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

법학전문석사 학위논문

# 개발행위허가에 관한 연구

**2015년 2월**

서울대학교 법학전문대학원

법 학 과

전 진 원

# 개발행위허가에 관한 연구

지도교수 김 종 보

이 논문을 법학전문석사학위논문으로 제출함
**2014년 10월**

서울대학교 법학전문대학원
법 학 과
전 진 원

전진원의 석사학위논문을 인준함
**2015년 1월**

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

# 국문초록

본 연구는 “건축물을 지을 수 있게 하려는 것을 주된 목적으로 소규모 토지의 법적 또는 물리적 현상을 변경하여 도시계획의 내용에 영향을 주는 행위”가 바로 국토계획법이 규율 대상으로 하는 개발행위라고 새로이 정의한다. 그 중에서도 개발행위의 핵심적 표지는 건축견련성과 도시계획관련성이다. 특히 도시계획과의 관계에서 개발행위허가의 핵심적인 쟁점들에 대한 해답을 도출할 실마리를 찾을 수 있게 된다. ① 개발행위허가를 단순히 물리적 형상변경의 허가로 국한할 수 없는 이유도, ② 우리 공법체계상 공간형성의 주도권이 도시계획가의 재량에 맡겨졌다고 볼 수 있는 이유도, ③ 개발행위허가가 강학상 특허이며 강한 재량성을 띠는 이유도 근본적으로는 개발행위와 도시계획의 관계에 대한 고찰로부터 도출된다.

위와 같은 관점에서 개발행위허가의 주요한 두 가지 기능을 조명하자면, 바로 ‘건축허용성 부여 기능’과 ‘건축단위 증감의 기능’이다. 양자 모두 도시계획의 내용으로 도시계획 차원에서 정해져야 할 요소이지만, 용도지역제 도시계획의 불완전성 등에 때문에 개별적인 행정행위가 ‘보충적’으로 개입할 수밖에 없게 되었다. 그러나 법상으로는 개발행위허가의 역할과 지위는 여전히 불분명하며 규율의 공백도 여럿 발견된다. 본 연구는 이를 규명하여 제도의 올바른 이해 방향을 제시하려 한다. 나아가 본 연구에서는 기능적 유사성을 지니는 지구단위계획과 개발행위허가의 관계를 명확히 하고, 또 건축허가와 완전히 구분되는 개발행위허가의 역할을 정립함으로써 개발행위허가의 법적 지위를 고찰해본다.

**주요어 : 개발행위허가, 국토계획법, 토지형질변경, 토지분할, 건축허용성, 건축단위**

**학 번 : 2012-22415**

# 목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 2 장 개발행위허가의 개념 ····· 6
제 1 절 개발행위허가제도의 연혁 ····· 6
제 2 절 개발행위의 개념 ····· 17
제 3 절 개발행위허가의 법적성질 ····· 40
제 4 절 개발행위허가의 절차 ····· 50

제 3 장 건축허용성과 개발행위허가 ····· 54
제 1 절 형질변경허가의 개념과 본질 ····· 54
제 2 절 형질변경과 건축허용성 ····· 63

제 4 장 건축단위와 개발행위허가 ····· 78
제 1 절 건축단위의 의의 ····· 78
제 2 절 토지분할과 건축단위 ····· 84
제 3 절 토지합병과 건축단위 ····· 105

제 5 장 개발행위허가의 법적지위 ····· 116
제 1 절 서론 ····· 116
제 2 절 도시계획과 개발행위허가의 관계 ····· 116
제 3 절 건축허가와 개발행위허가의 관계 ····· 135

제 6 장 결론 ····· 139

# 세 부 목 차


제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적 ····· 1

제 2 절 연구의 방법 ····· 3

제 2 장 개발행위허가의 개념 ····· 6

제 1 절 개발행위허가제도의 연혁 ····· 6

I. 행위허가의 연원 ····· 6

1. 조선시가지계획령 ····· 6

2. 제정 도시계획법 ····· 7

3. 1971. 1. 19. 도시계획법 전부개정 ····· 8

4. 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정; 개발행위허가 명칭의 등장 · 8

II. 개발행위허가제도 도입 ····· 9

1. 제도 도입의 배경 ····· 9

2. 제도 도입의 의의 ····· 11

III. 개발행위의 명명(命名) ····· 12

1. 용어 사용의 의의 ····· 12

2. 선천적 한계 ····· 14

3. 후천적 맥락과 의미의 변화 ····· 15

제 2 절 개발행위의 개념 ····· 17

I. 개발행위의 정의 ····· 17

II. 토지관련성 ····· 18

III. 건축견련성 ····· 20

1. 서론 ····· 20

2. 건축견련성 ····· 20

가. 건축견련성의 의미 ····· 20

나. 건축견련성의 법적 근거 ····· 21

3. 타법상 개발과의 비교 ····· 22
가. 개발이익환수에 관한 법률상 개발 ····· 22
나. 먹는물관리법, 염관리법, 온천법상 개발 ····· 23
IV. 도시계획관련성 ····· 24
1. 행정계획으로서의 도시계획 ····· 24
2. 도시계획과 개발행위 ····· 25
가. 도시계획의 선재(先在)와 영향관계 ····· 25
나. 도시계획의 요건화 ····· 26
V. 소규모성 : 필지 단위에 대한 행위 ····· 27
VI. 개발행위의 유형 ····· 28
1. 물리적 행위와 관념적 행위 ····· 28
가. 기존의 견해 ····· 29
나. 국토계획법의 취지와 개발행위 ····· 29
2. 실정법상 개발행위의 종류 ····· 30
가. 건축물의 건축(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제1호) ····· 31
나. 공작물의 설치(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제2호) ····· 33
다. 토지의 형질변경(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제3호) ····· 34
라. 토석채취(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제4호) ····· 36
마. 토지분할(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제5호) ····· 37
바. 물건의 장기적치(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제6호) ····· 38
VII. 소결 ; 협의의 개발행위와 광의의 개발행위 ····· 39
**제 3 절 개발행위허가의 법적성질 ····· 40**
I. 공공복리 종속성 ····· 40
1. 공간형성의 주도권(initiative) ; 토지재산권과 토지공개념(土地公槪念) ····· 40
2. 개발행위허가의 공공복리 종속성 ····· 42
II. 개발행위허가의 법적성질 ····· 44
1. 강학상 특허 ····· 44
2. 재량성 ····· 46

가. 재량행위 판단의 기준 46
나. 학설상의 대립 46
다. 판례 48
라. 소결 48
제 4 절 개발행위허가의 절차 50
I. 신청서 제출 50
II. 처리기간 51
III. 도시계획사업시행자의 의견청취 51
V. 도시계획위원회 심의 52
VI. 조건부 허가 53

제 3 장 건축허용성과 개발행위허가 54
제 1 절 형질변경허가의 개념과 본질 54
I. 성질 변경과 형상 변경 54
1. 개념의 의미 54
2. 구분의 인정례 55
II. 형상변경으로 축소하는 견해의 연원 58
III. 판례 견해의 검토 58
1. 종래의 설명 59
2. 형사판결과 해석상 문제 59
3. 행정판결과 해석상 문제 60
4. 소결 61
제 2 절 형질변경과 건축허용성 63
I. 건축허용성의 개념 63
II. 건축허용성의 부여 65
1. 지구단위계획 65
2. 도시계획사업 68
3. 개발행위허가(토지형질변경허가) 69
가. 의의 69

나. 다른 수단들과의 관계 ····· 70
다. 성질변경과 형상변경의 관계 ····· 71
라. 적용의 범위 ····· 72
4. 소결 ; 건축허용성 개념의 효용 ····· 72
Ⅲ. 건축허용성의 반영 ····· 75
1. 도시계획에의 반영 ····· 75
2. 지목변경 ····· 76

**제 4 장 건축단위와 개발행위허가 ····· 78**
**제 1 절 건축단위의 의의 ····· 78**
Ⅰ. 도시계획과 건축단위 ····· 78
1. 도시계획의 요소 ····· 78
2. 규율의 필요성 ····· 79
3. 규율의 수단 ····· 80
Ⅱ. 1필지 1대지 원칙 : 건축법상 대지요건 ····· 82
**제 2 절 토지분할과 건축단위 ····· 84**
Ⅰ. 개발행위로서 토지분할의 의미 ····· 84
1. 토지분할의 단위 ····· 84
2. 측량지적법상 필지분할과의 관계 ····· 85
3. 국토계획법 규정에 의한 토지분할의 분류 ····· 87
Ⅱ. 형질변경을 수반하는 토지분할 ····· 87
1. 의의 ····· 87
2. 분할의 요건 : 높은 재량성 ····· 89
Ⅲ. 단순토지분할 ····· 90
1. 의의 ····· 90
2. 단순토지분할의 요건 ····· 91
가. 개발행위허가 공통의 검토사항 ····· 91
나. 토지분할의 경우 개별적 검토사항 ····· 92
Ⅳ. 분할의 제한 ····· 95

1. 건축법상 분할의 제한 ····· 95
2. 타 법상 분할의 제한 ····· 97
3. 지방자치단체의 자치법규에 의한 제한 ····· 99
V. 허가 대상이 아닌 토지분할 ····· 100
VI. 소결 : 현행 토지분할의 문제점 ····· 101
**제 3 절 토지합병과 건축단위 ····· 105**
I. 토지합병의 의의 ····· 105
II. 관계 규정 ····· 107
1. 건축법 시행령 제3조 ····· 107
2. 측량지적법 제80조 ····· 108
III. 토지합병의 도시계획적 쟁점들 ····· 109
1. 건축허용성의 결부 ····· 109
2. 도시계획에 의한 구속 ····· 110
3. 측량지적법상 필지합병의 요부 ····· 112
IV. 입법론 ····· 115

**제 5 장 개발행위허가의 법적지위 ····· 116**
**제 1 절 서론 ····· 116**
**제 2 절 도시계획과 개발행위허가의 관계 ····· 116**
I. 도시계획의 위계 ····· 116
II. 도시계획의 효력 ····· 117
1. 도시계획의 규율방식 ····· 117
2. 도시계획의 구속력 ····· 119
III. 개발행위허가의 기능 ····· 120
1. 개발행위허가의 개입범위 ····· 120
2. 개발행위허가의 도시계획적 위상 ····· 121
가. 보조적 수단으로서의 의의 ····· 121
나. 도시계획적 기능의 수행 ····· 124
3. 도시계획과 개발행위허가의 이동(異同) ····· 125

4. 지구단위계획과 개발행위허가 ····· 126
가. 제도의 중첩 ····· 126
나. 제도의 차이 ····· 128
Ⅳ. 소결 ; 제도간 관계의 정립 ····· 129
1. 견해의 대립 ····· 129
가. 지구단위계획의 역할을 강화하는 안 ····· 129
나. 개발행위허가의 역할을 확대하는 안 ····· 131
2. 검토 ····· 132
**제 3 절 건축허가와 개발행위허가의 관계 ····· 135**
Ⅰ. 두 개의 건축허가 ····· 135
Ⅱ. 개발행위허가 의제의 의의 ····· 136
1. 서론 ····· 136
2. 의제조항의 유형 및 효과 ····· 136
3. 소결 ····· 137
Ⅲ. 제도간 관계에 대한 제언 ····· 138

**제 6 장 결론 ····· 139**
**참고문헌 ····· 141**
**Abstract ····· 147**
**감사의 글 ····· 149**

# 그 림 목 차

[그림 1] - 개발행위의 절차 ····· 50
[그림 2] - 국토계획법 규정에 의한 토지분할의 분류 ····· 87
[그림 3] - 서울 서초구 서초동 1316-15 등 일대. ····· 114

# 제 1 장 서론

## 제 1 절 연구의 목적

1975년 365,958,784㎡였던 수도권의 도시화 지역 면적이 2000년에는 1,155,337,700㎡로 증가했다.[1] 25년 사이에 수도권에서 시가지화 된 땅이 약 3.15배가 되었다는 의미이고, 여의도의 약 272배에 달하는 면적이 '개발' 되었다는 의미이기도 하다. 도시의 팽창(Urban sprawl)은 자동차와 도로의 발달로 인해 지금 이 순간에도 계속되고 있다.[2]

좋든 싫든 팽창하는 도시는 많은 문제를 야기한다. 때문에 녹지공간을 지켜내기 위해 도시공간의 한계를 설정하고, 한정된 도시공간 내에서 개별 토지를 구획하여 각각의 개발될 수 있는 가능성을 정하는 것은 인간의 쾌적한 삶을 위한 필수불가결한 과제가 되었다. 오늘날의 도시계획은 이 같은 고민들을 통해 토지의 합리적 이용을 위한 각종 공적 규율을 담게 된다. 역으로 이는 개인이 함부로 아무 곳에나 건축행위를 하는 것이 더 이상 가능하지 않게 되었다는 것을 의미하기도 한다.

위와 같은 흐름에 비춰 보면, 어떤 토지에 건축물이 등장하기까지 가장 핵심적인 공법적 규율은 해당 토지가 건축할 수 있는 지위를 가지고 있는지에 관한 것으로 귀결될 수밖에 없다. 토지에 대한 공법적 작용의 핵심은 다름 아닌 '이 땅에 건축물을 지어도 될지'(건축허용성의 부여)와 '건축물을 지을 땅을 구획하는 것'(건축단위의 획정)에 있다. 이들은 원칙적으로 우리 법상 도시계획에 의하여 이루어져야 한다. 그러나 우리 법에서 가장 중핵이 되는 도시계획인 용도지역제 도시계획은 건축

1) 신정엽, 김진영, 「도시 스프롤에 대한 논의 재조명과 공간 분석 방법론에 토대한 도시 스프롤 측정 연구」, 서울법학 제19권 제3호, 2012 .2, 339면.
2) 에드워드 글레이저, 이진원 역, 『도시의 승리』, 해냄, 2011, 317면 내지 321면 참고.

허용성이나 건축단위에 대한 내용을 담고 있지 않으며, 이를 보완하기 위해 도입된 지구단위계획마저 모든 도시지역을 담당하고 있지 못한 것이 현실이다. 가장 핵심적인 공법적 규율에 관하여 오랜 기간 제도적 공백이 있어왔던 것이다.

이러한 공백을 메우는 역할을 해온 것이 1962년 도시계획법 제정 이래 토지형질변경허가였다. 토지형질변경허가는 조선시가지계획령 이래 조문의 위치는 바뀌어왔지만 지속하여 유지되어온 제도이다. 이후 2000. 1. 28. 도시계획법이 전면 개정되면서부터는 토지형질변경허가 등을 포괄하는 개념으로 개발행위허가라는 제도가 등장하게 된다. 계획적 개발을 추구하고 난개발을 막기 위한다는 것이 그 취지였다. 개발행위허가는 도시계획법이 폐지되고 국토계획법이 제정된 이후에도 유지되어 왔다. 우리 법제에서 오랜 기간 제도적 공백을 메워왔던 개발행위허가의 정확한 역할과 법적 지위를 규명하는 것은 전체 도시계획법제에 대한 완결적인 이해를 할 수 있도록 돕는다. 곧 개발행위허가의 위치를 가늠함으로써 우리 도시계획법제가 어떻게 '건축허용성의 부여'와 '건축단위의 획정'이라는 오늘날의 가장 핵심적인 공법적 규율에 대하여 답하고 있는가를 비로소 알 수 있게 된다.

따라서 본 연구는 국토계획법 제56조 이하에서 규정된 개발행위허가의 의미, 기능 및 법적 지위를 규명하는 것을 목적으로 한다. 의미와 관련해서는 규율대상인 '개발행위'의 의미부터 명확히 정의하는 것에서부터 출발한다. 기능에 관하여는 건축허용성 및 건축단위와 관련하여, 법적 지위에 관하여는 인접제도들과의 관계를 분석하여 각 고찰하였다.

## 제 2 절 연구의 방법

상론한 연구 목적을 달성하기 위해 본 연구는 무엇보다도 국토계획법 및 동법 시행령, 시행규칙 등에 관한 해석에 1차적인 초점을 맞추었다. 더불어 개발행위허가의 정확한 이해를 위하여 본 연구는 법체계 내적인 분석, 통시적인 분석, 비교법적인 분석의 방법론을 모두 활용하였다. 통시적인 분석을 위해 개발행위허가의 연원이 되는 조선시가지계획령에서부터 도시계획법, 국토계획법에 이르는 제·개정 과정을 추적하였다. 또한 그 과정에서 개발행위허가의 개별적 양태에 관한 그동안의 학설 및 판례의 추이에 대해 분석하였다. 비교법적인 분석을 위하여 본 연구는 영국의 제도, 독일의 제도, 일본의 제도 중 개발행위허가와 유사한 기능을 하는 제도를 참조하였다. 각 제도들과 우리 제도의 유사성 및 차이점을 규명하여 우리 제도에 대한 보다 심도 있는 이해를 꾀하였다.

제1장에서는 상론한 바와 같이 연구의 목적과 방법론에 대하여 소개하였다.

제2장에서는 개발행위허가에 대한 총론적인 연구를 수행한다. 본 장에서는 개발행위허가의 제도적 연원을 역사적으로 살펴본 후, 2000. 1. 28. 도시계획법 개정 시 등장한 개발행위허가라는 명칭에 독자적 의미가 인정될 수 있는지 살펴본다. 더불어 개발행위허가의 규율 대상인 개발행위의 개념을 새로이 정의한다. 실정법이 개발행위에 대한 별도의 정의조항을 두지 않고 있는바, 규율의 대상을 명확히 하기 위해 개발행위의 본연의 요소들을 추출하여 개발행위 개념을 정의하여 보았다. 또한 본 장에서는 개발행위허가의 강학상 특허로서의 성질, 재량성 등의 법적 성질에 대하여 논의한다. 마지막으로 개발행위허가의 발급 절차 등에 관하여도 간략히 소개한다.

제3장에서는 개발행위허가 중 토지형질변경에 관하여 각론적인 연구를

수행한다. 토지형질변경을 형상변경과 성질변경으로 분류한 뒤, 이에 관한 학설과 실무의 인식에 관하여 비판적으로 고찰해본다. 더불어 건축허용성의 개념 및 그 층위에 대하여 논의를 전개한다. 이를 토대로 건축허용성을 부여하는 토지형질변경허가의 역할에 관하여 상세히 살펴보기로 한다.

제4장에서는 개발행위허가 중 토지분할에 관하여 각론적인 연구를 수행한다. 건축단위의 개념을 정의하고 그것의 도시계획적 의미에 대하여 살펴본 후, 건축단위의 증감에 도시계획적 판단이 개입되어야 함에 대하여 논증한다. 특히 우리 법상 건축단위에 관한 공법적 규율이 부재한 현실을 지적하고, 건축법상 1필지 1대지 원칙 때문에 사법(私法)적 의미의 필지의 분할이 마치 건축단위의 분할인 것처럼 인식되고 있는 실무를 비판한다. 이외에 건축단위의 합병에 대해서는 개발행위허가가 규정을 두고 있지 않고 있는 점을 지적하고, 건축단위 합병에 도시계획적 판단이 개입되어야 할 필요성에 대해 논증해본다.

제5장에서는 지구단위계획이나 건축허가와의 관계에서 개발행위허가의 법적지위에 대해 규명해본다. 먼저 개발행위허가라는 용어 자체가 동질적이지 않음을 명확히 한 후, 개발행위허가가 형질변경과 토지분할이라는 도시계획적 성격이 짙은 수단을 이용해 미처 용도지역제 도시계획이 커버(cover)하지 못했던 공백을 담당하는 역할을 하고 있음을 지적한다. 이러한 논의를 바탕으로 지구단위계획과 개발행위허가의 공통점과 차이점 등에 대해 살펴보도록 한다. 다음으로 건축법상 의제조항의 의미 및 유형, 효과 등을 살펴봄으로써 개발행위허가와 건축허가와의 관계를 규명해보도록 하겠다. 마지막으로 각 논의의 결과 개발행위허가와 지구단위계획, 개발행위허가와 건축허가의 관계에서 제도간의 역할 정립을 위한 방안을 제시해본다.

제6장에서는 위와 같은 논의들을 바탕으로 하는 본 연구의 결론을 간략히 정리한다.

# 제 2 장 개발행위허가의 개념

## 제 1 절 개발행위허가제도의 연혁

### I. 행위허가의 연원

#### 1. 조선시가지계획령

오늘날 개발행위허가의 성격을 지닌 법제도의 연원을 따져보면, 1934년 조선시가지계획령에서 그 원형적인 모습을 발견할 수 있다. 대한제국 시기나 일제강점기 당시까지만 하더라도 도시계획이라는 개념은 자리 잡지 못했고, 단지 일본을 통해 도시계획의 일부 관념만을 받아들여 왔을 뿐이었다.[3] 그 때문에 조선시가지계획령 제정 이전까지만 하더라도 시(市)들 중에서도 극히 일부에 대해서만, 안전성이나 위생의 측면에서 건축물을 통제하는 정도로 도시계획적 사고가 행하여졌다.[4]

1934년에 이르러 일본의 도시계획법과 시가지건축법이 혼합된 형태로 조선시가지계획령이 제정되었고, 이때부터 본격적으로 시가지에 대한 계획적 통제가 이루어졌다. 시가지계획이라는 하나의 행정행위에 의하여 위생, 보안과 같은 위험관리적 요소까지 함께 판단되었다.[5] 조선시가지계획령은 성격상 건축경찰법과 국토계획법의 역할을 겸유했었기 때문이다.

---

3) 일본의 경우에는 도시계획법과 시가지건축법이 1919년에 최초로 시행되었다.
4) 이규환, 「조선시가지 계획령과 서울의 도시개발사업」, 국가정책연구 제16권 제2호, 2002. 12. 192면.
5) 조선시가지계획령 제1조는 「본령에 있어서 시가지계획이라 칭함은 시가지의 창설 또(又)는 개량에 필요한 교통, 위생, 보안, 경제 등에 관한 중요시설의 계획」이라고 정의하고 있다.

개발행위허가라는 것이 도시계획을 전제한 개념임을 고려한다면, 시가지계획이 등장한 때부터 비로소 개발행위허가적 성격의 행정행위(혹은 통제)가 가능했다고 볼 수 있다. 조선시가지계획령 조문을 보면 제3조에서 시가지계획의 입안, 결정 절차와 고시에 관한 규정을 둔 후, 제10조에서 형질변경 및 건축행위에 관한 허가제도를 규정했다.[6] 토지형질변경과 건축행위를 제10조가 단일한 허가로서 규율했던 점이 특기할 만하다.

## 2. 제정 도시계획법

1962. 1. 20. 조선시가지계획령이 폐지되면서, 동령의 기능이 건축법과 도시계획법으로 분장되었다.[7] 법률의 분리에도 불구하고 건축허가와 제정 도시계획법상의 개발행위허가적 성격의 처분 사이의 관계적 연관성은 실무상 계속하여 인식되어왔다.

제정 도시계획법 제13조는 '토지등의 보전'이라는 제목 하에 토지의 형질을 변경하는 행위(동조 제1호), 공작물을 신축, 개축 등을 하는 행위(동조 제2호)[8], 죽목 또는 토석을 채취하는 행위(동조 제3호)를 허가의 대상으로 정하고 있다. 이는 조선시가지계획령 제10조를 계수한 것이다. 제13조가 적용되는 지역은 도시계획이 수립된 지역 중에서도 '도시계획사업[9]'에 관련된 곳으로 한정되었다. 때문에 이 시기의 법의 태도는 제

---

6) 조선시가지계획령 제10조 제3조제4항의 규정에 의한 고시가 있은 후 제6조제1항의 토지의 경역내에 있어서 토지형질을 변경하고 공작물의 신축, 개축, 증축, 대수선...(중략)...하려는 자는 도지사의 허가를 수(受)할 것.

7) 도시계획법 제·개정이유는 「조선시가지계획령에 포함되어 있던 내용 중 건축분야는 별도로 건축법으로 규정하고, 토지구획정리사업분야는 이 법으로 규정하려는 것」임을 밝히고 있다.

8) '공작물의 신축'이라는 개념에는 건축법상 건축행위가 포함되는 것이라는 대법원의 해석이었다. 대법원 1974. 12. 24. 선고 74누64 전원합의체 판결.

9) 현행 국토계획법은 「"도시계획사업"이라 함은 도시관리계획을 시행하기 위한 사업으로서 도시계획시설사업, 도시개발법에 의한 도시개발사업 및 도시 및 주거환경정비법에 의한 정비사업을 말한다(제2조 제11호)」라고 이를 정의한다. 그러나 제정 도시계획법은 도시계획사업에 대해서 명확한 정의조항을 두지 않았고, 다만 제5조(사업집행자)에서 「도시계획에 관한 사업(이하 도시계획사업이라 한다)」이라는 포괄적인 표현만을 사용하고 있었다.

한 규정에만 저촉되지 않으면 개발이 허용되는 ‘건축자유의 원칙’이 반영된 것으로 평가되기도 한다.[10]

## 3. 1971. 1. 19. 도시계획법 전부개정

도시계획법은 1971. 1. 19. 1차전부개정 되었다. 제정 도시계획법 제13조의 편제도 바뀌었는데, 유사한 내용의 조문이 1차전부개정된 도시계획법 제4조에 ‘행위등의 제한’이라는 제목으로 이동한다. 이 때 제4조 제1항 제3호의 「대통령령이 정하는 면적이하로의 토지의 분할」이 추가되었다. 영세토지분할의 허가제를 실시한 것으로, 도시주변에 많은 인구가 집중하게 됨에 따라 과밀한 주택가가 형성되는 것을 통제하려는 시도였던 것으로 풀이된다.[11]

이 때 부터 도시계획지역 내에서의 행위를 제한하는 ‘부작위’의무를 부과하는 형태로 입법되었다. 조문의 제목 또한 ‘토지등의 보전’에서 ‘행위등의 제한’으로 바뀌어 보다 금지적이면서 소극적인 성격이 두드러졌다. 또한 원칙적으로 도시계획이 수립된 지역 모두에 대하여 제4조가 개입할 수 있도록 하였다.

## 4. 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정; 개발행위허가 명칭의 등장

개발행위라는 명칭은 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정시에 최초로 등장한다. 종래 제4조(행위등의 제한)는 개정법 제46조(개발행위의 허가)로 계수되었으며, 형질변경규칙의 내용들이 개정법 제46조 이하로 법률에 규정되기에 이른다. 이후 2002. 2. 4. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다)이 제정되어 도시계획법과 국토이용관리

---

10) 2000. 1. 28. 전부개정 이전의 도시계획법의 이러한 태도에 관하여는 서순탁, 김진아, 조승연, 『한국과 일본의 개발행위허가제 비교연구』, 주택도시연구원, 2007. 12. 63면 참조.

11) 1971. 1. 19. 1차전부개정된 도시계획법 제·개정이유 참조.

법을 통합하여, 제56조 이하에서 개발행위의 허가를 규율하여 지금에 이르고 있다.

물론 후술하다시피 2000. 1. 28. 개정이 종래와 달리 '새로운 의미'의 개발행위허가제(개발허가제)를 도입한 것인지에 관하여는 견해의 차이가 있다. 개발허가제 도입의 의미를 강조하는 시각에서는 난개발의 방지를 막기 위한 일련의 제도 정비와 더불어, 토지이용규제에서 적극적 토지이용제도로의 전환이 이뤄졌다는 평가를 하기도 한다.[12)]

## Ⅱ. 개발행위허가제도 도입

### 1. 제도 도입의 배경

현재로서 상당수의 연구들은 2000. 1. 28. 개정에 특별한 의미를 부여하여 입법자가 '개발허가제도'를 도입하였다고 보고 있다. 즉 종래의 입법적 공백이 난개발을 초래하였다고 보고, 이에 적극적으로 대처하기 위해 개발허가제도를 도입하였다는 해석이다.[13)] 이때의 난개발이라 함은 특히 계획에 기반 하지 않은 개발, 구체적으로는 도시기반시설의 결여 현상을 주로 지적하는 것으로 판단되며[14)] 2000. 1. 28.의 개정이 이를 해소하는 데에 초점을 맞추고 있었다고 평가된다.

종래 도시계획법에서는 법률 차원에서 행위허가 발급의 구체적인 기준을 제시하지 않았고, 바로 이 점이 난개발의 원인 중 하나로 지적되었다. 종래 도시계획법 제4조(행위등의 제한) 제1항 각 호의 내용은 포괄적

---

12) 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 62면 이 대표적이다.

13) 이에 관하여는 서순탁, 김진아, 조승연, 『한국과 일본의 개발행위허가제 비교연구』, 주택도시연구원, 2007. 12., 63내지 64면 ; 이공재, 「개발행위허가제의 법적 문제점에 관한 연구」, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2006. 11., 1내지 2면 참조.

14) 류재웅, 정우형, 『개발허가제 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 62면. 난개발의 의미에 관하여는 진영환, 「21세기 국토이용체계 개편방안 공청회 발표자료」, 2000. 8., 8면 이하도 참조.

이었고, 현행 국토계획법과 달리 각 호의 내용을 대통령령에 위임하여 보충토록 하는 문언도 존재하지 않았다. 즉 종래 도시계획법 제4조 제1항 각 호만이 허가 대상에 관한 유일한 대외구속력 있는 규율이었다. 때문에 동항에 근거하여 발급되던 토지형질변경허가 등은 처분의 대상이 불명확하고 그 기준이 모호하다는 비판에 직면할 수밖에 없었다.[15] 기반시설의 설치 의무 등을 전혀 부과하지 않음으로써[16] 난개발이 가능한 법적 공백을 야기했다는 분석도 있다.

이에 건설부는 1982. 4. 17. 부터 형질변경규칙을 제정하여 구체적인 기준을 마련하려 하였다. 그러나 법률의 위임은 여전히 부재한 상황이었고, 이 또한 도시계획법시행령 제5조의2에 근거하여 제정되었을 뿐이었다. 때문에 국민의 권리의무관계를 변동시킬 수 있는 내용을 규정하는[17] 동 규칙은 법률유보의 원칙에 위배되는 것이라는 점이 문제로 지적되었다.[18] 더구나 동 규칙은 건설부령으로 제정된 것인바 절차적으로 국민들에 의한 통제나 견제가 가능한 것이 아니어서 여전히 자의적인 법집행의 가능성을 배제할 수 없다는 점도 문제였다.[19]

이상의 비판들을 배경으로 2000. 1. 28. 전부개정된 도시계획법에서는 형질변경규칙의 조문들 중 법률에서 일괄적으로 규율할 필요가 있는 내

---

15) 김병기, 「개발행위허가의 방법과 절차」, 토지공법연구 13집, 2001. 11., 152면.

16) 기반시설은 이후 형질변경규칙이 제정된 다음에도 한 동안 법적 공백의 상태로 남아 있었는데, 1992. 11. 19. 일부개정된 형질변경규칙에서 비로소 허가 신청서에 「형질변경의 시행으로 폐지되거나 대체 또는 새로이 설치할 공공시설의 조서 및 도면과 예산내역서」를 제출케 함으로써 규율의 공백을 해결하려하였다(제3조 제2항 제1호 마목). 그러나 본문에 서술하였다시피 형질변경규칙은 법규성이 없는 것이라는 문제점을 고려할 때, 이와 같은 해법은 불완전한 것이었다.

17) 동 규칙은 대표적으로 ① 행위허가등의 범위를 구체화함으로서 통제의 대상을 확정하고 있고(제4조), ② 행위허가를 발급함에 있어 강학상 부관을 붙일 수 있다고 명시하고 있으며(제5조), ③ 준공검사 등의 새로운 의무를 사인에게 부과하고 있다는 점(제7조) 등에서 국민의 권리의무관계에 직접적인 변동을 가져오는 내용을 규율하고 있다.

18) 김병기, 「개발행위허가의 방법과 절차」, 토지공법연구 13집, 2001. 11., 153면.

19) 단적으로, 법규명령 중 대통령령의 경우에는 헌법 제89조 제1호에 의하여 국무회의의 심의를 필수적으로 거쳐 입법된다. 반면 부령의 경우에는 헌법 동 조에서 국무회의 심의 대상으로 하고 있지 않아 절차적인 통제의 정도가 미약하다.

용은 법률에 직접 조문을 두고(제46조 내지 제52조), 각 지역별 특성에 따라 개별적으로 규율되어야 할 성질의 것들은 시·군 조례에 위임하는 식으로 전면 개정이 이뤄졌다. 다수의 연구들에서 이른바 '개발행위허가제도(개발허가제도)'의 도입이라 지칭되는 개정의 내용이 바로 이것이다.

## 2. 제도 도입의 의의

개발행위허가제도 도입은 외형적으로는 종래 형질변경규칙을 도시계획법 조문으로 포섭한 것으로 보인다. 도시계획법에 새로 등장한 조문들(제46조 내지 제52조)은 종래 형질변경규칙에 있던 조문들과 문리적인 의미에서 동일하다. 조문들을 법령의 체계상 상위법규의 내용으로 '승격'시킨 것이라 볼 수 있다. 법규성에 의심을 받아왔던 형질변경규칙을, 행정규칙의 지위에서 법률의 차원으로 승격시킨 것이다. 하지만 종래 형질변경규칙이 허가의 발급에 있어 사실상 규범으로서 작용하였던 점을 고려한다면 양자는 법령체계상으로 차이가 있을지언정 내용상, 그리고 실무의 운용상 본질적인 차이를 가져오지는 못했다고 평가될 수 있다.

도리어 개발행위허가제도 도입으로 인한 가시적인 변화는 통제의 내용이 아닌, 형식적이고 절차적인 곳에서 발견된다. 획일적인 제도에서 지역실정에 맞는 제도로의 개편, 허가의 대상을 한정, 허가 기준의 구체화, 절차의 명확화 및 간소화, 난개발 방지 등[20]의 개정 방향은 '허가'의 본질적 의미를 변화시키기 보다는, 그것의 적용대상 및 절차적 문제에 관한 것으로 평가될 수 있다. 이에 입각한다면 개발행위허가제도의 도입은 내용적 의미 변화를 가져왔다기보다는, 형식적이고 절차적인 변화를 가져온 것에 불과하다. 때문에 개정법 자체의 해석만으로는 개발행위라

20) 이와 같은 분류 및 평가는 박무익, 「개정 도시계획법 해설IV - 개발행위허가 -」, 대한지방행정공제회, 도시문제, 2000. 5., 71내지 79면 참조.

는 용어가 사용된 것의 독자적인 의미를 부여하기 힘들다.

주목할 만한 점이 있었다면 그것은 도시계획이 법률의 근거를 통하여 개발행위허가의 기준으로서 확립되었다는 점이다. 형질변경규칙과 달리 2000. 1. 28. 전부개정된 도시계획법 제49조(개발행위허가의 기준) 제1항 제1호는 「도시계획의 내용에 배치되지 아니할 것」을 적시하고 있다. 이는 종래 도시계획법 제4조 제1항이 도시계획의 시행(동법 제2조 제1항 제4호)에 영향을 끼치는 행위를 허가 대상으로 규정하였을 뿐, 도시계획과 행위허가 간의 내용적 관련성을 요구하지 않았던 것과는 대조적이다. 물론 개발행위허가가 후술하는 바와 같이 태생적으로 '도시계획관련성'을 지닌 것이기는 하지만, 이때의 개정에 이르러서는 종래에는 '도시계획이 선재(先在)해야 함'만을 요구하였던 것을 넘어, 명문으로 '도시계획의 요건화'가 이루어진 것이다.

## Ⅲ. 개발행위의 명명(命名)

### 1. 용어 사용의 의의

개발행위허가제도를 규명하기 위해서는 허가·처분의 대상인 '개발행위'에 관한 논의가 필요하다. 현행 국토계획법 제56조(개발행위의 허가)는 '개발행위'를 허가하는 근거 규정이다. 동법은 개발행위에 대한 정의조항을 따로 두지 않고 있으며, 「각 호의 행위를 개발행위로 한다」고 하여 그 외연을 지칭하는 방식으로 통제의 대상을 명시하고 있다. 각 호를 살펴보면 1. 건축행위, 2. 토지형질변경, 3. 토석의 채취, 4. 토지분할, 5. 물건의 장기 적치(積置) 등이 열거되어 있다.

개발행위라는 용어는 2000. 1. 28. 전부개정된 도시계획법 제46조 제1항에서 처음 등장한다. 당시에도 개발행위의 정의는 「다음 각 호의 1에 해당하는 행위」라고 하여 현행 국토계획법과 동일한 방식을 따랐는데,

각 호의 문언 자체는 개정 전 도시계획법(1971. 1. 19. 전부개정되어 2000. 1. 28. 전부개정되기 이전의 것) 제4조(행위등의 제한) 제1항 각 호의 내용을 그대로 계수한 것이었다.[21] 더 멀리는 조선시가지계획령 제10조에서부터 연원하는 것으로, 이미 오랜 기간 존재하던 행위허가의 대상과 동일한 내용이었다. 요컨대 개발행위라는 명칭은 새로 등장한 것이었던 반면, 개발행위가 내포하는 행위들은 종래부터 존재해왔던 것이다. 견해 대립의 갈래는 바로 여기서부터 시작된다.

새로 등장한 개발행위 개념의 의미에 관하여는 두 가지 방향의 해석이 가능하다. ① 먼저 개발행위라는 용어를 사용하는 것에 달리 독자적인 의미를 부여하지 않는 해석이 가능하다. 개발행위를 단순히 동조 각 호의 행위를 '지칭'하는 것에 그치는 용어로 보는 것이다. 각 호의 행위는 종래부터 규율되어 온 것이기에, 개발행위라는 용어는 단순히 이들을 통합하여 명명하는 것에 불과하다고 볼 수 있다. 2000. 1. 28. 개정에도 불구하고 규율의 대상은 본질적으로 변동이 없고, 판례 또한 개정 이전의 도시계획법 제4조(행위등의 제한)와 개정 도시계획법 제46조 제1항의 해석을 달리 하고 있지 않는 것으로 판단되는 점이 그 근거가 될 수 있겠다.

② 반면, 입법자가 개발행위라는 용어를 사용한 것에는 특정한 의도가 숨어있다고 전제하고 그 의도를 추론하려는 해석이 가능할 수 있다. 국토계획법 및 2000. 1. 28. 전부개정된 도시계획법이 개발행위라는 용어를 사용함으로서 이른바 '개발허가제도'를 도입하였다는 제도적 접근이

---

21) 구 도시계획법(1971. 1. 19. 전부개정되어 2000. 1. 28. 전부개정되기 전의 것) 제4조 제1항 각 호는 「1. 토지의 형질의 변경 또는 죽목의 재식이나 토석의 채취, 2. 건축물 기타 공작물의 신축·개축 또는 증축이나 이동에 용이하지 아니한 물건의 설치 또는 퇴적, 3. 대통령령이 정하는 면적이하로의 토지의 분할」을 규율하고 있다. 이와 2000. 1. 28. 전부개정된 도시계획법 제46조 제1항 각 호의 내용인 「1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 2. 토지의 형질변경(경작을 위한 토지의 형질변경을 제외한다), 3. 토석채취, 4. 토지분할(건축법 제49조의 규정에 의한 건축물이 있는 대지를 제외한다), 5. 녹지지역안에서 물건을 1월 이상 쌓아놓는 행위」는 문리적으로 거의 차이가 없다.

시도될 수 있다. 개발행위라는 명칭의 등장은 개발행위허가제도의 도입이라는 특정한 입법취지에 의한 것이라 보고, ‘난개발 방지’라는 개정취지 또한 이를 뒷받침한다는 점이 이와 같은 해석의 근거로 활용될 수 있겠다.

## 2. 선천적 한계

도입 당시만을 놓고 본다면, 종래 제도의 운용상 토지형질변경허가라는 용어 사용이 행위등의 제한을 두는 취지를 오도하는 결과를 가져왔다는 비판 때문에 ‘용어 사용의 혼선을 피하기 위하여’ 개발행위라는 용어를 사용하였다는 해석[22]이 입법자의 의사에 부합하는 것으로 사료된다. 실무적으로도 도입 이후 한동안 토지형질변경의 틀에서 크게 벗어나지 못한 것으로 인식되었던 점[23]도 이와 같은 평가를 뒷받침해준다.

이 때문에 개발행위에 독자적 의미를 부여하려는 시도는 후천적이고 사후적인 것일 수밖에 없다. 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정 이후에도 지속적으로 개발행위의 개념 정의에 대한 연구들이 행하여져 왔다는 사실은, 개발행위허가제도의 도입에 따른 개발행위의 독자적 의미를 사후적으로 해석하고 부여해보려는 시도였던 것으로 풀이된다. 이러한 연구들이 의미를 가지기 위해서는 개발행위허가제도의 도입과 개발행위 개념의 등장 간의 연관성이 선행하여 인정되어야 하나, 이 점은 여전히 불분명하다.

어찌됐건 허가의 대상을 명확히 한다는 점에 착안하여 법적안정성이나 예측가능성, 개발행위허가의 기준을 설정할 수 있어 운영에 투명성을 기할 수 있다는 점 등으로부터 개발행위 정의의 필요성이 충분히 대두될 수 있다.[24] 설사 도입 당시의 입법자가 개발행위라는 용어에 특별한 의

22) 박무익, 「개정 도시계획법 해설Ⅳ - 개발행위허가 -」, 대한지방행정공제회, 도시문제, 2000. 5., 70면.
23) 김용섭, 「개발허가의 법적 성질」, 토지공법연구 13집, 2001. 11., 124면.

미를 부여하지 않았다고 하더라도, 개발행위허가의 대상으로서 개발행위가 존재한다는 점은 부인할 수 없는 것이기 때문이다.

### 3. 후천적 맥락과 의미의 변화

개발행위라는 용어의 후천적 의미는 제도 도입 이후 도시계획의 역할 변화의 맥락에서 규명될 필요가 있다. 2000. 1. 28. 개정 당시에 개발행위허가제도의 의미를 이른바 '질적 변화'로서 평가하는 것이 쉽지 않았던 이유는 도시계획의 역할에 실질적인 변화가 없었기 때문이다. 도시계획이 어떠한 태도를 보이느냐에 따라 개발행위허가의 입지, 위상, 역할 등은 크게 변화할 수밖에 없다.

구법상 도시계획적 수단은 세분화, 체계화 되지 못했다. 1991년 상세계획이 도입되기 이전에는 규율의 밀도가 지나치게 낮은 용도지역제 도시계획만이 활용될 수밖에 없었다. 이 때문에 종래 도시계획법상 행위허가와 도시계획 간의 관계는 시간적 선후관계만 존재했을 뿐, 우열관계나 주종관계가 따로 명시되지 못했다. 실무의 운용상 도시계획의 입안권자(동법 제11조 제1항)와 행위허가의 허가권자(동법 제4조 제1항)가 동일한 이상 개별 토지의 용도지역을 고려하여 토지형질변경허가 등의 발급이 심사되었을 것이나, 포괄적인 용도지역제 도시계획에 내용적으로 배치되는 것 자체가 쉽지 않은 일이고 법은 명문으로 용도지역의 내용에 반하는 행위허가를 금지하고 있지 않았다.

개정법에 이르러 상세계획을 개편한 '지구단위계획'이라는 수단이 등장하고(동법 제42조 이하), 또한 도시계획의 내용에 배치되지 않을 것이 개발행위허가의 요건으로 명시되었다. 일견 개발행위허가는 도시계획

24) 대표적으로 류해웅, 정우형, 『개발허가제 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 32면 ; 이공재, 「개발행위허가제의 법적 문제점에 관한 연구」, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2006. 11., 8내지 9면 ; 김병기, 「개발행위허가의 방법과 절차」, 토지공법연구 13집, 2001. 11., 153면.

에 종속적이면서도, 또한 '연동'된 수단이 된 것이다. 이 때 개발행위허가의 요건인 도시계획에는 용도지역제 도시계획뿐만 아니라 지구단위계획도 포함되었다. 이렇게 보면 지구단위계획의 역할이 커질수록 개발행위허가의 역할은 줄어들 수밖에 없다. 반면 지구단위계획의 역할이 축소될수록 개발행위허가는 도시계획에 연동된 토지이용제도의 중핵으로서 입지를 다질 여지가 생겨난다. 그러나 지구단위계획은 그 수립이 강제되는 것이 아니었다.[25] 대부분의 도시지역에서는 용도지역제 도시계획만이 수립되어 있었고 이러한 도시지역에서의 개발행위허가는 계획적 개발을 추구하기 위한 유일한 제도로 인식되었을 것으로 사료된다.[26]

종합컨대 2000. 1. 28. 도시계획법 개정으로 개발행위허가제도가 되었을 때, 형식적인 측면에서는 부령(형질변경규칙)에 규정되어 있는 허가기준이나 절차를 법률의 차원에 명시하는 변화가 일어났다.[27] 이 때 처음 등장한 개발행위의 내용은 구법상 제한되는 행위의 내용과 동일했다. 때문에 개발행위라는 명칭을 사용한 입법자의 의도는 '용어사용의 혼선'을 막는 정도에 그쳤던 것일 수도 있다. 그럼에도 불구하고 개정법이 개발행위를 허가하는 기준으로서 도시계획을 법정(法定)한 것은 개발행위라는 개념의 의미를 사후적으로 부여함에 있어 단초가 된다. 도시계획적인 형성과 통제의 관점에서 계획적 개발행위라는 의미로서 그 명명의 취지를 해석해낼 수 있기 때문이다. 다만 이는 양날의 검이 된다. 개정법은 유사한 기능을 하는 제도로써 지구단위계획을 함께 두었고, 이것과의 관계에 따라 개발행위허가의 의미는 적극적일 수도 혹은 소극적일 수도 있게 되었다.

---

25) 개정법 제42조 (지구단위계획구역의 지정 등) 제1항은 「건설교통부장관 또는 시·도지사는 도시계획구역안에서 토지이용을 합리화·구체화하고 도시의 기능·미관을 증진시키며 양호한 환경을 확보하기 위하여 **필요한 때에는** 다음 각 호의 1에 해당하는 구역에 대하여 지구단위계획구역의 지정을 도시계획으로 **결정할 수 있다**.」고 하여 지구단위계획 수립을 행정청의 자율적인 재량에 일임하고 있다. 이러한 태도는 현행 국토계획법 제51조에서도 이어지고 있다.

26) 구법과 달리 개정법상으로는 용도지역제 도시계획의 내용에 배치되는 개발행위허가가 법률상 적법하게 취급될 수 없다는 차이점이 이러한 인식의 가장 큰 근거가 될 수 있겠다.

27) 도시계획법개정법률 주요골자 참조.

## 제 2 절 개발행위의 개념

### I. 개발행위의 정의

개발행위라는 명시적인 용어가 법에 등장했음에도 현재로써는 그 독자적인 의미의 존부조차 확신할 수 없다. 이는 법이 개발행위에 관한 별도의 정의규정을 두지 않은 채 대상을 '열거'하는 방식을 취하고 있기 때문이기도 하다. 영국의 경우에도 '개발(Development)'을 '건축공사, 토목공사, 채광행위, 기타 조작행위, 용도변경[28]'을 대상으로 하는 행위로 열거하여 규정하고 있다.[29] 반면, 일본 도시계획법은 「이 법에서 "개발 행위"라 함은 주로 건축물의 건축 또는 특정 공작물을 건설하는데 제공하는 목적으로 행하는 토지의 구획 형질의 변경을 말한다.」하여 토지의 구획, 형질변경 중에서도 '건축견련성'을 가진 행위가 개발행위라 정의한다. 때문에 일본의 경우 비교적 개발행위의 독자적인 의미와 성질을 파악할 수 있도록 되어 있다.[30]

단순한 '열거식(列擧式)' 정의는 개발행위의 내포와 외연을 명확하게 규명해주지 못한다. 특히 열거식 정의에 의할 때 개발행위의 의미가

---

28) 1971년 영국의 Town and Country Planning Act에서는 「Development is the carrying out of building, engineering, mining or other operations in, on, or under land, or making of any material change in the use of any building or other land」라고 하여 구체적 대상을 열거하는 방식으로 정의를 두고 있다.
생각건대, 영국의 경우에는 이러한 열거식 정의 방식을 택하더라도 규율의 공백이 나타나는 등의 문제는 달리 발생하지 아니한다. 영국에서는 개별 건축물을 짓는 행위 자체가 하나의 계획변경·완성행위이며, 때문에 개별 건축행위를 허가하는 과정 자체에서 어떠한 방식으로는 행정청의 도시계획적 판단 및 심사가 개입될 수 있다.

29) 그럼에도 불구하고, 영국에서 우리나라처럼 규율대상이 불명확하다는 문제점이 드러나지 않는 이유는 영국에서는 개별 단위의 건축행위가 곧 하나의 계획확정행위로서 한 단계에서 모두 심사되기 때문이다. 즉 개발행위라는 것이 건축행위와 별도로 심사되지 않으므로, 애당초 개발행위라는 개념 자체를 독자적으로 설정하고 규명할 필요가 없는 것이다. 이에 관하여는 후술하도록 한다.

30) 일본 都市計畫法 (昭和四十三年六月十五日法律第百号) 第四條 １２ この法律において「開發行爲」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の區畫形質の変更をいう。

물리적인 변화를 수반하는 행위만을 지칭하는 것인지, 혹은 물리적인 변화 없이 해당 토지에 대한 관념적인 변화를 가져오는 행위까지도 포함하는 것인지가 불분명해진다. 개발행위의 내포가 명확하지 않은 이상, 열거된 불확정적인 단어들을 해석할 때 그 한계를 알 수 없게 된다. 즉 어디까지가 허가의 대상이 되는 행위인지를 법률상으로 판단할 수 없는 것이다.

만일 예방적 금지의 차원에서 허가제를 둔 것이라면 열거한 것 외에는 허가를 받지 않아도 사인이 자유로이 행할 수 있는 영역이라 볼 여지가 생긴다. 물론 국토계획법이 의도하는 바는 전혀 그렇지 않다. 그럼에도 불구하고 개발행위의 해석을 지나치게 자유권적인 견지에서 접근하거나, 침익적 법률이라 하여 지나치게 명확성만을 요구하다가는, 열거된 문언들조차도 축소 해석하려는 시도가 나타날 수 있다. 요컨대 개발행위의 개념적 의미를 규명하는 것은 허가의 대상을 명확히 하는 데 중요한 함의를 지닌다.

개발행위의 개념적 의미를 구성하는 표지로서 본 연구는 ① 토지관련성 ② 건축견련성 ③ 도시계획관련성 ④ 소규모성이라는 4가지 요소를 제시하고자 한다. 즉 “건축물을 지을 수 있게 하려는 것을 주된 목적으로 소규모 토지의 법적 또는 물리적 현상을 변경하여 도시계획의 내용에 영향을 주는 행위”가 국토계획법이 규율 대상으로 삼는 개발행위의 정의이다.

## Ⅱ. 토지관련성

개발행위는 토지에 대한 행위이다. 사전적 의미에서의 개발은 ‘토지나 천연자원 따위를 유용하게 만듦’에서 ‘새로운 물건을 만들거나 새로운 생각을 내어놓음’ 등의 의미로까지 확장될 수 있다.[31] 그러나 국토

31) 국립국어원, 표준대국어사전 참조.

계획법이 관심을 두는 개발행위는 토지에 관련된 것이고, 또한 토지에 '직접적' 관련성을 가지는 행위로 국한된다.

이 때 제기 가능한 의문점은, 해당 토지에 단지 '간접적인' 관련성을 지니는 행위의 경우에는 개발행위라 지칭할 수 있는지 여부이다. 국토계획법의 취지에 따르면 토지의 이용관계에 영향을 줄 수 있는 행위, 곧 도시계획적 영향을 끼칠 수 있는 행위는 원칙적으로 동법의 규율 대상이 될 수 있는 것이라 하겠다. 그러나 어떤 토지에 큰 규모의 건축물이 들어서는 것이, 단지 간접적 영향을 받을 뿐인 인근 토지에 대한 개발행위라 지칭될 수는 없다. 설사 그로 인하여 인근 토지의 가치가 상승하게 된다고 하더라도 마찬가지이다. 때문에 국토계획법은 직접적으로 건축행위가 행해지는 해당 토지 그 자체에 대해서는 계획의 수립·변경이나 허가를 통해 개입하지만, 단지 영향을 받을 뿐인 인근 토지와 관련해서는 성장관리방안을 수립하는 경우에 한하여 주민 의견을 수렴하는 절차를 요구하고 있을 뿐이다(국토계획법 제58조 제5항).

그렇다면 토지와 '직접적인' 관련성을 가진다는 것은 무엇을 의미하는가? 건축행위에 나아가기 전에 해당 토지에 제초제를 살포하는 것 또한 토지에 대한 직접적 관련성을 지니는 행위라 볼 수 있을까? 그렇지 않다. 국토계획법 제56조 이하에서 규율의 대상으로 삼는 개발행위는 토지에 대한 일정한 정도의 영속성을 지니는 행위를 의미한다. 그리고 그 영속성은 물리적인 것과 관념적인 것 모두를 포함한다. 토지에 단순히 철조망을 설치하여 구획하는 행위와 비교할 때, 토지분할절차를 거쳐 이를 분필하는 행위는 보다 영속성을 지닌다. 1개월 미만의 물건의 단기 적치행위와 비교할 때, 1개월 이상의 장기 적치행위는 또한 영속성을 지닌다.

요컨대 국토계획법 제56조 이하의 개발행위는 토지에 대한 직접적이고 영속적인 관련성을 지니는 행위를 의미한다.

# Ⅲ. 건축견련성

## 1. 서론

개발행위는 개발을 목적으로 하는 행위이다. 국토계획법 제56조 제1항 제1호, 제2호, 제4호의 경우 이러한 개발의 목적은 특별히 건축과 등치된다. 건축행위나 형질변경, 토지분할 등의 개발행위는 해당 토지의 이용관계에 있어, 건축행위로 나아가는 과정에 놓여있는 것이다. 다만 현행법이 규정하는 토석채취나 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위의 경우에는 물리적인 토지이용행위라는 점에서는 개발(開發)의 문리적인 의미에는 부합하는 것이나, 이들은 전술한 행위들이 예비하는 개발과는 다소 다른 방향성을 지닌다. 토석채취의 경우 법 개정과정에도 불구하고 국토계획법이 이를 관장하고 있는 취지를 반추하건데, 토석채취의 결과로 등장하는 편평한 토지의 등장에 관심을 두고 있는 것이 아닌가 추측된다. 요컨대 국토계획법이 규율하는 개발행위는 공통적으로 개발을 목적으로 하는 행위이고, 개발의 구체적인 양태는 건축과 관련된다.

## 2. 건축견련성

### 가. 건축견련성의 의미

포괄적인 의미에서 개발은 토지이용가능성을 증대시키는 것이다. 이때 토지이용가능성을 ‘증대’시킨다는 것은 해당 토지에 일정한 목적이 개입되어 해당 토지에 대하여 선택 가능한 법적인 이용 범위를 확대한다는 것을 의미한다. 그리고 국토계획법이 통제하는 개발행위는 이용 범위가 늘어나는 방향을 ‘건축행위’로 설정한다. 즉 증대, 확대의 가장 큰 부분은 다름 아닌 해당 토지에 건축행위를 할 수 있다는 선택지가 생겨났다는 점에 있다. 요컨대 국토계획법이 사용하는 개발이라는 용어는

‘건축물을 지을 수 있게 만든다’는 의미인 것이다.

토지의 형상을 변경하는 행위(국토계획법 제56조 제1항 제3호)가 대표적인 경우다. 절토, 성토 등을 통해 평평한 대지의 형태를 만드는 것은 추후 해당 토지에 관해 선택할 수 있는 법적인 개발의 수단을 건축행위의 방향으로 이동시킨다. 국토계획법은 대지의 형태가 된 토지를 다시 역행하여 대지가 아닌 형태로 만드는 것을 개발행위라 칭하지 않는다.

정리컨대 국토계획법적으로 쓸모가 있는 방향으로의 토지이용가능성 증대란, 건축허용성이 부여되거나 건축단위가 작아지는 등 개발행위로 인하여 해당 토지의 궁극적인 목적이 건축행위로 귀결된다는 것을 의미한다고 하겠다.

### 나. 건축견련성의 법적 근거

개발행위가 건축견련성을 지닌다는 것에 대한 법적 근거는 단적으로 건축법 제11조 제5항에서 발견될 수 있다. 동항은 「건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며」라고 하여 인·허가 의제를 하고 있는데, 동항 제2호에서 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 의제의 대상으로 하고 있다. 즉 입법자가 건축허가와 개발행위허가의 밀접한 관련성을 인식하고 있음을 단적으로 보여주고 있는 것이다. 해당 조항이 개발행위허가 중 각 호의 대상과 건축허가의 개별적 관계를 고려하지 않았다는 입법론적인 비판을 고려하더라도[32], 여전히 건축법이 개발행위허가를 전제로 하고 있음은 부정할 수 없다.

건축견련성에 입각하여 국토계획법은 그에 관련 없는 행위들을 허가의 대상에서 배제하고 있다. 단적으로 「경작을 위한 토지의 형질변경은 제

32) 이와 같은 입법론적 문제제기에 관하여는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 128면 참조.

외한다」(국토계획법 제56조 제1항 제2호 단서 및 시행령 제51조 제3호 단서)는 규정을 예시로 들 수 있겠다. 동 시행령 제51조 제2항은 「농작물 재배, 농지의 지력 증진 및 생산성 향상을 위한 객토나 정지작업, 양수·배수시설 설치를 위한 토지의 형질변경」이 허가의 대상에서 제외되는 것이라 하여 이를 구체화하고 있다. 다만 이 중에서도 외부효과가 발생하는 경우(동항 제1호 내지 제2호)나 특히 지목 변경을 수반하는 경우(동항 제3호)에는 다시금 허가의 대상으로 하고 있다.

건축견련성에 관한 인식은 개발행위허가지침에서도 나타난다. 동 지침은 개발행위허가기준으로서 주변지역과의 관계를 심사의 대상으로 삼으면서 「개발행위로 건축하는 건축물 또는 설치하는 공작물이」이 주변 건축물과 조화를 이룰 것 등을 요구하고 있다(개발행위허가지침 3-2-4.(1)). 동 지침이 개발행위 중에서도 개별 행위에 국한한 요건을 규정할 때에는 배제와 한정의 문언을 사용하고 있는 맥락에 비추어보면, 반대로 위와 같은 요건은 개발행위의 양태에 상관없이 공통적으로 심사대상이 되는 것이라 볼 수 있다.

## 3. 타법상 개발과의 비교

### 가. 개발이익환수에 관한 법률상 개발

이러한 경로성은 개발이익환수에 관한 법률(이하 '개발이익환수법'이라 한다) 제2조 및 제5조에서 규정하는 개발사업들과도 유사하게 나타난다. 동법 제5조 제1항은 개발이익환수의 대상이 되는 개발사업들로 1. 택지개발사업 2. 산업단지개발사업 3. 관광단지조성사업 4. 도시환경정비사업 5. 물류시설용지조성사업 6. 온천 개발사업 7. 여객자동차터미널사업 8. 골프장 건설사업 9. 지목변경이 수반되는 사업 등을 규정하여 건축행위로 귀결되는 방향성을 뚜렷하게 보여준다. 특히 제9호 및 이를 상세화한 시행령 별표 1을 보면, 국토계획법상 개발행위를 지칭하는 것임

을 알 수 있다. 별표 1이 「국토교통부령으로 정하는 건축물의 건축으로 사실상 또는 공부상의 지목변경이 수반되는 사업」이라 한 것은, 국토계획법 제56조 제1항에서 건축행위, 토지형질변경행위와 대응되는 것이다. 사실상 지목변경이라 함은 토지의 형상변경과 같은 물리적 변경을 의미하는 것이며, 공부상 지목변경은 "원칙적으로 그러한 행위를 가능하게 하는 개발행위 허가나 전용허가 등을 통하여 토지의 용도가 적법하게 변경된 경우"에 허용된다는 판례의 태도[33]에 비추어 토지의 성질을 변경시키는 것을 의미한다.

다만 개발이익환수법은 그 목적이 「토지에서 발생하는 개발이익을 환수하여 이를 적정하게 배분하여서 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진」하는 것에 있어(동법 제1조), 관심의 대상인 개발의 의미에 '이익발생의 여부'가 강하게 고려된다. 이 점에서 토지의 이용에만 관심을 둘 뿐, 그 경제적 가치의 증감을 생각하지 않는 국토계획법상 개발행위의 의미와 차이가 있다고 하겠다.

### 나. 먹는물관리법, 염관리법, 온천법상 개발

개발허가나 그와 비슷한 기능을 하는 용어는 여러 법에서 등장한다. 먹는물관리법 제9조 제1항은 「대통령령으로 정하는 규모 이상의 샘물 또는 염지하수를 개발하려는 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다.」고 하여 샘물 등의 개발에 있어 허가제도를 두고 있다. 지금은 폐지된 염관리법 제3조 제1항 또한 「염전을 개발하거나 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 염의 제조를 업으로 하려는 자는」 허가를 받을 것을 규정하고 있었다. 온천법 또한 제10조(온천개발계획의 수립), 제12조(굴착허가) 등을 통하여 온천개발에 대한 규제를 두고 있다.

---

33) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결.

위와 같은 제도에 따라 통제되는 개발행위는 공통적으로 토지의 이용관계를 증대시킨다는 점에서 공통되나, 각기 법률이 규율하고자 하는 목적에 따라 방향성이 달라진다는 차이가 존재한다. 국토계획법상 개발과 달리 위 법률들의 개발은 건축행위와 원칙적으로 관련되지 않는다. 즉 샘물을 개발하고, 염전을 개발하고, 온천을 개발하는 등 개별 법률이 최종적으로 개발, 관리하고자 하는 대상이 다른 것이다.

## Ⅳ. 도시계획관련성

### 1. 행정계획으로서의 도시계획

행정계획은 "행정주체가 장래 일정기간 내에 도달하고자 하는 목표를 설정하고, 그를 위하여 필요한 수단들을 조정하고 통합하는 작용(Planung), 또는 그 결과로 설정된 활동기준(Plan)"[34]이라고 정의된다. 판례 또한 "행정계획이란 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준을 설정하는 것"[35]이라 정의하고 있다. 정리하면 ① 목적의 설정 ② 수단의 조정 ③ 종합화 등이 행정계획의 핵심적인 요소가 된다.[36] 도시계획 또한 국토의 효율적 관리 및 이용을 목적으로 도시 내 토지의 이용 및 관리 방안·수단을 종합화 하는 행정계획이다.

대체로 행정계획의 수립에 관하여 개별 법률은 추상적인 차원에서 목적의 가이드라인(Guide-Line)이나 절차적인 요건만을 규율할 뿐, 내용적인 요건에 관하여는 상세히 규율하지 않는 것이 보통이다.[37] 이 때문에

---

34) 김동희, 『행정법I』, 박영사, 16판, 2010, 180면에서 직접인용.
35) 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두21464 판결 등.
36) 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 12판, 2013, 242면.
37) 강현호, 「재량의 본질론 - 행정재량과 계획재량의 비교와 함께」, 법제, 2005. 9, 17면.

행정계획을 수립하는 행정청으로서는 내용형성에 관하여 광범위한 재량을 가지게 되는데 이를 계획재량(Plan-ungsermessen)이라 한다. 다만 이는 무제한의 재량을 의미하는 것은 아니며, 공·사익 형량 및 공익 간의 형량, 사익 간의 형량 모두를 고려하여야 할 것이 요구된다.[38] 이러한 요청은 도시계획가에게도 마찬가지로 적용된다.

행정계획은 달리 개별적인 처분을 매개하지 않아도 될 정도로 그 자체로 구체성을 지닐 수도 있는 반면, 일정한 매개 수단을 필요로 하는 일반·추상성을 지닌 것일 수도 있다. 후자의 경우 계획 자체에서 예비하는 수단이 있을 수도 있으나, 법률에서 그 수단을 직접 규정할 수도 있다. 도시계획의 경우 도시기본계획의 경우 매우 추상적이어서 다시 이를 구체화할 하위계획을 필요로 한다. 도시관리계획 중에서도 용도지역제 도시계획의 경우에는 해당 지역에서 허용되거나 금지되는 행위, 혹은 건축허가요건 등이 다소 넓게 규정되어 있어, 개별 사안에서 매개수단(곧 처분)이 필요할 수 있다. 반면 도시관리계획 중 지구단위계획은 그 자체로 개별 건축단위에 완결적인 내용의 계획을 수립하기 때문에 달리 개별적인 매개수단이 필요 없이 그 자체로 국민의 권리의무에 직접적인 변동을 가져오게 된다.

## 2. 도시계획과 개발행위

### 가. 도시계획의 선재(先在)와 영향관계

개발행위허가는 도시계획을 전제로 한다. 연혁적으로 보면 2000. 1. 28. 전부개정된 도시계획법 제46조 제1항이 개발행위허가의 대상이 되는 장소적 범위를 '도시계획구역 안에서'로 특정하였다는 점에서 이를 확인할 수 있다.[39] 때문에 도시계획결정이 효력을 발생하는 때로부터 비로

38) 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두21464 판결 등 참조.
39) 다만 이후 국토계획법에서는 위와 같은 문구가 삭제되었다. 이는 도시계획법과 국토이용관리법이 통폐합되면서, 전국토가 국토계획법상 도시·군계획의 수립 대상이 되었

소 개발행위허가제가 적용된다고 보았다.[40]

선재하는 도시계획에 영향을 줄 수 있어야 국토계획법상의 개발행위가 된다. 도시계획에 영향을 준다고 함은, 곧 토지의 이용에 영향을 준다는 것을 의미한다. 애당초 도시계획이란 '이용, 개발과 보전을 위한 계획'임에 비추어 개념적으로도 개발행위가 도시계획에 규율하는 '개발'과 관련된 내용에 영향을 줄 수밖에 없음은 당연하다. 특히 후술할 건축단위나 건축허용성의 문제는 개발행위와 도시계획의 관계를 가장 직접적으로 나타내는 것이라 하겠다.

판례들도 일관되게 국토계획법이 규제코자하는 개발행위가 도시계획에 영향을 주는 행위임을 전제한다. 대법원은 "도시계획과 연계하여 개별 토지의 이용가능성을 규율하고자 하는" 것이 국토계획법상 형질변경허가제도라고 설시한 바 있으며,[41] "토지형질변경신청의 당부를 판단함에 있어서 형질변경행위 자체로 인한 경관 등에의 영향만을 고려해야 할 뿐 아니라 토지형질변경 후 '그 지상에 아파트를 건축한다는 가상적인 계획'도 고려대상이 된다."[42]고 하여 토지형질변경의 결과가 도시계획적으로 어떠한 영향을 줄 것인지도 고려하는 태도를 견지한 바 있다.

## 나. 도시계획의 요건화

개발행위는 ① 도시계획이 이미 존재하는 것을 전제로 할 것을 요건으로 함과 동시에 ② 도시계획의 내용에 구속되는 특징을 갖는다. 즉 도시계획이 수립되지 않은 지역에서는 개발행위를 할 수 없음을 의미함과 동시에[43], 현행 국토계획법 제58조 제1항 제2호를 볼 때[44] 서로 유사한 내

---

기 때문일 것으로 사료된다.

40) 정태용, 『도시계획법』, 한국법제연구원, 2001, 267면 참조.

41) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결.

42) 대법원 1990. 11. 27. 선고 90누2000 판결.

43) 물론 이는 현행법상 아무런 실익이 없는 말이다. 본래 도시계획은 도시의 개발·정비·관리·보전 등을 위한 것으로(구 도시계획법 제1조) '도시지역'을 대상으로 하는 것이

용을 가진 도시계획과 개발행위 중 도시계획의 내용이 우위에 놓인다는 것을 의미한다.

2002. 2. 4. 국토계획법 제정으로 이러한 양자의 관계는 절차적인 측면에서도 분명해졌다. 일정한 경우에 개발행위에 대한 도시계획위원회의 심의를 요구하는 국토계획법 제59조가 제정되었다. 다만 동조는 개발행위 중에서도 건축, 형질변경, 토석채취 등에 관하여 대통령령이 규정한 경우에만 도시계획위원회의 심의를 요하도록 되어 있어 적용범위가 넓지는 않았다. 현행 국토계획법 시행령 제57조 제1항은 크게 ① 일정면적 이상의 대규모 개발행위 ② 녹지지역, 관리지역, 농림지역 등에서의 개발행위 등을 심의를 요하는 대상으로 규정하고 있다.

대법원 또한 형질변경과 도시계획의 관련성을 설시하면서 "도시계획과 연계하여 개별토지의 이용가능성을 규율하고자 하는" 것이 형질변경 허가제도라 하였다.[45] 이 때 "도시계획과 연계한다"는 문언은 도시계획이 존재함을 전제한 것으로 볼 수 있다. 또한 "개별토지의 이용가능성"이라는 문언은 형질변경의 요건이자 기준으로서 도시계획적 판단이 요구됨을 설시한 것이라 해석할 수 있겠다.

## V. 소규모성 : 필지 단위에 대한 행위

---

었고, 도시지역 이외에는 국토이용관리법상 준도시지역, 농임지역, 준농임지역, 자연환경보전지역 등의 국토이용계획이 수립되었다(국토이용관리법 제6조). 때문에 법률상으로도 도시지역과 그 외의 지역이 명확하게 구분될 수 있었다. 그러나 이후 도시계획법과 국토이용관리법이 합쳐져 국토계획법이 제정되었고, 국토계획법에서 도시·군계획이란 전국토를 대상으로 하는 개념이 되었다(국토계획법 제2조 제2호). 때문에 전국토가 도시계획이 수립대상이 되었고, 도시계획은 더 이상 도시지역만을 대상으로 한 것이라는 의미를 잃어버리게 되었다. 결론적으로 도시계획이 수립되지 않은 곳은 없게 되었는바, 도시계획이 수립되지 않은 곳에서는 개발행위를 하여서는 안 된다는 말은 실익을 잃게 되었다.

44) 국토계획법 제58조(개발행위허가의 기준 등) ① 생략. 2. 도시·군관리계획 및 제4항에 따른 성장관리방안의 내용에 어긋나지 아니할 것.

45) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결.

국토계획법 제56조 이하에서 규율하는 개발행위는 소규모의 개별 건축단위에 대한 행위를 의미한다. 국토계획법 제58조 제1항 제1호는 대통령령으로 정하는 개발행위의 규모에 적합할 것을 요구하고 있고, 이에 따라 동법 시행령 제55조 제1항 각호에서 형질변경의 경우 주거지역·상업지역 등에서는 1만제곱미터 미만, 공업지역에서는 3만제곱미터 미만 등의 구체적인 면적을 정하고 있다. 이를 반대해석하면 주거지역·상업지역에서 1만제곱미터 이상의 토지는 개발행위허가가 관장하지 않는 것이라는 의미가 된다. 즉 국토계획법 제56조 이하에서 의미하는 개발행위란 위 면적기준 이하의 소규모의 행위를 지칭한다. 시행령 제55조 제1항 각호에서 정한 면적 기준 이상의 토지를 개발하는 것은 개발행위가 아니라 도시개발사업으로 명명하여 개념적으로 구별하여야 한다.

더불어 대체로 개발행위는 개별 건축단위에 대한 행위를 의미한다. 대표적으로 형질변경의 경우 후술하다시피 실무상 지목변경의 의미를 지니는 경우가 많고, 이는 곧 개별 건축단위에 대한 건축허용성 부여의 실질을 지닌다. 토지분할의 경우에도 건축단위의 분할이라는 의미에서 역시 개별 건축단위에 대한 행위이다. 실무적으로 건축법상 1필지 1대지 원칙으로 인해 필지단위가 건축단위처럼 기능하는 현실을 고려할 때, 개발행위는 곧 '필지단위'에 대한 행위로 생각될 수도 있겠다.

다만 위와 같은 개발행위규모는 토지형질변경에 대해서만 적용된다. 시행령 제55조는 여타 개발행위에 대하여는 규모를 정하고 있지 않으며, 개발행위허가운영지침 3-1-1의 (5)항은 형질변경이 수반되지 않는 경우에는 개발행위허가규모의 제한을 적용하지 않는다는 점을 명확히 적시하고 있다.

## VI. 개발행위의 유형

### 1. 물리적 행위와 관념적 행위

### 가. 기존의 견해

개발행위허가에 관한 대부분의 논저들은 토지분할을 제외한 개발행위에 대하여는 그 의미를 물리적인 것에 국한하여 해석한다. 그 중에서도 건축물의 건축, 토석의 채취, 물건을 쌓아놓는 행위 등은 행위의 본질적인 속성이 물리적인 것인바, 결국 문제의 소재는 토지의 형질변경에 있다고 할 것이다. 현재로써는 토지의 형질변경을 외형상·사실상 변경시키는 행위로 해석하는 견해가 다수이다.[46] 법령해석례 중에서도 "토지의 지목만을 변경하여 토지의 이용목적을 변경하는 것과 같이 단순히 토지의 용도가 바뀌는 것은 형질변경에 해당한다고 볼 수는 없다"[47]고 판단한 사례가 존재한다. 대법원 또한 "토지의 형질변경이란...(중략)...토지의 형질을 외형상으로 사실상 변경시킬 것과 그 변경으로 인하여 원상회복이 어려운 상태에 있을 것"을 의미한다고 하여 외형상, 물리적인 의미에 국한시키는 것으로 일관하고 있다고 다수의 연구들은 파악하고 있다.[48]

위 견해들은 토지분할과 그 외의 개발행위(특히 토지형질변경)를 구분하여 후자에 대하여는 외형적·물리적 행위로 축소 해석하고 있지만, 이와 같은 해석은 개발행위의 의의 및 국토계획법의 취지에 따라 정당화될 수 없다. 또한 토지분할과 그 외의 개발행위를 구별하는 것 또한 수긍하기 힘들다. 아래에서는 이에 관하여 논의하도록 한다.

### 나. 국토계획법의 취지와 개발행위

46) 정태용, 『도시계획법』, 한국법제연구원, 2001, 270면 ; 이공재, 「개발행위허가제의 법적 문제점에 관한 연구」, 단국대학교 석사학위논문, 2006. 11., 22면 등. 위 논저들에서는 토지분할에 대하여는 물리적 변동을 요구하지 않으나, 그 외의 개발행위에 대하여는 물리적 행위의 관점에서 일갈하고 있는 것으로 보인다.

47) 법제처 13-0449 2013. 11. 4. 경기도 가평군.

48) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92도1477 판결(공1993상, 312) ; 대법원 2007. 2. 23. 선고 2006두4875 판결 ; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011두1269 판결 ; 대법원 2013.06.13. 선고 2012두300 판결 등.

개발행위란 도시계획이 수립된 곳에서 하는 개발행위로서 도시계획의 내용에 반하지 않아야 하는 것이었다. 개발행위가 허가의 대상인 이유는 난개발을 막으며, 이미 존재하는 도시계획이라는 규율과 조응하는 개발을 유도·통제하기 위함이다.[49] 즉 이와 같은 취지에서 보면 개발행위는 결코 물리적인 행위에 국한될 필요가 없다. 물리적으로든 관념적으로든 현재의 토지의 상태를 변화시키려는 행위가 있다면, 어찌되었건 도시계획의 내용에 부합하는지에 관하여 허가를 받아야 한다는 것이 국토계획법 제56조의 취지이기 때문이다.

동조 제1항 제4호가 '토지분할'을 허가의 대상인 개발행위로 보고 있는 것도 이와 같은 태도에서 기인하는 것이다. 물리적인 변화가 수반되지 않더라도, 토지의 분할은 토지이용관계(가능성)를 증대(확장)시키며 도시계획에 영향을 주는 행위이다.[50] 그렇기에 동조는 관념적인 행위에 불과한 토지분할을 개발행위로 보면서 통제를 하고 있는 것이다.

물론 건축물의 건축, 토석의 채취, 물건을 쌓아놓는 행위는 그 어원적인 의미 자체가 물리적인 것인바, 이에 관하여는 달리 다툼이 없다. 그러나 동법의 위임을 받은 시행령 제51조 제1항 제3호에 대하여는 비판의 여지가 많다. 국토계획법 제56조에서 토지의 형질변경을 형상변경으로 국한하는 문언은 부재하며, 국토계획법 취지 및 개발행위의 의미상으로도 이 같은 축소는 정당화될 수 없다. 요컨대 국토계획법 시행령 제51조 제1항 제3호는 상위법령의 취지를 몰각하여 위임입법의 한계를 일탈할 우려도 있는 것이다.

## 2. 실정법상 개발행위의 종류

---

49) 류해웅, 김승종, 『국토기본법과 국토계획법 : 국토관련법령해설』, 국토연구원, 2002, 219면 참조.

50) 후술하는 바와 같이, 도시계획이 규율하는 요소 중 '건축단위'에 토지의 분할이 영향을 줄 수 있다.

현행 국토계획법 제56조 제1항은 각 호의 개발행위의 내용을 대통령령에 위임하여 구체화하도록 하고 있다. 이하에서는 시행령에서 구체화된 각각의 내용의 의미를 해설한 뒤 법적인 쟁점의 존부에 관하여 검토하도록 한다.

### 가. 건축물의 건축(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제1호)

시행령은 「건축법 제2조 제1항 제2호에 따른 건축물의 건축」을 개발행위로 지칭하여, 형식적으로 건축법상 건축행위를 국토계획법상 건축행위와 등치시키고 있다. 건축법은 건축물을 ① 일정한 공작물로서 토지에 정착하고, ② 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것이라 본다. 여기에 건축법 전체의 취지 및 각 조문의 내용에 비추어 ③ 자체로서 독립성을 가지고, ④ 사람이 머물 수 있는 구조이어야 한다는 요건이 추가적으로 요구된다.[51] 이 때 독립성이라는 것은 건축물이 다른 구조물로부터 분리되어도 그 자체로서 건축물의 기능을 다할 수 있어야 한다는 의미이다.[52] 사람이 머물 수 있을 것을 요구하는 것은 공작물과 건축물을 구분하기 위함이다.[53] 이와 같은 해석에 따라, 건축법 조문을 직접 준용하는 국토계획법 시행령의 개발행위 또한 독립적이고 사람이 머물 수 있는 구조를 가진 건축물을 건축할 것을 요한다 하겠다.

그러나 시행령의 태도와 달리, 국토계획법상 건축행위는 건축법상 건축행위와는 그 정의가 구분되어야 할 필요가 있다. 국토계획법이 통제코자 하는 건축행위는 국토계획법의 취지에 따라 규명되어야 한다. 국토계획법은 토지의 관점에서 건축물을 사고한다. 해당 토지에 등장할 수 있는 건축물의 규모와 용도 등을 도시계획에 의하여 규율하며, 개발행위허가는 그러한 도시계획의 바탕에서 개별 필지 단위에서 토지 위에 등장할

51) 이상 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 31면.
52) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 32면.
53) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 33면.

건축물을 통제한다.

주의할 점은 시행령에 의해 건축법상 건축행위 자체가 개발행위허가의 대상이지만, 국토계획법 제56조(개발행위의 허가)와 건축법 제11조(건축허가)의 경우에 각기 건축허가에 대한 행정청의 판단의 관점이 다르다는 점이다. 국토의 이용·개발과 보전을 위한다는 국토계획법의 취지(국토계획법 제1조)상 전자의 심사 요건은 국토의 효율적이고 합리적인 이용의 관점 및 도시계획의 관점에서 이루어져야 하는 반면(국토계획법 제59조 참조), 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시키는 것을 취지로 하는(건축법 제1조) 이상 후자의 심사 요건은 건축물의 안전에 관한 것이라고 보아야 한다. 때문에 건축허가와 비교해 '도시계획에 적합한지 여부를 판단하는' 개발행위허가의 발급에 상대적으로 행정청의 판단의 여지가 많게 된다는 분석도 있다.[54]

구체적으로 보면, 개발행위허가는 건축물이 등장하기 위한 토지의 조건들에 대하여 관여한다. 개발행위허가운영지침 상으로는 입지기준, 도로, 상수도, 하수도, 기반시설의 적정성, 환경 및 경과기준, 방재기준 등이 건축행위에 관한 심사요건으로 제시되고 있다. 즉 해당 토지에 건축물이 등장하기 위해서는 일정한 규모의 도로에 인접하여야 하고, 상하수도 시설이 갖추어졌으며, 기반시설이 있고, 주변 환경과 조화를 이룰 수 있어야 한다는 것이다. 이는 모두 토지의 관점에서 해당 토지에 건축물이 들어설만한 상황인지를 평가하는 것이다.

이에 대해 제기될 수 있는 의문은, 과연 건축행위가 국토계획법상 개발행위허가에 의해 통제될 필요가 있는지 이다. 국토계획법이 토지에 관한 규율을 담고 있고 따라서 토지의 개발가능성(혹은 후술할 건축허용성)의 문제를 판단하는 것이라면, 건축행위 자체가 아닌 그에 선행하는 개발행위를 국토계획법이 관장하여야 하는 것이 아닌가라는 문제제기가

54) 정태용, 『도시계획법』, 한국법제연구원, 2001, 269면.

가능하다. 이에 관하여는 아래 제5장 제3절에서 상술하도록 한다.

### 나. 공작물의 설치(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제2호)

공작물은 「인공을 가하여 제작한 시설물」을 의미하며, 건축행위는 여기서 제외된다(동호 단서). 본래 공작물은 건축물을 포함하는 상위 개념으로 쓰이는 용어이다. 구 도시계획법(1962. 1. 20. 제정되어 1971. 1. 19. 전부개정되기 전의 것) 제13조 제1항 제2호는 공작물의 신축, 개축 등에 관하여만 조문을 두고 있었는데, 당시 대법원은 공작물의 신축에 건축법상 건축행위가 포함된다고 해석하였다.[55]

공작물의 설치에 관하여는 국토계획법과 건축법이 규율의 대상을 달리한다. '건축물의' 위험방지를 목적으로 하는 건축법은 건축물에 해당하지 않는 공작물의 설치에 관해 개입하지 않는 것이 원칙이다.[56] 그러나 건축법 제83조는 예외적으로 공공의 안전을 위해 시행령 제118조 제1항에서 위험요소가 될 수 있는 공작물을 나열하여, 이러한 공작물의 설치에 대하여 신고의무를 부과한다. 반면, 국토계획법은 공작물의 설치를 원칙적으로 허가의 대상인 개발행위로 보면서, 예외적으로 동법 제56조 제4항 제3호 및, 시행령 제53조 제2호에서 개발행위허가의 대상에서 제외되는 공작물을 나열하고 있다. 시행령 제53조 제2호는 토지의 이용관계에 영향을 줄 수 있는지 여부를 기준으로 하여 도시계획이 수립된 지역에서 소규모의 행위를 개발행위허가의 대상에서 제외되는 '경미한 행위'로 정한다.[57]

---

55) 대법원 1974. 12. 24. 선고 74누64 판결.
56) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 40면.
57) 국토계획법 시행령 제53조(허가를 받지 아니하여도 되는 경미한 행위)
2. 공작물의 설치
가. 도시지역 또는 지구단위계획구역에서 무게가 50톤 이하, 부피가 50세제곱미터 이하, 수평투영면적이 25제곱미터 이하인 공작물의 설치. 다만, 「건축법 시행령」 제118조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 공작물의 설치는 제외한다.
나. 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역외의 지역에서 무게가 150

### 다. 토지의 형질변경(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제3호)

국토계획법 시행령은「절토・성토・정지・포장 등의 방법으로 토지의 형상을 변경하는 행위」와 「공유수면의 매립」을 허가를 받아야 하는 개발행위로 규정한다. 여기서 절토(切土)는 흙이나 땅을 깎아내려 평지를 만드는 행위를, 성토(盛土)는 기존 토지에 토석의 양을 늘리는 행위를, 정지(整地)는 땅을 고르게 하는 행위를 뜻한다.[58] 시행령에서 나열된 행위들은 철저하게 물리적 행위에 국한되어 있는데, 시행령 스스로도 이러한 토지의 물리적 변경을 '형상(形狀) 변경'이라 명명한다.

시행령에서는 「~등의 방법」이라고 하여 위 규정이 예시적 규정임을 보여준다. 그렇다면 예시된 것 외의 어떤 방법들이 허가를 받아야 하는 대상에 포함되는지가 문제된다. 일례로 토지의 굴착 행위의 경우에는, 굴착 행위만으로는 허가의 대상인 형상 변경에 해당하지 아니한다고 대법원이 판시한 바 있다.[59] 대법원 판시의 취지를 따른다면, 형상 변경 행위는 토지가 '건축에 적합한 상태로 이미 대지화 되어 있는지' 여부에 따라 허가를 요하는지 여부가 달라질 것이다. 건축에 적합한 상태로 만들기 위하여 토지에 대한 추가적인 물리적 행위가 필요한 상황이라면 국토계획법 제56조 제1항이 행정청의 허가를 요구하는 개발행위에 해당한다고 할 것이다.[60]

형상 변경 행위 중에서도 경작을 위한 것은 제외된다. 이는 허가의 대

---

톤 이하, 부피가 150세제곱미터 이하, 수평투영면적이 75제곱미터 이하인 공작물의 설치. 다만, 「건축법 시행령」 제118조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 공작물의 설치는 제외한다.

다. 녹지지역·관리지역 또는 농림지역안에서의 농림어업용 비닐하우스(비닐하우스안에 설치하는 육상어류양식장을 제외한다)의 설치

58) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 228면 ; 심나리, 「건축허가의 법적성격에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005. 12., 50면에서 인용.

59) 대법원 1999. 5. 25. 선고 98다53134 판결.

60) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14112 판결 참조.

상이 되는 개발행위인지를 정함에 있어서 개발행위 이후의 토지의 이용관계, 용도를 고려한 결과이다. 시행령이 경작을 위한 형상 변경 행위를 제외하고 있는 취지는 건축행위를 수반하거나 토지의 이용관계를 저해하는 요인이 아니기 때문이라고 볼 수 있다.[61]

더하여 동법 제56조 제4항은 일정한 경우 개발행위허가를 받지 아니할 수 있다는 예외를 정한다. 구체적으로는 건축신고(건축법 제14조)의 대상인 건축행위에 수반된 형질변경은 허가를 받을 필요가 없다고 하는 한편(동항 제2호), 동항 제3호 및 동법 시행령 제53조 제3호에서는 「높이 50센티미터 이내 또는 깊이 50센티미터 이내의 절토·성토·정지 등」 중 주거지역, 상업지역, 공업지역에서는 지목변경을 수반하지 않는 범위의 행위는 허가를 요하지 아니한다고 정하고 있다. 또한 동호 나목 내지 다목에서는 소규모 면적(660제곱미터 이내), 혹은 조성이 완료된 기존 대지를 대상으로 한 행위를 허가의 대상에서 제외시킨다. 예외로 규정된 것들의 법적 성질을 (i) 개발행위에 속하는 것이되 단지 허가를 요하지 않는 것일 뿐인지, (ii) 혹은 애당초 개발행위에 속하지 않는 행위라 볼 것인지가 문제된다. 생각건대 규제의 대상에 속하지 않는 이유가 토지이용관계의 확장(증대)을 야기하지 않거나 그 확장의 정도가 지나치게 경미하고, 도시계획에 영향을 주지 않는 범주에 속한다는 점에 있다고 사료된다. 따라서 예외로 규정된 것들은 처음부터 국토계획법상 개발행위의 개념에 포섭되지 않는다고 봄이 타당하다.

위 국토계획법 시행령 규정의 문제점은 모법이 형질변경이라 한 것을 형상변경으로 축소하고 있다는 점이다. 국민의 권리의무 변동의 입장에서는 허가를 요하는 개발행위의 범위가 시행령에 의하여 축소되는 것인바 이득이라 할 것이지만, 모법의 취지에 부합하는 축소인지는 의문의 여지가 있다. 개발행위의 의미나 국토계획법 제56조의 취지에 따를 때, 형상변경에 국한하는 시행령 규정은 모법의 위임 범위를 벗어난 위법 있

61) 심나리, 「건축허가의 법적성격에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005. 12., 50면에서 인용.

다고 생각된다.

### 라. 토석채취(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제4호)

흙·모래·자갈·바위 등의 토석을 채취하는 행위 중에서도 형질변경을 목적으로 하지 않는 것이 시행령 제51조 제1항 세4호의 규율 대상이 된다. 상론한 개발행위의 개념정의에 따르면 왜 토석채취가 개발행위에 포함되는 것인지 의문이 들 수 있다. 생각건대 국토계획법은 토석채취행위 그 자체보다는 토석채취의 결과로 등장하게 될 편평한 땅의 등장을 염두에 두고 이를 개발행위허가로써 규율하는 것으로 사료된다. 이는 구 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙 제13조에서부터 확인할 수 있다. 동조 제1호는 토석의 채취허가를 함에 있어 '주변의 상황, 교통, 자연경관'을 고려할 것을 요구한다. 현행 개발행위허가운영지침 3-5-2의 (1)항에서는 이를 더 구체화 하여 도시·군계획도로 혹은 시군도, 농어촌 도로와 접속할 것을 원칙으로 하고 있다. 다분히 해당 토지의 추후 활용가능성을 염두에 둔 것이라 하겠다.

물론 개발행위허가운영지침 3-5-3항에서는 토석채취 후 식재(植栽) 등의 복구에 관하여 규정하고 있기는 하다. 때문에 토석채취가 전적으로 건축행위로 가는 경로에 놓여있는 행위라고 볼 수는 없다. 다만 허가대상이 되는 토석채취 자체가 일정규모 이상의 행위이고[62], 따라서 토석채취행위가 어느 정도 비가역적(非可逆的) 결과를 야기한다는 사실을 고려할 필요가 있다. 요컨대 토석채취결과 등장하는 토지의 향후 이용가능성이 증대되었다는 사실을 부인할 수는 없게 된다.

---

62) 국토계획법 시행령 제53조 제4호는 도시지역 또는 지구단위계획구역에서 채취면적이 25제곱미터 이하인 토지에서의 부피 50세제곱미터 이하의 토석채취와 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역외의 지역에서 채취면적이 250제곱미터 이하인 토지에서의 부피 500세제곱미터 이하의 토석채취를 허가대상에서 제외하고 있다. 반대해석하면 위 기준을 초과하여 일정규모를 가진 토석채취의 경우에만 허가의 대상이 된다.

위와 같이 해석하면 토석채취나 토지형질변경 모두 장차 건축물이 등장할 수 있는 편평한 땅의 등장과 관련된다. 토석채취나 토지의 형상변경행위는 물리적 공사를 수반하는 것으로서 외형상으로는 상당히 유사하다. 그러나 양자는 목적의 유무에 있어서 구별된다. 토석채취는 토지의 법적 성질변경을 의도하는 단계에는 이르지 못한 것으로, 마치 '인식 없는 형상변경'과 같이 평가될 수 있겠다.

### 마. 토지분할(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제5호)

시행령에 따르면 개발행위허가를 받아야 하는 토지분할은 세 가지로 분류된다. ① 녹지지역 등에서의 분할(가목) ② 분할제한면적 미만으로의 분할(나목) ③ 인·허가를 받지 아니한 너비 5미터 이하로의 토지의 분할(다목) 등이다. 이 때 ① 녹지지역에서 등에서의 분할은 관계법령에 따른 인·허가를 받지 않은 경우를 말한다. ② 분할제한면적 미만으로의 분할은 용도지역에 따라 60제곱미터에서 200제곱미터 등의 범위에서 조례로 정해진 면적(건축법 시행령 제80조 각 호)보다 작은 필지의 등장을 통제하는 것이다.[63] ③ 너비 5미터 이하로의 분할을 통제하는 것 또한 비슷한 취지에서 기인한다.

상론한 개발행위의 개념 논의에 비추어 보면 모든 토지분할이 개발행위인 것은 아니다. 도시계획 및 건축단위에 영향을 줄 정도가 되어야 통제할 필요성이 존재한다고 할 것이다. 따라서 만일 건축단위에 영향을 줄 수 없는 단계의 토지분할이 있다면, 이것은 개발행위의 개념에 포섭된다고 하더라도 그 중요성이 매우 낮은 행위일 것이다. 당연히 통제의 필요성도 거의 없다. 시행령 제51조 제1항 제5호가 「건축법 제57조(대지의 분할 제한)에 따른 건축물이 있는 대지는 제외한다」고 규정하는 취지 또한, 이미 해당 토지 위에 건축물이 등장하여 토지의 이용관계가

63) 건축법 제57조 제1항 상으로는 토지 위에 건축물이 존재하는 경우에는 위 면적 이하로의 분할이 금지되는 바, 1필지 1대지 원칙에 따를 때 건축단위로서 기능하기 힘든 필지의 등장을 금지하려는 것이 그 취지라 하겠다.

폐쇄적으로 되어 있고 건축법상으로도 더 이상 분할이 가능하지 않은 상황이라면 도시계획에 영향을 주지 않는다는 사실에 입각한 것으로 풀이된다.

그러나 시행령 제51조 제1항 제5호 본문을 제외한 나머지 규정들을 보면, 국토계획법 시행령 상의 개발행위는, 모법이 개발행위허가제를 규정한 취지를 제대로 반영하지 못하고 있는 것으로 보인다. 시행령 동호 각 목을 보면 ① 비교적 매우 소규모의 토지분할에 대하여 국토계획법이 관여하는 것으로 시행령 조항이 축소 규정하고 있고, ② 국토계획법상 개발행위허가를 여타 법령에 따른 인·허가가 없을 때 보충적으로 개입하는 것으로 규정하고 있다. 건축단위에 영향을 준다는 점에서 토지분할은 국토계획법이 관여하는 것이 원칙적인 형태이어야 함에도 불구하고, 시행령에 이르러서는 그 원칙이 관철되지 못하는 것이다.

### 바. 물건의 장기적치(국토계획법 시행령 제51조 제1항 제6호)

시행령상 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역 안에서 물건을 1월 이상 쌓아놓는 행위는 개발행위허가의 대상이 된다. 다만 건축물의 울타리 안에 위치한 토지에 물건을 적치하는 행위는 허가 대상에서 제외된다. 이미 토지의 이용이 완결되어 건축물이 세워져 있는 토지 내에서는 물건의 적치행위가 달리 토지의 이용 상태에 큰 변동을 주지 않기 때문인 것으로 사료된다.

물건의 장기적치행위의 경우 여타 개발행위들에 비해 건축견련성의 정도가 떨어진다. 개발행위허가운영지침의 경우에도 적치물이 주변 경관이나 환경에 영향을 주는지 여부나 위험성 등에 관심을 두고 있을 뿐, 특별히 입지요건을 엄격하게 고려하고 있지 않다.[64]

---

64) 개발행위허가운영지침 3-7-1 입지기준에서는 ① 관련 법규상 제한사항이 없고, ② 자연생태계가 우수한 지역이 아니며, ③ 물건적치로 위험발생, 경관훼손 등이 없고 쉽게 옮길 수 있을 것 등만을 요구하고 있다. 이외에 도로와의 접속 등의 요건은 달리

## Ⅶ. 소결 ; 협의의 개발행위와 광의의 개발행위

우리 법은 개발행위의 개념정의에 전적으로 포함될 수 없는 경우까지도 개발행위에 포섭시켜 허가의 대상으로 삼고 있다. 상론한 개발행위의 4가지 표지들을 모두 갖춘 경우를 협의의 개발행위라 한다면, 실정법이 사용하는 개발행위라는 용어는 광의의 개발행위를 지칭하는 것으로 볼 수 있겠다. ① 토지형질변경과 ② 토지분할이 협의의 개발행위에 해당한다면, ③ 건축행위 ④ 토석채취 ⑤ 물건의 장기적치 등은 협의의 개발행위에는 속하지 않는 것으로 분류할 수 있다.

건축행위의 경우에는 건축 그 자체는 건축법상 건축허가에 의해 규율되어야 할 내용으로, 국토계획법의 취지는 건축행위 직전까지 토지에 대한 규율을 염두에 둔 것이라는 점에서 협의의 개발행위에서 배제되어야 한다. 토석채취의 경우에는 건축견련성의 정도가 명확하지 않으며, 물건의 장기적치의 경우에는 건축견련성이 거의 인정될 수 없다.

---

입지기준으로서 요구되지 않는다.

## 제 3 절 개발행위허가의 법적성질

### I. 공공복리 종속성

#### 1. 공간형성의 주도권(initiative) ; 토지재산권과 토지공개념(土地公槪念)

헌법 제23조 제1항은 재산권에 관해 이를 제도 보장적 차원에서 사유재산제도를 인정함과 동시에 구체적인 기본권 보장의 차원에서 재산권을 헌법상 기본권으로 보호하고 있다. 이어서 동조 제2항과 제3항은 각기 「재산권의 행사는 공공복리에 적합」할 것과, 수용 및 정당한 보상의 사항을 정하여 이른바 재산권의 '한계'의 문제를 규정하고 있다.[65] 헌법 제23조를 종합적으로 보면, 제1항에서는 재산권의 내용, 즉 보호범위가 법률로써 구체화되고, 그러한 보호범위 내에서 제한은 제2항과 제3항이 규정하고 있으며, 또한 그 제한의 정도가 특별희생 등에 이르는 경우에 대하여(이른바 '경계이론'에 의할 때) 제3항이 보상규정의 필요성을 정하고 있다.

기본권으로서 재산권은 재산이라는 객체를 대상으로 이를 보유, 사용, 수익, 처분할 수 있는 권능을 말한다.[66] 헌법재판소는 재산권을 "사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리"라고 하여[67], '사적 유용'과 '처분권한'을 재산권의 본질적 요소로 해석한 바 있다.

자본주의적 경제구조의 심화와 그로 인한 시장경제원리의 수정에 따

65) 헌법 제23조 제2항과 제3항의 해석과 관련하여 이른바 '분리이론'과 '경계이론'의 학설상의 대립이 있다. 이는 독일기본법 제14조의 해석과 관련한 논의가 발전된 것으로, 자세히는 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 제13판, 2013, 710면 내지 713면을 참고하라. 본 논문에서는 이에 대하여 달리 상세히 다루지는 않기로 하겠다.
66) 정종섭,『헌법학원론』, 박영사, 제8판, 2013, 697면.
67) 헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2003헌마377 결정.

라, 그 근간을 이루던 재산권의 보장에 대하여도 손질이 가해졌는데, 이른바 '재산권의 상대화'라는 경향이 바로 그것이었다. 1919년 독일 바이마르헌법에서 명시적으로 소유권에 의무가 수반된다는 점과 공공복리에 적합하여야 함이 천명되었던 것도 바로 이러한 재산권의 상대화를 반영한 결과였다.[68] 우리 헌법 제23조의 문리해석상 이러한 상대화의 경향을 두 갈래로 생각할 수 있는데, ① 법률로서 개별 재산권의 내용 '자체'를 축소시키는 상대화와, 동시에 ② 법률에서 규정된 개별 재산권의 보호범위 내에서 기본권 제한의 문제로 접근하는 상대화가 가능하다.

토지재산권의 경우에는 토지의 유한성, 고정성, 비대체성, 공익성, 상린관계성 등으로 인하여[69] 다른 재산에 비해서도 사회적·공익적 측면에 입각한 보다 가중적인 제한이 정당화 되고 있다. 즉 토지재산권은 그 자체의 내용적 보호범위도 법률에 의해 축소될 수 있을 뿐만 아니라, 그 축소된 범위 내에서도 가중적 제한이 헌법적으로 정당화될 수 있다는 것이다. 「국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.」고 규정한 헌법 제122조 뿐만 아니라, 헌법 제119조, 제20조, 제123조 등도 이러한 가중적 제한에 관한 근거 규정으로 거론된다. 이와 같은 가중적 규제는 토지공개념(土地公槪念)이라는 용어로써 설명되기도 한다. 헌법재판소 또한 "토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의부를 부과할 수 있으나"라고 하여 토지재산권에 대한 강한 제한과 의무 부과를 정당하다고 보고 있다.[70]

물론 이러한 보호범위 축소와 가중적 제한에 관하여도 한계가 따른다. 헌법재판소는 위 결정에서 "재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처

68) 이상 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 제8판, 2013, 693면 참조.
69) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 제13판, 2013, 700면 ; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 제8판, 2013, 696면 ; 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정 등 참조.
70) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정.

분권을 부인하여서는 아니 된다”고 하여 그 한도를 설시하고 있다.[71] 이 사건은 종래 도시계획법 제21조에 따른 개발제한구역제에 대해 판단한 것으로, 헌법재판소는 “종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한 ...(중략)... 헌법에 위반된다”고 하였다.[72] 이를 반대해석하면, 종래의 현황과 다른 방법으로 토지를 이용하는 것을 법률의 규정을 통해 토지재산권의 보호범위에서 배제하는 것이 정당화될 수 있다는 취지로 이해될 수도 있다. 토지재산권의 내용으로서 사용수익권은 이용가능한 모든 방법으로, 최대한 자유롭게 보장되어야 하는 것은 아니다. 즉 경제적·효율적인 사용수익권이 법률상 보장될 필요는 없다.[73]

우리뿐만 아니라 여러 국가의 법제들에서도 토지공개념과 유사한 관념은 오랜 기간을 거쳐 형성되고 또 존재해왔다. 기원전 로마의 12표법이 택지개발의 제한을 두었던 것에서부터, 17세기 영국에서 런던 개발에 제한을 가했던 것, 1544년 이래 프랑스가 도로건축선지정 및 고도규제를 중심으로 건축에 규제를 가했던 것, 1870년대부터 독일이 현재의 도시계획제도와 유사한 형태의 제도로 계획적 개발을 추구하였던 것 등이 모두 공공성에 근거한 토지사용의 규제로서 우리의 토지공개념과 유사한 사례였다.[74]

## 2. 개발행위허가의 공공복리 종속성

토지의 유한성, 고정성, 비대체성, 공익성, 상린관계성 등의 성질은 일정 수준에서 토지의 사적유용(사용수익)이나 처분을 예외적으로만 자유

71) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정.
72) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정.
73) 우성기, 「문화재보호와 재산권의 보장」, 공법연구 제34집 제3호, 2006. 2., 429면.
74) 이우진, 「토지공개념제 제정립을 위한 법적 검토 - 토지초과이득세제 재도입을 중심으로」, 법학연구 제34집, 2009. 05. 25., 65면.

의 영역으로 회복시킬 수 있게 하는 것이다. 특별히 그 중에서도 토지의 사적유용이 '인근 토지나 전체적인 도시의 공공적 기능에 크게 영향을 미치는 경우'를 공적인 판단 없이 순전하게 사인의 자유의 영역에 맡겨 둘 수는 없다. 때문에 자기 소유의 토지를 추후 건축이나 개발을 위해 사용할 수 있을 것이라는 기대가 '원칙적으로' 재산권의 보호범위에 포함되지 않는다는 해석[75]은 합헌적일 수 있는 것이다.

물론 토지의 효율적 이용이나 균형적 이용에 직접 영향을 주지 않는 사용·수익은 헌법 제122조가 굳이 개입되지 않아도 된다고 보는 것이 취지에 부합하는 해석이라고 하겠다. 외부효과가 적거나 거의 없는 사용·수익의 경우라면 토지의 공공성에 관한 이론적 논의가 개입될 필요성도 상대적으로 적다.

헌법상 기본권론에서 토지재산권에 대한 가중적 제한이 가능하고, 또한 그 보호영역도 타 재산권에 비해 축소될 수 있다는 논의는 행정법학의 관점에서 개발행위가 사인이 국가에 대하여 원칙적으로 혹은 예외적으로 자유를 누리는 영역인지의 여부를 논함에 있어서도 영향을 끼칠 수 밖에 없다. 본 연구의 대상인 개발행위 또한 토지의 사적유용의 한 양태로 볼 수 있기 때문이다. 특히 이는 개발행위허가의 법적 성질이 강학상 특허인지 여부와도 연관된다.

행정법학에서 강학상 허가와 강학상 특허 모두 효과적인 측면에서 자유의 회복을 언급하지만 양자의 구체적인 정도를 동일하게 평가할 수는 없다. 강학상 허가에 있어서 자유가 제한되는 것은 예방적이고 잠정적인 것이지만, 강학상 특허의 경우 공권을 행정청이 설정해주는 것에 해당하는바 자유의 제한은 허가에 있어서 보다 '원칙적 금지'의 형태에 가깝다고 할 수 있기 때문이다. 양자 모두 헌법적으로는 기본권의 보호영역 내에서의 논의에 해당하는 것임에 비추어[76], 헌법상 기본권 제한의 문제

75) 우성기, 「문화재보호와 재산권의 보장」, 공법연구 제34집 제3호, 2006. 2., 430면
76) 홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 제10판, 2011, 225면.

에 있어서도 해당 기본권이 잠정적으로 자유의 제한을 받고 있는 정도에 그치는 것인지, 혹은 원칙적인 금지의 영역에 속하는 것인지의 차이가 존재한다. 이와 같은 차이는 강학상 허가가 경찰행정에 목적을 두고 있는 반면, 강학상 특허가 공공복리에 목적을 두고 있다는 점과 연관된다.

요컨대 우리 헌법상 토지재산권 중 사용수익권은 애당초 법률상 그 내용이 축소된 것으로 보아야 한다. 이러한 관점에서 보면 개발행위는 토지재산권이 당연히 보호범위로 삼는 사용수익의 범주에 포함되지 않는 것이다. 때문에 개발행위를 공익적 목적에서 금지의 영역에 두고, 행정처분을 통해 그 금지를 풀어주면서, 비례적인 사고에 입각해 경미한 경우에만 예외적으로 통제를 풀어주는 것은 합헌적이라 할 수 있다. 이는 추후 논의할 개발행위허가의 강학상 특허적 성질과도 연결된다. 이에 관하여 목차를 바꾸어 서술하도록 한다.

## Ⅱ. 개발행위허가의 법적성질

### 1. 강학상 특허

강학상 특허란 '특정 상대방을 위하여 새로 권리나 능력, 법적지위 등을 설정하는 행위'[77]로서 설권적인 행정청의 처분을 의미하는 것이다. 이중에서도 '권리'를 설정하는 행위를 협의의 특허라 부르는데, 실정법에서는 면허, 허가 등의 명칭으로 운용된다. 실정법에서 면허, 허가 등의 용어를 사용한다고 하더라도, 이는 그것의 법적 성질과는 직접적인 연관성이 없는 것이다. 즉 강학상 특허나 허가의 관념은 어디까지나 강학상의 논의이므로 실정법이 어떠한 용어를 사용하는 지와는 상관없다.

강학상 특허는 흔히 강학상 허가와 대별된다. 특허와 허가 모두 사인

77) 김동희, 『행정법 I』. 박영사, 제16판, 2010, 285면.

의 자유를 회복시켜준다는 점에서 공통된다. 그러나 허가가 회복시켜주는 자유는 이미 헌법상 기본권으로 인정되어 있는 것을 현실적으로 적법하게 행사할 수 있도록 하는 것인 반면, 특허가 회복시켜주는 자유는 특허 이전까지는 사인에게 존재하지 않았던 '새로운' 권리를 창설, 설정해주는 것을 의미한다는 점에서 차이가 있다.[78] 특히 이러한 차이는 특허와 허가가 각기 사인의 행위를 규제, 통제하는 취지의 차이에서 야기되는데, 특허의 경우에는 공공복리적 목적에서 사인의 행위를 통제하는 것인 반면, 허가의 경우는 경찰행정법적인 목직이 강하다는 차이가 있다. 특허가 수익적 성격을 가지면서 공익적 목적을 지녔다는 것과, 허가가 수익적이면서 경찰적 목적으로 예방적 금지의 영역에 속하는 사인의 자유를 회복시켜준다는 차이점에서 양자를 재량행위로 볼 것인지, 혹은 기속행위로 볼 것인지에 있어서도 차이가 나타난다. 이밖에 특허의 경우 국가의 적극적 감독을 특징으로 하는 반면에, 허가의 경우 국가의 역할은 대체로 소극적 감독에 그치는 점에서 다르다.

전술한 바와 같이 토지재산권에 대하여는 헌법 제23조 및 제122조에 의하여 여타 재산권보다도 많은 제약이 따른다. 특히 상론한 바에 따라 개발행위는 그 행위의 양태나 정도에 따라 달라질 수는 있겠지만, 외부효과를 고려할 때 사용수익권능으로서 토지재산권에 포함된 것이라 볼 수는 없다. 즉 개발행위는 단지 자유권적 논의에서 헌법 제10조의 포괄적인 일반적 행동자유권의 영역에 포함될 수 있는 것에 불과하다. 헌법 제23조 제1항 내지 제2항의 자유권적 기본권으로써 토지재산권의 보호영역에 당연히 속한다고는 결코 말할 수 없다.

개발행위를 통제하는 국토계획법 제56조 제1항의 근거는 헌법 제23조 제1항 내지 제2항, 제122조라 할 수 있다. 공공복리와 사회적 영향을 고려하여 토지재산권의 인정 범위 자체를 법률로서 제한하였고, 개발행위 허가는 그러한 한계의 경계선상에 존재한다. 그렇다면 '개발행위를 할

78) 김동희, 『행정법 I』. 박영사, 제16판, 2010, 286면.

수 있다는 법적 지위’는 애당초 사인이 토지재산권을 지니고 있다는 사실로부터 곧바로 도출될 수는 없다. 그러한 법적 지위를 설정해줄 고권적인 행위가 필요하며, 그 역할을 개발행위허가가 수행하고 있는 것이라 보아야 한다. 따라서 개발행위허가는 설권적인 행정행위로서 강학상 특허에 해당한다.

## 2. 재량성

### 가. 재량행위 판단의 기준

어떠한 행정행위가 재량행위에 해당하는지 여부에 관하여는 ① 근거규정의 문언을 우선적인 기준으로 하되 근거규정이 불분명한 경우 ② 해당 행정행위의 수익적·침익적 성질 및 ③ 기본권관련성·공익관련성까지도 고려하여 판단하는 것이 오늘날의 통설적인 견해이다.[79]

일반적으로 학설은 재량인지 여부는 효과규정에 관한 것으로 국한하는 경향이 있다. 요건규정에 이른바 불확정적인 개념을 사용한 결과로 행정청이 법령의 해석 및 적용에 있어 판단여지를 가지는 경우를 재량과 구별되는 문제로 취급하기도 한다. 물론 요건규정에 불확정개념을 사용되었다고 하여 이를 엄밀한 의미에서의 재량성을 가지는 것이라 할 수는 없다. 다만 현실적으로 판단여지가 인정되는 경우에는 그 한도 내에서 재판통제가 미치지 아니하므로 마치 재량행위와 같은 의미를 지니는 것으로 볼 수도 있다.[80] 판례의 경우 이러한 구별실익 자체를 부정한다.[81]

### 나. 학설상의 대립

#### 1) 기속행위설

79) 김동희, 『행정법 I』. 박영사, 제16판, 2010, 265면 이하 참고.
80) 김동희, 『행정법 I』. 박영사, 제16판, 2010, 268면 참조.
81) 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누6634 판결.

모든 개발행위허가를 기속행위로 보는 견해가 있다.[82] 이는 ① 국토계획법 제58조가 일정한 기준을 충족하면 「개발행위허가를 하여야 한다」고 하여 법문언상 기속행위라 볼 수 있는 점, ② 동법 제57조 제4항에서 기반시설설치 등을 조건으로 할 수 있다고 한 것은 개발행위허가가 기속행위임을 전제로 부관의 근거규정을 마련해둔 것으로 해석하여야 하는 점, ③ 국민의 권익을 제한하는 행위는 되도록 기속행위로 해석하여야 하는 점 등을 근거로 제시한다.[83]

### 2) 재량행위설

이에 반해 개발행위허가를 재량행위로 보는 견해가 있다.[84] 이는 ① 토지이용의 합리화라는 도시계획적 목적달성의 취지를 고려하여야 하는 점, ② 법문언상 기속이 요망되기는 하지만 일정한 경우 예외가 인정되므로 이를 기속재량으로 볼 수 있는 점[85] 등을 근거로 한다.

### 3) 개별적 판단설

마지막으로 개발행위허가의 법적성질을 일률적으로 기속·재량행위로 단정할 수 없다는 견해가 있다.[86] 대체로 이 견해는 원칙적으로는 개발행위허가가 기속행위에 해당할 수 있음을 인정하면서도, ① 개발제한구역에서의 개발행위허가[87]나 ② 고도의 기술적·전문적 판단[88]을 요하는

---

82) 대표적으로 강현호, 『행정법각론』, 박영사, 2005, 401면.
83) 이상 ① 내지 ③에 관하여는 강현호, 『행정법각론』, 박영사, 2005, 401면 참조.
84) 대표적으로 정태용, 『도시계획법』, 한국법제연구원, 2001, 273면.
85) 김용섭, 「개발허가의 법적 성질」, 토지공법연구 13집, 2001. 11., 147면.
86) 대표적으로 김동희, 『행정법II』, 박영사, 제17판, 2011, 485면 ; 박균성, 『행정법론(下)』, 박영사, 제11판, 2013, 689면 ; 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 제5판, 2011, 1349면.
87) 개발제한구역에서의 개발행위허가에 관하여는 강학상 예외적 승인에 해당하여 재량행위라는 설명이 제시된다. 대표적으로 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 제5판, 2011, 1349면.
88) 이에 관하여는 판단여지이론의 관점에서 행정청이 기술적·전문적 개념을 판단하는

경우(예컨대 토지형질변경), 또는 ③ 이익형량을 하여야 하는 한도 내에서는 재량행위에 해당한다고 본다.

### 다. 판례

판례는 토지형질변경허가에 관하여 "형질변경의 허가가 신청된 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려가 있는지 여부와 공익상 또는 이해관계인의 보호를 위하여 부관을 붙일 필요의 유무나 그 내용 등을 판단함에 있어서 행정청에 재량의 여지가 있다"고 하여 재량행위라 본 바 있다.[89] 이외에도 판례는 산림법상 토석채취허가에 관하여 "신청지 내의 임황과 지황 등에 비추어 국토 및 자연의 보전등에 중대한 공익상 필요가 있을 때에는 허가를 거부할 수 있다"하여 재량성을 인정한 바 있다.[90]

### 라. 소결

생각건대 기존의 학설대립에서 크게 부각되지 못한 점은 개발행위허가와 도시계획의 관련성이다. 개발행위가 국토계획법에서 규율되고 있는 이유는 그것이 지닌 건축견련성 및 도시계획관련성 때문이다. 개발행위허가의 재량성은 다름이 아니라 그 발급에 도시계획적 판단을 요구한다는 점과, 계획재량이 작용하는 도시계획 그 자체에 대하여 영향을 미칠 수 있는 행위라는 점에서 나온다. 국토계획법 제56조 제1항에서 나열된 개별행위들이 모두 도시계획관련성을 지니는 행위인 한, 이들 모두는 원칙적으로 재량행위에 해당하는 것이라 보아야 한다.

개발행위허가를 기속행위라 보는 견해는 다음과 같은 문제가 있다. ①

---

경우 불확정개념에 대한 판단여지를 가지는 것이라 하여 재량이론과 구별하여 서술하는 경우에 일반적이다. 박균성, 『행정법론(下)』, 박영사, 제11판, 2013, 689면이 대표적이다.

89) 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두17845 판결.

90) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누2745 판결.

먼저 개발행위허가의 기준에 관한 국토계획법 제58조의 경우 「다음 각 호의 기준에 맞는 경우에만」이라고 되어있어 단순히 이를 기속행위로 단정할 수만은 없다. 단순히 "~ 하면 … 하여야 한다"라는 문언과 "~ 한 경우에만 … 하여야 한다"는 문언은 논리적 의미가 다르다. 전자는 요건이 충족되면 필연히 효과가 발생되어야 함을 의미하는 반면, 후자는 효과를 발생시킬 수 있는 범위를 일정한 경우로 제한하는 의미를 지니는 것으로 보아야 한다. 더구나 국토계획법 제58조는 개발행위허가의 '기준'을 규정한 것이고, 여기에는 요건으로서의 성질뿐만 아니라 개발행위허가 발급 시에 도시계획적 판단을 고려하라는 요구가 포함되어 있다. 요컨대 국토계획법 제58조의 문언은 개발행위허가의 기속성을 설명하는 근거로 활용될 수 없다.

② 다음으로 부관의 근거규정을 마련해둔 점이 개발행위허가의 기속성을 설명해줄 수는 없다. 일반적으로 '재량행위에는 법령의 근거 없이 부관을 붙일 수 있다'고는 하나, 그렇다고 '법령의 근거가 있으므로 기속행위이다'라는 역명제는 참일 수 없다. ③ 마지막으로 앞에서 길게 서술한 바와 같이 개발에 대한 기대가능성 자체가 토지재산권의 보호영역에 포함될 수 없고, 따라서 개발행위를 허가함은 그 자체로 설권적 성질을 가지는 것이다. 따라서 '국민의 권익을 제한한다'는 것이 개발행위허가의 기속성을 뒷받침해줄 수 없다.

## 제 4 절 개발행위허가의 절차

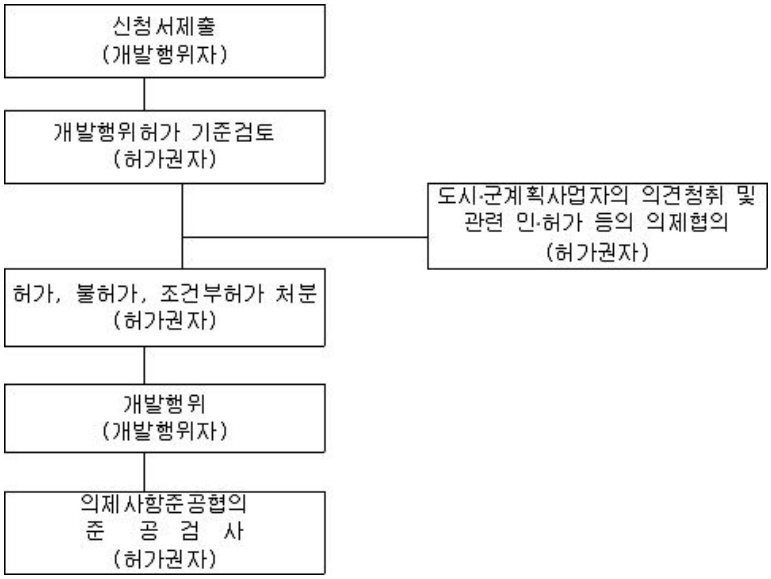


그림 1 - 개발행위의 절차(개발행위허가운영지침에서 발췌)

### I. 신청서 제출

개발행위허가를 신청하고자 하는 자는 일정한 서류를 첨부하여 신청서를 특별시장・광역시장・특별자치시장・특별자치도지사・시장 또는 군수(이하 '허가권자'라 한다)에게 제출하여야 한다. 필요한 서류로는 ① 기반시설・위해방지・환경오염방지・경관 등에 관한 계획서(국토계획법 제57조 제1항), ② 토지의 소유권・사용권 증명 서류, ③ 공사 또는 사업 관련 도서, ④ 설계도서, ⑤ 건축물의 용도 및 규모를 기재한 서류, ⑥ 폐지・대체・신설 공공시설관련 서류, ⑦ 위해방지・환경오염방지・경관・조경 등을 위한 설계도서 및 그 예산내역서(국토계획법 제57조제1항), ⑧ 관계 행정기관의 장과 협의에 필요한 서류 등이 있다.[91]

91) 보다 자세한 내용은 개발행위허가운영지침 2-1-2의 (1)항 참조.

## Ⅱ. 처리기간

허가권자는 위와 같은 형식에 따른 개발행위허가의 신청에 대하여 특별한 사유가 없으면 15일 내에 허가 또는 불허가의 처분을 하여야 한다(국토계획법 제57조 제2항, 동법 시행령 제54조 제1항). 다만 15일의 산정에 있어 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하거나 관계 행정기관의 장과 협의를 하여야 하는 경우에는 심의 또는 협의기간을 제한다(시행령 제54조 제1항).

이 때 처리기간을 도과하였음에도 허가권자가 허가 또는 불허가(거부) 처분을 하지 않은 경우 사인이 이를 다툴 수 있는 방법이 문제가 될 수 있다. 일반적인 부작위로 보아 부작위위법확인소송으로 다투어야 하고, 이를 묵시적 거부처분으로 보아 거부처분취소소송으로 다툴 수는 없다고 보아야 한다.[92]

## Ⅲ. 도시계획사업시행자의 의견청취

허가권자가 개발행위허가를 하고자 하는 때에는 당해 개발행위가 도시·군계획사업의 시행에 지장을 주는지의 여부에 관하여 당해 지역안에서 시행되는 도시·군계획사업 시행자의 의견을 들어야 한다(국토계획법 제58조 제2항).

이밖에 개발행위허가발급 자체에 관하여 주민을 대상으로 하는 의견청

92) 처분의 처리기간을 규정하고 있는 입법례는 많으나, 그 기간을 도과한 경우에 이를 묵시적 거부처분으로 보거나 간주거부로 보아 거부처분취소소송을 제기할 수 있기 위해서는 추가적인 규정이 필요하다. 예컨대 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것) 제11조 제5항의 경우 처리기간을 도과한 경우 거부처분으로 간주하는 규정을 두었고, 국세기본법 제45조의2 제3항의 경우 2개월의 기간 이후에는 불복절차를 밟을 수 있도록 하였다. 후자의 경우 전자와 같은 거부처분으로 본다는 규정은 없으나, 판례는 이 경우 경청청구거부처분으로 보아 취소소송을 인정하고 있다.

취절차는 국토계획법이 달리 규정하고 있지 않다. 다만 계획적 개발을 유도하기 위하여 필요한 경우에는 개발행위의 발생 가능성이 높은 지역을 대상으로 하여 이른바 '성장관리방안'을 수립할 수 있는데(동법 제58조 제4항), 성장관리방안의 수립을 위하여는 주민·지방의회의 의견청취절차를 거쳐야 한다(동조 제5항). 이 때 성장관리방안은 개발행위허가의 발급 기준(요건)이 된다(동조 제1항 제2호).

## Ⅳ. 인허가 의제협의

국토계획법 제61조 제1항 각호의 경우 허가권자는 개발행위허가를 발급하기 전에 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다(국토계획법 제61조 제3항). 허가권자로부터 협의요청을 받은 관계 행정기관의 장은 20일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 그 기간 내에 의견을 제출하지 아니하면 협의가 이루어진 것으로 본다(동조 제4항). 협의를 요하는 대표적인 경우는 도로점용허가, 하천점용허가, 전용상수도설치인가 등이 있다. 위 협의사항에 관하여 허가권자가 당해 개발행위에 대하여 미리 관계행정기관의 장과 협의한 경우에는 인허가 등을 받은 것으로 본다(동조 제1항).

2012. 2. 1. 개정법에서는 절차의 신속화를 위해 일괄협의회라는 제도를 도입하였다. 허가권자는 위 협의사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의하기 위하여 '개발행위복합민원 일괄협의회'를 개발행위허가 신청일부터 10일 이내에 개최하여야 하며, 개최 3일전까지 관계 행정기관의 장에게 통지하여야 한다(국토계획법 제61조의2).

## Ⅴ. 도시계획위원회 심의

관계 행정기관의 장은 ① 건축행위, ② 토지형질변경, ③ 토석채취에 관해 개발행위허가를 할 때 일정한 경우 중앙도시계획위원회나 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다(국토계획법 제59조 제1항). 일정한 경

우란 대표적으로 ① 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 형질변경 중 시행령에서 정하는 규모 기준에 따른 경우와 ② 부피 3만세제곱미터 이상의 토석채취 등이 있다(동법 시행령 제57조 제1항).

다만 타법에 의해 도시계획위원회 심의를 받는 구역에서의 경우, 성장관리방안이 수립된 경우 등에는 도시계획위원회 심의가 면제된다(동법 제59조 제2항).

## Ⅵ. 조건부 허가

허가권자는 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보・위해방지・환경오염방지・경관・조경 등에 관한 조치를 할 것을 조건으로 공익상 필요성이 인정되는 경우 등[93]에는 개발행위를 조건부로 허가할 수 있다(국토계획법 제57조 제4항). 이는 강학상 부관에 해당한다.

93) ① 공익상 또는 이해관계인의 보호를 위하여 필요하다고 인정될 때 ② 당해 행위로 인하여 주변의 환경·경관·미관 등이 손상될 우려가 있을 때 ③ 역사적·문화적·향토적 가치가 있거나 원형보전의 필요가 있을 때 ④ 조경·재해예방 등 조치가 필요한 때 ⑤ 관계 법령의 규정에 의하여 공공시설 등이 행정청에 귀속될 때 등이 이에 해당한다(개발행위허가운영지침 2-1-7의 (2)항).

# 제 3 장 건축허용성과 개발행위허가

## 제 1 절 형질변경허가의 개념과 본질

### I. 성질 변경과 형상 변경

#### 1. 개념의 의미

토지의 형질(形質)변경은 토지의 법적 성질(性質) 혹은 지위를 변경하는 것(성질변경)과 토지의 물리적 형상(形狀)을 변경하는 것(형상변경)으로 양분될 수 있다.[94] 통상적으로는 지목이 대(垈)가 아닌 토지의 경우[95] 경사가 있다는 등으로 대지의 외형도 갖추지 못한 경우가 많을 것이다. 이러한 토지에 대하여 형질변경을 허가한다는 것은 지목을 대로 변경시키기 위한 전제조건으로서 개발허용성(건축허용성)을 부여한다는 관념적 의미와, 경사를 없애는 등의 대지화 공사를 할 수 있는 물리적 행위 허가의 의미를 함께 지닌다. 전자가 성질변경이고, 후자가 형상변경인 것이다.

---

94) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 230면.

95) 지목이란 「토지의 주된 용도에 따라 토지의 종류를 구분하여 지적공부에 등록한 것」을 말한다(측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제2조 제24호). 지목은 토지의 용도를 확인하는 확인적 의미가 있으며, 지목 변경을 위하여는 「1. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등 관계 법령에 따른 토지의 형질변경 등의 공사가 준공된 경우, 2. 토지나 건축물의 용도가 변경된 경우, 3. 법 제86조에 따른 도시개발사업 등의 원활한 추진을 위하여 사업시행자가 공사 준공 전에 토지의 합병을 신청하는 경우」의 사유가 있어야 한다(동법 시행령 제67조 제1항). 즉 동법상 지목변경은 그 자체로 형성적인 의미를 지니지 못하며, 토지에 대한 법적지위 등이 타법에 의하여(특히 국토계획법) 변경되는 것이 선행되어야 한다. 비록 위 시행령에서 토지나 건축물의 용도가 변경된 경우 또한, 국토계획법상 토지나 건축물의 용도변경은 허가 등의 대상으로 행정청의 견해표명을 요한다는 점을 고려하여 해석하여야 한다. 요컨대 지목과 지목변경은 행정청의 선행하는 견해표명을 전제로 한 확인적 성격을 지닌다.

이러한 논의에 관하여는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 237 내지 239면을 참조하라.

이러한 구분에 따르면, 대지의 외형을 갖추었으나 지목이 전(田), 답(畓)인 토지의 경우 형상변경은 필요 없지만 성질변경은 필요하다. 사인이 이 토지를 개발하려면 먼저 '이 토지는 개발할 수 있는 토지이다'라는 법적 지위를 획득할 필요가 있다. 이를 개발가능성 혹은 건축허용성이라 하는 것이며 이는 도시계획에 의해 관장될 문제이다. 따라서 위와 같은 법적 지위를 부여하는 문제는 도시계획을 수립하거나 변경하는 것으로 해결되어야 하나, 규율의 공백으로 인해 현행법상 개별적인 행정행위(성질변경허가)로 해결할 수밖에 없다. 이 때 국토계획법 제56조 제1항 제2호가 성질변경허가의 근거 법률이 된다.[96]

## 2. 구분의 인정례

성질변경과 형상변경의 구분은 행정 실무적으로는 널리 인정되고 있다. 실무상 토지가 외형적으로는 대지화되어 있어 추가적인 물리적 공사행위가 필요하지 않더라도, 행정청은 해당 토지의 지목 변경을 위한 선행 절차로 토지형질변경허가를 받도록 요구하여 왔다.[97] 다만 법령해석례 중 하천법 제38조의 토지형질변경에 관해 "토지의 외형적·물리적 변경 없이 그 토지의 지목만을 변경하여 토지의 이용목적을 변경하는 것과 같이 단순히 토지의 용도가 바뀌는 것은 형질변경에 해당한다고 볼 수는 없을 것"이라고 본 예가 있으나[98], 이는 도시지역에서 지목의 변경을 먼저 받도록 하는 실무례와도 충돌된다. 하천법상 토지형질변경허가는 홍수관리구역 내에서 효과적인 치수를 목적으로 하는 반면[99], 국토계획법은 국토의 효율적 이용·관리를 목적하는 점에서 차이가 있다. 이

96) 이상 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 230면 이하 참조.
97) 심나리, 「건축허가의 법적성격에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005. 12., 51면
98) 법제처 13-0449, 2013. 11. 4., 경기도 가평군.
99) 하천법 제1조는 하천사용의 이익 증진, 하천의 자연친화적 정비·보전, 하천의 유수(流水)로 인한 피해 예방 등을 목적으로 하고, 동법 제38조는 하천예정지 및 홍수관리구역을 규율 대상으로 하는 점에서 이러한 제도의 취지를 도출해낼 수 있겠다.

를 고려하면 위 법령해석례를 근거로 우리의 법운용 실태가 형상변경만을 국토계획법상 형질변경허가의 대상으로 삼고 있는 것이라 단정할 수는 없는 것이다.

판례 중에서도 "용도변경을 초래하는 이용 내지 개발행위에 법적 규제를 받는 토지에 대한 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률(이하 '측량지적법'이라고 한다)상의 지목변경은 원칙적으로 그러한 행위를 가능하게 하는 개발행위 허가나 전용허가 등을 통하여 토지의 용도가 적법하게 변경된 경우"에 허용된다고 본 예가 있다.[100] 측량지적법[101] 제2조 제24호는 지목을 '토지의 주된 용도'에 따라 정해지는 것으로 정의한다. 동법 제81조 및 동법 시행령 제67조 제1항에 의하여 지목 변경을 하기 위해서는 토지의 형질변경이나(동항 제1호), 토지나 건축물의 용도 변경(동항 제2호) 등의 사유가 요구되고 있다. 행정청의 견해표명에 의하여 토지의 용도가 변경되었을 때, 비로소 그러한 용도변경을 반영·확인하여 지목을 변경하겠다는 태도로 볼 수 있다. 국토계획법과 건축법이 토지나 건축물의 용도변경을 허가 등으로 규제하고 있다는 사실을 고려하면[102], 위 제2호의 용도변경은 단순히 사실적인 의미가 아닌 '법적 의미'에서 행정청의 견해 표명으로 이뤄지는 용도변경을 의미한다고 하겠다.

국토계획법 시행령 제56조 제2항에 수권에 의해 제정된 개발행위허가운영지침 또한 형질변경을 성질변경과 형상변경으로 구분하는 입장을 반영하고 있는 것으로 보인다. 현행 개발행위허가운영지침의 여러 조문에

100) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결.

101) 측량지적법은 2009. 6. 9. "「측량법」, 「측량지적법」 및 「수로업무법」을 통합하여 측량의 기준과 절차를 일원화함으로써 측량성과의 신뢰도 및 정확도를 높여 국토의 효율적 관리, 항해의 안전 및 국민의 소유권 보호에 기여하고 국가지리정보산업의 발전을 도모"하기 위하여 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률로 통합 제정되었다.

102) 국토계획법 제133조(법률 등의 위반자에 대한 처분) 제1항 제4호가 「4. 제54조에 따른 지구단위계획구역에서 해당 지구단위계획에 맞지 아니하게 건축물을 건축 또는 용도변경을 하거나 공작물을 설치한 자」에 대한 처벌규정을 마련하고 있는 것이나, 건축법 제19조(용도변경) 제2항에서 용도변경을 허가 또는 신고의 대상으로 삼고 있는 것이 대표적이다.

서 지목의 변경을 수반하는지 여부는 허가를 요구토록 할 것인지를 결정함에 있어 중요한 요소로 고려된다. 단적으로 동 지침 제5절 1-5-4의 (3)의 ③항에서는 개발행위허가를 받지 않아도 되는 행위(국토계획법 제56조 제4항 관련) 중 토지의 형질변경에 관하여 정하고 있다. 동항은 조성이 완료된 기존 대지에 건축물 등을 설치하려는 경우에는 허가를 요하지 않는다고 한다. 이 때 조성이 완료된 기존 대지에 속하기 위해서는 기반시설의 설치가 완료될 것과 더불어 「가. 도시개발사업・택지개발사업 등 관계 법률에 의하여 조성된 대지, 나. 지목이 대・공장용지・학교용지・주차장・주유소용지・창고용지인 대지, 다. 관계 법률에 따라 적법하게 건축된 건축물이 있는 대지」 중 하나에 속할 것이 요구된다.

각 목을 검토하면, 가목은 건축허용성[103]을 부여하는 대표적인 사례에 해당하는 것으로, 도시개발사업(택지개발촉진법 제2조 제2호)이나 택지개발사업(동법 제2조 제4호)에 의해 조성된 대지는 획지 및 건축허용성 부여가 완료된 토지이다.[104] 나목은 현행 법제에서 지목이 대(垈) 등이라는 것은 이미 토지의 이용관계가 축소된 것을 의미한다. 즉 건축허용성 또는 개발가능성이 부여된 토지를 의미한다. 마지막으로 다목은 이미 적법한 건축물이 있는 대지이므로 역시 건축허용성이 적법하게 부여된 바 있는 토지이다.

상론한 바를 종합하면 동 지침에서 개발행위허가(토지형질변경허가)를 받을 필요가 없는 '조성이 완료된 대지'란 도시계획적 관점에서 기반시설이 완료되고 건축허용성이 이미 부여된 곳을 의미한다고 하겠다. 그 외에는 다시 원칙으로 돌아가 허가를 받아야 하는 것이므로, 반대해석상 건축허용성이 부여되지 않아 각 목에 속하지 않는 대지는 개발행위허가(토지형질변경허가)를 필요로 한다는 의미가 된다. 요컨대 성질변경과 같

103) 건축허용성에 대한 자세한 논의는 후술하도록 한다. 간단히만 언급하자면, 건축허용성은 해당 토지에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위를 의미하며 이는 권한 있는 행정청의 공적인 견해표명에 의해 확정되는 것이다. 이에 관하여는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 220면 인용.

104) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 227면.

은 관념적인 행위만 하려하는 경우에도 허가를 받도록 하는 것이 동 지침의 태도이다.

## Ⅱ. 형상변경으로 축소하는 견해의 연원

법률은 형질변경을 형상변경으로 축소하고 있지 않음은 상론한 바와 같지만, 여전히 국토계획법 제56조 제1항의 위임을 받은 동법 시행령 제51조 제1항 제3호는 형상변경으로 그 의미를 축소시키고 있다. 형질변경을 형상변경으로 국한시키는 견해를 뒷받침하는 가장 큰 명문의 근거가 바로 시행령 제51조 제1항 제3호이다.

이와 같은 시행령의 태도는 과거 형질변경규칙의 영향에서 기인한다. 형질변경규칙 제2조 제1호는 위 시행령 규정과 동일한데[105], 이는 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정시에 형질변경규칙 상의 내용이 도시계획법 시행령 제45조 제3호로 옮겨온 것이다. 형질변경규칙 제2조 제1호는 문리적으로 철저히 형상변경에 국한하여 형질변경을 규정하였는데, 행정규칙상으로 대외적 구속력이 없었던 내용이 무비판적으로 수용되어 법규차원으로 이동하였다.

요컨대 현행 국토계획법 시행령에까지 계수된 이와 같은 축소 규정은 상위 법률이 위임하는 내용적 한계를 벗어난 것이라고 비판받을 여지가 충분하다.

## Ⅲ. 판례 견해의 검토

105) 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙 제2조(용어의 정의) 이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. “토지의 형질변경”이라 함은 절토·성토 또는 정지등으로 토지의 형상을 변경하는 행위(조성이 완료된 기존대지 안에서의 건축물 기타 공작물의 설치를 위한 토지의 굴착행위를 제외한다)와 공유수면매립을 말한다.

## 1. 종래의 설명

토지의 형질변경을 외형상·사실상 변경시키는 행위로 국한시키려는 견해[106]는 판례 또한 토지의 형질변경을 물리적 공사 행위로 축소해석한다고 설명한다. 이 때 가장 리딩 케이스로 언급되는 것은 대법원 1992. 11. 27. 선고 92도1477 판결이다. 이 판결의 취지는 보통 "(국토계획법상의) 토지의 형질변경이란 토지의 형질을 외형상으로 사실상 변경시키면 족하고 토지의 지목까지 변경시킬 필요는 없다"는 것으로 요약된다. 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도403 판결은 "토지의 형질변경이라 함은 토지의 형질을 외형상으로 사실상 변경시킬 것과 그 변경으로 말미암아 원상회복이 어려운 상태에 있을 것을 요한다"고 하여 일면 형질변경의 의미를 외형적·물리적 변경으로 보는 것으로 보인다.

형질변경이 쟁점이 된 최근의 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두300 판결의 경우에도 형질변경이 인정됨을 전제로, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 수용에 따른 보상액 산정에 이를 반영하여 수용보상금을 증액해줄 것을 원고가 청구한 사건이다. 본 판결은 "토지의 형질변경이란 절토, 성토, 정지 또는 포장 등으로 토지의 형상을 변경하는 행위와 공유수면의 매립을 뜻하는 것으로서, 토지의 형질을 외형상으로 사실상 변경시킬 것과 그 변경으로 인하여 원상회복이 어려운 상태에 있을 것을 요하지만, 형질변경허가에 관한 준공검사를 받거나 토지의 지목까지 변경시킬 필요는 없다"라고 판시하였다.

## 2. 형사판결과 해석상 문제

형질변경을 물리적 행위로 본다고 하여 소개되는 판례들은 다수가 형사판결로 구 도시계획법위반죄에 관한 것들이다. 즉 형질변경행위의 의

106) 정태용, 『도시계획법』, 한국법제연구원, 2001, 270면 ; 이공재, 「개발행위허가제의 법적 문제점에 관한 연구」, 단국대학교 석사학위논문, 2006. 11., 22면 등.

미를 판단하는 이유는 해당범죄의 기수시기를 확정하기 위한 것으로, 위 형사판결들의 요지는 물리적 변경을 한 이상 도시계획법위반죄의 기수에 이르렀음을 설시하고 있는 것이다. 이는 도시계획법 및 현행 국토계획법이 미수범 처벌규정을 두고 있지 않기 때문에 쟁점이 되고 있는 것으로 추측된다.

미수범 처벌규정이 부재한 이상, 구성요건적 행위인 형질변경이 인정되는 데에 성질변경 등의 행위를 추가적으로 요구한다면 가벌성의 범위가 지나치게 축소되는 결과가 나타난다. 여기에서 위 형사판결들의 논리전개의 중요한 측면을 확인할 수 있는데, 위 형사판결들은 피고인이 물리적인 형상변경행위를 이미 한 상황에서 '그것만으로는 형질변경에 해당하지 않는다'는 피고인의 항변에 대한 답을 내리고 있다. 전술한 바와 같이 형상변경행위만을 할 때에도 개발행위허가(토지형질변경허가)가 요구되는 것은 당연하다. 같은 논리로 성질변경행위만을 하는 경우에도 개발행위허가를 받아야 하는 것이다. 요컨대 대법원 1992. 11. 27. 선고 92도1477 판결 등을 포함한 위 형사판결들은 '형상변경과 성질변경(혹은 그것의 반영)이 함께 있어야 만이 토지형질변경허가를 받을 것이 요구된다'는 피고인의 주장에 대하여, 그 중 하나만을 하더라도 토지형질변경허가를 받아야 하며 피고인은 허가를 받지 않았으므로 구성요건해당성이 있다는 판단을 내리고 있는 것이다. 그렇다면 위 형사판결들은 형질변경의 의미를 물리적인 행위에 국한시키고 있는 것이 아니라, 형상변경이 토지형질변경허가를 받아야 하는 대상들 중 하나에 속한다는 당연한 해석을 전개한 것에 불과하다.

### 3. 행정판결과 해석상 문제

대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두300 판결 역시 토지 형질변경의 정의 그 자체가 문제되었다기보다는, 형질변경으로서 포섭될 수 있는지 여부를 판단한 것이라 하겠다. 더구나 이 판결은 수용보상금이라는 급부행정

에 관한 문제를 다루고 있는 것인바, 형질변경의 의미를 위와 같이 본 것에는 “보상액을 산정할 때에는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제2항의 ‘현실적인 이용상황’을 공장용지로 평가해야 한다”는 판시가 영향을 끼쳤을 것으로 추측된다. 즉 이 판결의 강조점은 형질변경의 의미 보다는 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 판단 기준으로서 ‘현실적 이용상황’을 제시하는 데 있는 것이다.

그렇다면 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두300 판결 역시 ‘성질의 변경만이 있는 경우에도 형질변경허가를 받아야 하는가?’라는 질문에 대한 답을 하고 있는 것은 아니라고 할 것이다. 전술한 형사판결들의 논리구조와 유사하게, 토지형질변경의 개념에 형상변경이 포함됨을 확인하고 그것을 근거로 삼아 토지의 ‘현실적인 이용상황’을 판단할 수 있음을 설시한 것에 불과하다. 요컨대 이 판결 역시 형질변경행위를 물리적 형상 변경에 국한시키는 입장으로 해석될 수는 없다.

상론한 바에 따라서 형질변경에 관한 상당수 판례들이 ‘지목까지 변경시킬 필요는 없다’라고 하는 것 또한 형질변경행위에 형상변경과 성질변경이 구분되어 존재할 수 있음을 확인하는 의미를 지닌 것이라 할 수 있겠다. 후술하겠지만, 용도지역제 도시계획만이 수립된 기성시가지에서 지목은 사실상 건축허용성의 반영의 의미를 지니며, 지목변경 또한 건축허용성의 부여와 연관이 깊다. 따라서 판례가 지목변경을 언급하는 것은 도리어 형상변경과 독자적으로 성질변경이라는 것이 존재할 수 있음을 확인하는 의미로 보아야 할 뿐, 형질변경허가에 성질변경이 포함되지 않는다는 명제를 선언한 것으로 볼 수는 없다.

## 4. 소결

결론적으로 토지형질변경이 형상변경이라는 물리적 행위에 ‘국한’된

다고 설시한 것으로 소개되는 판례들은 토지형질변경에 형상변경이 포함된다는 관계에 관한 판시를 한 것일 뿐, 토지형질변경을 형상변경으로 국한시켜 해석하고 있는 것이 아니다. 따라서 대법원 또한 아직까지 '성질변경만을 하는 것도 개발행위허가(토지형질변경허가)의 대상인지'에 대하여는 입장을 정한 바가 없다고 보아야 할 것이다.

이와 관련하여 도시계획법 또는 국토계획법에 관한 판결은 아니지만, 개발이익환수에관한법률상 개발부담금 부과 대상인 '개발사업'에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, "토목공사 등 토지에 대한 물리적인 개발사업뿐만 아니라 건축물의 건축과 그에 따른 지목변경으로 인한 개발이익도 개발부담금으로 환수하려는 데 있다고 할 것이므로, 여기서 말하는 개발사업에는 반드시 토지 자체에 대한 물리적인 개발행위가 요구되는 것이 아니"라고 판시하였던 바를 참조할 수 있겠다.[107] 물론 이렇게 판단한 것에는 '불로소득적인 개발이익의 환수'라는 취지가 고려된 것이겠지만, 국토계획법상 개발행위허가제도의 취지 또한 국토의 무분별한 개발 방지나 계획적 개발의 유도에 있으므로[108], '공익적 견지'에서 해석하여야 한다는 방향 자체는 유사한 것으로 판단된다. 이 판결의 태도를 참고한다면, 관념적 행위로서 성질변경행위 또한 개발행위의 개념으로 포섭시키는 것에 대법원이 거부감을 느낄 이유는 없을 것으로 사료된다.

107) 대법원 1999.12.16. 선고 98두18619 전원합의체 판결, 이 판결의 의미에 관하여는 김종보, 「토지형질변경허가의 법적 성질」, 행정판례연구 XI, 2006, 405면 참조.
108) 김철용, 『행정법 II』, 박영사, 10판, 2010, 488면.

## 제 2 절 형질변경과 건축허용성

### I. 건축허용성의 개념

건축허용성이란 하나의 필지 또는 2필지 이상의 토지를 하나의 건축단위로 할 때, 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적인 지위를 의미한다.[109] 다음 장에서 논의할 건축단위는 토지를 획정하는 단위이기 때문에 그 자체로는 건축허용성 부여에 관해 중립적이다. 건축허용성은 토지의 단위가 획정되었음을 전제로, 도시계획가가 개별 토지단위 각각에 대하여 '여기에는 건축물을 지어도 좋다'라고 판단하고 부여한 추상적인 법적 지위를 의미한다. 이는 추상적인 지위이기 때문에, 이것만으로는 구체적으로 어떠한 규모·모양의 건축물이 등장하게 될 지 알 수 없다. 또한 이는 행정청이 '부여'하는 것이기에 행정청의 공적인 견해표명이 이뤄지며 국토계획법상 각종 도시계획적 수단들에 의한다.

'건축물을 지어도 좋다'는 것은 무엇을, 어떠한 요소들을 가지고 판단하는 것인가? 개발행위허가지침에서는 토지형질변경허가의 기준으로 입지기준(3-4-1), 부지조성기준(3-4-2), 환경 및 경관기준(3-4-3), 방재기준(3-4-4) 등을 나열하고 있다. 즉 '건축물을 지어도 좋다'고 결정하기 위해서는 기반시설이나 주변경관 등에 비추어 건축물을 지을만한 땅이라는 요건이 갖춰져야 한다. 이렇게 보면 상수도관이 연결되어 있고, 인근에 녹지나 공원도 충분하며, 사방에 다 건축물들이 들어서있다면, 공터인 편평한 토지에 건축물이 들어서지 않을 이유가 사실상 없다고 느낄지도 모른다. 그럼에도 불구하고 이러한 토지에 건축허용성이 부여되지 않을 수도 있다. 단적으로 말하면 건축허용성은 도시계획에 의하여 정해져야 할 내용이기 때문에 행정청의 강력한 계획재량이 작용한다. 도시를 설계하는 행정청이 재량을 가지고 공간 형성의 주도권(Initiative)을 쥐게 된다는 점은 상론한 바와 같다.

---

109) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 220면.

관념적으로는 해당 토지에 관하여 건축허가요건이 정해지기 이전에 건축허용성이 부여되어 있어야 한다. 논리적으로 '건축행위를 할 수 있는 곳'에서라야 비로소 '건축행위의 구체적인 내용'을 논할 수 있기 때문이다. 그렇다면 정상적인 상황에서는 건축허가요건을 정하여 공시하는 도시계획 수립행위 자체에 해당 토지에서 건축행위가 가능하다는 소관행정청의 판단이 묵시적으로 포함되어 있어야 한다. 건축단위와 건축허용성은 건축허가요건을 정하는 선결적 문제로서 그 자체로 도시계획의 내용이 되기 때문이다. 그러나 이러한 구분이 명확한 것만은 아니다. 우리 법제상 건축허용성의 부여는 건축허가요건과 동시에 일어나거나, 도리어 건축허가요건의 일부가 건축허용성 부여에 시간적으로 앞서서 정해지기도 한다. 예컨대 용도지역제 도시계획은 용적률 등 해당 토지에서의 건축허가요건을 정하지만, 건축허용성은 용도지역제 도시계획만으로는 규율되지 못한다. 이 때는 건축허용성이 반드시 건축허가요건에 선행한다고 볼 수만은 없게 되는 것이다.

이러한 괴리는 우리 법제가 다종다양한 도시계획의 종류를 지니고 있기 때문에 발생한다.[110] 건축허용성이 건축허가요건에 앞서서 정해져야 하는 문제인 것은 맞지만, 이를 규율하는 도시계획이 제 역할을 다 하지 못한 결과 도리어 양자의 순서가 역행하는 문제가 발생하는 것이다. 때문에 용도지역이 설정된 기성시가지에서 지목이 대가 아닌 필지가 있다면, 이미 건축허가요건이 개략적으로 정해진 이후 비로소 '건축행위를 하여도 되는지' 여부에 관한 행정청의 심사가 이루어지는 상황이 나타나게 된다.

여기에서 한 가지 의문이 제기될 수 있다. 용도지역제 도시계획이 수립되었다는 사실 자체만으로도 이미 도시계획가가 해당토지에 대해 건축허용성을 부여하였다고 볼 수 있는 것은 아닌가라는 의문이다. 용도지

110) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 221면.

역의 정의 자체에는 토지의 이용, 건축물의 용도, 건폐율, 용적률, 높이 등에 관한 내용이 포함되어 있다.[111] 도시지역으로서 녹지지역 이외의 용도지역이 설정된 곳이라면 그 안의 토지들에는 해당 용도의 건축물이 등장할 수 있다는 도시계획가의 의사가 들어가 있는 것이 아닌지 충분히 고민해볼 수 있는 것이다. 이런 의문은 건축허용성의 개념적 층위의 설정과 관련된 문제다. 건축허용성은 어디까지나 건축단위를 전제로 한 개념이다. 건축단위가 획정되지 않았다면, 당연히 건축허용성도 판단된 바 없다. 건축법이 건축행위의 요건을 규율함에 있어 추상적으로나마 1필지 1대지 원칙을 선언해놓았다 하더라도, 그 자체로는 건축단위를 구획하지 못한다. 건축단위는 어디까지나 도시계획가의 판단영역이다. 필지단위가 건축단위로 기능하게 된다고 하더라도 이는 건축법이 규율해놓았기 때문이 아니라, 개발행위허가를 발급하면서 도시계획가 혹은 소관행정청이 이를 '받아들였기 때문'에 가능한 것이다. 이러한 '받아들이는 때'에 이르러 비로소 건축허용성도 함께 판단·부여될 수 있다. 용도지역제 도시계획이 수립되었다는 사실만으로 그로써 건축단위나 건축허용성이 정해졌다고 볼 수는 없는 것이다. 요컨대 개별 토지단위로 각각의 건축허용성이 확정되어야 한다.[112]

종합하면 건축허용성의 부여는 특정성을 지니는 것이어야 한다. 건축허용성은 '개별' 건축단위에 대한 행정청의 견해표명이다. 그렇다면 후술할 지구단위계획을 수립하여 일단(一團)의 토지에 대해 건축허용성을 부여한다고 하더라도, 이는 개별 건축단위에 대한 건축허용성 판단이 분량적으로 합쳐진 것의 의미를 지닌다.

## Ⅱ. 건축허용성의 부여

### 1. 지구단위계획

111) 국토계획법 제2조 제15호.
112) 김종보, 「토지형질변경허가의 법적성질」, 행정판례연구XI, 2006, 398면.

지구단위계획 관련 조문이 건축허용성에 관하여 명시적으로 언급하고 있는 바는 없다. 때문에 지구단위계획이 수립된 지역에서도 개별필지단위의 건축허용성은 미정인 상태로 남아있는 것이라 볼 수도 있다.[113] 한국 지구단위계획의 모델이 되었던 독일의 Bebauungsplans(B-Plan)가 개별필지단위의 건축가능성(überbaubaren Grundstücksflächen)을 그 내용으로 하는 것[114]과는 대조적으로, 한국의 지구단위계획은 법률상 그 내용으로서 (i) 획정된 토지 단위에 대한 (ii) 건축가능성을 명시적으로 요구하고 있지는 않다.[115] 물론 이는 양 법제 체계의 차이에서 기인하는 것이다. 독일의 B-Plan은 애당초 건축단위를 전제하고 있는 반면, 우리 도시계획법제는 이를 지칭하는 표현을 사용하고 있지는 않다. 독일의 B-Plan은 획정된 건축단위(Grundstücksflächen)에 건축이 가능한지 여부(die überbaubaren und die nicht überbaubaren)를 판단할 수 있지만, 우리는 양자가 뒤섞이면서 다소 뜬금없이 건축선이나 건축허가요건, 일단의 토지의 조성계획 등의 용어가 지구단위계획의 내용에서 튀어나오게 된 것이다.

그러나 얽힌 실타래를 풀어보면 우리 법제가 의도했던 바가 어느 정도 드러나게 된다. 국토계획법 제52조 제1항 제5호는 건축물의 배치나 건축선 등을 지구단위계획의 내용으로 하고 있다. 이 때 건축선의 개념은 국

---

113) 김종보, 토지형질변경허가의 법적 성질, 행정판례연구XI, 2006, 400면.

114) 독일 Baugesetzbuch (BauGB) § 9 Inhalt des Bebauungsplans

(1) Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:

1. 생략.

2. die Bauweise, die überbaubaren und die nicht überbaubaren Grundstücksflächen sowie die Stellung der baulichen Anlagen;

이하 생략.

115) 국토계획법 제52조(지구단위계획의 내용) 제1항 제1 내지 8호에서 그나마 überbaubaren Grundstücksflächen(영문으로 번역하면 buildable land area 혹은 buildable piece of land)의 기능과 유사할 수 있는 문언을 찾는다면 「3. 도로로 둘러싸인 일단의 지역 또는 계획적인 개발·정비를 위하여 구획된 일단의 토지의 규모와 조성계획」이나 「5. 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획」정도가 있을 수 있겠다.

토계획법이 독자적으로 규율하고 있지 않으므로 전적으로 건축법의 정의에 따를 수밖에 없다. 건축법 제46조 제1항은 「도로와 접한 부분에 건축물을 건축할 수 있는 선」을 건축선이라 하면서 이를 원칙적으로 대지와 도로의 경계선으로 하고 있다. 대지의 건축단위로서의 기능을 고려한다면 건축선은 건축단위를 획정하는 선이 된다고 보아야 한다. 이를 전제로 이들을 묶은 일단의 토지들에 관한 조성계획을 수립하는 것, 개별 건축단위에서의 건축물의 배치·형태를 정하는 것 등은 해당 토지에 건축이 가능하다는 행정청의 견해표명에 해당한다고 볼 수 있다. 그렇다면 현행 법률 문언의 해석상으로도 지구단위계획은 건축허용성을 '부여' 하는 의미를 지닐 수 있는 것이다.

결국 현행법의 해석론상으로도 도시계획은 건축허용성 부여 권능을 지니고 있다. 지구단위계획이 기성시가지에서 이와 같은 권능을 행사하지 못하는 것처럼 보이는 이유는 현실과 타협했기 때문이다. 지목은 단지 건축허용성을 반영하는 기능을 할 뿐이므로, 비록 지목이 대라 할지라도 건축허용성이 부여된 바 없는 기성시가지의 토지에 대해 행정청은 원한다면 얼마든지 적극적으로 건축허용성에 대한 판단을 할 수 있다. 다만 토지소유자들의 강한 반발이 예상되고, 기존의 법 현실을 모조리 부정할 수만은 없기 때문에, 행정청이 위와 같은 적극적인 판단에 나서지 않는 것일 뿐이다. 반면 이와 같은 문제가 없는 신도시에서는 지구단위계획은 정상적으로 건축허용성 부여의 기능을 한다. 신도시가 도시계획사업으로 형성되는 과정에서 지구단위계획이 수립되고, 추후 행정청은 도시계획변경 과정에서 건축허용성이 판단되지 않았던 토지에 대해 건축허용성을 부여할 수 있게 된다.

다만 국토계획법은 제52조 제1항 각호의 내용 중 제2호와 제4호의 사항을 포함한 둘 이상의 사항이 포함되어야 한다고 할 뿐, 건축허용성과 관련된 제3호 및 제5호를 필수적인 내용으로 하고 있지 않다. 때문에 여전히 모든 지구단위계획이 건축허용성을 부여하는 기능을 한다고 일률적

으로 말할 수는 없다.

## 2. 도시계획사업

도시계획사업은 도시관리계획을 시행하기 위한 사업으로 도시계획시설사업이나, 도시개발법에 따른 도시개발사업, 도시 및 주거환경정비법에 따른 정비사업 등을 말한다.[116] 도시계획사업은 대체적으로 주택단지 조성이나 신도시 개발을 지칭하는 개념이다.[117] 도시계획시설사업은 기반시설을 설치하는 사업을 의미하는데 기반시설은 도로, 녹지, 항만 같은 것을 제외하고는 대체로 건축허용성이 전제되어야 하는 것들이다. 도시개발사업은 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등의 기능이 있는 단지 또는 시가지를 조성하는 사업으로[118] 주로 주택단지와 같은 시가지의 조성에 초점이 맞춰져 있어 건축허용성이 연관될 수밖에 없다. 정비사업은 재개발, 재건축으로 아파트가 등장하는 사업인 바 역시 건축허용성의 부여와 연관된다.

종류를 불문하고 도시계획사업들은 대상 토지 전체의 이용 등에 관한 토지이용계획을 포함한다. 이는 대상지역의 건축단위를 획정하고, 건축허용성을 부여하는 역할을 한다.[119] 예컨대 신도시에서의 택지개발사업은 택지를 구획하고 개별 택지에 건축허용성을 부여하여 지목을 전, 답 등에서 대로 변화시킨다. 도시계획사업은 그 자체로 도시관리계획을 전제로 하므로, 기존의 도시계획을 변경시키거나 새로운 도시계획을 형성하게 된다. 기성시가지에서의 도시계획사업이 전자에 해당한다면(구획정리사업, 주택지조성사업 등), 신시가지를 건설하는 도시계획사업은 후자

116) 국토계획법 제2조 제11호.
117) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 227면.
118) 도시개발법 제2조 제1항 제2호.
119) 김종보, 「건축허용성의 부여와 반영」, 서울대학교 법학 제53권 제3호, 2012. 9, 156면. 도시계획시설사업의 경우 국토계획법 제88조 제1항 및 제5항, 동법 시행령 제97조 등에서 실시계획의 내용으로서 도시계획시설의 면적이나 도면 등이 요구된다. 도시개발사업의 경우 도시개발법 제5조 제1항 제7호 '토지이용계획', 정비사업의 경우 도시 및 주거환경정비법 제30조 제1호 '토지이용계획'이 각 요구된다.

에 해당한다(택지개발사업).[120]

## 3. 개발행위허가(토지형질변경허가)

### 가. 의의

개발행위허가 중 토지형질변경허가 또한 건축허용성을 부여하는 역할을 한다. 전술한 바와 같이 형질변경은 성질변경과 형상변경으로 구분된다. 이 중에서 성질변경은 토지의 개발가능성을 판단하여 그 토지의 법적 성질·지위를 변경하는 역할을 한다. 현행 국토계획법 시행령 제51조 제1항 제3호가 모법의 위임을 벗어나 형질변경을 형상변경으로 축소 규정하고 있는 것의 문제점은 앞서 익히 검토한 바와 같다. 그럼에도 불구하고 현행 법제 하에서 토지형질변경허가가 성질변경으로 이해될 수 있는, 즉 건축허용성을 부여하는 역할을 한다고 볼 수 있는 실정법적 근거는 무엇인가?

용도지역제 도시계획이 수립된 기성시가지에서 대지의 외형을 갖추어 평평하지만 지목이 전, 답 등인 토지가 있다고 하자. 실무상 이 토지에 건축허가를 받기 위해서는 지목을 대로 바꾸는 것이 선행되어야 한다. 본래 지목은 토지의 용도를 '반영'한 것에 지나지 않지만[121], 건축허가를 발급하는 행정청은 이를 어떤 식으로든 건축허용성이 부여된 사실이 전제되어 지목으로서 나타난 것으로 인식하기 때문이다. 지목변경은 측량지적법 제81조에 의해 규율되는데, 대통령령이 정하는 일정한 사유가 발생하는 경우 지목변경을 신청하도록 토지소유자에게 신청의무를 부과하고 있다. 지목이 용도를 의미하는 이상 지목의 변경은 토지 이용관계의 변동을 의미할 것인데, 이는 도시계획적 판단을 전제로 하는 것이

120) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 228면 참조.
121) 측량지적법 제2조 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
24. "지목"이란 토지의 주된 용도에 따라 토지의 종류를 구분하여 지적공부에 등록한 것을 말한다.

어야 한다. 대통령령에서 나열된 것들은 지극히 도시계획적 사유들이다. 여기에서 개발행위허가(토지형질변경허가)가 등장하고(측량지적법 시행령 제67조 제1항 제1호), 다소 포괄적인 사유로서 '토지나 건축물의 용도가 변경된 경우'가 제시되며(동항 제2호), 도시개발사업상 토지이동이 제시된다(동항 제3호).

문언상 측량지적법 제81조에게는 스스로 새로운 법적 지위를 창출할 수 있는 권능이 없다. 사후적으로 다른 권능에 의해 창설·형성·변경되는 토지에 관한 법적 지위들을 지적공부에 반영할 뿐인 것이다. 때문에 측량지적법 제81조는 반영할 대상들을 법률에 유보시키지 않고 전적으로 하위법령에 위임하는 형태를 취하고 있다. 그렇다면 동법 시행령은 나열하는 행위들이 토지 용도의 변경에 관한 형성적 권능을 지닌다는 것을 자인(自認)해주는 것에 불과하다. 이에 따라 우리 법제가 형질변경허가가 토지 용도에 직접적인 영향을 주는 것임을, 곧 건축허용성을 판단하여 토지의 이용가능성을 증대시키는 행정행위임을 인정할 수 있는 것이다.

### 나. 다른 수단들과의 관계

위에서 논의한 지구단위계획이나 도시계획사업은 모두 도시계획을 수립하거나 변경하는 차원의 수단이라는 공통점이 있다. 지구단위계획은 그 자체로 도시관리계획(국토계획법 제2조 제4호)이고, 도시계획사업에서의 실시계획이나 토지이용계획 등도 도시관리계획을 변경할 수 있는 힘을 가진다. 요컨대 양자 모두 도시계획 차원에서 건축허용성을 부여하는 것이다.

반면 개발행위허가(토지형질변경허가)는 도시계획이 수립된 곳을 전제로 하여, 이를 변경하지 않고 개별 토지에 관해 건축허용성을 부여하는 행정행위라는 특징이 있다. 토지형질변경허가는 도시관리계획의 내용에 어긋나지 않을 것으로 요건으로 하므로(국토계획법 제58조 제1항 제2호),

도시관리계획에서 건축허용성을 부여하고 있는 지역에서는 토지형질변경허가는 형상변경 이상의 의미를 지닐 수 없다. 즉 전술한 수단들은 행정계획(Plannung, Plan)인 반면, 토지형질변경허가는 행정계획의 내용에 구속되는 개별적 행정행위(Verwaltungsakt)이다. 따라서 양자는 규율의 개별성, 추상성에 있어서 차이가 있다. 여러 건축단위들을 일단으로 묶어 각 건축허용성을 부여하는 것이 도시계획의 수립・변경이라면, 도시계획가가 아직 개발가능성을 판단하지 않은 곳에서 마지막 순간에 보충적으로 개입하여 건축허용성을 개별적으로 판단해주는 것이 토지형질변경허가이다. 이에 관하여는 제5장에서 보다 더 자세히 서술하기로 한다.

### 다. 성질변경과 형상변경의 관계

전술한 바와 같이 토지형질변경은 성질변경과 형상변경으로 구분될 수 있다. 형상변경은 토지에 대한 물리적인 변화를 의미하고, 이는 절토, 성토 등을 통해 토지를 외형상 대지화 하는 것을 말한다. 건축이 가능한 토지로 법적 성질・지위를 변경하는 것(즉 건축허용성의 부여)이 성질변경의 의미임을 고려하면, 순서상 형상변경이 선행한 뒤에 성질변경이 이뤄져야하는 것은 아닌지 의문이 생길 수 있다. 그러나 현실적으로는 성질변경과 같은 건축허용성의 부여가 먼저 이루어지기도 한다. 이는 법적 효력에 있어서 성질변경이 형상변경에 우선하기 때문이다.

생각해보면 절토, 성토, 정지 등 형상변경의 검토 기준이 되는 경사도, 임상도, 표고 등의 요소도 해당 토지에 건축이 가능한지를 도시계획적으로 판단함에 있어 고려사항이 될 수밖에 없다. 경사도와 임상도 등이 심각하게 고려되고 있는 곳이라면 구릉지나 산에 해당한다 할 것인데, 구릉지나 산의 존재 자체가 도시계획가의 판단에 사실적으로 영향을 줄 수 있는 요소이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 도시계획가는 법에 근거하여 구릉지나 산을 없앨 수 있는 권능을 갖고 있다. 때문에 성질변경이 허가되는 등으로 이미 건축허용성이 부여된 곳이라면 도시계획가가 해당

토지를 평평하게 대지화(垈地化)하려는 의지를 표명한 것이기 때문에, 이후 행정청이 경사도 등이 대지화하기에 적합하지 않다는 이유로 형상변경을 불허가하지 못한다고 보아야 한다. 요컨대 법적 효력의 강도에 있어서 성질변경은 형상변경에 비해 우위에 놓인다.

### 라. 적용의 범위

일정한 경우에 개발행위허가는 건축허용성 부여의 기능을 할 수 없다. 개발행위허가의 제한지역으로 지정되는 경우 허가권자는 개발행위허가를 발급할 수 없다. 국토계획법 제63조 제1항은 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 보전의 필요성이나 오염 등의 우려가 있을 경우 3년 이내의 기간으로 개발행위허가를 제한할 수 있다고 한다.

참고로 동법 제64조는 건축허용성과는 관련이 없다. 동조는 도시·군계획시설 부지에서의 개발행위를 제한하고 있는데, 해당 도시·군계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 허가할 수 없도록 하고 있다. 이는 개발행위 중 건축행위를 할 수 없도록 하는 것으로, 건축허용성 부여를 제한하는 것과는 관련이 없다. 도시·군계획시설 부지로 지정되었다는 것 자체가 이미 건축허용성은 부여되었다는 사실을 의미하기 때문이다.

## 4. 소결 ; 건축허용성 개념의 효용

우리 법제상 건축허용성을 부여하는 행위의 '명칭'은 일률적이지 않다. 지목을 대(垈)로 바꿀 수 있게 하는 행위가 실무상 건축허용성을 부여하는 행위로 이해되는가하면, 지구단위계획에서는 건축허용성의 부여 및 반영에 있어 독자적으로 각종 '용지'라는 용어를 사용한다. 예컨대 공공시설용지나 교회용지 등이 대표적이다.[122] 용어와 개념이 정립되지

122) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 236면 참조.

못한 탓에 건축허용성 부여 여부에 관하여 다툼이 야기되기도 한다. 현행 법제 하에서는 행정청이 어떠한 용어를 사용하든 '건축행위가 가능할 것이다'는 의미가 담긴 행위·견해표명을 하였다면 자칫 건축허용성을 부여하는 행위로 오해될 소지가 있다. 반면 건축허용성 부여에 관한 행정청의 분명한 의사표시가 있었음에도 불구하고, 추후 이를 고려하지 않고 거부처분을 하여 문제가 발생하기도 한다.

건축허용성 부여와 전혀 관련 없는 행정행위로 인하여 건축허용성이 이미 판단되었다고 인정하는 판례 사안도 종종 등장한다. 이른바 신뢰보호의 원칙을 타고 건축허용성이 부여된 것과 같은 법적효과가 작출 된 경우이다. 물론 (i) 건축허용성을 부여하였다는 말과, (ii) 부여할 것이라는 신뢰가 형성되어 이에 반하는 처분을 할 수 없다는 말은 다르다. 전자는 확정적으로 건축허용성을 부여하였음을 나타내는 말이지만, 후자에서는 아직 건축허용성이 부여되지 않은 상황을 지칭한다. 그러나 이러한 구분이 보다 확실해지려면 건축허용성의 부여 수단이 되는 행정행위의 양태가 법률상 명확해야 한다. 그렇지 않으면 건축허용성을 부여하는 행위와, 부여할 것이라는 신뢰를 형성하는 행위 사이의 경계는 모호해질 수밖에 없다. 어차피 정형화된 수단이 없기 때문이다. 그 결과 우리 법제가 침묵하는 곳에서, 법이 예비하고 있는 방법 외적으로 건축허용성이 판단되는 현상을 방관할 여지가 생긴다.

일례로 용도지역이 녹지지역으로 지목이 답(畓)인 토지에 관하여 종교회관 건립을 이용목적으로 하는 토지거래계약의 허가를 받으면서 담당공무원이 '관련 법규상 건축이 허용된다'고 한 것을 신뢰하고 건축준비 및 토지형질변경허가신청에 나아갔으나, 행정청이 불허가처분을 한 사건이 있었다. 이에 대해 대법원은 불허가처분을 취소하였다.[123] 판결 이유를 보면 ① "이 사건 토지거래계약의 허가와 같이 그 이용목적이 토지형질변경을 거쳐 건축물을 건축하는 것인 경우 그러한 이용목적이 관계

123) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결.

법령상 허용되는 것인지를 개별적·구체적으로 검토하여 그것이 가능할 경우에만 거래계약허가를 하여 주도록 하는 것이 당시 피고 시청의 실무처리관행”이라는 사실과 ② “(원고가) 허가담당공무원으로부터 이용목적대로 토지를 이용하겠다는 각서까지 제출할 것을 요구받아 이를 제출한” 사실이 주요하게 고려된 것으로 보인다. 즉 어떠한 행정행위의 발급과정에서 건축허용성에 관한 판단이 행정청 내부적으로 행하여진 바 있었다고 보는 것이다. 대법원의 설시에서 조차, 과연 형질변경허가를 거부한 것이 신뢰에 반하기 때문인지, 아니면 이미 다른 행정행위에 의하여 건축허용성이 부여되었기 때문인지 불분명하다.

건축허용성의 개념과 이를 부여하는 용어가 정립되지 못한 이상, 개발행위허가 단계에서 행정청의 도시계획적 재량권을 부당히 제한할 소지가 생긴다. 건축허용성이 미리 판단되었다고 볼 가능성이 커지기 때문이다. 위 판례에서도 ‘건축으로 이용하는 경우’라 하여 토지의 이용방향에 관한 판단이 토지형질변경허가의 중요한 부분임을 인식하고 있다. 그럼에도 이에 관한 용어가 불통일 되었기에 심지어 토지거래허가 과정에서도 이를 판단할 수 있는 것처럼 오인해버리는 실수를 저질렀다. 추상적으로나마 건축허용성이라는 것이 건축으로 나아가는 중에 언젠가는 판단되어야 함을 인정하면서도, 법문과 판례는 여전히 그것이 정확하게 어느 단계에서 판단되는 것인지를 정립하지 못하였다.

반대로 이미 건축허용성이 부여되었음에도 불구하고 행정청이 토지형질변경허가를 거부한 사례도 있었다. 주택지조성사업이 시행되어 지목도 대인 토지에 대해 건축허가를 거부한 판례 사안이었다. 대법원은 해당 토지가 국립공원에 인접하였다는 이유로 구 토지의형질변경등행위허가기준등에관한규칙상 ‘공공목적상 원형유지의 필요가 있는 지역’에 해당한다고 하여 형질변경이 금지된다고 보았다. 이를 이유로 형질변경이 의제되는 건축허가를 거부한 처분을 정당하다고 본 것이다.[124] 주택지조성

124) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결.

사업은 택지를 조성하는 사업이다. 그로인해 구획되어 지목까지 대로 변경되었다면 이는 건축허용성이 이미 부여된 토지로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 행정청은 건축허용성이 부여되지 않았음을 전제로 하여 건축허가를 거부하였던 것이다. 건축허용성 부여에 관한 용어가 통일되지 못한 현 상황에서, 여전히 행정청조차도 스스로의 행위가 건축허용성을 부여하는 의미를 갖는지 이해하지 못한 일례라고 할 수 있겠다.

결국 이러한 문제는 도시계획이 규율해야 할 가장 핵심적 요소 중 하나인 건축허용성의 중요성에도 불구하고, 이를 명시적으로 고려하지 않고 있는 국토계획법의 입법태도에서 기인한다. 이 때문에 건축허용성의 부여는 도시계획의 여러 단계·여러 층위·여러 법률에서 산발적으로 등장하고 있다. 건축단위나 건축허가요건과 동등하고 독자적인 개념으로서 취급되어야 할 건축허용성이 건축허가요건을 정하는 것에 수반하여 정해지거나, 혹은 아예 이에 대한 판단을 누락한 채 각 단계의 규율이 행해지는 상황이 벌어지고 있는 것이다. 대법원이 토지형질변경에 관한 위 사례에서 심지어 '토지거래허가'를 발급할 때에도 건축허용성의 심사가 이뤄질 수 있는 듯 보았던 것도 비슷한 맥락이다.[125] 결론적으로 이는 건축허용성의 부여를 도시계획의 내용으로 적시함으로서 해결될 수 있고, 또 그렇게 해결되어야 한다. 그러나 이를 위해서는 각종 도시계획들의 내용 및 역할들을 재정립해야 하는데, 지구단위계획의 수립이 필요적으로 요구되지도 않고 용도지역제 도시계획처럼 건축허용성과 무관한 도시계획만이 수립된 지역이 대다수인 우리의 현실을 고려하면 그저 요원한 바람일 뿐이다.

## Ⅲ. 건축허용성의 반영

### 1. 도시계획에의 반영

125) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결.

원칙적으로 건축허용성이 부여된 사실은 도시계획의 내용을 이루는 것인바, 도시계획 그 자체에 반영되어야 한다.[126] 따라서 지구단위계획이 수립되어 있는 경우라면 국토계획법 제52조 제1항 제3호에 의하여 지구단위계획의 내용으로 반영되도록 하는 것이 이상적이다. 지구단위계획에서는 단독주택용지・종교시설용지 등의 명칭으로 건축허용성이 부여되었다는 사실이 반영된다.[127]

그러나 현실적으로 지구단위계획이 수립된 지역에서는 이미 지구단위계획이 건축허용성에 관한 판단을 담고 있을 것인바, 개발행위허가가 건축허용성 부여의 수단으로 활용될 필요가 없어서 문제가 된다. 더불어 개발행위허가가 실질적으로 '필지단위의 도시계획'과 같은 역할을 한다고 하더라도, 그 형식은 어디까지나 행정행위이므로 그것의 발급이 곧바로 행정계획 내용의 변동을 가져온다고 추론하기도 어렵다. 국토계획법 제50조에 의하여 지구단위계획은 도시・군관리계획 '결정'으로서 효력을 발하게 되는 것이므로, 개발행위허가의 발급이 도시계획결정의 지위를 갖는다고 볼 수는 없기 때문이다.

## 2. 지목변경

현실적으로 지구단위계획이 수립되지 않은 곳에서 건축허용성이 부여되었다는 사실은 지목변경에 의해 반영되는 것으로 인식된다. 용도지역제 도시계획에는 건축허용성이 부여되었다는 사실을 기록할 방법이 없고[128], 어차피 측량지적법상 지목변경신청이 의무적이기 때문인 것으로 보인다.[129] 그 결과 지목이 '대(垈)'로 변경되게 된다. 이 때 '대'란

126) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 238면 내지 239면 참조.
127) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 236면 참조.
128) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 239면.
129) 측량지적법 제81조는 일정한 경우 「지목변경을 신청하여야 한다.」라고 하고 있고, 그 사유에 관해 동법 시행령 제67조 제1항 제1호에서는 국토계획법상 토지형질변경이 준공된 경우를 규정하고 있다. 따라서 형질변경허가를 받고 이를 완료한 후에는 지목변경의 신청을 의무적으로 하여야 하는 것이다.

건축물의 부지[130] 혹은 국토계획법 등에 따른 택지조성공사가 준공된 토지를 말한다(측량지적법 시행령 제58조 제8호). 역으로 지목이 대인지 여부는 실무상 건축허용성이 이미 부여되어 있는지를 판단함에 있어 결정적 기준이 된다.[131]

그러나 측량지적법상 지적공부란 '지적측량 등을 통하여 조사된 토지의 표시와 해당 토지의 소유자 등을 기록한 대장 및 도면'을 말하는 것인바, 이는 기본적으로 토지의 현황과 소유관계를 기록한 것으로 사법(私法)적 성격을 지닌다. 건축허용성 부여는 토지의 공법적 규율에 관한 변동을 의미하므로 지적공부 자체의 성격이나 목적과는 맞지 않다.

130) 더 자세히는 측량지적법 시행령 제58조 제8호 가목은 영구적 건축물 중 주거·사무실·점포와 박물관·극장·미술관 등 문화시설과 이에 접속된 정원 및 부속시설물의 부지를 대라 한다.

131) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 239면 참조.

# 제 4 장 건축단위와 개발행위허가

## 제 1 절 건축단위의 의의

### I. 도시계획과 건축단위

#### 1. 도시계획의 요소

국토계획법에서는 도시계획의 종류를 나열하고 있을 뿐, 도시계획 그 자체를 적극적으로 정의하지 않고 있다.[132] 그러나 국토계획법의 취지와 조문들을 체계적으로 해석할 때, 도시계획은 '도시 내 토지의 합리적 이용을 위해 용도지역 및 기반시설과 건축단위를 설정하며, 각 건축단위의 허용성 및 건축허가요건을 정하는 행정계획'이라 정의될 수 있다.[133] 이 때 도시 내 토지의 합리적 이용이라 함은 근본적으로 건축물의 등장과 밀접불가분의 관계에 있다. 도시 내 건축물의 숫자, 규모, 용도 등을 합리적으로 조절하기 위해서는 일단의 토지들에 대하여 그곳에 등장할 건축물의 용도를 설정하고, 개별 건축물이 등장할 토지의 단위를 정하며, 그 토지에 건축물이 등장해도 되는지 여부를 판단해주고, 구체적인 규모 등에 관한 요건을 미리 정해두어야 한다.[134] 이상의 요소들이

---

132) 국토계획법이 도시계획을 도시설계나 도시통제를 위한 공학적 수단으로 설명하고 있을 뿐, 그 법적인 의미에 관하여는 정의하지 않고 있는 점에 대하여 비판적으로 접근할 필요가 있다. 도시계획은 구속력 있는 행정계획으로써 그 한계와 법적 성질이 명확히 규명될 필요가 있으나, 현재의 국토계획법의 입법형식으로는 이와 같은 점은 해석론적으로 규명될 수밖에 없는 것이 현실이다. 상론한 비판에 대해서는 김종보, 「도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌」, 행정법이론실무학회, 행정법연구 16, 2006. 10, 57 내지 58면을 참조하라.

133) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 196면에서 직접인용.

134) 물론 전술한 바와 같이 영국의 계획허가제(Planning Permission)에서는 개별 필지에 대한 판단 자체가 도시계획을 확정하는 행위로 기능하기 때문에, 사전에 우리 법제에서와 같은 구속력 있는 도시·군관리계획(국토계획법 제4장)이 수립되어 있을 필요는 없다. 어디까지나 우리 법제는 구속력 있는 행정계획이 선재(先在)하는 상황에서, 그에 맞추어 개별 필지에서의 개발행위(혹은 건축행위)를 통제하는 방식을 예정

갖추어졌을 때 비로소 도시 내 개별 토지에서 건축물들이 계획적으로 등장할 수 있는 것이다.

도시계획의 내용으로써 건축단위란 필지 혹은 주택단위처럼 '건축허가를 발급하는 데에 있어 기준이 되는 토지의 단위'이다.[135] 다시 말해 '건축을 위한 토지단위'가 건축단위이다. 건축법과 국토계획법은 용적률이나 건폐율 등에 있어 일정한 토지의 단위를 기준으로 건축허가요건을 상정하고 있는데[136], 건축단위는 그에 대하여 하나의 기준이 되는 토지의 단위인 것이다. 즉 건축단위는 토지를 '공법적'으로 획정(劃定)하는 의미를 지니므로, 원칙적으로는 국토계획법이 이를 규율하여야 한다. 이론적으로 보면 건축단위는 건축행위가 이루어지기 이전부터 존재해야 하는 것이며, 이는 사전에 도시계획의 내용으로서 규율되어야 함을 의미한다.

## 2. 규율의 필요성

건축단위의 증감은 해당 지역 내의 인구 증감과 관련성을 지니고, 이에 따라 기반시설의 수요에 영향을 준다. 물론 건축단위의 증감이 반드시 일률적으로 인구 증감과 비례관계에 있다고 할 수는 없다. 인구의 증감에는 새로이 등장할 건축단위의 개별 면적, 해당 건축단위에서 법적으로 등장할 수 있는 건축물의 크기 등의 요소들이 복합적으로 작용할 것이기 때문이다. 다만 직관적으로 보더라도, 본래 하나의 단독주택이 등장할 수 있었던 필지에 두 개의 단독주택이 등장할 수 있다고 한다면 교통량의 증가에 따른 도로 확충의 필요성이[137] 대두될 수밖에 없다. 반면

---

하고 있기에, 도시계획의 내용으로서 본문과 같은 내용들이 규율되어야만 한다.

135) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 216면에서 참조.

136) 건축법 제44조(대지와 도로의 관계), 제55조(건축물의 건폐율), 제56조(건축물의 용적률), 제58조(대지 안의 공지), 제60조(건축물의 높이 제한) 및 제61조(일조 등의 확보를 위한 건축물의 높이 제한) 등이 대표적이다.

137) 기반시설의 정의에 관하여는 국토계획법 제2조 제6호가 규정하고 있다. 도로 또한 기반시설에 포함된다.

여러 필지를 하나의 건축단위로 하는 큰 규모의 건축물이 등장한다하더라도 역시 도로나 주차장, 환경기초시설 등 기반시설의 문제를 비켜갈 수는 없게 된다.

## 3. 규율의 수단

도시계획적 수단이 부족했던 종래에 기성시가지에서 건축단위의 증감은 측량지적법상 필지분할에 의하여 규율되어왔다. 일제강점기 이래 일반인의 법 감정상 토지의 단위로 인식되던 유일한 법적 개념은 지적공부에 등록된 필지였다.[138] 기성시가지에서는 이미 존재하던 지적공부상 필지의 형태나 지목을 그대로 용인할 수밖에 없었고, 때문에 도시계획이 적극적인 형성의 기능을 수행할 수는 없었다.[139] 기존 필지의 모양을 적극적으로 변경하는 내용의 도시계획이 수립된다고 한들 구속력을 갖추는 것은 현실적으로 불가능했고[140], 기존의 지목을 부정하면서까지 건축허용성의 판단을 새롭게 하는 것 또한 기성시가지 내 토지에 관한 법적안정성을 해칠 우려가 있었다. 때문에 측량지적법상 필지분할·합병이 후술할 1필지 1대지 원칙과 맞물려 사실상 건축단위를 규율하고 있었던 것

138) '필지'라는 개념은 일제강점기인 1910년대의 토지조사사업의 결과로 처음 등장한 것이다. 1910년대 처음 필지가 획정되었을 때에는 이는 기존의 토지 현황을 확인하는 정도의 의미를 가졌을 뿐이었으나, 이후 건축법과 도시계획법이 제정되면서 사실상 건축단위로서 기능하여 왔다. 이에 관하여는 서철수·지종덕, 『한국의 지적사』, 기문당, 2002. 148면 이하 ; 김종보, 「도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌」, 행정법이론실무학회, 행정법연구 16, 2006. 10, 63면 이하를 참조하라.

139) 김종보, 「도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌」, 행정법이론실무학회, 행정법연구 16, 2006. 10, 60면.

140) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결(이른바 '삼각아파트 사건') 참조. 이 판결에서는 필지의 경계와 지구단위계획상의 용도 구분의 경계가 다른 상황에서, 용산구청은 한국전력공사가 기존 필지의 경계를 대지의 경계로 하여 신청한 건축허가신청을 지구단위계획의 결정취지에 부합되지 아니한다는 이유로 반려하였다. 이에 대하여 대법원은 "건축허가권자는 지구단위계획구역 안에서의 건축이 그 지구단위계획에 적합하지 아니한 경우 그 건축허가를 거부할 수 있다."고 하면서도 "지구단위계획에 의해 지적의 경계와 용도구분에 의한 경계가 달라지게 되었다 하더라도 그 지구단위계획의 내용이나 취지가, 각 지정된 용도에 맞추어 건축물을 건축하거나 건축물의 용도를 변경하라는 범위를 넘어서, 토지소유자에게 부정형으로 되어 있는 지적 경계를 지구단위계획에서 정한 장방형의 용도구분의 경계와 일치시켜야 한다거나 기타 사용권의 취득을 강제하는 것이라고 볼 수는 없다."고 하였다(밑줄 필자).

이다.[141]

현재 국토계획법이 예비하고 있는 도시계획적 수단 중에서 건축단위를 규율할 수 있는 가장 세밀한 수단은 국토계획법 제49조 이하의 지구단위계획이다. 지구단위계획은 '도로로 둘러싸인 일단의 지역' 혹은 정비구역 등에 대하여 그 규모나 조성계획을 그 내용으로 한다.[142] 더불어 지구단위계획은 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선 등도 그 내용으로 하여 개별 건축단위에 등장하게 될 건축물의 규모나 용도에 까지도 관여한다.[143] 2000. 1. 28. 개정으로 인하여 획지의 의미가 '계획적 개발 또는 정비를 위하여 구획된 일단의 토지'로 한정되면서 문리적인 의미가 퇴색되었지만, 여전히 지구단위계획은 신시가지 지역 등에서 건축단위에 강력한 영향력을 행사하고 있다.

용도지역제 도시계획 수준에서는 여전히 건축단위에 대한 고려가 부족한 것이 사실이다. 용도지역제 도시계획은 해당 토지가 속하는 용도지역의 종류에 따라 건폐율이나 용적률을 달리하도록 하는 등의 건축허가요건에 관여하고는 있으나, 해당 요건이 적용될 건축단위의 획정에는 관여하지 않고 있다.[144] 때문에 기성시가지와 같이 용도지역제 도시계획만이 수립되었거나, 지구단위계획이 있다고 하더라도 사실상 구속력을 가지지 못하는 곳에서는 여전히 측량지적법상 필지단위가 건축단위로 인식되고 있다. 그 외에는 용도지역제 도시계획이 건축단위에 대하여 직접적으로 규율할 수 있는 법률상의 근거는 존재하지 않는다.

---

141) 구 측량지적법(2008. 2. 29. 법률 제8853호로 개정되어 2009. 6. 9. 폐지되기 전의 것) 제19조 (분할신청) ① 토지소유자는 토지의 분할을 하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 소관청에 신청하여야 한다.

142) 국토계획법 제52조 제1항 제3호.

143) 국토계획법 제52조 제1항 제5호.

144) 국토계획법 제2조 제15호는 「"용도지역"이란 토지의 이용 및 건축물의 용도, 건폐율(「건축법」 제55조의 건폐율을 말한다. 이하 같다), 용적률(「건축법」 제56조의 용적률을 말한다. 이하 같다), 높이 등을 제한함으로써 토지를 경제적·효율적으로 이용하고 공공복리의 증진을 도모하기 위하여 서로 중복되지 아니하게 도시·군관리계획으로 결정하는 지역을 말한다.」고 하여 용도, 건폐율, 용적률, 높이 등에 관하여면 규율하는 것으로 되어 있다.

이러한 상황에서 개발행위허가는 용도지역제 도시계획의 공백을 메우는 역할을 할 수밖에 없다.[145] 개발행위허가가 허가의 대상으로 삼고 있는 토지분할은 기본적으로 건축단위의 수량을 증가시킴으로서 도시지역에서 토지의 이용관계에 영향을 미친다. 국토계획법이 토지분할을 규제하는 취지에 관하여 대법원은 "무분별하게 개발되는 것을 방지하고 토지이용을 합리적·효율적으로 관리하여 공공복리를 증진하려는 목적을 달성하고자 하는 데 있다"고 해석하여[146], 토지분할에 대한 도시계획적 판단의 필요성을 언급한 바 있다. 대법원이 국토계획법상 토지분할 허가를 재량행위로 보고 있는 것은[147], 토지분할에 도시계획적 판단 - 즉 건축단위에 대한 행정청의 판단이 개입되어야 함을 역설하고 있는 것이라 하겠다. 물론 개발행위허가가 건축단위에 대하여 개입할 수 있는 정도는 일률적이지 않다. 도시계획의 내용을 개발행위허가의 요건으로 하는 이상, 도시계획 차원에서 얼마나 상세히 건축단위에 관한 규율을 하고 있는지 여부에 따라 개발행위허가가 건축단위에 대해 개입할 수 있는 여지가 달라지기 때문이다.

## Ⅱ. 1필지 1대지 원칙 : 건축법상 대지요건

건축법 제2조 제1항 제1호 본문은 「"대지(垈地)"란 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률에 따라 각 필지(筆地)로 나눈 토지를 말한다.」고 하여, 건축허가의 발급 기준에 되는 대지의 단위를 측량지적법상 필지로 정하고 있다. 즉 동호에 따르면 측량지적법상 등기된 필지 단위의 토지에는 원칙적으로 하나의 건축물이 등장할 수 있음이 법적으로 예비된 것

145) 참고로 토지분할은 개발행위허가 중에서도 토지형질변경 다음으로 많은 수를 차지하고 있다. 2011년에는 총 89,209건의 개발행위허가 중 약 29%인 26,587건(면적으로는 256,704,718㎡)이 토지분할이었고, 2012년에는 총 80,635건의 개발행위허가 중 약 30%인 24,280건(면적으로는 279,986,903㎡)이 토지분할이었다. LH, 공간정보처 도시정보부, 『도시계획현황』 참조.

146) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결.

147) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결.

이다. 이를 1필지 1대지 원칙이라고 명명한다.[148] 건축법이 1필지 1대지 원칙을 천명하고 있는 이유는 민사상 토지소유권과 건축허가의 발급을 조화시키기 위함에 있다고 평가된다.[149]

건축법은 이외에도 건축행위를 위한 적정한 대지 규모를 확보하기 위해 토지분할에 대하여 최소 면적의 제한을 정하고 있다. 건축법 제57조 제1항은 「건축물이 있는 대지는 대통령령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 면적에 못 미치게 분할할 수 없다.」고 하고 있고, 동법 시행령 제80조는 용도지역별로 대지의 최소 면적을 정하고 있다. 즉 건축법 해당 조항은 1필지 1대지 원칙에 따라 건축단위로서 작용하는 필지의 크기가 지나치게 과소화 되지 않도록 제한을 가하고 있는 조항이라고 하겠다.

148) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 53면.
149) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 53면.

## 제 2 절 토지분할과 건축단위

### I. 개발행위로서 토지분할의 의미

#### 1. 토지분할의 단위

개발행위허가의 대상이 되는 토지의 분할을 규정할 때, 먼저 명확히 하여야 할 것은 분할의 대상이 되는 토지가 무엇인지에 대한 답이다. 토지는 그 특성상 자연적인 경계가 따로 존재하지 않고, 다만 사회적으로 필지 등의 관념을 이용해 소유권의 표창이 되는 단위를 구분한 것이 존재할 뿐이다. 사법(私法)상 토지단위의 대표적인 규범으로서 측량지적법 제2조 제21호는 「필지란 대통령령으로 정하는 바에 따라 구획되는 토지의 등록단위를 말한다」라고 하여 토지의 '등록단위'로서 필지를 정의한다. 측량지적법은 필지별로 지적공부를 편성하도록 하고(측량지적법 제64조 제1항), 필지별 공부에 소유자를 등록하도록 함으로써(측량지적법 제71조 제1항 제5호) 필지가 토지소유권을 표창하는 기본단위가 됨을 직·간접적으로 나타내고 있다. 그렇다면 제기될 수 있는 문제는 과연 이러한 측량지적법상 등록단위인 필지가 국토계획법상 토지분할의 단위가 될 수 있는 것인지 여부이다.

측량지적법상 필지와 국토계획법상 개발행위허가가 조우하는 지점은 측량지적법 제79조(분할신청) 제2항 및 동법 시행령 제65조 제1항 제3호이다. 전자는 1필지의 토지 일부가 '형질변경 등으로 용도가 변경된 경우'에 분할신청의 의무를 부과한다. 후자는 분할을 신청할 수 있는 사유로서 '개발행위허가를 받은 경우'를 정하고 있다. 국토계획법은 명시적으로 토지의 분할이 필지의 분할을 의미하는지 여부에 대하여 언급하지 않는 반면, 측량지적법은 필지분할의 한 종류로서 개발행위허가에 기한 토지분할이 있음을 전제하고 있는 것이다. 다만 측량지적법상 필지분할 조문 스스로는 도시계획적 판단을 할 수 있는 근거를 두고 있지 않

는[150] 반면, 개발행위허가에 관한 국토계획법의 각 조문은 도시계획적 판단을 명시적으로 요구한다는 점에서 양자는 구별된다. 이 때 도시계획의 고도의 공익성·재량성을 고려한다면, 측량지적법상 필지분할이 건축단위에 영향을 미치게 될 때에는 개발행위허가가 선결문제로서 작용하여야 한다.

그러나 1필지 1대지 원칙을 규정한 건축법 제2조 제1항 제1호에 의하면 측량지적법상 필지분할은 어떤 식으로든 건축단위의 증감을 의미할 수밖에 없다. 결국 현행법들의 공백과 흠결 때문에 어쩔 수 없이 개발행위허가가 대상으로 하는 토지분할은 필지의 분할과 '동시적'인 관계에 놓여있게 된다. 하지만 법 문언상으로 개발행위허가는 측량지적법상 필지분할을 할 수 있는 여러가지 상황들 중 하나에 불과하기 때문에, 필연적으로 도시계획적 판단이 일절 이루어지지 않는 건축단위의 분할이 가능하다는 법적 모순이 발생한다. 이는 차라리 1필지 1대지 원칙이 존재하지 않았더라면 생기지 않았을 모순이다.

## 2. 측량지적법상 필지분할과의 관계

현행법의 틀에서 가장 시급한 과제는 측량지적법상 필지분할 중 어느 범위까지 도시계획적 판단을 개입시킬 것인가에 관한 의문을 해소하는 것이다. 이는 곧 개발행위허가와 측량지적법상 필지분할의 관계를 어떻게 설명할 수 있는지와 관련된다. 1필지 1대지 원칙만을 고수한다면 측량지적법상 모든 필지분할에 개발행위허가가 개입되어야 할 것이나, 이는 지금의 법 현실과 맞지 않다.

여론이지만 일본에서는 법 운용상 단순한 토지의 분합필은 개발허가(都市計画法 第二十九条 '開発行為の許可')의 대상으로 하지 않는다고

150) 이러한 점을 의식하여 대법원은 측량지적법상 필지분할의 신청을 심사하는 소관 행정청은 측량지적법에서 규정한 바 이외의 건축법적, 도시계획법적 판단을 하지 못한다고 여러 번 설시한 바 있다. 대법원 1994. 1. 14. 선고 93누19023 판결 등 참조.

소개된다.[151] 그러나 전술한 바와 같이 일본의 도시계획법은 개발행위에 대하여 따로 정의조항을 두고 있고, 해당 조항에서 '건축견련성'과 같은 개념표지가 명확하게 드러난다. 때문에 일본에서 필지분합필은 애당초 건축행위와 다른 영역의 문제일 뿐이다. 건축견련성이 있는 것인지 여부가 중요할 뿐, 외형이 필지분합필인지 여부는 법의 관심사가 아닌 것이다. 우리와 달리 일본 도시계획법은 스스로 '토지의 구획(土地の区画) 변경'이라는 용어를 사용하고 있으며, 일본 건축기준법에서는 1필지 1대지 원칙 같은 것이 존재하지 않는다.[152]

일각에서 주장하는 바처럼, 우리 법의 운용에 있어서도 단순한 필지분할·합병은 개발행위허가의 대상에서 제외하여야 한다는 해석론[153]은 받아들일 수 없다. 일본의 법제와 비교하여, 법적 모순이 존재하는 우리 법제에서는 측량지적법상 필지와 건축단위·대지는 문리적으로 다른 영역의 문제일 수가 없기 때문이다. 정리되지 못한 법제들 사이에서, 도리어 실무는 측량지적법상 필지분할에 대하여 원칙적으로 도시계획적 판단을 포기하는 상황에 처해 있다. 도시지역에서 건축단위의 증가를 초래하는 지목이 '대'인 토지의 분할이 마냥 측량지적법상 필지분할만으로 가능한 것이 우리의 현실이다.[154] 이 때문에 국토계획법 시행령이 명시적으로 토지분할의 허가를 요구하는 때 — 곧 도시지역을 제외한 녹지지역 등에서 토지분할을 할 때에만 도시계획적 판단이 이루어지고 있다.[155] 그리고 이것이 국토계획법이 개입하는 토지분할의 원칙적인 형태인 '형질변경을 수반하는 토지분할'이라 하겠다.

---

151) 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 19면.

152) 일본의 건축기준법은 '부지'라는 용어는 종종 사용하나, 부지 그 자체에 대한 정의는 하지 않고, 그에 관해 도시계획법에 의존하는 형식으로 되어있다. 즉 건축법과 국토계획법의 역할이 정리되지 않은 우리 법제에 비해, 일본 법제는 건축경찰법으로서 건축기준법과 계획법으로서 도시계획법이 잘 분장되어 있는 것이라 볼 수 있겠다. 참고로 일본도 사법(私法)상 토지소유권의 단위로서 '一筆'이라는 용어를 사용한다. 일본 부동산등기법상으로 '地積(지적)'은 1필의 토지의 면적(一筆の土地の面積)을 의미한다.

153) 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 35면.

154) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1870 판결, 대법원 1992. 12. 8. 선고 92누7542 판결 참조.

155) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결 참조.

## 3. 국토계획법 규정에 의한 토지분할의 분류

상론한 바에 따라 국토계획법 규정상 토지분할을 거칠게 분류하면 아래와 같다.

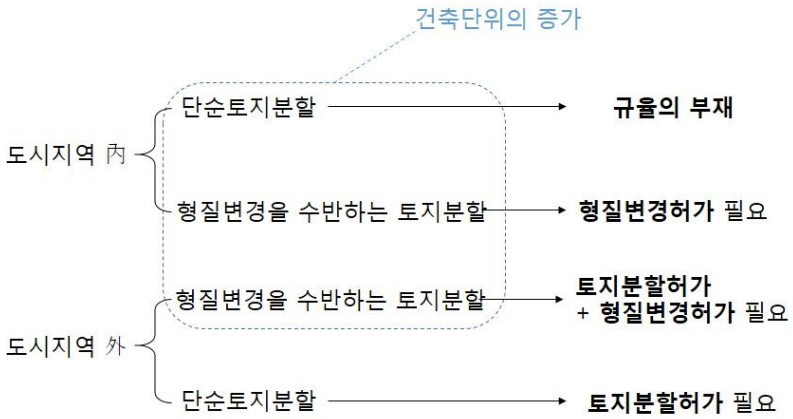


그림 2 - 국토계획법 규정에 의한 토지분할의 분류

우선은 국토계획법 시행령 제51조 제1항 제5호에 따라 도시지역 내 토지분할과 그 외 녹지지역·관리지역·농림지역·자연환경보전지역(이하 '도시지역 외'라고 한다)에서의 토지분할로 분류될 수 있다. 전술한 바와 같이 국토계획법은 도시지역 외 토지분할을 주된 허가의 대상으로 삼고 있다. 정리컨대 국토계획법상 토지분할은 도시지역 내·외에서 각각 형질변경을 수반하는 토지분할과 단순토지분할로 나누어질 수 있으며, 이에 대한 규율은 위 그림과 같다.

# Ⅱ. 형질변경을 수반하는 토지분할

## 1. 의의

형질변경을 수반하는 토지분할이란 토지분할과 동시에 분할되는 토지

의 전부, 혹은 일부에 대한 형상·성질의 변경이 이루어지는 것을 의미한다. 즉 이는 건축단위의 증가와 건축허용성의 부여가 동시에 행해지는 경우이다. 전술한 도시계획의 개념표지와 정의를 고려한다면, 이는 '필지단위의 도시계획'이라는 표현이 가장 어울리는 개발행위라 볼 수 있다.

물론 현행 국토계획법상 도시지역 내에서의 토지분할은 매우 예외적인 경우를 제외하고는 개발행위허가가 간섭하지 않고 있기에, 도시지역 내에서 형질변경을 수반하는 토지분할을 할 경우에는 건축단위 증가에 대한 판단은 이루어지지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 도시지역 내 토지분할이 미치는 도시계획적 영향을 고려한다면 이는 추후 입법론적으로 해소되어야 할 과제이며, 관념적으로는 건축단위의 증가에 관한 판단이 건축허가나, 여타 종류의 개발행위허가의 발급 시 행정청에 의해 사실적으로 함께 이루어지고 있다고 보아야 한다.

단순히 국토계획법 문언에만 따르면 후술할 형질변경을 수반하지 않는 '단순토지분할'이 원칙적인 형태인 것처럼 보인다. 그러나 국토계획법 및 개발행위허가제도의 취지상 국토계획법이 원칙적으로 관심을 보여야 하는 토지분할은 형질변경을 수반하는 토지분할이다. 도시지역 내에서 일어나는 단순토지분할에 대해서 국토계획법은 관심을 두고 있지 않는 반면, 시행령 제51조 제1항 제5호 가목에 의해 녹지지역 등에서 일어나는 토지분할에 대해서 국토계획법은 주된 관심을 두고 있다. 특히 이 때 녹지지역 등에서의 토지분할 중 지목변경이나 형상변경 없이 필지를 분할하는 경우는 도시계획적으로 직접적 통제의 필요성이 거의 존재하지 않는다. 그러나 형질변경이 수반되는 상황이라면 국토계획법이 직접 개입하여 도시계획적인 판단을 할 필요성이 크다. 이외에 동호 나 내지 다목이 매우 작은 규모의 행위를 규율하고 있음을 생각하면, 국토계획법이 규율하는 원칙적인 형태의 개발행위는 다름 아닌 형질변경을 수반하는 토지분할이어야 한다.

## 2. 분할의 요건 : 높은 재량성

형질변경을 수반하는 토지분할에 관한 규정은 「토지분할의 목적이 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경인 경우 그 개발행위가 관계법령에 따라 제한되지 아니할 것」을 요구하는 국토계획법 시행령 별표 1의2에서 발견된다. 토지의 분할과 함께 다른 개발행위가 수반되는 경우, 수반되는 다른 개발행위의 법적인 가부가 토지분할을 심사함에 있어 또 하나의 기준으로 작용하는 것이다. 토지분할이 건축행위와 직접적인 관련성을 가질 때, 건축허용성, 건축허가요건 등의 도시계획적 판단이 동시에 행해져야 한다는 의미이다. 예컨대 지목이 임인 토지를 둘로 분할하면서 한 부분의 지목을 대로 변경하려는 경우와, 단순히 지목이 임인 토지를 분할만 하려는 경우의 심사 기준은 달라져야 한다. 전자에 대하여는 토지의 성질을 변경하는 것이 도시계획적으로 허용되는지 여부, 즉 건축허용성 부여의 문제가 동시에 심사되어야 한다.

법령해석례 중에서는 "녹지지역에 위치하고 있는 1필지인 토지의 일부에 대한 형질변경을 목적으로 토지분할허가와 형질변경허가를 신청한 경우"에 있어, "그 형질변경이 국토계획법 시행령 제55조제1항의 형질변경면적 제한 규정에 저촉되는지 여부는 토지분할을 전제로 실제로 형질변경하려는 그 분할될 필지의 면적을 기준으로 판단해야"[156] 한다고 한 사례가 있다. 단순히 토지분할만이 쟁점이 되는 토지의 부분과, 토지형질변경까지 신청한 부분을 나누어 법적인 요건의 평가를 달리한 것이다.

따라서 형질변경을 수반하는 토지분할을 허가함에 있어서는 행정청의 광범위한 재량이 인정될 수 있다. 이는 토지의 성질을 변경함에 있어서 건축허용성을 부여하는 재량에, 건축단위의 증가라는 도시계획적 판단이

156) 법제처 09-0061, 2009. 4. 2., 관악구 도시계획과.

가지는 재량이 더해진 결과이다.[157] 여기에서 도시계획과 유사한 측면을 발견할 수 있다. 예컨대 10,000㎡의 지목이 임인 필지를 1,000㎡의 10개의 필지로 분할하면서 모두 지목을 대로 변경코자 할 때, 실질적으로 이는 10개의 '택지'를 새로이 조성하는 것과 다를 바 없는 행위가 된다.[158] 따라서 이 경우 개발행위허가의 재량성은 실질적으로 계획재량과 유사한 것으로 보아야 한다.

## Ⅲ. 단순토지분할

### 1. 의의

단순토지분할이란 형질변경을 수반하지 않는 토지분할을 의미한다. 즉 건축허용성에 관한 판단을 수반하지 않는 토지의 분할이 단순토지분할이다. 토지분할 결과로 등장하는 필지들 모두 분할 전 필지의 지목을 그대로 부여받는 경우를 말하는 것이다. 이는 건축단위의 증감에 직접적으로 영향을 끼치는 것이나, 경우에 따라서는 건축단위의 증감과 직접관련성이 떨어지는 경우도 있다. 예컨대 지목이 대(垈)인 필지를 분할하는 경우에는 그 결과 지목이 대인 두 개의 필지가 생성됨으로써 1필지 1대지 원칙과 맞물려 2개의 건축단위가 등장하는 결과를 낳을 수 있다. 그러나 지목이 임(林)이나 전(田) 등인 경우, 지목변경을 수반하지 않는 한 토지분할의 결과로 등장하는 필지의 개수는 건축단위에 직접적으로 영향을

157) 판례는 "무분별하게 개발되는 것을 방지하고 토지이용을 합리적·효율적으로 관리하여 공공복리를 증진하려는 목적을 달성하고자 하는 데 있으므로, 개발행위허가권자는 분할허가 신청의 대상인 당해 토지의 합리적 이용 및 공공복리의 증진에 지장이 될 우려가 있는지 등을 고려하여 재량으로 그 허가 여부를 결정할 수 있다.[밑줄 필자]" 고 판시하여 단순토지분할 중 녹지지역에서의 경우에도 재량적 판단을 긍정하였다. 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결.

158) 택지개발촉진법상 택지개발사업의 경우에도 '일단(一團)의 토지를 활용하여 주택건설 및 주거생활이 가능한 택지를 조성하는 사업'를 목적으로 하며, 그 규모에 있어서는 하한이 따로 존재하지 않는다. 사인이 직접 행정청에 택지개발지구의 지정을 제안하는 경우에는 10만 제곱미터 이상이라는 하한이 존재하지만, 이것 또한 예외가 존재한다(택지개발촉진법 시행령 제4조의2 제4항 단서). 요컨대 사업의 목적이나 규모 등에 있어서 본문의 예시와 택지개발사업의 차이는 거의 없다고 하겠다.

미치지 않는다. 추후 당해 토지에 건축허용성이 부여되는 경우에 이르러서야 건축단위의 증가가 가시화될 뿐이다.

이와 같은 의미에서 보면, 단순토지분할은 개발행위로서의 의미가 다소 희미하다. 앞서 논의한 바대로라면 국토계획법이 통제코자하는 개발행위는 도시계획에 영향을 주는 행위이어야 한다. 토지분할이 도시계획에 영향을 준다고 함은 토지분할의 결과 건축단위의 수량에 영향을 준다는 것을 의미한다. 그렇다면 단순토지분할 중 지목이 대가 아닌 필지를 분할하는 것은 건축단위의 수량에 직접 영향을 주지 못하는 것인바, 국토계획법의 취지상 통제의 필요성이 다소 떨어진다. 도시계획적인 판단은 추후 해당 토지 위해 건축행위를 하려는 때에 토지형질변경허가를 통하여 이루어질 수 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고 현행 국토계획법 제56조 제1항 및 시행령 제51조 제1항 제5호 가목은 단순토지분할 중에서도 도시지역 외에서의 토지분할을 통제함으로써, 상대적으로 토지의 분할이 도시계획에 직접 영향을 주지 않을 것으로 보이는 곳에서의 토지분할을 주된 규율의 대상으로 삼고 있다. 도리어 건축단위의 증감에 직접 영향을 미치는 도시지역 내에서의 단순토지분할은 전적으로 측량지적법에 의하여 규율되고 있는 것이 현실이다.

## 2. 단순토지분할의 요건

### 가. 개발행위허가 공통의 검토사항

국토계획법 제58조는 개발행위허가의 기준에 대하여 규정하고 있고, 이를 구체화한 것이 동법 시행령 제56조 및 별표 1의2 이다. 동 별표는 '1. 분야별 검토사항' 이라 하여 개발행위의 태양에 상관없이 공통적으로 검토하여야 할 내용들을 규정하고 있는데, 대체로 도시·군관리계획

이나 도시·군계획사업에 저촉되지 않을 것, 주변지역과의 관계, 기반시설의 요부 등 이다. 이를 통해 볼 때, 토지분할의 경우에도 「용도지역별 개발행위의 규모 및 건축제한 기준에 적합할 것, 개발행위허가제한지역에 해당하지 아니할 것」 등에 관한 심사가 행하여져야 함을 알 수 있다. 특별히 도시·군관리계획으로 지구단위계획이 수립되어 있는 지역의 경우 지구단위계획이 건축단위까지 규율하고 있다면, 토지분할은 그 내용에 저촉되지 않는 범위 내에서 허가될 수 있을 것이다.[159]

요컨대 개발행위허가 공통의 심사 요소를 보건대, 이는 공통적으로 도시계획적 판단을 요구하고 있는 것이라 해석된다.

### 나. 토지분할의 경우 개별적 검토사항

시행령 별표 1의2 '2. 개발행위별 검토사항'에서는 개발행위의 양태에 따른 개별적인 심사요소를 규정하고 있다. 개발행위허가운영지침[160] 또한 이를 구체화하여 '제6절 토지분할' 이하에서 관련 내용을 규율한다.

개발행위허가운영지침에서는 토지분할을 4가지 경우로 나누어서 각각에 대해 규율하고 있다. 먼저 '3-6-1. 용도지역 상향을 위한 토지분할'에 대하여 「2 이상의 용도지역이 인접하고 있는 경우 용도지역 상향을 목적으로 행위제한이 강한 지역의 토지를 분할하는 행위」를 제한

159) 참고로 토지분할의 경우에는 형질변경과 달리 규모의 제한이 적용되지 않는다. 개발행위규모(국토계획법 시행령 제55조 제1항)는 형질변경에 한하여 적용되는 것인바, 토지분할의 경우에는 그 적용이 없다는 것이다(개발행위허가운영지침 3-1-1. (5)).

160) 개발행위허가운영지침은 국토계획법 시행령 제56조 제4항의 수권에 의하여 제정된 것이다. 이는 시행령 별표 1의2에 대한 세부적인 검토 기준으로 적용되는 것으로, 지침 그 자체로서 강행규정성을 가지는 것이라 할 수는 없다. 즉 동 지침의 법적 성질을 따지자면 행정규칙이면서 개발행위허가라는 재량행위의 발급 기준을 상세화한 재량준칙이라 보아야 할 것이다. 따라서 이하의 지침의 내용은 그 자체로서 법적 구속력을 가지는 것은 아니다. 다만 개발행위허가 발급에 대한 실무적인 관점의 반영, 그리고 상위 법령의 구체화로서 의미를 가지는 것이라 하겠다.

한다. 이는 이른바 '노선상업지역'의 경우 문제가 되는 것이다. 하나의 필지에 상업지역과 주거지역이 연접하여 규율될 때, 용적률이나 건폐율에 유리한 상업지역의 건축허가요건을 적용받기 위하여 주거지역인 부분의 비율을 줄이려 분필을 행하는 경우가 있었는데, 동 지침에서는 이 행위를 제한할 수 있음을 정하고 있다.[161] 이 때 토지분할을 허가하지 않을 수 있는 근거는 오로지 '개발행위허가의 재량성'에 의존하고 있다. 용도지역 상향을 목적으로 하는 경우를 소극적 요건으로 규율한 문언은 모법이나 시행령상 등장하지 않는다. 그럼에도 불구하고 동 지침상으로 '제한할 수 있다'고 한 것이 위법이 아닌 이유는 동 지침이 재량준칙으로서 재량행위인 개발행위허가의 구체적인 발급 기준을 제시한 것에 불과하기 때문이다.

다음으로 동 지침은 '3-6-2. 분할제한면적 이상으로의 토지분할'을 규율하고 있다. 이는 도시지역이 아닌 지역, 곧 녹지지역·관리지역·농림지역·자연환경보전지역 내의 토지를 대상으로 하는 것으로, ① 건축법 제57조 제1항의 분할제한면적 이상일 것과 ② 소득세법 시행령 제168조의3 제1항 각 호에 속하는 토지[162]로서 투기 성행의 우려가 없을 것이 소극적 요건으로 제시되고 있다. 다만 다른 토지와 합병을 위한 경우, 2006. 3. 8. 이전에 토지소유권이 공유로 된 토지를 지분에 따라 분할하는 경우, 그밖에 토지의 분할이 불가피한 경우로서 국토교통부 장관이 정하는 경우에는 본 요건이 면제된다. ③ 마지막으로 국토계획법 및 관

161) 이른바 '노선상업지역'에서의 토지분할 문제에 관하여는 최찬환 외, 「용도지역 경계부 유형과 개발현황에 관한 연구 - 노선상업지역과 일반주거지역 경계부 대지를 중심으로」, 大韓建築學會論文集 計劃系 19권 11호(통권181호), 2003.을 참조하라.

162) 제168조의3(지정지역 지정의 기준 등) ① 법 제104조의2제1항에서 "지정지역"이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역 중 국토교통부장관이 전국의 부동산가격동향 및 당해 지역특성 등을 감안하여 해당지역의 부동산가격 상승이 지속될 가능성이 있거나 다른 지역으로 확산될 우려가 있다고 판단되어 지정요청(관계중앙행정기관의 장이 국토교통부장관을 경유하여 요청하는 경우를 포함한다)하는 경우로서 기획재정부장관이 제168조의4의 규정에 따른 부동산가격안정심의위원회의 심의를 거쳐 지정하는 지역을 말한다. 이 경우 국토교통부장관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하나 지정요청하지 아니한 지역에 대하여는 기획재정부장관이 국토교통부장관으로부터 그 사유를 받아 이를 부동산가격안정심의위원회에 회부하여 심의를 받아야 한다.
이하 생략.

계 법령상 인·허가를 받지 않았거나, 기반시설이 갖추어지지 않아서 개발이 불가능한 토지에 대하여는 조례로서 정하는 기준에 적합할 것을 요구하고 있다.

③번 요건의 해석이 문제될 수 있다. 지침의 문언 상 국토계획법상 인·허가를 받지 않았을 경우에 조례로 정한 기준에 적합할 것이 요구되나, 서울특별시 도시계획조례를 비롯한 대부분의 조례는 국토계획법 시행령 별표 1의2를 구체화한 정도에 그치고 있다. 그렇다면 마지막 요건은 단지 국토계획법상 개발행위허가를 받으라는 내용의 반복에 그치는 것으로 보인다. 이는 입법기술적으로 다소 어색하다고 사료된다.

세 번째로 동 지침은 '3-6-3. 분할제한면적 미만으로의 토지분할'을 규율한다. 기존 묘지의 분할이나, 사도를 개설하기 위한 분할, 토지이용상의 불합리한 토지경계선 시정을 위한 분할 등의 경우 분할제한면적(건축법 제57조 제1항) 미만으로도 분할할 수 있음을 정한다. 대체적으로 건축행위로 귀결되지 않을 객관적 상황이 존재하는 경우에, 예외적으로 건축법상 최소대지면적 제한을 회피할 수 있도록 한 것이다.

마지막으로 동 지침은 '3-6-4. 주변 토지이용 및 도로조건과의 조화'에 관하여 규율한다. 본 항목은 건축단위로서 토지의 이용관계를 고려하고 있는 규정으로 보이는데, 건축물을 건축하기 위하여 토지를 분할하는 경우 「주변 토지이용 및 도로조건을 종합적으로 검토하여 주변지역과 현저한 부조화를 이룰 수 있는 과소·과대 필지가 되지 않도록」하여야 함을 요구하고 있다. 즉 건축단위의 증감에 영향을 주는 토지분할의 경우에는 도시계획적 판단이 이루어져야 함을 명시하고 있는 것이다. 이는 국토계획법 제58조 제1항 제4호에서 개발행위허가의 기준으로 「주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화」를 요구하고 있는 것에서 근거를 찾을 수 있다.

이외에도 본 항목에서는 너비 5미터 이하로의 토지분할의 경우에도 주변 토지이용 및 도로조건과 조화될 것을 요구한다.

## IV. 분할의 제한

### 1. 건축법상 분할의 제한

만일 당해 토지에 건축행위가 이루어져, 이미 건축물이 존재하고 있는 상황이라면, 개발행위로서 토지분할은 그 의미를 잃게 된다. 이미 건축물이 존재하고 있는 이상 그 건축물이 대지로 기반하고 있는 토지는 — 개축이나 증축 등을 하지 않는 한 — 원칙적으로 개발이 완료된 것으로 보아야 한다. 따라서 건축법에서는 건축물이 있는 대지의 분할을 제한하고 있고, 그 최소면적을 건축법 시행령 제80조를 통해 용도지역별로 달리 규율하고 있다. 구체적으로 보면 분할의 결과 토지(필지)의 면적이 주거지역에서는 60제곱미터, 상업지역 및 공업지역에서는 150제곱미터, 녹지지역에서는 200제곱미터, 그 외 지역에서는 60제곱미터 보다 작아서는 안 된다.[163] 그러나 이는 사실상 1필지로서 대지로 사용되기 힘든 정도로 작은 면적이기에, 그 현실적인 분할의 실익이 의심된다. 물론 이 때에도 인근의 과소 필지들 여럿을 하나의 대지로 하여 건축행위를 하는 등의 방법은 생각할 수 있을 것이다.[164]

건축물이 있는 대지를 분할한 결과 건축허가요건으로서 건폐율, 용적률 등에 저촉되는 불법이 야기되어서는 안 된다. 때문에 건축법 제57조 제2항은 대지를 분할하는 경우에도 건축물의 대지로 기능하는 부분을 기준으로 건축허가요건에 저촉되지 않을 것을 요구하고 있다. 즉 분할의 결과 건축법이나 국토계획법이 금지하는 건축물이 등장하는 것을 사전에

163) 건축법 시행령 제80조 각 호.
164) 건축법 제2조 제1항 제1호 단서 및 동법 시행령 제3조 제1항 참조.

배제하는 것이다. 그러나 종래 판례는 동일한 내용을 규정하던 구 건축법(1995. 1. 5. 법률 제4919호로 개정되어 1999. 2. 8. 개정되기 전의 것) 제49조[165]에 대하여 "대지평수에 대한 그 지상 건물 크기의 비율 등에 관한 제한규정일 뿐 그 대지 자체의 적법한 원인에 의한 분할과 소유권 이전까지 제한하는 취지는 아니라 할 것(밑줄 필자)"이라고 해석한 바 있다.[166] 필지의 단위가 대지의 단위로 기능하는 법현실과 동조 제2항의 취지를 고려한다면, 건축물의 대지로 기능하고 있는 토지를 여러 필지로 분할하는 것 자체가 자칫 대지의 본질적 요소를 형해화 하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 종래 판례의 해석론을 받아들일 수는 없다.[167]

이와 관련하여 공유토지분할판결과 같은 확정판결에 기한 토지분할 또는 도시계획사업에 의한 토지분할의 경우 건축법상 대지면적의 최소한도 제한을 적용받지 않는다는 규정이 과거 도시계획법 시행령에 존재하였다.[168] 당시 대법원의 해석에 따르면 도시계획법 시행령 해당 조항이 면제하는 것에는 "대지최소면적의 경우만을 의미하는 것이 아니라 같은 조(도시계획법 제39조의2) 제2항 소정의 도로인접정도, 건폐율, 용적률, 건축물의 높이, 대지 안의 공지 등에 관한 구 건축법의 제 기준에 미달되는 경우까지를 포함하는 것으로 봄이 상당하다"고 하여[169], 건축법 및 당시 도시계획법에 의해 실질적으로 금지되는 불법 건축물이 사후적

165) 구 건축법 제49조 (대지면적의 최소한도) ①건축물의 대지면적은 대통령령이 정하는 범위안에서 시·군·구의 조례로 정하는 규모이상이어야 한다.
②건축물이 있는 대지는 제1항·제33조·제47조·제48조·제50조·제51조 및 제53조의 규정에 의한 기준에 미달되게 분할할 수 없다.<개정 1995·1·5>

166) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1870 판결, 대법원 1992. 12. 8. 선고 92누7542 판결 참조.

167) 심지어 위 대법원 판례의 입장을 견지한 하급심 판결 중에서는 이격거리 0.5m에 미달되며, 분할 후 토지가 지적공부상 도로에 접하지 않게 되는 등 건축법 규정에 반하는 결과를 초래한다고 하더라도, 소유권이전을 위한 토지분할을 제한할 수는 없다고 판시한 것이 있다(서울고등법원 1997. 2. 21. 선고 96구21319 판결).

168) 구 도시계획법 시행령(1977. 10. 20. 대통령령 제8732호로 개정되어 1992. 7. 1. 개정되기 전의 것) 제5조 (행위등의 제한) ① ~ ② 생략. ③법 제4조제1항제3호의 규정에 의하여 지적분할의 허가를 받아야 할 면적의 기준은 건축법 제39조의2에서 정하는 면적으로 한다. 다만, 도시계획사업의 시행이나 확정판결에 의한 것은 그러하지 아니하다. (밑줄 필자)

169) 대법원 1994. 6. 14. 선고 92누15949 판결.

으로 등장하는 것을 용인하는 결과를 낳았다. 1992. 7. 1. 개정으로 시행령 동항의 위와 같은 내용은 삭제・변경되었다.

## 2. 타 법상 분할의 제한

건축법 이외에도 타 법상 도시계획적인 판단을 취지로 토지의 분할을 제한하는 규정들이 존재한다. '제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법' 제307조가 대표적이다. 동조는 동법 제294조에 근거하여 관리보전지역으로 지정된 곳에서는 「도로예정선 등을 구획하여 행하는 택지형의 토지분할행위」를 원칙적으로 금지한다.[170] 이 때 관리보전지역이라 함은 국토계획법에서의 용도지역의 일종으로 볼 수 있는데, 동법 제294조 제1항은 제주도 내 도시지역(국토계획법 제6조 제1호) 이외의 곳에서 지하수・생태계・경관 보전을 위한 지역으로 관리보전지역을 지정할 수 있도록 정하고 있다.

본 규정은 몇 가지 함의를 지닌다. 먼저 '택지형'의 토지분할행위를 금지한 것을 볼 때 토지분할 자체가 건축단위의 생성과 직결되는 문제임을 입법자가 스스로 인식하고 있다는 점을 도출해낼 수 있다. 이와 더불어 건축단위에 대한 규율에 무관심한 용도지역제 도시계획의 취지도 토지분할에 직접적인 영향을 미치고 있음에 주목할 필요가 있다. 동조의 적용이 문제가 된 하급심 판례를 보면 "무분별한 개발로부터 제주도의 자연환경 즉 지하수자원・생태계 및 경관을 체계적으로 보전하기 위하여 입법된 것으로서 입법자는 이를 통하여 제주도의 자연환경의 혜택을 주

170) 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제307조(토지분할제한에 관한 특례) 제294조의 규정에 의하여 지정된 관리보전지역에서는 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」 제79조에도 불구하고 도로예정선 등을 구획하여 행하는 택지형의 토지분할행위는 할 수 없다. 다만, 도조례로 정하는 토지분할행위는 그러하지 아니하다. <개정 2009.6.9.>

참고로 동조에서는 토지분할의 직접적인 근거 조문을 측량지적법상 토지분할에 관한 조문으로 제시하고 있다. 이 점에서도 전술한 바와 같이 국토계획법상 개발행위허가(토지분할)가 보충적이고 보조적으로 작용하고 있는 현실적인 문제점을 발견할 수 있다.

민이 함께 공유할 수 있도록 함과 동시에 장래의 세대도 동등한 기회를 가지고 이를 공유할 수 있도록 제주도의 자연환경을 보전·관리하고자 한 것으로 이해된다"고 하여[171], 당해 토지에 대한 행정청의 용도지역에 관한 사전적인 판단이 토지분할에 있어서도 직접적인 영향을 끼친다는 사실을 인식하고 있다.

'개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법'의 경우에도 토지분할을 포함한 국토계획법 제56조 제1항 각 호의 개발행위를 원칙적으로 금지하는 내용의 조문을 두고 있다. 동법 제12조 제1항은 토지분할 등의 개발행위를 할 수 없다고 선언한 뒤, 시장·군수·구청장의 허가를 받은 경우의 예외를 두고 있다. 예외적으로 허가를 받을 수 있는 토지분할은 대통령령으로 정하도록 되어 있는데, 상대적으로 큰 규모의 토지를 분할하는 경우를 대상으로 하고 있다. 만일 규정한 면적 이하로 분할하는 경우에는 공익사업이나, 인접토지와의 합병, 진입도로의 개설 등을 목적으로 할 것이 요구된다.[172]

동법 역시 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제38조에 따른 개발제한구역의 지정과 개발제한구역에서의 행위 제한, 주민에 대한 지원, 토지 매수, 그밖에 개발제한구역을 효율적으로 관리하는 데에 필요한 사항을 정하는 것'을 목적으로 한다(동법 제1조). 동법이 위와 같은 개발행위의 제한을 규정한 이유는 도시계획적 판단의 결과로 설명될 수 있다.

---

171) 제주지방법원 2007. 6. 13. 선고 2006구합815 판결.

172) 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령 제16조(토지의 분할) 법 제12조제1항제6호에서 "대통령령으로 정하는 범위"란 분할된 후 각 필지의 면적이 200제곱미터 이상(지목이 대인 토지를 주택 또는 근린생활시설을 건축하기 위하여 분할하는 경우에는 330제곱미터 이상)인 경우를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 미만으로도 분할할 수 있다.

1. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조제1호 및 제2호에 따른 공익사업을 시행하기 위한 경우
2. 인접 토지와 합병하기 위한 경우
3. 「사도법」에 따른 사도(私道), 농로, 임도, 그 밖에 건축물 부지의 진입로를 설치하기 위한 경우
4. 별표 2 제3호가목에 따른 토지의 형질변경을 위한 경우. 다만, 분할 후 형질변경을 하지 아니하는 다른 필지의 면적이 60제곱미터 미만인 경우는 제외한다.

구역제 도시계획(개발제한구역)이 수립된 지역에서, 해당 계획의 취지에 반하는 필지 단위 개발행위를 미연에 방지하려는 입법자의 태도가 반영된 것이다. 특히 건축행위를 목적으로 하는 토지분할의 경우 최소면적을 330제곱미터로 비교적 높게 두고 있는데, 이는 개발제한구역에서의 낮은 건폐율을 고려한 것으로 판단된다.

### 3. 지방자치단체의 자치법규에 의한 제한

최근 지방자치단체들이 투기 등을 막기 위한 목적으로 자체적인 예규를 만들어 운용하는 경우가 있다. 대표적으로 남양주시의 경우 '남양주시 기획부동산 분할제한 운영 지침'을 마련하고 있는데, 부동산 시장 안정화를 위해 국토계획법 제56조 개발행위허가 중 토지분할허가에 관한 세부기준을 마련하는 것을 목적으로 하고 있다.[173]

구체적인 내용을 보면 동 예규 제4조는 관련부서 협의 결과 개발이 불가능한 토지임에도 불구하고 분할을 하려는 자나(제1호), 관계법령에 저촉되는 거짓광고를 통해 부동산 질서를 해치는 자(제2호), 신문, 인터넷, 전화 등을 통하여 다수에게 분양·판매를 목적으로 토지분할을 하려는 자(제3호), 토지 취득 후 3년 이내에 택지식 및 바둑판식 형태로 토지를 분할 하려는 자(제4호)를 '기획부동산'이라 부르고 있다. 동 예규는 이러한 기획부동산에 대하여는 면적의 하한, 재차 분할하는 경우 시기, 분할의 형태[174]를 제한한다.[175]

---

173) 남양주시 기획부동산 분할제한 운영 지침 제1조(목적) 이 지침은 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』 제1조(입법취지) 및 제56조(개발행위허가), 같은 법 시행령 제58조(개발행위허가의 기준)를 근거로 건전한 도시관리계획도모와 부동산 시장의 안정 및 기획부동산으로 인한 선의의 피해를 사전에 방지하기 위하여토지분할허가에 대한 세부기준을 규정함을 목적으로 한다.

174) 동 예규는 「1. "택지식 분할"이란 인·허가를 득하지 않고 도로형태를 갖추어 그 필지에 접하게 다수필지로 분할하는 것을 말한다. 2. "바둑판식 분할"이란 인·허가를 득하지 않고 도로형태를 갖추지 않은 바둑판형태의 다수필지로 분할하는 것을 말한다.」고 하여 분할의 형태를 규정하고 있다.

175) 남양주시 기획부동산 분할제한 운영 지침 제5조(토지분할허가 기준) 토지분할은 다음 각 호의 기준에 모두 적합한 경우에 한하여 허가하여야 한다.

동 예규는 자치단체의 내부 사무처리 기준에 불과한 것으로, 그 법적 성질은 재량준칙이라 하겠다. 즉 동 예규 자체만으로는 대외적 구속력이 없으며, 동 예규의 규정대로 행정청이 처분을 하지 않았다고 하여 이를 바로 위법하다고 할 수는 없다.[176]

## V. 허가 대상이 아닌 토지분할

토지분할 중에서도 개발행위허가를 받지 않아도 되는 예외적인 경우가 있다. 국토계획법 제56조 제4항 및 이를 구체화한 개발행위허가운영지침 1-5-4. 항목에서는 사도개설허가(사도법 제4조)를 받았거나, 공공용지를 생성하기 위한 토지분할, 행정재산의 용도폐지 또는 일반재산의 매각의 경우, 도시계획시설부지의 일부로 사용되는 경우 등에 있어 토지분할에 개발행위허가를 받지 않아도 된다고 열거하고 있다.[177] 대체적으로 '공익적' 목적에 기한 토지분할이기에 허가의 대상에 제외하고 있는 것이라 평가할 수 있다.

예외에 속하는 경우들에 대하여도 도시계획적 판단이 요구됨은 물론이다. 그러나 국토계획법상 다른 조문에 근거한 행정청의 판단이 선행하거

---

1. 공유지분 및 매매에 의해 분할 할 경우 도시지역은 990㎡이상, 비도시지역은 1,650㎡이상으로 한다.
2. 이미 분할된 필지의 재분할은 소유권 이전일로부터 1년 이상 경과되어야 한다.
3. 관계법령에 의하여 인·허가를 득하지 않고 분할 할 경우 택지식 및 바둑판식 형태의 토지분할이 아닐 것.

176) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결 참조.

177) 개발행위허가운영지침 1-5-4 다음의 경미한 행위. 다만, 그 범위에서 도시·군계획조례로 따로 정하는 경우에는 그에 따른다.(영 제53조) (1) ~ (4) 생략. (5) 토지분할
① 「사도법」에 의한 사도개설허가를 받은 토지의 분할
② 토지의 일부를 공공용지 또는 공용지로 하기 위한 토지의 분할
③ 행정재산중 용도폐지되는 부분의 분할 또는 일반재산을 매각·교환 또는 양여하기 위한 분할
④ 토지의 일부가 도시·군계획시설로 지형도면고시가 된 당해 토지의 분할
⑤ 너비 5미터 이하로 이미 분할된 토지의 「건축법」 제57조제1항의 규정에 의한 분할제한면적 이상으로의 분할

나, 국가 스스로의 행위에 의한 것이어서 개발행위허가를 받는다는 것이 모순적일 수 있기에 그 예외가 인정되는 것이라 할 수 있다. 도시계획시설부지의 일부로 사용되는 경우가 전자의 일례라 할 것인 반면, 행정청의 용도폐지나 일반재산의 매각의 경우가 후자에 해당한다.

## Ⅵ. 소결 : 현행 토지분할의 문제점

전술한 바와 같이 국토계획법이 독자적으로 건축단위를 획정할 근거 조문을 두고 있지 않기에, 건축법상 1필지 1대지원칙과 측량지적법에 의하여 필지가 건축단위로 기능하고 있는 것이 현실이다. 때문에 개발행위허가도 필지의 분할을 대상으로 할 수밖에 없으며, 결국 공법적인 의미를 간과한 채 토지분할에 측량지적법 제79조가 우선적으로 개입하는 것처럼 실무가 운용되고 있다. 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제307조의 경우에도 도시계획적 판단에 기하여 토지분할을 제한하는 취지로 해석됨에도 불구하고, 동조가 명시적으로 제한하는 행위는 국토계획법 제56조가 아닌 측량지적법 제79조의 필지분할이다.

측량지적법 제79조 제1항 및 동법 시행령 제65조 제1항은 필지분할을 신청할 수 있는 경우들을 나열한다. 소유권이전 혹은 매매의 경우(제1호), 토지 경계 시정의 경우(제2호), 개발행위허가 등을 받은 경우(제3호) 세 가지 이다. 각 호는 각각 독립적인 사유를 이루고 있다. 예컨대 토지분할에 관한 도시계획적 판단이 없이도 단지 소유권의 이전 등을 이유로 측량지적법상 필지분할이 가능한 것이다. 곧 측량지적법 및 동법 시행령상 '개발행위허가를 받은 경우'는 단지 필지분할을 할 수 있는 하나의 예시에 불과하다.[178] 이는 토지분할에 매우 한정된 경우에만 개입하는

178) 대법원이 측량지적법 시행령 조문을 "분할허가 대상인 토지의 경우에는 허가서 사본을,법원의 확정판결에 따라 토지를 분할하는 경우에는 확정판결서 정본 또는 사본을 첨부하여야 한다."고 해석하는 것 또한 분할허가 대상인 경우에만 허가가 필요함을 의미하는 것이라 하겠다(대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결). 국토계획법 시행령상 개발행위허가를 받아야 하는 허가 대상인 경우가 매우 한정되어있는 이상, 일반적인 토지분할의 경우에는 도시계획적 판단이 개입될 여지가 없다고 보아야 한

개발행위허가에 관한 국토계획법 시행령의 태도와 맞물려, ‘건축단위의 분할’을 규율할 최소한의 수단마저도 제 기능을 못하게 무력화시키고 있다.

때문에 측량지적법상 토지분할신청불허가처분의 취소를 구하는 소송들의 양태를 보면, 행정청이 도시계획적 판단을 사유로 불허가처분을 하였으나, 측량지적법상 그러한 사유로 토지분할신청을 거부·불허가할 수 없음을 설시하면서 법원이 원고의 손을 들어주는 것이 대부분이었다. 또한 대법원은 측량지적법의 문언상 토지분할신청 내용에 대한 지적 소관청의 실질심사권이 부존재함을 설시한 바 있다. 대법원은 “측량성과의 정확성 이외에 다른 사항을 검사 또는 확인하거나 측량성과를 이용하여 토지를 분할하는 경우의 법령상의 저촉사항 여부를 검토하여 이에 위배되는 경우 측량성과도의 교부를 거부하거나 교부신청을 반려할 수 있도록 하는 등의 실질검사를 하도록 규정하고 있지는 아니”하다고 하여, “건축법 제49조 제2항 에서 분할의 제한사유로 들고 있는 같은 법 제47조 , 제50조 등의 규정에 위반된다 하여 이를 이유로 측량성과도 교부신청을 반려할 수는 없다”고 판시하였다.[179]

반대로 국토계획법 시행령 제51조 제1항 제5호 각 목에 해당하여 개발행위허가가 개입하게 되는 때에는 도시계획적 판단이 거부처분의 사유가 될 수 있다. 대법원 또한 이를 인정하여 국토계획법상 토지분할 허가제도(개발행위허가)의 취지·목적에 비추어 “개발행위허가권자는 신청인이 토지분할 허가신청을 하면서 공유물분할 판결 등의 확정판결을 제출하더라도 국토계획법에서 정한 개발행위 허가 기준 등을 고려하여 거부처분을 할 수 있다”고 본 바 있다.[180] 소개한 두 판례는 각각 도시지역 내·외에서의 토지분할을 다룬 것이기 때문에 현행 법제 하에서는 서로 충돌하지 않는다.

---

다.

179) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97누1792 판결.

180) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결.

종합하면, 현행 국토계획법과 측량지적법의 문언상 도시지역 내에서 단순토지분할을 할 경우, 측량지적법상 필지분할에 의하는 한 도시계획적 판단이 개입될 여지는 전무하다. 특히 문제는 측량지적법상 필지분할에 의할 때 건축법상 대지분할면적의 제한조차도 회피하는 경우가 발생할 수 있다는 것에 있다. 측량지적법과 건축법의 관계가 규명되지 않은 상황에서, 사인(私人)으로서는 얼마든지 '소유권이전을 위한 필지분할을 신청했을 뿐이므로 건축법 등의 위반 사항은 측량지적법상 필지분할의 심사요건이 되지 않는다'라고 항변할 수도 있는 것이다. 준공업지역에 속한 토지를 55.2㎡로 분할함에 있어, 이격거리가 0.5m에 미달하고, 분할 후 토지가 지적공부상 도로에 접하지 않게 되는 등 건축법 규정에 반하는 결과를 초래한다고 하더라도, 소유권이전을 위한 토지분할을 제한할 수는 없다고 한 하급심 판례 사안[181]이 단적인 예가 될 수 있겠다. 이렇듯 필지가 대지로 기능함에도 불구하고 측량지적법상 필지분할에 대한 통제가 미약한 법현실에 비추어, 기성시가지에서 건축단위를 통제하는 것은 사실상 불가능에 가깝다.

이와 같은 문제를 해결하기 위한 출발점은 1필지 1대지 원칙을 폐기하는 것이어야 한다. 사법적 소유권관계를 위해 등록단위로 사용하는 토지의 단위가 곧바로 공법적인 기능을 한다는 것은 그 자체로도 모순이다. 양자를 조화시킬 필요성이 있다고 하더라도, 현행법 하에서 이미 여러 필지가 하나의 대지가 되는 현상은 법적으로 막을 수도 없게 설계되어 있다. 즉 소유권과 건축단위는 이미 일치하지 않는다. 소유권 관계의 정리를 위해 토지의 등록단위를 나누는 것에 도시계획적 판단이 개입될 필요는 원칙적으로 없다. 양자 간의 관계를 모호하게 연결시키고 있던 1필지 1대지 원칙을 폐기할 때 비로소 건축단위를 획정할 국토계획법 본연의 책무를 다시금 고민할 수 있게 될 것이다. 상론한 하급심 판례 사안에서도 만일 당초부터 건축허가요건이 필지에 의존하여 정해지는 것이

181) 서울고등법원 1997. 2. 21. 선고 96구21319 판결.

아니었다면, 단순한 필지의 분할로 인해 사후적으로 불법 건축물이 등장하는 상황을 떠올릴 필요조차 없게 된다.

## 제 3 절 토지합병과 건축단위

### I. 토지합병의 의의

논의에 앞서, 간단한 사례를 하나 생각해보자. 서울시 도심 내에 2개의 군소 필지가 있다고 한다. 이 때 필지들의 소유자 갑은 2필지에 걸쳐 하나의 연립주택을 짓고자 한다. 이 때 갑은 측량지적법 제80조 제1항에 따른 합병신청을 하는 것 이외에 도시계획적 판단을 행정청으로부터 받을 필요가 있는가? 만일 현행법상 필요하다면 어떤 법률조문에 근거하여야 할 것인가? 그리고 2개가 아닌 10여개의 군소 필지를 하나의 대지로 하여 도시계획시설을 건설하려는 경우, 혹은 아파트 단지를 건설하려는 경우는 각 어떠한가?

위 사례에서 먼저 생각할 수 있는 것은 건축법상 1필지 1대지 원칙의 예외에 관한 단서조항이다.[182] 2필지 이상에 걸쳐서 건축행위를 할 수 있을지 건축법 해당 조문에 기하여 심사해보는 것이다. 도시계획시설이나 아파트 단지의 건설의 경우에는 다른 법률이 적용된다. 국토계획법상 도시계획시설결정이나 주택법상 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획을 통한 행정청의 도시계획적 판단이 개입 된다.

이러한 모든 경우의 수는 현행 건축법 시행령 제3조에 그대로 나타난다. 시행령 제3조를 체계적으로 해석해보면, 결국 도시계획시설이나 주택단지 등 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 2필지 이상에 건축행위를 하는 것은 토지소유권만 확보되어있다면 어려운 일이 아니다. 건축법 시행령 제3조는 1필지 1대지 원칙의 예외를 상세하게 나열한 조문이지만, 정작 건축법 스스로가 내세운 원칙을 관철하는 데에는 별달리 신경을 쓰지 않는다.

---

182) 건축법 제2조 제1항 제1호 단서. 「다만, 대통령령으로 정하는 토지는 둘 이상의 필지를 하나의 대지로 하거나 하나 이상의 필지의 일부를 하나의 대지로 할 수 있다.」

토지합병 또한 ① 토지에 대한 행위로 건축견련성을 지니고, ② 도시계획에 영향을 주며, ③ 비교적 소규모 행위일 수 있다는 점에서 개발행위에 해당한다. 합병의 결과 건축단위의 면적이 커지므로 해당 토지의 건축허용성의 구체적인 내용도 다시 심사되어야 한다. 그러나 주지하다시피 국토계획법 제56조 제1항은 토지의 합병에 대하여는 일절 언급하지 않는다. 입법자의 태도를 선해하면, 입법자는 건축단위의 감소보다는 단지 그 증가에 주된 관심을 두고 있을 뿐이라 볼 수도 있다. 특히 개발행위허가의 주된 대상이 도시지역 외에서의 토지분할이라는 점을 고려하면, 입법자는 도시 바깥에 존재하는 거대한 필지를 분할하고 형상을 변경하여 여러 건축물들이 등장하는 상황만을 주시했을 수도 있는 것이다.

수량적인 측면에서 토지합병은 건축단위 개수의 감소를 의미하지만, 면적의 측면에서는 건축단위의 크기를 증가시키는 효과를 가져 온다. 도시지역 내라면 그것의 파급력은 상당하다. 특히 합병의 결과 생성된 건축단위에 대형 건축물이 등장하는 경우를 생각하면 그 효과는 더욱 두드러진다. 이 경우 주변의 토지이용관계나 교통, 환경에 끼치는 영향은 작은 건축단위에 여러 개의 군소 건축물이 등장하는 것과 비교할 수 없을 정도이다. 그럼에도 불구하고 그것이 도시계획시설결정 등에 의해 건축되는 경우가 아니라면, 대형 건축물이 여러 필지에 걸쳐 등장하는 것을 행정청이 심사할 수 있는 수단은 원칙적으로 건축허가 정도에 그칠 것이다.[183] 이 지점에서 바로 국토계획법의 공백이 발견된다.

---

183) 물론 여러 필지에 걸쳐 등장하는 건축물의 규모가 건축법 제11조 제1항 단서 내지 제2항에 속하는 정도에 이른다면 특별시장·광역시장·도지사의 허가가 요구됨으로서 행정청이 건축허가발급절차에서 얼마든지 재량적인 판단을 할 수 있다. 그리고 그 가운데 도시계획적인 판단도 사실상 개입될 것이다. 이에 관하여는 심나리, 「건축허가의 법적성격에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005. 12., 74면 이하를 참고하라.

그러나 문제는 그 정도 규모에 이르지 않는, 즉 지극히 평범한 사례로 돌아가 2필지에 걸쳐 연립주택을 짓는 경우이다. 이 때에는 건축허가에 재량이 행사될 여지도 거의 없으며, 다른 도시계획적 수단이 개입되는 것도 아니다. 그러나 이는 건축단위의 면적에 영향을 주고, 수량의 감소를 야기한다. 국토계획법 전 취지를 생각한다면 당연히 국토계획법이 개입해야할 문제가 되는 것이다.

본격적인 논의에 들어가기 전에 본 연구에서 규명하고자 하는 토지합병의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 위 예시에서는 이해의 편의를 위해 측량지적법상 필지개념을 사용하였지만, 국토계획법상 토지합병은 소유권 단위가 아닌, 건축단위의 합병을 의미하는 것이다. 다만 상론한 바와 같이 국토계획법이 독자적인 건축단위의 획정을 하고 있지 않는 관계로, ① 필지의 합병 혹은 ② 필지를 합병하지 않더라도 2개 이상의 필지를 하나의 건축단위로 하는 경우가 실무상 등장하는 토지합병의 두 양태가 될 수 있겠다. 이하에서 사용될 토지합병이라는 용어는 필지합병과 구별되는 건축단위의 합병을 의미하는 것이다.

## Ⅱ. 관계 규정

### 1. 건축법 시행령 제3조

건축법 시행령 제3조 제1항은 이른바 둘 이상의 필지를 하나의 대지로 하는 경우를 규율한다. 동항은 6가지 경우를 규율하고 있는데, 동항 제1호를 보면 원칙적으로 둘 이상의 필지를 하나의 건축단위로 하는 것에 법은 개입할 의지가 없는 것으로 보인다. 대체로 동항이 개입하는 경우들을 보면 ① 도시계획시설이나 주택단지 등 대형 건축물이 등장하는 경우(동항 제3, 4호)와 ② 측량지적법상 합병불가 사유가 있는 경우(동항 제2호) 등이라 할 수 있겠다. 이 때 전자의 경우에는 개별 법률에서 권리관계에 관한 사유 외에는 여러 필지를 하나의 건축단위로 하는 것에 대해 별달리 규제를 하고 있지 않기 때문에, 시행령 동호는 선언적 규정에 불과할 뿐 달리 독자적인 의미를 갖지는 않는다.[184] 후자의 경우에도

184) 예컨대 주택법 제16조의 사업계획승인은 건축법상 건축허가와 같은 기능을 하게 되는데, 주택법상 여러 필지에 걸쳐 사업계획승인을 받으려는 경우에 관하여 동조 제4항은 소유권을 확보하여야 한다거나, 그렇지 않더라도 소유권이나 사용권한을 획득할 수 있는 가능성이 있는지 여부에 관하여만(동항 제1 내지 3호) 요건을 규정하고 있다. 그렇다면 주택법 해당 조문에 의하여 사업계획승인을 발급받는 이상, 별도로 건축법상 허가 여부를 달리 검토할 필요가 없고 따라서 건축법 시행령 해당 조문은 달리

측량지적법상 합병불가 사유의 다수를 차지하는 권리관계가 정리되지 않은 경우들을 규율 대상에서 배제하고 있고(동항 제2호 단서), 단지 축적 등의 측량상의 문제가 있는 경우만을 포섭하고 있을 뿐이다.

이렇게 보면 건축법상 1필지 1대지 원칙은 규율의 강도에 있어 양면성을 지니는 것으로 보인다. 즉 1필지의 경계를 넘어 두 필지 이상을 하나의 대지로 하려고 하는 경우에 관하여 건축법은 크게 개입하지 않으려는 태도를 보인다. 반대로 1필지의 경계 내에서 그 일부만을 대지로 하려하는 경우에는 그 부분에 관하여 국토계획법상 개발행위허가를 받거나 필지분할을 조건으로 건축허가를 하는 등의 제한이 따르며[185], 최소대지면적의 제한을 받는다. 종합하면 건축법상 1필지 1대지 원칙은 토지분할에만 관심을 둘 뿐, 토지합병에 관하여는 달리 관심을 두고 있지 않는 것이다. 마치 국토계획법 제56조 제1항이 토지분할만을 규정하고 토지합병을 규정하지 않은 것과 유사하다.

## 2. 측량지적법 제80조

측량지적법 제80조는 필지의 합병에 관한 근거조문으로 기능하는 조문이다. 그러나 동조 제1항은 합병에 관하여 대통령령이 정하는 서류만을 신청 시 제출하게 하고 있으나, 동법 시행령 제66조 제1항은 「합병 사유를 적은 신청서를 지적소관청에 제출하여야 한다」라고만 규정할 뿐 달리 합병 사유를 제한하고 있지 않다. 요컨대 측량지적법 제80조는 필지 합병에 대한 적극적 요건을 규정하지는 않고 단지 소극적으로만 동조 제3항에서 합병이 불가한 경우를 규율하고 있을 뿐이다.

측량지적법 제80조는 필지의 합병에 관하여 소유권 관계에 주된 관심을 두고 있다. 동조 제3항이 열거하는 합병 불가 사유는 크게 ① 권리관

---

의미를 지니지 않게 되는 것이다.

185) 건축법 시행령 제3조 제2항.

계가 정리되지 않은 경우와(동항 제1호 중 '소유자'에 관한 부분 및 제2호) ② 측량상의 문제가 있는 경우(제3호)로 분류될 수 있다. 측량지적법은 「소유자와 용도가 같고 지반이 연속된 토지」를 1필지로 하여[186] 소유권의 등록단위로 기능토록 하고 있다. 소유권이 일치하여 권리관계에 문제가 발생하지 않는 경우라면 하나의 토지 소유 단위로 합칠 수 있게 하는 것이 측량지적법 제80조의 주된 취지라고 하겠다.

당연히 측량지적법 제80조에서는 애당초 건축단위 등 도시계획적 요소를 고려하지 않고 있는 것으로 보아야 한다. 다만 동조 제3항 제1호 중 '지목'에 관한 부분의 해석이 문제될 수 있다. 지목이 다른 두 필지의 경우 합병할 수 없다는 문언을 '도시계획적 판단이 선행되지 않는 이상 합필을 할 수 없다'는 취지로 해석할 수 있기 때문이다. 그러나 이는 합필 자체의 적극적 요건이라 할 수는 없고, 단지 측량지적법 스스로 합필에 있어 도시계획적 판단을 개입시키지 않겠다는 방관의 취지를 천명한 것으로 해석되어야 할 것이다.

## Ⅲ. 토지합병의 도시계획적 쟁점들

토지합병은 여러 가지 갈래가 있을 수 있다. ① 먼저 합병되는 토지가 건축허용성이 부여된 토지인지 여부에 따라 도시계획적 수단 및 판단의 내용이 달라질 것이고, ② 수립되어 있는 도시계획의 내용에 따라 합병의 가부가 달라질 수 있으며, ③ 합필절차를 거칠 것인지 여부에 차이가 있을 수 있다.

### 1. 건축허용성의 결부

우선 합병되는 토지의 건축허용성 존부에 따라 개발행위허가 중 토지

186) 측량지적법 시행령 제5조 제1항. 이는 측량지적법 제2조 제21호의 수권에 의한 것이다.

형질변경허가가 개입할 여지가 있을 수 있다. 필지의 합병에 관하여 보건대 현행 측량지적법 제80조 제3항 제1호에 의하여 합병하려는 필지의 지목이 다른 경우에는 합필을 할 수가 없다. 따라서 예컨대 합병되는 필지 중 전부 혹은 일부의 지목이 대가 아니라면 합병에 앞서 먼저 건축허용성의 부여가 개별적으로 선행될 필요가 있다.

물론 합병 전 토지 모두에 건축허용성이 부여되어 있던 상황이라고 하더라도, 합병 이후의 건축허용성은 또 다른 차원의 문제일 수 있다. 도시계획을 수립하면서 각 군소필지에 등장하리라 예정했던 건축물의 규모, 용도 등이 토지합병의 결과로 필연히 달라질 수밖에 없기 때문이다. 건축허용성의 심사가 따로 이루어지지 않은 상황이라면, 합병 전 토지들의 부분들에 관하여 각각 부여된 건축허용성이 여전히 합병 후 토지에 개별적으로 잔존해있는 상황이라 보는 것이 도시계획가의 의사에 부합한다. 즉 여전히 합병 후 토지를 전체로 하는 건축허용성의 부여는 심사되지 않은 것이다. 현행 측량지적법의 해석상 합병 전 토지 중 일부가 건축허용성이 부여되지 않은 상황이라면 해당 토지에 관해 개별적인 형질변경허가가 선행될 필요가 있다. 그러나 합병 전 토지 중 전부가 건축허용성이 부여되어 있어 지목이 대인 상황이라면 형질변경허가를 포함한 개발행위허가는 일절 개입할 여지가 없다.

## 2. 도시계획에 의한 구속

해당 지구에 지구단위계획이 수립되어 있다면 논의는 달라진다. 지구단위계획의 전신인 '상세계획'은 가구 및 획지의 규모와 조성계획을 그 내용으로 포함하고 있었다.[187] 획지는 건축단위를 규율하는 것이라

187) 구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되어 2000. 1. 28. 전부개정되기 전의 것) 제20조의3
① ~ ② 생략.
③ 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의하여 상세계획구역이 지정된 날부터 2년 이내에 다음 각 호의 사항이 포함된 상세계획을 입안하여 건설부장관에게 도시계획결정을 신청하여야 한다.

볼 수 있다.[188] 때문에 구법시대 판례 사안들에서는 상세계획에 관한 구 도시계획법 제20조3의 해석이 토지합병에 있어 쟁점이 되었다. 판례는 수립된 상세계획에 토지합병을 금지하거나 제한하는 명시적 규정이 없음에도 불구하고 "도시의 균형 있고 합리적인 발전을 꾀하려는 상세계획 제도의 입법 목적을 달성함에 있어 현저한 장애가 되어 상세계획의 본질적인 취지에 위배"되는 때에는 토지합병을 할 수 없다는 태도를 취한 바 있다.[189] 다만 "상세계획구역 안에서 필지를 합병할 수 있도록 하는 내용의 상세계획의 변경이 없다는 이유로 건축불허가처분을 한 것이 재량권을 일탈·남용한 것"이라 설시한 판례도 상존한다.[190] 종합하면 대법원은 수립된 상세계획의 개별적인 내용 그 자체보다는 상세계획 '제도 전반의 취지'를 토지합병에 관한 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다.[191] 이 때 각 판결의 이유설시 부분을 살펴보면, 제도 전반의 취지를 고려한다고 함은 도시계획상 개별 토지에 허용되는 건축물의 용도, 합병되는 필지의 개수, 상세계획상 획지 최대면적을 어느 정도로 초과하였는지, 개별 사안에서 원고의 보호가치 등을 종합적으로 고려하겠다는 태도로 보인다.

현행 지구단위계획이 획지에 관한 내용을 「도로로 둘러싸인 일단의 지역 또는 계획적인 개발·정비를 위하여 구획된 일단의 토지의 규모와

---

1. 지역·지구의 지정 및 변경
2. 도시계획시설의 배치와 규모
3. 가구 및 획지의 규모와 조성계획
4. 건축물등의 용도제한, 건축물의 건폐률 및 용적율과 높이의 최고한도와 최저한도
5. 기타 건설부령이 정하는 사항

④ 생략.

188) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 216면.

189) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003두7156 판결.

190) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두4464 판결.

191) 위 판례 이유 설시부분에서는 이례적으로 '획지합병'이라는 표현을 사용한다. 위 두 판례 사안 모두 측량지적법상 필지합병 없이 2필지 이상에 걸쳐 건축물을 건축했거나 건축하려한 사안이었다. 다만 소송물이 된 처분은 달랐는데, 전자의 경우 측량지적법상 합병신청을 반려한 처분의 위법성이 소송물이었으나, 후자에서는 건축허가거부처분의 위법성이 소송물이었다.

조성계획」으로 그 표현을 변경하였다고 하더라도 위 판례 해석론은 그대로 유지되는 것이라 사료된다. 종래 대법원이 획지라는 용어를 '규모'의 개념으로 파악했었을 뿐만 아니라, 획지라는 법률용어 자체의 사전적 의미가 "인위적·자연적·행정적 조건에 따라 다른 토지와 구별되는 가격수준이 비슷한 일단의 토지"로 통용되는 것에 비추어보면[192], 법 문언의 변화로 건축단위로서의 의미는 다소 변색되었다고 하더라도[193] '제도 전반의 취지' 자체가 달라졌다고 보기는 힘들다. 따라서 제도 전반의 취지를 토지합병의 판단 기준으로 삼았던 과거 판례의 해석론은 지구단위계획에도 적용될 수 있다.

상론한 두 판례에서 토지합병에 직접 개입한 행정작용은 상세계획에 대한 도시계획변경이나 개발행위허가와 같은 것이 아니라, 측량지적법상 합병신청수리나 건축법상 건축허가였다. 이는 양 처분의 요건 혹은 심사기준으로서 국토계획법이 규정한 제도의 취지가 반영되었을 뿐, 여전히 국토계획법이 '직접' 개입하고 있다는 인식이 부재한 결과라 사료된다. 판결의 설시에서 상세계획의 내용이 직접적인 구속력을 발휘하지 못하고, 단지 법의 취지 전반에 기한 해석을 한 번 거친 후 비로소 영향을 주는 듯 서술되는 것도 바로 그 때문이라 하겠다.[194]

## 3. 측량지적법상 필지합병의 요부

두 필지 이상에 걸쳐서 건축행위가 이루어지든, 지구단위계획이 수립된 지역에서 획지합병이 있든 간에 이들은 필지합병과 어떤 관계에 놓이는 것인지 규명될 필요가 있다. 측량지적법상 필지 '분할'의 경우에는

192) 로앤비(www.lawnb.com_), 「법률용어」 참고.
193) 이러한 비판에 관하여는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 216면 참조.
194) 예컨대 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003두7156 판결의 이유설시 부분은 당해 처분의 배경이 된 사실관계를 일일이 적시한 뒤, 해당 사실관계의 위법 정도를 평가하여 '도시의 균형 있고 합리적인 발전'이라는 상세계획제도의 입법목적과 교량 하는 논리구조를 갖고 있다. 이 때 구체적인 상세계획의 내용 및 그 해석은 사실관계의 평가와 관련하여 사용된다.

1필지 1대지 원칙과 맞물려 직접적으로 건축단위에 영향을 미쳤지만, 측량지적법상 필지 '합병'의 경우에는 1필지 1대지 원칙의 광범위한 예외에 의하여 건축단위에 아무런 영향을 주지 못하는 것으로 보인다. 특히 필지분할의 경우 1필지 일부에 대한 개발행위허가 등이 있을 수 있음이 법률상 예비 되어 대체적으로 필지의 단위와 건축단위의 변동을 일치시키려 하고 있지만[195], 필지합병의 경우는 사후적으로라도 건축단위가 필지에 반영되어야 할 것인지에 대한 인식조차 존재하지 않는다. 물론 보다 근본적인 시각에서는 필지단위와 건축단위는 일치할 필요가 없는 전혀 별개의 개념이라는 문제제기가 타당하지다. 다만 현행 법제는 '필지단위 ≒ 건축단위'인 것처럼 외관을 스스로 창출해놓고서는 이를 유지하려는 의지도 없이 방관하고 있다는 점이 문제이다. 이는 건축단위의 '형성'의 문제에 있어서 뿐만 아니라, 그것을 공적인 장부에 반영하는 '반영'의 문제에 있어서도 법적 공백이 발생하는 결과를 야기하고 있는 것이다.

195) 건축법 시행령 제3조 제2항은 1필지의 일부에 대하여 건축행위를 할 수 있는 경우를 규정하며 특히 제4호에서 일부에 관해 국토계획법상 개발행위허가를 받은 경우를 적시하고 있다. 측량지적법 제79조 제2항은 「지적공부에 등록된 1필지의 일부가 형질변경 등으로 용도가 변경된 경우에는 … 60일 이내에 지적소관청에 토지의 분할을 신청하여야 한다.」고 하여 이를 필지의 단위에 반영하도록 의무를 부과하고 있다.

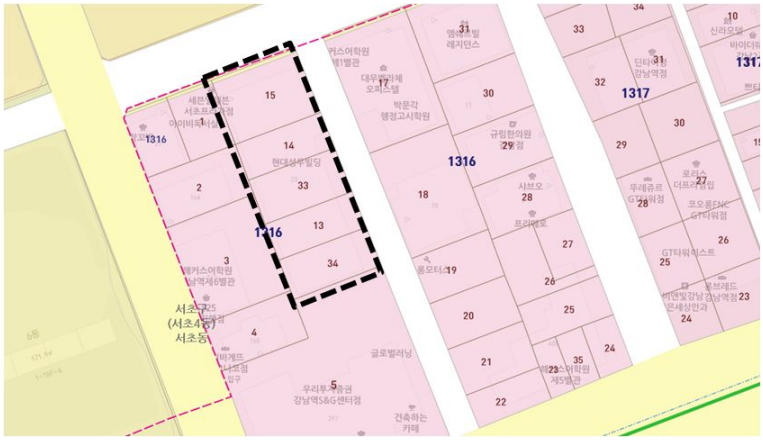


그림 3 - 서울 서초구 서초동 1316-15 등 일대. 검은 굵은 점선 부분의 여러 필지에 걸쳐 하나의 주상복합건축물이 자리 잡고 있다. 측량지적법상 필지단위와 건축단위가 일치하지 않는 단적인 사례이다. (http://map.naver.com 최종접속일 : 2014. 7. 10.)

위 그림의 사례가 건축단위와 측량지적법상의 필지단위가 일치하지 않는 단적인 사례이다. 현대성우빌딩이라는 명칭의 주상복합건축물은 서울 서초구 서초동 1316-13 내지 15, 33 내지 34에 걸친 토지를 하나의 건축단위로 하고 있으나, 이에 관하여 별도의 합필절차는 법적으로 요구되지 않았다. 물론 해당 토지들은 서초로 제1종 지구단위계획이 수립된 곳이기 때문에 동 계획의 내용에 따라 1316-13 내지 15, 33 내지 34은 하나의 개발단위로 설정되었다. 때문에 후일 위 건축물을 헐고 다시금 개축 등의 개발행위를 하기 위해서는 지구단위계획의 내용상 해당 건축단위를 하나의 묶음으로 하는 개발이 가능할 뿐, 개별 필지 단위로 나누어 개발하는 것은 지구단위계획 변경이 선행되지 않는 이상 불가능하다. 즉 이는 상론한 문제점들이 단적으로 드러나는 사례는 아니다. 그러나 해당지역에 지구단위계획이 달리 수립되지 않은 상황이었다면, 이것이 도시계획도면상으로나 혹은 지적공부상으로 반영될 수 있는 수단은 없었을 것이다.

## Ⅳ. 입법론

입법론적으로 국토계획법이 토지합병에 개입할 수 있도록 하는 방향은 크게 두 갈래로 생각될 수 있다. 하나는 지구단위계획을 강화하는 것이고, 다른 하나는 개발행위허가에 관한 국토계획법 제56조 제1항에 '토지의 합병'을 새로운 호로 신설하는 것이다.

건축단위의 규율은 도시계획의 몫이어야 한다는 원칙적인 측면에서 지구단위계획의 강화는 바람직하다. 지구단위계획이 모든 경우에 수립되어 있는 것도 아니고, 더구나 지구단위계획이 사실상 구속력을 발휘하기 힘든 기성시가지에서는 건축단위 자체를 지구단위계획만으로 획정한다는 것도 쉽지 않다. 장기적으로는 지구단위계획이 건축단위를 규율하는 원칙적인 규범으로서 자리 잡아 나가야 하겠지만, 단기적인 입법의 공백을 메울 수는 없을 것이다.

따라서 일단 단기적으로 입법적 논의는 개발행위허가가 대상으로 하는 개발행위의 종류에 토지의 합병을 추가하는 방향으로 가야 한다. 여기에 개발행위 자체의 개념정의 조항이 추가된다면 건축단위의 합병 그 자체에 관한 법적 공백을 메울 수 있을 것이라 사료된다. 더구나 개발행위허가가 건축단위의 분할에는 개입하도록 되어 있으면서 역으로 건축단위의 합병에는 관심을 두지 않는 지금의 현실은, 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 국토의 계획적 이용·개발과 보전이라는 국토계획법 전체 취지와도 조응하지 못한다.

# 제 5 장 개발행위허가의 법적지위

## 제 1 절 서론

토지에 건축물이 들어서기까지 우리 법제상 행정청이 개입하는 공법적 수단은 크게 도시계획, 개발행위허가, 건축허가 3가지가 있다. 이 때 각 제도간의 관계가 어떠한지가 문제된다. 개발행위허가의 법적지위는 위 3가지 제도간의 관계를 어떻게 규명하느냐에 따라 달라질 수 있다.

## 제 2 절 도시계획과 개발행위허가의 관계

### I. 도시계획의 위계

우리 국토계획법은 여러 종류의 도시계획을 사용하고 있다. 국토계획법은 광역단위의 장기 발전 방향을 제시하는 광역도시계획(제2장), 도시 및 군 단위에서 장기발전방향을 수립하는 도시・군기본계획(제3장), 보다 구속력 있는 하위계획으로서 도시・군관리계획(제4장)을 규정한다. 그리고 도시・군관리계획으로 용도지역제 도시계획, 지구단위계획 등이 있다. 국토계획법 제4조는 이들 간의 관계를 큰 틀에서 정리하고 있는데 대체적으로 광역도시계획의 내용에 도시・ 군기본계획의 내용에 부합할 것 등을 명시하고 있다. 그러나 이 조문만 가지고는 (i) 도시계획들 간의 위계와 (ii) 우리 도시계획법제가 사용하는 가장 주(主)가 되는 도시계획이 무엇인지를 파악할 수가 없다.

여러 나라의 도시계획법제들은 대체로 2단계의 도시계획을 가진다.[196]

196) 이성룡, 「영국의 도시계획제도 및 개발규제에 관한 연구」, 경기개발연구원, 2007.

장기적으로 추상적인 차원에서 도시의 발전방향(Master Plan)을 정하는 것이 기본계획이라면, 이것을 구체적으로 실천하기 위한 구속력 있는 하위 계획이 관리계획이다.[197] 이 중 어느 계획을 주된 것으로 할 것인지, 혹은 각 계획의 실질적 구속력을 어느 정도로 부여할 것인지 등은 나라마다 제각각이다.

우리 법제에서는 용도지역제 도시계획이 토지이용제도의 가장 주된 기본 틀이 된다.[198] 도시지역 내 모든 토지들은 주거・상업・공업・녹지지역 중 하나의 용도지역에 속한다. 이에 의해 건축물의 용도・용적률・건폐율・대지면적의 최소한도・건축물의 높이 등의 요건들이 정해진다. 여기에 본래 용도지역제 도시계획을 대체하기 위하여 도입되었던 지구단위계획이 도리어 보조적인 수단으로 사용되는 실정이다. 지구단위계획이 수립되지 않은 곳에서는 다름 아닌 개발행위허가가 도시계획적 기능을 보조적으로 수행하게 된다.

## Ⅱ. 도시계획의 효력

### 1. 도시계획의 규율방식

우리 법제에서 주(主)가 되는 용도지역제 도시계획은 침묵하는 범위가

---

12, 7면. 물론 2단계의 도시계획이라는 것은 큰 틀에서 바라본 것이다. 독일도 F-Plan과 B-Plan이외에 상위 계획으로 전국토를 대상으로 하는 국토계획, 주 단위의 주계획, 이외에 지역계획 등이 있다.

197) 독일의 경우 F-Plan(Flaechennutzungs Plan)이 도시 전체에 관한 기본계획 역할을 하고, B-Plan(Bebaungs Plan)이 하위 계획으로서 상세한 토지이용계획을 정한다. 영국은 지방이나 시기 별로 변화는 있지만, 대체로 개발계획(Development Plan)이 기본계획의 역할을 담당하고, 개발규제(Development Control) 하위 계획의 역할을 한다. 흔히 논의되는 계획허가(Planning Permission)는 개발규제의 한 양태로 개별적인 행정작용이라기 보다는 계획 그 자체에 가깝다. 일본은 토지이용기본계획이 기본계획의 역할을, 용도지역·구역구분제·지구계획제도 등이 하위 계획으로서 관리계획의 역할을 한다. 이 때 각 단계의 계획들이 갖는 효력이나 구속력의 정도는 나라별로 상이하다.

198) 서순탁, 김진아, 「한국과 일본의 개발행위허가제 비교」, 대한국토도시학회, 국토계획 제43권 제6호, 2008. 11, 42면.

광범위하다. 도시계획의 내용으로서 정해져야 할 것이 용도지역·기반시설·건축단위·건축허용성·건축허가요건이라면[199], 용도지역제 도시계획은 건축단위, 건축허용성에 관하여 일절 규율하지 않는다.

용도지역제 도시계획이 토지이용관계에 개입하는 방식은 소극적이다. 소극적이라는 말은 두 가지 의미를 지닌다. ① 먼저 가능한 행위를 규정하는 것이 아니라, 불가능한 행위를 제한하는 방식을 취한다는 점에서 소극적이다. 용도지역지정의 근거 조문이 되는 국토계획법 제36조는 용도지역의 종류만을 나열하고 있고, 각 용도지역이 무엇인지에 대한 정의만 내리고 있을 뿐, 구체적인 규율을 담고 있지 않다. 예컨대 주거지역을 「거주의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 지역」이라 정의하는 것만으로는(제36조 제1항 제1호 가목) 구체적으로 주거지역에 어떠한 경관이 나타나게 될 지를 예상할 수가 없다. 다만 동법 제76조 제1항은 소극적으로나마 용도지역에서의 일정한 건축행위들을 제한한다. 즉 나타나게 될 경관은 알 수 없지만, 나타나지 않게 될 경관은 알 수 있게 된다. 동항의 위임을 받은 시행령 제71조 및 별표에서 제한되는 건축물의 용도·종류·규모 등이 정해진다.

② 소극적이라는 말의 두 번째 의미는 적극적인 도시형성의 기능을 수행하지 못한다는 뜻이다. 물론 궁극적으로 물리적인 개발행위를 하는 주체는 대부분 사인일 것이다. 국가가 주체가 되어 직접 공사를 벌이는 경우는 예외적일 것이다. 따라서 여기서의 '형성'의 의미는 결코 도시계획가가 직접 물리적인 경관 변화를 가져오게 한다는 의미가 아니다. 다만 이는 사인이 개발행위에 나서기까지의 '모든 선제조건들'을 형성한다는 의미이다. 도시의 외관을 관념적인 차원에서나마 얼마나 완전한 모습으로 그려낼 수 있는가의 문제이다. 그렇다면 건축허용성과 건축단위를 규율하고 있는지 여부가 적극적 형성의 기능을 수행하고 있는지 여부를 판단하는 핵심기준이 될 수밖에 없다.

---

199) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 205면.

이러한 측면에서 보면 건축허용성과 건축단위를 정하는 독일의 B-Plan은 적극적이다. 독일의 도시계획은 블록단위의 구획과 건물용도, 층수, 위치, 형태, 외관, 외벽, 색채까지도 상세히 결정한다.[200] 더 나아가 영국의 계획허가(Planning Permission)는 매우 적극적인 형성의 기능을 한다. 명칭과 달리 영국의 계획허가는 개별적 처분이 아닌, 행정계획・도시계획에 가깝다. 상위계획(Development Plan)의 내용 외에 법률에 근거하지 않은 사유를 들어서도 폭넓은 재량을 행사할 수 있는 것이 계획허가이다.[201] 건축에 귀결되는 모든 선결조건들을 계획허가의 형성단계에서 도시계획가가 판단할 수 있는 것이다. 물론 이는 2차대전 전후, 개발권을 국유화하려했던 영국의 시대적 배경에서 기인하는 바도 있었다.[202] 개발권을 쥐고 있는 도시계획가가 도시의 구체적이고 완전한 모습을 그려낼 수 있다고 생각했던 것이다.

## 2. 도시계획의 구속력

우리 법상 관리계획은 기본계획의 내용에 부합되도록 되어 있다(국토계획법 제25조 제1항). 그러나 관리계획이 매우 추상적인 정책 방향만을 제공하는 기본계획에 어긋나는 것은 현실적으로 불가능에 가깝다. 더불어 기본계획은 국민의 권리의무 변동에 직접적인 변동을 가져오지 못하며 그 구속력과 쟁송법상 처분성이 모두 부정되어 왔다.[203] 반면 관리계

---

200) Dieterich Hartmut und Jürgen Koch, 『BAULEIT-PLANUG』, Deutsche Verlags-Anstalt GmbH, 1977, p.67, 동재욱, 한정섭, 「서독, 일본간의 도시계획제도 비교연구」, 대한건축학회 논문집 제5권 제2호, 1989. 4, 22면에서 재인용.

201) 물론 시기에 따라 다르기는 하지만, 대체로 계획허가는 법률에 근거하지 않은 사유들도 고려되었다. 1980년대 대처 정부 시절에는 개혁을 명목으로 계획허가를 거의 기속적인 행위로 만들어버리기도 했으나, 1990년대 들어 '지속가능한 개발'의 패러다임이 확산되면서 이러한 경향은 수그러졌다. 이에 관하여는 이성룡, 「영국의 도시계획제도 및 개발규제에 관한 연구」, 경기개발연구원, 2007. 12.를 참조하라.

202) 김제국, 「영국 계획허가제 운용에서 도시기본계획의 위상과 역할에 관한 연구」, 경기개발연구원, 2008. 12, 33면.

203) 대법원은 "(도시기본계획은) 도시계획입안의 지침이 되는 것에 불과하여 일반 국민에 대한 직접적인 구속력은 없는 것"이라 판시하여 오고 있다. 대법원 1998. 11. 27. 선고 96누13927 판결 ; 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결 등 참조.

획은 국민의 권리의무에 직접 변동을 가져올 정도로 강한 효력을 지닌다.[204] 때문에 개발행위허가를 신청하고자 하는 사인의 입장에서 가장 현실적인 힘을 느낄 수 있는 것은 관리계획이다.

## Ⅲ. 개발행위허가의 기능

### 1. 개발행위허가의 개입범위

용도지역제 도시계획의 공백을 어느 단계에 이르러 메울 것인가? 건축행위에 이르는 시간적 순서를 따를 때, 건축행위에 나아가기 이전 단계에 별도의 도시계획적 수단을 통해 건축단위를 구획하고 건축허용성을 부여하는 방법이 있을 수 있는 반면, 건축행위를 하려는 시점에 가서 건축허가와 함께 건축허용성 등을 판단하는 방법이 있을 수 있다. 개발행위허가는 양자 모두의 경우에 이용될 수 있다. 개발행위허가를 건축허가와 따로 먼저 신청·발급할 수도 있지만, 건축허가의 의제조항을 통해 양자가 함께 심사될 수도 있기 때문이다(건축법 제11조 제5항 제3호).

개발행위허가는 용도지역제 도시계획만이 수립되어 미처 건축허용성 등이 판단되지 못한 곳(대표적으로 지구단위계획 미수립 지역)에서 그 역할을 수행한다. 그러나 현행법의 문언상으로는 지구단위계획이 수립된 지역에서도 개발행위허가가 기능할 수는 있다. 지구단위계획의 내용으로 현행 국토계획법 제52조 제1항은 기반시설(제2호)이나 건축허가요건(제4호)에 관한 내용만을 필수적으로 요구할 뿐, 나머지 내용을 포함시킬 것인지는 전적으로 도시계획가의 자유에 맡기고 있다.[205] 때문에 기성시가

---

204) 대법원은 "도시계획구역안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는바 이런 점에서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분"이라 한 바 있다. 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결 참조.

205) 국토계획법 제52조(지구단위계획의 내용) ① 지구단위계획구역의 지정목적을 이루기 위하여 지구단위계획에는 다음 각 호의 사항 중 제2호와 제4호의 사항을 포함한 둘 이상의 사항이 포함되어야 한다. 다만, 제1호의2를 내용으로 하는 지구단위계획의

지에서 지구단위계획이 수립할 경우 건축허용성이나 건축단위에 관한 판단을 포함시키지 않는 경우들이 있을 수 있다. 반면에 신도시에서 지구단위계획은 상세한 획지와 그 용도까지 정하고 있으므로, 개발행위허가가 개입할 틈이 없다. 정리컨대 개발행위허가는 도시계획의 종류를 불문하고 수립된 도시계획이 '침묵'하는 곳에서 도시계획적 판단의 기능을 수행하게 된다.

## 2. 개발행위허가의 도시계획적 위상

### 가. 보조적 수단으로서의 의의

위와 같은 기능 때문에 개발행위허가, 그 중에서도 형질변경허가는 사실상 '필지단위의 도시계획'의 역할을 수행하고 있다고 평가되기도 한다.[206] 그런데 이상한 점이 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리 법제에서 적어도 건축허용성을 부여할 수 있는 수단 자체는 많았다. 특히 개발행위허가와 같은 개별적 행정행위를 통하지 않더라도, 지구단위계획이나 여러 특별법상의 행정계획이나 도시계획사업 등이 활용될 수 있었다. 그럼에도 불구하고 도시지역의 토지들을 건축행위에 이르는 마지막 순간까지 건축허용성이 판단되지 않은 채로 남겨두는 건 부자연스럽다.

그렇다면 반대로 우리 법이 건축허용성의 부여 문제를 '전적으로' 개발행위허가 단계에 이르러 판단토록 한 것은 아닌지 의심해볼 수도 있다. 주택지조성사업이 끝난 토지에 대해 다시금 토지형질변경허가를 요구할 수도 있다고 전제한듯한 판례의 입장은 일견 이와 유사해 보인다.[207] 마치 일본이 도시계획이 아닌 '개발허가제[208]'를 토지이용의 기

---

경우에는 그러하지 아니하다.

206) 김종보, 「토지형질변경허가의 법적 성질」, 행정판례연구 XI, 2006, 403면.

207) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결.

208) 일본 都市計畫法 第二十九條 (開發行爲の許可) 본문을 번역하면, 「도시 계획 구역 또는 준 도시 계획 구역 안에서 개발 행위를 하고자 하는 자는 미리 국토교통성령으로 정하는 바에 따라 도도부 현 지사의 허가를 받아야한다.」라고 한다. 이것만 보면

본 틀로 활용하는 것처럼 말이다. 일본의 경우엔 도시계획구역 내의 공간을 시가화구역, 시가화조성구역으로 구분한다. 이 때 도시계획구역 내에서는 원칙적으로 개발허가가 개입하여 중핵을 이룬다.[209] 토지를 구획하고 형질을 변경하는 것을 개발행위로 한정하고 있는 일본 도시계획법에서는, 도시지역에서의 개발가능성에 대한 판단 권능을 개발허가에 집중시킨다.[210] 요컨대 일본에서는 토지이용관계에 관하여 도시계획은 소극적이고 추상적인 규율을 담당하고, 이에 연동된 개발허가가 기본 틀로써 적극적 규율을 담당하고 있는 것이다.

먼저 문리적으로만 보면 개발행위허가는 일정 면적(예컨대 주거·상업·녹지지역에서는 10,000㎡[211]) 이하의 모든 개발행위에 개입하여 도시계획적 판단을 수행하고 있는 것처럼 보인다. 개발행위의 최종적인 양태가 건축행위임을 생각한다면, 건축허가나 건축신고의 경우 국토계획법 제56조 자체를 의제하므로(건축법 제11조 제5항 제3호, 제14조 제2항) 건축허가과정에서 필수적으로 도시계획적 판단이 함께 이뤄진다고 '착각' 할 수도 있다. 즉 (i) 건축허가를 받기 이전에 개발행위허가를 받거나, (ii) 그러지 않았더라도 건축허가 과정에서 함께 개발행위허가를 받게 된다고 생각한다면 모든 경우에 개발행위허가가 개입한다고 오해할 여지

---

우리 국토계획법 제56조 제1항과 별반 다를바가 없어 보인다.

그러나 일본의 개발허가제가 원칙적인 토지이용규제 수단으로 기능할 수 있는 이유는 생각건대 ① 우리와 달리 건축허가(일본에서는 건축기준법상 확인신청이 건축허가의 기능을 한다)와 개발허가의 주체가 달라서, 양자를 의제하는 등으로 엮지 못하고, ② 따라서 개별적인 건축행위들 모두가 개발허가의 대상으로 도시계획적 판단을 받으며, ③ 개발허가의 기준을 행위 유형별로 달리 정하지 않고 기술기준과 입지기준으로 일원화하여 모든 경우에 일률적 내용의 판단을 하게 된다는 점에서 찾아질 수 있다고 사료된다.

209) 보다 상세하게는 시가화구역의 경우 1,000㎡ 이상의 토지를 개발할 경우, 시가화조성구역에서는 모든 개발행위가 개발허가의 대상이 된다. 이에 관하여 서순탁, 김진아, 「한국과 일본의 개발행위허가제 비교」, 대한국토도시학회, 국토계획 제43권 제6호, 2008. 11, 46면을 참조.

210) 물론 일본에서도 개발허가제는 도시계획구역에서만 적용되었기 때문에, 도시계획구역 이외의 지역에서는 난개발을 막을 마땅한 방책이 없다는 비판이 제기되기도 했다. 최근에는 도시계획구역 밖에서도 개발허가제가 적용하도록 변화가 이뤄지고 있다. 이에 관하여는 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 194면 내지 197면을 참조하라.

211) 상세한 면적기준에 관하여는 국토계획법 시행령 제55조 제1항 각호를 참조하라.

가 생긴다.[212]

그러나 이는 잘못된 해석이다. ⓐ 먼저 제2장에서 논의한 바와 같이 개발행위는 협의와 광의로 이해될 수 있으나, 실질적으로 개발행위로서 도시계획적 의미가 있는 것은 형질변경과 토지분할에 국한된다(협의의 개발행위). ⓑ 다음으로 건축법상 의제조항 중 개발행위허가에 관한 부분의 법적성질은 두 가지로 나뉜다. 그중에서도 형질변경이나 토지분할에 관하여 의제하는 것은 '절차간소화 의제조항'의 성격을 지니는 것으로 보아야 한다. 때문에 형질변경이나 토지분할에 관한 법적심사는 건축허가 발급과 필수적으로 수반하여 이루어질 필요는 없다. ⓒ 또한 건축허가와 동시에 필요적으로 함께 심사되어야 할 필요가 있는 개발행위허가 중 건축행위에 관한 부분은 그 자체로는 도시계획적 의미가 덜하다. ⓓ 마지막으로 다른 수단에 의해서도 얼마든지 건축허용성 부여 등이 가능할 수 있다는 사실은 개발행위허가가 일절 개입하지 않는 개발도 생각될 수 있음을 잘 보여준다.[213]

요컨대 우리 법제에서 '개발행위허가는 모든 경우의 개발에 개입하는 원칙적 수단이다'라는 명제는 '거짓'이다.[214] 우리 법제에서 개발행

212) 주류적인 법령해석례들도 건축법과 국토계획법은 취지를 달리하는 법률임을 들어 양자 모두의 요건이 별개로 각기 충족되어야 한다고 보고 있다(예컨대 법제처 13-0363, 2013.10.2, 민원인 참고). 때문에 개발행위허가 중 건축물의 건축(국토계획법 제56조 제1항 제1호)을 근거로 모든 경우에 도시계획적 판단을 개입시킬 수 있다고 보는 것이다.

213) 현재 실무에서는 형질변경이나 토지분할 등을 수반하지 않는 건축의 경우에도 국토계획법상 개발행위허가의 요건이 함께 심사되어야 한다고 보는 입장이나, 이는 절반은 맞고 절반은 틀린 말이다. 법령해석례 중에서는 "「건축법」에 따라 건축물의 건축허가신청을 하면 「건축법」 제11조제5항제3호의 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가의 신청을 한 것으로 보아야"한다고 하여, "<u>건축허가를 위한 관계 행정기관과의 협의 과정에서</u> 국토계획법 제56조제1항제1호에 따른 건축물 <u>건축의 개발행위허가에 관한 실체적 요건을 갖추었는지 여부도 검토되어야</u>"한다고 본 것이 있다(법제처 09-0351, 2009.11.20, 과천시 건축과). 그러나 개발행위허가를 형질변경과 토지분할에 국한하여 협의적으로 보면, 개발행위허가가 개입하지 않는 경우가 있을 수 있다. 특히 위 법령해석례 또한 국토계획법 제56조 제1항 제1호를 지칭하고 있을 뿐이므로, 이를 들어 '모든 건축허가의 경우에 개발행위허가가 개입하여야 한다'는 명제를 도출하는 것은 무리가 있다.

214) 그런데, 문리적으로 모든 경우에 개발행위허가가 개입할 수 있다고 오해할 여지는

위허가는 어디까지나 보조적인 수단에 불과하다.

### 나. 도시계획적 기능의 수행

개발행위허가라는 용어 자체는 결코 동질적이지 않다. 개발행위허가는 (i) 건축행위 전 단계까지의 도시계획의 내용을 형성해주는 역할을 하는 것처럼 보일 수도 있고, (ii) 단지 존재하는 규범들에 비추어 당해 건축행위에 관해 기속적인 행위허가를 하는 역할에 그치는 것처럼 보일 수도 있다. 개발행위의 6가지 양태 중 형질변경과 토지분할의 경우는 그 자체로 도시계획적 판단의 내용을 담고 있다. 반면 건축물의 건축, 공작물 설치, 토석채취, 물건의 장기 적치 등의 행위는 단순한 공사허가로서의 의미가 강하다. 물론 행위의 규모나 허가대상의 입지 등에 따라 스펙트럼이 다양해질 수 있겠지만, 거칠게 분류한다면 위와 같다. 본 연구의 제2장에서 규명한 개발행위의 정의에 온전히 부합하는 것은 결국 형질변경과 토지분할 정도라 할 수 있다. 그리고 이것이 바로 개발행위허가 본연의 모습이다. 나머지는 경우에 따라 때때로 건축견련성이나 도시계획 관련성 등의 요건을 충족시키게 될 뿐이다.

이러한 구분에 따르면, 개발행위허가의 의미를 단순한 행위허가에 머무르게 할 수는 없다. 물론 개발행위허가의 기준으로 도시관리계획이 명시되어 있으므로, 도시계획이 보다 상위의 개념이긴 하다(국토계획법 제58조 제1항 제2호). 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라 도시계획의 내용에는 공백이 많았다. 개발행위허가(형질변경허가)의 가장 핵심적인 기능인 '건축허용성 부여'에 관하여는 도시관리계획 자체에서 직접적인 규율을 찾아낼 수가 없는 경우가 많다. 다만 도시관리계획의 내용들이 건축허용성을 부여하는 데에 있어 중요한 고려요소로 작용하게 될 뿐이다. 그렇다면 형질변경허가는 상위 도시계획을 고려하여 수립되는 일

---

분명하다. 대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결 사안에서도 이미 건축허용성이 부여되어 추가적인 성질변경의 필요성이 없음에도 불구하고, 피고(행정청)는 다시금 도시계획적 판단을 위해 토지형질변경허가를 개입시킬 수 있다고 본 듯하다.

종의 구체화된 하위 도시계획의 역할을 일부 수행한다고 보아야 한다.

### 3. 도시계획과 개발행위허가의 이동(異同)

도시계획과 개발행위허가는 입안 혹은 개발의 주도권을 누구에게 맡기느냐에 있어 차이가 있다. 도시계획은 특별시장・광역시장・시장・군수, 곧 행정주체가 입안권자가 되어 직접 도면을 그리게 된다(국토계획법 제24조). 반면 개발행위허가에서는 허가를 신청하는 사인이 도면을 그려서 행정청에 제출한다는 점이 다르다.[215] 외관상으로면 보면 사인이 사업시행자가 될 수 있는 상당수의 개발사업들도 이와 유사하기는 하다. 도면을 사업시행자가 그려 와서, 이를 승인 받는 식으로 토지이용계획이 수립되기 때문이다. 다만 이 때 토지이용계획은 그 자체로 도시관리계획의 효력을 갖는다는 점에서[216] 개발행위허가와 차이가 있다. 또한 사업시행자의 지위는 그 자체로 공법적인 행정주체로서의 의미를 지니기 때문에 단순히 사인에게 입안 및 개발의 주도권을 맡긴 것이라 보기는 힘들다. 요컨대 개발행위허가 이외의 경우에는 입안 및 개발의 주도권은 행정주체에게 있으며, 그 결과는 도시계획의 수립으로 나타난다.

도시계획과 개발행위허가는 규모면에서도 확연한 차이를 보인다. 도시계획의 수립 절차에서 요구되는 주민참가・지방의회 의견청취(국토계획법 제28조)와 같은 절차는 개발행위허가에서는 요구되지 않는다. 대상면적이 상대적으로 작아서 주변에 미치는 외부효과가 도시계획에 비해서

---

215) 개발행위허가운영지침 2-1-2의 (1)에 의하면 허가를 신청하고자 하는 사인은 기반시설·조경·경관 등을 포함한 계획서와 관련 도서(圖書), 건축물의 용도 및 규모를 기재한 서류 등을 제출하여야 한다. 이러한 내용들은 국토계획법 제52조 제1항 각호가 요구하는 지구단위계획의 내용들과 별반 차이가 없다. 특히 이런 내용적 유사성에 관하여는 신태형, 최정선, 이희정, 「제2종지구단위계획과 개발행위허가제의 개선방안에 관한 연구」, 한국도시설계학회지 제7권 제4호, 2006. 12, 10면에서 잘 지적하고 있다.

216) 예컨대 도시개발법상 토지이용계획은 개발계획의 한 내용으로(제5조 제1항 제7호), 개발계획은 도시개발구역을 지정하려면 반드시 수립되어야 하는 계획이다. 이는 공모의 방식으로도 입안될 수 있으며, 이렇게 수립된 개발계획은 지구단위계획과 동등한 효력을 지닌다(제9조 제2항).

는 적기 때문이다.[217] 물론 경우에 따라 규모가 클 때, 예컨대 10,000㎡ 넓이의 1필지를 10개로 분할하여 택지로 만들려 할 때 이를 하나의 개발행위허가로 해결하고자 한다면 그 실질이 도시계획과 다를 바 없게 된다. 그러나 일반적으로 개발행위허가가 개입하는 경우는 소규모 필지에 대해서다. 전형적인 경우에 개발행위허가는 소규모의 단일 필지에 대한 행정행위(처분)로서의 의미를 지닌다.

요컨대 개발행위허가는 '보충적인 도시계획'과 같은 내용을 규율하면서도 '행정행위'의 형식을 지닌 처분이다. 물론 국토계획법이 나열하는 개발행위의 양태 중에서는 단순한 공사허가에 가까운 것들도 있지만, 이들이 개발행위허가의 주된 것은 아니다.[218] 결국 개발행위허가는 형질변경과 토지분할이라는 도시계획적 성격이 짙은 수단을 이용해 미처 용도지역제 도시계획이 커버(cover)하지 못했던 공백을 담당하는 역할을 한다. 때문에 상당히 많은 부분에서 개발행위허가와 도시계획의 내용은 닮아있다. 특히 아래에서 서술할 지구단위계획과 개발행위허가는 내용·역할이 상당부분 중첩된다.

## 4. 지구단위계획과 개발행위허가

### 가. 제도의 중첩

지구단위계획은 국토계획법상 각종 도시계획 중에서도 가장 상세한 내용을 규율하는 도시계획이다. 건축허용성이나 건축단위까지도 정할 수 있는 도시계획이 바로 지구단위계획이다. 때문에 지구단위계획의 내용이

---

217) 도시계획수립절차에서 주민참가 등을 요구하는 것은 도시계획의 속상상 다수의 이해관계인이 관련되고 적용범위가 넓기 때문이다. 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 279면 참조.

218) 2013년 통계만 보더라도, 건수로는 전체 252,278건의 개발행위허가에서 토석채취가 0.2%(511건), 물건적치가 0.19%(504건)를 차지했을 뿐이었다. 같은 년도에 형질변경은 21.54%(54,359건), 토지분할은 10.12%(25,552건)를 차지했다. 물론 개발행위허가의 절대 다수는 건축행위였다. LH, 공간정보처 도시정보부, 『도시계획현황』 참조.

나 역할은 개발행위허가와 중첩되는 측면이 있다.

지구단위계획수립지침을 보면, 지구단위계획은 구역을 체계적·계획적으로 개발·관리하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 지구단위계획에서는 건축물의 용도·종류 및 규모 등에 대한 제한을 완화하거나 건폐율 또는 용적률을 완화하기도 한다(동 지침 1-2-1). 특히 지구단위계획은 난개발 방지를 위해 개별 개발수요를 집단화하고 기반시설을 충분히 설치하도록 하는 역할을 담당한다(동 지침 1-2-4). 개발행위허가운영지침을 보면 이와 유사한 측면을 많이 발견할 수 있다. 개발행위허가 또한 계획의 적정성, 기반시설의 확보여부 등을 주요하게 고려 대상으로 하며, 난개발 방지 및 국토의 계획적 관리 도모를 목적으로 한다.

양 제도 모두 난개발 방지에 초점을 맞추고 있으며, 이를 위해 기반시설 확보를 중요하게 취급한다는 공통점이 있다. 특히 양자는 모두 적극적인 성격을 지닌다. 지구단위계획이나 개발행위허가 모두 건축허용성과 건축단위를 부여하고 획정하는 기능을 한다는 점에서 적극적이다.

지구단위계획의 수립과정은 도시계획 수립의 일반 절차를 따르게 되고, 당연히 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다(국토계획법 제22조 제1항). 개발행위허가의 경우에도 특정 행위들은(건축행위, 형질변경, 토석채취) 도시계획위원회의 심의를 요한다(국토계획법 제59조 제1항). 다만 지구단위계획이 있는 지역에서는 이미 상당히 완결적인 내용을 가진 도시계획이 수립되어 있으므로 도시계획적인 판단이 중첩하여 이뤄질 필요는 없다.[219] 때문에 이 경우 개발행위허가를 발급함에 있어서 도시계획위원회의 심의가 면제된다(동조 제2항 제2호). 지구단위계획이 건축허용성을 정하는 기능을 하여야 하므로, 이론적으로는 지구단위계획이 수립

219) "지구단위계획은 도시계획절차에 따라 수립, 결정되며, 이 계획에서는 도시기반시설의 배치와 규모 등도 포함하고 있다. 따라서 지구단위계획이 수립된 구역에서 개발행위가 이루어진다 하더라도 계획에 의거하므로 개발허가를 받도록 할 필요는 없다." 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 73 내지 74면.

된 지역에서는 형질변경허가를 따로 받을 필요는 전혀 없다.[220]

## 나. 제도의 차이

다만 두 제도는 몇 가지 측면에서 본질적인 차이를 보인다. ① 먼저 지구단위계획이 개발의 '집단화'를 꾀하고 있는 반면, 개발행위허가는 어디까지나 '개별적' 처분에 불과하다는 차이점이 있다. 큰 틀에서 보면 이는 상대적으로 일반적 규율로서의 성질을 가지는 행정계획(Plannung, Plan)과[221] 구체적 개별 사건에 대한 법집행의 성격을 지니는 행정행위(Verwaltungsakt)의 차이에서 기인하는 것이라 볼 수 있다.

② 두 번째로 용도지역제 도시계획과의 관계에 있어서도 양자는 구별된다. 지구단위계획은 애당초 용도지역제 도시계획의 불완전함을 극복하고, 궁극적으로 이를 대체하고자 만들어졌다.[222] 때문에 국토계획법상 지구단위계획은 용도지역제 도시계획에 반드시 구속되지는 않는다(국토계획법 제52조 제1항 제1호). 지구단위계획은 용도지역제 도시계획이 규율하는 내용을 변경, 세분할 권능을 가지며, 구체적으로 건축물의 용도나

---

220) 그러나 우리 법이 지구단위계획의 내용에 건축허용성이 필요적으로 포함되도록 정하지는 않고 있기 때문에(국토계획법 제52조 제1항 본문), 국토계획법 제59조 제2항이 상정하는 것과 같은 경우가 문리적으로는 나타날 수도 있게 된다.

221) 물론 행정계획의 법적 성질에 대해서는 학설상의 논의가 있다. 일반·추상성을 강조하여 행정입법에 가깝다고 보는 설(입법행위설)과 법률관계의 변동이라는 측면에 초점을 맞추어 행정행위라고 보는 설(행정행위설), 그리고 고도로 구체적인 성질을 지니나 개별성을 지니지는 않는다는 점에서 제3의 독자적인 행정의 작용 양태라고 보는 설(독자성설), 개별적인 행정계획마다 그 법적성질을 각기 검토하여 항고소송의 대상적격 인정 여부를 논의하는 설(개별검토설) 등이 주장된다. 독일의 경우에는 도시계획의 법적 지위를 조례라 규정하기도 하고, 행정계획을 다툴 수 있는 쟁송수단을 마련하고 있기 때문에 이와 같은 학설대립이 실익을 가지지는 않는다. 다만 우리의 학설과 판례는 대체로 쟁송법적으로는 처분성을 인정하는 경향을 보이고 있으며(대법원1982. 3. 9. 선고 80누105 판결), 실체법적으로는 개별검토설이나 독자성설이 주로 취해지는 견해인 것으로 보인다. 이외에 관련된 논의는 김동희, 『행정법I』, 박영사, 16판, 2010, 185면 이하를 참고하라.

222) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 317면. 독일의 B-Plan이 도시 전체를 대상으로 하지 않고 비교적 소규모의 지구단위를 대상으로 수립되듯이, 우리 법제에서도 불완전한 용도지역제 도시계획을 극복하고 일단의 토지에 관한 상세한 계획을 수립하고자 지구단위계획이 등장하게 되었다.

건폐율, 용적률 등을 변화시킨다(국토계획법 시행령 제45조 내지 제47조). 반면 개발행위허가는 용도지역제 도시계획의 내용에 명시적으로 구속된다. 도시관리계획이 개발행위허가의 기준[223]이 되기 때문이다(국토계획법 제58조 제1항 제2호). 도시관리계획 - 특히 용도지역제 도시계획에 어긋나는 개발행위허가란 생각될 수가 없다.

③ 마지막으로 내용상의 차이가 있다. 지구단위계획은 건축허용성이나 건축단위 뿐만 아니라 건축허가요건까지도 상세히 정한다. 지구단위계획에서는 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획도 포함될 수 있고(국토계획법 제52조 제1항 제5호), 때문에 대략적으로 추후 등장하게 될 건축물들의 외관을 상상해볼 수 있다. 그러나 개발행위허가만으로는 등장할 건축물의 외관을 원칙적으로 알 수 없다.[224] 단지 경관이나 조경에 관한 계획서가 요구되므로(국토계획법 제57조 제1항 본문) 매우 제한적으로나마 등장할 경관을 알게 될 수 있을 뿐이다.

## Ⅳ. 소결 ; 제도간 관계의 정립

### 1. 견해의 대립

#### 가. 지구단위계획의 역할을 강화하는 안

건축허용성 부여나 건축단위 획정 기능을 장기적으로 지구단위계획으

223) 물론 국토계획법 제58조가 개발행위허가의 '기준'이라는 제목을 가지고 있으나, 이는 '요건'이라는 표현이 더 적절한 것일 수 있다. 다만 건축허용성의 판단 '기준'이 된다는 측면에서는 요건이라기보다는 도시계획적 재량 행사의 '기준'이라 표현하는 것이 옳을 수 있다. 이에 관하여는 김종보, 「토지형질변경허가의 법적 성질」, 행정판례연구 XI, 2006, 406면 내지 407면 참조.

224) 물론 국토계획법 제56조 제1항 제1호에 따라 건축행위에 관하여 개발행위허가를 받는 경우 건축법상 요구되는 관계서류를 제출하여야 하므로(국토계획법 제57조 제1항 단서) 이 때에는 등장하게 될 건축물의 외관을 알 수 있다. 물론 이는 개발행위허가의 정의에 부합하는 전형적인 형태는 아니다. 따라서 형질변경이나 토지분할만을 신청하는 경우에는 추후 등장하게 될 건축물의 외관에 관하여는 어떠한 사실도 정해진 바 없게 된다.

로 일원화 하여야 한다는 주장이 제기될 수 있다. 지구단위계획은 독일의 B-Plan을 모델로 한 일본의 지구계획을 계수한 것이다. B-Plan은 건축에 관한 상세한 규율 및 토지의 이용가능성에 관한 규정을 담고 있는데, 건축의 종류, 형태뿐만 아니라 건축방식, 건축허용성, 건축물의 위치 및 최소크기, 최소넓이, 최소 깊이까지도 정한다.[225] 1991. 12. 14. 도시계획법 일부개정을 통해 상세계획제도(현 지구단위계획의 원형[226])를 도입한 취지는 토지이용의 합리화를 위해 기반시설의 수용능력 등을 고려하여 건축물의 용적·용도를 정하는 상세한 계획을 수립하기 위함이었다.[227] 장기적으로는 지구단위계획으로서 용도지역제 도시계획을 대체하려 했던 의도가 숨어 있었다. 즉 지구단위계획을 통하여 원칙적으로 토지의 건축허용성 및 건축단위를 정하는 방향으로 가려던 것이 우리 입법자의 의사였다고도 볼 수 있다.

애당초 우리 법제는 도시계획을 토지이용제도의 중핵으로 두고 있었다. 때문에 구법상으로도 도시계획이 수립되어 먼저 존재하면, 그 구역 내에서는 일정한 행위들의 자유를 예방적으로 금지하고 이를 풀어주는 행위제한의 문제로 접근했던 것이다.[228] 즉 행위제한의 해제 시, 도시계획적 판단을 적극적으로 수행하기 보다는 주어진 도시계획의 내용에 부합하는지 여부만을 소극적으로 판단하는 것에 그쳤다. 지금의 개발행위허가도 이러한 태도로부터 자유롭지 못하다. 도시계획이 상세하고 구체적인 내용을 담고 있을수록, 개발행위허가 자체가 설 자리는 좁아진다.

따라서 위와 같은 논의에 따르면 지구단위계획이 토지이용제도를 담당하고, 건축허가가 건축물의 위험방지 등 경찰적 기능을 담당하는 방식으

---

225) 김종보, 「도시계획의 수립절차와 건축물의 허용성에 관한 연구 - 한국의 도시계획법제와 독일의 연방건설법(BauGB)에 관한 비교연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1997. 2, 133면.

226) 보다 정확하게는 구 도시계획법상 상세계획제도와 구 건축법상의 도시설계제도가 통합된 것이 바로 현행 국토계획법상의 지구단위계획제도이다. 이러한 통합은 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정시 이루어졌다.

227) 도시계획법(법률 제4427호, 1991.12.14., 일부개정) 제개정이유 참조.

228) 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 215면 참조.

로 나아가야 한다는 결론을 도출할 수 있다. 그리되면 개발행위허가의 역할은 거의 사라지게 된다.[229] 구법상 제2종 지구단위계획과 개발행위허가의 관계에 관하여 비슷한 논의가 있었다. 양자의 기능상 중첩을 해결하기 위해, 개발행위허가의 도시계획적 기능은 지구단위계획으로 그 나머지 기능은 건축허가의 의제조항을 통하여 분담케 하자는 논의였다.[230] 만일 이와 같은 견해에 따르면, 궁극적으로 건축이 허용되지 않은 토지에 건축허용성을 부여하거나, 건축단위를 분할·합병하는 것은 지구단위계획을 변경하는 방식에 의하여야 한다.

### 나. 개발행위허가의 역할을 확대하는 안

이와 반대로 개발행위허가제의 역할을 확대하자는 견해가 있을 수 있다. 개발행위허가의 의미를 적극적으로 해석하려는 움직임은 2000. 1. 28. 도시계획법 전부개정 시부터 시도되어 왔다. 영국이나 일본식의 제도를 우리 법에 도입한 것으로 해석하려는 일부 견해가 2000년대를 즈음하여 꾸준히 제기되었다.

'확대'의 방향은 두 가지로 생각할 수 있다. (i) 하나는 영국이나 일본의 제도처럼 아예 개발행위허가를 토지이용제도의 원칙적이고 주된 수단으로 사용하는 방안이다. 그러나 이러한 방향은 엄연히 지구단위계획이 존재하고, 용도지역제 도시계획이 나름의 역할(용적률, 건폐율, 용도 등)을 하고 있는 우리 법제에서 받아들여지기 어렵다. 계획허가(Planning Permission)나 개발허가가 토지이용의 원칙적인 규율 수단으로 기능할 수 있는 이유는, 계획이 있더라도 그것이 계획허가·개발허가의 운신의 폭

229) 현행법상 도시관리계획이 개발행위허가의 기준이 되므로(국토계획법 제58조 제1항 제2호), 만일 도시관리계획이 상세하게 모든 것을 규율하게 된다면 개발행위허가는 그 자체로 의미를 상실한다. 즉 현행법상으로도 지구단위계획 수립을 확대하여 건축허용성과 건축단위를 규율하는 완전한 의미의 도시계획을 늘려나간다면 이와 같은 변화를 야기할 수 있다.

230) 신태형, 최정선, 이희정, 「제2종지구단위계획과 개발행위허가제의 개선방안에 관한 연구」, 한국도시설계학회지 제7권 제4호, 2006. 12, 13면 및 16면 등 참조.

을 좁히지 못하기 때문이다. 반면 우리 법제에서 개발행위허가는 어디까지나 용도지역제 도시계획이나 지구단위계획을 포함한 도시관리계획에 종속된 하위의 제도이다. 상위 제도가 얼마나 상세한 규율을 하는가에 따라 개발행위허가의 운신의 폭은 좁아진다.

(ii) 오히려 용도지역제 도시계획을 보완하는 제도로써 개발행위허가의 역할을 확대하자는 견해가 현실적이다.[231] 이에 따를 경우 토지이용제도는 용도지역제 도시계획을 기반으로 하여 개발행위허가와 지구단위계획으로 운용된다. 지구단위계획이 수립된 곳에서는 개발행위허가가 의미를 지니지 못하지만, 그 외의 지역에서는 지구단위계획 그 자체의 기능을 일부 담당할 수 있게 된다. 물론 이 견해가 타당하려면, 지구단위계획의 의미나 역할을 축소 해석하여야만 한다. 지구단위계획이 선택적이고 한정적인 제도에 그쳐야만 개발행위허가가 개입할 범위가 늘어나기 때문이다.

## 2. 검토

지금 우리 제도는 전 항에서 논의한 두 안(案)이 절충된 형태라 볼 수 있다. (i) 지구단위계획이 수립된 곳 특히 신도시에서는 독일 B-Plan과 같이 상세한 하위계획이 수립되어 완결된 도시계획적 판단이 내려져 있다. (ii) 그렇지 않은 곳에서는 비교적 영국과 일본의 제도에 가깝게 개발행위허가가 운용될 여지가 있다. 특히 기성시가지에서는 지구단위계획이 수립되어 있더라도 실무상 달리 구속력을 인정하지 않고 있기 때문에[232], 이런 곳에서는 개발행위허가가 주된 역할을 할 수 있다.

장기적으로는 우리 법제에서 지구단위계획의 역할을 강화해나가야 한다. 건축허용성을 부여하는 수단을 단일화하고 용어를 정립할 뿐만 아니

231) 대표적으로 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 287면 이하가 이러한 견해를 취한다.
232) 대표적으로 삼각아파트 사건을 보라. 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결.

라, 건축허용성 및 건축단위를 도면에 반영하여 사후적으로 관리할 수 있는 완결된 수단은 지구단위계획밖에 없다. 개발행위허가는 건축허용성을 부여하고 건축단위를 분합(分合)하는 개별 처분으로 기능할 수는 있으나, 그 사후적인 관리에 있어서는 뚜렷한 한계를 지닌다. 기껏해야 측량지적법상 지목이나 필지분합의 조문이 사후적 반영수단으로 활용될 수 있겠으나, 도리어 현행 실무에서는 측량지적법상 공부에 기재(반영)하는 행위 자체가 도시계획적 의미를 가지는 양 주객이 전도되어 버렸다. 특히 기성시가지 등에서 지구단위계획 도면과 지적공부의 기재가 불일치하는 경우, 양자의 우열·충돌 문제는 지구단위계획과 개발행위허가가 병존하는 한 현실적으로 절대 풀어낼 수가 없다.

개발행위허가의 역할 강화를 주장하는 견해에서조차 지구단위계획이 수립된 지역에서는 개발행위허가제를 적용하지 말자고 한다.[233] 이는 지구단위계획이 수립된 비율이 아직은 미미하기에 실익이 있다. 단적으로 전체 도시지역의 80~90%정도 되는 면적에 지구단위계획이 수립되어있다면 개발행위허가제가 기능할 여지는 거의 없기 때문이다.

① 장기적으로 지구단위계획의 역할을 강화하기 위해서는 무엇보다 지구단위계획의 구속력을 우선적으로 인정하여야 한다. 지구단위계획의 구속력을 전향적으로 인정하지 않는 한, 그 수립을 확대해나간다고 하더라도 제도간 혼란만을 가중시킬 뿐이다. 현재 판례나 실무는 지구단위계획의 구속력에 대해 대체로 기성시가지에서는 구속력을 축소해석하는 반면[234], 신도시에서는 구속력을 대체로 인정하는 태도를 취하는 듯하다.[235] 다만 기성시가지에서도 토지소유자가 건축행위나 용도변경에 관

233) 류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001, 287면.
234) 이른바 삼각아파트 사건에서 대법원은 기성시가지에서 지구단위계획상 경계와 지적공부상의 경계가 다를 때, 지구단위계획의 강제력을 부정한 바 있다. 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결.
235) 택지개발촉진법에 의하여 개발된 서울 강남의 신도시에서는 상세계획(현 지구단위계획)의 구속력을 인정하여 이에 반하는 건축행위나 용도변경을 위법하다고 본 하급심 판례가 있다. 서울행정법원 2005. 3. 23. 선고 2004구합28532 판결.

하여는 지구단위계획의 구속력을 인정하기는 한다.[236] 주로 기성시가지에서 판례가 주춤하는 이유는 기존에 형성된 토지소유권자들의 권리나 신뢰를 지나치게 침해할 수는 없다고 전제하기 때문인 것으로 보인다. 그러나 개발에 관한 기대가 토지소유권의 보호영역에 포함되지 않을 뿐더러, 공간형성의 주도권이 가지는 공적 성격에 비추어본다면, 이를 토지소유권 침해의 문제로 생각할 이유는 없다.

② 더불어 현행 국토계획법 제52조 제1항을 개정하여 건축허용성과 건축단위에 관한 규율이 지구단위계획에 필요적으로 담기도록 하여야 한다. 현행법은 기반시설에 관한 사항(동항 제2호)과 건축허가요건(동항 제4호)만을 필요적 내용을 규정하여, 용도지역제 도시계획에 비해서는 계획적 개발을 추구하지만 여전히 완결된 도시계획적 규율을 담지는 못하고 있다. 지구단위계획과 건축허용성의 관계에 관하여는 독일 Baugesetzbuch (BauGB) § 30 (1)와 같은 규정을 두는 것을 고려할 수도 있겠다. 독일법은 일정한 요건을 갖춘 B-Plan이 수립된 구역에서는 건축물의 허용성이 인정됨을 명시하고 있다.[237] 그렇지 않은 곳에 대해서도 이어지는 § 31 내지 § 37에서 건축허용성 부여에 관한 규정을 두고 있다. 장기적으로 지구단위계획이 수립된 지역에서는 건축물이 일반적으로 허용됨을 적시하는 조문을 마련하는 방안도 생각해볼 수 있겠다.

---

236) 이른바 삼각아파트 사건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결)에서도 “국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제54조 , 건축법 제8조 제4항 에 의하면 지구단위계획구역 안에서 건축물을 건축하거나 건축물의 용도를 변경하고자 하는 경우에는 그 지구단위계획에 적합하게 건축하거나 용도를 변경하여야”한다고 하여 기성시가지에서 지구단위계획의 구속력을 일부 인정하는 태도를 보이고 있다.

237) 독일 Baugesetzbuch (BauGB) §30 Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (1)을 번역하면 “최소한 건축의 종류와 형태, 건축가능한 토지, 지역적 교통용지에 관한 규정을 독자적으로 규율하고 있거나, 또는 타 건축법규와 함께 규율하고 있는 건설계획(B-Plan)의 적용영역 내에서는, 동 규정에 반하지 아니하고 기반시설이 보장되는 한 건축물은 허용된다”라고 규정하고 있다. 번역에 관하여는 김종보, 「도시계획의 수립절차와 건축물의 허용성에 관한 연구 - 한국의 도시계획법제와 독일의 연방건설법(BauGB)에 관한 비교연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1997. 2. 부록을 참조하라.

## 제 3 절 건축허가와 개발행위허가의 관계

### I. 두 개의 건축허가

개발행위허가와 건축허가는 현행법상 밀접한 관계가 있다. 현행법상 개발행위허가의 경우 건축행위를 개발행위의 한 유형으로 정하고 있고(국토계획법 제56조 제1항 제1호), 건축허가의 경우 발급 시 개발행위허가를 의제하는 규정을 두고 있다(건축법 제11조 제5항 제3호). 이러한 양자의 관계는 조선시가지계획령으로 거슬러 올라간다. 도시계획법과 건축법이 혼합된 성격을 가졌던 조선시가지계획령은 건축허가의 성격을 가지는 처분과 형질변경허가의 성격을 가지는 처분을 같은 조문으로 의율했다.[238] 이후 1962년 도시계획법과 건축법의 분리제정이 이루어졌으나, 양법의 관계에 대한 명확한 인식이 없었던 탓에 도시계획법에 건축행위에 관한 규율이 남아있게 되었다.

이렇게 양자가 병존하고 있는 상황을 이른바 '두 개의 건축허가'라 표현하기도 한다. 실정법상으로 보면 양자는 같은 현상에 대하여 작용하나, 작용하는 관점에 있어서 차이가 있다. 국토계획법이 토지의 합리적 이용의 관점에서 건축물의 용도나 형태를 제한하려는 취지에서 건축행위를 허가의 대상으로 삼고 있는 반면, 건축법은 경찰법적 목적에서 위험방지요건을 심사하기 위해 건축허가 조문을 두고 있다.[239] 양자의 취지가 다른 이상 실정법상으로는 건축행위를 하기 위해 양 허가를 모두 받아야 한다.[240] 다만 건축법상 의제조항에 의하여 국토계획법상의 허가는 의제된다.

---

238) 조선시가지계획령 제10조 제3조제4항의 규정에 의한 고시가 있은 후 제6조제1항의 토지의 경역내에 있어서 토지형질을 변경하고 공작물의 신축, 개축, 증축, 대수선...(중략)...하려는 자는 도지사의 허가를 수(受)할 것.

239) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 127면 참조.

240) 김종보, 「건축법과 도시계획법의 관계」, 공법연구, 1998. 6, 333면 내지 357면 참조.

## Ⅱ. 개발행위허가 의제의 의의

### 1. 서론

건축법 제11조 제5항은 「건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 본다」고 하며, 동항 제3호에서 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가가 등장한다. 즉 문리적으로 보면 건축법 동항에 의하여 모든 형태의 개발행위에 대한 허가가 의제대상이 된다.

개발행위에 관한 제2장의 논의에 따라, 개발행위는 협의의 개발행의와 광의의 개발행위로 구분할 수 있었다. 그렇다면 건축법 동항이 의제하는 개발행위허가도 ①협의의 개발행위에 대한 허가와 ② 그에 속하지 않는 범주의 개발행위에 대한 허가 두 가지로 구분하는 것이 가능하다. 이 때 전자에는 형질변경허가나 토지분할허가가 속하며, 후자에는 주로 건축행위에 대한 허가가 속할 것이다. 전자는 논리적으로 건축행위 이전에 심사되어야 하는 것인 반면, 후자는 건축법상 건축허가와 동시에 심사되는 것에 해당한다.

요컨대 건축법 제11조 제5항 제3호는 내용적으로나 단계적으로 성격이 매우 상이한 것들을 단 하나의 근거 조문에 의해 의제한다는 문제점이 있다. 의제조항의 유형이나 효과에 관한 후술할 논의들에 의할 때, 동호는 의제되는 내용에 따라 상이한 결과를 나타낸다.

### 2. 의제조항의 유형 및 효과

‘의제조항’은 2가지로 분류될 수 있다. ① 먼저 절차간소화를 위하여 마련된 의제조항이 있다(이른바 ‘절차간소화 의제’). 이는 단지 절차만을 간소화할 뿐인 것인바, 의제되는 인·허가에 관한 추가적인 신청서가 제출되지 않았다면 의제의 효과가 발생하지 않는다. 또한 이 경우

에는 절차의 분리가 가능하다. ② 두 번째로 법체계상 하나의 인·허가가 발급되면 반드시 포함되어야 하는 성질의 인·허가가 있는 경우 이를 의제하는 경우가 있다(이른바 '필수적 의제'). 이는 하나의 인·허가로는 아무런 법적 의미를 지니지 못하는 경우를 막기 위한 것으로, 추가적인 신청서가 제출되지 않더라도 당연히 의제되는 것으로 본다. 이 경우 절차의 분리는 불가능하다.[241]

건축법상 의제조항은 원칙적으로 절차간소화의 취지에서 마련되었다.[242] 그렇다면 개발행위허가에 관한 동법 제11조 제5항 제3호도 절차간소화 의제조항으로 볼 수 있는지 문제된다. ① 협의의 개발행위, 곧 형질변경이나 토지분할에 대한 허가는 단순히 절차를 간소화하기 위한 취지에서 규정된 것으로 본다.[243] 추가적인 신청서가 없는 경우 건축허가가 발급되었다고 하여 반드시 형질변경허가 등이 발급되었다고 의제할 수는 없는 것이다. ② 반면 협의의 개발행위에 해당하지 않는 '건축행위'에 대한 개발행위허가는 필수적 의제조항에 해당한다.[244] 건축법상 건축허가와 국토계획법상 건축행위에 대한 개발행위허가는 모두 법체계상 단일한 건축행위에 대한 행정청의 판단을 내용으로 하는 것이기 때문이다. 따라서 추가적인 신청서가 없거나 행정청이 달리 판단을 하지 않았더라도 이는 의제된 것으로 보아야 한다.

## 3. 소결

상론한 바에 따르면, 같은 호로 양자가 함께 의제되고 있는 현행법은 입법기술적으로 문제가 있다. 장기적으로는 국토계획법 제56조 제1항 제1호와 다른 호를 분리하여 달리 의제조항을 두는 것이 필요하다.

---

241) 이상 의제조항의 분류에 대하여는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 125면 참조.
242) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 127면.
243) 형질변경에 대하여는 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 128면 참조.
244) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013, 128면.

## Ⅲ. 제도간 관계에 대한 제언

관념적으로 보면 개발행위허가와 건축허가는 규율대상에 있어서 명백한 차이가 있다. 앞서 정의한 개발행위의 정의에 따르면 개발행위는 건축과 관련된 행위일 뿐, 건축 그 자체가 아니다. 단적으로 말하면 개발행위는 '땅'에 대한 것이고, 건축허가는 '건축물'에 대한 것이다. 관념적으로 개발행위허가는 건축행위에 나아가기 전 단계에서 해당 토지의 공법적 규율을 담당할 뿐이다. 이런 의미에서 보면 국토계획법이 개발행위의 내용으로 건축행위 그 자체를 두고 있는 것은 입법적 오류에 해당한다. 국토계획법은 건축행위 직전까지 '토지'에 대한 공법적인 규율을 담당하는 것인바, 개발행위 본연의 개념정의에는 건축행위 그 자체는 포함될 수 없기 때문이다.

현행 개발행위허가운영지침상으로도 건축행위에 대한 심사기준들은 거의 대부분 토지의 건축허용성을 판별하는 내용과 유사하다.[245] 즉 국토계획법 제56조 제1항 제1호도 문언만 건축행위라 하고 있을 뿐, 사실은 해당 토지가 '건축을 하기에 적합한 토지인가'를 심사하는 것에 초점이 맞춰져 있다.

장기적으로는 개발행위허가에서 건축행위에 관한 내용을 삭제함이 타당하다고 사료된다. 토지에 대한 규율은 개발행위허가가, 건축행위에 대한 규율은 건축행위가 담당하도록 하고, 건축법상 의제조항은 절차간소화 의제조항으로서 토지형질변경이나 토지분할만을 의제하는 것으로 함이 국토계획법과 건축법의 역할을 명확히 분장하는데 도움이 될 것이다.

---

245) 개발행위허가운영지침 3-3-2 이하에서는 도로, 상하수도, 기반시설의 적정성 등을 심사기준으로 삼고 있는 바 이는 건축행위자체에 대한 것이라기보다는 건축허용성에 관한 것에 가깝다.

# 제 6 장 결론

“건축물을 지을 수 있게 하려는 것을 주된 목적으로 소규모 토지의 법적 또는 물리적 현상을 변경하여 도시계획의 내용에 영향을 주는 행위”가 바로 국토계획법이 규율 대상으로 하는 개발행위이다. 그 중에서도 개발행위의 핵심적 표지는 건축견련성과 도시계획관련성이다. 특히 도시계획관련성과의 관계에서 개발행위허가의 핵심적인 쟁점들에 대한 해답을 도출할 실마리를 찾을 수 있게 된다. ① 개발행위허가를 단순히 물리적 형상변경의 허가로 국한할 수 없는 이유도, ② 우리 공법체계상 공간형성의 주도권이 도시계획가의 재량에 맡겨졌다고 볼 수 있는 이유도, ③ 개발행위허가가 강학상 특허이며 강한 재량성을 띠는 이유도 근본적으로는 개발행위와 도시계획의 관계에 대한 고찰로부터 도출된다.

위와 같은 관점에서 개발행위허가의 주요한 두 가지 기능을 조명하자면, 바로 ‘건축허용성 부여 기능’과 ‘건축단위 증감의 기능’이다. 양자 모두 도시계획의 내용을 이루는 것으로 도시계획 차원에서 정해져야 할 요소이지만, 용도지역제 도시계획의 불완전성 등에 때문에 개별적인 행정행위로 해결될 수밖에 없게 되었다. ① 둘 중 건축허용성 부여의 기능은 형질변경허가에 의하고, 그 실정법적 근거는 측량지적법 제81조 및 동법 시행령으로부터 도출될 수 있다. 도시계획적 수단들이 작동하지 않아 도시계획가가 아직 개발가능성을 판단하지 않은 곳이 있다면, 그곳에서 마지막 순간에 ‘보충적’으로 개입하여 건축허용성을 개별적으로 판단해주는 것이 토지형질변경허가가 된다.

② 건축단위 증감의 기능은 토지분할허가에 의한다. 토지분할허가는 토지이용을 합리적·효율적으로 관리하려는 취지를 가지는 것이므로, 도시계획적 판단이 개입되어야 한다. 현재 국토계획법이 예비하고 있는 도시계획적 수단 중에서 건축단위를 규율할 수 있는 가장 세밀한 수단은

국토계획법 제49조 이하의 지구단위계획이다. 그러나 지구단위계획이 수립되어 있지 않거나, 수립되어있더라도 구속력을 인정하기에 난점이 많은 기성시가지에서는 토지분할허가에 의해 규율될 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 국토계획법상 토지분할허가는 개입범위가 지나치게 좁다는 문제가 있다. 도시지역에서 건축단위의 증가를 초래하는 지목이 '대'인 토지의 분할이 마냥 측량지적법상 필지분할만으로 가능한 것이 우리의 현실이다. 이외에 건축단위의 감소를 야기하는 토지합병의 경우에는 별다른 규제수단이 없다. 추후 법 개정과정에서 이를 추가적으로 규율할 수단을 생각해 봄이 타당하다.

상론한 논의들에 따르면 개발행위허가의 법적 지위는 지구단위계획과의 관계를 규명함으로서 보다 명확히 규명될 수 있다. 행정계획과 행정행위라는 근본적 차이가 있지만, 양 제도 모두 난개발 방지 및 기반시설 확보를 취지로 건축허용성과 건축단위를 부여하고 획정하는 적극적 기능을 수행한다. 그러나 개발행위허가는 어디까지나 도시계획에 대해 보충적인 수단이다. 때문에 지구단위계획과 같은 도시계획이 상세하고 구체적인 내용을 담고 있을수록, 개발행위허가가 설 자리는 좁아진다. 장기적으로는 지구단위계획이 건축허용성과 건축단위에 관한 원칙적인 수단이 됨을 법문에 명시하여 양자 간의 관계를 명확히 함이 옳겠다.

더불어 개발행위허가의 법적 지위를 규명하기 위해서는 건축허가와의 관계를 명확히 할 필요가 있다. 개발행위허가가 건축행위를 허가대상으로 삼고 있어 이른바 '두 개의 건축허가'가 존재하는 것 같은 외양을 창출하고 있다. 물론 실정법적으로도 양자는 국토계획법과 건축법의 기능에 의해 구별되어야 한다. 그러나 궁극적으로는 건축행위 그 자체는 개발행위의 개념에 포섭될 수 없는 것인바 개선이 필요하다. 단적으로 말하면 개발행위는 '땅'에 대한 것이고, 건축허가는 '건축물'에 대한 것이므로, 토지에 대한 규율은 개발행위허가가, 건축행위에 대한 규율은 건축행위가 담당하도록 하도록 법 규정을 정리하는 것이 필요하다.

# 참 고 문 헌

## 논문 및 단행본


강현호, 「재량의 본질론 - 행정재량과 계획재량의 비교와 함께」, 법제, 2005. 9.

_____, 『행정법각론』, 박영사, 2005.

김동희, 『행정법I』, 박영사, 16판, 2010.

_____, 『행정법II』, 박영사, 제17판, 2011.

김병기, 「개발행위허가의 방법과 절차」, 토지공법연구 13집, 2001. 11.

김용섭, 「개발허가의 법적 성질」, 토지공법연구 13집, 2001. 11.

김제국, 「영국 계획허가제 운용에서 도시기본계획의 위상과 역할에 관한 연구」, 경기개발연구원, 2008. 12.

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013.

_____, 「건축법과 도시계획법의 관계」, 공법연구, 1998. 6.

_____, 「건축허용성의 부여와 반영」, 서울대학교 법학 제53권 제3호, 2012. 9.

_____, 「도시계획의 수립절차와 건축물의 허용성에 관한 연구 - 한국의 도시계획법제와 독일의 연방건설법(BauGB)에 관한 비교연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1997. 2.

_____, 「도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌」, 행정법이론실무학회, 행정법연구 16, 2006. 10.

_____, 「토지형질변경허가의 법적 성질」, 행정판례연구 XI, 2006, 405면 참조.

김철용, 『행정법 II』, 박영사, 10판, 2010.

동재욱, 한정섭, 「서독, 일본간의 도시계획제도 비교연구」, 대한건축학회 논문집 제5권 제2호, 1989. 4.

류해웅, 김승종, 『국토기본법과 국토계획법 : 국토관련법령해설』, 국토

연구원, 2002.
류해웅, 정우형, 『개발허가제의 도입에 관한 연구』, 국토연구원, 2001,
박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 12판, 2013.
_____, 『행정법론(下)』, 박영사, 제11판, 2013.
박무익, 「개정 도시계획법 해설IV - 개발행위허가 -」, 대한지방행정공제회, 도시문제, 2000. 5.
서순탁, 김진아, 「한국과 일본의 개발행위허가제 비교」, 대한국토도시학회, 국토계획 제43권 제6호, 2008. 11.
서순탁, 김진아, 조승연, 『한국과 일본의 개발행위허가제 비교연구』, 주택도시연구원, 2007. 12.
서철수·지종덕, 『한국의 지적사』, 기문당, 2002.
성낙인, 『헌법학』, 법문사, 제13판, 2013.
신정엽, 김진영, 「도시 스프롤에 대한 논의 재조명과 공간 분석 방법론에 토대한 도시 스프롤 측정 연구」, 서울법학 제19권 제3호, 2012 .2
신태형, 최정선, 이희정, 「제2종지구단위계획과 개발행위허가제의 개선방안에 관한 연구」, 한국도시설계학회지 제7권 제4호, 2006. 12.
심나리, 「건축허가의 법적성격에 관한 연구」, 중앙대학교 석사학위논문, 2005. 12.
에드워드 글레이저, 이진원 역, 『도시의 승리』, 해냄, 2011
우성기, 「문화재보호와 재산권의 보장」, 공법연구 제34집 제3호, 2006. 2.
이공재, 「개발행위허가제의 법적 문제점에 관한 연구」, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2006. 11.
이규환, 「조선시가지 계획령과 서울의 도시개발사업」, 국가정책연구 제16권 제2호, 2002. 12.
이성룡, 「영국의 도시계획제도 및 개발규제에 관한 연구」, 경기개발연구원, 2007. 12.
이우진, 「토지공개념제 제정립을 위한 법적 검토 - 토지초과이득세제

재도입을 중심으로」, 법학연구 제34집, 2009. 5.
정종섭,『헌법학원론』, 박영사, 제8판, 2013.
정태용, 『도시계획법』, 한국법제연구원, 2001.
정하중, 『행정법개론』, 법문사, 제5판, 2011.
진영환, 「21세기 국토이용체계 개편방안 공청회 발표자료」, 2000. 8.
최찬환 외, 「용도지역 경계부 유형과 개발현황에 관한 연구 - 노선상업지역과 일반주거지역 경계부 대지를 중심으로」, 大韓建築學會論文集 計劃系 19권 11호(통권181호), 2003.
홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 제10판, 2011.

## 판결 및 결정례

대법원 1974. 12. 24. 선고 74누64 전원합의체 판결.
대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1870 판결.
대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.
대법원 1990. 11. 27. 선고 90누2000 판결.
대법원 1992. 10. 27. 선고 92누2745 판결.
대법원 1992. 11. 27. 선고 92도1477 판결.
대법원 1992. 12. 8. 선고 92누7542 판결.
대법원 1994. 1. 14. 선고 93누19023 판결.
대법원 1994. 6. 14. 선고 92누15949 판결.
대법원 1997. 9. 9. 선고 97누1792 판결.
대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결.
대법원 1998. 11. 27. 선고 96누13927 판결.
대법원 1998. 12. 8. 선고 98두14112 판결.
대법원 1999. 2. 23. 선고 98두17845 판결.
대법원 1999. 5. 25. 선고 98다53134 판결.
대법원 1999. 12. 16. 선고 98두18619 전원합의체 판결.

대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결.
대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결.
대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두4464 판결.
대법원 2003. 10. 24. 선고 2003두7156 판결.
대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결.
대법원 2007. 2. 23. 선고 2006두4875 판결.
대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결.
대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두21464 판결.
대법원 2011. 5. 13. 선고 2011두1269 판결.
대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두300 판결.
대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두1621 판결.

헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214등 결정.
헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정.
헌법재판소 2007. 7. 26. 선고 2003헌마377 결정.

서울고등법원 1997. 2. 21. 선고 96구21319 판결.
서울행정법원 2005. 3. 23. 선고 2004구합28532 판결.
제주지방법원 2007. 6. 13. 선고 2006구합815 판결.

## 국내법령

※ 달리 표기가 없는 것은 현행 법령임.

건축법 및 동법 시행령
개발이익환수에 관한 법률
개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법
개발행위허가운영지침
국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 동법 시행령 및 동법 시행규칙

남양주시 기획부동산 분할제한 운영 지침
도시개발법
도시계획법(1962. 1. 20. 법률 제983호로 제정되어 1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전부개정되기 전의 것)
도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전부개정되어 1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것)
도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되어 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부개정되기 전의 것)
도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부개정되어 2002. 2. 4. 법률 제6655호로 타법폐지되기 전의 것)
도시계획법 시행령(1977. 10. 20. 대통령령 제8732호로 개정되어 1992. 7. 1. 개정되기 전의 것)
먹는물관리법
염관리법
온천법
제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법
조선시가지계획령(1934. 제정되어 1962, 1, 20. 폐지되기 전의 것)
주택법
측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 및 동법 시행령
택지개발촉진법
하천법

## 국외법령

독일 Baugesetzbuch (BauGB)
영국 Town and Country Planning Act(1971)
일본 건축기준법
일본 都市計畫法 (昭和四十三年六月十五日法律第百号)
일본 부동산등기법

## 법령해석례

법제처 09-0061, 2009. 4. 2., 관악구 도시계획과.
법제처 09-0351, 2009.11.20, 과천시 건축과
법제처 13-0363, 2013. 10. 2, 민원인
법제처 13-0449 2013. 11. 4. 경기도 가평군.

## 기타 참고자료

국립국어원, 표준대국어사전
로앤비(www.lawnb.com_), 「법률용어」
LH, 공간정보처 도시정보부, 『도시계획현황』

Abstract

# A Study on Permission for Development Activities

Jeon, Jinwon

School of Law

Seoul National University

This study newly defines ‘Development Activities’ in National Land Planning and Utilization Act as “Activities on the small-sized land in order to construct buildings, which have a influence on city planning”. Above all, crucial elements of definition of Development Activities are the relation with construction and the relation with city planning. Especially the Answers to the important issues about ‘Permission for Development Activities’ are able to be found by contemplating relation between Development Activities and city planning. Such as ① the reason why Permission for Development Activities cannot be confined to physical properties, ② the reason why the state power has initiative on organizing urban spaces, and ③ the reason why Permission for Development Activities is “patent” under the Academic Meaning can be explained fundamentally.

Bearing in mind the previous points, primary roles of Permission for Development Activities are to grant development permission and to alter quantities of development unit. Both of them should be ruled by

city planning, but incompleteness of system of Zoning Plan makes them complementally ruled by individual administrative acts. This Study will examine each primary role of Permission for Development Activities. Further, this study will clarify the relation between Permission for Development Activities and District-Unit Plans which have similar function to Permission for Development Activities, and clarify the role of Permission for Development Activities differentiated from Construction Administration. From the above, this study will define the legal position of Permission for Development Activities.

keywords : Permission for Development Activities, National Land Planning and Utilization Act, Permission of Characteristic Transfer of Land, Partition of land, development permission, development unit
*Student Number* : 2012-22415