**<법규명령>**

**1.의의 :** 일반적, 추상적 명령, 법규성 인정

**2.근거:** 헌법 75조, 95조 따라 개별수권조항있는경우만

**3.종류** ①수권종류: 위임,집행(상위법령 집행필요사항,직권)

②권한소재: 대통령령, 부령

**4. 법규명령의 한계**

①위임명령의 한계(포수) : 일반적,포괄적 위임금지, 구체적위임, 대강예측, 수권범위내(일탈, 상위법령 위반X)

②집행명령의 한계: 집행에 필요한 절차,형식만, 새로운 법규사항X, 수권없이 제정가능

**<구체적규범통제 헌법 107조 2항>**

**1.문제점:** 항고소송 처분등만 가능, 구규통 or 헌법소원

**2.의의:** 구체적처분 다투며 근거로 법규명령 위헌위법주장

**3.대상:** 명령(법규명령)과 규칙(대법원,국회규칙등), 행정규칙형식의 법규명령도 포함

**4.통제 주체:** 각급 법원이 통제하고 대법원이 최종적인 심사권을 갖는다. 즉 대법원이 위헌 위법이라고 판단한 경우 당해명령의 위헌 위법이 명백하게 확정됨을 의미한다.

**5. 법규명령 위헌 여부**

법규명령은 포괄적, 일반적 위임은 금지되고 구체적 위임으로 상위법률 규정으로 그 내용을 대강 예측할 수 있어야 하며 수권범위를 일탈하거나 상위법령을 위반해서는 안된다.

**6. 효력(당취대새):** 당해사건 적용배제, 취소사유, 대세효인정, 판결이후 새롭게 내려진 처분 당연무효

**7.헌법재판소에 의한 통제(권리구제형 헌법소원)**

침해의 직접성 및 보충성 有, 처분기준만으로 기본권침해, 다른권리구제수단X (안날부터 90일, 있은날부터 1년)

**<법규명령에 대한 사법적 불복수단 검토 10점목차>**

**1. 구체적규범통제**

1)의의, 대상

2)법규명령 위헌여부

3)구체적 규범통제 효력

**2. 헌법재판소에 의한 통제(권리구제형 헌법소원)**

**<인가>**

**1. 의의 :** 타인법률행위 보충 효력완성

**2. 법적성질:** 형성적 행정행위

**3. 인가의 보충성:** 신수치(신청,수정인가, 하자치유)

**4. 인가의 효력:** 기본행위 효력상실하면 인가효력도 상실, 기본행위 효력에 의존하는 보충적 효력**(기효보)**

**5. 기본행위 효력(취소사유인 경우)**

**①기본행위 하자:** 인가로 효력발생, 취소되면 인가도소멸

**②인가의 하자** : 인가 취소전까지 기본행위 효력 발생

**③당연무효:** 인가받아도 기본행위 효력 발생 안함

**6. 기본행위 하자를 이유로 인가 다툴수 있는지**

**①판례입장 :**기본행위 하자는 기본행위에 대해 다투어야

기본행위하자 이유로 인가취소,무효확인 소구할 법이X

**②검토:** 인가가 취소되도 기본행위취소X 소익X

**<선결문제 행정소송법 제 11조 1항>**

**1. 의의:** 처분등의 효력유무, 존재여부가 판결전제

**2. 공정력:** 무효X 취소전까지 유효한것으로 통용 (행기15)

**3. 구성요건적 효력:** 다른기관은 처분존재존중, 판단기초

**<국가배상청구소송에서의 선결문제-위법성판단>**

**1. 행정작용 위법성 검토 (효력부인인지, 취소사유인지)**

**1)관련행정작용** 의의

**2)위법성 정도** 취소인지 무효사유인지

**2. 선결문제와 구성요건적 효력 의의**

**3. 선결문제로서 위법성 판단**

**1)문제점 :** 취소사유 명문규정 X

**2)행정행위 효력을 부인해야 하는 경우**

**3)행정행위 위법성 확인이 문제인 경우**

**(1)학설:** 긍정설(유효성통용력), 부정설(적법성추정력)

**(2)판례:** 행정처분의 취소판결이 있어야만 손해배상청구할 수 있는 것은 아니다. ->긍정설

**(3)검토** : 효력자체 상실이 아니라 위법성만 판단은 구성요건적 효력에 반하지 않으므로 가능

**<부당이득반환청구소송에서 선결문제-과징금,효력부인>**

**1. 부당이득반환청구소송 의의** : 공법상원인에 의한 부당이득을 반환하는 소송, 종래사권설, 최근 부가세환급 공법상 당사자소송 논의 전개위해 민사소송으로 보고 논의함

**2. 부당이득반환청구소송 요건:** 법률상 원인이 없을 것

**3. 선결문제와 구성요건적 효력**

**4. 선결문제로서 위법성 판단**

**1)학설**

①당연무효: 구성요건적 효력X, 무효전제 본안판단 가능

②취소사유: 위법성 판단 가능, 행정행위 효력부인은 불가

**2)판례:** 과세처분 하자가 취소사유인 경우, 과세관청 스스로취소 or 항고소송으로 취소되지 않는 한 부당이득X

**3)검토:** 효력상실시키는 것은 구성요건적 효력에 반함

**5. 권리구제 방법**

①과징금부과취소소송+부당이득반환소송 병합 제기

②제소기간 도과시 취소소송 제기 불가

③국가배상 청구: 공무원 고의과실 입증 현실적 곤란

**<개발제한구역 시정명령 위반 - 형사사건과 선결문제>**

**1. 개발제한구역 의의**

**2. 선결문제와 구성요건적 효력**

**3. 선결문제로서 위법성 판단**

1)문제점:위법한 명령에 따르지 않은 것이 범죄행위 구성??

**2)학설:** 긍정설(유효성통용력), 부정설(적법성추정력)

**3)판례 :** 개발제한지구 시정명령을 위반한 건에 대해 절차적 하자가 있어 위법하므로 위반죄가 성립하지 않는다고 판시하고 있어 긍정설입장이다.

**4)검토:** 효력 자체 상실이 아니라 위법성 판단은 구성요건적 효력에 반하지 않으므로 가능

**<직권취소 행정기본법 제 18조>**

**취소 위법성검토** ①의의 ②취소가능성(18조1항)

③취소의 제한법리(18조2항) ④사안의 해결

**1. 의의** : 유효성립+성립하자+효력소멸

**2. 철회와 구분** : 철회는 성립 후 하자를 이유

**3. 취소권자** : 처분청만/감독청은 취소명령권만(명문 규정 있는 경우 감독청도 가능)

**4. 법적근거 필요여부** : 18조 1항 (별도필요x)

위법부당 처분 일부전부 소급하여 취소c

**5. 취소사유**: 명문의 근거, 행정행위하자, 부당한경우

**6. 제한법리** : 불이익,공익, 비교형량 /거짓,부정 고의.과실

**7. 취소의 절차** : 독립행정행위, 행정절차법

**8. 취소의 효과** : 원칙:소급, 예외:신뢰보호가치 장래 향해

**<강학상 철회 행정기본법 제 19조>**

**철회 위법성검토** ①의의 ②법적근거: 학판검

③철회사유 ④제한법리 ⑤사안의 해결

**1.의의** : 적법성립, 성립후 발생된 새로운 사실에 의하여 더이상 효력을 존속시킬 수 없는 경우 장래 향하여 상실

**2.철회권자**: 원칙 처분청만, 감독청은 법률근거있는경우만

**3. 법적근거 필요여부**

**①학설**: 공익적합, 사정변경 있으면 필요없다는 견해, 법률유보원칙상 필요하다는 견해

**②판례** : 처분당시 하자가 없고 이를 취소할 법적 근거가 없어도 사정변경, 중대한 공익상 필요가 발생한 경우 취소할 수 있다. **2005두5390(하취근사중공)**

**③검토**: 입법취지 고려, 철회사유 해당하면 근거없이 가능

**4. 철회사유**: **법변공유반**

**(법령에 규정 있는 경우, 사실적,법적 상황의 변경으로 행정행위의 효력을 더 이상 존속시킬 수 없는 경우, 공익상의 요청 있는 경우, 철회권을 유보한 경우, 근거법령에서 정하는 의무를 위반한 경우)**

**5. 철회의 제한법리**:불이익, 공익 비교형량, 신실비

**6. 철회의 절차**:독립된 행정행위, 행정절차법상 절차준수

3기 6차시 2번 후발적 사유로 국장이 수년간 등록취소를 하지 않은 경우 등록취소할 수 있는지?

**1. 등록취소 의의, 법적성질** : 강학상 철회, 기속행위

**2. 등록취소 위법성**

**1)철회의 사유, 법적근거(행정기본법 19조):** 법적근거의 필요성에 대해 견해대립이 있으나 판례는 사정변경, 중대한 공익상 필요가 발생한 경우 취소할 수 있다고 본다. 사안의 경우 감정평가법에 등록취소 근거, 취소사유가 있는바 사유와 근거에는 위법이 없다.

**2)철회권의 제한법리**

**①실권의 법리 (행정기본법 12조 2항)**

철회권의 제한법리는 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 실권의 법리, 평등의 원칙등이 있으나 사안과 관련하여 실권의 법리가 문제된다. 실권의 법리란 ~

**②요건** 알장신공

**3. 사안의 해결**

실권의 법리에 위반하여 등록취소가 불가하다.

**<취소의 취소 원행정행위 소생여부>**

**1. 문제점** : 취소의 취소로 원행정행위 효력유지가능?

**2. 학설** : 긍정설, 부정설, 절충설

(취소의 취소도 행정행위로 보아 긍정하는 견해, 취소로 원행정행위 효력이 소멸하여 재취소를 부정하는 견해, 신뢰보호등을 종합적으로 고려하는 절충설이 대립)

**3. 판례** : 침익적 행정행위의 경우 상대방 신뢰보호를 위해 부정하고 수익적 행정행위의 경우 취소의 취소가 가능하나 취소의 취소 전에 새롭게 형성된 제 3자의 권익이 침해되는 경우 허용되지 않는다고 판시하였다.

**4. 검토 :**판례의 입장 및 원행정행위의 효력 회복 여부는 제3자의 이해관계를 고려하는 것이 타당한 점 등을 종합해 볼 때 <절충설> 타당

**<확약 행정절차법 40조의 2 의성요구실>**

**1. 의의** : 장래 행위 하거나, X 약속 의사표시

**2. 법적성질**

①학설: 처분성 긍정설, 처분성 부정설

②판례 : 어업면허 선행하는 우선순위 결정, 강학상 확약에 불과, 공익상필요에 의해 다른결정 가능 처분성 부정

③검토: 확약준수의무有, 권리구제유리, 처분성긍정 타당

**3. 확약의 요건 충족여부**:주(본행정행위행정청),내(법령적합, 이행가능, 명확),절(본처분 절차 확약도이행해야),형(문서)

**4. 구속력**: 원칙적으로 O, 이행의무부담, 이행청구가능

**5. 구속력 배제(사법위신비)** : 사정,법령변경, 위법

->구속력배제여부는 신뢰이익과 비교형량해서 결정

**6. 확약의 실효:** ①유효기간내 상대방 신청X ②사실적∙법률적 상태 변경, 행정청 별다른 의사표시 없이 실효

**7. 한계** ①본 처분 요건사실 완성후에도 가능 ②재량행위뿐 아니라 기속행위도 가능

**<사전결정 의법구한>**

**1. 의의** : 사전단계, 행정행위결정 요건 중 일부에 대한 종국적 판단으로 내려지는 결정

**2. 법적근거 요부 및 법적성질** : 본처분권에 포함, 확인적 행정행위

**3. 사전결정의 구속력인정 여부 (사공신사배)**

**①학설**: 긍정설, 신뢰보호이익만 인정된다는 부정설

**②판례:** **사**정변경X, **공**익>**신**뢰보호이익, **사**전결정 **배**치O

③검토 : 종국적 판단, 구속력 인정이 타당

4**. 구속력의 한계** : ①사정변경이 있는 경우 이익형량을 통해 구속력이 배제되거나 감경될 수 있다. ②사전결정은 요건 일부의 판단에 그치는 것으로 상대방은 사전결정을 받은 것만으로는 어떠한 행위를 할 수 없다.

**5. 후행결정이 내려진 경우 소의 이익**: 판례- 사전결정, 부분허가의 불가쟁력이 발생하기 전 후행결정이 내려지면 이들은 후행결정에 흡수되어 이를 다툴 소의 이익이 없다.

**<행정계획>**

**1. 의의** 행정목적 설정, 목표달성 수단 선정,조정,종합화

**2. 법적성질**

①학설 : 입행복독(개별적검토설, 독자성설)

-입법행위설: 일반적, 추상적 규율 정립

-행정행위설: 법률관계 변동을 가져오는 행정행위

-개별적검토설(복수성설)

-독자성설: 규범도 아니고 행정행위도 아님

②판례: 도시기본계획은 일반지침에 불과한 것으로 처분성을 부정하고, 도시군관리계획은 국민 권리, 법률상이익을 개별적, 구체적으로 규제하는 것으로 처분으로 보면서 개발제한구역지정에 대해서는 계획재량처분이라고 판시

③검토 행정계획 다양하고 상이, 개별적 검토설 타당

**3.구속적 행정계획 :** 국민, 행정청에 구속력을 갖는 것

**4.관련규정 (행정절차법 40조의 4)** 국민권리의무에 직접 영향 미치는 계획수립,변경,폐지시 관련 이익 정당 형량m

**5. 권리구제**

**①사전적 권리구제:** 이해관계인 절차적 참여 보장

**②사후적 권리구제:** 국가배상청구, 손실보상청구

**③처분성 인정:** 항고쟁송

**④처분성 부정:** 헌법소원 (직접성, 보충성)

**<용도지역 지정변경 위법성 목차 30점>**

**1. 소송요건 인정여부(용도지역변경이 처분인지 여부)**

1)용도지역변경결정과 행정계획

2)용도지역변경 결정의 법적성질(행정계획법적성질)

학설, 판례, 검토

3)사안의 경우 : 처분성 여부 판단

**2. 위법성 판단 (소의 이유유무)**

**1)재량권 일탈남용**

(1)계획재량

①계획재량 의의

②일반재량과 구분

③계획재량 한계

(2)형량명령이론(사법적 통제)

①의의 ②형령하자(관련판례입장):해태,흠결,오형량

③사안의 경우

**2)신뢰보호원칙 위반여부**

(1)의의, 근거 (2)요건 (3)한계 (4)사안의 경우

**<개발제한구역 지정 취소소송제기 가능성>**

**1. 쟁점의 정리** : 대상적격 중심으로 제기요건 검토

**2. 개발제한구역 지정 행위의 대상적격**

**1)개발제한구역 의의, 효과**

**2)행정계획 수립행위의 법적성질**

**(1)학설 :** 일반적 추상적 규율정립이라는 입법행위설, 법률관계 변동을 가져오는 행정행위설, 개별적으로 검토하여야 한다는 개별적 검토설, 그 자체로 독자적인 법형식이라는 독자성설이 있다.

**(2)판례의 입장**

도시군관리계획의 경우 처분성을 인정하였고 개발제한구역지정은 계획재량처분으로 보았다. 반면 도시기본계획은 일반지침에 불과하다고 하여 처분성을 부정하였다.

**(3)검토 :** 행정계획 종류와 내용이 매우 다양하고 상이하므로 개별적으로 검토하는 것이 타당하다.

**3)사안의 경우(개발제한구역 지정 처분성 인정)**

개발제한구역 지정으로 국민 권리 직접적 침해, 처분성 긍정함이 타당하다.

**3. 원고적격 (행소법 12조)**

**4. 기타 소송요건 검토**

갑이 항고소송을 제기하기 위해서는 처분청인 국토교통부장관을 피고로, 행정심판은 반드시 거칠 필요 없이, 소제기 기간 이내에, 대법원 소재지를 관할하는 행정법원에

소장의 형식을 갖추어 제기하여야 한다.

**<계획재량>**

**1. 개발제한구역 의의**

**2. 개발제한구역 법적성질:** 구속적행정계획, 처분성인정

**3. 계획재량과 재량행위**

**1) 계획재량 의의** : 광범위한 형성의자유

**2) 일반행정행위와의 구별** : ①양적인 차이만 있을뿐 부정, ③내용이 다르고 별도의 형량명령이론이 존재하여 긍정

**3) 계획재량의 한계 (목수절형)**

계획재량의 한계로는 ①행정계획에서 설정되는 목표는 그 근거법에 합치될 것, ②행정계획에서 채택되는 수단은 비례원칙에 의하여 목표실현에 적합할 것, ③ 관계법상절차가 규정되어 있으면 그 절차를 준수할것, ④관계 제이익을 정당하게 고려하고 형량할 것 등이 있다.

**4. 형량명령**

**1)형량명령 의의:** 행정계획 수립함에 있어 관련이익 정당형량 **(행정절차법 40조의 4)** 국민권리의무에 직접 영향 미치는 계획수립,변경,폐지시 관련 이익 정당 형량m

**2)형량 하자**

① 형량을 전혀 행하지 아니한 경우(형량의해태), ② 형량을 함에 있어 반드시 고려해야 할 특정 이익을 전혀 고려하지 아니한경우(형량의 흠결), ③ 형량에 있어 특정한 사실이나 이익 등에 대한 평가를 현저히 그르친 경우(불비례, 평가의 과오) 등이 있다.

**3)관련 판례 :** 이익형량 전혀X, 마땅히 고려할 사항 누락, 이익형량하였으나 정당성, 객관성 결여, 형량에 하자 위법

**5. 사안의 해결**: 해당 구역의 지정목적은 근거법인 국토의

계획 및 이용에 관한 법률에 적합하며, 구역지정이라는 수단은 목표실현에 적합하다고 인정되며, 절차에 있어서는 설문에 별다른 하자의 제시가 없는 것으로 보아 적법한

것으로 판단된다. 또한 국토교통부장관이 해당 토지를 개발제한구역으로 지정하면서 형량을 해태하였거나 형량을 흠결하였거나, 오형량한 사정은 보이지 아니하는바, 형량

의 하자는 인정할 수 없고 원고 갑의 주장은 이유 없다.

**<개발제한구역>**

**1. 의의 :** 도시무질서한 확산 방지, 도시 주변의 자연환경을 보전, 보안상 필요 개발제한, 도시군관리계획결정

**2. 지정효과:** 건축물 건축, 형질변경, 공작물설치제한 허가

**3. 법적성질:** 구속적 행정계획 처분성 인정

**<계획변경, 폐지 청구권>**

**1. 의의** 계획변경, 폐지 청구권은 계획이 확정된 후 **사정변경 및 관련 개인의 권익침해** 등을 이유로 하여 그 계획의 변경이나 폐지를 청구할 수 있는 권리를 의미한다.

**2. 요건** 강행법규, 사권 보호, 사익>공익

**3. 판례의 입장** 도시군기본계획 종합적, 장기적 계획 사정변경이 있다고 인근주민 변경폐지 청구권리X, 다만 도시군계획시설결정 이해관계주민에게 입안, 변경 신청권 인정

**<사정판결 행정소송법 제 28조 의요시효권무>**

**1. 의의** : 원인취공각 (**원**고의 청구가 이유 있다고 **인**정하는 경우에도 **취**소하는 것이 현저히 **공**공복리에 반하여 원고의 청구를 기**각**하는 판결)

법치주의 중대한 예외, 엄격한요건 사익구제조치 반드시 병행

**2. 요건(위공신) :** ①처분위법 ②공공복리 ③피고 신청 (X시 **직권가능**)(판례) **(위공신)**

**3.판단시점, 입증책임(위처사종피)**: ①**위**법성 판단의 기준은 **처**분시 ②**사**정판결 필요성은 사실심변론**종**결시. (입증책임은 **피**고에)

**4. 효과(유피주명)**: ①위법한 처분 효력 **유**지 ②소송비용 **피**고부담

③판결서 **주**문에 처분의 위법 **명**기

**5. 권리구제** : ①사정판결 전 법원은 사정판결로 원고가 입게될 손해의 정도, 배상방법, 그밖의 사정 조사, ②원고는 손해배상청구 가능 ③취소소송과 병합제기 가능

**6. 무효소송에서 사정판결가능성**

①학설: 긍정설, 부정설

②판례: 당연무효 행정행위 효력 유지할 처분X, **부정설**

당연무효의 행정처분을 소송목적물로 하는 행정소송에

서는 존치시킬 효력이 있는 행정행위가 없기 때문에 행정소송법 제28조 소정의 사정판결을 할 수 없다”

③검토: 행소법38조 1항에서 28조준용X, **부정설타당**

**<사인의 공법행위로의 신고 행정기본법 제34조>**

1. 의의 및 종류

신고란 사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위를 말한다. 신고의 종류로는 ①요건을 갖춘 신고서가 도달하기만 하면 바로 공법상의 효과가 발생하는 <자기완결적 신고>와, ②신고가 수리되어야 공법상 효과가 발생하는 <수리를 요하는 신고>가 있다.

2. 신고의 구별기준

1) 관련 규정(행정기본법 제34조)

법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다고 규정하고 있다. (즉 수리규정이 없으면 수리를 요하지 않는 신고로 볼 수 있으나, 현실적으로 수리규정은 없지만 실질적 요건검토 후 수리를 해야하는 경우가 있을 수 있기 때문에 이하 학설과 판례를 검토한다.)

2) 학설

①형식적 요건 외에도 **실질적 요건**을 요하는지 여부로 구분하는 견해

②관계 법령이 **신고와 등록을 구분**하고 있는 경우 신고는 자기완결적 신고, 등록은 수리를 요하는 신고로 보아야 한다는 견해가 대립한다.

3) 판례

대법원은 관계법이 실질적 적법요건을 규정한 경우 행정청이 수리를 거부할 수 있는 것으로 보아 <수리를 요하는 신고>로 본다.

4) 검토

법문언상 수리규정이나 실질적 적법요건 판단을 규정하고 있는 경우는 <수리를 요하는 신고>,

형식적 요건 구비서류만 갖추면 되는 경우, 불분명한 경우라면 국민에게 유리한 <자기완결적 신고>로 봄이 타당하다.

3. 수리거부의 처분성 여부

1) 처분등의 개념 (행정소송법 제2조1항1호)

2) 자기완결적 신고의 경우

① 원칙: 인정 X

② 예외: 인정 (금지해제적 신고)**(시이벌불불)**

대법원은 건축신고와 관련하여 신고가 반려된 상태에서 건축이나 영업을 개시하면 **시**정명령, **이**행강제금, **벌**금의 대상이 될 우려가 있어 당사자의 법적지위가 **불**안해질 수 있기 때문에 이러한 법적 **불**안을 해소하고 분쟁을 조기에 해결할 수 있도록 신고반려(수리거부)의 처분성을 긍정하는 것이 타당하다고 입장을 변경하였다.**(2008두167)**

**3) 수리를 요하는 신고의 경우**

판례는 주민등록전입신고나 인허가가 의제되는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보고 그 수리거부의 처분성을 긍정하였다. 생각건대 수리를 요하는 신고의 경우에는 행정청에 의해 수리되지 않으면 법적 효과가 발생하지 않으므로, 수리거부의 처분성을 인정함이 타당하다.

**4. 감정평가법상 신고의 성질**

**1) 소속평가사 변경신고(감정평가법 제21조의2)**

감정평가법에는 신고와 등록을 구분하고 있으며, 수리규정이 존재하지 않고, 동법 시행규칙 제18조의2에서 형식적 심사요건만을 규정하고 있는바 <자기완결적 신고>로 봄이 타당하다.

또한 감정평가법은 소속평가사가 아닌 자로 하여금 제10조 각 호의 업무를 하게 하여서는 안된다는 금지규정을 두고 있으며, 위반 시 행정형벌을 부과하도록 하고 있어 <금지해제적 신고>로 봄이 타당하다.

소속평가사 변경신고는 자기완결적 신고이므로 그 수리거부는 원칙상 처분성이 없다고 보아야 할 것이나, 금지규정을 두고 있고 위반 시 행정형벌이 예정되어 있는바 이를 다투지 않고 업무 수행 시 당사자가 불안정한 지위에 놓일 우려가 있으므로 예외적으로 그 수리거부의 처분성을 긍정함이 타당하다.

2) 정관변경 신고(29조5항), 해산신고(30조2항) 모두 자기완결적 신고에 해당한다.

**<수리행위 위법, 사정판결가능성>**

**1. 토지수용위원회 수리행위 위법성 판단**

1)협의성립확인 요건, 절차

2)진정한 소유자 동의 필요한지 여부(관련판례)

3)위법성 판단 (관련판례) 수리행위 위법하다.

**2. 사정판결 요건 검토**

1)의의, 효과

2)요건

3)인정범위(무효인 경우 사정판결 가능성)

4)위법판단의 기준시와 사정판결 필요성 판단시점

5)법원의 조치 및 권리구제

**3. 사안의 해결**

①수리행위는 위법 ②공공복리 반하는지 ③취소소송과 병합제기 가능하다.

**<기판력>**

**1. 의의, 취지**

재판 확정, 당사자 동일소송물 소제기X, 상대방 기판사항 항변, 법원 모순된 판단X 효력, 분쟁반복방지, 재판통일성

**2. 기판력 효력 범위 (객주시)**

①기판력은 당사자와 이와 동일시할수 있는 자에게만 미치며 ②판결의 주문에 포함된 소송물에 한하여 미치며 인용, 기각판결 모두에 미친다. ③판결시를 기준으로 효력이 발생한다.

**①주관적 범위:** 당사자 및 당사자와 동일시 할 수 있는 자제3자 안미침, 국가∙공공단체에는 기판력 미침

**②객관적 범위 :**판결의 주문에 표시된 소송물, 인용, 기각판결 모두에 미친다. 위법성 일반에 미치며 판결 이유에 설시된 개개의 위법 사유에 미치지 않음

**③시간적 범위**: **사실심의 변론종결시 기준**으로 하여 효력이 발생한다. 따라서 변론종결 후 사실관계·법률관계에 변화가 있으면, 관계행정청은 새로운 사유에 근거하여 동일한 처분을 할 수도 있다.

**<기판력과 국가배상소송>**

1. 기판력

1)의의, 취지

2)기판력 효력 범위

2. 기판력과 국가배상청구소송

1)학설

**(1)기판력 긍정설 (판결의 안정성 측면)**

취소소송에서의 위법과 국가배상소송에서의 위법이 동일한 개념이라고 보는 협의의 행위위법설에 의하면 취소판결 및 기각판결의 기판력은 국가배상소송에 미친다고 본다.

**(2) 기판력 부정설 (권리구제측면)**

국가배상청구소송의 위법을 취소소송의 위법과 다른 개념으로 보는 견해(상대적 위법성설 또는 결과위법설)에 의하면 취소판결의 기판력은 국가배상청구소송에 미치지 않

는다고 본다.

**3) 기판력 일부 긍정설 (권리구제측면)**

국가배상청구소송의 위법개념을 취소소송의 위법개념보다 넓은 개념(광의의 행위위법설) 으로 본다면 인용판결의 기판력은 국가배상소송에 미치지만, 기각판결의 기판력은

국가배상소송에 미치지 않는다고 본다.

**(2) 검토(제한적 긍정설)**

국가배상소송에서 취소된 처분 자체가 가해행위가 되는 취소소송의 인용판결의 기판력은 국가배상소송에 미친다고 보나, 취소된처분 자체가 가해행위가 아니라 처분에 수

반되는 손해방지의무 위반이 손해의 원인이 되는 경우에는 위법의 대상이 다르므로 처분의 취소판결의 기판력은 처분에 수반되는 손해방지의무위반으로 인한 손해에 대한 국가배상청구소송에 미치지 않는다고 보아야 할 것이다.

**(3) 관련문제(국가배상판결의 취소소송에 대한 기판력)**

국가배상소송의 처분의 위법 또는 적법의 판단은 취소소송에 기판력을 미치지 아니한다. 국가배상소송에서의 위법 또는 적법은 기판력이 미치는 소송물이 아니기 때문이

다.

**<기속력 행정소송법 제 30조 의법효범위>**

**1. 의의 :** 처분등을 취소하는 확정판결이 그 사건에 관하여 당해 행정청과 그밖의 행정청을 기속하는 효력을 말한다. 인용판결에만 미침, 인용판결 실효성확보 취지

**2. 구별개념 및 법적성질:** 기판력설, 특수효력설, 인용판결에만 미치고 행정청만 구속하는 바 특수효력설 타당

**3. 기속력 효과(반원재)**

①반복금지효: 동일한 처분 X

②원상회복의부:위법한 처분으로 초래된 상태 제거

③재처분의무: 거부처분취소->판결 취지(원고신청내용X)에 따라 재처분, 다른 사유로 다시 거부할 수 있다.

☞절차위반에도 준용(행소법 30조3항): 절차하자를 이유로 취소된 경우 재처분의무가 있으며 다른 사유로 거부가능

**4. 기속력의 범위(주객시)**

**①주관적 범위:** 당사자인 행정청, 관계행정청 기속

**②객관적 범위 : 판결 주문 및 이유에서 판단된 처분 등 개개 구체적 위법사유에 해당**한다. 따라서 기사동 없는 다른 처분사유를 내세워 동일처분 하는 것은 기속력에 반하지 않음, 취소사유가 절차하자인 경우 절차흠결 보완하여 다시 처분하는 것은 기속력에 반하지 않는다.

**③시간적 범위**: 처분시를 기준으로 판단

**5. 기속력 위반 효과**

소송법상 기속력은 강행규정이므로 이에 대한 위반은 그 하자가 중대, 명백하여 당연무효라고 본다.

**1. 반복금지효 위반:** 판례 기속력 반하는 처분 당연무효

**2. 재처분의무 위반**:행정소송법 제 34조 간접강제 가능

(판취처아 재확기반당)

**6. 사안의 해결**

**-처분사유 부적절: 기본적사실관계 동일성 판단**

**-판결의 취지 : 재량권일탈남용 또는 절차하자등**

**-경과규정(종전 규정으로 판결해야 하는 경우): 법령외의 사유처분 위법, 법령에 적합한 사유로 처분함이 판결 취지**

**1) 내용상 하자의 경우**

**(1) 취소판결의 취지**

판결의 취지는 재량행위의 경우 재량권 일탈남용이 없는 (신뢰보호, 비례의 원칙) 재량권을 행사하여야 함을 의미하고 기속행위의 경우 특정처분을 할 법령상 의무위반을 시정하는 것을 의미한다.

**(2) 사안의 경우**

사안에서 사업인정은 관련 이익의 제 형량을 거치는 재량행위이므로, 판결의 취지에 따른 재처분의무는 하자없는(재량의 일탈⋅남용) 재량권 행사로 볼 수 있다. 따라서

국토교통부장관은 재량의 일탈⋅남용이 없는 사업인정의 거부처분을 할 수 있다.

**2) 절차상 하자의 경우**

**(1) 판결의 취지**

판결의 취지는 절차상 하자없는 처분을 행하는 것이며, 판례도 ʻ과세절차에 위법이 있어 과세처분을 취소하는 확정판결의 기판력(기속력을 의미)은 절차의 위법사유에 한하

여 미치는 것이며 과세관청은 위법사유를 보완하여 새로운 과세처분을 할 수 있다.ʼ고 판시한 바 있다.

**(2) 사안의 경우**

사안에서 판결의 취지는 절차상 하자없는 재처분의무를 부과하는 것이므로, 국토교통부장관은 종전 절차상 하자를 보완하여 갑에게 다시 사업인정거부처분을 할 수 있다.

**<기판력 vs 기속력> (주당종 VS 개청처)**

1. 주관적범위 : 당사자,당사자와 동일시되는자 vs 당사자인 행정청과 관계행정청

2. 객관적 범위: 위법성일반, 주문에 포함된 소송물 vs 주문 및 이유에 설시된 개개의 위법사유

3. 시간적 범위: 사실심변론종결시 vs 처분시

4. 구속력: 당사자와 법원을 구속 vs 행정청과 관계행정청

**<무효등 확인소송 행소법 4조>**

**1. 의의** 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부 확인, 주관적 소송, 확인소송, 현행법은 항고소송의 하나로 규정 **(효존확)**

**2. 소송요건 (행소법 38조 준용규정)**

①준용**(대소원관피)**: 처분등(대), 법률상이익있는자(원), 피고적격(피), 권리보호 필요성(소), 기속력등 취소소송 규정 광범위하게 준용

②준용X: 행정심판 전치주의, 제소기간, 사정판결, 간접강제 (심제사간)

**3. 입증책임:**취소소송과 같이 행정청이 입증하여야 한다는 견해가 있으나 판례는 원고책임설 입장이다.

**4. 위법성 판단 시:** 취소소송과 동일하게 처분시를 기준

**<무효등 확인소송의 보충성 여부, 권리보호필요성>**

**(1) 문제점**

행정소송법 제35조에서 법률상 이익을 요구하는데, 민사소송에서와 같이 ‘확인의 이익’이 필요한지 문제가 된다.

**(2) 학설**

①민사소송의 확인소송과 같다고 보아 확인의 이익이 요구된다는 긍정설 ②행정소송은 민사소송과 목적 취지가 달라 확인의 이익이 필요없다는 견해가 대립된다.

**(3) 판례 (목기명)**

①종전 판례는 부당이득반환청구로 위법상태 제거를 구할 수 있으므로 무효확인을 구할 법률상이익이 없다고 하여 확인의 이익이 필요하다는 입장이었다. ②최근 판례는 '판결의 기속력(행정소송법 제 30조)을 무효등 확인소송에서도 준용하고 있어 무효확인판결만으로도 실효성을 확보할 수 있기 때문에 **보충성이 요구되는 것은 아니다'(부정설)**라고 판시하여 입장을 변경하였다.

그 논거로서 ①민사소송과 **목**적, 취지 및 기능을 달리하며, ②무효등확인소송에서도 확정판결의 **기**속력을 준용하기에 실효성 확보가 가능한 점, ③행정소송법에 **명**문의 규정이 없다는 점을 들고 있다. **(목기명)**

**(4) 검토**

①처분을 다투는 항고소송이 본질이며 단지 확인소송의 형식일 뿐이라는 점, ② 행정소송은 민사소송과 목적, 취지, 기능을 달리한다는 점에서 부정설이 타당하다.

**<무효 확인소송에서 간접강제 가능성>**

**1)문제점:** 행정소송법 제38조에서 제34조를 준용하지 않아 간접강제 가능성이 문제된다.

**2)학설** ①준용규정이 없다는 <부정설>

②행정소송법 제34조에서 거부처분취소판결에 한정하고 있지 않다는 <긍정설>이 있다.

**3) 판례**

재처분의무는 준용(행정소송법 30조 기속력 준용)하지만 간접강제는 준용하지 않음을 이유로 거부처분 무효확인 판결에 대한 간접강제를 부정

**4) 검토**

거부처분 무효확인 판결에도 재처분의무가 있고, 재처분의무의 실효성 확보를 위해 <긍정설>이 타당하다고 판단

**<무효등확인소송에서 취소판결 가능성>**

**1. 문제점**

무효등확인소송으로 소를 제기하였는데, 단순 취소사유인 경우의 판단이 문제된다.

**2. 학설(소변취포기)**

**①소변경필요설:** 무효확인청구는 취소소송을 포함하지만, 법원은 석명권을 행사하여 취소소송으로 변경 후 취소판결을 해야한다는 견해

**②취소소송포함설:** 무효등확인청구에는 취소의 청구가 포함되므로, 취소 여부를 동시에 판단하여야 한다는 견해

**③기각설:** 취소청구가 당연히 포함된다고 볼수 없다는 견해이다.

**3. 판례 (취소소송포함설)**

대법원은 처분이 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다고 판시하여 취소소송포함설 입장이다.

**4. 검토**

법원은 원고의 청구에 대하여만 판결을 하여야 하므로 일방적으로 변경할 수는 없고 석명권을 행사하여 소를 변경토록 하는 소변경필요설이 타당하다고 생각된다. 또한 취소소송의 경우 무효소송과 달리 **제소기간**이 적용되므로 **소변경시에는 제소기간 이내**인지 확인이 필요하다.

**<부작위위법확인소송>**

**1. 의의 및 취지(행정소송법 제4조)**

행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송, 소극적 위법상태제거, 국민권리보호 취지

**2. 법적성질 :** 부작위확인소송은 항고소송 중 하나로 규정하지만, 실질은 **확인소송의 성질**을 가진다. 현행법은 취소소송에 대한 대부분의 규정을 광범위하게 준용한다.

**3. 소제기 적법성(부작위위법확인소송 제기가 적법한가?)**

**1)대상적격: 신상처법이+신** (행정소송법 제2조 제1항 2호) 부작위는 행정청이 ①당사자의 **신**청에 대하여 ②**상**당한 기간내에 ③**처**분을 하여야 할 **법**률상의무가 있음에도 불구하고 ④**이**를 하지 아니하는 것을 말한다. ⑤**판례**는 법규상·조리상 **신**청권이 있어야 하며 이를 대상적격의 문제로 본다.

**2)원고적격 (신법)**

①처분의 **신**청을 한 자로서 ②부작위의 위법을 구할 **법**률상 이익이 있는 자만 제기할 수 있다.

**3)제소기간**

부작위위법확인소송은 부작위상태가 계속되는 한 그 위법의 확인을 구할 이익이 있다고 보아야 하므로 원칙적으로 제소기간의 제한을 받지 않는다. (다만 행정심판을 거친 경우에는 행정소송법 20조가 정한 제소기간내에 부작위위법확인소송을 제기하여야 한다.)

**4. 위법성 판단 기준시**

취소송이나 무효등확인소송과 달리 부작위위법확인소송의 경우 처분이 존재하지 않기 때문에 위법성판단의 기준시점은 <판결시>가 된다.

**<부작위위법확인소송의 심리범위>**

**1. 문제점**

부작위의 위법성만을 심리해야 하는지, 처분의 실체적인 내용도 심리할 수 있는지 본안심리범위가 문제

**2. 학설**

①<**절**차심리설> 의무이행소송을 도입하지 않은 입법취지를 근거로 소송물은 단순한 응답의무 즉, 부작위의 위법만을 심리하는 견해

②<**실**체심리설> 무용한 소송의 반복방지, 당사자 권리구제의 실효성을 근거로 신청에 따른 처분의무가 있는지까지 심리한다는 견해가 있다.

**3. 판례(절차적 심리설)**

판례는 부작위위법확인소송을 **행정청의 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적**으로 하는 소송으로 보고 있어 <절차적 심리설>의 입장이다.

**4. 검토**

행정소송법 정의상 소송대상은 부작위의 위법성이라 볼 때 <절차심리설>이 타당하다.

**<부작위 위법 확인소송 인용판결의 기속력>**

**1. 기속력의 의의(행정소송법 제30조)**

**2. 부작위 위법 확인 소송의 기속력**

취소소송에 있어서는 반복금지효, 재처분의무, 결과제거청구권을 생각할 수 있다. 그러나 부작위위법확인소송에 있어서는 <재처분의무>만 해당된다.

**3. 재처분의무의 내용**

**1)학설 : 응답의무설/특정처분의무설**

①재처분의무가 단순한 응답의무를 의미한다는 응답의무설 ②재처분의무가 신청에 따른 특정한 처분을 해야하는 의무라는 특정처분의무설이 있다.

**2)판례(응답의무설)**

부작위의 위법을 확인함으로써 **행정청의 응답을 신속**하게 하여, 부작위 내지 무응답이라는 **소극적 위법상태를 제거**하는 것을 목적으로 한다고 판시하여 응답의무설 입장이다.

**3)검토 (응답의무설)**

행정소송법이 의무이행소송을 인정하지 않는 입법취지를 고려할 때 응답의무설이 타당하다고 판단된다.

**4)사안의 해결**

다수설·판례인 <절차심리설>에 따라 형식적 기속력만 발생. 따라서 부작위위법확인판결이 있은 후 행정청이 당사자의 신청을 거부하였다고 하더라도 이는 행정소송법 제30조 제2항에 따른 재처분이기 때문에 당사자는 동법 제34조의 간접강제를 신청할 수 없다.

**<법규상, 조리상 신청권이 필요한지>**

**1. 신청권의 의미**

판례에 따르면 신청권이란 신청의 인용이라는 만족할만한 결과를 얻을 권리가 아니라 일반, 추상적인 응답요구권인 형식적 신청권을 의미한다.

**2. 학설**

①신청인이 누구인가를 고려하지 않고 추상적으로 판단한다는 점을 근거로 한 대상적격설, ②행정소송법상 부작위 개념에 신청권을 요구하지 않는다고 보는 원고적격설, ③국민의 권익구제 축소를 비판하는 본안요건설이 있다.

**3. 판례**

대법원은 부작위가 성립하기 위해서는 법규상,조리상 신청권이 있어야 한다고 한다.

**<부작위위법확인소송 협의의 소익(확인 소의 보충성)>**

☞부작위 확인 소송 중 처분이 행해진 경우

**1. 문제점**

부작위위법확인소송 계속 중 일정한 처분이 행해지는 경우 부작위 위법확인을 구할 필요가 상실되는지 문제된다.

**2. 학설**

①부정설: 부작위상태의 제거로 보아 소익을 부정

②긍정설: 적극적 적법상태의 확인으로 보아 소익 긍정

**3. 판례(부정설)**

판례는 부작위위법확인소송은 **부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송**으로서, 거부처분이 내려지는 경우에는 그 거부처분에 대하여 취소소송을 제기하여야 하는 것이지 **부존재를 전제로 부작위위법확인소송을 제기할 수 없는** 것이라고 보아, 소익을 부정하였다.

**4. 검토**

① 부작위위법확인소송의 소송물은 부작위의 위법성인 점과 ② 의무이행소송이 인정되지 않는 입법적 한계를 해석론으로 해결하려는 무리가 있는 점에서 <부정하는 견해>가 타당하다.

**<거부처분 취소소송으로의 소 변경>**

Q. 부작위위법확인소송 계속 중에 거부처분, 부작위위법확인소송은 어떻게 되는가?(10점)

**1. 부작위위법확인소송 의의, 요건**

**2. 부작위협의소익 인정여부:** 학설 긍정설, 부정설, 판례

**3. 소 변경 가능성(행정소송법 21조, 37조)**

**(1)관련 규정**

법원은 취소소송을 당사자소송 또는 취소소송외의 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다.

**(2)소변경 요건(상기관사적)**

①소변경이 **상**당한 이유가 있어야 한다. 상당성은 각 사건에 따라 구체적·종합적으로 고려한다. ②청구의 **기**초에 변경이 없어야 한다. 청구의 기초란 신·구 청구간의 **관**련성을 말한다. ③ **사**실심 변론종결시까지 해야 한다. ④ 변경되는 소는 **적**법한 제소요건을 갖추어야 한다.

**(3)소변경 절차 (신결피처)**

원고의 **신**청에 의해 법원은 **결**정으로써 허가할 수 있고, 허가시 **피**고를 달리하게 되면 법원은 새로 피고될 자의 의견을 들어야 한다. 허가가 있으면 새로운 소송은 **처**음 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.

**4. 관련 판례 및 검토**

①판례는 부작위위법확인소송 중 거부처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 경우, 여전히 제소기간을 준수한 것으로 보았다. ②소송경제 등을 고려할 때 소변경을 허용함이 타당하다.

**4. 사안의 경우**

사업인정 신청에 대한 부작위는 곧 거부와 같은 것이라는 乙의 청구 취지에 변경이 없는 것으로 보이므로, 부작위위법확인소송의 사실심 변론종결시까지, 거부처분취소소송의 소송요건을 갖추어 소변경을 신청하면, 법원의 허가결정에 의하여 부작위위법확인소송은 거부처분취소소송으로 소변경 될 것이다.

**<공물의 수용가능성 법 19조 2항>**

**1. 공물 의의, 수용가능성 (토지보상법 19조 2항)**

공물이란 행정목적에 직접 공용된 개개의 유체물을 말한다. 토지보상법 제 19조 2항은 특별한 필요가 있는 경우에 한하여 공물의 수용가능성을 인정하고 있다.

**2. 용도폐지없이 공물을 수용할 수 있는지**

**1)학설** ①부정설: 공물의 본래 목적 중시 ②긍정설

**2)판례**

**(1)긍정한 판례**

대법원은 토지수용법이 제5조의 제한 외 수용대상 토지에 제한을 두고 있지 않은 점과 관련규정을 종합하여 지방문화재 수용가능성을 긍정하고 2017두71031판례 또한 지방자치단체의 장에게 문화재보호구역 안 토지수용을 인정하였다.

**(2)부정한 판례**

보전산지와 관련 국유림법에서 정한 절차와 방법에 따르지 않고 이 규정을 회피하여 수용재결로 사용권을 취득할 수 없다고 판시하였다.

**(3)헌법재판소의 입장, 검토**

헌법재판소는 특별한 필요가 있는 경우에 한해 예외적으로 수용목적물이 될 수 있다고 판시하였다. 생각건대 공물 수용가능성을 일률적으로 부정함은 타당하지 않고 특별한 필요가 있는 경우 용도폐지 없이 수용할 수 있다고 봄이 타당하다. 이하 특별한 필요여부가 있는지 판단한다.

①95누13241 토지수용법은 제 5조의 제한 외 수용대상토지에 아무런 제한을 두고 있지 않은 점과 관련 규정을 종합하면 지방문화재로 지정된 토지가 수용의 대상이 될 수 없다고 볼 수 없다.

②2017두71031 지방자치단체의 장은 국가지정문화재나 그 구역안의 토지등을 수용할 수 있다.

③헌법재판소는 보다 더 중요한 공익사업을 위하여 특별한 필요가 있는 경우에 한하여 예외적으로 수용의 목적물이 될 수 있다. 고 판시하였다.

④다만 보전국유림과 관련 국유림법에서 정한 절차와 방법에 따르지 않고 이를 회피하여 토지보상법상 재결을 통해 사용권을 취득할 수 없다고 판시하였다.

**3)검토** 공물 수용가능성 일률적으로 부정함은 타당하지 않고 특별한 필요가 있는 경우 인정함이 타당

보전국유림, 준보전국유림과 관련하여서는 국유림법에서 정하는 절차와 방법에 따라 소유권, 사용권을 취득하는 조치를 우선적으로 취해야하고, 위 규정을 회피하여 토지보상법상 재결을 통해 그 사용권을 취득할 수 없다.

**3. 특별한 필요가 있는지 여부**

1)판단기준 (비례의 원칙 행정기본법 제 10조)

2)사안의 경우 : 적필상 검토

**<사업인정 후 협의 법 26조 의필성내절효>**

**1.의의** : 피수용자 의견존중 최소침해원칙 구현

**2.필수적 절차인지 여부** 사업인정 받은 사업시행자는 토지소유자 및 관계인과의 협의 절차를 거쳐야 한다. ①16조 협의거치고 ②토지물건조서에 변동이 없는 경우 생략 가능

**3. 법적성질** ①**사**법상계약(대등지위) ②**공**법상계약(수용권주체, 수용권 실행의 방법)

③판례 : 행정청이 사경제주체로서 행하는 사법상계약실질

③공법상원인에 기한 **공법상계약설 타당**

**3. 협의 내용 (령 8조 대범시방절, 계해변환원)**

보상협의요청서는 토지 등의 구체적 **대**상, **범**위, 보상의 **시**기·**방**법·**절**차 및 금액 등이 협의의 내용이 되고 체결된 **계**약의 내용에는 계약의 **해**지 또는 **변**경에 관한 사항과 이에 따르는 보상액의 **환**수 및 **원**상복구에 관한 사항이 포함되어야 한다.

**4. 협의 절차 (령8조) 통3불경서**

사업시행자는 협의방법 등을 적어 피수용자에게 **통**지하여야 한다.(1항) 협의기간은 특별한 사유가 없으면 **3**0일 이상으로 하여야 한다.(3항) 협의**불**성립 시 협의**경**위서에 협의의 일시 등을 적어 토지소유자 및 관계인의 **서**명 또는 날인을 받아야 한다.(5항)

**5.협의의 효과 (종승환확)**

①협의 성립 효과: 공용수용절차 **종**결, **승**계취득, 일정한 요건 갖춘 경우 **환**매권 발생, 협의성립**확**인 신청권

②협의 불성립효과: 재결신청, 재결신청**청**구권

**6. 협의에 대한 다툼**

협의성립확인 전 착오를 이유로 다툴 수 있다. 사권설에 의하면 민사소송, 공권설에 의하면 공법상 당사자소송

**<사업인정 후 협의 위험부담의무>**

①문제점: 협의 후 보상금지급 전 목적물 멸실

②판례: 수몰지역 이행불능 이유로 약정해제 불가

③검토: 입법취지, 피수용자 보호, 귀책사유X멸실 가능

**<사업시행자 손실의무 불이행시 재결실효>**

①문제점 : 42조 재결실효규정 적용가능여부

②검토: 명문 규정이 없어 재결실효 불가, 채무불이행 계약해제, **손해배상 청구 가능**

**<4기 2차시 재결 이후 협의취득, 소유권 회복이 가능한지 무효등확인소송으로 회복할 권리가 있는지>**

**1. 무효확인 판결로 소유권 회복이 가능한지 여부**

**1)사업인정 후 협의 의의, 취지**

**2)수용재결 의의, 취지**

**3)수용재결 이후 협의취득 가능여부(판례)**

①사업시행자 재결효력 상실시킬 수 있는 점

②행정쟁송절차에서 임의로 합의할 수 있는 점

③토지보상법 입법취지에 비추어 수용재결 후 협의취득절차를 금지할 별다른 필요성 찾기 어려움

④수용재결 있은 후라도 협의 가능하다고 보아야 한다.

**4)수용재결 후 협의 효과(승계취득, 재결의 실효)**

①협의취득은 법률행위에 의한 물권변동으로 승계취득의 효과가 발생하며 취소등을 이유로 취소되지 않는 한 유효하다. ②수용개시일까지 재결에서 정한 보상금이 지급되지 않는 경우 재결의 효력이 실효된다.(토지보상법 42조)

**5)사안의 경우**

①협의 후 소유권이전등기까지 마쳐진 이상 협의가 착오에 의해 취소되지 않는 한 물권변동의 효력은 유효하므로 ②재결의 효력 상실 여부와 무관하게 소유권을 회복할 수 없다.

**2. 회복할 수 있는 다른 권리나 이익의 존재여부**

**1)관련 판례의 입장**

①취득협의서에 이의유보한다는 내용이 없는 점 ②소유권이전등기를 마친 점 ③상호 포괄적으로 이익을 절충한 것으로 보이는 점을 종합하면 무효확인판결을 받더라도 토지의 소유권을 회복시키는 것이 불가능하고, 나아가 무효확인으로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있다고 볼 수 없다.

**2)사안의 경우**

토지소유자는 무효확인을 받더라도 소유권 회복이 불가능하고 이미 협의취득에 의한 보상금을 전액 지급받은 바 무효확인으로 회복되는 다른 법률상 이익이 없다고 판단된다.

**<사업인정 후 협의, 매매과부족금 청구 여부>**

☞매매과부족금 특약을 한 경우, 특약이 유효한지, 특약을 적용하기 위한 요건 2010다91206판결

**1. 매매대금 과부족금 약정이 가능한지 여부**

판례는 ‘사업인정 후 협의는 사법상 법률행위로 당사자의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임, 매매대금과부족금 지급의무를 약정할 수 있다.’고 판시하였다.

**2. 특약의 해석여부**

판례는 ‘협의취득 배후에는 불응할 경우 강제수용될 수 있다는 심리적 강박감과 공법상 규제가 있는 등 공익적 특성을 고려하여야 한다. 따라서 특약을 적용할 수 있으려면 종전 평가액과 새로운 평가액이 차이가 있을 뿐 아니라 관계법령에 따르지 않는 등으로 부당한 결과를 도출하였고 이것이 당사자 쌍방 또는 일방의 고의, 과실, 착오에 기인한 것이어야 한다고 판시하였다.

**5. 사안의 해결**

**1)특약의 설정 가능성 및 적용 요건**

①사업인정 후 협의는 사법상계약의 실질을 가진 것으로 당사자는 자유롭게 특약을 설정할 수 있으나 ②특약을 적용하려면 공익적 특성을 고려하여 고의·과실·착오등으로 인한 부당한 평가임이 인정되어야 한다.

**2)사안의 경우**

개발제한구역이 해제될 것이 확실함에도 이를 반영하지 않은 감정평가법인등의 고의과실이 인정되는 바 해당 특약을 적용하여 매매대금부족금을 청구할 수 있는 것으로 판단된다. 따라서 사업시행자 주장은 타당하지 않다.

**<기타 판례 -손실보상기준에 어긋난 협의 가능한지>**

보상합의는 사법상계약의 실질을 가진 것으로 ①당사자간 합의로 손실보상의 기준에 의하지 아니한 손실보상금을 정할 수 있으며 ②합의가 착오 등을 이유로 적법하게 취소되지 않는 한 유효하다.

당사자 일방이 상인인 경우에는 토지보상법에 의한 협의취득으로 체결된 부동산 매매계약이라고 하더라도 다른 사정이 없는 한 보조적 상행위에 해당하므로, 매도인의 채무불이행책임이나 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상채권에 대해서는 5년의 상사소멸시효가 적용된다.

<조서작성 법 27조>

**<협의성립확인 법 29조>**

**1. 의의 및 취지** : 채무불이행 방지, 공익사업진행원활

**2. 법적성질 (형확)**

①**형**성적행정행위로 보는 견해: 재결로 간주 처분성 인정

②**준**법률적 행정행위로서 **확**인행위로 보는 견해

③판례: 협의성립확인처분의 취소소송을 인정하여 행정소송법상 처분에 해당한다고 본다.

④협의성립확인을 받으면 재결로 간주되며 차단효가 부여되는 바 재결과 같이 <형성적 행정행위>로 봄이 타당

**3. 협의성립확인의 요건 및 절차**

**(1) 일반적인 절차 (법 제29조 제1항)(동신준공)**

피수용자**동**의-> **신**청-> 재결절차 **준**용, **공**고열람심리확인

**(2) 공증절차에 의한 확인(법 제29조 제3항)**

사업시행자가 공증인법에 따른 공증을 받아 협의성립확인을 신청하였을 때에는 관할토지수용위원회가 이를 수리함으로써 협의성립이 확인된 것으로 본다.

**(3)토지보상법 29조 3항의 의미**

이는 공증에 의하여 당사자간 자발적 협의의 진정성립이 객관적으로 인정되었다고 보아, 토지소유자 의견진술 등의 절차를 거치지 않고 관할 토지수용위원회의 수리만으로 협의성립이 확인된 것으로 간주하는 제도이다.

**4. 확인의 효과(법 제29조 제4항)(재차불)**

**(1) 재결효력(토지보상법 제29조 제4항)**

사업시행자는 보상금의 지급 또는 공탁을 조건으로 수용목적물을 원시취득하고 피수용자의 의무불이행 시 대행⋅대집행을 신청할 수 있으며 위험부담이 이전된다. 피수용

자는 목적물의 인도⋅이전의무와 손실보상청구권, 환매권이 발생하게 된다. 또한 계약에 의한 승계취득을 재결에 의한 원시취득으로 전환시키게 된다.

**(2) 차단효 발생(토지보상법 제29조 제4항)**

협의성립확인이 있으면 사업시행자⋅토지소유자 및 관계인은 그 확인된 협의의 성립이나 내용에 대하여 다툴 수 없는 확정력이 발생한다.

**(3) 불가변력**

협의성립확인은 관할 토지수용위원회가 공권적으로 확인하는 행위로서 법원의 판결과 유사한 준사법작용으로 볼 수 있다. 따라서 다수견해 및 판례는 확인행위에는 불가변력이 발생한다고 보나 소수견해는 부정한다.

**(4) 확인의 실효**

협의성립확인을 받은 후에도 협의에서 정한 보상일까지 보상금을 지급하지 않으면 재결의 실효규정(토지보상법 제42조)이 적용되어서 확인행위의 효력은 상실된다고 보아야 할 것이다.

**5. 확인의 실효 여부 :**재결 실효(42조)규정 준용, 다만 협의 효력 상실하지 X(계약불이행 문제)

**6. 불복**

**(1) 협의성립 확인에 대한 불복**

협의성립확인을 재결로 간주하므로 토지보상법 상 이의신청(§83)과 항고소송(§85)을 통해 불복해야 한다.

**(2) 협의 자체에 대한 불복절차**

**차단효로 인해 직접X**, 먼저 협의성립확인에 불복, 확인 취소 후 민사 또는 공법상 당사자소송으로 다툼

**7. 관련 판례입장 (의의, 절차, 효과, 관련판례입장)**

**1) 협의성립확인 동의의 주체 (2016두51719)**

**(간절강정원진합)**

**간**이한 **절**차만을 거치는 협의성립확인에 원시취득과 차단효 등 **강**력한 효과를 부여한 법적**정**당성의 **원**천은 사업시행자와 토지소유자 등이 **진**정한 **합**의를 하였다는 데에 있다. 토지보상법의 취지, 요건, 효과를 고려할 때 협의 성립 확인 신청에 필요한 동의의 주체인 토지소유자는 ‘토지의 진정한 소유자’를 의미한다.

**2) 수리행위가 위법한지 여부**

진정한 토지소유자의 동의가 없었던 이상, 사업시행자의 과실여부와 무관하게 관할토지수용위원회의 수리 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 토지보상법이 정한 소유자의 동의 요건을 갖추지 못한 것으로서 위법하다. 이에 따라 진정한 토지소유자는 수리 행위가 위법함을 주장하여 항고소송으로 취소를 구할 수 있다.

**<제3자인 진정한소유자는 수리행위를 대상으로 취소소송을 제기할 수 있는가?>**

**1. 쟁점의 정리**

**2. 수리행위가 처분인지**

**1)행정소송법 제 2조 처분의 개념**

**2)협의성립확인제도(토지보상법 제 29조)**

(1)의의

(2)요건 및 효력

보상법 제29조 제3항에서는 공증을 받아 토지수용위원회에 협의 성립의 확인을 신청하고 토지수용위원회가 이를 수리함으로써 협의 성립이 확인된 것으로 보며, 이는 재

결로 간주되며 확인된 내용에 대해 더이상 다툴 수 없는 차단효가 발생한다.

**3)토지수용위원회 수리행위의 법적성질**

재결로 간주되어 사업시행자는 수용목적물을 원시취득하고 당사자는 이를 더이상 다툴 수 없게 되므로 수리행위는 당사자 권리이익에 직접 변동을 초래하는 처분이라 판단된다.

**3. 갑에게 법률상 이익이 인정되는지 여부**

1)원고적격 의의 및 취지(행정소송법 제 12조)

2)법률상 이익의 의미와 범위

3)관련 판례의 입장(진정한 소유자 원고적격)

4)사안의 경우

**4. 사안의 해결**

①수리행위는 처분으로 대상적격이 인정

②갑은 진정한 소유자로 법률상 이익有 원고적격 인정

**<사업인정 전 협의 vs 후 협의 법권절불확>**

**1. 의의 및 근거**

**2. 차이점**

①법적성질

②권리구제방법: 민사소송, 공법상 당사자소송

③절차상 차이 : 임의적 vs 필수적

④협의 불성립시 효과 : 사업인정 vs 재결

⑤협의성립확인에 따른 차이 : 원시취득, 승계취득 재결실효

3. 양자의 관계

**<협의 vs 협의성립확인 의법권효실>**

1. 의의 및 근거

2. 법적성질 사법상계약 vs 형성적 행정행위

3. 권리구제방법 민사소송 vs 83조,85조

4. 효과 : 계약에 따라 승계취득 vs 재결간주, 원시취득 등

5. 재결실효 규정 준용 : 협의X, 협의성립확인O

**<소의 변경, 처분변경시 제소기간 준수여부>**

**1. 소의변경 행정소송법 21조, 37조 (상기사원결)**

취소소송을 당사자소송 또는 취소소송 외의 항고고송으로 변경하는 것이 **상**당하다고 인정하는 경우 청구의 **기**초에 변경이 없는 한 **사**실심의 변론종결시까지 **원**고의 신청에 의하여 **결**정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다. 본 규정은 부작위위법확인소송, 무효등확인소송에 준용한다. (21조, 37조)

**2. 처분의 변경(행정소송법 22조) (처소변신결 취원변 60)**

법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 의하여 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다. 이는 처분의 변경이 있음을 안날부터 60일 이내 하여야 한다.

**4. 민사소송법 40조 (이송의 효과)**

행정소송법 8조 2항 이법에 특별한 규정이 없으면 법원조직법, 민사소송법, 민사집행법을 준용, 민사소송법 제 40조는 이송결정이 확정된 때에는 **소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 본다**.

**5. 행정소송법 14조**

원고가 피고를 잘못 지정한 때 법원은 **원고의 신청에 의해 피고의 경정을 허가할 수 있고**(1항) **새로운 피고에 대한 소송은 처음에 소를 제기한 때**에 제기된 것으로 본다.(4항)

**6. 소변경 요건 (상기관사적)**

①**상**당한 이유 有, 상당성:각 사건 구체적·종합적 고려

②청구의 **기**초에 변경이 없어야 한다. 청구의 기초란 신·구 청구간의 **관**련성을 말한다.

③**사**실심 변론종결시까지 해야 한다.

④변경되는 소는 **적**법한 제소요건을 갖추어야 한다.

**7. 소변경 절차 (신결피처)**

①원고의 **신**청에 의해 ②법원은 **결**정으로써 허가할 수 있고, ③허가시 **피**고를 달리하게 되면 법원은 새로 피고될 자의 의견을 들어야 한다. ④허가가 있으면 새로운 소송은 **처**음 소를 제기한 때에 제기된 것으로 본다.

**8. 관련 판례의 입장**

**1)민사소송->취소소송(2021두44425)**

행정소송법 21조, 14조 민사소송법 등 관련 규정 내용 및 취지 등에 비추어 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경을 하였다면, 그 항고소송에 대한 제소기간의 준수 여부는 원칙적으로 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 판단하여야 한다.

**2)부작위위법확인소송->거부처분취소소송**

부작위위법확인소송 중 거부처분이 있는 경우, 거부처분취소소송으로 소를 교환적으로 변경한 경우, 여전히 제소기간을 준수한 것으로 보았다.

**<재결신청청구권 의성효요권 법 30조>**

**1. 의의 :** 공평의 원칙, 조속한 법률관계확정

**2. 법적성질:** 판례는 공법상 청구권으로 본다.

**3. 효과:** 사업시행자 **60일** 이내 재결신청,지연기간에 **법정이율 적용 보상금에 가산 지급**

**4. 요건: (불통명)**

**1)청구요건**

①협의가 **불**성립할 것 ②상당기간 협의**통**지 X ③협의가 성립되지 않을 것이 **명**백한 경우

**2)청구기간 (피사사1)**

**피**수용자가 **사**업시행자에게, 판례:업무대행자ok 협의기간 만료일부터 재결신청기간 이내에 한다. 즉 토지보상법에 따른 사업인정은 **사**업인정 후 **1**년 이내 사업인정의제사업의 경우 사업시행기간 내에 재결을 신청할 수 있는바 사업시행기간내에 신청할 수 있다.

한국수자원공사법 제10조에 따른 실시계획의 승인·고시가 있으면 토지보상법 제20조 제1항 및 제22조에 따른 사업인정 및 사업인정의 고시가 있은 것으로 보고, 재결신청은 토지보상법 제23조 제1항 및 제28조 제1항에도 불구하고 실시계획을 승인할 때 정한 사업의 시행기간 내에 하여야 한다

④청구 내용 및 형식(판례) **엄격한 형식**을 요하지 아니하는 **서면행위**로 **명백히 의사를 표시**한 이상 **일부를 누락**하더라도 **청구 효력을 부인할 수는 없다**고 판시하였다.

**5. 권리구제 방법**

**1)종전판례**

종전 판례는 재결신청거부는 민사소송으로 다툴 수 없다문화재보호법 관련 판례에서 수용절차를 개시한 적 없는 토지에 대해서는 토지소유자에게 법규상 신청권이 인정된다고 할 수 없어 항고소송의 대상이 되는 거부처분해당X

**2)최근 판례(2018두57865)**

토지소유자등이 재결신청을 청구하였음에도 사업시행자가 재결신청을 하지 않는 경우 토지소유자등은 사업시행자를 상대로 거부처분 취소소송 또는 부작위 위법확인소송의 방법으로 다투어야 한다고 판시

**<재결신청청구 거부에 대한 권리구제방법>**

\*거부인지, 부작위인지 문제 늬앙스 잘 보기

부작위인경우 : 의무이행심판, 부작위위법확인소송

1. 재결신청청구 의의, 법적성질

2. 재결신청 청구 효과

3. 재결신청거부가 처분인지 (공권신)

**4. 사안의 해결**

1)관련 판례의 입장(2018두57865)

2)취소소송 가능성

①처분에 해당 ②원고적격 인정

3)부작위위법확인소송 가능성(신상처법이)

1)의의

2)대상적격(부작위 요건)

①신청有 ②상당기간 ③처분할 법적의무 ④불이행

3)원고적격(당신법) ①신청한 당사자 ②법률상이익 ③법규상조리상신청권

4)사안의 경우

**<재결신청청구기간 논점>**

**1. 원칙:** 협의기간 만료일부터

**2. 예외 (불통명)**

①협의 **불**성립 또는 불능시 ②사업인정 후 상당기간이 지나도록 사업시행자의 협의 **통**지가 없는 경우 ③협의 불성립이 **명**백한 경우 협의기간이 종료되지 않았더라도 재결신청청구가 가능(판례)하다.

**3. 관련 판례의 입장**

**1)협의기간 내 협의 불성립이 명백한 경우**

협의기간 내라도 협의 성립 가능성이 없는 것이 명백해졌을 때는 굳이 협의기간이 종료될 때까지 기다리게 할 필요성이 없으므로 협의기간 종료전이라도 재결신청 청구를 할 수 있다고 판시하였다. 다만, 그와 같은 경우 60일의 지연가산금 기간은 **<협의기간만료일>**부터 기산하여야 한다.

**2) 상당한 기간 내 협의기간통지가 없는 경우**

판례는 '토지소유자에게 재결신청 청구권을 부여한 이유는 수용을 둘러싼 법률관계의 조속한 확정과 수용당사자간 공평을 기하기 위한 것이므로 사업시행자가 상당기간 협의기간을 통지하지 아니하였다면 토지소유자는 재결신청의 청구를 할 수 있다'고 판시하였다.

**3)사업시행자가 보상대상이 아니라고 판단하여 협의를 하지 않는 경우 (토지만 수용, 지장물 보상대상이 아니라고 함, 재결신청청구에 대한 응답의무가 있냐?)**

①재결신청청구 의의 ②재결신청청구 요건 ③판례의 입장(협의가 성립하지 않은때의 의미) ④사안의 해결

\*\* 권리구제 방법 물으면: 부작위에 해당하는지 검토

대법원은 ①보상액 등에 대한 협의가 성립되지 않은 경우는 물론 사업시행자가 ②보상대상이 아니라고 이를 제외하여 협의를 거치지 않은 경우에도 손실보상에 관한 법률관계를 조속히 확정할 필요가 있는 점에서 협의가 성립되지 않은 때도 포함된다고 판시하였다.

**4)협의기간 임의연장 가능여부 (일재지부)**

사업시행자의 협의기간 연장을 허용하는 것은 사업시행자가 **일방적으로 재결신청을 지연할 수 있는 부당한 결과**를 가져올 수 있는 점 등을 종합할 때 사업시행자가 협의기간 종료 전 협의기간을 연장하였다해도 토지보상법 제 30조에서 정한 60일의 기간은 <당초 협의기간 만료일>부터 기산하여야 한다.

**<재결신청 지연가산금 관련 판례>**

☞재결신청 지연가산금은 30조 근거 87조 가산금과 구분

**1. 재결신청 지연가산금 성격 : 제재, 손해 보전**

재결신청 지연가산금은 재결신청 지연에 대한 제재와 손해전보의 성격을 아울러 가진다. 토지소유자 등이 부적법한 재결신청청구를 하였거나 사업시행자가 재결신청을 지연했다고 볼 수 없는 경우에는 지연가산금이 발생하지 않는다. 재결신청지연가산금의 불복은 보상금증감청구소송에 의한다. (2019두34630 판결)

**2. 사업시행자 소송가산금의 기준이 되는 “보상금”의 의미** [2018두54675]

사업시행자가 제기한 재결신청청구 지연가산금 감액청구소송의 기각판결이 확정된 경우 87조의 보상금에는 30조 3항에 따른 지연가산금도 포함된다고 보아 재결서 정본을 받은 날부터 판결일까지의 기간에 대하여 지연가산금을 지급할 의무가 있다. (즉 재결신청지연가산금에 대한 지연이자도 지급하라는 말)

**<재결신청 지연가산금/손해금 정리>**

**1.재결신청 지연가산금 (법 30조)**

-재결신청청구 후 60일 내에 재결신청하지 않는 경우 재결신청 시까지 발생

-판례는 협의기간 만료일부터 60일, 통설은 청구가 있은 날로부터 60일

-법정이율을 적용하여 재결한 보상금에 가산하여 지급하여야 한다.

**2.소송 지연가산금 (법 87조)**

-85조 1항에 따라 사업시행자가 제기한 행정소송(보증소 포함)이 각하, 기각, 취하된 경우 법정이율을 적용한 금액을 보상금에 가산하여 지급한다.

-87조 제1호과 제2호는 동시 적용되지 않으며, 수용재결 후 소송을 제기하는 경우에는 수용재결서 정본 송달일 ~ 판결일, 이의재결을 거친 경우에는 이의재결서 정본송달일 ~ 판결일까지 법정이율을 적용하여 보상

-보증소 심리범위 X (별도의 이행 청구)

-제30조 지연가산금도 87조 지연가산금의 대상 (지연가산금의 지연가산금) (2018두54675)

-수용재결~이의재결까지만 신청한 경우 87조 적용되지 않음 (행정소송 각기취 있어야)

**3.지연손해금 (민법 제392조)**

-이행기를 정하지 않은 보상(주거이전비, 잔여지손실보상청구)의 경우에는 그 청구일의 익일부터 법정이율을 적용하여 보상

-보증소로 다퉈질 것 (판례 없음, 법 해석상)

보증소 증액된 경우

-증액된 만큼 재결시부터 지연가산금 발생 (법적 규정 없음...?) -> 시험 안 나올 듯

**<보상금공탁 법 40조 의성요절효하수묵>**

**1. 공탁 의의, 취지:** 공탁이란 재결에서 정한 **보**상금을 **일**정한 요건(거알불압)에 해당하는 경우 **관**할 공탁소에 보상금을 **공**탁함으로써 보상금 **지**급에 **갈**음하는 것을 말한다.

**사**전보상원칙실현, 재결실효방지 **(보관공지갈사)**

**2. 법적성질:** 판례는 수령거부 및 수령할 수 없는 때에는 <**변**제공탁>으로 보고 중복압류로 지급이 중지된 경우는 <**집**행공탁>으로 보았다. 생각건대, 공탁은 보상금지급에 갈음하여 재결실효방지를 목적으로 하므로 변제공탁으로 봄이 타당하다.

**3 요건(40조2항)** ①보상금을 받을 자가 그 수령을 **거**부하거나 보상금을 수령할 수 없을 때, ②사업시행자의 과실 없이 보상금을 받을 자를 **알** 수 없을 때, ③관할 토지수용위원회가 재결한 보상금에 대하여 사업시행자가 **불**복할 때, ④**압**류나 가압류에 의해 보상금의 지급이 금지되었을 때 보상금을 공탁할 수 있다. **(거알불압)**

**4. 공탁 절차**

①재결 **당**시 목적물의 소유자 또는 관계인을 수령권자로 ②수용**개**시일까지 ③토지**소재**지의 공탁소에 보상금을 공탁한다. ③**현**금보상의 원칙상 현금으로 하여야 하나, 사업시행자가 **국**가인 경우에는 **채**권으로 공탁이 가능하다.

**(당/개/소재/현/국채)**

**5. 보상금 공탁 효과:** **정**당한 공탁(**변**제효과 발생, 원시취득), **미**공탁(수용개시일 재결**실**효), **하**자있는 공탁(**무**효)

**6. 하자있는 공탁** : ①일부 ②요건미충족 ③조건부(이행의무없는 반대급부 제공을 조건으로 한 공탁, 동의X)

**7. 하자있는 공탁금 수령의 효과**

①공탁금을 수령하면서 이의를 유보하는 경우에는 하자치유는 인정되지 않는다. ②이의유보를 하지 아니한 경우 하자치유가 인정되어 보상금 수령거부의사를 철회한 것으로 본다.

**8. 묵시적 이의유보 인정되는지 (행정소송의 제기가 묵시적 이의유보에 해당하는지?) (2006두15462)**

**1)종전판례** 이의유보의 의사표시는 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니나 토지소유자가 공탁물을 수령할 당시 토지소유자가 제기한 이의재결에 대한 행정소송이 계속 중이었다는 사실만으로는 묵시적 이의유보의 의사표시가 있다고 볼 수 없다.

**2)최근판례:** ①**상**당감정비용 예납, 시가감정 ②이의재결액 보증소 최초청구금액 1/**4** 미만 ③**사**업시행자도 보상금 수령을 다툼 종결로 보지 않은 점

3)검토 : 의사표시는 반드시 **명**시적으로 해야 하는 것은 아니므로 **개**별적 사안의 구체성에 따라 **묵**시적 의사표시가 있다고 볼만한 사정이 있는 경우 이를 인정함이 타당하다. **(2006두15462)(상4사명개묵)**

**<공탁 기타 논점>**

**1. 지자체에 수용대상토지 자체가 압류(불가능)**

보상금청구권이 압류되어 있지 아니한 이상 보상금을 받을 자는 여전히 토지소유자라 할 것이고, 수용대상토지가 지방자치단체 의하여 압류된 것은 적법한 공탁사유에 해당한다고 할 수 없다. (92누9548)

**2. 재결에 대한 불복기간이 도과된 이후, 상기의 이유를 근거로 토지소유자가 토지의 소유권을 회복하는 방법: 무효등확인소송**

제소기간이 적용되지 않는 무효등확인소송의 제기, 확인의 이익 소유권 회복으로 있음

**3. 권리가 변동된 목적물에 대한 보상금 공탁**

사업인정 고시 후 권리의 변동이 있는 경우, 이를 승계한 자가 피보상자가 되므로 (法 제40조 제3항), 기존권리를 승계한 자에게 공탁하고 승계한 자는 공탁금 수령 시 증명서류를 제출해야 한다.

**4. 담보물권자의 물상대위(법 제47조)**

담보물권자의 목적물이 수용된 경우, 사업시행자가 보상금을 공탁하게 되면 출급되기 전에 압류해야 하는 바, 이는 특정성이 유지, 보전되는 한도 내에서 우선 변제권이 인정되기 때문이다.

**5.수용재결 효력상실->이의재결도 당연무효**

수용시기까지 보상금의 지급이나 적법한 공탁이 없었다면 수용재결은 효력을 상실하였다 할 것이고 이를 기초로 한 이의재결 또한 위법하여 당연무효라고 할 것이다. 92누9548 : 수용재결 무효확인소송과 이의재결 무효확인소송 동시 제기해야함

**6. 이의재결에서 30일 이내에 미공탁 시**

**1)관련 규정(토지보상법 제84조 제2항)**

사업시행자는 이의재결에서 증액된 손실보상금을 재결서 정본 송달일로부터 30일 이내 지급하여야 한다. 그러나 이의재결은 별도의 실효규정은 없다.

**2)판례**

이의재결절차는 수용재결과는 **확정의 효력 등을 달리하는 별개의 절차**이므로 사업시행자가 증액된 보상금을 일정한 기한 내에 지급 또는 공탁하지 아니하였더라도 이의재결 자체가 당연히 실효된다고 할 수는 없다고 판시하였다.

**7. 주소 제대로 확인 안하면 공탁은 무효**

토지 소유자가 토지에 대한 수용재결이 있기 전에 등기부상 주소를 실제 거주지로 변경등기하였음에도 불구하고 기업자가 토지소유자의 주소가 불명하다하여 수용재결에서 정한 수용보상금을 토지소유자 앞으로 공탁한 경우, 그 공탁은 요건이 흠결된 것이어서 무효로 본다.

**8. 판례: 반대급부 부가하면 무효**

판례는 변제공탁에 있어서 채권자에게 반대급부 기타조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 공탁한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 변제공탁은 무효에 해당한다고 판시하였다.

**<소유자 추천 감정평가법인등 선정 절차 법68조 제2항>**

**보자동진추**

1)**보**상계획 공고 및 통지

:사업시행자 토지보상법 제15조 제1항 의거 보상계획 공고 시 시도지사와 토지소유자가 각각 감정평가법인등 1인씩 추천 가능하다는 내용 포함하여 공고해야

2)추천**자**료 요청

:토지소유자, 시도지사 감정평가협회에 감정평가법인등 추천 자료 요청 가능

3)토지소유자의 **동**의

:감정평가법인등 추천 시 보상대상 토지 면적 1/2 이상 해당 토지소유자와 총소유자 과반수 동의 사실 증명 서류 첨부하여 추천해야

4)토지소유자의 **진**정한 추천의사 여부 판단

소유자 동의 서류 양식 및 증명서류 종류 규정 부재한 바 보상계획공고 시 서류 양식 등 구체적 제시 통해 토지소유자의 진정한 의사인지 충분히 검토하여 판단해야

5)토지소유자 감정평가법인 **추**천 (법 제68조 제2항)

15조 제2항에 따라 보상계획의 열람 만료일 30일 이내 사업시행자에게 법인등 각 1인씩 추천 가능

**<대집행 행정대집행법2조, 보상법89조, 행정기본법 30조1항>**

**1. 협의 후 철거약정, 강제적 이행가능성**

**1)행정대집행법상 공법상 의무인지**

+협의 의의, 법적성질

**2)토지보상법상 이법 또는 이법 처분에 의한 의무인지**

+토지보상법 제 43조, 40조 보상금지급 받은 수용,사용할 토지, 물건에 대한 인도이전의무

**2. 협의 후 철거약정, 신체로써 점유수반 대집행 가능여부**

1)공법상 의무인지

2)대체적 작위의무인지

3)직접강제 가능성(행정기본법 제 32조)

**3. 손실보상을 물건가격으로 한 경우 철거의무**

**1. 의의: 대행3비**

대집행은 공법상 대체적 작위의무를 그 의무자가 이행하지 않는 경우에 당해 행정청 스스로 행하거나 제3자가 행하게 하고 비용 의무자로부터 징수

**2. 요건**

**1)신청요건 토지보상법 89조 요건: 이완공현**

①**이** 법 또는 이법에 따른 처분으로 인한 의무를 이행하여야 할 자가 ②정해진 기간내에 의무를 이행하지 아니하거나 **완**료하기 어려운 경우 ③의무자로 하여금 의무를 이행하도록 하는 것이 **공**익을 현저히 해친다고 인정되는 경우 사업시행자는 행정청에게 대집행을 신청할 수 있다.

**2)실행요건 (행정대집행법 2조) 공대다방심**

①공법상 **대**체적 작위의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우, ②**다**른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고, ③그 불이행을 **방**치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정되는 경우로써 상기 요건을 모두 충족해야 한다

**3).행정대집행법과 토지보상법대집행의 관계**

89조:행정대집행법이 정하는 바에 따라 대집행을 신청할 수 있다 ☞법 제 89조가 **대집행법의 적용을 배제하는 특례규정으로 볼 수는 없고 양 규정은 일반법과 개별 법률의 관계에** 있다. 즉 89조 상황이 발생한 경우 행정대집행법에서 정한 요건이 충족되는가를 따져서 대집행을 할 수 있다고 여겨진다. **(배특일개)**

**3. 인권 보호 규정 89조 3항**

국가, 지방자치단체는 의무를 이행해야 할 자의 보호를 위하여 노력하여야 한다. 이는 공익사업현장에서 인권침해 방지를 위한 노력을 강구하고자하는 입법취지가 있다.

**\*인권방지 규정 내용**

1)**사**전적 권리구제 강화 : 의견조율통한 자발적참여 도모

2)**대**집행 관리감독 : 폭력 방지

3)**용**역업체 선정: 정식교육 및 전문자격

4)**집**행관의 강제력 사용에 대한 구체적 기준 마련

**4. 절차 (절차위반시 절차의 하자->독자적 위법성논의)**

**1)계고**: 상당 기간내 의무이행 하지 않으면 대집행 한다는 의사를 문서로 통지, 준법률적 행정행위 통지행위, 처분

**①계고 요건(특상문):** 의무내용, 범위 **특**정, **상**당이행기간 정하여 **문**서로써 통지

**②생략사유(다비위):** 법률에 **다**른 규정이 있는 경우, **비**상시 또는 **위**험이 절박한 경우 계고를 할 여유가 없는 경우 생략할 수 있다(행정대집행법 3조3항) ->통지 동일함

**2)통지:** 계고에 의해 지정된 기한까지 의무가 이행되지 않은 경우에 행정청에 의해 대집행의 시기, 대집행책임자의 이름, 대집행비용의 계산액 통지 준법률행위적 행정행위

**3)실행:** 물리력 행사, 권력적 사실행위, 처분성 인정

**4)비용징수 :** 국세징수법 예에 의해 가능

**<협의 후 철거약정, 신체로써 점유수반 대집행 가능한지>**

**1. 대집행 의의**

**2. 요건**

①행정대집행법 2조상 요건 : **공대다방**

②토지보상법 89조 요건: **이완공**

**3. 협의 후 철거약정 대집행 대상이 되는지**

**1)협의제도 ①의의 ②법적성질**

**2)판례의 입장 (2006두7096 판결)**

**(1)공법상 의무인지 여부**

행정대집행법상 철거의무 공법상 의무, 사업인정 후 협의는 사법상 계약의 실질, 철거의무는 공법상 의무가 될 수 없어 행정대집행법상 대집행의 대상X,

**(2)토지보상법에 따른 의무인지 여부**

협의취득에 의한 철거의무는 공법상 의무가 아닐 뿐만 아니라, 토지보상법 제89조에서 정한 행정대집행법의 대상이 되는 ‘이 법 또는 이 법에 의한 처분으로 인한 의무’에도 해당하지 아니하므로 위 철거의무에 대한 강제적 이행은 행정대집행법상 대집행의 방법으로 실현할 수 없다.

**3)검토:** ①사업인정후 협의는 사법상 계약이므로 철거약정은 공법상 의무가 될 수 없는바 대집행 불가하고, ②토지보상법 89조에 따른 의무로 볼수도 없어 행정대집행법상 대집행의 방법으로 실현할 수 없다고 판단된다.

**4. 점유로서 인도이전 거부 대집행 가능성**

**☞그냥 인도이전(43조)도 점유로서 인도이전에 해당함**

**1)문제점** : 신체점유, 대체적 작위의무 아님, 토지보상법상 대집행 가능한지 문제

**2)학설** : 명문 근거없이 실력행사 가능하다는 긍정설, 명문의 근거 없이 신체 물리력 행사 불가하다는 부정설

**3)관련 판례의 입장**

매점점유자의 점유이전의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실력행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 대집행의 대상이 되는 것은 아니라고 판시하였다.

토지보상법 제89조의 ‘인도’에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실력행사가 필요한 것이지 대체적작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이될 수 있는 것은 아니라고 판시한 바 있다.

**4)직접강제 도입가능성 (행정기본법 32조)**

**(1)직접강제 의의**

행정대집행이나 이행강제금 부과의 방법으로 행정상 의무이행을 확보할 수 없거나 실현이 불가능한 경우, 행정청이 직접 의무자의 신체나 재산에 실력을 가하여 의무자가 직접 의무를 이행한 것과 같은 상태를 실현하는 것을 말한다.

**(2)사안의 경우**

직접강제는 국민의 권익에 직접적이고 중대한 침해를 수반하는 점, 토지보상법 89조 3항에서 <인권침해 방지규정>을 두는 점을 고려하여 개별법상 구체적 근거 없이는 원칙적으로 부정함이 타당하다.

**6. 사안의 해결**

①협의 철거약정: 공법상 의무X 대집행 불가

②인도의무: 대체적 작위의무X 대집행 불가

③명문의 근거 없이 직접강제 불가, 결론 대집행 불가

**<개선방안>**

①공익사업의 홍보 및 피수용자와의 관계개선을 통하여 자발적 참여를 도모하는것이 중요하고 ②입법적으로 직접강제 및 새로운 실효성 확보수단의 법적근거를 마련할 필요성이 인정된다.

**<손실보상을 물건가격으로, 토지소유자에게 철거의무가 인정되서 대집행이 가능한지, 계고처분 취소소송 가능?>**

**1. 대집행 의의**

**2. 요건 :** 행정대집행법 2조, 토지보상법 89조

**3. 토지소유자에게 철거의무가 있는지**

**1)관련규정(토지보상법 시행규칙 제 33조 4항)**

물건의 가격으로 보상한 건축물의 철거비용은 사업시행자가 부담한다. 다만, 건축물의 소유자가 당해 건축물의 구성부분을 사용 또는 처분할 목적으로 철거하는 경우에는 건축물의 소유자가 부담한다.

**2) 관련 판례의 입장**

사업시행자가 지장물에 관해 이전비에 못 미치는 가격으로 보상한 경우 지장물의 소유권을 취득하거나 지장물의 **소유자에게 철거 및 토지 인도를 요구할 수 없고** 자기의 비용으로 이를 제거할 수 있는 권한과 부담을 가지며 지장물의 소유자는 사업시행자의 지장물 제거를 수인할 지위에 있다.

**3)검토**

토지보상법 문언내용, 취지와 상기 판례입장 종합하면 토지소유자에게 철거의무X, 대집행 대상 될 수 없다.

**5. 계고처분 취소소송의 인용가능성**

**1) 취소소송의 적법성**

계고처분은 항고소송의 대상이 되는 <처분>에 해당하고 乙에게 본안판결을 받을 <법률상 이익>이 존재하므로 제소기간 등 다른 소송요건을 충족한다고 보아 해당 취소소송은 적법하다.

**2) 취소소송의 인용가능성**

사안의 경우 乙의 건축물 철거의무는 토지보상법 89조에 따른 대집행 대상이 아니므로 대집행의 요건을 충족하지 못한다. 계고처분은 대집행의 일련의 절차인바 대집행의 요건을 갖추지 못한 계고처분의 위법성이 있다. 따라서 해당 취소소송은 <인용판결>을 받을 것이다.

**<대집행 영장에 의거 그 실행이 예정되어 있는 바, ① 대집행 실행 전, ② 대집행 실행 당시, ③ 대집행 실행 후 에 있어서 건물소유자 乙의 권리구제를 검토하시오. (10점)>**

**1. 대집행 의의**

**2. 대집행 요건 (행정대집행법 2조)**

**3. 乙의 권리구제**

**1)대집행 실행 전(통지단계)** : 예방적 금지소송, 가처분은 불가, 집행정지+취소소송 동시 제기

**2)대집행 실행 당시:** 권력적 사실행위 처분성인정, 행정심판, 단기간에 종료, 소의 이익 없어 각하 가능성 큼

**3)대집행 실행 후:** 국가배상청구, 결과제거청구권(원상회복 불가능하여 불가능)

**<공법상 제한을 받는 토지 칙 23조 의방판>**

**1. 공법상 제한의 의미**

:국계법 등 관계법령에 의하여 토지의 각종 이용제한 및 규제등을 받는 토지

**2. 평가방법**

(1)**원**칙: **제**한을 받는 상태대로 평가 (1항)

(2)**예**외: **해**당사업 **시**행을 직접 **목**적으로 가하여진 경우에는 **제**한이 **없**는 상태를 **상**정하여 평가 (1항) **(해시목제없상)**

(3)예외 시 평가방법: 변경되기 전 용도지역 등 기준

**3.판례의 태도(2019두34982)**

(**일**반적 계획제한은 **제**한을 받은 **상**태대로 평가해야 하나, **개**별적 계획제한이거나 **일**반적 계획제한이더라도 **특**정 공익사업의 **시**행을 위해 **지**정 또는 **변**경된 경우는 그 **제**한을 받지 **아니하는** 상태를 **상**정하여 평가하여야 한다.) **(2019두34982)(일제상 개일시지변제않상)**

**<불법형질변경토지 칙 24조>**

**1. 현황평가원칙(토지보상법 70조)**

**2. 현황평가원칙과 불법형질변경토지**

**1) 의의:** 허가신고X 형질변경, 절토, 성토, 정지, 공유수면매립, 단순 용도변경 포함, 농지상호간 변경 제외

**2)요건 : ①외**형상 **사**실상 **변**경시킬 것과 ②**원**상회복이 어려운 상태에 있을 것을 요한다. ③하지만 형질변경허가에 관한 준공검사를 받거나 토지의 지목까지 변경 필요X **(외사변원)**

**3)평가방법 (불형당이상)**

(1)원칙: **불**법으로 **형**질변경이 될 **당**시의 **이**용상황을 **상**정평가 ☞위법행위의 합법화에 따른 불합리한 보상 방지

(2)예외: 1995.1.7. 당시 공익사업시행지구에 편입된 경우에는 현실적인 이용상황에 따라 보상한다.(칙 부칙 6조)

**3. 입증책임**

1)학설 : ①토지소유자: 조서의 진실한 추정력

②사업시행자: 현황평가 예외 주장

2)판례 : 현황평가 예외를 주장하는 사업시행자

3)검토: 사업시행자에게 유리 입증책임분배설, 사시 입증

**5. 평등원칙 위배 여부** : 95.1.7 불법앞의 평등 X

**6. 현황평가 예외, 정당보상 원칙 위반인지**

불법형질변경토지는 **위**법하게 토지가치를 **상**승시켜 놓은 상태이므로, 이를 기준으로 보상액을 산정하면 **과**다한 보상이 되어 **정**당보상이 되지 않을 수 있다는 점에 비추어 **현**황평가의 예외가 정당보상에 위반된다고 볼 수 없다.

**(위상과정현)**

**7. 소급입법에 의한 재산권 박탈금지 원칙에 위배되는지**

**1)소급입법 금지 원칙(헌법 13조2항)**

모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 X

**2)진정소급입법과 부진정소급입법**

소급입법에 의한 재산권 박탈금지는 진정소급효입법

부진정소급효입법의 경우에는 원칙적으로 허용된다

**3)소급입법금지원칙의 예외 (예신공)**

국민이 소급입법을 예측할 수 있는 경우, 신뢰보호이익이 작은 경우, 중대한 공익상의 필요가 있는 경우

**4)불법형질변경 보상규정이 진정소급효인지: 예신중**

국민이 소급입법을 예상할 수 있어서 보호할 신뢰이익이 작고, 신뢰보호 요청에 우선하는 심히 중대한 공익성의 사유로 보아 소급입법이 예외적으로 허용되는 경우임

**8. 제3자가 불법형질변경한 경우**

제3자가 불법형질변경을 한 경우 적법한 허가나 승인 없이 한 경우이므로 **동 규정이 그대로 적용**된다. 단, 사업시행자가 불법형질변경을 시행한 경우 불법으로 보지 않음

**9. 지목 현황 불일치로 바로 불법형질변경인지**

판례는 '단순히 수용대상 토지의 형질이 공부상 지목과 다르다는 점만으로는 부족하고, 형질변경 당시 관계 법령에 의한 허가 또는 **신고의무가 존재**하였고 그럼에도 허가를 받거나 신고를 **하지 않은 채** 형질변경이 이루어졌다는 점이 **증명**되어야 한다.'고 판시하였다. **2011두2521** 판결

**10. 원상복구의무가 있는 토지**

'산지복구의무가 있는 토지의 경우 불법형질변경된 토지로서 형질변경될 당시의 이용상황을 기준으로, 산지복구의무가 면제될 사정이 있는 경우 형질변경이 이루어진 현 상태가 보상기준이 되는 현실적 이용상황이라고 판시하였다.

**불형토 15점 목차**

**1. 논점의 정리**

**2. 의의 및 근거**

**3. 평가방법**

1)원칙 및 취지

2)경과조치에 의한 예외

**4. 보상평가방법 정당성 검토**

1)평등의 원칙 위배 여부

2)소급입법에 의한 재산권 침해 여부

**5. 입증책임**

**6. 관련문제**

무허가건축물 부지이면 불법형질변경에 해당되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

**<미지급용지 칙 25조>**

**1. 의의** : **종**전에 **시**행된 **공**익사업의 부지로서 보상금이 **지**급되지 아니한 토지를 말한다. 피수용자의 불이익 방지에 취지가 인정된다. **현**황평가예외(70조②) **(종시공지현)**

**2. 평가규정 취지:** 미지급용지는 공익사업부지로 제한이 되어 거래가격이 낮거나 형성되지 않는 것이 보통이다. 이를 뒤늦게 취득하면서 토지보상법 제 70조에 따라 현재 이용상황으로 보상하는 것은 **정당보상의 취지**에 어긋나므로 이러한 부당한 결과를 구제하는데 취지가 있다.

**3. 미지급용지의 판단기준**

**1)일반적인 판단기준**(2008두22129)

①종전에 공익사업이 시행된 부지여야 하고 ②종전의 공익사업은 적어도 당해 부지에 대하여 **보상금이 지급될 필요가 있는 것**이어야 한다. ③1차적 판단권은 사업시행자에게있다.

**2)이용상황이 좋아진 경우의 판단**

[판례]대법원은 종전공익사업으로 토지의 현실적인 이용상황을 변경시켜 오히려 토지가격을 상승시킨 경우 미지급용지라 할 수 없다고 판시하였다. (미지급용지의 취지상)

[추가판례]공공사업에 편입된 **국유토지를 일반 매매의 방식으로 취득하여 적법하게 공공사업을 시행**한 후 그 토지에 대한 소유권이 **취득시효완성**을 원인으로 사인에게 이전된 경우에는 **공공사업에 편입될 당시의 이용상황**을 상정하여 평가하여야 한다고 판시한 바 있다.

**4. 미지급용지의 보상평가기준**

**1) 평가기준(현황평가의 예외)**

종전의 공익사업에 **편입될 당시 이용상황**을 **상**정하여 평가한다. 다만 종전의 공익사업에 편입될 당시 이용상황을 **알 수 없는 경우**에는 **편입될 당시의 지목과 인근 토지의 이용상황 등을 참작**하여 평가한다.(칙 25조)

(**편이상/알없당지인토이참**)

**2)공법상 제한 등**

용도지역 등 **공**법상 제한은 **가격시점을 기준**으로 하되 **종**전 공익사업의 시행에 의해 용도지역이 **변**경된 경우 변경 **전** 용도지역을 기준으로 한다.

**3)가격시점**

일반보상과 같이 협의 또는 재결 당시를 기준으로 한다.

**4)개발이익 배제**

미지급용지의 평가시 종전 및 당해 공익사업으로 인해 가격이 변동된 경우 이를 모두 배제하고 평가한다.

**5. 관련 법적 문제**

**1)보상의무자**

종전 공익사업시행자가 보상의무자이나 미지급용지 보상이 새로운 공익사업이 시행됨에 따라 종전에 보상받지 못한 토지소유자등의 권리구제를 위한 제도 취지를 고려하여 보상의무가 새로운 공익사업 시행자에게 전가된 것으로 볼 수 있다.

**2)보상대상자**

미지급용지의 소유자는 새로운 공익사업에 편입되지 않는 한 보상청구를 할 수 없게 되므로, 새로운 소유자에게 적용을 부정하게 되면, 미불용지의 거래를 더욱 어렵게 하여 원소유자에게 큰 피해를 줄 수 있으므로 적용함이 바람직

**3) 미지급용지에 대한 인도청구권 행사**

「도로법」 제3조는 “도로를 구성하는 부지, 옹벽, 그 밖의 물건에 대하여는 사권을 행사할 수 없다.”라고 규정하여 사권이 제한되므로 인도청구를 하지 못한다.

**4) 미지급용지에 대한 부당이득반환청구권 행사**

국가등이 부적법하게 도로부지를 점유한 경우 사권의 행사는 제한되나 소유권은 존재하므로 점유상실에 대한 사용료 청구는 가능하다. 이때 부당이득의 산정기초가 되는 가격은 **편입 당시의 현실적 이용상황**에 따라 판단하고 **사용료는 과거 5년간만 가능**하다는 것이 판례의 태도이다.

**5)부당이득금 산정기준**

①종전부터 공중의 통행에 사용되던 토지를 국가등이 도로로서 점유하게 된 경우에는 도로인 현황대로 감정평가하여야 하고, ②종전에는 도로가 아닌 토지를 국가등이 도로로 점유하게 된 경우에는 그 편입될 당시의 현실적 이용상황에 따라 감정평가하되 ③도로에 편입된 이후 대상토지의 위치나 주위토지의 개발 및 이용상황등에 비추어 당해 토지의 현실적 이용상황이 주위 토지와 같이 변경되었을 것임이 객관적으로 명백하게 된 때에는, 그 이후부터는 그 변경된 이용상황을 상정하여 평가한 가격을 기초로 임료 상당의 부당이득액을 산정하여야 한다. 2002다31483

**5)미지급 용지에 대한 시효취득 여부**

미지급용지도 시효취득이 인정되는지 여부가 문제가 된다. 종전판례는 타인의 토지를 도로관리청이 점유·관리하여 20년이 지남으로써 도로관리청의 시효취득이 완성된다고 판시한 바 있으나, 최근 대법원은 악의의 무단점유가 입증되면 특단의 사정이 없는 한 자주점유의 추정력이 없다고 보아 시효취득을 부정하고 있다.

**<사실상 사도 칙26조>**

**1. 의의:** 사도법상 사도 이외 도로 국토계획법에 의한 도시군관리계획에 의하여 도로로 결정된 후부터 도로로 사용되고 있는 것을 제외한 것을 말한다.

**2. 요건 :** **편통건대**

1. 도로개설당시의 토지소유자가 자기 토지의 **편**익을 위하여 스스로 설치한 도로

2. 토지소유자가 그 의사에 의하여 타인의 **통**행을 제한할 수 없는 도로

3. 「**건**축법」 제45조에 따라 건축허가권자가 그 위치를 지정ㆍ공고한 도로

4. 도로개설당시의 토지소유자가 **대**지 또는 공장용지 등을 조성하기 위하여 설치한 도로

**3.평가방법:** 인근토지 **1/3이내**, 인근토지란 당해토지가 도로로 이용되지 않았을 경우 예상되는 표준적 이용상황과 유사한 토지로 당해토지와 위치상 가까운 토지를 말한다.

**4. 사실상 사도 요건 관련 판례**

**1)자기 토지를 위해 스스로 설치한 도로: 나편증가상**

판례는 토지소유자가 **자기 소유 토지 중 일부에 도로를 설치한 결과 도로부지로 제공된 부분으로 인하여 나머지 부분의 편익이 증진되는 등으로 그 부분의 가치가 상승됨으로써 도로부지로 제공된 부분을 인근 토지에 비하여 낮은 가격으로 보상하여도 정당보상에 어긋나지 않는다고 볼만한 객관적인 사유**가 인정되는 경우여야 한다고 판시하였다. **2011두7007판결**

**2)타인통행 제한할 수 없는 도로 2011두 7007 판결**

**①도로로의 이용상황 고착화**

도로로의 이용상황이 고착화되어 당해 토지의 표준적 이용상황으로 원상회복하는 것이 법률상 허용되지 않거나 사실상 현저히 곤란한 정도에 이르러야 할 것이어서 단순히 불특정 다수인의 통행에 장기간 제공되왔다는 사실만으로 사실상의 도로에 해당한다고 할 수 없다.

**②구체적 판단기준: 경기면유 역기지표용(2011두7007)**

도로로 이용되게 된 **경**위, **기**간, 토지 **면**적 등과 더불어 그 도로가 주위 토지로 통하는 **유**일한 통로인지 여부 등 주변 상황과 당해 토지의 도로로서의 **역**할과 **기**능을 종합하여 원래의 **지**목 등에 따른 **표**준적인 이**용**상태로 회복하는 것이 용이한지 여부 등을 가려서 판단해야 할 것이다.

**3)인근토지의 1/3이내 평가 (96누13675)(개목주인소이)**

**도로의 개설 경위, 목적, 주위환경, 인접토지의 획지면적, 소유관계, 이용상황 등 제반 사정에 비추어 인근 토지에 비하여 낮은 가격으로 평가하여도 될 만한 사정이 있는 사실상 사도에 대하여는 인근 토지 평가액 3분의 1 이내로 평가한다.**

**5. 감가보상 근거**

**1)이론적 근거(화체이론)**

도로의 가치가 그 도로로 인하여 보호되고 있는 토지의 효용이 증가됨으로써 보호되고 있는 토지에 가치가 화체되었기 때문에 일반토지에 비해 감가보상되는 것이다.

**2)관련 판례입장**

도로 부지로 제공된 부분으로 인하여 나머지 부분 토지의 편익이 증진되는 등으로 그 부분의 가치가 상승됨으로써 도로부지로 제공된 부분의 가치를 낮게 평가하여 보상하더라도 전체적으로 정당보상의 원칙에 어긋나지 않는다고 볼 만한 객관적인 사유가 있다고 인정되어야 한다.

**6. 정상임료를 받고 있는 경우**

사실상 사도는 인근 토지에 비하여 낮은 가격으로 평가하여도 될만한 사정이 있는 경우에 한하여 감가평가하는 것으로 통행권을 설정하여 정상임료등을 받고 있는 경우에는 인근토지에 비하여 낮은 가격으로 보상하여도 될만한 사정이 있다고 할 수 없어 정상평가하여야 한다고 판시하였다.

**<시행규칙 26조 법규성>**

**1. 문제점 :** 토지보상법 68조3항, 70조 6항 위임 법보행

**2. 학설:** 법행규위

**3. 판례:** 가. 법령규정에 의하여 상위법령을 보충할 기능을 가진 행정규칙은 해당 법령의 위임한계를 벗어나지~~

나. 행정규칙 22조는 토지보상법 68조3항의 위임을 받아 토지보상법의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하여 이를 보충하는 기능을 가진 것이므로 토지보상법 규정과 결합

**4. 검토 :** 상위법령과 결합, 그 일부가 됨으로써 인정타당

**5. 사안의 경우** ①법규성O (1/3이내로 평가한 것은 적법하다.) ②법규성X (해당 평가의 적법 여부는 동 규정에 따른 것인지의 여부에 의하여서가 아니라 법령의 규정 및 취지에 따른 것인지 종합적으로 판단하여야 한다.)

**<예정공도>**

**1. 의의**

공익계획사업이나 도시계획의 결정·고시 때문에 이에 저촉된 토지가 공익사업이 실제로 시행되지 않은 상태에서 일반공중의 통행로로 제공되고 있는 상태로서 계획제한과 도시계획시설의 장기미집행상태로 방치되고 있는 도로를 의미한다.

**2. 예정공도 평가방법 (칙 26조 3호)**

예정공도는 당해 토지가 도로로 이용되지 아니하였을 경우 예상되는 표준적 이용상황으로서 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 표준지 공시지가를 기준으로 평가한다. 다만 당해 도로 개설로 인한 개발이익이 포함되어 있는 경우 이를 배제한 가격으로 한다.

**3. 관련 판례의 입장**

판례는 예정공도 부지의 보상액을 사실상의 사도 기준으로 평가한다면 도로로 결정된 후 곧바로 도로사업이 시행되는 경우의 보상액을 공익사업 수용전의 사용상황을 기준으로 산정하는 것과 비교하여 토지소유자에게 지나치게 불리한 결과를 가져오기 때문에 예정공도부지는 사실상 사도에서 제외된다고 판시하였다. 2018두55753

**<토지수용위원회 법 49조>**

토수위갈때 **사고**조심, 중토위가서 **오이**먹고, 지토위 **오삼**

**1. 의의 및 성질** : 사시 신청, 수용사용재결담당, **독준필**

독립된 행정기관, 준사법적 합의제기관, 필수기관

**2. 종류 구성 :** ①**중**앙토지수용위원회(52조)는 **국**토교통부장관을 위원장으로, ②**지**방토지수용위원회(53조)는 **시도**지사를 위원장으로 하며 ③각 위원장을 포함한 **20명** 이내의 위원으로 구성하며 ④위원의 임기는 각각 **3**년으로 하며 연임할 수 있다

**3. 관할 범위**

①**중**토위는 국가 또는 시도가 사업시행자인 공익사업이나 수용 또는 사용할 토지가 둘 이상의 시도에 걸친 사업의 재결 및 이의신청에 대한 재결을 담당한다. ②지방토지수용위원회는 중토위 범위 외의 사업의 재결을 담당한다.

**4. 재결사항(법 제 50조 구방손개그신증)**

토지수용위원회는 ①수용하거나 사용할 토지의 **구**역 및 사용**방**법 ②**손**실보상 ③수용 또는 사용의 **개**시일과 기간 ④**그** 밖에 이법 및 다른 법률에서 규정한 사항을 재결하며 ⑤사업시행자, 토지소유자 또는 관계인이 **신**청한 범위에서 재결하여야 한다. ⑥다만, 손실보상의 경우에는 **증**액재결을 할 수 있다.

**5. 의결 및 재결기간(과출과찬14특연)**

의결은 구성원 **과**반수의 **출**석과 출석위원 **과**반수의 **찬**성으로 의결한다. 토지수용위원회는 심의를 시작한 날부터 **14**일 이내 재결을 하여야 한다. 단 **특**별한 사유가 있는 경우 14일의 범위에서 한 차례 **연**장할 수 있다.

**6. 기타 역할 (입심공검)**

①**입**법단계에서 토지수용사업 신설등에 관한 입법을 할 때 이를 **심**의하며(법 4조의3) ②사업인정 단계에서 협의요청을 받아 **공**익성 **검**토를 하는 역할을 담당한다. (법 제 21조)

**<보상협의회 법 82조 보상협의 빨리안하면 주거 44>**

**1. 의의:** 보상업무에 관한 사항을 협의하기 위해시군구에 설치하는 **합**의제**행**정기관, **자**문기관

**2. 의무적 보상협의회(령 44조의2) (면10만50인)**

보상협의회 설치는 임의설치이나 ①공익사업**면**적이 **10만**m2이상이고 ②토지등 소유자가 **50**인 이상인 공익사업은 보상협의회를 반드시 설치하여야 한다. ③시군구에 설치가 원칙이나, 부득이한 경우, 둘 이상 시군구에서 협의가 이루어지지 않는 경우 사업시행자가 설치한다.

**3. 협의사항(사잔공요)**

①보상액 평가를 위한 사전의견수렴 ②잔여지범위, 이주대책에 관한 사항 ③해당 사업지역내 공공시설 이전 ④토지소유자 및 관계인이 요구하는 사항 중 지방자치단체 장이 필요하다고 인정하는 사항

**4. 개정취지**

종전 보상심의위원회 설치취지 불구 성격, 운영문제로 손실보상지연결과 초래, 당사자간협의 통해 원활히 진행

**<무허가건축물 보상 칙 24조>**

\*\*논점의 정리\*\*

손실보상의 요건과 관련하여 공공필요, 적법한 침해, 특별한 희생은 문제되지 않으나 재산권 충족여부가 문제된다.

**1. 의의 :** 관계법령 허가, 신고X

**2. 허가의 성질과 재산권의 관계**

허가란 법령에 의하여 일반적•상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정행위를 할 수 있게 하는 행위이다. 허가를 요하는 행위를 허가 없이 행한 경우 행정상 강제집행이나 처벌의 대상이 될 수 있는것은 별론으로 하고 행위자체의 효력이 부인되는 것은 아니다. 따라서 허가유무에 따라 재산권의 범위가 달라질 수는 없다고 보아야 할 것이다.

**2. 무허가건축물 보상여부**

**1)관련법령의 검토**

①법 75조는 **건**축물등의 보상규정에서 적법/무허가 건축물을 구분하고 있지 않으므로 **원**칙적으로 **보**상대상이다.

②법 25조에서 토지등의 보전의무를 부과하고 있는바 **사**업인정 **후** 이를 **위**반한 건축물은 손실보상에서 **제**외된다. 반대로 행위제한일 이전 건축된 무허가 건축물은 배제대상이 아니라고 해석된다. **(건원보사후위제)**

**2) 판례입장**

적법한 건축허가를 받았는지 여부에 관계없이 사업인정 고시 이전 건축된 건물이면 손실보상의 대상이 됨이 명백하다고 판시한 바 있다.

**3)검토**

생각건대 명문의 근거없이 보상대상을 축소하는 것은 기득권 보호차원의 문제가 있는 바, 판례의 태도와 같이 사업인정 고시 전 건축한 무허가건축물은 손실보상 대상에 해당한다고 봄이 타당하다.

**3. 보상범위**

①포함: **사**업인정일 이**전** **무**허가건축물, 칙**33**조 **주**거용건축물 **비**준가격특례, **55**조 이사비

②제외: **58**조 주거용 최저보상특례, 재편입가산금, **53**조 이주정착금, **78**조이주대책, 54조1항 소유자 주거이전비, 영업손실보상(**45**조)

③예외: **54조2항** 세입자 주거이전비, **45조** 임차인 영업보상

**4. 관련 판례**

**1)건축허가 후 사업인정시**

판례 '건축허가를 받고 공사에 착수하지 아니하고 있는 사이 사업인정고시가 된 경우 토지보상법 제 25조에서 정한 허가를 따로 받아야 하고 그 허가 없이 건축된 건축물에 관하여 토지보상법상 손실보상을 청구할 수 없다.' **(2013두19378)**

**2)신뢰보호원칙에 위배되는지**

건축허가를 손실보상에 대한 공적인 견해표명이나 신뢰부여로 보기 어려우므로 손실보상대상에서 이를 제외하더라도 신뢰보호원칙에 반한다고 볼 수 없다.

**3)보상계획 공고 이후 설치한 지장물**

손실보상은 특별한 희생에 대한 전보라는 점을 고려할 때 해당 지장물이 손실보상만을 목적으로 설치되었음이 명백하다면 토지보상법 제 25조에도 불구하고 그 지장물은 예외적으로 손실보상 대상에 해당하지 아니한다.

**<농업손실보상 법 제77조 제2항, 칙 제48조>**

**1. 의의 :** 농업손실보상이란 공익사업시행지구에 편입되는 농지에 대하여 발생하는 영농손실액을 농민에게 보상함을 의미한다. **(공발영농보)**

**2. 법적성질 :** 판례는 농업손실보상청구권은 **손실보상**의 일종으로서 **공법상 권리**임이 분명하므로 그에 관한 쟁송은 민사소송이 아닌 행정소송절차에 의하여야 한다고 판시한 바 있다. **(손실보상, 공법상 권리)**

**3. 농업손실보상의 요건**

**1)농지 요건(물적 대상)(사일타농보)**

①사업인정고시일 등 이후부터 경작한 농지

②일시적으로 농지로 이용되는 토지

③타인토지 불법 점유 경작 농지

④농민이 아닌 자가 경작하는 농지

⑤보상 이후 2년 이상 경작 허용하는 경우

**2)농민 요건(인적 대상)**

①해당 공익사업시행지구 내 거주하는 농민인 자

②자경농지 아닌 경우 경작자에게 보상함.

③소유자도 공익사업시행지구 거주 농민인 경우 협의에 따라 농업보상액 배분

**4. 농업손실보상의 보상방법**

**1)통계자료에 의한 방법**

도별 단위 경작면적 당 농작물 총수입의 2년분으로 보상

**2)실제소득을 인정하는 방법**

①실제소득 인정액으로 보상 (하한: 통계자료 보상액)

②상한(평균소득 2배) 초과 시 생산량 2배를 상한으로 보상.

**5. 농업손실보상의 재결전치주의 여부(2018두57865)**

토지보상법 제26조, 제28조, 제30조, 제34조, 제50조, 제61조, 제83조 내지 제85조의 규정 내용 및 입법 취지 등을 종합하면, 공익사업으로 농업의 손실을 입게 된 자가 사업시행자로부터 토지보상법 제77조 제2항에 따라 **농업손실에 대한 보상을 받기 위해서는 토지보상법 제34조, 제50조 등에 규정된 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구제를 받을 수 있을 뿐, 이러한 재결절차를 거치지 않은 채 곧바로 사업시행자를 상대로 손실보상을 청구하는 것은 허용되지 않는다.**