

2016년도 제27회 감정평가 및 보상법규 총평 및 예시답안 (서울법학원 법규 대표강사 강정훈 감정평가사 드림)

그동안 감정평가사 시험 공부에 전념하신 수험생 여러분들에게 큰 격려의 말씀을 드립니다. 특히나 서울법학원에서 부족한 저를 믿고 열심히 따라주신 수강생 여러분들에게 이 자리를 빌어 진심으로 감사 인사를 드립니다.

올해 공부하신 분들과 내년에 합격을 위해 공부하시는 분들에게 작은 도움이 되고자 총평과 예시목차를 제시해 드립니다. 다만 이것은 수험가와 대학원에서 강의를 하는 제 입장에서 제시하는 것이므로 다른 시각에서 다른 목차로 논리가 제시될 수 있으므로 수험에 참고만 하시면 되시겠습니다. 다행이도 올해 제가 보상법규 논점으로 집중적으로 강조하던 부분들과 판례들이 모두 출제 되어 제게서 강의를 듣고 수학하신 분들에게는 큰 행운이 아니었나 싶습니다. 저도 심도 있는 보상법규 연구와 신경향 출제 분석을 통해 보상법규의 “**名不虛傳**”으로 더욱 정진하도록 하겠습니다.

다음은 제27회 보상법규 문제에 대한 총평입니다.

문제1) 스티디 때 농담 삼아 “이주대책으로 처분사유·추가변경을 낼줄 몰랐죠?”했는데 정말 “**대법원 2013.8.22. 선고 2011두28301 판결[이주대책대상자거부처분취소]**”의 이주대책 문제로 해서 최근의 판례를 토대로 처분사유·추가변경 문제가 출제 된 것으로 보입니다.

대법원 판례의 쟁점은 다음과 같습니다.

대법원 2013.8.22. 선고 2011두28301 판결

[이주대책대상자거부처분취소][미간행]

【판시사항】

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에서 동일성이 인정되는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있는지 여부(적극) 및 기본적 사실관계가 동일하다는 것의 의미

【참조조문】

행정소송법 제1조[행정처분일반], 제19조, 제27조[행정소송재판일반]

【전 문】

【원고, 피상고인】원고 1 외 12인

【피고, 상고인】한국철도시설공단

【원심판결】서울고법 2011. 10. 14. 선고 2011누8378 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘공익사업법’이라 한다) 제78조 제1항은 “사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의

근거를 상실하게 되는 자(이하 '이주대책대상자'라 한다)를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다.

이에 따라 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령(2011. 12. 28. 대통령령 제23425호로 개정되기 전의 것, 이하 '공익사업법 시행령'이라 한다) 제40조 제2항은 “이주대책은 국토해양부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에 수립·실시한다.”고 규정하고 있고, 제41조는 “사업시행자는 법 제78조 제1항의 규정에 의하여, 이주대책을 수립·실시하지 아니하는 경우, 이주대책대상자가 이주정착지가 아닌 다른 지역으로 이주하고자 하는 경우에는 이주대책대상자에게 국토해양부령이 정하는 바에 따라 이주정착금을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다.

그리고 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2013. 3. 23. 국토교통부령 제1호로 개정되기 전의 것, 이하 '공익사업법 시행규칙'이라 한다) 제53조 제1항은 “영 제40조 제2항에서 국토해양부령이 정하는 부득이한 사유라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.”고 하면서 제1호에서 “공익사업시행지구의 인근에 택지 조성에 적합한 토지가 없는 경우”를, 제2호에서 “이주대책에 필요한 비용이 당해 공익사업의 본래의 목적을 위한 소요비용을 초과하는 등 이주대책의 수립·실시로 인하여 당해 공익사업의 시행이 사실상 곤란하게 되는 경우”를 들고 있다.

2. 원심은 그 채택 증거에 의하여 원고들이 수원 - 인천 간 복선전철화 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)으로 인하여 거주하고 있던 주거용 건축물을 피고에게 제공하여 생활의 근거를 상실하게 되었다면서 이주대책을 수립하여 줄 것을 신청한 사실, 이에 대하여 피고는 2009. 10. 8. “한국토지주택공사에서 관계 법령에 의거 이주대책을 수립하는 단지형 사업과는 달리 피고의 경우 택지 또는 주택을 공급할 수 있는 관계 법령이 없고, 이 사건 사업은 선형 사업으로서 철도건설에 꼭 필요한 최소한의 토지만 보상하므로 사실상 이주택지공급이 불가능하여 결국 이 사건 사업은 공익사업법 시행령 제40조 제2항에서 정하는 이주대책 수립이 불가능한 사유에 해당되어 공익사업법 시행령 제41조에 따라 이주정착금을 지급하고 있다.”는 이유로 원고들의 신청을 거부하는 이 사건 처분을 한 사실을 인정한 다음, 이 사건 처분 당시 피고가 이주대책을 수립하지 못할 '부득이한 사유'가 있었다는 점을 인정할 수 없으므로 원고들의 신청을 거부한 이 사건 처분은 위법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 원고들 중 일부가 당해 건축물에 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니하였거나 이주정착지로의 이주를 포기하고 이주정착금을 받은 자에 대하여 피고에게 이주대책 수립·실시를 요구할 수 있는 이주대책대상자는 10호 미만이므로 공익사업법 시행령 제40조 제2항에 따라 이주대책 수립·실시를 거부한 이 사건 처분은 적법하다는 피고의 주장에 대하여, 피고의 이러한 주장사실은 이 사건 처분사유가 아닐 뿐만 아니라, 이 사건 처분사유와 기본적 사실관계에 있어 동일성도 인정되지 아니하므로 피고가 주장하는 위 사유를 이 사건 처분에 대한 적법성의 근거로 삼을 수 없다고 판단하였다.

3. 우선 관련 규정 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 철도건설사업인 이 사건 사업이 공익사업법의 적용을 받는 이상 이주대책의 수립과 관련하여 택지 또는 주택을 공급할 수 있는 관계 법령이 없다고 볼 수 없고, 이 사건 처분 당시 피고가 이주대책을 수립하지 못할 '부득이한 사유'가 있었다는 점을 인정할 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공익사업법 시행령 제40조 및 공익사업법 시행규칙 제53조 소정의 '부득이한 사유'의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

4. 그러나 ‘이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호에 미치지 못한다.’는 피고의 주장에 관한 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서는 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니하나, 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다. 그리고 기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말하며, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791, 13807 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고가 2009. 10. 8. 원고들에게 보낸 이주대책수립요구에 대한 회신(갑 제1호증)에는 원심이 이 사건 처분사유로 인정한 것 이외에도 “이주대책수립을 요구해 오신 사람 중에서 상당수(7인, 수용재결 중 3인)가 이미 계약을 체결한 후 보상금을 수령 하신 상태에서 이주정착지를 요구하는 것은 실효성이 없는 것으로 판단되며”라고 기재되어 있는 것을 알 수 있는데, 거기에는 이주대책대상자 중에서 이주정착금을 지급 받은 자들은 이주대책의 수립·실시를 요구할 수 없으므로 전체 신청자 19명 중에서 이들을 제외하면 이주대책 수립 요구를 위한 10명에 미달하게 된다는 의미를 내포하고 있다고 볼 수 있다.

그렇다면 이 사건 처분사유에는 ‘이주대책을 수립·실시하지 못할 부득이한 사유에 해당한다.’는 점 이외에도 ‘이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호에 미치지 못한다.’는 점도 포함하고 있다고 할 수 있으므로 원심으로서 이주대책대상자 중 10호 이상이 이주정착지에 이주를 희망하고 있는지, 그에 따라 피고가 이주대책을 수립·실시하여야 할 의무가 있는지 등을 심리하여 이 사건 처분의 적법 여부를 판단하였어야 옳다.

그럼에도 피고가 이 사건 소송에서 주장한 ‘이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호에 미치지 못한다.’는 사유에 관한 심리·판단을 생략한 채, 단지 공익사업법 시행령 제40조 및 공익사업법 시행규칙 제53조에서 정한 ‘부득이한 사유’에 해당하지 않는다는 이유만을 들어 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 원심판결에는 처분사유의 추가·변경에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

(출처 : 대법원 2013.08.22. 선고 2011두28301 판결[이주대책대상자거부처분취소] >종합법률정보 판례)

또한 최근에 거부처분에 대하여 행정절차법상 사전통지를 하지 아니한 사안에서 “다만 행정기관의 장의 거부처분이 재량행위인 경우에, 위와 같은 사전통지의 흠결로 민원인에게 의견진술의 기회를 주지 아니한 결과 민원조정위원회의 심의과정에서 그 고려대상에 마땅히 포함시켜

야 할 사항을 누락하는 등 재량권의 불행사 또는 해태로 볼 수 있는 구체적 사정이 있다면, 그 거부처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 평가할 수 있을 것이다. 라고 하는 대법원 2015.08.27. 선고 2013두1560 판결[건축신고반려처분취소]판례로 재량 행위에 대한 거부처분에 있어서도 재량권의 일탈·남용을 통한 위법성이 있다는 취지의 논리 구성이 가능한 판례가 출제되었습니다.

문제1-1번은 전형적인 거부처분을 하는 과정에서 사전통지와 이유제시 위법한지에 대한 논리를 물어본 것으로 일반적인 법리 접근과 행정법 일반원칙인 비례의 원칙으로 위법성을 고찰할 수 있을 것으로 보입니다.

문제1-2번의 경우에는 본 판례가 선형 사업인 이주대책으로서 본 대법원 판례를 문제로 접해 보지 못한 분들은 엄청 어렵게 느껴졌겠지만 법규 문제로 접근해 본 분들은 쉽게 처분사유·추가변경으로 풀 수 있었을 것입니다. 원래의 2011두28301 판결 대법원 판례의 쟁점은 피고 한국철도공단은 ‘이주대책을 수립·실시하지 못할 부득이한 사유에 해당한다.’는 점 이외에 소송도중 추가로 부득이한 사유로 ‘이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호에 미치지 못한다.’는 점을 제시하고 있는 것이었는데, 본 문제는 약간의 사실관계 변형을 통하여 “행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적인 사실관계에서 동일성이 인정되는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있는지 여부 및 기본적인 사실관계가 동일하다는 것의 의미”가 무엇인지를 묻고 있습니다.

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서는 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적인 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니하나, 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적인 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다고 봅니다. 그리고 기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말하며, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다는 내용을 순차적으로 정리하시면 됩니다.

결국 본 사안에서도 처분사유·추가변경이 인정되지 않는다면 처분변경으로 인한 소의 변경을 해야 할 것이고 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다면 처분사유·추가변경이 인정된다고 할 것입니다.

문제2)는 대법원 2015.04.09. 선고 2014두46669 판결[토지수용재결신청거부처분취소]사건을 기반으로 출제된 것으로 보이며, 본 대법원 판례의 쟁점은 다음과 같습니다.

대법원 2015.4.9. 선고 2014두46669 판결

[토지수용재결신청거부처분취소]

【판시사항】

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제72조에 의한 토지소유자의 토지수용

청구를 받아들이지 않은 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송의 성질 및 그 상대방

【판결요지】

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라고 한다) 제72조의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다.

【참조조문】

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제72조, 제74조 제1항, 제85조 제2항

【참조판례】

대법원 2010. 8. 19. 선고 2008두822 판결(공2010하, 1823)

【전 문】

【원고, 상고인】원고

【피고, 피상고인】서울특별시지방토지수용위원회

【원심판결】서울고법 2014. 11. 20. 선고 2014누46739 판결

【주 문】

원심판결을 파기한다. 제1심판결을 취소하고, 이 사건 소를 각하한다. 소송총비용은 원고가 부담한다.

【이 유】

직권으로 판단한다.

1. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라고 한다) 제72조는 사업인정고시가 된 후 '토지를 사용하는 기간이 3년 이상인 때(제1호)' 등의 경우 당해 토지소유자는 사업시행자에게 그 토지의 매수를 청구하거나 관할 토지수용위원회에 그 토지의 수용을 청구할 수 있도록 정하고 있다.

위 규정의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하고, 그 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다(대법원 2010. 8. 19. 선고 2008두822 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, ① 원고는 피고에게 이 사건 도시계획사업의 사업시행자인 서울특별시 강서구청장이 사업인정고시가 된 후 3년 이상 이 사건 토지를 사용하였다고 주장하면서 토지보상법 제72조 제1호를 근거로 이 사건 토지의 수용을 청구한 사실, ② 피고는 토지보상법 제72조 제1호의 요건에 해당하지 않음을 이유로 원고의 수용청구를 각하하는 재결을 한 사실, ③ 원고는 피고를 상대로 위 각하재결의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 소는 사업시행자인 서울특별시 강서구청

장을 피고로 하여야 한다. 따라서 토지수용위원회를 피고로 한 이 사건 소는 부적법하다고 할 것이다.

원심은 이와 달리 이 사건 소가 적법하다고 보아 본안판결에 나아갔는바, 이는 사용하는 토지의 수용청구의 법적 성질 등에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

3. 그러므로 원고의 상고이유에 관하여 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고, 이 사건은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하여 제1심판결을 취소하고, 이 사건 소를 각하하며, 소송총비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

(출처 : 대법원 2015.04.09. 선고 2014두46669 판결[토지수용재결신청거부처분취소] >종합법률정보 판례)

문제2-1번에서 관할토지수용위원회의 각하재결에 대하여 행정소송을 제기하기 전에 강구할 수 있는 甲의 권리구제수단을 묻고 있습니다. 이에 대한 해결책으로 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 토지보상법) 제83조상 이의신청으로 특별법상 행정심판이 있고, 이는 토지보상법만의 특징적인 규정으로 당사자의 권익구제를 위하여 행정소송을 제기하기 전에 강구할 수 있는 수단으로 신속한 권리구제와 비용의 절감등 경제적인 효익이 있다고 볼 것입니다.

문2-2번에서 행정소송을 제기할 경우 그 소송의 형태와 피고적격은 본 대법원 2015.4.9. 선고 2014두46669 판결에서 판시한 바와 같이 “토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 ‘보상금의 증감에 관한 소송’에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다.”는 것이 주요한 해결책이 될 것입니다. 구체적으로 보상금의 증감에 관한 소송(보증소)에 대해서 설명하고, 과거 피고적격으로 재결청을 삭제하고 사업시행자로 한 취지등을 설명한다면 좋은 답안이 될 것입니다.

문제3번은 전형적인 사업인정과 수용재결의 하자의 승계 문제입니다.

하자의 승계의 의의 및 취지, 하자 승계의 요건, 하자의 승계에 대한 견해의 대립, 하자 승계의 판례등을 적시하고 해당 문제의 물음의 해결책을 제시하면 좋은 답안이 될 것입니다.

아래의 사업인정과 수용재결 판례를 참고하시면 되실 듯 합니다.

대법원 2009.11.26. 선고 2009두11607 판결

[재결취소처분][미간행]

【판시사항】

[1] 상고이유서에 법령위반에 관한 구체적이고 명시적인 이유의 설시가 없는 경우 적법한 상고이유의 기재로 볼 수 있는지 여부(소극)

[2] 도시계획사업허가의 공고시에 토지세목의 고시를 누락하거나 사업인정을 함에 있어 수용 또는 사용할 토지의 세목을 공시하는 절차를 누락한 경우, 이를 이유로 수용재결처분의 취소를 구하거나 무효확인을 구할 수 있는지 여부(소극)

【참조조문】

[1] 민사소송법 제423조 [2] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제22조, 제85조, 행정소송법 제19조

【전 문】

【원고, 상고인 겸 피상고인】원고

【피고, 피상고인 겸 상고인】중앙토지수용위원회

【원심판결】대전고법 2009. 6. 25. 선고 2008누2086 판결

【주 문】

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전고등법원으로 환송한다. 원고의 상고를 기각한다. 원고의 상고비용은 원고가 부담한다.

【이 유】

1. 원고의 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충설명서의 기재는 상고장 기재 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

상고법원은 상고이유에 의하여 불복신청한 한도 내에서만 조사·판단할 수 있으므로, 상고이유서에는 상고이유를 특정하여 원심판결의 어떤 점이 법령에 어떻게 위반되었는지에 관하여 구체적이고도 명시적인 이유의 설시가 있어야 할 것이어서, 상고인이 제출한 상고이유서에 위와 같은 구체적이고도 명시적인 이유의 설시가 없는 때에는 상고이유서를 제출하지 않은 것으로 취급할 수밖에 없다(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다55126 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다25185 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원심이 이 사건 무효확인 청구 부분의 소를 각하하는 한편 이 사건 수용재결의 취소를 구하는 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 원고는 원심판결의 소 각하 부분에 대하여만 불복하여 상고를 하였음을 알 수 있다. 그런데 원고의 상고이유가 기재된 상고장에는 이 사건 수용재결을 취소하여 달라는 원고의 청구를 인용한 원심의 판단 부분에 관해서만 상고이유가 기재되어 있을 뿐인바, 이러한 상고이유 기재는 이 사건 무효확인 청구 부분의 소를 각하한 원심판결의 어떤 점이 법령에 어떻게 위반되었는지에 관하여 상고이유를 특정하여 구체적이고도 명시적인 근거를 밝히지 아니한 것이므로 적법한 상고이유의 기재로 보기 어렵다.

2. 피고의 상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고 소유의 논산시 부창동 423-7 답 2,017㎡는 2006. 9. 22. 같은 동 423-7 답 1,911㎡와 같은 동 423-16 답 106㎡로 분할되었는데, 대전지방국토관리청장은 2007. 2. 14. 이 사건 2차 사업실시계획 변경승인 고시를 하면서 그 토지세목조서(2882번)에 원고 소유의 논산시 부창동 423-7 답 2,017㎡ 중 141㎡를 수용하고, 124㎡는 사용하는 것으로 기재한 사실, 피고는 2007. 11. 23. 위 423-16 답 106㎡(이하 '수용대상 토지'라 한다)에 대하여는 수용을, 위 423-7 답 1,911㎡ 중 124㎡(이하 '사용대상 토지'라 한다)에 대하여는 사용을 하기로 하는 내용의 이 사건 수용재결을 한 사실을 인정한 다음, 이 사건 2차 사업실시계획 변경승인 고시에 기재된 '논산시 부창동 423-7 답 2,017㎡ 중 141㎡'는 위 고시 당시 이미 분할되어 있던 이 사건 수용대상 토지인 위 423-16 답 106㎡와는 지번 및 면적이 달라 이를 이 사건 수용대상 토지에 대한 적법한 고시라고 볼 수 없고, 또한 수용대상 토지는 전체 토지 면적 2,017㎡ 중 약 7%인 141㎡에 불과하며, 사용 대상 토지는 약 6%인 124㎡에 불과한 점에 비추어, 위 고시의 내용만으로는 그것이 이 사건 수용대상 토지 및 사용대상 토지 부분을 표상하고 있다고 볼 수 없거나 그 대상이 특정되었다고 할 수 없으므로, 위

고시는 그 하자가 중대하고 명백한 처분으로서 무효이며, 이러한 무효의 고시에 터잡은 이 사건 수용재결 역시 위법하다고 판단하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

도시계획사업허가의 공고시에 토지세목의 고시를 누락하거나 사업인정을 함에 있어 수용 또는 사용할 토지의 세목을 공시하는 절차를 누락한 경우, 이는 절차상의 위법으로서 수용재결 단계 전의 사업인정 단계에서 다룰 수 있는 취소사유에 해당하기는 하나 더 나아가 그 사업인정 자체를 무효로 할 중대하고 명백한 하자라고 보기는 어렵고, 따라서 이러한 위법을 들어 수용재결처분의 취소를 구하거나 무효확인을 구할 수는 없다(대법원 1988. 12. 27. 선고 87누1141 판결, 대법원 2000. 10. 13. 선고 2000두5142 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실관계 및 기록에 의하면, 대전지방국토관리청장은 2004. 5. 24. 이 사건 충남중부권상수도사업 실시계획승인 고시를 하였는데, 위 고시에는 원고 소유의 위 423-7 답 2,017㎡ 중 140㎡가 송수관로 매설부지로 편입되는 것으로 기재된 사실, 그 후 위 토지 중 106㎡만을 편입시키는 것으로 결정이 되어 사업시행자인 한국수자원공사가 위 106㎡의 지적분할을 신청함으로써 2006. 9. 22. 위 106㎡에 대하여 같은 동 423-16 지번이 부여된 사실, 원고가 2006. 9. 초경 수령한 보상계획안내문에 첨부된 물건조사서에는 한국수자원공사가 위 423-7 토지 중 122㎡를 사용하고, 그 중 106㎡를 같은 동 423-16 지번으로 분할하여 수용하겠다는 내용이 기재되어 있으며, 2006. 9. 26. 작성된 토지조서에도 위 423-16 토지 106㎡가 수용대상 토지로, 위 423-7 토지 중 124㎡가 사용대상 토지로 기재되어 있는 사실, 한편 위 2004. 5. 24.자 고시 및 대전지방국토관리청장의 2006. 6. 5.자 이 사건 1차 사업실시계획 변경승인 고시는 그 사업기간 내에 재결신청이 이루어지지 않아 효력을 상실하였고, 이 사건 2차 사업실시계획 변경승인 고시가 새로운 실시계획 승인 고시로서 효력이 있는 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 대전지방국토관리청장이 이 사건 수용대상 토지가 이미 분할되었음을 간과한 채 위 423-7 답 2,017㎡ 중 141㎡를 수용하고, 124㎡를 사용하는 것으로 기재하여 이 사건 2차 사업실시계획 변경승인 고시를 한 잘못이 있고, 수용 및 사용 부분의 면적이 위 423-7 토지 전체 면적의 극히 일부에 불과하다 하여 이를 위 고시 자체를 무효로 할 중대하고 명백한 하자라고 할 수는 없다.

그럼에도, 이 사건 2차 사업실시계획 변경승인 고시가 무효라고 단정하여 이 사건 수용재결의 취소를 명한 원심판결에는 사업실시계획 고시에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하며, 원고의 상고는 기각하고, 이 부분 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

(출처 : 대법원 2009.11.26. 선고 2009두11607 판결[재결취소처분] >종합법률정보 판례)

문제4번은 협의의 소익(권리구제의 필요성) 문제로 아주 기본적인 쟁점을 묻고 있습니다. 협의의 소익과 관련된 전원합의체 판결을 통해 쟁점을 정리하면 좋은 답안이 될 것입니다.

아래에 관련 대법원 판례입니다.

대법원 2006.6.22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결
[영업정지처분취소][집54(1)특,720;공2006.8.1.(255),1363]

【판시사항】

[1] 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분을 하도록 정하고 있는 경우, 선행처분인 제재적 행정처분을 받은 상대방이 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(한정 적극)

[2] 환경영향평가대행업무 정지처분을 받은 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 사안에서, 업무정지처분기간 경과 후에도 '환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙'의 규정에 따른 후행처분을 받지 않기 위하여 위 업무정지처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] [다수의견] 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 '규칙'이라고 한다)의 형식으로 정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 '선행처분'이라고 한다)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 '후행처분'이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당 공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서는 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다. 또한, 나중에 후행처분에 대한 취소소송에서 선행처분의 사실관계나 위법 등을 다룰 수 있는 여지가 남아 있다고 하더라도, 이러한 사정은 후행처분이 이루어지기 전에 이를 방지하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다투는 취소소송을 제기할 필요성을 부정할 이유가 되지 못한다. 그러한 쟁송방법을 막는 것은 여러 가지 불합리한 결과를 초래하여 권리구제의 실효성을 저해할 수 있기 때문이다. 오히려 앞서 본 바와 같이 행정청으로서는 선행처분이 적법함을 전제로 후행처분을 할 것이 당연히 예견되므로, 이러한 선행처분으로 인한 불이익을 선행처분 자체에 대한 소송에서 사전에 제거할 수 있도록 해 주는 것이 상대방의 법률상 지위에 대한 불안을 해소하는 데 가장 유효적절한 수단이 된다고 할 것이고, 또한 그 소송을 통하여 선행처분의 사실관계 및 위법 여부가 조속히 확정됨으로써 이와 관련된 장래의 행정작용의 적법성을 보장함과 동시에 국민생활의 안정을 도모할 수 있다. 이상의 여러 사정과 아울러, 국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이

익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다.

[대법관 이강국의 별개의견] 다수의견은, 제재적 행정처분의 기준을 정한 부령인 시행규칙의 법적 성질에 대하여는 구체적인 논급을 하지 않은 채, 시행규칙에서 선행처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 하여 장래 후행처분을 하도록 규정하고 있는 경우, 선행처분의 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적이라는 이유로, 선행처분에서 정한 제재기간이 경과한 후에도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보고 있는바, 다수의견이 위와 같은 경우 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하는 결론에는 찬성하지만, 그 이유에 있어서는 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 인정하는 이론적 기초 위에서 그 법률상 이익을 긍정하는 것이 법리적으로는 더욱 합당하다고 생각한다. 상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 헌법 제95조에서 규정하고 있는 위임명령에 해당하고, 그 내용도 실질적으로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 사항에 관한 것이므로, 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당한다고 보아야 한다.

[2] 환경영향평가대행업무 정지처분을 받은 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 사안에서, '환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙' 제10조 [별표 2] 2. 개별기준 (11)에서 환경영향평가대행업자가 업무정지처분기간 중 신규계약에 의하여 환경영향평가대행업무를 한 경우 1차 위반시 업무정지 6월을, 2차 위반시 등록취소를 각 명하는 것으로 규정하고 있으므로, 업무정지처분기간 경과 후에도 위 시행규칙의 규정에 따른 후행처분을 받지 않기 위하여 위 업무정지처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 한 사례.

【참조조문】

[1] 행정소송법 제1조 [행정처분일반], 제12조 [2] 구 환경영향평가법(1999. 12. 31. 법률 제6095호 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 부칙 제2조로 폐지) 제13조 제1항 제6호 (현행 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 제12조 제1항 제6호 참조), 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 제12조 제1항 제8호, 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙 제10조 [별표 2], 행정소송법 제12조

【전 문】

【원고, 상고인】주식회사 유신코퍼레이션

【피고, 피상고인】경인지방환경청장

【원심판결】서울고법 2002. 12. 26. 선고 2002누5360 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 행정소송법 제12조 후문은 '처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는' 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하여, 이미 효과가 소멸된 행정처분일지라도 권리보호의 필요성이 인정되는 경우에는 그에 대한 취소소송을 허용하고 있다.

그런데 제재적 행정처분이 그 처분에서 정한 제재기간의 경과로 인하여 그 효과가 소멸되었으나, 부령인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙(이하 이들을 '규칙'이라고 한다)의 형식으로

정한 처분기준에서 제재적 행정처분(이하 '선행처분'이라고 한다)을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 삼아 장래의 제재적 행정처분(이하 '후행처분'이라고 한다)을 하도록 정하고 있는 경우, 행정소송법의 위 규정에 의하여 선행처분의 취소를 구할 수 있는 법률상 이익이 있는지 여부에 관하여 견해가 대립되어 왔고, 이를 부정하는 견해는 그 이유로 그러한 규칙은 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없으므로 그 규칙에 따라 장래에 가중된 후행처분을 받을 우려가 있다고 하더라도 이는 사실상의 불이익에 지나지 아니하고, 또 가중된 후행처분이 적법한지 여부를 심리·판단하는 기회에 선행처분의 사실관계나 위법을 다룰 수 있다는 점 등을 들고 있다.

그러나 제재적 행정처분의 가중사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이, 관할 행정청이나 담당공무원은 이를 준수할 의무가 있으므로 이들이 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되고, 그 결과 행정작용의 상대방인 국민으로서의 그 규칙의 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 그러한 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 받은 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익, 즉 후행처분의 위험은 구체적이고 현실적인 것이므로, 상대방에게는 선행처분의 취소소송을 통하여 그 불이익을 제거할 필요가 있다고 할 것이다.

또한, 나중에 후행처분에 대한 취소소송에서 선행처분의 사실관계나 위법 등을 다룰 수 있는 여지가 남아 있다고 하더라도, 이러한 사정은 후행처분이 이루어지기 전에 이를 방지하기 위하여 직접 선행처분의 위법을 다투는 취소소송을 제기할 필요성을 부정할 이유가 되지 못한다. 그러한 쟁송방법을 막는 것은 다음과 같은 여러 가지 불합리한 결과를 초래하여 권리구제의 실효성을 저해할 수 있기 때문이다. 우선, 선행처분의 제재기간이 경과하였다고 하여 직접 그 처분의 위법을 다투는 쟁송방법을 허용하지 않을 경우, 선행처분의 위법을 다투려는 상대방으로서의 그 처분의 존재로 인하여 관련 업무나 자격 등에 관하여 장래에 확실히 받을 것으로 예상되는 불이익을 제때에 해소하지 못하는 불안정한 처지에 놓이게 되어 이에 대한 불안 때문에 당해 업무 등과 관련하여 상당한 어려움을 겪을 수 있고, 또한 선행처분 자체의 위법을 다투기 위하여 취소소송을 제기하였더라도 소송계속중에 그 제재기간이 경과한 때에는 심지어는 충분한 심리가 된 경우에도 선행처분의 위법 여부에 대한 판단을 받지 못한 채 소송이 종결될 것인데, 이로 말미암아 그 동안의 소송수행이나 심리결과를 무위로 돌리고 나중에 다시 동일한 쟁점인 선행처분의 위법을 다투기 위하여 후행처분에 대한 취소소송을 제기하여 이중으로 노력과 비용을 들이는 불편과 부담을 감수할 수밖에 없을 것이다. 뿐만 아니라 선행처분과 후행처분 사이에 상당한 기간이 경과한 경우에는 선행처분의 위법 여부와 관련되는 증거자료의 일실로 선행처분의 사실관계 등에 관한 심리가 어려워질 수도 있다. 어느 모로 보더라도 선행처분의 위법을 다투려는 상대방으로 하여금 위와 같은 어려움과 부담을 감수하게 하면 서까지 후행처분이 있을 때까지 권리구제를 지연시키는 것을 정당화할 만한 어떠한 이유도 찾을 수 없다.

오히려 앞서 본 바와 같이 행정청으로서의 선행처분이 적법함을 전제로 후행처분을 할 것이 당연히 예견되므로, 이러한 선행처분으로 인한 불이익을 선행처분 자체에 대한 소송에서 사전에 제거할 수 있도록 해 주는 것이 상대방의 법률상 지위에 대한 불안을 해소하는 데 가장 유효적절한 수단이 된다고 할 것이고, 또한 그 소송을 통하여 선행처분의 사실관계 및 위법 여부가 조속히 확정됨으로써 이와 관련된 장래의 행정작용의 적법성을 보장함과 동시에 국민생활의 안정을 도모할 수 있을 것이다.

따라서 이상의 여러 사정과 아울러, 국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 규칙이 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 할 것이다.

그러므로 이와는 달리 규칙에서 제재적 행정처분을 장래에 다시 제재적 행정처분을 받을 경우의 가중사유로 규정하고 있고 그 규정에 따라 가중된 제재적 행정처분을 받게 될 우려가 있다고 하더라도 그 제재기간이 경과한 제재적 행정처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 취지로 판시한 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결 및 대법원 1988. 5. 24. 선고 87누944 판결, 대법원 1992. 7. 10. 선고 92누3625 판결, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97누7790 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두6443 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

2. 이 사건의 경우, 기록에 의하면, 피고는 원고에 대하여 환경영향평가서를 부실하게 작성하였다는 이유로 구 환경영향평가법(2001. 1. 1.부터 시행된 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것) 제13조 제1항 제6호 등의 규정에 의하여 환경영향평가대행업무 정지 1월의 처분(이하 '이 사건 처분'이라고 한다)을 하였는데, 그 업무정지기간은 2001. 2. 2.부터 진행되다가 2001. 2. 8. 제1심법원의 집행정지결정으로 중단되었고, 제1심법원의 판결 선고일 다음날인 2002. 3. 23.부터 다시 진행되어 2002. 4. 13.경 그 기간이 모두 경과하였음은 분명하지만, 한편 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법은 제12조 제1항 제8호에서 평가대행자가 '이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 경우' 그 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다고 규정하고, 같은 조 제2항에서 제1항의 규정에 의한 행정처분의 기준 기타 필요한 사항은 행정자치부·환경부 및 건설교통부의 공동부령으로 정한다고 규정하며, 그 위임에 따라 평가대행자에 대한 행정처분의 기준을 정하고 있는 같은 법 시행규칙 제10조 [별표 2] 2. 개별기준 (11)에서 평가대행자가 업무정지처분기간 중 신규계약에 의하여 환경영향평가대행업무를 한 경우 1차 위반시 업무정지 6월을, 2차 위반시 등록취소를 각 명하는 것으로 규정하고 있는바, 원고가 상고 제기 이후에 제출한 자료에 의하면 원고는 위 업무정지기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 한 것으로 보인다.

그렇다면 위에서 본 법리에 비추어 볼 때, 원고는 이 사건 처분으로 인하여 그 업무정지기간 중 신규계약에 의하여 환경영향평가대행업무를 하였다는 이유로 위 시행규칙의 규정에 따른 업무정지나 등록취소의 후행처분을 받을 우려가 있으며, 이는 평가대행자로서 업무를 행할 수 있는 지위에 대한 직접적이고 구체적인 불이익이라 할 것이므로, 이 사건 처분에서 정한 업무정지기간이 경과한 후에도 위 시행규칙의 규정에 따른 후행처분을 받지 않기 위하여 이 사건 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이다.

그럼에도 원심은, 이 사건 처분에서 정한 업무정지기간이 모두 경과하였다는 점만을 들어 이 사건 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 원고에게 어떤 법률상 이익의 침해가 있다고 볼 수 없어 이 사건 소가 부적법하다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 행정소송법 제12조 후문의

법률상 이익에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이강국의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관들의 의견이 일치되었다.

4. 대법관 이강국의 별개의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 제재적 행정처분(이하 '제재적 처분'이라고 한다)의 기준을 정한 부령인 시행규칙의 법적 성질에 대하여는 구체적인 논급을 하지 않은 채, 시행규칙에서 선행처분을 받은 것을 가중사유나 전제요건으로 하여 장래 후행처분을 하도록 규정하고 있는 경우, 선행처분의 상대방이 그 처분의 존재로 인하여 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적이라는 이유로, 선행처분에서 정한 제재기간이 경과한 후에도 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보고 있는바, 다수의견이 위와 같은 경우 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익을 긍정하는 결론에는 찬성하지만, 그 이유에 있어서는 다음과 같이 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 인정하는 이론적 기초 위에서 그 법률상 이익을 긍정하는 것이 법리적으로는 더욱 합당하다고 생각한다.

나. 종래 법규명령과 행정규칙의 구별기준에 관하여는 형식설, 실질설 등의 견해의 대립이 계속되어 왔으나 이 사건에서는 부령에서 규정한 제재적 처분기준의 법적 성질부터 검토되어야 할 것이다.

대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결 등 종래 대법원판례는 제재적 처분기준에 관하여 그 규정형식이 대통령령으로 규정되어 있으면 법규성을 인정하였으나(대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14174 판결, 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결 등), 그 규정형식이 부령으로 규정된 경우에는, 그 처분기준은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 대외적 구속력이 없어 재판규범이 되지 못하고 법원은 이에 구속될 필요가 없다는 입장을 확고히 견지하고 있다(대법원 1990. 1. 25. 선고 89누3564 판결, 1997. 5. 30. 선고 96누5773 판결, 1998. 3. 27. 선고 97누20236 판결 등). 그러나 부령의 형식으로 규정된 제재적 처분기준에 관하여 법규성을 부정한 종전 판례의 입장은 다음과 같은 이유로 합당하지 아니하다.

첫째, 종래의 판례는 일정한 사항은 본질적으로 행정규칙의 고유한 규율대상이라는 점을 전제로 하고 있으나, 제재적 처분기준을 법규명령의 형식으로 제정할 것인지 또는 행정규칙으로 제정할 것인지는 입법정책의 문제일 뿐이다.

둘째, 대통령령과 부령은 모두 헌법 제75조와 제95조에서 정하고 있는 위임명령이고, 다만 대통령령은 그 제정절차에 있어서 국무회의의 심의를 거친다는 점에서 차이가 있을 뿐인데 이 점을 가지고 그 법적 효력을 달리 볼 만한 근거로 삼기는 부족하다. 따라서 대통령령 형식의 제재적 처분기준을 법규명령으로 본다면 부령으로 정한 처분기준도 법규명령으로 보는 것이 논리적 일관성이 있을 것이다.

셋째, 제재적 처분기준은 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 이를 단순히 행정청 내부의 사무처리 기준에 불과하다고 볼 수는 없다.

넷째, 종래의 제재적 처분기준은 대개 명료하지 않거나 획일적으로 규정되어 있어 구체적 타당성이 부족하였고 따라서 거기에 법규성을 부여하게 되면 법원도 그에 구속될 수밖에 없게 되어 국민의 권익보호가 어려워지기 때문에 법규성을 부정해야 하는 실제적 필요성이 있었으나, 현재 대부분의 제재적 처분기준은 구체적 타당성을 확보하기 위하여 위반행위의 유형 및 정도를 구체적으로 세분하고 있고 더욱이 감경규정까지 두고 있어 구체적 타당성 있는 제재가

가능하게 되었다는 점도 주목할 필요가 있다.

다섯째, 법원이 구체적 사건에서 부령인 제재적 처분기준의 법규성을 부정한다고 하더라도 그로써 부령이 바로 무효가 되는 것도 아니고 관계 행정공무원은 판결에도 불구하고, 법령준수의무에 따라 당해 부령상의 기준에 의하여 종전과 똑같은 처분을 계속할 수밖에 없게 될 것이며, 이에 대하여 법원은 부령이 행정규칙에 불과함을 거듭 확인한 뒤 행정처분을 취소하게 될 것인바, 이는 결국 법적 안정성과 예측가능성을 크게 손상시키게 될 것이다. 그러므로 부령인 제재적 처분기준에 대하여 헌법합치적이거나 법률합치적인 해석에 의하여도 구체적이고 타당한 처분기준이 도출될 수 없는 경우에는 위임의 범위나 과잉 입법 등을 이유로 무효를 선언하여 그 효력을 배제하는 것이 오히려 더욱 바람직할 것이다.

결국, 이러한 점들을 종합하여 보면, 상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 헌법 제95조에서 규정하고 있는 위임명령에 해당하고, 그 내용도 실질적으로 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 사항에 관한 것이므로, 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당한다고 보아야 할 것이다.

다. 다음으로 제재기간 경과 후 제재적 처분의 취소를 구할 법률상 이익에 관하여 보건대, 원래 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 행정처분의 효력은 소멸하는 것이어서 그 기간 경과 후에는 그 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 어떠한 법률상 이익이 침해되었다고 볼 만한 다른 사정이 없는 한 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없는 것이다(대법원 1990. 10. 23. 선고 90누3119 판결, 2004. 11. 25. 선고 2004두9012 판결 등).

그런데 선행의 제재적 처분이 장래에 다시 제재적 처분을 받을 경우의 전제요건 또는 가중요건이 되는 소위 가중적 제재사유와 관련하여, 대법원 1990. 10. 23. 선고 90누3119 판결 등 종래의 대법원판례는 가중적 제재사유가 법률 또는 대통령령에 규정되어 있는 경우에는, 그에 따라 향후 가중된 제재적 처분을 받을 우려가 있으므로, 비록 제재적 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다고 하더라도, 그로 인한 법률상의 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 하였으나(대법원 1991. 8. 27. 선고 91누3512 판결, 1999. 2. 5. 선고 98두13997 판결, 2005. 3. 25. 선고 2004두14106 판결 등), 가중적 제재사유가 부령에 규정되어 있는 경우에는, 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하므로 행정청이 그에 따라 가중된 제재적 처분을 하더라도 법원은 거기에 구속됨이 없이 근거 법률의 규정 및 취지에 따라 가중된 제재적 처분의 적법 여부를 심리·판단할 수 있는 것이고, 따라서 제재적 처분을 받은 전력이 가중사유로 규정되어 있다고 하더라도 그로 인한 불이익은 사실상의 불이익에 지나지 아니하므로 그 제재기간이 경과하였다면 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 입장을 고수하여 왔다(대법원 1992. 7. 10. 선고 92누3625 판결, 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결, 1997. 9. 30. 선고 97누7790 판결, 2002. 3. 15. 선고 2001두10622 판결, 2003. 10. 10. 선고 2003두6443 판결 등).

그런데 앞서 본 바와 같이 부령에서 정한 제재적 처분기준은 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정해야 한다는 입장에서 본다면, 가중적 제재사유가 부령에 규정되어 있는 경우에도 이는 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령으로 보아야 할 것이고, 따라서 가중적 제재사유가 법률 또는 대통령령에 규정되어 있는 경우와 마찬가지로, 그 제재기간 경과 후에도 선행 처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보아야 할 것이다.

그리고 실제적인 면에서 보더라도, 처분의 상대방인 국민의 입장에서는 가중적 제재사유가 대

통령령에 규정되어 있거나 부령에 규정되어 있거나 간에 그로 인한 불이익을 받게 될 우려가 있다는 점에서는 동일함에도 불구하고, 가중적 제재사유를 규정한 법령 등의 규정형식에 따라서 제재기간 경과 후에 그 취소를 구할 법률상 이익의 유무가 달라진다고 하는 점은 쉽게 납득하기 어려울 것이다.

라. 이 사건에 관하여 보건대, 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 시행규칙 제10조 [별표 2]는 같은 법 제12조 제2항의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령으로서 단순히 행정기관 내부의 사무처리준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 있는 법규명령이라 할 것이고, 원고는 원심 판시의 업무정지기간 중 환경영향평가대행계약을 신규로 체결하고 그 대행업무를 함으로써 위 [별표 2] 2. 개별기준 (11)에 의한 가중적 제재처분을 받게 될 우려가 있다는 것이므로, 비록 그 업무정지기간이 경과하였다고 하더라도 원고로서는 평가대행자로서의 업무를 행할 수 있는 법률상의 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 이 사건 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 할 것이다. 이와 달리, 원고에 대한 업무정지기간이 경과하였고, 달리 이 사건 처분이 외형상 잔존함으로 인하여 원고에게 어떤 법률상 이익의 침해가 있다고 볼 수 없다는 이유로 이 사건 소를 부적법하다고 한 원심판결은 파기를 면할 수 없다.

이상의 이유로 다수의견에 대한 별개의견을 밝히는 바이다.

(출처 : 대법원 2006.06.22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결[영업정지처분취소] >종합법률정보 판례)

이번 2016년도 제27회 보상법규 문제는 아주 기본적이면서도 대법원 판례 학습을 꼼꼼히 한 수험생은 큰 무리 없이 풀 수 있었을 것으로 보이며, 대법원 판례를 등한시 하거나 너무 행정법적으로만 공부한 수험생들은 쟁점을 놓쳐서 어려움을 겪었을 것으로 보입니다.

최근의 보상법규 문제의 출제의 신경향은 보상현장이나 감정평가 현장에서 실천학문으로서 현장의 문제점을 해결하고, 대안을 제시할 수 있는 문제들이 출제됨으로써 단순한 암기나 수박겉핥기식으로 공부하는 경우에는 문제를 해결하기 어려운 문제들이 출제되고 있습니다.

앞으로의 수험공부 대책은 단순 암기식이나 행정법 위주의 단편적인 공부보다는 보상현장의 문제를 종합적으로 접근하고 이를 토대로 복합적인 응용력을 통해 현장 이해당사자를 설득할 수 있는 “살아 있는 현장형 감정평가사”를 뽑는 시험에 대비를 해야 할 것으로 보입니다.

그동안 정말 고생하셨고, 수험과정에서 많은 도움을 주신 분들께 인사도 드리고, 합격자 발표 때까지 충분한 휴식과 충전을 통해서 감정평가사 합격과 동시에 새로운 세상을 열어가는 시기가 되시길 기원합니다.

그동안 부족한 강의를 열심히 들어주시고, 특히 마지막기 스터디문제에서 이주대책(3기 7주차 1번 문제) 3번, 절차의 하자 3번, 하자의 승계 3번, 협의의 소익 3번, 보상금증감청구소송 3번 이상등 동일 유사한 문제를 매번 출제하였습니다. 제게 서울법학원 수험생들께서 골고루 출제를 안하고 동일 유사한 문제만 계속 출제한다고 많은 비판을 하신 걸로 알지만, 저는 최근 출제되지 않은 중요한 쟁점 문제를 집중적으로 훈련코자 한 것이였습니다. 2016년도 제27회 제2차 시험을 마치고, 제가 강의한 10여년 이래로 서울법학원 수험생분들 뿐만아니라 에듀스파

동영상강의 수험생들에 이르기까지 가장 많은 감사 문자와 감사 카톡, 감사 전화를 받았습니다. 부족한 저를 믿고 보상법규 공부를 따라와 주신 서울법학원 수험생 여러분과 에듀스파 동영상 듣는 수험생분들에게 다시 한번 진심으로 감사 인사를 드리고, 꼭 합격하시길 진심으로 기도드립니다. 감사합니다.

아래는 제27회 보상법규 예시목차입니다.

다른 시각으로 접근될 수도 있고, 하나의 예시 목차이므로 참고하시기 바랍니다.

문제1) (40점)

I. 논점의 정리

- 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 토지보상법)상 이주대책의 특성과 이주대책 거부처분에 사전통지와 이유제시를 하지 않은 경우의 위법, 소송도중 처분사유 추가변경의 여부 검토 쟁점

II. 행정절차법상 사전통지와 이유제시를 하지 않은 경우 그 거부처분이 위법한지.

1. 토지보상법상 이주대책의 취지와 특성

2. 사전통지와 이유제시의 의의 및 취지

3. 거부처분을 함에 있어서 사전통지와 이유제시를 해야 하는지 여부

(1) 견해의 대립(학설)

(2) 대법원 판례

(3) 소결

4. 사안의 해결

- “그 거부처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 평가할 수 있을 것이다. 라고 하는 대법원 2015.08.27. 선고 2013두1560 판결”을 토대로 재량권 일탈·남용 부분에 있어서 비례의 원칙을 통하여 위법성 고찰함.

III. 처분사유 추가 변경이 가능한지 여부

1. 처분사유·추가변경의 의의 및 취지

2. 처분사유·추가변경이 가능한지 여부

(1) 견해의 대립(학설)

(2) 대법원 판례 - 기본적 사실관계의 동일성 여부

(3) 소결

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서는 실질적 법치주의와 행정처분의 상대방인 국민에 대한 신뢰보호라는 견지에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니하나, 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다. 그리고 기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초적인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말하며, 처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하거나 당초의 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유를 추가하거나 변경하는 것이라고 볼 수 없다

3. 기본적 사실관계의 동일성 여부 검토

(1) 이주를 희망하는 자의 가구수가 10호미만인 7호인 경우

(2) 계속거주하지 아니한 경우와 이주정착지로의 이주를 포기하고 이주정착금을 받은 자인 경우

(3) 이주대책을 수립 실시 하지 않아도 되는 경우에 해당되는지 기본적 사실관계 동일성 검토

IV. 사례의 해결

문제2) (30점)

I. 논점의 정리

- 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 토지보상법) 제72조의 성격과 이에 대한 권리구제의 특성 쟁점

II. 행정소송하기 전 甲의 권리구제 수단

1. 토지보상법 제72조 수용청구의 특성 - 형성권

2. 토지보상법 제83조 이의신청(특별법상 행정심판)

3. 소결 - 신속한 권리구제

Ⅲ. 행정소송을 제기할 경우 그 소송의 형태와 피고적격

1. 토지보상법상 행정소송의 특성(신속한 권리구제와 수용행정의 조속한 법률관계 확정)
2. 행정소송의 특수한 형태 - 토지보상법 제85조 제2항의 보상금 증감 청구소송
3. 행정소송의 피고적격 - 사업시행자(피고적격으로 재결청 삭제-형식적 당사자 소송)
4. 소결

토지보상법 제72조의 문언, 연혁 및 취지 등에 비추어 보면, 위 규정이 정한 수용청구권은 토지보상법 제74조 제1항이 정한 잔여지 수용청구권과 같이 손실보상의 일환으로 토지소유자에게 부여되는 권리로서 그 청구에 의하여 수용효과가 생기는 형성권의 성질을 지니므로, 토지소유자의 토지수용청구를 받아들이지 아니한 토지수용위원회의 재결에 대하여 토지소유자가 불복하여 제기하는 소송은 토지보상법 제85조 제2항에 규정되어 있는 '보상금의 증감에 관한 소송'에 해당하고, 피고는 토지수용위원회가 아니라 사업시행자로 하여야 한다.

Ⅳ. 사례의 해결

문제3)(20점)

I. 논점의 정리

- 공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 토지보상법)상 사업인정과 수용재결에 대한 하자의 승계 쟁점

Ⅱ. 사업인정과 수용재결의 법적 성질

1. 사업인정의 의의 및 법적 성질
2. 수용재결의 의의 및 법적 성질
3. 수용행정의 특수성

Ⅲ. 사업인정과 수용재결의 하자의 승계

1. 하자의 승계의 의의, 취지, 요건
2. 하자의 승계에 대한 논의

(1) 학설 - 전통적 하자 승계론, 구속력론

(2) 대법원 판례

3. 소결

사업인정을 하면서 토지보상법 제21조 이해관계인의 의견청취 하는 절차를 거치지 않는 경우, 이는 절차상의 위법으로서 수용재결 단계 전의 사업인정 단계에서 다룰 수 있는 취소사유에 해당하기는 하나 더 나아가 그 사업인정 자체를 무효로 할 중대하고 명백한 하자라고 보기는 어렵고, 따라서 이러한 위법을 들어 수용재결처분의 취소를 구하거나 무효확인을 구할 수는 없다.

다만 수용행정을 종합적, 통합적 관점에서 볼 때 사업인정의 절차상 하자를 이유로 수용재결의 위법성을 주장하도록 하는 것은 수용행정의 공익성과 중대성 차원에서 일명 타당성이 인정되며, 최근 대법원 2015.03.20. 선고 2011두3746 판결[토지수용재결처분취소등]에서 무효에 이른 사업인정 하자에 대하여 수용재결에서 “구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2005. 12. 7. 법률 제7707호로 개정되기 전의 것) 제88조 제2항, 제95조, 제96조의 규정 내용에다가 도시계획시설사업은 도시 형성이나 주민 생활에 필수적인 기반시설 중 도시관리계획으로 체계적인 배치가 결정된 시설을 설치하는 사업으로서 공공복리와 밀접한 관련이 있는 점, 도시계획시설사업에 관한 실시계획의 인가처분은 특정 도시계획시설사업을 현실적으로 실현하기 위한 것으로서 사업에 필요한 토지 등의 수용 및 사용권 부여의 요건이 되는 점 등을 종합하면, 실시계획의 인가 요건을 갖추지 못한 인가처분은 공공성을 가지는 도시계획시설사업의 시행을 위하여 필요한 수용 등의 특별한 권한을 부여하는 데 정당성을 갖추지 못한 것으로서 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 하자가 있다.”라고 판시하고 있는 점에 주목할 필요가 있다.

IV. 사례의 해결

문제4) (10점)

I. 논점의 정리

- 부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률(이하 부감법)상 가중·감경 규정을 정한 별표의 법적 성질과 협의의 소익 인정여부

II. 가중·감경 규정을 정한 부감법 시행령 별표의 법적 성질

1. 부감법상 감정평가업자의 제재조치의 의의 및 취지

2. 부감법 시행령 제77조 별표의 법적 성질

3. 소결

III. 협의의 소익(권리보호의 필요)

1. 협의의 소익의 의의 및 취지

2. 협의의 소익에 대한 논의

(1) 학설

(2) 전원합의체 대법원 판결

(3) 검토

3. 소결

국민의 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항의 취지와 행정처분으로 인한 권익침해를 효과적으로 구제하려는 행정소송법의 목적 등에 비추어 행정처분의 존재로 인하여 국민의 권익이 실제로 침해되고 있는 경우는 물론이고 권익침해의 구체적·현실적 위험이 있는 경우에도 이를 구제하는 소송이 허용되어야 한다는 요청을 고려하면, 부감법 시행령 별표에서 정한 바에 따라 선행처분을 가중사유 또는 전제요건으로 하는 후행처분을 받을 우려가 현실적으로 존재하는 경우에는, 선행처분을 받은 상대방은 비록 그 처분에서 정한 제재기간이 경과하였다 하더라도 그 처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거할 권리보호의 필요성이 충분히 인정된다고 할 것이므로, 선행처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다.

IV. 사례의 해결