**1 <계획보장청구권, 계획존속청구권>**

**1. 의의 (계신총)**

**계획보장청구권**이란 행정계획에 대한 국민의 **신뢰를 보호**하기 위하여 국민에게 인정된 권리를 **총칭**하는 개념이다. 계획존속청구권, 계획이행청구권, 계획변경청구권 등

**2. 계획보장청구권의 근거 (법안신재)**

계획보장청구권을 인정하는 법령의 규정이 있을 경우 **법령의 규정**에 근거하여 인정할 수 있고, 이론적 근거로는 **법적안정성**, **신뢰보호원칙, 재산권 보장**등이 있다.

**3. 인정요건(공강사신)**

계획보장청구권이 인정되려면 ① 청구권자에게 **공권**이 인정되어야 한다. 공권은 ㉠ 계획청에게 작위 또는 부작위를 규정하는 **강행법규의 존재**, ㉡강행법규가 공익뿐만 아니라 **사익도 보호할 것**을 요구한다. ②계획의 변경 또는 폐지로 인한 이익보다 상대방의 **신뢰보호이익**이 훨씬 커야 한다.

**4. 판례입장**

**1)부정한 판례**

판례는 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경 또는 폐지를 청구할 권리를 인정해 줄 수는 없다고 하였다.

**2)긍정한 판례**

도시계획시설결정에 이해관계가 있는 주민에게는 도시계획시설의 입안 내지 변경을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 신청권이 있다고 판시하였다.

**5. 사안의 해결**

1)강행법규의 존재여부

도시기본계획 수립은 행정청의 의무로 강행법규가 존재한다.

2)사익보호여부

그러나 도시기본계획 수립 규정이 사익을 보호하기 위한 것이라 보기 어려우므로 청구권이 인정되지 않는다.

**\*계획보장 청구권 종류**

**1. 계획존속청구권**

계획변경 폐지에 대하여 계획 존속 주장 권리

**2. 계획 이행청구권**

확정된 계획을 행정주체로 하여금 실현하도록 요구

**3. 경과조치청구권**

계획 변경∙폐지로 인하여 재산상 손실을 입게 될 개인이 새로운 상황에 적응할 수 있도록 경과조치나 적응조치를 요구할 수 있는 권리

**4. 손해전보청구권**

계획의 변경 폐지로 개인의 보호가치 있는 신뢰가 침해된경우 손해배상을 주장하는 청구권, 손해배상의 경우 공무원의 고의과실을 입증하기 어렵기 때문에 보상규정에 따르거나 헌법 제 23조 3항을 직접 적용하여 손실보상을 청구할 수 있을 것이다.

**<사실행위>**

**1. 의의 :** 행정청의 행위 중 법적 효과를 발생시키지 않는 행위를 말한다.

**2. 사실행위 종류**

**1)권력적 사실행위(대집행 실행, 타토출)**

행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 사실행위를 말한다. 대집행 실행, 타토출은 권력적 사실행위이다.

**2)비권력적 사실행위**

행정청이 대등한 지위에서 행하는 행위로 공공시설 건설, 쓰레기 수거등을 말한다.

**3. 권력적 사실행위 대상으로 소제기 가능한가? (응!!)**

**1)학설**

①실효적 권리구제를 위해 사실행위 자체가 처분에 해당한다는 긍정설 ②권력적 사실행위인 경우 수인하명에 의해 처분성이 긍정된다는 수인하명설, ③사실행위는 처분성이 인정되지 않는다는 부정설이 있다.

**2)판례**

수형자를 교도관 참여대상자로 지정한 권력적 사실행위에 대하여 공권력적 사실행위로 처분에 해당한다고 판시한바 있다. 비권력적 사실행위에 대하여는 대체로 부정설을 취하고 있다.

**3)검토**

권력적 사실행위의 경우 국민에게 수인의무가 부과된 것으로 권리이익을 직접적으로 침해하는 바 처분성을 긍정처분성을 긍정함이 타당하다.

**4. 사실행위 소의 이익이 인정되는가?(기원반계)**

000과 같이 단기에 집행행위가 종결되는 비계속적 사실행위는 원칙적으로 협의소익이 인정되기 어렵다. 다만 사실행위가 완료되어도 취소판결의 **기속력**에 따라 ①**원상회복**이 가능하거나 ②동일처분의 **반복가능성**이 있는 경우 ③**계속적**으로 행해지는 사실행위에 대해서는 소의 이익이 인정될 수 있다.

**<행정조사>**

행정기관이 사인으로부터 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위해 행하는 일체의 행정작용을 말한다.

타인토지출입 측량조사는 권력적 행정조사이다.

**<하자있는 부관이 주된 행정행위에 미치는 영향>**

**1)학설 (부주본)**

①부관만이 무효라는 견해 ②주된 행위도 무효로 만든다는 견해 ③본질적 요소인지에 따라 판단해야 한다는 견해가 있다.

**2)판례**

기부채납 행정재산의 사용수익허가에 따른 허가기간은 행정행위의 본질적 요소에 해당하므로 허가기간에 위법이 있다면 허가 전부가 위법하게 된다고 판시한 바 있다.

**3)검토**

부관을 통하여 달성하려는 공익적 이해관계와 신청자의 이해관계가 모두 반영되는 것이 타당하므로 본질적 요소인지에 따라 판단하여야 한다.

**본질적인지 여부에 대한 판단(객합의)**

행정청의 주관적 의사가 아니라 객관적이고 합리적으로 판단되는 행정청의 의사에 초점을 맞춰야 한다는 것이 일반적인 견해이다.

**기부채납 부관에 따라 사법상 매매계약을 체결하였는데 부관이 무효이거나 취소된 경우 사법상 매매계약의 효력**

**1)학설**

①부담과 기부채납은 **별개의 행위**이므로 사법상 계약에 중요한 착오가 인정될 뿐이라는 독립설, ②사법상 계약은 **부담의 이행행위로** 봐야 하며 이에 따라 부담이 무효면 계약은 원인없이 이루어진 것이 되어 **부당이득이 된다**는 **종속설**이 있다.

**2)판례 (독립설)**

부담과 기부채납은 별개의 행위에 해당하며 이 경우 사법상 계약의 중요부분의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다고 판시하였다.

**3)검토 (독립설)**

부담은 행정행위이며 기부채납은 사법상 매매계약이기 때문에 별개의 행위에 해당한다. 따라서 중요부분의 착오를 이유로 취소할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

**<효력발생요건 행정절차법 15조 >**

**1. 송달** : 송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다.

**2. 행정법상 공고(14일 경과하면 효력발생)**

송달받을 자의 주소를 알수 없거나 불가능한 경우 관보, 일간신문 인터넷에 공고, 공고일부터 14일 지나 효력발생

**3. 개별법상 고시, 공고 (개별법에서 정한날, 5일 경과)**

상대방이 불특정 다수이거나 상대방이 특정될 수 있으나 일일이 통지하는 것이 적절치 않을 때 개별법 규정 따라

**4. 도달의 의미**

상대방이 알수 있는 상태에 두어진 것을 말하고 현실적으로 수령하여 알았을 것을 의미하지는 않는다.

**5. 효력발생요건의 하자**

효력발생요건으로 규정한 절차를 결한것은 중대하고 명백하여 무효로 본다.

**<가처분>**

**1. 의의** : 다툼있는 법률관계에 관하여 잠정적으로 임시의 지위를 보전하는 것을 말하며 행정소송법에 가처분 규정이 없어 민사집행법상 가처분 준용할 수 있는지 검토한다.

**2. 민사집행법상 규정 준용가능성**

**1)학설**

①<부정설> 집행정지를 민사집행법상 가처분제도의 특칙으로 보아 부정하는 견해 ②<긍정설>행정소송법 제 8조 2항에 의해 준용가능, 국민의 실효적 권리구제를 위해 긍정하는 견해 ③집행정지로 가구제가 안되는 경우에만 인정하는 절충설이 있다.

**2)판례(부정설)**

민사집행법상의 가처분으로 행정청의 행정행위 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다고 판시하였다.

**3)검토 (부정설)**

의무이행소송이 없는 현행 소송법에서 가구제의 부수성을 고려할 때 부정함이 타당하다.

**<행정청의 소송참가 행정소송법 17조>**

**1. 의의**

행정청의 소송참가라 함은 관계 행정청이 행정소송에 참가하는 것을 말한다.

**2. 참가의 요건 (타다필)**

① 타인 간의 취소소송 등이 계속되고 있을것, ② 다른 행정청일 것(피고 행정청 이외의 행정청으로서 계쟁처분이나 재결에 관계 있는 행정청), ③ 참가시킬 필요성이 있을

것을 요건으로 한다

.

**3. 참가의 절차(신직결참)**

법원은 당사자 또는 해당 행정청의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 행정청을 소송에 참가시킬 수 있다(행정소송법 제17조 제1항). 이 경우 당사자 및 해당 행정청의 의견을 들어야 한다(제17조 제2항).

**4. 참가행정청의 지위**

**참가행정청은 보조참가인에 준하는 지위에서 소송수행을 한다**. 따라서 참가행정청은 소송에 관하여 공격, 방어, 이의, 상소 기타 일체의 소송행위를 할 수 있지만 **피참가인**

**의 소송행위와 저촉되는 소송행위를 할 수없다.** 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위와 어긋나는 때에는 그 효력이 없다 (민사소송법 제76조).

**<제 3자 소송참가 행정소송법 제 16조>**

**1. 취소판결의 제 3자효 및 3자의 범위**

행정소송법 29조 1항: 처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 제 3자는 법률관계를 통일적으로 규율하고자 하는 취지에 비추어 판결의 효력이 미치는 모든 제 3자를 의미한다고 볼 수 있다.

**2. 제 3자의 소송참가**

**1)의의**

판결에 의해 법률상 이익을 침해 받을 제 3자가 있는 경우 그 3자를 소송에 참가시키는 제도를 말한다. 제 3자의 권익을 보호하기 위한 제도로 행정소송법 제 16조에 근거

**2)요건 (계익3)**

①소송이 계속중일 것 ②소송의 결과에 따라 법률상 이익을 침해받는 제 3자일 것

**3)참가절차**

법원은 당사자 또는 제3자의 신청 또는 직권에 의하여 결정으로써 그 제3자를 소송에 참가시킬 수 있다. 법원이 결정을 하고자 할 때에는 미리 당사자 및 제 3자의 의견을 들어야 한다. 참가신청이 각하된 경우 신청을 한 제 3자는 즉시 항고할 수 있다.

**<제 3자 재심청구 행정소송법 제 31조>**

**1. 의의 및 취지**

판결에 의해 법률상 이익을 침해받은 제 3자가 귀책사유 없이 소송에 참가하지 못한 경우 확정된 종국판결에 대해 재심을 청구하는 것을 말한다. 행정소송법 제 31조에 근거한다.

**2)요건(종익3방제)**

①**종**국판결이 확정되었을 것 ②판결에 의해 **법률상 이익**을 침해받은 **제 3자**일 것 ③귀책사유 없이 소송에 참가하지 못해 판결의 결과에 영향을 미칠 공격, **방**어 방법을 제출하지 못하였을 것 ④확정판결이 있음을 **안날부터 30일 확정된 날부터 1년 이내 제기할 것** 을 요건으로 한다.(제소기간)

기출 25회 2번 2) 위 취소소송에 P토지의 소유자인 丙이 소송에 참가할 수 있는지 여부와 甲이 확정 인용판결을 받았다면 이 판결의 효력은 Y･W토지의 소유자인 乙에게도 미치는지에 대하여 설명하시오. (15점)

**1. 논점의 정리**

**2. 丙이 소송에 참가할 수 있는 지 여부**

1)제 3자 소송참가 의의, 취지 (행정소송법 제 16조)

2)참가의 요건

3)참가의 절차

4)사안의 해결

①표준지로 선정된 토지의 경우 표준지공시지가가 바로 과세의 기준이 되기 때문에 丙은 직접 권리이익을 침해받는 제 3자로 볼 수 있고 ②甲이 제기한 소송이 계속 중인 경우라면 ③丙은 소송참가를 신청하여 권익보호를 주장할 수 있다고 판단된다.

**3. 판결의 효력이 乙에게 미치는지 여부**

1)형성력

2)취소판결의 제 3자효(행정소송법 제 29조 1항)

**2)제 3자의 의미**

제 3자는 법률관계를 통일적으로 규율하고자 하는 취지에 비추어 판결의 효력이 미치는 모든 제 3자를 의미한다고 볼 수 있다.

**3)제 3자의 재심청구**(의의+요건)

**4)사안의 해결 제 3자인 乙에게 효력이 미치는지 여부**

(1)관련규정(토지보상법 제 70조, 부동산공시법 제7조)

(2)사안의 경우

乙은 취소 확정판결로 권리이익을 직접 침해받는 제 3자로써 해당 확정판결은 乙에게 효력이 미친다. 乙은 제 3자로 소송에 참가할 수 있으며 乙이 책임없는 사유로 소송에 참가하지 못하였다면 재심청구를 통해 권익보호를 실현할 수 있다고 판단된다.

**<형성력>**

**1. 의의 및 취지**

형성력이란 계쟁처분 또는 재결의 취소판결이 확정된 때에는 해당 처분 또는 재결은 **처분청의 취소를 기다릴 것 없이 당연히 효력을 상실하는 것**을 말한다. 취소판결의 형성력은 제 3자에 대하여도 발생하며(행정소송법 29조1항) 제 3자는 취소판결의 효력에 대항할 수 없다.

**2. 형성력의 종류**

1)형성효 : 처분의 효력을 발생,변경, 소멸시키는 효력을 말한다.

2)소급효: 취소의 효과가 처분시에 소급하는 것을 말한다.

3)제3자효 : 취소판결이 소송에 관여하지 않은 제 3자에게도 미치는 효력을 말한다. 행정소송법 제 29조 1항에 근거한다.

**<의무이행소송>**

**1. 의의**

행정청의 **거부처분** 또는 **부작위**에 대하여 그 이행을 청구하는 소송을 말한다. 현행 행정법에 명시적인 규정을 두고 있지 않다.

**2. 인정여부**

**1)문제점**

현행법에 의무이행소송 규정이 없어 의무이행소송이 인정될 수 있는가에 대하여 학설은 대립하고 있다.

**2)학설**

①권력분립의 원칙에 반하여 부정하는 견해 ②권리구제의 실효성을 위해 긍정하는 견해 ③법적 항고소송으로 실효성 있는 권익구제가 기대될 수 없는 경우에 한해 인정될 수 있다는 절충설이 있다.

**3)판례(부정설)**

법원이 행정청에게 일정한 처분을 명하는 이행판결을 구하는 소송이나 법원이 행정처분을 직접 행하는 형성판결을 구하는 소송을 인정하지 않는다.

**4)검토(긍정설)**

현행 부작위위법확인소송과 실효성확보수단으로 간접강제제도(행정소송법 34조)를 도입한 것은 의무이행소송을 인정하지 않는 입법의 취지로 해석할 수 있다. 그러나 국민의 효율적인 권리구제를 도모하기 위해 의무이행소송규정을 입법화할 필요가 있다고 판단된다.

**<예방적 금지소송>**

**1. 의의**

예방적 금지소송이란 행정청의 공권력 행사에 의해 **국민의 권익이 침해될 것이 예상**되는 경우에 미리 예상되는 **침익적 처분을 저지하는 것을 목적**으로 제기되는 소송을 말한다.

**2. 인정여부**

① 행정소송법 제 4조를 제한적으로 이해하여 실정법에 규정하고 있지 않은 소송유형을 인정할 수 없다는 <부정설> ②행정소송법 제 4조를 예시적으로 해석하여 무명항고소송의 형태로 인정할 수 있다는 <긍정설> ③국민의 실효적인 권리구제를 위해 **회복할 수 없는 손해 발생 우려가 있는 경우에** 현행 항고소송에 의해 권리구제가 가능한지 여부와 무관하게 가능하다는 <절충설>

\*행정소송법 4조: 취소, 무효등확인소송, 부작위위법확인

**3. 판례 (부정설)**

준공처분을 하여서는 안 된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예방적 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다 판시하여 부정설의 입장이다.

**4. 검토**

권력분립의 원칙과 실효적인 권리구제의 조화를 고려한다는 점에서 원칙적으로 부정하지만 회복할 수 없는 손해가 발생할 경우에는 제한적으로 긍정하는 것이 타당하다고 생각된다.

**<일부취소 판결 가능성>**

(법원이 과징금 3천 부과에 대해 1500이 적당하다고 판단하면 어떤 판결 내릴수 있을까?)

**1. 문제점**

취소소송은 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송인데(행정소송법 제 4조) '변경'의 의미가 소극적 변경으로 일부취소만을 의미하는 것인지 적극적 변경도 포함하는 것인지가 문제된다.

**2. 학설**

①권력분립 원칙을 형식적으로 이해하는 관점에서 '소극적 변경'으로서 '일부취소'로 보는 것이 타당하다는 견해와 ②권력분립원칙을 실질적으로 이해하면 법원이 위법한 처분을 취소하고 새로운 처분을 내용으로 하는 것도 가능하다고 보는 견해가 있다.

**3. 판례**

판례는 현행 행정소송법상 이행형성소송을 인정하지 않으므로 **'변경'의 의미를 소극적 변경, 즉 일부취소**를 의미하는 것으로 보고 있다.

**4. 검토**

적극적 변경판결은 법원이 처분권한을 행사하는 결과를 가져오므로 명문의 규정이 없는 한 일부취소를 의미한다고 봄이 타당하다.

**5. 일부취소판결의 가능성**

**①일부취소판결의 허용기준 (가분성,특정성)**

외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있어야만 취소도 가능하다고 본다.

**②기속행위인 경우**

판례는 조세부과금액 산정에 잘못이 있는 경우 정당한 부과금액을 초과하는 부분만 일부 취소가 가능하다고 판시하여 기속행위의 일부취소판결을 긍정한다.

**③재량행위인경우**

재량행위인 경우 행정처분의 일부를 취소하는 것은 행정청의 재량권을 침해하는 것이 될 수 있기에 인정되지 않고 재량일탈 남용이 있다고 판단되는 경우 전부 취소판결만 가능하다.

(적정한 영업정지기간을 초과한 것이 재량 일탈 남용으로 위법한 경우 그 처분의 취소만 가능, 어느정도가 적정한 영업정지기간인지 법원이 판단할 수 없다.)

**④사안의 경우**

과징금 부과는 재량행위로서 처분청의 재량권을 존중하는 차원에서 법원은 일부취소를 할 수 없고 전부취소를 한 다음 처분청이 재량권을 행사하여 다시 적정한 처분을 할 수 있도록 하여야 한다.

**<행정심판위원회 일부취소재결>**

**1. 취소심판**

취소심판이라 함은 ʻ행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 심판ʼ을말한다.

**2. 취소심판에서 변경재결(일부취소)**

**(1) 소극적 변경(일부취소)**

처분을 취소하는 재결은 당해 처분의 전부 취소를 내용으로 하는 것과 일부취소(영업정지처분기간의 단축 등)를 내용으로 하는것이 있다. 행정심판에서도 **일부취소는 이론상 취소의 대상이 되는 부분이 가분적인 것인 경우에 가능하다.**

**(2) 적극적 변경**

처분을 변경하거나 변경을 명하는 재결은 행정심판기관이 행정기관이므로 **처분내용을 적극적으로 변경하거나 변경을 명하는 재**결을 말한다. 예컨대, 허가취소처분을 영업정

지처분으로 변경하거나 변경을 명령하는 경우 등이다.

**Ⅲ. 사안의 해결**

과징금부과는 업무정지 기간에 따른 부과범위가 설정되어 있으며 구체적인 부과금액은 위반행위의 내용과 정도, 기간과 위반횟수, 취득한 이익의 규모를 고려하여 산정하

므로 행정심판위원회는 원고의 청구가 이유있다고 인정되는 경우에는 과징금 부과금액을 감액하는 일부취소재결을 할 수 있다.

**<행정심판 가구제: 집행정지 행정심판법 30조>**

**1. 집행부정지원칙 (행정심판법 제 30조1항)**

행정심판 청구는 처분의 효력, 집행 절차속행에 영향을 주지 아니한다. 다만 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때 집행정지를 할 수 있다.

**2. 요건 (개처손긴공본제)**

①적극적 요건 : 행정심판의 계속, 처분등 존재, 중대한 손해의 발생 가능성, 긴급한 필요

②소극적 요건 : 공공복리에 해를 끼치지 않을 것, 본안심판 이유없음이 명백하지 않은 경우

③제한 : 집행정지로 그 목적을 달성할 수 있을 때에는 허용되지 아니한다.

**3. 절차**

① 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 ②처분의 효력,집행, 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다.

**<행정심판 가구제 : 임시처분 행정심판법 31조>**

**1. 의의**

처분 또는 부작위에 대하여 인정되는 임시의 지위를 정하는 가구제이다. 권리구제의 실효성을 보장하기 위한 제도이며 행정심판법 31조에 근거한다.

**2. 요건(계급의 공지)**

①심판청구가 계속될 것 ②처분 또는 부작위가 위법하다고 상당히 의심되는 경우일 것 ③당사자에게 생길 중대한 불이익이나 급박한 위험을 방지할 필요가 있을 것을 적극적 요건으로 한다. ④공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것 ⑤집행정지로 목적을 달성할 수 없는 경우일 것을 소극적 요건으로 한다.

**<의무이행심판 행정심판법 43조 5항>**

tip: 거부가 처분이 되기 위한 요건, 부작위 요건 검토 하고 해결 방법으로 의무이행심판

**1. 의의**

의무이행심판은 “행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판”을 말한다. 청구인의 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 인용재결로서 지체 없이 **신청에 따른 처분을 하거나**(처분재결) 처분을 할 것을 피청구인에게 **명할 수 있다**(처분명령재결).

**2. 처분재결과 처분명령재결의 선택**

Q. 행정청은 어떤 재결을 해야 하는가?

**1)학설**

①행정심판위원회가 전적으로 선택에 재량을 갖는다는 견해 ②신속한 권리구제를 위해 원칙적으로 처분재결을 해야 한다는 견해 ③처분청의 처분권 존중을 이유로 원칙적으로 처분명령재결을 해야 한다는 견해가 있다.

처분재결: 신청에 따른 처분을 직접 하는 것(형성재결)

처분명령재결: 처분을 할 것을 피청구인(처분청)에 명하는 이행재결

2)검토

행정심판법 제 43조 제 5항의 문언상 재량으로 보는 것이 타당하다고 여겨진다. 다만 실무상 대부분 처분명령재결을 하고 있다.

43조 ⑤위원회는 의무이행심판의 청구가 이유가 있다고 인정하면 지체 없이 신청에 따른 처분을 하거나 처분을 할 것을 피청구인에게 명한다.

**3. 거부처분취소심판의 가능성**

Q. 거부처분취소심판도 제기할 수 있는가?

의무이행심판에도 불구하고 거부처분이 취소심판의 대상이 되는지 견해가 대립하나 거부처분은 행정심판법상 처분 개념에 포섭되므로 취소심판의 대상이 된다고 보는 것이 다수설과 판례의 태도이다.

**<조합설립인가- 인가냐? 특허냐?>**

**Ⅰ. 쟁점의 정리**

조합설립행위에 하자가 있는 경우, 법적성질 문제

**Ⅱ. 조합설립인가의 법적성질**

**1. 재개발조합의 법적 지위**

조합은 공공조합으로서 공법인(행정주체)이다. 조합은 재개발사업이라는 공행정목적을 수행함에 있어서 행정주체의 지위에 서며 재개발사업이라는 공행정목적을 직접적으로 달성하기 위하여 행하는 조합의 행위는 원칙상 공법행위라고 보아야 한다.

**2. 관련 행정작용 검토**

1)인가 의의, 효력, 처분성 인정되나 소익 문제

2)특허 의의, 법적성질 처분성인정, 그 자체로 다툴수O

**3. 조합설립인가의 법적 성질**

**(1)학설**

① 조합설립를 기본행위로, 조합설립인가를 이를 보충하는 행위(인가)로 보는 <인가설>

② 조합설립행위는 조합설립인가를 받기 위한 요건으로 보는 <특허설>이 있다.

**(2)판례**

**①종전 판례입장(인가)**

종전 판례는 조합설립의 법률상 효력을 완성시키는 보충행위인 인가로 보아 기본행위인 조합설립에 하자가 있더라도 그 이유로 바로 그에 대한 감독청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상 이익은 없다고 보았다.

**②최근 판례입장 (특허)**

최근판례는 '조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 주택재개발사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일정의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 판시하였다.

**3) 검토(특허로 봄이 타당)**

재개발조합설립인가는 공행정주체의 기능을 담당하는 사업시행자를 만들어내는 행위로서의 성격이 있으므로 이러한 인가의 법적 성질은 최근 판례와 같이 특허로 봄이 타당하다고 판단된다.

**Ⅲ. 조합설립행위 하자에 권리구제**

**1. 특허로 보는 경우 : 항고소송**

조합설립인가를 특허로 본다면 조합설립행위(결의)는 조합인가처분이라는 행정처분을 하는데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립행위에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소또는 무효확인을 구하여야 할 것이다.

**2. 인가로 보는 경우 : 민사소송**

다만 강학상 인가로 보는 견해에 따르면 기본행위의 하자가 있는 경우에는 민사소송을 통하여 기본행위의 효력을 다툴 수 있을 것이다.

**<기출33 분양신청 하자를 이유로 수용재결취소 10점, 이전고시 효력 발생 전, 후 나누어 검토 >**

**1. 관련 행정작용 법적성질**

**1)수용재결**

**2)이전고시**

이전고시는 사업시행완료 후 관리처분계획에 따라 소유권 이전 등을 행하는 집행행위로 수분양자는 이전고시 다음날 소유권을 취득하는 바 공법상 처분에 해당한다.

**3)관리처분계획**

분양처분 및 청산등에 관한 계획을 말하며 관리처분게획의 고시가 있는 때에는 소유권자 등의 종전의 토지에 대한 재산권 행사가 제한되고, 환권처분을 구속하는 효력을 가지므로 관리처분계획은 구속적 행정계획으로서 조합이 행한 처분이 된다.

**2. 절차하자의 독자적 위법성, 위법성의 정도**

**3. 사안의 해결**

**1)이전고시 효력 발생전 (판례, 검토)**

판례는 분양신청기간등 통지는 토지등 소유자에게 분양신청기회를 주기 위한 것으로 토지수용을 하기 위하여 반드시 거쳐야 할 필요적 절차이고, 이를 통지하지 않은 경우 수용재결은 위법하다고 판시하였다.

**2)이전고시 효력 발생 후 (판례, 검토)**

판례:정비사업의 공익적·단체법적 성격과 이전고시에 따라 이미 형성된 법률관계를 유지하여 법적안정성을 보호할 필요성이 현저한 점 등을 고려할 때, 이전고시의 효력이 발생한 이후에는 수용재결이나 이의재결의취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 해석함이 타당하다.

+관리처분계획의 취소, 무효확인 구할 법률상이익도 X

**<재건축 매도청구 vs 수용재결 쟁송절차 차이>**

1. 의의 : 매도청구, 수용재결

2. 신청절차 : 매도청구는 협의 후 협의불성립시 매도청구소송제기, 보증소는 재결절차 거친 후 보증소 제기

3. 소송당사자, 제소기간

①64조 매도청구는 조합설립인가 후 30일 내 서면으로 동의여부 회답을 촉구하고 2개월 이내 회답이 없을 경우 기간만료일부터 2개월 이내 매도청구를 해야한다.

나. 73조 매도청구는 관리처분계획이 인가ㆍ고시된 **다음 날부터** **90일 이내에 손실보상 협의**한 후 협의불성립시 기간만료 **다음날부터 60일 이내** 매도청구소송을 제기하여야 한다.

**4. 지연가산금**

매도청구시 60일의 기간을 넘겨서 매도청구소송을 제기한 경우 지연일수에 따른 이자를 지급하여야 하며 보상금증감청구소송은 사업시행자가 제기한 소송이 각하,기각, 취사된 경우 재결서 정본 받은 다음날부터 판결일 또는 취하일까지 기간에 대하여 법정이율을 적용하여 산정한 금액을 보상금에 가산하여 지급하여야 한다.

**<재건축매도청구 vs 수용재결 감정평가방법,기준>**

**1. 기준시점**

**2 .개발이익 포함 여부**

매도청구 : 객재예개

수용재결: 개발이익 국민 모두에게 귀속

**3. 사실상 사도의 경우**

①매도청구: 지목이 대이나 현황이 사실상 도로인 토지의 경우 **인근대지 시가와 동일하게 평가하되 개별요인을 고려하여 감액 평**가한다. ②수용재결: 26조, 개목소이주인

**<사적공용수용>**

**1. 의의 :** 특사손법타

➀ 특정 공익사업을 위하여 ➁ 사적주체가 ➂ 손실보상을 전제로 ➃ 법령이 정하는 바에 의하여 ➄ 타인의 재산권을 강제적으로 취득하는 것을 말한다.

**2. 필요성 :** 공증민행(공익상 필요, 공익사업증대, 민간활력도입, 공행정의 민간화 측면에서 필요성 찾을 수 있다.

**3. 사적 공용수용 인정여부**

**1)학설** : 생존배려형사기업, 경제적 사기업

**2)법적근거** : 헌법 제23조 제3항 및 토지보상법상 제4조 제5호를 근거로 한다. 이외에 택지개발촉진법, 사회기반시설에 대한 민간투자법등이 있다.

**3) 판례의 태도**

판례는 공익사업인지 여부는 그 사업자체의 성질, 목적에 의할 것이지 사업주체에 의하여 정할 것은 아니라고 판시하였다. 즉, 사업주체가 민간 사기업이어도 수용이 가능하다고 보았다.

**4) 검토**

생각건대 오늘날 현대복지국가의 실현을 위하여 공익사업이 증가함에 따라 사적주체에게 수용권을 부여할 필요성이 커지는 바, 엄격한 요건 하에 사용 수용을 인정하여야 한다.

**4. 사용수용 요건: 공법정**

①공공필요, ②법률 근거, ③정당한 보상

**5) 계속적 공익성 보장책**

**(1)필요성 :** 공익의 계속적 담보를위한 보장책 전제

**(2)보장수단**

**(1)토지보상법상 보장수단**

①환매권 : 공익사업 계속적 담보 수단

②사업인정 실효

③수용재결 : 시행자 능력과 의사 검토

**(2)사법상 통제 :** 공익사업의 계속성 보장책이 헌법 제23조 제3항의 공공필요 요건을 충족하지 못할 경우 위헌·위법한 재산권의 침해라 할 것이어서 행정쟁송의 제기, 헌법소원 등의 제기가 있다.

**(3)행정적 통제:**  민간 투자법에서는 사업시행자에 대한 감독 명령과 처분, 위반 시 벌칙에 대한 규정

**6. 부대사업을 위한 공용적 사용수용**

**1)관련규정(민간투자법 제 21조)**

민간투자법 제21조에서는 부대사업을 시행할 수 있고 부대사업의 내용을 실시계획 고시에 포함하고 있다. 실시계획 고시에 의해 사업인정이 의제되는데, 부대사업에까지 수용규정이 인정되는지 문제된다.

**2) 인정여부**

헌법 23조 재산권보장 원칙에 비추어 공용수용은 공공필요가 인정되는 경우에 한해 필요한 최소 한도에 그쳐야 한다. 따라서 사적 이윤추구를 위한 부대사업은 강제수용이 허용된다고 보기 어렵다. 이는 국민 정서에 비추어 타당하지 않으며 법률에서 관계규정을 명확히 할 필요가 있다.

**<타인토지출입허가 9조>**

**1. 의의:** 사업시행자는 공익사업의 준비를 위하여 타인이 점유하는 토지를 출입하여 측량하거나 조사할 수 있다. (준타토출측조)

**2. 법적성질** : 강학상 특허, 재량행위

**3. 권리구제**

1)사업시행자

①거부처분: 의무이행심판, 거부처분취소소송 가능

(집행정지 소익없음, 의무이행소송, 가처분은 현행법상 허용X)

②부작위: 의무이행심판, 부작위위법확인소송

**2)토지소유자**

**1)취소소송, 무효등확인소송**

①대상적격 : 처분성 인정

②원고적격: 개직구인정

③제소기간 준수하면 취소소송제기 가능

**2)집행정지** : 신청은 가능

3)손해배상, 손실보상 청구

**<공익사업 준비 설명, 피수용자 권리구제방안>**

**1. 공익사업 준비 의의, 법적 근거**

공익사업을 위한 준비, 타토출, 장해물제거등 일련의 행위, 원활한 공익사업 준비, 공익사업 적합성 판단에 의의

**2. 타인토지출입 :** 의의, 법적성질, 절차, 효과

**3. 장해물제거 :** 의의, 법적성질, 절차, 효과

**4. 권리구제방안 :** 사전적권리구제, 사후적 권리구제

손실보상, 손해배상 행정쟁송, 재결에 대한 불복

**<타인토지출입 9조>**

**1. 의의** **준타토출 측조**, 공익사업 적합성 판단취지

(사업시행자는 공익사업을 **준**비하기 위하여 **타**인이 점유하는 **토**지에 **출**입하여 **측**량하거나 **조**사할 수 있다.

**2. 법적 성질(공행사)**: 일시적 사용으로 **공**용사용

권력적 **행**정조사 (상대방 동의에 기초X)

권력적 **사**실행위(수인11조)

판례는 교도관 참여대상자로 지정한 권력적 사실행위에 대해서 공권력적 사실행위로서 처분에 해당한다고 명시적으로 판시한 바 있다. 생각건대 권력적 사실행위는 국민의권리의무에 직접 영향을 미치는 바 처분성을 긍정함이 타당하다. ☞타토출 대상적격 인정

**3. 절차 허5통일증 (허가->통지->출입)**

①사업시행자는 시군구청장의 **허**가를 받아야 하며,(2항) ②출입 **5**일 전까지 일시 및 장소를 시군구청장에게 **통**지해야한다.(10조1항) ③**일**출 전이나 일몰 후에는 점유자의 승낙 없이 출입할 수 없으며(10조3항), ④출입 시 **증**표 등을 휴대하여야 한다.

**4. 효과**

①사업시행자: 타인토지출입권, 반환 및 원상회복 의무

②토지소유자: 손실보상청구권, 인용의무(200만원, 97조)

**<장해물제거 법 12조 >**

**1. 의의 (소점동허제)**

측량·조사시 장해물 제거 등을 해야 할 부득이한 사유가 있는 경우 **소**유자 및 **점**유자의 **동**의를 얻어야 하고, 동의를 얻지 못한 때에는 **허**가를 받아 장해물 **제**거를 할 수 있다는 것을 말한다.

**2. 법적성질 (물공부사권)**

장해물 제거 행위는 **물**적 공용부담으로 **공**용제한 중 **부**담제한으로 **사**업제한에 해당한다. 또한 명문의 규정은 없으나 법 11조 인용의무를 준용함이 타당하다. 따라서 사실 수인하명이 결합된 행위로서, <**권**력적 사실행위>에 해당하고, 처분성이 인정된다고 판단된다.

**3. 요건∙절차(동허의3통손) 동의/허가(의견)->통지->제거**

①소유자 및 그 점유자의 **동**의를 받거나 시장군수구청장에게 **허**가를 받아 장해물 제거를 할 수 있고 ②시장군수구청장은 허가를 하기 전 미리 소유자 및 점유자 **의**견을 들어야 한다. ③장해물 제거를 하려는 날의 **3**일전까지 소유자 및 점유자에게 **통**지해야 하고 ④사업시행자는 이에 따른 **손**실을 보상하여야 한다. ⑤손실보상은 9조 5항내지 6호를 준용한다.

**4. 효과**

①사업시행자: 장해물제거권, 허가X제거시1년,1천(95조의2)

②토지소유자: 손실보상청구권, 인용의무 준용

**<타토출, 장해물제거 권리구제>**

**1. 사전적 권리구제**

타토출, 장해물 제거 시 통지, 장해물 제거 허가 시 소유자 및 점유자의 **의견청취** 등이 토지보상법에 규정되어 있다. 예방적 금지소송과 가처분이 권리구제방법으로 논의될 수 있으나 현행법상 인정되지 않고 있다.

**2. 사후적 권리구제(쟁점: 협의소익)**

①취소소송: 허가는 처분성 인정, **협의소익 없어 각하**

1)허가에 대한 쟁송: 처분성 인정, 집행정지 검토

2)조사행위에 대한 쟁송

권력적 사실행위 처분성 인정, 다만, 조사기간이 짧아 단기에 종료될 수 있으므로 협의의 소익이 없어 각하될 가능성이 높으므로, <집행정지>의 검토 필요성이 있다.

②손실보상 : **9조 5항내지7항** 의거 가능 협의->재결

③손해배상, 결과제거청구: 위법한 행정조사로 신체/재산상 손해를 입은 경우 국가배상법에 따른 손해배상청구가 가능하고 민사법원에서 행정작용의 위법을 선결문제로 다룰 수 있다. 또한 위법한 상태가 지속되는 경우 결과제거청구권을 행사할 수 있다.

④손실보상 재결 불복: 명문X 83조,85조 따라 가능

9조 보상금 재결에 관한 불복은 명문의 규정은 없으나 토지보상법 상 이의신청(83조)와 보상금증감청구소송(85조)으로 권리구제가 가능하다.

**<측량조사시 실력행사 가능성>**

**1)관련규정** : **11조, 97조**

**11조**: 정당사유X, 10조따라 통지 출입,측량,조사 방해X

**97조**: 11조 위반하여 사시,감평사 방해한 경우 **200만원**

**2)학설** ①**긍**정설: 97조 규정 위법성전제 비례원칙범위내 실력행사 가능 ②**부**정설 직접 강제수단 두지 않은 입법취지 고려 부정설 ③**개**별적판단설 : 원칙적 부정, 조사 필요성이 긴급한 경우 가능

**3)검토** 부정설 타당

**4)위법성의 정도** : 중대명백설 취소

**5)권리구제방법**

①손실보상 : 적법 전제, 불가

②손해배상: 고의과실,위법성 인정 국가배상가능, 선결문제

③행정쟁송: 처분성 인정 but 협의소익 부정

**<측량조사 하자가 사업인정에 영향을 미치는지>**

**1. 문제점** 위법한 행정조사로 인한 행정결정의 위법성

**2. 학설(적별사)**: ①**적법절차의 원칙**에 비추어 위법한 절차에 기초한 행정행위는 위법하다는 견해와 ② 행정조사와 행정행위는 **별개의 행위**이므로 행정조사의 위법이 바로 행정행위의 위법성 사유가 되지 않는다는 견해가 있다.

③행정조사의 목적이 행정행위를 위한 **사전적인 정보수집의 목적인 경우**에는 행정행위의 절차상의 하자를 구성한다는 견해도있다.

**3. 판례 :** **위법한 세무조사에 기초한 부가가치세 부과처분은 위법(긍정설)** 행정조사절차의 하자가 경미한 경우 X

**4. 검토**

헌법 12조 1항 적법절차의 원칙에 비추어 행정조사의 절차상 하자가 있는 경우에는 그에 기초한 행정행위도 위법한 것으로 보아야 할 것이다.

**5. 사안의 경우 :**

**1)과징금 증표 미제시 조사**

증표를 보이지 않고 조사한 행위는, 명백한하자이나 중대한 하자로 보기 어려우므로 취소사유의 하자로 볼 수 있고 절차상 하자의 독자성을 인정하는 다수 및 판례의 태도에 비추어 절차상 하자있는 조사에 기초한 행정행위는 위법한 것으로 보아야 하므로 과징금부과처분의 위법성이 인정된다.

**2)사업인정과 측량조사 (인정 X)**

위 논의는 양 행정행위 주체가 동일한 것을 전제, 측량조

사는 시,군,구청장 허가로 이루어지고, 사업인정은 국토부장관이 하는것임, 측량, 조사가 사업인정을 위한 자료수집과정으로 보기는 어려우므로 **상기 논의가 실익이 없다고 생각된다.**

**<토지물건조서작성 14조 의성절효수>**

**1. 의의 (분신)**

토지물건조서란 수용 또는 사용할 토지 및 물건의 내용을 작성한 문서로 **분**쟁을 미연에 예방하고 공익사업 절차를 **신**속, 원활하게 진행하고자 함에 취지가 있다.

**2. 법적성질 (비권사)(처분성 X)**

조서작성은 **비권력적 사실행위**에 속한다. 타인토지 출입은 행정조사로서 권력적 사실행위에 해당한다.

**3. 절차 및 내용 (법 14조 령7조) 계용조서 거알사**

공익사업**계**획확정-> 지적도 또는 임야도에 대상물건인 토지를 표시한 **용**지도작성-> 이를 기본으로 토지물건**조**서작성(출입허가 없이 측량 및 조사 가능) -> **서**명 또는 날인(사업시행자) -> 토지소유자 및 관계인 **서**명 또는 날인

-> 토지소유자 및 관계인이 서명날인을 **거**부하거나 토지소유자 및 관계인을 **알**수 없는 등의 이유로 서명날인을 받지 못한 경우 조서에 그 **사**유를 적어 한다.

**4. 권리구제**

**1)이의신청**

토지조서 및 물건조서의 내용에 대하여 이의가 있는 토지소유자∙관계인은 열람기간 이내에 사업시행자에게 서면으로 이의를 제기할 수 있다. 다만, 사업시행자가 고의∙ 과실로 보상계획을 통지하지 아니한 경우 제16조에 따른 협의가 완료되기 전까지 서면으로 이의를 제기할 수 있다.

**2)행정쟁송**

조서작성은 비권력적 사실행위에 속하는 것으로 국민권리의무에 직접 영향을 미친다고 할 수 없어 처분성이 부정된다. 따라서 행정쟁송을 제기할 수 없다.

**<토지물건조서작성 26조, 의의,법적성질, 절차 14조동일>**

**1. 관련 규정 (토지보상법 26조)**

사업인정을 받은 사업시행자는 토지조서 및 물건조서의 작성, 보상계획의 공고ㆍ통지 및 열람, 보상액의 산정과 토지소유자 및 관계인과의 협의 절차를 거쳐야 한다 이 경우 제14조(토지물건조서작성)부터 제16조(사업인정전 협의)까지 및 제68조(복수평가)를 준용한다.

**2. 효력**

**1)진실의 추정력(법 27조 3항) - 열반진실**

☞보상문제에서 지장물 조서 얘기나오면 쓰기!!

➀15조 3항에 따라 **열**람기간 내에 이의를 제기한 경우와, ➁기재사항이 진실에 **반**함을 입증한 경우를 제외하고는 조서내용은 일응 **진**실한 것으로 추정된다. 이는 조서의 **실**효성을 담보하기 위한 수단이다.

**2)하자있는 조서의 효력**

➀내용상 하자 : 내용상 하자를 입증한 경우 **진실의 추정력이 부인**된다. 입증책임은 토지소유자에게 있다.

-> 추정력이 부인되는 경우 조서에 기재된 보상대상에 대한 확정이 인정되지 않음.

➁절차상 하자 : 서명, 날인의 누락시는 **조서의 효력이 생기지 않는다.** 따라서 열람기간 외에도 이의를 제기할 수 있다.

**<하자있는 조서가 수용재결에 미치는 효력>**

**1. 문제점**

절차상 하자가 있는 조서는 토지물건조서로서 효력이 없는 바 이에 기초한 수용재결 효력에 관해 견해대립

**2. 학설** : 긍정설, **부정설**(조서가 토수위구속X)

**3. 판례(입서기증)**

토지소유자의 **입**회나 **서**명·날인은 **기**재의 **증**명력에 관한 문제이므로, 이것이 없었다고 하여 그것이 곧 수용재결이나 이의재결의 효력에 영향을 미치는 것은 아니라고 판시하였다.

**4. 검토**

법적으로 조서가 토수위를 구속하지 않는점, 조서가 유일한 증거수단이 아닌점에 비추어 부정설이 타당하다.

**<임의적 취득 절차 - 조보협계>**

**1. 토지 및 물건 조서작성(14조)**

사업시행자는 공익사업 수행을 위하여 사업인정 전 협의에 의한 토지등의 취득 사용이 필요한 때 토지조서 및 물건조서를 작성하여 토지소유자 및 관계인에서 서명날인을 받아야 한다.

**2. 제15조 보상계획의 열람 등(개조시방절)**

사업시행자는 토지물건조서를 작성하였을 때에는 공익사업**개**요, **조**서내용과 보상**시**기, **방**법, **절**차등이 포함된 보상계획을 공고, 개별통지하고 일반인으로 하여금 14일 이상 열람하게 하고 시군구청장에게 통지하여야 한다.

**제16조 협의 (성실하게 협의)**

사업시행자는 토지등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하며, 협의의 절차 및 방법 등 협의에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제17조 계약체결**

사업시행자는 제16조에 따른 협의가 성립되었을 때에는 토지소유자 및 관계인과 계약을 체결하여야 한다.

**<사업인정 전 협의 법 16조>**

**1. 의의** 최소침해원칙 구현, 신속사업진행 (최신)

**2. 법적성질** 사법상계약설, 공법상 계약설, 사법상매매

**3. 협의내용, 절차 (령8조) 대범시방절금, 통3불경서**

①사업시행자는 보상협의요청서에 토지등의 구체적 **대**상, **범**위, 보상**시**기, **방**법 **절**차, **금**액등을 적어 피수용자에게 **통**지하고 ②협의기간은 특별한 사유가 없으면 **30일** 이상으로 하여야 한다. ③협의**불**성립 시 협의**경**위서에 협의의 일시 등을 적어 토지소유자 및 관계인의 **서**명 또는 날인을 받아야 한다.(5항)

**4. 효과**

**1)협의성립시:**사법상 계약으로 승계취득, 환매권 발생

**2)협의불성립시** 사업인정 받아 강제취득절차

**5. 임의적 절차인지 여부**

①토지보상법 제26조와 달리 명시적으로 협의를 거쳐야 한다는 규정이 없고, ②성실한 협의를 규정하고 있는 점 등을 미루어 볼 때 임의적 절차로 볼 수 있다.

**<사업인정 전, 후 협의 취내 성절확효 >**

**1. 공통점**

1)취지: 최소침해원칙 구현, 조속한 사업시행

2)협의 내용: **대범시방절 (대상, 범위, 시기, 방법, 절차)**

**2. 차이점(성절확효)**:

1)법적**성**질: 사법상 계약 vs 사법상 계약(판)/공법상 계약

2)**절**차상 차이: 임의절차 vs 필수절차

3)협의성립**확**인에 따른 차이

:사업인정 후 협의만 협의성립 가능, 재결효과 발생

4)**효**과상 차이

①협의성립시 : 승계취득 vs 확인받아 원시취득

②협의불성립시: 사업인정 vs 수용재결

**<사업인정의제>**

**1. 의의**

사업인정의제란 개별 법률들이 개별적으로 정하고 있는 일정한 절차가 있는 경우 이를 토지보상법의 사업인정이 있는 것으로 보도록 하는 것을 말한다. ➀ 행정절차의 간소화, ➁ 신속한 공익사업수행에 기여에 그 취지가 있다.

**2. 절차(21조 2항) :** 사업인정 의제사업 허가,인가,승인권자 등은 사업인정의제되는 지구지정, 사업계획승인등을 하려는 경우 중토위와 협의하여야 하며, 이해관계인 의견 들어야 한다.

**3. 문제점(세재주**): 세목고시절차 부재, 재결실효, 주체(권한없는 지방자치단체 장) (종전 공익성 판단절차 부재->중토위협의, 의견청취절차 부재->의견듣는것으로 21조3항)

**4. 해결방안:** 세목고시->대상자에게 통지, 재결 통일적 정비, 의제사업 축소 및 국장과 협의절차 규정

**<재결신청(법 28조)>**

**1. 의의**

**2. 요건(사사1관)** : 신청인은 **사**업시행자만 가능, 협의**불**성립,불능시, **사**업인정고시일부터 **1**년이내, **관**할토지수용위원회에 신청

(사업인정의제사업의 경우 사업시행기간내에 재결을 신청하도록 예외를 두고 있다.)

**3. 사업시행자 재결신청주의 인정근거**

**1)이유(장계)** 사업 **장**기화 방지, 사업**계**획 맞춰 진행할 수 있게

**2)타당성논의: 평등권 침해 논란(재청실)**

①수용사용 개시일 선택의 **재**량 인정 -> 원활한 사업시행

②재결신**청**청구제도 규정

③**실**효제도로 무제한 재량 부여한 것은 아니므로 타당함

**4. 사업시행기간 경과전 신청, 경과후 재결 가능한지**

판례는 '사업시행기간 내에 토지에 대한 수용재결 신청을 하였다면 그 신청은 사업시행기간이 경과하였다 하더라도 여전히 유효하므로, 토지수용위원회는 위 신청에 따른 수용재결을 할 수 있다.' 고 판시하였다.

**5. 기각재결 후 다시 재결신청 할 수 있는지**

기각재결이 확정되었다 하더라도 재결신청기간의 제한규정에 저촉되지 않는 한 다시 재결신청을 할 수 있고 토수위는 이에 근거하여 다시 수용재결을 할 수 있다.

2-10 만약 위 수용재결 결정 자체에 불복(토지보상법 제85조 제1항) 하였는데 향후 대법원에서 수용재결 취소 판결이 행해졌다면 사업시행자는 다시 수용재결을 신청할 수 있는지를 검토하시오.(5점) 10점으로 나오면 기속력 길게

**1. 기속력** (행정소송법 제 30조)

1)의의, 취지

2)범위 주객시

3)효력 반원재 4)위반효과

**2. 재결신청(토지보상법 제 28조)**

사업인정 후 협의불성립시 사업시행자는 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

**3. 관련 판례의 입장**

재결신청의 기각재결이 확정되었더라도 기업자는 재결신청기간의 제한규정 등에 저촉되지 아니하는 한 다시 재결신청을 할 수 있고 토지수용위원회도 이에 근거하여 다시 수용재결을 할 수 있다. (91누11100 판결)

**4. 사안의 경우**

①토지보상법상 취소판결 후 재결신청을 금지하는 규정이 없고 ②판결의 기속력은 개개의 구체적 위법사유에 미치므로 하자를 보완하여 다시 수용재결을 하는 것은 기속력에 반하지 않으며 ③공익사업을 신속히 수행하여야 할 공익상 필요가 있는점 ④상기 판례입장에 비추어 사업시행자는 취소판결 후에도 다시 재결신청을 할 수 있다고 봄이 타당하다.

**<수용재결>**

**1. 의의**

**2. 법적성질:** 형기준

**3. 요건:** ①사업인정 후 ②협의불성립시 ③사업시행자의 신청으로 ③관토위가 ④법 제 50조에서 정한 재결사항에 대해 ⑤수용당사자가 신청한 범위내에서(단 증액재결 가능) 재결하며 ⑥서면으로 할 것을 요한다.

**4. 절차 (신열심화재)**

사업시행자신청(28조)->14일이상 공고열람(31조)->심리(32조)->화해권고(33조)->재결결정(34조)

**5. 재결범위 (구방손개그) 법 제 50조**

사용수용할 토지의 구역 및 사용방법, 손실보상액, 수용,사용개시일 및 사용기간, 그밖에 이법, 다른법령에서 규정한 사항

**6. 재결의 효과**

**1)일반 행정행위 효과** : 공구확강불가변력

**2)토지보상법상 (손보인위 원대대환)**

①수용재결일: 손실보상청구권, 토지물건의 인도 이전의무(43조), 보상금지급공탁의무(제40조),위험부담이전(46조) 효과가 발생

②수용개시일: 사업시행자는 물건을 원시취득하며 대행(44), 대집행(89)을 할 수 있고, 피수용자에게는 환매권(91조)이 발생(원대대환)

**7. 재결의 실효(법 제 42조, 24조)**

**1)실효 의의, 취지** : 행정청 의사와 상관없이 객관적 사실 발생으로 효력 상실, 사전보상원칙실현에 취지

**2)실효 사유**

**①보상금 지급 공탁안한경우(42조)**

수용개시일까지 보상금지급공탁X, 판례는 이의재결은 수용재결과 확정효력을 달리하는 것으로 정해진 기간내 보상금을 지급하지 않아도 재결이 실효되는 것은 아니라고 판시하였다.

**② 사업인정 취소, 변경시(24조)**

재결 이후 보상금 지급 전 사업인정 취소, 변경시, 보상금지급 공탁이후에는 이미 수용효과 발생, 재결효력에 영향 없음

**3)재결실효 효력**

재결이 실효되면 재결의 효력이 상실된다. 판례는 재결이 실효되면 재결신청도 효력을 상실하고 이로 인하여 사업인정일 이후 1년 이내 재결신청을 하지 않은 것이 되면 사업인정도 실효되어 공용수용 사업 일체가 백지상태로 환원된다.고 판시하였다.

**4) 권리구제**

사업시행자는 재결의 효력이 상실됨으로 인하여 토지소유자, 관계인이 입은 손실을 보상하여야 하며, 재결실효여부에 대한 다툼이 발생하는 경우 무효등확인소송을 제기할 수 있다.

**8. 재결에 대한 권리구제** : 83조, 85조

**<재결거치지 않고 바로 손실보상을 청구할 수 있는가?>**

**1. 의의(영업손실, 농업손실...)**

**2-1 간접손실보상 절차 (토지보상법 제80조)**

사업시행자와 손실을 입은자가 협의하여 결정하며 협의가 성립되지 아니하였을때 재결을 신청할 수 있다. 재결에 대해 불복이 있는 경우 명문의 규정은 없으나 83조 이의신청과 85조 행정소송을 제기할 수 있다고 판단된다.

**2-2 잔여지 손실보상 9조 6항 7항 준용(내용 상기동일)**

**2-2 토지보상법상 보상절차와 권리구제(농업손실,영업손실)**

①협의하고 ②협의불성립시 재결을 신청한다. ③관할토지수용위원회가 재결하고 ⑥수용개시일까지 보상금을 지급, 공탁함으로서 보상절차가 마무리된다. 재결에 대해 불복하는 경우 83조(이의신청), 85조(취소소송, 보상금증감청구소송)에 따라 권리구제를 받을 수 있다.

**3. 관련판례의 입장 (재결전치주의 판례)**

**4. 사안의 해결**

공익사업의 원할한 수행과 피수용자의 보호라는 토지보상법의 목적과 보상절차는 통상 전문적 판단이 필요한 바 재결을 거치는 것이 보다 정확하고 신속한 해결 가능 따라서 행정소송 제기 이전 재결을 거치도록 규정함

**도 2-11 사업시행자는 감액재결을 할 수 있는가?**

**1. 논점의 정리 :** 재결의 법적성질, 관련 규정(50조)

**2. 토지수용위원회 재결의 성질과 내용**

**1)재결의 성질**

수용재결은 1차적 처분이므로 준사법작용이 아니라는 견해가 있으나 양당사자의 이해관계를 독립된 행정기관인 토지수용위원회가 판단 조정하는 행위인 점에서 준사법작용의 성질을 갖는다는 견해가 통설이다.

**2)재결의 내용 및 범위(토지보상법 50조 3항)**

구손방개그 신청한 범위 내에서 하되 증액재결을 할 수 있다.

**3. 불고불리의 원칙과 불이익변경 금지의 원칙**

불고불리 원칙이란 법원은 당사자가 청구한 범위내에서 심리, 판결 해야 한다는 원칙을 말하며 불이익변경 금지 원칙은 상고심에서 항소인에게 불리한 판결을 할 수 없다는 원칙을 말한다.

**4. 사안의 해결**

①재결은 준사법적 행정행위로 불고불리원칙, 불이익변경금지원칙이 적용된다고 보아야 한다. ②토지보상법 50조가 증액재결만을 규정하고 있는 점 ③헌법 23조 3항 정당보상원칙과 공사익 조화를 도모한 재결의 취지를 고려하여 감액재결은 불가능하다고 판단된다.

**<사용재결>**

2기-2 (1) 공익사업을 위한 토지등이 취득 및 보상에 관한 법률(이하 토지보상법)상 관할 토지수용위원회가 토지에 관하여 사용재결을 하는 경우, 재결서에 사용할 토지의 위치와 면적, 권리자, 손실보상액, 사용 개시일 외에 사용방법, 사용기간을 구체적으로 특정하여야 하는지 여부에 대하여 검토하시오. (5점)

(2) 지방토지수용위원회가 위 甲 소유의 토지 중 일부는 수용하고 일부는 사용하는 재결을 하면서 재결서에는 수용대상 토지 외에 사용대상 토지에 관해서도 ‘수용’한다고만 기재한 사안에서, 위 재결 중 사용대상 토지에 관한 부분은 토지보상법 제50조 제1항에서 정한 사용재결의 기재사항에 관한 요건을 갖추지 못한 흠이 있음에도 사용재결로서 적법한 것인지 여부를 검토하시오. (5점)

**1. 공용사용과 사용재결**

**1)공용사용**

사업시행자가 타인의 재산권 위에 공법상 사용권을 취득하고 상대방은 그 사용을 수인할 의무를 지는 내용의 공용제한을 말한다.

**2)사용재결 의의 (토지보상법 제 34조)**

**2. 재결서 기재내용과 정도**

**(1) 행정절차법상 이유제시(행정절차법 제23조)**

행정청은 처분과 동시에 처분의 근거와 이유를 상대방이 이해할 수 있을 정도로 구체적으로 서면으로 하되, 이를 전혀 안하거나 구체적이지 않은 경우 위법하게 된다(판례

동지).

**(2) 관련 판례 (위면권손개방기 구특)**

**1)사용재결서 내용**

판례는 관할 토지수용위원회가 토지에 관하여 사용재결을 하는 경우에는 재결서에 사용할 토지의 위치와 면적, 권리자, 손실보상액, 사용 개시일 외에도 사용방법, 사용기간을 구체적으로 특정하여야 한다고 판시하였다.

**2)구체적으로 특정하여야 하는 이유(사구특 재명 재다방)**

토지보상법에서 재결을 서면으로 하도록 하고, ‘사용할 토지의 구역, 사용의 방법과 기간’을 재결사항의 하나로 규정한 취지는 ①사용권의 내용을 구체적으로 특정함으로써 ②재결 내용의 명확성을 확보하고 ③제한받는 권리에 관한 다툼을 방지하기 위한 것이다.

**3. 사안의 해결**

재결은 원활한 사업시행을 통한 공공복리의 증진뿐만 아니라 명확한 재결서를 통하여 피수용자의 적정한 재산권을 보호하는 데도 목적이 있으므로 재결서에는 사용할 토지에 대한 사항을 구체적으로 특정함이 타당하다.

**III. 물음2**

**1. 재결내용(토지보상법 제 50조)**

재결내용은 수용하거나 사용할 토지의 구역 및 사용방법, 손실보상, 수용 또는 사용의 개시일과 기간, 그 밖에 이 법 및 다른 법률에서 규정한 사항으로 규정하고 있다.

**2. 관련 판례 (제내범다방)**

판례는 재결로 인하여 토지소유자가 제한 받는 권리의 구 체적인 내용이나 범위 등을 알 수 없어 이에 관한 다툼을 방지하기도 어려운 점 등을 종합하면 토지보상법 50조 1항에서 정한 사용재결의 기재사항에 요건을 갖추지 못한 사용재결은 위법이 있다고 판시하였다.

**3. 사용재결의 위법성**

**1) 위법성**

위법성은 외부효를 갖는 법규위반을 의미한다. 사안의 경우 사용재결에 대해 토지보상법 제 50조1항의 기재사항을 누락한 흠결이 있어 위법하다고 판단된다.

**2) 위법의 정도**

학설은 내용의 중대함, 외관상 명백함을 기준으로 하는 <중대명백설>이 다수설이다. 판례는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적인 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하여야 한다고 판시하였다. 사안의 경우 중대하고 명백한 하자로 <무효>에 해당한다고 판단된다.

**<도 2-8 공용사용 근거, 만료시 법률관계>**

**Ⅰ. 개설**

공용사용이라 함은 공공필요를 위하여 특정인의 토지 등 재산을 강제로 사용하는 것을 말한다. 토지 등의 소유자는 공용사용을 수인할 의무를 진다. 공용사용에는 일시적 사

용과 계속적 사용이 있다.

**Ⅱ. 공용사용의 근거 + 헌법 23조 3항**

공용사용도 재산권에 대한 제한이므로 법률의 근거가 있어야 한다. 토지보상법은 공익사업을 위한 공용사용의 일반적 근거규정을두고 있고(제19조, 제38조 및 제39조), 기

타 개별법에서 공용사용을 규정하는 경우가있다(도로법 제48조 등).

**Ⅲ. 공용사용과 손실보상**

공용사용이 특별한 희생에 해당하는 경우 보상이 주어져야 한다. 공용사용은 토지 등에 대한 강제적 사용을 내용으로 하므로 경미한 일시적 사용을 제외하고는 통상 특별

한 희생에 해당한다. 토지보상법은 공용사용으로 인한 보상기준을 규정하고 있다(제71조, 제72조).

**Ⅳ. 토지사용기간 만료시 법률관계(제48조)**

**1. 반환의무**

사업시행자는 토지나 물건의 사용기간이 끝났을 때나 사업의 폐지ㆍ변경 또는 그 밖의 사유로 사용할 필요가 없게 되었을 때에는지체 없이 그 토지나 물건을 그 토지나 물건의 소유자 또는 그 승계인에게 반환하여야 한다.

**2. 원상회복 및 손실보상 의무**

사업시행자는 토지소유자가 원상회복을 청구하면 미리 그 손실을 보상한 경우를 제외하고는 그 토지를 원상으로 회복하여 반환하여야 한다.

**3. 불복수단**

일반적인 사용 및 시급한 토지 사용에 대한 보상에 관한 불복은 토지보상법 제83조 및 제85조제2항에 따라 이의신청 및 보상금증감청구소송을 통한 구제가 가능하며, 천재

지변 등의 사유로 인한 일시사용인 경우에는 제9조 제5항 내지 제7항에 따라 당사자간의 협의가 불성립하는 경우 재결을 거쳐 이의재결 및 보상금증감청구소송이 가능할

것이다.

**<생활보상 의근성내한>**

**1. 의의** **생**활근거상실, 종전생활상태유지, 인간다운생활

**2. 근거**

①이론적근거: 재정공생(재산권보장, 정의공평, 생존권보장 ②헌법적근거: 23조 정당보상설 34조 생존권보장설, 23조,34조 통일설, (정생통)

- 판례 : 이주대책(인생적)

- 검토 : 종전 생활상태 회복이 필수불가결, 통일설타당

③개별법근거 : 직접적, 일반적 규정은 없으나 78조 이주대책 수립, 산업기지개발촉진법 등에 단편적 규정

**3. 생활보상 성격 및 특색(원인확객최)**

생활보상은 ①**원**상회복적 성격 ② **인**간다운 생활보장 ③대물보상에 비해 **확**장성을 갖고 ④보상액산출이 **객**관적이고 ⑤생활상태재현을 위한 것인바 **최**종단계의 보상성을 갖는다.

**4. 생활보상 내용 (주생소생)**

**1)주거의 총체적 가치 보상 :최비재주**

**2)생활재건조치** : 직접 지급X, **이대공직조**(이주대책, 대체지알선, 공영주택알선, 직업훈련, 보상금에 대한 조세감면)

**3)소수잔존자보상:** 이전비, 이사비, 이농비, 실농,어농보상

**4)생활대책** : 사업시행자가 내부규정에 따라 상업용, 업무용 부동산에 대한 생활대책을 수립∙실시한 경우에도 헌법 23조 3항 정당보상에 포함되는 것으로 보아 신청 거부에 대해 항고소송을 제기할 수 있다고 판시하였다.

+생활대책 대상자 선정기준에 해당하는 자'는 생활대책대상자 확인결정을 신청할 권리가 있다고 판시하였다.

시혜적 대상자 공권신 판단시 (거부처분 취소소송 가능?)

**5. 생활보상 한계 형세생통**

①개별법간 기준이 달라 **형**평성 문제 ②이주대책에 **세**입자 제외, 실질적 경제적 약자에 대한 배려 미흡 ③개별법간 **통**일된 규정 정비 ④세입자에 대한 **생**활대책 수립이 필요하다고 판단된다.

**<시점수정 법 70조1항, 령 37조>**

**1. 의의** : 시점수정이란 공시지가를 기준으로 공시기준일의 가격수준에서 가격시점(협의성립일 또는 재결일)의 가격수준으로 정상화하는 것을 말한다. 토지보상법 제 70조 1항 및 시행령 37조에 근거한다.

**2. 적용방법**

**1)법 70조 1항** : 해당 공익사업의 영향을 받지 아니한 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률

**2)령37조** ①비교표준지소재 시군구 용도지역별

②해당공익사업으로 비교표준지 소재 시군구 지가가 변동된 경우 해당공익사업과 관계없는 시군구 지가변동률 적용하며 비교표준지가 소재하는 시군구 지가변동률이 더 작은 경우에는 그러하지 아니하다.

**3. 시점수정 정당성**

**1)시가보상원칙 실현(토지보상법 67조 1항)**

토지보상법 67조 1항이 '협의성립 당시, 재결 당시 가격'으로 보상하는 것을 규정하고 있는 바 적용공시지가의 공시기준일에서 가격시점까지의 가격수준의 차이를 보정하여 시가보상원칙을 실현하기 위함이다.

**2)개발이익배제 (토지보상법 67조 2항)**

토지보상법 67조 2항은 '보상액을 산정할 경우에 해당 공익사업으로 인하여 토지등의 가격이 변동되었을 때에는 이를 고려하지 아니한다.' 라 하여 개발이익 배제를 규정하는 바 이를 실현하기 위함이다.

**<언론보도가 공익사업 계획시행공고고시에 해당하는지>**

**1. 관련규정검토(토지보상법 70조 5항, 령 38조의2)**

①공익사업 계획∙시행이 공고∙고시됨으로 인하여 취득하여야 할 토지의 가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 ②제1항에 따른 공시지가는 ③해당 공고∙고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서 ④그 토지의 가격시점 당시 공시된 공시지가 중 ⑤공고∙고시일과 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다.

**2. 관련 판례의 태도 (2021두45848 판결)**

당해 공익사업의 시행으로 인한 **개발이익을 배제하려는 토지보상법령의 입법 취지**에 비추어 공익사업의 계획·시행에 관한 내용을 **공고문서에 준하는 정도의 형식을 갖추어 일반에게 알린 경우**에는 토지보상법 제70조 제5항의 ’공고·고시’에 해당한다고 볼 수 있다.

**3. 사안의 해결**

①언론발표가 공고문서에 준하는 형식을 갖추어 발표된 것이라면 70조 5항의 공고고시에 해당한다고 볼 수 있다.

②다만 공고문서가 기안되어 국토교통부장관등 결재권자의 결재를 받아 그의 명의로 일반에 공표하였다는 등 공고문서에 준하는 형식을 갖추지 못한 경우라면 70조 5항의 공고고시에 해당한다고 볼 수 없다고 판단된다.

**<사전보상원칙 법 62조>**

**1. 사전보상원칙 (토지보상법 62조)**

사업시행자는 해당 공익사업을 위한 공사에 착수하기 전 보상금 전액을 지급하여야 한다. 이는 피수용자를 보호함에 취지가 인정된다.

**2. 사전보상 원칙 예외**

**1)62조 단서 (천시승)**

천재지변으로 인한 토지사용(법 38조), 시급한 토지의 사용(법 39조)으로 공익적 요청이 크거나, 토지소유자등이 승낙한 경우에는 그러하지 아니하다.

**2)사전보상이 불가능한경우 (측장폐실)**

측량조사, 장해물제거, 사업인정 폐지변경 실효, 재결실효로 인한 보상은 사전보상이 불가능하여 예외가 허용된다.

**3. 사전보상원칙을 보장하기 위한 제도(법 40조, 42조)**

토지보상법 제 40조는 수용, 사용의 개시일까지 보상금을 지급하여야 한다고 규정하고 있고 제 42조는 수용개시일까지 보상금을 지급, 공탁하지 않는 경우 재결이 실효되도록 규정함으로써 사전보상원칙을 보장하고 있다.

**4. 관련 판례(사전보상X,승낙없이 공사착수한 경우)**

사업시행자가 사전보상, 승낙없이 공사에 착수하여 토지소유자등이 손해를 입은경우 불법행위가 성립하여 손해배상책임이 있다. 이 때의 손해는 손실보상청구권이 침해된 데에 따른 손해로 손해액은 원칙적으로 손실보상금이다.

**5. 별도 손해가 발생한 경우 배상책임 및 증명책임**

손실보상금 이외 별도의 손해가 발생하였다면, 사업시행자는 그 손해를 배상할 책임이 있으나 이와 같은 손해배상책임의 발생과 범위는 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다.

**<현금보상 법 63조>**

**1. 의의 :** 손실보상은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 현금으로 지급하여야 한다. 자유로운 유통보장, 객관적 가치변동 적어 보상실현 가능함에 취지

**2. 문제점**

①사업시행자 재정부담 가중 ②일시에 지급된 보상금이 대체지로 유입 투기 조장 ③문제점 보완을 위해 대토보상과 채권보상 규정

**3. 현금 채권 보상 이외 보상방법**

①대토보상 ②실비보상 ③(공장)이주대책 (법78조의2) ④매수청구제도 ⑤개발권 양도제 ⑥기타 세금감면, 규제완화

**기출 18회**

**<입법적 해결의 근본취지>**

토지보상법은 현금보상이나 채권보상 이외 보상방법에 대하여 대토보상 이주대책 등을 규정하고 있다. 이는 공익사업으로 인한 인근지가 급등으로 인한 피수용자들의 현실적 박탈감을 해소하며 헌법상 존속보장의 취지를 살리고 국민 재산권보호에 근본적 취지가 있다.

**(1) ‘현금보상이나 채권보상 이외의 보상방법’**

1)대토보상(토지보상법 63조)

2)이주대책(78조, 78조의2)

3)수질정화시설 설치비 지원

수질정화시설을 갖추는 공사비등을 보상하는 것이 실효적 수단이 될 수 있다.

**(2) 기타 손실을 완화할 수 있는 제도**

**1)매수청구제도(개특법 17조)**

개발제한구역 지정에 따라 토지를 종래 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지나 사용수익이 불가능하게 된 토지는 매수청구를 할 수 있다.

**2)기타 세금감면, 규제완화**

기타 손실을 완화할 수 있는 제도로써 甲공장 운영에 대하여 이주시까지 각종 세금을 감면하여준다든지, 공장설립허가등을 다시 받는 경우에 규제완화조치 등도 가능하리라 본다. 다만 이에 대한 입법조치가 선행될 때 甲이 실무현장에서 실질적 도움이 될 수 있을 것이다.

**<채권보상>**

**1. 의의 및 취지(법 63조 7항, 8항) 부투**

현금보상의 예외로서 채권으로 보상하는 것을 말한다. ①사업시행자의 재정적 부담을 줄여 공익사업의 원활화를 꾀하고, ②과도한 투기자금 공급을 방지하는데 취지가 있다.

**2. 요건**

**1)임의적 채권보상(법 63조 7항)**

☞채권보상이라니 **"국토부초"** 치네

①사업시행자가 **국**가, 지자체, 대통령령으로 정하는 공공기관 및 공공단체이어야 한다.

②**토**지소유자등이 원하는경우

③**부**재부동산 소유자 토지 중 일정금액을 **초**과하는 경우로서 그 초과금액에 대하여 보상하는 경우

**2)의무적 채권보상(63조8항) 투택산대 공부1초**

☞**투택산 대**학교에서 **공부**하는데 **1초** 걸림

①토지**투**기 우려지역에서, ②**택**지개발사업, **산**업단지개발사업, **대**규모 개발사업을 시행하는 ③대통령령으로 정하는 공공기관, 공공단체는 ④부재부동산의 소유자의 토지 중 1억원이 초과하는 금액에 대하여 채권으로 지급하여야 한다.

**3)부재부동산 소유자의 의미 (령 26조) 1주사 입요상사영**

①사업인정고시일로부터 **1**년 이내에 **주**민등록을 하지 않은 자가 소유하는 토지, ②주민등록은 하였으나 **사**실상 거주하지 않는 자, ③다만, **입**영, **요**양 등의 사유 및 **상**속 후 1년 미경과, **사**실상 거주, **영**업입증시 부재부동산 소유자로 보지 않는다.

**3. 채권보상방법**

보상채권은 액면금액으로 무기명증권으로 발행하되 멸실, 도난의 경우에도 재발행하지 않으며, 채권상환 기간은 5년 이내로 하되 원리금 상환일에 일시상환한다.

**<채권보상이 정당보상원칙, 평등원칙에 어긋나는지 여부>**

**1. 관련 규정 검토**

**1)채권보상 (토지보상법 63조 7항, 8항)**

**2)정당보상원칙(헌법 23조 3항)**

보상의 시기, 방법에 어떠한 제한도 두지 않은 완전보상

**3)평등의 원칙(제11조)** 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.(행정기본법 9조)

**2. 문제점** : 보상방법의 선택권 제한 정당보상, 부재부동산 소유자 평등원칙 위반 여부 문제

**3. 학설**

1)위헌설: 사후보상으로 보상방법제한, 헌법상 주거이전자유 부정 정당보상에 위배

2)합헌설: 통상적 수익이 보장되면 사후보상이라도 정당보상에 해당, 부재부동산 소유자 실거주자와 달리 취급할 합리적 사유 존재 평등원칙 위배X

**4. 검토**

①채권보상은 통상적 수익이 보장되는 점 ②투기의 방지, 원활한 사업진행을 위한 공익적 필요성이 있는 점에 비추어 정당보상에 해당한다고 판단되며 ③부재부동산 소유주의 경우 합리적 차별사유가 존재하는 바 평등원칙에 위배되지 않는다고 판단된다.

**<대토보상 63조 1항>**

**1. 의의 및 취지**

현금보상의 예외로서 공익사업의 시행으로 조성한 토지로 보상하는 것을 말한다. 개발이익 일정부분을 공유하고 인근 부동산 가격상승을 억제함에 취지가 인정된다.

**2. 내용**

**1)대토보상을 받을 수 있는 경우(63조 1항): 1원가나**

①고시 등이 있은 날의 1년 전부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 토지를 소유한 자 ②대지분할제한 면적 이상의 토지를 양도한 토지소유자가 원하는 경우로서 ③사업계획 등을 고려하여 토지로 보상하는 것이 가능한 경우에 보상한다. ④이 때 보상액 중 현금보상액, 채권보상액을 공제한 나머지 부분을 보상한다.

**2)면적제한(63조2항)**

사업시행자가 사업계획등을 고려하여 정하되, 주택은 990m2, 상업용지는 1,100m2을 넘을 수 없다.

**3)전매제한(63조 3항)**

계약체결일부터 소유권이전 등기시까지 전매할 수 없다. 다만 상속과 개발투자회사에 현물출자는 가능하다. 법 93조의 2는 전매시 3년이하 징역 1억 이하 벌금형을 규정하고 있다.

**4. 현금보상으로의 변경 변요1**

① **사업계획이 변경되는** 경우, ② 토지소유자가 체납, 해외이주 등 법령사유로 **현금보상을 요청하는** 경우, ③ 토지로 보상받기로 하였으나 그 **보상계약 체결일부터 1년이 경**

**과**한 경우 이를 현금으로 전환하여 보상하여 줄 것을 청구할 수 있다.

**3. 대토보상 문제점 및 개선방안**

1)영세소규모 토지 소유자의 배제 : 조합, 공유형태

2)특정된 대체지 보상 어려움: 우선매수권, 예치제도

3)대체지 가격산정 어려움 : 조성공사X, 감정평가로 객관성 확보

**<현황평가의 예외>**

**1. 현황평가 원칙(토지보상법 70조 2항) 현일객 일주특**

토지에 대한 보상액은 가격시점에서의 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자나 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 고려하지 아니한다.

**2. 현황평가원칙의 제도적 취지**

토지소유자가 정당하게 자신의 토지를 이용하고 있으나 공부상 지목과 현실의 지목이 일치하지 않는다는 이유로 토지소유자가 피해를 볼 수 있으므로 토지소유자를 보호하기 위한 것이다.

**3. 관련 판례의 입장 (실제 현황 기준 평가)**

①공부상 지목과 실제 현황이 다른 경우 공부상 지목보다 실제 현황을 기준으로 하여 평가함이 원칙이며 ②형질변경행위가 완료되어 현황의 변경이 이루어졌다고 보여지는 경우에는 공부상 지목변경절차를 마치기 전이라고 하더라도 변경된 실제 현황을 기준으로 평가함이 타당

**3. 현황평가의 예외 정당성**

①토지소유자 보호 ②불법행위 합법화로 인한 불합리한 보상방지에 취지가 있다.

**4. 현황평가 예외 : 일미무불건도공용**

①일시적 이용(령 38조) 본일금제다 주현임이

②미지급용지(칙25조)

③무허가건축물등의 부지, 불법형질변경토지(칙 24조)

④건물등의 부지(칙22조) : 나지상정

⑤도로, 구거부지 평가

⑥공법상 제한받는 토지(칙 23조)

⑦당해공익사업시행을 직접 목적으로 용도지역이 변경된 토지(칙 23조)

**<일시적 이용 령 38조>**

**1. 의의** 본일금제다 주현임이

관계법령 등에 의해 토지 등을 본래의 용도로 이용하는 것이 일시적으로 금지 또는 제한됨으로 인해 본래 용도 이외의 다른 용도로 이용되고 있거나 그 토지 등의 주위환경의 사정으로 보아 현재의 이용방법이 임시적인 경우 본래 용도에 따라 평가한다

**2. 내용**

고가 이용 토지가 저가 이용으로 이용되고 있고 고가이용으로 전환하는데 제한이 없다면 임시적 이용에 해당한다.

**3. 관련 판례의 입장**

**1) 일시적 이용이 아닌 경우**

공부상 지목이 대이나 이용상황이 저수지나 유지인 경우 원상회복이 불가능하여 일시적 이용으로 볼 수 없다고 판시하였다

**2) 일시적 이용인 경우**

이용상황이 잡종지이나 산림복구가 법령상 예정되어 있는 경우는 일시적인 것에 불과하다고 판시하였다.

**3) 용도상 불가분관계 판단**

판례는 2개 이상의 토지가 용도상 불가분 관계에 있는지 여부를 판단하는데 일시적 이용상황을 고려해서는 X

**<주거용 건축물 특례>**

**1. 주거용건축물 보상특례 의의**

주거용 건축물에 대한 보상특례는 **주거의 총체적 가치**를 보장하기 위한 것으로서, 이는 주거용 건축물의 객관적 가치보상으로는 메워지지 않는 **생활이익 상실에 대한 보상**이므로 생활 보상의 성격을 갖는다.

**2. 주거용 보상 특례내용(비보이재주이)**

**1)비준가격 특례 규정(칙 33조)**

건축물은 원가법으로 평가함이 원칙이나 주거용건축물의 경우 거래사례비교법에 의하여 평가한 금액이 원가법으로 평가한 금액보다 큰 경우 거래사례비교법으로 평가한다.

**2)최저보상액 600만원 보상(칙 58조 1항)**

주거용 건축물로서 원가법과 거래사례비교법에 의해 평가한 금액이 600만원 미만인 경우 그 보상액은 600만원으로 한다. 다만 무허가건축물은 예외로 한다.

**3)이주정착금(칙 53조)**

사업시행자는 ①이주대책을 수립, 실시하지 않거나 ②이주대책대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우 등 령 41조 요건에 해당하는 경우 이주정착금을 지급해야 한다. 이주정착금은 주거용 건축물에 대한 평가액의 30퍼센트에 해당하는 금액으로 하되 1,200만원 미만인 경우에는 1,200만원, 2,400만원을 초과하는 경우에는 2,400만원으로 한다.

**4)재편입가산금(칙 58조)**

①공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물에 대한 보상을 받은 자가 그 후 ②당해 공익사업시행지구 밖의 지역에서 매입하거나 건축하여 소유하고 있는 주거용 건축물이 그 보상일부터 ③20년 이내에 다른 공익사업시행지구에 편입되는 경우 그 주거용 건축물 및 그 대지에 대하여는 당해 평가액의 30퍼센트를 가산하여 보상한다. (1,000만원 한도)

**5). 주거이전비(칙 제54조)**

**(1) 소유자에 대한 주거이전비 보상**

주거용 건축물 소유자에 대해서는 당해 건축물에 대한 보상을 하는 때에 가구원수에 따라 2월분의 주거이전비를 보상하여야 한다.(무허가건축물/소유자 실제 거주하지 않는 경우 제외)

**(2) 세입자에 대한 주거이전비 보상**

주거용 건축물의 세입자로서 사업인정고시일 등 당시 또는 관계 법령에 의한 공고고시일 등이 있는 당시 사업지역 내에서 3월 이상 거주한 자에 대하여는 가구원수에 따라 4월분의 주거이전비를 보상하여야 한다. (무허가건축물의 세입자의 경우에는 사업지구 안에서 1년 이상 거주 요건)

**6)이사비(칙 55조)**

①공익사업시행지구에 편입되는 ②주거용 건축물의 거주자가 ③해당 공익사업시행지구 밖으로 이사를 하거나 ④사업시행자가 지정하는 해당 공익사업시행지구 안의 장소로 이사를 하는 경우에는 ⑤별표 4의 기준에 의하여 산정한 이사비를 보상하여야 한다.

⑤이사비의 보상을 받은 자가 ⑥당해 공익사업시행지구안의 지역으로 이사하는 경우에는 이사비를 보상하지 아니한다.