목으로 비료유사의 포장지에 1포에 약 12kg씩 담고 “산성토양을 개량하고 식물에 필요한 영양분을 제공해 주어 식물성장에 도움이 된다”는 등의 용도, 효과 및 그 사용방법을 설명하는 선전물(수사기록 제160면에서 제171면까지)과 함께 판매한 피고인 박○갑의 행위는 비료관리법 제11조 소정의 비료의 생산판매업에 해당한다고 할 것임에도 불구하고 위 법 소정의 허가대상이 아니라고 하여 무죄를 선고한 원심은 비료관리법 제11조의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이다.

## 2. 비료인지 여부에 관한 판례(대법원 1999.10.8. 98도1849)

변호인의 상고이유(기간경과 후에 제출된 피고인의 탄원서는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 판단한다. 원심판결과 원심이 인용한 제1심판결의 각 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 벤질 아미노푸린(6-Benzyl Aminopurine)은 비료관리법이 정하는 비료가 아니고 농약관리법이 정하는 농약에 해당한다고 판단하고 이를 전제로 피고인에 대한 이 사건 각 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 비료관리법이나 농약관리법에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 비료생산인지 여부에 관한 판례(서울형사지방법원 1987.1.16. 86노6610)

가. 판시사항

기존의 비료를 소분하여 포장지에 넣은 것이 비료관리법 제28조, 제11조 소정의 비료생산행위에 해당되는지 여부

나. 판결요지

비료관리법 제28조 제2호, 제11조는 비료를 생산하여 판매하는 것을 업으로 하고자 하는 자가 농수산부장관이나 상공부장관의 종류별, 품목별 허가를 받지 아니한 채 비료를 생산하여 판매한 경우를 처벌하는 규정이라고 할 것이므로, 비료생산회사가 생산한 토질개량비료를 단지 임의로 만든 포장지에 소분하여 넣은 행위는 위 법조에서 말하는 어떤 새로운 비료의 제조나 배합, 가공 또는 채취등 비료생산행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

다. 관련법령

비료관리법 제11조, 제28조

라. 판결이유

피고인 박○갑은, 관계당국으로부터 허가를 받지 아니하고 1986.3.25. 서울 중구 주교동 318소재 동부특수인쇄소에서 공소의 대유화학공업주식회사 제품인 제4종 복합비료 '나르겐' 수용 제500그램들이 포장용지 13,500매를 인쇄한 후, 같은 해 5.5.부터 같은 해 9월까지 사이에 광주 동구 계림동 505의 578소재 피고인의 집 차고에서 질소, 인산, 칼리 등 비료의 성분이 전혀 없는 제오라이트(비석)을 위 포장지에 넣어 위 대유화학공업주식회사에서 생산하는 '나르겐' 500그램들이와 명칭 및 외형이 동일한 비료 9,378포를 생산하고, 피고인 김○, 박○무는 공소의 서○현(원심공동피고인)과 공모하여, 1984.12.말경 광주 동구 대인동 소재 보리밭다방에서 오염산업 생산의 토질개량용 비료인 제오라이트 25킬로그램들이를 구입, '다수확'이라는 명칭을 붙인 500그램들이 비료로 소분 판매하기로 결의한 다음, 관계당국에 허가 및 등록을 하지 아니하고, 1985.3.4.경부터 같은 달 20일경까지 사이에 광주 동구 산수동 소재 공소의 최○재 소유 건물지하실에서 미리 인쇄한 '다수확'이라는 명칭의 500그램들이 포장용지에 오염산업에서 구입한 제오라이트를 넣어 비료 10,000포를 생산하고, 같은 해 5월 초순경 진주시 장대동 126의 2 소재 김○수 경영의 서울 농약사에서 위 비료 800포를 금 400,000원에 판매한 것을 비롯, 동년 7월경까지 사이에 전라남북도 일원의 비료 및 농약판매업자를 상대로 위 비료 10,000포를 금 3,000,000원에 판매한 것이다"라고 함에 있는 바, 검사는 위 공소사실을 비료관리법 제28조 제2호, 제11조 위반으로 의율하고 있으므로, 살피건대 원심이 들고 있는 증거들에 의하면 피고인들이 위 공소사실기재 행위

를 한 사실은 모두 인정된다 할 것이나 과연 위와 같은 행위가 검사가 의율하고 있는 위 법조소정 위반행위에 해당하는가에 관하여 보면, 위 법조는 비료를 생산(제조, 배합, 가공 또는 채취)을 말한다. 위 법 제2조 제6호)하여 판매하는 것을 업으로 하고자 하는 자가 농수산부장관이나 상공부장관의 종류별, 품목별 허가를 받지 아니한 채 비료를 생산하여 판매한 경우를 처벌하는 규정이라 할 것인데, 피고인들의 위 공소사실 기재 행위는 공소사실 자체가 밝히고 있듯이 기존에 오염산업이 생산한 토질개량용 비료인 제오라이트(수사기록에 편철된 비료생산업허가증에 의하면 오염산업이 1982.11.25. 농수산부장관으로부터 권한위임을 받은 경상북도지사로부터 그 생산허가를 받았음을 알 수 있다. 수사기록 274면 참조)을 단지 피고인들이 임의로 만든 포장지에 소분하여 넣은 데 불과하여 위 법조에서 말하는 어떤 새로운 비료의 제조나 배합, 가공 또는 채취 등 비료생산행위에 해당한다고는 볼 수 없다 할 것이고 그밖에 달리 피고인들이 관계당국의 허가를 받지 아니하고 비료를 생산 판매하였음을 인정할 아무런 증거가 없다.

#### 4. 비료생산허가(등록)에 관한 판례(대전고등법원 1995.7.28. 94구3412)

##### 가. 당사자 등

【원 고】 주식회사 00000

【피 고】 충청남도도지사

##### 나. 판결이유

(1) 원고는 각종 원예용 복합비료의 제조 및 판매업 등에 종사하는 법인으로 1989.7.20. 및 1990.4.13. 두차례에 걸쳐 피고로부터 비료관리법 제11조 제1항, 같은 법 시행령 제3조에 의하여 별지 기재 내용과 같은 비료생산허가(이하 이 사건 허가권이라고 한다)를 얻어 제4종 복합비료를 제조, 판매하여 왔는데, 피고가 1993.8.20. 소외 이○병으로부터 소외 이○을 의의 비료생산업 허가사항 변경신고를 수리하여 원고명의로 이 사건 허가권에 관하여 소외 황실(상호, 벽수산업)명의로 변경한 처분(이하 이 사건 처분이라고 한다)을 한 사실은 당사사이에 다툼이 없거나 이를 인정할 수 있다.

(2) 원고는 그가 1992.3.2.경 사정에 의하여 위 이○병에게 비료생산을 위탁하면서 관청에 납품하는 영업활동에 필요하다고 하여 원고의 직인과 대표이사의 개인도장을 교부하였을 뿐 영업이나 이 사건 허가권을 양도한 일이 전혀 없음에도 불구하고, 위 이○병이 원고의 직인과 대표이사의 개인도장을 소지하고 있음을 기화로 원고가 위 비료사업분야 영업권과 관련된 공장 및 부대시설 일체를 위 황실에게 양도한다는 취지의 양도양수서등을 위조한 후 이를 첨부하여 위 이○을로 비료생산업 허가사항 변경신고를 접수하여 피고가 이를

수리한 것이므로 이 사건 처분은 원인행위없이 이루어진 것으로 그 하자가 중대하고도 명백하여 무효이거나 위법하여 취소되어야 한다고 주장함에 대하여, 피고는 수리행위는 신고자의 신고에 의하여 접수된 신고서의 외형적 요건을 심사할 뿐 원인행위등을 조사, 확인하는 것은 아니므로 외형상 아무런 하자 없는 신고서를 수리한 이 사건 처분은 관계법령에 따른 것으로 적법하다고 주장한다.

(3) 관계법령

- (가) 비료관리법(이하 법이라 한다) 제11조 제1항은 비료를 생산하여 판매하는 것을 업으로 하고자 하는 자는 비료의 종류별로 품목마다 농수산부장관의 허가를 받되 질소·인산·加里중 1이상의 성분을 함유하는 무기질비료로 화학적 작용에 의하여 생산되는 비료(이하 삼요소화학비료라 한다)의 경우에는 상공자원부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하고, 그 제3항은 위 제1항의 규정에 의한 비료생산업의 시설기준과 기타 허가기준은 농수산부령(제1항 단서의 경우에는 상공자원부령)으로 정하도록 규정하고, 그 제4항은 제1항의 규정에 의하여 비료의 생산업의 허가를 받은 자는 허가 받은 사항의 변경이 있거나 휴업, 폐업한 때 또는 휴업한 영업을 재개할 때에는 그 사유가 발생한 날로부터 30일 이내에 농수산부장관(제1항 단서의 경우에는 상공자원부장관, 이하 주무부장관이라 한다)에게 신고하여야 한다고 규정하고, 법 제15조 제1항은 주무부장관은 비료의 원활한 수급을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 비료의 생산업허가(품목추가허가를 포함한다)를 하지 아니할 수 있다고 규정하고, 그 제2항은 주무부장관 또는 도지사는 제14조의 규정에 의하여 허가 또는 등록이 취소된 자에 대하여는 3년의 범위 안에서 대통령령이 정하는 기간이 경과할 때까지는 비료의 생산업허가의 신청을 거부할 수 있다고 규정하고 있고,
- (나) 같은 법 시행령(이하 영이라 한다) 제3조 제1항은 법 제11조 제1항의 규정에 의하여 비료를 생산하여 판매하는 업(이하 비료생산업이라 한다)의 허가를 받고자 하는 자는 다음 각호의 사항을 기재한 허가신청서를 주무부장관에게 제출하여야 한다고 규정하고, 그 제2항은 제1항의 규정에 의한 신청을 받은 주무부장관은 법 제11조 제3항의 규정에 의한 허가기준에의 적합여부 및 법 제15조의 규정에 의한 허가제한사유에의 해당여부를 검토하고 그 신청을 받은 날로부터 30일 이내에 허가예정여부를 결정하여 신청인에게 통지하여야 한다고 규정하고, 영 제4조 제1항은 비료생산업자가 법 제11조 제4항의 규정에 의하여 허가 받은 사항의 변경(상속, 영업의 양도 또는 법인의 합병에 의한 비료생산업자의 지위승계의 경우를 포함한다), 휴업, 폐업 또는 휴업한 영업의 재개를 신고하고자 할 때에는 다음 각호의 사항을 기재한 신고서에 허가증을 첨부하여 주무부장관에게 제출하여야 한다. 다만, 휴업한 영업의 재개를 신고하는 경우에는 허가증을 첨부하지 아니한다고 규정하면서 그 제1호로 신고인의 성명(법인인 경우에는 그 명칭 및 대표자의 성명), 주소 및 제



조장의 소재지, 그 제2호로 상호 및 상표명, 그 제3호로 허가 받은 사항의 변경의 경우에는 변경사항과 변경연월일, 그 제4호로 휴업의 경우에는 그 기간, 그 제5호로 폐업 또는 휴업한 영업의 재개의 경우에는 그 연월일을 규정하고, 같은 조 제2항은 제1항의 규정에 의하여 신고된 사항이 제조장의 소재지 변경 또는 생산능력의 변경에 관한 것인 때에는 주무부장관은 그 이전된 제조장의 시설 또는 변경된 시설을 검사하여야 한다고 규정하고 있으며, (3) 같은 법 시행규칙(1994.9.8. 농림수산부령 제1154호로 개정되기 전의 것, 이하 규칙이라 한다) 제6조 제1항은 영 제4조 제1항의 규정에 의한 허가사항의 변경신고는 별지 제8호 서식, 비료생산업의 휴업, 폐업 및 휴업한 영업의 재개신고는 별지 제9호 서식에 의한다고 규정하고, 그 제2항은 제1항의 규정에 의한 신고를 받은 시도지사는 비료생산업허가대장에 그 신고사항을 기재하여야 하며, 신고사항이 허가사항의 변경신고인 경우에는 비료생산허가증을 갱신 또는 수정하여 교부하고, 휴업한 영업의 재개신고인 경우에는 이미 제출된 비료생산업허가증을 비료생산업자에게 반환하여야 한다고 규정하고 있고, (4) 한편 법 제11조 제1항의 규정에 의한 비료생산업의 허가과 법 제11조 제4항의 규정에 의한 허가사항의 변경, 휴업, 폐업 및 휴업한 영업의 재개에 관한 신고의 수리권한은 법 제27조, 영 제16조에 의하여 농림수산부장관으로부터 피고에게 위임되었다.

(4) 위 각 규정의 취지를 모아보면 신규의 비료생산업 허가신청에 대하여는 허가관청이 규칙이 정하는 허가기준에 합치하는가의 여부와 법 제15조의 규정에 의한 허가제한사유에의 해당여부를 검토하여 위 허가기준에 합치하고 위 법 제15조 소정의 허가제한사유가 없는 경우 허가를 해 주는 것이지만, 위 비료생산업의 양도에 의한 지위승계신고에 대하여는 그 사업이 이미 위 허가기준에 합치하고 있는 것이기 때문에 적법한 영업의 양도가 있었음을 전제로 양수자가 위 법 제15조 제2항 소정에 해당하는가의 여부만 심사하여 이에 해당하지 아니하는 경우 그 신고를 수리하여 양수자로 하여금 적법하게 위 사업을 할 수 있도록 하고 있는 것이므로, 위 법 제11조 제4항에 의한 영업의 양도에 의한 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도, 양수자 사이에 이미 발생한 사법상의 영업양도의 법률효과에 의하여 양수자가 그 영업을 승계 하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 신규허가가 신청인으로 하여금 적법히 위 영업을 할 수 있는 법규상의 권리를 설정하여 주는 행위인 것과 마찬가지로 실질에 있어서는 양도자의 영업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 위 영업을 할 수 있는 법규상의 권리를 설정하여 주는 행위로서 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 봄이 상당하다고 할 것이므로, 허가관청이 위 법 제11조 제4항에 의한 영업의 양도에 의한 지위승계신고를 수리하는 행위는 행정처분에 해당한다고 할 것이고, 또한 허가관청의 영업의 양도에 의한 지위승계신고의 수리는 적법한 영업의 양도가 있었음을 전제로 하는 것이므로, 위 영업의 양도

행위가 무효라고 주장하는 양도자는 민사쟁송으로 그 양도행위의 무효를 구함이 없이 막바로 허가관청을 상대로 하여 행정소송으로 위 신고수리처분의 무효확인을 구할 법률상의 이익도 있다고 할 것이다(대법원 1993.6.8. 선고, 91누11544 판결 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 변론의 전취지를 종합하면 소외 이○병은 1992.3.2.경 원고회사를 사실상 경영하던 소외 황○수로부터 원고회사의 비료사업분야의 영업을 위임받아 경영하면서 원고회사의 직인과 대표이사로 등기된 위 황○수의 개인도장을 인수받아 보관하고 있음을 기화로 원고명의로 된 이 사건 허가권명의를 남편인 소외 이○을로 변경할 것을 마음먹고, 1993.8.17.경 원고회사의 비료사업분야 영업권과 관련된 공장 및 부대시설 일체를 원고가 위 황실에게 양도한다는 취지의 양도양수서, 이 사건 허가권, 충남 천안군 병천면 병천리 105의 2 소재 공장 및 시설물과 비료생산시설 및 장비등 비료생산 영업권일체를 원고가 위 황실에게 양도한다는 비료생산영업의 양도양수서를 각 위조한 후 같은 해 8.20. 이를 첨부하여 위 이○을의 비료생산업 허가사항 변경신고서를 피고에게 제출하여 피고가 이를 수리함으로써 이 사건 처분에 이르게 된 사실을 인정할 수 있고 위 인정사실에 의하면 원고로부터 위 황실에게 적법한 영업의 양도가 없었음에도 영업의 양도에 의한 지위승계신고를 수리한 이 사건 처분은 그 전제인 원인행위가 결여된 것으로 그 하자가 중대하고도 명백하여 무효라고 할 것이다.

뿐만 아니라 위 각 규정에 의하면 영업의 양도에 의한 지위승계를 이유로 한 비료생산업의 허가사항 변경신고는 양수자가 아닌 비료생산업의 허가를 받은 자인 양도인이 하도록 되어 있음에도 불구하고 피고가 양수자인 위 이○을의 비료생산업 허가사항 변경신고를 수리한 것은 법에 위반한 것으로 그 하자가 중대하고도 명백하여 그 점에서도 이 사건 처분은 무효임을 면치 못한다고 할 것이다.

### 5. 등록취소사유에 관한 판례(대법원 1984.7.10. 82누551)

#### 가. 판시사항

- [1] 허가의 취소처분에 있어서 근거법령에 해당하는 사실의 적시요부
- [2] 1980.2.29부터 같은 해 8.31까지의 휴업기간만료후 신고 없이 휴업한 회사가 1981.6.10 영업을 재개한 경우 허가취소 사유인 “1년 이상 그 영업을 휴업한 때”에 해당하는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 허가의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령과 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해처분이 있었는지를 알 수 있을 정도의 위 법령에 해당하는 사실의 적시를 흠결한 하자는 그 처분 후 적시되어도 이에 의하여 치유될 수는 없다.

[2] 원고가 신고한 휴업기간이 1980.2.29부터 1980.8.31까지인데 그후 신고를 아니한 채 휴업하다가 비료생산을 위하여 1981.6.10 소외 주식회사를 통하여 비료원료 구입에 대한 신용장을 개설하고 같은 해 7.9 미국으로부터 그 원료를 수입하여 같은 해 8.13 통관절차를 미쳤다던 이는 허가취소 사유인 구 비료관리법(1982.12.31 법률 제3598호 개정 전의 법) 제14조 제3호 소정의 1년 이상 그 영업을 휴업한 때라고 보기 어렵다.

**다. 관련법령**

구 비료관리법 제14조, 비료관리법 제14조 제1항

**라. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 ○○주식회사

【피고, 피상고인】 대구직할시장

【원심판결】 대구고등법원 1982.11.16 선고 82구55 판결

**마. 판결이유**

(1) 원심판결은 그 이유에서 피고는 원고에게 1978.12.11 제4종 복합비료 하이토닉, 하이포텍스, 요겐에 대한 생산판매업의 허가를 하였던 바, 1981.11.2에 원고에 대하여 (1) 피고가 1980.2.4 원고에게 농수산부 고시 제3117호에 의하여 변경된 제4종 복합비료의 공정규격에 따른 비료생산허가를 1980.3.1부터 같은 해 5.31까지 받도록 지시하였는데 위 기간 내에 그 허가를 받지 아니하였고 (2) 원고는 1979.9.1부터 1980.3.31까지 휴업신고를 하고 그 휴업기간이 만료된 때로부터 1년 이상 경과하도록 비료생산을 하지 아니하고 무단 휴업하였으며 (3) 새로운 위 비료공정규격에 따른 허가를 받지 아니하고 비료를 생산 판매하였다는 사유를 들어 위와 같은 행위는 비료관리법 제3조, 제12조에 위반한 것에 해당한다 하여 같은법 제14조 제1호, 제3호에 따라 위 허가를 취소한 피고의 이 사건 처분은 적법한 것이라고 판시하고 있다.

그러나 허가의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령과 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해처분이 있었는지를 알 수 있을 정도의 위 법령에 해당하는 사실의 적시를 요한다고 할 것이고 이러한 사실의 적시를 흠결한 하자는 그 처분후 적시되어도 이에 의하여 치유될 수는 없다고 할 것이다.

기록에 의하여 살펴보면, 피고의 이 사건 허가취소처분통보(갑 제20호증의 1)에는 비료관리법 제14조 제1항 및 제3항 [이 사건에 적용될 비료관리법(1982.12.31 법 제3598호로 개정되기 전의 것)에 의하면 같은법 제14조에는 제1항및 제3항은 없으므로 제1호 및 제3호의 오기로 인정된다] 에 의하여 이 사건 비료생산업허가를 취소한다고 되어 있어 법령의 적시가 있을 뿐 그 법령에 해당하는 사실의 적시가 없는 바, 위 법 제14조 제3호에는 1년 이상

그 영업을 휴업한 때라고 규정하고 있어 위 법령의 적시만으로도 그 법령에 해당하는 사실을 알 수 있으나 위 법 제14조 제1호에는 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때라고 규정하고 있어 위 법령의 적시만으로써는 그 법령에 해당하는 사실을 알 수 없다 할 것이니 위 법 제14조 제1호에 의하여 이 사건 허가를 취소한다 함은 하자 있는 처분으로서 취소를 면할 수 없다 할 것이므로 논지 이유 있다.

(2) 원심판결은 그 이유에서 원고는 비료생산업허가를 받고 1979.4.20부터 같은 해 7.14까지 비료를 생산하다가 같은 해 9.25 그 공장이전을 이유로 같은 해 9.1부터 1980.2.28까지 휴업신고를 하고 1980.2.9 공장이전과 원자재구입난을 이유로 같은 해 2.29부터 같은 해 8.31까지 휴업신고를 한 다음 각 휴업을 하고 그 휴업기간이 경과하여도 다시 휴업신고를 하지 아니한 채 휴업하다가 1981.6.10 소외 주식회사 쌍용을 통하여 비료원료구입에 대한 신용장을 개설하고 같은 해 7.9 미국으로부터 그 원료를 수입하여 같은 해 8.13 통관절차를 마치고 농수산부 고시 제3117호에 의한 비료공정규격변경에 따른 허가를 받지 아니한 채 수입한 위 원료중 2톤으로 1981.9.20 (위 휴업기간만료일인 1980.8.31부터 1년 이상 경과된 후임)부터 제4종 복합비료 요건을 생산하여 판매하다가 같은 해 9.26 생산된 비료가 부정비료라 하여 적발된 사실을 인정하고 이는 위법 제14조 제3호에 해당하는 것으로 판시하고 있으나 원심이 확정된 바와 같이 원고의 휴업기간만료일이 1980.8.31이고 원고가 비료생산을 위하여 1981.6.10소외 주식회사 쌍용을 통하여 비료원료구입에 대한 신용장을 개설하고 같은 해 7.9 미국으로부터 그 원료를 수입하여 같은 해 8.13 통관절차를 마친 것이라면 이는 이 사건 허가취소사유인 위 법 제14조 제3호의 1년 이상 그 영업을 휴업한 때라고 보기 어렵다 할 것이니 이를 이유로 한 이 사건 취소처분도 위법 하다고 할 것이므로 논지 이유 있다.

## 6. 비료의 품질을 저하시키는 다른 물질인지 여부 (대법원 1988.3.22. 87도1796)

### 가. 판시사항

백운석분말이 비료관리법 제19조 소정의 '비료의 품질을 저하시키는 다른 물질'에 해당하는지 여부

### 나. 판결요지

소석회비료를 생산하는 과정에서 원재료로 사용한 백운석분말은 비료관리법 제19조 소정의 '비료의 품질을 저하시키는 다른 물질'에 해당하지 않는다.

## 다. 관련법령

비료관리법 제19조, 제28조

## 라. 판결이유

원심이, 피고인이 소석회비료를 생산하는 과정에서 원재료로 사용한 백운석분말은 비료관리법 제19조 소정의 ‘비료의 품질을 저하시키는 다른 물질’에 해당되지 않는다 하여 피고인에게 무죄를 선고한 것은 옳고 여기에는 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

## 마. 하급심 판례(서울형사지방법원 1987.2.25. 86노3326)

이 사건 공소사실의 요지는 피고인은 강원 영월군 서면 쌍용리 333에서 동광산업사라는 상호로 소석회비료의 생산업에 종사하는 자인 바, 정상적인 소석회비료제조공정은 백운석을 소성로에서 소성시켜 만든 생석회를 수화처리하여 제조하여야 함에도 불구하고 동광산업사의 소성로에서 만든 소량의 생석회에 저가로 구입한 다량의 백운석 분말을 혼입하여 생산하는 수법으로 부정한 재산상의 이익을 취할 것을 결의하고, 1984.7.11.부터 1985.4.22.까지 사이에 위 동광산업사에서 소석회 비료 6,486톤, 농업협동조합 납품가격 151,746,456원 상당을 생산함에 있어 그 품질을 저하시키는 저가의 백운석 분말 1,624톤을 혼입한 것이다라고 함에 있는 바, 일건 기록에 나타난 제반증거를 종합하여 보면, 피고인이 위 공소사실과 같이 소석회 비료 6,486톤을 생산함에 있어 백운석 분말 1,624톤을 혼입한 사실은 일응 이를 인정할 수 있다.

그러나 위 백운석 분말이 “비료의 품질을 저하시키는 다른 물질”에 해당하는지의 여부에 관하여 보건대, 비료관리법 제19조에 규정된 “다른 물질”이라 함은 당해 비료의 품질저하를 초래하는 모든 물질을 말한다 할 것이나, 한편 같은 법 제3조 제1항, 제3항이 농수산부장관은 보통비료의 종류별로 함유하여야 할 주성분의 최소량과 함유할 수 있는 유해성분의 최대량 기타 필요한 사항에 관한 규격, 이른바 “공장규격”을 정할 수 있고, 농수산부장관이 위와 같은 비료의 공정규격을 설정함에 있어서는 당해 비료의 효력, 경제성, 보급가치 등을 검토하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 비료의 생산업자가 일정한 품질의 비료를 생산하는 과정에서 그 비료 이외의 물질을 사용하는 경우이고 그 물질이 사회통념상 당해 비료의 원재료라고 인정되는 경우 거기에 사용되어진 물질은 같은법 소정의 “비료의 품질을 저하시키는 다른 물질”에는 해당되지 아니한다고 해석함이 상당할 것인 바, 피고인의 원심 및 당심법정에서의 각 진술, 원심증인 신○수의 원심법정에서의 진술, 당심증인 오○근, 최○우, 박○대, 임○욱의 당심법정에서의 각 진술, 검사작성의 피고인 및 공소의 박○정에 대한 각 피의자신문조서와 김○수, 김○호, 정○근에 대한 각 진술조서의 각 진술 기재, 농업기술연구소장 작성의 사실조회회신, 서울시립대학 화학공학과 교수 오○근, 건국대학교 농화학과 비료학 담당교수 양○술, 서울대학교 농과대학장, 고려대학교 농화학과 교

수 입○길 각 작성의 사실조회회신, 당원의 사실조회 (1986.10.16.자), 및 서울대학교 농과대학장작성의 사실조회회보(1986.11.21.자), 공업진흥청장 작성의 공업규격에 대한 질의회신, 공판기록에 편철된 “토양관리와 비료(사단법인 가리연구회 발행)”, “식물영양토양비료 대사전(일본국 양현당 발행)”, “신제비료학(조○현 감수 향문사 발행)”중 일부 사본한 부분의 각 기재 및 수사기록에 편철된 비료단속검사결과, 비료자체검사성적서, 비료생산업허가증의 각 기재 등을 종합하여 보면, 보통 소석회비료라 함은 수산화칼슘( $\text{Ca(OH)}_2$ )이 주성분이지만 실제로는 다소의 생석회 ( $\text{CaO, MgO}$ ), 수산화마그네슘, 미소성된 탄산석회 탄산마그네슘( $\text{CaCO}_3, \text{MgCO}_3$ ) 및 그 외에도 잡석분, 재 등이 포함되어 있으며 그 제조방법은 일반적으로 석회석 또는 백운석 ( $\text{CaCO}_3, \text{MgCO}_3$ ) 등을 소성하여 이산화탄소를 휘산시켜서 생석회를 만들고 생석회를 소화하여 고품위의 공업용 소석회와 저품위의 소석회비료를 동시에 생산하는 것이 통례인데, 여기서 알칼리분이 고품위의 것은 공업용 소석회를 만들고 나머지 무거리 (미소성된 석회석이나 백운석) 등을 함께 분쇄하고 체로 쳐서 알칼리분 60퍼센트 이상의 소석회비료를 만드는 것이 보통인 사실, 위 소석회비료 주성분인 수산화칼슘은 저장 중에 공기 중의 이산화탄소를 흡수하여 다시 탄산칼슘으로 변화되는 성질을 가지고 있으며, 백운석 분말은 탄산칼슘과 탄산마그네슘이 주성분이 되어 있는 석회석을 빻아서 만든 분말로서 소석회비료와 백운석분말 모두 알칼리분(토양중화제)을 주성분으로 하는 석회질비료인 사실, 우리나라에서 소석회비료를 제조하여 농협에 납품하고 있는 회사는 약 18개 정도인데 소석회비료의 생산방법이 현행법령상에 구체적으로 규정된 바는 없고 다만 위 업체들의 경우 각자 다른 제조공정을 택하여 (1) 공업용 소석회와 소석회비료를 동시에 제조하는 경우로서 알칼리분이 고품위인 것은 선별하여 공업용 소석회를 만들고 나머지 무거리로 공정규격에 맞추어 소석회비료를 제조하는 경우, (2) 근거리에 위치한 공업용 소석회공장에서부터 구입한 생석회 무거리에 석회석분말(백운석분말)을 혼입하여 소석회비료를 제조하는 경우, (3) 석회석을 불충분하게 소성시켜 공업용 소석회를 제조하지 아니하고 소석회비료만을 공정규격에 맞추어 생산하는 경우 등의 3가지로 대별되고 있는 사실, 한편 국립농업자재검사소에서 피고인이 경영하는 동광산업사에서 생산한 소석회비료를 1985.1.25. 같은해 3.4. 및 같은해 3.5. 세차례에 걸쳐 시료를 발취하여 검사한 결과 모두 알칼리분이 60퍼센트 이상이고, 분말도 또한 10페시에 98퍼센트 이상 통과되어 농수산부장관이 정한 소석회비료의 공정규격 (1983.9.29. 농수산부고시 제83-42호) 소정의 기준에 적합한 사실 등을 인정할 수 있고 달리 반증 없다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 백운석 분말이 비록 소석회비료의 주성분인 수산화칼슘과는 그 화학적 조성이 상이하도 할지라도 소석회비료를 만드는 원석분말이고 비료의 생산업자인 피고인이 일정한 품질의 비료를 생산하는 과정에서 원재료로 사용한 것이므로 사회통념상 이를 가리켜 곧 “비료의 품질을 저하시키는 다른 물질”이라고 단정할 수는 없다 할 것이다.

## 第3節 種子産業法

### I. 種子産業法の 概要

#### 1. 制定経위 등

종자산업법의 시행 이전에 종자관리와 관련된 법령은 국가가 직접 생산하여 농민에게 공급하는 식량작물 종자에 대하여 규정한 주요농작물종자법과 채소류, 과수류, 버섯류 등 민간업체가 생산, 공급하는 종자에 대하여 규정한 종묘관리법으로 이원화되어 있었는데, 이와 같은 이원적 관리체제로는 종자제도의 체계적인 관리와 정책의 일관성 유지에 어려움이 있었고 종자관련법에서 소외된 농작물의 종자관리에 있어 공백이 발생하기도 하기도 하였으며, 신품종개발자의 권리보호와 민간업체의 연구 개발 및 경쟁력강화 필요성이라는 새로운 흐름에 부응하기 어려웠습니다. 그래서 종자와 관련된 제반 사항을 체계적이고 포괄적으로 규율하는 종자에 관한 종합적인 내용을 담은 기본법 제정의 필요성이 대두하여 주요농작물종자법과 종묘관리법을 폐지하는 것을 전제로 1995. 12. 6. 법률 제5024호로 종자산업법이 제정되어 1997. 12. 31.부터 시행되었고 이후 6차에 걸쳐 개정되었다.

종자산업법은 기본적으로 국내종자산업의 보호를 전제로 품종에 대한 육성자의 권리보호, 주요작물의 품종성능의 관리, 종자의 생산·보증 및 유통등에 관한 사항을 규정함으로써 우리나라 종자산업의 발전을 도모하는 것을 목적으로 하고 있는데(법 제1조), 종자산업법을 제정 시행할 무렵 1997. 3. 청원종묘가 사까다 종묘에 넘어간 것을 시작으로 1997. 10. 에는 서울종묘가 노바티스에, 1998. 6. 에는 국내최대 종묘회사인 흥농종묘와 중앙종묘가 세미나스에 넘어가는 등 우리나라의 주요종묘회사들이 다국적기업에 넘어가 버려 법이 오히려 다국적 기업의 이익을 보호해주고 있는 것이 아닌가 하는 어려운 문제에 봉착해 있다.

#### 가. 종자산업법의 내용

종자산업법은 제1장 총칙, 제2장 육성자의 권리보호, 제3장 품종의 명칭, 제4장 품종성능의 관리, 제5장 종자의 보증, 제6장 종자의 유통, 제7장 종자기금, 제8장 부칙, 제9장 벌칙 등 총 9개의 장176개의 조문으로 되어 있다.

종자산업법은 우수품종의 개발 및 보호를 그 최대의 목표로 삼고 그 수단으로써 ① 품종 보호를 받을 수 있는 대상작물을 벼, 보리, 콩, 옥수수, 감자 등 27개 품목과 기타 농림부장관이 정하는 작물로 하고(법 제11조, 법시행규칙 제20조), 위 품종보호작물에 대하여 특허권과 유사하게 그 품종이 신규성, 구별성, 균일성, 안전성 등 일정한 요건(법 제12조 내지 제16조)을 갖추고, 출원→출원공개→심사→출원공고→품종보호사정→품종보호권의 설정등

록 등의 소정의 절차를 경유하여 품종보호권을 취득하면 품종보호권자인 신품종육성자에게 설정등록이 있는 날부터 20년간(과수 및 임목의 경우에는 25년) 업으로서 그 보호품종을 실시할 독점적인 권리를 부여하는 등 그 권리를 강하게 보호하고(제2장, 육성자의 권리 보호) ② 상표권과 비슷하게 품종명칭등록제도를 두어 품종명칭의 동일성이나 신뢰성을 유지함으로써 명칭의 혼란으로 인하여 우수품종이 입게 될 수 있는 피해를 방지하고(제3장, 품종의 명칭) ③ 벼·보리·콩·옥수수·감자, 기타 대통령령이 정하는 작물 등 주요 품종에 대하여서는 국가품종목록에 등재를 사실상 강제함으로써 품종관리 및 그 품질유지를 국가적으로 체계화하며(제4장, 품종성능의 관리) ④ 농림부장관이 행하는 “국가보증”과 종자관리사가 행하는 “자체보증” 등 종자보증제도를 통하여 사실상 일정한 품질 이상의 품종만을 유통 가능하게 하며(제5장, 종자의 보증) ⑤ 종자업자의 자격, 종자의 판매 및 보급요건, 종자의 수출입제한, 종자분쟁관리 등 종자유통과 관련된 제반 문제점들에 대하여 관리, 통제하고(제6장, 종자의 유통) ⑥ 품종향상과 우량종자의 원활한 수급관리의 적정을 기하기 위해 종자기금을 설치하는 것(제7장, 종자기금) 등을 규정하고 있다.

#### 나. 특허법 등과의 관계

특허법 제31조에서는 무성적으로 반복 생식할 수 있는 변종식물을 발명한 자는 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다」라고 규정함으로써 식물발명특허의 길을 열어 놓고 있다. 그러나 그 대상은 어디까지나 “무성적으로 반복 생식할 수 있는” 식물에 한정되므로 유성 번식식물은 보호되지 않았는데 유성번식식물에 대한 보호의 필요성의 충족을 위해 그리고 영세농민에 대해서는 품종보호권의 적용에 예외를 둔다든지 종자산업이 낙후된 부분에 있어 보호를 받을 수 있도록 특허법에 대한 특별법으로서 종자산업법을 제정하게 된 것이라 할 수 있다.

그리고 현행 종자산업법상 품종보호심판위원회의 심결에 대한 소와 품종보호출원서·심판청구서 또는 재심청구서의 보정각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 되어 있는데(제105조), 품종보호권의 침해에 대한 소는 일반적인 민사사건과 같이 취급되어 특허법원이 관할권을 가지지 아니는 바, 특허 내지 품종보호권 침해에 대한 소에 있어서도 전문적이고 기술적인 요소들이 쟁점이 되는 것은 마찬가지이며, 특허법원은 이와 같은 전문적이고 기술적인 부분에 대한 심도 있고 정확한 심리 및 판결을 그 존재이유로 한다는 점에 비추어 볼 때에 위와 같은 침해의 소에 대해서도 특허법원에서 관할하도록 하는 것이 그 전문성이나 효율성의 측면에서 타당하다고 생각된다.



## 2. 종자분쟁의 주요쟁점

### 가. 종자산업법의 규정

종자산업법에는 종자분쟁과 관련하여 법제148조(유통종자의 분쟁)이라는 규정만을 두고 있다. 위 조항은 ①유통종의 종자에 관하여 분쟁이 발생한 경우에는 그 분쟁당사자는 당해 품종의 종자를 보증한 농림부장관 또는 종자관리사에게 당해 품종의 종자보증에 관한 자료를 요구할 수 있고, ②제1항의 규정에 의한 분쟁당사자는 종자시료채취를 공동으로 확인한 후 당해 종자시료를 밀봉하여 농림부장관에게 제출하여, 농림부장관에게 당해 분쟁의 대상 종자와 법제147조의 규정에 의하여 보관·관리중인 종자시료와의 대비시험을 신청할 수 있고, 대비시험을 신청 받은 농림부장관은 대비시험을 실시한 후 지체없이 그 결과를 분쟁 당사자에게 통보하여야 하며, ③ 유통종의 종자와 관련한 피해가 종자의 결함으로 인하여 발생한 경우에는 피해자는 종자업자에게 농림부령이 정하는 바에 의하여 그 보상을 청구할 수 있다고만 규정되어 있고, 농림부령에는 종자의 결함으로 인한 피해에 대한 보상을 청구하고자 하는 자는 별지 제72호서식의 청구서에 재정경제원장관이 소비자보호법시행령 제11조제1항의 규정에 의하여 고시하는 품목별 소비자피해보상기준에 의한 보상금 산출내역서 1부와 법148조제4항의 규정에 의한 대비시험결과통보서 부분 1부를 첨부하여 종자업자에게 제출하고 보상청구를 받은 종자업자는 보상청구를 받은 날부터 15일 이내에 당해 보상청구에 대한 보상여부를 결정하여야 하며, 종자업자는 위 보상청구에 의한 보상을 하고자 하는 경우에는 합의서를 작성하여 양당사자가 기명날인하고 그 부분을 종자관리소장 또는 산림청장에게 제출하여야 한다(법시행규칙 제126조)고만 되어 있다.

그리고 종자산업법에서는 제91조에서 품종보호에 관한 심판과 재심을 관장하기 위하여 농림부에 품종보호심판위원회를 둔다고 규정하고 있으나 이는 품종보호절차에서 파생되는 문제들에 관한 심판과 재심을 담당하는 기관일 뿐이고 종자분쟁으로 인한 손해배상청구의 문제를 다루지는 않고 있다.

따라서 종자분쟁으로 인한 손해배상문제는 결국 손해배상의 일반 원칙에 의해 일반 민사소송으로 해결할 수밖에 없는 실정이다.

### 나. 종자분쟁의 특수성 및 주요쟁점

종자분쟁이란 농민이 종자를 구입해서 재배하여 생산된 작물이 품질, 수량 등에 있어 종자구입 당시 예상 가능한 통상적인 품질, 수량에 미치지 못하였을 때에 야기되는 분쟁을 말하고, 보통 재배농민이 종묘회사를 상대로 손해배상청구를 하는 형태로 소송이 진행되는 데, 종자분쟁은 농업관련 소송중 가장 자주 일어나고 농민들이 입는 피해도 가장 큰 소송중 하나로, 법률상으로도 많은 어려운 문제를 안고 있다.

첫째, 통상 종자의 하자(흠)로 인한 피해가 여러 농가에 걸치게 되는 점 때문에 발생하는

문제이다.

종자의 하자로 인한 피해농가는 한 마을, 한 지역 때로는 전국에 걸쳐 분포될 수 있어 수많은 사람들이 소송을 하게되는데, 이 경우 피해를 입은 개별 농민들이 각자 모두 소송을 해야한다면 농민들에게 소송에 대해 너무 큰 부담을 주어 소송을 할 여건이 안되는 대다수 농민들이 손해배상을 사실상 포기하게 되므로, 제품의 하자로 인한 분쟁이나 소비자관련 분쟁, 환경분쟁 등과 관련하여 논의되고 도입하기로 되어 있는 집단소송제도를 종자분쟁(종자분쟁도 일종의 제품의 하자로 인한 분쟁으로 볼 수 있음)에도 도입하여 대표나 단체가 소송을 하고 그 소송결과가 나머지 사람들에게도 판결의 효력이 미치게 해 보다 간편하고 효율적인 방법으로 손해를 입은 모든 농민들이 손해를 배상 받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

둘째, 농민들이 입은 손해, 즉, 수확의 감소나 품질 저하 등이 종자의 하자 때문인지를 밝히는 문제이다.

종자분쟁에 있어 농민들이 입은 손해가 종자의 하자로 인한 것인가 하는 점, 즉 손해와 종자의 하자간의 인과관계를 입증하는 것은 가장 핵심적이면서 난해한 문제로, 수확의 감소나 품질의 저하는 종자의 하자뿐만 아니라 개별 농민들의 영농기술의 차이, 기후 등 자연환경의 변화 등이 복합적으로 상호작용을 하여 나타나는 경우가 많기 때문에 수확의 감소나 품질의 저하가 종자 때문이라는 것을 밝히는 것은 매우 어려운 문제이고, 가령 수확량이 절반으로 줄었다면 불량종자로 인한 수확감소분은 얼마나 되는지를 밝힌다는 것은 더욱 어려운 문제라 할 것이다.

나아가 같은 회사의 같은 종자라도 재배환경과 관리환경에 따라 그 결과가 달라지기 때문에 피해 원인규명이 더욱 어렵고, 종자를 구입하여 농작물을 생산하는 과정에서 손해가 발생하여 실제 소송을 진행하다 보면 많은 시간이 흘러가 버려 피해상태를 원형 그대로 보존하기 어려워 더욱 손해가 종자 때문이라는 것을 밝히기가 어려워지게 되고, 따라서 누가 인과관계를 입증할 것인지 손해를 어떻게 분담시킬 것인지가 핵심쟁점으로 등장하게 되는 것이다.

종자분쟁으로 인한 소송과정에서 가장 큰 어려움 중의 하나가 인과관계를 입증하는 방법에 있어서의 문제이다.

농민들이 종자에 대한 전문가가 아닌 상황에서 법원이 믿을 수 있는 객관적인 자료를 내놓아야 하기 때문에, 현행법제상으로는 종자의 하자 때문에 손해가 발생하였다는 것을 밝히려면 결국 전문가에게 감정을 의뢰하여 그 감정결과에 따를 수밖에 없다.(물론 농민들이 작물재배와 관련된 영농일지 등을 체계적으로 기록하고 그러한 기록이 몇 년간 축적되

어 객관적으로 믿을만한 자료를 가지고 있으면 그 자료를 제출하여 손해를 입증할 수도 있습니다. 법원이 위 자료를 받아준다면 가장 직접적으로 손해를 입증할 수 있는 방법이 될 수 있다.)

그러나 감정은 적절한 감정기관의 선정문제(현재는 대부분 농촌진흥청이나 서울대학교 등 각 농과대학 등에서 담당하고 있는데 여러 사유로 감정이 거부되는 경우도 많음) 그리고 감정기간이 대체로 너무 긴 문제(실제 유사한 환경조건하에서 실제 재배를 하여보는 방법이 가장 신뢰성이 높다하여 많이 이용되고 있으나 보통 수개월이 소요되어 소송이 장기화되는 경향이 많음), 감정비용이 과다한 문제, 나아가 감정기관의 감정 자체를 신뢰할 수 있느냐, 즉 농민의 입장을 제대로 반영한 감정이 이루어지느냐 하는 문제까지 수많은 문제를 안고 있다.

인과관계를 소송의 일반원칙대로 원고인 농민이 입증하라고 할 경우 농민이 이를 입증하지 못하면 결국 패소를 하게 된다.

따라서 손해가 종자의 하자 때문이라는 것을 밝힐 책임을 농민이 아닌 종자회사에게 주어서 종자회사가 그 손해가 종자 때문이 아니라는 것을 밝히지 못하면 종자 때문에 손해가 발생하였다는 것을 인정할 수 있게 하여야 할 것이다.

환경소송, 의료소송, 제조물책임관련 소송 등에서는 이미 상대적으로 인과관계를 입증하기 어려운 피해당사자의 입증부담을 완화해 주는 개연성이론 등을 농민들이 보다 용이하게 피해를 보상받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

셋째, 손해배상액 산정의 문제이다.

불량종자로 인한 손해는 종자구입가격 뿐만 아니라 정상적으로 재배하였을 경우 농민이 얻을 수 있었던 소득액에서 소요비용을 공제한 금액이 되어야 할 것입니다(매수인이 매도인으로부터 매수한 감자종자가 잎말림병에 감염된 것이어서 이를 식재한 결과 거기에서 자란 감자가 같은 병 등에 감염되어 수확량이 예년에 비하여 현저하게 줄은 경우 매수인이 입은 손해는 감자를 식재, 경작하여 정상적으로 얻을 수 있었던 평균수입금에서 실제로 소득한 금액을 제한 나머지가 되어야 할 것이다, 대법원 1989.11.14. 89다카15298) 여기에서 소득과 비용의 산출을 어떻게 할 것인가가 역시 어려운 문제로 등장한다.

넷째, 종자분쟁의 광범위성, 인과관련 입증의 어려움, 손해액산정의 어려움 등에 비추어 볼 때 종자분쟁을 전문적으로 해결할 수 있는 조정기관이나 중재기관을 설치하여 소송이전에 분쟁을 해결할 수 있는 가칭 종자분쟁조정위원회 등을 설치하여 다수당사자간의 분쟁을 합리적으로 해결할 수 있는 제도를 마련할 필요성이 있다할 것이다.

위 종자산업법상의 품종보호심판위원회는 손해배상문제를 해결할 권한이 없으며, 한국 소비자보호원 역시 전문인력이 극소수에 불과하여 원활한 분쟁조정을 기대하기 힘든 형편

이므로 종자피해분쟁조정위원회 등과 같은 별도의 기구를 설치할 필요가 있다할 것이다.

## II. 種子産業法에 관한 判例

### 1. 씨앗의 하자 판단기준(대법원 2001.4.10. 99다70945)

#### 가. 판시사항

- [1] 종묘업자가 생산한 씨앗에 하자가 있는지의 판단 기준
- [2] 종묘업자가 그가 생산한 신품종 씨앗의 특성 및 재배상 주의사항에 관한 설명 내지 경고의무를 다하였다고 본 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 종묘업자가 생산한 종자가 현재의 기술수준과 경제성에 비추어 합리적으로 예견할 수 있는 재배조건에서 재배될 경우 소비자인 농민이 정상적인 생육과정을 통하여 적정한 수확량을 거둘 수 있는 품질을 갖추고 있는 경우라면, 특수한 품질을 그 품종특성으로 등록하거나 설명하는 등 이를 보증하고 공급하지 아니한 이상 종자에 하자가 있다고 할 수 없다.
- [2] 구 종묘관리법(1995. 12. 6. 법률 제5024호 종자산업법 부칙 제2조로 폐지)은 제8조 제5호에서 종묘업자가 종묘의 포장에 기재하여야 할 사항으로 종묘의 특성과 재배력 및 재배상의 주의사항을 들고 있고, 구 소비자보호법(1995. 12. 29. 법률 제5030호로 개정되기 전의 것) 제16조 제2항에서 물품을 제조·판매하는 사업자는 소비자로 하여금 물품의 사용에 있어 표시나 포장 등으로 인하여 선택이 잘못되는 일이 없도록 그 물품에 대하여 그 표시가 사실상 곤란하거나 불가능하지 않는 한 사용방법, 사용 및 보관상의 주의사항 및 경고사항을 기재하도록 규정하고 있는바, 위 규정들의 취지 및 씨앗의 판매봉투에 재배상 ‘유의사항’과 ‘재배방법 등에 따라 결과가 다르게 나타날 수 있으므로 … 유의사항을 반드시 지켜주시기 바랍니다’라고 기재되어 있던 점, 그리고 종묘상에서 씨앗을 구입하면서 입수할 수 있었던 품종설명서에 그 품종 특성, 온도 및 수분관리, 가식·정식, 비배관리 및 병충해 방제 등 재배시 유의사항에 관하여 매우 구체적이고 상세히 기재되어 있는 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 위 씨앗이 신품종이고 매수인들로서는 씨앗의 특성과 재배방법에 대하여 생산자가 제공하는 정보에 의존할 수밖에 없었다 하더라도, 위 판매봉투 및 품종설명서의 기재로써 위 법에서 요구하는 종자의 특성 및 재배상 주의사항에 관한 설명 내지 경고의무를 다하였다고 봄이 상당하다.

#### 다. 관련법령

구 종묘관리법(1995. 12. 6. 법률 제5024호 종자산업법 부칙 제2조로 폐지)제8조, 구 소비  
자보호법(1995. 12. 29. 법률 제5030호로 개정되기 전의 것) 제16조제2항

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○갑 외 138인

【피고, 피상고인】 ○○주식회사

【원심판결】 서울고법 1999. 11. 24. 선고 99나12620 판결

#### 마. 판결이유

(1) 이 사건 씨앗의 하자 여부에 대하여 원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고들이 1995  
년초 피고가 생산한 만냥고추의 씨앗(이하 '이 사건 씨앗'이라 한다)을 종묘상을 통하여 매  
수하여 파종하였는데, 토양, 기온, 강수량 등 재배조건이 동일한 상태에서 재배한 다른 품  
종의 고추씨앗의 경우 평년과 비슷한 수확을 올린 반면 위 만냥고추는 정상적으로 착과 되  
지 못하고 낙과되거나 착과 되더라도 상품성이 있는 크기로 성장하지 못함으로써 수확량이  
현저하게 줄어 다른 품종의 고추씨앗을 재배하였을 경우 얻을 수 있었던 소득을 얻지 못하  
게 되는 손해를 입었는바, 이는 이 사건 씨앗의 하자로 인한 것이므로 피고는 원고들에게  
위 손해를 배상할 책임이 있다는 주장에 대하여, 종묘업자가 생산한 종자가 현재의 기술수  
준과 경제성에 비추어 합리적으로 예견할 수 있는 재배조건에서 재배될 경우 소비자인 농  
민이 정상적인 생육과정을 통하여 적절한 수확량을 거둘 수 있는 품질을 갖추고 있는 경우  
라면 특수한 품질을 그 품종특성으로 등록하거나 설명하는 등 이를 보증하고 공급하지 아  
니한 이상 종자에 하자가 있다고 할 수 없다고 하고 나서, 그 판시사실에 의하면 만냥고추  
가 다른 품종에 비하여 바이러스에 대한 내병성이 약하고 가뭄상황에서는 건과품질이 우수  
한 대과종으로 다수확이 가능하다는 품종특성이 제대로 발현되지 아니하여 수확량이 감소  
하지만 바이러스에 대한 내병성은 생육 후기에 회복이 되고 가뭄을 제외한 다른 자연조건  
에서는 위 품종특성이 제대로 나타나며, 동일한 자연환경조건에서도 재배관리방법에 따라  
수확이 다르게 나타나고 특히 일부 농가에서는 타품종 고추에 비하여 우수한 작황을 보이  
는 한편 전체 재배면적의 10% 미만의 지역에서만 수확량이 적었을 뿐 아니라, 피고가 이를  
공급함에 있어 바이러스나 가뭄에 강하다는 점을 품종특성으로 등록하거나 설명하지 아니  
한 사정을 알 수 있으므로, 만냥고추가 단순히 바이러스에 취약하고 가뭄에 예민하게 반응  
한다는 점만으로는 이 사건 씨앗에 하자가 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(2) 설명 내지 경고의무위반 여부에 대하여 원심은 나아가, 고추씨앗의 육종에 전문적인  
경험 및 지식을 가지고 종자를 생산, 판매하는 피고가 이 사건 씨앗을 판매하기에 앞서

1994년 전국 각지에서 시험재배결과를 통하여 만났고추는 바이러스에 대한 내병성이 약하고 가뭄 하에서는 그 품종특성이 제대로 발현되지 아니하기 때문에 농민들이 만났고추를 재배할 경우 특별한 주의를 기울이지 아니하면 수확량이 감소하는 사실을 충분히 알고 있었음에도 이러한 사항에 대하여 필요하고도 충분한 설명을 하여 주지 아니한 잘못이 있다는 원고들의 주장에 대하여, 피고가 이 사건 씨앗의 판매봉투에 그 특징과 함께 '본 포에는 충분한 퇴비 및 추비와 엽비로 바이러스 피해를 줄이고, 5~6월 한발시 석회 결핍과가 발생할 수 있으므로 관수를 실시하고 칼슘질 비료를 엽면 시비하라'는 취지의 재배상 '유의사항'을 기재하고, 피고가 제작하여 전국 각지의 농민에게 배포하는 홍보용 잡지에서도 만났고추의 특성과 재배방법에 관하여 설명하는 등의 조치를 취한 이상, 원고들에게 이 사건 씨앗의 특성 및 이를 재배함에 있어서 유의할 사항을 알리고 그에 대처하는 데에 필요한 충분한 자료와 정보를 제공하였다고 할 수 있으므로, 피고가 이 사건 씨앗을 생산, 판매함에 있어 합리적으로 예상할 수 있는 결과에 대하여 설명 및 경고하여야 할 주의의무를 게을리 한 것이라고 볼 수 없으며, 피고가 이 사건 씨앗을 생산, 판매하기에 앞서 시험재배를 통하여 만났고추의 위와 같은 취약점을 알고 있었다 하더라도, 피고로서는 어느 정도의 한발조건에서는 적절히 관수를 하는 등 통상적인 재배방법에 의하여 그러한 문제를 해결할 수 있다고 예상하고 있었고 실제로 적절한 시기에 수분을 충분히 공급하였다면 용이하게 수확감소를 방지할 수 있었던 것으로 보이므로, 그것만으로 피고가 소비자인 원고들에게 극심한 가뭄이라는 예외적인 자연현상이 발생할 것을 예상하여 만났고추를 다른 품종과 동일한 방법으로 재배할 경우에는 심한 가뭄에서는 수확량이 상당한 정도로 감소할 수 있다는 것까지 사전에 설명하거나 경고할 의무가 있다고 할 수도 없다고 판단하여 원고들의 이 부분 주장도 배척하였다.

살피건대, 구 종묘관리법(중자산업법이 1995. 12. 6. 법률 제5024호로 제정되어 1997. 12. 31.부터 시행됨에 따라 폐지된 것)은 제8조 제5호에서 종묘업자가 종묘의 포장에 기재하여야 할 사항으로 종묘의 특성과 재배력 및 재배상의 주의사항을 들고 있고, 구 소비자보호법(1995. 12. 29. 법률 제5030호로 개정되기 전의 것) 제16조 제2항에서 물품을 제조·판매하는 사업자는 소비자로 하여금 물품의 사용에 있어 표시나 포장 등으로 인하여 선택이 잘못되는 일이 없도록 그 물품에 대하여 그 표시가 사실상 곤란하거나 불가능하지 않는 한 사용방법, 사용 및 보관상의 주의사항 및 경고사항을 기재하도록 규정하고 있는바, 위 규정들의 취지 및 이 사건 판매봉투에 기재된 원심인정의 '유의사항'과 '재배방법 등에 따라 결과가 다르게 나타날 수 있으므로...유의사항을 반드시 지켜주시기 바랍니다.'라는 기재, 그리고 원고들이 종묘상에서 이 사건 씨앗을 구입하면서 입수할 수 있었던 품종설명서에 만났고추의 품종특성, 온도 및 수분관리, 가식·정식, 비배관리 및 병충해 방제 등 재배시 유의사항에 관하여 매우 구체적이고 상세히 기재되어 있는 점 등 기록에 의하여 알 수 있는 제반 사정에 비추어 보면, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 이 사건 씨앗이 신품종이고 원고들로서는 이 사건 씨앗의 특성과 재배방법에 대하여 피고가 제공하는 정보에 의존할

수밖에 없었다 하더라도, 위 판매봉투 및 품종설명서의 기재로써 위 법에서 요구하는 종자의 특성 및 재배상 주의사항에 관한 설명 내지 경고의무를 다하였다고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 씨앗의 특성 등에 대한 고지의무에 관한 법리오해, 채증법칙 위배 또는 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 종자의 하자과 손해액 산정(대법원 1989.11.14. 89다카15298)

### 가. 판시사항

매수한 농작물의 종자에 하자가 있어서 수확이 감소된 경우의 손해액산정방법

### 나. 판결요지

매수인이 매도인으로부터 매수한 감자종자가 잎말림병에 감염된 것이어서 이를 식재한 결과 거기에서 자란 감자가 같은 병 등에 감염되어 수확량이 예년에 비하여 현저하게 줄은 경우 매수인이 입은 손해는 감자를 식재, 경작하여 정상적으로 얻을 수 있었던 평균수입금에서 실제로 소득한 금액을 제한 나머지가 되어야 할 것이고, 매수인이 평균수입금을 기준으로 하여 손해액을 산정, 청구하고 있는 사안에서 그 같은 산정방식에 따르지 않고 실제로 들인 비용에서 소득한 금액을 공제한 금액을 기준으로 하여 손해액을 산정할 것은 아니다.

### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○갑

【피고, 피상고인】 김○필

【원심판결】 광주지방법원 1989.5.4, 선고 88나425 판결

### 라. 판결이유

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고는 피고로부터 이 사건 감자종자를 매수하여 식재하였는데 거기에서 자란 감자는 잎말림병과 검은무늬썩음병에 감염되어 수확량이 예년에 비하여 현저하게 줄었다는 것이고 그 원인의 절반 가량은 잎말림병에 감염된 감자종자에 기인한 것이었다고 인정하고 피고는 매도인으로서 원고에게 위 하자으로 인한 손해배상책임이 있다고 실시한 후 그 손해배상의 범위는 원가 감자종자를 매수(금 1,145,000원)하여 들인 식재비용(인건비와 비료대 금 956,100원) 수확비용(인건비, 운반비, 경운기사용비, 포장

상자대금 956,500원)감자밭의 임대료(금 1,593,500원)에서 원고가 수확한 감자의 판매대금(금 1,401,640원)을 공제한 나머지 금 3,198,460원의 절반인 금 1,599,230원이라고 인정하였다.

그러나 원심이 인정한 바와 같은 경우로 원고가 손해를 입었다면 그 손해는 원고가 감자를 식재, 경작하여 정상적으로 얻을 수 있었던 평균수입금에서 원고가 실제로 소득한 금액을 제한 나머지가 되어야 할 것이고(원고가 제반비용을 정상적으로 들였음을 전제로 하여) 그 손해의 절반 가량이 피고가 매도한 감자종자에 기인한 것이라면 피고에게 그 2분의 1에 대한 손해배상책임이 있다고 할 것이지 원고가 실제로 들인 비용에서 원고가 소득한 금액을 공제한 금액을 기준으로 할 것은 아니다(당원 1975.12.30선고 75다1543 판결 참조). 물론 이 경우에도 피해자가 실제로 들인 비용을 기준으로 하여 손해액을 산정하여 청구하는 경우라면 법원을 그 방법에 따라서 배상액을 정하여야 할 것이겠지만 이 사건에서 원고는 그와 같은 방식에 따라 손해액을 산정하여 청구하고 있지 아니하다.

따라서 원심판결에는 손해액산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이고 이는 판결에 영향을 미치는 것이므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

### 3. 배추 속썩음병에 관한 판례

(인정한 사례, 대전지방법원 2000. 4. 12. 99가합3833)

#### 가. 사실관계

원고들은 봄배추농사를 짓기 위해 1996. 12. 중순경 종묘상에서 종묘회사인 피고회사가 제조·공급한 배추종묘 ‘황심봄배추’를 각 구입하여, 원고들 소유의 비닐하우스에서 각 파종하고 정식 하였는데 원고들은 황심봄배추를 수확기 20여일 전인 1997. 2. 중순경 포전상들에게 입도선매 방식으로 매도하고 그 무렵 매매대금 전액을 지급 받았다.

그런데 원고들이 재배하던 위 황심봄배추는 생육 초기에는 아무런 문제가 없어 작황이 좋아 위와 같이 입도선매되었으나, 수확기를 20여일 앞두고 배추의 성장 정도가 약 70 내지 80% 이르러 결구가 될 즈음, 배추가 바깥 잎에 싸여 언뜻 보면 결구가 되어 있으나 속은 비어 있는 이른바 ‘속썩음병’이 거의 전체에 발생하였다.

원고들이 재배한 위 황심봄배추의 거의 전체가 속썩음병으로 인해 상품가치가 전혀 없게 되자, 포전상들은 원고들과의 배추 포전매매계약을 해제하고 지급한 대금을 전액 환급 받았고 이에 원고들은 피고회사를 상대로 종자의 하자로 인하여 원고들이 입은 손해에 대한 배상을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.



## 나. 판결이유

### (1) 손해배상책임의 발생

물품을 제조하여 판매하는 제조자는 그 제품의 구조, 품질, 성능 등에 있어서 현대의 기술 수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조하여야 할 책임이 있고, 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 결함 내지 하자로 인하여 소비자에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위로 인한 배상의무를 부담한다(이러한 제조자의 제조물의 하자에 대한 책임을 “제조물책임”이라 한다)고 할 것이고, 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생간의 인과관계의 입증책임은 배상청구자인 피해자가 부담하나, 이 사건과 같이 제조물 하자로 인한 손해배상청구소송에 있어서는 그 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 고리를 모두 자연과학적으로 증명하는 것은 현대의 과학수준으로 곤란 내지 불가능한 경우가 많으므로, 피해자에게 사실적 인과관계의 존재에 관한 엄밀한 과학적 증명을 요구함은 사법적 구제의 사실상 거부가 될 우려가 있는 반면에 가해자인 제조자는 기술적, 경제적 측면 및 증거와의 거리상 피해자보다 원인조사가 훨씬 용이할 뿐만 아니라 그 원인을 은폐할 염려가 있어, 가해자가 제조 판매한 제품을 피해자가 구입하여 그 지시사항에 유의하면서 사용하였음에도 손해가 발생하였다면 가해자 측이 그 결함이나 하자 없음을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 봄이 사회형평의 관념에 비추어 적합하며, 또한 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 궁극적으로 현실로 발생한 손해를 누가 부담할 것인가의 책임귀속의 관계를 결정짓기 위한 개념이므로 자연과학 분야에서 말하는 인과관계와는 달리 법관의 자유심증에 터잡아 얻어지는 확신에 의하여 규범적 가치판단인 만큼, 제조물책임이 문제되는 이 사건에 있어서 피고 회사는 이 사건 황심봄배추에 내재하는 석회흡수시스템상의 하자나 결함이 없음을 입증하거나, 이 사건 황심봄배추의 특성이 과다한 석회성분을 요구하지 않는 통상의 배추임을 입증하거나, 만약 이 사건 황심봄배추가 과다한 석회성분을 요구하는 특성을 가지고 있다면, 이를 원고들에게 직·간접적으로 고지하였음을 입증하여야 할 것이고, 이러한 입증에 성공하지 못한다면 그 불이익은 피고 회사에 돌려야 마땅할 것이다.

- ① 원고들은 비닐하우스 시설배추 재배 경력이 약 20년에서 25년 정도 되는 경험 많은 농민들로서 배추재배시의 통상적 유의사항이나 일반적 속성을 숙지하고 있는 점,
- ② 대전광역시 농촌지도소 소속 담당지도사가 현지조사결과 이 사건 황심봄배추는 다른 품종에 비해 석회성분의 요구량이 더 많은 품종이라고 판단한 점,
- ③ 피고 회사는 이 사건 황심봄배추의 판매시 그 봉투 표지에 배추의 석회결핍현상에 대한 일반적인 유의사항만 표기하였을 뿐, 소외 한○수를 통해서 직접 원고들에게 황심봄배추의 특성이나 재배상의 특이 사항 등에 대하여 고지한 바 없는 점,
- ④ 원고들 이외에 같은 시기에 소외 한○수로부터 이 사건 황심봄배추를 구입하여 재배한 대전과 그 인근지역의 농민들도 유독 황심봄배추에서만 동일한 피해를 입었

- 고, 이상저온 등 동일한 조건하에서 재배된 중앙종묘사의 '고랭지배추', 흥농종묘사의 '노랑봄배추' 등은 작황이 좋아 정상적으로 출하된 점,
- ⑤ 원고들과 동 소외인들의 황심봄배추 구입량이 피고 회사가 대전지역에 판매한 위 배추 판매량의 대부분을 차지하는데, 거의 전체가 속썩음병에 걸린 점,
  - ⑥ 원고들 중 오0식, 이0재는 이 사건 황심봄배추 종묘의 봉투 표지에 기재된 권장 파종시기에 가까운 1997. 1. 7.과 1997. 1. 9.에 각 파종하였고, 이러한 파종시기도 절대적인 것은 아니며, 지역에 따라 가감될 수 있고, 비닐하우스 내의 난방장치로 온도 조절이 가능한 경우에는 파종시기가 표시된 시기와 다소 달라도 문제가 되지 않는 점,
  - ⑦ 원고들은 비닐하우스 내에서 배추를 재배하면서 1994.경부터 전열온상선이라는 설비를 하여 온도계와 하우스 통풍장치를 통하여 온도를 조절하여 온 점,
  - ⑧ 이 사건 황심봄배추의 파종기 및 생육 초·중기인 1996. 12.경부터 1997. 2.경까지 사이의 저온현상과 결구기인 1997. 3.경의 고온현상은 비닐하우스내의 온도조절을 통하여 충분히 해결 가능한 것인 점,
  - ⑨ 원고들과 소외 한○수가 황심봄배추의 속썩음병에 대한 원인 규명 차원에서 동일한 조건의 시험재배를 누차 실시하자고 하였으나 피고 회사는 별다른 반응을 보이지 아니한 점 등을 종합하면, 농민들인 원고들이 피고 회사가 개발, 제조, 판매한 황심봄배추 종묘를 구입하여 평균적인 농민의 주의를 가지고 피고 회사가 표지에서 지시한 대로 통상적인 배추의 속성에 유의하면서 경작하였음에도 동일한 토질과 기후 조건하에서 정상적인 수확을 거둔 다른 품종과는 달리 전혀 수확이 불가능하여 회복할 수 없는 손해가 원고들에게 발생한 이상, 적어도 피고 회사의 위 황심봄배추 종묘에는 어떤 석회흡수시스템상의 결함이나 과다한 석회성분을 요구하는 특성이 있음이 일응 추정되고, 이로 인하여 원고들이 입은 손해와는 상당한 인과관계가 있다고 할 것이므로, 피고 회사가 달리 위 인정 사실을 뒤집을 만한 반증을 들어 인과관계를 부정하거나 이 사건 황심봄배추의 특성을 원고들에게 고지하였음을 입증하지 못한 이상, 피고 회사는 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(2) 손해배상의 범위

피고회사의 불법행위로 인하여 원고들이 입은 손해는 이 사건 황심봄배추가 정상적으로 재배되어 출하되는 경우 원고들이 얻을 수 있었던 금액 상당, 즉 원고들의 배추 재배면적에 상응하여 미리 포전상들에게 입도선매하여 지급 받았으나 속썩음병으로 인하여 전혀 수확을 하지 못하게 됨으로써 포전상들의 계약 해제로 반환한 금액 상당이라 할 것이다.

#### 4. 배추 속썩음병에 관한 판례(부정한 사례, 서울고등법원 1996.12.6. 96나145)

##### 가. 사실관계

원고들은 강원 평창군에서 고랭지 배추 등을 경작하는 농민들이고, 피고는 서울종묘사라는 상호로 배추씨앗 등 종묘의 품종개발, 판매 등의 업무에 종사하고 있는데, 원고들은 1993. 6.경 피고의 대리점 또는 종묘판매상으로부터 피고가 품종 개발한 한여름배추 라는 상표의 배추씨앗(이하 이 사건 씨앗이라고 한다) 등을 구입하여, 같은 해 6. 중순경부터 묘판에 파종한 다음 보름 정도 지나 원고들이 경작하는 밭에 이식하여 재배하였는데, 같은 해 8.경 수확기에 이르러 결구가 되기 전에 위와 같이 재배된 배추 중 상당량의 배추(이 사건 배추라고 한다)에 속썩음증이 발생하여 상품으로서의 가치를 상실하였고 그로 인하여 상품출하를 포기하는 피해를 입었다.

이 사건 배추에 발생한 속썩음증이라 함은 배추 속의 결구(結球) 잎의 성장점에 가까운 부분이 안쪽으로 구부러지면서 수침상(水浸狀)으로 썩어 들어가 더 이상 성장하지 않는 일종의 생리장애증상으로서, 이러한 속썩음증은 바깥 잎이 썩어 들어가는 잎둘레썩음증과 마찬가지로 석회나 칼슘 부족으로 인하여 생기며 그 썩은 부분이 흑갈색으로 변하게 된다. 한편 배추의 성장 및 결구에 필요한 석회는 뿌리 끝에서 토양수분을 통하여 흡수되어 배추의 지상부(地上部) 쪽을 향하여 이동하는데, 이상 저온, 다습, 통기불량 등 토양수분을 흡수할 새로운 뿌리의 성장을 방해하는 요인이 생기는 경우, 가뭄이나 이상 고온으로 토양수분 자체가 부족한 경우, 장마로 인한 토양수분의 과다, 이상 저온, 일조량 부족 등으로 배추의 증산(蒸散) 작용이 정상적으로 이루어지지 않아 석회를 포함한 새로운 토양수분을 받아들이기 어렵게 되는 경우, 장마 등으로 토양 내의 석회성분의 유실이 심한 경우, 화학비료를 과다하게 사용한 경우, 토양 내의 석회함량이 부족한 경우 등의 상황에서 위와 같은 석회 결핍 현상이 초래될 수 있다.

##### 나. 판결이유

###### (1) 이 사건 씨앗의 내재적 하자로 인한 손해배상청구에 대한 판단

배추는 20도(섭씨, 이하 같다) 전후의 서늘한 기후에서 잘 자라는 이른바 호냉성(好冷性) 채소로서 생육기간은 60일 내지 90일 정도인데 특히 생육후기에 온도가 20도 이상으로 높아지면 병충해가 발생하기 쉽고 충분한 성장과 결구를 하지 못하므로 고냉지를 제외하고는 여름철에는 배추를 재배하기 어려우며, 고냉지에서 배추를 재배하더라도 재배 당시의 기온, 기상상태에 따라 작황이 고르지 못한 사실, 피고는 위와 같은 배추의 일반적인 특성, 우리 나라 여름철 기후 상태 등을 고려하여 여름철 재배에 적합한 배추품종을 개발하기로 하고 1982년부터 1989년까지 사이의 8년간에 걸쳐 재료수집, 계통순화, 불화합 검증, 조합작성, 조합능력 검증 및 선발, 생산력 검증, 채종시험, 지역적응시험 등을 거쳐 고온 다습한 고냉지 후기재배에서 생육이 양호하고 고온결구력(高溫結球力)이 강하며 내서성(耐暑性)을

갖춘 배추 씨앗인 이 사건 씨앗을 개발하였고 1990. 12. 5.경 농림수산부장관에게 채소종묘 등록을 마친 후 1991년부터 이를 판매하기 시작한 사실, 이 사건 씨앗은 위와 같이 다른 보통의 봄·가을용 배추씨앗과는 달리 20도 이상의 고냉지 여름철 날씨에서도 잘 성장할 수 있도록 품종 개발되었기 때문에 그 적정 성장범위를 넘는 저온이나 고온 상태에서는 성장 장애현상 등이 발생할 우려가 있었으므로, 피고는 이 사건 씨앗을 소개하는 팸플릿과 이 사건 씨앗을 담은 포장봉지 이면에다 이 사건 씨앗의 특성을 설명한 후 특히 그 파종기, 수확기에 관하여 해발 300 내지 500 미터의 고냉지에서는 6월 중순경에 파종하고 6월 하순에서 7월 초순경에 정식한 다음 8월 중순 후반경 내지 하순경에 수확하고, 해발 600 내지 800 미터의 고냉지에서는 6월 하순경에 파종하고 7월 중순경 정식한 다음 8월 하순 후반경 내지 9월 초순 경에 수확할 것을 명시한 후, 재배관리상의 유의사항으로 파종시기, 기후, 온도 등을 준수하지 않았을 때에 나타나는 문제점에 대하여는 책임질 수 없다는 등 이 사건 씨앗의 특성과 재배방법 등에 관한 내용을 기재하여 둔 사실, 그런데 원고들이 위와 같이 이 사건 배추를 재배한 1993. 여름철의 기온은 장기간 계속된 장마로 우리 나라 기상관측 이래 80여년만의 이례적인 이상 저온 현상을 나타내었고, 그에 따라 이 사건 배추의 왕성한 생육기로 추정되는 같은 해 7월의 기상상태는, 그 평균기온이 평년의 19.4도보다 현저히 낮은 15.4도에 불과하였을 뿐만 아니라 최고평균기온도 평년의 23.2도보다 현저히 낮은 18.3도에 불과하였으며 최저평균기온 역시 평년보다 낮은 12.7도를 기록하였고(1994년의 최저평균기온은 18.8도였다), 강수량 역시 평년 강수량 271.2 밀리미터의 2배에 가까운 502.6 밀리미터에 이르렀으며 일조량도 전년의 160.7시간에 비하여 현저히 적은 93.4시간을 기록하는 등 여름철 농산물 성장에 있어서 최악의 날씨를 기록한 사실, 그와 같은 이상기후의 영향으로 이 사건 배추의 성장에 있어서 위 생육 상황이 복합적으로 초래되어 앞서 본 바와 같이 이 사건 배추에 속썩음증이 발생하였던 사실, 그러나 그 당시 이 사건 배추뿐만 아니라 다른 품종의 배추, 벼 등 대부분의 농작물이 냉해로 인하여 심한 피해를 입었으며[원고들은 이 사건 배추의 파종, 재배와 비슷한 시기에 파종, 재배된 강쇠, 신화왕 등의 봄배추 품종에서는 위와 같은 이상기후에도 불구하고 속썩음증이 전혀 발생하지 않고 정상적으로 재배, 수확되었다고 주장하면서 원예시험장이 작성한 강원도 고냉지 한여름배추 피해 현지 조사의견서를 증거로 제출하고 있으나, 위 의견서의 기초가 된 조사는 그 조사대상이 3가구에 불과할 뿐만 아니라 그나마 이 사건 배추의 파종시기보다 1개월 가량 빠른 1993. 5. 말과 같은 해 6. 4.에 파종된 봄배추품종을 상대로 한 것이어서 여름철 고냉지 재배용으로 육종 개발된 이 사건 배추와 평면적으로 비교하기 어려우므로 위 의견서만으로 원고들의 위 주장사실을 쉽게 인정할 수 없으며, 앞서 믿는 증거들에 의하면 위 피해 당시 봄배추품종을 재배한 농가가 여름배추품종을 재배한 농가보다 상대적으로 적은 피해를 입은 사실만 인정할 수 있을 뿐 봄배추품종에 있어서는 속썩음증이나 기타 병충해가 전혀 발생하지 않았다는 원고들 주장에 부합하는 증거로는 앞서 믿지 않는 증거들밖에 없으므로 원고들의 위 주장은 수긍하기 어렵다), 한편 1994년 여름에는 1993년 여름과 달리 예년보다 높은 이

상 고온현상이 발생하여 그 때 재배된 상당량의 배추에서 속썩음증과 무름병 등이 발생하였으나, 이 사건 씨앗으로 재배된 배추에서는 속썩음증이나 기타 병충해가 거의 발생하지 않아 다른 제품에 비하여 작황이 비교적 양호하였던 사실을 각 인정할 수 있다. 앞서본 바에 의하면, 이 사건 배추에서 발생한 속썩음증은 앞서 본 바와 같이 배추의 일반적인 생육에 부적합한 장마로 인한 이상 다습·과소일조(過少日照), 이상저온 등의 기상상태로 인하여 발생한 것이라고 할 것이고, 따라서 이 사건 배추가 1993년 여름 당시의 이상 기후 상태에서 정상적으로 성장, 결구하지 못하고 속썩음증이 발생하였다고 하여 그러한 사실만으로 바로 이 사건 씨앗에 내재적인 하자가 있었다고 단정할 수는 없으므로 원고들의 위 주장은 이유 없다 할 것이다.

## (2) 설명의무위반으로 인한 손해배상청구 및 위자료 청구에 대한 판단

이 사건 씨앗으로 여름철에 해발 600미터 내외의 고냉지인 대관령 일대에서 재배한 배추가 그와 다른 여름철 재배용 고냉지 배추품종으로 재배한 배추에 비하여 강수량이 많은 기후에 특히 약하고 석회흡수력에 결함이 있거나 석회를 특별히 많이 필요로 하는 품종이라는 점에 대하여 이를 인정할만한 증거가 없으며, 앞서 본 바와 같이 이 사건 씨앗은 평지에서 재배되는 다른 보통의 봄·가을용 배추씨앗과는 달리 20도 이상의 고냉지 여름철 날씨에서 더 잘 성장할 수 있도록 품종 개발되었기 때문에 저온 상태에서 석회결핍 등이 있는 경우에는 생장장애현상 등이 발생할 우려가 있었던 것이기는 하나, 피고가 이 사건 씨앗을 소개하는 팸플릿과 이 사건 씨앗을 담은 포장봉지 이면에 이 사건 씨앗의 특성을 설명한 후 그 파종기 및 수확기에 관하여 해발 300 내지 500 미터의 고냉지에서는 6월 중순경에 파종하여 8월 중순 후반경 내지 하순경에 수확하고, 해발 600 내지 800 미터의 고냉지에서는 6월 하순경에 파종하여 8월 하순 후반경 내지 9월 초순 전반경에 수확할 것을 명시한 후, 재배관리상의 유의사항으로 배수가 불량한 지역은 재배를 피하도록 명기하는 한편 그 파종시기, 기후, 온도, 관리방법 등을 준수하지 않았을 때에 나타나는 문제점에 대하여는 책임질 수 없다는 등의 내용을 기재하여 이 사건 씨앗을 구입하는 원고 등에게 이 사건 씨앗의 특성과 재배방법, 재배시의 유의사항 등에 관하여 비교적 자세히 설명하였다 할 것이므로, 이 사건 씨앗이 석회흡수력에 결함이 있거나 석회를 특별히 많이 필요로 하는 품종으로서 피고가 원고들에 대하여 그 특성 등에 관한 설명의무를 다하지 못하였음을 전제로 하는 원고들의 위 청구는 모두 이유 없다 할 것이다.

## 5. 대지씨감자에 관한 판례(대구고등법원 1995.4.20. 91나7454)

### 가. 사실관계

경북 고령군에 사는 원고들은 1989. 6. 중순경 품질이 우수한 씨감자를 구하여 감자농사

를 짓기로 하고, 밀양채종포에서 정부가 수매하고 남은 보급종 대지씨감자를 단체로 구입하여 원하는 농가에 배포하기로 결정하였는데 국립종자보급소밀양지소에서 대지씨감자는 전량 국립종자보급소에서 수매하기 때문에 개인에게 팔 수 없다고 하여 같은 품종의 씨감자를 구하기 위하여 수소문한 끝에 감자를 발매기로 사서 도매로 파는 상인인 피고를 만나 그에게 대지씨감자를 팔 것을 요청하였다.

그런데 피고는 같은 해 3. 중순경 위 채종포부근의 감자밭 약25,000평을 발매기로 사 둔 것이 있었는데, 피고는 경작자들로부터 위 감자의 품종이 대지인지 여부를 알 수 없으므로 씨감자로는 사용할 수 없고 식용으로만 판매할 수 있는 것이라는 것을 고지 받고 샀다.

피고는 위 감자가 식용감자이지 씨감자로 쓸 수 없는 것이고 그 품종이 대지인지도 알 수 없다는 것을 알면서도 원고들에게 채종포의 정부보급종은 아니나 정부가 그 해 봄에 위 채종포에서 보급종 대지씨감자를 생산하기 위하여 파종할 원종을 경남 남해의 원종장에서 수매하여올 때 수매불합격품을 농민들이 구하여 위 채종포 인근의 밭에 정화용으로 심은 감자이기 때문에 채종포에서 생산된 보급종 대지와 크게 다를 바 없는 같은 품종의 같은 대수의 감자이므로 씨감자로 쓰는데 아무런 지장이 없다고 거짓말하여 이를 믿은 원고들은 식용감자는 20kg 1포대당 4,000원 내지 5,000원임에도 불구하고 위 감자는 대지씨감자라는 이유로 1포대당 돈9,000원에 매수하여 신청농가에 배포하였고, 피고는 이를 배포하면서 첫머리에 “품명 : 대지마, 생산지 : 밀양군 하남읍 명례리 도암감자보급종 단지안, 성명 : 손○서”라고 기재하고 그 아래에 몇 가지 유의사항을 기재한 유인물로 제작하여 복사, 배포하도록 하였다.

위 감자를 공급받은 원고를 포함한 농민들은 이를 파종하기전 같은 해 7.초순경 보관과정에서 이미 썩는 것이 나오므로 피고에게 연락하여 피고가 위 이○을과 함께 이를 확인하고도 파종을 권유하였고, 그 후 파종한 결과 성장과정에서도 고사하는 포기가 계속 나오고 결국 수확기에 이르러서도 열매가 큰 것이 겨우 작은 계란이나 탕자정도의 크기이고 그것마저 땅속10센티 이상 들어가 열리는 대지감자와는 달리 뿌리 바로 밑에 열려 햇빛을 받아 푸른빛을 띠었으며 열매에 흑이 있는가 하면 갈라진 부분이 많은 데다가 포기당 10 내지 15개의 새알 만한 감자가 조롱조롱 매달리는 등으로 상품가치가 전혀 없는 것이어서 원고들을 비롯한 경작농민들은 수확하는데 들 인건비도 나오지 아니할 것으로 판단되어 수확을 포기하고 밭에 그대로 버려 두었다.

## 나. 판결이유

### (1) 손해배상책임의 발생

피고는 식용으로만 쓸 수 있는 품종미상인 위 감자를 품종이 “대지”인 씨감자라고 기망하여 판매함으로써 원고들로 하여금 그 해의 감자농사로 얻을 수 있었을 수입을 전혀 얻지 못하게 하는 손해를 입혔다 할 것이므로 위 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.

## (2) 손해배상책임의 범위

- ① 위 이○갑, 이○을은 위 감자로 경작하여 수확한 감자 전량을 위 개진면단위농협에서 경작면적평당 돈2,000원에 매수하여 서울에서 풍년상회를 경영하는 소외 이○무에게 전량 판매하기로 위 이○무과 약정하고 위 씨감자구입당시에 위 단위농협이 위 이○무로부터 선수금조로 미리 돈30,000,000원을 받았으며, 원고들을 포함한 경작농민들과 사이에도 위 씨감자를 배분할 때 위와 같은 가격으로 전량 매수할 것을 약정하였고, 피고도 1989. 6. 말경 위 씨감자를 판매하기로 하고 가격을 결정할 때와 같은 해 7. 초순경 파종전 보관중인 씨감자가 썩어간다는 항의를 받고 확인하러 농가에 들렀을 때에 위 이○갑, 이○을으로부터 이러한 사실을 듣고 알고 있었던 사실, 정부가 배분한 보급종 대지씨감자의 경우 1상자 25kg인 것 7상자를 30평에 경작하도록 하고 있고, 다른 대지씨감자의 경우에는 20kg 1포대당 30평에 심는 것이 통상적인 파종방법인 사실, 원고들이 구입하여 파종한 감자의 양은 별지목록의 구입량 기재와 같은 사실을 각 인정할 수 있고 달리 반증이 없다.
- ② 그렇다면 원고들이 입은 손해는 통상 1포대로 파종할 수 있는 면적을 30평으로 보아 원고들이 구입하여 파종한 씨감자의 양에 따라 통상 파종할 수 있는 면적을 산출한 다음 이에 평당 돈2,000원을 곱한 통상소득액이라 할 것이다. (파종전 위 감자의 불량으로 인하여 썩어서 파종조차 하지 못한 양이 있는 것으로 보이나 위 감자가 정상적인 대지씨감자여서 썩지 않았다면 구입량 전부를 파종하였으리라 인정되므로 구입량 전부를 통상 파종할 수 있는 면적에 파종하였을 경우의 손해가 원고들이 입은 손해로 된다 할 것이다.)
- ③ 원고들은, 위 이○갑, 이○을이 원고들과 사이에 위 감자를 수확하면 위 개진면 단위농협협동조합에서 평당2,000원씩에 전량 매수하기로 약속하였고 피고도 그 사실을 알고 있었으므로 원고들이 경작한 별지목록기재 각 파종면적에 돈2,000원을 곱한 별지목록기재 각 청구금액의 배상을 구하나, 농산물종자의 불량으로 인한 영농수익의 통상손해는 종자를 구입한 농민들이 매수한 불량종자의 양에 따른 통상의 수확수입의 상실이라고 할 것이고, 농민이 매수한 종자를 통상의 파종면적보다 넓게 파종한 면적을 기준으로 한 손해는 피고가 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임이 발생할 수 있는 특별손해에 해당한다 할 것인데, 이 사건에 있어서 피고가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었음을 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고들의 위 주장은 이유 없다.

6. 산딸나무에 관한 판례(서울고등법원 1998.9.10. 98나23388)

가. 사실관계

원고는 유토피아무역이라는 상호로 각종 종자를 수입 판매하는 등의 영업을 하는 자이고, 피고는 별도의 상호 없이 종자 종묘 등의 중개업에 종사하는 자이고, 피고는 원고에게 1996. 1. 6. 산딸나무 종자 2가마 약 140kg 및 같은 달 14. 같은 종자 3가마 약 210kg 등 합계 5가마의 산딸나무 종자(이하 이 사건 종자 라 한다)를 가마당 금 2,000,000원씩 합계 금 10,000,000원에 매도하였다.

원고는 위와 같이 피고로부터 매입한 이 사건 종자를 소의 인○평 등 최종소비자에게 다시 매도하였는데, 이 사건 종자는 산딸나무 속(屬)에 속하기는 하나, 낙엽수로서 내한성이 있는 우리나라 산딸나무 종자와는 달리 내한성을 갖추지 못하였던 관계로, 위 최종소비자 등이 같은 해 봄 이 사건 종자를 파종하여 묘목으로 키웠지만 그 해 겨울의 추위를 이기지 못하고 1996년 봄 경까지 사이에 동사하게 되었다.

나. 판결이유

(1) 불법행위 또는 채무불이행(불완전이행 및 적극적 채권침해) 책임 여부

피고는 평소 원고로부터 원고가 외국에서 수입한 각종 종자 등을 구입하여 이를 다시 판매해 왔던 사실, 그런데, 이 사건 종자는 원래 송화물산이라는 상호로 종자의 수입 및 판매업을 하는 소의 박○갑이 1994. 12. 19.경 우리나라의 산딸나무 종자와 같은 것으로 알고 중국의 임목종자공사를 통하여 중국으로부터 수입하였던 것인데, 마침 산딸나무 종자를 구입하고자 하였던 원고는 같은 업종에 종사하는 위 박○갑과의 관계가 평소 원만치 못하였던 관계로 위 박○갑으로부터 이를 직접 구입하기가 어렵게 되자, 1995. 1. 초순경 피고에게 위 박○갑이 수입해 놓은 위 종자를 매수하여 달라고 부탁하였고, 이에 따라 피고는 위 박○갑으로부터 이 사건 종자를 매수하여 원고와의 평소 거래관계와는 달리 원고에게 이를 매도하게 된 사실, 이 사건 종자는 우리나라의 산딸나무와 같은 속(屬)에 속하는 식물의 종자로서 외관상 우리나라 산딸나무 종자와 거의 구별이 되지 아니하였기 때문에, 피고는 물론이고 1987년경부터 종자 및 종묘판매업을 하면서 중국산 산딸나무 종자를 취급해 본 원고로서도 이 사건 종자와 우리나라의 산딸나무 종자를 구별해 낼 수 없었던 사실을 각 인정할 수 있고, 반증이 없다.

위 인정사실에 의하면, 피고가 이 사건 종자의 매매 당시 이 사건 종자가 우리나라 산딸나무 종자와 달리 내한성을 갖추지 못한 것임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원고와 피고 사이의 이 사건 종자 매매는, 위 박○갑이 중국에서 수입해 놓은 이 사건 종자를 매수하여 달라는 원고의 요청에 따라 이루어진 것으로서, 이러한 원고의 요청에 따라 피고가 이 사건 종자를 박○갑으로부터 매수하여 원고에게 그대로 매도한 이상, 이로써 채무의 본지에 따른 이행이 이루어졌다고 봄이 상당하므로, 이 사건 종자의 매매와



관련하여 피고에게는 어떠한 귀책사유도 인정되지 아니한다고 할 것이고, 달리 피고의 귀책사유를 인정할 만한 증거도 없다.

따라서, 피고에게 귀책사유가 있음을 전제로 하여 피고가 불법행위 또는 채무불이행(불완전이행 및 적극적 채권침해) 책임을 져야 한다는 원고의 주장은 더 나아가 판단할 필요도 없이 이유 없다.

## (2) 하자담보책임 여부

그러므로 나아가 피고가 하자담보책임을 부담하는지 여부에 관하여 보건대, 통상 하자라고 함은 목적물의 성질 효용 가치 등이 약정된 통상의 기준에 미달하는 것을 말하는데, 위 인정사실에 의하면, 원고는 피고로부터 이 사건 종자를 매수함에 있어서 이 사건 종자가 위 박○갑이 중국으로부터 수입해 둔 중국 산딸나무 종자라는 사실을 잘 알고 있었고, 피고는 원고의 요청대로 이 사건 종자를 위 박○갑으로부터 매수하여 이를 그대로 원고에게 다시 매도하였던 것인바, 사정이 이러하다면, 이 사건 종자가 원래 내한성을 갖추지 못한 것이었다고 하더라도, 원고와 피고 사이에 이루어진 이 사건 매매에 관한 한 그것은 매도인인 피고가 담보책임을 부담해야 할 하자라고 볼 수는 없다.

더구나, 이 사건 종자에 매도인인 피고가 담보책임을 부담하는, 내한성을 갖추지 못한 하자가 있다고 하더라도 이는 권리의 하자가 아닌 물건의 하자에 해당함이 분명하고, 이 경우에 적용되는 상법 제69조 제1항에 의하면, 이 사건과 같은 상인간의 매매에 있어서 매수인은 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자를 발견하였을 때에는 즉시 매도인에게 이를 통지하여야 하되, 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에는 6개월 이내에 이를 발견하여 통지하여야 하고, 이를 해태한 경우 매수인은 매도인에 대하여 하자담보책임을 물을 수 없는바, 이러한 상법 규정의 취지는, 상인간의 매매에 있어 그 계약의 효력을 민법 규정과 같이 오랫동안 불안정한 상태로 방치하게 되면, 매도인에 대하여는 인도 당시의 목적물에 대한 하자의 조사를 어렵게 하고 전매의 기회를 잃게 할 뿐만 아니라, 매수인에 대하여는 그 기간 중 유리한 시기를 선택하여 매도인의 위험으로 투기를 할 수 있는 기회를 주게 되는 폐단 등이 있어, 이를 막기 위하여 하자를 용이하게 발견할 수 있는 전문적인 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 한 것이고(대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결 참조), 이러한 입법 취지에 비추어 보면, 위 규정은 매수인이 6개월의 기간 내에 목적물의 하자를 발견하지 못한 경우에도 역시 적용된다고 봄이 상당하다.

그런데, 원고는 피고로부터 이 사건 종자를 최종적으로 수령한 1995. 1. 14.로부터 6개월이 경과한 후인 1996. 4.경에야 비로소 위 종자에 하자가 있음을 발견하였다고 자인하고 있으므로, 이 사건 매매 당시 원고와 피고간에 위 상법 규정의 적용을 배제하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원고는 피고에 대해 하자담보책임을 물을 수 없다.

7. 해당화씨앗에 관한 판례(서울고등법원 1997.9.10. 97나20771)

가. 사실관계

원고는 1982. 9. 연세대학교 농업개발원 원예과를 졸업하고 1995. 9. 22. 경상대학교 농과대학 최고농업경영자과정(화훼전공)을 수료한 자로서 1989. 2. 15. 부터 연세장미원이라는 상호로 신품종 장미 보급 및 정원 조경업에 종사하고 있는데, 1996. 2. 6. 유토피아가든무역이라는 상호로 식물 종묘 수출입업에 종사하는 피고로부터 분홍색 해당화 씨앗 1가마니를 대금 6,000,000원에, 적 백 분홍색 혼합의 해당화 씨앗 1가마니를 대금 5,000,000원에, 황색 해당화 씨앗 4되를 대금 400,000원에 각 매수하는 등 합계 금 11,400,000원 상당의 해당화 씨앗을 매수하여, 같은 해 4. 10. 부터 같은 달 12. 까지 사이에 소외 김○ 소유의 토지 약 2,000평 등 합계 4,483평의 토지에 위 해당화 씨앗을 파종하였는데, 위 해당화 씨앗은 그 후 2% 정도만 발아되었다. 그런데 피고의 팜플렛에는 해당화에 관하여 봄에 파종하여 얻어진 묘목들은 여름에 당년 개화율이 약 30%이상이며 그해 수고(樹高)는 30 - 50cm 가량 자란다고 소개되어 있다.

그러자 원고는 위 해당화 씨앗의 품질이 불량한데다가 위 씨앗의 원산지가 화란임에도 피고가 미국과 일본이라고 속이었고 또한 적절한 재배기술을 지도하여 주지 아니한 관계로 잘못 파종하는 바람에 위 씨앗이 거의 발아하지 아니하여, 원고가 위 씨앗이 제대로 발아하였을 경우 얻을 수 있었던 수익금 240,364,704원 상당의 손해를 입었으므로, 피고에 대하여 그 중 금 45,286,000원의 배상을 구한다고 주장한다.

나. 판결이유

원고 주장과 같이 이 사건 해당화 씨앗의 품질이 불량하였거나 피고가 위 씨앗의 원산지를 속였다는 점은 이를 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 위 갑 제4호증의 1 내지 3, 갑 제6호증, 갑 제20호증의 1(감정결과에대한문의), 2(문의에대한답변), 을 제2호증의 1(가격표지), 2(가격내용), 을 제3호증(중자감정결과통보), 을 제4호증(논문), 을 제5호증의 1 내지 6(각 사진), 을 제7호증(중자감정결과통보), 을 제8호증(씨앗), 을 제9호증의 1(책표지), 2, 3(각 책내용), 을 제10호증(농경과원예(표지 내용))의 각 기재 또는 영상에 변론의 전취지를 종합하면, 이 사건 해당화 씨앗은 피고가 1994. 12. 13. 독일에 소재한 수목종자 전문수출업체로부터 수입한 것으로 피고는 위 구매계약 체결 이전인 같은 해 8. 24. 위 독일 회사로부터 장차 수입할 해당화 씨앗에 관하여 최소한 80%의 발아율을 보장받은 사실, 피고는 수입 직후인 같은 달 19. 산림청 산하 임업연구원에 수입한 해당화 씨앗의 발아율 감정을 의뢰하였는데, 위 임업연구원에서는 테트라졸륨 클로라이드(Tetrazolium chloride)를 이용한 환원법(해당화 씨앗은 후숙발아촉진을 요하는 관계로 향온기 발아시험을 할 수 없다)에 따른 검사를 실시한 결과 그 발아율을 75.6%로 판정한 사실, 원고는 이 사건 해당화 씨앗의 매수 당시 피고의 사무실을 방문하여 구매할 해당화 씨앗 샘플 2홉 이상을 가위로 잘라

눈과 배의 발아력 등을 육안으로 확인한 후 이를 구입한 사실, 원고가 해당화 발아에 실패한 이후인 1996. 12. 6. 피고는 재차 위 임업연구원에 남아 있던 해당화 씨앗의 품질 감정을 의뢰한바 있는데, 그 감정 결과에서도 발아율이 54.8%로 판정된 사실, 한편 해당화 씨앗은 단단한 과피(果皮)로 둘러싸여 있어 투수(透水)가 되지 아니하는 등의 원인으로 장기간 휴면(休眠)하는 성질을 가지고 있어 그 휴면성을 깨뜨리려면 일정한 순서에 따라 처리를 하여야 하는바, 휴면타파처리로는 일반적으로 우선 씨앗을 12 내지 24시간 동안 침수처리를 한 후 3배에 달하는 보습재료와 섞어 1~4개월 동안 0~8 가람 되는 곳에 두어 냉습적(冷濕積)을 하되(그 동안 종종 습적상태를 조사하여 보습재료가 건조하면 물을 주어 습한 상태를 유지하도록 하여야 한다) 그 중간 중간에 온습적(溫濕積)의 기간을 두어 변온처리를 함으로써 종피(種皮)의 분해를 촉진하여 발아에 이르게 하는 방법이 사용되며, 해당화 씨앗은 항온(恒溫) 상태를 유지하는 것만으로는 잘 발아하지 않는 사실, 그런데 피고는 이 사건 해당화를 매수하여 자신이 고안한 이른바 인위적인 휴면타파법에 따라 1995. 2. 7. 부터 같은 달 10.까지 사이에 침수처리를 하고, 같은 달 10. 부터 같은 달 11. 까지 사이에 습도 약 45%의 질석 포대에 보관한 후 같은 달 11. 부터 같은 해 4. 10. 까지 60일간 약 4 의 저온 저장고에서 습도 약 45%의 상태로 저온 저장만을 하였다가 바로 파종을 한 사실 등을 인정할 수 있을 뿐이다.

위 인정사실을 종합하여 보면 이 사건 해당화 씨앗의 저조한 발아는 씨앗 품질의 불량이나 원고가 원산지를 착오함에 기한 것이 아니고 원고의 부적합한 휴면 타파 처리 등 그 재배기술의 미숙으로 인하여 발생한 것이라 할 것이고, 나아가 씨앗의 판매상에 불과한 피고가 장미 등의 재배에 상당한 지식과 경험을 가지고 있는 원고에게 위 씨앗의 재배기술을 지도할 의무가 있다고도 할 수 없으므로, 원고의 이 사건 청구는 어느모로 보나 이유 없다 할 것이다.

## 8. 봄무씨앗에 관한 판례(서울고등법원 1973.10.17. 72나2201)

### 가. 판시사항

경작자가 종자상으로부터 매수한 특정작물의 씨앗을 파종하여 재배한 결과 특정작물이 아님이 판명된 경우 종자상이 배상하여야 할 손해배상의 범위

### 나. 판결요지

무우씨앗의 매매에 있어서의 불안전이행으로 인한 손해는 무우를 경작해서 얻을 수 있는 수입에서 경작비용을 공제한 금액이다.

다. 판결이유

(1) 원고 등이 1971.4.1. 한농종묘사를 경영하는 피고로부터 동일 대형 봄무씨앗 6홉을 금 36,000원에 매수한 사실은 당사자사이에 다툼이 없다.

(2) 씨앗매매대금청구에 대한 판단

원고들은 위 씨앗을 그해 4.25. 경기 여주군 금사면 이포리 373의 3 전 896평 및 같은 흥천면 계신리 27 전 964평에 파종하고 경작하였으나, 동일대형 봄무가 나오지 아니하고, 장다리꽃이 피어서 위 씨앗의 매도인인 피고에게 문책한 결과, 피고는 그곳에서 나오는 씨앗을 원고에게 판 값으로 다시 사겠다고 하여 원고들은 위 씨앗 15두를 생산하여 1971.8.2.이 를 피고에게 인도하여 주었으니, 그 씨앗대금 4,500,000원의 지급을 구한다고 주장하므로 살피건대, 원고들이 생산한 씨앗 15두의 매매계약이 성립되었다는 원고들의 주장사실에 부합되는 듯한 원심증인 노○규, 우○근, 당심증인 최○주의 각 증언은 원심증인 박○호, 최○영의 각 증언과 변론의 전취지에 비추어 믿지 않는 바이고, 달리 원고들의 위 주장사실을 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 매매계약이 성립되었음을 전제로 하여 동 매매대금의 지급을 구하는 원고들의 이 청구는 나머지 점에 대하여는 더 따질 필요도 없이 이유 없다.

(3) 소극적 손해배상청구(예비적청구)에 대한 판단

(가) 피고의 채무불이행(불완전이행)

원, 피고간에 1971.4.1. 동일대형 봄무씨앗 6홉의 매매계약이 체결된 사실은 앞에서 본 바와 같고, 피고는 1971.4.1. 씨앗 매매계약의 목적물은 동일대형 봄무씨앗으로 약정해 놓고, 실제 인도는 그 씨앗이 아닌 다른 무씨앗(포장지에 넣지 않은 채)을 인도해 주었기 때문에 원고 등이 인도 받은 씨앗을 1971.4.25. 피고가 가르쳐 주는 방법으로 파종을 하고 경작을 하였으나, 처음부터 대형봄무가 아닌 엉뚱한 장다리꽃만 피게 되었던 사실을 인정할 수 있다.

한편 전시 인정사실에 변론의 전취지를 종합해 보면, 원고 등은 다른 무씨앗보다 10배나 되는 비싼 대형봄무 씨앗을 사다가 타인의 땅을 비싼 임료를 주고 임차하여 기업으로서의 무재배업을 경영하려고 하였었으니, 적어도 대형봄무 재배방법, 재배토양 기후 등의 입지적 여건 등에 대한 세밀한 연구 검토가 선행되어야 할 것은 물론 나아가서 가장 중요한 종자구입에 있어서도 만에 하나라도 차질이 없도록 그 씨앗에 대한 사전연구를 하여 씨앗에 대한 예비지식을 갖고 씨앗을 매입했어야 할 것임에도 불구하고, 이러한 주의를 다하지 아니한 채 만연히 피고 김○을에 가서 피고가 내주는 씨앗을 피고의 말만 믿고 그대로 인수하여 위 무씨앗이 진종인지 아닌지를 전혀 분간치도 못한 채 파종 경작했기 때문에 이권 손해를 사전에 방지하지 못하였고, 또 재배과정에서 처음부터 장다리꽃이 피면 이것은 종자의 잘못에 그 원인이 있음을 간파하고 그 이상의 손해방지를 위하여 조속히 그 재배를 중

지하고 다른 대책을 세웠더라면 손해를 감속할 수 있었을 것임에도 불구하고, 전시한 바와 같은 예비지식의 부족으로 이러한 적절한 조치를 취하지 못하였기 때문에 그 손해의 확대를 방지하지 못하였던 사실 등을 인정할 수 있고, 달리 반증이 없으므로, 이건 피고의 채무불행 및 그로 인한 손해의 발생 내지 확대에는 원고들의 과실이 경합되었다고 할 것이나, 이는 피고의 손해배상책임을 면하게 할 정도의 것은 못되므로 뒤에서 그 손해배상액을 따질 때 참작하기로 한다. 그렇다면 피고는 1971.4.1.자 씨앗 매매계약의 불완전이행으로 인하여 원고들에게 입힌 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

(나) 원고들이 입은 손해액

원고 등이 1971.4.1.자 매매계약의 목적물인 동일대형 봄무씨앗을 인도 받아 파종 경작하였다더라면 전시 2필지의 발면적 합계 1,860평에서 평당 16개씩(1.5자 간격) 도합 29,760개의 동일 대형봄무를 생산할 수 있었을 것이라는 사실, 위 무를 거두어들일 시기인 1971.7.경의 위 대형봄무의 개당 시가는 경작현장인 밭에 놓고 최소한 금 40원 정도는 받고 판매할 수 있었을 것이라는 사실, 피고는 원고들이 진정한 대형 봄무씨앗을 가지고 정상적으로 경작하였다더라면 그 정도의 수입을 얻을 수 있었을 것을 예견할 수 있었던 사실, 원고 등이 위와 같은 경작을 하여 위와 같은 수입 금 1,190,400원(29,760×40)을 얻기 위하여는 별지경작비 계산서기재와 같이 도합 금 271,796원의 비용이 소요될 것이라는 사실 등을 인정할 수 있다.

그렇다면 피고의 채무불이행(불완전 이행)으로 인하여 원고가 입은 손해는 총수입인 전시금 1,190,400원에서 비용인 금 271,796원을 공제한 금 918,604원이라고 할 것이다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 이건 피고의 채무불이행(불완전이행) 및 그로 인한 손해의 발생 내지 확대에는 원고들의 과실도 있었으므로 이를 참작하여 과실상계 하면, 피고가 원고에게 배상해야할 손해배상액은 금 500,000원으로 인정된다.

(다) 원고 등은 위 밭 1,860평을 경작할 수 있는 기간은 1971.11.말까지이므로 봄무를 경작하고 난 후에는 계속하여 다시 김장배추를 경작하여 평당 10포기씩 위 밭 1,860평에서 도합 18,600포기를 생산함으로써 도합 금 558,000원(30×18,000)의 수입을 얻을 수 있었을 것이고, 여기서 경작비 금 93,198원을 공제하더라도 금 464,802원의 순수입을 얻을 수 있었을 것인데, 피고와의 전시 장다리 시비로 인하여 그 파종 시기를 일실하여 위 금원상당의 손해를 입었다고 주장하나, 원고의 전거증을 다하여도 피고의 전시 채무불이행과 원고가 주장하는 위 소극적 손해 사이에 인과관계가 있다는 사실을 인정할 수 없고, 달리 피고의 위 채무불이행으로 인하여 원고에게 그와 같은 손해가 발생했다는 점을 인정할만한 증거가 없으므로, 원고의 이 주장은 받아 들일 수 없다.

## 9. 종묘업자 아닌 자의 수입종자 판매와 종자관리법위반 (대법원 1987.2.24. 86도1845)

### 가. 판시사항

종묘업자 아닌 자가 이미 국내에 반입된 외국종자를 구입하여 수입증지를 첨부하지 아니하고 판매한 행위가 종묘관리법 제19조 제6호에 위반되는지 여부

### 나. 판결요지

종묘관리법 제19조 제6호, 제14조 제2항의 처벌규정은 종묘업자가 수입한 종자에 증지를 첨부하지 아니하고 판매한 경우에만 적용되는 처벌규정이고 그 이외의 자에게는 비록 국내에 반입된 외국의 종자라고 하여도 그 증지를 첨부할 의무가 없어 위 규정에 의하여 처벌할 수 없다.

### 다. 관련법령

종묘관리법 제14조 제2항, 제19조

### 라. 판결이유

종묘관리법 제19조 제6호에 의하면, 동법 제14조 제2항의 규정에 위반하여 수입한 종자에 증지를 첨부하지 아니하고 판매한 자는 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 동법 제14조 제2항에 의하면, 종묘업자는 동법제3조 제3항의 규정에 의하여 종자를 수입하여 판매하는 경우에는 당해 종자에 농수산부장관이 정하는 바에 따라 증지를 첨부하여야 한다고 규정하고 있는바, 위 규정들은 종묘관리법 제2조 제2항 및 제3항에서 “종묘업자”란 종묘의 생산과 수출입 및 판매를 업으로 하는 것을 말하고 “종묘상”이란 종묘의 판매만을 업으로 하는 자를 말한다고 규정하여 종묘업과 종묘상을 구별하고 있을 뿐 아니라 그 이외에 위 종묘관리법 및 동법시행령의 각 규정들이 이들에 대한 허가 및 등록(동법 제3조 제1항, 제2항 동법시행령 제2조, 제3조)위반자에 대한 벌칙규정(동법 제18조 제1호, 제19조 제1호)등을 따로 두어 별도로 규제하고 있는 점, 그리고 위 위임규정에 따라 농수산부장관이 고시한 종묘관리요강(1982.4.15 고시 제82-18호)에 의하면, 위 법 제14조 제2항의 규정에 의한 수입증지의 제작 및 관리는 한국종묘협회가 하고, 한국종묘협회장은 종묘업자의 증지배부요청에 따라 종자수입량과 판매포장수량을 확인하고 판매포장수량과 일치하는 증지를 수교하되 증지관리대장에 그 수불 상황을 기재하여 매 분기마다 농수산부장관에게 보고토록 하고 있으며 종자를 수입하여 판매코자 하는 종묘업자에게 증지의 첨부책임 을 지우고 있는 점등에 비추어 볼 때 동법 제19조 제6호, 제14조 제2항의 처벌규정은 종묘업자가 수입한 종자에 증지를 첨부하지 아니하고 이를 판매한 경우에만 적용

되는 처벌규정이라 할 것이고 그 이외의 자에게는 비록 국내에 반입된 외국의 종자라고 하더라도 그 증지를 첨부할 의무가 없어 위 규정에 의하여 처벌할 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면 위와 같은 취지에서 종묘업자가 아닌, 종묘상에 불과한 피고인들이 이미 국내에 반입된 외국종자를 구입하여 수입증지를 첨부하지 아니한 채 이를 판매하였다 하였더라도 종묘관리법 제19조 제6호에 위반한다고는 할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고 거기에 종묘관리법의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지 이유 없다.

# 第 6 章 農水産物流通 및 價格關係法

## 第 1 節 農産物加工産業育成法 및 農産物品質管理法

### I. 農産物加工産業育成法 및 農産物品質管理法의 概要

#### [1] 農産物加工産業育成法

##### 1. 制定경위 등

농산물가공산업육성법은 농산물가공산업을 육성하여 농산물의 부가가치를 높일 수 있는 기반을 마련하고, 농산물의 상품성 제고와 공정한 거래의 실현을 도모함으로써 농업인의 소득증대와 소비자 보호에 이바지하기 위하여, 1993. 6. 11. 법률제4553호로 농수산물가공산업육성및품질관리법으로 제정되었다가, 1999. 1. 21. 법률제5667호로 농수산물품질관리법이 제정되면서 농수산물가공산업육성및품질관리에 관한 법률을 농수산물가공산업육성법으로 제명을 변경하였고, 2001. 1. 29. 수산물품질관리법이 제정되면서 농산물품질관리법7로 제명이 바뀌고, 농수산물가공산업육성법도 수산물품질관리법이 시행된 2001. 9. 1.부터 농산물가공산업육성법으로 제명이 변경되었다.

##### 2. 농산물가공산업육성법의 주요내용

농산물가공산업육성법은 제1장 총칙, 제2장 농산물가공산업의 육성, 제3장 농산물가공품의 품질관리, 제4장 보칙, 제5장 벌칙 등 총 5장, 26조로 되어 있는데 삭제된 조문이 많다.

제2장 농산물가공산업의 육성을 보면, 농림부장관은 가공산업을 육성 발전시키기 위하여 가공산업 육성에 관한 기본계획을 수립하고(제4조), 농산물가공산업육성심의회를 설치하고(제4조), 산지에서 가공품의 생산을 업으로 하거나 하고자 하는 자에 대하여 가공품의 생산 및 개발, 가공품전문판매점의 설치 운영, 가공품의 수출촉진 등에 필요한 자금을 지원할 수 있으며, 위 자금지원대상자로 선정된 자가 가공품 생산을 위한 공장을 설치하고자 시장·군수 또는 구청장에게 사업계획서를 제출하여 승인을 얻은 경우에는 각종 관련법에 규정되



어 있는 인·허가 등을 받은 것으로 보도록 하여 산지가공산업을 육성하고(제5조), 전통식품의 개발과 그 계승·발전을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 품목을 지정하여 이를 지원·육성할 수 있고, 전통식품명인제도를 실시하도록 하여 전통식품산업을 육성하고(제6조), 국산농산물을 원료로 하는 전통외식산업을 영위하는 자에게 전통 외식의 개발보급 기타 대통령령이 정하는 사항에 대하여 자금을 지원할 수 있도록 하여 전통외식산업을 육성하고(제7조), 농산물의 가공기술·포장·용기·저장 및 가공기계 등에 관하여 연구·개발하도록 하고(제10조) 하고 있다.

제3장 농산물가공품의 품질관리를 보면, 농림부장관은 특산물과 전통식품의 품질향상·생산장려 및 소비자보호를 위하여 품질인증제도 실시하고, 인증을 받은 특산물 등을 생산하는 자에게 자금을 지원할 수 있도록 하면서,(제13조) 국가, 지방자치단체, 정부투자기관은 특별한 사유가 없는 한 품질인증표시가 된 특산물을 우선 구매하도록 권고할 수 있도록 규정하고 있다(제16조)

제4장 보칙을 보면, 산지에서 가공업을 영위하는 자 또는 영위하고자 하는 자에 대하여는 조세를 감면할 수 있도록 하고 있다(제20조)

제5장 벌칙을 보면, 특산물 인증을 받지 아니한 품목의 물품·용기·포장 또는 송장에 인증의 표시를 하거나 이와 유사한 표시를 할 경우 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처하고 법인도 처벌할 수 있도록 하고 있다(제23조, 25조)

## [2] 農産物品質管理法

### 1. 제정경위 등

농산물품질관리법은 농산물의 적정한 품질관리를 통한 상품성제고와 공정한 거래질서를 유도함으로써 농업인의 소득증대와 소비자보호에 이바지하기 위하여 농수산물품질관리법으로 제정되었다가(농산물검사법은 폐지됨), 위에서 본 바와 같이 수산물품질관리법이 분리되어 농산물품질관리법으로 제명을 변경하여 시행하고 있으며 최근에는 2002. 1. 14. 일부 개정되었다.

## 2. 농산물품질관리법의 주요내용

농산물품질관리법은 제1장 총칙, 제2장 농산물의 규격·품질인증 등, 제3장 원산지 등의 표시, 제4장 농산물의 검사 등, 제5장 보칙, 제6장 벌칙 등 총 6장, 38조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면 지리적 표시, 원산지 등에 대해 개념정의를 하고(제2조), 농림부장관 소속 하에 표준규격화, 물류표준화, 품질인증, 지리적 표시, 원산지의 표시등에 관한 사항을 협의하기 위하여 농산물품질관리심의회를 두도록 하고 있다(제3조)

제2장 농산물의 규격·품질인증 등을 보면, 농림부장관은 농수산물의 상품성의 제고, 유통능력의 향상 및 공정한 거래의 실현을 위하여 농수산물의 표준규격을 정할 수 있다고 하여 표준규격화에 대해 규정하고 있고(제4조), 농산물(친환경농업육성법 제16조제1항의 규정에 의한 친환경농산물중 일반친환경농산물이 아닌 친환경농산물을 제외한다)의 품질향상 및 소비자보호를 위하여 품질인증을 할 수 있도록 규정하고 있고(제5조), 지리적 특성을 가진 우수 농산물 및 그 가공품의 품질향상과 지역특화산업으로의 육성 및 소비자보호를 위하여 지리적 표시의 등록제도를 실시하도록 하고 있고(제8조), 제9조에서는 표준규격품, 품질인증품, 지리적 특산물 등과 관련하여 허위표시를 금지하고, 허위 물품을 보관 또는 진열하는 행위를 하지 못하도록 하고, 그 표시품이 표준규격, 품질인증의 기준, 지리적 표시의 등록기준 또는 표시방법 등에 위반되거나 표시품의 생산이 곤란하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 표시의 변경·정지, 판매의 금지, 인증·등록의 취소 등 필요한 처분을 할 수 있고(제11조), 농림부장관이나 특별시장, 광역시장 또는 도지사는 농산물의 품질향상과 안전한 농산물의 생산·공급을 위하여 필요하다고 대통령령이 정한 경우에는 자재 등과 농산물에 대하여 잔류된 농약·중금속·곰팡이독소·식중독균 및 항생물질 기타 농림부령이 정하는 유해물질이 농림부령이 정하는 잔류허용기준 등의 초과여부에 관한 “안전성조사”를 하도록 하고 있다.(제12조 내지 14조)

제3장 원산지 등의 표시를 보면, 농림부장관은 농산물의 유통질서확립 등을 위하여 필요하다고 대통령령이 정한 경우에는 농산물 및 그 가공품을 판매하거나 가공하는 자에 대하여 원산지를 표시하게 하도록 하고 있고(제15조), 유전자변형농산물을 판매하는 자에 대하여 유전자변형농산물임을 표시하게 하도록 하고 있고(제16조), 원산지 또는 유전자변형농산물의 표시를 허위로 하거나 이를 혼동하게 할 우려가 있는 표시를 하는 행위 등을 금지하고 있다(제17조)

제4장 농산물의 검사 등을 보면, 농림부장관은 공정한 유통질서확립과 소비자보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 정부가 구매하거나 수출 또는 수입하는 농산물 등 대통령령이 정하는 농산물에 대하여 검사를 실시하도록 하고, 검사항목·검사기준·방법 및

검사신청절차 등에 관하여 필요한 사항은 농림부령으로 정하고(제19조), 검사는 일정한 자격을 갖춘 검사원이 실시하고, 검사증명서를 교부하도록 하고(제21조), 제22조 내지 제24조에서 검사에 대한 이의신청, 실효, 취소 등에 관하여 규정하고 있고, 생산자단체, 정부투자기관 또는 농업관련법인 등이 검사를 대행하게 할 수 있도록 하고 있고(제26조), 제27조에서는 농산물의 검정에 관하여 규정하고 제28조에서는 검사 또는 검정과 관련된 부정행위 금지 등을 규정하고 있다.

제5장 보칙을 보면 농산물의 명예감시원(제29조), 농산물의 품질향상·표준규격화 및 물류표준화의 촉진을 위한 자금지원 및 우선구매(제31조)를 규정하고 있다.

제6장 벌칙을 보면, 위에서 금지하였던 행위를 하는 자에 대해 징역 또는 벌금에 처할 수 있도록 하고(제35, 36조), 법인도 처벌할 수 있도록 하고 있다(제37조)

## II. 農産物加工産業育成法 및 農産物品質管理法의 概要

### 1. 상표에 관한 판례(대법원 1999.12.28. 99도4801)

원심판결과 원심이 유지한 제1심판결을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인에 대한 이 사건 공소사실에 관하여 그 증명이 없음을 이유로 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하는 한편, 원심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여도 피고인이 사용한 상표가 국내에 널리 인식되었다고 인정할 자료가 없다는 이유로 무죄로 판단한 조치는 모두 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 심리미진 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 2. 농산물원산지표시 위반 등에 관한 판례(대법원 1997.9.9. 97도1561)

#### 가. 판시사항

- [1] 상품의 허위·과장광고가 사기죄의 기망행위에 해당되는 경우
- [2] 음식점에서 한우만을 취급하는 것으로 기망하여 수입 쇠갈비를 판매한 것을 사기죄로 의율한 사례
- [3] 음식점에서 조리·판매하는 수입 쇠갈비에 대한 원산지표시의무여부(소극)

## 나. 판결요지

- [1] 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니하는바, 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의 성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위 광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다.
- [2] 식육식당을 경영하는 자가 음식점에서 한우만을 취급한다는 취지의 상호를 사용하면서 광고선전판, 식단표 등에도 한우만을 사용한다고 기재한 경우, ‘한우만을 판매한다’는 취지의 광고가 식육점 부분에만 한정하는 것이 아니라 음식점에서 조리·판매하는 쇠고기에 대한 광고로서 음식점에서 쇠고기를 먹는 사람들로 하여금 그 곳에서는 한우만을 판매하는 것으로 오인시키기에 충분하므로, 이러한 광고는 진실규명이 가능한 구체적인 사실인 쇠갈비의 품질과 원산지에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 상술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 것이고, 따라서 피고인의 기망행위 및 편취의 범의를 인정하기에 넉넉하다고 본 사례.
- [3] 음식점에서 조리하여 판매하는 쇠갈비가 농수산물 가공품에 해당된다고 하더라도 원산지표시 대상품목으로 지정·고시되지 않았다면 그 원료의 원산지를 표시할 의무가 없다고 할 것인데, 농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률에 따라 원산지표시 대상품목을 지정·고시한 농수산물원산지표시업무처리요령(1995. 9. 25.자 농림수산부 고시 제1995-81호)에 의하면, 수입 농수산물 중 “육과 식용설육”을 대상품목으로 지정하였을 뿐, 이를 원료로 한 가공품 중 조리된 음식을 대상품목으로 지정하지는 아니하였으므로, 결국 음식점에서 조리·판매하는 수입 쇠갈비에 대하여는 원산지표시 의무가 없다.

## 다. 관련법령

농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률 제2조, 제17조 : 구농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률시행령(1996. 8. 8. 대통령령제15135호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항

## 라. 판결이유

### (1) 피고인의 상고이유

사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니하는바, 일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다고 할 것이다(대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결 참조). 원심은 피고인은 동일한 장소에서 서로 다른 상호로 일반음식점 및 식육점을 동시에 운영하고 있으며 일반음식점의 상호는 '고향'으로서 '한우'라는 표현이 들어 있지 아니한 것은 사실이나, 위 두 가지 영업의 상호는 영업신고증 및 허가증상으로는 분리되어 있을 뿐 사실상 음식점의 외부 간판에는 '고향한우마을'로 표시('한우'라는 부분이 특히 강조되어 있다)되어 있는 사실, 위 식육점은 음식점의 객석 옆에 설치되어 있는데 실제로는 전시용으로서 판매는 거의 이루어지지 않는 사실, 위 음식점의 내부에는 한우만을 사용한다는 광고선전판이 식육점 진열대 이외에 음식점의 객석 주위에도 10여 개 부착되어 있을 뿐만 아니라, 위 음식점에서 사용하는 식단표의 바깥 부분에는 상호가 '고향한우마을'이라고 표시되어 있고 한우만을 사용한다고 기재되어 있는 사실을 인정한 다음, '한우만을 판매한다'는 취지의 광고가 위 식육점 부분에만 한정하는 것이 아니라 음식점에서 조리·판매하는 쇠고기에 대한 광고로서 위 음식점에서 쇠고기를 취식하는 사람들로 하여금 그 곳에서는 한우만을 판매하는 것으로 오인 시키기에 충분하므로, 이러한 광고는 진실규명이 가능한 구체적인 사실인 쇠갈비의 품질과 원산지에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 상술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 것이라고 하지 아니할 수 없고, 따라서 피고인의 기망행위 및 편취의 범의를 인정하기에 넉넉하다고 판단하였는바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 이러한 인정 및 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고, 원심의 형량이 너무 가혹하여 부당하다는 소론 주장은 징역 10년보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 적법한 상고이유가 되지 못한다. 논지는 모두 이유 없다.

### (2) 검사의 상고이유를 본다.

이 사건 공소사실 중 농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률위반의 점의 요지는, 피고인은 일반음식점을 경영하면서, 1995. 1. 4.부터 1996. 6. 14.까지 수입 농수산물인 수입 쇠갈비 10,849kg을 국산품인 한우갈비로 위장하여 손님들에게 조리·판매함으로써, 농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률(이하 법이라고만 한다) 제17조 제2항의 규정에 위반

하였다는 것이다.

살피건대, 위 법 제17조 제1항은 “농림수산부장관은 국산 또는 수입 농수산물을 판매 또는 가공하는 자에 대하여 필요한 경우 품목을 지정하여 소비자가 알 수 있도록 제조·용기·포장 또는 판매장소 등에 원산지표시를 하도록 할 수 있다.”고 규정하고, 그 제2항은 “제1항의 규정에 의하여 국산 또는 수입 농수산물 및 이를 원료로 한 가공품에 대하여 원산지 표시를 하도록 한 경우 그 농수산물을 판매 또는 가공하는 자는 당해 농수산물 및 가공품에 대하여 원산지를 표시하여야 하며, 이를 허위로 표시하거나 수입 농수산물의 경우 국산품으로 위장판매 또는 국산품과 혼합하여 국산품으로 위장하여 판매하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있으며, 이에 따라 같은법시행령(1996. 8. 8. 대통령령 제15135호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항은 “법 제17조 제1항의 규정에 의한 원산지표시의 대상품목은 국산 및 수입 농수산물 또는 이를 원료로 한 가공품으로서 유통질서의 확립과 소비자의 올바른 선택을 위하여 필요하다고 인정되는 품목 중 농림수산부장관이 지정하여 고시하는 품목으로 한다.”고 규정하고 있으므로, 원산지표시의 대상품목은 농수산물 또는 이를 원료로 한 가공품 중 지정·고시된 품목이라 할 것이다.

먼저 이 사건과 같이 음식점에서 조리하여 판매하는 쇠갈비가 농수산물 또는 이를 원료로 한 가공품인지에 관하여 살펴보면, 위 법 제2조 제1호는 농수산물을 “가공되지 아니한 상태의 농산물·임산물·수산물 및 축산물과 기타 대통령령이 정하는 것”이라고 정의하고, 같은 조 제4호는 농수산물 가공품을 “농수산물을 원료 또는 재료로 하여 제조·가공한 가공식품·전통식품 및 민예품”이라고 정의하고 있으므로, 음식점에서 조리하여 판매하는 쇠갈비는 위 법 소정의 농수산물은 아니더라도 위 법 소정의 농수산물 가공품에는 해당된다고 할 것이다.

그러나 음식점에서 조리하여 판매하는 쇠갈비가 농수산물 가공품에 해당된다고 하더라도 원산지표시 대상품목으로 지정·고시되지 않았다면 그 원료의 원산지를 표시할 의무가 없다고 할 것인데, 위 법에 따라 원산지표시 대상품목을 지정·고시한 농수산물원산지표시 업무처리요령(1995. 9. 25.자 농림수산부 고시 제1995-81호)에 의하면, 수입 농수산물 중 “육과 식용설육”을 대상품목으로 지정하였을 뿐, 이를 원료로 한 가공품 중 이 사건과 같은 조리된 음식을 대상품목으로 지정하지는 아니하였으므로, 결국 원산지표시의무가 없다고 할 것이다(대법원 1997. 6. 10. 선고 97도752 판결 참조). 그렇다면 음식점에 조리하여 판매하는 쇠갈비가 그 원료의 원산지를 표시하여야 하는 품목임을 전제로 하는 이 사건 공소사실 중 농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률위반의 점은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 무죄라 할 것이므로, 원심이 이유를 달리하여, 위 점에 관하여 무죄를 선고한 제1심의 결론을 유지한 것은 판결에 영향이 없어 결과적으로 정당하다고 할 것이다. 논지는 이유 없다.

### 3. 농수산물가공품인지 여부 등에 관한 판례(대법원 1997.6.10. 97도752)

#### 가. 판시사항

- [1] 음식점에서 조리·판매하는 소갈비가 농수산물가공산업육성및품질관리에관한법을 소정의 농수산물가공품에 해당하는지 여부(적극)
- [2] 음식점에서 조리·판매하는 수입 소갈비에 대한 원산지 표시의무 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 농수산물가공산업육성및품질관리에관한법을 제2조 제1호는 농수산물을 “가공되지 아니한 상태의 농산물, 임산물, 수산물 및 축산물과 기타 대통령령이 정하는 것”이라고 정의하고, 같은 조 제4호는 농수산물가공품을 “농수산물을 원료 또는 재료로 하여 제조·가공한 가공식품, 전통식품 및 민예품”이라고 정의하고 있으므로, 음식점에서 조리하여 판매하는 소갈비는 같은 법 소정의 농수산물은 아니더라도 같은 법 소정의 농수산물가공품에는 해당된다.
- [2] 음식점에서 조리하여 판매하는 소갈비가 농수산물가공품에 해당하더라도 원산지 표시 대상품목으로 지정 고시되지 않았다면 그 원료의 원산지를 표시할 의무가 없으므로, 원산지 표시 대상품목을 지정 고시한 농수산물원산지표시업무처리요령(1995. 9. 25.자 농림수산부 고시 제1995-81호)에 의하면 수입농수산물 중 ‘육과 식용설육’을 대상품목으로 지정하였을 뿐 이를 원료로 한 가공품 중 조리된 음식을 대상품목으로 지정하지는 아니하였으므로, 결국 음식점에서 조리·판매하는 수입 소갈비에 대하여는 원산지 표시의무가 없다.

#### 다. 관련법령

농수산물가공산업육성및품질관리에관한법을 제2조, 제17조 : 구농수산물가공산업육성및품질관리에관한법률시행령(1996. 8. 8. 대통령령제15135호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항

#### 라. 사실관계

피고인 이○갑은 서울 강남구 삼성동 168의 20 소재 일반음식점인우일관을 경영하는 피고인 주식회사 우일관의 대표이사인바, 1996. 6. 11. 위 음식점에서, 사실은 수입소갈비를 조리하여 판매하고 있음에도 불구하고 위 음식점 앞에 우일관은 한우고기만 취급합니다 라는 현수막을 게시하고, 충북 음성직영목장에서 순수 한우육만 매일 직송이라는 내용의 팜플렛을 배포하고, 입간판과 봉고차에 농장직영 이라는 문구를 표시하여 위 음식점에서는 한우갈비만을 판매하는 것처럼 위장 광고한 후 그 광고를 보고 찾아 온 피해자 이○을

에게 수입소갈비를 마치 한우갈비인 것처럼 제공하여 이에 속은 위 이○을로부터 즉석에서 갈비대금 명목으로 52,000원을 교부받아 이를 편취한 것을 비롯하여 1996. 6. 5.경부터 같은 달 15.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 전후 19회에 걸쳐 위 음식점에서 같은 방법으로 수입소갈비 66인분 판매대금 명목으로 합계 금 864,000원 상당을 교부받아 이를 편취하였다.

#### 마. 판결이유

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인 이○갑이 일반음식점 영업을 하는 피고인 주식회사 우일관의 대표이사로서, 1995. 5. 15.부터 1996. 6. 18.까지 수입소갈비 3,044.5kg을 국산품인 한우갈비로 위장하여 손님들에게 조리·판매함으로써 농수산물가공업육성및품질관리에 관한법률(이하 법이라고만 한다) 제17조 제2항의 규정에 위반하여 수입농수산물을 국산품으로 위장하여 판매하였다는 것이다.

살피건대, 위 법 제17조 제1항은 “농림수산부장관은 국산 또는 수입농수산물을 판매 또는 가공하는 자에 대하여 필요한 경우 품목을 지정하여 소비자가 알 수 있도록 제조, 용기, 포장 또는 판매장소 등에 원산지 표시를 하도록 할 수 있다.”고 규정하고, 그 제2항은 “제1항의 규정에 의하여 국산 또는 수입농수산물 및 이를 원료로 한 가공품에 대하여 원산지 표시를 하도록 한 경우 그 농수산물을 판매 또는 가공하는 자는 당해 농수산물 및 가공품에 대하여 원산지를 표시하여야 하며, 이를 허위로 표시하거나 수입농수산물의 경우 국산품으로 위장 판매 또는 국산품과 혼합하여 국산품으로 위장하여 판매하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있으며, 이에 따라 같은법시행령(1996. 8. 8. 대통령령 제15135호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항은 “법 제17조 제1항의 규정에 의한 원산지 표시의 대상품목은 국산 및 수입농수산물 또는 이를 원료로 한 가공품으로서 유통질서의 확립과 소비자의 올바른 선택을 위하여 필요하다고 인정되는 품목 중 농림수산부장관이 지정하여 고시하는 품목으로 한다.”고 규정하고 있으므로, 원산지 표시의 대상품목은 농수산물 또는 이를 원료로 한 가공품 중 지정 고시된 품목이라 할 것이다.

먼저 이 사건과 같이 음식점에서 조리하여 판매하는 소갈비가 농수산물 또는 이를 원료로 한 가공품인지에 관하여 살펴보면 위 법 제2조 제1호는 농수산물을 “가공되지 아니한 상태의 농산물, 임산물, 수산물 및 축산물과 기타 대통령령이 정하는 것”이라고 정의하고, 같은 조 제4호는 농수산물가공품을 “농수산물을 원료 또는 재료로 하여 제조·가공한 가공식품, 전통식품 및 민예품”이라고 정의하고 있으므로, 음식점에서 조리하여 판매하는 소갈비는 위 법 소정의 농수산물은 아니더라도 위 법 소정의 농수산물가공품에는 해당된다고 할 것이다.

따라서 이와 달리 판단한 원심판결에는 농수산물가공품에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이다.

그러나 음식점에서 조리하여 판매하는 소갈비가 농수산물가공품에 해당된다고 하더라도



원산지 표시 대상품목으로 지정 고시되지 않았다면 그 원료의 원산지를 표시할 의무가 없다고 할 것인데, 위 법에 따라 원산지 표시 대상품목을 지정 고시한 농수산물원산지표시업무처리요령(1995. 9. 25.자 농림수산부 고시 제1995-81호)에 의하면 수입농수산물 중 “육과 식용설육”을 대상품목으로 지정하였을 뿐 이를 원료로 한 가공품 중 이 사건과 같은 조리된 음식을 대상품목으로 지정하지는 아니하였으므로, 결국 원산지 표시의무가 없다고 할 것이다.

그렇다면 음식점에서 조리하여 판매하는 소갈비가 그 원료의 원산지를 표시하여야 하는 품목임을 전제로 하는 이 사건 공소사실은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 무죄라 할 것이므로, 원심의 위와 같은 위법은 판결에 영향을 미친 바가 없다. 따라서 논지는 이유 없다. 그러므로 상고를 기각하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

## 第2節 農水産物流通公社法

### I. 農水産物流通公社法の 概要

#### 1. 제정경위 등

농수산물유통공사법은 농수산물유통공사를 설립하여 농산물·임산물·축산물 및 수산물의 가격안정 및 유통개선사업을 통하여 농수산물수급의 안정을 기함으로써 농어민의 소득증진과 국민경제의 균형 있는 발전에 이바지하게 함을 목적으로, 1967.10.31. 법률 제 1,960호 농어촌개발공사법으로 제정되었다가 1986.12.31. 법률 제3,887호로 농수산물유통공사법으로 명칭을 변경하였고 이후 1차 부분 개정되었다.

#### 2. 농수산물유통공사법의 주요내용

농수산물유통공사법은 총 18조로 되어 있는 바, 주사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립하고(제5조), 법인격을 부여하였으며(제2조), 자본금은 800억원으로 하고 그 전액을 정부가 출자하고(제4조), 유사명칭의 사용을 금지하며(제6조), 농수산물유통산업에 관한 건설 및 운영, 투자와 자금의 대여 및 그 알선, 기술지도와 외국기술의 도입 및 그 알선, 경영지도를 하고 농수산물과 그 가공제품의 시장개척과 수출입 및 그 알선, 농수산물 및 그 가공제품의 품질관리에 관한 사업, 농수산물 유통산업에 관한 조사·연구 및 교육, 수급조절 및 가격안정을 위한 농수산물의 수매·비축 및 판매 등의 사업을 수행하고(제10조), 농림부장관이 공사의 업무를 지도·감독하고(제15조), 공사의 임직원이나 그 직에 있었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 도용하여서는 아니 되며 이를 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제9조, 제16조)

### II. 農水産物流通公社法에 관한 判例

#### 1. 퇴직금규정의 개정의 적법성(서울고등법원 1992.9.17. 92나253)

##### 가. 당사자 등

【원고, 피항소인】 민○용 외 13

【피고, 항 소 인】 농수산물유통공사

【원심판결】 서울민사지방법원 1991. 11. 8. 선고, 91가합16445 판결

## 나. 판결이유

### (1) 기초사실

(가) 원고 김○갑은 위 한국식품개발연구원의 분리, 독립 전에 피고 공사를 퇴직하였음은 위에서 인정한 바와 같으므로 위 원고도 위 한국식품개발연구원의 분리, 독립과 동시에 위 연구원 소속으로 소속 변경되어 계속 근무함을 전제로 하는 피고 공사의 위 주장은 원고 김○갑에 관한 한 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없으며, 나아가 위 한국식품개발연구원은 원고 김○갑을 제외한 나머지 원고들이 계속 근무하던 피고 공사 산하 식품종합연구원의 인적, 물적 조직을 바탕으로 설립된 법인이고, 위 원고들은 위 연구원의 설립과 동시에 형식상 피고 공사를 퇴직하고 위 연구원에 입사한 것으로 처리되어 위 연구원 소속으로 근무를 계속하게 된 사실은 앞서 본 바와 같으나, 그러한 경우 퇴직금산정의 기초가 되는 근속기간을 확정함에 있어서 종전 회사의 퇴직처리에도 불구하고 종전의 근로관계가 동일성을 유지하면서 새로운 회사에 그대로 승계된 것으로 보아 그 근속기간을 종전 회사의 입사 일부터 소급하여 기산 하도록 하는 법리는 근속기간에 따라 퇴직금의 지급률이 누진되고, 임금도 상승되는 것이 일반적인 우리 업계의 실태에 비추어 그러한 경우 중간퇴직을 유효한 것으로 인정한다면 근로자가 근속기간 산정에 있어 불이익을 입게 되고 결과적으로 퇴직금을 적게 받게 되므로, 해석론으로서 위와 같은 중간퇴직조치를 무효로 하여 회사측의 자의로부터 근로자를 보호하고자 하는 배려에서 비롯된 것으로서 당해 근로자의 동의를 전제로 하는 것이라 할 것인바, 근로자가 위와 같은 불이익을 감수하면서 종전 근로관계가 새로이 성립된 회사에 그대로 승계 되는 데에 이의를 제기한 이 사건의 경우에까지 이를 그대로 적용함은 적절하지 못하다 할 것이므로 위 원고들은 피고 공사가 위 원고들을 퇴직 처리한 위 퇴직금계산표의 퇴사일자란 기재 각 해당일자에 피고 공사를 퇴직하였다 할 것이고, 나아가 피고 공사가 위 연구원 측에 피고 공사 산하 식품종합연구원의 인적, 물적 시설을 이전하면서 위 원고들과 같이 위 연구원으로 소속이 변경된 직원들에 대한 퇴직금상당액을 퇴직급여 총당금명목으로 위 연구원 측에 지급하였다 하더라도 위 원고들이 피고 공사에서 근무한 기간 동안의 퇴직금까지도 위 연구원 측으로부터 수령하고, 피고 공사에 대하여는 그 청구를 포기하기로 하였다는 점에 관한 아무런 주장, 입증이 없는 이상 그러한 사정만으로 피고 공사가 그 퇴직금지급의무를 면하게 되는 것은 아니라 할 것이므로 피고의 위 주장은 위 원고들에 관하여도 어느 것이나 이유 없다.

### (나) 퇴직금규정 개정의 효력에 대한 판단

피고 공사는 1968. 8. 8.부터 소속 임직원들의 퇴직금지급에 관한 퇴직금규정(이하

개정전 규정이라고만 한다)을 제정, 시행하여 왔는데, 위 개정전 규정에 의하면 퇴직하는 임직원에 대하여 지급할 퇴직금지급액은 퇴직 당시의 급여규정에 의한 고정금액에 근속년수(임명된 날부터 기산 하여 퇴직한 날까지로 하고, 근속년수의 계산에 있어서 만 6개월 이상은 1년으로 하고 그 미만은 월할하되, 월 미만의 단수는 1월로 한다)에 따라 누진되는 별지 2-1, 퇴직금지급기준표(개정 전)에 의한 지급율을 곱하여 산출하도록 되어 있었는데, 1981. 1. 1.자로 개정, 시행된 퇴직금지급규정에 의하면, 퇴직금산정의 기초가 되는 임금을 퇴직직전일로부터 최종 3개월 간에 지급된 기본급 및 업무수당, 시간외근무수당, 휴일근무수당, 야간수당 등 제수당과 퇴직직전 1년 간의 연차휴가수당 및 상여수당의 12분의 3 해당액을 합산한 금액을 3등분한 평균임금으로 하면서 그 퇴직금지급율은 별지 2-2. 퇴직금지급기준표(개정 후)와 같이 인하하되, 다만 근속기간이 개정 전후에 걸쳐 있는 경우에는 개정전의 근속기간에 대한 퇴직금은 퇴직 당시의 기본급액에 개정 전의 퇴직금지급기준표에 의한 지급율을 곱하여 산출하고, 개정 후의 근속기간에 대한 지급기준율은 개정 전후를 통산한 개정 후 지급기준율에서 개정 이전의 근속기간에 대한 개정 후의 지급기준율에 의하여 산정한 지급기준율을 차감하여 산출하도록 되었다.

피고 공사가 위와 같이 퇴직금지급규정을 개정하면서 퇴직금지급율을 하향 조정하였으나 퇴직금산정의 기초가 되는 월급여액을 종전의 본봉과 수당만을 포함하는 고정금액에서 고정금액에 업무수당, 시간외 및 휴일근무수당, 연차수당, 정근수당, 상여금이 포함된 평균임금으로 변경함에 따라 10년 이상의 장기 근속자에게는 종전보다 불리하여지나 10년 미만의 근속자에게는 오히려 유리하여졌다.

#### (다) 퇴직금지급규정의 개정경위

피고 공사는 원래 농어민의 소득을 증진함을 목적으로 구 농어촌개발공사법(법률 제1960호)에 의하여 국가가 전액 출자하여 1967. 11. 30. 설립한 공익법인인 “농어촌개발공사”였는데 1986. 12. 31. 위 법이 농수산물유통공사법(법률 제3887호)으로 전문 개정되면서 동법에 따라 농산물, 임산물, 축산물 및 수산물의 가격안정 및 유통개선사업을 통하여 농수산물 수급의 안정을 기함으로써 농어민의 소득증진과 국민경제의 균형 있는 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기구로 목적이 변경되고 그 명칭도 현재의 “농수산물유통공사”로 개칭되었다.

정부는 1980. 12. 18. 피고 공사와 같은 정부투자기관의 임,직원의 보수 및 퇴직금이 일반공무원의 그것에 비하여 현저히 높으므로 이를 인하하고 각 정부투자기관의 상이한 퇴직금누진제도의 통일을 기함으로써 고질적인 재정난을 겪고 있는 정부투자기관의 경영합리화를 촉진하여 국민의 조세부담을 경감시킬 목적으로 당시의 정부투자기관예산회계법에 의하여 “정부투자기관 81보수 및 퇴직금 지급수준 조정”의 내용을 의결하여 경제기획원장관이 이를 각 부장관에게 시달하고, 피고 공사의 주무부장관인 농수산부장관이 같은 달 20. 다시 이 내용을 피고 공사에 시

달함에 따라 당시 노동조합이 결성되어 있지 않았고 달리 근로자의 의사를 모을 수 있는 기구도 없었으며 근로자의 수는 377명이나 되어 근로자 전체의 동의를 쉽게 받을 수 없었던 피고 공사에서는 위 개정전 규정의 적용을 받던 임직원 등 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 얻기 위한 절차는 밟지 아니하고 이사회회의 의결만을 거친 후 주무관청의 인가를 받아 임금총액 10% 인상과 동시에 위와 같이 퇴직금규정을 개정, 시행하였다.

피고 공사는 1981. 1. 1. 개정된 퇴직금규정을 소속 직원들에게 알려주었으나 아무도 이의하지 아니하였고 그 이후 1988. 4. 30. 위 한국식품개발연구원이 분리되기 전까지 약 7년여 동안 퇴직한 직원은 모두 위 개정된 퇴직금규정에 의하여 산정된 퇴직금을 이의 없이 수령하였다.

피고 공사에 노동조합이 결성된 후 1989. 7. 4. 피고 공사와 노동조합 간의 단체협약을 체결함에 있어서도 퇴직금의 지급에 관하여는 당시의 피고 공사의 퇴직금규정을 준용하기로 합의함으로써 위 1981. 1. 1.자 퇴직금규정의 효력을 인정한 이래 현재까지 위 개정 퇴직금규정의 효력이 노사간의 단체협약에 의하여 유지되고 있다(다만 원고들은 모두 위 단체협약 체결 전에 위 한국식품개발연구원의 분리, 독립 등으로 피고 공사를 퇴직하였다).

- (라) 그런데, 1989. 3. 29. 개정된 근로기준법 제95조 제1항 단서가 시행되기 이전의 같은 조 본문에 의한 취업규칙의 작성 또는 변경에 있어서는 취업규칙이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익하게 변경된 경우라 하더라도 그 내용이 근로기준법과 단체협약을 위반하는 것이 아닌 한 근로자의 동의가 있으면 그 변경은 유효하고, 설사 근로자의 동의가 없다 하더라도 그 내용이 사회통념상 합리성이 있다고 인정될 때는 유효하여 구속력을 갖는다고 할 것인바, 위 인정 사실에 의하면 피고 공사의 위와 같은 퇴직금규정의 개정으로 근속기간이 모두 10년 이상 되는 원고들에게는 불이익하게 되었음은 명백하므로 위 퇴직금규정 개정에 대한 근로자의 동의 여부 및 그 내용의 합리성 유무에 관하여 보기로 한다.
- 먼저 위 퇴직금규정의 개정에 관한 근로자의 동의 유무에 관하여 보건대, 근로자의 동의는 집단적 의사결정방식에 의하여 도출한 동의일 것을 우선 요하지만 그런 방식에 의한 동의를 얻는 것이 사실상 불가능하거나 혹은 이를 기대하기 어려운 때에는 개별방식에 의한 동의라도 무방하다고 할 것이고 나아가 이 경우의 동의는 반드시 명시적일 것을 요하지 아니하고 묵시적인 것이라도 또한 무방하다고 할 것 인즉, 이 사건에서 보면 위 개정 당시 피고 공사에 노동조합이 설립되어 있지 않았고 달리 근로자의 의사를 모을 수 있는 기구도 없었으며 근로자의 수는 377명이나 되었기 때문에 단기간 내에 근로자 측의 주도 하에 체계적인 절차와 조직을 통하여 전체근로자의 동의여부를 집단적 의사결정방식에 의하여 묻는 것은 사실상 불가능하였다고 보여지고, 더구나 개정된 근로기준법 제95조 단서처럼 사업자에게

근로자의 동의를 얻어야 할 적극적 의무를 법률이 부과하고 있지도 아니한 상황에서 사업자로 하여금 그러한 조치를 취하도록 하는 것은 무리한 일을 요구하는 것으로서 그 실현을 기대하기 어렵다 할 것이며, 따라서 피고 공사가 위 인정과 같이 위 퇴직금규정을 개정함에 있어 이사회와 결의 및 주무관청의 인가를 얻었다면 피고 공사로서는 상당한 조치를 취하였다 할 것이고, 또한 개정된 위 퇴직금규정이 시행된 1981. 1. 1.부터 위 한국식품개발연구원이 분리되기 전까지 7년여 동안 원고들을 포함한 근로자들로부터 아무런 명시적인 반대의사의 표명이 없었던 것이므로 위 퇴직금규정의 변경에 관하여는 원고들을 포함한 근로자들의 묵시적 동의 내지 추인이 있었다고 봄이 상당하다 할 것이다.

다음 위 퇴직금규정 개정의 합리성 유무에 관하여 보건대, 위와 같은 퇴직금지급 수준의 조정은 피고 공사와 같은 정부투자기관의 임,직원의 퇴직금이 일반공무원의 그것에 비하여 현저히 높으므로 이를 인하하고 각 정부투자기관의 상이한 퇴직금누진제도의 통일을 기함으로써 고질적인 재정난을 겪고 있는 정부투자기관의 경영합리화를 촉진하여 국민의 조세부담을 경감시키고자 하는 데 그 목적이 있었음은 위에서 인정한 바와 같고, 실제로 피고 공사의 위 퇴직금규정 개정 전의 퇴직금지급율인 별지 2-1의 지급기준과 1981. 1. 1. 당시 시행 중이던 구 공무원연금법(1981. 4. 13. 법 제3439호로 개정되기 전의 것)에 의한 공무원의 퇴직금지급율인 별지 3의 지급기준을 비교할 때 피고 공사의 퇴직금지급율이 공무원의 퇴직금지급율보다 훨씬 높음을 알 수 있으므로(특히 근속기간이 길수록 양자간의 퇴직금지급율의 차이는 커진다) 이를 합리적으로 조정하고 방만한 사업경영을 변화된 경제여건에 탄력적으로 적용시키기 위한 조치의 하나로 퇴직금지급기준의 하향조정이 필요하였다고 보여지며, 위 퇴직금규정의 개정 후의 퇴직금지급율인 별지 2-2의 지급기준 역시 위 공무원의 퇴직금지급율 보다 높음을 알 수 있고, 피고 공사가 위와 같이 퇴직금규정을 개정하면서 퇴직금지급율을 하향 조정하였으나 퇴직금산정의 기초가 되는 월급여액을 종전의 고정급여액에서 평균임금으로 변경함에 따라 종전에 퇴직금지급율이 과다하게 높았던 일부 근로자에 대하여는 종전보다 불리하여졌지만 일부 근로자에게는 오히려 유리하여졌고, 또한 개정 전의 근속기간에 대한 퇴직금지급율은 개정 전의 규정에 의하도록 하여 근로자의 기득권을 보호하고 있으며, 나아가 비록 원고들의 퇴직 후이지만 피고 공사에 노동조합이 결성되어 노동조합이 피고 공사와 단체협약을 체결함에 있어서도 위 개정된 퇴직금규정을 유효한 것으로 수용한 이래 현재까지 위 개정 퇴직금규정의 효력이 유지되고 있는 점에 비추어 보면 위 개정으로 인하여 근로자가 입는 불이익의 내용과 정도가 위 변경의 필요성과 비교할 때 근로자가 수인할 수 없는 정도라고는 보여지지 아니므로 위 퇴직금규정의 변경은 사회통념상 합리성이 있다 할 것이다.

따라서, 피고 공사의 위 퇴직금규정의 개정은 효력이 있다 할 것이다.

### 第 3 節 農水産物流通및價格安定에관한法律

#### I. 農水産物流通및價格安定에관한法律의 概要

##### 1. 制定경위등

농수산물유통및가격안정에관한법률은 농수산물의 원활한 유통과 적정한 가격을 유지하게 함으로써 생산자와 소비자의 이익을 보호하고 국민생활의 안정에 이바지함을 목적으로 기존의 농수산물도매시장법과 농수산물가격안정기금법을 통합하여 1976. 12. 31. 법률 제 2962호로 제정되었다가 2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문 개정되었고 최근 2002. 5. 13. 일부 개정되었다.

##### 2. 농수산물유통및가격안정에관한법률의 주요내용

농수산물유통및가격안정에관한법률은 제1장 총칙, 제2장 농수산물의 생산조정 및 출하조절, 제3장 농수산물도매시장, 제4장 농수산물공판장 및 민영농수산물도매시장 등, 제5장 농수산물가격안정기금, 제6장 농수산물유통기구의 정비 등, 제7장 보칙, 제8장 벌칙, 총 8장, 91조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면, 농수산물도매시장, 중앙도매시장, 지방도매시장, 농수산물공판장, 민영농수산물도매시장, 도매시장법인, 시장도매인, 중도매인, 매매참가인, 산지유통인, 농수산물종합유통센터 등 농수산물 유통기관과 주체에 대해 유권해석을 하고 있으며(제2조), 농수산물도매시장·농수산물공판장·민영농수산물도매시장 및 농수산물종합유통센터에 대하여는 유통산업발전법의 규정을 적용을 배제하고 있다.(제3조)

제2장 농수산물의 생산조정 및 출하조절을 보면, 농림부장관은 농산물의 수급조절을 위하여 주요 농수산물의 생산지역을 지정할 수 있도록 하고(제4조), 가격의 등락 폭이 큰 주요 농산물·축산물 및 임산물에 대하여 매년 기상정보·생산면적·작황·재고물량·소비동향·해외시장정보 등을 조사하여 이를 분석한 농업관측을 실시하고 그 결과를 공표하도록 하고(제5조), 각급 협동조합, 생산자단체 또는 농수산물수요자와 생산자간에 계약생산 또는 계약출하를 하도록 장려할 수 있고(제6조), 생산자단체가 농수산물의 판로확대, 수급조절 및 가격안정을 도모하기 위하여 자조금을 조성·운영하는 경우에는 그 생산자단체에 대하여 제54조의 규정에 의한 농수산물가격안정기금에서 보조금을 지급할 수 있고(제7조),

필요하다고 인정하는 때에는 당해 농산물의 파종기 이전에 생산자의 보호를 위한 하한가격(예시가격)을 예시할 수 있고, 과일생산시의 생산자보호를 위한 조치를 취할 수 있고(제9조), 농수산물의 생산자, 산지유통인, 저장업자, 도·소매업자 및 소비자 등의 대표는 당해 농수산물의 자율적인 수급조절과 품질향상을 위하여 생산조정 또는 출하조절을 위한 협약(유통협약)을 체결할 수 있고, 농림부장관은 부패·변질되기 쉬운 농수산물로서 농림부령 또는 해양수산부령이 정하는 농수산물에 대하여 현저한 수급불안정을 해소하기 위하여 특히 필요하다고 인정되고 농림부령이 정하는 생산자등 또는 생산자단체의 요청이 있는 때에는 공정거래위원회와 협의를 거쳐 일정 기간동안 일정 지역의 당해 농수산물의 생산자 등에 대하여 생산조정 또는 출하조절을 하도록 하는 유통조절명령(제10조)을 발할 수 있도록 하고, 필요한 경우농산물 비축사업을 하도록 하여(제13조) 농산물의 생산, 수급을 조절할 수 있는 다양한 제도를 실시하도록 하고 있다.

제3장 농수산물도매시장을 보면, 미리 농림부장관 또는 해양수산부장관, 또는 도지사(지방도매시장의 경우)의 허가를 얻어 중앙도매시장은 특별시 또는 광역시가 개설하고, 지방도매시장은 특별시·광역시 또는 시가 개설하도록 하고(제17조), 필요한 경우를 제외하고 도매시장의 개설구역은 도매시장이 개설되는 특별시·광역시 또는 시의 관할구역으로 하고(제18조), 도매시장의 개설자는 거래관계자의 편익과 소비자의 보호를 위하여 도매시장 시설의 정비·개선과 합리적인 관리 등을 하여야 하고(제20조, 21조), 도매시장에 그 시설 규모·거래액 등을 고려하여 적정수의 도매시장법인(필요한 경우 공공출자법인, 도매시장 법인은 도매시장의 개설자가 부류별로 이를 지정하는데 3년 이상 10년의 범위 내에서 지정 유효기간을 설정할 수 있다). 또는 시장도매인을 두어 이를 운영하게 하여야 하고(다만, 중앙도매시장에는 부류마다 도매시장법인을 두어야 한다.) 있다.(제22조 내지 24조)

중도매인의 업무를 하고자 하는 자는 부류별로 당해 도매시장의 개설자의 허가를 받아야 하는데 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자나 중도매업의 허가가 취소된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자 등 일정한 경우 결격사유에 해당하고(제25조), 위 허가를 받은 중도매인은 도매시장공판장에서 그 업무를 행할 수 있고(제26조), 도매시장법인은 도매시장에서의 공정하고 신속한 거래를 위하여 농림부령이 정하는 바에 따라 일정 수 이상의 경매사를 두도록 하고 있고(제27조), 농수산물을 수집하여 도매시장에 출하하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 바에 따라 부류별로 도매시장의 개설자에게 등록하여야 하고(제29조) 있다.

매매방법등과 관련하여 보면 도매시장에서 도매시장법인이 행하는 도매는 농림부령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우에는 매수하여 도매하는 경우를 제외하고는 출하자로부터 위탁을 받아 판매하는 수탁판매를 원칙으로 하고 있고, 도매인은 도매시장법인이 상장한 농수산물 외의 농수산물의 거래를 할 수 없고(다만, 농림부령이 정하는 도매시장법인이 상장하기에 적합하지 아니한 농수산물 기타 이에 준하는 농수산물로서 그 품목과 기간을 정



하여 도매시장의 개설자로부터 허가를 받은 농수산물의 경우에는 그러하지 아니하다.) (제31조), 도매시장법인은 도매시장에서 농수산물을 경매 또는 입찰의 방법으로 매매하도록 하고 있고(다만, 다른 도매시장 또는 공판장에서 가격이 결정되어 바로 입화된 농수산물을 상장하여 매매하는 경우 등 농림부령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우에는 정가 또는 수의매매를 할 수 있다.) (제32조, 33조), 도매시장의 개설자는 입하량이 현저히 많아 정상적인 거래가 어려운 경우 등 농림부령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 발생한 날에 한하여 도매시장법인의 경우에는 중도매인·매매참가인외의 자에게, 시장도매인의 경우에는 도매시장법인·중도매인에게 판매할 수 있도록 할 수 있다(제34조).

도매시장법인은 도매시장 외의 장소에서 농수산물의 판매업무를 하지 못하고, 도매시장법인은 농수산물의 판매업무외의 사업을 경영하지 못하고, 도매시장의 개설자가 부류별로 일정요건을 갖춘 법인을 시장도매인으로 지정하고(제35조), 시장도매인은 도매시장에서 농수산물을 매수 또는 위탁받아 도매하거나 매매를 중개할 수 있고, 시장도매인은 당해 도매시장의 도매시장법인·중도매인에게 농수산물을 판매하지 못하고(제37조), 도매시장법인 또는 시장도매인은 그 업무를 수행함에 있어서 정당한 사유 없이 입화된 농수산물의 수탁 또는 위탁받은 농수산물의 판매를 거부·기피하거나 거래관계인에게 부당한 차별대우를 하여서는 아니 되고, 도매시장법인 또는 시장도매인으로 부터 농수산물을 매수한 자는 매매가 성립한 즉시 그 농수산물을 인수하여야 하고(제38조, 39조), 도매시장법인 또는 시장도매인은 위탁받은 농수산물이 매매된 때에는 그 대금의 전부를 출하자에게 즉시 결제하여야 하고, 도매시장의 개설자, 도매시장법인, 시장도매인 또는 중도매인은 도매시장사용료 등 법정 비용을 제외하고는 어떠한 명목으로도 금전을 징수하여서는 아니 된다 규정하고 있다(제41, 42조)

제4장 농수산물공판장 및 민영농수산물도매시장 등을 보면,

농수산물공판장과 관련하여서는, 농림수협등 기타 대통령령이 정하는 생산자단체와 공익법인이 기준에 적합한 시설을 갖추고 시·도지사의 승인을 얻어 공판장을 개설하고(제43조), 공판장에는 중도매인·매매참가인·산지유통인 및 경매사를 둘 수 있는데 공판장의 중도매인은 공판장의 개설자가 지정하고 농수산물을 수집하여 공판장에 출하하고자 하는 자는 공판장의 개설자에게 산지유통인으로 등록하여야 하고 공판장의 경매사는 공판장의 개설자가 임명하도록 하고 있고(제44조), 공판장의 운영 및 거래방법 등에 관하여는 도매시장관련 조문을 대부분 준용하며, 위 도매시장공판장의 운영 및 거래방법 등에 관하여는 특례를 두고 있다.

민영도매시장과 관련하여서 보면, 민간인등이 특별시, 광역시 또는 시지역에 민영도매시장을 개설하고자 하는 때에는 시·도지사의 허가를 받아야 하고(제47조), 민영도매시장의 개설자는 중도매인·매매참가인·산지유통인 및 경매사를 두어 직접 운영하거나 시장도매인을 두어 이를 운영하게 할 수 있도록 하고 있는데, 민영도매시장의 중도매인은 민영도매

시장의 개설자가 지정하고 농수산물을 수집하여 민영도매시장에 출하하고자 하는 자는 민영도매시장의 개설자에게 산지유통인으로 등록하여야 하고 민영도매시장의 경매사는 민영도매시장의 개설자가 임명하고 민영도매시장의 시장도매인은 민영도매시장의 개설자가 지정하도록 하고 있고, 민영도매시장의 개설자가 중도매인·매매참가인·산지유통인 및 경매사를 두어 직접 운영하는 경우 그 운영 및 거래방법 등에 관하여는 위 중앙 또는 지방도매시장에 관한 규정을 대부분 준용하고(제48조) 있다.

이외에도 산지판매제도의 확립(제49조), 농수산물집하장의 설치·운영(제50조), 농수산물산지유통센터의 설치·운영 등(제51조), 포전매매의 계약(제53조) 등을 규정하고 있다.

제5장 농수산물가격안정기금을 보면, 정부는 농수산물의 원활한 수급과 가격안정을 도모하고 유통구조의 개선을 촉진하기 위한 재원을 확보하기 위하여 정부의 출연금 등을 재원으로 하여 농수산물가격안정기금을 설치하고(제54,55조), 농수산물의 가격조절과 생산·출하의 장려 또는 조절, 농수산물의 수출촉진, 농수산물의 보관·관리 및 가공 등의 사업에 사용하며 기금은 농림부장관이 운용·관리하도록 규정하고 있다(제56, 57조)

제6장 농수산물유통기구의 정비 등을 보면, 농림부장관은 농수산물의 원활한 수급과 유통질서를 확립하기 위하여 농수산물유통기구정비기본방침을 수립하여 고시할 수 있고, 시·도지사는 필요한 경우 유사도매시장을 정비할 수 있고(제62, 64조), 농림부장관은 시장의 개설·정비명령을 할 수 있고(제65조), 종합유통센터를 설치 설치하거나(제69조), 농수협등이 유통사업을 수행하는 별도의 법인인 유통자회사를 설립할 수 있도록 하고 있고(제70조), 농림부장관 소속 하에 도매시장제도개선심의회를, 도매시장의 개설자 소속 하에 시장관리운영위원회(이하 “위원회”라 한다)를 두도록 하고 있다(제78조)

제7장 보칙을 보면, 농림부장관, 시·도지사는 도매시장·공판장 및 민영도매시장의 적정한 운영을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 도매시장·공판장 및 민영도매시장의 개설자에 대하여 업무규정의 변경, 업무처리의 개선 기타 필요한 조치를 명할 수 있고(제81조), 도매시장의 개설자 또는 민영도매시장의 개설자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때에는 개설허가를 취소하거나 당해 시설의 폐쇄 기타 필요한 조치를 할 수 있도록 하고 있다(제82조).

제8장 벌칙을 보면 일정한 경우 징역 또는 벌금형에 처할 수 있고 법인 역시 양벌규정에 의해 처벌받도록 하고 있다.

## II. 農水産物流通및價格安定에관한法律에 관한 判例

### [1] 判例 概要

농안법이 농수산물의 유통전반에 대한 광범위한 규제와 조정을 가하고 있다는 점에서 극히 중요한 법률이나 정책의 기본방향과 정책수단을 규정한 내용이 많아 실제 소송으로 진행된 예는 많지 않았으나 도매시장의 개설과 관련된 문제나 도매시장법인 지정, 중도매업 허가, 점포사용허가 등의 취소 등 지정 또는 허가의 취소와 관련된 소송 등이 증가하고 있다.

이하에서는 도매시장에 관한 판례, 도매시장법인에 관한 판례, 중도매인에 관한 판례, 점포사용허가 취소에 관한 판례, 조세관련 판례 등으로 분류하여 정리·검토하고자 한다.

### [2] 都賣市場에 관한 判例

#### 1. 도매시장의 의미에 관한 판례(대법원 1978. 8. 22. 78도1170)

##### 가. 판시사항

- [1] 수산물유통및가격안정에관한법률 소정의 도매시장을 영위하는 자의 의미
- [2] 종범에 해당되지 않는다고 본 사례

##### 나. 판결요지

- [1] 농수산물유통및가격안정에관한법률 소정의 도매시장을 영위하는 자라 함은 일정한 구획된 장소에서 영업수행에 필요한 고정시설을 구비하여 불특정다수인의 출하자와 소매상을 상대로 농수산물의 도매업을 영위하는 자를 말한다.
- [2] 청과물상회의 종업원으로 취직하여 각 그 고용주와 상하관계에 있고 고용주로부터 일정한 임금을 받고 단순한 노무에 계속하여 종사하여 온 고용인에 불과하다면 동 피고인들이 고용주의 무허가도매행위를 적극적으로 조장한 점에 대한 아무런 입증도 없는 한 그들이 고용주의 위와 같은 범법행위를 다소 알고 있었다는 사유만 가지고서는 피고인들을 위 고용주들의 범법행위에 대한 종범으로 처단할 수는 없다.

##### 다. 관련법령

농수산물유통및가격안정에관한법률 제12조 제65조의2

#### 라. 판결이유

(1) 피고인들은 각자 살림집에 붙어있는 조그마한 점포에서 청과물을 소매하여 그 상거래액이 월평균 100만원 미만인 영세상인들인데도 원심이 피고인들을 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 소정의 무허가 도매시장을 경영하는 자들로 의를 하였음은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 동법 소정의 도매시장의 개념을 오해한 위법이 있고, 피고인들은 1977.5.3자 김천시장에 대한 서면질의에서 피고인들의 본 건 상행위는 당시 시행 중이던 구농수산물도매시장법 제10조 1,2항 소정의 무허가시장개설행위 나 유사도매행위가 아닌 동법조 제3항 소정의 시장개설자가 필요할 때에는 농수산부 장관의 승인을 얻어서 그 상행위를 제한할 수 있는 경우에 해당될 뿐이라는 취지의 회시를 받아 그 회시가 합법적인 것으로 믿고 장사를 계속하였으므로 설사 피고인들의 본 건 청과물도매행위가 공소사실 기재 범죄가 된다 하더라도 피고인들은 그들의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 것이며 위 오인에는 정당한 이유가 있으므로 피고인들의 본 건 소위는 형법 제16조에 의하여 범죄를 구성하지 아니하며, 피고인들은 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 시행이전인(1977.7.1부터 시행) 구법인 농수산물 도매시장법 시행당시에 구법에 위배되는 범죄행위를 한 것으로 고발되고, 이에 대한 경찰조사까지 받았는데도 검사의 공소장 변경에 따라 원심이 신법시행일부부터의 범행에 대하여 유죄를 선고한 것은 위법이라는 취지이다.

살피건대 원심이 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 소정의 도매시장을 영위하는 자라 함은 일정한 구획된 장소에서 영업수행에 필요한 고정시설을 구비하여 불특정다수인의 출하자와 소매상을 상대로 농수산물의 도매업을 영위하는 자이면 이에 해당되는 것으로 보고 피고인들의 판시 각 소위는 동법소정의 도매시장을 영위하는 것에 해당하는 것으로 판단한 조처를 기록과 대조하여 검토하여 보아도 이를 수긍 못할 바 아니고 거기에 소론과 같은 위법이 있음을 인정할 수 없고, 기록을 살펴보면 원심이 피고인들은 그들에 대한 각 공소사실이 동법에 의하여 범죄를 구성한다는 점을 알고 있었고 설사 이를 알지 못하였다 하더라도 원판결 실시내용과 같은 사유로 피고인들의 위 법률의 착오에는 정당한 이유가 없는 것이라고 판단한 조처는 정당하고, 경찰에서 조사를 받은 범죄사실에 대하여서만 공소 제기되어야 할 것이라는 논지는 독단적 견해에 불과하므로 논지는 더 나아가 판단할 것도 없이 이유 없다.

(2) 원심은 피고인 변○각, 최○근이 각 원판시 청과물상회의 종업원으로 취직하여 각 그 고용주와 상하관계에 있고 고용주로부터 일정한 임금을 받고 단순한 노무에 계속하여 종사하여 온 고용인에 불과한 자들로서 동 피고인들이 고용주의 무허가도매행위를 적극적으로 조장한 점에 대한 아무런 입증이 없는 본 건에 있어서 그들이 고용주의 위와 같은 범법행위를 다소 알고 있었다는 사유만 가지고서는 피고인들을 위 고용주들의 범법행위에 대한 중범으로 처단할 수는 없다는 취의로 판단하고 있는바 원심이 위와 같은 사실을 인정함에

들고있는 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보아도 원심의 조처를 수긍 못할 바 아니고 거기에 원심이 소론과 같은 채증법칙 위배의 잘못을 저질러 사실을 오인한 위법이 있다거나 방조범에 관한 법리오해의 위법이 있음을 인정할 수 없으므로 논지는 이유 없다.

#### 마. 해설

구법은 허가를 받지 않은 도매시장 개설행위를 금지하고 있다. 즉 농수산물 유통의 안정이라는 입법 목적을 관철시키기 위해서는 엄격한 허가를 거친 도매시장만이 도매업을 수행할 수 있도록 하고, 이에 위반한 자에게는 벌칙을 규정하고 있는 것이다.

그러나 구법은 '도매시장' 내지 '도매업'에 관하여는 정의규정을 두지 않고 있으므로 이에 대하여는 해석에 의하여 의미를 확정지을 수 밖에 없었는데 이 판결은 그 개념요소로 ① 일정한 구획된 장소에서 ② 영업수행에 필요한 고정시설을 구비하여 ③ 불특정사수인의 출하자와 소매상을 상대로 ④ 농수산물의 도매업을 영위하는 자'라는 사항을 설시하고 있다. 이 중 ①②는 소매상의 경우에는 다를 바 없는 내용이고 ④는 동어반복에 불과하므로, 결국 이 판결이 핵심적인 요소로 보고 있는 것은 ③의 점이다. 그러나 이러한 해석에는 의문이 없을 수 없다. 먼저 상행위란 것은 당연히 불특정한 자를 상대로 거래하는 것을 예상하므로 이러한 점은 소매상과 도매상을 구분하는 하등의 징표도 되지 못한다. 그렇다면 이 판결이 도매업의 개념요소로 거론한 것 중 의미 있는 것은 '출하자와 소매상을 상대로'거래하였다는 점에 국한된다. 그러나 피고인의 영업지인 김천시가 부근 농산물의 집산지인 점을 감안한다면, 그 거래 상대방 중에 타지역의 출하자와 소매상이 얼마든지 있을 수 있으므로 이 점만을 이유로 동법에서 처벌 대상으로 삼는 '도매시장'으로 의율하는 데는 문제가 있다고 본다.

농수산물 유통의 안정이라는 이 법의 취지를 고려하면 동조에서 처벌 대상으로 하는 '도매시장'은 안정된 농수산물 거래질서를 해할 우려가 있을 만큼 '도매시장'의 실질을 갖는 경우에 한한다고 보아야 한다. 즉, '도매시장'이라는 용어의 개념요소에는 '거래의 대규모성'이라는 점이 포함되어야 한다. 이렇게 본다면 피고인들의 상행위가 영세하고 그 규모가 작았다고 하는 변호인들의 주장에 대하여 아무런 검토도 하지 않고 '도매시장'에 해당한다고 판단한 이 판결의 태도는 문제가 있다고 보여진다. 뒤에서 보는 판결들은 이 판결과는 달리 이러한 '대규모성'의 요건을 갖춘 경우에 한하여 본법에서 금지하는 '도매시장을 영위하는 자'에 해당한다고 판시하고 있다.

현행법에서는 제2조에서 농수산물도매시장, 중앙도매시장, 지방도매시장, 민영도매시장 등에 대하여 유권해석을 하여 입법에 의해 해결을 하고 있다.

2. 무허가도매시장영위죄에 관한 판례 (대법원 1986. 6. 24. 86도445)

가. 판시사항

- [1] 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제65조 제2호 소정의 무허가도매시장 영위죄로 처벌하기 위한 요건
- [2] 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제37조 제1항 소정의 “도매시장에서의 정상적인 거래”의 의미

나. 판결요지

- [1] 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제15조 제1항 제2호, 제57조 제2항, 같은법시행규칙 제15조는 농수산물 도매시장의 허가기준으로 일정한 규모의 건물과 주차장 및 냉장실, 저장실, 오물처리장 등을 갖추어야 한다고 규정하고 있으므로 이에 따라 사회통념상 도매시장으로 볼 수 있을 정도의 외관을 구비하여 도매업을 영위한다고 인정되지 않는 이상 이를 들어 같은 법 제65조 제2호, 제12조를 적용하여 처벌할 수는 없다.
- [2] 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제37조 제1항에서 말하는 도매시장에서의 정상적인 거래라 함은 같은 법 제2조 제2호, 제29조에서 말하는 도매시장에서의 경매 또는 입찰 등을 일컫는다.

다. 관련법령

구 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제2조, 제12조, 제15조 제1항, 제29조, 제57조 제2항, 제65조

라. 판결이유

농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제15조 제1항 제2호, 제57조 제2항, 같은 시행규칙 제15조는 농수산물도매시장의 허가기준으로 일정한 규모의 건물과 주차장 및 냉장실, 저장실, 오물처리장 등을 갖추어야 한다고 규정하고 있으므로 이에 따라 사회통념상 도매시장으로 볼 수 있을 정도의 외관을 구비하여 도매업을 영위한다고 인정되지 않는 이상 이를 들어 같은 법 제65조 제2호, 제12조를 적용하여 처벌할 수는 없다 할 것이다.(대법원 1984.5.29 선고 84도706 판결 참조)

원심판결 이유에 의하면 원심은 피고인이 그 판시와 같은 시설과 규모로 영업을 하였음을 들어 그와 같은 사정만으로는 허가 없이 농수산물도매시장을 영위할 것이라고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판시하고 있는 바, 거기에 논지가 지적하는 바와 같은 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률 제37조 제1항에서 말하는 도매시장에서의 정상적인 거래라 함은 같은 법 제2조 제2호, 제29조에서 말하는 도매시장에서의 경매 또는 입찰 등을 일컫는다 할 것이다.(대법원 76.5.25 선고 76도640 판결 참조)

원심이 같은 취지에서 피고인의 행위가 앞에서 말하는 도매시장의 정상적인 거래를 방해한 것이라고 볼 수 없다고 판시한 것은 정당하고 거기에 논지가 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다. 또 위법 제37조 제1항이 정하는 「도매시장의 정상적인 거래의 방해」가 도매시장 안의 정상적인 거래의 방해로 규정되지 않았다 하여 그 해석을 달리하는 것도 아니다. 논지는 이유 없다.

### [3] 都賣市場法人에 관한 判例

#### 1. 도매시장법인지정처분취소 등에 관한 판례(대법원 1996.9.24. 96누5698)

##### 가. 판결요지

도매시장법인지정처분이 도매시장 개설자인 피고 창원시장의 재량에 속하는 것임을 감안하더라도 적법한 요건을 갖추어 제1차 심사위원회의 심사 결과 1위로 결정된 원고를 도매시장법인으로 선정하지 아니한 채 농수산물안정및유통에관한법률 제17조에서 규정한 자기 자본 확보 요건을 갖추지 못한 피고 보조참가인 창원청과주식회사를 도매법인으로 지정한 이 사건 처분 및 이 사건 거부처분은 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용한 결과가 되어 위법하다.(상고 기각)

##### 나. 관련법령

농수산물가격안정및유통에관한법률 제17조

#### 2. 도매시장지정처분에 관한 판례(대법원 1996.9.24. 95부19)

도매시장법인지정처분이 도매시장개설자인 피고(창원시장)의 재량에 속하는 것임을 감안하더라도 적법한 요건을 갖추어 제1차 심사위원회의 심사결과 1위로 결정된 원고(주식회사 경남청과시장)를 도매시장법인으로 선정하지 아니한 채 농수산물가격안정및유통에관한법률 제17조에서 규정한 자기자본 확보요건도 갖추지 못한 소외 회사(창원청과주식회사)를 도매법인으로 지정한 처분은 재량권을 일탈하거나 남용한 결과가 되어 위법하다.

3. 도매시장법인 지정처분 취소(서울행정법원 1999.10.14. 99구22119)

가. 당사자 등

【원 고】 ○○청과 주식회사

【피 고】 구리시장

나. 판결이유

(1) 처분의 경위

(가) 원고는 농수산물유통및가격안정에관한법률(이하 법 이라 한다) 제17조에 의하여 피고로부터 구리농수산물도매시장의 도매시장법인으로 지정(지정유효기간 1997. 3. 10. ~ 2000. 3. 9.) 받은 회사이다.

(나) 피고는 1999. 7. 10. 원고가 ㉠ 1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2. 현재 미지급한 출하대금이 각 180,557,200원, 64,444,020원, 34,678,220원에 이르렀고, ㉡ 1999. 1/4분기 운전자금을 확보하지 않았으며, ㉢ 1999. 2. 4.까지 납부하여야 할 보증금 36,842,110원을 납부기한 내에 납부하지 않았다는 이유로, 법 제21조, 제34조, 제63조, 구리농수산물도매시장행정처분규칙 제3조의 규정을 각 적용하여, 원고의 도매시장법인지정을 취소하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

(2) 이 사건 처분의 적법 여부

(가) 기초사실

① 원고 회사의 경영실태 등

원고는 1998. 3.경 자금부족으로 경영에 어려움을 겪게 된 이래 1998. 8.경까지 위탁 출하자들에 대한 출하대금을 장기간 미지급하는 등 지속적인 자금난에 시달리게 되었다. 이에 구리농수산물도매시장관리공사(이하 관리공사 라 한다), 원고, 원고와 거래하는 중도매법인 대표, 위탁출하자 대표들은 1998. 8.경 원고를 둘러싼 이해관계인들의 현안 문제를 해결하기 위한 방안을 협의한 결과, 관리공사가 원고를 대신하여 원고와 거래하는 중도매법인들 중 61개 중도매법인들로부터 미수금을 회수하여 그 돈으로 위탁출하자들에 대한 출하대금을 지급하기로 하는 합의가 이루어졌다.

원고는 1998. 8. 14. 61개 중도매법인들에 대한 미수금 채권을 담보하는 보증보험채권을 관리공사에 양도하는 한편, 원고가 출하대금을 미지급할 경우에는 원고와 거래하는 중도매법인의 경락대금 미수금을 관리공사가 대신 징수하여 미지급 출하대금으로 지급할 수 있도록 하는 권한을 관리공사에 위임하였다. 이와 같이 일부 중도매법인들에 대한 채권추심 권한이 관리공사에 위임되자, 1998. 8. 23.경 원고로부터 출하대금을 지급 받지 못한 위탁출하자들을 보호하고 중도매법인들에 대한 채권추심의 적정을 기하기 위하여, 관리공사와 원고 회사의 직원들로 구성된 공동대



책위원회가 구성되는 한편, 미수금 납부 및 출하대금 정산에 관한 규약(미지급 출하대금 정산을 위한 중도매인 미수금 납부 규약)이 마련되기에 이르렀다.

이후 관리공사는 중도매법인들로부터 변제 받은 금원과 원고가 임의 납부한 금원으로 1998. 8. 22. 현재 658,933,320원이었던 미지급 출하대금을 1998. 10. 22. 현재 421,281,900원으로 감소시킬 수 있었다. 그런데, 관리공사는 1998. 11.경까지도 상당한 금액의 미지급 출하대금이 남아 있어 구리농수산물도매시장에 대한 신뢰가 실추되는 것을 방지할 필요가 있다고 판단한 나머지, 1998. 11. 4.경 위탁출하자 133명에 대한 출하대금 447,834,720원을 원고를 대신하여 지급하였다(관리공사는 위와 같이 출하대금을 대신 지급하면서, 원고를 대신하여 지급한 금액은 원고가 납부할 출하변제보증금과 중도매법인들로부터 추심한 금원으로 충당할 계획임을 밝혔다). 관리공사는 원고가 1998. 11. 16., 1998. 12. 4., 1998. 12. 24., 1999. 1. 15. 등 네 차례에 걸쳐 출하변제보증금으로 각 45,087,460원을 납부하자 위 금원을 원고에 대하여 가지는 구상금 채권에 충당하는 한편, 중도매법인들로부터 수금한 금액과 원고가 임의 납부한 금원을 모두 구상금 채권에 충당하였다. 이에 따라 관리공사가 1998. 11. 4. 원고를 대신하여 지급한 금액 중 원고로부터 구상 받지 못한 잔액은 1999. 1. 15. 현재 194,244,880원, 1999. 1. 25. 현재 189,461,490원이 되었다. 이후 원고는 이 사건 처분에 관한 청문절차가 진행 중이던 1999. 2. 10. 180,000,000원을 임의 변제하였고, 1999. 3. 9. 출하변제보증금으로 36,842,110원을 납부하였는데, 관리공사가 위 보증금 중 9,461,490원을 구상금 채권에 충당함으로써 관리공사가 원고를 대신하여 지급한 금원은 모두 결제된 셈이 되었다.

② 이 사건 처분에 이르게 된 구체적인 경위

피고는 1998. 3. 30. 최초로 원고에 대하여 행정처분을 한 이래 같은 해 12.까지 10여 차례에 걸쳐 출하대금 미지급, 운전자금 미확보, 보증금 미납 등을 이유로 행정처분을 하였다.

관리공사는 1999. 1. 15. 원고가 앞서 본 바와 같이 수 차례에 걸쳐 행정처분을 받았음에도 자금 부족으로 발생한 운영자금 미확보 등의 문제들이 해결되지 않자, 피고에게 원고의 도매시장법인 지정을 취소하여 줄 것을 의뢰하였다. 이에 피고는 1999. 1. 22. 원고에게 청문통지서를 발송하여 1999. 2. 9. 제1회 청문기일을 진행하였고, 이어서 1999. 2. 19. 제2회 청문기일을 진행한 다음 청문절차를 종료하였다. 그 이후 청문절차가 재개되어 1999. 3. 11. 제3회 청문기일이 진행되었고 당일 청문이 종결되었다.

위와 같이 청문절차가 종결된 이후 원고가 1999. 3. 22. 자구노력의 일환으로 정상화 계획서를 제출하고, 1999. 4. 7. 및 1999. 5. 14. 정상화 계획 실천사항을 보고하자, 피고는 원고에 대한 행정처분을 일시 보류하였다. 그러나, 청문종료일을 기준으로 감소하였던 원고의 미지급 출하대금이 1999. 6. 28.을 기준으로 423,073,280원에

이르는 등 크게 증가하고, 1999. 7. 현재 4억 이상의 시장사용료와 임대관리비 등을 관리공사에 변제하지 못하는 등 원고의 정상화 계획이 가시적인 성과를 보이지 않자, 피고는 1999. 7. 10. 원고의 도매시장법인 지정을 취소하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

③ 이 사건 처분의 형식 및 절차상의 위법 여부에 대한 판단

i) 처분이유 제시 의무를 위반하였는지에 대하여

이 사건 처분서(갑 제3호증)에는 원고가 법 제21조 및 제34조 규정을 위반하여 구리농수물도매시장관리공사로부터 도매시장법인 지정취소 의뢰가 있어 행정절차법 제21조 규정에 의거 청문을 실시하고 법 제63조 및 구리농수산물도매시장행정처분규칙 제3조 규정에 의거 도매시장법인 지정을 취소한다 라고만 기재되어 있다. 그런데, 관리공사가 행정처분을 의뢰함과 동시에 원고에게 송달한 행정처분알림(갑 제37호증)에는 행정처분을 의뢰하게 된 구체적인 사유로 ① 1999. 1. 12. 현재 출하대금 180,000,000원 미지급, ② 운전자금 316,000,000원 미확보, ③ 출하변제보증금 45,087,460원 미납을 적시하고 있다.

한편, 피고는 1999. 1. 22. 청문통지서(갑 제40호증의 2)를 발송할 때에는 그 처분사유로 출하대금 미지급, 운전자금 미확보만을 적시하였지만, 원고를 상대로 3회에 걸쳐 청문을 실시할 때에는 이 사건 처분의 구체적인 처분사유를 ① 1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2.을 기준일로 한 출하대금 미지급, ② 1999. 1/4분기 운전자금 미확보, ③ 1999. 2. 4.을 납부기한으로 한 보증금 미납으로 보아 위 처분사유에 대해 청문을 진행하였다. 또, 원고의 임직원들도 청문기일에 출석하여 위 구체적인 처분사유에 대해 처분사유별로 상세한 의견을 개진하였다(을 제1, 2호증의 각 1, 2). 행정절차법 제23조가 행정청으로 하여금 처분을 하는 때에는 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는 것은, 행정처분의 상대방에게 처분 이유를 알려줌으로써 그 처분의 내용을 이해할 수 있게 하는 한편, 그에 대한 불복의 기회를 보장하도록 하는 데에 그 취지가 있다. 따라서, 의견진술절차, 청문절차 등을 거쳐 행정처분이 이루어짐으로써 처분의 상대방이 당해 행정처분의 구체적인 사유와 그 근거를 알 수 있는 경우에는, 처분서 자체에 처분사유가 상세하게 기재되지 않았다 하더라도 그러한 처분이 위법하다고 볼 수는 없다.

그런데 이 사건의 경우, 관리공사가 1999. 1. 15. 당시의 상태를 기초로 하여 행정처분을 의뢰함과 동시에 원고에게 그 구체적인 내용을 통지함으로써 원고도 청문절차가 개시된 이유를 알고 있었던 것으로 보이는 점, 이후 시간의 경과에 따라 처분의 근거되는 사실에 일부 변동이 발생하자 변동된 처분사유에 대해서도 청문절차에서 충분한 의견진술이 이루어진 것으로 보이는 점, 특히 최종 청문기일인 1999. 3. 11.에도 원고의 임직원들이 구체적인 의견을 개진하는 등 이 사건 처분의 구체적인 처분사유와 그 근거를 알고 있었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면,

이 사건 처분서에 구체적인 처분사유를 기재하지 않은 채 법조항만을 특정하여 행정처분을 하였다 하더라도 이 사건 처분이 위법한 것이라고 볼 수는 없다.

ii) 청문절차의 독립성 여부에 대하여

청문은 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차이지, 제3의 기관에 의해 진행되는 준사법적 절차가 아니다. 따라서, 행정청으로부터 독립한 자가 청문을 주재하여야 함을 전제로 한 원고의 위주장은 받아들일 수 없다(행정청은 소속 직원 또는 대통령령이 정하는 자격을 가진 자를 청문주재자로 선정하여 그 절차를 진행하게 할 수 있다, 행정절차법 제28조 제1항).

iii) 재청문을 실시하지 않은 것 등이 위법한지 여부에 대하여

이 사건 처분의 구체적인 처분사유는 청문종결일 이전의 사유이고, 청문종결일 이후에 발생한 사유들은 정상참작 사유로 봄이 상당하다. 따라서, 청문종결일 이후의 사항에 대해 다시 청문절차를 진행하지 않았다 하더라도 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없다.

한편, 피고가 이미 청문절차를 실시한 사안에 대해 다시 의견제출의 기회를 부여한 것은 법률상 강제되는 것은 아니지만, 청문종결일로부터 상당한 기간이 경과하였다는 점을 고려하여 그 이후의 사항에 대해 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여한 것에 불과한 것으로 보이는 점, 피고가 이 사건 청문종결일로부터 4개월여 가량 원고에게 정상화계획을 추진할 수 있도록 유예기간을 허용하였던 점, 이러한 특수한 사정이 있는 이 사건의 경우에는 원고가 부여받은 2일의 기간이 지정취소 처분에 대해 자신의 의견을 개진할 수도 없을 정도로 불합리한 기간이라고 보기는 어려운 점 및 원고에 대한 행정처분이 지연될 경우 미지급 출하대금이 누증되어 위탁출하자들의 피해가 증가될 개연성마저 있었던 점(1999. 6. 28.을 기준으로 423,073,280원이었던 미지급 출하대금이 1999. 7. 9.을 기준으로 511,806,220원으로 늘어났다) 등을 종합하여 보면, 의견제출기한이 촉박하였다는 점을 들어 이 사건 처분이 위법 하다고 볼 수는 없다.

iv) 이 사건 처분이 중복 처분인지에 대하여

앞서 본 바와 같이 이 사건 처분의 구체적인 처분사유는 ① 1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2.을 기준일로 한 출하대금 미지급, ② 1999. 1/4분기 운전자금 미확보, ③ 1999. 2. 4.을 납부기한으로 한 보증금 미납이다. 따라서, 1998. 11. 28. 이루어진 업무정지 3개월의 행정처분이 이 사건 처분과 동일한 사유에 대하여 이루어진 것이라는 주장은 받아들일 수 없다(게다가 1998. 11. 28.자 처분은 위 처분을 할 당시의 상태를 기초로 한 것이므로, 위 처분에도 불구하고 법규 위반 상태가 해소되지 않고 계속된다면 행정청으로서는 위 처분 이후의 상태를 기초로 새로운 처분을 할 수 있는 것이다).

④ 업무규정, 조례의 효력 유무에 대한 판단

i) 업무규정 제10조 제2, 3항의 효력 유무에 대하여

이 사건 처분의 구체적인 처분사유는 원고가 1999년도 1/4분기를 기준으로 필요한 운전자금을 확보하지 않았다는 것이지, 운전자금 확보현황 보고의무, 그 부족액 보충의무를 위배하였다는 것이 아니다. 따라서, 업무규정 제10조 제2, 3항이 효력이 있는 것인 지의 여부는 이 사건 처분의 위법성 판단과 아무런 관련이 없다(게다가 법 제17조 제3항, 제4항은 도매시장법인의 지정요건으로 농림부령이 정하는 기준 이상의 운전자금을 자기자금으로 확보할 것을 그 요건의 하나로 규정하는 한편, 위 요건을 상실하게 된 때에는 3월 이내에 이를 갖추어야 하도록 규정하고 있으므로, 도매시장법인을 감독하는 피고로서는 운전자금 확보의무의 이행 여부를 확인하기 위하여 당연히 도매시장법인에게 보고를 요구하거나 미이행 시 그 이행을 촉구할 수 있다고 봄이 상당하다).

ii) 조례의 효력 유무에 대하여

구리농수산물도매시장관리운영조례 제39조는 관련법령을 위반한 자에 대한 행정처분 기준은 시장이 따로 정한다 라고 규정하고 있을 뿐이다. 한편, 행정처분의 기준을 구체적인 위반행위에 따라 상세하게 규정한 구리농수산물도매시장행정처분규칙 제3조는 그 성질 및 내용으로 보아 행정청 내부의 사무처리준칙을 정하고 있는 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 일반 국민을 기속하는 효력은 없는 것이다. 따라서, 법원이나 일반 국민을 기속하는 효력이 없는 위 규칙이 상위법령의 위임 근거 없이 제정되었는지의 여부는 이 사건 처분의 위법성 판단과 아무런 관련이 없다.

⑤ 구체적 처분사유의 존재 여부에 대한 판단

i) 운전자금 미확보 부분

원고는 1999. 1. 5. 보통예금으로 400,001,000원이 입금된 사실을 증명하는 중소기업은행 명동지점장 발행의 예금잔액증명서(갑 제36호증의 2)를 발급 받아 이를 그 다음날 피고에게 제출하였다. 그러나, 원고는 예금잔액증명서를 제출한 다음날 위 예금을 모두 인출하였다.

원래 도매시장법인은 농수산물을 위탁받아 판매를 대행하거나 이를 매취하여 판매하는 것을 목적으로 설립된 법인이므로, 위탁출하자에 대한 대금을 성실하게 지급하는 등 그 업무 수행의 적정성을 보장하기 위하여는 일정 수준 이상의 운전자금을 확보할 필요가 있다. 법 제17조 제1항, 제3항은 이러한 점을 고려하여 일정 기준 이상의 운전자금을 자기자금으로 확보하는 것을 도매시장법인의 지정요건으로 규정하는 한편, 위 요건을 상실하게 된 때에는 3월 이내에 이를 갖추도록 규정하고 있다. 그런데, 일정한 운전자금을 자기자금으로 보유하도록 규정한 법 제17조 제1항, 제3항의 취지에 비추어 보면, 위 각 조항에서 말하는 운전자금은

상당 기간에 걸쳐 보유된 일정 수준 이상의 자금으로써 도매시장법인의 업무 수행을 위해 집행되는 자금을 말하는 것이지, 일시적으로 도매시장법인이 보유하게 된 자금을 말하는 것은 아니라 할 것이다. 그런데 이 사건의 경우, 원고가 예금잔액증명서를 제출한 다음 날 위 예금을 모두 인출하였던 점, 예금 인출 이후에도 일정 수준 이상의 운전자금을 보유하고 있었다고 볼 만한 자료는 없는 점, 원고가 1999. 1.경 상당액의 출하대금을 지급하지 못하고 있었을 뿐만 아니라, 거액의 시장사용료와 임대관리비를 채납하는 등 전반적인 자금난을 겪고 있었던 것으로 보이는 점등을 종합하여 보면, 원고가 1999년도 1/4분기 운전자금을 확보한 것이라고 볼 수는 없다.

ii) 출하대금 미지급 부분

㉠ 1998. 8.경 성립한 합의에 따라 관리공사가 중도매법인들로부터 미수금을 회수하여 지급하여야 할 미지급 출하대금은 1998. 8. 23.까지 발생한 것으로 제한되어 있다(갑 제11호증). 그런데, 이 사건 처분의 근거가 된 미지급 출하대금은 1998. 8. 23. 이후에 발생한 것임이 명백하다(갑 제221호증의 1, 2, 3). 게다가 1998. 8.경 성립한 합의 내용은 관리공사가 원고를 대신하여 중도매법인들로부터 미수금을 회수하여 그 돈으로 미지급 출하대금을 지급한다 는 것에 불과하고, 이로써 관리공사가 출하대금 지급의무를 면책적으로 인수한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서, 위와 같은 합의에도 불구하고 출하대금채무의 채무자인 원고로서는 그 미지급에 대한 책임을 면할 수 없다. 다만 중도매법인들에 대한 채권추심은 도매시장법인이 자금을 조달할 수 있는 주된 방법이라는 점, 일부 중도매법인들에 대한 채권추심 권한을 관리공사에 위임한 이후 그 권한을 다시 회수하기까지 사실상 출하대금 지급에 어려움이 있었다는 사정 등은 이 사건 처분의 재량권 남용 여부를 가름하는 요소의 하나로 참작될 수 있을 따름이다.

㉡ 청문종결일 현재 출하대금 미지급 문제가 해소된 점에 대하여

이 사건 처분의 처분사유 중 미지급 출하대금 부분은, 앞서 본 바와 같이 1999. 1.13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2.을 기준으로 한 미지급 출하대금이 각 180,557,200원, 64,444,020원, 34,678,220원에 이르렀다는 사실이다(1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2.을 기준으로 한 원고의 미지급 출하대금은 실제로는 각 148,568,670원, 7,396,870원, 20,019,980원인데, 위와 같이 미지급 출하대금의 액수를 잘못 산정한 것은 1999. 1. 12., 1999. 2. 19., 1999. 2. 27.을 기준으로 한 미지급 출하대금과 위 각 기준일의 미지급 출하대금을 오인한 데에서 비롯된 것으로 보인다). 따라서, 위 기준일 이후 청문종결일에 이르러 미지급 출하대금이 모두 변제되었다 하더라도 이미 발생한 사유를 근거로 삼아 행정처분을 할 수 없는 것은 아니다. 다만, 처분사유의 발생 이후에 생긴 위와 같은 사정은 이 사건 처분의 재량권 남용 여부를 가름하는 요소의 하나로 참작될 수 있을 따름이다.

㉔ 지급일에 관한 특약이 있었는지에 대하여

도매시장법인은 농수산물에 매매된 때에는 즉시 그 대금의 전부를 결제하여야 하며, 다만 대금의 지급방법에 관하여 도매시장법인과 위탁자 사이에 특약이 있는 때에는 그 특약에 의할 수 있다. 따라서, 위와 같은 특약은 대금의 전부를 즉시 결제하지 않는 모든 경우에 필요한 것이고, 매매 일로부터 10일이 넘는 기일을 지급기일로 정한 경우에만 필요한 것이 아니다(이 부분에 대한 원고의 주장은 결제기한이 종료된 후 10일이 경과하여도 도매시장법인이 그 대금을 지급하지 아니하는 경우에는 도매시장 개설자가 보증금 등으로 대신 지급하여야 할 의무가 있음을 규정한 법시행규칙 제10조 제3항을 잘못 해석한 것으로 보인다). 한편, 일부 위탁출하자들과 사이에 법 제34조 제1항 소정의 특약이 있었다는 점에 부합하는 갑 제222호증의 1 내지 6의 각 기재는 원고가 이 사건 처분의 청문 과정에서 위와 같은 특약의 존재를 주장한 바 없다는 점 등에 비추어 쉽게 믿기 어렵고, 달리 위와 같은 특약이 있었음을 인정할 증거가 없다.

iii) 보증금 미납 부분

원래 출하변제보증금은 위탁출하자들에 대한 출하대금채무의 지급을 보증하기 위하여 납부하는 것이므로, 관리공사가 이를 임의로 원고에 대한 구상금 채권에 충당할 수는 없다(관리공사가 1998. 11. 4. 원고를 대신하여 출하대금을 지급하면서 앞으로 출하변제보증금을 구상금 채권에 충당하겠다는 취지를 알렸다 하더라도, 이는 일방적인 통보에 불과하여 아무런 효력이 없다). 뿐만 아니라 원고가 출하변제보증금을 납부한 1999. 1. 15. 무렵에도 여전히 상당액의 미지급 출하대금이 남아 있었는데, 그럼에도 불구하고 위와 같은 미지급 출하대금의 지급에 앞서 구상금 채권에 우선 충당한 것은 출하변제보증금 제도의 취지에 어긋나는 것이다. 이러한 점들에다가, 당초부터 관리공사가 원고를 대신하여 출하대금을 지급하여야 할 의무가 있었던 것도 아니었던 점 등을 더하여 보면, 원고가 1999. 1. 15. 납부한 출하변제보증금을 미지급 출하대금의 변제에 사용하지 않고 자신의 구상금 채권에 임의 충당한 다음 다시 원고에게 출하변제보증금의 납부를 요구한 것은 그 정당성을 인정할 수 없다. 따라서, 원고가 위와 같은 부당한 출하변제보증금 납부 요구에 응하지 않았다 하더라도 이를 이유로 원고에 대해 행정처분을 할 수는 없다.

㉕ 재량권 일탈, 남용 여부에 대한 판단

원래 도매시장법인으로 하여금 일정 수준의 운전자금을 확보하고, 보증금을 납부하도록 하며, 출하대금을 즉시 결제하도록 규정한 근본적인 취지는, 도매시장법인에게 농산물의 판매를 위탁하는 농민들이 경제적 약자라는 점을 고려하여, 생산자인 그들의 권리가 농산물의 유통을 맡고 있는 도매시장법인의 부실화로 인하여 희생되지 않도록 하려는 데에 있다. 그런데 이 사건의 경우, 원고가 1998. 3.경 이후

지속적인 자금난에 시달리면서 운전자금 미확보와 출하대금 미지급 등으로 인해 10여 차례에 걸쳐 행정처분을 받았던 점, 원고가 이 사건 처분의 청문 종결일 무렵 일시적으로 미지급 출하대금을 상당한 액수로 감축시키기는 하였지만, 그 이후 다시 미지급 출하대금이 늘어나 이 사건 처분 당시인 1999. 7. 10. 현재 그 총액이 493,025,200원에 이르게 되었던 점, 원고가 1998. 3. 이래 계속적인 자금난에 시달려 오면서 생산자인 농민들에게 상당한 피해를 유발시킨 것으로 보일 뿐만 아니라, 이미 그 자본금이 전부 잠식되어(원고의 1998년도 순손실은 5,002,419,481원에 이르러 자본금 50억원을 모두 잠식하게 되었다, 을 제45호증) 경제적 건전성을 상실한 원고로 하여금 도매시장법인 업무를 계속하도록 허용할 경우 생산자인 농민들에 대한 피해가 더욱 증가될 개연성을 배제할 수 없는 점, 이 사건 처분의 청문종결일로부터 4개월여 가량 정상화 계획을 추진할 기회가 부여되었음에도 원고가 지닌 근본적인 문제들은 여전히 해결되지 아니한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고의 도매시장법인 지정을 취소한 이 사건 처분이 재량권을 일탈하였거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다(원고가 중도매법인들에 대해 가진 채권의 추심 권한이 관리공사에 양도되거나 위 채권이 관리공사에 의해 가압류되는 바람에 사실상 자금조달에 어려움이 있었다 하더라도, 그 근본적인 이유는 원고가 위탁출하자들에게 지급하여야 할 출하대금과 관리공사에 납부하여야 할 시장사용료 등을 제대로 결제하지 못한 데에 있는 것이므로, 이러한 사유를 들어 이 사건 처분이 재량권을 일탈하였거나 남용한 것이라고 볼 수도 없다).

#### 4. 도매시장법인 지정처분에 관한 판례(서울고등법원 1998.4.30. 97구1213)

##### 가. 당사자 등

【원 고】 ○○○○ 주식회사

【피 고】 안산시장

##### 나. 판결이유

###### (1) 사건 처분의 경위

1995. 5. 19. 신청 마감 결과 당시 도매시장법인 청과부류에 지정 신청을 한 법인은 원고, 피고보조참가인 및 소외 안산종합청과 주식회사(이하 종합청과라고 줄여 쓴다) 등 3개 법인이었다. 피고는 5명의 위원으로 심사반을 구성한 후 미리 배포한 심사기준에 따른 심사 및 평가를 거친 결과 피고보조참가인이 최고득점자로 결정되었다. 당시 피고보조참가인 및 종합청과는 결격사항이 없다고 심사된 반면, 원고는 임원 중 김○태가 1992. 7. 31. 징역 10월에 집행유예 2년의 형을 선고받아 농안법 제17조 제3항 제3호에 저촉되어 결격인 것으로

평사결과표 비교란에 기재되었다. 그러나, 그로 인하여 평가 점수상 불이익은 없었다.

피고는 위 심사결과를 토대로 하여 1995. 6. 26. 피고보조참가인을 안산시 농수산물도매시장 청과부류 도매시장법인으로 지정하였다(이하 이 사건 지정처분이라 한다).

(2) 본안에 관한 판단

(가) 관계 법령의 주요 내용

[농수산물유통및가격안정에관한법률]

제12조 도매시장의 개설, 운영   도매시장은 특별시, 직할시 또는 시가 대통령령이 정하는 바에 의하여 부류별로 또는 2이상의 부류를 종합하여, 중앙도매시장은 농림수산부 장관의 허가를 받아, 지방도매시장은 특별시, 직할시의 경우에는 직접, 시의 경우에는 도지사의 허가를 받아 개설한다.

개설자는 도매시장에 그 시설규모, 거래액 등을 고려하여 부류별로 적정수의 도매시장법인을 두어 이를 운영하게 하여야 한다.

제17조 도매시장법인의 지정   도매시장법인은 개설자가 이를 지정한다. 이 경우 3년 이상 10년의 범위 내에서 지정유효기간을 설정할 수 있다.

제1항의 규정에 의한 도매시장법인이 될 수 있는 자는 다음 각 호의 요건을 갖춘 법인이어야 한다

1. 제21조 제2항의 규정에 의하여 농림수산부령이 정하는 기준 이상의 보증금과 운전자금을 자기자금으로 확보하고 있을 것.
2. 해당부류 도매업무를 효과적으로 수행할 수 있는 지식이 있고 도매시장 또는 공판장업무에 2년 이상 종사한 경험이 있는 업무집행담당 임원이 2인 이상 있을 것.
3. 임원 중 금고이상의 실형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되거나 집행이 면제된 후 2년이 경과되지 아니한 자가 없을 것.
4. 내지 5. 생략

도매시장법인의 지정절차 기타 지정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제21조 도매시장법인의 보증금납부 등   도매시장법인은 위탁출하자에 대한 대금의 지급과 성실한 업무수행을 보증하기 위하여 개설자에게 미리 보증금을 납부하거나 담보를 제공하여야 하며 운전자금을 확보하여야 한다.

제1항의 규정에 의한 보증금 및 운전자금의 기준과 그 운영에 관하여 필요한 사항은 농림수산부령으로 정한다.

[농수산물유통및가격안정에관한법률시행령]

제18조 도매시장법인의 지정절차   법 제17조 제1항의 규정에 의하여 도매시장법



인의 지정을 받고자 하는 자는 도매시장법인의 지정신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 개설자에게 제출하여야 한다.

1. 정관 2. 법인등기부등본 및 주주명부 3. 임원의 이력서 4. 신청 당시의 당해 법인의 대차대조표 5. 제21조 제2항의 규정에 의한 보증금 및 운전자금을 자기자금으로 확보하고 있음을 입증하는 서류 6. 사업개시 예정일부터 3년 간 사업계획서(산지활동계획, 경매사 확보계획, 농수산물 분산계획 및 자금운용계획 등을 포함한다.)

개설자는 제1항의 규정에 의한 신청이 있는 경우에는 업무규정에서 정한 도매시장법인의 적정수의 범위 안에서 이를 지정하여야 한다.

[농수산물유통및가격안정에관한법률시행규칙]

제10조 도매시장법인의 보증금납부 등 법 제21조 제1항의 규정에 의하여 도매시장법인이 개설자에게 납부하여야 할 보증금은 전년도 일평균 거래금액(신규로 도매시장을 개설하는 등의 사유로 인하여 전년도 일평균 거래금액을 산출할 수 없거나 이를 기준으로 하는 것이 부적합하다고 개설자가 인정하는 경우에는 사업계획에 책정된 일평균 예상거래액을 말한다)의 100분의 20이상으로 하되, 그 최저금액은 500만원으로 한다.

제11조 도매시장법인의 운전자금 법 제21조 제1항의 규정에 의하여 도매시장법인이 확보하여야 할 운전자금은 전년도 연간 거래금액(전년도 거래금액이 없는 경우에는 당해연도 사업계획에 의한 연간 거래예상액을 말한다)의 1천 분의 15이상으로 한다.

(나) 이 사건 지정처분의 경위

- ① 원고 회사의 이사였던 김○태는 1992. 7. 23. 수원지방법원에서 변호사법위반 등으로 징역 10월에 집행유예 2년의 형을 선고받아 그 무렵 형이 확정되었다. 따라서 원고가 도매시장법인 지정 신청 당시인 1995. 5.경에는 이미 집행유예 기간이 지나 형의 선고가 실효됨으로써 농안법 제17조 제3항 제3호의 결격사유에는 해당하지 않았다. 그 밖에도 위 신청 당시 원고에게는 법령이 정하거나 피고가 제시한 자격요건에 미달하는 점은 없었다.
- ② 피고보조참가인 대표이사 김○일은 주민등록상 1994. 11. 14. 안산시 일동 667의 5로 가족과 함께 전입한 것으로 신고되어 있으나, 위 주소지는 사무실인 데다가 또 그가 그 주소에 실제로 거주하지도 아니하였다.
- ③ 피고보조참가인은 1995. 1. 13. 설립되었고 자본금은 5천만 원에 불과하였으나, 위 도매시장법인 지정신청 당시에는 법인의 예금 2,100만 원과 대표이사 김○일 및 이사 최○현의 개인예금 약 20억 원을 합한 금 20억 2,000만 원을 자본금으로 기재하여 신청하였다. 따라서 위 금액은 관계법령이 정한 보증금과 운전자금 요건은 충족

할 수 있더라도, 과연 피고가 제시한 자격요건인 자본금을 20억 원 이상 확보 한 것인가 하는 점에 관하여 문제의 소지가 있었다.

- ④ 한편 피고보조참가인 대표이사인 김○일은 1995. 4.경부터 7. 하순경 사이에 당시 도매시장법인 심사 및 지정에 관한 업무를 총괄하던 소외 김○갑에게 피고보조참가인이 도매시장법인으로 지정될 수 있도록 선처하여 달라는 부탁 및 이 사건 지정처분에 대한 감사의 표시로 함께 금 500만 원 및 미화 2,000달러를 공여하여, 위 김○갑이 이를 수수하였다.
- ⑤ 그 후 피고는 위 김○갑을 포함한 5명을 심사위원으로 지정하여 심사 단을 구성한 다음, 신청자 3개 법인에 대한 심사를 벌인 결과, 피고보조참가인이 775점으로 1위, 종합청과가 723점으로 2위, 원고가 660점으로 3위로 평가되었고, 이어 피고보조참가인에게 지정 처분되었다.
- ⑥ 그러자 원고가 이 사건 지정처분에 대하여 불만을 표시하면서 위 김○일 등을 부정비리 혐의로 진정하여 수사가 진행되고 위 뇌물수수 사실이 드러남에 따라, 피고는 이 사건 지정처분 이후의 지정서 교부 및 도매시장개설 허가 등 후속 절차를 유보하였다.

(다) 판단

위 사실들에 의하면, 이 사건 지정처분을 함에 있어 피고보조참가인이 피고가 제시한 자격요건을 갖추었다고 보기 어렵고 또한 그 심사 평가를 통한 선정 과정에 있어 공정을 기하기 어려운 상당한 의혹이 있다고 추단하기에 넉넉하고, 이러한 하자는 이 사건 지정처분에 영향을 미쳤음이 분명하다.

나아가 이러한 하자가 과연 이 사건 지정처분을 무효화할 사유가 되는지 살핀다. 먼저 원고의 임원 김○태를 결격으로, 피고보조참가인을 결격사유가 없는 것으로 잘못 평가하였다는 점은 이 사건 지정처분을 위한 심사 결정 과정에 있어 착오로 인하여 자격을 오인한 셈이 된다. 그러나 행정처분에 착오가 있었다고 하더라도 거래안전, 신뢰보호의 견지에서 그것만을 이유로 처분이 당연무효라거나 또는 처분을 취소할 수는 없고 표시된 내용에 따라 효력이 생기는 것이 원칙이다. 다만 착오의 결과 표시된 행정처분의 내용이 위법한 것으로 된 때에는 그 위법을 이유로 취소할 수 있음에 그친다(대법원 1963. 10. 22. 선고 63다569 판결, 1965. 4. 27. 선고 64누171 판결).

다음으로 심사위원인 김○갑이 뇌물을 수수한 점에 관하여 본다. 일반적으로 행정처분의 상대방의 사기, 강박 또는 중수뢰, 부정신고 기타 부정행위로 인하여 처분청의 의사결정에 하자가 있는 경우에도, 다른 원인에 의하여 무효가 되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 취소할 수 있음에 불과하다(대법원 1964. 6. 30. 선고 63누194 판결). 따라서 심사위원의 뇌물수수로 인하여 심사의 공정성을 기대하기 어렵다는 하자도 이 사건 지정처분을 취소할 수 있는 사유에 그친다. 나아가 이 사건

지정처분의 과정에서 이루어진 심사위원의 지정 및 심사 평가 절차는 처분청인 피고의 의사결정의 공정 및 적정을 기하기 위한 내부적인 절차에 불과할 뿐, 이 사건 지정처분의 성립 또는 효력요건으로서 법령상 필수적으로 요구되는 절차도 아니다. 따라서 그 심사과정이 형식적이었다거나 그 과정에 하자가 있었다고 하더라도 이는 이 사건 지정처분을 취소할 수 있는 사유가 될 수 있을지언정, 이를 당연히 무효화할 사유는 되지 못한다.

결론적으로, 원고가 주장하는 사유들이나 앞에서 인정한 사실들은 이 사건 지정처분을 당연히 무효화할 만한 사유는 되지 못한다고 판단된다. 다만, 처분청이 직권으로 하자 있는 행정처분을 취소하는 데는 아무런 기간의 제한이 없으므로, 피고가 위에서 본 하자 등을 이유로 이 사건 지정처분을 취소하고 다시 공정한 심사를 거쳐 재처분을 할 여지가 있을 따름이다.

#### 다. 해설

하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결).

따라서 행정행위의 무효원인은 구체적인 사정에 따라 판단할 수밖에 없는 바, 그 성립요건과의 관계에서 통상 주체상의 하자, 내용상의 하자, 절차상의 하자 및 행위 형식상의 하자로 나누어 볼 수 있다.

첫째로 주체상의 무효원인으로서는 정당한 권한을 가지지 아니하는 행정기관의 행위, 행정기관의 권한 외의 행위 및 행정기관의 정상적인 의사에 의하지 아니한 행위 등을 들 수 있다.

둘째로 절차상의 무효원인으로서는 법률상 성립 효력요건으로 요구되는 절차를 적법하게 거치지 아니한 하자를 말하며, 구체적으로는 상대방의 신청이나 동의가 없는 행위, 필요한 고지나 청문 기타 의견진술의 기회를 주지 않고 한 행위, 이해관계인의 필요적 참여나 협의가 없는 행위 등을 들 수 있다.

행정행위의 무효 법리에 비추어 이 사건 지정처분이 당연무효라 할 수 없으므로 위 판결은 타당하다고 본다.

5. 도매시장법인 지정처분 취소에 관한 판례  
(서울고등법원 1998.4.17. 97구38161)

가. 당사자 등

【원 고】 ○○○○ 주식회사

【피 고】 서울특별시장

나. 판결이유

(1) 처분의 경위

원고는 1975. 11. 11. 피고로부터 피고가 개설한 서울 동대문구 용두동 소재 농수산물도매시장(이하 청량리시장이라고 한다)의 도매시장법인으로 지정 받은 이래 4차에 걸쳐 계속 그 지정을 받아오다가, 1995. 11. 15. 피고로부터 다시 별지 내역서 기재와 같은 내용으로 도매시장법인지정을 받았다.

피고는 1980년경 서울지역의 권역별로 농수산물도매시장을 건립하기로 하고, 동북권 지역에 대하여는 1991. 7.경 구리시를 비롯한 관계기관의 협의에 의하여 최종적으로 구리시 인창동에 농수산물도매시장을 설립하기로 확정하였으며, 이에 따라 농림부장관은 1997. 5. 31. 서울 동대문구 등 동북권 6개구를 위 도매시장의 개설구역에 편입하고, 이어 구리시가 같은 해 6. 9. 구리시 인창동에 구리농수산물도매시장(이하 구리도매시장이라고 한다)을 개설하였고, 그 후 농림부장관은 같은 해 8. 7. 서울 동대문구 용두1동 39의 1 내지 999호와 경기 구리시 수택2동 지역에서 무, 알타리무, 배추, 양배추, 사과, 배, 수박 등 10개 품목의 채소와 과실을 같은 해 9. 1.부터 1998. 8. 31.까지 거래를 제한하는 고시를 하였다.

피고는 1997. 8. 23. 구리시로부터 구리도매시장의 조기활성화를 위하여 원고에 대한 도매시장법인 지정취소 요구가 있고 또한 서울 동북권에 대한 유통구조를 개선하고 투명한 상장제도를 정착하여 거래질서를 확립하고자 한다는 이유로 별지 내역서 기재와 같은 원고에 대한 도매시장법인 지정조건 제2호에 의거하여 원고에 대한 도매시장법인지정을 취소하는 처분(이하 이 사건 처분이라고 한다)을 하였다.

(2) 처분의 적법 여부

(가) 관계법령

농수산물유통및가격안정에관한법률 제2조 제2호에 의하면, 농수산물도매시장이란 양곡류 청과류 화훼류 오수육류 어류 패개류 해조류 및 임산물등 대통령령이 정하는 품목의 전부 또는 일부를 도매 거래하게 하기 위하여 도시지역에 개설하는 시장을 말하고, 제2호의2와 제2호의3에 의하면 농수산물도매시장에는 중앙도매시장과 지방도매시장이 있으며, 제4호에 의하면, 도매시장법인이란 제17조의 규정에 의하여 개설자의 지정을 받고 농수산물을 위탁받아 판매를 대행하거나 이를 매취(買

取)하여 판매하는 법인을 말하고, 제12조 제1항은, 도매시장은 특별시 광역시 또는 시가 대통령령이 정하는 바에 의하여 부류별로 또는 2 이상의 부류를 통합하여 중앙도매시장은 농림수산부장관의 허가를 받아, 지방도매시장은 특별시 광역시의 경우에는 직접, 시의 경우에는 도지사의 허가를 받아 개설한다 고 규정하고, 제3항은, 개설자는 도매시장에 그 시설규모 거래액등을 고려하여 부류별로 적정수의 도매시장법인을 두어 이를 운영하게 하여야 한다 고 규정하며, 제13조는, 도매시장의 개설구역은 도매시장이 개설되는 특별시 광역시 또는 시의 행정구역으로 한다. 다만, 농림수산부장관은 당해 지역에 있어서의 농수산물의 원활한 유통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 도매시장의 개설구역에 인접한 일정구역을 그 도매시장의 개설구역으로 편입하게 할 수 있다 고 규정하며, 제17조 제1항은, 도매시장법인은 개설자가 이를 지정한다. 이 경우 3년 이상 10년의 범위 내에서 지정유효기간을 설정할 수 있다 고 규정하고, 제28조 제1항은, 도매시장에서 도매시장법인이 행하는 도매거래는 수탁판매의 방법으로 하여야 한다. 다만, 농림수산부령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우에는 자기계산으로 매매할 수 있다 고 규정하고, 제30조 제1항 본문은, 도매시장법인은 도매시장에 상장된 농수산물을 수탁된 순위에 따라 경매 또는 입찰의 방법으로 최고가격 제시자에게 판매하여야 한다 고 규정하고, 제36조는, 농림수산부장관과 특별시장, 광역시장 또는 도지사는 거래질서의 확립과 품질향상을 통한 소비자보호를 위하여 특히 필요하다고 인정할 때에는 농림수산부령이 정하는 품목에 대하여 도매시장 또는 공판장이 개설된 특별시 광역시 또는 시의 구역 안에서는 도매시장 또는 공판장의 유통과정을 거치지 아니하고 판매하거나 판매를 목적으로 매수하는 행위를 금지 또는 제한할 수 있다. 다만, 생산자단체의 직거래, 공익단체의 직판, 타지역도매시장 또는 공판장을 경유한 물품 등은 예외로 한다 고 규정하고 있다.

(나) 사실인정

피고는 1980. 4. 22. 서울을 4개지역 시장권으로 나누어 연차적으로 농수산물 종합도매시장을 건설하기로 하는 계획을 수립하고, 동대문구, 성북구, 강북구, 노원구, 도봉구, 중랑구 등 6개구는 동북권으로 하여 서울 도봉구 창동 일대에 도매시장을 건설하기로 하였으나, 1990. 11.경부터 분산체계상의 비효율, 교통악화, 부지협소 등의 문제점으로 그 부지를 재검토하기 시작하여 관계기관이 협의를 계속한 결과 1991. 7. 5. 구리시 인창동으로 장소를 변경하여 구리시가 이를 건설 운영하되 다만 그 비용은 중앙정부, 피고, 경기도 및 구리시가 분담하기로 하였다.

이에 따라 구리시는 1991. 11. 건설기본계획 수립에 착수하여 1996. 12.경 그 건설공사를 완공하였는 바, 구리시가 1995. 5. 24. 발표한 구리농수산물도매시장 개설준비계획에 의하면, 그 개설구역은 구리시, 남양주시와 서울의 위 6개구로 하고, 상권의 조기 활성화와 관리운영의 능률화를 위하여 개설구역 내의 기존 유택상권인

청량리시장의 상인을 적극 유치할 예정이며, 도매시장법인의 지정에 있어서는 개설구역 내의 집단상권 유력상인과 구리시내 유사상인을 우선하기로 되어 있었다. 피고는 청량리시장에서의 원고에 대한 도매시장법인 지정기간이 1995. 11. 10.자로 만료됨에 따라 원고의 신청에 의하여 재지정을 하면서, 청량리시장이 구리도매시장으로 흡수되고 원고가 구리도매시장의 도매시장법인으로 지정될 것을 예상하여 위 지정조건 제2호와 제4호의 조건을 붙였다.

구리시가 1995. 10. 30. 청과부류에는 2개 법인을 도매시장법인으로 지정하되 개설구역내 집단상권 및 구리시내 유력상인을 우선 선발하기로 하는 내용의 구리시장도매시장법인 지정계획을 공고함에 따라, 원고는 구리시도매시장 준비사업단과의 사전협의를 거쳐 구리도매시장에 입주를 준비중이던 대동청과 주식회사를 인수한 다음 같은 해 11. 30. 원고가 구리도매시장에 도매시장법인으로 지정을 받아 입주하는 경우에는 청량리시장에서의 도매시장법인 기능을 승계할 것을 약속하면서 청과부류의 도매시장법인 지정신청을 하였으나, 구리시에서는 심사위원회의 심의를 거쳐 1996. 1. 22. 청과부류에 신청한 3개 법인 중(4개 법인이 신청하였으나 1개 법인이 취하함) 기존 상권의 도매시장법인인 원고를 제외하고 전혀 도매시장법인의 경험이 없는 소외 김○을과 주식회사와 고려청과주식회사를 도매시장법인 지정 예정업체로 확정하였는바, 그 후 위 고려청과주식회사가 위 법인지정과정에서 구리도매시장 관리공사에 뇌물 금 2,000만원을 수수한 것이 밝혀져 위 관리공사 사장이 구속되기도 하였다.

농림부장관은 1997. 5. 31. 법 제13조에 의하여 서울의 위 6개구를 구리도매시장의 개설구역으로 편입하였고, 같은 해 6. 9. 구리도매시장이 정식으로 개설되었다. 구리도매시장을 활성화하기 위하여는 청량리시장에서의 원고의 영업을 억제하고 그 소속의 잔류 중도매인을 구리도매시장으로 유치할 목적 등으로, 농림부장관은 1997. 8. 7. 법 제36조에 의하여 청량리시장의 소재지 등에서 배추 등 10개 농산물에 대하여 같은 해 9. 1.부터 1998. 8. 31.까지 법에 의하여 개설된 농수산물도매시장 또는 공판장의 유통과정을 거치지 아니하고는 판매하거나 판매를 목적으로 매수하는 행위를 금지하는 내용의 농산물 거래제한지역 및 품목 고시를 하였고, 이어서 피고는 같은 달 23. 구리도매시장의 조기 활성화를 위한 구리시로부터의 요구 및 서울 동북권의 유통구조 개선, 투명한 상장제도의 정착을 통한 거래질서 확립 등을 이유로 원고에 대하여 위 지정조건 제2호를 근거로 하여 이 사건 처분을 하였다.

그러나 현재까지도 구리도매시장은 완전히 청량리시장을 흡수하지 못하였을 뿐만 아니라, 청량리시장 소속 상인 중 상당수가 청량리시장의 폐쇄에 반발하면서 구리도매시장으로 이전하지 아니하거나 2중으로 등록한 채 여전히 청량리시장에서도 청과부류의 영업을 하고 있으며, 이는 주로 원고가 담당하고 있다.

한편 원고는 청량리시장에서 영업하면서 위탁경매의 방법으로 거래한 바는 없다.

(다) 판단

일반적으로 이 사건 처분과 같은 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지의 여부는 처분사유의 내용과 당해 처분에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익목적 달성의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교교량하여 판단하여야 할 것이므로, 나아가 이 사건 처분이 재량권을 일탈 또는 남용한 것인지에 관하여 살피건대, 위 인정사실과 기록상 나타난 자료에 의하면, 비록, 서울 동대문구 용두동 소재 농수산물도매시장을 구리시로 이전하고자 하는 피고의 계획에 상당한 공익적 타당성이 있고, 피고의 원고에 대한 위 1995. 11. 15.자 도매시장법인 재지정시 그 지정조건 제2호에 개설자의 농수산물 유통정책에 따라 지정취소 등을 할 수 있도록 되어 있으며, 원고가 그 거래방식에 있어서 법 소정의 위탁경매 방식을 따르지 아니하였음은 인정되지만, 다른 한편으로는, 위 재지정시의 지정조건 제2호는 그 제4호를 감안하면 원고에 대한 지정취소는 원고가 구리도매시장의 도매시장법인으로 지정되는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보이는 점, 구리도매시장 건설계획상으로도 시장의 조기 활성화를 위하여 원고와 같은 청량리시장의 도매시장법인과 그 상인을 구리도매시장으로 흡수하는 것을 그 주된 내용으로 하고 있는 점, 원고가 구리도매시장으로 이전하지 아니하고 있는 것은 원고가 이를 거부하였기 때문이 아니고 원고는 피고의 시장이전계획에 순응하여 구리도매시장으로 이전하기 위하여 준비하고 있었으나 당초의 계획 및 위 재지정시의 예상과는 달리 원고가 구리도매시장의 도매시장법인 지정에서 탈락하였기 때문인 점, 뇌물수수와 같은 위법한 행위를 하여 구리도매시장의 도매시장법인 지정을 받은 위 고려청과주식회사를 제외한다면 원고는 당연히 그 도매시장법인으로 지정되었으리라는 점 (위 고려청과주식회사를 제외하면 지정신청 법인이 원고를 포함하여 2개 법인만이 남게 된다), 원고가 구리도매시장의 도매시장법인으로 지정됨이 없이 청량리시장에서도 도매시장법인으로 기능할 수 없게 된다면 원고뿐만 아니라 원고에게 소속되어 청과 거래를 하던 많은 상인들이 영업을 중단할 수 밖에 없게 되는 점, 원고가 그 영업을 개시한 이래 22년간이나 위탁경매를 하지 아니한 것은 그 감독관청인 피고의 묵인 하에 이루어진 것이라고 밖에는 볼 수 없는 점 또한 인정되는 바, 이상과 같은 제반 사정을 종합할 때, 당초의 구리도매시장의 건설계획과는 다르게 기존의 상권에서 22년 간이나 도매시장법인으로 영업하여 온 원고에게는 그 도매시장법인의 지정을 하지 아니한 채, 단순히 구리도매시장을 활성화하고 서울 동북권의 유통구조를 개선할 필요가 있으며 원고가 법에서 정한 위탁경매를 하지 아니하였다는 이유만으로 원고에 대한 청량리시장에서의 도매시장법인 지정을 취소한 이 사건 처분은, 그에 의하여 달성하려는 공익적 목적을 감안하더라도 원고에게

너무 가혹하여 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용한 것으로서 위법 하다고 할 것이다.

## 6. 도매시장법인과 위탁수수료(서울고등법원 1997.6.24. 96나2240)

### 가. 당사자 등

【원고, 항 소 인】 주식회사 ○○○○ 외1

【피고, 피항소인】 사단법인 농수산물도매시장법인 협회 외 24

【원심판결】 서울지방법원 1995. 11. 23. 선고 95가합15280 판결

### 나. 판결이유

#### (1) 기초사실

(가) 원고들은 외국산 청과물을 수입하여 판매하는 회사들이고, 피고 사단법인 농수산물도매시장법인 협회(이하 피고 협회라고 한다)는 농수산물유통및가격안정에 관한 법률(이하 농안법이라고만 한다) 제38조에 의하여 농수산물도매시장법인들로 구성된 법인이고, 나머지 피고들(이하 피고 도매시장법인들이라고 한다)은 농안법 제17조에 의하여 도매시장법인(농안법상 원래 명칭은 지정도매인 이었다가 1994. 11. 1. 법률 제4785호로 농안법이 일부 개정되면서 도매시장법인 으로 명칭이 바뀌었다)으로 지정되어 농안법에 의하여 설립된 회사로서 농수산물도매시장에서 청과부류의 출하자로부터 판매를 위탁받아 농수산물도매시장에 상장하여 경매 또는 입찰의 방법으로 판매하고 그 판매대금에서 위탁상장수수료를 받는 회사들이다.

(나) 농안법 제36조는 농림수산부 장관과 특별시장, 직할시장 또는 도지사는 거래질서의 확립과 품질향상을 통한 소비자보호를 위하여 특히 필요하다고 인정할 때에는 농림수산부령이 정하는 품목에 대하여 도매시장 또는 공판장이 개설된 특별시, 직할시 또는 시의 구역 안에서는 도매시장 또는 공판장의 유통과정을 거치지 아니하고 판매하거나 판매를 목적으로 매수하는 행위를 금지 또는 제한할 수 있다고 규정하고 있는바, 정부가 1991. 1. 1.부터 바나나와 파인애플을 수입자유화품목으로 전환하게 되자, 서울특별시장은 1991. 1. 8. 수입 과일 등의 가격안정과 유통질서를 확립하기 위하여 농안법 제36조 및 같은 법 시행령 제20조 제1항의 규정에 의하여 이들 품목을 거래제한품목으로 고시하여 도매시장이나 공판장에서의 상장경매절차에 의하여서만 이들 품목을 판매하도록 하였다.

(다) 피고 협회의 청과부류회원인 피고 도매시장법인들 중 대부분과 비회원인 피고 한전청과 주식회사 등은 1991. 1. 4. 바나나나 파인애플 등의 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 농안법 시행규칙과 서울특별시농수산물도매시장조례 제3조에 규정



된 최고한도인 판매대금의 6%를 받기로 하되, 그 중 절반에 해당하는 판매대금의 3%를 피고 협회에게 교부하여 상장판매제도 확대 및 유통개선을 위한 농수산물유통발전기금으로 출연하도록 하고, 피고 협회의 회원이 아닌 도매시장법인들에 대하여도 위 내용에 따를 것을 촉구하도록 결의하였다.

- (라) 그에 따라 피고 도매시장법인들은 외국청과물수입상들과 위탁판매계약을 체결하면서 위탁상장수수료로 판매대금의 6%에 해당하는 금액을 지급 받아 그 중 판매대금의 3%를 피고 협회에게 농수산물유통발전기금으로 출연하여 왔는데, 원고 주식회사 그린월드는 1991년과 1992년도에, 원고 주식회사 녹원통상은 1991년도에 각 피고 도매시장법인들에게 필리핀 등지에서 수입한 바나나 또는 파인애플 등의 상장판매를 위탁하고 판매대금의 6%에 해당하는 금액을 피고 도매시장법인들에게 위탁상장수수료로 지급하였는데, 원고들이 위 기간동안 피고 도매시장법인들에게 지급한 위탁상장수수료 금액은 별지 수수료 납부 내역 기재와 같다.
- (마) 그런데 원고들은 수입물량과다와 소비자의 외면으로 바나나 가격이 폭락하여 손해를 입게 되자 1994. 9. 23. 공정거래위원회에 피고들의 위 결의가 독점규제및공정거래에관한법률(이하 공정거래법이라고 한다) 제19조 제1항 제1호, 제2호에서 금지하고 있는 부당한 공동행위인 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위, 상품의 판매조건 또는 용역의 제공조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위에 해당된다고 하면서 피고들 모두를 피심인으로 하여 그 시정을 구하는 신고를 하였는데, 공정거래위원회는 조사결과 피고 도매시장법인들이 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하여 그 중 3%를 농수산물유통발전기금으로 출연하도록 결의한 것은 피고 협회가 주도하여 이루어진 것으로서 이는 피고 도매시장법인들간의 부당한 공동행위가 아닌 사업자단체인 피고 협회의 경쟁제한행위에 해당한다고 판단한 다음, 피고 협회가 회원들인 피고 도매시장법인들로 하여금 위 결의에 따라 판매대금의 6%에 해당하는 위탁상장수수료를 징수하여 그 중 3% 상당액을 농수산물유통발전기금으로 납부하도록 하는 행위는 공정거래법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호의 가격을 결정·유지하는 행위에 의하여 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위 및 같은 법 제26조 제1항 제3호의 구성사업자의 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당하고, 피고 협회의 비회원에 대하여도 위 결의의 내용을 이행하도록 하는 행위는 같은 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제8호의 다른 사업자의 사업활동이나 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위에 대하여 공정거래법에 위반된다는 이유로 같은 해 12. 15.에 ① 피고 협회는 1991. 1. 4.자 결의문 작성을 통해 현재 시행하고 있는 도매시장상장수수료의 결정·유지행위와 동 상장수수료의 3%를 기금으로 납부토록 하고 있는 행위를 중지하여야 하며, 농수산물도매시장에 있어서의 경쟁제한이나 사업자의 사업내용 및 활동을 부당히 제한하는 행위를 하여서는 아니된다. ② 피고 협회는 이 시정권고

를 받은 날부터 14일 이내에 위 ①항의 행위가 공정거래법에 위반되어 공정거래위원회로부터 시정권고를 받았다는 사실을 전국 42개 청과물부류 도매시장법인에게 서면으로 통지하여야 한다. 단, 통지문안은 사전에 공정거래위원회의 협의를 거친 것이어야 한다는 내용의 시정권고를 하였으며, 피고 협회는 같은 달 22. 공정거래위원회의 시정권고를 받아들여 1995. 1. 1.부터 위 결의에 따라 시행하고 있는 도매시장 위탁상장수수료의 결정·유지행위와 위탁상장수수료의 절반을 기금으로 납부토록 하는 행위를 중지하기로 결의하고, 같은 달 27. 공정거래위원회에 시정권고를 수락한다는 통지를 하였다.

- (바) 한편, 원고 주식회사 그린월드는 1991. 1. 경 소외 주식회사 두송사를 포함한 6개의 대형 바나나 수입업체들과 사이에 수입바나나에 대한 상장가격을 상자당 금 19,000원 내지 금 20,000원으로 유지하기로 결의하였는데, 공정거래위원회는 1991. 3. 8. 원고 주식회사 그린월드를 포함한 7개 바나나 수입업체들의 위와 같은 수입바나나의 상장가격에 대한 결의는 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 가격을 결정·유지하는 부당한 공동행위에 해당함을 이유로 원고 주식회사 그린월드 등에 대하여 수입바나나의 상장가격을 공동으로 결정하는 등으로 경쟁을 실질적으로 제한하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다는 내용의 시정명령을 내림과 동시에 원고 주식회사 그린월드에 공정거래법 제22조 제1항에 의한 과징금 49,200,000원을 부과하는 명령을 내렸다.
- (사) 농안법 제35조 제1항 제2호, 제2항은 도매시장법인은 농수산물의 판매를 위탁한 출하자로부터 거래액의 일정률에 해당하는 위탁상장수수료를 징수할 수 있되, 그 수수료율을 농림수산부령에 위임하고 있고, 농안법의 위임에 따라 같은 법 시행규칙 제25조는 도매시장법인은 청과부류의 경우 위탁상장수수료를 거래금액의 1천분의 70 범위 내에서만 징수하도록 규정하고, 서울특별시농수산물도매시장조례 제3조 제2항은 도매시장법인은 청과부류의 경우 위탁상장수수료를 거래금액의 1천분의 60 범위 내에서만 징수하도록 규정하고 있다.

(2) 판단

(가) 공정거래법 위반여부에 관한 판단

- ① 먼저, 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위가 공정거래법에 위반한 위법한 행위인가에 관하여 본다.
- ② 원고들은, 공정거래위원회가 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 획일적으로 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 공정거래법 제19조에 위반되는 부당한 공동행위에 해당한다는 판단을 내리고 피고 협회에게 시정권고를 내렸는데 피고

협회가 그 시정권고를 수락함에 따라 공정거래위원회의 시정권고는 확정되었으므로 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 공정거래법에 위반한 행위로서 당연히 위법하다고 주장하고, 이에 대하여 피고들은, 피고들의 위와 같은 행위는 실질적으로 공정거래법에 위반되지 아니하는 적법한 행위일 뿐 아니라 외국농산물의 수입에 따른 정부의 행정지도에 따라 이루어진 행위로서 적법한 행위라고 주장한다.

- ③ 위에서 본 바와 같이 원고 그린월드는 피고들을 모두 공정거래법위반으로 신고하였으나, 공정거래위원회는 조사결과 피고 도매시장법인들이 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하여 그 중 판매대금의 3%를 농수산물유통발전기금으로 출연하기로 결의한 것은 피고 협회가 주도하여 이루어진 것으로서 이는 피고 도매시장법인들간의 부당한 공동행위가 아닌 사업자단체인 피고 협회의 경쟁제한행위에 해당한다고 판단하고 피고 협회에 대하여만 시정권고를 하고 피고 협회가 그 시정권고를 수락하였으므로 피고 협회에 대하여는 공정거래법위반으로 인한 공정거래위원회의 시정권고가 확정되었다고 할 것이나, 피고 도매시장법인들에 대하여는 공정거래법위반으로 인한 공정거래위원회의 시정권고가 있었거나, 그 시정권고가 확정된 바 없다 할 것이다.

따라서 원고들의 피고 도매시장법인들에 대한 이 사건 청구는 민법상의 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구이므로 원고들의 피고 도매시장법인들에 대한 청구가 받아들여지기 위하여는 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 획일적으로 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위가 공정거래법에 위반되는 위법한 행위임이 인정되어야 할 것이고, 또한 사업자 또는 사업자단체의 공정거래법 위반행위로 인하여 손해를 입었음을 이유로 공정거래법 제56조 제1항에 의하여 손해배상청구를 하는 경우에도 공정거래위원회가 당해 사업자의 공동행위 또는 사업자단체의 행위가 공정거래법에 위반되는 위법한 행위임을 이유로 시정조치를 내리거나 시정권고를 내리고 그 시정조치나 시정권고가 확정되었다고 하더라도 공정거래위원회의 당해 공동행위에 대한 위법성 판단은 사실상 추정에서 그칠 뿐이어서 법원은 공정거래위원회의 위법성 판단에 구속되지 않고 별도로 사업자 또는 사업자단체의 공동행위의 위법성을 판단할 수 있다고 할 것이므로 과연 이 사건에 있어 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위가 공정거래법에 위반되는 위법한 행위인가에 관하여 보기로 한다.

- ④ 공정거래법 제19조 제1항은 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 다음

각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 함의(이하 부당한 공동행위 라 한다)를 하여서는 아니 된다고 정하면서 제1호로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 규정하고 있고, 같은 법 제26조 제1항은 사업자단체는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다고 정하면서 제1호로 제19조 제1항 각호의 행위에 의하여 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를, 제3호로 구성사업자의 사업 내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위를 각 규정하고 있으므로 형식적으로는 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 위반되는 행위에 해당하고, 피고 협회가 피고 도매시장법인들로 하여금 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 공정거래법 제26조 제1항 제1, 3호에 위반되는 행위에 해당하는 것처럼 보인다.

- ⑤ 그러나 공정거래법 제1조는 이 법은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다 라고 규정하고 있고, 제19조 제1항 단서는 산업합리화, 연구·기술개발, 불황극복, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력 향상 또는 거래조건의 합리화를 위한 경우로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다 라고 규정하고, 같은 법 시행령은 제24조 내지 제28조에서 같은 법 제19조 단서에 의하여 부당한 공동행위에서 제외되는 경우를 자세히 열거하고 있고, 한편 같은 법 제58조는 이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다 라고 규정하고 있는바, 위와 같은 공정거래법의 목적과 위 각 조항의 취지에 비추어 볼 때 사업자 또는 사업자단체의 경쟁 제한적 행위가 형식적으로 공정거래법의 직접적인 보호법익인 공정하고 자유로운 경쟁을 제한하는 행위에 해당하는 경우에도 사업자 또는 사업자단체의 경쟁 제한적 행위로 인하여 지켜지는 이익과 그로 인하여 침해되는 자유경쟁경제질서의 지라는 공정거래법의 직접적인 보호법익을 비교하여 볼 때 사업자 또는 사업자단체의 그와 같은 경쟁 제한적 행위가 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니한다고 인정되는 경우에는 그와 같은 행위는 적법한 행위로서 실질적으로 공정거래법에 위반되는 위법한 행위가 아니라고 할 것이다.
- 또한 농안법 제1조는 이 법은 농수산물의 유통의 원활을 기하고 적정한 가격을 유지함으로써 생산자와 소비자의 이익을 보호하고, 국민생활의 안정을 도모함을 목적으로 한다 고 규정하고, 같은 법 제12, 15조는 도매시장은 특별시·직할시 또는

시가 농수산부 장관의 허가를 받아 개설하되, 도매시장법인은 개설자가 지정하도록 규정하고 있고, 같은 법 제35조는 도매시장법인은 농림수산부령으로 정한 수수료 요율에 의한 위탁상장수수료 이외에는 어떠한 명목의 금원도 받을 수 없도록 규정하고, 같은 법 시행규칙 제25조 제2항은 법 제35조에 의한 위탁상장수수료의 최고 한도에 관하여 부류별로 각 규정하고 있으며, 한편 같은 법 제38조는 도매시장법인들은 10인 이상이 발기인이 되어 정관을 작성하여 농림수산부 장관의 인가를 받아 농수산물도매시장법인협회를 설립할 수 있되, 농수산물도매시장법인협회는 농림수산부 장관이 감독하도록 규정하고 있고, 같은 법 제60조는 농림수산부 장관은 도매시장법인에 대하여 그 재산 및 업무집행상황을 보고하게 할 수 있도록 규정하고, 같은 법 제62조는 농림수산부 장관은 일정한 경우 도매시장법인에 대하여 업무규정의 변경·업무처리의 개선 등 필요한 조치를 명할 수 있도록 규정하고 있는바, 비록 농안법에 농림수산부 장관이 도매시장법인의 위탁상장수수료의 결정에 대하여 행정지도를 할 직접적인 근거규정이 없다 하더라도 위 각 규정에 의하면 농림수산부 장관은 위탁상장수수료의 요율지정이나 도매시장법인 및 농산물도매시장법인협회에 대한 감독 등의 간접적인 방법으로 도매시장법인들의 위탁상장수수료의 형성에 개입할 수 있도록 되어 있고, 한편 유동적인 상황변화에 행정이 원활, 유연하게 대처하여야 할 필요성이 있다는 점에서 볼 때 농안법에 직접의 근거가 없는 위탁상장수수료에 대한 행정지도라고 하더라도 행정지도를 필요로 하는 사정이 인정되고, 그러한 사정에 대처하기 위하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 행정지도가 이루어지고 그것이 중국적으로 소비자의 이익을 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적에 반하지 않는 경우에는 그러한 행정지도는 적법하다고 할 것이므로 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위가 형식적으로 공정거래법에 위반하는 것으로 보더라도 그것이 적법한 행정지도에 응하여 그에 협력하여 이루어진 경우에는 적법한 행위로서 실질적으로 공정거래법에 위반되는 위법한 행위가 아니라고 할 것이다. 변론의 전취지를 보태어 보면, ① 피고 도매시장법인들은 국내 청과물의 출하자에 대하여 별도의 결의 없이 위탁상장수수료로 농안법과 그 시행규칙에서 정하고 있는 법정최고한도인 판매대금의 6%(서울) 내지 7%(지방)를 받고 있었던 사실, ② 정부의 바나나, 파인애플의 수입자유화조치에 따라 외국으로부터 청과물을 수입하여 판매하던 수입상은 원고들을 비롯하여 12개의 회사에 불과한 반면 수입청과물의 과다 반입으로 인하여 경제적 타격을 입게 될 국내 청과물 생산농가는 비교도 되지 않을 정도로 많았던 사실, ③ 피고 도매시장법인들이 수입청과물의 위탁판매를 유치하기 위하여 수입청과물에 대한 위탁상장수수료를 인한다면 수입청과물의 판매가격이 국내 생산 청과물의 판매가격보다 저렴하게 되어 국내 청과물

출하자와의 형평에 문제가 있을 뿐만 아니라, 바나나, 파인애플의 수입이 급증하게 되어 국내 청과물 생산농가에 전반적으로 큰 경제적 타격이 우려됨에 따라 국내 청과물 생산자의 반발이 예상되었던 사실, ④ 그러자 농림수산부는 관할 시·도지사에게 농안법에 따라 바나나나 파인애플 등의 주요수입청과물을 도매시장의 상장경매를 통하여 거래하여야 할 농산물로 지정하도록 지시하면서 국내 농가를 보호, 육성하기 위하여 도매시장법인은 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 지급 받되, 실경비 3%를 제외한 나머지 3%를 농안기금으로 출연하여 이를 국내 농산물 생산자 지원사업 등에 사용하기로 방침을 정하고, 1990. 12. 18. 피고 협회의 대표와 농협 등 유관기관의 대표들이 참석한 가운데 개최된 수입농산물 국내 유통문제에 관한 토론회에서 피고 협회에 대하여 도매시장법인들은 수입청과물에 대하여도 국내 생산 청과물과 마찬가지로 판매대금의 6%에 해당하는 위탁상장수수료를 징수하되, 수입청과물에 대하여는 출하장려금, 판매장려금 등을 지급할 필요가 없으므로 그 중 판매대금의 3%에 해당하는 위탁상장수수료만을 도매법인들의 수입으로 하고, 나머지 판매대금의 3%에 해당하는 위탁상장수수료는 유통발전기금으로 출연하여 그 기금으로 국내 농산물 생산자의 지원 및 유통구조개선사업에 사용하도록 행정지도를 하게 된 사실, ⑤ 그에 따라 피고 협회는 1991. 1. 4. 농림수산부의 행정지도에 호응하여 수입청과물인 바나나, 파인애플에 대한 위탁상장수수료로 법정최고한도인 판매대금의 6%를 징수하되 실비를 제외하고 남은 판매대금의 3%를 상장판매제도확대 및 유통개선을 위한 농수산물유통발전기금 출연금으로 충당하기로 결의한 사실, ⑥ 피고 도매시장법인들이 징수하는 위탁상장수수료는 상장된 청과물의 경매가격에 영향을 미치는 것이 아니라 경매나 입찰에 의하여 결정된 판매대금에 비례하여 출하자가 부담하는 것으로 일반 소비자들이 청과물을 구매하는 구매가격에 대하여는 직접적인 영향을 미치지 않는 사실, ⑦ 그 후 피고 도매시장법인들은 위 결의에 따라 입청과물의 위탁상장수수료로 받은 판매대금의 6% 상당액 중 판매대금의 3%에 해당하는 금액을 농수산물유통발전기금에 출연한 사실, ⑧ 피고 협회는 사실상 농림수산부의 감독 하에 1991년부터 1994. 9. 말경까지 피고 도매시장법인 등으로부터 총 금 14,477,881,000원의 농수산물유통발전기금을 출연받아 그 중 금 6,859,485,614원을 생산자 지원사업 및 상장경매지원사업 등에 사용한 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면, 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 형식적으로는 사업자간의 경쟁을 제한하는 공동행위에 해당하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 농산물의 수입개방에 즈음하여 도매시장법인들이 수입청과물의 상장 유치를 위하여 위탁상장수수료를 인하하는 등 과도한 가격경쟁을 할 경우 수입청과물의 위탁상장수수료가 국내 생산 청과물의 그것에 비하여 상대적으로 우대조치를 받게 되는 결과가 되고 그로 인하여

바나나와 파인애플 등의 외국청과물이 국내에 과다 반입되어 국내 청과물 생산자에게 심각한 경제적 타격을 가하는 등의 국내 농업경제에 미칠 영향을 최소화하고 농산물가격의 안정을 도모함으로써 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 것으로서 국민경제 전체의 입장에서 볼 때 경쟁제한으로 인하여 침해되는 자유경쟁경제질서의 유지라는 공정거래법의 직접적인 보호법익의 침해보다 그로 인하여 얻어지는 이익이 훨씬 크다고 할 것이어서 실질적으로 공정거래법에 위반되지 않는 적법한 행위라고 할 것이다.

또한 위 인정사실에 의하면 농림수산부가 피고 협회에게 한 위 행정지도는 농산물 수입개방이라는 유동적인 상황변화에 즉각적으로 원활하게 대응하기 위한 것으로 그와 같은 행정지도를 할 필요성이 있다고 할 뿐만 아니라, 그러한 상황변화에 대처하기 위하여 피고 협회에게 협조를 구하는 등 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 이루어졌고, 소비자의 보호와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적에 반하지 않는 것으로서 적법하다고 할 것이므로 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 농림수산부의 위와 같은 적법한 행정지도에 따라 그것에 협력하여 이루어진 것으로서 실질적으로 공정거래법에 위반되지 아니하는 적법한 행위라고 할 것이다.

⑥ 그렇다면 결국 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물인 바나나와 파인애플에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%에 해당하는 금액을 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 것은 형식적으로는 공정거래법에서 금지하고 있는 거래제한행위에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로는 농산물의 수입개방에 즈음하여 외국농산물의 과다반입으로 인하여 국내 농가에 심각한 경제적 타격을 가하는 등의 국내 농업경제에 미칠 부정적인 영향을 최소화하고 농산물가격의 안정을 도모함으로써 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 이룩하려는 정부의 행정지도에 호응하여 이루어진 것으로서 공정거래법이 추구하고 있는 궁극적인 목적인 소비자의 보호와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 적법한 행위라고 할 것이다.

⑦ 따라서 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위가 공정거래법을 위반한 위법한 행위임을 전제로 하는 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 모두 이유 없다 할 것이다.

(나) 손해발생여부에 관한 판단

① 가령 피고들의 위 결의에 따른 위탁상장수수료 6%의 징수행위가 공정거래법 위반행위에 해당한다고 하더라도 이를 이유로 원고들이 피고들에 대하여 손해배상을 청구하기 위하여는 피고들의 공정거래법 위반행위로 인하여 원고들에게 손해가 발

생한 사실이 인정되어야 할 것인 바, 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위로 인하여 원고들에게 손해가 발생하였는가에 대하여 살피기로 한다.

- ② 원고들은, 피고들의 위와 같은 공정거래법 위반행위로 입게 된 손해는 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하기로 한 결의에 따라 원고들이 피고 도매시장법인들과 여타 도매시장법인들에게 실제로 지급한 위 위탁상장수수료 액수에서 피고들의 위와 같은 위탁상장수수료 징수결의가 없었더라면 원고들이 피고 도매시장법인들과 여타 도매시장법인들에게 바나나와 파인애플의 상장을 위탁하면서 위탁상장수수료로 지급하였을 액수를 공제한 금액이 된다 할 것인데, 피고 도매시장법인들을 포함한 도매시장법인들은 일반적으로 국내 생산 청과물에 대하여 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수한 후 출하자에 대하여 출하장려금으로 판매대금의 1%에 해당하는 금액을, 중매인들에게 판매장려금으로 판매대금의 1%에 해당하는 금액을, 각 지급하여 실제로는 판매대금의 4%에 해당하는 금액만을 위탁상장수수료 수입으로 취득하여 왔으나, 원고들이 상장을 위탁한 수입청과물인 바나나와 파인애플에 대하여는 출하장려금이나 판매장려금을 지급할 필요가 없는 반면 도매시장법인들간의 공정한 경쟁을 통하여 추가로 판매대금의 1%에 해당하는 금액 상당의 위탁상장수수료 인가가 예상되어 피고들의 위탁상장수수료 징수에 대한 결의가 없었더라면 원고들이 상장을 위탁한 바나나와 파인애플에 대하여 도매시장법인들이 받았을 위탁상장수수료는 판매대금의 3%선에서 결정되었을 것이므로 결국 피고들의 위탁상장수수료 담합행위로 인하여 원고들이 입게 된 손해는 피고 도매시장법인들과 여타 도매시장법인들이 원고들로부터 실제 받은 판매대금에 대한 6%상당의 위탁상장수수료에서 판매대금에 대한 적정 위탁상장수수료율인 3%상당액을 공제한 판매대금의 3% 상당액이라고 주장한다.
- ③ 따라서 과연 피고들의 위와 같은 위탁상장수수료 징수결의가 없었더라면 원고들 주장과 같이 피고 도매시장법인들과 여타 도매시장법인들이 원고들로부터 상장을 위탁받은 바나나나 파인애플에 대하여 판매대금의 3%에 해당하는 금액을 위탁상장수수료로 지급 받았을 것인지(그렇지 않더라도 피고 도매시장법인들과 여타 도매시장법인들이 원고들로부터 위탁상장수수료로 판매대금의 6%에 미달되는 금액을 지급 받았을 것인지)에 관하여 살피건대 이에 부합하는 원심증인 임○태의 증언은 단지 위 증인의 추측에 불과하므로 선뜻 믿기 어렵고, 갑11호증의 기재에 변론의 전 취지를 보태어 보면, 피고 도매시장법인들을 포함한 도매시장법인들은 일반 청과물의 판매를 위탁받는 경우 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하여 서울특별시농수산물도매시장조례규정에 의하여 일정한 경우 출하장려금 및 판매장려금으로 각 판매대금의 1%를, 시세차익보전금 등으로 판매대금의 1% 정도를 지급하고 있는데, 바나나나 파인애플 같은 수입청과물의 경우에는 위와 같은 출하장려



금이나 판매장려금, 시세차익보전금을 지급할 필요가 없는 사실을 인정할 수 있으나, 뒤에서 인정하는 사실에 비추어 볼 때 위와 같은 사실만으로 피고들의 위탁상장수수료 징수에 관한 결의가 없었더라면 피고 도매시장법인들이나 여타 도매시장법인들이 원고들로부터 상장을 위탁받은 바나나나 파인애플의 위탁상장수수료로 판매대금의 6%에 미달되는 금액을 지급 받았을 것이라고 인정하기 어려우며, 그밖에 갑17호증, 갑20호증의 1, 2, 3의 기재로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

- ④ 오히려 갑11 내지 19호증, 을2, 13호증, 을17호증의 1, 2, 을18, 26호증의 각 기재와 원심증인 양○우, 김○식의 각 증언에 변론의 전취지를 보태어 보면, ㉠ 피고 도매시장법인들을 포함한 도매시장법인들이 징수할 수 있는 청과부류에 대한 위탁상장수수료를 농안법시행규칙은 거래금액의 1천 분의 70 범위 내로 정하고 있고, 서울특별시농수산물도매시장조례는 거래금액의 1천 분의 60 범위 내로 정하고 있으나, 피고 도매시장법인들을 포함한 도매시장법인들은 농수산물시장이 개장한 이래 판매대금의 6% 내지 7%(서울은 6%, 지방은 7%)를 위탁상장수수료로 받아 왔고, 원고들이 피고 도매시장법인과 여타 도매시장법인들에게 바나나와 파인애플의 판매를 위탁할 당시에도 위탁상장수수료로 정부에서 농수산물 가격안정을 위하여 농수산물유통공사에 위탁하여 구매하거나 수입한 비축농산물의 판매시에만 예외적으로 판매대금의 3%를 징수하였을 뿐 나머지는 법정 최고수수료인 판매대금의 6% 내지 7%를 징수하고 있었던 사실(다만 감귤협동조합 출하품에 대하여는 출하장려금을 사전 공제하는 방식으로 판매대금의 5% 내지 6%를 위탁상장수수료로 징수하였다), ㉡ 수입청과물인 바나나와 파인애플은 1991. 1.경 거래제한품목으로 고시됨에 따라 농수산물도매시장의 도매시장법인이나 농협공판장을 통하여 상장경매절차를 통하여만 일반에게 판매할 수 있도록 된 사실, ㉢ 전국의 농수산물도매시장에 소속된 44개의 도매시장법인 중 32개 도매시장법인만이 피고 협회의 회원으로 가입하였을 뿐 아니라, 소외 농협중앙회 산하 공판장이 중앙회 소속으로 20개, 회원농협 소속으로 50여개(1991년도에는 56개, 1992년도에는 53개)가 각 설치되어 있어, 피고 협회의 회원인 피고 도매시장법인들은 피고 협회의 회원이 아닌 12개의 도매시장법인(이하 비회원 도매시장법인이라 한다)들과 농협중앙회 소속 공판장과 서로 경쟁적으로 수입청과물의 위탁판매를 하였는데, 피고들의 위탁상장수수료에 대한 결의에 참여하지 않은 비회원 도매시장법인과 농협중앙회 소속 공판장에서도 1991년 및 1992년에 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6% 내지 7%를 징수한 사실, ㉣ 피고 도매시장법인들이나 비회원 도매시장법인들은 국내청과물에 대하여 위탁상장수수료로 법정최고한도인 판매대금의 6% 내지 7%를 징수한 후 농림수산부의 농수산물도매시장의우수출하주등록및지원에관한지침에 정해진 요건하에 우수출하주로 등록된 생산자나 생산자단체에 한하여 판매대금의 1% 내지

2%(서울을 제외한 나머지 지역은 1%정도)에 해당하는 금액을 출하장려금으로 지급하고, 도매시장법인들에 의하여 상장된 농수산물만을 거래할 수 있는 중도매인에게 구매력증진과 외상대금회수를 촉진하기 위하여 일정기간내에 외상미수금을 납부하는 경우에 한하여 상호약정에 의하여 판매장려금으로 판매대금의 1%정도(서울을 제외한 나머지 지역은 1.2% 내지 1.5%)에 해당하는 금액을 지급하고, 판매위탁자에게 다른 도매시장법인과 판매대금에 차이가 있는 경우에 한하여 시세차익보전금으로 판매대금의 0.2% 내지 0.3%를 지급한 사실(서울을 제외한 지방에서는 시세차익보전금을 지급하지 않는 경우도 있다), ㉠ 1991년도의 경우 피고 도매시장법인들을 포함한 도매시장법인들이 실제로 출하장려금을 지급한 것은 전체거래의 30%정도에 불과하고, 판매장려금을 지급한 것은 전체거래의 약 40%정도에 불과한 사실, ㉡ 피고 도매시장법인들과 비회원 도매시장법인들은 위탁상장수수료율의 인하가 아닌 출하자에 대한 각종 행사 지원, 정보제공, 출하물의 상장판매가격을 높게 받아주는 방법 등으로 서로 출하물량을 확보하기 위한 경쟁을 하고 있고 출하자들도 위탁상장수수료를 인하하는 것이 아닌 출하물의 상장판매가격을 높게 받도록 하여 주는 도매시장법인에 대하여 상장을 위탁한 사실, ㉢ 한편 정부는 1991. 1. 1. 부터 바나나와 파인애플을 수입자유화품목으로 고시하면서 관할 시·도지사로 하여금 수입청과물의 불공정한 거래를 방지하고 농산물의 수입개방으로 인하여 국내 농촌경제에 미치는 부정적인 영향을 최소화하기 위하여 바나나와 파인애플을 농안법 제36조에 의한 거래제한품목으로 고시하도록 하면서 아울러 농산물에 대한 수입개방으로 인하여 국내 농민들이 입게 될 피해를 최소화하기 위하여 피고 협회를 포함한 농협 등 수입청과물의 상장을 맡고 있는 사업자들에게 위탁상장수수료 등에 있어 수입청과물을 국내 생산 청과물보다 우대하는 일이 없도록 행정지도를 한 사실, ㉣ 만약 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 상장을 유치하기 위하여 위탁상장수수료율을 당시 국내 생산 청과물에 대한 위탁상장수수료율인 6% 내지 7%보다 인하하게 되면 수입청과물을 우대하는 결과가 되고 그로 인하여 외국청과물이 국내에 과다 반입되는 결과가 되어 외국농산물 수입개방을 둘러싼 당시의 사회분위기에 비추어 볼 때 도매시장법인들은 국내 농산물 생산자로부터 항의에 직면하게 될 뿐만 아니라, 도매시장법인들의 이익에 급급한 나머지 국내 농산물 생산자보다 농산물수입상을 더 보호한다는 극심한 사회적인 비난을 받을 우려가 있었던 사실을 인정할 수 있다.

따라서 첫째 출하자에 대한 출하장려금이나 중매인에 대한 판매장려금 및 시세차익보전금은 일정한 요건에 해당하는 경우에만 지급되는 것으로서 실제 위와 같은 출하장려금이나 판매장려금이 지급된 것은 전체거래의 일부에 불과한 반면 피고 도매시장법인들은 판매장려금이나 출하장려금의 지급요건에 해당하지 않는 농산물의 위탁판매 시에도 위탁상장수수료는 법정최고수수료인 6%를 징수하여 왔고, 둘

째 피고 도매시장법인들과 경쟁적 관계에 있으면서 위 결의에 참가하지 않는 비회원 도매시장법인들이나 농협중앙회 소속 공판장에서도 바나나와 파인애플 같은 수입청과물에 대하여 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 지급 받아 왔으며, 셋째 정부에서 바나나와 파인애플을 수입자유화품목으로 지정하면서 수입청과물의 과다반입으로 인한 농민들의 피해나 불만을 최소화하기 위하여 바나나와 파인애플을 거래제한품목으로 고시함과 아울러 피고 협회 등에게 수입청과물에 대하여 국내 생산 청과물보다 우대하는 조치를 하지 않도록 행정지도를 하고 있었고, 넷째 도매시장법인들이 수입청과물에 대하여 국내 생산 청과물에 대한 위탁상장수수료인 6%보다 낮은 위탁상장수수료를 징수하는 경우에는 청과물의 유통이라는 공익적 기능을 담당하고 있는 도매시장법인들이 자신의 이익에만 급급한 나머지 수입청과물에 특혜를 주어 외국청과물의 수입을 촉진하고 국내농촌경제를 피폐하게 만든다는 사회적 비난을 받을 수밖에 없었던 것이 그 당시의 우리사회의 전반적인 분위기가었던 점에 비추어 볼 때 피고들의 위와 같은 결의가 없었더라면 도매시장법인들간의 공정하고 자유로운 경쟁에 의하여 원고들이 상장을 위탁한 피고 도매시장법인들이나 여타 도매시장법인들이 바나나나 파인애플에 대한 위탁상장수수료로 국내 생산 청과물에 대한 위탁상장수수료율인 6%보다 낮은 비율의 금액을 징수하게 되었으리라고 보기 어렵다.

- ⑤ 그렇다면 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위로 인하여 원고들이 상장을 위탁한 피고 도매시장법인들이나 여타 도매시장법인들에게 바나나나 파인애플에 대한 위탁상장수수료를 과다 지급하게 되는 손해를 입게 되었다고 할 수 없으므로 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구는 이 점에서도 이유 없다 할 것이다.

## [4] 仲都買人에 관한 判例

### 1. 중도매인에 대한 중도매업 허가 취소에 관한 판례 (대법원 2002.3.26. 2001두5927)

#### 가. 판시사항

- [1] 중도매인의 월간 최저 거래기준을 정하고 3개월 연속 그 기준에 미달할 경우 중도매업허가취소처분을 할 수 있도록 규정하고 있는 구서울특별시농수산물도매시장조례 제4조, 제5조 및 구서울특별시농수산물도매시장조례시행규칙 제17조의2 [별표 2] 1.의 가. 제12호(다)목의 규정의 효력(유효)
- [2] 지방자치단체가 월간 거래실적이 조례로 정한 최저 거래기준에 미달하는 도매시장의

중도매인에 대하여 중도매업허가를 취소한 경우, 이 취소처분은 구농수산물유통및가격안정에관한법률의 입법취지, 중도매인의 역할 및 적절한 처분을 하지 않을 경우의 파급효과 등 공익목적에 고려하면 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이 아니라고 본 사례

**나. 판결요지**

[1] 비록 구 농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문 개정되기 전의 것)이 중도매인에게 거래실적을 유지하도록 하는 명문의 규정을 두거나 이러한 내용에 관하여 조례로써 정하도록 명시적으로 위임하고 있지는 아니하나, 엄격한 규제방법을 통하여 도매시장의 적절한 운영을 도모하려는 같은 법의 취지와 더불어 농수산물의 유통과정에 있어서의 중도매인의 지위와 역할에 비추어 볼 때, 만일 중도매인이 그 업무를 충실히 수행하지 아니한다면 도매시장에서의 거래를 통하여 농수산물의 유통의 원활을 기한다는 같은 법의 입법목적 달성에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 점, 도매시장에서의 공정한 거래질서 확립을 위하여 마련한 같은 법 제37조 등의 규정은 중도매인이 어느 정도 이상의 거래실적을 유지함으로써 도매시장이 그 기능을 발휘하고 있음을 전제로 하고 있는 점, 그리고 같은 법이 도매시장에서의 정상적인 거래를 방해하는 행위를 금지하고 있는 이상 이러한 방해행위에 못지않은 피해를 줄 수 있는 장기간에 걸친 거래실적 미달행위에 대한 제재를 마련하는 것이 같은 법의 규정 취지에 부합한다고 할 것인 점 등에 비추어 볼 때, 중도매인의 월간 최저 거래기준을 정하고 이에 미달할 경우 허가취소의 처분을 하도록 규정하고 있는 구 서울특별시농수산물도매시장조례(2001. 4. 16. 조례 제3859호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제5조 및 구 서울특별시농수산물도매시장조례시행규칙(2001. 6. 30. 규칙 제3198호로 전문 개정되기 전의 것) 제17조의2 [별표 2] 1.의 가. 제12호 (다)목의 규정은 같은 법 제37조 등에 근거를 두고 그 법률규정이 예정하고 있는 사항을 구체화·명확화한 것으로서 위임근거가 있다고 보아야 한다.

[2] 지방자치단체가 월간 거래실적이 조례로 정한 최저 거래기준에 미달하는 도매시장의 중도매인에 대하여 중도매업허가를 취소한 경우, 이 취소처분은 구 농수산물유통및가격안정에관한법률의 입법취지, 중도매인의 역할 및 적절한 처분을 하지 않을 경우의 파급효과 등 공익목적에 고려하면 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이 아니라고 본 사례.

**라. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 이○갑

【피고, 상 고 인】 서울특별시장

【원심판결】 서울고법 2001. 6. 27. 선고 2000누16465 판결

## 마. 판결이유

(1) 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 구 서울특별시농수산물도매시장조례(2001. 4. 16. 조례 제3859호로 개정되기 전의 것, 이하 '조례'라 한다) 제5조는 중도매인이 유지하여야 할 월간 최저 거래기준을 정하고 있고, 제4조 및 조례시행규칙(2001. 6. 30. 규칙 제3198호로 전문 개정되기 전의 것) 제17조의2 [별표 2] 1.의 가. 제12호 (다)목은 중도매인의 거래실적이 위의 최저 기준에 3개월 연속 미달할 경우 중도매업허가 취소의 행정처분을 할 수 있도록 정하고 있는데, 이러한 조례 및 조례시행규칙의 규정내용은 지방자치법 제15조 단서가 정하는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항에 해당하는데도 이에 대해서는 아무런 법률의 위임이 없으므로 위 조례 및 조례시행규칙의 규정은 무효이고, 이에 근거한 이 사건 처분은 위법하다고 판단하였다.

구 농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 '농안법'이라 한다)은, 농수산물의 유통의 원활을 기하고 적정한 가격을 유지하게 함으로써 생산자와 소비자의 이익을 보호하고, 국민생활의 안정을 도모한다는 입법목적(제1조)을 달성하기 위하여 지방자치단체로 하여금 농수산물의 도매거래를 위하여 도매시장을 개설하도록 하고(제12조), 농림부장관 등의 허가를 받아 개설하도록 되어 있는 중앙도매시장의 경우 그 개설허가의 요건으로서, 도매시장의 운영에 관한 세부사항을 정한 업무규정의 내용이 도매시장의 건전한 운영을 기함에 적합하다고 인정될 것과, 개설되는 도매시장의 거래품목에 대한 당해 지역의 수급실적과 수급전망, 그리고 그 지역의 도매시장별 거래실적과 거래전망 등 내용이 들어 있는 운영관리계획서의 내용이 충실하고 그 실현이 확실하다고 인정될 것 등을 요구함으로써(제15조 및 구 농안법시행규칙(2000. 6. 23. 농림부령 제1366호·해양수산부령 제164호로 전문 개정되기 전의 것) 제5조, 제6조) 도매시장이 그 기능을 다하도록 배려하고 있으며, 또한 지방자치단체로 하여금 이와 같이 개설된 도매시장 안에 농수산물의 판매 등 업무를 담당할 적정수의 도매시장법인을 지정하도록 하고(제17조, 제18조), 중도매업의 허가 등을 받은 자에 한하여 도매시장법인이 시행하는 경매 또는 입찰에 참가하여 농수산물을 매수하여 이를 도매 거래할 수 있도록 하는 한편(제23조, 제24조, 제30조), 앞서와 같은 입법목적의 달성과 더불어 도매시장이 그 기능을 원활히 수행할 수 있도록 하기 위하여, 누구든지 도매시장에서의 정상적인 거래를 방해할 수 없음을 규정하고(제37조 제1항), 도매시장 개설자로 하여금 공정한 거래질서의 확립(제16조)과 도매시장에서의 거래질서 유지(제37조 제1항)에 필요한 조치를 취하도록 하고 있는 외에, 농림부장관 등에게 도매시장의 적정한 운영·관리에 관한 각종의 감독권을 부여하고 있으며(제61조 내지 제63조 등), 한편 조례는, 서울특별시가 농안법 제12조에 의하여 개설한 농수산물 도매시장의 운영관리상 필요한 사항을 규정하기 위하여(제1조), 도매시장의 운영에 필요한 여러 가지의 세부적인 규정을 마련하고 있는데, 그 중 제4조 제2항은 중도매인이 신고 없이 1월 이상 계속하여 그 업무를 휴업한 경우(제2호), 중도매인의 월간 거래실적이 조례 제5호가 정하는 월간 최저 거래기준에 3개월 이상 계속 미달하는 경우(제3호),

정당한 이유 없이 그 업무를 수행하지 아니함으로써 농수산물의 유통에 중대한 장애를 초래한 경우(제4호) 등의 사유가 발생하였을 때에는 그 중도매업의 허가를 취소할 수 있음을 규정하고 있는바, 비록 농안법이 중도매인에게 거래실적을 유지하도록 하는 명문의 규정을 두거나 이러한 내용에 관하여 조례로써 정하도록 명시적으로 위임하고 있지는 아니하나, 앞서와 같은 엄격한 규제방법을 통하여 도매시장의 적정한 운영을 도모하려는 농안법의 취지와 더불어 농수산물의 유통과정에 있어서의 중도매인의 지위와 역할에 비추어 볼 때, 만일 중도매인이 그 업무를 충실히 수행하지 아니한다면 도매시장에서의 거래를 통하여 농수산물의 유통의 원활을 기한다는 농안법의 입법목적 달성에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 점, 도매시장에서의 공정한 거래질서 확립을 위하여 마련한 농안법 제37조 등의 규정은 중도매인이 어느 정도 이상의 거래실적을 유지함으로써 도매시장이 그 기능을 발휘하고 있음을 전제로 하고 있는 점, 그리고 농안법이 도매시장에서의 정상적인 거래를 방해하는 행위를 금지하고 있는 이상 이러한 방해행위에 못지 않은 피해를 줄 수 있는 장기간에 걸친 거래실적 미달행위에 대한 제재를 마련하는 것이 농안법의 규정 취지에 부합한다고 할 것인 점등에 비추어 볼 때, 중도매인의 월간 최저 거래기준을 정하고 이에 미달할 경우 허가취소의 처분을 하도록 규정하고 있는 조례 제4조, 제5조 및 조례시행규칙 제17조의2 [별표 2] 1.의 가. 제12호 (다)목의 규정은 농안법 제37조 등에 근거를 두고 그 법률규정이 예정하고 있는 사항을 구체화·명확화한 것으로서 위임근거가 있다고 보아야 한다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이와 다른 견해에 서서 위와 같은 조례 및 조례시행규칙의 규정에 대한 법률의 위임이 없다고 하여 이를 무효로 보고 이 규정에 따라 행한 이 사건 처분이 위법하다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 지방자치법 제15조 단서 농안법 제37조 등에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

(2) 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은 피고가, 원고의 월간 거래실적이 조례 제5조가 정하는 최저 거래기준에 3개월 이상 미달하였음을 이유로 원고에 대하여 조례 제4조 및 조례시행규칙 제17조의2 [별표 2] 1.의 가. 제12호 (다)목을 적용하여 한 이 사건 처분에 대하여, 가사 이와 같은 조례 및 조례시행규칙의 규정이 유효하다고 하더라도, 원고의 월간 거래실적이 최저 거래기준에 미달하게 된 것은 원고의 교통사고로 인한 입원치료 및 1997년도 말 무렵의 국내의 경제위기 등 불가피한 사정에 기인한 것이었고, 그 후 원고가 거래를 재개하여 이 사건 처분 당시 정상적인 영업을 하고 있었다는 사정을 감안한다면 이 사건 처분은 지나치게 무거워서 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 판단하였다.

그런데 앞서 본 바와 같은 농안법의 입법취지 및 농수산물 유통과정에 있어서의 중도매인의 역할 등을 고려하면 중도매인이 최소한도의 거래실적 조차 상당기간 동안 유지하지 아니할 경우 이는 도매시장의 기능을 현저히 저해하는 요인이 될 수 있어, 이러한 거래실

적 미달행위를 규제할 필요성이 크다 할 것이고, 또한 이 사건 기록에 의하면, 피고는 2000. 3. 27. 무렵에 이르러 최저 거래기준에 미달하는 중도매인에 대한 처리대책을 마련하면서 IMF로 인한 경제사정을 고려하여 최저 거래기준에 미달하는 중도매인 중에서 3개월 이상 거래실적이 전혀 없었던 자 339인에 대해서만 제재처분을 하기로 하고, 그 행정처분의 기준도 대폭 완화하여 1999. 12. 31.을 기준으로 기간을 역산하여 6개월 이상 거래실적이 없었던 154인에 대해서는 허가취소의 처분을, 그 외의 185인에 대해서는 소정의 기준에 따라 15일부터 3개월까지의 업무정지의 처분을 하기로 정해 놓았던 것인데, 원고의 경우 1998. 1.부터 같은 해 5.까지, 그리고 같은 해 11.부터 1999. 12. 31.까지 총 19개월 동안 거래실적이 전혀 없어 위와 같이 피고가 정한 허가취소의 기준을 충족함에 따라 이 사건 처분이 이루어지게 되었던 사실, 한편 원고는 교통사고로 인하여 1996. 12. 28.부터 1997. 3. 10.까지, 그리고 1998. 12. 25.부터 1999. 3. 9.까지 입원치료를 받았던 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실과 같이 원고가 장기간 동안 거래를 중단하였고, 그러한 거래중단의 기간이 입원기간을 제외하고도 9개월 이상이나 되는 점, 피고가 개설한 도매시장 안에서 중도매업의 허가를 받은 자 중 이 사건 원고와 같이 최소 거래기준을 지키지 못한 중도매인의 숫자가 결코 적다고 할 수 없는 점 및 이러한 중도매인에 대하여 적절한 제재조치를 취하지 아니할 경우 우려되는 파급효과 등을 고려하면 원심이 내세우는 제반 사정을 감안한다고 하더라도 피고가 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익목적이 원고가 이로 인하여 입게 될 불이익보다 가볍다 할 수는 없다.

그럼에도 불구하고, 원심이 그 판시와 같은 사정만을 들어 이 사건 처분이 재량권을 남용하였거나 그 범위를 일탈한 것이라고 단정하였으므로 이는 결국 재량권의 남용 및 그 범위의 일탈에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

이 점을 지적하는 상고이유의 주장도 이유 있다.

## 2. 중도매인의 법적 지위에 관한 판례(대법원 1991. 8. 13. 91다14970)

### 가. 판결요지

중매인이 군수산업협동조합으로부터 경락 받은 수산물에 숨은 하자가 있어도 농수산물 유통및가격안정에관한법률에 기한 위 조합의 공판사업규정이 정한 바에 따라 즉시 이의하고 그 인수를 거부하지 아니한 이상 상법 제69조 제1항 소정의 손해배상청구를 할 수 없다.

### 나. 관련법령

농수산물유통및가격안정에관한법률 제33조, 제43조

### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○구

【피고, 피상고인】 용진군수산업협동조합

【원심판결】 서울고등법원 1991.4.3. 선고 90나43904 판결

### 라. 판결이유

원심판결 이유에 의하면 원심은 피고는 어민의 이익을 위하여 어민이 생산한 수산물을 위탁받아 판매하는 자이고 원고는 피고로부터 수산물을 경락 받아 소매상에 판매하는 중매인으로서 10여년 간 새우젓의 경매에 관여하여온 사실, 원고는 1987.11.4. 피고의 야적위판장에서 피고로부터 새우젓 103드럼을 경락 받아 소외 김○남등 소매상에게 판매하였으나 위 새우젓중 일부에 심한 석유냄새가 나서 식용으로 사용할 수 없음이 소매과정에서 발견되어 그중 40드럼이 위 경매일로부터 3,4일간에 걸쳐 원고에게 반품되어 왔고 원고는 같은 달 9. 이러한 사실을 피고에게 통지하고 그 무렵 위 새우젓을 피고에게 반품한 사실, 새우를 어획하여 선상에서 소금에 절여 운반선으로 운반하여 입항하는 과정에서 빈 석유 드럼통의 마개가 잘 감겨져 있지 않거나 하면 뒤섞여져 실려 있는 새우젓드럼통속에 석유가 혼입될 수 있는 사실, 원고는 그 후 위 새우젓 대금 11,722,300원을 모두 피고에게 지급한 사실을 인정한 다음, 피고에게 위 새우젓의 매도 인으로서 그 매도한 새우젓에 석유가 혼입되어 식용으로 사용될 수 없게된 하자가 있음으로 인하여 위 새우젓대금 상당금 11,722,300원의 손해를 입었다고 하여 그 배상을 구하는 원고의 이 사건 청구에 대하여, 피고는 어민과 수산제조업자의 이익을 위하여 수산업협동조합법에 근거하여 설립된 법인으로서 농수산물유통및가격안정에관한법률 제39조, 제43조, 위법 시행규칙 제13조에 따라 농수산부 장관의 승인을 얻어 농수산물공판장을 개설할 수 있고 그 개설승인신청서 공판사업규정 및 운영관리계획서를 제출하도록 정하여져 있으며 위 법률 제33조에서는 도매시장에 상장된 농수산물의 매수인은 매매가 성립한 즉시 그 농수산물을 인수하여야 하고 매수인이 정당한 사유 없이 인수를 거부, 또는 태만히 한때에는 그 매수인의 부담으로 농수산물을 일정기간 보관하거나 그 이행을 최고하지 아니하고 그 매매를 해제하여 다시 매매할 수 있고 이로 인한 차손금은 당초의 매수인이 이를 부담하도록 규정하고 있으며 위 법률에 기한 피고의 공판사업규정인 판매 및 이용가공사업규정 제19조는 위탁물의 경락후 매수자는 인수를 거부할 수 없고 다만 매수자가 정당한 사유로 인수를 거부코자 할 때에는 경매현장에서 즉시 이의를 신청하여야 하며 그 경우 정당한 사유라 함은 육안으로 식별할 수 없었던 불량품, 또는 저질품의 다량혼입으로 매수자에게 현저하게 손해를 끼친다고 인정될 경우를 말한다고 규정하고 있으며, 원고는 원,피고 사이의 중매인거래약정서 제8조에 따라 위 약정 및 피고의 정관, 총회 및 이사회결정 기타 위 약정 이외의 사업수행상 필요한 피고의 지시를 준수하여야 하도록 되어 있고 위 경매일에 피고는 경매를 하기 위하여 야적장에 약 270드럼의 새우젓을 상장하였고 원고는 다른 중매인들과 경매시작 전에 2,3시간동안 그곳에 비



치된 감별기로 이물질의 투입여부나 드럼통 깊숙한 곳의 새우젓의 상태 등을 감별한 후 그 중 3드럼의 새우젓에서 석유냄새가 난다고 하여 가려 놓기도 한 사실이 인정되므로 따라서 피고조합과 중매인간의 수산물매매에 있어서는 거래의 신속한 결제를 위하여 매수인이 목적물인 수산물을 수령한 때에는 현장에서 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우(하자 또는 수량의 부족정도는 육안으로 식별할 수 없었던 불량품 또는 저질품이 다량혼입되어 현저한 손해를 입힐 경우이어야 한다)에는 매매현장에서 매도인인 피고에게 그 통지(이의신청)를 하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상청구를 하지 못하도록 되어 있고 한편 원고는 다년간 새우젓의 경매에 관여하여 온 중매인으로서는 위 경매당일 3드럼의 새우젓에서 석유냄새가 나는 것이 발견되기도 했던 점에 비추어 경매시에 석유냄새가 나는 새우젓을 다 가려 내지 못했더라도 위 경매 후에라도 지체 없이 위 새우젓들을 검사하였더라면 석유냄새가 나는 새우젓을 감별해낼 수 있었을 것이고 위 인정의 공판규정에 따라 육안으로 식별할 수 없었던 불량품임을 주장하여 현장에서 즉시 이의하고 그 인수를 거부할 수 있었을 터인데 위에서 인정된 바와 같이 위 경매후 아무런 검사도 하지 아니하고 바로 소매상들에게 위 매수한 새우젓들을 판매해 버렸기 때문에 위 경매후 여러 날이 지나서 소매상들로부터 반품이 있고서야 뒤늦게 위 하자를 알게 되어 피고에게 이의함으로써 원고가 준수하여야 할 위 공판규정상의 즉시 이의신청규정을 위배한 것이어서 원고는 피고에게 위 하자로 인한 손해배상을 청구할 수 없게 되었다고 판시하고, 당시 날씨가 추웠으므로 새우젓 고유의 냄새 외에 드럼통 깊숙한 내용물 속에 혼입된 석유로 인한 석유냄새를 맡을 수는 없었던 것이고 이러한 하자는 상법 제69조 제1항 소정의 숨은 하자에 해당되므로 6개월 내에 이를 발견하고 반품한 원고에게는 위법에서 정한 바의 손해배상청구권이 있다는 주장에 대하여는 농수산물의 유통 및 가격안정을 기하기 위하여 제정된 위 농수산물유통및가격안정에관한법률이 농수산물의 거래에 관한 한 일반법인 민법 및 상법의 특별법의 위치에 있다고 하여 이를 배척하였는 바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 모두 수긍이 되고 거기에 소론과 같은 증거법칙을 위반한 위법, 채증법칙위반으로 인한 사실오인, 하자담보책임에 관한 법리오해 또는 위 판매 및 이용가공사업규정 제19조 등의 법률적 성질을 오해하였거나 법률해석을 잘못된 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유 없다.

#### 마. 해설

이 사건은 농약냄새가 나는 새우젓을 매수한 원고가 이를 매도한 피고에게 손해배상을 구한 민사사건이다. 그러나 피고인 수산업협동조합은 사인이 아닌 수산업협동조합법에 근거한 특수법인이고 따라서 이들간의 관계에도 많은 공법규정이 적용된다. 아래에서는 이들 규정의 성격과 효력여부를 검토해 보기로 한다.

(1) 이 사안에서 원고에게 적용되는 공법인 제한

- ① 도매시장에 상장된 농수산물의 매수인은 매매가 성립한 즉시 그 농수산물을 인수 하여야 하고 (법 제33조 제1항).
- ② 도매시장법인은 제1항의 규정에 의한 매수인이 정당한 사유 없이 농수산물의 인수를 거부 또는 태만히 한 때에는 당해 매수인의 부담으로 그 농수산물을 일정기간 보관하거나 그 이행을 최고하지 아니하고 그 매매를 해제하여 다시 매매할 수 있다 (동조 제2항). 이 경우 차손 금이 생기면 당초의 매수인이 이를 부담한다(동조 제3항).
- ③ 농림수축협 기타 공익법인이 공판장을 개설하고자 할 때에는 시도지사의 허가를 얻어야 하며(제39조), 그 개설승인 신청 시에는 공판사업규정 및 운영관리계획서를 제출하도록 정하여져 있다(동 시행규칙 제13조).
- ④ 이에 의한 피고 수협의 공판사업규정인 판매 및 이용가공사업규정 제19조는 다음과 같은 내용을 규정하고 있다 : 수탁물의 경락후 매수자는 인수를 거부할 수 없고 다만 매수자가 정당한 사유로 매수를 거부코자 할 때에는 경매현장에서 즉시 이의를 신청하여야 하며, 그 경우 정당한 사유라 함은 육안으로 식별할 수 없었던 불량품, 또는 저질품의 다량혼입으로 매수자에게 현저하게 손해를 끼친다고 인정될 경우를 말한다.
- ⑤ 원피고 사이의 중매인 거래약정서를 제8조는 위 약정 및 피고의 정고, 총회 및 이사회 결의 결정 기타 위 약정 이외의 사업수행상 필요한 피고의 지시를 준수하여야 한다고 규정한다.

(2) 양당사자가 사인이었을 때 예상되는 결과

만약 당사자가 상인이므로 민법상 하자담보책임에 앞서 상법상 하자담보책임이 우선하여 적용된다. 상인간의 매매에 있어서는 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체 없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량부족이 있음을 발견한 때에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 않으면 대금감액·계약해제 또는 손해배상의 청구권을 상실한다(상법 제69조 제1항 전단). 이러한 의무를 해태하면 목적물을 승인한 것과 같은 효력이 생긴다. 그러나 하자를 즉시 발견할 수 없는 때에는 6월 내에 발견하여 통지하면 된다(동항 후단).

이 사안에서 과연 ‘숨은 하자’가 있었는지는 주어진 사실관계만으로는 확실히 답하기 힘들다. 또한 ‘숨은 하자’의 범위에 대하여서도 명확한 기준을 제시하고 있는 판례를 찾기 힘들다.

그러나 이 사안에서는 원심이 확정된 바와 같이, 원고가 이미 다른 중매인들과 경매시장 전에 2. 3시간이나 그곳에 비치된 감별기로 이물질의 투입 여부나 드럼통 깊숙한 곳의 새우젓의 상태 등을 감별한 후 그 중 3드럼에서 석유냄새가 난다고 해서 가려놓기까지 하였다. 그러나, 원고의 주장에 의하면 당시 날씨가 추웠으므로 새우젓 고유의 냄새 외에 드럼

통 깊숙한 내용물 속에 혼입된 석류로 인한 석유냄새를 맡을 수는 없었던 것이라고 한다. 그렇다면 원고로서도 즉시 검사를 이행하였다고 볼 수 있고, 그럼에도 불구하고 전체 103 드럼 중 40드럼에서 석유냄새가 났다면 이는 매수당시 발견할 수 없었던 숨은 하자에 해당한다고 볼 수 있고, 따라서 이에 대한 손해를 매수인인 원고에게 부담시킬 수는 없다고 본다.

### (3) 이 판결의 부당성

이 판결은, 농안법이 특별법이라는 이유로 아예 상법 규정의 적용을 배제시키고 있으므로 ‘숨은 하자’여부에 대한 판단에까지 나아가지 않았다. 그러나 과연 농안법의 규정이 상법 규정과 동일한 사안을 다르게 규율하여 특별법으로 우선 될 수밖에 없는 관계에 있는지는 의문이다.

이 사안에서 문제가 된 농안법 규정들은 매도인의 하자담보책임을 경감하고 있거나 매수인의 손해배상청구권을 제한하고 있지 않다(위 ①② 참조). 원고의 청구를 배척하게 된 직접적인 근거는 피고 조합의 공판사업규정인 판매 및 이용가공사업규정 제19조에서 ‘육안으로 식별할 수 없었던 하자가 있는 경우에도 현장에서 이를 검사하고 매매현장에서 매도인 인 피고에게 이의신청을 하지 아니하면 이로 인한 계약해제·손해배상·대금감액 등을 하지 못한다’고 규정하는 데에 있다.

그러나 이러한 공판사업규정은 수협 측에 의해 일방적으로 작성된 것으로서 어떠한 법규적 효력도 가지지 아니한다. 농안법 시행규칙에서 허가신청시에 공판사업규정을 제출하도록 하고 있을 뿐, 이 규정은 어떠한 법적 근거나 위임을 받은 바 없는 것이다. 따라서 이 공판규정에 따라 원고의 손해배상청구권을 배척하면서 ‘농안법이 민법 및 상법의 특별법의 위치에 있다’고 설시한 이 판결에서는 커다란 법리오해의 위법이 있다.

이 공판규정은 수협이 다수의 거래에서 그 법률관계를 획일적으로 정하기 위해 마련된 것이므로 ‘약관’의 성격이 짙다. 즉 즉시 이의신청 의무를 부과한 공판규정이 효력을 가진다면, 그것은 이 규정이 ‘특별법’이기 때문이 아니라 일종의 약관으로서 원피고간의 계약 내용을 구성하기 때문이다.

약관이라 함은 약관의 일방당사자가 다수의 상대방과 체결하기 위하여 미리 마련한 계약의 내용을 말한다(약관의 규제에 관한 법률 이하 약관규제법 제2조 제1항). 약관으로 인정되기 위한 요건은 ① 사업자와 고객 사이에 장래 체결될 계약의 내용이 될 사항을 포함하고 있을 것 ② 쌍방 당사자가 계약체결에 임하여 서로 협의해서 결정한 것이 아니라, 일방당사자가 계약체결 이전에 미리 동종·다수의 계약을 위하여 마련한 것일 것 ③ 다수의 추상적 거래를 위하여 사전에 작성될 것 등을 드는 것이 일반적이다. 그리고 이러한 약관은 당사자의 제안에 의해 계약 내용으로 편입된다.

이 사안의 경우, 이 공판 규정은 수협이 도매시장 내 공판장에서 매수인들과 거래를 함에 있어 거래조건 및 각종의 권리의무관계를 미리 확정해 놓는 의미를 가지므로, 약관규제

법 상의 약관이라 볼 수 있다. 그렇다면 그 규정이 당사자간의 거래관계를 규율하기 위하여는 이 규정상의 조항들이 약관규제법상의 ‘불공정조항’에 해당하지 않아야 한다.

불공정조항에 관하여는 동법 제6조부터 제7조까지 여러 가지를 예시하고 있는 바, 제7조에서 규정하는 ‘면책조항의 금지’에 해당할 가능성이 있다. 특히 동조 제3호는 “상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 다른 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항을 무효”라고 규정한다. 이 사안처럼 “육안으로 식별되지 않는 하자라도 매매 현장에서 즉시 이의신청은 무효”라고 규정한다. 이 사안처럼 “육안으로 식별되지 않는 하자라도 매매 현장에서 즉시 이의신청하지 않으면 손해배상청구권 등이 없다”는 규정은 하자담보책임을 사실상 배제하는 조항으로 밖에 보이지 아니하므로, 불공정한 면책 조항으로서 위법무효라고 보아야 한다.

정리하면, 농안법이 특별법이므로 상법이 적용되지 않는다는 이 판결 판시는 명백히 잘못이다. 이 사건 원고의 청구를 배척하게 된 근거는 농안법 규정에 있는 것이 아니라 수협의 공판규정에 있기 때문이다. 다만 상법의 하자담보책임 규정도 임의규정이라 할 것이므로 당사자의 약정이 우선하는 바, 이 공판규정은 양당사자의 거래조건 기타 법률관계를 획일적으로 규율하는 것이므로 계약의 내용에 편입되어 당사자간에 효력을 가질 수 있다. 그러나 위에서 본 바와 같이 이 조항은 매수인의 권리를 지나치게 박탈하는 것으로서 무효라고 보아야 한다.

따라서 결국은 상법상 하자담보책임을 규정이 적용된다고 보아야 하고, 원심법원은 새우젓에 석유가 혼입된 것이 ‘숨은 하자’인가 여부를 심리했어야 할 것이다. 이러한 점을 지적하지 않은 이 대법원 판결은 ‘공판규정’을 마치 법규의 효력을 가지는 것인 양 오해한 잘못을 범하고 있다.

### 3. 중도매업 업무정지 처분에 관한 판례 (서울행정법원 2000.4.28. 99구16893)

#### 가. 당사자 등

【원 고】 주식회사 ○○수산

【피 고】 서울특별시장

#### 나. 관련규정

[농수산물유통및가격안정에관한법률]

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. “중도매인”이라 함은 제23조·제39조의 3 또는 제39조의 5의 규정에 의하여 개설자의 허가 또는 지정을 받아 농수산물도매시장 또는 농수산물공판장에 상장된 농수산물

또는 제28조의 규정에 의하여 개설자의 허가를 받은 비상장농수산물을 매수하여 도매 거래를 하는 자를 말하며, 대통령령이 정하는 경우에 한하여 그 매수를 중개하는 영업을 할 수 있는 자를 말한다.

제23조 (중도매업의 허가)

① 중도매인의 업무를 하고자 하는 자는 부류별로 당해 도매시장개설자의 허가를 받아야 한다.

제28조 (수탁판매의 원칙)

① 도매시장에서 도매시장법인이 행하는 도매거래는 수탁판매의 방법으로 하여야 한다. 다만, 농림부령 또는 해양수산부령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우에는 자기계산으로 매매할 수 있다.

② 중도매인은 상장된 농수산물 외의 농수산물 거래를 할 수 없다. 다만, 농림부령 또는 해양수산부령이 정하는 상장거래가 적합하지 아니한 농수산물 기타 이에 준하는 농수산물로서 그 품목과 기간을 정하여 개설자의 허가를 받은 농수산물의 경우에는 그러하지 아니하다.

제63조 (업무정지 또는 허가취소등)

③ 도매시장의 개설자는 중도매인(제23조 및 제39조의 5의 규정에 의한 중도매인에 한한다. 이하 같다) 또는 수집상이 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때에는 6월이 내의 기간을 정하여 그 업무의 정지를 명하거나 중도매업의 허가 또는 수집상의 등록을 취소할 수 있다.

제63조의2 (과징금 처분)

① 농림부장관 또는 해양수산부장관, 시·도지사 또는 도매시장의 개설자는 도매시장법인등이 제63조 제2항에, 중도매인이 제63조 제3항에 해당하여 업무정지를 하고자 할 경우, 그 업무의 정지가 당해 업무의 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 공익을 해할 우려가 있을 때에는 업무의 정지에 갈음하여 도매시장법인등에게는 1억원 이하, 중도매인에게는 1,000만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

[서울특별시농수산물도매시장조례]

제4조(중도매업의 허가등)

② 시장은 중도매인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 중도매업의 허가를 취소할 수 있다.

5. 법 제28조 제2항 단서규정에 의한 허가를 받지 않고 비상장 농수산물을 거래하거나 농수산물을 수집하여 도매시장에 출하한 경우

제16조의 2(행정처분) 이 조례의 규정을 위반한 자에 대한 행정처분 기준은 규칙으로 정한다.

[서울특별시농수산물도매시장조례시행규칙]

제17조의 2(행정처분 기준) 조례 제16조의 2의 규정에 의한 행정처분기준은 별표 2와 같다.

[별표 2] 행정처분기준

1. 업무정지 및 허가(지정, 임명승인) 취소 기준

#### 다. 판결이유

##### (1) 사실관계

원고는 피고로부터 중도매업 영업허가를 받아 1997. 7. 3.부터 서울 가락동농수산물도매시장에서 수산물중도매업을 영위하여 오면서, 1998년 2월까지 수산부류 상장경매품목인 미더덕(이하 미더덕이라고만 한다) 1,500상자를 출하주로부터 직접 위탁받아 거래하다가 적발되어 피고로부터 1998. 6. 5. 영업정지 15일에 갈음하여 1,000,000원의 과징금부과처분을 받았다.

그런데 원고는 위 처분 이후에도 1998년 7월부터 1999년 1월까지 미더덕 4,000상자 11,000,000원 상당을 산지출하주 김○수로부터 직접 위탁받아 거래하다가 다시 적발되어, 피고는 농수산물유통및가격안정에관한법률(이하 농안법 이라고만 한다) 제28조 제2항, 제63조 제3항, 서울특별시농수산물도매시장조례시행규칙 제17조의 2 별표 2 제5호에 기하여 원고를 1999. 6. 1.부터 1999. 8. 31.까지 3월의 업무정지에 처하는 이 사건 처분을 하였다.

##### (2) 가락동농수산물도매시장에서의 수산물 거래 현황

가락동농수산물도매시장(이하 가락동시장이라고만 한다) 내에서의 수산물 유통실태를 보면, 일부 수산물의 경우 농안법의 규정에 따른 실질적인 상장거래에 의하여 거래되기도 하나, 선어류(鮮魚類) 및 패류의 경우에는 대부분이 중도매인들에 의하여 위탁거래되고, 소위 형식경매, 기록상장이 행해지고 있다.

중도매인에 의한 위탁거래, 형식경매, 기록상장의 방식은, 중도매인들이 산지의 출하주로부터 직접 물건을 위탁받아 도매시장법인 소속의 경매사와 중도매인 사이에서 일 대 일로 형식적인 경매과정을 거친 후 마치 중도매인이 해당 물건을 경락 받은 것처럼 각종 거래내역서, 송품장, 정산서 등의 서류를 작성하고, 경락가격은 실제 판매가의 70% 내지 80% 정도로 기록하는 것으로, 당사자들의 합의 하에 외관상 경매의 형식을 갖추기 때문에 외부적으로 형식경매임을 적발하기는 쉽지 않다. 출하주는 위 위탁거래에 대하여 중도매인에게 물건값의 9%에 해당하는 위탁수수료를 지급하는데, 중도매인은 이 위탁수수료 중 3% 내지 4%를 도매시장법인에 위 형식경매에 따른 경매수수료로 지급하며 나머지 수수료 및 경락가와 실제판매가의 차익 상당은 자신의 이익으로 취득하고 있다.

따라서 형식상으로는 도매시장법인이 물건을 위탁받아 상장, 경매한 것으로 되어 있고 출하주에 대한 물건대금 지급도 도매시장법인이 하여야 할 것이나, 실제로는 출하주로부터

물건을 위탁받은 중도매인이 직접 출하주에게 물건대금을 지급하고 도매시장법인은 출하주와 중도매인간의 거래관계에 대하여 전혀 관여하지 않고 있어, 원고의 경우와 같이 자금력이 취약한 중도매인이 출하주에게 물건대금을 지급하지 못하는 일이 빈번하게 발생하고 있고, 이 때 출하주가 물건대금을 지급 받지 못하여 문제제기를 하는 경우 비로소 위탁거래 사실이 외부적으로 적발되고 있으며, 원고가 위 1차, 2차 행정처분을 받게 된 경위도 출하주들에게 물건대금을 지급하지 못하여 출하주들이 이에 관하여 진정하였기 때문이다.

농안법상 물건의 수집업무는 수집상이 담당하도록 규정되어 있는 바, 가락동시장에서 수산부류에 관하여 수집상 등록을 하고 활동하는 사람이 약 300명이고 이들이 수집하여 상장하는 물건은 전체 거래물량 대비 22% 정도이나, 실제로는 위 등록 수집상 중 상당수는 중도매인의 친지 등으로서 명의상으로만 수집상으로 등록된 자들로 추측된다.

### (3) 재량권의 일탈, 남용 여부에 대한 판단

위 인정사실에 의하면, 가락동시장에서 중도매인들이 상장되지 않은 수산물을 위탁거래하는 일이 상당한 정도로 관행화되어 있다는 점은 인정된다.

그러나, 불법이 관행화되어 있다는 이유만으로 이를 적발하여 제재하는 것이 재량권의 일탈, 남용이라고 할 수는 없고, 중도매인의 위탁거래를 금지하는 농안법의 규정 취지와 실제 거래현실에 비추어 볼 때 원고를 비롯한 중도매인들이 위탁거래 방식으로 농수산물을 거래하는 것을 용인할 만한 합리적인 이유와 사정이 있음에도 피고가 이와 같은 점을 간과하고 이 사건 처분을 하였다고 볼 수 있어야 비로소 이 사건 처분이 재량권을 일탈, 남용한 위법한 처분이라고 인정될 수 있을 것이다.

그러므로 먼저 농안법을 개정하여 농수산물도매시장제도를 만든 취지를 살피건대, 도매시장제도는 특별한 규제 없이 재래시장에서 농산물이 유통됨으로 인하여 정보와 연줄, 자본을 갖춘 위탁상들이 시장정보에 어두운 생산자들로 하여금 헐값의 거래에 응하지 않을 수 없도록 하고, 생산자들이 직접 시장에 물건을 출하하면 담합하여 가격을 낮추어 구매함으로써 생산자들을 지배하며, 자료 없이 현금으로 거래하여 세금을 포탈하는 등 많은 부조리가 생기자, 위와 같은 폐해를 시정하기 위하여, 정부투자의 도매시장을 건설하고 이를 중심으로 경쟁매매를 하도록 함으로써 공정한 가격을 형성하고, 또한 도매시장법인이 생산자로 하여금 시장에 직접 출하할 수 있게 하고 생산자에게 출하대금을 경락 즉시 지급하도록 하여 상인에게 주어지는 유통마진이 생산자에게 돌아갈 수 있도록 하며, 다수의 중도매인과 매매참가인을 상대로 한 상장, 경매를 실시하여 도매시장법인은 출하주를 대신하여 물건을 가장 높은 값에 판매하고 수수료를 받고 중도매인은 소매상 및 소비자를 위하여 물건을 가장 싼 값에 매수하여 판매하게 하여 대자본의 횡포를 방지하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이라 할 것이다.

따라서 위 제도의 핵심은 산지에서 도매시장으로 출하하는 세력과 도매시장에서 소비자 쪽으로 분산하는 세력의 분리에 의하여 양 세력의 경쟁에 따라 공정성과 투명성을 확보하

는 데에 있으므로, 위 경매제도의 실효성을 담보하기 위해서는 도매시장에서 소비자 쪽으로 분산하는 역할을 담당하는 중도매인을 산지에서 도매시장으로 출하하는 역할에서 배제하는 것이 필수적이어서, 중도매인의 위탁매매를 용인할 경우 제도의 기본 취지 자체가 무너질 우려가 있고, 다음으로, 현실적으로 대부분의 물량이 중도매인들을 통하여 출하되고 있다 하더라도 이는 중도매인들이 도매시장 제도 시행 초기부터 농안법에 따른 적법한 거래를 하지 아니하고 과거의 관행을 유지하여 오면서 중도매인을 통하지 않는 물건은 담합하여 가격을 낮춰 부르는 소위 후려치기를 하는 등 조직적으로 봉쇄해 온 데 따른 결과이므로 이는 중도매인의 위탁판매를 정당화하는 사유가 될 수 없고 오히려 중도매인들의 위탁거래를 엄격히 금지하면서 수집상의 수집기능과 도매시장법인의 수탁기능을 강화하여 물건의 상장, 경매를 촉진하여야 마땅하고, 또한 중도매인들의 위탁거래를 용인하여 경매 방식과 위탁거래 방식을 병존시킬 경우 중도매인들은 자신들에게 유리한 위탁거래 방식만을 선호하여 약자의 지위에 있는 출하주로 하여금 이에 따르도록 강요할 가능성이 클 뿐만 아니라 출하주가 도매시장법인에 위탁할 경우 도매시장법인에 의해 지급이 보장되는 경락대금이 중도매인에 의해서는 지급이 담보되지 않아 자본력이 취약한 중도매인과 거래한 출하주가 피해를 입을 우려가 있어, 이와 같은 점을 고려하면, 중도매인의 위탁거래는 결코 합리적인 이유와 사정이 있는 관행으로서 정당화될 수 없다 할 것이다.

또한 농수산물을 상장하지 않고 거래할 수 있기 위해서는 먼저 농안법 제28조 제2항 단서에 의하여 해양수산물부령에 의하여 당해 농수산물이 상장거래에 적합하지 않은 농수산물로 지정된 후, 중도매인이 개설자로부터 품목과 기간을 정하여 거래허가를 받아야 할 것이므로, 패류에 다품종, 소량, 부패용이 등 상장거래에 적합하지 않은 특성이 있다 하더라도, 적법한 절차를 거치지 않은 상태에서 원고의 자의적인 판단으로 패류를 위탁거래한 것이 용인될 수 없다 할 것이다.

그리고, 원고가 1차로 위탁거래를 이유로 행정처분을 받고서도 다시 장기간에 걸쳐 같은 내용의 위법을 저지른 점을 감안하면 원고에 대해 내려진 3월의 업무정지처분이 지나치게 과중하다고 볼 수도 없다.

따라서 원고가 들고 있는 모든 사정을 감안하더라도 이 사건 처분이 재량권의 한계를 일탈하였다거나 재량권을 남용하여 위법 하다고 할 수는 없다.

#### 4. 중도매업허가취소에 관한 판례(서울행정법원 1998.10.21. 98구131344)

##### 가. 당사자 등

【원 고】 조○숙

【피 고】 서울특별시장



## 나. 판결이유

### (1) 처분의 경위 등

- (가) 원고는 원래 용산청과시장에서 청과물 판매상으로 종사하던 중, 1985. 2.경 서울특별시 서울 송파구 가락동 600에 중앙도매시장인 가락동농수산물종합도매시장을 개설하자, 같은 해 5. 1. 농수산물유통및가격안정에관한법률(이하 농안법이라 한다) 제23조 제1항의 규정에 따라 피고로부터 청과를 거래품목으로 하여 위 도매시장의 중도매업허가를 받았고, 그 후 허가유효기간의 만료로 인하여 1995. 5. 1. 다시 피고로부터 같은 날부터 1998. 4. 30.까지의 기간을 정하여 중도매업허가(허가번호 2-1-0201)를 받았으며, 또한 상장애외품목인 고사리, 고비, 도라지, 숙주, 토란대 등의 나물류에 대하여도 거래허가를 받는 한편 위 도매시장의 도매시장법인으로 지정된 한국청과(주)와 상거래약정을 체결하고 위 회사를 주거래법인으로 삼아 위 도매시장의 채소1매장 212-1호에서 동양상회라는 상호로 중도매인영업을 하였다.
- (나) 그런데 원고는 1993. 7. 2. 이○순에게 원고 점포의 반칸과 중도매업허가권을 주간에만 임대하면서 그로부터 임대보증금으로 금 5,000,000원, 월임료로 금 300,000원을 지급 받고, 1995. 7. 7.부터는 위 점포 반칸을 야간까지 임대하면서 이○순으로부터 임대보증금을 금 25,000,000원, 월임료를 금 1,300,000원으로 인상하여 지급 받았으며, 1997. 4.경부터는 월임료를 금 1,500,000원으로 다시 인상하여 지급 받았고, 또한 1994. 7.경 문○옥에게 위 점포의 나머지 반칸을 임대하면서 그로부터 임대보증금으로 금 20,000,000원, 월임료로 금 1,300,000원을 지급 받아, 1997. 3.경부터는 문○옥이 위 임차권을 성○호에게 양도함에 따라 그로부터 월임료로 금 1,500,000원을 지급 받아, 1990년경 위 점포 앞쪽에서 피고의 허가 없이 감자, 고구마 등을 판매하던 주○남에게 중도매업허가권을 임대하여 그로부터 임대보증금 5,000,000원을 지급 받는 한편 위와 같은 중도매업허가권의 임대에도 따라 이○순의 남편인 임○홍, 주○남의 동업자인 김○옥이 1995. 7.경 원고의 보조경매참가자로 각 등록한 다음 그의 명의로 상장된 농수산물의 경매에 참가하고, 이○순, 문○옥, 성○호가 위 점포에서 채소류, 나물류 등을, 주○남이 위 점포 앞 좌판에서 감자, 고구마 등을 각 판매하였으나, 원고는 그 이후 상장된 농수산물 또는 비상장농수산물의 도매거래를 하지 않아 중도매인으로서의 업무를 수행하지 않았고, 남편인 정○진이 가끔 위 도매시장에 나와 점포를 관리하였을 뿐이다.
- (다) 원고는 1997. 4.경 정○진을 통하여 이○순에게 위 점포 반칸의 임대보증금을 금 35,000,000원, 월임료를 금 2,000,000원으로 또다시 인상하여 달라고 요구하였으나, 이○순이 이를 거절하자 그에게 점포의 명도를 요구하였고, 이에 이○순이 임대보증금 25,000,000원의 반환을 요구하였는데, 정○진은 이○순이 그 동안 영업함으로써 임대보증금 이상의 이익을 얻었다는 이유로 임대보증금의 반환 없이 점포의

명도를 계속하여 요구하였고, 이에 이○순의 딸인 임○정이 같은 해 7. 16. 이를 감사원에 진정하였으며, 이로 인하여 위 사실이 밝혀지자 피고는 1998. 2. 4. 원고에 대하여 점포를 전대하여 수수료 등을 징수하고, 중도매업허가권을 대여하여 중도매인의 업무를 수행하지 않았다는 이유로 농안법 제35조 제1항, 제37조 제1항, 제63조 제3항, 서울특별시농수산물도매시장조례 제4조 제2항, 제9조 제1항을 적용하여 위 중도매업허가를 취소하는 이 사건 처분을 하였다.

(2) 원고의 주장에 대한 판단

(가) 원고가 이○순, 문○옥, 성○호, 주○남 등에게 원고의 점포와 중도매업허가권을 위 인정사실과 같이 임대함으로써 이○순, 문○옥, 성○호, 주○남이 원고에게 임대료 명목의 금원을 지급하고 각자 자신들의 계산으로 중도매인의 업무를 수행한 사실이 인정되므로 이에 반하는 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 원고는 또한 농안법 제12조의 규정에 의하여 서울특별시가 개설하는 농수산물도매시장의 운영관리상 필요한 사항을 규정한 서울특별시농수산물도매시장조례 제4조 제2항은 중도매업허가를 취소할 수 있는 경우를 열거하면서 같은 항 제3호에서 각 부류별 월간거래기준이 계속하여 3개월 이상 최저거래기준에 미달하는 경우, 제4호에서 정당한 이유 없이 그 업무를 수행하지 아니함으로써 농수산물의 유통에 중대한 장애를 초래한 때, 제8호에서 기타 법령 및 조례에 위반하는 행위를 한 때를 들고 있으나, 위 조례의 규정은 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리제한, 의무부과 또는 벌칙에 관한 사항임에도 법률의 위임이 없으므로 조례제정권의 범위와 한계를 벗어나 무효이고, 따라서 원고에 대하여 이를 적용한 이 사건 처분은 위법하다고 주장한다.

살피건대, 지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 다만 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정되어 있으며, 이는 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서 동시에 주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙 등에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요구하는 취지라 할 것인바, 농안법 제35조 제1항 제3호에 의하면 중도매인은 농수산물의 매수를 중개한 경우 매수자로부터 징수하는 일정율의 중개수수료 외에는 어떠한 명목으로도 금원을 징수할 수 없고, 또한 같은 법 제37조 제1항은 누구든지 도매시장에서의 정상적인 거래와 시설물의 공공적 이용을 방해하거나 적절한 위생, 환경의 유지를 저해하여서는 아니 되며, 개설자는 도매시장에서의 거래질서가 유지되도록 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고, 같은 법 제63조 제3항에 의하면 도매시장의 개설자는 중도매인이 위 법 또는 위 법에 의한 명령이나 처분을 위반한 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 그 업무의 정지를 명하거나

중도매업의 허가를 취소할 수 있다고 규정되어 있으므로 이에 따라 중도매인이 법령 및 조례에 위반하는 행위를 한 때에 피고가 중도매업의 허가를 취소할 수 있다고 규정한 위 조례 제4조 제2항 제8호는 법률의 위임이 없는 무효의 규정이라고 할 수 없으며, 위 인정사실에 의하면 원고는 중도매인으로서 자신의 점포와 중도매업허가권을 타인에게 임대함으로써 중개수수료 이외의 금원을 징수하고, 나아가 도매시장에서의 정상적인 거래를 저해하였다고 할 것이며, 따라서 원고에 대하여 위 법조와 조례를 적용하여 위 중도매업허가권을 취소한 이 사건 처분이 위법하다고 할 수 없으므로 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

- (다) 위 조례시행규칙 제17조의2 별표 2 행정처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙으로서 피고로서는 행정처분을 함에 있어 원칙적으로 이에 따라야 할 것이나, 특별한 공익상의 필요가 인정되면 위 행정처분기준과 달리 행정처분을 할 수 있다고 할 것이며, 이 사건에 있어서 원고는 장기간에 걸쳐 자신의 점포 전부와 중도매업허가권을 타인에게 임대하고 그 동안 원고 스스로는 중도매인으로서의 업무를 전혀 수행하지 아니한 채 아무런 법적 보호를 받지 못하는 점포 임차인들로부터 계속하여 임료 명목으로 고액의 금원을 교부받아 왔으며, 이로 인하여 도매시장에서 정상적인 거래가 이루어지지 않음으로써 그 최종적인 부담이 소비자에게까지 전가될 수밖에 없고, 원고와 같이 시장개설자인 피고의 허가를 받아 농수산물 도매거래를 하는 자가 오히려 유통질서를 해치는 행위를 한 경우 이에 대하여 엄격한 제재를 가하는 것이 불가피한 점등을 고려하면 원고에 대하여는 그의 중도매업허가를 취소할 특별한 공익상의 필요가 인정되며, 원고가 들고있는 앞서 본 개인적 사정을 감안하더라도 이 사건 처분이 원고에게 지나치게 가혹하여 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 처분이라고 할 수 없으므로 원고의 위 주장 역시 이유 없다.

## 5. 중매업허가 취소에 관한 판례(대법원 1992. 3. 27. 91누13069)

### 가. 판시사항

가락동농수산물도매시장에서의 청과부류에 관한 중매업허가를 받은 자가 약4개월 간 제3자에게 위 중매업허가권과 점포를 전대한 것에 대하여, 그 이전에도 관계 법령 위반 등의 사유로 2차에 걸쳐 경고를 받은바 있지만, 중매업허가 취소처분을 한 것이 재량권일탈이라고 본 사례

### 나. 판결요지

가락동농수산물도매시장의 개설자인 서울특별시장으로부터 “중매업허가권 및 중매인 점

포를 전대할 때 또는 관계 법령 및 개설자가 발하는 명령을 위반할 때에는 업무정지 또는 허가를 취소한다”는 내용의 부관 하에 청과부류에 관한 중매업허가를 받은 자가 경험부족 등으로 중매업만으로는 생계를 유지하기 어려워 자신은 주로 산지에서 농수산물을 수집하여 이를 판매하고 위 점포는 자신의 처 등으로 하여금 이를 경영하도록 하다가 처가 당뇨병 등으로 치료를 받느라 점포경영에 충실하지 못하게 되자 약 4개월 간 제3자에게 위 중매업허가권과 점포를 전대한 것에 대하여, 그 이전에도 관계 법령 위반 등의 사유로 2차에 걸쳐 경고를 받은 일이 있지만 제재방법 중 가장 무거운 중매업허가를 취소하는 처분을 한 것이 재량권일탈이라고 본 사례.

**다. 관련법령**

농수산물유통및가격안정에관한법률 제23조, 제63조 제3항, 행정소송법 제27조

**라. 당사자 등**

- 【원고, 피상고인】 유○열
- 【피고, 상 고 인】 서울특별시장
- 【원심판결】 서울고등법원 1991.11.5. 선고 90구16124 판결

**마. 판결이유**

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 거시증거에 의하여 원고는 원래 용산청과시장에서 청과물 판매상으로 종사하던 중 1985. 2.경 서울시의 용산전자상가 조성계획에 따라 점포를 가락동 농수산물도매시장으로 옮기고 위시장의 개설자인 피고로부터 “중매업허가권 및 중매인 점포를 전대할 때 또는 관계법령 및 개설자가 발하는 명령을 위반할 때에는 업무정지 또는 허가를 취소한다”는 내용의 부관 하에 청과부류에 관한 중매업허가를 받고 중매업을 영위하기 시작하였으나 경험부족등으로 중매업만으로는 생계를 유지하기 어려워 자신은 주로 산지에서 농수산물을 수집하여 이를 판매하고 위 점포는 원고의 처인 소외 조○현등으로 하여금 이를 경영하도록 하다가 위 조○현이 당뇨병 등으로 치료를 받느라 점포경영에 충실하지 못하게 되자 1989. 8.경부터 같은 해 11.경까지 소외 김○현에게 위 중매업허가권과 점포를 전대한 사실, 원고는 이전에도 관계법령위반등의 사유로 피고로부터 2차에 걸쳐 경고를 받은 일이 있는 사실, 피고는 원고의 위와 같은 행위가 위 부관 등을 위반한 것이라 하여 1990. 6. 1. 농수산물유통및가격안정에관한법률 제63조 제3항을 적용하여 위 중매업허가를 취소하는 이 사건 처분을 한 사실 등을 인정한 다음 위 인정사실등에 비추어 볼 때 원고의 위와 같은 행위에 대하여 제재방법중 가장 무거운 중매업허가취소를 택한 이 사건 처분은 재량권을 일탈한 것으로 위법 하다고 판단하였다.

기록에 대조하여 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 되고 거

기에 소론과 같은 채증법칙위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 볼 수 없으며, 또 위 인정사실 및 원고가 위와 같은 행위를 하게된 경위, 기간, 결과 및 이 사건 처분으로 인하여 원고가 입게될 손해등 기록에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면 원고에 대한 제재중 가장 무거운 중대업허가취소처분을 택한 조치는 현저하게 균형을 잃어 재량권의 한계를 일탈한 것으로 위법하다고 보여지므로 같은 취지의 원심판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 소론과 같은 재량권의 범위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유 없다.

## [5] 店舖使用許可取消에 관한 判例

### 1. 사용료 체납과 점포사용허가처분 취소(1997. 4. 11. 96누17325)

#### 가. 판시사항

- [1] 행정재산에 대한 사용·수익허가취소가 항고소송의 대상인 행정처분인지 여부(적극)
- [2] 행정재산인 농수산물도매시장 내 점포의 사용허가를 사용료납부지체만을 이유로 취소한 것이 재량권을 벗어난 위법한 행정처분이라고 본 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 국·공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는 자에 대하여 하는 사용·수익허가취소는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이다.
- [2] 지방자치단체장으로부터 행정재산인 농수산물도매시장의 관리권한을 위임받은 관리청이 사용료 납부 지체만을 이유로 그 농수산물도매시장 내 점포에 대한 사용허가를 취소한 것은 그 위반행위의 내용이나 정도에 비추어 상대방에게 주는 불이익이 너무 커 그 재량권을 벗어난 위법한 행정처분이라고 본 사례.

#### 다. 관련법령

농수산물유통및가격안정에관한법률 제1조, 제2조, 제12조, 지방재정법 제82조 제2항, 제84조 제4항, 지방재정법시행령 제91조 제1항, 행정소송법 제2조

#### 라. 판결이유

- (1) 국·공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익을 허가한 다음 그 사용·수익하는

자에 대하여 하는 사용·수익허가취소는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 것이다.

관계 법령과 기록에 의하면, 이 사건 점포는 행정재산이라 할 것이므로 원심이 같은 취지에서 이 사건 점포사용허가취소처분이 행정처분임을 전제로 하여 판단한 조치는 옳고, 거기에 행정처분에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

논지가 들고 있는 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누5281 판결 및 1993. 12. 7. 선고 91누11612 판결은 국유잡종재산의 대부행위 및 그 사용료 납입고지에 관한 것으로 이 사건에 원용하기에 적절한 것이 아니다. 논지는 이유 없다.

(2) 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원고가 상당한 비용을 들여 이 사건 점포를 운영하여 온 점, 시장의 여건과 피고측의 귀책사유 등으로 말미암아 원고가 영업상 상당한 손해를 보아 온 점 및 그밖에 변론에 나타난 모든 사정을 참작하여 볼 때, 원고의 사용료 납부지체만을 이유로 이 사건 점포의 사용허가를 취소한 이 사건 처분은 그 위반행위의 내용이나 정도에 비추어 원고에게 주는 불이익이 너무 커 그 재량권을 벗어난 위법이 있다는 원심의 판단은 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

**마. 하급심판례(부산고등법원 1996.10.11. 95구4957)**

(1) 이 사건 처분의 경위

원고가 1994. 2. 15. 소외 부산직할시장(그 후 부산광역시장으로 명칭이 변경되었다)으로부터, 부산광역시 소유의 부산 북구 엄궁동 645의 3 농산물도매시장내에 있는 주문 기재의 점포 40.05㎡(이하 이 사건 점포라 한다)에 관하여 1994. 2. 15.부터 1997. 2. 14.까지 3년간 유상사용허가를 받고 현재까지 ‘금봉상사’라는 상호로 건해산물의 판매업을 경영하고 있는 사실, 그런데 피고는 1995. 2. 15. 원고에 대하여 이 사건 점포에 대한 2차년도분(1995. 2. 15.부터 1996. 2. 14.까지 1년간) 사용료 11,059,990원을 납부할 것을 최고하였으나, 당초의 예정대로 인근의 감전동 농산물시장이 폐쇄되지 아니한 채 사실상 경쟁적으로 영업을 계속하고 있어 상권이 제대로 형성되지 아니하고 있을 뿐 아니라 전기용량의 부족으로 말미암아 영업에 막대한 지장을 받고 있다는 등의 이유로 원고가 사용료의 인하 또는 분할납부를 요구하면서 그 납입을 지체하자 피고는 1995. 6. 16. 이 사건 점포의 사용허가를 취소한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

(2) 이 사건 처분의 적법여부

(가) 지방재정법 제84조 제4항은, 잡종재산의 대부를 받은 자 또는 매수자가 그 대부료 또는 매수대금을 납부기일내에 납부하지 아니한 때에는 대부 또는 매매계약을 해제하거나 지방세징수의 예에 의하여 체납 처분할 수 있다. 제82조 제2항은, 행정재

산 또는 보존재산의 사용 또는 수익을 허가한 경우에는 제84조의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 그 시행령(1994. 9. 29. 대통령령 제14391호로 개정되어 같은 날자로 시행된 것) 제91조 제1항은, 공유재산의 대부료 또는 사용료는 매년 정기에 이를 납부하여야 한다. 다만, 대부 또는 사용초년분과 기타 부득이한 경우에는 지방자치단체장이 지정하는 기한 내에 납부하여야 한다, 제2항은, 연간 대부료 또는 사용료가 50만원을 초과하는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 연 8퍼센트의 이자를 붙여 연 4회 이내에서 분할 납부하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

- (나) 부산광역시에서는 1993. 7.경 농산물유통시장의 개선 및 공정거래질서의 확립을 위하여 부산 북구 엄궁동 650 일대의 부지 143,298㎡상에 연건평 91,148㎡의 건물을 건립하여 채소, 과일류 및 견해산물 등의 관련상품을 취급하는 도매시장을 개설하면서 부산광역시의 서부권에 위치한 기존의 7개 법정시장(부산, 서부산, 한일, 영도, 새벽, 서면, 대농청과시장), 3개의 공판장(충무, 영도, 초량공판장), 3개의 유사시장(충무동새벽시장, 보수상가시장, 감전동새벽시장)을 모두 폐쇄하고 그 상인들을 엄궁동 농산물시장에 입주시켜 흡수하기로 계획하여 그 입주희망자를 모집한 사실, 부산광역시는 입주희망자를 모집함에 있어서 위와 같은 기존시장의 폐쇄 예정사실을 공고하였을 뿐 아니라 농산물 이외의 견해산물, 지역특산품 및 농수축산물가공식품, 농업자재, 일반잡화 등 관련상품에 관하여도 77개의 점포를 배정하고 그 업종에 따라 견해산물은 1-9호, 12-24호의 22개 점포에 관하여 입주신청을 받은 결과 원고가 입찰하여 앞서 본 바와 같이 이 사건 2호 점포에 대하여 3년간 유상사용허가를 받은 사실, 그 후 원고는 이 사건 점포에서 견해산물 판매업을 경영하면서 그 영업을 위하여 진열장 설치비용으로 4,800,000원, 새시 및 앵글 설치비용으로 2,000,000원, 냉동고 설치비용으로 10,500,000원, 책상 등 비품구입 및 전화가설 등에 1,155,000원, 합계 18,455,000원을 지출하고 상당한 금액을 들여 견해산물 상품을 구입하였을 뿐 아니라 1995. 2. 14.까지의 1차년도분 사용료로 11,059,990원을 납부한 사실, 그런데 부산광역시내 기존의 서부권 7개 법정시장 중 부산 북구 감전동에 위치한 주식회사 부산새벽청과시장(일명 감전동 새벽시장)은 그 대상으로 하고 있는 상권이나 시장의 형성연도 등에 비추어 볼 때 계속 존치되는 경우 엄궁동 농산물도매시장과는 필연적으로 경쟁적 관계에 놓이게 되는 실정에 있고 한편 위 새벽시장에도 농산물 이외에 견해산물 등 관련상품을 취급하는 점포가 있는바, 이 사건 엄궁동 시장의 개설로 인한 부산광역시의 폐쇄방침에 따라 농수산물유통및가격안정에관한법률 제22조의 규정에 의거, 부산광역시가 1993. 12. 8. 감전동 새벽시장을 비롯한 7개의 법정시장 모두를 1994. 1. 7.자로 폐업 처분하였으나 위 감전동 새벽시장은 위와 같은 법적인 조치에도 불구하고 현재까지 사실상 영업을 계속하고 있고 이에 대하여 부산광역시도 별다른 조치를 취하지 아니한 채 방치하고 있는 사실, 한편 피고는 1994. 2.경 공개입찰절차를 통하지 아니하고 수의계약에 의

하여 축산업협동조합에 견해산물 취급점포도 아닌 상가 제75호 점포에 대한 사용허가를 하면서 그 취급품목에 견해산물을 추가시켜 대규모로 영업하게 함으로써 그로 말미암아 원고 등 견해산물을 취급하는 기존의 영세상인들은 매출이 상당액 감소되는 손해를 입게 되었고, 이 사건 업공동 농산물시장은 그 전기시설을 설치함에 있어서 수요에 대한 예측이 빗나가 전체적인 용량부족으로 입주상인들이 에어컨은 물론 상품보관을 위한 냉장설비의 가동에도 제한을 받고 있을 뿐 아니라 시공의 부실로 말미암아 건물의 외벽에 금이 가고 누수현상이 발생하는 등 건물의 붕괴위험까지 있는 사실, 위와 같은 사정으로 말미암아 이 사건 업공동 농산물시장에 대한 상권이 제대로 형성되지 아니하여 원고가 당초의 예상에 훨씬 미치지 못하는 영업실적을 올리게 되자 1995. 2.경 2차년도분 사용료납부에 즈음하여 사용료의 인하 내지 분할납부를 요청하였으나 피고는 이를 거절한 채 사용료의 연체를 이유로 점포의 사용허가를 취소한 사실(입주상인들 중 일부는 영업을 포기하고 철수하기까지 하였다)을 인정할 수 있고 이에 반하는 증인 성○원의 일부증언은 믿지 아니하며 달리 반증 없다.

- (다) 행정청의 허가 등과 같이 상대방에게 어떤 이익이 생기게 하는 이른바 수익적 행정처분을 취소하거나 정지시키는 경우에는 이미 부여된 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소·정지 등의 사유가 있다 하더라도 그 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 얻는 공익보다 상대방이 받는 불이익 등이 막대한 경우에는 그 제재처분은 재량권의 범위를 일탈한 것으로서 위법하다고 할 것이다.

이 사건에 있어서 위 인정사실에 나타난 바와 같이 원고가 이미 20,000,000원 상당의 비용을 들여 1년 이상이나 이 사건 점포를 운영하여 온 점, 시장의 여건과 피고측의 귀책사유 등으로 말미암아 원고가 영업상 상당한 손해를 보아 온 점 및 그밖에 이 사건 변론에 나타난 모든 정상을 참작하여 볼 때, 피고가 원고의 사용료납부지체만을 사유로 점포의 사용허가를 취소하는 처분을 한 것은 그 위반행위의 내용이나 정도에 비하여 원고에게 주는 불이익이 너무 커, 재량권의 범위를 일탈하여 위법하다 할 것이다.



## [6] 租稅 等に 관한 判例

### 1. 유통자회사와 관련된 판례(서울고등법원 1998.5.21. 97구2360)

#### 가. 당사자 등

【원 고】 ○○협동조합중앙회

【피 고】 서울특별시 강동구청장

#### 나. 판결이유

##### (1) 처분의 경위

(가) 원고는 어업인과 수산제조업자의 협동조직을 추진하여 그 경제적, 사회적 지위의 향상과 수산업의 생산력의 증강을 도모하기 위하여 회원과 회원의 조합원을 위한 구매, 보관, 판매사업 및 그 공동사업과 업무대행 등을 목적사업으로 하여 1971. 5. 26. 설립된 비영리 법인이다. 원고는 농수산물 직판시장 건설용지로 사용할 목적으로 1992. 12. 17. 서울특별시와 사이에 서울특별시 소유인 서울 강동구 둔촌동 444 대 4,070.4 (이하 이 사건 토지라고 한다)를 대금 6,003,840,000원에 매수하기로 하는 가계약을 체결하고, 1993. 2. 15. 잔대금을 모두 지급하였다(본 계약은 같은 해 3. 3. 체결하였다). 그리고 원고는 같은 해 4. 1. 그 지상에 건축허가를 받아 같은 해 6. 23. 착공하여 공사비 금17,758,575,094원을 들여 1995. 9. 26. 지하 3층, 지상 6층, 연면적 19,387.805 인 건물(이하 이 사건 건물이라고 한다)을 완공한 후 1995. 10. 26. 원고 명의로 소유권이전등기(토지)와 소유권보존등기(건물)를 마쳤다.

(나) 원고는 구 지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것) 제110조의 4 제2항 제3호, 제128조의 3 제2항 제1호, 구 지방세법(1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것) 제266조 제3항, 서울특별시세조례(1995. 12. 30. 조례 3244호로 개정되기 전의 것, 이하 조례라고만 한다) 제18조, 제25조에 의하여 경감율 75%를 적용하여 별지 1. 납부내역표 기재와 같이 토지분 취득세는 1993. 3. 17.에, 토지분 등록세, 건물분 취득세 및 등록세는 1995. 10. 24.에 각 납부하였다.

(다) 원고는 1996. 1. 25. 소외 주식회사 수협유통(이하 수협유통이라 한다)에게 위 건물을 임대하여 현재 위 건물의 대부분은 수협유통이 백화점개설허가를 받아 수협백화점으로 사용하고 있고 나머지 부분을 원고가 신용사업부문의 출장소로 사용하고 있다.

(라) 피고는 위 건물 중 원고가 수협유통에 임대한 부분은 조례가 정하는 구관 사업에 직접 사용하는 것이 아니라는 이유로 원고가 자신신고시 적용한 경감율 75% 해당 세액에 대하여, 신용점포 사업 부분은 원고의 일반업무용에 사용한다는 이유로 경

감을 50%를 적용하여 당초 원고가 자진납부하면서 적용한 경감을 75%와의 차액에 해당하는 세액을 추정하기로 하여 1996. 6. 10.과 같은 달 16. 별지 2. 납부내역표 기재와 같이 취득세, 농어촌특별세, 등록세, 교육세를 추정하는 처분(이하 이 사건 처분이라고 한다)을 하였다.

(2) 이 사건 처분의 적법여부

(가) 인정사실

수협유통은 수산물, 농축산물의 가공생산, 수산물, 농축산물, 기타 식품의 판매 및 수출입 등을 목적으로 원고가 전액 출자하여 1992. 8. 21. 설립등기를 마친 원고의 자회사로서 본사는 집배센터가 있는 천안시 병천면 도원리 570의 3에 소재하고 있다.

원고는 1991. 10.경 서울특별시로부터 농수산물 직판시장 건설에 따른 사업참여 제의를 받고 검토한 결과 서울특별시가 체비지로 소유하고 있는 이 사건 토지가 직판시장 후보지로 적합하다고 판단하여, 이 사건 토지 위에 수산물의 구판사업을 수행하기 위한 유통시설을 건축하기 위하여 서울특별시로부터 이 사건 토지를 매수하게 되었다. 그 후 그 지상에 이 사건 건물의 신축공사를 시행하던 중 원고의 대표자가 바뀌면서 원고가 직접 구판사업을 경영하려던 방침을 변경하여, 1995. 9. 12. 전체운영위원회에서 수협유통이 유통사업을 경영하는 것이 효율적이라는 이유로 수협유통이 경영하도록 의결하였다. 당시 원고는 수협유통이 경영을 맡게 되면 감면된 취득세 등 금957,000,000원 상당히 추정되고, 법인세를 더 부담하게 될 것으로 예상하였다(원고는 위와 같은 의결이 있는 다음에도 이 사건 건물의 사용승인을 받기 위하여 송과구청에 제출한 건물사용명세서에는 이 사건 건물의 매장을 원고가 모두 직영하는 것으로 기재하였다).

수협유통은 같은 해 11. 20. 정관개정을 통하여 종전에 없던 백화점업을 목적사업에 추가하였고 같은 달 25. 그 변경등기를 마친 후, 1996. 1. 13. 서울특별시장으로부터 백화점개설허가를 받았다. 그리고 같은 달 25. 원고로부터 이 사건 건물 중 원고가 신용사업에 직접 사용하는 부분(전체 연면적의 1.97%에 불과하다)을 제외한 나머지 전체의 98.093%를 임대료 연 금2,043,096,000원에 임차하는 임대차계약을 체결하고 그 곳에 수협백화점을 개장하였다.

원고와 수협유통이 작성한 수협백화점 사업계획서에 의하면, 수협백화점은 어민이 생산한 수산물을 비롯하여 농민의 농 축산물 등을 생산자와 소비자를 직결하여 유통과정을 단축하고 저렴한 가격으로 대도시 소비자에게 양질의 상품을 제공하는 것을 목적으로 한다고 되어 있으나, 현재 이 사건 건물은 지하1, 2, 3층이 주차장, 1층이 수산물의 구판장, 2층이 농 축산물의 슈퍼형 할인매장, 3층이 일반 창고형 할인매장, 4층이 식당가, 5층이 수협유통과 소외 주식회사 수협용역의 사무실, 6층

이 문화센터 및 원고공제회의 서울영업단 사무실로 사용되고 있다. 한편 원고는 위 임대료에 대한 부가가치세를 납부하여 왔다.

(나) 판단

원고가 수협유통으로부터 받는 임대료에 대하여 부가가치세를 납부하는 점 및 구 지방세법(1995. 12. 6. 개정전의 것) 제266조 제3항이 원고가 구관 사업 등 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 사업에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대한 취득세 등의 감격을 규정하고 있고, 원고의 자회사인 수협유통과 같은 농수산물유통및가격안정에관한법률 제57조의 5의 규정에 의한 유통자회사가 농수산물유통시설에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세 등을 면제한다고 규정하고 있는 조문의 체계, 위 조항에서 농수축산업협동조합중앙회가 구관 사업 등 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 사업에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 지방세법이 1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정되면서 비로소 유통자회사에게 농수산물유통시설로 사용하게 하는 부동산을 포함하도록 한 점에 비추어 보더라도, 원고의 자회사인 수협유통이 이 사건 토지 및 건물을 취득한 것이 아니라 원고로부터 임차하여 사용하는 이 사건의 경우에는 원고가 직접 사용하는 것에 해당하지 아니한다 할 것이다.

다음으로 임대사업을 위한 부동산의 취득은 조례가 정하는 구관 사업 등의 사업에 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 해당하지 아니하므로 원고의 위 주장도 이유 없다.

다음으로 비영리법인이 그 목적사업에 직접 사용하는 것이란 현실적으로 그 사업에 직접 사용되고 있는 경우만을 가리키는 것이라고 해석함이 상당하고(대법원 1986. 10. 14. 선고 85누388 판결 참조), 이 사건 토지와 같이 법인이 보유, 사용하는 토지라고 하더라도 그 지상에 목적사업 수행을 위한 건물의 신축공사를 하고 있는 사이에 이루어지는 그 토지에 대한 이용관계는 단지 그 사업에 직접 사용하기 위한 준비를 위하여 그 토지를 보유, 사용한 것에 불과하고 이를 그 사업에 직접 사용하는 것이라고는 볼 수 없어(고유업무에 직접 사용할 건축물을 건축중인 때에는 당해 건축물의 부속토지는 이를 고유업무에 직접 사용하는 것으로 본다는 지방세법 시행령 제230조의 규정은 1994. 12. 31. 대통령령 제14483호로 개정되면서 신설되었고, 게다가 원고는 이 사건 건물을 신축하여 원고가 직접 사용하지 아니하고 제3자에게 임대하였음은 위에서 본 바와 같다) 원고의 위 주장은 이유 없다.

(다) 소결론

위에서 인정한 바에 의하면, 이 사건 토지를 원고가 취득하여 그 지상에 건물을 신축한 후 원고가 아닌 별개의 법인인 수협유통이 백화점의 영업허가를 받아 원고로부터 이 사건 건물을 임차하여 그곳에서 백화점영업을 하고 있는데다가, 그 매장

에서 원고의 구판 사업의 내용이라고 할 수 있는 수산물 또는 농 축산물의 매장이 차지하는 비중이 높지 않으므로, 원고가 이 사건 토지 및 건물을 구판 사업에 직접 사용하는 것이라고 할 수는 없다 할 것이다.

## 2. 농산물직판장 등과 개발부담금(서울고등법원 1997.6.25. 95구19982)

### 가. 당사자 등

【원 고】 ○○○○조합

【피 고】 평택시장

【주 문】 피고가 1994. 12. 2.자로 원고에 대하여 한 개발부담금 227,539,080원의 부과 처분 중 금 138,174,359원을 초과하는 부분은 이를 취소한다.

### 나. 판결이유

#### (1) 기초사실

(가) 원고는 미곡종합처리장을 설치하기 위하여 도시계획구역이 아닌 경기 평택시 팽성읍 추팔리 228의 4 답 2,994 (이하 이 사건 미곡처리장부지라 한다)를 1992. 4. 6에 매입하여 같은 해 7. 4.에 농지의보존및이용에관한법률 제4조에 의한 농지전용허가를 받아 같은 해 9. 16.경 부지조성공사를 마치고 그 위에 미곡종합처리장(이하 이 사건 미곡처리장이라 한다) 건축공사에 착공하여 1993. 4. 19.에 이를 완공하였다.

(나) 또한 원고는 1993. 8.경 농산물판매시설인 농산물직판장 집하장 창고를 설치하기 위하여 이 사건 미곡처리장부지에 연결한 경기 평택시 팽성읍 추팔리 228의 3 및 13 답 6,540 (이하 이 사건 직판장부지라 한다)를 매입하여 같은 해 8. 5.에 농지의 보존및이용에관한법률 제4조에 의한 농지전용허가를 받아 1994. 10. 13.에 피고에게 위 농지전용사업을 완료하였다는 신고를 한 후, 같은 해 11. 25. 농산물직판장 집하장 창고(이하 이 사건 직판장이라 한다) 건축공사에 착공하여 1995. 5.경에 이를 완공하였다.

(다) 이에 피고는 위와 같은 원고의 농지전용허가에 의한 두차례의 개발사업을 개발이익환수에관한법률시행령 제4조 단서 소정의 연결한 토지에 각각 다른 시기에 인가등을 받은 동일한 개발사업 으로 보고, 그 전체면적 9,534 (2,994 + 6,540 )에 대하여 공장부지 조성사업을 시행한 것으로 간주하여, 1994. 12. 2.에 원고에 대하여 1992. 7. 8.(부과개시시점)부터 1994. 10. 13.(부과종료시점)까지 사이의 개발사업으로 인한 개발이익에 따른 개발부담금으로 금 316,470,390원을 결정 고지하였다(이하 이를 이 사건 부과처분이라 하는바, 이는 아래에서 보는 것처럼 감액되었다), 1995. 7. 4.에 위 부담금액을 정산하면서 부과종료시점인 1994. 10. 13.의 지가를 금

674,476,952원으로 하고 부과개시시점인 1992. 7. 8.의 지가를 금 71,171,310원으로 하며 정상지가상승분을 금 17,266,010원으로 하고 개발비용을 금 130,961,490원으로 하여 원고에 대한 개발부담금을 금 227,539,071원으로 정산하였다.

(2) 이 사건 부과처분의 적법 여부

원고는 이 사건 직관장부지 개발사업에 대하여는 아래와 같은 사유로 그 개발부담금이 면제 내지 경감되어야 한다고 주장하므로 이에 대하여 본다.

(가) 농업협동조합법 제8조는, 농업협동조합 및 농업협동조합중앙회의 업무 및 재산에 대하여는 국가나 지방자치단체의 세금과 부과금을 면제한다. 다만 관세와 물품세는 예외로 한다고 규정하고 있는데, 한편 개발법(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제7조 및 그 시행령(1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 개정된 것) 제5조는 개발부담금의 부과제외대상인 개발사업을 열거하면서 농협과 중앙회가 시행하는 일정한 개발사업(택지개발사업, 공업단지조성사업, 도심지재개발사업, 관광단지조성사업, 유통단지조성사업)에 대하여는 그 개발부담금의 100분의 50을 경감하도록 규정하고 있다.

살피건대, 이 사건 직관장부지 개발사업이 1994. 10. 13.에 완료된 사실은 앞에서 본 바와 같으므로 이에 대하여는 1993. 6. 11.에 개정된 개발법 및 1993. 8. 12.에 개정된 개발법시행령이 적용된다 할 것인바, 농업협동조합법 제8조의 규정은 부담금의 일종인 개발부담금 부과 일반법인 개발법 제3조(개발이익의 환수), 제5조(대상사업), 제6조(납부의무자), 제13조(부담율)에 대한 특별규정이요, 한편 국가 지방자치단체 및 농업협동조합 등 특정한 주체에 대하여 개발부담금의 전부 또는 일부를 감면하도록 한 개발법 제7조 및 그 시행령 제5조의 각 규정 역시 개발부담금 부과 일반법에 대한 특별법의 성격을 가지는 것으로서 위 각 규정들은 상호 모순저촉되는 관계에 있으나, 신법우선의 원칙에 따라 개발법 제7조 및 그 시행령 제5조의 각 규정이 농업협동조합법 제8조의 규정보다 우선적으로 적용되는바, 개발법 제7조 제2항 및 그 시행령 제5조 제2항, 제3항에서 농업협동조합이 시행하는 특정 개발사업에 대하여 개발부담금의 100분의 50을 경감하도록 규정하고 있는 이상 농업협동조합은 개발부담금의 면제대상이 될 수 없으므로(대법원 1997. 2. 14. 선고 96누7298 판결 참조) 이 부분 원고 주장은 이유 없고, 나아가 농협이 사업시행자가 된 개발사업 가운데 개발부담금의 경감대상이 되는 특정 개발사업은 앞서 열거한 시행령 제5조 소정의 개발사업에 한정된다 할 것인데 이 사건 직관장부지 개발사업이 위에서 열거한 어느 개발사업에도 해당하지 아니하므로 그 개발부담금의 100분의 50을 경감하여야 한다는 원고 주장 역시 이유 없다.

(나) 개발법시행령 및 그 시행규칙이 개발부담금 부과대상사업을 규정함에 있어 동일한 개발사업에 대하여 도시계획법에 의한 도시계획구역 안에서 이루어지는지 아닌지

에 따라 이를 차별하는 것은 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 공공복리의 증진에 기여하게 함을 목적으로 한 도시계획법의 입법취지와 개발부담금의 성격에 비추어 볼 때 합리적인 근거를 가진 차별이라고 볼 수 있으므로 이는 평등의 원칙 및 형평의 원칙에 위배되지 아니하고 따라서 원고의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

(다) 이 사건 직판장부지 개발사업에 대한 정당한 개발부담금 액수

① 부과개시시점 부과종료시점 및 각 이에 대한 지가

이 사건 직판장부지 개발사업에 대한 개발부담금을 산정하기 위한 부과개시시점이 1993. 8. 12.인 사실 및 부과종료시점이 1994. 10. 13.인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

먼저 부과개시시점의 지가산정은, 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정상지가상승분을 합한 금액으로 하도록 되어 있고(개발법 제10조 제3항), 부과종료시점의 지가산정은, 부과종료시점이 속한 연도의 다음 연도 1월 1일을 기준으로 한 개별공시지가에서 부과종료시점부터 부가종료시점이 속한 연도의 다음 연도 1월 1일까지의 정상지가상승분을 공제한 금액으로 하도록 되어 있는데(개발법 제10조 제1항), 이 사건 직판장부지 중 팽성읍 추팔리 228의 3 토지인 3,633 의 1993. 1. 1.(부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일임) 현재의 당 개별공시지가가 금 6,900 원이고, 팽성읍 추팔리 228의 13 토지인 2,907 의 1993. 1. 1. 현재의 당 개별공시지가가 금 6,550원인 사실, 1995. 1. 1.(부과종료시점이 속한 연도의 다음 연도 1월 1일임) 현재의 이 사건 직판장부지 전체(위 228의 3 및 228의 13) 토지 6,540 의 당 개별공시지가는 금 70,900원인 사실 등은 당사자 사이에 다툼이 없다.

한편 정상지가상승분은 당해 연도 1월 1일 현재의 지가에 당해 연도의 정상지가상승률을 곱하여 산정하되(개발법시행령 제2조 제1항 후단), 정상지가상승률은 건설교통부장관이 조사한 전국평균지가변동률과 연도별 정기에금이자율(100분의 10) 중 높은 율로 하도록 되어 있는데(개발법시행령 제2조 제4항), 이 사건의 경우 연도별 정상지가상승률이 정기에금이자율인 100분의 10인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그리고 개발법 제2조 제3호에서 정상지가상승분을 정의하면서 그 구체적인 산정기준은 대통령령에 위임하고 있고 위 위임에 따라 그 구체적인 계산방법을 규정한 위 시행령 제2조 제1항 및 제3항의 내용이 위 개발법 조항의 위임범위를 벗어난 정도로 불합리하다고 보이지 아니하므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

② 공제되어야 할 개발비용의 총액

원고가 지출한 금원 중 이 사건 직판장부지 개발사업의 시행과 관련한 개발비용은 농지전용설계용역비 금 7,100,000원, 경계측량비 금 370,130원, 면허세를 제외한 대

채농지조성비 금 23,544,000원, 농지전용에 따른 면허세로 금 18,000원, 공사대금 101,417,880원, 가로수철거비용 금 1,415,010원 등 합계금 133,865,020원임이 계산상 명백하다.

### 3. 농수산물도매시장과 변상금부과처분( 서울고등법원 1997.5.21. 96구4598)

#### 가. 당사자 등

【원 고】 ○○수산합자회사

【피 고】 성남시장

#### 나. 판결이유

##### (1) 이 사건 처분 경위

(가) 원고는 1977. 6. 18. 성남시 수정구 수진1동 591의 2 대 275.5평(이하 이 사건 토지라 한다) 위에 농수산물 도매시장 개설을 위하여 시멘트 벽돌조 슬래브 점포 1동(1층 118.83평, 2층 120.76평, 이하 이 사건 건물이라 한다)을 신축하여 성남시에 기부채납하였는데, 성남시가 농수산부장관으로부터 농수산물 도매시장 개설 허가를 받아내지 못하게 되자, 피고는 1986. 5. 24. 원고에게 이 사건 토지 및 건물을 1986. 5. 26.부터 1992. 2. 25.까지 사용목적을 농수산물 도매시장으로 정하여 무상 사용하도록 허가하였다.

(나) 피고는 1995. 6. 14. 원고가 허가를 받지 아니하고 이 사건 토지를 점유 사용하고 있다고 하여 변상금 348,843,500원을 부과하는 처분(이하 이 사건 처분이라 한다)을 하였다.

##### (2) 이 사건 처분의 적법 여부

지방재정법 제87조 제1항이 공유재산의 무단점유자에 대하여, 대부 등을 받은 경우에 납부하여야 할 대부료 상당액 이외에 2할을 가산하여 변상금을 징수하도록 규정하고 있는 것은 무단점유에 대한 징벌적 의미가 있으므로, 위 규정은 공유재산에 대한 점유개시가 법률상 권원 없이 이루어진 경우에 한하여 적용될 뿐이고, 당초 공유재산에 대한 대부 등을 받아 점유 사용하다가 계약기간 만료 후 새로운 계약을 체결하지 아니한 채 계속 점유 사용한 경우에는 변상금을 부과할 수 없다.(대법원 1993. 9. 10. 선고 93누13865판결 참조, 다만 국유재산에 대한 변상금 징수에 관하여 규정한 국유재산법 제51조 제1항은 1994. 1. 5. 법률 제4698호로 대부 또는 사용 수익 허가기간이 만료된 후 다시 대부 또는 사용 수익 허가를 받지 아니하고 국유재산을 계속 점유하거나 이를 사용 수익한 자에 대하여도 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수할 수 있도록 개정되었다)

원고는 이 사건 토지 및 건물에 대한 무상사용 허가기간이 끝난 1992. 2. 25. 이후 계속 이 사건 건물 일부를 점유하고 있으며, 이 사건 토지 중 이 사건 건물 부지를 제외한 부분은 이 사건 건물을 사용하는 사람들이 주차장으로 사용하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없다.

위 인정사실에 의하면 피고로부터 무상사용 허가를 받아 이 사건 토지 및 건물에 대한 점유를 개시하였다가 위 허가기간이 끝난 후 새로운 허가를 받지 아니하고 계속하여 이 사건 건물 일부를 점유하고 있는 원고에 대하여는, 무상사용 허가기간이 끝난 이후의 이 사건 토지 및 건물에 대한 점유 형태 및 면적을 특정하여 그 점유 사용으로 인한 부당이득 반환 또는 손해배상을 청구함은 별론으로 하고, 무단점유에 대한 징벌적 의미를 가진 지방재정법 제87조에 정해진 변상금을 부과할 수는 없으므로, 원고에 대하여 이 사건 토지에 관한 변상금을 부과한 이 사건 처분은 원고의 다른 주장에 대하여 살펴볼 필요도 없이 위법하다.

## [7] 他法과 關聯된 判例

### 1. 농수산물도매시장과 수산업협동조합(대법원 1981. 7. 28. 81다 22)

#### 가. 판시사항

수산업협동조합이 농수산물도매시장을 운영하는 자의 견해에 소비지 직출하 업무를 방해하는 행위의 위법 여부(적극)

#### 나. 판결요지

수산자원보호령 제19조, 제21조 제1항 수산청고시 제22호에 의하면 견해태의 양육 및 판매는 수산청장이 지정한 곳(피고들 수산업협동조합 관할구역 내에 있는 각 위판장들)에서 만 가능하지만 농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률에 의하여 농수산물도매시장을 운영하는 원고 수산청과시장주식회사가 피고들 관할구역 외에서 생산자들로부터 견해태를 수위탁 받아 소비지 직출하 하는 업무를 피고들 조합이 방해하는 행위는 위법하므로 이의 배제를 구하는 원고의 청구는 정당하다.

#### 다. 관련법령

농수산물유통및가격안정에관한법률 제12조, 수산자원보호령 제21조



## 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 ○○수산청과시장주식회사

【피고, 상 고 인】 신안군 수산업협동조합 외 3인

【원심판결】 광주고등법원 1980.11.27 선고 78나434 판결

## 마. 판결이유

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고 회사는 농수산물도매시장법에 의거한 도매시장개설자인 목포시로부터 1971.12.27 동 법에 규정된 '도시시민에게 식료품으로 공급되는 농수산물의 수급을 원활히 하고 적정한 가격을 유지케 함으로써 생산자와 소비자의 이익을 보호하고 국민생활의 안정을 기하는 도매시장 개설업무'를 대행 받은 사실, 원고회사는 위 업무를 대행함에 있어서 농수산부장관으로부터 목포시를 경유하여 '주산단지에서 소비지 직출하'를 하라는 75년도 농수산물도매시장 운영에 관한 기본지침을 시달 받은 사실, 그리하여 원고 회사는 목포시 일원내에서 생산자들로부터 견해태를 수위탁 받아 소비지 직출하를 하려고 하였으나 피고들 수산업협동조합에서 그 조합원 등을 동원하여 그 운송을 제지하거나 심지어는 빼앗아 가는 등 함으로써 위 업무를 방해하고 있는 사실을 확정하고 수산자원보호령 제19조, 제21조 1항에 의하여 어획물과 그 제품은 수산청장이 지정하는 항구지역 장소에서만 양육 또는 판매할 수 있으므로 수산청 고시 제22호에 의하여 수산청장이 견해태의 양육지역 및 판매장소로 지정된 곳(피고들 조합 관할구역 내에 있는 각 위판장들) 이외의 곳에서는 견해태의 양육 및 판매가 불가능하므로 원고의 위 청구는 부당하다는 취지의 피고들의 항변에 대하여 원고가 이 사건 소로써 주장하는 바는 피고들 조합의 관할구역이 아님을 피고들이 자인하는 목포시 일원내에서의 위와 같은 업무의 방해배제를 구한다는 것이니 원고 회사는 농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률에 의한 농수산물도매시장을 운영하는 자로서 피고들 조합이 원고 회사의 위와 같은 업무를 방해하는 행위에 대하여 그 배제를 청구할 수 있다고 할 것이므로 피고들의 위 항쟁은 이유가 없다고 판단하고 있는 바, 이를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배 또는 수산자원보호령 제19조와 제21조의 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없으므로 논지는 이유 없다.

## 바. 해설

이 판결은 어떠한 처분이 재량권의 '현저한 일탈남용'에 해당하는지 여부에 관한 것으로, 다분히 법원의 가치 판단이 개입된 사안이다.

일반적으로 재량행위도 재량권의 일탈·남용의 경우에는 위법한 처분이 되어 행정소송으로서 이를 다룰 수 있다. 재량처분의 위법사유로는 흔히 재량권의 외적 한계를 벗어난 재량권의 '일탈'과 그 내적 한계를 벗어난 '남용'을 구분하여 설명한다. 판례도 "재량권을

부여한 내재적 목적에 반하여 다른 목적을 위하여 행정처분을 하는 것과 같은 재량권의 남용이나, 재량권의 행사가 그 법적 한계를 벗어나는 것과 같은 재량권의 일탈은 동법심사의 대상이 된다”고 한다. 그 구체적인 사유로는 행정처분의 목적에 위반되는 경우, 구체적 사정에 관한 고려가 결여된 경우, 비례원칙에 어긋나는 경우, 행정의 자기구속 원리에 어긋나는 경우 등을 드는 것이 보통이다.

이 판결에서는 비록 원고에게 잘못이 있으니 이에 대하여 가장 무거운 제재방법인 허가취소를 한 것은 재량권을 일탈한 것으로서 위법하다고 보았다. 즉 비례원칙에 어긋났다는 이유로 중개인허가취소처분을 취소하고 있는 것이다.

비례원칙이란 행정이 추구하는 목적과 이를 위한 수단과는 적절한 비례관계가 형성되어야 한다는 원칙이다. 이는 ① 행정작용이 그 목적달성에 적합한 수단이어야 한다는 적합성의 원칙, ② 목적달성을 위한 필요 최소한의 침해만이 가해져야 한다는 협의의 비례원칙을 그 내용으로 한다. 비례원칙에 의한 통제는 사실상 행정청의 재량권행사의 본질적 부분에 있어서 행정청의 판단을 법원의 판단으로 대체한다는 의미를 가진다.

이 판결의 사안에서는 전대시 법령·명령·위반이 있으면 허가를 취소할 수 있다는, 이른바 ‘철회권을 유보’한 ‘부관’이 미리 붙어 있었다. 그러나 법령과 명령 위반의 경중을 가리지 않고 언제나 이러한 취소가 가능한 것은 아니며, 아무리 부관이 마련되어 있다 하여도 그에 대한 사법적 통제가 원칙적으로 배제되는 것은 아니다.

이 사안의 경우, 비록 원고가 허가 없이 중개인 허가권과 점포를 양도하여 부관에 반하는 행위를 하였다 하나, 그 사유에 참작할 점이 있고 그러한 양도가 어떤 불법적 이득을 목적으로 한 것이 아닌 이상, 허가취소 아닌 영업정지 기타의 보다 경미한 수단으로 충분히 의미 있는 제재를 가할 수 있었다고 판단된다. 따라서 이러한 허가취소처분이 원고의 위반 사실에 비추어 ‘지나치다’(비례원칙에 어긋난다)고 판단한 법원이 이를 취소한 것은 타당하다.

이 판례는 행정청이 일방적으로 정한 부관의 효력을 제한하였다는 점에 그 의미가 있을 것이다.

## 2. 축산물위생처리법과 관련된 판례(1991. 6. 11. 90누10292)

### 가. 판시사항

- [1] 원고가 피고 서울시장에게 한 신청에 대한 거절처분을 받은 후 다시 농림수산부장관에게 같은 신청을 하여 이를 이첩받은 피고가 종전과 동일한 사항임을 확인한 다음 그 승인이 불가하다는 회신을 한 경우, 피고의 위 2차 회신을 새로 한 거부처분으로 볼 것인지 여부(적극)
- [2] 축산부류도매시장의 지정도매인이 특급도축장을 겸업하고 있는 경우 농수산물유통

및가격안정예관한법률 제35조 제1항 제2호에 의해 위탁상장수수료 외에 도살해체수수료를 징수할 수 없는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 원고가 피고 서울시장에게 도축작업장 사용수수료승인신청을 하였다가 거절처분을 받은 후 다시 농림수산부장관에게 같은 수수료승인 신청을 하여 이를 이첩받은 피고가 종전과 동일한 사항임을 확인한 다음 그 승인이 불가하다는 회신을 한 경우, 피고의 위 2차 회신은 위 1차 거절처분 이후의 원고의 새로운 수수료승인신청에 대하여 또다시 이를 거부한 처분으로 봄이 상당하고 이를 가리켜 동일한 사항에 대한 중복처분이라거나 단순히 종전의 거절처분이 있음을 알리는 사실의 통지에 불과한 것이라고는 할 수 없다.
- [2] 농수산물유통및가격안정예관한법률 제35조 제1항 제2호의 취지는 같은 법에서 들고 있는 지정도매인의 일체의 거래관련활동의 대가로서 위탁상장 수수료 외의 금원을 징수하지 못한다는 뜻일 뿐이므로 축산부류도매시장의 지정도매인이 특급도축장을 겸업하고 있는 경우에는 위탁상장수수료외에 도살해체수수료를 징수할 수 없는 것이 아니다.

#### 다. 관련법령

농수산물유통및가격안정예관한법률 제35조 제1항  
축산물위생처리법 제8조

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 ○○식품주식회사

【피고, 상 고 인】 서울특별시장

【원심판결】 서울고등법원 1990.10.31. 선고 90구556 판결

#### 마. 판결이유

원고는 1989.6.19. 피고에게 도축작업장사용수수료 승인신청을 하였다가 같은 달 24. 거절처분을 받은 후 같은 해 9.23. 농림수산부장관에게 다시 같은 수수료 승인신청을 하여 이것이 피고에게 이첩되자 피고는 같은 해 10.7. 이를 검토하여 종전의 승인신청과 동일한 사항임을 확인한 다음 그 승인이 불가하다는 회신을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고의 위 1989.10.7. 자 회신은 위1차 거절처분 이후의 원고의 새로운 수수료승인신청에 대하여 또다시 이를 거부한 처분으로 봄이 상당하고 이를 가리켜 동일한 사항에 대한 중복처분이라거나 단순히 종전의 거절처분이 있음을 알리는 사실의 통지에 불과한 것이라고는 할 수 없

다. 주장은 이유 없다.

원심은 원고가 농수산물유통및가격안정에관한법률 (이하 농안법이라 약칭한다)에 의하여 서울 독산동 축산부류도매시장의 지정도매인으로 지정되고 또 축산물위생처리법에 의하여 특급도축장설치허가를 받아 축산물도매업과 축산물도살해체업을 경영하고 있는 사실을 확정한 다음, 특급도축장은 축산부류도매시장의 필수시설로서 도매시장의 기능상 수축의 도축에서 수육의 상장, 경매까지 모든 작업이 같은 장소에서 연속적으로 이루어지므로 각 시설에 대한비용구분을 명확히 할 수 없어 실제로 피고가 도살해체수수료를 포함시켜 위탁상장수수료를 책정하였고 그에 따라 원고를 포함한 지정도매인들이 이를 징수하지 아니하여 왔기 때문에 이 사건 거부처분은 적법하다는 피고의 주장에 대하여, 축산부류도매시장의 지정도매인의 위탁상장수수료징수를 허용한 농안법 제35조 제1항 제2호와 도축장경영자의 도살해체수수료징수를 허용한 축산물위생처리법 제8조, 동 시행규칙 제23조 제1항 제1호 및 특급도축장시설을 축산부류도매시장의 필수시설에서 임의시설로 변경한 1988.5.16. 개정 전후의 농안법시행규칙 제15조 제2항의 규정들을 종합하여 축산부류도매시장의 지정도매인이 징수하는 위탁상장수수료와 특급도축장경영자가 징수하는 도살해체수수료는 그 내용, 징수대상 및 근거법규를 달리하는 것으로서 축산부류도매시장의 지정도매인이 우연히 그 시장 내에서 특급도축장 경영을 겸업하고 있다하여 위탁상장수수료와 도살해체수수료가 그 구분의 실익이나 필요성이 없다고 할 수 없을 뿐 아니라 위탁상장수수료에 도살해체수수료가 포함되었다거나 지정도매인이 위탁상장수수료 외에 도살해체수수료를 받을 수 없다는 근거도 없으므로 피고의 이 사건 거부처분은 위법하다고 판단하였다.

농안법 제18조 제2항에 의하면 지정도매인은 도매업과 그 부대업무 이외의 사업을 하지 못하게 되어 있으므로 지정도매인이 특급도축장을 겸업하고 있다면 이는 도매업의 부대업무임은 명백하고 한편 같은 법 제35조 제1항 제2호에 의하면 지정도매인은 위탁출하자로부터 거래액의 일정률에 해당하는 위탁상장수수료 이외에는 어떠한 명목의 금원도 징수할 수 없게 되어 있기는 하나 관계법규상 축산부류도매시장의 지정도매인에게 특급도축장시설의 구비가 필수조건이 아니고 반대로 특급도축장설치허가를 받을 수 있는 자가 지정도매인에게 한정되지 아니 함에도 불구하고 도살해체수수료도 위 농안법 제35조 제1항제2호의 징수금지 대상의 금원에 해당된다고 본다면 특급도축장설치자가 지정도매인인가 아닌가에 따라 도살해체수수료를 징수할 수 있는지의 여부가 결정되게 되어 불합리 할뿐 아니라 농안법 및 그 하부법령의 어느 곳에도 지정도매인이 특급도축장을 영위하리라고 예상한 규정은 없으므로 결국 농안법 제35조제1항 제2호의 취지는 같은 법에서 들고 있는 지정도매인의 일체의 거래관련활동의 대가로서 위탁상장수수료 외의 금원을 징수하지 못한다는 뜻으로 새겨야 할 것이다.

결국 같은 취지에서 축산부류도매시장의 지정도매인이 특급도축장을 겸업하고 있다 하여 위탁상장수수료 외에 도살해체수수료를 징수할 수 없다는 근거가 없다고 한 원심의 판

단은 정당하고 여기에 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다.

현행 위탁상장수수료에 도살해체수수료가 포함되어 있다하더라도 그와 같은 경우에 별도 징수를 불허하는 법령상의 근거가 없는 이상 현행 위탁상장수수료의 요율을 인하함은 별론으로 하고 그 것이 이 사건 도살해체수수료의 징수를 허가하지 아니할 사유는 되지 못한다 할 것이므로 원심이 그 점에 관하여 석명심리하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다. 주장은 이유 없다.

#### 마. 해설

사실 이 사안 자체는 그리 논란이 될 것이 없다. 일응 이 법과 수산자원보호령 사이의 충돌이 문제되고 있는 듯 하지만, 판례는 이 점에 대해 더 나아가 판단할 필요 없이 피고들이 그 관할구역 밖에서 위 방해행위를 하였으므로 원고의 청구는 이유 있다고 보았기 때문이다.

여기서 문제가 되고 있는 양법령은 모두 일정한 요건을 갖춘 자에게 독점적 지위를 부여해 주고 있다. 즉 행정법이 강학상 개념으로는 '특허'에 해당하는 지위를 설정해 주고 있는 것이다. 특히 농수산업 행정과 관련하여서는 이러한 법령들이 많이 존재하는 바, 그러한 독점적 지위간에 충돌이 생길 가능성을 배제할 수는 없다. 다행히 이 사안에서는 그러한 특허적 지위의 관할 범위를 따짐으로써 해결이 가능하였지만, 만약 이 사안에서 목포시도 피고들 관할이었다면 어떻게 판단하여야 할 것인가?

원고사회가 '농수산물도매시장법'에 의하여 독점적 지위를 받은 사실은 명백하나, 이 사건에서 문제가 된 건 해태의 직거래는 이 법의 명시적 규정에 의하여 위임받은 것이 아니고 어디까지나 1975년 중수산부 장관의 '농수산물도매시장에 관한 기본 지침'에 의해 그 권한을 부여받은 것이다. 이에 반하여 대통령령인 수산자원보호령은 어획물의 판매를 항구지역에서만 가능하도록 명시적으로 규정하고 있다. 그 구체적인 장소를 수산업협동조합의 관할구역내 위판장으로 한 것은 수산청고시에 의한 것이나, 이는 수산자원보호령의 위임범위 내에서 이를 보충하여 보다 명백히 한 것에 지나지 않는다.

그렇다면 원고회사의 권한은 농수산부 장관의 행정명령에 의한 것이고, 피고 조합의 권한은 대통령령인 수산자원보호령에 의한 것이므로, 양자의 권한이 충돌하는 경우라면 보다 상위의 법령에 의하여 권한을 위임받은 피고 조합의 권한이 당연히 우선한다고 보아야 한다. 단 이 사안은 피고 조합의 이러한 권한이 미치지 않는 지역에서 문제의 거래 및 방해행위가 발생하였으므로 양자의 우월을 살피지 않고 곧바로 원고의 청구를 인용할 수 있었을 뿐이다.

## 第4節 糧穀管理法

### I. 糧穀管理法의 概要

#### 1. 制定경위 등

양곡관리법은 양곡을 효율적으로 관리하여 양곡의 수급조절을 원활히 하고 적정가격을 유지함으로써 국민식량의 확보와 국민경제의 안정에 이바지하기 위하여, 1950. 2.16 법률 제97호로 제정되었고(양곡매입법 및 식량임시긴급조치법 폐지) 이후 20여차례에 걸쳐 개정되었으며(양곡관리기금법 폐지) 가장 최근에는 2002. 1. 14. 일부 개정되었다.

#### 2. 양곡관리법의 주요내용

양곡관리법은 제1장 총칙, 제2장 양곡의 관리, 제3장 보칙, 제4장 벌칙 등 총 4장, 36조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면, 양곡관리법의 적용대상이 되는 양곡 등에 대해 유권해석을 하고 있다(제2조)

제2장 양곡의 관리를 보면, 정부는 매년도 정부관리양곡의 수급계획을 수립하여 국회의 동의를 얻어야 한다 하고, 농림부장관은 양곡의 수급을 조절하고 그 적정가격을 유지하기 위하여 대통령이 정하는 생산자 또는 소유자로부터 양곡을 매입할 수 있고, 예산의 범위 안에서 그 매입약정금액의 일부를 미리 지급할 수 있고(3, 4조), 양곡을 매입할 때에는 매입가격과 매입량을 국회의 동의를 얻어 결정하고(제5조), 양곡의 수급조절과 국민식생활개선 및 양곡절약을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 정부관리양곡을 정부관리양곡외의 양곡과 교환하거나 정부관리양곡을 대여할 수 있고, 관수용, 구호용 등으로 정부관리양곡을 판매할 수 있도록 규정하고(제6, 7조, 제9조) 있다. 그리고 미곡이나 이를 원료로 한 분쇄물·분말 기타 이에 준하는 것으로서 대통령이 정하는 양곡을 수입하고자 하는 자는 농림부장관의 허가를 받아야 하고 세계무역기구(WTO)설립을위함이라케쉬협정에 따른 대한민국 양허표상의 시장접근물량에 적용되는 양허세율로 허가대상미곡등이 아닌 양곡을 수입하거나 농림부령이 정하는 양곡을 수출하고자 하는 자는 농림부장관의 추천을 받아야 하도록 하고 있고(제12조) 위와 같이 허가 또는 추천을 받아 수입한 양곡을 관리하도록 규정하고(제13조), 양곡의 출하 및 가격을 조절하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 농

업협동조합 기타 대통령령이 정하는 자로 하여금 양곡의 매입 및 판매를 하게 할 수 있다.  
(제16조)

양곡가공업업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 구분에 따라 시장, 군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 등록 또는 신고하여야 하고(제19조), 농림부장관은 양곡매매업자에 대하여 기간과 지역을 정하여 양곡생산자에게 불이익을 주지 아니하는 범위 안에서 판매가격 게시 등을 명할 수 있고, 양곡가공업자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 6월이내의 범위 안에서 농림부령이 정하는 바에 따라 영업을 정지하거나 등록을 취소할 수 있도록 하고 있고(제20, 21조), 미곡유통업의 육성 등을 위해 미곡종합처리장등 시설을 위해 자금을 지원할 수 있도록 하고 있다

그리고 양곡의 유통정책 및 정부관리양곡의 매입에 관하여 농림부장관의 자문에 응하기 위하여 농림부에 양곡유통위원회를 두고 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제23조)

제3장 보칙을 보면, 자금의 용자나 보조금 교부에 대해 규정하고 있고(제26조), 농림부장관의 감독권을 규정하고 있다(제27조]

제4장 벌칙을 보면, 허가를 받지 아니하고 허가대상미곡등을 수입한 자 등에 대해 징역, 벌금, 필요적 몰수 및 추징을 규정하여 형사처벌을 할 수 있도록 하고 양벌규정을 두고 있다.

## II. 糧穀管理法에 관한 判例

양곡관리법에 관한 판례에 대하여 편의상 민사·행정판례, 형사판례 등으로 나누어 살펴보고자 한다.

### [1] 民事·行政判例

#### 1. 양허관세율 적용물품인지 여부에 관한 판례(대법원 2000.11.24. 99다65035)

##### 가. 판결요지

시장접근물량을 초과하는지 여부에 따라 양허관세율이 차등 적용되는 물품을 수입함에 있어 낮은 양허관세율을 적용받기 위하여는 납세신고시 양허관세추천대행기관의 추천서를

발급 받아 세관에 제출하여야 함에도 수입업자가 이를 누락한 채 세관에 수입신고서류를 접수한 경우, 세관장이 그 접수 시에 그 물품이 양허관세율 적용물품인지 여부와 낮은 세율을 적용받기 위하여는 위 추천서를 구비하여야 하는지 여부 및 실제로 이를 구비하였는지 여부를 심사하여야 할 의무나 위 추천서의 보완을 요구하여야 할 의무가 있다고 볼 수 없다고 한 사례.

**나. 관련법령**

구 양곡관리법 제12조(1996. 8. 8. 법률 제5153호로 개정되기 전의 것), 구 관세법(1995. 12. 6. 법률 제4982호로 개정되기 전의 것) 제7조 제3항, 제17조, 민법 제750조, 국가배상법 제2조

**다. 당사자 등**

- 【원고, 피상고인 겸 상고인】 ○○주식회사
- 【피고, 상고인 겸 피상고인】 대한민국
- 【원심판결】 서울고법 1999.10.15.선고 99나8966 판결

**라. 판결이유**

(1) 원고는 의약품의 원료인 하이드록시에틸 전분(hydroxyethyl starch, 이하 ‘이 사건 물품’이라고 한다) 250kg을 구매한 후 일본으로부터 서울세관을 통하여 국내에 수입하기 위하여 수입신고서를 작성 제출하였고, 같은 날 서울세관장으로부터 수입면허를 받고, 관세 및 부가가치세를 납부하고 이 사건 물품에 대한 통관절차를 마쳤다.

(2) 대법원의 판단

- (가) 이 사건 물품처럼 신고납부방식에 의하는 경우에 있어서는, 사전 세액심사대상 물품이 아닌 한, 수입신고서에 기재하여야 할 사항이 기재되었는지 여부와 수입신고서의 첨부서류(가격신고서, 송품장, 포장명세서, 선하증권 사본, 수입승인서(수입승인물품에 한함) 등)의 완비 여부라고 하는 형식적인 요건만 확인하고 세액의 심사는 수입면허 후에 하여야 함을 알 수 있는바, 그 입법취지는, 세액심사는 과세가격의 평가, 적용세율의 확정 등 중요하고 복잡한 내용을 포함하고 있어 상당한 시간을 요하므로 위와 같이 규정함에 의하여 신속한 통관을 꾀함에 있는 것으로 보인다.
- (나) 따라서 세관장이 납세신고를 받은 때에는 수입신고서상의 기재사항을 심사하도록 규정되어 있고 그 수입신고서에는 당해 물품의 관세율표상의 품목분류, 세율, 세액 등이 기재되어 있어도 위 품목분류, 세율 등은 세액을 결정하는 요소에 해당하는



것이므로, 이들에 대하여는 수입면허 후에 실질적인 심사를 거치도록 규정한 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 위 추천서는 세액심사(세율심사)와 관련하여 필요한 서류이지 통관을 위하여 수입신고서 접수 시에 수입신고서에 필수적으로 첨부하여야 하는 서류가 아니라고 할 것이다.

(3) 그러므로 세관장은 이 사건 물품이 양허세율 적용물품인지, 기본세율을 적용받기 위하여 위 추천서를 구비하여야 하는지 및 실제로 구비하였는지 여부에 관하여는 수입면허 후에 이를 심사하여야 할 것이고, 이와 달리 세관장은 수입면허 전에(원심의 표현에 의하면 수입신고서를 수리하기에 앞서) 이러한 심사를 하고 그에 따라 위 추천서의 보완을 요구하여야 할 의무가 있다고 볼 수 없다.

## 2. 양곡가공업과 소득세(대법원 1991.5.14. 90누6514)

### 가. 판결요지

- [1] 원고가 1973년 경 농수산부장관으로부터 양곡가공업허가를 얻어 그 시경 인천직할시와 도정한 정부양곡 등을 일정 기간 무료로 보관하기로 하는 정부양곡가공도급계약을 체결하고 도정공장부지에 창고를 신축하여 정부관리양곡을 도정한 후 위 창고에 보관하여 온 경우 위 창고가 도정공장과 함께 그 공장 구내에 위치하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 원고가 창고업허가를 얻어 위 창고를 건축하였다고 하더라도 위 창고 및 그 부속토지는 위 도정공장의 생산설비에 포함된다고 봄이 상당하므로 위 창고 및 그 부지는 구 소득세법 제6조 제2항 제2호 소정의 “2년 이상 계속하여 가동한 공장”에 해당한다.
- [2] 정부양곡가공업자가 공장을 이전하기로 하여 구공장 건물 및 부지를 매도한 후 신공장부지를 매수하고 신공장을 신축하여 신공장건물의 준공검사를 마친 후 구공장에 설치되어 있던 현미기 2대 등 기계전부를 신공장건물에 이전 설치하였으나, 다만 그 무렵 정부양곡 도정량이 격감하여 신공장 전체의 당장의 가동은 필요 없게 되어 대량의 양곡도정을 위한 전력시설의 설치만은 일단 유보하고 신공장에 설치된 디젤엔진 등의 기계를 가동하여 일반인들의 의뢰를 받아 소량의 양곡을 도정 또는 정선하기 시작한 경우 이를 구 소득세법시행령 제18조 제3항 소정의 신공장의 시설을 “준공”한 경우에 해당한다고 본 사례.

### 나. 당사자 등

【원고, 피상고인】 김○갑

【피고, 상 고 인】 의정부세무서장

【원심판결】 서울고등법원 1990.7.5. 선고 89구7797 판결

다. 판결이유

(1) 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거에 의하여 원고가 1973.9.27. 농수산부장관으로부터 양곡관리법 제16조에 의한 양곡가공업허가를 얻어 그 시경 인천직할시와 정부양곡가공도급계약을 체결하고 정부관리양곡을 도정하기 시작했는데 위 도급계약상 도정한 정부양곡은 생산보고서 제출 일로부터 10일 동안, 기타 부산물은 20일 동안 원고가 무료로 보관하게 되어 있어 원고가 그 시경 이 사건 창고를 그 도정공장부지에 신축하여 위 창고에 정부도정양곡등을 보관하여 온 사실을 인정한 다음 위 창고가 도정공장과 함께 그 공장구내에 위치하고 있는 점등에 비추어 볼 때 원고가 창고업허가를 얻어 위 창고를 건축하였다고 하더라도 위 창고 및 그 부속토지는 위 도정공장의 생산설비에 포함된다고 봄이 상당하다 할 것이고 따라서 위 창고 및 그 부지는 구 소득세법 제6조 제2항 제2호 소정의 “2년 이상 계속하여 가동한 공장”에 해당한다고 판시하였는바 원심판결이 적시한 증거들을 기록과 대조하여 살펴보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 석명권을 행사하지 아니한 잘못이나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유 없다.

(2) 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거를 종합하여 원고가 1985.2.7.경 인천직할시장으로부터 원고 경영의 구공장의 부지가 낮아 침수의 우려가 있으므로 공장을 이전할 것을 중용받아서 구공장을 이전하기로 하고 1985.3.5. 구공장건물 및 부지를 매도한 후 같은 달 15. 토지개발공사로부터 신공장부지를 매수하고 신 공장을 신축하여 신공장건물의 준공검사를 마친 이후인 1987.7.중순경 구공장에 설치되어 있던 현미기 2대, 정미기 28대, 전동기 5대, 디젤엔진 4대, 및 그 부속기구들 전부를 신공장건물에 이전 설치하고, 다만 그 무렵 정부양곡도정량이 격감하여 원고도 신공장에서 도정할 정부양곡을 배정 받을 수 없는 형편이어서 신공장 전체의 당장의 가동은 필요 없게 되어 전력시설의 설치만은 일단 유보하고 같은 해 9.28. 그때까지 공장신축을 이유로 휴업 중이던 것을 자본부족으로 인한 시설 완공 불가능이라는 사유를 기재하여 1988.3.31.까지 계속하여 그 휴업기간을 연장하는 신고를 하고 1987.10. 초순경부터 12.경까지 신공장에 설치된 디젤엔진 등의 기계를 가동하여 일반인들의 의뢰를 받아 소량의 양곡을 도정 또는 정선하여 오던 중 신공장 운영으로 적자가 누적되자 신공장을 타인에게 매도하기로 하고 1988.1.경 신공장에 설치된 기계를 철거하여 고가품목들은 신공장 구매창고에 보관하고 나머지 품목들은 천막을 덮어 공장 밖에 적치하여 두었다가 같은 해 3.3.경 위 기계들을 소외 신용구 등에게 매도하고 신공장 건물 및 부지는 소외 봉신산업주식회사에 매도한 사실을 인정한 다음 비록 신공장에 대량의 양곡도정을 하기 위한 전력시설을 하지 아니하였다고 하더라도 원고가 신공장건물에 구공장건물에 설치된 도정 등을 위한 기계를 이전 설치하고 소량의 양곡을 도정 및 정선한 이상 이는 구 소득세법시행령 제18조 제3항 소정의 신공장시공일로부터 2년 내에 그 시설을 준공한

경우에 해당한다 할 것이므로 구소득세법 제6조 제2항 제2호에 따라 구 공장 양도에 따른 양도소득세 등을 면제하여야 한다고 판시하였는 바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 증거 취사 및 사실인정과 판단은 정당하다.

### 3. 양곡가공업허가처분과 기존업자의 원고적격(대법원 1990.11.13. 89누756)

#### 가. 판시사항

제3자에 대한 새로운 양곡가공업허가처분으로 인하여 불이익을 당하게 된 기존의 양곡가공업 피허가자가 그 처분의 취소를 구할 원고적격을 가지는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

양곡가공업허가는 금지를 해제하는 명령적 행위에 불과하여 그 허가의 효과도 영업자유의 회복을 가져올 뿐이므로, 이 영업의 자유는 법률이 직접 양곡가공업의 피허가자에게 독점적 재산권을 취득하게 하는 것이 아니라 법률이 국민식량의 확보와 국민경제의 안정이라는 공공의 복리를 목적으로 영업의 자유를 일반적으로 제한함으로써 인하여 그 영업자유의 제한이 해제된 피허가자에게 간접적으로 사실상의 이익을 부여하게 됨에 불과하다 할 것이니, 피고보조참가인에게 이 사건 양곡가공업허가를 해준 지역이 새로운 양곡가공업의 허가를 하여 줄 수 없도록 법령상 제한되어 있는 곳이라고 볼 근거가 없는 이상, 그 허가처분으로 인하여 이미 같은 허가를 받고 있는 원고의 양곡가공업상의 이익이 사실상 감소된다고 하더라도 이 불이익은 이 사건 양곡가공업허가처분으로 인한 단순한 사실상의 반대적 결과에 지나지 아니하고 이로 말미암아 법률상 원고의 권리가 침해당한 것이라고 할 수는 없는 것이므로 원고는 피고보조참가인에 대한 이 사건 양곡가공업허가처분에 대하여 그 취소를 소구할 수 있는 법률상 이익이 없다.

#### 다. 관련법령

양곡관리법 제16조, 행정소송법 제12조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○갑

【피고, 피상고인】 부여군수

【피고, 보조참가인】 피상고인 ○○○

【원심판결】 서울고등법원 1988.12.29. 선고 87구1466 판결

### 마. 판결이유

(1) 피고가 충남 부여군 홍산면 남촌리 91의 14에 “금성정미소”라는 도정공장을 설치한 피고보조참가인에 대하여 1987. 9. 8. 그 양곡가공업의 허가처분(이하 이 사건 처분이라 한다)을 한 사실, 한편 원고는 소외 이○율이 1952. 6.경 피고로부터 양곡가공업의 허가를 받아 경영하던 같은 리 소재 “남촌정미소”라는 도정공장을 1965년경 양수하여 그 허가명의를 원고 앞으로 변경하고 계속 이를 경영하여 오고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

양곡관리법은 그 제1조에서 이 법은 양곡을 관리하여 양곡의 수급조절과 적정가격을 유지함으로써 국민식량의 확보와 국민경제의 안정을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고, 이를 위하여 같은 법 제16조는 양곡가공업을 요허가 사업으로 규정하고 있으며, 이에 바탕을 둔 같은법시행령 제14조, 같은법시행규칙 제6조, 충청남도 소규모 양곡가공업 허가절차 등에 관한 조례 제4조는 일정한 시설기준에 적합한 시설을 갖추었을 때만 양곡가공업허가를 하도록 규정하고 있고, 또한 같은법시행령 제18조, 같은법시행규칙 제11조에 바탕을 둔 위 조례 제4조의 2 제1항 본문에 의하면 임도정공장의 설치허가는 행정운영상의 1개동, 리에 1개소로 함을 원칙으로 하고, 다만 그 단서 소정사유가 있을 때에는 2개소 이상으로 할 수 있으나, 이 경우에도 공장통합이 완료된 지역에는 임도정공장 설치허가를 할 수 없도록 규정하고 있다.

(2) 원고는 이미 피고로부터 양곡가공업의 허가를 받아 영업을 하고 있는데 피고는 양곡관리법과 충청남도 양곡가공업허가사무처리요강, 농수산부장관의행정명령및충청남도소규모양곡가공업허가절차에관한조례에 위반하여 피고보조참가인에게 이 사건 양곡가공업허가처분을 하였으므로 이의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

살피건대 영업의 자유는 헌법상 국민에게 보장된 자유의 범위 내에 포함되는 것이어서, 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 영업의 자유를 예외적으로 제한할 수 있음에 불과한 것이라고 할 것인바, 양곡가공업에 대하여는 양곡관리법 제16조에 의하여 허가제를 실시하고 있고 원고가 같은 법조문에 정하여진 양곡가공업허가를 받고 있는 자라 하더라도, 피고보조참가인에게 양곡가공업허가를 해준 충남 부여군 홍산면 남촌4리가 새로운 양곡가공업의 허가를 하여 줄 수 없도록 법령상 제한되어 있는 곳이라고 볼 근거가 없는 이 사건에 있어서 원고에 대한 이 사건 양곡가공업허가도 원고에게 사업경영의 권리를 설정해 주는 형성적 행위가 아니라 금지를 해제하는 명령적 행위에 불과하여 그 허가의 효과도 영업자유의 회복을 가져올 뿐이라고 할 것이므로 이 영업의 자유는 법률이 직접 양곡가공업의 피허가자(원고)에게 독점적 재산권을 취득하게 하는 경우에 해당되는 것이 아니라 법률이 국민식량의 확보와 국민경제의 안정이라는 공공의 복리를 목적으로 영업의 자유를 일반적으로 제한함으로써 인하여 그 영업자유의 제한이 해제된 피허가자에게 간접적으로 사실상의 이익을 부여하게 되는 경우에 해당됨에 불과하다 할 것이다.

그렇다면 이 사건 양곡가공업허가처분을 함으로 인하여 원고의 양곡가공업상의 이익이

사실상 감소된다고 하더라도 이 불이익은 이 사건 양곡가공업 허가처분으로 인한 단순한 사실상의 반사적 결과에 지나지 아니하고 이로 말미암아 법률상 원고의 권리가 침해당한 것이라고 할 수는 없는 것이라고 할 것이므로 원고는 피고가 피고보조참가인에 대하여서 한 이 사건 양곡가공업허가처분에 대하여 그 취소를 소구할 수 있는 법률상 이익이 없는 것이다.

#### 마. 해설<sup>28)</sup>

행정소송은 정식 쟁송절차로 쌍방 당사자가 대립하는 구조를 갖는다는 점에서 민사소송과 본질적으로 다를 것이 없다. 특히 당사자소송에서는 권리의무의 주체인 쌍방 당사자가 서로 권리를 주장하여 대립한다는 점에서 민사소송의 경우와 같다. 그러나 항고소송은 당사자 사이에 직접적으로 권리·이익에 관한 대립이 있는 것이 아니라 적극적 당사자인 원고는 위법한 처분 등으로 권리 이익이 침해되었음을 이유로 그 처분의 효력소멸을 구함에 대하여, 상대방인 행정청은 자기의 권익을 주장하는 것이 아니라 행정법규의 적용에 위법이 없음을 주장하는데 그친다. 그리하여 행정소송의 당사자에 관하여는 민사소송에 관한 특례가 인정되는 경우가 많다.

당사자적격이란 특정한 소송사건에서 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격을 말하고, 소송요건에 해당하므로, 법원이 당사자의 주장에 구애됨이 없이 직권으로 심리 판단하여, 흠결이 있는 경우에는 소를 각하하여야 한다.

여기에서는 취소소송의 원고 적격, 특히 처분의 직접상대방이 아닌 제3자의 원고적격 문제를 검토하고자 한다.

#### (1) 법률상의 이익을 가진 자

(가) 행정처분 등의 직접 상대방이 그 처분 등의 취소를 구할 수 있다는 데 대하여는 이론의 여지가 없다. 그러나 행정처분 등의 직접 상대방이 아닌 제3자에 대하여는 어느 범위까지 원고적격을 인정할 것인지에 관하여, 행정소송의 기능 내지 목적과 관련하여 여러 견해의 대립이 있다.

① 권리 침해를 받은 자만이 원고가 될 수 있다는 권리구제설, ② 권리뿐만 아니라 법률에 의하여 보호되는 이익을 침해받은 자도 원고가 될 수 있다는 법률상보호이익설, ③ 법률상 보호되지 있지 않더라도 보호할 가치가 있는 이익을 침해받은 자도 원고가 될 수 있다는 보호할 가치 있는 이익구제설, ④ 개인의 이익침해 여부와는 관계없이 처분의 위법을 주장하는 모든 자에 대하여 원고 적격을 인정하여야 한다는 적법보장설이 그것이다.

28) 이 부분은 주로 사법연수원, “행정소송, 2002” 중 관련 부분을 요약 정리하였다.

(나) 통설·판례는 행정소송법 12조 전문이 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있음에 터 잡아 법률상보호이익설을 취하고 있다.

(2) 법률상 보호이익설의 내용

(가) 법률상 보호이익설에 의할 경우, 처분 등으로 권리뿐만 아니라 이익을 침해받은 자도 그 처분 등의 취소를 구할 원고적격을 갖게 되나, 그 이익은 법에 의하여 보호되고 있는 직접적이고 구체적인 이익이어야 하고 공익 보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적·평균적·일반적 이익이나 반사적 이익과 같이 간접적이거나 사실적·경제적 이익까지 포함하는 것은 아니다.

(나) 법에 의하여 보호되는 이익을 침해받은 자가 원고적격을 갖는다고 할 때, 그 법이 헌법 등 상위법이나 법의 일반 원리까지 포함하는지에 관하여는 다시 견해의 대립이 있다.

판례는 당해 처분의 근거법규를 기본으로 하되, 근거법규에 직접 개인의 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거법규의 합리적 해석상, 근거법규가 행정청을 제약하거나 의무를 부과하는 이유가 순수하게 공익을 보호하려는 데만 있는 것이 아니라, 개인적·구체적 이익을 보호하는 취지까지 포함되어 있다고 해석되는 경우에는 법률상 보호되는 이익으로 취급하는 입장에 있다.

(다) 그런데 순수 공익만을 위한 행정법규나 관계자의 사익만을 위한 행정법규는 오히려 드물고 행정법규는 대부분 공익 및 사익을 함께 보호하기 위한 것이어서, 행정법규가 행정권 행사에 일정한 법적 제한을 가하는 경우, 그것이 관계자의 개인적 이익을 보장하기 위한 것인지, 직접적 목적은 공익 보호를 위한 것이고 그로 인한 관계자의 이익은 공익보호로 인한 반사적 이익에 불과한지 여부의 판단 자체도 쉽지 아니할 뿐만 아니라, 양자의 보호되는 이익을 침해받았는지 여부는 일률적으로 말할 수 없고, 당해 행정법규의 취지·목적, 그 처분으로 침해되는 이익의 내용·성질·태양 등을 종합하여 개별법규의 해석에 의하여 구체적으로 판단할 수밖에 없다 할 것이다.

오늘날에 있어서는 환경권과 소비자권리, 문화적 생활을 누릴 권리 등의 중요성이 커짐으로써 과거 공익 내지 단순한 반사적 이익에 불과한 것으로 여겨졌던 것들이 법에 의하여 보호되는 이익으로 해석되는 등 법적 이익의 개념이 확대되고 당사자적격을 인정하는 범위가 넓어져 가고 있는 추세이다.

(3) 구체적인 예

(가) 원고적격을 인정한 예

① 특허사업의 경업자(기존업자) : 선박운항사업면허처분에 대한 기존업자, 자동차운

송사업면허에 대해 당해 노선에 대한 기존업자, 광업법이 정한 거리제한을 위배한 증구허가에 대한 인접광업권자, 직행버스정류장설치인가처분에 대하여 그로부터 70여미터 떨어져 정류장을 운영하는 기존업자, 기존 시외버스를 시내버스로 전환하는 사업계획변경인가처분에 대한 기존시내버스업자

- ② 경원자(競願者) : 수인의 신청을 받아 우선 순위에 따라 일부에 대하여서만 인·허가 등의 수익적 행정처분을 하는 경우 심사의 잘못 등으로 우선순위 있는 자신에 대하여 허가 등이 되지 아니하고 타인에 대하여 허가 등이 되었다고 주장하는 자
- ③ 근거법률 등에 의하여 보호되는 쾌적한 생활환경 등을 침해받는 주민 : 주거지역 내 설치할 수 없는 공장이나 공설화장장의 설치허가에 대하여 주거의 안녕과 생활환경 침해를 주장하는 인근 주민, 건축법 53조 소정의 이격거리나 고도제한 등을 위반한 건축허가로 말미암아 일조·통풍·채광 등의 생활상의 이익을 침해받는 인근주민, 환경영향평가대상사업의 인가 등에 대하여 그 환경영향평가대상지역안의 주민, 원자로설치허가에 대하여 방사성물질에 의하여 피해를 입으리라고 예상되는 지역주민
- ④ 기타 : 귀속재산매각처분을 취소한 처분에 대하여 그 처분 전에 귀속재산을 전득한 자, 주택건설사업계획승인취소처분에 대하여 그 처분 전에 당해 사업을 양수하고 사업주체변경승인신청을 한 자, 농지분배처분 취소처분에 대하여 기왕에 분배된 그 농지를 매수하여 채권적인 소유권이전등기청구권을 가진 자

(나) 원고적격을 부정한 예

- ① 경찰허가를 받은 경업자(競業者) : 목욕탕 영업허가에 대하여 기존목욕탕업자, 양곡가공업허가에 대하여 기존업자, 약사들에 대한 한약조제권 인정에 대하여 한의사
- ② 반사적 이익을 침해받은 자 : 도로용도폐지처분에 의하여 산책로를 이용할 이익을 침해받는 자나 주택건설사업계획승인처분에 의하여 문화재를 향유할 이익을 침해받은 자, 상수원보호구역변경처분에 관하여 그 상수원으로부터 급수를 받는 주민, 산림훼손허가처분에 대하여 농경지의 풍수해를 우려한 인근 주민, 문화재지정처분에 대하여 그 지정이 엉뚱하게 되었다고 주장하는 종중, 공장배치및공장설립에 관한법률 및 산업입지및개발에관한법률에 근거한 콘크리트 제조업종의 공장입지 지정승인처분에 대하여 그 공자으로부터 발생할 공해로 피해를 입을 우려가 있는 인근주민, 당초 병원 설치가 불가능한 용도에서 병원 설치가 가능한 용도로 건축물 용도를 변경하여 준 처분에 대한 인근 기존 병원경영자, 무자격 전임강사임용처분으로 말미암아 학습권이 침해되었음을 주장하는 학생, 부교수임용처분에 대하여 같은 학과의 기존 교수, 노동조합설립신고수리행위에 대하여 사용자인 회사
- ③ 단체와 그 구성원 등 : 법인이나 비법인 사단에 대한 처분에 대하여 법원의 임원이거나 구성원, 단체구성원 개인에 대한 처분에 대하여 그 소속단체

다만, 법인에 대한 행정처분이 당해 법인의 존속 자체를 직접 좌우하는 처분인 경우에는 그 주주나 임원이라 할지라도 당해 처분에 관하여 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 할 것이므로 그 취소를 구할 원고적격이 있다.

- ④ 간접적 이해관계인 : 상호연대납세의무자관계에 있는 동업자에 대한 과세처분에 대하여 타 동업자, 수증자에 대한 증여세부과처분에 대하여 증여자, 원천징수의무자에 대한 납세고지에 대하여 그 원천납세의무자, 운수회사에 대한 과징금부과처분에 대하여 그 부과처분이 자신의 잘못으로 인한 것으로 사후 변상하여 줄 관계에 있는 운전기사, 아파트단지 내 건축허가처분에 대하여 기존 상권의 침해를 주장하는 같은 단지 내 상가 집포를 분양 받은 자, 발전소건설사업승인처분에 대하여 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체, 토지구획정리사업시행자가 한 환지처분에 대하여 공사수급자.
- ⑤ 채권자대위권자 : 채무자를 대위하여 항고소송을 제기할 수는 없다. 즉 행정소송에서 채권자대위소송은 허용되지 않는다.

(4) 사안의 경우

판시에서 밝힌 바와 같이 이 사건 양곡가공업허가처분으로 인한 원고의 손해는 위에서 원고적격이 부정된 사례중, 경찰허가와 관련된 반사적 이익의 침해에 불과하므로 이 사건 양곡가공업허가처분에 대하여 그 취소를 소구할 수 있는 법률상 이익이 없다고 한 판례의 태도는 타당하다고 본다.

**4. 양곡배정비율변경신청을 거부한 처분이 항고소송의 대상인지 여부**  
(부산고등법원 1990.2.9. 89구1902)

**가. 판시사항**

정부관리양곡가공업자의 양곡배정비율변경신청을 거부한 처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지 여부

**나. 판결요지**

양곡관리법 제16조, 같은법시행령 제14조, 같은법시행규칙 제6조, 제7조는 양곡가공업허가 내지 정부양곡가공허가에 관한 사항만을 규정하고 있을 뿐 양곡관리법상 정부관리양곡가공업자가 양곡배정비율의 변경을 위하여 어떤 신청을 할 수 있다는 규정이 없고 또 정부관리양곡가공량의 배정은 농림수산부의 양곡관리특별회계사무규정에 따라 가공업자의 가공능력, 정부관리양곡의 물량, 수급, 소송, 공장위치 등 제반사정을 고려하여 합리적으로 정하여지는 것이어서 가공업자는 그 배정에 관한 의견을 제출할 수 있음은 별론으로 하고 배



정 및 그 변경을 신청할 권리까지는 없을 뿐 아니라 정부양곡가공업자는 가공업자와 정부간의 양곡가공도급계약에 따라 이루어지는 것으로 가공원료공급을 뜻하는 양곡배정문제는 사법상의 관계에 불과한 것이므로 정부관리양곡가공업자의 양곡배정비율 변경신청을 거부한 처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다.

#### 다. 관련법령

양곡관리법 제16조같은법시행령 제14조같은법시행규칙 제6조같은법시행규칙 제7조

#### 라. 당사자 등

【원 고】 박○갑

【피 고】 하동군수

#### 마. 판결이유

(1) 원고는 주소지에서 “하동산업공사”라는 상호로 양곡가공업(농수산부장관허가 대규모 제40호)을 경영하고 있는데 1986.4. 이전에는 하동읍내에 원고의 공장을 비롯하여 소외 박○을의 하동공장, 소외 박○병의 광평공장 등 3개의 정부관리양곡도정업허가를 받은 공장이 있었으나 1986.4.경에 위 하동공장 및 광평공장이 통합되어 합동공장이 됨으로써 하동읍에는 2개의 정부관리 양곡도정공장이 있게 된 사실, 원고는 피고가 정부관리양곡도정량을 배정함에 있어 위 2개의 공장에 1 대 1의 비율로 배정하지 아니하고 원고공장과 합동공장에 1 대 2의 비율로 배정하므로 이를 시정 받기 위하여 피고에게 원고경영의 공장과 위 박○을, 박○병 경영의 합동공장에 가공원료인 정부관리양곡의 배정을 1 대 1의 같은 비율로 해달라는 도정양곡배정량변경신청을 하였던 바 피고는 1989.8.17. 통합전의 배정비율에 따른 것이라는 이유로 이를 거부한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 그러므로 살피건대, 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부처분도 행정처분의 하나로 항고소송의 대상이 되나 그 거부행위가 행정처분이 되기 위하여는 국민이 그 신청에 따른 행정행위를 해줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하며 이러한 권리에 의하지 아니한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청한 사람의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 이를 행정처분이라 할 수 없다 할 것인바 양곡관리법 제16조, 같은법시행령 제14조, 같은법시행규칙 제6조, 제7조에는 양곡가공업허가 내지 정부양곡가공업허가에 관한 사항만을 규정하고 있을 뿐 양곡관리법상 정부관리양곡가공업자가 정부관리 양곡배정비율의 변경을 위하여 어떤 신청을 할 수 있는 규정이 없고 또 정부관리양곡가공량의 배정은 농림수산부의 양곡관리특별회계사무규정에 따라 피고가 가공업자의 가공능력, 정부관리양곡의 물량, 수급, 공

장위치 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 정하는 것이어서 가공업자는 그 배정에 관한 의견을 제출할 수 있음은 별론으로 하고 배정 및 그 변경을 신청할 권리까지는 없다 할 것이므로 피고가 그와 같은 원고의 신청을 거부하였다 하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다 할 것이다(뿐만 아니라 정부양곡가공업은 정부의 허가대상이나 정부양곡가공업무는 가공업자와 정부간의 양곡가공도급계약에 의하여 이루어지는 것이어서 가공원료공급을 뜻하는 양곡배정문제는 행정처분이라기 보다 사법상의 관계에 불과하여 행정쟁송의 대상이 될 수 없다.

### 5. 행정처분의 기속력(대법원 1985.5.28. 84누408)

#### 가. 판시사항

- [1] 취소사유가 행정처분의 절차나 형식상의 하자에 있었던 경우, 그 확정판결이 행정청을 기속하는 효력범위
- [2] 제조면허의 취소로 인하여 공장부지로 사용할 수 없게 되어 소관행정관청의 지시에 따라 동일 타업자에게 토지를 임대한 것이 중과세의 대상인 비업무용 토지로 되지 아니하는 정당한 사유가 되는지 여부

#### 나. 판결요지

- [1] 어떤 행정처분에 위법한 하자가 있다는 이유로 그 행정처분을 취소하는 판결이 선고되어 확정된 경우에 처분행정청은 그 행정소송의 사실심 변론 종결 이전의 사유를 내세워 다시 확정판결에 저촉되는 행정처분을 하는 것은 허용될 수 없는 것이지만, 그 확정판결의 취소사유가 행정처분의 절차나 형식상의 하자에 있었던 경우에는 그 확정판결이 행정청을 기속하는 효력은 취소사유로 된 절차 내지 형식의 위법에 한하여 미친다 할 것이므로 행정청은 적법한 절차나 형식을 갖추어 동일내용의 처분을 할 수 있다 할 것이다.
- [2] 지방세법 제188조 제1항 제1호 제3목 및 동법시행령 제142조 제1항 제1호 제7목의 규정들이 법인의 비업무용 토지를 중과세 하는 취지는 법인이 그 고유의 목적에 사용할 수 있는데도 불구하고 다른 이익을 위하여 그 토지를 방치하는 경우를 제재하기 위한 것이므로 설사 법인이 그 고유목적에 사용하지 아니하더라도 직접 사용하지 못하는 데에 정당한 사유가 있을 때에는 중과세의 대상이 되는 비업무용 토지로 되지 아니하는 것인바 원고회사는 주류제조면허를 취소 당함으로 인하여 이 사건 토지 등을 포함한 주류제조공장을 고유의 목적에 사용할래야 할 수 없는 입장에 놓여 있었고, 행정관청의 지시에 따라 그 공장을 동종면허를 가진 다른 업자에게 임대하여 사용하게 한 것이라면 그 고유목적 불사용에는 정당한 사유가 있는 경우라고 봄이

상당하다.

**다. 관련법령**

행정소송법 제1조, 지방세법 제188조 제1항, 지방세법시행령 제142조 제1항

**라. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 ○○주식회사

【피고, 피상고인】 이리시장

【원심판결】 광주고등법원 1984.4.24 선고 83구38 판결

**6. 양곡매매업자 사용인의 불법행위와 양곡매매업자의 책임  
(대법원 1983.6.28. 82누122)**

**가. 판시사항**

- [1] 양곡매매업자의 사용인이나 동거자의 양곡관리법위반 행위에 대한 양곡매매업자의 책임
- [2] 양곡 매매업자의 처의 단 1회 고시가격 위반을 이유로 한 양곡매매업허가 취소와 감 독권 남용

**나. 판결요지**

- [1] 양곡매매업자의 사용인이나 동거자의 양곡매도행위는 바로 동인의 소위와 동시할 것 이므로 동인의 처의 양곡에 대한 고시가격위반행위는 동인의 양곡부정유통 거래행위 에 해당된다.
- [2] 원고가 양곡매매업을 생업으로 하여 5인 가족의 생계를 꾸려가고 있어서 그의 처가 다소 경솔히 양곡에 대한 고시가격위반행위를 한 것으로 보여진다면 그 같은 단 1회 의 양곡관리법 위반에 대한 제재로서 가장 무거운 영업허가 취소의 처분을 함은 감 독권의 남용에 해당한다.

**다. 관련법령**

양곡관리법 제22조 제1항, 제22조 제1항, 제17조 제1항 제3호

### 7. 기존양곡가공업자의 원고적격(대법원 1981.1.27. 79누433)

#### 가. 판시사항

- [1] 시의 예규로써 양곡가공시설물 설치장소에 대한 거리제한을 할 수 있는지 여부
- [2] 기존의 양곡가공업 피허가자가 행정처분에 의하여 이익이 감소됨을 이유로 그 처분의 취소를 구할 이익이 있는지 여부

#### 나. 판결요지

- [1] 양곡관리법등 관계법령에 양곡가공시설물 설치장소에 대한 거리제한의 규정이 없는 이상 시의 예규로써 그 거리를 제한할 수 없다.
- [2] 양곡가공업 허가는 경찰금지를 해제하는 명령적 행위로서 피허가자에게 독점적 재산권을 취득하게 하는 것이 아니라 간접적으로 사실상의 이익을 부여하는 것에 불과하므로 어떠한 행정처분에 의하여 이미 그 허가를 받은 자의 제분업상의 이익이 감소된다고 하더라도 이는 사실상의 반사적 결과일 뿐 동인의 권리가 침해된 것은 아니므로 그 취소를 소구할 법률상 이익이 없다.

#### 다. 관련법령

양곡관리법 제16조 행정소송법 제1조

### 8. 내부위임에 의한 처분의 행정처분성(대법원 1980.11.25. 80누217)

#### 가. 판시사항

내부위임을 받은 것에 불과한 구청장이 그 명의로 한 행정처분과 그에 대한 행정소송을 제기하는 경우의 피고적격

#### 나. 판결요지

서울특별시장이 그 권한에 속하는 양곡관리법 시행령 개정령 부칙(1978.9.5 대통령령 제 9155호) 제3항, 제4항 소정의 무허가제분업자의 신고를 수리할 권한을 관할 구청장에게 내부 위임한 경우 구청장이 그 명의로 불수리 처분을 한 것은 위법이지만 그 불수리 처분에 대한 행정소송은 그 처분을 한 구청장을 피고로 하여야 하고 서울특별시장을 피고로 하여서는 아니 된다.

다. 관련법령

양곡관리법 제16조양곡관리법시행령(1978.9.5) 제14조(제1항 제1호 부칙 제3항, 제4항), 행정소송법 제1조제3조

라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○갑 외 9인

【피고, 상 고 인】 서울특별시장

【원심판결】 서울고등법원 1980.3.19 선고, 79구167 판결

마. 판결이유

(1) 양곡관리법 제16조에 의하면 양곡을 원료로 하여 가공을 업으로 하고자하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 정부의 허가를 받도록 규정하고 동 시행령 제14조 제1항 제1호는 갑종 가공업으로 제분업(서류를 제외한 양곡을 원료로 하여 분말을 제조하는 업을 말한다)을 규정하여 농수산부 장관의 허가를 받도록 되어 있으며 한편 위 법 제21조는 이 법에 규정한 농수산부 장관의 권한은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 일부를 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사에게 위임할 수 있다하고 동 시행령 제18조 제4호에 농수산부 장관은 제14조 제1항 제1호의 규정에 의한 갑종 가공업의 허가에 관한 권한을 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사에게 위임한다. 다만 정부관리 양곡도정업, 대규모 제분업(시간당 원료 분쇄능력이 0.9톤 이상 규모의 제분업을 말한다)과 제조업의 허가에 관한 권한을 제외한다고 규정하고 있는 바, 이런 규정들을 보면 대규모 제분업을 제외한 제분업의 허가에 관한 권한을 소할 서울특별시장에게 위임되고 있음이 명백하고 이 권한에는 동 시행령 개정령(령 제9155호) 부칙 3, 4항의 무허가 제분업자의 신고를 수리할 권한도 포함된다고 해석된다. 그렇다면 원고들이 한 위 시행령 개정령에 따라 무허가 제분업에 신고의 접수여부는 서울특별시장의 권한에 속한다고 할 것임을 말할 나위도 없다.

(2) 그런데 기록에 의하면 서울특별시장은 소규모 양곡가공업의 허가사무를 관할 구청장에게 내부 위임하였음을 알 수 있는데 원고들로부터 위 시행령개정령에 따른 무허가 가공업자의 신고를 받은 관할 구청장이 그들의 명의로 그 불수리 처분을 한 사실을 인정할 수 있으므로 서울특별시장으로부터 내부위임을 받은 데 지나지 아니하는 구청장이 그 명의로 불수리의 결정을 한 본 건 행정처분은 위법 하다고 할 것이다. 그렇기는 하나 한편 행정소송법 제1조 및 제3조의 규정에 의하여 보전데 행정소송은 특별한 규정이 없는 한 처분을 한 행정청을 피고로 하여 제기하도록 되어 있으므로 위 본 건 신고 불수리 처분을 한 소관 구청장을 상대하여 그 취소변경 또는 무효 확인을 구할 것이지 그와 같은 행정소송에서 그 처분을 하지 아니한 피고 서울특별시장이 피고가 될 수 없는 법리라 할 것이다.

## [2] 刑事判例

### 1. 양곡관리법 제17조 위반행위 요건(대법원 1989.3.28. 88도919)

#### 가. 판시사항

양곡관리법 제17조 위반행위로 처단하기 위하여 심리할 사항

#### 나. 판결요지

곡가조절용 양곡은 타 시, 군, 구 지역으로 반출할 수 없음에도 불구하고 이를 반출하였다고 하는 범죄사실을 양곡관리법 제17조 위반행위라고 단정하려면 그러한 반출금지를 내용으로 하는 농림수산부장관의 명령이 언제 있었는지, 있었다면 그 고시된 기간과 지역 및 내용이 어떤 것인지를 밝혀보고 그 내용에 따라 같은 법조 제1항 각호 중 어떤 사항에 해당하는 명령에 위반한 것인지를 가려보아야 한다.

#### 다. 관련법령

양곡관리법 제17조, 제23조

### 2. 양곡관리법의 규제대상(대법원 1986.8.19. 86도796)

#### 가. 판시사항

정부 또는 정부대행기관 아닌 다른 곳에서 곡가조절용으로 방출된 정부양곡을 매입한 행위가 양곡관리법의 규제대상인지 여부

#### 나. 판결요지

양곡관리법 제17조 제1항 제1호, 동법시행령 제16조 제1항에 의한 농수산부장관의 명령인 농수산부고시 제2904호 및 제3144호 3. 나. (3)항이 곡가조절용으로 방출하는 정부양곡을 구입한 양곡매매업자는 이를 소비자에게만 판매하도록 규정하고 있는바 여기서 곡가조절용으로 방출하는 정부양곡을 구입한 양곡매매업자라 함은 정부 또는 정부대행기관으로부터 직접 위의 정부양곡을 구입한 판매업자를 가리키는 것이므로 정부 또는 정부대행기관이 아닌 다른 곳에서 매입한 양곡이 설사 곡가조절용으로 방출된 정부양곡이라 하더라도 위 법의 규제대상이 될 수 없다.

## 다. 관련법령

양곡관리법 제17조 제1항, 제23조, 양곡관리법시행령 제16조 제1항

## 라. 판결이유

(1) 양곡관리법 제17조 제1항 제1호, 같은법시행령 제16조 제1항에 의하여 농수산부 장관은 양곡의 수급조절과 유통질서의 확립을 위하여 특별히 필요하다고 인정할 때에는 양곡관리업자에 대해 기간과 지역을 정하여 양곡생산자인 농민에게 불이익을 주지 아니하는 범위 안에서 필요한 명령을 할 수 있다.

그에 따라 1976.12.31 농수산부고시 제2904호로 제정되고 1980.8.20 같은 고시 제3144호(피고인 등이 범행당시에 명한 농수산부 장관의 고시임)로 개정 명령된 동 고시 3. 나.(3)항에 의하면 곡가조절용으로 방출하는 정부양곡을 구입한 양곡매매업자는 이를 소비자에게만 판매하도록 규정되어 있는 바, 여기서 곡가조절용으로 방출하는 정부양곡을 구입한 양곡매매업자라 함은 정부 또는 정부대행기관으로부터 직접 위의 정부양곡을 구입한 판매업자를 가리키는 것이므로 정부 또는 정부대행기관이 아닌 다른 곳에서 매입한 양곡이 설사 곡가조절용으로 방출된 정부양곡이라 하더라도 위법의 규제대상이 될 수 없다고 할 것이다(당원 1980.8.26 선고 80도47 판결 참조).

(2) 그렇다면 양곡관리법 제23조 제2호에 의한 처벌의 대상이 되는 자는 정부 또는 정부대행기관으로부터 곡가조절용 양곡을 구입한 당해 양곡매매업자에 국한될 뿐, 그 행위의 상대방인 양곡의 구입자는 해당되지 아니한다고 보아야 할 것이다.

이 사건에 있어 피고인들이 양곡매매업자인 제1심 공동피고인 채○덕으로부터 그가 정부 또는 정부대행기관으로부터 직접 구입한 곡가조절용 양곡을 매입한 것에 불과한 피고인들의 행위가 농수산부 장관의 판매금지명령에 위반한 것이 아니라고 판단한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 소론이 주장하는 바와 같이 양곡관리법의 법리를 오해한 위법이 없다.

## 3. 미숫가루 제조행위와 양곡관리법 위반(대법원 1984.3.13. 83도1047)

### 가. 판시사항

미숫가루 제조행위가 양곡관리법의 적용대상인지 여부

### 나. 판결요지

양곡관리법 제23조 제1호의 3, 제16조 제1항에 의하면 양곡은 생산단계에서 소비단계까지의 유통 또는 유통 가능한 양곡을 모두 포함하는 것이므로 미숫가루원료는 동법 제2조의

양곡에 해당하고 이의 제조행위는 위법조의 적용의 대상이 된다.

**다. 관련법령**

양곡관리법 제2조 : 제23조 제1호의3 : 제16조 제1항

**라. 관련판례**

- [1] 대법원 1983. 3. 8. 81도 2761
- [2] 대법원 1983. 2. 22. 81도 2763
- [3] 대법원 1982. 12. 14. 81도 164

**4. 죄형법정주의와 관련된 판례(대법원 1982.11.23. 82도2352)**

**가. 판시사항**

양곡관리법 제17조가 죄형법정주의에 위반되는지 여부(소극)

**나. 판결요지**

양곡관리법 제17조 소정의 명령위반 행위에 대한 처벌을 동법 제23조에서 규정하고 있는 바 동법 제17조는 그 제1항 제1호 내지 제9호에서 구체적 명령의 내용을 명정하고 다만 그와 같은 명령을 할 때의 필요성과 시행기간 및 지역을 농민의 이익에 배치되지 않은 범위 안에서 농수산부장관이 판단하여 명령을 하도록 규정한 것이므로 이 규정이 죄가 되는 행위와 그 죄에 대한 형벌은 성문의 법률로 정하여져 있어야 한다는 이른바 죄형법정주의의 원칙을 정하는 헌법 제11조에 반한다고 할 수 없다.

**다. 관련법령**

양곡관리법 제17조

**라. 판결이유**

양곡관리법 제17조 제1항은 농수산부장관은 양곡의 수급 조절과 유통질서의 확립을 위하여 특히 필요하다고 인정될 때에는 양곡매매업자에 대하여 기간과 지역을 정하여 대통령령이 정하는 바에 따라 농민에 대하여 불이익을 주지 아니하는 범위 안에서 소비자 이외의 매매대상자의 제한, 용량거래의 제한, 판매가격의 개시 및 최고한도, 재고량의 신고, 유통양곡의 도정도의 제한 및 재도정금지, 양곡매매업자의 등록 정하여진 비율에 의한 미곡 및 잡곡의 혼합 또는 첨가판매, 시설물 설치의 제한, 거래 포장규격의 제한 등에 관한 명령을



할 수 있도록 규정하고 같은 법 제23조는 위 제17조에 의한 명령위반 행위에 대한 처벌을 규정하고 있는바, 위 제17조는 그 제1항에서 제1호 내지 제9호에 구체적 명령의 내용을 명정하고 다만 그와 같은 명령을 할 때의 필요성과 시행기간 및 지역을 농민의 이익에 배치되지 않는 범위 안에서 농수산부장관이 판단하여 명령을 하도록 규정한 것이므로 이 규정이 죄가 되는 행위와 그 죄에 대한 형벌은 성문의 법률로 정하여져 있어야 한다는 이른바 죄형법정주의의 원칙을 정하는 헌법 제11조에 반한다고 할 수 없음이 명백하고 1977.11.9 농수산부 고시 제2960호는 1976.12.31 농수산부 고시 제2904호의 명령사항 중 음식판매업자와 양곡가공업자에 관한 부분을 일부 개정하였을 뿐 이 사건 양곡매매업자에 관한 부분에 관하여는 개정 등 아무런 조치를 한 바가 없어 여전히 유효하므로 양곡관리법 제17조의 규정이 헌법 제17조에 위반하고 위 농수산부고시 제2904호는 같은 제2960호에 의하여 실효되었다는 상고논지는 어느 것이나 그 독자적 견해에 불과하여 채용할 수 없다.

## 5. 곡가조절용양곡 등의 의미(대법원 1980.8.26. 80도47)

### 가. 판시사항

- [1] 양곡관리법 제7조의3 제3항 소정의 정부 또는 정부대행기관으로부터 매입한 곡가조절용 양곡의 의미
- [2] 동법 제17조 제1항과 농림부장관의 1977.11.9자 고시 제2960호 소정의 양곡업자의 의미
- [3] 동법 제17조와 위 농림부장관의 고시가 위임입법의 한계를 넘어 위헌인지의 여부

### 나. 판결요지

- [1] 양곡관리법 제7조의 3 제3항에 규정하는 정부 또는 정부 대행기관으로부터 매입한 곡가조절용 양곡이라 함은 양곡업자가 정부 또는 정부 대행기관으로부터 직접 매입한 곡가 조절용 양곡을 가리키는 것이고, 정부 또는 그 대행기관이 아닌 다른 곳에서 매입한 것은 설사 그것이 곡가조절용으로 방출되었던 정부양곡이라 하여도 이에 해당되지 아니한다.
- [2] 동법 제17조 제1항과 농수산부장관의 1977.11.9자 고시 제2960호 중 나. 양곡매매업자에 대한 명령사항 소정의 곡가조절용으로 방출하는 정부 양곡을 구입한 양곡매매업자라 함은 정부 또는 정부 대행기관으로부터 직접 곡가조절용 정부양곡을 매입한 것이므로 곡가조절용으로 양곡판매업자에게 배정된 정부양곡을 피고인이 그 판매업자로부터 매수하여 비실수요자에게 판매하였다면 이는 농수산부장관의 위 고시에 위반되는 것이 아니다.
- [3] 동법 제17조 및 농림부장관의 고시는 위임입법의 한계를 넘은 것이 아니므로 위헌이

아니다.

#### 다. 관련법령

양곡관리법 제7조의 3 제3항, 제17조, 농림부장관의 1977.11.9자 고시 제2960호 나

### 6. 곡가조절용양곡의 임의 방출과 배임죄(대법원 1975.11.25. 73도1881)

#### 가. 판시사항

정부양곡의 수매 가공 보관 및 방출등 업무를 보조하던 군청직원이 곡가조절용 정부양곡을 소정 목적 외의 용도에 자의로 방출한 경우 배임죄의 성부

#### 나. 판결요지

정부가 매수 확보중인 양곡은 당시 양곡관리법 6조에 의하여 곡가조절용으로 방출하는 외에 교환용으로도 사용되고 또 같은 법 10조 소정 농림장관은 천재지변 기타 급격한 경제변동에 대비하기 위하여 양곡을 비축하여야 한다고 하는 규정들에 비추어 보면 정부양곡의 수매 가공 보관 및 방출등 업무를 보조하던 군청직원이 위와 같은 목적을 위하여 비축중인 정부양곡을 소정 목적 외의 용도로 자의로 방출한 경우에는 그 대금전액이 국고에 납입된 여에 불구하고 그 목적을 위한 사용이 저해되어 정부에 재산상 손해를 가한 것이므로 배임죄가 성립한다.

# 第 7 章 農業災害對策法

## 第 1 節 農漁業災害對策法

### I. 農漁業災害對策法の 概要

#### 1. 制定経위 등

농어업재해대책법은 농업 및 어업생산에 대한 재해의 예방과 그 사후대책을 강구함으로써 농업 및 어업의 생산력을 증진하고 농업 및 어업의 경영의 안정을 도모하기 위하여, 1967. 1. 16. 법률 제1874호로 농업재해대책법이 제정되었고, 1990. 8. 1. 법률 제4250호로 전문개정 되면서 농어업재해대책법으로 제명을 변경한 후 4차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 관련법의 검토

관련하여 구 풍수해대책법은 자연재해대책법에 흡수되었다.

자연재해대책법은 자연재해로부터 국토와 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 방재조직 및 방재계획등 재해예방·재해응급대책·재해복구 기타 재해대책에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위하여 제정되었고, 제1장 총칙, 제2장 방재조직, 제3장 방재계획, 제4장 재해예방, 제5장 지진방재대책, 제6장 재해응급대책, 제7장 재해복구(시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 재해복구계획이 확정된 경우 신속한 재해복구를 위하여 필요한 때에는 재해복구에 소요되는 경비를 지방자치단체의 예산에 계상할 수 있다), 제8장 보칙 등(국가는 재해예방, 재해응급대책 또는 재해복구사업의 원활한 실시를 위하여 필요한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 비용의 전부 또는 일부를 국고에서 부담하거나 지방자치단체 기타 방재책임자에게 보조할 수 있다. 지원내용은 이재민의 구호, 학자금 면제, 영농·어자금의 상환기한 연기 및 그 이자의 감면, 정부양곡의 무상지급, 기타 중앙재해대책본부회의에서 결정한 사항으로 되어 있고, 재해대책기금의 적립을 규정하고 있다) 총 8장 72조로 되어 있으나 농업재해에 대한 실질적인 손실보상등에 대해서는 명시하지 않고 있다.

### 3. 농어업재해대책법의 주요내용

농어업재해대책법은 총 12조로 되어 있는 바, 제2조에서 법의 규율대상이 되는 재해 등에 대해 정의를 내리고 있고, 국가 및 지방자치단체는 재해대책을 실시하도록 강제하고(제3조) 재해대책에 소요되는 비용을 전부 또는 최대한 보조하고 재해를 입은 농가 및 어가에 대한 지원을 하도록 하고(다만, 자연재해대책법 기타의 법령에 의하여 재해의 예방·피해의 경감·재해의 복구 및 지원의 조치를 받은 농가 및 어가는 이 법에 의한 보조 및 지원의 대상에서 제외) 구체적인 보조 및 지원을 한해, 병충해, 유실 또는 매몰 등으로 나누어 규정하고 있고, 이에 필요한 재원을 확보하도록 의무를 부여하고(제4조), 재해대책심의위원회(제6조), 발생하거나 발생할 우려가 있을 시 응급조치(제7조), 복구자금의 선지급(제9조) 등을 규정하고 있다.

## II. 農漁業災害對策法에 관한 判例

### 1. 입법부작위와 손해배상 청구(서울지방법원남부지원 1999.2. 98가합15904)

#### 가. 판시사항

국회의원의 입법부작위가 위법행위로서 민사상 불법행위를 구성하는지 여부(한정 소극)

#### 나. 판결요지

대의제 민주주의 헌법질서하에서 국회는 그 소속 의원들을 통하여 국민들 사이에 존재하는 다원적 의견과 제반 이익을 입법과정에 공정하게 반영하고 의원들 간의 자유스러운 토론을 통하여 그것을 조정하며 궁극적으로는 다수결의 원리에 의한 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 부담하는 것이므로 국회의원들에게는 다양한 국민의 의사를 수렴·반영하고 국민 전체의 복지실현을 목표로 하여 행동하는 것이 요청되는데, 대의제 민주주의가 적정하고 효율적으로 기능하기 위하여는 국회의 개최 여부(개회된 국회의사일정의 진행도 포함한다) 등의 입법과정을 국회의원 각자의 정치적 판단에 일임하고, 그 당부는 종국적으로 자유언론과 선거과정에 의한 정치적 평가에 맡기고 있는 것이므로, 결국 우리 헌법질서 내에서 국회의 입법행위는 본질적으로 정치적인 것이고 그 성격상 실정법적 규제로부터 자유로운 것이며 그러기에 소속 국회의원들 개개인에게 선거 등에 의하여 정치적 책임을 추궁하는 것을 넘어서서 실정법질서의 관점에서 입법행위 또는 그 부작위에 대하여 법적 책임을 귀속시키는 것은 원칙적으로 가능하지 않다고 볼 것이고, 다만 국회의원이 이념적 통일체로서의 전체 국민을 대표하고 전체 국민에 대하여 법적인 의무를 부담하여 개별 국민에 대하여는 어떠한 구체적인 법적 책임을 부담하지 않는 것이 원칙이라고 할지라도 국회

의 입법형성권도 헌법에 의하여 부여된 것이기 때문에 헌법질서 내에서만 그 정당성이 인정되는 것이므로 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였을 때, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였을 때에는 입법권자인 국회에게 헌법상의 입법의무가 부여되었다고 할 수 있는 예외적인 경우에는 헌법에 의하여 부여된 입법의무를 행하지 않는 입법부작위가 위헌 내지 위법한 것으로 평가될 수 있다.

#### 다. 당사자 등

【원 고】 이○갑 외 1122인

【피 고】 이○을 외 280인

#### 라. 판결이유

##### (1) 본안전 항변에 대한 판단

원고 이○병이 피고 국회의원들의 장기간의 국회 공전으로 인한 입법부작위로 인하여 원고 이○병의 생존권이 달려 있는 법안이나 추가경정예산안 처리를 내팽개침으로써 국회의 기능을 상실케 한 것은 피고 국회의원들의 고의 내지 고의에 가까운 중대한 과실에 의한 직무상 불법행위에 해당하고 이로 인하여 원고 이○병이 정신적 고통을 받고 있다고 주장하면서 피고 국회의원들을 상대로 손해배상으로 각 금 100,000원씩을 지급할 것을 구하고 있는 이 사건에 있어서 피고들은 다음과 같은 이유로 본안전 항변을 하므로 이를 차례로 판단한다.

(가) 헌법상 입법권은 전적으로 국회의원으로 구성되는 국회에 속하는 것이고 입법부에 의한 입법권 행사 여부의 타당성은 정치문제로서 법원은 이에 대하여 사법심사를 할 권한이 없으므로 이 사건 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다.

그러므로 보건대, 원고들의 이 사건 청구는 피고 국회의원들의 입법권 행사 여부의 타당성을 판단하라는 것이 아니라 피고 국회의원들이 헌법상 규정된 의무를 위반하여 입법권을 제대로 행사하지 아니함으로써 원고들이 손해를 입었으므로 그 손해를 배상하여 달라는 금전지급청구기어서 소의 이익이 있다고 할 것이니 위 피고들의 위 주장은 이유 없다.

(나) 국회는 헌법과 국회법에 따라서 매년 9월 10일에 소집하는 정기국회와 소집요구가 있을 때마다 소집하는 임시국회가 있고 국회의원의 지위와 활동에 대하여도 국회법에서 규정하고 있는데 국회나 국회의원이 국민이 요구하는 사항에 대하여 국회를 개최하고 입법 또는 의결하지 아니한 경우에 이를 배상하여야 한다는 내용의 규정이 국회법에 존재하지 아니할 뿐만 아니라 원고들의 이 사건 청구는 피고들의 어떠한 행위로 인하여 원고들의 어떠한 권리가 침해당하였는지에 대한 구체적인 주장이 없어 권리침해의 직접성, 구체성이나 연관성에 대한 주장이 결여되어 있으

므로 이 사건 청구는 부적법하다.

그러므로 보건대, 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구는 국회법에 기한 것이 아니라 민사상 불법행위책임을 구하는 것이고, 원고들의 이 사건 청구가 권리침해의 직접성, 구체성이나 연관성에 대한 주장이 결여되어 있다고 하더라도 이는 원고들의 청구의 당부를 판단함에 있어서 고려되어야 할 사항일 뿐 이로써 청구 자체가 부적법하다고는 할 수 없으므로 위 피고들의 주장은 이유 없다.

- (다) 원고들은 피고들을 공무원으로 전제한 다음 피고들의 국회공전행위가 공무원으로서의 고의 또는 이에 가까운 직무태만 내지 국회의원의 지위와 권한의 남용이라고 주장하는바, 피고들은 넓은 의미의 공무원에 해당되고 공무원의 직무상 불법행위에 대하여는 국가배상법 소정의 배상신청절차를 경유하여야 할 것인데 원고들의 이 사건 청구는 위 법에서 규정한 배상신청절차를 경유하지 않은 것이어서 부적법하다.

그러므로 보건대, 공무원이 직무수행중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 손해를 입은 피해자가 국가나 지방자치단체에게 손해배상책임을 묻는 경우에는 국가배상법 제9조의 규정에 의하여 배상신청절차를 경유하여야 하는 것은 당연하나, 국가나 지방자치단체가 아닌 불법행위를 행한 공무원 개인에 대하여 손해배상을 청구하는 것은 민법 제750조에 규정한 불법행위책임을 묻는 것으로서 국가배상법 소정의 배상신청절차를 경유할 필요가 없다고 할 것이어서 위 피고들의 주장 역시 이유 없다.

## (2) 본안에 대한 판단

무릇, 피고 국회의원들의 위와 같은 입법부작위 내지 입법 해태로 인하여 원고들이 피고 국회의원들에게 손해배상을 청구하기 위하여는 국회의 공전과 그로 인한 피고 국회의원들의 입법부작위 내지 입법 해태가 원고 이○병에 대한 관계에서 위법하여야 하고 그러한 위법한 행위로 인하여 원고 이○병에게 구체적인 손해가 발생하였다는 것이 인정되어야 할 것이다.

그러므로 우선, 피고 국회의원들에 의한 국회 공전과 그로 인한 입법부작위 내지 입법 해태가 위법한 것인가에 대하여 보건대, 헌법 제60조는 입법권은 국회에 속한다고 규정하여 국회에게 입법형성권을 부여하고 있고 이러한 입법형성권을 부여받은 국회는 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는바, 헌법 하에서 적극적으로 국회를 열고 어떠한 사항을 규율하기 위한 법률을 제정할 것인가 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 법률을 제정함에 있어서도 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려를 토대로 하여 구체적인 내용을 자유롭게 형성할 수 있으므로 국회나 국회의원의 일반적인 입법행위 내지 입법부작위를 위법으로 평가하여 법원이 판결로써 그로 인하여 불이익을 입은 개개의 이○병에게 손해배상청구권을 인정하는 것은 결국 사법부가 국회로 하여금 국회를 개최하도록 하고 특정한 입법을

강제하거나 못하게 함으로써 입법부를 통제하는 결과가 되어 헌법이 상정하고 있는 삼권분립의 원칙에 부합하지 아니한다는 의문도 제기될 수 있다.

더욱이 피고 국회의원들은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 선출되는 선출직 공무원으로서 국가최고의 대의기관인 국회의 구성원이자 각자 국민의 대표자인바, 헌법 제46조 제2항, 국회법 제24조에 의하여 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행하여야 할 헌법 및 법률상의 의무가 있으나, 국회의 국민 대표성에 대하여는 확설로는 법적 대표성을 부인하는 정치적 대표설에서부터 법적 대표성을 인정하는 법적 대표설, 헌법적 대표설 등의 다양한 견해가 있다.

그런데 법적 대표성을 인정하는 견해도 국회 내지 국회를 구성하는 국회의원은 국민 개개인의 대표가 아니라 이념적 통일체로서의 전체 국민에 대한 대표로서의 지위를 가지고 전체 국민의 의사를 국민에 의하여 선출된 국회가 정치적, 이념적으로 대표한다는 의미로 보는 것이므로, 결국 이념적 통일체로서의 전체 국민의 대표인 국회는 국민 개개인에 대하여 구체적인 법률적 조건에 의하여서도 구속당하지 않고 국민의 의사를 반영하여야 할 헌법적 책임을 지는 것이지만, 여기서 헌법적 책임이라는 것은 본질적으로 실정법적인 것을 넘어서는 정치적 책임이라고 보는 것이 정설이다.

즉 대의제 민주주의 헌법질서하에서 국회는 그 소속 의원들을 통하여 이○병 사이에 존재하는 다원적 의견과 제반 이익을 입법과정에 공정하게 반영하고 의원들 간의 자유스러운 토론을 통하여 그것을 조정하며 궁극적으로는 다수결의 원리에 의한 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 부담하는 것이므로 국회의원들에게는 다양한 국민의 의사를 수렴·반영하고 국민 전체의 복지실현을 목표로 하여 행동하는 것이 요청되는데, 대의제 민주주의가 적정하고 효율적으로 기능하기 위하여는 국회의 개최 여부(개회된 국회 의사일정의 진행도 포함한다) 등의 입법과정을 국회의원 각자의 정치적 판단에 일임하고, 그 당부는 종국적으로 자유언론과 선거과정에 의한 정치적 평가에 맡기고 있는 것이므로, 결국 우리 헌법질서 내에서 국회의 입법행위는 본질적으로 정치적인 것이고 그 성격상 실정법적 규제로부터 자유로운 것이며 그러기에 소속 국회의원들 개개인에게 선거 등에 의하여 정치적 책임을 추궁하는 것을 넘어서서 실정법질서의 관점에서 입법행위 또는 그 부작위에 대하여 법적 책임을 귀속시키는 것은 원칙적으로 가능하지 않다고 볼 것이다.

다만 국회의원이 이념적 통일체로서의 전체 국민을 대표하고 전체 국민에 대하여 법적 의무를 부담하여 개별 국민에 대하여는 어떠한 구체적인 법적 책임을 부담하지 않는 것이 원칙이라고 할지라도 국회의 입법형성권도 헌법에 의하여 부여된 것이기 때문에 헌법질서 내에서만 그 정당성이 인정되는 것이므로 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였을 때, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였을 때에는 입법권자인 국회에게 헌법상의 입법의무가 부여되었다고 할 수 있는 예외적인 경우에는 헌법에 의하여 부여된 입법의무를 행하지 않는 입법부작위가 위헌 내지 위법한 것으로 평가될 수 있다 할 것이다.

그러나 원고들이 피고 국회의원들에 의한 국회 공전으로 인하여 위 임시회에 상정되었으나 의결되지 못한 농어업재해대책법중개정법률안 등에 관하여 헌법의 명문상 입법을 적극적으로 명하는 규정이 존재하지 않고, 또 헌법의 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하여 입법권자인 국회에게 헌법상의 입법의무가 부여된 법률안들이라고 볼 수 없으므로 국회의 입법형성의 재량적 권한에 위임되어 있는 범위 내의 법률안이라고 할 것이며, 다만 그 중에 국민의 생존권에 관계되는 내용이 일부 있고 그 심의통과를 하지 않았다고 하더라도 그에 관계되는 이○병 개개인에게 구체적인 생존배려청구권이 인정되지 않는 이상 단지 '객관적 헌법위탁'을 저버린 것에 불과할 뿐 '주관적 권리침해'에까지 이르지 아니한다고 볼 것이고, 따라서 피고 국회의원들이 위와 같은 법률을 제정하거나 개정의결을 하지 않은 것이 위법한 것으로 볼 수는 없다.

결국 피고들에 의한 국회 공전으로 인한 위와 같은 입법부작위 내지 입법 해태가 위법하지 않은 이상 원고들이 위와 같은 입법부작위로 인하여 어떠한 구체적인 손해를 입었다고 하더라도 피고들에 대하여 그 손해배상을 청구할 수 없다고 할 것이며, 그리고 단지 국회의원들의 추상적 입법 해태로 인하여 이○병인 원고들이 분노나 실망을 느꼈다고 하더라도 그것만으로는 법적 의미가 있는 정신적 손해라고 평가될 수도 없으므로, 원고들의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다고 할 것이다.

## 2. 원전과 양식어류 폐사(서울지방법원 1998.10.13. 97가합53927)

### 가. 당사자 등

【원 고】 최○성 외 2

【피 고】 한국전력공사

### 나. 판결이유

#### (1) 손해배상책임의 발생

원고 박○갑은 1990. 7.경부터 현재까지 경북 울진군 북면 덕천리 1의 6에서 덕천양어장(환일수산)이란 상호로서, 원고 박○을은 1993. 7.경부터 1996. 1.경까지 같은 군 죽변면 후정리 710의 5에서 죽변축양장이란 상호로서, 원고 박○병은 1993. 9.경부터 현재까지 같은 군 북면 덕천리 1의 17에서 대한양식장이란 상호로서 인근 바다로부터 파이프를 통하여 해수를 끌어들여 넙치(광어)를 양식하는 수조식 육상 양식장(이하 이를 합쳐 이 사건 양식장들이라 한다)을 운영하던 자들이고, 피고는 같은 군 북면 덕천리 207 일대에 원자력발전소 1, 2호기를 설치하여(이하 위 1, 2호기를 합쳐 울진 원전이라 한다) 그 1호기는 1988. 9.경부터, 2호기는 1989. 9.경부터 각 가동하여 온 자이다.



울진 원전은 북쪽을 향하여 해안선을 따라 설치되어 있는 방류제를 통하여 자연해수를 끌어들이어 원자로 발전터빈의 냉각수로 사용한 다음 남쪽을 향하여 역시 해안선을 따라 설치되어 있는 방류제를 통하여 이를 바다로 배출시켜 왔는데, 냉각수로 사용된 해수는 자연수온에 약 6-7도 정도 가온된 채 복수기 출구로부터 길이 약 1570m의 지하배수관을 거쳐 지상방류지점에 이른 다음 길이 약 660m의 지상배수로(방류제)를 거쳐 바다와 만나게 되며, 위 바다와 만나는 지점으로부터 남쪽으로 약 1km지점에 이 사건 양식장들이 위치하고 있다

그런데 이 사건 양식장들 수조의 사육수온이 1994. 7. 22.부터 상승하기 시작하여 같은 달 27.까지 사이에 최고 30.8도까지 급상승하여 이 사건 양식장들의 넙치 1, 2년어들이 24. 20:00경부터 폐사하기 시작하여 27.까지 집단폐사하였다.

일반적으로 어류는 변온동물로서 서식환경의 수온변화에 민감하게 반응하여 수온의 급격한 상승은 용존산소의 절대량 감소를 가져와 어류가 호흡에 이용할 수 있는 산소량을 급격히 감소하게 하는 한편, 어류의 체온상승을 가져와 산소소비량이 급격히 증가하게 되어 어류의 호흡대사에 치명적인 영향을 주게 되고, 어류의 혈액내 혈당치, 헤모글로빈, 코티솔의 상승으로 어류의 생체대사리듬을 깨뜨려 어류의 대량폐사를 일으킬 수 있는바, 넙치의 경우 성장에 적절한 수온은 18-23도 정도이나 수온이 26-27도에 이르면 넙치가 생리적으로 위험한 상태에 이르고, 특히 29-31도 정도의 고수온은 넙치의 대량폐사를 일으킬 수 있는 치명적인 온도이다.

이 사건 집단폐사가 일어난 시기를 전후하여 경북 영일군 대보면 감사리의 양식장에서 넙치가, 같은 군 구룡포와 장기면 일대 양식장에서 우렁챙이가, 대청호에서 빙어떼가 이상 기온으로 인하여 집단폐사하는 사건이 발생하였으나, 반면 울진 원전으로부터 남쪽으로 7-8km 떨어진 온양양어장이나 16km 정도 떨어진 두리수산, 대하수산 등지에서는 일반적인 피해 외에 넙치의 집단폐사는 일어나지 아니하였다.

선진국은 원자력발전소에서 배출되는 온배수가 해양생태계에 미치는 영향을 감쇄하기 위하여 온배수의 배출온도를 낮추거나 이를 심해로 배출하게 하는 등의 각종 온배수 영향 저감시설을 설치, 가동하고 있다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 집단폐사는 울진 원전에서 배출된 34.2도 이상의 온배수가 깊은 바다로 흩어지지 못하고 이 사건 양식장들 인근 바다로 몰려와 평년보다 상승한 해수온을 3.2-3.8도 정도 더욱 상승시켜 넙치가 생리장애로 단기간내 집단폐사한 것으로 봄이 상당하다. 따라서 피고는 울진 원전의 가동을 책임지고 있는 자로서 위 원전으로부터 배출되는 온배수로 인하여 해양생태계가 파괴되지 않도록 함은 물론 인근 어업 및 양식업에 피해가 발생하지 않도록 온배수 영향 저감시설을 설치하여야 할 주의의무가 있다고 할 것임에도 불구하고 이를 게을리 하여 이 사건 집단폐사가 발생하도록 하였으므로, 피고는 위 불법행위로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

## (2) 책임의 면제 및 제한에 대한 주장에 관한 판단

이 사건 집단폐사로 인한 원고들의 피해는 피고의 앞서 본 과실에 의한 온배수 배출로 인한 수온의 상승과 자연력인 위 이상고온 및 냉수대의 조기소멸로 인한 수온의 상승이 결합되어 발생하였다 할 것이므로, 피고의 배상범위는 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 손해발생에 대하여 자연력이 기여하였다고 인정되는 부분을 공제한 나머지 부분으로 제한하여야 할 것인바, 이 사건 변론과정에 나타난 제반 사정만으로는 손해발생에 대한 자연력의 기여도가 불분명하므로 자연력의 기여도를 50% 정도로 봄이 상당하다고 판단되어 피고의 배상범위를 위 기여도를 제외한 나머지 50%로 제한한다.

소외회사가 1987.경 피고에게 해산어류양식을 위한 울진 원전의 온배수를 이용 협조를 구하여 같은 해 6.경 소외회사의 대표이사인 지정삼과 피고간에 기간 1987. 6. 1.부터 1992. 6. 1.까지로 정하여 소외회사가 울진 원전의 온배수를 이용하여 양식장 사업을 운영함에 있어 소외회사는 온배수이용 양식업이 발전소 운영에 지장이 없도록 하고, 발전소의 비정상 사태 또는 사고로 인하여 양식사업장에 피해가 유발되었을 시 소외회사가 이에 대한 보상을 요구하지 않기로 하는 등을 내용으로 한 협약을 체결한 사실, 원고 박○갑이 1996. 10. 소외회사가 운영하던 양식장을 인수하여 동일수산이라는 상호로 양식업을 하고 있는 사실은 인정할 수 있으나, 소외회사가 피고와 위와 같은 협약을 체결하였다는 점만으로 원고 박○갑에게 위 협약의 효력이 미친다고 볼 수 없고, 달리 원고 박○갑에게 위 협약의 효력이 미친다거나 원고들과 피고간에 피고 주장과 같은 면책특약이 이루어졌다는 등의 사정을 인정할 자료가 없으므로 피고의 위 주장은 이유 없다.

## 第 2 節 農作物災害保險法

### I. 農作物災害保險法の 概要

#### 1. 制定경위 등

농작물재해보험법은 자연재해로 인하여 발생하는 농작물의 피해에 따른 손해를 보상하기 위한 농작물재해보험에 관한 사항을 규정함으로써 농업경영의 안정과 농업생산성의 향상에 이바지함을 목적으로 2001. 1. 26. 법률 제6377호로 제정되어 2001. 3. 1.부터 시행되었다.

#### 2. 농작물재해보험법의 주요내용

농작물재해보험법은 총19조로 되어 있는 바, 농작물재해보험에 관하여 재해보험대상농작물의 선정 등을 심의하기 위하여 농림부장관소속하에 농작물재해보험심의회를 두고(제2조), 재해보험의 대상농작물을 그 피해규모 및 재배농가수 등 보험실시 효과·보험효용성 및 보험실시 가능성 등을 종합적으로 고려하여 대통령령으로 정하도록 하고(제4조) 위 보험대상농작물을 재배하는 자를 보험가입자로 하고(제3조), 보험사업자는 농협중앙회나 보험업법에 의한 보험사업자로 하고 있고(제5조), 보험요율은 재해보험의 대상농작물단위로 대통령령이 정하는 행정구역 단위로 산정하고(제6조), 업무위탁(제10조), 분쟁조정(제11조), 재해보험금의 압류금지(제13조), 재정지원(제14조) 등을 규정하고 있다.

### II. 農作物災害保險法에 관한 判例

농작물재해보험법은 시행된 지가 얼마 되지 않아 구체적인 분쟁이 발생한 사례는 아직 보이지 않는다.

농어업재해대책법(관련된 자연재해대책법, 농작물재해보험법도 마찬가지) 역시 매년 반복되는 재해에도 불구하고(더구나 최근에는 구제역 등 질병으로 인한 피해도 막심하다) 농업인의 손해를 분산하고 실질적으로 손실보상을 받을 수 있는 방안의 모색 등은 아직 불충분하다. 위에서 본 입법부작위에 관한 소송이나 국가의 영조물책임을 묻는 국가배상소송 등이 제기될 수 있어 보인다.

# 第 8 章 畜産關係法

## 第 1 節 畜産法

### I. 畜産法の 概要

#### 1. 制定経위 등

축산법은 가축의 개량·증식, 축산업의 구조개선, 가축과 축산물의 수급조절·가격안정 및 유통개선 등에 관한 사항을 규정함으로써 축산업의 발전을 도모하여 축산농가의 소득증대와 축산물의 안정적 공급에 이바지함을 목적으로 1963.6.26. 법률 제1363호로 제정되었고 (가축보호법 폐지) 1999.1.29 법률 제5720호로 전문개정하고 이후 4차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 축산법의 주요내용

축산법은 제1장 총칙, 제2장 가축개량 및 인공수정 등, 제3장 축산물의 수급 등, 제4장 가축시장 및 축산물의 등급화, 제5장 축산발전기금, 제6장 보칙, 제7장 벌칙 등 총 6장, 47조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면, 농림부 장관의 축산발전시책 강구(제3조), 축산발전심의위원회(제4조)에 관해 규정하고 있다.

제2장 가축개량 및 인공수정 등을 보면, 농림부장관은 가축의 개량목표를 설정하고 이를 고시하여야 하고(제5조), 개량목표를 달성하기 위하여 필요한 경우에는 축산관련기관 및 단체 중에서 등록기관을 지정하여 가축의 혈통·능력·체형 등 필요한 사항을 심사하여 등록하게 할 수 있고(제6조), 가축의 능력의 개량정도를 확인·평가하기 위하여 검정을 실시하게 할 수 있고(제7조), 보호가축의 지정 등(제8조), 가축의 인공수정 등(제10조), 수정사(제11조 내지 14조), 정액등처리업(제14조, 15조), 수정소(제16조) 등에 관하여 규정하고 있다.

제3장 축산물의 수급 등을 보면, 부화업 및 종축업을 영위하고자 하는 자는 그에 필요한

시설을 갖추어 시장·군수에게 신고하도록 하고 있고(제20조), 일정규모 이상의 대기업은 축산업 참여를 금지하고 있고(제21조), 세계무역기구(WTO)설립을 위한 마라케쉬협정에 따른 대한민국 양허표상의 시장접근물량에 적용되는 양허세율로 축산물 등을 수입하고자 하는 자는 농림부장관의 추천을 받도록 하고 있고(제24조), 농림부장관은 수입축산물의 관리·부정유통방지 기타 소비자보호를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 때에는 수입축산물의 판매가격·방법 및 시기 등 수입축산물을 관리할 수 있도록 하고 있다.(제25조)

그리고 농림부장관은 축산물의 소비촉진등에 관한 법률에 의한 축산단체가 축산물의 판로 확대 등을 도모하기 위하여 축산자조활동자금을 설치·운영하는 경우에는 그 축산단체에 대하여 축산발전기금에서 보조금을 지급할 수 있도록 하고 있다.(제26조)

제4장 가축시장 및 축산물의 등급화를 보면, 가축시장은 농업협동조합법에 의한 축산업 협동조합이 개설·관리하도록 하고(제27조), 제28조 내지 제32조에서 축산물등급판정과 관련된 제반사항을 규정하고 있다.

제5장 축산발전기금을 보면, 정부는 축산업의 발전과 축산물의 원활한 수급 및 가격안정에 필요한 재원을 확보하기 위하여 정부의 보조금 또는 출연금, 한국마사회로부터의 납입금 등을 재원으로 축산발전기금을 설치하고, 축산업의 구조개선 및 생산성 향상, 가축과 축산물의 수급 및 가격안정, 가축과 축산물의 유통개선 등의 사업에 사용하도록 하고 있다.

## II. 畜産法에 관한 判例

### 1. 토지수용과 양계장의 폐업보상(대법원 2000.11.10. 99두3645)

#### 가. 판시사항

- [1] 영업손실에 관한 보상에 있어서 영업의 폐지 또는 영업의 휴업 인지 여부의 구별 기준(=영업의 이전 가능성) 및 그 판단 방법
- [2] 양계장의 규모, 농촌지역이 많은 인접지역의 특성, 특별한 법령상의 이전 장애사유가 없는 점 등에 비추어 양계장을 인접지역으로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하기는 어렵다는 이유로 영업폐지에 해당한다고 보아 폐업보상을 인정한 원심판결을 파기한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 토지수용법 제57조의2에 의하여 준용되는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법

제4조 제4항, 같은법시행령 제2조의10 제7항, 같은법시행규칙 제24조 제1항, 제2항 제3호, 제25조 제1항, 제2항, 제5항의 각 규정을 종합하여 보면, 영업손실에 관한 보상의 경우 같은법시행규칙 제24조 제2항 제3호에 의한 영업을 폐지로 볼 것인지 아니면 영업을 휴업으로 볼 것인지를 구별하는 기준은 당해 영업을 그 영업소 소재지나 인접 시·군 또는 구 지역 안의 다른 장소로 이전하는 것이 가능한지 여부에 달려 있고, 이러한 이전 가능성 여부는 법령상의 이전 장애사유 유무와 당해 영업의 종류와 특성, 영업시설의 규모, 인접지역의 현황과 특성, 그 이전을 위하여 당사자가 들인 노력 등과 인근 주민들의 이전 반대 등과 같은 사실상의 이전 장애사유 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 양계장의 규모, 농촌지역이 많은 인접지역의 특성, 특별한 법령상의 이전 장애사유가 없는 점등에 비추어 양계장을 인접지역으로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하기는 어렵다는 이유로 영업폐지에 해당한다고 보아 폐업보상을 인정한 원심판결을 파기한 사례.

**다. 당사자 등**

- 【원고, 피상고인】 이○갑
- 【피고, 상 고 인】 중앙토지수용위원회 외 1인
- 【원심판결】 서울고법 1999.2.3.선고 98누3206 판결

**라. 판결이유**

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 거주하는 경북 칠곡군이나 인접한 군위군, 김천시, 성주군, 구미시, 대구광역시 북구 등에서 양계업을 새로 시작하기 위하여 하여야 하는 농지전용허가나 산림훼손허가, 계사·퇴비사 등의 건축을 위한 건축허가 및 축산폐수 배출 시설 설치신고 등 관계 법령에 의한 행위의 내용, 가축사육 금지구역에서는 양계시설 설치가 불가능하고, 가축사육 금지구역이 아닌 지역에서는 법적으로 양계시설 설치가 불가능한 것은 아니나 도시계획구역 안에서는 토지형질변경허가를, 도시계획구역 밖에서는 용도지역 안에서의 행위제한 기준에 따른 제한을 받아야 하며, 개발제한구역의 경우에는 그 구역 안에서 주택을 소유하면서 거주하는 사람이 아니면 양계장 신축이 불가능하고 양계장 신축이 가능한 경우에도 인근 주민들의 반대가 있으면 사실상 양계장 설치가 불가능한 사정 및 대부분의 인접시·군에서 도시화가 빠른 속도로 진행되고 있기 때문에 법적 제한사항이 없는 부지를 구하는 것은 현실적으로 쉽지 아니하고, 양계장과 같이 악취가 심하여 인근 주민들에게 혐오감을 주는 영업시설에 대하여는 도시와 농촌을 불문하고 그 설치를 하는 데 주민들의 반대가 심한 실정 등 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 양계장의 경우 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(이하 ‘공특법’이라 한다)시행규칙 제24조 제2항 제3호의 규정에 의한 영업폐지에 해당하므로, 폐업보상이 이루어져야 하고, 따라서 폐업보상

을 인정하지 아니한 이 사건 이의재결은 위법 하다고 판단하였다. 2.토지수용법 제57조의2에 의하여 준용되는 공특별 제4조 제4항, 같은법시행령 제2조의10 제7항, 같은법시행규칙 제24조 제1항, 제2항 제3호, 제25조 제1항, 제2항, 제5항의 각 규정을 종합하여 보면, 영업시설에 관한 보상의 경우 같은법시행규칙 제24조 제2항 제3호에 의한 영업의 폐지로 볼 것인지 아니면 영업의 휴업으로 볼 것인지를 구별하는 기준은 당해 영업을 그 영업소 소재지나 인접 시·군 또는 구 지역 안의 다른 장소로 이전하는 것이 가능한지 여부에 달려 있고, 이러한 이전 가능성 여부는 법령상의 이전 장애사유 유무와 당해 영업의 종류와 특성, 영업시설의 규모, 인접지역의 현황과 특성, 그 이전을 위하여 당사자가 들인 노력 등과 인근 주민들의 이전 반대 등과 같은 사실상의 이전 장애사유 유무 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다. 그런데 기록에 의하면, 원고는 그 소유의 목조 슬레이트 계사 2동 합계 404.1m<sup>2</sup>(약 122.평)와 임차한 계사 1동에서 산란계 15,000마리 정도를 사육하였음을 알 수 있으므로, 이 사건 양계장의 규모는 그다지 크지 않고, 한편 기록과 관계 법령에 의하면, 칠곡군의 인접지역 중 성주군과 군위군은 농촌지역이고, 대구광역시 북구와 김천시 및 구미시는 행정구역상 시 지역이기는 하나, 역시 농촌을 포함하고 있는 지역이어서 가축사육 제한지역으로 지정된 구미시와 대구광역시 북구의 일부 지역이나 일부 개발제한구역으로 지정된 지역 등을 제외한 나머지 지역으로 이 사건 양계장을 이전하는 데 장애가 되는 직접적인 법령상의 제한사유를 찾아볼 수 없으며, 이 사건 양계장 규모 정도의 양계업은 대도시 주변의 농촌 지역에서 별다른 제한 없이 널리 행하여지고 있음이 실정임을 알 수 있는바, 이 사건 양계장의 규모, 농촌지역이 많은 인접지역의 특성, 특별한 법령상의 이전 장애사유가 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 양계장을 인접지역으로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하기는 어렵다. 원심은 인접 시·군 또는 구의 장애에 대한 각 사실조회결과에 터잡아 인근 주민들의 반대가 있으면 사실상 양계장의 설치가 불가능하다고 인정한 것으로 보이나, 이들 사실조회결과는 인근 주민들의 반대가 있다면 양계장의 설치가 사실상 불가능할 수도 있다는 취지의 가정적인 내용에 불과할 뿐이고, 실제로 원고가 특정한 장소로 양계장을 이전하려 하였으나 인근 주민들의 반대가 있어 그 이전이 불가능하게 되었다거나, 인근 주민들이 이전을 반대하지 않을 만한 적절한 이전 장소를 찾는 것이 불가능하다는 내용은 아니므로, 그러한 사실조회결과에 의하여 바로 원고가 인접지역에서 양계장을 설치하는 것이 사실상 불가능하다고 단정할 수도 없다. 사정이 이러하다면, 원심으로서도 원고가 이 사건 양계장의 이전을 위하여 어떠한 노력을 하였고, 그럼에도 불구하고 어떠한 사유로 이 사건 양계장을 이전할 수 없었는지, 인접지역 주민들이 이전을 반대하지 않을 만한 적절한 장소는 없는지, 인접지역 기존 양계장의 위치와 규모 및 실태는 어떠한지 등에 관하여 더 심리하여 이 사건 양계장의 이전 가능성을 따져 보았어야 할 것임에도, 원심은 이에 이르지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 양계장을 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하여 이 사건 이의재결이 위법 하다고 판단하고 말았으니, 여기에는 영업폐지로 인한 손실보상에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하였거나, 채증법칙을 위반함

으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

## 2. 토지수용과 양돈업의 등록·허가(서울행정법원 1998.11.11. 98구5063)

### 가. 당사자 등

【원 고】 이○회

【피 고】 중앙토지수용위원회 외 1

### 나. 판결이유

#### (1) 이 사건 이의 재결의 경위

피고 국은 1997. 1. 14. 도로법 제25조의 규정에 의하여 도로사업인 전동-행정간 도로확장 및 포장공사 건설사업의 시행을 위하여 도로구역결정 고시(1997. 1. 14. 대전지방국토관리청고시 제1997-2호)하였고, 이로서 원고가 소유하던 별지 목록 기재 부동산 및 지상물 등 물건(이하 토지를 제외한 나머지 지장물을 이 사건 지장물 이라 한다)이 위 사업구역 내에 편입되었다.

원고는 이 사건 지장물 소재지에서 돈사 등 양돈시설을 소유하고, 돼지 약 1,794마리를 사육하여 왔는데, 피고 국은 위 사업구역 내에 편입된 이 사건 지장물을 이전시키고 원고의 위 양돈 영업권에 관하여 보상액을 정하기 위하여 원고와 협의하였으나, 양돈 영업권에 대하여 휴업보상을 할 것인가, 아니면 폐업보상을 할 것인가에 관하여 다툼이 있는 등의 이유로 협의가 성립되지 아니하였다.

원고가 위 양돈 영업권에 대하여 폐업보상 등을 요구하며 이의재결을 신청하자, 피고 중 토위는 두개의 감정기관으로 하여금 위 수용재결일을 기준으로 하여 위 토지 및 이 사건 지장물에 관하여 평가하도록 한 후 1998. 3. 27. 위 두 감정기관의 감정결과를 산술 평균한 다음 수용재결에서 정한 보상금에 미달한다는 이유로 원고의 이의신청을 기각하는 내용의 이의재결(이하 이 사건 이의재결 이라고 한다)을 하였다.

#### (2) 이 사건 이의 재결의 적법여부

##### (가) 관련법령

토지수용법 제49조, 제50조, 같은 법 제57조의2에 의하여 준용되는 공공용지의취득 및손실보상에관한특별법(이하 공특별법 이라 한다) 제4조 제2항 제3호, 제4항, 같은 법시행령 제2조의10 제4항은 수용 또는 사용할 토지에 정착한 건물 등은 이전료를 보상하고 이전하도록 규정하고, 토지수용법 제51조는 제46조, 제47조, 제49조 및 제50조의 규정에 의한 손실보상 이외에 영업상의 손실은 이를 보상하여야 한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제57조의2에 의하여 준용되는 위 공특별법 제4조 제2항 제



3호, 제4항, 같은법시행령 제10조, 같은법시행규칙 제24조 제1항 제2호, 제2항 제1호, 제2호, 제3호 등에 의하면, 영업장소 또는 배후지의 특수성으로 인하여 당해 영업소가 소재하고 있거나 인접하고 있는 시 군 또는 구지역 안의 다른 장소에 이전하여서는 당해 사업을 할 수 없는 경우, 당해 영업소가 소재하고 있거나 인접하고 있는 시 군 또는 구 지역 안의 다른 장소에서 당해 영업을 허가받을 수 없는 경우, 도축장 등 악취들이 심하여 인근주민에게 혐오감을 주는 영업시설로서 당해 영업소가 소재하고 있거나 인접하고 있는 시 군 또는 구 지역안의 다른 장소로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 시장 군수 또는 구청장이 인정하는 경우 등에는 영업폐지에 대한 손실을 보상하여야 하고, 폐지하는 영업의 손실액은 영업의 종류에 따라 주류제조업 등 관계법령에 의하여 영업대상 구역이 한정되어 있는 영업 및 염전업이 아닌 경우에는 2년 간의 영업이익(개인영업인 경우에는 소득을 말함)에 영업용 고정자산 원재료 제품 및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액으로 평가하도록 규정하고 있으며, 축산법 제27조, 동법시행규칙 제28조 제1항 제1호, 제2호에 의하면, 모든 500마리 이상 1천마리 미만의 양돈업을 영위할 경우에는 등록을, 모든 1,000마리 이상의 양돈업을 영위할 경우에는 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다.

(나) 인정사실

위 양돈장이 위치하고 있는 충남 연기군을 비롯하여, 그와 인접한 시 군인 천안시, 공주시, 대전광역시 등에서는 축산시설을 설치하기 위하여는 그 지역이 도시계획구역내인 경우에는 건축법, 오수 분뇨및축산폐수의처리에관한법률 등 관련법규 및 조례 등에 의하여 일정 지역에 한하여 일정한 규모만이 인정되고, 그 부지가 농지 또는 도시계획구역 밖인 경우에는 건축법상의 제약은 없으나, 산림법, 농지법 및 위 관련법령 및 조례에 의하여 그 규모가 제한되고, 농지전용허가, 산림인 경우 산림훼손 허가를 받아야 하고, 그밖에 분뇨시설 설치허가 및 건축허가를 받아야 하는데, 관계 법규에서 구체적으로 양돈장을 설치하는 경우를 위 각 허가의 제한사유로 규정하고 있지 아니하지만, 현실적으로는 집단화된 우량농지의 전용을 제한하거나, 환경문제와 관련하여 가축사육으로 인한 악취, 해충발생, 농경지 지하수 오염 등 환경공해로 지역주민의 집단민원발생 가능성이 있다는 이유로 사실상 위 허가를 하여 주지 아니하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증 없다.

원고는 1998. 2. 경 연기군 전의면 달천리 252의 2 소재 전 4,343 를 빌려서 양돈시설을 이전하려고 하였으나, 주민들이 마을 주민들이 악취발생, 파리모기 등 해충의 발생, 비산 먼지의 발생, 농경지 및 지하수 오염 등을 이유로 이를 반대하여 이전하지 못한 사실이 있고, 그 후 같은 면 유천리 685 전 3,273 에 돈사 이전을 하려 하였으나, 역시 같은 이유로 이전하지 못한 사실이 있다.

(다) 판단

살피건대, 영업장소에 인접하고 있는 시, 군 또는 구 지역 안에서의 특수사정으로

사실상 영업소의 이전이 불가능하여 다른 장소에서 영업을 할 수 없는 경우는 위 규칙 제24조 제2항 제1호에 해당한다 할 것이므로, 위 인정사실과 같은 사유로 이 사건 양돈장을 이전하여 영업을 할 수 없게 된 것은 위 규칙 소정의 영업의 폐지에 해당한다 할 것이다.

앞서 본바와 같이 인근 시 군 지역으로 양돈시설을 이전하는 것이 법률상 불가능하지는 않다고 하더라도 악취발생, 파리모기 등 해충의 발생, 비산 먼지의 발생, 농경지 및 지하수 오염 등을 이유로 주민들의 반대가 심하고, 인근 시 군에서도 이러한 이유를 들어 양돈업을 허가하지 않고 있다면 인접 시 군 또는 구 지역 안의 양돈장 이전이 사실상 불가능한 경우로서 영업폐지의 사유에 해당한다고 보아야 할 것이다.

이 사건 이의재결의 기초가 된 한국감정원, 동아감정의 각 감정은 위와 같은 양돈업의 영업권에 관하여 휴업손실만을 평가하고, 영업폐지에 대한 손실을 평가하지 아니한 사실을 인정할 수 있고 따라서 위 각 감정평가는 위법 하다고 할 것이다.

### (3) 적정한 보상액

나아가, 위 영업폐지에 대한 손실보상액, 즉 2년 간의 영업이익(소득)에 영업용 고정자산 원재료 제품 및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액에 관하여 보건대, 수용을 위한 협의 당시 사육두수는 모돈 166마리, 종돈 8마리, 포유자돈 400마리, 이유자돈 350마리, 육성돈 870마리였고, 이러한 사육두수는 특별한 사정이 없는 한 수용재결 당시에도 변동이 없다고 할 것이다.

따라서, 양돈영업의 폐지에 따르는 정당보상액은 금 414,438,960원(= 2년 간의 영업손실 보상액 금 362,038,960원+영업용고정자산, 원재료, 제품 및 상품 등의 매각에 따르는 손실 보상액 52,420,000원)이 된다(위 지장물 등의 보상액은 피고 국(國)이 추가로 한 손실보상액은 고려하지 아니한 금액임은 앞서 본 바와 같다)

## 3. 양돈장의 영업폐지(대법원 1990.10.10. 89누7719)

### 가. 판시사항

수용대상토지상의 양돈장이 주민들의 반대로 인하여 인접지역으로의 이전이 사실상 불가능한 경우가 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제24조 제2항 제1호 소정의 영업폐지에 해당하는지 여부(적극)

### 나. 판결요지

토지수용으로 인한 손실보상에 준용되는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규

칙 제24조 제2항 제1호 소정의 영업폐지사유에는 영업장소에 인접하고 있는 시, 군 또는 구지역 안에서의 특수사정으로 사실상 영업소의 이전이 불가능하여 다른 장소에서 영업을 할 수 없는 경우도 포함되는 것이므로, 주택건설사업시행자에 의하여 강제 철거된 양돈장을 경영하던 원고가 그 양돈장 부근 일대에 주택건설사업계획이 확정된 이후 양돈장을 이전하기 위하여 인접군 등에 5곳의 영업장소 후보지를 선정하고, 관할관청에 토지형질변경 허가신청서 및 산림훼손허가신청서 등을 제출하였으나 생활환경의 오염 등을 우려하는 주민들의 집단반대진정 등으로 위 허가신청 등이 모두 반려되었으며, 다른 인접 군에 있어서도 같은 규모의 양돈장 설치에 주민들의 반대로 사실상 불가능할 것으로 예견되어 영업을 폐지에 해당한다고 보아야 할 것이다.

#### 다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 이○갑

【피고, 상 고 인】 중앙토지수용위원회 피고보조참가인 대한주택공사

【원심판결】 서울고등법원 1989.10.10. 선고87구1503 판결

#### 라. 판결이유

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택증거에 의하여 원고는 축산법에 의한 축산업 및 종축업등록을 필하고 순천시 조례동 1405번지에서 순일종돈장이라는 상호로 양돈사업을 하여 왔는데 이 사건 수용재결 당시 그 사육 규모는 축산업으로서 포유돈 390두, 육성돈 651두, 비육돈 621두, 번식모돈 137두, 후보돈 29두, 종돈 44두와 종돈업으로서 종돈 70두 등 총 합계 1942두에 달한사실, 원고는 피고보조참가인에 의하여 위 종돈장 부근 일대에 주택건설사업계획이 확정된 이후 위 종돈장을 이전하기 위하여 위 영업장소로서 순천시 및 그 인접군인 승주군 등 5곳의 후보지를 선정하고 관할관청에 토지형질변경 허가신청서 및 산림훼손허가신청서 등을 제출하였으나 생활환경의 오염 등을 우려하는 주민들의 집단반대진정 등으로 위 허가신청등이 모두 반려되어 위 종돈장을 이전할 수 없게 되고 피고보조참가인에 의하여 위 양돈장영업시설이 강제 철거되는 등의 사태에 이르자 사육하고 있던 비육돈 및 종돈을 모두 비육돈의 가격으로 염가방매처분하고 위 축산업 등의 폐업신고를 함에 따라 그 등록이 취소되기에 이른 사실, 위 종돈장이 소재하고 있는 순천시 및 그 인접군인 승주군, 관양군, 여천군에 있어서도 원고가 경영하던 위 종돈장 규모의 양돈장 설치에 위와 같은 주민들의 반대로 사실상 불가능할 것으로 예견되는 사실 등을 인정하고 있는 바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배 및 심리미진으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

토지수용법 제51조에 의하면, 토지의 수용 등에 의한 손실보상 이외에 영업상의 손실을

보상하도록 규정되어 있고, 동법 제57조의2에 의하여 준용되는 공공용지의취득및손실보상에 관한 특별법 제4조 제3항 및 이를 이어받은 동법시행규칙 제24조, 제25조에 의하면, 토지수용법 제51조에 의하여 보상하여야 하는 영업상의 손실은 결국 영업의 폐지에 대한 손실보상과 영업의 휴업에 대한 손실보상으로 나뉘어지고 영업의 폐지에 대한 손실보상에 관하여 위 규칙 제24조 제2항 제2호에는 당해 영업소가 소재하고 있거나 인접하고 있는 시, 군 또는 구지역안의 다른 장소에서는 당해 영업의 허가를 받을 수 없는 경우를 들고 있는바, 원심판결 이유에 의하면 원심은 앞에서 확정된 사실에 터잡아 원고의 영업장이 전이 사실상 불가능하게 된 경우이므로 위 규칙 소정의 “다른 장소에서는 당해 영업의 허가를 받을 수 없는 경우”에 해당한다고 판시하였다.

그러나 기록에 의하면, 원고가 경영하던 이 사건 순일종돈장은 축산업, 종축업 모두가 도지사에 대한 등록대상업체이었고, 축산업은 모든 500두 이상의 경우에만 농수산부장관의 허가대상사업인 바(축산법 제13조의2, 같은법시행규칙 20조의2 참조), 원고는 이 사건 수용재결당시 모든 500두 미만을 사육하고 있었으므로 영업허가 대상업체가 아니고 등록대상업체에 불과한 원고의 위 종돈장에 관하여 위 허가규정을 적용하였음은 잘못이라 할 것이다. 그러나 한편, 위 규칙 제24조 제2항 제1호에는 영업장소 또는 배후지의 특수성으로 인하여 당해 영업소가 소재하고 있거나 인접하고 있는 시, 군 또는 구지역안의 다른 장소에 이전하여서는 당해 영업을 할 수 없는 경우도 영업폐지사유로 규정되어 있고, 여기에는 영업장소에 인접하고 있는 시, 또는 구지역안에서의 특수사정으로 사실상 영업소의 이전이 불가능하여 다른 장소에서 영업을 할 수 없는 경우도 포함되는 것이라고 해석되고, 원심이 적법히 확정된 사실에 의하면 원고의 순일종돈장의 경우는 그 인접군에 있어서도 실시와 같은 사정으로 인하여 영업소를 이전하여 영업을 할 수는 없게 되었음을 알 수 있으니 이는 위 규칙 제24조 제2항 제1호에 의한 영업의 폐지에 해당한다고 보아야 할 것이다.

#### 4. 물먹인 소에 관한 판례(서울지방법원 1973.5.3. 72노5209)

##### 가. 판결요지

원심판결중 피고인들에 대하여 그 판시 범죄사실을 인정한 부분에 대하여 보건대, 원심이 적법하게 조사 채택한 원심판결 적시의 증거자료를 종합하면 원심이 판시한 피고인들의 범죄사실은 이를 인정하기에 넉넉하나 그에 대하여 원심이 그 판시와 같은 형의 선고를 유예한 조치는 이 사건에 나타난 여러 사유 등을 참작해볼 때 지나치게 가벼운 것이라고 인정되므로 변호인의 항소 이유는 이유 없고 검사의 이 부분에 대한 항소 논지는 이유 있다.

##### 나. 범죄사실

피고인 이○갑, 동 임○석은 수의사의 자격증 소지자로서 농림부 축산국가축위생과에 근

무하는 축산물 검사원으로서 경기도에 배치되어 경기도 관내도축장에서 축산물 관계검사 업무에 종사하는 자인바, 상호 공모, 공동하여

제1. 1971. 9. 24.부터 동년 11. 15.까지 간에 걸쳐 경기도 양주군 금곡리 소재 도축업체인 미성산업주식회사에 배속되어 동 회사에서 도살하는 도축우의 생체 및 해체검사를 수행함에 있어 동 피고인등은 축산물가공처리법시행규칙 제23조에 강제적으로 물을 먹었다고 인정될 때에는 도살을 금지하게 되어 있을 뿐 아니라 축산법 시행령 제3조의 규정에 의하여 연령 미달의 소나 임신축으로 인정되는 경우에는 도살을 금지하도록 되어 있음을 알고 있음에도 불구하고 정당한 이유 없이 동 기간중 동회사에 도축 의뢰된 약 3,000두의 소에 대하여 동소들이 대부분 강제 급수되어 있음을 알고 있음에도 불구하고 생체검사에 합격시켜 도살케 하고 연령 미달소 약 108두 임신축 약 54두에 대하여 도살의뢰자인 박○학등 수십 명의 도축업자로부터 생체검사에 합격시켜 달라는 청탁을 받아 이를 합격시켜 도살케하고 동 도살의뢰자인 박○학등 수십 명의 도축업자로부터 그대가로 두당 평균 1,000원 도합 162,000원을 교부받아 그 직무에 관하여 뇌물을 수수하고

제2. 1971. 10. 13. 13:00경 위 회사 사무실에서 위 회사부사장인 함○원으로부터 위와 같이 합격기준미달되는 도축우라도 검사 합격시켜서 도축의뢰자들에게 편의를 보아주어 동 회사에 도축업자로부터 도축의뢰를 받게 하기 위하여 합격기준미달되는 도축우라도 검사 합격시켜 검사합격을 원할히 하여 달라는 청탁을 받고 금 60,000원을 교부받아 그 직무에 관하여 뇌물을 수수한 것이다.

## 第2節 畜産物加工處理法

### I. 畜産物加工處理法の概要

#### 1. 制定経위 등

축산물가공처리법은 가축의 도살·처리와 축산물의 가공·유통 및 검사에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 축산물의 위생적인 관리와 그 품질의 향상을 도모하여 축산업의 건전한 발전과 공중위생의 향상에 이바지하기 위하여, 1962. 1. 20. 법률 제1011호로 축산물가공처리법으로 제정되었다가, 1984. 12. 31, 법률 제3763호로 축산물위생처리법으로 제명을 변경하고, 1997. 12. 31, 법률 제5443호로 전문개정하면서 축산물가공처리법으로 제명을 변경하고 이후 7차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 축산물가공처리법의 주요내용

축산물가공처리법은 제1장 총칙, 제2장 축산물 등의 기준·규격 및 표시, 제3장 축산물의 위생관리, 제4장 검사, 제5장 영업의 허가 및 신고등, 제6장 감독, 제7장 보칙, 제8장 벌칙 등 총 8장, 47조로 되어 있다.

제2장 축산물 등의 기준·규격 및 표시를 보면, 가축의 도살·처리 및 집유의 기준은 농림부령으로 정하고, 농림부장관은 공중위생상 필요하다고 인정하는 때에는 축산물의 가공·보존의 방법에 관한 기준, 축산물의 성분에 관한 규격(이하 “성분규격”이라 한다), 축산물의 위생등급에 관한 기준을 정하여 고시할 수 있다고 하고(제4조), 축산물에 대하여 사용하는 용기·기구·포장 또는 검인용 색소에 관한 규격 등 필요한 사항을 정하여 고시할 수 있고, 판매를 목적으로 하는 축산물의 표시에 관한 기준을 정하여 고시할 수 있다고 규정하고 있다(제5, 6조).

제3장 축산물의 위생관리를 보면, 가축의 도살 등은 허가를 받은 작업장에서 행하여야 하고, 농림부장관은 위생관리기준을 정하고(제7, 8조), 가축에 대하여 강제로 물을 먹이거나 식육에 물을 주입하는 등 부정한 방법으로 중량 또는 용량을 늘리는 부정행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제10조).

제4장 검사를 보면, 임명·위촉된 검사관에 의한 가축의 검사, 축산물의 검사, 검사관과

자체검사원, 검사보조원 등에 관하여 규정하고 있고(제11조 내지 14조), 판매를 목적으로 축산물을 수입하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 바에 의하여 농림부장관에게 신고하도록 하고 신고된 축산물에 대하여 통관절차 완료 전에 검사관으로 하여금 필요한 검사를 하게 하여야 하며(제15조), 축산물 검사에 대한 합격표시, 미검사품의 반출금지, 축산물위생 검사기관 등을 규정하고 있다.

제5장 영업의 허가 및 신고 등을 보면, 도축업, 집유업 등 영업을 하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 기준에 적합한 시설을 갖추고, 도축업·집유업 또는 축산물가공업의 영업을 하고자 하는 자는 작업장별로 시·도지사의 허가를 받아야 하고, 축산물보관업의 영업을 하고자 하는 자는 작업장별로 또는 시장·군수 또는 자치구의 구청장)의 허가를 받아야 하고, 축산물운반업, 축산물판매업 등을 하고자 하는 자는 시장·군수·구청장에게 신고하도록 하고 있다(제21조 내지 제24조)

제27조에서는 허가의 취소 등을, 제28조에서는 과징금처분 등을 규정하고, 제32조에서는 허위표시 등의 금지 등을, 제33조에서는 일정 축산물에 대한 판매금지 등을 각 규정하고 있다.

제6장 감독을 보면, 생산실적 등의 보고, 압류·폐기 또는 회수, 공표, 폐쇄조치 등을 통해 농림부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 감독권을 인정하고 있다.

## II. 畜産物加工處理法에 관한 判例

### 1. 집유질서확립 지시의 공권력성(헌법재판소 2000.7.20. 99헌마452)

#### 가. 판시사항

농림수산부장관이 각 시·도지사를 상대로 집유질서 확립을 위한 대책지시를 한 행위가 공권력행사에 해당하는지 여부

#### 나. 판결요지

이 사건 집유질서확립을 위한 대책지시는 농림수산부장관이 각 시·도지사에 대하여 행한 행정기관 내부의 행위로서, 개개의 국민에 대하여는 직접 효력을 가지는 것이 아니고 이 사건 대책지시에 따라 각 시·도지사가 구체적 처분을 하였을 때에 비로소 국민의 권리 의무에 어떠한 영향을 미치게 되는 것이므로, 이 사건 대책지시만으로는 아직 헌법재판소 법 제69조 제1항에서 정하는 “공권력행사”에 해당한다고 볼 수 없다.

#### 다. 관련법령

헌법재판소법 제68조 제1항, 축산물가공처리법(1984.12.31. 법률 제3763호로 개정되기 전의 것) 제15조

#### 라. 판결이유

(1) 피청구인은 1990년 하반기부터 원유공급부족에 따른 유가공업체 사이의 집유경쟁과 이에 따른 원유생산 낙농가의 유질개선비 등 금원지원 요구로 인한 집유질서 문란행위를 단속하기 위하여 1991.1.14. 각 시도지사에게 “집유질서 확립을 위한 대책지시”(축영 27432-44)라는 공문을 보내 집유질서 확립에 관한 지시(이하 “이 사건 대책지시”라 한다)를 하였다.

이 사건 대책지시의 주요내용은 1991.1.15. 이후 유가공업체 사이의 사전협의나 시도지사의 사전승인 없이 함부로 집유선을 바꾸는 유가공업체와 낙농가에 대하여 각종 지원대상에서 제외하는 등의 불이익을 가함으로써 집유질서가 유지될 수 있도록 철저히 대처하라는 것이다. 한편, 피청구인은 같은 날 축산협동조합중앙회 및 한국유가공협회에 피청구인이 각 시도지사에게 이 사건 대책지시를 하였음을 알리면서, 산한 낙농조합, 유가공업체 및 낙농가에게 이를 주지시켜 이에 협조하여 줄 것을 요청하였다. 청구인들은 피청구인의 위 2가지 행위 중 앞의 것인 이 사건 대책지시가 공권력의 행사에 해당하고, 그로 말미암아 청구인들이 재산권을 보장받을 헌법상의 권리를 침해받았다고 주장하고, 1991.4.1. 이 사건 대책지시에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 피청구인은 1976.11. 축산물위생처리법 제15조에 의거하여 집유선 동결조치를 취한 사실이 있는데, 1990년 하반기 이후의 원유공급 부족에 따라 집유질서 문란행위가 더욱 심화되었다고 하여, 1991.1.14. 각 시도지사에게 다시 이 사건 대책지시를 하였다. 이 사건 대책지시의 주요내용은,

1976.11.에 내린 위 집유선 동결조치를 철저히 지키도록 조치하고, 그러기 위하여 1991.1.15. 이후 유가공업체 사이의 사전협의나 시도지사의 사전승인 없이 무단히 집유선을 변경하지 못하도록 단속하며, 이를 지키지 아니할 경우에는 여러 가지 지원대상에서 제외시키는 등의 강력한 제재조치를 가하라는 취지이다. 결국 이 사건 대책지시는 그 내용으로 보아 기본적으로 낙농가들로부터 그들이 생산한 원유의 판매처를 선택할 권리를 박탈하는 것이다.

우리 헌법은 사유재산권을 보장받을 권리를 국민의 가장 중요한 기본권의 하나로서 규정하고 있고(제23조 제1항), 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중을 바탕으로 하는 자본주의 시장경제 질서를 우리 나라 경제의 기본질서로 삼고 있다(제119조 제1항). 또한 사유재산권의 실질적 보장을 위하여는 재산처분의 자유가 보장되어야 하고, 그것은 계약의 자유를 통하여 구현되어야 한다. 그런데 이 사건 대책지시는 청구인들을 포함한 낙농가들



이 생산한 원유에 대한 판매의 자유를 제한하는 것이므로, 청구인들은 그로 말미암아 사유 재산권을 보장받을 헌법상의 권리를 침해받게 되었다. 물론 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하고, 그 행사는 공공복리에 적합하여야 하며, 공공의 필요에 의하여 재산권을 제한할 수 있다(헌법 제23조). 뿐만 아니라 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항). 그러나 이 사건 대책지시에 의한 재산권의 제한은, 적법한 수권 없이 재산권을 제한하는 것이고, 정당한 보상 없이 재산권을 제한하는 것이므로, 결국 헌법에 위반되고 청구인들의 기본권을 침해하고 있다.

또한 이 사건 대책지시에 의한 집유선 동결조치는, 농업개선책의 하나인 집유일원화와는 달리, 자생적인 낙농협동조합의 발전을 저해하고, 집유선의 자유로운 선택에 의한 낙농가의 이익증진을 억제하며, 유가공업체 사이의 담합을 조장함으로써, 공정한 경쟁을 제한하고 있으므로, 결과적으로 기본권 제한의 한계를 일탈하고 있다.

(3) 먼저 이 사건 심판청구의 적법 여부에 관하여 판단한다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있는 권리구제제도이다. 따라서 행위의 성질상 국민의 권리를 침해할 수 없는 공권력 주체의 행위는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

이 사건 대책지시는 피청구인이 각 시도지사에게 대하여 행한 행정기관 내부의 행위로서, 개개의 국민에 대하여는 직접 효력을 가지는 것이 아니다. 즉 이 사건 대책지시만으로는 아직 국민의 권리의무를 변동시킬 수 없고, 이 사건 대책지시에 따라 각 시도지사가 구체적 처분을 하였을 때에 비로소 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치게 되는 것이다. 따라서 이 사건 대책지시만으로는 아직 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하는 “공권력의 행사”에 해당한다고 볼 수 없다.

더구나 이 사건 대책지시는 청구인들도 자인하고 있는 바와 같이 1976.11.에 내린 집유선 동결조치의 준수 및 단속에 관한 내부적 지시에 불과하다. 즉 피청구인은 1976.11.19. 축산물위생처리법(당시 법률명:축산물가공처리법, 1984.12.31. 개정) 제15조의 규정에 의거하여 각 유업체에 대하여 1976.11.20. 현재의 집유선(낙농가)을 동결하고, 상호간의 사전협의나 당국의 사전승인 없이 집유선을 변동시켜서는 아니 된다는 이른바 “집유선 동결조치”를 취하고, 각 시도지사에게도 이를 알려 위 집유선 동결조치가 철저히 준수되도록 하고, 그 위반행위를 강력히 단속하라는 지시를 하였던 사실이 있다(1976.11.19.자 낙농 1162-2120). 피청구인은 1990년 하반기부터 다시 그 위반행위가 만연되는 듯하다고 하여, 위 집유선 동결조치가 그때까지 유효하게 존속함을 알리고, 그 준수와 단속을 더욱 강화하기 위하여 이 사건 대책지시를 각 시도지사에게 보낸 것에 불과하다. 따라서 새로운 행정명령을 내린 것이 아니라, 기존의 행정명령의 준수와 단속을 촉구하는 행위를 한 것에 불과하다.

그렇다면 이 사건 대책지시는 어느 모로 보아 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사에

해당하지 아니하므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다고 볼 수밖에 없다. 따라서 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2. 축산물 가공처리법에 의하여 허가를 받은 도계장 경영주 협회에 관한 판례  
(인천지방법원 1995.8.29. 95라131)

가. 당사자 등

【원 고】 박○갑

【피 고】 농수산부장관

나. 판결이유

(1) 피고가 1983. 9. 2.자로 사회단체등록에 관한 법률에 의하여 1962. 2. 23. 등록번호 102호로 피고관청에 등록을 마친 소외 한국가금처리협회(이하 소외협회라 한다)에 대하여, 소외협회가 1년이상 단체활동을 하지 아니하였다는 이유로 위 법률 제8조 제1항 제5호의 규정에 의하여 등록취소처분을 한 사실, 원고는 위 소외협회를 조직하여 그 초대 대표자로 취임한 이래 지금까지 그 대표자로 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

원고 소송대리인은, 소외협회는 1976. 1. 16.경 당시 닭, 오리, 칠면조 등 가금의 처리에 있어서 비위생적인 밀도계의 성행으로 인하여 국민건강을 해치고 적절한 계육의 유통과정 이 확립되지 아니함으로 인한 양계업이어나 소비자에게 계육의 적정가격이 유지되지 않는 등 많은 문제점이 있었으므로 이를 시정, 개선하여 위생적인 도계제도를 도입하고 계육의 유통과정을 확립함과 더불어 회원상호간의 복리증진을 목적으로 하여 원고등 도계업자6명에 의하여 발기, 조직된 단체로서, 위와 같이 등록을 마친 후 이건 등록취소처분이 있기까지 밀도계업자의 근절과 계육 유통구조의 개선을 위하여 많은 활동을 하여 왔음에도 불구하고, 1983. 9. 2. 피고가 위와 같이 소외 협회는 1년 이상 단체활동을 하지 아니하였다는 등 중대한 사실을 오인하여 소외협회에 대하여 한 이건 등록취소처분은 그 하자가 중대하고도 명백하여 당연무효의 처분임을 면할 수 없으므로 원고는 소외협회의 대표자로서 그 무효확인을 구하기 위하여 이건 청구에 이른 것이라고 주장하고 있다.

(2) 먼저 피고는 본안전 항변으로, 모든 국민은 헌법상 보장된 결사의 자유를 가지며 사회단체 등록에 관한 법률에 의한 등록의 유무에 관계없이 결사 및 단체활동의 자유를 가지는 것이므로 이건 등록취소로 인하여 소외협회나 그 대표자인 원고가 어떠한 권리의 침해 를 받거나 법률상 지위에 변동을 초래하는 것이 아니어서 이건 등록취소의 무효확인을 구 하는 소는 소의 이익이 없다고 주장하므로 보건대, 이건 소외협회와 같이 기존의 사회단체 가 사회단체 등록에 관한 법률에 의하여 등록을 마친 후 단체활동을 하던 중 그 등록이 취

소된 경우 그 등록취소처분이 무효라면, 그 등록취소처분은 법률상 아무런 효과를 발생하지 아니함에도 불구하고 외형상으로 동 처분이 유효하여 소외협회에 대한 등록이 유효하게 취소된 것으로 오인될 가능성이 있고 그로 인하여 소외협회 및 그의 대표자인 원고의 단체 활동에 관한 법률상 지위에 불안을 초래한다 할 것이므로 위 등록취소당시 소외협회의 대표자인 원고가 그와 같은 법률상 지위의 불안을 제거하기 위하여 구하는 이권 무효확인청구의 소는 소의 이익이 있다 할 것이므로 피고의 위 주장은 그 이유가 없다 할 것이다.

(3) 원고는 1976. 1. 16. 축산물 가공처리법에 의하여 허가를 받은 도계장 경영주 중 가입 희망자 6명을 회원으로 하여 소외협회를 발기, 조직하여 그 대표자로 취임한 다음 위와 같이 사회단체로서 등록을 마치고는 그 직원들과 함께, 1979년부터 1982년 전반기까지 사이에는 위생적 도계제도의 도입과 건전한 계속 유통질서의 확립을 위하여 당시 시행 중이던 제도에 관한 각종 문제점과 이에 대한 시정, 건의사항을 행정당국에 탄원, 요청하거나 행정당국의 협조 내지 양해아래 불법도계업자를 색출 고발하고 비위생적인 생계운반을 단속, 적발하는 등 많은 활동을 하였으나, 이권 등록취소처분이 있는 1983. 9. 2.부터 기산하여 1년전인 1982. 9. 2. 이후부터는 서울특별시장과 그 산하 각 구청장에게 위생 닭고기 전문판매업소의 신고여부와 그 절차 및 시설기준에 관한 질의, 서울특별시장의 요청에 의한 닭고기 유통자료의 조사회시, 보건사회부장관에게 닭고기 유통상의 문제점에 관한 시정 건의, 보건사회부장관 및 각 시·도·군의 장에게 비위생적인 닭고기유통에 대한 단속건의, 농수산부장관에게 정당한 도계품 여부에 관한 질의, 서울특별시장 및 그 산하 각 구청장에게 계속 전문판매업자로 신고한 자의 명단통보요청, 서울특별시장으로부터 계속유통제도의 조기 정착을 위한 유통제도의 개선 및 도계업무 개선에 관한 협조요청공문의수령, 계속유통의 일원화를 위하여 종래부터 추진하여 온 서울시내 계속판매업자와의 공판장 설치계약의 체결과 그 일부계약자와의 해약에 관한 업무 등을 수행한 외에 3번에 걸쳐 임시총회를 소집, 개최하였던 사실, 한편 소외협회는 그 창립 이래 정관으로 두게 되어있는 부회장, 이사, 감사 등의 임원을 선임하거나 이사회를 구성한 사실이 전무하고 1981. 1. 27. 이후로는 당해 연도의 사업계획과 예산, 결산의 승인등 주요회무를 의결하게 되어 있는 정기총회를 한번도 개최한 사실이 없을 뿐만 아니라, 단체의 가장 기본적 요소인 가입회원도 피고관청에 보고한 인원수인 23명과 달리 1983. 7. 4. 현재 가입자격이 있는 도계업자 19명중 8명만이 회원으로 가입되어 있는데다 그나마도 1982. 9. 8. 이후에는 회비를 납부한 회원이 한사람도 없는 터이어서 단체활동을 하기 위한 필수적 전제인 단체로서의 사업추진체제 및 재원적기초가 제대로 마련되어 있지 아니하며, 1983. 1. 25.자 피고에 대한 1982년도 하반기 정기보고는 그 내용의 대부분이 허위였고 동일자 보고된 1983년도 사업계획 역시 그대로 시행된 것이 없음에도 불구하고 소외협회의 대표인 원고는 동 협회가 많은 활동을 하고 있는 것처럼 피고에게 허위보고를 하였으며, 또 계속의 판매, 유통을 일원화한다는 명목으로 이와 같이 서울시내 도계판매업자들과의 사이에 공판장설치계약을 맺음에 있어 동 공판장

이 마차 축산물가공처리법에 의한 공판장인 것으로 오인케 하는 동법 제2조 제2항에 의한 위생계공판장으로 위촉한다는 내용의 위 협회명의로 된 위촉장을 발부하면서 공판장 설치인으로부터 보증금을 받도록 약정을 하는가 하면, 도계업자의 협조가 없어 실현가능성이 없음에도 불구하고 위 공판장들과 도계업자들 사이를 연결하는 유통회사를 설립하기 위한 계약을 체결하고서는 그 계약자로부터 이행보증금을 징수하여 그 일부를 유용한 채 장부에는 허위기재를 하였을 뿐더러 1983. 3. 1. 이후로는 수입지출의 기장조차 하지 아니하는 등으로 소외협회 본래의 목적에 적합하지 못한 활동을 하기도 한 사실, 이에 피고는 위 소외협회가 이건 등록취소 이전의 위 1년여 동안에 한 활동은 외부와의 문서수발 등 그 자체가 극히 소극적이고 미미한 것일 뿐만 아니라, 소외협회는 그 활동의 전체인 단체로서의 실질 내지 사업추진체제와 재원적 기초를 갖추지 못한데다 그 활동에 관하여 주무관청에 허위보고를 할 뿐더러 그 대표자인 원고가 한 일부 소위는 소외협회 본래의 목적에 적합치 못한 점 등에 비추어 소외협회가 1년 이상 단체활동을 하지 아니한 것으로 보아 위 법률 제8조 제1항 제5호의 규정에 따라 이건 등록취소처분을 하게된 사실을 각 인정할 수 있고, 위 인정에 반하는 위 이응용의 일부증언은 그대로 믿지 아니하며 달리 위 인정을 좌우할 증거가 없는 바, 위 인정사실에다 사회단체등록에 관한 법률 제8조의 규정내용을 비추어보면 소외협회가 이건 등록취소이전의 위 1년여 동안에 한 앞서 인정한 활동은 그 내용과 위 단체의 목적에 비추어 이를 동 소외협회가 한 단체활동으로 봄이 상당하므로 소외협회가 1년 이상 단체활동을 하지 아니하였다는 이유로 그 등록을 취소한 피고의 이건 처분은 위법한 처분임을 면할 수 없다 할 것이나, 한편 이 법률의 목적과 기능 및 위 인정사실에서 나타난 이 건 사안자체의 제반 사정을 객관적으로 고찰할 때 이건 등록취소처분에 관한 위와 같은 하자는 중대하고도 명백한 것은 아니라 할 것이어서 피고의 이건 처분을 당연무효의 처분으로 볼 수는 없다 할 것이다.

### 3. 도살, 해체수수료에 관한 판례(서울고등법원 1990.10.31. 90구556)

#### 가. 판시사항

농수산물유통및가격안정에관한법률 소정의 지정도매인이 징수하는 위탁상장수수료와 축산물위생처리법 소정의 특급도축장 경영자가 징수하는 도살, 해체수수료의 관계

#### 나. 판결요지

농수산물유통및가격안정에관한법률 제35조 제1항 제2호, 같은법시행규칙 제12조 제2항 제4호, 제15조 제2항(1988.5.16.개정 전후의 것), 축산위생처리법 제8조, 같은법시행규칙 제23조 제1항 제1호의 각 규정을 종합하여 보면, 축산부류 도매시장의 지정도매인이 농수산물유통및가격안정에관한법률의 관계규정에 의하여 징수하는 위탁상장수수료와 특급도축

장 경영자가 축산물위생처리법의 관계규정에 따라 징수하는 도살, 해체수수료는 그 내용, 징수대상 및 근거법규를 달리하는 별개의 것으로서 축산부류 도매시장의 지정도매인이 우연히 그 시장 내에서 특급도축장 경영을 겸하고 있다하여 위탁상장수수료와 도살, 해체수수료가 구분되지 아니한다고 할 수 없을 뿐 아니라 위탁상장수수료에 당연히 도살, 해체수산물료가 포함되어 있다거나 축산부류 도매시장 내에서 특급도축장 경영을 겸업하고 있는 지정도매인이 위탁상장수수료 외에는 도살, 해체수수료를 징수할 수 없다는 근거도 없다.

#### 다. 관련법령

농수산물유통및가격안정에관한법률 제35조 같은법률시행규칙 제12조 구농수산물유통및가격안정에관한법률시행규칙(1988.5.16.개정되기전의것)제15조같은법률시행규칙(1988.5.6.농림수산령 제1003호) 제15조축산물위생처리법 제8조 같은법시행령규칙 제23조

#### 라. 당사자

【원 고】 ○○주식회사

【피 고】 서울특별시장

#### 마. 판결이유

(1) 원고가 축산물위탁판매업, 식육가공처리 및 판매업 등을 목적으로 설립된 법인으로서 1986.4.10. 농수산물유통및가격안정에관한법률(이하, 농안법이라 약칭한다) 제12조, 제17조의 규정에 의하여 서울특별시 독산동 축산부류도매시장의 지정도매인(지정기간 1986.4.20.부터 1991.4.19. 까자 5년 간)으로 지정되고, 1985.5.23. 축산물가공처리법(1984.12.31. 개정되고 1985.7.1. 시행된 법률 제3763호에 의하여 축산물위생처리법으로 개칭됨) 제4조 제1항, 제3항, 같은 법 시행규칙 제37조 제3항의 규정에 의하여 피고로부터 수축의 종류를 소, 돼지, 말, 양으로 한 특급도축장설치허가를 받아 현재 서울 구로구 독산동 1007의13에서 축산물도매업과 축산물 도살해체업을 경영하고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 원고가 1989.9. 피고에 대하여 축산물위생처리법 제8조, 같은 법 시행규칙 제23조 제1항 제1호에 따른 수축의 도살, 해체수수료징수승인신청을 하였는바, 피고는 같은 해 10.7. 농축 24120-089 호로써 원고가 경영하는 특급도축장은 농안법에 의거 개설 허가된 축산부류도매 시장 내에 있는 작업장으로서 축산부류도매시장의 수수료는 농안법 제35조의 규정에 의한 수수료 이외에는 징수할 수 없다는 이유를 들어 원고의 위 승인신청을 거부하는 처분(이하, 이 사건 거부처분이라 한다)을 한 사실을 인정할 수 있고, 반증이 없다.

(2) 피고는 축산부류도매시장 내의 특급도축장시설은 농안법 제15조 제1항 제2호, 제57조 제2항, 같은 법 시행규칙 제15조 제2항의 규정에 의하여 그 지역의 인구 및 거래물량

등을 고려하여 축산부류도매시장의 필요시설로 갖추어진 것으로 위 도매시장의 기능상 출하자는 수축의 도축에서 수육의 상장, 경매에 이르는 모든 작업과정을 일괄하여 지정도매인에게 위탁하고, 위 작업과정은 연속적으로 이루어질 뿐 아니라 그 시설이 같은 장소에서 보완관계로 설치되어 공용되고 있어서 위 도매시장과 도축장시설과의 시설이용상의 경제구획이나 비용구분이 명확하지 아니하고 또 이를 구분할 실익이나 필요성도 없는 것이며, 특급도축장시설이 축산부류도매시장의 필수시설로 규정되어 있던 구 농안법시행규칙 제15조 제2항이 1988.5.16. 개정되어 특급도축장시설이 위 도매시장이 임의시설로 바뀐 이후에도 축산부류 위탁상장수수료의 최고한도를 정한 농안법시행규칙 제12조 제2항 제4호는 위 위탁상장수수료의 최고한도를 종전과 같이 거래금액의 1000분의 35로 정하고 있고, 원고를 포함한 전국의 축산부류도매시장의 지정도매인들은 개설 이후 지금까지 20년 간 도살, 해체수수료를 별도로 징수하지 아니하고 위탁장수수료만을 징수하여 온 점 등에 비추어 도살, 해체수수료는 이미 징수하고 있는 위탁상장수수료에 포함되어 있는 것이므로 이 사건 거부처분이 적법하다고 주장하고, 이에 대하여 원고는 그가 특급도축장 경영자로서 의뢰인의 의뢰에 따라 수축을 도살, 해체하여 주고 그 대가로 축산물위생처리법 제8조, 같은 법시행규칙 제23조에 의하여 징수할 수 있는 도살, 해체수수료와 축산부류도매시장의 지정도매인으로서 매매를 위탁한 출하자로부터 농안법 제35조 제1항 제2호에 의하여 징수할 수 있는 위탁상장수수료는 전혀 별개의 것으로 위 위탁상장 수수료에는 위 도살, 해체수수료가 포함되어 있지 아니하고, 원고는 위 축산물위생처리법의 규정에 의거하여 도살, 해체수수료를 징수할 수 있는 것이므로 이 사건 거부처분은 위법 하다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 농안법 제35조 제1항 제2호는 축산부류도매시장의 지정도매인은 축산물의 매매를 위탁한 출하자로부터 거래액의 일정율에 해당하는 금원을 위탁상장수수료로 징수할 수 있다고 규정하고, 같은 법시행규칙 제12조 제2항 제4호에서는 위 축산물류 위탁상장수수료의 최고한도를 거래금액의 1000분의 35로 정하고 있는 한편, 축산물위생처리법 제8조는 수축의 도살, 해체 또는 집유에 대하여 징수하는 수수료에 관한 사항은 농수산부령으로 정한다고 규정하고, 그 위임을 받은 같은 법시행규칙 제23조 제1항 제1호는 특급도축장 경영자는 소와 말의 경우에는 평균시가의 100분의2 이내, 돼지와 양의 경우에는 평균시가의 100의3 이내(작업장사용료, 내장처리비 및 육류냉각비를 포함하되 냉각을 하지 아니하는 경우에는 육류냉각비를 수수료에서 제외한다)에서 수축의 도살, 해체수수료를 정하여 서울특별시 등지의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있으며, 1988.5.16. 개정 전의 농안법시행규칙 제15조 제2항은 축산부류도매시장은 축산물가공처리법에 의한 특별도축장시설을 갖추어야 한다고 규정하여 특별도축장시설이 위 도매시장의 필수시설로 되어 있었으나(위 특별도축장은 1984.11.16. 축산물가공처리법시행규칙의 개정에 따라 시설기준이 일부 강화되면서 특급 도축장으로 바뀌었다), 1988.5.16. 개정 후의 농안법시행규칙 제15조 제2항은 농림수산부장관은 축산부류도매시장의 개설자 등에 대하여 축산물위생처리법에 의한 특급도축장시설을 갖추게 할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 각 규정을 종합하여 보

면, 축산부류도매 시장의 지정도매인이 농안법의 위 관계규정에 의하여 징수하는 위탁상장수수료와 특급도축장 경영자가 축산물위생처리법의 위 관계규정에 의하여 징수하는 도살, 해체수수료는 그 내용, 징수대상 및 근거법규를 달리하는 별개의 것으로서(1988.5.16. 위와 같이 농안법시행규칙 제15조 제2항이 개정된 이후에는 더욱 그러하다) 축산부류도매 시장의 지정도매인이 우연히 그 시장 내에서 특급도축장경영을 겸업하고 있다 하여 위탁상장수수료와 도살, 해체수수료가 구분되지 아니하거나 그 구분의 실익이나 필요성이 없다고 할 수 없을 뿐 아니라, 위탁상장수수료에 당연히 도살, 해체수수료가 포함되어 있다거나 축산부류도매시장 내에서 특급도축장경영을 겸업하고 있는 지정도매인이 위탁상장수수료 외에는 도살, 해체수수료를 징수할 수 없다는 근거도 없으므로(농안법시행규칙 제15조 제2항이 위와 같이 개정된 이전과 이후에 같은 시행규칙 제12조에서 정하는 축산부류 위탁상장수수료의 최고한도가 거래금액의 1000분의 35로 변함이 없음은 피고의 주장과 같지만 위 규정이나 지금까지 위탁상장수수료 이외에 별도로 도살, 해체수수료를 징수하여 오지 아니하였다는 사정 등은 위탁상장수수료에 도살, 해체수수료가 포함되어 있다거나 위탁상장수수료 이외에 도살, 해체수수료를 징수할 수 없다는 법령상의 근거가 되지 못한다. 만일 현행 위탁상장수수료가 사실상 도살, 해체수수료까지 감안하여 책정된 것이라면 이를 인하여 조정하는 방법 등으로 해결하여야 할 것이다), 원고가 위탁상장수수료 이외에 별도로 도살, 해체수수료를 징수할 수 없다고 보고서 한 피고의 이 사건 거부처분은 위법하다 할 것이다.

#### 4. 점유장이 법인세법 소정의 공장인지 여부(대법원 1985.7.9. 84누780)

##### 가. 판시사항

여과 및 냉각설비를 갖추고 수집한 우유를 여과 및 냉각 처리하여 하루쯤 보관한 후 유업회사에게 인도하는 점유장이 구 법인세법(1982.12.21 법률 제3577호로 개정되기 전의 것) 제59조의3 제1항 제7호 소정의 공장에 해당하는지 여부(적극)

##### 나. 판결요지

구 법인세법(1982.12.21 법률 제3577호로 개정되기 전의 것) 제59조의3 제1항 제7호에 규정된 공장이라 함은 물품의 제조, 가공, 수선 또는 인쇄 등의 산업활동에 필요한 설비를 갖춘 장소를 말하고 단순히 물품을 보관하는 장소는 여기에 해당하지 않는 것이나 본 건의 점유장은 단순히 우유를 저장하는 설비만이 아니라 모집한 우유를 여과시킨 다음 냉각 처리하는 여과 및 냉각설비를 갖추고 이와 같이 여과 및 냉각 처리한 우유를 하루쯤 보관한 후 유업회사에게 인도하던 장소이므로 이러한 설비를 갖춘 점유장은 위 법 소정의 공장에 해당한다.

## 다. 관련법령

구 법인세법(1982.12.21 법률 제3577호로 개정되기 전의 것) 제59조 제1항

## 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 천안지구낙농협동조합

【피고, 상 고 인】 천안세무서장

【원심판결】 서울고등법원 1984.12.12 선고 84구262 판결

## 마. 판결이유

(1) 원심판결 이유에 의하면 원심은 원고가 충남 성환읍 성환리 449의 69등 토지 및 그 지상건물에서 1972.3.17 작업장설치허가를 받아 경영하던 집유장은 우유를 저장하는 일 외에 여과 및 냉각을 위한 시설을 설비하여 놓고 수집한 우유를 여과시킨 다음 통상 섭씨 20 내지 30도 되는 것을 섭씨 5도정도로 냉각 처리하여 하루쯤 보관하다가 남양유업주식회사에 인도하던 곳으로 그 규모는 수유실, 냉동실 및 발전실이 도합 309평방미터, 창고가 177 평방미터(우유통과 기자재등 보관), 사무실과 현관이 150평방미터로 서로 붙어 있는데 원고는 위 남양유업으로부터 검사 및 집유장시설사용료를 일정율에 의하여 계속 받아왔고 현재는 위 집유장시설이 식료품제조시설로 인정되어 충청남도지사로부터 환경보전법상의 배출시설 설치허가를 얻어 이에 관한 시설을 하는 한편 축산물가공처리법상의 작업장으로 인정되어 그 설치허가를 얻어 운영하고 있는 사실, 원고 조합관내의 낙농산업의 발전으로 위 건물에 설치 한 종전의 집유장시설로서는 이를 감당할 수가 없게 되어 원고는 1980.5.경 성환읍 매주리 435의 1동 9필지 총 1973평을 구입하고 같은 해 10.28 위 지상에 건평 233평의 집유장을 시공하여 1981.4.30완공하고 그때까지 집유장 시설물인 저유조, 여과 및 냉각설비 등을 옮겨서 확충설치하고 이전한 사실을 인정할 수 있다고 한 다음, 사실이 위와 같다면 이사건의 집유장에는 창고와 사무실 및 현관부분이 같이 포함되어 있었다 하더라도 구 법인세법 제59조의 3 제1항 제7호의 “2년 이상 계속하여 가동한 공장”에 해당된다고 보는 것이 상당하고 원고가 비록 비영리조합이라 할지라도 공장인 위 집유장을 이전할 목적으로 위 대지와 건물을 양도한 이 사건에서는 위 법조항에 따라 법인세, 특별부가세는 면세되는 것이라고 판단하였다.

(2) 우선 구 법인세법(1982.12.21 법률 제3577호로 개정되기 전의 법인세법)제59조의3 제1항 제7호에 규정된 공장이라 함은 물품의 제조, 가공, 수선 또는 인쇄 등의 산업활동에 필요한 설비를 갖춘 장소를 말하고 단순히 물품을 보관하는 장소는 여기에 해당하지 않음은 소론 지적과 같으나, 원심이 확정된 사실에 의하면 이 사건 집유장은 단순히 우유를 저장하는 설비만이 아니라 수집한 우유를 여과시킨 다음 냉각 처리하는 여과 및 냉각설비를 갖



추고 이와 같이 여과 및 냉각 처리한 우유를 하루쯤 보관한 후 유업회사에게 인도하던 장소라는 것이므로, 이러한 설비를 갖춘 집유장은 위 구 법인세법 소정의 공장에 해당한다고 보아야 할 것이다.

(3) 그러나 위 구 법인세법 제59조의 3 제1항 제7호의 규정에 의한 특별부과세의 비과세 소득은 대통령령이 정하는 바에 의하여 2년 이상 계속하여 가동한 공장을 이전하는 경우에 발생하는 소득에 한하고 이러한 비과세요건에 관한 입증책임은 그 비과세사유를 주장하는 원고에게 있다고 할 것인바, 기록을 살펴보아도 원고가 1981.4.30 완공한 신축 집유장으로 이전하기 전까지 운영한 종전 집유장이 저유설비외에 여과 및 냉각시설까지 갖춘 상태에서 2년 이상 가공하였다고 인정할만한 증거를 찾아볼 수 없다.

그러므로 원고의 비과세주장을 받아들인 원심판결은 채증법칙을 위반하여 증거 없이 사실을 인정한 위법을 저지른 것이라고 하지 않을 수 없다.

### 5. 축산물가공처리법시행령 제5조 제1항(포상금)에 관한 판례 (대법원 1979.8.14. 79다1037)

#### 가. 판시사항

축산물가공처리법시행령 제5조 제1항에 규정된 “예산의 범위 안에서”의 의미

#### 나. 판결요지

축산물가공처리법시행령 제5조 제1항에 이른바, “예산의 범위 안에서”라고 함은 책정계상 되어 있는 예산의 범위 안에서라는 뜻으로 해석하여야 한다.

#### 다. 관련법령

축산물가공처리법시행령 제5조 제1항

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○갑

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 서울고등법원 1979.4.16 선고 79나91 판결

#### 마. 판결이유

그러나 축산물가공처리법시행령 제5조 제1항에 이른바, “예산의 범위 안에서”라고 함은

책정 계상되어 있는 예산의 범위 안에서라는 뜻으로 해석하여야 할 것이므로 원심이 이 건 원고의 수축밀도살자 신고포상금지급청구에 대하여 국가예산에 포상금에 관한 예산이 전혀 계상되어 있지 아니하니 예산이 계상되어 있음을 전제로 하는 원고의 청구는 이유 없다고 하였음은 정당하다 할 것이고 이에 관한 예산을 책정하지 아니하는 책임을 추궁하는 것은 별문제로 본다. 원판결에 축산물가공처리법령의 법리오해나 심리미진 이유불비의 위법 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유 없다.

**바. 하급심 판례**

원고는 이 사건 청구의 원인 사실로서, 원고는 소외 이○을등이 1975. 11.경부터 1976. 3. 13.경까지 사이에 전북 정읍군 신태인읍 신시동 150등지에서 시가 금92,900,000원 상당의 수축을 밀도살한 사실을 1976. 3.초순경 서울지방검찰청 영등포지청에 신고하여, 위 소외인 등은 축산물 가공 처리법 위반죄로 구속 기소되어 유죄의 판결을 받았으므로, 피고는 원고에게 축산물가공처리법 제19조 및 축산물가공처리법시행령 제5조에 의하여 위 수축 시가의 4분의1에 해당하는 금23,225,000원의 포상금을 지급할 의무가 있다고 주장함에 대하여, 피고는 위 포상금이 예산에 계상되어 있지 아니하므로 이를 지급할 수 없다고 다투고 있다.

그러므로 살피건대, 축산물가공처리법 제19조는 도축장이 아닌 곳에서 수축을 밀도살한 자를 수사기관에 신고한 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 포상금을 지급한다고 규정하고 있고, 축산물가공처리법시행령 제5조 제1항은 위 모법의 규정에 의한 포상금은 다음의 기준에 의하여 “예산의 범위 안에서” 이를 지급한다고 규정하고, 그 제1호에서 위와 같은 밀도살의 경우의 포상금의 액수는 당해 수축의 시가 표준액의 4분의1에 해당하는 금액이라고 정하고 있는바, 위 각 규정을 종합하여 보면, 피고는 위와 같이 수축을 밀도살한 자를 수사기관에 신고한 자에 대하여 “예산의 범위 안에서” 포상금을 지급할 의무가 있다고 해석되고 (피고가 정당한 이유 없이 위 포상금을 예산에 책정하지 아니하는 경우에 이를 문책할 수 있느냐는 별문제이다), 성립에 다툼이 없는 을제1호중(공문)의 기재에 의하면 현재 위 포상금에 관한 예산이 전혀 계상되어 있지 아니한 사실이 인정되므로, 위 포상금 예산이 계상되어 있음을 전제로 하는 원고의 이 사건 포상금 청구는 그 액수에 관한 판단에 들어갈 필요도 없이 이유 없다고 할 것이다.

**6. 대법원 1971.6.30. 70누142**

**가. 판결요지**

특정한 상대방에게 대한 행정처분은 그 상대방에게 고지되어야 효력이 발생한다.

## 나. 관련법령

행정소송법 제1조 행정소송법 제12조 축산물가공처리법 제10조

## 다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 ○○주식회사

【피고, 상 고 인】 충청남도지사

【원심판결】 서울고등

## 라. 판결이유

특정한 상대방에게 대한 행정처분은 그 상대방에게 고지되어야 효력이 발생한다 할 것인 바 을 제4호증의1 기재에 의하면 피고가 1968.12.18. 원고에게 대하여 본 건 허가 갱신을 함에 있어 1969.6.30.까지 소론 시설사용승인을 얻지 못할 경우에는 허가사항을 취소할 것이라는 부관을 붙이기로 내부결재가 된 사실이 인정될 수 있으나 을 제4호증의 2 기재에 의하면 위 부관이 원고에게 고지되었다고 인정되기 어려워 위 부관 있음을 전제로 한 논지는 채택될 수 없다. 장기간 그 영업시설을 하지 못하였다고 하여 이를 들어 축산물가공처리법 제10조 소정 허가취소 사유인 공익을 해한 것에 해당된다고 단정할 수 없고 기록상 본 건 허가취소 처분은 취소함이 현저히 공공의 복리에 적합하지 아니하다고 인정할 자료 없는 바이므로 소론 행정소송법 제12조를 적용하지 아니한 원판결에 위법이 있을 여지없다.

## 7. 축산물가공처리법 위반 판례(대법원 1985.11.26. 85도2039)

### 가. 판시사항

법령의 폐지가 행정목적을 위한 정책의 변경을 이유로 한 경우, 그 폐지된 법령 위반자에 대한 면소가부

### 나. 판결요지

축산물가공처리법 제15조에 근거한 행위당시의 농수산부고시 제85-1호 및 제85-10호가 이와 대체된 농수산부고시 제85-38호에 의하여 폐지되었다 하더라도 그 폐지이유가 종전의 고시내용이 법이념의 변경에 따라 부당하다는 반성적 고려에서 나온 것이 아니라 수육의 수급조절 사정의 변경에 따른 정책의 변경에서 나온 것이라면 공소 범죄사실이 그 행위가 있는 후에 대체된 농수산부고시 제85-38호에 위반되지 않는다 하여 그 가벌성이 소멸될 수 없다.

다. 관련법령

축산물가공처리법 제15조

라. 당사자 등

【피 고 인】 이○갑 외 1인

【상 고 인】 피고인들

【원심판결】 서울형사지방법원 1985.8.22 선고 85노2632 판결

마. 판결이유

(1) 원심이 든 증거에 의하면, 피고인들이 공동피고인이던 황○임 등과 공모하여 원심판시 위반행위를 저질렀다는 판시 사실을 넉넉히 인정할 수 있고 거기에 소론과 같이 채증법칙에 위반하여 사실을 오인하였거나 공범의 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없으니 이점에 관한 상고이유 제3점의 논지는 이유 없다.

(2) 공중위생상 위해가 발생할 우려가 있거나 축산진흥에 필요하다고 인정될 때에 농수산부장관이 수육과 우유의 수급조절을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다는 축산물가공처리법 제15조에 근거한 1985.1.5자 농수산부 고시 제85-1호 및 1985.2.16자 농수산부 고시 제85-10호(각 이 사건 행위당시의 농수산부 고시)가 이와 대체된 1985.7.12자 농수산부고시 제85-38호에 의하여 폐지되었음은 소론과 같으나 그 폐지이유는 종전의 고시내용이 법이념의 변경에 따라 부당하다는 반성적 고려에서 나온 것이 아니라 수육의 수급조절 사정의 변경에 따른 정책의 변경에서 나온 것으로 보여지므로 피고인들에 대한 공소범죄사실이 그 행위가 있는 후에 대체된 위 1985.7.12자 농수산부고시 제85-38호에 위반되지 않는다 하여 그 가벌성이 소멸될 수 없다 할 것이다. 원심판결에 피고인들의 소위가 면소판결의 대상이라는 주장에 대한 판단유탈과 형사소송법 제326조 위반의 위법이 있다는 상고이유 제1,2점의 논지는 위와 견해를 달리하는 입장에서 원심판결을 탓하는 것이므로 받아들일 수 없다.

(3) 원심판결은 압수된 소론의 우육을 몰수한 바 없음이 그 판문상 명백하다. 압수된 우육은 범죄행위에 제공된 물건이 아니라는 주장에 대하여 원심의 판단유탈이 있다는 상고이유 제4점의 논지는 원심판결에 몰수의 선고가 있는 것으로 오해하고 펼치는 공격에 지나지 아니하므로 이유 없다.

8. 반출증위조에 관한 사례(서울고등법원 1984.1.25. 83노679)

피고인들의 변호인의 항소이유의 요지는 첫째로 이 사건 지방우육 서울반출증의 작성권

자는 군수가 아니라 수의사인 피고인 이○갑이며 동 반출증은 실수요자 증명에 의거, 적법하게 작성된 것이므로 피고인들에게 공문서위조죄의 유죄를 인정한 원심판결은 사실을 오인하였거나 공문서위조죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 것이고 둘째로 피고인들에게 각 징역1년과 집행유예2년을 선고한 원심의 양형은 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

그러므로 먼저 사실오인 및 법률위반의 주장에 관하여 살피건대 원심이 적법하게 조사, 채택한 증거와 축산물가공처리법 제15조, 농수산부 고시 제3065호(수사기록 484면 참조)에 의하면 위 반출증의 명의자 및 작성권한자는 군수이고 다만 내부적인 업무처리 절차상 실수요자 증명의 첨부 등 위 반출증의 발급요건을 구비한 합법적인 반출증에 대한 사실상의 작성만을 군수가 피고인 이○갑에게 위임한 사실을 인정할 수 있으며, 그밖에 이 사건 반출증은 정당한 사유 없이 이중으로 작성되었고 그 내용일부도 서로 다른 점, 무안군청에 접수되어 적법하게 결재를 득한 반출증의 발행일련 번호 1509, 1510, 1511, 1512호(피고인들 작성 반출증의 발행번호)는 그 내용이 이 사건 반출증의 내용과 전혀 상이한 점(수사기록 565 내지 568면 참조), 이 사건 반출증의 실수요자들의 일부인 최○희, 이○섭이 실수요자 증명을 발급 받아 공소의 조○기, 조○봉을 통하여 도축검사 및 반출증의 발행을 신청한 사실은 있으나 그들에 대한 도축검사 및 반출증 발행일자는 이 사건 범행이후인 1981. 9. 29.(도축검사)과 같은 해 9.30.(반출증 발행)이고 피고인들이 원심법정에 제출한 유○현 명의의 실수요자 증명은 그 유효기간이 이 사건 범행이전인 1981. 9. 23.인 점등을 종합하면 피고인들이 이 사건 반출증을 위조한 사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로 위 항소 논지는 이유 없다.

## 9. 축산물가공처리법상의 수축인지 여부(대법원 1982.9.28. 82도567)

### 가. 판결요지

조산한 송아지일지라도 축산물가공처리법에서 말하는 수축에 해당한다.

### 나. 관련법령

축산물가공처리법 제2조 제1항, 제10조

## 10. 형의 폐지와 축산물가공처리법 위반(대법원 1979.2.27. 78도1690)

### 가. 판시사항

행정단속법규 위반으로 사실심에서 유죄판결이 선고된 후 법령개정으로 당해 위반행위

의 대상품목이 동법의 단속대상에서 제외된 것이 형사소송법 제383조 제2호 “판결후 형의 폐지”가 있는 경우에 해당된다고 본 사례

**나. 판결요지**

식육점 경영자가 사전검사를 받지 않고 견육을 판매목적으로 진열한 행위는 행위시법에 따르면 축산물가공처리법 위반행위가 되나 원심에서 유죄판결이 선고된 후 동법 시행규칙 개정으로 “개”에 대하여는 동법의 적용을 받지 않게 되었고 이는 이와 같은 경우를 처벌대상으로 삼은 종전 조치가 부당하다는데서 온 반성적 조치로 볼 것이므로 위 사유는 형사소송법 제383조 제2호의 판결 후 형의 폐지가 있는 때에 해당되며 또한 이건은 범죄후 법령 개폐로 형이 폐지된 때에 해당되어 같은 법 제326조 제4호에 정한 면소사유가 된다.

**다. 관련법령**

축산물가공처리법 제2조 제1호제21조 제3호, 제14조 제1항, 축산물가공처리법시행령 제2조 제1항, 축산물가공처리법시행규칙 제2조, 축산물처리법시행규칙전문

**라. 당사자 등**

【피고인, 상고인】 이○갑

【원심판결】 서울형사지방법원 1978.6.2 선고 76노9850 판결

**마. 판결이유**

원심판결이 유지한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 ‘피고인은 서울 중구 황학동 366 피고인 집에서 성진식품이라는 상호 아래 식육점을 경영하는 자인 바, 1976.2.27.12:30 경 위 식육점에 축산물가공처리법상의 검사를 받지 아니한 축산물인 견육 20두분을 판매의 목적으로 진열한 것이다.’라는 피고인에 대한 이건 공소사실을 그대로 인정하고, 위 소위는 축산물가공처리법 제21조 제3호, 제14조 제1항에 정한 죄에 해당한다하여 피고인을 벌금 50,000원에 처한다고 하였다.

그러나 위 피고인의 행위당시의 축산물가공처리법 (1974.12.26 법률제2738호) 제2조 제1호에 의하면 ‘수축’이라 함은 소, 말, 양, 돼지, 닭, 오리 기타대통령령으로 정하는 동물을 말한다고 규정하고 있고(현행 축산물가공처리법제2조 제1호의 규정도 위와 같다), 동법시행령 (1975.2.28 대통령령 제7562호) 제2조 제1항에 의하면 법 제2조 제1호에서 ‘기타 대통령령으로 정하는 동물’이라 함은 ‘1. 거위, 칠면조, 사양하는 메추리 및 꿩 2. 토끼, 3. 기타 위생상 필요하다고 인정되어 농수산부령으로 정하는 동물’이라고 규정하였고, 동법시행규칙 (1975.8.30 농수산부령 제606호) 제2조에 의하면 ‘시행령 제2조 제1항 제3호의 규정에 의한 동물’은 개 및 사양하는 사슴과 비둘기로 한다고 규정하여 개도 동법의 적용을 받는 동물

로 정하였으나 그 후 개정된 동법시행규칙(1978.6.13 농수산부령 제724호, 전문 개정)에는 동법시행령 제2조 제1항 제3호의 규정에 의한 동물에 관하여 하등 규정한 바 없으며, 위 시행규칙에서 위와 같은 규정을 두지 아니한 것은 이 건과 같은 경우를 처벌대상으로 삼은 종전의 조치가 부당하다는데서 온 반성적 조치라고 볼 것이어서, 결국 이 건 공소사실은 행위시법에 따르면 축산물가공처리법 제21조 제3호, 제14조 제1항에 해당하는 것이나, 원심이 판결선고한 1978.6.2 후인 1978.6.24 이후부터는(위 시행규칙 부칙 제1항에 의하면 위 규칙은 공포후 10일이 경과한 날로부터 시행한다고 규정하였다) ‘개’에 대하여는 동법의 적용을 하지 않게 되었음이 명백하므로, 이는 형사소송법 제383조 제2호의 ‘판결후 형의 폐지’가 있는 경우에 해당한다고 할 것이니(대법원1978.8.22 선고 78도761 판결참조) 원심판결과 제1심 판결은 이점에 있어서 과기를 면할 수 없다. 따라서 이 건 상고는 결국 이유 있어 원심판결을 파기하고 형사소송법 제396조에 의하여 이 건은 당원에서 직접 판결하기에 충분하므로 당원이 자판하기로 한다.

이 건 공소사실은 위에 적은 바와 같은 바, 이는 당시의 축산물가공처리법(1974.12.26 법률 제2738호) 제21조 제3호, 제14조 제1항, 제2조 제1호, 동법시행령(1975.2.28 대통령령 제7562호) 제2조 제1항, 동법시행규칙(1975.8.30 농수산부령 제606호) 제2조에 해당하나, 그 후 전문 개정된 동법시행규칙(1978.6.13 농수산부령 제724호)에 의하여 ‘개’에 대하여는 이 건과 같은 행위를 처벌하는 규정이 없게 되었으므로, 이 건은 범죄후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당하니 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 피고인을 면소하기로 한다.

## 11. 축산물가공처리법 위반(닭, 대법원 1978.8.22. 78도761)

### 가. 판결요지

축산물가공처리법의 규정에 의하여 75.9.23. 농수산부고시 제2698호로써 닭에 대한 동법 제2조의2 단서규정의 적용대상지역을 서울, 부산, 수원 등지로 각 지정하였다가 76.12.29 농수산부고시제2900호(77.1.1. 시행)로써 서울특별시를 위 적용대상지역에서 유보함으로써 서울특별시내에서의 판매목적의 닭 도살행위에 대한 동법의 적용이 배제되도록 한 것은 위와 같은 경우를 처벌대상으로 삼은 종전의 조치가 부당한데서 나온 반성적 조치라고 볼 것이고 그러한 조치가 경제사정의 변경에 따라 가벌성의 감소 내지 소멸을 이유로 한 법령개폐의 경우라고는 볼 수 없으므로 이는 형사소송법 제326조 제4호의 범죄후 법령개폐로 형이 폐지된 때에 해당한다.

### 나. 당사자 등

【피 고 인】 이○기 상업

【상 고 인】 검사

【원심판결】 서울형사지방법원 1978.1.19. 선고 77노2649 판결

#### 다. 판결이유

원판결 이유설시에 의하면 원심은 농수산부장관 축산물가공처리법의 규정에 의하여 1975.9.23. 농수산부고시 제2698호로써 닭에 대한 위 법 제2조의 2 단서 규정의 적용지역을 서울, 부산, 수원, 대전, 성남, 광주, 대구로 각 지정하였다가(1975.11.1. 시행) 1976.12.29. 농수산부고시 제2900호로서(1977.1.1. 시행) 서울특별시에 대하여는 이를 유보한 사실을 인정할 수 있고 한편 위 축산물가공처리법 제2조의2의 규정취지에서 보면 닭과 오리 기타 대통령령으로 정하는 수축은 일반적으로 위법의 적용을 배제하고 있으며, 예외적으로 동조 단서에 의하여 시행하였던 서울특별시에 대한 적용을 농수산부장관이 그 후에 이를 유보한 것은 본 건과 같은 경우를 처벌대상으로 삼은 종전의 조치가 부당한 데서 나온 반성적 조치라고 볼 것이고 그러한 조치가 경제사정의 변경에 따라 가벌성이 감소 또는 소멸되어 그러한 특수한 필요에 대처하기 위한 법령의 개폐를 한 경우라고는 볼 수 없으므로 결국 이 사건 공소범죄사실을 행위시법에 따르면 위 축산물가공처리법 제21조 제1호, 제3조 제1항에 해당하는 것이나, 1977.1.1. 이후부터는 이 사건 공소사실은 서울특별시 내에 있어서의 판매를 목적으로 한 닭의 도살은 동법의 적용이 배제되었음이 명백하므로 이 사건 공소를 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 면소하기로 한다고 판시하고 있는바, 이는 정당하고, 거기에 소론 적시와 같은 한시법의 법리를 오해한 위법사유가 있다고 할 수 없다.

### 12. 염소가 축산물가공처리법 소정 “수축”에 포함되는지 여부 (대법원 1977.9.28. 77도405)

#### 가. 판시사항

염소가 축산물가공처리법 소정 “수축”에 포함되는지 여부

#### 나. 판결요지

죄형법정주의의 정신에 비추어 형벌법규인 축산물가공처리법 소정의 “수축” 중의 하나인 “양”의 개념 속에 “염소”가 당연히 포함되는 것으로 해석할 수 없다.

#### 다. 관련법령

축산물가공처리법 제2조 1항 1호



## 라. 판결이유

원심판결이유에 의하면 원심은 축산물가공처리법 제2조의 규정에 보면 “수축”이라 함은 소, 말, 양, 돼지, 닭, 오리 기타 대통령령으로 정하는 동물로 되어 있고, 위 법시행령 제2조에는 거위, 칠면조, 사양하는 메추리, 꿩 기타농수산물부령으로 정하는 동물로 되어 있고 위 시행령의 위임에 의한 동법시행규칙 제2조에는 개 및 사양하는 사슴과 비둘기로 되어 있어 위 어느 규정에도 염소는 포함되어 있지 아니하므로 염소는 축산물가공처리법에서 말하는 “수축”에 해당된다고 볼 수 없고, 따라서 염소를 도살하거나 해체하는 것은 축산물가공처리법 제21조 제1호 위반범죄의 구성요건에 해당하지 아니한다하여 피고인에 대한 본 건 염소를 도살한 행위는 범죄가 성립되지 아니한다고 보아서 무죄를 선고하였는바, 살피건대 “양”과 “염소”는 다같이 우과에 속하는 반추하는 가축이기는 하나 같은 동물이라고는 할 수 없다 할 것인 즉, 죄형법정주의의 정신에 미루어서 보면 형벌법규인 축산물가공처리법 소정의 “수축”중의 하나인 “양”의 개념 속에 “염소”가 당연히 포함되는 것으로 유추 해석할 수는 없다고 봄이 상당하다 할 것이므로 이와 같은 취지의 위 원심판단 조치는 공인되는 바라 할 것이니 이와 반대의 견해에 입각한 논지는 모두 이유 없다 할 것이다.

### 13. 축산물가공처리법 제4조에 관한 판례(대법원 1973.12.11. 73도1193)

#### 가. 판시사항

축산물가공처리법 제4조에 의한 작업장 경영허가를 받은 다음 변조된 초코우유를 제조한 행위를 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제10조에 의하여 식품위생법 제23조, 위 특별조치법 제2조 1항 제1호 또는 제2호를 적용 처단하여야 한다고 한 사례

#### 나. 판결요지

축산물가공처리법 제4조에 의한 작업장 경영허가를 받은 다음 변조된 초코우유를 제조한 행위는 보건범죄단속에관한특별조치법 제10조에 의하여 식품위생법 제23조에 의한 영업허가를 받고 허가된 식품과 유사한 변조된 식품을 제조한 경우와 동일하게 위 특별조치법 제2조 제1항 제1호 또는 제2호에 해당한다고 볼 것이다.

#### 다. 관련법령

보건범죄단속에관한특별조치법 제10조, 축산물가공처리법 제4조

#### 라. 판결이유

원심판결에 의하면, 원심은 피고인들은, 김○희 명의로 작업장경영허가(그 중에 식품제

조허가가 포함됨)신청을 하여 그 허가를 받은 다음 이 사건에서 문제가 된 변조된 초코우유를 제조한 사실을 확정하고 나서 이와 같은 피고인들의 행위가 보건범죄단속에관한특별조치법(이하, 위 특별조치법이라 약칭한다) 제2조 제1항 제1호 또는 제2호, 식품위생법 제23조 동법시행령 제9조 제11호에 해당한다고 판시하였다. 그런데 위 특별조치법 제10조에 의하면, 축산물가공처리법 제4조의 규정에 의한 제조 또는 가공에 관하여 허가를 받은 축산물은 식품위생법에 의한 식품의 예에 따라 이 법 즉 위 특별조치법을 적용한다고 규정되어 있다. 그러므로 이 사건에 있어서 피고인들이 축산물가공처리법 제4조에 의한 작업장경영허가를 받은 다음 허가된 초코우유와 유사한 변조된 초코우유를 제조한 행위도 위 특별조치법 제10조에 의하여 식품위생법 제23조에 의한 영업허가를 받고 허가된 식품과 유사한 변조된 식품을 제조한 경우와 동일하게 위 특별조치법 제2조 제1항 제1호 또는 제2호에 해당한다고 볼 것이다. 원심이 피고인들에 대한 판시사실에 관하여 법률을 적용함에 있어 비록 위 특별조치법 제10조를 실시한 바 없다 하더라도 그 판단취지가 위 특별조치법 제10조에 의하여 식품위생법 제23조, 위 특별조치법 제2조 1항 제1호 또는 제2호를 적용한 취지라고 못볼 바 아니고 또한 원판결 실시중 작업장 경영허가에 식품제조 허가가 포함되어 있다는 괄호 안의 설시나 법률적용에 있어 식품위생법시행령 제9조 제11호까지 든 것은 불필요한 설시에 불과하다고 볼 것인 즉 이 점을 논란하는 논지는 결국 이유 없는 셈이다.

원심이 피고인들은 허가에 위배하여 탈지유 27% 대신 물 25%를 혼합하여 허가된 초코우유와 유사하게 변조된 초코우유를 제조한 사실을 적법하게 인정한 다음 이와 같은 피고인의 행위가 위 특별조치법 제2조 제1항에서 말하는 이미 허가된 식품과 유사하게 변조한 자에 해당한다고 본 것은 정당하고 거기에 변조의 법리를 오해한 위법이 있다할 수 없다. 이 논지도 이유 없다.

## 第3節 草地法

### I. 草地法의 概要

#### 1. 制定경위 등

초지법은 초지의 조성·관리·이용 및 보전에 관한 사항을 규정함으로써 축산진흥에 기여하게 함을 목적으로 하여 1969. 1.17 법률 제2081호로 제정되었고, 1980. 4. 1. 전문 개정 후 18차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 초지법의 주요내용

초지법은 제1장 총칙, 제2장 초지의 조성, 제3장(제목 삭제), 제4장 초지의 사후관리, 제5장 보칙, 제6장 벌칙 등 총 6장 32조로 되어 있다.

제2장 초지의 조성을 보면, 초지조성을 하려고 하는 자는 시장·군수에게 초지조성허가를 받도록 하고 있고, 제12조에서 일정한 경우 허가를 취소할 수 있도록 하고 있고, 제13조에서 자금지원율, 제17조에서 국·공유지의 대부분을 규정하고 있다.

제4장 초지의 사후관리를 보면, 초지조성허가 공유수면매립법 등 다른 법률의 허가·인·승인 등이 있는 것으로 보는 간주규정이 들어 있고, 제21조의2에서 초지안에서의 행위 제한을, 제23조에서 초지의 전용 등을 규정하고 있다.

### II. 草地法에 관한 判例

#### 1. 증여세가 면제되는 초지인지 여부(대법원 1997.10.24. 97누4173)

##### 가. 판시사항

- [1] 구조세감면규제법 제67조의7 제1항에 의하여 증여세가 면제되는 농지의 범위
- [2] 구조세감면규제법 제67조의6 제3항 소정의 농지 등의 수증자가 당해농지 등에서 직접 영농에 종사하지 아니하게 된 것으로 인정한 사례
- [3] 농지 등의 일부 수용으로 나머지 부분에서 영농에 종사할 수 없게 된 경우가 구조세

감면규제법시행령 제55조의5 제2항 소정의 정당한 사유에 해당하는지 여부(소극)

**나. 판결요지**

- [1] 구조세감면규제법(1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제67조의7 제1항에 의해 자영농민이 증여받은 농지 등으로서 증여세가 면제되는 대상은 구상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제11조의3 제1항 소정의 농지·초지·산림지로 제한된다.
- [2] 자영농민이 1990. 6. 15. 임야의 1/2 지분을 증여받고, 1991. 1. 17. 낙농업 폐업신고를 한 후 홀스타인 젖소 20여 마리만 사육하다가 1993. 말경 사육을 중단하였으며, 1995. 3. 12.경 위 초지의 한 모퉁이에서 비육우 5마리를 사육하다가 같은 해 9.경 이를 모두 팔아버리고 그 후로는 논밭만 경작하였다면, 위 자영농민은 위 임야 중 1/2 지분을 증여받은 후 5년 이내에 낙농업 폐업신고를 하고 젖소 사육을 중단함으로써 구조세감면규제법(1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제67조의6 제3항이 정하는 바의 당해 농지 등에서 직접 영농에 종사하지 아니하게 된 것이고, 그 후 위 임야의 한 모퉁이에서 비육우 5마리를 사육하였다거나 다른 논밭을 경작하였다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 한 사례.
- [3] 구조세감면규제법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14084호로 개정되기 전의 것) 제55조의5 제2항이 구조세감면규제법(1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제67조의6 제3항의 ‘대통령령이 정하는 정당한 사유’에 대하여 규정하면서, 제1호에서 ‘토지수용법 기타 법률에 의한 수용의 경우’를, 제3호에서 ‘토지구획정리사업법 또는 농촌근대화촉진법에 의한 환지에 의하여 농지 등이 농지 등으로 사용할 수 없는 다른 지목으로 변경된 경우’를 규정하고 있으므로, 위 각 규정 소정의 사유는 농지 등의 수용 또는 지목변경으로 당해 농지 등에서 직접 영농에 종사하지 아니하게 된 경우를 말하는 것이고, 농지 등의 일부가 수용됨으로써 그 수용된 부분을 제외한 나머지 부분에서 직접 영농에 종사할 수 없게 된 사정은 이에 해당하지 아니한다(당해 임야의 중앙 부분이 수용되어 도로가 개설됨으로써 토지면적의 부족, 교통 소음 등으로 당해 임야 중 나머지 부분에서 영농을 계속할 수 없게 된 사정이 위 시행령상의 정당한 사유에 해당되지 않는다고 한 사례.

**다. 관련법령**

구조세감면규제법(1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제67조의6 제1항(현행 제55조 참조), 제67조의7(현행 제58조 참조) : 구조세감면규제법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14084호로 개정되기 전의 것) 제55조의5 제2항 제1호(현행 제57조 제5항 제1호 참조)

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○갑

【피고, 피상고인】 평택세무서장

【원심판결】 서울고법 1997. 1. 28. 선고 96구3700 판결

## 마. 판결이유

(1) 자경농민이 증여받은 농지 등에 대한 증여세 면제를 규정하고 있는 구 조세감면규제법(1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 법률, 이하 ‘조감법’이라 한다) 제67조의7 제1항은 그 대상이 되는 농지 등(조감법상 농지·초지·산림지를 포괄하는 개념으로 쓰인다)을 ‘제67조의6 제1항 각 호에 해당하는 농지 등’이라고 규정하고 있고, 조감법 제67조의6 제1항은 그 대상이 되는 농지 등을 다음 각 호에 해당하는 농지·초지·산림지라고 규정하면서 제1호에서 ‘상속세법 제11조의3 제1항 각 호의 1에 해당하는 농지 등’을 규정하고 있으며, 구 상속세법 제11조의3(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 법률) 제1항은 그 대상으로, 제1호에서 ‘지방세법의 규정에 의하여 농지세 과세대상이 되는 9천평 이내의 농지’를, 제2호에서 ‘초지법의 규정에 의한 4만 5천평 이내의 초지’를, 제3호에서 ‘산림법의 규정에 의한 보전임지 중 영림계획 또는 지정개발사업에 따라 새로이 조림한 기간이 5년 이상인 9만평 이내의 산림지(보안림·채종림 및 천연보호림의 산림지를 포함한다)’를 규정하고 있으므로, 자경농민이 증여받은 농지 등으로서 증여세가 면제되는 대상은 위 상속세법 제11조의3 제1항 소정의 농지·초지·산림지로 제한된다고 할 것이다.

같은 취지에서 원심이 지목이 임야일 뿐이고 위 상속세법 규정 소정의 산림지에 해당된다는 입증은 없는 이 사건 임야 중 초지를 제외한 부분은 조감법 제67조의7 제1항에 의하여 증여세가 면제되는 농지 등에 해당되지 아니한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유는 받아들일 수 없다.

(2) 조감법 제67조의7 제3항은 자경농민에게 증여된 농지 등에 대하여 면제된 증여세액의 징수에 관하여는 제67조의6 제3항의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 조감법 제67조의6 제3항은 양도소득세가 면제되는 농지 등을 양수한 자경농민이 대통령령이 정하는 정당한 사유 없이 당해 농지 등을 양수한 날로부터 5년 이내에 양도하거나 당해 농지 등에서 직접 영농에 종사하지 아니하게 된 때에는 그 농지 등에 대한 양도소득세의 면제세액에 상당하는 금액을 자경농민으로부터 소득세에 가산하여 징수한다고 규정하고 있다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 원고가 1990. 6. 15. 이 사건 임야의 1/2 지분을 증여받고, 1991. 1. 17. 낙농업 폐업신고를 한 후 홀스타인 젖소 20여 마리만 사육하다가 1993. 말경 사육을 중단하였으며, 1995. 3. 12.경 위 초지의 한 모퉁이에서 비육우 5마리를 사육하다가 같은 해 9.경 이를 모두 팔아버리고 그 후

로는 논밭만 경작한 사실을 인정한 다음, 원고는 이 사건 임야 중 1/2 지분을 증여받은 후 5년 이내에 낙농업 폐업신고를 하고 젓소 사육을 중단함으로써 당해 농지 등에서 직접 영농에 종사하지 아니하게 된 것이고, 그 후 이 사건 임야의 한 모퉁이에서 비육우 5마리를 사육하였다거나 다른 논밭을 경작하였다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 판단하였는바, 기록과 관계 법령에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 심리미진 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.

(3) 조세법률주의 원칙상 과세 요건이나 비과세 요건 또는 조세감면 요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석 하는 것은 허용되지 않는다고 할 것인바(대법원 1996. 12. 6. 선고 95누 1491 판결 등 참조), 구 조감법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14084호로 개정되기 전의 시행령) 제55조의5 제2항이 조감법 제67조의6 제3항의 '대통령령이 정하는 정당한 사유'에 대하여 규정하면서, 제1호에서 '토지수용법 기타 법률에 의한 수용의 경우'를, 제3호에서 '토지구획정리사업법 또는 농촌근대화촉진법에 의한 환지에 의하여 농지 등이 농지 등으로 사용할 수 없는 다른 지목으로 변경된 경우'를 규정하고 있으므로, 위 각 규정 소정의 사유는 농지 등의 수용 또는 지목변경으로 당해 농지 등에서 직접 영농에 종사하지 아니하게 된 경우를 말하는 것이고, 농지 등의 일부가 수용됨으로써 그 수용된 부분을 제외한 나머지 부분에서 직접 영농에 종사할 수 없게 된 사정은 이에 해당하지 아니한다고 할 것이며, 또한 시행령 제55조의5 제2항 제7호에서 '기타 재무부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우'를 규정하고 있으나, 그에 따른 재무부령이 제정된 바가 없다면 위와 같은 사정이 위 제7호에 해당한다고 할 수도 없다.

## 2. 초지조성허가취소에 관한 판례(서울고등법원 1997.8.20. 95구18149)

### 가. 당사자 등

【원 고】 김○수

【피 고】 양주군수

### 나. 판결이유

#### (1) 이 사건 취소처분의 경위

피고는 1983. 6. 13. 경기 양주군 덕도리에 거주하는 주민들 5명에게 양주군 소유인 위 덕도리 산 149 임야 약 10ha에 대한 초지조성허가를 하였다. 위 주민들은 위 임야에 초지를 조성하여 마을 공동의 육우방목장으로 사용하였으나 1984년경 소값 파동으로 육우사육을

포기한 이후에는 위 임야를 방치하였다.

피고는 1990. 3. 12. 초지법 제22조의 규정에 따라 원고의 신청을 받아들여 원고를 위 임야에 대한 초지대리관리자로 지정하고, 같은 해 6. 4. 원고와 위 임야에 대한 대부계약을 체결하였다.

원고는 1993. 9. 9. 소의 이○갑에게 위 임야를 포함한 임야 2필지를 군의회의원들과 공무원들에게 부탁하여 불하받아 주겠다면서 위 임야 2필지를 대금 7억원에 매매하는 매매계약을 체결하고, 교제비 명목으로 금 3,000만원을 받았으며, 위 임야를 위 이○갑에게 인도하여 위 이○갑으로 하여금 위 임야를 사용하게 하였다.

피고는 1995. 3. 2. 초지법 제21조, 같은 법 시행규칙 제13조의 2 규정에 의한 성실관리의무를 위반하였음을 사유로 원고에 대한 위 초지대리관리자 지정을 취소하였다(이하 이 사건 취소처분 이라고 한다).

## (2) 판단

먼저 피고가 청문절차를 거치지 않고 한 이 사건 취소처분이 위법한지의 여부에 관하여 살펴보면, 초지법 제12조 제2항은 초지조성허가를 한 관청이 초지조성허가를 취소하고자 할 때에는 초지조성자 또는 그 대리인에게 청문을 행하여야 한다고 규정하고 있으나 위 규정은 초지조성허가의 취소에 관한 규정이고 초지대리관리자 지정처분의 취소에 관한 규정이 아니며, 초지대리관리자 지정처분의 취소절차에 관하여 청문절차를 규정하고 있는 규정이 없으므로 피고가 청문절차를 거치지 않고 이 사건 취소처분을 하였다라는 사정만으로는 이 사건 취소처분이 위법하다고 할 수 없어 이 점에 관한 원고의 주장은 이유 없다.

이어서 피고가 원고의 초지 성실관리의무위반을 사유로 초지대리관리자지정을 취소한 이 사건 취소처분에 재량권 일탈 또는 남용의 위법이 있는지의 여부에 관하여 살펴본다. 일반적으로 행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 취소할 수 있다고 할 것인 바(대법원 1995. 6. 9. 선고 95누1194 판결), 초지법 제21조 제1항은 초지를 소유하거나 관리하는 자는 당해 초지를 성실하게 관리 이용하여야 한다고 규정하고, 제3항은 초지의 관리이용에 관한 사항을 농림부령으로 정한다고 규정하고 있으며, 위 위임에 따라 초지법시행규칙 제13조의 2 제1항은 초지를 소유하거나 관리하는 자는 법 제21조 제3항의 규정에 의하여 초지의 거름주기, 보충과종, 잡초 또는 관목의 제거 풀베기 등 관리를 성실히 하여 별표 2에서 정한 중급 초지 기준 이상의 목초를 생산할 수 있도록 하여야 하며, 별표 2에서 정한 가축사육두수의 기준에 따라 가축을 사육하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 위에서 인정한 사실에 의하면 원고는 자신이 초지대리관리자로 지정된 임야를 마치 자신 소유의 부동산인 양 소외 이○갑에게 매도하였을 뿐 아니라 그 임야를 이○갑에

게 인도하고 그 이후 위 임야 상의 초지를 관리하지 않음으로써 원고가 초지대리관리자로서의 성실의무를 위반하였음을 알 수 있는바, 이러한 사실관계에 의하면 원래의 초지대리관리자 지정처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경과 중대한 공익상의 필요가 발생하였다고 할 것이므로 피고가 이 사건 취소처분으로 원고에 대한 초지대리관리자 지정처분의 효력을 상실케 한 것은 정당하다고 할 것이고, 이에 재량권 일탈 또는 남용의 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 재량권 일탈, 남용에 관한 원고의 주장 또한 이유 없다.

### 3. 초지법과 토석 등을 채취할 수 있는 지역(광주지방법원 1993.8.19. 92노852)

#### 가. 판시사항

- [1] 초지법상 허가청의 허가를 받아야만 토석 등을 채취할 수 있는 지역
- [2] 면장이 협소한 면사무소의 화단을 단장하는 과정에서 허가 없이 초지에 있는 자연석을 채취한 행위가 초지법에 위반된다 하더라도 사회상규에 위배되지 않는다고 본 사례

#### 나. 판결요지

초지법 제6조, 제7조 제1항, 제8조 제3호의 규정 등에 비추어 볼 때 초지법상 허가청의 허가를 받아야만 토석등을 채취할 수 있는 지역은 초지조성지구로 고시된 지역 또는 초지조성을 위한 집단조성지구로 고시된 지역에 국한된다고 할 것이므로 초지조성지구 또는 집단조성지구로 고시되어 있지 아니한 기성초지지역에서 토석을 채취하더라도 초지법위반으로 처벌할 수 없다.

#### 다. 관련법령

초지법 제5조 제1항제8조 제3호제31조 제1호같은 법 제6조제7조 제1항형법 제20조

#### 라. 당사자 등

- 【피 고 인】 김○갑
- 【항 소 인】 검사
- 【원심판결】 제1심 광주지법 (1992.6.24.선고, 91고단3109 판결)

#### 마. 판결이유

그러므로 살피건대, 원심의 증거조사과정이나 증거의 취사선택조치에는 아무런 위법이 없으며, 또한 피고인의 원심법정에서의 진술, 증인 박○창, 김○을, 최종태의 원심법정에서



의 각 진술, 검사 및 사법경찰관사무취급 작성의 피고인에 대한 각 피의자신문조서의 각 진술 기재, 사법경찰관사무취급 작성의 이○기 등에 대한 각 진술조서의 각 기재, 사법경찰관사무취급 작성의 실태조사서의 기재, 담양군수작성의 임야대장등본, 기성초지 관리실태 조사사본, 91상반기 기성초지사후관리실태조사사본 및 91, 92 상반기 기성초지사후관리철저사본의 각 기재 등을 종합하면, 이 사건 초지는 1971년도 이후에 기허 초지로 조성된 목장용지로서 산림청이 공소의 김○을에게 대부하였고, 담양군 대덕면은 담양군으로부터 관리위임을 받아 위 대덕면 내에 있는 초지에 대하여 잡관목 및 잡초 등을 제거하도록 관리감독을 철저히 한 결과 이 사건 초지가 상급화 초지로 조성되어 관리감독을 하여 오던 중, 1991.4.3. 담양군은 군내에 있는 각 읍, 면사무소에 청사주변 환경미화상태를 포함한 환경개선사항 평가계획을 하달하였는데 그 행정사항으로 각 읍, 면에서는 환경개선에 최선의 노력을 다하되 가급적이면 창의성을 발휘하여 돈 안 들이고 획기적으로 개선할 수 있도록 주변 자연물 등을 적절하게 이용하도록 지시하여, 이에 당시 대덕면장이던 피고인은 면사무소의 화단이 협소하고 조잡하여 새롭게 단장함으로써 주민들과 내방객들에게 쾌적한 환경을 제공하고 직원들의 정서순화에 보탬이 되게 하고자 주변의 돌을 이용하여 면사무소의 화단을 조성하기로 결의하고, 그 시경 담양군에서 시행하는 “대덕-갈전” 간 군도의 확장 및 포장공사 현장에 매립할 목적으로 한 곳에 모아 놓은 암석과 발파작업시 떨어져 도로변에 널려 있던 암석 중 그 곳 현장소장의 협조를 받아 덤프트럭 등으로 암석 21덩어리를 면사무소로 가져왔으나 화단을 조성하기에는 돌이 부족한 것 같아 다시 위 기성초지 내에 있는 자연석을 초지관리상 지장이 없다고 판단되는 범위 내에서 그 주변에 있는 자연석을 채취하여 면사무소 화단의 정원석으로 활용하기로 계획하고 위 초지를 대부 받은 위 김○을의 승낙을 받은 다음 위 면사무소에서 근무하는 직원들과 함께 경운기 등을 이용하여 위 초지에 있는 자연석 17덩어리를 채취하여 면사무소 화단을 조성하는 데 사용한 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

위와 같은 사실관계 아래에서 피고인의 기성초지에서 토석채취행위가 초지법위반에 해당하는지의 여부에 대하여 살피건대, 초지법 제8조 제3호에는 “제6조에 의하여 고시된 초지조성구역 및 제7조 제1항의 규정에 의하여 고시된 집단조성지구 내에서는 허가청의 허가를 받지 아니하고서는 토석의 채취 등의 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있고, 초지법 제6조에는 “초지조성허가신청을 받은 허가청은 초지조성대상의 입지조건이 초지조성 및 이용에 적합한지의 여부에 관하여 조사한 다음 당해 토지가 초지조성에 적합한 것으로 판단된 때에는 당해 토지를 초지조성지구로 고시한다”고 규정하고 있으며, 초지법 제7조 제1항에는 “허가청은 초지를 조성함이 국토의 효율적인 이용과 지역발전을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 입지조사 등을 행한 후 당해기관에 설치된 위원회의 심의를 거쳐 이를 초지조성을 위한 집단조성지구로 정하여 고시할 수 있다”고 규정하고 있는바, 위와 같이 규정된 초지법의 해석상 초지에서 허가청의 허가를 받아야만 토석 등을 채취할 수 있는 지역은 초지 조성지구로 고시된 지역 또는 초지조성을 위한 집단조성지구로 고시된 지

역에 국한된다고 할 것이어서, 앞서 본 바와 같이 피고인이 기성초지 지역에서 토석을 채취한 것은 사실이나 그 기성초지지역에 대하여 허가청이 초지조성지구 또는 집단조성지구로 고시하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없는 이 사건에 있어서는 피고인이 초지법을 위반하여 토석을 채취하였다는 점에 대하여 이를 인정할만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 가사 피고인의 위 행위가 초지법에 위배된다고 하더라도 피고인이 개인의 이익을 위하여 초지에서 토석을 채취한 것이 아니라 협소하고 조잡한 면사무소를 단장하기 위하여 도로공사장에 흩어져 있는 암석과 상급초지지역에 있는 자연석을 이용하여 면사무소의 화단을 조성하는 과정에서 위 초지에 있는 자연석을 채취하게 된 경위와 위 초지에서 채취한 자연석의 개수와 그 가액, 피고인의 면장으로서의 지위 및 초지의 상태 등을 고려하여 보면 피고인의 위와 같은 행위가 사회상규에 위배된다고 볼 수 없고, 설령 위배된다고 할지라도 그 가벌성이 있다고 보기도 어렵다 할 것이어서, 원심이 피고인의 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 조치는 정당하고 이에 대한 검사의 위 항소논지는 이유 없다.

#### 4. 타인 소유의 토지상에 조성된 초지매매계약

(서울고등법원 1989.9.8. 88나33034)

##### 가. 판시사항

타인 소유의 토지상에 조성된 초지매매계약에 있어 토지소유자가 매수인의 토지사용을 거부하는 경우와 초지매매계약의 이행불능

##### 나. 판결요지

초지법 제11조에는 초지조성의 허가를 받은 자가 그 허가로 인한 권리, 의무를 이전함에는 허가청의 승인을 얻도록 되어 있으나 이는 초지의 전용을 막고 그 이용·관리를 효율적으로 하여 목축사업을 진흥하려는 데 그 목적이 있는 것이므로 토지소유자의 대리관리변경승낙서는 위 승인을 얻는 데 법률상 요구되는 문서라고 보기 어렵고 한편 초지법 제14조 제3항에 의하면 타인 소유의 토지상에 초지조성허가를 받은 자는 토지소유자와의 사이에 5년 간 임대차가 성립된 것으로 의제 되므로 타인 소유의 토지를 임차하여 초지를 조성한 자로부터 초지를 양수함에 있어 토지소유자가 초지의 양수인과 임대차계약을 체결하지 않거나 양수인의 토지사용을 승낙하지 않는다 하더라도 양수인은 위 토지를 적법하게 사용할 수 있고 토지소유자가 대리관리변경승낙서를 교부해주지 않는다거나 양수인과의 임대차계약체결을 거부한다 하더라도 초지양도인과의 사이의 초지매매계약이 이행불능의 상태에 이르렀다거나 매매목적물에 하자가 있어 그 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

#### 다. 관련법령

초지법 제11조, 제14조, 제15조, 제15조의2

#### 라. 당사자 등

【원고, 피항소인】 김○갑

【피고, 항 소 인】 김○을

【원심판결】 제1심 청주지방법원(87가합309 판결)

#### 마. 판결이유

피고가 1987.7.13. 원고로부터 소의 김○병 소유인 충북 청원군 가덕면 청용리 산 37의1 입야 6헥타아르 지상에 원고가 조성해 놓은 목장용 초지 및 목장경영에 필요한 축사착유기, 냉각기, 경운기 등 그 부대시설 일체를 대금 15,000,000원에 매수하기로 함에 있어 계약금 1,000,000원은 당일 지급하고 잔금 14,000,000원은 같은 해 8.30.까지 지급하기로 약정한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 성립에 다툼이 없는 갑 제4호증의 2(유우매매계약서)의 기재와 원심증인 신○식의 증언에 변론의 전 취지를 종합하면, 피고는 위 계약시 원고와 사이에 위 잔금지급기일까지 잔대금을 지급하지 못할 때는 피고가 소유하는 젖소 중 원고가 지정하는 14마리를 1마리당 금 1,000,000원씩 환산하여 대물변제하기로 약정하였는데 피고는 위 잔금지급기일이 도과한 후까지 그 이행을 지체하고 있는 사실을 인정할 수 있고 이에 반하는 원심증인 이○녀의 일부 증언은 믿지 아니하고 달리 반증 없다.

원고가 이 사건 청구로서 위 매매계약을 들어 피고 소유의 젖소 중 원고가 지정하는 별지기재 젖소 14마리의 인도를 구하고 그 인도에 대한 강제집행이 불가능할 때는 젖소 1마리당 금 1,000,000원으로 환산한 금원을 지급할 의무가 있다고 주장함에 대하여, 피고는 먼저 위 목장에 있는 축사의 지붕에 비가 새고 세멘트바닥이 들떠 있으며 오물처리통로가 없어 위 축사를 사용할 수 없고 또 위 목장에 들어오는 전압이 110볼트인 관계로 220볼트용인 피고의 냉각기, 착유기 등을 사용할 수 없으며 원고가 피고에게 매도한 착유기, 냉각기 등은 모두 사용 불가능한 폐품임에도 원고는 위와 같은 사실 등을 모두 숨겼을 뿐만 아니라 위 토지의 소유자인 소의 김○병으로부터 위 토지를 임차한 사실이 없고 또 피고로 하여금 토지 소유자인 위 김○병과 사이에 임대차계약을 체결할 수 있게 해줄 의사나 능력이 없음에도 불구하고 소유자로부터 위 초지가 조성된 토지를 임차하여 사용하고 있으며 최소한 5년 이상 위 토지를 사용할 수 있도록 토지소유자와의 임대차계약을 성립시켜 주겠다는 취지로 피고를 속여 위 매매계약을 체결하였으니 이는 기망에 의한 의사표시이고 그렇지 않다 하더라도 목적물의 성상에 관한 피고의 착오로 인한 의사표시에 해당하므로 위 매매계약을 취소한다고 주장하나 이에 부합하는 듯한 원심증인 이○녀, 같은 이○우의 일부 증언과 당심의 피고에 대한 당사자본인신문결과는 믿지 아니하고 달리 이를 인정할 만

한 아무런 증거가 없는 반면 성립에 다툼이 없는 갑 제5호증(세대별주민등록표등본)의 기재와 원심증인 신○식, 당심증인 최○식의 각 증언에 변론의 전 취지를 종합하면 피고는 약 15년 간 낙농업에 종사하여 오면서 목장을 물색하던 중 위 목장의 초지와 시설물 등을 여러 차례에 걸쳐 살펴본 다음 원고에게 위 매매계약을 체결할 것을 자칭하여 앞서 본 바와 같은 계약을 체결하고 잔금지급기일 전인 1987.7.16.경 위 목장을 인도 받아 이를 경영하다가 1987.8.5. 주민등록전입신고까지 마치고 본격적으로 목축업을 영위한 사실을 엿볼 수 있으므로 원고의 기망에 의하여 의사표시를 하였거나 매매계약의 중요부분에 착오를 일으켜 의사표시를 하였음을 전제로 한 피고의 위 주장은 그 이유 없다 할 것이다.

피고는 또 위 매매계약은 앞서 주장한 바와 같은 매매목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당하므로 1987.8.21. 위 매매계약을 해제하였다고 주장하나 가사 위 목장시설물에 피고 주장과 같은 하자가 있었다 하더라도 앞서 본 바와 같은 계약 체결경위에 비추어 볼 때 피고가 이를 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다 할 것이고 이러한 경우에는 매매목적물에 하자가 있다 하더라도 매매계약을 해제할 수 없는 것이므로 피고의 위 주장도 그 이유 없다 할 것이다.

피고는 다시 위 목장초지 및 시설물의 가격은 금 7,000,000원 정도 밖에 되지 않음에도 금 15,000,000원을 대금으로 정하여 매매계약을 체결하였고 위 계약당시 초지양도에 관한 법률문제도 제대로 검토하지 않은 채 피고 소유의 젖소 가운데 1마리당 금 1,800,000원짜리가 10마리, 금 1,300,000원짜리가 10마리, 금 700,000원짜리가 8마리였음에도 위 매매잔금 14,000,000원을 변제하지 못할 때는 위 젖소 1마리당 일률적으로 금 1,000,000원씩 계산하여 대물변제하기로 약정하였는바 이는 당시 초지가 절실히 필요하였던 피고가 궁박한 상태에서 경솔히 한 행위이므로 위 매매계약은 불공정한 법률행위로서 무효이고 그렇지 않다 하더라도 위 계약을 들어 구하는 원고의 이 사건 청구는 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 주장하나 위 목장초지 및 시설물의 가격과 젖소의 가격이 원고 주장의 각 액수와 같다는 점에 관하여 이에 부합하는 원심증인 이○녀, 같은 이○우의 각 일부 증언은 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 원고 주장의 위와 같은 사유만으로는 위 매매계약이 현저히 공정을 잃은 법률행위에 해당한다거나 위 매매계약에 기한 원고의 이 사건 청구가 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 볼 수도 없으므로 피고의 위 주장 또한 그 이유 없다 할 것이다.

피고는 또 원·피고 사이의 위 목장초지를 적법히 양도하기 위하여는 초지조성허가청의 승인을 받아야 하는바 원고는 위 허가청의 승인을 얻는 데 필요한 초지조성자의 사업포기서와 토지소유자의 대리관리변경승낙서를 피고에게 교부하여 준 바 없어 피고로 하여금 위 허가청으로부터 초지양수승인을 얻을 수 없도록 하였을 뿐만 아니라 위 토지소유자인 소외 김○병이 피고와의 임대차계약을 거부하고 위 초지에서 출입조차 금지하고 있으므로 위 매매계약은 원고의 귀책사유로 인하여 이행불능 되었거나 매매목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없게 되었다 할 것이므로 이를 이유로 위 매매계약을 해제한다고 주

장하므로 살피건대, 초지법 제11조에 의하면 이 법에 의하여 초지조성의 허가를 받은 자는 허가청의 승인을 얻지 아니하고는 타인에게 그 허가로 인하여 발생한 권리의무를 이전할 수 없다고 규정되어 있으나 이 규정은 이미 조성된 초지의 전용을 막고 초지의 이용, 관리를 효율적으로 하여 목축사업을 진흥하는 데 그 목적이 있는 것이므로 토지소유자의 대리관리변경승낙서는 위 승인을 얻는 데 법률상 요구되는 문서라고 보기 어렵고 한편 초지법 제14조 제2항에 의하면 허가청으로부터 초지조성의 허가를 받아 타인의 토지 위에 초지를 조성한 자 및 대리이용자는 토지소유자의 사이에 적어도 5년 간 임대차관계가 성립된 것으로 법률상 의제하고 있으며 허가청에 대한 초지의 양도에 관한 승인신청에 필요한 것으로 보이는 원고의 사업포기서를 교부받은 사실은 피고 스스로 이를 인정하고 있으므로 이러한 점등에 비추어 볼 때 초지를 양수함에 있어 토지소유자가 초지의 양수인과 사이에 임대차계약을 체결하지 않거나 양수인의 토지사용을 승낙하지 않는다 하더라도 양수인은 위 토지를 적법히 이용할 수 있다고 봄이 초지의 효율적인 이용관리와 목축사업의 진흥을 목적으로 하는 초지법의 입법취지에 부합하므로 토지소유자인 위 김○병이 대리관리변경승낙서를 해주지 않는다거나 피고와의 임대차계약체결을 거부한다고 하여 위 매매계약이 이행불능 되었다거나 매매목적물에 하자가 있어 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당한다고 보기 어렵다 할 것이므로 피고의 위 주장 또한 그 이유 없다 할 것이다.

피고는 마지막으로 위 매매계약은 양도인인 원고가 양수인인 피고에게 초지법 제11조 소정의 승인을 받아주어야만 매매잔대금을 지급하기로 하는 내용의 계약인데 아직 위 허가청의 승인을 얻은 바 없으므로 원고의 이 사건 청구에 응할 수 없다고 다투나 초지법 제11조의 규정만으로 위 초지의 양도인인 원고에게 위 초지양도에 관한 허가청의 승인을 받아주어야 할 의무가 생긴다 할 수 없고 달리 위 매매계약시 위와 같은 의무를 원고가 부담하기로 약정하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없으므로 피고의 위 주장도 그 이유 없다 할 것이다.

그렇다면 피고에게 별지기재 젓소 14마리의 인도를 구하고 그 인도에 대한 강제집행이 불가능할 때는 젓소 1마리당 금 1,000,000원으로 환산한 금원의 지급을 구하는 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바 원심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하고 이를 타하는 피고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하며 항소비용은 패소자의 부담으로 하고, 원심판결 주문 제1항에 가집행선고를 붙여 주문과 같이 판결한다.

## 5. 초지전용에 관한 판례(대법원 1984.6.12. 84도556)

### 가. 판시사항

초지법 제30조 소정의 “동법 제23조의 규정에 위반하여 허가를 받지 아니하고 초지를 전용한 때”의 의미

**나. 판결요지**

초지법 제30조가 처벌의 대상으로 삼고있는 동법 제23조의 규정에 위반하여 허가를 받지 아니하고 초지를 전용한 때라 함은 초지법에 의하여 이미 조성된 초지를 농수산부장관의 허가 없이 목초재배 이외의 용도로 전용한 경우를 의미하는 것이고 초지조성 허가를 받고 허가조건대로 초지조성을 함이 없이 조성대상 토지를 목초재배 이외의 용도로 계속 사용하는 경우까지 포함되는 것이라고 볼 수 없다.

**다. 관련법령**

초지법 제23조, 제30조

**라. 판결이유**

초지법 제23조 제1항 본문에 의하면 「이 법에 의하여 조성된 초지」를 목초재배 이외의 용도로 전용하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 농수산부에 설치된 위원회의 심의를 거쳐 농수산부장관의 허가를 받아야 한다고 규정되어 있으므로 초지법 제30조가 처벌의 대상으로 삼고있는 초지법 제23조의 규정에 위반하여 허가를 받지 아니하고 초지를 전용한 때라 함은 초지법에 의하여 이미 조성된 초지를 농수산부장관의 허가 없이 목초재배 이외의 용도로 전용한 경우를 의미한다고 보아야 하고, 소론과 같이 초지조성허가를 받고 허가조건대로 초지조성을 함이 없이 조성대상토지를 목초재배 이외의 용도로 계속 사용하는 경우까지 초지법 제30조 전단의 규정에 의한 처벌대상에 포함되는 것이라고 볼 수 없다.

원심이 유지한 제1심판결이 확정된 사실 및 공소장기재의 범죄사실에 의하면 피고인은 초지법에 의하여 이미 조성된 초지를 농수산부장관의 허가 없이 전용한 것이 아니라, 초지조성허가를 받은 구역내 일부에 종전부터 성장하고 있던 밤나무 800여그루를 뽑아내어 초지조성을 함이 없이 거기에 접붙이기를 하여 계속 밤나무단지로서 활용하고 있음에 불과하다는 것이니 피고인의 소위가 초지법 제30조에 위반되지 아니한다고 본 원심판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해가 있다 할 수 없다.

**6. 초지조성허가를 취소할 수 있는 시기(서울고등법원 1980.12.2. 79구456)**

**가. 판시사항**

초지조성허가를 취소할 수 있는 시기

**나. 판결요지**

초지법에 의한 초지조성허가는 그 성질상 초지조성을 완료하여 그 완료신고를 하고 허

가청이 이를 인정함과 동시에 그 허가의 효력은 종료되는 것이며, 동법 제11조 제1항 제3호의 이법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때라 함도 그 이전에 발생한 사유만을 말한다.

#### 다. 관련법령

초지법(구) 제11조

#### 라. 당사자 등

【원 고】 김○갑

【피 고】 강원도 고성군수

#### 마. 판결이유

피고가 1979.4.27. 고성군 산업 1162-912호로 강원 고성군 토성면 신평리 산 129 입야 73정 1단 9무보중 일부인 35헥타(이하 이 사건 초지라 한다)에 대한 초지조성허가를 취소한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 소외 김○을은 1970.9.9. 고성군 소유의 공유지인 강원 고성군 토성면 신평리 산 129 입야 50헥타(73정 1단 9무보)중 이 사건 초지인 35헥타에 대하여 강원도지사로부터 강원도 제9호로 초지조성허가를 받아 국비 금 615,577원 상당(현금 382,107원, 양곡 233,450원 상당)을 지원 받고 자기자금 금 292,225원을 투자하여 1969.8.1.부터 초지조성을 개시하여 1970.4.23. 조성 완료하여 1971.12.16. 초지조성 완료신고를 하여 피고 비치의 초지조성자카드에 기성초지로 등재된 사실, 위 소외 김○을은 1969년경부터 이 사건 초지를 조성하여 관리하였으나 정상적인 초지관리가 불가능하여 그 관리를 포기하여, 피고는 1972.2.경 소외 김○병을 관리자로 지정하여 관리케 하였으나 초지보완이 불가능하여 관리 포기함으로써 다시 1972.9.경 원고를 관리자로 지정하여 원고는 피고로부터 1973.1.1.부터 1978.12.31.까지 동 초지를 임대 받아 이 사건 허가취소시까지 이 사건 초지를 관리하여 온 사실, 피고는 1979.4.27. 원고가 피고로부터 고성군 산업 1162-2516호(1976.11.15.자) 등 수차에 걸쳐 초지이용관리시정 및 보완지시를 받고도 초지를 약 4헥타 밖에 보완하지 않고 부실초지로 넘겨 행정명령을 이행치 않았으며, 초지내 토석반출에 대하여 고성군 산업 1162-722(1977.4.13.자) 등 수차에 걸쳐 금지 지시하였고 수시 현장출장 지도 단속에 임하였으나 원고는 초지내 토석반출금지에 관한 단속법규가 없음을 이유로 이를 이행치 않았으며, 원고가 고성군 소유인 본 건 초지내에서 1977년경부터 1978년경까지 무단매각반출한 토석대금 943차분(금 10,778,000원 상당)대금을 피고에게 납부하고 임대기간이 만료된 본 건 초지에 대한 재임대계약을 체결토록 촉구하였으나 1979년경까지 위 대금을 납부하지 않고 대부계약 재체결을 하지 않는다는 등 허가청의 명령지시를 위반하였다는 이유로 초지법 제11조 제1항 3호, 4호에 의거하여 이 사건 초지에 대한 초지조성허가를 취소한 사실을 인정할 수 있고 달리 반증이 없다.

초지법 제9조, 제12조, 제17조의 각 규정에 의하면 초지를 조성하고자 하는 자는 허가청의 허가를 받아야 하며 허가를 받은 토지가 국유지 또는 공유지일 때에는 그 대부를 받아야 하고 허가조건에 따른 초지조성을 완료할 때에는 지체 없어 허가 청에 초지조성완료신고를 하도록 되어 있고 한편 동법 제11조 제1항은 허가청의 초지조성의 허가를 받은 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 허가를 취소할 수 있다고 규정하고 취소사유로서 제3호로 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때를 들고 있는바, 위 초지법에 의한 초지조성허가는 그 성질상 초지조성을 완료하여 그 완료신고를 하고 허가청이 이를 인정함과 동시에 동 허가의 효력은 종료되는 것이며(대법원 1961.12.14. 선고 4294행상149 판결 참조), 따라서 위 초지법 제11조 제1항 제3호의 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때라함도 초지조성허가를 받은 자가 초지조성을 완료하여 조성완료신고를 인정받기 전에 동법이나 명령을 위반한 때라고 해석하여야 할 것이며 일단 초지조성허가를 받은 자가 조성을 완료한 초지는 기성초지로서 초지법 제18조의2의 규정에 의하여 관리청의 사후 관리지시에 의하여 보완, 이용 관리되며, 국가 또는 지방자치단체의 투자에 의하여 조성된 초지에 있어서 소유자나 관리자가 관리청의 사후 관리지시에 따르지 아니한 때에는 초지법 제18조의2 제2,3항, 동법시행령 제16조의2 제5항의 규정에 의하여 소유자 또는 관리자에 갈음하여 이용 관리 할 자를 지정할 수 있을 뿐이라 할 것이며 국공유지를 대부한 경우에는 동법 제14조의 규정에 의하여 허가를 받은 자와 사이의 국공유지의 대부를 취소하고 그 토지의 명도를 구하는 등의 문제는 변론으로 하고, 동법 제11조의 규정에 의하여 초지조성허가를 취소할 수 없다 할 것이다.

따라서 위 인정사실과 같이 허가자인 소외 김○을에 의하여 조성 완료된 기성초지에 대하여 피고에 의하여 새로이 관리자지정을 받은 관리자인 원고를 상대로 조성허가자인 김○을명의의 본 건 초지조성허가를 동법 제11조 제3항을 근거로 취소한 피고의 이 사건 처분은 위법하다 할 것이므로 원고의 위 주장은 이유 있다 할 것이다.

## 7. 초지법 상 보조금에 관한 판례(대구고등법원 1979.4.24. 77구76)

### 가. 판시사항

보조금 회수처분에 대한 전심절차

### 나. 판결요지

보조사업자는 보조금 등의 교부결정, 그 취소 및 반환명령 기타보조금등의 교부에 관한 처분에 대하여는 전심절차로 보조금관리법 제25조 소정의 이익을 하여야 한다.



## 다. 관련법령

보조금관리법 제25조

## 라. 당사자 등

【원 고】 박○갑 외 1인

【피 고】 칠곡군수

## 마. 판결이유

(1) 이 사건 처분의 경위와 내용

원고 박○갑은 1971.7.31. 농림부 장관으로부터 칠곡군 석적면 성곡동 산 8 임야중 50헥타르에 대하여 원고 박○을은 같은 무렵 경상북도지사로부터 칠곡군 가산면 천평동 4내지 7의 각 임야중 15헥타르에 대하여 각각 한우육성을 위한 간이초지의 조성허가를 받고, 그 해 8월경부터 11.30.까지 간에 피고로부터 초지법 및 보조금관리법의 규정에 따라 초지조성을 위한 목초종자, 비료 및 파종관리비 명목의 보조금으로서 원고 박○갑은 도합 금 879,783원, 원고 박○을은 도합 금 264,143원 상당을 각 교부받아 이에 자기자금을 보태어 간이초지를 각 조성한 사실, 그 후 원고들은 위와 같이 조성된 초지를 계속적으로 관리 배양하지 아니하고 목적인 한우사육도 제대로 추진하지 아니함으로써 그 초지가 점차 불실해지자, 피고는 1975.8.경부터 여러 차례에 걸쳐 초지의 보완과 가축입식등을 촉구 지시해 왔으나, 원고들이 이에 응하지 아니한 채 방치함으로써 위 조성토지가 보완할 수 없을 정도로 황폐해졌다는 이유로 1976.12.14. 원고들에 대하여 위 초지조성사업에 관한 보조금 교부결정을 취소하여 1977.1.15.까지 그 보조금의 반환을 명하기로 결정하고, 1976.12.17. 이를 원고들에게 통지한 다음, 이어 불실초지 전반에 대한 정리방안으로 1977.1.15. 경상북도지사에게 대하여 원고들의 초지를 포함하여 초지조성지대로 지정 고시되어 있는 지역 일부에 대한 그 지대지정의 해제신청을 하였던 바, 이에 경상북도지사는 그 달 27일자로 초지조성지대지정을 해제 고시함과 아울러 원고들에 대한 초지조성허가까지 각 취소하고는 이를 원고들에게 통지하도록 지시하고, 그 지시를 받은 피고는 그 해 2.4. 원고들에 대하여 피고자신의 이름으로 그들에 대한 위 초지조성허가를 각 취소하는 통보를 한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 원고 박○을의 초지조성허가취소처분 취소청구의 당부

위 원고는 초지조성허가를 얻어 피고가 제공하는 목초종자등에 금 300,000원의 자기자금까지 투입하여 초지조성을 완료하였으나, 약 3년후부터 점차로 목초가 동사 또는 고사하여 불실하게 된 것인 바, 이는 피고가 제공한 외국목초종자가 기후풍토에 맞지 아니하고, 또 피고가 그에 대한 특수한 관리방법을 연구 교시하지 아니한 까닭일 뿐, 원고로서는 그 관

리를 소홀히 한 바 없음에도 불구하고 원고의 귀책사유를 전제로 한 이 사건 처분은 위법 부당하다고 주장하고, 이에 대하여 피고는, 위 원고는 초지조성허가 당시 피고로부터 초지 조성의 방법, 시비관리에 관한 충분한 지시를 받고도 이에 따르지 아니한 데다가 가축을 투입하지 아니함으로써 관리불실을 초래한 것이고, 그 후 초지관리에 대하여 수차 보완 및 시정지시를 하였음에도 그대로 방치하여 결국 초지조성의 목적을 달할 수 없게 되었으므로, 초지법 제11조에 의하여 그 허가를 취소한 것으로서, 피고의 처분은 적법하다고 주장하므로 살피건대, 앞서든 을 제2 내지 11호증, 같은 19호증의 1 내지 4, 성립에 다툼이 없는 갑 제6호증의 각 기재와 증인 이○일, 이○혁의 각 일부증언에 변론의 전 취지를 보태어 보면, 위 원고는 초지조성허가를 받은 당초에는 보조금교부등 피고의 지원아래 초지조성을 일단 완료하였으나, 초지조성의 목적인 목축에 대하여는 기대와는 달리 정부의 지원을 얻지 못하게 되자, 자금난 등으로 가축(젓소, 한우, 산양등) 입식을 계획대로 추진하지 못함으로써 조성된 초지의 관리를 소홀히 하게 되어 초지가 점차 불실해지고, 이에 피고는 1975.8.경부터 그 보완 및 가축입식등을 거듭 지시 촉구해 왔으나 위 원고가 그에 응하지 아니한 채 방치함으로써 초지가 더욱 황폐해져서 목초지로서의 구실을 할 수 없게 되자, 1976.12.24. 초지조성사업 보조금을 회수하기로 하고, 이어 1977.2.4. 위 원고에 대한 초지조성허가를 취소하기에 이른 사실을 인정할 수 있고, 앞서 배척된 을 제21호증의 3의 기재부분 외에는 위 인정을 달리할 아무런 자료가 없다.

그렇다면, 위 원고는 초지의 소유자 내지 관리자로서 초지의 사후관리를 성실히 할 의무를 규정한 초지법 제18조의 2 제1항에 위반하고, 나아가 피고의 보완지시를 이행하지 아니함으로써 같은 법조 제2항 소정의 감독청지시를 위반하였다 할 것인 바, 이는 같은법 제11조 제1항 제3호 소정의 초지조성허가 취소사유에 해당됨이 명백한 바이니 이를 사유로 한 피고의 이 사건 처분은 적법하고 달리 허가취소사유를 오인하거나 그 재량의 한계를 벗어난 위법이 있다고 볼 자료가 없다.

## 第 4 節 飼料管理法

### I. 飼料管理法의 概要

#### 1. 制定경위 등

사료의 수급안정·품질관리 및 안전성확보에 관한 사항을 규정함으로써 사료의 안정적인 생산과 품질향상을 통하여 축산업의 발전에 이바지하기 위하여, 1963. 8. 14. 법률 제 1393호로 제정되었고, 2001. 3. 28. 법률제6445호로 전문 개정되었고 최근에는 2002. 1. 26. 법률제6227호로 개정되었다.

#### 2. 사료관리법의 주요내용

사료관리법은 제1장 총칙, 제2장 사료의 수급안정, 제3장 사료의 품질관리 등, 제4장 사료검사 등, 제5장 보칙, 제6장 벌칙 등 총 6장, 36조로 되어 있다.

제2장 사료의 수급안정을 보면, 농림부장관은 사료의 수급안정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 사료관련 단체가 사료를 수출·수입 및 공급하는 경우 이에 필요한 지원을 할 수 있고(제5조), 세계무역기구설립을위한마라케쉬협정에 따른 대한민국 양허표상의 시장접근분량에 적용되는 양허세율(讓許稅率)로 보조사료 등을 수입하고자 하는 자는 농림부장관의 추천을 받아야 하고,(제6조) 누구든지 수입한 사료를 배합사료의 원료용 또는 실수요자인 양축가용 그밖에 농림부령이 정하는 용도 외로 판매하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제7조).

제3장 사료의 품질관리 등을 보면, 사료제조업을 영위하고자 하는 자는 농림부령이 정하는 기준에 적합한 제조시설을 갖추어 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 등록하여야 하고(제8조), 제9조에서는 사료안전관리인에 관하여 규정하고, 제조업자 또는 수입업자는 시·도지사에게 제조 또는 수입하고자 하는 사료의 종류·성분 및 성분량 그밖에 농림부장관이 정하는 사항을 등록하여야 하고, 부정한 방법으로 등록을 한 때나 성분 등록한 사료를 정당한 사유 없이 1년 이상 제조 또는 수입하지 아니한 때 등에는 성분등록등을 취소하고 이 경우 제조업자 또는 수입업자는 그 사료성분등록증을 시·도지사에게 반납하여야 한다(제10, 11조).

그리고 제조업자 또는 수입업자는 제조 또는 수입한 사료를 판매하고자 하는 때에는 용

거나 포장에 성분등록을 한 사항 그 밖의 사용상 주의사항 등 농림부령이 정하는 사항을 표시하여야 하고, 제조업자·수입업자 또는 판매업자는 인체 또는 동물 등에 해로운 유해 물질이 허용기준 이상으로 함유되거나 잔류된 것 등에 해당하는 사료를 제조·수입 또는 판매하거나 이를 사료의 원료로 사용하여서는 아니 된다 규정하고(제12, 13조). 제14조에서 사료의 첨가·혼합제한 등을, 제15조에서 우수제조관리 및 위해요소중점관리기준을, 제16조에서 사료공정서의 작성·보급 등을 규정하고 있다.

제4장 사료검사 등을 보면, 수입업자는 농림부장관이 정하여 고시하는 사료를 수입하고자 하는 때에는 농림부장관에게 신고하여야 하고, 제조업자 또는 수입업자는 사료의 품질 관리 및 안전성 확보를 위하여 농림부령이 정하는 시설을 갖추고 그가 제조 또는 수입하는 사료에 대하여 자가품질검사를 하도록 하고, 농림부장관 또는 시·도지사는 사료의 안전성 확보와 품질관리를 위하여 필요하다고 인정하거나 사료의 수요자로부터 검사를 의뢰 받은 때에는 사료검사를 실시할 수 있다고 규정하고 있고(제17조 내지 제19조), 농림부장관 또는 시·도지사는 사료검사 결과 당해 사료가 성분 등록된 사항과의 차이가 농림부령이 정하는 기준 이상으로 초과하거나 부족한 때 등에는 관계 공무원으로 하여금 그 사료를 제조·수입·판매 또는 공급의 금지를 위하여 필요한 조치를 하게 하거나 그 사료의 제조업자·수입업자 또는 판매업자에게 당해 사료의 폐기·회수 또는 사료의 품질 및 안전상의 위해를 제거하기 위하여 용도·처리방법 등을 정하여 필요한 조치를 할 것을 명할 수 있고, 일정한 경우 등록취소를 할 수 있도록 하고 있다(제22, 23조)

## II. 飼料管理法에 관한 判例

### 1. 사료관리법시행규칙(1999. 1. 19. 농림부령 제1306호로 개정된 것)

[별표 1] 에 관한 위헌심판(헌법재판소 1999.11.25. 99헌마163)

#### 가. 판시사항

동물용의약품으로 되어 있는 물질을 새로 사료의 범위에 추가하여 사료제조업자도 이를 제조할 수 있게 함으로써 기존 동물용의약품제조업자의 영업이익이 감소되는 경우 동물용의약품제조업자의 기본권이 침해된 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

사료관리법시행규칙의 개정으로 동물용의약품인 물질이 새로 사료의 범위에 추가되었다 하더라도 동물용의약품제조업자가 동물용의약품으로 이들 물질을 계속 제조하는 데는 아무

런 지장이 없고, 다만 종전에 누리고 있던 사실상의 독점적인 영업이익이 상실될 수는 있으나, 그러한 독점적인 영업이익은 반사적인 이익에 해당하는 것이어서 그 이익이 상실되었다 하여 기본권이 침해되었다고는 할 수 없다.

#### 다. 심판대상조문

사료관리법시행규칙(1999. 1. 19. 농림부령 제1306호로 개정된 것) [별표 1] 중 광물질첨가물란 부분, [별표 2] 중 항산화제·항곰팡이제·효소제·생균제·아미노산제·비타민제란 부분, 제4조의2: 동물용의약품등취급규칙(1999. 1. 19. 농림부령 제1307호로 개정된 것) 제2조 제2항

#### 라. 판결이유

##### (1) 사건의 개요 및 심판의 대상

##### (가) 사건의 개요

- ① 청구인들은 동물용의약품을 제조·수입하여 축산농가에 공급하여 온 자들이다.
- ② 농림부장관은 1999. 1. 19. 농림부령 1306호로 사료관리법시행규칙 별표 1 및 별표 2, 제4조의2를 개정 또는 신설하여 동물용의약품인 사료첨가제로 분류되어 있던 미량광물질을 사료관리법상의 단미사료에, 같은 사료첨가제로 분류되어 있던 항산화제·항곰팡이제·효소제·생균제·아미노산제·비타민제 등을 보조사료에 각각 추가하고, 같은 날 농림부령 1307호로 동물용의약품등취급규칙 제2조 제2항을 신설하여 사료첨가제중 동물용의약품으로 관리할 필요성이 없는 성분의 것 또는 함량미달의 것으로서 사료관리법에 의한 사료로 관리되는 것은 동물용의약품으로 보지 않도록 하였다.
- ③ 이에 청구인들은 위 농림부령들의 개정으로 인하여 사료업체들이 임의로 위 사료첨가제를 제조·판매할 수 있게 됨에 따라 청구인들이 영업상 큰 피해를 입게 되어 청구인들의 기본권이 침해되었다는 등의 이유로 1999. 3. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

##### (나) 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 사료관리법시행규칙(1999. 1. 19. 농림부령 제1306호로 개정된 것. 이하 “시행규칙”이라 한다) 별표 1 중 광물질첨가물란 부분, 별표 2 중 항산화제·항곰팡이제·효소제·생균제·아미노산제·비타민제란 부분, 제4조의2, 동물용의약품등취급규칙(1999. 1. 19. 농림부령 제1307호로 개정된 것. 이하 “취급규칙”이라 한다) 제2조 제2항(이상의 각 조항들을 이하 “이 사건 법령조항”이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지의 여부이며, 이 사건 법령 조항 및 관련 법령조항의 내용은 다음과 같다.

① 이 사건 법령조항

시행규칙 제3조(단미사료의 범위) 법 제2조 제2호의 규정에 의한 단미사료는 별표 1과 같다.

[별표 1] 단미사료의 범위(생략)

시행규칙 제4조의2(광물질첨가물 등의 규격 등) 제3조의 규정에 의한 단미사료중 광물질첨가물과 제4조의 규정에 의한 보조사료중 항산화제·항곰팡이제·효소제·생균제·아미노산제 및 비타민제의 함량·순도 등 성분규격과 안전성 관리를 위한 보존방법·사용기준 등은 법 제11조 제1항의 규정에 의한 사료공정규격에서 정하는 바에 의한다.

취급규칙 제2조(정의 등) ② 제1항 제6호의 규정에 의한 사료첨가제중 동물용의약품으로 관리할 필요성이 없는 성분의 것 또는 함량미달의 것으로서 사료관리법에 의한 사료로 관리되는 것은 이를 동물용의약품으로 보지 아니한다.

② 관련 법령조항

사료관리법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. “사료”라 함은 축산법에 의한 가축 기타 농림부령이 정하는 동물·어류등(이하 “동물”이라 한다)에 영양이 되거나 그 건강유지 또는 성장을 위하여 필요한 것으로서 단미사료(單味飼料)·배합사료 및 보조사료를 말한다.
2. “단미사료”라 함은 식물성·동물성 또는 광물성 물질로서 사료로 직접 사용되거나 배합사료의 원료로 사용되는 것으로 농림부령이 정하는 것을 말한다.
3. (생략)
4. “보조사료”라 함은 사료의 품질저하 방지 또는 사료의 효용을 높이기 위하여 사료에 첨가하는 것으로 농림부령이 정하는 것을 말한다.

취급규칙 제2조(정의 등) ① 이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. “동물용의약품”이라 함은 동물용으로만 사용함을 목적으로 하는 의약품을 말하며, 양봉용·양잠용·수산용 및 애완용(관상어를 포함한다. 이하 같다) 의약품을 포함한다.
- 2.~5. (생략)
6. “사료첨가제”라 함은 비타민제·푸로비타민제·항생물질·항균제·항산화제·항곰팡이제·효소제·생균제·아미노산제 및 미량광물질 등 사료에 첨가하여 질병의 예방, 결핍물의 보충, 사료효율의 증진 및 성장촉진 등을 목적으로 사용하는 동물용의약품을 말한다.

바. 판단

(1) 헌법소원의 요건

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된

기본권을 침해받은 자는……헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 “침해”당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 당해법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 ; 헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195, 201-202 등 참조).

그렇다면 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671).

#### (2) 시행규칙 별표 1 및 별표 2에 대한 심판청구의 적법여부

이 사건 법령조항 중 시행규칙 별표 1 및 별표 2는 1999. 1. 19. 농림부령 제1306호에 의하여 개정된 것으로 이 때의 개정은 그 전까지 약사법 및 취급규칙에 의하여 동물용의약품(사료첨가제)으로만 분류되어 있던 망간·철·구리·요오드·아연·코발트·불소·셀레늄·몰리브덴·크롬의 화합염류, 향산화제·항곰팡이제·효소제·생균제·아미노산제·비타민제(이하 “이 사건 물질들”이라 한다)를 새로 사료관리법에 의한 사료(단미사료 또는 보조사료)의 범위에 추가하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 그러나 위 별표규정의 개정에 의하여 이 사건 물질들이 사료관리법에 의한 사료의 범위에 추가되었다고 하여 이로써 이들 물질이 약사법 및 취급규칙에 의한 동물용의약품에 해당하지 않게 되는 것은 아니다. 이들 물질은 종전과 마찬가지로 동물용의약품의 범위에 포함되며, 단지 새로 사료관리법에 의한 사료에도 해당하게 되었을 뿐이다.

그러므로 종전에는 약사법에 의하여 허가를 받거나 신고를 한 동물용의약품 제조업자·수입자(약사법 제26조, 제34조, 제72조의6 참조)만 이 사건 물질들을 제조하거나 수입하여 판매하여 왔고 사료관리법에 의한 사료 제조업자·수입업자는 이를 제조하거나 수입하여 판매할 수 없었으나, 이제 이 사건 물질들이 사료관리법에 의한 사료의 범위에 포함됨에 따라 동물용의약품제조업자들이 종전과 마찬가지로 동물용의약품으로 이들 물질을 제조하여 판매할 수 있는 것과는 별도로 사료제조업자도 사료로서 이들 물질을 제조하여 판매할 수 있게 되었다.

따라서 청구인들과 같은 동물용의약품제조업자는 이 사건 물질들이 시행규칙 별표 1 및 별표 2에 의하여 새로 사료관리법상의 사료의 범위에 추가되었다 하더라도 종전과 같이 동물용의약품으로 이를 제조·판매하는 데에는 아무런 장애가 없다.

다만 종전에는 동물용의약품제조업자가 독점적으로 이 사건 물질들을 제조·판매하던 것을 이제 사료제조업자와 함께 이를 제조·판매하게 되어 종전에 누리던 독점적인 영업

이익을 상실하게 되었다고 할 수는 있을 것이다. 그러나 종전에 청구인들과 같은 동물용 의약품제조업자만 이 사건 물질들을 제조·판매함으로써 독점적인 영업이익을 누리고 있었다 하더라도 이는 약사법이 국민보건의 향상을 위하여 의약품제조업을 허가제로 하고 이 사건 물질들이 사료의 범위에 포함되어 있지 않았던 데에 기인하는 반사적 이익에 지나지 아니하는 것이므로, 시행규칙 별표 1 및 별표 2로 인하여 그러한 사실상의 독점적인 영업이익이 상실되었다 하더라도 이로써 청구인들의 헌법상 기본권이 침해되는 것이 아니다.

그렇다면 시행규칙 별표 1 및 별표 2로 인하여 청구인들이 제조·판매할 수 있는 동물용 의약품의 범위가 축소되는 등 청구인들의 기본권이 침해된다거나 그 법적 지위에 불리한 영향을 받는다고 할 수 없으므로 이에 대하여 기본권침해를 주장하며 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다.

#### (3) 시행규칙 제4조의2에 대한 심판청구의 적법여부

이 사건 법률조항 중 시행규칙 제4조의2는 이 사건 물질들을 포함한 단미사료와 보조사료의 일부에 대하여 그 성분규격과 보존방법·사용기준 등을 사료공정규격에 따르도록 하고 있으나, 이는 사료관리법에 의한 사료에 관하여 규정한 것이므로 동물용의약품제조업자인 청구인들과는 직접적인 관련이 없는 규정이라 할 것이고 따라서 이로 인하여 청구인들의 법적 지위가 영향을 받을 여지는 없다.

그렇다면 시행규칙 제4조의2에 대한 심판청구 역시 부적법한 헌법소원이라 할 것이다.

#### (4) 취급규칙 제2조 제2항에 대한 심판청구의 적법여부

이 사건 법령조항 중 취급규칙 제2조 제2항은 “사료첨가제중 동물용의약품으로 관리할 필요성이 없는 성분의 것 또는 함량미달의 것으로서 사료관리법에 의한 사료로 관리되는 것은 이를 동물용의약품으로 보지 아니한다”고 규정하고 있는바, 여기서 “사료첨가제중 동물용의약품으로 관리할 필요성이 없는 것 또는 함량미달의 것”이라 함은 외견상 동물용의약품의 한 종류인 사료첨가제의 범위에 속하는 것으로 보일지라도 그 용도나 구성 성분의 함량으로 보아 실질적으로는 동물용의약품에 속하지 아니하는 것을 의미한다 할 것이므로 결국 동 조항은 그 실질이 동물용의약품에 속하지 아니하는 것에 대해서는 약사법을 적용하지 아니한다는 취지를 주의적으로 규정한 데에 지나지 아니한다고 할 것이고, 이로 인하여 동물용의약품제조업자인 청구인들의 법적 지위가 영향을 받을 여지가 없다 할 것이므로 이에 대한 심판청구 또한 부적법한 헌법소원이라 할 것이다.



## 2. 사료회사의 위법행위에 관한 판례(서울고등법원 1985.1.23. 84노1992)

### 가. 판시사항

- [1] 세관에 반입보고를 마친 물품의 무단반출행위와 관세포탈의 범의
- [2] 특정범죄가중처벌등에관한법률 제6조 제3항에 의하여 병되는 벌금형에 대한 작량감경가부(소극)

### 나. 판결요지

- [1] 세관에 반입보고를 마쳤다고 하더라도 보세장치장인 싸이로에 입고치 아니한 채 수입신고나 면허도 없이 무단 반출해 간 경우, 관세포탈의 범의는 부인될 수 없다.
- [2] 특정범죄가중처벌등에관한법률 제6조 제3항에 의하여 병과되는 벌금형은 관세법 제194조가 적용되므로 작량감경할 수 없다.

### 다. 판결이유

(1) 먼저 원심판결중 유죄부분에 대한 피고인들의 사실오인, 법리 오해의 각 주장에 관하여 본다.

(가) 원심이 적법하게 조사, 채택한 증거물과 당심에서의 현장검증조서의 기재를 종합해보면, 원심판시 대두는 피고인 사료회사에서 수입하면서 선박으로부터 동 회사에 인천공장 보세장치장인 싸이로로보세운송도중 위 싸이로에 넣지 않고 약 70미터 떨어진 박창고 앞에 쌓아 놓았다가 수입면허도 받기 전에 피고인 식품회사 부평공장으로 반출되었을 뿐만 아니라, 피고인들 주장의 관세납부도 반출후 사후통관에 의한 것임이 명백하다.

이 사건 대두가 피고인 사료회사가 보유하고 있는 동질, 동종 대두의 통관잔량 한도내의 것이라고 하더라도 싸이로에 입고조차 아니한 위 대두를 이미 통관 받은 것으로 간주해야 할 아무런 근거도 없으며, 세관에 반입보고를 마쳤다고 하더라도 보세장치장인 싸이로에 입고치 아니한 채 수입신고나 면허도 없이 식품회사 부평공장으로 무단반출해간 이상 관세포탈의 범의는 부인될 수 없다고 할 것이므로(대법원 1970.10.23. 선고 70도1793 판결; 1972.2.22. 선고 71도2099판결; 1980.11.11. 선고 79도182; 1984.6.26. 선고 84도782 판결 참조), 피고인들의 범의에 관한 사실오인 및 관세포탈죄에 관한 법리오해의 주장은 이유 없다.

위에서 든 증거들에 의하면, 피고인 식품회사의 직원인 피고인 김○무, 같은 김○정도 피고인 김○갑, 같은 김○기의 이 사건 관세포탈범행에 공모, 가담했음을 충분히 인정할 수 있으므로, 이 점에 관한 위 피고인 김○무, 같은 김○정, 같은 식품회사의 사실오인의 주장은 받아들일 수 없다.

(나) 원심이 적법히 조사, 채택한 증거들을 종합해보면, 1982.1.8.부터 1983.12.6.까지 사

이에 13회에 걸쳐 선박이 입항하여 피고인 식품회사 부평공장에 대두를 반출함에 있어, 피고인들은 피고인 회사들 사이의 사전 합의된 내용에 따라 피고인 식품회사 부평공장에서 요구하면 그에 응하여 수입대두중 일부씩을 매달 1회 내지 9회 정도씩 계속하여 반출한 것임이 명백하고, 범의의 중단이 인정될 정도로 특별히 “도입선박별로 요구”하여 반출한 것이라고 볼 사정은 없으므로, 이 사건 관세포탈 행위는 동일한 사정 하에 동일한 장소에서 피고인들의 계속적 업무에 관련되어 단일 범의 하에 이루어진 것으로서 포괄하여 1죄를 구성한다고 할 것이고, 이 점에서 피고인들의 죄수에 관한 법리오해의 주장도 이유 없다.

- (다) 이 사건 대두는 당초부터 당국으로부터 공업용 대두의 수입추천을 얻지 못해 공업용 대두를 수입할 수 없는 피고인 식품회사의 부평공장 장유원료로 사용하기 위하여 피고인 회사들의 직원들이 상호 공모한 끝에 피고인 사료회사의 사료용 대두로 쓸 것처럼 가장하여 증거들에 의하여 명백하여, 이 사건 포탈관세액은 대두의 기본관세율인 20퍼센트를 기준하여 산출하여야 할 것이므로 이 점에서 피고인들의 포탈세액산출에 관한 법리오해의 주장도 이유 없다.

(2) 다음, 원심판결중 무죄부분에 대한 검사의 사실오인의 주장에 관하여 본다.

- (가) 이 사건 공소사실중 원심이 무죄를 선고한 피고인 김○갑, 같은 김○기, 같은 김○무의 각 차액관세포탈에 의한 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반의 점 및 피고인 김○정, 같은 사료회사, 같은 식품회사의 각 차액관세포탈에 의한 각 관세법위반의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피고인 김○갑, 같은 김○기, 같은 김○무, 같은 김○정은 같은 식품회사 부평장유공장에서 장유용 대두에 대한 수입추천을 받지 못하여 원료인 대두박을 구입하기 어렵자 같은 계열회사인 피고인 사료회사에서 제조한 사료용 대두박을 위 장유공장에 공급하기로 합의하여,
- (나) 피고인 김○갑, 같은 김○기는 같은 식품회사 부평공장직원 및 같은 김○무, 같은 김○정과 공모하고, 1981.1.8. 시간불상경 위 인천공장에서 마치 수입대두 전량을 사료제조용으로 사용할 것처럼 가장하여 당국으로부터 수입추천 및 승인을 받아 미국에서 수입한 대두중 33,978킬로그램은, 이와 같은 수입추천이나 승인을 받을 수 없을 뿐 아니라 할당관세 적용 추천을 받을 수 없는 동 부평공장 장유원료인 공업용으로 사용할 것임에도, 마치 사료제조용으로 사용할 것처럼 가장하여 당국으로부터 할당관세 적용추천을 받고, 동 추천서를 인천세관에 수입신고서와 함께 제출, 수입 신고하여 마치 할당관세 적용대상인양 세관원을 기망 사위의 방법으로 할당관세 적용대상으로 수입면허받아 할당관세를 10%에 해당하는 관세 871,378원을 납부하고 위 장유원료로 사용하여서 기본관세율 20%의 관세 1,742,756원에 대한 차액관세 871,378원을 사위의 방법으로 포탈한 것을 비롯하여 1983.7.14.까지 사이에 별지 기재 내용과 같이 275회에 걸쳐 대두 도합 2,886,927킬로그램을 같은 방

법으로 수입면허받아 장유원료로 사용함으로써 그에 대한 기본관세가 121,628,717 원 임에도 할당관세 68,936,424원을 납부하여 그 차액관세 52,692,293원을 사위의 방법으로 포탈하였다는 등인데, 피고인들은 사료용으로 제조된 대두박을 식품용으로 일부 전용한 것은 사실이나, 그 원료인 대두를 수입 통관할 당시부터 그 일부에 대하여 차액관세를 포탈한다는 인식하에 통과한 것은 아니라고 그 범의를 부인하고 있다.

(다) 그러므로 과연 피고인 김○갑, 같은 김○기, 같은 김○무, 같은 김○정이 사위의 방법으로 위와 같이 차액관세를 포탈한 것인지에 관하여 살펴보기로 한다.

국내에서 생산 공급되고 있는 대두의 양은 우리나라 전체의 수요에 비해 현저히 적으므로 정부는 매년 대두의 수급조절을 위하여 정책적으로 부족되는 총수용량을 매 분기별로 분석 검토하여 기본관세율보다 낮은 할당관세를 적용 도입하도록 하여 국내수요에 대한 공급을 조절하고 있다.

그 실제운영과정을 보면, 국내공급부족량을 매년 상, 하반기에 할당관세 적용한 계량으로 정하여 대통령령으로 공고하게 되면, 그중 사료용 대두박 제조용 대두에 대하여는 주관부처인 농수산부에서 국내 대두박제조3사(제일제당, 동방유량 및 피고인 사료회사)에게 그 시설능력과 전년도 실적을 대비하여 대두의 수입추천량을 배정하여 그 양에 대하여는 할당관세를 적용 수입하게 하는 일방사료용 대두박을 책임 생산하도록 되어 있어, 피고인 사료회사에서 대두의 수입추천신청을 하는 것은 형식적인 것이고, 피고인들이 그 할당량을 가감하거나 생산량을 조작할 수 없다. 한편, 사법경찰관사무취급작성의 피고인 식품회사 부평장유공장 관리와 구매담당 직원 김○래에 대한 진술조서와 위 김○래 작성의 대두박 및 대두 입고내역서 기재 등에 의하면, 위 피고인 사료회사에서 제조한 대두박중 피고인 식품회사 부평장유공장에 반출한 양은 전체생산량의 1퍼센트 정도에 지나지 않는 미미한 양이고, 월별 반출회수와 양도 일정치 아니하며, 게다가 1983.7. 이후에는 전혀 판매한 일도 없어, 피고인 사료회사는 식품회사 부평공장의 구입요청에 따라 대두박을 반출하였던 사실이 인정되므로 위 장유공장에서 반출할 대두를 예상하여 대두수입추천 신청시에 위 장유공장에 반출할 양을 은폐한 채 마치 피고인 사료회사에서 수입 전량을 사료제조용으로 사용할 것처럼 가장하는 등 처음부터 판매를 예상하여 수입과정에서 사위의 방법을 사용하였다고 보기 어렵다.

피고인 사료회사에서는 본 건 대두를 사료용 대두박, 제조용으로 수입 추천 받아 수입한 후 동 추천서내용대로 사료용 대두박을 제조한 것으로 본 건에 있어서 공소사실에 적시된 일자는 대두박의 반출일자이며, 그 대두박원료인 대두의 수입일자가 아님은 압수된 각 장부의 기재와 원심증인 송○현의 증언에 의하여 명백한바, 대두의 수입일자와 대두박의 반출일자는 전혀 연관성이 없는 것이므로 공소장 기재 일시에 공소기재의 대두량이 관세 포탈되었다고는 볼 수 없다 할 것이다.

(라) 그렇다면, 피고인 김○갑, 같은 김○기, 같은 김○무, 같은 김○정의 차액관세포탈 범죄 및 같은 피고인들의 위 범행을 전제로 한 같은 사료회사, 같은 식품회사의 같은 죄는 결국 범죄의 증명이 없는 경우에 해당된다고 할 것인바, 이와 같은 취지에서 이 부분 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 항소는 이유 없다.

### 3. 군조절용 사료의 부당 배정행위와 배임죄(대법원 1982.9.14. 81도2024)

#### 가. 판시사항

군조절용 사료의 부당 배정행위로 인하여 배임죄에 있어서의 재산상 손해가 발생한 것으로 볼 수 있는지 여부(적극)

#### 나. 판결요지

피고인들이 관할군 내의 양축농가에 대하여 그 양축수에 따른 군조절용 사료의 적절한 배급을 위하여 양축수를 조사보고 하고 사료를 배급하는 업무를 담당하고 있으면서 그 임무에 위배하여 정당한 배정대상 양축농가가 아닌 자에게 배정되도록 지시한 사실이 인정된다면 그 같은 조절용 사료의 방출로 인하여 군에 배정된 조절용 사료를 부당하게 감소시킨 결과가 된다 할 것이므로 그 대금의 납입여부에 관계없이 재산적 손해를 입힌 것이라고 보아야 할 것이다.

#### 다. 판결이유

업무상 배임죄의 기수가 되려면 업무상 임무에 위배하고 본인에게 손해를 가하게 된다는 인식과 임무위배 행위를 하므로써 본인에게 재산상의 손해가 발생되어야 함은 소론과 같다.

원심판결 설시이유에 의하면, 이 사건 당시에 시행 중이던 사료관리법 및 동법시행령과 동 시행규칙(1979.5. 농수산부사료 1162.55--1007) 충청북도의 사료(정부관리 양곡부산물) 취급지침(1978.7.) 등의 각 규정에 의하면 정부는 축산업의 발전을 위하여 조절용 사료를 지정하고 이 지정된 사료에 관하여 그 매도방법 및 매도가격을 지정하는 외에 그 수급조절에 관한 여러 사항을 통제관리하고 그 사료취급의 공정과 유통질서를 확립하여 사료수급의 원활을 기하고 있고, 한편 기록에 의하면 본 건 사료는 사료관리법 제 6 조 제 4 호의 정부양곡관리 부산물인 사료로서 군 조절용 사료이었고, 군수는 그 사료배정에 관하여 도에 분기별로 사료취급 상황보고 및 사료배정대상 가축두수 조사보고를 하고 그 실태조사에 의거하여 배정대상, 배정량, 판매방법 등을 정하여 취급조합에 지시통보하고, (취급조합으로부터 전배요청을 받은 경우도 같다) 취급조합은 그 지시에 따라 양축가에 공급하게 되어 있

어 위와 같은 조사보고에 따라 양축농가에 배정될 사료였고, 피고인들의 본 건 업무처리의 근거는 위 사료배급을 지시 배급케 하는 군수를 보좌하는 지방공무원인 점이고, 그 업무는 그 관할구역인 청원군 관내의 양축농가에 대하여 그 양축수에 따른 사료의 적정한 배급을 위하여 그 양축수를 조사보고하고 사료를 배급하는 것이었으므로 양축농가의 양축수에 따라 배정될 군 조절용 사료가 피고인들의 임무에 위배된 배급행위에 의하여 양축수에 불구하고 배정된 것이라면, 그 대금전액이 납입된 여부에 불구하고, 위와 같은 조절용 사료의 부당한 방출로서 그로 인하여 청원군에게 재산적 손해를 입힌 것이라고 보아야 한다고 판시하고 있는 바, 판시와 같이 위와 같은 조절용 사료를 부당하게 방출하게 하였다면 그로 인하여 군에 배정된 조절용사료를 부당하게 감소시킨 결과가 된다 한 것이므로 그 대금의 납입여부에 관계없이 재산적 손해를 입힌 것이라고 보아야 할 것이며, 위 취급지침에 의하면 군은 양축농가가 배정된 사료를 인수하지 아니하므로 전배를 하는 경우에도 취급조합장에게 동 규칙에 의한 배정대상, 배정량 등을 정하여 통보하도록 되어 있다 할 것이고(위 지침 제 5 의 다 2항, 5의 나7항참조) 제 1 심 거시증거에 의하면 피고인들은 취급조합에 이견 사료의 전배를 지시함에 있어 전배대상자 명단을 첨부하지 아니하고, 정당한 배정대상 양축농가가 아닌 판시 수배자들에게 배정하도록 전화 등으로 취급조합에 배정을 지시한 사실을 인정할 수 있으니 피고인들은 이 사건 관급사료의 배정에 관한 임무에 위배하였음이 명백하다 할 것이므로 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같은 배임죄의 법리 또는 사료관리법 등에 기한 피고인들의 취급업무에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없고, 원심판결 이유를 기록과 대조하여 검토하여 보아도 원심의 사실인정 또한 정당하다고 시인되고 채증법칙위배 내지는 심리미진에 인한 사실오인의 위법이 있다거나 이유모순의 위법이 있다 할 수 없으므로 논지는 모두 이유 없다.

#### 4. 사료가 부당 방출과 배임죄(대법원 1978.8.22. 78도958)

##### 가. 판시사항

정부가 관리하는 조절용 사료의 배정을 위한 양돈농가 실태의 조사를 담당하는 읍직원의 허위보고로 인하여 사료가 부당 방출된 경우 배임죄의 성부

##### 나. 판결요지

정부가 관리하는 조절용 사료의 적정한 배급을 위하여 그 관할구역내의 양돈 수를 조사 보고 하는 임무를 맡은 읍직원이 허위보고를 함으로써 조절용 사료가 부당하게 배정 방출 되었다면 그로 인하여 나라에게 조절용 사료의 부당한 감소라는 재산적 손해를 입힌 것이므로 배임죄가 성립된다.

#### 다. 판결이유

피고인은 보성군 보성읍 산업계직원으로서 근무하면서 관내 양돈농가실태조사등의 사무를 담당하고 있는 자인 바 1977.2 초순경 사료배정을 위하여 보성읍 관내 양돈농가실태를 조사 보고하라는 상사의 명에 의거하여 그 조사 보고업무를 수행하게 되었는데 그를 정확하게 조사 보고하여야 할 직무를 가진 자가 그 임무에 위배하여 동월 10경 보성군 보성읍 보성리 소재 피고인 김○을에서 공소의 김○병은 실제상으로 돼지 15두를 사육하고 있었음에도 41두를, 동 손○순은 돼지 14두를 사육하고 있었음에도 30두를 각 사육하고 있는 것처럼 하는 한편 현장을 답사하지 않은 지역에 거주하는 양돈가에 대하여는 1976년도 솟치를 기준으로 적당히 증감한 허위내용의 77년 4/4분기 양돈농가실태조사보고서를 작성 이를 1977.2.21경 사료배정권을 가진 보성군청에 보고함으로써 이를 진실한 것으로 오신한 동 군청 담당계원으로 하여금 다시 보성군 축산협동조합에 지시하여 피고인이 보고한 내용대로 1977.3.26부터 동년 3.30경까지 사이에 공소의 김○병 등에게 실제 지급해야할 사료 47가마보다 70가마(이득금 77,350원 상당)가 더 많은 117가마를 배급케 하여 위 금원 상당의 이득을 취하게 하고 다른 양돈가인 공소의 정상복 외93명에게 위 이득액상당의 손해를 가한 것이라는 본 건 배임에 관한 공소사실에 대하여 원심은 피고인은 보성군 소속 지방공무원으로서의 임무로서 관내양돈농가의 실태를 조사하여 보고하는 직무를 수행중 허위의 조사보고서를 작성 제출하였을 뿐 관내 양돈농가로부터 동 임무를 위임받았거나 또는 축산협동조합의 사무를 위임받았다고 볼만한 아무런 자료가 없으므로 피고인의 본건행위로 인하여 일부주민들이 관급사료의 배정을 더 많이 받고 다른 농가에게 관급사료의 배정량이 적게 돌아가는 결과가 초래되어 동인들에게 손해를 끼쳤다고 하더라도 피고인에게 배임죄가 성립된다고는 볼 수 없다고 설시하고 있다.

그러나 사료관리법 및 동법시행령과 동시행규칙(1977.2.4자 농수산부 사료1162.55-194호), 도지사의 사료취급지침을 보면 정부는 축산업의 발전을 위하여 조절용 사료를 지정하고 이 지정된 사료에 관하여 그 매도방법 및 매도가격을 지정하는 외에 그 수급조절에 관한 여러 사항을 통제 관리하고 그 사료취급의 공정과 유통질서를 확립하여 사료수급의 원활을 기하고 있음을 알 수 있고 한편 기록에 의하면 본 건 사료는 사료관리법 제6조 제4호 규정의 정부양곡관리부산물인 사료로서 군 조절용 사료였고 군수는 그 사료배정에 관하여 분기별로 읍.면.동장에게 양돈농가실태조사를 시켜 그 실태조사보고를 받아 양축규모와 배정기준을 정하여 취급조합에 지시 통보하고 취급조합은 그 지시에 따라 양축가에 공급하게 되어있어 위 조사 보고한 것에 따라 양돈농가에 배정될 사료였으므로 피고인의 본 건 업무처리근거는 위 사료배급을 지시 배급케 하는 군수를 보좌하는 지방공무원인 점이고, 그 업무는 그 관할구역인 위 보성읍관내의 양돈농가에 대하여 그 양돈 수에 따른 사료의 적정량 배급을 위하여 그 양돈 수를 조사 보고하는 업무였음을 알 수 있고 위와 같은 사실을 종합하면 양돈농가의 양돈 수에 따라 배정될 군 조절용 사료가 피고인의 임무에 위배된 그 허위보고 에 의하여 양돈농가 이외의 자에게 배정되었다던가 양돈 수에 불구하고 배정된 것

이라면 그 대금전액이 납입된 여부에 불구하고 위와 같은 조절용 사료의 부당한 방출로서 그로 인하여 나라에게 조절용 사료의 부당한 감소라는 재산적 손해를 입힌 것이라 보지 아니할 수 없을 것이다(대법원 1975.11.25 선고 73도1881 판결참조).

그렇다면 원판결은 배임죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미쳤다 할 것이므로 상고 논지는 이유 있어 이점에 대한 원판결은 파기를 면치 못할 것이다.

## 第5節 家畜傳染病豫防法

### I. 家畜傳染病豫防法の概要

#### 1. 制定経위 등

가축전염병예방법은 가축의 전염성질병이 발생하거나 퍼지는 것을 막음으로써 축산업의 발전과 공중위생의 향상에 기여함을 목적으로 하여 1961.12.30 법률 제907호로 제정되었고, 1982. 4. 1. 법률제3548호로 전문 개정된 후, 8차에 걸쳐 개정되었다.

#### 2. 가축전염병예방법의 주요내용

가축전염병예방법은 제1장 총칙, 제2장 가축의 방역, 제3장 수출입의 검역, 제4장 보칙, 제5장 벌칙 등 총 5장, 44조로 되어 있다.

제1장 총칙을 보면, 본 법의 적용을 받는 가축, 가축전염병 등에 대해 규정하고 있고, 제3조에서 가축방역관등에 대해, 제3조의 2에서 가축방역시책에 대해 규정하고 있다.

제2장 가축의 방역을 보면, 죽거나 병든 가축의 신고(제4조), 역학조사 등(제4조의 3)에 가축전염병이 발생하거나 퍼지는 것을 막기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 가축의 소유자 등에게 가축에 대하여 검사·주사·약물목욕 또는 투약 등을 명령할 수 있고, 격리와 가축사유기설의 폐쇄명령 등, 살처분명령, 도태의 권고, 사체의 소각등, 축사 등의 소독 등의 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.

제3장 수출입의 검역을 보면, 지정검역물을 검역하고, 농림부장관이 지정·고시하는 수입금지지역에서 생산 또는 발송되었거나 그 지역을 경유한 지정검역물 등의 수입을 금지하고, 수입을 위한 검역증명서의 첨부, 동물수입에 대한 사전신고등 수출입물의 검역을 규정하고 있다.



## II. 家畜傳染病豫防法에 관한 判例

### 1. 가축전염병예방법시행규칙 제15조에 관한 판례 (부산지방법원 1988.9.23. 87노2760)

#### 가. 판시사항

- [1] 가축전염병예방법시행규칙 제15조 제10호가 동법 제21조 제1호의 위임범위를 넘어선 위법한 규정인지 여부(소극)
- [2] 우지가 동법시행규칙 제15조 제10호 소정의 “동물의 지방”에 해당하는지 여부(적극)

#### 나. 판결요지

- [1] 가축전염병예방법 제21조 제1호(가)목에 “동물과 그 사체, 뼈, 살, 알, 가죽, 털”이라고 되어있는 것은 위 법조의 입법취지나 목적에 비추어 볼 때 그것을 한정적, 열거적이라기보다는 예시적 규정으로 보아 동물과 사체 및 그 생체부분이라는 뜻으로 풀이함이 상당하고, 따라서 위에 열거되지 아니한 생체일부 즉 내장, 지방, 뼈 등도 이에 당연히 포함된다고 보아야 할 것이어서, 동법시행규칙 제15조 제10호에서 위 (가)목에 열거되지 안한 생체부분을 지정검역물로 규정하고 있는 것은 모법의 위임범위를 넘어선 위법한 규정이라 할 수 없다.
- [2] 우지는 소의 신장, 내장 등에서 원료지방편을 채취한 다음 소량의 물과 함께 서서히 가열하여 지방을 용해, 분리하고, 이에서 다시 불순물을 제거하여 정제한 것으로서, 그 제조공정에 가열하는 과정이 있기는 하지만 이는 원료지방편에서 지방을 유출하는 과정에 불과하고 여기에 다른 원료가 첨가되는 것도 아니며 원래의 지방의 성질에 어떤 변화를 가져오는 것도 아니기 때문에, 우지는 바로 동법 제21조 제1호 (가)목 및 동법시행규칙 제15조 제10호의 “동물의 지방”에 해당하고 지방의 가공품이라고는 볼 수 없다.

#### 다. 관련법령

가축전염병예방법 제21조, 동법시행규칙 제15조

#### 라. 판결이유

(1) 피고인들의 변호인의 항소이유의 요지는 첫째로, 이 사건에서 문제가 된 우지(우지)는 가축전염병예방법 제21조, 동 시행규칙 제15조 제1항에서 규정하고 있는 지정검역물의 어디에도 해당하지 아니하고, 가사 이를 동 시행규칙 제15조 제1항 제8호의 “원유”에 해당된다고 하더라도, 위 시행규칙은 모법인 동법 제21조에서 열거한 지정검역물의 범위를 넘

어서 그 대상물을 규정하고 있는 것으로서, 이는 모법에 위반되어 무효라 할 것이며, 뿐만 아니라 이건 우지는 원산지인 호주에서 밀폐된 콘테이너에 담겨 싱가포르국으로 운송되어 와 그 곳 유통지역 보세구역내 터미날에 있는 동물지 및 식물유 전용탱크에 저장되었다가 국내로 수입되었고, 또 싱가포르에서 양하 또는 저장되기 전 독립된 검정회사에 의하여 검정 되었으며 선적 및 하역도 완전히 밀폐된 상태에서 탱크에 부속된 파이프라인을 통해 이루어져서 어떤 공해나 전염병원균으로부터도 안전하게 보호된 것이므로, 위 법 제21조 단서 및 위 법시행규칙 제15조 제3항 제2호의 규정에 의하여 처벌대상에서 제외되는 것인데도 피고인들을 유죄로 인정한 원심판결은 가축전염병예방법에 관한 법리를 오해하여 법령적용을 그르쳤거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 것이고, 둘째로, 그렇지 않다 하더라도 이건 범행의 경위와 위와 같이 이건 우지를 수입하는 과정에서 가축전염성 질병의 병원체 침입을 막을 수 있는 가능한 모든 조치가 취해진 점, 피고인들이 초범으로 수출업무에 종사하고 있는 점 등에 비추어 피고인들에 대한 원심의 각 선고형은 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

(2) 그러므로 먼저 법리오해 내지 사실오인의 주장부터 살펴건대, 가축전염병예방법 제21조 제1호는, 수입할 수 없는 지정검역물로서, 가목의 “동물과 그 사체, 뼈, 살, 알, 가죽, 털 및 그 용기 또는 포장” 및 나목의 “기타 가축전염성 질병의 병원체를 퍼뜨릴 우려가 있는 사료, 기구 기타 이에 준하는 물건”에 해당하는 것 중에서 농수산부장관이 지정하는 물건을 들고 있고, 농수산부령(1985.6.11.령 제935호)인 가축전염병예방법시행규칙 제15조는 제1호에서 제11호까지 지정검역물을 자세히 열거하고 있는 바, 우선 지정검역물로서, 동법 제21조 제1호 가목의 “동물과 그 사체, 뼈, 살, 알, 가죽, 털”이라고 되어 있는 것은, 위 법조의 입법취지나 목적에 비추어 볼 때 그것을 한정적, 열거적인 것이라기 보다는, 예시적인 규정으로 보아, 동물과 사체 및 그 생체부분이라는 뜻으로 풀이함이 상당하고, 따라서 위에 열거되지 아니한 생체 일부 즉 내장, 지방, 뿔 등도 이에 당연히 포함된다고 보아야 할 것이어서, 동법시행규칙 제15조 제10호에서 위 가목에 열거되지 아니한 생체부분을 지정검역물로 규정하고 있는 것이 모법의 위입범위를 넘어선 위법한 규정이라 할 수는 없으며, 다음 이 시간에 있어서 보건대 이건 우지는 소의 신장, 내장 등에서 원료 지방편을 채취한 다음, 소량의 물과 함께 서서히 가열하여 지방을 용해, 분리하고, 이에서 다시 불순물을 제거하여 정제한 것으로서, 그 제조공정에 가열하는 과정이 있기는 하지만 이는 원료 지방편에서 지방을 추출하는 과정에 불과하고 여기에 다른 원료가 첨가되는 것도 아니고 원래의 지방의 성질에 어떤 변화를 가져오는 것도 아니기 때문에, 우지는 바로 동물의 지방에 해당하고, 이를 지방의 가공품이라고는 볼 수 없으므로, 이는 바로 동법 제21조 제1호 가목 및 동 시행규칙 제15조 제10호 “동물의 지방”에 해당한다고 할 것이다.

피고인들의 변호인은 위 우지가 동 시행규칙 제8호의 “원유”에 포함되는 것을 전제로 하여 주장을 펴고 있으나 위 제8호의 “원유”는 동물의 젖인 원유를 의미하는 것임이 “원유 및 생치즈”를 동일한 항으로 규정하고 있는 것으로 보아 분명하므로 이건 우지를 “원유”에

포함 시킬 수는 없는 것이다.

그리고 이건 우지가 위와 같이 동법 제21조 제1호 가목 및 동 시행규칙 제10호 소정의 지정검역물에 해당하는 이상, 그것이 멸균 처리된 것인가 여부는 수입금지에 하등 영향을 주는 것이 아님이 같은 법 제21조의 규정상 분명하다.

가사 같은 법 제21조 제1호 가목의 규정을 제한적 열거적인 것으로 보아, 이에 열거되지 아니한 동물의 지방 등은 이에 포함되지 않는다고 하더라도, 이건 우지는 가목에 열거된 것에 준할 뿐더러 가축전염성 질병의 병원체를 전파할 우려가 있는 것으로서(피고인들 변호인은 이건 우지는 산지의 제조과정 가운데서 완전 멸균되었다 하나, 당원의 사실조회결과에 의하면 우지의 제조공정과정에서 반드시 완전 멸균되는 것이 아님을 알 수 있고, 그렇지 않다 하더라도 이건 우지는 뒤에서 보는 바와 같이 산지 이외의 저장탱크에서 2개월 가량 보관되어 있었으므로 병원체의 전파 우려는 있다 할 것이다) 위 나목 및 동 시행규칙 제15조 제10호에는 해당한다고 할 것이다.

또한 일건 기록에 의하면, 이건 우지가 호주원산으로서 그곳에서 1986.11.18.경 선적된 후 도모에 1호편의 밀폐된 콘테이너에 담겨 싱가포르에 운송되어와 유나이티드 베지터블 오일 터미날회사의 싱가포르 지역 보세구역내 제9에 위치한 터미날(B1, B2, B3)에 저장되었다가 같은 해 12.17.경 스톨트 선라이즈호에 선적되어 같은 달 31. 부산항에 입항한 사실 및 이건 우지가 싱가포르에서 선적될 당시 독립된 검정회사의 검정을 거쳐 동물지 및 식물유의 전용탱크터미날에 저장되었고, 또 선적 및 하역도 밀폐된 상태에서 탱크터미날에 부착된 파이프라인을 통하여 이루어진 사실은 인정되나, 과연 위와 같은 경로를 거친 이건 우지가 위 법 제21조 제1호 단서에서 규정하는 수입금지 제외의 지정검역물에 해당하는가에 관하여 보건대, 위 단서는 수입금지지역을 경유한 지정검역물중 농수산부령이 정하는 경우는 수입금지의 제한에서 제외된다고 규정하고, 동 시행규칙 제15조 제3항은 위 단서의 경우로서, 수입금지지역에서 가축전염병의 병원체에 오염되지 아니한 것으로서 1. 지정검역물을 신고한 항공기 또는 선박이 급유등으로 단순히 기항한 경우 2. 지정검역물을 수송중 가축전염병의 병원체에 오염될 우려가 없도록 밀폐된 콘테이너 또는 전용구역에 두어 원상 그대로 운송된 경우를 들고 있는 바, 이 사건의 경우 앞서 인정한 사실에 의하면, 그것이 동 시행규칙 제15조 제3항 제1호의 지정검역물을 신고 온 항공기 또는 선박이 급유등으로 단순히 기항한 경우에 해당하지 아니함은 분명하고, 나아가 동 제2호에 해당하는가의 점에 있어서도, 이는 지정검역물을 밀폐된 콘테이너 또는 전용구역(여기서 전용구역이라 함은 항공기 또는 선박내의 검역물을 전용으로 적재할 수 있는 곳의 뜻으로 풀이된다)에 두어 원상 그대로 운송된 경우를 말하고, 이 사건에서와 같이 우지를 수입이 금지되지 아니한 지역에서 그곳 선박으로 선적, 수송하여 오던 중, 수입금지지역에 이르러 육상에 적하하여 적하지의 저장탱크로 옮겨 2개월 가량 보관하다가 다시 그 지역의 다른 선박으로 이를 옮겨신고 수송한 경우는 포함되지 아니한다고 해석되므로, 결국 피고인들 변호인의 위 법리오해 내지 사실오인의 주장은 모두 이유 없다.

# 第 9 章 山林法

## I. 山林法の 概要

### 1. 制定経緯 等

산림법은 산림자원의 증식과 임업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로, 1961. 12. 27. 법률 제881호로 제정되었다가, 1980. 1. 4. 법률 제3232호로 전문 개정된 후(임산물단속에 관한법률과 산림개발법 폐지), 25차에 걸쳐 개정되었다.

### 2. 산림법의 주요내용

산림법은 제1장 총칙, 제2장 산림자원의 조성과 이용·개발, 제3장 보안림·산림유전자원보호림등, 제4장 국유림, 제5장 산림의 보호, 제6장 산림환경기능증진자금과 재정지원, 제7장 보칙, 제8장 벌칙 등 총 8장 126조로 되어 있다.

제2장을 보면 제1절에서 영림계획을, 제2절에서 산림의 이용구분, 산림의 전용 제한 및 대체조림비 등에 의한 산림의 보전을, 제3절에서 특수개발지역 지정과 자연휴양림 지정과 조성 등에 의한 산림의 개발을, 제4절에서 의무조림등 조림장려 등을, 제5절에서 종·묘생산업자의 등록, 품질보증표, 채종림 등 종묘관리 및 채종림을, 제6절에서 임산물의 규격고시 등 임산물의 이용 및 감독 등을 규정하고 있다.

제3장을 보면, 제1절에서 보안림에 대해, 제2절에서 산림유전자원 보호림 등에 대해 규정하고 있다.

제4장을 보면, 제1절에서 국유림의 분류, 영림계획 등에 의한 국유림의 관리와 경영을, 제2절에서 국유림의 대부 등과 산물의 귀속 및 매각, 토석의 매각 등 국유림의 처분과 산림 관리에 관해 규정하고 있다.

제5장을 보면, 제1절에서 입목벌채등의 허가, 채석허가 등 산림의 형질변경 등에 관하여, 제2절에서는 입산통제 및 산불예방에 관하여 규정하고 있다.

제6장을 보면 제1절에서 산림환경기능증진자금(녹색자금)을 조성하고 그를 위하여 녹색복권을 발행할 수 있도록 하고, 제2절에서는 정부의 재정지원에 대해 규정하고 있다.

## II. 山林法에 관한 判例

### 1. 산림의 판단기준(대법원 1988. 12. 13. 88도 668)

#### 가. 판시사항

산림법 제2조 제1항 소정의 산림인지 여부의 판단기준

#### 나. 판결요지

산림법 제2조 제1항 소정의 산림인지 여부는 공부상 지목여하에 불구하고 당해토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 할 것이므로 토지대장상 지목이 임야로 되어 있다고 하여도 산림으로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없으며 인근 주변의 현상에 비추어 산림 안에 있는 암석지라고 인정할 수도 없다면 그 토지는 산림법에서 말하는 산림에 해당하지 않는다.

#### 다. 관련법령

산림법 제2조 제1항

#### 라. 판결이유

산림법 제2조 제1항 소정의 산림인지 여부는 공부상 지목여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 할 것이므로 토지대장상 지목이 임야로 되어 있다고 하여도 산림으로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없으며 인근 주변의 현상에 비추어 산림 안에 있는 암석지라고 인정할 수도 없다면 그 토지는 산림법에서 말하는 산림에 해당하지 않는다고 할 것이다(당원 1986.12.23. 선고 86도2299 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이와 같은 전제하에 이 사건 토지의 현상이 산림에 해당된다고 인정할 증거는 없고 오히려 그 거시의 증거에 의하면 이 사건 토지는 1950년대에 그 토지소유자가 농지를 조성하기 위하여 밭으로 개간함으로써 그때 이미 산림으로서의 현

상을 상실한 이래 서북쪽 산과의 사이에 돌담을 쌓아 경작지와와의 사이에 경계를 만드는 한편 그 개간토지의 북쪽부분은 보리를 경작하여 왔고, 중간부분은 뽕나무를 재배하여 왔으며, 이 사건 토지가 있는 남쪽부분은 우기에 물이 자주 범람하는 바람에 정기적으로 경작하지는 못하고 묵정밭 상태로 두었다가 4, 5년 전부터 논으로 조성한 사실, 이 사건 토지의 동쪽의 건너 산기슭에도 뽕나무밭, 과수원, 그 밖의 농지 등이 있어 이미 농경지로 조성되어 있는 상태인데다가 민가까지 들어서 있으며, 남쪽의 건너편 토지도 이미 논으로 조성되어 농작물을 경작하고 있는 상태인 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건 토지는 그 자체의 현상으로 보나 그 주위토지의 현상에 비추어 보더라도 농지에 해당되면 되었지 산림에 해당하는 토지라고 보기는 어렵다고 판단하였는바 일건 기록에 비추어 보면 이와 같은 원심의 사실인정과 판단을 수긍할 수 있고 거기에 소론과 같은 채증법칙위배로 인한 사실오인이나 산림법의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수가 없다.

그리고 이 사건 토지가 산림법 소정의 산림에 해당하지 아니하는 이상 그 토석의 채취행위가 산림법 제90조 제1항에서 규정한 산림의 훼손이나 임산물의 채취행위에 해당한다고 할 수는 없을 것이다. 따라서 논지는 이유 없다.

#### 바. 해설

(1) 산림법 제2조 제1항은 ‘산림’을 “집단적으로 생육하고 있는 입수(立水), 죽(竹)과 그 토지 또는 그 안에 있는 암석지” 등으로 정의하면서 다만, 농지(초지를 포함한다), 주택지, 도로 등은 제외한다고 규정하고 있고, 동법 제90조 1항 등은 위 조항상의 ‘산림’안에서 입목의 벌채, 산림의 훼손 또는 임산물의 굴취, 채취를 하고자 하는 자는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장, 군수 또는 영림서장의 허가를 받아야 한다고 하며, 동법 제118조 1항은 위 허가 없이 산림을 훼손하는 경우 산림훼손죄에 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제9조는 가중 처벌됨은 각 규정하고 있다.

(2) 그러나 위와 같은 행위라 하더라도 산림법 제2조 제1항 소정의 “산림”지역 안에서 이루어진 것이 아니라면 산림훼손죄로 의율할 수는 없다할 것인 바, 그 산림에 해당하는지 여부는 공부상 산림으로 기재되어 있는지에 의한 형식적 기준에 의해 판단할 것이 아니라 사실상 산림으로서의 현상을 유지하고 있는지 등 실질적 기준에 의해야 할 것이라고 함이 위 판결을 위시한 대법원의 일관된 입장이다.

즉 대법원 1988. 12. 23. 86도2299 판결은 공부상 지목여하에 불구하고 초지정리 및 개답(開闢)으로 인하여 산림으로서 현상을 상실하고 그 상실상태가 일시적이라고 볼 수도, 산림 안에 있는 암석지라고 볼 수도 없다면 이는 산림법상 산림에 해당하지 않는다고 판시한 바 있고, 대법원 1984. 7. 10. 84도1001 판결도 산림법상 산림에서 제외되는 농지는 그 지목여하에 불구하고 사실상 경작에 제공되어 있는지 여부에 따라 가려야 한다며 당해 토지가 경사 20도 이상의 산 정상에 있는 화전으로서 화전정리에 관한 법률 규정상 산림으로 조성

되도록 되어있다 하더라도 사실상 20여년간 밭으로 경작되어 왔고 아직 동법 소정의 산림 조성지로서의 신고예정지 및 고시 등 절차를 밟은 바도 없다면 산림법 소정의 산림에 해당한다고 할 수 없다고 판시한 바 있으며, 한편 대법원 1983. 2. 8. 81도1170 판결은 농경지로 개간된 토지에 일시 경작하지 않은 사이 6년생 소나무 몇 그루가 자생하게 되었으나 초지로서 이용되어 온 경우 이러한 정도의 사정만으로 농경지인 위 토지가 산림으로 변환되었다고 보기는 어렵다고 판시한 바 있다.

(3) 결국 위 산림훼손죄 등은 산림법 제1조(목적)의 규정에서 알 수 있듯이 실질을 갖추어 조성되어 있는 산림자원의 보호를 그 입법목적으로 하고 있는 것이지 형식적인 공부상의 기재 그 자체를 보호하려는 것은 아니므로 산림법상 산림에 해당하는지 여부는 사실상의 현상을 기준으로 판단하여야 하며 공부상의 표시를 그 판단기준으로 삼을 수는 없는 것이라 할 것이다.

## 2. 국유림의 관리처분권자(1970. 11. 24. 70다 1893)

### 가. 판결요지

산림법 소정의 국유임야는 국유재산법 제4조 2항 제9조의 규정에 의하여 다른 관리청의 관리에 속하는 것이 아닌 이상, 그 관리처분권은 농림부장관에게 있다.

### 나. 관련법령

산림법 제34조(구법관계), 민사소송법 제62조, 민사소송법 제156조

### 다. 당사자 등

【원고, 상고인 겸 피상고인】 대한민국

【원고, 보조참가인】 최○환

【피고, 피상고인】 김○열

【피고, 상 고 인】 김○경 외 10명

### 라. 판결이유

원심이 들고있는 증거를 기록에 대조하여 종합 검토하면 본 건 부동산이 국가소유인 산림법 소정 임야이고 농림부장관의 재무부장관에 대한 위 부동산 인계조치가 그 부동산이 산림법 소정의 산림이 아니라는 전제에서 잡종재산으로 인계한 것이 아니라는 원심 인정사실을 수긍할 수 있다 할 것이고(원고 소송수행자가 본 건 임야에 대한 행정재산으로서의

용도를 폐지하고 인계한 이유로서 본건 임야를 귀속재산처리법 제5조에 의하여 요보존림으로 국유화 조치한 것이라고 석명하고 있음을 모두어 보면 원고에 있어 농림부장관이 재무부장관에게 본 건 임야를 산림법 소정의 산림 아닌 잡종재산으로 인계한 것이었다고 자백한 것으로는 볼 수 없다할 것이다.) 본 건 임야가 불요보존 국유임야라 하여도 그것이 산림법 소정 산림에 해당한다면 국유재산법 제4조 제2항 제9조의 규정에 의하여 다른 관리청의 관리에 속하는 것이 아닌 이상 요보존국유임야이던 불요보존국유임야이던 간에 그 관리처분권한은 전적으로 농림부장관에게 속한다 함이 1970.1.1 개정 전 산림법 제34조의 정한 바라고 보는 것이 누차에 걸친 본원의 판례이며, 소론 국공유재산처리 임시특례법은 재무부장관에게 유효하게 인계된 재산처리에 관한 특례법이라고 보아야 할 것이므로 원심이 농림부장관의 위 본건 부동산의 인계조치는 산림법 제34조에 위반한 것으로서 관리기관의 효력이 발생할 수 없다하여 동대문 세무서장과 피고 김○경간의 위 부동산 매매계약은 당연 무효의 것이라고 판시하였음은 정당하다 할 것이다.

#### 마. 해설

(1) 당시의 산림법 제3조, 제33조, 제34조에 의하면 산림법상의 산림 중 국유림은 요보존국유림(要保存國有林)과 불요보존국유림(不要保存國有林)으로 구별되나 그 여하에 불구하고 국유재산법 제4조, 제2항, 제9조의 규정에 의해 그 산림이 행정재산으로서 다른 행정기관의 소관에 속하게 되어 그 타행정기관이 관리청이 되는 예외적인 경우를 제외하고는 그 관리청은 농림부장관이 된다.

(2) 위 규정에 의하면, 이건 임야의 경우 비록 용도 폐지되어 더 이상 그것이 산림법상의 산림이라고 볼 수 없고 잡종재산에 불과하게 되었다거나 위 국유재산법상의 예외규정에 해당하여 농림부장관의 소관재산이 아닌 다른 관리청의 소관재산으로 되었다거나 한 경우가 아니면 비록 불요보존국유림이라 하여도 위 산림법 규정에 의해 그 관리청은 여전히 농림부장관이 된다 할 것이다.

(3) 대판은 1967. 12. 19, 66다1694, 1970. 12. 29, 70다2236 및 1971. 7. 13, 70다2778 등을 통하여 줄곧 이건 판결내용과 일치하는 입장을 견지하여 왔다.

### 3. 보안림을 보전하여야 할 공익상의 필요와 재량판단 (대법원 1995.11.7. 95누2081)

#### 가. 판시사항

[1] 골프장 시설은 보안림지정해제기준의 하나인 구 산림법시행규칙 제45조 소정의 지역



사회개발시설에 포함되는지 여부

[2] 수익적 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소할 수 있는 경우

[3] 저수지의 수원함양을 위한 제1종수원 함양 보안림을 보전하여야 할 공익상의 필요가 보안림지정해제처분의 취소로 인한 신뢰의 이익이나 그 취소로 인하여 입게 될 골프장 건설사업상의 불이익 등을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당한다고 한 사례

**나. 판결요지**

[1] 골프장 시설은 구 산림법시행규칙(1990.7.14. 농림수산부령 제1046호로 개정되기 전의 것) 제45조 제1호에서 구 산림법(1990.1.13. 법률 제4206호로 개정되기 전의 것) 제57조의 규정에 의한 보안림지정해제의 기준의 하나로 들고 있는 지역사회개발시설에는 해당되지 아니하는 것으로 보여진다.

[2] 수익적 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에 있어서는, 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득의 권리 또는 이익을 침해하게 되므로 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등의 불이익을 비교 교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다.

[3] 보안림지정해제처분에 따라 골프장 건설사업계획을 승인 받아 이를 추진하여, 그 보안림지정해제처분이 취소되면 상당한 손해를 입게 되겠지만 저수지의 수원함양을 위한 제1종수원함양보안림을 보전하여야 할 공익상의 필요가 위 처분의 취소로 인한 신뢰의 이익이나 그 취소로 인하여 입게 될 불이익 등을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당하고, 인근 마을의 주민들로부터 위 골프장 건설사업을 반대하지 아니한다는 내용의 주민동의를 얻었다는 등의 사유가 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

**다. 관련법령**

[1] 구 산림법(1990.1.13. 법률 제4206호로 개정되기 전의 것) 제57조구 산림법시행규칙(1990.7.14. 농림수산부령 제1046호로 개정되기 전의 것) 제45조 제1호

[2][3] 행정소송법 제1조[행정처분일반]행정소송법 제27조

**라. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 ○○주식회사

【피고, 상 고 인】 임실군수

【원심판결】 광주고등법원 1994.12.22. 선고 93구3157 판결

## 마. 판결이유

### (1) 제1점에 대하여

관계법령의 규정취지를 종합하여 보면, 골프장시설은 구 산림법시행규칙(1990.7.14. 농림수산부령 제1046호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제45조 제1호에서 구 산림법(1990.1.13. 법률 제4206호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제57조의 규정에 의한 보안림지정해제의 기준의 하나로 들고 있는 지역사회개발시설에는 해당되지 아니하는 것으로 보여진다. 따라서 보안림지정해제권한이 피고에게 위임되어 있어 골프장사업이 지역사회개발시설에 포함되는 지 여부에 대한 판단권한 역시 피고에게 있음을 전제로, 골프장시설이 위 시행규칙 소정의 지역사회개발시설에 해당된다고 판단하여 한 피고의 보안림지정해제처분이 위법하다고 볼 수 없다고 한 원심판결에는 구 산림법시행규칙 제45조 제1호 소정의 지역사회개발시설에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

### (2) 제2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 당초 피고의 보안림지정해제처분을 신뢰하고 그에 따라 추진한 골프장건설사업에 투입한 노력과 비용 및 이 사건 보안림지정해제처분취소처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)으로 인하여 입게 될 손해의 정도, 이 사건 처분에 따른 골프장건설사업계획의 변경으로 인하여 오히려 과도한 산림훼손 및 환경파괴가 우려되는 사정 등 원심설시의 각 사유를 들어 이 사건 처분은 신뢰보호의 원칙에 어긋나고 이 사건 처분으로 달성될 제1중수원함양보안림의 보전을 위한 공익상의 필요보다도 그로 인하여 원고가 입게 될 불이익이 더욱 커서 이 사건 처분은 재량권의 한계를 일탈한 것으로 위법하다고 판단하였다. 그러나 수익적 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에 있어서는, 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득의 권리 또는 이익을 침해하게 되므로 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등의 불이익을 비교 교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있는 것이고(당원 1992.7. 24.선고 92누3311 판결 등 참조), 또 기록에 의하면 원고는 당초의 보안림지정해제처분에 따라 골프장건설사업계획을 승인 받아 이를 추진하여 온 사실을 알 수 있어 위 보안림지정해제처분이 취소되면 상당한 손해를 입게 되는 것은 사실이다. 그러나 이 사건 임야는 표고 200m 정도의 낮은 구릉지대로서 그 하단에 위치한 월성저수지의 수원함양(水源涵養)을 위하여 제1중수원함양보안림으로 지정된 곳이고, 또 원고의 전주컨트리클럽(36홀의 회원제 골프장, 9홀의 대중골프장) 사업계획상 대중골프장 9홀의 예정부지로서 위 대중골프장에서 배출되는 오폐수(汚廢水)가 위 월성저수지로 흘러 들어가게 되어 있는바, 제1중수원함양저수지는 하류의 농업용수 발전용수 공업용수 등 주요산업용수의 저수량에 절대적인 영향을 준다고 인정되는 저수지의 만수위로부터 1천미터 이내의 주위산림에 대

하여 지정하는 것으로서, 만일 이 사건 임야에 대한 보안림지정처분이 해제되어 골프장이 건설된다면 골프장건설을 위한 밭과작업과 토사유출 등으로 인하여 월성저수지의 매몰 등 산업용수의 저수량 확보에 적지 않은 영향을 미칠 것은 물론 그로 인한 자연훼손의 정도는 매우 심각할 것으로 추측되고, 또 골프장건설 완료 후 그 골프장에서 배출되는 오폐수로 인하여 위 월성저수지의 수질오염이 충분히 예상된다고 할 것이다. 따라서 이러한 자연훼손 및 수질오염을 방지하여야 할 공익상의 필요는, 이 사건 처분대상이 원고의 골프장사업 계획상의 45홀 중 따로 분리하여 계획한 대중골프장 9홀의 시설구역인 점을 아울러 고려하면, 원고가 보안림지정해제처분을 받음으로 인한 신뢰의 이익이나 그 취소로 인하여 원고가 입게 될 불이익 등을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당된다 아니할 수 없으므로 피고의 이 사건 처분에는 재량권의 한계를 일탈한 위법은 없는 것으로 보여지고, 인근마을의 주민들로부터 위 골프장건설사업을 반대하지 아니한다는 내용의 주민동의를 얻었다는 등의 원심이 들고 있는 사유들이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 결국 원심은 수익적 행정처분의 취소에 있어 재량권의 한계에 관한 법리를 오해한 위법을 저질렀다 할 것이고, 이 점을 지적하는 논지도 이유 있다.

#### 4. 국유림처분행정의 법적 성질(1984. 12. 11. 83누 291)

##### 가. 판시사항

국유임야의 무상양여신청을 거부한 행위가 행정소송의 대상인 행정처분인지 여부(소극)

##### 나. 판결요지

산림청장이 산림법등의 정하는 바에 따라 국유임야를 대부하거나 매각 또는 양여하는 행위는 사경제 주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상의 행위이므로 원고(산림계)의 국유임야무상양여신청서를 반려한 피고의 본 건 거부처분도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다.

##### 다. 관련법령

산림법 제75조 제80조, 행정소송법 제1조

##### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 기양2리 산림계

【피고, 피상고인】 산림청장

【원심판결】 서울고등법원 1983.4.20 선고 82구863 판결

### 마. 판결이유

산림청장이 산림법이나 구 산림법 또는 구 산림령 등의 정하는 바에 따라 국유임야를 대부하거나 매각 또는 양여하는 행위는 사경제 주체로서 상대방과 대등한 입장에서 하는 사법상의 행위이고 행정청이 공권력이 주체로서 상대방의 의사여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정처분이나 공법상의 법률관계에 있어서의 행위라고 볼 수 없으므로 원고의 국유임야무상양여신청서를 반려한 피고의 이 사건 거부처분도 단순한 사법상의 행위일 뿐 행정처분 기타공법상의 법률관계에 있어서의 행위는 아니라고 할 것이며, 이 사건 국유임야의 무상양여신청을 한 원고가 구 산림법에 의하여 설립된 산림계로서 공법인이라 하더라도 원고에 대한 피고의 무상양여거부행위를 개인이나 사법인에 대한 경우와는 달리 피고가 우월적 지위에서 공권력을 행사한 것이라고 볼 근거는 없다고 할 것인바, 원심이 이와 같은 취지에서 위 거부처분은 행정소송의 대상이 되지 아니한다 하여 그 취소를 구하는 이 사건 소를 각하한 조치는 정당하다.

### 바. 해설

(1) 학설상으로는 행정상 법률관계 중 행정작용법적 관계는 크게 행정법의 규율을 받는 행정법관계와 사인과 동일하게 사법에 의하여 규율되는 사법관계로 구분되는데 권력관계나 관리관계는 행정법관계에 속하나 국고관계는 사법관계에 속한다)고 보는 것이 전통적인 견해이다.

국고관계란 행정주체가 그 일방당사자인 경우에도, 우월한 공권력의 주체로서가 아니라 국고의 주체 즉 사법상 재산권의 주체로서 국민을 대하는 경우에 사법이 적용되는 관계를 말하며 이에 국유재산을 관리하거나 처분(매각, 양여, 대부 등) 하는 경우가 해당한다고 한다.

(2) 대법원은 어떤 행정상의 법률관계가 공법관계와 사법관계의 어느 쪽에 해당하는지 그 행위의 내용과 방법, 분쟁 발생시 그 해결에 관한 특별규정 유무 등을 종합적으로 고려하여 결정 할 문제라고 하고 있다(김도창 교수도 이의 구별은 개별적, 구체적으로 법규의 취지를 규명하여 어느 쪽에 해당하는 지를 결정하여야 한다고 하여 판례와 비슷한 입장에 있다) 한편 대판은 1964. 11. 24, 64다723, 1983. 8. 23, 83누239 및 1983. 9. 13, 83누240 등에서 일관하여 국유림의 대부, 무상양여, 매각행위는 국고작용에 의한 단순한 사법상의 법률행위로서 행정소송의 대상이 되지 않고 민법상의 법률행위인 한 역시 사법상의 법률행위로서 행정소송의 대상이 되지 아니한다고 판시하고 있다. 따라서 이러한 처분 등에 대한 소는 민사소송으로 구분해야 할 것이라고 한다.

### 5. 구 산림령 제7조 소정의 양여의 법적성질(1989. 4. 11. 88다카 4390)

#### 가. 판시사항

- [1] 구 산림령 제7조 소정의 양여의 법적성질
- [2] 타인명의의 소유권보존등기가 민법 부칙 제10조의 등기해태 기간의 진행에 장애가 되지 않는다고 본 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 일제시대의 법령인 삼림령 제7조에 의하여 조선총독이 조림을 위하여 국유삼림의 대부를 받은 자에게 사업이 성공한 경우 그 삼림을 양여하는 행위는 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 불과하고, 삼림령 제12조 제2항에서 양여받은 자가 양여조건을 위반하였다고 하여 삼림을 반환할 때에는 그 삼림 위에 설정된 제3자의 권리는 소멸한다고 규정하고 있는 점만으로 그 양여를 공권력에 의한 행정처분이라고 볼 수는 없다.
- [2] 갑의 선대가 국가로부터 민법시행일전에 양여 받고 그 후 갑이 상속한 임야에 관하여 타인 명의로 원인무효의 소유권보존등기가 되어 있다면 갑은 국가를 대위하여 그 보존등기를 말소하고 국가 명의로 보존등기를 마친 후 자기 명의로 소유권이전등기를 경료할 수 있으므로 민법 부칙 제10조가 적용된다.

#### 다. 관련법령

구 삼림령 제7조

#### 라. 당사자 등

- 【원고, 상 고 인】 이○완
- 【피고, 피상고인】 마○규 외 1인
- 【원심판결】 서울고등법원 1987.12.14. 선고 86나484 판결

#### 마. 판결이유

일제시대의 법령인 소론 삼림령 제7조에 의한 양여는 조선총독이 조림을 위하여 국유삼림의 대부를 받은 자에게 사업이 성공한 경우에 그 삼림을 양여하는 것을 말하는 바, 이러한 양여행위는 국가가 우월적 지위에서 행하는 공권력에 의한 행정처분이 아니라 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 불과하며 위 삼림령 제12조 제2항에서 양여받은 자가 양여조건을 위반하였다고 하여 삼림을 반환할 때에는 그 삼림 위에 설정된 제3자의 권리는 소멸한다고 규정하고 있다고 하여도 이것만으로 위 양여를 공권력에 의한 행정처분이라고

볼 수는 없으므로, 가사 위 이○신이 이 사건 임야를 양도받은 것이 소론과 같이 위 삼림령 제7조 소정의 양여에 해당한다고 하여도 민법 부칙 제10조 소정의 법률행위로 인한 소유권 취득이라고 볼 수밖에 없다.

원심확정 사실에 의하면, 원고의 선대 땅 이윤신이 1931.9.15. 국가로부터 미등기의 이 사건 임야를 양여받은 후 1956.11.11. 사망하여 원고가 이를 상속하였다는 것이므로, 원고는 일단 국가명의로 소유권보존등기를 마친 후 원고명의로 소유권이전등기를 경료하여야 할 것인즉 민법 부칙 제10조의 적용을 받지 않을 수 없다.

#### 마. 해설

(1) 의용민법의 물권변동에 관한 의사주의에서 현민법의 형식주의로의 전환시 경과규정인 부칙 10조 1항은 “본법 시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 이 법 시행일로부터 6년내에 등기하지 아니하면 그 효력을 잃는다”고 규정하였는데, 등기를 특별히 해야하는 위 부칙규정이 적용되는 경우는 위 물권변동이 법률행위에 의한 것일 때이지(민 제186조) 법률의 규정에 의한 것일 때(동 187조)는 아니라 하겠는데 그렇다면 삼림법 제7조에 의한 이권 양여행위의 법적성질이 행정처분이면 위 부칙적용이 없고 사법상의 법률행위이면 적용이 있다는 결론이 도출될 수 있다.

(2) 한편 앞서 본 대법원판례 외에도 대판 1970. 2. 10 67다1115(민판집 148-34)은 조선특별연고삼림양여령(1926. 4. 5 제령 제7호)에 의한 특별연고자에 대한 국유삼림의 양여는 민법 제187조에 의한 물권변동에 해당하지 아니하고 일종의 증여에 해당하므로 민법 부칙 제10조 제1항의 기간 내에 등기를 하지 아니하면 그 소유권을 상실한다고 하여 국유삼림의 양여행위를 사법상의 법률행위로 보고 있다.

(3) 이와 관련한 평석<sup>29)</sup>을 정리하면 아래와 같다.

(가) 원고는 이권 양여의 법적 성질이 행정처분이지 사법상의 법률행위가 아니라는 근거로서 이권 임야를 양여받은 자의 양여조건 위반을 이유로 양여 국유삼림을 반환하게 할 때 그 위에 설정된 제3자의 권리가 소멸하는 것으로 규정한 삼림령 제12조 제2항을 들면서 이는 행정처분의 취소에 따른 대세적 효력을 인정한 것이라고 하였다.

(나) 그러나 국유잡종재산의 대부 또는 무상양여를 사법상의 법률행위라고 일관하여 보고 있는 앞서 본 대법원판례(1983. 8. 23, 83누239판결) 등에 비추어 보면 이권 삼림령에 의한 국유삼림의 양여로 인한 물권변동을 국유잡종재산의 처분으로 인한 물권변동과 달리 법률의 규정에 의한 물권변동으로 취급하여야 할 특수성을 인정할 수 있는지 여부가 문제의 관건이라 할 것인데, (a) 삼림령 제7조 규정은 “조선

29) 박용수, 대법원판례해설, 1989 상반기 통권 제11호 209-219면

총독은... 양여할 수 있다” 라고 하여 국유삼림의 양여에 관한 해당법조의 규정에 의하여 직접 물권변동이 생기는 것이 아니라 그에 근거한 조선총독의 양여행위에 기하여 비로서 물권변동이 생기는 것으로 되어 있고, (b) 위 삼림령에는 국유삼림 양여의 경우 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있다는 명문규정이 없으며, (c) 다만 특별규정으로 볼 수 있는 것은 삼림령 제12조 제2항 뿐이라 하겠는데 이를 살펴보면 다음과 같다. 즉, 동조 제1항에 의한 양여 국유삼림 반환조치는 양여조건위반의 경우에 하는 것이므로, 위 양여를 행정처분으로 볼 경우에는 그 철회에 사법상의 법률행위로 볼 경우에는 계약해제에 각 해당하는 것으로 된다. 계약해제로 본다면 그로 인하여 반환대상 삼림의 소유권이 당연히 국가에 귀속하고(물권적 효과설), 다만 그로 인한 회복등기가 이루어지기 전에 계약해제를 주장하는 국가와 양립되지 아니하는 법률관계를 갖게 된 제3자의 권리를 해하지 못 하게 되는 바, 계약해제로 인하여 권리의 해함을 받지 아니하는 위 제3자를 위 삼림령 제12조 제2항의 제3자에 포함되지 아니한다고 할 경우 위 규정은 계약해제의 법리에 따른 당연한 결론을 규정한 것이 되고, 만약 그렇지 아니하고 위 규정에서의 제3자에 포함된다고 할 경우에는 위 양여가 무상계약인 점을 고려하여 계약해제의 소급효로부터 제3자를 보호하기 위한 구 민법 제545조 제1항 단서의 규정을 수정한 입법정책적 배려를 한 것으로 해석할 수 있으니, 위 삼림령 제12조 제2항의 규정만으로는 위 삼림령상의 양여는 행정처분이고 이로 인한 물권변동은 민법 제187조 소정의 법률의 규정에 의한 물권변동이라고 단정할 수는 없다. 더욱이 위 양여를 법률의 규정에 의한 물권변동의 한 원인으로 볼 경우 양여후 소유권이전등기시까지는 필연적으로 실체상의 권리관계와 등기상의 권리관계가 불일치하게 되어 등기를 신뢰하고 거래한 제3자에게 불측의 손해를 입힐 우려가 있는바, 위 삼림령에는 이에 대한 보완조치가 전혀 없다는 점까지 고려한다면 위 양여는 국가가 우월적 지위에서 행하는 공권력에 의한 행정처분이 아니라 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 불과하고, 따라서 그로 인한 물권변동은 민법 부칙 제10조 제1항의 적용 대상이 되는 법률행위로 인한 소유권취득이라고 볼 수 밖에 없다.

(4) 한편 계약해제의 경우 그 해제의 효과의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가 등에 관하여는 다음과 같은 학설 대립이 있다.

(가) 직접효과설 : 계약해제로 인하여 법률관계가 소급적으로 소멸하여, 아직 이행하지 않은 채무는 면하고 이미 이행한 채무는 원상회복을 하게 된다는 견해이다.

(나) 간접효과설(청산관계설) : 계약해제로 법률관계가 소급적으로 소멸하는 것이 아니라 청산을 목적으로 하는 새로운 법률관계로 변형된다고 하는 견해로서 아직 이행하지 않은 채무부분에 대하여는 이행거절의 항변권이 생기고 이미 이행한 채무부분에 대하여는 새로이 반환청구권이 생긴다고 한다.

- (다) 절충설 : 위 양설의 절충적 견해로서 미이행부분은 이행할 필요가 없고(직접효과설), 기이행부분은 새로이 반환청구권이 생긴다고 한다.
- (라) 새로운 견해 : 민법의 규정체계상 해제의 효과는 계약의 소급적 소멸을 전제로 하는 것인데 이는 민법이 해제와 해지를 구별하면서 그 효과에 관해서도 서로 달리 규정하고 있는 것으로 보아 명백하며, 또한 그 경우 소급적으로 소멸하는 것은 계약의 법률행위적 효과로서 발생하는 채권채무관계이지 채권불이행이라고 하는 비법률행위적 사실로부터 발생하는 손해배상채권관계는 아니라고 하는 견해이다. 한편 직접적 효과설에 의한 경우 해제로 인하여 이전, 설정된 권리가 당연히 복구하는가에 관하여는 물권적 효과설(물권행위의 무인성부정설의 입장에서 해제에 의해 원상 회복시킬 채권관계는 발생하나, 물권행위, 준물권행위 그 자체는 그대로 효력을 보유하므로 당연히 복구하지는 않는다는 견해로서 대법원 판례는 명의신탁 계약의 해지에 관해서만 따르고 있다) 이 있다.

## 6. 국유잡종재산 대부행위의 법적 성질 등(대법원 2000.2.11. 99다61675)

### 가. 판시사항

- [1] 국유잡종재산 대부행위의 법적 성질(=사법상 계약) 및 그 대부료납부고지의 법적 성질(=사법상 이행청구)
- [2] 국유잡종재산 대부계약에서 정하고 있는 연체료 약정의 성질 및 연체료지급의무의 발생 요건
- [3] 행정기관이 납부 고지한 국유잡종재산 대부료의 금액이 대부계약 및 관계법령에 따라 산정된 정당한 대부료 금액보다 과다한 경우, 납부 고지된 대부료중 납부하지 아니한 정당한 금액 부분에 대한 지체책임의 발생 여부(적극) 및 납부 고지한 대부료가 정당한 금액보다 현저히 과다한 경우, 적법한 이행청구로서의 효력 유무(소극)
- [4] 납부 고지한 국유잡종재산 대부료가 정당한 금액보다 약 55%나 과다한 경우, 적법한 이행청구로서의 효력이 없다고 한 사례
- [5] 국유잡종재산 대부계약에서 대부료를 지정 기간 내에 납부하지 아니할 때에는 국제징수법 제21조, 제22조의 규정을 준용하여 가산금 및 증가산금을 납부하기로 약정한 경우, 그 준용의 범위

### 나. 판결요지

- [1] 국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항의 규정 등에 의하여 국유잡종재산에 관한 관리 처분의 권한을 위임받은 기관이 국유잡종재산을 대부하는 행위는 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 행



정청이 공권력의 주체로서 상대방의 의사 여하에 불구하고 일방적으로 행하는 행정 처분이라고 볼 수 없으며, 국유잡종재산에 관한 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고, 이를 행정처분이라고 할 수 없다.

- [2] 국유잡종재산 대부계약에서 정하고 있는 연체료 약정은 일종의 지연배상에 대한 예정으로 볼 것이므로 그 연체료는 이행체제의 책임이 발생할 때 비로소 그 지급의무가 발생한다.
- [3] 행정기관이 납부 고지하다 국유잡종재산 대부료의 금액이 대부계약이나 그 계약에서 정한 관계 법령의 규정에 따라 산정된 정당한 대부료의 금액보다 많게 납부 고지되었다 하더라도 그와 같은 사유만으로 바로 납부고지가 이행청구로서 부적법하다고 할 수는 없어, 대부계약의 상대방으로서도 이를 이유로 납부 고지된 대부료 중 정당한 금액 부분에 대하여는 납부를 거부할 수 없다고 할 것이므로, 대부료를 납부하지 아니한 채 납부고지서에서 정한 기간이 경과한 이상 납부 고지된 대부료 중 정당한 금액 범위 내에서는 지체책임을 면할 수 없고, 그 후 그 대부료의 금액이 정당한 금액으로 감액되었다 하더라도 정당한 금액에 대하여 이미 발생한 대부료 지체의 효력에는 아무런 영향이 없다 할 것이나, 납부 고지하다 대부료가 대부계약이나 그 계약에서 정한 관계 법령에 의하지 아니한 채 산정됨으로써 정당하게 산정되었을 경우의 금액보다 현저히 과다한 경우에는 그 대부료 납부고지는 적법한 이행청구라고 할 수 없어 연체료의 납부책임의 발생요건인 이행청구에 해당한다고 볼 수 없다.
- [4] 납부 고지한 국유잡종재산 대부료가 정당한 금액보다 약 55%나 과다한 경우, 적법한 이행청구로서의 효력이 없다고 한 사례.
- [5] 국유잡종재산 대부계약에서 대부료를 지정 기간 내에 납부하지 아니할 때에는 국세징수법 제21조, 제22조의 규정을 준용하여 가산금 및 증가산금을 납부하기로 약정하였다 하여도, 조세부과처분은 행정처분이고 대부계약은 사법상의 계약이며, 가산금이라고 하여도 조세부과처분의 경우에는 징벌적 성격의 제재이고 대부계약의 경우에는 지연손해금의 약정으로 보아야 할 것이므로, 자연 그 성질상 준용에는 한계가 있을 수밖에 없어 대부계약의 경우에는 정당한 이행청구(과다청구의 경우라도 정당한 청구로 볼 수 있는 경우는 포함된다.)의 경우에 그 지연 시기 및 이에 따른 가산금의 비율 등만이 준용된다고 할 것이고, 또 국유재산법 제38조, 제25조의 규정에 의하여 국세징수법의 체납처분에 관한 규정을 준용하여 대부료를 징수할 수 있다고 하더라도 이로 인하여 대부계약의 성질이 달라지는 것은 아니라 할 것이므로 대부계약에 있어서는 어느 경우에도 과세처분의 경우처럼 가산금이 부과된다고 할 수는 없다.

#### 다. 관련법령

국유재산법 제31조, 제32조 제3항, 산림법 제75조 제1항

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 주식회사○○

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 서울지법 1999. 10. 5. 선고 99나37657 판결

## 마. 사실관계

- (가) 원고는 1993. 9. 27.경 피고로부터 소위 한일개발 주식회사가 1988년경부터 골프장 영업을 위하여 대부 받아 사용하고 있던 국유림인 이 사건 각 부동산에 관하여 대부명의자를 위 회사에서 원고로 변경 받음으로써 위 회사의 대부계약상의 지위를 이전 받았고, 그 후 위 대부기간이 만료하자 피고와 사이에 대부계약을 이 사건 각 부동산별로 1998. 8. 17. 내지 1998. 12. 31.까지로 5년간 연장하는 계약을 체결 하였다.
- (나) 위 대부계약 및 연장계약 체결을 함에 있어, 그 대부료는 연액으로 하되, 그 금액은 산림법시행령 제62조에 의하여 정하고, 대부료의 납부는 피고의 행정기관이 발행 하는 납부고지서에 의하여 지정 기간 내에 하여야 하며, 그 기간 내에 대부료를 납부하지 아니할 때에는 국세징수법 제21조, 제22조의 규정을 준용하여 가산금 및 증가산금을 납부하기로 약정하였다.
- (다) 이에 따라, 피고 산하 산림청 수원국유림관리소장은 산림법시행령 제62조 제3항에 따라 원고가 자기의 부담으로 개발한 대부지에 대하여는 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가법인이 개발 이전의 토지 상태를 기준으로 대부 당시의 가격으로 평가한 금액(제1호)을, 개발하지 아니한 대부지에 대하여는 최근의 공시지가(제2호)를 기준으로 하여, 1998. 2. 26. 원고에 대하여 고지일자를 1998. 2. 26., 납부기한을 1998. 3. 25.로 하여 1997년 대부료로 금 355,848,350원, 1998년 1월부터 8월까지의 대부료로 금 237,232,230원을 각 납부 고지하였다.
- (라) 이에, 원고는 위 대부료가 과다하다고 주장하면서 수원국유림관리소장에 대하여 1998. 3. 11.경 이의신청 및 대부료 납부연기신청을, 피고 산하 산림청에 대하여 1998. 3. 20.경 이의신청을 각 제기하였는데, 수원국유림관리소장은 원고의 이의신청 및 납부연기신청을 받아들이지 아니하면서 위 납부기한을 도과할 경우 국세징수법에 의한 가산금 및 증가산금이 부과됨을 통보하였으나, 산림청은 원고의 이의신청을 받아들여 적정한 대부료를 산정하도록 수원국유림관리소장에게 통보하였고, 이에 수원국유림관리소장은 원고가 자기의 부담으로 개발한 대부지에 대하여는 종전의 기준에 그대로 따르되, 자기의 부담으로 개발하지 아니한 대부지에 대하여는 종전에 적용하였던 최근의 공시지가가 사실상 이미 개발된 상태를 기준으로 하여 산정된 것이라는 불합리한 점이 있어 그 대신 원고가 자기의 부담으로 개발한 대부지와 마찬가지로 개발 이전의 토지 상태를 기준으로 대부 당시의 가격으로

로 평가한 금액을 새로운 기준으로 하여 대부료를 재산정하여, 1998. 5. 11.경 고지일자 및 납부기한을 종전과 같이 1998. 2. 26. 및 1998. 3. 25.로 하되, 다만 납기 후 납부기한을 1998. 5. 25.로 하여 1997년 대부료로 금 229,768,650원, 1998년 1월부터 8월까지의 대부료로 금 153,179,100원을 납부 고지하였고, 원고는 1998. 5. 25. 위 금액을 전부 납부하였다.

- (마) 그 후 수원국유림관리소장은 1998. 6. 15. 원고가 당초 대부료 납부기한인 1998. 3. 25.까지 대부료를 납부하지 아니하였음을 이유로 원고에 대하여 위 대부계약 및 연장계약에서 정한 바에 따라 위 재산정 금액에 대한 국세징수법 제21조, 제22조에 의한 가산금 및 증가산금 상당액을 연체료로 부과하여 1997년 대부료에 대하여는 금 14,650,000원을, 1998년 1월부터 8월까지의 대부료에 대하여는 금 9,497,100원을 각 납부 고지하다, 원고는 1998. 8. 18. 위 각 금액을 납부하였다.

## 7. 국유림 대부료 산정을 위한 임야가격의 평가 방법 (대법원 1996.11.8. 96다6127)

### 가. 판시사항

국유림 대부료 산정을 위한 임야가격의 평가 방법

### 나. 판결요지

국유림의 대부관계에 있어서 대부료 산정의 기준이 되는 산림법시행령 제62조 제1항 소정의 '당해 임야의 임야가격'은 특별한 사정이 없는 한 국유림을 대부 받은 자가 그 후 자기의 비용과 노력으로 가치를 증가시킨 현 상태를 기준으로 할 것이 아니라 그 부과 시점에서 대부 당시의 현실이용상태인 임야 상태를 상정하여 이를 기준으로 평가되어야 한다.

### 다. 관련법령

산림법 제75조 제1항:산림법시행령 제62조 제1항,제3항

## 8. 국유림 개발과 대부료 산정기준(대법원 2000.5.26. 99다54066)

### 가. 판시사항

산림법시행령 제62조 제3항 제1호가 국유림을 대부 받은 자가 자신의 부담으로 당해 국유림을 개발한 경우, 대부료 산정의 기초가 되는 당해 국유림의 가격을 개발 이전의 토지

상태를 기준으로 평가하도록 규정한 취지 및 국토이용관리법상 용도지역의 변경에 대한 위 규정의 적용 여부(소극)

**나. 판결요지**

산림법시행령 제62조 제3항 제1호에서 국유림을 대부 받은 자가 자신의 부담으로 당해 국유림을 개발한 경우에 대부료 산정의 기초가 되는 당해 국유림의 가격을 개발 이전의 상태를 기준으로 평가한 금액에 의할 수 있게 한 것은 그러한 경우에도 개발된 상태를 기준으로 한 가격을 적용하게 되면 원래 대부 받은 자의 노력과 비용의 출연에 의한 것이어서 원칙적으로 대부 받은 자에게 귀속되어야 할 지가상승분까지도 이를 대부료 산정의 기초로 삼는 결과가 되어 형평의 원칙 등에 비추어 볼 때 허용되지 아니한다는 데 그 근거를 둔 것이라고 풀이되므로, 여기서 말하는 개발에 해당하기 위하여는 어디까지나 그것이 대부 받은 자의 노력과 비용의 출연에 의한 것이라야 할 것인데, 준농림지역이나 준도시지역과 같은 국토이용관리법상의 용도지역은 그 관련 규정에서 정하고 있는 지정·변경의 절차와 법률적 성질 등에 비추어 볼 때 그 지정·변경이 특히 대상 지역 내의 개별적인 사업시행과 관련하여 이루어진 경우에 있어서도 이를 당해 사업시행자의 개별적인 노력이나 비용의 출연에 의한 개발이라거나 혹은 그와 같은 성질을 가진 것이라고 볼 수는 없으므로, 이러한 용도지역의 변경에 대하여는 위 산림법시행령의 규정이 적용 또는 유추 적용될 여지가 없다.

**다. 관련법령**

산림법시행령 제62조 제3항 제1호

**라. 당사자 등**

【원고, 피상고인】 주식회사○○

【피고, 상 고 인】 대한민국

【원심판결】 서울고법 1999. 8. 13. 선고 99나18758 판결

**9. 국유림에 관한 대부료의 납입고지의 행정행위성(1993. 12. 21. 93누 13735)**

**가. 판결요지**

잠종재산인 국유림을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 법률행위라 할 것이고, 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상의 행위라 할 수 없으며, 이 대부계약의 취소사유나 대부료의 산정방법등을 법정하고(산림법 78조, 동시행령 62조), 또 대부료의 징수에 관하여 국세징수법 중 체납처분에 관한 규정을 준

용하는 규정(국유재산법25조3항,38조)들이 있다고 하더라도 위 규정들은 국유재산관리상의 공정과 편의를 피하기 위한 규정들에 불과하여 위 규정들로 인하여 잡종재산인 국유림 대부행위의 본질이 사법상의 법률행위에서 공법상의 행위로 변화되는 것은 아니라 할 것이므로, 잡종재산인 국유림에 관한 대부료의 납입고지 역시 사법상의 이행청구에 해당한다고 할 것이어서 행정소송의 대상으로 되지 아니한다.

#### 나. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 ○○개발 주식회사

【피고, 피상고인】 원주영림서 수원관리소장

【원심판결】 서울고등법원 1993.5.13. 선고 92구25832 판결

#### 다. 판결이유

산림법 제75조 제1항, 같은법 시행령 제61조 제2항, 국유재산법 제31조, 제35조, 제38조의 각 규정을 종합하여 보면, 산림청장 또는 그 권한을 위임받은 기관이 잡종재산인 국유림을 대부하는 행위는 국가가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 법률행위라 할 것이고, 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 공법상의 행위라고 볼 수 없으며(당원 1984.12.11. 선고 83누291 판결 참조), 이 대부계약의 취소사유나 대부료의 산정방법 등을 법정하고(산림법 제78조, 같은법 시행령 제62조), 또 대부료의 징수에 관하여 국세징수법중 체납처분에 관한 규정을 준용하는 규정(국유재산법 제25조 제3항, 제38조)들이 있다고 하더라도 위 규정들은 국유재산관리상의 공정과 편의를 피하기 위한 규정들에 불과하므로, 위 규정들로 인하여 잡종재산인 국유림 대부행위의 본질이 사법상의 법률행위에서 공법상의 행위로 변화되는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 원심이 같은 취지에서 피고의 이사건 국유림 대부료 납입고지는 사법상의 이행청구로 보아야 하므로 행정소송의 대상이 되지 않는다고 판단한 것은 정당하다.

#### 라. 해설

(1) 행정소송법 제2조 제1항 소정의 행정소송의 대상이 되는 “처분”의 범주에 사법행위와 포함되지 않는데 근거법령이 상대방에게 일방적인 부담만을 강요하거나 행정청의 자력집행을 가능하도록 하고있거나 상대방의 불복방법에 관하여 이의신청이나 행정심판 등을 정하고 있을 때에는 그 법령에 근거한 행정청의 행위는 대체로 공권력의 주체로서 행하여진 공법행위라고 할 수 있다.

(2) 한편 잡종재산인 국유림의 대부행위는 대판이 줄곧 사법상의 법률행위라고 하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 그 대부계약의 취소사유나 대부료의 산정방법 등을 법정하고(산

림법 제78조, 동시행령 제62조), 또 대부료의 징수에 관하여 국세징수법 중 연납처분에 관한 규정을 준용하는 규정(국유재산법 제25조, 제3항, 제38조)들이 있다고 하더라도 위 규정들은 국유재산관리상의 공정과 편의를 피하기 위한 규정들에 불과하여 위 규정들로 인하여 잡종재산인 국유림 대부행위의 본질이 사법상의 법률행위에서 공법상의 행위로 변화되는 것은 아니라고 보고 있음이 본 건 판결의 취지이다.

(3) 대부료납입고지의 성질에 관하여는 다음과 같은 평석<sup>30)</sup>이 있다.

(가) 국유림의 대부행위를 사법행위로 보는 견해를 취하는 경우 국유림대부료청구권은 사법상의 권리가 되므로 논리적으로 보아 그 납입고지 또한 사법상의 이행청구로 보아야 한다.

(나) 잡종재산 대부료의 체납시에 국세징수법중 체납처분에 관한 규정을 준용하도록 한 이유는 행정청의 편의를 도모하기 위한 것이고, 기본적 법률관계인 대부계약이 법률행위이며, 대부료납입고지를 행정소송의 대상으로 보면 오히려 제소기간의 제한 등으로 상대방의 권리보호가 소홀해 질 수 있는 점을 보아도 비록 체납시 국세징수법을 준용하고 있다 하여도 이것만으로는 이를 공법행위로 볼 수는 없다.

(다) 또한 행정소송의 대상으로 볼 경우 납입고지에 대한 효력집행정지가 받아들여지면 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있다는 요건이 충족되어야 하는데 그러한 경우는 거의 없고, 과도한 대부료납입고지에 기하여 체납처분이 행해지면 체납처분을 대상으로 행정소송을 제기하고 집행정지등을 받더라도 권리구제에 소홀함이 없으므로 행정소송으로 보아야 상대방의 권리구제에 보다 유용하다는 주장은 부당하다.

## 10. 산림법상 계약해제의 해태와 직무유기죄(1965. 12. 10. 65도 826)

### 가. 판시사항

영림서장이 국유임산물의 매수인이 농림부장관의 허가를 받지 않고 타인에게 전매한 사실을 알면서 산림법 제47조 제1항에 의하여 국유임야산물의 매각계약을 해제하지 아니한 행위와 직무유기죄의 성부

### 나. 판결이유

(1) 국유임산물의 매수인이 농림부장관의 허가를 받지 않고 물건인수전에 이를 타인에게 전매한 사실을 알면서 영림서장이 국유임산물의 매각계약을 해제하지 아니한 경우에 위 영

30) 김태우, 대법원판례해설, 1993 하반기, 통권 제20호220-227면

림서장에게 직무유기죄의 죄책을 부담시키려면 전매사실을 알았다는 사유만으로는 부족하고 특히 본 건 계약을 해제하여야 할 특별한 이유 내지 사정이 있어야 한다고 할 것이다.

(2) 비록 구 산림법(61.12.27 법률 제881호)제47조 제1항 제2호의 임산물매각계약을 매수인이 법령이나 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때 계약을 해제할 수 있다는 규정이 어느 정도 행정청의 재량에 의할 수 있는 여지를 남겨놓았다고 해석되나 본 건과 같이 단순한 법령위반이 아니고 형사책임을 논하여야 할 정도의 도벌행위가 있었고 이 경우 매각계약을 해제하는 것이 행정상의 관례인 만큼 영림서장으로서의 응당 매각계약을 해제하고 부하사법경찰관리로 하여금 범법사실을 입건 조사토록 하며 나아가서 동법시행령 제36조 소정의 부정임산물의 압류 및 채취와 반출의 정지를 명령하는 등 국유림보전에 필요한 모든 조치를 취하는 것이 법령에 따른 처리하고 할 것이고 또한 위 농림부장관의 지시에 합당하다고 할 것이며 이러한 조치는 영림서장의 임무라고도 할 것인데 단순히 매수인에게 가혹하다 하여 그 편의를 돌보아 주기 위하여 범법행위를 묵살하고, 이상의 직무수행을 아니한 피고인의 행위는 공무원으로서의 직무를 다하지 아니하고 국가의 기관으로서 국가에 대한 업무상의 임무에 배치되는 것이라고 할 것이다.

(3) 국가에서 정당히 양수 받은 임목이라 하더라도 산림에서 반출함에 있어서는 당국의 허가가 필요하며 또 임목을 산림 내에서 피고인 경영 제제소까지 운반한 소위는 위 법조에서 말하는 반출에 해당한다.

(4) 임산물의 생산지와 착하지가 같은 도내이나 지리상 조건 때문에 일시 타도를 경유하지 아니하면 착하지에 반출할 수 없는 부득이한 경우에 반출도중 일시 타도를 경유하여 같은 도내인 착하지에 반출하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 도외반출이라 할 수 없으므로 도지사가 발급한 반출확인증은 필요하지 않다.

(5) 산림절도죄는 그 목적물이 산림에서의 산물에 한정되어 있을 뿐 그 죄질은 형법 소정의 절도죄와 동일하므로 자기가 소지하는 타인소유의 임목에 대하여는 산림절도죄가 성립할 수 없다.

(6) 형법 제122조 후단 소정의 직무유기죄는 소위 부진정 부작위범으로서 그 직무를 수행하여야 하는 작위 의무의 존재와 그에 대한 위반을 전제로 하고 있는바 그 작위 의무를 수행하지 아니하므로써 구성요건에 해당하는 사실이 있었고 그 후에도 계속하여 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위 상태가 계속하는 한 가벌적 위법상태는 계속 존재하고 있다고 할 것이며 형법 제122조 후단은 이를 전체적으로 보아 일죄로 처벌하는 취지로 해석되므로 본죄는 논지가 말하듯이 즉시범이라 할 수 없다.

국유림내 임목을 불하받은 자가 농림부장관의 허가 없이 전매하였다는 사유만으로 불하 계약을 해제하였다는 사례는 아직까지 한 건도 없었다고 하며 또 산림법 제45조 제3항에 의하면 국유임산물의 매수인은 농림부장관의 허가를 받지 아니하고 이를 다시 처분할 수 없다고 되어 있고 동법 제47조 제1항 제2호에 의하면 매수인이 법령 또는 계약상의 의무에 위반한 때에는 농림부장관은 국유임야 산물의 매각 계약을 해제할 수 있다고 되어있고 또 위 각 매매계약서에 매수인이 물건 인수전에 타에 전매하였을 경우에는 매도자는 그 계약을 해제한다 또는 해제할 수 있다라고 되어 있으나 위 각법조나 계약 조항은 매수자가 물건 인수전에 농림부장관의 허가 없이 전매한 경우에 매도자인 서울 영림서장은 일방적으로 그 매매계약을 해제할 수 있는 권리를 유보한다는 취지이지 매도자인 서울 영림서장에게 그 계약을 반드시 해제하여야할 직무상 의무를 부과하는 것이라고는 볼 수 없다고 함이 상당할 것이다.

그러므로 본 건에 있어서 피고인에게 직무유기죄의 죄책을 부담시키려면 피고인이 전매 사실을 알았다는 사유만으로는 부족하고 특히 본 건 계약을 해제하여야 하는 특별한 이유 내지 사정이 있어야 한다고 할 것이다.

그런데 원판결은 그와 같은 특별한 이유 내지 사정이 있었다는 점에 관하여 실시함이 없이 단순히 피고인이 계약을 해제하지 아니 하였다는 사실만을 들어 그 사실이 바로 직무유기죄에 해당한다고 판시하였음은 동죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 법령위반이 있다 할 것이므로 논지는 이유 있다.

## 11. 공익과 임목, 굴채허가 거부처분(대법원 2001.11.30. 2001두5866)

### 가. 판시사항

국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있는 경우, 임목굴채 허가를 거부할 수 있는지 여부(적극)

### 나. 판결요지

산림자원의 증식과 임업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 기여하고자 하는 산림법의 입법목적, 시장·군수가 임목의 벌채나 굴채허가신청을 받은 때에는 벌채 대상목이나 잔존시킬 임목 선정의 적정 여부 등을 조사하거나 굴취 또는 채취 대상의 적정 여부를 조사·확인하여 허가함이 타당하다고 인정될 때에는 허가증을 교부하여야 한다고 규정하고 있는 산림법 제90조 제1항, 같은법시행규칙 제85조 제2항, 제93조 제2항의 각 규정 내용, 산림 내에서의 임목벌채는 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위가 된다는 점 등을 종합하여 보면, 허가관청은 임목굴채 허가신



청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있다.

#### 다. 관련법령

산림법 제90조 제1항, 산림법시행규칙 제85조 제2항, 제93조 제2항

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 주식회사○○

【피고, 피상고인】 울산광역시 동구청장

【원심판결】 부산고법 2001. 6. 22. 선고 2000누2730 판결

#### 마. 판결이유

산림자원의 증식과 임업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 기여하고자 하는 산림법의 입법목적, 시장·군수가 임목의 벌채나 굴채허가신청을 받은 때에는 벌채 대상목이나 잔존시킬 임목 선정의 적정 여부 등을 조사하거나 굴취 또는 채취 대상의 적정 여부를 조사·확인하여 허가함이 타당하다고 인정될 때에는 허가증을 교부하여야 한다고 규정하고 있는 산림법 제90조 제1항, 같은법시행규칙 제85조 제2항, 제93조 제2항의 각 규정 내용, 산림 내에서의 임목벌채는 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위가 된다는 점 등을 종합하여 보면, 허가신청은 임목굴채 허가신청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있다고 할 것이다(대법원 1997. 1. 20. 선고 96누624 판결 참조). 기록에 의하여 인정되는 이 사건 굴채허가신청 대상 임야의 위치 및 형상, 주위의 상황, 임목현황, 이 사건 허가신청의 내용 등에 비추어 보면, 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상의 필요를 내세워 한 이 사건 처분은 적법한 것이라고 보아야 할 것이므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

### 12. 훈령에 따른 용도변경신청 반려행위의 행정처분성

(대법원 1998.10.13. 97누13764)

#### 가. 판시사항

법규상 또는 조리상 근거없이 신청한 산림훼손 용도변경신청을 반려한 행위가 항고소송

의 대상이 되는 행정처분인지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

산림법이나 같은 법 시행령 등에는 산림훼손 용도변경신청에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있고, 산림청훈령인 ‘산림의형질변경허가및복구요령’은 법규로서의 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하며, 처분 후에 원래의 처분을 그대로 존속시킬 수 없게 된 사정변경이 생겼다 하여 처분의 상대방에게 그 철회·변경을 요구할 권리가 생기는 것도 아니므로, 산림훼손허가를 얻은 자에게는 법규상 또는 조리상 산림훼손 용도변경신청권이 없고, 따라서 산림훼손 용도변경신청을 반려한 것은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니한다.

#### 다. 관련법령

[1] 행정소송법 제1조, 제2조, 제4조, 제19조

[2] 행정소송법 제1조, 제2조, 제4조, 제19조 : 구산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되기 전의 것) 제90조

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○갑

【피고, 상 고 인】 포천군수

【원심판결】 서울고법 1997. 7. 24. 선고 96구30702 판결

#### 마. 판결이유

(1) 원심은, 원고가 1994. 10. 13. 경기 포천군 소흘면 고모리 661의 1 임야 5,385㎡에 관하여 다세대주택부지 용도로 산림훼손허가를 받아 대지조성사업을 마친 후, 1996. 1. 11. 산림훼손허가상의 용도를 근린생활시설(식당) 부지로 변경하는 내용의 용도변경 승인신청을 피고에게 하였으나, 피고는 1996. 1. 26. 산림청훈령인 ‘산림의형질변경허가 및복구요령’ 제11조의 규정상 용도변경은 당초 허가목적 사업의 변경실행이 불가피하다고 판단되는 경우에 한하여 허용되는데, 원고의 경우 그러한 불가피성이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 신청을 반려한 사실, 위 대지조성사업을 완료할 무렵에는 인근 지역의 주택경기가 위축되어 미분양 사태가 발생하였고, 위 임야 주변에 이미 10여 개의 식당 등 근린생활시설이 들어서 그 일대가 위락촌으로 변한 사실을 인정한 다음, 위 허가 및 복구요령 제11조는 사업수행 여건의 변화 등으로 허가목적사업의 변경실행이 불가피한 경우 형질변경지의 목적사업을 변경할 수 있게 하고 있고, 원고는 위 임야에 관하여 다세대주택건설을 위한 산림훼손허가를 받은 이후에 생긴 사업여건의 변화로 사업목적을 변경할 수밖에 없는 사정이 있

으며, 당초 허가에 의하여 임야 전체에 대한 대지조성이 이루어진 이상, 그 지상에 신축할 건물의 용도가 다세대주택에서 근린생활시설로 변경된다고 하여 국토나 자연의 유지 및 환경보전의 측면에서 뚜렷한 변화가 생긴다고 볼 수 없으므로, 이 사건 반려처분은 재량권 남용의 처분으로 위법하다고 판단하였다.

(2) 그러나 적극적 행정행위의 신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행정행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 해당하려면 신청인에게 신청에 따른 행정행위를 하여 달라고 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하는바(대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결 참조), 산림법이나 그 시행령 등에는 산림훼손 용도변경신청에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있고, 위 허가 및 복구요령은 법규로서의 효력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하며, 처분 후에 원래의 처분을 그대로 존속시킬 수 없게 된 사정변경이 생겼다 하여 처분의 상대방에게 그 철회·변경을 요구할 권리가 생기는 것도 아니므로(대법원 1997. 9. 12. 선고 96누6219 판결 참조), 원고에게는 법규상 또는 조리상 산림훼손 용도변경신청권이 없다.

따라서 원고의 위 신청을 반려한 것은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니한다.

그렇다면 위 반려처분의 취소를 구하는 이 사건 소는 부적법하여 그 흠결이 보정될 수 없는 것임이 명백함에도 불구하고, 원심은 이를 간과한 채 이 사건 소가 적법한 것으로 보고 본안에 관하여 판단하였으니, 거기에는 항고소송의 대상이 되는 거부처분에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 원심판결은 상고이유를 판단할 필요 없이 이 점에서 파기를 면할 수 없다.

### 13. 산림훼손증지처분이 재량권을 일탈한 사례(1990. 10. 10. 89누 6433)

#### 가. 판시사항

- [1] 산림훼손증지처분과 동시에 한 복구명령의 불이행을 그 산림훼손증지처분의 적법성을 판단하는 사유로 삼을 수 있는지 여부(소극)
- [2] 석회석 채굴을 위하여 산림훼손허가를 받은 임야에 대하여 고속도로로부터의 미관용 이유로 한 산림훼손증지처분이 재량권 일탈로서 위법하다고 본 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 행정처분의 적법여부는 그 처분당시의 사정을 기준으로 판단하여야 할 것이므로 원고가 당초 석회석 채취를 위하여 산림훼손허가처분을 받은 임야부분에 대하여 처분청인 피고가 이 사건 산림훼손증지처분과 복구명령을 동시에 하였다면, 원고가 석회

석 채광작업을 계속하기 위하여 위 복구명령을 이행하지 않고 있더라도 그 불이행을 이유로 원고에게 별도의 처분을 함은 별론으로 하고 이로써 이 사건 산림훼손증지처분의 적법성을 판단하는 사유로 삼을 수는 없다고 할 것이다.

- [2] 수익적 행정처분을 취소하거나 중지시킬 사유가 있더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화 할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교 교량 하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법임을 면치 못한다고 할 것인바, 산림훼손허가처분의 처분청인 피고가 이 사건 산림훼손증지처분을 한 사유는 88올림픽 성화봉송로인 호남고속도로로부터 1.4킬로미터 이내의 가시지역으로 미관이 크게 훼손되어 산림보호를 위한 중간복구의 필요성이 있다는 것이나, 원고는 고속도로가 개통되기 이전부터 이미 사업인가를 받아 석회석을 채굴하여 왔고, 이 사건 임야가 있는 구간은 그 후 차량에 의하여 이미 위 올림픽 성화가 봉송되었으며, 원고의 석회석 채굴은 지표 및 지하에 매장된 석회석을 채취하는 것으로 그 지역에서 채굴이 끝나야 광구내 인접지로 이전하여 채굴하게 되는데 이 사건 임야 부분은 아직 채굴이 끝나지도 않은 곳이어서 그 상태에서 산림훼손을 중지하고 중간 복구를 한다는 것은 부당함이 엿보이고, 원고가 거액의 자본을 투자한 점등을 고려해 보면 이 사건 산림훼손증지처분은 재량권을 일탈한 위법한 것이다.

#### 다. 관련법령

산림법 제90조

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 조○일

【피고】 익산군수

【원심판결】 광주고등법원 1990.8.22. 선고 88구130 판결

#### 마. 판결이유

제3자 참가인은 이 사건 산림훼손허가지역 중 참가인소유 임야부분은 원고가 참가인 중종의 결의 없이 임차한 무효인 계약에 기한 것으로 참가인 중중은 원고에게 그 계약의 무효 또는 해제통지를 하였으므로 이 부분에 대한 피고의 산림훼손허가 자체가 위법하여 무효라는 취지의 주장을 하나 이는 원심에서 주장하지 않은 새로운 사실을 상고심에서 비로소 주장하는 것일 뿐만 아니라 피고의 이 사건 산림훼손증지처분에서 그 사유로 삼지도 않은 것이므로 적법한 상고 이유가 될 수 없으니 논지는 이유 없다.

행정처분의 적법여부는 그 처분당시의 사정을 기준으로 판단하여야 할 것이고, 행정청의 허가, 면허, 인가, 특허 등과 같이 상대방에게 어떤 이익이 생기게 하는 소위 수익적 행정처분을 취소하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익 보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교 교량 하여 결정하여야 하고 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법임을 면치 못한다고 할 것이다(당원 1983.7.12.선고 83누127 판결; 1986.10.14.선고 83누584 판결; 1988.12.20.선고 88누2212 판결 각참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 거시증거에 의하여 피고가 1988.2.15.원고에 대하여 당초 석회석채취를 위하여 산림훼손허가 처분한 그 판시 6필지의 임야 49,540평방미터에 관하여 실시의 사유로 산림훼손중지처분을 함과 동시에 이 사건 임야 6,600평방미터에 관하여는 복구명령을 하였다가 그 후 현장조사결과 이 사건 임야부분을 제외한 나머지 임야 41,730평방미터에 관하여는 산림훼손중지처분이 그 사유가 없어서 잘못되었음을 확인하고 스스로 취소함으로써 이 사건 임야부분에 관한 산림훼손중지처분만 남아 있는 사실을 인정하고, 피고 및 참가인 이 이 사건 임야에 관한 산림훼손중지처분은 원고가 위 복구명령을 이행하지 않고 있으므로 적법하다고 주장함에 대하여 행정처분의 적법성여부는 처분당시의 사정을 기준으로 판단하여야 할 것이라는 전제아래 이 사건 임야부분에 관한 복구명령은 88올림픽성화봉송에 대비하여 임시로 한 것뿐이고, 이 사건 산림훼손중지처분이 위 복구명령불이행을 사유로 한 것이 아니라는 이유로 위 주장을 배척하고, 또한 이 사건 산림훼손중지처분은 원고가 이 사건 임야부분에서 석회석채취를 위하여 발파작업을 함으로써 인접 문화재인 천호동굴을 훼손하고 위 동굴에 있는 석순, 석주 등을 채취하여 가는 등 문화재를 훼손하고 있으므로 문화재보호를 위하여 위 중지처분이 적법하다는 주장에 대하여서도 이에 부합하는 거시증거를 믿지 아니하고 달리 위 주장을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 배척한 다음, 피고가 이 사건임야 부분에 관하여 한 산림훼손중지처분은 88올림픽성화봉송로인 호남고속도로로부터 1.4킬로미터 이내의 가시지역내에 있어 미관을 크게 훼손한다는 이유로 본래의 산림훼손허가사유인 석회석채취가지도 불가능하게 하는 것이어서 실질적으로는 산림훼손허가 자체를 취소한 것과 같은 결과를 가져오게 하는 것이고, 행정청의 허가, 인가 등과 같이 상대방에게 어떤 이익을 생기게 하는 행정행위는 이를 취소하거나 중지시키면 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로 비록 취소 등의 사유가 있다고 하더라도 그 취소권 등의 행사는 공익상의 이유와 당사자가 받는 불이익을 비교 교량 하여 결정할 것인데 거시증거에 의하면 원고는 약 20억원이란 거액을 투자하여 석회석가공공장을 설립하여 그 재료인 석회석의 채취를 하고자 산림훼손허가를 받은 사실이 인정되니, 피고가 단순히 88올림픽과 관련한 미관을 이유로 이 사건 산림훼손중지 처분을 하여 위 공장

을 가동하지 못하게 한 것은 그로 인하여 원고가 입는 불이익이 너무 중대하여 재량권을 일탈한 것이라고 판단하고 이 사건 산림훼손중지처분을 취소하였다.

행정처분의 적법여부는 그 처분당시의 사정을 기준으로 판단하여야 할 것이므로 원고가 이 사건 임야부분에서 석회석채광작업을 계속하기 위하여 위 복구명령을 이행하지 않고 있다고 하더라도 피고가 이 사건 산림훼손중지처분과 위 복구명령을 동시에 한 이상 현재 위 복구명령이 이행되지 않고 있다고 하더라도 피고가 위 복구명령의 불이행을 이유로 원고에게 별도의 처분을 함은 변론으로 하고 이로써 그 이전에 한 이 사건 산림훼손중지처분의 적법성을 판단하는 사유로 삼을 수는 없다고 할 것이며, 또한 수익적 행정처분의 취소 등에 있어서는 기득권의 침해를 정당화할 만한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있어야 할 것인데 피고가 이 사건 산림훼손중지처분을 한 사유는 고속도로 1.4킬로미터 이내의 가시지역으로 미관이 크게 훼손되어 산림보호를 위한 중간복구의 필요성이 있다는 것이나, 기록에 의하면 원고는 고속도로가 개통되기 이전인 1962.부터 이미 사업인가를 받아 위 광구내에서 석회석을 채굴하여 왔고 88올림픽성화봉송은 1988.9.6. 대전에서 전주간을 차량에 의하여 이미 봉송되었으며, 원고의 석회석채굴은 지표 및 지하에 매장된 석회석을 채취하는 것으로 그 지역에서 채굴이 끝나야 광구내 인접지로 이전하여 채굴하게 되는데 이 사건 임야부분은 아직 채굴이 끝나지도 않은 곳이어서 그 상태에서 산림훼손을 중지하고 중간복구를 한다는 것은 부당함이 엿보이고, 여기에 위 실시와 같이 원고가 거액의 자본을 투자한 점 등을 고려해 보면 원심이 같은 취지에서 이 사건 처분이 재량권을 일탈한 위법한 것이라고 판단한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 행정처분의 취소 등에 관한 이익형량의 원칙을 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 마. 해설

적법하게 성립된 행정처분을 후발적인 사유로 철회하거나 중지하는 것은 하자있는 위법한 행정처분을 취소하는 경우보다 더 제한적인 범위내에서 인정되어야 한다. 더구나 당초의 행정처분이 수익적 행정처분이고 행정청이 이미 인가를 하여 그 상대방이 당해 행위가 존속할 것으로 믿고 그 기초 위에 새로운 법률관계 등 기득권을 형성하였으며, 그 신뢰에 보호가치가 인정되는 경우에는, 특히 이 건의 경우와 같이 중지 및 복구처분이 취소처분과 다를 바 없을 만큼 상대방에게 심대한 침해를 야기하는 경우에는 중지권등이 유보되어 있다가나 상대방이 부담을 이행하지 않거나 근거법령이 변경되었거나 중대한 사정변경이 생긴 경우 및 중대한 공익상의 필요가 생긴 경우에 한정하여 더욱 제한적으로 인정되어야 하며, 그 행사는 중지처분 등으로 인한 공익상의 필요와 상대방이 받게될 불이익을 비교형량하여 신중하게 결정하는 등 신뢰보호의 원칙, 신의성실의 원칙, 비례의 원칙 등을 충분히 고려하여 이루어져야 할 것이다.

한편 대법원은 1983. 7. 12, 83누127 ; 1986. 10. 14, 83누584 및 1988. 12. 10, 88누2212 등에서 경쟁입찰참가자격을 제한하는 행정처분, 자동차검사증개서 및 등록번호취소처분, 자

동차운수사업법 제31조에 의한 자동차운수사업면허의 취소처분 등에 대한 재량권남용여부의 판단 기준으로 취소로 인하여 달성할 공익의 목적과 상대방이 입게될 불이익을 비교하여야 한다는 비교형량의 원칙을 판시한 바 있다.

#### 14. 산림훼손허가처분과 제3자의 원고적격(1999. 12. 13. 90누 10360)

##### 가. 판시사항

행정처분의 직접 상대방이 아닌 부락민 등이 자신들의 농경지등이 훼손 또는 풍수해를 입을 우려가 있다는 이유로서는 산림훼손허가 및 중소기업창업지원승인처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 본 사례

##### 나. 판결요지

피고가 소의 회사에 대하여 한 산림훼손허가 및 중소기업창업사업계획승인처분의 근거가 되는 중소기업창업지원법 및 산림법 등의 관계규정에 비추어 볼 때, 그 처분이 취소됨으로 인하여 제3자인 원고들과 같은 인근주민들의 농경지 등이 훼손 또는 풍수해를 입을 우려가 제거되는 것과 같은 이익은 위 각 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 수 없다.

##### 다. 관련법령

행정소송법 제12조, 중소기업창업지원법 제21조, 산림법 제90조

##### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 변○식 외 2인

【피고, 피상고인】 거창군수

【원심판결】 부산고등법원 1990.11.14. 선고 89구2424 판결.

##### 마. 판결이유

행정처분의 직접상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정된다 할 것이나 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 다만 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다고 할 것이다(당원1987.5.26.선고 87누 119 판결, 1989.5.23.선고 88누 8135판결, 1990.5.22.선고 90누 813 판결 등 참조).

원고들은 피고가 소외 경상요업주식회사에 대하여한 1988.11.16.자 산림훼손허가 및 1989.1.31.자 중소기업창업사업계획승인처분에 대하여, 이러한 처분 등에 의하여 위 회사가 이 사건 임야에 적벽돌공장을 설치할 수 있게되어 원고들을 포함한 인근부락민의 농경지와 원고들이 속한 문중의 세장지 등이 훼손 또는 풍수해를 입을 우려가 있게 되었으며, 또한 위 임야의 일부는 원고들 소속문중의 소유라는 이유로, 위 처분 등의 취소를 구하고 있으나, 원고들이 이 사건처분으로 인하여 원고들의 임야, 농경지나 세장지에 대한 훼손 또는 풍수해의 우려 등의 불이익을 받았거나, 그 임야의 일부가 원고들 소속문중의 소유라고 인정할 자료가 없을 뿐만 아니라 이 사건각 처분의 근거가 되는 중소기업창업지원법 및 산림법 등의 관계규정에 비추어 볼 때, 그 처분이 취소됨으로 인하여 원고들과 같은 인근주민들의 농경지나 임야, 세장지 등이 훼손 또는 풍수해를 입을 우려가 제거되는 것과 같은 이익은 위 각 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 수 없으며, 달리 이 사건 행정처분으로 인하여 침해될 원고들의 직접적이고 구체적인 이익이 있음에 관한 주장 입증 이 없다하여 이 사건 소를 각하 하였다. 원심의 위와 같은 판단은 앞에서 말한 법리에 따라 수긍이 가고 그 사실인정과정에 있어서도 소론과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배가 있다 할 수 없다.

## 바. 해설

(1) 행정소송법 제12조 전단은 “취소소송은 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있고, 이에 취소소송에 있어서 소의 이익과 관련하여 원고 적격을 어느 범위까지 인정할 것인가의 문제가 제기되고 있는데, 학설은 권리회복설, 법률상 보호되고 있는 이익구제설, 보호가치있는 이익구제설, 적법성보장설로 나누고 있다.

(2) 권리회복설은 취소소송의 목적을 위법한 처분으로 인하여 침해된 개인의 권리회복에 있다고 보아 권리(자유권, 수익권 등의 공권과 재산권 등의 사권)가 침해된 자만이 취소소송을 제기할 수 있다고 하는 견해이고, 법률상 보호되고 있는 이익구제설은 행정청에 일정한 처분 의무 또는 처분에 있어 일정한 제한을 부과하고 있는 처분근거(제한)규정의 법전체적 목적이 전적으로 공익만을 위한 것이 아니라 적어도(부수적으로) 개개인의 사익도 함께 보호하고자 하는 것일 때에는 그러한 사익은 법적으로 보호되는 이익으로서 그것이 침해된 자에게도 원고적격이 인정된다고 보는 견해이며, 보호가치 있는 사익구제설은 행소법상의 “법률상 이익”이란 소송법상의 이익으로서 당해 이익이 관계법에 의하여 보호되고 있는 경우가 아니더라도 그 실질적 내용이 재판에 의하여 보호할 만한 가치가 있는 것인 때에는 그러한 이익이 침해된 자에게도 원고적격이 인정되어야 한다는 견해이고, 적법성보장설은 취소소송의 목적이 행정의 적법성보장에 있으므로 원고적격의 문제는 원고가 주장하는 이익의 성질을 기준으로 할 것이 아니라 당해 처분에 대한 소송수행에 있어 가장 적합한 권리관계를 가지는 자에게 원고적격을 인정해야 한다는 견해이다.



(3) 우리나라 행소법상의 취소소송은 주관적 쟁송이라는 점에서 볼 때 적법성보장설은 객관적 쟁송화의 우려가 있고, 보호가치이익설은 침해되고 있는 이익이 재판에 의하면 보호할 만한 가치가 있는지 여부의 판단에 관한 객관적인 기준이 제시되어 있지 않으며 단순한 반사적 이익과의 구별도 애매하며, 한편 권리구제설은 그 원고적격의 범위가 지나치게 협소하다는 문제점이 지적되고 있어 통설적 견해는 법적 보호이익설의 입장에 있다. 판례는 각 학설이 아전인수격으로 해석을 하고 있기는 하나 통설적 입장에 있는 것으로 보인다.

따라서 통설, 판례에 의하면, 취소소송의 원고적격자는 당해처분의 상대방 또는 당해 처분을 하도록 규정한 근거법규정이 당해 처분으로 인해 실현된 공익뿐 아니라 부수적으로 당해처분으로 인해 개인이 받게될 이익까지도 보호하고있는 경우 당해처분으로 그 보호된 사익이 침해된 제3자에 한정되고, 이익이 침해된 제3자라도 그 이익이 당해처분의 근거법규정상 보호되고있는 법률상의 이익이 아니라 단순한 경제적 또는 사실상의 이익에 불과한 경우에는 그 제3자는 소익이 없어 원고적격을 갖지 않는다고 한다.

(4) 근거규정이 사익도 함께 보호하고 있는지 여부 및 그 보호이익이 직접적이고 구체적인 이익인지 여부 등의 판단을 일률적으로 확정될 수 없고 적정한 법규해석과 처분대상자 및 관계인들간의 이익 등을 비교형량하는 등 조리에 의하여야 한다는 문제는 여전히 남는다고 하겠다.

## 15. 산림형질변경허가거부처분과 재량권 남용여부(대법원 2000.7.7. 99두66)

### 가. 판결요지

- [1] 1982. 12. 31. 법률 제3640호로 개정된 광업법 제47조의2와 그 부칙 제2항에 의하면 채광계획의 인가에 의한 산림형질변경허가(단 산림법이 1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되기 전에는 산림훼손허가)의 의제는 그 개정 광업법이 시행된 후에 받은 채광계획의 인가에 대하여만 적용되므로, 그 개정 광업법이 시행되기 전에 채광계획의 인가를 받은 때에는 채광의 시행을 위하여 산림형질변경이 필요할 경우 별도로 산림형질변경허가를 받아야 한다.
- [2] 산림형질변경허가는 법령상의 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 신청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 상수원 수질과 같은 환경의 보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요가 있을 경우 그 허가를 거부할 수 있으며, 이는 산림형질변경 허가기간을 연장하는 경우에도 마찬가지이다.
- [3] 천연기념물로 지정된 천호동굴(天壺洞窟)에 인접한 토지에 대한 산림형질변경 허가기간 연장신청에 대하여 그 주변 지역의 자연경관 보호 등을 고려하여 이를 거부한

행정처분이 재량권 남용에 해당하지 않는다고 한 사례.

## 나. 관련법령

구 산림법(1997. 4. 10. 법률 제5323호로 개정되기 전의 것) 제90조 제1항, 구 산림법시행규칙(1998. 2. 13. 농림부령 제1276호로 개정되기 전의 것) 제90조 제1항 제1, 7호

## 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○갑

【피고, 피상고인】 익산시장

【피고, 보조참가인】 여산○씨 대종회

【원심판결】 광주고법 1998.12.3. 선고 97구4486 판결

## 라. 판결이유

1982.12.31. 법률 제3640호로 개정된 광업법 제47조의2와 그 부칙 제2항에 의하면 채광계획의 인가에 의한 산림형질변경허가(단 산림법이 1994.12.22. 법률 제4816호로 개정되기 전에는 산림훼손허가)의 의제는 그 개정 광업법이 시행된 후에 받은 채광계획의 인가에 대하여만 적용되므로, 그 개정 광업법이 시행되기 전에 채광계획의 인가를 받은 때에는 채광의 시행을 위하여 산림형질변경이 필요할 경우 별도로 산림형질변경허가를 받아야 하고(대법원 1993.8.24. 선고 93누6928 판결, 1997.11.25. 선고 97누14255 판결 등 참조), 이러한 산림형질변경허가는 법령상의 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 신청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 상수원 수질과 같은 환경의 보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요가 있을 경우 그 허가를 거부할 수 있으며(대법원 1993.5.27. 선고 93누4854 판결, 1997.9.12. 선고 97누1228 판결 등 참조), 이는 산림형질변경허가기간을 연장하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 1997.8.29. 선고 96누15213 판결 참조). 원심판결이 그의 이유설시를 이와는 다소 달리하였으나, 그 개정 광업법이 시행되기 이전에 채광계획의 인가가 이루어진 바 있는 이 사건 석회석 광산에서의 채광 시행을 위하여 그에 필요한 산림형질변경허가와 그 허가기간의 연장을 별도로 받아야 하고, 그 허가기간의 연장에 있어서도 국토와 자연의 유지나 환경의 보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요에 기하여 이를 거부할 수 있다고 본 것은 결론에 있어 정당하고, 거기에 산림형질변경 허가기간 연장의 요건이나 기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장을 받아들이지 아니한다.

산림법(1997.4.10. 법률 제5323호로 개정되기 전의 것) 제90조 제1항 및 같은법시행규칙(1998.2.13. 농림부령 제1276호로 개정되기 전의 것) 제90조 제1항 제1호와 구 문화재보호법

(1999.1.29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것) 제20조 제4호, 구 광업법(1997.12.13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제48조 제1항의 규정 취지에 따르니, 산림형질변경허가나 그 허가기간의 연장에 있어 문화재의 원형보호를 위한 규정인 위의 문화재보호법 제20조 제4호 소정의 문화재 현상 변경행위 허가나 영조물 등 시설의 보호를 위한 공법상의 상린관계에 관한 규정인 위의 광업법 제48조 제1항 소정의 허가 등이 직접적인 금지 또는 제한 규정이 될 수 없지만, 그렇다고 하여 산림형질변경허가와 그 허가기간의 연장에서 문화재나 그 주변 지역에서의 자연경관 보호 등을 고려할 수 없는 것은 아니라고 할 것이다. 기록에 따르니, 1966.2.28.로 천연기념물로 지정된 천호동굴(天壺洞窟)에 인접한 이 사건 4필지 토지에 대한 원고의 1997.5.24. 산림형질변경 허가기간 연장신청에 대하여 피고가 1997.8.13. 이를 불허하는 이 사건 처분을 하면서 당초 위의 문화재보호법의 규정을 적시하였으나, 그 후 피고는 원심변론 과정에서 이 사건 처분은 천연기념물인 천호동굴의 주변 등 자연경관의 보호를 위한 것이라고 주장하여 그 처분 사유를 보다 구체화하고 있고, 원심은 이를 전제로 이 사건 처분에서 천호동굴이나 그 주변 경관의 보호 등을 고려한 것이 재량권 남용에 해당하지 않는다고 판단하고 있음이 분명하며 이는 기록에 비추어 볼 때, 정당한 것으로 판단되므로 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 반려처분에 있어서 재량권남용에 관한 심리미진이나 채증법칙 위배, 문화재보호법 제20조 제4호, 산림훼손허가권자와 허가절차에 관한 법리오해 또는 판단유탈 혹은 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들이지 아니한다.

## 16. 산림훼손허가처분의 법적 성질(1993. 5. 27. 93누 4854)

### 가. 판시사항

- [1] 산림훼손 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 산림훼손허가를 거부할 수 있는 경우 및 그 거부처분에 법규상 명문의 근거가 필요한지 여부(소극)
- [2] 산림훼손허가를 함에 있어 고려할 공익침해 정도의 참작방법

### 나. 판결요지

- [1] 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한지역에 해당하는 경우는 물론금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 허가신청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 상수원의 수질과 같은 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다.
- [2] 산림훼손허가를 함에 있어서 고려하여야 하는 공익침해의 정도 예컨대 자연경관훼손 정도, 소음, 분진의 정도, 수질오염의 정도 등에 관하여 반드시 수치에 근거한 일정한

기준을 정하여 놓고 허가, 불허가 여부를 결정하여야 하는 것은 아니고, 산림훼손을 필요로 하는 사업계획에 나타난 사업의 내용, 규모, 방법과 그것이 환경에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 사회관념상 공익침해의 우려가 현저하다고 인정되는 경우에는 불허가할 수 있다.

#### 다. 관련법령

산림법 제90조 제1항

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○오

【피고, 피상고인】 보은군수

【원심판결】 대전고등법원 1993.1.29. 선고 92구501 판결

#### 마. 판결이유

자연환경보전지역이나 상수원 수질보전특별대책지역으로 지정된 산림 내에서의 광물채취를 위한 산림훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로 법령이 규정하는 산림훼손의 금지 또는 제한 지역에 해당하는 경우는 물론이거니와 그러한 금지 또는 제한 지역에 해당하지 않더라도 허가판청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 그 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 상수원의 수질과 같은 환경의 보전등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 그 허가를 거부할 수 있다고 보아야 하고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다(당원 1992.11.10선고 92누1025 판결 및 1993.4.23.선고 92누7726 판결 각 참조).

그리고 산림훼손허가를 함에 있어서 고려하여야하는 공익침해의 정도 예컨대 자연경관 훼손정도, 소음, 분진의 정도, 수질오염의 정도 등에 관하여는 반드시 수치에 근거한 일정한 기준을 정하여 놓고 허가, 불허가 여부를 결정하여야 하는 것은 아니고, 산림훼손을 필요로 하는 사업계획에 나타난 사업의 내용, 규모, 방법과 그것이 환경에 미치는 영향등 제반 사정을 종합하여 사회관념상 공익침해의 우려가 현저하다고 인정되는 경우에는 불허가할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

원심판결이유에 의하면, 원심은 이 사건 산림훼손허가신청 대상토지는 국토이용관리법상 자연환경보전지역으로 고시되고, 구환경보전법에 의하여 상수원 수질보전 특별대책지역 1권역으로 지정 고시된 지역으로서 원고의 사업계획에 의하면 광산개발을 위한 공작물을 설치하는 과정에서 입목의 벌채, 토지의 형질변경 등의 결과가 필연적으로 수반될 것이고, 그 원상회복도 쉽지 아니할 것이며, 채광과정에서 생기는 석탄 및 폐석 등을 위 신청지

상에 적치할 수밖에 없을 것이어서 자연경관을 해할 것이 명백할 뿐만 아니라, 상수원 수질보전지역으로 지정된 대청호와 불과 600미터 거리에 위치하고 있어 석탄의 채광, 선광, 적치 및 운반과정에서 폐수, 분진 등이 대청호에 유입되어 그 수질을 오염시킬 위험이 상존한다고 보여져 이 사건 원고의 사업계획은 국토이용관리법이나 공유수면관리법등에 비추어 공익에 반한다고 인정한 다음, 그와 같은 공익상의 필요를 들어 한 피고의 이 사건 산림훼손불허가처분은 적법하다고 판단하였다.

## 바. 해설

(1) 산림법 제90조의 2 제1항은 “...토석을 굴취, 채취하고자 하는 자는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장, 군수 또는 영림서장의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있고, 동조 제3항은 “...채석허가를 하고자 하는 지역이 국토 및 자연의 보전, 문화재 및 국가의 중요한 시설의 보호 기타 공익상의 필요가 있는 때는 대통령령이 정하는 지역에서의 채석허가를 해서는 안된다”고 규정하여 산림훼손(토석채취)의 허가의 소극적 요건을 대통령령에 위임하고 있고, 이에 의한 동시행령 제79조 제2항은 제1 내지 6호에서 판단의 여지가 없는 일의 적, 특정된 지역을 규정하고, 다만 제7호에서 “기타 국토의 보존과 산림의 보호를 위하여 산림청장이 지정하는 지역”을 규정하여 산림청장에게 그 지정권을 위임하였는데, 산림내토석채취사무취급요령(90. 7. 14 산림청예규 335호) 제11조에 그 해당지역을 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 위 규정에 해당하는 금지구역에 대하여는 무조건 허가할 수 없다. 결국 토석채취허가의 첫 번째 요건으로서는 법령에 의한 금지구역이 아닐 것이 요구되는 셈이다.

이와 같이 위 금지구역 내에서의 채취허가는 그 규정상 허용되지 않으므로 이에 대한 행정청의 토석채취 불허가의 법적성질은 기속행위라 할 것이다.

(2) 그러나 위 금지, 제한구역이 아닌 지역에서 행정청은, “시장, 군수가 토석채취 허가를 하기 위해서는 허가제한지역에 해당하는지 여부와 허가신청지역 내의 임황(林況), 지황(地況), 채석이 인근주민에게 미치는 영향이 어떠한지 등을 조사하여야 한다”고 규정한 산림법시행규칙 제95조 제2항 등의 규정에 비추어 그곳의 임황, 지황과 주민에게 미치는 영향 등을 조사한 후 국토 및 자연의 보전등 보호해야 할 중대한 공익상의 필요가 인정되는지 여부를 판단하여 허가신청자에 대한 토석채취허가여부를 결정할 수 있는 재량권 또는 판단여지를 갖는다고 해석하여야 할 것이다.

대법원도 이견 판결 외에도 대법원 1993. 4. 23, 99누7726, 대법원 1992. 11. 27, 92누12698, 대법원 1992. 11. 24, 92누7184, 대법원 1992. 10. 27, 92누2745 등에서 일관되게 위와 같은 해석을 하고 있다.

한편 채석허가는 근본적으로 사유재산권의 행사제한을 해제하는 성질을 띠고 있다는 점을 고려할 때 해당청의 완전한 자유재량행위로는 볼 수 없고 법령상 금지구역에 해당하지

아니하고 불허가를 할 공익상의 필요가 없는 한 허가를 하여야 하는 기속재량행위로 봄이 타당하다는 견해도 있다.

(3) 한편 산사태로 인한 농경지매몰 우려, 생활용수오염, 법정제한구역과의 거리등도 공익성 판단의 구체적인 기준으로 고려될 수 있다 할 것인데, 다만 대법원 1992. 9. 25, 91누 13083 판결은 인접주민의 진정은 그 자체로는 공익성 판단의 기준이 될 수 없고 그 내용을 살펴 공익에 반하는지 여부를 판단하여야 한다고 판시하였다.

### 17. 임야조사상 연고자 기재와 사정 인정여부(대법원 1999.9.3. 99다18619)

#### 가. 판시사항

- [1] 임야조사서의 소유자란에 ‘국’, 그 연고자란에 특정 개인의 씨명과 주소가 기재되어 있으나 비고란이 공란으로 되어 있고 임야원도에 그 씨명이 괄호 속에 기재되어 있는 경우, 연고자로 기재된 자가 그 임야를 사정 받았다거나 양여받았다고 볼 수 있는지 여부(소극)
- [2] 구 조선임야조사령 시행 이전에 작성된 임야조사부상 국유 사유구분란에 ‘국’, 그 소유자 또는 연고자란에 특정 개인의 씨명, 주소가 기재되어 있고 비고란이 공란으로 남아 있는 경우, 구 조선임야조사령에 의한 임야조사서의 경우와 달리 연고자로 기재된 자가 그 임야를 사정받았다거나 양여받았다고 볼 수 있는지 여부(소극)
- [3] 6·25 전쟁 중 멸실 되었다가 구 지적법 시행 당시 당사자의 신고에 의하여 복구된 임야대장의 소유자란에 갑이 사정 받은 것으로 기재되어 있으나 임야조사서에는 갑이 단지 국유 임야에 대한 연고자로 기재되어 있을 뿐인 경우, 갑이 그 임야를 사정 받았다고 인정할 수 있는지 여부(한정 소극)
- [4] 등기부와 임야대장 등 지적공부가 6·25 전쟁 중 멸실된 임야에 관하여 사방지정지 지정 고시나 보안림해제(예정지) 고시에 특정 개인이 소유자로 기재되어 있는 경우, 그 특정 개인의 소유를 인정할 수 있는지 여부(소극)

#### 나. 판결요지

- [1] 구 조선임야조사령(1918. 5. 1. 제령 제5호, 폐지) 제3조, 제10조, 동 시행규칙(1918. 5. 1. 총령 제38호, 폐지) 제1조, 제9조, 동 시행수속(1918. 11. 26. 조선총독부훈령 제59호, 폐지) 제27조, 제51조, 제77조 및 그 별지 제9호 서식, 제79조, 구 조선특별연고삼림양여령(1926. 4. 5. 제령 제7호, 폐지) 제1조, 제2조 등 관계 규정을 종합하면, 임야조사사업 당시 조사령에 의하여 작성된 임야조사서상의 소유자란에 ‘국’으로 기재되고 그 연고자란에 특정 개인의 씨명과 주소가 기재되어 있으나 비고란이 공란으로

되어 있고, 임야원도에 그 씨명이 괄호 속에 기재되어 있는 경우에, 위 관계 규정 중 특히 시행수속 제79조에서 “조사령 제10조의 규정에 의하여 민유로 사정하여야 할 국유 임야의 연고자의 씨명, 주소는 이를 소유자의 씨명, 주소란에 기재하고 비고란에 지적계없음(地籍届ナシ)이라고 기재하여야 한다.”고 규정하고, 그 별지 제9호 양식(임야조사서 용지)의 비고란의 기재방법에 관한 설명에서도 이 점을 분명히 하고 있으며, 시행수속 제27조에서 “민유 또는 조사령 제3조 제2항의 연고 있는 것으로 신고된 임야로서 좌의 각 호의 1에 해당하는 것은 구 삼림법 제19조의 규정에 의한 계출을 하였는지의 여부를 묻지 않고 이를 민유로 조사한다.”고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 국유 임야의 연고자로 신고하였으나 그 후 조사를 거쳐 작성된 임야조사서와 임야원도에 국유 임야의 연고자로 기재되어 있을 뿐인 경우에는 조사령 제10조나 시행수속 제27조의 각 호에 해당하지 아니한 것으로 조사된 결과라고 추정하여야 할 것이므로, 그 기재방법을 위 시행수속 규정대로 따르지 아니한 사정이나 그와 같이 국유 임야의 연고자로 기재된 자가 구체적으로 어떠한 연고를 가지고 있었는지를 입증하지 못하는 한 그 연고자가 조사령 제10조 또는 시행수속 제27조의 각 호에 해당하여 당해 임야의 소유자로 사정 받았거나 양여령에 의하여 당해 임야를 양여받았다고 볼 수 없다.

- [2] 구 조선임야조사령 시행 이전에 작성된 임야조사부가 그 명칭과 서식이 구 조선임야조사령 및 동 시행수속에 규정된 것(명칭이 임야조사서이고 소유자란과 연고자란이 구별되어 있음)과 다소 다르다고 하더라도 해당 임야가 조선총독이 지정한 지역에 위치하고 있는 이상 이는 구 조선임야조사령에 의하여 작성된 것과 동일한 의미를 가진다고 보아야 할 것이므로, 그와 같은 임야조사부상 국유 사유 구분란에 ‘국’으로, 그 소유자 또는 연고자란에 특정 개인의 씨명, 주소가 기재되어 있고 비고란이 공란으로 남아 있는 경우에 이는 당해 임야가 국유로 사정된 토지인데 특정 개인이 연고자라는 뜻을 나타낸 것으로서 그 후 ‘국’자가 적법하게 주말되고 ‘사(私)’자로 정정되었다는 사정이 없는 한, 조사령이 시행된 이후에 작성된 임야조사서의 소유자란에 ‘국’으로, 그 연고자란에 특정 개인의 씨명, 주소가 기재되고 비고란이 공란으로 되어 있는 경우와 그 해석을 달리할 수 없다.
- [3] 6·25 전쟁 중 멸실 되었다가 구 지적법(1975. 12. 31. 법률 제2801호로 개정되기 전의 것) 시행 당시 당사자의 신고에 의하여 복구된 임야대장의 소유자란에 기재된 자에게 그 기재 자체만으로 소유권이 귀속되었다고 추정할 수 없다고 하더라도 그 임야대장에 ‘갑’이 사정 받은 것으로 기재되어 있다면 그 명의로 사정되었다고 인정할 자료의 하나로 삼을 수 있다고 할 것이지만, 구 지적법 시행 당시에는 멸실된 임야대장의 복구에 관한 절차가 전혀 없었다는 사정을 감안할 때 그 임야에 대한 임야조사서에 ‘갑’이 단지 국유 임야에 대한 연고자로 기재되어 있을 뿐임이 밝혀진 경우에는 그 임야대장 작성 당시 ‘갑’이 사정 받은 것으로 기재하게 된 구체적인 근거나 경위

가 밝혀지지 아니하는 한 그러한 임야대장을 가지고 ‘갑’이 그 임야를 사정 받았다고 인정할 수는 없다.

- [4] 국유로 사정된 임야에 관하여 구 삼림령(1911. 6. 20. 조선총독부 제령 제10호, 폐지)에 의한 조선총독부의 ‘보안림 편입 고시’에 개인이 소유자로 기재되어 있는 경우에 그 기재에 권리 추정력을 부여하는 것은 그 기초가 되는 ‘보안림 편입조서’를 작성할 때 그 소유자를 조사하여 기재하도록 되어 있고, 이는 당시의 등기부 또는 임야대장의 기재에 따랐을 것이라고 여겨지기 때문인 것이므로, 그 등기부와 임야대장 등 지적공부가 6.25 전쟁 중 멸실된 후에 사방지정지 지정 고시나 보안림해제(예정지) 고시가 된 경우에는 그 고시에 특정 개인이 소유자로 기재되어 있다고 하더라도 그와 같이 소유자로 기재하게 된 구체적인 근거나 경위가 밝혀지지 아니하는 한 그러한 기재를 가지고 특정 개인을 당해 임야의 소유자라고 인정하거나 그러한 기재의 근거가 된 적법한 권리추정력이 있는 관계 서류가 존재하고 있었다고 추정할 수 없다.

#### 18. 임야조정서상의 연고자에 대한 사정여부의 추정력 (1994. 6. 24. 94다 13152)

##### 가. 판시사항

임야조사서의 소유자란에 “국”으로 기재되고, 연고자란에 특정개인의 주소, 성명이 기재되어 있는 경우, 연고자로 기재된 자가 임야의 소유자로 사정 받은 것이라고 인정하기 위한 전제 요건

##### 나. 판결요지

조선임야조사령(1918.5.1. 제령 제5호, 폐지) 제3조, 제10조, 구 조선임야조사령시행규칙(1918.5. 총령 제38호, 폐지) 제1조, 제9조의 각 규정을 종합하여 보면 위 조사령에 의하여 작성된 임야조사서상의 소유자란에 “국”으로 기재되고, 그 연고자란에 특정 개인의 주소, 성명이 함께 기재되어 있는 경우에 있어서, 연고자로 기재된 자가 구 삼림법(융회2.1.21. 법률 제1호) 제19조에 의한 지적의 계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 임야의 종전 소유자 내지 그 상속인이라면 위 조사령 제10조의 규정에 따라 임야의 사정 당시 그 연고자의 소유로 사정되었을 가능성이 크다고 할 것임은 물론이지만, 그렇지 않고 그가 이와 다른 내용의 연고관계를 가지는 자에 속하는 경우라면 별다른 사정이 없는 한 위 임야가 그 연고자의 소유로 사정되었다고 추단하기는 어려우며, 더욱이 구 조선임야조사령시행수속(1918.11.26. 조선총독부 훈령 제59호, 폐지) 제79조에 의하면, 임야조사서의 기재방법에 있어 위 조사령 제10조의 규정에 따라 민유로 사정하여야 할 국유임야의 연고자의 씨명, 주소는 이를 소유자의 씨명, 주소란에 기재하고, 그 비고란에 “지적계출 없음”이라고 기재하



여야 한다고 규정하고, 그 별첨 제9호 양식(임야조사서 용지)의 비고란의 기재방법에 대한 설명에서도 이 점을 분명히 하고 있는바, 위와 같이 임야조사서상에 소유자는 “국”, 연고자는 특정 개인으로 각 기재되고, 그 비고란에도 “지적계출 없음”이라는 뜻이 전혀 기재되어 있지 않다면, 그 기재방법을 위 지침대로 따르지 않은 연유가 따로 밝혀지지 않는 한, 해당 임야가 같은 법 제19조의 규정에 따른 지적의 계출이 없었기 때문에 국유로 귀속된 것이고, 나아가 연고자로 기재된 자가 종전 소유자 내지 그 상속인의 지위에서 임야의 소유자로 사정 받은 것이라고 보기는 곤란하다.

#### 다. 관련법령

민법 제186조 구 조선임야조사령 제3조, 제10조구 조선임야조사령시행규칙 제1조, 제9조구 삼림법(융희2.1.21. 법률 제1호) 제19조

#### 라. 당사자 등

【원고, 피상고인】 서○국 외 8인

【피고, 상 고 인】 대한민국

【원심판결】 수원지방법원 1994.1.18. 선고 93나8327 판결

#### 마. 판결이유

조선임야조사령(1918.5.1. 제령 제5호. 이하 조사령이라고 함) 제3조에서는, “임야의 소유자는 도장관이 정하는 기간내에 씨명 또는 명칭, 주소 및 임야의 소재와 지적을 부윤 또는 면장에게 신고하여야 한다. 국유임야에 대하여 조선총독이 정하는 연고를 가진 자는 전항의 규정에 준하여 신고하여야 한다. 이 경우에 있어서는 그 연고도 신고하여야 한다. 전항의 규정에 의한 연고자가 없는 국유임야에 대하여는 보관관청이 조선총독이 정하는 바에 의하여 제1항에 규정하는 사항을 부윤 또는 면장에게 통지하여야 한다”고 규정하고, 이에 따라 조선임야조사령 시행규칙(1918.5. 총령 제38호) 제1조에서 위 조사령 제3조 소정의 ‘국유임야에 대하여 조선총독이 정하는 연고를 가진 자’로서, ‘고기 또는 역사의 증명하는 바에 의하여 임야에 연고를 가진 사찰’(제1호), ‘융희 2년 법률 제1호 삼림법 제19조의 규정에 의한 지적의 계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 임야의 종전 소유자 또는 그 상속인’(제2호), ‘개간, 목축, 조립 또는 공작물의 건설을 위하여 임야를 차수 받은 자’(제3호), ‘융희 2년 법률 제1호 삼림법 시행 전에 적법하게 점유를 하여 인속금양을 하는 자’(제4호), ‘국유임야에 있어서 입회의 관행을 가진 자’(제5호), ‘부분림의 분수의 권리를 가진 자’(제6호) 등을 각 열거규정하고 있으며, 한편으로 위 조사령 제10조에서는 “융희 2년 법률 제1호 삼림법 제19조의 규정에 의하여 지적의 계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 임야는 구 소유자 또는 그 상속인의 소유로 이를 사정하여야 한다”라고 규정하고, 위 조사령 시행규칙 제9조에

서는 위 조사령 제10조에 규정한 임야의 사정을 구하는 자는 위 조사령 제3조의 신고와 동시에 그 뜻을 도장관에게 원출(願出)하여야 한다고 규정하고 있다.

이러한 제반 규정들의 내용을 종합하여 보건대, 위 조사령에 의하여 작성된 임야조사서상의 소유자란에 ‘국’으로 기재되고, 그 연고자란에 특정 개인의 주소, 성명이 함께 기재되어 있는 경우에 있어서, 위 연고자로 기재된 자가 구 삼림법 제19조에 의한 지적의 계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 임야의 종전 소유자 내지 그 상속인이라면 위 조사령 제10조의 규정에 따라 위 임야의 사정 당시 그 연고자의 소유로 사정되었을 가능성이 크다고 할 것임은 물론이지만(당원 1989.8.8.선고 88다카27195 판결 참조), 그렇지 않고 그가 이와 다른 내용의 연고관계를 가지는 자에 속하는 경우라면 별다른 사정이 없는 한 위 임야가 그 연고자의 소유로 사정되었다고 추단하기는 어렵다. 따라서 위 임야조사서상에 연고자로 기재된 자가 그 임야에 관하여 구체적으로 어떤 내용의 연고를 가지고 있었는지를 분명히 가려 보지도 않고, 위와 같은 임야조사서상의 기재만에 터잡아 곧바로 위 연고자가 위 구 삼림법 제19조에 의한 지적의 계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 임야의 종전 소유자 내지 그 상속인으로서, 소관 당국에 위와 같은 내용의 연고관계를 신고함에 따라 그가 소유권자의 사정과정에서 위 임야의 소유자로 사정 받게 된 것이라고 인정할 수는 없다 할 것이다.

더우기 위 조사령에 의한 임야의 조사사무의 구체적인 절차에 관한 지침으로 마련된 조선임야조사령 시행수속(1918.11.26. 조선총독부 훈령 제59호) 제79조에 의하면, 임야조사서의 기재방법에 있어 위 조사령 제10조의 규정에 따라 민유로 사정하여야 할 국유임야의 연고자의 씨명, 주소는 이를 소유자의 씨명, 주소란에 기재하고, 그 비고란에 ‘지적계출없음’이라고 기재하여야 한다고 규정하고, 그 별첨 제9호 양식(임야조사서 용지)의 비고란의 기재방법에 대한 설명에서도 이 점을 분명히 하고 있는바, 위와 같이 임야조사서상에 소유자는 ‘국’, 연고자는 특정 개인으로 각 기재되고, 그 비고란에도 ‘지적계출 없음’이라는 뜻이 전혀 기재되어 있지 않다고 한다면, 그 기재방법을 위 지침대로 따르지 않은 연유가 따로 밝혀지지 않는 한, 해당 임야가 구 삼림법 제19조의 규정에 따른 지적의 계출이 없었기 때문에 국유로 귀속된 것이고, 나아가 위 연고자로 기재된 자가 종전 소유자 내지 그 상속인의 지위에서 위 임야의 소유자로 사정 받은 것이라고 보기는 여간 곤란하다 아니할 수 없다.

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면 이 사건 임야에 관하여 임야조사서상 그 소유자란에 피고(국), 연고자란에 위 서○보의 주소, 성명이 나란히 등재되고, 그 신고 및 통지 연월일란에 1919.4.20.로 기재되어 있음은 원심이 인정한 바와 같으나, 그 밖에 위 임야가 원래 구 삼림법 제19조에 의한 지적의 계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 임야로서, 위 서○보가 종전 소유자 내지 그 상속인이었다거나, 그가 위 임야조사 당시 실제로 위와 같은 내용의 연고관계를 신고하고, 또는 자기 앞으로의 사정을 구하는 취지의 연고임야소유권사정원을 제출하였다고 볼만한 아무런 사정도 없고, 특히 위 임야조사서상에는 이 사건 임야의 인근에 있는 다른 여러 필지의 임야들과는 달리 위 임야의 해당 비고란에 ‘지적계

출 없음'이라는 뜻이 전혀 기재되어 있지도 아니함을 알 수 있다. 이와 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 임야는 위 서○보의 개인 소유로 사정된 것이라기 보다는 오히려 피고(국)의 소유로 사정된 것이고, 위 서○보는 단순한 연고권자로 신고, 조사되었을 가능성이 매우 크다고 여겨진다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 임야에 대한 임야조사서상에 위 서○보가 연고자로 기재되어 있다는 점만에 의하여 곧 그가 위 임야의 소유자로 사정 받은 것이라고 인정하였으니, 거기에는 조선임야조사령 소정의 임야사정에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실관계의 인정을 그르친 잘못이 있다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

#### 마. 해설

(1) 대법원 1986. 6. 10, 84다카1773 전원합의체판결은, “토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정 내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정된다”라고 판시(同旨 1994. 10. 28, 93다60991 판결)하여 토지조사부의 소유자란에 기재된 자에게 그 토지가 사정된 것으로 추정할 바 있으나, 이 건 판결이유에서 본 대법원 1989. 8. 8, 88다카27195 판결내용(同旨 대법원 1990. 4. 24, 89다카22876 판결 및 1993. 4. 23, 92다43548 판결)과 같이 연고자란에 연고자로 이름, 주소 등이 기재된 경우 그 자가 지적계출을 하지 아니하여 국유로 귀속된 이 건 임야의 종전 소유자 내지 그 상속인이라는 점이 인정되면 위 임야의 사정당시 그 연고자의 소유로 사정되었을 가능성이 크다할 것이다.

(2) 그러나 본 건의 경우처럼 토지조사부의 비고란에 “지적계출 없음”이라는 기재가 없고 달리 조선임야조사령 시행규칙에 따르지 않았다는 특별한 사정이 없는 한, 연고자로 기재된 자가 이 건 임야에 관하여 어떤 내용의 연고를 가졌는지 알 수 없어 그 자를 국유로 귀속된 이 건 임야의 종전 소유자 내지 그 상속인으로서 이 건 임야를 사정 받았던 자라고 속단할 수는 없다는 것이 본 대법원 판결의 입장이다.

(3) 본 건 판결에 대하여는 다음과 같은 평석<sup>31)</sup>이 있다.

(가) 조사령 제3조 제2항에 따라 국유임야의 연고신고가 있는 경우 임야조사 사무의 취급예를 관계 법령규정에 의하여 유형별로 보면,

- ① 지적미계출, 즉 국유임야의 종전 소유자 내지 그 상속인으로 신고하고, 동시에 민유사정원을 제출한 경우(조사령 10조, 시행규칙 9조 : 사정 받기 위해서는 위 민유사정원을 제출하도록 하고있음)

임야조사서상 소유자란에 해당 연고자의 주소, 씨명을 기재하고, 비고란에 “지적계

31) 민경도, 대법원판례해설, 1994상반기, 통권 제21호 22-23면

출 없음”이라고 기재하고, 연고자의 소유로 사정된 경우(조사령 10조, 시행규칙 79조, 77조, 별지 서식 제9호)이다.

- ② 연고자에게 특별히 소유권증명서류 등이 갖추어져 있는 경우..... 임야조사서상 소유자란에 해당 연고자의 주소, 씨명을 기재하고, 연고자의 소유로 사정(시행규칙 27조)된 경우이다.
  - ③ 그 밖의 모든 경우... 즉 지적미계출 연고자의 경우도 아니고, 소유권증명서류 등이 구비된 때도 아닌 경우로서 임야조사서상 소유자란에 “국(國)”, 연고자란에 해당 연고자의 주소, 씨명을 기재하고 국유로 사정된 경우로 나눌 수 있다.
- (나) 따라서 위 유형에 의하면 당시의 법령내용에 비추어 보아 임야조사서상에 단순히 연고자라고만 기재되어 있고, 비고란에 “지적계출 없음”이라는 기재가 없다면, 그 기재가 위 시행규칙의 규정에 정한 바에 따르지 않은 것이라고 인정할만한 특별한 사정이 없는 한, 그 임야는 지적계출의 해태로 국유로 귀속된 임야로서 그 연고자 명의로 사정 받았다고 볼 수 없고, 한편 위 임야조사서상의 “신고 또는 통지년월일”의 기재는 조사령 제3조에서 규정하고 있는 소유나 연고의 신고 또는 통지의 연월일을 의미하는 것이고, 연고의 종류에는 조사령시행규칙 제1조 소정의 여러 연고가 있어 그 연고의 신고가 반드시 지적계출의 해태로 인해 국고로 귀속된 임야에 관한 연고의 신고라고 단정 할 수는 없다.
- (다) 본 건 판결은 임야조사 당시의 법령의 내용에 따른 것으로서 연고자로 기재된 자에게 사정된 것으로 본다고 한 종전의 판결을 뒤집어 사실상 그 입증책임의 소재에 관한 변화를 가져왔다는 점에서 큰 의의가 있다할 것이다.

### 19. 임야조사서의 연고자에게 사정을 인정한 사례 (대법원 1998.7.24. 96다16506)

#### 가. 판시사항

- [1] 구 조선임야조사령 시행 이전에 작성된 임야조사서의 국유 사유구분란에 ‘國’, 소유자 또는 연고자란에 갑의 이름이 기재되었다가 위 ‘國’이 ‘私’로 정정되고 정정인이 찍혀 있으며 그 비고란에 ‘지적계출 없음’이라는 뜻이 기재되지 않은 경우, 갑이 사정 받은 것으로 인정한 사례
- [2] 국유(전귀속 : 前歸屬)임야대장의 권리추정력

#### 나. 판결요지

- [1] 구 조선임야조사령 시행 이전에 작성된 임야조사서의 국유 사유구분란에 ‘國’, 소유자 또는 연고자란에 갑의 이름이 기재되었다가 위 ‘國’이 ‘私’로 정정되고 정정인이 찍혀

있으며 그 비고란에 ‘지적계출 없음’이라는 뜻이 기재되지 않은 경우, 갑이 사정 받은 것으로 인정할 사례.

- [2] 6·25 사변으로 멸실 되기 전의 임야대장에 터 잡아 전국의 귀속임야를 기재한 귀속 임야대장이 만들어졌고, 이를 근거로 1952. 7. 26. 국유화결정이 이루어졌으며, 이 결정이 이루어지자 그 대장 임야들을 귀속임야국유화대장, 귀속재산국유화조치대장, 국유화결정귀속임야대장, 국유(전귀속 : 前歸屬)임야대장에 기재한 데 이어, 재무부와 농림부의 협의로 국유화결정귀속임야대장의 정비작업이 이루어진 것이므로, 국유(전귀속)임야대장은 결국 6·25 사변으로 멸실 되기 전의 임야대장에 터잡아 이루어졌다고 할 수 있고, 따라서 위 임야대장 중 소유자란 기재에 부여된 권리추정력은 국유(전귀속)임야대장에도 그대로 이어진다고 할 수 있으므로, 국유(전귀속)임야대장에 귀속재산으로 기재되어 있는 임야는 1945. 8. 9. 현재 일본인의 소유라고 봄이 타당하다.

#### 다. 관련법령

구 조선임야조사령(1918. 5. 1. 제령 제5호, 폐지) 제3조, 제10조: 구 조선임야조사령시행수속(1918. 11. 26. 조선총독부 훈령 제59호, 폐지)제27조, 제79조: 구 삼림법(융희 2. 1. 21. 법률 제1호, 폐지) 제19조

#### 라. 판결이유

위 임야조사서 작성 당시 시행되었던 임야조사감독원급조사원심득(조선총독부 경기도 훈령) 제13조, 제18조, 제35조, 제36조에 의하면 임야조사서를 작성함에 있어서 국유 사유 구분의 인정 등 소정 사항에 오류, 불비 또는 불명의 사항이 있어 이를 정정할 필요가 있을 경우 감독주임의 지시에 따라 내업감독원이 이를 정정할 수 있도록 규정되어 있고, 한편 임야조사서에 소유자가 ‘국’으로, 연고자가 특정 개인의 성명으로 기재되어 있을 뿐 비고란에 ‘지적계출 없음’이란 기재가 없는 경우라고 하더라도, 임야조사서의 기재방법이 위 시행수속이 정하는 지침대로 따르지 않은 사정이나 당해 임야가 위 시행수속 제27조의 각 호에 해당하는 임야인 사정 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그 임야가 연고자란에 기재된 자의 소유로 사정된 것으로 인정할 수 있다고 할 것인데(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다13152 판결, 1995. 11. 28. 선고 95다1613, 1620 판결, 1997. 7. 11. 선고 97다9871 판결 등 참조), 위 시행수속 별첨 제9호 양식(임야조사서 용지) 비고 5.에 어떤 방법으로 기입할 것인지에 관하여 아무런 규정이 없으므로 이러한 임야로 밝혀진 경우에는 비고란에 아무런 기재를 하지 않을 수도 있다고 보여지는 점 및 이 사건 임야조사서의 전체적인 정정 내용 등에 비추어 보면, 당초에 이 사건 임야의 임야조사서상 국유 사유구분란에 국으로 기재하고 그 소유자 또는 연고자란에 위 이○운의 이름을 기재함으로써 위 임야가 국유로 사정된 토지인데 위

이○운이 그 연고자라는 뜻을 나타내었다가 후에 그와 같은 조사가 잘못된 것이고 위 임야는 위 이○운의 사유로 조사, 사정되어야 할 토지임이 밝혀져 이와 같은 뜻을 나타내기 위하여 담당공무원이 이를 적법하게 정정한 것으로 인정함이 상당하다고 할 것이다.

6·25 사변으로 멸실 되기 전의 임야대장에 터 잡아 전국의 귀속임야를 기재한 귀속임야대장이 만들어졌고, 이를 근거로 1952. 7. 26.자 국유화결정이 이루어졌으며, 이 결정이 이루어지자 그 대장 임야들을 귀속임야국유화대장, 귀속재산국유화조치대장, 국유화결정귀속임야대장, 국유(전귀속: 前歸屬)임야대장에 기재한 데 이어, 재무부와 농림부의 협의로 국유화결정귀속임야대장의 정비작업이 이루어진 것이므로, 국유(전귀속)임야대장은 결국 6·25 사변으로 멸실 되기 전의 임야대장에 터 잡아 이루어졌다고 할 수 있고, 따라서 위 임야대장 중 소유자란 기재에 부여된 권리추정력은 국유(전귀속)임야대장에도 그대로 이어진다고 할 수 있으므로, 국유(전귀속)임야대장에 귀속재산으로 기재되어 있는 임야는 1945. 8. 9. 현재 일본인의 소유라고 봄이 타당하다고 할 것인바(대법원 1992. 6. 26. 선고 92다12216 판결, 1995. 5. 26. 선고 95다12125 판결, 1996. 11. 15. 선고 96다32812 판결 등 참조), 원심이 인용한 을 제3호증의 1, 2인 ‘국유(전귀속: 前歸屬)임야대장’에 이 사건 임야가 1945. 8. 9. 당시 일본인인 곡본민부(谷本敏夫)의 소유로 등재되어 있음이 분명하므로 위 법리에 비추어 이 사건 임야는 1945. 8. 9. 당시 일본인 곡본민부가 소유하였다가 군정법령에 의하여 미군정청이 귀속재산으로 취득하였다고 보아야 할 것이다.

결국 피고의 이 사건 임야의 소유권 취득사실을 인정하고 피고 명의의 소유권보존등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라는 피고의 주장을 받아들여 원고들의 이 사건 소유권확인청구 및 소유권보존등기말소청구를 배척한 원심의 판단은 정당하고, 위 을 제3호증의 1, 2가 권리관계를 확신할 수 없는 행정자료 등을 기초로 작성된 것이어서 신빙성이 없다는 상고이유의 주장도 이유 없다.

## 20. 변상금의 징수가 기속행위인지 여부등(대법원 2000.1.28. 97누4098)

### 가. 판시사항

- [1] 국유재산의 무단점유 등에 대한 변상금의 징수가 기속행위인지 여부(적극)
- [2] 국유재산 무단점용자에 대한 변상금 산정을 위한 국유재산가액 평가의기준 시기(=점유개시시)

### 나. 판결요지

- [1] 국유재산의 무단점유 등에 대한 변상금 징수의 요건은 국유재산법 제51조 제1항에 명백히 규정되어 있으므로 변상금을 징수할 것인가는 처분청의 재량을 허용하지 않

는 기속행위이다.

- [2] 국유재산의 무단점용에 대하여 부과하는 변상금 및 그 기준이 되는 대부료의 산정을 위한 국유재산 가액의 평가는 달리 특별한 사정이 없는 한 점유자가 점유를 개시할 당시의 상태를 기준으로 하여야 하고 점유개시 이후에 점유자가 원래의 토지용도와 다른 용도로 형질변경한 경우라 하더라도 변경된 상태를 기준으로 하여서는 아니 된다.

#### 다. 관련법령

국유재산법 제51조 제1항, 구 국유재산법시행령(1996. 6. 15. 대통령령 제15026호로 개정되기 전의 것)제26조 제1항, 제26조의2, 제56조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상고인 겸 피상고인】 ○○주식회사

【피고, 피상고인 겸 상고인】 북부지방산림관리청 수원국유림관리소장

【원심판결】 서울고법 1997. 1. 29. 선고 96구13424 판결

#### 마. 판결이유

(1) 국유재산의 무단점유 등에 대한 변상금징수의 요건은 국유재산법 제51조 제1항에 명백히 규정되어 있으므로 변상금을 징수할 것인가는 처분청의 재량을 허용하지 않는 기속행위이다(대법원 1998. 9. 22. 선고 98두7602 판결 참조). 원고가 사법상 법률행위의 영역에 속하는 이 사건 국유림의 대부기간 연장요청에 대하여 피고가 원심 판시와 같은 연장조건을 제시하면서 이를 받아들이지 아니하는 원고에 대하여 대부기간 연장을 거부한 것이 원고의 주장대로 신의칙에 위배하거나 권리남용에 해당한다 하더라도, 이에 대하여 민사상의 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 이로써 대부기간이 자동적으로 연장되는 효과가 발생하는 것이 아닌 이상 변상금의 부과 위법 규정에 의하여 불가피한 것이고, 그 부과처분이 신의칙이나 권리남용금지의 원칙 또는 공법상의 신뢰보호의 원칙이나 부당결부금지의 원칙에 위배되어 위법하다고 할 수 없다.

(2) 국유재산의 무단점용에 대하여 부과하는 변상금 및 그 기준이 되는 대부료의 산정을 위한 국유재산 가액의 평가는 달리 특별한 사정이 없는 한 점유자가 점유를 개시할 당시의 상태를 기준으로 하여야 하고 점유개시 이후에 점유자가 원래의 토지용도와 다른 용도로 형질변경한 경우라 하더라도 변경된 상태를 기준으로 하여서는 아니 된다 할 것이고(대법원 1994. 9. 9. 선고 94누2510 판결 참조), 당초 적법한 대부계약을 체결하고 국유재산을 점유한 자가 그 대부기간이 만료된 후 새로운 대부계약을 체결하지 못함으로써 변상금이 부

과되는 경우에도 이와 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다.

## 21. 대체조립비등 부과기준이 되는 형질변경 허가면적 (대법원 1996.2.27. 95누2456)

### 가. 판시사항

산림법 소정의 대체조립비 및 전용부담금 부과 기준이 되는 형질변경 허가면적의 의미

### 나. 판결요지

관계 법령의 내용에 비추어 보면 대체조립비 및 전용부담금의 부과대상은 실제로 허가 내용에 따라 전용을 하였는지에 관계없이 구산림법시행령(1994. 12. 23. 대통령령 제14450호로 개정되기 전의 것) 제24조의3에 열거되어 있는 전용 허가 등이 있는 면적 전부이고, 다만 여기서 전용허가 등이 있는 면적이란 위 전용허가 등에 의하여 실질적으로 형질을 변경할 수 있게 된 면적만을 의미하므로 허가처분상 형질변경허가 면적으로 기재되어 있더라도 동 처분의 실제 내용에 비추어 볼 때 형질변경을 할 수 없는 부분이 있다면 그 부분은 전용허가 면적 등에 포함시킬 수 없다.

### 다. 관련법령

구산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되기 전의 것) 제20조의2, 제20조의3 : 구산림법시행령(1994. 12. 23. 대통령령 제14450호로 개정되기 전의 것) 제24조의3, 제24조의4

### 라. 판결이유

(1) 원심판결에 의하면 원심은, 원고가 그 소유의 부산 사하구 장림동 산 6의 13 외 1필지 중 입야 3,195㎡ 지상에 주유소를 건립하고자 형질변경허가를 신청하자 관할 사하구청장은 1994. 3. 12. 위 입야 전체를 대상 면적으로 하되 그 중 형질변경가능면적은 1,168㎡로 한정하는 것을 내용으로 하는 형질변경허가를 한 사실, 위 사하구청장으로부터 대체조립비 등의 부과를 요청 받은 피고는 부과대상면적을 허가대상면적인 3,195㎡로 보고 이를 기준으로 대체조립비와 전용부담금을 산정하여 이 사건 처분을 한 사실 및 그 후 원고가 위 허가내용에 맞추어 위 1,168㎡ 부분만 형질변경을 하여 주유소 부지를 조성하고 나머지는 산림의 상태로 그대로 두었으나 공사 완료 후 지목을 변경함에 있어서는 허가대상면적 3,195㎡ 전체를 대지로 지목 변경한 사실을 인정한 다음, 대체조립비 및 산림전용부담금은 공부상의 지목 여하에 불구하고 사실상 산림을 이루고 있는 토지가 다른 용도로 전용될 경우에



부과되는 것이므로 공부상의 지목이 임야에서 대지로 변경되었다 할지라도 사실상 산림으로서의 형태가 유지·보존된다면 대체조립비 및 산림전용부담금은 부과될 수 없으므로 이 사건의 경우 대체조립비 및 산림전용부담금의 부과대상은 종전에 사실상 산림의 형태를 지니고 있다가 형질변경공사에 의하여 산림의 형태를 상실하고 사실상 대지로 변환된 1,168 m<sup>2</sup>에 한정되어야 한다고 판단하였다.

(2) 그러나 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제20조의 2 제1항이 대체조립비를 '전용한 산림'이 아니라 '전용하고자 하는 산림'의 구성에 소요되는 비용으로 규정하고 있고, 같은법시행령(1994. 12. 23. 대통령령 제14450호로 개정되기 이전의 것, 이하 같다) 제24조의2 제2항은 시장·군수 등이 산림전용이나 산림훼손의 허가를 하고자 하는 때에는 그 전용 또는 훼손하고자 하는 산림에 상당하는 산림의 구성에 소요되는 대체조립비 및 같은 법 제20조의3의 규정에 의한 전용부담금을 미리 납입하게 하거나 그 납입을 전용허가 등의 조건으로 하여야 한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제20조의2 제2항, 같은법시행령 제24조의3, 제24조의4 제3항은 대체조립비 및 전용부담금의 부과기준면적을 산림법 제18조 제1항에 의한 보전임지전용허가 등을 받아 전용하는 경우에는 전용허가 등을 받은 면적, 같은 법 제18조 제2항의 규정에 의한 보전임지 전용협의를 의하여 전용하는 경우에는 보전 임지의 전용이 수반되는 목적사업시행에 필요한 주된 행정처분을 받은 면적, 같은 법 제90조 제1항에 의한 산림훼손허가에 의하여 전용하는 경우에는 산림 훼손허가를 받은 면적, 다른 법률에 의하여 산림법 제18조 제1항 또는 제90조 제1항에 의한 전용허가 등을 받은 것으로 보거나 동 규정의 적용이 배제되는 경우에는 보전임지의 전용 등을 수반하는 목적사업시행에 필요한 주된 행정처분을 받은 면적이라고 규정하고 있는바, 위와 같은 관계 법령의 내용에 비추어 보면 대체조립비 및 전용부담금의 부과대상은 실제로 허가내용에 따라 전용을 하였는지에 관계없이 같은법시행령 제24조의3에 열거되어 있는 전용허가 등이 있는 면적 전부라 할 것이다.

다만 여기서 전용허가 등이 있는 면적이란 위 전용허가 등에 의하여 실질적으로 형질을 변경할 수 있게 된 면적만을 의미하므로 허가처분상 형질변경허가 면적으로 기재되어 있더라도 동 처분의 실제 내용에 비추어 볼 때 형질변경을 할 수 없는 부분이 있다면 그 부분은 전용허가면적 등에 포함시킬 수 없다.

(3) 위 인정의 법리에 비추어 보면, 원심이 이 사건과 같은 대체조립비 및 전용부담금 부과처분에 있어서 대체조립비 등의 부과대상면적을 종전에 사실상 산림으로서의 형태를 지니고 있다가 형질변경공사에 의하여 산림으로서의 형태를 상실하고 사실상 대지로 전환된 면적에 한정된다고 본 것은 대체조립비 및 전용부담금 부과대상에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이라 할 것이다.

그러나 원심이 인정한 사실에 의하면 피고가 이 사건 토지형질변경허가를 함에 있어서

그 허가대상면적은 3,195㎡이었지만 형질변경가능면적은 위 1,168㎡ 부분으로 제한되었으므로 위 형질변경허가에 있어서의 산림전용허가면적은 위 1,168㎡이고, 이 면적이 부담금 부과대상이라 할 것인데, 앞에서 본 바와 같이 원심 역시 같은 면적을 부담금 부과대상으로 보고 있어 그 점에 있어서는 당원과 결론이 다를 바 없으므로 결국 원심의 위와 같은 잘못된 판결 결과에 영향을 미치지 아니하였다 할 것이므로 논지는 이유가 없다 할 것이다.

## 22. 과오납 산림전용부담금 관련 사례(대법원 1998.2.10. 95다2025)

### 가. 판시사항

- [1] 구 산림법시행령 시행 당시 반환된 과오납 산림전용부담금에 대하여 국세기본법시행령상의 환급가산금 규정을 준용할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 지방자치단체에 위임된 국가사무인 산림전용부담금부과처분이 취소된 경우, 그 부담이득반환청구의 상대방

### 나. 판결요지

- [1] 구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되기 전의 것) 및 구 산림법시행령(1995. 6. 23. 대통령령 제14680호로 개정되기 전의 것)에 과오납 산림전용부담금 등의 반환시 가산금지급에 관하여 아무런 규정이 없었으므로, 구 산림법 및 그 시행령 시행 당시에 이미 반환된 과오납 산림전용부담금 등에 관하여는 국세기본법시행령 제30조 제2항의 환급가산금 규정을 준용 또는 유추 적용할 수 없다.
- [2] 구 산림법 제5조, 제20조의3, 구 산림법시행령 제4조 제1항 제2호에 의하면, 산림청장의 전용부담금 부과·징수권이 지방자치단체장 또는 영림서장에게 위임되어 있고, 그 위임에 따라 징수하는 전용부담금은 농어촌구조개선특별회계법에 의한 농어촌구조개선특별회계에 납입하게 되어 있으므로, 지방자치단체가 산림전용자에 대하여 산림전용부담금을 부과·징수한 것은 위임에 의한 국가사무의 처리에 불과하고, 나아가 그 산림전용부담금이 국고에 납입된 이상, 산림전용자가 지방자치단체를 상대로 산림전용부담금부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하여 승소하였다고 하더라도 그 납부된 산림전용부담금에 관한 부담이득의 반환청구는 이득의 주체가 되는 국고에 대하여 하여야 한다.

### 다. 관련법령

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되기 전의 것) 제5조, 제20조의3, 제24조의5  
 구 산림법시행령(1995. 6. 23. 대통령령 제14680호로 개정되기 전의 것) 제4조제1항, 제24조

의9

라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 ○○○○은행 ○○직원주택조합 외 6인

【피고, 피상고인】 서울특별시

【원심판결】 서울지법 1995. 4. 12. 선고 94나43404 판결

23. 구 산림법제90조의2 제1항 위반 사례(대법원 2001.11.13. 2001도3716)

가. 판시사항

- [1] 채광계획의 인가를 받은 광업권자가 광물이 함유된 암석을 쇠골재용으로 채취하는 경우, 구 산림법 제90조의2 제1항에 의한 채석허가를 별도로 받아야하는지 여부(적극) 및 광업권자가 광물의 채굴과 무관하게 골재를 채취하는 경우, 골재채취법 제22조 제1항에 의한 골재채취허가를 받아야 하는지여부(적극)
- [2] 석회석 채광계획의 인가를 받았음을 이용하여 석회석의 채굴과 무관하게 노천채굴 방식으로 암석을 캐내어 쇠골재로 가공·판매한 행위는 구 산림법제90조의2 제1항 및 골재채취법 제22조 제1항에 위반된다고 한 사례

나. 판결요지

- [1] 광업권자가 채광계획의 인가를 받았다고 하더라도 당해 광물이 함유된 암석을 쇠골재용(碎骨材用)으로 채취하는 경우에는 구 산림법(2001. 1. 26. 법률 제6382호로 개정되기 전의 것) 제90조의2 제1항에 따른 채석허가를 별도로 받아야 하고, 광업권자가 광물을 채굴하면서 부수적으로 골재를 채취하는 경우에는 골재채취허가를 받지 아니하여도 되지만 광물의 채굴과 무관하게 골재를 채취하는 경우에는 골재채취허가를 받아야 한다.
- [2] 석회석 채광계획의 인가를 받았음을 이용하여 석회석의 채굴과 무관하게 노천채굴 방식으로 암석을 캐내어 쇠골재로 가공·판매한 행위는 구 산림법 제90조의2 제1항 및 골재채취법 제22조 제1항에 위반된다고 한 사례.

다. 관련법령

구 산림법(2001. 1. 26. 법률 제6382호로 개정되기 전의 것) 제90조 제1항, 제90조의2 제1항, 제118조 제1항 제4호, 골재채취법 제22조 제1항 제1호, 제49조 제3호, 광업법 제5조 제1항, 제47조, 제47조의2

24. 산림 형질변경행위에 해당한다고 본 사례(대법원 1996.12.20. 96도2717)

가. 판시사항

- [1] 산림법 제90조 제1항 소정의 ‘산림의 형질변경’의 의미
- [2] 산림훼손허가를 받지 않은 임야에 폐석을 쌓아 둔 행위가 산림 형질변경행위에 해당한다고 본 사례

나. 판결요지

- [1] 산림법 제90조 제1항 소정의 ‘산림의 형질변경’이라 함은 절토, 성토 또는 정지 등으로 산림의 형상을 변경하는 행위를 뜻하는 것으로 산림의 형질을 외형적으로 사실상 변경시킬 것과 그 변경으로 말미암아 원상회복이 어려운 상태에 있을 것을 요한다.
- [2] 산림훼손허가를 받지 않은 임야에 폐석을 쌓아 둔 행위가 산림 형질변경행위에 해당한다고 본 사례.

다. 관련법령

산림법 제90조 제1항

25. 임산물의 원산지가액 산출방법(대법원 1995.3.10. 94도3398)

가. 판시사항

특정범죄가중처벌등에관한법률 제9조 제1항 소정의 임산물의 “원산지가액”산출방법

나. 판결요지

특정범죄가중처벌등에관한법률 제9조 제1항 소정의 임산물의 “원산지가액”이란 임산물이 굴취 채취 등에 의하여 산림에서 분리되기 전에 산림 내에 원상태로 있을 당시의 가격을 뜻하므로, 임산물의 시중거래시에서 채취 운반비 기타 임산물 생산에 소요되는 부대경비 등과 임산물 생산업자의 적정한 기업이익을 공제하여 산출할 수 있다.

25. 묘지설치와 산림훼손허가 요부(대법원 1994.12.27. 93도2734)

가. 판시사항

임야에 묘지를 설치하려면 매장및묘지등에관한법률에 의한 묘지설치허가 외에 산림법에

의한 산림훼손허가를 받아야 하는지 여부

#### 나. 판결요지

임야에 묘지를 설치하려면 행정청의 적법한 묘지설치허가가 있어야 할 뿐만 아니라, 그 설치한 묘지면적이 매장및묘지등에관한법률 제8조 제5항 단서, 같은법 시행령 제7조 소정의 80m<sup>2</sup>를 초과한다면, 묘지설치허가 여부와는 상관없이 산림법 제90조 제1항에 의한 산림훼손허가를 받지 아니하면 안된다.

#### 다. 관련법령

산림법 제118조 제1항 제4호, 제90조 제1항 : 매장및묘지등에관한법률 제18조 제1호, 제8조 제2항, 제5항 단서 : 같은법시행령 제7조

第2編

---

損害賠償에 관한 判例



## 第 1 節 逸失所得에 관한 判例

### 1. 농촌일용노동에 종사하고 있던 66세 된 농촌 거주자의 농촌일용노동에 의한 일실수입의 지급청구를 배척한 원심판결을 파기한 사례 (대법원 1999.9.21. 99다31667)

#### 가. 판시사항

- [1] 과실상계와 관련하여 자동차에 동승한 승객들 사이에 상호간 예상할 수 있는 모든 위험에 대하여 미리 주의를 환기시킬 의무가 있는지 여부(한정소극)
- [2] 승객이 창 밖으로 던지려던 담배꽂초가 운전석 옆에 떨어지자 운전자가 이를 치우려고 전방 주시를 태만히 한 과실로 사고가 발생한 경우, 동승한 다른 승객인 피해자가 담배꽂초를 안전하게 버리도록 주의를 환기시키지 아니한 사실을 과실상계의 사유로 삼은 원심판결을 파기한 사례
- [3] 피해자의 가동연한을 인정하는 방법 및 당해 직종에 대하여 일반적으로 인정되는 가동연한을 넘은 피해자에 대한 가동연한의 인정기준
- [4] 사고 당시 농촌일용노동에 종사하고 있던 66세 1개월 남짓 된 농촌거주자의 농촌일용노동에 의한 일실수입의 지급청구를 배척한 원심판결을 파기한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 불법행위로 인한 손해배상에 있어서의 피해자의 과실이라는 것은 엄격한 법률상의 의로 새길 것은 아니라고 하더라도 그것이 손해배상액 산정에 참작된다는 점에서 적어도 신의칙상 요구되는 결과 발생 회피의무로서 일반적으로 예견 가능한 결과 발생을 회피하여 피해자 자신의 불이익을 방지할 주의를 기울여 함을 말한다 할 것인바, 단순히 같은 자동차에 동승하여 가고 있는 승객들 사이에는 다른 승객이 그 자동차의 운행에 위험을 초래할 만한 행동을 하고 있거나, 앞으로 그와 같은 행동을 할 것이고, 그로 인하여 상당한 정도로 사고 발생의 위험성이 있다는 것을 인식할 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 상호간에 예상할 수 있는 모든 위험에 대하여 미리 경고하고 주의를 환기시킬 신의칙상 주의의무가 있다고 할 수는 없다.
- [2] 승객이 창 밖으로 던지려던 담배꽂초가 운전석 옆에 떨어지자 운전자가 이를 치우려고 전방 주시를 태만히 한 과실로 사고가 발생한 경우, 동승한 다른 승객인 피해자가 담배꽂초를 안전하게 버리도록 주의를 환기시키지 아니한 사실을 과실상계의 사유로 삼은 원심판결을 파기한 사례.
- [3] 사실심 법원이 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정함에 있어서는 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적, 경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수,



취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하던가 또는 당해 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 그 가동연한을 인정하던가 하여야 할 것이고, 특히 사고 당시 그 연령이 당해 직종에 대하여 일반적으로 인정되는 가동연한을 넘은 피해자에 대하여는 법원이 피해자 본인의 연령, 경력, 건강상태, 가동여건 등 주관적 특수사정과 관련 분야의 인식, 그 연령에 대한 보험회사의 가동기간 인정 기준 등 주변사정을 참작하여 그의 가동연한을 인정할 수 있을 것이다.

- [4] 사고 당시 농촌일용노동에 종사하고 있던 66세 1개월 남짓 된 농촌 거주자의 농촌일용노동에 의한 일실수입의 지급청구를 배척한 원심판결을 파기한 사례.

#### 다. 관련법령

민법 제396조, 제763조, 제760조

#### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 박○갑 외 2인

【피고, 피상고인】 ○○주식회사

【원심판결】 춘천지법 1999. 4. 30. 선고 98나3461 판결

#### 마. 판결이유

(1) 과실상계에 대하여 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택한 증거들을 종합하여 소의 박○을는 1995. 11. 6. 06:15경 그 소유의 강원 8다1227호 화물차를 운전하여 강원 홍천읍 태학리 충서아파트 앞 44번 국도상을 홍천 방면에서 인제 방면으로 시속 약 60km로 진행함에 있어 전방좌우를 잘 살피고 조향장치를 정확하게 조작하여 운전할 업무상 주의의무가 있음에도 이를 게을리한 채 동승자인 소의 박○병이 창 밖으로 던지려던 담배꽂이가 운전석 왼쪽에 떨어지자 왼손으로 이를 치우면서 전방 주시를 태만히 하고 조향장치를 오른 쪽으로 과대 조작한 과실로 차량이 도로를 이탈하면서 도로 가에 설치된 가드레일을 충격하여 동승자인 소의 박○선으로 하여금 같은 해 12. 30. 22:15경 범발성복막염 등으로 사망에 이르게 한 사실, 원고 박○갑은 박○선의 아내이고, 원고 박○곤, 박○자는 그의 자녀들인 사실, 피고는 박○을와 사이에 그 판시 자동차종합보험계약을 체결한 사실 등을 인정하고, 이에 기하여 피고의 원고들에 대한 손해배상책임의 발생을 인정한 후 나아가 그 채택한 증거들을 종합하여 위 차량은 정원이 운전자를 포함하여 3인인데 박○선은 소의 박○병, 김○임, 김○자 등과 함께 위 차량에 동승한 사실, 박○병이 위와 같이 피우던 담배꽂이를 버릴 때 박○선이 박○병에게 운전 방해가 되지 않도록 주의를 촉구하지 아니한 사실, 박○선이 안전벨트를 착용하지 아니한 사실 등을 인정하고, 그 인정 사실에 의하면, 박

○선으로서도 박○병이 운전석 방향의 차창으로 담배꽂초를 버린다면 그 담배꽂초가 다시 날려 운전자에게 떨어져 사고를 발생시킬 위험성을 예상할 수 있었으므로 박○병에게 담배꽂초를 안전하게 버리도록 주의를 환기하여야 했는데도 이를 게을리 한 잘못이 있고, 또한 사고 발생 내지 손해 확대의 위험을 방지하기 위하여 정원 준수 및 안전벨트 착용이 필수적인데도 박○선은 정원 초과를 용인하고, 안전벨트도 착용하지 아니한 잘못이 있고, 그와 같은 잘못은 이 사건 사고 발생 및 손해 확대의 한 원인이 되었다 하여 그 과실비율을 전체의 20%로 보고 피고의 책임을 나머지 80%로 제한하였다.

그러나 원심의 과실상계에 대한 위와 같은 판단 중 박○선이 박○병에게 담배꽂초를 안전하게 버리도록 주의를 환기하지 아니하였다는 사실을 과실상계의 사유로 삼은 점과 박○선이 안전벨트를 착용하지 아니하였다는 사실을 인정한 점은 다음과 같은 점에서 수긍할 수 없다.

우선 박○선이 박○병에게 담배꽂초를 안전하게 버리도록 주의를 환기하지 아니하였다는 사실을 과실상계의 사유로 삼은 점에 대하여 살펴건대, 불법행위로 인한 손해배상에 있어서의 피해자의 과실이라는 것은 엄격한 법률상 의의로 새길 것은 아니라고 하더라도 그것이 손해배상액 산정에 참작된다는 점에서 적어도 신의칙상 요구되는 결과 발생 회피의무로서 일반적으로 예견 가능한 결과 발생을 회피하여 피해자 자신의 불이익을 방지할 주의를 게을리 함을 말한다 할 것이다(대법원 1986. 2. 11. 선고 85다카1422 판결 등 참조). 그리고 단순히 같은 자동차에 동승하여 가고 있는 승객들 사이에는 다른 승객이 그 자동차의 운행에 위험을 초래할 만한 행동을 하고 있거나, 앞으로 그와 같은 행동을 할 것이고, 그로 인하여 상당한 정도로 사고 발생의 위험성이 있다는 것을 인식할 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 상호간에 예상할 수 있는 모든 위험에 대하여 미리 경고하고, 주의를 환기시킬 신의칙상 주의의무가 있다고 할 수는 없을 것이다.

그런데 기록에 의하면 이 사건 사고 당시 박○선과 박○병은 모두 노임을 받고 더덕을 캐는 작업을 하기 위하여 박○을가 운전하는 위 차량에 함께 타고 목적지로 가는 중이었고, 박○병이 위 차량 안에서 담배를 피우자 운전자인 박○을가 박○병에게 담뱃불을 끄라고 요구하여 박○병이 담배꽂초를 운전석 쪽 차창으로 던지게 되었던 것임을 알 수 있을 뿐, 박○선과 박○병 사이에 그와 같은 관계 이외에 박○선이 일반적으로, 혹은 위 사고 당시에 특별히, 위 차량 안에서 박○병의 행동을 감독할 권한이나 의무를 가지고 있었다고 볼 근거는 찾아 볼 수 없고, 또한 원심이 박○병이 박○을의 요구에 따라 담뱃불을 끄게 되었을 때에 박○병이 그 담배꽂초를 운전석 쪽 차창으로 집어던지리라는 점, 게다가 그마저 부정확하게 집어던져 그 담배꽂초가 다시 운전석에 떨어져 사고 발생의 위험을 초래하게 되리라는 점을 박○선이 미리 예측할 수 있는 어떠한 사정이 있었다는 점에 대하여 심리를 한 흔적도 없다.

결국 원심이 위와 같은 점에 대하여 아무런 심리도 하지 아니한 채 박○선이 박○병에게 담배꽂초를 안전하게 버리도록 주의를 환기하지 아니하였다는 사실을 들어 과실상계 사유

중 하나로 삼은 조치는 과실상계의 원인이 되는 과실에 대한 법리를 오해하고, 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

다음으로 원심이 박○선이 안전벨트를 착용하지 아니하였다는 사실을 인정한 점에 대하여 살펴건대, 원심이 채택한 모든 증거들을 살펴 보아도 박○선이 안전벨트를 착용하지 아니하였다는 사실을 인정할 만한 직접적인 증거를 찾아 볼 수 없고, 기록에 의하여 인정되는 이 사건 사고의 경위, 박○선의 상해의 부위와 정도 및 박○선과 함께 위 차량에 타고 있었던 박○병, 김○임, 김○자의 상해의 부위와 정도 등 간접적인 자료에 의하더라도 박○선이 안전벨트를 착용하지 아니하였다는 사실을 추단하기에 부족하다고 생각된다.

결국 원심의 위와 같은 사실인정은 증거 없이 과실상계의 사유가 되는 사실을 인정한 것으로서 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다.

위와 같은 각 위법은 판결에 영향을 미친 것임이 명백하고 이를 지적하는 상고이유 제1점의 논지는 이유가 있다.

(2) 박○선의 일실수입에 대하여 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고들이 박○선은 이 사건 사고 당시까지 농업에 종사하고 있었고, 여명기간 내내 농업에 종사할 수 있다고 주장하면서 이 사건 사고 발생 후부터 박○선의 여명기간인 12년 간 농촌일용노임에 의한 일실수입의 지급을 구한 데 대하여 그 주장에 부합하는 듯한 갑 제4호증의 기재와 제1심 증인 박○진의 증언은 믿지 아니하고, 다만 그 판시 증거들을 종합하면 박○선은 1929. 10. 18.생으로 이 사건 사고 발생 당시 66세 1월 남짓된 보통 건강한 남자로서 그 또래 우리나라 남자의 평균여명이 12.59년인 사실, 박○선이 농촌지역인 강원 홍천읍 갈마곡리에 거주하며 그 명의로 답 2,780㎡를 소유하고 있었던 사실은 인정할 수 있으나, 박○선은 66세 이상의 고령일 뿐 아니라 동거하는 가족으로 처와 2명의 성년 남자가 있었던 점에 비추어 보면 위와 같은 인정 사실만으로 박○선이 이 사건 사고 당시 농업에 종사하여 일용노임 상당의 수입을 얻고 있었다던가 혹은 이 사건 사고일 이후에도 계속하여 농업에 종사하여 수입을 얻을 수 있을 것이라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다 하여 원고들의 위 주장을 전부 배척하였다.

그러나 사실심 법원이 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정함에 있어서는 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적, 경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하던가 또는 당해 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 그 가동연한을 인정하던가 하여야 할 것이고(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 판결, 1996. 11. 29. 선고 96다37091 판결, 1997. 12. 23. 선고 96다46491 판결 등 참조), 특히 사고 당시 그 연령이 당해 직종에 대하여 일반적으로 인정되는 가동연한을 넘는 피해자에 대하여는 법원이 피해자 본인의 연령, 경력, 건강상태, 가동여건 등 주관적 특수사정과 관련 분야의 인식, 그 연령에 대한 보험회사의 가동기간 인

정기준 등 주변사정을 참작하여 그의 가동연한을 인정할 수 있을 것인바(대법원 1997. 4. 11. 선고 97다4449 판결 참조), 원심이 채택한 갑 제9호증의 23, 을 제2호증 등의 기재에 의하면 박○선은 이 사건 사고 당일에도 노임을 받고 더덕을 캐는 작업을 하기 위하여 이 사건 차량을 타고 작업장소로 이동하던 중에 이 사건 사고를 당한 사실을 인정할 수 있으므로(기록에 의하면 그 점에 대하여는 피고가 다투지도 아니하는 것으로 보인다.) 적어도 박○선이 이 사건 사고 당시 현실로 농촌일용노동에 종사하고 있었음을 인정하지 아니할 수 없을 것이고, 더 나아가 우리 나라 농촌 노동력의 고령화 추세를 감안하여 보면 박○선의 동거 가족으로 아내와 2명의 성년 남자가 있었다는 사정을 감안한다 하더라도 박○선이 적어도 이 사건 사고일 이후 일정한 기간 동안 농업 또는 농촌일용노동에 종사하여 수입을 얻을 수 있을 것이라는 원고들의 주장 사실을 가법계 배척하여서는 아니 될 것이다.

결국 원심의 위와 같은 조치는 고령자의 가동연한에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니하였거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법을 저질러 판결에 영향을 미친 것이다.

이를 지적하는 상고이유 제2점의 논지도 이유가 있다.

#### 마. 해설<sup>32)</sup>

최근에는 특히 농업종사자에 대하여 60세 가동연한의 연장 여부가 문제되고 있다. 판례는 아직까지는 농업 노동 또는 농업 노동물을 주로 하는 자의 가동연한은 경험칙상 만 60세가 될 때까지라고 하고, 다만 그의 연령, 직업, 경력, 건강 상태 등 구체적인 사정을 고려하여 위와 같은 경험칙을 배제하고 만 60세를 넘어서도 가동할 수 있다는 특별한 사정이 있는 경우에만 그의 가동연한을 만 60세를 넘어서도 인정할 수 있다고 한다. 이에 따라 뒤에서 보는 바와 같이 사고 당시 60세에 임박하거나 60세를 넘은 농업종사자의 경우 일반적 가동연한을 연장하여 인정하고 있다.

농업종사자의 경우 60세 이상의 가동연한을 인정한 대표적인 판례들은 다음과 같다.

- 61세된 농업종사자, 63세가 끝날 때까지 (대판 1993. 6. 8. 92다18573 : 연령, 건강상태, 60세 이상 인구의 농업종사실태 등에 비추어)
- 60세 7개월된 농업노동종사자, 65세가 끝날 때까지 (대판 1993. 11. 26. 93다31917)
- 57세 10월된 전담경작자, 63세가 될 때까지 (대판 1996. 11. 29. 96다37091)
- 54세된 자영농으로 전담경작자, 63세가 될 때까지 (대판 1997. 3. 25. 96다49630 : 농촌노동능력의 고령화 추세, 경작형태 등 고료)
- 62세 4개월된 비닐하우스 재배 농업종사자, 65세가 될 때까지 (대판 1997. 4. 2. 97다3637)
- 52세 7개월된 농업노동종사자, 65세가 될 때까지 (대판 1997. 12. 23. 96다46491)

32) 사법연수원, 손해배상소송, 2002년 참조  
가동연한에 대한 자세한 해설은 아래 2. 판례참조

이 판례는 66세 1개월이 된 농업일용노동자에게 가동연한을 인정할 수 있다고 함으로써, 극도로 고령화되어가고 있는 농업종사자의 현실을 인정하여 구체적인 입증인 있을 경우 지금까지 통상적으로 판례가 인정해 온 65세를 넘어서 그 이상의 가동연한을 인정할 수 있다고 판시한 점에서 중요하고 타당한 판결로 보인다.

## 2. 농업 종사자의 가동연한의 인정 기준(대법원 1997.12.26. 96다25852)

### 가. 판시사항

- [1] 농업 종사자의 가동연한의 인정 기준
- [2] 사고 당시 36세 내지 39세 가량인 농촌 일용노동자의 가동연한을 인정함에 있어 경험칙상 인정되는 '60세가 될 때까지'를 배제하고 '63세가 끝날 때까지'로 인정할 만한 특별한 사정이 없다고 한 사례

### 나. 판결요지

- [1] 농업 노동 또는 농업 노동을 주로 하는 자의 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한은 경험칙상 만 60세가 될 때까지로 보아야 하고, 다만 그의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 위와 같은 경험칙을 배제하고 만 60세를 넘어서도 가동할 수 있다는 특별한 사정이 있는 경우에는 그의 가동연한은 만 60세를 넘어서도 인정할 수 있다.
- [2] 피해자들이 사고 당시 농촌 지역에 거주하면서 사고 당시에도 실제 농촌 노동에 종사하여 왔고 1985. 12.경 전국 농가 중 경영주가 60세 이상인 농가가 24%에 이르는 것이 한국 농촌의 현실이라고 하더라도, 그러한 사유만으로는 피해자들의 사고 당시의 나이가 36세 7개월 혹은 39세 3개월로서 비교적 젊은 점 등에 비추어 볼 때, 피해자들의 가동연한을 인정함에 있어서 경험칙상 인정되는 '60세가 될 때까지'를 배제하고 '63세가 끝날 때까지'로 인정할 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다고 한 사례.

### 다. 관련법령

- [1] 민법 제393조, 제763조 [2] 민법 제393조, 제763조

### 라. 당사자 등

- 【원고, 피상고인】 김○갑 외 1인
- 【피고, 상 고 인】 강복운수 주식회사 외 1인
- 【원심판결】 서울지법 1996. 5. 23. 선고 96나8382 판결

### 마. 판결이유

농업 노동 또는 농업 노동을 주로 하는 자의 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한은 경험칙상 만 60세가 될 때까지로 보아야 하고(대법원 1995. 2. 14. 선고 94다47179 판결, 1995. 11. 7. 선고 95다35722 판결 등 참조), 다만 그의 연령, 직업, 경력, 건강 상태 등 구체적인 사정을 고려하여 위와 같은 경험칙을 배제하고 만 60세를 넘어서도 가동할 수 있다는 특별한 사정이 있는 경우에는 그의 가동연한은 만 60세를 넘어서도 인정할 수 있다고 할 것이다(대법원 1993. 6. 8. 선고 92다18573 판결, 1993. 11. 26. 선고 93다31917 판결, 1996. 11. 29. 선고 96다37091 판결, 1997. 3. 25. 선고 96다49360 판결, 1997. 4. 22. 선고 97다3637 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면 원심은, 갑 제1호증(호적등본), 갑 제8호증(농지원부)의 기재 및 변론의 전취지 등을 종합하여, 원고 김○갑은 사고 당시 36세 7개월이 된 남자로서 그 기대여명이 34.5년이고 원고 김○을은 사고 당시 39세 3개월이 된 여자로서 그 기대여명이 31.81년인바, 위 원고들은 이 사건 사고 당시 농촌 지역에 거주하면서 사고 당시에도 실제 농촌 노동에 종사하여 왔고 1985. 12.경 전국 농가 중 경영주가 60세 이상인 농가가 24%에 이르는 한국 농촌의 현실 등에 비추어 볼 때 위 원고들의 가동연한은 적어도 63세가 끝날 때까지라고 인정하였다.

그러나 원심이 판시하고 있는 바와 같이 위 원고들이 이 사건 사고 당시 농촌 지역에 거주하면서 사고 당시에도 실제 농촌 노동에 종사하여 왔고 1985. 12.경 전국 농가 중 경영주가 60세 이상인 농가가 24%에 이르는 것이 한국 농촌의 현실이라고 하더라도, 그러한 사유만으로는, 위 원고들의 사고 당시의 나이가 36세 7개월 혹은 39세 3개월로서 비교적 젊은 점 등에 비추어 볼 때, 위 원고들의 가동연한을 인정함에 있어서 경험칙상 인정되는 '60세가 될 때까지'를 배제하고 '63세가 끝날 때까지'로 인정할 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 위와 같이 경험칙상 인정되는 가동연한을 배제할 만한 특별한 사정이 있는지 여부에 관하여 좀더 심리하여 보지 아니하고 성급하게 위 원고들의 가동연한을 63세가 끝날 때까지로 인정한 것은 결국 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하였거나 가동연한에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

### 바. 해설<sup>33)</sup>

(1) 육체노동자의 가동연한을 60세로 인정하게 된 과정

(가) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결

대법원은 종래에 일반육체노동 또는 육체노동을 주된 내용으로 하는 생계활동의 가동연한은 경험칙상 만 55세로 보아야 한다고 판시하여 왔는데 1980년대에 접어

33) 이 판결에 대한 판결, 김병운, 농촌일용노동자의 가동연한, 대법원판례해설 29호 (97년 하반기 98.06) 30면 이하 참조

들면서 국민의 평균여명(영세기준)은 1981년, 남자 63세, 여자 69세로 늘어났고, 1986. 12. 31. 공무원임용령을 개정하여 기능직공무원 중 육체노동을 주된 업무내용으로 하는 철도원, 토목원 등의 정년도 법령상 만 58세로 연장되었으며 또 국민연금법상 노동능력을 상실한 노령자에게 지급되는 노령연금의 지급대상연령도 특수한 경우를 제외하고 만 60세로 규정되기에 이르렀다

그리하여 위 88다카16867 전원합의체 판결은, 이러한 제반사정의 변화에 비추어, 이제 일반육체노동 또는 육체노동을 주된 내용으로 하는 생계활동의 가동연한이 만 55세라는 경험칙에 의한 추정은 더 이상 유지되기 어렵다고 하지 않을 수 없으며 오히려 일반적으로 만 55세를 넘어서도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다고 할 것이므로, 당원이 종래에 일반육체노동 또는 육체노동을 주로 하는 생계활동의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 종래의 판례들을 폐기하면서, 다만 만 55세를 넘어 가동할 수 있는 한계연령이 구체적으로 몇 살인가 하는 점은 사실조사의 권능을 가진 사실심에서, (1) 평균연령, 경제수준, 고용조건 등의 사회적, 경제적 여건 외에, 연령별 근로자인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년제한 등 제반사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 일반육체노동의 가동연한을 도출하던가 또는 (2) 당해 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 그 가동연한을 인정하든가 하여야 할 것이라고 판시하기에 이르렀다.

(나) 위 88다카 16867 전원합의체 판결 이후 농업노동종사자에 대한 판례

위 88다카16867 전원합의체 판결에 따라 농업종사자의 가동연한에 대한 판례는 ① 경험칙에 의하여 일용노동자의 가동연한 60세로 인정한 경우와 ② 당해 사건에 있어서 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 60세 이상(즉 63세 또는 65세)으로 인정한 경우의 두 가지로 대별하여 볼 수 있다.

60세 이상으로 인정한 사례는 다음과 같다.

- ① 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다18573 판결 : 사고 당시 61세인 망인의 농촌일용노동 가동연한에 대하여, 사고 당시의 연령, 건강상태, 60세 이상 인구의 농업종사실태 등에 비추어 원심이 63세가 끝날 때까지로 본 것은 이를 수긍할 수 있다.
- ② 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다31917 판결 : 사고 당시 60세 7개월 정도의 나이로서 기대여명이 14.92년이고 농촌지역에 거주하면서 사고 당시에도 실제 농업노동에 종사하여 왔으며, 한편 1985. 12.경 전국농가중 경영주가 60세 이상인 농가가 24%에 이르는 사실을 적법하게 확정된 다음, 한국 농촌의 현실 등에 비추어 볼 때 원고의 가동연한은 65세가 될 때까지로 본 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 상고이유로 지적하는 판례는 일반노동에 종사하는 사람은 경험칙상 만 60세에 이르기까지 가동할 수 있다고 하는 것으로서 이 사건에 적절한 것이라고 할 수 없다.
- ③ 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다37091 판결 : 원심은, 이 사건 사고 당시 소외 땅 A는

57세 10월의 나이로서 기대여명이 22.66년이고, 농촌지역에 거주하면서 사고 당시에 도 경기 용인군 포곡면 영문리에서 남편 소유의전답을 경작하여 왔으며, 한편 1990년 현재 경기도 지역의 농가 중 경영주가 60세 이상인 농가는 26.9%에 이르고, 위 용인군 포곡면의 경우도 25.6%에 이를 뿐 아니라, 농촌진흥청의 1994년도 조사 결과 60세 이상인 농업경영주가 전체의 40%에 이르는 사실을 확정된 다음, 이와 같은 농촌 노동력의 고령화 추세에 비추어 볼 때 위 망인의 농업종사자로서의 가동연한은 63세가 될 때까지로 봄이 상당하다고 판시하였다.

- ④ 대법원 1997. 3. 25. 선고 96다49360 판결 : 원심은, 농촌진흥청이 1994. 3.부터 같은 해 6.까지 전국의 농가를 대상으로 실시한 경영상태 및 영농의향조사에 의하면 농업경영주의 평균연령은 55.8세이고 60세 이상이 40%에 이르는 등 한국농촌노동능력이 고령화추세를 보이고 있는 점과, 원고가 이 사건 사고 당시 만 54세 남짓에 이르기까지 농촌에 거주하면서 남편과 함께 논 3,000평과 밭 400평 정도의 농사와 900평 가량의 비닐하우스로 딸기, 메론 등을 경작하여 온 점 등을 종합하여 보면, 원고의 농업종사자로서의 가동연한은 이를 만 63세가 되는 날까지로 봄이 상당하다고 판단하였는바, 관련 증거들 및 가동연한에 관한 법리(당원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결, 1993. 11. 26. 선고 93다31917 판결, 1996. 11. 29. 선고 96다37091 판결 등 참조)에 비추어 보면 원심의 위 판단을 수긍할 수 있다고 판시하였다.
- ⑤ 대법원 1997. 4. 22. 선고 97다3637 판결 : 원심이..... 이 사건 사고 당시 원고가 62세 4개월로서 그 평균여명이 약 13.59년 정도의 고령이었고 이 사건 사고 당시에 비닐하우스 재배를 하고 있었던 점, 원고가 거주하고 있는 지역 사람들의 상당수가 60세 이상 농업에 종사하고 있으며 1993년도 농업기본통계자료에 의하면 15세 이상의 전북지역 전체 농업종사인구 436,951명 중 60세 이상의 농업종사자 인구가 약 122,762명 정도로써 전체의 약 28.1% 정도에 이르고 있었던 점 등을 고려하면 원고가 적어도 65세가 될 때까지 농업에 종사할 수 있다고 봄이 상당하다고 판단한 것은 수긍이 가는 바이다.
- ⑥ 대법원 1997. 12. 23. 선고 96다46491 판결 : 원심이 증거를 종합하려 1994년경 우리나라 전체의 농가인구는 약 5,167,000명인데 그 중 60세 이상의 농가인구가 약 1,304,000명에 달하여 전체 농가인구 중 60세 이상의 농가인구가 차지하는 비율이 25%에 달하고 있고, 이 사건 사고 당시 망인이 거주하고 있던 충북 옥천군 청산면에 거주하는 성인 중 농업에 종사하는 전체인구는 약 3,370명인데 그 중 60세 이상 65세 미만은 610명이고, 65세 이상은 547명인 사실을 인정한 다음, 위와 같은 사정에도 농촌 인구의 도시유입으로 인한 농촌인구의 고령화라는 우리 나라 농촌의 현실과 망인은 이 사건 사고 당시 만 52세 7개월의 나이로서 실제 농업노동에 종사하여 왔을 뿐 아니라, 농한기인 1994. 10.부터 1995. 3.까지는 건설현장에서 근무할 정



도로 건강하였음에 비추어 볼 때 농업에 종사하는 망인의 가동연한은 65세가 될 때까지로 봄이 상당하다고 판단한 것은 수긍이 간다.

(다) 소결

- ① 농촌일용노동자의 가동연한에 관한 우리 판례를 검토하여 보면, 원칙적으로 경험칙에 의하여 60세가 될 때까지로 인정하고 있으며, 다만 고령자의 경우에는 60세가 될 때까지로 인정하게 될 경우에 발생하게 되는 불합리를 시정하고자 개별 증거에 의하여 60세 이상의 적절한 나이, 즉 63세 또는 65세로 인정하고 있는 것이라고 할 것이다.
- ② 대법원이 고령자에 대하여 위와 같이 탄력적으로 적용하고 있는 것은 오늘날 농촌 인구의 고령화에 따라 60세를 넘었거나 60세에 가까이 되었음에도 불구하고 건강하게 농업에 종사하고 있는 피해자에 대하여 60세가 넘었다는 이유로 일실수입 손해배상을 기각하거나 60세가 거의 임박한 피해자에 대하여 60세까지만 일실수입 손해를 인정하였을 경우의 불합리를 시정하고자 함에 있다고 할 것이다. 대법원의 이와 같은 태도는 서로 배치되는 것은 아닐 것으로 생각된다. 경험칙이라고 하더라도 특별한 사정이 있는 경우에는 그 적용이 배제될 수 있는 것이기 때문이다.

(2) 고령자의 기준

위 가동연한 60세 이상을 인정한 판례를 보면, 피해자들의 나이는 61세, 60세 7월, 57세 10월, 54세 남짓, 62세 4월, 52세 7월임을 알 수 있다. 즉 위 판례들의 취지에 따르면 일용 52세 7월을 넘은 자들에 대하여 고령자로 취급하고 있는 것으로 보인다.

(3) 가동연한의 인정자료

우리 판례에 의하면, 가동연한을 증거로 인정하기 위하여서는, 당해 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등을 구체적인 사정을 고려하여 인정할 수 있다고 보고 있다.

여기의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등은 증거자료에 의하면 쉽게 인정 여부가 판가름나게 될 것이다. 그러면, '구체적인 사정'은 무엇을 의미하는 것인가?

판례는, ① 기대여명, ② 60세 이상 인구의 농업종사실태, ③ 농촌 노동력의 고령화 추세 등을 들고 있다. 그리고 위 ②항을 인정하는 자료로서는, 농촌진흥청의 경영상태 및 영농의 향조사 등에 대한 조사결과와 농업기본통계자료 등을 적시하고 있다.

그 밖의 자료로서는, 통계청의 한국통계연감(농림부 농업통계정보관실 농산통계담당관실 자료 제공)에 나타난 연령계층별 농가인구에 관한 조사결과도 참고할 수 있을 것으로 보인다. 그리고 위 자료들 이외에도 당해 피해자가 거주하는 행정관청 등에 대한 사실조회를 통하여 60세 이상의 농가인구수, 60세 이상의 농가인구 중 각 단계별로 차지하는 농가인구수(예: 60세~63세, 64세~67세 등) 등을 조사한다든지 그 밖의 가능한 다른 자료들을

조사하여 가동연한의 인정자료로 삼아야 할 것으로 생각된다.

(4) 결론적으로 대법원이 농업노동자의 가동연한을 원칙적으로 경험칙에 의하여 60세가 될 때까지로 인정하고, 예외적으로 고령자에 한하여 60세 이상으로 탄력적으로 인정하고 있는 태도는 타당하다고 생각된다.

### 3. 농촌일용노동 종사자의 월 가동일수 등(대법원 1999.2.9. 98다53141)

#### 가. 판시사항

- [1] 호의동승의 사실만으로 손해배상액을 감경할 수 있는지 여부(소극)
- [2] 무상동승의 사실만으로 운전자에게 안전운전을 촉구할 의무가 있는지 여부(소극)
- [3] 농촌일용노동 종사자의 월 가동일수가 경험법칙상 25일로 추정된다고 인정한 사례

#### 나. 판결요지

- [1] 차량의 운행자가 아무런 대가를 받지 아니하고 동승자의 편의와 이익을 위하여 동승을 허락하고 동승자도 그 자신의 편의와 이익을 위하여 그 제공을 받은 경우 그 운행 목적, 동승자와 운행자의 인적관계, 그가 차에 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성 등 여러 사정에 비추어 가해자에게 일반 교통사고와 동일한 책임을 지우는 것이 신의법칙이나 형평의 원칙으로 보아 매우 불합리하다고 인정될 때에는 그 배상액을 경감할 수 있으나, 사고 차량에 단순히 호의로 동승하였다는 사실만 가지고 바로 이를 배상액 경감사유로 삼을 수 있는 것은 아니다.
- [2] 차량에 무상으로 동승하였다고 하더라도 그와 같은 사실만으로 운전자에게 안전운행을 촉구하여야 할 주의의무가 있다고는 할 수 없다.
- [3] 특별한 기능이 없이 농촌일용노동에 종사하는 자의 일일수입 산정의 기초가 되는 월 가동일수는 경험법칙상 25일로 추정된다고 인정한 사례.

#### 다. 당사자 등

- 【원고, 피상고인】 이○갑 외 1인
- 【피고, 상 고 인】 ○○주식회사
- 【원심판결】 서울고법 1998. 9. 24. 선고 98나15172 판결

#### 라. 판결이유

- (1) 차량의 운행자가 아무런 대가를 받지 아니하고 동승자의 편의와 이익을 위하여 동승

을 허락하고 동승자도 그 자신의 편의와 이익을 위하여 그 제공을 받은 경우 그 운행 목적, 동승자와 운행자의 인적관계, 그가 차에 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성 등 여러 사정에 비추어 가해자에게 일반 교통사고와 동일한 책임을 지우는 것이 신의법칙이나 형평의 원칙으로 보아 매우 불합리하다고 인정될 때에는 그 배상액을 경감할 수 있으나 사고 차량에 단순히 호의로 동승하였다는 사실만 가지고 바로 이를 배상액 경감사유로 삼을 수 있는 것은 아니고, 비록 차량에 무상으로 동승하였다고 하더라도 그와 같은 사실만으로 운전자에게 안전운행을 촉구하여야 할 주의의무가 있다고는 할 수 없는 것이다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다40993 판결, 1994. 11. 25. 선고 94다32917 판결, 1996. 3. 22. 선고 95다24302 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 내세운 증거들을 종합하여 소외 이○을이 그 어머니 소유인 승용차에 학교 친구인 소외 윤○민을 태우고 이를 운전하여 열차진입을 알리는 경보음과 경보등화가 작동 중이었음에도 이를 무시하고 철도건널목을 통과하다가 때마침 위 철도건널목을 통과하던 열차에 위 승용차가 들이 받혀 위 두 사람을 비롯한 탑승자 전원이 사망한 사실을 인정한 다음, 이 사건 사고 당시 위 윤○민은 위 이○을과 같은 고등학교 3학년에 재학중인 친구로서 위 이○을의 어머니 소유인 위 승용차에 동승하여 어디론가 함께 가던 중이었으므로, 위 윤○민은 위 승용차의 운행이익을 공유하고 있었고 또한 동승자로서 운전자인 위 이○을에게 안전운전을 촉구하지 아니한 과실로 위 사고를 당하였으므로, 위와 같은 점을 참작하여 위 사고로 인한 피고의 책임을 감경하여야 한다는 피고의 주장에 대하여 위 윤○민이 위 승용차의 운행이익을 공유하는 공동운행자라고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없으며, 위 이○을 운전의 위 승용차에 동승하였다고 하더라도 그와 같은 사실만으로 위 이○을에게 안전운행을 촉구하여야 할 주의의무가 있다고 볼 수도 없다는 이유로 위 피고 주장을 모두 배척하고 있는바, 기록에 의하여 관계 증거를 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 비추어 옳게 수긍이 가고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 운행이익 공유 및 안전운전촉구의무에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

(2) 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 증거에 의하여 위 윤○민의 거주지가 농촌이고 그 아버지인 원고 이○갑가 농지를 소유하거나 임차하여 농업에 종사하고 있는 사실 등을 인정한 다음, 위 사고가 없었더라면 위 윤○민이 장차 성년이 되어 군복무를 마친 후 적어도 농촌일용노동에 종사할 것으로 보인다고 판단하였는바, 기록에 의하여 관계 증거를 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 옳게 수긍이 가고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 손해배상의 범위에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

또한 특별한 기능이 없이 농촌일용노동에 종사하는 자의 일일수입 산정의 기초가 되는 월 가동일수는 경험법칙상 25일로 추정되는 것이므로(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다4774 판결 참조), 이 점을 다투는 상고이유 역시 그 이유가 없다.

4. 농촌일용노동 종사자의 월 가동일수 25일 추정의 효력  
(대법원 1998.7.10. 98다4774)

가. 판시사항

농촌일용노동에 종사하는 자의 월 가동일수

나. 판결요지

특별한 기능이 없이 농촌일용노동에 종사하는 자의 일실수입 산정의 기초가 되는 월 가동일수는 경험칙상 25일로 추정된다.

다. 관련법령

민법 제393조, 제763조

라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○상 외 1인

【피고, 피상고인】 주식회사 ○○외 1인

마. 판결이유

특별한 기능이 없이 농촌일용노동에 종사하는 자의 일실수입 산정의 기초가 되는 월 가동일수는 경험칙상 25일로 추정된다고 할 것이고(대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1379 판결 등 참조), 다만 당해 사건에 적용하거나 원용하기에 적합한 통계 기타 자료 등이 나타나 이에 의하여 위와 같이 종전 경험칙상 추정되는 월 가동일수와 달리 인정하는 것은 별개의 문제이다.

이 사건의 경우 원심은 이 사건 교통사고의 피해자인 소외 망 김○현이 사고 당시 농촌 지역인 경남 사천시 사남면에 거주하였고, 위 망인의 부모들인 원고들이 사천시 사남면 화전리 전 1,009㎡ 등 8필지의 전답을 소유하면서 농사를 짓고 젃소 71두를 사육하는 농업 및 축산업을 겸업하고 있다고 판시한 다음, 위 망인이 농촌일용노동자로서 매월 22일씩 가동할 수 있음을 경험칙에 의하여 인정하고 이에 기하여 위 망인의 일실수입을 산정 하였는 바, 이는 위에서 본 법리와 달리 판단한 것이 분명하므로, 원심판결에는 월 가동일수에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 명백하다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

## 5. 자영농민의 일실수입 산정과 노동부 발간의 임금구조기본통계조사보고서의 증명력(대법원 1998.5.15. 96다24668)

### 가. 판시사항

- [1] 불법행위로 인한 손해배상 청구소송에서 피해자의 사고 당시 수입이 자백의 대상이 되는지 여부(적극)
- [2] 교통사고로 인한 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 경합하여 나타난 경우, 손해배상의 범위 및 기여도의 결정 기준
- [3] 자영농민이나 자영양식업자의 일실수입을 노동부 발간의 임금구조기본통계조사 보고서상의 '농업 및 수산업 등 종사자'의 수입을 기준으로 산정할 수 있는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

- [1] 타인의 불법행위로 인하여 피해자가 상해를 입게 되거나 사망하게 된 경우, 피해자가 입게 된 소극적 손해인 일실수입은 피해자의 사고 당시 수입을 기초로 하여 산정하게 되므로 피해자의 사고 당시 수입은 자백의 대상이 된다.
- [2] 교통사고로 인한 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 경합하여 나타난 것이라면 사고가 후유증이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 상응한 배상액을 부담케 하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 타당하고, 법원이 기왕증의 후유증 전체에 대한 기여도를 정함에 있어서는 반드시 의학적으로 정확히 판정하여야 하는 것이 아니고, 변론에 나타난 기왕증의 원인과 정도, 기왕증과 후유증과의 상관관계, 피해자의 연령과 직업, 건강상태 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다.
- [3] 불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자의 일실수입을 피해자가 사고 당시 실제로 얻고 있던 수입을 기준으로 산정할 때에는 합리적이고 객관성 있는 자료에 의하여 사고 당시의 수입을 확정하여야 할 것인바, 노동부 발간의 임금구조기본통계조사보고서는 '한국표준산업분류에 의한 농업, 수렵업, 임업 및 어업 부분을 제외한 전산업의 상용근로자 10인 이상 사업체' 중 표본사업체에 종사하고 있는 근로자들의 임금을 조사하여 작성된 것으로서 농업 및 수산업 등의 1차산업이나 자영농민 및 양식업자 등의 자영업은 그 조사대상 산업 및 직종에서 제외되어 있으므로 위 임금구조기본통계조사보고서는 농업에 종사하는 자영농민이나 양식업에 종사하는 자영양식업자의 수입을 확정할 만한 합리적이고 객관적인 자료라고 보기 어렵다.

### 다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○갑

【피고, 상 고 인】 ○○주식회사 외 1인

【피고, 보조참가인】 ○○주식회사

【원심판결】 서울지법 1996. 5. 16. 선고 95나46998 판결

## 라. 판결이유

타인의 불법행위로 인하여 피해자가 상해를 입게 되거나 사망하게 된 경우 피해자가 입게 된 소극적 손해인 일실수입은 피해자의 사고 당시 수입을 기초로 하여 산정하게 되므로 피해자의 사고 당시 수입은 자백의 대상이 된다 할 것이다(대법원 1980. 3. 25. 선고 80다68 판결 참조). 기록에 의하면, 원고 소송대리인은 제1심 제1차 변론기일에서 진술된 1994. 4. 1.자 청구취지 감축 및 원인사실 정정신청서에서 원고의 사고 당시 수입은 농촌일용노임 상당액이라고 주장하였는바, 피고들 소송대리인은 제1심 제5차 변론기일에서 진술된 1994. 10. 6.자 준비서면에서 원고의 사고 당시 수입이 농촌일용노임 상당액인 사실은 다투지 않는다고 주장한 사실을 알 수 있으므로 원고 소송대리인이 원고의 사고 당시 수입이 농촌일용노임 상당액인 사실을 선행자백하고, 피고들 소송대리인이 이를 원용함으로써 원고의 사고 당시 수입이 농촌일용노임 상당액인 점은 당사자간에 다툼 없는 사실이 되었다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 원고 소송대리인이 1995. 7. 11.자 청구취지 및 원인사실 정정신청서를 통하여 원고는 사고 당시 농지를 소유하고 농업에 종사하면서 아울러 양어장을 운영하고 있었으므로 원고의 사고 당시 수입은 자영농민 및 양식업자로서의 수입 상당액이라고 주장하자, 거시 증거에 의하여 원고 주장의 위 사실을 인정한 다음 원고의 사고 당시 수입을 노동부 발행의 임금구조기본통계조사보고서상의 농업 및 어업종사자 중 10년 이상 경력이 있는 남자의 평균수입으로 인정하고 말았으니 원심판결에는 재판상 자백의 법리를 오해하여 자백에 반하는 사실인정을 한 잘못이 있다고 할 것이고 이는 판결의 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이므로 이를 지적하는 논지는 이유 있다 할 것이다(가사 원심의 위 판시 취지가 원고의 자백이 적법하게 취소되었다고 본 것이라고 하더라도 기록상 원고 소송대리인의 위 자백이 진실에 반하고 착오에 기한 것이라고 보기 어려우므로 원심은 재판상 자백의 취소에 관한 법리를 오해한 잘못을 범하였다고 할 것이어서 이 점에서도 원심의 판단은 유지될 수 없다 할 것이다).

제1심법원의 서울대학교병원장에 대한 신체감정촉탁 결과 및 사실조회 결과에 의하면 원고는 사고 당시 경추 및 흉요추부 척추강 협착증의 기왕증이 있던 중 사고 당시 추돌로 인한 충격이 경추 및 요추부에 가하여짐에 따라 기왕의 척추강 협착증이 악화되어 척수를 압박하는 증상이 나타나 경부통 및 요통, 양측 하지의 방사통, 보행장애 등의 후유장해를 입게 된 사실을 알 수 있으므로 원심이 이 사건 사고와 원고의 위 후유장해 사이에 인과관계가 있다고 본 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 심리미진으로 인한

사실오인이나 사고와 상해간의 인과관계에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

교통사고로 인한 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 경합하여 나타난 것이라면 사고가 후유증이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 상응한 배상액을 부담케 하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 타당하다 할 것이고, 법원이 기왕증의 후유증 전체에 대한 기여도를 정함에 있어서는 반드시 의학적으로 정확히 판정하여야 하는 것이 아니고, 변론에 나타난 기왕증의 원인과 정도, 기왕증과 후유증과의 상관관계, 피해자의 연령과 직업, 건강상태 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다 할 것이다(대법원 1996. 9. 10. 선고 94다59677 판결, 1993. 4. 9. 선고 93다180 판결, 1992. 5. 22. 선고 91다39320 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면 원심은 거시 증거에 의하여, 원고는 사고 당시 경추 및 흉요추부 척추강 협착증의 기왕증이 있던 중 이 사건 사고로 인하여 기왕증이 악화되어 위와 같은 후유장애를 입게 된 사실을 인정한 다음 원고의 기왕증이 후유장애에 기여한 정도를 50%로 봄이 상당하다고 판단하였는바, 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 심리미진으로 인한 사실오인이나 기왕증의 기여도에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

원심판결 이유에 의하면 원심은 거시 증거에 의하여 원고가 사고 당시 농촌지역인 주거지에서 10년 이상 6,838㎡의 논을 소유하면서 자영으로 농사를 짓는 한편 1988년부터 농외 소득사업으로 양어장을 설치하여 가물치양식업을 겸하여 온 사실을 인정한 후 원고의 일실수입을 노동부 발행의 1992년도 및 1993년도 임금구조기본통계조사보고서상 ‘농업 및 수산업 등 종사자’ 중 10년 이상의 경력을 가진 남자의 평균수입을 기초로 산정 하였다.

그러나 불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자의 일실수입을 피해자가 사고 당시 실제로 얻고 있던 수입을 기준으로 산정할 때에는 합리적이고 객관성 있는 자료에 의하여 사고 당시의 수입을 확정하여야 할 것인바, 위 임금구조기본통계조사보고서는 ‘한국표준산업분류에 의한 농업, 수렵업, 임업 및 어업 부분을 제외한 전산업의 상용근로자 10인 이상 사업체’ 중 표본사업체에 종사하고 있는 근로자들의 임금을 조사하여 작성된 것으로서 농업 및 수산업 등의 1차산업이나 자영농민 및 양식업자 등의 자영업은 그 조사대상 산업 및 직종에서 제외되어 있으므로 위 임금구조기본통계조사보고서는 농업에 종사하는 자영농민이나 양식업에 종사하는 자영양식업자의 수입을 확정할 만한 합리적이고 객관적인 자료라고 보기 어렵다고 할 것이다(대법원 1992. 8. 18. 선고 90다10612 판결, 1991. 5. 10. 선고 90다카26546 판결, 1990. 10. 23. 선고 89다카35308 판결 등 참조). 결국 원심판결에는 일실수입 산정의 법리를 오해한 잘못 또는 일실수입 산정의 기초가 되는 수입에 관한 증거의 가치판단을 그르친 잘못이 있다 할 것이고 이는 판결의 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이므로 이를 지적하는 논지는 이유 있다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 위 사고로 인하여 원고가 입은 상해의 부위와 정도에 비추어 볼 때 사고 당시 원고는 안전띠를 매지 않은 채 차량을 운전하다가 사고를 당한 사실이 추인 되므로 피고들이 배상할 손해액을 산정 함에 있어 원고의 과실을 참작하여야 한다는 피고들의 주장에 대하여, 이 사건 사고로 인하여 원고가 입은 판시 상해의 부위와 정도만으로 사고 당시 원고가 안전띠를 매지 않고 있었다고 단정하기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였는바, 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배나 심리미진으로 인한 사실오인이나 과실상계의 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

## 6. 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전과 일실수입 증명력 (대법원 1996.7.18. 94다20051)

### 가. 판시사항

- [1] 민사소송법 제261조 소정의 ‘법원에 현저한 사실’의 의미
- [2] 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 기재 내용을 법원에 현저한 사실로 보아, 이를 기초로 피해자의 일실수입을 산정할 수 있는지 여부(적극)
- [3] 재산적 손해와 위자료 등에 관하여 하나로 선고된 판결에 대하여 그 소송물의 범위를 특정함이 없이 일정 금액 부분에 대해서만 항소한 경우, 항소심의 심판 범위

### 나. 판결요지

- [1] [다수의견] 민사소송법 제261조 소정의 ‘법원에 현저한 사실’이라 함은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다.  
[반대의견] 일반적으로 법원에 현저한 사실이라 함은 민사소송법상 불요증사실의 하나로서(제261조) 판결을 하여야 할 법원의 법관이 직무상 경험으로 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 사실을 말하므로, 법관이 직무상 안 사실이라고 하더라도 명확한 기억을 하고 있지 아니하면 법원에 현저한 사실에 속한다고 할 수 없다.
- [2] [다수의견] 피해자의 장래수입상실액을 인정하는 데 이용되는 직종별임금 실태조사보고서와 한국직업사전의 각 존재 및 그 기재 내용을 법원에 현저한 사실로 보아, 그를 기초로 피해자의 일실수입을 산정한 조치는, 객관적이고 합리 적인 방법에 의한 것이라고 보여지므로 옳다.  
[반대의견] 직종별임금실태조사보고서는 법관이 그 기재 내용을 기억할 수 없거나 또는 다른 사건의 증거조사 과정을 통하여 그 일부를 기억할 수 있을 뿐이므로 이를



전연 별개의 사건에서 법원에 현저한 사실이라고 하여 판결의 기초로 삼을 수 없고, 뿐만 아니라 이를 다수의견과 같이 법원에 현저한 사실에 속한다고 보게 되면 변론에 전혀 현출되지 아니하였음에도 불구하고 사실심 법원이 그 사실을 피해자의 수입을 인정하는 자료로 이용하게 됨으로써 소송당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받게 될 우려가 있다.

- [3] 인신사고로 인한 손해배상청구 소송과 같이 소송물이 다른 재산적 손해와 위자료 등에 관한 청구가 하나의 판결로 선고되는 경우, 당사자 일방이 그 소송물의 범위를 특정하지 아니한 채 일정 금액 부분에 대하여만 항소하였다면, 그 불복하는 부분을 특정할 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 불복범위에 해당하는 재산적 손해와 위자료에 관한 청구가 모두 항소심에 이십되어 항소심의 심판의 대상이 된다.

#### 다. 관련법령

민사소송법 제261조, 제360조, 제385조, 민법 제393조, 제763조

#### 라. 판결이유

법원에 현저한 사실이라 함은 법원이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다(대법원 1984. 11. 27. 선고 84다카1349 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 원심법원에 비치되어 있는 노동부가 매년 조사·작성하는 직종별임금실태조사보고서(1991년도, 1992년부터 임금구조기본통계조사보고서로 명칭이 변경되었다. 이하 직종별임금실태조사보고서라고 한다)와 노동부 국립중앙직업안정소가 발간하는 한국직업사전의 각 기재에 의하여 원고가 종사하고 있는 연탄소매업은 한국표준직업분류상 분류번호가 451-172이고, 이는 1991년 노동부 발간 직종별임금실태조사보고서상 직종 중(소)분류별 직종번호 45번에 해당하는데, 이에 종사하는 경력이 10년 이상인 남자의 1991년도 직종별 통계소득은 월 평균 금 916,229원 정도인 사실을 인정하였는바, 기록에 비추어 보면 원심이 위 직종별임금실태조사보고서와 한국직업사전의 각 존재 및 그 기재 내용을 원심법원에 현저한 사실로 보아서 이를 기초로 피해자인 원고의 일실수입을 산정한 조치는 위 법리에 따른 것으로서 객관적이고 합리적인 방법에 의한 것이라고 보여지므로 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 변론주의와 채증법칙을 위배하고, 석명권을 행사하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

인신사고로 인한 손해배상청구 소송과 같이 소송물이 다른 재산적 손해와 위자료 등에 관한 청구가 하나의 판결로 선고되는 경우, 당사자 일방이 그 소송물의 범위를 특정하지 아니한 채 일정 금액 부분에 대하여만 항소하였다면, 그 불복하는 부분을 특정할 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 불복범위에 해당하는 재산적 손해와 위자료에 관한 청구가 모두 항소심에 이십되어 항소심의 심판의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 기록에 의하면,

피고는 항소취지로 “원판결 중 원고 김○갑에게 금 21,289,176원을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분을 취소한다. 위 취소 부분에 해당하는 원고 김○갑의 청구를 기각한다.”라고 표시하고 있고, 그 불복범위를 특정할 수 있는 아무런 자료가 없음을 알 수 있는바, 그렇다면 피고는 불복범위 내에 있는 모든 부분에 대하여 항소한 것이라고 보아야 하므로, 그 불복범위에 해당하는 재산적 손해와 위자료에 관한 청구가 모두 항소심에 이심되어 항소심의 심판의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 이 점을 다투는 상고이유의 주장도 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 상고이유 제1점에 관하여 대법관 4인의 다음과 같은 반대의견이 있다.

{반대의견}

다수의견은 원심이 이 사건 변론에 전혀 현출된 바가 없는 직종별임금실태조사보고서의 내용을 원심법원에 현저한 사실로 보아 원고의 수입을 인정하는 자료로 이용한 조치가 객관적이고 합리적인 방법으로 원고의 장래수입상실 손해액을 산정한 것이라고 판단하고 있으나, 다수의견의 이러한 견해는 법원에 현저한 사실에 관한 법리에 어긋난 것일 뿐만 아니라 소송당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받지 않도록 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있는 민사소송법의 기본정신에 배치된다고 하지 않을 수 없다.

일반적으로 법원에 현저한 사실이라 함은 민사소송법상 불요증사실의 하나로서(제261조), 판결을 하여야 할 법원의 법관이 직무상 경험으로 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있는 사실을 말하므로, 법관이 직무상 안 사실이라고 하더라도 명확한 기억을 하고 있지 아니하면 법원에 현저한 사실에 속한다고 할 수 없다.

대법원 1984. 11. 27. 선고 84다카1349 판결이 ‘현저한 사실이라 함은 법관이 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 알 수 있는 사실’이라고 표현하고 있지만, 이 판결이 기록 등을 조사하여 알 수 있는 사실이라 함은 법관이 직무상 안 사실, 곧 판결을 선고한 사실이나 가압류·가처분을 한 사실과 같이 처리한 분명한 기억은 있으나 사건번호나 사건처리 일자와 같은 것을 명확하게 기억할 수 없는 경우에 대비한 보충적 판시에 불과한 것이지, 그러한 사건을 처리한 바도 없고 법관의 기억에도 전혀 없이 법원의 창고에 보관되어 있는 판결서철이나 기록을 조사하여 비로소 알 수 있는 경우를 가리키는 것은 아니며, 더욱이 다른 사건의 증거조사 과정을 거쳐 알게 된 사실은 설사 법관이 기억하고 있다고 하더라도 법원에 현저한 사실이라고 할 수 없다. 이 사건에서 현저한 사실로 원용한 직종별임금실태조사보고서의 기재 내용은 통계법 제2조 제3호(현 통계법 제3조 제3호) 소정의 일반통계이기는 하지만, 이는 한국표준산업분류에 의한 농업, 수렵업, 임업, 어업 부분을 제외한 전 산업의 상용근로자 10인 이상의 사업체 중 표준사업체를 선정하여 그 표준사업체에서 종사하고 있는 근로자의 성별, 연령, 혼인상태, 학력, 직종, 근속연수, 근로일수, 근로시간수, 월급여액, 연간특별급여액, 직급, 경력연수 등 제 근로

조건에 관한 사항을 직종 및 산업별로 조사·과약함으로써, 제반 경제시책과 기업의 임금 체계 등의 개선을 위한 기초자료로 제공할 목적으로 노동부에서 1년에 1회 발행하고 있는 것으로, 그 분류가 매우 세분화되어 있고 그 내용이 전문적·기술적일 뿐만 아니라 그 양이 방대하여 법관이 그것도 합의부 법관의 과반수가 모두 그 기재 내용을 기억한다는 것은 상상도 할 수 없는 일이며, 법관이 이를 기억한다고 한다면 이는 수많은 손해배상을 전담하여 처리하고 있는 재판부의 경우에 다른 사건의 증거조사 과정을 통하여 그 일부를 기억하고 있을 뿐이라고 하겠으므로 이를 전연 별개의 사건에서 법원에 현저한 사실이라고 하여 판결의 기초로 삼을 수 있는 것도 아니다.

따라서 직종별임금실태조사보고서의 기재 내용을 법원에 현저한 사실에 속한다고 한 원심의 판단을 대법원이 그대로 용인하는 것은 이러한 법원에 현저한 사실에 관한 기본적인 개념에 어긋난 것이라고 하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 이 사건에 있어서와 같은 직종별 임금실태조사보고서의 기재 내용을 다수의견과 같이 법원에 현저한 사실에 속한다고 보게 되면 변론에 전혀 현출되지 아니하였음에도 불구하고 사실심 법원이 이 사실을 피해자의 수입을 인정하는 자료로 이용하게 됨으로써 소송당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받게 될 우려가 있다. 어느 사실을 법원에 현저한 사실에 속한다고 보게 되면, 당사자 사이에 다툼이 있고 증거에 의하여 증명되지 않은 사실을 판결의 자료로 이용할 수 있게 됨으로써, 절차의 공정성을 철저히 보장하여 공평한 재판을 이상으로 삼고 있는 민사소송법의 기본정신에 배치될 우려가 있음은 물론 법원에 의한 부당한 사실인정의 위험성이 있다는 측면에서 볼 때 어느 사실을 법원에 현저한 사실로 볼 것인지는 신중히 판단하지 아니하면 안 된다고 할 것이다. 우리 민사소송법은 당사자의 변론에 제출되었던 사실과 증거만을 재판의 기초로 하도록 하는 변론주의를 채택하는 한편, 이를 수정·보완하기 위하여 법원으로 하여금 당사자에게 질문하고 입증을 촉구하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 당사자가 간과한 법률상의 사항을 지적하여 의견진술의 기회를 주도록 까지 하고 있다(제126조). 이 규정들은 소송당사자로 하여금 변론에 나타난 사실과 법률적 쟁점에 관한 적정한 공방을 통하여 소송의 결과를 어느 정도 예측토록 함으로써 공정한 절차의 진행과 재판에 대한 신뢰를 구축토록 하는 제도적 장치이다. 이러한 민사소송법의 기본정신과 이 사건과 같은 불법행위로 인한 손해배상 사건의 처리에 있어서 피해자의 수입은 노동능력상실을 및 과실상계율과 함께 피해자의 장래수입상실 손해액을 결정하는 핵심적 요소 중 하나로서, 피해자의 수입이 위 직종별임금실태조사보고서상의 어느 직종의 어떠한 임금으로 평가함이 상당한지를 정확하게 판단하기 위하여는 그 통계자료의 내용과 그 내용을 도출하기 위한 기초적 사실들과 피해자의 그것을 변론에서 상호·비교 검토하는 과정을 거칠 필요가 있다는 점 등을 고려하여 볼 때, 피해자의 장래수입상실액을 인정하는 데에 이용되는 위 직종별임금실태조사보고서는 반드시 변론에 현출시켜 당사자로 하여금 그에 관한 의견진술의 기회를 제공함으로써 당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받지 않도록 하여야 할 것이다.

따라서 법원으로서의 불법행위로 인한 손해배상 사건을 심리함에 있어서 그 때까지 변

론에 현출되지 아니한 위 직종별임금실태조사보고서에 의하여 피해자의 장래수입상실 손해액을 산정함이 합리적이고 객관적인 방법에 의한 것이라고 생각되는 경우에도 변론을 종결하기 전에는 변론을 속행하여, 변론을 종결한 후에는 변론을 재개한 후 석명권을 적절히 행사하여 이를 변론에 현출시킨 다음 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하여야 할 것이고, 설사 변론을 속행하거나 재개하여 이 점에 관한 변론을 해보아도 그 결과가 마찬가지로 판단되는 경우라고 하더라도 변론에 전혀 현출되지도 아니하고 법원의 서가에 꽂혀 있는 직종별임금실태조사보고서를 꺼내어 거기에 수록되어 있는 내용에 따라 피해자의 수입을 인정하고 그 장래수입상실 손해액을 산정 하여서는 아니 될 것이다.

가사 이것이 그 결과에 있어서 합리적이고 객관적인 산정방법이라 하더라도, 당사자로서는 전혀 알지도 못하고 기록에도 편철되어 있지 아니하기 때문에 기록을 열람하여 보아도 알 수가 없는 자료(원고가 실제소득만을 주장한 경우에는 더욱 그러하다)에 의하여 그 수입손해액을 산정 받는 셈이 된다. 그런데 변론주의가 적용되는 소송절차에서 법원에 현저한 사실도 그 사실이 주요사실인 경우에는 당사자의 주장이 있어야만 비로소 판결의 기초로 할 수 있으나(대법원 1965. 3. 2. 선고 64다1761 판결 참조), 불법행위로 인한 손해배상 사건의 장래수입상실 손해액 산정에 있어서 피해자의 수입을 당사자의 주장이 있어야 비로소 판결의 기초로 할 수 있는지 여부에 관하여, 현재의 실무가 이를 주요사실로 보면서도(차액설, 소득상실설) 원고가 그 주장 수입이 인정되지 아니하는 경우에는 그 보다 낮은 수입이라도 인정하여 달라는 취지의 묵시적 주장이 있는 것으로 보거나(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카522 판결 참조) 이를 간접사실로 봄으로써(평가설, 가동능력상실설), 원고가 주장하는 수입의 범위 내에서 그 수입을 인정하는 경우에는 그 수입에 관한 구체적인 주장이 필요 없다는 견해를 취하고 있다.

따라서 만약 위 직종별임금실태조사보고서의 기재 내용이 법원에 현저한 사실에 속한다는 다수의견에 따르게 되면, 법원은 원고가 주장하는 수입의 범위 내에서는 변론에 전혀 현출되지도 아니하고 당사자가 주장하지도 아니한 위와 같은 직종별임금실태조사보고서에 의하여 그 수입을 인정하여 이를 기초로 장래수입상실 손해액을 산정할 수 있게 됨으로써, 그로 인하여 불이익을 당한 당사자는 소송절차에 적절하게 개입하여 자기에게 유리한 재판을 이끌어 낼 수 있는 기회를 봉쇄 당하게 되는 것이다.

이와 같이 당사자 일방의 방어권을 봉쇄한 채 내리는 법원의 판결은 민사소송법이 보장하고 있는 절차적 정의를 도외시함으로써 재판절차에 대한 국민의 불신을 가중시키는 결과를 초래하게 될 것이다.

이는 재판을 하는 법원은 우선 편리하고 또 재판의 신속을 도모하는 것처럼 생각될지 모르나 적법절차를 통한 적정한 재판의 구현이라는 민사소송의 이상을 무시한 견해라고 하지 않을 수 없다. 이 사건 기록에 의하면, 원고는 제1심 이래 원심에 이르기까지 17년 이상 연탄소매업에 종사하여 왔으므로, 1991년도 직종별임금실태조사보고서상의 산업소분류별 소매업에 종사하는 자의 임금수준인 월 금 1,580,000원을 그 통계소득으로 평가하여 이를 기

초로 그 장래수입상실 손해액을 산정 하여야 한다고 주장하고, 피고는 건설물가상의 도시 일용노임을 기초로 이를 산정 함이 상당하다고 주장하였는바, 제1심이 원고의 주장을 그대로 받아들이자 피고만이 항소한 사건에서, 원심은, 위 직종별임금실태조사보고서상의 산업소분류별 임금은 동종산업체에 근무하는 상용근로자의 평균임금을 조사한 결과이므로 원고의 장래수입상실액을 산정하기 위한 기초임금으로 삼기에 부정확하다는 이유로 원고의 위 주장을 배척한 후, 원심법원에 비치되어 있다고 하면서 변론에 전혀 현출된 바도 없는 1991년도 직종별임금실태조 보고서의 기재 내용에 의하여 직종중(소)분류별 직종번호 45번 소매업의 판매원에 종사하는 경력이 10년 이상인 남자의 임금인 월 금 916,229원인 사실을 인정한 다음 이를 원고의 통계소득으로 평가하여 장래수입상실 손해액을 산정 하였음을 알 수 있다.

원심의 이러한 조치는 법원에 현저한 사실에 관한 법리를 오해한 잘못을 저지른 것이라 아니할 수 없고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 명백하다.

## 7. 자영농민과 직종별임금실태조사보고서의 증명력 (대법원 1992.8.18. 90다10612)

### 가. 판시사항

자영농민의 일실수입을 노동부 발간의 직종별임금실태조사보고서상의 일반농업종사자의 수입을 기준으로 산정할 수 있는지 여부(소극)

### 나. 판결요지

불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자의 일실이익을 피해자가 사고 당시실제로 얻고 있던 소득을 기준으로 산정할 경우에는 합리적이고 객관성 있는 자료에 의하여 사고 당시의 수입금액을 확정하여야 할 것인바, 노동부 발간의 직종별임금실태조사보고서의 조사대상산업 및 직종에 1차산업인 농업과 자영농민을 포함하고 있는지의 여부가 불명확할 뿐 아니라 그 보고서의 분류번호621의 일반농업종사자의 수입은 단지 3명의 근로자를 대상으로 조사한 결과임을 알 수 있으므로 위 임금실태조사보고서는 농업에 종사하는 자영농민의 수입을 확정할 만한 합리적이고 객관성 있는 자료라고 보기 어렵다.

### 다. 판결이유

원심이 인용한 제1심판결이유에 의하면 원심은, 원고는 영농후계자로 지정되어 주거지에서 논 5,000여평과 밭 3,000평을 소유하고 경작하는 일반영농업을 하는 외에 트랙터 경운기 등 농기계 5대를 보유하고 농기계임대업을 하여온 사실을 인정하고, 원고의 직종은 노동부 발간 직종별임금실태조사보고서(갑제13호증의1, 2)상 분류번호 621의 일반농업종사자에 가

값다고 보고 그 일반농업종사자의 1987년도 평균 월수입 금 672,600원을 원고가 사고 당시 얻고 있었던 수입액으로 인정하여 일실이익을 산정 하였다. 그러나 불법행위로 인한 손해 배상사건에서 피해자의 일실이익을 피해자가 사고당시 실제로 얻고 있던 소득을 기준으로 산정할 경우에는 합리적이고 객관성 있는 자료에 의하여 사고 당시의 수입금액을 확정하여야 할 것인 바, 위 직종별임금실태조사보고서의 조사대상산업 및 직종에 1차산업인 농업과 자영농민을 포함하고 있는지의 여부가 불명확할 뿐 아니라 그 보고서의 분류번호 621의 일반농업종사자의 수입은 단지 3명의 근로자를 대상으로 조사한 결과임을 알 수 있으므로 위 임금실태조사보고서는 원고와 같은 농업에 종사하는 자영농민의 수입을 확정할 만한 합리적이고 객관성 있는 자료라고 보기가 어렵다 (당원 1990.10.23.선고 89다카35308 판결 참조).

결국 원심판결에는 일실이익 산정의 기준이 되는 소득에 관한 증거의 가치판단을 그르침으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 이 점에 관한 논지는 이유 있다.

## 8. 농촌진흥청 발행의 '농축산물표준소득표'의 증명력 (대법원 1993.4.9. 92다55701)

### 가. 판시사항

- [1] 불법행위로 인한 일실이익을 산정하는 데 통계자료를 직접 이용하기 위한 조건
- [2] 특수작물 영농자의 일실 이익을 산정하는 기초자료로 농촌진흥청 발행의 '농축산물표준소득표'를 직접 이용할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 피해자의 일실수입을 산정 함에 있어 사고 당시의 직종별임금실태조사보고서만 현출되어 있다면 사고 당시를 기준으로 산정한 조치가 정당하다고 한 사례

### 나. 판결요지

- [1] 불법행위로 인한 피해자의 일실수입손해를 산정 함에 있어 피해자의 실제소득이 불분명하여 이를 추정통계소득을 기준으로 평가하는 경우 각종 통계자료를 직접 이용하기 위하여는 선결문제로서 당해 통계의 조사목적이나 방법, 조사대상 및 범위, 표본설계의 방법 등을 두루 살펴 그 이용의 적합성 여부를 신중하게 판단하지 않으면 안된다.
- [2] 농촌진흥청 발행의 '농축산물표준소득표'는 그 조사목적이 일반농가의 평균적인 실제소득의 산출을 위한 것이 아니라 영농설계나 경영개선 연구지도를 위한 자료의 제공에 있는 것이고, 조사대상이나 방법도 특별히 농정당국의 권장영농기술을 수용하고 있는 우량농가만을 표본으로 추출하여 조사한 것임에 비추어 특수작물의 영농자에 대한 일반적인 추정소득을 산정하기 위한 기초자료로 직접 이용하기에는 합리성과

객관성을 결하여 적합치 않다.

[3] 피해자의 일실수입을 산정 함에 있어 사고 당시의 직종별임금실태조사보고서만 현출되어 있다면 사고 당시를 기준으로 산정한 조치가 정당하다고 한 사례.

**다. 관련법령**

민법 제763조

**라. 당사자 등**

【원고, 상 고 인】 이○갑 외 3인

【피고, 피상고인】 ○○주식회사

【원심판결】 서울고등법원 1992.11.12. 선고 92나6503 판결

**마. 판결이유**

소론이 들고 있는 농촌진흥청 발행의 ‘농축산물표준소득표’는 농작물의 품목별로 각 도 내의 주요생산지역 가운데 1개 부락을 임의 추출하여 그 중에서 관할 농촌지도소의 권장영농기술을 실제 수용한 중, 상위 수준의 농가 3인을 표본으로 선정하여 그 소득액의 표준치를 조사한 자료로서, 영농가가 농촌지도소의 권장영농기술을 수용하여 농작물을 재배하는 경우 얻게 되는 수확량과 그에 대한 농가판매가격을 조사하여 조수익을 계산하고 여기에서 그 생산에 소요되는 비용을 비목별로 계산하여 공제함으로써 기대가능한 표준소득액을 산정하는 방법에 따른 것이고, 이는 전국 평균개념의 농가소득에 관한 통계자료가 아니라 영농설계나 경영개선 연구지도를 위한 기초자료로 활용하기 위하여 작성된 것에 지나지 않음이 분명하다.

불법행위로 인한 피해자의 일실수입손해를 산정 함에 있어 사고당시의 피해자의 실제소득이 불분명하여 이를 추정통계소득을 기준으로 평가하는 경우 반드시 합리적이고 객관적인 방법에 의하여야 할 것인바, 특히 각종 통계자료를 일실이익을 산정하는 데 직접 이용하기 위하여는 그 선결문제로서 당해 통계의 조사목적이나 방법, 조사대상 및 범위, 표 설계의 방법 등을 두루 살펴 그이용의 적합성 여부를 신중하게 판단하지 않으면 안된다. 그런데 위 농축산물 표준소득표는 위와 같이 그 조사목적이 일반농가의 평균적인 실제소득의 산출을 위한 것이 아니라 영농설계나 경영개선 연구지도를 위한 자료의 제공에 있는 것이고, 그 조사대상이나 방법도 특별히 농정당국의 권장영농기술을 수용하고 있는 우량 농가만을 표본으로 추출하여 조사한 것임에 비추어 볼 때, 이 사건 피해자와 같은 특수작물의 영농자에 대한 일반적인 추정소득을 산정하기 위한 기초자료로 직접 이용하기에는 합리성과 객관성을 결하여 적합치 않은 것이라고 보지 않을 수 없다.

따라서 원심이 위 통계자료에 의하여 피해자의 일실수입을 산정하는 것이 부적절 하다

고 본 조치는 그 이유설시에 있어 다소 미흡하나 결론에 있어서 정당하고, 거기에 소론과 같은 위법이 있다 할 수 없다. 논지 이유 없다.

원심판결 이유를 기록에 의하여 살펴본바, 이 사건 피해자의 영농자로서의 일실수입을 산정 함에 있어, 원고가 그 대체고용비 상당의 손해로서 노동부발행의 직종별임금실태조사 보고서에 의하여 피해자와 같은 10년 이상 경력을 가진 농업종사자(직종 분류번호 62)의 월 평균 임금을 기준으로 하여 산정한금액의 지급을 구하고, 피고가 위 원고의 주장을 인정하고 있는 이 사건에서 이에 의하여 평가한 원심의 조치도 이를 수긍할 수 있고, 소론이 지적하는 바와 같은 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지도 이유 없다.

이 사건과 같이 교통사고로 인하여 사망한 피해자의 일실수익을 산정하는 경우 원칙적으로 그 사고당시의 수익을 기준으로 하여야 할 것이나, 장차 그 수익이 증가될 것이 확실하게 예측되는 객관적인 자료가 있다면 장차 증가될 수익도 일실수익을 산정 함에 있어 마땅히 고려되어야 하는 것은 소론과 같다.

그러나 이 사건 피해자의 일실수입을 대체고용비로 산정 함에 있어 그 비용을 인정할 수 있는 자료로서 변론종결당시 현출되어 있는 것은 사고당시인 1990년도 직종별임금실태조사 보고서 뿐이고 1991년도 자료는 찾아 볼 수 없으므로, 원심이 전자를 기준으로 하여 피해자의 일실수입을 산정한 조치는 정당하고(당원 1991.8.9.선고, 91다 2694, 2700 판결 참조), 거기에 석명권 불행사내지 일실수입 산정에 관한 법리를 오해한 위법은 없다 할 것이다.

소론이 들고 있는 판례는 대법원 1992.11.13. 선고 92다14526 판결을 가리키는 것으로 보이는데, 이는 피해자가 사고이후로서 변론종결시에 가까운 1989년도의 직종별임금실태조사 보고서를 증거로 제출하고 있는데도 불구하고 전가동기간에 걸쳐 일률적으로 사고당시인 1987년 당시의 평균소득을 기준으로 삼아 피해자의 일실이익을 산정한 조치가 위법이라고 판단한 것이어서, 이 사건과 구체적으로 사안을 달리하는 것이다. 논지도 이유 없다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 피해자의 스키강사로서의 일실수입손해를 산정 함에 있어 스키강사가 1년에 스키시즌인 동절기 3개월간만 가동할 수 있다고 보아 위 직종별임금실태조사보고서상의 경력 10년 이상의 달리 분류되지 않는 교원의 월 평균 임금을 기준으로 하여 그 3개월분 해당의 임금 합산액만을 1년분의 일실수입으로 인정하고 있는 바, 기록에 의하여 살펴본즉 원심의 이러한 조치도 역시 정당한 것으로 수긍되는 터이고, 거기에 무슨 잘못이 있다고 보이지 않는다. 논지도 이유 없다.

## 9. 소송 중 노임상승과 일실이익 산정(대법원 1995.11.7. 95다35722)

### 가. 판시사항

- [1] 사고 후 사실심 변론종결시까지 사이에 노임액이 인상된 경우, 불법행위로 인한 농업 노동자의 일실이익 손해액 산정 방법



- [2] 불법행위 피해자가 법원의 명에 의한 신체감정을 받으면서 직접 지출한 비용이 있는 경우, 이를 적극적 손해라 하여 배상을 청구할 수 있는지 여부

#### 나. 판결요지

- [1] 타인의 불법행위로 인하여 상해를 입은 농업노동자의 일실이익 손해액을 계산함에 있어 사고 후 사실심의 최종 변론종결 당시까지의 사이에 수입의 기초가 되는 노임액이 인상되었을 때에는, 사고가 발생한 때로부터 노임 인상이 있기 이전까지는 사고 당시의 노임액을 기준으로 하여야 하나 그 이후에는 인상된 노임액을 기준으로 하여 이를 산정하여야 한다.
- [2] 타인의 불법행위로 인하여 상해를 입었음을 내세워 그로 인한 손해의 배상을 구하는 소송에서 법원의 감정명령에 따라 신체감정을 받으면서 법원의 명에 따른 예납 금액 외에 그 감정을 위하여 당사자가 직접 지출한 비용이 있다 하더라도 이는 소송비용에 해당하는 감정비용에 포함되는 것이고, 소송비용으로 지출한 금액은 재판 확정 후 민사소송비용법의 규정에 따른 소송비용액확정 절차를 거쳐 상환 받을 수 있는 것이므로 이를 별도의 적극적 손해라 하여 그 배상을 구할 수는 없다.

#### 다. 당사자 등

【원고, 상고인 겸 피상고인】 조○규

【피고, 피상고인 겸 상고인】 ○○교통 주식회사

【원심판결】 창원지방법원 1995.7.6. 선고 94나2552 판결

#### 라. 판결이유

타인의 불법행위로 인하여 상해를 입은 농업노동자의 일실이익손해액을 계산함에 있어 사고 후 사실심의 최종변론종결 당시까지의 사이에 수입의 기초가 되는 노임액이 인상되었을 때에는 사고가 발생한 때로부터 노임인상이 있기 이전까지는 사고 당시의 노임액을 기준으로 하여야 하나 그 이후에는 인상된 노임액을 기준으로 하여 이를 산정 하여야 할 것이다(당원 1991.2.8. 선고 90다16900 판결 참조). 기록에 의하면, 원고가 이 사건 사고를 당한 이래 원심 최종변론기일에 이르기까지 성인남자의 농촌일용노임이 계속하여 인상되었고, 원고는 원심에서 위와 같이 인상된 노임액을 기준으로 손해액을 계산하여 청구취지를 확장하였음이 명백한바, 그럼에도 불구하고 원심은 이 사건 사고 무렵인 1990.4월경의 농촌일용노임을 기준으로 하여 원고의 일실수입을 산정 하였으니 원심판결에는 일실수입의 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이와 같은 위법은 판결결과에 영향을 미친 것이니 명백하므로 이점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

기록에 의하면, 원심이 원고의 가동연한을 60세가 될 때까지로 인정한 것은 정당한 것으로

로 수공이 가고, 원심판결에 소론과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.

원심이 채택한 증거를 기록에 의하여 검토하여 보면, 원심이 원고는 이 사건 사고로 인한 상해의 후유증으로 인하여 가동능력을 100% 상실하였다고 인정하는 한편 원고의 정신적장애로 인한 퇴행적 행동규제 등을 위하여 원고에게 기대여명까지 성인남자에 의한 개호가 필요하다고 인정한 것은 정당한 것으로 수공이 가고, 원심판결에 소론과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 모두 이유가 없다.

타인의 불법행위로 인하여 상해를 입었음을 내세워 그로 인한 손해의 배상을 구하는 소송에서 법원의 감정명령에 따라 신체감정을 받으면서 법원의 명에 따른 예납금액 외에 그 감정을 위하여 당사자가 직접 지출한 비용이 있다 하더라도 이는 소송비용에 해당하는 감정비용에 포함되는 것이고, 소송비용으로 지출한 금액은 재판확정 후 민사소송비용법의 규정에 따른 소송비용액확정절차를 거쳐 상환 받을 수 있는 것이므로 이를 별도의 적극적 손해라 하여 그 배상을 구할 수는 없다 할 것이다(당원 1987. 6. 9. 선고 86다카2200 판결 참조). 원심은 원고가 연세대학교 의료원에 지급한 치료비 금 2,173,750원을 피고가 배상하여야 할 치료비손해에 포함되는 것으로 판단하였으나, 기록에 의하면 원심이 인용한 치료비 가운데 일부는 원심법원이 연세대학교 부속병원장에게 원고에 대한 신체감정을 촉탁함에 따라 그 감정을 받기 위하여 위 병원에 지출한 비용임이 명백하므로, 원심판결에는 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 손해배상액의 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이와 같은 위법은 판결결과에 영향을 미친 것임이 명백하므로 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

그러므로 원심판결 중 일실수입에 관한 원고 패소부분 및 기치료비에 관한 피고 패소부분을 파기하여 이 부분 사건을 원심법원에 환송하고, 원고와 피고의 나머지 상고를 모두 기각하고, 상고가 기각된 부분에 관한 상고비용은 상고인 각자의 부담으로 하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

## 10. 도시 또는 농촌일용노임인정 기준과 주거지(대법원 1995.7.11. 95다3428)

### 가. 판시사항

- [1] 농촌지역에 거주하고 있으나 부가 공무원이고 농업기반도 없는 미성년피해자의 일실수입을 도시일용노임으로 산정한 원심판결을 파기한 사례
- [2] 신체의 한 부위에 복합장해가 있는 경우, 그로 인한 노동능력상실률이 그 부위가 절단되는 경우의 노동능력상실률보다 중할 수 없는지 여부

### 나. 판결요지

- [1] 사고 당시 농촌지역에 거주하던 피해자의 장래의 일실수입을 산정 함에 있어서는 원

칙적으로 최소한 농촌일용노임을 얻을 수 있는 것으로 보아 이를 산정 하여야 하고, 피해자가 장차 주거지인 농촌을 떠나 도시에서 거주할 만한 구체적 사정이 인정되는 경우에만 도시일용노임으로 산정할 수 있는바, 피해자의 아버지가 경찰공무원이고 어머니는 가정주부로서 부모가 모두 농업에 종사하지 아니하고 농토 등의 농업기반도 없다는 점만으로는 피해자가 장차 농촌을 떠나 도시로 이주하거나 농촌에 거주하면서 도시에서 취업한다고 단정할 수 없다고 하여, 도시일용노임을 기준으로 일실수입을 산정한 원심판결을 파기한 사례.

- [2] 노동능력상실률은 전신기능에 대한 것이므로, 신체의 한 부위에 복합장해가 있는 경우 그로 인한 노동능력상실률이 반드시 그 부위가 절단되어 그 부위의 기능이 전부 상실되는 경우의 노동능력상실률 보다 중할 수 없다고 볼 근거는 없다.

#### 다. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○갑

【피고, 피상고인】 ○○화물주식회사 외 1인

【원심판결】 서울고등법원 1994.11.30. 선고 93나50958 판결

#### 라. 판결이유

원심은 이 사건 사고당시 원고의 거주지가 강원 영월읍 영흥리로 농촌유사지역인 사정만으로 원고가 장차 성장하여 적어도 농촌일용노동에 종사할 수 있게 될 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 거시증거에 의하면 원고의 아버지의 직업은 경찰공무원이고, 그 어머니는 가정주부로서 모두 농업에 종사하지 아니하고 농토 등의 농업기반도 없는 사실, 위 영월읍은 농촌지역에 소재하고 있기는 하나 소규모 지방행정의 중심지로서 다소간에 도시화되어 장차 그 도시화가 진전될 전망이다 사실, 또한 현재 전국적인 이농현상이 벌어져 토착농민들조차도 농업을 기피한 채 도시로 운집하고 있는데, 장차 이러한 경향은 국제화추세에 따라 좀처럼 수그러지지 아니할 전망이다에다가 교통의 발달로 인하여 농촌지역에 거주하면서도 도시지역에 취업하는 것이 반드시 불가능하지 아니하고, 또한 그러한 인구가 증가할 전망이다 사실이 인정되고, 위 인정사실에 의하면 원고는 장차 성장하여 농촌지역보다는 도시지역을 생활근거지 내지 취업지로 하면서 적어도 도시일용노동에 종사하게 될 것으로 보인다고 하여 농촌일용노임을 기준으로 일실수입을 산정한 제1심판결과는 달리 도시일용노임을 기준으로 일실수입을 산정하였다. 그러나 사고당시 농촌지역에 거주하던 피해자의 장래의 일실수입을 산정함에 있어서는 원칙적으로 최소한 농촌일용노임을 얻을 수 있는 것으로 보아 이를 산정하여야 하고, 피해자가 장차 주거지인 농촌을 떠나 도시에서 거주할 만한 구체적 사정이 인정되는 경우에만 도시일용노임으로 산정할 수 있다 할 것인바, 원심이 들고 있는 사유중 원고의 부모가 농업에 종사하지 아니하고 있고, 농토 등의 농업기반도 없다는 점 이외에는 모두 일반적인 경향이나 장래의 불확실한 전망에 불과하고, 위와 같이

원고의 부모가 현재 농업과 무관하다는 점만으로 원고가 장차 농촌을 떠나 도시로 이주하거나 농촌에 거주하면서 도시에서 취업한다고 단정할 수는 없다 할 것이다(당원 1994.10.7. 선고 94다18713 판결 참조). 따라서 이와 달리 판단한 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 일실수입의 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

원심은 제1심 및 원심의 각 신체감정족락결과중 이 사건 사고로 인한 원고의 신체장해 부위별 노동능력상실률이 우측 상지의 경우 상완신경총마비로 64%, 견갑관절 장애로 55%, 주관절 장애로 41%, 완관절 장애로 18%로 각 기재되어 있으나, 우측 상지의 장해부위가 부분적으로 중대하더라도 전체적인 장애의 정도는 우측 상지의 기능이 완전히 상실되는 것에 불과하고, 이는 성질상 우측 상지가 절단된 경우보다 중할 수 없으므로, 그 노동능력상실률은 우측 상지 절단으로 인한 노동능력상실률을 한도로 하여야 한다고 전제한 후, 원심 법원에 비치된 맥브라이드표에 의하면 그 절단으로 인한 노동능력상실률은 59%이므로 원고의 우측 상지에 관한 노동능력상실률은 59%라고 인정하였다. 그러나 원심의 판단에 따르면 원고가 상완신경총마비의 장애만 있는 경우에는 64%의 노동능력상실률이 인정되는데, 반하여 그 이외에 다른 장애가 더 있으면 오히려 59%의 노동능력상실률이 인정되는 결과가 될 뿐 아니라, 노동능력상실률은 전신기능에 대한 것이므로, 신체의 한 부위에 복합장애가 있는 경우 그로 인한 노동능력상실률이 반드시 위 부위가 절단되어 위 부위의 기능이 상실되는 경우의 노동능력상실률보다 중할 수 없다고 볼 근거도 없다(당원 1994.4.26. 선고 93다62348 판결 참조). 따라서 이와 다른 전제에서 우측 상지에 관한 노동능력상실률을 우측 상지절단으로 인한 노동능력상실률로 인정한 원심판결에는 노동능력의 평가에 관한 법리를 오해한 위법이 있으므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다. 한편 기록에 의하여 살펴보면 하지단축으로 인한 노동능력의 상실을 인정하지 아니한 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같은 심리미진, 채증법칙위배의 위법이 있다 할 수 없으므로, 그 부분 논지는 이유 없다.

기록에 의하여 관계증거를 살펴보면 원심이 향후치료로 실시한 우측 상하지의 피부결손 부위 내지 반흔구축부위에 대한 성형수술에는 소론이 지적하는 우측 상지에 대한 피부이식술도 포함되어 있다 할 것이므로, 원심이 그에 관한 판단을 유탈하였다는 논지는 이유 없다.

원심은 갑 제12호증의 기재와 원심의 서울대학교 병원장에 대한 사실조회결과중 일부를 들어 원고가 이 사건 사고로 중상을 입어 입원기간을 포함하여 현재까지 개호를 받아 왔으며, 앞으로도 향후 치료가 종결될 때까지는 일상생활을 도와줄 개호인 1인이 필요한 사실을 인정한 후, 이 사건 사고시 부터 위 향후치료 종결 시까지 성인여자 1인의 도시일용노임(입원기간) 또는 농촌일용노임(그 이후)을 개호비로 인정하였다. 원심 거시증거를 살펴보면 이 사건 사고 후부터 향후 치료를 종결할 때까지만 성인여자 1인의 개호가 필요하다는 원심의 판단은 수긍할 수 있다. 따라서 이를 다투는 논지는 이유 없다. 그러므로 이 사건 상

고는 일실이익 산정에 있어서 일용노임 산정의 기준을 잘못된 점과 노동능력의 상실비율을 잘못 함으로써 원고가 패소된 부분에 한하여 이유가 있다 할 것이므로, 원고 패소부분중 소극적 손해부분은 다시 심리되어야 할 것이므로, 그 부분을 파기하여 원심법원에 환송하기로 하고 원고의 나머지 상고는 이유 없으므로 기각하고, 상고기각부분에 대한 상고비용은 원고의 부담으로하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

#### 마. 해설<sup>34)</sup>

##### (1) 일실소득(이익)의 본질에 관한 판례

불법행위로 인한 손해배상은 적극적 손해, 소극적 손해, 위적료로 나누어 판단하고 있다. 소극적 손해는 피해자가 불법행위로 인하여 상실한 이익이나 소득을 말하고 이를 일실소득(이익)이라 한다.

일실이익의 본질에 관하여 대법원은 한편으로 소득상실설의 입장에서 「신체기능의 장애가 생겨 어느 정도의 노동능력의 감퇴가 있을지라도 후유증 정도가 경미하고 직업의 성질로 보아…… 부상이전에 비하여 급여면이라든지 승진, 승급 등의 면에서 특별한 불이익이 없도록 신분보장이 되어 있어 현재 장래에 있어서의 수입의 감소로 인한 손해가 발생할 개연성이 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 손해배상청구는 허용되지 않는다」<sup>35)</sup>고 판시한 것이 있는 반면, 「생명이나 신체에 대한 불법행위로 인하여 가동능력의 전부 또는 일부를 상실함으로써 일실하는 이익의 액은 그 피해자가 그로 인하여 상실하게 된 가동능력에 대한 총평가액이라고 할 것이므로, 불법행위 전후의 수입을 비교하여 사고후 수입이 감소된 부분을 수익상실로 인정함은 부당하다」<sup>36)</sup>고 하여 반대로 가동능력상실설적 견해를 밝힌 것도 적지 않았는데, 그러다가 그 어느 한쪽의 입장도 배제하지 아니하는 논조의 판례가 이어지고 있다.

즉 대법원 1990.11.23. 선고, 90다카21022 판결이 그 대표적 예이다.

「불법행위로 인하여 상해를 입고 노동능력의 일부를 상실한 경우에, 피해자가 입은 일실이익의 산정방법에 관하여는 일실이익의 본질을 불법행위가 없었더라면 피해자가 얻을 수 있는 소득의 상실로 보아 불법행위 당시의 소득과 그후의 향후소득과의 차액을 산출하는 방법(소득상실설 또는 차액설)과 일실이익의 본질을 소득창출의 근거가 되는 노동능력의 상실 그 자체로 보고 상실된 노동능력의 가치를 사고 당시의 소득이나 추정소득에 의하여 평가하는 방법(가동능력 상실설 또는 평가설)의 대립이 있는데, 당해 사건에 현출된 구체적 사정을 기초로 하여 합리적이고 객관성 있는 기대수익액을 산정할 수 있으면 족한 것이고 반드시 어느 하나의 산정방법만을 정당한 것이라고 고집해서는 안될 것이지만, 사고전

34) 이 판결에 대한 평석, 조무제, 도시 또는 농촌일반노임의 인정과 거주지문제, 판례연구 6집(96.01) 299면 참조

35) 대법원 1988.3.22. 87다카1958

36) 대법원 1984.10.23. 84다카325, 1987.9.8. 86다카816 등

후에 있어서의 현실적인 소득의 차액이 변론과정에서 밝혀지지 않고 있는 경우에는 앞에서 본 차액설의 방법에 의하여 일실이익을 산정하는 것은 불가능하고 평가설의 방법에 의해서 산정함이 합리적이고 정의 형평에도 합당하다.」<sup>37)</sup>

(2) 일실이익의 산정범위와 입증책임에 관한 판례

「향후의 예상소득에 관한 입증에 있어서 그 증명도는 과거사실에 관한 입증에 있어서의 증명도보다 이를 경감하여 피해자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 소득의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위내에서의 상당한 개연성이 있는 소득의 증명으로 족한 것이다.」<sup>38)</sup>

(3) 년소자 등 무직자의 일실이익산정원칙에 관한 판례

「연소자의 일실수입은 제반사정을 고려하여 경험칙과 법관으로서의 양식에 기초하여 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위내에서 산정」해야 한다. 따라서 「합리성없이 피해자의 경력이나 학력 등을 참작하여 그 수입을 책정하여서는 아니된다.」<sup>39)</sup>

「불법행위 당시 일정한 수입이 없는 자의 일실이익 산정은 보통일반인이면 누구나 종사하여 얻을 수 있는 일반노동임금을 기준으로 하여야 한다. 다만, 「무직자의 손해는 피해자의 연령, 건강상태나 특기, 경력, 학력, 노동기회의 대소를 고려하여 구체적 개별적으로 결정할 것」이므로 「인신사고로 종전직업에 종사할 능력을 잃어 종전 수익을 얻지 못하게 된 경우에도 피해자의 연령, 교육정도, 종전직업의 성질, 직업경력, 자격유무 및 기능숙련정도, 신체기능장해정도 및 유사직종이나 타직종에의 전업가능성과 확률 기타 사회적 경제적 조건과 경험칙에 비추어 도시 또는 농촌 일용노동에 종사할 것으로 예상되는 경우에만 일용노동으로 향후소득을 인정할 수 있고 그렇지 않은 경우에는 합리성과 객관성을 결여하여 부당하다.」<sup>40)</sup>

(4) 농촌일반노임을 기준으로 하게 한 판례

(가) 무직자의 경우 최소한의 수익으로 인정

○ 대법원 1971.8.31., 71다1451.

○ 대학교에서 항공에 관한 일반적 관리직을 양성하는 학과의 2학년 2학기에 재학중인 학생을 농촌일용노임을 인정하여도 부당하지 않다(대법원 1992.2.11. 91다12073)

(나) 종래수입보다 농촌일반노임이 고액일 때

○ 대법원 1978.5.9. 78다271

○ 대법원 1992.1.21. 91다39306 등.

37) 동지 대법원 1987.6.9. 86다카2920 1989.12.12. 88다카4093 등

38) 대법원 1990.11.27., 90다카10312, 1991.11.26. 91다28702, 1993.3.12., 92다36175 등

39) 대법원 1991.8.13. 91다18712 1995.1.24., 94다카45586 등

40) 대법원1985.9.24. 85다카449, 1995.1.24. 94다45586 등

- (다) 종전직업에는 종사부적격이 되고 잔존능력으로 농촌일반노임에 종사
  - 광부; 대법원 1971.1.26. 70다2697 등
  - 선원; 대법원 1991.5.28. 91다10381 .
- (라) 도시 또는 농촌 노임이 쟁점이 되었으나 농촌노임이 정당하다고 판시된 구체적 사례
  - 「대도시 거주자라도 부의 직업이 농업이면 농업에 종사하여 수익할 것을 기대할 수 있다.」(대법원 1980.8.12., 80다909)
  - 「농촌태생인 16세 남자는 서울에서 직장에 다니던 중 사고를 당하였다 하더라도 부모가 거주하는 농촌으로 돌아가서 농촌노동에 종사하리라고 보는 것이 옳다.」(대법원 1981.6.9. 80다1534 등)

(5)41) 도시노임과 농촌노임의 선택문제

실무상 일반 일용 노동임금을 농촌 일용 노동임금과 도시 일용 노동임금으로 나누어 적용하고 있다. 종래 농협조사월보상 농촌노임이 도시 노임보다 높았기 때문에 사고 당시 도시지역에 거주하고 있던 피해자들 중에는 농민의 이농현상과는 반대로 사고만 아니었다면 장차 농촌에 돌아가 농사를 지을 예정이었다고 주장하면서 농촌노임의 지급을 구하는 경우가 많아 농촌노동임금 적용 여부에 대하여 다툼이 있다.

판례는 원칙적으로 도시지역에 거주하는 사람은 도시 일용노임을, 농촌지역에서 거주하는 사람은 농촌 일용노임을 기준으로 한다. 다만 행정구역상 도시지역이라도 실제로는 농촌지역으로 농업에 종사하고 있음이 입증되는 경우에는 농촌 일용노임으로 인정하려고 한다. 그러나 엄밀하게는 이 지역도 장차 도시개발로 농촌지역으로 남아 있으리라고 볼 수 없으므로 일정 시기 이후에는 도시일용임금을 인정할 것인가가 문제될 수도 있다. 주민등록상의 주거지와 실제 주거지가 다르거나 여러 곳에 번갈아 거주하는 경우의 불명료성도 간과할 수 없을 뿐만 아니라, 오늘날 지역의 광역화로 농토가 없는 대도시도 없고 도시성 노동의 필요성이 있는 농촌도 많으며(최근 도농통합시가 많이 나타남), 교통기관의 발달과 도로망의 확충으로 도시농촌간 벽이 허물어진 지 오래되어 농촌 일용노임을 일실수입 산정의 기초로 하려면 농업노동을 감당할 수 있다는 점(예컨대 영농 의사, 기능, 영농 경험 또는 농업교육 수학 등)을 더 입증하여야 한다는 견해가 있다.

판례는 대체로 사고 당시 행정구역상 도시지역에 거주하고 있는 피해자는 근래의 현저한 도시집중화현상에 비추어 귀농의 의사가 없다고 보아 특별한 사정이 없는 한 도시 일용노임을 적용한다.

다만, 농촌거주자를 쉽게 도시 일용노임에 의율하는 것도 경계하고 있다.

이에 반해 피해자가 농촌노동에 종사하리라는 개연성이 있음을 입증한 예도 있다.

그러나 이러한 도시 또는 농촌 일용노동의 구분이 어떠한 합리적인 근거를 지니고 있다

41) 사법연수원, 손해배상소송, 2002

고 생각되는지는 않는다. 장차 통일하여 남녀별 전 산업 평균급여를 기준으로, 또는 일용노동으로 하되 도시 또는 농촌 어느 하나로 되어야 할 것으로 생각된다. 특히 이농현상, 교육열이 심화된 요즘 미성년자의 경우 거주지역에 상관없이 장래의 일을 알 수 없는 것이므로, 농촌노임이나, 도시노임이나를 따지는 것이 이상하게 여겨진다.

이러한 비합리적인 현상은 가정주부의 경우에서 보는 바와 같이 남녀의 차별 그리고 인문계·기술계 고등학교, 대학별에 따른 차이에서도 나타난다. 어차피 손해 산정이 의제의 성격을 벗어날 수 없는 이상 유아, 어린이, 주부, 학생, 농촌·도시 가릴 것이 없이 통틀어 남녀별 전 산업 평균급여로 통일하는 것이 낫지 않을까 생각된다.

## 11. 농어촌지역 미장공의 일실수익 산정기준(대법원 1993.11.23. 92다49478)

### 가. 판시사항

농어촌지역에서 미장공으로 일하여 온 피해자의 일실수익을 농협조사월보상의 미장공 임금을 기준으로 하지 않고 정부노임단가를 기준으로 평가한 사례

### 나. 판결요지

농어촌지역에서 미장공으로 일하여 온 피해자의 일실수익을 농협조사월보상의 미장공 임금을 기준으로 하지 않고 정부노임단가를 기준으로 평가한 사례.

### 다. 관련법령

민법 제763조(제393조)

### 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 김○갑 외 3인

【피고, 피상고인】 김○을

【원심판결】 대구고등법원 1992.10.9.선고 92나2869 판결

### 마. 판결이유

이 사건 교통사고로 인하여 사망한 원고 김○갑 및 정○광의 피상속인인 소외 망 정○교는 사고 당시 45세 7월 남짓된 건강한 남자로서 농어촌지역인 경북 영일군 구룡포읍 구평리 1050에 거주하면서 주로 경북 구룡포읍 및 그 인근의 경북 영일군 대송면과 장기면 등지에서 일용미장공으로 일하여 왔는데, 사고 당시 그 경력이 15년 이상이었던 사실, 위 망인의 직종은 대한건설협회 발행 월간 거래가격 공사부문의 일련번호 21번 미장공에 해당하



는데 사고 당시의 그 소득수준은 정부노임단가를 기준으로 하여 1일 금22,700원인 사실, 위 망인과 같이 건강한 성인은 월 평균 25일씩 60세에 이르기까지 일용미장공으로 일할 수 있는 사실 등을 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면, 위 망인이 사고로 입은 일실수입손해는 사고 당시의 미장공의 정부노임단가 상당액을 기준으로 하여 평가함이 상당하다고 판시함과 아울러, 위 망인이 농어촌지역에서 미장공으로 일하여 왔으므로 위 망인의 노동능력에 대한 금전적 평가는 농업협동조합중앙회가 발행한 농협조사월보에 기재된 미장공의 임금을 기준으로 평가하여야 한다는 원고들의 주장을 배척하였는바, 원심이 원고들의 위와 같은 주장을 배척하면서 판시한 이유에 다소 미흡한 점이 있음은 소론이 지적하는 바와 같지만, 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 인정판단은 결론이 정당한 것으로 수긍이 되고, 그 과정에 소론과 같이 증거의 해석을 잘못하는 등 채증법칙을 위반하거나 일실수입손해의 평가에 관한 법리를 오해하여 사실을 잘못 인정한 위법이나, 대한건설협회가 발행한 월간 거래가격상의 미장공의 정부노임단가가 아닌 시중노임단가를 기준으로 위 망인의 일실수입손해를 산정 하여야 한다는 원고들의 주장에 대하여 판단을 유탈함으로써 이유를 제대로 갖추지 못한 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 모두 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하거나 원심이 인정한 사실과 상치되는 사실을 전제로 원심의 판단을 헐뜯는 것에 지나지 아니하여 받아들일 수 없다.

원심은, 원고 김○병이 위 망인의 치료비 등으로 금100,000원을 지출한 사실을 인정한 다음, 이 사건 불법행위에 관하여 위 망인에게도 과실이 있다는 이유로 위 망인의 과실을 참작하여 피고가 위 원고에게 배상하여야 할 위 재산상손해의 금액을 금75,000원으로 정하였는바, 원심의 이와 같은 판단은 민법 제763조에 의하여 불법행위로 인한 손해배상에 준용되는 민법 제396조에 규정된 과실상계의 법리에 따른 것으로서 정당하고, 원심판결에 소론과 같이 과실상계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 받아들일 것이 못된다.

## 12. 두 가지 이상의 수입원에 해당하는 영업활동에 종사하고 있던 피해자의 일실수익 산정(대법원 1992.11.27. 92다33268)

### 가. 판시사항

- [1] 불법행위 당시 두 가지 이상의 수입원에 해당하는 영업활동에 종사하고 있던 피해자의 일실수익 산정에 있어 각 업종의 수입상실액을 합산하여야 하는 경우
- [2] 피해자가 연안에서 고기를 잡는 어업에 종사하면서 단지 영업활동범위 내에서 경비 절감을 위하여 어획물의 운송수단으로 자기 소유 트럭을 운전하여 왔다면 일실수익 산정에 있어 자동차운전사의 평균임금을 합산할 수 없다고 본 사례

나. 판결요지

- [1] 불법행위의 피해자가 사고 당시 두 가지 이상의 수입원에 해당하는 영업활동에 동시에 종사하고 있는 경우에는 각 영업의 성격이나 경영형태 등에 비추어 그들 업무가 서로 독립적으로 경영되어 양립가능한 성질의 것이고, 또 실제로 피해자가 어느 한쪽의 영업에만 전념하고 있는 것이 아닌 경우에 한하여 피해자의 일실수익을 산정함에 있어 각 업종의 수입상실액을 모두 개별적으로 평가하여 합산하는 것이 마땅하다.
- [2] 피해자가 연안에서 고기를 잡는 어업에 종사하면서 단지 영업활동범위 내에서 경비절감을 위하여 어획물의 운송수단으로 자기 소유 트럭을 운전하여 왔다면 일실수입산정에 있어 자동차운전사의 평균임금을 합산할 수 없다고 본 사례.

다. 당사자 등

【원고, 피상고인】 박○갑

【피고, 상 고 인】 ○○주식회사

【원심판결】 부산고등법원 1992.6.18. 선고 91나17269 판결

라. 판결이유

첫째로, 원심은 개인사업자인 원고가 불법행위 당시 실제로 얻고 있던 소득을 산정 하는데 필요한 객관적인 자료가 현출되어 있지 아니하여, 원고의 일실수입은 원고와 같은 경력을 가진 사람을 고용하는 경우의 보수상당액인 대체고용비로 인정하는 수밖에 없다는 전제 아래, 원고의 실제 영업직무내용이 어로활동에 종사하는 어부와 어획물을 운송하는 자동차운전사의 업무로 구분되는 것이라고 보아 이를 각기 별개로 평가함으로써, 각 그 대체고용비의 산정기준으로 위 직종별 임금실태조사보고서상의 어부 및 자동차운전사의 각 평균임금을 합산하여, 그 해당금액을 원고의 일실수입으로 인정한 것으로 보인다. 그런데 불법행위의 피해자가 사고 당시 2가지 이상의 수입원에 해당하는 영업활동에 동시에 종사하고 있는 경우에는, 각 그 영업의 성격이나 경영형태 등에 비추어 그들 업무가 서로 독립적으로 경영되어 양립가능한 성질의 것이고, 또 실제로 피해자가 그 어느 한쪽의 영업에만 전념하고 있는 것이 아닌 경우에 한하여 피해자의 일실수익을 산정 함에 있어 위 각 업종의 수입상실액을 모두 개별적으로 평가하여 합산하는 것이 마땅하다고 볼 것이지만(당원 1992.2.11. 선고 91다26942 판결 등 참조), 이 사건에 있어 원심이 확정한 바와 같이, 원고가 연안에서 고기를 잡는 어업에 종사하는 자로서, 단지 그 영업활동의 범위 내에서 경비절감을 위하여 그 어획물을 판매목적으로 시장까지 운송하는 수단으로 그 소유 봉고트럭을 직접 운전하여 온 것이라면, 이러한 경우에는 원고의 위 트럭운전업무가 별개의 독립된 수입원을 이루는 영업활동에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 그에 유사한 직종인 위 직종별임금실태조사보고서상의 자동차운전사로서의 평균임금을 합산하여 원고의 일실수입을 산정할 수는 없다

고 보아야 할 것이다.

둘째로, 원고가 실제로 위 트럭운전업무에 종사함에 따른 실질적인 수입의 상실에 상응하는 손해액을 아예 도외시할 수는 없는 터이나, 그렇다고 하여 이를 위와 같이 위 직종별 임금실태조사보고서상의 자동차운전사로서의 평균임금에 상당한다고 인정하는 것은 일반적으로 불법행위로 인한 피해자의 추정소득을 산정함에 있어 요구되는 합리성과 객관성을 결여한 방법이라고 아니할 수 없다. 왜냐하면, 위 직종별임금실태조사보고서는 “한국표준산업분류에 의한 농업, 수렵업, 임업 및 어업부분을 제외한 전산업의 상용근로자 10인 이상의 사업체중 표준사업체”에 종사하고 있는 근로자들의 임금을 조사하여 작성된 통계자료인 것인데, 한편 원심이 채용한 증인 이○의 증언에 따르면 원고는 매월 약 10회 정도의 간격으로 부정기적으로 출어하여 그 어로활동으로 얻은 어획물을 인근시장까지 운송할 필요가 있을 경우에 한하여만 일시적으로 위 트럭을 운전하여 온 것임을 알 수 있으니, 위와 같이 원고가 실제로 종사하여 온 위 트럭운전의 구체적인 영업직무내용에 비추어 볼 때 이는 위 조사보고서상에 통계소득의 조사대상이 된 상용근로자로서의 자동차운전사의 직무내용과는 판이하게 다른 것임이 분명하기 때문이다. 결국 원심이 이러한 점들을 모두 간과한 채로 원고가 실제로 어부 및 자동차운전사로서 종사해 온 것이라는 사정만을 들어 원고의 이 사건 불법행위로 인한 일실수입을 직종별임금실태조사보고서상의 어부 및 자동차운전사의 각 평균임금을 합산한 금액으로 단정해 버린 조치에는 채증법칙위배 아니면 심리미진이나 이유불비의 위법이 있다고 아니할 수 없다. 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

### 13. 자영농민의 일실수입 산정기준(대구고등법원 1992.6.5. 90나4564)

#### 가. 판시사항

자영농민의 일실수입 산정기준

#### 나. 판결요지

자영농민의 경우에는 경작한 작목별 총생산가액에서 비료비, 농약비, 농구비, 고용노력비 등 직접생산비와 자작지의 경우에는 추정임차료, 임차지의 경우에는 실제의 지출임차료 등 간접생산비를 공제하고, 다시 본인 이외의 가족 노동으로 인한 기여분을 모두 공제한 잔액이 그의 노동능력에 의한 기여분으로서의 기준 소득이 될 것이나, 실제로 지출한 위 각 항목의 생산비와 토지 및 자본용역비 등을 산출할 자료가 없다면, 농촌진흥청의 비용분석에 근거하여 산출한 금액을 일실수입 산정의 기준으로 삼을 수 있다.

#### 14. 겸업농민의 일실수입 산정기준(대법원 1991.5.10. 90다카26546)

##### 가. 판시사항

전답 1,500여평을 경작하는 한편 짓소 12두를 사육하며 목장을 경영하기도 한 피해자의 일실이익을 산정 함에 있어 노동부 발행 직종별임금실태조사보고서상 “달리 분류되지 않은 농업 및 축산업 종사자”(분류번호 629)의 평균임금을 그 추정소득의 자료로 삼을 수 있는지 여부(소극)

##### 나. 판결요지

불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자의 일실이익은 피해자가 사고 당시 실제로 얻고 있던 소득을 기초로 하여 산정할 수도 있고 노동부 발행 직종별임금실태조사보고서의 기재와 같은 추정소득을 기준으로 삼아 평가할 수도 있지만, 위 조사보고서상 직종분류의 기준이 된 경제기획원 발행 개정 한국표준직업분류에 의하면 분류번호 629번의 “달리 분류되지 않은 농업 및 축산업 종사자”의 직무내용은 전답 1,500여평을 경작하면서 짓소 12두를 사육하며 목장을 경영하기도 한 피해자의 업무내용과는 판이하므로 그 평균임금을 기초로 하여 피해자의 일실이익을 산정하는 것은 그릇된 자료에 터잡은 추정소득에 의한 산정이라고 단정할 수밖에 없고, 또한 위 조사보고서는 농업과 자영농민을 그 조사대상산업 및 직종에서 제외하고 있으므로 자영농민인 피해자의 과실이익을 산정 함에 이를 자료로 삼을 수는 없다.

## 第 2 節 國家賠償 等

### 1. 농업기반공사 직원의 부작위와 국가배상책임 (대법원 2001.4.24. 2000다57856)

#### 가. 판시사항

법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있지 않은 경우에도 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 수 있는지 여부(한정적극) 및 그 판단 기준

#### 나. 판결요지

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 것인바, 여기서 ‘법령에 위반하여’라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이나, 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령대로만 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 ‘고의 또는 과실로 법령에 위반’하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

#### 다. 관련법령

국가배상법 제2조 제1항

## 라. 당사자 등

【원고(선정당사자), 피상고인 겸 상고인】 김○갑 외 54인

【피고, 피상고인】 구 농어촌진흥공사의 소송수계인 농업기반공사

【피고, 상고인 겸 피상고인】 대한민국 외 1인

【원심판결】 광주고법 2000. 9. 21. 선고 98나5097 판결

## 마. 판결이유

### (1) 원고의 상고이유

(가) 상고이유 제1점 : 피고 대한민국 및 피고 농업기반공사(이하 ‘피고 공사’라고 한다)의 사전방지책임 및 피고 공사의 사후방지책임 원심은, 피고 대한민국과 피고 공사가 판시 영산강하구언 공사를 시행함에 있어서 위 공사로 인하여 목포항의 조위가 상승할 것을 예견할 수 있었음에도 과실로 이를 예견하지 못하거나 그 대책을 강구하지 못한 잘못이 있다는 원고의 주장에 대하여 위 피고들에게 영산강하구언 축조 이전에 원고가 주장하는 바와 같은 침수피해에 관한 예견가능성이 있었다고 인정하기는 어렵다는 이유로 위 피고들에게 그에 대한 사전예방적인 책임이 있다고 볼 수 없고, 또한 그 판시와 같은 사정에 비추어 피고 공사에게도 피고 대한민국과 마찬가지로 피해자들에 대하여 직접 그 침수원인을 규명하고 그 방지대책을 세워야 한다거나, 또는 피고 김○을에 대하여 재정적인 지원을 하는 등의 대책을 수립하여야 하는 사후방지의무를 지을 수는 없다고 판단하였는바, 거기에 상고이유와 같은 불법행위에 있어서의 주의의무에 관한 법리의 오해가 있다고 할 수 없으며, 원고가 상고이유 에서 들고 있는 판례는 사안을 달리하여 이 사건에서 원용할 것이 못된다.

(나) 상고이유 제2점 및 제5점 : 소멸시효기간 예산회계법 제96조에서 ‘다른 법률의 규정’이라 함은 다른 법률에 예산회계법 제96조에서 규정한 5년의 소멸시효기간보다 짧은 기간의 소멸시효의 규정이 있는 경우를 가리키는 것이고, 이보다 긴 10년의 소멸시효를 규정한 민법 제766조 제2항은 예산회계법 제96조에서 말하는 ‘다른 법률의 규정’에 해당하지 아니한다고 할 것이므로(대법원 1967. 7. 4. 선고 67다751 판결, 2000. 4. 7. 선고 99다53742 판결 참조), 그와 반대되는 취지의 상고이유는 이유 없다.

(다) 상고이유 제3점 : 삼학도, 울도 주민들의 청구 원심은, 별지 명단 순위 22, 23(삼학도 주민이다), 32, 33, 34(울도 주민이다)의 선정자들이 거주하는 지역은 행정구역 상으로 김○을에 속해 있기는 하나 과거 섬이었던 지역이거나, 또는 현재 목포 앞 바다의 섬지역인 사실을 인정하고, 피고 대한민국 및 피고 공사에게 원고의 상고이유 제1점에서 본 바와 같은 사전방지책임을 지을 수 없고, 또한 사후방지책임으로서 위 선정자들이 입은 침수피해를 방지하기 위하여 어떠한 방식으로 대책을 수립

할 수 있었는지에 관하여 주장·입증이 없다는 이유로 위 선정자들의 피고 대한민국과 피고 공사에 대한 청구를 배척하였는바, 거기에 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였거나, 불법행위에 있어서의 주의의무의 존재와 입증책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

- (라) 상고이유 제4점 : 위자료 산정의 법리오해 원심은, 피고 김○을는 1981년 무렵부터 위 피고가 관리하는 공공의 영조물인 하수구와 하수관 및 안벽 등 호안시설의 설치 또는 관리상의 하자로 인하여, 피고 대한민국은 1990년 1월 무렵부터 위 피고가 사후방지책임을 제대로 취하지 아니한 잘못으로 인하여 원심 판시 갑 선정자들에게 침수피해를 입힌 사실을 인정하고 소멸시효가 완성되지 아니한 1990. 7. 28.부터 1996년 1월경까지의 손해의 배상을 명함에 있어 피고 김○을가 배상할 위자료의 수액을 피고 대한민국의 그것과 동일하거나 다액으로 정하였는바, 기록과 원심 설시의 여러 사정에 비추어 보면, 원심의 위 조치는 모두 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유와 같은 법리오해가 있다고 할 수 없다.

## (2) 피고 대한민국의 상고이유

- (가) 상고이유 제1점 : 국가배상책임의 법리오해 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 것인바, 여기서 ‘법령에 위반하여’라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다.

그러나 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공무원이 관련 법령대로만 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작위를 가지고 ‘고의 또는 과실로 법령에 위반’하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작위로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하

여 판단하여야 할 것이다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결 참조). 원심이, 위와 같은 취지에서, 그 판시와 같은 제반 사정에 비추어, 피고 대한민국 소속 공무원으로서 구 풍수해대책법(1995. 12. 6. 법률 제4993호 자연재해대책법으로 전문 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제40조 제1항, 제46조의 규정에 따라 원심 판시 침수피해를 방지하는 데 필요한 적절한 조치를 신속히 취하여야 할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유와 같은 공무원의 부작위로 인한 국가배상 책임의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

- (나) 상고이유 제2점 : 사실오인 원심이, 별지 명단 16, 18, 25, 37, 38, 44의 선정자들에 대하여 원심 판시 거주기간 동안 원심 판시 지역에서 본인이 실제로 거주하거나, 가게를 운영하거나, 본인은 타처로 진출한 동안 그 가족들이 거주한 사실을 인정하는 것은 기록에 비추어 정당하고 상고이유와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.
- (다) 상고이유 제3점 : 처분권주의 위반 원심이, 별지 명단 1, 5, 6, 25, 37의 선정자들에 대하여 그들의 청구금액인 각 금 2,000만 원 범위 내에서(소장 및 항소장 참조) 400만 원 내지 500만 원의 위자료를 인용한 것은 정당하고 상고이유와 같은 처분권주의를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다(위 피고는 위 선정자들의 청구금액이 원고의 1998. 3. 27.자 준비서면 중 각 선정자별로 계산된 금액임을 전제로 주장하는 것으로 보이는데, 위 준비서면에서 각 선정자별로 계산된 금액은 일실수입에 불과하다).

### (3) 피고 김○을의 상고이유

- (가) 상고이유 제1점 : 채증법칙 위반 상고이유는, 영산강하구언의 축조로 목포 앞바다의 조위가 상승하였고, 그로 인하여 판시 침수피해가 발생한 것이라는 명백한 증거가 있음에도 불구하고 판시 침수피해의 책임이 영산강하구언을 축조하도록 한 피고 대한민국이 아닌 피고 김○을에 있다고 인정한 원심에는 채증법칙을 위반한 위법이 있다는 것이나, 원고의 상고이유 제1점에 대한 판단에서 본 바와 같이 피고 대한민국에게 영산강하구언의 축조 이전에 사전예방적인 책임이 있다고 볼 수 없는 이상 영산강하구언의 축조와 판시 침수피해 사이에 인과관계가 있다고 하더라도 피고 대한민국에게 그 책임을 지울 수 없는 것이고, 피고 김○을에게는 피고 김○을의 상고이유 제3점에서 보는 바와 같은 책임이 있어 그 책임을 지운 원심에 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.
- (나) 상고이유 제2점 : 지방자치법 제113조 제2항의 법리오해 상고이유는, 피고 대한민국의 영산강하구언 축조로 인하여 침수피해가 발생한 것임에도 그 손해배상을 자치단체인 피고 김○을에게 부담하도록 한 원심판결에는 국가의 부담을 지방자치단체에 전가하여서는 아니 된다는 지방자치법 제113조 제2항의 규정에 위반한 위법



이 있다는 것이나, 이 사건 침수피해가 피고 대한민국의 사후방지책임의 불이행과 피고 김○을의 영조물관리상의 하자로 인하여 발생하였다고 인정하고 위 피고들에게 연대하여 그 배상을 명한 원심의 판단에 국가의 부담을 지방자치단체에 전가한 잘못이 있다고 할 수 없으므로, 논지는 이유 없다.

(다) 상고이유 제3점 : 영조물관리의 주체에 대한 오인 상고이유는, 원심 판시의 안벽 등 호안시설은 항만법 제9조 및 같은법시행령 제2조에 따라 피고 대한민국(소관 : 해양수산부장관)이 설치·관리하고, 지방자치법 제11조 제4호에 따라 지방자치단체인 피고 김○을로서는 설치·관리할 수 없는 시설임에도 불구하고 피고 김○을이 설치·관리하는 시설이라고 판단한 원심에는 사실오인 또는 법리오해가 있다는 것이다.

살피건대, 항만법 제9조 제1항은 항만시설의 신설·개축·유지·보수 및 준설에 관한 공사는 지정항만은 해양수산부장관이, 지방항만은 시·도지사가 각각 시행한다고 규정하고 있고 지방자치법 제11조 제4호는 지방자치단체는 지정항만에 대한 국가사무를 처리할 수 없다고 규정하고 있기는 하나, 원심 판시의 안벽 등 호안시설은 김○을의 해안도로에 관한 것으로서 그 설치·관리의 주체는 피고 김○을로 여겨지고(그래서 원심의 인정과 같이 피고 김○을이 긴급대책사업으로 1992. 10. 24.부터 1994. 2. 28.까지 사이에, 항구대책사업으로 1993. 11. 15.부터 1996. 1. 16.까지 사이에 해안도로의 파라펫트 설치작업 등을 시행하였던 것이고, 그 공사 이후 침수피해가 현저하게 감소하였다), 나아가 원심이 인정한 바와 같이 피고 김○을이 설치 또는 관리하는 원심 판시 갑 선정자들 거주지역의 하수구와 하수관이 낡은 상태로 남아 있었고 바닷물의 역류를 막을 수 있는 개폐시설조차 전혀 설치되어 있지 아니하여 위 하수구를 통하여 바닷물이 역류한 것이 원심 판시 침수피해의 주요한 원인이었던 이상, 피고 김○을은 위 하수구와 하수관의 관리의무자로서 그 설치 또는 관리상의 하자로 인하여 원심 판시 갑 선정자들이 입은 손해를 배상할 책임을 면할 수 없다고 할 것이므로, 상고이유의 주장은 이유 없다.

## 2. 국가배상법시행령 별표와 선천성농아자(대법원 1994.4.26. 94다7362)

### 가. 판시사항

- [1] 선천성 농아자의 농촌일용노동자로서의 노동능력을 평가하는 데 있어서 국가배상법시행령이나 맥브라이드 장애등급표상의 노동력상실률이 기준이 될 수 있는지 여부
- [2] 선천성 농아자가 농촌일용노동에 종사하는 경우 보통사람이 얻을 수 있는 농촌일용임금의 70% 정도의 수입밖에 얻을 수 없다고 본 원심판결을 파기한 사례

## 나. 판결요지

- [1] 국가배상법시행령 제2조 제1항 별표 2 신체장애의 등급과 노동력상실률표나 맥브라이드의 장애등급표상의 언어의 기능이 전폐되거나 청력을 전혀 상실한 자의 노동력상실률은 신체 건강한 보통사람이 신체에 상해를 입어 노동력을 상실한 경우에 관한 것이므로, 선천적으로 언어와 청각의 기능에 장애가 있는 상태에서 오랫동안 농사를 지어 온 사람의 농촌일용노동자로서의 노동능력을 평가하는 데 관하여는 기준이 될 수 없다.
- [2] 선천성 농아자가 농촌일용노동에 종사하는 경우 보통사람이 얻을 수 있는 농촌일용 임금의 70% 정도의 수입밖에 얻을 수 없다고 본 원심판결을 파기한 사례.

## 다. 관련법령

- (1)(2) 민법 제763조(제393조) (1) 국가배상법시행령 제2조 제1항 별표 2

## 라. 당사자 등

【원고, 상 고 인】 이○갑 외 5인

【피고, 피상고인】 ○○주식회사

【원심판결】 부산고등법원 1993.12.30. 선고 93나7778판결

## 마. 판결이유

원심은, 이 사건 교통사고로 인하여 1989.10.16. 사망한 소외 망 박○목(1959.2.19.생)의 상속인인 원고 이○갑이 위 소외 망인의 일실수입에 관한 손해의 배상을 농촌일용노동에 터잡아 청구하고 있는바, 위 망인은 선천성 농아자로서 혜성구화학교 6년을 졸업하여 이 사건 사고당시 수화로써 의사소통을 할 수 있었으며, 그의 주거지에서 가족들과 함께 비닐 하우스에 의한 농작물을 재배하는 등으로 농사일을 하고 있었던 사실을 인정할 수 있으나, 국가배상법시행령 소정의 신체장애의 등급과 노동력상실률표(별표2) 및 맥브라이드의 후유장애에 대한 노동능력상실률표상의 언어기능 및 청력이 상실된 경우의 노동능력 상실 정도와 경험칙 등에 비추어보면, 선천성 농아자인 위 망인은 신체 건강한 보통의 농촌인부가 얻을 수 있는 소득의 70%정도의 수입을 얻을 수 있다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

그러나 국가배상법시행령 제2조 제1항 [별표2] 신체장애의 등급과 노동력상실률표나 맥브라이드의 장애등급표상의 언어의 기능이 전폐되거나 청력을 전혀 상실한 자의 노동력상실률은 신체 건강한 보통사람이 신체에 상해를 입어 노동력을 상실한 경우에 관한 것이므로, 선천적으로 언어와 청각의 기능에 장애가 있는 상태에서 오랫동안 농사를 지어 온 위 망인의 농촌일용노동자로서의 노동능력을 평가하는데 관하여는 기준이 될 수 없는 것이고, 또 선천성 농아자가 농촌일용노동에 종사하는 경우 신체 건강한 보통사람이 얻을 수 있는

농촌일용임금의 70% 정도의 수입밖에 얻을 수 없다고 보는 것이 경험법칙이라고 볼 만한 합리적인 근거도 없다.

더욱이 위 망인이 구화학교 6년을 졸업하여 수화로 의사소통을 할 수 있었다는 사실은 원심도 인정하고 있는 바일 뿐만 아니라, 기록에 의하면 위 망인이 선천성 농아자일 뿐 그 밖에 신체적인 건강이 보통사람과 차이가 없었음을 알 수 있으며, 농촌일용노동은 농업에 종사한 경험과 육체적인 힘에 의존하는 것이어서 언어나 청각의 기능이 특별히 그 능력에 중요한 영향을 미친다고 보기도 어렵다.

그렇다면 원심으로서도 구화학교 6년을 졸업하여 수화를 할 수 있고 30세 넘어 까지 농촌에서 농사를 지어온 위 망인과 같은 선천성 농아자가 농촌일용노동에 종사하는 경우 신체 건강한 보통사람이 얻을 수 있는 농촌일용노동임금의 70% 정도의 수입밖에 얻을 수 없다고 인정하려면, 선천성 농아자로서의 신체의 장애가 농촌일용노동에 어떤 점에서 어느 정도의 영향을 미치는지 등에 관하여 조금 더 심리하여 보았어야 할 것임에도 불구하고, 원심은 막연히 판시한 바와 같은 이유만으로 위 망인의 농촌일용노동자로서의 노동능력을 신체 건강한 보통사람의 70%에 불과하다고 단정하고 말았으니, 원심판결에는 노동능력의 평가에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 제대로 하지 아니한 채 증거도 없이 사실을 인정한 위법이 있다고 할 것이고, 이와 같은 위법은 판결에 영향을 미친 것이 분명하므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

그러므로 원심판결중 재산상손해에 관한 원고 이○갑의 패소부분을 파기하고 이 부분에 관하여 다시 심리 판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하는 한편, 그 밖의 원고들의 각 상고를 모두 기각하고, 상고가 기각된 부분에 관한 상고비용은 패소자인 위 원고들의 부담으로 하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

### 3. 농촌지도소 직원의 공무상 재해 인정 기준

(서울고등법원 1994.11.11. 93구35331)

#### 가. 당사자 등

【원 고】 조○자

【피 고】 공무원연금관리공단

#### 나. 판결이유

##### (1) 처분의 경위

소의 김○갑은 1972. 7. 1. 전남 담양군 농촌지도소 농촌지도공무원으로 임용되어, 1991. 2. 23.부터는 전남 신안군 농촌지도소 소속 같은 군 임자면 농민상담소장으로 근무하다가, 1993. 3. 20. 간경화 및 간암으로 사망하였다.

소의 망 김○갑의 처인 원고는 1993. 4. 30.경 위 망인의 사망이 공무원연금법상의 공무원 상 재해라고 하여 피고에게 유족보상금 지급을 청구하였으나, 피고는 같은 해 6. 21. 위 망인의 사망이 공무와 인과관계가 없다는 이유로 원고에 대하여 유족보상금 지급부결처분을 하였다.

## (2) 처분의 적법 여부

소의 망 김○갑은 전남 신안군 임자면 농민상담소장으로 발령 받기 전까지는 1973. 1. 16부터 1975. 12. 5.까지 사이의 군복무기간을 제외하고 1972. 7. 1.부터 1991. 2. 22.까지 전남 담양군 농촌지도소에 근무하면서 농촌청소년회 육성, 소득작목 도입 확대 재배, 가축사료비 절감, 식량증산 및 농업경영개선 지도, 농촌환경개선 지도 등의 업무를 헌신적으로 담당하느라 피로가 누적되었다.

위 망 김○갑은 1988년 공무원건강진단시 정상 소견을 받았으나, 위와 같은 누적된 피로로 인하여 1990년 공무원건강진단시 처음 비(B)형 간염, 간질환 의심의 소견을 받고, 1992년 공무원건강진단시 알콜성 간염 요주의 소견을 받았다.

위 망 김○갑은 위 임자면 농민상담소장으로 부임한 이후 아침 6시에 일어나 1시간 동안 사무실 등의 청소를 하는 일부터 시작하여 오전에는 서류를 정리하거나 하루 약 20여명의 농민들과 영농기술 등에 대하여 상담하고, 오후에는 직접 섬 전체를 돌면서 농민들과 같이 일하였으며, 느타리버섯, 외대파, 단감 등 소득작목의 재배와 토종닭, 한우 등의 사육을 지도하고, 위 농산물 생산 및 출하의 공동화, 토종농산물 직판장의 설치 등 각종 영농관련사업을 추진하는 한편, 임자도 내의 전화번호부의 작성과 3년마다 열리는 체육행사까지 주관하였고, 1992.부터 1993.까지 사이에 가사형편과 식중독으로 인한 4일 정도 휴가를 실시한 외에는 계속 근무하는 등 과도한 업무를 수행하느라 위 간염 등 건강이 악화되었다.

위 망 김○갑이 위 임자면 농민상담소장으로 부임하기 전에는 위 농민상담소에 3명의 농촌지도요원이 근무하고 보조원까지 있었는데, 위 망인이 부임하면서 인원이 축소되어 위 망인 혼자서 일하게 되었고, 위 망인이 사망한 후 다시 과중한 업무를 이유로 3명으로 증원되었다.

위 망 김○갑이 근무한 농민상담소는 전남 무안군 지도읍 선착장에서 철선으로 약 30분 소요되는 거리에 있는 오지 섬마을에 있고, 위 철선은 1시간 30분에서 2시간 간격으로 다니는데, 위 무안군 임자면에서 광주나 목포시에 있는 병원으로 가려면 1박을 하게 되어, 위 망인은 위와 같은 업무로 과로하여 아주 심하게 피곤을 느낄 때에는 큰 도시에 있는 병원에서 치료를 받지 못하고 농촌 청년회에서 링겔 주사를 맞거나 전남 무안군 해제면에 있는 의원으로 가 밤새워 링겔 주사를 맞고 아침 첫 배로 돌아와 일을 하였다.

위 망 김○갑은 위와 같이 계속된 업무로 누적된 과로에다가 간염 등에 대한 치료 또한 적절하게 받지 못하여 얼굴색이 누렇게 변하는 등 건강이 악화되자, 1993. 2. 13.경 주위 사람들의 강권에 못이겨 한국원자력연구소 부설 원자력병원에서 진단을 받은 결과 같은 달

19. 간암 및 간경화의 진단을 받게 되었고, 같은 해 3. 20. 사망하였다.

(3) 위에서 인정한 사실들에 의하면, 소위 망 김○갑은 농촌지도소 소속 공무원으로 임용된 후 비(B)형 간염에 감염되고, 적절하지 못한 치료에다가 계속된 과로가 원인이 되어 간경화 및 간암으로 발전, 사망하였다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 위 망인은 공무상의 질병으로 인하여 재직중 사망한 것이라 할 것이고, 따라서 이와 달리 피고가 원고에 대하여 위 망인의 사망이 공무와 인과관계가 없다는 이유로 한 위 유족보상금 지급청구부결처분은 위법하다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 있다.

# 參 考 文 獻

## 單行本

### (국내문헌)

- 농업법학회 편, 농업법령정비에 관한 연구, 2001, 2000년도 농림부정책연구과제  
농업법학회 편, 통상관련법 국제비교연구, 2002, 2001년도 농림부정책연구과제  
박문기, 농지임대차에 관한 연구, 연세대학교, 1990.  
정길영, 농지법에 관한 연구, 서울대학교, 1988.  
한국농촌경제연구원, 농지법제정백서, 1995.  
한국판례연구원 편저, 판례총람 8-1 농지개혁법 편, 청림각, 1986.  
홍행남, 농업협동조합법해설, 농민신문사, 2000.  
황적인, 농업법, 경제법총서, 삼지원, 1999.  
황적인·염기부 공편, 경제법판례연구, 선학사, 1997.

### (외국문헌)

- 農業法學會, 農業法研究 2, 有斐閣, 1965.  
加藤一郎, 農業法, 法律學全集 50, 有斐閣, 1985.  
磯邊俊彦, 日本農業の土地問題, 東京大學出版會, 1987.  
仁瓶五郎, 農地賣買轉用の法律, 學陽書房, 1988.  
金田禎之編, 漁業關係判例總攬, 大成出版社, 2001

## 判例評釋

- 강신섭, 농지매매와 소재지관서의 증명, 법원행정처 사법논집 제25집, 1994. 12.  
고창현, 경자유전의 원칙과 비농민의 농지소유, 민사법학 8호 1990. 4.  
권오승, 농지소유권의 제한, 부동산법학의 제문제, 1992. 6.  
김경재, 농업협동조합에 대한 법인세법 제66조에 따른 가산세부과, 판례회고 2호, 1974. 8.  
김능환, 소재지관서의 증명없는 농지매매계약의 효력, 한국사법행정학회 민사재판의 제문제 제7권, 1997.  
김병운, 농촌일용노동자의 가동년한, 대법원판례해설 29호, 1998. 6.  
김상용, 농지매매증명과 비농민의 농지소유(대법원판례를 중심으로) 민사판례평석(1), 1995. 3.  
김선중, 농어촌발전특별조치법 제47조 제3항 소정의 「전용농지의 다른 목적 사용」의 의미와 적용 요건 : 위 특별조치법과 건축법상 용도변경과의 관계, 법조 44권 1호, 1995.1.  
김창보, 농지의 명의신탁자가 농지매매증명을 발급받을 수 있게 된 이후 수탁자가 그 농지를 임의 처분한 경우, 횡령죄의 성부, 대법원판례해설 31호, 1999.5.  
민경도, 농지매매증명 발급을 조건으로 한 소유권이전등기청구의 소의 적부, 법원행정처 대법원 판례해설 제22호, 1995. 5.  
박해성, 농지법 제8조 제1항에 의한 농지취득자격증명, 박영사, 민법주해[XIV], 1997.

- 백영엽, 농지의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차이행청구소송에서 소재지관서의 증명을 갖추어야 할 시기, 법조 41권11호, 1992. 11.
- 변동걸, 소재지관서의 증명에 없는 농지매매계약의 효력, 한국사법행정학회 민사재판의 제문제 제5권, 1989.10.
- 송홍섭, 시효취득과 농지매매증명의 요부, 사법행정 397호, 1994. 1.
- 신성택, 농지개혁법 제19조제2항에 관련된 몇가지 문제점, 법원행정처 사법연구자료, 1981.4.
- 오진환, 법률의 상호모순·저촉과 효력, 법조 44권 7호, 1995. 7.
- 이주홍, 농지매매증명과 소유권이전등기청구, 사법행정 362호, 1991.2.
- 조무제, 도시 또는 농촌일반노임의 인정과 거주지문제, 판례연구 6집, 1996. 1.

## 一般論文

- 고창현, 농지법의 개선방향, 토지법학, 1993.12.
- 구연창, 농지전용규제, 경회법학, 1983.12.
- 권오승, 농지소유권에 관한 연구, 서울대, 석사, 1974
- 김백영, 농민과 농지에 대한 세제상의 지원, 부산지방변호사회지 9호, 1990.12.
- 김선정, 작물보험의 입법적 고찰-필리핀의 입법사례를 중심으로-, 보험학회지 제37집, 1991. 3.
- 김성호 외 2인, 농업재해보험제도수립을 위한 조사연구, 한국농촌경제연구원, 1989.
- 김완배, 바람직한 농안법 재개정을 위하여, 경제정의 1994. 가을
- 김용욱, 농지입법의 규제 방식, 사법행정, 314-316호
- 김용한, 농업법인론, 건국대 행정대학원 연구논총 4집 1976. 5.
- 김용한, 농지입법론, 건국대, 박사, 1974.
- 김은진, 농지전용제도에 관한 법적 고찰, 고려대, 석사, 1990
- 김진성, 재해보상제도와 농가의 재해예방노력, 농업정책연구, 제20권 제1호, 1993. 12.
- 노권래, 농지소유제도에 관한 연구, 서울대, 석사, 1983.
- 농촌법학회, 한국농지제도의 문제점과 개선방향 서울대 Fides 21권1호(23호) 1977. 2.
- 박용석, 농지의 거래제한, 토지법학 14호, 1991. 1.
- 박진도, 농업·농촌기본법 제정의 의의와 방향에 관하여, 「농민과사회 98-가을」, 1998. 11.
- 배민식, 일본의 새로운 농업기본법 입법 움직임, 「농민과사회 98-가을」, 1998. 11.
- 석중현, 농지개량조합소유의 잡종지매각의 계약방법, 현대공법이론의 전개, 1993.12.
- 신대식, 축산법 이렇게 변해왔다, 축산진흥, 1995. 4. 5. 6.
- 신영호, 농지상속 입법론, 고려대, 석사, 1978.
- 안갑준, 환지처분과 환지등기절차, 법무사 351호, 1996. 9.
- 오현석, 프랑스에서의 농업기본법 제정과 98년 농업기본법(안), 「농민과사회 98-가을」, 1998. 11.
- 이용만, 농지개혁 이후 농지정책의 전개과정-농지법 논쟁을 중심으로, 연세대, 석사, 1988.
- 이중용, 정명채, 김종숙, 농업재해보험제도수립을 위한 고찰, 농촌경제 Vol. 3 No. 2, 1980.
- 임재주, 농업진흥지역제도의 도입배경과 추진현황, 입법조사월보, 1993.6.
- 전일주, 한국농업법제의 체계적 분석에 관한 연구 2. 토지공법연구 9집, 2000. 2.
- 전일주외2, 한국농업법제의 체계적 분석에 관한 연구 1, 토지공법연구 제6집, 1998. 9.
- 정길영, 농지법에 관한 연구, 서울대, 석사, 1988.
- 최대권, 농촌의 사회구조와 법, 서울대 법학 18권 1호 (37호), 1977. 6.
- 한홍수, 농지법해설, 재판실무연구 제 2권, 1997.12.

## 판례색인

### 대법원

|                                  |     |                              |     |
|----------------------------------|-----|------------------------------|-----|
| 대법원 1960.5.19. 4292민상669         | 146 | 대법원 1970.11.24. 70다2119      | 137 |
| 대법원 1962.4.12. 61다964            | 274 | 대법원 1971.1.26. 70다2598       | 270 |
| 대법원 1962.4.18. 4294민상1054        | 63  | 대법원 1971.2.23. 70누151        | 347 |
| 대법원 1962.5.31. 61다1544           | 275 | 대법원 1971.3.9. 71다30, 31      | 141 |
| 대법원 1962.12.6. 62다721            | 277 | 대법원 1971.6.8. 71다631         | 80  |
| 대법원 1963.1.17. 67다775            | 78  | 대법원 1971.6.30. 70누142        | 586 |
| 대법원 1964.5.12. 63다830            | 133 | 대법원 1971.7.29. 71다935        | 85  |
| 대법원 1964.5.26. 63다929            | 136 | 대법원 1971.9.14. 71다1401       | 141 |
| 대법원 1964.7.23. 63다1201           | 150 | 대법원 1972.2.22. 71다2286       | 138 |
| 대법원 1964.9.8. 64다333             | 135 | 대법원 1972.2.29. 71다2594       | 134 |
| 대법원 1964.12.29. 64다1321          | 83  | 대법원 1972.7.11. 72다815        | 280 |
| 대법원 1965.7. 20. 65다992           | 269 | 대법원 1972.8.29. 72다1028       | 144 |
| 대법원 1965.7.27. 62다838            | 136 | 대법원 1972.9.26. 72다77         | 146 |
| 대법원 1965.12.21. 65다1932          | 137 | 대법원 1972.12.12. 72다1957      | 64  |
| 대법원 1966.7.26. 66누35             | 273 | 대법원 1972.12.26. 72다1987      | 271 |
| 대법원 1966.7.26. 66다1011, 1012     | 134 | 대법원 1973.2.26. 72다2346       | 135 |
| 대법원 1967.8.29. 67다1194           | 142 | 대법원 1973.3.28. 72다2291       | 67  |
| 대법원 1968.1.11. 67마576            | 61  | 대법원 1973.8.21. 73다644        | 85  |
| 대법원 1968.5.14. 68다249            | 78  | 대법원 1973.12.11. 73도1193      | 593 |
| 대법원 1969.1.21. 68다1844           | 159 | 대법원 1974.1.29. 73누117        | 59  |
| 대법원 1969.2.25. 68다475            | 142 | 대법원 1974.2.12. 73다509        | 152 |
| 대법원 1969.3.25. 68다1560           | 48  | 대법원 1974.6.11. 73다1434       | 148 |
| 대법원 1969.6.24. 69다520            | 138 | 대법원 1974.7.26. 73다1558, 1559 | 145 |
| 대법원 1969.8.26. 69다808            | 174 | 대법원 1974.10.8. 74다581        | 146 |
| 대법원 1969.9.23. 69다837            | 91  | 대법원 1974.12.24. 73다1653      | 65  |
| 대법원 1970.2.10. 67다318            | 268 | 대법원 1975.5.2. 74다208         | 87  |
| 대법원 1970.4.14. 70다183            | 147 | 대법원 1975.10.7. 75다1487       | 90  |
| 대법원 1970.8.31. 70도1267           | 62  | 대법원 1975.11.25. 73도1881      | 554 |
| 대법원 1970.9.22. 70다1227           | 134 | 대법원 1976.3.23. 74다1902       | 142 |
| 대법원 1970.10.30. 70다1390, 70다1391 | 173 | 대법원 1976.3.23. 75다2304       | 47  |
| 대법원 1970.10.30. 70다1807          | 84  | 대법원 1976.5.11. 75다1427       | 143 |



|                                 |     |                                  |     |
|---------------------------------|-----|----------------------------------|-----|
| 대법원 1976.9.28. 76다1054          | 71  | 대법원 1982.12.28. 80다2750          | 139 |
| 대법원 1977.6.7. 76누277            | 55  | 대법원 1983.2.8. 81누172             | 56  |
| 대법원 1977.9.28. 77도405           | 592 | 대법원 1983.3.22. 83다4              | 163 |
| 대법원 1978.2.14. 77누250           | 49  | 대법원 1983.6.28. 82누122            | 547 |
| 대법원 1978.2.28. 77다2038          | 308 | 대법원 1983.6.28. 83다카217           | 306 |
| 대법원 1978.3.14. 77다2375          | 292 | 대법원 1983.9.27. 83다카1069          | 309 |
| 대법원 1978.4.22. 73다740           | 151 | 대법원 1983.10.11. 83다카531          | 140 |
| 대법원 1978.8.22. 78도761           | 591 | 대법원 1984.3.13. 83도1047           | 551 |
| 대법원 1978.8.22. 78도958           | 621 | 대법원 1984.6.12. 84도556            | 605 |
| 대법원 1978.8.22. 78도1170          | 467 | 대법원 1984.7.10. 82누551            | 418 |
| 대법원 1978.9.12. 78다682           | 312 | 대법원 1984.9.25. 80다610            | 164 |
| 대법원 1979.2.27. 78도1690          | 589 | 대법원 1985.2.8. 87다343             | 297 |
| 대법원 1979.4.10. 79다16, 17        | 313 | 대법원 1985.5.28. 84누408            | 546 |
| 대법원 1979.8.14. 79다1037          | 585 | 대법원 1985.7.9. 84누780             | 583 |
| 대법원 1979.9.11. 79다1179          | 296 | 대법원 1985.7.9. 84도2884            | 263 |
| 대법원 1980.1.15. 79다1400, 79다1401 | 160 | 대법원 1985.11.26. 85도2039          | 587 |
| 대법원 1980.2.12. 79도3037          | 94  | 대법원 1986.3.11. 85다카1420          | 164 |
| 대법원 1980.4. 8. 80도296           | 95  | 대법원 1986.6.24. 86다133            | 81  |
| 대법원 1980.5.13. 80도685           | 85  | 대법원 1986.6.24. 86도445            | 470 |
| 대법원 1980.5.27. 79누295           | 161 | 대법원 1986.8.19. 86도796            | 550 |
| 대법원 1980.8.26. 80도47            | 553 | 대법원 1986.9.9. 86도1480            | 265 |
| 대법원 1980.9.9. 80다1082           | 145 | 대법원 1987.2.24. 86도1845           | 446 |
| 대법원 1980.11.25. 80누217          | 548 | 대법원 1987.3.24. 85도1979           | 264 |
| 대법원 1981.1.27. 79누433           | 548 | 대법원 1987.9.8. 87다카1067, 87다카1068 | 299 |
| 대법원 1981.2.24. 80다2855          | 82  | 대법원 1988.2.9. 87다카1304           | 401 |
| 대법원 1981.5.26. 80다2922          | 302 | 대법원 1988.3.22. 87도1796           | 420 |
| 대법원 1981.5.30. 81마83            | 46  | 대법원 1988.12.13. 88도668           | 629 |
| 대법원 1981.7.28. 81다22            | 528 | 대법원 1989.2.28. 88다카14137         | 169 |
| 대법원 1981.8.20. 80도1672          | 93  | 대법원 1989.3.28. 88도919            | 550 |
| 대법원 1981.12.8. 81다782, 81다카141  | 149 | 대법원 1989.4.11. 88다카4628          | 139 |
| 대법원 1982.3.9. 80다2545           | 294 | 대법원 1989.5.23. 88다카5331          | 155 |
| 대법원 1982.6.8. 82다150            | 75  | 대법원 1989.5.9. 88다카12681          | 148 |
| 대법원 1982.8.24. 81다1355          | 150 | 대법원 1989.8.8. 88다카25496          | 145 |
| 대법원 1982.8.24. 81다카1263         | 161 | 대법원 1989.8.8. 88다카3099           | 150 |
| 대법원 1982.9.14. 81도2024          | 620 | 대법원 1989.9.12. 88누9206           | 356 |
| 대법원 1982.9.28. 82도567           | 589 | 대법원 1989.10.13. 88다카18702        | 151 |
| 대법원 1982.11.23. 82도2352         | 552 | 대법원 1989.11.14. 89다카15298        | 431 |

|                                 |          |                           |     |
|---------------------------------|----------|---------------------------|-----|
| 대법원 1990.10.10. 89누7719         | 570      | 대법원 1994.5.24. 94다8198    | 150 |
| 대법원 1990.10.11. 90마679          | 182      | 대법원 1994.10.25. 94다 18232 | 178 |
| 대법원 1990.11.13. 89누756          | 539      | 대법원 1994.11.8. 94다2853    | 149 |
| 대법원 1991.1.29. 90다6781          | 360      | 대법원 1994.12.27. 93도2734   | 676 |
| 대법원 1991.5.10. 90다카26546        | 717      | 대법원 1995.1.24. 94다29065   | 171 |
| 대법원 1991.5.14. 90누6514          | 537      | 대법원 1995.3.10. 94도3398    | 676 |
| 대법원 1991.6.25. 90다17040         | 363      | 대법원 1995.3.28. 93다62645   | 399 |
| 대법원 1991.7.12. 90다8343          | 180      | 대법원 1995.3.3. 93다55296    | 259 |
| 대법원 1991.7.12. 91다12905         | 69       | 대법원 1995.7.11. 95다3428    | 707 |
| 대법원 1991.8.12. 91다5443          | 70       | 대법원 1995.7.28. 94누8860    | 11  |
| 대법원 1991.8.13. 91다14970         | 503      | 대법원 1995.11.7. 95누2081    | 632 |
| 대법원 1991.8.13. 91다17368         | 153      | 대법원 1995.11.7. 95다35722   | 705 |
| 대법원 1991.10.22. 91도1397         | 150      | 대법원 1995.11.7. 95도1966    | 405 |
| 대법원 1991.11.26. 91다33094, 33100 | 290      | 대법원 1995.12.22. 95누14688  | 320 |
| 대법원 1992.3.10. 91누5273          | 50       | 대법원 1995.12.26. 95누10587  | 9   |
| 대법원 1992.3.27. 91누13069         | 515      | 대법원 1996.2.27. 95누2456    | 672 |
| 대법원 1992.4.21. 92마103           | 51       | 대법원 1996.7.18. 94다20051   | 697 |
| 대법원 1992.5.12. 91다 33872        | 176      | 대법원 1996.9.24. 95부19      | 471 |
| 대법원 1992.5.22. 91도2525          | 407      | 대법원 1996.9.24. 96누5698    | 471 |
| 대법원 1992.8.18. 90다10612         | 702      | 대법원 1996.11.15. 96누10478  | 232 |
| 대법원 1992.10.23. 91다40238        | 365      | 대법원 1996.11.8. 96다6127    | 643 |
| 대법원 1992.11.27. 92다33268        | 714      | 대법원 1996.12.20. 96도2717   | 676 |
| 대법원 1992.12.24. 92다36403        | 180      | 대법원 1996.12.23. 95누12200  | 231 |
| 대법원 1993.3.26. 92다25472         | 166, 183 | 대법원 1997.2.25. 96다43607   | 256 |
| 대법원 1993.4.9. 92다55701          | 703      | 대법원 1997.3.28. 96다3258    | 392 |
| 대법원 1993.5.14. 92누10630         | 52       | 대법원 1997.4.11. 96다31109   | 254 |
| 대법원 1993.5.14. 92다45773         | 170      | 대법원 1997.6.10. 97도752     | 455 |
| 대법원 1993.10.12. 93다1886         | 181      | 대법원 1997.6.7. 76다1853     | 84  |
| 대법원 1993.10.26. 92다54135        | 181      | 대법원 1997.7.11. 96누5902    | 252 |
| 대법원 1993.11.23. 92다49478        | 713      | 대법원 1997.7.25. 95도2471    | 402 |
| 대법원 1993.11.23. 93다29471        | 182      | 대법원 1997.9.9. 97도1561     | 451 |
| 대법원 1993.11.9. 93다28928         | 176, 176 | 대법원 1997.10.24. 97누4173   | 595 |
| 대법원 1993.12.21. 92다7603         | 149      | 대법원 1997.12.26. 96다25852  | 686 |
| 대법원 1994.4.12. 93누16994         | 15       | 대법원 1998.2.10. 95다2025    | 674 |
| 대법원 1994.4.26. 94다7362          | 722      | 대법원 1998.2.27. 97다49251   | 195 |
| 대법원 1994.4.29. 94도44            | 13       | 대법원 1998.4.28. 96도2828    | 318 |

|                          |          |                            |     |
|--------------------------|----------|----------------------------|-----|
| 대법원 1998.5.15. 96다24668  | 694      | 대법원 2000.7.7. 99두66        | 657 |
| 대법원 1998.5.29. 97누2542   | 186, 229 | 대법원 2000.8.22. 99다62609    | 188 |
| 대법원 1998.7.10. 98다4774   | 693      | 대법원 2000.10.19. 98두6265    | 226 |
| 대법원 1998.7.24. 96다16506  | 668      | 대법원 2000.10.27. 98두18381   | 244 |
| 대법원 1998.10.13. 97누13764 | 649      | 대법원 2000.11.10. 99두3645    | 565 |
| 대법원 1999.2.9. 98다53141   | 691      | 대법원 2000.11.24. 2000두2341  | 202 |
| 대법원 1999.4.9. 98두12437   | 198      | 대법원 2000.11.24. 99다65035   | 535 |
| 대법원 1999.9.21. 99다31667  | 681      | 대법원 2001.1.16. 99두10988    | 212 |
| 대법원 1999.9.3. 99다18619   | 662      | 대법원 2001.4.10. 99다70945    | 428 |
| 대법원 1999.10.8. 98도1849   | 413      | 대법원 2001.4.24. 2000다57856  | 718 |
| 대법원 1999.12.28. 99도4801  | 451      | 대법원 2001.8.21. 99다55878    | 185 |
| 대법원 2000.1.28. 97누4098   | 670      | 대법원 2001.10.26. 2001다47757 | 327 |
| 대법원 2000.2.11. 99다61675  | 640      | 대법원 2001.11.13. 2001도3716  | 675 |
| 대법원 2000.3.24. 98두8766   | 211      | 대법원 2001.11.30. 2001두5866  | 648 |
| 대법원 2000.5.12. 98두15382  | 208      | 대법원 2001.12.27. 2001다48187 | 183 |
| 대법원 2000.5.12. 99다70600  | 245      | 대법원 2002.1.22. 2000다2511   | 385 |
| 대법원 2000.5.26. 99다37382  | 379      | 대법원 2002.3.26. 2001두5927   | 499 |
| 대법원 2000.5.26. 99다54066  | 643      |                            |     |

## 고등법원

|                             |     |                            |     |
|-----------------------------|-----|----------------------------|-----|
| 대구고등법원 1979.4.24. 77구76     | 608 | 서울고등법원 1995.7.6. 93나39630  | 325 |
| 대구고등법원 1992.6.5. 90나4564    | 716 | 서울고등법원 1996.12.6. 96나145   | 435 |
| 대구고등법원 1992.11.18. 92노559   | 327 | 서울고등법원 1997.4.17. 97구33302 | 199 |
| 대구고등법원 1995.4.20. 91나7454   | 437 | 서울고등법원 1997.5.21. 96구4598  | 527 |
| 대전고등법원 1995.7.28. 94구3412   | 415 | 서울고등법원 1997.6.24. 96나2240  | 488 |
| 부산고등법원 1990.2.9. 89구1902    | 544 | 서울고등법원 1997.6.25. 95구19982 | 524 |
| 부산고등법원 1996.10.11. 95구4957  | 518 | 서울고등법원 1997.8.20. 95구18149 | 598 |
| 서울고등법원 1973.10.17. 72나2201  | 625 | 서울고등법원 1997.9.10. 97나20771 | 442 |
| 서울고등법원 1980.12.2. 79구456    | 606 | 서울고등법원 1997.12.16. 97나3868 | 320 |
| 서울고등법원 1984.1.25. 83노679    | 588 | 서울고등법원 1998.1.13. 96나21531 | 21  |
| 서울고등법원 1985.1.23. 84노1992   | 617 | 서울고등법원 1998.4.14. 97구17225 | 234 |
| 서울고등법원 1989.9.8. 88나33034   | 602 | 서울고등법원 1998.4.17. 97구38161 | 484 |
| 서울고등법원 1990.10.31. 90구556   | 580 | 서울고등법원 1998.4.30. 97구1213  | 479 |
| 서울고등법원 1992.9.17. 92나253    | 458 | 서울고등법원 1998.5.15. 97구18396 | 389 |
| 서울고등법원 1994.5.12. 93구16651  | 348 | 서울고등법원 1998.5.21. 97구2360  | 521 |
| 서울고등법원 1994.11.11. 93구35331 | 724 | 서울고등법원 1998.9.10. 98나23388 | 440 |

|                             |     |                            |     |
|-----------------------------|-----|----------------------------|-----|
| 서울고등법원 1998.9.22. 97구52082  | 220 | 서울고등법원 1998.12.17. 98누9938 | 223 |
| 서울고등법원 1998.11.26. 97구52501 | 232 |                            |     |

## 지방법원

---

|                            |     |                              |     |
|----------------------------|-----|------------------------------|-----|
| 광주지방법원 1993.8.19. 92노852   | 600 | 서울지방법원 1998.10.13. 97가합53927 | 560 |
| 대전지방법원 2000.4.12. 99가합3833 | 432 | 서울지방법원남부지원 1999.2. 98가합15904 | 556 |
| 부산지방법원 1988.9.23. 87노2760  | 625 | 서울형사지방법원 1987.1.16. 86노6610  | 414 |
| 서울지방법원 1973.5.3. 72노5209   | 572 | 서울형사지방법원 1987.2.25. 86노3326  | 421 |
| 서울지방법원 1991.4.16. 89노6525  | 411 | 인천지방법원 1995.8.29. 95라131     | 578 |

## 행정법원

---

|                              |     |                             |     |
|------------------------------|-----|-----------------------------|-----|
| 서울행정법원 1998.10.21. 98구131344 | 512 | 서울행정법원 1999.11.17. 99구19274 | 250 |
| 서울행정법원 1998.11.4. 98구6899    | 215 | 서울행정법원 2000.3.24. 99구26708  | 214 |
| 서울행정법원 1998.11.11. 98구5063   | 568 | 서울행정법원 2000.4.28. 99구16893  | 508 |
| 서울행정법원 1999.10.14. 99구22119  | 472 |                             |     |