creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

박사학위논문

개발행위허가제도의 공법적 쟁점에 관한 연구

- 개발행위허가의 의제 및 기준을 중심으로 -

제주대학교 대학원

법 학 과

이 지 원

2022년 2월

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

A Study on the Public Law Issues in the Development permission system

- Focusing on the Development permission legal fiction and Development permission criteria -

Ji-won Lee

(Supervised by professor Dr. Joo-young Kang)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the degree of Doctor of Laws

2021. 12.

Department of Law

GRADUATE SCHOOL

JEJU NATIONAL UNIVERSITY

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

개발행위허가제도의 공법적 쟁점에 관한 연구

- 개발행위허가의 의제 및 기준을 중심으로 -

지도교수 강 주 영

이 지 원

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2021년 12월

이지원의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 전 영 훈

위 원 윤 명 환

위 원 김 은 주

위 원 고 헌 환

위 원 강 주 영

제주대학교 대학원

2021년 12월

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(국문초록)

개발행위허가제도의 공법적 쟁점에 관한 연구

- 개발행위허가의 의제 및 기준을 중심으로 -

소비사회로 표현되는 현대 산업사회는 자연환경의 희생과 보존을 통해 유지되고 있는 점에서 세계적으로 자연환경 보존의 필요성이 크게 부각되고 있는 시점이다. 2000년대 들어 우리나라도 무차별적 개발행위로 희생되고 있는 자연환경에 대한 보존의 필요성이 대두되면서 국토의 난개발(亂開發)에 대한 우려가 점차 사회 문제화되었고, 이에 적극적으로 대응하고자 국토관련 법제를 전면적으로 개편하였다. 즉, 애초 우리나라의 국토관련 법제는 (구)국토건설종합계획법을 전제로 하여, 비도시지역과 도시지역을 구분하여 국토의 비도시지역에 대하여는 (구)국토이용관리법을 적용하고 도시지역에는 (구)도시계획법을 적용하는 이분적 방식으로 국토를 관리하고 있었지만, 2002. 2. 4. 이들 법령을 모두 폐지하였다. 대신에 (구)국토건설종합계획법을 대체하는 「국토기본법」을 제정하고, 전(全) 국토를 대상으로 도시계획기법을 적용하는 것을 내용으로 하는 국토계획법을 제정하여 2003. 1. 1.부터 시행하였다. 국토의 난개발은 국토의 계획적 개발에 반대되는 개념으로서 계획에 맞지 않게 또는 계획 없이 무차별적으로 국토를 이용하는 개발을 의미하므로 전 국토를 대상으로 도시계획기법을 적용한다면 난개발을 해결할 수 있을 것이라고 본 것이다.

국토계획법에 따르면 개발행위허가는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지의 분할, 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위를 대상으로 한다. 그리고 이들 행위는 보통 다른 법에서 규정하는 주된 인허가를 위한 과정에서 필요한 관련 인허가에 해당한다. 때문에, 주된 인허가의 근거 법률은 주된 인허가를 통해 의제되는 인허가로 국토계획법상 개발행위허가를 규정하는 형식을 취하고 있다. 예를 들면

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

「건축법」 제11조가 규정하는 건축허가는 건축허가를 얻으면 「건축법」제11조 제5항 제3호에 따라 국토계획법상 개발행위허가를 얻은 것으로 의제하거나 「관광진흥법」제16조에 따라 사업계획승인을 얻으면 「관광진흥법」제16조 제1항 제8호에 따라 국토계획법상 개발행위허가를 얻은 것으로 의제하는 것을 들 수 있다. 이렇듯, 국토계획법상 개발행위허가는 다른 법률이 규정하는 인허가의제규정을 통하여 의제되는 경우가 존재한다. 이와 달리 국토계획법에 의하여 개발행위허가처분을 먼저 하고 이를 통하여 다른 법이 규정하는 처분을 의제하는 것을 전제한 국토계획법 제61조의 경우, 국토계획을 다루는 주된 행정청 입장에서 개발행위허가 기준의 검토가 있게 되는 점에서 국토계획법상의 개발행위허가가 갖는 난개발 방지의 기능을 비교적 충실하게 수행할 수 있다. 하지만 다른 법에 의하여 국토계획법상의 개발행위허가가 의제되는 경우에는 인허가의제제도의 법리가 주된 인허가처분과 관련하여 문제 된다. 즉, 국토관련 법제인 「국토기본법」과 이에 기반을 둔 국토계획법은 난개발을 방지하고 국토를 효율적으로 이용하고자 계획을 세워 국토를 관리하도록 하고 있으며, 국토를 정당하게 이용할 수 있는 수단으로 개발행위 허가를 규정하고 있는 것이므로 개발행위허가는 개발행위허가를 의제하는 규정을 둔 주된 인허가처분에 대한 개별법령 차원에서 접근하는 것이 아니라, 오히려 의제되는 법령에 해당하는 국토계획법에 의한 국토계획의 차원에서 거시적인 측면을 고려해야 하는 것이기 때문이다. 이러한 점에서 난개발을 방지하기 위한 국토계획법상의 개발행위허가제도는 그 허가의 법적 성질 및 개발행위허가의 발단이 되는 인허가의제제도 의미의 체계적인 정립, 그리고 개발행위허가의 기준과 관련하여 그 검토의 필요성이 있다.

우리 국토계획법은 제정된 이후 여러 차례 개정이 있었지만, 국토계획법의 개정과정에서 개발행위허가제도가 갖는 공법적 문제점들에 대한 본질적 논의를 반영하지는 못하였다. 개발행위허가제도의 공법상 문제점으로 인한 혼란은 개발행위허가 실무로 고스란히 이어지고 있었으며, 이는 결국 개발행위허가를 얻고자 하는 국민들의 손해로 나타날 수 있다. 즉, 국토계획법상 개발행위허가 규정이 법리적으로 모호하고, 이로 인해 학설과 판례의 입장이 통일되지 못함에 따라 법 규정을 집행하는 행정실무 입장에서는 어떠한 방식으로 집행하는 것이 올바른 것인지 파악하는데 불안을 느껴 결국 업무에 혼란이 발생하는 것이다. 이는 현실적으로 개발행

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

위허가 담당자들의 업무처리 지체로 이어지거나 국민들에 대한 불합리한 행정규제가 발생하기도 한다. 이 경우 국민은 행정청은 물론 국토계획법을 둘러싼 공법관계 전반에 대한 불신을 갖게 된다. 따라서 국토계획법상 개발행위허가제도가 갖는 문제점의 해결을 위한 개선방안을 고민함에 있어서도 개발행위허가 실무를 함께 고려한다면 보다 합리적인 개선방안을 도출할 수 있을 것이다. 이는 국토관련 법제의 개편이 이루어지고 20년을 향해가고 있는 만큼, 지금 시점에서 그동안의 국토계획법 운영을 반추해보고 고쳐야 할 점은 대안을 제시해 보는 과정으로서의 의의도 있다.

먼저, 국토에 대한 개발행위와 관련하여 우리 국토계획법이 규정하는 개발행위허가제도는 국토계획법의 전신인 (구)도시계획법 제46조에서부터 규정하고 있었다. 하지만 지금까지 허가의 대상이 되는 개발행위는 그 대상을 열거하는 방식으로 규정하여 개발행위의 정확한 개념에 대한 정의 규정은 아직 없는 실정이다. 이와 관련하여 학설 및 헌법재판소 결정 그리고 법원의 판례는 국토계획법이 정하는 개발행위허가는, 개발과 보전이 조화될 수 있도록 유도하여 국토관리의 지속가능성을 제고하고, 토지의 경제적 이용과 함께 환경보전을 도모하며, 계획의 적정성, 기반시설의 확보, 주변 경관 및 환경과의 조화 등을 고려한 개발행위허가 기준을 통하여 난개발을 방지하고 국토의 계획적 관리를 도모하는 제도로 이해하며, 헌법상의 재산권을 침해하는 것 역시 아니라고 판시하고 있다. 이렇듯 헌법적 정당성을 확보한 개발행위허가는 그 제도적 취지에 따라 「국토기본법」의 이념과 국토계획법이 정하는 국토계획에 관한 원칙 안에서 운영되어야 하며, 행정청은 국토관련 법제 운영에 있어 국토계획법이 정하는 개발행위허가를 중심으로 법치행정의 원칙과 신뢰보호의 원칙을 확립하여야 한다. 이러한 점을 반영하여 국토계획법상 개발행위허가제도의 위상을 제고함과 동시에 국토관리의 체계정합성 관점에서 개발행위허가개념에 대한 정의가 필요하다. 이를 통하여 개발행위의 내용 및 범위의 확정이 가능하여 개발행위허가의 법적 성질과 관련한 논의를 종결시킬 수 있으며, 개발행위허가제도의 운영에 있어 투명성을 높여주고, 개발행위 개념을 염두한 실질적인 개발행위허가 심사가 이뤄져 난개발 방지에 기여할 것이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다음으로, 개발행위허가 절차에 있어서, 국토계획법상의 개발행위허가를 통하여 다른 법의 인허가를 의제하거나 국토계획법상의 개발행위허가를 다른 법에 의하여 의제하는 경우 즉 개발행위허가 의제제도와 관련하여 문제된다. 개발행위허가 의제제도와 관련한 혼란은 곧 인허가의제제도에 대한 학설 및 판례가 확립되지 못하여 실무상 혼란을 주고 있는 것이다. 한편, 2021. 3. 23. 제정되어 시행중인 「행정기본법」은 인허가의제 규정을 행정작용을 다룬 제3장에서 제24조 내지 제26조에 걸쳐 규정하고 있는데, 「행정기본법」이 '인허가의제'의 개념을 정의하고, 관련 인허가의 절차집중을 명문화하였으며, 인허가의제의 효과 범위와 사후관리를 명문으로 규정한 것은 개발행위허가 의제제도가 갖고 있는 혼란을 어느 정도 일단락하는 효과를 가져올 것으로 보인다. 하지만 아직 그 시행 전에 있으며 인허가의제와 관련한 모든 공법적 쟁점을 입법하지는 못한 상황이다.

인허가의제제도는 주된 인허가를 받으면 관련 인허가를 받은 것으로 간주하는 제도로, 산업화 시대의 시작과 함께 절차의 신속화 요청과 절차의 간소화 요청에 대응하고자 1971. 7. 20. 법률 제2291호로 (구)도시계획법이 전부개정 되면서 처음 도입되어 현재는 116여 개의 법률에서 인허가의제제도를 활용하고 있다.

인허가의제와 관련하여 먼저 혼란을 주고 있는 것은 주된 인허가 외에 관련 인허가의 요건을 모두 충족하여야 하는지 여부 즉, '실체집중' 여부이다. 이에 대하여 견해가 대립되지만, '실체집중 부정설'이 타당하다. 즉, 주된 인허가를 통하여 관련 인허가에 따른 행정행위의 효과가 함께 발생하는 것인 점에서 주된 인허가의 요건뿐만 아니라 관련 인허가의 요건 역시 당연히 갖춰야 할 것이다. 우리 법원은 여기서 더 나아가 주된 인허가를 담당하는 행정청은 주된 인허가요건뿐만 아니라 의제되는 관련 인허가요건의 구비 여부도 심사해야 한다고 하고 있다. 다만 이러한 법원의 의견이 실체집중 부정설과 상반되는 것은 아니며 인허가의제 규정을 둘 때 관련 인허가와 '협의'를 하도록 한 점을 보더라도 관련 인허가의 요건까지 요구한 것이 입법자의 의도라고 짐작할 수 있는 점이다. 하지만 이러한 '협의'의 법적 성질에 대하여 '단순한 자문' 정도의 효과를 갖는데 불과하다고 보는 입장이 있기도 한데 이러한 입장에 의한다면 반드시 실체집중 부정에 동의하지는 않을 수 있다. 하지만 실체집중 부정설에 따른다고 하더라도 반드시

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

관련 인허가를 담당하는 행정청의 협의 의견이 주된 인허가를 담당하는 행정청에 대한 구속력을 갖는 것이라는 결과가 논리적으로 도출된다고 볼 수는 없다. 이와 관련하여 법원의 입장은 일관되어 있지는 않지만 '동의' 또는 '합의'의 성격을 가진다고 보아 사실상 주된 인허가를 담당하는 행정청과 관련 인허가를 담당하는 행정청 사이의 의견 교환을 통한 상호 존중을 요구하고 있다.

인허가의제와 관련하여 주된 인허가의 절차만으로 관련 인허가의 절차는 거치지 않아도 될 것인지 역시 혼란을 주는 점이었다. 다만 이와 관련하여 「행정기본법」은 원칙적으로는 주된 인허가의 절차만 거쳐도 되지만, 관련 인허가를 규정한 법령에서 '인허가의제를 하는 경우에도 절차를 거치도록' 규정하고 있다면 관련 인허가를 위한 절차 역시 거쳐야 한다고 규정함으로써 논란은 일단락된 것으로 보인다. 하지만 이 규정은 경과규정에 따라 2023. 3. 24.이 되어야 시행된다.

인허가의제와 관련하여 가장 큰 쟁점은 바로 의제되는 관련 인허가가 실재(實在)하느냐 여부이다. 이는 관련 인허가를 쟁송의 대상으로 삼을 수 있는지, 그리고 사후관리가 가능한지 여부와 관련하여 실무상 주된 인허가를 담당하는 행정청과 관련 인허가를 담당하는 행정청 사이 업무분장에 있어 큰 혼란을 주고 있다. 이에 대하여 '실재 부정설'은 의제되는 인허가를 실제로 행한 바 없는데 불구하고 이를 존재하는 처분으로 인정한다면 「행정절차법」제24조가 정하는 '처분의 문서주의', '처분의 방식' 등 절차적 정당성에 위배되는 것이므로 의제되는 인허가를 실재하는 처분으로 보기 어렵다고 한다. 이러한 견해는 그 논리적 귀결로 의제되는 인허가만을 대상으로 독립하여 쟁송을 제기하거나 독립하여 사후관리 대상으로 삼을 수 없다는 결론에 이른다. 이러한 실재부정설은 법치행정의 관점에서 그 정당성을 갖출 수 있는 주장으로 보이기도 한다. 하지만 인허가의제제도의 취지를 고려하면 그 실재성을 긍정하는 것이 타당하다. 즉, '의제된다'는 의미는 '실제로 존재하지 않더라도 존재하는 것으로 본다'는 의미이므로 '인허가를 받지는 않았지만 법적으로는 그 인허가가 있는 것으로 본다'는 것이 인허가의제제도의 취지이기 때문이다. 이러한 실재성 긍정설에 따를 경우 의제된 인허가에 대한 독립쟁송이 가능하며 그 사후관리 가능성 역시 긍정된다. 「행정기본법」은 의제된 인허가의 관련 행정청으로 하여금 사후관리를 하도록 규정하고 있기도 하다. 한편 처분의 실재성 긍정설에 의하더라도 의제되는 인허가의 위법성이 주

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

된 인허가의 위법성에 어떤 영향을 미치는 것인지 즉, 주된 인허가 역시 위법하게 되는 것인지는 여전히 논의의 대상이며 이에 대하여 법원 역시 일관된 입장을 보이지 않고 있어 실무에서의 혼란은 당분간 계속될 것으로 보인다.

의제되는 인허가의 법적 쟁점 검토는 곧 개발행위허가 의제제도의 혼란을 정리하는 방안이기는 하지만 현재 다수의 법령, 특히 「건축법」에서 규정된 개발행위허가 의제제도가 반드시 필요한 분야인지는 고민해보아야 한다. 즉, 우리나라가 법제에 있어 많은 영향을 받은 일본이나 독일의 경우는 정작 우리나라와 같이 개발행위허가와 관련한 의제를 광범위하게 인정하고 있지 않다. 특히 일본의 경우에는 우리와 같은 인허가의제제도를 찾기 어려우며, 개발행위허가는 건축과 연계된 개념으로 건축허가에 앞서 반드시 개발행위허가를 얻고 그 준공까지 마치도록 규정하여 우리나라와 달리 개발행위허가를 독립된 절차로 다루고 있다. 독일의 경우에도 개발행위허가의제라는 개념을 찾기는 어렵고 다만, 대규모 개발을 위한 행정계획에 있어 계획확정을 통하여, 그 계획에 포함되어 있는 절차와 관할이 통합되고 대체되는 것으로 운영하고 있다. 이와 비교하여 우리나라의 경우 개발행위허가를 건축허가 등 개별 인허가에 있어 의제하도록 하고 있는바 이는 특히 난개발의 억제 가능성과 함께 그 실효성에 대한 검토가 필요하다. 즉, 개발행위허가의제를 통하여 달성할 수 있는 공익 그리고 개발행위허가의제를 인정하지 않음으로써 달성되는 공익 또는 사익의 침해를 함께 비교하여 개발행위허가의제를 규정한 법제를 축소할 필요가 있다. 이와 함께 「행정기본법」을 통하여 인허가의제의 일반규정을 둔 만큼 토지인허가 간소화법은 폐지하여 절차의 신속화·간소화를 통한 개발 만능의 사고에서 벗어나 국토의 계획적 이용을 우선적인 과제로 삼아야 할 것이다. 국토의 난개발을 방지하고 자연 환경을 보전하기 위한 목적으로 제정된 국토계획법과 개발행위허가제도가 가지는 공공복리의 가치는 환경문제가 가지는 특성 즉, 시차성·탄력성 및 비가역성에 비추어 개인이 개발행위허가를 신속하게 처리할 자유보다 높은 가치이기 때문이다.

한편 '기본법'의 위상을 고려할 때 '인허가의제'의 규정은 「행정기본법」이 아닌 「행정절차법」으로 옮겨 제24조의 '처분의 문서주의'와 '처분의 방식'에 대한 예외로 함께 규정하는 것이 체계적으로 혼란을 방지할 것이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다음으로 국토계획법상 개발행위허가 규정은 그 허가 여부의 기준이 불확정법개념으로 규정되어 있음에 따라 개발행위허가 실무에 있어 혼란을 초래하고 있다. 따라서 난개발을 억제하고 법치행정에 따른 국토의 계획적 개발이 이뤄지도록 하기 위해서는 개발행위허가의제 규정에 따른 업무처리를 명확하게 하고 개발행위허가 기준의 모호함을 해결하기 위한 수단의 강구가 필요하다. 이는 특히 다른 법령으로부터 국토계획법의 개발행위허가가 의제되는 경우, 국토계획법에 따른 개발행위허가 기준이 모호하여 국토계획법이 정하고 있는 국토계획의 효율적인 관리와 난개발 방지라는 목표를 달성하지 못하는 경우가 있어 문제가 된다. 개발행위허가를 규정한 국토계획법 제5장은 제58조에서 개발행위허가의 기준을 규정하고, 국토계획법 시행령으로 제55조 내지 제56조에 걸쳐 개발행위허가를 위한 심사와 관련한 위임규정을 두고 있으며, 이 위임을 받아 국토교통부 훈령으로 「개발행위허가 운영지침」이 제정되어 있다. 그런데 개발행위허가의 가능 여부에 대한 기준을 정한 규정들은 그 요건을 정함에 있어 불확정법개념으로 된 부분들이 많아 행정청에 광범위한 판단여지가 인정되고 있다. 그리고 이러한 개발행위허가의 기준은 국토계획법뿐만 아니라, 위임을 통하여 법규명령 그리고 지방자치단체의 조례에 이르기까지 산재되어 있으므로 개발행위허가 기준의 불확정법개념을 구체화할 필요가 있다. 구체적인 방법론으로, 불확정법개념에 대하여 행정청에 인정되는 판단여지와 관련하여 행정청의 권한이 자의적으로 행사되는 것을 방지하고, 국민의 행정에 대한 신뢰를 확보하기 위해서는 개발행위허가 기준에 대한 법령해석규칙 제정의 확대가 필요하다. 하지만 법령해석규칙이라는 개념 자체가 아직 개발행위허가 실무에서 활성화되어 있다고 보기 어려운 것이 현실이다.

법령해석규칙은 법령의 해석을 규정한 행정규칙으로, 법령 집행기관의 법령해석에 대한 어려움을 덜어주고 통일적이고 단일적인 법 적용을 도모하기 위한 것이다. 법령해석규칙은 특히 불확정법개념의 해석·적용과 관련된 것인데 그 성질이 행정규칙인 이상 법령의 위임 없이 제정되는 것을 전제할 수 있다. 뿐만아니라 불확정법개념에 관한 법령해석규칙은, 불확정법개념의 해석에 있어 행정청에 판단여지가 인정되는 점에서 명백하게 불합리하지 않은 이상 사법심사에서도 존중될 것이므로 그 운영의 실효성도 크다. 다만, 행정청이 법령해석규칙을 법령의 근거 없이 마련하는 것이 가능하다 보니 최고책임자의 의사에 따라 법령해석규칙의 마련이 좌우되고, 그 적용에 있어서도 일관성이

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

유지되기 어려운 측면이 있다. 그리고 개발업자의 부정한 청탁 또는 행정규제에 대한 잘못된 인식으로 말미암아 법령해석규칙을 통한 지침의 마련이 오히려 소극 행정으로 오인받거나 규제개혁의 대상이 될 위험도 상존하고 있다. 따라서 법령해석규칙이 적극적으로 활용될 수 있는 법적 토대를 정비할 필요가 있다.

이를 위하여 현행 국토계획법의 개정을 검토할 수 있다. 즉 국토계획법 제58조는 제3항에서 "지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 다음 각 호의 구분에 따라 대통령령으로 정한다"라고 하여 개발행위허가의 기준을 마무리하고 있는데, 제4항을 추가하여, "각 지방자치단체는 제3항의 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 정리하여 개발행위허가시 기준으로 활용하여야 한다"는 규정을 둔다면 설혹 권고 규정이라 하더라도 각 지역에서 개발행위허가의 기준에 대한 구체적 타당성을 기할 수 있을 것이다. 이러한 각 지방자치단체의 현황반영작업은 국토계획의 실천적 작업으로 난개발 방지의 필요성을 고려하면 적극적으로 이뤄져야 한다. 독일의 경우 연방건설법전(BauGB)의 건설기준계획 수립원칙을 보면 개발의 세부적인 사항까지도 제시하고 있음을 확인할 수 있으며, 일본은 건축주사제도를 통하여 난개발의 방지를 도모하고 있다. 이에 비하여 우리나라는 난개발 방지를 위한 실천적 작업이 행정청의 일선 공무원에게 오롯이 맡겨져 있는 상황이다. 따라서 각 지방자치단체의 특성과 현황을 담은 법령해석규칙은 그 활용도가 높을 것으로 기대한다.

그리고 행정청의 행위는 「행정규제 기본법」의 규제개혁과 항상 맞물려 있어 행정청으로서는 지침의 마련이 부담스러운 현실인 만큼 정책적으로 법령상의 불확정법개념의 기준을 정하는 것은 규제개혁의 대상이 아니라 행정의 형평성을 기하기 위한 자기구속의 일환이라는 법인식의 마련과 확산이 함께 이루어져야 할 것이다. 예를 들어 「행정기본법」제4조의 위임으로 제정된 「적극행정 운영규정」에 불확정법개념의 정의와 함께 그 불확정법개념의 해석에 있어 행정청은 자기구속의 원칙을 지켜 형평에 어긋나지 않도록 행정을 하여야 한다는 점을 명시한다면 행정청이 불확정법개념의 해석을 부담 없이 마련 하는데 도움이 될 것이다.

키워드 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 개발행위허가, 인허가의제제도, 개발행위허가의제, 개발행위허가 기준, 집중효, 불확정법개념, 판단여지, 법령해석규칙, 행정기본법.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

목 차

약어표 ····· xiv

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 배경 및 목적 ····· 1

1. 연구의 배경 ····· 1

1) 난개발의 확산과 국토관련 법제의 개편 ····· 1

2) 개정된 국토관련 법제의 한계 ····· 2

2. 연구의 목적 ····· 3

1) 개발행위허가의 의제 ····· 3

2) 개발행위허가의 기준 ····· 5

제2절 연구의 범위와 방법 ····· 6

1. 연구의 범위 ····· 6

2. 연구의 방법 ····· 7

제2장 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 개발행위허가제도의 의의 8

제1절 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 제정 ····· 8

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 제정연혁 ····· 8

1) 국토계획법 제정 전의 상황 ····· 8

2) 난개발과 국토의 계획적 이용의 필요성 ····· 9

3) 국토계획법 제정의 추진 ····· 10

2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 내용 ····· 12

1) 국토계획법의 기본원칙 ····· 12

(1) 공법상 원칙과 국토계획법의 기본원칙 ····· 12

(2) 국토계획법상의 기본원칙과 「국토기본법」과의 관계 ····· 15

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2) 국토계획법의 주요 내용 ····· 16
(1) 광역도시계획 및 도시·군 기본계획 ····· 16
(2) 도시·군 관리계획 ····· 19
가) 도시·군 관리계획의 수립 ····· 19
나) 용도지역·용도지구·용도구역 ····· 20
다) 도시·군 계획시설 ····· 22
라) 지구단위계획 ····· 23
마) 도시·군 관리계획의 법적 효력 ····· 23
(3) 개발행위의 허가 ····· 24
(4) 그 밖의 규정들 ····· 24
3) 국토계획법의 특징 ····· 25
제2절 개발행위허가제도의 의의와 내용 ····· 29
1. 개발행위허가제도의 의의 ····· 29
1) 개발행위허가제도의 개념 ····· 29
2) 개발행위허가제도의 연혁 ····· 29
(1) 개발허가의 연혁 ····· 30
(2) 개발행위의 연혁 ····· 30
(3) 개발행위허가의 연혁 ····· 31
2. 개발행위허가제도의 내용 ····· 32
1) 개발행위의 허가 ····· 33
(1) 개발행위허가의 대상 ····· 33
(2) 개발행위허가의 제외대상 ····· 33
(3) 개발행위 변경허가 ····· 35
(4) 개발행위허가의 절차 ····· 36
2) 개발행위허가의 제한 ····· 37
(1) 개발행위허가 제한 지역 ····· 37
(2) 도시·군 계획시설 부지에서의 개발행위 제한 ····· 37
(3) 공공시설의 무상귀속 ····· 37

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

3) 개발행위허가의 이행확보 ····· 38
(1) 이행보증금제도 ····· 38
(2) 원상회복명령 ····· 39
(3) 행정제재처분 및 벌칙 ····· 39
제3절 개발행위허가의 법적 성질 ····· 39
1. 개발행위허가의 개념 ····· 40
1) 개발행위허가 개념 규정의 부재 ····· 40
2) 개발행위허가에 대한 법적 성질 검토의 필요성 ····· 40
2. 개발행위허가의 행위형식 ····· 41
1) 행위형식 구별의 필요성 ····· 41
2) 허가의 의의 및 구별개념 ····· 43
(1) 허가의 의의 ····· 43
(2) 구별개념 ····· 44
가) 예외적 승인 ····· 44
나) 신고 ····· 44
다) 특허 ····· 47
라) 행정계획 ····· 49
3) 검토 ····· 50
3. 개발행위허가의 기속성 여부 ····· 53
1) 기속행위설 ····· 53
2) 재량행위설 ····· 54
3) 검토 ····· 55
제4절 개발행위허가의 공법적 쟁점 ····· 56
1. 개발행위허가의 헌법적 쟁점 ····· 56
1) 명확성의 원칙 위배 여부 ····· 56
2) 포괄위임금지원칙에의 위배 여부 ····· 57
3) 비례의 원칙과의 부합 여부 ····· 58
4) 헌법상의 제한 ····· 59

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2. 개발행위허가의 공법적 문제점 ····· 60
1) 개발행위허가의 의제 ····· 61
(1) 검토의 필요성 ····· 61
(2) 타법에 의한 개발행위허가의 의제 ····· 62
(3) 국토계획법의 개발행위허가를 통한 타법률 인허가 의제 ····· 63
(4) 「행정기본법」에 의한 인허가의제 ····· 63
2) 개발행위허가의 기준 ····· 64

제3장 개발행위허가의 의제 및 기준 고찰 ····· 66

제1절 개발행위허가 의제제도의 고찰 ····· 66
1. 개발행위허가에 있어 인허가의제 검토의 필요성 ····· 66
2. 인허가의제제도의 개요 ····· 68
1) 인허가의제의 의의 ····· 68
(1) 인허가의제의 의미 ····· 68
(2) 인허가의제제도의 근거 ····· 70
(3) 인허가의제제도의 도입 취지 ····· 70
(4) 최초의 인허가의제 규정 ····· 72
(5) 인허가의제의 모습 ····· 73
(6) 현재의 인허가의제규정 현황 ····· 74
2) 개발행위허가 의제제도와 유사한 제도 ····· 74
(1) 복합민원처리제도 ····· 75
(2) 토지인허가간소화법의 운용 ····· 75
3) 개발행위허가 의제의 기능 ····· 76
(1) 민원인 편의 도모 ····· 76
(2) 행정목적 달성 도모 ····· 76
4) 「행정기본법」상의 인허가의제 ····· 77
(1) 인허가의제의 개념 정의 ····· 78
(2) 인허가의제 법정주의 명문화 ····· 78

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(3) 관련 서류 동시제출 원칙의 규정 ····· 78
(4) 관련 인허가 행정청과의 사전협의 규정 ····· 78
(5) 관련 인허가의 절차요건 생략을 명문화 ····· 79
(6) 인허가의제의 효과 범위 규정 ····· 79
(7) 인허가의제의 사후관리를 명문으로 규정 ····· 79
3. 개발행위허가 의제의 내용 ····· 80
1) 개발행위허가 의제의 방법 ····· 80
(1) 의제되는 인허가의 절차를 거쳐야 하는지 여부 ····· 80
가) 헌법상 적법절차의 원칙 ····· 81
나) 행정법상의 일반원칙으로서의 적법절차 원칙 ····· 82
다) 절차집중의 인정 여부에 대한 검토 ····· 82
(2) 인허가 요건의 판단 방식 ····· 83
가) 학설의 전개 ····· 84
나) 판례의 입장 ····· 84
다) 검토 ····· 84
2) 개발행위허가 의제를 위한 관계기관과의 '협의' ····· 86
(1) 의제를 위한 관계 행정청 '협의'의 법적 성질 ····· 86
(2) 판례의 입장 ····· 87
(3) 검토 ····· 88
3) 개발행위허가 의제시 행정처분으로서의 실재 ····· 88
(1) 의제된 인허가의 실재 여부에 대한 견해의 대립 ····· 89
가) 실재성 부정설 ····· 89
나) 실재성 긍정설 ····· 90
다) 판례의 입장 ····· 92
(2) 검토 ····· 93
가) 의제된 인허가의 실재성 긍정 ····· 93
나) 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성 인정 ····· 94
다) 의제된 인허가의 사후관리 가능성 인정 ····· 95
4) 의제된 개발행위허가의 위법성이 주된 인허가에 미치는 영향 ····· 95

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 판례의 입장 ····· 95
(2) 검토 ····· 96
4. 소결 ····· 97
제2절 개발행위허가 기준의 고찰 ····· 98
1. 개발행위허가 기준의 검토 필요성 ····· 98
2. 개발행위허가의 일반적 기준과 불확정법개념 ····· 100
1) 국토계획법에 따른 개발행위허가의 일반적 기준과 불확정법개념 ····· 100
(1) 개발행위허가 일반적 기준의 개요 ····· 100
가) 일반적 기준 ····· 100
나) 허가기준의 구분 ····· 101
다) 자치법규에의 위임 ····· 103
(2) 개발행위허가 기준과 불확정법개념 ····· 104
가) 불확정법개념의 의미 ····· 104
나) 불확정법개념과 재량의 구별 ····· 105
다) 개발행위허가 기준에 대한 통제수단의 검토 필요성 ····· 106
2) 개발행위허가 기준에 대한 사법적 통제 ····· 107
(1) 헌법재판소에 의한 통제 ····· 107
(2) 법원에 의한 통제 ····· 108
가) 판단여지의 인정 여부 ····· 109
(가) 구별 긍정설 ····· 110
(나) 구별 부정설 ····· 110
(다) 판례 ····· 111
(라) 소결 ····· 111
나) 판단여지의 한계 ····· 114
다) 쉐브론(Chevron) 존중주의 ····· 115
(가) 쉐브론(Chevron) 사건의 개요 ····· 115
(나) 쉐브론(Chevron) 존중주의의 의의 ····· 116
(다) 쉐브론(Chevron) 존중주의와 불확정법개념 ····· 117

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(3) 소결 ····· 118
3) 개발행위허가 기준에 대한 행정적 통제 ····· 120
(1) 행정규칙의 의미 및 종류 ····· 120
가) 행정규칙의 의의 ····· 120
나) 행정규칙의 종류 ····· 121
다) 행정규칙의 일반적인 효력 ····· 122
(가) 행정규칙의 처분성 인정 여부 ····· 122
(나) 행정규칙의 법규성 인정 여부 ····· 123
(2) 법령해석규칙에 대한 검토 ····· 124
가) 법령해석규칙의 의의 ····· 124
나) 법령해석규칙과의 구별개념 ····· 124
다) 법령해석규칙의 효력 ····· 125
라) 소결 ····· 127
(3) 입법형식과 규율사항의 불일치 문제 ····· 128
가) 법규명령형식의 행정규칙 ····· 128
나) 법령 보충적 행정규칙 ····· 130
다) 소결 ····· 132
4) 개발행위허가 기준에 대한 입법적 통제 ····· 133
5) 소결 ····· 133
3. 토지 형질변경 면적에 따른 개발행위허가 기준 ····· 134
1) 개발행위허가 대상이 되는 토지형질변경 규모 ····· 135
2) 형질변경 면적에 따른 도시계획위원회의 심의 ····· 136
3) 개발행위허가 면적의 실질적 산정을 통한 연접개발 제한의 필요성 ····· 138
(1) 연접개발의 제한 가능성 ····· 138
(2) 연접개발 제한의 한계 사례 ····· 141
4. 소결 ····· 142
제3절 정리 ····· 143

제4장 주요 국가의 개발행위허가제도 ····· 145

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제1절 주요 국가 법제에 대한 검토의 필요성 ····· 145
제2절 주요 국가의 개발행위허가 법제 검토 ····· 146
1. 일본의 개발허가제도 ····· 146
1) 일본의 국토계획 법제 ····· 146
(1) 일본 국토형성계획법(國土形成計畫法) ····· 146
(2) 일본 국토이용계획법(國土利用計畫法) ····· 148
2) 일본의 개발허가 법제 ····· 152
(1) 개발허가 제도 ····· 152
가) 개관 ····· 152
나) 개발허가의 대상 ····· 153
다) 개발허가제도의 특징 ····· 155
(2) 일본의 건축기준법 ····· 156
가) 개관 ····· 156
나) 건축확인제도 ····· 157
다) 건축주사제도 ····· 159
2. 독일의 개발허가제도 ····· 160
1) 독일의 국토계획 법제 ····· 160
(1) 독일 공간계획법(ROG) ····· 160
(2) 독일 연방건설법전(BauGB) ····· 163
2) 독일의 개발허가 법제 ····· 169
제3절 독일 인허가의제제도의 검토 ····· 171
1. 독일 인허가의제제도의 개요 ····· 171
2. 독일의 집중효 ····· 173
1) 집중효의 개념정리 ····· 173
(1) 집중효제도의 도입취지 ····· 173
(2) 계획확정절차 ····· 174
2) 집중효의 특징과 인허가의제제도의 구별 ····· 175

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 집중효제도와 인허가의제제도의 동일성 여부에 대한 학설 다툼 ····· 176
(2) 검토 ····· 177
3. 독일의 허가의제 ····· 178
1) 허가의제의 의의 및 구별개념 ····· 178
(1) 허가의제의 의의 ····· 178
(2) 구별개념 ····· 180
가) 허가면제 ····· 180
나) 동의의제 ····· 180
2) 의제된 인허가와 하자문제 ····· 181
(1) 의제된 인허가에 대한 행정청의 위법성 심사범위 ····· 181
(2) 의제된 인허가의 하자 ····· 182
가) 의제된 인허가에 무효사유가 있는 경우 ····· 182
나) 의제된 인허가에 취소사유가 있는 경우 ····· 183
제4절 주요국가의 판단여지론과 행정규칙론 검토 ····· 183
1. 판단여지론에 대한 일본과 독일의 입장 ····· 183
1) 일본의 입장 ····· 183
(1) 과거의 입장 ····· 184
(2) 새로운 사법심사기준의 도입 ····· 184
2) 독일의 입장 ····· 186
(1) 독일에서 판단여지 이론의 전개 ····· 187
(2) 판단여지에 관한 최근의 동향 ····· 188
2. 행정규칙에 대한 일본과 독일의 입장 ····· 189
1) 일본에서의 행정규칙 논의 ····· 189
(1) 전통적 논의 ····· 190
(2) 최근의 변화 양상 ····· 190
2) 독일에서의 행정규칙 논의 ····· 191

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제5절 소결 ····· 193

제5장 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도에 대한 개선방안을 위한 제언 ····· 194

제1절 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도의 개선 필요성과 그 방향 ····· 194

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도의 개선 필요성 ····· 194

1) 개발행위허가제도에서 확인되는 문제점 ····· 194

(1) 난개발 방지를 위한 체계적 법제도의 부재 ····· 194

(2) 해결 수단을 위한 입법의 부재 ····· 195

2) 국토계획법상 개발행위허가제도의 개정 연혁 ····· 196

2. 개발행위허가 실무단계에서의 개선 필요성 ····· 198

1) 인허가의제제도의 체계 미정립으로 인한 업무상 혼란 ····· 199

2) 불확정법개념에 대한 판단의 어려움 ····· 200

3) 난개발 방지 시스템의 미비 ····· 201

3. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도의 개선 방향 ····· 201

1) 개발행위허가 실무의 접목 필요 ····· 201

2) 개발행위허가제도의 개선방안 ····· 202

제2절 개발행위허가 개념의 정립 ····· 203

1. 개발행위 개념 규정의 부재 ····· 203

1) 개발행위허가의 연혁과 개발행위의 개념 ····· 203

2) 개발행위 개념 부재의 원인 ····· 204

3) 개발행위 개념의 설정 방향 ····· 206

(1) 국토계획법의 체계정합성 관점 ····· 206

(2) 개발행위허가제도의 위상 제고 ····· 207

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(3) 개발행위허가 기능의 포함 ····· 208
2. 개발행위 개념 법제화의 실익 ····· 209
1) 개발행위 내용 및 범위의 확정 가능 ····· 209
2) 개발행위허가제도 운영 투명성 제고 ····· 210
3) 실질적 심사를 통한 난개발 방지 ····· 210
제3절 개발행위허가 의제규정의 체계화 ····· 211
1. 우리나라 고유의 인허가의제제도 마련 ····· 211
1) 우리 인허가의제제도의 특유성 ····· 211
2) 절차간소화제도(원스톱 행정서비스)와의 구별 ····· 212
(1) 「행정기본법」 및 판례에 의한 인허가의제제도의 취지 ····· 212
(2) 인허가의제제도가 갖는 절차간소화 이상의 효과 ····· 213
(3) 인허가의제제도의 도입취지로서의 '절차간소화' 의미의 확정 ····· 214
(4)「행정기본법」상 인허가의제제도의 정비 ····· 215
가) 인허가의제 요건 판단방식의 입법필요 ····· 215
(가) 의제되는 인허가의 절차요건 심사 생략 여부 결정 ····· 215
(나) 의제되는 인허가의 실체요건 심사 생략 여부 결정 ····· 216
나) 비용부담과 관련한 추가 입법 필요 ····· 218
다) 의제되는 인허가의 실재 여부에 대한 추가 입법 필요 ····· 219
(가) 불리한 유추해석·확정해석의 금지원칙 ····· 219
(나) 의제된 인허가에 대한 별도 인허가 가능성 ····· 220
(다) 의제절차에 대한 입법의 필요 ····· 221
라) 주된 인허가의 통보에 대한 추가 입법 필요 ····· 221
3) 인허가의제 범위의 축소 필요 ····· 222
4) 인허가의제의 근거 법률 변경 ····· 223
2. 개발행위허가 의제제도의 개선 방향 ····· 224
1) 형량을 통한 개발행위허가 의제규정의 선별적 도입 ····· 225
(1) 개발행위허가제도가 갖는 공익적 중대성 ····· 225
(2) 개발행위허가의 계획적 속성 ····· 225

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(3) 국토계획법상 개발행위허가의제가 필요한 경우 ····· 226
(4) 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 것이 부적합한 경우 ····· 227
2) 「건축법」과 국토계획법 체계의 부조화 ····· 228
3) 토지인허가간소화법의 폐지 ····· 231
제4절 개발행위허가 기준의 확립과 유연성 확보 ····· 233
1. 개별·구체적인 개발행위허가 기준 마련의 확대 ····· 233
1) 법령해석규칙 제정의 토대 마련 ····· 233
2) 법령해석규칙 마련 가능성을 국토계획법에 명시 ····· 235
3) 「적극행정 운영규정」의 개정 ····· 235
2. 제주특별자치도 사례 ····· 236
1) 개별적 지침의 적극적 마련 ····· 236
(1) 「「건축법」에 따른 도로지정업무 적용지침」 ····· 238
(2) 「연접개발 신청시 도로의 폭 기준과 관련한 기준」 ····· 239
(3) 「지하수자원보전지구(2등급) 안에서의 개발행위 처리방안」 ····· 239
(4) 「기반시설(도로) 기부채납 업무처리지침」 ····· 240
(5) 「건축물의 배수설비 유형 및 설치 기준」 ····· 241
(6) 「제주특별자치도 하수도시설 유지관리 운영지침」 ····· 242
(7) 「제주특별자치도 경관 가이드라인」 ····· 243
(8) 「제주형 태양광 가이드라인(안)」 ····· 242
(9) 「제주특별자치도 농지기능강화 업무처리 지침」 ····· 244
(10) 「개간사업 승인업무 운영지침」 ····· 244
2) 제주특별법에서 '곶자왈'의 지위 재설정 필요 ····· 245
(1) 제주특별자치도만의 특수한 지역들 ····· 245
(2) 국토계획법상 개발행위허가와 곶자왈 ····· 246
가) 곶자왈 개념의 이원화 ····· 246
나) 국토계획법상 개발행위허가를 함에 있어 곶자왈의 취급 ····· 246
(3) 곶자왈 개념 이원화의 원인과 그 해결 방법 ····· 248

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제6장 정리 및 결론 ····· 250

표 목차 ····· 254
참고문헌 ····· 255
ABSTRACT ····· 276

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

약어표

□ 대한민국 법령등

공간정보관리법	「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」
곶자왈 보전조례	「제주특별자치도 곶자왈 보전 및 관리 조례」
국토계획법	「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」
도시계획조례	「제주특별자치도 도시계획 조례」
미군공여구역법	「주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법」
보전지역 관리조례	「제주특별자치도 보전지역 관리조례」
산업집적법	「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」
제주특별법	「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」
토지인허가간소화법	「토지이용 인·허가 절차 간소화를 위한 특별법」
헌법	「대한민국 헌법」

□ 독일법률

공간계획법(ROG)	Raumordnungsgesetz
도시개발법(StBauFG)	Städtebauförderungsgesetz
독일기본법(GG)	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
독일연방행정법원(BVerwGE)	Bundesverwaltungsgericht
독일행정절차법(VwVfG)	Verwaltungsverfahrensgesetz
숙박업법(GastG)	Gaststättengesetz
연방건설법전(BauGB)	Baugesetzbuch
연방임미시온방지법(BImSchG)	Bundes-Immissionsschutzgesetz

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

연방행정법원법(BVwGG)	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
지역 국토계획법(LROG)	Landesplanung Raumordnungsgesetz
폭발물법(SprengG)	Gesetz Über explosionsgefährliche stoffe
행정소송법(VwGO)	Verwaltungsgerichtsordnung

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

1. 연구의 배경

1) 난개발의 확산과 국토관련 법제의 개편

소비사회로 표현되는 현대 산업사회는 자연환경의 희생과 보존을 통해 유지되고 있는 점에서 전 세계적으로 자연환경 보존의 필요성이 크게 부각되고 있는 시점이다.[1] 2000년대 들어 우리나라에서도 무차별적으로 희생되고 있는 자연환경에 대한 보존 필요성이 대두되면서 국토의 난개발에 대한 우려가 점차 사회문제로 대두되었고, 이를 적극적으로 대응할 필요성이 생겨 국토관련 법제를 전면 개편하였다. 즉, 애초 우리나라의 국토관련 법제는 (구)국토건설종합계획법을 전제로 하여, 비도시지역과 도시지역을 구분하여 국토의 비도시지역에 대하여는 (구)국토이용관리법을 적용하고 도시지역에는 (구)도시계획법을 적용하는 이분적(二分的) 방식으로 국토를 관리하고 있었지만 2002. 2. 4. 이들 법령을 모두 폐지하였다. 대신에 (구)국토건설종합계획법을 대체하는 「국토기본법」을 제정하고, 전(全) 국토를 대상으로 도시계획기법을 적용하는 것을 내용으로 하는 국토계획법을 제정하여 2003. 1. 1.부터 시행하였다. 국토의 난개발은 국토의 계획적 개발에 반대되는 개념으로서 계획에 맞지 않게 또는 계획 없이 무차별적으로 국토를

1) Joo-young Kang, “Die rechtliche Problematik der Einführung einer CO2-Abgabe in der Bundesrepublik Deutschland”,Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, 2005, 1면, (Die gegenwärtige Industriegesell- schaft, die als Konsumgesellschaft beschrieben werden kann, und ihre Erhaltung, sind le- diglich durch Opferung natürlicher Umweltmedien möglich, die aus der Erde, dem Was- ser und der Luft bestehen).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이용하는 개발을 의미하므로 전 국토를 대상으로 도시계획기법을 적용한다면 난개발을 해결할 수 있을 것이라고 본 것이다.

한편 국토에 대한 개발행위와 관련하여 우리 국토계획법이 규정하는 개발행위허가제도는 국토계획법의 전신인 (구)도시계획법 제46조에서부터 규정하고 있었는데 그때부터 지금까지 허가의 대상이 되는 개발행위는 그 대상을 열거하는 방식으로 규정하여 개발행위의 정확한 정의규정은 없는 실정이다. 하지만 학설 및 헌법재판소 결정 그리고 법원의 판례 등을 통하여 국토계획법이 정하는 개발행위허가는, 개발과 보전이 조화될 수 있도록 유도하여 국토관리의 지속가능성을 제고하고, 토지의 경제적 이용과 함께 환경보전을 도모하며, 계획의 적정성, 기반시설의 확보, 주변 경관 및 환경과의 조화 등을 고려한 개발행위허가 기준을 통하여 난개발을 방지하고 국토의 계획적 관리를 도모하는 제도로 이해되고 있다.[2] 따라서 개발행위허가는 「국토기본법」의 이념과 국토계획법이 정하는 국토계획에 관한 원칙 안에서 운영되어야 하며 법치행정주의의 원칙상 행정청은 이러한 국토관련 법제에 의한 국토개발의 지향점을 지켜나가야 한다.

2) 개정된 국토관련 법제의 한계

국토관련 법제의 개정에 불구하고 국토계획법상의 개발행위허가와 관련한 많은 쟁송사례들이 생산되는 것을 보면, 개발행위 허가를 담당하는 행정청에서는 개발행위허가를 통한 국토의 계획적 개발에 있어 어려움을 겪고 있다는 점을 짐작할 수 있다.[3] 이는 개발행위허가 의제제도 체계의 미흡과 개발행위허가 기준의 불확정법개념으로 인한 모호함이 개발행위허가 업무에 혼란을 주고 있기 때문으로 파악된다.

즉, 국토계획법상의 개발행위허가를 통하여 다른 법의 인허가를 의제하거나 국토계획법상의 개발행위허가를 다른 법에 의하여 의제하게 되는 경우, 인허가의

---

2) 류해웅·정우형, 『개발행위제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 32면; 서순탁, “난개발 방지를 위한 개발행위 허가제 개선방안”, 『경기논단』,제10권 제2호, 경기연구원, 2008, 64면; 류해웅, 『토지 법제론 제5판』, 부연사, 2012, 202면; 석종현, “개발행위 허가제에 관한 고찰”, 『토지공법연구』, 제71집, 한국토지공법학회, 2015, 3면.

3) 국토계획법이 시행된 2003. 1. 1. 부터 현재까지 개발행위허가와 관련한 행정소송은 933건(이 중 대법원 사건은 91건)에 달한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제 법리와 관련하여 학설 및 판례가 확립되지 못하여 실무상 혼란을 주고 있다.[4] 이와 관련하여 2021. 3. 23. 제정되어 시행 중인 「행정기본법」이 인허가의제에 대한 규정을 제3장 행정작용의 내용으로 제2절에서 제24조 내지 제26조에 걸쳐 규정하였으나 아직 그 시행 전에 있으며, 인허가의제와 관련한 모든 공법적 쟁점을 입법하지는 못한 상황이다.

그리고 불확정법개념으로 규정된 개발행위허가 기준과 관련하여 행정청에 인정되는 판단여지는 개발행위허가라는 행정작용에 있어 행정청의 자의적 권한 행사를 방지하고, 국민의 행정에 대한 신뢰를 확보해야 하는 점에서 한계를 갖는다. 이를 위하여 법령해석규칙 제정의 필요성이 있지만 아직 활성화되어 있다고 보기 어려운 것이 현실이다. 특히 다른 법률에 의한 행정처분을 통하여 국토계획법의 개발행위허가가 의제되는 경우, 개발행위허가 기준의 통일적 적용의 필요성이 문제된다.

따라서 난개발을 억제하고 법치행정에 따른 국토의 계획적 개발이 이뤄지도록 하기 위해서는 개발행위허가 의제제도를 명확하게 하고, 개발행위허가 기준의 모호함을 해결하기 위한 수단의 강구가 필요하다.

2. 연구의 목적

1) 개발행위허가의 의제

먼저 개발행위허가의제와 관련하여, 우리 국토계획법이 규정하고 있는 개발행위허가는, 개발행위허가 처분이 있을 때 「농지법」의 농지전용허가 또는 「하천법」이 정하는 하천의 점용허가 등 19가지의 다른 법이 정하고 있는 행정처분을 의제하기도 하며(국토계획법 제61조), 「건축법」이나 「관광진흥법」과 같이 다른 법이 규정하는 허가처분이 있을 때 함께 의제 되기도 한다. 그런데 국토계획법에 의하여 개발행위허가처분을 먼저 하고 이를 통하여 다른 법이 규정하는 처

4) 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 185면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

분을 의제하는 국토계획법 제61조의 경우, 국토계획을 다루는 주된 행정청 입장에서 개발행위허가 기준의 검토가 이뤄지지만, 다른 법에 의하여 개발행위허가가 의제 되는 경우는 주된 처분과 관련하여 특히 인허가의제의 법리가 문제 된다. 즉, 국토관련 법제인 「국토기본법」과 이에 기반을 둔 국토계획법은 난개발을 방지하고 국토를 효율적으로 이용하고자 계획을 세워 관리하도록 하고 있으며, 국토를 정당하게 이용할 수 있는 수단으로 개발행위 허가를 규정하고 있는 것이므로 개발행위허가는 개발행위허가를 의제하는 개별 법령 차원에서 접근하는 것이 아니라, 국토계획의 차원에서 거시적인 측면을 고려해야 하는 것이기 때문이다.

이와 관련하여 선행연구를 살펴보면, 인허가의제제도가 실무상 혼란을 초래하고 있는 점과 관련하여 인허가의제를 규정하고 있는 개별 법률의 규정 방식이나 내용 등이 서로 달라 관련 인허가에 대한 절차적 요건의 준수, 사후관리 또는 감독 여부 등에 관한 명확한 원칙이나 기준이 없어서 국민과 일선 공무원의 혼란을 지적하며 이에 관한 공통 절차와 집행 기준의 필요성을 논증한 연구가 있다.[5] 그리고 국토계획법이 '원칙법적 지위'를 갖도록 국토계획법의 위상을 전반적으로 재정립할 필요가 있다는 연구도 있다.[6]

하지만 여전히 인허가의제의 방법이나 기준과 관련한 법령과 판례가 확립되어 있다고 보기 어려워 개발행위허가 실무에서는 혼란을 겪고 있다. 이런 혼란은 부서 상호 간 이견(異見)을 초래하고 그 조율에 실패할 경우 결국 업무 미루기가 되어 그 피해는 고스란히 행정의 객체인 국민의 몫으로 남는다. 예를 들어 「건축법」의 경우, 주된 허가인 건축허가를 하면서 의제되는 개발행위허가를 검토할 때에는 국토계획 차원에서 해당 건축물의 개발행위허가가 가능할 것인지 여부가 실질적으로 검토되어야 할 것이다(「건축법」 제11조 제5항 제3호 참조). 「관광진흥법」에 의한 사업계획승인의 경우 역시 마찬가지다(「관광진흥법」 제16조 제1항 제8호 참조). 이를 위해 의제규정을 두면서 보통 "미리 협의"할 것을 규정하고 있다. 따라서 다른 개별법령이 개발행위허가를 의제할 때, 국토계획법의 제정 취지를 비롯한 관련 법령 전체의 관점에서 개발행위허가에 대한 검토가 이루어지게 된다

5) 대표적으로, 조인성, "행정기본법상 인허가의제제도와 토지행정법상 인허가의제제도 비교분석", 『토지공법연구』, 제93집, 한국토지공법학회, 2021.
6) 신봉기, "국토계획법의 개정방향", 『토지공법연구』, 제73집 제1호, 한국토지공법학회, 2016.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

면, 보다 통일적인 개발행위허가가 가능하고 선제적으로 난개발을 방지할 수 있을 것이다.

이를 위하여 이 논문에서는, 국토계획법과 개발행위허가제도의 의의와 내용을 연혁적·비교법적으로 살펴보고 인허가의제제도가 갖는 쟁점에 대하여 면밀한 법리검토를 통하여 개발행위허가 인허가의제 실무에 있어 이정표를 제시하고자 하였다.

2) 개발행위허가의 기준

다른 법령으로부터 국토계획법의 개발행위허가가 의제되는 경우, 국토계획법에 따른 개발행위허가 기준이 모호하여 국토계획법이 정하고 있는 국토계획의 효율적인 관리와 난개발 방지라는 목표를 달성하지 못하는 경우가 있다. 개발행위허가를 규정한 국토계획법 제5장은 제58조에서 개발행위허가의 기준을 규정하고, 국토계획법 시행령으로 제55조 내지 제56조에 걸쳐 개발행위허가를 위한 심사와 관련한 위임규정을 두고 있으며, 이 위임을 받아 국토교통부 훈령으로 「개발행위허가 운영지침」이 제정되어 있다. 그런데 개발행위 허가 가능 여부의 기준을 정한 규정들은 그 요건을 정함에 있어 불확정법개념으로 규정된 부분들이 많고 사법심사에 있어서는 행정청에 광범위한 판단여지가 인정되고 있다.[7] 그리고 이러한 개발행위허가의 기준은 국토계획법뿐만 아니라, 위임을 통하여 법규명령 그리고 지방자치단체의 조례에 이르기까지 산재되어 있으므로 위임입법의 형태에 대한 분석을 통하여 개발행위허가 기준의 불확정법개념에 대한 구체화 방안의 모색이 필요하다.

이와 관련한 선행 연구를 살펴보면, 행정행위에 있어서의 재량이론, 불확정법개념과 판단여지에 대한 연구가 과거부터 논의되어 온 점을 알 수 있다.[8] 법규명령 형식의 행정규칙과 관련한 연구 역시 다수 진행되었다.[9] 최근에는 우리 헌법 제35조 제1

---

7) 국토계획법 제58조 및 국토계획법 시행령 제55조 내지 제56조 그리고 그 위임을 받고 제정된「개발행위허가운영 지침」이 개발행위허가 기준으로 활용되고 있지만 이들 규정 외에 앞서 언급한 제5장의 규정들 전체가 서로 유기적으로 연결되어 사실상 전체적으로 개발행위허가의 기준이 되고 있다.

8) 대표적으로, 권영호·권수진, “오토 마이어와 독일 공법학”, 『법과정책』, 제23권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017; 표명환, “행정법상의 불확정법개념과 판단여지의 기본권적 한계”, 『헌법학연구』, 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003 등.

9) 대표적으로, 강주영, “행위제한 법규의 규정형식과 행정법규의 해석”, 『강원법학』, 제51권, 강원대

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

항이 환경권을 헌법상 기본권으로 명시하고 있는 점을 근거로, 행정의 환경보존 의무는 헌법상 요청으로 강조되어야 하는 점, 환경피해에 대한 정확한 원인을 입증하는 것은 상당히 어렵고 환경피해는 불가역적인 점, 헌법상, 행정이 독립적인 헌법기관으로서 부여된 임무를 적절하게 수행하기 위해서는 자율성이 인정되어야 하는 점을 강조하면서 개발행위허가 기준에 있어 행정청의 재량성을 강조하는 연구도 있다.[10] 그리고 환경을 둘러싼 갈등관리 법제와 환경 법제 측면에서 개발과 환경의 갈등 해소를 위한 대안적 이론을 미국과 비교법적으로 검토한 연구도 있다.[11] 그 밖에 국토교통부 훈령 제524호로 규정된「개발행위허가 운영지침」이 헌법상 법치국가의 원리인 법률유보의 원칙을 위배하고 있다고 지적하며, 국토계획관련 법령의 내용을 구체적으로 분석한 연구도 존재한다.[12]

따라서 이 논문에서는 이들 선행 연구를 바탕으로 개발행위허가가 의제되는 경우 행정청이 갖는 광범위한 판단여지와 관련하여 자의적인 행정권한의 행사를 방지하고 국민의 신뢰를 확보하기 위한 방안으로 법령해석규칙을 통한 개발행위허가 기준의 확립 가능 여부를 검토해보고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

이 논문에서는, 다른 법령이 개발행위허가를 의제하는 경우 및 개발행위허가 기준에서 겪는 어려움 즉 문제점을 확인하고, 학설과 판례에 의한 인허가의제 및 판단여

학교 비교법학 연구소, 2017.

10) 문중흠, “개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도”, 『행정판례연구』, 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018.

11) 김은주, “제주특별자치도에서의 환경 갈등 해소를 위한 대안적 법제연구”, 『지방자치법연구』, 제16권 제1호, 한국지방지치법학회, 2016.

12) 석종현, 앞의 논문.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지의 법리를 비교법적으로 검토하고자 하였다. 이를 위하여 선행 연구들을 대상으로 자료를 수집하고 재정리하여 인허가의제 및 개발행위허가 기준의 법적 쟁점에 관한 분석의 준거로 사용하였다. 이 연구는 국토계획법이 규율하는 국토계획에 대한 검토는 제외하였으며, 국토계획법 제5장이 정하는 개발행위허가를 대상으로 하였고, 개발행위허가의제와 관련하여서는 인허가의제제도를 둘러싼 공법적 쟁점들을 중심으로 개발행위허가의제에 대한 타당성을 검토하였으며, 개발행위허가 기준과 관련하여서는 국토계획법령상 국토교통부 훈령 제524호에 규정된「개발행위허가 운영지침」만을 대상으로 하였다.

2. 연구의 방법

이 연구는 다음과 같이 총 6개 장으로 구성하였다. 제1장에서는 서론으로, 연구의 배경과 목적 그리고 연구 범위를 밝히고자 하였다. 즉, 자연환경 보호라는 전 세계적 사회 이슈에 대응하여 우리나라 국토관련 법제가 재정비된 지 20년 가까이 되었으나 개발행위허가의 운영에 있어서 개발행위허가의제 규정은 불안정한 인허가의제제도와 광범위한 의제규정, 그리고 불명확한 개발행위허가 기준으로 인하여 안정적으로 운영되고 있다고 보기 어려운 문제점이 있음을 소개하였다. 제2장에서는 1장을 통하여 제기된 문제점의 검토를 위한 첫 단계로 먼저, 국토계획법과 개발행위허가제도의 의의와 내용을 살펴보고 개발행위허가의 법적 성격을 검토하였다. 제3장에서는 개발행위허가제도에 대한 구체적인 연구로, 먼저 개발행위허가 의제제도의 검토를 위하여 인허가의제제도를 둘러싼 국내 쟁점들을 정리하여 연구하였다. 그리고 개발행위허가 기준에 대한 구체적인 연구로 개발행위허가 기준에 존재하는 불확정법개념과 판단여지 그리고 법령해석규칙의 활용 가능성을 검토하였다. 제4장에서는 일본 및 독일의 개발행위허가제도와의 비교법적 검토를 통하여 우리 개발행위허가 의제제도에 대한 시사점을 찾고자 하였다. 제5장에서는 제1장 내지 제4장을 통하여 검토한 개발행위허가제도의 문제점에 대한 개선방안을 구체적으로 논의하였다. 마지막으로 제6장에서는 검토한 내용을 정리하고, 향후 과제를 제시하고자 하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제2장 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 개발행위허가제도의 의의

제1절 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 제정

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 제정연혁

1) 국토계획법 제정 전의 상황

국토계획법이 제정되기 전에는 국토를 이원화하여 도시지역에는 (구)도시계획법을 적용하고, 비도시지역에는 (구)국토이용관리법을 적용하는 방식으로 운용하였다. 그런데 비도시지역에 대한 적용 법이었던 (구)국토이용관리법이 법률 제4572호로 1993. 8. 5. 일부개정 되어 1994. 1. 1.부터 시행되면서 용도지역을 종전 10개 지역으로 분류하던 것에서 5개 지역으로 분류하는 내용으로 개정하였고 이때 '준농림지역'제도를 도입하였다.[13] 당시 (구)국토이용관리법의 개정이유를 보면, "농림진흥지역이 아닌 농지와 준보전임지에 대하여 현재는 그 이용 및 개발을 엄격히 제한하고 있으나, 앞으로는 이를 '준농림지역'으로 하여 환경오염 정도가 심한 시설이나 대규모 개발행위 등 반드시 규제가 필요한 행위만을 제한하고, 그 외의 행위는 이를 폭넓게 허용할 수 있도록 완화하여 토지의 이용·개발을 촉진하며(생략)"라 하여 '준농림지역'의 도입은 국토의 개발을 촉진하기 위한 선택지였음을 알 수 있다.

'준농림지역'제도는 그 취지대로 부족한 주택·공장용지 확대에 기여하였다.

13) 즉, 개정 전에는 국토이용계획상 용도지역을 도시지역·취락지역·산림 보전지역·공업지역·개발촉진지역·경기지역·자연환경보전지역·수산자원 보전지역·관광 휴양지역 그리고 유보지역 등으로 분류하였으나 이를 정리하여 도시지역·준도시지역·농림지역·준농림지역 및 자연환경보전지역의 5개 지역으로 분류한 것이다((구)국토이용관리법 제6조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

하지만 준농림지역은 1994년에 이르러 전 국토면적의 27%에 이르게 되었고 전국토가 개발의 온상이 되고 있었다.[14] 도시는 중심지에서 외곽으로 갈수록 개발밀도가 감소하여야 함에도 계획기법의 부족으로 난개발을 초래하게 된 것이다.[15]

2) 난개발과 국토의 계획적 이용의 필요성

난개발(亂開發)이란 사전(事前)에 국토의 이용에 관한 계획 없이 무계획적으로 이루어진 개발과 주변 경관이나 미관과 조화를 이루지 못하여 환경친화적이지 못한 개발 등 개발에 따른 부정적 측면을 모두 포함하여 총칭하는 개념이다.[16]

난개발의 문제점은, ① 무계획적인 개발로 인해 녹지공간과 우량농지가 훼손될 뿐만 아니라 ② 기반시설 및 공공시설과 같은 공공서비스 공급부담의 가중으로 토지이용의 효율성 저하, ③ 환경오염의 발생, ④ 자연재해로 이어질 위험성의 증대, ⑤ 토지가격의 상승 및 왜곡 등을 초래하는 점 등을 들 수 있다.[17]

난개발의 구체적 모습을 살펴보면, 먼저 무계획적이고 무분별한 개발로, 교통체증·도로·학교·문화시설 등 도시 기반시설이 제대로 갖추어지지 않거나 기반시설과 교통대책 없이 대규모 공장 등이 입지 하는 경우들이 있다. 다음으로 주변 경관 및 자연훼손을 야기하는 경우가 있는데, 도시기반시설이 갖추어져 있다고 하더라도 경관 측면에서 주변 경관과 어울리지 않는 경우, 농촌 지역 내 입지하는 아파트 난개발, 도로·항만 등의 공공시설 등이 환경을 파괴하고 친환경적이지 못하고 무계획적으로 입지함에 따라 주변 용도와의 갈등 및 부조화를 야기하는 형태로 소규모의 주택이 무질서하게 건설되는 경우, 농촌지역 내 입지하는 식당

---

14) 권용우, “난개발 문제 해소를 위한 새로운 패러다임”, 『국토』, 제256호, 국토연구원, 2003, 46면.

15) 이동우·이순자, 『국토이용 및 공급체계 개선 연구』, 국토연구원, 1997, 103-107면; KBS NEWS 9시(1997. 09. 02.), “준농림지역에 숙박시설과 음식점 허가, 전면 금지”; 권용우, 앞의 논문, 47면에 의하면 2000년에 이르러 난개발의 사회문제를 해결하기 위하여 각계각층이 나섰는데 대표적 언론사 가운데 조선일보는 ‘망가지는 국토’의 기획연재를 하였고, 중앙일보는 ‘2천만 공룡 수도권’의 기획진단으로 ‘선계획-후개발’의 논리를 환기시켰다고 한다.

16) 전병국, “새로운 시대에 부응하는 도시기본계획의 수립”, 『도시문제』, 제372호, 대한지방행정공제회, 1999, 104면; 오준근, 『도시계획관련 법제의 체계적 정비방안』, 한국법제연구원, 2000, 83면; 국회사무처 법제예산실, 『수도권지역의 난개발 방지를 위한 입법적 검토』, 국회법제처, 2000, 1면; 권용우, 앞의 논문, 47면; 서순탁, “난개발 방지를 위한 개발행위허가제 개선방안”, 『경기논단』, 제10권 제2호, 경기연구원, 2008, 67면; 윤동순, “관리지역의 난개발 방지를 위한 효율적 관리방안에 관한 연구”, 서울벤처대학원대학교 박사학위 논문, 2014, 22면 등 참조.

17) 경기개발연구원, 『경기도 지속가능개발의 당면과제와 추진방안』, 경기개발연구원, 2007, 12면; 오준근, 앞의 논문, 85-86면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

및 숙박시설, 소규모 공장 등이 취락·농경 지역 등을 가리지 않고 무질서하게 들어오는 경우들이 있다.[18]

한편, 이러한 무분별한 계획을 토대로 하는 난개발이 (구)국토이용관리법의 '준농림지역'제도 도입으로 확산되었고 이를 해결하기 위한 수단을 강구하게 되었다.

3) 국토계획법 제정의 추진

(구)국토이용관리법의 개정으로 도입된 '준농림지역제도'가 난개발을 초래하여 그 결과 전 국토가 무분별하게 훼손되고 있다는 비판이 계속됨에 따라 그 개선에 대한 요구가 점차 커졌다. 이를 반영하여 1999. 12. 건설교통부가 발표한 제4차 국토종합계획에서는 '선(先) 계획 → 후(後) 개발'체계의 구축이 필요하다는 논의를 제기하였다.[19] 즉, 전국단위계획에서 전 국토를 개발대상지와 보전대상지로 구분하고, 시·군 종합계획에서는 개발대상지에 대한 종합적인 이용계획을 수립하여 계획에 따른 개발행정체계를 구축해야 한다는 것이었다.[20] 이러한 논의를 반영한 '난개발 종합 방지대책'이 건설교통부에 의하여 2000. 5. 30. 발표되었는데 그 주된 내용은 우리나라는 '도시적 용지'가 선진국에 비하여 크게 부족한 실정이므로 난개발을 방지하면서 친환경적인 국토개발은 계속 추진되어야 한다는 대전제하에 '선계획 → 후개발'을 통하여 난개발의 주요 원인인 준농림지역에 대한 관리를 강화하고, 이원화되어 있던 (구)국토이용관리법 및 (구)도시계획법을 통합하여 일원화하는 것이었다.[21] 이에 따라 건설교통부에서는 국토정비기획단을 구성하여 새로운 법률을 제정하는 작업에 착수하였다.[22]

---

18) 오준근, 앞의 책, 83면; 윤동순, 앞의 논문, 23면.
19) 건설교통부, 『제4차 국토종합계획』, 1999, 6면 및 149-150면. 한편, 국토종합계획은 20년을 단위로 수립되는 것이며(「국토기본법」 제7조 제3항), 제4차 국토종합계획은 2000년에서 2020년의 장기간 계획을 수립한 것이었다.
20) 오준근, 앞의 책, 90면 참조.
21) 정태용, "국토의 계획 및 이용에 관한 법률", 『법제』, 제2003권 제1호, 법제처, 2003, 95면.
22) 권용우, 앞의 논문, 47면.
23) 국토교통부, 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률 해설집』, 국토교통부, 2018, 4면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

<표2-1> 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제정 추진의 경위[23)]

○ 국토계획법의 제정 추진 - 관계기관 협의 : 2000. 9. 9. ~ 10. 10. - 규제개혁위원회 심의 : 2000. 9. 29. - 법률(안) 입법예고 : 2000. 10. 13. ~ 11. 3. - 법제처 심사 : 2000. 11. ~ 2001. 10. - 국무회의 심의 : 2001. 10. 23. - 국회 제출 : 2001. 10. 29. - 국회 본회의 의결 : 2001. 12. 7. - 제정·공포 : 2000. 2. 4.
○ 국토계획법 하위 규정의 제정 추진 - 국토이용체계 개편에 따른 세부운영방안 공청회 개최 : 2002. 3. 15. - 관계기관 협의 : 2002. 4. ~ 2002. 6. - 지자체 공무원 회의 개최 : 2002. 4. 11 ~ 2002. 12. - 시행령·시행규칙(안) 입법예고 : 2002. 5. 17. ~ 2002. 6. 7. - 규제개혁위원회 심의 : 2002. 7. 22. ~ 2002. 10. 2. - 법제처 심사 : 2002. 10. ~ 12. - 국무회의 심의 및 제정 공포 : 2002. 12. - 지침(안) 관계기관 협의 ·확정 : 2002. 9. ~ 2002. 12. - 조례표준안 설명회(국토도시학회 주관) : 2002. 10. 23. - 지자체 공무원 교육 : 2002. 12. ~ 2003. 1.
○ 국토계획법 시행 : 2003. 1. 1.
○ 지방자치단체 조례 제정 : 2003. 1. ~ 2003. 6.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이러한 과정을 거쳐 마침내 국토계획법은, 1962. 1. 20. 법률 제983호로 제정된 (구)도시계획법과 1972. 12. 30. 법률 제2408호로 제정된 (구)국토이용관리법을 통합하면서 그 장점을 살려 법률 제6655호로 2002. 2. 4. 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행되기에 이르렀다.

국토계획법이 난개발을 방지하기 위하여 제시한 주요 쟁점은, ① 국토계획체계의 개편을 통하여 전 국토를 대상으로 도시계획기법을 적용한 것과, ② 용도지역을 개편한 것, ③ 기반시설 연동제도, ④ 제2종 지구단위계획제도, 그리고 ⑤ 개발행위허가제도였다.[24]

2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 내용

1) 국토계획법의 기본원칙

(1) 공법상 원칙과 국토계획법의 기본원칙

인간이 구성하는 법적 공동체로부터 도출되는 윤리성을 지닌 원칙을 법원칙이라고 한다. 이 법원칙은 종국적으로는 정의(正義)의 원칙으로 수렴되며 실정법을 인식하는 기준이 되기도 한다.[25] 공법에 있어서 법원칙은 향도적 기능과 해석적 기능을 담당하는 것으로 이해된다.[26] 향도적 기능은 입법에 있어 공법상 원칙이 부여하는 범주 내에서 입법권을 행사하도록 한계 짓는 역할을 의미하며, 해석적 기능은 개별 행정작용의 위법성을 심사하는 도구로서의 기능을 수행함을 의미한다. 즉, 어떤 법령 또는 규정이 원칙으로서 기능한다는 것은 입법의 단계뿐 아니라 개별 행정작용에 대한 해석의 단계에서 위법성 기준이 되어 이 원칙을 위반한 경우 개인은 항고쟁송을 통한 권리구제가 가능하게 됨을 의미하는 것이다.[27]

---

24) 권용우, 앞의 논문, 49-51면 참조.
25) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 81면 참조.
26) 강주영외6, 『재정건전성과 법치』, 한국법제연구원, 2020, 163면, 위 본문 내용은 이 책 가운데 제4편 “재정건전성 원칙의 법적 통제” 부분을 참조하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

한편, 원칙(Prinziip)은 일반적인 법 규율(Regel)과 구별되는 개념이다. 즉, 규범 가운데 원칙은 어떤 것을 법적 가능성과 사실적 가능성 안에서 상대적으로 가능한 한 높은 정도로 실현할 것을 명령하는 규범이다.[28]

따라서 국토계획법이 2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정될 당시부터 제3조에 규정한 '국토이용 및 관리의 기본원칙'은 국토계획법이 규정하는 모든 사항에 있어서 국토를 이용하고 관리하는 국가 및 지방자치단체 그리고 국민이 일관되게 지켜야 하는 기본적인 질서이자 규범을 의미하며 국토에 관한 행정작용에 있어 위법성 판단의 기준이 되는 것이라고 할 수 있다.

국토계획법이 정하고 있는 기본원칙을 보면, 국토의 이용에 있어서 기본적인 국토의 이용과 관리 방향은 자연환경의 보전과 자원의 효율적 활용을 통하여 환경적으로 건전하고 지속 가능하여야 한다고 하면서, ① 국민 생활과 경제활동에 필요한 토지 및 각종 시설물의 효율적 이용과 원활한 공급, ② 자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원, ③ 교통・수자원・에너지 등 국민 생활에 필요한 각종 기초서비스의 제공, ④ 주거 등 생활환경 개선을 통한 국민 삶의 질 향상, ⑤ 지역의 정체성과 문화유산의 보전, ⑥ 지역 간 협력 및 균형발전을 통한 공동번영의 추구, ⑦ 지역경제의 발전과 지역 및 지역 내 적절한 기능 배분을 통한 사회적 비용의 최소화, ⑧ 기후변화에 대한 대응 및 풍수해 저감을 통한 국민의 생명과 재산의 보호, ⑨ 저출산・인구의 고령화에 따른 대응과 새로운 기술변화를 적용한 최적의 생활환경 제공이라는 아홉 가지의 기본원칙을 제시하고 있다(국토계획법 제3조 참조).[29]

한편, 국토계획법이 제시하는 국토이용 및 관리의 기본원칙은 국토계획에 관

---

27) 강주영외6, 앞의 책, 164면.

28) 홍강훈, "원칙과 규율의 엄격한 구분에 근거한 기속행위와 재량행위의 새로운 구별기준", 『공법학연구』, 제17권 제3호, 한국비교공법학회, 2016, 84면.

29) 2002년 법률 제6655호로 제정될 당시에는 "3. 교통·수자원·에너지 등 국민 생활에 필요한 각종 기초서비스의 제공", "6. 지역 간 협력 및 균형발전을 통한 공동번영의 추구", "7. 지역경제의 발전 및 지역 간 · 지역 내 적정한 기능 배분을 통한 사회적 비용의 최소화"로 규정하고 있었으나 2009. 2. 6. 법률 제9442호로 일부개정 시 각각 지금과 같은 모습이 되었다. 이와 관련하여 법률 제9442호의 제정·개정 이유를 보면, "어려운 용어와 표현 등을 이해하기 쉽게 고치고, 복잡한 문장 등은 체계를 정리하여 쉽고 간결하게 하는 등 국민이 법 문장을 이해하기 쉽게 정비"한 것이라고 하고 있다. 제8호의 경우 당초에 2002년 법률 제6655호로 제정될 당시에는 없었으나 2009. 2. 6. 법률 제11292호로 일부개정 되면서 새로이 신설된 원칙이다. 그리고 제9호의 경우 법률 제6655호로 제정될 당시에는 없었으나 2019. 8. 20. 법률 제16492호로 일부개정 되면서 새로이 신설된 원칙이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

한 이념에까지는 이르지 못한 것이라는 비판이 있다.[30] 이 견해는 법 원칙과 법 이념을 구별하는 입장에서, 국토계획의 해석과 운용을 위한 지침으로서의 '이념'이 필요하다고 하면서 도시중심의 개발원칙, 계획적 개발의 원칙, 지속 가능한 개발의 원칙, 분권의 원칙을 제시한다.

하지만 원칙과 이념은, 그 사전적 의미가 구별되는 것과 별개로 통상 우리 법학에 있어 명확히 구별되는 개념이라고 하기 어렵고 혼용되고 있다.[31] 예를 들어, 우리 헌법이 규정하는 자유민주적 기본질서에 대하여 '민주주의 이념'이라고 표현하기도 하고, '민주주의 원칙'이라고 표현하기도 한다.[32] 이렇듯 '원칙'과 '이념'은 혼용되어 사용되고 있다.[33] 따라서 '원칙'이 반드시 '이념'을 내포하고 있어야 한다고 보기는 어렵다. 특히 이 견해는 국토계획법이 정하는 원칙에 대하여 또 다른 '이념'의 필요성을 주장하는 것이지만 목차를 달리하여 살펴보는 바와 같이 우리나라는 국토계획법 외에 「국토기본법」을 제정하여 국토관리에 관한 종합규정으로 두고 있으며 이 「국토기본법」이 규정하는 이념을 고려하면 국토계획법이 정하는 국토이용 및 관리의 기본원칙이 국토계획에 관한 어떤 이념에까지 이르지 못하였다는 비판은 타당하지 않다고 할 것이다. 뿐만아니라 '원칙'과 '이념'을 구별한다고 하더라도 국토계획법이 국토의 관리에 관한 이념까지 규정할 지위에 있는가 하는 점은 의문이다. 즉, 국토계획법은 국토의 이용 및 계획에 관한 내용을 규정하는 것을 그 목적으로 삼고 있지만, 국토를 이용하는 각종 개발법령과의 관계에 있어서 현재 입법체계상 특별법 또는 기본법의 지위를 인정받고 있는 것은 아니므로 국토계획의 해석과 운용을 위한 지침으로서의 이념이

30) 김종보, 『건설법의 理解 [제6판]』, Fides 도서출판, 2018, 188면.

31) 표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr/main/main.do)에 따르면, "원칙(原則)"은 "어떤 행동이나 이론 따위에서 일관되게 지켜야 하는 기본적인 규칙이나 법칙"을 의미하고, "이념(理念)"은 "이상적인 것으로 여겨지는 생각이나 견해"를 의미한다.

32) 민주주의 이념으로 표현하는 사례로, 이장희, "헌법 제119조 제2항 '경제민주화'의 의미", 『공법연구』, 제42권 제2호, 한국공법학회, 2013; 이희훈, "위헌정당해산심판제도에 대한 헌법적 연구", 『유럽헌법연구』, 제28호, 유럽헌법학회, 2018; 정다영, "헌법상 성평등의 현대적 이해와 실현방향", 『법학논총』, 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018 등 참조. 반면 민주주의 원칙으로 표현하는 사례로, 홍종현, "행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안: 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계", 『공법학연구』, 제22권 제2호, 한국비교공법학회, 2021; 허진성, "정당국가적 현실과 자유위임의 원칙에 관한 연구 - 국회 위원회 위원의 사·보임행위에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로 - ", 『법학연구』, 제61집 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2020 등 참조.

33) 법원칙과 법이념을 혼용하여 사용하는 사례로, 박경철, "환경법의 근본이념과 기본원칙", 『강원법학』, 제22권, 강원대학교 비교법학연구소, 2006; 김학태, "법실현의 구체화와 법학방법론-유추와 사물의 본성-", 『외법논집』, 제40권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016; 안수길, "소극적 공리주의와 사회적 약자 보호", 『한양법학』, 제29권 제3집, 한양법학회, 2018 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

국토계획법에 규정되어야 할 당위성을 찾기는 어려운 상황이다.[34]

(2) 국토계획법상의 기본원칙과 「국토기본법」과의 관계

「국토기본법」은 국토의 종합관리에 관한 기본법의 지위를 가지며, 국토계획법은 「국토기본법」에 기반을 두고 있다.[35] 국토계획법이 규율하는 '국토계획'이라는 정의도 국토계획법이 아닌 「국토기본법」에서 규정하고 있다.[36] 즉, 「국토기본법」은 국토종합계획을 중심으로 국토에 관한 계획 및 정책을 수립·시행함에 있어서 지향하여야 할 이념 내지는 기본방향(지침)을 제시하는 최상위의 법률인바 이에 기초하여 제한된 국토의 합리적 이용을 도모하기 위하여 국토의 이용·개발 및 보전을 위한 다양한 계획 등에 관하여 필요한 상황을 총괄적으로 규정하고 있는 것이 국토계획법인 것이다.

한편 우리 「국토기본법」은 제2조에서 전체 국토에 대한 '국토관리의 기본이념'을 규정하고 있다.[37] 「국토기본법」의 전신이었던 (구)국토건설종합계획법에서는 국토의 계획과 관련한 기법을 규정함에 중점을 두고 국토의 관리에 관한 이러한 이념 또는 원칙을 규정하지는 않았던 점을 고려하면 「국토기본법」제2조가 국토관리의 이념을 규정한 것은 국토관리의 큰 목표를 천명한 것으로 큰 의미가 있는 것이다. 「국토기본법」은 제2조의 이념에 이어 국토의 균형 있는 발전을 강조하면서 각 지역의 특성을 살리고, 수도권과 비수도권, 도시와 농촌·산촌·어촌, 대도시와 중소도시 간의 균형 있는 발전을 도모하도록 규정하고(「국토기본법」제3조), 경쟁력 있는 국토 여건의 조성을 위하여 국토의 기간시설을 체계적으로 확충하고, 국토의 자원을 효율적으로 보전·관리하도록 하고(「국토기본법」 제4조), 환경친화적인 국토관리를 위하여 「환경정책기본법」에 따른 환경

---

34) 김희곤, "국토계획법제에 대한 평가", 『토지공법연구』, 제52집, 한국토지공법학회, 2011, 40면 참조.

35) 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2021, 715면; 윤기중, "국토계획법령의 개정 및 법적 쟁점", 『토지보상법연구』, 제18집, 한국토지보상법연구회, 2018, 217면.

36) 「국토기본법」 제6조(국토계획의 정의 및 구분) ① 이 법에서 "국토계획"이란 국토를 이용ㆍ개발 및 보전할 때 미래의 경제적ㆍ사회적 변동에 대응하여 국토가 지향하여야 할 발전 방향을 설정하고 이를 달성하기 위한 계획을 말한다.

37) 「국토기본법」 제2조(국토관리의 기본 이념) 국토는 모든 국민의 삶의 터전이며 후세에 물려줄 민족의 자산이므로, 국토에 관한 계획 및 정책은 개발과 환경의 조화를 바탕으로 국토를 균형 있게 발전시키고 국가의 경쟁력을 높이며 국민의 삶의 질을 개선함으로써 국토의 지속 가능한 발전을 도모할 수 있도록 수립ㆍ집행하여야 한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

계획의 내용을 고려하여 환경에 미치는 부정적인 영향을 최소화하여 환경정의가 실현될 수 있도록 할 것을 규정하고 있다(「국토기본법」 제5조).[38] 이는 비록 '이념'이라는 명칭은 갖고 있지 않더라도 국토를 이용한 행정작용에 있어 그 해석의 기준으로서 법 원칙의 기능을 하고 있다. 즉, 「국토기본법」의 제정 취지를 보면, '국토에 관한 계획 및 정책의 수립·시행에 관한 기본적인 사항을 정하여 국토의 건전한 발전 및 국민의 복리 향상을 도모'하고자 한다고 규정하여, 국토를 자원의 효율적인 개발의 관점에서 더 나아가 국토에 대한 국민의 권리와 삶의 질, 복지의 차원으로 까지 인식하고 있음을 알 수 있다.[39] 이를 통하여 「국토기본법」의 개별 규정들은 비록 '이념' 또는 '원칙'이라는 명칭을 사용하고 있지 않더라도 국토에 관한 나침반으로서 국토계획만이 아닌 국토 전반에 대한 효율적 정책 수립을 통한 행정작용에서도 광의의 고려사항이 됨을 알 수 있다.[40] 「국토기본법」은 국토와 관련한 가장 기본이 되는 법이며 이를 구체화한 것이 국토계획법인 것이다.[41]

따라서 국토계획법은 국토의 이용을 필연적으로 수반하는 갖가지 개발행위를 함에 있어서 일관되게 지켜야 하는 원칙으로 국토계획법 제3조의 기본원칙뿐 아니라 「국토기본법」을 그 해석의 기준으로 당연히 전제하고 있는 것이며, 이러한 「국토기본법」의 이념 및 전체 규정들은 국토계획법이 규정하는 개발행위허가라는 행정작용과 관련하여 행정청이 허용 여부를 판단하거나 위법성을 판단할 때 상대적으로 가능한 높은 정도로 실현할 것이 요구된다.[42]

2) 국토계획법의 주요 내용

(1) 광역도시계획 및 도시·군 기본계획

국토계획법은 총 12개 장(章), 144개 조문으로 구성되어 있다. 제1장 총칙

38) 「국토기본법」은 그 밖에 제6조 내지 제33조 까지 총 6개 장에 걸쳐 국토계획에 관한 기본적인 사항 및 국토계획의 수립과 효율적 추진에 있어 필요한 사항을 규정하고 있다.
39) 진종헌, "포용적 국토발전을 위한 국토기본법 개정방향", 『대한지리학회지』, 제52권 제6호, 대한지리학회, 2017, 691면.
40) 신봉기, 앞의 논문, 71면 참조.
41) 김희곤, 앞의 논문, 27면.
42) 홍강훈, 앞의 논문, 86면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

은 목적 규정(제1조)과 함께 여느 법령과 마찬가지로 정의 규정이 있고(제2조), 앞서 언급한 국토이용 및 관리의 기본원칙을 규정하고 있다(제3조).

국토계획법 제2장은 광역도시계획으로 제10조에서 제17조의2까지 규정되어 있다. 광역도시계획은 인접한 2개 이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 행정구역에 대하여 장기적인 발전 방향을 제시하거나 시·군 기능의 상호 연계를 통하여 적정한 성장관리를 도모하기 위한 것이다. 이는 20년 단위의 장기계획으로 도시계획 체계상 최상위계획에 해당하며 지침의 성격을 갖는다. 광역도시계획에는 광역계획권의 공간구조와 기능 분담에 관한 사항, 녹지관리체계와 환경보전에 관한 사항, 광역시설의 배치·규모·설치에 관한 사항, 경관계획에 관한 사항 등이 포함된다(제12조).

국토계획법 제3장 도시·군 기본계획은 제18조에서 제23조까지 규정되어 있으며 국토계획법 제19조 제3항의 위임을 받아 국토교통부 훈령으로 「도시·군 기본계획 수립지침」이 제정되어 있다.[43] 도시·군 기본계획은 국토의 한정된 자원을 효율적이고 합리적으로 활용하여 주민 삶의 질을 향상하고, 도시를 친환경적이고 건전하게 지속 가능한 발전이 될 수 있도록 정책적인 방향을 제시하는 기능을 수행한다(「도시·군 기본계획 수립지침」1-2-1). 도시·군 기본계획을 수립함에 있어 그 내용에는 지역적 특성 및 계획의 방향·목표에 관한 사항, 공간구조·생활권의 설정 및 인구의 배분에 관한 사항, 토지의 이용 및 개발에 관한 사항, 토지의 용도별 수요 및 공급에 관한 사항, 환경의 보전 및 관리에 관한 사항, 기반시설에 관한 사항, 공원・녹지에 관한 사항, 경관에 관한 사항, 기후변화 대응 및 에너지절약에 관한 사항, 방재・방범 등 안전에 관한 사항 및 이들에 대한 단계별 추진에 관한 사항이 포함되도록 하고 있다(제19조). 이와 관련하여 구체적으로 「도시·군 기본계획 수립지침」에서는 도시·군 기본계획을 수립함에 있어서는 국토관리의 지속가능성을 담보할 것과(「도시·군 기본계획 수립지침」1-2-2. 지속가능성), 환경, 경제, 사회적 측면의 세 가지 영향을 통합적이고 균형있게 고려하여 환경적, 경제적, 사회적 이해관계를 공간적 차원에서 종합, 조정하는 역할을 담당할 것(「도시·군 기본계획 수립지침」1-2-3. 환경·경제·사회의 통

43) 국토계획법 제19조(도시ㆍ군 기본계획의 내용) ③ 도시ㆍ군 기본계획의 수립기준 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 정한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

합적 접근), 도시의 급속한 성장과 외연적 확산에 따른 자연환경의 훼손과 대기·수질·토양 등의 오염 발생을 사전적으로 방지하는 역할을 담당하여야 하며, 기후변화와 지구 온난화에도 적극 대응하여 에너지와 자원을 절약하는 공간구조를 형성하고 신재생에너지의 사용을 촉진하여 탄소 배출량을 저감하는데 주력할 것을 규정하고(「도시·군 기본계획 수립지침」1-2-4. 환경적 측면), 지역의 고용 창출을 위한 물리적 기반을 조성함으로써 기업에게 다양한 비즈니스 기회를 제공하는 한편, 지역민의 거주성을 제고하여 지역상권을 활성화하는 등 도시재생과 지역경제의 활성화를 도모하고, 나아가 4차 산업혁명에 따른 새로운 기술변화를 적용한 스마트도시기반시설을 확충하고, 산업구조 변화에 유연하게 대응할 수 있는 토지이용체계를 구축함과 함께 자원이용의 경제적 효율성을 추구하여 비용효과적인 도시개발을 지향함으로써 개발과 보존의 조화를 이루면서 저탄소 녹색성장을 달성하여야 함을 규정하고(「도시·군 기본계획 수립지침」1-2-5. 경제적 측면), 사회적 갈등을 줄이고 통합을 이루는 사회적 자본의 증진에 기여할 것과 저소득층, 노약자, 장애인 등 사회적 약자가 경제적, 신체적 이유 등으로 주거권과 이동성을 비롯하여 주민으로서의 기본적인 활동에 제약을 받지 않도록 저렴한 주택과 대중교통을 공급하고, 어디서든 의료·복지·문화 등에 격차없는 삶의 질을 보장받을 수 있도록 교육·의료·복지시설 등 생활인프라를 확충하는데 주력함과 함께 지역사회의 사회·경제·문화적 다양성을 존중하는 포용적 발전을 추구하고 범죄예방, 재해방지 등 사회안전망을 확충하는데 힘써야 한다고 규정하고 있다(「도시·군 기본계획 수립지침」1-2-6. 사회적 측면).

도시·군 기본계획은 국토종합계획, 도종합계획, 광역도시계획 등 상위계획의 내용을 수용하여 시·군이 지향하여야 할 바람직한 미래상을 제시하고, 정책계획과 전략계획을 실현할 수 있는 도시·군 관리계획의 지침적 계획으로서의 위상을 갖는다. 따라서, 다른 법률에 의해 수립하는 각 부문별 계획이나 지침 등은 시·군의 가장 상위계획인 도시·군 기본계획을 따라야 한다(「도시·군 기본계획 수립지침」1-3-1). 특별시장・광역시장・특별자치시장・특별자치도지사・시장 또는 군수는 5년마다 관할 구역의 도시・군 기본계획에 대하여 타당성을 전반적으로 재검토하여 정비하도록 하고 있다(제23조).

한편 대법원은 도시·군 기본계획의 법적 효력과 관련하여 “도시기본계획은 도

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

시의 기본적인 공간구조와 장기발전 방향을 제시하는 종합계획으로서 그 계획에는 토지이용계획, 환경계획, 공원녹지계획 등 장래의 도시개발의 일반적인 방향이 제시되지만, 그 계획은 도시계획 입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것"이라고 하여 대외적인 구속력을 부정하는 입장에 있다.[44] 뿐만아니라 대법원은 도시·군 기본계획의 행정청에 대한 구속력도 부정하여 "도시기본계획은 도시의 장기적 개발 방향과 미래상을 제시하는 도시계획 입안의 지침이 되는 장기적·종합적인 개발계획으로서 행정청에 대한 직접적인 구속력은 없다"고 판시하고 있다.[45]

(2) 도시·군 관리계획

가) 도시·군 관리계획의 수립

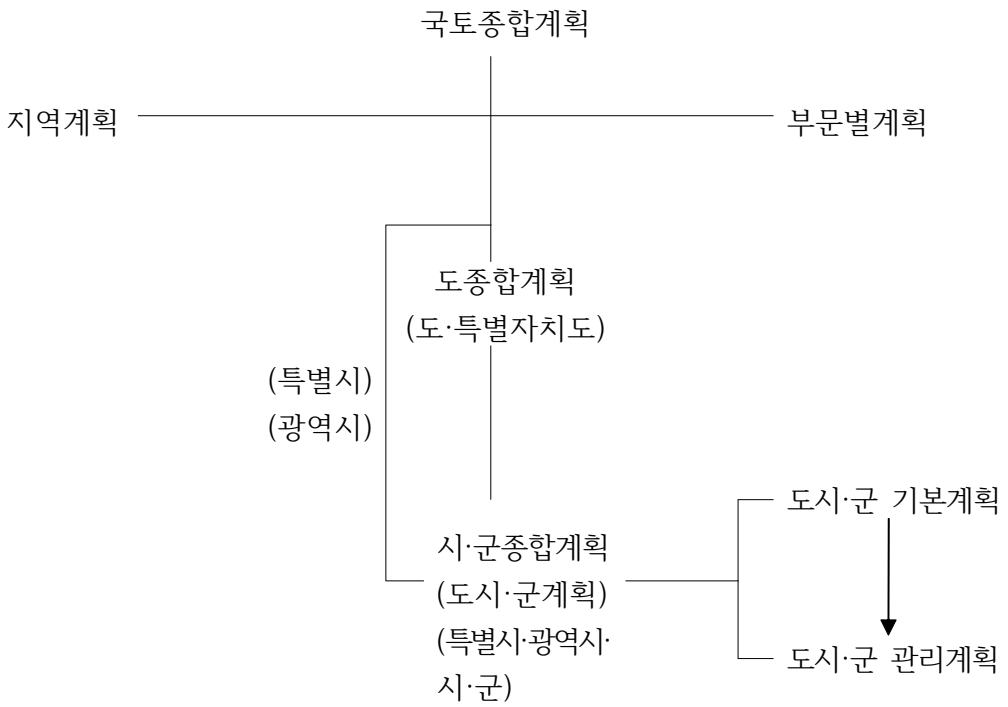
국토계획법 제4장 도시·군 관리계획은 제24조에서 제55조까지 규정되어 있다. 그리고 국토계획법 제25조 제4항의 위임을 받아 국토교통부 훈령으로 「도시·군 관리계획 수립지침」이 제정되어 시행중에 있다.[46] 도시·군 관리계획은 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 제반 기능이 조화를 이루고 주민이 편안하고 안전하게 생활할 수 있도록 하면서 당해 시·군의 지속 가능한 발전을 도모하기 위하여 수립하는 법정계획으로 광역도시계획 및 도시·군 기본계획에서 제시된 시·군의 장기적인 발전 방향을 공간에 구체화하고 실현시키는 중기계획이며, 용도지역·용도지구·용도구역에 관한 계획, 기반시설에 관한 계획, 도시개발사업 또는 정비사업에 관한 계획, 지구단위계획 등을 일관된 체계로 종합화하여 단계적으로 집행할 수 있도록 물적으로 표현하는 계획이다(「도시·군 관리계획 수립지침」 제2장 내지 제3장). 이를 표로 나타내면 다음과 같다.

---

44) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결.
45) 대법원 1998. 11. 27. 선고 96누13927 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005두1893 판결.
46) 국토계획법 제25조(도시ㆍ군 관리계획의 입안) ④ 도시ㆍ군 관리계획의 수립기준, 도시ㆍ군 관리계획도서 및 계획설명서의 작성기준ㆍ작성방법 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부 장관이 정한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

<표2-2> 국토계획의 체계



제4장 도시·군 관리계획은 세부적으로, 제1절 도시·군 관리계획의 수립 절차, 제2절 용도지역·용도지구·용도구역, 제3절 도시·군 계획시설 그리고 제4절 지구단위계획으로 구성되어 있다.

제1절 도시·군 관리계획은 당해 시·군의 지속 가능한 발전을 도모하기 위하여 10년 단위로 수립하는 법정계획으로 5년마다 재검토하는 것이다(국토계획법 제32조, 국토계획법 시행령 제29조). 이는 광역도시계획 및 도시·군 기본계획 등의 상위계획에서 제시된 장기적인 발전 방향을 실제 공간에 구체화하고 실현하기 위한 중기계획에 해당하며, 용도지역·용도지구·용도구역, 기반시설, 도시개발사업 또는 정비사업, 지구단위계획 등을 단계적으로 집행할 수 있는 물리적 방안을 표현하는 계획에 해당한다.

나) 용도지역·용도지구·용도구역

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제4장 제2절이 규정하고 있는 도시·군 관리계획의 용도지역·용도지구·용도구역은 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등을 제한하여 토지를 경제적이고 효율적으로 이용하여 서로 중복되지 않도록 도시·군 관리계획으로 결정하고 결과적으로는 공공복리의 증진을 도모하기 위한 것이다. 이 중 '용도지역'의 지정은 국토교통부장관, 시・도지사 또는 대도시 시장에 의하고, 도시・군 관리계획의 결정절차에 따라 지정하게 된다(국토계획법 제36조 제1항). 구체적으로는 도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역의 4개 지역으로 대분류를 하고, 중분류로는 9가지로 구분하는데 먼저 도시지역은 중분류로 주거지역·상업지역·공업지역·녹지지역을 두고, 관리지역은 중분류로 보전관리지역·생산관리지역·계획관리지역을 두고 있다. 농림지역은 농림지역 그리고 자연환경보전지역 역시 자연환경보전지역으로 하였다. 그리고 이들 중분류지역 구분은 다시 21가지의 소분류단위로 나뉘었는데 먼저 '주거지역'은 거주의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 지역으로 제1·2종 전용, 제1·2·3종 일반, 준주거지역으로 나누었고, '상업지역'은 상업이나 그 밖의 업무의 편익을 증진하기 위하여 필요한 지역으로 중심, 일반, 근린, 유통으로 나누었다. 그리고 '공업지역'은 공업의 편익을 증진하기 위하여 필요한 지역인데 전용, 일반, 준공업지역으로 나누고, 녹지지역은 자연환경·농지 및 산림의 보호, 보건위생, 보안과 도시의 무질서한 확산을 방지하기 위하여 녹지의 보전이 필요한 지역으로 보전녹지, 생산녹지, 자연녹지로 나누었다. 관리지역 중 '보전관리지역'은 자연환경 보호, 산림 보호, 수질오염 방지, 녹지공간 확보 및 생태계 보전 등을 위하여 보전이 필요하나 주변 용도지역과의 관계 등을 고려할 때 자연환경보전지역으로 지정하여 관리하기가 곤란한 지역이며, '생산관리지역'은 농업・임업・어업 생산 등을 위하여 관리가 필요하나 주변 용도지역과의 관계 등을 고려할 때 농림지역으로 지정하여 관리하기가 곤란한 지역 그리고 '계획관리지역'은 도시지역으로의 편입이 예상되는 지역이긴 하지만 자연환경을 고려하여 제한적인 이용・개발을 하고자 계획적・체계적인 관리가 필요한 지역으로 구분하여 지정하도록 규정하고 있다.

다음으로 '용도지구'제도는 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역의 제한을 강화 또는 완화 하여 용도지역의 기능을 증진 시키고 미관·경관·안전 등을 도모하기 위하여 도시·관리계획으로 결정하게 된다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이는 도시 내 지역별 기능이나 특성에 따라 경관지구·미관지구·고도지구 등 10개 지구가 있으며(국토계획법 제37조), 토지마다 반드시 지정해야 하는 것은 아닌 점에서 용도지역과 차이가 있다. 용도지구는 국토교통부장관, 시・도지사 또는 대도시 시장에 의하여 도시・군 관리계획으로 결정하게 된다. 경관·미관·특정용도제한지구는 지역 실정에 맞게 시·도 조례로 세분하여 용도지구 명칭 및 지정 목적, 행위 제한 사항 등을 정하여 도시·군 관리계획을 결정할 수 있고(국토계획법 제37조 제3항) 두 개 이상의 지구를 중복하여 지정할 수 있는 점 역시 특징적이다.

마지막으로 '용도구역' 제도는 용도지역 및 용도지구의 제한을 강화 또는 완화하여 따로 정하여 시가지의 무질서한 확산을 방지하고 계획적이고 단계적인 토지이용을 도모하여 토지이용의 종합적인 조정과 관리를 하고자 도시·군 관리계획으로 결정하게 된다. 용도구역은 도시의 무질서한 확산 방지와 도시 주변 자연환경 보전을 위한 개발제한구역, 무질서한 시가화를 방지하고 계획적이고 단계적인 도시개발을 도모하기 위한 시가화 조정구역, 수산자원의 보호와 육성을 위한 수산자원보호구역, 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가와 휴식공간을 제공하기 위한 도시 자연공원구역 등으로 구분된다.

다) 도시·군 계획시설

제3절이 정하는 도시·군 계획시설은 지상・수상・공중・수중 또는 지하에 기반시설을 설치하려면 그 시설의 종류・명칭・위치・규모 등을 미리 도시・군 관리계획으로 결정하도록 하는 것으로 기반시설 중 도시·군 관리계획으로 결정한 도시·군 계획시설은 국토계획법이 정하는 절차에 따라 설치하게 된다(국토계획법 제43조 내지 제48조의2). 도시·군 계획시설은 총 53개 종류가 있는데 ① 교통시설에 도로, 철도, 항만, 공항, 주차장, 자동차 정류장, 궤도, 운하, 자동차 및 건설기계 검사시설, 자동차 및 건설기계 운전학원 등 10가지, ② 공간시설에 광장, 공원, 녹지, 유원지, 공공공지 등 5가지, ③ 유통·공급시설에 유통업무 설비, 수도공급설비, 전기공급설비, 가스공급설비, 열 공급 설비, 방송·통신시설, 공동구, 시장, 유류저장 및 송유설비 등 9가지, ④ 공공·문화체육 시설에 학교, 운동장, 공공청사, 문화시설, 체육시설, 연구시설, 공공직업훈련시설, 도서관, 사회복지시설,

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

청소년수련시설 등 10가지, ⑤ 방재시설에 하천, 유수지, 저수지, 방화설비, 방풍설비, 사방설비, 방조설비 등 8가지, ⑥ 보건위생시설에 화장시설, 공동묘지, 봉안시설, 자연장지, 도축장, 장례식장 종합의료시설 등 7가지, ⑦ 환경기초시설에 하수도, 폐기물처리시설, 수질오염방지시설, 폐차장 등 4가지가 있으며 구체적인 결정 및 설치기준은 「도시·군 계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙」에서 정하고 있다.

라) 지구단위계획

제4절 지구단위계획은 제49조에서 제54조까지 규정하고 있다. 지구단위계획은 도시의 정비·관리·보전·개발 등 지구단위계획의 지정목적 범위와 주거・산업・유통・관광휴양・복합 등 지구단위계획구역의 중심기능 그리고 해당 용도지역의 특성을 고려하여 지역공동체의 활성화·안전하고 지속 가능한 생활권의 조성·해당 지역 및 인근지역의 토지이용을 고려한 토지이용계획과 건축계획의 조화를 고려하여 수립해야 한다(국토계획법 제49조).

마) 도시·군 관리계획의 법적 효력

도시·군 관리계획의 도시·군 기본계획과의 큰 차이점은 바로 계획이 법적 구속력을 가진다는 점이다. 즉, 대법원은 도시계획결정(국토계획법상의 도시·군 관리계획에 해당하는 것으로 (구)도시계획법 제4장에서 규정하고 있었다)이 "특정 개인의 권리 내지 법률상 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다"고 판시하여 도시·군 기본계획과 구별하고 있다.[47] 이러한 법원의 입장은 최근에도 이어지고 있다.[48]

국토계획법에 있어서도 입법자는 도시·군 기본계획은 정책 방향을 포함하도록 하는 것에 그친 것에 비하여(국토계획법 제19조 제1항) 도시·군 관리계획은 개발

47) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결; 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결; 법원도서관, 『대법원 판례 해설 2004년 상반기』, 법원도서관, 2004, 149-160면 참조.
48) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두5806 판결; 김병기, "도시군 관리계획 변경입안 제안 거부와 형량명령-대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두5806 판결을 중심으로-", 『행정법연구』, 제37호, 행정법이론실무학회, 2013, 182면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

행위허가의 기준으로 삼아 '도시·군 관리계획 및 성장관리계획의 내용에 어긋나지 아니할 것'을 규정하여 도시·군 관리계획이 개발행위허가를 신청하는 국민의 권리와 의무의 변동에 직접적인 영향을 미치도록 하고 있다(국토계획법 제58조 제1항 제2호).

(3) 개발행위의 허가

이 논문의 주제이기도 한 국토계획법상의 개발행위허가는 국토계획법 제5장에서 제56조에서 제70조까지 규정하고 있다. 개발행위허가는 전 국토를 대상으로 하며, 토지에 대한 개발행위를 위한 허가는 신청인이 제출한 계획의 적정성, 기반시설의 확보 여부, 주변환경과의 조화 등을 고려하도록 하여 난개발을 방지하기 위한 제도이다. 특별시장·광역시장·시장·군수는 국토의 계획 및 이용에 관한 법령 및 개발행위허가 운영지침에서 위임하거나 정한 범위 안에서 도시·군 계획, 조례 등을 마련하여 개발행위허가제도 운영을 하도록 규정하고 있다.

(4) 그 밖의 규정들

국토계획법 제6장은 용도지역·용도지구 및 용도구역에서의 행위 제한에 대한 것으로 제76조에서 제84조에 걸쳐 규정하고 있다. 제7장은 도시·군 계획시설사업의 시행에 대한 것으로 제85조에서 제100조에 이르러 규정하고 있다. 제8장은 비용과 관련한 것으로 제101조에서 제105조의2에 걸쳐 규정하고 있으며 광역도시계획 및 수립과 도시・군 계획시설사업에 관한 비용은 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 국가가 하는 경우 국가 예산에서, 지방자치단체가 하는 경우 해당 지방자치단체가, 행정청이 아닌 자가 하는 경우 그 자가 부담함을 원칙으로 하는 것으로 규정하고 있다(제101조). 제9장은 도시계획위원회에 대한 것이다. 제10장은 토지거래의 허가 등에 대한 것이었으나 「부동산거래 신고 등에 관한 법률」이 2016. 1. 19. 법률 제13797호로 제정되어 2017. 1. 20.부터 시행되면서 부동산거래신고, (구)외국인토지법상의 외국인의 토지취득 신고·허가, 국토계획법상 토지거래허가 등 부동산 거래 관련 인허가제도의 근거 법률을 일원화함에 따라 국토계획법 제117조에서 제126조에 이르는 규정은 2016. 1. 19. 자로 삭제되었다.[49] 제11장은 보칙, 마지막으로 제12장은 벌칙을 규정하고

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

있다.

3) 국토계획법의 특징[50]

국토계획법은 국토에 관한 최상위 법률인 「국토기본법」에 기초하여 국토의 이용·개발과 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 있어 필요한 사항을 규정한 법률이다(국토계획법 제1조). 여기서 「국토기본법」이란, 국토종합계획을 중심으로 국토에 관한 계획 및 정책을 수립·시행함에 있어서 지향하여야 할 이념 내지는 기본방향(지침)을 제시하는 법률인바 (구)국토건설종합계획법을 폐지하면서 2002. 2. 4. 법률 제6654호로 제정되어 국토계획법과 함께 2003. 1. 1.부터 시행되었다.[51]

국토계획법은 그 법률 명칭에서도 나타나듯 전 국토의 이용과 개발에 대한 '계획수립'에 방점을 두고 있다.[52] 종전 (구)도시계획법이나 (구)국토이용관리법과 비교하여 국토계획법의 주요 특징을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국토계획법은 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 (구)도시계획법, 비도시지역에는 (구)국토이용관리법으로 이원적으로 운용하던 것을 (구)도시계획법과 (구)국토이용관리법을 통합하여 비도시지역에도 (구)도시계획법에 의한 도시계획기법을 적용함으로써 국토의 계획적·체계적인 이용을 통한 난개발의 방지와 환경친화적인 국토이용체계를 구축한 것이 가장 큰 특징이다. 즉, 도시계획기법이라고 할 때 먼저 도시계획은 시민에게 안전하고 위생적인 주거를 제공하는 것을 가장 큰 목적으로 하면서 시민이 공동생활을 유지할 수 있도록 적절한 공공시설이 갖추어져야 하며 경관의 보호와 환경의 보호로 도시민의 미적

---

49) (구)외국인토지법은 법률 제4726호로 1994. 1. 7. 제정되어 1994. 4. 8.부터 시행되고 있었으나, 「부동산 거래 신고 등에 관한 법률」이 2016. 1. 19. 제정되면서 (구)외국인토지법의 규정 내용을 흡수함에 따라 같은 날 폐지되었다.

50) 이 "3)「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 특징" 목차에서 인용하는 국토계획법은 법률 제6655호로 2002. 2. 4. 제정되어 2003. 1. 1. 시행된 국토계획법을 지칭하고,「국토기본법」은 법률 제6654호로 2002. 2. 4. 제정되어 2003. 1. 1. 시행된 것을 지칭한다.

51) 박균성, 앞의 책, 717면.

52) 이와 관련하여 건설교통부가 애초에 법제처 심사의뢰 당시 제출한 법률안의 명칭은 "국토이용 및 도시계획에 관한 법률"이었으나 국토 전체에 대한 계획이라는 의미를 담기 부족하다는 논의가 있어 법제처 심사과정에서 다시 "국토이용 및 계획에 관한 법률"로 바꾸어 국회에 제출하였고, 국회 건설교통위원회에서는 다시 "선계획 → 후개발"이라는 입법 취지를 강조하여야 한다고 하여 지금과 같은「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 된 것이다(국토교통부, 앞의 책, 96-97면 참조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

욕구가 충족될 것을 그 목표로 한다.[53] 이를 위하여 (구)도시계획법에 의한 도시계획은 용도지역·용도지구·용도구역의 지정 외에 도시계획시설의 결정, 도시계획사업의 시행 등 토지의 이용에 관한 다양한 측면을 고려하여 규율하고 있었다. 이에 반하여, (구)국토이용관리법에 의한 국토이용계획은 단순히 국토를 그 용도에 따라 구분하는데 그치고 있어서 비도시지역의 경우 균형있는 토지이용과 그 효용을 기하는 것에 한계가 있었다. 하지만 국토계획법이 (구)도시계획법과 (구)국토이용관리법을 통합함으로써 국토이용계획이 도시계획에 흡수됨에 따라 각 시·군별로 도시계획을 수립하여 전 국토를 (구)도시계획법에 의한 도시계획과 같이 관리하게 된 것이다.[54]

둘째, 「국토기본법」은 계획체계를 개편하면서, 국토 전체를 대상으로 국토종합계획을 수립하고(「국토기본법」 제6조 제2항 제1호), 도(道)에는 도종합계획을 수립하도록 하였다(「국토기본법」 제6조 제2항 제2호). 이때 경기도는 수도권정비계획으로, 제주특별자치도는 "제주 국제자유도시 종합계획"으로 도 종합계획을 갈음하도록 하였다(「국토기본법 시행령」 제5조 제1항). 그리고 종전의 국토이용계획과 도시계획을 통합하여 각 시·군이 행정구역 전역에 대하여 도시계획을 수립하도록 하였고, 군(郡)지역은 군계획을 수립하도록 하였다(「국토기본법」 제6조 제2항 제3호). 도시·군계획은 기본계획과 관리계획으로 나누어, 도시·군 기본계획은 시·군의 공간구조와 장기발전 방향을 제시하도록 하였고, 도시·군 관리계획은 구체적 집행에 관한 계획으로 5년마다 재정비하도록 하였다(국토계획법 제2조).

셋째, 용도지역·지구·구역 개편과 관련하여, (구)국토이용관리법이 전 국토를 도시지역·준도시지역·농림지역·준농림지역·자연환경보전지역의 5개 용도지역으로 나누던 것을((구)국토이용관리법 제6조) 국토계획법은 준도시지역과 준농림지역을 관리지역으로 통합하여 도시지역·관리지역·농림지역·자연환경보전지역의 4개의 용도지역으로 축소하였다(국토계획법 제6조, 같은 법 부칙 제14조). 이 중 도시지역은 (구)도시계획법에 의한 주거·상업·공업·녹지의 기존체제를 유지하되, 관리지역은 보전·생산·계획관리지역으로 세분화하여 난개발 문제가 제기되었던 준농림지역에

53) 박균성, 앞의 책, 720면 참조.
54) 국토교통부, 앞의 책, 99면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대한 난개발 문제 해소를 도모하였다(국토계획법 제7조).

'용도지역'이라는 용어사용에 있어서도 종전 (구)도시계획법이 '지역'이라고만 규정하여 다른 법에서 '지역'이라고 하는 경우 (구)도시계획법이 정하는 용도지역을 의미하는 것인지 아니면 일단의 토지를 의미하는 것인지 혼란을 가져왔으나 국토계획법은 (구)도시계획법이 지정한 '지역'을 '용도지역'으로 명확하게 포함시켜 이러한 혼란을 해소하였다(국토계획법 제2조 제15호 및 제36조).

넷째, 관리지역에서의 건축행위 제한은 '네가티브(Negative) 방식'에서 '포지티브(Positive) 방식'으로 전환하였다(국토계획법 시행령 제71조 제1항 제17호 내지 제19호).[55] 즉, 상술한 세 번째 특징과 같이 국토계획법에 의한 관리지역은 종전 (구)국토이용관리법의 '준도시지역'과 '준농림지역'을 통합한 것인데 (구)국토이용관리법에서 '준도시지역'과 '준농림지역'에 대한 행위 제한 방식은 우선 허용 하되 일정한 경우 제한하는 '네가티브(Negative) 방식'을 취하고 있었다((구)국토이용관리법 시행령 제13조 및 제14조). 하지만 국토계획법은 국토계획법 제36조에 의한 용도지역 안에서의 건축행위는 국토계획법 시행령 제71조에 의한 경우에만 허용되도록 함으로서 종전에는 (구)국토이용관리법상의 '준도시지역'과 '준농림지역'에 해당하여 '네가티브(Negative) 방식'으로 규율되던 것이 이제는 '포지티브(Positive) 방식'으로 규율되게 된 것이다.[56] 이는 국토계획법이 난개발을 방지하고자 한 것에 큰 목표를 두었음을 다시 한번 확인할 수 있는 내용이라 할 것이다.

다섯째, 토지를 합리적으로 이용하고 토지에 대한 중복규제를 최소화하기 위하여 다른 법률에 의하여 일정 면적 이상의 지역·지구·구역 등을 지정하고자 하는 경우에는 국토교통부장관과 미리 협의하거나 승인을 얻도록 하였다(국토계획법 제8조 제2항, 국토계획법 시행령 제5조 제1항 내지 제2항). 이는 다른 법률에 의하여 지역·지구·구역·구획 등이 남발되는 것을 방지하기 위한 조치로 국토계획법이 난개발을 방지하면서도 국토의 체계적 관리에 대한 고려 역시 놓치지 않았음

55) '네가티브(Negative) 방식'은 우선허용·사후규제 방식으로 '자유 우선제도'라고도 한다. 즉, 규제로 인해 제한되는 권리나 부과되는 의무를 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙적으로 허용하는 방식을 말한다. '포지티브(Positive) 방식'은 '네가티브(Negative) 방식'의 반대로 우선금지·사후허용 방식이다. 즉, 원칙적으로 제한하지만 일정 요건을 갖춘 경우 허용하는 방식이다.

56) (구)도시계획법은 국토계획법과 마찬가지로 '포지티브(Positive) 방식'을 취하고 있었다((구)도시계획법 제32조 및 같은 법 시행령 제51조). 그리고 국토계획법에 따르더라도 (구)도시계획법이 정하고 있던 용도지역의 경우는 종전과 같이 그대로 '포지티브(Positive) 방식'을 취하고 있다(국토계획법 시행령 제71조 제1항 제1호 내지 제16호).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

을 보여주는 것이다.

여섯째, 건축물의 건축이나 토지의 형질변경 등의 경우에 있어 허가를 받도록 하는 개발행위허가제도가 종전에는 도시지역에 한정되어 실시되었으나((구)도시계획법 제46조), 국토계획법의 제정으로 개발행위허가제도의 실시지역이 전국토로 확대되어 비도시지역에 대하여도 확대 적용하게 되었다(국토계획법 제56조). 그뿐만 아니라 동일한 목적으로 수차례에 걸쳐 부분적으로 개발하는 연접개발을 방지하기 위한 기준을 제시하였다(국토계획법 시행령 제55조 제4항). 한편, 허가권자가 일정한 개발행위에 대하여 개발행위허가를 하고자 하는 경우에는 미리 도시계획위원회의 심의를 거치도록 하였다(국토계획법 제59조 제1항, 같은 법 시행령 제57조 제1항).

일곱째, 기반시설의 용량 범위 내에서 개발을 허용하는 것을 내용으로 하는 "개발밀도관리구역"과 "기반시설부담구역"을 도입하여 이른바 개발행위가 기반시설과 연동될 수 있도록 하였다. 즉, 도심지와 같이 기반시설의 추가설치가 어려울 정도로 개발이 완료된 지역에서는 추가적인 개발행위로 인하여 기반시설의 용량이 부족하지 않도록 건폐율·용적률을 강화할 수 있게 되었다(국토계획법 제66조 제1항 내지 제2항, 같은 법 시행령 제62조 제1항). 그리고 개발행위가 집중되어 도로·하수도 등 기반시설의 설치가 새로이 필요한 지역에서 개발행위를 하는 자는 기반시설을 직접 설치하거나 설치에 필요한 비용을 시장·군수 등에게 납부하도록 하였다(국토계획법 제67조 제1항, 같은 법 시행령 제64조 제1항).

여덟째, 종전 (구)국토이용관리법상의 '준농림지역'의 경우 개발이 소규모·산발적으로 이루어져 기반시설이 부족하게 되고 환경이 훼손되는 문제점이 발생하여 전체적인 도시 차원에서의 종합적 토지이용계획이나 도시의 발전계획이나 방향성에 대한 고려가 미흡하다는 비판을 받아왔다.[57] 국토계획법은 이를 해결하기 위하여 계획관리지역이나 개발진흥지구에 대하여 개발 용도로 사용할 수 있는 지역을 미리 제2종 단위계획구역으로 지정하고 제2종 지구단위계획을 수립하도록 하여 이에 따라 개발을 하도록 하였다. 이렇듯 미리 계획을 상세하게 세워 기반시설의 부족과 환경 훼손을 최소화하도록 하였다(국토계획법 제51조 제3항).

57) 이 논문, 8-10면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제2절 개발행위허가제도의 의의와 내용

1. 개발행위허가제도의 의의

1) 개발행위허가제도의 개념

개발행위허가제도는, 이웃 토지와 연접한 어느 한 토지의 이용은 인접 토지의 이용과 부조화를 발생시킬 수 있고, 사적인 개발행위가 각종 계획(도시 관리계획, 도시계획사업 등)과 상충할 수 있으므로 이러한 문제점을 예방하고, 계획적 개발을 유도하여 국토를 효율적・합리적으로 이용하고 체계적으로 관리하기 위한 것이다.[58] 이를 위하여 행정청은 허가 신청대상 토지의 기반시설 확보 여부, 주변 환경과의 조화 등을 사전에 검토하고 적합할 경우 허가를 하고 있다.[59] 즉, 개발행위허가제도는 개발계획의 적정성, 기반시설의 확보 여부, 주변환경과의 조화 등을 고려하여 도시계획 차원에서 검토가 필요하거나 관리하는 것이 타당하다고 판단되는 경우 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 개발행위에 대한 허가 여부를 결정하여 국토의 난개발을 방지하기 위한 제도이다.[60]

2) 개발행위허가제도의 연혁

58) 국토해양부, 『개발행위허가제도 길라잡이』, 국토해양부, 2010, 2면; 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2021, 721면; 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바271 결정.

59) 국토계획법 제56조(개발행위의 허가) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위(이하 "개발행위"라 한다)를 하려는 자는 특별시장、광역시장、특별자치시장、특별자치도지사、시장 또는 군수의 허가(이하 "개발행위허가"라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시、군 계획사업(다른 법률에 따라 도시、군계획사업을 의제한 사업을 포함한다)에 의한 행위는 그러하지 아니하다.

1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치
2. 토지의 형질 변경(경작을 위한 경우로서 대통령령으로 정하는 토지의 형질변경은 제외한다)
3. 토석의 채취
4. 토지 분할(건축물이 있는 대지의 분할은 제외한다)
5. 녹지지역、관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위

60) 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바241 결정; 박균성, 앞의 책, 774면; 석종현, "개발행위허가제에 관한 고찰", 『토지공법연구』, 제71집, 한국토지공법학회, 2015, 3면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 개발허가의 연혁

개별법령에서 '개발허가'라는 용어를 사용한 연혁을 살펴보면, 「먹는물관리법」이 1995. 1. 5. 법률 제4908호로 제정될 당시부터 제9조에서 '샘물개발허가'를 규정하였고, (구)염관리법은 1963. 10. 28. 법률 제1419호로 제정될 당시부터 부칙으로 '(구)염관리임시조치법에 의한 염전개발허가를 받은 자는 (구)염관리법 제3조에 의한 허가를 얻은 것으로 본다'고 규정하였으며, 「온천법」은 제9조에서 지하수의 개발허가를 규정하고, 「지하수법」은 1997년 전부개정을 통하여 지하수개발허가를 규정하고 있었다.[61] 하지만 이들 규정에서 '개발허가'는 샘물 또는 지하수, 온천 자체에 대한 적정한 개발허가를 의미하는 것이어서 전 국토에 대한 효율적 이용 및 관리의 관점에서 그 개발의 허용여부를 검토하는 국토계획법상의 개발행위허가와는 그 취지를 달리한다.[62]

(2) 개발행위의 연혁

(구)국토이용관리법은 1982. 12. 31. 법률 제3642호로 일부 개정하면서 제27조에서 용도구역에서 개발행위를 하는 경우 일정한 법률이 배제된다는 점을 규정하고, (구)국토이용관리법 시행령도 1983. 5. 30. 대통령령 11137호로 전부 개정하면서 제44조에 개발행위에 대한 신고 규정을 두었는데 여기서 말하는 '개발행위'는 지금의 국토계획법에서와 마찬가지의 의미 즉, 용도구역 안에서 '토지를 이용한 행위'를 총칭하는 개념으로 사용되었다. 하지만 그러한 개발행위에 대한 허가를 요구하는 내용을 규정한 것이 아니라 단순히 용도구역에서의 토지이용행위를 의미하는 개념으로 사용하는 정도에 그쳤다.[63]

---

61) 김은주, "지하수의 지속 가능한 개발 및 이용을 위한 법적 과제", 『환경법연구』, 제41권 제3호, 한국환경법학회, 2019, 10면.

62) 류해웅·정우형, 앞의 논문, 31면.

63) (구)국토이용관리법 [시행 1983. 2. 1.] [법률 제3642호, 1982. 12. 31., 일부개정]
제27조 (다른 법률과의 관계) ① 제7조 및 제8조의 규정에 의하여 결정ㆍ고시된 다음의 용도지역 안에서 제14조의2 제1항 제2호ㆍ제5호ㆍ제7호 또는 제9호의 규정에 따라 행하는 개발행위에 관하여는 농지의보전및이용에관한법률 제4조 및 제5조, 산림법 제62조 및 제90조와 사방사업법 제14조의 규정은 이를 적용하지 아니한다. ② ~ ④ 생략
제14조의2 (용도지역의 관리의무) ① 국가 또는 지방자치단체는 국토이용계획으로 정하여진 용도지역의 효율적인 이용ㆍ관리를 위하여 다음에 의하여 당해 지역에 관한 개발ㆍ정비 및 보전에 필요한 조치를 강구 하여야 한다. ② 생략
(구) 국토이용관리법시행령 [시행 1983. 5. 30.] [대통령령 제11137호, 1983. 5. 30., 전부개정] 제44조 (개발행위에 대한 신고) 법 제27조 제3항 본문의 규정에 의하여 취락지역ㆍ공업지역ㆍ관광휴양지역ㆍ개발촉진지역 안에서의 개발행위와 공공시설 등의 설치를 위한 개발행위를 하고자 할 경우 관할 시장 또는 군수에게 신고할 사항은 다음과 같다.
1. 용도지역 등의 구분

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(3) 개발행위허가의 연혁

우리 법제에서 '개발행위허가'라는 명칭이 처음 등장한 것은 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 (구)도시계획법이 전부개정 되면서 제46조에 '개발행위허가'를 규정 하면서 부터다. 하지만 '개발행위허가'의 내용이 되는 토지의 형질변경·공작물의 축조·토석의 채취 등에 대한 허가를 규정한 것은 훨씬 이전이다. 즉 1962. 1. 20. 법률 제983호로 제정된 (구)도시계획법은 도시의 건전한 발전을 목적으로 한다고 하였는데 이 당시 도시계획은 ① 도시에 필요한 시설인 도시계획시설사업을 열거하여 그 설치에 관한 계획을 국토건설청장이 수립하도록 하고 이들 시설의 설치는 행정청이 하도록 하였으며, ② 도시계획구역을 지역과 구역이 포함되도록 하여 결정하고 도시계획을 수립하면 이를 고시하도록 하였다.[64] 이때 이 고시가 있은 후 도시계획사업에 필요한 토지에서 토지의 형질을 변경하거나 공작물을 신축, 개축, 증축 또는 제거하거나 물건을 부가 또는 증치하는 행위 그리고 죽목 또는 토석을 채취하는 행위를 하는 경우에 대하여 (구)도시계획법은 제13조에 '토지 등의 보전'이라고 하여 미리 구역을 관할하는 시장 또는 군수의 허가를 받도록 하였다. 다만 이때는 따로 '개발행위허가'라는 단어를 사용한 것은 아니었다.

이 규정은 계속 유지되다가 1971. 1. 19. 법률 제2291호로 (구)도시계획법이 전부개정 되면서부터 제4조로 위치를 옮겨 '행위 등의 제한'을 규정하면서 도시계획구역 안에서 토지의 형질변경 또는 죽목의 재식이나 토석의 채취, 건축물 기타 공작물의 신축・개축 또는 증축이나 이동이 용이하지 아니한 물건의 설치 또는 퇴적, 그 밖에 대통령령이 정하는 면적 이하로 토지를 분할 하는 경우 시장 또는 군수의 허가를 얻도록 하였었다. 그 후 1972년 개정에서는 허가대상을 확대하여 도시계획사업에 지장이 있는지를 불문하고 도시계획구역 안에서 이루어지는 토지의 형질변경, 건축물의 건축 등에 대하여 허가를 받도록 하였다.

이후 2000년 (구)도시계획법을 다시 전부개정 하면서 개발행위허가라는 명칭이 처음으로 등장하게 되었다(제46조).[65] 즉, 도시계획구역 안에서 도시계획사업에 의하지 아니

---

2. 당해 용도지역 등의 위치와 면적을 표시한 축척 2만5천분의 1 이상의 지형도
3. 당해 지역의 토지조서 및 축척 1천200분의 1 이상의 지적도(임야인경우에는 축척 6천분의 1 이상의 임야도)
4. 개발계획서
5. 기타 필요한 사항

64) 김광수, "개발행위허가의 쟁점과 절차", 『토지공법연구』, 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 6면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

하고 일정한 행위를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가(개발행위허가)를 받아야 한다고 규정하면서 '개발행위'라는 용어를 사용하였으며, 이에 대한 허가를 '개발행위허가'라고 한 것도 이때 시작된 것이다.[66] 이때의 전부개정을 통하여 종전에는 (구)도시계획법 시행규칙 제8조를 통하여 부령으로 규정하고 있던 개발행위허가의 기준 및 절차 등도 법률로 명시하게 되었다.

하지만 2000년경부터 준농림지역을 중심으로 난개발이 심각한 사회문제로 대두되자, 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 (구)도시계획법, 비도시지역에는 (구)국토이용관리법으로 이원화하여 운용하던 체계를 변경하고, 2003. 1. 1.부터 이들을 통합한 국토계획법을 시행하기에 이르렀다. 국토계획법에서는 종전의 (구)도시계획법에 따른 개발행위허가의 적용지역을 도시지역뿐만 아니라 비도시지역으로까지 확대하는 한편, 개발행위허가를 할 때는 개발계획, 개발밀도의 적정성, 기반시설의 확보 등을 종합적으로 검토해서 허가 여부를 결정하도록 하였다. 이는 앞서 언급한 바와 같이, 종전에는 도시지역과 비도시지역에 대한 관리체계가 이원적으로 운영되어, (구)도시계획법으로 관리되고 있는 도시지역 이외의 지역, 특히 준농림지역이 도시지역 내부의 녹지지역보다 오히려 개발행위가 용이하게 되고 이에 따라 도시지역 외곽에 있는 토지의 난개발이 초래되자, 계획적인 토지 개발과 이용의 도모, 환경친화적 개발의 도모, 기반시설이 정비된 개발의 실현에 이바지하기 위한 목적으로 국토계획법에서는 개발행위허가제도를 전 국토를 대상으로 확대 적용하게 된 것이다.[67]

2. 개발행위허가제도의 내용

65) 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부 개정된 (구)도시계획법은 '제5장 개발행위의 허가'에 '제46조(개발행위의 허가)' 규정을 두고 제1항으로, "도시계획구역 안에서 도시계획사업에 의하지 아니하고 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위(이하 "開發行爲"라 한다)를 하고자 하는 자는 특별시장ㆍ광역시장ㆍ시장 또는 군수의 허가(이하 "開發行爲許可"라 한다)를 받아야 한다. 다만, 제2호 및 제3호의 개발행위 중 산림 안에서의 임도의 설치와 사방사업에 관하여는 각각 산림법 및 사방사업법의 규정에 의한다"라고 규정하였다.
66) 김광수, 앞의 논문, 6면.
67) 이 논문, 10면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

1) 개발행위의 허가

(1) 개발행위허가의 대상

국토계획법은 일정한 개발행위에 대하여 사전에 허가를 받도록 규정하고 있다(국토계획법 제56조 제1항). 허가를 얻어야 하는 개발행위는, 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지 분할, 녹지지역・관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위로 하고 있다. 이때 '토지의 형질변경'의 의미와 관련하여 대법원은 절토, 성토, 정지 또는 포장 등으로 토지의 형상을 변경하는 행위와 공유수면의 매립을 뜻하는 것으로 토지의 형질을 외형상·사실상 변경시킬 것과 그 변경으로 인하여 원상회복이 어려운 상태에 있을 것을 요하지만 형질변경 허가에 관한 준공검사를 받거나 토지의 지목까지 변경시켜야 하는 것은 아니라고 하고 있다.[68]

(2) 개발행위허가의 제외대상

한편 개발행위에 해당하기는 하더라도 개발행위허가를 얻지 않아도 되는 사항으로 재해복구나 재난수습을 위한 응급조치, 「건축법」에 따라 신고하고 설치할 수 있는 건축물의 개축・증축 또는 재축과 이에 필요한 범위에서의 토지의 형질 변경(도시・군 계획시설사업이 시행되지 아니하고 있는 도시・군계획시설의 부지인 경우만 가능하다), 그 밖에 대통령령으로 정하는 경미한 행위를 규정하고 있다(제56조 제1항, 제3항). 하지만 재해복구나 재난수습을 위한 응급조치를 위한 개발행위의 경우는 1개월 이내에 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 신고하여야 한다(제56조 제4항). 세부적으로 대통령령이 정하는 경미한 행위는 다음과 같다.

○ 건축물의 건축 : 「건축법」 제11조 제1항에 따른 건축허가 또는 같은 법 제14조 제1항에 따른 건축신고 및 같은 법 제20조 제1항에 따른 가설건축물 건축의 허가 또는 같은 조 제3항에 따른 가설건축물의 축조신고 대상에 해당하지 아니하는 건축물의 건축

○ 공작물의 설치

68) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두300 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

가. 도시지역 또는 지구단위계획구역에서 무게가 50톤 이하, 부피가 50세제곱미터 이하, 수평 투영면적이 50제곱미터 이하인 공작물의 설치. 다만, 「건축법 시행령」 제118조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 공작물의 설치는 제외한다.

나. 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역외의 지역에서 무게가 150톤 이하, 부피가 150세제곱미터 이하, 수평투영면적이 150제곱미터 이하인 공작물의 설치. 다만, 「건축법 시행령」 제118조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 공작물의 설치는 제외한다.

다. 녹지지역·관리지역 또는 농림지역 안에서의 농림어업용 비닐하우스(비닐하우스 안에 설치하는 육상 어류양식장을 제외한다)의 설치

○ 토지의 형질변경

가. 높이 50센티미터 이내 또는 깊이 50센티미터 이내의 절토·성토·정지 등(포장을 제외하며, 주거지역·상업지역 및 공업지역 외의 지역에서는 지목변경을 수반하지 아니하는 경우에 한한다)

나. 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역 외의 지역에서 면적이 660제곱미터 이하인 토지에 대한 지목변경을 수반하지 아니하는 절토·성토·정지·포장 등(토지의 형질변경 면적은 형질변경이 이루어지는 당해 필지의 총면적을 말한다. 이하 같다)

다. 조성이 완료된 기존 대지에 건축물이나 그 밖의 공작물을 설치하기 위한 토지의 형질변경(절토 및 성토는 제외한다)

라. 국가 또는 지방자치단체가 공익상의 필요에 의하여 직접 시행하는 사업을 위한 토지의 형질변경

○ 토석채취

가. 도시지역 또는 지구단위계획구역에서 채취면적이 25제곱미터 이하인 토지에서의 부피 50세제곱미터 이하의 토석채취

나. 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역외의 지역에서 채취면적이 250제곱미터 이하인 토지에서의 부피 500세제곱미터 이하의 토석채취

○ 토지분할

가. 「사도법」에 의한 사도개설허가(私道開設許可)를 받은 토지의 분할

나. 토지의 일부를 공공용지 또는 공용지로 하기 위한 토지의 분할

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다. 행정재산중 용도폐지되는 부분의 분할 또는 일반재산을 매각·교환 또는 양여하기 위한 분할

라. 토지의 일부가 도시·군계획시설로 지형도면고시가 된 당해 토지의 분할

마. 너비 5미터 이하로 이미 분할된 토지의 「건축법」 제57조제1항에 따른 분할 제한면적 이상으로의 분할

○ 물건을 쌓아놓는 행위

가. 녹지지역 또는 지구단위계획구역에서 물건을 쌓아놓는 면적이 25제곱미터 이하인 토지에 전체무게 50톤 이하, 전체부피 50세제곱미터 이하로 물건을 쌓아놓는 행위

나. 관리지역(지구단위계획구역으로 지정된 지역을 제외한다)에서 물건을 쌓아놓는 면적이 250제곱미터 이하인 토지에 전체무게 500톤 이하, 전체부피 500세제곱미터 이하로 물건을 쌓아놓는 행위

이 외에도 개발행위허가가 제외되는 경우들이 있다.

○ 개발제한구역에서의 행위제한은 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에 따라 이뤄진다.

○ 도시자연공원구역에서의 행위제한은 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」에 따르게 된다.

○ 시가화조정구역에서는 국토계획법에 따른 별도의 행위허가 대상이다(국토계획법 제81조 제2항)

○ 기타 다른 법률에서 개발행위허가 대신 그 법률에 따른 행위허가를 받도록 하는 특례규정을 두는 경우가 있는데 이 경우는 그 법률에 따른다.

(3) 개발행위 변경허가

개발행위허가를 받은 사항을 변경하는 경우에는 변경허가를 받아야 한다(국토계획법 제56조 제2항). 다만 경미한 사항을 변경하는 경우에는 변경허가 대상에서 제외할 수 있도록 하고 있다. 즉 사업기간을 단축하는 경우, 부지면적 또는 건축물 연면적을 5퍼센트 범위 안에서 축소하는 경우, 관계 법령의 개정 또는 도시·군 관리계획의 변경에 따라 허가받은 사항을 불가피하게 변경하는 경우,

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제26조 제2항 및 「건축법」제26조에 따라 허용되는 오차를 반영하기 위한 변경, 「건축법 시행령」제12조 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 변경인 경우가 이에 해당한다 (국토계획법 시행령 제52조 제1항). 다만 경미한 사항을 변경한 경우라도 그 사실을 지체없이 허가권자에게 통지하여야 한다.

(4) 개발행위허가의 절차

개발행위허가 신청을 위해서는 허가신청서에 구비서류를 첨부하여 허가권자에게 제출한다. 허가신청서에서는 허가대상 행위별로 체크를 하게 되는 두 개 이상의 행위를 동시에 신청할 수 있다(국토계획법 시행규칙 별지 제5호 서식). 다만 허가신청서상 건축물의 건축은 체크할 수 없는데 이는 「건축법」에 따른 건축허가 신청시 의제처리 되기 때문이다. 즉, 「건축법」적용을 받는 건축물의 건축 및 공작물의 설치에 대한 신청절차는 「건축법」에 따른다. 때문에 「건축법」에 따라 신청서류를 제출하는 경우 별도의 개발행위허가 신청은 필요하지 않다. 다만 이는 신청절차에 있어서 「건축법」을 따른다는 것일 뿐이고 개발행위허가 기준의 적용 역시 제외된다는 것을 의미하는 것이 아니다. 「건축법」에 따른 건축물의 건축 및 공작물의 설치 외에 토지의 형질변경 및 다른 행위도 필요로 하는 경우에는 그 행위에 대한 개발행위허가를 별도로 받거나 관련서류를 첨부하여 의제 협의를 받아야 한다.

개발행위허가 신청시 제출하는 구비서류는 토지의 소유권·사용권 등 당해 토지에 개발행위를 할 수 있음을 증명하는 서류, 토지의 형질변경 및 토석채취를 위한 개발행위허가의 경우는 배치도 등 공사 또는 사업 관련 도서와 개발행위의 시행으로 폐지되거나 대체 또는 새로이 설치할 공공시설의 종류·세목·소유자 등의 조서 및 도면과 예산내역서, 「건축법」의 적용을 받지 않는 공작물의 설치인 경우 설계도서, 「건축법」에 따른 건축을 목적으로 하는 토지의 형질변경을 위한 경우는 당해 건축물의 용도 및 규모를 기재한 서류, 위해·환경오염방지·경관·조경 등을 위한 설계도서 및 그 예산내역서(다만 토지분할을 위한 개발행위허가의 경우에는 제외된다), 관련 인허가의제를 위해 관계 행정기관장과의 협의에 필요한 서류 등이 있다(국토계획법 시행규칙 제9조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2) 개발행위허가의 제한

(1) 개발행위허가 제한 지역

국토교통부장관, 시・도지사, 시장 또는 군수는 ① 녹지지역이나 계획관리지역으로서 수목이 집단적으로 자라고 있거나 조수류 등이 집단적으로 서식하고 있는 지역 또는 우량농지 등으로 보전할 필요가 있는 지역, ② 개발행위로 인하여 주변의 환경・경관・미관・문화재 등이 크게 오염되거나 손상될 우려가 있는 지역, ③ 도시・군 기본계획이나 도시・군 관리계획을 수립하고 있는 지역으로서 그 도시・군 기본계획이나 도시・군 관리계획이 결정될 경우 용도지역・용도지구 또는 용도구역의 변경이 예상되고 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것으로 예상되는 지역, ④ 지구단위계획구역으로 지정된 지역, ⑤ 기반시설부담구역으로 지정된 지역, 도시・군 관리계획상 특히 필요하다고 인정되는 지역에 대해서는 국토계획법 시행령으로 정하는 바에 따라 중앙도시계획위원회나 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐서 한차례만 3년 이내의 기간 동안 개발행위허가를 제한할 수 있도록 규정하고 있다(국토계획법 제63조).

(2) 도시·군 계획시설 부지에서의 개발행위 제한

도시·군 계획시설의 설치 장소로 결정된 지상·수상·공중·수중 또는 지하는 그 도시·군 계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치 허가를 제한하므로 이 범위에서의 개발행위허가도 제한되는 것이 원칙이다(국토계획법 제64조 제1항). 다만 예외적인 경우 일부 허용된다(국토계획법 제64조 제2항 및 국토계획법 시행령 제61조). 이 경우에도 개발행위허가 기준 및 관련 법령에 적합하여야 함은 물론이다.

(3) 공공시설의 무상귀속

공공시설의 귀속에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 개발행위허가를 받은 자가 공공시설을 설치하는 경우 사업시행자가 새로 설치한 공공시설은 해당 시설 관리청에 무상귀속된다(국토계획법 제65조). 이는 의무규정으로서

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

일부 개발행위허가의 경우 그 사적재산을 무상으로 귀속시키도록 한 것인 만큼 개발행위를 하고자 하는 개인에 대한 제한으로 볼 수 있다.[69] 공공시설의 무상귀속은 원시취득의 성질을 가지며 민법 제187조에 의한 '법률 규정에 의한 물권변동'에 해당하여 등기를 하지 않더라도 해당 시설의 관리청에의 무상귀속 효력이 인정된다.[70] 이 규정의 취지는 일부 개발행위의 경우 필수적으로 요구되는 공공시설을 원활하게 확보하고 그 시설의 효율적인 유지·관리를 위한다는 공법상 목적을 달성하는 데 있으므로, 이러한 무상의 원시취득으로 형성되는 국가 등과 개발행위자의 관계는 공법관계라고 보아야 한다는 것이 법원의 입장이다.[71]

3) 개발행위허가의 이행확보

(1) 이행보증금제도

특별시장・광역시장・특별자치시장・특별자치도지사・시장 또는 군수는 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보, 위해 방지, 환경오염 방지, 경관, 조경 등을 위하여 필요하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 그 이행을 보증하기 위하여 개발행위허가를 받는 자로 하여금 이행보증금을 예치하게 할 수 있다(국토계획법 제60조 제1항). 여기서 대통령령이 정하는 이행보증금의 예치대상이란, 당해 개발행위로 인하여 도로·수도공급설비·하수도 등 기반시설 설치가 필요한 경우, 토지 굴착으로 인하여 인근 토지의 붕괴 또는 건축물 등의 손괴 우려가 있는 경우, 토석의 발파로 인한 인근 피해나 토석 운반차량에 의한 환경오염 우려가 있는 경우, 토지의 형질변경이나 토석채취 완료 후 비탈면 조경을 할 필요가 있는 경우 등을 의미한다.

이행보증금 예치금액은 총공사비의 20% 이내에서 도시·군 관리계획조례에 따라 산정하는데 산지복구비를 중복하여 계상할 수는 없으며 현금으로 납입하고

69) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결 참조.
70) 다만, 무상귀속을 하는 기부채납 행위 자체는 민법상 증여의 법적 성질을 가진다. 즉, "기부채납은 기부자가 그의 소유재산을 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체는 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약이고, 증여계약의 주된 내용은 기부자가 그의 소유재산에 대하여 가지고 있는 소유권 즉 사용·수익권 및 처분권을 무상으로 지방자치단체에게 양도하는 것"이라고 하고 있다(대법원 1996. 11. 8. 선고 96다20581 판결).
71) 대법원 2019. 8. 30. 선고 2016다252478 판결; 대법원 2011. 12. 27. 선고 2009다56993 판결; 대법원 1999. 4. 15. 선고 96다24897 전원합의체 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

준공검사 후 반환한다. 다만 이행보증서 등으로 갈음할 수 있고 국가나 지방자치단체, 공공기관 등은 이러한 이행을 확보할 필요성이 없으므로 이행보증금 예치 대상에서 제외된다.

(2) 원상회복명령

개발행위허가의 실효성 확보를 위하여 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 개발행위허가를 받지 아니하고 개발행위를 하거나 허가내용과 다르게 개발행위를 한 자에게는 그 토지의 원상회복을 명할 수 있도록 규정하고 있다(국토계획법 제60조 제3항). 원상회복명령을 받은 수범자가 이를 불이행할 경우에는 개발행위허가를 하면서 납부받은 이행보증금을 행정대집행의 비용으로 사용할 수 있다(국토계획법 제60조 제4항). 즉, 개발행위허가를 하면서 이행보증금을 납부받고, 그 후 허가받은 개발행위의 내용을 위반하면 허가시 납부받은 이행보증금을 이용하여 위반된 개발행위 상황을 원상에 회복하는 단계적 구조를 거칠 수 있게 된다. 따라서 위반행위자는 납부한 이행보증금을 그대로 반환받기 위해서 스스로 원상회복에 임할 것이기 때문에 원상회복명령이 개발행위허가의 실효성을 확보하기 위한 제도로 기능하는 한편 이행보증금과 원상회복 명령 규정이 함께 이행확보를 위한 제도로 기능하고 있다.

(3) 행정제재처분 및 벌칙

불법 개발행위를 한 자에게 허가취소, 원상회복 명령 등 필요한 처분이나 조치명령이 가능하다(국토계획법 제133조). 뿐만아니라 개발행위허가(또는 변경허가)를 받지 않거나 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받고 개발행위를 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금이 규정되어 있고(국토계획법 제140조), 불법 개발행위에 따른 허가취소, 공사중지 명령 등 처분이나 조치명령을 위반한 경우에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금이 규정되어 있다(국토계획법 제142조).

제3절 개발행위허가의 법적 성질

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

1. 개발행위허가의 개념

1) 개발행위허가 개념 규정의 부재

우리 국토계획법은 개발행위허가에 대한 정의 규정을 두고 있지 않으며, 대신 개발행위허가의 대상을 열거하는 방식을 취하고 있다.[72] 이는 국토계획법의 전신인 (구)도시계획법이 1962. 1. 20. 법률 제983호로 제정될 당시에도 마찬가지였다. 즉, (구)도시계획법은 도시계획사업에 필요한 토지에서 허가대상이 되는 행위를 열거하는 방식으로 규정하였었고, 이러한 방식을 지금까지 채용하고 있는 것이다.[73] 하지만 개발행위허가 대상의 열거에 불구하고, '개발행위'가 무엇인지, '개발행위허가'가 무엇인지 명확하지 않아서 결국 개발행위허가의 대상을 제대로 특정할 수 없다는 비판이 제기되고 있다.[74] 따라서 우리 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 개념을 규명하는 것은 곧 허가의 대상을 명확하게 하기 위한 것이다.

2) 개발행위허가에 대한 법적 성질 검토의 필요성

앞서 말한 바와 같이 개발행위허가의 개념을 규정하고 있지 않은 우리 국토계획법 안에서 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 대상을 명확하게 하기 위해서는 국토계획법의 규정상 개발행위 대상에 대하여 '허가를 한다'는 법률 규정의

---

72) 국토계획법 제56조 제1항에서는, 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지 분할, 녹지지역ㆍ관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아 놓는 행위를 개발행위로 열거하는 한편, 구체적인 개발행위허가의 대상은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으며, 제56조 제4항에서는 대통령령으로 정하는 경미한 행위를 비롯한 일부 예외적인 경우에는 개발행위허가를 받지 않고도 개발행위를 할 수 있다고 규정하고 있다.

73) 이 논문, 31면 참조.

74) 김용섭, "개발허가의 법적성질", 『토지공법연구』, 제13권, 한국토지공법학회, 2001, 124-126면 참조; 류해웅·정우형, 앞의 논문, 32면; 김병기, "개발행위허가의 방법과 절차", 『토지공법연구』, 제13집, 한국토지공법학회, 2001, 153면 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

공법적 의미가 무엇인지 파악하여야 할 필요성이 있다. 이는 '허가'의 개념은 강학상의 개념으로 실무상·실정법상의 '허가'가 강학상의 '허가'개념과 꼭 동일한 것은 아닌 점에서 특히 그렇다.[75] 즉, 실무상·실정법상 '허가'라는 명칭에 불구하고 그 행정행위의 실질은 강학상의 '특허' 또는 '인가'에 해당하는 것들도 있다. 따라서 우선 개발행위허가에서 '허가'의 행위형식을 명확하게 파악하는 것이 선행되어야 하며 그 후 국토계획법이 정하는 개발행위허가의 본래 행정행위 형식에 따른 법적 성질이 무엇인지 검토가 필요하다.[76]

2. 개발행위허가의 행위형식

1) 행위형식 구별의 필요성

강학상, 행정행위(verwaltungsakt)는 그 분류하는 기준에 따라 주체에 의한 분류, 법형식에 따른 분류, 법적 효과에 따른 분류, 작용 수단에 따른 분류, 목적에 의한 분류, 법적 기속 여부에 의한 분류 등으로 다양하게 구분된다.[77] '허가'의 경우는 이러한 분류 방식 가운데 통설적인 입장에 따라 행정행위를 행위자의 효과의사 유무 내지 행정행위의 법적 효과 발생 원인을 기준으로 법률행위적행정행위와 준법률행위적행정행위로 구별하였을 때 법률행위적행정행위에 포함된다.[78] 법률행위적행정행위는 행정청의 의사표시를 구성요소로 하고 그 표시된 의

75) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 389면.
76) 이렇듯 '법적 성질'을 검토하면서 행정행위의 형식과 기속 정도를 하위 목차로 분류하되 각각을 따로 검토하는 방식을 취하는 것으로 홍정선, 앞의 책, 397면; 박균성, 『행정법 강의(제18판)』, 박영사, 2021, 228면을 참조하였다. 하지만 행정실무에서는 '행정행위 형식'이라는 것을 따로 구별하여 사용하지 않고 '법적 성질'로 모두 포함하여 병렬적으로 논의하는 것이 보통이다. 즉, 행정의 분류에 있어 ① 주체에 의한 분류, ② 법형식에 의한 분류, ③ 법적 효과에 따른 분류, ④ 작용수단에 따른 분류, ⑤ 목적에 의한 분류, ⑥ 법적 기속 여부에 의한 분류로 구분하고 있기 때문이다(강주영, 『행정법 총론 강의안(ver 13)』, 2019, 5-10면 참조).
77) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 301면; 홍정선, 앞의 책, 334면 참조.
78) 김도창, 『일반 행정법론(상)』, 박영사, 1992, 397면; 박균성, 『행정법강의(제18판)』, 박영사, 2021, 303면; 홍정선, 앞의 책, 348면 · 388면, 한편 오늘날에는 이러한 구별에 대하여 강한 비판(예를 들면, 김남진, "행정행위의 내용-전통적 분류의 문제점을 중심으로", 월간고시, 1979)이 제기되어 이런 분류 방법 자체에 대하여 긍정설과 부정설이 대립하기도 한다고 한다(박균성, 앞의 책, 301면; 홍정선, 앞의 책, 389면 참조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

사의 내용에 따라 법적 효과를 발생하는 반면, 준법률행위적행정행위는 의사표시 이외에 판단·인지·관념 등 정신작용의 표시를 요소로 하고 그 법적 효과는 행위자의 의사 여하를 불문하고 전적으로 법이 정한 바에 따라 결정되는 점에서 차이가 있다. 그리고 준법률행위적행정행위에는 재량행위성이나 부관을 인정하기 어려운 점에서 법률행위적행정행위와의 구별의 실익이 있다. 법률행위적행정행위는 다시, 국민에 대한 특정한 자유제한(의무부과) 또는 자유회복(의무해제)을 내용으로 하는 행위인 명령적 행위와 국민에게 특정한 권리·능력(권리능력·행위능력)·포괄적 법률관계 기타의 법률상의 힘을 발생·변경·소명시키는 행정행위에 해당하는 형성적 행위로 구별되는데, 명령적 행위에는 하명·허가·면제가 속한다. 그리고 형성적 행위에는 상대방을 위한 설권행위로 '특허'가 있다.[79]

그런데 이들 행정행위의 형식에 따라서 법 규정의 효과에 있어 행정청에 자유가 부여되는지에 있어 차이가 발생한다. 따라서 개발행위허가의 행위형식이 어느 것인지에 대한 규명이 필요한 것이다. 즉, 법 규정의 요건을 충족한 경우에 대한 효과의 선택과 결정에 있어 행정청이 기속되는 정도에 따라 기속행위와 재량행위로 구별된다.[80] 이러한 구별은 행정법규의 수범자인 행정청이 행정목적을 효과적으로 달성하고 행정의무를 실효적으로 완성하도록 하기 위한 입법자의 의도라고 할 수 있다. 그리고 이러한 법 규정의 효과에 있어 행정청에 자유가 부여되는지는 행정행위에 대한 사법심사에 있어서 심사범위에도 차이를 가져온다. 즉, 행정행위가 '기속행위'인 경우 행정권 행사의 요건과 효과가 법에 일의적으로 규정되어 있어 행정청이 법에 정해진 행위를 하여야 할 의무를 부담하게 되므로 전면적으로 법원에 의한 심사의 대상이 되지만, '재량행위'는 행위의 요건이나 효과의 선택에 관하여 법이 행정권에 재량권을 인정함에 따라 행해지는 행정행위이므로 재량권의 한계를 넘지 않는 한 법원에 의한 통제의 대상이 되지 않는다.[81][82] 행정작용에 대한 구제 수단을 규정한 「행정소송법」은 재량권의 일탈·재

79) 최영규, "허가의 성질과 효과 -특허와의 구별 문제를 중심으로-", 『경남법학』, 제8집, 경남대학교법학연구소, 1993, 68면 참조, 특허와 관련하여서는 이 논문, 46면 이하 참조.
80) 홍정선, 앞의 책, 371면; 박균성, 앞의 책, 196면.
81) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 303면.
82) 재량행위가 행위의 요건에 있어 행정청에 재량권을 인정한 것인지에 대하여는 장을 달리하여 판단 여지론에서 검토하겠으며, 다만 여기서는 재량행위와 판단여지의 표현을 구별하지 않고 사용하는 법원의 입장(예를 들어, 대법원 2013. 10. 31. 선고 2013두9625 판결; 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008두8970 판결; 대법원 2007. 1. 11. 선

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

량권 남용의 위법이 있는 처분 등을 취소소송의 대상으로 규정하고 있는데 이 역시 「행정소송법」이 기속행위와 재량행위의 구별을 전제로 한 것임을 보여준다(「행정소송법」 제27조).[83]

이렇듯 행위형식에 따른 차이들이 발생하므로 어떤 사실관계에 대하여 국토계획법의 개발행위허가 요건 해당성 여부를 확인하고, 국토계획법이 정하는 법률효과를 제대로 부여하기 위해서는 개발행위허가가 실질적으로 어떠한 행위형식을 의도한 것인지에 대한 검토가 필요한 것이다.

2) 허가의 의의 및 구별개념

(1) 허가의 의의

강학상 허가(Erlaubnis)는, 법령에 의한 일반적인 상대적 금지를 일정한 요건을 갖춘 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 행정행위를 의미한다.[84] 허가는 위험의 방지를 목적으로 금지하였던 사항을 일정한 경우 해제하는 것으로 상대적 금지사항에 대한 것이므로 절대적인 금지사항에 대하여는 허가가 인정될 여지가 없다.[85] 허가는 경찰행정의 성격을 갖기 때문에 통상 '경찰허가'로 불리기도 한다.[86] 즉, 행정법학의 대상 및 범주로서의 '경찰'은 경찰작용의 내용적 개념징표를 위주로 하는바, '사회 공공의 안전 확보 및 질서유지를 위한 위해방지(Gefáhrenabwehr)'를 직접적인 목적으로 '공공의 안녕·질서를 유지하기 위해 일반 통치권에 근거하여 국민에 대해 명령·강제함으로써 그의 자연적 자유를 제한하는 작용'을 경찰작용으로 파악하는 것이 통설적인 견해이다.[87] 대법원도 공중목욕장업 허가의 거부처분이 문제 된 사안에서 "공중 목욕장업 허가는 그 사업경영의 권리를 설정하는 형성적 행위가 아니고 경찰금지의 해제에 불

고 2004두10432 판결; 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결; 대법원 1988. 11. 08. 선고 86누618 판결 등)에 따라 사용한 것임을 밝혀둔다.

83) 홍정선, 앞의 책, 375면.

84) 박균성, 『행정법강의(제18판)』, 박영사, 2021, 227면; 박균성, 『행벙법론(상)』, 박영사, 2021, 349면; 홍정선, 앞의 책, 391면.

85) 박균성, 앞의 책, 350면.

86) 홍정선, 앞의 책, 392면.

87) 강주영, "제주특별자치도 자치경찰의 공법적 검토-제주특별자치경찰을 중심으로", 『동아법학』, 제60권, 동아대학교 법학연구소, 2013, 30면; 김남진·김연태, 『행정법Ⅱ』, 법문사, 2006, 254면; 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2021, 388면; 김철용, 『행정법』, 박영사, 2011, 988면 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

과하며 그 허가의 효과는 영업 자유의 회복을 가져오는 것이다"고 하여 '허가'를 경찰금지에 대한 해제의 성격으로 인정한 바 있다.[88]

(2) 구별개념

가) 예외적 승인

허가와 유사한 개념으로 예외적 승인(예외적 허가)이 있다. 예외적 승인은 사회적으로 바람직하지 않은 일정한 행위를 법령상 원칙적으로 금지하고 다만 그 금지목적을 해하지 않는 범위에서 이러한 금지상태를 예외적으로 해제하여 당해 행위를 적법하게 할 수 있도록 하여 주는 것을 의미한다.[89] 금지의 해제라는 점에서 허가와 예외적 승인은 차이가 없다.[90] 하지만 허가는 위험방지를 대상으로 하여 일반적으로 해제가 예정되어 있는 경우라면, 예외적 승인은 사회적으로 유해하거나 바람직하지 않은 행위를 대상으로 일반적으로 금지를 예정하면서 예외적으로 금지를 해제하는 경우를 의미하는 점에서 차이가 있다.[91] 허가와 예외적 승인을 구별하는 실익은 허가의 경우 기속행위로 해석될 여지가 많지만 예외적 승인의 경우에는 재량행위로 해석될 여지가 많은 점, 허가의 경우에는 거부사유가 존재한다는 점을 행정청이 입증책임을 지지만 예외적 승인의 경우에는 예외적 승인사유가 존재한다는 점을 신청하는 자가 입증해야 한다는 점에서 차이가 있다.[92] 판례도 예외적인 승인은 그 법적 성질이 재량행위임을 전제로 하여 재량권의 일탈·남용 유무를 심사하고 있다.[93] 따라서 예외적 승인은 허가와 구별되는 독립적인 행위형식이다.

나) 신고

---

88) 대법원 1963. 8. 22. 선고 63누97 판결.
89) 장경원, "예외적 승인", 『행정판례평선』, 한국행정판례연구회, 2016, 247면; 박균성, 앞의 책, 354면.
90) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 392면; 박균성, 앞의 책, 355면.
91) Wallerath, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [6. Aufl]』, s.44(홍정선, 앞의 책, 392면에서 재인용).
92) 박균성, 앞의 책, 354면.
93) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두17643 판결; 대법원 2003. 12. 11. 선고 2003두9541 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결; 대법원 1996. 10. 29. 선고 96누8253 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

행정법상 신고란 사인이 행정기관에 일정한 사항에 대하여 통지하는 행위를 말한다.[94] 하지만 강학상의 행위형식과 실무상·법규상의 행위형식이 일치하지 않는 것이 현실이기 때문에 일정한 경우에는 '신고'의 명칭에 불구하고 그 실질은 허가나 인가의 신청이라는 의미에서의 신고인 경우도 있고, 반대로 '허가'라는 명칭을 갖고 있으면서도 신고의 의미를 갖는 경우도 있을 수 있다.[95] 따라서 개발행위허가의 명확한 의미 파악을 위해서는 신고의 개념에 대한 검토 역시 필요하다.[96]

「행정절차법」 제40조 제1항이 규정하고 있는 '법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로서 의무가 끝나는 신고'는 자기완결적 신고를 의미한다. 즉 신고는 원칙적으로 자기완결적 공법행위로서 사인의 적법한 요건을 갖춘 신고가 행정청에 제출되어 접수되면 행정청의 별도 수리행위가 필요하지 않고 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 보아 법적 효과가 발생하게 된다. 이러한 신고의 경우 '처분성'이 인정되지 않아 항고소송의 대상이 될 수 없다.[97] 「행정소송법」이나 「행정심판법」은 행정쟁송절차를 통하여 위법하거나 부당한 행정작용 즉, 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사 불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하는 것 등을 목적으로 하는 법률인데 이들 법률은 '처분 등'을 대상으로 하는바 '처분 등'이라 함은 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'을 의미하기 때문에 사인의 일반적 통지로 그 법률효과가 발생하는 자기 완결적 신고의 경우에는 이러한 처분성이 인정될 여지가 없기 때문이다.

그런데 이러한 자기 완결적 신고 외에 '수리를 요하는 신고'인 행위 요건적 신고는 그 법적 성질과 요건 및 효과 등에 있어 자기 완결적 신고와 구별된다. 이

---

94) 박균성, 『행정법강의(제18판)』, 박영사, 2021, 116면 · 690면.
95) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 349면; 박균성, 『행정법강의(제18판)』, 박영사, 2021, 227면; 홍정선, 앞의 책, 389면; 홍강훈, "소위 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분가능성 및 신고제의 행정법 도그마틱을 통한 해결론", 『공법연구』, 제45권 제4호, 한국공법학회, 2017, 100-101면(이 논문에 의하면, 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분기준에 관한 명확한 입장을 일목요연하게 제시한 판례는 존재하지 않으며, 학자마다 백인백색의 서로 다른 분류와 기준을 내세우고 있는 실정이라고 하고 있다).
96) 김민호, "행정절차법상 신청의 의미", 『고시연구』, 통권 제371호, 고시연구사, 2005, 52면; 김향기, "행정법상의 신청", 『고시연구』, 통권 제309호, 고시연구사, 1999, 91면; 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 240면 참조.
97) 정남철, 『행정구제의 기본원리』, 법문사, 2015, 454면 참조

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

와 관련해서는 최근 제정되어 시행 중인 「행정기본법」제34조가 의미가 있다. 즉 「행정기본법」제34조는 "법령 등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무처리절차로서 수리를 규정한 경우는 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다"고 하여 수리여부에 따른 신고의 효력을 규정하고 있는 것이다.[98] 즉, 「행정기본법」은 법령에 '신고의 수리가 필요하다'고 명시되어 있다면 그 경우는 행정청이 수리를 하여야 효력이 발생한다고 규정하여 「행정절차법」이 규정하는 신고와 구별하였다.[99] 그러면서 「행정기본법」은 '인허가'의 의미에 있어 '인가, 허가, 지정, 승인, 영업 등록, 신고 수리 등'을 포함한다고 하고 있다(「행정기본법」 제16조 제1항).[100] 다시 말하면, 수리를 요하는 신고의 경우를 '인허가'의 행위형식에 포함시키고 있는 것 역시 특징적이다.[101]

한편 2011년 전원합의체판결로 대법원은 국토계획법상의 개발행위허가가 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우 행정청이 수리를 거부할 수 있는지와 관련하여, 인허가의제를 수반하는 건축신고에 대한 그간의 입장을 변경하여 항고소송의 대상이 되는 처분성을 인정하였다.[102]

---

98) 다만 이 규정은 부칙 제17979호에 따라 2023. 3. 24.부터 시행된다.

99) 이에 대하여 김용섭, "행정기본법의 법체계상 문제점과 일부조항의 입법개선과제", 『경희법학』, 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021, 71면에 의하면, 법률에 규정되지 않고 시행령이나 시행규칙을 통하여 수리를 요하는 것으로 규정하고 있는 경우 어떻게 해결할 것인지 명확하지 않고, 신고의 유형에 있어 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고로 확연히 구별하기 어려운 경우가 있는 점 등을 들어「행정기본법」제34조를 비판하고 있다.

100)「행정기본법」제16조(결격사유) ① 자격이나 신분 등을 취득 또는 부여할 수 없거나 인가, 허가, 지정, 승인, 영업등록, 신고 수리 등(이하 "인허가"라 한다)을 필요로 하는 영업 또는 사업 등을 할 수 없는 사유(이하 이 조에서 "결격사유"라 한다)는 법률로 정한다.

101) 이와 관련하여, 이재훈, "「행정기본법」(안)상 신고제에 대한 연구", 『공법학연구』, 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020, 237면에서는「행정기본법」제23조 제1항은 제재처분의 제척기간 배제 대상 사유를 규정하면서 '거짓이나 기타 부정한 방법으로 인허가를 받거나 신고를 한 경우'라고 하였는데 여기서의 신고는「행정절차법」제40조에 따른 수리를 요하지 않는 신고로 보아야「행정기본법」제16조 제1항의 해석과 함께 해석 함에 있어 혼란이 없을 것이라고 비판하였다.

102) 즉, 대법원 2011. 1. 20 선고 2010두14954 전원합의체 판결은, "건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 수리를 요하는 신고로 보는 것이 옳다"고 하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다) 특허

특허(Konzession)라 함은 상대방에게 직접 권리, 능력, 법적 지위, 포괄적 법률관계를 설정하는 행위를 의미하는 학문상의 개념이다.[103] 따라서 실정법에서는 허가(「광업법」 제15조) 또는 면허(「수산업법」 제8조)라고 한다. 그리고 일반적으로 '특허를 얻었다'라고 할 때 이는 「특허법」에 따른 특허인데 이 경우는 학문상의 특허라기보다는 준법률행위적 행정행위의 하나인 확인행위의 일종으로 본다. 이렇듯 특허와 허가의 용어가 혼용되어 실무상 사용되므로 학문상의 특허에 대한 검토 역시 필요하다.

19세기 말 독일에서 행정법의 체제를 확립한 Mayer에 따르면 특허는 어떤 행위를 할 권리와 의무를 행정청으로부터 발급받는 것으로 그 발급 여부가 행정기관의 권리인 경우를 의미하는 것이라고 한다.[104] 형성적 행위로서의 특허는 다시 협의의 특허에 해당하는 권리설정행위, 능력설정행위(권리능력설정행위와 행위능력설정행위) 및 신분설정행위(포괄적 법률관계 설정행위)로 나누어진다. 특허의 대표적인 예로는 공물사용권의 특허·공기업 허가·어업면허가 있는데, 특허에 의하여 상대방은 그가 본래 가지고 있지 아니한 '새로운 권리'를 취득한다. 이 점에서 금지상태를 해제하여 상대방이 본래 가지고 있던 '자연적 자유'를 회복시켜주는 데 불과한 허가와 차이가 있다.[105]

우리 판례도 특허의 개념을 인정하고 있다. 즉, 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 공유수면 점용·사용 허가는 특정인에게 공유수면 이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로 행정청의 재량에 속한다고 하여 그 명칭에 불구하고 특허의 성질을 인정하며, 「출입국관리법」상 체류자격의 변경 허가에 대하여도 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격이라 하여 강학상 특허에 해당한다고 하고, 「여객자동차 운수사업법」에 의한 개인택시운송사업의 면허는 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 행정청의 재량행위라고 한다.[106] 이

---

103) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 409면; 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 356면.
104) 권영호·권수진, 앞의 논문, 68면 참조.
105) 권영호·권수진, 앞의 논문, 69면; 최영규, 앞의 논문, 58면.
106) 공유수면 점용허가에 대하여 특허의 법적 성질을 인정한 판결로 대법원 2017. 4. 28. 선고 2017두30139 판결, 출입국에 있어 체류자격의 변경 허가의 법적 성질을 특허로 인정한 판결로 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두48846 판결, 개인택시운송사업 면허의 법적 성질을 특허의 성질로

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

렇듯 '특허'의 경우 실정법에서는 허가·면허라는 용어로 사용되기도 하므로 개발행위허가에서도 그 법적 성질이 사실은 특허에 해당하는 것은 아닌지 검토가 필요한 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 특허는 허가와 달리 상대방이 본래 가지고 있지 않았던 권리 등을 새롭게 설정하여 주는 형성적 행정행위이다. 특허는 원칙상 재량행위의 성질을 갖는 점도 특징이다. 즉, 상대방에게 새로이 권리나 이익을 형성하여 주는 것이므로 공익을 고려하여 결정하게 되고 따라서 원칙상 재량행위라고 한다. 판례 역시 '특정인에게 권리나 이익을 부여하는 재량행위'라고 다수의 판결에서 설시하면서 강학상 특허의 법적 성질을 갖는 허가의 경우는 재량행위로 파악하고 있다.[107]

특허와 허가의 구별에 있어서 전통적인 견해는 ① 허가는 명령적 행위이고, 특허는 형성적 행위이다, ② 허가는 원칙상 기속행위이고 특허는 원칙상 재량행위이다, ③ 허가로 인하여 상대방이 받는 이익은 반사적 이익이고 특허로 인하여 상대방은 권리를 설정받는다는 점 등을 들어 양자를 명확히 구별하였다. 이에 대하여, ① 허가의 경우도 단순하게 금지의 해제를 통한 자유권의 회복으로 볼 것이 아니라 적법하게 일정한 행위를 할 수 있는 법적 지위를 설정(부여)하는 행위로 형성적 행위로 해석되는 경우도 있으며, ② 허가가 원칙적으로 기속행위이고, 특허가 원칙적으로 재량행위라고 하여 이 점이 구별에 있어 결정적인 기준이 될 수 없으며, ③ 허가로 받는 이익이 항상 반사적 이익인 것은 아니고 이는 관계법규의 근거 내지 입법목적에 의해 결정되는 점을 들어 양자의 구별은 상대화하고 있고 상호 접근하는 경향이 있다고 보는 견해도 있다.[108]

하지만, 상호 접근하는 경향이 있다는 점 자체가 양자의 구별을 부정하는 것은 아닌 점에서 특허와 허가는 구별되는 개념으로 보는 것이 타당하다. 무엇보다 양자의 구별은 상대화하고 있고 양자는 상호 접근하는 경향이 있다고 보는 입장

인정한 판결로 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두19137 판결이 있다.

107) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009두19069 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001두10028 판결; 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001두8414 판결 등.

108) 홍정선, 앞의 책, 412면; 최영규, 앞의 논문, 77면; 박균성, 앞의 책, 358면 내지 359면(허가와 특허의 구별을 폐지하고 광의의 허가를 목적에 따라 ① 안전보장을 위한 허가(건축허가 등), ② 자격을 부여하는 허가, ③ 과도한 경쟁을 제한하는 허가(운송사업허가), ④ 한정된 자원을 배분하는 허가(텔레비전방송채널허가), ⑤ 독점을 인정할 필요가 있는 허가(지역가수공급사업허가) 등으로 나누는 것이 타당하다고 주장한다).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

에 의하더라도 강학상 특허와 강학상 허가의 가장 큰 차이점 즉 허가는 상대방이 본래 가지고 있던 자유권을 회복시켜 주는 것이고, 특허는 상대방에게 새로운 권리를 창설해 주는 것이란 점은 변함없이 전제하고 있는 점에서 양자는 구별되는 별개의 행위형식이다.[109]

특허와 예외적 승인 역시 구별된다. 즉, 특허는 새로운 권리를 설정해 주는 행위인데 반하여 예외적 승인은 금지의 해제에 해당하므로 본질적인 차이가 있다.[110] 즉, 허가나 예외적 승인의 경우는 개인의 자유가 존재하는 것을 전제로 하여 그 자유에 대한 제한을 일정한 경우 해제하는 것이지만 특허는 본래적으로 개인에게 존재하는 자유를 전제하는 것이 아니라 본래 상대방이 가지고 있지 않았던 권리를 새롭게 설정하여 주는 것이므로 큰 차이가 있다.[111]

라) 행정계획

개발행위허가의 법적 성질과 관련하여 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 일련의 과정은 국가와 지방자치단체가 국토의 이용 방법에 관하여 사전에 계획하고, 이를 기초로 하여 사인이 행하는 특정 토지의 사용행위가 국가 및 지방자치단체의 국토계획에 부합하는지를 판정하는 계획법제의 성질을 갖는 점에서 행정계획에 대한 검토도 필요하다.[112]

행정계획은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 행정목표를 달성하기 위하여 행정수단을 종합하고 조정함으로서 장래의 일정한 질서를 실현하기 위한 활동의 기준으로 설정된 것을 말하는데, 그 대표적인 예가 도시계획이다. 행정계획은 미래에 대한 예측을 전제로 행정의 목표를 설정하고 그 목표 달성을 위한 수단을 선택하는 것을 내용으로 하는 형성적 성격을 지닌다. 하지만 미래에 대한 예측인 점에서 법률로서 행정계획의 기준을 모두 규율하는 것에는 한계가 있다. 따라서 행정계획 수립권자가 행정계획의 구체적 내용을 결정하게 되고 이 과정에서 행정계획 수립권자가 갖는 재량 즉, 계획재량은 일반적인 재량보다 훨씬 폭넓게 인정되는 특징을 갖는다.[113]

---

109) 최영규, 앞의 논문, 76면.
110) 박균성, 앞의 책, 355면.
111) 박균성, 앞의 책, 356면 참조.
112) 김종보, “토지형질변경허가의 법적 성질”, 『행정판례연구』, 제11호, 박영사, 2006, 420면; 김광수, 앞의 논문, 13면.
113) 계획재량의 경우 형량명령의 문제를 빠뜨릴 수 없는데 형량명령이란 1960년 연방건설법전

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

3) 검토

먼저 행위형식이 '신고'인 경우 그 법적 성격과 관련하여 문제가 되는 이유는, 법령에 있어 '신고'라고 하고 있음에도 불구하고 그 법적 성질은 자기완결적 신고 또는 수리를 요하는 신고가 아닌 경우가 있기 때문이다. 따라서 현재 국토계획법이 규정하는 개발행위허가제도의 경우 그 명칭이 '개발행위 신고'가 아닌 바에야 '신고'로서의 행위형식이 갖는 법적 성격은 고려할 여지가 없다 할 것이다.

다음으로 개발행위허가의 행위형식을 '특허'라고 보는 것은 곧 개발행위허가를 통하여 재산권의 대상인 토지에 대하여 개발행위를 할 수 있는 법적 지위를 부여받는 것으로 보는 것이다.[114] 하지만 이러한 입장은 개발행위허가의 대상을 열거하는 방식으로 규정한 입법자의 의도와 개발행위허가가 갖는 헌법상 재산권의 내용으로서의 성격을 무시하는 결과를 가져오는 점에서 타당하지 않다. 즉, 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 전신인 (구)도시계획법의 개발행위허가는 애초 1962. 1. 20. 법률 제983호로 제정될 당시부터 제13조에 '토지 등의 보전'이라고 하여 도시계획구역에서의 일정한 행위는 미리 구역을 관할하는 시장 또는 군수의 허가를 받도록 하였다.[115] 이렇듯 미리 관할관청의 허가를 얻어야 하는 대상을 열거하는 방식의 입법이 지금까지 이어지고 있는 것은, 어느 개인이 토지에 대한 소유권 또는 사용권 등의 권원이 있는 경우 그 토지를 이용하여 개발행위를 할 자유는 자연권적 자유로서 원칙적으로 허용되는 행위인 점을 전제한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 열거된 일정한 행위 외의 경우는 개발행위허가 없이 당연히 할 수 있는 것이다. 이와 달리 개발행위허가의 행위형식을 만약 특허라고 보게 되면 열거된 행위 외의 경우는 개발행위허가를 얻지 못하는 것이 되어 원칙적으로 불가능한 행위가 된다. 하지만 이는 국토계획법이 개발행위허가의 대상으로 규정하고 있는 행위 외의 경우에는 원칙적으로 허용되는 행위로 보는 개발행위허가 실무와도 맞지 않게 된다.[116] 뿐만아니라 국토계획법이 개발

(BauGB) 제1조 제4항 제2문에서 규정된 것을 연방행정법원(BVerwGE)이 발전시킨 법리로 행정계획을 수립 함에 있어서 관련된 이익을 정당하게 형량하여야 한다는 원칙을 말한다.

114) 김종보, 앞의 책, 420면; 김광수, 앞의 논문, 5면; 전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021, 415면.

115) 이 논문, 제31면 참조.

116) 예를 들어 국토계획법 제56조 제1항 제2호에 의하면 경작을 위한 토지의 형질변경의 경우 높이 2미터 이상의 절토·성토가 수반되는 경우가 아니라면 개발행위허가를 얻지 않아도 되는 경우이다

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

행위허가의 대상으로 열거한 각 행위들이 설권행위의 대상이 되는 점에 대하여도 아무런 설명이 없는 점에서 개발행위허가의 행위형식을 특허라고 보는 것은 무리가 있다. 그 밖에 개발행위허가의 행위형식을 특허라고 하는 것은 개발행위허가의 법적 성질이 재량행위인 점에 착안하여 그 행위형식을 맞추려고 하는 시도로 의미가 있을 수는 있지만 최근 대법원은 난민 인정에 있어 특허가 기속행위라는 취지로 판시하기도 하였다.[117] 이런 점을 보면 특허가 반드시 재량행위라고 볼 수도 없으며, '강학상 허가'의 행위형식이라고 하여 반드시 기속행위로 귀결되는 것 역시 아니므로 개발행위허가가 재량행위의 성격을 갖는 점을 들어 개발행위허가의 행위형식을 '특허'로 보는 것은 타당하지 않다.[118]

개발행위허가를 도시계획 일부로서의 속성을 갖는 점에서 행정계획의 행위형식을 갖는다고 보는 의견도 국토계획법의 현실과 맞지않다.[119] 행정계획의 행위형식이라고 하기 위해서는 국토계획법이 규정하는 각 도시계획의 절차적 요건을 충족해야 할 것이지만 개발행위허가는 도시계획의 수립 절차에 포함되지도 않으며 그 신청에 있어 의견 청취·고시 등의 절차를 거치는 것도 아니므로 행정계획으로 보는 것은 무리가 있다. 대신에 개발행위허가는 전체적인 행정계획을 실현하기 위한 개별적인 행정처분이라고 보아야 할 것이다.

따라서 개발행위허가의 행위형식은, 국토계획법에 의해 일정한 개발행위에 있어 개인의 자연적 자유가 제한되고 있는 상태에서 개발행위를 하고자 하는 개인이 개발행위허가의 신청을 하고 행정청이 이를 심사하여 국토계획법에 정하는 요건을 갖춘 것으로 판단하는 경우 그 개인은 자신의 재산권을 희망하는 내용대로 이용할 수 있는 자연적 자유를 적법하게 누릴 수 있도록 하는 '허가'로서 '예외적 승인'에 해당한다고 보아야 한다.[120] 즉, 유한한 재산이자 제한된 국토에 대

(법제처, 법령해석사례, 안건번호 20-0334).

117) 즉, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2016두42913 판결에서는 법령이 정한 난민 요건과 무관한 다른 사유만을 들어 난민 인정을 거부할 수는 없다고 하였다.

118) 박균성, 앞의 책, 351면 참조.

119) 개발행위허가에 대하여 '행정계획'의 법적 성질을 갖는다는 견해로, 김종보, 앞의 책, 420면; 김광수, 앞의 논문, 5면; 전진원, 앞의 책, 415면; 김용섭, 앞의 논문, 148면 등 참조.

120) 김남진, 『행정법 Ⅰ』, 법문사, 2000, 251면에 의하면 도시계획구역에서의 개발행위허가와 개발제한구역 내에서의 행위 제한을 모두 예외적 승인으로 보았고, 조용호, "기부금품 모집허가의 법적 성질", 『행정판례연구』, 제142차 집회(2000.6.16.), 한국행정판례연구회, 2000, 5면에 의하면 개발제한구역 내에서의 행위제한을 예외적 승인으로 보면서 도시계획구역안에서의 개발행위허가에 대하여는 허가로서의 성질을 갖는다는 취지의 주장을 하기도 하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

한 토지 소유자의 자유로운 개발행위를 무분별하게 허용할 경우 개발행위는 일단 이뤄지게 되면 그 효과는 불가역적인 점에서 국가적으로 그리고 사회적으로 바람직하지 않은 결과가 초래될 것임은 명확하다.[121] 따라서 국토계획법이 규정하는 개발행위를 하고자 하는 경우 행정청으로부터 개발행위허가를 얻도록 하여 일정한 경우 허가신청자의 재산권에 가해진 금지를 해제하여 자유를 회복하여 주는 것이다.[122] 이때 재산권은 헌법 제23조에 의한 재산권이지만 헌법 제122조에 따라 국가는 헌법 제23조 재산권의 보호 대상이 되는 토지에 대하여 필요한 제한과 의무를 부과할 수 있으므로 국토계획법의 허가 절차를 통하여 예외적으로 금지상태를 해제하여 주는 것이라고 보아야 할 것이다.[123]

헌법재판소 역시 개발행위허가의 위헌성을 심사하면서 개발행위허가가 재산권의 내용임을 전제로 하여 그 침해 여부를 심사하고 있다.[124]

---

121) 대법원은 "환경문제는 문제의 발생과 이로 인한 영향이 현실로 나타나기까지 상당한 시차가 존재하고, 어느 정도의 환경악화는 환경이 갖는 자체 정화능력에 의하여 쉽게 원상회복될 수 있지만 그 자체 정화능력을 초과하는 경우에는 환경악화가 가속화될 뿐만 아니라 심한 경우에는 원상회복이 어렵거나 불가능하게 되는 시차성(時差性), 탄력성(彈力性) 및 비가역성(非可逆性) 등과 같은 특성을 가진다"고 표현하고 있다(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정).

122) 한편 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2018, 364면에 의하면, 기본권의 내용과 기본권의 보호영역을 구별하는 입장에서, 기본권의 보호영역은 기본권이 구체적인 상황에서 실제로 보장되는 범위로서 어떤 기본권이 특별한 이유로 제한을 받지 않고 원래의 내용대로 보장된다면 그 원래의 내용이 곧 기본권의 보호영역이 되지만, 제한을 받는다면 원래의 내용에서 제한을 받는 범위를 제외한 나머지 영역이 곧 기본권의 보호영역이 되는 것이라고 하면서, 다만 헌법재판소는 이 둘을 혼용하는 경우가 적지 않게 발견된다고 한다. 헌법재판소와 같이 이들 개념을 혼용하여 사용하거나 아니면 구별하여 사용하거나 어느 것에 의하더라도 토지 소유자의 개발행위는 재산권의 내용으로서 포함될 수 있다고 할 것이다.

123) 헌법 제122조는 "국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다"고 규정하고 있다.

124) 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바271 결정; 헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌바184 결정; 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바241 결정; 헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌마767 결정 등이 있는데, 대표적으로 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바271 결정은 토지분할을 위하여 개발행위허가를 얻도록 하고 있는 국토계획법 제56조 제1항 제4호에 대한 위헌심사형 헌법소원심사를 하면서, ① "이 사건 법률조항들은 토지분할을 하려는 자에 대해 원칙적으로 사전허가를 받도록 하여 무분별한 토지분할로 인한 토지 이용도의 저하 및 국토의 난개발을 막고 자연 환경을 보전하는 한편 토지분할을 수단으로 한 부동산 투기를 방지하고, 개발행위허가권자는 토지분할의 신청 내용이 허가기준에 맞는 경우에만 허가를 하도록 하여 개발행위허가권자의 허가권 남용을 방지하며, 개발행위(토지분할)허가기준 등에 관하여 필요한 세부 사항은 대통령령에 위임하여 개발행위(토지분할)허가제가 지역특성에 맞게 운영될 수 있도록 한 것으로 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다"고 하면서 ② "용도지역제의 일환인 개발제한구역 내의 행위(토지분할)제한은 도시지역을 개발제한구역으로 지정하여 그 구역지정 목적에 위배되는 행위(토지분할)만을 규제한다는 점에서 토지 난개발의 소지가 크다는 한계가 있고, 이러한 한계를 보완하기 위하여 고안된 제도가 개발행위(토지분할)허가제"라고 하여 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다고 하고, ③ "달성하려는 공익은 계획적 개발을 유도함으로써 자연환경을 보전함과 아울러 부동산에 대한 투기적 수요를 억제하여 토지를 합리적·효율적으로 관리함으로써 공공복리를 증진하

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

3. 개발행위허가의 기속성 여부

일반적으로 허가의 경우 즉, 법령에 의한 일반적인 상대적 금지를 일정한 요건을 갖춘 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있게 하는 경우 그 일정한 요건을 갖추었다면 반드시 상대적 금지를 해제하여야만 하는 기속행위의 성격을 갖는다고 한다. 하지만 특정한 행위형식과 그 기속의 정도가 반드시 논리적으로 귀결되는 것은 아닌 점에서 개발행위허가에서도 그 기속성 여부가 논의되고 있다.[125]

1) 기속행위설

개발행위허가는 토지의 허가금지에 대한 상대적 해제로서 그 요건을 충족하면 허가관청으로서는 반드시 허가를 할 의무가 있으므로 기속행위에 속한다는 주장이 있다.[126] 이러한 견해는 국토계획법이 규정하는 개발행위허가는 불확정법개념으로 규정된 경우가 많으며 불확정법개념으로 된 허가기준에 대한 판단여지는 원칙상 기속행위인 점을 주장하고 있다. 그리고 이러한 기속행위설을 따른 듯한 법원의 판시들도 존재한다.[127] 즉, 관련 법규가 규정하는 요건 기준에 부합하지 않을 경우만 거부처분이 가능하다고 판시하고 있다. 이는 개발행위허가를 '자연적 자유에 속하는' 것으로 보아 개발행위를 공공의 안녕과 질서의 유지를 위하여 제한하고 일정한 요건이 충족된 경우 해제하는 경찰상

려는 것인 반면, 이 사건 법률조항들로 인하여 제한되는 사익은 토지분할을 하는 데 있어 원칙적으로 사전에 개발행위허가권자의 허가를 받아야 하고 허가를 받지 않고서는 공유 토지에 대하여 공유자로서 권리를 행사하여야 한다는 것으로서 공유지분의 처분이나 그 밖의 사용ㆍ수익이 제한되는 것은 아니므로, 제한되는 사익이 보호하려고 하는 공익보다 더 크다고 할 수 없다"라고 하여 법익의 균형성도 충족하므로 재산권을 침해하는 규정이 아니라고 하였다.

125) 이는 앞서 언급한 바와 같이(각주 70번 참조)박균성과 홍정선의 분류에 따른 결과이며 통상은 '행정행위의 법적 성격'을 논하면서 병렬적으로 함께 언급하는 것이 보통이다.

126) 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2021, 780면; 김광수, 앞의 논문, 5면; 김종보·박건우, "국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성-대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839판결-", 『행정법연구』, 제64호, 행정법이론실무학회, 2021, 66면.

127) 기속행위설의 입장에서 관계 규정에의 적합 여부만을 판단하여야 한다는 취지의 판결로, 대법원 1990. 11. 27. 선고 90누2000 판결; 대법원 1991. 7. 9. 선고 90누6354 판결; 대법원 1995. 3. 10. 선고 94누5298 판결; 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결; 대법원 1999. 2. 9. 선고 98두13195 판결; 서울고등법원 1990. 6. 27. 선고 89구14009 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

허가로 보는 것이다. 하지만 개발행위허가에 대하여 기속행위로 판시한 이러한 법원의 입장이 최근까지 이어지고 있는 것은 아니다. 즉, 목차를 바꾸어 검토하는 바와 같이 개발행위허가는 재량행위의 성격을 갖는다는 견해가 최근의 거의 확립된 견해인 까닭에 기속행위설을 지지하는 견해 역시 잘 보이지 않는다.

2) 재량행위설

개발행위허가를 재량행위로 보는 견해는 현대행정이 전문성과 정책적인 유도의 기능이 있음을 전제로 한다. 따라서 행정의 재량이 넓게 확대되어 있고, 국토계획법은 환경의 이익이라는 공익과 개발이익이라는 사익이 충돌되는 경우 구체적인 개발행위마다 공익을 기준으로 조정 여지가 있으므로 이익의 형량을 해야 한다고 한다. 개발행위허가에는 고전적 허가와는 달리 토지이용의 합리화라는 도시계획의 목적을 달성하기 위하여 본래 법이 금지하는 바를 예외적으로 허용하는 억제적 금지의 해제라는 측면이 있는 점도 근거로 들고 있다. 이들 근거를 이유로 허가기준에 해당하는지에 있어 행정청의 재량이 개입할 여지가 많으므로 개발행위허가가 재량행위의 성격을 갖는다는 것이다.[128]

법원에서도 최근에는 관련 법규가 규정하는 기준을 충족하는지와 관련하여 행정청에 재량이 있다고 하면서 재량권의 일탈과 남용에 대한 심사를 중심으로 판시하고 있다.[129] 즉, 최근 법원은 국토계획법이 정하는 개발행위허가가 재량행위로서의 법적 성질을 갖는다는 점을 명확히 하고 있다. 이러한 법원의 입장은 인허가의제를 통하여 의제되는 인허가가 재량행위인 경우 그 범위에서는 주된 인허가가 기속행위라고 하여도 전체적으로 재량행위가 된다는 취지의 판시를 하면서 빈번하게 나타나고 있다. 즉, 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가와 「농지법」 제34조에 따른 농지전용허가·협의는 금지요건·허가기준 등이 불확정법개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건·기준에 부합하는지의 판단에 관하여 행정청에 재량권이 부여되어 있다고 판시하면서 그러므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단

128) 류해웅·정우형, 앞의 논문, 59면; 정태용, 『국토계획법』, 한국법제연구원, 2003, 273면; 박균성, 앞의 책, 780면 등.

129) 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누2186 판결; 대법원 1998. 3. 10. 선고 97누15166 판결; 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두8886 판결; 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단기준이 된다고 하고 있다.[130]

3) 검토

기속행위설은, 개발행위허가신청자가 갖는 자유권적 기본권을 전제로 하는 점에서는 타당하지만, 국토계획법 규정이 허가의 기준과 금지요건을 모든 경우를 상정하여 구체적으로 설정한 것은 아닌 점에서 국토계획법상 개발행위허가의 현실을 반영하지는 못하고 법 논리만 치중한 점에서 타당하지 못하다. 더욱이 최근에는 행위형식이 허가라고 하여 반드시 기속행위로 귀결되는 것은 아닌 점을 고려하면 개발행위허가가 반드시 기속행위라고 정의하기는 어렵다.

국토계획법의 체계상 국토계획법 제56조에서 개발행위허가를 정하고 있는 것은 같은 법 제2조가 정하는 도시계획이 미처 정하지 못한 개별 필지 단위에 대한 도시계획적 판단을 위한 목적이라고 할 수 있다.[131] 따라서 개발행위허가에는 도시계획적 요소가 고려되어야 하는 점에서도 행정청에게 상대적으로 폭넓은 재량권이 부여되어 있다.[132]

뿐만아니라 개발행위허가는 국토계획법이 정하는 용도지역 안에서 그 계획대로 토지가 효율적으로 이용될 수 있도록 하기 위하여 개발행위를 하고자 하는 자로 하여금 행정청에 허가를 얻도록 하는 것이다. 다만 그 허가기준에 있어서 주변지역 및 환경과의 조화를 고려해야 하는 등 허가기준 및 금지요건이 불확정법개념으로 규정되어 그 허가기준에 해당하는 여부에 대한 판단은 행정청의 법해석 권한에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 판례의 입장과 같이 개발행위허가의 법적 성질을 행정청의 재량행위로 보는 것이 타당하다. 다만 이러한 법원의 입장은 개발행위허가의 허가기준 및 금지요건이 '불확정법개념'으로 규정되었다고 하면서도 행정청의 '재량영역'이라고 판시하고 있는데, 재량행위와 불확정법개

130) 대법원 2018. 12. 27 선고 2018두49796 판결; 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2017. 6. 19. 선고 2016두30866 판결 등.
131) 김종보, 앞의 논문, 420면.
132) 문중흠, "개발행위허가가 의제 되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사 강도", 『행정판례연구』, 제23권 제2호, 박영사, 2018, 385면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

념에 대한 판단여지는 구별되는 개념인 점을 고려하면 엄밀하게 이는 판단여지가 인정되는 것이라 할 것이다.[133]

제4절 개발행위허가의 공법적 쟁점

1. 개발행위허가의 헌법적 쟁점

개발행위허가의 객체인 토지와 관련하여 헌법상 토지재산권은 모든 경제적·사회적 활동에 필수 불가결하다는 점(공익성), 원칙적으로 생산이 불가능하며(유한성), 토지 인근의 사람들에게 많은 영향을 미치고(상린관계성), 필요한 경우 특정 토지의 사용을 회피할 방법이 없다는 점(비대체성)에서 다른 재산에 비하여 사회성·공공성이 강하게 요구되는 특징을 갖는다.[134] 하지만 그렇다고 하더라도 국토계획법에는 개발행위허가의 정의 규정조차 없는 점에서 개발행위허가를 하고자 하는 자의 재산권을 불명확한 규정을 근거로 하여 과도하게 침해하는 것은 아닌지 문제 된다.[135]

1) 명확성의 원칙 위배 여부

헌법재판소는 "국토계획법에 '토지의 형질변경'에 관한 직접적인 정의 규정은 두지 않고 있으나, '토지의 형질변경'은 문언 그대로 토지의 형상과 성질을 변경시키는 것을 의미하고, 사전(辭典)적으로도 '형질변경'은 '모양과 성질을 다르게 바꾸어 새롭게 고치는 것'을 의미하는바, 이는 결국 국토계획법 시행령 제51조 제3호에서 규정하는 바와 같이, 기존 토지의 토석의 양을 줄이는 '절토', 이와 반

133) 박균성, 앞의 책, 780면.
134) 정종섭, 앞의 책, 718면; 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정 등 참조.
135) 헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌바184 결정; 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바241 결정 등을 통하여 헌법재판소가 결정한 내용을 정리하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대로 기존 토지의 토석의 양을 늘리는 '성토', 기존 토지의 토석의 양에는 변동이 없이 형태만을 바꾸는 '정지', 길바닥에 돌과 모래 따위를 깔고 그 위에 시멘트나 아스팔트 따위로 덮어 길을 단단하게 다져 꾸미는 '포장', 우묵한 땅이나 하천, 바다 등을 돌이나 흙으로 채우는 '매립' 등의 방법으로 토지의 모양과 성질을 바꾸고, 그로 말미암아 원상회복이 어려운 상태로 되는 것을 의미한다고 할 것이다"라고 하면서 "그렇다면 국토의 난개발 방지를 통한 계획적인 개발의 도모라는 개발행위허가제도의 입법목적과 더불어 위와 같은 사전적 의미, 대법원의 해석에 비추어 볼 때, 국토계획법상 '토지의 형질변경'은 절토, 성토, 정지 또는 포장 등으로 토지의 형상과 성질을 변경하는 행위와 공유수면을 매립하는 행위로서 토지의 형상을 사실상 변경시키고, 그 변경으로 말미암아 원상회복을 어렵게 하는 일체의 행위라는 의미로 충분히 해석이 가능 하므로, 법 집행자인 행정청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있을 정도로 불명확한 규정이라고 볼 수 없어 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다"고 하였다.

2) 포괄위임금지원칙에 위배 여부

국토계획법의 목적은 전 국토의 체계적인 이용·개발 및 보전을 통해 국민 삶의 질을 향상 시키는 것이고(제1조 참조), 국토계획법 제56조 제1항이 개발행위에 대해 허가를 받도록 하는 것은 난개발을 방지함으로써 전 국토에 대한 계획적이고 균형 있는 개발이 이루어질 수 있도록 하기 위함이다. 그런데 허가의 대상이 되는 개발행위의 내용과 범위를 정함에 있어서는 위와 같은 입법목적과 더불어 급변하는 사회적·경제적 환경, 국가 또는 지방자치단체가 계획을 수립하여 시행하는 각종 개발사업, 개발행위허가로 인하여 이웃 토지에 미치는 효과 등을 고려하여야 할 필요성이 크다. 이에 따라 세부적인 사항은 국회가 제정하는 법률보다 탄력성이 있는 행정입법에 위임할 필요성 역시 크다. 게다가 국토계획법 제56조 제1항의 내용을 보면, 허가를 받아야 하는 개발행위를 건축물의 건축 또는 공작물의 설치(제1호), 토지의 형질변경(제2호), 토석의 채취(제3호), 토지 분할(제4호), 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위(제5호)로 열거하고 있고, 개발행위허가의 기준을 정하고 있는 같은 법 제58

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

조 제1항에서는 당해 토지가 속한 용도지역, 개발행위의 규모, 주변 지역의 토지 이용실태나 주변 환경과의 조화 등을 종합적으로 고려하여 개발행위허가를 하도록 규정하고 있으므로, 국토계획법 제56조 제1항의 위임에 따른 대통령령에서는 허가의 대상이 되는 개발행위의 구체적인 내용이나 태양을 위에 열거된 각 행위 유형별로 규정하면서 당해 개발행위가 행해지는 용도지역, 개발행위의 규모, 인접 시설이나 주변 환경에 미치는 영향과 같은 기준을 고려하여 그 내용을 정하고 있을 것임은 누구라도 충분히 예상할 수 있다. 따라서 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

3) 비례의 원칙과의 부합 여부

헌법재판소는 개발행위허가 규정의 재산권 침해 여부와 관련하여, “이 사건 법률조항의 입법목적은 자의적이고 무계획적인 개발행위를 방지함으로써 인근 주민들 간의 갈등을 해소하고 국토 전체의 계획적 개발이 이루어지도록 하는 데에 있는바, 이는 인구에 비하여 상대적으로 좁은 국토를 보유한 우리의 현실적 여건과 2000년대 초반 극심한 사회 문제로 대두된 국토의 난개발 상황 등을 고려한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다. 또한, 개발행위를 하고자 하는 경우 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받도록 한 것은 위와 같은 입법목적 달성에 적합한 수단이다.”라고 전제한 다음 “개발행위허가제가 궁극적으로는 토지에 대한 난개발 행위를 방지함으로서 국토 전체의 계획적 개발을 통해 국민의 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 데 그 목적이 있는 점, 무계획적이고 자의적인 개발행위에 의해 국토가 훼손될 경우 이를 원상태로 복구하는 데에는 상당한 시간과 노력이 들 것임은 능히 예측할 수 있는 점에 비추어 보면, 원칙적으로 전 국토에 대하여 사전에 개발행위허가를 받도록 하는 것은 불가피하고, 토지의 지목, 건축물의 규모 및 형태 등을 일일이 반영하여 선별적, 부분적, 예외적으로 토지이용을 제한하는 수단을 사용하여서는 위와 같은 입법목적을 효율적으로 달성하기 어렵다할 것이다. 또한, 이 사건 법률조항에 따른 재산권 제한은 개발제한구역으로 지정된 지역에서의 행위 제한과 같이 개발행위를 전면적으로 금지하는 것이 아니라 개발행위를 함에 있어 관할 관청의 허가를 받도록 하는 것

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

에 불과하고, 당해 토지가 가지는 본래의 지목과 현황대로 계속해서 사용하는 데에는 어떠한 제한도 없다. 게다가, 높이 50㎝ 이내 또는 깊이 50㎝ 이내의 절토·성토·정지(시행령 제53조 제3호 가목), 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역 외의 지역에서 면적이 660㎡ 이하인 토지에 대한 지목변경을 수반하지 아니하는 절토·성토·정지·포장(동호 나목), 조성이 완료된 기존 대지에서의 건축물 등의 설치를 위한 토지의 형질변경(동호 다목)과 같은 경미한 행위의 경우에는 허가를 받을 필요 없이 개발행위를 할 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 이 사건 법률조항에 의하여 달성하려는 공익은 국토를 무분별하게 개발할 경우 초래될 수 있는 국토의 훼손을 방지하고, 전 국토에 대한 체계적이고 계획적인 개발이 이루어지도록 하는 것이다. 반면 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 사익은 개발행위를 하는 데 있어 원칙적으로 사전에 허가를 받아야 하는 것으로서 위와 같은 공익에 비하여 중대하다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 아니한다. 한편, 청구인은 이 사건 법률조항이 토지를 원래의 목적으로도 전혀 사용할 수 없게 된 경우에 대한 보상규정을 두지 않았으므로 위헌이라는 취지로 주장하나, 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 법률조항은 개발제한구역과 같은 특정한 용도구역 내지 용도지구 설정에 따른 개발행위 제한과 같이 일정한 개발행위를 전면적으로 금지하는 것이 아니고 국토계획법이 정한 요건을 갖추면 관할 관청의 허가를 받아 개발행위를 할 수 있으며, 당해 토지가 가지는 본래의 지목과 현황대로 계속해서 사용하는 데에 어떠한 제한도 두고 있지 않으므로, 이 사건 법률조항이 보상규정을 두지 않아 위헌이라는 주장은 이유 없다.” 고 하여 재산권 역시 침해하지 않는다고 결정하였다.

4) 헌법상의 제한

헌법 제23조가 보장하는 재산권은 사적 유용성과 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산 가치가 있는 구체적 권리를 뜻한다.[136] 한편 헌법 제122조는 “국

136) 헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2003헌마377 결정; 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바40 결정; 정종섭, 앞의 책, 717면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다"고 규정하고 있다.

국토계획법은 토지의 이용관계에 대한 각종 내용과 규율을 정한 법으로 도시계획을 통하여 토지이용관계를 규제한다. 이로써 토지를 소유한 개인은 국토계획법의 토지이용관계에 대한 효율적인 목적을 달성하기 위한 개발행위허가를 수인해야 하는 헌법적 부담을 갖게 되는 것이다.[137]

현행 국토계획법이 규정하는 개발행위허가가 그 허가기준을 다소 추상적인 개념으로 규정하거나 그 정의 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 이는 다양한 모든 경우를 나열하지 못하는 불가피한 측면에 기인한다. 개발행위허가의 취지는 이웃 토지와 연접한 어느 한 토지의 이용이 인접 토지의 이용에 부조화를 발생시킬 수 있고, 사적인 개발행위가 각종 계획(도시관리계획, 도시계획사업 등)과 상충할 수 있어, 이러한 문제점을 사전에 예방하고 계획적 개발을 유도하여 국토를 효율적·합리적으로 이용하고 체계적으로 관리하기 위하여 기반시설의 확보 여부, 주변 환경과의 조화 등을 사전에 검토하여 허가를 받도록 하는 것이다. 이러한 점을 고려한다면 개발행위허가로 달성되는 공익은 공법상 개발행위허가를 받을 권리에 비하여 훨씬 크다고 할 것이다.

따라서 토지소유자의 개발행위의 자유가 헌법상 재산권의 한 내용으로 보장되지만 이는 헌법 제122조에 의한 헌법적 부담 역시 포함되는 범위에서 인정되는 것이며 따라서 국토의 효율적이고 균형 있는 이용과 개발 그리고 보전을 위한 개발행위허가제도가 토지소유자의 재산권을 침해한다고 볼 수는 없다.

2. 개발행위허가의 공법적 문제점

위와 같은 개발행위허가제도의 헌법상 쟁점들은 헌법재판소의 일관된 결정들을 통하여 어느 정도 정리되어 있다. 하지만 개발행위허가제도는 난개발의 억제라는 그 도

137) 전진원, 앞의 책, 12면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

입 취지와는 달리 실제 운용에 있어서는 개발행위허가제도의 제도적 허점과 지방자치단체의 운용 미숙 등으로 오히려 난개발을 유발시킨다는 비판에 직면하고 있는 실정이다.[138] 즉, 정작 국토계획을 체계적으로 실현하기에는 국토계획법상의 개발행위허가제도가 그 의제제도와 관련되어 명확하게 확립되어 있다고 보기 어렵고 개발행위허가 기준에 있어서도 기준에 산재한 불확정법개념으로 인하여 실무는 물론 학설과 판례 역시 혼란을 겪고 있다. 이들 문제점에 대하여는 장(章)을 달리하여 구체적으로 검토하고, 다만 여기서는 간단하게 소개하고자 한다.

1) 개발행위허가의 의제

(1) 검토의 필요성

개발행위허가제도와 관련하여 의제의 양상은 타법에 의하여 국토계획법 제56조가 정하는 개발행위허가가 의제 되기도 하며, 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 얻음으로써 국토계획법 제61조에 따라 다른 법령의 인허가가 의제되는 두 가지 모습으로 확인된다.

이러한 의제규정이 갖는 특징으로 대표적인 것은 기속행위로서 법적 성질을 갖는 「건축법」 제11조 제1항이 규정하는 건축허가의 법적 성질이 같은 규정 제5항 제3호가 규정하는 국토계획법상 개발행위허가 의제규정으로 말미암아 재량행위로 전환되는 것을 들 수 있다. 즉, 국토계획법이 정한 용도지역 안에서 개발행위를 수반하는 건축허가 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량의 영역에 속한다는 것이 최근 법원의 확립된 입장이다.[139] 뿐만아니라 인허가의제와 관련하여 협의 등 행정절차와 인허가의제가 가져오는 실질적인 법적 효과들의 내용이 무엇인지, 그 쟁송에 있어서의 양상은 어떠한지 등에 대한 법률검토가 필요하다. 이는 개발행위의 부관의 가능성·쟁송의 대상 등과 관련하여서도 함께 문제된다. 이에 더하여 2023년부터 「행정기본법」의 인허가의제규정이 시행될 예정에 있으므로 인허가

138) 서순탁, 앞의 논문, 67면.
139) 법원은 "국토계획법이 정한 용도지역 안에서 개발행위를 수반하는 건축허가는「건축법」제11조 제1항에 의한 건축허가와 국토계획법 제56조 제1항의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것"이라고 하고 있다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2021두35681 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017두63986 판결 등).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

의제제도를 둘러싼 전반적인 공법적 쟁점 상황을 면밀하게 검토할 필요성이 있다.

(2) 타법에 의한 개발행위허가의 의제

타법에 의하여 개발행위허가가 의제되는 대표적인 모습은 「건축법」상 건축허가를 통한 개발행위허가의제이다.[140] 즉, 「건축법」 제11조는 건축허가를 하면서 타법상의 인허가를 의제하는 규정을 두고 있는데, 국토계획법 제56조의 개발행위허가도 여기에 포함되도록 규정한 것이다.[141] 「건축법」 제14조는 건축신고에 관한 규정인데도 건축허가가 정하는 의제 규정을 준용할뿐만 아니라(「건축법」 제14조 제2항), 건축허가와 신고사항의 변경 절차에 있어서도 「건축법」 제11조 제5항에 따른 의제 절차를 거치도록 하고 있다.[142] 이렇듯 타법에 의하여 개발행위허가가 의제되는 경우, 인허가의제제도와 관련한 실체집중 부정설, 절차집중설, 의제되는 인허가의 실재성 긍정설 등이 주된 의견인 점을 고려하면, 개발행위허가가 가지는 국토의 난개발 방지를 통한 계획적인 개발의 도모라는 그 입법취지를 상실하지 않

---

140) 그 밖에도 타법에 의하여 국토계획법이 의제되는 경우로는「관광진흥법」, 제주특별법,「간선급행버스체계의 건설 및 운영에 관한 특별법」,「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」,「광업법」,「공항시설법」,「국방·군사시설 사업에 관한 법률」등 100여 개가 넘는 법률에서 국토계획법상의 개발행위허가를 의제하고 있다(법제처,『행정기본법 조문별 해설』, 법제처, 2021, 104면 참조).

141)「건축법」제11조 ⑤ 제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」제13조의2와 제14조에 따라 관련 법률의 인ㆍ허가 등이나 허가 등을 받은 것으로 본다.
1. ~ 2. (생략)
3.「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제56조에 따른 개발행위허가
4.~ 23. (생략)

142) 우리나라 법제상 '건축물의 건축'과 관련한 대표적 법 규정은「건축법」과 국토계획법이다. 2000년 이전에는 (구)도시계획법에서 건축행위와 토지형질변경행위 등을 병렬적으로 나열하여 이들을 각각 별개의 허가제도로 보는 듯하였다((구)도시계획법 제4조). 그러나 2000년 이후 (구)도시계획법에서 "개발행위허가"라는 용어를 도입하면서 개발행위허가의 대상으로 건축행위와 토지형질변경행위 등을 열거하였고, 결과적으로 개발행위허가는 건축행위나 토지형질변경행위에 대한 상위개념과 같이 사용하게 되었다고 할 것이다.

이렇게 건축허가와 토지형질변경허가를 포함하는 하나의 상위개념으로 개발행위허가라는 개념을 만들고 개발행위허가의 요건을 정하게 되면서, 개발행위허가의 요건은 그 대상인 건축행위를 위한 건축허가의 요건으로서 동시에 작동하게 되었다. 법원 역시 "국토계획법이 정한 용도지역 안에서 개발행위를 수반하는 건축허가는「건축법」제11조 제1항에 의한 건축허가와 국토계획법 제56조 제1항의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것"이라고 하고 있다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2021두35681 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017두63986 판결 등).

뿐만아니라 국토계획법은 제6장에서 용도지역·용도지구 및 용도구역에서의 건축허가 요건에 대하여 규정하고 있다. 즉,「건축법」은 건폐율과 용적률에 있어서는 국토계획법을 따르도록 하고(「건축법」제55조 및 제56조), 국토계획법은 용도지역·용도지구에서의 건폐율과 용적률의 기준 및 제한되는 건축행위 등에 대한 규정을 두고 있다. 이렇듯「건축법」은 국토계획법과 유기적인 관계에 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

도록 운용될 필요성이 크다.[143] 이를 위하여 제도적 개선방안으로 개발행위허가를 의제하는 것 자체를 신중할 필요성이 있다.[144]

(3) 국토계획법의 개발행위허가를 통한 타법률 인허가의 의제

국토계획법에 따른 개발행위허가 또는 변경 허가를 얻으면 특별시장・광역시장・특별자치시장・특별자치도지사・시장 또는 군수가 미리 그 개발행위에 대하여 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 그 인허가 등을 받은 것으로 보아 개별 법률에 의한 개별적인 인허가가 의제된다(국토계획법 제61조 제1항).[145]

(4) 「행정기본법」에 의한 인허가의제

2021. 3. 23.부터 시행되고 있는 「행정기본법」은 제24조 내지 제26조에 걸쳐 인허가의제를 규정하고 있다. 인허가의제제도는 1971년 (구)도시계획법에서 개별법으로는 처음으로 "재개발사업에 대하여는 「건축법」 제45조 제1항 제2호・

143) 이 논문, 83면 이하 참조.
144) 이 논문, 211면 이하 참조.
145) 국토계획법 제61조 제1항이 규정하는 인허가의제 사항에는,「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」제8조에 따른 공유수면의 점용・사용허가, 같은 법 제17조에 따른 점용・사용 실시계획의 승인 또는 신고, 같은 법 제28조에 따른 공유수면의 매립면허 및 같은 법 제38조에 따른 공유수면 매립 실시계획의 승인,「광업법」제42조에 따른 채굴계획의 인가,「농어촌정비법」제23조에 따른 농업생산기반시설의 사용허가,「농지법」제34조에 따른 농지전용의 허가 또는 협의, 같은 법 제35조에 따른 농지전용의 신고 및 같은 법 제36조에 따른 농지의 타용도 일시사용의 허가 또는 협의,「도로법」제36조에 따른 도로관리청이 아닌 자에 대한 도로공사 시행의 허가, 같은 법 제52조에 따른 도로와 다른 시설의 연결허가 및 같은 법 제61조에 따른 도로의 점용 허가,「장사 등에 관한 법률」제27조 제1항에 따른 무연분묘(無緣墳墓)의 개장(改葬) 허가,「사도법」제4조에 따른 사도(私道) 개설(開設)의 허가,「사방사업법」제14조에 따른 토지의 형질 변경 등의 허가 및 같은 법 제20조에 따른 사방지 지정의 해제,「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」제13조에 따른 공장설립 등의 승인,「산지관리법」제14조・제15조에 따른 산지전용허가 및 산지전용신고, 같은 법 제15조의2에 따른 산지일시사용허가・신고, 같은 법 제25조 제1항에 따른 토석채취허가, 같은 법 제25조 제2항에 따른 토사채취신고 및「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」제36조 제1항・제4항에 따른 입목벌채(立木伐採) 등의 허가・신고,「소하천정비법」제10조에 따른 소하천공사 시행의 허가 및 같은 법 제14조에 따른 소하천의 점용 허가,「수도법」제52조에 따른 전용상수도 설치 및 같은 법 제54조에 따른 전용 공업용 수도설치의 인가, 「연안관리법」제25조에 따른 연안정비사업실시계획의 승인,「체육시설의 설치・이용에 관한 법률」제12조에 따른 사업계획의 승인,「초지법」제23조에 따른 초지전용의 허가, 신고 또는 협의,「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」제15조 제3항에 따른 지도 등의 간행 심사,「하수도법」제16조에 따른 공공하수도에 관한 공사시행의 허가 및 같은 법 제24조에 따른 공공하수도의 점용허가,「하천법」제30조에 따른 하천공사 시행의 허가 및 같은 법 제33조에 따른 하천 점용의 허가,「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」제24조에 따른 도시공원의 점용허가 및 같은 법 제38조에 따른 녹지의 점용허가 등이 해당한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제4호 및 동조 제2항의 규정에 의하여 건설부장관 및 도지사의 인가 또는 승인을 받아야 할 사항은 재개발사업의 실시계획의 인가로서 이를 건축법에 의한 인가 또는 승인이 있는 것으로 본다"고 규정한 이후 지금까지 116개 법률에서 인허가 의제제도를 규정하고 있다.[146] 하지만 그 적용에 있어서 기준과 절차의 부재로 실무에서 어려움을 겪어 왔다.[147] 이런 문제점을 극복하고자 「행정기본법」이 인허가의제를 입법하여 일반법의 지위에서 인허가의제제도와 관련한 통일된 절차를 마련하게 된 것이다.[148]

2) 개발행위허가의 기준

현대사회에서의 급변하는 사회 환경을 모두 반영하여 입법하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없고, 그렇다고 일률적으로 정하여 입법하는 경우는 구체적인 상황을 반영하기 어렵다는 문제점이 있다. 이러한 문제점은 국토계획법에서도 나타나는데 특히 신청된 개발행위가 허가기준을 충족하였는지에 대한 판단과정에 있어서이다. 국토계획법은 개발행위허가 기준에 있어 위해방지, 환경오염 방지와 같은 불확정법개념을 사용하여 개발행위허가의 기준을 규정하고 있으며, 각 지역적 특색을 고려한 시·군 관리계획에 부합할 수 있도록 개발행위의 가능성에 대한 기준을 법률에서 하위법령과 조례로 위임하고 있다.[149] 하지만 개발행위허가 신청에 대한 기준을 통하여 불이익한 처분을 받게 되는 경우, 행정청 담당자마다 자의적인 해석으로 인하여 자기구속의 원칙에 위배되는 행정처분이 발생할 위험성과 법령에 근거하지 않은 방법으로 불이익을 받게 되는 문제점 등이 있는 점에서 개발행위허가 기준의 위상을 정립할 필요성이 있다.

최근 대법원은 '자연환경·생활환경에 미치는 영향' 등과 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량을

146) (구)산업기지개발촉진법은 1991. 1. 14. 법률 제4216호로 폐지되어 현재는「산업입지 및 개발에 관한 법률」로 존재하고 있다.
147) 홍정선,『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 178면.
148) 하지만「행정기본법」제24조는 경과규정을 두어 2023. 3. 24.부터 시행될 예정이다(「행정기본법」, 부칙 제17979호, 제1조 참조).
149) 이런 사례로, 특히 제주특별법을 보면 국토계획법이 대통령령 또는 국토교통부령으로 정하도록 한 사항에 대하여 제주특별자치도의 특성이 반영될 수 있도록 제주특별자치도 도시계획조례로 정하도록 하고 있다(제주특별법 제406조 제9항 참조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

폭넓게 존중해야 한다는 취지의 일련의 판결을 통하여 사법심사 강도를 완화하고 있는 점을 볼 수 있다.[150] 하지만 이러한 법원의 입장이 곧 모든 경우에 있어서 행정청의 판단이 존중된다는 것은 아닌 만큼, 개발행위허가에 있어서 불확실하고 모호한 기준 즉 불확정법개념에 대한 판단을 함에 있어 그 한계를 준수하여야 하며 그 한계의 준수를 위한 행정청의 노력의 일환으로 행정입법에 대한 검토가 필요하다.

150) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2017. 6. 19. 선고 2016두30866 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017두63986 판결; 대법원 2018. 12. 27. 선고 2018두49796 판결; 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020두34346 판결; 대법원 2021. 7. 29. 선고 2021두33593 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제3장 개발행위허가의 의제 및 기준 고찰

제1절 개발행위허가 실무에서의 인허가의제제도 고찰[151]

1. 개발행위허가에 있어 인허가의제 검토의 필요성

국토의 계획적 개발 필요성과 이를 저해하는 난개발에 대한 우려가 증대됨에 따라 도시지역에 한정하여 적용하였던 개발행위허가제도를 전 국토로 확대하여 실시한 지 20년 가까이 되었다.[152] 따라서 국토를 효율적으로 관리하고 계획적 개발이 이뤄지기 위해서는 개발행위허가제도가 순조롭게 운영되어야 한다. 그런데 개발행위허가제도가 그 절차에 있어서 광범위하게 두고 있는 '의제제도'는 공법상 여러 가지 쟁점이 있고 이로 인하여 빚어지는 실무상 혼란으로 말미암아 국토의 계획적 개발에 직접적 차질이 발생하고 있다.

즉, 국토계획법 제56조가 정하는 개발행위허가는 개발행위허가를 얻음으로써 같은 법 제61조 제1항에 의하여 다른 법률을 의제하기도 하지만, 다른 법에 의하여 의제되기도 한다. 예를 들면, 「건축법」은 건축허가를 얻을 경우 국토계획법의 개발행위허가도 얻은 것으로 본다고 규정하고 있다(「건축법」 제11조 제5항 제3호). 이러한 의제규정은 행정행위의 법적 성질을 변환시키는 효과를 갖게 되는데 법적 성질의 변화로 행정객체인 국민에게 미치는 효과, 그 권리구제 수단이 모두 달라진다. 이러한 효과를 가져오는 개발행위허가 의제제도에 있어 실무상 문제 되는 가장 큰 쟁

151) 인가(認可)는 제3자의 법률적 행위를 행정청이 동의·승인의 형식으로 보충하여 그 법률상 효과를 완성시켜 주는 행정행위이다. 즉 공익과 밀접한 관련이 있는 타인의 법률행위에 행정주체가 관여하여 그 행위의 효력 발생을 행정주체의 의사에 종속시키는 제도이다. 따라서 앞서 검토한 허가(許可)와는 엄밀하게 구분되는 제도이다. 하지만 판례와 학계에서는 적어도 '인허가의제제도'에서는 이를 구별하여 표기하지 않고 '인허가의제' 또는 '인·허가 의제' 등으로 표기하고 있다. 한편 최근 제정된 「행정기본법」은 '인허가의제'로 표기하고 있으므로 이 장(章) 이하에서는 「행정기본법」의 표기에 따라 '인허가의제'로 표기한다.

152) 이 논문, 11면 이하 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

점은 인허가의제 제도의 효과와 관련한 것으로서 주된 인허가 행정처분과 별개로 의제 되는 인허가의 행정처분이 실재하는가 여부이다. 이에 파생되어 의제를 위한 협의의 정도와 의제된 인허가가 쟁송의 대상이 될 수 있는지 등이 함께 문제 된다. 즉, 인허가의제와 관련하여 협의 등 행정절차와 인허가의제가 가져오는 실질적인 법적 효과들의 내용이 무엇인지, 부관의 가능성 및 그 쟁송에 있어서의 다툼의 양상은 어떠한지 등에 대한 내용이 학설과 판례 모두 확립되어 있다고 보기 어려워 혼란을 겪고 있으며 이러한 혼란은 부서 상호 간 이견(異見)을 초래하고 그 조율에 실패할 경우에는 결국 업무 미루기가 되어 그 피해는 고스란히 행정의 객체인 시민들의 몫이 되기도 한다.

앞서 제2장에서 검토한 바와 같이 개발행위허가제도가 전국토를 대상으로 확대되어 도입된 이유는 난개발의 방지를 위한 것이었다.[153] 그런데 개발행위허가제도가 국토계획법에 의하여 독립적으로 운용되기보다는 다른 법에 의하여 '의제되어' 운용되는 경우가 보다 빈번한 현실이다. 특히 다른 법에 의하여 개발행위허가가 의제되는 경우와 관련해서 개발행위허가 의제제도의 검토 필요성은 두드러진다. 국토계획법에 의하여 개발행위허가처분을 먼저 하고, 이를 통하여 다른 법이 규정하는 처분을 의제하는 국토계획법 제61조의 경우, 국토의 계획을 다루는 행정청 입장에서 개발행위의 가능성을 검토하므로 그 심사가 체계적으로 이뤄지지만, 다른법에 의하여 개발행위허가가 의제되는 경우에는 주된 인허가와 의제되는 인허가가 유기적으로 검토될 수 있는 시스템의 부재와 그 체계의 미확립으로 인하여 개발행위허가를 통한 난개발의 난립을 충분히 막아내지 못하는 경우가 비일비재하게 발생하고 있기 때문이다. 이렇듯 국토계획법상 개발행위허가가 의제되는 경우 주된 인허가를 담당하는 행정관청과 어떠한 입장을 가지고 행정행위를 해야 할 것인지, 각 행정처분들의 관계를 어떻게 바라보아야 할 것인지 등에 대한 논의가 '인허가의제제도'에 대한 논의이다. 그리고 국토계획법상 개발행위허가 의제제도가 갖는 문제점은 곧 인허가의제제도의 불확립에 기인하는 것이기 때문에 개발행위허가 의제제도의 체계적 운영을 위해 인허가의제제도의 검토가 필요하다.

153) 이 논문, 9면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2. 인허가의제제도의 개요

1) 인허가의제의 의의

(1) 인허가의제의 의미

행정법 영역에서 의제된행위(fiktiver Verwaltungsakt)란 어떤 법률에서 다른 법률에 따른 행정행위가 있는 것으로 '의제한다'는 규정이 있을 때 그 다른 법률에 따른 행정행위를 의미하는 것으로 이는 실제 그 다른 법률에 따른 행정행위가 있는 것은 아니지만 "마치 행정행위가 발령된 것과 같은 법적 상황"이 인정되는 것을 의미한다.[154]

법학에서 의제(Fiktion)라 함은 실제로 존재하지 않는 사안을 인정하도록 법률상으로 확정되어있는 것을 의미한다.[155] 법학에서의 의제는 고대 로마시대에 원고를 시민으로 한정한 소송법적 한계를 벗어나기 위하여 처음 활용된 것으로 알려져 있다.[156] '의제(擬制)'는 사전적 의미로 '본질은 같지 않지만 동일한 것으로 처리하여 동일한 효과를 주는 일'로 정의되며, 통상 법학 일반에서는 '의제'를 '간주(看做)'와 동일한 의미로 사용하면서 '어떠한 법적 사실에 대한 증명이 확실하지 않더라도 그 사실에 대한 개연성이 통상적으로 매우 높다면 법률이 정한 효력을 부여한다는 의미'로 사용되고 있다.[157]

법적 의제에 대한 현대적 연구는 20세기에 이르러 활발하게 이루어져 그 유형도

---

154) Maurer·Waldhoff, 『Allgemines Verwaltungsrech』, 2017, s.11(홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 제361면에서 재인용).

155) 김중권, "독일 행정절차법상의 허가의제제도와 그 시사점", 『법제연구』, 제54권, 한국법제연구원, 2018, 41면.

156) 오세혁, "법에 있어서의 의제", 『중앙법학』, 제17집 제1호, 중앙법학회, 2015, 343면; Esser, 『Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, [2. Aufl]』, Frankfurt Klosterman, 1969, s. 15-36; Kelsen, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen", Annalen der Philosophie 1, 1919, s.630-658; Krückmann, "Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft", Annalen der Philosophie 3, 1921, s.418-426; Hofacker, "Fiktionen im Recht", Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik 4, 1924, s.475-484; Schmitt, "Juristische Fiktionen", Deutsche Juristen-Zeitung 18, 1913, s.804-805(오세혁, 앞의 논문, 342면에서 재인용).

157) 국립국어원 표준국어대사전, (http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp); 오세경, 『(圖說) 法律用語辭典』, 법전출판사, 2017 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다양한 모습으로 등장하는데 입법실무나 사법실무에서 해석기술 또는 입법기술로 기능하고 또 법학에서 법의 주요 개념을 분석하고 설명하는 수단 내지 도구로 기능하고 있다.[158] 법률의제가 입법의 형성적 수단으로서 기능하면서 공법 영역에서도 매우 다양한 목적과 형태로 활용되고 있다.[159] 이를 살펴보면 행정법학에서 논의되는 인허가의제는 일반적인 '의제'의 정의와 같이 본질이 동일하지 않은 것을 동일한 것으로 처리하는 것이라거나 일반적인 법률용어의 쓰임과 같이 어떤 사실에 대한 증명이 확실하지 않더라도 그 사실에 대한 개연성이 높은 여부를 판단하여 법률이 정한 효력을 부여하는 것이 아니다.

현행 우리 행정법학에 있어 의제는 크게 두 가지 의미로 사용된다. 하나는 허가·신고 등과 같은 특정 행정행위의 존재를 바탕으로 다른 허가·신고의 효과가 연결되어 함께 발생하는 경우이다. 그리고 다른 하나는 소정의 처리기간의 경과에 의제효과를 연결시키는 것이다. 예를 들어 「부동산거래 신고 등에 관한 법률」 제11조 제5항에 의하면 토지거래계약 허가에 대해 행정청이 소정의 처리기간이 지나도록 인용 여부에 관해 아무런 조치가 없을 때에는 그 처리 기간이 끝난 날의 다음날에 토지거래계약허가가 있는 것으로 '보며', 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 지체없이 신청인에게 허가증을 발급하도록 규정하고 있다.[160] 독일의 경우 후자의 방식만이 인허가의제의 효과로 존재하는 반면 우리 행정법학에서는 '인허가의제'라 하면 통상 후자의 경우보다는 전자의 경우를 의미하여 '하나의 주된 인허가를 받으면 관계 법률에 규정된 다른 관련 인허가를 받은 것으로 보는 것'으로 의미하여 왔다.[161] 2021. 3. 23. 법률 제17979호로 제정되어 시행 중인 「행정기본법」에서도 하나의 주된 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가를 받은 것으로 보는 것을 인허가의제라고 정의하고 있다.[162] 이렇듯 행정법학에서의 '인허가의제'라고 할때에는

158) 오세혁, 앞의 논문, 351면 참조.
159) 박종준, "행정법상 법률의제에 관한 연구", 『고려대학교 박사학위 논문』, 고려대학교, 2014, 137면.
160) 김중권, 앞의 논문, 44면.
161) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 703면; 홍정선, 앞의 책, 404면; 이상천, "인·허가의제와 집중효", 『법학논총』, 제24집, 숭실대학교 법학연구소, 2010, 151면; 정해영, "의제된 인허가의 처분성", 『아주법학』, 제13권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2019, 55면 등 참조.
162) 「행정기본법」은 2021. 3. 23.부터 시행되고 있지만, 이 법의 제2절 인허가의제와 관련한 제24조 내지 제26조 규정은 부칙 제17979호로 경과규정을 두어 2023. 3. 24. 부터 시행될 예정이다. 「행정기본법」에서는 인허가의제의 정의 외에도 인허가의제의 기준을 정하고(제24조), 인허가의제의 효과(제25조), 그리고 인허가의제의 사후관리(제26조)에 대하여도 규정하고 있다. 한편 「행정기본법」은 주된 인허가에 대응하여, 관련된 여러 인허가를 '관련 인허가'로 정의하고 있다(「행정기본법」

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

사전적인 의미 또는 법학 일반에서의 '의제'·'간주'와는 다른 의미로 사용되고 있음을 알 수 있다. 이 논문에서도 인허가의제라고 함에 있어서는 우리 행정법학에서 주로 사용하는 인허가의제 즉, '하나의 주된 인허가를 받으면 관계 법률에 규정된 다른 관련 인허가를 받은 것으로 보는 것'을 의미하는 것으로 사용하도록 하겠다.

(2) 인허가의제제도의 근거

인허가의제는 공익을 실현하는 관계 행정기관(의제되는 행위에 대하여 본래적으로 권한을 갖는 행정기관)의 권한 행사에 제약을 가하는 것이기 때문에 인허가의제에 대한 법령의 근거가 있는 경우에만 인정된다.[163] 「행정기본법」 역시 '인허가의제란 하나의 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가를 받은 것으로 보는 것을 말한다'라고 정의하여 주된 인허가를 통하여 의제되는 인허가는 법률로 규정되어 있는 경우에 한하여 인정되는 것이라고 하고 있다.[164] 따라서 「행정기본법」 제24조 제1항에 따라 해당 법률에 인허가의제의 규정이 있는 경우에 한하여 인허가의제가 가능하며 '법률'의 명백한 근거가 없이는 인허가의제가 불가능하다. 이에 따라 현행법상 「건축법」 제11조 및 제22조, 국토계획법 제42조·제61조·제92조, 「대기환경보전법」 제24조·제44조의3, 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」제13조의2·제14조·제14조의2·제33조의2·제45조의4 등 116개 법령·총 141개 조문에 있어서 인허가의제를 명문으로 규정하고 있다.[165] 이러한 인허가의제 규정을 도입하는 법률은 정부의 적극행정과 민원처리의 간소화 기조를 고려해 보면 앞으로도 계속하여 늘어날 것으로 예상된다.[166]

(3) 인허가의제제도의 도입 취지

인허가의제는 개별법상의 실체적 목표의 달성에 기여하는 법적 수단으로 역할하고 있다.[167] 먼저 인허가의제제도는 절차의 신속을 요구하는 행정목표에 기

제24조 제1항).
163) 홍정선, 앞의 책, 404면; 박균성, 앞의 책, 703면 등.
164) 「행정기본법」 제24조 제1항 참조.
165) 법제처, 앞의 책, 104면.
166) 류준모, "인허가의제제도에 관한 입법적 개선방안", 『법제』, 제2012권 제12호, 법제처, 2012, 8면.
167) 박종준, 앞의 논문, 122면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

여한다. 행정절차 신속화의 요청은 「행정절차법」을 통하여 확인할 수 있다. 즉, 다수의 행정청이 관여하는 처분의 경우 관계 행정청은 신속하게 협조할 의무가 있고(「행정절차법」 제18조), 행정청은 신청인의 편의를 위하여 신속하게 행정처리를 해야 하며(「행정절차법」 제19조 제4항), 행정청은 청문이나 공청회를 열거나 의견제출을 받은 후 신속하게 처분하여야 하며(「행정절차법」제22조 제5항), 서면주의를 원칙으로 하면서도 그 예외 사유로 신속한 처리의 필요를 들고 있으며(「행정절차법」제24조 제1항), 행정상 입법예고를 함에 있어 신속한 국민의 권리 보호 등을 위한 경우를 예외 사유로 삼고있는 것 이다(「행정절차법」제41조 제1항 제1호).[168]

다음으로 인허가의제 규정은 행정절차의 간소화에 기여한다. 행정원리는 분업의 원리로 대변되고, 이는 행정의 효율성이라는 긍정적 평가를 받는 요소였으며 책임행정, 전문성의 강화를 위하여 분업의 원리가 오히려 필요한 것으로 여겨지기도 하였다.[169] 하지만 인허가신청이 있게 되면 분업의 원리에 따라 행정청은 각각의 행정권한을 행사하면서 그 준거법이 요구하는 공익을 행사하면서 심사 권한을 신중하게 행사하다 보니 인허가절차의 지연이 수반되었다. 그리고 이는 급격한 국가경제발전의 상황에서 기술적으로 매우 복잡한 대규모 시설의 경우 투자 규모의 거대함, 공간적·시간적 광범위성 등으로 심사자료의 범위가 매우 방대하여 행정업무의 복잡성이 증대함에 따라 행정절차의 간소화를 요구하는 인허가의제의 도입은 불가피한 선택이었던 것으로 보인다.[170] 즉, 행정절차의 간소화는 행정은 효율성을 가져왔고 행정목표를 달성함에 있어 불필요한 행정비용을 감축시킬 수 있도록 하였다. 한편 건축신고를 절차간소화를 위한 제도의 하나로 소개하는 견해도 있다.[171] 하지만 우리 「건축법」제14조는 건축신고에 있어 건축허가와 마찬가지로 관련 법령의 인허가 규정을 준용하고 있는 점에서 절차간소화의 하나로 보기는 어려울 것이다(「건축법」제14조 제2항).

---

168) 박종준, 앞의 논문, 125면 참조.
169) 선정원, “복합민원과 집중심사의 모델들”, 『공법연구』, 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001, 366면; 이상천, 앞의 논문, 3면 등 참조.
170) 정태용, “국토법제의 회고와 전망”, 『아주법학』, 제10권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2017, 6면 및 12면 참조.
171) 정남철, “건축신고와 인인보호”, 『법조』, 제59권 제6호, 법조협회, 2010, 257면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(4) 최초의 인허가의제 규정

주된 인허가를 받으면 부수적인 인허가를 함께 얻은 것으로 보는 인허가의제제도가 산업화와 함께 1970년대부터 도입되었다. 즉, (구)도시계획법은 1971. 7. 20. 법률 제2291호로 전부 개정되면서 제87조 제3항에 "재개발사업에 대하여는 건축법 제45조 제1항 제2호・제4호 및 동조 제2항의 규정에 의하여 건설부장관 및 도지사의 인가 또는 승인을 받아야 할 사항은 재개발사업의 실시계획의 인가로서 이를 건축법에 의한 인가 또는 승인이 있는 것으로 본다"고 규정하여 인허가의제를 최초로 규정하였다.[172]

이와 관련하여 지금까지 많은 자료들이 통상 인허가의제의 규정의 시초로 (구)산업기지개발촉진법을 제시하는 것으로 확인된다.[173][174] (구)산업기지개발촉진법은 오늘날의 포항·울산·창원과 같은 중화학공업 건설지역은 그 성질상 대형선박의 출입 및 접안이 가능한 바다가 지역일 것과 항만·공업용수·도로·철도·동력 등의 기반시설이 모두 갖추어져야 하는 특성을 가지므로 이런 대규모 산업기지를 효과적으로 개발하기 위하여 1973. 12. 24. 법률 제2657호로 (구)산업기지개발촉진법이 제정되면서 제21조에 "① 사업시행자가 산업기지개발사업에 관하여 제8조의 규정에 의한 실시계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각호의 허가・인가・동의 또는 승인을 받은 것으로 본다"고 하여 의제되는 11개의 인허가를 규정하였다.[175] 이렇

---

172) 선정원, 앞의 논문, 374면; 김재광, "행정법상 집중효제도의 검토", 『토지공법연구』, 제9집, 한국토지공법학회, 2000, 4면 등. 한편, 김재광, "행정법상 집중효제도의 검토"에서는 (구)도시계획법 제30조 제2항을 인허가의제의 하나의 예시인 것처럼 언급하였으나 "② 전항의 규정에 의하여 토지수용법을 준용함에 있어서는 제26조의 규정에 의한 실시계획의 인가고시를 토지수용법의 규정에 의한 사업인정의 고시로 본다"는 규정은, 준용의 방법을 적시한 것일 뿐 (구)도시계획법 제87조 제3항과 같은 인허가의제 규정이라고 볼 수 없을 것이다.

173) 법제처, 앞의 책, 96면; 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 177면; 류준모, 앞의 논문, 145면; 정태용, "인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰", 『법제』, 2017, 법제처, 2017, 219면; 이상천, 앞의 논문, 147면; 박균성, "의제된 인허가의 취소", 『행정판례연구』, 제24권 제1호, 한국행정판례연구회, 2019, 15면 등.

174) 한편 (구)산업기지개발촉진법은 1990. 1. 13. 법률 제4216호로 「산업입지 및 개발에 관한 법률」이 제정됨에 따라 폐지되었다.

175) 「산업기지개발촉진법」 제21조 (다른 법률과의 관계) ① 사업시행자가 산업기지개발사업에 관하여 제8조의 규정에 의한 실시계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각호의 허가・인가・동의 또는 승인을 받은 것으로 본다.

1. 도시계획법 제24조의 규정에 의한 도시계획사업시행자의 허가 및 제25조의 규정에 의한 실시계획의 인가(산업기지개발사업을 도시계획사업으로 시행하는 경우에 한한다)
2. 수도법 제13조 및 제32조의2의 규정에 의한 수도사업의 인가
3. 하수도법 제13조의 규정에 의한 공공하수도사업의 허가
4. 공유수면관리법 제4조의 규정에 의한 점용 및 사용의 허가
5. 항만법 제12조의 규정에 의한 항만공사시행의 허가

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

듯 다른 법률에 의한 수 개의 인허가를 한꺼번에 의제하는 것은 당시로서는 매우 파격적이었고 유신시대가 아니었더라면 힘들었을 것이라는 평가를 받기도 한다.[176] 하지만 (구)도시계획법은 비록 규정의 이름을 '다른 법령의 배제'라고 하였으나 재개발사업의 실시계획인가를 얻으면, 「건축법」에 의한 인가 또는 승인을 얻은 것으로 본다고 하여 의제규정을 명백하게 먼저 둔 만큼, (구)산업기지개발촉진법 보다 먼저 인허가의제규정을 입법한 것으로 보는 것이 연혁적으로 맞으며 인허가의제의 최초 입법과 관련한 부분은 이제 수정되어야 할 것이다.

(5) 인허가의제의 모습

인허가의제가 이루어지는 모습은 주된 인허가와 관련 인허가의 협의 관계에 따라 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 먼저 ① 일괄인허가의제는 주된 인허가를 함에 있어 관련 인허가를 먼저 완료할 것을 필요로 하는 경우이다. 예를 들면 「건축법」 제11조 제6항은 건축허가를 함에 있어 '미리' 관계 행정청과 협의할 것을 규정하고 있는 것을 들 수 있다.[177] 다음으로 ② 부분 인허가의제의 모습이 있다.[178] 이는 주된 인허가로 인하여 의제되는 관련 인허가 가운데 일부에 대한 협의만 완료된 경우라도 주된 인허가를 할 수 있도록 하며 이 경우 의제되지 않은 인허가는 관련 인허가 행정청의 협의가 완료되는 대로 순차적으로 의제하거나 별도로 인허가의 대상이 될 수 있는 경우이다. 이러한 부분 인허가의제는 민원인이 신청한 법률행위를 조속히 진행할 수 있는 점에서 그 인정 실익이 있다. 판례 역시 주된 인허가부서가 사업승인을 함에 있어 의제되는 관련 사업 모두에 대하여 관계 행정기관의 장과 일괄하여 협의를 거칠 것을 그 요건으로 하는 것은 아니라고 하여 부분인허가의제를 인정하고 있다.[179] 그리고 ③ 선승인·

---

6. 하천법 제23조의 규정에 의한 하천공사시행의 허가, 제25조의 규정에 의한 하천의 점용허가 및 제26조의 규정에 의한 죽목의 운반 등의 허가
7. 도로법 제34조의 규정에 의한 도로공사시행의 허가
8. 농경지조성법 제13조의 규정에 의한 개간허가
9. 농지의보전및이용에관한법률 제3조의 규정에 의한 농지전용의 허가 및 제4조의 규정에 의한 농지전용의 동의 또는 승인
10. 산림법 제10조、제24조 및 제48조의 규정에 의한 벌채 등의 허가
11. 임산물단속에관한법률 제2조의 규정에 의한 벌채 등의 허가(임산물의 거래에 관한 허가는 제외한다)

② 건설부장관이 제8조의 규정에 의한 실시계획의 승인을 할 경우 제1항 각호에 해당하는 내용이 포함되어 있는 경우에는 관계부처의 장과 미리 협의하여야 한다.

176) 김재광, 앞의 논문, 4면; 정태용, "민원 일괄처리제도에 관한 연구", 『(국가경쟁력 강화를 위한) 법제개선연구』, 1995, 법제처, 2008, 120면 이하 등 참조.
177) 정해영, 앞의 논문, 57면 참조.
178) 정해영, 앞의 논문, 57면; 박균성, 앞의 책, 709면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

후협의의 모습으로도 존재한다.[180] 즉, 의제대상 인허가에 대한 관계 행정기관과의 모든 협의가 완료되기 전이라도 공익상 긴급한 필요가 있는 경우 관련 인허가의 협의를 조건으로 하여 주된 인허가를 할 수 있도록 하는 것이다. 입법례로 「주한미군 공여구역 주변지역 등 지원 특별법」에서 부분 인허가의제를 명문으로 규정하고 있다.[181]

다만 이들 유형은 모두 인허가의제, 즉 주된 인허가를 통하여 다른 법이 정하는 관련 인허가를 의제하는 것이므로 세부적으로는 그 유형이 나뉘더라도 이 논문에서는 이들 유형을 굳이 나누어 검토하지 않고 모두 인허가의제의 한 유형으로 보도록 한다.

(6) 현재의 인허가의제규정 현황

위와 같이 1970년대 본격적으로 도입된 인허가의제규정은 80년대 경제성장추세가 둔화되면서 성장촉진을 위한 제도개선 작업 속에 다수의 인허가의제규정이 탄생하게 되었다. 1994년 기준 약 40여 개에 이르렀던 인허가의제 규정은 2000년대에는 약 50여 개, 2021년에는 116여 개의 법률에서 규정하고 있다.[182] 하지만 인허가의제의 내용과 방식은 통일적이지는 않다.

2) 개발행위허가 의제제도와 유사한 제도

대게는 인허가의제제도와 유사한 제도로 독일의 절차간소화제도의 종류인 허가면제절차, 허가의제, 집중효, 간소화된 허가절차, 신고제도 등을 소개하는 것이 보통이다.[183] 하지만 이들 제도는 제4장에서 주요 국가의 개발행위허가제도 및 인허가의제제도를 통하여 함께 검토하고, 여기서는 개발행위허가 실무에서 개발행위허가 의제제도와 유사한 처리 절차로 진행되고 있는 제도에 대하여 검토하고자 한다.

---

179) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009두16305 판결; 대법원 2015. 4. 16. 선고 2011두5551 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두43095 판결 등.
180) 정해영, 앞의 논문, 57면; 박균성, 앞의 책, 708면 참조.
181) 미군공여구역법 제29조 ③ 제2항에도 불구하고「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」제4조에 따른 공익사업을 시급하게 시행할 필요가 있고, 제1항 각 호의 사항 중 사업시행을 위한 중요한 사항에 대한 협의가 있은 경우에는 필요한 모든 사항에 대한 협의가 끝나지 아니하더라도 그 필요한 협의가 완료될 것을 조건으로 제11조제1항 또는 제2항에 따른 사업의 시행승인 또는 변경승인을 할 수 있다.
182) 이익현, “인·허가의제제도에 관한 연구”, 『법제』, 제437호, 법제처, 1994, 110면; 선정원, 앞의 논문, 375면; 홍정선, 앞의 책, 177면.
183) 정남철, 『현대행정의 작용형식』, 법문사, 2016, 494면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 복합민원처리제도

「민원처리에 관한 법률」은 하나의 민원 목적을 실현하기 위하여 관계 법령 등에 따라 여러 관계 기관(민원과 관련된 단체·협회 등을 포함한다) 또는 관계 부서의 인가·허가·승인·추천·협의 또는 확인 등을 거쳐 처리되는 법정 민원을 '복합민원'이라 하여 그 처리를 간소화하기 위한 절차를 규정하고 있다(「민원처리에 관한 법률」 제2조 제5호).[184] 즉, 민원인의 불편을 줄여 민원인이 소관부서를 방문하고 개별 신청서 및 첨부 서류를 제출하여, 개별법에 따른 절차를 밟아 해당 행정기관의 여러 인허가 등을 받아야 하는 번거로움과 그에 따른 행정낭비를 줄이고 접수창구를 일원화하고 종합적인 관점에서 유기적으로 협력·검토할 수 있도록 하려는 것으로 민원창구 단일화(원스톱행정) 제도에서 그 이론적 근거를 찾을 수 있다.[185]

(2) 토지인허가 간소화법의 운용

2015. 1. 20. 법률 제13053호로 토지인허가 간소화법이 제정되어 시행 중에 있다. 이 법은 토지를 이용하고 개발하는 경우 개별 법률에서 요구하고 있는 복잡한 인허가 절차를 통합・간소화하기 위한 특별법으로 국토계획법에 따른 개발행위 허가, 「건축법」에 따른 건축허가, 산업집적법에 따른 공장설립 승인 등에 대한 인・허가 절차에 있어 토지이용 인・허가 절차의 간소화를 위해 인・허가 과정에서 필요한 관계기관 협의절차를 동시에 착수하도록 하고, 통합심의위원회를 구성・운영할 수 있도록 하고 있다(토지인허가 간소화법 제10조부터 제12조 참조).

토지인허가 간소화법에서 인허가의제와 관련한 언급을 직접적으로 하는 것은 아니다. 하지만, 그 적용대상으로 삼은 국토계획법에 따른 개발행위 허가, 「건축법」에 따른 건축허가, 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 따른 공장설립 승인 등에 대한 인・허가 절차라고 하여 이들 법령의 관련 절차를 간소화 하기 위한 입법임을 알 수 있다.[186] 즉, 토지인허가 간소화법에서는 토지이용 인허가권자가 관계 인허가권자의 협의절차를 거치도록 하고(토지인허가 간소화법 제10조), 이에 더하여 조

184) 박균성, 앞의 책, 698면.
185) 박균성, 앞의 논문, 14면.
186) 국토계획법 제61조 제1항이 규정하는 의제사항 종류에 관련하여, 이 논문, 각주 139) 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

정을 통한 결정을 할 수 있도록 규정하고 있는 점에서(토지인허가 간소화법 제13조), 개별법이 관련 인허가와 관련하여 규정하고 있는 협의 과정에 대한 특별규정이라 할 것이다.

3) 개발행위허가의제의 기능

(1) 민원인 편의 도모

행정 영역에서 인허가의제제도가 갖는 가장 큰 기능은 인허가 신청창구 일원화, 심사·협의의 통합적·유기적 진행을 통한 심사·협의 및 승인 등의 절차 간소화라고 할 수 있을 것이다.[187] 예를 들어 사업시행자가(사업시행자는 민원인이 될 수도 있고, 지방자치단체나 공공기관이 될 수도 있다) 하나의 사업을 진행함에 있어 토지형질변경허가, 농지전용허가, 산지전용허가, 문화재 현상변경허가 등 여러 법률에 규정된 인허가를 모두 얻어야 하는 경우 이들 인허가를 각각 받도록 하는 것은 민원인에게 불편을 초래한다. 따라서 의제대상 인허가 관계 행정청 모두를 개별적으로 거치지 아니하고 주된 인허가 행정청 한 곳에만 인허가신청을 하도록 함으로써 신청창구를 일원화하여 국민의 편의를 도모하고 있다, 대법원도 인허가의제제도는 목적사업의 원활한 수행을 위해 창구를 단일화하고 행정절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는데 입법 취지가 있다고 하고 있다.[188]

(2) 행정목적 달성 도모

인허가의제제도는 절차간소화를 통한 민원인의 편의를 도모하기도 하지만 공익적인 기능도 수행하고 있다. 즉 의제되는 인허가를 담당하는 행정청의 개별적인 심사 절차를 주된 인허가 행정청에서 의제되는 인허가 관계 행정청과의 통합적인 협의 절차로 대신하며, 의제되는 인허가 시기를 주된 인허가 행정청의 인허가 시기로 통일하고 있다. 즉, 복수의 인허가대상을 분리하여 심사할 경우 개별 심사절차는 각 개별 기준에 따른 요건만을 검토하여 서로 유기적으로 검토되어야 할 사항을 소홀하게 취

187) 김동희, 『행정법 I 』, 박영사, 2009, 185면; 박균성, 앞의 책, 447면; 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 396면.
188) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두43095 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

급하게 되어 이는 결국 개별법이 목적하는 행정목적의 달성을 어렵게 만든다.[189] 하지만 인허가의제제도는 개별 법률에 따른 분리 심사를 주된 인허가 행정청에 의하여 의제되는 인허가 관계 행정청과의 협의 방식으로 처리하고 있어 실체적인 요건심사를 통합하게 된다.[190]

예를 들면, 「주택법」에 따른 주택건설사업을 추진하려는 경우, 개별 법률의 인허가요건에 적합한지 여부에 치중한 결과, 전체로서의 주택건설사업에 대한 공익성에 관하여는 판단을 소홀히 할 우려가 있다. 사업신청지역의 주택사정으로 보아 주택건설사업이 반드시 행하여져야 하는 경우에도 산림법령을 관장하는 부서에서는 주택건설사업 전체의 목적을 종합적으로 검토하지 아니하고 산림 관련법의 규정에만 충실한 결과 산지전용(轉用)허가를 거부하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 주택건설사업의 시행 그 자체가 불가능하게 될 것이다. 하지만, 주된 인허가를 하면서 주택건설사업에 따른 공익성을 종합적인 관점에서 검토함으로써 사업을 효율적으로 수행할 수 있도록 산지전용을 허가하는 결과를 도출할 수도 있는데, 인허가의제제도는 이러한 경우 주된 인허가 행정청의 주도 하에 개별 인허가 행정청과의 협의를 통하여 관련 인허가의 실체적 요건에 적합한지 여부를 종합적으로 판단하도록 한다. 즉, 주된 인허가 행정청이 개별 행정청과 협의 과정에서 요건심사의 종합적 판단을 유도함으로써 개별적 인허가 심사에 따른 단편적 판단과 거부처분을 배제할 수 있다는 측면은 민원인의 복합민원 행정처리 간소화를 뛰어넘어 서로 이해가 얽혀 있는 관련 행정행위들 간의 전체적 통일성을 담보해주는 기능을 하는 것으로 큰 의의가 있다고 할 것이다.[191]

4) 「행정기본법」상의 인허가의제

2021. 3. 23. 제정되어 시행 중인 「행정기본법」은 제24조에서 제26조까지 인허가의제 규정을 두고 있으며 2년의 경과규정을 두어 2023. 3. 24.부터 시행될 예

189) Wagner, “Die Genehmigung umweltrelewanter Vorhaben in parallen und konzentierten”, 1987, s.103(선정원, “원스탑서비스와 인허가의제의 입법적 개선방향”, 『행정판례연구』, 제15권 제2호, 한국행정판례연구회, 2010, 77면에서 재인용).
190) 박균성, 앞의 논문, 15면.
191) 김재광, 앞의 논문, 8면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

정에 있다(「행정기본법」 부칙 제17979호 제1조). 따라서 국토계획법상의 개발행위허가의제의 쟁점들을 검토함에 있어 「행정기본법」이 규정한 인허가의제규정에 대한 검토가 필요하다.

(1) 인허가의제의 개념 정의

「행정기본법」제24조는 인허가의제와 관련하여 그 정의 규정을 두면서 ① 하나의 인허가를 받게 되면 관련된 다른 인허가도 함께 받는 것으로 보는 것을 말한다고 하고, ② 해당 인허가를 받으면 이와 관련된 여러 인허가 또한 받은 것으로 법적 효과를 의제시키는 '주된 인허가'와 ③ 주된 인허가가 있는 경우 법률로 정하는 바에 따라 인허가를 받은 것으로 의제되는 '관련 인허가'의 세 가지 개념을 정하고 있다.

(2) 인허가의제 법정주의 명문화

「행정기본법」제24조 제1항에서는 주된 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 관련 인허가를 받은 것으로 의제한다고 규정하고 있다. 즉, 인허가의제 법정주의를 규정한 것이다. 이는 인허가의제를 위하여 법령의 근거가 필요한 것인지에 대한 학설상의 논의를 반영한 것이다.

(3) 관련 서류 동시제출 원칙의 규정

「행정기본법」은 인허가의제를 받으려면, 주된 인허가를 신청할 때 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출할 것을 규정하고 있다(「행정기본법」제24조 제2항). 이 규정을 보면, 인허가의제를 받을 것인지를 신청자가 선택할 수 있음을 예정하고 있다. 즉, 주된 인허가 처분을 신청하는 신청인은 주된 인허가만 신청하고, 관련 인허가는 개인적인 절차를 거쳐 별개로 허가를 얻을 수도 있는 것이다. 다만 이 경우 주된 인허가 행정청이 별도로 규정하는 기한까지는 관련 인허가 서류를 제출해야 한다.

(4) 관련 인허가 행정청과의 사전협의 규정

「행정기본법」은 주된 인허가를 하기 전에 미리 관련 인허가에 관하여 협

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

의하도록 규정하고 있다(「행정기본법」 제24조 제3항). 따라서 인허가의제의 유형 가운데 일괄인허가의제의 모습을 원칙으로 하고 있다. 그리고 관련 인허가 행정청은 기간 내에 협의 의견을 제출해야 하는데 만약 제출하지 않은 경우에는 협의가 된 것으로 간주하도록 규정하고 있다(「행정기본법」 제24조 제4항). 종전에는 개별법에 따라서 이러한 간주 규정이 있었는데 2023년부터는 인허가의제의 일반규정으로 협의 간주 규정이 생긴 만큼 모든 인허가의제 규정에 있어 협의의 간주가 적용될 것으로 보인다.

(5) 관련 인허가의 절차요건 생략을 명문화

「행정기본법」은 인허가의제에 있어 절차의 간소화 취지를 살려 주된 인허가 행정청이 관련 인허가의 절차적 요건을 준수해야 하는 것이 아니라고 규정하고 있다(「행정기본법」 제24조 제5항). 다만 개별 법률에서 관련 인허가에 필요한 절차를 인허가의제시에도 거치라고 규정하고 있는 경우에는 이를 거쳐야 한다(「행정기본법」 제24조 제5항 단서).

관련 인허가 행정청은 법령을 위반하여 협의에 응해서는 안된다고 규정하였는데 이는 관련 행정청의 본래적 심사는 그 관련 법령에 따라 이뤄져야 함을 의미하는 것이다(「행정기본법」 제24조 제5항 본문). 그러나 실체적 요건의 심사와 관련한 주된 인허가 관청의 권한에 대한 규정은 입법되지 않았다.

(6) 인허가의제의 효과 범위 규정

「행정기본법」은 인허가의제의 효과를 부여하기 위한 요건으로 ① 협의가 된 사항일 것, ② 주된 인허가가 되었을 것, ③ 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가일 것을 요구하고 있다(「행정기본법」 제25조). 따라서 학설로 논의되고 있는 '의제의 의제'를 인정할 것인지 여부는 「행정기본법」의 인허가의제 규정의 효력이 발생하는 순간부터는 더이상 논의의 실익이 없을 것으로 보인다.[192]

(7) 인허가의제의 사후관리를 명문으로 규정

인허가의제가 있으면 관련 인허가 행정청은 그 인허가를 직접 한 것으로 보아

192) 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 188면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

관계 법령에 따른 사후관리를 하여야 한다고 규정하여 실무상 논의되는 사후관리 책임의 권한을 정리하였다(「행정기본법」 제26조).

3. 개발행위허가에서의 인허가의제의 내용

1) 개발행위허가 의제의 방법

통상 행정행위는 절차적 요건과 실체적 요건으로 나누어진다.[193] 따라서 주된 인허가를 규정한 법령에서 관련 인허가를 의제한다고 규정함에 따라 인허가의제를 할 때, 그 절차적 요건과 실체적 요건의 처리와 관련하여 문제 된다. 즉, 주된 인허가를 함에 있어 의제되는 인허가절차를 거쳐야 하는지 문제 되고 의제되는 인허가의 요건을 규율하는 법규를 주된 인허가를 할 때 직접 적용하는지 문제 되는 것이다.

(1) 의제되는 인허가의 절차를 거쳐야 하는지 여부

인허가의제 제도에 따라 주된 인허가에 대한 신청이 있게 된 경우 별도로 의제되는 인허가의 관련법령에 따른 행정절차를 거쳐야 하는지 문제 된다. 달리 말하면 주된 인허가처분을 함에 있어 의제되는 인허가절차에 따른 구속을 받는지의 문제이며 이에 대하여서도 견해가 대립하고 있다.

먼저 절차의 집중여부와 관련한 견해들을 살펴보면, ① 별도의 특별한 규정이 없는 한 신청된 주된 인허가절차만 거치면 되고 의제되는 인허가의 절차를 거칠 필요는 없다는 견해가 있다.[194] 통상 이를 절차집중설이라고 한다. 이는 의제대상 인허가의 절차적 요건이 모두 적용된다고 한다면 창구만 일원화될 뿐 절차가 전혀 간소화되지 아니하게 되어 인허가의제 제도를 도입하는 실익이 없게 되는 점에서 문제가

193) 따라서 행정쟁송에 있어서는 절차적 요건을 갖추지 못한 행정행위의 경우 설령 실체법적 사유를 충족하고 있다고 하더라도 위법하여 취소의 대상이 된다고 한다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결 등).

194) 김남철, 『행정법 강론(제6판)』, 박영사, 2020, 333면; 최정일, “판례·해석례 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의 인허가의제제도와 독일에서의 행정계획확정의 집중효제도에 대한 소고”, 『행정판례연구』, 제15권 제2집, 행정이론과 실무학회, 2010, 43면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

있다는 점을 논거로 한다.[195] 다음으로 ② 주된 인허가 관청은 의제되는 인허가절차를 모두 일일이 거칠 필요는 없고, 통합적으로 거치면 된다는 견해가 있다.[196] 이 견해는 제한적 절차집중설이라고 하는데 여기서 말하는 통합절차는 인허가의제 제도의 취지 및 이해관계인의 권익 보호라는 관점에서 적법절차의 원칙에 부합해야 한다고 한다. 이러한 취지의 연장선에서 의제되는 인허가의 관련 규정에 이해관계 있는 제3자의 보호를 위한 절차 규정이 있다면, 그 절차 규정은 적용되거나 적어도 존중되어야 한다고 하는 견해도 있다.[197]

그리고 이러한 절차적 집중의 문제에 대한 검토는 헌법상 적법절차원칙과 관련하여서도 검토가 필요하다.[198]

가) 헌법상 적법절차의 원칙

헌법재판소는 "헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리(適法節次原理)의 일반조항(一般條項)에 해당하는 것으로서, 형사절차상(刑事節次上)의 영역에 한정되지 않고 입법(立法), 행정(行政) 등 국가(國家)의 모든 공권력(公權力)의 작용에는 절차상(節次上)의 적법성(適法性)뿐만 아니라 법률의 구체적(具體的) 내용(內容)도 합리성(合理性)과 정당성(正當性)을 갖춘 실체적(實體的)인 적법성(適法性)이 있어야 한다는 적법절차(適法節次)의 원칙을 헌법의 기본원리(基本原理)로 명시하고 있는 것이므로(생략)"라고 하여 헌법 제12조 제1항이 정하는 적법절차의 원칙은 형사절차의 영역에 한정되지 않고 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용된다고 하고 있다.[199] 따라서 행정법 절차에서 요구되는 적법절차 원칙의 헌법적 정당성은 헌법 제12조의 적법절차 원칙에 근거한다고 본다.[200]

---

195) Schmidt, 『Allgemines Verwaltungsrech』, 2017, s.379.
196) 박균성, 앞의 책, 449면.
197) 박윤흔·정형근, 『최신 행정법강의(상)』, 박영사, 2009, 257면; 박수연, "인·허가의제 입법개선연구", 『월간법제』, 제2014권 제9호, 법제처, 2014, 199면.
198) 절차적 집중에 대한 논의는 개별적인 복수의 인허가 사항 중 어느 시점을 기준으로 어떤 범위까지 절차가 공통되는 것인지, 그리고 절차를 집중할 주된 허가를 선택하는 기준은 무엇인지에 대한 문제도 발생한다고 한다(Mayer, 『Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration』, 1985, s.61-62(선정원, 앞의 논문, 85면에서 재인용).
199) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정; 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157 결정; 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결 등.
200) 박균성, 앞의 책, 63면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

나) 행정법상의 일반원칙으로서의 적법절차 원칙

행정법상 법의 일반원칙이란 현행 행정법 질서의 기초를 이룬다고 생각되는 일반 법원칙으로 여기에는 신의성실의 원칙, 권리·권한남용 금지의 원칙, 부당결부 금지의 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 및 적법절차의 원칙 등이 있으며 적법절차의 원칙은 특히 헌법으로부터 도출되는 원칙으로서의 효력을 갖는다.[201]

다) 절차집중의 인정 여부에 대한 검토

위와 같은 절차적 정당성의 논의를 전제로, 만약 주된 인허가절차를 거치는 것이면 충분하고 의제되는 인허가의 절차는 거치지 않아도 된다는 절차집중설에 의한다면 의제되는 관련 인허가 법령이 보장하는 절차보장의 권리행사에 있어 누락이 발생하는 문제점이 생긴다. 이는 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고자 제정·시행되고 있는 「행정절차법」의 취지에도 맞지 않는다. 행정작용의 주체인 행정청은 처분권을 행사하여 국민 생활에 큰 영향을 미치기 때문에 「행정절차법」은 행정의 공정한 절차 확보와 국민의 권익을 보호하는 방향으로 개정되고 있다.[202] 이런 점을 고려하면 국민의 편익을 위한 인허가의제 제도가 행정절차 간소화라는 명목하에 적법절차라는 큰 축에서 역행하게 되는 것은 바람직하지 않다.

다만 인허가의제로 인한 행정행위를 「행정절차법」이 규정하는 '행정행위'가 아니라 단지 입법자에 의하여 의제되는 것으로 취급하여 개별법령의 규정에 따라 인허가가 의제된다고 하더라도 이를 두고 곧 「행정절차법」이 규정하는 행정행위라고 할 수는 없다. 따라서 「행정절차법」이 규정하는 행정행위에 적용되어야 할 규정들이 의제되는 인허가행위에 그대로 적용된다고 보기 어렵다고 볼 수도 있다.[203] 아마

---

201) 박균성, 앞의 책, 46면 참조.

202) 2014. 12. 30. 법률 제12923호로 개정된「행정절차법」은 처분의 긴급성 등을 사유로 사전통지를 하지 않은 경우에도 해당 처분을 할 때 당사자 등에게 통지를 하지 아니하는 사유를 함께 알리도록 하였고, 2019. 12. 10. 법률 제16778호로 개정된「행정절차법」에서는 공청회 개최의 범위를 확대하여 국민의 예측 가능성을 높이고, 청문주재자가 해당 처분업무를 처리하는 부서에 근무하는 경우에는 청문을 주재할 수 없도록 하여 공정성을 확보하였으며, 국민의 권리ㆍ의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우 등을 제외하고는 원칙적으로 모두 행정예고를 하여야 하는 것으로 전환하여 투명하고 공정한 행정절차를 도모하였다.

203) 입법이론실무학회,『인허가의제제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구』, 법제처, 2017, 84면; 박균성·김재광, "인·허가의제제도의 재검토",『토지공법연구』, 제81호, 한국토지공법학회, 2018, 95면 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

도 법원은 이러한 견해에서 '주된 인허가절차에 따른 사업계획승인처분이 있게 된 이상 의제되는 인허가절차의 근거법에 따른 위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다'고 하여 절차집중설의 입장에 있는 것으로 보인다.[204]

법원은 국토계획법상의 국토관리계획에 있어서도 '주택건설사업계획 승인권자가 구 주택법 제17조 제3항에 따라 도시·군 관리계획 결정권자와 협의를 거쳐 관계 주택건설사업계획을 승인하면 같은 조 제1항 제5호에 따라 도시·군 관리계획결정이 이루어진 것으로 의제되고, 이러한 협의 절차와 별도로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제28조 등에서 정한 도시·군 관리계획입안을 위한 주민 의견청취 절차를 거칠 필요는 없다'고 판시하여 의제되는 법률관계에서 규정한 의견청취절차를 생략할 수 있다고 하고 있다.[205]

인허가의제제도가 갖는 절차간소화의 취지를 고려한다면 절차의 집중을 인정하지 않을 수 없다. 하지만 비록 의제되는 인허가를 「행정절차법」이 정하는 행정행위로는 볼 수 없고, 입법자에 의하여 간주되는 것에 불과하므로 행정법의 일반원칙인 적법절차의 원칙이 그대로 적용될 필요는 없다고 보더라도 제3자에게 영향을 미치는 경우에는 그 제3자의 신뢰를 보호해야 할 것이다. 따라서 제한적 절차집중설에 따라 통합적으로 거쳐도 되는 경우와 그렇지 않은 경우를 나누어 절차집중 여부를 판단하는 것이 타당하다. 한편 2023년부터 시행될 「행정기본법」 인허가의제 규정에 의하면 의제된 인허가와 관련한 심의, 의견청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에만 이를 거친다고 하여 일응 제한적 절차집중설을 따르고 있는 것으로 보인다(「행정기본법」 제24조 제5항 단서 참조).[206]

(2) 인허가 요건의 판단 방식

의제되는 인허가의 절차적 집중 외에 인허가 등이 의제되는 경우 의제되는 인허가처분의 요건을 모두 충족해야 하는지 아니면 주된 인허가처분의 요건만 충족하면 되는지 문제된다.

---

204) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결.
205) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결.
206) 배정범, "행정기본법상의 인허가의제 규정에 대한 법적 소고", 『법학연구』, 제24권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2021, 225면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

가) 학설의 전개

이와 관련하여, ① 의제되는 인허가요건에의 합치 여부를 판단함이 없이 주된 인허가 요건에의 충족 여부만을 판단하여 신청된 주된 인허가 처분을 할 수 있다는 견해가 있다. 이를 통상 실체집중설이라고 한다.[207] 한편 ② 주된 인허가신청을 받은 행정기관은 의제되는 인허가요건에 엄격히 구속되지는 않으나 의제되는 인허가요건을 이익형량의 요소로서 종합적으로 고려하면 된다는 견해가 있다. 이를 통상 제한적 실체집중설이라고 한다.[208] 마지막으로 ③ 주된 인허가 신청을 받은 행정기관은 의제되는 인허가요건에도 엄격하게 구속되므로 의제되는 인허가의 요건까지 모두 충족하여야 주된 인허가처분을 할 수 있다는 견해가 있다. 이를 통상 실체집중 부정설이라고(절차법상 요건에 대한 논의와 관련한 학설로서의 절차집중설과는 구별된다)한다.[209]

나) 판례의 입장

법원은 주된 인허가기관이 의제되는 행위의 요건 구비 여부를 직접 심사하여야 한다고 하면서 인허가신청을 받은 허가기관은 주된 인허가요건뿐만 아니라 의제되는 인허가요건까지 모두를 충족한 경우에 한하여 신청된 인허가처분을 할 수 있고, 의제되는 인허가의 요건에 해당하지 않음을 이유로 하여 신청된 주된 인허가에 대한 거부처분을 할 수도 있다고 하여 실체집중 부정설의 입장에 있다.[210]

다) 검토

인허가의제제도를 통하여 주된 인허가뿐만 아니라 관련 인허가에 따른 행정행위의 효과가 함께 발생하는 점에서 관련 인허가의 요건은 당연히 충족되어야 한다. 즉, 실체집중을 인정한다면 의제되는 인허가의 관련 규정이 보호하고자 하는 입법의 취지에 따른 공익이 보호받지 못하는 결과를 초래한다. 따라서 관련 인허가에 대한

207) 김남철, 앞의 책, 330-331면 참조.
208) 선정원, "인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰", 『행정법연구』, 제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 135면.
209) 정하중, 『행정법개론(제12판)』, 법문사, 2018, 385면; 박균성, 앞의 책, 708면; 박수연, "인·허가의제 입법개선연구", 『법제』, 제2014권 제9호, 법제처, 2014, 199면; 김동희, 앞의 책, 183면; 김유환, 『현대행정법강의』, 법문사, 2016, 128면 등.
210) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762 판결; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결; 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

요건 충족이 필요하지 않다고 한다면 이는 그 관련 인허가를 규정한 법률 규정을 무시하는 것으로 법치행정의 원칙에 반한다.[211] 행정작용은 법률에 위반되어서는 안 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민 생활에 중요한 영향을 미치는 행정작용은 법률에 근거를 두어야 하는 점을 고려하면, 법령의 근거 없이 주된 인허가의 요건만을 심사하여 의제되는 인허가의 효력까지 부여하는 것은 타당하지 않다.[212] 따라서 주된 인허가를 처리하는 행정청은 의제되는 인허가의 관련 법령에 따른 요건에까지 구속되어 이들 요건을 모두 충족한 경우에만 주된 인허가를 할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 점에서 인허가의제 기준을 갖추지 못한 경우 거부처분이 가능하다고 판시하는 법원의 입장은 타당하다.

실체집중 부정설의 논의에 대한 연장선에서 국토의 난개발 방지를 통한 계획적인 개발의 도모라는 개발행위허가제도의 입법목적을 위해서는 타법이 개발행위허가를 의제하는 경우 국토계획법에 따른 개발행위허가의 요건을 충족해야 함은 물론이거니와 그 주된 인허가를 하는 행정청은 관련 인허가의 요건을 충족하는지 여부를 확인하여 그 주된 인허가를 해야 한다. 하지만 이는 실체집중효를 인정하는 논의가 아니다. 즉, 독일의 집중효제도와 관련한 실체집중설의 논의와는 그 국면을 달리하는 논의이다. 독일의 집중효제도는 포괄적인 심사를 허용하는 것이지만 우리 판례가 언급하는 것은 의제되는 인허가에 대한 심사를 배제하는 것이 아니라 다만 의제되는 인허가를 담당하는 행정청의 심사 외에 주된 인허가를 담당하는 행정청에서도 그 의제되는 인허가에 대한 심사를 할 것을 요청하는 것이기 때문이다. 이와 관련하여 법원은, "「건축법」과 국토계획법령의 규정 체제 및 내용 등을 종합해 보면, 건축물의 건축이 국토계획법상 개발행위에 해당할 경우 그에 대한 건축허가를 하는 허가권자는 건축허가에 배치·저촉되는 관계 법령상 제한 사유의 하나로 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 하므로, 국토계획법상 건축물의 건축에 관한 개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토계획법령이 정한 개발행위허가기준에 부합하지 아니하면 허가권자로서는 이를 거부할 수 있다고 보아야 한다"고 하였다.[213]

---

211) 입법이론실무학회, 앞의 보고서, 89면.

212) 이와 관련하여 「행정기본법」은 제8조에서 '행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다'고 하여 법치행정의 원칙을 규정하고 있다.

213) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결. 이 밖에 대법원 2016. 8 .24. 선고 2016두35762 판결에서는 "건축허가를 하는 허가권자는 건축허가에 배치·저촉되는 관계 법령상 제

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

한편 제정된 「행정기본법」에서도 의제되는 인허가와 관련된 행정청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 안된다고 규정하여 실체집중 부정설과 기존 법원의 입장에 따라서 입법하였다(「행정기본법」 제24조 제5항 본문 참조). 하지만 주된 인허가를 담당하는 행정청이 관련 인허가의 요건을 심사할 수 있는지 여부에 대하여는 규정하지 않았다.

2) 개발행위허가 의제를 위한 관계기관과의 '협의'

국토계획법은 개발행위허가를 함에 있어 의제되는 인허가를 위해서는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하도록 규정하고 있다(국토계획법 제61조 제1항). 그리고 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 경우 주된 인허가를 하면서 개발행위허가를 담당하는 행정기관의 장과 미리 협의하도록 규정하고 있는 것이 보통이다.[214] 따라서 인허가의제를 함에 있어 이렇듯 관계 행정기관과 사이의 '협의'를 규정하고 있는 경우 이때 협의의 성질이 문제된다.

(1) 의제를 위한 관계 행정청 '협의'의 법적 성질

주된 행정행위를 통하여 의제되는 관련 인허가의 행정청과의 협의가 법적 구속력이 있는 실질상 동의인지 아니면 법적 구속력이 없는 강학상 자문 또는 협의 인지 논란이 있다. 이에 대하여 ① 민원인의 편의도모라는 인허가의제제도의 취지와 '협의'라는 법 규정의 문구에 비추어 특별한 경우(관계 규정의 해석상 동의로 보아야 하는 경우 등)를 제외하고는 의제되는 인허가기관의 협의는 강학상 자문(협의)으로 보는 것이 타당하다는 견해가 있다.[215] 통상 이를 자문설이라고 한다. 이 견해는 관

한 사유의 하나로 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야(생략)"라고 하였다.

214) 예를 들어 「건축법」 제11조를 보면, 제5항 제3호에서 국토계획법에 따른 개발행위허가가 의제된다고 하면서, 제6항에서 건축허가권자는 제5항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 협의 요청을 받은 관계 행정기관의 장은 요청을 받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 이 경우 관계 행정기관의 장은 처리기준이 아닌 사유를 이유로 협의를 거부할 수 없고, 협의 요청을 받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출하지 아니하면 협의가 이루어진 것으로 본다고 규정하고 있다(「건축법」 제11조 제6항 참조).

215) 박균성, 앞의 책, 449면; 박균성·김재광, 앞의 논문, 100면; 정해영, 앞의 논문, 60면; 이용우, "인허가의제의 요건 및 이에 대한 사법심사의 기준에 관한 연구", 『사법논집』, 제61집, 법원도서관, 2016, 98면 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

련 인허가에 대한 관계 행정기관의 의견에 따르지 않았다고 하여 곧 「행정절차법」이 규정하는 행정절차상의 하자가 있다고 볼 수는 없는 점에서 강학상 자문에 가깝다고 한다. 한편 ② 실체집중 부정설을 취하는 한 의제되는 인허가 업무 담당기관의 권한을 존중하여야 하는 것이므로 의제되는 인허가기관의 '협의'를 동의로 보아야 한다는 견해가 있다. 이를 동의설이라고 한다.[216]

(2) 판례의 입장

판례는 일관된 입장을 갖지 않고 변화를 보이고 있다.[217] 먼저 대법원 판례 중에는 "채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 및 경감과 공공복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정하여야 할 것 이므로, 공유수면 점용 허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용의 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면에 대한 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가관청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있다"라고 판시한 것이 있는데 이를 두고 동의설을 취한 것으로 보는 견해와 자문설을 취한 것으로 보는 견해가 대립하고 있다. 즉, 인허가신청을 받은 기관은 신청된 인허가요건뿐만 아니라 의제되는 인허가요건 모두를 충족하는 경우에 한하여 인허가를 해줄 수 있다고 판시한 점을 들어 관련 인허가기관의 협의를 동의의 성격을 갖는다고 주장하는 반면, 자문설의 입장에서는 의제되는 인허가의 요건에 해당하지 않는다는 이유로 주된 인허가신청에 대해 거부처분을 할 수 있다고 판시한 점을 근거로 제시하고 있다.

한편 하급심 판결 중에는 인허가의제제도에 있어서 관계 행정기관과의 협의는 단순히 관련 인허가기관의 의견을 청취하는 것이 아니라 의제대상 인허가기관의 동의를 구하는 것으로서 사실상 합의의 성격을 갖는다고 본 판결도 있다.[218]

---

216) 김동희, 앞의 책, 183면; 김유환, 앞의 책, 128면 등.
217) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결; 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두16111 판결 등.
218) 의정부지방법원 2008. 12. 9. 선고 2008구합2069 판결; 서울고등법원 2009. 8. 25. 선고 2009누1558 판결 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(3) 검토

인허가의제제도에 있어 주된 인허가의 요건뿐만 아니라 의제되는 인허가의 요건도 별도로 충족해야 한다고 보는 실체집중 부정설로부터, 관련 인허가를 담당하는 행정청의 협의 의견이 주된 인허가 행정청에 대한 구속력을 갖는 것이라는 논리적 귀결이 반드시 도출된다고 보기 어렵다.[219] 학설 명칭에 있어서도 '동의설'이라고 하는 한 이는 기속행위를 전제로 하는 것이 아니라 재량을 전제하는 것이므로 동의설의 입장에서도 의제되는 인허가를 담당하는 행정청의 의견에 반드시 주된 인허가 행정청이 기속되는 것을 전제한 것은 아닌 셈이다.

관계기관의 협의는 강학상 동의도 아니고 단순한 자문도 아니며 다만 법적 구속력은 없더라도 주된 인허가기관은 이를 최대한 존중하여야 한다고 보는 것이 타당하다.[220] 즉, 동의에 가까운 성질로서 주된 인허가 관청과 의제되는 인허가 관청이 함께 협의하여 일치된 의견을 도출하도록 하려는 취지라고 보는 것이 문리적으로 타당할 것이다.

국토계획법의 개발행위허가를 대상으로 하는 토지인허가 간소화법 역시 협의의 성질을 주된 인허가 관청과 관련 인허가 관청이 함께 의견을 조율해 나가는 과정으로 규정하고 있다. 즉, 토지를 이용한 개발행위와 관련한 인허가제도가 국토의 보전과 계획적 개발이라는 두 가지 목표를 동시에 달성하기 위한 중요한 수단이지만 토지를 이용하고 개발하는 경우 개별 법률에서 정하고 있는 인허가절차의 간소화 제도를 위한 토지인허가 간소화법은, 토지이용 인허가절차의 간소화를 위해 인허가 과정에서 필요한 관계기관 협의절차를 동시에 착수하도록 하고, 인허가 협의기간을 명시하고(제10조), 토지이용 인허가와 관련한 위원회가 통합심의위원회를 구성하여 안건을 논의할 수 있도록 하고 있으며(제12조), 협의기관 간의 의견이 상충될 경우 관계 행정기관이 전부 참여하는 합동 조정회의를 개최하여 조정하도록 규정(제13조)하고 있다.

3) 개발행위허가의제시 행정처분으로서의 실재

219) 배정범, 앞의 논문, 221면.
220) 박균성, 앞의 논문, 16면; 최정일, 앞의 논문, 59면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

인허가의제는 주된 인허가를 함에 있어 관계 행정청에 의한 인허가가 함께 있는 것으로 본다는 것인데, 이는 특히 다른 법에 의하여 국토계획법상 개발행위허가가 의제되는 경우 의제된 개발행위허가가 행정처분으로 실재(實在)하는지 여부에 따라, ① 의제되는 인허가를 대상으로 하는 항고소송이 가능한 것인지 즉, 의제되는 인허가에 대하여 각각의 관계 법률상 실체적 요건에 관한 쟁송사유가 발생한 경우 주된 인허가와 독립하여 행정청이 직권으로 또는 행정쟁송을 통하여 다툴 수 있는지 여부가 문제된다. 그리고 ② 의제된 인허가에 대하여 관련 법률에 따른 부담금 부과나 이행보증금의 예치의무 부과 등 의무이행의 여부와 사후관리 등 여부가 달라지므로, 의제된 인허가가 행정처분으로서 실재하는지 여부는 인허가의제 제도의 행정관리·감독에 있어 검토가 필요하다.

(1) 의제된 인허가의 실재 여부에 대한 견해의 대립

가) 실재성 부정설

① 실재성 부정설은, 의제되는 인허가가 실제로는 행하여진 바 없이 다만 법률상 허구로 인정되는 것이며, 주된 인허가만이 실재하므로 의제된 인허가의 위법사유를 다투기 위해서는 주된 인허가처분의 취소를 구해야 한다는 견해이다.[221] 이 견해는, 인허가의제는 관계 행정청의 법적 권한과 소관 사항을 변경하는 것이므로 행정조직 법정주의의 원칙과 이해관계 있는 제3자의 입장을 고려하면 처분 권한과 처분 형식 등이 명확하게 법률에 규정되어야 하는 점을 근거로 한다.[222] 즉, 비록 주된 인허가의 근거 법률에서 다른 인허가를 의제하는 것으로 규정하였지만, 주된 인허가에 대해서 규정하고 있는 법률, 시행령 및 시행규칙을 살펴보면, 그 행정처분서에는 오직 주된 인허가의 내용만 기재되어 있을 뿐, 의제되는 인허가에 대한 구체적인 처분 내용은 기재되어 있지 않으므로 의제된 인허가가 실재한다고 보기 어렵고, 「행정절차법」이 규정하는 처분의 문서주의 원칙(「행정절차법」 제24조 제1항)과 처분의 방

221) 김동희, 앞의 책, 197면; 김유환, 앞의 책, 128면; 정태용, 앞의 논문, 16-17면; 정해영, 앞의 논문, 64-76면 등.

222) 여기서 '행정조직 법정주의의 원칙'은 행정조직은 법률의 근거를 필요로 한다는 원칙으로 특히 행정기관의 성립 및 권한에 관한 사항은 국민의 권익에 중대한 영향을 미치는 사항인 점에서 반드시 법률로 정할 필요가 있다는 것이다(박균성, 앞의 책, 29면 참조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

식(「행정절차법」 제24조 제2항)상 행정처분으로서 개별적·구체적 징표가 존재하지 아니함에도 불구하고 의제되는 인허가에 관한 별도의 행정처분이 실재한다고 인정하는 것은 곤란하다는 것이다. 따라서 해당 처분 내용이 표시되지 아니한 경우 당연히 무엇을 처분하였는지 특정되지 아니하여 처분이 부존재하거나 무효라 할 것이며, 이 경우 행정행위의 절차상 하자로 인하여 무효 또는 취소대상이 되는 점에서 의제되는 인허가가 실재하는 것으로 보기 어렵다는 결론이 도출된다.

② 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성과 관련하여 실재성 부정설은, 의제된 인허가는 처분성이 인정되지 않으므로 논리적으로 의제된 인허가를 대상으로 독립하여 항고쟁송을 제기할 수 없으며, 의제된 인허가의 요건에 하자가 있다면 이는 주된 인허가의 취소사유가 될 뿐이다.[223] 실재성 부정설의 입장에서 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성은 제3자를 기준으로 권리구제 필요성이 있는지 여부를 기준으로 개별적으로 판단되어야 한다고 하면서 의제되는 인허가의 실체요건의 심사는 인허가의제 제도의 존재 목적에 관한 문제인 반면 의제된 인허가의 실재여부는 의제된 인허가의 존재인정에 대한 것으로 양자는 직접적인 관련이 없다는 견해도 있다.[224]

③ 의제된 인허가의 사후관리 가능성과 관련하여 실재성 부정설에 의할 경우, 의제되는 인허가는 그 근거 법률에 따른 처분을 한 바가 없으므로 처분이 있음을 전제하여 의제된 인허가에 수반되는 이행보증금 등의 의무 부과 및 사후관리는 논리적으로 행정절차법에 위반되는 것으로서 허용되지 않는다.[225] 그리고 인허가의제를 통하여 의제된 인허가의 적법성까지 의제되는 것은 아니므로 의제되는 인허가를 규율하고 있는 법률의 다른 규정들인 사후관리 규정들까지 모두 그대로 효력을 발생한다고 볼 수는 없는 것이라는 견해도 있다.[226]

나) 실재성 긍정설

① 실재성 긍정설은, 의제된 인허가는 법적으로 존재하는 것으로 보아야 하고 의제된 인허가에 고유한 위법 사유가 있는 경우 의제된 인허가처분이 취소의 대

---

223) 이광제, “인·허가의제 제도의 입법적 대안 연구”, 『월간법제』, 제2015권 제12호, 법제처, 2015, 114면; 정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 『법제』, 제530호, 법제처, 2002, 16-17면.
224) 정해영, 앞의 논문, 72-73면.
225) 이광제, 앞의 논문, 120-121면; 배정범, 앞의 논문, 232면.
226) 김중권, 앞의 논문, 519면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

상도 될 수 있다고 보는 견해이다.[227] 이 견해에 의하면, 인허가가 '의제된다'는 것은 실제로는 인허가를 받지 않았지만 법적으로 인허가를 받은 것으로 본다는 것이므로 그 제도의 취지에 따라 의제된 인허가의 실재를 긍정하는 것이 옳다고 한다. 그리고 인허가요건의 판단방식과 관련하여 실체집중 또는 제한적 실체집중을 인정하는 경우에는 의제되는 인허가가 존재하지 않겠지만 실체집중을 부정하는 경우에는 의제되는 인허가가 실재하는 것으로 볼 수 있는데, 현재 대법원의 입장은 실체집중을 부정하고 있으므로 논리상 의제되는 인허가가 실재하는 것으로 보는 것이 타당하다는 점을 논거로 한다.[228]

② 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성과 관련하여 실재성 긍정설은, 의제되는 인허가 행정처분이 별도로 실재하므로, 법률상 이해관계가 있는 당사자는 관계 행정청의 협의가 갖는 흠을 이유로 그 의제되는 인허가에 대해 쟁송을 통하여 주된 행정처분의 효력을 배제할 수도 있고 관계 행정청이 의제된 인허가 행정처분을 직권으로 취소·철회할 수도 있다는 입장이다.[229] 의제되는 인허가의 관련 행정청이 해당 행정행위의 전 과정에 대한 관할권과 관리·감독권한을 가지므로 스스로 취소를 할 수도 있다.[230]

③ 의제된 인허가의 사후관리 가능성과 관련하여 실재성 긍정설에 의할 경우, 의제되는 인허가는 각각의 관계 법률에 따른 개별 행정청의 권한에 따른 처분이므로 그 처분의 실재를 인정함에 따라 의제되는 인허가에 수반되는 부담금 등의 의무 부과 및 사후관리가 가능하다고 한다.[231] 그리고 인허가의제제도의 취지를 고려하면 오히려 의제되는 인허가와 관련한 규정의 적용을 배제하기 위해서는 별도의 입법이 필요하다고 한다.[232]

---

227) 박균성, 앞의 책, 704면; Wagner, a.a.O., s.186(선정원, "원스탑서비스와 인허가의제의 입법적 개선방향", 『행정판례연구』, 제15권 제2호, 한국행정판례연구회, 2010, 84면에서 재인용); 정준현, "인허가의제의 법적 효과에 관한 입법현황", 『행정판례연구』, 제15권 제2호, 한국행정판례연구회, 2010, 14-16면; 최정일, 앞의 논문, 61면; 박균성·김재광, 앞의 논문, 103면; 류준모, 앞의 논문, 12면 등.

228) 즉, 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762 판결; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결; 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결 등 이 논문 각주 206) 참조.

229) 최계영, "건축신고와 인허가의제", 『행정법연구』, 제25호, 행정법이론실무학회, 2009, 22면.

230) 김중권, 앞의 논문, 525-526면; 정준현, 앞의 논문, 17면.

231) 박균성, 앞의 책, 715면; 입법이론실무학회, 앞의 보고서, 99면; 정태용, 앞의 논문, 16면 등.

232) 최정일, 앞의 논문, 50면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다) 판례의 입장

종전에 판례는 '건축불허가처분을 하면서 그 불허가처분 사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 형질변경불허가 사유나 농지전용불허가 사유를 들고 있다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경 불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니다'라고 하였고 이는 의제되는 인허가의 실재에 대하여 부정설을 취하고 있는 것으로 해석되었다.[233] 하지만 대법원은 부담금 부과 여부와 관련하여 관계 법률과의 관련성을 인정하여 부담금 부과를 허용하는 판결을 함으로써 이전의 판결에서 의제된 인허가 행정처분의 실재 부인설을 취하였던 먼저의 입장 및 논리와는 모순되는 듯한 입장을 취하고 있었다.[234] 그리고 최근 대법원은 연이어 종전의 실재 부정설과 모순되는 듯한 입장의 판결을 하고 있다. 즉, 최근 대법원은 산지전용허가가 의제되는 사업계획승인을 한경우 의제된 산지전용허가에 관한 부분만을 항고소송의 대상으로 삼을 수 있는지 문제 된 사안에서, 사업계획승인으로 의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지므로 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 필요가 있다고 하면서, 사업계획 승인 후 의제된 인허가 사항을 변경할 수 있다면 의제된 인허가 사항과 관련하여 취소 또는 철회 사유가 발생한 경우 해당 의제된 인허가의 효력만을 취소 또는 철회할 수 있다고 판시하였다.[235] 이 판결은 법원이 의제된 인허가의 실재성을 긍정하는 입장에서 있음을 보여주는 것이었다.

그리고 이에서 더 나아가 법원은 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성도 인정하였다. 즉, 주택건설사업계획 승인처분에 따라 의제된 인허가에 하자가 있어 이해관계인이 위법함을 다투고자 하는 경우 취소를 구할 대상 및 의제된 인허가가 주택건설사업계획 승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서 '의제된 인허가는 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가진다'고 하면서 '적어도 부분인허가의제가 허용되는 경우에는 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 취소나 철회가 허용될 수 있고, 이러한 직권 취소·철회가 가능한 이상 그 의제된 인허가에 대한 쟁송취소 역시 허용된다'고 하여 '의제된 인허가가 위법함

233) 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결; 대법원 2004. 10. 15. 선고 2003두6573 판결 등.
234) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결.
235) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017두48734 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

을 다투고자 하는 이해관계인은 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가의 취소를 구하여야 하며, 의제된 인허가는 주택건설사업계획승인처분과 별도로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다'고 한 것이다.[236]

이러한 일련의 판례들은 종전 법원이 의제되는 처분의 위법사유를 이유로 주된 인허가처분의 취소를 구하는 소송을 인정한 것과 모순된다.[237]

(2) 검토

가) 의제된 인허가의 실재성 긍정

의제된 인허가의 실재성 부정설의 입장에서 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성은 제3자를 기준으로 권리구제 필요성이 있는지 여부를 기준으로 개별적으로 판단되어야 한다는 견해는, 처분성은 원고에 따라 달라지는 것이 아니라 구체적 사실관계에 따라 달라지는 것이라고 보아야 할 것이므로 원고가 처분상대방인지 아니면 이해관계가 있는 제3자인지 여부에 따라 의제된 인허가의 처분성 여부를 달리 판단 할 수는 없으므로 타당하지 않다. 실재 부인설에 따르는 것이 논리적으로 명확하기는 하지만 이는 인허가의제 규정이 다수 존재하는 현재의 행정법령상태를 반영하고 있다고 보기 어렵다. 즉, 현실적으로 인허가의제 규정의 실행으로 많은 인허가가 의제되고 그 존재를 전제로 행정행위가 이뤄지고 있는 것이 행정현실이기 때문이다. 따라서 실재 부인설에 따를 경우 이러한 의제된 인허가처분은 그 실재가 존재하지 않는다고 봄에 따라 의제된 인허가의 근거법령에서 그 의제된 처분과 관련한 국가 및 행정의 관리·감독 규정들이 규정되어 있는데 불구하고 이들 규정을 적용하지 않게 되어 현실과 맞지 않게 되는 것이다. 이는 결국 의제된 인허가처분이 국가 및 행정의 관리·감독에서 제외됨에 따라 관계 국가행정 업무의 수행에 큰 공백이 발생하게 될 것이며 행정작용이 목적하는 공익의 실현에도 차질을 빚을 것인 점에서 받아들이기 어렵다. 실재성 부정설에 따를 경우 주된 인허가 행정처분청이 이들 사후관리를 하면 된다는 반론이 있을 수 있다. 하지만 법적 근거 없이 행정 필요성을 이유로 주된 처분청이 의제된 인허가 관계 법령에 따라 국민의 권익과 관련된 규제적 행정을 실행하

236) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결.
237) 배정범, 앞의 논문, 215면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

는 것은 헌법과 법치행정의 원리에 정면으로 위배되는 것이다.

따라서 의제되는 인허가의 처분성을 긍정하는 것이 타당하다. 즉, ① 의제되는 인허가의 경우에도 그 요건에 대하여 실질적으로 심사를 진행해야 한다는 실체집중 부정설이 일반적인 견해이며 법원의 입장이다.[238] 이 점에서 관련 인허가에 대하여 실질적 요건을 갖춘 상태에서 별도의 절차를 통해 인허가를 신청할 경우에는 허가가 가능한데, 간소화된 절차를 이용하였다고 하여 그 실재를 부정하는 것은 불합리하고 논리적으로 부합하지 않는 측면이 있다.[239] 그리고 ② 의제되는 인허가와 관련한 외부적 표시행위가 없어 「행정절차법」상 처분의 서면주의 원칙이나 방식에 어긋나는 점은 형식적인 외관에 대한 것인 만큼 실무상 주된 인허가를 함에 있어 관련 인허가에 대한 처분서를 함께 첨부하는 방식을 통하여 해결 가능한 점에서 이를 이유로 의제되는 인허가에 대한 처분의 실재성까지 부인하는 것은 오히려 처분을 신청한 국민의 권리를 제약하는 측면이 있기 때문이다. 따라서 처분의 실재성을 인정하는 것이 타당하다.

나) 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성 인정

의제된 인허가의 실재성을 긍정하는 이상 의제되는 인허가의 독립쟁송 가능성 역시 인정하는 것이 타당하다. 주된 인허가의 취소 없이, 의제된 인허가만을 취소해도 행정목적이 달성 가능한 경우라면 의제된 인허가만을 취소하는 것이 비례의 원칙에 부합한다.[240] 뿐만아니라 의제되는 인허가와 관련하여 실체집중 부정설에 따라 의제되는 인허가를 담당하는 행정청이 한 실체적인 요건 판단 내용에 대하여 그 위법성을 다투고자 하는 경우 이를 어떤 형식으로든 허용하지 않는다면 이는 결국 헌법상 보장되는 재판청구권을 아예 배제하는 결과가 될 것이다(헌법 제27조 제1항 참조). 위 대법원 2017두48734 판결 및 2016두38792 판결은 이러한 개별적·구체적 입장을 고려한 판시로 보인다.[241]

---

238) 입법이론실무학회, 앞의 보고서, 3면; 이광제, 앞의 논문, 105-106면; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결(건축허가 신청을 받은 행정청으로서는 건축법상 허가요건뿐 아니라 국토계획법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가하여야 한다) 등.

239) 배정범, 앞의 논문, 216면.

240) 입법이론실무학회, 앞의 보고서, 163면.

241) 이들 판결은 전원합의체 판결에 의한 입장 변경은 아니었던 점에서 종전 판례(대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결)의 입장도 여전히 유효한 상황이긴 하다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다) 의제된 인허가의 사후관리 가능성 인정

의제된 인허가의 실재성을 긍정하는 입장에서 의제되는 인허가의 관련 행정청은 의제된 행정행위에 대한 협의를 함에 있어 조건을 부과하거나 이행보증금의 부과 등 사후관리 역시 가능하다고 보아야 한다. 사후관리 방법과 관련하여, 다양한 제재적 처분 및 관리·감독을 주된 인허가 행정청에서 모두 관리할 수는 없기 때문이다. 주된 인허가 행정청이 곧 의제되는 인허가처분에 관한 소관 기관도 아니기 때문에 업무 전문성도 없고, 근거 자료나 공부(公簿)도 관리하고 있지 않기 때문에 주된 인허가처분에 이들 사후관리를 기대할 수는 없다. 이에 따라 행정실무 현장에서는 의제된 인허가처분을 한 해당 행정청에서 의제된 행정처분의 사후관리를 함께 실행하고 있다. 이와 관련하여 「행정기본법」은 인허가의제의 경우 관련 인허가 행정청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리를 해야 한다고 규정하여 의제된 인허가의 사후관리 문제를 입법적으로 해결하였다(「행정기본법」 제26조).

4) 의제된 개발행위허가의 위법성이 주된 인허가에 미치는 영향

의제되는 인허가의 처분성 긍정설과 독립쟁송 긍정설을 전제로, 의제되는 인허가의 위법성을 이유로 주된 인허가를 취소하거나 철회할 수 있는지 문제 된다. 예를 들어 만약 건축허가신청이 있었고, 「건축법」 제11조 제5항 제3호에 따라 국토계획법상의 개발행위허가가 의제되었는데, 개발행위허가 심사시 하자가 존재하였음이 발견된 경우 개발행위허가에 존재한 하자를 이유로 건축허가 자체의 취소를 구할 수 있는지 아니면 개발행위허가에 존재하는 하자의 제거만을 구해야 하는지 문제된다. 이에 대하여 법률상 이해관계가 있는 당사자는 관계 행정청의 협의가 갖는 흠을 이유로 그 의제되는 인허가에 대해 쟁송을 통하여 주된 행정처분의 효력을 배제할 수도 있고 관계 행정청이 의제된 인허가 행정처분을 직권으로 취소·철회할 수도 있다는 견해가 있다.[242]

(1) 판례의 입장

242) 최계영, 앞의 논문, 22면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

법원의 입장은 정확히 파악하기 어려운 상황이다. 즉, ① 의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자와 주된 인허가처분인 주택건설사업계획승인처분의 효력이 문제된 사안에서 '의제 대상이 되는 처분이 공시방법에 관한 하자가 있더라도, 그로써 해당 인허가 등 의제의 효과가 발생하지 않을 여지가 있게 될 뿐이고, 그러한 사정이 주택건설사업계획 승인처분 자체의 위법사유가 될 수는 없다'고 하여 의제되는 인허가의 하자를 이유로 주된 인허가 자체의 취소를 구할 수 없다고 판시한 판결이 있다.[243] 앞서 의제된 인허가의 독립쟁송 가능성과 관련한 판결 가운데에도 ② 부분 인허가의제가 가능하다는 전제에서 관련 인허가의 요건 충족이 안 된 경우에는 해당 인허가의 의제효가 발생하지 않을 뿐 주된 인허가를 위법하게 만드는 것은 아니라고 판시하기도 하였다.[244] 한편 ③ 부분 인허가의제가 가능하며 추후에 관련 인허가의 의제효 발생이 불가능한 경우, 주된 인허가를 취소할 수 있도록 하는 규정이 존재하는 상황에서는 관련 인허가가 취소 또는 철회된 이후 다시 인허가의제효가 발생하는 것이 불가능한 경우에도 의제된 인허가의 취소를 사유로 하여 주된 인허가의 취소청구가 가능하다고 판시하기도 한 것이다.[245]

(2) 검토

대법원 판결들은 서로 모순된 것으로 보여 의제된 인허가에 하자가 존재하는 경우 주된 인허가처분의 처리와 관련하여 혼란이 있다. 이에 대하여, 만약 주된 인허가와 관련 인허가가 모두 일괄협의의 대상이 아니었던 경우라면 관련 인허가의 요건 미충족이나 의제된 인허가에 위법사유가 존재한다고 해서 곧바로 주된 인허가가 위법해지는 것은 아니지만 관련 인허가에 대한 의제효 발생이 불가능한 경우 주된 인허가를 취소하도록 하는 규정이 있다면 관련 인허가의 의제효 발생 불능이라는 사유는 주된 인허가를 위법하게 만들며 이로 인해 주된 인허가에 대한 취소청구도 가능하다는 취지로 볼 수도 있다는 견해가 있다.[246]

하지만 국토계획법상의 개발행위허가가 주로 문제되는 「건축법」상의 건축허가를 포함하여 대부분의 인허가의제 규정은 주된 인허가 행정기관이 관련 인허가 행정

243) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017두45131 판결.
244) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결.
245) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결.
246) 배정범, 앞의 논문, 238면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

기관과 '미리' 협의할 것을 규정하고 있는 점에서 부분 인허가의제가 가능한 경우를 전제로 대법원의 모순된 입장을 정리하는 것은 그 실효성이 낮다. 이러한 문제점들을 해결하기 위해서는 관계 법률에 따른 인허가의 취소가능성과 관련된 입법적 해결방안이 필요하다 할 것이다.

4. 소결

국토계획법이 규정하고 있는 개발행위허가는 다른 법에 따른 인허가를 통하여 의제 되기도 하고, 국토계획법에 따른 개발행위허가를 통하여 다른 법에 따른 인허가를 의제하기도 한다.[247]

그런데 앞서 살펴본 인허가의제의 특성들로 인하여 국토계획법이 규정하는 개발행위허가는 독립된 하나의 행정작용이 아니라 다른 법령과 유기적으로 연결되어 전체적으로 하나의 행정 목적 달성을 위하여 협력하는 관계에 있게 된다. 예를 들어 이러한 유기적 관계는 「건축법」 제11조가 규정하는 건축허가에 있어 잘 나타나는데 「건축법」 제11조 제5항에서 국토계획법에 따른 개발행위허가를 의제 함에 따라 주된 인허가인 건축허가를 검토하면서 국토계획법에 따른 개발행위허가 요건에 대한 심사까지 필요로 하게 되어 결국 개발행위허가가 의제 되는 범위에서 기속행위인 건축허가의 법적 성질을 재량행위로 변경하는 효과를 가져오는 것이다.[248] 이러한 특성 때문에 국토계획법이 규정하는 개발행위허가에 있어 인허가의제에 대한 면밀한 검토가 필요한 것이다.

행정실무에 있어서는 판례를 통한 인허가의제의 법리를 모두 인지하고 있기는 어려운 것이 현실이기 때문에 인허가의제와 관련하여 법령에 따른 방향 제시가 존재하지 않음에 따라 다른 법에서 국토계획법에 따른 개발행위허가를 의제하거나 국토계획법에 따른 개발행위허가를 통하여 다른 법이 규정하는 인허가가 의제될 경우 인허가의제의 특성에 대한 검토를 누락 하는 경우가 많았다. 그 결과 허가권자에 따라 국

247) 이 논문, 61면 참조.
248) 개발행위허가의 법적 성질과 관련하여 이 논문, 40-50면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

토계획을 고려한 주된 인허가의 개발 가능성을 정밀하게 검토하지 못하는 경우 난개발을 초래하기도 하였다. 한편 최근 제정되어 시행 중인 「행정기본법」은 그동안 판례의 법리로 논의되어 온 인허가의제에 대한 규정을 두고 있는 만큼 앞으로의 개발행위허가 행정실무에 있어서는 인허가의제의 특성을 고려한 개발행위허가의 심사가 이뤄질 것으로 기대한다.

이하에서는 개발행위허가의 기준에 대한 검토를 통하여 인허가의제를 통한 개발행위허가의 심사가 국토계획법의 취지에 부합하게 운용될 수 있도록 하는 방향에 대한 검토를 해 보고자 한다.

제2절 개발행위허가 기준의 고찰

1. 개발행위허가 기준의 검토 필요성

국토계획법이 제정되기 전 우리나라는 용도지역·용도지구에 맞으면 상위계획에 부합하지 않거나 환경·경관의 측면에서 일응 적합하지 않더라도 개발이 허용되었기 때문에 난개발이 자행되었다. 그리고 이러한 문제를 해소하기 위하여 도시지역을 대상으로 일정한 규모 이상의 건축이나 토지형질변경 등의 행위에 대하여 허가를 받도록 하는 개발행위허가제도가 도입된 것이다.[249] 이후, 국토계획법이 제정되면서 전국토를 대상으로 개발행위허가제도를 운용하도록 한 것은, 각 지방자치단체가 각 지역적 특성에 대하여 가장 잘 알고 있으므로 법에 의한 기계적이고 획일적인 판단에서 벗어나 각 토지의 실질적인 상황을 반영하여 개발행위허가권자 스스로 도시계획의 타당성, 기반시설, 주변 환경 등을 실질적으로 고려한 판단을 하도록 하기 위함이었다.[250]

그런데 이러한 도입 취지와 달리 개별 지방자치단체들은 개발행위허가 기준을 적

249) 권용우, 앞의 논문, 51면; 이 논문, 31면 참조.
250) 서순탁, 앞의 논문, 62면; 이 논문, 32면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

용함에 있어 불확정법개념에 대한 충분한 판단 권한을 행사하지 못하여 여전히 난개발의 문제와 그에 대한 대책으로서 친환경적 개발의 필요성이 논의되고 있다.[251]

즉, 개발행위허가를 규정한 국토계획법 제5장은 제58조에서 개발행위허가의 기준을 규정하고, 국토계획법 시행령으로 제55조에서 제56조까지 개발행위허가를 위한 기준과 관련한 위임규정을 두고 있으며, 이 위임을 받아 국토교통부 훈령으로 「개발행위허가 운영지침」이 제정되어 있다. 그리고 국토계획법령은 각 지방자치단체에게 구체적인 사항을 위임하기도 하였다. 하지만 개발행위 허가 가능 여부의 기준을 정한 이들 규정은 그 요건을 정함에 있어 허가권자마다 그 해석을 달리 할 수 있는 모호하고 추상적인 단어로 규정된 부분들이 많아 개발행위허가 기준 충족 여부에 대하여 자의적 해석이 가능한 상황이다.[252] 예를 들어 국토계획법 시행령이 정하는 '주변 지역과의 관계'와 관련한 기준을 보면, "개발행위로 건축 또는 설치하려는 건축물 또는 공작물이 주변의 '자연경관' 및 '미관을 훼손'하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변 건축물과 '조화'를 이루어야 하며 (생략)", "개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변 지역에 대기오염·수질오염·토질오염·소음·진동·분진 등에 의한 환경오염·생태계 파괴·위해 발생 등이 발생할 우려가 없을 것"이라고 정하고 있어, '자연경관', '미관', '훼손', '조화', '오염', '파괴', '위해 발생', '우려'와 같은 정량적으로 판단하기 어려운 단어들을 사용하고 있는 것이다.[253] 이렇듯 기준에 있어 사용된 개념의 불확정성과 추상성 즉, '불확정법개념'은 국토계획법 및 국토계획법 시행령 그리고 「개발행위허가 운영지침」과 국토계획법령으로부터 위임을 받은 조례들에 이르기까지도 보충되지 못한 상태로 이어져 결국 개발행위허가 기준 운용에 있어서의 취약성으로 나타나고 있다.

이하에서는 개발행위허가의 기준에 대하여 검토하고, 그 불확정법개념에 대한 구체화 방안을 모색하여 개발행위허가 실무에 있어 효과적인 기준제도가 확립될 수 있는 방향을 제시하고자 한다.

---

251) 권용우, 앞의 논문, 53면.

252) 국토계획법 제58조 및 국토계획법 시행령 제55조 내지 제56조 그리고 그 위임을 받고 제정된 「개발행위허가운영 지침」이 개발행위허가 기준으로 활용되고 있다. 하지만 이들 규정 외에 앞서 언급한 제5장의 규정들 전체가 서로 유기적으로 연결되어 사실상 전체적인 검토를 필요로 하며 개발행위허가의 기준이 되고 있다.

253) 국토계획법 시행령 제56조 및 같은 법 시행령 [별표 1의2]-1.분야별 검토사항-라. 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2. 개발행위허가의 일반적 기준과 불확정법개념

1) 국토계획법에 따른 개발행위허가의 일반적 기준과 불확정법개념

(1) 개발행위허가 일반적 기준의 개요

가) 일반적 기준

개발행위허가를 규정하는 국토계획법에 의하면 허가권자는 개발행위허가의 신청내용이 일정 기준에 맞는 경우에만 개발행위허가를 하도록 하고 있다(국토계획법 제58조 제1항).[254] 첫째, 도시관리계획의 내용에 어긋나지 않아야 하고, 도시계획사업 시행에 지장이 없어야 한다. 개발행위허가 대상 토지가 이미 도시관리계획에서 도시계획시설사업부지로 결정되어있는 토지라면 개별적인 개발행위허가를 해서는 안되며, 해당 토지가 도시발전 차원에서 미래계획인 도시기본계획을 통해 이미 다른 용도로 계획되어 있다면 당해 토지는 미래계획을 위해 유보된 토지로 보아야 한다. 둘째, 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이루어야 한다. 즉, 용도지역상 가능하고 건폐율・용적률・건축물의 높이 등 제반 요건에 충족하고 있다고 하더라도 주변환경과 부조화되는 경우라면 허가가 제약될 수 있다. 셋째, 해당 개발행위에 필요로 하는 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절하여야 한다.[255] 난개발(亂開發)의 문제점은, ① 무계획적인 개발로 인해 녹

---

254) 제58조(개발행위허가의 기준 등) ① 특별시장、광역시장、특별자치시장、특별자치도지사、시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 맞는 경우에만 개발행위허가 또는 변경허가를 하여야 한다.
1. 용도지역별 특성을 고려하여 대통령령으로 정하는 개발행위의 규모에 적합할 것. 다만, 개발행위가 「농어촌정비법」 제2조 제4호에 따른 농어촌정비사업으로 이루어지는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 개발행위 규모의 제한을 받지 아니한다.
2. 도시、군 관리계획 및 제4항에 따른 성장관리방안의 내용에 어긋나지 아니할 것
3. 도시、군 계획사업의 시행에 지장이 없을 것
4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천、호소、습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것
5. 해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절할 것

255) 개발행위허가에 있어 기반시설 용량 감안의 필요성을 역설한 논문으로 김성훈, “기반시설용량을

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지공간과 우량농지가 훼손될 뿐만 아니라, ② 기반시설 및 공공시설과 같은 공급서비스 공급부담의 가중으로 토지이용의 효율성 저하, ③ 환경오염의 발생, ④ 자연재해로 이어질 위험성, ⑤ 토지가격의 상승 및 왜곡 등을 초래하는 점 등을 들 수 있다.[256] 따라서 난개발의 주요인이 기반시설 부족에서부터 비롯하고 있음을 감안하여 도로 등 기반시설 확보 여부의 사전검증이 필요한 것이다.[257]

이들 일반적 기준을 살펴보면, 국토계획법이 규정하는 개발행위허가기준은 그 법 규정의 제목만으로는 국토계획법 제58조가 규정하고 있는 것 같지만 실상은 서로 유기적으로 연결되어 제5장 전체가 개발행위허가의 기준으로 작용하고 있으며, 더 나아가서는 국토계획법 전체가 개발행위허가의 기준으로 작용하고 있음을 알 수 있다.

나) 허가기준의 구분

한편 개발행위 허가의 기준은 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 시가화용도, 유보용도, 보전용도로 구분할 수 있도록 정하고 있다(국토계획법 제58조 제3항). 시가화 용도는 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역의 제한에 따라 개발행위허가의 기준을 적용하는 주거지역·상업지역 및 공업지역이다. 유보용도는 도시계획위원회의 심의를 통하여 개발행위허가의 기준을 강화 또는 완화하여 적용할 수 있는 계획관리지역·생산관리지역 및 녹지지역 중 대통령령으로 정하는 지역이다. 보전용도는 도시계획위원회의 심의를 통하여 개발행위허가의 기준을 강화하여 적용할 수 있는 보전관리지역·농림지역·자연환경보전지역 및 녹지지역 중 대통령령으로 정하는 지역이다. 국토계획법의 위임을 받아 국토계획법 시행령 제56조는 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여, ① 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역의 제한에 따라 개발행위허가의 기준을 적용하는 주거지역·상업지역 및 공업지역에 해당하는 '시가화 용도', ② 국토계획법 제59조에 따른 도시계획위원회의 심의를 통하여 개발행위허가의 기준을 강화 또는 완화하여 적용할 수 있는 계획관리지역·생

고려한 개발행위허가 모델 연구 -제주도 공공하수처리시설을 중심으로-", 홍익대학교 대학원 박사학위논문, 2019. 참조.

256) 경기개발연구원, 『경기도 지속가능개발의 당면과제와 추진방안』, 경기개발연구원, 2007, 12면; 오준근, 앞의 논문, 85-86면 참조.

257) 난개발의 의미 및 국토계획법과의 관계에 대하여는 이 논문, 9면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

산관리지역 및 녹지지역 중 자연녹지지역에 해당하는 '유보용도', ③ ②와 마찬가지로 국토계획법 제59조에 따른 도시계획위원회의 심의를 통하여 개발행위허가의 기준을 강화하여 적용할 수 있는 보전관리지역·농림지역·자연환경보전지역 및 녹지지역 중 생산녹지지역 및 보전녹지지역에 해당하는 '보전용도'에 대하여 분야별로 개발행위허가의 기준을 정하고 있다(국토계획법 시행령 제56조 및 같은법 시행령 [별표 1의2]). 그리고 국토계획법 시행령 제56조 제4항은 국토교통부장관으로 하여금 시행령 [별표 1의2]에 대한 세부적인 검토기준을 정할 수 있다고 하여 이 위임을 받은 국토교통부장관이 「개발행위허가 운영지침」을 제정하여 개발행위허가 기준으로 함께 운용하고 있다(「개발행위허가 운영지침」 제3절 법적 근거-1-3-2).

이렇듯 국토계획법은 법규명령을 통하여 개발행위허가기준을 세분화하고자 하고 있다.

<표3-1> 개발행위허가 규정의 체계[258]

국토의 계획 및 이용에 관한 법률	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행규칙
제5장 개발행위의 허가 등		
제1절 개발행위의 허가		
제56조(개발행위의 허가)	제51조(개발행위허가의 대상) 제52조(개발행위허가의 경미한 변경) 제53조(허가를 받지 아니하여도 되는 경미한 행위)	
제57조(개발행위허가의 절차)	제54조(개발행위허가의 절차 등) 제59조의2(개발행위 복합민원 일괄 협의회)	제9조(개발행위허가신청서)
제58조(개발행위허가의 기준)	제55조(개발행위허가의 규모) 제56조(개발행위허가의 기준)	
제59조(개발행위에 대한 도시계획위원회의 심의)	제57조(개발행위에 대한 도시계획위원회의 심의 등) 제58조(도시ㆍ군 계획에 포함되지 아니한 개발행위의 심의)	
제60조(개발행위허가의 이행보증 등)	제59조(개발행위허가의 이행담보 등)	

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제61조(관련 인·허가 등의 의제)	제59조의2(개발행위복합민원 일괄협의회)	
제61조의2(개발행위복합민원 일괄협의회)	제59조의2(개발행위복합민원 일괄협의회)	
제62조(준공검사)	제59조(개발행위허가의 이행담보 등)	제11조(준공검사)
제63조(개발행위허가의 제한)	제60조(개발행위허가의 제한)	
제64조(도시·군계획시설 부지에서의 개발행위)	제61조(도시·군계획시설부지에서의 개발행위)	
제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속)		

다) 자치법규에의 위임

국토계획법령이 모든 국토의 도시계획에 따른 특성을 반영한 구체적인 개발행위허가 기준을 규정하는 데는 한계가 따를 수밖에 없다. 이러한 점 때문에 국토계획법이 규정한 개발행위허가를 위한 기준은 법령뿐 아니라 각 지방자치단체의 조례로도 위임되어 운영되고 있다. 개발행위허가를 규정하고 있는 국토계획법 제5장 제1절에서 조례로 위임하고 있는 내용을 살펴보면, 다음 표와 같다.

<표3-2> 자치법규에의 위임현황

위임규정	내용
국토계획법 제59조 제1항 제3호	도시계획위원회의 심의와 관련하여 조례로 정하는 규모나 위치에 해당하지 않을경우 도시계획위원회의 심의 배제.
국토계획법 제60조 제1항 제3호	이행보증금의 제외대상이 되는 개발행위를 조례로 규정.
국토계획법 시행령 제51조 제2항 제4호	옹벽의 설치와 관련한 최소기준에 있어 지방자치단체의 조례로 따로 정함.
국토계획법 시행령 제53조	허가를 받지 않아도 되는 경미한 행위에 대하여 조례로 정함.
국토계획법 시행령 제59조의 2	개발행위 복합민원 일괄협의회 운영과 관련하여 필요한 사항은 조례로 정함.

258) 이는, 국토계획법(법률 제17898호, 2021. 1. 12., 일부개정 된 것), 국토계획법 시행령(대통령령 제31877호, 2021. 7. 6., 일부개정 된 것), 국토계획법 시행규칙(국토교통부령 제822호, 2021. 2. 17., 일부개정 된 것)을 기준으로 작성하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

국토계획법 시행령 제55조 제1항	개발행위허가의 규모와 관련하여 관리지역 및 농림지역에 대한 사항은 조례로 정함.
국토계획법 시행령 제57조	도시계획위원회의 심의대상과 관련하여 조례로 정함.
국토계획법 시행령 제59조 제2항	이행보증금의 산정 방법과 관련 조례로 정함.

(2) 개발행위허가 기준과 불확정법개념

이렇듯 개발행위허가의 일반적 기준을 보면 '난개발',[259] '우량농지',[260] '집단서식지',[261] 등과 같은 모호하고 추상적인 단어를 사용하여 기준을 설정하고 이러한 불확정법개념은 자치법규에 이르기까지 이어지고 있다. 이는 목차를 달리하여 검토할 토지형질변경 면적에 따른 개발행위허가 기준에서도 문제 되는데, '면적'이라는 것은 명확하게 수치화가 가능함에도 불구하고, 불확정법개념에 의하여 그 판단이 달라질 수 있는 상황이다. 따라서 개발행위허가를 함에 있어 개발행위허가 기준의 혼란을 줄이기 위해서는 먼저 불확정법개념에 대한 검토가 필요하다.

가) 불확정법개념의 의미

불확정법개념(unbestimmter Rechtsbegriff)이란 법령의 요건부에 사용된 개념으로서 그 의미·내용이 일의적인 것이 아니라 다의적인 것이어서 진정한 의미 내용의 확정이 구체적 상황에 따라 행정에 의해 그때그때 판단되어지는 개념을 의미한다.[262]

행정법에서 규율하는 행정이라는 관념은 권력분립의 원칙과 법치주의를 전제로 성립되어 있다.[263] 현대행정은 헌법상의 법치국가원리에 입각한 법치행정의 원리로부터 법률에 근거한 또는 법률에 적합한 행정권한의 행사가 요구되지만, 현대헌법은 사회국가원리를 헌법상의 기본원리 내지 국가의 이념으로 정하고 있음에 따라 이를 수행하기 위하여 필연적으로 행정의 질적·양적 확대가 요구되었고 그렇다 보니 모든 경우에 있어서 법률이 행정의 행위요건을 일의적·구체적으로 규정하는 것은 사실상 불가능한 것이 되었다.[264]

259)「개발행위허가 운영지침」제1장-제2절-1-2-1 참조.
260)「개발행위허가 운영지침」제2장-제3절-2-3-1-(1) 참조.
261)「개발행위허가 운영지침」제3장-제2절-3-2-1-(1) 참조.
262) 강주영외6, 앞의 책, 167면; 홍정선,『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 365면 참조.
263) 홍정선, 앞의 책, 3면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

한편 행정청은 법집행기관으로서 법규가 정한 바에 따라 공행정을 수행한다고 표현되는데, 서양에서는 행정(administration)이란 용어는 공행정뿐만 아니라 사행정도 포함하는 의미까지도 포함하여 기업에 대한 관리 또는 경영과 같은 사적 부분에서의 행정을 의미하기도 하지만, 우리나라에서는 공행정만을 대상으로 하고 있다.[265]

그리고 공행정의 근거가 되는 법규는 통상적으로 요건 부분과 효과 부분으로 구성되어 있다.[266] 따라서 행정법규의 적용과정을 보면, 어떤 사실관계가 발생하면 해당 사실관계를 특정 법규로 포섭하는 과정을 거쳐 그에 대한 효과를 부여하게 된다.[267] 이때 어떤 사실관계를 포섭해야 하는 행정법규는 그 요건 부분을 불확정적으로 규정하거나 효과 부분을 선택적으로 규정하는 경우가 있다. 이 중, 요건 부분에 있어서 공공의 복지·공적 질서·위험 등의 용어와 같이, 그 의미 내용이 일의적인 것이 아니라 다의적이어서 진정한 의미의 확정이 구체적 상황에 따라 그때그때 판단되는 경우를 불확정법개념이라 하는 것이다.[268]

나) 불확정법개념과 재량의 구별

불확정법개념은 사람의 추상적 언어가 내포하는 근본적 한계에서 출발하는 것으로 불확정 법개념에 대한 정당한 의미발견은 구체적 사실관계에 대한 법령의 포섭 역할을 담당하는 행정에 의해서 이뤄진다.[269] 하지만 행정청이 자의적으로 의미내용을 구성하거나 취사선택할 수 있다는 의미는 아니다. 불확정법개념이 가지는 다의성은 개별·구체적 상황에서 정당한 하나의 의미만을 갖기 때문이다. 이런 점에서 법 효과에서 선택 가능한 여러 수단 중 어느 하나를 취사선택할 수 있는 재량과는 구별된다.[270]

법치국가원리상 규범의 구성요건은 객관적인 것으로서 요건의 충족 여부에 대한 판단은 예견 가능해야 한다. 이는 요건이 법률에서 정해지든 위임명령에서 정

---

264) 표명환, “행정법상의 불확정법개념과 판단여지의 기본권적 한계”, 『헌법학연구』, 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 457면.
265) 박균성, 앞의 책, 3면.
266) 홍정선, 앞의 책, 362면.
267) 홍정선, 앞의 책, 362면.
268) 홍강훈, “주상복합건축물의 개념과 특례”, 『법학논문집』, 제30집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2006, 92면.
269) 표명환, 앞의 논문, 458면 참조.
270) 강주영외6, 앞의 책, 168면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

해지든 요건 자체가 예견 불가능하면 법치국가에서의 규율이라고 보기 어렵다. 따라서 요건의 면에서 재량을 부여하는 것은 상정하기 어렵다.[271] 환언하면, 판단재량이나 요건재량은 인정하기 곤란하다고 할 것이다.[272] 불확정법개념과 재량은 여러 가지 차이점을 갖는다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.[273]

<표3-3> 불확정법개념과 재량의 차이점

	불확정법개념	재량
반대개념	불확정법개념-확정법개념	재량행위-기속행위
존재형식	다의적인 의미를 갖는 모호하고 추상적인 단어 형태로 존재	"~할 수 있다" 또는 "~하여도 좋다" 등으로 표현하는 것이 보통
정당한 해석의 수(數)	원칙 : 하나의 정당한 해석 예외 : 복수의 해석이 예정된 경우 복수로 해석 가능	원칙 : 다수의 정당한 해석가능 예외 : 하나의 해석만 가능 (이른바 재량의 0으로의 수축)
사법심사 가능성	원칙 : 전면적 심사가능 예외 : 행정권의 판단을 존중	원칙 : 재량영역이므로 심사불가 예외 : 재량의 일탈 또는 남용의 경우 심사가능

다) 개발행위허가 기준에 대한 통제수단의 검토 필요성

이렇듯 불확정법개념은 특정한 사실관계가 법률 요건에 해당하는가 여부에 대한 포섭의 과정에서의 법적 문제로서, 그 사실관계의 확정에 따라 행정에 의하여 그때그때 판단된다.[274] 즉, 개발행위허가의 기준을 해석하고 적용함에 있어 행정청은 불확정법개념을 해석하고, 신청된 개발행위허가 대상의 사실관계를 조사·확인하고, 그 사실이 개발행위허가 기준의 불확정법개념에 포섭되는지를 판단해야 하는 것이다.[275]

그리고 이러한 과정 즉, 행정청에 신청된 개발행위허가 대상 사안을 행정청이 개발행위허가 기준에 포섭시키는 과정은 사법적 통제, 입법적 통제 그리고 행정

271) 홍정선, 앞의 책, 363면.
272) Mayer, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, 1977, s.16.
273) 홍정선, 앞의 책, 363-364면 참조.
274) 최선웅, "불확정법개념과 판단여지", 『행정법연구』, 제28권, 행정법이론실무학회, 2010, 111면 참조.
275) 박균성, 앞의 책, 342-343면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

적 통제의 대상이 된다. 따라서 이에 대한 검토의 필요성이 있다.

2) 개발행위허가 기준에 대한 사법적 통제

개발행위허가 기준이 정하는 불확정법개념의 해석·적용도 원칙적으로 법원의 전면적인 사법심사의 대상이 된다.[276] 입법자가 불확정법개념을 사용하여 행정법규의 구성요건을 규정한다고 하더라도 입법자의 의사는 그 행정법규가 구체적인 상황에서 다의적으로 해석되는 것을 목적으로 한 것이 아니라 법률적 의미로서는 정당한 하나의 의미만을 예정한 것이기 때문이다. 즉 이는 특정한 사실관계가 '개발행위허가의 기준'이라는 요건에 해당하는가에 대한 인식의 문제로서 법적 문제이며 따라서 전면적인 사법심사의 대상인 것이 원칙이다.[277]

(1) 헌법재판소에 의한 통제

불확정법개념으로 구성된 국토계획법상의 개발행위허가 기준은 헌법상 법치국가 원리의 내용을 이루고 있는 명확성의 원칙과 관련된다.[278] 법의 형식성을 확보하고 유지하는데 필수적인 법의 명확성 원칙은, 실정법이 규율하고자 하는 내용이 명확하여 다의적으로 해석·적용되어서는 안 된다는 것을 의미하기 때문이다.[279] 따라서 개발행위허가 기준에 포함된 불확정법개념은 법치국가의 원리를 이루는 명확성의 원칙이 보장하고자 하는 예측가능성을 해쳐서는 안 될 것이다.[280]

이와 관련하여, 개발행위허가 기준을 정한 국토계획법 제58조가 직접적으로 이러한 명확성의 원칙에 위반하는가 여부가 문제 제기된 적은 없다. 다만 개발행위허가 기준에 대한 국토계획법 시행령 규정의 경우 위헌소원이 제기되기도 하였는데, 이에 대하여 헌법재판소는 「헌법재판소법」제68조 제2항에 따라 헌법소원 심판 청구의 대상은 법률에 한정되는 점을 들어 이를 각하하였다.[281] 그리고 이와 별개로 개발행

---

276) Detterbeck, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [13. Aufl]』, §8, Rn. 354; Schmidt, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [18. Aufl]』, s.105(홍정선, 앞의 책, 366면에서 재인용).
277) 홍정선, 앞의 책, 366면.
278) 정종섭, 앞의 책, 167면 참조.
279) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 200헌가8 결정; 2002. 7. 18 .선고 2000헌바 57 결정 등 참조.
280) 김성균·이비안, "본질성 이론의 관점에서 본 불확정개념의 효력", 『조세법연구』, 제14집 제1호, 한국세법학회, 2008, 104면 참조.
281) 헌법재판소 2020. 6. 23. 선고 2020헌바299 결정. 이 결정에서 헌법재판소는, "헌법소원 심판청

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

위허가 기준을 정한 국토계획법 제58조 규정이 헌법상의 포괄위임금지 원칙을 위배하였는지 여부가 헌법재판소에서 심사되기도 하였는데, 이와 관련하여 헌법재판소는 국토계획법 전체의 취지를 통하여 국민들에 대하여 예측가능성을 제고하고 개발행위허가권자에 대하여는 실무운영을 위한 지침을 주면서 경제현실 및 사회환경의 변화에 탄력적으로 대응하기 위한 위임규정이므로 포괄위임입법금지 원칙에 위반되지 않는다고 하였다.[282]

한편 국토계획법 제56조가 규정하는 개발행위허가 제도와 관련해서는 헌법재판소가 그 정당성을 인정하고 있는 점은 앞서 검토한 바와 같다.[283] 그리고 이 결정에서 헌법재판소는 개발행위허가 제도가 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 하고 있다.[284] 이에 따라 국토계획법이 규정하는 개발행위허가 제도는 헌법상의 정당성을 유지하고 있지만 국토계획법 제58조가 정하는 개발행위허가 기준은 그 불확정법개념과 관련한 명확성 원칙의 위반 여부가 언제든지 문제가 될 수 있는 상황이라 할 것이다.

(2) 법원에 의한 통제

앞서 검토한 바와 같이 불확정법개념과 재량을 구별하지 아니하는 법원은, 개발행위허가 기준과 관련하여, "국토계획법상 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이

구는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원 형태로써 심판청구를 하는 것이므로, 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 법률이다(헌재 1992. 10. 31. 92헌바42; 헌재 1999. 1. 28. 97헌바90 참조). 따라서 대통령령인 구 국토계획법 시행령 조항은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다"고 하였다.

282) 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바271 결정. 이 결정에서 헌법재판소는, "대통령령에 규정될 허가의 대상이 되는 토지분할의 구체적인 범위는 '농림업이나 산림 등 자연 환경을 보전하기 위하여 필요한 지역에서의 토지분할이거나 부동산 투기를 목적으로 하는 소규모의 점적인 토지분할 등과 같이 국토의 난개발을 초래할 수 있는 토지분할'이 될 것임을 충분히 예측할 수 있고, 대통령령에 규정될 개발행위(토지분할)허가기준에 관하여 필요한 세부사항은 '당해 토지분할이 행해지는 용도지역, 토지분할의 규모, 인접시설이나 주변 환경에 미치는 영향과 같은 일반기준을 보다 구체화하는 내용이나 요건'이 될 것이란 점 또한 충분히 예측할 수 있다"고 하였다.

283) 국토계획법상의 개발행위허가가 가지는 헌법상의 쟁점에 대하여는, 이 논문, 56면 이하 참조.

284) 헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌바184 결정; 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바241 결정 등 참조. 이들 결정에서 헌법재판소는, "국토의 난개발 방지를 통한 계획적인 개발의 도모라는 개발행위허가제도의 입법목적과 더불어 위와 같은 사전적 의미, 대법원의 해석에 비추어 볼 때, 국토계획법상 '토지의 형질변경'은 절토, 성토, 정지 또는 포장 등으로 토지의 형상과 성질을 변경하는 행위와 공유수면을 매립하는 행위로서 토지의 형상을 사실상 변경시키고, 그 변경으로 말미암아 원상회복을 어렵게 하는 일체의 행위라는 의미로 충분히 해석이 가능 하므로, 법 집행자인 행정청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있을 정도로 불명확한 규정이라고 볼 수 없어 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다"고 하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다"라고 일관하여 판시하고 있다.[285] 그러면서 "그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등원칙 위반 여부 등이 판단기준이 된다"고 한다.

이와 관련하여 법원이 언급하는 '행정청의 재량판단의 영역'이란, 국토계획법상 개발행위허가 기준에 포함된 불확정법개념에 대한 행정청의 판단권한이 존중될 필요가 있는 영역을 의미하는 것이다.[286]

그리고 이러한 법원의 행정청에 대한 판단권한 존중과 관련하여 불확정법개념에 대한 독일의 판단여지론이 우리나라에서는 받아들여지고 있다. 한편 후술하는 바와 같은 법원의 입장과 같이 재량과 판단여지를 구별하지 않고 모두 재량으로 보는 경우, 미국 연방 대법원의 쉐브론(Chevron) 판결을 둘러싼 논의를 검토함으로써 '행정청의 재량'과 이에 대한 사법적 통제의 문제를 해결하는 과정에서의 이론적 정당성과 효율성을 조화시킬 수 있는 쟁점을 참고할 수 있다.[287]

가) 판단여지의 인정 여부

불확정법개념의 해석·적용에 있어서는 행정청의 판단여지(Beurteilungsspielraum)가 인정되는 영역이라고 하여 효과 부분에 대한 선택에 있어 인정되는 재량(Ermessen)과 대비되는 개념으로 논의된다. 다만 요건 부분이 불확정적인 경우와 효과 부분이 선택적인 경우 모두 행정에 대한 법적 구속이 완화된다는 공통점이 있다.[288]

이러한 불확정법개념과 재량의 구분 문제는 독일에서 제1차 세계대전 이후 강조되었고, 판단여지이론이 등장한 것은 1950년대 법철학과 법이론이 공법학에 접목되면서 부터라고 알려져 있다.[289] 이러한 독일의 학설과 판례의 영향으로 우리나라도 불확

285) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020두51280 판결; 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결; 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 다수.
286) 예를 들어, 대법원 2019. 2. 28. 선고 2017두71031 판결은 "행정청이 문화재의 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치와 원형의 보존이라는 목표를 추구하기 위하여 「문화재보호법」 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 전문적·기술적 판단은 특별히 다른 사정이 없는 한 이를 최대한 존중할 필요가 있는 점 등을 고려하여야 한다"고 하여 행정청의 권한을 존중하고 있다.
287) 김은주, "미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의", 『공법연구』, 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009, 311면 참조.
288) Wallerath, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [6, Aufl]』, s.133.
289) Danwitz, a.a.O., s.45.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

정법개념의 해석·적용에 관하여 인정되는 판단여지와 효과 부분에 대한 재량을 구별할 것인지 여부와 관련하여 견해가 대립한다.[290]

(가) 구별 긍정설

이 견해에 따르면 판단여지와 구별하여 재량은 법규범의 효과 부분에 있어서만 인정되는 것으로 양자는 구별된다고 한다.[291] 판단여지는 불확정법개념의 해석·적용에 대한 것으로 이는 하나의 올바른 결정을 발견하기 위한 법의 인식 작용으로 법규범의 요건을 이루는 불확정법개념의 해석·적용에 있어서 둘 이상의 판단이 모두 적법한 판단으로 인정될 가능성이 있는 것을 전제한다.[292] 그런데 법치국가 원리상 규범의 구성요건은 예견 가능해야 하는 점에서 법규범의 적용요건에 재량을 부여하는 것은 있을 수가 없으며 만약 이를 인정한다면 법규범의 적용요건이 갖는 법적 안정성의 기능은 파괴될 것이므로 재량은 일단 법규상의 적용요건은 충족된 후 법적 '효과'와 관련해서만 인정 된다는 입장이다.[293]

(나) 구별 부정설

부정설은 재량과 판단여지는 모두 법원에 의한 사법심사의 배제라는 측면에서 동일하므로 요건 부분의 불확정법개념에 관한 판단여지와 효과 부분의 재량은 이를 구별할 실익이 없다고 한다.[294] 즉, 판단여지가 인정될 수 있는 경우에도 재량이 인정되는 것으로 보면서, 재량권 및 판단여지의 법적 효과로서의 법원에 의한 통제 가능성 측면에서 보면 양자 모두 그 범위 내에서 행사되는 한 법원의 통제대상이 되지 않고, 인간의 판단작용에는 인식적 요소와 의지적 요소가 혼재되어 있으며 법 규정의 일체성으로 인하여 요건 부분과 효과 부분을 나누어 구분하는 것이 어려움이 있다는 점을 논거로 한다.[295]

---

290) 문중흠, 앞의 논문, 366면. 한편, 판단여지와 관련한 독일에서의 논의는 제4장에서 따로 검토하도록 한다.
291) 김남진, 『행정법 Ⅰ』, 법문사, 2004, 198면; 석종현, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2003, 257면; 박균성, 앞의 책, 323면; 홍정선, 앞의 책, 363면.
292) 박균성, 앞의 책, 218면.
293) 홍정선, 앞의 책, 369면; 최선웅, "불확정법개념과 판단여지", 『행정법연구』, 제28권, 행정법이론실무학회, 2010, 111면.
294) 김동희, 앞의 책, 282면; 김철우, "제재적 행정처분에 대한 사법심사", 『행정판례연구』, 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018, 141면; 서보국, "판단여지이론의 재고", 『외법논집』, 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016, 21면.
295) 박균성, 앞의 책, 322면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(다) 판례

우리 판례는 법률의 요건 부분과 효과 부분을 구별하지 않고 모두 '재량'에 해당하는 것으로 판시하고 있다. 예를 들어 「국적법」 제9조 제1항이 정하는 '품행이 단정하지 못한 자'의 해석과 관련하여 "품행이 단정하지 못한지는 행정청에 재량이 인정되는 영역이라고 볼 수 없다"라고 하여 판단여지 인정설이 판단여지의 적용영역으로 보는 사안에 대하여 재량의 문제로 판시하고 있다.[296] 특히 개발행위허가의 기준과 관련하여서도 "국토계획법상 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정법개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당 하는지 여부는 행정청의 재량판단 영역에 속한다"라고 하여 판단여지와 재량을 구별하지 않고 있다.[297]

한편 위와 같이 행정판례에서는 판단여지라는 용어를 사용하지 않고 대신 재량행위라고 표현하고 있으나, 헌법재판소는 법원과 달리 재량행위와 판단여지를 구별하고 있다.[298] 즉, (구)택지개발촉진법에 대한 위헌소원심판사건에서 "법률은 행정행위의 요건을 규정함에 있어 추상적·불확정적 개념을 사용하거나 행정청에 재량권을 부여하고 있는 경우가 적지 않다"고 판단여지라는 단어를 사용하여 양자를 구별하고 있다.[299]

(라) 소결

행정법학에서 판단여지가 인정되는 불확정법개념은 비대체적 결정, 구속적 가치평가, 미래 예측적 결정, 형성적 결정 등과 관련된 것이다.[300] 비대체적 결정은 주로 사람의 인격·적성·능력에 대한 판단으로서 공무원의 근무성적평정, 공무원임용시험에서의 적성평가·시험분야의 결정, 학생의 유급 결정 등이 있고, 구속적 가치평가는 작품이나 물건의 가치 그리고 유해성 등에 관한 판단과 관련된 것이며, 미래 예측적 결정은 경찰·환경·경제분야 등에서의 미래 예측적 결정과 위험의 평가와 관련된 것으로서 환

---

296) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017두59420 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두274 판결; 대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두10432 판결 등.
297) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결.
298) 정남철, "행정법학의 구조변화와 행정판례의 과제", 『저스티스』, 통권 제154호, 저스티스, 2016, 160면.
299) 헌법재판소 2007. 10. 4. 선고 2006헌바91 결정.
300) 김남진, "불확정개념의 해석과 적용", 『고시계』, 1981. 1, 63면; 김남진, "판단여지와 행정예측", 『고시계』, 1982.10, 79면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

경·교통영향평가 등을 들 수 있다.[301][302] 이들 규정을 보면, 이미 법률 문언에 의하여 명시적으로 결과에 있어서의 선택·결정재량 부분과 요건 부분에 있어서의 판단여지가 구별된다. 즉, 재량과 판단여지는 입법자의 의도에 따라 재량으로 결정하는 것과 판단여지로 두는 것의 차이가 결정되는 것이다.[303] 입법권자가 행정법규에 불확정법개념을 사용하는 것은 행정청으로 하여금 자기책임원칙과 함께 제한된 사법통제 가능성을 내포한 결정권을 행정청에게 수권한 것이다.[304] 이러한 입법권자의 결정에 따라 그 개념에 있어 차이, 인정 근거와 필요성, 인정기준 그리고 입증책임 등에 차이가 발생하게 되며 따라서 구별하는 것이 타당하다.[305] 재량과 불확정법개념의 차이에 대하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저 재량과 판단여지는 개념에 있어서 차이가 있다. 즉, 법률의 규정 형식은 요건부분과 효과 부분으로 나뉘어 있어서 행정청은 법률이 규정한 행정권 행사의 조건(요건부분)을 파악하여 일정한 사실관계가 법률이 규정한 조건을 충족하는 경우(즉, 요건을 충족한 경우) 법률이 규정한 법적 효과를 부여하는 것이다.[306] 그런데 재량이란 행정주체가 행정 권한을 행사함에 있어 둘 이상의 다른 내용의 결정 또는 행태 중에서 선택할 수 있는 권한을 의미한다.[307] 따라서 재량은 사실관계를 법률요건에 포섭시키는 단계에서 문제 되는 불확정법개념에 대한 판단여지와는 구별된다.[308]

다음으로 인정근거와 관련해서도 구별의 실익이 있다. 재량은 입법자에 의하여 법률

---

301) 서보국, 앞의 논문, 22-23면; Bergmann, 『Der Schutz der Umwelt im französischen Recht』, 1996, s.147; Starck, 『Verwaltungsermessen im modernen Staat-Rechtsvergleichender Generalbericht』, Bullinger(Hrsg.), Verwaltungsermessen im modernen Staat, 1986, s.26; Danwitz, 『Europäisches Verwaltungsrecht』, 2008, S.45; Vorwalter, 『Beurteilungsspielraum und Ermessen』, 2015, s.193; Schwarze, 『Europäisches Verwaltungsrecht, [2. Aufl]』, 2005, s. 280; Yamamoto, 『Die japanische Ermessenslehre im Wandel』, DÖV, 2006, s.848.

302) 예를 들어 「공무원임용시험령」 제12조 제4항의 '제3차시험은 면접시험 또는 실기시험에 의하여 전문지식과 그 응용능력 및 적격성을 심사한다'와 관련한 대법원 1972. 11. 28. 선고 72누164 판결, 1996년도 검사 신규임용 면접요령상의 '① 국가관 및 검사로서의 자세, ② 전문지식과 법률소양, ③ 의사발표의 정확성과 논리성, ④ 연령·용모·예의·품행 및 성실성, ⑤ 창의력·의지력 및 발전가능성'에 대한 대법원 1997. 11. 28. 선고 97누11911 판결, (구)교과용 도서에 관한 규정 제15조의 '제2종도서의 검정기준'에 대한 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누6634 판결 등을 들 수 있다.

303) 서보국, 앞의 논문, 25면 참조.

304) 표명환, 앞의 논문, 471면.

305) 박균성, 앞의 책, 323면; 문중흠, "징계처분과 재량통제에 관한 연구", 『사법논집』, 제54집, 법원도서관, 2012, 368면 등 참조.

306) 박균성 앞의 책, 315면 참조.

307) 박균성, 앞의 책, 201면.

308) 독일에서는 법적 개념이라는 것을 강조하기 위해 불확정법개념이라고 하거나 법률에 사용된 불확정법개념이라는 의미에서 불확정법률개념이라고도 한다. 문중흠, 앞의 논문, 366면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

효과가 선택적으로 규정되어 있어 행정청에 선택 권한이 부여된 것임에 반하여 판단여지는 입법자가 법률요건을 불확정법개념으로 규정함에 따른 경우뿐만 아니라 법원에 의한 행정청의 책임성·전문성의 존중 차원에서도 인정되고 있는 점에서 차이가 난다.

필요성에 있어서도 구별되는데, 재량은 공익을 추구하는 행정의 본질에 해당하는 것으로 구체적으로 타당한 행정을 보장하기 위하여 그 필요성이 인정되는 것이고, 판단여지는 행정의 책임과 전문성을 보장하고자 하는데 그 필요성이 있다.[309]

인정기준에 있어서도 재량은 법률규정, 행정의 성질 및 기본권 관련성 등을 종합적으로 판단하여 인정되는 것인데 판단여지는 고도의 전문적·기술적 판단 또는 고도의 정책적 판단에 있어서 인정되는 것으로 차이가 난다.

판례에 의하면 항고소송의 경우 입증책임에 있어서도 차이가 생긴다. 즉, 판례는 원칙적으로 항고소송에 있어 처분의 적법성에 대한 입증책임은 행정청인 피고에게 있다고 판시하고 있다.[310] 하지만 판단여지가 인정되는 경우 판례는 "행정청의 전문적인 정성적 평가 결과는 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한사정이 없는 한 법원이 당부를 심사하기에 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 하고, 여기에 재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 증명책임분배의 일반원칙에 따라 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다"고 하여 입증책임의 분배에 있어 차이가 발생한다.[311]

이러한 점을 고려하면 판단여지와 재량은 구별되는 것으로 인정함이 타당하다. 이를 전제로 국토계획법 및 그 시행령이 정하는 개발행위허가 기준을 검토하면 이는 불확정법개념으로, 개발행위허가 기준 중 환경 등에 관한 미래의 사실관계에 대한 예측적 결정 등에 대한 판단과정에서 행정청에 '판단의 여지'가 부여되기에 행정청이 평가의 권한을 가지게 된다. 다만 이를 판례의 입장에서 표현하면 이른바 행정청에 재량권이 부여되는 영역으로 평가되고 있다.[312]

---

309) Ehmke, 『"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht』, 1960, s.45 참조.

310) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83누492 판결; 대법원 2001. 10. 23. 선고 99두3423 판결; 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두32589 판결 등.

311) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013두21120 판결; 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결; 대법원 2019. 2. 28. 선고 2017두71031 판결; 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017두39785 판결 등.

312) 예를 들어 위 대법원 1972. 11. 28. 선고 72누164 판결에서 법원은 "제3차 시험인 면접시험 또는 실기시험에 의한 전문지식의 유무 내지 적격성의 적부 판단은 오로지 시험위원의 자유재량

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

나) 판단여지의 한계

앞서 검토한 바와 같이, 개발행위허가의 기준은 불확정법개념으로 구성되어 있어 모호하고 구체적이지 못한데다가 국토계획법과 그 위임법령이 모든 토지의 상황을 개별적으로 평가하여 반영하는 것은 실질적으로 불가능하기 때문에 개발행위허가의 기준과 관련한 행정청의 판단은 광범위하게 인정되며 사법심사에 있어서도 행정청의 판단여지가 존중되고 있다.

하지만 이러한 행정청의 판단은 그 한계를 준수하여야 하며 만약 그렇지 않을 경우에는 위법한 행정행위로 평가되어 이는 고스란히 행정객체, 즉 국민에 대한 피해로 이어지게 된다. 예를 들어 행정청으로서는 주민의 반대민원이 제기될 경우 적법한 신청행위에 대하여도 민원해소를 우선시하여 법규를 자의적으로 적용하거나 행정 편의적으로 절차를 운용하는 등 다양한 형태로 위법한 행정행위를 초래하기도 한다.[313]

불확정법개념을 가지는 개발행위허가기준에 대한 사법심사에 있어 판단여지가 인정되어 행정청의 판단이 존중되고 있지만 판단 권한의 자의적 행사로 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙 등 행정의 법 원칙이 훼손되는 것은 방지해야 한다. 이에 따라 통상 판단여지의 한계로 ① 판단기관이 적법하게 구성되었는지, ② 절차규정이 준수되었는지, ③ 정당한 사실관계에서 출발하였는지, ④ 일반적으로 승인된 평가의 척도, 예를 들면, 평등의 원칙이나 비례의 원칙과 같은 법의 일반원칙에 침해되지 않았는가, ⑤ 평가척도가 정당한 것으로 이해되었으며 또한 적용되었는가 등이 제시된다.[314]

판단여지가 인정되더라도 한계를 준수하지 않는다면 위법하게 된다.[315] 나아가 판단여지의 한계에 대하여 판단여지의 하자문제로 보아 재량의 하자와 같이 그 유형을

에 속하는 것이다"라고 하였고, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97누11911판결에서 법원은, "검사 신규임용을 위한 면접전형에 불합격한 자에 대한 검사임용거부처분이 평등권 및 신뢰보호의 원칙에 반하거나 재량권의 일탈·남용으로 볼 수 없다"고 하였으며, 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누6634 판결에서 법원은 "교과서 검정이 고도의 학술상, 교육상의 전문적인 판단을 요한다는 특성에 비추어 보면, 교과용 도서를 검정함에 있어서 법령과 기준에 따라서 심사위원회의 심사를 거치고, 또 검정상 판단이 사실적 기초가 없다거나 사회 통념상 현저히 부당하다는 등 현저히 재량권의 범위를 일탈한 것이 아닌 이상 그 검정을 위법하다고 할 수 없다"고 하였다.

313) 조영종·이재삼, "건축허가와 관련된 공무원의 재량권 남용 문제와 해결방안", 『토지공법연구』, 제94권, 한국토지공법학회, 2021, 210면 참조.

314) Battis, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, §7, Rn.149; Püttner, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, s.57; Wallerath, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, s.137(홍정선, 앞의 책, 371면에서 재인용).

315) 박균성, 앞의 책, 346면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

구별하는 견해도 있다.[316] 다만 법원이 사법심사를 함에 있어서는 행정청의 판단여지를 존중하여 그 판단의 한계를 준수하였는지 여부에 대한 심사를 하는 것으로 국한되고 있다.[317]

다) 쉐브론(Chevron) 존중주의

앞서 검토한 바와 같이 우리나라의 다수 견해는 사법부가 행정법규의 불확정법개념에 대한 행정청 해석 권한을 존중하는 것에 대하여 독일의 판단여지 이론에 따라 해결하고 있다. 한편 미국의 경우는 법령이 불분명한 경우 행정청의 법해석에 관한 결정에 대한 최대한의 존중을 부여하는 것을 내용으로 하는 쉐브론(Chevron) 존중주의가 자리잡고 있다.

(가) 쉐브론(Chevron) 사건의 개요

쉐브론(Chevron) 사건은 1977년 대기정화법(The clean Air Act)이 새로운 대기오염원 심사기준을 정하면서 '대기질 기준을 달성하지 못한 주(州)에 있어 대기오염을 발생시키는 주요 "고정 오염원(stationary source)"을 건설하거나 변경하고자 하는 자에게 강력한 허가요건을 부과'하는 내용으로 개정한 것에서 시작되었다.[318] 이러한 법 개정이 있고 나서 미국 연방 환경청(EPA)은 개정된 대기정화법이 규정하는 "고정 오염원"은 대기오염물질을 방출하는 총체적 설비의 일부분에 해당하는 신축되거나 변경된 건축물 및 설비라고 규정하는 규칙(rule)을 만들었으나 그 이듬해에는 "고정 오염원"의 정의를 공장단위(plant-wide)로 하는 내용으로 규칙을 변경하였다. 이러한 새로운 정의에 의하면, 하나의 공장 내에 새로운 시설을 건축하거나 변경하고자 하는 경우, 그 공장 안의 어느 설비(시설)에서의 오염물의 방출을 감축하면, 그 공장 안의 새로운 설비(시설)에서 발생되는 오염물의 방출을 상쇄하게 되어 결국 공장 단위의 대기질 기준을 충족하고 새로운 허가절차를 회피할 수 있게 되는 것이었다. 미국 환경단체들은 법원에 미국 연방 환경청의 이와 같은 "고정 오염원"의 해석에 대한 판단을 요청하였고, 이에 대하여 콜롬비아 순회법원(the D.C Circuit)은

316) Ipsen, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [9. Aufl]』, §10, Rn.490(홍정선, 앞의 책, 371면에서 재인용).
317) 강주영외6, 앞의 책, 167-168면.
318) 쉐브론(Chevron) 판결의 내용에 대하여는, 김은주, 앞의 논문, 317면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

“고정오염원”을 개별적인 설비를 기준으로 평가하는 것이 아니라 공장단위로 평가하는 환경청의 해석은 개정된 대기정화법의 내재하는 목적에 부합하지 않는다고 결정하였다.[319]

하지만 연방 대법원은 콜롬비아 순회법원의 판결을 파기하였다. 연방 대법원은 “의회는 “고정 오염원”에 대한 특정한 개념적 정의를 두지 않았기 때문에, 항소법원으로서는 환경청의 새로운 규칙을 법률상 용어에 대한 합리적인 해석으로 존중할 의무가 있다”고 판시하였다.[320] 즉, “고정 오염원”의 정의를 특정한 개개의 설비로 규정하는 것과 공장단위로 규정하는 것 중 어느 것이 의회의 계획에 더 부합하는지를 결정하는 것은 행정기관이라는 판단이라는 것이다.

연방 대법원은 쉐브론(Chevron)판결의 근거로, ① 그렇게 하는 것이 의회의 의도(Intention)에 부합하는 것이고, ② 행정청이 법률해석을 하는 것은 의회로부터 위임받은 범위 내의 입법권을 행사하는 것이며, ③ 행정청이 법원에 비해서 자신의 결정에 대해 더 정치적으로 책임을 지는 위치에 있고, ④ 행정청이 전문적이고 기술적인 분야에 관해 법원에 비해 더 전문가적인 판단을 할 수 있는 전문가를 보다 많이 확보하고 있다는 점을 제시하였다.[321]

(나) 쉐브론(Chevron) 존중주의의 의의

이러한 쉐브론(Chevron)판결은 행정청이 행한 행정법규의 해석에 대하여 사법심사를 하는 경우에 대한 두 단계의 분석 기준을 만들었다. 첫 번째 단계(step one)는, 의회가 쟁점이 된 문제를 직접적으로 언급했는지 여부를 검토하는 것으로서, 만일 의회의 입법의도가 명확하게 드러난다면 법원으로서는 이에 근거하여 판단해야 한다. 하지만 법령이 관련 쟁점에 대한 규정을 두지 않거나 모호한 경우라면 두 번째 단계(step two)로, 법원은 행정기관의 해석이 합리적인지 그리고 그러한 해석이 허용가능한지 여부를 심사하도록 하였다.[322]

다만 쉐브론(Chevron) 판결 이후 후속 판례들과 이론들은 쉐브론(Chevron) 판결의 심사단계를 보다 세분 하였다.[323] ① 즉 행정기관은 자신이 집행하는 법률을 해석

319) NRDC v. Gorsuch, 685 F.2d 718 (D. C. Cir. 1982).
320) Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).
321) ibid., pp. 844-856(김은주, 앞의 논문, 321-325면 참조).
322) 김은주, 앞의 논문, 318-319면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

하여야 하는 것이므로 의회로부터 행정권한이 위임되어 있을 것이 필요하다는 요건을 추가로 확립하였다. ② 그리고 United States v. Mead Corp.사건에서는 "쉐브론(Chevron) 존중주의는 의회가 행정기관에게 법적 구속력을 가지는 규칙을 제정할 수 있는 권한을 위임하였고 행정기관의 해석작용이 그러한 권한의 행사로 발해진 경우에만 적용된다"고 하여 쉐브론(Chevron) 존중주의의 적용범위를 대폭 축소하였다.[324] 이러한 미드(Mead) 판결 이후 법원은 행정청의 해석권한이 의회로부터 위임 받은 것으로 충분히 인정되는지, 그 근거가 정당한지, 자신의 재량행사 준칙이나 선례에 부합하는지 등을 종합적으로 고려하여 그 정당성을 판단하게 되었다.[325] ③ 이후 Barnhart v. Walton 사건에서 법원은, 쉐브론(Chevron) 존중주의를 적용할 것인지 여부는 "법적 문제의 성질, 행정기관의 전문성, 법률을 집행함에 있어 당해 문제의 중요성, 그러한 행정작용의 복잡성, 그 문제에 관해 장기간에 걸쳐 수행한 행정기관의 숙고 등이 사법부가 행정기관의 해석적 결정에 쉐브론(Chevron) 존중주의를 적용할지의 여부에 영향을 미친다고 판단하였다.[326]

이처럼 쉐브론(Chevron) 판결은 계속 진화하고 변화하면서 미국 행정법상 행정청의 재량판단에 대한 사법심사의 기준으로서 행정청의 법 해석 권한의 범위를 한계짓는 매우 중요한 역할을 하고 있다.

(다) 쉐브론(Chevron) 존중주의와 불확정법개념

쉐브론(Chevron) 판결은 당시 미국에서 행정국가 논쟁을 불러일으키며 매우 큰 이슈가 되었다.[327] 그리고 지금도 쉐브론(Chevron) 판결은 '쉐브론(Chevron) 존중 주의'라고 할 만큼 하나의 원칙이 되어 전통적으로 공법학이 추구해왔던 표준화된 법의 의미에서 벗어나 구체적인 상황에서 합리성과 정당성을 모색할 수 있는 유연한 행정을 확보하고자 하는 시도의 일환으로 여겨지고 있고 있다.[328]

---

323) 이러한 추가적인 요건은 1단계 및 2단계와는 구별하여 "0단계(step zero)"라고 하고 있다(김은주, 앞의 논문, 325면 참조).
324) United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001).
325) 김은주, 앞의 논문, 326-327면.
326) Barnhart v. Walton, 535 U.S. 212 (2002)(김은주, 앞의 논문, 327면에서 재인용).
327) 이광윤, "chevron 판결의 파장과 행정국가", 『미국헌법연구』, 제6호, 미국헌법학회, 1995, 216면.
328) 김은주, 앞의 논문, 329면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이러한 쉐브론(Chevron) 존중주의를 둘러싼 논의는 종래 우리 행정법학에서 판단여지의 문제로 논의되어 온 불확정법개념과 관련하여 법원이 행정청의 법 해석권한에 대한 사법적 존중을 부여할 필요성과 그 근거 및 그에 대한 통제의 기준을 구체적으로 검토 하는데 있어 시사점을 주고 있다.[329] 특히, 쉐브론(Chevron) 존중주의를 적용하기 위한 요건으로서 행정청이 법해석에 있어 갖춰야 할 절차적 정당성과 관련하여, '법령의 집행권한을 가지는 행정청이, 행정청에 축적된 전문성과 정보를 충분히 활용하여 모든 이해관계인들이 참여하는 숙의적 절차를 거쳐 정당한 결정에 도과하였는지 여부'를 검토하도록 하는 현대적 의미의 쉐브론(Chevron) 존중주의는 우리나라의 행정청이 불확정법개념에 대한 해석을 함에 있어 그 정당성을 확보하는 수단으로서 크게 참고할만하다 할 것이다.

(3) 소결

최근 대법원은 헌법상의 환경권을 고려하여 개발행위허가의 기준이 정하는 불확정법개념을 판단할 여지를 행정청에 부여하고, 그 경우 사법심사의 강도를 완화하여 행정청의 판단여지를 폭넓게 인정하고 있다.[330]

즉, 불확정법개념에 대하여 무엇이 하나의 정당한 해석인가와 관련해서 법을 적용하는 행정청마다 구체적인 상황에 따라 서로 다른 결정을 할 수 있음을 전제로 그러한 행정청의 판단을 폭넓게 인정하고 있는 것이다. 물론 판례는 '재량이 폭넓게 인정된다'라고 표현하고 있지만, 앞서 검토한 바와 같이 재량과 판단여지를 구별하지 않는 법원의 입장을 고려하면 이는 판단여지에 대한 폭넓은 권한을 인정한 것으로 보아야 한다.[331]

구체적으로 판례의 문구를 보면, 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 신청행위에 대한 행정청의 처분과 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다고 하면서, ① 우리 헌법이 '모든 국민은 건강하고 쾌적한

329) 김은주, 앞의 논문, 330면.
330) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결; 대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두48956 판결; 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019두45579 판결; 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020두51280 판결 등 참조.
331) 정남철, "재량통제와 직권탐지주의", 『법률신문』, 제4894호, 2021, 11면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다'고 규정하여(헌법 제35조 제1항) 환경권을 헌법상 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있는 점, ② 「환경정책 기본법」은 환경권에 관한 헌법이념에 근거하여 환경보전을 위하여 노력하여야 할 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체, 사업자 및 국민은 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하여야 한다고 규정하고 있는 점(「환경정책 기본법」 제2조), ③ 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정법개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속하고, ④ '환경오염 발생 우려'나 '난개발 우려'와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있다고 판시하고 있다.

이러한 법원의 입장은 환경권이라는 헌법적 가치를 일반 소송사건에서 투영하기 위한 노력의 일환으로 보인다.[332] 즉, 앞서 언급한 바와 같이 현대헌법의 원리에 입각한 현대행정은 헌법상의 법치국가원리에 입각한 법치행정의 원리에 따른 행정권한의 행사가 요구되지만 모든 경우에 있어 행정의 행위요건을 법률에 일의적·구체적으로 규정하는 것은 사실상 불가능함에 따라 불확정법개념은 불가피한 것이다.[333] 난개발의 해소를 위한 취지에서 전국토를 대상으로 운용되고 있는 개발행위허가제도가 환경 등 미래의 사실관계의 예측적 결정에 대한 불확정법개념을 포함하고, 구체적 상황을 이러한 개발행위허가 기준을 적용하여 포섭함에 있어서는 행정청에게 판단 여지가 부여 되어있는 점을 고려하면 개발행위허가 기준에 있어서 행정청의 판단을 폭넓게 존중하는 법원의 입장은 타당하고 바람직하다.

한편 토지는 다른 재산권의 객체들과 달리 재생산 혹은 대체가능성이 없어 공급이 제한되어 있다. 그리고 우리나라는 특히 토지 면적이 인구수에 비하여 절대적으로 부족하고, 국민 대다수가 생산 및 생활의 기반으로서 토지의 합리적인 이용에 의존하는 실정이다.[334] 따라서 주변 환경을 침해하는 개발행위의 경우에는 조건부 허가를

332) 『법률신문』(2017, 제4516호), '법조라운지 인터뷰: 박병대 대법관', 17면 참조.
333) 표명환, 앞의 논문, 457면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

하도록 하는 등의 기준을 세워야 한다는 견해가 있기도 하다.[335] 그만큼 환경이 갖는 중요성이 큰 점을 고려하면, 구체적 사안에 대한 개발행위허가기준에의 포섭과정이 행정청의 적절한 판단권한 내에서 올바르게 이뤄지고 있는지 여부는 지속적으로 감시와 견제의 대상이 될 수밖에 없다. 따라서 행정실무에서 판단여지가 그 한계 내에서 적절하게 행사될 수 있는 방안으로서 개발행위허가 기준에 대한 행정적 통제수단 그리고 입법적 통제수단에 대한 고민이 필요하다.

3) 개발행위허가 기준에 대한 행정적 통제

개발행위허가기준에 있어서 행정청의 판단에 대한 정당성을 지속적으로 인정받기 위하여 행정청은 자체적으로 판단여지의 한계를 보충하기 위한 노력이 필요하며, 그 수단으로 행정규칙을 검토해 볼 수 있다. 즉, 개발행위허가 기준에서 불확정법개념의 해석을 위한 한계 기준을 행정규칙의 형식으로 설정하여 둠으로써 한계를 준수하지 못한 위법한 행정행위로 나아가는 것을 방지하는 수단으로 활용할 수 있을 것이다.[336]

(1) 행정규칙의 의미 및 종류

가) 행정규칙의 의의

법규란 '법률'과 '법규명령'을 함께 이르는 말로 국가와 국민 간의 관계를 규율하는 성문의 일반적·추상적 규범을 의미한다.[337] 이는 협의의 법규 개념이며, 광의로는 행정사무의 처리기준이 되는 일반적·추상적인 구속력이 있는 규범을 말한다.[338] 통상 법규라고 할 때는 협의의 법규를 의미하며, 따라서 전통적으로 행정규칙은 법규와 구별되는 것으로 상급행정청이 하급행정청에 내리는 일반·추상적인 지시로 정의한

334) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정.
335) 박균성, "건축관련 이익의 공법적 조정에 관한 연구-환경이익의 보호를 중심으로-", 『토지공법연구』, 제24집, 한국토지공법학회, 2004, 310면.
336) 고헌환, "행정입법에 대한 행정적 통제에 관한 비교법적 고찰", 『유럽헌법연구』, 제17호, 유럽헌법학회, 2015, 603-638면 참조.
337) 김영삼, "행정법규 위반행위의 법적 효과에 관한 연구", 『연세법학연구』, 제1권, 연세법학회, 1990, 37면.
338) 박균성, 앞의 책, 245면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다.[339]

행정규칙은 행정부 고유의 권한에 의하여 내부법적인 규범의 하나로 법률의 권한 없이 발령할 수 있다는 점이 특색으로 여겨진다.[340] 행정규칙은 '행정조직 내부'뿐만 아니라 '특별권력관계 내부'를 포함한 행정 내부관계에서 제정되는 일반·추상적 규정'이라고 하기도 한다.[341] 하지만 오토 마이어에 의하여 정립된 특별권력관계는 특별한 목적을 달성하기 위하여 특별권력주체에게 그 상대방인 특별한 신분에 있는 사람에 대한 포괄적인 지배권이 인정되므로 그 상대방은 이에 복종해야 하는 특수한 관계이다.[342] 이러한 특별권력관계는 보통의 행정조직 내부와는 구별되는 개념으로 그 법적 성질도 다른 것으로 평가된다.[343] 따라서 우리나라에서 행정규칙에 관한 논의는 행정조직 내부에서의 관계를 규율함을 전제로 하고 있다.[344]

나) 행정규칙의 종류

행정규칙은 그 규율대상 및 내용에 따라 ① 조직규칙, ② 영조물 규칙, ③ 법령해석 규칙, ④ 재량준칙, ⑤ 법률대체적 규칙, ⑥ 간소화 지침 등으로 구분된다.[345]

먼저 ① 조직규칙은 행정조직 내부에서 조직 권한의 분배와 업무처리절차, 사무분담 등에 관한 규정을 말한다. 예를 들어 결재 권한과 관련한 전결 권한을 규정한 직무대리규정을 들 수 있으며 근무와 관련하여 근무규칙을 제정하여 상급기관이 하급기관에 대하여 서류를 처리하는 방식이나 행정을 처리하는 절차, 근무시간 등을 근무규칙으로 정한 경우를 들 수 있다.[346] 다음으로 ② 영조물 규칙은 영조물 관리청의

---

339) 김용욱, "재량준칙의 본질에 관한 연구", 『법학논고』, 제71집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 114면; 박균성, 앞의 책, 245면; 홍정선, 앞의 책, 275면.
340) 한국행정법학회(책임연구자 정호경·공동연구자 김중권, 송시강, 최계영), "판례분석을 통한 행정규칙의 문제점과 정비방안연구", 『법제처 정책연구』, 한국행정법학회, 2017, 9면
341) 김용욱, 앞의 논문, 118면.
342) 박균성, 앞의 책, 31면.
343) Maurer 저·박수혁역, 『독일행정법(Allgemeines Verwaltungsrecht), 제16판』, 사법발전재단, 2010, 485면 참조.
344) 「행정기본법」 제2조 제1호에 의하면 법령 등이란 ① 법률·대통령령·총리령·부령 그리고 ② 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소 규칙·중앙선거관리위원회 규칙 및 감사원 규칙과 ③ ① 또는 ②의 위임을 받아 중앙행정기관의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙을 의미하는 법령과 지방자치단체의 조례 및 규칙을 의미하는 자치법규를 의미한다고 하고 있다. 따라서 행정규칙 가운데는 이러한 법령에 포함되는 행정규칙과 그렇지 않은 행정규칙으로 나뉜다고 볼 수 있을 것이다.
345) 박균성, 앞의 책, 242면; 홍정선, 앞의 책, 281면 등 참조.
346) 박균성, 앞의 책, 235면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

영조물에 대한 관리 및 사용 권한을 규율하기 위하여 제정하는 것으로 내부조직 관계를 규율하기도 하지만 영조물의 사용과 관련한 것인 만큼 대외적 효력을 미치기도 한다.[347] ③ 법령해석규칙은 법률요건이 불확정법개념으로 되어 있는 경우 그 판단을 통일시키기 위하여 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 어떻게 해석해야 할 것인지에 대한 해석의 기준을 정하는 경우이다.[348] ④ 재량준칙(Ermessensrichtlini)은 상급행정기관이 하급행정기관의 재량권 행사에 대하여 정하는 행정규칙으로 통상 시행규칙의 형태로 존재한다. ⑤ 법률대체적 규칙은 행정권의 행사의 기준 및 방법에 관하여 법령에 규율이 없는 영역에서 행정권 행사의 기준을 정하는 행정규칙을 의미한다. 예를 들어 법률이 특정 분야에서 보조금을 지급할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 그 지급기준은 규정하지 않은 경우 보조금의 지급기준을 정하는 행정규칙은 법률대체적 규칙에 해당한다.[349] ⑥ 간소화지침은 대량적 행정처분을 할 때 획일적 처분기준을 설정하기 위하여 발하는 행정규칙이다.[350]

다) 행정규칙의 일반적인 효력

(가) 행정규칙의 처분성 인정 여부

행정규칙의 효력과 관련하여 항고소송의 처분성이 인정될 것인지 여부는 중요한 쟁점이 되고 있다. 행정규칙은 그 개념적 요소로 '일반적·추상적 규범'인 관계로 법규적 효력이 없는 것으로 정의되기 때문에 항고소송의 대상성이 부인되기 때문이다.[351] 다만 이와 관련하여 행정규칙이라 하더라도 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당할 수 있다. 즉, 법원은 고시가 항고소송의 대상이 될 수 있는지가 문제 된 사안에서 "어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리·의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당

347) 박균성, 앞의 책, 236면.
348) 한국행정법학회, 앞의 보고서, 10면.
349) 박균성, 앞의 책, 242면.
350) 김동희, 앞의 책, 157면.
351) 한국행정법학회, 앞의 보고서, 70면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

한다고 할 것이다"라고 하여 항정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가진다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 하였다.[352] 헌법재판소 역시 재량준칙의 공권력 행사성을 인정하는데, 재량준칙의 경우 자기구속의 법리와 결합하여 공권력의 행사로 인정된다고 한다.[353]

(나) 행정규칙의 법규성 인정 여부

행정규칙은 그 개념상 행정조직 내부에서만 효력을 갖는다는 점에 대하여는 다툼의 여지가 없다.[354] 행정규칙은 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 그 활동을 규율하기 위하여 발령하는 것이기 때문이다. 다만 외부적 효력 즉 행정규칙이 법규적 효력 즉 대외적인 효력을 갖는가와 관련하여 문제 된다. 앞서 검토한 바와 같이 행정법에서 통상적으로 법규는 협의의 법규 개념을 의미하므로 행정규칙은 법규적 효력 즉, 대외적인 효력을 갖지 않는 것이 원칙이다.

이와 관련하여 대법원은 일단 행정규칙이 국민과 직접 관계가 없음을 전제로 대외적 구속력을 부인하면서 행정처분이 행정규칙에 위배 된다고 하여도 원칙적으로 위법한 것은 아니며 반대로 행정규칙에 정한 기준에 적합하다 하여 바로 그 처분이 적법한 것도 아니라고 한다. 즉, 행정처분의 적법 여부는 행정규칙에 적합한지 여부에 따라 판단할 것이 아니고 관계 법령의 규정 그리고 법령의 취지에 적합한지 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 한다고 판시하고 있다.[355] 다만 재량준칙과 같이 평등원칙 등 법원칙을 매개로 하여 간접적으로 대외적 구속력을 갖는 경우도 있다.[356] 즉, 법원은 재량준칙이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없음에도 재량준칙을 따르지 않고 특정인에게 과도하게 기준을 초과하는 처분을 한 경우는 재량권을 일탈한 위법한 처분으로 보고 있으며, "재량

352) 대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정.
353) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정; 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌마49 결정; 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌마924 결정 등 참조.
354) 한국행정법학회, 앞의 보고서, 12면.
355) 대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결; 대법원 1997. 5. 30. 선고 96누5773 판결; 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결 등.
356) 박균성, 앞의 책, 244면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

준칙이 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 없는 한 섣불리 처분기준에 따른 처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 재량권을 남용한 것이라고 판단해서는 안된다"라고 하여 되도록 재량준칙을 존중하는 해석을 하고 있다.[357]

(2) 법령해석규칙에 대한 검토

불확정법개념을 가지는 개발행위허가기준에 대한 사법심사에 있어 판단여지가 인정되어 행정청의 판단이 존중되고 있지만 판단 권한의 자의적 행사로 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙 등 행정의 법 원칙이 훼손되는 것은 방지해야 한다. 이를 위하여 판단여지의 한계로 ① 판단기관이 적법하게 구성되었는지, ② 절차 규정이 준수되었는지, ③ 정당한 사실관계에서 출발하였는지, ④ 일반적으로 승인된 평가의 척도, 예를 들면, 평등의 원칙이나 비례의 원칙과 같은 법의 일반원칙에 침해되지 않았는가, ⑤ 평가척도가 정당한 것으로 이해되었으며 또한 적용되었는가 등이 제시되고 있으며 이러한 한계를 준수하지 않을 경우 행정행위의 위법사유가 된다.[358] 따라서 행정청은 자체적으로 판단여지의 한계를 보충하기 위한 노력이 필요하며, 그 수단으로 행정규칙을 검토해 볼 수 있다. 즉, 개발행위허가 기준에서 불확정법개념의 판단을 위한 한계기준을 행정규칙의 형식으로 설정하여 둠으로써 한계를 준수하지 못한 위법한 행정행위로 나아가는 것을 방지하는 수단으로 활용할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 행정규칙 가운데서도 특히 법령해석규칙을 검토할 필요가 있다.

가) 법령해석규칙의 의의

법령해석규칙은 행정규칙의 종류 가운데서도 특히 불확정법개념의 해석과 적용에 있어 법률의 통일적이고 단일적인 적용을 위해 법규범의 해석과 적용에 관한 행정규칙을 의미한다.[359] 이는 하급행정청의 법령해석에서의 어려움을 해소하기 위하여 해석을 지원하고 단일의 법 적용을 보장하는 점에서 의의가 있다.[360]

나) 법령해석규칙과의 구별개념

357) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016두57984 판결.
358) 박균성, 앞의 책, 346면 참조.
359) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 282면; 박균성, 앞의 책, 246면 참조.
360) 법령해석규칙은 학자에 따라 '해석준칙' 또는 '법률해석규칙'으로 부르기도 한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

법령해석규칙과 구별되는 것으로, ① 법률의 내용이 지나치게 일반적이어서 보충 내지 구체화의 과정이 필요한 경우 이를 보충하거나 구체화하는 행정규칙으로서 법률의 위임이 없이 제정하는 법률보충규칙이 있다.[361] 법령해석규칙의 경우 불확정법개념을 전제로 하는 것임에 반하여 법률보충규칙은 법률의 내용이 일반적이어서 보충과 구체화가 필요한 경우를 전제하는 것인 점에서 차이가 있다. 법률보충규칙은 새로운 내용을 새로이 정하는 점에서 존재하는 규범의 효과 재량을 전제로 하는 재량준칙과도 차이가 있다.[362] 그리고 ② 규범구체화행정규칙은 고도의 전문성과 기술성을 가진 행정영역에 있어서 입법기관이 규율 내용을 구체화하지 못하고 그것을 사실상 행정기관에 맡긴 경우 행정기관이 법령의 내용을 구체화하는 행정규칙이란 점과 법령의 위임 없이도 제정될 수 있다는 점에서 불확정법개념에 대한 해석을 담당하는 법령해석규칙과 유사해 보이기도 한다.[363] 하지만 규범구체화행정규칙은 행정규칙의 성격이 아니고 직접 대외적인 법적 구속력을 가지는 점에서 큰 차이가 있다.[364] ③ 재량준칙은 법률 효과부분 즉 재량권 행사의 기준을 정하는 점에서 법률 요건에 대한 불확정법개념을 명확하게 하기 위한 법령해석규칙과는 구별된다.

다) 법령해석규칙의 효력

법령해석규칙과 같은 행정규칙의 효력의 문제는, 행정규칙의 위반을 이유로 행정행위의 위법을 주장할 수 있는지 여부와 행정규칙이 법원에 대하여 재판규범이 될 수 있는가에 대한 논의이다.[365] 법령해석규칙의 대외적 효력에 관한 많은 논의가 있는 것은 아니지만 행정규칙으로서 기능하는 재량준칙의 대외적 효력과 관련한 논의를 통하여 법령해석규칙의 효력을 참고할 수 있을 것이다. 즉, 재량준칙과 법령해석규칙은 각 법규범의 효과 부분에 대한 것과 요건 부분에 대한 것으로 그 적용국면이 서로 다르지만 모두 법령의 위임과 상관없이 행정규칙으로서 기능하여 효력에 있어 동일한 성격을 가지며 무엇보다 법원은 이들 개념을 서로 구별하지 않고 있기 때문이다.

---

361) 홍정선, 앞의 책, 283면.
362) 홍정선, 앞의 책, 283면 참조.
363) 박균성, 앞의 책, 269면.
364) 박균성, 앞의 책, 265면.
365) 박균성, 앞의 책, 246면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

결론적으로 말하면 법령해석규칙은 그 자체로 대외적 구속력을 직접 갖지 않는다. 법령을 해석하는 권한은 최종적으로 법원에 있으므로 행정기관의 법령해석이 법원을 구속하지 못하는 것은 당연한 귀결이다. 행정행위의 위법 여부는 직접 법령의 규정에 근거하여 판단되는 것이지 법령해석을 통한 것이 아니다. 법령해석 규칙이 법령을 제대로 해석하고 있는 경우에도 그 행정행위가 적법한 이유는 법령해석규칙에 따랐기 때문이 아니라 법령에 적합하기 때문으로 보아야 한다.[366]

하지만 법령해석규칙에 위반한 행정행위의 경우 신뢰보호 또는 자기구속의 원칙에 따른 심사가 가능하다. 즉 법령해석규칙은 행정규칙이므로 직접적으로 대외적 구속력을 갖지는 못하지만, 법의 일반원칙을 매개하여 대외적인 효력을 가진다. 법원은 "행정규칙의 징계 관련 규정이 내부적 구속력을 매개로 행정상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치게 된다"라고 하여 법령해석규칙에 근거한 행정작용의 처분을 인정하고 있다.[367]

만약 특정 행정법규와 관련하여 재량준칙을 만들어 시행하는 경우, 같은 종류의 사안에 대하여는 같은 종류의 행정행위를 해야 한다는 자기구속의 원칙에 대한 적용을 받게 되고, 이에 의하여 재량준칙은 간접적으로 대외적 효력을 갖게 된다.[368] 이러한 재량준칙의 성격에 비추어 볼 때, 불확정법개념에 대한 해석을 통하여 행정규칙으로서 기능하는 법령해석규칙 역시 자기구속의 원칙 나아가 신뢰보호의 원칙의 적용을 받는 것이 가능할 것이다.

즉, 행정규칙에 관한 해석이 일반적으로 국민에게 받아들여져 있다면 「행정절차법」 제4조 제2항 또는 「행정기본법」제12조에 따른 신뢰보호의 원칙 또는 「행정기본법」 제9조에 따른 평등의 원칙이 적용될 수 있다. 행정규칙에 대한 해석이 일반적으로 받아들여지지 않았다고 하더라도 경우에 따라 신뢰보호의 원칙이 적용될 수 있을 것이기 때문이다.[369]

판례는 불확정법개념과 재량을 구별하지 않는 관계로 재량준칙을 인정하는 듯하면서도 불확정법개념에 대한 법령해석규칙의 정당성을 인정한 것으로 보이는 판시들을 하고 있다. 예를 들어 "마산시 재무회계규칙은 행정규칙으로서 법규적 성질을 가

366) 박균성, 앞의 책, 248면.
367) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결.
368) 홍정선, 앞의 책, 83면; 강주영, 앞의 논문, 370면 참조.
369) 박균성, 앞의 책, 248면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지는 것은 아니지만, 일정한 경우 동 행정규칙이 법률행위 해석의 자료가 될 수 있다"라고 하였다.[370] 그리고 곰의 웅지를 추출하여 비누, 화장품의 용도로 사용하는 것이 가능할 것인지 여부와 관련한 사안에서도 "용도변경 승인을 할 수 있는 용도변경의 불가피성에 대한 판단에 있어 재량의 여지를 남겨 두고 있는 이상, 용도변경을 승인하기 위한 요건으로서의 용도변경의 불가피성에 관한 판단에 필요한 기준을 정하는 것도 역시 행정청의 재량에 속하는 것"이라고 판시하고 있다.[371] 그리고 판례는 재량준칙에 따른 처분의 적법성을 인정하여 재량준칙을 따르지 않은 처분은 재량권의 일탈·남용에 해당하는 위법한 처분이라고 한다.[372]

이와 같이 법령해석규칙 역시 행정규칙이므로 행정규칙의 일반적인 효력에 비추어 직접적인 대외적 효력을 갖지 못하더라도 법의 일반원칙을 통한 대외적인 효력을 가질 수 있다. 다만 법령해석규칙을 따르지 않은 행정행위의 효과와 관련해서는 법률요건과 법률 효과의 영역은 구분되는 점에서 법령해석 규칙의 위반은 법의 일반원칙의 위반이 되어 곧 위법한 것이 되는 것이며, 재량의 일탈·남용으로 귀결되는 것은 아니라 할 것이다.[373]

라) 소결

행정은 스스로 법률을 개정하거나 폐지할 수는 없고 만약 행정이 법률에 위반된다면 이때는 여론에 의한 통제, 직무상 감독에 의한 통제, 재판에 의한 통제 등 적법성에 대한 통제를 받게 된다. 하지만 행정이 법률이 정한 사항을 단순하게 집행하는 작용만 한다고 보아서는 안되고, 경우에 따라 법률로 정하여지지 않은 사항이라도 행정이 고유의 판단 권한으로 형성하고 이를 유지해 나갈 수 있다.[374]

국토계획법 제5장은 개발행위허가의 대상을 규정한 제56조를 제외하고는 개발행위허가의 신청절차를 규정한 제57조부터 성장관리계획과 관련한 제75조의4에 이르기까지의 규정이 모두 실질적으로 개발행위허가의 기준과 관련한 규정이라고 할 수 있다. 즉, 개발행위허가신청절차에 있어서 허가권자는 개발행위에 따른 기반시설의 설

370) 대법원 1997. 7. 11. 선고 96다31581 판결.
371) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두23033 판결.
372) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두19137 판결.
373) 홍정선, 앞의 책, 291면; 박균성, 앞의 책 272면 등 참조.
374) 홍정선, 앞의 책, 9면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해방지·환경오염의 방지·경관·조경 등에 관한 조치를 할 것을 조건으로 개발행위허가를 할 수 있다고 규정하고 있고(제57조), 도시계획위원회의 심의 대상이란 것은 개발행위허가를 위한 별도 위원회의 심사를 거쳐야 한다는 것을 의미하는 것이며(제59조), 개발행위허가 심사 결과 일정한 공익상 필요가 있다고 판단하면 이행보증을 요구하는 것(제60조)이기 때문이다.

결국 개발행위허가의 기준의 충족여부는 국토계획법 전체의 입장에서 그리고 개발행위허가를 필요로 하는 관련 법령의 취지를 종합하여 판단해야 한다. 이때 개발행위허가 신청의 대상이 된 토지에 대하여 행정청은 많은 전문지식 및 경험을 보유하고 있는 점에서 이를 활용한 평가의 척도를 법령해석규칙의 형식으로 만들어 적절하게 활용할 수 있을 것이다. 이를 통하여 다양한 불확정법개념에 대하여 적어도 같은 지방자치단체에서라도 통일적인 판단을 유도할 할 수 있으며 신뢰보호의 원칙 및 평등원칙에 부합하여 행정처분의 적법성에도 기여할 것이다.

(3) 입법형식과 규율사항의 불일치 문제

행정규칙과 관련하여, 대통령령·총리령·부령과 같은 법규명령 형식으로 규정하여야 할 사항을 고시·훈령과 같은 행정규칙 형식으로 규정하거나, 고시·훈령과 같은 행정규칙으로 규정해야 할 사항임에도 대통령령·총리령·부령과 같은 법규명령형식으로 규정하여 입법형식과 규율사항의 불일치가 발생하기도 한다.[375] 즉, 행정규칙은 원칙적으로 대외적 효력이 인정되지 않지만, 그 내용과 형식이 일치하지 않는 경우가 존재함에 따라 이른바 '법규명령 형식의 행정규칙과 행정규칙 형식의 법규명령'에 관한 논의가 있다. 이들 논의는 법령에 규정되어 있거나 법령의 위임을 받아 규정된 행정규칙에 관한 것으로 법령의 위임 없이 존재하는 행정규칙에 관한 본래적인 논의와는 다소 그 국면을 달리하는 논의이다.[376] 하지만 그 검토를 통하여 행정규칙의 의미를 보다 명확히 할 수 있는 점에서 검토의 실익이 있다.

가) 법규명령형식의 행정규칙

375) 홍정선, 앞의 책, 297면 참조.
376) 최정일, "최근 독일에서의 행정규칙의 법적·대외적 효력의 논의의 동향에 관한 연구", 『월간법제』, 제2009권 제12호, 법제처, 2009, 121면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

법규명령형식의 행정규칙이란 규범이 대통령령 또는 부령의 형식을 갖추고 있으나, 내용상 행정규칙의 성격을 가지는 것을 말한다.[377] 이와 관련하여 제재적 행정처분기준이 대부분 법규명령의 형식으로 되어 있어서 그 법적 성격을 어떻게 볼 것인가 하는 논의가 있다.[378] ① 실질설(행정규칙설)은 내용을 중시하여 내용상 행정규칙에 해당하는 내용을 담고 있다면 설혹 법규명령의 형식으로 규정되어 있다고 하더라도 행정규칙의 효력을 가지며 재판규범도 될 수 없고 따라서 외부효도 없다고 한다.[379] 반면 ② 형식설(법규명령설)은 법규범의 형식만을 기준으로 하여 그 내용이 행정규칙의 성격이라고 하더라도 형식상 법규명령에 규정되어 있다면 이는 법규명령으로서의 성격을 가진다고 한다.[380] ③ 수권 여부에 따라 상위법에서 법규명령의 형식에 의한 기준설정의 근거를 부여하고 있다면 이에 근거한 기준설정은 위임입법에 해당하고 따라서 법규명령의 법적 성질을 가진다고 보는 견해(수권여부기준설)도 있다.[381] 하지만 대법원은 이들 학설과 달리 존재형식을 기준으로 하여 독특한 입장을 견지하고 있다.[382] 즉, 제재처분의 기준이 대통령령의 형식(시행령)으로 정해진 경우는 이를 법규명령이라고 하며 부령의 형식으로 제정된 경우는 행정규칙이라고 하는 것이다.[383] 하지만 이러한 구별은 합리적인 이유가 없다는 비난을 받고 있다.[384]

이러한 논의가 의미가 있는 이유는 제재적 처분기준의 위반이 있는 경우 입법자가 예상하지 못한 구체적 상황이 발생한 경우에 있어서 처분기준의 법적 성격을 법규명령이라고 본다면, 곧 법규 위반으로 위법하게 되지만, 재량준칙의 성격으로 행정

---

377) 강주영, “행위제한법규의 규정형식과 행정법규의 해석”, 『강원법학』, 제51권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017, 362면.

378) 예를 들어 「식품위생법 시행령」의 [별표2]는 「식품위생법 시행령」 제67조에 근거한 것으로 과태료의 부과기준을 유형별로 규정하고 있으며, 「식품위생법 시행규칙」의 [별표23]은 「식품위생법 시행규칙」 제89조에 근거하여 행정처분의 기준을 상세하게 규정하고 있다.

379) 류지태·박종수, 『행정법신론』, 박영사, 2009, 305면; 한경우·최진수, 『현대행정법강의』, 신영사, 2009, 428면.

380) 박윤흔·정형근, 앞의 책, 2009, 224면; 변재옥, 『행정법(I)』, 박영사, 1990, 215면; 이상규, 『신행정법론(상)』, 법문사, 1997, 310면.

381) 김동희, 앞의 책, 161면 이하; 강현호, “재량준칙의 법적 성격”, 『공법연구』, 제29권 제4호, 한국공법학회, 2001, 288면.

382) 강주영, 앞의 논문, 364면.

383) 법규명령 중 대통령령의 형식으로 제정된 제재처분의 기준과 관련하여, 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418판결 참조 및 부령의 형식으로 제정된 제재처분의 기준과 관련하여, 대법원 1996. 9. 6. 선고 96누914 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016두57984 판결 참조.

384) 홍정선, “의료업 면허와 그에 대한 행정처분기준의 성질에 관한 판례연구”, 『한국의료법학회지』 제11권 제1호, 한국의료법학회, 2003, 74면; 박인수, “행정법상 사전진입규제방식과 사후조치규제방식의 체계정당성 모색 -제재적 행정처분기준을 중심으로-”, 『KHU 글로벌 기업법무 리뷰』, 제8권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2015, 21면 참조; 강주영, 앞의 논문, 371면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

규칙이라고 본다면, 문제상황에 대한 재량의 남용 여부 심사를 통하여 권리구제가 가능할 것이기 때문이다.[385] 대통령령과 부령에 대한 우리 헌법 제75조와 제95조의 해석에 비추어 보면 대통령령과 부령에 규정되어 있는 재량준칙의 법적 성격을 달리 판단할 수는 없을 것이다. 하지만 그렇다고 이를 모두 법규명령으로 파악한다면 입법자가 예상하지 못한 특별한 상황이 발생한다면 구체적인 상황에 맞추어 제재기준을 설정하고자 한 입법자의 취지를 오히려 반영하지 못하는 문제점이 생긴다. 따라서 제재적 행정처분기준이 가지는 재량준칙으로서의 본원적 성격에 집중하여 내용을 기준으로 실질적으로 판단하는 것이 타당할 것이다.[386]

나) 법령 보충적 행정규칙

법령 보충적 행정규칙은 법령으로부터 위임을 받아 법령을 보충하는 법규사항을 정하는 행정규칙을 의미한다. 이러한 법령 보충적 행정규칙이라는 입법형식을 법 체계상 인정할 수 있는지 학설이 대립한다. ① 부정설(위헌무효설)은 법규적 성질을 가지는 행정규칙은 국회입법의 원칙에 대한 예외이므로 헌법에 별다른 규정이 없는 이상 현행 헌법에 반하는 것이라고 한다.[387] ② 긍정설은 법령의 위임을 받아 위임을 한 명령을 보충하는 구체적인 사항을 정하는 것이므로 국회입법원칙에 반한다고 볼 수 없고, 매우 전문적이거나 기술적인 사항 또는 빈번하게 개정되어야 하는 구체적인 사항에 대하여는 법규명령보다 탄력성이 있는 행정규칙의 형식으로 제정할 현실적인 필요성이 있다고 한다.[388] 법령 보충적 행정규칙의 현실적인 필요성과 입법현실을 고려하면 긍정설이 타당하다.[389]

긍정설에 의할 경우 다시 그 법적 성질과 관련하여 견해가 대립한다. ① 법규명령설은 그 효력에 집중하여 법규명령으로 보아야 한다고 한다.[390] ② 행정규칙설은 헌

385) 강주영, 앞의 논문, 369면.
386) 박균성, 앞의 책, 255면; 강주영, 앞의 논문, 374면.
387) 류지태, 앞의 책, 245면; 석종현·송동수, 『일반행정법(상)』, 박영사, 2020, 173면 참조.
388) 박균성, 앞의 책, 265면; 홍정선, 앞의 책, 306면.
389) 법령보충적 행정규칙으로서의 고시의 예로는, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제42조가 대통령령으로 정하는 표시 방법에 따라 그 정보가 청소년유해매체물인 점이 표시되어야 한다고 규정하고, 같은 법 시행령 제24조는 다시 방송통신위원회로 하여금 그 표시의 구체적 방법을 정하여 관보에 고시하도록 하였으며 이러한 위임을 받아 「방송통신위원회 고시 제2015-17호」가 고시되어 있는 것을 들 수 있다.
390) 김동희, 앞의 책, 175면; 박윤흔·정형근, 앞의 책, 225면, 홍정선, 앞의 책, 306면; 박균성, 앞의 책, 266면. 다만 박균성, 앞의 책, 266면은 '법규의 효력을 갖는 행정규칙설'이라고 하고 있기는 하지만, '법규의 효력'을 전제한 점에서 그 내용은 행정규칙설 보다는 오히려 법규명령설에 가깝

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

법이 규정하는 법규명령의 형식은 대통령령·총리령·부령 등으로 한정적으로 열거되어 있으므로 이러한 형식이 아닌 고시·훈령·예규 등은 행정규칙으로 보아야 한다고 한다.[391] 그리고 ③ 규범구체화 행정규칙설은 대외적인 법적 구속력은 인정될지라도 행정규칙의 형식을 취하고 있는 이상 보통의 행정규칙과는 달리 보아야 할 것이라고 한다.[392] 판례는 일단 법령을 보충하는 행정규칙의 존재 여부를 직권으로 탐지할 수 있다고 한다.[393] 그러면서 법령 보충적 행정규칙에 대하여 대외적 효력을 발생한다는 입장을 고수하고 있다.[394] 다만 판례 중에는 법령에 근거하고 있더라도 단순히 행정편의를 위한 절차적 규정의 경우에는 행정규칙의 성격을 갖는다고 하기도 한다.[395]

헌법재판소는 법률이 입법사항을 고시에 위임하는 것이 허용되는지와 관련하여 명시적으로 법령 보충적 행정규칙을 인정하고 있다.[396]

그리고 「행정기본법」에 의하면, 행정규칙의 경우에도 일정한 경우 대외적인 효력을 갖는 법령으로서의 효력을 인정하여 그동안의 논의를 입법적으로 해결하고자 한 것으로 보인다.[397] 즉, 법률 및 대통령령·총리령·부령, 그리고 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙의 위임을 받아 중앙행정기관(「정부조직법」 및 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다)의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙을 법령의 한 종류로 규정한 것이다. 이는 헌법이 예정하고 있는 것은 아니지만, 입법실무상 법령은 일정한 사항을 행정규칙으로 위임하여 정하기도 하는 현실을 반영한 것이다.[398]

법령 보충적 행정규칙은 법규명령의 형식으로 제정하지 않고 행정규칙의 형식으로 제정해야 할 만한 정당성이 필요하다. 예를 들면 매우 전문적이고, 기술적인 사항 및 빈번하게 개정될 것임이 예상되는 경우 등이어야 할 것이다. 그리고 법령의 수권

다고 보아야 할 것이다(홍정선, 앞의 책, 298면 참조).

391) 김도창, 앞의 책, 325면; 김남진·김연태, 앞의 책, 166면.

392) 김남진, “규범구체화 행정규칙”, 『월간고시』, 1989.11, 222면.

393) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019다250824 판결.

394) 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결; 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5334 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006두3742·3759 판결; 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다104253판결; 대법원 2017. 5. 30. 선고 2014다61340 판결 등.

395) 대법원 2009. 9. 5. 선고 2001두403 판결.

396) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정; 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바183 결정; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌바382 결정; 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2016헌바140 결정 등.

397) 「행정기본법」 제2조 제1호 가목 3) 참조.

398) 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 27면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이 필요하다.[399] 법령의 수권은 포괄위임금지의 원칙에 근거하여 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 할 것이다.[400]

다) 소결

법규명령 형식의 행정규칙과 관련한 논의는 행정청의 효과재량을 전제로 그 재량권 행사의 근거를 정하기 위한 재량준칙과 관련한 논의이다. 그런데 국토계획법상 개발행위허가 기준이 갖는 불확정법개념에 관한 논의는 법 효과에 관한 것이 아니라 법 요건에 있어서의 논의인 점에서 차이가 있다. 한편 상위법령으로부터 위임을 받아 불확정법개념을 명확하게 하는 경우가 있겠으나 이 경우는 법령보충적 행정규칙으로서 그 효력을 가지므로 앞서 논의한 법령해석규칙과는 차이가 있다.

한편 최근 제정된 「행정기본법」은 '법령'의 정의에 대하여, "① 법률 및 대통령령·총리령·부령, ② 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙, ③ ①또는 ②의 위임을 받아 중앙행정기관(「정부조직법」 및 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다. 이하 같다)의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙"을 의미한다고 하고 있다(「행정기본법」 제2조 제1호 참조). 그리고 「행정규제 기본법」은 규제의 대상인 "법령 등"의 개념을 '법률·대통령령·총리령·부령과 그 위임을 받는 고시(告示) 등'이라고 규정하고 있다(「행정규제기본법」 제2조 제1항 제2호 참조). 따라서 개발행위허가 기준과 관련한 행정사무처리기준과 같은 행정내부적 사항이 상위 법령의 위임을 받아 법규명령 형식으로 규정된다면 이는 '법령'에 해당하여 다음에서 검토하는 바와 같은 입법적 통제의 대상이 된다. 뿐만아니라 불확정법개념으로 규정한 국토계획법의 내용을 구체화를 하는 내용으로 법령에 위임 규정을 두고, 그 위임을 받아 구체적인 내용을 고시·훈령으로 정한다면 이 경우 역시 「행정기본법」 및 「행정규제 기본법」이 정하는 '법령'에 해당하여 입법적 통제의 대상에 해당하게 된다.

하지만 현행 국토계획법 및 그 위임법령상 개발행위허가 기준의 불확정법개념을 구체화하기 위한 입법이 적극적으로 진행되고 있는 것은 아닌 점에서 개발행위허가 기준의 불확정법개념에 대한 적극적인 행정입법이 필요한 상황이다.

---

399) 박균성, 앞의 책, 267면 참조.
400) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

4) 개발행위허가 기준에 대한 입법적 통제

개발행위허가기준에 대한 입법적 통제로서 개발행위허가 기준을 규정한 국토계획법에 대한 입법부의 의안 발의 절차를 통한 통제가 있다(「국회법」 제2절-제3절 참조).[401] 즉, 국회 법제사법위원회의 강제적 체계·자구 심사를 통하여 행정입법의 타당성을 검토할 수 있으며, 상임위원회 단계나 정부 내 적절한 부처에서 적절한 검증이 없이 넘어온 사안에 대하여 법제사법위원회에서 2차적으로 그 타당성을 검증하게 되기도 한다(「국회법」 제86조 참조).[402] 이러한 과정에서 국회의 소관 상임위원회와 법제사법위원회가 법안 심의 절차를 엄격하게 진행함으로써 개발행위허가 기준에 있어서의 불확정법개념에 대한 무분별한 입법을 방지하고 그 개정을 도모할 수 있을 것이다.[403]

다만 이러한 입법적 통제의 대상과 관련해서 법률이 그 대상이 되는 점은 의문이 없으나, 법령 또는 행정규칙이 그 대상이 되는가와 관련해서 「국회법」은 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시 등이 규정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다고 규정하여 행정규칙 역시 국회의 통제를 받도록 하고 있다.[404] 따라서 국토계획법이 대통령령 또는 부령으로 위임한 개발행위허가 기준에 있어서도 국회의 통제를 기대할 수 있을 것이지만 상위법령의 위임 없이 제정한 행정규칙으로서의 법령행석규칙은 국회의 통제를 기대하기 어렵다.

5) 소결

---

401) 고헌환, “행정입법 한계의 기준에 관한 법리”, 『법학연구』, 제36호, 한국법학회, 2009, 24면 참조.
402) 김진영·조명연, “조세행정규칙의 활성화 방안과 통제에 관한 연구”, 『원광법학』, 제29권 제3호, 원광법학, 2013, 109면.
403) 차동욱, “행정입법에 대한 헌법적 통제”, 『한국정당학회보』, 제11권 제1호, 한국정당학회, 2012, 271면 참조.
404) 김동건, “법규적 효력을 갖는 행정규칙에 대한 소고”, 『연세법학연구』, 제9권 제2호, 연세법학연구, 2003, 157-158면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

국토계획법의 제정으로 전 국토를 대상으로 한 개발행위허가제도가 시행되면서, 개별적인 지역적 특성에 대하여 가장 잘 알고 있으므로 각 지방자치단체는 법에 의한 기계적이고 획일적인 판단에서 벗어나 토지의 실질적인 상황을 반영하여 개발행위허가권자 스스로 도시계획의 타당성, 기반시설, 주변 환경 등을 실질적으로 고려한 판단을 할 수 있게 되었다. 그런데 이러한 도입 취지와 달리 개별 지방자치단체들은 개발행위허가 기준을 적용함에 있어 존재하는 불확정법개념에 대한 충분한 해석 권한을 행사하지 못하고 있으며 난개발의 문제와 행정에 대한 불신을 자초하고 있다. 이에 대하여 개발행위허가 기준에 존재하는 이러한 불확정법개념에 대하여 사법심사가 존중되어 행정청에 판단여지가 존재하지만 동시에 그 판단여지의 한계를 준수하며 행정청의 해석권한을 행사하여야 하며 이와 관련하여 미국의 쉐브론(Chevron) 존중주의를 참고할 만한 점을 검토하였다. 그리고 이는 결국 행정적 통제수단으로서 행정규칙 그중에서도 법령해석규칙을 행정청 단위에서 적극적으로 마련함으로써 개발행위허가 기준에 존재하는 불확정법개념에 대한 구체화가 가능할 것이며 보다 선제적으로는 입법절차에서 국토계획법안에 대한 불확정법개념을 구체화하기 위한 노력 역시 필요하다.

3. 토지 형질변경 면적에 따른 개발행위허가 기준

개발행위허가 기준의 불확정법개념은 '토지 형질변경 면적'과 같이 수치로 명확하게 표현될 수 있는 기준에서도 혼란을 초래하고 있다. 즉, 국토의 효율적 이용을 위하여 면적을 기준으로 그 개발행위허가 규모를 기준으로 하는 상황에서 이른바 연접개발을 통하여 개발행위허가의 면적 제한기준을 잠탈하고 있어 이는 난개발의 주요 원인이 되는 것이다.[405] 따라서 국토계획법상의 개발행위허가를 통한 난개발의 억제와 관련하여 연접개발의 제한 가능성에 대한 검토가 필요하다.

405) 김태경·권대한, "개발행위허가제 연접규정 개선방향에 관한 연구", 『도시행정학보』, 제21권 제1호, 한국도시행정학회, 2008, 230면; 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006두14001 판결 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

1) 개발행위허가 대상이 되는 토지형질변경 규모

국토계획법에 의한 개발행위허가는 도시계획차원의 종합적 검토로 난개발을 방지하는데 있다. 대규모 개발사업의 경우 인근지역에 도로 등 기반시설을 추가로 설치하게 할 뿐 아니라, 주변경관 등 외부에 미치는 효과가 크기 때문이다. 그러나 필지 단위로 개발행위허가가 이루어질 경우 종합적 검토가 미흡할 수 있다. 이러한 점을 보완하고자, 일정 규모 이상 토지의 형질변경은 도시계획사업으로 시행하도록 하고 있다. 도시계획사업으로 추진하는 과정에서 도시계획위원회의 심의, 관계부처와의 협의 등 도시계획차원의 종합적인 검토가 이루어질 수 있기 때문이다. 소규모 개발행위허가는 용도지역별 특성을 감안하여 토지형질변경면적에 상한을 두고 있다. 이는 자연환경이나 농지와 산림을 보전하고 무분별한 난개발을 방지하며 국토를 효율적으로 이용·개발·보전하기 위해서는 형질변경이 이루어지는 면적을 일정 범위 이내로 제한할 필요가 있다는 데서 비롯되고 있다.

용도지역별 토지형질변경 면적은 표의 기준에 적합하여야 한다(국토계획법 시행령 제55조 제1항).

<표3-4> 용도지역별 개발행위허가 규모

용도지역		내용
도시지역	주거·상업·자연녹지·생산녹지	1만㎡ 미만
	공업지역	3만㎡ 미만
	보전녹지지역	5천㎡ 미만
관리지역		3만㎡ 미만
농림지역		3만㎡ 미만
자연환경보전지역		5천㎡ 미만

※ 관리지역 및 농림지역의 경우 위 면적 범위 내에서 조례로 따로 정할 수 있다.[406]

토지의 형질변경을 위한 개발행위허가 가능 면적을 엄격하게 제한한 이유는 무분별한 난개발을 방지하여 농지 및 산림을 보전하고 국토를 효율적으로 이용·개발·보전하기 위한 것이다.

406) 국토계획법 시행령 제55조 제1항 단서에서 규정하고 있는데, 이 단서는 관리지역과 농림지역의 경우 그 보전의 필요성이 더 크다는 전제에서 그러한 필요성을 구체적으로 반영하여 각 지방자치단체가 조례로 따로 정하도록 한 취지로 보아야 한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

국토계획법령은 토지형질변경을 위한 개발행위허가에 있어 면적 제한을 받지 않는 경우를 별도로 정하고 있다. 이는 당초, 규모의 제한을 두는 취지가 난개발을 방지하여 일정한 규모 이상의 개발행위는 도시계획 차원에서 검토하기 위한 것인 만큼 도시계획적 검토가 충분히 이루어졌다고 판단하거나, 대규모 사업이지만 토지이용양태로 보아 도시계획적 검토가 불필요하다고 판단하는 경우에는 면적 제한을 적용하지 않도록 하고 있는 것이다(국토계획법 시행령 제55조 제3항, 국토계획법 시행규칙 제10조). 구체적으로 첫째, 지구단위계획으로 정한 범위 안에서 이루어지는 토지의 형질변경으로서 당해 형질변경과 관련된 기반시설이 이미 설치되었거나 형질변경과 기반시설의 설치가 동시에 이루어지는 경우이다(국토계획법 시행령 제55조 제3항 제1호). 둘째, 해당 개발행위가 농어촌정비사업, 국방·군사시설사업, 초지조성, 농지조성, 영림 또는 토석 채취를 위한 경우이다(국토계획법 시행령 제55조 제3항 제2의2호 및 제3호). 셋째, 해당 개발행위가 하나의 필지에 건축물을 건축하거나 공작물을 설치하기 위한 토지의 형질변경 또는 하나 이상의 필지에 하나의 용도에 사용되는 건축물을 건축하거나 공작물을 설치하기 위한 토지의 형질변경에 해당하는 경우이다. 이 경우 허가권자가 그 개발행위에 대한 허가를 하려면 도시계획위원회 심의를 거쳐야 한다(국토계획법 시행령 제55조 제3항 제3의2호). 넷째, 건축물의 건축, 공작물의 설치 또는 지목의 변경을 수반하지 아니하고 시행하는 토지복원사업이나, 폐염전을 수조식 양식어업 및 축제식양식어업을 위한 양식시설로 변경하는 경우이다(국토계획법 시행규칙 제10조 제1호). 다섯째, 관리지역에서 1993년 12월 31일 이전에 설치된 공장의 증설로서 시설자동화 또는 공정개선을 목적으로 하는 등의 일정 요건을 갖춘 경우이다(국토계획법 시행규칙 제10조 제2호). 이들 토지형질변경 개발행위허가 면적 제한에 대한 예외 규정은 면적제한 규정의 적용으로 인한 불합리한 결과를 피하기 위해 그 적용 제외 사유를 명시하고 있는 것이므로 그 밖의 제외 사유를 임의로 인정하는 것은 형질변경면적을 제한한 취지 자체와 양립할 수 없게 된다. 따라서 이는 예시규정으로 보지 않고 열거규정으로 보아야 한다.

2) 형질변경 면적에 따른 도시계획위원회의 심의

관계 행정기관의 장은 ① 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 위한 토지의 형질

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

변경으로서 그 면적이 용도지역별 개발행위허가 규모 이상인 경우, ② 녹지지역, 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전지역에서 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 형질변경으로서 그 면적이 용도지역별 개발행위허가 규모 미만인 경우, ③ 부피 3만㎥ 이상의 토석 채취의 경우에 해당하는 행위를 국토계획법에 따라 허가하거나 다른 법률에 따라 인가·허가·승인 또는 협의를 하려면 중앙도시계획위원회나 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다. 다만, 도시계획사업(택지개발촉진법 등 다른 법률에서 도시계획사업을 의제하는 사업은 제외)에 의하는 경우를 제외한다(국토계획법 제59조 제1항, 영 제57조 제1항 내지 제3항). 중앙도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하는 대상은 ① 면적이 1㎢ 이상인 토지의 형질변경 ② 부피 1백만㎥ 이상의 토석 채취이다. 또한 시・도 도시계획위원회 또는 시・군・구도시계획위원회 중 대도시에 두는 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하는 사항은 ① 면적이 30만㎡ 이상 1㎢ 미만인 토지의 형질변경 ② 부피 50만㎥ 이상 1백만㎥ 미만의 토석채취가 해당한다. 시・군・구 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하는 사항으로는 ① 면적이 30만㎡ 미만인 토지의 형질변경 ② 부피 3만㎥ 이상 50만㎥ 미만의 토석채취가 대상이 된다.

다만 녹지지역, 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전지역에서 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 형질변경으로서 그 면적이 용도지역별 개발행위허가 규모 미만인 경우는 도시계획위원회 심의대상이지만 다음에 해당하는 경우는 도시계획위원회 심의를 받지 않고 허가를 할 수 있다.

첫째, 개발행위허가의 대상인 토지가 자연취락지구, 개발진흥지구, 기반시설부담구역 또는 공장입지유도지구에 위치한 경우이다. 이들 지구나 구역은 이미 기반시설 등 계획이 수립되어있는 지역으로 추가적인 개발이 이루어지더라도 난개발을 방지할 수 있는 지역이다.

둘째, 해당 토지가 도로 등 기반시설이 이미 설치되어 있거나 설치에 관한 도시관리계획이 수립된 지역으로 시장·군수가 인정하여 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 해당 지방자치단체의 공보에 고시한 지역에 위치한 경우이다. 이들 지역은 해당 지방자치단체에서 계획적 개발을 유도할 수 있는 지역으로 난개발을 방지할 수 있는 관리 가능한 지역이다.

셋째, 개발행위허가의 대상인 토지에 단독주택・공동주택(사업계획승인 주택 제

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

외), 제1종 근린생활시설, 제2종 근린생활시설을 도시계획조례로 정하는 용도지역별 건축물의 용도·규모·층수 또는 주택호수 등의 범위에서 건축하려는 경우이다. 이는 국민의 주거생활 불편 해소를 위하여 필요한 주택이나 제1종 및 제2종 근린생활시설을 건축하는 경우에는 이미 이루어진 다른 개발행위허가면적과 합산하여 개발행위허가면적을 산정하지 않고 별개의 독립적인 개발행위로 보아 용도지역별 개발행위허가 규모까지 허가를 받을 수 있다는 것으로서, 도시계획위원회 심의에 따라 국민의 주거생활 불편이 가중되는 것을 방지해 보고자 하는 취지에 의한 것이다. 그러나 이 경우에도 면적합산 대상에서 제외되는 경우는 제1종·제2종 근린생활시설이나 주택을 건축하기 위한 개발행위허가 시에 한정되는 것일 뿐이며, 일단 개발된 이후에는 당초 합산대상에 포함되는 시설이나 건축시 합산대상에서 제외되었던 제1종·제2종 근린생활시설 또는 주택을 가리지 않고 전체 개발행위 규모를 산정하는데 포함된다고 할 것이다.

넷째, 건축물의 집단화를 유도하기 위해 일정 요건을 모두 갖춘 건축물을 건축하려는 경우, 다섯째, 계획관리지역 안에서 1만㎡ 미만인 공장의 부지를 종전 부지면적의 50% 범위 안에서 확장하는 경우이다. 이 경우 확장하고자 하는 부지가 종전 부지와 너비 8m 미만의 도로를 사이에 두고 접한 경우를 포함한다. 이와 관련해서 국토계획법이 제정되어 시행된 2003년 1월 1일 이전 준공된 공장에 대한 특례도 두고 있다.

3) 개발행위허가 면적의 실질적 산정을 통한 연접개발 제한의 필요성

(1) 연접개발의 제한 가능성

국토계획법은 2003년 시행 당시부터 용도지역별로 개발행위허가의 규모를 규정하고, 이들 지역 중에서 녹지지역·관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역 안에서 연접하여 개발하거나 수차례에 걸쳐 부분적으로 개발하는 경우에는 이를 하나의 개발행위로 보아 그 면적을 산정하도록 하는 연접개발 제한을 규정하고 있었다. 연접개발규제는 이미 개발행위허가를 받은 연접한 토지의 면적이 일정 규모를 초과하는 경우 이를 하나의 개발행위로 간주하여 인접한 토지의 추가적인 개발을 제한하는 것을 의미한다.[407] 즉 연접하여 개발하거나 수차례에 걸쳐 부분적·단

407) 서순탁, 앞의 논문, 67면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

계적으로 개발하는 경우 이를 하나의 개발행위로 보아 그 면적을 합산하여 개발행위 허가를 제한하는 것으로서 녹지지역이나 비도시지역 등 기반시설 여건이 열악한 입지의 난개발을 방지하기 위한 취지로 도입된 제도였다.[408] 그러나 규제를 피하기 위한 여러 가지 편법들이 나타나면서 본래의 취지가 퇴색해갔다. 일례로 공장의 경우 연접규제로 인해 평지에서 허가받기가 어려워지자 임야로 개발압력이 확산되었고, 도시계획의 측면에서 공장시설은 한 곳에 모여 있는 것이 효율적임에도 흩어져 존재하게 되는 문제점이 발생하였고 투기적 목적으로 개발행위허가를 선점하는 경우 실수요자가 공장 등의 부지확보에 어려움을 겪게 되는 사례가 많아지면서 개발행위의 형평성 문제도 대두되었다. 이렇듯 규제를 피하기 위한 분산 입지는 자연환경을 훼손하여 난개발을 유발하고 재산상의 손실 등으로 인한 민원 발생을 야기한다는 비판에 직면하게 되어 마침내 국토계획법 시행령을 개정하여 2011. 3. 9. 연접개발과 관련한 규정을 폐지하였다.[409]

하지만 이를 두고 국토계획법이 연접개발에 대한 제한을 포기한 것이 아님은 그 개정 취지를 보더라도 명확하다. 즉, 연접개발금지 규정이 삭제된 이유는 개발행위를 무분별하게 난립하도록 하거나 편법적인 개발을 허용하려는 취지가 아니라 일정 면적 이상의 개발행위로 보아 도시계획심의위원회의 심의대상으로 삼아 심사할 수 있다고 판단하였기 때문이었다.[410] 국토계획법 시행령이 연접개발에 대한 제한 규정을 폐지한 이후에도 국토교통부는 실질적으로 하나의 개발행위가 법령 절차를 회피할 목적으로 명의를 달리하는 경우 전체를 개발행위 목적으로 산정하는 것이 허가권자의 판단영역이라고 유권해석하고 있다.[411] 그렇다면 연접개발제한 규정이 폐지되기 전 대법원이 “국토계획법이 개발행위가 허용되는 토지의 형질변경면적을 제한하고 있는 것은 개발행위를 제한하여 자연환경이나 농지 및 산림을 보전하고 무분별한 난개발을 방지하며 국토를 효율적으로 이용·개발·보전하기 위해 형질변경이 이루어지는 면적을 일정 범위 이내로 제한할 필요가 있다는 데서 비롯하고, 연접개발을 제한하는 같은 법 시행령 제55조 제4항

408) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006두13954 판결 참조.
409) 김영우·윤정중, “연접개발제한 폐지 이후 개발행위허가 심의제도 개선방안”, 『LHI Journal』, 제3권 제2호, 토지주택연구원, 2012, 159면.
410) 김영우·윤정중, 앞의 논문, 166면.
411) 법제처, 법령해석사례, 17-0642 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(2011년 3월 9일 대통령령 제22703호로 일부 개정되기 전의 것)은 이러한 취지를 보다 구체화하는 한편 면적제한 규정을 잠탈하는 수법의 편법적 개발을 방지하고자 함에 그 주된 취지가 있으므로 이러한 각 규정의 취지 등에 비추어 보면 위 연접개발 제한 규정은 사업주체가 동일한 경우는 물론 사업주체나 사업시기를 달리하는 경우에도 적용된다고 해석함이 상당하다"고 판시한 것은 지금도 여전히 유효한 것이다.[412]

한편, 국토교통부는 「개발이익 환수에 관한 법률」을 제정하여 토지에서 발생하는 개발이익을 환수하여 이를 적정하게 배분하여서 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것을 목적으로 하고 있다. 그리고 이 법에서는 '연접개발'을 규정하여 연접개발의 경우 이를 하나의 개발행위로 보아 개발이익을 환수하도록 하고 있다. 즉 '동일인이 연접한 토지를 대통령령으로 정하는 기간 이내에 사실상 분할하여 개발사업을 시행한 경우에는 전체의 토지에 하나의 개발사업이 시행되는 것으로 본다'고 규정하고 있다.[413] 이는 연접하여 개발행위를 하는 것 자체를 금지하는 것은 아니며 다만 연접하여 개발함으로써 사실상 하나의 개발행위와 같이 평가되는 경우라면 그만큼의 개발이익을 얻은 것이니 그에 해당하는 개발이익을 환수하도록 한 것이다.

하지만 「개발이익 환수에 관한 법률」이 연접개발에 대한 이익환수 규정을 둔 것은 개발행위 단계에서도 연접개발을 판단할 수 있다는 점을 전제한 것으로 보아야 한다. 그렇다면 개발이익 환수의 대상이 되는 개발행위허가에 있어서도 이를 하나의 개발행위로 판단하고 그 규모에 해당하는 국토계획법상의 규제를 적용하도록 하는 것이 필요하다. 이는 국토계획법이 연접개발 규정을 폐지한 취지에 반하는 것이 아니

412) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006두13954 판결 참조.

413) 제5조(대상 사업) ① 개발부담금의 부과 대상인 개발사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업으로 한다.
1. 택지개발사업(주택단지조성사업을 포함한다. 이하 같다)
2. 산업단지개발사업
3. 관광단지조성사업(온천 개발사업을 포함한다. 이하 같다)
4. 도시개발사업, 지역개발사업 및 도시환경정비사업
5. 교통시설 및 물류시설 용지조성사업
6. 체육시설 부지조성사업(골프장 건설사업 및 경륜장ㆍ경정장 설치사업을 포함한다)
7. 지목 변경이 수반되는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업
8. 그 밖에 제1호부터 제6호까지의 사업과 유사한 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업
② 동일인이 연접(連接)한 토지를 대통령령으로 정하는 기간 이내에 사실상 분할하여 개발사업을 시행한 경우에는 전체의 토지에 하나의 개발사업이 시행되는 것으로 본다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

라 오히려 부합하는 것이다. 하지만 국토계획법령에서 명문으로 규정되어 있던 연접개발 제한 규정이 폐지된 만큼 실질적으로 연접개발행위에 해당하는지 여부에 대한 판단이 전적으로 행정주체의 경험과 인식에 맡겨져 있으므로 법령해석규칙을 통하여 연접한 개발의 면적 판단에 있어서 그 기준을 명확하게 할 필요가 있다.

(2) 연접개발 제한의 한계 사례

「건축법」이 정하는 건축허가 대상 건축물의 경우와는 달리 「주택법」의 적용을 받는 주택의 경우 복지시설과 주민편의 시설 등을 설계에 반영해야 하는 차이점이 있다. 즉, 「주택법」 제1조는 "쾌적하고 살기 좋은 주거환경 조성에 필요한 주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거 안정과 주거수준의 향상에 이바지함을 목적"으로 하고 있고 이를 위하여 제15조에 따른 사업계획승인을 얻고자 하는 경우 "사업계획서에 주택과 부대시설 및 복리시설의 배치도, 대지조성공사 설계도서 등"을 첨부하도록 하고 있다. 이런 규정의 취지는 공동주택이 50세대 이상인 경우 주택건설 사업계획을 승인을 받도록 하여 다세대 공동주택에서 발생할 수 있는 문제를 최소화할 수 있는 기반시설들을 마련하여 국민의 안전하고 쾌적하며 살기 좋은 주거환경을 확보하기 위함에 있다.[414] 그런데 총 면적 43,079㎡에 대한 하나의 공동주택 건축행위를 하고자 하는 개발행위허가신청에 있어 이를 다섯 필지로 분할 하여 마치 별개의 사업같이 개발행위허가 신청을 한 경우에 대하여 행정청이 국토계획법이 일정 규모이상의 개발행위허가에 대하여는 도시계획심의를 거치도록 한 취지, 「주택법」의 취지 등을 고려하여 연접개발로 판단한 사례가 있다.[415] 이에 대하여 행정청은 사업자들이 연접하여 실질적으로 하나의 사업으로 개발하면서도 마치 별도의 사업자인 것처럼 필지를 쪼개어 필지별로 각 다른 사업자가 건축허가를 신청하는 것과 같이 행정청을 기망하였음을 이유로 하여 위계에 의한 공무집행방해죄로 고발하였는데 해당 재판에서 법원은 행정청에 대한 기망을 통한 연접개발은 행정청이 그 개발행위허가 심사 권한을 행사하여 충분히 판단할 수 있는 점에서 위계

414) 이기형, "주택건설사업계획승인의 요건 및 절차 -대법원 2010. 11. 11. 선고 2010두14718 판결을 중심으로-", 『법학연구』, 제50권 제2호, 한국법학회, 2013, 473면.
415) 이지원, "건축법상 의제되는 법률규정 위반사항의 사후적 발견에 따른 제재 가능성 검토", 『법과정책』, 제25권 제2호, 제주대학교 법과 정책 연구원, 2019, 145면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 보았다.[416] 이러한 형사판결에 비추어 보면 행정청이 개발행위허가의 면적을 심사함에 있어서 면적을 실질적으로 심사하여 연접개발을 제한하고 난개발을 방지하여야 할 의무가 있으며 더 나아가 앞서 검토한 불확정법개념에 대한 법령해석규칙과 같이 면적을 산정함에 있어서의 한계도 법령해석규칙의 방법으로 명확하게 할 필요성이 있을 것이다.

4. 소결

개발행위허가의 기준이 불확정 법개념으로 되어 있는 점은 물론 개발행위허가면적과 관련한 기준 역시 앞서 언급한 불확정법개념의 연장이라는 측면이 있다. 개발행위허가신청서에 기재된 면적만을 형식적으로 판단하는 것이 아니라 신청된 개발행위허가의 내용을 실질적으로 따져 국토계획법령이 정하는 개발행위제한 규모의 초과 여부를 판단하는 노력이 필요하기 때문이다. 그런데 이 과정에서 신청된 개발행위허가의 면적을 판단하는 기준과 관련하여 구체적으로 국토계획법령이 정하고 있지 않다 보니 동일한 개발행위허가 신청에 있어서도 결재권자의 경험과 지식에 따라 다른 결론을 가져오게 된다.

2003년 1월 국토의 이용체계에 대한 전면적인 개편으로 전국토에 대하여 확대하여 실시된 개발행위허가제도는 법에의한 기계적이고 획일적인 적용에 따른 문제점을 보완하기 위하여 지방자치단체가 도시계획의 타당성, 기반시설의 확보여부, 주변환경 등을 종합적으로 고려하여 개발행위허가 여부를 결정하도록 한 제도이다.[417] 그런데 이러한 도입 취지가 무색할 만큼 지방자치단체는 그 자치 권한을 충분히 발휘하지 못하고 있는 실정이다.

따라서 난개발의 심각성에 대처하기 위하여 지방자치단체가 그 권한을 충분히 행사하여 개발을 제한하기 위한 노력으로 법령해석규칙의 제정과 운영을 통하여 국토의 효율적인 이용이 가능하도록 유도할 필요성이 크다 할 것이다.

---

416) 제주지방법원 2018. 12. 19. 선고 2017고단1785 판결.
417) 서순탁, 앞의 논문, 62면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제3절 정리

이번 장에서는 국토계획법상 개발행위허가에 있어 인허가의제 제도에 대해 검토한 다음 개발행위허가의 기준에 있어 우려되는 판단기준의 불명확성에 대해 고찰하였다.

먼저, 개발행위허가 의제제도는 개발행위를 하고자 하는 경우 단독으로 문제되기보다는 개발행위허가를 필요로 하는 다른 주된 행정행위와의 관계에서 그 주된 행정행위를 신청하면 국토계획법에 따른 개발행위허가를 의제하면서 문제된다. 따라서 인허가의제제도의 일반적인 내용이 함께 문제된다. 인허가의제제도는 국민이 인허가소관부서를 일일이 방문하여 개별 신청서 및 첨부 서류를 일일이 제출하고 개별법에 따라 절차를 각 각 밟아 해당 행정기관의 여러 인허가 등을 받아야 하는 번거로움과 낭비를 줄이고 접수창구를 일원화하고 종합적인 관점에서 유기적으로 협력·검토할 수 있도록 하려는 것이다. 인허가의제제도는 실체집중 부정설에 불구하고 판례에 따르면 주된 인허가 행정청의 주도하에 개별 인허가 행정청과의 협의를 통하여 관련 인허가의 실체적 요건에 적합한지 여부를 종합적으로 판단하게 된다.[418] 따라서 주된 인허가 행정청이 개별 행정청과 협의 과정에서 요건 심사의 종합적 판단을 유도함으로써 개별적 인허가 심사에 따른 단편적 판단과 거부처분을 배제할 수 있다는 측면에서 큰 의의가 있다. 다만, 의제되는 인허가 관계 행정청의 권한과 절차에 혼동이 없도록 인허가의제 규정을 근본적으로 재검토하여 행정상의 혼란을 방지하는 것이 필요하다.

국토계획법은 개발행위허가와 관련하여 개발행위 및 개발행위허가(국토계획법 제56조)와 대규모 개발행위에 대한 도시계획위원회의 심의(국토계획법 제59조)를 구분하고 있다. 개발행위허가 신청에 대한 허가 여부는 대부분 당해 신청내용이 법령에 적합한지를 보고 판단한다. 개발행위허가는 난개발을 방지하고 주변 환경과 조화를 도모하기 위한 공익적 필요에 의하여 개발행위허가권자에게 광범한 판단권한을 부여하고 있다. 도시계획위원회 심의와 관련한 심의기준이 부재하여 심의시 객관적이고

418) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762 판결 참조. 다만 이러한 판례의 입장이 인허가요건의 판단방식과 관련한 실체집중 부정설과 모순되는 것은 아니다(이 논문, 84면 참조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

합리적인 판단을 하는데 한계가 있으며 특히 개발행위허가권자가 복잡한 개발행위허가기준을 일일이 확인하여 허가의 적합 여부를 판단하는 데는 업무 범위의 한계 역시 존재한다. 이러한 개발행위허가 기준의 허점을 보완하기 위하여 행정청은 국토계획법령과 그 위임을 받은 지방자치단체의 조례를 적용함에 있어 통일적 처분의 기준을 마련하기 위한 노력의 일환으로 법령해석칙규을 마련하여 활용할 수 있을 것이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제4장 주요 국가의 개발행위허가제도

제1절 주요 국가 법제에 대한 검토의 필요성

우리나라에서 국토계획이 체계화된 것은 1960년대부터라 할 것이다.[419] 1962. 1. 20. 법률 제983호로 (구)도시계획법이 제정되면서 1934년부터 시가지의 계획을 담당하던 조선시가지계획령은 폐지되었고, 1972. 12. 30. 법률 제2408호로 (구)국토이용관리법이 제정되면서 본격적으로 국토의 관리를 이원화하여 운영해왔다. 1970년대에는 경제개발과 발맞추어 국토의 관리가 본격화되었으며 그때그때의 시대적 상황이 요구하는 바를 반영하며 발전해 왔다.[420] 그러다 2002. 2. 4. 국토계획법이 제정되면서 (구)도시계획법과 (구)국토이용관리법을 통합하였다. 이때 국토계획법은 비도시지역에도 도시계획을 통한 관리가 가능하게 하는 내용으로 전면 개편되어 국토 전체적으로 난개발을 방지하기 위한 초석을 쌓았다.

이렇게 보면, 우리나라의 국토계획과 관련한 역사가 그리 긴 것은 아니지만 일본과 유럽의 이론을 1980년대부터 진취적으로 도입하여 비교적 안정된 국토이용관리체계를 형성해 왔다는 평가를 받고 있다.[421] 하지만 국토계획법이 규정하는 개발행위허가를 둘러싼 인허가의제제도의 안정적 정착과 개발행위허가 기준 적용에서 발생하는 판단의 여지를 둘러싼 해결 방법을 놓고 현재 국토계획법은 새로운 문제에 직면하고 있다.

따라서 우리나라와 같은 대륙법 체계로 알려진 일본과 독일의 국토 관련 법제 상황의 검토를 통하여 국토계획법이 규정하는 개발행위허가제도의 검토를 하는 것은 현재 우리나라 개발행위허가제도를 보완할 만한 수단을 모색하는 것으로 의미가 있다 할 것이다.

---

419) 이 논문, 10-12면 참조.
420) 정태용, 앞의 논문, 11면.
421) 정남철, “국토계획법제의 현안과 개선점”, 『아주법학』, 제10권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2017, 44면; 정태용, “국토계획법제의 정비”, 『공법연구』, 제37집 제1호, 한국공법학회, 2008, 263-284면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다만 우리나라의 인허가의제제도와 유사한 법제로는 독일의 입법례를 제외하고 일본 또는 프랑스, 영미법계로 알려진 미국에서조차도 유사한 입법례를 찾을 수 없었다.[422] 따라서 인허가의제제도에 대하여는 독일의 입법례를 위주로 검토하였다.

제2절 주요 국가의 개발행위허가 법제 검토

1. 일본의 개발허가제도

1) 일본의 국토계획 법제

(1) 일본 국토형성계획법(國土形成計畫法)

일본에도 우리나라의 「국토기본법」이나 국토계획법에 대응하는 국토의 계획에 관련한 법제가 존재한다. 1950년 제정된 일본 '국토형성계획법(國土形成計畫法, 이하 '국토형성계획법'이라고만 한다)'과 1974년 제정된 일본 '국토이용계획법(國土利用計畫法, 이하 '국토이용계획법'이라고만 한다)'이 그것이다. 일본 '국토형성계획법'은 우리나라의 「국토기본법」에 대응되는 것으로 국토 전반에 있어 가장 기본이 되는 법에 해당한다. 그리고 우리 「국토기본법」이 국토계획법과 유기적인 관계에 있듯이 일본 '국토형성계획법' 역시 일본 '국토이용계획법'과 상호 유기적인 관계에 있다. 일본 '국토형성계획법'은 법률 내용 안에서 이를 밝히고 있는데, 그 입법 목적에서 "국토의 자연조건을 고려하여 경제·사회·문화 등에 관한 시책의 종합적인 관점에서 국토의 이용·정비 및 보전을 추진하기 위한 국토형성 계획 및 기타 조치를 강구 하기 위하여 일본 '국토이용 계획법'에 의한

422) 우리나라의 인허가의제제도의 비교법적 검토를 위한 자료와 관련하여, 독일을 제외한 다른 나라에는 유사한 입법례가 없다는 점과 관련한 연구보고서로, 입법이론실무학회, 앞의 보고서, 2면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

조치와 현재 및 장래의 국민이 안심하고 풍요로운 생활을 영위할 수 있는 경제 사회의 실현에 기여하는 것을 목적으로 한다"라고 규정하여 일본 '국토이용계획법'에 의한 조치의 전제가 되는 점을 밝히고 있다.[423] 그리고 제6조에서는 전국계획(全國計畫)을 규정하면서 제7항에서 일본 '국토이용계획법' 제4조가 정하는 전국계획과 동일한 것이라고 하여 국토이용관리에 있어서 일본 '국토이용관리법'과 유기적으로 통일적인 관계에 있음을 밝히고 있다.

일본 '국토형성계획법'은 당초 1950년 5월 26일 법률 제205호로 제정될 당시에는 '국토총합개발법(國土總合開發法)'이었으나 2005년 개정시 부칙을 통하여 종전 "국토총합개발계획을 일본 '국토형성계획법'이 정하는 국토형성계획으로 본다"고 규정하여 그 연속성을 인정하고 있다.[424] 국토형성계획은 곧 '전국계획(全國計畫)'의 의미인데(제6조 제2항), 일본 '국토형성계획법'은 전국계획과 함께 광역지방계획(廣域地方計畫)도 규정하고 있다(제9조 제1항). 광역지방계획은 전국계획을 기본으로 하여 광역지방계획구역마다 국토의 형성에 관한 방침·목표·광역의 견지에서 필요로 하는 중요한 시책에 관한 사항을 규정한다. 광역지방계획구역은 수도권(首都圈), 근기권(近畿圈), 중부권(中部圈)과 기타 자연, 경제, 사회, 문화 등에서 밀접한 관계가 상당 정도 인정되는 둘 이상의 현의 지역으로서 일체로 종합적인 국토형성을 추진할 필요가 있는 것으로서 정령으로 정하는 지역으로 하고 있다(제9조 제1항 제1호 내지 제4호).[425]

---

423) 国土形成計画法, 第一条 (目的)　この法律は、国土の自然的条件を考慮して、経済、社会、文化等に関する施策の総合的見地から国土の利用、整備及び保全を推進するため、国土形成計画の策定その他の措置を講ずることにより、国土利用計画法 (昭和四十九年法律第九十二号) による措置と相まつて、現在及び将来の国民が安心して豊かな生活を営むことができる経済社会の実現に寄与することを目的とする。[국토형성계획법 제1조(목적) 이 법은 국토의 자연조건을 고려하여 경제, 사회, 문화 등에 관한 시책의 종합적인 관점에서 국토의 이용, 정비 및 보전을 추진하기 위해 국토형성계획의 책정 및 기타 조치를 강구하여 국토이용계획법에 의한 조치에 따라 현재 및 장래의 국민이 안심하고 풍요로운 생활을 영위할 수 있는 경제 사회의 실현에 기여하는 것을 목적으로 한다.]

424) 国土形成計画法, 附則〔平成十七年法律第八十九号〕〔抄〕 第二条 (国土形成計画法の一部改正に伴う経過措置)　施行日以後国土形成計画法第六条第一項の規定により国土形成計画が定められるまでの間においては、この法律の施行の際現に第一条の規定による改正前の国土総合開発法第七条第一項の規定により作成されている全国総合開発計画を国土形成計画第六条第一項の規定により定められた国土形成計画とみなす。[국토형성계획법 부칙 제2조(국토형성계획법의 일부개정에 따른 경과조치) 시행일 이후 국토형성계획법 제6조 제1항의 규정에 의하여 국토 형성 계획이 결정될 때까지의 사이에는, 개정 전의 국토종합개발법 제7조 제1항의 규정에 의한 전국 종합 개발 계획을 국토형성계획법 제6조 제1항의 규정에 의한 국토형성계획으로 본다.]

425) 수도권(首都圈)은 수도를 중심으로 형성되는 광역도시권이며, 근기권(近畿圈)은 수도권에서 일정 거리 떨어져 있지는 권역을 의미하고, 중부권(中部圈)은 지역의 중앙에 해당하는 권역을 의미한다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

일본 '국토형성계획법'은 "자율적으로 발전하는 지역 사회, 국제 경쟁력 강화 및 과학 기술의 진흥 등에 의한 활력있는 경제 사회 안전이 보장된 국민 생활 및 지구 환경 보전에도 기여할 풍부한 환경의 기반이 되는 국토를 실현하는 것"을 기본이념으로 하고 있다.[426] 이는 뒤이어 설명할 일본 '국토이용계획법((國土利用計畫法)'이 규정하는 기본이념보다 더 광범위한 것으로 일본뿐만 아니라 전 지구(地球)적인 입장에서 인구, 산업 기타 사회 경제구조에 있어 나타나는 새로운 패러다임에 대응하는 것을 목적으로 하는 거시적인 계획임을 알 수 있다.[427] 이에 비하여 우리 「국토기본법」의 기본이념은 국토의 한정된 자원성을 강조하여 전 세계적인 패러다임의 변화에 대한 대응을 위한 이념까지 포괄하고 있는 것은 아니다.[428]

(2) 일본 국토이용계획법(國土利用計畫法)

일본은 일본 '국토형성계획법'과 함께 일본 '국토이용계획법'이 토지의 효율적인 관리와 이용을 위하여 제정되어 있다. 일본 '국토이용계획법'은 일본 '국토형성계획법'을 전제로 국토를 종합적·계획적으로 이용하기 위하여 수립하는 계획이다(제1조). 일본 '국토이용계획법'에 의하여 일본의 전(全) 국토는 전국계획(全國 計畫), 도도부현 계획(都道府縣 計畫), 시정촌 계획(市町村 計畫)으로 규율된다(제4조).[429] 이들 법령을 바탕으로 일본의 토지이용 계획은 <표4-1>과 같은

---

426) 国土形成計画法, 第二条 (基本理念) 国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることにかんがみ、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配意して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものとする。[국토형성계획법 제2조(기본이념) 국토의 이용은 국토가 현재와 미래의 국민을 위한 한정된 자원인 동시에 생활 및 생산을 통한 활동 공통의 기반임을 감안하여 공공의 복지를 우선시하고, 자연환경 보전을 도모하면서 지역의 자연적, 사회적, 경제적 및 문화적 조건에 따른 건강하고 문화적인 생활환경의 확보와 국토의 균형있는 발전을 도모하는 것을 기본 이념으로 한다.]

427) 일본 국토교통성(国土交通省)은 새로운 국토계획으로 2014년 7월 '국토의 그랜드 디자인 2050'을 공표하여 '콤팩트 플러스 네트워크(Compact + Network)'를 제시하였다. 이를 통하여 인구감소와 고령화가 진행됨에 따라 의료, 복지 등의 다양한 공공서비스를 효율적으로 제공하기 위해 집약적 도시구조를 구축하고, 집약화로 인해 작아진 상권은 네트워크를 통해 각종 도시기능에 따른 권역의 인구를 확보하고자 하고 있다.

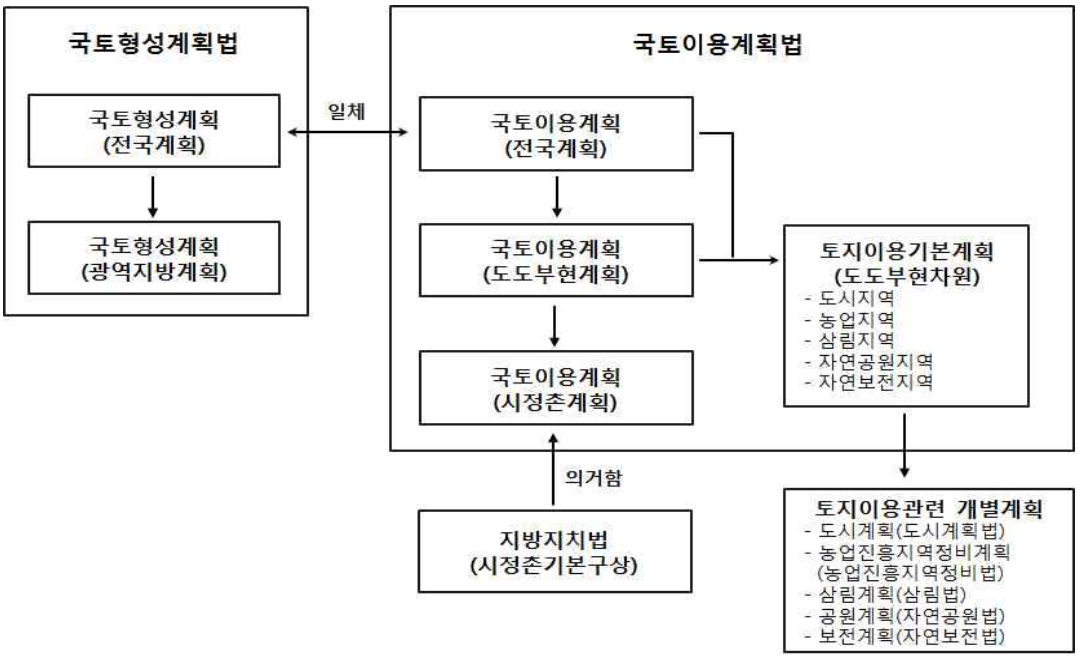
428) 윤장식·이상수, "일본의 축소도시 대응정책의 도시계획적 함의 -입지 적정화 계획을 중심으로-", 『국토계획』, 제54권 제2호, 대한국토·도시계획학회, 2019, 20면.

429) 国土利用計画法, 第一条 (目的) この法律は、国土利用計画の策定に関し必要な事項について定めるとともに、土地利用基本計画の作成、土地取引の規制に関する措置その他土地利用を調整するための措置を講ずることにより、国土形成計画法 (昭和二十五年法律第二百五号) による措置と相まつて、総合的かつ計画的な国土の利用を図ることを目的とする。[국토형성계획법 제1조(목적)

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

체계를 형성하고 있다.

<표4-1> 일본의 토지계획 체계[430]



일본 '국토이용계획법'은 '국토가 현재와 장래에 국민을 위한 한정된 자원이며, 생활 및 생산을 통한 제반 활동의 공통 기반임에 비추어 공공의 복지를 우선하고, 자연환경을 보전하면서 지역의 자연적·사회적·경제적 및 문화적 조건을 고려하여 건강하고 문화적인 생활환경의 확보와 국토의 균형 있는 발전의 도모를 기본 이념으로 한다'라고 하여 우리 국토계획법의 기본원칙과 비교하면 보다 포괄적으로 규정하고 있다.[431][432]

이 법은 국토 이용 계획의 수립에 관하여 필요한 사항을 정하는 것과 동시에, 토지 이용 기본 계획의 작성, 토지거래의 규제에 관한 조치 기타 토지이용을 조정하기 위한 조치를 강구하여 국토형성계획법에 의한 조치와 종합적이고 계획적인 국토 이용을 도모하는 것을 목적으로 한다.]

第四条(国土利用計画) 国土利用計画は、全国の区域について定める国土の利用に関する計画(以下「全国計画」という。)、都道府県の区域について定める国土の利用に関する計画(以下「都道府県計画」という。)及び市町村の区域について定める国土の利用に関する計画(以下「市町村計画」という。)とする。[제4조(국토이용계획) 국토이용계획은 전국 지역에 대해 정하는 국토의 이용에 관한 계획 (이하 "전국 계획"이라 한다), 도도부현의 구역에 대해 정하는 국토의 이용에 관한 계획(이하 "도시계획"이라 한다) 및 시정촌에 대한 국토의 이용에 관한 계획(이하 "시정촌 계획"이라 한다)으로 한다.]

430) 문채, "일본의 비도시지역 토지이용관리 실태와 개선방안에 관한 연구", 『한국지방행정학보』, 제15권 제3호, 한국지방행정학회, 2018, 59면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

일본 '국토이용계획법'은 전 국토를 도시지역, 농업지역, 삼림지역, 자연공원지역, 자연보전지역의 다섯 가지의 용도지역으로 분류하여 규율한다.[433] '도시지역'은 하나의 도시로서 종합적으로 개발·조정 및 보전할 필요가 있는 지역을 의미하고, '농업지역'은 농용지로 이용하여야 할 토지가 있고, 종합적으로 농업의 진흥을 도모할 필요가 있는 지역이며, '삼림지역'은 삼림 토지로서 이용할 토지가 있고, 임업의 진흥 또는 삼림이 가진 모든 기능의 유지·증진을 도모할 필요가 있는 지역이며, '자연공원지역'은 우수한 자연풍경지로서 그 보호 및 이용의 증진을 도모할 필요가 있는 곳으로 하며, '자연보호지역'은 양호한 자연환경을 형성하는 지역으로서 그 자연환경의 보전을 도모할 필요가 있는 곳으로 하고 있다.[434] 이 다섯 가지 용도지역의 구분은 일본의 토지이용 및 관리에서 가장 기본적인 기준이 되고 있는데 일본 '국토이용계획법'에 의한 토지이용 관리체계를 정리하여 보면 <표4-2>와 같다.

---

431) 국토이용계획법 제2조(기본이념) 참조(각주 387)).

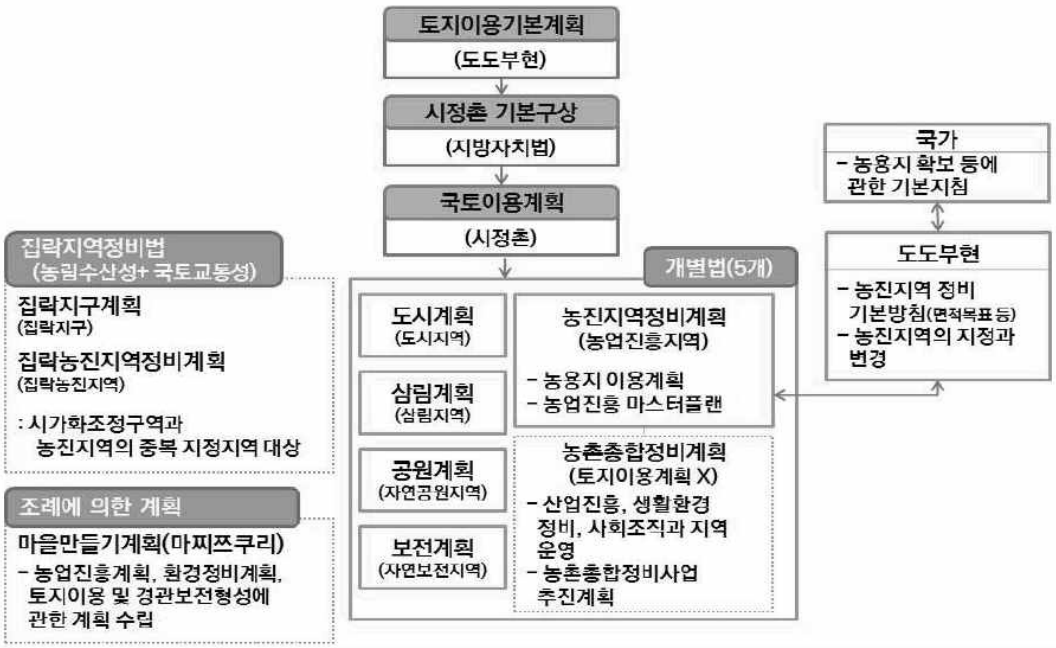
432) 우리 국토개발의 기본이념 및 원칙과 관련하여, 이 논문, 12면 참조.

433) 国土利用計画法, 第三章 土地利用基本計画等, 第九条 (土地利用基本計画)
② 土地利用基本計画は、政令で定めるところにより、次の地域を定めるものとする。
一 都市地域
二 農業地域
三 森林地域
四 自然公園地域
五 自然保全地域
[국토이용계획법 제3장 토지이용기본계획 등, 제9조(토지이용기본계획) ② 토지이용기본계획은 정령으로 정하는 바에 따라 다음의 정하는 지역을 대상으로 한다. 1 도시 지역, 2 농업 지역, 3. 삼림 지역, 4 자연 공원 지역, 5 자연 보전 지역.]

434) 国土利用計画法, 第九条 (土地利用基本計画) ④ 第二項第一号の都市地域は、一体の都市として総合的に開発し、整備し、及び保全する必要がある地域とする。⑤ 第二項第二号の農業地域は、農用地として利用すべき土地があり、総合的に農業の振興を図る必要がある地域とする。⑥ 第二項第三号の森林地域は、森林の土地として利用すべき土地があり、林業の振興又は森林の有する諸機能の維持増進を図る必要がある地域とする。⑦ 第二項第四号の自然公園地域は、優れた自然の風景地で、その保護及び利用の増進を図る必要があるものとする。⑧ 第二項第五号の自然保全地域は、良好な自然環境を形成している地域で、その自然環境の保全を図る必要があるものとする。[국토이용계획법 제9조(토지이용기본계획) ④ 제2항 제1호의 도시지역은 일체의 도시로서 종합적으로 개발, 정비 및 보전할 필요가 있는 지역으로 한다. ⑤ 제 항 제2호의 농업 지역은 농지로 이용해야 할 토지가 종합적으로 농업의 진흥을 도모할 필요가있는 지역으로 한다. ⑥ 제2항 제3호의 숲 지역은 숲의 토지로 이용할 토지가 임업의 진흥 또는 산림이 가지는 여러 기능의 유지와 증진을 도모할 필요가 있는 지역으로 한다. ⑦ 제2항 제4 의 자연 공원 지역은 뛰어난 자연 경관 지역에서 그 보호 및 이용의 증진을 도모해야 한다. ⑧ 제2항 제5호의 자연 보전 지역은 양호한 자연 환경을 형성하고 있는 지역에서 자연 환경의 보전을 도모해야 한다.]

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

<표4-2> 일본의 국토이용 및 관리체계[435]



한편 일본은 용도지역 간의 중복을 허용하고 있는 점에서 하나의 필지는 하나의 용도지역에만 해당하는 우리나라와 비교하여 차이가 난다. 일본 '국토이용계획법'은 각 용도지역에 있어 규율되는 개별 법에 의한 각각의 계획이 내용상 갖는 한계를 보충하는 역할도 하고 있다. 즉, 도시지역에 대한 일본 '도시계획법'은 도도부현(とどうふけん)에 있어 도시계획지역과 준도시계획지역을 지정하여 도시계획을 정하고 있다.[436] 그리고 농업지역에 대한 일본 '농지법'은 농업진흥지역 정비계획과 농촌진흥기본계획을, 삼림지역에 대한 일본 '삼림법'은 삼림계획을, 자연공원지역에 대한 일본 '자연공원법'은 공원계획을, 자연보전지역에 대한 일본 '자연환경보전법'은 보전계획을 각 용도지역에 대한 개별법 고유의 입법 목적에 따라 각각 규정하되, 다만 토지이용과 관련해서는 일본 '국토이용계획법'의 토지

435) http://www.krei.re.kr/ 한국농어촌 경제연구원, "해외 농촌공간계획(일본)", 『정책자료』, 2020. 2. 3.(검색일 : 2021. 09.05.)

436) 도도부현(일본어: 都道府県, とどうふけん)은 일본의 광역 자치 단체인 도(都, 도쿄도), 도(道, 홋카이도), 부(府, 오사카부와 교토부), 현(県, 43개)을 묶어 이르는 말이다. 도도부현의 하부에는 기초지방자치단체인 시정촌(市町村)이 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이용기본계획에 의하고 있다.[437]

일본 '국토이용계획법'에 의한 용도지역은 일본 '도시계획법'에 의하여 도시지역을 다시 시가화 구역(市街化區域)과 시가지 조정구역(市街地調整區域)으로 구분되고 있다(제7조).[438] 시가지 조정구역은 시가화를 적극적으로 도모하는 시가화 구역과는 달리, 도시화를 촉진하는 개발은 원칙적으로 제한되고, 용도지역 등의 토지 이용 계획이나 시가지 개발에 관한 도시계획은 수립·결정하지 않는 것을 목표로 한다.[439] 이러한 일본의 국토 관련 법제는 당초에 제정될 당시에는 도시 주변부의 무질서한 시가지화 즉, 도시 외곽의 무질서한 개발로 야기된 스프롤 현상(sprawl phenomena)을 방지하고자 함에 그 목적이 있었다.[440] 하지만, 최근에는 앞서 언급한 일본 국토형성계획법의 기본이념과 같이 인구감소와 초고령 사회의 진입 등으로 발생하는 도시의 사회적 문제를 해결하기 위한 수단으로서도 함께 기능하고 있다.[441]

2) 일본의 개발허가 법제

(1) 개발허가 제도

가) 개관

일본 법제에서 우리 국토계획법의 개발행위허가에 해당하는 것으로는 일본 '도시계획법' 제3장에서 규율하는 '개발행위의 허가(開發行爲の許可)' 규정을 들 수 있다(제29조).[442] 일본 '도시계획법'은 제3장에 도시계획제한 등(都市計畫制

---

437) 정경모, "산지관리제도의 효율적인 개선방안에 관한 연구 -산지전용허가제도를 중심으로-", 박사학위논문, 남서울대학교대학원 부동산학과 부동산 개발 전공, 2019, 41면.

438) 都市計画法, 第七条 (区域区分) 都市計画区域について無秩序な市街化を防止し、計画的な市街化を図るため必要があるときは、都市計画に、市街化区域と市　街化調整区域との区分 (以下「区域区分」という。) を定めることができる。[도시계획법 제17조(지역구분) 도시계획 구역에 대한 무질서한 시가화를 방지하고 계획적인 시가화를 도모하기 위한 필요가 있을 때는 도시계획, 시가화 조정구역과의 구분(이하 "지역구분"이라 한다)을 할 수 있다.]

439) 조연팔, "건축공사 완료와 협의의 소의 이익 -일본의 법제, 학설 및 판례와 그 시사점을 중심으로-", 『법학논집』, 제23권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018, 149면.

440) 스프롤현상(sprawl phenomena)은 도시가 급격하게 발전함에 따라 도시 주변이 무질서하게 확대되는 현상을 의미한다. 이는 도시계획에 따르지 않은 개발로서, 도시계획이 개발속도를 따라가지 못하거나 도시계획이 처음부터 예정하지 않았던 지역에 있어서의 개발로 나타나며 토지의 체계적인 관리와 이용에 문제점을 드러내는 것이므로 난개발로 표현되기도 한다.

441) 유광흠, 『건축 관련 법제의 체계적 정비 방안 연구』, 건축도시공간연구소, 2011, 99면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

限 等)의 편제로 5개 절을 두고 제29조에서 제58조의11까지에 걸쳐 규정하고 있다. 이 중 제1절에서 개발행위 등의 규제(開發行爲等の規制)로 제29조에서 제52조까지 규정하고 있는데 여기에서 우리의 개발행위허가에 해당하는 내용을 발견할 수 있다. 다만 용어에 있어 우리의 개발행위허가 대신 일본 도시계획법은 '개발허가'라 하고 있다.[443] 일본의 개발허가는 '도시계획구역(都市計畫區域)' 또는 '준도시계획구역(準都市計畫區域)' 내에서 개발행위를 하고자 하는 경우(제29조 제1항)와 도시계획구역과 준도시계획구역 외의 지역에서 일정 규모 이상의 개발행위를 하는 경우를 대상으로 한다(제29조 제2항).[444]

나) 개발허가의 대상

일본 '도시계획법'에 의할 때 개발허가의 대상은 제29조가 정하고 있는 '개발행위'이다.[445] 그런데 일본 '도시계획법' 제29조에서 규율하는 개발행위는 '건축물의 건축 또는 특정 공작물의 건설에 사용할 목적으로 이루어지는 토지구획형질의 변경'을 의미하고 있어 우리나라 국토계획법이 일반적인 토지형질변경을 대상으로 하는 것과 차이가 난다. 여기서 건축물은 일본 '건축기준법'에서 정의하

---

442) 都市計画法, 第二十九条 (開発行為の許可) [도시계획법 제29조(개발행위의 허가)]

443) 都市計画法, 第三十条 (許可申請の手続) 前条第一項又は第二項の許可 (以下「開発許可」という。) を受けようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、次に掲げる事項を記載した申請書を都道府県知事に提出しなければならない。[도시계획법 제30조 (허가신청절차) 전조 제1항 또는 제2항의 허가(이하 "개발 허가"라 한다)를 받고자 하는 자는 국토 교통 성령으로 정하는 바에 따라 다음 각호의 사항을 기재 한 신청서를 도도부현 지사에 제출해야 한다.]

444) 都市計画法, 第二十九条 (開発行為の許可) ① 都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事 (地方自治法 (昭和二十二年法律第六十七号) 第二百五十二条の十九第一項の指定都市又は同法第二百五十二条の二十二第一項の中核市 (以下「指定都市等」という。) の区域内にあつては、当該指定都市等の長。以下この節において同じ。) の許可を受けなければならない。ただし、次に掲げる開発行為については、この限りでない ② 都市計画区域及び準都市計画区域外の区域内において、それにより一定の市街地を形成すると見込まれる規模として政令で定める規模以上の開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。ただし、次に掲げる開発行為については、この限りでない。[도시계획법 제29조(개발행위의 허가) ① 도시계획구역 또는 준도시계획구역 내에서 개발행위를 하려고 하는 자는 미리 국토교통성령으로 정하는 바에 따라 도도부현 지사(지방자치법(쇼와 22년 법률 제67호) 252조의19 제1항의 지정도시 또는 동법 제252조의212 제1항의 핵심시(이하 「지정도시 등」이라고 한다)의 구역내에는 해당 지정도시 등의 장, 이하 이 절에 있어서 동일)의 허가를 받아야 한다. 다만, 다음의 개발행위에 대해서는 그러하지 아니하다. ② 도시계획구역 및 준도시계획구역 외의 구역 내에서 그에 따라 일정한 시가지를 형성할 것으로 예상되는 규모로서 정령으로 정하는 규모 이상의 개발행위를 하려는 자는 미리 국토교통성령으로 정하는 바에 따라서 도도부현 지사의 허가를 받아야 한다. 다만, 다음의 개발 행위에 대해서는 그러하지 아니하다.]

445) 安本典夫, 「都市法解說」, 法律文化社, 2008, 57면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

는 건축물을 의미한다.[446] 특정 공작물에는 제1종 특정 공작물과 제2종 특정 공작물이 포함된다. 제1종은 “주변 환경을 악화시킬 우려가 있는 공작물로서 콘크리트 플랜트, 아스팔트 플랜트, 크래셔 플랜트, 위험물의 저장·처리용 공작물”이 여기에 포함된다. 제2종은 “스프롤 현상을 야기할 우려는 없으나, 경우에 따라서는 주변 지역의 출수, 일수 등의 피해와 수목의 난벌(亂伐), 교통량의 증대 등을 초래할 우려가 있는 대규모의 공작물”을 의미한다. 여기에는 골프장, 야구장, 육상 경기장 및 유원지 등이 포함된다. ‘구획의 변경’은 토지의 분필과 합필, 건축물의 부지변경을 이른다. 단순한 토지의 분필과 합필은 개발행위에 해당하지 않으며, 건축물의 건축을 목적으로 하는 행위만이 여기에 포함된다. ‘토지형질의 변경’은 절토, 성토 및 정지 작업을 의미한다. 이 가운데 건축물의 건축이나 특정 공작물의 건설과 일체를 이루는 공사는 별도의 형질변경이 아니라 건축행위나 건설행위 자체로 본다.

일본 ‘농지법’에 의한 농지전용허가(일본 농지법 제4조),[447] ‘삼림법’에 의한 임지개발허가제도(「삼림법」 제10조의2)[448]는 개념 정의상으로는 ‘개발행위’에 해당

---

446) 建築基準法, 第二条 (用語の定義) 建築物 : 土地に定着する工作物のうち、屋根及び柱若しくは壁を有するもの (これに類する構造のものを含む。) 、これに附属する門若しくは塀、観覧のための工作物又は地下若しくは高架の工作物内に設ける事務所、店舗、興行場、倉庫その他これらに類する施設 (鉄道及び軌道の線路敷地内の運転保安に関する施設並びに跨こ線橋、プラットホームの上家、貯蔵槽その他これらに類する施設を除く。) をいい、建築設備を含むものとする。[건축기준법 제2조(용어의 정의) 건축물 : 토지에 정착하는 공작물 중, 지붕 및 기둥 혹은 벽을 가지는 것(이에 유사한 구조의 것을 포함한다), 이에 부속하는 문 혹은 담, 관람을 위한 공작물 또는 지하 혹은 고가의 공작물 내에 설치하는 사무소, 점포, 흥행장, 창고 그 외 이것들과 유사한 시설을 말하며 건축설비를 포함한다.]

447) 農地法, 第四条 (農地の転用の制限) 農地を農地以外のものにする者は、都道府県知事 (農地又は採草放牧地の農業上の効率的かつ総合的な利用の確保に関する施策の実施状況を考慮して農林水産大臣が指定する市町村 (以下「指定市町村」という。) の区域内にあつては、指定市町村の長。以下「都道府県知事等」という。) の許可を受けなければならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合は、この限りでない。[농지법 제4조(농지의 전용 제한) 농지를 농지 이외의 것으로 하려는 자는 도도부현 지사 (농지 또는 방목지의 농업에서의 효율적이고 종합적인 이용의 확보에 관한 시책의 실시 상황을 고려하여 농림 수산부 장관이 지정하는 시읍면 (이하 "지정 시읍면"이라 한다)의 구역 내에 있어서는, 지정 시읍면의 장. (이하 “도도부현 지사 등”이라 한다)의 허가를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.]

448) 森林法, 第十条の二 (開発行為の許可) 地域森林計画の対象となつている民有林 (第二十五条又は第二十五条の二の規定により指定された保安林並びに第四十一条の規定により指定された保安施設地区の区域内及び海岸法 (昭和三十一年法律第百一号) 第三条の規定により指定された海岸保全区域内の森林を除く。) において開発行為 (土石又は樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為で、森林の土地の自然的条件、その行為の態様等を勘案して政令で定める規模をこえるものをいう。以下同じ。) をしようとする者は、農林水産省令で定める手続に従い、都道府県知事の許可を受けなければならない。[삼림법 제10조의2(개발 행위의 허가) 지역 산림 계획의 대상과 숲(제25조 또는 제25조의2의 규정에 의해 지정된 보안림 및 제4조의 규정에 의하여 지정된 보안 시설 지구 지역 내 및 해안 법 (쇼와 31년 법률 제101호) 제3조 규정에 의하여 지정된 해안 보전

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

하지만 일본 '도시계획법'이 아닌 각 개별법에서 규율하고 있다. 이는 우리 국토계획법의 경우 제61조 제1항의 관련 인허가 등의 의제 규정을 두어 국토계획법 제56조에 의한 개발행위허가를 통하여 「농지법」 제34조·제35조에 의한 농지전용허가나 신고, 「산지관리법」제14조·제15조의 산지전용허가나 신고를 의제 하는 것과 차이가 난다. 이는 앞서 언급했듯 일본의 경우 우리와 같은 인허가의제 제도가 도입되어 있지 않음에 따른 결과이다.[449]

다) 개발허가제도의 특징

일본 '도시계획법'이 정하는 개발허가제도의 특징으로 개발행위에 관한 설계와 설계도서를 국토교통성령이 정하는 자격을 가지는 사람이 작성하도록 규정하고 있으며(제31조),[450] 개발허가의 공사완료(준공) 심사가 있고 준공필증이 교부되어 공고될 때까지 해당 필지에서의 건축행위를 금지하고 있는 점도 특징적이다(제37조)[451]. 우리나라의 경우 「건축법」제 11조 제5항에 의하여 건축허가를 받음과 동시에 개발행위허가가 있는 것으로 의제 되므로 건축허가와 개발행위허가를 시간순으로 구별하기란 쉽지 않다. 하지만 일본의 경우는 토지 개발행위의 준공절차를 마친 다음에야 건축행위를 위한 행정절차를 진행할 수 있도록 하여 양자를 시간상 명확히 구별하고 있다. 즉, 우리나라의 「건축법」에 해당하는 것으로 일본에는 '건축기준법'이 있는데 이 '건축기준법'에 '건축확인'제도가 있어 개발허가의 단계와 건축허가의 단계를 구별하는 것이다. 이러한 점 때문

지역 내의 산림을 제외한다)의 개발행위 (토석 또는 광산, 개간, 기타 토지의 형질을 변경하는 행위에서 산림 토지의 자연조건, 그 행위의 형태 등을 감안하여 따로 정한 규모를 초과하는 것을 말한다. 이하 같다)을 하고자 하는 자는 농림 부령이 정하는 절차에 따라 도도부현 지사의 허가를 받아야 한다.]

449) 이 논문, 137면 참조.

450) 都市計画法 第三十一条 (設計者の資格) 前条の場合において、設計に係る設計図書 (開発行為に関する工事のうち国土交通省令で定めるものを実施するため必要な図面 (現寸図その他これに類するものを除く。) 及び仕様書をいう。) は、国土交通省令で定める資格を有する者の作成したものでなければならない。[도시계획법 제31조(설계자의 자격) 전조의 경우에 있어서, 설계에 관련된 설계 도서(개발 행위에 관한 공사 중 국토 교통성령으로 정하는 것을 실시하기 위해서 필요한 도면 및 사양서를 말한다)는 국토교통성령으로 정하는 자격을 가진 자의 작성한 것이어야 한다.]

451) 都市計画法 第三十七条 (建築制限等) 開発許可を受けた開発区域内の土地においては、前条第三項の公告があるまでの間は、建築物を建築し、又は特定工作物を建設してはならない。ただし、次の各号の一に該当するときは、この限りでない。[도시계획법 제37조(건축 제한 등) 개발 허가를 받은 개발 구역 내의 토지에 있어서는, 전 조 제3항의 공고가 있을 때까지는, 건축물을 건축하거나 또는 특정 공작물을 건설해서는 안 된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.]

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

에 일본에서는 개발허가 준공 후 건축확인과 관련하여 개발허가를 다툴 실익에 대한 소의 이익이 논의되는 점도 특징적이다. 이하에서는 먼저 일본의 '건축기준법'에 대하여 간략히 살펴보고자 한다.[452]

(2) 일본의 건축기준법(建築基準法)

우리나라는 개발행위허가의 대상을 규정하면서 건축을 위한 경우뿐만 아니라 토지의 형질변경, 공작물의 설치, 토석의 채취, 토지 분할, 물건 적치 행위 등에 대하여 규정하고 있지만(국토계획법 제56조 제1항) 일본은 도시지역에서 건축을 위한 경우로 한정하고 있는 점에서 일본 건축관련 법제는 일본 개발행위허가의 한 내용을 이루고 있는 것으로 볼 수 있는 점에서 그 검토가 필요하다.

가) 개관

우리나라의 「건축법」에 해당하는 일본의 '건축기준법'은 국민의 재산·생명·건강 보호의 최저기준을 구성하고자 하는 목적을 가지고 있으며, 일본 '건축기준법 시행령'은 '건축기준법'의 목적을 실현하기 위해 구체적인 방안과 방법을 규정하고 있다. '건축기준법 시행규칙'에서는 '건축기준법' 및 '건축기준법 시행령'의 실시에 필요한 설계도서 등을 규정하고 있다.[453] '건축기준법'은 총 7개 장으로 규정되어 제1장 총칙, 제2장 건축물의 부지·구조 및 건축 설비, 제3장 도시 계획 구역 등의 건축물의 부지·구조·건축 설비 및 용도, 제3장의2 형식 적합 인정, 제4장 건축협정, 제4장의2

---

452) 建築基準法, 第六条 (建築物の建築等に関する申請及び確認) 建築主は、第一号から第三号までに掲げる建築物を建築しようとする場合 (増築しようとする場合においては、建築物が増築後において第一号から第三号までに掲げる規模のものとなる場合を含む。) 、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第四号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定 (この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定 (以下「建築基準法令の規定」という。) その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。) に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。[건축 기준법 제6조(건축물의 건축 등에 관한 신청 및 확인) 건축주는, 제1호부터 제3호까지에 열거한 건축물을 건축하려고 하는 경우(증축하려고 하는 경우에 있어서는, 건축 물이 증축후 제1호부터 제3호까지 열거한 규모의 것이 되는 경우를 포함한다)에 있어서는, 해당 공사에 착수하기 전에, 그 계획이 건축 기준 관계 규정(이 법 및 이법에 근거하는 명령 및 조례의 규정(이하 「건축 기준 법령의 규정」이라고 한다) 그 외 건축물의 부지, 구조 또는 건축 설비에 관한 법률 및 이것에 근거하는 명령 및 조례의 규정으로 정령으로 정하는 것을 말한다. 이하 동일)에 적합하는 것에 대해서, 확인 신청서를 제출하고 건축 주사의 확인을 받아 확인 완료증의 교부를 받아야 한다.]

453) 나채준, 『일본의 건축안전 법제에 관한 비교법적 연구』, 한국법제연구원, 2015, 31면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지정건축기준 적합 판정·자격자 검정 기관 등, 제5장 건축심사회, 제6장 보칙과 제7장 벌칙으로 규정되어 있다.

나) 건축확인제도

일본 '건축기준법'은 우리나라의 「건축법」과 내용에 있어 대체로 유사하면서도 크게 다른 점이 있는데, 바로 '건축확인' 제도이다. 일본은 '건축기준법'에 따라 인구 25만 이상의 시는 건축 확인에 관한 사무를 위하여 '건축주사(建築主事)'를 두어야 한다. 이 '건축주사'가 필요한 이유는 건축주가 건축물을 건축하기 위해서는 개별법에 따른 허가 및 인증을 득한 후 '건축주사'에게 '건축기준법'에 의한 '건축확인' 신청을 하여 '확인제증(필증)의 교부' 즉, '건축확인'을 받아야 하기 때문이다(제4조).[454] '건축확인 신청'은 우리나라 「건축법」이 규정하는 건축허가의 신청과 같이 건축을 하고자 할 때 신청하는 것으로, 금지나 규제사항에 대해 해제를 요구하는 「건축법」의 건축허가 신청과 그 법적 성질에 있어서는 같은 성질이라고 할 수 없지만, '건축확인' 전에는 일본 도시계획법 제37조에 의하여 건축물의 착공을 금지하고 있는 점에서 실질적으로는 건축의 금지를 해제시켜주는 허가와 유사한 취지로 볼 수도 있을 것이다.[455]

다만 일본에서는 우리 「행정절차법」제48조가 규정하는 '행정지도'가 행정 운영의 70~80%를 차지할 만큼 많이 이뤄지는데, 건축주사는 건축확인을 위한 신청을 받게 되면 건축확인을 하기에 앞서 이러한 행정지도를 통하여 적법성을 유도하고 있는 점 역시 특징적이다.[456] 이러한 일본의 행정지도는 우리의 행정지도와 같은 의미의 비권력적 사실행위에 해당하는 것인데 일본에서의 행정지도 비율이 높다 보니 일본 '행정절차법'에서는 행정지도의 절차를 규정하고(일본 행정절차법 제4장 제32조에서 제36조의3) 처분성 개념을 확대하고 있다.[457] 그리고 행정지도를 취소소송의 대상으로 삼

454) 建築基準法, 第四条 (建築主事) 政令で指定する人口二十五万以上の市は、その長の指揮監督の下に、第六条第一項の規定による確認に関する事務をつかさどらせるために、建築主事を置かなければならない。[건축 기준법 제4조(건축 주사) 정령으로 지정하는 인구 25만 이상의 시는 그 장의 지휘 감독하에, 제6조 제1항의 규정에 의한 확인에 관한 사무를 하기 위하여, 건축 주사를 두어야 한다.]

455) 이에 대하여 '건축확인은 기속행위에 기반을 둔 것으로 허가와 차이가 있다'라고 주장하는 견해로, 백정훈·김은영, "일본의 건축확인제도 분석을 통한 지역건축안전센터의 운영 방향 설정", 『대한건축학회 논문집-계획계』, 제34권-제5호, 대한건축학회, 2018, 12면.

456) 유진식, "쟁점으로 본 일본 행정법상의 현상과 과제-행정법총론을 중심으로-", 『동북아법연구』, 제13권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2020, 217면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

는 판례도 축적되고 있는 실정이다.[458] 우리나라의 경우는 「건축법」상 건축허가신청이 있게 되면 최종 건축허가를 하기까지의 과정에서 보완이 필요한 사항은 '행정지도'의 형식으로 하는 경우는 거의 없으며 「민원처리에 관한 법률」에 따른 보완절차를 거치고 있다. 다만 이 보완절차 역시 처분에 해당하는 것은 아니지만 보완요구에는 그 기한과 보완에 필요한 내용을 정하고 있어 이러한 보완을 따르지 않게 되면 최종 거부처분이 될 수 있는 점을 명시하고 있는 점에서 강제성이 있으므로 행정지도와는 구별된다. 일본에서 개발허가부터 건축을 위한 행정까지의 단계를 도해하면 다음 <표4-3>과 같다.

<표4-3> 우리나라와 일본의 건축 행정절차 비교

건축허가를 위한 행정절차에 따른 진행순서						
	1단계	2단계	3단계	4단계	5단계	6단계
우리나라	건축허가 신청 (행위자)	관련 인허가 협의요청 (행정청)	협의의견 수신 (행정청)	건축허가 (행정청) ↓ 건축허가서 교부	착공신고 (행위자) ↓ 착공신고 수리서 교부	사용승인 신청 (행위자) ↓ 사용승인서 교부
일 본	개발허가 신청	준공[459] ↓ 고시공고	건축확인 신청 ↓ 건축확인 필증교부	착공 ↓ 착공신고 절차 따로 없음	중간점검 신청 ↓ 중간검사 합격증 교부	완료검사 신청 ↓ 완료검사 제증교부

457) 行政手続法 第四章 行政指導, 第三十二条(行政指導の一般原則), 第三十三条(申請に関連する行政指導), 第三十四条(許認可等の権限に関連する行政指導), 第三十五条(行政指導の方式), 第三十六条(複数の者を対象とする行政指導), 第三十六条の二(行政指導の中止等の求め), 第四章の二 処分等の求め 何人も、法令に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき処分又は行政指導 (その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。) がされていないと思料するときは、当該処分をする権限を有する行政庁又は当該行政指導をする権限を有する行政機関に対し、その旨を申し出て、当該処分又は行政指導をすることを求めることができる。[행정절차법 제4장 행정지도, 제32조(행정지도의 일반원칙), 제33조(신청과 관련된 행정지도), 제34조(인허가 등의 권한에 관련된 행정지도), 제35조(행정지도의 방식), 제36조(다수를 대상으로 하는 행정지도), 제36조의2 (행정지도의 중지 등의 요구), 제4장의2 처분 등의 요구, 제36조의3 (누구나 법령에 위반한 사실이 있는 경우에 그 시정을 위한 처분 또는 행정지도(그 근거가 되는 규정이 법률에 있는 것으로 한정한다)가 실시되지 아니한다고 생각할 때에는 그 처분을 할 권한을 가진 행정청 또는 해당 행정지도를 할 권한을 가진 행정기관에 그 내용을 신청하여 그 처분 또는 행정지도를 요구할 수 있다.]

458) 대표적인 사례로 「医療法勧告事件最高裁判決」(最判平成17年10月25日判例時報1920号32頁)를 들 수 있다(유진식, 앞의 논문, 218면에서 재인용).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

‘건축확인’ 신청 시점은 실시설계 완료 이후에 진행되며, ‘건축확인’ 신청 이전에 건축물에 관한 평가, 심의, 인증이 제출된 설계도서를 통하여 먼저 모두 진행된다. 즉, ‘건축확인’ 신청이 있게 되면 ‘건축주사’는 신청사안이 ‘건축기준법 시행령’ 제9조가 규정하는 검토법규를 충족 하였는지 여부를 확인한다. 즉, 우리나라는 건축허가신청으로 비로소 관계법령의 충족여부가 시작되는데 비하여 일본에서는 ‘건축기준법 시행령’ 제9조가 정하는 관계 법령 기준을 미리 충족하고 ‘건축확인’ 신청을 해야 하는 것이다. 이러한 이유로 ‘건축확인’ 시 설계도서는 한국의 건축허가 시의 설계도서보다 완성도가 높으며, '건축주사' 또는 지정 확인 검사기관에서 시공 이전에 설계도서의 결함 유무를 충실히 살펴볼 수 있는 제도로 평가되고 있다.

다) 건축주사제도

‘건축주사'를 통한 ‘건축확인'제도는 한신·아와지 대지진(阪神‧淡路大震災)으로 인한 피해의 원인으로 건축설계 단계에서의 부실 및 시공단계에서 하자로 인한 사례가 있었다는 점이 적지 않게 보고되자 건축물에 대한 안전성 확보 요구의 증대에 기인한다.[460] 이에 1997년 건축심의회에서 ‘건축확인'·검사에 대한 민간개방의 구체적인 시책을 논의하였고 마침내 1999년 ‘건축기준법'의 개정으로 ‘건축확인'이 민간에게 개방되었다.[461]

‘건축주사'의 자격은 1급 건축사 자격자로서 건축기준 적합 판정 자격검정에 합격한 전문가이며, 전문성을 토대로 도면의 일관성, 방화, 안전, 위생 등 법적 기준 준수 여부 등을 상세하게 검토하고 있다(제6조의2).[462]

---

459) 여기에서의 준공은 개발행위허가에 대한 준공을 의미한다. 즉, 일본은 건축허가를 위하여 건축에 필요한 개발행위허가 및 허가받은 개발행위가 미리 준공되어 있을 것을 필요로 한다.

460) 1995. 1. 17. 일본 효고현 남부에서 일어난 지진으로 많은 빌딩과 고가도로 등이 무너지고 사망자가 6,434명에 이를 정도로 큰 재해로 기록되고 있다(참조 : https://www.segye.com/newsView. 최종방문일 2021.9.9.).

461) 백정훈·김은영, 앞의 논문, 13면.

462) 建築基準法, 第六条の二 (国土交通大臣等の指定を受けた者による確認) 前条第一項各号に掲げる建築物の計画 (前条第三項各号のいずれかに該当するものを除く。) が建築基準関係規定に適合するものであることについて、第七十七条の十八から第七十七条の二十一までの規定の定めるところにより国土交通大臣又は都道府県知事が指定した者の確認を受け、国土交通省令で定めるところにより確認済証の交付を受けたときは、当該確認は前条第一項の規定による確認と、当該確認済証は同項の確認済証とみなす。[건축 기준법 제6조의2 (국토 교통 대신 등의 지정을 받은 사람에 의한 확인) 전조 제1항 각호에 내거는 건축물의 계획(전조 제3항 각호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한다)이 건축 기준 관계 규정에 적합한 것에 대해서, 제77조의18부터 제77조의211까지의 규정

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

'건축주사'의 '건축확인'과 별개로 제3의 기관인 '건축심사회(建築審査會)'의 동의를 거쳐야 하는 경우도 규정하고 있다(제78조 제1항).[463] 우리나라에도 유사한 기능을 하는 건축위원회가 있는데, 일본의 '건축심사회'는 우리나라의 건축위원회와는 달리 일본 건축기준법으로 정하는 기준 중 재량의 대상인 사항에 대하여만 심사하며 신청건에 한하여 기준에 따라 심사한다는 점에서 큰 차이가 있다.[464]

2. 독일의 개발허가제도

1) 독일의 국토계획 법제

우리나라의 「국토기본법」이나 국토계획법과 같은 국토관련 법제로서 독일에는 공간계획법(ROG)과 연방건설법전(BauGB)이 있다. 공간계획법(ROG)은 우리 「국토기본법」과 같이 국토 전체의 이용에 대한 이념을 규정하고 독일 토지이용체계에 있어 종합계획의 성격을 가지며 이 법을 근거로 각 각의 토지이용계획이 존재하게 된다.[465] 연방건설법전(BauGB)은 독일의 건축에 관한 법체계를 이루는 동시에 토지이용의 전반적인 계획 역시 담고 있어 국토관련 법제로서의 기능도 하고 있다.[466]

(1) 독일 공간계획법(ROG)

이 정하는 바에 의해 국토 교통 대신 또는 도도부현 지사가 지정한 사람의 확인을 받고 국토교통성령으로 정하는 바에 따라 확인증의 교부를 받았을 때는, 해당 확인은 전조 제1항의 규정에 의한 확인으로 그리고 해당 확인증은 같은 항의 확인증으로 간주한다.]

463) 建築基準法, 第七十八条 （建築審査会） この法律に規定する同意及び第九十四条第一項前段の審査請求に対する裁決についての議決を行わせるとともに、特定行政庁の諮問に応じて、この法律の施行に関する重要事項を調査審議させるために、建築主事を置く市町村及び都道府県に、建築審査会を置く。[건축 기준법 제78조 (건축 심사회) 이 법에서 규정하는 동의 및 제94조 제1항 전단의 심사 청구에 대한 재결을 실시하는 것과 동시에, 특정 행정청의 자문에 응하여 이 법의 시행에 관한 중요 사항을 조사 심의시키기 위해 건축 주사를 두는 시정촌 및 도도부현에 건축심사회를 둔다.]

464) 한국건설기술연구원(주관연구기관)·대한건축사협회(위탁연구기관), 『건축허가 및 심의절차 선진화 방안 연구』, 대통령소속 국가건축정책위원회, 2019, 84면.

465) 정경모, 앞의 논문, 55면.

466) 홍강훈, "독일 건축관련 법제", 『최신 외국법제정보』, 제4호, 한국법제연구원, 2007, 4면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

먼저 공간계획법(ROG)은 독일 연방 차원의 국토계획에 대하여 규정하여 도시계획보다 상위에 속하는 공간계획(국토계획)을 일차적으로 수립하도록 하고 있다.[467] 이에 따르면 국토계획은 크게 연방차원의 국토계획(Bundesraumordnung), 주(州) 차원의 주공간계획(Landesweiter Raumordnungsplan) 및 주 이하의 지역을 대상으로 하는 지역계획(Regionalpläne), 그리고 시 건설계획(städtebaulichen Planungen)으로 크게 구성된다.[468] 국토계획은 공간계획법(ROG)을 근거로 독일 연방차원에서 국토계획 및 지역 정책 분야에 대한 기조 또는 이념상과 정책 방향을 제시한다. 즉, 제1조를 보면 국토계획의 목표를 규정하여 질서있게 관리하며 안정시키기 위하여 주정부와 서로 다른 요구를 상호 조정하여 갈등을 피하기 위한 사전 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다.[469] 특히 제3항에서는 "부분 지역의 발전, 질서 및 보존은 그 부분 지역의 여건과 요구에 적합하여야 하며, 전체지역의 발전, 질서, 보존은 그 부분 지역의 여건과 요구를 고려하여야 한다"는 소위 역류원칙(Gegenstprinzip)을 규정하고 있다. 즉 역류원칙은 개별지역의 질서는 전체지역의 질서 내에 포함되도록 하고, 전체지역의 질서는 개별지역의 제 조건과 요구를 고려하도록 하는 것으로 상위계획과 하위 계획 사이에 계획체계의 일치성을 확보하기 위한 기본원칙이다.[470] 이는 독일의 전통적인 입법양태에 속하는 것이기도 한데, 연방에서 하위체계 지역에 이르는 계획 주체간의 상호 교류를 통한 조정이 가능하도록 하고자 하는 것이다.[471] 공간계획법은 이를 위한 지도원칙으로 8가지를 규정하고 있다(ROG §2(2)). 첫째, 지속 가능한 공간 발전을 도모하

---

467) 김여진, "국토계획법상 토지의 효율적 이용과 개발행위에 관한 문제점과 개선방안 연구", 가천대학교 사회정책 대학원, 석사논문, 2019, 33면.

468) ROG §13 (Landesweite Raumordnungspläne, Regionalpläne und regionale Flächennutzungspläne)
(1) In den Ländern sind aufzustellen:
1. ein Raumordnungsplan für das Landesgebiet (landesweiter Raumordnungsplan) und
2. Raumordnungspläne für die Teilräume der Länder (Regionalpläne)
(공간계획법 §13 주 전체 공간계획, (1) 지역계획 및 지역토지 이용계획 연방주에는 다음을 설정한다. 1. 주지역에 대한 지역계획 2. 연방주의 하위 영역에 대한 공간계획(지역계획))

469) ROG § 1 Aufgabe und Leitvorstellung der Raumordnung
(1) Der Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland und seine Teilräume sind durch Raumordnungspläne, durch raumordnerische Zusammenarbeit und durch Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmenzu entwickeln, zu ordnen und zu sichern(공간계획법 §1 공간계획의 과제와 지도원칙, (1) 독일연방공화국의 전체지역과 그 하부지역들은 공간계획 협력 및 공간관련 계획의 조정을 통하여 공간계획을 개발하여야 한다).

470) 김희곤, 앞의 논문, 47면.

471) 강문수, "독일 공간계획법 개정논의에 있어 공간계획의 원칙", 『월간법제』, 제2008권 제10호, 법제처, 2008, 81면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

고, 둘째, 공동체 안에서 그리고 미래 세대에 대한 책임하에 개개인의 자유로운 자아실현을 보장하며, 셋째, 모든 부분공간에 걸쳐 등가치적 생활 여건을 창출하고, 넷째, 유럽 공동체와 보다 큰 유럽 속에서 국가 간 효율적인 결속을 위한 공간적 전제조건을 창출하는 것 등이다.[472]

공간계획법(ROG)은 공간체계에 따른 각각의 계획들(주발전계획, 지역계획, 도시계획)간에 있어, 연방정부는 도시계획보다 상위에 속하는 공간계획을 일차적으로 수립하고, 주·지역 단계에서는 이를 반영하도록 하여 공간체계에 대한 체계를 정립하고 있다.[473] 독일의 국토이용을 위한 체계를 구성하는 것이라고 하기에는 전체 규정이 총 4개 장(Abschnitt)의 27개 조문으로 구성되어 다소 추상적으로 규정되어 있는데 이를 구체화 시키는 것은 주(Land) 및 지역(Gemeinde)에 의한 계획의 과제로 남겨두고 있기 때문이다. 독일의 공간계획 구성체계를 살펴보면 다음 표와 같다.[474]

<표4-4> 독일 공간계획의 구성체계

구분	단계	계획의 수준	법적근거	계획근거
연방 (Bund)	1	연방국토계획 (Bundesraumordnung)	공간계획법 (ROG) (1)	공간계획법 (ROG)
주 (Land)	2	주발전계획 (Landesweiter Raumordnungsplan) 지역발전계획 (Regionalpläne)	공간계획법 (ROG) §13 (1)	주계획법 (LROG)

472) 안영진, “독일의 국토 및 지역계획 Ⅰ : 성립과정과 조직체계”, 『한국경제지리학회지』, 제10권 제4호, 한국경제지리학회, 2007, 487면.

473) ROG §13(Landesweite Raumordnungspläne, Regionalpläne und regionale Flächennutzungspläne)
(2) Die Regionalpläne sind aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln. Die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse der von Gemeinden beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen sind entsprechend § 1 Absatz 3 in der Abwägung nach § 7 Absatz 2 zu berücksichtigen.
(3) Ist eine Planung angesichts bestehender Verflechtungen, insbesondere in einem verdichteten Raum, über die Grenzen eines Landes hinaus erforderlich, soll eine gemeinsame Regionalplanung erwogen werden(공간계획법 §13. 주 전체 공간계획, (2) 지역계획은 주 지역에 대한 공간계획을 근거로 한다. 구역계획 및 지방자치단체가 설정하는 기타도시개발계획은 §7② 및 §1③에 따라 고려되어야 한다. (3) 각 계획간의 상호의존성을 고려하여 인구밀도가 높은 지역을 고려한 공동지역계획이 고려되어야 한다).

474) 안영진, 앞의 논문, 486면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지역 (Gemeinde)	3	지자체계획 (städtebaulichen Planungen)	공간계획법 (ROG) §13 (2)	연방건설법전 (BauGB)
		건설기준계획 (Bauleitpläne)	연방건설법전 (BauGB) §1	연방건설법전 (BauGB)
	4	토지이용계획 (Flächennutzungs plan, F-Plan	연방건설법전 (BauGB) §5	연방건설법전 (BauGB)
	5	지구상세계획 (Bebauungsplan, B-Plan)	연방건설법전 (BauGB) §8	연방건설법전 (BauGB)

(2) 독일 연방건설법전(BauGB)

독일 연방건설법전(BauGB)은 건축의 계획과 관련한 도시계획을 주된 내용으로 하고 있으며 그 결과 시와 촌락(Dörfer)의 거주가능성의 형성·구조에 큰 영향을 주고 있다. 1987. 7. 1. 제정된 독일연방건설법전(BauGB)은 1960. 6. 23. 시행된 연방건축법(Bundesbaugeset)과 1971. 7. 27. 시행된 도시개발법(StBauFG)이 1987. 7. 1. 통합된 것이다. 연방건설법전(BauGB)은 일반도시계획법(Erstes Kapitel, Allgemeines Städtebaurecht, 제1조에서 제135C조까지), 특별도시계획법(Zweites Kapitel, Besonderes Städtebaurecht, 제136조에서 제191조까지), 특별규정(Drittes Kapitel, Sonstige Vorschriften, 제192조에서 제232조), 경과규정 및 최종규정(Viertes Kapitel, Überleitungs- und Schlussvorschriften, 제233조에서 제250조)의 총 네 개 장(章, Kapitel) 및 275개 조문으로 구성되어 있다. 연방건설법전(BauGB)의 전신(前身)이었던 연방건축법((Bundesbaugeset)이 일반도시계획(Allgemeines Städteb aurecht)을 규율하고 이에 대하여 보충적으로 도시개발법(StBauFG)은 특별도시계획(Besonderes Städtebaurecht)을 규율하고 있었던 것에 비하면 토지에 대한 건축에 관하여 통합하여 규율함으로써 각 영역에서의 전문성을 확고히 하고자 한 것 취지임을 알 수 있다.[475]

연방건설법전(BauGB)과 공간계획법(ROG)이 유기적으로 연관되어 있는 지점은 여러 곳에서 발견할 수 있지만 그 중에서도 특히 중요한 것은 연방건설법전(BauGB) 제1조 제4항에 의한 국토계획의 목표와 건설기준계획의 상관관계이

475) 홍강훈, 앞의 논문, 5면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다.[476] 건설기준계획은 국토계획이나 주국토계획의 목표에 적합하게 수립되어야 한다는 의무를 규정하고 있는 연방건설법전(BauGB)제1조 제4항에 의하여 국토계획과 지방자치단체의 건설기준계획은 일정한 연결선상에 존재하는 것으로 해석되고 있다.

먼저 연방건설법전(BauGB) 제1장이 규정하는 일반도시계획의 내용은 제1조에 따라 지방자치단체(Gemeinde)가 수립하는 건설기준계획(Bauleitpläne)이다.[477] 이때 건설기준계획은 공간계획법(ROG)이 규정한 '역류원칙(Gegenstprinzip)'에 따라 연방정부의 국토계획(Baundesraumordnung), 주정부의 주계획(Landesplanung)과 지역계획(Regionalplanung)을 준수할 의무가 있다.[478] 여기서 독일의 지방자치단체 '게마인데(Gemeinde)'라고 함은 우리나라로 보면 시·읍·면, 일본의 시정촌(市町村)에 해당하는 최하위의 기초자치단체로 인구 500명 미만의 촌락에서 인구 10만 이상의 도시에 이르기까지 그 규모는 천차만별이다.[479] 게마인데(Gemeinde)가 수립하는 건설기본계획은 독일연방기본법(GG) 제28조 제2항이 게마인데(Gemeinde)에 그 자치권을 보장함에 근거를 두고 있으며 이를 통하여 지방자치단체의 자치 실현을 위한 기능을 수행한다.[480] 이에 따라 게마인데는 그 책임하에 건설기준계획을 수립하며 연방건설법전(BauGB)은 이때 고려하여야 하는 수립원칙을 14가지 항목을 들어 자세하게 열거하고 있다.[481] 그 내용을 보면 우리

---

476) BauGB §1(4) Die Bauleitplane sind den Zielen der Raumordnung anzupassen(연방건설법전 §1 (4) 구역계획은 공간계획의 목적에 맞게 조정되어야 한다).

477) BauGB §1(1) Aufgabe der Bauleitplanung ist es, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstucke in der Gemeinde nach Maßgabe dieses Gesetzbuchs vorzubereiten und zu leiten(연방건설법전 §1(1) 건설기준계획은 이 법에 따라 지방자치단체에서 토지의 구조 및 기타 사용을 정하고 관리하는 것을 내용으로 한다).

478) 이 논문 151-152면 참조.

479) 안영진, 앞의 논문, 490면.

480) GG §28 (2) Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung(독일기본법 §28(2) 지방자치단체는 법의 범위(틀) 내에서 지역사회의 모든 업무를 자신의 책임으로 규제할 수 있는 권리를 보장받아야 한다. 그리고 지방자치단체는 법률조항에 따라 법적 책임영역의 범위(틀) 내에서 체적으로 관리할 권한이 있다. 자치를 보장하는 것은 재정적 책임의 기본사항도 포함된다).

481) BauGB § 1 (6) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind insbesondere zu berücksichtigen; 1.~14. 생략(연방건설법전 §1(6) 기본계획을 작성할 때는 다음사항을 특히 고려해야 한다).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

국토계획법 제3조의 “국토 이용 및 관리의 기본원칙”에 상응하는 것임을 알 수 있다. 하지만 독일의 건설기준계획 수립원칙에 비하면 우리 국토계획법 제3조는 도시·군 계획 수립의 지침으로 활용하기에 그 구체성이 많이 떨어져 실효성이 낮다고 할 것이다.[482] 연방건설법전(BauGB)은 수립원칙을 기반으로 하여 건설기준계획을 수립함에 있어 적정한 공·사익간의 형량을 하도록 규정하고 있는 점도 특징적이다.[483]

<표4-5> 연방건설법전(BauGB)의 건설기준계획의 수립원칙과 우리 국토계획의 원칙과의 비교[484]

연방건설법전(BauGB)	국토계획법
제1조(건설기본계획의 책무, 개념, 원칙) ⑥ 건설기본계획을 수립함에 있어서는 특히 다음 각호의 사항을 고려하여야 한다. 1. 건강한 주거 근로관계 및 거주민 근로자의 안전에 대한 일반적 요청사항 2. 주민의 주거상의 필요사항, 사회적으로 안정된 주거구조의 형성과 유지, 주민의 넓은 영역의 재산형성, 비용절감적 건축의 요청 및 주민의 발전 3. 주민의 사회적 문화적 요청사항, 특히 가족, 연소자, 연로자, 장애자의 요청사항, 남성 및 여성에 대한 다양한 영향, 및 교육제도와 스포츠·여가 휴양의 요청 4. 현존 지역 일부의 보존 수선 지속발전조화 개축 및 중심생활영역의 보존 발전	**제3조(국토이용 및 관리의 기본원칙)** 국토는 자연환경의 보전 및 자원의 효율적 활용을 통하여 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전을 이루기 위하여 다음 각호의 목적을 달성할 수 있도록 이용 및 관리되어야 한다. 1. 국민생활과 경제활동에 필요한 토지 및 각종 시설물의 효율적 이용과 원활한 공급 2. 자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원 3. 교통·수자원·에너지 등 국민생활에 필요한 각종 기초서비스의 제공 4. 주거 등 생활환경 개선을 통한 국민의 삶의 질 향상 5. 지역의 정체성과 문화유산의 보전

482) 신봉기, 앞의 논문, 71면.
483) BauGB §1 (7) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen(연방건설법전 §1 (7) 기본계획을 세울 때 공익과 사익은 상호 정당하게 형량하여야 한다).
484) 신봉기, 앞의 논문, 72면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

5. 건축문화 문화재보호 문화재관리의 요청, 보존 가치 있는 지역일부, 역사적 문화적 도시건축 적으로 중요한 의미를 갖는 도로.장소, 지역 형상 경관의 형성 6. 교회 및 공법상의 종교단체에 의하여 확정된 예배의식에 필요한 사항 7. 특히 다음 각 호 등 자연보호 경관관리를 포함한 환경보호 이익 a) 동물 식물 토양 수질 대기 기상에 대한 영향 및 그 상호간의 작용구조, 및 경관과 생물학적 다양성 b) 연방자연보호법상 중요한 공동체적 의미를 갖는 지역 및 유럽의 수렵보호지역의 보존목표 및 보호목적 c) 인간, 인간의 건강 및 주민 모두에 대한 환경적 영향 d) 문화재와 그 밖의 재화에 대한 환경적 영향 e) 임미시온의 배제, 및 폐기물 폐수를 수반하는 사물순환의 방지 f) 재생에너지의 이용, 및 검소하고 효율적인 에너지의 이용 g) 경관계획의 내용 및 특히 수질보호법 폐기물관리법 대기환경보전법상의 기타 각종 계획의 내용 h) EU의 구속적 결정을 충족시키기 위한 법규명령에서 확정된 대기질 한계치를 초과하지 않는 지역에 있어서 최상의 대기질의 유지 i) 본호 a), c) 및 d) 소정의 각 환경보호이익 사이의 상호작용 8. 다음 각 호의 이익	6. 지역간 협력 및 균형발전을 통한 공동번영의 추구 7. 지역경제의 발전 및 지역간·지역내 적정한 기능배분을 통한 사회적 비용의 최소화

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

a) 국민의 친소비자적 공급이익을 갖는 중류 사회의 경제 b) 농업경제 및 산림경제 c) 일자리의 유지 보존 창출 d) 우편 전기통신제도 e) 특히 에너지 및 상수도 등의 공급 f) 원료생산의 보전 9. 동력교통의 배제 및 감소를 목표로 한 도시건설적 발전이라는 특별한 고려하에, 공공의 여객, 근린교통 및 무동력교통을 포함한 여객 화물운송 및 국민 이동성의 요청 10. 국방과 민간인보호의 요청, 및 민간인의 군부대주둔지의 연계적 이용의 요청 11. 지방자치단체가 결정한 도시건설적 발전계획 또는 기타 도시건설적 계획의 결과 12. 홍수 보호의 요청.	

연방건설법전(BauGB)은 도시계획을 주된 내용으로 하나, 도시계획법에 국한되는 것이 아니라, 도시의 건설과 관련된 건축의 인허가 등 건축법적 사항, 토지구획정리, 도시계획시설의 설치, 토지이용 및 보상, 도시기본계획의 수립, 감정평가, 농업 관련 규정 등 주택단지의 조성과 건축 및 도시건설과 관련된 전 분야를 규율하고 있다는 점에 그 특징이 있다. 또한, 독일의 토지이용규제와 이용계획은 단순히 평면적인 용도구분을 위한 용도지역제에 그치지 않고 공공시설의 가치규제・기반시설의 정비의무・건축물의 규제를 포함하는 입체적인 토지이용규제로서의 성격을 갖는다. 그러나 개발이익의 환수체계가 다소 미진하고, 계획과정에서 시민이 참여할 수 있는 제도적 장치 역시 미흡하며, 계획수립과정과 시행이 장기화 된다는 단점이 지적되기도 한다.[485]

건설기준계획은 토지이용계획(Flaechennutzungsplan, F-Plan)과 지구상세계획

485) 이민석, “독일의 도시공간계획체계에 관한 연구”, 『대한건축학회연합논문집』, 제19권 제1호, 대한건축학회지회연합회, 2017, 112면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(Bebauungsplan, B-Plan)으로 구분된다. 토지이용계획(F-Plan)은 사전적 건설기본계획으로 건설기준계획을 위한 준비단계라고 할 수 있다. 이 토지이용계획(F-Plan)은 지방자치단체의 전 지역을 계획의 대상으로 삼고 있으며, 토지이용의 종류에 대하여 표시를 하고 있다. 토지이용계획(F-Plan)들은 지역 또는 주립행정기관과 같은 상위기관으로부터 인가를 얻어야 하고 하위기관의 발전계획들과도 연계성이 있어야 하며 계획의 내용에 따라서는 인접 지자체의 동의를 얻어야 하기도 한다(BauGB §6 및 §7 참조). 토지이용계획(F-Plan)은 건축용도 및 건축용도의 일반적 규모에 의거한 건축용지, 운송 및 서비스 공급을 위한 시설, 사회복지와 공동체를 위해 이용되는 시설, 종교, 사회, 건강 및 문화적 목적에 이용되는 시설, 광역적 교통을 위한 용지, 폐기물 처리를 위한 용지, 녹지 및 공원, 여가시설, 환경오염 대비를 위한 용도제한, 수산업 및 항만업을 위한 용지, 자연자원 획득을 위한 용지, 농업 및 산림 용지, 생태 및 경관보호를 위한 용지, 조정용지 등으로 규정하고, 이 중 건설용지는 주거용지(소규모 정주지역, 전용주거지역, 일반주거 지역, 특별주거지역), 혼합용지 (마을지역, 혼합지역, 도심지역), 상공업용지(경공업지역과 공업지역) 그리고 특별건축용지(여가시설이 위치한 지역과 특별한 시설이 허용되는 지역)로 세분화하고 있다(BauGB §5).[486]

이에 반해 구속적 계획인 지구상세계획(B-Plan)은 토지의 이용형태 뿐만 아니라, 건물의 형상까지도 대상으로 하는 최하위 종합계획으로서 상위계획의 목표와 지역의 과제를 구체화하는 지자체의 구체적 지방계획이다.[487] 이들 계획을 통하여 독일은 지방자치단체에 속하는 어떠한 토지라도 반드시 토지이용계획이 수립되어있으며, 건축적 토지이용을 위해서는 반드시 지구상세계획(B-Plan)이 수립될 것을 요구하게 된다. 결국 독일에 있어 토지이용은 계획에 의해 비롯되며, 토지이용계획에서 정하는 내용에 따라서만 건축적 토지이용을 할 수 있는 것이다. '계획 없으면 개발 없다'라는 표현도 독일의 이러한 계획법의 이념을 나타내는 것이다.[488] 이는 현실적인 형평성을 기하기 어렵고 유연적인 대처가 어렵다는 비

486) 권순덕·곽두안, "유럽국가의 토지이용규제 및 시사점", 『NIFOS 국제산림정책토픽』, 제67호, 국립산림과학원, 2018, 14면.
487) 안영진, 앞의 논문, 490면.
488) 류해웅, "서독의 건설법전(BauGB)을 통해 본 토지의 건축적 이용규제", 『국토연구Ⅱ』, 제11호, 국토연구원, 1989, 3면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

난을 받기도 한다.[489]

정리하면, 토지이용계획(F-Plan)은 예비적 건설기본계획으로서 게마인데(Gemeinde) 전역을 계획대상으로 하여 토지이용의 기본방향을 제시한다. 그러나 이 계획은 개별건물에 대한 구속력을 갖지 않으며 다만, 지구상세계획(B-Plan)의 상위계획으로서의 법적 지위를 갖는다.[490] 반면, 지구상세계획(B-Plan)은 개별건축물의 건축행위에 대해 구속력을 가지는 지침역할을 하며 후술하는 바와 같이 우리 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 기능도 겸하고 있다.

2) 독일의 개발허가 법제

우리나라 국토계획법이 정하는 개발행위허가 제도가 독일 국토관련법제에도 동일하게 존재하는 것은 아니다. 다만 연방건설법전(BauGB)은 게마인데(Gemeinde)차원에서 사인(私人)이 토지에 대한 개발을 신청하는 것과 관련한 내용을 두어 우리 국토계획법의 개발행위허가와 유사한 규정을 두고 있다.[491] 그 내용을 보면 개인이 게마인데(Gemeinde)에 건축, 토지의 형질변경 등을 위하여 개발을 신청할 수 있도록 하고,[492] 이 경우 게마인데(Gemeinde)는 그 재량에 따라(Ermessen zu entscheiden) 계획절차의 개시를 결정할 수 있으며 이때 환경영향평가와 같은 필요사항을 알려주어야 한다.[493] 그리고 허가관청은 건축물 이용조례에 의하여 정하여진 건축면적이나 그 밖의 사업영역서의 토지의 용도는 제9조가 정하는 용도 범위 내에서만 개발이 허용된다는 점을 명시하도록 하고 있다.[494] 한편, 신청된 개발계획의 허용 가능성에 대하

489) 김여진, 앞의 논문, 34면.

490) BauGB §8 Zweck des Bebauungsplans (2) Bebauungspläne sind aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln(연방건설법전 §8(2) (개발계획의 목적) 개발계획은 토지이용계획으로부터 수립되어야 한다).

491) BauGB, Erstes Kapite-Erster Teil-Vierter Abschnitt, Zusammenarbeit mit Privaten; vereinfachtes Verfahren(연방건설법전 제1장-제1부-제4절, 개인과의 협력 : 간소화 절차) 및 Dritter Teil-Erster Abschnitt, Zulässigkeit von Vorhaben(같은 장-제3부-제1절-프로젝트의 허용가능성)).

492) BauGB §11 Städtebaulicher Vertrag (연방건설법전 §11 도시개발계획의 계약)

493) BauGB §12 Vorhaben- und Erschließungsplan (연방건설법전 §12 도시개발 계획 결정)

494) BauGB §12(3a)) Wird in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan für den Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans durch Festsetzung eines Baugebiets auf Grund der Baunutzungsverordnung oder auf sonstige Weiseeine bauliche oder sonstige Nutzung allgemein festgesetzt, ist unter entsprechender Anwendung des § 9Absatz 2 festzusetzen, dass im Rahmen der festgesetzten Nutzungen nur solche Vorhaben zulässig sind, zu deren Durchführung sich der Vorhabenträger im

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

여 같은 장 제3부 이하에서도 규정하고 있는데, 이 규정들 역시 우리 국토계획법의 개발행위허가와 유사하다. 그 내용을 보면, 대상을 설정함에 있어 건설·개조 또는 구조물의 사용 변경과 관련한 신청, 대규모 제방 및 굴착 등을 포함한 신청에 적용되는 것으로 규정하면서 개발계획의 범위 내에서 개발허가신청은 허용될 것임을 규정하고 있다.[495] 이들 규정의 특징은 모두 개발행위의 허용 여부를 심사함에 있어 지구상세계획(B-Plan)의 준수를 전제로 검토하고 있는 점이다. 독일은 단계적으로 체계화된 토지 공간계획을 바탕으로 특정 토지에 건축이 허용될 것인지에 대한 계획을 세워두고 있는바 이들 계획이 그 토지에 대한 별도의 개발계획에 있어서도 그 개발의 허용 가능성으로 고려되어야 하는 요소로 기능하고 있는 것이다. 즉, 독일의 지구상세계획(B-Plan)은 개별 필지단위별로 건축가능성 즉, 건축이 가능한 토지와 건축이 가능하지 아니한 토지를 정하는 것을 그 내용으로 하고 있으므로 지구상세계획(B-Plan)은 각 게마인데(Gemeinde)가 수립해야 하는 건설기준계획의 방향을 제시해주는 역할을 하면서도 도면 자체가 법적 효력을 갖게 된다.[496][497] 따라서 지구상세계획(B-Plan)의 모든 사항은 표현된 그대로 시행되어야 하는 강제성을 갖기 때문에 각 주(州)에서 제정하는 건축관련 규정이나 토지를 이용한 개발허가에 있어 지구상세계획(B-Plan)은

Durchführungsvertrag verpflichtet. Änderungen des Durchführungsvertrags oder der Abschluss eines neuen Durchführungsvertrags sind zulässig([연방건설법전 §12(3a) 건축물 이용 조례에 의하여 건축면적을 정의하거나 그 밖의 방법으로 사업영역에 대한 사업 관련 개발계획 및 개발계획에 사용되는 구조적 또는 기타 용도가 제9조 제2항에 규정된 용도의 범위 내에서만 개발자의 개발계획이 허용됨을 명기해야 하며 이에 따라 계약의 변경 또는 새로운 이행계약의 체결이 허용된다).

495) BauGB §30 Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (1) Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der allein oder gemeinsam mit sonstigen baurechtlichen Vorschriften mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ist ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. (2) Im Geltungsbereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 ist ein Vorhaben zulässig, wenn es dem Bebauungsplan nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist(연방건설법전 §30 (개발계획의 범위내에서의 허가) (1) 단독으로 또는 다른 건축 규정과 함께 구조적 용도의 유형 및 범위, 건축할 수 있는 토지 면적 및 지역 교통에 대한 규정을 포함하는 개발 계획의 적용영역 등의 규정에 위배되지 않는 개발이 확보되면 허가가 허용된다. (2) 제12조에 따른 사업관련 개발계획의 범위 내에서 개발계획과 상충되지 아니하고 개발이 확보된 경우 사업이 허용된다).

496) 김종보·박건우, 앞의 논문, 49면.

497) BauGB § 9 Inhalt des Bebauungsplans
(1) Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden.
2. die Bauweise, die überbaubaren und die nicht überbaubaren Grundstücksflächen sowie die Stellung der baulichen Anlagen (연방건설법전 §9 개발계획의 내용 (1) 도시계획상의 이유로 개발계획에 다음과 같이 규정할 수 있다.
2. 시공방법, 건축할 수 있는 토지와 건축을 할 수 없는 토지의 면적, 건축물의 위치)

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

그 전제로서 개발가능성에 대한 검토를 하는 역할을 수행한다.

독일의 개발가능성은 각 주의 개별법을 통하여 확정되는 특징을 갖는 것도 우리나라와 다른 점이라 할 것이다. 예를 들어 니더작센주의 건축규정(Niedersächsische Bauordnung, NBauO)을 살펴보면, 건축허가를 받는 과정에서 다른 규정의 준수여부를 확인하여 점검하면서 부분건축허가를 규정하여 건축신청서를 제출하고 건축허가가 발급되기 전에 토지에 대한 공사를 개시할 수 있음을 규정하고 있다.[498] 이는 우리나라의 경우도 건축허가에 앞서 국토계획법의 개발행위허가를 먼저 득한 경우 건축의 착공에 해당하지 않는 범위에서의 개발행위허가 즉, 토지의 부지 정리 등을 통한 형질변경은 가능한 것과 대응한다.

연방건설법전(BauGB)의 1987년 통합 이후 2001년 「환경영향평가법」 개정을 통하여 도입된 규정들을 건축계획에 반영하기 위하여 2004년 7월 20일자로 「유럽연합지침과 건축법전의 동화에 관한 법률」이 발효되었고, 도시의 내적 발전을 위한 계획규정을 정비하기 위하여 2006년 12월 27일자로 연방건설법전(BauGB) 개정 법률이 발효되기도 하였다.

제3절 독일 인허가의제제도의 검토

1. 독일 인허가의제제도의 개요

독일 역시 우리나라와 마찬가지로 절차간소화 차원에서 인허가의제제도를 도입하여 운용중에 있다. 서독과 동독의 통일 이후 독일연방은 사회 기반시설과 산

498) NBauO §70 Baugenehmigung und Teilbaugenehmigung (3)Ist ein Bauantrag eingereicht, so kann der Beginn der Bauarbeiten für die Baugrube und für einzelne Bauteile oder Bauabschnitte auf schriftlichen Antrag schon vor Erteilung der Baugenehmigung schriftlich zugelassen werden, wenn nach dem Stand der Prüfung des Bauantrags gegen die Teilausführung keine Bedenken bestehen (Teilbaugenehmigung). 2Absatz 1 gilt sinngemäß(니더작센주 건축규정, §70 건축허가 및 부분건축허가 (3) 건축신청서를 제출한 경우, 건축허가가 발급되기 전에도 착공(굴착) 및 공정에 다른 개별공사의 시작에 대한 문제없음이 확인되는 경우 서면승인을 통하여 공사개시(부분건축허가)할 수 있다).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

업시설을 마련하는 것이 과제로 대두됨에 따라 이들 시설과 관련한 다수의 허가 절차에서 신속화가 달성될 수 있는 법령을 마련하였다. 이에 따라 연방건설법전(BauGB)은, 건축신고를 대체하여 '허가면제절차(Genehmigungsfreistellung)'를 규정하는가 하면, 구체적인 기간을 설정하여 절차가 곧 시행되도록 하고, 실체적 심사프로그램을 축소하여 허가 절차를 간소화 하였으며, 허가절차를 신고 의무로 전환하는 등 허가의제의 도그마틱적 형상을 적극적으로 활용하여 신속한 효과를 도모하였다.[499] 그 밖에도 영업법(Gewerberecht) 제6조a에 허가의제에 관한 일반 규정을 두고 있으며, 숙박업법(GastG) 제34조(경과규정)[500], 폭발물법(SprengG) 제46조(기허가의 계속효)와 제47조(경과규정)[501] 등에 의제 규정을 두고 있다.

처음부터 독일에서 지금과 같이 행정절차법(VwVfG)상 인허가의제 규정을 둔 것은 아니었으나 2006년 유럽서비스지침(EU Dienstleistungsrichtlinie)에서 EU회원국 상호간 행정협력을 위하여 회원국으로 하여금 매우 엄격한 요건에서만 허가제를 채용할 수 있다고 규정하여 허가신청에 대하여 사전에 정해진 기간에 답이 없으면 허가가 발급된 것으로 본다고 허가발급을 간주한 것을 계기로 2008. 11. 12. 제4차 행정절차법(VwVfG) 개정시 지금과 같은 '허가 의제' 제도가 도입되었다.

독일의 입법례에서는 이러한 '허가 의제' 외에도 '허가 면제' 그리고 '계획확정

499) 김중권, "독일행정절차법상의 허가의제제도와 그 시사점", 『법제연구』, 제54권, 한국법제연구원, 2018, 47면 참조.

500) GastG §34 Übergangsvorschriften (2) Soweit nach diesem Gesetz eine Erlaubnis erforderlich ist, gilt sie demjenigen alserteilt, der bei Inkrafttreten dieses Gesetzes ohne Erlaubnis oder Gestattung einenach diesem Gesetz erlaubnisbedürftige Tätigkeit befugt ausübt(숙박업법 §34 (경과규정) (2) 이 법에 따라 허가가 필요하는 한, 이 법이 시행될 때 허가나 허가 없이 이 법에 따른 허가가 필요한 활동을 수행하는 자에게 허가된 것으로 간주 된다).

501) SprengG §46(Fortgeltung erteilter Erlaubnisse) Erlaubnisse und Befähigungsscheine, die nach dem Sprengstoffgesetz vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1358) erteilt worden sind, gelten im bisherigen Umfang als Erlaubnisse und Befähigungsscheine im Sinne dieses Gesetzes(폭발물법 §46(이미 받은 허가의 계속적 효력) 1969년 8월 25일자 폭발물법(연방법률 관보 I, p.1358)에 따라 발급된 허가 및 능력 증명서는 이 법의 의미 내에서 허가 및 능력 증명서로 유효하다).

§47 Übergangsvorschriften (1) Eine vor Inkrafttreten des Sprengstoffgesetzes vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1358) erteilte Zulassung zum Vertrieb, zum Überlassen oder zur Verwendung von sonstigen explosionsgefährlichen Stoffen oder von Sprengzubehör gilt in dem in § 1 bezeichneten Anwendungsbereich als Zulassung im Sinne des § 5 dieses Gesetzes(폭발물법 §47 (경과조항) 1969년 8월 25일 폭발물법(연방 법률 관보 I p. 1358)이 발효되기 전에 발행된 기타 폭발성 물질 또는 폭발성 부속품의 판매, 양도 또는 사용에 대한 승인은 제5조의 의미 내에서 승인된 것으로 간주된다).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

결정의 효과로 인정되는 집중효' 등이 인허가의제제도의 종류로 소개되고 있다. 이하에서는 이러한 독일의 인허가의제제도에 대하여 검토하되 제3장에서 언급한 독일의 집중효제도와 관련해서는 중복되지 않는 범위에서 소개하도록 하겠다.

2. 독일의 집중효(Konzentrationswirkung)

1) 집중효 개념의 정리

독일 행정절차법(VwVfG) 제5편(Teil V)은 특별한 유형의 절차(Besondere Verfahrensarten)를 규정하면서 제2절(Abschnitt 2)에서 계획승인절차(Planfeststellungsverfahren)를 규정하고 있다.[502] 통상 우리 행정법학에 있어 집중효라고 하는 것은 우리 행정법의 독자적인 이론은 아니고 바로 독일 행정절차법(VwVfG) 제5편 제2절의 계획확정절차와 관련하여 제75조가 규정하는 행정계획의 확정 결정에 따른 효과로서의 집중효(Konzentrationswirkung)를 의미한다.[503]

(1) 집중효제도의 도입 취지

독일은 집중효를 규정하는 계획확정제도의 기원을 1838년 독일 프로이센 철도법 제4조에서 찾고 있다.[504] 그러나 당시의 법률에는 집중효는 포괄적으로

502) VwVfG Teil V. Besondere Verfahrensarten - Abschnitt 2 Planfeststellungsverfahren (독일 행정절차법 제5장 제2절은 특별한 유형의 행정절차로 제72조에서 제78조에 걸쳐 계획승인 절차를 규정하고 있다).

503) VwVfG §75 (1) Durch die Planfeststellung wird die Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der notwendigen Folgemaßnahmen an anderen Anlagen im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt; neben der Planfeststellung sind andere behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen, Zustimmungen und Planfeststellungen nicht erforderlich. Durch die Planfeststellung werden alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Träger des Vorhabens und den durch den Plan Betroffenen rechtsgestaltend geregelt(독일행정절차법 §75 (1) 계획 승인은, 계획승인으로 인하여 영향을 미치는 모든 공공 문제와 관련하여 다른 시설에 필요한 후속 조치를 포함한 계획의 허용 가능성을 결정한다. 계획 승인을 얻게 되면 계획승인 외에 다른 공식 결정, 특히 공법 승인, 승인, 허가, 허가, 승인 및 계획 승인은 필요하지 않다. 계획 승인은 계획신청자와 계획의 영향을 받는 사람들 간의 모든 공법 관계를 규율한다).

504) 김재광, "행정법상 집중효 제도의 검토", 『토지공법연구』, 제9집, 한국토지공법학회, 2000, 4면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

규정되어 있지 않았고, 부분적 집중효만 인정되었으며, 오늘날과 같은 포괄적인 집중효는 1924년 제국철도법에 이르러서야 비로소 인정된 것으로 확인된다.[505]

즉, 공항·도로의 건설과 같은 대규모시설 사업에 있어 그 승인 여부를 통합적으로 검토·평가하도록 하고, 대규모시설 사업의 설치·승인에 수반되는 수많은 허가나 승인들을 일일이 신청하여 받아야 하는 번거로움을 없애 주기 위한 합리적이고 종합적인 수단으로써 도입된 것으로 알려져 있다.[506]

(2) 계획확정절차

독일에서 이러한 행정계획 확정 절차는 주로 원자력발전소나 핵폐기물처리장의 설치, 철도, 도로, 통신시설을 위한 선로, 운하, 공항 등 사회간접자본의 설치를 위한 사업이나 다중에 영향을 주는 사업, 자연환경 등에 대규모 영향을 미치는 사업을 하는 경우에 이를 거치도록 하고 있다.[507] 계획확정 절차에서는 집중효를 부여하기 위한 절차적 보장으로 특별한 청문절차를 두고 있다.[508] 이 청문절차에서 그 업무 영역이 저촉되는 다른 행정청으로부터 의견을 제출받고, 이해관계인으로부터 이의신청을 제출받아 계획담당자, 관계 행정기관, 이해관계인, 이의신청자에게 진술하고 이들 상호 간에 구두변론에 의한 토론을 통해 각종 이해를 조정한다. 이러한 청문 결과를 바탕으로 계획확정 결정을 하게 된다.[509]

독일에서는 행정계획을 전문계획과 지역성을 특징으로 하는 종합계획으로 구분하고 있다.[510] '계획확정절차'는 전문계획의 대표적 수단이며 전형이다. 이러한 계획확정절차에 의한 종국적 결정에 해당하는 계획확정결정은 '행정행위'의 성질을 가진다. 또한 계획확정결정은 집중효, 형성효, 허가효, 수인효 및 사전수용적 효과 등 특수한 효력을 가진다. 그러나 이러한 집중효는 계획확정절차가 아닌경우에도 시설허가와 관련하여 개별 법률에서 규정하여 인정되는 경우도 있다. 대표적으로 생활방해(이미시온, mmissionsschutz)와 관련된 시설의 경우에는 허가

505) Ronellenfitsch, Die Planfeststellung, VerwArch. 1989, S. 97(박종국, "독일법상의 계획확정결정의 집중효", 『월간법제』, 제2004권 제3호 법제처, 2004, 20면에서 재인용).
506) 김재광, 앞의 논문, 7면 참조.
507) 류준모, 앞의 논문, 9면.
508) VwVfG §73Anhörungsverfahren(독일행정절차법 §73청문절차)
509) 권수철, "인허가의제 제도의 법적 성격과 사후감독에 관한 소고", 『법제』, 제2002권 제7호, 법제처, 2002, 4면 참조.
510) 입법이론실무학회, 앞의 보고서, 115면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

가 필요한데, 다른 공법상 인·허가를 포함한 것으로 보고 있다.[511] 즉 연방 이미시온 방지법(BImSchG) 제13조는, 같은 법 제4조가 규정하는 허가에 대해 집중효를 가진 것으로 보아 다른 시설과 관련된 행정청의 결정, 즉 공법상 인가, 승인, 면허 등을 포괄하는 것으로 보고 있다.[512] 그러나 이러한 집중효가 갖는 의미는 다른 허가를 완전히 배제되는 것은 아니고 다만 연방 이미시온 방지법상의 기타 허가를 함께 발급하는 의미로 보며 이러한 점에서 단순히 관할의 집중만을 의미하는 경우와는 구별된다.

2) 집중효의 특징과 인허가의제제도의 구별

독일의 집중효는 의제되는 인허가 등을 특정하지 않고 다른 법률의 인허가 등을 '대체'하거나 포함한다고 하여 포괄적이고 적극적인 방식으로 규율하고 있다.[513] 즉, 계획확정 결정에 의해 다른 법률의 인가, 허가, 승인 등을 대체한다는 의미의 집중효를 규정한 독일의 입법례들, 특히 독일 행정절차법(VwVfG) 제75조 제1항 제1문을 보면, 다른 시설에 필요한 후속조치를 포함한 관계된 모든 공익과 관련하여 계획확정으로 사업계획안의 허용성이 확정되면, 계획확정 이외의 다른 행정청의 결정, 특히 공법상 인가·특허·허가·승인·허가 등 행정청의 행정행위를 '대체한다'는 의미를 갖는다. 이는 실질적 집중효로 불리우는 이유이기도 하다. 다만 우리의 인허가의제제도와 같은 '의제규정'을 두고 있지는 않음을 확인할 수 있다.[514] 이러한 의미에서 집중효는 대세효(Ersetzungswirkung), 통일

511) 독일법제에서 사용하는 용어로, 영미법에서는 생활방해(nuisance), 프랑스법에서는 근린폐해(近隣弊害:troubles de voisinage)라고 한다. 한국에서는 공해(公害) 또는 생활방해라고 번역 ·사용하고 있다. 산업혁명 이후 과학의 끊임없는 발전, 특히 중화학공업의 발전 및 인구의 도시집중과 더불어 이러한 공해 또는 생활방해가 많이 발생하여 심각한 사회문제가 되고 있을 뿐만 아니라, 법적 분쟁이 끊임없이 발생하여 소송 역시 많이 제기되고 있다. 입법례에 따라서는 일정한 요건하에 피해자가 손해배상이나 그 방지를 청구할 수 있도록 하고 있다.

512) BImSchG §13 (Genehmigung und andere behördliche Entscheidungen) Die Genehmigung schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlichen Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen(연방이미시온 방지법 §13(승인 및 기타 정부 결정) 허가는 시설과 관련된 기타 공식 결정, 특히 공법 허가, 허가, 수여, 승인을 포함한다. 단, 계획 승인, 광업법 운영 계획에 따른 허가, 원자력 규정 및 수자원 법규에 따른 공식 결정은 예외이다).

513) 정태용, 앞의 논문, 4면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

효(Einheitswirkung) 등으로 불리기도 한다.[515]

우리의 인허가의제제도와 마찬가지로 집중효 역시 절차간소화를 위한 제도라는 측면에서 국내 학설은 집중효를 인허가의제와 동일하거나 유사한 제도로 이해하면서 그 동일성을 논하기도 한다.[516]

(1) 집중효제도와 인허가의제제도의 동일성 여부에 대한 학설 다툼

한편 우리 개별법에서 입법하에 인정하고 있는 인허가의제제도가 독일의 계획확정결정(Planfestellungsbeschluss)에 따른 집중효(Konzentrationswirkung)와 비교되면서 양 제도가 동일한 것인지를 두고 학설의 다툼이 있다.

즉, ① 양자를 동일한 제도로 보는 견해[517], ② 인허가의제를 집중효의 인허가절차에의 확대로 보는 견해,[518] ③ 인허가의제제도가 집중효와 대상, 절차 및 효력 등에서 차이가 있음을 인정하면서도, 인허가의 관할과 절차를 통합하여 집행한다는 점에서 집중효제도의 일종이라고 보는 견해,[519] ④ 양자는 기능적으로 유사성이 있으나 본질적으로 이질적인 제도라고 보는 견해,[520] ⑤ 양자는 기능적으로 유사하나 상당히 다른 별개의 제도로 보는 견해[521] 등이 있다.[522]

판례의 경우 대법원 판결은 아니지만 양자를 동일하게 본 듯한 하급심 판결이 있다. 즉, 건축신고에 대한 거부의 처분성이 문제된 사안에서 "일반적으로 건축법상의

---

514) 이에 대하여, 독일의 집중효는 다른 법률의 처분을 대체함으로써 실체적 강행규정을 무시할 수 있다는 의미의 실체적 집중효(materielle Konzentrationswirkung)가 아니라 절차 또는 관할의 통합을 의미하는 형식적 집중효(formelle Konzentrationswirkung)를 의미하는 것으로 이는 다른 행정청의 절차적 관할권을 통합시키는 형식적 집중효(formelle Konzentrationswirkung)의 기능을 한다고 주장하는 견해가 있기도 하다(정남철, "건축신고와 인인보호-독일 건축법제와의 비교법적 고찰을 겸하여-", 『법조』, 제59권 제6호, 법조협회, 2010, 277면). 하지만 이는 독자적인 견해로 보이며, 독일의 집중효제도는 실체적 집중효가 인정됨에 반하여 우리의 인허가의제제도는 절차적 집중효만 인정되는 것으로 비교하여 보는 것이 우리나라의 통설과 판례의 견해이다(이 논문, 84-86면 참조).

515) 정남철, 앞의 책, 496면 이하 참조.

516) 우리나라에서도 집중효에 관한 학설을 관할집중설, 절차집중설, 제한적 절차집중설, 제한적 실체집중설, (비제한적) 실체집중설 등으로 구분하여 소개하고 있다; 홍정선, 앞의 책, 320면.

517) 박윤흔·정형근, 앞의 책, 255면.

518) 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2014, 399면; 권수철, "행정절차의 간소화에 관한 연구: 인·허가의제제도를 중심으로", 성균관대학교 박사학위논문, 2008, 100면.

519) 홍정선, 앞의 책, 268면; 유승남, "건축법상 건축신고의 법률적 성질", 『행정소송실무연구』, 제2권, 서울고등법원, 2002, 85면; 김재협, "공법상 신고에 관한 고찰: 건축법상 건축신고를 중심으로", 『특별법연구』, 제6권, 2001, 100면; 권수철, 앞의 논문, 100면.

520) 최정일, 『행정법의 정석 1』, 박영사, 2009, 170면.

521) 정남철, 앞의 책, 496면.

522) 박균성, 앞의 논문, 17면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

건축신고는 행정청의 수리를 요하지 아니하여 그 신고가 행정청에 도달된 때에 효력을 발생하는 것이고, 만일 행정청이 실체적 사유에 기하여 그 신고의 수리를 거부하였다고 하더라도 그 거부처분이 신고인의 법률상 지위에 직접적으로 아무런 법률적 변동을 일으키지 아니하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 아니다. 다만, 건축신고시 건축법 제14조 제1항, 제11조 제5항에 따라 이른바 건축법상의 집중효(건축허가 내지 신고로 인하여 건축법 제11조 제5항 각 호에 정한 허가 또는 인가 등을 받은 것으로 의제하는 효력을 말한다)가 발생하는 경우에는 그 건축신고는 행정청의 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하고, 따라서 그 신고를 거부하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분이다"라고 하여 건축신고에 있어서 집중효를 인정한 듯한 판시를 하고 있다.[523]

(2) 검토

우리나라의 인허가의제제도는 하나의 목적사업을 위하여 여러 법률에서 정하는 인허가를 받아야 하는 경우 주된 인허가를 받으면 다른 법률에서 정하고 있는 관련 인허가를 받은 것으로 보도록 하는 것을 말한다. 그리고 독일의 계획확정절차에서 인정되는 집중효는 행정계획이 청문 등 일련의 절차를 거쳐서 확정되면 당해 행정계획의 수행에 필요한 다른 인허가 등의 행위를 받은 것으로 의제하여 그 다른 행위로서도 법적 구속력을 갖도록 하는 효과를 말한다. 이를 살펴보면 인허가의제제도와 집중효는 절차의 간소화와 사업의 신속한 진행을 위하여 법령에 근거하여 행정청의 권한이 통합된다는 점에서 유사한 기원을 갖는다고 볼 수 있다.

하지만 ① 일단 집중효제도는 계획확정절차를 전제로 하는데 우리나라에서는 이러한 계획확정절차가 인정되지 않고 있다. 그리고 ② 우리나라의 인허가의제제도의 경우는 행정계획에 대한 것뿐만 아니라 건축허가와 같이 단순한 인허가의 경우에도 관련 인허가의 의제를 인정하고 있다. ③ 무엇보다, 독일의 집중효는 의제대상 인허가가 따로 특정되어 있지 아니하고 해당 행정계획과 관련되는 인허가가 모두 포괄(전부)의제 되는데 반하여, 우리나라의 경우 해당 법률에서 특정하여 명시된 인허가만을 받은 것으로 의제(부분의제)하도록 하고 있는 점도 차이가 있다. 즉, 우리 인·허가 의제 제도는 특정한 행정행위를 얻는 경우 법률에 의해 다른 법률의 특정한 인

523) 서울행정법원 2009. 4. 9. 선고 2009구합1693 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

·허가 등을 얻은 것으로 '의제'하는 방식으로 규율하는 반면, 독일의 집중효는 의제되는 인허가 등을 특정할 필요조차 없이 실체집중효가 부여되는 것이다. 즉 독일 행정절차법(VwVfG) 제75조 제1항 제1문은 다른 시설에 필요한 후속 조치를 포함한 관계된 모든 공익과 관련하여 계획확정에 의해 사업계획안의 허용성이 확정되면, 계획확정 이외의 다른 행정청의 결정, 특히 공법상 인가·특허·허가·승인·허가 등 행정청의 행정행위를 '대체'하거나 '포함'한다고 하여 우리나라의 인허가의제 규정보다 더 포괄적이고 적극적인 방식으로 규율하고 있다.[524]

따라서 독일의 계획확정절차에 따른 효과로 인정되는 집중효 제도를 우리나라의 인허가의제 제도와 동일시하여 그 법적 성질이 동일하다고 할 수는 없으며 집중효가 유래한 독일에서 조차 건축신고제도에 있어 집중효를 인정하고 있지는 않은 점을 고려하면 건축신고에 있어 허가의 집중효를 인정한 하급심 판결은 인허가의제 제도와 집중효의 법리를 오해한 것이며 타당하지 않다고 할 것이다.[525] 집중효는 기능적인 측면에서 우리 인허가의제제도와 유사할 뿐 동일하다고 볼 수는 없다.

3. 독일의 허가의제

1) 허가의제의 의의 및 구별개념

(1) 허가의제의 의의

독일에서 볼 수 있는 인허가 의제의 대표적인 명문 규정은 '허가의제(Genehmigungsfiktion)'이다. '의제'를 의미하는 독일어 'Fiktion'은 어원적으로 '형성'을 의미하며, 라틴어 fiktio에서 유래한 것으로 알려져 있다. 이러한 독일의 '허가 의제' 역시 우리나라의 인허가의제제도와는 차이가 있다. 우리나라의 인허가의제는 A법률에 의한 인허가가 발급되면, B법률에 의한 인허가가 발급된 것으로

524) 박균성, 앞의 책, 703면 참조.
525) 정남철, "인·허가의제의 법적 문제", 『청파법학』, 제5호, 숙명여대법학연구소, 2011, 203면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

본다고 A법률에 의하여 규정되어 있는 상황을 의미한다. 이에 반해 독일의 '허가의제'는 A법률에 의한 행정행위를 신청한 후 일정한 기간 내에 행정청으로부터 아무런 응답이 없는 경우, A법률의 규정에 의해 행정행위가 발급된 것으로 간주하는 제도이다. 예컨대 연방 또는 주(州)(란트)의 건축법령에 규정된 '허가의제'가 대표적이다. 즉, 연방건설법전(BauGB) 제6조 제1항에 의하면, 토지이용계획(Flächennutzungsplans)은 상급 행정청의 허가를 얻어야 하는데 같은 조 제4항에서, "그 기간(3개월) 내에 사유를 제시하여 거부하지 않는 한, 해당 허가는 발급된 것으로 본다"고 규정하고 있다.[526]

'허가의제' 제도는 건축법과 같은 개별법뿐만 아니라, 행정절차법(VwVfG)에서도 일반적인 법 제도로서 인정되고 있다. 즉 행정절차법(VwVfG) §42a에서는 "신청한 허가는 그 결정에서 정한 기간이 경과 한 후에는 발급된 것으로 간주한다."라고 규정하고 있다.[527] 그리고, 이러한 '허가의제'에 대해서는 행정행위의 존속효와 권리구제 절차가 준용되도록 하고 있다(행정절차법(VwVfG) 42a 제1항 제2문 참조).

이러한 '허가의제'의 효과는 유럽법에 의해 부여된 절차간소화와 신속화라는 입법목적을 고려하면 당사자의 선택에 따라 의제된 허가의 효과를 포기할 수 있다고 볼 수는 없다. 하지만 우리나라의 인허가의제제도의 경우에는 의제된인허가

526) BauGB §6 Genehmigung des Flächennutzungsplans (4) Über die Genehmigung ist binnen drei Monaten zu entscheiden; die höhere Verwaltungsbehörde kann räumliche und sachliche Teile des Flächennutzungsplans vorweg genehmigen. Aus wichtigen Gründen kann die Frist auf Antrag der Genehmigungsbehörde von der zuständigen übergeordneten Behörde verlängert werden, in der Regel jedoch nur bis zu drei Monaten. Die Gemeinde ist von der Fristverlängerung in Kenntnis zu setzen. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn sie nicht innerhalb der Frist unter Angabe von Gründen abgelehnt wird(연방건설법전 §6 구역계획의 승인 (4) 승인 결정은 3개월 이내에 이루어져야 한다. 상위 행정 기관은 구역 계획의 공간 및 물질적 부분을 사전에 승인할 수 있다. 중요한 이유가 있을 경우 허가 당국의 요청에 따라 권한 있는 상위 당국이 그 기한을 연장할 수 있지만 일반적으로 최대 3개월이다. 기한 연장을 위해서는 시 당국에 알려야 하며 그 사유를 기재한 기간 내에 승낙을 거부하지 아니하면 승낙이 된 것으로 본다).

527) VwVfG § 42a Genehmigungsfiktion (1) Eine beantragte Genehmigung gilt nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt(Genehmigungsfiktion), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten und über das Rechtsbehelfsverfahren gelten entsprechend(독일행정절차법 §42a 승인 의제 (1) 신청된 허가는, 법적 규정에 의해 신청에 따른 명령사항이 충분히 명시되어 있는 경우, 결정에 대해 설정된 기한의 만료료 그 허가가 부여된 것으로 간주된다(허가의제). 행정행위의 법적 효력 및 항소 절차에 관한 규정도 그에 따라 적용된다).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

를 별도로 신청하여 주된 인허가의 허가로 인한 효과를 스스로 거절할 수 있는 점에서 차이가 있다. 또한 허가의제의 발급요건으로서 허가신청은 신청의 대상(예컨대 사업계획안)과 허가신청의 요청이 명확히 확정될 수 있을 정도로 명확해야 한다. 그리고 이러한 허가의제는 신청한 허가의 의제일 뿐, 의제된 허가의 적법성이 의제되는 것은 아니다.

(2) 구별개념

가) 허가면제(Freistellungsverfahren)

독일에서는 가장 완화된 절차간소화의 수단이라고 하여 허가면제절차가 인정되고 있다. 독일의 건축법령에 규정된 신고절차는 허가면제절차로 대체되는 경향이 있다.[528] 예컨대 니더작센주의 건축규정(NBauO)을 보면 일부행위의 경우 건축허가를 필요로 하지 않는다고 규정하고 있다.[529] 그 밖에도 헤센주 건축법(HessBauO) 제55조, 노르트라인베스트팔렌 주 건축법(BauO NRW) 제65조 이하, 바이에른 건축법(BayBO) 제58조 등이 그러하다. 이러한 허가면제절차에 대해서는 "예방적 통제의 해체"를 의미한다고 보고 있다. 또한 경미한 시설의 변경에 대해 신고사항으로 정하면서, 신고 후 행정청으로부터 허가가 필요하지 않다는 통보를 받는 경우도 규정하고 있다. 이러한 경우를 '허가면제선언(Freistellungserklärung)'이라고 부르고 있다.

나) 동의의제(Zustimmungsfiktion)

독일에서는 신고를 한 후 소정의 기간이 경과 하면, 동의가 있는 것으로 간주하는 경우들이 있다. 이를 '동의의제'라고 부르고 있다. 예컨대 독일 유해화학물질방지법 제8조 제3항에서는 신고가 된 유해물질의 유통에 대해서는 행정청의 동의가 필요하지 않다고 보고 있다. 즉 신고를 하면 행정청의 동의를 얻은 것으로 간주하는 제도이다. 또는 독일 동물보호법 제8a조에서도 일정한 동물실험에

528) 정남철, 앞의 책, 495면.
529) NBauO §61 Genehmigungsfreie öffentliche Baumaßnahmen(니더작센주 건축규정 §61 공공건설조치에 대한 허가면제) 및 §62 Sonstige genehmigungsfreie Baumaßnahmen(니더작센주 건축규정 §62 기타 건설조치에 대한 허가면제).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대해 '신고'의무를 부과하고 있는데, 이러한 신고에 대해서는 행정청의 '동의'가 필요하지 않다고 보고 있다.

우리의 경우에도 이와 유사한 제도가 있다. 예컨대 「기업도시개발 특별법」 제12조 제1항의 규정에 의하면, 실시계획의 승인이나 변경승인에 있어서 그 내용에 소정의 사항이 있는 때에는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한하는데 이 경우 국토교통부장관으로 부터 협의요청을 받은 관계 행정기관의 장은 30일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 이 기간 내에 의견제출이 없는 때에는 의견이 없는 것으로 간주된다.[530] 이와같이 관계 행정기관의 의견제출이 없는 경우 '협의'가 인정된 것으로 의제되며, 이러한 협의는 실무에서는 사실상 '동의'의 의미를 갖는다는 점에서 독일의 동의의제와 유사한 것이다.[531]

2) 의제된 인허가와 하자문제

(1) 의제된 인허가에 대한 행정청의 위법성 심사범위

이 논문 제3장에서 의제된 인허가를 독립적인 행정처분으로 판단할 수 있는지 여부를 검토한 바 있다.[532] 즉, 법률에서 명시하고 있지 않는 한 의제된 인허가가 언제 행정처분으로 성립하였는지를 파악하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 의제되는 행정행위는 실체가 없고 법률에 의해 '법적으로만' 존재하기 때문에 의제되는 인허가의 위법성을 판단 함에 있어서도 여러 가지 어려움이 있는 실정이다.[533]

먼저 실체적 요건의 심사와 관련하여, 우리나라는 실체집중 부정설이 다수의 견해이며 판례의 입장이다.[534][535] 다만 법원은 건축물의 건축이 국토계획법상 개발행위에 해당할 경우 건축허가를 하는 허가권자는 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 한다고 하여 주된 인허가를 하는 행정청은 의제되는 인허가의 요건을 그 관

530) 「기업도시개발 특별법」 제13조 ③ 국토교통부장관은 제12조제1항에 따라 실시계획의 승인 또는 변경승인을 할 때 그 실시계획의 내용에 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 포함되어 있는 경우에는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다. ④ 제3항에 따라 국토교통부장관으로 부터 협의를 요청받은 관계 행정기관의 장은 협의 요청을 받은 날부터 20일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 그 기간 이내에 의견 제출이 없으면 의견이 없는 것으로 본다.
531) 이 논문, 86면 참조.
532) 이 논문, 89-91면 참조.
533) 정태용, 앞의 논문, 12면.
534) 박균성, 앞의 책, 707-708면; 홍정선, 앞의 책, 320-321면.
535) 이 논문, 82-85면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

계법령에 따라 충족했는지 여부를 검토해야 한다는 취지로 판시 하였다.[536] 다만 이는 인허가요건의 판단방식에 있어 실체집중 부정설의 입장을 취하는 것과 모순되는 것이 아님은 전술한 바와 같다.[537]

독일에서도 의제되는 행정행위에 대해 실체적 위법성 여부를 심사할 수 있는지가 문제되고 있다. 독일 연방행정법원(BVerwGE)은 독일연방기본법(GG) 제19조 제4항의 포괄적 사법구제와 관련하여 의제되는 행정행위에 대해 실체적 위법성 여부를 심사할 수 있다고 보고 있다.[538] 다만 독일에서는 의제적 행정행위에 적법성까지 의제되는 것으로 보고 있지는 않으며, 의제되는 행정행위가 반드시 객관적인 법상태 대로 일치한다고 볼 수 없다고 한다.[539] 특히 독일의 '허가의제' 제도의 경우에는 상대방이 허가를 신청한 후 행정청이 아무런 응답을 하지 않으면, 법률이 정한 소정의 기간이 경과한 후 행정행위의 효력이 발생하지만 의제되는 행정행위의 실체가 없기 때문에, 그 '신청'을 심사하여 의제되는 행정행위의 위법성 및 그 하자정도(무효 또는 취소)를 판단하고 있다.[540] 독일 연방행정법원도 신청이 충분히 명확하여야 허가의제의 효과가 발생한다고 보고 있다.[541]

(2) 의제된 인허가의 하자

가) 의제된 인허가에 무효사유가 있는 경우

먼저 의제된인허가의 무효가 인정될 것인지 여부와 관련하여 독일의 학설은 의제된 인허가가 행정절차법(VwVfG) 제44조 제1항의 "특히 중대한 하자"에 해당하는 신청이라면 이때는 무효가 될 수 있는 것으로 보고 있다.[542] 의제적 행정행위의 특성상 그 신청의 불명확성이나 명백한 흠결 등은 신청자의 리스크로 귀착된다고 볼 수 있다. 우리 행정절차법에는 독일 행정절차법(VwVfG)과 같은 무효에 관한 판단기

536) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결. 이 밖에 대법원 2016. 8 .24. 선고 2016두35762 판결에서는 "건축허가를 하는 허가권자는 건축허가에 배치·저촉되는 관계 법령상 제한 사유의 하나로 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야(생략)"라고 하였다.
537) 이 논문, 84면 참조.
538) 김중권, 앞의 논문, 59-60면 참조.
539) 이광제, 앞의 논문, 85면 참조.
540) 선정원, "독일과 우리나라의 인허가의제제도의 비교고찰", 『명지법학』, 제16권 제2호, 명지대학교 법학연구소, 2018, 34면 참조.
541) BVerwG, NJW 1982, 2788(입법이론실무학회, 앞의 보고서, 123면에서 재인용).
542) 정태용, "인허가의제의 효력범위에 관한 고찰", 『월간법제』, 제2017권 12호, 법제처, 2017, 37면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

준을 별도로 규정하고 있지는 않으나 소위 '중대명백설'이 판례의 확립된 입장이다. 따라서 의제되는 인허가도 행정행위라는 점에서 중대명백설에 따라 무효여부를 판단할 수 있을 것이다. 다만 의제되는 행정행위는 그 실체가 없기 때문에, 본래의 행정행위를 신청할 때에 함께 제출된 관련 서류를 심사하여 의제된 행정행위의 무효여부를 심사할 수밖에 없다. 이 경우 하자의 중대성을 판단하기는 쉬우나 그 하자가 객관적으로 명백한지 여부를 판단하기는 현실적으로 쉽지 않을 것이다. 다만 행정청이 행정처분을 함에 있어 근거 법령을 객관적으로 명백히 위반한 경우에는 당연무효가 될 수도 있다.[543]

나) 의제된 인허가에 취소사유가 있는 경우

독일에서도 의제적 행정행위의 취소 또는 철회가 인정될 수 있음은 의문의 여지가 없다. 우선 무효와 동일한 이유에서 의제적 행정행위의 신청이 위법한 경우에는 취소의 법리가 적용될 수 있다. 행정절차법(VwVfG) 제42a조에는 행정행위의 존속력에 관한 규정이 의제적 행정행위에 대해서도 마찬가지로 적용된다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 따른다면, 의제적 행정행위에도 행정행위의 '취소'에 관한 규정이 그대로 적용된다.[544]

제4절 주요국가의 판단여지론과 행정규칙론 검토

1. 판단여지론에 대한 일본과 독일의 입장

1) 일본의 입장

543) 한편, 대법원은 신고 납부방식의 조세인 취득세와 관련하여, 납세의무자의 신고행위에 존재한 하자가 중대하지만 명백하지는 않은 경우에도 예외적으로 당연무효에 해당한다고 본 경우가 있다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두11716 판결). 다만, 이 판례는 행정행위의 무효 판단에 관한 주류적 판례라고 보기 어렵다.

544) VwVfG §48(Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes) (독일행정절차법§48 위법한 행정행위의 철회)

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 과거의 입장

과거 일본의 학설과 판례는 행정청의 재량판단을 그 성질에 따라 기속재량과 자유재량으로 이분화시켜 판단할 뿐 판단여지의 개념에 대한 고민을 하지 않았던 것으로 보인다. 즉 기속재량의 당부(當否)는 기속행위와 같이 완전한 재판심리에 복종시키는 한편, 자유재량의 범위 내에서 행정청이 한 선택은 어떤 것이든 법적으로 등가치한 것으로 인정하여 그 당부는 재판심사의 대상이 될 수 없다고 하였다.[545] 이러한 전통적 사고에 기초하여 재량행위에 있어 법적으로 문제가 되는 영역은 '자유재량'영역이지만 이 영역에 속하는 행정행위는 설혹 행정청이 재량행사를 잘못하였더라도 부당의 문제는 발생할지언정 위법의 문제는 발생하지 않는다는 입장으로 "재량 불심리원칙"에 입각하고 있었다. 이 시기의 판례는 지금으로서는 받아들이기 어려운 논리로 공립대학 학생에 대한 징계처분에 대하여 그 결정이 완전히 사실상의 근거에 기한 것이 아닌 경우 또는 사회 관념상 현저히 타당성을 결하여 징계권자로서 학장의 징계권의 범위를 넘어선 것으로 인정되는 경우를 제외하고는 그 재량에 맡겨진 것으로 이해하여야 한다고 판시하였다.[546] 하지만 최근 일본의 재판소는 종래의 사고에 약간의 변화를 주기 시작하였다. 즉 종래 자유재량으로 인정되어 온 사항에 대하여 기속재량으로 포섭시키는 경향을 보이게 된다. 그 대표적인 사례는 여권발급처분에 관한 외무대신의 자유재량성을 부정한 판결이 나오면서부터다.[547] 이 판결이 주목을 받은 이유는 법원이 종전 재량불심리 원칙에서 재량에 대한 폭넓은 심리의 입장으로 변화하였으며 이후 판단과정의 심사에까지 영향을 주는 가교역할을 하고 있기 때문이다.

(2) 새로운 사법기준의 도입

일본에서 재량행위를 새롭게 해석하는 시도는 '행정과정론'이라는 행정법학적 이론의 전개로 시작되었다. 그리고 최근 일본에서는 심리의 밀도를 좀 더 높

545) 노기현, "행정법상 재량행위에 대한 사법기준의 변천에 관한 연구 -일본의 학설과 판례의 논의를 중심으로-", 『공법학연구』, 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013, 302면.
546) 最判1954(昭和29)年7月30日民集8巻7号1501頁。
547) 最判1969(昭和44)年7月11日民集23巻8号1470頁。

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

인 판단과정 통제방식에 의해 재량행위를 사법통제 하려는 움직임이 나타나고 있다. 이는 독일에서의 판단여지론과는 다소 다른 심사의 측면을 갖고 있다. 즉 행정기관에 의한 판단과정을 넓게 해석하면 사실존부의 인정·법률의 해석·사실의 법률에의 적용·절차 종류의 선택·절차실행의 유무·고려사항의 내용·고려유무 등의 단계로 이루어지는데 판단과정 통제방식이 유의깊게 관여하는 것은 바로 '고려요소'단계라는 것이다. 이러한 판단과정 통제방식을 통하여 판단한 사례를 보면, 닛코타로스기 사건(日光太郎杉事件)이 대표적이다.[548] 이 사건은 도로확충을 위해 국립공원에의 특별보호지구에 속하는 일부토지에 대해서 건설대신(당시)이 한 토지수용법 20조의 사업인정이 다투어진 사건으로서, 이 사건 판결에서 토지수용법 20조 3호의 "사업계획이 토지의 적정 및 합리적인 이용에 기여하는 것인 것"이라는 내용에 기초해 행정청에 어느 정도 범위에서 재량의 여지가 있다고 인정하면서 재량처분을 내리는 판단과정에 있어서 고려할 필요가 있는 요소를 고려하지 않고 판단한 경우(일명, 요고려요소불고려/要考慮要素不考慮), 반대로 고려해서는 안 되는 요소를 고려해서 판단한 경우(일명, 타사고려/他事考慮)에는 당해 처분은 위법이 된다고 판시하였다. 이후 이러한 판단과정 통제방식에 의한 판결이 약 20여 년간 나오지 않고 있다가, 전문 기술적 재량과 매우 관련이 있는 이이가타 원자력발전소사건(飯方原發事件)의 최고재판소 판결에서 다시 등장하게 된다.[549] 이때 최고재판소 판결은 과학기술적 또는 전문기술적재량에 있어서 전문적 기관 내지 제3자적 기관의 행정결정과정에의 관여의 행정메커니즘에 착안해서 그 결정과정, 즉 행정결정과정의 합리성에 대하여 심사밀도를 높이는 방식

548) 東京高判1973(昭和48)年7月13日判時710号23頁。(재판소는 "이상과 같은 여러 가지 사항을 꼼꼼히 인정한 후 결론으로서 「이상…의판단을 종합하여 말하면 본 건 사업계획을 가지고 토지의 적정하고 합리적 이용에 기여한다고 인정해야 한다고 하는 항소인 건설대신의 판단은 그 판단에 있어서 본건 토지 부근이 갖는 대신할 수 없는 문화적 제(諸)가치 내지 환경보전이라고 하는 본래 가장 중시해야할 사항을 부당하고 안이하게 경시하고 그 결과 위의 보전요청과 자동차도로의 정비확충의 필요성과를 어떻게 하여 조화시킬 것인가의 수단, 방법의 탐구에 있어서 당연히 다해야 할 고려를 충분히 하지 않고…, 또 이 점의 판단에 대하여 올림픽개최에 따른 자동차교통량증가의 예상이라고 하는 본래 고려해서는 안 될 사항을 고려하고…, 동시에 폭풍에 의한 나무의 쓰러짐(이에 의한 교통장해) 의 가능성 및 나무의 쇠퇴 가능성이라고 하는 본래 과대하게 평가해서는 안 되는 사항을 과중하게 평가한…점에서 그 재량판단의 방법 내지 과정에 과오가 있고, 이들의 과오가 없이 이들의 제(諸)점에 대하여 올바른 판단이 내려졌다고 하면 항소인 건설대신의 판단은 다른 결론에 도달할 가능성이 있었다고 인정된다. 이렇게 보면 본 건 사업계획을 가지고 토지의 적정하고 합리적 이용에 기여한다고 인정해야한다는 항소인 건설대신의 판단은 그 재량판단의 방법 내지 과정에 과오가 있는 것으로서 위법하다고 인정하지 않을 수 없다"라고 판시하였다.)

549) 最判1992(平成4)年10月29日民集46巻7号1174頁。

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

을 선택한 것이다. 이후에도 최고재판소는 행정계약, 행정계획, 행정입법관련 사건등에 있어서도 행정결정과정의 메커니즘에 주목하여 판단과정의 일환으로 재량기준이 책정되어 있는 경우 그 기준정책단계와 기준적용단계에서의 전제사정과 고려요소를 종합하여 판단하고 있다. 다만 이러한 판단과정 통제방식에 의한 심사에 있어서 여러 개의 고려요소 중에서 어떤 것을 가장 중요시 해야 하는 요소인지에 대하여는 반드시 명확하지는 않다. 이러한 한계에 대해서 요고려요소(要考慮要素)의 종류, 내용, 각 요소의 우선순위가 실정법의 취지, 보편적으로 받아들여지는 가치 등에 의해 명확하지 않을 경우에는 행정청의 정책적 재량판단을 존중하는 방향으로 해결하고자 하고 있다.[550]

이러한 일본의 입장을 정리하면, 재량(즉, 법률의 효과부분)과 판단여지의 영역(즉, 법률의 요건부분)의 구별에 대한 필요성을 인식한 것에서 이들 논의가 시작된 것으로 보이며 사실상 독일의 판단여지의 영역으로 해결해야 할 사안에 대하여 일본 스스로 독자적인 이론을 통하여 해결하고 있는 것으로 보인다.[551]

2) 독일의 입장

불확정법개념과 판단여지론의 문제는 독일행정법에서 전개된 판례 및 학설의 이론적 소산이다. 이것은 우리나라에서도 재량행위와 기속행위의 구별과 관련하여 판단여지설이란 이름 아래 논의되어 온 것이다. 독일에서의 논의를 살펴보면, 80년대에 들어 판단여지가 인정된 사례 영역이 점차 확대되고 있다.

한편 독일에서도 여전히 판단여지는 학설과 판례법으로 인정되고 있을 뿐이며, 법령에서 명시적으로 규정하고 있는 것은 아니다. 즉 독일 행정소송법(VwGO)은 제114조에서 행정청이 재량권을 갖는 경우 법원은 행정청의 재량이 수권 목적에 부합하는 여부와 거부·부작위의 위법 여부에 대하여 심사한다고 규정하고 있다.[552] 그리고 독일 행정절차

550) 노기현, 앞의 논문, 312면.
551) 유진식, 앞의 논문, 230면.
552) VwGO §114 Soweit die Verwaltungsbehorde ermachtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, pruft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens uberschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermachtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist(행정소송법 §114 행정청이 재량에 따라 행동할 권한이 있는 한 법원은 재량의 법적 한계를 초과했기 때문에 행정행위 또

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

법(VwVfG)도 제40조에서 행정청이 재량을 갖고 있더라도 재량의 법적 제한을 준수할 것을 규정하고 있을 뿐이다.[553]

(1) 독일에서 판단여지 이론의 전개

독일은 독일연방공화국 기본법(GG) 제정 전(1950년대 전)에는 법률규범에 있어 불확정법개념을 인정함이 없이 요건 부분이 불확정적인 경우와 효과 부분이 선택적인경우 모두를 재량의 문제로 다루었다.[554] 그리고 이런 행정기관의 재량행위는 사법심사로부터 완전히 자유로운 영역으로 '자유재량(freies Ermessen)'이라 하였다. 이는 군주의 주권과 이를 바탕으로 한 국가의 영역으로 간주 된 행정재량권에 국민의 대표가 개입할 수 없음을 의미하였고 당연히 법원의 통제도 가능하지 않았다.[555] 이 당시에는 법률요건과 법률효과에 대한 명확한 구분 없이 법률요건에 행정부 고유의 행정 정책적 판단이 필요한 불확정법개념을 사용한 경우에 그 개념을 불확정 재량개념(unbestimmte Ermessensbegriffe)이라 하여 사법심사가 배제된다고 하였다.[556]

이런 전통적 학설은 일반적으로 전후(戰後) 독일의 바호프(Bachof)와 울레(Ule)에 의하여 주장되었다. 바호프에 의하면 행정법규가 불확정법개념을 사용하여 행정청에 '판단여지' 즉 법원에 의하여 심사될 수 없는 독자적인 평가·결정의 영역을 확보하여 주는 경우 법원은 이러한 영역내에서 행정청이 행한 행정결정을 받아들이지 않으면 안 된다고 한다.[557] 울레 역시 바호프와 크게 다르지 않은 주장으로 "행정법원은 의심스러울 경우 행정청의 견해가 확인된 사실관계에 비추어 볼 때 상당한 근거를 지닌다고 판단된다면 이를 따라야 한다. 일정한 사실관계를 평가함에 있어 예컨대 복수의-동가치적인-감정평가의견이 나와 여러 가지 결론에 도달할 수 있다면 이 모든 평가는 불확정법개념의 범위 내에 머무르

는 행정행위의 거부 또는 누락이 위법한지 여부도 조사해야 한다).

553) VwVfG §40(Ermessen) Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten(독일행정절차법 §40 행정청이 재량에 따라 행동할 권한이 있는 경우 권한 부여 목적에 따라 재량을 행사하고 재량의 법적 한계를 준수해야 한다).

554) 정하중, "행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계", 『공법연구』, 제23권 제3호, 한국공법학회, 1995, 151면 이하 참조.

555) 최선웅, 앞의 논문, 98-104면 참조.

556) 서보국, 앞의 논문, 23-24면; 김철우, 앞의 논문, 139-140면 등 참조.

557) 홍준형, "행정법상 불확정법 개념과 판단여지의 한계 -최근 독일에서의 판례 및 이론 동향을 중심으로-", 『행정논총』, 제33권 제1호, 서울대학교 한국행정연구소, 1995, 83면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

는 것이고 또 적법한 것이다. 따라서 행정법원은 이와 같은 한계적 사례들에 있어서 행정청의 판단 대신에 자기 자신의 판단으로 대치해서는 안 된다"라고 까지 하였다.[558] 하지만 판단여지의 영역에 있는 것이라고 하여 전면적으로 사법심사가 배제된다고 보는 것은 불확정법개념의 존재라는 것만으로는 불충분하며 전면적 사법심사가 불가능하다는 의미에서의 판단여지란 오히려 당해 법률이 행정청에 종국적 결정권을 수권한 경우 그 한도 내에서만 인정될 수 있다는 비판이 제기되었는데 이를 '규범적 수권이론'이라고 한다. 이 견해에 따르면 입법자가 명시적이건 묵시적이건 해석상 명백히 행정청에 사법심사의 대상에서 제외하는 평가특권을 인정할 것인지는 입법자의 선택문제가 된다. 그리하여 ① 법률의 규율밀도가 낮을수록, ② 기술 관계법이나 환경법의 영역과 같이 행정분야의 특수한 전문성이 인정될 경우, ③ 개별사안에 대한 법원의 권한이 줄어들더라도 법원의 업무수행의 원활을 위태롭게 하지 않아 전면적으로 심사할 능력이 적으면 적을수록 행정청에 의한 판단의 여지 및 사법심사 배제의 강도는 세진다.

(2) 판단여지에 관한 최근의 동향

독일도 이제는 효과 부분에 대한 선택이 가능한 규범 형식인 재량의 경우와 구별하여 불확정법개념의 해석·적용에 있어서는 행정청의 판단여지(Beurteilungsspielraum)가 인정되는 영역이라고 하여 별도의 개념으로 인정하면서 종래의 판단여지설을 근본적으로 수정하려는 노력을 하고 있다고 평가되고 있다.[559] 즉, 연방헌법재판소는 불확정법개념에 있어 판단여지의 문제가 헌법적으로 논의되어야 할 문제임을 확인하고 있는데 독일연방기본법(GG) 제19조 제4항을 들어 판단여지의 사법심사 여부를 기본권론의 일반원칙들과 연결하여 논의하고 있다. 즉, 행정의 판단여지가 기본권이 제한되거나 그 제한에 대한 행정법원의 통제가 배제되는 때는 언제나 헌법적으로 의문시되어야 한다고 한 것이다. 이러한 입장에 따르면 판단여지 영역에 대한 사법심사를 배제하기 위해서는 그러한 판단이 법의 목적을 실현하기 위하여 적합하고, 필요하며, 상당한 수단일 것을 요구하는 비례의 원칙에 합치되어야 할 것이 요구된다. 이에 따라 과거 판례를 통해 판단여지가 인정된 모든 사안은

558) Ule, s326(홍준형, 앞의 논문, 84면에서 재인용).
559) 표명환, 앞의 논문, 466면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이와 같은 기본권 관련성에 비추어 검토해야 한다는 결과가 된다.[560]

이러한 입장에 따라 독일에서는 불확정법개념을 완전한 사법심사가 가능한 '불확정법개념'과 제한된 사법심사만 가능한 '판단여지 있는 불확정 법개념'으로 양분하고 있다. 하지만 독일에서도 판단여지와 재량을 구분하는 것과 관련한 비판이 없는 것은 아니다.[561] 이는 불확정법개념에 대한 행정청의 고유한 결정 여지가 법효과의 재량과 명확하게 구분되는 것은 아니기 때문이다.[562] 법률요건에 불확정 법개념이 있고 법률효과에 재량이 규정된 결합규정의 경우 이러한 구분의 불가능성은 보다 커진다. 판단여지와 재량의 구분이 법기능적으로 실익이 없는 점과 관련한 한 예로 최근 2015년 7월 27일 개정된 독일의 외국인체류법이 규정하는 '추방(Ausweisung)'에 대하여 살펴보면, 법 개정 전에는 그 법효과를 여러 조문에서 재량행위와 기속행위 및 원칙적 기속행위로 나누어 구분하였던 것을 법효과가 동일한 기속행위로 나누어 구분하였던 방식에서 법률효과는 통일시키고 오로지 법률요건에서 형량과 포섭의 유무로 구분하도록 기존의 법률 문언을 법기술적으로 변경하였다.[563]

판단여지론을 판례로 받아들인 독일은 재량행위론과 관련하여 양자의 구별을 명확하게 하고 있다. 이처럼 행정청의 결정여지를 다른 용어를 사용하여 법이론적으로 구분하는 이론과 도그마틱을 전개하는 국가는 독일이 유일하다는 평가를 받고 있다.[564]

2. 행정규칙에 대한 일본과 독일의 입장

1) 일본에서의 행정규칙 논의

560) 표명환, 앞의 논문, 467면.
561) 백승주, "유럽연합법 체제하의 재량행위와 판단여지에 대한 독일에서의 논의 고찰", 『공법연구』 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005, 289면; 홍강훈, 앞의 논문, 188면 이하.
562) 서보국, 앞의 논문, 28면.
563) Aufenthaltsgesetz § 53 Ausweisung, §54 Ausweisungsinteresse (1) Das Ausweisungsinteresse im Sinne von § 53 Absatz 1 wiegt besonders schwer, wenn der Ausländer(독일거주법 §53 추방, §54 원칙적 추방 (1) 외국인이 다음과 같은 경우 §53(1)과 같이 추방된다).
564) 서보국, 앞의 논문, 35면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 전통적 논의

일본 역시 우리와 마찬가지로 법규명령과 행정규칙으로 구분하고, 행정규칙은 원칙적으로 행정기관 내부에 대한 구속력을 가지며 직접적 외부효(법규적 효력)를 가지지 않는 것으로 이해되고 있다.[565] 즉 행정규칙은 "행정권이 정립하는 일반적인 규정으로서 법규로서의 성질을 가지지 않는 것" 또는 "행정기관이 정립하는 규정이나 국민의 권리 의무에 직접 관계를 가지지 않고, 요컨대 외부효과를 가지고 있지 않는 것" 등으로 이해되고 있다.[566] 또한 일본최고재판소도 훈령, 통고 등은 일반적으로 행정기관을 구속하기 위한 것으로 직접 국민을 구속하는 것은 아니므로 항고소송의 대상이 아니라고 보고 있다.

(2) 최근의 변화 양상

이러한 일본의 전통적 입장에 대하여 1993년 일본 행정절차법이 '기준'을 규정하면서 법규명령과 행정규칙의 상대화와 관련한 논의가 시작되었다.[567] 기준은 행정법 이론에 의할 경우 행정규칙에 해당한다.[568] 하지만 기준이 운용됨에 있어서는 기준 자체의 법적 성질이 단순한 행정 내부기준에서 일정한 정도의 외부효과를 가지게 되었다고 보고 있는데 이를 일본에서는 '행정규칙의 외부화 현상'이라고 하고 있다.[569] 예컨대 재량준칙에 근거하여 발급된 행정처분이 평등원칙이나 신뢰보호의 원칙 등을 위배하는 경우에 외부적 효력이 인정된다는 것이다.

그 밖에 일본 '국가행정조직법' 제14조 제1항은 "각 대신, 각 위원회 및 각 성의 장관은 그 기관의 소관 사무에 대하여 공시를 필요로 하는 경우에 있어서는

565) 유진식, 앞의 논문, 231면.
566) 정남철, "법령보충적 성격의 행정규칙의 정비 방향과 위임사항의 한계", 『행정판례연구』, 12호, 한국행정판례연구회, 2007, 123면.
567) 行政手続法 第二条 (定義) 八命令等内閣又は行政機関が定める次に掲げるものをいう。ロ 審査基準 (申請により求められた許認可等をするかどうかをその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準をいう。以下同じ。) [행정절차법 제2조(정의) 8. "명령" 등이란 내각 또는 행정기관이 정하는 다음에 해당하는 것을 말한다. 나. 기준(신청에 의한 인허가 등의 여부를 그 법령 규정에 따라 판단하기 위하여 필요한 기준을 말한다. 이하 같다.)]
568) 塩野宏・高木光、条解行政手続法、有斐閣, 2000, p.140(유진식, 앞의 논문, 231면에서 재인용).
569) 정남철, 앞의 논문, 123면; 塩野宏、 行政法Ⅰ〔第五版〕行政法総論、 有斐閣(2009)、 p.100-109(유진식, 앞의 논문, 231면에서 재인용).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

고시를 발할 수 있다"라고 규정하고 있으며, 이러한 고시는 행정권의 당연한 권능에 해당하여 별도로 명문의 근거를 요하지 아니하는 것으로 이해된다. 그러면서도 이 고시는 일정한 경우에 법령과 결합하여 법령의 내용을 보충하며, 이 경우에 법규의 성질을 가지는 것으로 이해되고 있다. 따라서 독일의 규범구체화행정규칙과 유사하다.

오늘날 일본에서도 행정규칙의 수가 증가하고 있음은 물론, 실무상 행정규칙의 형식으로 국민의 권리·의무에 관한 사항, 즉 법규적 사항의 입법이 이루어지고 있음을 알 수 있다. 일본 행정절차법은 인허가 등의 심사에 있어 필요한 기준을 구체적으로 규정하고 이를 공개하도록 규정하고 있기도 하다(일본 행정절차법 제5조 제2항 참조).[570] 이를 참조하여 우리나라 역시 개발행위허가 기준에 대한 법령해석규칙의 제정 가능성을 위한 포괄적 근거를 마련할 수 있을 것이다.

2) 독일에서의 행정규칙 논의

독일에서의 행정규칙에 관한 법리는 학설과 판례를 중심으로 전개되어 왔다. 이 문제는 1982년 서독과 폴란드의 공법학자가 "행정의 내부법(Innensrecht der Verwaltung)"이라는 테마로 개최한 심포지움에서 논의된 후 강한 관심이 시작되었다.[571]

판단여지와 관련하여 규범구체화행정규칙의 법규성이 논의된다. 즉, 행정청의 결정여지에 대한 용어 구분과 행정규칙의 종류 사이에 밀접한 도그마적 연관성이 도출되는바 법규성을 기준으로 '법령해석규칙'과 '재량준칙'은 법규성이 없다

---

570) 第二章 申請に対する処分
第五条 (審査基準)
行政庁は、審査基準を定めるものとする。
2 行政庁は、審査基準を定めるに当たっては、許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。
3 行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、法令により申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により審査基準を公にしておかなければならない。[제2장 신청에 대한 처분, 제5조 (심사기준) ① 행정청은 심시기준을 정한다. ② 행정청은 심사기준을 정할 때에 인허가 등의 성질에 비추어 가능한 한 구체적으로 정하여야 한다. ③ 행정청은 행정상 특별한 지장이 있는 때를 제외하고 법령에 따라 신청제출기관의 사무소에 비치, 그 밖의 적절한 방법으로 심사기준을 공개하여야 한다.]

571) 박종국, "행정규칙의 제정기준법리-미국법과 독일법의 비교를 중심으로-", 『법조』, 제52권 제2호, 법조협회, 2003, 120면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

는 것이 독일과 한국의 통설과 판례이다. 다만 '규범구체화 행정규칙'의 경우 독일의 학계에서는 법규성의 인정 여부에 논란이 있다. '규범구체화 행정규칙'은 판단여지가 존재하는 불확정 법개념에 대해 행정규칙을 제정하는 경우이며 법규성이 인정된다는 독일 학계의 주장이 있었다. 독일 연방행정법원과 연방헌법재판소에서도 환경법과 기술관련법에 있어 판단여지의 인정을 바탕으로 법규성이 있는 '규범구체화 행정규칙'을 명시적으로 인정하고 있음은 주지의 사실이다.

다만 판단여지가 있는 불확정 법개념의 경우 이를 보충하기 위한 행정규칙은 완전한 사법심사의 영역에 존재하기에 재량준칙에 대한 사법심사구조와 유사한 것이 아니냐는 의문이 들 수 있는데, 독일의 경우 판단여지가 아닌 표준화(Standardisierung)와 관련하여 환경법과 기술관련법 및 특별한 절차와 관련된 결정에 대한 행정규칙이 판단여지를 바탕으로 제정된 경우 통상적으로 법규성이 인정된 '규범구체화 행정규칙'으로 인정되어야 한다는 주장이 더 설득력을 얻고 있다. 또한 이 경우 그 적법성을 법원이 심사함에 있어서 재량심사와는 다른 기속심사의 형태를 취하고 있다. 하지만 모든 판단여지에 대한 법원의 심사구조가 동일하다는 일반화는 불가능하다. 대표적인 판단여지의 예로 언급되는 시험결정, 공무원법상 성과평가 또는 위원회의 결정 등에 행정규칙이 제정되어 있지 않은 경우에는 재량심사와 동일한 구조의 판단여지심사가 이루어진다. 따라서 판단여지와 규범구체화 행정규칙은 필연적인 동반관계라고 할 수는 없다. 명시적 법률적 근거가 없더라도 종종 지침, 계획 또는 이와 유사한 것으로 표시되는 행정규칙은 건축 및 도로법(Bauordnungs- und Straßenrecht)의 영역에서 발견된다.[572]

독일의 규범구체화 행정규칙에 관한 논의는 매우 제한된 영역에서 허용되므로 이를 우리의 법령보충적 행정규칙에 그대로 적용하는 것은 무리이다. 독일의 통설 ·판례는 원칙적으로 행정규칙의 법규성을 부인하고, 예외적으로 규범구체화 행정규칙에 대하여 직접적·대외적 구속력을 인정하고 있다. 독일에서는 이러한 행정규칙의 법적 구속력에 관한 논쟁은 헌법적 한계로서 논의되어 행정규칙은 원칙적으로 평등원칙 또는 신뢰보호의 원칙에 의한 행정의 자기구속의 원칙에 의해 간접적이고 사실적인 구속력만을 가지며, 행정법원에 대해 재판규범성을 가

572) 신정규, "독일과 유럽 행정법에서의 행정규칙", 『토지공법연구』, 제82권, 한국토지공법학회, 2018, 304면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지고 있는 것은 아니라고 한다.

제5절 소결

이상을 통하여 일본과 독일의 국토관련 법제와 개발행위제도 그리고 인허가의제제도 및 판단여지론과 이를 보충하기 위한 수단으로서 행정규칙에 대하여 검토하였다. 해외 사례의 비교법적 검토는 국토계획의 규제적 측면과 조화롭게 국토계획법의 개발행위허가제도가 어떠한 방식으로 운영되고 있는지에 대하여 중점적으로 분석하고자 하였으며 그 과정에서 각 법의 개략적인 특징도 함께 살펴보았다. 대상국을 선정함에 있어 우리나라 법제에 가장 많은 영향을 미친 것으로 언급되는 일본과 독일의 제도를 검토하였는데, 그 비교분석 결과를 보면 매우 유사하면서도 또 다른 특징들을 알 수 있었다.

먼저 국토계획법제의 검토를 통하여 우리 개발행위허가제도에 있어 인허가의제는 다른 나라에서는 입법을 찾아보기 어려운 것인데 독일이나 일본 역시 난개발의 문제가 있기는 하지만 우리나라보다 더 심하다는 평가를 받는 것 같지는 않다. 그렇다면 우리나라의 경우 난개발의 방지와 관련하여 도입된 개발행위허가제도가 인허가의제제도와 결합하여 과연 그 효과를 내고 있는지 입법적 고민이 필요해 보인다.

불확정법개념에 대한 판단여지와 관련하여 일본과 독일 역시 행정규칙의 형식으로 그 한계를 설정하여 운용하고 있는 점을 알 수 있었고, 특히 일본은 일본 행정절차법을 통하여 '기준'을 규정하여 처분성을 가지는 것으로 규정한 점도 특징적이다. 이는 우리의 개발행위허가제도 기준에 있어서도 참고할 수 있을 것이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제5장 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도에 대한 개선방안을 위한 제언

제1절 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도의 개선 필요성과 그 방향

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도의 개선 필요성

1) 개발행위허가제도에서 확인되는 문제점

(1) 난개발 방지를 위한 체계적인 법제도의 부재

지금까지 국토계획법상 개발행위허가제도의 공법상 문제점으로 인허가의제제도와 기준에 대한 검토를 하였다. 즉, 개발행위허가는 「국토기본법」의 이념과 국토계획법이 정하는 국토계획에 관한 원칙 안에서 운영되어야 한다. 그런데 국토계획법상 개발행위허가 절차에 있어서, 개발행위허가는 다른 법으로부터 의제되는 경우가 발생하는데 이 인허가의제 법리와 관련하여 주된 허가와 의제되는 인허가 사이의 인허가의제의 방법과 관련하여 의제되는 인허가의 절차를 거쳐야 하는지, 인허가 요건의 판단에 있어 실체집중이 된다고 볼 수 있는지, 이 과정에서 주된 인허가 행정청과 의제되는 인허가 행정청 사이의 “협의” 성격은 무엇인지 문제 되고, 의제되는 인허가처분이 실재하는지 만약 실재한다고 본다면 독립하여 의제되는 인허가처분만을 소송의 목적으로 삼을 수 있는지, 사후관리에 있어서 의제되는 인허가에 의무를 부과할 수 있는지가 문제 되고 있음을 확인하였다. 이러한 인허가의제와 관련한 문제점은 결국 법령에 의한 인허가의제의 개념의 부존재에 따른 것으로 그 해결을 위하여 「행정기본법」을 2021. 3. 23. 제정·시행하여 입법적으로 해결하고자 한 것으로 보이지만 인허가의제와 관련한 모든 사항을 입법에 담지 못하였고, 학설 및 판례 역시 확립되지 못하여 실무상 혼란을 주고 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

특히 다른 법률에 따른 행정처분을 하면서 국토계획법상의 개발행위허가를 의제하는 경우 관련 법령의 종합적 검토의 필요성이 인정됨에 따라 개발행위허가의 기준이 불확정법개념인 경우 행정청의 자의적 권한 행사를 방지하고, 국민의 행정에 대한 신뢰 확보를 위하여 기준에 대한 법령해석규칙 제정 확대의 필요성이 있음을 확인하였다.

(2) 해결 수단을 위한 입법의 부재

이러한 국토계획법상 개발행위허가제도가 갖는 문제점을 해결하기 위한 방안으로 먼저 행정쟁송 수단을 생각할 수 있다. 즉, 개발행위허가제도를 둘러싼 구체적 공법적 법률관계에 대하여 행정쟁송 수단을 통한 방법을 기대해 볼 수 있을 것이다. 하지만 행정심판과 행정소송과 같은 행정쟁송 수단을 통한 해결은 이미 사후적인 조치이며, 개발행위허가제도가 갖는 문제점을 근원적으로 해결하는 것 역시 아니다. 뿐만아니라, 이러한 행정쟁송 수단은 내재적으로 갖는 일방필패(一方必敗)의 판단이라는 본질적인 한계로 인하여 원고가 되는 이해관계인 또는 지역주민의 청구가 인용된다고 하더라도 개발행위허가를 둘러싼 갈등 자체가 본질적으로 해결되는 것이 아닌 점에서 적절하지 않다.[573] 따라서 국토계획법상 개발행위허가제도를 둘러싼 공법적 문제점에 대한 해결을 사법적 수단에만 의지할 수는 없다.

다음으로 오늘날 행정법규의 제정에 있어서 입법부와 행정부의 협력적 법제정이 강조되고 있기는 하지만 이 역시 해결 수단으로 적절하지 않다.[574] 즉, 현재 우리나라는 '공무원의 적극 행정'이라는 미명 아래 신청인의 신청사항을 적극적으로 검토하는 것을 올바른 행정으로 보아 이를 유도하고 있다. 하지만 국토는 다른 재산권의 객체들과 달리 재생산 혹은 대체가능성이 없어 공급이 제한되어 있으며 개발행위허가를 함에 있어서는 환경권이라는 헌법적 가치를 고려하여 개발행위허가의 기준 충족 여부를 검토해야 하는데 불구하고 일반적인 행정행위와 마찬가지로 신청인의 신청을 적극적으로 수용하는 것은 오히려 난개발의 방지를 위한 개발행위허가제도의 안정성에 기여하기 어렵다. 이러한 점은 목차를 달리하여 검토하는 바와 같이 개발행위허가를 둘러싼 공법적 문제점의 연장선에서 개발행위허가실무 역시 혼란을 겪고 있는 점을 통하여 확인된다.

따라서 개발행위허가제도에 대한 문제점의 해결방안을 반영한 입법적 해결의 방법이 우

573) 강주영, "글로벌 시대의 행정소송의 전망과 과제", 『저스티스』, 통권 제158-3호, 한국법학원, 2017, 42면 참조.
574) 정남철, "행정법학의 구조변화와 행정판례의 과제", 『저스티스』, 통권 제154호, 한국법학원, 2016, 162면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

선되어야 할 것이다. 즉, 국토계획법상 개발행위허가제도의 집행 주체인 공무원에게 판단기준을 명확하게 제시해주는 입법을 입법부 또는 행정부 차원에서 마련하는 것이 규범적·제도적 불명확성을 해소해주는 방식으로 보다 적합할 것이다.[575] 이는 적극행정 유도를 통한 행정행위의 조종보다 더 근본적인 문제해결의 방식이기도 할 것이다.[576]

이를 위하여 먼저 그동안 국토계획법의 개정 연혁 중 개발행위허가의 개정 연혁을 간략히 살펴보면서 그 개정과정에서 개발행위허가를 둘러싼 공법적 문제점이 어느 정도 반영되었는지에 대한 확인이 필요하다.

2) 국토계획법상 개발행위허가제도의 개정 연혁

(구)국토건설종합계획법과 (구)국토이용관리법 그리고 (구)도시계획법의 3중으로 구성되었던 국토 관련 법제는 국토계획법의 제정으로 「국토기본법」과 국토계획법의 2중 체계로 변화되었다. 그리고 국토계획법은 2002. 2. 4. 제정되어 2003. 1. 1. 부터 시행된 후 20년 가까운 세월 동안 93번의 개정을 거쳤다.[578] 하지만 타법개정이 대부분이며, 일부개정 혹은 전부개정의 경우는 27번에 그친다. 그리고 27번의 개정 내용들 가운데 개발행위와 관련한 개정은 15차례의 이뤄진 것으로 확인된다. 전체 개정 횟수 가운데 과반수 이상의 개정이 개발행위허가와 관련한 것인 만큼 국토계획법에 있어서 개발행위허가제도가 끊임없이 논의되고 있다는 점을 알 수 있다. 이는 국토계획법 분야의 가변성과 역동성을 확인해 주는 것이기도 하다.[579]

<표5-1> 개발행위허가 규정의 개정 연혁 [577]

연혁	개정사유	개정내용
2004. 1. 20.	○ 토지적성평가 및 개발행위허가 등의 대상과 기준을 조정	○ 개발행위허가 녹지지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역의 제1종근생시설과 주택사업계획승인 대상이 아닌 주택의 경우 연접개발 제한대상에서 제외
2005. 1. 15. (시행령)	○ 관리지역의 원활한 택지공급과 중소기업 공장입지 기준 완화	○ 개발행위허가 공장부지 증설에 대한 연접개발 규제 완화

575) 이재훈, 앞의 논문, 224면.
576) 이재훈, "행정청의 민주적 정당성", 『공법연구』, 제45집 제4호, 한국공법학회, 2017, 206면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2005. 9. 8. (시행령)	○ 중소기업의 공장 신설 완화 ○ 장기 임대주택의 활성화	○ 개발행위허가 개발토지의 도로 확보 기준 일원화
2006. 12. 7.	○ 도시계획위원회 심의 절차의 객관성과 공정성 확보 ○ 투기심리 억제를 통한 부동산 시장 안정 도모	○ 개발행위허가 비도시지역 토지 분할 포함
2008. 9. 25.	○ 연접개발 규제 완화	○ 개발행위허가 연접개발 합산제도 개선
2009. 7. 7.	○ 토지의 효율적 이용을 촉진하고 기업투자를 활성화	○ 개발행위허가 연접 합산기준 개선
2010. 4. 29.	○ 토지의 연접개발 제한을 합리적으로 개선	○ 개발행위허가 대규모 단일시설물에 대한 규모제한 완화
2011. 3. 9. (시행령)	○ 연접개발 제한 폐지지역의 난개발 방지	○ 개발행위허가 연접개발 제한 폐지 및 도시계획위원회 심의 의무화
2011. 4. 14.	○ 복잡하고 경직적인 국토이용체계를 통합·단순화 및 유연하게 개편	○ 개발행위허가 용도지역 및 기반시설 등에 따른 기준의 차등화
2012. 2. 1.	○ 개발행위 인허가의 간소화	○ 개발행위허가 인허가 의제 협의기간을 20일로 정하고 협의회 구성
2014. 1. 17.	○ 개발행위허가 운영 미비점 개선	○ 개발행위허가 인허가의제처리시 이행보증금 예치의무 부과 ○ 개발행위허가 인허가의제처리시 공공시설 처리 명확화
2014. 11. 11.	○ 국민과 기업의 투자 애로 해소 및 운영상 미비점 개선	○ 개발행위허가를 받지 아니하여도 되는 공작물 설치의 수평투영면적 기준 완화
2016. 5. 17. (시행령)	○ 제도 운영상 미비점 개선	○ 개발행위허가 경사도 산정방법 일원화
2018. 8. 14.	○ 개발행위허가 운영 미비점 개선	○ 도시·군 계획사업으로 의제되는 개발행위의 경우 개발행위허가 대상에서 제외
2021. 1. 12.	○ 벌칙 규정 개선	○ 법률 등의 위반자에 대한 처분 대상에 개발행위허가를 받고 그 개발행위허가의 조건을 이행하지 아니한 자와 성장관리계획구역에

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

		서 그 성장관리계획에 맞지 아니하게 개발행위를 하거나 건축물의 용도를 변경한 자를 추가

그런데 이들 개정내용을 살펴보면, 공법적(公法的) 측면에서 유기적 고민을 통한 개정이기보다는 주로 국토계획의 기술적인 입장에서 개별적 문제에 대한 대응이라는 방식으로 진행되었던 것으로 보인다.

즉, 개발행위허가의 의제제도와 관련한 개정은 총 세 차례 있었는데, 2012. 2. 1. 개정사항은 인허가의제제도의 협의 기간을 정하여 절차를 신속하게 진행하도록 유도하는 행정 절차적인 내용의 개정이었고, 2014. 1. 17. 개정과 2018. 8. 14.의 개정에서는 인허가의제절차의 집중을 의도한 듯한 개선사항이기는 하지만 여전히 문제점이 남아 있는 것으로 보아 충분한 개선책은 아니었던 것으로 판단된다.

한편 열두 차례의 개정은 개발행위허가의 기준에 대한 것이었는데, 개정내용을 보면, 난개발의 방지를 위한 연접개발 규정에 대하여 다섯 차례의 개정 끝에 결국은 2011. 3. 9. 연접개발 제한의 규정을 폐지하였음을 확인할 수 있고, 개발행위허가 대상과 관련하여 기준을 설정하는 규정들에 대하여 개정이 일곱 차례 진행되어 개발행위허가에 있어서 기준이 갖는 문제점은 다소 빈번하게 논의되고 있었음을 추론할 수 있다.

2. 개발행위허가 실무단계에서의 개선 필요성

이렇듯 빈번한 개정에 불구하고 우리 국토계획법은 지금까지 검토한 국토계획법상 개발행위허가제도가 갖는 공법적 문제점들에 대한 본질적 논의를 반영하고 있지는 못한 점을

577) 국토교통부, 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률 해설집』, 진한앰엔비, 2020, 101-104면 참조. 개정 횟수에는 국토계획법만을 기준으로 계산하였고, 개정의 내용에는 국토계획법의 위임을 받아 시행령이 변경된 것을 포함하였다.

578) 이 논문 제5장에서는 국토계획법상의 개발행위허가제도의 개정연혁을 살펴보는 것을 통하여 개발행위허가제도의 문제점이 그동안의 법령 개정과정에서 개선되지 못한 점을 지적하고자 하였다. 참고로 개발행위허가제도의 도입연혁, 국토계획법의 제정연혁 및 주요 특징과 관련해서는 이 논문, 29면, 10면 및 16면 각 참조.

579) 신봉기, 앞의 논문, 55면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

알 수 있다. 개발행위허가제도는 기반시설과의 관계를 포함한 국토의 이용 및 계획에 관한 기술적인 문제를 포함하는 만큼 개발행위허가제도의 문제점 해결에 있어서는 국토계획법상 개발행위허가제도의 공법적(公法的) 관점과 국토계획의 기술적인 측면 즉, 개발행위허가 실무가 단절되지 않기 위한 노력이 필요해 보인다. 이를 위하여 국토계획법상 개발행위허가제도가 갖는 실무상의 어려움을 파악하여 그 조화로운 개선방안의 검토가 필요하다.[580]

1) 인허가의제제도의 체계 미정립으로 인한 업무상 혼란

실무적으로는 개발행위허가에 의하여 법령상 인정되는 인허가 의제효를 두고 많은 논의가 있다.[581] 특히 의제효가 발생하는 시기와 그 요건 등의 체계가 정립되어 있지 않음에 따라 실무상 어려움을 초래한다.

개발행위허가 의제제도(타법에 의한 개발행위허가의제 포함)에 대한 문제점 또는 개선점으로는 먼저 주된 허가와 개발행위허가 사이에 협의가 실질적으로 이뤄질 수 있도록 하는 절차의 필요성이 강조된다. 개발행위허가를 의제하고 있는 법률들을 보면, 개발행위허가 절차에 있어서 주된 인허가를 담당하는 행정청과 의제되는 인허가를 담당하는 행정청 사이에 협의 규정을 두고 있는 것이 대부분인데 그 협의의 성격에 관한 문제점이 실무에 있어서도 업무의 혼란으로 이어지고 있는 것이다.

구체적으로는, 주된 허가처분을 위한 개별 부서의 의제 협의시 주된 허가처분에 대한 사전 지식(정보)이 없기 때문에 정확한 처분이 어려운 점, 의제되는 개별 부서 간 그 기준이 중복됨에도 불구하고 각 부서의 입장에 따라 결과가 달라지기도 하는 점, 인허가의제제도가 절차의 집중을 도모하고 있음에도 불구하고 실무자들은 업무의 구분이 명확하지 않다거나 협업의 노력이 부족하여 아쉽다는 점, 개발행위 허가시 판단하는 요소와 다른 부서에서 다른 법령에 따라 판단하는 요소가 서로 공유가 되지 않다 보니 각 부서에서는 다른 부

580) 한편, 한편 독일 행정법의 경우 '독일의 신행정법학'의 개관을 통하여 행정실무와 독일 행정법 이론과의 단절을 극복한 것으로 평가받는다는 견해가 있다(김중권, "21세기 국가모델을 위한 행정법의 현대화와 개혁", 『공법연구』, 제48권 제1호, 한국공법학회, 2019, 389면. 이 논문에서는 EU 행정법이 독일 행정법의 변화를 자극하는 역할을 하고 있지만 하지만 우리 행정법에 있어서는 이러한 외부적 환경이 없어 현대화되는 길이 더디다는 평가를 받는 원인이 된다고도 지적하였다).

581) 김광수, 앞의 논문, 5면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

서가 그 부서에서 검토해야 할 사항을 제대로 검토하지 않고 협의한다는 문제점, 주된 인허가를 위해 개별법상의 인허가를 일괄처리할 수 있도록 하는 것이 의제처리제도 이지만 실질적으로는 이원화되어 절차가 진행되므로 중간 과정이 누락 되고, 문제가 발생할 경우는 어느 과정에서의 문제인지 명확하게 하기 어려운 점 등이 지적될 수 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 의제되는 각 행정청의 판단에 따라 상호 영향을 받기도 하는 점에서 모든 의제협의 부서의 의견을 다른 부서들도 확인 할 수 있도록 시스템을 개선하거나 개발행위허가는 의제의 대상으로 할 것이 아니라 사전적으로 검토하도록 할 필요가 있다.

이는 현행 국토계획법상 개발행위허가 의제제도가 오로지 민원인의 '신청 편의'에 있을 뿐이고, 그 처리 절차에 있어서는 인허가의제제도가 의도한 합리적인 집중효과를 도출하지 못하고 있는 점에 기인한다. 따라서 개발행위허가 의제제도를 운용함에 있어 주된 인허가를 하면 국토계획법상의 개발행위허가 역시 책임에 의한 처리를 하도록 할 필요가 있다.

2) 불확정법개념에 대한 판단의 어려움

실무상 개발해위허가 기준의 불확정법개념으로 인한 어려움 역시 해소되어야 한다. 즉, 개발행위허가제도가 난개발을 방지하고 국토의 계획적 관리를 도모하고자 하는 취지의 제도임에도 불구하고 '난개발'에 대한 정의부터 알 수 없어 개발행위허가의 판단을 함에 있어 설명이 부족하고, 국토의 계획적 관리의 의미도 알 수 없기 때문이다. 이는 개발행위허가제도가 그 존재 이유에서 부터 불확정법개념을 사용하고 있어 단순히 '우량', '원형보존', '파괴' 등의 단어에서 비롯하는 문제가 아닌 것이다.

그리고 중앙부처와 각 행정청 사이에 있어서도 정책간에 상호 검토가 이뤄지지 않다 보니 '태양광 개발'이라는 하나의 행위를 두고 국토교통부에서는 꼼꼼한 절차적 검토를 요구하는 반면, 산업통상자원부에서는 폭넓은 허용을 위한 가이드라인을 배포하고 있는 등 정책 방향이 충돌하여 실무자들이 개발행위허가 기준의 판단에 있어서 혼란을 가중하는 원인이 되고 있다.

개발행위허가 기준에 있어 사용되고 있는 단어들의 모호함과 추상성은 그 판단의 기준 설정이 시급하다. 예를 들어 기본적인 사항 즉, '2m의 성토까지는 개발행위허가가 필요하지 않다'라고 할 때 2m의 기준점을 알 수 없고, '원형보전'이라고 할 때 어느 정도까지가 원형

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

의 보전인지 알 수 없는데, 데이터화된 기준마저 없어 담당자마다 판단이 다를 수 밖에 없는 점은 실무에 있어 큰 부담으로 작용하는 것으로 해석된다.

3) 난개발 방지 시스템의 미비

난개발을 방지하기 위한 취지로 제정된 국토계획법상 개발행위허가제도가 실무상 효율적으로 운영되기 위해서는 제도의 전반적인 재검토가 필요한 시점이라 할 것이다. 즉, 실무상 주된 인허가를 담당하는 행정청과 개발행위허가를 담당하는 행정청에서 주된 인허가 및 의제되는 인허가와 관련하여 현행화된 데이터를 공유하거나 서로 접근할 수 있도록 권한을 확대할 필요가 있다. 이는 제도적인 개선이 필요한 지점이다. 개발행위허가를 할 수 없는 곳으로 용도지역·용도지구가 선정될 경우에는 그에 따른 재산적 보상을 통하여 편법적인 개발을 방지해야 할 것, 판단을 다르게 하여 어느 한 곳이라도 개발행위가 있게 되면 그 주변 지역 역시 선행 판단의 영향을 고려하지 않을 수 없는 점에서 행정청 상호 간 협의가 절실하게 필요하다.

3. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가제도의 개선 방향

1) 개발행위허가 실무의 접목 필요

이상과 같이 개발행위허가 실무에서 국토계획법상 개발행위허가제도는 인허가의제제도가 복잡하고 그 법리의 이해가 쉽지 않으며, 개발행위허가 기준에서 불확정법개념으로 인한 처리상의 비일관성 등이 문제점으로 거론된다. 이는 국토계획법상 개발행위허가제도의 공법상 문제점들이 개발행위허가 실무에 있어서 고스란히 이어지고 있었으며 결국 국민에 대한 손해로 나타날 수 있다는 점을 확인해 주는 것이다. 즉, 국토계획법상 개발행위허가의 공법적 문제점들이 갖는 논의에 대하여 학설과 판례의 입장이 통일되지 못함에 따라 이들 법규정을 집행하는 행정실무의 입장에서는 어떠한 방식으로 집행하는 것이 올바른 것인지 파악 하는데 있어 불안전성을 느껴 결국 업무에 혼란이 발생하는 것이다. 이는 현실적으로

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

개발행위허가 담당자들의 업무처리의 지체로 이어지고 결국 국민에 대한 불합리한 행정규제가 초래되기도 한다. 이 경우 국민은 행정청은 물론 국토계획법을 둘러싼 공법관계 전반에 대한 불신을 갖게 되기도 한다.[582] 따라서 국토계획법상 개발행위허가제도가 갖는 문제점의 해결을 위한 개선방안을 고민함에 있어서도 개발행위허가 행정현실에 있어서의 문제점을 함께 고려한다면 보다 합리적인 개선방안을 도출할 수 있을 것이다. 이는 곧 개발행위허가 실무의 개선도 일체로 이뤄지는 것이며 이를 통하여 행정청이 갖는 공익 달성의 권한과 의무를 실현하는 길이 될 것이다.

2) 개발행위허가제도의 개선방안

이를 고려한 개선방안은 다음과 같다.

일단 첫째로, 개발행위허가의 개념 정립부터 시작되어야 한다. 우리 국토계획법상 개발행위허가제도가 명문으로 규정된 시점부터 따지더라도 20년이 넘었는데 여전히 개발행위의 개념에 대하여 명확한 정의 규정이 없는 것이 현실이다. 즉, 개발행위허가의 대상에 대한 규정만을 두고 있다 보니 개발행위허가의 대상으로 규정된 것만을 허용하는 것인지 아니면 원칙적으로 개발행위의 자유가 허용되는 것이지만 일반적 금지상태인지와 관련하여 개발행위허가의 법적 성질에 대한 논의로까지 이어지고 있는 것이다.[583] 이는 개발행위허가제도의 발전적인 존립을 위해서도 반드시 정립되어야 할 것이다.

둘째로, 개발행위허가의제 규정의 체계화가 필요하다. 비교법적으로 보더라도 우리나라와 같이 광범위한 범위에서 인허가의제를 다양하게 규정하는 입법례는 찾기 어려우며 「행정기본법」의 제정에도 불구하고 여전히 혼란은 잦아들지 않고 있다. 무엇보다 인허가의제제도의 도입 취지로 '절차 간소화'를 들고 있지만 '절차 간소화'라는 행정정책이 공법상 규율의 근거가 될 수 있는지는 의문이다. 특히 개발행위허가를 의제하고 있는 다른 법률들을 살펴보았을 때 국토계획법에 의한 계획으로서 행정계획의 성질을 갖는 점을 고려하면, '절차 간소화'라는 취지 하에 일반적인 건축허가와 관련한 「건축법」이 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 것은 재고의 대상이다.

셋째로는 개발행위허가 심사에 있어서 적극적인 기준 마련이 필요하다. 규범의 불명확

582) 이재훈, 앞의 논문, 223-224면 참조.
583) 이 논문, 40면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

성으로 인하여 촉발되는 개발행위허가 실무에서의 업무상 혼란은 국민에게 고스란히 전가되고 있다. 국토계획법은 지방자치단체의 조례로 개발행위허가운영을 위한 세부 기준을 마련할 수 있는 여지를 규정하고 있으므로 규범적 해석이 불명확한 규정들에 대하여 각 지방자치단체의 실정을 반영한 법령해석규칙의 마련을 적극적으로 고려할 수 있을 것이다.이를 통하여 개발행위허가기준의 적용에 있어 판단여지의 한계를 준수하고 결국 적법한 행정으로 이어지게 될 것이다.

이들 개선 방향의 자세한 내용은 절을 달리하여 검토하는 바와 같다.

제2절 개발행위허가 개념의 정립

1. 개발행위 개념 규정의 부재

1) 개발행위허가의 연혁과 개발행위의 개념

앞서 제2장에서 검토한 바와 같이 우리 국토법제에서 '개발행위허가'라는 명칭이 등장한 것은 2000년대에 들어서이다.[584] 하지만 국토계획법의 전신인 (구)도시계획법이 제정 당시부터 규정한 도시계획 구역 안에서의 토지 형질변경허가는 그 의미에 있어서는 (구)도시계획법이 2000년 전부 개정되면서 제46조에 규정한 개발행위허가와 동일하다.[585] 그리고 (구)도시계획법 제46조의 개발행위허가는 지금의 국토계획법상 개발행위허가와도 동일한 내용이다. 따라서 (구)도시계획법이 폐지되고 국토계획법 체계가 시작되면서 그 적용 대상을 전 국토로 확대하고, 그 기준에 있어 변화가 생기기는 하였지만, 국토계획법의 제정으로 비로소 개발행위의 허가에 있어 본질적인 내용상의 변화가 생겨난 것이라고 볼 수는 없다.[586] 즉, 토지에 대한 일정한 개발행위의 경우 행정청의 허가

584) 이 논문 제2장 31면 참조.
585) 유천용, "향후 통합지침제하에서의 지구단위 계획지침 개편과 운영방안", 『도시문제』, 제45권 제3호, 행정공제회, 2010, 23면 참조.
586) 전진원, 앞의 책, 401면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

를 얻도록 하는 내용의 개발행위허가는 그 본질에 있어서는 1962. 1. 20. 법률 제983호로 (구)도시계획법이 제정된 때부터 줄곧 규정되어 온 것이라고 보아야 할 것이기 때문이다.

그뿐만이 아니다. 1934년 6월 28일 조선총독부제령 제18호로 제정된 조선시가지계획령을 보면 제1장에서 총칙 규정을 두고 제2장에서 지역 및 지구의 지정과 건축물 등의 제한, 제3장에서 토지구획의 정리를 규정하여 시가지 계획이라는 하나의 행정행위에 의하여 시가지에 대한 계획적인 통제를 하였음을 볼 수 있다.[587] 따라서 조선시가지계획령은 시가지에 대한 개발내용과 건축물의 규제내용을 복합하여 규율하고 도시계획 분야·토지구획정리사업 분야를 포괄하였고 현재 우리의 「건축법」과 국토계획법의 초석으로 소개되고 있다.[588]

그럼에도 불구하고 개발행위에 대한 개념 정의는 규정되어 있지 않아 오래전부터 비판을 받아 왔다.[589] 그리고 개발행위허가제도는 도시·군 관리계획의 범위에서 토지의 이용행위가 이루어지도록 하고 그 밖의 행위는 제한하는 소극적 기능을 하는데 그칠뿐 토지이용행위를 적극적으로 유도하는 기능에까지는 이르지 못한 것으로 비판받기도 한다.[590]

하지만 국토계획법상 개발행위허가 규정이 거듭되는 개정을 거치면서도 개발행위의 개념을 명문으로 입법하지 않은 것은 목차를 바꾸어 검토하는 바와 같은 개발행위허가의 법적 성질과 관련되어 있다고 본다.

2) 개발행위 개념 부재의 원인

국토계획법상 개발행위허가의 오랜 연혁에 불구하고 개발행위 개념에 대한 정의 규정을 두지 않았던 것은 개발행위허가의 법적 성격에서 비롯하는 것으로 볼

587) 이규환, “조선시가지 계획령과 서울의 도시개발사업”, 『한국공공관리학보』, 제16권 제2호, 한국공공관리학회, 2002, 192면 참조.
588) 이세정, 『건축법제 선진화를 위한 법령체계 정비방안 연구』, 한국법제연구원, 2014, 234면 참조.
589) 김용섭, 앞의 논문, 124면은, (구)도시계획법이 ‘개발행위’의 정의규정을 두지 않은 점을 언급하면서 개발을 유형적 개발(좁은 의미의 개발로서 특정토지에 도로를 개설하는 것과 같이 물리적 변형을 초래하는 개발)과 무형적 개발(용도변경과 같이 이용상태의 변경에 머무는 개발), 혼합적 개발(산림전용·농지전용·토지형질변경과 같은 개발)로 구분하기도 하였다.
590) 정태용, 『국토계획법』, 한국법제연구원, 2009, 342면; 석종현, 앞의 논문, 3면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

수 있다. 즉, 앞서 제2장에서 검토한 바와 같이 개발행위허가의 법적 성격은 예외적 승인으로 보아야 한다.[591] 예외적 승인은 사회적으로 바람직하지 않은 일정한 행위를 법령상 원칙적으로 금지하고 다만 그 금지목적을 해하지 않는 범위에서 이러한 금지상태를 예외적으로 해제하여 당해 행위를 적법하게 할 수 있도록 해주는 것으로 '금지의 해제'라는 점에서 허가와 본질적인 차이가 없다.[592] 즉, 국토의 훼손은 일단 한번 이뤄지게 되면 그 효과는 불가역적인 점에서 제한된 국토이자 유한한 재산인 토지에 대하여 그 소유자의 자유로운 개발행위를 무분별하게 허용할 경우, 국가적으로 그리고 사회적으로 결코 바람직하지 않은 결과를 초래할 것임은 명백하다. 따라서 우리 헌법 제122조에서도 국가는 헌법 제23조의 재산권의 보호 대상이 되는 토지에 대하여 필요한 제한과 의무를 부과할 수 있도록 하는 것이다. 이를 전제로 국토계획법의 개발행위허가제도를 살펴보면, 토지소유자의 재산권의 활용에 있어 그 개발행위에 대한 개인의 자연적 자유가 헌법 제122조에 의하여 제한된 상태에 있으며, 다만 국토계획법 제56조의 개발행위허가 대상에 해당하는 개발행위의 경우는 그 심사요건을 충족하는 경우에 한하여 자신의 재산권을 희망하는 내용대로 이용할 수 있는 자연적 자유를 회복할 수 있도록 하고 있다. 즉, 그 법적 성격에 있어 예외적 승인으로 보는 한 본래적으로 개발행위의 자유가 자연권으로 인정되는 것이므로 국토계획법은 개발행위의 개념을 규정하지 않고 다만 허가의 대상이 되는 행위만을 규정한 것으로 보아야 한다. 이는 「건축법」과 국토계획법이 그 연혁에 있어 동일한 규정에 기인하는 점을 보더라도 그렇다. 즉, 조선시가지계획령이 「건축법」과 국토계획법의 전신으로 기록되는 점에서 「건축법」이 규정하는 건축허가의 법적 성격과 관련해서는 강학상 허가로 보는 것에는 이론의 여지가 없으면서 동일한 규정으로부터 비롯한 국토계획법은 「건축법」과 달리 권리를 설정하는 강학상 특허의 성격을 갖는다고 보는 것은 연혁적으로도 맞지 않다.[593] 그렇다면 「건축법」상 건축허가의 법적 성격을 설명할 때 자연적으로 인정되는 건축의 자유를 경찰 목적을 위하여 금지하였던 것을 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 해제하여 주는 것으로 보는 것과 마찬가

591) 이 논문, 50면 참조.
592) 장경원, 앞의 논문, 247면; 박균성, 앞의 책, 354면 등.
593) 개발행위허가의 행위형식에 대하여 강학상 특허의 성격을 갖는다는 견해에 대해서는 이 논문, 46면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지로 국토계획법상 개발행위허가 역시 자연적으로 인정되는 개발행위의 자유를 국토의 체계적 이용이라는 공익적 목적과 헌법상의 제한에 근거하여 금지되었다가 개발행위허가 기준을 충족하는 경우 이를 해제하여 주는 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 개발행위 또는 개발행위허가의 개념정의 규정이 존재하지 않았던 것은 바로 이러한 개발행위허가의 법적 성격이 헌법상 인정되는 자연적 자유를 전제하는 것이었으므로 그 정의규정을 두기 보다는 일정한 경우 금지의 해제가 되는 요건을 규정한 것으로 판단된다. 하지만 개발행위허가 규정의 안정적인 운영을 위해서는 개발행위허가의 법적 성격의 명확화와 함께 개발행위의 개념 역시 정의하는 것이 이를 둘러싼 혼란을 줄이는 방법이 될 것이다.

3) 개발행위 개념의 설정 방향

명문화된 개발행위개념이 없음에도 불구하고 개발행위의 개념은 학자들에 의하여 '개발이 가능한 토지에서의 일정한 요건을 갖추어 개발행위를 하고자 신청하는 자에게 개발금지를 해제하여 개발행위를 허가하는 제도' 또는 '기존의 용도지역·지구제 만으로는 계획적인 토지이용을 하기에 한계가 있다는 점에 기인하는 것으로 기존의 토지이용제도를 보완하여 난개발을 억제하고 환경친화적인 개발을 도모하여 기반시설이 갖추어진 개발을 가능하게 하여 계획적인 토지이용과 개발을 한다는 취지 아래 도입된 제도'로 이해되기도 하였다.[594]

이러한 기존의 개념설정을 고려하여 국토계획법상 개발행위의 개념을 설정한다면 다음과 같은 사항이 고려될 필요가 있다.

(1) 국토계획법의 체계정합성 관점

개발행위 및 개발행위허가의 개념을 정립함에 있어 고려해야 할 사항은 우리의 토지이용상황 및 전반적인 국토관련 법제와 상충되지 않아야 한다는 점이다. 그리고 「국토기본법」이 규정하는 국토관리의 기본이념과 국토계획법이 규정하는 기본원칙에도 부합하여야 한다.[595] 이는 「국토기본법」과 국토계획법이 사실

594) 구철회, "개발행위허가기준의 법적 쟁점과 개선방안에 관한 연구 -최근10년간 행정심판 사례를 중심으로-", 『한성대학교 대학원 석사학위 논문』, 2019, 4면; 김용섭, 앞의 논문, 126면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

상 국토관련 법제에서 갖는 기본법으로서의 지위를 고려해야 한다는 의미이다. 「국토기본법」은 국토종합계획을 중심으로 국토에 관한 계획 및 정책을 수립·시행함에 있어서 지향하여야 할 이념 내지는 기본방향(지침)을 제시하는 최상위의 법률인바 이에 기초하여 제한된 국토의 합리적 이용을 도모하기 위하여 국토의 이용·개발 및 보전을 위한 다양한 계획 등에 관하여 필요한 상황을 총괄적으로 규정하고 있는 것이 국토계획법이다. 국토계획법은 2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정될 당시부터 제3조에 '국토이용 및 관리의 기본원칙'을 규정하여 국토를 이용하고 관리하는 국가 및 지방자치단체 그리고 국민이 일관되게 지켜야 하는 기본적인 질서이자 규범을 규정하였고 국토에 관한 행정작용에 있어 위법성 기준이 되고 있다.[596]

한편 통상 '기본법'은 다른 법들의 입법 취지와 어느 정도 공통된 내용구조를 가지면서도 국가의 행정정책을 달성하는데 유용한 수단이 되는 경우를 의미한다.[597] 따라서 개발행위허가제도의 개념설정에 있어서는 국토계획법이 우리나라의 토지이용제도에서 갖는 체계정합성의 관점에서의 조정이 필요하다 할 것이다.

(2) 개발행위허가제도의 위상 제고

국토계획법의 체계정합성 관점에서, 국토계획법이 규정하는 개발행위허가제도와 다른 법령에 의한 토지이용 법령 사이의 관계에서도 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 체계정합성이 유지될 수 있어야 한다. 따라서 이러한 개념을 포함하여 개발행위 및 개발행위허가의 개념을 정립하여야 한다.

비교법적으로 일본이나 영국의 경우에는 개발허가제를 토지 이용제도의 하나로 구성하거나 토지이용을 규제하기 위한 허가제로서 구성하고 있다. 즉, 일본의 개발행위허가제도는 영국의 계획허가제를 토대로 하는 것인데, 영국은 개발을 토지에서 이루어지는 각종 공사의 실시와 용도변경을 대상으로 개념을 규정하여 행

595) 「국토기본법」은 '국토는 모든 국민의 삶의 터전이며 후세에 물려줄 민족의 자산이므로 국토에 관한 계획 및 정책은 개발과 환경의 조화를 바탕으로 국토를 균형있게 발전시키고 국가의 경쟁력을 높이며 국민의 삶의 질을 개선함으로써 국토의 지속 가능한 발전을 도모할 수 있도록 수립·집행하여야 한다'고 규정하고 있다. 「국토기본법」이 규정하는 국토관리의 기본이념과 관련해서는, 이 논문, 12면 참조.

596) 박균성, 『행정법론(하)』, 박영사, 2021, 715면; 윤기중, 앞의 논문, 217면 등 참조.

597) 박정훈, "입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구", 『법조』, 통권 제639호, 법조협회, 2009, 310면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

위 그 자체를 개발로 보지만, 일본은 토지의 구획과 형질의 변경을 대상으로 개념을 정의하여 건축물의 건축과 특정공작물의 건설을 목적으로 하는 행위를 개발행위로 보고 있는 점에서 차이가 있다.[598]

우리나라는 국토계획법의 실시와 함께 전 국토를 대상으로 개발행위허가제도를 실시하고 있는데 이는 비단 도시구역뿐만 아니라 전 국토를 대상으로 하는 계획적 개발과 난개발을 방지할 수 있는 제도적 장치가 요구됨에 따른 것이다. 개발행위허가는 국민의 재산권 행사의 중요한 내용이면서 국토관련 법제에 있어 국토이용의 행정계획을 최종적으로 완성하는 실천적 성격을 갖는다.[599] 따라서 개발행위허가제도는 계획적인 토지이용과 개발을 도모하기 위한 것으로서 도시·군 관리계획을 보완하여 당해 토지의 개발 여부를 결정짓는 중요한 처분으로서의 의미를 갖는 점을 반영해야 할 것이다.[600]

(3) 개발행위허가 기능의 포함

개발행위허가는 국토의 관리에 있어서 사전적 관리 기능을 담당한다. 따라서 이러한 개념을 포함하여 개발행위 및 개발행위허가의 개념을 정립하여야 한다. 즉, 토지의 관리는 사후적인 관리 또는 사전적인 관리로 나누어지는데, 국토계획법에 있어 기반시설 설치와의 관계를 고려하는 개발행위허가는 사전적인 토지관리 기능에 더 가깝다.[601] 우리 국토계획법에서 말하는 개발행위허가의 기준을 보더라도 공사 후 토지가 갖추어야 하는 시설요건이라는 측면과 개발 가능성을 부여하기 위한 사전적·종합적 판단이라는 두 개의 측면으로 구성되고 있다.[602] 그리고 국토계획법은 개발행위를 하고자 하는 자는 사전에 허가를 받도록 하고, 개발행위허가를 얻지 않고 개발행위를 하는 경우는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해진다는 규정을 보더라도 개발행위는 사전적인 개념의 성격이 보다 강하다고 할 것이다(국토계획법 제56조 제1항 및 같은법 제140조 제1호 참

598) 유광흠·성은영, "건축관련 법제의 체계적 정비 방안 연구", 『AURI-기본』, 2011년 11월호, 건축도시공간연구소, 2011, 75-102면 참조; 김여진, 앞의 논문, 28면 참조.
599) 김광수, 앞의 논문, 2면 참조.
600) 류해웅·정우형, 앞의 논문, 34면.
601) 사후적인 관리로는 위반행위의 제거를 위한 원상회복제도 및 이행보증금제도(국토계획법 제133조) 그리고 벌칙 규정의 적용(국토계획법 제12장) 등이 있다.
602) 김여진, 앞의 논문, 24면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

조). 개발행위허가가 국토의 이용과 관리에 있어 이러한 사전적 기능을 담당하는 점을 그 개념에 포함시킨다면 개발행위허가 실무에서 발생하는 불법개발행위와 그 적법화 요구(소위 양성화 요구)에 체계적으로 대응할 수 있어 난개발을 방지하는데 도움이 될 것이다.

2. 개발행위 개념 법제화의 실익

우리 국토계획법상 개발행위 허가의 법적 성격을 예외적 승인으로 보고, 국토계획법 제56조가 규정하는 행위허가의 대상만이 예외적으로 개발행위의 자유를 회복하는 것이라고 보더라도 여전히 개발행위의 개념이 무엇인지 의문으로 남아 학설과 실무에 있어 논란이 될 것이다. 그리고, 개발행위의 개념 규정도 없이 개발행위허가제도를 제도화할 수 있냐는 비판도 가능하다.[603] 따라서 국토계획법상 개발행위의 개념설정은 꼭 필요한바 구체적으로 개발행위 개념설정을 통한 실익을 검토하면 다음과 같은 이유를 들 수 있다.

1) 개발행위 내용 및 범위의 확정 가능

국토계획법상 개발행위허가를 얻음으로써 자연적 자유권의 회복 대상이 되는 개발행위의 범위를 정하는 기준이 될 것이다.

개발행위의 범위는 직접적으로 개발행위의 개념으로부터 결정될 수도 있고, 해석을 통하여 도출될 수도 있을 것이지만 혼란을 방지하기 위해서는 당연히 명문으로 규정되는 것이 바람직하다. 이와 관련하여, 법의 해석에 있어서는 법률에 사용된 문언의 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 다른 해석방법은 제한될 수밖에 없다는 것이 대법원의 입장이기도 하다.[604] 따라서 개발행위의 개념을 규정함으로써

603) 류해웅·정우형, 앞의 논문, 32면 참조.
604) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결; 법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

자연적 자유의 회복 대상이 되는 행위와 그 밖의 행위를 1차적으로 문언상 구별하게 됨으로써 허용된 개발행위의 범위와 내용이 어디까지냐에 대한 혼란을 방지할 수 있는 점에서 의의가 있을 것이다.

2) 개발행위허가제도 운영 투명성 제고

개발행위허가제도의 운영에 관한 투명성을 높여줄 수 있을 것이다. 앞서 확인한 개발행위허가 실무에서의 어려움에서 볼 수 있듯이 개발행위허가의 기준에 있어 그 불확정법개념으로 인하여 개발행위 허가 실무자들은 혼란을 겪고 있는데 만약 개발행위의 개념을 정의한 규정이 명문으로 존재한다면, 개발행위허가의 기준을 적용함에 있어 개발행위허가제도의 운영에 관한 투명성을 제고하여, 행정의 신뢰 확보에 기여할 것이다.

3) 실질적 심사를 통한 난개발 방지

인허가의제를 함에 있어 개발행위의 목적을 염두한 실질적인 검토가 이뤄지도록 함으로써 난개발방지에 기여할 수 있다. 국토계획법상 개발행위는 타법에 의한 의제규정을 통하여 검토되는 경우가 많이 있다.[605] 그런데 인허가의제를 할 때 개발행위허가를 담당하는 부서가 아닌 타 부서의 경우는 개발행위의 개념이 무엇인지 좀처럼 알기 어려워 의제규정에 있어 어려움을 겪는다는 점은 앞서 확인한 바와 같다. 따라서 어떤 행정행위를 하면서도 개발행위의 개념에 있어서 혼란을 겪지 않도록 하여 허가의 대상이 되는 행위를 명확하게 할 수 있도록 해야 할 것이다. 이는 개발행위허가가 의제되는 경우 현실적으로 국토계획의 관점에서 가능한 개발행위인지를 판단하기 어려운 경우들이 있는데 개발행위허가의 개념을 기초로 그 허가 가능성을 심사할 수 있을 것이며 의제되는 인허가의 부서들이 공통의 개념을 전제로 유기적인 관점에서 실질적으로 심사를 할 수 있을 것이다. 예를 들어 국토교통부가 제주특별자치도의 오름(기생화산)에 기상관측소를 설치한다고 할

체 판결 등 참조.
605) 이 논문, 62면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

때 기상관측소는 「건축법」상 건축허가를 얻어야 하지만 일단 오름(기생화산)의 토지 형질 변경을 위한 개발행위허가를 얻어야 하고, 건축허가를 위한 개발행위허가도 얻어야 하며, 제주특별법에 의한 관리보전지역으로 절대보전지역에 해당하므로 그 행위허가도 얻어야 한다. 이때 각 각의 허가를 위한 행정청이 다른데 관리보전지역에 해당하여 절대보전지역에서의 행위허가를 얻어야 한다고 할 때, 이 행위의 개념과 토지형질변경 그리고 건축허가를 위한 개발행위허가에 있어서의 행위개념이 같은 것인지, 아니면 어느 개념이 다른 개념을 포함하는 것인지 의문이 있어 업무가 충돌 내지 유기되는 경우가 발생한다. 실제로 절대보전지역에서의 행위허가를 담당하는 행정청은 가능한 행위라고 하였으나 국토계획법상 개발행위허가를 하는 행정청에서는 이를 달리 해석하여 건축허가에 있어 어려움을 겪기도 한다. 하지만 만약 개발행위 및 개발행위허가의 개념을 정의한다면 그 행위개념을 바탕으로 절대보전지역에서의 행위허가를 함에 있어 유기적인 검토가 가능하여 난개발을 방지할 수 있을 것이다.

제3절 개발행위허가 의제규정의 체계화

1. 우리나라 고유의 인허가의제제도 마련

1) 우리 인허가의제제도의 특유성

앞서 제3장을 통하여 우리 인허가의제제도의 특징에 대하여 검토하였다. 즉, 독일 행정절차법(VwVfG) 제5장 제2절이 규정하고 있는 계획확정절차와 관련하여 인정되는 '집중효(Konzentrationswirkung)'를 우리 인허가의제제도와 동일시하는 견해도 있지만 독일의 집중효는 '절차'와 '관할'의 포괄적 통합을 통한 실체적 집중효를 의미하는데 반하여 우리 인허가의제제도는 주된 인허가를 통하여 다른 법령에 의한 인허가를 얻은 것과 같은 적극적인 성격을 갖지만 그 운영에 있어서는 실체집중 부정설에 따라 운영되기

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

때문에 의제되는 인허가를 담당하는 행정청의 협의 의견에 사실상 기속되고 있다. 이는 독일의 허가의제(VwVfG, §42a, Genehmigungsfiktion)제도와도 차이가 나는 점이다. 즉, 독일의 허가의제의 경우 허가신청을 한 후 일정한 기간 내에 행정청의 명시적인 거부가 없으면 신청한 그 허가에 대한 발급을 간주하는 것에 불과한데 우리나라의 인허가의제제도는 당해 허가에 대한 것이 아니라 다른 관계 법령에 의한 인허가가 의제되는 점에서 구별된다.[606]

이렇듯 우리는 독특한 인허가의제제도를 가지고 있으며, 「행정기본법」의 제정으로 인허가의제의 일반법적 근거도 마련한 만큼 이제는 독일의 이론에 의존하여 그 법리를 구성할 것이 아니라 「행정기본법」의 인허가의제 규정을 기본으로 하여 그동안 논의된 우리나라의 인허가의제제도 상황에 맞게 발전시켜야 하는 시점이 되었다고 할 것이다.

이와 관련해서는 목차를 달리하여 검토하는 바와 같이 ① 「행정기본법」을 추후 보완하여 이번 입법에서 규정하지 못한 인허가의제제도의 쟁점 사항들을 입법해야 하며, ② 광범위하게 존재하는 인허가의제규정은 정리하여 절차간소화와 공익의 관점에서 비교·형량하여 꼭 필요한 범위로 한정해야 하고, ③ 장기적으로는 인허가의제의 근거 법규를 「행정절차법」으로 변경하여 법체계를 조절하는 것이 필요하다.

2) 절차간소화제도(원스톱 행정서비스)와의 구별

(1) 「행정기본법」 및 판례에 의한 인허가의제제도의 취지

앞서 제3장에서 「행정기본법」이 2021. 3. 23. 제정되어 시행 중이며 제24조에서 제26조에 걸쳐 인허가의제 규정을 두고 있음을 검토하였다.[607] 이와 관련하여 2020. 7. 8. 국회에 제출된 「행정기본법」제정이유서를 살펴보면, 그 기대효과로 "행정의 효율을 높이고 국민 혼란을 해소하고, 관련 인허가에 필요한 절차는 원칙적으로

606) 김재광, 앞의 논문, 69면; 정남철, 앞의 책, 498면. 한편 우리나라의 경우에도 독일의 허가의제와 유사한 규정들이 존재하며「행정기본법」제24조 제4항에서도 "이 경우 전단에서 정한 기간(민원처리 관련 법령에 따라 의견을 제출하여야 하는 기간을 연장한 경우에는 그 연장한 기간을 말한다) 내에 협의 여부에 관하여 의견을 제출하지 아니하면 협의가 된 것으로 본다"는 규정을 두었다.

607) 이 논문, 77면 참조. 다만 이 규정들은 2023. 3. 24.부터 시행될 예정이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

생략하는 등 인허가의제 절차간소화 및 규제 완화 효과 즉시 적용"을 들고 있다.[608] 그리고 관련 문헌에서도 인허가의제제도를 소개함에 있어 "하나의 사업을 위해 여러 종류의 인허가를 받아야 하는 경우, 모든 인허가 절차를 거치게 되면 많은 시간, 많은 비용이 소요되는 등 민원인에게 많은 불편이 따르게 되는데, 이를 시정하여 민원인에게 편의를 제공하고자 하는 것이 인허가의제를 두는 취지이다"고 하고 있다.[609] 대법원 역시 "인허가의제제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것"이라고 하여 기본적으로 절차간소화제도와 민원창구단일화 제도에서 인허가의제제도의 도입 취지를 찾고 있는 것으로 보인다.[610] 그리고 여기서 더 나아가 "인허가의제의 이론적 근거는 민원창구단일화(원스톱행정)와 법률의제(허가의제)이론이다"고 하고 하기도 한다.[611]

하지만 우리 인허가의제제도가 절차간소화 또는 민원창구단일화(원스톱행정)와 함께 논의되는 것은 다음과 같은 이유로 무리가 있다.

(2) 인허가의제제도가 갖는 절차간소화 이상의 효과

독일에서는 규제 완화의 3가지 모델로서 신고절차, 허가면제절차, 간소화된 행정절차가 있음을 소개한 바 있다.[612] 그리고 이들 제도는 우리 인허가의제제도와 같이 다른 법령에 대한 실체법적 효과를 부여하는 적극적인 효력을 갖는 제도가 아니다.[613] 즉, 우리 인허가의제제도는 A허가를 신청하면 A허가는 물론 B허가에 대한 실체적 효력을 부여하게 되는 점에서 적극적인 효력을 갖는다.[614] 따라서 우리 인허가의제제도는 독일의 규제완화 모델과도 그 효과에서 구별된다.

우리나라에서 절차간소화는 행정상 국민의 편의를 위한 정책의 하나로서 인허가

608) 법제처, 『행정기본법안 조문별 제정이유서』, 한국법제연구원, 2020, 64면.
609) 홍정선, 앞의 책, 404면.
610) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결; 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결 등.
611) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021, 703면.
612) 이 논문, 170-171면 참조.
613) 정남철, "건축신고와 인인보호", 『법조』, 제59권 제6호, 법조협회, 2010, 250면.
614) 물론 이 과정에서 A허가 절차에 B허가를 위한 요건 심사까지 포함하는 실체집중효가 부여되는 것이 아니다(김광수, 앞의 논문, 18면; 홍정선, 앞의 책, 320면; 박균성, 앞의 책, 706면 등 참조).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

의제제도의 도입 배경 정도는 될 수 있으나 주된 인허가를 얻음으로 절차집중을 통하여 결과적으로 관련 인허가에 대한 실체법적 효과까지 부여하게 되는 공법상 법적 효과를 부여하기 위한 이론적 근거가 되기에는 무리가 있다.[615] 즉, 인허가의제제도는 복합민원을 처리하기 위한 제도로 '복합민원처리절차'로서 행정학의 입장에서 논의되던 집중심사모델과 결정권통합모델 또는 관할권결합모델과 같은 논의는 공법적 쟁점과는 차원을 달리하는 것이다.[616] 인허가의제제도는 공법상의 문제이므로 이 둘의 개념을 같은 것으로 보거나 하나의 종류로 설명하는 것은 우리 인허가의제제도의 법적 성질을 규명하는데 오히려 혼란을 가져오고 국토의 체계적 관리가 절차간소화의 미명으로 가려져 국토의 효율적 이용이라는 공익 실현에 어려움이 생기므로 결국 전체 국민의 이익에 부합하지 않는 방향으로 전개된다. 특히 대다수의 학설이나 판례와 같이 절차간소화 또는 민원창구의 단일화를 인허가의제제도의 도입 취지로 삼는 것에서 더 나아가 절차간소화를 인허가의제도의 근거로 삼는 것은 받아들이기 어렵다. 이론적 근거로 삼는다고 하기 위해서는 법 체계적으로 논리적 일관성을 마련해야 하는데 절차간소화와 우리 인허가의제제도의 법 체계적인 상관관계를 발견할 수는 없기 때문이다. 따라서 우리 인허가의제제도에 있어 언급되는 '절차간소화'는 단순히 행정학적 의미에서의 민원창구단일화를 통한 원스톱행정서비스를 의미하는 것으로는 부족하고 목차를 달리하여 검토하는 바와 같이 그 의미를 명확히 할 필요가 있다.

(3) 인허가의제제도의 도입취지로서의 '절차간소화'의미의 확정

절차의 간소화가 인허가의제제도의 도입 취지라고 하더라도 그 간소화의 대상이 되는 '절차'의 의미가 단순히 '신청 절차'의 단순화인지 아니면 관계되는

---

615) 개발행위허가의제를 포함한 우리 인허가의제제도는 실체부집중설에 따라 절차의 집중에 그치고 있다(김광수, 앞의 논문, 18면 참조). 하지만 우리 인허가의제제도는 A허가를 신청하면 A허가는 물론 B허가에 대한 실체적 효력을 부여하게 되는 점에서 '의제되는 인허가의 실체법적인 효과가 부여되는 것'이라고 표현한 것이다.

616) 선정원, "복합민원과 집중심사의 모델들", 『공법연구』, 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001, 371-391면 참조. 한편 '복합민원처리절차'는 (구)행정규제 및 민원사무 기본법 시행령이 1994. 4. 7. 대통령령 제14200호로 제정될 당시 제30조에서 규정되어 있었다. 그런데 (구)행정규제 및 민원사무 기본법이 1997. 8. 22. 법률 제5369호로 제정된 「민원사무 처리에 관한 법률」로 인하여 폐지됨에 따라 「민원사무 처리에 관한 법률 시행령」 제19조를 통하여 규정되었고 그후 「민원처리에 관한 법률」이 2006. 3. 3. 법률 제7855호로 전부개정 되면서 근거를 법률에 두게 되어 지금은 「민원처리에 관한 법률」 제31조에서 규정하고 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

여러 인허가에서 통상 필요로 하는 각 근거 법규에 따른 절차의 간소화를 의미하는 것인지 아니면 여기서 더 나아가 실체적인 효과를 부여하기 위한 절차의 간소화를 의미하는 것인지 모호하다.

만약 단순히 신청절차를 간소화하고자 한 것이라면 현재 「행정기본법」이 규정하는 바와 같이 인허가의제의 근거를 법에 명시하도록 할 필요가 없었을 것이다(「행정기본법」 제24조 제1항 참조). 신청 절차를 간소화하는 것은 특별히 별도의 법적 근거가 필요 없이 일종의 신청 대행 서비스로서 「민법」상 위임 행위(「민법」 제680조) 정도의 효과를 가져오는 것에 불과하기 때문이다.

그런데 「행정기본법」이 관련 인허가의 인허가의제를 위해서는 법률로 정하는 바에 따라 관련 인허가를 받은 것으로 본다고 하여 인허가의제 법정주의를 규정한 것은 단순한 신청 절차의 간소화 또는 민원청구 단일화(원스톱행정)와는 차원을 달리하는 논의이다. 결국 이는 간소화의 대상이 되는 것이 무엇이냐는 문제로 귀결되고 따라서 「행정기본법」은 인허가의제의 효과로서 논의되는 절차집중 또는 실체집중에 대한 명확한 입장을 밝혀야 비로소 인허가의제절차를 규정한 의미가 있다고 할 것이다.[617] 이와 관련하여 우리 행정법은 절차집중효에 그치고 있다고 보는 것이 통설이다.[618] 하지만 이러한 절차집중설에 의하더라도 주된 인허가를 담당하는 행정청과 의제되는 인허가를 담당하는 행정청 사이의 협의를 통하여 적극적으로 의제되는 인허가의 효과가 발생하게 되는 점에서 절차의 간소화를 뛰어 넘어 실체적인 효과에 이르는 성질을 갖는 것이다.

(4) 「행정기본법」상 인허가의제제도의 정비

가) 인허가의제 요건 판단방식의 입법필요

(가) 의제되는 인허가의 절차요건 심사 생략 여부 결정

617) 반드시 독일의 집중효와 같은 '절차집중' 또는 '실체집중'의 용어를 사용할 필요는 없지만 그 의미를 명확하게 할 필요는 있다.

618) 김광수, 앞의 논문, 18면; 김남철, 『행정법 강론(제6판)』, 박영사, 2020, 333면; 최정일, "판례·해석례 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의 인허가의제제도와 독일에서의 행정계획확정의 집중효제도에 대한 소고", 『행정판례연구』, 제15권 제2집, 행정이론과 실무학회, 2010, 43면; 박균성, 앞의 책, 449면 등.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

「행정기본법」은 인허가의제의 효과와 관련하여 일단 관련 인허가의 절차는 생략되는 것을 원칙으로 하되 그 관련 인허가의 해당 법률에서 '인허가의 제시에도 해당 절차를 거친다'는 명시적인 규정이 있다면 이를 거쳐야 한다고 규정하고 있다(「행정기본법」 제24조 제5항 단서). 이는 우리 인허가의제제도가 절차의 간소화를 도입 취지로 하고 있는 점을 고려하면 당연한 내용이라고 할 수 있다. 하지만 의제되는 인허가의 절차 생략 여부에 있어서도 그 동안 논의가 있었던 점에서 이를 입법한 것은 의미가 있다. 다만 개별법들은 이제 주된 인허가에 의하여 협의를 요청받은 경우 그 개별법에 의한 관련 인허가 절차를 생략할 것인지 여부를 결정하여 '인허가의제 시에도 필요한 심의, 의견 청취 등 절차를 거친다'는 규정을 둘 것인지 여부에 대한 법령 정비를 해야 한다.[619] 예를 들어 「주택법」 제15조 및 제19조 제1항 제5호에 따라 주택건설 사업계획의 승인을 위하여 개발행위 규모를 초과하면서 국토계획법 시행령 제55조 제3항 제3호의2 나목에 해당하는 개발행위허가를 의제하는 경우 그 의제에 관한 협의를 함에 있어 개발행위규모초과 심의를 받아야 받을 것인지 여부에 대하여 국토계획법의 규정체계를 고려하여 개발행위규모초과 심의는 인허가의제를 할 경우에도 생략할 수 없다는 점을 규정할 것인지 여부에 대한 결정을 해야 하는 것이다. 심의절차는 별도의 위원회를 통하여 진행되는 것인데 만약 이러한 심의가 생략된다고 하면 개발행위허가가 갖는 국토 계획적 성격마저도 생략하게 되고 결국 국토의 효율적인 관리에 어려움을 초래하여 난개발의 위험이 커지게 된다. 이런 점에서 실익이 있는 만큼 명확한 규정이 필요한 것이다. 개발행위허가의제를 통하여 개발행위허가가 갖는 제도의 목적이 전도되어서는 안 될 것이기 때문이다.

(나) 의제되는 인허가의 실체요건 심사 생략 여부 결정

우리 인허가의제제도는 계획확정으로 절차·관할·처분권한 등이 통합되는 독일의 계획확정절차와는 구별되므로 주된 인허가를 얻었다고 하여 관련 인허가를 얻지 않아도 되는 실체집중의 정도에 이르는 효과가 발생하는 것은 아니다.[620] 따라서 주된 인허가를 통하여 관련 인허가의 실체요건을 심사하여야 한다.

619) 법제처, 법령해석총괄과-1183(2021.3.16.) 참조.
620) 김광수, 앞의 논문, 18면; 김남철, 앞의 논문, 333면; 최정일, 앞의 논문, 43면; 박균성, 앞의

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이때 관련 인허가 심사와 관련하여 「행정기본법」은 관련 인허가의 행정청이 이를 심사하도록 규정하고 있다. 즉, 「행정기본법」제24조 제5항 본문은 '협의를 요청받은 관련 인허가 행정청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 아니된다' 라고 하고 있다. 이는 관련 인허가를 담당하는 행정청이 협의함에 있어 그 관련 인허가의 법령에 근거하여 실체적인 심사를 한 후 협의할 것을 규정하고 있는 것이다. 그렇다면 주된 인허가를 담당하는 행정청에서는 이 협의에 기속 될 것인지 아니면 이를 종합하여 다시 실체적 심사를 할 수 있는지 문제 되고 이에 대하여 학설이 대립하고 있었으나 이번 「행정기본법」에서는 이 부분의 입법은 누락되었으므로 추가적인 입법이 필요하다.[621]

물론 「행정기본법」 제25조 제1항을 보면, "제24조 제3항·제4항에 따라 협의가 된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 본다"라고 규정하고 있지만 이 규정의 의미가 모호하다. 즉, 주된 인허가를 '받았을 때' 관련 인허가를 받은 것으로 보는 것이므로 절차집중에 충실한 규정이라고 볼 수도 있지만, 최근 대법원의 입장은 주된 인허가의 인허가권자로 하여금 의제되는 인허가에 대하여 심사하도록 하는 취지의 판시들을 하고 있어 혼란이 남아 있기 때문이다.[622] 그리고 "건축신고를 하려는 자는 인·허가의제사항 관련 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서와 구비서류를 제출하여야 하는데, 이는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것"이라고 하고 있기도 하다.[623] 그리고 「행정기본법」제24조 제2항은 인허가의제를 받으려면 주된 인허가를 신청할 때 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출하도록 하고 있으므로 주된 인허가 행정청이 관련 인허가의 실체적 요건을 심사할 수 있음을 전제한 규정이라고도 보인다.[624]

따라서 「행정기본법」은 이를 명확히 규정할 필요가 있다. 실무에서는 의제된

책, 449면 등.

621) 즉, 협의의 법적 성격과 관련하여 ① 동의설의 입장으로, 김동희, 앞의 책, 183면; 김유환, 앞의 책, 128면 등이 있고, ② 자문설의 입장으로, 박균성, 앞의 책, 449면; 박균성·김재광, 앞의 논문, 100면; 정해영, 앞의 논문, 60면; 이용우, 앞의 논문, 98면 등이 있다(이 논문, 86면에서 재인용).

622) 이 논문, 85면 참조.

623) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결; 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762 판결 등이 있다. 대법원 2016. 8 .24. 선고 2016두35762 판결에서는 "건축허가를 하는 허가권자는 건축허가에 배치·저촉되는 관계 법령상 제한 사유의 하나로 국토계획법령의 개발행위허가기준을 확인하여야 하므로(생략)"이라고 하였다.

624) 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 182면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

인허가의 실체요건에 대한 심사를 주된 인허가를 담당하는 행정청도 함께 하는지 여부가 업무의 사후관리에 있어서 중요한 논점이기 때문이다. 즉, 실무에서는 ① 주된 행정행위의 업무처리일정에 맞추다 보면 의제되는 관련 인허가는 의제사항 검토에 시간이 부족하여 오히려 심사에 차질이 발생하거나, ② 주된 행정행위에 대한 업무지식이 부족하여 이를 전제로 하는 적절한 검토에 자신이 없다고 하거나, ③ 검토사항이 중첩되는 경우 명확한 업무구분이 안되어 업무 미루기가 된다. 「행정기본법」의 인허가의제 규정은 2023년 시행을 앞두고 있으므로 그 전에 인허가 행정실무에서 발생하는 혼란을 해결할 수 있도록 인허가의제 절차와 관련한 보다 상세한 규율이 필요하다.

나) 비용부담과 관련한 추가 입법 필요

만약 관련 인허가를 함에 있어 수수료 등 비용을 부담하도록 규정하고 있었을 경우 주된 인허가의 의제규정으로 인하여 이러한 비용납부와 관련한 의무도 생략될 것인지 아니면 주된 인허가에 흡수되어 부담하면 될 것인지에 대한 규정이 존재하지 않아 추후 입법적으로 해결할 필요가 있다. 예를 들어 의제되는 인허가 근거 법률에 따른 수수료 등을 내도록 하기도 하며 의제된 인허가에 대한 수수료를 면제하는 입법례도 있다.[625] 이 부분과 관련해서 실무에서는 의제된 인허가의 비용부담을 별도로 납부하는 것이 당연하게 여겨지고 있다. 하지만 그 시기에 있어서는 다소 논의가 있는데 협의 시점에 의제되는 인허가에 필요한 비용의 납부가 완료되어야 하는지 아니면 주된 인허가의 처분을 받은 이후여야 하는지 실무에서는 혼란을 겪고 있다. 이 부분은 「행정기본법」 제25조 제1항에 따라 의제된 인허가의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 부과하여야 할 것이다. 그 전에 이뤄지는 '협의'는 아직 확정적인 처분이 아닌데 협의 시점을 기준으로 하여 의제되는 인허가에 소요되는 비용을 부담하도록 하는 것은 국민에게 법령의 근거

625) 전자와 관련한 것으로,「송유관 안전관리법」제4조 제3항(송유관설치자는 제3조 제1항 본문 또는 제3항 본문에 따른 공사계획의 인가 또는 변경인가를 받았을 때에는 제1항 각 호의 법률에 따른 허가등과 관련된 수수료ㆍ점용료ㆍ사용료 등을 내야 한다),「농지법」제38조 제1항 제4호(다른 법률에 따라 농지전용허가 의제 협의를 거쳐 농지를 전용하고자 하는 자는 농지의 보전ㆍ관리 및 조성을 위한 부담금을 농지관리기금을 운용ㆍ관리하는 자에게 내야 한다)가 있다.
후자와 관련한 것으로는「주택법」제19조 제5항(대통령령으로 정하는 비율 이상의 국민주택을 건설하는 사업주체가 제1항에 따라 다른 법률에 따른 인허가 등을 받은 것으로 보는 경우에는 관계 법률에 따라 부과되는 수수료 등을 면제한다)이 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

없이 의무를 부담지우는 것으로 위법한 것이다.

다) 의제되는 인허가의 실재 여부에 대한 추가 입법 필요

의제되는 인허가가 실재한다고 볼 수 있는지 많은 논의가 있지만 이 부분 역시 이번 「행정기본법」의 입법에서는 제외되었다. 법원은 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이 존재하는 것은 아니라고 하면서도 의제된 인허가의 거부처분사유에 대하여도 쟁송 제기를 할 수 있다고도 하여 혼란을 가중시키고 있다.[626]

구체적으로 의제되는 인허가의 실재 여부가 문제가 되는 경우는 ① 주된 인허가를 하면서 관련 인허가를 의제하였고, 관련 인허가에 대하여만 취소사유가 발생한 경우 관련 인허가에 대한 독립적인 취소를 인정할 것인지와 ② 주된 인허가를 취소하는 경우 의제되는 인허가도 함께 취소할 것인지 그리고 ③ 의제된 인허가의 취소사유가 주된 처분에 미치는지와 관련해서이다.[627] 이에 대하여 살펴보면 다음과 같은 문제가 있다.

(가) 불리한 유추해석·확정해석의 금지원칙

행정행위 역시 형사영역과 마찬가지로 불리한 유추해석·확장해석이 금지된다.[628] 이는 「행정기본법」 제8조의 '법치행정의 원칙'에 의한 파생원칙이기도 하다. 주된 행정행위의 신청으로 관련 인허가의 효과를 의제 하는 것이 신청인에게 불리한 유추해석·확장해석이 되는 것은 아니다. 하지만 주된 행정행위의 취소로 의제된 행정행위도 취소된다고 볼 것인지 그리고 수익적 행위뿐 아니라 불이익을 주는 행정행위에 있어서도 그 관련 인허가가 실재한다고 볼 것인지 여부는 행정행위의 불리한 유추해석·확장해석과 관련한 논의가 될 것이다. 인허가의제규정이 있다고 하여 그 논리적 해석상 주된 인허가가 거부된 경우, 의제된 인허가처분 역시 거부된 것으로 의제되는 것으로 해석할 수는 없다.[629] 따라서 의제된 행

626) 전자의 사례로 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결, 후자의 사례로 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결 참조.
627) 이 논문, 94면 이하 참조.
628) 행정행위에 있어서도 형사 법리와 마찬가지로 불리한 유추해석·확장해석이 금지된다(대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 전원합의체 판결).
629) 박균성, 앞의 책, 711면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

정행위의 실재 여부에 대한 명문 규정의 입법은 시급하며 중요한 문제이다.

(나) 의제된 인허가에 대한 별도 인허가 가능성

법률상 의제되는 것으로 규정된 모든 인허가가, 의제되는 것이 아닌 경우도 있다. 즉, 신청인이 개별적으로 신청하여 해당 기관으로부터 인허가를 얻은 경우, 주된 인허가를 신청하더라도 이미 협의를 완료한 부분에 대하여는 다시 협의를 할 필요가 없기 때문이다. 이 경우의 처리와 관련하여서도 입법은 공백 상태이다. 따라서 이미 허가를 얻은 사항이 포함된 주된 인허가를 신청하여 주된 인허가의 관련 인허가 의제절차에 따라 이미 허가를 얻은 사항에 대하여도 협의절차를 거치고 그 결과가 달라진 경우 어떻게 처리할 것인지에 대한 입법이 필요하다. 특히, 의제되는 인허가는 대부분 재량행위인 경우가 많은데 시점의 차이로 인하여 행정청이 그 효과를 달리 결정한 경우 문제된다.

예를 들어 건축허가를 통하여 국토계획법상 개발행위허가가 의제되는데(「건축법」 제11조 제5항 제3호), 민원인이 국토계획법상 개발행위허가를 얻기 위하여 개발행위허가에 필요한 서류를 제출하였고 그 과정에서 개발행위허가를 얻었으나, 추후 건축허가를 신청하였고, 건축허가를 위하여 협의를 할 때 개발행위허가 담당자가 앞선 개발행위허가와 다른 내용으로 협의할 수도 있는 것이다. 유사한 사례로, 「전기사업법」 제61조에 의하여 태양광발전 개발을 위하여 민원인은 사전적으로 전기사업의 허가를 얻어야 한다. 그리고 이 과정에서 해당 전기사업을 실시할 수 있는지 여부와 관련하여 국토계획법상의 개발행위허가를 의제하며 협의절차를 거친다. 이 협의 절차시에는 구체적인 설계도면 등이 제출되는 것이 아니기 때문에 개발행위허가가 가능하다는 협의를 하더라도 후에 태양광 패널을 설치하기 위하여 공작물 설치를 위한 개발행위허가(국토계획법 제56조 제1항 제1호)를 신청함에 있어 도면 등을 자세히 검토하다 보면 선행 협의와 달리 개발행위허가를 불허가하지 않을 수 없는 상황이 발생하기도 한다.[630]

이 경우 신뢰보호의 문제로 다루면 될 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 하지만, 개발행위허가를 위주로 파악하는 경우와 건축허가를 통한 다른 의제되는

630) 이러한 경우와 관련하여 제주특별자치도는 거듭 문제가 발생하게 되어 개발행위허가를 먼저 얻고 전기사업허가를 얻는 것으로 업무 순서를 변경하였다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

인허가를 유기적으로 고려한 결정은 차이가 있을 수 있으며 이는 결국 국토의 효율적 관리라는 중대한 공익에 근거한 점에 비추어 보면 신뢰보호의 대상으로 되기 어려울 것이다. 행정행위가 신뢰보호의 요건을 충족한 경우라도 그 취소를 위해서는 공익과 사익의 비교형량을 통하여 최종결정을 하기 때문이다.[631]

신청에 따른 직접적인 행정행위가 존재하는 것이며 협의의 경우는 가상적인 법률효과로 의제에 불과한 것인데 인허가의제 절차를 통한 협의의 결과만을 유효하게 본다면 「행정기본법」제8조에 의한 법치행정의 원칙을 무시하는 처사가 될 것이다. 따라서 이 부분에 있어 선행 협의가 존재한다면 그 부분에서는 주된 행정행위의 인허가의제 조항에 있어서 배제하는 것을 입법할 필요가 있다.[632]

(다) 의제절차에 대한 입법의 필요성

이러한 논의는 「행정기본법」상 의제되는 인허가에 대하여 따로 먼저 허가를 받더라도 절차상 위법한 것이라는 규정이 없기 때문이므로 의제되는 인허가를 따로 득한 경우와 관련한 절차법적 입법 역시 필요하다.

라) 주된 인허가의 통보에 대한 추가 입법 필요

「행정기본법」은 제25조 제1항에서 의제되는 인허가의 효력은 주된 인허가 처분이 발령되었을 때 그 효력이 발생한다고 규정하지만, 주된 인허가를 발

---

631) 대법원 2007. 10. 29 선고 2005두4649 전원합의체 판결; 대법원 1997. 9. 12 선고 96누18380 판결 등 참조. 이들 판결을 보면 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는 "첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 이러한 요건을 충족할 때에는 행정청의 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다고 할 것이고, 또한 위 요건의 하나인 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다"고 하면서 " 당해 토지에 대하여 그 형질변경을 불허하고 이를 우량농지로 보전하려는 공익과 위 형질변경이 가능하리라고 믿은 종교법인이 입게 될 불이익을 상호 비교ㆍ교량하여" 판단해야 한다고 하고 있다. 그러므로 예를 들어 이미 허가를 얻은 A허가가 포함된 주된 인허가를 신청하여 그 신청에 따른 의제절차에 따라 A 허가에 대한 허가 절차가 진행되었고 이에 대하여 처음의 A 허가에 대한 것과 다른 결과가 나와 이에 근거하여 주된 인허가처분이 이뤄진 경우 신청인이 신뢰보호를 주장하기에는 국토계획법에 따른 공익이 더 크게 판단될 것으로 여겨진다.

632) 박균성, 앞의 책, 711면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

령하면서 이를 관련 인허가를 담당하는 행정청에 통보하는 절차는 규정하고 있지 않다. 즉 주된 인허가를 담당한 행정청이 이 내용을 관련 인허가 행정청에 별도로 통보해야 하는가가 문제 된다. 이는 관련 인허가를 담당하는 행정청은 관련 인허가에 대한 사후관리 개시를 언제부터 할 것인지 알 수 없어 사후관리의 공백이 발생할 수 있기 때문이다.

이는 앞서 검토한 비용부담과 관련해서도 문제된다. 의제되는 인허가에서 비용의 부담을 예정하고 있을 경우 주된 허가의 발령으로 비로소 그 의제되는 인허가에서 필요로 하는 비용을 부과할 수 있기 때문이다. 이는 관련 인허가를 담당하는 행정청이 관련 인허가에 대한 사후관리를 실질적으로 개시하는데 중요한 문제인 만큼 규정을 추가하는 것이 필요하다.

3) 인허가의제 범위의 축소 필요

이상과 같이 우리 「행정기본법」이 인허가의제를 위해서는 반드시 법률에 그 근거가 있어야 된다고 보는 한 인허가의제는 단순한 행정절차 '신청'절차 간소화가 아니라 관련 인허가 '절차'의 간소화 이상의 효과를 갖는 것이다. 따라서 인허가의제를 규정하는 법률의 범위는 적어도 의제되는 행정행위의 절차를 생략해도 될 만한 것이어야 할 것이다.[633]

어떤 행정행위가 개별적인 인허가절차를 생략하여도 될 것인지 여부는 인허가의제제도로 처리하는 것이 각각 개별로 신청하는 경우보다 공익에 더 기여 하는가 여부로 판단해야 한다. 행정법규는 모두 공익의 실현을 그 목적으로 하고 있기 때문이다.[634] 인허가의제절차와 관련한 비교형량은 목차를 달리하여 '2. 개발행위허가 의제제도의 개선방향'과 관련하여 검토하는 바와 같다.

행정행위에 있어 그 절차를 치밀하게 준수하여 국민의 기본권을 보장하고 이에 상응하는 권리구제수단을 확보한다는 것은 「행정기본법」제8조가 규정하는 법치행정의 원칙에 충실한 바람직한 모습일 것이다. 하지만 국가 경쟁력을 확보하

633) 의제되는 인허가에 대한 실체적 심사는 그 관련 인허가 행정청이 하는 것이다(「행정기본법」제24조 제5항). 다만 의미상 주된 인허가를 담당하는 행정청에 의하여 이루어지기도 하므로 중첩적인 심사가 이뤄지는 것으로 볼 수도 있을 것이다(이 논문, 85면 참조).
634) 박균성, 앞의 책, 9면; 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 40면 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

고 경제의 활력을 유지하기 위한 관점에서 시간과 비용을 단축시키기 위하여 행정절차를 간소화한다는 것도 결코 포기하기 여러운 공동체의 이익에 해당한다. 따라서 양자간의 조화로운 해결 방안을 모색해야 한다.[635]

이를 위하여 독일의 행정계획에서 인정되는 것과 같이 그 행위형식이 행정계획의 성격을 갖는 주된 인허가의 경우에 한정하여 인허가의제 규정을 두어야 할 것이다. 대규모사업과 관련한 행정계획의 대부분은 다른 행정기관과 이해관계를 맺는 점을 고려할 필요성이 있기 때문이다.[636] 이는 전반적인 인허가의제제도에 대한 검토를 요청하는 일이 될 것이다.[637]

4) 인허가의제의 근거 법률 변경

인허가의제의 효력과 관련하여 「행정기본법」은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「행정기본법」이 적용되도록 하고 있다.[638] 따라서 '일반규정'으로서의 지위를 갖고 보완적으로 적용되는 성격을 갖는다.[639] 따라서 「행정기본법」의 인허가의제 규정 역시 일반법으로서 적용되며 개별 법률에 특별 규정이 있으면 그 특별 규정이 우선하여 적용된다고 한다.[640] 한편 우리나라의 법률체계는 기본법·개별법·일반법·특별법 등 다양한 구조로 되어 있다.[641] 이 중에서 '기본법'이라는 법제의 특징은 보통 헌법과 개별 법률 사이를 연결시킬 목적으로 헌법의 이념을 구체화하는 역할에 충실하면서도 헌법의 보완법적인 성격을 갖는 "매개법률"로서의 성격을 가진다.[642]

그렇다면 기본법 안에 포함될 내용 역시 이러한 매개법률의 성격을 가져야 할

---

635) 김성수, "행정절차간소화법제의 내용과 문제점", 『공법연구』, 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997, 347면 참조.
636) 김재광, 앞의 논문, 8면.
637) 정태용, "민원일괄처리제도에 관한 연구", 『(국가경쟁력 강화를 위한)법제개선연구』, 1995, 법제처, 2008, 120면 이하 참조. 이 논문에서는 "실제 인허가의제제도가 도입된 1970년대는 유신정부 시절 이었기에 가능한 일이었다는 평가를 하기도 한다"고 하고 있다.
638) 「행정기본법」 제5조(다른 법률과의 관계) ① 행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
639) 정남철, "행정기본법의 제정 의미와 주요 내용", 『법제』, 제2021권 제6호, 법제처, 2021, 48면.
640) 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021, 178면.
641) 최윤철외3, 『연구보고서: 행정특별법의 현황, 문제점 및 개선방안』, 법제처, 2012, 8면.
642) 박정훈, 앞의 논문, 272면; 김중권, "「행정기본법」의 보통명사 시대에 행정법학의 과제Ⅱ", 『법제』, 제2021권 제6호, 법제처, 2021, 13면 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

것이다. 그런데 우리 인허가의제제도가 헌법을 구체화하는 역할을 하여 「행정기본법」에 담길 만한 것인지는 의문이 든다.[643] 오히려 「행정절차법」 제3조의 적용범위규정에 비추어 「행정기본법」제2절 인허가의제 규정들은 행정절차에 대한 예외를 인정하고 있는 것인 만큼 「행정절차법」에 규정되는 것이 체계적으로 맞을 것이다. 더 나아가 「행정기본법」과 「행정절차법」의 통합을 주장하는 의견이 많은 것도 현실이다.[644] 독일 역시 집중효제도 그리고 허가의제 규정을 모두 행정절차법에 규정하고 있다.

2. 개발행위허가 의제제도의 개선 방향

「행정기본법」은, 주된 인허가와 관련 인허가를 구별하여 인허가의제제도를 설명하고 있다. 하지만 법률 문외한의 입장에서 인허가의제제도를 바라본다면, '어떤 사업을 위한 특정 행정행위를 통하여 그 사업에 있어 본래 필요했던 다른 행정청에 의한 인허가를 함께 받은 것으로 보게 되는 것' 정도로 표현될 수 있을 것이다.[645] 즉, 주된 행정행위로서의 주된 인허가와 관련 인허가가 반드시 주된 관계와 종속 또는 부가적인 관계로 연결된다고 볼 수 없다. 따라서 「행정기본법」을 통하여 주된 행정행위와 관련 인허가 사이에 마치 체계적 위치를 설정한 듯한 인상을 주는 것은 시정되어야 할 것이다. 이는 특히 국토계획법상의 개발행위의 위상을 고려하면 개발행위허가를 단순히 '관련 인허가'로 협의 대상 정도의 지위를 부여해서는 안 되기 때문이다.

---

643) 우기택, "기본법과 체계정당성에 관한 연구", 『법조』, 통권 제639호, 법조협회, 2016, 54면.

644) 한편 「행정기본법」의 법체계상의 문제점을 지적하는 견해로, 김용섭, "행정기본법의 법체계상 문제점과 일부조항의 입법개선과제", 『경희법학』, 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021; 김현준, "기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류", 『법조』, 제68권 제4호, 2019 등 참조. 「행정기본법」은 일본식 행정법으로부터 벗어나는 출발점으로서의 의의를 갖는다고 평가받기도 한다. 우리나라가 일본 법제의 영향을 많이 받았음은 기정의 사실인데, 국가의 시스템이 다른 일본의 행정법체계를 차용함에 따라 문제점으로 지적되고 있었기 때문이다(김중권, 앞의 논문, 11-15면 참조). 하지만 아이러니하게도 '기본법'이라는 명칭 자체도 일본의 기본법 법제의 유산이다. 따라서 일본식 행정법으로부터 벗어나는 출발점으로서의 의의를 부여하기 위해서는 법제의 변경을 고려해야 할 것이다.

645) 김재광, 앞의 논문, 12-13면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

앞선 목차로 언급한 인허가의제제도의 개선방안은 국토계획법상의 개발행위허가의제에서도 그대로 적용된다. 그리고 이에 더하여 국토계획법상 개발행위허가 의제와 관련해서 특히 개선이 필요한 점은 이하와 같다.

1) 형량을 통한 개발행위허가 의제규정의 선별적 도입

(1) 개발행위허가제도가 갖는 공익적 중대성

인허가의제제도가 국민들의 민원처리 시간을 절약하고 불편을 최소화하기 위한 절차간소화 취지의 도입 배경을 갖는다면 국민의 민원처리 간소화를 위해서 모든 인허가를 하나의 창구로 단일화하고, 주 거점이 되는 행정행위 몇 개만을 규정하고 이를 통하여 관련 인허가가가 의제되는 시스템으로 변경하면 가장 좋을 것이다.[646] 하지만 그런 입법을 하지 않는 이유는 인허가의제제도가 도입되어야 할 곳에 도입되어야 하기 때문이다. 이는 특히 국토계획법상 개발행위허가 의제제도와 관련하여 고민이 필요한 부분이다. 즉, 국토계획법은 국토의 관리에 있어서 환경문제가 갖는 비가역성, 탄력성, 시차성과 같은 특성을 고려하여 미래 세대의 토지이용에 대한 예측까지 포함될 것을 요구하고 있다.[647] 개발행위허가제도는 무분별한 토지의 개발을 통한 난개발을 막고 자연환경을 보전하는 한편 토지를 합리적이고 효율적으로 관리함으로써 공공복리를 증진하려는 것이다.[648] 따라서 인허가의제제도가 국민의 민원처리 시간을 절약하고 불편을 간소화하는 이점을 갖지만 이는 결국 인허가를 신청하는 개개 국민의 사익에 관한 것이므로 국토계획법상 개발행위허가가 갖는 중대한 공익에 불구하고 개개 국민의 사익이 더 중요하다고 판단 될 경우에만 국토계획법상의 개발행위허가가 의제되어야 할 것이다.

(2) 개발행위허가의 계획적 속성

개발행위허가의제 도입을 위한 이익형량의 필요성은 개발행위허가의 법적 성격에서도 드러난다. 개발행위허가는 개발행위허가의 법적 성격에 있어 '허가'라는 행정작용의 전형적인 모습을 보이면서도 국토계획법의 실천을 담당하는 계획

646) Odendahl, "Kollision von Genehmigungsvorbehalten mit Konzentrationswirkung", NVwZ, 2002, s.686(조인성, 앞의 논문, 33면에서 재인용).
647) 대법원 2014. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정 참조.
648) 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌바271 결정 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

의 내재적 속성 역시 가지고 있는 점을 이해해야 한다.[649] 즉, 개발행위허가는 국토계획의 실행을 위한 직접적 행위의 측면에서 계획의 속성을 가지고 있으므로 계획과 같이 형량을 필요로 하는 점에서 재량행위의 법적 성격을 갖는다. 하지만 앞서 논증한 바와 같이 개발행위허가라는 행정행위만을 두고 보았을 때는 기속행위로서 허가의 법적 성격을 가진다. 즉, 개발행위허가는 허가의 한 종류인 예외적 승인의 법적 성질을 가지고 이는 '허가'의 한 종류인 점에서 원칙상 기속행위의 법적 성격을 갖는다. 그리고 개발행위허가는 그 기준에 있어 불확정법개념을 가지는 점에 대하여 검토하였는데, 불확정법개념의 경우 비록 판단여지가 인정되더라도 법률의 해석에는 재량이 인정되는 것이 아니라 오로지 하나의 정당한 해석만 있고 그 판단의 한계를 준수하였는지 여부를 판단하게 되므로 개발행위허가의 기속행위적 성격은 명확하다.[650] 다만 법원은 판단여지와 재량행위를 구별하여 기술하지 않음에 따라 개발행위허가가 재량행위인 것과 같이 표현되는 것이다.

따라서 개발행위허가가 국토의 계획법의 최전선에서의 복잡·다양한 국토계획의 실천적 의미를 가지므로 계획의 속성을 가지는 측면에서 형량이 필요한 것이다. 그렇다면 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 것 역시 그럴만한 중요한 공익을 갖거나 아니면 중요한 사익을 갖는 것인지의 검토를 통하여 선별될 필요가 있다.

(3) 국토계획법상 개발행위허가의제가 필요한 경우

우리가 행정법이라고 할 때 사실 그 종류는 다양하게 있다. 즉, 일반 행정법으로서 모든 행정분야에 공통적으로 적용되는 법규와 법원칙들을 규정한 것이 있는데, 「행정기본법」, 「행정절차법」, 「민원처리에 관한 법률」, 「행정소송법」, 「행정심판법」, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」, 「행정조사기본법」 등이 해당 한다. 하지만 우리 행정법에서는 대부분 개별 행정법의 형태로 존재한다. 즉, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「건축법」, 「농지법」, 「도로법」등 다양한 행정의 영역에 따른 개별법들이 존재하고 있다. 그밖에 특별법의 형태가 있다. 특별법은 이런 개별법과는 구별되는 개념으로 정책적·목적적·예외법적 성격을 가지고 있는 법률이다.[651] 특별법은 법률의 특성으로 언급되는 일반성

649) 김광수, 앞의 논문, 13면 참조.
650) 박균성, 앞의 책, 342면; 이 논문, 105면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

과 추상성 대신에 개별적이고 구체적인 상황에 대응하기 위한 것이며 특정한 사항과 특정한 사람에 대한 것이다.

우리가 행정법이라고 할 때 대부분은 개별 행정법이며 행정청 실무자들이 다루는 행정법 대부분 역시 개별 행정법이다. 국토계획법 역시 개별 행정법에 해당하며 「건축법」도 개별 행정법에 해당한다. 그런데 국토계획법상 개발행위허가의 의제를 규정하는 법령들을 살펴보면 대부분 특별법의 성질을 가지며 계획법으로서 기능하고 있다. 예를 들면 「군 공항 이전 및 지원에 관한 특별법」(제14조), 「2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법」(제33조), 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(제148조), 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법」(제11조) 등이 있다.[652]

이들 특별법에서 국토계획법의 개발행위허가를 의제하는 것은 특별법이 갖는 행정 정책적 성격으로 인하여 국토계획법상 개발행위허가를 협의절차로 대신하는 방법으로 의제하고 절차를 간소화하는 것이 행정정책을 실현함에 있어 보다 적합한 수단이라고 결정되었을 것이 필요하다. 즉, 계획이 가지는 속성상 관련 이익을 판단하고 형량하여야 하는 것이다.[653]

(4) 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 것이 부적합한 경우

개발사업의 신속한 추진을 위해 관련 인허가의 의제가 불가피하지만 국토계획법이 규정하는 개발행위허가 기준을 통한 개발행위허가 절차를 무시하거나 계획수립절차를 무시하는 내용의 인허가의제를 하게 되면 국토의 효율적 관리라는 큰 공익을 개별 사업법이 대체하는 것이 되어 공익의 실현이라는 행정 목적에 맞지 않는다. 예를 들어 「주택법」이 규정하는 사업계획승인을 얻게 되면 여러 가지 인허가가 의제되는데 이 중에는 국토계획법에 의한 기반시설의 설치와 제1종 지구단위계획에 의한 도시관리계획결정 그리고 「도시개발법」에 의한 도시개발구역의 지정이 포함된다. 이는 국토계획법이 국토계획을 수립할 때에는 이해관계 조절을 위하여 주민의 의견청취, 지방의회의 의견청취, 공청회 개최, 위원회의

651) 최윤철외3, 앞의 보고서, 18면.
652) 법제처, 『행정기본법 조문별 해설집』, 법제처, 2021, 104면 참조.
653) 김광수, 앞의 논문, 2면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

심의, 관계행정기관의 의견청취, 고시 등 다양한 장치와 절차를 규정하고 있는 점을 고려하면 오로지 사업자의 신속한 사업만을 우선하는 것은 인허가의제를 통하여 국토계획을 왜곡하는 것이다.[654] 따라서 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 것이 보다 공익에 부합하는 결정이라고 판단되는 경우로 한정하여 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 것이 필요하다.

앞서 언급한 바 있지만 「행정기본법」 제24조 제5항 단서에서는 의제되는 인허가 즉 관련 인허가의 절차 생략 여부에 있어서 원칙적으로 생략되는 것을 전제로 하되 그 관련 인허가를 규정한 법률에서 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우는 생략되지 않는다고 규정하였다. 따라서 관련 인허가에 해당하는 법률들은 전체적인 정비가 필요할 텐데 그 과정에서 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 규정을 둔 입법들은 이를 인허가의제의 대상으로 삼는 것이 타당한 것인지에 대한 진지한 고민이 필요하다.

2) 「건축법」과 국토계획법의 체계의 부조화

국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 규정을 입법한 법률의 특징들에 비추어 보면 「건축법」은 일반법으로서 법 체계상 다른 특징을 갖는데 그럼에도 불구하고 국토계획법상 개발행위허가를 의제 하여야 할 만한 중요한 공익을 갖거나 아니면 중요한 사익을 갖는 것인지 검토할 필요가 있다.

1962년 「건축법」이 제정될 당시에는 타법의 의제사항을 규정하지 않았었다. 하지만 1982. 4. 3. 법률 제3558호로 「건축법」이 개정되면서 '건축 민원을 간소화하고 건축 행정의 발전적 운용을 도모하기 위한 취지'에서 제5조에 제6항을 신설하여 관련 법의 인허가에 대한 의제 조항을 신설하였다.[655] 이때 관련 법으로 의제된 규정은 「도로법」에 의한 도로점용허가, 「하수도법」에 의한 배수시설의 설치신고, 「오물청소법」에 의한 오수정화시설 및 분뇨정화조의 설치신고 등이었으며, (구)도시계획법에 의한 형질변경허가(국토계획법은 2003 1. 1.부터 시행되었고, 그 전에는 (구)도시계획법에서 2000. 1. 28. 처음으로 사용하였다. 「건축법」

654) 정태용, "국토계획법제의 정비", 『공법연구』, 제37권 제1호, 한국공법학회, 2008, 282면 참조.
655) 1982. 4. 3. 자 법률 제3558호 건축법 제정·개정 이유 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이 관련 인허가의 의제조항을 신설할 당시는 (구)도시계획법 제4조에 '행위 등의 제한'규정이 존재하고 있었다)에 대한 사항은 두지 않았었다.[656] 그 후 1995년 법률 제5139호로 일부개정을 통하여 제8조에서 (구)도시계획법에 의한 토지형질변경허가를 의제한 것이 시작이었다.

이러한 연혁을 보면 「건축법」에 애초 건축허가시 (구)도시계획법에 의한 형질변경허가의 의제가 도입된 것은 건축행위가 수반된 특별히 규모가 큰 대규모개발사업이라던지 건축행위의 공익성을 고려하거나 한 것이 아니라 단순히 국민의 민원편의를 위한 절차간소화의 측면만을 고려한 것으로 보인다. 그런데 이는 「민원처리에 관한 법률」이 규정하는 복합민원의 처리(「민원처리에 관한 법률」제31조) 또는 사전심사의 청구 절차(「민원처리에 관한 법률」제30조) 혹은 민원후견인 지정제도(「민원처리에 관한 법률」제33조)를 통하여 정책적으로 국민의 편의를 도모하는 방안이 입법되어 있으므로 이를 활용하면 충분하고 공법적 쟁점의 대상으로 계속 남겨두어서는 안된다.

국토계획법상의 개발행위허가를 단순히 국민의 민원신청처리절차의 간소화를 위하여 의제한다고 하는 것은 국민의 입장에서도 기속행위로서 허가의 대상이 될 수 있는 것이 그 허가의 법적 성질의 변경으로 불이익을 얻는 것이며 국가적으로도 국토의 효율적인 관리 측면에서 타당하지 않다. 「건축법」상 건축허가는 기속행위의 법적 성격을 갖는다. 하지만 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 범위에서 건축허가는 재량행위로 그 법적 성격이 변경된다. 이는 건축허가를 신청하는 국민의 입장에서도 불리한 상황이 전개되는 것이다. 「건축법」이 정하는 요건은 기술적인 요건 사항으로 국토계획법이 규정하는 허가기준과 같은 불확정법개념이 상대적으로 적다. 따라서 「건축법」이 정하는 요건을 충실히 준비하여 건축허가를 얻고자 하더라도 국토계획법상 개발행위허가 의제규정으로 더이상 건축허가가 기속행위가 아닌 것이 되어 건축허가를 얻기가 용이하지 않게 되며 이는 고스란

656) 「건축법」([시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정])
제5조 (건축허가) ⑥건축물을 건축 또는 대수선하고자 하는 자가 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 허가를 받거나 신고를 한 때에는 다음 각호의 허가를 받거나 신고 등을 한 것으로 본다<신설 1982、4、3>.
1. 제47조 제2항에 의한 공사용 가설건축물의 축조신고
2. 「도로법」제40조에 의한 도로의 점용허가
3. 「하수도법」제24조에 의한 배수시설의 설치신고
4. 「오물청소법」제15조에 의한 오수정화시설 및 동법 제16조에 의한 분뇨정화조의 설치신고

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

히 국민의 불만으로 이어지고 있다.[657]

실무에서 역시 「건축법」상 건축허가와 국토계획법상 개발행위허가의 적용에 있어서의 우선순위, 검토과정, 사후관리 등에 있어서 모두 충돌하고 있는 점을 쉽게 확인할 수 있다.

국토계획법상 개발행위허가의 의제는 주된 인허가절차가 국토계획의 수립절차에 준하는 내용이어야만 당초 인허가의제제도의 도입 취지대로 운용되는 것이라고 할 것이다. 특히 건축신고의 경우는 절차간소화를 위한 제도의 하나로 인정되는 것이 보통이다.[658] 그런데 이 경우에도 국토계획법에 따른 개발행위허가를 의제하고 있는 점은 규모가 작거나 주변에 미치는 영향이 거의 적어 '허가' 절차가 아니라 '신고'로 굳이 구별한 취지와도 맞지 않아 비판을 받고 있다.[659]

대법원은 "건축법에서 인허가의제제도를 둔 취지는 인허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하여 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인허가의제사항과 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다"는 입장이다.[660] 그런데 이러한 법원의 입장에 따르면 각각의 인허가에 필요로 하는 관련 절차 및 심사를 생략할 수가 없으므로 절차간소화의 취지와는 멀어질 수 밖에 없다. 애초 같이 묶을 수 없는 사항을 함께 규정한 것이라고 판단된다.

뿐만아니라 개발행위허가제도를 비교법적으로 검토해보더라도 일본이나 독일 그리고 영국, 미국 모두 토지에 대한 허가와 건축허가를 별개로 운용하고 있으며 건축허가 시에는 토지의 이용 허가가 먼저 이뤄질 것을 필요로 한다.[661] 그런데 우리는 건축허가를 통하여 토지에 대한 개발행위허가를 의제하고 있어 주객이 전도되었다고 볼 수 있다. 이런 점에서 현행 「건축법」이 건축허가를 통하여 개발

657) 구철회, 앞의 논문, 17-18면 참조.
658) 정남철, "건축신고와 인인보호", 『법조』, 제59권 제6호, 법조협회, 2010, 257면.
659) 이에 반대하는 견해로 오히려 「행정기본법」의 제24조 제1항의 인허가의제 개념 정의에 건축신고와 같이 수리를 요하는 신고의 경우에도 주된 인허가의 개념에 포함될 수 있다는 점을 명시하는 것이 필요하다는 견해가 있다(배정범, 앞의 논문, 239면). 하지만, 이 견해는 인허가의제제도가 광범위한 지금의 법체계에 대한 비판적 고려보다는 법 운용 현실에 법제를 맞추자는 것으로 보여 찬동하기 어렵다.
660) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결 참조.
661) 김광수, 앞의 논문, 21면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

행위허가를 의제하고 있는 것은 체계적으로도 인허가의제제도의 도입 배경과도 맞지 않으며 비교법적으로 찾기 힘든 입법례이다. 개선안으로 건축허가와 관련해서는 일본과 같이 국토계획법에 따른 개발행위허가를 사전에 얻도록 하고 그 후 건축허가로 나아가는 방향으로 개정되는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

3) 토지인허가 간소화법의 폐지

앞서 국토계획법상 개발행위허가를 의제하는 경우 국토계획법의 취지 및 행정의 공익실현의 입장을 고려한 비교형량이 필요한 점에 대하여 검토하였다. 이러한 취지에서 볼 때 토지인허가 간소화법은 폐지하는 것이 타당하다.

토지인허가 간소화법은 2015. 1. 20. 법률 제13053호로 제정되어 2016. 1. 21.부터 시행중에 있는 특별법의 지위를 갖고 있다. 이 법은 "토지를 이용한 개발행위와 관련한 다양한 인허가 제도는 국토의 보전과 계획적 개발이라는 두 가지 목표를 동시에 달성하기 위한 중요한 수단이나, 해당 법률에서 요구하고 있는 복잡한 절차와 인허가 신청 요건 등은 일반 국민이 쉽게 이해하기 어렵고 불필요한 비용을 발생시키고 있으며, 인허가 기간의 장기화 요인이 되고 있는 점"을 들면서 "특히, 국민 생활과 밀접하게 관련되어 있고 규제 완화의 체감도가 높은 국토계획법에 따른 개발행위 허가, 「건축법」에 따른 건축허가, 산업집적법에 따른 공장설립 승인 등에 대한 인·허가 절차의 개선이 시급한 실정"이라고 하면서 "토지를 이용하고 개발하는 경우 각 개별 법률에서 요구하고 있는 복잡한 인허가 절차를 통합·간소화하기 위한 특별법을 제정함으로써 국민의 불편을 해소하고 국가경쟁력 강화에 기여하려는 것임"이라고 밝히고 있다. 하지만 토지인허가 간소화법은 규제개혁의 대상과 절차간소화의 대상을 동일시한 문제점이 있다. 행정규제의 증가는 기업활동을 억제하고 경쟁을 억제하여 시장을 왜곡시켜 결국 사회적 비용의 증가를 초래하는 점에서 규제완화와 규제개혁이 시급하고도 중요한 과제로 논의되고 있음은 주지의 사실이다.[662] 하지만 지금은 공장설립이 장려되는 산업화 시대도 아니며, 개발행위허가가 '규제개혁'의 대상이어야 하는지도 의문이다.

---

662) 한귀현, "미국의 규제영향분석제도에 관한 연구", 『공법학연구』, 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016, 219면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

즉, 현대사회는 환경보호에 대한 요구가 어느 때 보다 큰 시점인데 모든 개발행위허가와 모든 건축허가를 대상으로 절차를 간소화하고 이것이 곧 규제 완화를 통한 개혁의 대상이라는 것은 개발행위허가가 가지는 중요한 지위를 간과한 것이다. 환경문제는 문제의 발생과 이로 인한 영향이 현실로 나타나기까지 상당한 시차가 존재하고, 어느 정도의 환경악화는 환경이 갖는 자체 정화능력에 의하여 쉽게 원상회복될 수 있지만 그 자체 정화능력을 초과하는 경우에는 환경악화가 가속화될 뿐만 아니라 심한 경우에는 원상회복이 어렵거나 불가능하게 되는 시차성(時差性), 탄력성(彈力性) 및 비가역성(非可逆性) 등과 같은 특성을 가진다.[663] 그리고 개발행위허가제도를 통하여 원칙적으로 사전허가를 받도록 하여 무분별한 토지이용을 억제하여 국토의 난개발을 막고 자연환경을 보전하는 한편 토지개발을 수단으로 한 부동산 투기를 방지하고, 신청내용이 허가기준에 맞는 경우에만 허가를 하도록 하여 개발행위허가권자의 허가권 남용을 방지하며, 개발행위허가기준 등에 관하여 필요한 세부 사항은 대통령령에 위임하여 개발행위허가제도가 지역특성에 맞게 운영될 수 있도록 한 것으로 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정되고 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않으며, 소유자로서의 토지에 대한 처분이나 그 밖의 사용·수익이 제한되는 것 역시 아니므로 법익의 균형성도 충족하는 공익적 가치를 가지는 제도이다.[664] 이렇듯 중요한 가치를 가지고 헌법적 정당성을 인정받은 개발행위허가제도를 절차간소화 또는 규제완화로 대신한다는 것은 그 자체로 공익을 실현하지 못하는 것이다.

한편 토지인허가간소화법은 그 체계가 '특별법'의 지위를 갖고 있다. 인허가의제와 관련하여 개별 법률에 그 절차가 산재되어 있고, 토지를 둘러싼 각 개별법의 내용과 규정 방식이 상이하고 의제된 관련 인허가의 요건을 어느 범위에서 준수해야 할 것인지 등에 있어 기준이 없었기 때문에 이에 대한 공통 절차 또는 그 기준을 마련할 필요가 있어 제정된 것이다. 하지만 2021. 3. 23. 인허가의제 절차와 관련하여 일반법의 지위를 갖는 「행정기본법」이 제정되었으므로 토지인허가간소화법이 특별법의 지위를 가지고 계속 존재하는 것은 체계적으로 어색하고 오

663) 대법원 2011. 4. 21 자 2010무111 전원합의체 결정.
664) 헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌바184 결정; 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바241 결정 등 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

히려 행정청의 실무 담당자들의 혼란을 가중시킬 뿐이다. 토지인허가와 관련하여 ① 주된 인허가의 근거법, ② 관련 인허가의 근거법, ③ 「행정기본법」, 그리고 ④ 토지인허가 간소화법까지 살펴봐야 하는데 이들 법의 상관관계에 대해서 행정 실무 담당자들이 체계적으로 정리하여 국민에게 혼란의 여지 없이 처분을 집행하기는 사실상 불가능해 보이기 때문이다.

절차간소화의 취지는 민원인의 편의를 우선하는 것이다.[665] 그런데 국토계획법상 개발행위는 한번 훼손되면 다시 원상에 회복하는 데에는 많은 시간과 비용이 필요하고 다수인에게 미치는 영향도 큰 행위이다. 이를 민원 신청인의 편의 우선이라는 지극히 단순한 사익을 위하여 희생되어야 하는 가치라고 볼 수는 없다. 오히려 심사가 제대로 이뤄지지 않으면 신청인에게 역시 장기적으로는 손해로 다가올 것이다. 따라서 토지이용간소화법은 행정법의 존재 이유인 공익과는 조화롭게 유지될 수 있도록 모든 개발행위허가와 건축허가에 대한 것에서 대규모개발행위나 공익사업을 위한 건축행위 등으로 범위를 구체적으로 한정하거나 「행정기본법」의 인허가의제 규정이 입법된 것을 고려하여 폐지하여야 할 것이다.

제4절 개발행위허가 기준의 확립과 유연성 확보

1. 개별·구체적인 개발행위허가 기준 마련의 확대

1) 법령해석규칙 제정의 토대 마련[666]

개발행위허가는 이미 수립되어 있는 토지이용계획 내에서 개별 개발행위가 도시·군관리계획 등 토지의 이용계획에 부합하는지를 심사하여 허가 여부를 결정하는 것이다.

665) 선정원, 앞의 논문, 369면.
666) '법령해석규칙'이라는 용어는 박균성에 의한 것이다(박균성, 앞의 책, 242면). 한편 홍정선에 의하면 '법률해석규칙 또는 규범해석규칙'이라는 용어를 사용하여 행정규칙의 종류에 있어 용어의 통일성을 기하고 있지는 못하다(홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021, 282면).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

토지에 대한 재산권은 헌법이 열거한 기본권 중 하나로서 토지 재산권의 행사는 개인에게는 중요한 사항이다. 따라서 개발행위허가를 통한 토지재산권의 행사는 행정청의 자의적인 판단에 맡겨 둘 수는 없고 엄격한 요건과 절차에 의하여 이를 통제하여야 할 것이다.[667]

하지만 개발행위허가 기준은 대부분 불확정법개념으로 되어 있다 보니 개발행위허가 실무에서 갖는 처분의 일관성 상실의 우려가 큰 실정이다. 특히 인접 토지와의 관계에 있어, 단차나 고도 차이, 일조권, 생활의 피해, 농업에 피해 등 고려할 요소들이 많이 있어 구체적인 상황별로 가이드라인을 제시하고 조치방안들을 마련할 것이 필요하다. 이러한 부분은 공공갈등으로 확대될 수 있기 때문에 주관적 판단의 개입을 최대한 배제하고 행정의 신뢰를 확보할 필요성이 높다. 예를 들어 개발행위허가를 담당하는 실무자가 해당 지역에 오래 살아서 그 특징을 완벽하게 파악하고 있지 않은 이상 그 지역에 어떤 문화 유산적 가치가 있고(예를 들어 봉황당), 어떤 자연적 특징(예를 들어 물길)이 있어 개발 행위시 침수피해 등이 있을 수 있다는 점을 파악하기란 어렵다. 따라서 개발행위허가를 위한 기준은 해당 지역의 특색에 맞게 구성될 수 있도록 전문적으로 마련될 필요가 있다. 그리고 이를 위하여 법령해석규칙이 활용될 수 있다는 점은 제3장에서 검토한 바와 같다.[668]

법령해석규칙은 법령의 해석을 규정한 행정규칙으로 법령 집행기관의 법령해석의 어려움을 덜어주고 통일적이고 단일적인 법 적용을 도모하기 위한 것이다.[669] 법령해석규칙은 특히 불확정법개념의 해석·적용과 관련된 것인데 그 성질이 행정규칙인 이상 법령의 위임 없이 제정되는 것을 전제할 수 있다. 뿐만아니라 법령해석규칙이 불확정법개념에 관한 것이라면 불확정법개념의 해석에 있어 행정청에 판단여지가 인정되는 경우 그 해석규칙은 명백하게 불합리하지 않은 이상 존중되고 있다.[670]

따라서 행정청은 행정규칙의 본래적 기능인 행정의 사무처리기준으로서의 법령해석규칙을 법령의 근거 없이 마련하는 것이 가능하다.[671] 다만 그렇다 보니 행정청으로서는 최고 책임자의 의사에 따라 법령해석규칙 마련을 하거나 그 적용에 있어서도 일관성

667) 김광수, 앞의 논문, 14면.
668) 이 논문, 121면 참조.
669) 박균성, 앞의 책, 242면; 홍정선, 앞의 책, 282면.
670) 박균성, 앞의 책, 248면.
671) 이 논문, 114면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이 유지되기 쉽지 않은 측면이 있다. 그리고 개발업자의 로비로 또는 행정규제에 대한 잘못된 인식으로 말미암아 소극행정의 일환으로 오인받을 위험도 상존하고 있다. 따라서 법령해석규칙이 적극적으로 활용될 수 있는 법 토대를 정비할 필요가 있다.

2) 법령해석규칙 마련 가능성을 국토계획법에 명시(제58조 제4항 신설)

현행 국토계획법은 제58조 제3항에서 개발행위허가의 기준을 대통령령으로 위임하여 국토계획법 시행령 [별표 1의 2]로 마련되어 있으며, 다시 세부 사항은 국토교통부령으로 위임되어 「개발행위허가 운영지침」이 제정되어 있다. 하지만 이들 규정은 일반적인 규정이므로 각 지방자치단체 특정 토지와 구역의 특성을 반영한 것이 아니다. 그러므로 이 부분에 있어 지방자치단체별로 특성에 맞는 기준을 마련하도록 유도하는 규정을 국토계획법에 마련하여야 한다. 예를 들면, 현행 국토계획법 제58조 제3항 "지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 다음 각 호의 구분에 따라 대통령령으로 정한다"라고 하여 개발행위허가기준을 마무리하고 있는데, 제4항으로 "각 지방자치단체는 제3항의 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 정리하여 개발행위허가의 심사 기준시 활용하여야 한다"는 규정을 둔다면 설혹 권고 규정이라 하더라도 각 지역에서 개발행위허가의 기준을 각 조례로 정할 때보다 자세한 지역의 특성을 반영하여 구체적 타당성을 기할 수 있을 것이다. 이러한 각 지방자치단체의 현황작업은 국토계획의 실천적 작업으로 난개발 방지의 필요성을 고려하면 적극적으로 이뤄져야 한다. 독일의 경우 연방건설법전(BauGB)의 건설기준계획 수립원칙을 보면 세부적인 가이드라인을 제시하고 있음을 확인할 수 있으며, 일본은 건축주사제도를 통하여 난개발의 방지를 도모하고 있다. 이에 비하여 우리나라는 행정청의 일선 공무원에게 오롯이 맡겨져 있는 상황이다. 따라서 각 지방자치단체의 특성과 현황을 담은 법령해석규칙은 그 활용도가 높을 것으로 기대한다.

3) 「적극행정 운영규정」의 개정

한편 행정청의 행위는 「행정규제기본법」의 규제개혁과 항상 맞물려 있어 행정청으로서는 지침마련이 부담스러운 현실이다. 따라서 정책적으로 불확정법개념 심사의 기준

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

을 정하는 것은 규제개혁의 대상이 아니라 형평에 맞는 행정을 하기 위한 자기구속의 일환이라는 법인식의 마련과 확산이 함께 이루어져야 할 것이다. 예를 들어 「행정기본법」제4조의 위임으로 제정된 「적극행정 운영규정」에 불확정법개념의 정의 규정을 둔 다음 법령이 불확정법개념으로 된 경우 '행정청은 그 불확정법개념의 해석에 있어 자기구속의 원칙을 지켜 형평에 어긋나지 않도록 행정을 하여야 한다'는 점을 명시한다면 행정청이 불확정법개념의 해석을 위한 법령해석규칙을 부담 없이 마련 하는데 도움이 될 것이다.

2. 제주특별자치도 사례

1) 개별적 지침의 적극 마련

제주특별자치도는 제주특별법에 따라 국토계획법 시행령 또는 시행규칙으로 규정한 사항이라도 도조례로 정할 수 있다.[672] 그리고 이에 근거하여 도시계획조례가 제정되어 있다. 이뿐만 아니라 도시계획조례 제24조 제2항에 근거하여 개발행위허가 세부 검토기준도 마련하여 운영하고 있다.[673] 하지만 이들 규정은 국토계획법 시행령 [별표 1의2]와

---

672) 제주특별법 제406조 (국토의 계획 및 이용에 관한 특례)
⑨「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」제8조제2항, 같은 조 제4항제4호, 제30조제3항 단서, 제31조제2항 단서, 제39조제1항 본문, 제43조제1항 단서, 제49조제2항, 제51조제1항제10호, 같은 조 제2항제2호, 같은 조 제3항제1호ㆍ제2호, 제52조제1항제1호ㆍ제2호ㆍ제8호, 같은 조 제2항ㆍ제3항, 제56조제1항 각 호 외의 부분 본문, 같은 조 제2항 단서, 같은 조 제4항제3호, 제57조제2항ㆍ제4항, 제58조제1항제1호, 같은 조 제3항, 제59조제1항(대통령령으로 정하는 행위에 한정한다), 같은 조 제2항제6호, 같은 조 제3항 전단, 제60조제1항 각 호 외의 부분 본문, 같은 조 제2항, 제62조제1항 본문, 제67조제1항제3호, 같은 조 제2항ㆍ제4항ㆍ제5항, 제68조제2항 단서, 같은 조 제3항, 같은 조 제4항제2호, 같은 조 제6항제2호, 같은 조 제7항, 제69조제1항ㆍ제5항, 제70조제2항 단서, 같은 조 제3항, 제76조제1항ㆍ제2항, 같은 조 제5항제1호, 제77조제1항 각 호 외의 부분, 같은 조 제2항, 같은 조 제3항 각 호 외의 부분, 같은 조 제4항 각 호 외의 부분, 제78조제1항 각 호 외의 부분, 같은 조 제2항부터 제5항까지, 제81조제1항, 같은 조 제2항제1호부터 제3호까지, 같은 조 제6항, 제85조제1항, 같은 조 제5항 단서, 제88조제1항ㆍ제2항, 같은 조 제4항 단서, 같은 조 제5항, 제98조제1항, 제113조제1항제4호, 같은 조 제2항제4호, 같은 조 제3항, 제113조의2 본문ㆍ단서, 제113조의3제1항제4호, 제114조제2항에서 대통령령 또는 국토교통부령으로 정하도록 한 사항은 도조례로 정할 수 있다.
673) 도시계획조례 제24조 (개발행위허가의 기준)
② 도지사는 제1항의 개발행위허가 기준에 대한 세부적인 검토기준을 정할 수 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

「개발행위허가 운영지침」이 가지고 있는 불확정법개념을 해결하지는 못하고 있으며 따라서 제주도가 개발행위허가에 대하여 가지고 있는 권한을 충분히 반영했다고 보기는 어려운 실정이다.

그렇다 보니 개발행위허가 기준에 존재하는 불확정법개념에 대하여 행정청 사이에 그 해석을 달리하는 경우가 늘어나 행정청의 신뢰확보에 어려움을 겪기도 하였다. 이에 제주특별자치도는 자체적으로 통일된 허가기준 적용의 필요성에 따라 지침의 마련을 노력하고 있다. 즉, 2015. 10. 7. '통일된 허가기준 적용 및 불합리한 기준 정비를 위한 개발행위허가 업무 개선 회의'를 하여 제주특별자치도와 하부 행정기관으로서 행정시가 모두 참석하여 개발행위허가의 기준에 있어 불편 사항에 대한 기준을 마련하기도 하였다. 특히 제주특별자치도의 하부 행정기관인 서귀포시는 자체적으로 「곶자왈 지역 환경보전을 위한 개간사업 승인 업무 운영지침」, 「지하수자원보전지구(2등급) 안에서의 개발행위 처리방안」, 「기반시설(도로) 기부채납 업무처리지침」, 「건축법에 따른 도로 지정 업무 적용지침」등을 마련하여 불확정법개념에 대한 법해석 권한과 그 판단여지의 한계를 준수하고자 자체적으로 대응하고 있다. 이에 대하여 살펴보면 다음의 표와 같다.[674]

<표5-2> 개발행위허가 기준에 대한 서귀포시의 행정규칙 운영 현황

연번	내부지침명	관련법령
1	지하수자원보전지구(2등급) 안에서의 개발행위 처리방안	○ 국토계획법 제56조 제1항, 제58조 제1항 제4호, 제5호 ○ 도시계획조례 제24조 ○ 보전지역관리조례 제2조의 2
2	「건축법」에 따른 도로지정업무 적용지침	○ 국토계획법 제56조 제1항 제1호 및 제4호, 제58조 제1항 제4호, 제5호 ○「건축법」 제2조 제1항 제11호 ○ 공간정보관리법 제79조 ○ 도시계획조례 제24조 ○「제주특별자치도 건축조례」 제25조
3	연접개발 신청시 도로의 폭 기준	○ 국토계획법 제58조 제3항
4	기반시설(도로) 기부채납 업무처리지침	○ 국토계획법 제57조 제4항, 제65조 ○ 국토계획법 제56조 제1항 제1호 및 제4

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

		호, 제58조 제1항 제4호, 제5호 ○ 공간정보관리법 제79조 ○ 도시계획조례 제24조
5	건축물의 배수설비 유형 및 설치 기준	○ 국토계획법 제58조 제1항 제4호, 제5호 ○「하수도법」제16조, 제27조, 제29조
6	제주특별자치도 하수도시설 유지관리 운영지침	○ 국토계획법 제56조 제1항 제1호, 제58조 제1항 제5호 ○ 도시계획조례 [별표1]-2-(가)-3)
7	제주특별자치도 경관가이드라인	○ 국토계획법 제58조 제1항 제4호 ○「경관법」제5조, 제15조 ○「제주특별자치도 경관 조례」제7조
8	제주형 태양광발전시설 가이드라인	○ 국토계획법 제56조 제1항 제1호, 제58조 ○「신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법」 ○「전기사업법」제7조
9	제주특별자치도 농지 기능강화 업무처리 지침	○「농지법」 ○ 국토계획법 제56조 제1항 제2호
10	개간사업 승인업무 운영지침	○ 농어촌정비법 제13조, 제14조 ○ 국토계획법 제56조 제1항 ○ 보전지역관리조례 제2조의 2

(1) 「「건축법」에 따른 도로지정업무 적용지침」

「건축법」은 건축허가를 위해서 '도로'에 접하여야 하는 점을 규정하면서 '도로'의 의미에 대하여 규정 하면서 그러한 '예정도로' 역시 도로라고 있다(「건축법」 제1조 제1항 제11호).[675] 하지만 이때 '예정도로'라는 것은 언뜻 보기에 명확해 보이

674) 지침의 명칭에 '제주특별자치도' 또는 '제주'가 붙은 것은 서귀포시의 상급기관인 제주특별자치도 차원의 지침이다.

675) 건축법 제2조(정의) ① 1. ~ 10. (생략)

11 . "도로"란 보행과 자동차 통행이 가능한 너비 4미터 이상의 도로(지형적으로 자동차 통행이 불가능한 경우와 막다른 도로의 경우에는 대통령령으로 정하는 구조와 너비의 도로)로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 도로나 그 예정도로를 말한다.

가.「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」,「도로법」,「사도법」, 그 밖의 관계 법령에 따라 신설 또는 변경에 관한 고시가 된 도로

나. 건축허가 또는 신고 시에 특별시장ㆍ광역시장ㆍ특별자치시장ㆍ도지사ㆍ특별자치도지사(이하

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지만 '예정'이라는 것은 그 행정절차 단계가 있다 보니 최종적으로 도로의 '공고' 또는 '지정'이 되지 않더라도 이미 도로로 보아 건축허가를 하게 되고 결국 맹지에 건축된 건축물을 양산하게 되는 문제점이 발생 하였다. 특히 도로에 접하지 않은 토지를 '쪼개기 분할'하여 제주도에서 부동산 투기와 난개발이 성행하게 되었다. 이에 사람에 따라 다르게 판단될 수 있는 불확정법개념인 '예정'의 의미를 명확하게 하기 위하여 마련한 지침이다.

이 지침에 따르면 '맹지'의 의미에 대하여 '공로에 접한 부분이 없는 토지, 도로가 아닌 타 지번의 토지로 둘러싸여 있는 토지'라고 정의하고, '예정'과 관련하여 단순히 그 도로지정의 신청단계 또는 검토단계에 있는 경우는 제외하고, 명확하게 지적분할이 예정되어 도로 예정선이 구획된 경우로 제한하는 내용을 담고 있다.

이는 건축허가를 위한 도로지정 그리고 도로지정을 위한 토지의 분할은 개발행위허가 대상으로(국토계획법 제56조 제1항 제4호), 개발행위허가 기준에 의할 때 '4. 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것' 그리고 '5. 해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절할 것'을 함께 고려한 것이다. 즉 건축허가가 단순히 「건축법」에 한정되는 것이 아니고 다른 관계 법령과의 유기적 관계를 검토해야 하는 점에 근거한 것이다.

(2) 「연접개발 신청시 도로의 폭 기준과 관련한 기준」

별개의 사업자이지만 동일한 필지 또는 연접한 필지에 공동주택 허가를 하는 경우와 관련하여 같은 종류의 주택이므로 세대수를 합산하여 도로의 폭을 정하도록 하였다. 기준마련에 '연접'한 건축부지의 예시를 제시하여 혼란을 방지하는 기능을 하고 있다. 이 역시 개발행위허가 기준을 정한 국토계획법 제58조 제1항 제4호 또는 제5호가 정하는 불확정법개념이 그 위임 입법에서도 전혀 구체화되어 있지 않음에 따른 자체적 조치이다.

(3) 「지하수자원보전지구(2등급) 안에서의 개발행위 처리방안」

"시·도지사"라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 위치를 지정하여 공고한 도로

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

개발행위허가를 함에 있어 국토계획법 제58조와 도시계획조례가 개발행위허가 기준으로 제시한 '역사적·문화적·향토적 가치' 또는 '그 지역과 주변 지역에 수질오염, 토질오염, 환경오염, 생태계 파괴 및 위해 발생 등이 발생할 우려'가 있는지 여부를 판단하는 기준이 없어 처분권자마다 전혀 다른 해석을 하는 상황이 초래되었다. 이에 보전지역 관리조례가 곶자왈 지대를 지하수 자원보전지구 2등급으로 지정하여 보호하고 있는 점, 제주도에서 곶자왈이 가지는 사회적·문화적·역사적 가치는 공감대가 형성되어 곶자왈보전조례까지 제정되어 있는 점 등을 반영하여 곶자왈의 경우 지하수 보존을 위한 중대한 공익으로 정하여 개발행위허가 담당자의 허가처리 결과가 동일할 수 있도록 하였다. 제주특별자치도에서 곶자왈이 가지는 특수한 지위는 항을 달리하여 검토하는 바와 같다.

(4) 「기반시설(도로) 기부채납 업무처리지침」

국토계획법 제57조는 개발행위허가에 있어 부관의 가능성을 명시한 규정이다.[676] 그런데 이 규정에 보면 '개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보, 위해 방지, 환경오염 방지, 경관, 조경 등에 관한 조치를 할 것을 조건으로' 개발행위허가를 할 수 있다고 하고 있음에 따라 건축허가를 위한 기반시설로 반드시 확보해야 할 도로를 아직 확보하지 아니한 상태임에도 민원인들이 조건부 개발행위허가를 요구하여 국토의 계획적인 이용에 어려움을 초래한다. 특히 국토계획법 제65조는 개발행위에 따른 공공시설을 행정청에 무상귀속하도록 하는 규정을 두고 있어 더욱 혼란을 가중하고 있다. 도로는 일단 생기고 나면 이를 바탕으로 하여 도시가 형성되는 만큼 국토의 계획에 맞추어 그 설치가 예정되어야 할 필요가 있다. 그런데 맹지에 대한 건축허가 또는 토지의 형질변경 및 토석의 채취에 있어 신청인들의 경우 국토계획법 제65조에 따른 기부채납 규정을 들어 개발행위허가를 종용하는 경우들이 발생한다. 이는 건축허가고자 하는 건축물에 필요한 도로폭이 부족한 경우 도로폭을 확보하여 건축물의 재산적 가치를 향상하고자 하는 경우에도 문제 되었다. 이에 더하여 허가권자에 따라서는 도로의

676) 제57조(개발행위허가의 절차) ① ~ ③ (생략)
④ 특별시장ㆍ광역시장ㆍ특별자치시장ㆍ특별자치도지사ㆍ시장 또는 군수는 개발행위허가를 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보, 위해 방지, 환경오염 방지, 경관, 조경 등에 관한 조치를 할 것을 조건으로 개발행위허가를 할 수 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

기부채납을 받는 것은 공유재산을 확보하는 긍정적인 효과를 거두는 것으로 판단하기도 하여 국토의 계획적인 이용에 차질이 발생하였다. 따라서 이 지침은 국토의 계획적인 개발을 위하여 기부채납의 기준을 정하여 두고 있다.

한편 기부채납은 「공유재산 및 물품관리법」 제7조에 따른 것으로 민법상 증여의 법적 성질을 가지고 있다.[677] 따라서 수증자에 해당하는 민원인의 의사뿐만 아니라 공유재산의 관리를 담당할 지방자치단체의 소유 및 관리 의사 역시 중요한 점에서 기부채납 대상을 규정하고 처분권자에 따른 자의적 해석을 방지한 것이다.

이에 따르면, 기부채납의 대상이 되는 도로는 불특정 다수가 제한 없이 자유롭게 이용할 수 있는 공공성이 확보된 도로일 것, 주변 지역 주민들이 편리하게 이용할 수 있는 도로로서 공공성이 강하여 도로관리청의 관리 필요성이 있는 도로일 것을 원칙으로 하며 이 두 가지 요건 중 어느 하나에 해당하지 않는다면 기부채납은 지양하도록 하였다. 이를 바탕으로 ① 신설도로인 경우 녹지지역을 제외한 도시지역 및 취락지구를 대상으로 하고, ② 건축을 위하여 필요한 도로폭의 확장을 위한 경우는 녹지지역 및 비도시지역, 도시지역을 나누어, 녹지지역 및 비도시지역은 표고 300미터 미만 지역과 취락지구(취락지구 경계에서 직선거리 300미터 이내를 포함)에 한하여 통과도로는 허용하도록 하고, 도시지역의 경우는 주요도로와 연결되는 기존도로를 건축부지까지 확장하는 경우에 한정하여 기부채납의 대상으로 삼기로 하였다. ③ 국토계획법 개발행위허가 기준이 정하는 '기타 무질서한 개발을 초래하지 아니하는'의 의미를 구체화하여 도시계획도로 예정지역을 진입도로로 개발하는 경우, 건축예정부지가 지목상 도로에 접해 있으나 당해 도로관리 부서에서 도로로서의 기능이 상실되어 지형 여건상 도로개설허가가 불가능하다고 인정하는 도로를 대체할 진입도로를 개설하고자 하는 경우로 한정하고 이는 녹지지역에 대하여는 적용하지 않는 것으로 하였다.

(5) 「건축물의 배수설비 유형 및 설치 기준」

건축을 위한 개발행위허가에 있어 필수적 기반시설인 배수설비와 관련하여

677) 대법원 1996. 11. 8. 선고 96다20581 판결. 이 판결에 의하면 "기부채납은 기부자가 그의 소유재산을 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체는 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약이고, 증여계약의 주된 내용은 기부자가 그의 소유재산에 대하여 가지고 있는 소유권 즉 사용·수익권 및 처분권을 무상으로 지방자치단체에게 양도하는 것"이라고 하고 있다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

개인배수설비를 설치하는 경우 필연적으로 공공재인 도로를 사용하게 된다. 하지만 개인배수설비를 과도하게 설치할 경우 국토계획에 따라 도로가 예정한 기능을 초과하여 그 공공성이 저해되어 문제가 되고 있다. 이에 「건축물의 배수설비 유형 및 설치 기준」에서는 개인배수설비의 연결과 관련한 협의 기준을 설정하여 국토계획법 제58조가 정하는 기반시설의 적절한 설치를 도모하는 기능을 하고 있다.

(6) 「제주특별자치도 하수도시설 유지관리 운영지침」

대표적인 기반시설은 하수도시설은 건축허가를 위하여 반드시 요구되며 「건축법」제11조 제5항에 따른 인허가의제사항이기도 하다. 한편 건축을 위한 개발행위허가 기준에서는 신청하고자 하는 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 '적절할 것'을 규정하고 있다(국토계획법 제58조 제1항 제5호 참조). 하지만 무엇이 '적절'한지에 대하여는 상세한 규정이 없어 그 해석을 필요로 하는데 도시계획조례 제24조의 개발행위허가 기준은 [별표1]로 개발행위별 검토사항을 규정하고 있지만 다양한 경우의 모든 사례에 대처하는 기준으로서는 부족함이 있었다. 특히 건축허가를 얻어 사용승인을 받은 다음 건축업자(분양자)는 관리책임에서 벗어나는데 남은 수분양자들 사이에 하수도의 관리와 관련한 분쟁이 발생하여 새로운 갈등의 소재로 대두되기도 하였다. 이 지침은 이러한 갈등을 해소하고자 하수도시설의 유지관리에 대한 세부적인 사항을 규정하여 보충하는 기능을 하고 있다.

(7) 「제주특별자치도 경관 가이드라인」

개발행위허가 기준에는 '주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것'을 규정하고 있는데 이러한 표현은 불확정법개념의 대표적인 사례로 볼 수 있을 것이다(국토계획법 제58조 제1항 제4호 참조). 한편 「경관법」은 경관의 보전·관리 및 형성 등에 있어 다른 법률에서 달리 정하고 있는 사항이 아니라면, 「경관법」의 규정에 따르도록 하고 있다(「경관법」제5조 참조). 따라서 개발행위허가 기준에 있어 경관과 조화되는지에 대하여 국토계획법 및 그 위임법령 그리고 도시계획조례에 다른 내용이 없으므로 「경관법」에 따라 그 경관의 조화 여부를 판단하게 된다. 이때 「경관법」은 지방자치단체로 하여금 경관계획을 수립하도록 규정하는데 이 계획은 국토계획법에 따른 도시·군 기본계획에 부합되어야 한다(「경관법」제9조 제4항).

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

지방자치단체장이 수립한 경관계획에는 「경관법」 제9조가 규정하는 사항 외에도 추가로 지방자치단체장이 조례로 정하는 사항을 포함할 수 있고, 이에 제주도는 「제주특별자치도 경관 조례」에서 경관가이드라인을 운용하도록 규정하여 제주도의 실정을 반영한 경관 가이드라인을 마련하여 운용 중에 있다(「제주특별자치도 경관 조례」 제4조). 가이드라인은 총 425면에 달하며, 경관축(선), 경관권역(면), 경관거점(점)별 가이드라인을 제시하고 체크리스트의 형식으로 가능한 개발행위를 나타내고 있다. 그리고 이 가이드라인에는 「해안경관 가이드라인」을 포함하여 해안선으로부터 거리별 가이드라인을 규정하고 있다.

(8) 「제주형 태양광 가이드라인(안)」

산업통상자원부는 2017. 3. 「태양광 발전시설 입지 가이드라인」을 제정하여 지방자치단체에 배포하였다. 그런데 그 내용을 보면 개발행위허가권자들로 하여금 개발행위허가 기준을 적용하지 말도록 하여 개발행위허가권자로서는 태양광의 개발행위허가에 오히려 어려움이 있었다. 즉, '기초 지자체들이 개발행위허가 지침에서 태양광 발전시설에 과도한 이격거리 규제를 하고 있어 보급에 애로'가 있는 점을 문제점으로 지적하면서 '지방자치단체장은 태양광 발전시설에 대한 이격 거리 기준을 설정·운영하지 아니함'을 기본원칙으로 한 것이다. 이에 따라 태양광시설의 개발행위허가를 함에 있어 개발행위허가 기준을 완화하게 되었고, 개발행위허가권자는 국토계획법 제58조가 정하는 개발행위허가의 기준인 '주변 지역의 토지이용실태나 물의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이루는지 여부'에 대한 판단을 소극적으로 밖에 할 수 없게 된 것이다. 그후 광범위한 태양광시설의 보급은 전국적으로 큰 사회문제가 된 것은 주지의 사실이다.[678] 이에 제주도는 도시계획조례의 개정을 진행하여 태양광시설의 설치에 있어 이격 거리를 두도록 규정하였다.[679] 그리고 「제주형 태양광 가이드라인」을 제정하여 저탄소정책을

678) 이러한 문제점에 기인하여 「산지관리법 시행령」은 2018. 12. 4. 대통령령 제29329호로 개정하면서 '종전에는 산지에 태양에너지발전시설을 설치하기 위해서는 산지전용허가를 받도록 하였으나, 산지전용에 따른 토지 가격의 상승, 산지환경의 훼손, 토사유출에 따른 주민피해 등의 부작용이 발생하는 문제점이 있어 앞으로는 산지에 태양에너지 발전시설을 설치하기 위해서는 재해방지시설의 설치계획, 폐기되는 태양에너지발전설비의 처리계획 등이 반영된 사업계획서를 작성하여 산지일시사용허가를 받도록 하고, 대체산림자원조성비의 감면대상에서 태양에너지 발전시설을 제외하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완'하였다.

679) 2020. 7. 15. 제주특별자치도 조례 제2579호로 일부개정되어 이격거리 제한이 도입되었다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

추진하는 과정에서 개발행위허가 기준의 적합여부를 판단해야 하는 행정청의 의무가 조화될 수 있도록 거리-입지-절차-정성(경관)적 규제사항을 명시하는 것을 내용으로 하고 있다. 즉, 태양광시설은 온실가스 저감 등 기후변화 대응을 위한 대체에너지 수단으로서 산업통상자원부에 의하여 장려되고 있는 것이 현실인 만큼 환경 및 경관훼손에 대한 우려와 생활환경에 대한 악영향을 해소하는 방안을 마련하여 조화롭게 운영될 필요성이 있기 때문이다.

(9) 「제주특별자치도 농지기능강화 업무처리 지침」

농지기능강화 업무처리 지침은 경작을 위한 개발행위의 경우 국토계획법이 규정하는 개발행위허가의 대상에서 제외되고 있어 국토계획법의 개발행위허가 기준과는 다소 거리가 있는 지침이다(국토계획법 제56조 제1항 제2호). 하지만 제주특별자치도가 정책적으로 '제주 농지 기능관리 강화 방침'을 선언함에 따라 「농지법」이 규정하는 '영농', '농업인' 등의 요건을 충족하고 있는지 여부를 실질적으로 판단하여 헌법이 규정하는 경자유전의 원칙이 지켜지도록 할 필요성이 증대되었다. 「농지기능강화 업무처리 지침」은 「농지법」이 규정하는 농지의 취득 및 농지전용(農地轉用) 기준에 있어 불확정법개념으로 규정된 부분에 대한 구체적 기준을 제시하여 업무의 혼란을 방지하는 기능을 수행하고 있다.

(10) 「개간사업 승인업무 운영지침」

개간사업은 「농어촌정비법」에 근거하는 것으로, 농지가 아닌 토지에서 농지의 기반을 조성하여 「농지법」이 규정하는 영농을 위하여 토지의 형질을 농지로 바꾸는 것이다. 주로 산지에 대한 것인데, 개간사업허가를 위한 신청을 할 때 산지전용허가 신청 역시 함께 진행되지만 개간사업허가 자체는 「산지관리법」 제14조가 규정하는 산지전용허가와는 차이가 있다. 개간사업이 문제 되는 이유는, 산지에서 곧장 대지로 산지전용허가를 얻는 것은 임목본수도의 요건 등에 있어 까다로움이 있어 부동산을 개발하고자 하는 사업자들은 산지에 대하여 일단 개간사업허가를 얻어 그 지목을 산지에서 농지로 지목을 변경한 후 일정기간을 경과하여 개간사업에 따른 영농의무가 소멸되면, 다시 농지에서 건축이 가능한 대지로 형질을 변경하는 방법으로 부동산의 재산적 가치를 상승시키는 편법의 수단으로 악용되는 일이 사회문제가 되었

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다. 즉, 이러한 개발 방식은 계획적 개발에 의한 대지조성이 아닌 관계로 필연적으로 난개발을 수반하게 된 것이다. 특히 산지의 비중이 높은 제주도의 경우 개간사업을 통한 지목 변경을 제한할 필요성이 큰 점에서 이 지침은 「농어촌정비법」이 규정하는 개간대상지 선정 기준을 명확하게 하는 기능을 하고 있다.

이 지침에 따르면, 「농어촌정비법」이 규정하는 '영농계획서의 심사'에 있어 「농지법」 제2조가 규정한 농업인, 농업법인의 범위에 해당할 것 그리고 도내 비거주자의 영농계획은 「제주특별자치도 농지기능 강화 업무처리지침」제4조에 따라 판단하도록 하였다. 그리고 진입도로가 없는 경우 개간대상지 선정에서 제외하고, 국토계획법이 규정하는 개발행위허가 기준에 따라 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획에 적합하지 아니한 토지의 의미에 지하수보전2등급(곶자왈) 지역을 규정하여 개발행위허가 기준에 있어서의 통일성을 도모하고 있다.

2) 제주특별법에서 '곶자왈'의 지위 재설정 필요

(1) 제주특별자치도만의 특수한 지역들

제주특별자치도의 경우 국토계획법상 개발행위허가에 있어 특별히 고려해야 할 사항들이 존재한다. 바로 제주특별법 제355조에서 규정하는 '절대보전지역' , 제356조가 규정하는 '상대보전지역' 그리고 제357조가 규정하는 '관리보전지역'이다. 먼저 ① '절대보전지역'이란, 자연환경의 고유한 특성을 보호하기 위한 지역으로, 1. 한라산・기생화산・계곡・하천・호소(湖沼)・폭포・도서・해안・연안・용암동굴 등으로서 자연경관이 뛰어난 지역, 2. 수자원과 문화재의 보존을 위하여 필요한 지역, 3. 야생동물의 서식지 또는 도래지, 4. 자연림지역으로서 생태학적으로 중요한 지역, 5. 그 밖에 자연환경의 보전을 위하여 도 조례로 정하는 지역을 의미한다. 다음으로 ② '상대보전지역'이란, 자연환경의 보전과 적정한 개발을 유도하기 위한 지역으로 1. 기생화산・하천・계곡・주요도로변・해안 등 생태계 또는 경관보전이 필요한 지역, 2. 절대보전지역을 제외한 지역 중 보전할 필요가 있는 지역을 의미한다. 그리고 ③ '관리보전지역'이란, 한라산국립공원, 국토계획법 제6조 제1호에 따른 도시지역 및 제주자치도의 부속도서를 제외한 지역 중 지하수자원・생태계 및 경관을 보전하기 위하여 필요한 지역을 의미한다.

이들 지역은 모두 도 의회의 동의를 얻어 지정하며 이 경우 지체없이 고시하여야 한

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다. 즉, 고시를 통하여 국민에게 바로 알려지게 되는 것이다.

(2) 국토계획법상 개발행위허가와 곶자왈

가) 곶자왈 개념의 이원화

이들 특수한 지역과 구별되는 것으로 제주특별법 제354조가 규정하는 '곶자왈'이 있다. 그런데 이 '곶자왈'의 정의가 이원화되어 있어 그 개정이 필요하다. 먼저 제주특별법에서는 현재 그 정의를 "제주도 화산활동 중 분출한 용암류가 만들어낸 불규칙한 암괴 지대로서 숲과 덤불 등 다양한 식생을 이루는 곳"이라고 하고 있다. 즉, 불규칙한 암괴 지대 중 식생을 기준으로 하여 숲과 덤불 등 다양한 식생을 이루는 곳으로 한정하여 '곶자왈'이라고 문리적으로 해석된다.

하지만 제주특별법이 규정하는 특수한 지역들과 관련하여 그 위임을 받아 제정된 보전지역 관리조례가 제9조에서 '지하수자원 보전지구' 등급 중 제2등급 지역에 '곶자왈' 지역을 규정하고 있는데 그 이유는 지하수 오염 취약성이 높은 곳으로 토양 요소가 미악통·암석지·용암류에 해당하는 투수성 지질 요소에 해당하기 때문이다(보전지역관리조례의 [별표1] 참조). 즉, 제주특별법이 정의하는 곶자왈의 개념은 보전지역 관리조례가 상정한 곶자왈의 개념에 '숲과 덤불 등 다양한 식생'을 추가적으로 요구하고 있는 것이다. 하지만 이러한 제주특별법의 곶자왈 정의는 목차를 바꾸어 검토하는 바와 같이 난개발 방지 목적을 달성하지 못하고 현재 국토계획법상 개발행위허가를 함에 있어 오히려 장애가 되고 있으므로 개정될 필요가 있다.

나) 국토계획법상 개발행위허가를 함에 있어 곶자왈의 취급

제주특별자치도의 경우 국토계획법상 개발행위허가를 함에 있어 그 기준은 제주특별법 제406조 제9항에 따라 국토계획법 시행령 및 국토계획법 시행규칙을 대체하는 내용의 조례를 제정할 수 있고, 이에 따라 도시계획 조례가 제정되어 있다. 이 도시계획 조례는 별표 규정을 두어 개발행위허가기준을 규정하고 있는데 이 기준 역시 불확정법 개념으로 되어 있다. 예를 들면 공통분야에 있어서는 '역사적·문화적·향토적 가치, 국방상 목적 등에 따른 원형보전의 필요가 없을 것', '중산간지역은 개발행위로 인하여 그 지역과 주변지역에 지하수오염, 생태계파괴 및 위해발생 등의 우려가 없

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

을 것', '개발행위로 건축하거나 설치하는 건축물이나 공작물이 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변 건축물과 조화를 이루어야 하며', '개발행위로 인하여 그 지역과 주변지역에 대기오염, 수질오염, 토질오염, 소음, 진동 및 분진 등에 의한 환경오염, 생태계파괴 및 위해발생 등이 발생할 우려가 없을 것', '개발행위로 인하여 녹지축이 단절되지 아니하고, 배수가 변경되어 하천, 호수와 늪 및 습지로의 물의 흐름을 막지 아니할 것'과 같은 불확정법개념을 사용하여 그 요건에 해당하는지 여부를 행정청으로 하여금 판단하도록 하고 있다.[680] 이는 국토계획법의 기준과 별반 다르지 않다. 국토계획법 역시 개발행위허가를 함에 있어 그 기준으로 "주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이루는지 여부"와 같은 불확정법개념을 기준으로 들고 있다(국토계획법 제58조 제1항 제4호, 국토계획법 시행령 제56조 제1항 및 별표1의2 참조).

제주특별자치도 서귀포시는 개발행위허가를 함에 있어 도시계획조례가 개발행위허가 기준으로 제시한 '역사적·문화적·향토적 가치' 또는 '그 지역과 주변 지역에 수질오염, 토질오염, 환경오염, 생태계 파괴 및 위해 발생 등이 발생할 우려'가 있는지 여부를 판단하는 기준으로 보전지역 관리조례가 곶자왈 지대를 지하수 자원보전지구 2등급으로 지정하여 보호하고 있는 점에서 곶자왈의 경우 지하수 보존을 위한 중대한 공익으로 정하여 「지하수자원보전지구(2등급)안에서의 개발행위 처리방안-곶자왈 관련-」을 마련하여 심사처리 담당자마다 심사의 결과가 동일할 수 있도록 하여 개발행위허가 업무에 있어 행정의 신뢰를 확보하고 있다.[681] 이는 제주특별법의 곶자왈 정의보다 더 넓게 규

680) 공통기준 외에, 개별기준에서도 불확정법개념을 볼 수 있는데 예를 들면 '무질서한 개발을 초래하지 아니하는 범위에서 다음에 해당하는 경우에 한정하여 허가할 수 있다', ' 토압 등으로 유실되지 아니하도록 안전하게 하여야 한다', '붕괴되지 아니하도록 필요한 조치', '채움을 충분히 하여야 하고', '충분한 배수공', '소음·진동·분진 등으로 주변에 피해가 없을 것', '공원에 인접한 지역으로서 토석채취로 인하여 주변의 경관·환경이 크게 손상될 우려가 있는 지역이 아닐 것', '개발행위로 인하여 위해발생, 주변 환경오염 및 경관훼손 등의 우려가 없고, 그 물건을 쉽게 옮길 수 있는 경우로서 다음의 기준에 맞을 것', '소음과 악취 등의 피해가 발생하지 아니할 것, 도시미관의 훼손 등이 발생하지 아니할 것, 대기ㆍ수질 및 토질 등의 오염이 발생하지 아니할 것, 공원, 유원지, 관광지 및 주요 도로 등과 근접되어 주변의 경관·환경이 손상될 우려가 있는 지역이 아닐 것' 등과 같은 기준을 두고 있는 것이다.

681) 이와 관련하여, 곶자왈 지역에 대한 개발행위허가와 관련한 법령해석규칙이 문제된 사안에서, "곶자왈에 해당하는지를 판단하는 기준에 관하여는 제주특별법이나 곶자왈보전조례에는 정의규정 외에 별다른 규정을 두고 있지 않다. 그렇다면 곶자왈 보호지역으로 지정되지 아니하였더라도 곶자왈 지대에 해당하는지를 판단함에는 제주특별법이나 곶자왈보전조례에 의하여 그 보전에 대한 의무를 부담하는 행정청에 일정한 재량이 있다고 할 것이다. 제주특별자치도 등은 객관적으로 보이는 조사 등을 통해 투수성 지질요소를 기준으로 하여 이미 종전부터 일정한 지역을 곶자왈 지

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

정한 보전지역관리조례에 근거한 것이다.

(3) 곶자왈 개념 이원화의 원인과 그 해결 방법[682]

애초 제주특별법이 2006. 2. 21. 법률 제7849호로 제정될 당시에는 곶자왈과 관련한 규정은 없었고 절대보전지역, 상대보전지역, 관리보전지역의 규정만 있었다. 하지만 보전지역 관리조례는 2009. 5. 11. 제주특별자치도 조례 제484호로 제정될 당시부터 지하수보전등급 2등급 지역으로 곶자왈을 규정하고 있었다. 다만 곶자왈에 대한 정의규정은 마찬가지로 두고 있지 않았다.

한편 제주특별자치도는 2014. 4. 21. 제주특별자치도조례 제1184호로 곶자왈보전조례를 제정하였는데 이 조례의 정의규정에서 '곶자왈'을 지금 제주특별법과 같이 규정하였다. 그리고 이 조례에는 곶자왈에 대한 매수와 관련한 규정을 두고 있다(곶자왈보전조례 제9조). 그리고 2015. 7. 24. 법률 제13426로 제주특별법이 전부 개정되면서 제354조에 곶자왈과 관련한 규정이 처음 생겼다. 제주특별법 제354조는 곶자왈 보전조례의 실효성을 확보하기 위하여 그 근거규정을 둔 것으로 보이며 다만 곶자왈과 관련한 조례들의 자세한 검토를 누락하고 단순하게 곶자왈 조례의 정의 규정만을 그대로 차용한 것으로 보인다.

하지만 보전지역 관리조례에 의한 관리보전지역은 5년마다 정기조사를 통하여 그 등급의 적정 여부를 평가받는다. 그리고 최근 진행한 조사에 따르면 곶자왈의 개념은 식생과 관련한 기준이 아니라 지질학적 요소로 정의하는 것이 옳다는 연구결과가 나왔다.[683] 이는 새로운 것은 아니고 단지 제주특별법 제354조의 곶자왈 정의 규정이 식생기준을 더하여 규정한 것은 잘못된 것이라는 것을 방증하는 자료이다. 관리보전지역에

대로 파악하여 왔던 사실, 그러한 지질요소에 따른 구분에도 상당한 근거가 있다고 할 것인데, 그에 따른 구분이 제주도에서 큰 중요성을 가지는 지하수 보전에는 적합한 것으로 보이는 점, 나아가 앞서 본 바와 같이 곶자왈의 정의 규정 외에 곶자왈인지에 관하여는 법률 등에 의한 구속력 있는 분명하고도 명확한 판단기준이 없는 점 등 여러 사정을 종합하제주특별자치도 또피고가 이 사건 토지 등을 곶자왈 지대로 지정하여 건축허가 등에 대한 기준으로 삼있는 것에 위법이 있다고 할 수 없다"고 하여 그 정당성을 인정하였다(제주지방법원 2019. 7. 10. 선고 2018구합5202 판결; 제주지방법원 2019. 7. 10. 선고 2018구합5585 판결. 이들 판결은 각 항소심에서 광주고등법원(제주) 2020. 4. 22. 선고 2019누1380 판결· 광주고등법원(제주) 2020. 4. 22. 선고 2019누1397 판결로 항소기각되었고, 대법원 2020. 8. 13. 선고 2020두37994 판결· 대법원 2020. 8. 13. 선고 2020두38003 판결로 각 확정되었다).

682) 이지원, "제주도 '곶자왈'지역에 대한 판결인 대법원 2020. 8. 13.선고 2020두37994 판결·대법원 2020. 8. 13. 선고 2020두38003 판결에 대한 평석 -개발행위허가의 재량행사를 중심으로-", 『국제법무』, 제12집, 제주대학교 법과정책연구원, 2020, 228-247면.

683) 제주특별자치도 보도자료(2018. 11. 21), "제주도 곶자왈, 7개 곶자왈 지대…총면적 99.5㎢".

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

있어 지하수등급을 설정할 때 곶자왈을 기준으로 삼은 것은 연혁적으로 1990년대로 거슬러 올라가기 때문이다.

환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 신청행위에 대한 행정청의 처분과 관련하여 주변 토지이용실태와 생활환경 등 구체적 지역 상황과 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형 및 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합할 것이 요구된다. 제주도에서 지하수가 갖는 중요성을 생각할 때, 현재의 제주특별법 곶자왈 정의 규정에 의한다면 식생을 모두 제거하면 더이상 곶자왈로 볼 수 없게 되고, 보전지역 관리조례의 경우에는 불규칙한 암괴지대로서 식생이 풍부할 것에 더하여 투수성의 요건까지 갖출 것을 요구하게 되어 위임조례의 한계를 벗어나는 문제점도 발생한다. 뿐만아니라 식생의 경우 누구나 사후적으로 변경이 가능한 점에서 그 기준으로 삼기에 부적합하고 숲과 덤불과 같은 사항은 보전지역관리조례에 따른 생태계보전등급에 따라 별도로 관리가 가능하기도 하다. 따라서 제주특별법의 곶자왈 정의 규정에서 '화산활동 중 분출한 암괴지대' 중 '숲과 덤불 등 다양한 식생을 이루는 곳'이라는 후단의 부분은 삭제하거나 그 의미가 두 가지 요건 중 어느 하나만을 충족하여도 되는 것으로 개정하는 것이 곶자왈 규정을 입법한 난개발 방지 목적에 부합할 것이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제6장 정리 및 결론

행정법 시스템은 개별 법률에서 시작하여 특별행정법에서 중간 원리를 형성하고 일반행정법으로 귀납된 후 헌법 원리에 의하여 검토된 후 다시 일반행정법으로 돌아오는 끊임없는 순환의 과정을 거친다.[684] 개발행위허가는 인허가의제제도를 통하여 많은 법령들을 상호 연결하며 이러한 순환의 정점에 있다. 때문에, 앞서 검토한 대로 법령상 개발행위허가의 기준이 가지는 불확정법개념은 행정청이 법령해석규칙을 통하여 명확히 한다면 인허가의제 규정을 통하여 개발행위허가가 개별법령에 따라 의제 되더라도 개별 인허가의 종류에 불문하고 개발행위허가에 대한 통일적인 검토가 가능하게 되는 것이다. 이 연구는 개발행위허가의 공법적 쟁점을 검토함으로써 개발행위허가를 둘러싼 문제점을 해소해보고자 하였다.

먼저 개발행위허가는 국토계획법의 취지와 함께 검토되어야 하는 점에서 이를 살펴보았다. 즉, 2000년대 들어 국토의 난개발(亂開發)에 대한 우려가 점차 사회문제화되었고, 이를 적극적으로 대응할 필요성이 생겨 국토관련 법제를 전면 개편하였다.

국토계획법이 규정하는 개발행위허가는 예외적 승인의 법적 성질을 가지는 점에서 원칙상 금지의 해제라는 허가로서 기속행위의 법적 성격을 갖는다. 다만 그 기준이 불확정법개념으로 규정되어 있어 행정청의 판단여지가 존중되는 상황이며 '재량행위'와 '판단여지'의 용어를 구별하지 않는 법원의 입장에 따르면 '재량행위'가 인정되는 것이다.

개발행위허가는 다른 법률을 통하여 의제되는 과정을 통하여 다른 법령과 유기적으로 연결되어 전체적으로 하나의 행정 목적 달성을 위하여 협력하는 관계에 있게 된다. 예를 들면 이러한 유기적 관계는 「건축법」 제11조가 규정하는 건축허가에 있어 잘 나타나는데, 「건축법」 제11조 제5항에서 국토계획법에 따른 개발행위허가를 의제 함에 따라 주된 인허가인 건축허가를 검토하면서 국토계획법에 따른 개발행위허가 요건에 대한 심사까지 필요로 하게 되어, 결국 개발행위허가가 의제되는 범위에

684) 김철용, "특별행정법 서설", 『행정법연구』, 제59호, 행정법이론실무학회, 2019, 2면.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

서 기속행위인 건축허가의 법적 성질을 법원의 입장에 따르면 재량행위로 변경하는 효과도 가져오게 된다. 따라서 국토계획법이 규정하는 개발행위허가제도가 그 도입취지대로 무분별한 토지이용과 난개발을 억제하고 국토의 효율적인 관리와 이용에 기여할 수 있도록 하기 위해서 개발행위허가 의제제도 및 개발행위허가 기준에 대한 면밀한 검토가 필요한 것이다.

개발행위허가 의제제도와 관련하여, 독일의 계획확정절차에 따른 효과로 인정되는 집중효 제도를 우리나라의 인허가의제 제도와 동일시하여 그 법적 성질이 동일하다고 볼 수는 없으며, 인허가의제의 방법과 관련하여 의제되는 인허가의 요건은 주된 인허가를 심사하는 과정에서 함께 검토되어야 하는 것이므로 실체집중 부정설이 타당한 점을 논증하였고, 다만 인허가의제 절차에 있어서는 인허가의제제도의 도입 취지를 고려할 때 판례의 입장과 같이 절차집중설이 타당한 점을 논증하였다.

의제를 위한 관계 행정청의 '협의'에 대한 법적 성질의 경우 자문설과 동의설로 학설대립이 있기는 하지만 주된 인허가 처분을 하면서 의제되는 인허가를 담당하는 행정청과 사이에 이뤄지는 협의와 관련하여 대법원은 동의설에 가까운 의견을 제시하면서도 최근에는 주된 인허가기관이 의제되는 행위의 요건 구비 여부를 직접 심사하여야 한다고 하여, 인허가신청을 받은 허가기관은 주된 인허가요건뿐만 아니라 의제되는 인허가요건까지 모두를 충족한 경우에 한하여 신청된 인허가처분을 할 수 있고, 의제되는 인허가의 요건에 해당하지 않음을 이유로 하여 신청된 주된 인허가에 대한 거부처분을 할 수도 있다고 하여 그 명확한 입장에 대한 입법이 필요한 실정임을 논증하였다. 의제되는 인허가의 행정처분 실재에 대해서는 대법원 역시 실체집중을 부정하고 있으므로 논리상 의제되는 인허가가 실재하는 것으로 보는 것이 타당하므로 의제되는 인허가의 쟁송 여부 및 의무부과 등도 당연한 것으로 법적 판단하였다. 이런 점을 고려하면 국민의 편익을 위한 인허가의제제도가 행정절차 간소화라는 명목하에 적법절차라는 큰 축에서 역행하게 되는 것은 결코 바람직하지 않다.

한편 「행정기본법」이 인허가의제제도에 대한 일반규정을 두었으나 인허가의제제도를 둘러싼 그동안의 모든 공법적 쟁점을 입법하지는 못한 만큼 의제되는 인허가의제의 관계 행정청들이 갖는 권한과 절차에 혼동이 없도록 본 논문을 통해 제시한 방안을 검토 및 적용하여 행정상의 혼란을 방지할 수 있을 것이다.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

다음으로 국토계획법상 개발행위허가의 기준과 관련하여, 국토계획법 및 국토계획법 시행령은 국토교통부장관으로 하여금 시행령 [별표 1의2]에 대한 세부적인 검토기준을 정할 수 있다고 하여 이 위임을 받은 국토교통부장관이 「개발행위허가 운영지침」을 제정하여 개발행위허가 기준으로 함께 운용하고 있다. 그리고 국토계획법이 도시계획에 따른 특성을 반영한 모든 개발행위허가 기준을 법령으로 규정하는 데는 한계가 따를 수밖에 없기 때문에, 국토계획법이 규정한 개발행위허가를 위한 기준은 법령뿐 아니라 각 지방자치단체의 조례에도 위임되어 운영되고 있다.

하지만 이러한 개발행위허가 기준은 '피해 우려', '경관', '침해' 등과 같은 모호하고 추상적인 불확정법개념을 사용하고 있어 행정실무에 있어 혼란을 초래하고 있으나 이러한 불확정법개념에 대한 해석에 있어 행정청에 판단여지가 인정된다(법원에 의하면 '재량'이 인정 된다). 독일의 학설과 판례의 영향으로 우리나라도 불확정법개념의 해석·적용에 관하여 인정되는 판단여지와 효과 부분에 대한 재량을 구별할 것인지 여부와 관련하여 우리 판례는 이들을 구별하지 않고 모두 '재량'에 해당하는 것으로 판시하고 있으나 재량과 판단여지는 그 개념에 있어 차이가 있고, 인정근거와 필요성, 인정기준 그리고 입증책임 등에 차이가 있으므로 구별하는 것이 타당하다. 이를 전제로 국토계획법 및 그 시행령이 정하는 개발행위허가 기준을 검토하면 이는 불확정법개념으로, 개발행위허가 기준 중 환경 등에 관한 미래의 사실관계에 대한 예측적 결정 등에 대한 판단과정에서 행정청에 '판단의 여지'가 부여된다. 이러한 불확정법개념에 대한 판단여지와 관련하여서도 그 한계의 준수가 요구되는바 법령의 위임없이 제정할 수 있는 법령해석규칙 형식의 행정규칙을 통하여 행정청에게 인정되는 판단여지가 그 한계를 준수할 수 있도록 적극적인 검토가 필요하다.

최근 대법원은 헌법상의 환경권을 고려하여 개발행위허가의 기준이 정하는 불확정법개념에 대한 판단여지를 행정청에 부여하고, 그 경우 사법심사의 강도를 완화하여 행정청의 판단여지를 폭넓게 인정해주고 있다. 이는 환경문제가 갖는 심각성을 고려한 것이다. 무분별한 개발과 난개발을 억제해야 할 의무가 있는 행정청으로서는 개발행위허가를 가장 가까이에서 담당하고 결정하는 만큼 법령해석규칙을 활용하는 것이 오히려 적극행정의 일환으로 장려되어야 할 것이다.

같은 취지에서 개발행위허가 면적을 판단하는 기준을 두어 국토의 효율적인 이용이 가능하도록 보장할 필요성이 크다 할 것이다. 연접개발을 통한 대규모 개발행위에

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

있어서도 이를 하나의 개발행위로 보아 그 규모에 해당하는 국토계획법상의 규제를 적용하도록 하는 것이 필요하기 때문이다. 이는 국토계획법이 연접개발금지 규정을 폐지한 취지에 반하는 것이 아니라 오히려 부합하는 것으로 국토계획법령에서 연접개발금지 규정을 폐지한 이유는 이를 폐지하더라도 국토계획법의 다른 규정들로 연접개발을 판단할 수 있다고 본 것이기 때문이다. 따라서 실질적으로 연접개발행위에 해당하는지 여부에 대한 판단이 전적으로 행정주체의 경험과 인식에 맡겨져 있기에 이 부분에 있어서도 법령해석규칙을 활용한 명확한 판단이 필요하다.

인허가의제제도는 「행정기본법」에 규정되어 일반법으로서의 지위를 갖게 되었으나 그동안 논의되어온 모든 내용을 입법한 것은 아니고 아직 그 시행까지도 2년의 기간이 남은 만큼 그 보충이 필요하다. 국토계획법 및 개발행위허가제도 갖는 국토관련 법령 안에서의 체계정합성의 관점에서 개발행위허가의 위상을 고려하면, 개발행위허가를 의제함에 있어서는 개발행위허가를 통한 난개발의 방지라는 공익과 인허가의제라는 절차의 간소화가 가지는 사익 간의 형량을 통하여 그 의제의 범위가 결정되어야 할 것이다.

타고난 자연 그대로를 지키는 것 역시 국토계획의 한 요소이다.[685] 이 논문은 개발행위허가의 법적 성격과 개발행위허가 규정을 의제제도 및 불확정법개념과 관련하여 심도있게 분석하여 그 해결 법리로 인허가의제제도의 내용을 명확히 하고 광범위한 인허가의제 규정을 정비하며 법령상 개발행위허가의 기준이 가지는 불확정법개념에 대한 판단여지를 일선 행정청이 각 지역적 특성을 고려한 법령해석규칙으로 보충하여 한정적인 국토자원의 효율적인 관리를 도모해야 할 필요성을 제시한 점에서 의의가 있다. 하지만 이러한 대안은 개발행위허가 실무에서 마주하게 되는 공법적 쟁점과 관련한 기초적인 해결에 중점을 둔 것이므로 이 논문을 바탕으로 실무와 학계 그리고 입법적 논의가 유기적으로 계속 이어지기를 기대한다.

685) 정석, 『도시의 발견』, 메데치, 2016, 91면 참조.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

표 목차

<표2-1> 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제정의 추진 경위 ····· 11
<표2-2> 국토계획의 체계 ····· 20
<표3-1> 개발행위허가 규정의 체계 ····· 102
<표3-2> 자치법규에의 위임현황 ····· 103
<표3-3> 불확정법개념과 재량의 차이점 ····· 106
<표3-4> 용도지역별 개발행위허가 규모 ····· 135
<표4-1> 일본의 토지계획 체계 ····· 149
<표4-2> 일본의 국토이용 및 관리체계 ····· 151
<표4-3> 우리나라와 일본의 건축 행정절차 비교 ····· 158
<표4-4> 독일 공간계획의 구성체계 ····· 162
<표4-5> 연방건설법전(BauGB)의 건설기준계획의 수립원칙과 우리 국토계획의 원칙과의 비교 ····· 165
<표5-1> 개발행위허가 규정의 개정 연혁 ····· 196
<표5-2> 개발행위허가 기준에 대한 서귀포시의 행정규칙 운영 현황 ····· 237

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

참고문헌

1. 국내문헌

1) 단행본

강주영외6, 『재정건전성과 법치』, 한국법제연구원, 2020.

강주영, 『행정법 총론 강의안(ver 13)』, 2019.

건설교통부, 『제4차 국토종합계획』, 1999.

경기개발연구원, 『경기도 지속가능개발의 당면과제와 추진방안』, 경기개발연구원, 2007.

국토교통부, 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률 해설집』, 국토교통부, 2018.

_____, 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률 해설집』, 진한앰엔비, 2020.

국토해양부, 『개발행위허가제도 길라잡이』, 국토해양부, 2010.

국회사무처 법제예산실, 『수도권지역의 난개발방지를 위한 입법적 검토』, 국회법제처, 2000.

김남진, 『행정법Ⅰ』, 법문사, 2004.

김남진·김연태, 『 행정법Ⅱ』, 법문사, 2006.

김남철, 『행정법 강론(제6판)』, 박영사, 2020.

김도창, 『일반 행정법론(상)』, 박영사, 1992.

김동희, 『행정법I』, 박영사, 2009.

_____, 『행정법I』, 박영사, 2013,

김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2014.

김유환, 『현대행정법강의』, 법문사, 2016.

김종보, 『건설법의 理解 [제6판]』, Fides 도서출판, 2018.

김철용, 『행정법』, 박영사, 2011.

나채준, 『일본의 건축안전 법제에 관한 비교법적 연구』, 한국법제연구원, 2015.

류지태·박종수, 『행정법신론』, 박영사, 2009.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

류해웅, 『토지법제론 제5판』, 부연사, 2012.

류해웅·정우형, 『개발행위제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001.

박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2021.

_____, 『행정법론(하)』, 박영사, 2021.

_____, 『행정법 강의(제18판)』, 박영사, 2021.

박윤흔·정형근, 『최신 행정법강의(상)』, 박영사, 2009.

법원도서관, 『대법원 판례 해설 2004년 상반기』, 법원도서관, 2004.

법제처, 『행정기본법 조문별 해설』, 법제처, 2021.

_____, 『행정기본법안 조문별 제정이유서』, 한국법제연구원, 2020.

변재옥, 『행정법(I)』, 박영사, 1990.

석종현, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2003.

석종현·송동수, 『일반행정법(상)』, 박영사, 2020,

오세경, 『(圖說)法律用語辭典』, 법전출판사, 2017.

오준근, 『도시계획관련 법제의 체계적 정비방안』, 한국법제연구원, 2000.

이상규, 『신행정법론(상)』, 법문사, 1997.

이세정, 『건축법제 선진화를 위한 법령체계 정비방안 연구』, 한국법제연구원, 2014.

입법이론실무학회, 『인허가의제제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구』, 법제처, 2017.

전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021.

정남철, 『行政救濟의 基本原理)』, 법문사, 2015.

_____, 『現代行政의 作用形式』, 법문사, 2016.

_____, 『한국행정법론』, 법문사, 2020.

정석, 『도시의 발견』, 메데치, 2016.

정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2018.

정태용, 『국토계획법』, 한국법제연구원, 2003.

정하중, 『행정법개론(제12판)』, 법문사, 2018

최윤철외3, 『연구보고서: 행정특별법의 현황, 문제점 및 개선방안』, 법제처,

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2012.

최정일, 『행정법의 정석 1』, 박영사, 2009.

한경우·최진수, 『현대행정법강의』, 신영사, 2009.

한국건설기술연구원(주관연구기관)·대한건축사협회(위탁연구기관), 『건축허가 및 심의절차 선진화 방안 연구』, 대통령소속 국가건축정책위원회, 2019.

홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2021.

_____, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2021.

_____, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021.

2) 논문

Joo-young Kang, “Die rechtliche Problematik der Einführung einer CO2-Abgabe in der Bundesrepublik Deutschland”,Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, 2005.

강문수, “독일 공간계획법 개정논의에 있어 공간계획의 원칙”, 『월간법제』, 제2008권 제10호, 법제처, 2008.

강주영, “글로벌 시대의 행정소송의 전망과 과제”, 『저스티스』, 통권 제158-3호, 한국법학원, 2017.

_____ , “제주특별자치도 자치경찰의 공법적 검토-제주특별자치경찰을 중심으로”, 『동아법학』, 제60권, 동아대학교 법학연구소, 2013.

_____, “행위제한 법규의 규정형식과 행정법규의 해석”, 『강원법학』, 제51권, 강원대학교 비교법학 연구소, 2017.

강현호, “재량준칙의 법적 성격”, 『공법연구』, 제29권 제4호, 한국공법학회, 2001.

고헌환, “행정입법에 대한 행정적 통제에 관한 비교법적 고찰”, 『유럽헌법연구』, 제17호, 유럽헌법학회, 2015.

_____, “행정입법 한계의 기준에 관한 법리”, 『법학연구』, 제36호, 한국법학회, 2009.

구철회, “개발행위허가기준의 법적 쟁점과 개선방안에 관한 연구 -최근10년간 행정심판 사례를 중심으로-”, 『한성대학교 대학원 석사학위 논문』, 2019.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

권수철, "행정절차의 간소화에 관한 연구: 인·허가의제제도를 중심으로", 성균관대학교 박사학위논문, 2008.

_____, "인허가의제 제도의 법적 성격과 사후감독에 관한 소고", 『법제』, 제2002권 제7호, 법제처, 2002.

권순덕·곽두안, "유럽국가의 토지이용규제 및 시사점", 『NIFOS 국제산림정책토픽』, 제67호, 국립산림과학원, 2018.

권영호·권수진, "오토 마이어와 독일 공법학", 『법과정책』, 제23권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.

권용우, "난개발 문제 해소를 위한 새로운 패러다임", 『국토』, 제256호, 국토연구원, 2003.

김광수, "개발행위허가의 쟁점과 절차", 『토지공법연구』, 제77집, 한국토지공법학회, 2017.

김남진, "규범구체화 행정규칙", 『월간고시』, 1989.

_____, "행정행위의 내용-전통적 분류의 문제점을 중심으로", 『월간고시』, 1979.

_____, "불확정개념의 해석과 적용", 『고시계』, 1981. 1.

_____, "판단여지와 행정예측", 『고시계』, 1982.10.

김민호, "행정절차법상 신청의 의미", 『고시연구』, 통권 제371호, 고시연구사, 2005.

김병기, "개발행위허가의 방법과 절차", 『토지공법연구』, 제13집, 한국토지공법학회, 2001.

_____, "도시·군 관리계획 변경입안 제안 거부와 형량명령-대법원 2012 .1. 12. 선고 2010두5806 판결을 중심으로-", 『행정법연구』, 제37호, 행정법이론실무학회, 2013.

김성수, "행정절차간소화법제의 내용과 문제점", 『공법연구』, 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997.

김성훈, "기반시설용량을 고려한 개발행위허가 모델 연구 - 제주도 공공하수처리시설을 중심으로-", 홍익대학교 대학원 박사학위논문, 2019.

김여진, "국토계획법상 토지의 효율적 이용과 개발행위에 관한 문제점과 개선방안 연구", 가천대학교 사회정책 대학원, 석사논문, 2019.

김영삼, "행정법규 위반행위의 법적 효과에 관한 연구", 『연세법학연구』,

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

제1권, 연세법학회, 1990.
김영우·윤정중, “연접개발제한 폐지 이후 개발행위허가 심의제도 개선방안”, 『LHI Journal』, 제3권 제2호, 토지주택연구원, 2012.
김용섭, “행정기본법의 법체계상 문제점과 일부조항의 입법개선과제”, 『경희법학』, 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021.
_____, “개발허가의 법적성질”, 『토지공법연구』, 제13권, 한국토지공법학회, 2001.
김용욱, “재량준칙의 본질에 관한 연구”, 『법학논고』, 제71집, 경북대학교 법학연구원, 2020.
김은주, “제주특별자치도에서의 환경 갈등 해소를 위한 대안적 법제연구”, 『지방자치법연구』, 제16권 제1호, 한국지방지치법학회, 2016.
_____, “지하수의 지속 가능한 개발 및 이용을 위한 법적 과제”, 『환경법연구』, 제41권 제3호, 한국환경법학회, 2019.
_____, “미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의”, 『공법연구』, 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009,
김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”, 『토지공법연구』, 제9집, 한국토지공법학회, 2000.
김재협, “공법상 신고에 관한 고찰: 건축법상 건축신고를 중심으로”, 『특별법연구』, 제6권, 2001.
김종보, “토지형질변경허가의 법적 성질”, 『행정판례연구』, 제11호, 박영사, 2006.
김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성-대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결 -”, 『행정법연구』, 64호, 행정법이론실무학회, 2021.
김중권, “「행정기본법」의 보통명사 시대에 행정법학의 과제Ⅱ”, 『법제』, 제2021권 제6호, 법제처, 2021.
_____, “독일 행정절차법상의 허가의제제도와 그 시사점”, 『법제연구』, 제54권, 한국법제연구원, 2018,
김진영·조명연, “조세행정규칙의 활성화 방안과 통제에 관한 연구”, 『원광법학』, 제29권 제3호, 원광법학, 2013.
김철용, “특별행정법 서설”, 『행정법연구』, 제59호, 행정법이론실무학회,

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

2019.
김철우, “제재적 행정처분에 대한 사법심사”, 『행정판례연구』, 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018.
김태경·권대한, “개발행위허가제 연접규정 개선방향에 관한 연구”, 『도시행정학보』, 제21권 제1호, 한국도시행정학회, 2008.
김학태, “법실현의 구체화와 법학방법론-유추와 사물의 본성-”, 『외법논집』, 제40권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.
김향기, “행정법상의 신청”, 『고시연구』, 통권 제309호, 고시연구사, 1999.
김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 『법조』, 제68권 제4호, 2019.
김희곤, “국토계획법제에 대한 평가”, 『토지공법연구』, 제52집, 한국토지공법학회, 2011.
노기현, “행정법상 재량행위에 대한 사법심사기준의 변천에 관한 연구 -일본의 학설과 판례의 논의를 중심으로-”, 『공법학연구』, 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013.
류준모, “인허가의제제도에 관한 입법적 개선방안”, 『법제』, 2012년 12월, 법제처, 2012.
류해웅, “서독의 건설법전(BauGB)을 통해 본 토지의 건축적 이용규제”, 『국토연구Ⅱ』, 제11호, 국토연구원, 1989.
문중흠, “징계처분과 재량통제에 관한 연구”,『사법논집』, 제54집, 법원도서관, 2012.
_____, “개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도”, 『행정판례연구』, 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018.
문채, “일본의 비도시지역 토지이용관리 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국지방행정학보』, 제15권 제3호, 한국지방행정학회, 2018.
박경철, “환경법의 근본이념과 기본원칙”, 『강원법학』, 제22권, 강원대학교 비교법학연구소, 2006.
박균성·김재광, “인·허가의제제도의 재검토”, 『토지공법연구』, 제81호, 한국토지공법학회, 2018.
박균성, “의제된 인·허가의 취소”, 『행정판례연구』, 제24권 제1호, 한국행정판례연구회, 박영사, 2019.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

_____, “건축관련 이익의 공법적 조정에 관한 연구-환경이익의 보호를 중심으로-”, 『토지공법연구』, 제24집, 한국토지공법학회, 2004.

박수연, “인·허가의제 입법개선연구”, 『법제』, 제2014권 제9호, 법제처, 2014.

박인수, “행정법상 사전진입규제방식과 사후조치규제방식의 체계정당성 모색 -제재적 행정처분기준을 중심으로-”, 『KHU 글로벌 기업법무 리뷰』, 제8권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2015.

박정훈, “입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구”, 『법조』, 통권 제639호, 법조협회, 2009.

박종국, “독일법상의 계획확정결정의 집중효”, 『월간법제』, 제2004권 제3호 법제처, 2004.

_____, “행정규칙의 제정기준법리-미국법과 독일법의 비교를 중심으로-”, 『법조』, 제52권 제2호, 법조협회, 2003

박종준, “행정법상 법률의제에 관한 연구”, 『고려대학교 박사학위 논문』, 고려대학교, 2014.

배정범, “행정기본법상의 인허가의제 규정에 대한 법적 소고”, 『법학연구』, 제24집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2021.

백승주, “유럽연합법체제하의재량행위와판단여지에대한 독일에서의 논의 고찰”,『공법연구』제34집 제2호, 한국공법학회, 2005.

백정훈·김은영, “일본의 건축확인제도 분석을 통한 지역건축안전센터의 운영 방향 설정”, 『대한건축학회 논문집-계획계』, 제34권-제5호, 대한건축학회, 2018.

서보국, “판단여지이론의 재고”, 『외법논집』, 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.

서순탁, “난개발 방지를 위한 개발행위허가제 개선방안”, 『경기논단』, 제10권 제2호, 경기연구원, 2008.

석종현, “개발행위허가제에 관한 고찰”, 『토지공법연구』, 제71집, 한국토지공법학회, 2015.

선정원, “독일과 우리나라의 인허가의제제도의 비교고찰”, 『명지법학』, 제16권 제2호, 명지대학교 법학연구소, 2018.

_____, “복합민원과 집중심사의 모델들”, 『공법연구』, 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

_____, “원스탑서비스와 인허가의제의 입법적 개선방향”, 『행정판례연구』, 제15권 제2호, 한국행정판례연구회, 2010.

_____, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법연구』, 제34호, 행정법이론실무학회, 2012.

신봉기, “국토계획법의 개정방향”, 『토지공법연구』, 제73집 제1호, 한국토지공법학회, 2016.

신정규, “독일과 유럽 행정법에서의 행정규칙”, 『토지공법연구』, 제82권, 한국토지공법학회, 2018

안수길, “소극적 공리주의와 사회적 약자 보호”, 『한양법학』, 제29권 제3집, 한양법학회, 2018.

안영진, “독일의 국토 및 지역계획 I : 성립과정과 조직체계”, 『한국경제지리학회지』, 제10권 제4호, 한국경제지리학회, 2007.

오세혁, “법에 있어서의 의제”, 『중앙법학』, 제17집 제1호, 중앙법학회, 2015.

우기택, “기본법과 체계정당성에 관한 연구”, 『법조』, 통권 제639호, 법조협회, 2016.

유광흠, 『건축 관련 법제의 체계적 정비 방안 연구』, 건축도시공간연구소, 2011.

유광흠·성은영, “건축관련 법제의 체계적 정비 방안 연구”, 『ARRI-기본』, 2011년 11월호, 건축도시공간연구소, 2011.

유승남, “건축법상 건축신고의 법률적 성질”, 『행정소송실무연구』, 제2권, 서울고등법원, 2002.

유진식, “쟁점으로 본 일본 행정법상의 현상과 과제-행정법총론을 중심으로-”, 『동북아법연구』, 제13권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2020.

유천용, “향후 통합지침제하에서의 지구단위 계획지침 개편과 운영방안”, 『도시문제』, 제45권 제3호, 행정공제회, 2010.

윤기중, “국토계획법령의 개정 및 법적 쟁점”, 『토지보상법연구』, 제18집, 한국토지보상법연구회, 2018.

윤동순, “관리지역의 난개발 방지를 위한 효율적 관리방안에 관한 연구”, 서울벤처대학원대학교 박사학위 논문, 2014.

윤장식·이상수, “일본의 축소도시 대응정책의 도시계획적 함의 - 입지 적정화 계획을 중심으로-”, 『국토계획』, 제54권-제2호, 대한국토·도시계획학회, 2019.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이광윤, “chevron 판결의 파장과 행정국가”, 『미국헌법연구』, 제6호, 미국헌법학회, 1995.

이광제, “인허가의제제도의 입법적 대안 연구”, 『월간법제』, 제2015권 제12호, 법제처, 2015.

이규환, “조선시가지 계획령과 서울의 도시개발사업”, 『한국공공관리학보』, 제16권 제2호, 한국공공관리학회, 2002.

이기형, “주택건설사업계획승인의 요건 및 절차 -대법원 2010. 11. 11. 선고 2010두14718 판결을 중심으로-”, 『법학연구』, 제50권 제2호, 한국법학회, 2013.

이동우·이순자, “국토이용 및 공급체계 개선 연구”, 『국토연』, 국토연구원, 1997.

이민석, “독일의 도시공간계획체계에 관한 연구”, 『대한건축학회연합논문집』, 제19권 제1호, 대한건축학회지회연합회, 2017.

이상천, “인·허가의제와 집중효”, 『법학논총』, 제24집, 숭실대학교 법학연구소, 2010.

이용우, “인허가의제의 요건 및 이에 대한 사법심사의 기준에 관한 연구”, 『사법논집』, 제61집, 법원도서관, 2016.

이익현, “인·허가의제제도에 관한 연구”, 『법제』, 제437호, 법제처, 1994.

이장희, “헌법 제119조 제2항 ‘경제민주화’의 의미”, 『공법연구』, 제42권 제2호, 한국공법학회, 2013.

이재훈, “「행정기본법」(안)상 신고제에 대한 연구”, 『공법학연구』, 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020.

_____, “행정청의 민주적 정당성”, 『공법연구』, 제45집 제4호, 한국공법학회, 2017.

이지원, “건축법상 의제되는 법률규정 위반사항의 사후적 발견에 따른 제재 가능성 검토”, 『법과정책』, 제25권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2019.

_____, “제주도 ‘곶자왈’지역에 대한 판결인 대법원 2020. 08. 13.선고 2020두37994판결·대법원 2020. 08. 13. 선고 2020두38003 판결에 대한 평석 - 개발행위허가의 재량행사를 중심으로-”, 『국제법무』, 제12집, 제주대학교 법과정책연구원, 2020.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

이희훈, “위헌정당해산심판제도에 대한 헌법적 연구”, 『유럽헌법연구』, 제28호, 유럽헌법학회, 2018.

입법이론실무학회, “인허가의제제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구”, 법제처, 2017.

장경원, “예외적 승인”, 『행정판례평선』, 한국행정판례연구회, 2016.

전병국, “새로운 시대에 부응하는 도시기본계획의 수립”, 『도시문제』, 제372호, 대한지방행정공제회, 1999.

정경모, “산지관리제도의 효율적인 개선방안에 관한 연구 - 산지전용허가제도를 중심으로-”, 박사학위논문, 남서울대학교대학원 부동산학과 부동산 개발 전공, 2019.

정남철, “건축신고와 인인보호”, 『법조』, 제59권 제6호, 법조협회, 2010,

_____, “국토계획법제의 현안과 개선점”, 『아주법학』, 제10권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2017.

_____, “법령보충적 성격의 행정규칙의 정비 방향과 위임사항의 한계”, 『행정판례연구』, 12호, 한국행정판례연구회, 2007.

_____, “인·허가의제의 법적 문제”, 『청파법학』, 제5호, 숙명여대법학연구소, 2011.

_____, “행정기본법의 제정 의미와 주요 내용”, 『법제』, 제2021권 제6호, 법제처, 2021.

_____, “행정법학의 구조변화와 행정판례의 과제”, 『저스티스』, 통권 제154호, 한국법학원, 2016.

_____, “재량통제와 직권탐지주의”, 『법률신문』, 제4894호, 2021.

정다영, “헌법상 성평등의 현대적 이해와 실현방향”, 『법학논총』, 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018.

정준현, ″인허가의제의 법적 효과에 관한 입법현황″, 『행정판례연구』, 제15권 제2호, 한국행정판례연구회, 2010.

정태용, “국토계획법제의 정비”, 『공법연구』, 제37집 제1호, 한국공법학회, 2008.

_____, “국토법제의 회고와 전망”, 『아주법학』, 10권-4호, 아주대학교 법학연구소, 2017.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

_____, “민원일괄처리제도에 관한 연구”, 『(국가경쟁력 강화를 위한)법제개선연구』, 1995, 법제처, 2008.

_____, “인・허가의제제도에 관한 고찰”, 『法制』, 제530호, 법제처, 2002.

_____, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『월간법제』, 제2017권 12호, 법제처, 2017.

_____, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률”, 『법제』, 제2003권 제1호, 법제처, 2003.

_____, “민원 일괄처리제도에 관한 연구”, 『(국가경쟁력 강화를 위한)법제개선연구』, 1995.

정하중, “행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계”, 『공법연구』, 제23권 제3호, 한국공법학회, 1995.

정해영, ″의제된 인허가의 처분성″, 『아주법학』, 제13권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2019.

조연팔, “건축공사 완료와 협의의 소의 이익 -일본의 법제, 학설 및 판례와 그 시사점을 중심으로-”, 『법학논집』, 제23권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018.

조영종·이재삼, “건축허가와 관련된 공무원의 재량권 남용 문제와 해결방안”, 『토지공법연구』, 제94권, 한국토지공법학회, 2021.

조용호, “기부금품모집허가의 법적성질”, 『행정판례연구』, 제142차 집회(2000.6.16.), 한국행정판례연구회, 2000.

조인성, “행정기본법상 인허가의제제도와 토지행정법상 인허가의제제도 비교분석”, 『토지공법연구』, 제93집, 한국토지공법학회, 2021.

진종헌, “포용적 국토발전을 위한 국토기본법 개정방향”, 『대한지리학회지』, 제52권 제6호, 대한지리학회, 2017.

최계영, ″건축신고와 인허가의제″, 『행정법연구』, 제25호, 행정법이론실무학회, 2009.

최선웅, “불확정법개념과 판단여지”, 『행정법연구』, 제28권, 행정법이론실무학회, 2010.

최영규, “허가의 성질과 효과 -특허와의 구별 문제를 중심으로-”, 『경남법학』, 제8집, 경남대학교법학연구소, 1993.

최정일, “판례·해석례 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

인허가의제제도와 독일에서의 행정계획확정의 집중효제도에 대한 소고", 『행정판례연구』, 제15권 제2집, 행정이론과 실무학회, 2010.

_____, "최근 독일에서의 행정규칙의 법적·대외적 효력의 논의의 동향에 관한 연구", 『월간법제』, 법제처, 제2009권 제12호, 2009.

표명환, "행정법상의 불확정법개념과 판단여지의 기본권적 한계", 『헌법학연구』 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003.

한국행정법학회(책임연구자 정호경·공동연구자 김중권, 송시강, 최계영), "판례분석을 통한 행정규칙의 문제점과 정비방안연구", 『법제처 정책연구』, 한국행정법학회, 2017.

한귀현, "미국의 규제영향분석제도에 관한 연구", 『공법학연구』, 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016.

허진성, "정당국가적 현실과 자유위임의 원칙에 관한 연구 - 국회 위원회 위원의 사·보임행위에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로 - ", 『법학연구』, 제61집 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2020.

홍강훈, "독일 건축관련 법제", 『최신 외국법제정보』, 제4호, 한국법제연구원, 2007.

_____, "주상복합건축물의 개념과 특례", 『법학논문집』, 제30집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2006.

_____, "원칙과 규율의 엄격한 구분에 근거한 기속행위와 재량행위의 새로운 구별기준", 『공법학연구』, 제17권 제3호, 한국비교공법학회, 2016.

_____, "소위 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분가능성 및 신고제의 행정법 도그틱을 통한 해결론", 『공법연구』, 제45권 제4호, 한국공법학회, 2017.

홍정선, "의료업면허와 그에 대한 행정처분기준의 성질에 관한 판례연구", 『한국의료법학회지』 제11권 제1호, 한국의료법학회, 2003.

홍종현, "행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안: 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계", 『공법학연구』, 제22권 제2호, 한국비교공법학회, 2021.

홍준형, "행정법상 불확정법 개념과 판단여지의 한계 - 최근 독일에서의 판례 및 이론동향을 중심으로-", 『행정논총』, 제33권 제1호, 서울대학교 한국행정연구소, 1995.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

3) 판결

(대법원 판결)

대법원 1963. 8. 22. 선고 63누97 판결.

대법원 1972. 11. 28. 선고 72누164 판결.

대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

대법원 1983. 12. 13. 선고 83누492 판결.

대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결.

대법원 1988. 11. 08. 선고 86누618판결.

대법원 1990. 11. 27. 선고 90누2000 판결.

대법원 1991. 7. 9. 선고 90누6354 판결.

대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5334판결.

대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결.

대법원 1992. 4. 24. 선고 91누6634 판결.

대법원 1992. 5. 12. 선고 91누8128 판결.

대법원 1992. 5. 12. 선고 91누8128 판결.

대법원 1993. 7. 27. 선고 93누2186 판결.

대법원 1995. 10. 17. 선고 94누14148 전원합의체 판결.

대법원 1995. 3. 10. 선고 94누5298 판결.

대법원 1996. 9. 6. 선고 96누914 판결.

대법원 1996. 10. 29. 선고 96누8253 판결.

대법원 1996. 11. 8. 선고 96다20581 판결.

대법원 1997. 11. 28. 선고 97누11911 판결.

대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결.

대법원 1997. 5. 30. 선고 96누5773 판결.

대법원 1997. 7. 11. 선고 96다31581 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결.

대법원 1998. 3. 10. 선고 97누15166 판결.

대법원 1999. 2. 9. 선고 98두13195 판결.

대법원 1999. 4. 15. 선고 96다24897 전원합의체 판결.

대법원 2001. 1. 16. 선고 99두10988 판결.

대법원 2001. 1. 16. 선고 99두8886 판결.

대법원 2001. 10. 23. 선고 99두3423 판결.

대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결.

대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결.

대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결.

대법원 2002. 1. 22. 선고 2001두8414 판결.

대법원 2002. 6. 28. 선고 2001두10028 판결.

대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결.

대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결.

대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정.

대법원 2003. 12. 11. 선고 2003두9541 판결.

대법원 2004. 10. 15. 선고 2003두6573 판결.

대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251·10268 판결.

대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결.

대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결.

대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결.

대법원 2006. 11. 23. 선고 2006두13954 판결.

대법원 2006. 11. 23. 선고 2006두13954 판결.

대법원 2006. 12. 22. 선고 2006두14001 판결.

대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두1684 전원합의체 판결.

대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두10432 판결.

대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결.

대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결.

대법원 2008. 12. 24. 선고 2008두8970 판결.

대법원 2008. 3. 27. 선고 2006두3742·3759 판결.

대법원 2009. 2. 12. 선고 2008 두11716 판결.

대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

대법원 2009. 9. 5. 선고 2001두403 판결.

대법원 2010. 7. 15. 선고 2009두19069 판결.

대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두19137 판결.

대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결.

대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두17643 판결.

대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결.

대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두23033 판결.

대법원 2011. 12. 27. 선고 2009다56993 판결.

대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정.

대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두5806 판결.

대법원 2012. 2. 9. 선고 2009두16305 판결.

대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다104253 판결.

대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두3541

대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결.

대법원 2013. 10. 31. 선고 2013두9625 판결.

대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두300 판결.

대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두274 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두16111

대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결.

대법원 2015. 4. 16. 선고 2011두5551 판결.

대법원 2015. 7. 9. 선고 2014두47853 판결.

대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결.

대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두48846 판결.

대법원 2016. 1. 28. 선고 2013두21120 판결.

대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811판결.

대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두32589 판결.

대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762 판결.

대법원 2017. 4. 28. 선고 2017두30139 판결.

대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두48956 판결.

대법원 2017. 12. 22. 선고 2017두59420 판결.

대법원 2017. 12. 5. 선고 2016두42913 판결.

대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결.

대법원 2017. 5. 30. 선고 2014다61340 판결.

대법원 2017. 6. 19. 선고 2016두30866 판결.

대법원 2017. 9. 12. 선고 2017두45131 판결.

대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두43095 판결.

대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결.

대법원 2018. 12. 27. 선고 2018두49796 판결.

대법원 2018. 5. 15. 선고 2016두57984 판결.

대법원 2018. 5. 15. 선고 2017두63986 판결.

대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결.

대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

대법원 2019. 12. 24. 선고 2019두45579 판결.

대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 전원합의체 판결.

대법원 2019. 2. 28. 선고 2017두71031 판결.

대법원 2019. 8. 30. 선고 2016다252478 판결.

대법원 2020. 3. 26. 선고 2019다250824 판결.

대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결.

대법원 2020. 7. 9. 선고 2017두39785 판결.

대법원 2020. 8. 13. 선고 2020두37994 판결.

대법원 2020. 8. 13. 선고 2020두38003 판결.

대법원 2020. 9. 3. 선고 2020두34346 판결.

대법원 2021. 3. 25. 선고 2020두51280 판결.

대법원 2021. 6. 30. 선고 2021두35681 판결.

대법원 2021. 7. 29. 선고 2021두33593 판결.

(하급심 판결)

서울고등법원 1990. 6. 27. 선고 89구14009 판결.

서울고등법원 2009. 8. 25. 선고 2009누1558 판결.

광주고등법원(제주) 2020. 4. 22. 선고 2019누1380 판결·

광주고등법원(제주) 2020. 4. 22. 선고 2019누1397 판결.

서울행정법원 2009. 4. 9. 선고 2009구합1693 판결.

의정부지방법원 2008. 12. 9. 선고 2008구합2069 판결.

제주지방법원 2018. 12. 19. 선고 2017고단1785 판결.

제주지방법원 2019. 7. 10. 선고 2018구합5202 판결.

제주지방법원 2019. 7. 10. 선고 2018구합5585 판결.

(헌법재판소 결정)

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정.

헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정.

헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정.

헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌마49 결정.

헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌마924 결정.

헌법재판소 2007. 10. 4. 선고 2006헌바91 결정.

헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2003헌마377 결정.

헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정.

헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바40 결정.

헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바241 결정.

헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌마767 결정.

헌법재판소 2014. 2. 27. 선고 2012헌바184 결정.

헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2013헌버271 결정.

헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바183 결정.

헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌바382 결정.

헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2016헌바140 결정.

헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157 결정.

2. 외국문헌

1) 단행본

Battis, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』.

Bergmann, 『Der Schutz der Umwelt im französischen Recht』, 1996.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

Danwitz, 『 Europäisches Verwaltungsrecht』, 2008.

Detterbeck, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [13. Aufl]』』.

Ehmke, 『“Ermessen” und “unbestimmter Rechtsbegriff” im Verwaltungsrecht』, 1960.

Esser, 『Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, [2. Aufl]』, Frankfurt Klosterman, 1969.

Hofacker, “Fiktionen im Recht”, Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik 4, 1924.

Ipsen, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [9. Aufl]』.

Kelsen, “Zur Theorie der juristischen Fiktionen”, Annalen der Philosophie 1, 1919.

Krückmann, “Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft”, Annalen der Philosophie 3, 1921.

Maurer 저·박수혁역, 『독일행정법(Allgemeines Verwaltungsrecht), 제16판』, 사법발전재단, 2010.

Maurer·Waldhoff, 『Allgemines Verwaltungsrech』, 2017.

Mayer, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, 1977.

Mayer, 『Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration』, 1985.

Möstl·Jestaedt·Ehlers, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [15. Auf1]』, 2016.

Odendahl, “Kollision von Genehmigungsvorbehalten mit Konzentrationswirkung”, NVwZ, 2002,

Peine, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [4. Aufl]』, Heidelberg, 1998.

Püttner, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』.

Ronellenfitsch, Die Planfeststellung, VerwArch. 1989 .

Schmidt, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [18. Aufl]』.

Schmidt, 『Allgemines Verwaltungsrech』, 2017.

Schmitt, “Juristische Fiktionen”, Deutsche Juristen-Zeitung 18, 1913.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

Schwarze, 『Europäisches Verwaltungsrecht, [2. Aufl]』, 2005.

Starck, 『Verwaltungsermessen im modernen Staat-Rechtsvergleichender Generalbericht』, Bullinger(Hrsg.), Verwaltungsermessen im modernen Staat, 1986.

Vorwalter, 『Beurteilungsspielraum und Ermessen』, 2015.

Wagner, "Die Genehmigung umweltrelewanter Vorhaben in parallen und konzentierten", 1987.

Wallerath, 『Allgemeines Verwaltungsrecht, [6, Aufl]』.

Wallerath, 『Allgemeines Verwaltungsrecht』.

Yamamoto, 『Die japanische Ermessenslehre im Wandel』, DÖV, 2006.

安本典夫,「都市法解說」, 法律文化社, 2008.

塩野宏・高木光、條解行政手續法、有斐閣, 2000.

2) 외국 판결

東京高判1973(昭和48)年7月13日判時710号23頁。

医療法勸告事件最高裁判決」(最判平成17年10月25日判例時報1920号32頁。

最判1954(昭和29)年7月30日民集8卷7号1501頁。

最判1969(昭和44)年7月11日民集23卷8号1470頁。

最判1992(平成4)年10月29日民集46卷7号1174頁。

NRDC v. Gorsuch, 685 F.2d 718 (D. C. Cir. 1982)

Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984)

United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001)

Barnhart v. Walton, 535 U.S. 212 (2002)

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

3. 법제처 법령해석 사례

안건번호 17-0642.

안건번호 20-0334.

법령해석총괄과-1183(2021.3.16.).

4. 언론자료

KBS NEWS 9시(1997. 09. 02.), “준농림지역에 숙박시설과 음식점 허가, 전면 금지”

법률신문(2017, 제4516호), ‘법조라운지 인터뷰: 박병대 대법관’.

제주특별자치도 보도자료(2018. 11. 21.), “제주도 곶자왈, 7개 곶자왈 지대…총면적 99.5㎢”.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(Abstract)

A Study on the Public Law Issues in the Development permission system

- Focusing on the Development permission legal fiction and Development permission criteria -

The modern industrial society, manifested as a consumer society, is sustained through the sacrifice and preservation of the natural environment, highlighting the importance of environment conservation around the world. In the 2000s, concerns about un-controlled development of the land gradually became a social issue as the need for preservation of the natural environment, which was sacrificed due to indiscriminate development activities, emerged in Korea and in order to actively respond to this, the national land-related legislation was completely reorganized. In other words, Korea's national land-related legislation is based on the premise of the Former National Land Construction Comprehensive Planning Act, and the Former Act on the Utilization and Management of the National Territory is applied to non-urban areas of the country by dividing non-urban areas and urban areas. The land was managed in a binary classification method applying the Former Urban Planning Act to urban areas, but on February 4, 2002, all of these laws were abolished. Instead, the framework act on the national land was enacted to replace the Former National Land Construction Comprehensive Planning Act, and the National Land Planning Act was enacted and implemented to apply urban planning techniques to the entire country from January 1, 2003. Un-controlled development of the national land is a concept opposite to the planned development of the national land, and it means development that uses the

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

land indiscriminately or indiscriminately without a plan. Therefore, it can be said that un-controlled development could be solved by applying urban planning techniques to the entire country.

According to the National Land Planning Act, the development permit system applies to constructing buildings or installation of structures, changing the shape of land, collecting earth and stone, dividing land, and piling up objects for more than one month in a green area, management area, or natural environment conservation area. Furthermore, these actions usually correspond to the necessary authorization and permission in the process for the main licensing stipulated in other laws. Therefore, the law on which the main license is based takes the form of stipulating the development permit system in the National Land Planning Act as the license proposed through the main authorization and permission. For example, construction permits stipulated in Article 11 of "Building Codes" are those that are legal fiction system as obtaining a development permit system in accordance with Article 11 (5) 3 of "Building Codes" when obtaining construction permits. In other words, in the National Land Planning Act, the development permit system is often implemented by making the agenda through the legal fiction system stipulated by other laws. On the other hand, in the case of Article 61 of the National Land Planning Act, which presupposes administrative measures of the development permit system by the National Land Planning Act first, and the administrative measures prescribed by other laws through this, the development permit system is reviewed from the standpoint of the main administrative agency dealing with land planning. In that there is a review of the standards, the function of preventing un-controlled development of the development permit system in the National Land Planning Act can be performed relatively faithfully. However, when the development permit system under the National Land Planning Act is on the agenda under other laws, the legal principle of the legal fiction system is problematic in relation to the

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

main licensing administrative measures. In other words, the “Framework Act on the National Land” and the National Land Planning Act based on it prevent uncontrolled development and make plans to use the land efficiently and manage the land. In addition, since permission for development activities is stipulated as a means to use the land lawfully, the development permit system does not approach the main licensing and administrative measures at the level of individual laws, rather than the proposed laws and regulations. This is because it is necessary to consider the national land planning point of view according to the corresponding National Land Planning Act. In this respect, the development permit system under the National Land Planning Act to prevent uncontrolled development is determined in relation to the concept of permit and the systematic meaning of the legal fiction system, which is the starting point of the development permit system, and the there is a need to review the criteria of the development permit system.

Since our National Land Planning Act was enacted, the agenda of the development permit system has been revised three times, and the examination criteria for the development permit system have been revised 12 times. On the other hand, as confirmed through the development permit system practitioners, it can be confirmed that, despite such frequent revisions, there are difficulties in operating the development permit system according to the National Land Planning Act. It can be seen that the development permit system did not reflect the essential discussion on public law issues. The confusion of the public law issues of the development permit system under the National Land Planning Act has been passed on to the ones in charge in the development permit system practice, and it can eventually appear as a loss to the public. In other words, the discussion of public law issues in the development permit system under the National Land Planning Act is due to the legal vagueness of the public law regulations under the National Land Planning Act. As a result of this, the position of theories and precedents is

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

not harmonized, and from the point of view of administrative practitioners who enforce these laws and regulations, they feel uneasy in figuring out which method is the right way to enforce them, resulting in confusion in their work. Realistically, this leads to delays in the processing of the development permit system personnel, which in turn leads to unreasonable administrative regulations on the people. In this case, the public may have distrust of the public law relations surrounding the National Land Planning Act as well as the administrative agency. Therefore, when considering the problems pointed out by the development permit system practitioners in considering the improvement plan to solve the problems of the development permit system under the National Land Planning Act, a more reasonable improvement plan can be derived. This is meaningful as a learning process that suggests alternatives to reflect on and correct the operation of the National Land Planning Act at this point, as the reorganization of the national land-related legal system has been underway for 20 years.

First, the development permit system stipulated by the National Land Planning Act in relation to the development of national land has been stipulated in Article 46 of the Former Urban Planning Act, the predecessor of the National Land Planning Act, and as the target development activity is defined in a way that enumerates the target, there is no precise definition of the concept of the development activity yet. In this regard, the development permit system stipulated by the National Land Planning Act, according to the doctrine, decisions of the Constitutional Court, and court precedents, enhances the sustainability of land management by inducing harmonization of development and conservation. In addition, it is understood as a system that prevents uncontrolled development and promotes planned management of the land through the evaluation criteria of the development permit system in consideration of the appropriateness of the plan, securing of infrastructure, and harmony with the surrounding landscape and environment. It also holds

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

that it does not infringe on property rights under the Constitution. Therefore, the development permit system must be operated within the ideology of "Framework Act on the National Land" and the principles of land planning stipulated by the National Land Planning Act. Besides, according to the principle of the rule of law and administration, administrative agencies should not forget the direction of national land development according to these land-related laws and regulations. Reflecting this point, it is necessary to consider the status of the National Land Planning Act as a "basic law", to raise the status of the development permit system, and to define a concept that considers the basic functions for land management of the development permit system. Through this, discussions related to the legal nature of the development permit system can be concluded, and the transparency of the operation of the development permit system can be increased, and the actual development permit system review with the concept of development in mind can contribute to the prevention of uncontrolled development.

Next, in the procedure of development permit system, there is a problem in relation to the system of agenda, that is, when the other laws are subject to approval through the development permit system under the National Land Planning Act, or when the development permit system under the National Land Planning Act is proposed by other laws. The confusion related to the development permit system is related to the legal fiction system, and it is causing confusion in practice because theories and precedents have not been established in relation to the legal principles of the legal fiction system. In this regard, the "Basic Administrative Law" enacted and enforced on March 23, 2021, stipulates the legal fiction system in Chapter 3, the contents of administrative actions, in Section 2 through Articles 24 to 26, and "Basic Administrative Law" defined the concept of the “legal fiction system of authorization and permission” and stipulated the concentration of related licensing and licensing procedures. In addition, the stipulation of the scope of

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

effect and follow-up management of the legal fiction system is expected to have the effect of clearing the confusion of the development permit system agenda to some extent. However, it is yet to be implemented and all public law issues related to the legal fiction system have not been legislated.

The legal fiction system of authorization and permission is a system that is considered to have received relevant licenses when the main license is received. In order to respond to requests for expediting procedures and simplification of procedures with the onset of the industrialization era, the former Urban Planning Act No. 2291 on July 20, 1971 was first introduced when the Act was completely amended, and currently 116 laws are using the legal fiction system of authorization and permission

The first thing that confuses the legal fiction system of authorization and permission is whether all of the requirements of the relevant licensing and licensing must be satisfied in addition to the main licensing, that is, whether it is “realistic”. There are conflicting views on this, but “not realistic” is appropriate. In other words, in that the effects of administrative actions according to the related authorization and permission occur together through the main authorization and permission, not only the requirements of the main licenses but also the requirements of the related authorization and permission must be met. Furthermore, it is stated that the administrative agency in charge of main licensing should examine not only the main licensing requirements but also whether the proposed related licensing requirements are met. Considering the fact that it is necessary to “consult” with the relevant authorization and permission when setting the licensing agenda, it can be inferred that the legislator's intention was to demand the requirements for the related authorization and permission. However, some argue that the legal nature of such “consultation” is only as effective as “simple advice”. According to this position, one may not necessarily agree to the “not realistic” idea. However, even if it follows "not realistic", it cannot be said

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

that it is logically concluded that the consultation opinion of the administrative agency in charge of the related licensing and permission has binding force on the administrative agency in charge of the main licensing and permission. In this regard, the court's position is inconsistent, but considering that it has the character of “agreement” or “consultation” it can be seen that mutual respect of doctors is required through the exchange of opinions between the administrative agency in charge of the main licensing and licensing and the administrative agency in charge of the related licensing.
In relation to the licensing agenda, it was also confusing whether there was no need to go through the relevant licensing and licensing procedures only with the main licensing process. In this regard, in principle, the "Basic Administrative Law" requires only the main licensing process, but if the law stipulates that "the procedure must be followed even when a licensing issue is proposed", the controversy seems to have been settled by stipulating that the procedure for related authorization and permission must also be passed. However, this regulation will not come into effect until March 24, 2023.
The biggest issue in relation to the licensing agenda is whether or not the related licensing and permission on the agenda actually exist. This is causing great confusion regarding the division of duties between the administrative agency in charge of licensing and the administrative agency in charge of related licensing and permission in practice as to whether the related licenses and licenses can be subject to litigation and whether follow-up management is possible. In this regard, "not realistic" means that despite the fact that the proposed licensing has not been carried out, it is recognized as a administrative measures, which is of the opinions that it is difficult to view the proposed licensing as an actual administrative measures because it violates the procedural legitimacy of the 'Principle of Administrative Measures' and 'Administrative Measures Method' prescribed in Article 24 of the "Administrative Procedures Act". As a logical consequence of this view, it

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

leads to the conclusion that it is difficult to independently file a lawsuit against only the proposed authorization and permission, and it is impossible to independently make them the subject of follow-up management. From the point of view of the rule of law administration, this seems to be an argument that can have its justification. However, considering the purpose of the licensing agenda system, it is reasonable to affirm its reality. In other words, 'to be on the agenda' means "to be regarded as existing even if it does not actually exist", so the purpose of the licensing agenda system is to "consider that the license has not been obtained, but legally it is considered to exist". In accordance with this reality affirmation theory, it is natural that independent disputes over the proposed licensing are possible, and the possibility of follow-up management is also affirmed. The "Basic Administrative Law" also stipulates the follow-up management of the proposed licensing. On the other hand, even according to the theory that affirms the reality of the administrative measures, how the illegality of the proposed license affects the illegality of the main license and permission, that is, whether the main license and permission becomes illegal is still a subject of discussion. The courts also do not show a consistent position on this, and the confusion in practice is expected to continue for the time being.

Although reviewing the legal issues of the proposed licensing system is a way to clear up the confusion in the development permit system agenda, it is necessary to consider whether the currently prescribed development permit system agenda system is absolutely necessary. In other words, Japan and Germany, where Korea has been greatly affected by the legal system, do not recognize the development permit system agenda as broadly as in Korea. In particular, in the case of Japan, the development permit system is a concept related to architecture, and unlike Korea, the development permit system is treated as an independent procedure by stipulating that it must be obtained prior to building permit and its completion is completed. Even in Germany, it

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

is difficult to find the concept of the development permit system agenda. However, in the administrative plan for large-scale development, the procedures and jurisdictions included in the plan are only integrated through the plan confirmation. In contrast, in Korea, making the development permit system on the agenda for building permits requires a review of its effectiveness along with the possibility of suppressing un-controlled development. In other words, it is necessary to reduce the legal system that stipulates the development permit system agenda by comparing the public interest that can be achieved through the development permit system agenda and the violation of the public interest and private interest achieved by not recognizing the development permit system agenda. At the same time, the "Special Act for Simplification of Land Use Authorization and Permit Procedures" should be abolished as the licensing agenda is stipulated through the "Basic Administrative Law", and the planned use of the national land should be the highest priority by breaking away from the all-round thinking of development through speeding up and simplifying procedures.

On the other hand, considering the status of the "Basic Law", it is recommended that the provisions of the 'licensing and licensing agenda' be moved to the "Administrative Procedures Act" rather than the "Basic Administrative Law" and provided as an exception to the documentary care and method of administrative measures in Article 24 to systematically avoid confusion.

In addition, as the development permit system regulation under the National Land Planning Act is stipulated as an indefinite concept as to whether the permit is approved or not, it is causing confusion in the practice of the development permit system. Therefore, in order to suppress uncontrolled development and achieve planned development of the land according to the rule of law administration, it is necessary to clarify the business process according to the agenda of the development permit system and to come up

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

with a means to resolve the ambiguity of the development permit system examination criteria. In particular, when the development permit system of the National Land Planning Act is proposed by other laws, the evaluation criteria for the development permit system according to the National Land Planning Act are ambiguous. Besides, the goal of efficient management of national land planning and prevention of uncontrolled development stipulated by the National Land Planning Act may not be achieved in some cases, which is a problem. Chapter 5 of the National Land Planning Act, stipulates the standards for the development permit system in Article 58, and there are delegation regulations related to the review for the development permit system in Articles 55 to 56 as the Enforcement Decree of the National Land Planning Act. Furthermore, after receiving this delegation, "development permit system operation guidelines" were enacted as an ordinance of the Ministry of Land, Infrastructure and Transport. However, there are many parts of the indefinite concept in setting the requirements for the regulations that set the examination criteria for permission for development activities, so a wide range of margin of appreciation is recognized by the administrative agency. And the examination criteria for this development permit system are not only the National Land Planning Act, but also through delegation, legal orders and ordinances of local governments are scattered throughout, so it is necessary to materialize the indefinite concept of the development permit system examination standard through an analysis of the form of delegation legislation. As a specific methodology, it prevents the arbitrariness of the authority of the administrative agency in relation to the margin of appreciation recognized by the administrative agency for the indefinite concept. In addition, in order to secure public confidence in the administration, it is necessary to expand the establishment of norm interpretation rules for the development permit system review standards. However, the reality is that it is difficult to see that the concept of norm interpretation rules itself is still

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

active in the practice of the development permit system.

The norm interpretation rules are administrative rules that stipulate the interpretation of laws and regulations, and are intended to alleviate difficulties in the interpretation of laws by law enforcement agencies and to promote uniform and uniform application of laws. The norm interpretation rules are particularly related to the interpretation and application of the indefinite concept. In addition, if the norm interpretation rules are related to the indefinite concept, the interpretation rule will be respected unless it is clearly unreasonable in the sense that margin of appreciation is accepted by the administrative agency in the interpretation of the indefinite concept, so the effectiveness of its operation is great. On the other hand, it is possible for administrative agencies to establish norm interpretation rules as a standard for administrative affairs, the original function of administrative rules, without legal basis. However, it is not easy to maintain consistency in the preparation of norm interpretation rules or the application of norm interpretation rules according to the will of the chief executive. Also, there is a risk of being mistaken as part of passive administration due to developer lobbying or misunderstanding of administrative regulations and becoming the target of regulatory reform. Therefore, it is necessary to establish a legal basis for the norm interpretation rules to be actively utilized.

To this end, amendments to the current National Land Planning Act may be considered. In other words, the standards for the development permit system were finalized by stating of the Article 58, Paragraph 1, Paragraph 3 of the National Land Planning Act states, “It shall be determined by the Presidential Decree according to the following classifications in consideration of the characteristics of the region, the development situation of the region, the current state of infrastructure, etc.” However, if Paragraph 4 stipulates, “Each local government shall organize the characteristics of the region, the local development situation, and the current state of infrastructure in

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

Paragraph 3, and use it as the standard for the evaluation of the development permit system." Hence, it will be possible to provide specific feasibility by providing more detailed regional characteristics than when determining the examination criteria of the permit system by each ordinance. In addition, the actions of administrative agencies are always intertwined with the regulatory reform of the "Basic Act on Administrative Regulations," so it is a burdensome reality for administrative agencies to prepare guidelines and the establishment and spread of the corporate concept as a part of redemption should be done together. For example, in the interpretation of the indefinite concept along with the definition of the indefinite concept in the "Proactive Administrative Operation Regulations" enacted by the delegation of Article 4 of the "Basic Administrative Law," the administrative agency must observe the principle of self-restraint to ensure that there is no violation of equity.

Keywords: The National territory Plan and Use Act, development permission system, legal fiction system of authorization and permission, development permission legal fiction, development permission criteria, indefinite concept, concentration effect, norm interpretation rules, margin of appreciation, basic administrative law.

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY