**<자기구속의 원칙 행기9조, 헌법11조>**

**1. 의의:** 행정관행 성립, 특별사정X, 동일한 사안에 대해 동일한 처분, 평등원칙에서 파생

**2. 요건: 재선동** (**재**량이 인정되는 영역 적용, 행정 **선**례 존재, **동**일한 상황, 법적용의 문제(**동**일 처분청))

**3. 한계 : 위사공** (법률적합성 원칙(**위**법한 행정관행 적용X), **사**정변경, **공**익상필요)

**4. 판례 : 되관자근대 (재량준칙, 준법규성)(90헌마13)**

(**되**풀이되어 시행되어 행정**관**행이 성립한 경우, **자**기구속원칙에 **근**거하여 **대**외적 구속력 인정)

**<비례의 원칙 행기10조>**

1. 의의 : 행정**목**적과 행정**수**단 사이 **적**절한 **비**례 관계

2. 요건 : **적필상**

3. 관련 판례 **2009두1051**

(사업인정에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간 및 사익 상호간에도 정당하게 비교, 교량하여야 하고, 그 비교,교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 한다.)

**<신뢰보호의 원칙 행기12조 의요한>**

**1. 의의 :** **현정합신**

행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 **현**저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 **정**당하고 **합**리적인 **신**뢰를 보호하여야 한다.

**2. 요건 :** **공보행반침**

①**공**적견해표명(선행조치) ②**보**호가치 있는 신뢰(귀책사유X) ③신뢰에 기한 **행**위 ④선행조치에 **반**하는 후행처분

⑤신뢰한 개인의 이익 **침**해

**3. 한계 :** **법공사**

①**법**적안정성(사익보호)와 법률적합성(공익상 요청)의 비교형량 ②신뢰보호의 이익과 **공**익 또는 제3자의 이익이 상호 충돌하는 경우에는 이들 **사**이의 이익형량

**4. 판례**

①도시관리계획 변경,폐지: 행정계획은 공적견해표명X

②건축허가 착공전 사업인정: 신뢰부여X공적견해표명X

③개별공시지가 취소 새로결정-신뢰보호원칙 어긋x

**<부당결부금지원칙 행기13조>**

1. 의의 : 행정작용과 **실**질적 **관**련없는 의무부과X

2. 요건 : **원**인, **목**적

3. 판례 : 주택사업계획승인 기부채납부관 위 법

**<실권의 법리 행기 12조 2항>**

**1. 의의(기장않믿행)** : 행정청은 권한 행사의 **기**회가 있음에도 불구하고 **장**기간 권한을 행사하지 **아**니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 **믿**을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 **행**사해서는 아니된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

2. 요건 :**알장신공**

①권리행사 기회 **알**고 있을 것 ②**장**기간 권리 불행사

③국민의 **신**뢰(정당한 사유) ④**공**익이나 제3자의 이익 침해 X

3. 판례

①1년 10개월 운송면허취소X

②3년 후 운전면허취소O

③행정기본법 23조, **감평법 39조7항 5년** 지나면X

**<행정입법(법규명령) (구체적 규범통제)> (의헌구효헌)**

**1.의의** : 행정권이 제정하는 법규를 말하며 대통령령(시행령)과 총리령, 부령(시행규칙)이 있다.

**2.법규명령의 위헌 여부**

(1)위임명령의 한계 (포위)

①수권의 한계 (포괄위임의 금지)

②위임명령의 제정상 한계 (위임목적 준수)

(2)집행명령의 한계 : 새로운 법규사항 정하면 안됨

**3.법규명령의 사법적 통제(구체적 규범통제)**

:위법성의 근거로, 처분의 근거가 된 법규명령의 위헌, 위법을 주장하는 것

**4.구체적 규범통제의 효력 (개일)**

①개별적 효력설 (당해 사건 한해 적용 X)(판례)

②일반적 효력설 (일반적으로 무효)

**5.헌법재판소에 의한 통제**

:침해의 직접성 및 보충성 충족시 권리구제형 헌법소원 가능

**<행정규칙>**

1. 의의

행정규칙이란 행정조직 내부에서의 행정의 사무처리기준으로서 제정된 일반적, 추상적 규범을 말한다. 실무에서는 훈령, 예규, 고시 등이 이에 해당한다.

2. 행정규칙의 효력 **(대내적 구속력)**

3. 법적성질 (대외적 구속력 여부)

①학설: **부준법** (부정설, 준법규성설, 법규성설)

②판례 : 법규성 부정

③검토: 3권 분립

**<재량준칙-자기구속원칙>**

1. 의의 : 재량권행사기준

2. 법적성질(대외적 구속력 여부)

①**부준법** (부정설, 준법규성설(자기구속법리 결합), 법규성설)

②판례: **되관자근대** (준)

(**되**풀이되어 시행되어 행정**관**행이 성립한 경우, **자**기구속원칙에 **근**거하여 **대**외적 구속력 인정)

③검토 (준)

**<법규명령형식의 행정규칙 의성>**

**1. 의의**

**2. 법적성질 (법행수 형실수)**

①학설 : 법행수(형실수) (법규명령설, 행정규칙설, 수권여부기준설)(형식 중시, 실질 중시, 수권유무로 판단)

②판례 : 대통령령(시행령)은 법규명령, 부령(시행규칙)은 행정규칙으로 판단.

③검토: 절차적정당성, 예측가능성,법적안정성 고려 법규명령으로 보아야

**3. 감정평가법 시행령 별표3** 헌법 75조에 따른 대통령령 형식이나 그 실질은 처분기준을 정한 행정규칙

**<법령보충적 행정규칙>**

**1. 의의:** 위임 보충 법규사항 정함

**2. 법적성질 :** **법행규위** (법규명령설, 행정규칙설, 규범구체화행정규칙설, 위헌무효설)

**3. 판례**

①헌법재판소 상위법령보충 그 일부

②위임한계범위내에서

+) 감평 3법 중 법보행 **(표칙실표)**

③토지가격비준표(부공3조8항) 부담금부과 법령보충적구실

④토칙22조(68조3항) 내용될사항 구체적 정함

⑤표준지조사평가기준(법3조3항,령6조3항)

☞명시적 판례X, 동일반열 토가비 판례 활용

⑥감정평가실무기준 : 공정성,신뢰성제고, 부정

**4. 사안의 해결**

1)**보상법률주의, 법정평가주의**

2)법규성이 인정되는 경우

3)법규성이 부정되는 경우

**<행정계획> 의종성계형 비반구 입행복독 태결량**

**1.의의**

: 행정계획은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 행정에 관한 전문적, 기술적 판단을 기초로 관련 행정수단을 종합, 조정함으로써 장래의 일정한 시점에 일정한 질서를 실현하기 위하여 설정한 활동기준이나 그 설정행위를 말한다.

**2.종류 (비반구)**

①비구속적 계획 (단순히 자료, 정보제공)

②반구속적 계획 (제정수단을 통해 그 실현 확보)

③구속적 계획 (규범적인 명령이나 강제를 통해 목표의 달성 확보: 국민 구속)

**3.법적 성질**

(1)학설 **(입행복독)**

①입법행위설 (일반적, 추상적 규율 정립)

②행정행위설 (국민 권리,의무에 변동 가져오는 경우)

③복수성질설 (각 계획 개별적으로 검토해야)

④독자성설 (독자적 성질을 가짐)

(2)판례

:도시기본계획은 일반지침에 불과하여 처분성 부정, 도시계획결정(도시관리계획)과 관련하여 처분성을 인정

(3)검토

:행정계획은 그 종류와 내용이 매우 다양하므로 각 계획이 갖는 목적과 내용을 기준하여 개별적 검토

**4.계획재량과 형량명령**

**(1)계획재량의 의의**

:행정계획을 입안, 결정함에 있어 갖는 광범위한 형성의 자유. 계획재량은 목적과 수단의 선택 및 조정에 대한 목적 프로그램

**(2)재량과의 구분**

①질적차이 긍정설

②질적차이 부정설

③검토: 개념은 상이하나 행정청의 자유라는 측면에서 본질적으로 동일

**(3) 계획재량의 한계 (목수절형)**

계획재량의 한계로는 ①행정계획에서 설정되는 **목**표는 그 근거법에 합치될 것, ②행정계획에서 채택되는 **수**단은 비례원칙에 의하여 목표실현에 적합할 것, ③ 관계법상절차가 규정되어 있으면 그 **절**차를 준수할것, ④관계 제이익을 정당하게 고려하고 **형**량할 것 등이 있다.

**(3)형량명령(계획재량에 대한 사법적 통제**)

**1)의의:** 행정계획 수립함에 있어 관련된 이익을 정당하게 형량

**2)형량하자 (태결량)**

①이익형량을 전혀 행사하지 않거나 (형량의 해**태**)

②이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 (형량의 흠**결**)

③이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우 (형량의 오형**량**)

**<재량행위 vs 기속행위>**

1. 의의

2. 구별실익 : 사법심사방식

3. 구별기준 : 법취목성

(기본권:기속, 공익성:재량)

**<재량권의 일탈남용 행소27>**

**1. 관련 법령 검토**

행기21조(관련이익 정당형량) 행소 27

**2. 재량권 일탈남용여부 심사 : 법일목사로 판단 그중~~ (법령위반, 일반원칙 위반, 목적위반, 사실오인)**

**1)비례의 원칙(행기10조)**

**2)관련 판례의 입장**

**①풍납토성 판례:** 문화재보호법 내용,취지, 문화재특성, 국민의 재산권침해정도 종합∙신중 (문지지수)

**②재량행위 거부처분** : 사전통지흠결, 의견진술기회박탈, 마땅히 고려 누락

**③감정평가 징계:** 위반행위 내용, 정도, 처분으로 달성하려는 공익상 필요, 개인이 입게될 불이익 객관적 심리 공익침해정도, 불이익 비교교량

**<부관 행기 17조>**

**1.의의,취지**

**2.부관의 종류(부조기철)**

**부**담, **조**건, **기**한, **철**회권유보

**3. 부담과 조건 구별기준:** **객**관화된 **법**효과의사를 기준(부관 성취에 행정행위의 효력 존부 결정 시), **불**명확하면 **권**리구제 **유**리한 **부**담으로 해석 타당 **(객법불권유부)**

3)기부채납 부관이 부담인지 여부 : 부담의의+

**4. 부관의 위법성**

1)부관의 가능성 :17조 재량 가능, 기속은 법적근거 있는 경우 사안별 검토

2)부관 위법성 판단기준: 17조4항 **목실최**

(주된행위 **목**적에 위배X, **실**질적 관련성, **최**소한의 범위)

3)부당결부금지원칙 : 의의,근거, 실질적관련성

4)비례의 원칙: 의의, 적필상

5)사안의 해결: 부당한 내적관련성, 위법성정도

**6. 권리구제방법**

**1)부관의 독립쟁송가능성**(소송형태:진정부진정)

①학설 : **부분전** (부담만 인정, 분리가능성설(분리 가능한 부담은 진정,부진정 나머지 부진정), 전부긍정설(분리가능한 부담은 진정,부진정)

②판례: 부담 불가분적요소X 그 자체 행정소송대상

**2)부관의 독립취소가능성**

①학설: **기중위**

**기속,재량행위를 구분하는 견해, 중요성설(주된 행정행위의 본질적 부분이 아닌 경우 가능 - 분리가능설), 위법한 경우 전부 가능하다는 견해**

②판례및 검토: 부담만 가능

**7. 사안의 해결**

**8. 사후부관가능성 :** **법동사**

(1)의의 및 요건

사후부관이라 함은 행정행위를 한 후에 발하는 부관을 말한다. ①**법**률에 근거가 있는 경우, ② 당사자의 **동**의가 있는 경우, ③ **사**정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

(2)관련 판례의 입장

대법원은 법령의 근거, 유보, 상대방의 동의외에도 사정변경이 있는 경우까지 폭넓게 사후부관의 가능성을 인정하고 있다.

(3)검토

행정기본법에서는 법률에 근거가 있는 경우, 당사자의 동의가 있는 경우, 사정변경을 사후부관사유로 규정하고 있으므로 사후부관은 가능하다.

(4) 사안의 해결

부관이 주된 행위의 효력을 제한하거나, 요건을 충족시키기 위한 목적을 갖고 있는 점을 고려할 때, 사정변경 등의 사유로 사후부관도 가능하다고 보아야 할 것이다. 만약이러한 사후부관의 내용이 행정법의 일반원

칙 등에 반하는 경우라면 당사자는 부관만의 독립적인 취소소송을 제기하여 취소판결을 받을 수 있을 것이다

**<하자승계>**

\*쟁점찾기: ①사업인정고시일 제시(불가쟁력 판단)

②재결자체 고유한 하자가 없음(전제요건) ③사업인정 위법성 검토 제외(비례의 원칙 위반여부 검토하지 말라)

사업인정이 비례의 원칙에 반하므로 재결 취소청구=>즉 하자의 승계 검토하라는 거

**1.의의 :** 둘 이상의 행정행위가 연속적으로 행해지는 경우에 선행행위의 하자를 이유로 후행행위의 효력을 다툴 수 있는가의 문제를 말한다.

재판받을 권리보장(법률적합성) vs 법적안정성

**2.전제요건**: **처취적불**

①선행행위-후행행위 모두 **처**분일 것 ②선행처분 하자 **취**소정도 하자일 것 ③후행행위 **적**법할 것 ④선행처분 **불**가쟁력 발생했을 것

**3. 하자승계인정여부(전구수예)**

①학설: **전**통적하자승계론, **구**속력이론 **(대대시예수)**

②판례: 원칙:별개법률효과X 예외: **수**인가능성,**예**측가능성

③검토: 전통적 하자승계론 따르되 수인가능성, 예측가능성 결여되는 경우 법적안정성X, 국민권리보호O

**4. 사안의 해결 (표-재, 개통-과 인정)**

**①표공-수용재결:** 부당하게 높은 주의의무, 예측X,수인X 보상금증액 구하는 소송에서 위법주장O

**②개공-과세처분**

가. 개별고지가 이루어지지 않은 경우(93누8542) (O)

:쉽사리예견X, 수인한도 넘는 불이익 강요

나. 개별고지가 이루어진 경우(96누6959) X

개별공시지가 재조사청구, 조정결정통지, 다투지X, 불가쟁력 구속력이 수인한도 넘는 가혹한것X, 예측불가능X

**③표공 - 개공** : 개공소->기초표공다툴수 X

**④표공-재산세부과**: 지가공시법8조1항 소정의 이의절차를 거쳐 처분청 상대로 위법을 다툴 수 있을 뿐 과세소송X

**⑤사업인정 - 수용재결**(91누4324, 2009두11607) : 사업인정단계, 쟁송기간 도과, 수용재결단계, 당연무효X, 그 위법 이유로 재결취소 구할수X

① 사업인정은 수용권의 설정이고 수용재결은 수용권의

실행이라는 점에서 양자는 법률효과가 상이하므로 동일

한 법률효과를 지향한다고 보기 어려움. (전통적 하자승계론 검토)

② 또한 사업인정 단계에서 협의가 성립하거나,

사업인정의 사실은 피수용자에게 통지하는 경우가 많으

므로 피수용자에게 예측 및 수인 불가능성이 있다고 보

기 어려움

**⑥사적지정처분-사업인정(2017두71031)**

불가쟁력이나 구속력이 원고에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 예측 불가능한 것이라 인정O

**<사전통지 행절21>**

**1. 의의** : 의무부과, 권익제한 시 처분의 제목, 의견제출 가능여부 등을 사전에 통지. 처분 자의성방지

**2. 내용**: 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 의견제출(청문) 가능성 등을 통지해야 함

**3. 생략사유** : **공증현(긴객곤)**

(**공**공 안전 복리 위해 **긴**급히 처분 필요, 일정처분 해야함이 **객**관적 **증**명, 의견청취를 하는 것이 **현**저히 **곤**란하거나 명백히 불요한 경우)

ex. 갱신등록신청을 하였으나 거부당함, 거부사유와 법적근거, 의견제출 가능성등을 통지받지 못했다. 갱신등록 거부처분의 위법성 검토 => 밑에 거부처분 사전통지 논의 써주기!!

**거부처분에 사전통지하지 아니한 경우 위법한가? (20점)**

**Ⅰ. 사전통지 결한 것이 절차상 하자인지**

**1. 사전통지 의의, 취지**

당사자의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 처분을 할때 처분내용, 의견제출 할 수 있다는 사실 등의 사전통지를 하도록 규정하고 있다. 필수적 절차로 행정 자의성방지에 취지가 있다.

**2. 생략사유(필수적 절차인지) 공증현**

**3. 사전통지 대상자**: 처분의 직접 상대방만을 말하고 이해관계에 있는 제 3자는 해당되지 않는다. 제 3자도 의견진술기회를 줄 필요가 있는 바 입법적 해결이 필요하다.

**4. 거부가 사전통지 대상인지 여부**

**1)학설** 긍부제 기권특(갱신등 특별한 사유)

긍정설(기대이익 제한), 부정설(권익발생 없음), 제한적 긍정설(특별한 경우 인정해야(인허가 갱신 거부 등)

**2)판례** ①종전판례: 당사자권익제한X, 사전통지대상X

②최근판례: 갱신허가신청, 권익체한, 침해발생 O

**3)검토** 원칙 통지X, 예외적 O

**Ⅱ. 절차하자의 독자적 위법성**

1)문제점 학설

2)판례

3)검토

**4)위법성의 정도**

**Ⅲ. 사안의 해결**

**<의견제출 행절 22>**

**1. 의의** : 처분전 의견제시, 청문∙공청회가 아닌 것

변론기회부여, 권익보호에 취지

**2. 예외사유**: 공증현포(청문동일)

**<청문 행절 22>**

**1. 의의:** 처분전 당사자의견듣고 증거조사

**2. 청문의 실시사유** (행정절차법 3조1항에 따라 적용)

**①행정절차법 22조**: 인허가, 신분자격 박탈, 조합법인설립허가, 행정청이 필요하다고 인정하는 경우, 다른 법에서 규정하는 경우 **(박필규 22세)**

**②감정평가법 45조**:부정취득(1311), 법인설립인가취소(321)

**3. 청문의 생략사유: 공증현+포**(당사자 청문기회 포기)

☞**판례** 의견청취가 **현**저히 곤란한지 여부, 처분의 성질에 비추어 판단, 사전통지서반송, 당사자불출석, 청문하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법

**4. 사안의 경우** -> 절차상 하자 논의

**5. 청문기간 :** 청문이 시작되는날부터 10일 전까지 통지

**6. 하자의 치유 판례 청문취지**

청문서 도달기간을 어겼더라도 영업자가 스스로 청문일에 출석하여 방어의 기회를 충분히 가졌다면 청문서 도달기간을 준수하지 아니한 하자는 치유되었다고 봄이 상당함

☞청문의 취지는당사자의견진술기회부여, 부당한 권리침해 예방있는 바 하자가 치유되었다고 봄이 타당하다.

**<이유제시 행절 23조 의생판시방>**

**1. 의의:** 처분근거, 이유제시, 행정신중, 불복편의제공

**2. 생략사유**: 모단긴 (당사자 요청하면 근거이유제시)

**①**신청내용 **모**두 그대로 인정

**②단**순,반복처분 또는 경미한 처분으로 당사자가 명백히 그 이유 알 수 있는 경우

**③긴**급히 처분을 할 필요가 있는 경우

**3. 이유제시정도**(판례의 입장) (원근법)(침처구정안)

처분의 **원인**이 되는 사실과 **근거**가 되는 **법령** 또는 자치법규의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다(령 14조의2)

판례는 이유제시 누락, 불충분 모두 취소사유로 보았다. 다만 신청을 전제로 하는 거부처분의 경우 **침**해적 **처**분에 비하여 **구**체적 **정**도가 **완**화될 수 있다고 판시하였다(침처구정완)

**5. 이유제시 시기와 방식 (행정절차법 26조 고지)**

처분과 동시에, 문서로, **쟁**송제기여부, **불**복가능여부, 청구**절**차, 청구**기**간등을 알려야 함 **(쟁불절기)**

**6. 이유제시의 하자와 치유가능성** 절차상 하자, 치유가능

**<절차하자의 독자적 위법성: 절하독치시기>**

**1. 의의** 국민행정참여 사전적권리구제흠결

**2. 절차하자의 독자적 위법성**

1)문제점 : 실체적 하자X, 절차상 하자만 있는 경우

2)학설: **부**정(소송경제), **긍**정(적법절차보장), **재**량만 긍정

3)판례: 재량행위인 식품위생법상 청문, 기속행위인 과세처분 절차 하자를 이유로 위법 **긍**정설 입장

4)검토 : 헌법 12조1항적법절차원칙, 행소30조3항

**3. 위법성 정도**

법규의 목적, 의미, 기능 목적론적 고찰

구체적인 사안 자체의 특수성 합리적으로 고찰

**3. 절차하자의 치유 (하자치유): 치유 가능**

**4. 절차하자 치유시기**: 불복에 편의를 주는 **쟁송제기이전**

**5. 기속력** : 절차하자 보완 동일 처분 기속력반하지 X

**<하자의 치유 의가범시효>**

**1. 의의:** 사후보완 적법유지, 무용 절차 반복X, 행정능률화

**2. 하자의 치유 인정가능성 (긍부제)**

**1)학설** :긍정(행정능률화), 부정(**신중성확보, 국민신뢰보호**) 제한적긍정설(원고 공격방어권 침해하지 않는 범위내)

**2)판례 :** 법치주의 관점 원칙상허용X, 행정의 무용한 반복 피하기 위해 국민권익 침해하지 않는 범위에서 구체적사정에 따라 **합목적적**으로 인정

①청문 도달 기간X, 스스로 출석 방어의 기회

**3)검토:** 행정효율성, 국민권익보호 조화 도모 판례 타당

**3. 하자의 치유 인정범위**

①위법이 취소사유+절차, 형식 : 치유가능

②당연무효 or 내용상 하자 : 치유불가능

**4. 하자의 치유 인정시기 (쟁소종)**

①학설:쟁송제기이전설(법적안정성,예측가능성),소송제기이전설, 소송종결시설(소송경제)

②판례: 불복여부결정, 불복신청 편의 줄수 있는 상당기간

③검토: 개인권리구제, 소송경제 고려 쟁송제기이전설

**5. 하자 치유 효과:** 처분시부터 소급하여 유효

**<처분사유 추가변경 의인판사>**

**1. 의의, 구별개념:** 처분 적법성 유지 위해 처분사유를 추가, 변경하는 것, 하자치유 구별

**2. 인정 여부(긍부제)**

**1)학설 :**긍정(소송경제), 부정(방어권), 제한적긍정설(구체적사안따라)

**2)판례:** 당초처분근거사유 별개사실 주장X, 기본적 사실관계의 동일성 (**기사동)**

**3)검토(법신경):** 실질적 **법**치주의와 국민의 **신**뢰보호, 소송**경**제 측면의 조화 판례입장 타당 (법신경)

**3. 판단기준 (기판재)**

1)기본적 사실관계 동일성 판단 :**사시행**

(사회적 사실관계의 동일성, 시간적 장소적 근접성, 행위의 태양)

2)판단시점 : 처분당시 객관적으로 존재한 사유

3)재량행위 인정여부: 처분동일성 전제하므로 인정 타당

**4. 사안의 경우(근법사구표)** ①처분당시 객관적 존재한사유인지

②행위태양, 결과 (처분의 **근**거**법**령만 추가변경하거나 당초 처분**사**유를 **구**체적으로 **표**시하는 것은 새로운 처분사유를 추가변경하는 것은 아니라고 판시하였다. **(근법사구표)**

<무효와 취소의 판단기준>

1.학설**(명객보중구)**

<중대**명**백설>, <**객**관적명백설(조사의무위반설)>, <명백성**보**충요건설>, <**중**대설>, <**구**체적 가치형량설>이 대립한다.

2.판례

①대법원은 하자있는 행정처분이 당연무효이기 위해서는 그 하자가 적법요건의 중대한 위반이며 일반인의 관점에서도 외관상 명백한 것이어야 하며 그러하지 아니한 경우에는 취소사유에 불과하다고 하여 중대명백설을 취한다. (2018두34848)

②대법원 소수견해는 명백성보충요건설을 취한 바도 있으며, 헌법재판소도 예외적으로 중대한 하자만으로 무효가 된다는 입장을 표한 바 있다.

3.검토

행정행위가 위법함에도 법적 안정성을 근거로 일단 유효성을 인정하지만, 행정행위의 하자가 중대하고도 명백한 경우에도 그 행위의 효력을 인정하는 것은 법률적합성 원칙에 반하므로 이 경우 효력을 부정해야 한다는 점에서 중대명백설이 타당하다. (법적안정성과 법률적합성의 조화)

4.무효와 취소의 구별 필요성 **(불승치전선사)**

1)불가쟁력

2)하자승계

3)하자치유

4)하자의 전환 -> 무효에만 인정, 취소 X

5)선결문제

6)사정판결

**<대상적격 관련 논점 행정소송법 제 19조>**

**대상적격 관련 논점 정리**

**1. 기본쟁점 - 처분 개념 요소, 처분등 의미**

**(처분 등: 공권력의 행사, 거부 및 그에 준하는 행정작용 + 행정심판 재결)**

**2. 처분성 논의**

**①행정입법 (개별적, 구체적 규율 한정 인정)**

개별적, 구체적 규율인 경우 처분성 인정**(두밀분교 판례)**, 일반적 추상적 규율인 경우 구체적 규범통제 또는 보충적으로 권리구제형 헌법소원 가능성 존재

**②행정계획 (구속적 행정계획 인정, 태결량)**

구속적 행정계획 처분성 인정**(복수성설)**, 형량명령의 하자 검토**(태결량)**

**③행정행위 (처분성 인정)**

하명, 허가, 면허, 특허, 인가, 대리, 공증, 통지, 수리, 확인 (처분성 인정)

**④거부처분 (대상적격 여부, 공권신)**

신청권 존부에 대한 견해 대립**(대상적격)**, 요건 **(공권신)**

**⑤수리거부 (자기완결적 신고 수리 처분성 논의)**

행위요건적 신고 수리 거부 -> 처분

자기완결적 신고 수리 거부 -> 처분 X

(단, 시정명령, 이행강제금 및 벌금 등 법적 불이익 위험 시 처분성 인정)

**⑥부작위 (부작송 제기 가능)**

요건**(신상처법이),** 심리의 범위**(절실응특),** 기속력**(절실),** 협의소익**(긍부)**

**⑦부관**

독립쟁송가능성(부담만 가능), 독립취소가능성(부담만 가능)

**⑧사실행위**

권력적 사실행위(타인토지출입, 장해물제거) 처분성 인정(긍수부) – 협의소익 인정 X 문제

**3.변경처분 (①흡수설(변경처분설) ②역흡수설(변경된 원처분설) ③병존설)**

**①단순변경처분**

**ⓐ인·허가변경처분**

i) 전부변경 시 새로운 처분설

ii) 일부변경 시 변경된 원처분설, 분리가능 시 병존설

iii) 적극적 변경처분의 경우 새로운 처분설 타당

**ⓑ감경처분(징계, 과세 등)**

**감액처분(적극적 변경 포함) 시 변경된 원처분설(역흡수설)**, 증액처분 시 흡수설(변경처분설)

**②이의신청에 따른 변경처분**

**감액처분 시 변경된 원처분설(역흡수설)**, 증액처분시 변경처분설(흡수설)

**③변경명령재결에 따른 변경처분**

**감액처분 시 변경된 원처분설(역흡수설)**, 증액처분시 변경처분설(흡수설)

**④개별공시지가 직권정정에 따른 변경**: 공시기준일 소급하여 효력(정정된 **원처분 기준**)

**4.원처분주의, 재결주의**

**①의의**: 취소소송의 대상은 원처분 원칙, 재결 고유의 하자 있는 경우 재결 대상

**②현행법의 태도**: 행정소송법 제19조, 토지보상법 제85조 원처분주의 입각

**③인용재결(재결 대상)**: 상대방 소익 없음, 제3자에게 새로운 처분인바 재결 대상

**④변경재결(일부인용)(변경된 원처분**): ⓐ변경된 원처분설 ⓑ변경재결(처분)설 -> ⓐ(판)(검)

**⑤기각재결(원처분 대상):** 원처분의 하자와 동일한 하자 주장하므로 재결 고유 하자 인정 X

**⑥각하재결**: 원칙적으로 원처분 대상, 각하사유 고유 하자 존재 시 재결 대상 가능

**⑦명령재결**: 재결과 재결에 따른 변경처분 모두 소의 대상 (양자택일 가능)

**5.반복되는 거부처분의 경우**

각각의 처분이 독립된 처분이므로 각각을 대상으로 거부처분 취소소송 제기 가능

**I. <원처분주의, 재결주의 행정소송법 제 19조>**

**1. 원처분주의 의의(대원원 재고하재):** 취소소송의 **대**상 **원**처분 **원**칙, **재**결 **고**유의 **하**자 있는 경우 **재**결대상

**2. 재결주의 의의:** 재결만이 행정소송대상

**3. 현행법의 태도 :** **행**정**소**송법 **19**조, **토**지보상법 **85**조

**(행소19 토85)**

**4. 관련 판례의 입장(2008두1504)**

**논거: 이의신청이 임의적절차인점, 행소법 19조 단서규정등을 종합하여**

①수용재결불복, 이의재결거쳐 취소소송: 수용재결한 관할

②이의신청에 대한 재결자체 고유 위법: 이의재결한 중앙

**5.재결자체 고유한 위법 의미** :원처분에 없는 주형절+내용

**6.원처분주의 위반 효과:** 각하판결 vs 본안심리 기각판결

**7. 인용재결의 소의 대상 (본단)**

**1)학설:** 19조 형식상 재결, 제3자에게 새로운 처분 **본**문설, 19조 **단**서설재결 고유하자 주장

**2)판례:** 인용재결 취소 구하는 것 원처분에는 없는 고유한 하자를 주장하는 셈이어서 당연히 취소소송 대상이 된다.

**3)검토:** 제3자에게 새로운 처분 19조 본문설 타당

**II. <거부처분의 성립요건(대상적격) - 공권신>**

**1.문제점** : 소가 적법하려면 거부행위 처분성이 인정되야

**2.판례의 입장** : 공권신

(공권력의 행사로서 거부, 국민 권리,의무 직접적 영향, 법규상, 조리상 신청권 존재)

**3.사안의 해결** : 00이 처분인지, 신청권이 있는지 포섭!

①갱신등록신청(감정평가법 제 17조)

②재결신청청구(토지보상법 제 30조)

③이주대책신청(토지보상법 78조1항 강행규정)

**신청권을 대상적격으로 볼수 있는지**

①형식적 신청권에 불과하므로 처분의 요건으로 봄이 타당하다는 <대상적격설> ②거부처분에 신청권이 필요하다면 거부처분의 범위가 부당하게 축소되는 점등을 볼 때 신청권은 원고적격의 문제로 보아야 한다는 <원고적격설> 이 대립된다.

**검토**

판례의 태도는 사건에 대한 주관적인 권리가 아닌 국민에 대한 일반적, 형식적인 신청권을 의미하는 바, **대상적격**으로 봄이 타당해 보인다.

**III. 변경처분 시 소의 대상 - 이의신청, 재결 X**

**1. 견해의 대립(흡역병)**

①당초처분과 변경처분은 독립하여 소의 대상이 된다는 견해(**병존설**) ②당초처분은 변경처분에 흡수되어 변경처분이 소의 대상이 된다는 견해(**흡수설**, 변경처분설) ③변경처분은 당초처분에 흡수되어 변경된 당초처분이 소의대상이 된다는 견해(**역흡수설**, 변경된 원처분설)

**2.변경처분(인허가 처분 등에 대한 변경처분)인 경우**

**1)전부변경의 경우:** 원처분 완전히 대체, 주요부분 실질적 변경 -> **원처분 효력 상실 (대상적격: 변경처분)**

**2)일부변경의 경우:** 불가분적인지 판단 -> 불가분이면 **변경된 원처분만 존재, 가분적이면 병존 (병존설)**

**3)변경처분과 소익** : 종전처분 실질적 변경한 경우 원처분에 소제기는 존재하지 않는 처분 대상으로 소익이 없음

**4)적극적 변경처분**

(1) 학설

①적극적 변경도 실질적으로 일부취소로 보고 후속 변경처분에 의해 당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 감경된 처분을 대상으로 한다는 **<변경된 원처분설>**, ②직권에 의한 적극적 변경은 당초처분을 대체하는 새로운 처분으로 보고 적극적 변경처분을 대상으로 한다는 **<새로운 처분설>**이 있다.

(2) 판례(2010두7765)

판례는 당초 관리처분계획의 경미한 사항을 변경하는 경우와는 달리 당초 관리처분계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 새로운 관리처분계획을 수립하여 시장, 군수의 인가를 받아 고시된 경우에는 당초 관리처분계획은 그 효력을 상실한다고 할 것이라고 판시하였다.

(3) 검토

적극적 변경처분의 경우 당초 처분은 효력을 상실하므로 변경처분을 대상으로 항고소송을 제기하여야 한다는 판례의 태도가 타당하다고 판단된다.

**3.경정(감경)처분(징계 및 조세처분 등의 변경)의 경우**

**1)감액처분** **(2006두3957)**

판례는 금전부과처분을 한 후 감액처분은 일부취소처분의 성질을 가지므로 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것이 아니며 처음의 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이 항고소송의 대상이 된다고 보았다. **(적극적 변경도 감액처분에 해당)**

**2)증액처분 (2008두22280)**

판례는 증액처분의 경우에는 당초의 처분은 증액처분에 흡수되어 소멸되므로 증액처분이 항고소송의 대상이 된다고 보았다.

**<변경처분(이의신청으로 감액, 증액)>**

**1. 문제점**

변경처분에 대해 소의 대상 문제

**2. 학설**

흡수설, 역흡수설, 병존설

**3. 판례**

**①감액 처분의 경우 (원처분, 역흡수설)**

감액처분은 당초 징수결정의 변경으로 징수의무자에게 유리한 결과를 가져오는 것으로 감액처분을 항고소송의 대상으로 할 수 없고 당초 징수결정중 감액처분에 의해 취소되지 않고 남은 부분을 항고소송의 대상으로 할 수 있을 뿐이다(변경된 원처분, 역흡수설).

**②증액 처분의 경우 (변경처분, 흡수설)**

증액처분의 경우에는 당초의 처분은 증액처분에 흡수되어 소멸되므로(흡수설) 증액처분이 항고소송의 대상이 된다고 한다. (3천이 4천 되면 4천이 소의 대상)

**③개공 직권정정의 경우**

개공 직권정정의 효과는 공시기준일에 소급하여 발생한다. 따라서 직권정정에 따라 경정된 당초의 개별공시지가 처분에 대하여 소를 제기할 수 있다.

**4.검토**

**1)소의 대상**

감액처분은 징수의무자에게 유리한 처분으로 이의 취소를 구할 법률상 이익이 없는 바 감액처분으로 취소되지 않고 남은 원처분을 소의 대상으로 함이 타당하다.

**2)제소기간**

행정기본법 36조 4항에 의거 이의신청 결과를 통보받은 날부터 90일 이내 제기할 수 있다.

**<변경재결 (행정심판 거쳐 감액)>**

**1. 문제점**

변경재결에 대해 소의 대상 문제

**2. 학설 (원처분주의 재결주의)**

①일부취소되고 남은 원처분이 소의 대상이 된다는 <변경된 원처분설>과 ②변경재결은 원처분을 새로 대체하는 처분으로 변경재결이 소의 대상이 된다는 <변경처분설>이 대립한다.

**3. 판례 (일감남원)**

판례는 **일부취소로 인하여 감경되고 남은 원처분을 상대로** 원처분청을 피고로 소송을 제기하여야 한다고 판시하였다. 97누7325

**4.검토**

**1)소의 대상**

변경재결은 일부취소의 내용을 갖는 바 취소되고 남은 원처분을 소의 대상으로 보는 것이 타당하다.

**2)제소기간**

행정심판을 거친 경우 재결서 송달일부터 90일 이내에 제기하여야 한다. (행정소송법 20조) 재결서 정본을 송달받지 못한 경우 재결이 있은날부터 1년이내 제기하여야 한다.

**<행정심판 각하재결 후(감액처분) 항고소송의 대상>**

**1. 논점의 정리**

1)취소소송 적법하기 위해 소송요건을 갖추어야한다.

2)대상적격, 원고적격, 협의소익, 피고적격, 제소기간, 행정심판 전치, 관할등이 있다.

3)사안의 경우 대상적격과 제소기간이 문제되는 바 이하 검토한다.

**2. 대상적격**

**1)원처분주의와 재결주의** : 원처분주의, 재결주의가 있다. 현행법은 개별법 규정이 없는 한 원처분주의에 따른다.

**2)감액 처분이 있은 경우 항고소송의 대상**

(1)학설 : 흡수설, 역흡수설, 병존설

(2)판례 : 감액처분, 증액처분

(3)검토

**3)사안의 경우**

**3. 제소기간**

1)행정소송법 제 20조

2)행정심판 재결을 거친 경우 (그냥 각하된건 재결서 정본 받은날부터 90일 이내 제기, 청구기간 도과한경우만 이거)

행정심판 청구기간이 도과하여 부적법 각하된 경우에는 재결서 정본 송달받은날을 기산점으로 할 수 없다.(제소기간이 무한정 확장되는 결과 초래, 제소기간 어긴경우만 해당. 일반적 각하는 재결서정본송달일부터 기산)

3)사안의 경우 : 안날부터 90일이 됨

**<변경재결명령의 경우 (원처분, 재결주의 X)>**

**1. 학설 (변경된 원처분설, 새로운 처분설)**

① 변경된 원처분이 소의 대상이 된다는 견해

:당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 감경된

처분이 대상

② 변경처분이 소의 대상이 된다는 견해

:명령재결에 따른 변경처분은 당초처분을 대체하는 새로운 처분

**2. 판례**

**취소소송의 대상은 변경된 내용의 당초처분, 제소기간도 변경된 내용의 당초처분(재결서 정본의 송달을 받은 날)을 기준으로 판단(2004두9302)**

**3. 검토**

당초부터 유리하게 변경되어 존속하는 감경된 처분을 대상

**<일부취소 판결 가능성(행정소송)>**

**1. 문제점** : '변경'의미가 소극적(일부취소)인지 적극적인지

**2. 학설**

①소극설: 권력분립 형식적 이해, 일부취소판결만 가능

②적극설: 권력분립 실질적 이해, 새로운 처분내용 가능

**3. 판례** : 현행 행소법상 의무이행소송 인정X, 일부취소

**4. 검토:** 소극적 변경 타당(법원은 처분할 권한X)

**5. 일부취소판결 가능성**

**①일부취소판결 허용기준** : 가분성, 특정성

판례는 정당한금액을 산출할 수 있는 경우 정당금액을 초과하는 부분만 취소하여야 한다고 하여 가분성, 특정성이 있는 경우 일부취소를 인정하고 있다.

**②기속행위**: 일부취소 가능(정당부과액 초과부분만 취소)

**③재량행위:** 행정청의 재량권을 침해할 수 있어 일부취소 불가, 전부취소 판결 후 처분청이 재량권행사하여 적정한 처분 할 수 있도록 해야 한다.

**<제소기간 행정소송법 제 20조> (의행행소)**

**1. 의의** : 소를 제기할 시간적 간격 (불가쟁력)

**2. 행정심판을 거친 경우**

①재결서 정본 송달일 90일

②재결이 있은 날 1년

**3. 행정심판을 거치지 않은 경우**

**안날과 있은날의 의미, 관계**

①안날: 통지 적법한 송달일, 고시효력발생일(고시 5일뒤)

②있은날 : 행정처분 도달 효력발생한 날, 알수있는상태

③관계: 어느하나만이라도 경과해서 제기할 수 없다.

**+) 안 날과 있은 날**

**1)불특정 다수에 대한 처분**

안 날: 효력발생일 (공시일로부터 5일, 행정효율 협업촉진등에 관한 규정)

있은 날: 효력발생일 (공시일로부터 5일)

**2)특정인에 대한 처분 (개별공시지가 포함)**

안 날: 현실적으로 안 날 (개별통지 않은 경우)

있은 날: 효력발생일 (14일, 행정절차법 15조)

**\*개별공시지가의 있은 날은 <공시일>**

**3)표준지공시지가의 경우**

**안 날, 있은 날 모두 고시일**

**4. 제소기간 충족 기준시점: 소제기시**

**5.제소기간 정리**

①행정소송법 20조: 안날 90일, 있은 날 1년

②행정심판법 27조: 안날 90일, 있은날 180일

③행정기본법 36조4항: 이의신청 통지받은날부터 90일

④행정심판 재결서 정본 받은날부터 90일, 못받으면 1년

**⑤개공 직권정정: '공시기준일에 소급하여 효력발생'**

**<원고적격 행소법 12조 전문> (의법법사)(인경경)**

**1. 의의:** 처분등 취소구할 법률상이익있는 자 남소방지

**2. 법률상 이익이 있는 자의 의미**

**1)문제점**

**2)학설(권법보적)** : ①'권리가 침해된 자'를 의미하는 <**권**리구제설> ②법에 의해 보호되는 이익을 가진 자라는 <**법**률상 이익구제설> ③재판상 보호할 가치가 있는 이익을 침해받은 자라는 <**보**호가치 이익설> ④처분을 다툴 가장 적합한 이익 상태에 있는 자 라는 <**적**법성 보장설>이 대립된다.

**3)판례(2006두330)** : **개직구**, 공익보호결과 **간사이** **X**

**4)검토:** ①권리구제설은 원고적격 범위가 좁고 ②보호가치 이익설은 법원의 법규창조력을 인정하는 문제, ③적법성 보장설은 현행 소송법이 취하는 주관적 소송체계에 반한다는 문제가 있어 ④문언의 충실한 해석, 국민의 재판청구권 보장 차원에서 <법률상이익구제설> 타당

**3. 법률의 의미 (근관헌민)**

①**근**거법규에 한정 ②**관**계법규까지 고려 ③**헌**법상 기본권까지 고려한다는 견해 대법원은 관계법규까지, 헌법재판소는 헌법상 기본권인 경쟁의 자유까지 고려한 바 있다.

**4. 사안의 해결**

①근거법규, 관계법규 규정

②개별적, 직접적, 구체적인지 각각 사안 포섭

**5 인인소송**

인인소송이란 행정청이 어떠한 시설의 설치를 허가하는 처분 등에 대해서 당해 시설의 인근 주민이 다투는 소송을 말한다.

**6 사안별 판례 및 원고적격 인정여부 (인인소송)**

**①환경영향평가 대상지역 안 주민:** 환경영향평가 대상지역 안의 주민들은 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 환경상의 이익은 개별적으로 보호되는 직접적, 구체적 이익으로서 원고적격이 인정된다.

**②제3자:** 환경영향평가 대상지역 밖 주민에 대하여 수인한도 넘는 환경침해를 받을 우려가 있고 이를 입증할 수 있다면 무효등확인소송을 구할 원고적격이 인정된다고 판시하였다.

**③환경상 이익을 일시적으로 향유하는 사람 제외**

환경상 이익 영향권 내에서 농작물 경작등 현실적 환경상 이익 향유하는 자 포함된다고 할 것이나 단지 건물∙토지를 소유하거나 일시적으로 향유하는 데 그치는 사람은 포함되지 않는다.

**③대상지역내 포함될 개연성 있으면 포함**

사전환경성검토협의 대상지역내에 포함될 개연성이 있는 주민은 환경상 이익 침해를 추정할 수 있어 법률상 보호되는 이익에 해당한다고 원고적격인정

**④환경상 이익이 법인에게도 인정되는지(딸기쨈 판례)**

환경상 이익은 본질적으로 자연인에게 귀속되는 것으로 재단법인의 환경상 이익이 침해된다고 볼 수 없다.

**⑥공장설립으로** 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 취수장에서 물을 공급받는 주민: 원고적격이 인정

**⑦사업인정:** 토지보상법 21조 이해관계가 있는 자의 의견을 청취하도록 규정, 근거 법규 및 관계 법규에서 주변 토지소유자의 권익을 보호하고 있음

**⑧표준지공시지가:** 7조 이의가 있는 자, 가능

**⑨개별공시지가**: 인근주민 법률상 이익X

**8. 경원자소송**

**1.의의**

:경원자소송이란 **일방에 대한 인허가 등의 처분이 타당에 대한 불허가 등으로 귀결될 수 밖에 없는 경우(=경원자관계)** 인허가 등을 받지 못한 자가 ①인허가 처분에 대해 취소소송을 제기하거나 ②자신에 대한 거부처분에 대해 취소를 구하는 소송이다.

**2.제기할 수 있는 소송**

**1)상대방 허가에 대한 취소소송(원고적격 인정여부)**

:경원자관계에 있는 자는 상대방의 허가에 대하여 제3자의 지위에 있는바 당사자적격(원고적격) 인정여부가 문제된다. 판례는 경원자에 대하여 이루어진 허가 등 처분의 상대방이 아니라 하더라도 **당해 처분의 취소를 구할 당사자적격이 있다** 할것이지만, 처분이 취소되더라도 허가 등의 처분을 받지 못한 불이익이 회복된다고 볼 수 없을 때에는 당해 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 없다. (원고적격 부정)

**2)자기 신청 거부처분에 대한 취소소송**

:**①원고적격 인정 여부**

허가 등 처분을 받지 못한 사람은 신청에 대한 거부처분의 직접 상대방으로서 원칙적으로 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. **(원고적격 인정)**

**②대상적격 인정여부: 공권신 (인정)**

**③협의소익 인정여부 (인정)**

:행정청은 취소판결의 기속력에 따라 판결에서 확인된 **위법사유를 배제한 상태에서 취소판결의 원고와 경원자의 각 신청에 관하여 처분요건의 구비 여부와 우열을 다시 심사하여야 할 의무가 있으며(재처분의무)** 재심사 결과 경원자에 대한 수익적 처분이 이루어질 가능성을 완전히 배제할 수는 없으므로 **특별한 사정이 없는 한 경원관계에서 허가 등 처분을 받지 못한 사람은 자신에 대한 거부처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다. (협의소익 인정)**

**8. 경업자소송**

:경업자의 경우 **허가와 특허 구별 없이 법률상 이익이 인정되는 경우 원고적격을 인정**한다.

**<협의소익 행소법 12조 후문> (의원회범취범가)**

**1. 의의:** 본안판결 받을 현실적 필요성 (처분 효력 소멸 이후 처분등 취소로 회복되는 법률상 이익있는자), 남소방지, 재판청구권인정

**2. 원고적격과 구별**: 원고적격, 구분하는견해, (구분타당)

**3. 회복되는 법률상 이익의 범위**

①학설(소적당/법명문): 소극설(법에 의해 보호), 적극설(명예, 신용), 정당이익(문화적 이익)

②판례(근관개직구/간사이X) : 처분의 근거 법률에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하며, 간접적이고 사실적인 이해관계에 불과한 경우는 해당하지 않는다고 한다.

③검토 : 구체적 사안별로 권리보호의 현실적 필요성이 있는지 검토함이 타당하며 경우에 따라 명예 신용의 이익이 있는 경우에도 소의 이익을 인정할 수 있다고 판단된다.

**4. 취소소송에서 협의 소익 인정 범위**

①원칙적으로 부정되는 경우 : 소원해간

(소멸, 원상회복X, 이익침해상황 해소, 간이한 방법)

②예외적으로 인정되는 경우 : 위가회

(위법한 처분 반복, 가중제재처분, 회복되는 법률상 이익 존재)

**5. 가중처분과 관련된 협의 소익(시행령 29조 별표3)**

**1)문제점 :** 처분효력 소멸, 원칙적 협의소익X, 별표3가중적 제재처분 기준 정하고 있어 문제

**2)판례의 입장**

①종전판례 : 시행령 인정, 시행규칙(부령) 부정

②**최근 판례(2003두1684)(선가전후 취 법이)**

(법규성 여부 관계 없이 선행처분을 가중사유, 전제요건으로 하는 후행처분의 우려가 현실적으로 존재 시 취소소송을 통해 불이익 제거할 법률상 이익 있음)

③별개의견 :부령법규성인정 이론적기초 긍정 법리적합당

**3)사안의 해결**

①별표3의 법적성질

②협의소익 인정되는지 여부

**<기판력 민사소송법 준용 의내범>**

**1.기판력의 의의 및 취지**: 판결 확정 후 소송당사자 전소에 반하는 주장 X. 후소법원도 전소에 반하는 판결 X. 소송절차의 무용한 반복 방지 법적 안정성 도모

**2.내용**: 반복금지효, 모순금지효 **(반모)**

**3.효력범위**: ①**객**관적 범위(판결의 **주**문) ②**주**관적 범위(**당**사자와 승계인) ③**시**간적 범위(사실심 변론 **종**결시) **(객주시 주당종)**

**4. 국가배상청구에 취소소송의 기판력이 미치는지**

**1)학설(긍부제)**

①긍정설(협): 협의행위위법설, 위법성 동일해서 미침

②제한적긍정설(광): 광의행위위법설, 인용판결미치나

기각판결은 미치지 않음 (취소됐으니 손해배상 가능)

③부정설(결상): 위법성이 전혀 다른 개념 안미침 (국가배상청구의 위법성이 더 큼)

**2)판례**

취소판결이 확정되었더라도 그 기판력에 의하여 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.

**3)검토:** 행위경제 및 권리구제의 조화 측면에서 볼 때 제한적 긍정설에 따라 인용판결의 경우에만 인정하는 것이 타당. 국가배상청구소송의 판결은 취소소송에 영향을 미치지 아니한다.

**5. 국가배상소송기판력, 취소소송에 미침?** 안미침

국가배상청구권의 존부를 소송물로 한 것이지 위법여부를 소송물로 한것은 아니기 때문이다. 국가배상소송에 있어 위법상 판단은 개개의 위법사유에 해당하며 개개의 위법사유에는 기판력이 미치지 않기 때문이다. (기판력은 위법성 일반)

**6. 취소소송 기판력, 무효소송 미침?:** 기각판결 미침

(취소사유 아님, 즉 적법->무효사유도 아님)

**7. 무효확인소송 기판력, 취소소송미침? 안미침**

기각판결이 확정되어도 중대하고 명백하지 않다는 점에 대해서만 기판력 발생, 취소소송제기는 가능하다.

**<국가배상청구 헌법 29조1항 국가배상법 제 2조>**

**1. 국가배상 의의 근거**

**2. 국가배상청구권 성질** :공권설/사권설

**3. 요건** **(공직고위손인)**

①공무원 공무수탁사인 실질적 **공**무수행

②**직**무를 집행하면서: 협(권력)광(비권력)최(사경제)

③**고**의∙과실: 표준적평균적공무원, 예견가능성,회피가능성

④**위**법의 의미 : 협광결상, 법신객정결

⑤타인에게 **손**해발생(재산,정신,적극,소극)

⑥상당한 **인**과관계 : 개목예가태피

**4. 국가배상책임의 성질(대자절)**

국가 자신의 책임이냐, 공무원책임을 대신지는거냐

①**대**위책임설 ②**자**기책임설 ③**절**충설

④판례: 외관상 공무집행으로 보여질때 국가가 배상(명시적X)

**5. 공무원의 직접적인 배상책임의 문제**

공무원이 직접 배상할거냐 말거냐

1)**긍**정설(책임의식박약) 2)**부**정설(국가로충분) **3)절**충설

판례: 기관으로 품격상실 국가에 책임귀속x, 공무원이배상

**6. 국가배상청구에 취소소송의 기판력이 미치는지**

**1)학설**

①긍정설(협): 협의행위위법설, 위법성 동일해서 미침

②제한적긍정설(광): 광의행위위법설, 인용판결미치나

기각판결은 미치지 않음 (취소됐으니 손해배상 가능)

③부정설(결상): 위법성이 전혀 다른 개념 안미침

**2)판례**

취소판결이 확정되었더라도 그 기판력에 의하여 당해 행정처분이 곧바로 공무원의 고의 또는 과실로 인한 것으로서 불법행위를 구성한다고 단정할 수는 없다.

**3)검토:** 행위자체 위법이 인정되는 인용판결에는 기판력이 미치고 성실의무위반등이 문제된 경우에는 기판력이 미치지 않는다고 보는 제한적 긍정설 타당

**7. 국가배상소송기판력, 취소소송에 미침?** 안미침

국가배상청구권의 존부를 소송물로 한 것이지 위법여부를 소송물로 한것은 아니기 때문이다. 국가배상소송에 있어 위법상 판단은 개개의 위법사유에 해당하며 개개의 위법사유에는 기판력이 미치지 않기 때문이다. (기판력은 위법성 일반)

**8. 취소소송 기판력, 무효소송 미침?:** 기각판결 미침

(취소사유 아님, 즉 적법->무효사유도 아님)

**9. 무효확인소송 기판력, 취소소송미침? 안미침**

기각판결이 확정되어도 중대하고 명백하지 않다는 점에 대해서만 기판력 발생, 취소소송제기는 가능하다.

**<집행정지 행정소송법 제 23조, 토지보상법 88조>**

**1.의의**  원칙(효력,집행,절차속행 영향X), 예외(회복되기 어려운 손해 발생되는 경우 예외적 인정)

(계처거손긴공본, 계신직결, 형기시, 공정)

**2.적극적 요건 : 당사자가 주장, 소명 (계처거손긴)**

①적법한 소송 **계**속중일 것

행정소송법상의 집행정지는 민사소송에서의 가처분과는 달리 적법한 본안소송이 계속중일 것을 요하며, 계속된 본안소송은 소송요건을 갖춘 적법한 것이어야 한다.

②집행정지 대상인 **처**분의 존재: 부작위,효력소멸X

행정소송법상 집행정지는 **종전의 상태, 즉 원상을 회복하여 유지시키는 소극적인 것**이 므로 침해적 처분을 대상으로 한다.

☞**거**부처분도 집행정지 대상인지여부

③회복하기 어려운 **손**해 발생:사회관념상 금전보상으로 수인하기 어려운 손해 중대한 경영상의 위기

④긴급할 필요의 존재 (**성금승**)

회복하기 어려운 손해발생이 절박하여 본안판단을 기다릴 여유가 없음을 의미한다. 긴급한 필요가 있는지 여부는 처분의 **성**질, 손해의 **성**질, **금**전배상의 난이, 본안청구의 **승**소 가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다.

**3.소극적 요건 : 행정청이 주장, 소명 (공본)**

①**공**공복리를 현저히 해할 우려가 없을 것

: 신청인 손해와 집행정지로 인한 공공복리 간 이익형량

②**본**안소송이 이유없음이 명백하지 않을 것

:인용판결 실효성 보장, 집행정지 남용방지 위함

**4. 절차 (계신직결)**

**본안이 계속된 법원**에 당사자의 **신청 또는 직권**에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 **결정**할 수 있다.

**5. 내용**

① 처분의 효력을 존재하지 않는 상태에 놓이게 하는 처분의 **효력정지**, ② 처분의 집행을 정지하는 **집행정지**, ③ 여러 단계의 절차를 통하여 행정목적이 달성되는 경우에

**절차의 속행을 정지**하는 절차속행의 정지를 내용으로 함.

**6.집행정지 효력 및 시기 형기시**

① 처분의 효력을 잠정적으로 소멸시키는 **형**성력, ② 행정청은 동일한 처분을 할 수 없는 **기**속력(행정소송법 제30조 제1항 준용), ③ 판결주문에 정해진 시점까지 존속하는 **시**적효력이 있다. 집행정지간은 법원이 시기와 종기를 자유롭게 정할 수 있는데, 종기의 정함이 없으면 본안판결 확정시까지 정지의 효력이 존속한다.

**6. 집행정지결정에 대한 불복과 취소**

집행정지의 결정 또는 기각 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있으나, 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다(제23조 제5항).

**7. 집행정지 취소 사유 및 효과**: **공정**

**공**공복리 중대한 영향, **정**지사유가 없어진 때

신청 직권으로 집행정지 취소할 수 있다.

tip: 설립인가취소- 계처손긴공본만

등록갱신거부-거부처분 논의도 쓰기

**<기속력 행정소송법 제30조 의내범위>**

**1.기속력의 의의**: 취소판결 확정 시 당해행정청 관계행정청 **구속**하는 효력

**2.효력(내용)**: 반복금지효, 재처분의무, 원상회복의무 **(반재원)**

**3.인정범위:** 객관적 범위(**개**개의 위법사유), 주관적 범위(행정**청** 및 관계청), 시간적 범위**(처**분 시) **(객주시) (개청처)**

**4.위반시 효과:** 기속력은 강행규정이므로 이에 대한 위반은 그 하자가 중대, 명백하여 **당연무효**라고 본다.

**법령이 개정된 경우 재처분의무**

**1.학설**: 변경된 법령을 기준으로 해야한다는 견해와 처분 당시 법률 및 사실관계를 기준으로 재처분을 해야한다는 견해가 대립.

**2.판례**: 판례는 거부처분 후에 법령이 **개**정된 경우에 **새**로운 사유를 들어 다시 거부처분 할 수 있다고 판시한 바 있다. 다만 합리적 이유 없이 상당기간 재처분의무를 **이**행하지 않던 중 법령이 개정된 경우에는 **기**속력에 반하는 것이라고 판시한 바 있다. **(개새이기)**

**3.검토**: 취소판결의 취지에 따른 재처분은 **종전 처분과는 다른 새로운 처분**이므로 재처분 당시의 법령 및 사실상태를 기준하는 것이 타당할 것이다.

**<간접강제 행정소송법 제34조 의요절범추>**

**1. 기속력 의의, 범위, 효력 (행정소송법 제30조)**

기속력이란 취소판결이 확정되면 당해행정청과 관계행정청을 구속하는 효력을 말한다. 기속력은 인용판결에만 미치고 판결서 주문과 이유에 설시된 개개의 위법사유에 미치며 처분시를 기준으로 한다. 반복금지효, 재처분의무, 원상회복의무가 발생한다.

**2. 간접강제 의의(행정소송법 제34조)**

행정청이 행정소송법 제30조2항에 따른 재처분의무를 이행하지 않는 경우에 손해배상의무를 부과하여 재처분의무를 간접적으로 강제하는 제도이다. 거부처분 취소판결의 실효성을 확보함에 제도적 취지가 인정된다.

**3. 간접강제 요건 (확아 판취처아 재기반당)**

①**확**정판결이 있을 것 ②재처분의무를 이행하지 **아**니할 것을 요건으로 한다.

③판례는 **판**결의 **취**지에 따라 이전신청에 대한 재**처**분을 하지 **아**니하거나 **재**처분을 하였더라도 **기**속력에 **반**하여 **당**연무효인경우 간접강제를 신청할 수 있다고 판시하였다. (2002무22)

**4. 간접강제 절차(신결상배집)**

①당사자 **신**청에 의하여 **결**정으로서 **상**당기간을 정하고 ②행정청이 그 기간내 이행하지 않는 경우 ③지연기간에 따라 **배**상을 명하거나 즉시배상을 명할 수 있다. ④신청인은 **집**행문을 부여받아 강제집행할 수 있다.

**5. 인정범위**

무효등확인소송에 준용되는지 견해대립이 있으나 판례는 준용규정이 없음을 이유로 부정한다.

**6. 배상금의 성질과 추심**

판례는 배상금은 손해배상이나 제재적 성격이 아니라 심리적 강제수단으로 재처분이 있는 경우 배상금 추심을 할 수 없다고 판시하였다.

**<형성력 행정소송법 제29조>**

**1. 의의 및 취지(행정소송법 제29조)**

형성력이란 취소소송의 인용판결 확정 시 행정청의 취소를 기다릴 것 없이 처분 등의 효력이 당연히 상실되는 것을 말한다. 이는 취소소송의 목적 달성에 그 취지가 인정된다.

**2. 내용 (형소3)**

**1) 형성효**

형성효란 처분에 대한 취소의 확정판결이 있으면 그 이후에는 행정처분의 취소나 통지 등의 별도의 절차를 요하지 않는 효과를 말한다.

**2) 소급효**

취소판결의 형성력은 처분이 발령된 시점으로 소급하여 발생한다.

**3) 제3자효**

처분등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다(행소법 제29조). 이처럼 형성력이 제3자에게도 미치기 때문에 소송에 참가하지 않았던 제3자의 보호를 위해 제3자의 소송참가(행소법 제16조), 제3자의 재심청구(행소법 제31조) 등의 제도가 인정되는 것이다.

**<소송참가와 재심청구>**

**1. 소송참가의 개념**

소송참가란 타인 간의 소송의 계속 중에 소송 외의 제3자가 타인의 소송결과에 따라 자기의 법률상 이익에 영향을 받게 되는 경우 자기의 이익을 위해 타인의 소송절차에 참가하는 것을 말한다.

**2. 제3자의 소송참가**

**1) 의의 및 취지(행정소송법 제16조)**

소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자가 있는 경우 신청 또는 직권에 의해 제3자가 소송에 참가하는 것을 말한다. 이는 ①행정소송의 공정한 해결, ②모든 이해관계인의 이익 보호, ③충분한 소송자료 확보에 취지가 있다.

**2) 요건**

①타인 간에 소송이 계속 중일 것, ②소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자일 것이 요구된다.

**3) 절차**

①법원은 당사자나 제3자의 신청 또는 직권에 의해, ②당사자 및 제3자의 의견을 듣고 소송참가를 결정한다. ③참가신청이 각하된 경우 즉시 항고할 수 있다.

**3. 행정청의 소송참가**

**1) 의의(행정소송법 제17조)**

행정청의 소송참가라 함은 관계 행정청이 행정소송에 참가하는 것을 말한다.

**2) 요건**

①타인의 소송이 계속 중일 것, ②참가행정청은 다른 행정청으로서 법적인 이해관계를 가지고 있을 것, ③법원이 소송에 참가시킬 필요성이 있을 것을 요건으로 한다.

**3) 절차**

당사자 또는 당해 행정청의 신청 또는 법원의 직권에 의해 법원이 결정의 형식으로 행하며, 법원이 참가결정을 하고자 할 때는 사전에 당사자 및 당해 행정청의 의견 청취가 필요하다.

**4. 제3자의 재심청구**

**1) 의의 및 취지(행정소송법 제31조)**

확정판결에 대한 취소와 동시에 판결 전 상태로 복구시켜줄 것을 구하는 불복방법을 말한다. 이는 소송에 참가하지 못한 제3자의 불이익을 구제하기 위함에 취지가 있다.

**2) 요건**

①**<전제조건>** 종국판결의 확정을 전제로, ②**<당사자>** 처분등을 취소하는 판결에 의해 권리 또는 이익의 침해를 받는 제3자가, ③**<재심사유>** 자기에게 책임 없는 사유로 소송에 참가하지 못한 경우에 판결의 결과에 영향을 미칠 공격·방어방법을 제출하지 못하였을 것을 요구한다. ④**<청구기간>** 재심청구는 확정판결이 있음을 안 날부터 30일 이내, 확정된 날부터 1년 이내에 제기하여야 한다.

**<잔여지수용청구 법 74조 령 39조 의성요절효불>**

**1. 의의** : **동일협수종현청** (동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지 일부가 협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로 인하여 종래목적 사용이 현저히 곤란할 때 잔여지를 매수, 수용을 청구하는 것) (최소침해원칙 예외, 실질적 구제)

**2. 법적성질(사공특, 공용수용설 타당)**

①학설: **사**법상 매매설(피수용자청구)

**공**용수용설(본질적으로 공용수용과같다)

**특**별행위설(공익사업 필요를 넘는점 근거)

②판례: 요건구비, 재결X, 청구, 효과발생, 형성권

③검토: 수용과정에서 발생하는 법률관계 합리적 조정

**3. 요건(위형이용면 현사구 물사이비)**

**①법 74조:** 동,일,현,사업완료일,매수청구후 협의불성립

**(동일현사불)**

**②령 39조1항** : **대농교종** (대지로서 면적 작음, 농지로서 농기계 진입 곤란, 교통 두절, 종래의 목적 사용 현저히 곤란)

**③령 39조2항**: 잔여지 판단시에는 **위형이용면**(위치, 형상, 이용상황 및 용도지역, 면적) 종합고려

**④종래목적:** 수용재결당시 **현사구**(현실,사용,구체적용도)

**⑤현저히 곤란**: **(물사이비)** 물리적,사회경제적 이용가능, 많은 비용

**5. 절차** : 매수청구 -> 수용청구, 사업완료일까지

(행사기간은 제척기간 행사기간내 미행사시 소멸)

**6. 효과** : **원관사손환(원시취득, 관계인 권리보호, 사업인정, 손실보상, 환매권)** (손실보상 토지보상법 준용)

**7. 불복수단** : 이의신청, 취소소송, 보증소, 민사소송 불가

**8. 잔여지수용청구 각하재결에 대한 불복방법**

**1)문제점**: 각하재결에 대해 취소소송 vs 보증소 견해대립

**2)학설(항보공)**: 항고소송설, 보증소설, 공법상 당사자소송설

**3)판례**(2008두822):손실보상일환, 형성권, 잔여지 수용청구를 받아들이지 않은 토수위 재결에 대해 85조2항, 보증소

**4)검토** : 형성권, 분쟁의 일회적 해결 위해 보증소 타당

**9. 사업시행자 매수청구 거부**: 판례는 협의취득단계에서 형성권으로서 매수청구권이 인정될 수 없다고 하여 매매계약상의 청구권에 불과한 것으로 본다. 따라서 매수거부에 대하여는 수용청구로 권리구제를 받아야 한다.

**10. 사업시행자에게 한 수용청구 의사표시가 유효한지**

**1)부정한 판례**

판례는 '잔여지 수용청구 의사표시는 관할 토지수용위원회에 해야 하는 것으로 사업시행자에게 의사표시 수령권한을 부여했다고 인정할만한 사정이 없는 한 사업시행자에게 한 매수청구 의사표시를 관할토지수용위원회에 한 잔여지 수용청구 의사표시로 볼 수 없다고 판시하였다.

**2)긍정한 판례**

반면 지방자치단체가 재결신청을 하고 토지수용위원회의 의뢰에 따라 토지소유자등에게 의견제출을 통지한 경우 토지소유자가 해당 지방자치에 한 수용청구권 의사표시는 관할 토지수용위원회에 대하여 한 의사표시로 보아야 한다고 판시하였다.

가. 잔여지 수용청구의 의사표시는 관할 토지수용위원회에

해야하는 것으로서, 관할 토지수용위원회가 사업시행자에게 **잔여지 수용청구의 의사표시를 수령할 권한을 부여했다고 인정할 만한 사정이 없는 한**, 사업시행자에게 잔여지

매수청구의 의사표시를 관할 토지수용위원회에 한 잔여지

수용청구의 의사표시로 볼 수 없다.

나. **지방자치단체가 기업자로서** **관할 토지수용위원회에**

**토지의 취득을 위한 재결신청을 하고** 그 장이 관할

토지수용위원회의 재결신청서 및 관계서류 사본의 공고 및 열람의뢰에 따라 토지소유자 등에게 의견제출 할 것을 통지한 경우, 토지소유자가 해당 지방자치단체에 대하여 한 잔여지수용청구권의 의사표시는 관할 토지수용위원회에 대하여 한 잔여지 수용청구의 의사표시로 보아야한다.

**<잔여지손실보상청구 법 73조 칙 32조 의절평권>**

**1. 의의**(동일가그통공): **동**일 **일**단지 일부 편입+잔여지**가**격감소, **그**밖의 손실, **통**로구거담장등의 신설, 그밖의 공사가 필요한 경우 그 손실이나 **공**사비용을 보상하여야 한다.

**2. 절차(9조6,7항준용**): 협->재, 사업완료일부터 **1년 이내**

**3. 잔여지 손실에 대한 평가**

**1)가격하락한 경우 잔여지의 손실:** 편입전 잔여지가격 - 편입 후 잔여지가격 뺀 금액 (판례:현장거사교)

☞잔여지 손실보상범위는 **①현실적 이용상황 변경** 뿐 아니라 **②장래이용가능성, ③거래용이성** 등 ④**사용가치**, ⑤**교환가치 하락**도 포함하여야 한다고 판시하였다.

**2)공사비 보상:** 그 시설의 설치나 공사에 필요한비용

**3)잔여지 수용청구:** 일단의 토지 전체가격- 편입되는 토지의 가격을 뺀 금액

**4. 권리구제** : 명문근거X, 83조,85조 따라 권리구제가능

**5. 관련 판례의 입장**

①재결전치주의 : 잔여지가격감소 등으로 인한 손실보상~

②접도구역 판례 : 잔여지의 현실적 이용상황의 변경, 사용가치, 교환가치 하락등이 발생하였더라도 그 손실이 토지일부가 공익사업에 취득되거나 사용됨으로써 발생한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 법73조 1항 잔여지손실보상 해당한다고 볼 수 없다.

③부지조성판례 : 토지가치 증대시킨 한도내에서 잔여지 가격감소 손실보상액 산정할 때 반영되는 것 + 현장거사교 ☞검토: 토지가치증대한도내 사용가치,교환가치하락 보상 받을 수 있다.

④지연손해금 지급의무: 잔여지 손실보상금 지급의무는 이행기 정함없는 채무, 이행청구한 다음날부터 지급의무발생

**기출 26회 부지조성판례 손실보상 청구 법적근거**

**1. 논점의 정리**

**2. 잔여지 손실보상청구(법 73조**)

1)관련규정 검토

2)관련 판례입장(부지조성판례+현장거사교)

**3. 사업폐지보상(칙 57조)**

**4. 사안의 해결**

**<잔여건축물 수용청구 법 75조의2 의법요절>**

**1. 의의** : **동**일한 소유자에게 속하는 **일**단의 건축물의 일부가 **협의에 의하여 매수되거나 수용됨으로** 인하여 잔여 건축물을 **종**래의 목적에 사용하는 것이 **현**저히 곤란할 때에는 잔여건축 물 수용을 **청**구할 수 있다. (동일협수종현)

**2. 법적성질** : 잔여지수용청구와 동일

**3. 요건(75조의 2 2항 : 동일현매)**

①동일소유자 ②일단 건축물 일부 협의매수, 수용될 것

③잔여건축물 종래 목적대로 이용 현저히 곤란

④매수협의 불성립

**4. 절차 :** 매수청구, 수용청구, 사업완료일까지

**5. 효과:** 원시취득, 사업인정 의제 (관계인X, 환매권x)

6. 불복수단, 잔여지수용청구 동일

**<잔여건축물 손실보상청구 법 75조의 2, 칙 35조>**

**1. 의의**: 동일가그 그 손실을 보상하는 것

**2. 요건**: 동일, 일단 일부 취득or사용, 가격감소, 그밖손실

**3. 절차(9조6항,7항준용)** : 협의->재결신청(사업완료일부터 1년 이내)

**4. 평가방법**

①편입전(가격변동전) 건축물 가격 - 편입 후 건축물 가격

②보수가 필요한 경우 : 종목사유동비(통상 필요한 비용)

**5. 잔여건축물 매수 전환:** 가격감소분+보수비>잔여건축물

**6. 권리구제 :** 9조6항, 7항 준용, 명문근거X, 83조,85조 가능

**7. 재결전치주의** O

8. 보수비 정의(칙35조): (보)종목사유동비(시설개선비제외)

9. 이전비 정의(칙2조4호): (이)유동밖이 (시설개선비제외)

**10. 관련 판례**

**<30회 건축물 가치하락 보상 제기할 수 있는 소송 20점>**

1. 잔여건축물 가치하락 (토지보상법 75조의2)

2. 절차(9조6항, 7항), 권리구제방법

3. 재결전치주의

4. 제기할 수 있는 소송 : 보증소 자세히 설명(15점분량)

**<완전수용 법 제 72조 의성요절완불>**

**1. 의의, 취지**: 토지사용에 따른 토지소유자가 받게 되는 현저한 장애 내지 제한에 갈음하여 수용보상을 가능하게 해주는 제도 사용에 갈음한 수용

**2. 법적성질** : **사**권설, **공**용수용설, **특**별행위설, **형**성권 **(사공특형)**

**2. 요건**: **3형건 (3년 이상, 형질변경, 건축물 건축)**

**3. 절차 :** 사업인정 고시 후 매수청구 또는 수용청구

**4. 완전수용청구권 및 관계인의 권리존속청구**

**5. 불복방법** (2014두46669)

완전수용청구권은 **손실보상의 일환**으로 청구에 의하여 수용효과가 생기는 **형성권**으로 토지수용위원회의 **각하재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송**은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하고, 피고는 사업시행자로 하여야 한다.(2014두46669)

**6. 적법하지 않은 토지사용에 대한 수용청구 가능성**

판례는 토지의 사용이란 토지보상법이 정한 절차에 따른 적법한 사용만을 의미하고 무단으로 토지를 사용하고 있는 경우에는 포함되지 않는다고 판시하였다.

**<이전수용 법 제 75조>**

**1. 의의 :** 이전비원칙,어종넘이면 수용할 수 있는 것

건축물 입목 공작물과 그밖에 토지에 정착한 물건에 대하여는 이전에 필요한 비용으로 보상하여야 한다.

**2. 요건 :** 어종넘사 1항 1호, 2호는 수용 재결신청C

3. 절차: 명문 근거없으나 협의거쳐 수용재결 신청

**(1) 지상물로서 보상하는 경우**

지상물이란 취득할 토지상에 있는 건축물이 토지와 함께 사업에 필요하여 취득목적물이 되는 경우를 말한다. 토지보상법 제75조 제1항 단서와 같이 물건의 가격으로 평가하는 경우에는 동법 시행규칙 제33조에 따라 원가법으로 평가한다.

**(2) 지장물로서 보상하는 경우**

지장물이란 공익사업시행지구 내의 토지에 정착한 건축물이 당해 공익사업의 수행을 위하여 직접 필요하지 아니한 것을 말한다(시행규칙 제2조 제3호). 지장물은 이전비로 보상하여야 한다. 다만, ① 건축물 등의 이전이 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물 등을 종래의 목적대로 사용할 수 없게 된 경우 ② 건축물 등의 이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우 물건의 가격으로 보상하되 원가법으로 평가한다.

**(3) 취득하는 경우로서 원가법의 예외 (시행규칙 제33조 제2항 단서)**

① 주거용 건축물에 있어서는 거래사례비교법에 의하여 평가한 금액(이주대책, 주택입주권, 개발제한구역안에서의 이축권에 따른 가격상승분은 제외)이 원가법에 의하여 평가한 금액보다 큰 경우와 ② 집합건물의소유 및 관리에 관한 법률에 의한 구분소유권의 대상이 되는 건물의 가격은 거래사례비교법으로 평가한다.

**골프장 잔여시설 관련**

1. 논점의 정리: 이전비 보상이 원칙, 대체시설보상 검토

2. 지장물에 대한 보상(법 75조)

3. 잔여건축물에 대한 보상(법 75조의 2)

4. 사안의 해결

1)관련판례의 입장

가격에 따라 지장물 보상하는 경우에도 원가법으로 그 지장물의 현재가격 보상하는것으로 대체시설 시공비 전부를 보상하면 낡은시설을 새로운 시설로 교체, 정당보상 초과하여 보상하게 된다.

2)토지보상법 75조 적용시 이전비보상 타당

3)75조의 2 유추적용 가능 여부 그밖의손실X 이전비보상

판례는 ‘사업시행자가 물건의 가격으로 보상한 경우 사업시행자는 자신의 비용으로 이를 제거할 수 있고, 지장물 소유자는 이를 수인하여야 할 지위에 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 지장물의 소유자는 사업시행자에게 지장물을 인도할 의무가 있다.’고 판시하였다.

☞관련규정 법 75조, 법43조

부가세 판례

건축비 등에 포함된 부가가치세는 공제, 환급대상이므로 부가가치세 상당을 손실보상으로 구할 수 없다.

**<지상물 가격보상한 경우 토지소유자 인도이전의무>**

**1. 관련규정검토**

**1)지장물보상원칙 (법 75조)**

건물, 입목, 공작물과 그밖에 토지에 정착한 물건에 대하여는 이전에 필요한 비용으로 보상하여야 한다.

**2)가격으로 보상할 수 있는 경우**

①건축물등을 이전하기 어렵거나 그 이전으로 인하여 건축물등을 종래 목적대로 사용할 수 없게 된 경우 ②이전비가 그 물건의 가격을 넘는 경우 ③사업시행자가 공익사업에 직접 사용할 목적으로 취득하는 경우 가격으로 보상하여야 한다.

**3)가격으로 보상한 경우 철거비 부담(칙 33조)**

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

**4)인도이전의무(법 43조)**

토지소유자 및 관계인과 이에 포함하지 아니하는 자로서 수용사용할 토지나 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진자는 수용사용개시일까지 그 토지나 물건을 사업시행자에게 인도이전하여야 한다. 이를 위반시 1년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처한다(법 95조의 2 2호)

**2. 관련 판례의 입장**

사업시행자 자신의 비용으로 제거, 지장물 소유자 수인할 지위, 특별한 사정이 없는한 인도할 의무가 있다.

**3. 사안의 해결**

①제거할 권리+수인할 의무 ②43조 의거 인도이전의무有

**<사업인정 법 20조>**

**1. 의의, 취지**: 공익사업을 토지등을 수용하거나 사용할 사업으로 결정하는 것. 사업 전 공익성 판단, 사전적 권리구제, 수용행정 적정화, 피수용자 권리보호 취지

**2. 법적성질** : **처재3**

(**처**분, **재**량행위, 제**3**자효 행정행위)

공익성있는지 여부를 모든사항을 참작하여 구체적으로 판단하는 것으로 사업인정여부는 행정청의 재량에 속한다.

**3. 사업인정의 요건**

**1) 일반적인 절차 (신협의검제통고)**

사업시행자가 국토교통부장관에게 사업인정을 **신**청하면 국토교통부장관은 **관**계기관 및 **시**⋅도지사 및 **중**앙**토**지수용위원회와 **협**의를 하고 이해관계인의 **의**견을 청취해야 한다. 사업인정을 하는 경우에는 지체 없이 그 뜻을 사업시행자, 토지소유자 및 관계인, 관계 시⋅도지사에게 **통**지하고 관보에 **고**시하여야 한다.

**2) 토지수용위원회의 협의(토지보상법 21조 3항)**

중앙토지수용위원회는 협의를 요청받은 경우 **3**0일 이내에 사업인정에 이해관계가 있는 자에 대한 의견수렴절차 이행 여부, 허가⋅인가⋅승인대상 사업의 공공성, 수용의

필요성, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 검토하여 의견을 **제**시해야 한다(30일 범위 내에서 연장 가능). 동 기간 내에 의견을 제시하지 아니하는 경우에는 협의가 완료된 것으로 본다.

**3) 요건(4공비능)** : 법**4**조, **공**공필요, **비**례원칙, 사업시행자의사,**능**력 **(4공비능)**

**4. 절차(신협의검제통고)**

①21조 1항: 국장은 관계중앙행정기관의 장, 시도지사, 중토위와 **협**의, 이해관계인 **의**견 들어야 한다.

②21조 2항(의제사업) : 중토위협의, 이해관계인 의견

③21조 3항: 중토위 **검**토(의공필, 대통령령)

④자료제출, 의견**제**시(30일내, 1회연장), 보완요청(14일내)

⑤국장 사업인정 **통**지, 고시

**5. 사업인정 효과 (사업인정고시일부터 효력 발생)**

**1)일반적 효과: 공구확강불**이 발생하고 다음의 효과

**2)사업인정효과 : 사수토재협 / 소보청당**

(1)사업시행자

**①수용권 발생(19조)** : 현재 및 장래 권리자에게 대항

**②사업시행자의 토지 및 물건조사권(27조):** 허가없이 출입가능, 수인의무(11조), 일몰일출, 증표휴대 의무 준용

**③재결신청권(28조)**

**④협의성립확인 신청권(29조)**

(2)토지소유자

**①토지등 보전의무(25조):**사업지장초래, 형질변경, 물건수거 손괴X 건축∙대수선 시군구청장 허가 받아야 한다.

**②재결신청청구권(30조)**:

**③관계인, 목적물의 범위 확정** : 이외권리, 물건소유자, 기타권리 사업인정 후 권리 취득한자는 기존 권리 승계한자 제외 관계인에 포함X(2조 5호)

**6. 피수용자 권리구제수단**

**①사전적 권리구제수단 :** 의견청취절차(예방적금지소송, 가처분 판례는 인정하지 않음)

**②사후적 권리구제수단:** 사업인정이 위법한 경우 행정쟁송(취소소송등 +집행정지, 및 국가배상청구 가능)

\*\* 사업인정 불복에 대해 토지보상법에 아무런 근거규정이 없으므로 일반법인 행정심판법(3조1항)과 행정소송법(8조1항) 적용

**6-1 사업시행자 권리구제**

**①사업인정거부:** 의무이행심판,거부취소소송, 국가배상청구

**②사업인정부작위:** 의무이행심판, 부작위위법확인소송, 국가배상 (의무이행소송은 판례가 부정)

**7. 사업인정의 실효(제23조) (1년 이내 재결신청 X)**

사업인정의 고시가 된 날부터 1년 이내에 재결신청을 하지 아니한 경우 그 다음날부터 효력을 상실, 사업인정이 실효됨으로 토지소유자나 관계인이 입은 손실보상

**<사업인정과 수용재결의 권리구제상 공통점: 항원부실>**

1.처분으로 **항**고소송의 대상

2**.원**처분주의(2008두 1504)

3.항고쟁송 제기효과 (집행**부**정지원칙)

4.**실**효시 손실보상(법 23조, 42조)

**<사업인정과 수용재결의 권리구제상 차이점>**

1.적용법률: 행심 3조1항, 행소8조1항

2.제소기간

3.행정심판의 차이①중앙행정심판위원회, 중토위

②처분청경유주의(재결만) ③이의재결은 집행력 있는 판결서 정본과 같은 효력 가짐

4.행정소송의 차이: 제소기간만 차이

5.불복사유: 실체적, 절차적 vs 실+절+보상금

6.사전적 권리구제의 차이-사업인정 : 협의, 의견청취

수용재결 : 공고,열람, 의견진술, 행정절차법 절차 배제(행정절차법 령2조7호)

**<중토위 공익성 심사 법21조1,2항,3항 령11조의2>**

**1. 중토위 협의 규정(법 21조 1항 2항)**

**2. 중토위 검토사항(법 21조 3항, 령 11조의 2)**

**<의공필 근목상계시절 재수>**

중앙토지수용위원회는 협의를 요청받은 경우 사업인정에 이해관계가 있는 자에 대한 **의**견 수렴 절차 이행 여부, 사업의 **공**공성, 수용의 **필**요성, 해당 공익사업이 **근**거 법률의 **목**적, **상**위 **계**획 및 **시**행 **절**차 등에 부합하는지 여부, 사업시행자의 **재**원 및 사업**수**행**능**력 여부를 검토하여야 한다.

**3. 공익성 검토**

**①판단기준의 구분 :** 외형상 공익사업적격성, 절차가 적법한지를 검토하는 형식적심사, 실질적으로 사업의 공공성과 필요성이 있는지 검토하는 실질적 심사로 구분

**②형식적 심사내용:** 수용사업 적격성(신청반려)+사전절차 적법성(보완요구,각하)

(토지보상법 제 4조에 해당하는 공익사업인지 여부, 사업시행절차, 의견수렴 절차를 거쳤는지 여부)

**③실질적 심사내용** : 공공성+필요성

㉠공공성 심사(**목공상기지대유**): 사업**목**적의 **공**공성, 공공**기**여도, 시행자**유**형, 사업**재**원의 공공성, **목**적 및 **상**위**계**획 부합여부, 공익의 **지**속성, 시설의 **대**중성 심사

㉡수용의 필요성(피시방수): **피**해의 최소성, **방**법의 적절성, 사업의 **시**급성 평가, 사업**수**행 능력,

**<수용재결 토지보상법 제34조 의성요효하실**>

**1. 의의:** 사업시행자에게 부여된 수용권의 **구**체적인 **내**용을 **결**정하고 그 **실**행을 **완**성시키는 형성적 행위. 수용 최종단계에서 공사익 조화 도모로 수용목적 달성 **(구내결실완)**

**2. 법적성질(형기준)**

1)**형**성적 행위: 수용권 내용 확정 및 실행의 완성

2)**기**속행위: 형식적 요건 충족 시 반드시 재결. 보상액 결정에 있어 재량성

3)**준**사법적행위: 양 당사자 이해관계를 독립된 행정기관인 토지수용위원회가 판단,조정하는 행위

**3. 수용재결 성립요건 (주내절)**

1)**주**체 (보상법 49조)  
 : 중앙토지수용위원회 / 지방토지수용위원회

2)**내**용 (보상법 50조)(**내범구)**

(1)재결내용(50조 1항)**(구사보간사)**

①수용 또는 사용할 토지 **구**역 및 **사**용방법

②손실의 **보**상

③수용 또는 사용 개시일과 기**간**

④그 밖에 이법 또는 다른 법에서 규정한 **사**항

(2)재결 범위(50조 2항)

①당사자 신청 범위 내

②손실보상은 증액재결 가능

(3)재결의 구체성

관할 토지수용위원회가 토지에 관하여 사용재결을 하는 경우 재결서에 사용할 토지의 위치와 면적, 권리자, 손실보상액, 사용 개시일 외에 사용방법, 사용기간을 구체적으로 특정 (2018두42641)

3)**절**차

①재결신청(28조)

②지체 없이 공고 및 열람 (14일 이상)

③열람기간 경과 후 조사, 심리

④의견 진술

⑤재결(심리 시작일 14일 내, 한 차례 연장)

**4.재결의 효력 및 하자**

1)재결의 효력 **(위인손물 원대환)**

(1)수용재결시 **(위인손물)**

①**위**험부담의 이전 (법 제46조)

②목적물의 **인**도,이전의무 (법 제43조)

③**손**실보상청구권

④담보물권자의 **물**상대위권(법 제47조)

(2)수용의 개시일 **(원대환)**

①사업시행자: 목적물 **원**시취득, **대**행, 대집행권

②피수용자: **환**매권 등

2)재결의 하자**(무실남)**

①재결 전 사업시행자가 **무**단으로 토지를 사용한 경우

②**실**체적 소유권자의 참여 없는 재결

③수용권 **남**용

**5.재결의 실효**

1)의의: 유효한 재결 객관적 사실 발생에 의해 효력 소멸

2)이유: ①보상금 미지급 ②사업인정 취소 변경

3)재결 실효의 효과: 손실보상의무 발생

**<수용재결의 불복>**

1. 법적 근거: 보상법 83조, 85조 특례규정 외 일반쟁송법 적용, 수용재결과 보상재결로 구분

2. 이의신청 (법 83조)

1)의의 및 성격: 위법 부당 재결 이의신청. 특별법상 행정심판 (행정심판임의주의)

2)요건 및 효과: 처분청 경유주의, 기간특례, 재결 전부 또는 일부 취소 및 보상금 변경 효력. 재결서 정본 수령일로부터 30일 내 증액 보상금 지급

3.행정소송 (법 제85조 제1항)

1)의의 및 유형: 재결 불복 - 취소소송, 재결 무효 - 무효등 확인소송

2)요건

수용재결서 90일 이내, 이의재결서 60일 이내. 원처분 대상, 부동산 및 피고 소재지 행정법원 소제기, 1차 수용재결 관할 토수위를 피고로 제기

3)심리 및 판결: 불고불리원칙 / 기각, 인용. 사정판결

4)판결 효력: 인용판결 -> 소송당사자, 관할토수위 구속, 사업시행자 행정소송 패소 시 보상금+법적이율

3.보상금증감청구소송 (법 85조 2항)

**<이의신청 법 83조, 84조, 86조, 88조 의성요효실>**

**1.의의**  위법부당재결 불복, 중토위에 이의신청, 사업시행자, 피수용자 모두 신청 가능

**2.특별법상 행정심판여부**: 상급기관, 헌법 107조3항

행심 51조 적용, 행심4조2항 행정심판법준용

**3.요건 및 효과(처기부)**

재결서정본 받은 날부터 30일내 처분청 경유(**처**분청 경유주의) 중토위 제기 판례는 청구기간을 보다 짧게 규정한 것(**기**간특례)은 공용수용의 전문성, 특수성을 고려한 것으로 합헌적 규정이라고 본다. 이의신청으로 인하여 토지등의 사용, 수용이 정지 X (집행**부**정지)(88조) **(처기부)**

**4.이의재결(84조) 및 재결의 효력(86조)**

①84조1항 : 위법부당재결 일부,전부**취**소, 보상금**변**경

②84조2항: **증**액재결, **3**0일내 증액된 보상금 지급

**③**86조:이의재결확정시 집행력있는 **판**결서정본 동일 효력

**(취변3증판)**

**5. 이의재결 실효 규정 없음**

이의재결절차는 수용재결과 확정 효력 달리하는 별개의 절차, 증액된 보상금을 일정한 기한내에 지급, 공탁하지 않았다 하더라도 이의재결 자체가 당연히 실효된다고는 할 수 없다. (91누8081)

**6. 이의재결시 지연이자 판례 (법 87조)**

**①문제점 :** 87조에 83조에 대한 언급 없어 문제

**②학설:** 부정설(이의재결시확정), 긍정설(수용시기소급)

**③판례** 구체적인 손실보상금액이 현실적으로 재결이나 행정소송의 절차에 의하여 확정되어진다 하여도 손실보상금이 수용의 시기에 지급되지 않는 이상 이에 대한 지연손해금이 발생하는 것은 당연하다

**④검토** : 87조 취지에 비추어 긍정설 타당

**7. 고지의무 위반시 청구기간 (행정심판법 27조 5항,6항)**

심판청구기간을 잘못알린 경우 고지한 기간내 가능, 알리지 않은 경우 처분일로부터 180일 이내 신청가능하다고 규정하고 있다.

**<이의재결 확정의 효력>**

**1. 의의:** 민사소송법상 확정판결이 있는 것으로 보아 집행력있는 판결 정본동일효력, 강제집행 가능

**2. 효력 및 취지**: 이의재결 실효성 확보

법적 안정성 차원에서 특별히 부여하는 효력

**3. 검토(문제점)**

①권력분립반함: 행정기관의 결정=판결효력 동일

②국민의 재판청구권 지나치게 봉쇄

③국가배상법상 재판상 화해규정에 대해 위헌 결정

④토지보상법 86조도 위헌소지 있다.

**<취소소송 법 85조1항>**

**1. 의의,취지 :** 위법한 재결 취소,변경

**2. 소의 대상** :원처분주의

**3. 제기요건** 법률상이익 있는 자, 관토위소재지, 부동산소재지 관할 행정법원에 90일, 60일 이내 제기 (**기**간특례)

**4. 효과**

①관할법원은 심리 판결할 의무

②87조: 사업시행자 제기한 소송 각하,취하,기각된 경우 지연이자를 보상금에 가산하여 지급하여야한다.

③88조 : **집행부정지**

④인용판결: 소송당사자, 관토위 판결내용에 구속

[**87조 지연가산금**] 85조 1항에 따라 사업시행자가 제기한 소송이 기각, 각하,취하된 경우 재결서정본 받은날부터 판결일, 취하일까지 기간에 대하여 지연이자 보상금에 가산하여 지급m

**<보상금증감청구소송 법 85조 2항 의성요심효병>**

**1. 의의, 취지 :** 보상금에 대한 이해당사자인 사업시행자와 토지소유자 및 관계인이 보상금의 증감을 직접 다툴 수 있도록 하는 것. 분쟁의 일회적 해결, 신속한 권리구제, 소송경제 취지 인정.

**2. 법적성질** ①형성소송 ②확인급부(보상금확인, 지급 명하는 확인급부소송, 보상금증감 종국적해결 확인급부타당) **(형확급)**

**3. 요건** : ①재결로 확정된 법률관계인 보상금을 소의대상(대상) ②재결서정본 90일, 60일(기간특례) ③상대방을 피고로(당사자)

**4. 심리범위** : **증방범지잔보** (보상금 증감, 지급방법, 범위 및 면적, 지연손해금, 잔여지보상 여부, 보상대상 판단)

**5. 입증책임** : 입증책임 분배설, 보상금증액(피수용자)

**6. 효력**

①**법**원이 결정한 보상금 결과따라 이행

②토수위 별도**처**분X

③기판력, 기속력, 형성력 **판**결 효력 발생

④기각, 취하, 각하효과 **가**산금은 보증소에도 적용 **(법처판가)**

**7. 취소소송과의 병합여부 :** 민사소송법 70조 주관적 예비적 병합인정, 취소소송 주위적, 보증소 예비적으로

**8. 보증소 특수성 (대제심효 재병추)**

1)의의 2)법적성질(형당소, 확인급부)

3)특수성: ①소의 **대**상 ②**제**소기간 ③**심**리범위 ④판결 **효**력 ⑤보증소는 **재**결을 거친 후 제기할 수있다는 특수성이 있다. 이는 사건을 전문적·기술적으로 처리함으로써 전체적으로 국민의 권리구제의 철저를 기하려는 데 있다. ⑥취소소송과 **병**합: 주관적, 예비적 ⑦민사소송과 달리 압류 **추**심명령이 있는 경우에도 채무자인 토지소유자는 당사자적격상실하지 않는다.

**9. 토지보상금 압류, 추심명령 있는 경우**

1)종전 판례: 채무자 당사자적격 상실

2)최근 판례:①형당소, 실질 항고소송 ②제3자 간사경, 법률상이익X ③재결전치주의 재결, 행정소송 절차 거쳐 손실보상금 구체적 권리존부범위확정 ④채권자가 토지보상법령상 절차참여할 자격까지 취득X

**10. 보상액 유용**

①문제점: 동일인 소유 여러개물건, 소송물 어떻게 볼지?

②학설 : 하나의 소송물, 별개의 소송물

③판례: 일부항목 과소 다른항목 과다, 그 항목 상호간 보상액 유용을 허용하여 과다부분과 과소부분을 합산하여 보상금액을 결정해야 할 것

④검토: 64조 개인별보상원칙, 하나의 소송물로 봄이 타당

**<보증소, 심리범위로서 전부취소, 일부취소>**

**1. 문제점**: 토지보상법 법원에서 정당보상액 심리확정할 것인지 명문 규정 없어 문제

**2. 학설** : ①보상재결 전체취소하고 법원이 새로 결정, ②정당보상액과 차액부분만 일부취소∙변경

**3. 판례:** 재감정, 사실조회->정당한보상액 심리->재결에서 정한 보상액과 비교->청구인용여부 결정, 일부취소입장

**4. 검토** : 입법취지, 수용재결소송이원화, 일부취소 타당

**<지연가산금 법 87조 의취동>**

**1.의의 및 취지:** 사업시행자가 제기한 소송이 **각**하, **기**각 또는 **취**하된 경우 사업시행자는 재결서 정본을 받은 날 또는 이의신청을 거친 경우에는 이의재결서 정본을 받은 날부터 **판**결일 또는 **취**하일까지 **법**정이율을 적용하여 산정한 금액을 보상금에 가산하여 지급하여야 한다고 규정하고 있다. **(각기취 판취법)**

**2. 제87조 제1항과 제2항의 동시적용 여부:**

토지보상법 제87조 제2호가 적용되는 경우 사업시행자는 이의재결서 정본을 받은 날부터 판결일 또는 취하일까지의 기간에 대하여 지연가산금을 지급할 의무가 있고, 위 경우에는 토지보상법 제87조 제1호가 동시에 적용되지는 않는다.

**<환매권 행사할 수 있는지 여부 검토 의성요절통효권 91조>(기출 23회)**

**\*환매권 관련 법령 및 논점 정리**

**1. 관련 법령 정리 (법 91,92조, 령48~50조)**

**법 제91조 제1항**: 사업 폐지,변경 그 밖의 사유로 필요없어진 때 (10년 이내)

**법 제91조 제2항**: 5년간 토지 전부 사용 X (6년 이내)

**법 제91조 제3항:** 잔여지 환매권 행사 제한

**법 제91조 제4항: 현저히 변동된 경우 환매대액 증감 법원에 청구 가능**

**법 제91조 제5항**: 환매권의 대항력 (제3자)

**법 제91조 제6항: 공익사업의 변환**

**법 제92조: 환매권의 통지 (6개월 이내)**

**령 제48조: 환매금액 현저히 변동 (인유지 초과 시)**

령 제49조: 공익사업의 변경 통지

령 제50조: 환매권의 공고

**2. 관련 논점 정리**

-환매권 행사요건 검토 (2010다30782)

-공익사업변환 요건 (2018다233242)

-환매권 대항력 제3자에게 인정되는지

-환매금액 증액에 따른 동시이행항변 (2006다49277)

-사업시행자 통지의무위반이 불법행위를 구성하는지

-사업인정이 당연무효인 경우 환매권 인정되는지

**3.관련 판례**

**-**환매권의 행사요건 2010다30782

-공익사업변환 요건 2018다233242

-선이행 및 동시이행항변 가능성 2006다49277

**1. 환매권 의의, 취지:** 환매권이란 공익사업에 필요하여 취득한 토지가 필요 없게 되거나 이용되지 않는 경우에 원래의 토지소유자가 일정한 요건 하에 원래의 토지를 다시 취득할 수 있는 권리이다. 피수용자의 감정존중과 재산권의 존속보장, 공평의 원칙, 정책적배려에 취지가 인정된다. 헌법 제 23조 3항, 토지보상법 제 91조를 법적 근거로 한다.

**2. 환매권 법적성질** : 공권설, 사권설 (**형성권, 사권**)

권리구제 수단 물으면, 학설, 판례, 검토 길게 쓰기

**3. 환매권 행사요건 (당목요기)**

**1)당사자 및 목적물:** 토지소유자,포괄승계인, 토지만, 잔여지X

**2)행사요건** (1항, 2항)

①폐지∙변경∙그밖의 사유+전부∙일부 해당사업에 필요없어지게 된 경우

☞**해당사업이란 필요없게 된 때**란**(2010다30782)**

**i)해당사업: 사**업인정 시 **구**체적으로 **특**정된 공익사업

**ii)필요없게 된 때:** 취득목적 사업을 위하여 사용할 필요자체가 없게 된 것으로 주관적X, 객관적 합리적 판단

(해당 사업의 **목**적과 **내**용, 협의취득의 **경**위와 **범**위, 해당 토지와 사업의 **관**계 및 **용**도 등 제반사정에 미추어 객관적 합리적 판단하여야)**(목내경범관용)2010다30782**

②취득일로부터 5년이내 토지 전부를 이용하지 않을 때

☞이용하지 않을 때: 이용할 필요가 없게 된 것이 아니라 단지 사실상 사업에 제공되지 않은 경우

**3)행사기간**

①폐지∙변경∙사업완료일부터 10년 이내

②취득일부터 6년 이내

☞1항, 2항: 요건 달라 유리한 것 선택, 제척기간

③사업시행자가 통지한 경우 **6개월 이내(92조)**

**4. 행사절차 방법** : 수령한 보상금 상당액 미리 지급->일방적 의사표시->환매성립 (형성권)

**5.통지의무 :** 사업시행자 환매권자에게 지체 없이 통지, 과실없이 환매권자 알 수 없는 경우 공고. 사업시행자가 공고, 통지한 경우 6개월 이내 행사

**6.효과 :** 판례는 채권적 효과로서 소유권이전등기청구권이 발생하고 10년의 소멸시효를 갖는다고 본다. 사업시행자는 환매대금의 증액을 청구할 수 있을 뿐 환매대금 증액청구권을 내세워 선이행 혹은 동시이행항변을 주장할 수 없다. **(2006다49277)**

**7. 사안의 해결(환매권 행사요건 충족여부)**

①취득당시 토지소유자인지

②환매사유 해당여부(폐지,변경등)

③행사기간 이내인지

**6.권리구제방법 :** 사권으로 보므로 민사소송에 의해

**민사상 소유권이전등기청구소송**

공법상 권리로 보는 견해 행정소송법 3조 2호 당사자소송으로 다툴 수 있다.

**<헌법불합치결정 2019헌바131논평>**

**1. 논점의 정리**

**2. 환매권의 법적성격과 심사기준**

**1)법적성격:** 재산권내용에 포함

**2)심사기준**: 환매권발생 자체제한 헌법 37조2항

본질적 침해인지 과잉금지원칙 위반여부 검토

**3. 과잉금지원칙 위반여부**

**1)과잉금지원칙 의의**

**2)입법목적 정당성, 방법의 적절성(법사개)**

:**법**률관계안정, **사**회경제적 이용효율제고, **개**발이익배제

입법목적 정당, 입법목적 달성에 유효적절한 수단임

**3)침해의 최소성 :** 단지 10년, 다른나라 입법례

**4)법익균형성:** 사익침해 정당화할 정도로 크다고 보기 어려우므로 법인균형성 충족하지 못한다.

**4. 헌법불합치 결정 검토**

①환매권은 헌법이 보장하는 기본권 ②발생기간 일률적으로 10년 제한 과잉금지원칙 위배 ③헌재결정 타당

**<환매권의 대항력>**

**1)관련 규정의 검토(91조 5항)**

환매권은 「부동산등기법」에서 정하는 바에 따라 공익사업에 필요한 토지의 협의취득 또는 수용의 등기가 되었을 때에는 **제3자에게 대항할 수 있다.**

**2)91조 5항의 의미(판례의 입장)**

판례는 '수용목적물이 제 3자에게 이전되더라도 협의취득,수용등기가 되어 있으면 환매권자의 지위는 그대로 유지되어 환매권자는 환매권을 행사할 수 있고 제 3자에 대하여도 이를 주장할 수 있다는 의미이다.'라고 판시하였다.

**<사업시행자 통지의무위반(법 92조) 불법행위 구성>**

**1. 통지의무**: 환매할 토지가 생겼을 때, 지체없이

**2. 미통지가 불법행위를 구성하는지 여부**

**1)학설** ①단순 통지의무불이행으로 부정하는 견해 ②환매권이 상실되어 불법행위를 구성한다는 긍정설이 대립한다.

**2)판례의 입장** : ①실효성보장 ②단순 선언적X ③법적 의무 정한것 ④환매권 침해로 ⑤불법행위 구성

**3)검토** : ①통지의무는 법상의무로 ②미통지는 불법행위이며 ③환매권이 상실되는 손해가 발생한 바 ③불법행위로 인한 손해배상 책임이 있다고 판단된다.

**3. 불법행위로 인한 손해배상액** : 환매권 상실 당시 토지의 시가에서 환매권 행사시 지급할 금액을 공제한 금액

**<공익사업변환>**

**1. 의의, 취지, 효과**(91조6항)

**2. 공익사업 변환 위헌성(목수피법비)**

헌법재판소는 공익사업변환제도는 ①공익사업의 신속한 수행이라는 **목**적의 정당성이 인정되고 ②대상 사업의 범위를 제한하여 **수**단의 적정성도 인정되며 ③**피**해 최소성의 원칙, **법**익균형의 원칙에도 부합하여 헌법상 **비**례의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.

**3. 공익사업변환요건 (주4사토)(2010다30782)**

1)주체상 요건 :종전사업 국가등, 판례는 새로운 사업자는 공익사업변환특례취지 고려 동일하지 않아도 되고 국가등일 필요없다. 고 판시

2)공익사업 요건 : 4조 1호내지5호, 공익성 높은, 사업인정

3)종전사업과 새로운사업 모두 사업인정을 받을 것

4)토지소유: 제3자 처분, 필요없어지게 된 것, 인정여지X

**4. 사업인정 전 협의취득한 경우**

91조 6항 사업인정을 받아 협의 취득 또는 수용한 토지에 한하여 공익사업 변환을 인정하므로 적용될 여지 없음

**5. 사안의 해결**

①종전사업 국가등 ②새로운 사업 4조 1호내지5호해당 ③사업인정 받아 ④토지계속 소유 ④but사업인정전 협의취득 토지는 공익사업 변환 인정 여지 없다.

**<환매금액 증액청구 91조 4항>**

**1. 의의:** 토지가격이 취득일당시에 비하여 현저히 변동된 경우 사업시행자와 환매권자는 환매금액에 대하여 서로 협의하되 협의가 성립하지 않을 경우 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다.

**2. '현저히 변동'의 판단기준(령48조)**

환매권 행사 당시의 토지가격이 지급한 보상금에 환매 당시까지의 당해사업과 관계없는 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액을 초과하는 경우를 말한다.

**3. 환매금액에 대한 다툼**

협의가 원칙이나 협의 불성립시 법원에 환매금액 증감을 청구할 수 있다. 이 때 보상금증감청구소송이 아니라, 민사소송에 의해 다툰다.

**4. 동시이행항변 가능성 2006다49277**

환매권은 형성권으로 환매권자는 보상금에 상당하는 금액을 지급하는 것으로 족한 것이며 사업시행자는 소로써 법원에 환매대금의 증액을 청구할 수 있을 뿐 증액된 환매대금과 보상금 상당액의 차액을 지급할 것을 선이행 또는 동시이행의 항변으로 주장할 수 없다고 판시하였다.

**<공익사업 변환 위헌성>**

**1)문제점**

헌법상 보장된 환매권을 법률로 제한하는 것으로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 제한으로 비례의 원칙에 위반되는지 문제된다.

**2)학설**

①합헌설: 입법목적이 정당하고 공익성이 높은 사업으로 한정하여 비례원칙에 위반되지 않는다는 견해

②위헌설: 기본권 제한과 과잉금지 원칙에 위배된다는 견해

**3)판례의 입장 (목수피법비)**

헌법재판소는 공익사업변환제도는 ①공익사업의 신속한 수행이라는 **목**적의 정당성이 인정되고 ②대상 사업의 범위를 제한하여 **수**단의 적정성도 인정되며 ③**피**해 최소성의 원칙, **법**익균형의 원칙에도 부합하여 헌법상 **비**례의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.

‘당해 사업’이란 **협의취득 또는 수용의 목적이 된 구체적인 특정의 공익사업을 말하고**, ‘취득한 토지가 필요 없게 된 때’라 함은 협의취득 또는 수용의 목적이 된 구체적인 특정의 공익사업이 폐지되거나 변경되는 등의 사유로 인하여 당해 토지가 더 이상 그 공익사업에 직접 이용될 필요가 없어졌다고 볼 만한 객관적인 사정이 발생한 때를 말한다. 취득한 토지가 필요 없게 되었는지의 여부는 당해 사업의 목적과 내용, 취득의 경위와 범위, 당해 토지와 사업의 관계, 용도 등 제반 사정에 비추어 객관적 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 2018다282183

**<환매권 기타 판례모음>**

1. <당해사업>이란 사업인정을 받을 때 구체적으로 특정된 사업이며 <폐지∙변경>이란 당해 사업을 아예 그만두거나 다른 사업으로 바꾸는 것

2. 일부토지에 설치하기로 예정하였던 시설물이 다른 곳에 설치되었거나 그 토지의 일부를 일시적으로 다른 사람에게 임대하였다는 사정만으로는 그 토지가 위 사업에 필요없게 되었다 보기 어렵다.<2009다43041>

3. 항공기 안전운항에 장애가 되는 구릉을 제거하는 공사를 하기 위해 그 구릉 일대에 위치한 토지를 협의취득한 후 절토작업을 완료한 사안에서 절토작업이 완료되었다는 사정만으로 그 토지가 당해 사업에 필요 없게 되었다고 보기 어려워 환매권발생 부정 <2010다 12042, 12050>

4. 환매대상 토지의 위치와 면적을 특정하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 환매대상인 토지부분의 동일성이 인정된다면 환매기간 경과후에도 추가로 부족한 환매대금을 지급∙공탁할 수 있다고 판시하였다.

**5. 건물에 대한 환매권 제한이 평등원칙 위배되는지**

정당보상이 이루어진 건물은 존속가치 보장의 필요성이 적고 건물에 대해서는 환매권을 인정할 실익이 없으므로 입법목적과 수단 간에 비례성을 갖추지 못한 것이라고 볼 수 없어 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

**6. 사업인정이 당연무효인 경우 환매권 인정되는지**

①필요없게 된 경우란 후발적인 것으로 처음부터 필요없었던 경우는 포함되지 않고 ②사업인정이 당연무효라면 시행자가 아닌 자와 협의한 것으로 협의취득은 효력이 없어지는 것이며 ③협의취득이 당연무효라면 토지소유자는 소유권을 계속 보유하는 것이므로 ④환매권을 인정할 필요가 없다고 판시하였다. 2020다280890 판결

**<손실보상청구권>**

**1. 의의**

**2. 법적성질**

①학설: 공권설, 사권설

②판례: 종전(사권), 최근(농업손실보상, 사업폐지) 공법상 권리임이 분명하므로 공법상 당사자소송에 의하여야

**3. 요건**

①공공필요

②재산권에 대한 공권적 침해(현존하는, 의도된)

③적법한 공권력의 행사(법률유보, 법률우위)

④특별한 희생 (**실**질설, **형**식설) **(형실헌)**

특별한 희생이란 타인과 비교하여 불균형하게 과하여진 권익의 박탈, 즉 사회적 제약을 넘어서는 손실을 의미한다.

**대법원**: 개제 공공복리위한 합리적제한, 토지소유자 불이익 공공복리 위하여 감수하지 않으면 안될 정도의 것

**헌재**: 개제 **지**정으로 토지를 **종래목적대로 사용X, 실질적**

**사용수익할 길X, 수인할 수 있는 사회적제약 넘은 것**

개발가능성의 소멸과 그에 따른 **지**가의 **하**락이나 **지**가**상**승률의 **상**대적 감소는 토지소유자가 **감**수해야 하는 **사**회적 **제**약의 범주(지하지상상 감사제)

⑤보상규정의 존재(직방위유입)

(직접효력설, 방침규정설, 위헌무효설, 유추적용설, 입법부작위위헌설)

**4. 사안의 해결**

**<손실보상의 기준- 정당보상 의미 문학판검>**

**1. 문제점 :** 헌법 23조 3항, 정당보상 의미 추상적

**2. 학설(완상절 객전완합) ①**완전보상설(객관적 가치보장설 + 전부보장설 (객관적 손실 + 부대적손실))

②상당보상설(완전보장원칙설, 합리적보장설(사회통념상 합당보상, 합리적이유有 하회O))

③절충설(완전보상, 상당보상요하는 경우 구분)

**3. 판례:** 대법원 - 보상시기, 방법 제한X 완전보상

헌재- 헌법재판소는 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것으로 보상금액뿐 아니라 보상의 시기나 방법 등에서도 어떠한 제한을 두어서는 안된다고 하면서 개발이익은 피수용자의 객관적 가치로 볼 수 없다고 판시하였다. (89헌마107결정)

**4. 검토:** 침해전후 동일한 보상, 상당보상설 평등원칙 위배, 판례입장 종합, 완전보상설 타당

**5. 토지보상법상 기준**: 시공개생현(시가, 공시지가,개발이익배제, 생활보상지향, 현황평가기준)

**<정당보상 의미 확대, 손실보상에 대하여 시공개생현>**

**1. 손실보상 내용 종류**: 현대 복지국가요청, 공익사업 증대, 대규모, 침해되는 재산권 다양, 새로운 유형 손실 발생

헌법상 정당보상 범주: 재산권+생활보상+간접손실보상

**2.손실보상의 기준: 시공개생현**(시가, 공시지가,개발이익배제, 생활보상지향, 현황평가기준)

1)**시**가보상(법67조1항) :**개**발이익 배제, 보상액 **적**정성, 객관성 추구, 수용절차 **지**연방지, **완**전보상 구현

2)**공**시지가기준보상(법70조1항) **(정부개방)**

: ①**정**당설(**개**발이익 배제) ②**부**정설(보상**방**법의 제한)

보상액 산정방법의 제한인지 -> 대법원, 헌법재판소 정당보상 위배되지 않는다고 판시

3)**개**발이익배제(법67조2항): 주대 (①정당설 - **주**관적 가치로 배제, ②부정설 - **대**토 문제, 인근토지소유자 형평성 고려 부정) -> 주관적 가치이므로 배제 타당

4)**생**활보상 지향

5)**현**황평가 기준

**3. 손실보상 종류**

**1)재산권보상** : 토지,건물, 부대적 손실

(1)토지, 건물등, 권리의 보상: 법 70조, 71조(지임방기가 투예거), 75조, 76조(권리의 보상)

(2)부대적손실: 직접X 필연적 발생 손실 ①일실손실(기대이익상실, 영업손실, 농업손실, 휴직, 실직보상) ②실비변상적(이전비, 분묘이전비, 잔여지가치하락, 잔여건축물)

**2)생활보상**

**3)간접손실보상**

**4.손실보상청구권의 요건 (공재적특보)**

**1)공공필요** :공용침해 및 손실보상의 실질적 허용요건이나 본질적 제약요소 **(실허본제)**

**2)재산권에 대한 공권적 침해** : 공권력 주체에 의해 지향되거나 최소한 침해의 직접적 원인이 되어야 함 의미

**3)침해의 적법성 및 법적 근거:** 공공필요 뿐만 아니라 법적 근거 있어야. 토지보상법 제4조

**4)특별한 희생:** ①형식적 기준 - 타인과 구별 ②실질적 기준 - 수인한도(사회적 제약) 초과. <헌법재판소> 종래목적 사용 불가. 토지의 사용, 수익이 제한된 경우 특별한 희생 **(형평실절헌)**

**5)보상규정의 존재:** 헌법 제23조 제3항 해석논란 -직접효력설, 방침규정설, 위헌무효설, 유추적용설, 보상입법부작위위헌설 **(직방위유입)**

**<토지보상법 시행규칙 59조~65조 (간접손실보상)>**

**1. 재산피해보상:** **대건소작**

**2. 권리에 대한 피해보상**: **어**업,**영**업,**농**업

59조 **대**지등에 대한 보상 : **대건분농 교두경불**

60조 **건**축물에 대한 보상 : **농건매이부**

61조 **소**수잔존자에 대한 보상: **잔**존 **주**거용건축물 **거**주자

62조 공**작**물에 대한 보상 : **본**래 **기**능을 **다**할 수 없게

63조 **어**업이 피해에 대한 보상 : **인**근 **어**업피해, **실**제피해**금**액 **확**인할 수 있는 때 그 **피**해에 대하여 보상

64조 **영**업손실에 대한 보상 : **영배진그**

65조 **농**업손실에 대한 보상 : **소**유**농**지 **2/3**이상 편입, 당해지역에서 영농을 계속할 수 없게 된 농민 사업시행지구 **밖**에서 그가 **경**작하고 있는 **농**지에 대하여도 **영**농손실액 보상하여야 한다.

**<간접손실 법 79조 2항>**

**1. 의의, 취지:** 공평부담원칙, 사유재산권 보장

**2. 간접손실 유형** : 물리,기술적,사회,경제적 **(물기경사)**

**3. 간접손실보상 성격:** **사재생공**(사후,재산권,생활, 공권)

**4. 법적근거**:

**1)헌법 23조 3항에 해당하는지 여부**

**①학설:** 공용침해에 의한 필연적손실이므로 포함된다는 긍정설, 직접손실만 해당한다는 부정설

**②판례:** 판례는 간접손실을 헌법 제 23조 3항에서 규정한 손실보상의 대상이 된다고 판시하였고 예측가능성과 특정가능성이 인정된다면 관련 규정을 유추적용하여 보상할 수 있다고 판시하였다.

**③검토**: 적법한 공용침해 필연적 손실, 국민재산권 포괄적 보상 위해 긍정설 타당

**2)토지보상법 79조 2항**

밖, 공익사업인해, 본래기능X, 국토교통부령, 손실보상m

**3)시행규칙 59조 내지 64조** : **대건소작어영농**

**5.간접손실보상 요건** : **밖예구특특보**

공익사업지구 **밖**의 손실로 **예**견 및 범위 **구**체적으로 **특**정가능할 것, **특**별한 희생일 것, **보**상규정이 존재할 것

☞보상규정X: **보유직평수손** (보상부정설, 유추적용설, 직접효력설, 평등원칙 및 재산권보장근거규정설, 수용적 침해이론, 손해배상설) 판례: 유추적용설

**7. 행사절차 및 권리구제**:법 80조, 83조,85조

**1)행사기간(법73조 2항)**

사업이 완료된 날부터 1년이 지난후에는 청구할 수 없다.

**2)절차 : 협의->재결신청**

**<공익사업 시행 결과로 휴업이 불가피한 경우 포함여부>**

**1. 간접손실보상 의의, 성격**

**2. 간접손실보상 유형**

**3. 공익사업 시행 결과로 휴업 불가피한 경우 포함여부**

**1)관련 규정 검토(토지보상법 제 64조, 영배진그)**

**2)판례의 태도(2018두227)**

토지보상법 79조 2항이 청구기간을 공사완료일이 아닌 공사완료일부터 1년이내로 규정한 점, 그밖의 부득이한 사유라는 추상적 규정을 둔것은 발생시점과 발생원인이 다양한 간접손실로서 영업손실의 특성을 고려한 것으로 이러한 특성과 헌법 정당보상원칙에 비추어 그밖의 부득이한 사유에는 공익사업 시행결과로 휴업이 불가피한 경우도 포함된다고 판시하였다.

**3) 검토**

토지보상법 문언내용, 법체계, 입법취지와 상기 판례입장을 종합하면 그밖의 부득이한 사유에 휴업이 불가피한 경우도 포함된다고 봄이 타당하다.

**<손실보상청구권, 손해배상 청구권 동시 청구가능?>**

**1. 손실보상청구권** : 간접손실 사업완료일부터 1년이내(토지보상법 73조2항 준용)

**2. 손해배상청구권:** 가해자 안날 3, 불법행위한날부터 10년이내 민법 766조 (국가배상법 제 8조에 따라 민법준용 국가재정법 96조 의거 안날부터 3일, 불법행위한날부터5년)

**3. 관련 판례의 입장(2018두227)**

1) 동시행사 가능성 :근거규정과 요건 효과를 달리하는 별개의 청구권, 손해전보의 요소, 이중배상의 문제 하나만 선택, 동시X

2) 손실보상 제척기간 도과한 경우: 손해배상요건 충족하는 한 가능하다.

**4. 검토**

**<영업손실 재결전치주의(2018두227) >**

토지보상법 시행규칙 제47조 제1항에 따라 영업손실에 대한 보상을 받기 위해서는, 34조 50조에 따른~

**<잘못된 재결에 대한 불복- 보증소 2018두227) >**

어떤 보상항목이 토지보상법상 손실보상대상에 해당함에도 관할 토지수용위원회가 사실을 오인하거나 법리를 오해함으로써 손실보상대상에 해당하지 않는다고 잘못된 내용의 재결을 한 경우에는, 피보상자는 사업시행자를 상대로 토지보상법 제85조 제2항에 따른 보상금증감소송을 제기하여야 한다.

**<시가보상 법 67조1항>**

**1. 의의, 취지:** 보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의 성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다. 개공수지

개발이익배제, 보상액 공평화, 수용절차 지연방지)

**2. 시가보상 정당성**

**1)판례**

토지 등을 수용함으로 인하여 그 소유자에게 보상하여야 할 손실액은 수용재결 당시의 가격을 기준으로 하여 산정하여야 할 것이고 이와 달리 이의재결일을 그 평가기준일로 하여 보상액을 산정해야 한다는 상고 이유는 받아들일 수 없다고 판시하였다.

**2)검토**

시가보상의 취지가 개발이익 배제, 보상액의 공평화에 있는 점등을 고려할 때 협의 당시 또는 재결 당시를 기준으로 보상액을 산정함이 타당하다.

**<개발이익배제 법 제 67조 2항>**

**1. 의의**

**2. 필요성:** 잠형주

**3. 개발이익배제 정당보상 합치 여부**

**1)학설** ①합헌설(미실현, 주관적가치)

②위헌설(평등,대토)

**2)판례** 국민에게 귀속, 피수용토지의 객관적 가치 피수용자 손실 아님, 완전보상원칙어긋X

**3)검토** 잠형주 (주관적 이익, 미실현 잠재이익, 형평의 원칙에 따라 손실 아님) 쓰기

**4. 개발이익범위**

①객관적범위: 판례는 당해사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하지 않는 가격으로 평가해야 한다.고 판시하였다.

②시적 범위: 사업인정고시일 전 후 무관, 다른사업이익O

**5. 개발이익 배제 방법**

공시지가기준(70조 1항), 적용공시지가(70조5항, 령 38조2), 지가변동률(령37조), 공법상 제한받는 토지(칙 23조)

**6. 개발이익배제 문제점**

**1)형평성(+주변토지대토):** 헌법재판소는 일체의 제도적 장치가 마련되어 있지 아니한 상황에서 피수용자에게만 개발이익을 배제하는 것이 평등원칙에 위배되는 것은 아니라고 하였다.

**2)제도상 미비**: 보상액 산정과정, 개별법에서 재결신청기간의 특례, 사업 장기화시 개발이익 배제 어려움

**7. 개발이익 배제 위한 법제 개선**

(1) 보상제도의 보완: 대토보상 등 현물보상 확대

(2) 개별법 재결신청 특례기간

(3) 조세제도 개편

**1. 논점의 농리**

**2. 개발이익 배제와 정당보상**

**1)정당보상의미** : ①완전보상설, ② 상당보상설 등 견해의

대립이 있으나, ①대법원은 보상의 시기,방법 등에 제한 없는 완전한 보상을 의미한다고 판시한 바 있으며, ②헌법재판소는피수용자의 객관적 재산가치를 완전하게 보상해야 한다고 판시한 바 있다. 피수용자의 객관적 가치를 완전하게 보상함은 물론 대물적 보상만으로 채워지지 않는 부분에 대한 생활보상을 지향함이 타당하다.

**2)개발이익 배제의 의미(토지보상법 67조 2항)**

**3)개발이익 배제의 정당성**

잠형주+관련 판례

**4)개발이익 배제 방법**

**3. 개발이익 배제의 범위**

1)객관적범위

2)시적범위

토지보상법 제67조 제2항의 규정은 개발이익 배제와 관련하여 ʻ해당 사업일 것ʼ만을 규정하고 있으며 개발이익 배제의 취지 등에 비추어 볼 때, 해당 공익사업의 사업인정고시일 이전⋅이후를 불문하고 해당 공익사업과 무관한 이익 모두 반영되어야 할 것이다(판례2013두21182)

**4. 사안의 해결**

**<공시지가기준보상 70조>**

**1. 의의 및 취지(법 제 70조 1항)**

협의 또는 재결에 의해 취득하는 토지에 대해 부동산공시법상 공시지가를 기준으로 하여 보상하는 것을 말한다. 개발이익 배제를 위한 취지가 있다. 시점수정(지가변동) 및 토지의 **위**치, **형**상, **환**경, **이**용상황 고려하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다.**(위형환이)**

**2. 공시지가기준보상의 정당성**

**1)문제점 :** 시가미달, 보상방법 제한인지

**2)학설**

①<위헌설(**부**정설)>보상액 산정**방**법 제한, 시가 미달 완전보상X ②<합헌설(**정**당설)> 공시지가기준보상은 **개**발이익을 배제하기 위한 방법으로서 보상액 산정방법의 제한이 아니라고 하여 정당보상에 합치한다고 보는 견해 (정부개방)

**3)판례**

①대법원은 공시지가는 인근 토지의 거래가격 등 제 요소를 종합고려하여 산정되므로 정당보상에 해당한다.

②헌법재판소는 공시지가가 적정가격을 반영하지 못하는 것은 제도운영상 잘못이므로 정당보상과 괴리X

**4)검토**

개발이익 배제를 위한 목적의 정당성이 인정되고, 공시지가가 시가에 미달하는 것은 제도운영상의 문제로 보이므로 이를 기준으로 하는 것이 정당보상에 어긋나는 것은 아니라고 판단된다.

2기4차시 위 사례에서 토지보상법 제70조상 일반적인 토지 보상 기준과 토지보상법 제67조 제2항에서 규정하고 있는 개발이익배제기준에 대하여 설명하시오. (10점)

**I. 논점의 정리**

**II. 일반적인 토지보상 기준 (3)**

**1. 공시지가기준보상(법70조1항) (1.5) 위형환이**

**+판례**

**2. 현황평가 원칙(법70조2항) (1.5) 가현일객 일주특**

가. 토지에 대한 보상액은 **가**격시점에서의 **현**실적인 이용상황과 **일**반적인 이용방법에 의한 **객**관적 상황을 고려하여 산정하되, **일**시적인 이용상황과 토지소유자나 관계인이 갖는 **주**관적 가치 및 **특별**한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 고려하지 아니한다. (가현일객 일주특)

나. 판례는 공부상 지목과 실제 현황이 다른 경우 공부상 지목보다 실제 현황을 기준으로 하여 평가함이 원칙이라고 판시하였다.

**III. 개발이익배제 기준 (3)**

**1. 관련 규정(법67조2항) (1.5)**

**2. 관련 판례(2009헌바142) (1.5)**

개발이익은 형평의 관념에 비추어 볼 때 토지소유자에게 당연히 귀속되어야 할 성질의 것이 아니고, 공공사업의 시행에 의하여 비로소 발생하는 것이므로, 피수용 토지가 갖는 객관적 가치 내지 피수용자 손실이라 볼 수 없어 정당한 보상의 원칙에 위반되지 않는다

**<그밖의 요인보정>**

**1. 의의** : 70조위형환이 제외한 요인, 인정여부문제

**2. 인정여부**

**1)학설**

①<부정설> 공시지가 자체가 적정가격이고, 감정평가사의 자의성이나 재량을 배제하기 위해서는 법정 고려항목 이외에 어떤 요인도 고려할 수 없다는 견해

②<긍정설> 공시지가는 일반적으로 시가에 미달하므로 정당보상이 되기 위해서는 그 밖의 사항을 고려할 수 있도록 해야 하고, 토지보상법은 개별요인의 비교항목을 예시한 것에 지나지 않는다는 견해

**2)판례 有정영**

인근 유사토지의 정상거래사례나 보상선례를 반드시 조사하여 참작하여야 하는 것은 아니고, 인근 유사토지의 정상거래사례나 보상선례가 있고 그 거래 가격이 정상적인 것으로 적정한 보상액 평가에 영향을 미칠 수 있다는 것이 입증된 경우에는 이를 참작할 수 있는 것이나, 단순한 호가시세나 담보목적으로 평가한 가격에 불과한 것까지 참작할 것은 아니다.

**\*정상거래사례란** 유사한 토지에 관하여 **통상의 거래**에서 성립된 가격으로서 **개발이익이 포함**되지 아니하고 **투기적인 거래**에서 형성된 것이 아닌 가격 (통개투)

**3)검토**

판례의 입장 및 공시지가 기준 보상이 시가에 미달한다는 점, 헌법 제 23조의 취지상 정당보상의 실현을 위해 긍정설이 타당할 것이다.

**<헌법 23조 3항 및 토지보상법 제70조 6항의 위임이 포괄위임금지원칙에 반하는지>**

**1. 논점의 정리**

헌법 23조 3항에서는 토지의 수용, 사용, 제한에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다고 규정하고, 토지보상법 제70조 제6항에서는 구체적 보상방법을 국토교통부령에 위임하고 있어 포괄위임금지원칙에 반하는 것이 아닌지 문제 된다.

**2. 포괄위임금지원칙**

법률의 명령에 대한 수권은 일반적이고 포괄적인 위임은 금지되며, 구체적인 위임이어야 한다. 따라서 수권법률의 규정만으로 누구라도 위임명령에 규정될 내용을 대강 예측할 수 있어야 한다.

**3. 토지보상법 제 70조 6항 (투예거)**

취득하는 토지와 이에 관한 소유권 외의 권리에 대한 구체적인 보상액 산정 및 평가방법은 투자비용, 예상수익 및 거래가격 등을 고려하여 국토교통부령으로 정한다

**4. 판례의 태도**

토지보상법은 ①투자비용·예상수익 및 거래가격 등이라는 기준을 직접 규정하고, ②보상액 산정 및 평가방법의 구체적인 부분을 하위법령에 위임하고 있으며 ③하위법령에 구체적으로 규율될 내용이 충분히 예측가능하므로 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.

**5. 사안의 해결**

생각건대 하위법령에는 구체적인 보상액 산정 및 평가방법이 규정될 것으로 충분히 예측가능한 바 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 판단된다.

**<손실보상의 원칙 사사현개일사시개복>**

**1. 사업시행자가 보상(법 61조)**

토지등 수용 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.

**2. 사전보상원칙(법 62조)**

①원칙 : 공사에 착수하기 전 보상금 전액 지급

②예외(천시승) : 승낙, 38조(천재지변), 39조(시급한토지사용)

③보장제도: 42조 재결 실효 규정

**3. 현금보상원칙(법 63조)**

손실보상은 **다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외**하고는 현금으로 지급하여야 한다. 이는 자유로운 유통보장과 객관적인 가치 변동이 적어 보상의 실현이 가능함에 취지가 인정된다. 예외 채권보상, 대토보상 규정

**4. 개인별보상원칙(법 64조)**

손실보상은 토지소유자나 관계인에게 개인별로 하여야 한다. 다만, 개인별로 보상액을 산정할 수 없을 때에는 그러하지 아니하다.

**5. 일괄보상원칙(법 65조) 동보달 토여요 한보**

사업시행자는 동일한 사업지역에 보상시기를 달리하는 동일인 소유의 토지 등이 여러개 있는 경우 토지소유자나 관계인이 요구할 때에는 한꺼번에 보상금을 지급하도록 하여야 한다.

**6. 사업시행이익 상계금지 원칙(66조)**

사업시행자는 동일한 소유자에게 일단의 토지의 일부를 취득하거나 사용하는 경우 해당 공익사업의 시행으로 인하여 잔여지의 가격이 증가하거나 그 밖의 이익이 발생한 경우에도 그 이익을 그 취득 또는 사용으로 인한 손실과 상계할 수 없다.

**7. 시가보상원칙(67조 1항)**

보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다.

**8. 개발이익배제(67조 2항)**

보상액을 산정할 경우에 해당 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격이 변동되었을 때에는 이를 고려하지 아니한다. 즉, 토지소유자의 노력과 상관없는 정상지가의 초과 상승분은 배제한다.

**9. 복수평가원칙(68조 1항)**

사업시행자는 토지 등에 대한 보상액을 산정하려는 경우에는 감정평가법인 등 3인이상을 선정하여 토지 등의 평가를 의뢰하여야 한다. 다만, 사업시행자가 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 직접 보상액을 산정할 수 있을 때에는 그러하지 아니하다.

**<공법상 제한을 받는 토지 칙 23조>**

**1. 현황평가원칙(토지보상법 제 70조 2항)**

**2. 현황평가원칙과 공법상 제한받는 토지**

**1)의의, 종류**: 관계법령에 의해 각종 이용제한, 규제 받는 토지, ①용도지역, 지구 지정등 제한 자체로 지정목적이 달성되는 일반적 계획 제한과(사회적제약) ②구체적 사업시행이 필요한 개별적 계획 제한이 있다.(특별한희생)

**2) 평가기준**

**(1)일반적 제한과 개별적 제한 시행규칙 23조 1항**

공법상 제한 받는 토지는 제한받는 상태대로 평가한다. (일반적 제한) 다만 그 공법상 제한이 당해 공익사업의 시행을 직접 목적으로 하여 가하여진 경우에는 제한이 없는 상태를 상정하여 평가한다.(개별적제한)

**(2)해당 사업으로 용도지역등이 변경된 경우(칙 23조2항)**

당해 공익사업의 시행을 직접 목적으로 하여 용도지역 또는 용도지구 등이 변경된 토지에 대하여는 변경되기 전의 용도지역 또는 용도지구 등을 기준으로 평가한다.

판례는 토지보상법 제67조 제2항의 개발이익 내지 손실을 제외하기 위함이며, **정당보상을 위한 조치**라고 보았다.

**4. 관련 판례의 입장**

**1)일반적 계획제한, 개별적 계획제한(2019두34982)**

**2)일반적 제한 평가기준**

당해 공익사업을 직접 목적으로 가하여진 경우 그 제한을 받지 않는 상태대로 평가하고 당해 공공사업 시행 이전에 이미 그와 관계없이 일반적 계획제한이 가해진 경우 그러한 제한을 받는 상태대로 평가하여야 한다.

**3)용도지역 미변경이 당해 공익사업으로 인한 경우**

용도지역 등의 지정 또는 변경을 하지 않은 것이 특정 공익사업의 시행을 위한 것일 경우 용도지역 등의 지정 또는 변경이 이루어진 상태를 상정하여 평가하여야 한다. 특정 공익사업의 시행을 위하여 용도지역 등의 지정 또는 변경을 하지 않았다고 볼 수 있으려면, 토지가 특정 공익사업에 제공된다는 사정을 배제할 경우 용도지역 등의 지정 또는 변경을 하지 않은 행위가 계획재량권의 일탈 남용에 해당함이 객관적으로 명백하여야만 한다.

**☞계획재량권 일탈 남용 판단**

①계획재량과 형량명령 의의(행정절차법 40조의4)

②관련 판례입장: 이익형량X, 마땅히 포함시켜야 할 사항 누락, 정당성 객관성 결여 형량에 하자가 있어 위법

**4)자연공원법에 의한 자연공원**

자연공원법에 의한 ‘자연공원 지정’등은 그와 동시에 구체적인 공원시설을 설치·조성하는 내용의 ‘공원시설계획’이 이루어졌다는 특별한 사정이 없는 한, **구체적인 공원사업의 시행을 직접 목적으로 한 것이 아니므로** ‘일반적 계획제한’에 해당한다고 판시하였다.

**Q. 3종일주 변경 이루어진 상태를 상정평가, 사업시행자 감액청구 인용가능성(10점)**

**1. 공법상 제한 의의, 종류**

**2. 평가기준**

**3. 관련판례의 입장** 용도지역 미변경이 당해 공익사업으로 인한 경우

**4. 사안의 경우**

①토지보상법 입법취지, 문언내용, 법체계, 판례고려

②용도지역 미변경 23조 2항 적용, 변경된 상태 상정타당

③미변경이 계획재량의 일탈 남용에 해당함이 명백한지 형량명령에 따라 판단 필요하다.

**<무허가 건축물 등 부지 칙 24조>**

**1. 의의**

**2. 현황평가원칙(법 70조2항)**

**3. 보상평가기준**

①원칙: 현황평가의 예외로 건축 또는 용도변경된 당시 이용상황을 상정하여 평가

②예외: 89.1.24 이전 건축된 무허가 건물 부지 현실적 이용상황 기준(시행규칙 부칙 5조)

**3. 무허가 건축물 부지의 범위**

①무허가건축물의 부지면적 산정시에는 건폐율을 적용하여 산정한 면적을 초과할 수 없다.

②판례는 '무허가건물 등의 **사용·수익에 필요한 범위 내**의 토지와 무허가건물 등의 용도에 따라 **불가분적으로 사용되는 범위의 토지**를 의미하는것이라고 해석된다'

**3. 입증책임의 문제**

**1)학설**

①조서의 진실의 추정력에 비추어 토지소유자에게 있다는 견해 ②현황평가의 예외로 사업시행자에게 있다는 견해

**2)판례**

무허가건축물에 대한 명시적인 판례는 없지만 불법형질변경 관련 판례에서 현황평가의 원칙상 **예외적인 보상액 산정방법의 적용을 주장하는 쪽**에서 증명해야한다고 판시

**3)검토**

생각건대, 토지평가의 대원칙인 현황평가주의의 예외를 인정하려면 그것을 주장하는 자인 <사업시행자가 입증>

**4. 가설건축물 부지의 보상여부**

가설건축물 소유자는 원상회복사실을 알고 이를 건축한 것이므로, 무상으로 원상회복을 명하는 것이 과도한 침해라거나 특별한 희생이라고 볼 수 없다. 고 판시하였다.

**<영업손실보상 법 77조 1항, 칙 45조>**

**1. 의의(법 77조) :** 합리적 기대이익 상실 일실손실보상

**2. 영업손실 보상 요건(칙 45조): 시장설계허가**

**시**간, **장**소, **설**비, **계**속 영업, **허가** 영업 요건 충족

**3. 무허가건축물 임차인 특례(사1등영1보)(칙45조)**

**사**업인정고시일**등** **1**년 이전부터 사업자**등**록을 하고 행하는 **영**업은 **1**천만원 한도(이전비, 매각손실액 별도보상)내에서 **보**상대상이 된다.

**4. 무허가영업특례(칙52조) 3인 가계지출비X3월분+이전비**

**5. 폐업보상요건(칙 46조)** : **특허혐** **영**업이익 **2**년분+**매**각손실액

**6. 사안의 경우**

**<영업손실보상 각 요건의 의미>**

**1. 사업인정고시일등 전부터**

사업인정고시일과 보상계획 공고일중 빠른날을 의미한다. 이는 해당일 이후 영업은 사업시행으로 영업장소 이전이 예정됨을 알고도 영업을 한 것으로 특별한 희생 인정X

**2. 적법한 장소일 것**

무허가건축물등, 불법형질변경토지, 그밖에 다른법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되지 않은 장소를 말한다.

**3. 인적물적 시설을 갖추고 계속적으로 행하는 영업**

판례는 매년 일정한 계절이나 일정한 기간 동안에만 인적 물적 시설을 갖추어 영리를 목적으로 영업을 하는 경우도 포함함이 타당하다'고 판시하였다.

**4. 관계법령에 허가등을 받아 그 내용대로 행하는 영업**

판례는 '위법한 영업은 보상대상에서 제외한다는 의미로서 그 자체로 헌법에서 보장한 정당보상원칙에 배치된다고 할 것은 아니다.'라고 판시하였다.

**<영업손실보상 요건+판례>**

**1. 영업손실보상 판단기준시점(가구점 판례)**

영업손실 보상 대상여부는 **사**업인정고시일등을 **기**준으로 **판**단해야 하고 사업인정고시일 **당**시 보상대상에 해당한다면 그 후 **영**업장소가 **이**전되었다 하더라도 여전히 **손**실보상대상이 된다. 이는 주장하는 자가 증명하여야 한다. **(사기당영이손)**

**2. 계속적으로 행하는 영업 판단(5일장 판례)**

**계**속적으로 행하는 **영**업은 매년 일정한 **계**절, 일정한 **기**간에만 인적물적 시설을 갖추어 **영**리를 목적으로 영업하는 경우도 **포**함된다.  **(계영계기영포)**

**3. 적법건축물 판단시점**

토지보상법 67조에서는 협의 또는 재결일을 가격시점으로 규정하므로 '적법한 장소에서 인적물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업'인지 여부는 협의성립, 수용재결 또는 사용재결 당시를 기준으로 판단하여야 한다.

**4. 사업승계된 후 신고안한 경우(체육시설 판례)**

체육시설업의 영업주체가 영업시설의 양도나 임대등에 의하여 변경되었으나 그에 관한 신고를 하지 않은 채 영업을 하던 중에 공익사업으로 영업을 폐지, 휴업하게 된 경우 그 임차인 등의 영업이 보상대상에서 제외되는 위법한 영업이라고 볼 것은 아니다. => 위법하지 않으면 보상함이 정당보상에 합치

**5. 가설건축물에서 영업한 경우**

가설건축물 소유자는 원상회복사실을 알고 건축한 것이기에 무상으로 철거를 명하는 것이 과도한 침해라거나 특별한 희생이라 볼 수 없으며 철거할 의무를 부담할 뿐만 아니라 철거에 따른 손실보상과 영업손실도 청구할 수 없다.

임차인 역시 영업손실 보상을 청구할 수 없다고 하였다.

**<영업폐지 변경 보상대상인지? 이법사종 중요! >**

**1. 영업손실 의의**

**2. 영업손실 보상 요건(칙 45조)**

**3. 영업폐지 보상 요건(칙 46조) : 특허혐시**

**1)배후지 특수성으로 이전하여 영업할 수 없는 경우**

①배후지: 영업의 수익을 올리는 고객이 소재하는 지역

②배후지 특수성: 도정공장, 창고업등 영업성격상 배후지 상실시 영업행위 할 수 없는 경우

**2)다른장소에서 허가등을 받을 수 없는 경우 : 법수자**

①**법**적 이전 불가능 ②관련 법령 제한으로 영업허가, 면허, 신고가 **수**리되지 않는 경우 ③해당 영업의 허가신고 **자**체가 불가능한 경우

**3)혐오감을 주는 시설로 이전하는 것이 현저히 곤란**

판례는 양계장과 같이 악취가 심하여 인근주민들에게 혐오감을 주는 영업시설에 대하여 주민들의 반대가 심한 실정만으로 폐업보상 대상이 될 수 없고 법령상 사유와 영업특성, 인접 지역특성 등 사실상의 이전가능성을 종합적으로 고려하여야 한다. 고 판시하였다.(99두3645)

**4. 사안의 해결**

**1)판례의 입장 (이법사종: 법령상, 사실상 이전장애사유)**

폐업 보상 여부는 ①**이**전가능한지에 달려 있고, 이전가능성의 여부는 ②**법**령상의 이전장애 사유 유무와 ③당해 영업의 종류, 규모, 특성, 인접지역의 현황과 특성, 인근주민들의 이전반대등과 같은 **사**실상의 이전장애사유 유무를 **종**합적으로 판단하여야 한다고 판시하였다.

**2)검토**

**<영업 휴업에 대한 보상 칙 47조>**

**1. 의의 :** 일정기간 휴업하는 경우 보상, 이전, 일부편입, 임시영업소설치시 각각 일정액 보상

**2. 휴업기간 : 원칙적 4개월, 규정특객2실**

①당해 공익사업을 위한 금지,제한으로 4개월 이상 영업을 할 수 없는 경우 ②영업시설 **규**모가 크거나 이전에 고도의 **정**밀성을 요구하는 등 당해 영업의 고유한 **특**수성으로 인하여 4개월 이내 다른 장소로 이전하는 것이 어렵다고 **객**관적으로 인정되는 경우 **2**년의 범위 내에서 **실**제 휴업기간으로 한다.

**3. 관련 판례의 입장**

**1)휴업기간의 취지**

피수용자 개개의 구구한 현실적 이전계획에 맞추어 휴업기간을 평가하는 경우 자의에 좌우되기 쉬워 평가의 공정성을 유지하기 어려운 점에 비추어 누구든지 수긍할 수 있는 기간의 기준을 정하고 그 이상이 소요될 것으로 누구든지 수긍할 수 있는 특별한 경우 입증된 기간을 휴업기간으로 정할 수 있도록 하는데 있다.

**2)실제 휴업기간의 의미**

현실적으로 영업을 중단한 기간을 의미하는 것이 아니라

수용재결에서 정한 영업시설 이전일에 영업을 중단하고 영업시설의 이전을 시작할 경우 장차 영업을 재개할 때까지 통상 소요될 것으로 예상되는 기간을 의미한다고 해석함이 타당하다.

**3)소유자 비용으로 휴업기간 단축한 경우**

소유자 경제적 노력으로 휴업기간을 단축한 것이라면 통상 휴업기간 동안의 영업손실을 보상하더라도 과잉보상이나 사업시행자의 부당한 부담이라 할 수 없고 오히려 이러한 보상을 부정한다면 사업시행자는 피수용자의 노력으로 자신의 보상의무를 면하는 불합리한 결과가 발생한다.

**4.고정비용에 포함되는 금액 (인제감기광고보임)**

:**인**건비, **제**세공과금, **감**가상각비, **기**타비용, **광고**료, **보**험료, **임**대료

**<일부편입 47조 3항>**

**1. 관련규정 47조 3항 (편새보계축/영고설매)**

①시설의 일부가 **편**입됨으로 인하여 ②잔여시설에 그 시설을 **새**로이 설치하거나 ③잔여시설을 **보**수하지 아니하고는 ④그 영업을 **계**속할 수 없는 경우 영업손실 및 ⑤영업규모 **축**소에 따른 영업손실은 ⑥**영**업이익, **설**치비용, **매**각손실액을 더하여 보상한다. 다만 휴업보상액 초과X

**2. 잔여영업시설 보상여부 판단기준 (운일지초)**

잔여영업시설 손실보상 요건은 잔여영업시설에 시설을 새로이 설치하거나 잔여 영업시설을 보수하지 않고는 그 영업이 전부 불가능하거나 곤란하게 되는 경우만을 뜻하는 것이 아니라, 잔여영업시설의 운영에 일정한 지장이 초래되는 경우도 포함된다고 판시하였다.

**3. 재결절차 거쳤는지 판단 전단시일영**

재결절차 거쳤는지 여부는 보상항목별로 판단한여야 하고, 영업손실보상은 '전체적으로 단일한 시설 일체로서의 영업자체가 보상대상이 되고 세부 영업시설이나 영업이익, 휴업기간 등은 영업손실보상금 산정에서 고려하는 요소에 불과하다'고 판시하였다.

**4. 세부요소를 추가할 수 있는지 (단동세허공)**

'영업의 단일성 동일성이 인정되는 범위에서 보상금산정의 세부요소를 추가로 주장하는 것은 하나의 보상항목내에서 허용되는 공격방법일 뿐이므로 별도의 재결절차를 거쳐야하는 것은 아니라고 판시하였다.

\*보상항목이란 피보상자별로 토지, 물건, 권리 또는 영업등이 손실보상대상인지를 확인하고 보상금액을 심리하는 기초가 되는 단위를 의미한다.

편입토지⋅물건 보상, 지장물 보상, 잔여 토지⋅건축물 손실보상 또는 수용청구의 경우에는 원칙적으로 개별물건별로 하나의 보상항목이 되지만, 잔여 영업시설 손실보상을 포함하는 영업손실보상의 경우에는 ʻ전체적 으로 단일한 시설 일체로서의 영업ʼ 자체가 보상항목이 되고, 세부 영업시설이나 영업이익, 휴업기간 등은 영업손실보상금 산정

에서 고려하는 요소에 불과하다.

**<기타 판례>**

**1. 무허가건축물 소유자와 임차인 합리적 차별**

①임차인은 소유자보다 경제적 사회적으로 열악한 지위에 있는 점 ②임차인이 무허가건축물임을 알지 못한채 임대차 계약을 체결했을 가능성이 있는 점을 비추어 합리적 이유가 있는 차별로 형평의 원칙에 어긋나지 않는다고 판시하였다. 2013두25863

**2. 무허가건축물 영업보상 하지 않는 이유**

①행정규제탈피, 조세회피 등 불법행위 저지를 가능성이 큰 점 ②건축법상 허가절차를 밟을 경우 불허되거나, 규모가 축소되었을 건물에서 법적 제한을 넘어선 규모의 영업을 하고 그로 인한 손실 전부를 보상받는 것은 불합리하다. 2013두25863

**3. 5일장 판례**

**1)시설의 고정성, 영업의 지속성**

①정기적으로 해당 점포를 운영하여왔고 ②시설물을 철거하거나 이동하지 않은 채 그곳에 계속 고정하고 사용·관리하여 왔던 점, ③5일 중 3일은 해당 영업에 전력을 다하였다고 보이는 점 등을 비추어볼 때 상행위의 지속성, 시설물 등의 고정성이 인정되므로 토지보상법상 영업손실보상의 대상인 영업에 해당한다고 판시하였다.

**2)1/5로 감액하여야 한다는 사업시행자 주장**

5일중 1일만 영업하였으므로 법령에서 정한 금액의 5분의 1만 보상해야한다는 피고들의 주장에 대하여, **그와 같이 감액할 수 있는 법령상 근거가 없다**는 이유로 감액은 타당하지 않다’고 판시하였다.

**3)사안의 해결 :** 보상법률주의, 법정평가주의 + 검토

**4. 건축허가 이후 사업인정 후 건축한 축사판례**

건축법상 건축허가를 받았으나 허가받은 건축행위에 착수하지 않고 있는 사이에 사업인정고시가 된 경우 토지보상법 제 25조에 의거하여 따로 허가를 받아야 하며 허가를 받지 않고 건축된 건축물에 관하여는 손실보상을 청구할 수 없다. 2013두19738판결

**5. 미나리사건 판례(2011다27103)**

사업시행자가 보상금지급이나 토지소유자의 승낙없이 공사에 착수하여 영농을 계속할 수 없게 된 경우 2년분의 영농손실보상금과 별도로 공사착공으로 인해 영농을 할 수 없게 된 때부터 수용개시일까지 입은 손해도 배상할 책임이 있다.

**6. 사업인정고시가 있어야만 보상대상인지 여부**

판례는 사업인정고시는 강제적인 방식으로 수용목적물을 취득보상하기 위한 것으로 **절차적 요건에** 지나지 않고 영업손실보상의 요건이 아니며 공익사업으로 폐업, 휴업하게 되어 **영업손실보상요건에 해당한다면 영업손실을 보상할 의무가 있다**고 판시하였다.

사업인정고시는 수용재결절차로 나아가 **강제적인 방식**으로 토지소유자나 관계인의 **권리를 취득·보상하기 위한 절차적 요건에 지나지 않고 영업손실보상의 요건이 아니다**. 토지보상법령도 반드시 사업인정이나 수용이 전제되어야 영업손실 보상의무가 발생한다고 규정하고 있지 않다. 따라서 피고가 시행하는 사업이 토지보상법상 공익사업에 해당하고 **원고들의 영업이 해당 공익사업으로 폐업하거나 휴업하게 된 것이어서 토지보상법령에서 정한 영업손실 보상대상에 해당하면, 사업인정고시가 없더라도 피고는 원고들에게 영업손실을 보상할 의무가 있다**. 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다. \*사업인정고시가 없더라도 손실보상을 하지 않고 공사에 착수한 경우 손해배상의무有

**<이주대책 법 78조 의근성요내재권>**

**1. 의의:** 공익사업의 시행으로 인하여 **주**거용 건축물을 **제**공함에 따라 **생**활의 근거를 **상**실하게 되는 자를 위하여 이주대**책**을 **수**립ㆍ**실**시하거나 이주정**착**금을 **지**급하는 것을 말한다. (판례는 인생적) 78조1항

**(주제생상책수실착지)**

**2.근거**

**1)헌법적 근거(생활보상 일반)(정생통)**

**①학설 :** 헌법적근거에 따라 23조 **정**당보상설, 34조 **생**존권설, 23조, 34조 **통**일설(생활보상관점에서 재산권보장+사회보장)이 대립

**②판례** 이주대책을 생활보상의 일환으로 보면서도 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도라고 하여 헌법 제34조설(생존권설)에 입각한다.

**③검토:** 종전 생활을 회복시키는 것이 불가결한 점을 고려하여 생활보상 역시 정당보상의 범위에 포함된다고 보는 **<통일설>**이 타당하다.

**2)개별법 근거(토지보상법 제78조)**

토지보상법 제78조에서는 주거용 건축물을 제공한 자에 대한 이주대책을, 제78조의2에서는 공장용 부지를 제공한 자에 대한 이주대책을 규정하고 있다.

**3. 78조1항 법적성질 - 강행법규 생원인강**

사업시행자의 이주대책 수립 실시의무는 **생활의 근거를 상실**하게 되는 이주대책대상자들에게 **종전 생활상태를 원상으로 회복**시키면서 동시에 **인간다운 생활을 보장**하여 주기 위해 마련된 제도이므로 당사자의 합의 또는 사업시행자의 재량에 의하여 적용을 배제할 수 없는 **강행법규**이다.[판례 2007다63089, 63096 전원합의체 판결]

**3. 78조 4항 법적성질 -강행법규**

사업시행자가 '분양대금에 생활기본시설 설치비용을 포함시킨 부분이 강행법규인 78조 4항에 위배되어 무효이고 사업시행자는 법률상 원인 없이 생활기본시설 설치비용 상당의 이익을 얻은 것인바, 그 금액을 부당이득으로 이주대책대상자들에게 반환할 의무가 있다.' 고 판시하였다.

**4. 이주대책 요건 (조비10, 무계세)**

**1)수립실시요건(령 40조 2항) : ①**10호이상, **조**성에 **적**합한 토지가 없는 경우, **비**용 과다한 경우(조비10)(칙53조)

②다만 택지, 주택을 공급한 경우 이주대책수립 실시한 것으로 본다. (이주정착금 령 41조에 따라)

**2)대상자요건(令 §40 5항 무계세)**

주거용 건축물 소유자에 한한다(법§78). 그러나 ①**무**허가 건축물등의 소유자와 ②관계 법령에 의한 고시 등이 있은 날부터 수용재결일(계약체결일)까지 **계**속 거주하고 있지 않은 건축물의 소유자 ➂타인이 소유하고 있는 건축물에 거주하는 **세**입자는 이주대책 대상자에서 제외한다. (단, 소유자인 세입자는 이주대책 포함) 령 부칙6조 89.1.24이전 건축물 소유자는 이주대책 대상자이다.

3. 이주대책 절차 : **협계통신결**

①해당 지자체와 **협**의 ②**계**획 수립 ③**통**지하고 ④이주대책의 **신**청 및 대상자확인**결**정으로 분양절차 마무리

**5. 이주대책 내용 (78조4항) 도급배공통생**

이주대책의 내용에는 이주정착지(이주대책의 실시로 건설하는 주택단지를 포함한다)에 대한 **도**로, **급**수시설, **배**수시설, 그 밖의 **공**공시설 등 **통**상적인 수준의 **생**활기본시설이 포함되어야 하며, 이에 필요한 비용은 사업시행자가 부담한다.

**4. 사업시행자의 재량과 한계 (객합타특존 범확임제)**

가. 판례는 ‘사업시행자는 이주대책 내용에 대해 재량을

가지므로 그 기준이 **객**관적으로 **합**리적이 아니라거나 **타**당하지 않다고 볼만한 **특**별한 사정이 없는 한 **존**중되어야 한다.’고 판시하였다. 2012두22911**(객합타특존)**

나. 판례는 ‘사업시행자가 대상자의 **범**위를 **확**대하는 기준의 수립·실시는 가능하나 법상 이주대책대상자를 **임**의로 **제**외할 수는 없다.’고 판시한 바 있다. .(2012두22911)**(범확임제)**

**<이주대책(생활보상) 근거>**

**1)이론적 근거:** **재정공생**

①재산권 침해의 대물적 보상의 한계로 메워지지 않는 생활권 침해에 대한 보상이며 ②법의 목적인 정의 ③공평의 원칙 및 ④생존권 보장등을 종합적으로 그 이론적 근거로 파악하는 것이 타당하다.

**2)헌법적 근거**

**①학설 :** 헌법적근거에 따라 34조 생존권설, 23조, 34조 통일설(생활보상관점에서 재산권보장+사회보장)이 대립

**②판례** 이주대책을 생활보상의 일환으로 보면서도 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도라고 하여 헌법 제34조설(생존권설)에 입각한다.

**③검토:** 종전 생활을 회복시키는 것이 불가결한 점을 고려하여 생활보상 역시 정당보상의 범위에 포함된다고 보는 <통일설>이 타당하다.

**3)개별법 근거**

토지보상법 제78조에서는 주거용 건축물을 제공한 자에 대한 이주대책을, 제78조의2에서는 공장용 부지를 제공한 자에 대한 이주대책을 규정하고 있다.

**<이주정착금 령41조, 칙53조>**

**1. 이주정착금 지급 요건 령41조 (않다1국)**

①이주대책을 수립, 실시하지 **않**는 경우

②이주대책대상자가 이주정착지가 아닌 **다**른 지역으로 이주하려는 경우

③이주대책 대상자가 관계법령에 따른 고시등이 있은 날의 **1**년전부터 계약체결일(수용재결일)까지 계속하여 해당 건축물에 거주하지 않은 경우

④이주대책대상자가 관계법령에 따른 고시등이 있은 날 당시 **국**토교통부, 사업시행자 등 기관, 업체에 소속되어 있거나 퇴직한 날부터 3년이 경과하지 않은 경우에는 이주정착금을 지급하여야 한다.

**2. 이주정착금 산정 방법 (칙53조)**

이주정착금은 보상대상인 주거용 건축물에 대한 평가액의 30%에 해당하는 금액으로 하되 최저 1천2백만원에서 최대 2400만원 한도로 지급한다.

**3. 분양신청 후 계약 체결 거부(2016두49754)**

소유자가 분양신청을 하고 정비구역 밖으로 이주한 후 분양계약 체결을 거부함으로써 현금청산대상자가 된 경우 소유자는 조합원으로서 정비사업의 원활한 진행을 위하여 정비구역 밖으로 이주하였다가 자신의 선택으로 분양계약 체결신청을 철회하고 현금청산대상자가 된 것에 불과하므로 이주정착금 지급대상에 해당되지 않는다고 판시하였다.

**<이주대상자 확인·결정 불복방법 - 대상자에서 제외>**

**1. 논점의 정리**

이주대책 확인결정은 사업시행자가 이주대책 대상자로서 권리를 결정짓는 것으로 법적 성질에 대하여 관련판례를 검토한 후, 고려할 수 있는 권리구제수단을 판단하고자 한다.

**2.확인결정행위 법적성질**

**1)학설**

①형성처분: 수분양권 취득을 위한 요건

②확인·이행처분: 78조 규정에 충족되면 수분양권 발생

**2)판례의 입장 2013두10885판결**

이주대책대상자 확인·결정은 구체적인 이주대책상의 수분양권을 부여하는 요건이 되는 행정작용으로서의 처분이지 이를 단순히 절차상의 필요에 따른 사실행위에 불과한 것으로 평가할 수는 없다.

**2)검토**

확인∙결정행위는 구체적인 수분양권을 부여받는 요건이 되는 것으로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것으로 형성처분이라고 판단된다.

**3. 확인∙결정행위에 대한 불복수단**

**1)항고소송 가능성 (판례입장 2013두10885)**

가. 사업시행자가 이주대책대상자가 아니라고 하여 위 확인·결정 등의 처분을 하지 않고 이를 제외시키거나 거부조치한 경우에는, 이주자로서는 사업시행자를 상대로 항고소송에 의하여 제외처분이나 거부처분의 취소를 구할 수 있다.

나. 생각건대 이주대책대상자 제외결정은 형성처분으로서 처분성이 인정되는 바 항고소송으로 다툴 수 있다.

**2)당사자소송가능성**

자기 몫이 이주대책대상자에게 이미 분양되어 다시 분양신청을 하더라도 거부당할 것이 명백한 특수한 경우 등에는 이주대책대상자로서 분양받을 권리 또는 그 법률상 지위의 확인을 구할 수 있다고 보아야 한다. 이 때 확인소송은 확인소송의 보충성에 입각하여 권리구제의 유효적절한 수단이 될때 한해 소의 이익이 인정될 것이다. (단, 법상이주대책 대상자가 아니면 당사자소송 불가)

**<수분양권 당사자소송 가능한지가 논점이 될 경우>**

**1. 수분양권의 의의 및 법적성질**

수분양권이란 이주대책 수립 실시와 관련하여 이주대책상의 주택분양권이나 아파트 입주권을 받을 수 있는 구체적인 권리를 말한다. 판례와 다수설은 수분양권을 공권으로 보고 있다. 수분양권의 발생시기에 따라 그 소송형태가 달라지는 바 이를 검토한다.

**2. 수분양권의 발생 시기**

**1) 학설**

➀<계획수립이전설> 법 제78조 및 령 제40조의 요건을 충족하는 경우 이 법에 기해 이미 구체적 권리로 성립

➁<계획수립시설> 계획수립으로 추상적권리가 구체적 권리로 전환된다

➂<확인결정시설> 사업시행자가 확인결정행위를 해야 구체적 권리로 전환되기 때문에 이때부터 수분양권이 발생된다는 견해가 있다.

**2) 판례(확인결정시설)**

판례는 사업시행자가 이주대책대상자로 확인∙결정하여야만 비로소 구체적인 수분양권이 발생한다고 하여 <확인결정시설>을 취한다.

판례는 수분양권은 관리처분계획으로 비로서 정하여지는 것으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 항고소송의 방식으로 구할 수 있을 뿐이지, 곧바로 조합을 상대로 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용되지 않는다. 고 판시하였다.

**3) 검토(이주대책계획수립시설 타당)**

**①법상 이주대책 대상자(계획수립시)**

법상의 추상적인 이주대책권이 이주대책계획이 수립됨으로써 구체적 권리로 되는 것이므로 이주대책계획수립시설이 타당하다.

**②법상 이주대책 대상자가 아닌 이주자 (확인결정시)**

이주대책대상자 선정, 신청을 하고 이를 받아들여 이주대책대상자로 확인·결정하여야 비로소 실체적인 권리를 취득한다고 보아야 한다.

**3. 수분양권 발생시기에 따른 소송형태**

**1)확인 결정시설(취소소송)** : 이주대책 대상자 선정신청에 대한 거부는 거부처분이 되므로 이에 대하여 취소소송을 제기하고 부작위인 경우 부작위위법확인소송을 제기하여야 한다. 당사자소송은 불가능하다고 본다.

**2)이주대책계획수립이전설**

취소소송이나 부작위위법확인소송을 제기할 수 있을 뿐만 아니라 이주대책 대상자로서 분양신청을 하더라도 거부할 것이 명백한 특수한 경우에는 분양을 받을 권리 또는 그 법률상 지위 확인을 공법상 당사자소송으로 구할 수 있다.

**3)이주대책계획수립시설**

**①계획수립이전:** 아직 추상적인 권리나 법률상의 지위 내지 이익에 불과한 것이어서 공법상 당사자소송으로 확인을 구할 수 없다.

**②계획수립이후:** 거부취소소송 가능하고 확인판결을 받음으로써 분쟁이 해결되고 권리구제가 가능하여 그 확인소송이 권리구제에 유효적절한 수단이 될 수 있는 경우에는 공법상 당사자소송으로 수분양권 또는 그 법률상 지위의 확인을 구할 수 있다

**<더 이득이 되는 대상자로 선정하지 않은 경우>**

**1. 논점의 정리**

이주대책 종류가 달라 보장내용에 차등이 있음에도 더 이익이 되는 대상자로 선정하지 않은 경우 제기할 소송의 형식에 대해 설명한다.

**2. 확인·결정 의의, 법적성질**

가. 이주대책대상자 확인·결정은 사업시행자가 이주대책대

상이 될 자를 확인·결정함으로써 그 권리를 확정 짓는것

나. 판례는 이주대책 대상자 확인결정은 구체적인 수분양

권을 부여하는 요건이 되는 행정작용으로서의 처분이지 이를 단순히 절차의 필요에 따른 사실행위에 불과한 것은 아니다.‘ 고 판시하였다.

**3. 사안의 해결(을이 제기하는 소송의 형식)**

**1)항고소송의 가능성**

가. 판례는 ‘이주대책 종류가 달라 보장 내용에 차등이 있는 경우 이주자의 희망에도 불구하고 더 이익이 되는 내용의 이주대책대상자로 선정하지 않았다면 이 또한 이주자의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위로 항고소송의 대상이 된다.’고 판시하였다.

나.<확인, 결정은> 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당

하므로 취소소송 또는 무효등확인소송을 제기할 수 있다고 판단된다.

**2) 당사자소송의 가능성**

자기 몫이 다른 이주대책대상자에게 분양되어 다시 분양신청을 하더라도 거부당할것이 명백한 특수한 경우에는 이주대책대상자로서 분양받을 권리, 법률상 지위 확인 소송을 구할 수 있다고 판단된다.

**< B시 이주민지원규정 법적성질(이주대책기준)>**

**1. 이주대책 의의, 법적성질**

**2. 이주대책 대상자 요건**

**3. 이주민지원규정 법적성질**

**1)문제점:** 이주민지원규정은 훈령형식, 행정규칙

**2.학설 및 판례, 검토**

가. 학설은 법규설, 비법규설, 준법규설이 대립한다.

나. 판례는 행정청 내부의 사무처리규정으로 보아 대외적

구속력을 부정한다.

다. 생각건대 3권분립 원칙상 상위법령의 위임이 없는 행

정규칙은 법규성이 없다고 봄이 타당하다.

**4. 사업시행자의 재량과 한계**

가. 판례는 ‘사업시행자는 이주대책 내용에 대해 재량을

가지므로 그 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다.’고 판시하였다. 2012두22911(객합타특존)

나. 판례는 ‘사업시행자가 대상자의 범위를 확대하는 기준의 수립·실시는 가능하나 법상 이주대책대상자를 임의로 제외할 수는 없다.’고 판시한 바 있다. .(2012두22911)

**5. 사안의 해결**

①이주민지원규정은 훈령형식의 행정규칙으로 대외적구속력이 인정되지 않고 ②사업시행자의 이주대책 실시의무는 강행규정으로 사업시행자는 법상 이주대책대상자를 재량에 의해 배제할 수 없다고 판단된다. 따라서 위법하다는 甲 주장은 타당하다.

**ver2. 법상대상자가 아닌 경우 사안의 해결**

1)법상대상자에 해당하는지

2)객관적으로 합리적인지 여부

**<시혜적 대상자>**

**1. 시혜적 대상자 의미**

시혜적 대상자란 법상 이주대책 대상자가 아니나 사업시행자 재량에 의해 이주대책 대상자가 된 자를 말한다. 판례 '이주대책대상자를 포함하여 그 밖의 이해관계인에게까지 넓혀 이주대책 수립등을 시행할 수 있다고 할 것'

**2. 시혜적인지 여부 판단 기준시기**

판례는 도시개발법상 이주대책 대상자의 기준이 되는 '고시등이 있은 날'은 '공고공람일'이라고 봄이 타당하다고 하여 이를 기준으로 이주대책 대상자인지 여부를 가려야 한다고 하였다. 즉 공고공람일 이후 요건에 해당하는 자는 시혜적 대상자에 해당한다.

**3. 사업시행자의 재량**

①사업시행자는 임의로 법상대상자를 이주대책대상자에서 제외할 수 없으나 ②시혜적 대상자에 대하여 폭넓은 재량이 인정되어 이주대책 기준은 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다. 고 판시하였다.

**4. 시혜적 대상자에게 78조 4항 적용여부**

판례는 '사업시행자가 생활기본시설을 설치하고 그 비용을 부담하도록 강제한 토지보상법 제78조 제4항은 법이 정한 이주대책대상자를 대상으로 하여 특별히 규정된 것이므로, 이를 넘어서서 그 규정이 시혜적인 이주대책대상자에까지 적용된다고 볼 수 없다.'고 판시하였다.

**5. 시혜적 대상자 권리**

이주대책 수립에 의해 이주대책 대상자에 포함된 세입자등은 영구임대주택 입주권 등을 청구할 권리를 가지며 이를 거부한 것은 거부처분이 된다.

**<화훼단지 판례>**

판례는 사업시행자가 내부규정에 따른 생활대책도 헌법 23조 3항 정당보상에 포함되는 것으로 생활대책대상자 선정 기준에 해당하는 자는 확인결정을 신청할 수 있는 권리가 있고 제외,거부처분에 대해 사업시행자를 상대로 항고소송을 제기할 수 있다고 판시하였다.

2008두17905 판결

**<이주대책 수립 청구 거부에 대한 권리구제수단>**

**1. 이주대책수립청구권**

이주대책은 이주대책대상자중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우 사업시행자에게는 수립·실시 의무가 있으며, 법령상 이주대책 대상자는 이주대책을 수립을 청구할 권리를 갖는다.

**2. 이주대책수립청구 거부가 처분인지** : 공권신

**3. 이주대책 수립에 대한 권리구제 방법**

**1)법상 요건 갖춘 경우**

이주대책 대상자가 이주대책 계획의 수립을 청구하였음에도 <수립하지 않은 경우> 의무이행심판 또는 부작위위법확인 소송을 구할 수 있다. 거부하면 취소소송 제기 가능

**2)법상 요건 갖추지 않은 경우**

법상 이주대책 대상자가 아닌 경우 확인결정행위가 내려지기 이전에는 권리가 없으며 이주대책 수립에 대한 신청권도 부정된다. 따라서 이주대책 수립거부에 권리구제가 불가능하다.

\* 법상 요건을 갖추지 않은 경우 이주대책 수립청구는 불가하나 이주대책계획 수립 이후, 이주대책 대상자에서 제외된 경우 거부처분에 대해 항고소송으로 다툴 수 있다.

**<이주대책 무허가건축물 다툴수 있는 근거, 소송방법>**

**1. 다툴 수 있는 근거** : 89.1.24 령 부칙 6조

**2. 확인결정행위 법적성질**

①의의 ②판례입장 ③검토

**3.권리구제수단**

①항고소송가능성 ②당사자소송가능성 ③검토

**<생활기본시설 부담 부당이득 반환 청구 가능하냐?>**

**1. 부당이득 의의**

**2. 이주대책 의의**

**3. 이주대책 요건(령 40조5항)**

**4. 생활기본시설 설치의무(토지보상법 78조4항)**

**5. 78조 4항 법적성질 : 강행규정**

가. 사업시행자가 직접 택지 또는 주택을 특별공급한 경우에는 특별공급계약 중 '분양대금에 생활기본시설 설치비용을 포함시킨 부분이 강행법규인 위 조항에 위배되어 무효라고 판시하였다.

나. 다만 법상 대상자가 아닌 시혜적 대상자에 대해서까지 적용되지는 않는다고 판시하였다.

**5. 사안의 해결**

**1)관련 판례의 입장**

사업시행자는 법률상 원인 없이 생활기본시설 설치비용 상당의 이익을 얻은 것인바, 그 금액을 부당이득으로 이주대책대상자들에게 반환할 의무가 있다.

**2)사안의 해결**

①법상대상자에 해당하는지

②부당이득 반환 의무가 있는지 여부

**<이주대책 기타 판례>**

**1. 대상자 거부 2번 처분시 소의 대상: 새로운 거부처분**

판례는 거부처분이 있은 후 당사자가 다시 신청을 한경우 그 내용이 새로운 신청을 하는 취지라면 이를 다시 거절하는 것은 새로운 거부처분이라고 판시하였다. (즉 새로운 거부처분에 대해 소의 대상으로 할 수 있다.)

**2. 이주대책 업무 종결된 이후 법률상 이익 98두17043**

이주대책 대상자 거부처분 취소를 구하는 것은 이주대책대상자라는 확인을 받는 의미도 함께 있는 것으로 사업지구 내에 더 이상 분양할 이주대책용 단독택지가 없다 하더라도 **보상금청구권 등의 권리를 확정하는 법률상의 이익**은 여전히 남아 있는 것이다.

**3. 관계법령에 따른 고시등이 있은 날 의미**

공익사업이 시행된다는 사실을 토지소유자 등 불특정 다수인이 알 수 있도록 행사하는 고시 등을 의미한다. <판례>는 사업인정고시 외에 주민공람·공고를 예정하고 있는 경우 공고공람일도 포함할 수 있다고 하였다.

**4. 사용승인이 필요한지 여부(판례)**

판례는 토지보상법 시행령 제 40조 5항 1호는 무허가건축물등만 제외할 뿐 사용승인에 대해 별도의 규정을 두지 않고 있고 허가와 사용승인은 법적 성질이 다른 점 등을 고려하여 사용승인을 받지 못한 건축물 소유자는 실질적으로 건축허가를 받은 것으로 볼수 없는 경우가 아니라면 이주대책 대상자에서 제외한 처분은 위법하다.고 판시

**5. 불법용도변경(판례2010두26216판결)**

판례는 공부상 주거용이 아닌 건물을 적법절차에 의하지 않고 임의로 주거용으로 용도를 변경하여 소유·사용한 자는 무허가건축물 등의 소유자에 해당하여 이주대책대상자에서 제외되는 것으로 보아야 한다.고 판시하였다.

**<주거이전비 토지보상법 78조6항>**

**1. 의의**

공익사업시행으로 주거용 건축물 제공 소유자 세입자에게 지급하는 주거이전에 필요한 비용, **조사생**

**2. 법적성질**

**1)공권에 해당하는지**

①학설은 공법상원인에 기한 것으로 공권설과 대등한 지위에서 금전지급청구권이라는 사권설이 대립한다. ②판례는 조기이주를 장려하여 공익사업을 원활히 하려는 정책적 목적과 사회보장적 차원에서 지급하는 공법상권리라고 판시하였다. ③생각건대 공법상 원인에 기한 것으로 공권설 타당하다.

**2)54조 2항이 강행규정인지 (생사강)**

세입자에 대한 주거이전비는 공익사업시행으로 **생**활의 근거를 상실하게 된 세입자에게 **사**회보장적 차원에서 지급하는 금원으로 시행규칙 54조 2항은 당사자의 합의, 사업시행자 재량에 의해 적용을 배제할 수 없는 **강**행규정이라고 판시하였다.

**3. 보상요건**

**1)소유자의 경우(칙 54조 1항) 소해가2실무**

공익사업에 편입되는 주거용 건축물의 **소**유자에 대하여는 ①**해**당 건축물에 대한 보상을 하는 때에 ②**가**구원수에 따라 **2**월분의 주거이전비를 보상하여야 한다. 다만, 건축물의 소유자가 해당 건축물 또는 공익사업시행지구내 타인의 건축물에 **실**제 거주하고 있지 아니하거나 당해 건축물이 **무**허가건축물등인 경우에는 그러하지 아니하다.

**2)세입자에 대한 보상(칙 제54조 제2항)** **(세주사당3무1가4)**

가. **주**거용 건축물의 **세**입자로서 **사**업인정고시일 등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있은 **당**시 당해 공익사업시행지구 안에서 **3**월이상 거주한 자(**무**허가건축물등인 경우 **1**년 이상) 에 대하여는 **가**구원수에 따라 **4**월분의 주거이전비를 보상하여야 한다.

나. 판례는 해당 규정은 **강**행규정이어서 **포**기각서는 **구**속력이 없다고 본다.**(강포구)**

**4. 권리구제 방법 (보상금증감)**

**1)실질적 당사자소송과 형식적당사자소송**

**(1)실질적 당사자소송**

실질적 당사자소송이란 공법상 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 주체를 당사자로 하는 소송을 말한다. 통상 당사자소송이라 하면 실질적 당사자소송을 말한다.

**(2)형식적 당사자소송**

형식적 당사자소송이란 형식적으로는(소송형태상) 당사자소송의 형식을 취하고 있지만 실질적으로는 처분 등의 효력을 다투는항고소송의 성질을 가지는 소송을 말한다.

형식적 당사자소송은 기본적으로는 법률관계의 내용을 다투는 점에서 당사자소송이지만 처분의 효력의 부인을 전제로 하는 점에서 실질적 당사자소송과 다르다.

**2)재결이전 실질적 당사자소송 요충당32**

①판례는 '주거이전비 보상청구권은 그 **요**건을 **충**족하는 경우에 **당**연히 발생하는 것이므로 주거이전비 보상청구소송은 행정소송법 제**3**조 제**2**호에 규정된 당사자소송에 의하여야 한다.'고 판시하였다. ②생각건대 주거이전비는 공법상 원인에 의한 공법상 권리로서 재결 이전에는 **실질적 당사자소송**으로 다툴 수 있다고 판단된다. **(재결전치주의 제외)**

**3) 재결이후- 형식적당사자소송(보상금증감청구소송)**

①판례는 주거이전비 보상에 관하여 재결이 이루어진 다음 보상금의 증감을 다투는 경우에는 토지보상법 제85조 제2항에 의거 보상금증감청구소송이, 이외의 부분을 다투는 경우에는 제85조 제1항에 의거 행정소송이 가능하다고 보았다. ②생각건대 주거이전비는 법 제 50조 1항에서 규정한 재결사항 중 하나로 재결을 거친 후에는 토지보상법에 따라 형식적당사자소송인 보상금증감청구소송으로 권리구제가 가능하다.

+주거이전비는 법 제50조 제1항에서 규정하는 재결사항 중 하나임(그밖의사항)

**\*권리구제방법**

1. 재결이전 : 당사자소송

2. 재결이후 : 이의신청, 보증소, 취소소송

**<주거이전비 지급과 인도이전의무>**

**1. 관련규정 :** 토지보상법 62조(사전보상), 43조(인도이전)

**95조의 2**(1년1천) 43조 위반하여 토지 또는 물건을 인도하거나 이전하지 아니한 자

**2. 사업시행자 주거이전비 지급의무(2021다310088)**

**1)도시정비법 81조**

관리처분계획이 있은 후 원칙적으로 종전 토지건축물을 사용할 수 없으나 토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 않은 경우 예외를 규정하고 있다.

**2)관련 판례의 입장**

판례는 '사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 현금청산대상자나 세입자로부터 토지 또는 건축물을 인도받으려면 협의나 재결절차 등에 따라 결정되는 주거이전비등도 지급할 것이 요구된다'고 판시하였다.

**3. 사안의 해결**

**1)주거이전비 지급이 선행되어야 하는지2019다207813**

주거이전비등에 관한 **협의**가 성립된다면 주거이전비 지급과 인도의무는 **동시이행의 관계**에 있게 되고 **재결절차등**에 의할 때에는 주거이전비등의 지급절차가 부동산 인도에 **선행**되어야 한다. **(협동재선)**

**2)협의, 재결없이 주거이전비를 지급한 경우**

사업시행자가 협의나 재결절차를 거치지 않더라도 주거이전비 등을 지급∙공탁하였다는 사정을 인정할 수 있으면 주거이전비 등의 지급절차가 선행되었다고 보아 사업시행자의 인도청구를 인정할 수 있다. (2021다310088)

**4. 인도의무 위반죄 벌금 현임보전특미인거**

**현**금청산대상자나 **임**차인 등이 주거이전비 등을 **보**상받기 **전**에는 **특**별한 사정이 없는 한 주거이전비 등의 **미**지급을 이유로 부동산의 **인**도를 **거**절할 수 있다. 따라서 부동산의 인도를 하지 않았다고 해서 토지보상법 제 43조, 제95조의 2 제 2호 위반죄로 처벌해서는 안된다.

2019도13010

**5. 부당이득 반환 청구가 허용되는지(2019다300477)**

주거이전비등의 지급절차가 이루어지지 않았다면 주거이전비를 지급할 의무가 있는 사업시행자가 종전 토지나 건축물을 사용수익하고 있는 현금청산대상자를 상대로 부당이득 반환을 청구하는 것은 허용되지 않는다.

**<소유자의 경우 요건의 의미>**

**1. 주거용 건축물의 실제 의미**

‘주거용 건축물’에서 ‘주거용’의 실제 의미는 실제 그 건축물의 공부상 용도와 관계 없이 실제 주거용으로 사용되는지 여부에 따라 결정하여야 할 것이고, 실제 주거용으로 사용되는 건축물 소유자는 미거주주택이나 무허가건축물 등에 해당하지 않는 한 원칙적으로 주거이전비 보상대상자에 해당한다고 할 것이다.

**2. 보상의 시기**

보상시기는 주거용 건축물에 대한 보상을 하는 때이다.

**3. 실제 거주의 요건(공고공람일~보상하는때까지)**

판례는 '도시정비법상 주거용 건축물의 소유자에 대한 주거이전비의 보상은 **정비계획에 관한 공고공람일부터 해당 건축물에 대한 보상을 하는 때**까지 계속하여 소유 및 거주한 주거용 건축물의 소유자를 대상으로 한다.'고 판시

**<세입자 요건의 의미>**

**1. 사업인정고시일 등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있은 당시(판례)**

도시정비법 상 주거용 건축물의 세입자에 대한 주거이전비의 보상은 정비계획이 외부에 공표됨으로써 주민 등이 정비사업이 시행될 예정임을 알 수 있게 된 때인 정비계획에 관한 공람공고일을 기준으로 하여야 한다고 판시한 바 있다.

**2. 계속 거주의 요건**

판례는 '세입자에 지급하는 주거이전비는 세입자들의 조기이주를 장려하여 사업을 원활하게 하려는 정책적 목적과 사회보장적 차원에서 지급하는 금원의 성격이므로 세입자는 사업시행자의 주거이전비 산정통보일 또는 수용개시일까지 계속 거주할 것을 요함이 없이 위 사업인정고시일 등에 주거이전비와 이사비 청구권을 취득한다.'고 판시하였다. (2006두2435)

**(3) 무허가건축물이 아닐 것**

89.1.24 이후 건축된 무허가건축물 등에 입주한 세입자가 아니어야 한다. 그러나, 무허가건축물이라 하더라도 사업인정고시일등 당시 관계법령에 의한 고시등이 있은 당시 그 공익사업지구 안에서 1년이상 거주한 세입자에 대하여는 주거이전비를 보상하여야 한다(則 54조 ② 단서). 물론 이 경우에도 계속 거주의 요건은 필요 없고, 지급기준일에 바로 주거이전비청구권을 취득한다고 볼 것이다.

**<임시주거시설 제공 포기각서>**

**1. 54조 2항이 강행규정인지 여부 (판례+검토)**

주거이전비는 헌법 제 23조 3항의 정당보상원칙을 실현하고 헌법 제 34조 인간다운 생활보장을 위해 필요하다는 점을 고려할 때 강행규정으로 봄이 타당하다.

**2. 주거이전비 별도 청구할 수 있는지 여부(판례)**

①세입자에게 지급하는 주거이전비는 사회보장적 차원에서 지급하는 돈의 성격을 갖는 점, ②관련법령 등에서 임시수용시설 등을 제공받는 자를 주거이전비 지급대상에서 명시적으로 배제하지 않는 점 등을 종합하여 고려할 때 도시정비법에 따라 사업시행자에게서 임시수용시설을 제공받는 세입자라 하더라도 공익사업법에 따른 주거이전비를 별도로 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다. (2011두3685)

**3. 포기각서의 효력**

판례는 사업시행자에게는 임시수용시설에 거주하게 하는 것과 별도로 주거이전비를 지급할 의무가 있고 포기각서는 강행규정인 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항에 위배되어 무효'라고 판시하였다.

**4. 사안의 해결**

1)주거이전비 대상에 해당하는지

2)주거이전비 청구 가능성

강행규정을 위반한 포기각서는 효력이 없으므로 세입자는 주거이전비를 청구할 수 있다고 판단된다.

**<주거이전비 관련판례>**

**1. 무허가건축물 세입자 의미**

판례는 무허가건축물 등에 입주한 세입자는 ①기존에 주거용으로 사용되어 온 무허가건축물 등에 입주하여 일정 기간 거주한 세입자를 의미하고 ②공부상 주거용 용도가 아닌 건축물을 임차하여 임의로 주거용으로 용도를 변경하여 거주한 세입자는 이에 해당하지 아니한다고 판시하였다.

**2. 소유자 또는 세입자 아닌 가구원은 청구 불가**

①판례는 '주거이전비는 소유자와 세입자가 지급청구권을 가지는 것이므로 소유자 또는 세입자가 아닌 가구원은 사업시행자를 상대로 직접 주거이전비 지급 청구 불가하다.'고 판시하였다. ②생각건대 토지보상법 제 78조 위임에 따른 칙 54조는 소유자와 세입자에게 가구원수에 따른 주거이전비 지급을 규정하고 있는 바, 소유자와 세입자만이 지급청구권을 가진다고 판단된다.

**3. 사업구역내 조합원 소유자인 세입자 2017두40068**

조합원은 개발이익을 누릴 수 있고, 실질적으로 사업시행자와 유사하므로 공익사업으로 생활의 근거를 상실하게 되는 자와 차이가 있다. 주택재개발사업 내 주거용 건축물을 소유하는 조합원이 사업구역 내 타인의 주거용 건축물에 거주하는 세입자일 경우 법상 세입자로서의 주거이전비 4개월분의 지급대상이 아니다.

**<표준지공시지가: 의의, 법적성질, 절차, 효력>**

**1. 표준지공시지가** 의의(공시법3조), 취지(공시법1조)

**2. 표공 법적성질**

**①학설(계칙행법):** 비구속적 행정**계**획설, 행정규**칙**설, **행**정행위설, **법**규명령 성질을 갖는 고시설

**②판례:** 표준지 공시지가 결정이 위법한 경우 그 자체를 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 그 위법을 다툴 수 있다. 2007두13845

**③검토**: 표준지공시지가는 손실보상액 산정의 기준이 되고 표준지는 표준지공시지가가 과세처분의 기준이 되는 등 국민의 권리이익에 직접 영향을 미치는 바 처분성인정

**3. 표공 절차 (공시법 3조)**

**1)표준지 선정(1항),의뢰:** **이주자사** 표준지선정관리지침상 **지특용구 대중안확**, 둘이상 감정평가법인등에 조사 평가 의뢰

**2)조사평가(2항, 4항, 5항)** : ①토지소유자 의견청취, ②조사평가시 인근유사토지 **거**래가격, **임**대료 및 **조**성비용, 인근지역 및 다른지역과 형평성 특수성 표준지 공시지가 변동의 예측가능성을 **종**합적으로 참작하여야 한다. (거임조종)

**3)표준지 공시지가 결정** ①감정평가법인등이 시군구청장 **의**견청취가 포함된 조사평가서에 따른 평가액의 산술평균치로 결정 ②부적정, 최고평가액이 최저평가액의 1.3배 초과 시정하게 C ③관계법령위반하여 수행 다른 둘이상 **재평가**의뢰**(령8조)**

**4)심의, 공시 및 열람 :** 형평성 유지위해 **심**의, **공**시열람

**4. 표준지공시지가 공시사항(공시법 5조) 지단면형이**

①표준지의 지번 ②표준지의 단위면적당 가격 ③표준지의 면적 및 형상 ④표준지 및 주변토지의 이용상황 ⑤령10조:지목, 용도지역, 도로상황, 그밖 필요한 사항

**5. 표준지공시지가 효력(부동산공시법 제9조) 평거정산9**

①토지시장의 지가**정**보 제공 ②일반적 토지**거**래의 지표 ③국가, 지방자치단체등이 업무와 관련하여 지가를 **산**정하거나 ④감정평가법인등이 개별적으로 토지등을 감정**평**가하는 경우 기준이 된다.

**6. 표준지공시지가 적용범위(8조) 공수국8**

**1)주체:** 국가, 지방자치단체, 공공기관, 공공단체가

**2)목적:** ①**공**공용지 매수, **②토지수용사용에** 대한 보상, ③**국**공유지 취득 처분, ④그밖에 대통령령으로 정하는 지가의 산정시

**3)산정방법:** 그 토지와 이용가치가 비슷하다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지의 공시지가를 기준으로 토지가격비준표를 사용하여 지가를 직접 산정하거나 감정평가법인등에 감정평가를 의뢰하여 산정할 수 있다.

**4)가감조정:** 다만, 필요하다고 인정할 때에는 산정된 지가를 제2호 각 목의 목적에 따라 가감(加減) 조정하여 적용할 수 있다.

**7. 표준지 공시지가 불복방법**

1)이의신청(공시법 7조) : 강학상 이의신청

2)행정심판: 행정심판법 51조 재심판청구금지 적용X

3)취소소송(행정소송법)

4)무효등확인소송

**<표공 이의신청(부동산공시법 제 7조)>**

**1)의의** : 표준지공시지가에 이의가 있는자가 국장에게 신청 국장이 이를 심사, 공시지가 적정성담보, 권리구제취지

**2)이의신청의 법적성질(특별법상 행정심판인지 여부)**

**①문제점 :** 이의신청 불복시 행정심판 다시 제기할 수 있는지 논의의 실익이 있다.

**②학설:** 특별법상 행정심판(실질적 내용), 강학상이의신청(국장에게 신청)

**③판례** 종전 대법원은 특별법상 행정심판으로, 최근 중앙행정심판위원회 재결례변경, 강학상 이의신청으로 본다.

**④검토:** 국장에게 신청, 헌법 107조3항 사법심사준용X, 국민권리구제 두텁게 강학상 이의신청 타당

**3)이의신청 후 행정소송 제기 (행정기본법 36조4항)**

①공시법상 이의신청은 강학상 이의신청으로 행정심판법 51조 재심판청구금지 적용을 받지 않아 행정심판 제기가 가능하다.

②**행기 36조 4항** 이의신청 결과 통지받은 날부터 **90일** 이내 행정심판, 행정소송 제기할 수 있다.

**4)이의신청 절차 및 효과 (공3국서 만3조재)**

①**공**시일로부터 **3**0일 이내에 **국**토교통부장관에게 **서**면으로 신청하고 ②국토교통부장관은 이의신청기간 **만**료일부터 **3**0일 이내에 이를 심사하고 결과를 신청인에게 통지해야 한다. ③이의가 타당한 경우 표준지공시지가를 **조**정하여 **재**공시(직권변경처분) 해야 한다.

**<표공 취소소송 제기 적법성>**

**1. 행정심판 임의주의 :** 행정소송법 18조에서 행정심판임의주의를 취하는 바 행정심판 거치지 않고 소송제기 가능

**2. 대상적격(행소법 19조)**

가. 표준지공시지가결정이 위법한 경우 그 자체로 행정소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아 위법성을 다툴수C

나. 국민권리의무에 직접 영향을 미치는 바 처분성이 인정되는 바 대상적격이 인정된다.

**3. 원고적격 (행소법 12조) 인근주민 원고적격 인정**

가. 취소소송은 취소를 구할 법률상 이익있는자가 제기

나. 표준지공시지가는 인근토지 가격 결정의 전체적∙표준적 기능을 하는 것으로 **인근주민**에게 개별적, 직접적, 구체적 법률상 이익이 인정되는 바 **원고적격이 인정**된다.

**4. 제소기간(행소법 20조)**

가. 처분등이 있음을 안날부터 90일, 있은날부터 1년이내에 제기하여야 하며 어느 하나의 기간만이라도 경과하여 소를 제기할 수 없다.

나. 판례는 안날이란 통지가 있은 경우 적법한 송달일, 고시공고가 있었다면 현실적으로 알았는지 여부와 관계없이 고시효력발생일이며 있은날이란 처분이 상대방에게 도달하여 효력이 발생한 날로 현실적으로 인식할 필요는 없고 알수 있는 상태에 놓이면 충분하다고 판시하였다.

다. 표준지 공시지가는 처분등이 공고∙고시로 이루어지는 바 고시효력 발생일인 공시일이 안날에 해당하므로 공시일부터 90일 이내 제기하여야 한다.

**5. 사안의 경우**

①대상적격, 원고적격이 인정 ②관할법원에 국토교통부장관을 피고로 ③공시일부터 90일 이내 제기한바 적법하다.

**\*참고 <안날이 논점이 되는 경우에는 이 판례>**

판례는 공고, 고시의 상대방은 불특정 다수이고, 효력이 일률적으로 적용되는 것이므로 공시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야한다고 판시하여 공시일을 ‘안 날’로 보고 있다.

**<표준지공시지가 하자승계>**

**1. 관련행정작용 의의, 법적성질**

**2. 하자의 승계의의, 취지**

**3. 하자의 승계 전제요건**

**4. 하자의 승계 인정여부**

①전통적 하자승계론, 구속력이론

②판례: 원칙적 부정, 예외적 인정

③검토 : 법적안정성측면, 국민권리보호측면

**5. 사안의 해결**

**1)표공-수용재결(2007두13845)**

별개법률효과 목적, 장차 보상이 이루어질 것에 대비 예의주시 과도한 주의의무, 예측가능성X, 수인한도를 넘는 불이익 강요 수용보상금 증액구하는소송에서 표준지공시지가 위법 주장할 수 있다.

**2)표공-개공(97누7649)**

개별토지가격을 다투는 소송에서 그 개별토지가격 산정의 기초가 된 표준지공시지가의 위법성을 다툴 수는 없다고 판시하였다

**3)표공-과세처분 (94누12920)**

표준지로 선정된 토지의 공시지가에 대하여는 지가공시법 제8조 제1항 소정의 이의절차를 거쳐 처분청을 상대로 그 공시지가결정의 위법성을 다툴 수 있을 뿐 그러한 절차를 밟지 아니한 채 조세소송에서 그 공시지가결정의 위법성을 다툴 수는 없다고 판시하였다.

**<감정평가서 기재내용과 정도, 표공의 위법성>**

**1. 관련 규정 검토**

**1)적정가격 정의(공시법2조)**

**2)평가방식의 적용 (표준지조사평가기준 21조)**

표준지의 평가는 거사비,원가법,수익환원법 감정평가 3방식 중 해당 표준지의 특성에 가장 적합한 평가방식 하나를 선택하여 행하되, 다른 평가방식에 따라 산정한 가격과 비교하여 그 적정여부를 검토한 후 평가가격을 결정한다.

**3)감정평가서 작성(감칙 13조)**

감정평가법인등은 감정평가서를 의뢰인과 이해관계자가 이해할 수 있도록 명확하고 일관성 있게 작성해야 하며 감정평가서에 감정평가액 산출근거 및 결정의견등이 포함

**2. 관련 판례(2007두20140)**

**1)표준지공시지가의 적정성 (전표)**

표준지공시지가는 당해토지뿐 아니라 인근유사토지의 가격결정 전체적, 표준적기능 수행, 가격적정성 엄격히 요구

**2)감정평가서 기재 내용과 정도 (원참내정객 적평인)**

평가원인을 구체적으로 특정하여 명시함과 아울러 각 요인별 참작내용과 정도가 객관적으로 납득이 갈 수 있을 정도로 설명됨으로써 그 평가액이 당해토지의 적정가격을 평가한 것이라고 인정할 수 있어야 한다.

**3)표준지공시지가 위법성 (참적알객)**

판례는 감정평가서에 평가요인별 참작 내용과 정도가 평가액 산정의 적정성을 알아볼 수 있을 만큼 객관적으로 설명되어 있다고 보기 어려운 경우, 이러한 감정평가액을 근거로 한 표준지 공시지가 결정은 그 토지의 적정가격을 반영한 것이라고 인정하기 어려워 위법하다고 하였다.

**3. 사안의 경우**

①평가원인 구체적 특정성 여부: 3방식 적용X, 평가원인X

②요인별 참작내용과 정도의 객관성

**<표공 시가와 차이가 나는 것이 위법한지 여부>**

**1. 표공 의의, 취지**

**2. 표공 입법목적(부동산공시법 제1조)**

**3. 시가와 차이가 나는 것이 위법한지 여부**

**1)문제점** 공시지가의 성격문제

**2)학설**

①정책가격설: 적정한 가격형성 도모 정책가격

②시가설: 세금, 부담금산정 기준, 현실시장가격반영해야

**3)판례의 입장 (절방 초미현불)**

판례는 ’개별토지가격의 적정성 여부는 규정된 절차와 방법에 의하여 이루어진 것인지 여부에 따라 결정할 것이지 단지 그 공시지가가 실제 거래가격을 초과하거나 미달한다는 사유만으로 그것이 현저하게 불합리한 가격이어서 그 가격 결정이 위법하다고 단정할 수는 없다.‘고 판시하였다.

**4)검토**

생각건대 부동산공시법 입법취지와 상기 판례입장에 비추어 볼 때 공시지가는 정책가격의 성격을 지닌 것으로 단순히 시가와 괴리된다는 사유만으로 위법하다고 단정할 수 없고, 그 위법 여부는 부동산공시법의 산정방법과 절차에 따라 이루어진 것인지 여부로 판단함이 타당하다.

**<시가표준액의 위법성>**

**1. 관련 판례의 입장 (구용위잔)**

판례는 ’시가표준액의 토지는 표준지공시지가에 따라 건축물은 구조, 용도, 위치, 잔존가치 등 여러사정을 거쳐 결정되므로 그 위법은 각 **산정 요소의 적정 여부를 따져** 결정할 것이지 시가표준액이 그 감정가액과 상당히 차이가 난다는 사정만으로 위법하다고 할 수는 없다.‘고 판시하였다. (2018두50147 판결)

**2. 판례의 논평**

①감정가액은 시장가치 기준이지만(감칙5조) 시가표준액은 과세를 위한 정책적, 당위적 가치로서 ②시가표준액의 위법은 관련법에서 정한 절차와 기준에 따라 산정되었는지 여부로 판단할 것인지 단순히 감정가액과 차이가 난다는 사정만으로 위법하다고 볼 것은 아니라고 판단된다.

**<표준지조사평가기준 법적성질>**

**1.문제점**

조사평가기준은 부동산공시법 3조 3항, 동법 령 6조 3항의 위임을 받았으나 국토교통부 훈령으로 ‘법령보충적 행정규칙’으로서 법규성이 문제된다.

**2. 학설 법행규위** (법규명령설, 행정규칙설, 규범구체화행정규칙설, 위헌무효설)

**3. 판례**

가. **법**령규정에 의하여 그 내용을 보충할 기능을 가진 **행**정**규**칙은 해당 법령의 **위**임한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적 구속력이 인정된다.

나. 동법 3조 8항의 위임을 받은 토지가격비준표에 대하여 개별토지가격산정에 있어 법규적성질을 가진다고 판시하였다

**4. 검토**

토지가격비준표의 법규성을 인정하고 있는 점, 조사평가기준은 부동산공시법 3조 3항의 위임범위 내에서 표준지공시지가 조사평가의 구체적 기준을 규정하는 점을 고려하여 법규성을 긍정함이 타당하다. 다만, 견해의 대립이 있

을 수 있는바, 법규성 인정 여부에 따른 甲주장의 타당성을 검토한다..

**5. 사안의 해결**

**1)법규성이 인정되는 경우(조사평가따른것은 위법X)**

조사평가기준은 표준지공시지가 조사평가에 있어서 구속력을 미치므로 조사평가기준을 근거 검토사항을 추가한 것은 위법하지 않다.

**2)법규성이 인정되지 않는 경우(상위법령, 관계법령)**

상위, 관계법령에 근거하여 위법성 판단, 표준지공시자가가 적정가격이라고 판단되지 아니하는 경우 위법하므로 甲주장의 타당성이 인정될 수 있다.

**<개공 의의, 법적성질, 절차, 효력>**

**1. 의의, 취지 (부공법 10조)**

시군구청장이 표준지공시지가를 기준으로 산정한 개별 토지 단위면적당 적정가격. 조세 및 개발부담금 산정기준

**2. 법적성질**

**1)학설:** **사칙행법**(**사**실행위설, 행정규**칙**설, **행**정행위설, **법**규명령성질을 갖는 고시설)

**2)판례**: 조세부담금 산정등 국민의 재산권에 직접 영향을 미치는 물적행정행위로 항고소송의 대상이 되는 행정**처분**

**3)검토:** 국민권리의무 직접 영향 **처분**으로 봄이 타당

**3. 절차 (산검의심공)**

①시군구청장은 당해 토지와 유사하다고 인정되는 표준지 공시지가를 기준으로 비준표를 사용하여 지가를 **산**정하고 (10조4항) ②그 타당성에 대하여 감정평가법인등의 **검**증을 받고 토지소유자 이해관계인의 **의**견을 들어야 한다.(제 10조 5,6항) ③시군구 부동산가격공시위원회 **심**의를 거쳐, 개별공시지가결정 및 이의신청에 관한 사항을 결정∙**공**시하며 필요시 개별통지할 수 있다.

**☞절차 자세히**

**1)개별공시지가 산정(10조4항)**

시군구청장은 당해토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 표준지공시지가를 기준으로 토지가격비준표를 사용하여 지가를 산정하되 해당토지 가격과 표준지공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 한다.

**2)감정평가법인등 검증, 의견청취 (10조 5항, 령18조)**

시군구청장은 개별토지 가격을 산정할 때에는 그 타당성에 대하여 감정평가법인등의 검증을 받고 토지소유자, 그밖의 이해관계인의 의견을 들어야 한다. 다만 검증이 필요없다고 인정되는 때에는 검증을 생략할 수 있다.

**3)심의 및 결정 공시**

시군구 부동산가격공시위원회 심의 후 개별공시지가 결정 및 이의신청에 관한 사항을 결정 공시하며 필요한 경우 개별통지할 수 있다.(10조1항)

**4)이의신청 (부동산공시법 제 11조)**

개별공시지가에 이의가 있는자는 **공**시일부터 **3**0일 이내 이의를 신청할 수 있고 **시**군구청장은 이의신청기간 만료일부터 30일 이내 심사하여 통지하여야 한다.

**4. 개별공시지가 효력(10조 1항)**

①국세ㆍ지방세 등 각종 **세**금의 부과, ②그 밖의 다른 법령에서 정하는 **목적을 위한 지가산정**에 사용. 다만 개별공시지가를 기준으로 하여 행정목적에 활용하기 위하여

는 법률의 명시적인 규정이 있어야 하므로 규정이 없는 경우에는 표준지공시지가를 기준으로 개별적으로 토지가격을 산정하여야 할 것이다.

**5. 개별공시지가 위법성 :** **절표특가위**

①주요**절**차를 위반한 하자가 있거나, ②토지가격비준**표**에 의한 표준지와 당해 토지의 토지**특**성의 조사∙비교 및 **가**격조정률의 적용이 잘못된 경우, ③기타 틀린 계산(**위**산), 오기로 인하여 지가산정에 명백한 잘못이 있는 경우 인정된다.

**6. 관련 판례의 입장**

**1)개별공시지가가 현저히 불합리한지 판단:** **경가지개**

개별토지가격이 현저하게 불합리한 것인지 여부는 ①그 가격으로 결정하게 된 **경**위 ②인근유사토지에 적용된 **가**감조정비율 ③**지**가상승률 ④당해토지에 대한 기준연도를 전후한 **개**별토지가격 증감 등 여러 사정을 종합적으로 참작하여야 한다.

**기출 33회, 개별공시지가 이의신청을 거친 후 행정심판 제기할 수 있는지 검토(10점)**

**1. 개별공시지가, 이의신청 의의**

**2. 개별공시지가 법적성질** : 처분성 인정 행정심판제기O

**3. 이의신청의 법적성질**

1)학설, 판례

3)검토

**4. 사안의 해결**

1)행정심판 제기 가능한지 여부 : 행정심판법 51조 적용X

2)제소기간(행정기본법 제 36조4항)

**<개공 이의신청>**

**1)의의∙취지**: 개별공시지가에 이의가 있는자가 시군구청장에게 신청 **시군구청장이 이를 심사**, 공시지가 적정성담보, 권리구제취지

**2)이의신청의 법적성질(특별법상 행정심판인지 여부)**

**①문제점 :** 이의신청 불복시 행정심판 다시 제기할 수 있는지 논의의 실익이 있다.

**②학설:** **특**별법상 **행**정심판(실질적 내용), **강**학상**이**의신청

**③판례:** 종전판례는 특별법상 행정심판이라고 보았으나 최근판례는 부동산 공시법에 행정심판 제기를 배제하는 명시적 규정이 없고 양자는 절차 및 담당기관에 차이가 있는 점을 종합하여 이의신청을 거친 후 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있다고 판시하였다. **2008두19987**

**④검토:** 처분청에 신청, 헌법 107조3항 사법심사준용X, 국민권리구제 두텁게 강학상 이의신청 타당

**3)이의신청 후 행정심판 청구 (행정기본법 36조4항)**

①공시법상 이의신청은 강학상 이의신청으로 행정심판법 51조 재심판청구금지 적용을 받지 않아 행정심판 제기가 가능하다.

②행기 36조 4항 이의신청 결과 통지받은 날부터 90일 이내 행정심판, 행정소송 제기할 수 있다.

**4)이의신청 절차 및 효과 (공3시서 만3조재)**

①**공**시일로부터 **3**0일 이내에 **시**군구청장에게 **서**면으로 신청하고 ②시군구청장은은 이의신청기간 **만**료일부터 **3**0일 이내에 이를 심사하고 결과를 신청인에게 통지해야 한다. ③이의가 타당한 경우 개별공시지가를 **조**정하여 **재**공시(직권변경처분) 해야 한다.

**<2-11 유사가격권 표준지 선정, 개공 위법성>**

**1. 표준지공시지가와 개별공시지가**

1) 표준지공시지가제도 의의, 취지

2) 개별공시지가제도 의의, 취지

**2. 비교표준지 선정기준 및 유사가격권 개념**

**1)비교표준지 선정기준(개별공시지가 조사산정지침)**

동일 용도지역 안에 있는 유사가격권의 표준지 중에서 대상토지와 이용상황이 동일한 표준지를 선정하되 인접토지와 지가불균형이 초래되는 경우 도로접면이 유사한 표준지를 우선하여 선정하여야 한다. **(동용유표 이지도우)**

**3. 관련 판례의 입장**

**1)유사가격권이란(도건주 지비유가)**

유사가격권이란 도로조건, 건축규제, 주변여건등 지가 형성요인이 비슷하여 유사한 가격대를 형성하는 지역적 범위를 말한다.

**2)표준지 선정 기준(이용상황이 유사한 표준지)**

토지 이용상황이 동일한 표준지란 주된 용도가 같은 표준지로 용도지역, 이용상황 그 밖의 자연적 사회적 조건 등 토지특성이 유사한 표준지를 말한다. **(주용표 용이자사특)**

**4. 사안의 해결**

①유사가격권내 이용상황이 같은 표준지 중 도로접면이 유사한 표준지를 우선선정하여야 하는 점 ②토지특성이 모두 같고 형상만 다른 것은 품등비교에서 감안하면 되는 점을 고려할 때 표준지 선정 자체 위법성이 없다고 판단된다.

**<2-11 인근토지 상승률이 달라 위법한지?>**

**1. 개별공시지가 산정절차**

**2. 개별공시지가 위법성 :** **절표특가위**

①주요**절**차를 위반한 하자가 있거나, ②토지가격비준**표**에 의한 표준지와 당해 토지의 토지**특**성의 조사∙비교 및 **가**격조정률의 적용이 잘못된 경우, ③기타 틀린 계산(**위**산), 오기로 인하여 지가산정에 명백한 잘못이 있는 경우 인정된다.

**3. 관련 판례의 입장**

**1)개별공시지가가 현저히 불합리한지 판단:** **경가지개**

개별토지가격이 현저하게 불합리한 것인지 여부는 ①그 가격으로 결정하게 된 **경**위 ②인근유사토지에 적용된 **가**감조정비율 ③**지**가상승률 ④당해토지에 대한 기준연도를 전후한 **개**별토지가격 증감 등 여러 사정을 종합적으로 참작하여야 한다.

**2)노선상가지대의 경우** : 노선상가지대는 해당 노선을 따라 유사한 가격대를 형성하는 것으로 후면상가지대와 이용가치가 유사하다고 볼 수 없다.

**3)동일블록내 있다는 사정**

동일블록 내 있다는 사정만으로 토지특성에 따른 가격요인이 유사하다고 볼 수 없으므로 그인근토지들의 지가상승률과 상당한 차이를 보인다는 점만으로 개별공시지가가현저히 불합리하다고 단정할 수 없다.

**4. 사안의 해결**

①노선상가지대와 후면상가지대는 가격격차가 큰 점 ②동일블록내 있다는 사정만으로 가격요인이 유사하다고 볼 수 없는 점을 고려할 때 ③인근토지와 비교하여 상승률이 과도하다는 사정만으로 개별공시지가가 현저히 불합리하다고 단정할 수 없는 바 타당성이 결여된다.

**<2018헌바435 명확성, 포괄위임금지원칙 위반 여부>**

**Ⅰ. 명확성의 원칙 위반 검토**

**1. 문제점 (부동산 공시법 10조 4항)**

☞유사한 이용가치, 균형을 유지하도록 하여야 한다 부분이 명확성 원칙에 위배되는지 문제가 된다.

**2. 관련 판례의 입장**

**1)유사한 이용가치를 지닌 표준지의 의미**

해당 토지와 토지이용상황이나 주변 환경, 그 밖의 자연적·사회적조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 표준지를 의미한다(이주자사 일유인)

**2)토지가격비준표를 사용하여 지가산정의 의미**

비교표준지와 대상 토지의 지가형성요인 간 차이를 반영함으로써 대상 토지의 개별공시지가를 산정한다는 것으로 해석할 수 있다.

**3)균형을 유지한다는 의미**

대상 토지의 가격이 비교표준지의 공시지가에 비하여 과다하거나 과소하지 않도록 하여야 한다는 것을 의미한다

**3. 검토(판례의 입장)**

개별공시지가산정조항의 문언과 입법취지, 규정 내용 등을 종합하면, 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람은 누구나 개별공시지가 산정의 기준 및 방법의 의미를 충분히 알 수 있고, 위 조항이 자의적으로 해석되거나 적용될 여지가 크다고 할 수도 없다. 따라서 명확성 원칙에 위배되지 않는다.

**Ⅱ. 포괄위입입법 금지**

**1. 문제점**

가. 헌법 75조는 위임은 법률에서 구체적으로 정하여 하도록 규정하고, 이는 법률에 그 내용이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 하위법령 내용을 대강 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

나. 사안의 경우 부동산공시법 10조 8항이 개별공시지가 산정, 결정에 대한 구체적 내용을 하위법령에 위임하고 있는 것이 포괄위임입법 금지인지 여부가 문제가 된다.

**2. 관련 판례의 입장 (탄지표토균)**

①개별공시지가 특수성을 고려하여 개별공시지가 산정기준과 방법을 탄력적으로 규율할 필요가 있고 ②하위법령 내용은 지가형성요인에 대한 조사·평가 기준 및 방법, 비교표준지 선정의 구체적인 기준 및 방법, 토지가격비준표의 사용 방법, 대상 토지의 개별공시지가와 비교표준지의 공시지가가 균형을 유지하도록 하기 위한 가격 조정에 관한 사항 등이 될 것임을 **충분히 예측할 수 있어 포괄위임금지 원칙에도 위배되지 않는다**

**3. 사안의 해결**

①전문적 지식과 기술을 요하는 개별공시지가 산정의 기준 및 방법의 세부사항을 법률로 규정하기는 어려운 점 ②하위법령의 내용이 될 사항을 충분히 예측할 수 있는 점을 고려할 때 포괄위임금지원칙에 어긋나지 않는다고 판단된다.

**<개별공시지가 불복방법>**

1. 이의신청(부동산공시법 제11조)

2. 행정심판(행정심판법 51조 X)

3. 취소소송

4. 무효등 확인소송

**<개공 취소소송 제기 적법성>**

**1. 행정심판 임의주의 :** 행정소송법 18조에서 행정심판임의주의를 취하는 바 행저심판 거치지 않고 소송제기 가능

**2. 대상적격(행소법 19조)** 개공법적성질+검토

**3. 원고적격 (행소법 12조)**

가. 취소소송은 취소를 구할 법률상 이익있는자가 제기

나. 개별공시지가는 당해토지에 한해 조세, 부담금 산정의 기준이 되는 것으로 인근주민의 개별적, 구체적, 직접적 이익에 영향을 미치지 않으므로 인근주민에게는 원고적격이 없다.

**4. 제소기간(행소법 20조) 표공 동일**

**5. 사안의 경우**

**<개공 제소기간 정리>**

**1. 이의신청 거친 경우** : 행정기본법 36조 4항에 따라 이의신청결과를 통지받은날부터 90일 이내 제기할 수 있다.

**2. 행정심판 거친 경우:** 판례는 이의신청을 하여 그 결과를 통지받은 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있으며 이 경우 행정소송의 제소기간은 그 행정심판 재결서 정본을 송달받은 날부터 기산한다고 판시하였다.

**<개별공시지가 정정공시 후 개별공시지가 소제기적법성>**

**1. 개별공시지가, 정정 의의(10조, 12조)**

개별공시지가의 직권정정제도란 개별공시지가에 위산⋅오기 등 ʻʻ명백한 오류ʼʼ가 있는 경우 이를 직권으로 정정할 수 있는 제도로 부동산공시법 제12조에 근거하며, 개별공시지가의 적정성을 담보하기 위한 수단이다

.

**2. 개별공시지가 법적성질:** 처분성 인정 취소소송O

**3. 소의 대상**

1)문제점 변경처분이 있은 경우

2)학설 흡수설, 역흡수설, 병존설

3)판례 감액처분의 경우, 증액처분의 경우

4)검토 : 일부취소된 후 남은 원처분 대상 타당

**4. 제소기간** : 안날 90일, 있은날 1년

두 경우 하나의 기간만 도과해도 취소송제기X

**4. 사안의 해결**

**1)정정된 경우 공시지가 효력발생일**

판례는 '개별공시지가 정정 결정 공시된 경우 최초의 공시지가는 효력을 소멸하고 새롭게 정정 공시된 공시지가가 공시기준일에 소급하여 효력을 발생한다.'고 판시하였다.

**2)제소기간**

가. 판례는 공고, 고시의 상대방은 불특정 다수이고, 효력이 일률적으로 적용되는 것이므로 공시가 효력을 발생하는 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야한다고 판시하여 공시일을 ‘안 날’로 보고 있다.

나. 따라서 개별공시지가는 공고고시를 통해 통지되므로 최초로 결정 공시한 00일이 안날로써 제소기간의 기산일이 된다.

**<시가와 현저하게 차이나는 개별공시지가 위법성>**

**1. 논점의 정리**

**2. 개별공시지가 의의, 법적성질**

**3. 개별공시지가가 현저하게 불합리한지 여부 판단**

: 경가지개

**4. 시가와 현저하게 차이가 나는 개별공시지가 위법성**

**1)학설**

①적정한 가격형성 도모를 위한 것이라는 <정책가격설 ②조세부담금 산정의 기준이 된다면 현실가격을 반영해야 한다는 <시가설>이 대립한다.

**2)관련 판례의 입장**

’개별토지가격의 적정성 여부는 규정된 절차와 방법에 의하여 이루어진 것인지 여부에 따라 결정할 것이지 단지 그 공시지가가 실제 거래가격을 초과하거나 미달한다는 사유만으로 그것이 현저하게 불합리한 가격이어서 그 가격 결정이 위법하다고 단정할 수는 없다.‘고 판시하였다.

**6. 사안의 해결**

①개별공시지가는 정책적 성격을 가진점, ②개별공시지가의 위법 여부는 부동산공시법의 산정방법과 절차에 따라 이루어진 것인지 여부로 결정될 것인점을 고려하면 ③시가와 차이가 난다는 이유만으로 개별공시지가가 위법하다고 볼수 없다고 판단된다.

**<하자승계>**

**1. 표공->개공**

판례는 표준지공시지가의 위법은 부동산공시법에서 정한 절차에 따라 이의신청을 거쳐 처분청을 상대로 위법을 다툴 수 있을 뿐 개별공시지가를 다투는 소송에서 산정의 기준이 된 표준지공시지가의 위법을 다툴 수 없다고 판시하였다.

**2. 개공->과세처분**

**1)법적성질**

과세처분은 재산세 납부를 명하는 급부하명, 처분성인정

**2)개별적 고지가 이루어지지 않은 경우 93누8542**

개별공시지가결정과 과세처분은 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이나 이를 고지하도록 되어 있는 것은 아니어서 쉽사리 예견할 수 없고 이를 다툴 수 없게 하는 것은 수인한도를 넘는 불이익을 강요하는 것으로 하자승계를 주장할 수 있다고 판시하였다.

**3)개별적 고지가 이루어진 경우 96누 6059**

개별공시지가 결정에 대한 재조사청구에 따른 조정결정을 통지받고서도 더 이상 다투지 아니한 경우에는 개별공시지가 결정의 불가쟁력이나 구속력이 수인한도를 넘는 가혹한 것이거나 예측불가능하다고 볼 수 없다고 판시하였다.

**<국배 위법성 판단 자연림공업용 판례>**

**Ⅰ. 직무상 의무위반이 논점**

**1. 개별공시지가 의의, 직무상의무 의미**

**1)개별공시지가 의의, 취지**

**2)담당공무원의 직무상 의무**

판례는 ‘개별공시지가 산정업무 담당 공무원등은 산정지가가 관련 법률에 따른 기준과 방법에 따라 제대로 산정된 것인지 여부를 검증, 심의함으로써 적정한 개별공시지가가 결정·공시되도록 조치할 직무상 의무가 있다’고 판시

**2. 국가배상청구 의의, 요건**

**1)의의, 요건, 직무관련성의 의미**

**2)위법성의 의미**

견해 대립이 있으나 판례는 신의성실의무위반을 포함하여 공무원의 직무상의무위반도 위법으로 보는 입장이다.

**3. A회사의 위법 주장에 대한 타당성**

**1)관련판례의 입장**

판례는 ‘공무원 등이 검증지가를 심의하면서 그 잘못을 발견하지 못함에 따라 개별공시지가가 적정가격보다 훨씬 높은 가격으로 결정·공시된 사안에서 개별공시지가의 산정 및 검증, 심의에 관한 직무상 의무를 위반한 것으로 불법행위에 해당한다‘고 판시하였다.

**2)사안의 해결**

①관계법령과 상기 판례입장을 종합적으로 고려하면 담당공무원 등에게는 적정한 개별공시지가가 결정·공시되도록 할 직무상 의무가 있다. ②개별공시지가가 적정한 가격으로 공시되지 않은 것은 담당공무원등이 직무상 의무를 위반한 불법행위에 해당한다. ③따라서 A회사의 주장은 타당하다.

**<개별공시지가가 담보가치 손해배상책임 인정?>**

**1. 개별공시지가 의의, 취지, 법적성질**

**2. 국가배상청구 의의, 요건**

**3. 직무상 의무위반 여부**

판례는 ‘검증지가를 잘못산정함에 따라 개별공시지가가 적정가격보다 훨씬 높은 가격으로 결정·공시된 사안에서 개별공시지가의 산정 및 검증, 심의에 관한 직무상 의무를 위반한 것으로 불법행위에 해당한다‘고 판시하였다.

**4.상당인과관계인정여부(개별공시지가효력,구속력,보호법익)**

①개별공시지가는 조세,부담금, 일정한 행정목적을 위한 지가산정에 효력이 있고(부동산공시법 10조) ②판례는 조세부담금산정범위내에서 국민권리의무에 구속력이 미치나 담보제공, 실제거래가격에는 구속력이 미치지 않는다고 하였다. ③사적거래금액이 개별공시지가에 미치지 못함으로 인해 발생하는 손해에 대해 배상책임을 지우는 것은 부동산공시법의 입법목적과 기능, 의미 보호법익의 보호범위를 넘어서는 것이라고 판시하였다.

**5. 사안의 해결**

①검증지가를 잘못산정하여 직무상 의무위반이 인정되나 ②개별공시지가 구속력이 담보가치에 미치지 않는바 ③상당인과관계가 인정되지 않으므로 손해배상책임이 인정되지 않는다.

**<개별공시지가 재산세 손해배상책임 인정?>**

**1. 개별공시지가 의의, 직무상의무**

1)개별공시지가 의의

2)담당공무원의 직무상 의무

3)개별공시지가 산정목적, 범위

**2. 국가배상청구제도**

1)의의, 근거

2)국가배상청구 요건

**3. 사안의 해결**

**1)관련 판례의 입장 2010다13527**

판례는 ‘담당공무원등이 현저하게 불합리한 개별공시지가가 결정되도록 함으로써 국민 개개인의 재산권을 침해한 경우에는 그 손해에 대하여 상당인과관계 있는 범위 내에서 그 담당공무원 등이 소속된 지방자치단체가 배상책임을 지게 된다.고 판시하였다.

**2)사안의 해결**

①담당공무원등이 이용상황을 잘못 정정한 것은 고의 과실이 인정되고 ②이는 직무상 의무위반으로 불법행위를 구성하며 ③재산세 부과처분으로 국민에게 손해가 발생하여 ④상당인과관계가 인정되는 바 S시장의 손해배상책임이 인정된다고 판단된다.

**<개공 기타>**

**1. 개별공시지가 산정하지 아니할 수 있는 토지(10조2항 령 15조) 표농개국지부아**

**표**준지로 선정된 토지, **농**지보전부담금·**개**발부담금 등의 부과대상이 아닌 토지, **국**세 또는 **지**방세의 **부**과대상이 **아**닌 토지(국공유지의 경우에는 공공용 토지만 해당한다)는 개별공시지가를 결정·공시하지 아니할 수 있다.

**2. 부담금부과 하자치유 관련 판례**

개별공시지가결정이 위법하여 그에 기초한 개발부담금 부과처분도 위법하게 된 경우, 그 후 적법한 절차를 거쳐 공시된 개별공시지가결정이 종전의 위법한 공시지가결정과 그 내용이 동일하다는 사정만으로는 위법한 개별공시지가결정에 기초한 개발부담금 부과처분이 적법하게 된다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.

**<3기4주차 개발이익환수법 규정취지, 감정평가액을 개별공시지가로 삼을수 있는지 여부>**

**1)개발이익 환수법 제 10조 규정의 취지 (99두5542판결)**

매년 개별공시지가를 결정공시하여 옴으로써 지가산정의 능력과 경험이 있는 부과관청으로 하여금 부과종료시점 당시의 개별공시지가를 산정하고 거기에 정상지가상승분을 더하여 부과종료시점지가를 산정함으로써 개발부담금산정에 개별공시지가 적용원칙을 관철하려는데 취지가 있다.

**2)감정인에 의한 감정평가액을 개별공시지가로 삼을 수 있는지**

판례는 ‘개발이익환수법 취지에 비추어 개별공시지가 산정에 위법이 있다 하더라도 부과관청이 기술적·전문적 판단에 기하여 다시 산정하도록 함이 타당하고, 감정평가액을 일응의 개별공시지가로 삼을 수는 없다’ 고 판시하였다.

**3) 사안의 해결**

개발이익 환수법의 입법 취지에 비추어 개발부담금 산정은 부과관청 고유의 직무로서 권한과 책임을 가진다는 점을 고려할 때 법령 근거 없이 임의로 감정평가액을 개별공시지가로 삼을수는 없다고 판단된다.

**<표준지공시지가와 개별공시지가 비교 설명>**

**1. 표준지공시지가와 개별공시지가의 의의**

1) 표준지공시지가의 의의

2) 개별공시지가의 의의

**2. 공통점**

**1) 법적 성질 : 양자모두 처분성 긍정**

2) 관련 판례: 표공 판례, 개공판례

**2) 권리구제상 공통점**

**(1) 권리구제 방법:** 이의신청(7조,11조), 항고소송

**(2) 관련 판례**

가. 개별공시지가에 대한 이의신청을 거친 경우 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있다고 판시하여 개별공시지가에 대한 이의신청을 <강학상 이의신청>으로 판시

나. 표준지공시지가 이의신청에 대하여 중앙행정심판위원회가 종전의 재결례를 변경하여 강학상 이의신청임을 밝혔다.

**3. 차이점**

**1)절차, 주체상 차이점**

**2)효력상 차이점**

**3)기타 차이점:** 개별공시지가 정정, 검증은 개공만 함

**<토지가격비준표>**

**1. 의의 (부동산공시법 제3조 제8항)**

국토교통부장관이 개별공시지가 산정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 작성하는 표준지와 개별토지의 가격형성요인에 관한 표준적 비교표를 말한다. 행정효율성 제고에 취지가 인정된다.

**2. 토가비 적용 규정 부동산공시법 10조 4항**

시군구청장은 해당 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 표준지공시지가를 기준으로 토지가격비준표를 사용하여 지가를 산정하되 해당 토지가격과 표준지공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 한다.

**3. 토지가격비준표의 법적성질(법령보충적 행정규칙)**

**1) 문제점**

제 3조 8항 위임 받아 제정된 법보행 대외적 구속력 .

**2) 학설 : 법행규위**(법규명령설, 행정규칙설, 규범구체화행정규칙설, 위헌무효설)

**3) 관련 판례**

가. 판례는 상위법령이 그 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 그 위임의 한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는다고 판시하였다.

나. 개발부담금부과와 관련하여 토지가격비준표는 법률보충적인 구실을 하는 법규적 성질을 가지고 있는 것으로 보아 토지가격비준표에 의하여 부과종료시점의 지가를 산정한 것은 정당하다고 판시하였다.

**4) 검토**

**4. 토지가격 비준표 하자 (작내)**

**1)작성상의 하자**

토지가격비준표 작성상의 하자는 국민 권리의무에 영향을 미치는 것이 아닌바 대상적격이 인정되지 않는다. 판례는 비준표상의 토지특성 및 평가요소등이 추가 또는 배제됨으로 인하여 가격상승 하락이 있게 되었다는 것만으로 개별토지가격결정이 부당하다고 하여 이를 다툴 수 없다고 판시하였다.

**2)내용상의 하자**

판례는 비교표준지와 개별토지의 특성을 비교하여 비준표상의 가격배율을 모두 적용하여야 하며 이를 일부만 적용한 것은 위법하다고 판시하였다.

**<토가비 적용상 하자 위법 인정한 판례-적용상하자>**

**1.토가비 적용하지 않은 기준시가 산정이 위법한지?**

판례는 소득세법은 개별공시지가가 없는 토지의 가액을 토지가격비준표에 따라 평가하도록 규정하고 있는바 표준지를 특정하여 선정하지 않거나 토지가격비준표에 의하지 아니한 채 토지의 가액을 평가하고 기준시가를 정하는 것은 위법하다고 판시하였다.

☞부공법 3조8항 10조1항 입법취지, 법체계, 문언내용 고려 토가비 구속력 소득세법에 미치는 바 위법

**2.토지가격비준표상 가격배율을 일부만 적용 위법한지?**

토지가격비준표상의 가격배율은 개별토지의 가격을 산정할 때 모두 반영하여야 하고, 임의로 일부 항목에 관한 가격배율만을 적용하여 산정한 개별 토지가격 결정은 위법하다고 하였다.

☞부동산공시법 문언내용, 취지, 상기판례입장 종합하면 토가비는 개별공시지가 산정을 위해 적용시 구속력O 가격배율 모두 적용함 타당

**3.토지가격비준표상 가격조정율 적용안하면 위법한지?**

가격조정률은 토지가격비준표상의 것을 적용하여야 하며, 이와는 다른 조정률을 적용하여 개별토지가격을 결정하게 되면 그 처분은 위법한 것이 된다고 하였다.

**4. 하자의 종류와 위법성의 정도**

판례는 토지가격비준표 적용 오류를 <내용상 하자>라고 판시하였다. 토지가격비준표 적용의 오류는 중대명백설에 따라 중대하지만 일반인의 식견에서 명백하다고 볼 수 없으므로 <취소사유>에 해당한다고 판단된다.

**<토가비 위법 부정한 판례- 작성상하자>**

**1. 토가비 특성, 평가요소 추가, 제외가 위법한지?**

토지가격비준표상의 토지의 특성 및 평가요소 등의 추가 또는 제외됨으로 인하여 가격상승 또는 가격하락이 있게 되었다는 것만으로는 개별토지가격 결정이 부당하다고 하여 이를 다툴 수 없다고 판시하였다.

☞토지가격비준표는 작성 자체가 국민의 권리의무에 직접 영향X 작성상 하자에 대해 쟁송제기 불가

**2. 토가비로 산정한 지가 안쓰고 검증의견에 따라 결정**

시장등은 감정평가업자의 검증의견 및 토지소유자 의견등을 종합하여 개별공시지가를 결정할 수 있고 표준지공시지가와 균형을 유지하지 못할 정도로 현저히 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 토지가격비준표를 사용하여 산정한 지가와 달리 결정되었거나 감정평가사 검증의견에 따라 결정되었다는 이유만으로 개별공시지가 결정이 위법하다고 볼 수 없다.

☞**검**증제도, **심**의절차 규정한 **취**지 고려, 검증심의절차에까지 **토**가비 대외적 **구**속력인정**X** 따라서 위법성X **(검심취토구X)**

**<토가비 적용오류 부담금 부과 하자 치유>**

**1. 논점의 정리** 하자치유법리 검토 사안해결

**2. 하자의 치유**

**1)의의 :** 행정 무용한 반복방지

**2)인정여부** : ①긍정설 ②부정설 ③제한적긍정설

판례: 법률적합성 원칙상 허용X, 행정무용한반복방지, 법적안전성 위해 예외적으로 국민권리 침해되지 않는 범위내 합목적적 인정

**3)인정범위 :** 취소사유+절차하자O, 무효or내용X

**4)인정시기 :** 쟁송제기이전설, 쟁송종결시설

판례 불복여부 결정 및 불복에 편의를 줄 수 있는 상당한 기간내 쟁송제기이전설 입장

**5)하자치유효력**

**3. 토가비 적용 하자의 유형과 위법성 정도**

판례는 내용상 하자로 보며 중대명백설 <취소사유> 하자치유 불가

**4. 사안의 해결**

**1)관련 판례의 입장**

부담금 부과처분과 관련하여 적법하게 정정 공시된 개별공시지가 결정이 종전 공시지가 결정의 내용과 동일하다는 사정만으로 위법한 개별공시지가 결정에 기초한 개발부담금 부과처분이 적법하게 될 수 없다고 판시하여 하자의 치유를 부정하였다.

**2) 부담금 부과처분의 하자의 치유 인정 여부**

①토지가격비준표 적용의 하자는 내용상 하자로 치유가 불가능하다는 점 ②위법한 부담금 부과의 하자치유를 인정할 경우 이에 기초한 가산금부과등 국민 권리이익이 침해되는 점을 고려 ③하자치유 인정될 수 없다고 봄 타당

**<개별공시지가 검증>**

**1. 의의, 취지(법 10조5항 령18,19)** 비객신

개별공시지가의 타당성을 전문가인 감정평가사가 검토 담당공무원의 **비**전문성을 보완하고 개별공시지가의 **객**관성, **신**뢰성 확보에 취지가 있다.

**2. 관련규정 검토**

**1) 개별공시지가 검증근거(법 10조 5항)**

시군구청장은 개별토지의 가격을 산정할 때에는 그 타당성에 대하여 감정평가법인등의 검증을 받고 토지소유자, 그 밖의 이해관계인의 의견을 들어야 한다.

**2)검증의 실시 및 생략(법 10조5항, 령 제18조 제3항)**

시군구청장은 검증이 **필**요없다고 **인**정되는 때는 **지**가의 **변**동상황 등을 고려하여 **검**증절차를 **생**략할 수 있으나, **개**발사업의 시행, **용**도지역 등의 변경 사유가 있는 경우 검증을 실시하여야 한다.**(필인지변검생 개용이는 생략하지마)**

**3. 법적 성질 (사필)**

검증자체는 법적효과 없는 **사실행위**, 항고쟁송대상X, 검증절차는 **필수적절차**로, 검증 거치지 않으면 하자O

**4. 산정지가 검증을 결한 것이 절차상 하자인지**

**1)관련규정 검토(부동산공시법 제10조⑤)**

시군구청장은 개별토지가격 산정 후 그 타당성에 대해 감정평가법인 등의 검증을 받아야 하며 검증이 필요없다고 인정되는 경우 예외적으로 생략할 수 있으므로 산정지가검증은 원칙적으로 필수적 절차이다.

**2)사안의 경우**

A시장은 동법 시행령 18조3항이 정하는 생략사유에 해당하지 않는 한 원칙적으로 산정지가 검증을 거쳐야 한다. 따라서 생략사유에 해당하지 않는 한 이를 결한 것은 절차상 하자에 해당한다.

**5. 검증주체, 의뢰**

검증의 주체는 감정평가법인등이며, 시군구청장은 해당 지역의 표준지공시지가를 조사·평가한 감정평가법인등 또는 감정평가실적이 우수한 감정평가법인등에게 검증을 의뢰하여야 한다.

**6. 검증의 종류(산의이)**

**1) 산정지가검증**

**산**정지가검증이란 시군구청장이 산정한 지가에 대하여 지가현황도면 및 지가조사 자료를 기준으로 실시하는 검증을 말한다. 이는 전체필지를 대상으로 하는 필수절차로 도면 등을 통한 약식 검증이고, 지가열람 전에 실시하는 검증이다.

**2) 의견제출 지가검증**

시군구청장이 산정한 지가에 대하여 토지소유자 및 기타 이해관계인이 지가열람 및 의견제출기간 중에 의견을 제출한 경우 실시하는 검증을 말한다. 현장조사를 요하는 정밀검증이다.

**3) 이의신청 지가검증**

이의신청 지가검증이란 시군구청장이 개별공시지가를 결정·공시한 후 토지소유자 등이 이의신청을 제기한 경우에 실시하는 검증을 말한다. 현장조사를 요하는 정밀검증이다

.

**4. 검증사항(령 제18조) 비개표균인균**

①**비**교표준지 선정의 적정성에 관한 사항 ②**개**별토지 가격 산정의 적정성에 관한 사항 ③산정한 개별토지가격과 **표**준지공시지가의 **균**형 유지에 관한 사항 ④산정한 개별토지가격과 **인**근토지의 지가와의 **균**형 유지에 관한 사항 등을 확인하고 의견을 제시하여야한다.

**5. 현행 부동산가격공시법상 검증제도의 문제점 (기수책)**

현행 검증제도는 ①검증**기**간이 부족하여 검증의 적정성 담보가 어렵다. ②검증**수**수료의 현실화가 요구되며 ③검증하는 감정평가업자의 **책**임범위가 다소 불명확하다는 문제점이 있다.

**<개별공시지가 정정 부동산공시법 제 12조>**

**1. 의의:** 위산, 오기등 명백한 오류가 있는 경우 시장군수구청장이 직권으로 정정할 수 있는 제도로 불필요한 행정쟁송을 방지하고 행정능률화제고에 취지

**2. 정정사유(법12조, 령 23조) 위절용토**

①틀린계산, 오기, 표준지선정의 착오**(위산)** ②의견청취, 공시**절**차를 완전하게 이행하지 아니한 경우 ③**용**도지역, 지구 등 토지가격에 영향을 미치는 주요요인 조사를 잘못한 경우 ④**토**지가격비준표 적용에 오류가 있는 경우

**3. 정정절차(심결)**

시군구청장은 시군구부동산가격공시위원회 **심**의를 거쳐 정정사항을 **결**정 공시하여야 하며 위산 오기의 경우는 심의없이 직권으로 결정 공시할 수 있다.

**4. 정정 효과 (공소)**

판례는 개별공시지가가 정정되어 공고된 이상 당초에 결정공고된 개별공시지가는 그 효력을 상실하고 정정결정된 새로운 개별공시지가가 **공시기준일에 소급하여 그 효력이 발생**한다고 본다.

**5. 개별공시지가 정정신청 거부가 처분인지**

정정신청은 행정청의 직권발동을 촉구하는 것에 지나지 않는다고 하여 그 거부가 항고소송의 대상이 되는 처분은 아니라고 판시하였다.

**<토지특성조사가 명백히 잘못된 경우에만 정정가능한지>**

**1. 문제의 소재**

시행령 제 23조 제1항의 토지특성조사의 잘못의 경우 토지특성조사의 착오가 명백한 경우에만 정정이 가능한것인지 문제가 된다.

**2. 관련규정 검토(시행령 23조)**

법 제 12조에서 대통령령으로 정하는 명백한 오류란 ①법 10조에 따른 공시절차를 완전하게 이행하지 아니한 경우 ②용도지역, 용도지구 등 토지가격에 영향을 미치는 주요요인의 조사를 잘못한 경우 ③토지가격비준표 적용에 오류가 있는 경우라고 규정하고 있다.

**3. 판례의 태도**

토지특성조사의 착오는 명백한 잘못이 있는 경우의 예시로서 이러한 사유가 있으면 경정결정을 할 수 있는 것으로 보아야 하며 그 착오가 명백하여야 비로소 경정결정할 수 있다고 해석할 것은 아니다.

**4. 검토**

부동산 공시법 시행령 23조 1항은 명백한 오류에 대한 예시를 하고 있는 것으로 해석함이 타당하며 그 자체로 명백한 오류이므로 그 착오가 다시 명백한 착오여야 할 것은 아니다.

2-9 (1) 甲은 정정된 공시지가에 대해 2018. 10. 22. 취소소송을 제기하였다. 甲의 소송은 적법한지를 검토하시오. (10점)

**1. 개별공시지가, 개별공시지가 정정 의의**

**2. 취소소송 제기 요건 검토**

1)대상적격 (행정소송법 제 19조)

학설(병존설, 흡수설, 역흡수설), 판례(감액, 증액) 검토

2)원고적격 (행정소송법 제 12조)

3)제소기간 (행정소송법 제 20조)

**3. 사안의 해결**

1)관련 판례의 입장 : 공시기준일에 소급하여 효력 발생

2)사안의 경우

①정정된 개별공시지가는 공시기준일에 소급하여 효력

을 발생한다는 점 ②개별공시지가는 공고고시로 효력이 발생하므로 공고고시일이 <안 날>이라는 점을 종합하면 ③최초 결정공시일인 2018. 6. 28부터 90일 이내 제기하여야 하는 바 甲은 제소기간을 준수하지 못하였다. 따라서 소는 각하될 것으로 판단된다.

2-9 (2) 甲은 이의신청기간이 도과한 후에 이루어진 A시장의 개별공시지가 정정처분은 위법하다고 주장한다. 甲의 주장은 타당한지를 검토하시오. (10점)

**1. 개별공시지가 이의신청 (부동산공시법 제 11조)**

**2. 개별공시지가 정정 사유(토지보상법 12조, 령 23조)**

**3. 개별공시지가 정정 절차**

**4. 사안의 해결**

①사안의 경우 토지가격비준표 적용에 오류가 있어 개별공시지가 정정 사유에 해당한다. ②개별공시지가 정정은 사유가 있을 경우 시군구청장이 직권으로 정정할 수 있는 것으로 토지소유자의 이의신청과 무관하게 할 수 있다. ③개별공시지가 정정이 이루어진 것은 이의신청과 무관하므로 甲 주장은 타당성이 결여된다

.

**<감정평가사법 제8조 타당성조사>**

**1. 타당성조사의 의의(감정평가사법 제8조) (직요청)**

타당성조사란 **감**정평가서가 **발**급된 후 해당 감정평가가 감정평가사법 또는 다른 법률에서 정하는 절차와 방법 등에 따라 **타**당하게 이루어졌는지를 국토교통부장관이 **직권으로 또는 관계기관 등의 요청**에 따라 **조**사하는 것을 말한다.

**2. 타당성조사의 사유 및 절차**

**(1) 타당성조사 사유(감정평가사법 시행령 제8조)(지감결이요청)**

국토교통부장관은 **지**도·**감**독을 위한 감정평가법인등의 사무소 출입·검사결과나 **이**해관계인이 조사를 **요청**하는 경우에 타당성 조사를 할 수 있다.

**(2) 타당성조사의 절차(의제완통)**

감정평가법인등과 이해관계인은 국토교통부장관에게 의견을 제출할 수 있으며, 국토교통부장관은 타당성 조사를 완료한 경우에는 그 결과를 통지하여야 한다.

**<감정평가사법 제17조 자격등록 및 갱신등록>**

**1.의의 및 취지**

:감정평가사 자격이 있는 자가 감정평가업무(갱: 종전자격 등록 효과 유지)를 하기 위해 국토교통부장관에게 (갱:5년마다) 등록하는 것 / 허위, 부실 감정평가에 따른 문제 해소, 감정평가 신뢰 제고 취지

**2.등록 법적성질**

1)학설**(수공허)**

①**수**리설: 사인의 신청 유효한 행위로 인정

②**공**증설: 자격요건 갖춘 사실 공적으로 증명

③**허**가설: 감정평가업을 할 수 있는 요건 판단

2)판례: 대법원 보충의견 - 준법률적 행정행위(수리 의미)

3)검토: 자격요건을 갖춘 사실을 공적으로 증명하는 행위(공증설)

+기속행위성: 등록거부사유 X시 등록증 교부해야

**3.요건 및 절차**

1)등록요건(법 제18조 제1항)**(결3업+갱오육십)**

**-실무수습을 받은 감정평가사로서**

①**결**격사유 X

②등록취소 후 **3**년 미경과자 X

③**업**무정지기간 중인 자 X

(+갱신등록 시 **등**록일로부터 **5**년이 되는 날의 **60**일 전까지 갱신신청할 것)

2)절차: 신청서 작성 -> 등록신청 -> 등록증 교부 (결격사유 X)

**4.등록 효과**

1)적법한 등록 효과: 법인등의 지위 향유

2)위법한 등록 효과: ①무효사유시 등록 효과 미발생

②취소사유 시 취소되기 전까지 공정력에 의해 효과 유지

**5.자격등록거부에 대한 권리구제** : 행정쟁송+국가배상청구

**<감정평가사법 고용인의 신고 제21조의2 >**

**1.의의**

: 소속평가사 또는 사무직원을 고용하거나 고용관계가 종료된 때에 국토교통부장관에게 알리는 공법행위를 말한다.

**2.신고의 요건**

①소속 감정평가사 또는 사무직원의 고용 신고를 하려는 감정평가법인등은 그 소속 감정평가사 또는 사무직원이 업무를 시작하기 전에 고용 신고서를 국토교통부장관에게 제출해야 한다.

②소속 감정평가사는 자격등록 및 갱신등록 거부사유에 해당하지 않을 것

③사무직원은 결격사유에 해당하는지 국토교통부장관이 확인해야 한다.

**3.신고의 종류 및 구별실익**

**4.사안의 경우**

**1)사무직원 고용신고의 법적 성질**

사무직원 고용신고는 부적절한 사무직원이 감정평가업무를 수행하는 것을 방지하기 위하여 사무직원으로 활동할 수 있는 자격요건을 규정하고 이에 해당하는지를 확인하는 것이므로 수리를 요하는 신고로서 금지해제적 신고의 성격을 갖는다. 이에 대한 위반시 과태료 규정(법 제52조)이 존재한다. (자기완결적 신고로도 볼 수 있음 -> 2008두 167 적용 처분성 인정)

(2) 소속감정평가사 변경신고의 법적 성질

감정평가사법 제21조 제5항에서는 소속감정평가사가 아닌 자로 하여금 제10조 제1항의 각 호의 업무를 하게 하여서는 안 된다는 금지규정을 두고 있으며, 이를 위반한 경우 업무정지처분 및 징역 또는 벌금의 행정형벌(제50조)을 과하고 있으므로 자기완결적 신고와 금지해제적 신고의 성격을 갖는다. **(예외적으로 수리거부 처분성 인정 가능 2008두167)**

**5.고용신고 수리행위의 성질**

:소속평가사 고용신고는 <자기완결적 신고>에 해당한다. 따라서 수리행위는 사실행위이다. **사무직원 고용신고는 <행위요건적 신고>에 해당한다. 따라서 수리행위는 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 행정행위로 볼 수 있다.**

**<감정평가사법 성실의무 제25조 품신성고불매금2유>**

**1.의의(법25조 규정)**

:감정평가사법 제25조 규정은 감정평가사가 제10조에 따른 업무를 함에 있어서 품위를 유지하여야 하고, 신의성실하게 하여야 하며 고의 또는 중대한 과실로 업무를 잘못하여서는 안된다고 규정한다. 또한 매매업 금지규정과 금품수수 금지, 중복소속 금지와 유도와 요구에 따르지 아니할 것을 규정한다.

**2. 품위유지의무(제1항)(품신성고)**

감정평가법인등(감정평가사 포함)은 감정평가업무를 하는 경우 품위를 유지하여야 하고, 신의와 성실로써 공정하게 하여야

하며, 고의 또는 중대한 과실로 업무를 잘못하여서는 아니 된다.

**3.불공정 감정의 금지(제2항)(불)**

감정평가법인등은 자기 또는 친족 소유, 그밖에 **불**공정하게 감정평가업무를 수행할 우려가 있다고 인정되는 토지 등에 대해서는 그 업무를 수행하여서는 아니 된다.

**4.겸업제한(제3항)(매)**

감정평가법인등은 토지 등의 매매업을 직접 하여서는 아니 된다.

**5.금품수수 등(제4항)(금)**

감정평가법인등이나 그 사무직원은 수수료와 실비 외에는 어떠한 명목으로도 그 업무와 관련된 대가를 받아서는 아니 되며, 감정평가 수주의 대가로 금품 또는 재산상의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.

**5. 중복소속 금지(2)**

감정평가사, 감정평가사가 아닌 사원 또는 이사 및 사무직원은 **2** 이상의 감정평가법인(같은 법인의 주⋅분사무소를 포함한다) 또는 감정평가사사무소에 소속될 수 없으며, 소속된 감정평가법인 이외의 다른 감정평가법인의 주식을 소유할 수 없다.

**6. 유도나 요구에 따르지 아니할 것 (유)**

감정평가법인등이나 사무직원은 특정한 가

액으로 감정평가를 유도 또는 요구하는 행

위에 대해서 따라서는 아니 된다.

**\*감정평가법인이 부담하는 성실의무의 의미(관감심과면)**

한편 감정평가법인인 경우에 실질적인 감정평가업무는 소속감정평가사에 의하여 이루어질 수밖에 없으므로, 감정평가법인이 감정평가의 주체로서 부담하는 성실의무란, 소속감정평가사에 대한 **관리ㆍ감독의무**를 포함하여 감정평가서 **심**사 등을 통해 감정평가 **과**정을 **면**밀히 살펴 공정한 **감**정평가결과가 도출될 수 있도록 노력할 의무를 의미한다고 보아야 한다.

**<감정평가사법 명의대여, 부당행사 제27조>**

**1.의의(법27조 규정) :** 감정평가사법 제27조 규정은①다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 감정평가 업무를 수행하게 하거나 자격증, 등록증 또는 인가증을 양도, 대여하거나 ② 이를 부당하게 행사하여서는 아니된다고 규정한다.

**2.명의대여와 부당행사의 구분:**

①**명의대여**는 다른 사람에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 감정평가 업무를 수행하게 하거나 자격증, 등록증 또는 인가증을 양도, 대여하는 경우를 말한다.

②**부당행사**는 자격증, 등록증 또는 인가증을 본래의 용도가 아닌 용도로 행사하거나 법의 규율을 피할 목적 또는 감정평가물량을 추가로 받을 목적으로 이용하는 경우 등을 말한다.

**3.’자격증 부당행사’의 의미(2013두727)**

‘자격증 등을 부당하게 행사’한다는 것은 감정평가사 자격증 등을 본래의 용도 외에 부당하게 행사하는 것을 의미하고, 감정평가사가 감정평가법인에 적을 두기는 하였으나 당해 법인의 업무를 수행하거나 운영 등에 관여할 의사가 없고 실제로도 업무 등을 전혀 수행하지 않았다거나 당해 소속 감정평가사로서 업무를 실질적으로 수행한 것으로 평가하기 어려울 정도라면 이는 법 제27조에서 정한 자격증 등의 부당행사에 해당한다.

**3.명의대여와 부당행사 시 책임규정**

①행정상 책임(징계)(법 39조)(법32조 및 령29조 별표3)

: 명의대여의 경우 39조에 의거 자격취소사유에 해당한다. 법인등의 경우 법 32조에 의거 2년 이하의 업무정지사유에 해당하며 이 경우 령29조 별표3에 따른다.

②형법상 책임(벌칙)(법 49조)

**<감정평가사법 손해배상 제28조 의관민요내>**

**1.의의 및 취지 (28조)(고과적현거의선3손배):**

감정평가법인등이 **고**의 또는 **과**실로 감정평가 당시 **적**정가격과 **현**저한 차이가 있게 평가하거나 감정평가서에 거짓을 기재하여 **의**뢰인 및 선의의 제3자에게 **손**해가 발생한 경우 이를 **배**상. 선의의 평가의뢰인 보호, 올바른 적정가격 평가로 효율적 국토 이용, 국민경제 발전 도모

**2.감정평가 법률관계(공사도위)**

1)**공**법관계인지 **사**법관계인지: 원칙 **사**법관계, 공적업무 위탁받은 경우 공법상 관계

2)**도**급계약인지 **위**임계약인지: 도급계약 견해 (수수료 지급 약정) 위임계약 견해 (노무제공 목적 유상특약의 위임계약) -> **위**임계약 타당 (업무수행 독립성, 보수청구 인정)

**3.감정평가법 28조와 민법 390조 및 750조 관계(면보)**

1)논의 실익: 감정평가법 28조가 민법상 손해배상 규정의 적용을 배제하는 특칙인지가 문제

2)견해 대립:

①특칙이라는 견해(**면**책설) - 적정가격 산정 곤란, 수수료에 비해 과다한 배상금

②특칙이 아니라는 견해(**보**험관계설) - 28조 특칙 아니고 감정평가법 28조 2항 보험, 공제에 관련하여 처리되는 범위 한정

3)판례: 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임과 함께 물을 수 있다

4)검토: 특칙 O 감정평가제도의 존속 자체가 위협, 감정평가사법 제28조 제1항 규정 무의미한 규정이 된다는 점

**4.감정평가사법 28조 손해배상 책임 요건(의고부손인위)**

1)타인의 **의**뢰: 금융기관 등 타인의 의뢰 있을 것

2)**고**의 또는 과실: 입증책임은 주장하는 자

3)**부**당한 감정평가: ①적정가격과 현저한 차이. 일률적으로 적정가격과 **1.3배** 격차여부로 판단할 것이 아니라 법인등의 귀책사유 고려하여 사회통념에 따라 탄력적으로 판단해야(판례) ②**거짓의 기재**

4)의뢰인 및 선의의 제3자에게 **손**해가 발생할 것

5)**인**과관계: 상당인과관계 있어야

6)**위**법성 필요 여부: 부당만으로 손해배상 인정(필요 X)

**5.손해배상책임 내용 (범임보통)**

1)**범**위: 한도 손해배상액이 정당감정평가와 부당평가간 법익상태 차이 초과부분이라 판시, 의뢰인 원인 제공시 과실상계 인정

2)**임**대차조사 내용: 담보평가시 임대차조사에 잘못이 있는 경우 임대차 사실조사가 감정평가범위는 아니라고 하면서도 허위 기재시 손해배상책임 인정

3)손해보상 책임 **보**장

①보험 또는 공제사업에의 가입

②손해배상충당금 적립

4)손해배상 **통**보: 손해배상 결정 시 국에게 알려야.

**6.관련문제**

1)소멸시효 규정: 손해를 안 날로부터 3년, 있은 날로부터 10년 이내

2)법인은 사용자 책임을 지며 당해 평가사에게 구상권 행사 가능

**<감정평가사법 제29조 법인 설립인가 의취성요절효권>**

**1.의의(행보효완):** 타인의 법률적 **행**위를 **보**충하여 법적**효**력을 **완**성시켜주는 행정행위

**2.법적성질(형기)**

①**형**성적 행정행위: 기본행위 효력 완성

②**기**속행위성: 인가요건 구비하였다면 인가 거부 불가

**3.요건(제29조 2항,3항)(감최정법 백구십오이이 이억)**

①사원 또는 이사가 **감**정평가사일 것 (**100**분의 **90**이상)

②주사무소, 분사무소는 **최**소인원을 충족할 것 **(5/2/2)**

**③정관** 내용 **법**령에 적합할 것

④인가 후 **설**립등기할 것

⑤자본금이 **2억** 이상일 것

**4.절차(정국심인1등)**

①**정**관작성 후 신청서 **국**장에 제출

②**심**사 후 **인**가처분

③**1**월 내 설립 **등**기

**5.효과와 권리구제**

1)인가효과: 기본적 행위 효력 완성시켜주는 보충적 효력

2)인가 하자 권리구제

①무효 하자 -> 무인가, 기본행위 효력 미발생

②취소 하자 -> 유인가, 기본행위 효력 발생

3)기본행위 하자 있는 경우 인가 무효, 소의이익 부정

**<감정평가사법 제32조 인가취소 등 의성취징효권>**

**1.의의(법32조):** 국토교통부장관은 감정평가법인등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 설립**인**가를 **취**소하거나 **2년** 이내의 범위에서 **업**무의 **정**지를 명할 수 있다. (인취2업정)

**2.법적성질 (강학상 철회, 재량행위)(재철)**

인가취소는 적법하게 성립한 설립인가의 효력을 성립 후의 사유로 인해 공익상 그 효력을 더 이상 존속시킬 수 없는 경우 본래의 행정행위의 효력을 장래에 향하여 상실시키는 행정행위로서 **철회**에 해당한다. 감정평가법 제32조에 ‘할 수 있다’고 규정된바 **재량행위**이다.

**3.설립인가를 취소해야 하는 경우(강행규정)**

:법인등이 ①업무정지처분 기간 중에 제10조에 따른 업무를 한 경우**(제2호)**, ②법인등이 제21조 제3항이나 제29조제4항에 따른 감정평가사의 수에 미달한 날부터 3개월 이내에 감정평가사를 보충하지 아니한 경우**(제7호)** 설립인가를 취소하여야 한다.

**4.징계위원회의 의결을 거치지 않아도 되는지**

: 감정평가법상 징계위원회의 의결절차는 감정평가사 개인에 대한 징계에 관하여 요구되는 절차로서, 감정평가법인에 대한 제재처분에 관하여는 적용되지 않는다고 판단된다. 따라서 징계위원회를 거치지 않고 감정평가법인에게 과징금을 부과함은 절차상 하자에 해당하지 않고, 위법한 처분이라 할 수 없다고 판단된다.

**5.인가취소 등의 위법성 판단 (령29조 [별표3] 법규성)**

**1)시행령 별표3을 법규명령으로 보는 경우**

: 감정평가사법 시행령 제29조 별표3은 인가취소등의 부과에 대하여 구체적으로 규정하고 있으며, 1/2범위에서 처분기간을 가중 또는 감경할 수 있는 가중감경을 두고 있다. 처분기간이 가중감경규정의 범위도 넘어서는 경우 해당 업무정지는 **[별표3]을 위반한 위법한 처분이 된다.**

**2)시행령 별표3 행정규칙으로 보는 경우(법일목사)**

: 행정규칙은 법규성을 부인하는 것이 통설·판례의 태도인바, 별표3은 법규가 아니므로 업무정지처분이 **재량권 일탈·남용**이 있는지를 판단하여야 한다. 이 경우 법령, 법의 일반원칙, 목적과 사실관계 등을 파악해야 한다.

**6.과징금으로의 전환 (41조)**

①감정평가법 제32조 의한 **업**무정지 처분이 있는 경우로 ②업무정지 처분으로 **공**적업무수행에 영향을 미칠 경우 업무정지 처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있다.

**7.감정평가사 업무정지 처분 의견청취 제도 입법미비**

: 감정평가사법 제39조에 따른 업무정지에 대하여는 징계위원회 의결의 절차 중 당사자의 출석 규정을 마련하여 의견제출 및 진술 기회를 보장하는 데에 반하여 제32조에 의한 업무정지는 의견청취 규정이 없는 바 의견청취 규정의 마련이 필요할 것이다.

**<감법 39조 징계제도 의성종절하권>**

**1. 징계제도 의의, 취지 (국징의행제)**

감정평가사가 법 제 39조 1항 각호를 위반한경우 **국**토교통부장관이 **징**계위원회 **의**결을 거쳐 행하는 **행**정상 **제**재벌이다. 감정평가사 개인의 책임을 명확히하고 감정평가의 공정성 신뢰성 제고에 취지가 있다.

**2. 징계제도 법적성질**

감정평가법 제 39조는 문언상 ~할수 있다로 규정되어 징계여부는 **재량행위**에 해당한다. 징계유형의 선택에 있어서도 별다른 규정이 없어 재량행위로 판단된다.

**3. 징계 종류 (자등업견)(부명금2)**

①**부**정취득(제13조), **명**의대여(27조), **금**고이상형 선고(39조1항11호), **2**회 업무정지 후 다시 위반한 경우(39조1항12호) 자격취소를 할 수 있고 ②**등**록취소 ③2년이하 **업**무정지 ④**견**책이 있다.

**4. 징계 절차 (국5요/징통60/당의/과출과찬/서통공)**

①**국**토교통부장관이 **5**년 내에 징계의결을 **요**구하고(령34조1항) ②**징**계위원회는 당사자에게 **통**지하고 **6**0일 이내 의결한다. (령34조2항, 35조) ③**당**사자의 **의**견진술, 증거제출을 거쳐(령41조) ④과반수출석, 과반수찬성으로 의결한다.(령42) ⑤국토교통부장관은 당사자에게 서면으로 통지하고 관보, 인터넷 홈페이지에 게시 공고하여야 한다(법 39조의2)

**5. 징계의결 하자**

국토교통부장관은 징계권자자이나 징계위원회 의결에 구속되는 바 의결을 거치지 않은 징계는 무효이며 징계의결에 반하는 경우에도 당연히 무효가 된다.

**6. 징계에 대한 권리구제**

자격취소, 등록취소, 업무정지는 처분성이 인정되므로 항고소송으로 다툴 수 있으나 견책의 경우 직접적 권리의무에 침해를 가져오지는 않는 바 항고소송으로 다툴 수 없다. 다만 손해가 발생한 경우 요건을 갖춘 경우 국가배상청구는 가능하다.

**<감법 40조 감정평가 관리,징계위원회 의의종구절하>**

**1. 징계위원회 의의, 법적지위 (감정평가법 제 40조)(합필의)**

감정평가제도 관리 징계에 관한 사항을 심의의결하기 위한 기관으로 감정평가사 징계에 관한 공정성을 확보, 공신력제고에 취지가 있다.

**2. 징계위원회 법적성격(합필의)**

다수의 위원으로 구성된 **합**의제 행정기관으로 **의**결기관이며 징계를 하기 위한 **필**수기관이다.

**징계위원회 의결사항 (법시수징)**

①감정평가 관계법령의 제정, 개정에 관한 사항 ②감정평가사시험 ③수수료 요율및 실비범위 ④법 제 39조에 따른 징계에 관한 사항등을 심의, 의결한다.

**3. 징계 종류 (좌동)**

자격취소, 등록취소, 2년 이하의 업무정지, 견책

**4. 구성**

국토교통부 산하에 설치되며 국토교통부장관이 지명한 위원장 1인을 포함 학식과 경험을 갖춘 전문가집단 13명으로 구성 임기는 2년이며 1회 연장가능하다.

**5. 징계 절차 (좌동)**

**6. 징계의결의 하자 (좌동)**

국토교통부장관은 징계권자이나 징계위원회 의결에 구속되는 바 의결을 거치지 않은 징계는 무효이며 징계의결에 반하는 경우에도 당연히 무효가 된다.

**<감정평가사법 제41조 과징금 의성요절권>**

**1.과징금의 의의 및 구별개념**

: 행정법상 의무위반 행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하기 위한 금전상 제재금 / 의무이행 확보수단으로써 과태료와 구별

**2.감정평가법 제41조 과징금 의미 및 취지(계공업갈부변)**

: **계**속적인 **공**적업무수행을 위해 **업**무정지처분에 **갈**음하여 **부**과되는 것으로 **변형돤 과징금** / 인허가 철회나 정지처분으로 발생하는 국민생활 불편이나 공익 고려

**3.법적성질 (재급)**

①**재**량행위: “할 수 있다” ②**급**부하명(처분): 금전상의 급부의무

**4.요건(업공)**

①감정평가법 제32조 의한 **업**무정지 처분

②업무정지 처분으로 **공**적업무수행에 영향을 미칠 것

**5.절차(부징체승)(내정기회이규반)**

**부**과 - **징**수 및 **체**납 - 과징금 **승**계

:국토교통부장관이 서면으로 감정평가법인등에 과징금의 부과사유 및 금액을 통지하며, 체납될 경우에는 국세체납처분에 준하여 다룬다. 과징금 부과의 대상이 되는 감정평가법인등이 합병한 경우 그 과징금은 합병한 법인등에 승계된다.

**\*부과요건(내정기회이규반)**

①위반행위의 **내**용과 **정**도 ②위반행위의 **기**간과 **횟**수

③위반행위로 취득한 **이**익의 **규**모 고려 부과 (**1/2**범위 내 가감가능)

**6.권리구제**

1)이의신청 (감법 42조 1,2항)

:**통3국서 3국결연** (처분 통지 30일내 국에게 사유 갖춰 서면으로 이의신청, 30일내 국 결정, 30일 사정 시 연장 가능)

2)행정심판 (감법 42조 3항)

3)행정소송 (취소소송, 무효등확인소송)

4)부당이득반환청구소송: 위법한 과징금 부과처분 반환청구 가능