

## 건축법상 의제되는 법률규정 위반사항의 사후적 발견에 따른 제재 가능성 검토

- 제주지방법원 2017고단1785 판결을 중심으로 -

Review on the Possibility of sanction based on  
post-discovery of violations of the law provisions  
in the Building Law

: Focused on Jeju District Court 2017go-dan1785

이 지원\*  
Lee, Ji-Won

### 목 차

- I. 사안의 소개
- II. 사안의 검토
- III. 판결의 의미와 전망

### 국문초록

법의 잠탈(潛脫)·탈법(脫法)행위는 곧 위법행위이다. 국지적인 일부개발보다는 전체 토지를 종합적이고 체계적으로 개발할 필요성에 의하여 제정된 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」의 위임을 받아 제정된 「제주특별자치도 도시계획 조례」는 제주특별자치도의 특수성을 반영하여 용도지역에서 하고자 하는 행위의 종류에 따라 가능한

논문접수일 : 2019.06.30.

심사완료일 : 2019.07.23.

게재확정일 : 2019.07.23.

\* 서귀포시청, 변호사

개발행위 면적을 제한하고 있다. 이런 면적 제한규정을 잠탈(潛脫) 하는 편법적인 개발을 방지하는 것은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 존속하는 한 당연한 행정과 사법(司法)의 의무인 것이다.

한편 주된 행정행위인 건축허가를 함에 있어 의제되는 법률행위인 개발행위허가에 하자가 있음을 이유로 하여 건축허가를 취소하는 것은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 갖는 공익적 역할에 비추어 적극적으로 검토될 수 있다. 때문에 이와 연계되는 벌칙규정의 적용과 관련하여서도 적극적인 검토가 필요하다 할 것이다.

대상판결은 건축허가 등 행정처분의 결과가 자연녹지지역의 난개발로 이어져 환경이 파괴되는 등 부작용이 우려된다면 이를 사후에 허가취소 하는 등 행정적인 절차에 의해 규제를 할 것이지 형사처벌까지 할 사안은 아니라고 판시하였다.

하지만 개별 법규의 위반으로 인한 벌칙규정 해당성에 대하여 면밀하게 검토하여 보면 대상판결의 이러한 결론은 납득하기 어려운 측면이 있다. 특히 다양한 수법의 각종 위반의 행태를 모두 나열하여 정할 수 없는 입법의 한계를 고려한다면 구체적 사안에 대한 법적평가에 있어서는 각종 법규가 벌칙규정을 정한 공익보호 측면의 입법목적에 고려하여야 할 것이다.

일단 한 번 훼손되면 다시 회복되기 어려운 난개발을 미연(未然)에 방지하고 국토를 적정하게 이용하도록 지도·감독하여 적법한 행정행위로 유도하는 것은 법규가 정하는 행정 제재와 함께 벌칙규정도 실효성 있게 작용할 때 보다 더 효과를 발휘할 것이므로 적극적 판단이 필요하다.

**주제어** : 건축법, 건축허가, 개발행위, 환경훼손, 주택사업계획승인, 건축심의위원회, 재량의 일탈·남용

## 1. 사안의 소개

### 1. 판결의 개요

#### 가. 사실관계

갑(甲), 을(乙), 병(丙), 정(丁), 무(戊)는 자연녹지지역의 서로 연접한 5개 필지에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’) 제56조에 의한 「제주특별자치도 도시계획조례」(이하 ‘도시계획조례’) [별표1]이 정하는 개발행위제한 면적 10,000㎡를 각 초과하지 않는 범위에서 개별적으로 2016. 6. 19, 2016. 4. 27, 2016. 4. 5, 2016. 4. 11, 2016. 5. 30, 건축허가 신청하여 2016. 7. 27 2016. 5. 19, 2016. 5. 12, 2016. 5. 19, 2016. 7. 27.에 S시로부터 각 건축허가를 받았다.

S시는 같은 해 9월, 감사위원회로부터 위 건축허가처분들은 대규모 개발에 따른 제한을 피하고자 토지를 쪼개어 건축허가를 받은 것으로 보여 위법의 소지가 있으므로 검토를 요구한다는 내용의 통보를 받고 위 건축허가처분들에 대하여 다시 검토하였다. 그 과정에서 이들은 모두 A 시공사, B 건축사, C 대행사를 공동으로 계약하였고 각 각의 건축도면을 합쳐보면 외관상 하나의 단지로 밖에 볼 수 없는 단지를 구성하였으므로 이들의 내심은 공동으로 10,000㎡를 초과한 하나의 단지를 개발하되 만약 이들의 내심대로 43,079㎡에 해당하는 건축허가를 신청할 경우 그 허가가 어려울 것이 예상되므로 각종 법령을 회피하고자 형식상으로만 10,000㎡ 미만의 면적으로 건축허가를 신청한 것으로 판단하였다.

이에 S시는 위 건축주들의 위와 같은 건축법규 잠탈(潛脫)행위는 건축법 및 건축법 제11조 제5항에 의하여 의제되는 각 개별법규가 규정하는 벌칙규정, 즉 국토계획법이 정하는 벌칙규정이 정하는 ‘속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 개발행위허가를 받은 경우’에 해당하고, 건축법 벌칙규정이 정하는 ‘도시지역에서 건축법을 위반하여 건축물을 건축한 건축주 및 시공사’에 해당하고, 「구산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률(법률 제14987호로 일부개정되기 전의 것)(이하 ‘구산림자원법’))이 정하는 벌칙규정이 정하는 ‘거짓이나 부정한 방법으로 허가를 받아 입목벌채 등을 한 자’이고, 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(이하 ‘공간정보법’))이 정하는 벌칙규정이 정하는 ‘거짓으로 분할신청을 한 경우’에 해당함을 이유로 수사기관에 고발조치하였고, 수사기관은 S시가 고발한

사항에 상법위반, 공정증서원본실 기재죄 및 동행사죄를 추가하여 기소처분 하여 그 형사재판이 진행되었다.

#### 나. 소송경과

1심법원은 피고인들의 상법위반과 공정증서원본 불실기재죄 및 동행사죄에 대하여만 유죄를 인정하고 국토계획법, 산지관리법, 공간정보법, 위계에의한공무집행방해죄 등의 사항에 대하여는 무죄를 선고하였다. 이에 검사가 항소하여 2심이 광주고등법원에 계류 중에 있다.

#### 다. 판결요지

자본금의 납입을 가장함으로 인한 상법위반, 공정증서원본불실기재 및 불실기재공정증서원본행사의 범행은 건전한 상거래 질서를 훼손하여 엄중한 처벌이 요구된다고 하여 유죄판결 하였다.

하지만 이 사건과 같이 개발행위허가가 의제되는 건축허가의 경우 행정청에 재량권이 부여되어 있는 재량행위라고 할 것인데(대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두48956 판결 등 참조), 그 건축허가 등 행정처분의 결과가 자연녹지지역의 난개발로 이어져서 환경이 파괴되는 등 부작용이 우려된다면 이를 사전에 허가하지 않거나 사후에 취소하는 등 행정적인 절차에 의해 규제를 하여야 함이 원칙이고(제주지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합5215 판결 등 참조), 위 각 공소사실과 같이 건축허가를 전후하여 발생한 자료에 따른 몇 가지 추측만을 근거로 하여 형사처벌까지 할 사안은 아니라고 판단된다하여 무죄판결 하였다.

## 2. 판결의 쟁점

1심법원은 공간정보법 위반의 허위 매매계약 존재여부가 건축법 및 국토계획법 등의 위반사항의 전제라고 보았다. 그리고 건축심의위원회에서 지붕형태 디자인이나 교통문제가 논의된 점을 들어 건축허가에 있어 동일사업임에도 사업

주체를 달리하는 방법으로 건축허가를 득하려고 하였는지에 대한 검토가 이루어진 것이라고 보아 그럼에도 불구하고 건축허가처분을 한 점을 들어 피고인들에 대한 무죄논리를 삼았다.

하지만 공간정보법위반의 사항이 아니더라도 즉 개별적으로 진정으로 토지를 매수할 의사였다고 하여도 그 이후 건축허가 과정에서 개별적인 건축허가를 득한 목적이 결국 국토계획법 등의 제한을 잠탈 하기 위한 것이었다면 이에 대해서는 개별 법령에 따른 벌칙규정의 적용가능성이 없는지 문제된다. 그리고 그 논의의 전제로 건축허가의 법적성질과 건축심의위원회의 기능의 검토가 먼저 필요하다.

## II. 사안의 검토

### 1. 건축허가의 법적성질

#### 가. 건축허가의 의의

##### (1) 정의

건축법 제11조는 “건축허가”에 대하여 규정하고 있다. 이러한 건축허가와 관련하여 먼저, 허가는 법령에 의한 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위인 점에서 건축허가 역시 통제허가로서 ‘예방적금지’를 해제하여 건축의 자유를 회복시켜주는 행정작용으로 설명되고 있다<sup>1)</sup>.

##### (2) 법적성질

허가는 법령에 의하여 제한되고 있는 개인의 자유를 회복시켜주는 행정행위<sup>2)</sup>

1) 정남철, 행정구제의 기본원리 제1전정판, 법문사, 2015, 437면.

2) 홍정선, 신행정법특강, 제16판, 2017, 174면.

이므로 관계법의 요건을 구비하면 행정청은 허가처분을 하여 인간 본연의 자유를 회복시켜야 하는 의무를 부담하는 기속행위로 이해됨이 원칙이다.

대법원 판결 역시 건축허가는 시장·군수 등의 행정관청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 수허가자에게 일반적으로 행정관청의 허가 없이는 건축행위를 하여서는 안 된다는 상대적 금지를 관계 법규에 적합한 일정한 경우에 해제함으로써 일정한 건축행위를 하도록 회복시켜 주는 행정처분일 뿐, 허가받은 자에게 새로운 권리나 능력을 부여하는 것이 아니라고 하여 기속행위라고 보고 있다.<sup>3)</sup>

#### 나. 의제되는 법률행위에 의한 건축허가의 법적성질 변환

##### (1) 의제되는 법률행위

하나의 인·허가를 받으면 다른 허가, 인가, 특허, 신고 또는 등록(이하 ‘인·허가 등’이라 한다)을 받은 것으로 보는 것을 인·허가의제제도라고 한다. 하나의 사업을 시행하기 위하여 여러 인·허가 등을 받아야 하는 경우에 이들 인·허가 등을 모두 각각 받도록 하는 것은 민원인에게 큰 불편을 줄 수도 있으므로 원스톱행정을 통하여 민원인의 편의를 도모하기 위하여 만들어진 제도 중의 하나이다<sup>4)</sup>.

##### (2) 의제되는 법률행위와 집중효제도

인·허가 의제제도는 이론상 독일법상의 집중효제도에 해당하는 제도이다. 따라서 인·허가의제제도를 집중효제도로 부르기도 한다. 다만 실정제도상 독일의 집중효제도 에서는 제한적이거나 실체집중이 인정되지만 우리나라의 인·허가 의제제도에서는 절차집중만 인정된다는 차이점이 있다<sup>5)</sup>.

3) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012다23863 판결.

4) 박균성, 행정법강의 제15판, 박영사, 2018, 447면.

5) 박균성, 전게서, 448면.

(3) 의제의 효과

(가) 견해의 대립

인·허가 의제제도 하에서 이루어지는 주무행정기관의 관계기관 혹은 관계부서와의 협의의 성질이 실질상 동의인지 아니면 강학상자문의 성질인지 논란이 있다. 즉 윈스톱행정을 통한 민원인의 편의도모라는 인·허가의 의제제도의 취지와 “협의”라는 법규정의 문구에 비추어 특별한 경우를 제외하고는 의제되는 인·허가기관의 협의는 강학상 자문으로 보는 것이 타당하다는 견해(협의설)와 실제집중 부인설을 취하는 한 의제되는 인·허가업무 담당기관의 권한을 존중하여야 하므로 의제되는 인·허가기관의 법규정상의 협의를 동의로 보아야 한다는 견해가 대립 된다<sup>6)</sup>.

(나) 판례

이에 대하여 법원은 채광계획인가로 공유수면 점용허가가 의제될 경우 공유수면 점용불허사유로써 채광계획을 인가하지 아니할 수 있다고 하여 의제되는 인·허가기관의 법규정상의 ‘협의’를 실질적으로 동의로 보고 있는 것으로 보인다.<sup>7)</sup>

(다) 검토

인·허가신청을 받은 기관은 신청된 인·허가 요건뿐만 아니라 의제되는 인·허가요건 모두를 충족한 경우에 한하여 인·허가 처분이 가능한 점에서 의제되는 인·허가의 요건에 해당하지 않는다면 주된 인·허가신청에 대하여 당연히 거부 처분을 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 동의설이 타당하며 대상판결을 포함하여 건축실무 역시 이러한 동의설에 따라 이루어지고 있다.

(4) 건축 허가시 의제되는 법률행위

건축법 제11조는 건축허가를 규정하면서 제5항에서 건축허가를 받은 경우 국

6) 박균성, 전제서, 449면.

7) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결, 동지판결로 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762판결, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결.

토계획법 제56조 규정에 의한 개발행위허가, 농지법 제36조제1항의 규정에 의한 농지전용허가를 포함하여 23개의 법규에 의한 인·허가나 신고를 받은 것으로 간주한다는 규정을 두고 있다. 이에 따라 건축허가신청이 접수되면 건축부서는 의제되는 법률행위를 담당하는 관계 부서와 협의한다.

(5) 의제되는 법률행위가 재량행위인 경우 건축허가의 법적성질

앞서 검토한 바와 같이 건축허가에 있어 23가지의 인·허가 의제제도를 두고 있고 협의부서의 협의의 결과에 따라 주된 인·허가 처분의 운명이 결정되는 관계로 건축법상 건축허가가 기속행위라는 본래적인 법적성질에 불구하고 의제되는 법률행위를 수반하는 건축허가의 경우에는 의제되는 법률행위가 재량행위의 성질을 갖는다면 건축허가 역시 아울러 재량행위에 해당하게 된다.

대법원도 국토계획법이 정한 용도지역 안에서 토지의 형질변경행위·농지전용행위를 수반하는 건축허가는 건축법 제11조제1항에 의한 건축허가와 위와 같은 개발행위허가 및 농지전용허가의 성질을 아울러 갖게 되므로 이 역시 재량행위에 해당한다고 하고 있다.<sup>8)</sup>

다. 대상판결의 검토

대상판결의 경우 국토계획법 제56조가 정하는 개발행위와 산지관리법 제14조와 제15조가 정하는 산지전용허가와 산지전용신고를 의제하는 건축허가신청이 있고 국토계획법 제56조 개발행위와 산지관리법 제14조와 제15조가 정하는 산지전용허가의 법적성질은 금지요건·허가기준 등이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건·기준에 부합하는지의 판단에 관하여 행정청에 재량권이 부여되어 있으므로 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단에 속하는 점에 서<sup>9)</sup> 대상판결에서 문제된 건축허가처분 역시 재량행위의 성질을 갖고 있다.

8) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두48956 판결.

9) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두48956 판결.



## 2. 건축심의위원회의 역할

### 가. 건축심의위원회 규정

건축심의위원회의 법적근거는 건축법 제4조이다. 건축법 제4조제1항은 건축위원회를 반드시 설치하여야 한다고 규정하고 있는데 그 취지는 건축허가 행정의 공정성·전문성을 도모하려는 데 있는 것으로 보인다<sup>10)</sup>.

건축법 제4조제5항은 건축위원회의 조직과 운영 그밖에 필요한 사항을 지방자치단체의 조례로 위임하였고 대상판결의 사건 소재지인 제주도의 경우 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제309조에 따라 제주특별자치도건축위원회의 건축계획심의의 범위, 절차 및 기준 등에 필요한 사항을 「제주특별자치도 건축계획심의를 관한 조례」(이하 ‘건축조례’)로 정하고 있다. 이를 통해 건축심의위원회는 건축허가 전에 허가대상의 종류에 따라 필수적 혹은 신청에 의하여 개최되어 심의가 이루어지고 있다.

### 나. 건축심의의 내용

제주도의 경우 건축심의의 기준과 관련하여 건축조례 제6조가 정하는데, ‘1. 건축계획의 기본방향 및 주안점, 2. 경관형성 및 미의 구상 접근기준, 3. 배치·평면·형태 및 구조계획 기준, 4. 외장재 마감계획 및 색채계획 기준, 5. 조정 및 부속시설계획 기준’ 등을 정하고 있다. 여기서 건축계획의 기본방향 및 주안점은 건축조례 시행규칙이 정하는 별표에 규정되어 있는데 이를 보면 건축계획의 기본방향은 ‘환경 친화적이며 지역적 특성에 알맞은 건축경관을 조성하기 위한 건축계획의 기본방향’이라고 하며 이를 위하여 ‘경관자원의 훼손을 최소화할 수 있는 시설의 배치와 높이, 스카이라인, 지역적인 특색이 표출될 수 있는 조형미, 주변 환경과 조화될 수 있는 색채, 환경친화성을 고려한 재료와 조명’이라고 정하고 있다.

10) 김남진, 건축심의신청반려의 법적 성질 등, 행정판례연구, 월간 자치발전, 2008년 2월호, 49면.

즉 건축법 혹은 건축법에 의하여 의제되는 개별 법규에 위반되는 여부는 건축심의의 내용이 전혀 아니며 논의의 대상이 되거나 문제되지도 않는 것이다<sup>11)</sup>.

#### 다. 대상판결의 검토

대상판결은 건축심의위원회에서 지붕 색을 통일감 있게 하라고 요구하거나 교통량의 조사를 요구한 것과 같은 사실을 들어 건축허가관청이 피고인들에게 하나의 단지로 건축하도록 유도한 측면이 있다는 취지의 언급을 하였다. 하지만 건축심의위원회는 S시 자체에 설치되지 않으며 그 검토내용도 상이하여 건축심의위원회에서 지붕색의 통일감 그리고 교통량조사와 같은 논의를 거쳐 통과 결정이 난 것을 두고 이와는 전혀 별개의 절차이며 별개의 법령을 근거로 하는 피고인들의 건축 관련법규 잠탈의 목적까지 정당화 한 것으로 비판의 여지가 있다.

### 3. 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률위반

#### 가. 규정

구 산림자원법 제74조는 제1항제3호에서 ‘거짓이나 부정한 방법으로 허가를 받아 입목벌채 등을 한 자’를 그리고 제5호에서 ‘정당한 사유 없이 산림 안에서 입목을 손상하거나 말라죽게 한자’에 대한 벌칙을 규정하고 있다.

#### 나. 굴취허가의 법적성질

구 산림자원법 제16조가 정하고 있는 굴취허가는 산림의 지속가능한 보전과 이용을 도모하기 위하여 벌채 대상목이나 잔존시킬 입목 산정의 적정여부 등을 조사하거나 굴취 또는 채취대상의 적정여부를 조사·확인하여 허가함이 타당하다고 인정될 때에 비로소 허가증을 교부하도록 하고 있어 허가관청은 입목벌채

11) 박철민·김재철, 제주도 건축위원회의 심의성향에 관한 연구, 한국주거학회논문집 15권 6호, 한국주거학회, 2004, 79면.

허가신청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있다고 보이므로 이는 허가관청의 재량행위 성질을 갖는다<sup>12)</sup>.

#### 다. 구 산림자원법 벌칙규정에 관련한 판례

구 산림자원법이 정하는 ‘거짓이나 부정한 방법으로 허가를 받은 것’을 판시한 판결은 없지만 이 사건 판결에서와 같이 수익적 행정행위허가를 받음에 있어 거짓이나 부정한 방법이 문제된 사안을 보면 ‘거짓이나 부정한 방법’의 의미와 관련하여 “주관적으로 거짓이나 그 밖의 부정한 방법임을 인식하면서 적극적으로 받을 수 없는 보험급여를 받은 경우를 말하는 것으로 보아야 할 것이다”고 한다<sup>13)</sup>. 다만 “허가를 받을 수 있는 요건이 갖추어지지 아니하였음에도 허위·기만·은폐 등 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위를 하여 허가를 받은 경우를 말하고, 단순히 허가를 받을 수 있는 요건이 갖추어지지 아니하였음에도 허가를 받은 경우를 말하는 것은 아니다.”<sup>14)</sup>고 하여 적극적인 부정행위가 매개될 것을 필요로 한다.

#### 라. 대상판결의 검토

대상판결 피고인들 중 갑(甲)은 건축허가신청에 앞서 구 산림자원법에 의한 굴취허가를 위한 사업계획서를 제출하여 굴취 한 해송<sup>45</sup>그루는 다른 피고인 을(乙)의 필지로 이식한다고 하였다. 그런데 피고인 갑(甲)은 산림 굴취 후 이식을 한 흔적이 없어 이식을 하였는가 여부 자체가 불투명하고 소나무를 이식한 건축부지는 이식한 소나무를 포함하여 건축부지의 소나무 전체를 벌목한 상태인 것으로 확인되었다. 뿐만 아니라 입목굴취 허가시 부대조건으로 사업완료 후 허가부서로 ‘사업완료 통보를 하여야 한다’고 명시되어 있으나 사업완료통보 사

12) 대법원 2001. 11. 30. 선고 2001두5866 판결.

13) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011두1870 판결.

14) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014두9226 판결.

실은 없었다.

이를 종합하면 피고인은 별목을 하였을 뿐 굴취목적으로 굴취를 하였다고 볼 만한 사정이 없고 단지 개발예정지의 임목본수가 73.3%로 개발행위허가 요건인 50%<sup>15)</sup>를 충족하지 못하자 구 산림자원법의 ‘굴취허가’제도를 이용하여 굴취허가를 받아 인위적으로 갑(甲)의 건축허가신청 필지의 임목본수를 42%로 줄여 건축허가 요건을 맞춘 것으로 볼 여지가 충분하였다.

이러한 결과는 대상판결이 전제로 한 개별 필지에 대한 피고인들의 매수가 있었는지 여부와는 별개로 검토가 가능한 사항이다. 그럼에도 이에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않아 결국 구 산림자원법이 정하였던 벌칙규정을 유명무실하게 하였다.

#### 4. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 위반

##### 가. 규정

국토계획법은 국토의 난개발 문제가 대두됨에 따라 종전에 도시지역을 적용 대상으로 하던 도시계획법과 비도시지역을 적용대상으로 하던 국토이용관리법을 통합하여 비도시지역에도 도시계획법을 도입할 수 있도록 함으로써 국토의 계획적·체계적인 이용을 통하여 난개발을 방지하고 환경 친화적인 국토이용체계를 구축하기 위하여 2002. 2. 4. 제정되었다.<sup>16)</sup>

대상판결에서 문제되는 개발행위허가는 국토계획법 제56조가 정하는 사항으로 국토계획법 제140조는 ‘속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 같은 법 제56조의 개발행위허가를 받은 경우’에 대한 벌칙을 규정하고 있다.

15) 이는, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」과 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 위임을 받고 제정된 「제주특별자치도 도시계획 조례」 제24조에 의한 별표1의 1.-가.-③-(나)의 내용으로 ‘임목본수가 50퍼센트 미만의 토지’일 것을 개발행위허가요건으로 하고 있다.

16) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28728 판결.

## 나. 개발행위허가의 법적성질

이와 관련해서는 국토계획법령의 입법 목적과 규정내용을 보면 그 각 요건이 불확정개념으로 되어 있어 그 각 요건에 해당하는지 여부의 판단에 관하여 행정청에 재량권이 부여되어 있으므로 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가는 재량행위에 속한다는 것이 법원의 일관된 견해이다.<sup>17)</sup>

## 다. 국토계획법 벌칙규정에 관련한 판례

국토계획법 제140조 제1호, 제56조제1항에서 규정하는 ‘사위 그 밖의 부정한 방법’의 의미는 정상적인 절차에 의하여는 허가를 받을 수 없는 경우임에도 불구하고 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위로 허가를 받았을 때를 가리킨다고 보아야 할 것이라고 한다.

따라서 피고인들이 그 소유인 개발허가신청 대상 농지 합계 5,573㎡에 관하여 피고인들 명의로 제한면적이 1,000㎡인 근린생활시설 부지조성을 위한 개발행위허가를 받아 추가적인 개발행위허가를 받을 수 없게 되자, 개발행위 의사가 없는 공소외인들의 명의를 빌려 근린생활시설의 설치가 가능한 제한면적 이하로 토지를 가분할하여 형식적인 근린생활시설 부지조성을 위한 개발행위허가를 신청한 후 허가를 받아 개발행위를 한 것은 결국 정상적인 절차에 의하여는 개발허가를 받을 수 없는 상황에서 부정한 방법으로 허가를 받아 개발행위를 한 경우에 해당한다고 판단하였다.<sup>18)</sup>

이와 유사한 판례로 토지거래허가구역 안에 있는 토지를 매수하면서 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 같은 법 시행령에서 정하는 토지거래허가요건을 갖추지 못하였음에도 허가요건을 갖춘 타인 명의로 매매계약을 체결한 경우, 위 행위는 이 매매계약에 관하여 토지거래허가를 잠탈하고자 하는 것으로서, 위

17) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두41579 판결, 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고, 2016두55490 판결.

18) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도4696 판결. 같은 취지로 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8600 판결, 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도7359 판결.

법에서 처벌대상으로 삼고 있는 ‘토지거래허가 없이 토지의 거래계약을 체결한 경우’에 해당한다고 판시하기도 하였다.<sup>19)</sup>

#### 라. 대상판결의 검토

피고인들은 건축허가 및 굴취허가를 신청하기 전의 시점에 A시공사와 공동주택 신축공사계약을 체결하였고 그 계약에 따르면 이들을 한 단지로 구성하는 것이 드러난 점, 그리고 그 후 건축허가를 완료하고 난 후 지속적으로 이들 공동주택을 하나의 단지로 광고를 하고 있으며, 모델하우스 역시 ‘232세대’로 적시하며 “K동 000사업”이라는 명칭으로 이 사건 개발행위 부지를 하나의 사업단위(20개동 232세대)라고 명시하였던 점, 피고인들은 이런 계획을 건축허가 신청 전부터 애초 모의하였다고 스스로 밝혔고 그러면서도 마치 개별 목적으로 별도의 건축허가를 받는 것처럼 43,241㎡(232세대)를 각 10,000㎡미만으로 분할하여 건축허가를 신청하였고 그 결과 개발행위 허가역시 의제되었다.

즉, 건축법 제11조는 건축허가를 득할 경우 국토계획법에 의한 개발행위허가가 의제된다고 하고 있으며 국토계획법 시행령 제53조는 ‘도·시·군 계획조례로 따로 정하는 경우에는 그에 따른다.’고 하고, 제주특별자치도 도시계획조례는 제23조에서 개발행위허가의 규모를 정하면서 10,000㎡ 이상 30,000㎡ 미만의 경우라면 도시계획위원회를 거쳐 통과된 경우라면 개발행위허가가 가능함을 규정하고 있다.

하지만 피고인들은 그들이 광고한 대로 실질적으로는 20동 232세대의 43,079㎡ 크기 하나의 단지이고 도시계획조례 제23조에서 정한 바에 따르면 도시계획위원회의 심의를 거친 경우라도 30,000㎡ 미만의 개발행위만 허가됨에도 자연녹지지역의 최대 개발면적인 30,000㎡를 초과하는 무려 43,079㎡ 개발행위를 할 수 있게 되었다.

19) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도1116 판결.

국토계획법 제140조에 대한 선례들에 따를 때 피고인들의 행위는 결국 정상적인 절차에 의해서는 개발허가를 받을 수 없는 상황에서 부정한 방법으로 허가를 받아 개발행위를 한 경우에 해당한다고 판단 될 여지가 있었고 그렇다면 의제협의 받은 개발행위허가는 결국 국토계획법 제140조가 규정하는 ‘속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 것’에 해당한다고 할 수 있음에도 이에 대한 다른 증거조사나 검토 없이 ‘외형적인 절차를 근거로 5개의 개별사업이 아닌 1개의 단일 사업이라고 그 실체를 명확하게 판단할 수는 없다’며 ‘난개발로 이어져서 환경이 파괴되는 등의 부작용이 우려된다면 행정적인 절차에 의해 규제를 하여야 함이 원칙이고 형사처벌까지 할 사안은 아니라고 판단된다.’고 하였다.

하지만 행정적인 절차에 의하여 행정행위를 취소하는 절차와 별개로 국토계획법은 벌칙규정을 정하고 있는 만큼 그 입법취지에 따른 사법(司法)판단을 하지 않고 행정적인 절차로 해결할 대상이라고 미루었다고 생각되어 아쉬움이 크다.

## 5. 주택법 위반

### 가. 규정

주택법 제15조는 사업계획승인의 대상에 대하여 규정하는데 제주도의 경우 50세대 이상의 공동주택을 건축하는 경우 사업계획승인을 받아야 하는 것으로 규정하고 있다. 그리고 주택법 제102조는 ‘사업계획의 승인을 받지 아니하고 사업을 시행한자’에 대하여 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금의 벌칙 규정을 두고 있다.

건축허가를 얻는 건축물의 경우와는 달리 주택법의 적용을 받는 경우 복지시설과 주민편의 시설 등을 설계에 반영해야 하는 차이점이 있다. 즉 주택법 제1조는 “쾌적하고 살기 좋은 주거환경 조성에 필요한 주택의 건설·공급 및 주택시장의 관리 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상

에 이바지함을 목적”으로 하고 있고 이를 위하여 제15조에 따른 사업계획승인을 얻고자 하는 경우 “사업계획서에 주택과 부대시설 및 복리시설의 배치도, 대지조성공사 설계도서 등”을 첨부하도록 하고 있다. 이런 규정의 취지는 공동주택이 50세대 이상인 경우 주택건설 사업계획을 승인을 받도록 하여 다세대 공동주택에서 발생할 수 있는 문제를 최소화 할 수 있도록 기반시설들을 마련하여 국민의 안전하고 쾌적하고 살기 좋은 주거환경을 확보하기 위함이다<sup>20)</sup>.

#### 나. 주택사업계획승인의 법적성질

주택건설사업계획승인은 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 이른바 수익적 행정처분으로 법령에 행정처분의 요건에 관하여 일의적으로 규정되어 있지 아니한 이상 행정청의 재량행위에 속한다.<sup>21)</sup>

#### 다. 대상판결의 검토

앞서 검토한 대로 피고인들은 목적인 43,079㎡의 공동주택 건축행위를 하는 것이고 이 경우 주택법 제15조의 사업계획 승인을 받아야 한다. 그럼에도 피고인들은 각 48세대 규모의 공동주택 건축허가신청만을 함으로써 결국 피고인들이 분양하고 있는 ‘00단지’의 입주민들은 주택법의 사업계획승인을 통하여 확보되었을 주거의 안전성과 복리시설을 비롯한 주거환경을 위협받게 되었다.

이러한 점을 적극적으로 고려하고 조사하였다면 피고인들은 주택법 제102조가 정하는 ‘제15조의 사업계획승인을 받지 아니 하고 사업을 시행한 자’에 해당할 여지가 충분히 있었을 것인 점에서 대상판결은 아쉽다.

### 6. 대상판결이 언급한 행정적인 절차에 의한 규제와 관련한 검토

20) 이기형, 주택건설사업계획승인의 요건 및 절차 -대법원 2010. 11. 11. 선고 2010두14718 판결을 중심으로-, 법학연구 50권 2호, 한국법학회, 2013년 6월, 473면.

21) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두10883 판결, 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005두13315 판결.



## 가. 문제의 소재

대상판결은 건축허가 등 행정처분의 결과가 자연녹지지역의 난개발로 이어져서 환경이 파괴되는 등 부작용이 우려된다면 이를 사후에 취소하는 행정적인 절차에 의한 규제를 할 것을 요구하고 있다.

이에 대하여 보면 사안의 경우 먼저 주된 인·허가와 이로써 의제되는 인·허가의 경우 의제되는 인·허가의 하자가 주된 인·허가에 미치는 효력도 함께 문제된다. 건축법에 의하여 의제되어 허가처분 된 개별 행정행위에 대한 취소를 통하여 행정목적의 달성을 할 수 있는지가 사법부의 역할과 별개로 행정부의 역할로서 문제된다.

## 나. 의제되는 인·허가의 하자가 주된 인·허가에 미치는 효과

### (1) 인·허가 요건의 판단방식<sup>22)</sup>

신청을 받은 주무행정기관이 신청된 인·허가 여부를 결정한다. 이 때에 주무행정기관에 신청되거나 의제되는 인·허가요건의 판단방식에 관하여 다음과 같이 견해가 대립된다.

### (2) 견해의 대립

#### (가) 실체집중설

이 견해는 의제되는 인·허가 요건의 합치여부를 판단함이 없이 신청된 주된 인·허가요건의 충족 여부만을 판단하여 신청된 인·허가를 할 수 있다는 견해이다.

#### (나) 제한적 실체집중설

이 견해는 주된 인·허가신청을 받은 행정기관은 의제되는 인·허가요건에 엄격히 구속되지는 않고, 의제되는 인·허가요건을 이익형량의 요소로서 종합적으로

22) 박균성, 전게서, 450면.

로 고려하면 된다는 견해이다.

(다) 독립판단설(실체집중부정설)

이 견해는 주된 인·허가 신청을 받은 행정기관은 의제되는 인·허가요건에 엄격히 구속되어 의제되는 인·허가 요건을 모두 충족하여야 주된 인·허가를 할 수 있다는 견해이다.

(3) 판례의 입장

개발행위허가가 의제되는 건축허가신청이 국토계획법령이 정한 개발행위허가 기준에 부합하지 아니한다면 허가권자는 이를 거부할 수 있다고 판시<sup>23)</sup>하여 판례는 실체집중부정설을 취하고 있다.<sup>24)</sup>

(4) 검토

법치행정의 원칙에 비추어 명문의 규정이 없는 한 실체집중을 인정할 수 없으므로 실체집중부정설이 타당하다 할 것이다<sup>25)</sup>. 이에 입각하여 보았을 때 사안의 경우 건축법 제11조제5항에 의하여 의제된 인·허가인 국토계획법 및 산지관리법 요건에 하자가 있는가 여부에 따라 주된 인·허가인 건축허가의 취소 가능성이 결정될 것이다.

다. 건축허가의 취소 가능성

(1) 직권취소의 의미

일단유효하게 성립한 행정행위의 효력을 소급하여 상실시키는 방법으로 행정행위의 취소가 있는데 이는 장래를 향하여 그 효력을 상실시키는 철회와 구별된다.

취소는 다시 쟁송 즉 행정심판이나 행정소송을 통한 쟁송취소와 행정청이 스

23) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결, 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두35762 판결.

24) 박균성, 전게서, 450면.

25) 박균성, 전게서, 451면.

스로 소멸시키는 직권취소가 있다<sup>26)</sup>. 직권취소는 일단 유효하게 발령된 행정행위를 처분청이나 감독청이 그 처분행위시에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 하여 직권으로 그 효력을 소멸시키는 것이다<sup>27)</sup>.

#### (2) 법적근거

허가처분과 같은 수익적 행정행위의 경우 침해유보설에 입각하여 그 취소에 있어서 법적근거가 필요하다고 하는 견해도 있지만 우리 판례와 통설은 행정의 법률적합성의 원칙의 관점에서 처분청은 명문의 규정이 없더라도 직권취소를 할 수 있다고 하고 있다.<sup>28)</sup>

#### (3) 직권취소의 요건

직권취소의 사유는 위법행위 및 부당한 행위를 모두 포함하지만 수익적행정행위 취소의 경우 상대방의 신뢰보호가 필요하므로 법률적합성의 원칙·공익·사정변경과 상대방의 신뢰보호 사이에 비교형량에 의하여 제한된다.<sup>29)</sup>

#### (4) 사안의 검토

피고인들이 S시에 대하여 득한 건축허가의 취소를 위하여 이 사건 건축허가에 위법 또는 부당한 사유가 존재하는가 여부 및 만약 이러한 사유가 존재한다면 이 건 건축허가에 대한 신뢰와 법률적합성의 원칙·공익·사정변경과 상대방의 신뢰보호 사이에 비교형량을 통하여 직권취소의 가부를 결정하여야 한다. 목차를 달리 하여 이에 대하여 검토한다.

#### 라. 건축허가 당시부터 존재하는 위법사유가 있었는가 여부

26) 박균성, 전제서, 300면.

27) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두56790 판결.

28) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017두44718 판결, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두16111 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두8628 판결, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두9653 판결 등 다수.

29) 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251·2003두10268(병합) 판결.

(1) 논의의 이유

이 사건 건축허가에 존재하는 위법사유는 결국 5건의 건축허가가 실질적으로는 동일 사업자 혹은 하나의 개발행위이므로 도시계획조례에 의한 도시계획위원회 심의, 주택건설사업계획 승인의 절차를 거쳐야 한다는 것이므로 이들이 동일한 사업자 혹은 하나의 개발행위를 목적으로 한 것인가 여부에 대한 검토가 필요하다.

(2) 연접개발행위의 금지여부

(가) 연접개발행위

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2011년 3월 9일 대통령령 제22703호로 일부개정되기 전의 것)」(이하 ‘구국토계획법’)에서는 용도지역별로 개발행위허가의 규모를 규정해 놓고 있고, 이들 지역 중에서 녹지지역·관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역 안에서 연접하여 개발하거나 수차에 걸쳐 부분적으로 개발하는 경우에는 이를 하나의 개발행위로 보아 그 면적을 산정하도록 하는 연접개발 제한을 적용하고 있다.

(나) 판례의 입장

이와 관련하여 관련법령 (건축법 혹은 주택법, 국토계획법상)의 명확한 기준은 없다. 하지만 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006두13954판결은 “국토계획법이 개발행위가 허용되는 토지의 형질변경면적을 제한하고 있는 것은 개발행위를 제한하여 자연환경이나 농지 및 산림을 보전하고 무분별한 난개발을 방지하며 국토를 효율적으로 이용·개발·보전하기 위해 형질변경이 이루어지는 면적을 일정 범위 이내로 제한할 필요가 있다는 데서 비롯되고, 연접개발을 제한하는 규정은 같은법 시행령 제55조제4항(2011년 3월 9일 대통령령 제22703호로 일부개정되기 전의 것, 필자 주)은 이러한 취지를 보다 구체화하는 한편 면적제한규정을 잠탈하는 수법의 편법적인개발을 방지하고자 함에 그 주된 취지가 있으므로 이러한 각 규정의 취지 등에 비추어 보면 위 연접개발 제한 규정은 사업주체가 동일한 경우는 물론 사업주체나 사업시기를 달리하는 경우에도 적용된다고 해석함이 상당하다.”고 판시하였다.

(다) 개발행위의 판단기준으로 기능

비록 현재 국토계획법 시행령에는 종전 구국토계획법 제55조제4항과 같은 규정은 삭제되어 없지만 2011. 3. 9. 그 개정이유를 보면 입법자는 “연접개발 제한으로 공장 등이 분산 입지하여 국토경관을 훼손하거나 투기적 목적의 개발 선점으로 실수요자가 부지 확보에 어려움을 겪는 점에서 연접개발 제한을 폐지 하되 난개발을 방지하기 위하여 현행 연접개발 제한을 받는 지역에서의 개발행위는 원칙적으로 도시계획위원회의 심의를 받도록… (후략)”하고자 한 것임을 알 수 있다.

즉, 연접개발금지 규정이 삭제된 이유는 개발행위를 무분별하게 난립하도록 하거나 편법적인 개발을 허용하려는 취지가 아니라 이런 행위는 도시계획심의 위원회를 통하여 충분히 심사할 수 있다고 판단하였기 때문인 것이다.

따라서 위 2006두13954판결이 사업주체가 동일한 경우는 물론 사업주체나 사업시기를 달리하는 경우에도 하나의 개발행위로 보았던 것은 ‘연접개발제한’의 폐지에 불구하고 여전히 유효하다 할 것이다.

즉, 이 건 개발행위를 하나의 개발행위로 평가함에 있어서는 형식적으로 사업주체가 다른 경우 역시 포함될 수 있고 이들의 개발행위가 “하나의 개발행위”인가 여부는 행정청의 재량판단 영역이라 할 것이다. 이와 관련하여 국토교통부도 하나의 개발행위인데 법령 절차를 회피할 목적으로 명의를 달리하는 경우 전체를 개발행위 목적으로 산정하는 것이 허가권자의 판단영역이라고 유권 해석 하고 있다<sup>30)</sup>.

(라) 사안의 검토

대상판결에서 인정된 사실관계에 따르면, ① 이 사건 필지 토지들을 이용하여 하나의 사업계획으로 건축설계를 하였고 다만 그들 내부적으로 그 비용 부

30) 법제처, 법령해석사례, 17-0642.

담자만 달리하는 형식을 취하였을 뿐 이라고 볼 수밖에 없고, ② 이들의 일관된 주장은 5개 건축주가 함께 모여 개발행위를 논의하였다는 것이며, ③ 그리고 이 사건 개발행위가 왜 사업전망이 좋다고 생각하였느냐는 질의에 ‘아파트가 단지처럼 보이게 된다는 점에서 매력이 느껴졌다. 나홀로 아파트처럼 있으면 미관상 누가 고급처럼 보겠는가. A시공사가 시공사라고 하는 점도 좋았다’, ‘당시 투자열풍이 있었고 등기업무를 하다 보니 이 사건이 돈이 되겠다 싶어 돈을 투자했다’, ‘C에게 들어보니 사업성이 좋을 것 같아 일임했다’, ‘이정도 규모의 사업이라면 서울 굴지의 1,2위 회사를 끌어들이고 싶기도 했다’고 대답하는 바, 이러한 사정을 종합하면 이는 결국 이들이 애초 이 건 개발행위를 하나의 단지로 계획하였고 이렇게 분양할 경우 보다 고급스러운 공동주택의 상품성을 갖게 되어 보다 좋은 가격으로 분양될 수 있는 점을 의도하고 국토계획법에 의한 제주특별자치도 도시계획조례 제23조가 정하는 최대 개발면적인 30,000㎡를 초과하여 도시계획조례에 의한 도시계획위원회의 심의, 자연재해대책법상 사전재해영향성검토, 주택건설사업계획승인의 절차를 거쳐야 하는 것을 피할 의도로 10,000㎡미만으로 분할하여 보다 건축이 용이한 점을 이용한 것이므로 이는 하나의 개발행위라고 할 수 있다.

인근 J시의 경우 6개의 업체가 연접하여 신청한 주택건설사업계획승인신청과 관련한 유사사례에 있어서 재판부는 “사업부지 및 내용을 보면 종전 소외회사가 진행하려고 했던 종전 사업을 형식상 사업자별로 구분한 것으로 결국 이 사건 전체 토지를 하나의 단위로 개발하려는 것으로 보인다.”고 판시<sup>31)</sup>하였는데 이 사안과 비교하여 그 사실관계가 다르지 않은 점에서 이 사건 역시 하나의 개발행위라고 보는 것에 무리가 없다

그렇다면, 국토계획법 시행령 제55조 제3항제3호의2 나.목에서는 개발행위 규모의 제한을 받지 않을 수 있는 대상을 규정하면서 “하나 이상의 필지”에서 하나의 용도에 사용되는 건축물을 건축하는 등의 경우에는 시·도 도시계획위원

31) 제주지방법원 2017. 1. 11. 선고 제주지방법원2016구합5215.

회 등의 심의를 거치도록 하여 개발행위 규모가 그 중요한 판단기준이 되고 있고, 국토계획법 시행령 제56조제4항의 위임에 따라 개발행위허가기준의 세부적인 검토기준으로 마련된 「개발행위허가운영지침」(국토해양부훈령) 3-1-1(1)에서는 기존 대지를 확장하는 경우에는 개발행위시기에 관계없이 그 기존 대지의 면적을 포함하여 규모를 산정하도록 한 점 등에 비추어 보면, 두 개 이상의 필지에 대하여 각각 개발행위허가가 신청되어 허가권자가 개발행위의 규모를 산정하는 경우에는 각 개발행위의 목적, 연결한 필지에서 이루어지는 개발행위의 성격 등을 종합적으로 고려<sup>32)</sup>하여 볼 때 5개 건축허가신청은 앞서 인정된 사실 관계에 비추어 보아 하나의 개발행위로 보아진다.

#### 마. 건축허가취소의 적법여부

##### (1) 논의의 이유

그렇다면 5개의 개별적인 건축허가와 이로 인하여 의제된 각각의 개발행위허가가 실은 하나의 개발행위로 평가하여야 하는 것임에도 불구하고 건축허가 당시 이를 인지하지 못하였음을 이유로 이미 행해진 건축허가를 취소하기 위해서는 비례의 원칙에 입각한 검토가 필요하다. 앞서 언급한 바와 같이 국토계획법과 같은 재량행위가 의제되는 건축허가는 재량행위의 성질을 갖기 때문이다.<sup>33)34)</sup>

##### (2) 재량의 일탈·남용 여부

###### (가) 재량의 일탈·남용 심사방법

재량행위에 대한 사법심사의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단대상으로 한다.<sup>35)</sup> 대상판

32) 위 법령해석사례.

33) 대법원 2017. 3. 1. 선고 2016두55490 판결.

34) 장혜진, 환경훼손 우려가 있는 건축허가의 법적 성질과 사법심사 기준에 대한 검토, 법과정 책 제24권 제1호, 2018, 210면.

결 사안의 경우 비례의 원칙과 신뢰보호의 원칙이 문제된다.

(나) 비례의 원칙 위배여부

비례의 원칙이라 함은 해당 행정처분을 통하여 달성하고자 하는 공익이 이로 인하여 침해되는 사익보다 커야 함을 의미한다<sup>36)</sup>. 대상판결의 경우 건축허가처분을 받은 자들은 만약 건축허가가 취소되어 입게되는 사익(私益)의 침해를 금전으로 환산하면 약 100억 원이 된다고 주장하였다.

이 건 각 건축허가는 앞서 검토한 바와 같이 관련법령에서 정한 절차를 모두 회피함으로써 입법목적은 완전히 몰각시켰다. 즉, 하나의 개발행위로 심사되었을 경우 적용받는 도합 30,000㎡를 초과하는 건설행위의 경우 매장문화재지표조사를 거치도록 규정한 「매장문화재보호 및 조사에 관한 법률(이하 ‘매장문화재법’)」을 거치지 않음으로 인하여 중대한 문화재가 발견될 수 있는 기회 자체를 원천적으로 차단하였는바 매장문화재를 보존하여 민족문화의 원형을 유지·계승하고 매장문화재를 효율적으로 보호·조사 및 관리하도록 특별히 매장문화재에 대하여 규정을 둔 것이니 만큼 그 공익적인 가치가 결코 작다고 할 수 없다.

그리고 하나의 개발행위로 심사되었더라면 「환경영향평가법」 제42조에 의한 「제주특별자치도 환경영향평가조례(이하 ‘환경영향평가조례’)」가 적용되어 환경영향평가 대상이기도 하다. 환경영향평가조례 제2조제2항에 의한 별표1의 제16호는 건축법에 의한 건축물의 건축 중 연면적이 10,000㎡ 이상일 경우 환경영향평가를 받도록 하고 있으며, 건축물 연면적 산정방법에 있어서 ‘동일 대지 안에 2동 이상의 건축물이 있는 경우에는 그 연면적을 합한 면적으로 한다’고 규정하기 때문이다. 이러한 환경영향평가제도는 환경에 대하여 중대한 영향을 미칠 가능성이 있는 사업에 대하여 사업을 실시하기 전에 환경에 대한 영향을 조사하여 환경에 대한 영향을 최소화하는 방안으로 사업을 실시하도록 하기 위한 것이다. 환경이야 말로 훼손이 되면 그 피해는 불가역적이고 그 회복에는 많은 비용이 들기 때문에 오염을 제거하기보다 오염이 발생하지 않도록 예방을 하여

35) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010두21204 판결.

36) 장혜진, 전제논문, 215면.



야 한다는 점에서 환경법은 예방의 원칙을 그 기본원칙으로 하고 있다. 이런 환경법의 기본원칙으로 인해 환경영향평가를 누락한 행정처분에 대하여 대법원은 당연무효라고 하고 있는 것이다<sup>37)</sup>. 그렇다면 환경영향평가제도가 갖는 공익은 결코 작다고 할 수 없다.

무엇보다 행정청으로서의 지역주민의 쾌적한 생활권을 보호하고 지역의 효율적이고 균형 있는 발전을 위한 공익상의 목적을 위하여 계획적·체계적으로 개발행위 계획 및 도시계획을 세울 수 있는데 사안의 각 건축허가가 하나의 개발행위로서 갖춰야 하는 절차를 거치지 않음으로 인하여 행정의 균형 있는 발전을 도모할 수 있는 기회를 박탈하는 결과가 초래되었다. 국토계획법 및 주택법의 갖가지 승인 규정을 회피하는 것은 비단 이 사안에 한하는 문제점이 아니라 앞으로 S시의 모든 개발행위에 있어서도 간단한 건축법만을 적용하도록 하는 선례를 남기게 될 것이며, 이로써 자연훼손 및 계획적·체계적이지 않은 난개발로 인해 S시 자체가 입게 되는 피해는 금원으로 환산이 불가능하다 할 것이다.

(다) 신뢰의 원칙 위배여부

신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 이러한 요건을 충족할 때에는 행정청의 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다고 할 것이고, 또한 위 요건의 하나인 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다.<sup>38)</sup>

37) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결.

38) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결.

하지만 수익적 행정처분인 건축허가처분의 하자가 허가신청자의 사실 은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 의한 것이어서 신청자가 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성을 예상하고 있었다고 할 것이므로 이런 경우 신뢰이익을 원용할 수 없고 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하더라도 재량권의 남용이 되지 않는다.<sup>39)</sup> 이를 ‘중전 S시의 건축허가 경향에 대한 신뢰’를 의미하는 것으로 검토하더라도 그동안 행정청이 해야 할 의무를 다하지 않거나 시스템 혹은 정책의 미비로 인하여 국토계획법이 잠탈되고 있는 것을 막지 못하여 초래된 하자 있는 행정 혹은 위법한 행정 상태에 대한 신뢰였으므로 이러한 신뢰는 보호의 대상이라고 할 수 없다. 그러한 S시의 건축허가 경향 자체가 편법을 인정한 ‘위법한 행정관행’이었다면 이에 대하여 ‘재량준칙’에 의한 행정청의 자기구속의 원칙 원리를 적용하여 검토할 수는 없다 할 것이다.<sup>40)</sup>

### (3) 사안의 검토

법의 잠탈행위·탈법행위는 곧 위법행위이다<sup>41)</sup>. 국지적인 일부개발보다는 전체 토지를 종합적이고 체계적으로 개발할 필요성에 의하여 제정된 국토계획법 및 제주특별자치도 도시계획조례가 개발행위 면적을 제한하고 있으므로 이런 면적 제한규정을 잠탈하는 수법의 편법적인 개발을 방지할 필요성은 국토계획법이 존속하는 한 당연한 제재이다. 국토계획법이 정하는 갖가지 승인절차와 주택법이 정하는 승인절차를 무시하고 손쉬운 건축법만을 적용하는 것은 용인할 수 없다.

따라서 자연녹지에서의 무분별한 개발을 억지하고, 자연재해로부터 국토의 보존 및 국민의 생명·신체와 재산을 보호하며, 쾌적하고 살기 좋은 주거환경을 조성하여 도민의 주거수준을 향상하며 매장문화재를 보호하며 환경오염을 사전에 방지하기 위한 환경영향평가제도의 존재 등 이러한 공익적 제도 및 공익실현의 필요성을 고려해볼 때 건축허가의취소로 인한 사익의 침해보다 더 큰 경

39) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2011두 26718 판결.

40) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두13132 판결.

41) 대법원 2011. 7. 21. 선고 2010두23644 전원합의체 판결.

우에 해당하고 따라서 건축허가를 취소하는 것은 위법하지 않다고 판단된다.

### III. 판결의 의미와 전망

이 판결 사안은 S시에서 수사기관에 고발함과 동시에 건축허가처분을 위한 청문을 진행하였다. 그 후 건축주들은 건축허가가 취소를 막고자 1개의 건축허가만 유지하고 나머지 4개의 건축허가는 자진하여 철회하였다. 그리고 이후 대상판결이 선고되고 나서 이번에는 전체 개발행위허가를 대상으로 건축허가 신청하여 주택법에 따른 주택사업계획승인 절차의 단계를 진행 중에 있다.

대상판결은 건축허가 등 행정처분의 결과가 자연녹지지역의 난개발로 이어져서 환경이 파괴되는 등 부작용이 우려된다면 이를 사후에 취소하는 등 행정적인 절차에 의해 규제를 할 것인지 형사처벌까지 할 사안은 아니라고 판시하였는데 이는 건축법과 국토계획법 등이 굳이 벌칙규정을 두어 수사기관과 사법기관으로 하여금 행정법규 위반행위에 대한 제재를 하도록 규정한 점을 고려하면 아쉽다 할 것이다. 이러한 법원의 취지가 계속된다면 국민의 행정법규 준수에 벌칙규정이 기여하는 기능을 사법부가 스스로 포기하고 행정에 부담만을 가중할 것이란 점이 우려되기도 한다. 난개발을 방지하고 국토를 적정하게 이용하도록 지도·감독하여 적법한 행정행위로 유도하는 것은 법규가 정하는 행정 제재와 함께 벌칙규정도 실효성 있게 작용할 때 보다 더 효과를 발휘할 것이란 점에서 적극적인 수사와 증거조사를 통한 벌칙규정의 적용이 필요하다고 생각한다.

### 참고문헌

김은주, “미국행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의”, 『공법연구』 37집 3호, 2009.

- 장혜진, “환경훼손 우려가 있는 건축허가의 법적 성질과 사법심사 기준에 대한 검토”, 『법과정책』 제24권 제1호, 2018.
- 김남진, “건축심의신청반려의 법적 성질 등”, 『행정판례연구』, 월간 자치발전, 2008년 2월호.
- 손태호, “행정소송에서 법해석에 관한 행정존중”, 『법률신문』, 2018. 5. 29.
- 황의관, “미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구”, 『미국헌법연구』 24권 1호, 2013.
- 이기형, “주택건설사업계획승인의 요건 및 절차 -대법원 2010. 11. 11. 선고 2010두14718 판결을 중심으로-”, 『법학연구』 50권 2호, 한국법학회, 2013.
- 정태용, “민원일괄처리제도에 관한 연구-인·허가의제제도를 중심으로”, 『국가경쟁력강화를 위한 법제연구』 제2집, 법제처, 1996.
- 정태용, “인·허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『법제』 2017권 4호, 법제처, 2017.
- 홍준형, “행정절차법상 계획확정절차 도입의 필요성”, 『토지보상법연구』, 한국토지보상법학회, 2014.
- 박균성, “의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자과 주된 인허가처분인 주택건설사업계획승인처분의 효력”, 『최신판례분석』 67권 3호, 법조협회, 2018.
- 박철민·김재철, “제주시 건축위원회의 심의성향에 관한 연구”, 『한국주거학회논문집』 15권 6호, 한국주거학회, 2004.
- 박균성, 『행정법강의』 제15판, 박영사 2018.
- 홍정선, 『신행정법특강』, 제16판, 박영사, 2017.
- 정남철, 『행정구제의 기본원리』 제1전정판, 법문사, 2015.
- 정남철, 『현대행정의 작용형식』, 법문사, 2016.
- 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2010.
- 송현진, 유동규, 『건축법』, 법률출판사, 2008.
- 정태용, 『건축법해설』, 한국법제연구원, 2008.
- 김남철, 『행정법각론』, 박영사, 2018.

[Abstract]

Review on the Possibility of sanction based on  
post-discovery of violations of the law provisions  
in the Building Law

: Focused on Jeju District Court 2017go-dan1785

Lee, Ji-Won

*Attorney at Law, Seogwipo City*

The evasion of the law is an illegal. It is necessary to prevent the illegal development like these evasion of the law problem. Because the National Land Planning Act and the Jeju Special Self-Governing Province Urban Planning Ordinance, which are established by the necessity of comprehensive and systematic development of the whole land. So it is necessary to prevent the illegal development and it is a natural sanction as long as the Homeland Planning Act persists.

Accordingly Counted approval and permit has defect then it affect to Canceling the main decision, Building Permits. It can be positively reviewed in light of the public interest role of the National Land Planning Act.

In connection with the application of the penal provisions subject Case is 2017go-dan1785 which is the first trial and it said the result of the administrative disposition such as the building permit leads to the development of the natural green area and the environment is destroyed so worried about the side effect, it will be regulated by administrative procedure not the Criminal procedure.

But If you carefully examine the violations of individual laws and regulations, these Judgment Result are difficult to understand. To induce and more

effective a legitimate administrative act, Administrative sanctions and the penalty provisions should work together.

**Key words** : Building Act, Construction permit, development activity, environmental damage, approval of Housing Construction Planning, Counted approval and permit, Decisions of Building Design Control Committee, deviation and abuse of discretionary right