

**[문제 1] (40) 2023년대비 1-1주차 법규 베타답안(유검)**

**I 논점의 정리**

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법')에서는 공공필요를 위하여 타인의 재산권을 법률로써 강제적으로 취득하는 공용수용을 엄격한 형식과 절차하에 허용하고 있다. 사안은 공용수용의 1단계로서 사업인정과 그 종국적 절차인 수용재결에 대한 문제이다. 각 사안을 해결하기 위해 설문(1)에서는 사업인정의 절차상 하자의 존재 및 절차상 하자의 독자적 위법성을 검토하여 수용재결과 하자승계가 인정되는지 검토한다. 설문(2)에서는 사업인정의 요건 및 대법원 판례를 바탕으로 수용권 남용에 의한 수용재결의 위법성을 검토하며, 설문(3)에서는 보상금을 지급·공탁하지 않은 경우 수용재결의 효력에 대하여 설명한다.

**II 물음 1) 사업인정의 절차상 하자 및 수용재결의 하자승계**

**1. 사업인정의 의의 및 법적 성질**

사업인정이란 공용수용의 1단계 절차로서 공익사업을 토지 등을 수용·사용할 사업으로 결정하는 것을 말한다. 국토교통부장관이 의견청취 및 이익형량을 거치는 바 <재량행위>이며, 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 수용권을 설정하는 <설권적 처분>이자 <강박상 특허>에 해당한다.

## 2. 수용재결의 의의 및 법적 성질

사업인정고시 후 협의불성립 또는 불능의 경우 사업시행자의 신청에 의하여 관할 토지수용위원회가 행하는 수용 또는 사용의 결정이다. 이는 일정한 요건을 갖추면 재결을 해야 하는 <기속행위>이자 <형성적 처분>이며, 사업시행자에게는 수익적 효과를, 피수용자에게는 침익적 효과를 발생시킨다는 점에서 <복효적 행정행위>에 해당한다.

## 3. 의견청취를 결한 사업인정의 위법성

### (1) 사업인정의 절차

사업인정은 신청 및 의견청취, 고시 등의 일정한 절차를 거쳐야 하는바 사안에서 의견청취 절차를 누락한 절차상 하자가 존재하는지, 존재한다면 절차상 하자의 독자적 위법성이 인정되는지 문제된다.

### (2) 절차상 하자의 존재 여부

토지보상법 제21조 제1항은 사업인정을 하려면 협의하여야 하며, 미리 이해관계인의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있다. 사안의 경우 의견청취절차를 시행하지 않은바 명백한 법 규정 위반으로 절차상 하자가 <인정>된다.

	<b>(3) 절차상 하자의 독자적 위법성 인정 여부</b>
	<b>1) 문제점</b>
	사업인정의 주체·내용상의 실체적 하자가 없는 경우 절차상
	하자의 존재만으로 독자적 위법이 인정되는지 문제된다.
	<b>2) 학설 및 판례</b>
	적법절차의 보장관점에서 독자적 위법성을 인정하는 <긍정
	설>과, 절차는 수단에 불과하여 하자를 치유하여 동일한 처
	분이 가능하다는 점에서 <부정설>이 대립한다. 판례는 재량
	행위인 청문을 거치지 않은 허가취소처분의 취소 및 기속행
	위인 과세처분에 있어 이유부기의 하자의 위법성을 인정한
	바 있어 <긍정설>의 입장이다.
	<b>3) 검토 및 사안의 적용</b>
	행정소송법 제30조 제3항에서도 절차하자의 취소를 긍정하
	고 있는 점에서 절차적 하자의 독자적 위법성을 인정하는
	것이 타당하다고 여겨진다. 따라서 사안의 사업인정은 위법
	하며, 위법의 정도는 통설 및 판례인 <중대명백설>에 따를
	때 외관상 중대하나 일반인의 입장에서 명백하다고 볼 수
	없어 <취소사유>라 할 것이다. 그러나 사업인정의 취소소송
	제소기간이 도과한바, 수용재결과의 하자승계 여부를 검토
	한다.

#### 4. 사업인정과 수용재결의 하자승계 여부

##### (1) 하자승계의 의의 및 취지

행정행위가 일련하여 행해지는 경우 선행 행위의 위법을 후행 행위에 대한 취소소송에서 다룰 수 있도록 하여 행정법관계의 안정성과 행정의 실효성을 보장하고 있다.

##### (2) 하자승계의 전제조건

①선행, 후행행위가 모두 처분일 것, ②선행 처분에는 불가쟁력이 발생했을 것, ③후행 처분은 적법하며, ④선행 처분에는 취소정도의 하자가 존재할 것을 요한다. 사안의 사업인정과 수용재결은 모두 처분이고, 선행 행위인 사업인정에 불가쟁력이 발생하였고 취소정도의 하자가 있으며, 후행 처분인 수용재결은 적법한바 전제조건을 <모두 충족>한다.

##### (3) 하자승계의 인정가능성

###### 1) 학설 및 판례

선후행행위가 결합하여 동일한 법률효과를 목적으로 하는 경우 하자승계가 인정된다고 보는 <전통적론>, 선행행위의 불가쟁력이 후행행위에 대한 구속력을 미친다고 보아 하자승계를 부정하는 <구속력론>이 대립한다. 판례는 원칙적으로 하자승계를 부정하고 있으나, <예측가능성>이 없거나 하

	자승계를 부정할 경우에 <수인한도>를 넘는 불이익을 초래하는 경우에만 예외적으로 하자승계를 긍정하고 있다.
	<b>2) 검토</b>
	전통적론의 경우 동일한 법률효과만을 기준으로 판단하는 것은 지나치게 형식적이며, 구속력론의 경우 기판력과 구속력의 실질적 차이를 간과했다는 한계가 있다. 따라서 국민의 권리구제를 고려할 때 법적안정성 또는 제3자 보호에 지장이 없는 범위 내에서 하자승계를 인정함이 타당할 것이다.
	<b>(4) 사안의 적용</b>
	사안의 경우 사업인정은 수용재결은 각 단계에서 별개의 법적 효과를 발생하나, 공용수용이라는 궁극적 목적을 달성하기 위한 일련의 절차인 점을 고려할 때 사업인정의 하자가 수용재결에 승계된다고 봄이 타당하다. 따라서 수용재결의 취소소송에서 사업인정의 위법을 다툴 수 있으며 '갑'의 취소소송은 인용될 가능성이 높다고 판단된다.
	<b>Ⅲ 물음 2) 수용권 남용에 의한 수용재결의 위법성</b>
	<b>1. 문제의 소재</b>
	사업인정 당시 사업인정의 요건을 충족하였으나 수용재결



당시에 사업시행자가 공익사업을 수행할 능력과 의사를 상실한 경우에도 해당 수용재결이 적법한지 문제되는바 이하에서 판례의 태도를 검토한다.

## 2. 사업인정의 요건

①토지보상법 제4조 각 호에 해당하는 공익사업일 것, ②공공필요가 있을 것, ③이러한 공공필요는 비례원칙에 따라 공사익 상호간 비교형량하여 판단할 것, ④사업시행자의 수행능력과 의사가 있을 것을 요한다.

## 3. 해당 수용재결의 수용권 남용 여부

### (1) 재결의 위법사유

재결의 주체, 내용, 절차, 형식상의 하자가 있는 경우 위법하다. 판례는 수용권 남용을 재결의 하자로 판시한바 있어 사안의 수용재결이 수용권 남용에 해당하는지 검토한다.

### (2) 관련 판례의 태도

공용수용은 불가피한 최소한에 그쳐야 하는 헌법 제23조의 취지에 비추어 볼 때, 사업인정을 받은 후 사업시행자가 공익사업을 수행할 의사나 능력을 상실하였음에도 그 사업인정에 기하여 수용권을 행사하는 것은 수용권의 남용에 해당한다고 판시하였다.

### (3) 검토

수용권은 공익관점에서 유지되어야 하고, 그 수용권의 행사로 말미암아 국민의 공공복리에 미치는 영향을 고려할 때 공익성이 상실된 사업에까지 수용권을 유지하는 것은 공적 주체에 대한 지나친 행정력의 배려로 볼 것이다. 따라서 사업시행자의 사업수행능력과 의사를 상실한 수용재결은 수용권의 남용인바 위법하다고 판단된다.

### 4. 사안의 적용

사안의 사업시행자 '을'은 사업인정 이후 재정상황이 악화하여 사업수행능력과 의사를 상실한 상태에서 수용재결을 받았는바, 이는 수용권 남용으로 위법한 수용재결이 되어 '갑'이 제기한 취소소송은 인용될 것으로 판단된다.

## Ⅳ 물음 3) 보상금 미지급·미공탁시 수용절차의 효력

### 1. 공탁의 의의 및 효과

공탁이란 재결에서 정한 보상금을 관할 공탁소에 공탁함으로써 보상금의 지급에 갈음하는 것으로 공탁시 수용의 효과가 발생한다. 사안의 경우 수용의 개시일까지 보상금을 공탁하지 않아 수용의 효과가 발생하지 않는바 해당 수용절차의 효력이 문제된다.

## 2. 보상금 미공탁시 수용재결의 효력

### (1) 관련 규정의 검토

토지보상법 제42조에서는 사업시행자가 수용 또는 사용의 개시일까지 보상금을 지급공탁하지 아니한 때에는 재결은 효력을 상실한다고 규정하고 있다.

### (2) 관련 판례의 태도

사업시행자가 수용시기까지 보상금을 지급공탁하지 아니하였을 때에는 재결은 효력을 상실하며 수용시기 후에 보상금을 지급하더라도 소유권을 취득하지 않는다고 판시하였다.

## 3. 재결신청 및 사업인정의 효력

재결과 재결신청은 그 운명을 같이 하므로 재결효력이 상실되면 재결신청의 효력도 상실한다. 재결실효는 장래효이므로 사업인정에는 영향이 없으나, 토지보상법 제23조에 의거 재결신청기간 이내에 재결신청한 것이 아니되는 경우라면 사업인정도 실효된다.

## 4. 사안의 경우

사안에서 수용의 개시일까지 보상금을 지급공탁하지 않는다면 재결은 실효되고 재결신청의 효력도 상실한다. 이로써



사업인정 후 1년 이내에 재결을 신청하지 않은 것이 된다면 사업인정 또한 그 효력을 상실하여 결국 수용절차가 백지화 된다고 볼 것이다.

## V 사안의 해결

1. 의견청취를 결한 사업인정은 절차상 하자의 독자적 위법성이 인정되어 위법하나, 사업인정에 불가쟁력이 발생한 경우 수용재결과의 하자승계가 인정되어 수용재결의 취소소송에서 사업인정의 위법을 다툴 수 있다고 판단된다.
2. 판례는 사업인정의 요건으로 사업시행자의 공익사업 수행능력과 의사를 요하는바 사안의 수용재결은 수용권의 남용에 해당하여 위법하므로 취소소송은 인용될 것이다.
3. 적법한 공탁이 이루어지면 수용의 효과가 발생하며, 수용의 개시일까지 보상금을 지급공탁하지 않는다면 재결이 실효되고, 재결신청의 효력도 상실하여 결국 재결을 신청한 것이 아니되는 경우 사업인정도 실효되어 수용절차가 백지화될 수 있다. <끝>

**[문제 2] (40) 2023년대비 1-1주차 법규 베타답안(유검)**

**I 논점의 정리**

사안은 공익사업시행지구 밖의 잠업사에서 발생한 영업손실에 대한 간접손실보상 청구가능성 및 권리구제에 대한 검토이다. 각 사안을 해결하기 위해 물음(1)에서는 간접손실보상의 개념을 살펴보고, 물음(2)에서는 간접손실보상의 범위에 공익사업의 시행 결과로 휴업이 불가피한 경우를 포함하는지 <2008두227> 판결을 통해 검토한다. 물음(3)에서는 손실보상과 손해배상의 동시행사 가능성과 손실보상청구기간 도과 후에 손해배상을 청구할 수 있는지에 대하여 관련 판례를 통해 검토하고, 물음(4)에서는 간접손실보상에 대한 재결전치주의 여부를 검토한다. 마지막으로 물음(5)에서는 재결의 보상항목에 대하여 불복하는 경우 제기할 소송과 그 상대방에 대해 검토한다.

**II 물음 1) 공익사업시행지구 밖의 보상**

**1. 간접손실보상의 의의 및 취지**

공익사업으로 인하여 사업지 밖의 재산권자에게 가해지는 손실 중 공익사업에 의해 필연적으로 발생하는 손실에 대한 보상을 말한다. 이는 공익사업의 대규모화로 확장된 손실보상의 관념에 따라 마련된 제도이다.

## 2. 간접손실보상의 법적 근거

①간접손실보상이 헌법 제23조 제3항의 손실보상에 포함되는지 부정설과 긍정설이 대립하나, ②판례는 간접손실도 특별한 희생에 해당하고 예측가능성과 특정가능성이 인정된다면 헌법 제23조 제3항이 정한 손실보상의 대상이 된다고 보았다. ③생각건대 간접손실은 적법한 공용침해로 인한 필연적 손실인 점에서 간접손실보상 또한 손실보상에 해당한다고 판단된다.

## 3. 간접손실보상의 유형 및 성격

물리적, 기술적 손실인 간접침해보상도 간접손실에 포함되는지 학설의 논의가 있으나 최근 판례 <2018두227>에서 사회적·경제적 손실과 함께 물리적·기술적 손실도 간접손실의 유형으로 인정하고 있다. 이는 침해의 효과가 간접적이라는 점에서 직접침해에 의한 보상과는 구별되며 재산권보장으로서 사후보상 및 생활보상의 성격을 갖는다.

## 4. 간접손실보상의 대상요건

①공익사업시행지구 밖의 제3자가 입은 손실일 것, ②손실의 예견가능성이 있고 손실범위를 특정할 수 있을 것, ③특별한 희생일 것, ④보상규정이 존재할 것을 요한다.

<b>Ⅲ</b>	<b>물음 2) 공익사업의 시행 결과로 인한 영업손실보상 가능성</b>
	<b>1. 문제의 소재</b>
	<p>간접손실이 공익사업으로 인한 토지취득에 따른 손실을 포함한다는 점에서는 의견이 일치하나, 공익사업의 시행상 공사로 인한 손실 또는 완성 후 시설의 운영으로 인한 손실도 포함하는지 여부가 문제되는바 판례의 입장을 검토한다.</p>
	<b>2. 관련 판례의 태도(2018두227)</b>
	<p>공익사업시행지구 밖의 영업손실은 그 발생원인과 시점이 다양하므로 사업시행자로서는 영업손실 지급의무의 존부와 범위를 구체적으로 알기 어려운 점, 손실보상의 기한을 공사완료일부터 1년 이내 및 영업자의 청구에 따르도록 규정한 점, “그 밖의 부득이한 사유”라는 추상적인 일반조항을 규정한 것은 간접손실의 이러한 특성을 고려한 결과라고 판시한바 있다.</p>
	<b>3. 사안의 적용</b>
	<p>영업손실보상의 특성과 헌법상 정당보상의 원칙에 비추어 볼 때 ‘그 밖의 부득이한 사유로 일정기간 휴업이 불가피한 경우’에는 공익사업의 시행 결과로 휴업이 불가피한 경우도 포함된다고 판단된다.</p>

<b>IV</b>	<b>물음 3) 손해배상과 손실보상의 동시행사가능성 등</b>
	<b>1. 손실보상과 손해배상의 의의</b>
	<p>①손실보상이란 적법한 공권력으로써 재산권이 침해된 경우 특별한 희생에 한하여 손실을 보상하는 것으로 토지보상법 및 헌법 제23조 제3항에 근거하며, 구체적인 보상규정을 필요로 한다. 한편, ②손해배상은 공무원의 위법한 공권력행사로 인하여 타인에게 손해를 입힌 경우 이를 배상하는 것으로 헌법 제29조 및 국가배상법 제2조에 근거한다. 양자는 요건과 근거를 달리하는 별개의 청구권으로서 동시행사 가능성이 문제된다.</p>
	<p><b>2. 손실보상 및 손해배상청구권의 동시행사 가능성</b></p> <p>2018두227 판결은 토지보상법상 손실보상과 환경정책기본법상 손해배상은 근거규정과 요건, 효과를 달리하는 것으로 각 요건이 충족되면 성립하는 별개의 청구권이나 동시에 행사하는 것은 이중배상의 문제가 발생하는바 어느 하나만을 선택하여 행사할 수 있다고 판시한바 있다.</p>
	<p><b>3. 손실보상 청구기간 도과 후 손해배상청구 가능성 여부</b></p> <p>2018두227 판결은 '해당 사업의 공사완료일로부터 1년'이라는 손실보상 청구기간이 도과하여 손실보상청구권을 더 이상 행사할 수 없는 경우에도 손해배상의 요건이 충족되는</p>



이상 여전히 손해배상청구는 가능하다고 판시하였다.

#### 4. 사안의 적용

잠업사 소유자인 한석봉은 철도사업에 따른 영업손실에 대하여 손실보상과 손해배상 중 어느 하나만을 선택하여 행사할 수 있으며 해당 사업의 공사완료일부터 1년이 도과하였더라도 손해배상의 요건을 충족한다면 손해배상을 청구할 수 있다.

### V 물음 4) 영업손실보상의 재결전치주의 여부

#### 1. 토지보상법 제80조

동법 제79조 제1,2항에 따른 비용 또는 손실에 관한 보상은 사업시행자와 손실을 입은 자가 협의하여 결정하되 협의불성립시 재결을 거칠 수 있다. 그러나 이러한 재결절차에 의하지 않고 곧바로 사업시행자를 상대로 보상을 청구할 수 있는지 문제되는바 <2010다23210> 판결을 검토한다.

#### 2. 관련 판례의 태도

대법원은 토지보상법의 규정내용과 입법취지 등을 종합하면, 공익사업으로 인한 사업폐지 등으로 손실을 입게 된 자는 재결절차를 거친 다음 그 재결에 대하여 불복이 있는 때에 비로소 토지보상법 제83조 내지 제85조에 따라 권리구

	제를 받아야 한다고 판시하여 민사소송 및 당사자소송 가능성을 부정한다.
	<b>3. 사안의 적용</b>
	토지보상법의 입법목적과 재결의 제도적 취지 및 최근 판례의 태도를 고려할 때 한석봉은 재결절차를 거친 후에 비로소 사업시행자를 상대로 이의신청과 보상금증액청구소송을 제기해야 함이 타당하다고 판단된다.
<b>Ⅵ 물음 5) 보상대상에 대하여 제기할 소송의 종류 및 상대방</b>	
	<b>1. 토지수용위원회의 재결사항</b>
	토지수용위원회는 수용·사용할 토지의 구역 및 사용방법, 손실의 보상, 수용·사용의 개시일과 기간 등을 재결한다. 이는 <수용재결>과 <보상재결>로 구분되어 권리구제방법이 달라지는바 판례를 통해 소송의 종류와 피고적격을 검토한다.
	<b>2. 관련 판례의 태도</b>
	최근 판례는 토지보상법에 관한 법령상 손실보상 대상에 해당함에도 관할 토지수용위원회가 사실을 오인하거나 법리를 오해함으로써 손실보상대상에 해당하지 않는다고 잘못된 내용의 재결을 한 경우 피보상자는 관할 토지수용위원회를 상대로 취소소송을 제기할 것이 아니라 사업시행자를 상대로

토지보상법 제85조 제2항에 따른 보상금증감청구소송을 제기하여야 한다고 판시하고 있다.

### 3. 사안의 적용

생각건대 보상항목에 관한 사항은 직접적으로 보상금액의 증감에 관여하는바 <보상재결>로 봄이 타당하다. 따라서 피 보상자인 한석봉은 사업시행자인 <한국철도시설공단>을 상대로 토지보상법 제85조 제2항의 <보상금증감청구소송>을 제기하여야 한다.

## Ⅶ 사안의 해결

최근 대규모 공익사업이 빈번하게 시행됨에 따라 그 주변 지역에서 간접손실의 양상이 다양하게 나타나고 있어 손실 보상의 확대가 더욱 요구되고 있다. 이에 최근 2018두227 판결에서 공익사업의 시행 결과로 인한 휴업이 불가피한 경우도 간접손실보상의 대상으로 인정하여 손실보상의 범위를 확대했다는 점에서 의의가 있다. 또한 간접손실보상에 대한 직접적인 규정이 없는 경우에도 헌법상 정당보상의 측면에서 토지보상법 시행규칙을 유추적용함으로써 간접손실보상을 인정한바 높이 평가되는 부분이라 할 것이다. <끝>

ㄹ- 이 하 여 백 -