

국유재산법상 변상금의 법관계*

-대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체판결을 중심으로- Indemnification Decision of State Property Act and Unjust Enrichment of Civil Law

이 현 수**

Lee, Hyon-Soo

목 차

- | | |
|---------------------|---------------|
| I. 문제의 소재 | IV. 대상 판례의 평석 |
| II. 대상 판례의 소개 | V. 맺음말 |
| III. 법령 연혁 및 판례의 전개 | |

최근 대법원은 국유재산법상 변상금부과권은 공법상 권리인 반면 민사상 부당이득반환청구권은 민사상 채권으로서 그 법적 성질을 달리하므로 국유재산의 관리를 위탁받은 한국자산관리공사는 무단점유자에 대하여 변상금부과처분을 한 후에도 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다고 판시하였다. 반면 당해 판결의 반대의견에서는 변상금 부과권과 민사상 부당이득반환청구권 양자 모두 국유재산의 무단점유자로부터 법률상 원인 없는 이익을 환수하는 것을 본질로 하므로, 변상금 부과·징수는 국유재산의 무단점유자에 대한 부당이득반환청구를 공법적인 형태로 규율하는 것으로 볼 수 있으며 이처럼 행정주체가 효율적으로 권리를 행사·확보할 수 있도록 관련 법령에서 간이하고 경제적인 권리구제절차를 특별히 마련해 놓고 있는 경우에는, 행정주체로서는 그러한 절차에 의해서만 권리를 실현할 수 있고 그와 별도로 민사소송의 방법으로 권리를 행사하거나 권리의 만족을 구하는 것은 허용될 수 없다고 보았다. 그러나 소관청의 변상금부과권한은 무단점유자에 대한 관계에서의 권리일 뿐 아니라 당해 권한을 수권한 의회에 대한 관계에서 행정

투고일 : 2016. 4. 30. / 심사외퇴일 : 2016. 5. 13. / 게재확정일 : 2016. 5. 26.

* 이 글은 2016.2.23. 개최된 건국대학교 법학연구소 국제학술대회에서 필자가 발표한 “국유재산법상 변상금의 법관계”의 원고를 수정·보완한 바 있음을 밝힌다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수

Konkuk University Lawschool, Associate Professor

이 부담하는 의무이기도 하다는 점에서 변상금부과와 부당이득반환청구는 그 법적 성질을 달리한다고 보아야 할 것이다. 다수의견은 양자의 차이를 공법상 권리인지 민법상 권리인지에서만 찾고 있다는 점에서 변상금부과의 근거 법규의 구조를 충분히 이해하고 있지 못하고 있으며 양자를 ‘권리’로만 보고 있다는 점에서 역설적이게도 그 법적 성질을 본질적으로 동일한 것으로 보고 있다고도 분석할 수 있다. 그러나 국유재산법상 변상금부과는 기속행위로서, 입법자가 행정에게 부과하고 있는 의무로서의 성질을 지니므로, 변상금부과요건이 충족되는 한, 행정은 변상금부과처분을 해야 하며 따라서 변상금부과권한을 행사하지 아니하고 민사상 부당이득반환청구권을 행사하는 것은 법률의 우위에 반한다 할 것이다. 더 나아가 무단점유에 대하여 국유재산법이 변상금부과라는 법률효과를 규율하고 있다는 점에서 규율의 공백(Regelungslücke)이 존재하지 않으므로 무단점유의 법효과에 관하여 민법이 적용되어야 할 정당화사유도 발견할 수 없다. 그밖에, 변상금의 징벌적 성격을 긍정한다면, 국유재산관리의 위탁의 일환으로서 일반재산 무단점유자에 대한 변상금의 부과·징수권을 한국자산관리공사에 위탁하는 것은 행정권한의 위탁에 관한 일반적 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

【주제어】 국유재산법, 변상금, 부당이득반환청구권, 규율의 공백, 공사법 구별

I. 문제의 소재

전통적으로 국가는 일반 시민과는 달리, 권력의 귀속자로서 시민을 상대로 일방적인 공권력(imperium)을 행사할 수 있는 자이지만 또 다른 한편으로는 일반 사인들과 같이 재산권(dominium)을 누리는 자로서 자리매김 되어 왔다. 그런데, 서구의 경우, 국가를 법적으로 포착하는 과정에서는 전자의 영역에서보다 후자의 영역에서 국가의 법적 인격성이 일찍 정착되게 되었다.¹⁾ 재산권자로서의 국가는 전형적으로 조달계약의 일방 당사자로 나타나거나 물건의 소유권자의 모습 등으로 나타나게 되는데, 이러한 재산권자로서의 국가에 대해서는 이를 일반 시민과 구별하지 않고 민사법의 규율대상으로 하는 방안이 있을 수 있을 것이고 다른 한편으로는 민사법과는 구별되는 독자적인 법의 규율

1) 프랑스의 경우, 이미 절대주의 시대부터 군주라 하더라도 일반 계약의 영역에서는 다른 이들과 마찬가지로 법에 구속되는 존재라는 시각이 자리 잡고 있었다. 줄고, “국가의 법적 개념 -프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개”, 행정법연구 제36호, 행정법이론실무학회, 2013.7, 105-106쪽. 역사학의 관점에서 서양 중세시대 군주의 재산법적 지위와 민법상 미성년자 보호법제와의 관계를 탐구하면서 미성년자 보호법제로부터 군주의 재산법상 지위가 발전하였고 더 나아가 이러한 이론의 연원이 중세교회법 및 로마법에 있음을 밝히고 있는 연구로는 Ernst Kantorowicz, *The King's Two Bodies : A Study in Medieval Political Theology*, Princeton: Princeton University Press, 1957.

대상으로 하는 방안이 있을 수 있을 것이며 더 나아가 이 양자 사이에는 다양한 스펙트럼이 존재할 수 있을 것이다.²⁾ 즉, 소유권자로서의 국가를 법적으로 규율함에서 있어서 일반 사인들의 소유와는 다른, 공적 소유의 특수성에 주목하여 민사법상의 소유권 규율과는 다른 규율을 어느 정도나 마련할 것인가의 문제와 더불어 소유권자로서의 국가를 규율하는 별도의 법령이 제정된 경우, 당해 법령과 민사법과의 관계를 어떻게 자리매김할 것인가의 문제가 남는다. 외국의 사례를 살펴보면, 일본은 국가적 소유에 관하여 별도의 법령을 마련하면서, 국유재산을 다시 행정재산과 보통재산으로 구별하고 있다.³⁾ 더 나아가 공적 소유의 이원화 구조가 뚜렷한 나라로 있는 나라로 프랑스를 들 수 있는데, 프랑스의 법제에서는 전통적으로 국가, 지방자치단체 등 공법인의 소유권(*dominialité des personnes publiques*)을 공적 재산의 소유권(*domaine public*)과 사적 재산의 소유권(*domaine privé*)으로 나누고 있다. 지난 2006년에는 기존의 공적 주체들의 재산관련법령들을 통합하여 “공적 주체의 재산에 관한 일반법전(*Code général de la propriété des personnes publiques*)”이 제정되었는데, 동 법전에서도 공적 재산은 양도불가능성(*inaliénabilité*) 및 시효의 부적용(*imprescriptibilité*)을 특징으로 하는 데 반하여(L.3111-1) 이들 공법인의 재산 중에 공적 재산에 속하지 아니하는 일체의 재산은 사적 재산으로서 사적 재산은 전제적으로 사법체계에 속하고 처분의 대상이 될 수 있다는 전통적 원칙을 확인하고 있다.⁴⁾ 우리의 국유재산법제는 일본이나 프랑스와 유사하게, 국유재산을 행정재산과 일반재산으로 이원화하여 행정재산에 대해서는 처분불가능성(법 제27조 제1항)과 시효배제(법 제7조 제2항)를 규정하고 있고 민간에 의한 활용에 있어서도 사용허가(법

2) 행정조달계약에 관한 우리 판례의 입장은 전자, 즉 기본적으로 민법에 의해 규율되어야 할 사법계약으로 보는 입장이라고 할 수 있다. 대법원은 행정조달계약, 즉 국가나 지방자치단체가 행정수요의 충족을 위해 사인과 체결하는 물품매매계약과 건축공사 기타 용역에 관한 계약은 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과 다를 바가 없고, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다고 보고 있다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결). 요컨대 행정조달계약은 사법상의 계약이고 이에 관련된 소송은 민사소송이며 경쟁입찰원칙과 낙찰자 결정 방법을 규정한 국가계약법령 규정은 국민과 법원을 구속하는 법이 아닌, 국가의 내부규정에 불과하다는 것이다.

3) 행정재산은 공용재산, 공공용재산, 황실용재산, 산림경영용재산으로 나뉘며 행정재산 이외의 일체의 국유재산은 보통재산이라 한다. 国有財産法 第三条 참조. 일본의 국유재산법제의 상세에 관해서는 손형섭, “변상금 제도의 비교법적 검토와 합리적인 운용방안”, 토지공법연구 제54집, 한국토지공법학회, 2011, 321-323쪽.

4) Jacqueline Morand-Deville, *Cours de Droit administratif des Biens*, Paris: PUF, p. 21; 2006년 법제정 과정의 논의를 소개하고 있는 문헌으로는 Patrice Chretien, “The Property of Public Bodies”, *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London: British Institute of International and Comparative Law, 2009; 권세훈, “하천법상 공물개념에 관한 비교법적 소고”, 미국헌법연구 제22권 제1호, 미국헌법학회, 2011.4, 11-12쪽.

제30조)라는 행정행위 내지 처분의 형식을 취하도록 하는 한편 일반재산에 대해서는 처분가능성을 규정하고(법 제41조 제1항) 취득시효의 대상이 되도록 하고 있으며 민간에 의한 활용의 모습도 대부계약(법 제46조)이라는 형식을 취하도록 하고 있다. 그런데 다른 한편 우리 국유재산법은 국유재산을 무단점유한 자에 대해서는 그 재산의 유형을 불문하고 통상적인 사용료를 상회하는 변상금부과처분을 통하여 다스리도록 하고 있어서(법 제72조), 변상금부과처분과 민사상 부당이득반환청구와의 관계가 문제되고 있다. 즉 국유재산 무단점유에 대하여 공법적 성질의 변상금부과처분과 민사상 부당이득반환청구가 병존할 수 있는 것인지, 아니면 전자는 후자에 대한 관계에서 일종의 특별법으로서, 변상금부과가 가능한 경우에는 민사상 부당이득반환청구는 후퇴하는 것인지라는 쟁점이 그것이다. 대상 판례에서는 이러한 논점을 두고 다수의견과 반대의견으로 나뉘었는바, 이하에서는 대상 판례의 상세, 국유재산법제의 변천과정을 살펴보고 뒤이어 대상 판례상의 쟁점을 공법과 사법의 관계라는 관점에서 고찰하기로 한다.

II. 대상 판례의 소개

1. 사안의 개요

피고는 대부계약을 체결하거나 사용허가를 받지 아니한 채 구 국유재산법상 잡종재산인 대한민국 소유의 서울 구로구 (주소 생략) 대 116㎡ 토지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 2005년 7월 1일부터 2008년 12월 31일까지 점유하였다. 원고(한국자산관리공사)는 금융기관부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률 제26조 제1항 제8호 및 국유재산법 제42조 제1항, 같은 법 시행령 제38조 제3항에 의하여 대한민국으로부터 이 사건 토지의 관리·처분 및 채권의 보전·추심의 권한을 위탁받은 자인바, 2010년 4월경 피고에게 이 사건 토지를 무단점유 하였음을 이유로 국유재산법 제51조 및 같은 법 시행령 제56조에 의하여 변상금 및 연체이자 합계 20,736,880원을 부과하였다. 그 내역은 다음과 같다.

(단위 : 원)

점유기간(일수)	변상금(원금)	연체료			합계
		연체이율(연%)	연체기간(일수)	금액	
2005.7.1. ~ 2006.12.31.(549)	6,342,020	15	2007.5.6. ~ 2010.4.1.(1,062)	2,767,900	9,109,920
2007.1.1. ~ 2007.12.31.(365)	4,772,600	15	2008.7.13. ~ 2010.4.1.(628)	1,231,720	6,004,320
2008.1.1. ~ 2008.12.31.(366)	5,307,130	15	2009.10.29. ~ 2010.4.1.(155)	315,510	5,622,640
	16,421,750			4,315,130	20,736,880

한편 이 사건 토지에 대한 2005년 7월 1일부터 2008년 12월 31일까지의 산출대부료와 조정대부료는 다음과 같다.

(단위 : 원)

점유기간(일수)	공시지가	점유면적	재산가액	요율	산출대부료	조정대부료
2005.7.1. ~ 2005.12.31.(184)	1,200,000	116㎡	139,200,000	2.5	1,754,301	1,689,019
2006.1.1. ~ 2006.12.31.(365)	1,240,000	116㎡	143,840,000	2.5	3,596,000	3,596,000
2007.1.1. ~ 2007.12.31. (365)	1,390,000	116㎡	161,240,000	2.5	4,031,000	3,977,170
2008.1.1. ~ 2008.12.31. (366)	1,560,000	116㎡	180,960,000	2.5	4,524,000	4,422,610
합계					13,905,301	13,684,799

더 나아가 원고는 2010년 6월 3일경 피고에게 이 사건 토지를 무단점유하고 있음을 이유로 변상금 또는 산출대부료(13,905,301 원) 상당의 부당이득반환을 청구하는 소(이하 ‘이 사건 소’라 한다)를 제기하였다.

2. 소송의 경과

2.1 제1심판결 (서울중앙지방법원 2011. 4. 8. 선고 2010가소5173877 판결)

원고의 청구에 대하여 제1심 법원은 피고의 부당이득반환의무를 인정하였다. 즉 제1

심 법원은 피고가 이 사건 토지를 점유함으로써 법률상 원인 없이 이익을 얻고 이로 인하여 대한민국에게 손해를 가하였다 할 것이므로, 피고는 대한민국으로부터 이 사건 토지의 관리·처분 및 채권의 보전·추심 권한을 위임받은 원고에게 이 사건 토지의 점유로 인한 부당이득을 반환할 의무가 있다고 판시하였으며 더 나아가 피고의 무단점유로 인한 부당이득금의 범위는 대부로 상당액으로 보는 것이 상당(민법상의 부당이득금의 범위에 관하여는 국유재산법 제72조 제1항 소정의 변상금에 관한 규정이 적용되지 아니함) 하며 (산출대부로가 아닌) 조정대부로 상당액을 원고가 청구하는 위 기간 동안의 부당이득금으로 인정하였다.

이에 원고가 항소하였다.

2.2 원심판결 (서울중앙지방법원 2011. 8. 26. 선고 2011나21180 판결) (항소기각)

원심판결은 피고가 대한민국 소유의 이 사건 토지를 점유함으로써 법률상 원인 없이 이익을 얻고 이로 인하여 대한민국에게 손해를 가하였다고 할 것이므로, 피고는 대한민국으로부터 이 사건 토지의 관리·처분 및 채권의 보전·추심 권한을 위임받은 원고에게 이 사건 토지의 점유로 인한 부당이득을 반환할 의무가 있음을 인정하였으며 더 나아가 부당이득반환의 경우 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고 손실자의 손해는 사회통념상 손실자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익 상당이라는 점에서 이 때 반환하여야 할 부당이득액은 산출대부로 상당액이 아니라 조정대부로 상당액이라고 보아 원고의 항소를 기각하였다.

이에 원고가 상고하였다.

2.3 대법원판결

2.3.1 주문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

2.3.2 이유(요지)

2.3.2.1 다수의견

국유재산의 무단점유자에 대한 변상금 부과는 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는

행정처분이고, 그 부과처분에 의한 변상금 징수권은 공법상의 권리인 반면, 민사상 부당이득반환청구권은 국유재산의 소유자로서 가지는 사법상의 채권이다. 또한 변상금은 부당이득 산정의 기초가 되는 대부료나 사용료의 120%에 상당하는 금액으로서 부당이득금과 액수가 다르고, 이와 같이 할증된 금액의 변상금을 부과·징수하는 목적은 국유재산의 사용·수익으로 인한 이익의 환수를 넘어 국유재산의 효율적인 보존·관리라는 공익을 실현하는 데 있다. 그리고 대부 또는 사용·수익허가 없이 국유재산을 점유하거나 사용·수익하였지만 변상금 부과처분은 할 수 없는 때에도 민사상 부당이득반환청구권은 성립하는 경우가 있으므로, 변상금 부과·징수의 요건과 민사상 부당이득반환청구권의 성립 요건이 일치하는 것도 아니다. 이처럼 구 국유재산법(2009년 1월 30일 법률 제9401호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제51조 제1항, 제4항, 제5항에 의한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 구 국유재산법 제32조 제3항, 구 국유재산법 시행령(2009년 7월 27일 대통령령 제21641호로 전부 개정되기 전의 것) 제33조 제2항에 의하여 국유재산 중 잡종재산(현행 국유재산법상의 일반재산에 해당한다)의 관리·처분에 관한 사무를 위탁받은 한국자산관리공사의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

부당이득반환의 경우 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고, 손실자의 손해는 사회통념상 손실자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익 상당액이다. 그런데 국가가 잡종재산으로부터 통상 수익할 수 있는 이익은 그에 관하여 대부계약이 체결되는 경우의 대부료이므로, 잡종재산의 무단점유자가 반환하여야 할 부당이득은 특별한 사정이 없는 한 국유재산 관련 법령에서 정한 대부료 상당액이다. 나아가 ① 구 국유재산법 제38조 제1항, 제25조의2 제1항의 문언에 의하더라도, 1년을 초과하여 계속 점유하거나 사용·수익한 사람에 대하여 행하는 대부료의 감액 조정(이하 이와 같이 조정된 대부료를 ‘조정대부료’라고 한다)은 의무적인 것이 아니고 행정청의 재량에 의하여 정할 수 있도록 되어 있는 점, ② 대부료의 감액 조정은 적법하게 대부계약을 체결한 후 1년을 초과하여 잡종재산을 점유 또는 사용·수익하는 성실한 대부계약자를 위한 제도인바, 무단점유자에 대하여도 같은 기준을 적용하여 부당이득을 산정하는 것은 대부료 조정제도의 취지에 부합하지 아니하는 점, ③ 무단점유자가 1년을 초과하여 점유한 경우 조정대부료를 기준으로 부당

이익을 산정하면, 장기간의 무단점유자가 오히려 대부기간의 제한을 받는 적법한 대부 계약자나 단기간의 무단점유자에 비하여 이익을 얻는 셈이어서 형평에 반하는 점 등을 고려하면, 부당이득 산정의 기초가 되는 대부료는 조정대부료가 아니라 구 국유재산법 제38조 제1항, 제25조 제1항이 정한 방법에 따라 산출되는 대부료라고 보아야 한다.

2.3.2.2 반대의견(5명)

다수의견은 국유재산의 무단점유자에 대하여 구 국유재산법에 의한 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있고, 따라서 이 사건 소도 적법하다고 한다. 그러나 이러한 다수의견에는 아래와 같은 이유에서 찬성할 수 없다. 구 국유재산법 제51조 제1항은 국유재산을 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 점유하거나 사용·수익한 자에 대하여 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수하도록 하는 한편, 같은 조 제4항, 제5항에서는 변상금을 기한 내에 납부하지 아니하는 때에는 국세징수법의 체납처분에 관한 규정을 준용하여 변상금을 징수할 수 있도록 규정함으로써, 국유재산의 무단점유로 인한 이익의 환수에 관하여 특별한 구제절차를 마련하고 있다.

이와 같이 행정주체가 효율적으로 권리를 행사·확보할 수 있도록 관련 법령에서 간이하고 경제적인 권리구제절차를 특별히 마련해 놓고 있는 경우에는, 행정주체로서는 그러한 절차에 의해서만 권리를 실현할 수 있고 그와 별도로 민사소송의 방법으로 권리를 행사하거나 권리의 만족을 구하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 특히 국유재산 중 잡종재산에 관한 법률관계는 사경제주체로서 국가를 거래 당사자로 하는 것이어서 사법의 적용을 받음이 원칙임에도, 구 국유재산법 제51조는 잡종재산의 무단점유자에 대해서까지 대부료의 120%에 상당하는 중한 변상금을 부과하고, 국세징수법의 체납처분에 관한 규정을 준용하여 이를 강제징수 할 수 있도록 함으로써 특별한 공법적 규율을 하고 있다. 나아가 구 국유재산법 제51조 제1항에 의하여 국유재산의 무단점유자에게 변상금을 부과하는 것은 행정주체의 재량이 허용되지 않는 기속행위로서, 행정주체의 선택에 의하여 부과 여부가 결정될 수 있는 성질의 것도 아니다. 따라서 국유재산의 무단점유와 관련하여 구 국유재산법 제51조에 의한 변상금 부과·징수가 가능한 경우에는 변상금 부과·징수의 방법에 의해서만 국유재산의 무단점유·사용으로 인한 이익을 환수할 수 있으며, 그와 별도로 민사소송의 방법으로 부당이득반환청구를 하는 것을 허용하여서는 아니 된다.

구 국유재산법 제51조에 의한 변상금 부과·징수권은 공법상의 권리이고 민사상 부당

이득반환청구권은 사법상의 채권이기는 하지만, 양자 모두 국유재산의 무단점유자로부터 법률상 원인 없는 이익을 환수하는 것을 본질로 하므로, 변상금 부과·징수는 국유재산의 무단점유자에 대한 부당이득반환청구를 공법적인 형태로 규율하는 것으로 볼 수 있다. 결국 구 국유재산법 제51조에 의한 변상금 부과·징수권과 민사상 부당이득반환청구권은 본질이 다르지 아니하다.

III. 법령 연혁 및 판례의 전개

1. 법령 연혁

1.1 현행 법규정

우리의 실정법제에서는 국가적 소유에 관해서는 민법의 규정과는 별도로 국유재산법을 마련하여 일정한 재산, 즉 부동산과 그 종물, 선박·항공기와 그 종물, 지상권·지역권·전세권 등의 권리, 증권과 일정한 지적 재산권 등(법 제5조 제1항)에 관하여서는 동법이 적용되도록 하고 있다. 즉, 국유재산법은 행정재산과 일반재산을 구분하고 있고(법 제6조) 행정재산의 처분불가능성(법 제27조)과 시효의 적용배제(법 제7조 제2항)를 규정하고 있으며 국유재산의 관리와 처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법에서 정하는 바에 따름을 규정함으로써 동법의 적용대상이 되는 국유재산에 관한 한, 동법이 일반법적 성격을 누림을 선언하고 있다(법 제4조). 특히 민법과는 구별되는 국유재산법의 독특한 규정으로 변상금관련 규정을 들 수 있다. 변상금이란 사용허가나 대부계약 없이 국유재산을 사용·수익하거나 점유한 자에게 부과하는 금액으로서 행정재산과 일반재산 모두에 적용되며, 중앙관서의 장등은 무단점유자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 재산에 대한 사용료나 대부료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수한다(법 제72조). 변상금 부과 대상이 되는 무단점유자는 애초 아무런 권원 없이 국유재산을 사용·수익한 자 뿐 아니라 사용허가나 대부계약 기간이 끝난 후 다시 사용허가나 대부계약 없이 국유재산을 계속 사용·수익하거나 점유한 자를 포함한다(법 제2조 제9호).

1.2 구 법 개정연혁

1.2.1 1977년법 개정과 대부료 상당액 규정의 도입

이와 같은 변상금 관련 규정은 연혁적으로 살펴보면 1950년 제정 국유재산법에서는 마련되어 있지 않았다. 그 후 1965년 국유재산법개정법⁵⁾ 부칙 제4조에서 ‘변상금의 면제’라는 표제 하에 “잡종재산을 점유한 자가 당해재산을 대부 또는 매수한 경우에 있어서는 그 재산에 피해가 없는 한 대부료 또는 매각대금 외에 따로 그 점유에 대한 변상금은 이를 징수하지 아니한다.” 라고 규정된 것이 법률 차원의 최초 등장이었으나 동법 본문에는 변상금과 관련한 어떤 규정도 두고 있지 않았다. 본문상의 변상금 규정은 1977년 국유재산법⁶⁾ 제51조에서 드디어 최초로 등장하였는데, 당시는 변상금의 액수를 “대부료 상당액”으로 규정하고 있었다.

1.2.2 1981년 법개정과 100분의 120 상당액 규정의 도입

그런데 애초 대부료 상당액으로 정하여졌던 변상금 관련 규정은 1981년 개정을 통하여 100분의 120에 상당하는 액으로 변경되게 되었으며 그 후 별다른 법개정 없이 현재에 이르고 있다.⁷⁾ 보다 상세히 살펴보면, 1977년 법 제51조에서는 “정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 재산에 대한 대부료에 상당하는 금액(밑줄 필자)의 변상금을 징수한다.”라고 규정되어 있었던 것이, 1981년 법개정을 통하여 “① 이 법 또는 다른 법률에 의하여 국유재산의 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 재산에 대한 대부료 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 변상금을 징수하지 아니한다. 1. 등기부 기타 공부상의 명의인을 정당한 소유자로 믿고 상당한 대가를 지급하고 권리를 취득한 자(취득자의 상속인 또는 승계인을 포함한다)의 재산이 취득 후에 국유재산으로 판명되어 국가에 귀속된 경우 2. 국가 또는 지방자치단체가 재해대책 등 불가피한 사유로 일정기간 국유재산을 점유하게 하거나 사용·수익하게 한 경우 ② 제1항의 변상금의 징수에 관하여는 제25조 제3항의 규정을

5) [시행 1965.12.30.] [법률 제1731호, 1965.12.30., 일부개정]

6) [시행 1977.5.1.] [법률 제2950호, 1976.12.31., 전부개정]

7) [시행 1982.4.1.] [법률 제3482호, 1981.12.31., 일부개정]

준용한다.”로 변경된 것이다.

한편 이처럼 무단점유자에 대하여 그 점용료의 100분의 120에 상당하는 금액을 변상금으로 징수하는 방안을 도입하고 있는 법률로 도로법(제72조)을 들 수 있는데 도로법상 변상금 관련 규정은 1999년 법개정을 통하여 도입되었으며 법문도 변상금을 “징수할 수 있다”로 규정되어 있는 점이 국유재산법상 변상금과 상이하다.⁸⁾

2. 판례의 전개

2.1 60-70년대: 변상금 부과 관계의 민사적 성격 강조

국유재산 사용관계 및 무단점유에 대한 변상금을 바라보는 법원의 시각은 법률의 개정 에 맞추어 변화를 겪어왔다. 변상금 관련 국유재산법상 본문규정이 마련되기 이전 대법원 판례에서는 행정재산 등의 사용, 수익허가 등이나 잡종재산의 대부는 순전히 사법상의 계약에 불과하고 이를 공권력에 의한 행정처분이라고 볼 수 없다거나 불법사용에 대한 변상금 부과 및 그 효력의 다툼은 민사소송 절차에서 해결할 것을 전제하는 등의 입장을 보이고 있다(서울고등법원 1987. 10. 22. 선고 86구726,87구69 판결에서 참조하고 있는 대법원 1969. 12. 26. 선고 69구134판결 및 대법원 1977. 9. 13. 선고 77다920판결).

2.2 1981년 법개정 이후 : 변상금부과의 처분성 및 징벌성 강조

반면 1981년의 법개정이 있는 이후로는 변상금부과의 처분성 및 그 기속행위성을 강조하는 판례들이 나오게 되었다. 즉, 국유재산 무단점유자에 대하여 대부 또는 사용, 수익허가 등을 받은 경우에 납부하여야 할 대부료 또는 사용료 상당액 외에도 징벌적 의미에서 국가측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 징수토록 하고 있다는 점, 변상금 체납 시에는 국세징수법 중 체납처분에 관한 규정을 준용하여 강제징수토록 하고 있는 점에 근거하여 “이 사건과 같이 국유재산의 관리청⁹⁾이 그 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분은 순전히 사경제 주체로서 행하는 사법상의 법률행위라고 할 수 없고 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상

8) 도로법상 변상금에 대해서는 전극수, “도로에 대한 고양된 일반사용”, 토지공법연구 제51집, 한국토지공법학회, 2010.11, 221쪽 이하 참조.

9) 당해 사안에서는 서울특별시 영등포구청장이 변상금부과의 처분청이었다.

이 되는 행정처분이라고 보아야’ 한다거나(대법원 1988. 2. 23. 선고 87누1046 판결), ‘변상금부과처분은 법규의 규정형식으로 보아 처분청의 재량이 허용되지 않은 기속행위’라는 입장이 그것이다(대법원 2000. 1. 14. 선고 99두9735 판결; 대법원 1998. 11. 24. 선고 97다47651 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두7602 판결, 대법원 1992. 9. 14. 선고 92재누14 판결 등 참조).

한편 이 시기에 나온 판례들에서는 변상금부과대상인 무단점유의 개념에 대해 엄격히 좁혀 해석하는 입장을 취하고 있었다. 즉, 국유재산법 제51조 제1항이 국유재산의 무단점유자에 대하여 대부 등을 받은 경우에 납부하여야 할 대부로 상당액 이외에 2할을 가산하여 변상금을 징수토록 규정하고 있는 것은 무단점유에 대한 징벌적 의미가 있으므로 위 규정은 국유재산에 대한 점유개시가 법률상 권원 없이 이루어진 경우에 한하여 적용되고 당초 국유재산에 대한 대부 등을 받아 점유사용 하다가 계약기간만료 후 새로운 계약을 체결하지 아니한 채 계속 점유사용 한 경우에는 적용되지 않는다고 본 것이다(대법원 1993. 9. 10. 선고 93누13865 판결).¹⁰⁾ 당시의 법문 상 변상금 부과대상인 무단점유자는 ‘사용허가나 대부계약 없이 국유재산을 사용·수익하거나 점유한 자’로서 여기에는 애초부터 아무런 권원 없이 국유재산을 사용·수익하거나 점유한 경우 뿐 아니라 사용허가나 대부계약 기간 종료 후 다시 사용허가나 대부계약 없이 국유재산을 계속 사용·수익하거나 점유한 자 등도 포함된다고 해석될 여지가 없지 않음에도 불구하고 법원은 변상금의 징벌적 성격에 주목하여 무단점유의 개념을 엄격히 해석한 것이다. 이처럼 1993년 판결이 변상금을 부과할 수 있는 무단점유를 엄격하게 해석하자 국회입법자는 1994년 국유재산법을 개정하여 “대부 또는 사용·수익허가기간이 만료된 후 다시 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 국유재산을 계속 점유하거나 이를 사용·수익한 자”를 무단점유자의 범위에 포함시키는 문구를 새로이 마련하였고(법 제51조) 이러한 입장은 현행 국유재산법에도 이어지고 있다(법 제2조 제9호).

2.3 1990년대 이후 : 변상금부과권과 민사상 부당이득반환청구권과의 관계 구명

1988년 판결에서 대법원이 변상금부과의 처분성과 징벌성을 강조한 이후 1992년 판결

10) 이처럼 변상금부과의 대상이 되는 무단점유의 범위를 엄격히 해석하려는 판례의 입장은 2000년대 이후로도 이어지고 있다. 즉, 당초 법률상 권원 없이 국유재산에 대한 점유를 개시한 후 비로소 관리청의 사용승낙에 의하여 법률상 권원을 취득하였다가 그 후 다시 그 권원을 상실한 경우에도 변상금규정은 적용되지 않는다고 본 것이다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005두8375 판결).

에서는 공법상 권리로서의 변상금부과처분은 사법상 채권과는 그 성질을 달리하므로 국가가 무단점유자에 대하여 민사상 권리로서의 부당이득반환청구의 소를 제기하는 경우 부당이득금의 범위에 관하여는 국유재산법 제51조는 적용되지 않는다고 봄으로써 무단점유자에게 (변상금부과처분을 하지 아니한 상태에서) 부당이득반환의 소도 활용될 수 있다고 판시하였다.¹¹⁾ 다른 한편, 국·공유재산을 무단점유 하는 경우 그 재산이 잡종재산이라 하더라도 국가 또는 지방자치단체는 변상금을 부과할 수 있고, 이러한 변상금부과처분은 항고소송의 대상인 처분에 해당하며, 변상금을 체납한 경우에는 국세징수법의 체납처분에 관한 규정에 의하여 징수할 수 있도록 규정되어 있으므로, 국가나 지방자치단체는 무단점유자를 상대로 민사소송으로 변상금 자체의 지급을 구할 수는 없다는 것이 대법원의 입장이기도 하였다.¹²⁾

IV. 대상 판례의 평석

1. 쟁점의 개관

이처럼 국유재산 무단점유자에게 국가가 민사상 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보는 입장은 이미 1992년 대법원 판결에서 그 선례를 찾아볼 수 있다. 그런데 1992년 대법원 판결에서는 변상금부과처분이 선행됨이 없이 대한민국이 민사소송으로써 사인인 무단점유자에게 부당이득금의 반환을 구한 사안이 문제되었던 것과는 달리, 2014년의 대상 판결의 사안에서는 한국자산관리공사가 무단점유자에게 변상금부과처분을 이미 행한 상태에서 뒤이어 바로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기하였다는 점에서 차이가 있다. 2014년 대상 판결의 다수의견은 국유재산 무단점유자에 대한 변상금의 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다고 봄으로써 국유재산의 관리에 있어서 공법적 방도를 행사하고 난 이후에도 다시 중첩적으로 사법적 방도가 병행될 수 있다고 보았다.¹³⁾

11) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다42197 판결.

12) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다28568 판결.

13) 당시 국유재산관리실무상으로는 변상금부과처분 이후에도 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기해야 할

그런데, 이러한 대상 판결에 대해서는 일단 국유재산법이 민법에 대한 관계에서 특별법이므로 국유재산의 무단점유자에 대하여 변상금부과가 가능한 경우에는 민법의 부당이득반환규정은 적용이 배제되어야 하는 것은 아닌지라는 의문이 제기되고 있다.¹⁴⁾ 또한 변상금부과처분이 기속행위인 이상, 요건사실 충족 시 행정은 이를 변상금부과처분이라는 법률효과를 반드시 발생시켜야 하는 데도 불구하고, 1992년 대법원 판결에서의 사안처럼, 소관청이 변상금부과처분을 하지 아니한 채로 민사적 방도에 의지함으로써 변상금부과의무를 우회하는 것이 법률의 우위원칙에 비추어볼 때 허용될 수 있겠는가라는 의문도 제기될 수 있다. 더 나아가 변상금부과처분과 민사상 부당이득반환청구의 관계에 대해서는 절차적 보호, 제재권한의 위임 등 다양한 공법적 쟁점들이 제기될 수 있다.

현실적 이유로서 시효중단의 필요를 추측해 볼 수 있다. 즉 구 국유재산법(2009.1.30. 법률 제9401호로 개정되기 전의 것)상으로 변상금채권은 국세징수법을 준용하여 징수할 수 있음을 규정하고 있었는데(법 제51조 제4항, 제5항), 변상금채권의 소멸시효에 관하여서는 국유재산법에 명문의 규정은 두고 있지 않아 적용법리가 불분명한 점이 있었다. 당시 국가재정법에 따르면 변상금채권은 5년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸하게 되고(국가재정법 제96조 제1항), 변상금채권의 소멸시효의 중단·정지 그 밖의 사항에 관하여 다른 법률의 규정이 없는 때에는 민법의 규정을 적용하며(국가재정법 제96조 제3항) 변상금납입고지는 시효중단의 효력이 있다(국가재정법 제96조 제4항). 더 나아가 국세기본법에서도 국세징수권의 소멸시효 중단사유로 납세고지, 독촉 또는 납부최고, 교부청구, 압류를 규정하되(법 제28조 제1항) 고지한 납부기간, 독촉이나 납부최고에 의한 납부기간이 지나면 중단되었던 소멸시효가 새로 진행함을 규정하고 있으므로(법 제28조 제2항), 변상금 부과와 납입고지는 소멸시효의 진행을 중단시키는 수단으로서는 미약한 점이 있어 보다 강력한 시효중단 방안으로써 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 유인이 있었을 것으로 볼 수 있다. 재판상 청구로 인하여 중단된 시효는 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행하기 때문이다(민법 제178조 제2항). 그런데 대상판결 이후 변상금과 부당이득의 준별을 더욱 강화시키는 취지의 판결들이 뒤이어 나오게 되었다. 즉 변상금부과징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하는 별개의 권리인 이상 한국자산관리공사가 변상금 부과징수권을 행사하였다 하더라도 이로써 민사상 부당이득반환청구권의 소멸시효가 중단된다고 할 수 없으며(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다3576 판결), 더 나아가 변상금부과징수권과 민사상 부당이득반환청구권은 동일한 금액 범위 내에서 경합하여 병존하게 되고 민사상 부당이득반환청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 변상금 부과·징수권도 소멸하는 관계에 있다는 판결(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두5688 판결)이 그 예이다. 한편 국유재산법은 2016.3.의 법개정을 통하여 소멸시효문제를 보다 명료하게 규정하고 있다. 즉, 국유재산법에 따른 금전급부를 목적으로 하는 국가의 권리는 5년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸하고(법 제73조의3 제1항) 변상금의 납부고지는 시효중단의 효력이 있으며(법 제73조의3 제2항) 납부고지에 따른 납입기간이 지나면 중단되었던 소멸시효가 새로 진행한다는 규정을 마련하였다(법 제73조의3 제3항). 어쨌거나 현재의 법상태상으로도 변상금부과는 소멸시효중단이라는 관점에서는 민사상 부당이득반환청구의 소보다 재산권자인 행정주체에게 불리한 점이 있다고 할 것이다.

14) 강해룡, “특별법 우선의 원칙 -대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결-”, 법률신문 2015.10. 자 판례평석.

2. 변상금관련 규정과 평등원칙, 비례원칙

앞서 살펴본 바와 같이 대부로 상당액에 불과하였던 변상금 가액이 1981년 법개정을 통하여 대부로 또는 사용료의 100분의 120 상당액으로 강화된 것은 무단점유의 양성화라는 정책 목표를 달성하기 위한 일종의 수단으로서의 의미가 있었다. 즉 건국 이후 국유재산의 무단점유현상은 8·15 해방과 6·25동란 등의 혼란기를 거치는 동안 피난민이나 무주택자 또는 영세서민들이 주거생활의 근거로서 국유지를 점유함으로써 비롯된 것이 대부분이며 일반적으로 집단취락이 형성되어 있기 때문에 국가가 무단점유에 대한 변상금을 징수하는 등, 재산관리를 강화하는 경우, 점유자들의 무자력으로 인한 징수실적 부진과 민원 야기사례가 많았었다. 그리하여 1981년 법개정 당시의 정부는 무단점유를 매각이나 대부 등으로 양성화하기 위하여 과거 수차례 그래왔던 것처럼, 매각대금을 장기간 분할상환 할 수 있도록 한다거나 매각대금을 일정부분 공제하는 등의 유인책과 더불어 양성화 유도를 위한 일종의 채찍질로서의 의미에서 변상금을 강화한 것이다. 당시 국회에 제출된 전문위원검토보고서에서도 ‘변상금의 수액을 대부로나 사용료보다 높게 책정함으로써 국유재산 무단점유를 대부계약으로 유도하려는 점은 타당하다’고 평가하고 있는 점은 이러한 입법의도를 추정하는 근거가 될 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 다만 위 검토보고서에서는 변상금이 당시의 행정재산과 보존재산, 잡종재산 모두에 적용되도록 하고 더 나아가 변상금징수를 국세징수의 예에 의하도록 하고 있는 제2항에 대해서는 ‘행정재산이나 보존재산의 무단점유에 대한 변상금은 공법상의 세외수입으로서 강제징수를 해도 법리상 문제점이 없으나 잡종재산의 무단점유에 대한 변상금은 그 법적 성질이 사법상의 부당이득의 경우와 같이 보아야 할 것이므로 그 체납징수는 민사소송에 의하여 해결되는 것이 바람직하며 비록 무단점유지가 전국에 산재되어 있고 소송수행의 경비 및 인력이나 승소 후 집행효과 등을 고려할 때 사실상 실익이 없어 소송을 수행할 수 없는 사정은 있다고 하더라도 행정편의를 위하여 잡종재산의 무단점유에 대한 변상금 징수에 행정강제를 인정함은 법리상 문제점이 있다’고 지적하였다. 이처럼 일반재산(잡종재산) 관계의 사법적 성질에 주목하는 견해에서는 일반재산 무단점유에 대한 120%의 변상금부과가 평등원칙이나 과잉금지원칙에 위반된다고 보기도 한다. 그러나 이에 대해 우리 헌법재판소는 2010년의 위헌소원결정(공유재산 및 물품 관리법 제81조 제1항 등 위헌소원)에서 공유의 잡종재산을 무단점유한 사람에 대하여 통상적인 대부로 또는 사

15) 1981.12, 국유재산법증개정법률안 심사보고서, 6쪽.

용료의 120%에 상당하는 변상금을 징수하도록 한 데에는 공유의 잡종재산의 효율적인 보존·관리라는 합리적인 이유가 있으므로 헌법상 평등원칙에 반한다고 할 수 없다고 보았으며 더 나아가 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추고 있으므로, 청구인들의 재산권을 침해하지도 아니한다고 보았다.¹⁶⁾ 즉 위 헌법소원 사건에서의 법원의 위헌제청신청 기각이유가 잘 지적하고 있듯이, 공유의 잡종재산은 공유의 행정재산이나 보존재산과 달리 공적 목적에 직접 제공된 것은 아니라고 하더라도, 그 경제적 가치를 통하여 지방자치단체의 재정에 기여한다는 점에서 여전히 공유재산으로 보호할 필요가 있고, 현재의 상태에서는 당장 공적 목적에 사용되지 않는다고 하더라도 행정 목적상 필요한 경우에는 언제든지 행정재산 등으로 전환될 수 있으므로, 그 유지·보호 및 운용의 적정이라는 공익상의 목적과 기능을 수행하기 위하여 필요한 경우에는 공법적 규율이 가능하다고 보아야 할 것이며, 지방자치단체가 잡종재산의 대부·매각 등의 법률관계에 관하여 사경제 주체로서 사인과 대등한 지위에서 법률행위를 하고 이에 관하여 사법의 적용을 받는다고 하여 그 유지·보존 및 운용에 관한 모든 법적 규율이 획일적으로 사법의 영역이 되어야 한다고 볼 수는 없을 것이다. 특히 공유의 잡종재산은 그 종류가 다양하고 그 위치도 전국적으로 광범위하게 분포되어 있지만, 관리청의 인적·물적 자원은 제한될 수밖에 없는 실정이므로, 관리청이 일상적으로 잡종재산의 현황과 무단점유 여부 등을 점검하여 법 위반행위를 발견한 경우에는 반드시 민사법에 따른 권리구제수단으로 그 위반상태를 바로 잡아야 한다면 이는 행정목적 달성을 위한 효율적 수단이라고 보기 어려울 것이기 때문이다.

이러한 헌법재판소의 입장은 설령 일반재산의 관계가 민사법에 의해 규율됨이 원칙이라 하더라도 예외적 경우에는 일반재산관계에서도 일정부분 특권적 지위의 부여가 허용됨을 인정하고 있다는 데서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다. 이러한 특권적 지위는 일반재산 무단점유자에 대한 변상금부과규정 뿐 아니라 국유 일반재산 대부에서의 연체료 징수에서 국제징수법상 채납처분에 관한 규정을 준용하고 있는 데(국유재산법 제73조 제2항)에서도 발견할 수 있다.¹⁷⁾

16) 헌법재판소 2010. 3. 25. 2009헌바96.

17) 김중권, 행정법, 법문사, 2016, 25쪽.

3. 변상금부과처분과 민사상 부당이득반환청구권의 비교검토

앞서 살펴본 바와 같이 81년 법 개정 이전에는 변상금부과의 요건이 ‘정당한 사유 없이 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자’였으나 법 개정 이후로는 ‘국유재산의 대부 또는 사용·수익허가 등을 받지 아니하고 국유재산을 점유하거나 이를 사용·수익한 자’로 변경되었다. 즉 과거에는 ‘정당한 사유 없음’이 변상금부과의 소극적 요건으로서 사유의 정당성 여부에 관하여 일차적으로는 행정에게, 이차적으로는 법관의 해석 여지가 넓게 인정되었으나 현재는 ‘대부 또는 사용·수익 허가 등 없음’이라는, 해석의 여지를 상대적으로 크게 남기지 않는 방식으로 법률문언이 수정되어 있다. 다만, 사용·수익 허가 ‘등’을 강조하여 사용·수익 허가는 구법과 같이 정당한 사유의 전형적 예시에 불과하다는 관점에 의한다면 여전히 정당한 사유가 존재하는 경우에는 변상금부과를 할 수 없다고 보게 될 것이다. 그리하여 우리 대법원은 관습상의 법정지상권의 경우처럼, 사용·수익허가는 없었으나 기점유를 정당화할 법적 지위가 있는 경우에는 변상금을 부과할 수 없다고 보고 있다.¹⁸⁾

2014년 판결의 다수의견은 점유나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 경우에는 변상금부과처분의 요건에는 해당되지 않지만 부당이득반환청구의 요건에는 해당할 수 있으므로 변상금 부과 징수권과 민사상 부당이득반환청구권의 성립요건이 동일한 것은 아니라고 보고 있다. 변상금부과처분과 부당이득반환청구는 성립요건, 반환의 범위 뿐 아니라 절차적 보호의 측면에서도 차이를 낳는바, 변상금부과처분에 대하여는 행정절차법상의 사전통지, 이유제시 등의 절차법적 보장이 수반되는 반면, 민사적 부당이득반환청구의 경우에는 이러한 행정절차적 보장은 상정할 수 없을 것이다. 또한 부과처분의

18) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91누5211 판결. “국유재산법 제51조 제1항에서 법률에 의한 국유재산의 대부 또는 사용수익허가 등을 받지 아니하고 국유재산을 점유하거나 이를 사용수익한 자에 대하여 당해 재산에 대한 대부로 또는 사용료의 100분의 120에 상당하는 변상금을 징수하도록 규정하고 있는 것은 국유재산에 대한 점유나 사용수익의 개시 그 자체가 법률상 아무런 권원 없이 이루어진 경우에는 정상적인 대부로 또는 사용료를 징수할 수 없으므로 그 대부로나 사용료 대신에 변상금을 징수한다는 취지라고 풀이되므로 점유나 사용수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여는 그 적용이 없다. 대지와 건물을 함께 소유하다가 대지만을 국가에 증여함으로써 대지에 대하여 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득한 자로부터 건물을 양도받은 양수인은 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 법정지상권도 양도받기로 하는 채권적 계약이 있었다고 볼 것이므로, 위 건물 양수인은 국가에 대하여는 양도인을 대위하여 법정지상권설정등기절차이행, 양도인에 대하여는 그 이전등기절차이행을 각 청구할 수 있고, 대지소유자인 국가는 지상권의 부담을 용인하여야 하고 건물 양수인에 대하여 건물의 철거나 그 부지의 명도를 구할 수 없다고 할 것이기 때문에 이러한 관계에 있는 건물양수인은 위 대지의 점유, 사용을 정당화할 법적 지위에 있는 자라고 할 것이다.”

경우에는 이를 다투고자 하는 경우, 무단점유자가 항고쟁송을 제기하여야 하므로 대개 제소기간 내지 심판청구기간의 제약이라는 불리점이 수반된다는 점도 국가가 원고로서 부당이득반환청구를 소구하는 경우와 다른 절차적 차이점이라고 지적할 수 있을 것이다.

4. 규율의 공백과 민사법 규정의 보충기능

그런데, 다른 한편으로는 무단점유의 개념을 국유재산법 스스로 정의하고 있고 그에 대한 법률효과로서 기속적 변상금부과의무를 규정하고 있다는 점에서 변상금부과가 가능한 국유재산 무단점유에 대하여 앞서 살펴본 대법원 판결들에서의 사실관계에서와 같이, 소관청이 변상금부과처분을 아예 하지 아니하고 민사상 부당이득의 반환을 소구한다든지 또는 변상금부과처분 이후에 다시 민법상 부당이득반환을 소구할 수 있겠는가라는 의문이 제기될 수 있다. 즉, 국유재산 무단점유의 법효과에 관하여 국회입법자가 국유재산법 제72조를 통하여 명시적 규율을 행하고 있어 규율의 공백(Regelungslücke)을 찾아볼 수 없는 영역에서 당해 규율을 배제하고 민사법상의 수단에 의지할 수 있을 것인가의 문제가 그것이다.¹⁹⁾

물론 공적 주체의 법관계에 민법이 적용 또는 준용됨을 전제로 한 실정법규정들은 다수 찾아볼 수 있다. 즉 국가나 지방자치단체 등 공적 주체가 일방 당사자가 되는 법관계에 관하여 규율하는 개별법이 제정되어 있기는 하나, 당해 법률에 규율의 흠결·공백이 있는 경우, 당해 법률 스스로 사법규정을 ‘준용’하는 경우도 있다. 예컨대 국가배상법 제8조, 국제기본법 제4조 및 제54조 제2항 등이 그러하다.²⁰⁾

더 나아가 외국의 경우, 실정법에서 지방자치단체 등 공적 주체가 사법상의 회사를 설립하고 참여할 수 있음을 규정하는 예에서 알 수 있듯이²¹⁾ 공적 주체는 공법적 행위형식과 사법적 행위형식 간에 선택을 할 자유(Formenwahlfreiheit)가 있다는 점도 지적되고 있다.²²⁾ 그리고 이러한 선택의 자유는 앞서 언급한 바와 같이 국가가 일면에서는 힘의

19) 규율의 흠결을 메꾸기 위하여 사법규정을 준용하는 것과 관련한 일반적 문제에 관하여는 Heinrich de Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, S. 82 이하.

20) 김용욱, “공법과 사법 구분의 기원·변천 및 당위체계에 관한 연구-금전급부 8유형론의 구체적 실례 및 그 정리와 해결을 중심으로”, 저스티스 제150호, 한국법학원, 2015.10, 185쪽 각주 66) 참조.

21) Art. 91 BayGO. Heinrich de Wall, aaO, S. 26.

22) 김용욱, 앞의 논문, 178쪽. 독일 공법학에 있어서 행정의 법형식선택의 자유를 긍정하는 다수설, 판례의 입장과 법형식선택의 자유를 어느 정도 제한하거나 민사법형식예의 의존을 형식남용(Formenmißbrauch)로서 배제하려는 입장의 상충에 관해서는 Heinrich de Wall, S. 26f.

행사자의 모습을 가지고 있으나 타면에서는 재산권자로서의 모습을 가지고 있다는 데에서 연유한다고도 볼 수 있다.²³⁾ 그러나 공적 주체의 형식선택의 자유는 무제한한 것은 아니며 법률에 반하지 않는 한도 내에서만 허용될 따름이다. 형식선택의 자유가 행정의 법률에의 구속성 내지 합법률성(Gesetzesbindung, Gesetzmäßigkeit)을 한계로 한다는 점은 독일 연방행정절차법상 공법상 계약에 관한 규율에서도 확인할 수 있다.²⁴⁾

5. 변상금부과처분과 행정의 법에의 기속

앞서 살펴본 바와 같이 판례와 학설은 국유재산법상의 변상금부과처분을 기속행위로 보고 있다. 기속과 재량의 구별은 행정을 법에의 구속과 법으로부터의 자유 사이에서 어디에 자리 잡게 할 것인지를 좌표 부여의 문제로서, 입법과 행정 사이에서는 공익 실현의 책무를 어떻게 양자가 나누어질 것인가의 문제이기도 하고 행정과 사법 사이에서는 행정의 권한행사에 대하여 사법부가 어떠한 통제의 방도를 활용할 수 있을 것인가를 결정하는 문제이기도 하다. 행정법학의 발전과정에서 양자를 구별하는 다양한 기준들이 제시된 바 있으나 효과 면에서 엄격한 기속행위의 경우에도 요건의 판단과 시점의 선택 등에 관해서는 행정에게 여지가 부여될 수 있고 매우 넓은 재량이 부여된 경우라 할지라도 그 재량은 헌법과 법원칙의 구속 하에서 행사되어야 한다는 점에서 양자의 구별은 상대적이라 할 수 있으며 양자의 극단 사이에는 다양한 중간지점이 존재하기 마련이다. 하지만 일단 법률상의 구성요건에 상응하는 사실관계가 존재할 때 소관청이 법률상 일의적으로 정하여져 있는 법률효과를 발하여야 하는 경우에는 행정의 기속이 가장 강하게 나타난다. 즉, 이는 어떠한 법명제가 행정기관이 언제, 어떻게, 무엇인가를 반드시 해야 한다는 것 또는 반드시 하지 말아야 한다는 것을 규정하고 있을 때(wenn Rechtssätze zwingend vorschreiben, wann und wie das Verwaltungsorgan etwas tun oder unterlassen „muß“)이다.²⁵⁾ 즉 기속행위에 있어서는 법령의 요건사실에 부합하는 사실관계의 존재를 행정이 인식하고 이를 요건에 포섭하였을 때에는, 법령이 정하고 있는 법률효과를 반드시 발생시키는 것이 행정의 법적 의무라고 할 수 있다. 즉 국유재산법상 변상금부과의

23) 공적 주체가 dominium 방식으로 행위 하는 경우의 가장 큰 난점은 이러한 민사적 행위양식에는 별도의 법률의 수권이 필요 없으며 따라서 법률에 기한 통제 역시 기대하기 어렵다는 점이라고 할 것이다. 자세한 것은 이현수, “영국법상 정부계약과 법치주의”, 일감법학 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 205-206쪽.

24) § 62 S. 2 VwVfG. Heinrich de Wall, aaO, S. 22.

25) Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 31 Rn. 5.

요건이 충족되었을 경우, 그 법효과의 발생으로서의 처분을 발하는 것이 행정의 의무라는 점에서, 만약 1992년 4월 14일의 대법원 판결이, 행정이 무단점유자에 대하여 변상금 부과라는 법률효과를 전혀 발생시키지 아니한 채, 민사상 부당이득반환의 소를 제기하는 것이 (당연히) 허용된다고 본 전제하에 이때의 부당이득금의 산정에는 변상금 관련규정이 적용되지 않는다고까지 판시한 것이라면 이는 민사관계에서는 문제되지 않는 행정법 고유의 법원리, 즉 행정의 법적 구속성 내지 법치행정의 원리를 고려하지 않은 측면이 있다고 할 것이다. 2014년 전원합의체 판결의 반대의견에서도 이처럼 변상금부과처분이 기속행위인 만큼 부과 여부에 행정주체의 재량이 허용되지 않고 무단점유와 관련하여 변상금부과징수가 가능한 경우에는 오로지 변상금 부과징수의 방법에 의해서만 무단점유로 인한 이익을 환수할 수 있음을 적절히 지적하고 있다.

한편 2014년 전원합의체 판결의 다수의견이건 1992년 판결이건 변상금부과처분은 ‘공법’상의 권리로서 ‘사법’상 채권인 부당이득반환청구와는 그 성질을 달리한다고 판시함으로써 양자의 이질적 성격을 강조하고 있다. 그러나 2014년의 대법원 다수의견과 1992년의 대법원은 공법상의 ‘권리’와 사법상의 ‘채권’이라는 표현을 사용하고 있다는 점에서 이들의 입장은 역설적이게도 오히려 양자를 동질적으로, 즉 ‘권리’로 보는 입장이라고 분석할 수 있다. 반면, 2014년 전원합의체 판결의 반대의견은 “양자 모두 국유재산의 무단점유자로부터 법률상 원인 없는 이익을 환수하는 것을 본질로 하고, 변상금 부과·징수는 국유재산의 무단점유자에 대한 부당이득반환청구를 공법적인 형태로 규율하는 것으로 볼 수 있”으므로 변상금 부과징수권과 민법상 부당이득반환청구권은 그 본질이 다르지 않다 라고 보고 있다.²⁶⁾ 그러나 이러한 반대의견의 논거는 설득력이 약하다고 할 것이다. 대법원 판례 스스로 밝히고 있듯이 변상금에는 제재적 성질이 인정되므로 변상금의 부과·징수를 부당이득반환청구의 공법적 형태로만 이해할 수는 없기 때문이다. 오히려, 행정에게 권한을 부여하면서 동시에 행정에 대한 제약으로 작용하는 행정법 명제의 특성에 비추어 볼 때, 공법적 맥락에서는 변상금부과권을 ‘권리’ 내지 ‘권한’으로만 설명하기는 어려울 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 변상금부과권은 국회입법자가 국유재산법이라는 실정법률을 통하여 행정에게 수권한 것으로서 무단점유자에 대한 관계에서는 권리 내지 권한으로서의 성질이 강하게 부각될 것이나 이를 수권하면서 강한 기속을 함께 부여한 국회입법자에 대한 관계에서는 행정은 부과처분을 할 ‘의무’를 지기 때문이다.

26) 김 현, “변상금인데 민사소송이라니?”, 대한토목학회지 제63권 제7호, 대한토목학회, 2015.7, 99쪽.

물론 이러한 의무는 위 헌법재판소 결정에서 강조하고 있듯이 공적 소유의 공익관련성이라는 특수성 때문이라고 할 수 있을 것이다. 더 나아가 이처럼 변상금부과의 권한성과 더불어 의무성에 주목한다면 국유재산 무단점유가 발생하였음을 인지하였을 때, 행정은 자신의 공법상 의무를 다하여야 하며 따라서 부과처분을 발하지 않는 것은 소유권자로서의 공적 주체에 특별한 의무를 부과하고 있는 입법자의 의사를 거스르는 것으로서, 법치행정의 원리상 허용되지 않는다는 결론에 도달하게 될 것이다. 따라서 반대의견은 변상금의 부과징수와 부당이득반환청구가 그 본질이 다르지 않으므로 특별규정인 변상금규정이 우선해야 한다는 논리에 입각하기 보다는 오히려 변상금부과·징수는 권한이자 의무이나 부당이득반환청구는 권리로서의 성질을 가지는 데 불과하여 양자는 그 성질이 다르며 행정에게 권한과 더불어 특별한 의무를 부과하고 있는 국유재산법규정이 법치행정의 원칙상 우선하여야 한다는 논리에 입각하는 것이 더 적절하였을 것이라고 평할 수 있다.

6. 제재권한의 위탁의 문제

국유재산법에서는 동법상의 ‘관리’와 ‘처분’에 대하여 각각 개념정의를 두고 있는데 이에 따르면 ‘관리’란 국유재산의 취득·운용과 유지·보존을 위한 모든 행위를 말하고 ‘처분’이란 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 국유재산의 소유권이 국가 외의 자에게 이전되는 것을 말하는바, 무단점유자에 대한 변상금의 부과 및 징수도 ‘관리’개념에 당연히 포함될 수 있다고 할 것이다. 문제는 국유재산법이 이러한 관리권한의 위임 위탁에 관하여 규정을 두어 중앙관서의 장이나 지방자치단체의 장 등 공적 기관 이외의 기업체나 법인에게도 변상금부과권한을 위탁할 수 있도록 하고 있다는 점이다. 우리 판례는 변상금을 내용적으로 분할하여 10할은 부당이득으로서의, 2할은 징벌적 성격을 가진 제재로서의 성질을 가진다고 보고 있다. 이처럼 변상금부과처분의 제재적 성질을 긍정한다면 이러한 제재권한을 한국자산관리공사에 위임하는 것이 행정권한의 위임법리상 허용되는지 여부에 대해서도 의문을 가져 볼 수 있다. 특히 정부조직법 제6조는 행정기관이 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있도록 하되, 조사·검사·검정·관리 업무 등 “국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무”를 위탁할 수 있을 따름이라는 제약을 두고 있기 때문이다.

V. 맺음말

국유재산 무단점유에 대하여 국유재산법은 변상금부과처분이라는 공법적 수단을 소유권자인 국가에게 부여하였으므로, 무단점유에 대하여 변상금부과처분이 가능한 한도 내에서는 민사상 부당이득반환청구는 배제된다고 보아야 할 것이다. 즉 국유재산의 무단점유와 관련하여서는 민법규정을 동원하여 메꾸어야 할 규율의 흠결(Regelungslücke) 상태가 존재하지 않는 것이다. 변상금부과는 국회입법자가 국유재산의 관리주체인 행정에게 부여한 권한으로서의 성격과 기속적 의무로서의 성격을 모두 공유하고 있으므로, 소관청은 법률 우위의 원칙상 변상금부과의 요건이 충족되었을 경우에는 변상금부과의무를 이행하여야 한다. 따라서 변상금부과처분의 요건이 충족되었음에도 불구하고 변상금부과처분을 하지 아니하고 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다고 본 1992년 대법원 판결이나 변상금부과처분을 한 후에 다시 민사상 부당이득반환청구를 하는 것이 허용된다고 본 대상판결의 다수의견은 변상금부과가 행정에게 부여된 권한으로서의 성격 뿐 아니라 의무로서의 성격도 지닌다는 점 및 국가재산의 관리자로서 행정이 등장하는 경우에도 법률의 우위원칙이 적용되어야 한다는 점을 간과하고 있다고 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

김중권, 행정법, 법문사, 2016.

de Wall, Heinrich, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

Morand-Deville, Jacqueline, *Cours de Droit administratif des Biens*, Paris: PUF 2003.

Kantorowicz, Ernst, *The King's Two Bodies : A Study in Medieval Political Theology*, Princeton: Princeton University Press, 1957.

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht I*, München : C.H.Beck, 13.Aufl, 2016.

2. 학술지

권세훈, “하천법상 공물개념에 관한 비교법적 소고”, 미국헌법연구 제22권 제1호, 미국헌법학회, 2011.4, 1-26쪽.

김용욱, “공법과 사법 구분의 기원·변천 및 당위체계에 관한 연구-금전급부 8유형 논의 구체적 실례 및 그 정리와 해결을 중심으로”, 저스티스 제150호, 한국법학원, 2015.10, 166-216쪽.

김 현, “변상금인데 민사소송이라니?”, 대한토목학회지 제63권 제7호, 한국대한토목학회, 2015, 97-99쪽.

손형섭, “변상금제도의 비교법적 검토와 합리적인 운용방안”, 토지공법연구 제54집, 한국토지공법학회, 2011.8, 313-331쪽.

이현수, “국가의 법적 개념 -프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개”, 행정법연구 제36호, 행정법이론실무학회, 2013.7, 87-113쪽.

_____, “영국법상 정부계약과 법치주의”, 일감법학 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 183-217쪽.

전극수, “도로에 대한 고양된 일반사용”, 토지공법연구 제51집, 한국토지공법학회, 2010.11, 205-226쪽.

Chretien, Patrice, “The Property of Public Bodies”, *The Public-Private Law Divide: Potential*

for Transformation?, London: British Institute of International and Comparative Law,
2009, pp. 311-332.

3. 기타

강해룡, “특별법 우선의 원칙 -대법원 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결-”,
법률신문 2015.10. 자 판례평석.

한국법제연구원, “국유재산관리체계 개선방안에 관한 연구”, 2009.2.

[Abstract]

Indemnification Decision of State Property Act and Unjust Enrichment of Civil Law

Lee, Hyon-Soo*

Restitutionary claims involving governmental bodies have troubled the Supreme Court of Korea. One of the problem that afflicts the court is whether competent authority can enjoy the freedom to choose the way of unjust enrichment of private law as a claimant instead of, or with administrative procedure of indemnification decision according to State Property Act. Recent decision reveals the dissensus among members of the Supreme Court. In particular, Supreme Court Justices were divided on issue whether or not KAMCO(Korea Asset Management Corporation) to whom the management of state properties was delegated could claim a civil law restitution for unjust enrichment when public law indemnity was already levied according to the State Property Act. Dissenting opinion stressed the principle of “*Lex specialis derogat legi generali*”, arguing that public law procedure of indemnification decision should be the only remedy of which KAMCO could make available, because the State Property Act has made a express way of self-execution through that process. On the contrary, majority opinion of the Court holds there is no reason to exclude traditional private law toolkit of unjust enrichment in those cases. Ironically, these two seemingly different approaches seems to share the same view that the indemnification decision of the State Property Act only has a legal nature of “right” or “power” of the administrative authority. But we need to focus on the rule of law in so far as the public authority is concerned. Certainly, indemnification clause of the State Property Act authorizes competent agency to sanction the undue occupancy. However, that clause enjoins a duty on competent agency as well, in that it is required for that agency to levy the indemnification on undue occupant. In short, indemnification clause of State Property Act regulates not only “right” against undue occupant, but also “duty”

* Konkuk University Lawschool, Associate Professor

of public administration for the legislator. Because of this dual nature of indemnification decision, the competent authority should charge a indemnity necessarily on a occupant when the all the conditions required for indemnification are met. So, as far as undue occupancy of state property is concerned, there remains no regulatory loophole or “*Regelungslücke*”, no room for application of the unjust enrichment of Civil Code. In conclusion, if someone occupies state property without any title, indemnification clause of the State Property Act should prevail.

[Key Words] State Property Act, indemnification, restitution of unjust enrichment, regulatory loophole, public-private law divide