

건설법연구 제6호 2021년 9월

Center for Construction & Urban Development Law, SNU

Construction & Urban Development Law Association

Construction and Urban Development Law Journal

Vol. 6, September 2021

건축법과 주택법상 의제되는 개발행위허가

박 지 윤*

국문초록

건축법상 건축허가를 받으면 국토계획법상 개발행위허가가 의제되고, 주택법상 사업계획승인을 받으면 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위허가가 각각 의제된다. 국토계획법에서 말하는 개발행위 허가에는 건축물의 건축과 토지의 형질 변경 등을 포함하기 때문에, 주택법상 사업계획승인을 받으면 부여되는 의제의 내용에는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 건축물의 건축행위, 토지의 형질 변경 등을 모두 포함한다.

인허가의제 규정은 「산업기지개발 촉진법」(1973. 12. 24. 제정·시행)에서 처음 도입된 이후 절차간소화를 통해 신청인의 행정적 부담을 덜어주는 순기능 때문에 다양한 법률에 경쟁적으로 도입되어 2021년 116개 법률, 141개 조문으로 확대되었다. 인허가의제는 절차간소화 의제조항과 필수적 요소를 위한 의제 조항으로 분류할 수 있는데, 필수적 요소를 위한 의제 조항은 당사자의 신청이나 추가적인 서류제출 없이 의제되는 것을 말한다. 인허가의제 조항은 그 수와 내용이 방대함에도 필수적 의제인지 절차간소화 의제인지와 관련해서는 연구가 부족하였다.

건축법상 의제조항과 주택법상 의제조항의 내용과 형식이 건축허가와 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용에 따라서 달라진다. 건축법상 건축허가는 건축허용성이 포함되는 처분이 아니므로 건축법상 의제되는 개발행위허가는 토지의 형질 변경 등은 제외한 국토계획법상 건축허가만을 필수적 의제로 볼 수 있으나, 주택법상 사업계획승인은 단지 내의 형질변경을 전제하는 행정행위로 강력한 건축허용성을 부여하는 처분인 만큼 의제되는 개발행위허가는 건축허가와 토지형질변경허가까지 필수적 의제로 볼 수 있다.

나아가 주택건설사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제 처리되어 국토계획법상 관련 절차가 생략된다. 의제조항의 무분별한 확대는 지구단위계획의 본래 취지와는 달리 체계적

* 법제처 행정사무관

인 개발을 방해하게 되므로, 향후 의제조항의 분류기준에 대한 연구가 활성화되어 이러한 문제를 해결할 수 있게 되길 바란다.

주제어 : 인허가의제, 의제, 개발행위허가, 건축허가, 주택사업계획승인

목 차

- I. 서론
- II. 인허가의제 일반론
- III. 건축법과 주택법의 인허가의제 조항 비교
- IV. 개발행위허가의 의제
- V. 결론

I. 서론

건축법상 건축허가를 받으면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 함) 상 개발행위허가가 의제되고, 주택법상 사업계획승인을 받으면 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위허가가 각각 의제된다. 국토계획법에서 말하는 개발행위허가에는 건축물의 건축과 토지의 형질 변경 등을 포함하기 때문에, 주택법상 사업계획승인을 받으면 부여되는 의제의 내용에는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 건축물의 건축과 토지의 형질 변경 등을 모두 포함한다. 건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용이 어떻게 다르기에 의제의 내용과 형식에 차이가 있는 것인지 살펴보고자 한다.

인허가의제 규정은 절차간소화를 통해 신청인의 행정적 부담을 덜어주는 순기능 때문에 1973. 12. 24. 제정·시행된 「산업기지개발 촉진법」에서 처음 도입된 이후 다양한 법률에 경쟁적으로 도입되어 2021년 116개 법률로 확대되었다. 인허가의제는 절차간소화 의제조항과 필수적 요소를 위한 의제 조항으로 분류할 수 있는데, 필수적 요소를 위한 의제 조항은 당사자의 신청이나 추가적인 서류제출 없이도 의제의 효력이 미친다.

이번 연구에서는 인허가의제의 일반론을 검토한 후 건축법상 의제조항과 주택법상 의제조

항을 비교하여, 각각의 의제조항의 내용과 형식이 건축허가와 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용에 따라 달라질 수 있는지를 검토해보고자 한다. 그리고 의제되는 인허가의 유형을 분류하고 이에 따라 당사자의 신청여부, 절차 분리 가능여부, 추가서류 제출여부 등에 대하여 검토하여 건축법과 주택법상 의제되는 개발행위허가의 성격을 밝혀보고자 한다.

II. 인허가의제 일반론

1. 인허가의제의 개념

(1) 인허가의제의 정의

인허가의제란 개별 법률에 산재되어 있는 각종 인·허가 사항을 주된 인·허가 소관 행정청을 중심으로 일괄적으로 처리하고, 주된 인·허가를 받으면 그 시행에 필요한 다른 법률에 의한 인·허가도 받은 것으로 보는 제도¹⁾이다. 최근 제정된 「행정기본법」(법률 제17979호, 2021. 3. 23., 제정)에서는 인허가의제를 주된 인·허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 인·허가를 받은 것으로 보는 것으로 정의하고 있다(제24조제1항). 결국 인허가의제는 인허가의제사항 관련한 행정절차를 주된 인허가 행정청으로 일원화하여 절차를 간소화하여 국민의 권익을 보호하는 데 그 의의²⁾가 있다.

의제(擬制, Fiktion, legal fiction)³⁾란 법적 사실에 대한 증거가 없는 경우에도 일반적인 사실의 개연성이 매우 높은 경우에 그러한 사실에 기초한 효과를 법률이 발생시키는 것을 말한다. 그런데 일반적으로 말하는 의제⁴⁾와 인허가의제에서의 의제는 그 의미가 조금 다르게 생각된다. 일반적으로 말하는 의제는 사실상 없는 것을 법률이 있는 것으로 효과를 발생시키는 것인데, 인허가 의제는 의제되는 인허가도 실질적으로 존재하는 것으로 보이기 때문이다.

특히 절차간소화 의제규정의 경우에는 절차만을 통합하는 것일 뿐, 의제된 인·허가의 실질은 각각 존재하는 것이기 때문에, 건축허가를 받은 경우 의제되는 토지형질변경허가의 경우, 관련 첨부 서류를 제출하였다면 토지형질변경허가도 형식적으로는 없어도 실질적으로는 존재하는 것으로 보인다.

1) 김동희/최계영, 『행정법 I』, 제26판, 박영사, 2021. 3. 15., 193면 참조

2) 대법원 2015. 7. 9. 선고, 2015두39590 판결, 건축법에서 인허가의제를 둔 취지를 설명한 부분 참조

3) 법률용어한영사전, 법제처, 2008, 286면

4) 국립국어원 표준국어대사전 참조, <https://stdict.korean.go.kr>; ‘의제(擬制)’란 본질은 같지 않지만 법률에서 다를 때는 동일한 것으로 처리하여 동일한 효과를 주는 일로 정의하고, 민법에서 실종 선고를 받은 사람을 사망한 것으로 보는 것을 예로 들고 있다.

(2) 독일의 행정계획의 집중효

인허가의제의 효력을 논의할 때, 독일의 집중효(Konzentrationswirkung)와 비교되곤 한다. 집중효란 독일 연방행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)상 계획결정절차(Planfeststellungsverfahren, 제74조)⁵⁾에 인정되는 효과(제75조)로, 별도의 청문행정청이 실시하는 토론회나 공청회 등에서 이해관계인의 참가를 통해 행정계획이 결정되면 그 계획의 수행에 필요한 인가, 허가, 승인 등을 대체하여 발생⁶⁾하는 효과를 말한다. 달리 말하면 행정계획이 결정되면 다른 행정청에서 받아야 하는 인가, 허가, 승인 등을 따로 받지 않아도 된다는 것이다.

우리나라의 인허가의제와 독일 행정계획의 집중효는 공통점이 많지만, 제도적으로 중대한 차이점⁷⁾이 존재하는 구별되는 개념이므로 용어를 혼용해서 쓰지 않도록 유의해야 한다. 대규모 개발 사업이나 시설의 신속한 진행을 위하여 법령에 근거하여 행정청의 권한이 통합되었다는 것은 주된 공통점이다. 그러나 집중효는 계획확정에 부여되는 특유의 효과로, 이해관계인들의 집중적 참가를 전제로 관련된 다른 법률의 모든 인허가를 일괄적으로 받은 것으로 보는 효력을 말하는 반면에, 인허가의제는 의제대상 인허가에 한정하여 인정되는 부분적이고 열거적인 집중효에 불과하다[표 1 참조].

[표 1] 집중효와 인허가의제의 차이점과 공통점⁸⁾

차이점	집중효	인허가의제
대상	계획확정에 부여되는 특유의 효과	행정계획뿐만 아니라 인가·허가 등 일반 행정행위에도 인정
이해관계인참여	이해관계인의 집중적 참여	이해관계인의 집중적 참여 결여
효력	행정계획과 관련된 다른 법률에 의한 모든 인·허가를 받은 것으로 인정하는 것이 원칙. 일괄적 집중효	주된 인·허가 등의 근거법률에서 열거하는 의제대상 인·허가 등에 한정, 부분적이고 열거적인 집중효
공통점		
목적	대규모 개발사업이나 대규모 시설 설치를 위한 절차간소화와 사업의 신속한 진행	
행정청의 권한	법령에 근거하여 행정청의 권한이 통합	
제출 서류	중복되는 서류의 감축	
협의	관할 행정청과 협의 필요	

5) 김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”, 『토지공법연구』, Vol. 9. 2000. 2., 71면; 독일연방행정절차법에 특유한 개념으로서 “특정한 행정계획을 공적·사적 이해관계인의 참여를 통하여 행정청의 허가 등 모든 행정처분을 집중하고, 민사상의 방해제거청구소송 등 모든 분쟁가능성을 배제하여 계획과 관련된 이해관계인의 다양한 법률관계를 법구속적으로 확정짓는 결정을 내리는 절차” 라고 설명함.

6) 김중보, 『건설법의 이해』 제6판, 피데스, 2018. 3. 23., 127면

7) 김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”, 『토지공법연구』, Vol. 9. 2000. 2., 68-71면

8) 김재광, 앞의 글, 67-70면 재구성; 박군성/김재광, “인허가의제제도의 문제점과 개선방안”, 『행정법연구』, 26, 2010. 4., 35-36면 참조; 선정원, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법

(3) 인허가의제의 도입

인허가의제 조항은 항만·공업용수·도로·철도·동력 등의 기반시설을 갖춘 대단위의 산업기지를 효율적으로 개발하기 위하여 1973. 12. 24. 제정·시행된 「산업기지개발 촉진법」에서 다른 법률과의 관계라는 조문으로 처음 도입⁹⁾되었다. 사업시행자가 산업기지개발 사업에 관하여 실시계획의 승인을 얻으면 도시계획 사업시행자의 허가, 실시계획의 인가, 수도사업의 인가 등 11개 법률에 의한 13개의 각종 인허가를 받은 것으로 보았다.

당시에는 하나의 법률에서 다른 법률에 의한 여러 개의 인·허가를 일괄로 의제하는 사례가 없었기에 파격적인 입법방식이었다.¹⁰⁾ 제정 이유를 살펴보면 이 법은 당시 정부가 중점 사업으로 추진하고 있는 중화학공업의 건설지역에 항만·공업용수·도로·철도·동력 등의 기반시설을 갖춘 방대한 규모의 대단위의 산업기지를 집중적으로 개발하기 위하여 도입되었음을 알 수 있다.

(4) 인허가의제 조문의 확대

인허가의제는 특히 대규모사업의 경우 여러 행정기관의 인허가를 받아야 하는 번거로움을 줄이고, 행정청은 주된 인허가 및 이와 관련된 사항을 종합적으로 검토할 수 있게 되어 사업수행을 촉진하려는 목적에서 도입되었다. 이후 인허가의제는 절차간소화를 통해 신청인의 행정적 부담을 덜어주는 순기능 때문에 다양한 법률에 경쟁적으로 도입되어 2000년 50여개¹¹⁾, 2002년 60여개¹²⁾, 2021년 116개 법률 141개 조문[표 2 참조]에서 규정하고 있다.

[표 2] 소관부처 법률별 인허가의제 조문 현황¹³⁾(2021. 3. 기준)

소관부처	법률	조문	대표 법률
국토부	32	41	건축법, 국토계획법, 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법, 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법, 주택법 등

연구』, 34호, 2012. 12., 55-56면 참조

9) 산업기지개발촉진법[시행 1973. 12. 24., 법률 제2675호, 제정]

제21조 (다른 법률과의 관계) ① 사업시행자가 산업기지개발사업에 관하여 제8조의 규정에 의한 실시계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각 호의 허가·인가·동의 또는 승인을 받은 것으로 본다.

1. 도시계획법 제24조의 규정에 의한 도시계획사업시행자의 허가 및 제25조의 규정에 의한 실시계획의 인가(産業基地開發事業을 都市計劃事業으로 施行하는 경우에 限한다)

2. 수도법 제13조 및 제32조의2의 규정에 의한 수도사업의 인가

3. 하수도법 제13조의 규정에 의한 공공하수도사업의 허가

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

10) 김재광, 앞의 글, 70면; 박균성/김재광, 앞의 글, 34면

11) 김재광, 앞의 글, 70면

12) 정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 『법제』, 2002. 2., 4면

환경부	16	17	대기환경보전법, 물환경보전법, 폐기물관리법 등
해수부	15	16	어촌특화발전 지원 특별법, 항만공사법 등
행안부	13	15	소하천정비법, 온천법, 유선 및 도선사업법 등
산자부	12	17	산업입지 및 개발에 관한 법률, 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률, 유통산업발전법 등
문체부	8	11	관광진흥법, 국제회의산업 육성에 관한 법률 등
농림부	6	6	간척지의 농어업적 이용 및 관리에 관한 법률 등
산림청	4	4	산림문화·휴양에 관한 법률, 산림복지 진흥에 관한 법률 등
국방부	3	4	주한미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원등에 관한 법률 등
중기부	2	3	규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특별법, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법
여가부	1	3	청소년활동 진흥법
기재부	1	1	사회기반시설에 대한 민간투자법
과기부	1	1	연구개발특구의 육성에 관한 법률
보훈처	1	1	국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률
문화재청	1	1	고도 보존 및 육성에 관한 특별법
합계(개)	116	141	

구체적으로 「산업기지개발 촉진법」과 그의 후신인 「산업입지 및 개발에 관한 법률」의 인허가의제 규정인 제21조를 살펴보면 1973년 11개 법률에 의한 13개의 각종 인허가를 받은 것으로 보는 것으로 도입되었다가, 2000년 19개 법률에 의한 34개의 인허가, 2021년에는 37개의 법률에 의한 82개의 인허가를 받은 것으로 보도록 점차 확대되었다.

(5) 인허가의제 확대의 문제점

인·허가의제 제도는 규제완화 차원에서 인허가 창구를 일원화하고, 절차간소화를 통해 민원인의 비용과 시간을 절감하려는 의도로 확대되고 있으나, 본질이 같지 않은 것을 동일한 것으로 보아 같은 효과를 부여하다보니 단순한 절차 간소화를 넘어서서 의제되는 인허가의 절차를 보장할 필요가 있는지, 의제되는 인허가를 독립적으로 취소할 수 있는지 등 복잡한 문제들이 발생하고 있다.

그리고 이제는 인허가의제가 단순한 절차 간소화방안이 아니라 관련 인허가절차를 통합하는 방안으로까지 확대¹⁴⁾되고 있다. 국토교통부는 전체 인허가의제 법률 중 32개 법률(27%), 41개 조문(29%)에서 인허가의제 조문을 두고 있으나 내용과 방식이 통일적이지 않다. 이제는 인허가의제제도가 너무 많아져서 법률 상호간에 서로의 인허가를 의제하는 상황도 발생하고 있고, 하나의 인허가에 의해 의제되는 인허가의 수¹⁵⁾도 대폭 늘어났다.

13) 법제처, 『행정기본법 조문별 해설』, 2021, 102-108면 참조하여 재구성

14) 정태용, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』, 2017. 12. 15., 219-220면

15) 예를 들어 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제148조는 38개 법률에 의한 87개의 인허가를 의제하고 있다.

인허가의제의 무비판적 확대의 문제점으로는 사업수행의 효율성만을 강조하여 관련 행정청, 지방자치단체, 주민 등 이해관계인의 절차상 실질적 참여가 배제된다는 점¹⁶⁾, 복잡한 이해갈등상황을 행정이 적극적인 조정을 통해 해결하지 않고 의제 제도를 편법적으로 이용하여 해결하거나, 인허가 철폐를 회피하거나 지연시키는 수단으로 활용될 수 있는 여지가 있다는 점¹⁷⁾ 등이 지적되고 있다.

2. 인허가의제의 분류

(1) 인허가의제의 유형

인허가의제 조항을 분류하는 기준으로 판례가 구체적으로 판시하는 바는 없고, 크게 절차간소화를 위한 것과 필수적 요소를 의제하는 두 가지 유형으로 분류하는 견해¹⁸⁾와 확장적 의제와 기간경과적 의제로 분류하는 견해¹⁹⁾를 찾아볼 수 있다. 현행법 상 인허가의제는 조항이 확대된 것에 비해 인허가의제의 유형에 대한 구체적인 연구는 부족한 실정이다.

본 연구에서 기간경과적 의제는 검토대상이 아니므로 아래에서는 절차간소화 의제와 필수적 요소를 의제하는 유형을 당사자의 신청여부, 절차 분리 가능여부, 추가서류 제출여부 등과 관련하여 자세히 살펴보고 구체적인 분류기준에 대하여 생각해보고자 한다.

(2) 절차 간소화 의제

절차 간소화를 위한 의제는 두 개 이상의 인허가 절차를 간소화하기 위해 마련된 것으로 당사자가 주된 인허가 절차 중에 의제되는 인허가와 관련된 신청서를 추가로 제출해야 의제 조항이 작동된다. 그리고 당사자가 의제되는 절차를 별도로 선행하는 것을 금지하지 않는다. 건축현장의 식당으로 이용하기 위한 공사용 가설건축물 신고 등이 이에 해당²⁰⁾한다.

건축허가를 예를 들면, 건축허가에 의해 의제되는 토지형질변경 등 건축허용성과 관련된 결정은 건축법상 건축허가에 당연히 포함되는 처분이 아니라,²¹⁾ 건축허가에 선행하는 별개의

16) 김재광, 앞의 글, 67-68면

17) 선정원, “인·허가의제와 심사촉진”, 『공법연구』, 제38집 제2호, 2009. 12., 88면

18) 김중보, 앞의 책, 125-126면 참조.

19) 김중권, “의제된 인·허가의 취소와 관련한 문제점”, 『법조협회, 최신판례분석』, 67권 5호, 2018, 519-520면 참조; 허가, 신고 등과 같은 선행행위의 존재를 바탕으로 다른 인허가에 관한 의제효과를 연결시키는 동반적·확장적 의제와 소정의 처리기간의 경과에 의제효과를 연결시키는 기간경과적 의제로 분류한다. 그리고 기간경과적 의제방식을 진정한 의제방식으로 보고, 확장적 의제방식은 부진정한 의제방식으로 본다.

20) 김중보, 앞의 책, 125-126면.

21) 김중보/박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”. 『행정법연구』, 제64호. 2021.

처분이다. 따라서 건축허가에 의해 의제되는 토지형질변경 등 건축허용성과 관련된 개발행위는 건축법상 건축허가에 당연히 포함되는 처분은 아니므로 절차간소화 의제사항에 가깝다.

(3) 필수적 요소를 위한 의제

반면에 필수적 요소를 위한 의제조항은 법체계상 당해 처분에 포함되어야 하는 처분을 의제하는 것으로 당사자의 신청이 없이도 법률의 규정에 의해 포함된 처분도 발급된 것으로 본다. 현재 의제조항은 주로 절차간소화를 위해 운영되고 있고 상대적으로 필수적 요소를 위한 의제조항은 수가 많지 않다. 그리고 어떤 조항이 필수적 요소를 위한 의제인지 분명하지 않다. 필수적 의제는 주된 처분과 의제되는 처분의 절차가 분리될 수 없다고 보아야 하고 관련 서류는 추가로 필요하지 않은 것이 원칙²²⁾이다. 주된 처분의 행정청은 신청인의 신청과 무관하게 의제되는 처분의 요건까지 함께 심사해야 한다.²³⁾

건축허가요건 심사를 할 때에는 위험방지를 목적으로 하는 건축법상 건축허가요건과 토지의 합리적 이용을 전제로 하는 국토계획법상 건축허가요건을 동시에 심사한다. 그리고 건축허가를 신청할 때에는 건축법상 건축물의 구조, 화재, 피난 등에 관한 내용과 더불어 국토계획법상 건폐율, 용적률, 허용용도 등에 관한 내용도 포함해야 한다. 따라서 건축법상 건축허가에 의제되는 국토계획법상 건축허가는 건축주의 의사와 무관하게 의제되는 필수적 의제에 가깝다.

3. 인허가의제의 요건과 심사범위

(1) 인허가의제의 실체적 요건

인허가의제가 성립되기 위해서는 의제되는 인·허가의 실체적 요건과 절차적 요건을 모두 갖추어야 하는지 여부가 문제된다. 의제되는 인·허가의 실체적 요건을 갖추어야 하는 지에 관하여 판례는 주된 인허가 신청을 받은 행정기관은 의제되는 인허가요건에 엄격히 구속되어 의제되는 인허가요건을 모두 충족하여야 주된 인허가처분을 할 수 있다는 실체집중부정설²⁴⁾을 취하고 있고, 학설도 일반적으로 이 견해를 지지하고 있다.²⁵⁾

3., 48-49면 참조.

22) 김종보, 앞의 책, 125-126면.

23) 김종보/박건우, 앞의 글, 55면.

24) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결 등

25) 박균성, “의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자과 주된 인허가처분인 주택건설사업계획승인처

(2) 인허가의제의 절차적 요건

그러나 의제되는 인·허가의 절차적 요건을 갖추어야 하는지 여부에 대해서는 견해가 갈린다. 판례는 특별한 규정이 없는 한 신청된 주된 인허가절차만 거치면 되고 의제되는 인허가의 절차적 요건은 갖추지 않아도 된다는 절차집중설의 입장인 바, 주택법에 의한 주택건설사업계획승인에 의하여 도시·군관리계획결정이 의제되기 위해서는 도시·군관리계획결정 절차를 거치지 않아도 된다고 보았다.²⁶⁾

이에 대하여 학설은 일반적으로 절차집중설²⁷⁾을 취하고 있는데, 적법절차의 원칙은 헌법적 효력을 갖는 법의 일반원칙이므로 명문의 규정이 없는 경우에도 준수해야 한다는 제한적 절차집중설²⁸⁾, 이해관계 있는 제3자의 보호를 위한 절차규정은 적용 내지는 존중되어야 한다는 견해²⁹⁾도 있다.

(3) 인허가의제의 심사범위

인허가의제제도는 창구일원화와 절차간소화를 통해 비용과 시간을 절감하려는 것이지, 의제되는 인·허가의 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다.³⁰⁾ 그래서 건축법에서는 의제되는 인·허가의 요건을 심사하기 위하여 허가권자가 건축허가를 할 때에는 미리 의제되는 인·허가의 행정청과 협의(건축법 제11조제6항)를 하도록 하고 있다.³¹⁾

(4) 인·허가의제제도의 협의

일반적으로 ‘협의’는 의견을 듣는 절차를 의미하는데,³²⁾ ‘동의’를 요구하는 경우도 있다.³³⁾ 인·허가의제에서 협의는 동의를 의미한다. 이 경우의 협의는 의제되는 인·허가의 행정청이 요건의 충족 여부를 심사한 결과를 알려주는 것이기 때문이다. 즉 인허가의제의

분의 효력”, 『법조협회, 최신판례분석』, 67권 3호, 2018. 6. 28., 769-771면

26) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결

27) 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2017, 381면

28) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2018, 694면

29) 박윤환/정형근, 『최신 행정법강의(상)』, 박영사, 2009, 257면

30) 대법원 2015. 7. 9. 2015두39590 판결

31) 인·허가의제제도를 독일의 계획확정절차로 설명하기도 하는데, 인·허가의제제도에서는 협의과정에서 동의하거나 부동의하는 방법으로 해당 행정청이 권한을 행사하지만, 독일의 경우에는 대단위 개발사업에 관한 계획확정 절차에서는 관련 인·허가에 관한 권한이 계획권자에게 귀속되고(집중되고) 해당 행정청은 전혀 권한을 행사할 수 없게 된다.

32) 산지전용에 관한 산림청장과의 협의(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결), 택지개발지구를 지정하기 위한 관계 중앙행정기관의 장과의 협의(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두653 판결)

33) 보호구역 내지 비행안전구역에 있는 건축물을 설치하기 위한 국방부장관 또는 기지부대장과의 협의(대법원 1992. 9. 22. 선고 92누8876 판결)

효력은 협의가 성립된 경우에 한하여 발생된다. 인허가의제를 위한 협의는 행정기관 상호간의 행위이므로 관련 행정청이 협의에 불응한 결과 주된 인·허가를 받지 못하게 된 경우에는 주된 인·허가의 행정청이 행정쟁송의 피고가 된다.

(5) 의제된 인허가의 존재여부

인허가의제가 성립된 경우 주된 인허가만 실재하는지, 주된 인허가 외에 의제되는 인허가도 실재하는지에 대해 의견이 대립되고 있다. 의제된 인허가의 존재여부에 대하여 대법원은 명확한 입장을 밝히고 있지 않지만, 건축허가에 의제되는 인·허가의 기준을 갖추지 않았음을 이유로 건축허가를 거부한 경우 건축허가거부처분 외에 별도의 처분이 존재하는 것이 아니므로 의제대상 인허가에 관한 쟁송을 제기하여 이를 다투어야 하는 것은 아니고 주된 인허가인 건축허가거부처분에 관한 쟁송에서 의제대상 인허가의 기준에 부적합하다는 사유에 관하여 다툴 수 있다고 판시³⁴⁾하였다.

이 판결은 주된 인·허가만 실재한다는 입장인 것으로 보인다. 그러나 이와 같은 입장도 의제의 유형을 절차 간소화 의제와 필수적 의제로 나누어 생각해보면 결론이 달라질 수 있다. 절차 간소화 의제의 경우에 당사자가 신청한 인·허가에만 의제의 효력이 미친다는 점을 감안하면, 의제된 인허가는 주된 인허가와 별개로 인정할 여지가 생긴다.

Ⅲ. 건축법과 주택법의 인허가의제 조항 비교

1. 건축법상 인허가의제 연혁 [별지 1 참조]

(1) 건축법상 인허가의제 제도의 취지

「건축법」은 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위하여 토지사용권을 제한하는 법으로, 위험방지를 이유로 모든 건축물에 대하여 건축을 금지하고 위험하지 않은 건축물만을 개별적으로 허가하는 구조를 가진다.³⁵⁾ 그래서 건축법은 건축물로부터 발생하는 위험을 막기 위한 기준을 건축허가요건으로 정하고, 그 기준을 충족하는 건축물에 대하여 개별적으로 건축을 허가하기 위한 절차조항으로 구성된다. 건축법상 인허가의제 제도의 취지는 인허가

34) 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두 10988 판결.

35) 김종보, 앞의 책, 29-30면 참조.

의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이다.³⁶⁾

(2) 건축법상 최초의 인허가의제 도입

건축법상 최초의 인허가의제 조항은 1982년 건축법 제5조 제6항에 신설[시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정]³⁷⁾되었다. 그 내용은 건축허가를 받거나 신고를 한 때에 건축법에 따른 공사용 가설건축물의 축조신고(제1호)와 도로법에 따른 도로의 점용허가(제2호), 하수도법에 따른 배수시설의 설치신고(제3호), 오물청소법에 따른 오수정화시설 및 분뇨정화조의 설치신고(제4호)를 한 것으로 보는 것이다.

(3) 사전결정제도의 도입과 건축허가

사전결정제도는 건축허가시까지 많은 시간이 소요되는 점들을 고려하여 절차간소화를 통한 국민편익을 증진하고자 도입되었다. 사전결정제도는 복수의 인허가를 받아야 하는 대규모사업에서 인허가의제가 규정되어 있는 경우에 사업진행단계 중 일정 단계에서 검토할 수 있는 사항에 한하여 사업승인권자가 사업시행승인처분을 하여 승인의 효력을 부여하고, 다음 단계에서 필요한 인·허가 사항은 향후 구비요건을 갖추어 의제효과를 받도록 하는 단계적 법적용의 방법³⁸⁾이다. 건축허가 사전결정 제도는 건축허가의 전 단계에서 미리 건축허용성을 결정하여 법적 불확실성을 완화하기 위하여 도입되었다.³⁹⁾

건축법은 1991년 개정[시행 1992. 6. 1.] [법률 제4381호, 1991. 5. 31., 전부개정]으로 건축허가 신청 전에 9종의 인허가에 대하여 해당 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 관련 법률에 의해 허용되는지 여부에 대한 사전결정을 신청할 수 있도록 하였다. 사전결정에 따라 의제되는 인허가에는 토지의 형질변경허가, 도시계획사업시행허가, 산림훼손허가, 사도개설허가, 농지전용허가, 도로의 점용허가, 접도구역 안에서의 건축물·공작물의 설치허가, 하천점용등의 허가, 용도변경허가가 있다(법률 제4381호 건축법 제7조제3항).

법률 제4381호 건축법 제8조제4항에서는 건축허가를 받은 경우에는 사전결정에 따른 인허가의 의제 9개 외에 공사용 가설건축물의 축조신고, 공작물의 축조허가, 배수시설의 설치신고, 오수정화시설 및 정화조의 설치신고, 상수도공급신청을 한 것으로 보아 건축허가 시 일괄하여 처리되는 다른 법률상의 인·허가사항을 6개에서 17개로 확대하였다. 사전결정제도가 신설되면서

36) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두35950 판결

37) 건축법 [시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정]

38) 선정원, “인·허가의제와 심사축진”, 『공법연구』, 제38집 제2호, 2009. 12., 99면

39) 김종보/박건우, 앞의 글, 58면.

특별한 점은 종전 건축허가시 인허가의제의 내용이었던 도로점용허가가 사전결정 인허가의제의 내용으로 편입(법률 제4381호 건축법 제7조제3항6호)되었다는 것이다. 이는 도로점용허가가 건축허용성과 관련한 판단이 필요한 부분이라 사전결정 대상으로 조정된 것으로 보인다.

(4) 사전결정 허가제도 폐지와 도시계획법 개정

「건축법」 제7조 사전결정 허가제도는 1995. 1. 5. 폐지되고, 사전결정으로 의제되던 토지 형질변경허가 등도 건축허가와 인허가의제 조항인 제8조로 흡수되었다. 사전결정제도는 인허가의제 조항을 일시에 확대하였을 때 혼란을 예방하고 그 영향을 미리 조율할 수 있도록 관련 인허가의제의 대상을 점진적으로 확대하는 교두보 역할을 하였다.

「도시계획법」은 2000. 7. 1. 전부 개정되어 건축물의 건축 또는 공작물의 설치(법 제46조 제1항제1호), 토지의 형질변경(제2호)등을 개발행위허가로 정하고, 개발행위를 하려면 개발행위허가를 받도록 하였다. 그리고 건축법상 건축허가를 받으면 도시계획법의 개발행위허가를 받은 것으로 의제하는 조항을 마련하여 건축법에서 도시계획법상 허가요건을 함께 규정하던 것⁴⁰⁾을 분리하였다. 이후 도시계획법은 2003. 1. 1. 시행된 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 제정되면서 폐지되었다. 국토계획법이 여전히 개발행위허가의 대상으로 ‘건축물의 건축’을 포함하고 있는 문제에 대하여 비판⁴¹⁾이 제기되고 있다.

2. 주택법상 인허가 의제 연혁 [별지 2 참조]

(1) 주택법상 최초의 인허가의제 조항

주택건설촉진법(구 주택법)이 1973년 제정된 이후 1975년 개정되어 주택건설촉진법 제18조⁴²⁾에 사업계획승인한 때 건축법 제5조 및 제8조의 규정에 의한 건축허가·협의 또는 승인과 도시계획법 제4조·제24조 및 제25조의 규정에 의한 허가·승인 또는 인가 및 동법 제12조의 규정에 의한 도시계획의 결정을 받은 것으로 본다는 의제조항이 처음으로 신설되었다.

(2) 주택건설촉진법상 사전결정

사업계획승인은 대규모 사업인 경우가 많고, 그 승인에 있어 형량의 요소들이 무수히 존재

40) 김종보, “건축법과 도시계획법의 관계”, 『공법연구』, 제26권 제2호, 1998. 6., 333면 이하 참조.

41) 김종보, 앞의 책, 128-129면; 김종보/박건우, 앞의 글, 65면.

42) 주택건설촉진법 [시행 1975. 12. 31.] [법률 제2853호, 1975. 12. 31., 일부개정]

하므로 주택건설촉진법 제32조의4에서 그 중간단계로서 사업계획의 사전결정제도를 도입[시행 1994. 3. 1.] [법률 제4723호, 1994. 1. 7., 일부개정]하였다. 행정청이 사전결정을 한 경우에는 건축법 제7조제2항의 규정에 의한 사전결정과 동조 제3항 각호의 규정에 의한 허가를 받은 것으로 본다고 규정하여 행정청의 사전결정에 기속되도록 규정⁴³⁾하였다가 1999년 폐지되었다.

(3) 주택법으로 전부개정

주택건설촉진법이 「주택법」으로 전부개정[시행 2003. 11. 30.] [법률 제6916호, 2003. 5. 29., 전부개정]되면서 인허가의제 조항은 제17조로 이동하였고, 이후 주택법상 여러 번의 개정을 거쳐 2016년 전부개정[시행 2016. 8. 12.] [법률 제13805호, 2016. 1. 19, 전부개정]시 주택법 제19조로 이동하여, 사업계획을 승인 또는 변경승인할 때, 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인허가를 받은 것으로 보며 사업계획의 승인고시가 있을 때 관계 법률에 따른 고시가 있는 것으로 본다는 조문의 체계를 유지하고 있다.

3. 건축법과 주택법상 인허가의제 비교

(1) 건축허가와 건축허용성

건축허가는 위험방지를 목적으로 전국의 단일 건축물을 대상으로 하는 하나의 개별적 처분이다. 건축법상 건축허가를 받기 위해서는 사전에 건축이 가능한 토지인지에 대한 행정청의 결정 즉 건축허용성에 대한 결정이 필요하다. 건축허용성이란 도시계획의 핵심기능 중 하나로 개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 대지로 상정할 때 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위를 말한다. 건축허용성은 이론적으로 건축허가요건에 선행하여 판단되는 개념⁴⁴⁾이다.

건축허용성을 결정하는 방식에는 도시계획이 스스로 건축허용성을 결정하는 경우도 있고, 토지형질변경허가나 지목이 이 역할을 담당⁴⁵⁾하는 경우도 있다.

일반적으로 신청인은 건축허가를 받는다고 하면 해당 토지에 건축행위를 할 수 있는 최종적인 판단이 담겨있다고 생각할 수 있으나, 건축허용성이 있는 토지를 전제로 위험하지 않은 건물을 건축할 수 있다는 것으로 한정해서 생각해야 한다. 건축허가를 신청하는 경우 도시계획이나 별도의 신청에 따라 건축할 수 있는 토지로 변경되는 것이지, 건축법상 건축허가 자체에는 건축허용성에 판단이 포함되어 있지 않다.

43) 김종보, 앞의 책, 759-760면 참조

44) 김종보, 앞의 책, 219면 이하

45) 김종보/박건우, 앞의 글, 50-53면 참조.

(2) 사업계획승인과 건축허용성

주택법상 사업계획승인은 포괄적인 사업계획으로 아파트 건축허가, 복리시설 건축허가, 주차장 설치허가, 도시계획시설결정 등 개별적인 처분을 단지 양적으로 모아놓은 것이 아니라, 이 모두가 혼화된 새로운 제3의 행정작용(특별도시계획)이다. 행정청이 도시계획 등 행정계획을 입안 또는 결정할 때 부여받은 재량을 계획재량이라고 하는데, 주택사업계획 입안권자와 승인권자는 법이 정한 목적에만 구속될 뿐 내용형성에 있어서 무한대의 자유를 누리는 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 주택법상 사업계획승인은 단지 내의 형질변경을 전제로 건축허용성에 대한 판단도 포함하는 행정행위로, 강력한 건축허용성을 부여하는 처분이다. 그리고 사업계획승인에 의해 의제되는 행위들은 사실상 사업계획승인에 내재하는 행위로 재량행위이다.⁴⁷⁾

(3) 첨부서류

건축허가를 받으려는 자는 허가신청서에 인허가의제를 받기 위하여 관계법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류를 제출하도록 하고, 국토부장관이 관계 행정기관의 장과 협의한 신청서 및 구비서류는 착공신고 전까지 제출하도록 하고 있다(건축법 제11조제3항). 마찬가지로 주택법에서도 인허가의제를 받으려는 자에게 사업계획승인 신청시 해당 법률에서 정하는 관계서류를 함께 제출하도록 하고 있다(주택법 제15조제2항 및 제19조제2항). 건축법과 주택법은 모두 인허가의제를 받기 위해서 관계서류를 함께 제출하도록 하고 있다. 다만, 필수적 의제의 경우 주된 인허가 행정청은 신청인의 의사와 무관하게 관련 인허가 요건을 심사해야 하는데, 현행 조문들은 이를 구별하여 첨부서류를 규정하고 있지 않다.

(4) 의제되는 인허가의 종류

건축허가를 받으면 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가, 농지전용허가, 도로의 점용허가, 산지전용허가 등 19개 법률에 따른 인허가가 있는 것으로 본다(건축법 제11조제5항). 이 경우 건축허가가 있다고 해서 각 호의 인·허가가 모두 의제되는 것이 아니라, 위의 인·허가 중 그 건축허가에 따른 건축물의 건축에 필요한 인·허가만 의제된다.

주택법에 따른 사업계획승인에 의한 의제는 건축법에 따른 건축허가, 건축신고, 허가·신고사항의 변경 및 가설건축물의 건축허가 또는 신고, 국토계획법에 따른 지구단위계획의 결

46) 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 한국환경법학회, 2000, 459면

47) 김종보, 앞의 글, 458면

정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위의 허가, 농지전용허가, 도로의 점용 허가, 산지전용허가 등 25개 법률에 따른 각종 인허가를 의제하고 있다(주택법 제19조제1항).

건축법과 주택법상 의제조항의 내용과 형식을 살펴보면 건축허가와 사업계획승인이 포함하는 건축허용성의 내용에 따라서 달라진다. 건축법상 건축허가는 건축허용성이 포함되는 처분이 아니므로 건축법상 의제되는 개발행위허가 중 토지의 형질 변경 등은 제외한 국토계획법상 건축허가만을 필수적 의제로 볼 수 있으나, 주택법상 사업계획승인은 단지 내의 형질변경을 전제하는 행정행위로 강력한 건축허용성을 부여하는 처분인 만큼 국토계획법상 건축허가와 토지형질변경허가까지 필수적 의제로 볼 수 있다.

(5) 건축법과 주택법상 공통으로 의제하고 있는 인허가

현행 건축법과 주택법상 인허가의제 조항을 분석해 보면, ① 건축법 제20조제3항에 따른 공사용 가설건축물의 축조신고, ② 국토계획법에 따른 개발행위허가, ③ 도시·군계획시설사업시행자의 지정과 실시계획의 인가, ④ 농지전용허가, ⑤ 도로공사 시행의 허가과 도로점용허가, ⑥ 사도개설허가, ⑦ 산지전용허가 및 신고, ⑧ 초지전용허가, ⑨ 개인하수처리시설의 설치신고, ⑩ 하천점용허가는 건축허가와 사업계획승인을 받은 경우에 공통으로 의제하고 있는 인허가이다.

(6) 주택법이 달리 의제하고 있는 인허가 - 지구단위계획

주택사업계획승인을 받은 경우 의제되는 인허가 중 특징적인 것은 국토계획법 제30조에 따른 도시·군관리계획의 결정(지구단위계획구역 및 지구단위계획만 해당)과 「도시개발법」 제3조에 따른 도시개발구역의 지정이다. 지구단위계획은 건축허용성이 가장 잘 반영된 제도⁴⁸⁾로 지구단위계획 등 주택사업계획승인에 선행해야 하는 도시계획이 주택법 제19조제1항에 따라 의제 처리되고 있음을 보여준다.

지구단위계획이란 도시·군계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하여, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시·군관리계획을 말한다(국토계획법 제2조제5호). 다시 말하면 지구단위계획은 특정 지구에 대하여 용도지역제 도시계획이 담지 못하는 상세한 내용을 세부적으로 규율하는 도시계획으로 정의할 수 있다. 용도지역제 도시계획은 광범위한 토지에 대하여 구체적인 토지이용계획이 수립되지 않은 채 건축주의 의사에 따른 건축허가

48) 김종보, 앞의 책, 232-234면, 지구단위계획은 건축허용성에 대한 종합적 판단이 선행된 도시사업계획에 대해 이를 받아 법적으로 유지하는 기능을 한다.

신청으로 토지의 이용이 개별적으로 결정된다는 한계가 있다.

이를 보완하고자 도입한 지구단위계획이 주택법상 사업계획승인상 의제처리 되는 경우 다양한 문제가 발생할 수 있다. 우선적으로 대규모 인원이 공동으로 거주하는 아파트 단지가 들어서게 되면 교통량, 환경문제 등 지역 내 기반시설 수급에 직접적인 영향을 끼친다. 그런데 주택법상 주택건설사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제 처리되어 아파트 입지를 선정하는 등의 국토계획법상 관련 절차가 생략된다.⁴⁹⁾ 이러한 아파트가 주거지역 내 짜투리 땅에 건설되면 고층의 몇 개 동의 아파트가 저층의 단독주택으로 구성된 주거지역에 들어서게 되어, 지구단위계획의 본래 취지와는 달리 체계적인 개발이 어려워진다.⁵⁰⁾

사업계획승인시 지구단위계획 의제는 지구단위계획 수립 및 변경에 있어 개발사업계획의 수립 및 변경을 전제하지 않고, 지구단위계획 구역지정이 사업승인으로 의제되면 사업시행자들은 사업단위로만 지구단위계획 구역을 결정되어 당초 목적대로 광역적 도시관리와 지역 간 연계 효과를 거두기는 어렵다.⁵¹⁾ 주택법상 사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제처리 되도록 하는 것은 신속한 주택보급을 위한 정책적 판단이었겠지만, 이제는 주택건설 촉진보다는 기존주택과의 조화와 광역적 도시관리와 지역 간 연계가 더 중요한 가치가 되었다.

IV. 개발행위허가의 의제

1. 건축법상 개발행위허가의 의제

(1) 국토계획법상 개발행위허가

국토계획법 제56조제1항은 소규모 개발이 무분별하게 행해지는 것을 방지하고 계획적인 개발을 유도하기 위해 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위(이하 ‘개발행위’라 함)를 하려면 미리 허가를 받도록 하고 있는데, 이를 ‘개발행위허가’라 한다. 개발행위허가의 기준은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 별표 1의2(개발행위허가기준)에 상세히 규정되어 있다.

49) 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 한국환경법학회, 2000, 461-462면

50) 윤현석/윤희철/홍상호, “주택법 의제 처리 지구단위계획의 운영실태 연구”, 『한국지역개발학회지』, 제29권 제3호, 2017. 9., 103면: 주택법 의제 지구단위계획으로 인해 천편일률적인 공동주택 건립계획이 반복되면서 지구단위계획 취지에 어긋나는 고층 아파트 위주의 도시경관을 주도하는 실정이다.

51) 용석남, “개발사업과 지구단위계획”, 2020 2학기 서울대학교 행정법 특수연구, 2020. 12., 13-14면.

개발행위허가란 용어는 「도시계획법」(법률 제6243호, 2000. 1. 28., 전부개정)에서 처음 등장한다. 도시계획 구역 안에서 허가대상을 명확히 하고 허가기준을 구체화하는 한편, 제도의 명칭을 ‘개발행위허가’로 정했다. 이후 도시계획법과 국토이용관리법을 통합⁵²⁾하여 비도시지역에도 도시계획법에 의한 도시계획기법을 도입할 수 있도록 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 제정(법률 제6655호, 2002. 2. 4., 제정)될 때에 이 내용이 그대로 반영되어 개발행위허가의 적용대상지역이 비도시지역에까지 확대되었다.

(2) 건축허가와 토지형질변경허가

건축법 제11조 제5항에 의하면 건축허가를 받으면 개발행위허가, 도시계획시설사업 실시계획인가, 농지전용허가, 도로점용허가 등 다른 법률에 의한 인허가를 받거나 신고를 한 것으로 본다. 특히 건축허가에 의해 의제되는 개발행위 속에는 두 개의 이질적인 요소가 들어 있는데, 국토계획법상 건축허가와 토지형질변경허가이다(국토계획법 제56조제1항제1호 및 제2호). 건축법상 건축허가를 신청할 때 국토계획법상의 건폐율, 용적률, 허용용도 등에 대한 내용이 포함되어야 하므로, 이는 건축주의 의사와 무관하게 의제된다. 국토계획법상 건축허가는 건축법과 분리해서 별도의 절차로 발급될 수 없는 필수적 의제사항에 가깝다.

(3) 절차간소화 의제의 분리 필요성

국토계획법상 건축허가는 필수적 의제이고, 형질변경허가 등 개발행위는 절차간소화 의제로 구별⁵³⁾되는데, 성격이 다른 인허가가 건축법상 건축허가에 개발행위허가로 일괄적으로 의제되어 있다. 이는 국토계획법이 건축허가를 개발행위라는 개념 속에 포함시키고 건축법이 이를 고려하지 않고 동일 항목으로 의제한 데서 기인⁵⁴⁾하다.

결국 개발행위허가 중 국토계획법 상 건축허가는 건축행위에 관한 허가로 건축법상 허가요건을 심사할 때 함께 고려해야 하는 사항이므로 별도로 분리할 수 없다. 반면에 토지형질변경허가 등과 같은 절차간소화 의제사항은 건축허가와 별개로 토지형질변경허가를 따로 받아도 되므로 반드시 건축허가에 의하여 의제하는 방식을 택하지 않아도 될 것으로 보인다. 필수적 의제와 절차간소화 의제의 분류 기준, 의제 방식과 의제의 유형에 대한 고찰이 필요한 시점이다.

52) 국토의계획 및 이용에 관한 법률[시행 2003. 1. 1.] [법률 제6655호, 2002. 2. 4., 제정] 종전에는 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 도시계획법, 비도시지역에는 국토이용관리법으로 이원화하여 운용하였으나, 국토의 난개발(亂開發) 문제가 대두됨에 따라 도시계획법과 국토이용관리법을 통합함.

53) 김종보, 앞의 책, 128면 이하

54) 김종보, 앞의 책, 128-129면.

2. 주택사업계획승인과 건축허용성

(1) 문제의 소재

주택법 제19조제1항은 국토계획법에 따른 지구단위계획의 결정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위의 허가, 농지전용허가, 도로의 점용 허가, 산지전용허가 등 25개 법률에 따른 각종 인허가를 의제하고 있다. 주택법도 건축법과 같이 주택사업계획승인을 받은 경우 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 의제하고 있는데, 주택사업계획승인의 법적 성격에 따라 건축법상 개발행위허가를 의제하는 것과 그 내용이 달라지는 것은 아닌지 살펴보려고 한다.

(2) 도시계획으로서 사업승인

주택법에 따른 사업계획승인 속에는 토지에 대한 공사허가, 건축허용성을 부여하는 처분이 포함되면서 동시에 주택건설을 승인하는 처분이 공존한다.⁵⁵⁾ 주택법은 아파트 사업계획승인을 통해 아파트 건설사업을 별도의 구역지정 없이 가능하도록 하고 있는데, 아파트가 일단 건설되고 나면 교통, 조망권 등의 문제를 포함하여 기존 주거지역의 단일성을 파괴할 가능성이 높다. 주택건설촉진법은 신속한 아파트 건설을 위해 입지 선정과 관련된 도시계획적 판단을 배제하도록 특권을 부여하였는데, 이러한 특권이 도시계획변경 없는 주택건설사업을 허용하는 것으로 현행 주택법에도 이어지고 있다.⁵⁶⁾

3. 주택법상 개발행위허가의 의제

(1) 주택법의 특별도시계획법적 성격

주택법은 국민의 주거생활의 안정을 도모하기 위한 목적(주택법 제1조)으로 제정된 법으로, 사실상 아파트 건설을 위한 특별법이라고 할 수 있다. 아파트를 건설하려고 하는 자는 단순한 건축허가 신청서가 아니라 부대시설 및 복리시설 등을 포함한 전체 아파트 단지에 대한 포괄적인 사업계획을 작성하고 승인을 받도록 하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 주택법은 사업계획승인⁵⁷⁾을 통해 사업주체에게 일정 규모⁵⁸⁾ 이상의 주거단지를 개발할 수 있는 권

55) 김종보, 앞의 책, 232면

56) 김종보, 앞의 책, 752면

57) 사업계획승인은 실질적으로 특별도시계획 결정이므로 행정청에게는 계획결정에 관한 광범위한 재량의 여지가 부여된다. 판례는 사업계획승인 속에 존재하는 광범위한 형량요소 및 의제되는 행위

한을 부여한다는 측면에서 특별도시계획법⁵⁹⁾으로서의 성격을 가진다.

(2) 주택건설사업계획승인과 개발행위허가의 의제

주택건설사업은 주택법에 의한 사업계획승인을 통해 진행되는데, 사업승인의 과정에서 주택단지가 될 토지를 묶어서 건축허용성이 부여된다. 주택건설사업승인이 이루어지면 그 사업승인 속에는 토지에 대한 공사허가, 건축허용성을 부여하는 처분이 포함되면서 동시에 주택건설을 승인하는 처분(건축허가)이 공존⁶⁰⁾하게 된다. 그래서 전·답·임야 등의 지목을 포함한 토지를 주택단지로 해서 사업승인을 받으면 주택건설공사가 끝난 후에는 모두 지목이 대지로 바뀐다.

이 경우에는 그 토지에 대한 건축허용성도 사업승인의 과정에서 모두 검토되어 승인되는 것이므로 주택법상 의제되는 개발행위허가 중 토지형질변경허가도 당사자의 신청여부와 무관하게 필수적 요소를 위하여 의제되는 사항으로 볼 수 있다. 그리고 주택사업계획승인을 신청하는 경우 이와 분리하여 토지형질변경허가를 분리하여 신청할 수는 없다. 다만, 토지형질변경여부를 심사하기 위하여 추가서류는 제출하여야 할 것이다.

V. 결론

건축법상 건축허가와 주택법상 사업계획승인에 따른 인허가의제 제도에 대하여 비교 분석하여 보았다. 인허가의제 조항은 그 수와 내용이 방대함에도 필수적 의제인지 절차간소화의제인지와 같은 분류 기준에 관련해서는 연구가 부족하였다. 건축물을 건축하기 위해서는 건축허가에 앞서 토지의 건축허용성에 대한 결정이 선행되어야 하는데, 이는 건축허가와 별도로 도시계획이나 토지형질변경 등이 그 역할을 담당한다. 따라서 건축법상 의제되는 개발행위허가는 국토계획법상 건축허가만을 필수적요소를 위한 의제로 볼 수 있다.

한편, 주택법상 의제되는 개발행위허가는 주택건설 사업계획승인시 단지 내의 토지형질변경을 전제하는 행정행위로, 강력한 건축허용성을 부여하는 처분인 만큼 건축허가와 토지형질변경허가까지 필수적 의제로 볼 수 있을 것으로 보인다. 주택건설사업계획승인을 받으면 지구단위계획이 의제 처리되어 국토계획법상 관련 절차가 생략된다. 의제조항의 무분별한

의 실질을 감안하여 일관하여 사업계획의 승인을 재량행위로 보고 있다.

58) 단독주택의 경우에는 30호, 공동주택의 경우에는 30세대 이상(주택법 시행령 제27조제1항)

59) 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 2000, 444면, 특별도시계획법이란 건축허가요건만을 규율하는 소극적 일반도시계획법에 대응하는 관념으로서 도시 내 일단의 단지를 형성하기 위한 적극적 수단을 규율하는 법규를 말한다.

60) 김종보, 『건설법 입문』, 피데스, 2021. 2. 1., 110-111면

확대는 지구단위계획의 본래 취지와는 달리 체계적인 개발을 방해하게 되므로, 향후 의제조항의 분류기준에 대한 연구가 활성화되어 이러한 문제를 해결할 수 있게 되길 바란다.

[별지 1] 건축법상 인허가의제 연혁 (법조문 재구성 및 정리)

최초의 인허가의제 4개 신설 [시행 1982. 7. 1.] [법률 제3558호, 1982. 4. 3., 일부개정]	사전결정제도 도입(9개 의제)과 토지형질변경 허가 포함, 인허가의제 5개 [시행 1992. 6. 1.] [법률 제4381호, 1991. 5. 31., 전부개정]	사전결정 허가제도 폐지, 인허가의제 5개→13개 확대(토지형질변경 추가)[시행 1996. 1. 6.] [법률 제4919호, 1995. 1. 5., 일부개정]
제5조(건축허가) ⑥ 건축물을 건축 또는 대수선하고자 하는 자가 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 허가를 받거나 신고를 한 때에는 다음 각 호의 허가를 받거나 신고등을 한 것으로 본다. 1. 제47조제2항에 의한 공사용 가설건축물의 축조 신고 2. 도로법 제40조에 의한 도로의 점용허가 3. 하수도법 제24조에 의한 배수 시설의 설치신고 4. 오물정소법 제15조에 의한 오수정화시설 및 동법 제16조에 의한 분뇨정화조의 설치신고	제7조 (건축에 관한 계획의 사전결정) ①대통령령이 정하는 용도 및 규모의 건축물을 건축하고자 하는 자는 제8조제1항의 규정에 의한 건축허가신청전에 시장·군수·구청장에게 당해 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 허용되는지의 여부에 대한 사전결정을 신청할 수 있다. ③시장·군수·구청장이 제2항의 규정에 의한 결정을 한 경우에는 다음 각 호의 허가를 받은 것으로 본다. 1. 도시계획법 제4조의 규정에 의한 토지의 형질변경허가 2. 도시계획법 제24조의 규정에 의한 도시계획사업시행허가 3. 산림법 제90조의 규정에 의한 산림훼손허가 4. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도개설허가 5. 농지의보전및이용에관한법률 제4조의 규정에 의한 농지전용허가 6. 도로법 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가 7. 도로법 제50조제5항의 규정에 의한 접도구역안에서의 건축물·공작물의 설치허가 8. 하천법 제25조의 규정에 의한 하천점용등의 허가 9. 국토이용관리법 제24조의 규정에 의한 용도변경허가 제8조 (건축허가) ③시장·군수·구청장이 제1항의 규정에 의한 건축허가를 함에 있어서 제7조제2항의 규정에 의한 사전결정을 한 경우에는 그 결정내용에 따라야 한다. 다만, 건축주가 동조제1항의 규정	제7조 삭제 제8조 ③시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의하여 허가를 하고자 하는 경우 당해 용도, 규모 또는 형태의 건축물을 그 건축하고자 하는 대지에 건축하는 것이 제33조·제37조·제44조·제45조·제47조 내지 제54조·제61조·제64조·제65조·제67조와 국토이용관리법 제15조·도시계획법 제4조·농지법 제36조·농어촌발전특별조치법 제44조 기타 대통령령이 정하는 관계법령의 규정에 적합한지의 여부를 확인하여야 하며, 당해 건축물이 대통령령이 정하는 용도·규모·구조의 건축물 및 건축설비를 가진 건축물인 경우에는 미리 대통령령이 정하는 바에 의하여 건설부장관 또는 시·도지사의 승인을 얻어야 한다.<개정 1995. 1. 5> ⑤제1항의 규정에 의한 건축허가를 받는 경우에는 다음 각 호의 허가등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 공업배치및공장설립에관한법률 제14조의 규정에 의하여 관계법률의 허가 또는 승인을 얻은 것으로 본다. 1. 제15조제2항의 규정에 의한 공사용 가설건축물의 축조신 2. 제72조의 규정에 의한 공작물의 축조허가 또는 신고 3. 도시계획법 제4조의 규정에 의한 토지의 형질변경허가 4. 도시계획법 제23조의 규정에 의한 도시계획사업시행자

	에 의한 신청시의 건축에 관한 계획을 현저히 변경하거나 동조제2항의 규정에 의한 결정의 통지를 받은 날부터 1년이내에 정당한 이유없이 제1항의 규정에 의한 건축허가를 신청하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. ④제1항의 규정에 의한 건축허가를 받은 경우에는 제7조제3항 각호 또는 다음 각호의 허가를 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 공업배치및공장설립에관한법률 제14조의 규정에 의하여 관계법률의 허가 또는 승인을 얻은 것으로 본다. 1. 제15조제2항의 규정에 의한 공사용 가설건축물의 축조신고 2. 제72조의 규정에 의한 공작물의 축조허가 3. 하수도법 제24조의 규정에 의한 배수시설의 설치신고 4. 오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법률 제9조제2항 및 동법 제10조제2항에 의한 오수정화시설 및 정화조의 설치신고 5. 수도법 제17조의 규정에 의한 상수도공급신청	의 지정 및 동법 제25조의 규정에 의한 도시계획사업의 실시계획의 인가 5. 산림법 제90조의 규정에 의한 산림의 형질변경허가 6. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도개설허가 7. 농지법 제36조제1항의 규정에 의한 농지전용허가 또는 협의 8. 도로법 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가 9. 도로법 제50조제5항의 규정에 의한 점도구역안에서의 건축물·공작물의 설치허가 10. 하천법 제25조의 규정에 의한 하천점용등의 허가 11. 하수도법 제24조의 규정에 의한 배수설비의 설치신고 12. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조제2항 및 동법 제10조제2항의 규정에 의한 오수정화시설 및 정화조의 설치신고 13. 수도법 제23조의 규정에 의하여 수도사업자가 지방자치단체인 경우 당해 지방자치단체가 정한 조례에 의한 상수도 공급신청
--	---	--

[별지 2] 주택법상 인허가의제 도입 연혁 (법조문 재구성 및 정리)

주택건설촉진법[법률 제2853호, 1975. 12. 31., 일부개정]	주택건설촉진법[시행 1994. 3. 1.] [법률 제4723호, 1994. 1. 7., 일부개정] 사전결정제도 신설	주택법[시행 2003. 11. 30.] [법률 제6916호, 2003. 5. 29., 전부개정]
제18조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ⑤제1항의 규정에 의하여 건설부장관이 사업계획을 승인한 때에는 건축법 제5조 및 제8조의 규정에 의한 건축허가·협의 또는 승인과 도시계획법 제4조·제24조 및 제25조의 규정에 의한 허가·승인 또는 인가 및 동법 제12조의 규정에 의한 도시계획의 결정을 받은 것으로 본다. <신설 1975. 12. 31>	제32조의4 (사업계획의 사전결정) ②건설부장관이 제1항의 신청을 받아 사전결정을 한 경우에는 건축법 제7조제2항의 규정에 의한 사전결정과 동조 제3항 각호의 규정에 의한 허가를 받은 것으로 본다. 제33조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ④사업주체가 제1항에 의하여 사업계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각 호의 허가·인가·결정·승인·지정 또는 신고를 받은 것으로 보며, 사업계획의 승인고시 또는 승인공고가 있을 때에는 다음 각호의 관계법률에 의한 고시가 있는 것으로 본다.<개정 1981. 4. 7, 1991. 5. 31, 1992. 12. 8, 1994. 1. 7> 1. 도시계획법 제4조 및 제5조제2항에 의한 허가, 동법 제12조에 의한 도시계획의 결정(同法 第2條第1項第1號 나目 및 다目에 관한 都市計劃의 決定에 한한다), 동법 제23조제5항의 규정에 의한 시행자의 지정 및 동법 제25조에 의한 실시계획의 인가 2. 토지구획정리사업법 제39조에 의한 허가 3. 도로법 제34조에 의한 도로공사시행의 허가 및 동법 제40조에 의한 도로점용의 허가 4. 공유수면관리법 제4조에 의한 점용 및 사용의 허가 5. 하천법 제23조에 의한 하천공사시행의 허가, 동법 제25조에 의한 하천의 점용등의 허가 6. 도·소매업진흥법 제6조의 규정에 의한 시장의	제17조 (다른 법률에 의한 인·허가 등의 의제 등) ①시·도지사가 제16조의 규정에 의하여 사업계획을 승인함에 있어서 다음 각호의 허가·인가·결정·승인 또는 신고 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항의 규정에 의한 관계행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 당해 인·허가등을 받은 것으로 보며, 사업계획의 승인고시가 있을 때에는 다음 각 호의 관계 법률에 의한 고시가 있는 것으로 본다. 1. 건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가, 동법 제9조의 규정에 의한 건축신고 및 동법 제15조의 규정에 의한 가설건축물의 건축허가 또는 신고 2. 공유수면관리법 제5조의 규정에 의한 점·사용허가, 동법 제6조제1항의 규정에 의한 협의 또는 승인 및 동법 제8조의 규정에 의한 실시계획의 인가 또는 신고 3. 공유수면매립법 제9조의 규정에 의한 공유수면매립의 면허, 동법 제15조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제38조의 규정에 의한 협의 또는 승인 4. 광업법 제47조의 규정에 의한 채광계획의 인가 5. 국토의계획및이용에관한법률 제30조의 규정에 의한 도시관리계획(동법 제2조제4호 다목의 계획 및 동호 마목의 계획중 동법 제49조제1호의 규정에 의한 제1종지구단위계획에 한한다)의 결정, 동법 제56조의 규정에 의한 개발행위의 허가, 동법 제86조의 규정에 의한 도시계획시설사업시행자의 지정, 동법 제88조의 규정에 의한 실시계획의 인가, 동법 제118조의 규정에 의한 토지거래계약의 허가 및 동법 제130조제2항의 규정에 의한 허가 6. 농어촌정비법 제20조의 규정에 의한 농업기반시설의 목적의 사용승인 7. 농지법 제36조의 규정에 의한 농지전용의 허가 또는 협의 8. 도로법 제34조의 규정에 의한 도로공사시행의 허가 및 동법 제40조의 규정에 의한 도로점용의 허가 9. 도시개발법 제3조의 규정에 의한 도시개발구역의 지정, 동법 제11조의 규정에 의한 시행자의 지정, 동법 제17조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제63조제2항의 규정에 의한 허가 10. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도의 개설허가 11. 사망사업법 제14조의 규정에 의한 토지
주택건설촉진법[시행 1978. 1. 31.] [법률 제3075호, 1977. 12. 31., 전부개정]		
제33조 (사업계획의 승인 및 건축허가 등) ④제1항의 규정에 의하여 건설부장관이 사업계획을 승인한 때에는 건축법 제5조·제8조 및 제33조의2의 규정에 의한 건축		

허가 협의 또는 승인과 도시계획법 제4조·제12조·제24조 및 제25조와 토지구획정리사업법 제39조의 규정에 의한 허가·결정·승인 또는 인가를 받은 것으로 본다.	개설허가 7. 택지개발촉진법 제6조에 의한 행위의 허가 8. 건축법 제8조에 의한 허가, 동법 제15조에 의한 가설건축물의 신고 9. 산림법 제62조 및 동법 제90조에 의한 허가. 다만, 천연보호림·채종림 및 시험림의 경우는 제외한다. 10. 수도법 제36조의 규정에 의한 전용상수도 설치의 인가	의 형질변경 등의 허가, 동법 제20조의 규정에 의한 사방지지정의 해제 12. 산지관리법 제14조·제15조의 규정에 의한 산지전용허가 및 산지전용신고와 산림법 제62조제1항·제90조제1항의 규정에 의한 허가. 다만, 산림법에 의한 산림유전자원보호림·채종림 및 시험림의 경우를 제외한다. 13. 소하천정비법 제10조의 규정에 의한 소하천공사시행의 허가 및 동법 제14조의 규정에 의한 소하천의 점용 등의 허가 또는 신고 14. 수도법 제12조 또는 제33조의2의 규정에 의한 수도사업의 인가 및 동법 제36조의 규정에 의한 전용상수도설치의 인가 15. 연안관리법 제17조의 규정에 의한 연안정비사업실시계획의 승인 16. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조제2항 또는 제10조제2항의 규정에 의한 오수처리시설 또는 정화조의 설치신고 17. 유통산업발전법 제8조의 규정에 의한 대규모점포의 등록 18. 장사등에관한법률 제23조제1항의 규정에 의한 무연분묘의 개장허가 19. 지하수법 제7조 또는 제8조의 규정에 의한 지하수개발·이용의 허가 또는 신고 20. 초지법 제23조의 규정에 의한 초지전용의 허가 21. 측량법 제25조의 규정에 의한 측량성과사용의 심사 22. 택지개발촉진법 제6조의 규정에 의한 행위의 허가 23. 하수도법 제13조의 규정에 의한 공공하수도에 관한 공사시행의 허가 24. 하천법 제30조의 규정에 의한 하천공사시행의 허가 및 하천공사실시계획의 인가, 동법 제33조의 규정에 의한 하천의 점용 등의 허가
---	---	---

참 고 문 헌

[단행본]

- 김동희/최계영, 『행정법 I』, 제26판, 박영사, 2021.
- 김종보, 『건설법의 이해』 제6판, 피데스, 2018.
- 김종보, 『행정법 入門』 제2판, 피데스, 2019.
- 김종보, 『건설법 入門』 제1판, 피데스, 2021.
- 박균성, 『행정법론(상)』 제17판, 박영사, 2018.

[논문]

- 김재광, “행정법상 집중효제도의 검토”, 『토지공법연구』, Vol. 9. 2000. 2., 67-85면
- 김종보, “건축법과 도시계획법의 관계”, 『공법연구』, 한국공법학회, 1998. 6., 333-357면
- 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 『행정법연구』, 3호, 1998. 10, 158-171면
- 김종보, “도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성”, 『중앙대학교 법학논문집』, 제31집 제1호(2007. 8.), 663-694면
- 김종보, “계획확정절차의 도입 -계획확정절차의 형식과 실질-”, 『행정법학』, 5권 제1호, 2013. 9. 30., 145-167면
- 김종보, “아파트사업계획승인의 본질과 환경권”, 『환경법연구』, 제22집, 한국환경법학회, 2000
- 김종보/박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』, 제64호, 2021. 3., 45-74면
- 김중권, “의제된 인·허가의 취소와 관련한 문제점”, 『최신판례분석』, 67권 5호, 법조협회, 509면
- 박균성, “의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자과 주된 인허가처분인 주택건설사업계획 승인처분의 효력”, 『최신판례분석』, 67권 3호, 2018. 6. 28., 법조협회, 760-790면
- 박균성/김재광, “인허가의제제도의 문제점과 개선방안”, 『행정법연구』, 26, 2010. 4.,

33-57면

선정원, “인·허가의제와 심사촉진”, 『공법연구』, 제38집 제2호, 2009. 12., 85-111면

선정원, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법 연구』, 34, 2012. 12., 49-64면

윤현석/윤희철/홍상호, “주택법 의제 처리 지구단위계획의 운영실태 연구”, 『한국지역개발
학회지』, 제29권 제3호, 2017. 9., 91-112면

정해영, “의제된 인허가의 처분성”, 『아주법학』, 제13권 제2호, 2019. 8. 31., 53-79면

정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 『법제』, 2002. 2., 3-18면

“인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』, 2017. 12. 15., 217-237면