

## 2024년대비 보상법규 0-2주차 법규 베타답안(교검)

[문제1] (20점)

(물음1-1)

I.서론

행정권이 일반적·추상적 규범을 정립하는 작용을 행정입법이라한다. 법규명령, 행정규칙 그리고 자치입법으로 구분되는바, 이하에서는 법규명령과 행정규칙에 대해 설명하고자 한다.

II. 법규명령과 행정규칙

1. 법규명령 의의 및 종류

법규명령이란 행정권이 법률 또는 조례의 수권에 근거하여 제정하는 일반적·추상적 명령으로서 법규의 성질을 가지는 것을 말한다.

수권의 근거에 따라 위임명령, 집행명령으로 구분할 수 있고, 제정권자에 따라 시행령(대통령령), 시행규칙(총리령,부령)으로 구분할 수 있다.

2. 행정규칙 의의 및 종류

행정규칙이란 행정권이 법률의 수권 없이 행정조직 내부에서의 행정의 사무처리기준으로서 제정하는 일반적·추상적 규범을 말한다.

훈령,예규,고시 등이 행정규칙에 해당한다.

### 3. 차이점

① 법규명령은 일반적으로 대외적 구속력을 갖고, 법규명령에 반하는 행정권 행사는 위법하다.

② 행정규칙에 대외적 구속력이 인정되는지 여부에 대해서는 이견이 있으나 판례는 원칙상 대외적 구속력이 없다는 입장이다. 판례의 입장에 따르면 행정규칙 위반만을 이유로 위법이 되지 않는다.

### III. 결론

오늘날 국회입법을 원칙으로 하면서도 행정의 고도화·전문화, 변화에 대한 신속한 대응 등 여러 이유로 행정입법이 인정되고 있다. 이러한 상황속에서도 권력분립의 원칙이 지켜지도록 행정입법의 남용 방지를 위한 적절한 견제 및 통제가 필요하다.

(물음1-2)

#### I. 서론

법규명령과 행정규칙은 법적성질등에 차이가 있어 구분의 필요성이 있다. 그러나 법규명령형식의 행정규칙이나 법령보충적 행정규칙은 형식과 실질이 일치

	하지 않음에 따라 그 법적성질에 대하여 견해의 독립이 있는바 이에 대해 설명하고자 한다.
	II. 법규명령형식의 행정규칙
	1. 의의
	법규명령의 형식을 취하고 있지만 그 내용이 행정규칙의 실질을 가지는 것을 의미한다.
	2. 법적성질
	학설은 ① 법규명령설(형식설) ② 행정규칙설(실질설) ③ 수권여부 기준설(절충성)로 구분된다. 판례는 총리령이나 부령과 같은 시행규칙의 별표에 대해서는 법규성을 부정하고, 대통령령의 별표에 대해서는 법규성을 인정하면서 현행 감정평가사법 시행령 제29조 별표3(감정평가법인등제재기준)에 대해서 법규명령으로서의 재판규범성을 긍정하였다.
	3. 검토
	행정명령은 법제처 심사 등 절차적 정당성이 부여되고 법규적 형식을 취함으로써 국민에 대한 예측가능성을 제공한다는 점에서 법규명령설이 타당하다고 생각된다.

### III. 법령보충적 행정규칙

#### 1. 의의

법령의 위임에 의해 법령을 보충하는 법규사항을 정하는 행정규칙을 말한다.

#### 2. 법적성질

학설은 ① 법규명령설(실질설) ② 행정규칙설(형식설) ③ 수권여부기준설 ④ 법규명령의 효력을 갖는 행정규칙설 ⑤ 위헌무효설로 구분된다. 판례는 수권법령과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖는다고 본다.

#### 3. 검토

행정규제기본법 제4조 제2항 단서는 법규명령으로서의 법령보충적 행정규칙의 존재를 명문으로 인정하고 있다는 점에서 법규명령설이 타당하다고 생각된다.

[문제2] (20점)

(물음2-1)

#### I. 서론

두 명 이상 감정평가사의 평가결과를 산술평균하여

평가액을 결정하는 것을 복수평가라고 한다. 이하에  
서는 토지보상법상 복수평가원칙과 소유자추천 감정  
평가법인 선정 절차등에 대해 설명하고자 한다.

## II. 토지보상법상 복수평가원칙

### 1. 협의 보상평가

보상대상인 토지 관할 시·도지사나 토지소유자는 감  
정평가법인등을 각 1인씩 추천할 수 있고, 이 경우  
사업시행자는 추천된 감정평가법인등을 포함하여 3  
인을 선정하여 토지 등의 평가를 의뢰하여야 한다.  
추천이 없거나 어느 한 쪽만 추천하는 경우에는 2인  
을 선정하여야 한다(토지보상법 제68조).

대상물건의 평가액 중 최고평가액이 최저평가액의  
110퍼센트를 초과하는 경우 등에는 다른 2인 이상의  
감정평가법인등에게 재평가를 의뢰하여야 한다(토지  
보상법 시행규칙 제17조).

### 2. 재결 보상평가

수용재결의 경우에는 지방토지수용위원회에서 선정  
한 2인의 감정평가법인등, 이의재결의 경우에는 중앙  
토지수용위원회에서 선정한 2인의 감정평가법인등에

의해 복수평가가 이뤄진다.

### III. 소유자추천 감정평가법인등 선정 절차등

#### 1. 취지

토지소유자 추천제도는 보상액 산정 시 토지소유자의 이해관계를 반영한 보상평가가 이뤄지도록 함으로써 공익사업이 원활히 수행되도록 하는 것이 그 입법취지이다.

#### 2. 절차

①보상계획의 열람기간 만료일부터 30일 이내에 ② 보상대상 토지면적의 2분의 1이상, 토지소유자 총수의 과반수의 동의(국유지 또는 공유지는 제외)를 받은 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 감정평가법인등을 추천할 수 있다. 이 경우 토지소유자는 1인에 대해서만 동의할 수 있다(토지보상법 시행령 제28조).

#### III. 결

토지소유자 추천제도는 가격담합, 부실감정 등 감정평가의 자율성과 공신력 등을 저해하는 요소로 지적되고 있다. 손실보상의 당사자 아닌 제3기관 추천방식 등 대안모색이 필요하다고 생각된다.



	(물 음 2-2)
	I. 서론
	공익사업에 필요한 토지 등은 비록 강제수용에 의하여 취득할 수 있다고 하더라도 최소침해의 원칙에 따라 협의에 의하여 취득하는 것이 바람직하다. 이하에서는 사업인정 전·후 협의와 협의성립확인에 대해 설명 하고자 한다.
	II. 사업인정 전·후 협의취득
	1. 협의의 의의 및 법적성질
	협의란 사업시행자가 토지소유자 및 관계인과의 합의에 의하여 수용목적물의 권리를 취득하는 것을 말한다. 판례는 사업인정 전·후를 불문하고 사법상 계약으로 보고 있으나 다수설은 사업인정 후 협의는 공법상 계약으로 보고 있다.
	2. 필수절차인지 여부
	필수절차로 규정되어있으나 사업인정 후 협의에 대해서는 ①사업인정 이전에 협의절차를 거쳤으나 협의가 성립되지 아니하고 ②토지조서 및 물건조서의 내용에 변동이 없는 때에는 협의절차를 생략할 수 있다고 규정하고 있다(토지보상법 제16조, 제26조).

### III. 협의성립확인(토지보상법 제29조)

#### 1. 의의 및 취지

① 사업시행자와 피수용자 간 협의 성립 이후 ② 피수용자의 동의를 얻어 ③ 수용재결신청기간 내에 ④ 관할 토지수용위원회에 협의성립확인을 받음으로써 재결로 간주하는 제도를 말한다. 사법상 계약인 협의에 대해 원시취득효과가 부여됨으로써 계약의 불이행에 따른 분쟁을 예방하고 공익사업의 원활한 진행을 도모하기 위함이다.

#### 2. 관련판례

최근 진정한 소유자가 아닌 등기부상 소유명의자의 동의를 얻은 후 공증을 받아 협의성립확인 절차를 진행한 사안에서 판례는 "협의성립확인에 원시취득의 강력한 효과를 부여하는 법적 정당성의 원천은 사업시행자와 토지소유자 등이 진정한 합의를 하였다는 데 있고, 토지의 진정한 소유자가 아닌 등기부상 소유명의자의 동의만을 얻은 경우에는 사업시행자의 과실과 무관하게 토지수용위원회의 수리행위는 위법하다"고 판시하였다.

#### IV. 결



공증에 의한 확인절차의 경우 피수용자의 의견제출 기회가 주어지지 않는다는 문제점이 있다. 피수용자의 절차적 참여를 보장할 수 있는 방안의 모색이 필요하다.

[문제3] (20점)

(물음3-1)

### I. 서론

사업시행자가 사업인정을 받은 후 사업인정에 필요한 요건을 상실한 경우에 수용권을 행사하는 것이 허용되는지 살펴보려고 한다.

### II. 수용권행사의 허용여부

#### 1. 사업인정 의의 및 요건(토지보상법 제2조 제7호, 20조, 22조)

공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것으로서 공익사업의 시행자에게 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 형성행위이다. 사업인정이 인정되기 위해서는 ①토지보상법 제4조의 공익사업에 해당할 것 ②해당사업이 공익성이 있을 것 ③비례의 원

칙에 따라 공익과 사익간 비교·교량할 것이 요구된다. 판례는 사업시행자의 공익사업 수행의사와 능력 또한 사업인정의 한 요건이라 하였다.

## 2. 골프연습장 사건(2009두 1051)

골프연습장 설치사업의 사업시행자로 선정된 자가 사업인정에 따른 수용권을 행사한 사안에서 판례는 "공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 헌법 제23조의 근본취지에 비추어 볼 때, 사업시행자가 사업인정을 받은 후 그 사업이 ①공익성을 상실하거나 ②사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우 ③사업시행자가 해당 사업을 수행할 의사나 능력을 상실한 경우에 있어 수용권을 행사하는 것은 수용권의 남용에 해당하여 허용되지 않는다"고 하였다.

## III. 결

수용권은 재산권보장의 예외적 조치로서 인정되는 것이므로, 수용권을 설정하는 사업인정의 요건에 대해 엄격하게 판단한 판례의 입장이 타당하다고 생각된다.

	(물 음 3-2)
	I. 논점의 정리
	<p>공용수용의 목적물에는 일정한 제한이 존재한다. 예컨대 국·공유재산 중 행정재산은 목적물의 성질 그 자체에 의한 제한으로서 용도폐지되어 일반재산으로 전환되기 전에는 수용의 대상이 되지 않는다. 이하에서는 문화재 같은 공물의 경우 용도폐지 없이 수용할 수 있는지에 대해 설명하고자 한다.</p>
	II. 용도폐지없이 공물을 수용할 수 있는지 여부
	1. 공물의 의의
	<p>공물이란 국가·지방자치단체 등의 행정주체에 의하여 직접적으로 행정목적에 공용된 개개의 유체물을 말한다. 문화재와 같은 공적 보존물은 공공목적에 필요한 한도 내에서 공물에 준해 취급한다.</p>
	2. 공물의 수용가능성
	<p>① 광평대군 묘역의 일부가 수용대상 토지로 포함된 사안에서 판례는 "구 토지보상법은 법 제5조의 규정에 의한 제한 이외에는 수용의 대상이 되는 토지에 관하여 아무런 제한을 하지 아니하고 있고, 문화재보호법의 관련 규정을 종합하면 지방문화재로 지정된</p>

토지가 수용의 대상이 될 수 없다고 볼 수는 없다”고 하여 수용이 가능하다고 판시하였고(95누13241),

② 풍납토성 복원정비사업에서 판례는 “문화재보호법 제83조 제1항은 지방자치단체의 장은 문화재의 보존 관리를 위하여 필요하면 지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지 등을 토지보상법에 따라 수용할 수 있다고 규정하고 있으므로 국가지정문화재에 대하여 관리단체로 지정된 지방자치단체의 장은 국가지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지 등을 수용할 수 있다”고 하여 수용이 가능하다고 하였다(2017두71031).

### III. 결

보다 중요한 공익사업에 제공할 필요가 있는 경우에는 공용폐지가 선행되지 않은 공물도 수용의 목적물이 될 수 있다고 보는 것이 토지보상법 제19조 제2항의 취지에 부합하므로 판례의 태도가 타당하다고 생각된다.