

博士學位論文

開發行爲許可制에 관한 研究

A study on the Development Permission
System in Korea



濟州大學校 大學院

法學科

裴 煦 柱

2008年 8月

開發行爲許可制에 관한 研究

指導教授 尹 良 洙

裴 煦 柱

이 論文을 法學 博士學位 論文으로 提出함.

2008年 8月

裴煦柱의 法學 博士學位 論文을 認准함.

審査委員長 _____

委 員 _____

委 員 _____

委 員 _____

委 員 _____

濟州大學校 大學院

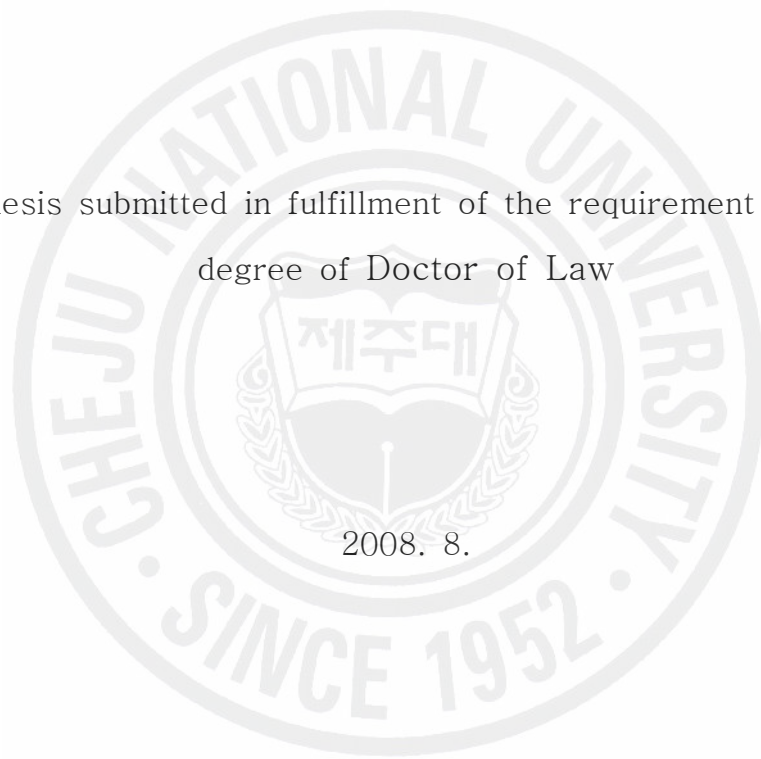
2008年 8月

A study on the Development Permission
System in Korea

Bae, Hoo Joo

(Supervised by Professor Dr. Yoon, Yang Soo)

A thesis submitted in fulfillment of the requirement for the
degree of Doctor of Law



Department of Law

GRADUATE SCHOOL

CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

< 目 次 >

第1章 序論

第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	4

第2章 開發行爲許可制의 意義

第1節 開發行爲의 概念

1. 概念定義의 意味	8
2. 現行法上 開發行爲 概念	10
3. 概念定義 方向과 基本條件	14
4. 새로운 概念定義	17

第2節 開發行爲許可制의 必要性和 關聯規定

1. 開發行爲許可制의 必要性	20
2. 開發行爲許可 關聯規定	22

第3節 開發行爲許可制와 財産權 保障

1. 財産權保障의 發展過程	24
2. 土地財産權의 法的 保障과 制限	27
3. 우리나라 土地財産權 關聯法制의 變遷過程	30

第4節 開發行爲許可制와 行政計劃

1. 開發行爲關聯法의 根據	39
2. 開發行爲 關聯計劃 基本體系	47
3. 體系的 開發을 爲한 手段	58
4. 小結	104

第3章 開發行爲許可의 性質과 要件

第1節 開發行爲許可의 性質

1. 意義	107
-------------	-----

2. 建築許可와의 關係	109
3. 羈束성과 裁量性 檢討	117
第2節 開發行爲許可의 實體的 要件	
1. 許可의 要件	126
2. 許可의 對象	129
第3節 開發行爲許可의 節次的 要件	
1. 許可의 節次	135
2. 許可의 履行擔保	138
3. 許可의 制限	139
第4節 他 制度와의 關係	
1. 土地利用制度와의 關係	142
2. 地區單位計劃과의 關係	144
3. 都市開發事業과의 關係	144
4. 農地轉用 및 土地形質變更과의 關係	145
第5節 小結	146
第4章 外國의 開發行爲許可法制 檢討	
第1節 獨逸	
1. 聯邦建設法 制定	149
2. 土地利用計劃과 地區詳細計劃	151
3. 開發規制制度	154
第2節 美國	
1. 計劃單位開發과 宅地分割	155
2. 土地利用規制制度	157
3. 都市成長管理制度	164
第3節 英國	
1. 用途分類令과 開發命令	167
2. 土地利用規制制度	170

3. 「都市 및 農村計劃法」과 開發權 公有化	175
第4節 日本	
1. 開發行爲의 意義	179
2. 土地利用規制制度	182
3. 區域區分制와 開發行爲許可制	185
第5節 小結	188

第5章 開發行爲許可制의 問題點과 改善方案

第1節 開發行爲 概念定立	
1. 概念定立	191
2. 開發行爲許可制의 位相定立	193
第2節 開發行爲關聯 行政計劃改善	
1. 開發行爲 關聯計劃 基本體系	195
2. 體系的 開發을 爲한 手段	197
第3節 開發行爲許可의 申請과 基準	
1. 許可의 申請	201
2. 許可의 基準	202
第4節 開發行爲許可의 承繼와 附款	
1. 許可의 承繼와 變更	203
2. 瑕疵의 承繼	206
3. 附款의 性質	210
第5節 開發行爲許可의 履行確保와 權利救濟	
1. 許可의 履行確保	215
2. 許可의 職權取消와 撤回	216
3. 許可 等에 對한 權利救濟	217
第6節 其他 問題點 및 改善方案	
1. 制度上 및 運營上 問題點	218
2. 短期的 및 長期的 改善方案	224

第6章 結論

參考文獻	236
ABSTRACT	258



〈국문초록〉

한정된 국토를 어떻게 하면 체계적으로 관리하고 토지의 이용에 효율을 기할 수 있을까 하는 문제는 국가발전과 장래를 위하여 우리가 지속적으로 고민하고 연구해야 하는 당면과제라고 보아도 과언이 아니다. 이러한 토지문제는 시대와 장소를 불문하고 항상 존재하게 된다. 그리고 그 영역도 대부분 광범위하고 다양하다. 넓게는 물리적·경제적·제도적인 문제로 분류하는 경우가 많다. 물리적 문제는 토지의 유형적인 요소에서 발견되는 영역이다. 이와는 달리 경제적·제도적인 문제는 토지의 무형적인 요소에서 발견되는 영역인 것이다. 수많은 토지문제들 가운데서도 최근 제도적인 문제들이 주요 관심사로 대두되는 경우가 많다. 제도적 문제는 있어야 할 제도의 부재, 잘못된 입법, 불합리한 법의 운용으로부터 비롯되는 경우가 대부분이다. 특히, 개발행위규제관련법에 대한 정비와 합리적인 운용이 그 어느 때보다도 중요시되고 있는 현실인 것이다. 일반적으로 개발행위규제는 다음과 같은 대표적인 두 가지 유형의 문제들을 발생시킨다. 첫째는 공권력에 의한 규제 방법의 적합성 문제이다. 국토의 효율적 이용과 관리를 위한 공권력의 개입이라고 하지만 이는 어디까지나 사유재산권의 보장을 전제로 하는 것이다. 둘째는 사유재산권과의 마찰이다. 즉, 공권력의 개입은 사유재산권에 대한 제한 내지 규제가 반드시 따르게 마련인데 이러한 제한은 그 제한을 강요당하는 토지소유권자로부터의 저항을 유발할 가능성을 내포한다.

우리나라는 산업화시기를 거치는 가운데 「헌법」상 보장된 재산권에 대한 사회 기속성을 지나치게 강조하였다. 특히, 토지의 경우 경제발전에 따른 산업화와 도시화의 진전에 따라 개발행위규제를 위한 많은 법률이 입법화되면서 토지소유자의 토지이용에 많은 제약이 가해진 것이 사실이다. 그러하기 때문에 개발행위규제는 사유재산제도 및 사유재산권의 보장이라는 측면과 공공복리와의 팽팽한 긴장관계를 불러일으키는 경우가 많아 필연적으로 공익과 사익의 충돌을 일으키고 있으며, 최근 정부는 지역 간 균형 있는 발전을 촉진하기 위해 모든 지역의 발전 잠재력을 최대한 활용하여 선진 한국으로 발전할 수 있는 기틀을 만

들어 나가자는 취지로 국가균형발전과 지역경제 활성화라는 명목 하에 전 국토의 건설 예정지를 중심으로 대규모의 도시개발정책을 추진하고 있어 더욱 중요성이 제기되고 있다.

본 연구에서는 개발행위의 개념을 명확히 하는 한편 개발행위관련계획 기본체계와 체계적 개발을 위한 수단들이 올바르게 개선·운영되어야 진정한 개발행위가 이루어질 수 있는 바, 이러한 제도의 문제를 점검하여 대안을 제시하고 나아가 개발행위관련규정들을 연구한 결과 도출된 법적·제도적 문제점과 개선되어야 할 주요과제를 제시한다.

첫째, 개발행위의 개념에 대하여 “개발행위란 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 토지의 분할, 형질의 변경, 또는 토지의 용도변경이다” 라고 하는 정의를 시도하였다. 새로운 개념은 일선 행정집행과 법의 운용 및 해석에 있어서 통일적인 기준과 규율을 정하는데 그 초점이 맞추어져 있다.

둘째, 개별법에 의한 개별구역의 명칭이 국토계획법에 의한 용도지역과 유사하기 때문에 전통적인 용도규제와 혼란을 일으켜 지역·지구의 정책목표와 내용을 명확하게 전달하지 못한 점이 있어 일반 국민들은 토지에 대한 규제가 과도한 것으로 생각할 수 밖에 없는 실정이다. 따라서 개별법에 의한 개별구역의 개편은 전국적으로 획일적인 적용을 지양하고 지역의 실정이나 지구의 특성을 살려 탄력적인 적용을 도모해 나가야 할 것이다.

셋째, 단기적으로 국토계획법시행령이나 개발행위허가운영지침, 시·군의 조례를 제정·개정 및 보완하여 제도의 조기정착에 기여할 수 있는 개선방안으로 우선 경작범위의 차별화 및 확대다. 그리고 허가면제 규정의 현실화, 법령·지침의 정비 및 구체화를 모색하여야 한다.

넷째, 장기적 개선방안으로 향후 개발행위허가제의 보다 안정적인 운영 및 발전을 위해서는 허가대상지역을 한정하는 것이다. 개발행위가 이루어질 지역의 성격과 예상되는 개발수요, 개발행위의 목적 및 규모 등을 고려하여 용도지역·지구 등을 기준으로 허가대상지역을 한정하는 것이 바람직하다고 본다. 더욱 중요한 것은 개발행위허가를 받고 사업을 완료한 후 허가목적과 다른 용도로 사용하지 못하도록 사후관리장치를 마련하는 것이다.

마지막으로 장래에 올바른 국토의 균형발전정책은 물론 국민의 재산권침해를

최소화하기 위해서는 지방자치단체별로 지역특성을 살리는 개발행위허가조례를 구체적으로 제정하고 개발행위허가업무를 전산화구축하여 허가 및 불허가 사례별·대상별·지역별 특성·통계자료 등의 투명성 확보가 지속적으로 이루어지기를 바란다.

주제어 : 국토계획법, 개발행위규제, 공익과 사익, 용도지역, 개발행위허가제.



第1章 序 論

第1節 研究의 目的

국토는 우리의 생활터전일 뿐만 아니라 후손들에게 영원히 물려주어야 할 자연자원이다. 따라서 지나친 국토자원의 사용이나 낭비를 억제할 수 있는 국토이용체계가 확립되어야 한다. 국토이용의 효율화를 위해서는 무엇보다 보전과 개발을 분리하되 ‘선 계획-후 개발’ 체제가 확립될 수 있는 국토이용관리체계를 마련해야 한다.¹⁾ 한정된 국토를 어떻게 하면 체계적으로 관리하고 토지의 이용에 효율을 기할 수 있을까 하는 문제는 국가발전과 장래를 위하여 우리가 지속적으로 고민하고 연구해야 하는 당면과제라고 보아도 과언이 아니다. 이러한 토지문제는 시대와 장소를 불문하고 항상 존재하게 된다. 그리고 그 영역도 대부분 광범위하고 다양하다. 넓게는 물리적·경제적·제도적인 문제로 분류하는 경우가 많다. 물리적 문제는 토지의 유형적인 요소에서 발견되는 영역이다. 이와는 달리 경제적·제도적인 문제는 토지의 무형적인 요소에서 발견되는 영역인 것이다.²⁾ 수많은 토지문제들 가운데서도 최근 제도적인 문제들이 주요 관심사로 대두되는 경우가 많다. 제도적 문제는 있어야 할 제도의 부재, 잘못된 입법, 불합리한 법의 운용으로부터 비롯되는 경우가 대부분이다. 특히 개발행위규제를 둘러싸고 공익과 사익의 충돌현상이 여러 가지 형태로 나타나고 있는 현실이다. 이러한 규제에 의한 마찰을 제대로 극복하지 못함으로써 공익사업의 수행에도 큰 차질을 빚게 되고³⁾ 이로 인한 국력 손실도 적지 않다. 개발행위규제관련법에 대한 정비와 합리적인 운용이 그 어느 때보다도 중요시되고 있는 현실인 것이다. 일반

1) 김남철, “위험사회에 있어서의 환경보호의 법적 과제-환경친화적 도시개발의 문제를 중심으로-”, 「토지공법연구」 제32집, 한국토지공법학회, 2006. 9, p. 153.

2) Dennis J. Mckengie and Richard M. Betts, *Essentials of Real Estate Economics*, Thomson Learning Co, 2001, pp. 339-375.

3) 이동수, “미국에서의 정당한 보상의 필요성과 기준”, 「토지공법연구」 제31집, 한국토지공법학회, 2006. 5, p. 111.

적으로 개발행위규제는 다음과 같은 대표적인 두 가지 유형의 문제들을 발생시킨다.

첫째, 공권력에 의한 규제 방법의 적합성 문제이다. 국토의 효율적 이용과 관리를 위한 공권력의 개입이라고 하지만 이는 어디까지나 사유재산권의 보장을 전제로 하는 것이다. 즉, 토지문제의 해결을 위한 어떠한 정책이나 제도도 사유재산제도를 부정하거나 무시하는 것이어서는 안 된다. 따라서 토지의 이용과 관리를 위한 공권력의 개입은 사유재산제를 전제로 하면서 당연한, 그리고 예상되는 토지문제를 가장 합리적으로 해결할 수 있는 방법 또는 제도를 강구하게 된다. 그러나 최선의 선택대안과 행정절차에 의거하여 제정된 입법의 경우라도 종종 위헌의 문제를 불러일으킨다. 이것이 곧 규제에 있어 내용이나 방법의 적합성 문제인 것이다.

둘째, 사유재산권과의 마찰이다. 즉, 공권력의 개입은 사유재산권에 대한 제한 내지 규제가 반드시 따르게 마련인데 이러한 제한은 그 제한을 강요당하는 토지소유권자로부터의 저항을 유발할 가능성을 내포한다. 물론, 이에 따라 「헌법」 제23조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다” 고 규정하여 사회적 의무를 부과하였고, 제23조 제1항에서는 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하도록 규정하고 있다. 또한, 「헌법」 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 정하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다” 고 규정하고 있다. 우리나라는 산업화시기를 거치는 가운데 「헌법」상 보장된 재산권에 대한 사회 기속성을 지나치게 강조하였다. 특히 재산권 가운데 가장 중요하면서도 기본적인 내용인 토지의 경우 70년대에 들어오면서부터 경제발전 에 따른 산업화와 도시화의 진전에 따라 개발행위규제를 위한 많은 법률이 입법화되면서 토지소유자의 토지이용에 많은 제약이 가해진 것이 사실이다.⁴⁾ 그러하기 때문에 개발행위규제는 사유재산제도 및 사유재산권의 보장이라는 측면과 공공복리와의 팽팽한 긴장관계를 불러일으키는 경우가 많아 필연적으로 공익과 사익의 충돌을 일으키고 있으며, 최근 정부는 지역 간 균형있는 발전을 촉진하기 위해 모든 지역의 발전 잠재력을 최대한 활용하여

4) 강운산, “미국 연방헌법상 규제적 수용 법리에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제31집, 한국토지공법학회, 2006. 5, p. 60.

선진 한국으로 발전할 수 있는 기틀을 만들어 나가자는 취지로 국가균형발전과 지역경제 활성화의 방법으로 건설 예정지를 중심으로 한 대규모의 도시개발정책을 추진하고 있어⁵⁾ 더욱 중요성이 제기되고 있다.

이와 같은 문제들을 내포한 중요한 개발규제수단으로서의 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 “국토계획법”이라 함)에 의한 국토계획체계⁶⁾, 용도지역제⁷⁾, 개발행위허가제⁸⁾⁹⁾ 등에 의한 행위제한 등을 들 수 있다. 이 경우 토지소유자는 토지재산권행사의 중대한 제약을 받게 되므로 헌법상 재산권보장의 요청과 조화의 문제가 등장하게 된다. 그리고 토지재산권의 사용·수익 및 처분권능을 제한하고 있는 가장 대표적이고 핵심적인 법률이라고 할 수 있는 국토계획법은 토지에 대하여 효율적이고 균형 있는 이용·개발·보전을 위해 전 국토를 대상으로 각종 구속적 또는 비구속적 행정계획체계를 수립하도록 하고 있다. 그러나 국토종합계획의 비구속성 한계, 광역도시계획의 역할 약화, 시·군 종합계획의 모호한 성격, 토지관리이용계획의 일원화의 비합리성 등으로 계획체계의 한계를 나타내고 있다. 그리고 2003년부터 비도시지역까지 포괄하여 개발행위허가제도가 운영되고 있는데, 이는 계획의 적정성, 기반시설의 확보여부, 주변 환경과의 조화 등을 고려하여 개발행위에 대한 허가여부를 결정함으로써 난개발을 방지하기 위한 취지에도 불구하고 현재까지 운영되고 있는 개발행위허가제도는 개발행위의 개념, 각종 행정계획체계, 허가의 신청과 처분, 허가의 기준, 허가의 승계와 부관, 허가의 효력과 불복, 더 나아가 적용대상의 과다, 연접개발 제한의 불합리, 시행기준의 구체성 미흡 등 제도상의 많은 문제점들이 지적되고 있다. 또한 법령 및 지침이 복잡하고 불명확하여 개발행위허가 신청자에게 지나친 부담을 안기고 개발행위허가제 운용에 대한 지원체계부재로 개발행위허가제가 비체계적으로 운용

5) 서순탁, “기업도시건설, 정책·입법 평가”, 「참여정부 4년, 부동산입법 및 정책에 대한 총괄적 검토」 제51회 학술대회, 한국토지공법학회, 2006. 12, p. 31.

6) 피석현, “국토기본법과 국토계획법에 의한 국토계획체계의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「국토연구」 제37권, 국토연구원, 2003. 6, p. 12.

7) 용도지역제는 토지의 기능과 적성에 따라 토지를 가장 적합하게 이용하기 위한 토지이용구분으로 토지이용계획의 한 유형이다.

8) 최혁재, “개발행위허가제의 개선방안”, 「국토」 통권284호, 국토연구원, 2005. 6, p. 36.

9) ‘개발행위허가제’와 ‘개발허가제’는 실질적인 의미의 차이 없이 혼용되고 있다. 본고에서도 이에 대한 용어를 구별 없이 함께 사용하기로 한다.

되며 운용인력의 전문성이 낮다는 운영상의 문제점들이 거론되고 있다.¹⁰⁾ 그런데 이러한 개발행위허가제는 그 도입 당시부터 충분한 선행연구 없이 도입된 데다가 아직 이를 시행한 역사가 일천하여 판례 등 사법적인 판단이 축적되어 있지도 않다. 종래의 개발행위허가제와 실질적으로 어떻게 구별되며 어떻게 다르게 취급하여야 하는가의 구별도 모호하다. 이에 반하여 개발수요가 급증하면서 각종 민원 및 부조리 발생의 원천이 되고 있는 실정임은 물론, 사유재산권 침해예방에도 속수무책인 것이다. 그러므로 개발행위허가제가 종래의 토지에 관한 각종 행위제한과 더불어 토지이용제도의 틀 내에서 새로운 위상을 갖추고, 그 제도 본래의 취지에 맞추어 난개발과 환경파괴를 방지하는 제도로 기능할 수 있도록 발전시키는 것이 당면과제인 바, 이러한 당면과제를 해결하기 위하여서는 무엇보다 그 법적 기준 및 해석이 명확하여야만 비로소 가능하다고 보여진다.

따라서 이 연구에서는 개발행위의 개념정의의 문제에 관한 법리적 고찰을 하고, 개발행위관련계획 기본체계와 체계적 개발을 위한 수단들이 올바르게 개선·운영되어야 진정한 개발행위가 이루어질 수 있는 바, 국토개발·토지이용·환경보전·재산권보장의 첫걸음이라 할 수 있는 개발행위허가제도의 정착을 위한 다각적 검토 및 보완을 함에 있어 국토계획법 틀 내에서 행정계획체계와 전통적인 개발행위허가에 따른 법률 규율이 합당한 것인지 여부에 대하여 어떠한 문제점이 있으며 나아가 개발행위허가제가 법제도로서 제대로 기능하기 위하여서는 이를 어떻게 법제화하여야 할 것인가를 모색하는 데에 그 연구 목적을 두고 있다.

第2節 研究의 範圍와 方法

개발행위허가를 함에 있어 국토계획법은 일반적으로 공공복리를 위한 사적 토지이용 및 개발행위 등을 억제 또는 지도하기 위하여 활용되는 제한조치들이 중심적인 수단들로 구성되어 있다. 물론, 이것은 토지정책의 주요 수단으로도 이해되고 있다. 이와 관련된 개발행위의 개념정의에서부터 진정한 개발관련 계획체계

10) 김제국·변국일·김지희, “경기도 개발행위허가제 운용실태에 관한 연구”, 경기개발연구원, 2005, p. 112.

등을 위한 분석을 하고 그에 따른 상위법 및 하위법, 그리고 관련법제들을 비교 분석하여 그에 따른 문제점과 개선방안을 제시하고자 그 체계적 방법으로 서론과 결론을 포함하여 6장으로 나누어서 접근하였다.

먼저 제1장에서는 서론부분으로서 연구의 배경 및 목적을 밝히면서 본 논문의 연구범위 및 방법을 제시했다.

제2장에서는 개발행위의 의의에 대하여 심도 있게 살펴보고자 한다. 이를 위해 첫째, 개발행위의 개념을 살펴보고 둘째, 개발행위허가제의 필요성과 관련규정을 검토한다. 셋째, 토지재산권에 관한 역사적 발전과정과 토지재산권의 법적 보장 및 제한 근거를 살펴보고 동시에 우리나라 토지재산권 관련법제의 변천과정과 개편 동향을 개관해 본다. 넷째, 현행법상 개발행위관련 행정체계를 광역도시계획·도시기본계획·도시관리계획으로 구분하고 이어 체계적 개발을 위한 수단으로 지구단위계획·도시계획시설·기반시설연동제 등으로 나누어 살펴본다. 특히, 구속적 행정계획인 도시관리계획은 토지재산권보장을 위한 제도적 장치인 주민제안제도·주민 및 지방의회 의견청취제도 등을 면밀히 연구·검토하고 입안에서 결정에 이르는 일련의 절차를 구체적으로 살펴본다.

제3장에서는 개발행위허가의 성질과 요건을 검토함에 있어 첫째, 개발행위허가의 허가의 성질을 이해하기 위하여 건축허가와 관계, 기속성과 재량성의 검토를 한다. 둘째, 개발행위허가제가 현실적으로 어떻게 작동하고 있는지를 살펴보기 위하여 실질적 요건과 절차적 요건으로 구분하여 살펴보고 셋째, 다른 제도와 관계의 관계를 면밀히 분석한다.

제4장에서는 우리나라의 개발행위개념과 개발행위허가제를 해석하기 위한 유용한 수단으로 외국의 여러 제도와 비교법적 고찰을 통해 외국에서는 개발행위허가와 관련하여 어떠한 제도를 갖고 이를 어떻게 다루고 있는가를 살펴보기 위해 심도 있게 분석한다.

제5장에서는 개발행위허가 관련제도가 어떻게 규율되고 있고 어떠한 문제가 있으며 이에 대한 개선방안은 무엇인지 논점별로 살펴보기 위하여 첫째, 개발행위개념정립과 개발행위허가제의 위상정립에 대하여 살펴본다. 둘째, 개발행위관련 행정계획에 대한 개선책을 검토한다. 셋째, 개발행위허가제의 신청과 기준을 살펴본다. 넷째, 개발행위허가의 승계와 부관에 대하여 검토한다. 다섯째, 허가의

이행확보와 권리구제 등에 대하여 살펴본다. 여섯째, 기타 제도상 및 운영상 문제점과 단기적·장기적인 개선방안을 제시한다.

제6장에서는 앞에서 연구·검토한 내용을 주제별로 요약하고 법적·제도적 개선의 필요성을 강조하면서 결론을 맺고자 한다. 한편, 본 논문의 연구방법으로는 문헌검토를 위주로 하며, 입법과정에서의 공청회, 토론회 등 의견수렴과정에서 제기되었던 쟁점사항과 외국의 입법례와 우리나라 대법원 판례 등을 검토하는 비교법적 접근방법을 활용하였다. 문헌으로는 주로 국토계획법과 개발행위규제에 관한 학술논문·학술지·헌법 및 행정법 교과서·정부간행물 등을 참고하였다.



第2章 開發行爲許可制의 意義

개발과 관련된 각종 계획과 수단의 지정 목적에 합당한 개발행위가 이루어지기 위해서는 우선적으로 개발행위가 무엇인지를 검토해 볼 필요가 있다. 일반적으로 개발행위를 제한하여 일정한 요건이 충족될 경우 그 제한을 해제하는 제도를 개발행위허가라고 이해되고 있다. 따라서 개발행위허가는 그 개념상 개발행위가 무엇인가가 명확히 설정될 것을 전제로 하며 이는 그 개념이 어떻게 설정되는가에 따라 그 대상이 결정된다고 본다.¹¹⁾

이러한 개발행위의 개념은 개발허가제를 채용하고 있는 미국과 영국 그리고 일본에서는 비교적 구체적으로 정의하고 있다. 예를 들면, 영국의 계획허가제나 미국의 계획단위개발처럼 개발행위에 토지용도변경을 포함한 것으로 확대하여 다룬다면 이를 둘러싼 문제는 최소화 될 것이다. 그러나 우리나라는 이에 대한 구체적인 정의가 미비한 상태에서 곧바로 개발행위허가에 관하여 규정하고 있다.

우리의 법제가 개발행위허가제를 도입하면서도 정작 개발행위에 대한 개념정의가 충실하지 못한 것은 개발행위 등에 관한 충분한 선행연구 없이 성급하게 제도를 도입하면서 비롯된 것으로서 현행 제도 운영에 많은 문제점이 야기되고 있는 실정이다.¹²⁾

한편, 개발행위의 개념이 선형적인 것은 아니므로 우리나라를 비롯한 각 나라에서 개발행위를 어떻게 설정하고 있는가는 장을 달리하여 살펴보고 여기서는 개발행위의 개념정의를 위하여 이의 필요성, 현행 국토계획법상 개발행위의 개념, 개념정의의 방향과 기본전제, 나아가 이를 바탕으로 새로운 개념정의에 대하여 자세히 설명하도록 한다.

11) 건설교통부, 「용도지역·지구제도의 개선방안 연구」, 국토연구원, 2000. pp. 23-24.

12) 서울행정법원 2006. 1. 26. 2005구합21514 (토지형질변경허가신청반려처분취소): 인근 지역 주민들의 민원이 있다고 하여 공익 목적이 크지 않은 사유지를 함부로 도시계획시설로 지정하여 개발을 막는 것은 관계 법령에 위반되고 비례의 원칙, 평등 원칙에 반하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법한 처분이다 라고 한 사례.

第1節 開發行爲의 概念

1. 概念定義의 意味

(1) 開發行爲의 定義

개발행위의 개념은 크게 광의와 협의의 의미로 나누어 정의할 수 있다. 넓은 의미에서의 개발행위는 사전적 의미로써 미개지(未開地)를 개척하여 발전시키기 위한 사람의 의사작용에 따른 적극적인 일체의 동작을 말한다. 이에 대하여 좁은 의미의 개발행위는 법·제도적 의미로써 각종 인·허가에 사용되는 개념으로 정의해 볼 수가 있다. 그러나 개발행위라는 개념은 선형적·논리적으로 도출된 개념이 아니라, 경험적·연혁적으로 그 나라의 시대적·사회적·법제적 환경과 상황에 따라 규정되는 개념이다. 미국¹³⁾·영국¹⁴⁾이나 일본¹⁵⁾은 개발행위에 대하여 정의규정을 명확히 명문화하고 있으나 우리나라는 개발행위허가제를 도입하면서도 정작 개발행위에 자체에 대한 규정이라기보다는 허가대상을 나열하는 정도로 되어 있다. 이는 우리의 개발허가제의 운용에서 그만큼 혼선을 초래할 가능성을 내포하고 있는 것이고, 그만큼 제도적 법제적 측면에서 선진화되지 못하고 뒤떨어지고 있음을 보여주는 것이라 할 것이다. 여러 선진국의 예에서 보듯이 각 나라마다 개발행위의 개념이 다르게 설정될 수 있는 것이고, 이는 오히려 당연하다고까지 할 수 있다.

이와 같이 개발행위의 개념이 그 나라의 시대적·사회적 환경에 따라 다르게 설정될 수 있다는 말은, 그만큼 용어에 대한 혼동의 우려가 크고 기준이 명확하지 않아서 행정집행이나 허가제의 운용면에서 일반국민들이 재산권 행사를 함에

13) 미국의 모델도시개발법 Section 1-201(1) : 개발행위라 함은 건축공사 또는 채광공사의 실시, 구조물 또는 토지의 이용 혹은 외관상의 중대한 변경 및 둘 이상의 구획으로 분할하거나 통행권 또는 하천변 소유자의 특권을 신설하거나 혹은 종료하는 행위를 말한다.

14) 영국의 1971년 도시 및 농촌계획법 제22조 제1항 : 개발행위라 함은 지상 혹은 지하에서의 건축공사, 토목공사, 채광행위 기타 공사의 실시 또는 건축물 혹은 토지의 사용용도에 있어서의 중대한 변경을 초래하는 행위이다

15) 일본의 1974년 도시계획법 제4조 제12항 : 개발행위라 함은 건축물의 건축 또는 특정 공작물의 건설용에 제공할 목적으로 행해지는 토지의 구획, 형질의 변경행위를 말한다.

있어 지나친 규제를 받게 됨으로 이에 대한 민원이나 부조리가 발생할 운상을 제공한다는 말로도 대치될 수 있다.

(2) 概念定義의 必要性

그 동안 개발행위에 대하여 명확한 개념정의 없이 사용하여 온 바 개발행위의 개념을 명확히 한다는 것은 개발행위허가제를 도입하는 이상 필연적인 것으로 보인다. 개발행위에 대한 개념정의의 필요성으로서 여러 가지를 열거할 수 있으나, 그 주요한 것으로는 다음을 들 수 있다.

첫째, 개발행위의 범위를 정하는 기준이 된다. 개발행위의 범위는 직접적으로 개발행위의 개념으로부터 결정하는 방법과 이의 해석을 통해 결정하는 방법이 있다. 개발행위의 범위는 무엇보다도 개념의 문언에 직접 표현되도록 하는 것이 바람직하다. 따라서 개발행위의 개념설정은 개발행위의 범위를 결정하기 위해서도 중요하다. 나아가 국민과 행정당국 모두에게 법적 안정성 및 예측가능성을 제공하고 사법심사의 기준을 마련하도록 기능한다. 물론, 개발행위의 범위를 정의규정이 아닌 해석을 통해 결정하는 방법이 있으나 위에서 본 바와 같이 여러 혼란의 원인이 되는 것이어서 이는 바람직스럽지 않다.

둘째, 개발행위허가의 대상을 정하는 기준이 된다. 개발행위의 범위와 대상을 명확히 하는 것은 개발행위허가의 대상을 정하는 기준을 설정하는 전제가 된다는 의미에서도 중요하다. 개발행위의 개념정의는 개발허가를 요하는 개발행위의 범위를 결정하는 것과 불가분의 관계에 놓여 있기 때문이다. 예를 들어, 영국의 경우 개발의 개념에서 건축공사·토목공사·채광행위·기타 조작행위·용도변경을 대상으로 하고 있으나, 일본의 경우 토지의 구획, 형질변경을 대상으로 하고 있으며, 이 개념에 따라 계획허가제와 개발허가제가 법제화되어 있다. 따라서 개발행위의 개념은 개발허가의 대상을 염두에 두고 이루어져야 하며, 허가대상과 일치하지 않는 개념은 그 실용성을 가질 수 없다.¹⁶⁾

셋째, 개발행위허가에 있어서 허가기준과 운용상의 목표를 설정하는 기능을 한다. 이는 특히, 개발행위의 개념을 목적과 함께 규정함으로써 분명하여진다. 일본

16) 류해웅·정우형, “개발허가제의 도입에 관한 연구”, 국토연구원, 2001. 12, p. 33.

의 경우를 보면 개발행위의 개념을 규정함에 있어서 “건축물의 건축과 특정공작물의 건설을 목적으로 하는 행위”로 국한시키고 있다. 따라서 이러한 개념정의를 함으로써 개발행위와 목적을 연계시켜 허가의 기준과 목적을 명백히 하는데 이바지한다.

넷째, 개발허가제의 운영에 있어서 투명성을 제공한다. 개발행위의 개념을 통하여 일반국민에게 개발허가의 대상과 범위·목적은 명확히 하고 있어 제도에 대한 신뢰를 제고하고, 그 결과 자연스럽게 개발허가제의 운영에 있어서도 투명성이 확보되는 것이다. 따라서 개발허가제를 법제화하기 위하여서는 먼저 개발행위에 대한 개념을 명확히 하는 것이 전제되어야 한다.

다섯째, 다른 법령에서 사용하고 있는 개발행위의 개념 규정시 이 개념을 준용함으로써 용어의 통일성에 이바지한다. 개발행위의 개념을 통일적으로 설정하고 준용함으로써 일반국민이나 행정당국의 법제해석에 혼란을 제거하고 행정의 능률화 및 재산권보장에 이바지할 수 있을 것이다.¹⁷⁾

2. 現行法上 開發行爲 概念

개발행위의 개념이 본격적으로 도입되어 최초로 사용된 것은 폐지된 「도시계획법」 제5장 ‘개발행위의 허가’에 관한 조항에서 비롯되었다. 종래 도시계획법과 국토이용관리법의 양 법체계 하에서는 토지형질변경 등 개발행위도 지역에 따라 다른 법률의 적용을 받았다. 도시계획법이 적용되는 지역에서는 도시계획법에 의한 토지형질변경허가가 이루어졌으며, 국토이용관리법이 적용되는 농림지역·준농림지역·자연환경보전지역은 원칙적으로 국토이용관리법에 의해 토지형질변경허가 등이 발급되었다.

그 후 「국토이용관리법」과 「도시계획법」을 통합하여 「국토계획법」을 제정하면서 위 도시계획법상의 개발행위의 허가에 관한 규정 역시 큰 변화 없이 위 국토계획법에 그대로 계승되었다. 그러나 구 도시계획법이나 현행의 국토계획법은 정작 ‘개발행위’에 대한 개념정의를 함에 있어 대상을 규정함으로써 개발행위의 범주를 법정하고 있는데 그치고 있다.¹⁸⁾ 도시계획법은 “도시계획

17) 류해웅·정우형, 전제논문, p. 34.

구역 안에서 도시계획사업에 의하지 아니하고 다음 하나에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가(이하 ‘개발행위 허가’라 한다)를 받아야 한다”(동법 제46조 제1항)고 규정하고 있었고, 2003년 1월부터 시행되는 국토계획법은 종전 도시계획법과 국토이용관리법을 흡수·통합한 것이므로 전국의 토지형질변경 등 개발행위가 통합된 국토계획법의 체계로 단일화된 것이 큰 특징 중의 하나이다. 국토계획법은 산림의 경우에는 종전과 거의 동일하게 산림법에 의한 형질변경을 우선시키고, 계획관리지역과 도시지역 내 산림형질변경을 통제하는 것으로 제한적인 입장을 취하고 있다.

개발행위허가제를 채용하던 종전 「도시계획법」은 단순히 “도시계획구역 안에서 도시계획사업에 의하지 아니하고 다음 하나에 해당하는 행위를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가(이하 ‘개발행위 허가’라 한다)를 받아야 한다”(종전 도시계획법 제46조 제1항)고 규정하고 있었기 때문에 개발행위의 개념이 명확하지 않았다. 또한 「국토계획법」도 “다음 각 호의1에 해당하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위(이하 ‘개발행위’라 한다)를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가(이하 ‘개발행위 허가’라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시계획사업에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다”¹⁹⁾고 규정하고 있는 종전 도시계획법과 마찬가지로이다. 그 밖에 도시 및 토지관련 법률도 개발행위에 대한 개념규정을 명확하게 하지 않고 있다.

일반적으로 개발행위란 ‘토지의 상태·성질 또는 이용변경을 가져오는 행위’라고 말할 수 있을 것이다. 개발행위의 대표적인 것으로 토지의 형질변경이라는 것은 기존의 토지형상에 실질적인 변경을 가하는 행위를 말하는 것이고²⁰⁾, 구체적으로는 성토·절토 또는 정지 등의 방법을 통하여 이루어진다(구 토지형질변경규칙 제2조 제1호). 절토는 기존 토지의 양을 줄이는 행위를 말하고, 성토는 기존 토지의 양을 늘리는 행위를 말한다.²¹⁾

사실상 도시 내에서 또는 도시계획구역 내에서 이루어지는 토지의 형질변경²²⁾

18) 윤양수, 「행정법개론(제4판)」, 제주대학교출판부, 2007, p. 883.

19) 국토계획법 제56조 (개발행위의 허가) 제①항.

20) 대판 1998. 4. 14. 98도364 ; 윤진영, “토지의 형질변경”, 「법조」, 1994. 8, p. 120 에서도 토지형질변경에 대한 관례를 잘 설명하고 있다.

21) 대판 1995. 3. 10. 94도3209.

은 많은 경우, 전·답과 같은 지목의 토지를 대지로 전환하기 위한 전제가 된다²³⁾(지적법 제21조, 지적법시행령 제16조 제1항 제1호, 국토계획법 제62조).²⁴⁾ 이처럼 국토계획법이 토지의 형질변경을 허가대상으로 삼고 있는 것은 당해 행위 및 그 후의 건축행위가 도시 내 토지의 합리적 이용을 저해할 수 있다는 생각에 근거한 것이다.²⁵⁾

이 개념은 건축물의 건축 또는 공작물의 설치 등을 목적으로 하는 개발행위에 주안점을 두고 있다. 또한 추상적이어서 개발행위허가제를 제도화하고, 이의 운용을 위한 개념으로는 적합하지 않다. 따라서 개발행위의 개념은 ‘건축물의 건축 또는 공작물의 설치 등을 위해 행하는 토지의 분할 또는 형질의 변경과 토지의 용도변경’으로 설정하는 것이 바람직하다고 본다. 여기서 행위는 토지의 분할·토지형질의 변경·토지의 용도변경을 대상으로 한다. 토지의 분할 또는 형질의 변경과 토지의 용도변경은 건축물의 건축 또는 공작물의 설치 등을 목적으로 한다. 이 개념은 상당히 직접적이면서도 그 표현이 간단·명료하여 개발행위허가제의 운용에 이바지할 수 있을 것이다. 그러나 개발행위의 모든 경우를 포괄적으로 표현할 수 있는 한계를 지니고 있다. 따라서 이 개념은 개발행위의 대상이나 대상이 되지 않는 행위의 규정을 통해 개념을 구체화하여야 하고, 하위법령이나 조례 등에서 명백히 하여야 할 것이다.²⁶⁾

우리나라의 경우 종래 도시계획구역이 지정되면 당해 구역 내에서의 일정 행위에 대하여 제한이 가해지고 행위를 하고자 하는 자는 시장·군수로부터 허가를 받아야만 하였으며, 이를 통상 ‘일반적인 행위제한’이라 불려왔다. 이와 같이 도시계획구역 안에서는 소규모 난개발²⁷⁾을 방지하기 위해 일정한 행위를 시장·군

22) 건설교통부, 「건설교통 통계연보」, 2006.

23) 참고판례(대판 1991. 12. 10. 91누605 ; 대판 1991. 7. 9. 90누6354 ; 대판 1978. 12. 13. 78누339).

24) 지적법시행령 제16조(지목변경신청) ①법 제21조의 규정에 의하여 지목변경을 신청할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

1. 국토계획법 등 관계법령에 의한 토지의 형질변경 등의 공사가 준공된 경우
2. 토지 또는 건축물의 용도가 변경된 경우
3. 법 제26조의 규정에 의한 도시개발사업 등의 원활한 사업추진을 위하여 사업시행자가 공사준공 전에 토지의 합병을 신청하는 경우.

25) “토지형질변경신청의 당부를 판단함에 있어서 형질변경행위 자체로 인한 경관 등에의 영향만을 고려해야 할 뿐 아니라 토지형질변경 후 그 지상에 아파트를 건축한다는 가상적인 계획도 고려의 대상이 된다” (대판 1990. 11. 27. 90누2000).

26) 류해웅·정우형, 전계논문, p. 38.

수의 허가를 받도록 하고 있었으나, 허가대상이 포괄적이고 허가기준이 모호할 뿐만 아니라 허가절차도 불투명하여 많은 민원이 발생하였다.

더 본질적으로는 토지관련법제의 근간이 건축자유를 바탕으로 하는 용도지역제를 채용하고 있기 때문에 도시지역과 비도시지역에서 용도지역의 지정목적에 반하지 않는 한 당해 토지를 개발하여 이용할 자유가 부여되어 있었다. 이와 같은 상황 하에서 토지의 개발은 토지소유자의 자유에 맡겨져 기반시설도 수반하지 않은 개발이 자행되어 난개발을 부추겼던 것이다. 따라서 2000년 1월 28일 도시계획법의 전면 개정을 통하여 종래 부정적 이미지를 가지고 있던 토지형질변경 등 행위허가제도를 긍정적이고 투명한 토지이용제도로 전환하여 도시계획의 무분별한 개발을 방지하고 계획적인 개발을 유도할 목적으로 개발행위허가제도를 도입하였다.

「국토계획법」²⁸⁾에서 시장 또는 군수의 허가를 받아야 하는 개발행위의 대상이 되는 행위는 ①건축물의 건축 또는 공작물의 설치 ②토지의 형질변경(경작을 한 토지의 경질변경을 제외한다) ③토석의 채취 ④토지의 분할(건축법 제49조의 규정에 의한 건축물이 있는 대지를 제외한다) ⑤녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역 안에 물건을 1월 이상 쌓아놓는 행위이다.

한편, 개별법률 역시 개발행위에 대한 개념규정이 없이 국토계획법상의 개발행위 용어를 차용하거나 또는 막연히 개발행위라는 용어를 사용하고 있는 실정이다. 「국토계획법」의 규정 외에 현행 법령에서 개발행위를 규정하고 있는 경우는 ①「건축법」 제8조 제5항 제3호 ②「기업활동 규제완화에 관한 조치법」 제18조 제1항, 제2항 ③「독도 등 도서지역의 생태계보전에 관한 특별법」 제40조 ④「자연환경보전법」 제38조 제2항 ⑤「여객자동차 운수사업법」 제49조 제1항, 제1호 ⑥「조수보호 및 수렵에 관한 법률」 제5조, ⑦「한강수계상 수원수질개선 및 주민지원에 관한 법률」 제5조 제2항 ⑧「개발이익환수에 관한 법률」 시행

27) 난개발이란 개발에 따른 외부 불경제 효과 등 부정적 측면을 총칭하는 개념으로 다음 두 가지 유형을 포함하는 개념이라 할 수 있다 (진영환, “21 세기 국토이용체계 개편방안”, 국토연구원, 2000. 8, p. 8 이하).

- 사전계획 없이 무계획적으로 이루어진 개발(예컨대, 토지이용에 대한 종합적인 계획 없이 준농림지에 200-300세대 아파트를 건설하는 경우)
- 계획 유무에 상관없이 주변경관과 조화를 이루지 못하고 환경 파괴적 요소가 강한 개발(예컨대, 보전 필요성이 높은 녹지 공간 또는 양호한 경관지역에 고층아파트를 건설하는 경우).

28) 「국토계획법」 제56조 (개발행위허가) 제1항 및 「국토계획법시행령」 제51조 (개발행위허가의 대상).

규칙 제3조의2 제5항 등 8개 법령인데, 그 중 용어의 정의 없이 개발행위라는 용어를 사용하고 있는 경우가 6개 법령이고 국토계획법상의 규정을 그대로 차용하는 경우가 「건축법」과 「여객자동차운수사업법」의 2개 법령이다. 개별법령에서 개발허가라는 용어를 사용하고 있는 경우는 「먹는 물관리법」²⁹⁾ 「염관리법」, 「온천법」³⁰⁾ 밖에 없으며, 개발행위허가라는 용어는 「건축법」 및 「국토계획법」 밖에는 없다. 그런데 건축법은 개발행위허가를 직접 규정하기 보다는 건축허가를 받은 경우에는 개발행위허가를 받은 것으로 간주한다는 것에 불과한 것이고 (건축법 제8조 제5항 제3호), 「먹는 물관리법」은 샘물개발허가 (제9조)에 관하여 규정하고 있으므로 건축물이나 공작물의 설치를 위한 토지의 개발허가와 관계가 없는 것이므로, 결국 개발행위개념에 따른 진정한 의미에서의 ‘개발행위허가’라는 용어는 「국토계획법」에서만 사용하고 있다고 보아도 과언이 아니다.³¹⁾

3. 概念定義 方向과 基本條件

(1) 方向

우리나라 개발행위의 개념정의를 위하여서는 무엇보다도 우리가 개발행위 내지는 개발행위허가제를 도입하게 된 배경 및 동기 내지는 목적이 무엇인가부터 시작하지 아니하면 안 된다. 오늘날의 각종 난개발 및 환경침해를 방지하고자 개발행위허가제를 도입하게 되었다. 이러한 개발행위를 종래의 단순한 건축허가 등 경찰허가에 의하여 허용하는 경우, 법이 정하는 최소한의 규제기준을 충족하는 경우에는 이러한 허가를 해주어야 하기 때문에 난개발이나 환경침해를 방지할 수 없다. 그렇다고 모든 개발행위를 지구단위계획과 같은 행정계획에 의하여서만 허용하는 경우에는 결국 국토 전부에 대하여 광범위하고도 세부적인 계획을 마

29) 제1조 (목적) : 이 법은 먹는 물에 대한 합리적인 수질관리 및 위생관리를 도모함으로써 먹는 물로 인한 국민건강상의 위해를 방지하고 생활환경의 개선에 이바지함을 목적으로 한다.

30) 제1조 (목적) : 이 법은 온천에 대한 적절한 보호와 온천의 효율적인 개발·이용을 도모함으로써 공공의 복지증진과 지역경제 활성화 등에 이바지함을 목적으로 한다.

31) 류해웅·정우형, 전계논문, pp. 30-32.

런하여야 한다는 결론이 되어 제도의 실효성과 타당성 등에 문제가 있어 이를 적용하기에는 곤란하다. 그러므로 우리는 개발행위허가제가 행정계획과 개별 경찰허가와와의 중간영역에 속하는 것으로 규정하는 것이 옳바르다는 결론을 도출할 수 있다. 이와 같은 전제하에 정의되는 개발행위의 개념은 우리의 토지이용제도에 상응하는 것이어야 하고, 국토의 보전과 개발이 조화를 이루면서 지속가능한 개발이 이루어질 수 있는 내용으로 구성되어야 한다.

그 다음에 위와 같은 위상에 비추어 개발행위의 대상을 무엇으로 할 것인가가 결정되어야 하며, 개발행위의 개념도 이를 포섭할 수 있어야 할 것이다.

아울러 도시지역은 물론 비도시지역에서 개발을 어떠한 방향으로 유도하고 관리할 것인가, 즉 개발행위허가제의 기능적 측면도 고려하여 개념을 설정하여야 할 것이다. 이와 같은 관점에서 각각의 문제에 따른 방향을 제시해 본다.

첫째, 개발허가제가 어떠한 위상을 갖는 것으로 할 것인가의 문제는 개발허가제와 토지이용제도와와의 관계를 명확히 하기 위한 것으로서, 영국이나 일본과 같이 토지이용제도의 하나로 구성할 것인가, 아니면 단순히 토지이용을 규제하기 위한 허가제로 구성할 것인가이다. 우리나라는 도시와 비도시를 막론하고 용도지역이 지정되어 있다 하더라도 계획적 개발이나 난개발을 방지할 수 있는 제도적 장치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때 개발허가제는 당해 토지의 개발을 결정짓는 처분으로 중요한 의미를 갖는다. 따라서 개발허가제는 보다 계획적인 토지이용과 개발을 도모하기 위해 토지이용제도로서 위상을 부여하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 개발허가제가 용도지역제를 바탕으로 하는 기본 틀에서 제도화가 이루어질 때 용도지역제를 보완하는 정책수단으로서 기능을 갖는 한계를 지닐 수 밖에 없다고 본다.

둘째, 개발허가의 대상을 어떠한 행위로 할 것인가의 문제에 관하여는, 개발허가의 대상은 개발이 전형적이라 할 수 있으나, 개발은 다른 용도로의 사용을 목적으로 하는 경우도 있고, 현재의 용도로 사용하기 위해 개발하는 경우도 있을 수 있다는 점에서 위 두 가지 경우로 나누어 볼 수 있다.

일반적으로 개발허가는 양자를 모두 대상으로 할 수 있으나, 개발허가제의 특성에 비추어 볼 때 현재의 용도로 개발하는 것까지 포함할 필요는 없다. 이와 같은 관점에서 개발허가의 대상은 용도변경을 허가대상으로 하되, 동일 용도로의

용도변경은 포함되지 않도록 하는 것이 타당하여야 할 것이다.

셋째, 토지관리를 위해 개발행위허가제가 어떻게 기능하도록 할 것인가의 문제인데 이는 사전적 관리와 사후적 관리로 구분할 수 있으며, 전자는 통상 용도지역·지구·구역의 지정과 토지이용규제에 의해 이루어지는 반면 후자는 이들의 이행을 담보하기 위해 이행강제와 행정벌에 의해 이루어진다. 그러나 용도지역 등이 지정된 토지에서 개발행위는 사전적 관리와 사후적 관리의 중간에 위치하기 때문에 이들 관리에는 속하지 않으나, 사전적 관리에 바탕을 두고 이루어지며, 이를 위반하였을 때 사후관리의 대상이 된다. 한 필지에서 이루어지는 개발행위는 사업에 의하든 개발허가에 의하든 토지이용규제와 불가분의 관계를 지니고, 개발행위는 기반시설의 설치를 수반함으로써 토지관리의 수단으로 기능한다. 따라서 개발행위의 개념은 사전적 관리를 바탕으로 정의되어야 하며, 토지관리를 효율화하기 위하여 대상과 범위도 명백하게 정하여야 한다.

(2) 基本條件

지금까지 살펴 본 개발행위의 개념정의를 위한 기본적 고려사항을 토대로 우리의 실정에 적합한 개발행위의 개념을 도출하여야 할 것인 바, 이러한 개발행위의 개념은 다음과 같은 요소가 기본적으로 충족되어야 한다.

첫째, 개발행위는 물리적인 변경을 기본으로 하며 단순한 지적공부상의 변경이나 권리적 측면에서의 토지나 건물의 변경은 포함하지 아니한다. 물리적 변경이나 개발이란 토지를 구획하고 형질을 변경하는 등 토지의 상태에 실질적인 변동을 가져오는 행위를 말하며, 개발행위는 물리적으로 토지의 상태에 변동을 가져오는 것을 대상으로 한다. 개발행위는 아울러 이용 상태의 변동을 가져오는 용도변경을 부가적 범위로 한다. 개발행위는 토지의 분할과 형질변경을 바탕으로 한다. 토지의 분할은 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 위해 행하는 것을 말하며, 토지의 이용 상태나 물리적 변경이 없는 단순한 토지의 분할이나 합필은 개발행위의 개념에 포함되지 아니한다. 토지의 형질변경은 절토·성토·정지 등을 말하며, 건축행위와 불가분의 관계에 있는 정지를 비롯하여 토지의 굴삭·기초공사는 건축공사에 포섭되는 것이므로 별도로 개발행위에는 제외되어야 한다.

둘째, 개발행위는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치에 제공할 것을 목적으로 하는 행위로 제한하여야 한다. 이렇게 함으로서 환경친화적인 토지의 이용변경, 예컨대 농업용지로의 사용이나 삼림식재를 개발허가의 대상에 포함시켜 개발허가를 받게 할 필요가 없으므로 이를 개발행위의 개념에서 아예 제외시키는 것이 바람직하다. 또한 개발행위의 범위를 명백히 하여야 한다. 여기에서 건축물의 건축은 건축법의 규정에 따르고, 공작물의 설치에 별도의 개념정의 규정을 두는 것이 타당하다.

셋째, 건축행위는 그 자체로서는 개발행위에 포함되지 않아야 한다. 건축행위를 개발행위의 하나로 보게 되면, 개발행위허가와 기존의 건축허가 간의 구별이 없어지게 되고, 개발행위허가제를 도입한 당초의 취지가 퇴색될 우려가 크다. 다만, 한 필지의 토지에 개발과 건축행위가 동시에 이루어질 때 건축공사를 개발행위의 범주에 포함하도록 하는 것이 바람직하다. 개발행위허가시에 건축허가가 의제되면 건축허가절차가 생략될 수 있기 때문이다. 이는 단순한 절차 간소화를 위해 건축행위를 개발행위에 포함하도록 하는 것에 불과하다. 그러나, 그 역으로 건축허가만으로 개발행위허가를 의제되도록 운영하는 것은 본 정의에 입각하여 신중하게 결정하여야 할 것이다.

4. 새로운 概念定義

(1) 意義

위에서 본 개발행위개념의 기본적 방향과 기본조건을 충족하면서도 현행법상의 체계에 맞는 개발행위개념을 설정하는 일은 용이하지 않다. 이러한 전제하에 개발행위의 개념에 관하여 새로운 제안을 한다면, “개발행위란 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 토지의 분할·형질의 변경 또는 토지의 용도변경이다” 라고 정의를 내릴 수 있다. 이 개념은 우선 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 행위만을 개발행위로 한정하고 있다는 점에서 개발행위에 대한 제한범위를 명확히 하고 있다.

다음으로 구체적인 행위에 대하여는 토지의 분할·토지의 형질변경·토지의

용도변경만을 대상으로 함으로써, 허가의 대상을 분명하게 설정하고 있다.

이와 같은 개념은 상당히 직접적이면서도 그 표현이 간단명료하고, 그 목적이 뚜렷하고 대상이 분명하여 개발행위허가제의 투명하고도 객관적인 운용에 이바지할 수 있을 것이다. 다만, 이러한 개념은 개발행위에 대한 양적인 제한은 없기 때문에 일정규모 이하의 개발행위나 토지이용상태의 경미한 변경 등에 대하여서도 개발행위허가의 대상에서 제외시키지 못한다는 점이 있다. 따라서 이러한 경우에는 개발행위허가의 대상으로서는 예외규정을 두는 입법상의 조치가 필요하다고 할 것이다.

(2) 内容

위에서 시도한 새로운 개발행위의 개념내용을 구분하여 설명하면 다음과 같다. 첫째, 건축물의 건축과 공작물의 설치를 주된 목적으로 하여야 한다. 건축법은 ‘건축물’이라 함은 “토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 기타 대통령령이 정하는 것을 말한다”³²⁾라고 규정하고, ‘건축’이라 함은 “건축물을 신축·증축·개축·재축 또는 이전하는 것을 말한다” (동조 동항 제9호)라고 규정하고 있는바, 건축법의 개념규정은 위 개발행위의 개념상 ‘건축물의 건축’에 그대로 적용하여도 될 것이다. 한편, ‘공작물’에 대하여는 국토계획법시행령에서 개발행위허가의 대상으로서 공작물의 설치는 “인공을 가하여 제작한 시설물(건축물에 의한 건축물을 제외)의 설치”³³⁾라고 규정하고 있으나, 이는 그 개념 규정으로서는 동어의 반복이라 할 만큼 추상적이고 포괄적이기 때문에 구체적인 의의를 가진다고 볼 수 없어 선택하기 어렵다. 공작물의 의미를 일본의 개발허가제에서 채용하고 있는 개념을 참조하여 정하면, 공작물이란 “인공을 가하여 제작한 시설물로서 그 종류는 다음과 같다(단, 건축법에 의한 건축물을 제외)”로 개념정의할 수 있다. (a)구조물로서 주변의 환경악화를 초래할 우려가 있는 것: 콘크

32) 건축법 제2조 제1항 제2호.

33) 건축법시행령 제51조 제2호.

리트 구조물·묘지·납골시설·위험물이나 폐기물(쓰레기 포함)의 저장 및 처리에 제공되는 시설물³⁴⁾ (b)골프장 기타 대규모적인 시설물: 운동시설, 위락시설, 동·식물원 등 레저시설인 공작물, 그 다음으로 위와 같은 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 ‘주된 목적’으로 하여야 한다. 여기서 ‘주된 목적으로’라는 표현의 의미는 개발행위는 건축물의 건축을 목적으로 하는 것이지만, 당해 건축물의 건축을 빼고는 개발행위를 할 수 없는 경우를 의미하고, 궁극적으로 이에 해당하는지 여부는 구체적인 개개의 경우에 사회통념에 따라 결정하여야 될 것이다. 어떤 토지에 대하여 어떠한 구획형질의 변경이 있는 경우에도 그 토지의 주된 이용목적이 건축물 또는 특정 공작물에 관련된 것이 아니면 개발행위가 되지 않는다. 따라서 토지의 이용목적이나 물리적 형상 등에 비추어 사회통념상 하나로 인식되는 토지의 구역에 대하여 옥외주차장·자재적치장·농지조성·가정텃밭·비행장의 활주로·폐기물처리장 등의 시설에 종속되는 도로나 구획가로 등을 설치하기 위하여 구획·형질을 변경하는 경우에는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치와 관련되는 것이 아니므로 개발행위는 아니라고 보아야 할 것이다.

둘째, 토지의 분할 또는 형질의 변경이다. 토지의 분할은 일반적으로 하나의 토지를 2개 이상의 토지로 분할하는 것을 말한다. 국토계획법은 개발행위허가를 받아야 하는 대상의 하나로 “토지분할(건축법 제49조의 규정에 의한 건축물이 있는 대지를 제외한다)”을 규정하고 있다.³⁵⁾ 국토계획법 제정 당시에는 도시지역에서의 토지분할만을 개발행위허가의 대상으로 하였으나, 2005. 12. 7 개정으로 도시지역에 한정되지 아니하고 비도시지역에서의 토지분할도 허가대상으로 하였는 바, 이는 개발행위허가제의 목적에 비추어 올바른 개정이라고 보여지지만 운영상의 문제가 만만치 않다.³⁶⁾ 한편, 여기에서 말하는 토지분할에 단순한 지적의 분할은 포함되지 아니함은 앞에서 살핀 바와 같다.

국토계획법시행령은 개발허가대상으로서 토지의 형질변경을 “절토·성토·

34) 일본에서는 폐기물의 경우를 제외하고 있으나 위험물과 함께 폐기물(쓰레기 포함)도 이에 포함시키는 것이 바람직하다.

35) 건축법 제56조 제1항 제4호.

36) 임택범·곽인선·전철민, “개발행위(토지분할)허가제운영의 개선방안”, 한국지적학회 춘계학술대회, 2006, p. 130.

정지·포장 등의 방법으로 토지의 형상을 변경하는 행위와 공유수면의 매립(경작을 위한 토지의 형질변경을 제외한다)”라고 규정하고 있다.³⁷⁾ 이는 토지의 형질변경에 대한 일반적인 정의로서 타당하나, 다만 여기에서 새로운 개념규정에 따르면 경작을 위한 토지의 형질변경은 당연히 개발행위의 개념에서 제외되는 것이므로, 괄호 안의 사족은 필요하지 않을 것이다.³⁸⁾ 어느 정도의 절토·성토 등을 허가대상으로 하는 형질변경으로 삼을 것인가는 입법정책상의 문제이고, 개발행위의 개념 자체의 문제는 아니라고 본다.

셋째, 토지의 용도변경이다. 일반적으로 용도변경은 토지의 용도변경 외에 건축물의 용도변경도 의미하나, 개발행위의 개념에서는 토지의 용도변경에 국한된다. 개발행위가 종래 토지의 이용 상태나 형질변경에서 유래된 것이라는 점과 건축물의 용도변경은 건축법상의 제한으로 충분하다고 보기 때문이다. 토지의 용도변경은 농지와 산림이 타 용도로 전용된 토지를 다시 다른 용도로 변경하는 것을 의미하는 것을 의미한다. 한편, 일반적으로 토지의 형질변경은 토지의 용도변경을 수반하는 것이 일반적인데, 따라서 여기에서 의미하는 용도변경은 토지의 형질변경을 수반하지 아니하고 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 용도변경만을 의미한다.

第2節 開發行爲許可制의 必要性和 關聯規定

1. 開發行爲許可制의 必要性

헌법에서 우리나라는 재산권을 보장하고 사유재산제 및 재산권행사의 자유를 보장하고 있는 한편, 국토기본법·토지이용규제기본법·국토계획법 등 하위법에서 용도지역제를 채용하고 있기 때문에, 지정된 용도지역의 지정목적에 반하지

37) 국토계획법시행령 제51조 제3호.

38) 한라일보 2007. 11. 2, p. 5 (운영지침에 따른 행정처분은 위법): 제주지방법원은 개발행위의 목적이 경작을 위한 것으로 보이고 기존부터 농지로 사용되어 온 점, 개발행위 이후에도 원고가 토지를 계속 농지로 사용하고 있는 점 등을 고려하면 이 사건의 개발행위는 개발행위허가대상에서 제외되는 ‘경작을 위한 토지형질변경’으로 봄이 상당하다고 판시하고 있다.

아니하는 한 토지를 개발하여 이용할 자유가 있다. 토지이용제도가 재산권 행사의 자유를 기반으로 용도지역제를 채용하기 때문에 토지의 개발은 토지소유자의 자유에 맡겨져 있고, 기반시설을 수반하지 않는 개발이 자행되어 난개발이나 환경침해가 발생하더라도 이에 대한 효과적인 규제가 어려웠다. 이러한 난개발이나 환경파괴 등의 문제를 해결하기 위하여 정부는 이에 필요한 특별법을 제정하거나 또는 기존의 법제를 정비하면서 이러한 문제를 극복하고자 하였으나, 모두 단편적이거나 미봉적인 대책에 불과하고 중구난방식의 것이어서 종합적이고 체계적인 제도에는 이르지 못하였다. 그러나, 이와 같은 비체계적이고 단편적인 제도만으로는, 난개발의 문제나 환경침해문제들을 효과적으로 대처하기 어려울 뿐 아니라, 일선 행정청의 시행에 있어서 행정의 낭비 및 난맥상만을 가중시키고 있는 것이다. 이러한 의미에서 개발행위개념을 보다 확실하게 정립하고, 전국의 개발행위에 대하여 일정한 운영기준을 확고히 하는 것은 매우 긴급하다고 할 것인바, 개발행위허가제를 체계적으로 도입할 필요성을 좀 더 살펴보기로 한다.³⁹⁾

첫째, 우리의 토지이용에 관한 기본체계인 용도지역제의 기능을 보완하는 기능을 한다. 현행의 용도지역제가 당해 용도의 지정목적에 위배되지 아니하는 개발과 이용을 허용하는 것이 원칙이나, 개발이 시차를 두고 이루어지거나 환경의 보전이 필요한 경우에 이를 용도지역만의 규정으로는 이러한 기능을 다 할 수 없는 바, 이러한 경우에 개발에 대한 합목적적인 관리가 가능하도록 개발행위허가제를 도입하여야 한다.

둘째, 국토의 개발계획과 도시계획 등과 조화된 계획적인 토지개발과 이용을 도모할 수 있다. 용도지역·지구·구역의 지정은 계획적인 토지의 이용에 있어서는 일정한 한계가 있고, 개발사업에 의하지 아니하는 개발의 경우에는 개발허가제를 도입하여 이러한 국토의 계획적인 이용과 정책목적에 부합하는 토지이용을 할 수 있게 하여야 한다.

셋째, 개발행위에 대한 통일적이고도 체계적인 관리가 가능하여진다. 개발행위의 개념이 확립되지 아니하고 필요에 따라 귀납적 방식으로 개발대상만을 규정한 현행법은 그 논리면에서 취약함을 보이는 것에 그치지 아니하고, 운영에 있어

39) 김병기, “개발행위허가의 방법과 절차”, 「개발행위허가제의 공법적 검토」 국제학술대회발제논문, 한국토지공법학회, 2001. 9, p. 46.

서 통일적인 이념이나 목적이 뚜렷하지 아니한 나머지 비리나 재산권침해 등 민원의 소지가 다분하다. 개발행위의 개념을 가능한 한 일의적으로 확립하고, 이에 기초한 전국적이고도 체계적인 개발허가제를 도입하는 한편, 개발행위허가제에 의하여 달성할 수 있는 목적과 유사하거나 하위의 목적을 위한 그 밖의 허가제는 이를 폐지하여 통일적이고도 일관적인 개발행위허가제를 운영하여야 한다.

넷째, 친환경적이고 기반시설을 확충하는 등 정책목적에 부합하는 개발행위를 도모할 수 있다. 개발이 환경친화적이고도 기반시설과의 조화가 이루어져 국가 또는 사회의 정책목적에 부합되도록 유도·규제하는 기능을 수행할 수 있다. 특히, 그 간의 비도시지역의 개발은 기반시설문제나 환경침해의 문제에 대하여 개별적인 지방자치단체 공무원의 자의적 판단에 의존하였기 때문에 난개발과 환경침해를 초래하였다. 개발허가는 종래의 통제허가와 달리 과약하므로, 확충된 개발행위허가제를 통하여 이런 문제를 해결할 수 있도록 운영하여야 한다.

2. 開發行爲許可 關聯規定

개발행위허가제는 「국토계획법」 제5장 제1절의 10개 조항⁴⁰⁾으로 구성되어 있다. 이 구성을 살펴보면, 개발행위허가제의 대상, 절차, 기준, 심의, 이행담보, 중복 인·허가의 의제 검사, 허가권의 제한, 도시계획시설부지에서의 개발행위, 기타 개발행위에 수반한 공공시설의 귀속 등으로 살펴볼 수 있다. 그리고 각각의 세부적인 사항은 시행령과 시행규칙으로 정하고 있으며, 지역여건을 반영해야 할 사항은 시·군의 도시계획조례가 정하도록 위임하고 있다. 우선, 제56조는 개발행위허가의 대상을 건축물의 건축과 공작물의 설치, 토지형질변경, 토석채취, 토지분할, 물건적치로 규정하고, 이들 개발행위는 특별시장·광역시장·시장·군수의 허가를 받도록 규정하고 있다. 다만, 경작을 위한 토지형질변경(단서조항), 도시계획사업(단서조항)과 도시계획차원에서 검토가 필요하지 않은 경미한 개발행위는 제외된다. 또한, 보전관리지역·생산관리지역·농림지역·자연환경보전지역 안

40) 개발행위허가제의 허가(제56조), 개발행위허가의 절차(제57조), 개발행위허가의 기준(제58조), 개발행위에 대한 도시계획위원회의 심의(제59조), 개발행위허가의 이행담보(제60조), 관련 인·허가의 의제(제61조), 준공검사(제62조), 개발행위허가의 제한(제63조), 도시계획시설부지에서의 개발행위(제64조), 개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속(제65조).

의 산림에서의 개발행위에 관하여는 산지관리법의 규정에 따르도록 하고 있다. 한편, 「국토계획법」 제5장 제2절은 개발행위에 의해 기반시설이 부족하게 될 기성시가지에 대해서는 밀도관리구역⁴¹⁾을 지정하고 개발밀도를 강화하여 개발행위를 허가하며, 기성시가지 외에 개발이 집중될 것으로 예상되는 지역에 대해서는 제2종 지구단위계획을 수립하여 그 계획에 부합하는 개발행위에 대해서만 허가를 하도록 규정하고 있다.⁴²⁾ 즉, 개발행위허가제는 기반시설연동제, 제2종 지구단위계획과 연계·운용되도록 구조화되어 있는 것이다. 이외에도, 개발행위허가제는 기존 법률들과의 중복을 피하기 위해 다른 법률들과의 관계에서 위임 가능한 부분은 일정부분 일임하고 있다. 타 법에 위임하고 있는 개발행위허가 관련법들로 「산지관리법」, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」, 「사방사업법」, 「건축법」 등을 들 수 있다.

첫째, 산림관련법 및 「사방사업법」을 살펴보면, 비도시지역 내 산림에서의 개발행위는 「산지관리법」에 일임하고 있고, 도시지역 내 산림에서 임도의 설치와 사방사업은 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 및 「사방사업법」에 일임하고 있다. 즉, 보전관리·생산관리·농림지역 및 자연환경보전지역 안의 산림에서 임도의 설치와 사방사업은 각각 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 및 「사방사업법」의 규정에 따르도록 하고 있다. 그리고 도시지역 및 계획관리지역 안에서 임도를 설치하거나 사방사업을 할 경우에는 「국토계획법」 및 「산지관리법」에서 적용에 대한 예외를 두고 있지 않는 한 모두를 만족하여야 한다.

둘째, 토지상에서 가장 활발하게 발생하는 건축물의 건축에 관련된 건축법을 살펴보면, 건축물을 건축할 경우에는 건축법에 일임하여 통일시키고 있다. 이를 보다 구체적으로 열거하면, 건축허가를 받은 경우 「국토계획법」에 의한 개발행위허가를 받은 것으로 의제하고 있고⁴³⁾, 「건축법」에 의한 건축물의 사용승인을

41) 국토계획법 제2조(정의) 제18호 : 개발밀도관리구역이라 함은 개발로 인하여 기반시설이 부족할 것이 예상되거나 기반시설의 설치가 곤란한 지역을 대상으로 건폐율 또는 용적률을 강화하여 적용하기 위하여 제66조의 규정에 의하여 지정하는 구역을 말한다.

42) 국토계획법 제51조 (지구단위계획구역의 지정 등).

43) 건축법 제8조 (건축허가) 제6항 : 건축허가를 받은 경우에는 다음 각호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제13조의2 및 제14조의 규정에 의하여 관련 법률의 인·허가 등 또는 허가 등을 받은 것으로 본다 (개정 2006. 9. 27) ㉠제15조 제2항의 규정에 의한 공사용 가설건축물의 축조신고 ㉡제72조의 규정에 의한 공작물의 축조신고 ㉢ 「국토계획법」 제56조의 규정에 의한 개발행위허가 ㉣ 「국토계획법」 제86조 제5항의 규정에 의한 시행자의 지정

얻은 경우에는 국토계획법에 의한 준공검사는 받지 않아도 되도록 하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 국토계획법에 의하여 허가를 받아야 하는 건축물의 건축 대상을 건축법의 허가대상과 같게 하고 있고, 허가기준·허가절차 등은 건축법에 따르도록 하고 있다.⁴⁵⁾ 개발행위별 검토사항 중 건축물의 건축 또는 공작물(인공을 가하여 제작한 시설물)의 설치에 있어서 통신용 철타의 경우, 건축법에서는 주거·상업지역에서 설치되는 경우에만 신고하도록 하고 있으나, 국토계획법에서는 용도지역에 관계없이 모두 허가를 받아야 하고 있다. 이는 통신용 철타의 경우 주변경관 등에 미치는 영향이 크므로 도시계획차원에서 검토하고자 한 것이다. 그러나 여기서 유의할 점은, 건축물의 건축이 토지형질변경을 수반하는 경우에는 형질변경과 관련하여 개발행위허가를 받아야 한다는 점과 건축물의 용도규정은 개발행위허가의 위임과는 별개라는 사실이다.⁴⁶⁾ 위와 같이, 다른 법률에 개발행위허가 및 용도제한을 위임하고 있다.⁴⁷⁾

第3節 開發行爲許可制와 財産權 保障

1. 財産權 保障의 發展過程

및 동법 제88조 제2항의 규정에 의한 실시계획의 인가 ㉠ 「산지관리법」 제14조·제15조의 규정에 의한 산지전용허가 및 산지전용신고, 다만, 보전산지인 경우에는 도시지역에 한 한다 ㉡ 「사도법」 제4조의 규정에 의한 사도개설허가 ㉢ 「농지법」 제36조·제37조 및 제45조의 규정에 의한 농지전용허가·신고 및 협의 ㉣ 「도로법」 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가 ㉤ 「도로법」 제34조 및 제54조의6 제2항의 규정에 의한 비관리청 공사시행 허가 및 도로의 연결허가 ㉥ 「하천법」 제33조의 규정에 의한 하천점용 등의 허가 ㉦ 「하수도법」 제24조의 규정에 의한 배수설비의 설치신고 ㉧ 「하수도법」 제34조 제2항의 규정에 따른 개인 하수처리시설의 설치신고 ㉨ 「수도법」 제23조의 규정에 의하여 수도사업자가 지방자치단체인 경우 당해 지방자치단체가 정한 조례에 의한 상수도 공급신청 ㉩ 「전기사업법」 제62조의 규정에 의한 자가용전기설비 공사계획의 인가 또는 신고.

44) 국토계획법 제62조 (준공검사) : ①개발행위허가를 받은 자는 그 개발행위를 완료한 때에는 국토해양부령이 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 준공검사를 받아야 한다. 다만, 제56조 제1항 제1호의 행위에 대하여 건축법 제18조의 규정에 의한 건축물의 사용승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

45) 이 경우에도 도시계획 또는 국토이용부서와 협의를 하게 되며, 도시계획 또는 국토이용부서는 건축물의 용도, 건폐율·용적률 등이 적합한지 여부를 검토하게 된다.

46) 국토계획법을 보면, 농림지역·자연환경보전지역 등 비도시지역에서 건축물의 용도제한에 대하여는 농지법·자연환경보전법 등 개별법령의 용도제한을 따르도록 하고 있다.

47) 강남대학교 도시연구원, 「새로운 국토도시계획체도의 이해」, 보성각, 2003, p. 328.

근세의 소유권사상은 중세의 봉건적 소유권제도에 대한 반항으로 나타났고 개인의 자유로운 소유권의 수호에 그 목표를 두었던 것이다. 그런데 봉건제도의 붕괴와 함께 봉건영주가 자취를 감추게 된 후에도 토지의 소유관계는 봉건적인 소유형태가 완전히 불식되지 않은 상태에서 프랑스혁명과 산업혁명을 맞게 되었다. 그리고 이 때부터는 근세 소유권사상에 있어서 자유로운 소유권에 대한 침해자로서의 경계의 대상은 봉건영주가 아닌 절대군주였다. 근대시민국가에 있어서는 물론 특히 토지소유권이 생산관계의 핵심적인 기반이었고, 개인의 생존과 독자적인 생활의 자유를 보장해주는 가장 중요한 경제적 토대를 형성하였다.⁴⁸⁾ 모든 사람을 평등한 인격자로 보고 자유로운 계약활동과 소유권의 절대성만 보장해주면 개인적으로나 사회적으로 무궁한 발전을 기약할 수 있다는 이상이 깨어졌다.

이와 같은 이상은 노동을 상품으로 팔 수 밖에 없는 도시노동자나 소작인에게 는 아무런 의미가 없고 이들은 계약자유와 미명하에, 있는 자와 가진 자로부터 착취를 당해 결국에는 빈부의 격차가 현격해졌을 뿐만 아니라 사회계층간의 분화와 대립으로 인한 갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 되었기 때문이다. 이에 따라 근대시민사회의 절대적인 개인소유권은 대폭 수정되게 되었다. 모든 사람에게 인간으로서의 생존권을 보장해 주기 위해서는 토지소유권은 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변모되었으며 토지소유권은 신성불가침의 것이 아니라 실정법상 여러 가지 의무와 제약을 수반하는 것으로 전환되었다.⁴⁹⁾

바이마르헌법은 소유권의 보장을 강조함과 동시에 토지소유권의 사회화에 관한 조항을 두었다. 그러나 사회화에 관한 제156조⁵⁰⁾의 규정은 소유권의 보장과 실질적으로 대립하는 규정이었다. 이 경우에도 수용의 경우와 마찬가지로 보상을

48) 이덕연, “보상 없는 재산권 제한의 한계에 관한 연구”, 「헌법재판연구」 제9권, 헌법재판소, 1997, p. 24.

49) 류해웅·김승중, “토지의 공익과 사익의 조정에 관한 연구Ⅱ”, 국토연구원, 2002, p. 19.

50) 제156조는 제1항에서 “라이히는 법률에 의한 공용수용을 유추 적용하여 사회화에 적합한 사경제기업은 보상을 지급하고 사회적 공공소유로 이전할 수 있다. 란트 또는 시·읍·면은 경제기업 및 경제 연합체의 관리에 참가하고, 또는 그 밖의 방법으로 그 관리에 결정적인 영향력을 확보할 수 있다” 하고, 제2항에서 “라이히는 나아가 긴급한 필요가 있는 경우에는 공동경제의 목적을 위하여 생산에 종사하는 모든 국민계층의 협력을 확보하고, 사용자와 피고용자를 관리에 참가시키며, 또한 경제체의 생산·제조·분배·소비·가격형성 및 수출입을 공동경제의 원칙에 따라 규제하기 위한 목적으로 법률에 의하여, 자치를 기초로 경제기업과 연합체를 통합할 수 있다” 하며, 제3항에서 “협동조합과 그 연합회는 스스로 청구하는 바에 따라 그 제도 및 특성을 고려하여 공동경제에 편입 된다” 고 규정하였다.

지급하지 않고 실시할 수 있도록 하였다. 그리고 소유권사상과의 관련에서 간과할 수 없는 조항은 토지제도에 관한 조항이라고 부르는 제155조⁵¹⁾이며, 이는 여러 가지 법률 내지 법 제도에 의해 실현되었다. 근대적 소유권은 신성불가침의 원칙을 채용하고 있었으므로 인권으로서의 소유권이 그 핵심을 이루고 있었다. 이는 현대 헌법의 재산권 보장조항에서도 근간을 이루는 관념이며, 인격의 자유가 재산권의 중핵을 이루는 것으로 보고 있다.

따라서 현대 헌법에서의 재산권 보장은 국가 전체적 입장에서만이 아니라 국가법질서의 승인 아래 놓여지게 되었으며, 이러한 재산권의 자유권적 성격의 변화는 바이마르헌법의 영향에 의거하는 것으로 재산권의 사회성이 강조되는 특성으로 나타나고 있다. 이와 같은 사회화 현상은 현대 자본주의 국가의 헌법에 영향을 미쳐 재산권의 보장과 함께 그 제한을 정당화하는 이론으로 발전되어 오늘에 이르게 되었으며, 우리나라 「헌법」에서도 제23조 제2항에서 재산권 행사의 공공복리에 적합의무를 규정하여 토지에 대한 사익의 절대적 보장 내지 우위에서 공익과의 조화·균형의 방향을 제시하고 있다. 따라서 현대 토지소유권은 재산권으로서 보장되는 반면, 공익을 위해 제한⁵²⁾할 수 있고, 의무를 수반하는 것으로 공익과 사익 중 그 어느 것의 일부가 강조되기 보다는 양자가 공존의 관계로서 존재하고 있다고 할 것이다.

이상에서 재산권의 역사적 발전과정을 살펴보았는데 여기서 우리는 다음과 같은 세 가지 사항을 지적할 수가 있다⁵³⁾. 첫째, 재산권의 의미나 그 법적 규제的问题是 순수한 법질서의 범위 안에서만 논할 수 있는 것이 아니고 그보다 넓은 생활질서와의 관련하에서만 논할 수 있다는 점이다. 즉, 소유권제도나 소유권사상은 그 시대의 경제적·사회적·정치적 상황과 요청에 의해서 지배적인 영향을

51) 제155조 제1항에서 “국가는 토지의 분배와 이용을 감시하여 그 남용을 방지하고, 모든 독일인에게 건전한 주거를 확보하고 아울러 모든 독일의 가족 특히 자녀가 많은 가족이 그 수요에 상응하는 거주가산지 및 농업가산지를 확보하도록 노력한다. 전쟁참가자는 가산지법을 제정함에 있어서 특별히 고려된다”고 규정하였다. 제2항에서는 “토지소유는 주거의 수요충족을 위하여 내지식민(内地植民)과 개간을 촉진하기 위하여 또한 농업의 향상을 위하여 그것을 취득할 필요가 있을 때에는 공용 수용할 수 있다. 세습재산은 폐지된다” 하였으며, 제3항에서는 “토지의 경작 및 충분한 이용은 토지소유자의 사회에 대한 의무이다. 부동산에 대한 노동, 특히 자본을 투자하지 않고 생기는 지가의 증가분은 사회전체를 위하여 이용된다” 하였고 제4항은 “모든 지하자원과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국가의 감독을 받는다. 사적 특권은 입법을 통해 국가로 이전 된다”고 규정하고 있었다.

52) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2001, p. 533.

53) 유경춘, 「토지이용의 공법적 규제」, 강원대학교출판부, 1990, p. 14.

받았다는 점이다. 이는 법이 그 사회의 경제적·정치적·윤리적 이념을 실현하는 구체적 수단이 되기도 한다는 점에서 보면 당연하기도 한 것이다. 예컨대 소유권은 역사적 산물이요 사회적 관계이기 때문에 역사적으로 규정되고 사회적으로 제약될 수 밖에 없는 것이다.

둘째, 재산권 보장사상은 이처럼 그 시대의 역사적 제반사항에 의하여 영향을 받으면서 변천·발전되어 왔으면서도 로마법에서부터 근세법을 거쳐 오늘에 이르기까지 일관되게 재산권은 공익을 위해서 법률로 제한할 수 있다는 점이다. 물론 시대에 따라 소유권의 보장이 강조되기도 하고 소유권의 제한이 강조되기도 했지만 공익을 위해서 필요한 경우에 법률로써 소유권을 제한할 수 있다는 점만은 로마법에 있어서나 근세법에 있어서나 오늘날에 있어서나 다같이 인정되고 있다는 것이다.

셋째, 소유권은 단순히 자연법상의 자유권으로 보기는 어렵고, 국가에 의하여 승인되는 사유재산제도에 기초하여 사유재산권이 인정된다는 것이다. 또한 소유권은 자유권으로서의 성격과 아울러 생존권적 성격을 동시에 내포하고 있다고 하겠다.

2. 土地財産權의 法的 保障과 制限

(1) 土地財産權의 法的 保障

「헌법」 제23조는 그 법률구조면에서 다른 기본권에 관한 규정과는 상이한 특징을 지니고 있다.⁵⁴⁾ 재산권 보장에 관한 일반규정은 재산권의 형성적 법률유보와 이에 대한 사회 기속성을 명시하는 규범구조를 통해서 재산권 보장의 한계를 밝히면서도 재산권의 침해를 최소화하기 위해 재산권의 법률유보와 재산권 행사의 절차적 법률유보를 함께 채택하는 상호 상반되는 구조의 규범구조를 지니고 있다. 헌법에 의해 보장되는 재산권은 그 내용과 한계가 법률로 정해지기 때문에 (제1항 후단) 우리 헌법상의 재산권 보장은 기본권의 형성적 법률유보에 의해서 실현되고 구체화될 수 있다는 법규범구조상의 특징을 지니고 있다. 다시 말해 재

54) 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005, p. 451.

산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 동시에 헌법에 의해 보호받을 수 있는 재산권의 구체적인 모습을 형성하는 기능을 가지고 있다. 따라서 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미보다는 재산권을 형성한다는 의미를 더 많이 가지기도 한다. 그리고 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 해야 할 의무를 수반한다(제2항). 그 때문에 우리 헌법상의 재산권은 강한 사회적 기속성이라는 제약을 받도록 규범화될 수 밖에 없다. 우리 헌법이 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하도록 한 것은 재산권의 사회적 기속성을 구체화하여 재산권 행사의 헌법적 한계를 명확히 하기 위한 것이다. 결국 우리 헌법은 모든 국민에게 생존보장의 실효성을 확보해 주기 위해 재산권의 사회적 기속성을 명문화하고 있는 것이라 할 수 있다. 또한 우리 헌법은 공공필요에 의한 재산권의 제한과 보상과의 상호관계를 명백히 하고 있다. 즉 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상은 법률로 정하되 정당한 보상을 지급하도록 한 것이다.

한편, 「헌법」 제23조 제1항과 제2항은 개인을 위한 주관적 공권으로서의 구체적인 사유재산권의 보장과 법제도로써 사유재산권의 보장을 그 내용으로 한다. 헌법이 개인을 위해 구체적인 사유재산권을 보장한다는 것은 개개인에게 그 재산을 소유하고 상속할 수 있을 뿐만 아니라, 그것을 사용·수익·처분할 수 있는 자유를 보장한다는 것을 의미한다.⁵⁵⁾ 이와 같은 의미에서의 보장은 기본적으로 사유재산제도의 바탕 위에서 행해질 수 있으며, 재산권의 사회적 기속성(제23조 제2항)과 재산권 형성적 법률유보(제23조 제1항 후단)에 의해 제약을 받는다. 그러므로 사유재산권의 행사는 공공복리에 적합하게 행사하여야 하는 헌법적 제약 아래 놓여져 있기 때문에 입법권자가 입법형성권에 의해 법률로 정하는 범위 내에서만 보장된다.⁵⁶⁾

따라서 재산권의 보장은 ①법률의 근거가 없거나 위법한 사유재산권의 침해를 방어할 권리(위법한 재산권의 침해금지) ②공공필요에 의하여 사유재산권이 침해된 경우 적절한 보상을 요구할 수 있는 권리(재산권의 무상침해금지) ③소급입법에 의해서 사유재산권이 침해받지 아니할 권리(소급입법에 의한 사유재산권의

55) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005, p. 515.

56) 허 영, 전제서, p. 452.

침해금지) ④국가권력 이외의 타인에 의해서 사유재산권이 침해되는 일이 없도록 국가의 보호를 요구할 수 있는 권리(국가 외적인 침해에 대한 보호의무) 등을 그 실질적인 보장내용으로 하고 있다.

한편, 사유재산권제도의 보장은 생산수단이 사유를 허용하는 법률제도의 보장을 그 내용으로 한다. 그러나 이는 생산수단에 대한 모든 가능한 재산권의 사용·수익·처분권을 보장한다는 것이 아니고, 사유재산권이라는 법적 효과를 가능하게 하기 위한 최소한의 규범질서(법률제도)를 보장하는 것이다. 그러므로 사유재산권의 구체적인 내용을 정하는 것은 재산권 형성적 법률유보에 의해서 입법권자의 입법형성권에 속한다.⁵⁷⁾ 따라서 사유재산제도의 보장은 주관적 공권이 인정되기 위한 필수적 전제조건이면서 또한 재산권 보장의 객관적 가치질서를 의미하기 때문에 사유재산을 부인하는 법률제도는 정당화될 수 없다.

(2) 土地財産權의 制限

토지재산권은 그 특성으로 말미암아 내재적인 한계가 보다 강력히 요청되고 있다. 사법상의 신의성실의 원칙·권리남용의 금지·상린관계 그리고 사적 생활 방해(nuisance)⁵⁸⁾ 등은 토지소유권의 자유에 대한 제한의 법리로서 로마법시대부터 발달하여 토지소유권에 대한 제한의 근거로 되었다. 토지이용의 문제가 그렇게 심각하지 않았던 때에는 토지소유권에 대한 제한이 사법적 제한에 의해서만도 가능하였다. 그러나 토지소유권의 남용이 자본주의 발전에 피해를 가져올 경우에는 자본주의 자체의 존속을 위해서도 토지소유권에 대한 공법적 제한은 불가피하게 요청될 수 밖에 없었다.

재산권의 제한을 정당화하는 공공필요는 불확정개념(unbestimmter Rechtsbegriff)에 해당한다거나, 이의 의미내용을 적극적으로 정의하기 어렵다고 많은 학자들이

57) 허 영, 상계서, p. 454.

58) 영미법에서는 생활방해(nuisance)를 일반 공중에 대한 public nuisance(공적 내지 공중 생활방해)와 특정인에 대한 private nuisance(사적 생활방해)로 구별한다. public nuisance는 원칙적으로 범죄가 되어 형벌의 제재를 받고, 또한 행정적 규제의 대상이 된다. 한편, private nuisance는 민사상의 불법행위(tort)의 한 유형으로서 common law상 손해배상이 인정되고, equity상 금지명령의 청구권과 자력구제로서의 방해제거의 특권이 인정된다. 예컨대, 영미법에 있어서는 nuisance를 사법의 측면에서는 불법행위의 문제로서 처리하고 있음을 볼 수 있다(곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006, p. 311).

지적하고 있다. 공공필요란 공공이익을 위한 공익사업을 실현시키거나 국가안전보장·질서유지 등의 공익목적 달성을 위해 재산권에 대한 수용·사용·제한이 불가피한 경우를 말한다. 재산권을 제한하는 정당성 사유로서 공공필요를 판단하는 경우에도 기본권 제한입법의 한계조항(헌법 제37조 제2항)이 존중되어야 한다. 공공필요는 공용침해를 통하여 얻어지는 공익(offentliche Interesse an der Enteignung)과 재산권자의 재산권보유의 이익(Interesse an der Erhaltung seines Eigentums)간의 이익형량을 통해서 결정된다.⁵⁹⁾ 즉, 공공필요는 재산권에 대한 공권적 침해의 구체적 사안에 따라 결정되어질 성질의 것이며, 이의 요건이 존재하는지의 여부를 판단하는데는 과잉금지의 원칙이 기준이 된다. 이는 공공필요에 의한 재산권의 제한이 공익목적 달성을 위해 필요한 최소의 범위 내에서 행하여져야 하는 것이기 때문이다.

따라서 「헌법」 제23조 제3항의 공공필요조항은 ①국가의 사적 재산권에 대한 침해를 위한 근거규범 ②국가의 공권력에 의한 공용침해의 한계획정 ③헌법 제23조 제3항의 한계 내에서의 법률상의 규율권한 ④프로그램적 내용에 의한 법치국가적 갈등 극복의 기능을 갖는 것이라고 이해할 수 있다.⁶⁰⁾ 한편, 재산권의 침해가 정당화되기 위해서는 정당한 보상을 지급하여야 한다(헌법 제23조 제2항). 그러나 모든 재산권의 제한이 보상을 요하는 것은 아니며, 재산권에 일반적으로 수반하는 제한으로 당연히 수인하여야 할 정도의 내재적·사회적 제약에 대해서는 보상을 요하지 않는다. 따라서 제한으로 받은 손실이 특별한 희생에 해당될 때 보상의 대상이 된다. 특별한 희생에 대한 보상의 근거는 보상을 직접 규정한 「헌법」 제23조 제3항과 각 개별법에서 규정하고 있는 보상조항이 그 실정법적 근거이고, 그 밖에 형평과 사회정의에 입각한 공평부담의 원리를 이론적 근거로 하고 있다. 우리 헌법은 보상을 하는 경우 정당한 보상을 하여야 함을 규정하고 있다.

3. 우리나라 土地財産權 關聯法制的 變遷過程

59) 김남진, “재산권의 가치보장과 존속보장-재산권의 공용침해와 관련하여-”, 「월간고시」, 1986. 3, p. 53.

60) 박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1993, pp. 110-112.

우리나라 토지이용에 관한 법률은 해방 후 모두 1백여 개가 제정되었으나 현재는 약 90여개 정도가 운용되고 있다. 법률의 제정은 시대의 변천과 함께 증가해 왔으며, 1990년 후에 가장 많이 제정된 것으로 나타나고 있다. 토지이용에 관한 법률의 제정은 역시 60년대와 70년대에 두드러지게 나타나고 있다. 이는 산업의 발전과 도시화의 진전에 따라 토지의 개발과 보전에 관한 법률이 그 어느 때보다 많이 요구되었기 때문이다. 60년대에는 국토건설종합계획법을 비롯하여 「도시계획법」, 「건축법」, 「토지구획정리사업법」, 「농지의 보전 및 이용에 관한 법률」, 「산림법」이 제정되었으며 70년대에는 「국토이용관리법」, 「도시개발법」 등이 제정되었다. 50년대에는 토지이용과 관련이 적은 「광업법」, 「원자력법」, 「해군기지법」 등이 제정된 것과는 큰 차이를 보인다. 따라서 오늘날과 같은 토지이용제도가 체계를 이루게 된 것은 60년대와 70년대에 토지이용의 기본이 되는 법률이 제정되면서부터라고 할 수 있다.

80년대에 제정된 토지이용과 관련한 주요 법률로는 1982년의 「수도권정비계획법」과 1980년의 「택지개발촉진법」을 들 수 있다. 그리고 1980년에 제정된 「자연공원법」과 「도시공원법」은 종래의 「공원법」을 분리하여 제정한 것이다. 그러나 80년대에는 60, 70년대와는 달리 법률제정이 그다지 많지 않으며 90년대와는 달리 법률의 정비에도 소극적이었다 할 수 있다.

1990년에 제정된 「산업입지 및 개발에 관한 법률」과 「공업배치 및 공장설립에 관한 법률」은 1973년의 「산업기지개발촉진법」과 1977년의 「공업배치법」 및 「농어촌소득원개발촉진법」중의 일부를 통합·개편하여 제정한 것이다. 90년대 이후에 정비된 법률은 개발과 관리에 관한 법률을 비롯하여 농업에 관한 법률, 환경보전에 관한 법률 등이다. 특히 90년대에 가장 많이 제정되었다.⁶¹⁾ 도시개발과 관리에 관한 법률로는 2000년 1월 28일 제정된 「도시개발법」과 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」(이하 “개발제한 특별법”이라 함)을 들 수 있다. 또한 농지와 관련된 법률로는 1999년 2월 5일 제정된 「농업·농촌기본법」, 1994년 제정된 「농지법」을 들 수 있다. 「농지법」은 종전의 「농지개혁법」, 「농지개혁사업정리에 관한 특별조치법」, 「농지의 보전 및 이용에 관한 법률」, 「농지임대차관리법」, 「지력증진법」을 통폐합한 것이다. 한편, 환

61) 류해웅. 「토지법제론」, 부연사, 2005, p. 148.

경에 관한 법률은 종전의 「환경보전법」을 분리하여 제정한 것이다. 그 밖에 1994년에 제정된 「지역균형개발 및 지방중소기업육성에 관한 법률」은 종래의 「특정지역 종합개발촉진에 관한 특별조치법」을 흡수·통합한 것이다. 따라서 법률의 개정은 어느 나라를 막론하고 사회·경제적 여건의 변동과 함께 늘어날 수 밖에 없는 것이다⁶²⁾.

토지에 관한 법률은 보통 소유에 관한 법률, 이용에 관한 법률, 개발에 관한 법률, 관리에 관한 법률 등으로 구분할 수 있다. 그러나 이렇게 구분하더라도 이들 법률에는 직·간접적으로 토지이용에 관한 내용이 포함되어 있다. 따라서 토지이용에 관한 법률의 범위를 설정하는 것은 사실상 쉽지 않은 일이다. 어떤 법률이 토지이용에 관한 법률에 해당하는지를 판단하는 데에는 관점이나 목적에 따라 여러 가지 기준이 적용될 수 있기 때문이다. 더욱이 그 기준마저도 대부분 주관적인 면이 많은 까닭에 경우에 따라서 얼마든지 다른 결과가 나올 수 있다.

따라서 이러한 점에 대한 고려 없이 일군의 법률을 선정하고 절대적으로 그것만이 토지이용에 관한 법률이라고 주장하는 것은 타당하지 않다. 토지이용에 관한 법률은 토지이용규제의 측면에 초점을 두고 토지이용 및 개발과 직접·간접으로 관련을 갖는 법률로 파악할 수 있다. 이와 같이 토지이용에 관한 법률을 파악한다고 할 때 국토공간의 개발과 정비의 가이드라인을 규정하고 있는 국토건설종합계획법, 농지의 이용과 보전에 관한 기본방향을 정하고 있는 농업·농촌기본법은 비록 토지이용을 직접 규제하지는 않지만 토지이용에 관한 법률로 파악할 수 있다.

2000년대에 접어들면서 토지법의 개편현황을 보면 반세기 동안의 경제적·사회적 환경과 여건변화가 주요 원인이 되겠지만, 이러한 토지법 개편에 주목하지 않을 수 없는 것은 사권제한의 범위가 확대되고 그 유형이 다양해지고 있다는 점이며, 또 기존 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치가 다수 있었거나 위헌심판 청구가 끊임이 없었다는 점이다. 공법분야에서 토지법 개편의 특징은 기존법률의 통합·대체법률의 제정·기존법률의 개정 등을 들 수 있고, 법률의 명칭이 길고 내용이 복잡하여 일반국민이 신법을 이해하는 데는 상당한 시일이 지나야 할 것으로 예상된다.

62) 건설교통부, “토지이용규제 정비방안 연구”, 1999, p. 21.

그리고, 개별법에서 재산권 수용을 허용하는 사업이 30여 년간 아무런 검증 없이 공익성이 의제되고 있는데도 불구하고 그 근거조항에 대한 헌법적합성 논의를 아직 제대로 해 본 적이 없고, 또 국토의 계획·이용을 위한 사권제한을 정당화할 수 있는 입법의 결함에 대하여 개폐 논의가 현실적으로 계속되고 있다.

이하에서는 민법 이외 2000년 이후 개편되어 시행되고 있는 주요 개발관련법의 현황과 그 내용을 간단히 정리하여 소개하고 이를 향후 사법(私法)과 연계하여 토지법의 연구과제로 삼을 수 있도록 그 주요내용을 공법적 측면에서 검토하고자 한다.

(1) 法律의 統合⁶³⁾

1) 「土地收用法」 과 「公共用地的 取得 및 損失補償에 關한 特例法」 의 統合

상기 법률은 2002. 2. 4 법률 제6656호로 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “공취법”이라 함)이 제정되면서 폐지되고, 법률의 규정내용은 이에 통합되었으며, 「공취법」은 전문 9장 99개 조문 부칙 11개 조문으로 구성되어 2003. 1. 1. 부터 시행되고 있다. 구 「토지수용법」은 1962. 1. 15 법률 제965호로 제정되어 9차례 부분개정이 있었고, 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」은 1975. 12. 31 법률 제2847호로 제정되어 3차례 부분개정이 있었다. 새로 제정된 「공취법」은 기존에 이원화된 공익사업용지의 취득과 손실보상에 관한 절차와 기준을 체계화하고 각종 불합리한 제도를 개선하여 국민의 재산권을 충실히 보호함과 아울러 공익사업의 효율적인 추진을 도모하려는데 그 제정이유가 있다.⁶⁴⁾

2) 「都市計画法」 一部와 「土地區劃整理事業法」 의 統合

이 법률은 2000. 1. 28 법률 제242호로 「도시개발법」이 제정되면서 그 규정내용을 통합·보완하고, 같은 날 법률 제6252호로 「토지구획정리사업법」은 폐

63) 이선영, “최근 주요 토지법의 개편현황과 공법적 검토”, 「토지법학회학술지」, 토지법학회, 2003, p. 25.

64) 대한민국 관보 제15019호(2002. 2. 4), p. 142.

지되었다. 「도시개발법」의 제정과 함께 「도시계획법」이 같은 날 법률 제6243호로 전면 개정되어 장기미집행도시계획시설에 대한 매수청구제(제40조) 및 도시계획결정실효제(제41조)가 시행되고, 「건축법」에 규정되어 있는 지역·지구 안의 건축제한·건폐율 및 용적률에 관한 사항을 「도시계획법」에 일원화하였으며, 같은 날 법률 제6241호로 「개발제한특별법」이 「도시계획법」에서 분리되어 제정되었다.

「도시개발법」은 그 동안의 도시개발은 주택단지개발·산업단지개발 등과 같은 단일목적의 개발방식으로 추진되어 신도시의 개발 등 복합적 기능을 갖는 도시를 종합적·체계적으로 개발하는 데는 한계가 있었는 바, 종전의 「도시계획법」의 도시계획사업에 관한 부분과 「토지구획정리사업법」을 통합·보완하여 도시개발에 관한 기본법이 되게 하고 종합적·체계적인 도시개발을 위한 법적 기반을 마련하는 한편, 도시개발에 대한 민간부문의 참여를 활성화함으로써 다양한 형태의 도시개발이 가능하도록 하는데 제정이유가 있다.⁶⁵⁾

3) 「國土利用管理法」과 「都市計画法」의 統合

본 법률은 2002. 2. 4 법률 제6655호로 국토계획법이 제정되면서 폐지되고, 법률의 규정내용은 이에 통합되었으며, 「국토계획법」은 전문 12장 144개 조문 부칙 22개 조문으로 구성되어 있다. 「국토계획법」은 1972. 12. 30 법률 제2408호로 제정되어 국토이용의 기본이념, 토지의 용도지역·지구제도, 토지거래허가제도, 기준지가고시제도, 토지평가사제도, 선매제도, 토지매수청구제도 등을 시행해 왔으며 수십차례 부분 개정을 통하여 토지기본법으로서의 역할을 30년간 해 왔다. 그리고 「도시계획법」은 일제 때인 1934. 6. 20 제령 제18호로 제정된 조선시가지령에서 계수되어 1962. 1. 20 법률 제983호 제정되었으며 1971. 1. 19 및 2000. 1. 28 전문개정이 각각 있었다.

「국토계획법」의 제정이유를 보면 종전에는 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 「도시계획법」, 비도시지역에는 「국토이용관리법」⁶⁶⁾으로 이원화하여 운영하였으나, 국토의 난개발 문제가 대두됨에 따라 「도

65) 대한민국 관보 제14418호(2000. 1. 28), p. 263.

66) 「국토이용관리법」은 당시 일본에서 입법과정에서 있던 「국토이용계획법」의 법안을 그대로 모방한 법률이

시계획법」과 「국토이용관리법」을 통합하여 비도시지역에도 「도시계획법」에 의한 도시계획기법을 도입할 수 있도록 「국토계획법」을 제정함으로써 국토의 계획적·체계적인 이용을 통한 난개발의 방지와 환경친화적인 국토이용체계를 구축하고자 하는 것이다.⁶⁷⁾ 그리고 「국토계획법」의 내용에는 종전 「도시계획법」 제21조(개발제한구역의 지정)에 대한 헌법불합치 결정⁶⁸⁾과 제4조(행위 등의 제한)에 대한 헌법불합치결정⁶⁹⁾을 배경으로 실질적인 토지매수청구제를 「헌법」 제23조 제3항의 정당한 보상입법 차원에서 도입하고 있다.

4) 「都市開發法」과 「都市低所得住民의 住居環境改善을 위한 臨時措置法」統合이 법률은 2002. 12. 30 법률 제6852호로 「도시 및 주거환경정비법」(이하 “도시정비법”이라 함)이 제정되면서 폐지되고, 법률의 규정내용은 이에 통합되었으며, 「도시정비법」은 전문 8장 88개 조문 부칙 18개 조문으로 구성되어 있다. 「도시재개발법」은 1976. 12. 30 도시재개발사업을 목적으로 법률 제2968호로 제정되어 1995. 12. 29 전문개정이 있는 후 7차례 부분개정이 있었고, 도시저소득 주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법은 1989. 4. 1 법률 제4115호로 제정되어 4차례 부분개정이 있었다.

「도시정비법」의 제정이유를 보면 1970년대 이후 산업화·도시화 과정에서 대량 공급된 주택들이 노후화됨에 따라 이들을 체계적이고 효율적으로 정비할 필요성이 커지고 있으나, 현행 주택재개발사업·주택재건축사업 및 주거환경개선

다. 일본의 「국토이용계획법」은 여러 해에 걸쳐 「국토종합개발법」의 전문개정을 기획하는 과정에서 제정되었다. 다나카(田中)내각은 1972년 4월 19일 「국토종합개발법」의 전문개정을 기획하고 신 법안을 국회에 제출하였으며, 이 법안은 국토종합개발과 표리일체의 관계에 있는 토지이용법제의 기본법적 성격을 갖는 것으로 제안되었다. 이 법안은 다나카 수상의 ‘일본열도개조론’(日本列島改造論)의 실시법으로서 성격을 갖는 것이었으나, 당시 이 개조론은 전국적인 지가폭등과 공해확산을 촉진하는 기능을 가져온다는 비판이 강하였기 때문에 야당은 동 법안에 강하게 저항하였다고 한다(水本 浩, 土地問題と所有權, 有斐閣, 1980, p. 231). 그러나 이 법안은 야당의 반대와 정부 내의 의견대립을 조정하여 마침내 1974년 6월 25일 법률 제52호로 제정되었다 [水本 浩, 상계서, p. 230 이하; 河野正三, 國土利用計画法(特別法コンメンタール), 第一法規, 1980, p. 27 이하 참조]. 반면 우리는 당시 유신정권 하에서 국회도 해산된 상태였기 때문에 입법은 비상각의에서 행해졌다. 그러나 「국토이용관리법」이 어떠한 입법과정을 통해 제정된 것인지는 의문이다. 추측하건대 당시 정부는 일본정부가 내부적으로 가지고 있던 법안을 들여와 비상각의에 제출하였고, 각의는 입법안에 대한 구체적인 검토과정도 거치지 않고 1972년 12월 30일 법률 제2408호로 제정하였다고 생각한다(류해웅, 전계서, pp. 149-150).

67) 대한민국 관보 15019호(2000. 2. 4), p. 101.

68) 헌재 1998. 12. 24. 98헌마214·90헌마16·97헌마78.

69) 헌재 1999. 10. 21. 97헌마26.

사업이 각각 개별법으로 규정되어 이에 관한 제도적 뒷받침이 미흡하므로, 이를 보완하여 일관성 있고 체계적인 단일·통합법을 제정하고자 하는 것이다⁷⁰⁾ 이 법은 2003. 7. 1 부터 시행되고 있다.

(2) 法律의 制·改定

1) 「國土基本法」 制定

종전 「국토건설종합계획법」을 폐지하고 그 대체법률로서 2002. 2. 4 법률 제 6654호로 이 법률을 제정하였다. 「국토기본법」은 국토에 관한 계획 및 정책을 수립·시행함에 있어서 지향하여야 할 이념과 기본방향을 명시하고, 국토계획의 수립과 이의 체계적인 실천을 위한 제도적 장치를 마련하여 국토의 지속 가능한 발전을 도모하고자 하는데 그 제정이유가 있고⁷¹⁾, 2003. 1. 1 부터 시행되고 있다.

2) 「山地管理法」 制定

산지의 종합적이고 체계적인 관리를 통하여 산지의 난개발을 방지하고 친환경적인 산지이용체계를 구축하기 위하여 산지의 관리 제도를 개선·보완하고자 현행 「산림법」에서 분리하여 2002. 12. 30 법률 제6841호로 이 법을 제정 2003. 10. 1 부터 시행되고 있다.⁷²⁾ 「산지관리법」은 산지(山地)에 적용된다는 점에서 산림(山林)에 적용되는 「산림법」⁷³⁾과 차이가 있다.

3) 「地積法」의 全面改正

이 법은 2001. 1. 26 법률 제6389호로 전면 개정되었다. 주요 개정내용을 보면 현행 24개 지목에서 양어장·창고용지·주차장 및 주유소용지 등 4개 지목을 신

70) 대한민국 관보 제15286호(2002. 12. 30), p. 91.

71) 대한민국 관보 제15019호(2002. 2. 4), p. 29.

72) 대한민국 관보 제15286호(2002. 12. 30), p. 97.

73) 현재 「산림법」은 폐지되고 「산지관리법」과 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」(제정 2005. 8. 4 법률 7678호-제정이유 : 최근 산림에 대한 국민의 관심이 높아지고 새로운 행정수요가 발생함에 따라 이에 효율적으로 대처하고, 산림자원의 지속가능한 보전 및 이용을 위하여 산림자원의 조성관리를 종합적이고 체계적으로 추진할 수 있는 기반을 마련하는 한편, 산림경영 및 산불·병충해 방지에 대한 여러 기준을 정립하여 산림을 생태적으로 건전하고 보다 가치 있는 자원으로 육성함으로써 국가경제의 발전과 국민의 삶의 질을 향상시킬 수 있도록 하려는 것임)로 대체되었음.

설하고(법 제5조), 토지의 지번으로 위치를 찾기 어려운 지역의 도로와 건물에 도로명과 건물번호를 부여하여 관리할 수 있도록 하였다(법 제16조). 그리고 지적공부에 등록된 토지가 지형의 변화 등으로 바다로 되어 원상으로 회복할 수 없거나 다른 지목의 토지로 될 가능성이 없는 경우 토지소유자가 일정기간 내에 지적공부의 등록말소신청을 하지 아니하면 소관청이 직권으로 말소하여야 하고, 말소된 토지가 지형의 변화 등으로 다시 토지로 된 경우에는 이를 회복 등록할 수 있다(법 제22조).⁷⁴⁾ 「지적법」은 이 밖에 토지소유자는 지적공부의 등록사항에 잘못이 있음을 발견한 때에는 소관청에 그 정정을 신청할 수 있고(법 제24조 제1항), 소관청은 지적공부의 등록사항에 잘못이 있음을 발견한 때에는 직권으로 조사·측량하여 정리할 수 있으며(법 제24조 제2항), 신청에 의한 등록사항의 정정으로 인하여 인접토지의 경계가 변경되는 경우 그 정정은 토지소유자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 확정판결서정본에 의하도록 하고 있다(법 제24조 제3항).

「지적법」에서 지번·지목·면적 등 지적공부에 등록되어 있거나 등록된 사항을 변경하는 행위는 당해 토지상의 권리관계에 어떤 변동을 가져오는 것은 아니라는 이유로, 소관청이 그 등록사항을 직권으로 정정하는 행위나, 등록사항에 대한 변경신청을 거부(반려)하는 행위는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 것이 법원의 일관된 견해이다.⁷⁵⁾ 그러나 헌법재판소는 지적공부상의 지목을 “전”에서 “대”로 정정하여 달라는 청구인의 신청을 반려한 처분은 청구인의 재산권을 침해한 것이므로 이를 취소하도록 다수의견으로 결정한 바 있고,⁷⁶⁾ 또 「지적법」 제41조 제1항에서 지적측량업무의 대행을 비영리법인인 대한지적공사에 전담하게 하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다 하여 헌법불합치 결정을 하고 2003. 12. 30 까지 이 조항을 개정하도록 한 바 있다.⁷⁷⁾ 이와 같이 「지적법」상 지적공부에의 등록이나 등록사항의 변경, 지적측량, 지목결정과 변경 등도 단순히 행정사무에 그치지 않고 토지재산권의 내용과 관련하여 연구되

74) 토지가 바다로 되면 이에 대하여는 소유권이 소멸되고 재산권의 객체가 되지 못한다 함이 대법원과 헌법재판소의 견해이다(대판1980. 2. 26. 79다2094 ; 대판1983. 12. 27. 83다카1561 ; 헌재1999. 11. 25. 98헌마456).

75) 대판 1989. 11. 28. 89누3700 ; 대판 1990. 5. 8. 90누554 ; 대판 1991. 2. 12. 90누7005 ; 대판 1991. 12. 24. 91누8357 ; 대판 1993. 6. 11. 93누3845 ; 대판 1995. 12. 5. 94누4295 ; 대판 1995. 12. 12. 95누9747.

76) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315. 이에 대하여는 재판관 3명의 반대의견도 있다.

77) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81. 이에 대하여는 재판관 4명의 별개의견, 반대의견도 있다.

어야 할 법적 과제로 등장하고 있다.

(3) 改編 動向

기술한 바와 같이 해방 이후 대한민국헌법 하에서 제정되어 시행해 왔던 토지에 관한 법률들은 2000년 이후 범명을 달리하여 통합되었거나 제·개정되고 있고 그 내용도 많이 달라지고 있다. 「공취법」은 토지의 수용·사용제도, 토지보상제도, 환매제도 등을 주요내용으로 하고 있으나 일부 절차법적 규정 이외에 크게 달라진 것이 없고, 특히 의제수용제도는 종전 「토지수용법」을 그대로 유지하고 있다.

「국토계획법」은 용도지역·지구·구역의 지정과 도시계획시설사업을 위하여, 「도시개발법」⁷⁸⁾은 도시개발사업을 위하여, 「도시정비법」⁷⁹⁾은 주거환경개선사업·주택재개발사업·주택건축사업·도시환경정비사업 등을 각각 입법목적으로 한다. 이 밖에 「국토기본법」, 「산지관리법」, 「지적법」 등도 이러한 법률들과 유기적 관련성을 가지고 있다. 토지에 관한 이러한 법률들은 각각 입법목적을 달리하여 개편되고 있지만 「헌법」 제23조 제3항의 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 및 제한과 정당한 보상규정에 근거하고 있다. 다시 말하면 공익사업이나 국토의 효율적 이용이라는 공공필요를 위하여 토지재산권을 수용·사용 또는 제한하되 법률에 의한 정당한 보상을 지급하여야 하는 것을 핵심적 내용으로 한다.

그런데 개편된 법률들을 종합하여 보면 토지재산권을 수용하는 경우 그 기준·방법 및 절차와 그에 따른 보상에 관하여는 큰 변화를 엿볼 수 없으나, 토지재산권을 제한하는 경우 그 제한 유형과 그에 따른 보상에 관하여는 종전과 다른 변화를 엿볼 수 있고, 이는 헌법재판소의 위헌판결에서 영향을 받고 있음을 볼 수 있다.

78) 제1조(목적) : 이 법은 도시개발에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 계획적이고 체계적인 도시개발을 도모하고 쾌적한 도시환경의 조성과 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 한다.

79) 제1조(목적) : 이 법은 도시기능의 회복이 필요하거나 주거환경이 불량한 지역을 계획적으로 정비하고 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 데 이바지함을 목적으로 한다.

第4節 開發行爲許可制와 行政計劃

1. 開發行爲關聯法의 根據

개발행위와 관련된 개별법적 근거로는 「국토기본법」과 「국토계획법」을 들 수 있다. 「국토기본법」에서는 ①국토관리 이념의 명시 및 국토계획의 실천력 강화 ②국토계획체계를 일원화하고 토지이용에 대한 지침적 기능 강화 ③전 국토에 대한 용도지역 구분과 개략적인 기준을 규정하는 등 국토계획의 수립과 국토이용관리에 관한 원칙 및 총괄적인 사항을 규정하고 있다.

한편, 「국토계획법」에서는 ①도시기본계획에 관한 사항 ②도시관리계획에 관한 사항 ③용도지역제 개편 및 용도지역에 따른 행위제한 ④개발행위허가제의 운용 및 기반시설 확보에 관한 사항 ⑤토지거래허가제에 관한 사항 등 도시계획의 수립 및 집행과 국토이용관리에 관한 실천적인 사항을 규정하고 있다. 당초에는 종전의 토지이용관련 법률들을 통합하여 단일 법률로 만드는 방안을 검토하였으나 조문이 복잡하고 일반국민들이 이해하기 어렵다는 전문가들의 지적에 따라, 종전의 「국토건설종합계획법」·「국토이용관리법」과 「국토계획법」을 「국토기본법」과 「국토계획법」의 2개 법률로 개편하여 상호보완적인 규정을 마련하게 된 것이다.⁸⁰⁾

「국토기본법」은 국토에 관한 계획 및 정책을 수립하고 시행함에 있어서 개발과 환경의 조화를 바탕으로 국토를 균형 있게 발전시키고 경쟁력을 제고하며 국민의 삶의 질을 개선함으로써 국토의 지속가능한 발전을 도모함을 그 기본이념으로 하고 있으며, 「국토계획법」은 개인의 재산권과 공공의 복리가 조화되는 가운데 자연환경을 아름답고 건전하게 보전·개선하는 한편, 국민생활 및 경제활동에 필요한 각종 시설이 배치되고 국토자원의 잠재력이 효율적으로 활용될 수 있도록 국토의 이용 및 관리원칙을 선언하고, 구체적으로 국가 및 지방자치단체는 국토이용 및 관리의 기본이념이 구현될 수 있도록 계획을 수립하고, 그에 따라 토지이용 및 관리가 이루어지도록 하고 있다.⁸¹⁾

80) 건설교통부, 국토계획법안(1)-입법참고자료-, 2001, p. 649.

81) 이광윤, “국토계획과 환경-한국과 프랑스에 있어서의 국토환경계획법의 형성-”, 「환경법연구」 제

(1) 國土基本法

「국토기본법」은 국토의 난개발⁸²⁾⁸³⁾ 방지와 국토이용체계 개편을 위해 제정·공포되어 시행되고 있다. 「국토기본법」의 제한 취지로는 다음과 같은 시행이 제시되었다.

첫째, 21세기에 전개될 세계화·지방화·지식정보화에 적극 대처하고 과거 고도 경제성장과정에서 누적된 수도권에서의 과도한 집중과 환경훼손 등 국토의 문제점을 극복하기 위하여 1963년 제정된 「국토건설종합계획법」을 폐지하고 이를 보완·발전시켜 「국토기본법」을 제정한다.

둘째, 동법에는 국토에 관한 계획 및 정책을 수립·시행하고 국토를 관리함에 있어서 지향해야 할 이념과 기본방향을 명시하고, 국토계획의 수립과 이의 체계적인 실천을 위한 제도적 장치를 마련함으로써 국민 모두가 안정되고 편리한 삶을 영위하며 지속가능한 발전을 이룰 수 있는 국토여건을 조성하고자 한다.

위와 같은 취지를 구체화하기 위하여 목적과 이념을 규정하였다. 동법의 제정목적은(제1조) ‘국토에 관한 계획 및 정책의 수립·시행에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국토의 건전한 발전과 국민의 복리향상에 이바지 함’이다. 국토관리의 기본이념은(제2조) ‘국토는 모든 국민의 삶의 터전이며 후세에 물려줄 민족의 자산임으로 국토에 관한 계획 및 정책은 개발과 환경의 조화를 바탕으로, 국토를 균형 있게 발전시키고 국가의 경쟁력을 높이며 국민의 삶의 질을 개선함으로써 국토의 지속가능한 발전을 도모할 수 있도록 이를 수립·집행하여야 한다’라고 천

23권 제2호, 한국환경법학회, 2001, pp. 165-166.

82) 난개발은 법률용어도 아니고 경제적인 용어로도 정리되어 있지 아니다. 국회사무처 법제예산실, 수도권 지역의 난개발방지를 위한 입법적 검토. 2000, 9, p. 1 이하는 난개발의 개념을 일단 ‘무질서하고 계획적이지 아니한 개발’이라고 정의한 후 이에 해당하는 관념으로 ①소규모의 주택이 무질서하게 건설되는 경우 ②계획적인 택지개발과 같은 개발이 이루어지더라도 교통체증 등을 야기하는 경우 ③도로·학교·문화시설 등 도시기반시설이 제대로 갖추어지지 아니한 경우 ④도시기반시설이 갖추어져 있다 하더라도 경관의 측면에서 주변의 자연환경과 어울리지 않는 경우 ⑤농촌지역 내에 들어서는 음식·숙박시설(일명 러브호텔 등)과 아파트의 건설의 난개발 ⑥수자원보호구역 등의 수변구역에 들어서는 주택의 건설 ⑦소규모 공장 등이 무질서하게 들어서는 경우 ⑧도로 등의 기반시설과 교통대책 없이 대규모의 공장 등이 입지하는 경우 ⑨도로·항만 등의 공공시설 등이 환경을 파괴하고 비환경친화적이면서 무계획적으로 입지하는 경우 등 아홉 가지 경우를 예시하고 있다(오준근, “도시계획관련법제의 체계적 정비방안”, 한국법제연구원, 2000, p. 82).

83) 난개발이란 무계획적인 개발로 인하여 환경적 가치가 훼손될 뿐만 아니라 도시기반시설의 부족 등 외부 비경제를 가져오는 개발행위를 의미한다(김용섭, “개발허가의 법적 성질”, 「토지공법연구」 제13집, 2001, p. 123).

명하고 있다. 아울러 국토의 균형 있는 발전과 환경 조화적 국토관리를 위해 국가 및 지방 자치단체에 일정한 의무를 부과하고 있으며, 나아가 국토의 무질서한 개발을 방지하고 국민생활에 필요한 토지를 원활하게 공급하기 위하여 토지이용에 관한 종합적인 계획을 수립하고 이에 따라 국토공간을 체계적으로 관리하도록 책무를 부여하고 있다. 동법(제3조 제1항)에서는 국가 및 지방자치단체는 각 지역의 특성에 따라 개성 있게 발전하고, 자립적인 경쟁력을 갖추도록 함으로써 국민 모두가 안정되고 편리한 삶을 누릴 수 있는 국토여건을 조성하도록 하고 있으며, 동법 제5조 제1항에서는 국가 및 지방자치단체는 국토에 관한 계획이나 사업을 수립·집행함에 있어서 자연환경과 생활환경에 미치는 영향을 사전에 고려하여야 하며, 환경에 미치는 부정적인 영향이 최소화될 수 있도록 할 것을 규정하고 있다. 이는 결국 오늘날 도시계획⁸⁴⁾관련법은 토지할당에 관한 법이 아니라 토지의 이용·환경·주거·교통·사회보장·안전·도시미관 등을 동시에 고려하는 도시환경의 총체적 정책요소가 되어야 한다는 것이다. 따라서 도시계획 관련법은 도시환경 계획법이어야 하고, 전국적인 차원에서는 국토환경계획법이어야 한다.⁸⁵⁾ 「국토기본법」은 이러한 시대적 명제를 반영한 법률이라고 할 수 있다. 동법에서는 국토계획은 국토를 이용·개발 및 보전함에 있어서 미래의 경제적·사회적 변동에 대응하여 국토가 지향해야 할 발전방향을 설정하고 이를 달성하기 위한 계획으로 정의하고 있다. 그리고 국토계획은 ①국토종합계획 ②도종합계획 ③시군종합계획 ④지역계획 ⑤부분별계획으로 구분한다.

구체적인 내용을 살펴보면, ①국토종합계획은 국토전역을 대상으로 하여 국토의 장기적 발전방향을 제시하는 종합계획이며 ②도종합계획은 도의 관할구역을 대상으로 하여 당해 지역의 장기적인 발전방향을 제시하는 종합계획이며 ③시군종합계획은 특별시·광역시·시 또는 군(광역시의 군 제외)의 관할구역을 대상으로 하여 당해 지역의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하고, 토지이용·교통·환경·안전·정보통신·보건·후생·문화 등에 관하여 수립하는 계획으로서 국토계

84) 도시계획은 국토계획법(구 도시계획법)에서 오래 전부터 채택되어 온 행정계획으로서 주로 토지 상의 건축행위를 규제하기 위해 발전된 행정작용의 일종이다. 도시계획은 법적으로는 도시기본계획과 도시관리계획으로 나뉘어진다 (도시계획이라는 개념의 기원과 그 정착과정에 대해 약간 자세히는 김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 「행정법연구」 제11호, 2004. 5, p. 243 이하).

85) 이광윤, 전제논문, p. 158.

획법에 의하여 수립되는 도시계획이며 ④지역계획은 특정한 지역을 대상으로 특별한 정책목적을 달성하기 위하여 수립하는 계획이며 ⑤부분별계획은 국토 전역을 대상으로 하여 특정부문에 대한 장기적인 발전방향을 제시하는 계획이다.⁸⁶⁾

국토계획의 상호관계는 국토종합계획은 도종합계획 및 시군종합계획의 기본이 되고, 도종합계획은 당해 도의 관할구역 안에서 수립되는 시군종합계획의 기본이 되며, 부분별계획과 지역계획은 국토종합계획과 조화를 이루어야 한다.⁸⁷⁾

또한, 국토종합계획⁸⁸⁾은 다른 법령에 의하여 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하며, 그 기본이 된다. 국토계획의 수립주기는 국토종합계획은 20년 단위로 수립하며, 도종합계획·시군종합계획·지역계획 및 부문별 계획의 수립권자는 국토종합계획의 수립주기를 감안하여 그 수립주기를 정하도록 하고 있다.⁸⁹⁾ 국토종합계획에는 ①국토의 현황 및 여건변화 전망에 관한 사항 ②국토발전의 기본이념 및 바람직한 국토 미래상의 정립에 관한 사항 ③국토의 공간구조의 정비 및 지역별 기능분담방향에 관한 사항 ④국토의 균형발전을 위한 시책 및 지역산업육성에 관한 사항 ⑤국가경쟁력 제고 및 국민생활의 기반이 되는 국토기간시설의 확충에 관한 사항 ⑥토지·수자원·산림자원·해양자원 등 국토자원의 효율적 이용 및 관리에 관한 사항 ⑦주택·상하수도 등 생활여건의 조성 및 삶의 질 개선에 관한 사항 ⑧수해·풍해 그 밖의 재해의 방지에 관한 사항 ⑨지하공간의 합리적 이용 및 관리에 관한 사항 ⑩지속가능한 국토발전을 위한 국토환경의 보전 및 개선에 관한 사항 등에 대해 기본적이고 장기적인 정책방향의 포함되어야 한다.

다음, 도종합계획의 내용은 ①지역현황·특성의 분석 및 대내외적 여건변화에 대

86) 국토기본법 제6조 (국토계획의 정의 및 구분) 제2항.

87) 국토기본법 제7조 (국토계획의 상호관계) 제1항.

88) 국토종합계획은 「헌법」 제121조 제2항과 지난 63년에 제정된 국토건설종합계획법에 따라 수립되는 국가의 최상위 국토계획이다. '제1차 국토종합개발계획'은 1972년부터 81년까지 시행됐으며, 현재는 '제4차 국토종합계획'이 진행 중이다. 제4차 국토종합계획 기간은 2000년부터 2020년까지이다. 한편 정부는 2005년 11월, 국가균형발전 이념을 반영하여 국토종합계획을 대폭 수정하였다. 4차 국토종합계획의 골자는 우리 국토를 역 파이(π) 모양의 동·서·남해안 3개축과 7+1 (수도권, 강원권, 대구권, 부산권, 충청권, 전북권, 광주권, 제주권)의 특성화된 광역경제권으로 개편, 균형발전에 역점을 뒀 개발하는 것이다. 역 파이(π)축은 동해안, 서해안, 남해안의 국토연안을 따라 설정된 3개의 연안국토축으로 이는 국내적 시각에서 벗어나 글로벌 경쟁력을 제고하기 위하여 환태평양과 유라시아로 열린 개방형 국토축을 의미한다. 7+1의 다핵구조는 우리국토 내부를 7+1의 경제권역으로 구분하여 (1은 제주도) 각각의 특성에 따라 자립적 발전을 추구해 수도권과 지방이 함께 발전할 수 있는 다핵연계형 구조로 바꾸기 위한 것이다.

89) 국토기본법 제7조 (국토계획의 상호관계) 제3항.

한 전망에 관한 사항 ②지역발전의 목표와 전략에 관한 사항 ③지역공간구조의 정비 및 지역 안 기능분담 방향에 대한 사항 ④교통·물류·정보통신망 등 기반시설의 구축에 관한 사항 ⑤지역 안 자원 및 환경의 개발과 보존·관리에 관한 사항 ⑥토지의 용도별 이용 및 계획적 관리에 관한 사항 ⑦그 밖에 도의 지속가능한 발전에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항이며, 도지사는 도종합계획을 수립하는 때에는 국토계획법에 의하여 도에 설치된 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다(동법 제13조). 그리고 지역계획으로서는 ①수도권발전계획, ②광역권발전계획 ③특정지역개발계획 ④개발촉진지구개발계획 ⑤그 밖에 다른 법률에 의하여 수립하는 지역계획 등이 있다.

국토종합계획은 국토해양부장관이 수립하는데, 국토해양부장관은 국토종합계획안을 작성한 때에는 공청회를 열어 국민 및 관계 전문가 등으로부터 의견을 청취하여야 하며, 계획을 수립하거나 확정된 계획을 변경하고자 하는 때에는 국토정책위원회의 심의와 국무회의의 심의를 거친 후 대통령의 승인을 얻어야 한다. 도종합계획은 도지사가 수립하며, 국토종합계획과 마찬가지로 공청회를 거쳐 국토해양부장관의 승인을 얻어야 한다. 지역계획은 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장이 지역특성에 맞는 정비나 개발을 위하여 필요한 경우 관계 법률이 정하는 바에 따라 일정한 계획을 수립할 수 있으며, 부문별 계획은 중앙행정기관의 장이 국토 전역을 대상으로 하여 소관업무에 관하여 수립할 수 있는데, 부문별 계획은 상위계획인 국토종합계획의 내용을 반영하여야 하며, 국토종합계획에 상충되어서는 아니 된다.

(2) 國土計劃法

「국토계획법」은 종전의 도시계획법과 국토이용관리법을 통합하여 2003년 1월 1일부터 시행하고 있는 법률이다. 종전의 국토이용법제는 계획체계의 복잡성과 연계성 미흡, 도시지역과 비도시지역으로 이원화된 토지관리와 이로 인한 준농림지역의 난개발 문제 등 제도 운용상의 미비점으로 인해 제도적 개선 필요성이 꾸준히 제기되었다. 국토이용체계를 개편하게 된 직접적인 배경은 1994년 준농림지제도가 도입된 이후, 용인 등 수도권 남부지역을 중심으로 나타난 난개발의 문제

가 사회적 논란이 되면서부터라고 할 수 있다. 이렇게 도입된 준농림지역제도는 부족한 택지 및 공장용지를 원활히 공급하는 등 나름대로의 역할을 하였으나 음식점·숙박시설 등의 난립으로 자연 및 경관을 훼손하고, 수도권외의 경우 분당신도시(98천호)의 5배에 달하는 중소주택단지건설로 기반시설부족·교통체증·환경악화 등 부작용을 초래하였다. 특히 백두대간⁹⁰⁾ 훼손·생태계파괴 등이 사회문제화되면서 국토가 대책 없이 파괴되고 있다는 인식이 확산됨에 따라 국토이용체계를 전면 개편하는 작업이 불가피하게 되었다.

국토의 난개발이 심각한 사회문제로 대두되자, 우선 범정부적인 차원에서의 대응조치로서 국토난개발 방지를 위한 종합대책이 2000년 4월 발표되었으며, 동 대책의 일환으로 국토이용계획체계 개편방향과 난개발의 주요원인이 되었던 준농림지역·준도시지역 등 용도지역의 개편 방향 등에 대한 민관합동 검토를 거쳐 관계법령의 제·개정을 통한 제도화가 추진되었다. 국토이용체계 개편작업은 우선 국토관리의 원칙을 제시하는 이념법인 국토기본법을 제정하고 그 구체적 실행을 위하여 국토이용관리법과 도시계획법으로 이원화된 국토관리법제를 통합하여 전 국토에 대하여 ‘선 계획-후 개발’ 원칙에 입각한 관리체계를 구축하는 국토계획법을 제정하는 방향으로 추진되었다. 이들 두 가지 법률은 2001년 말 국회를 통과하여 2002년 2월 4일 공포되었고, 2002년 중 하위법령 제정을 거쳐 2003년 1월부터 시행되고 있으며 나아가 환경분야까지 법제정이 이루어지고 있다.⁹¹⁾

국토계획법에서는 전 국토를 대상으로 국토종합계획을 수립하고, 도에는 도종합계획을 수립토록 국토기본법에서 규정하고 있는데, 국토계획법에서는 경기도는 수도권정비계획, 제주도는 제주국제자유도시종합계획으로 도종합계획을 갈음하도록 하고 있다. 그리고 종전의 국토이용계획과 도시계획을 통합하여 각 시·군이 행정구역 전역에 대하여 도시계획(군지역은 군계획)을 도시기본계획과 도시관리계획으

90) 백두대간보호에 관한 법률(일부개정 2005. 5. 31. 법률 7548호)개정이유 : 백두대간지역 주민들의 불편을 해소하고 사유재산권을 보호하면서 백두대간의 효율적인 보호·관리가 이루어질 수 있도록 하기 위하여 보호지역 안에서의 행위제한 예외사유를 확대하고, 토지의 매수청구 및 주민지원사업 등에 관한 사항을 정하려는 것임.

91) 「국토계획법」(일부개정 2006. 10. 4. 법률 제8045호, 시행일 2007. 4. 5), 「해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률」 제정 (제정이유 : 해양에서의 무분별한 개발행위와 해양생물의 남획(濫獲)으로 인한 해양생태계의 훼손 및 해양생물종(海洋生物種)의 감소현상이 가속화되고 있으나 해양생태계의 보전 및 관리에 관하여는 「자연환경보전법」에서 육상의 자연환경과 함께 규정하고 있어 육상과 다른 해양생태계의 특성과 여건에 맞는 효율적인 보전·관리에 어려움이 있으므로 해양생태계의 보전 및 관리에 관한 독자적인 법률을 제정하려는 것임).

로 구분하여 수립하게 된다. 이 경우 도시(군)기본계획은 시·군의 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 중장기계획으로서 대외적 구속력은 없고, 대내적 구속력만 있는 계획이다. 반면, 도시(군)기본계획은 집행적 계획으로서 5년마다 재정비하게 되며, 대내·외적 구속력이 있는 행정계획으로서 처분성이 인정되고 따라서 행정소송의 대상이 된다.

용도지역은 종전의 5개 용도지역의 4개 용도와 9개 지역으로 변경되었다. 도시지역은 주거·상업·공업·녹지지역으로서 기존체제가 유지되었으며, 준도시지역과 준농림지역은 관리지역으로 개편되고, 이를 다시 보전용도의 보전·생산관리지역과 개발용도의 계획관리지역으로 세분하였다. 아울러 이러한 관리지역의 객관적 세부기준 제시를 위하여 토지적성평가제도⁹²⁾가 도입되었다. 이러한 관리지역의 행위제한은 제한행위열거방식에서 허용행위열거방식으로 전환하고, 개발밀도를 녹지지역 수준으로 강화하는 한편, 원활한 계획수립을 위하여 계획수립 전까지는 행위제한을 강화하여 운영토록 하였다.

용도지구·구역의 지정 등 도시계획방법도 다양화⁹³⁾하여 경관지구·미관지구 등 도시지역에만 지정하던 각종 용도지구를 비도시지역에도 지정·운영토록 하였으며, 국토이용관리법에 의한 수산자원보전지구를 수산자원보호구역으로 변경하여 행위제한을 별도로 규정하였다. 또한, 친환경적·계획적 개발 유도를 위해 종전의 준농림지역을 개발하는 경우에는 상세한 계획을 수립한 후 개발하는 제2종 지구단위계획제도를 도입하여 관리지역(종전 준농림지역)의 소규모·산업적 개발을 집산화하고, 사업시행자가 기반시설을 부담하도록 하되, 건폐율·용적률·건축제한에 대하여는 인센티브를 제공하는 제도를 도입하였다. 그리고 개발행위허가제를 강화하여 법령에 맞더라도 기반시설이 부족하거나 주변경관과 조화를 이루지 못하는 경우에는 개발을 불허하거나 조건부로 허가하되, 기반시설 확보나 주변경관의 조

92) 토지적성평가는 전 국토의 환경친화적이고 지속가능한 개발을 보장하고 개발과 보전이 조화되는 ‘선 계획-후 개발’의 국토관리체계를 구축하기 위하여 각종의 토지이용계획이나 주요시설의 설치에 관한 계획을 입안하고자 하는 경우에 토지의 환경 생태적·물리적·공간적 특성을 종합적으로 고려하여 개별 토지가 갖는 환경적·사회적 가치를 과학적으로 평가함으로써 보전할 토지와 개발 가능한 토지를 체계적으로 판단할 수 있도록 계획을 입안하는 단계에서 실시하는 기초조사이다. 「국토계획법」 제27조(도시관리계획의 입안을 위한 기초조사 등) 제③항에서 국토해양부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 기초조사의 내용에 국토해양부장관이 정하는 바에 따라 실시하는 토지의 토양·입지·활용가능성 등 토지의 적성에 대한 평가를 포함하여야 한다 라고 규정하고 있다.

93) 정희남, “지역지구제의 행위규제 분석연구2”, 국토연구원, 2003, p. 66.

화 등을 고려하여 허가·불허가·조건부허가를 결정하고, 일정규모 이상은 도시계획위원회의 심의를 거쳐서 허가하도록 하였다. 기반시설용량 범위 내에서 개발을 허용하는 기반시설연동제도도 새로 도입되었다.

구체적으로, 도심지와 같이 기반시설의 추가설치가 어려운 지역은 개발밀도를 제한하는 개발밀도관리구역으로 지정·관리하고, 개발로 인하여 기반시설의 추가설치가 필요하거나 그에 필요한 용지를 확보하기 위하여 기반시설설치비용을 부과·징수하도록 의무화하였다. 이 밖에 종전의 도시계획위원회와 국토이용계획심의회를 도시계획위원회로 통합하고 택지개발촉진법 등 타 법령에 의한 지구지정이나 대규모 개발사업도 도시계획위원회심의를 거치도록 하는 등 그 기능을 대폭 강화하였다. 또한 중앙도시계획위원회의 경우 위원장을 민간전문가로 위촉하는 등 전문가 참여를 확대하고, 위원회 심의사항의 확대를 감안하여 분과위원회를 설치·운영함으로써 위원회의 전문성과 효율성을 제고토록 하였다.⁹⁴⁾

2. 開發行爲 關聯計劃 基本體系

(1) 廣域都市計劃

광역도시계획이라 함은 광역도시권의 장기발전방향을 제시하는 계획을 말하며(국토계획법 제2조 제1호), 다음과 같은 기능을 갖는다(광역도시계획수립지침 제1장 제2절).

첫째, 광역도시계획은 인접한 2 이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 행정구역(이하 ‘광역계획권’이라 한다)에 대하여 장기적인 발전방향을 제시하거나 시·군간 기능을 상호 연계함으로써 적정한 성장관리를 도모한다.

둘째, 시·군의 범위와 기능이 외연적으로 확산되고 연담화됨⁹⁵⁾에 따라 이들 지역을 하나의 계획권으로 묶어 효율적으로 관리함으로써 무질서한 확산을 방지한다.

셋째, 지방자치단체간 상호협조를 통하여 광역시설을 합리적으로 배치하는 등 규모의 경제를 확보하여 투자의 효율성을 제고하고 중복투자를 방지한다.

94) 지구단위계획 중 건축물의 배치·형태 등 건축 관련 사항은 건축위원회가 공동으로 심의할 수 있다.

95) 連擔化(con-urbanization) : 2개 이상의 도시가 각각 팽창 접근하며 하나의 대도시로 연결되는 현상.

넷째, 쾌적한 환경을 조성하여 광역계획권의 지속가능한 발전을 도모하고 주민의 삶의 질을 제고한다.

광역도시계획의 지위와 성격을 살펴보면, 국토종합계획은 광역도시계획의 상위계획이며, 국토종합계획 중 부문별계획도 광역도시계획의 상위계획이 된다. 지역계획 중에서는 광역권개발계획과 수도권정비계획이 광역도시계획의 상위계획이 된다. 광역도시계획을 수립할 경우에는 이러한 상위계획과 조화를 이루어야 한다. 또한, 광역도시계획은 광역계획권을 하나의 계획단위로 보고 장기적인 발전방향과 전략을 제시하는 도시계획체계상의 최상위계획으로서, 광역계획권내 시·군들의 도시기본계획·도시관리계획 등에 대한 지침이 된다. 다만, 도시기본계획과 도시관리계획 등 하위계획이라 할지라도 전략적으로 중요한 사항이 있을 경우에는 환류·조정하여 이를 수용한다.

국토해양부장관 또는 시·도지사는 ①광역계획권이 같은 도의 관할구역에 속하여 있는 경우에는 관할 도지사가 광역도시계획을 수립하고 ②광역계획권이 2 이상의 특별시·광역시·도의 관할구역에 걸쳐 있는 경우에는 관할 시·도지사가 공동으로 광역도시계획을 수립하며 ③국가계획과 관련된 광역도시계획의 수립이 필요한 경우 또는 광역계획권을 지정한 날부터 3년이 경과될 때까지 관할 시·도지사로부터 광역도시계획에 대하여 광역도시계획의 승인에 관한 규정에 의한 승인신청이 없는 경우에는 국토해양부장관이 광역도시계획을 수립하여야 한다(국토계획법 제11조 제1항). 그러나 국토해양부장관은 시·도지사의 요청이 있는 경우 그 밖에 필요하다고 인정되는 경우에는 이에 불구하고 관할 시·도지사와 공동으로 광역도시계획을 수립할 수 있다(국토계획법 제11조 제2항). 그리고 광역도시계획에는 ①광역계획권의 공간구조와 기능분담에 관한 사항 ②광역계획권의 녹지관리체계와 환경보전에 관한 사항 ③광역시설의 배치·규모·설치에 관한 사항 ④경관계획에 관한 사항 ⑤그 밖에 광역계획권에 속하는 특별시·광역시·시 또는 군 상호간의 기능연계에 관한 사항(광역계획권의 교통 및 물류유통체계에 관한 사항, 광역계획권의 문화·여가 공간 및 방재에 관한 사항) 등 당해 광역계획권의 지정목적에 달성하는 데 필요한 사항에 대한 정책방향이 포함되어야 한다(국토계획법 제12조 제1항).

(2) 都市基本計劃

‘도시계획’이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군(광역시의 관할구역 안에 있는 군을 제외)의 관할구역에 대하여 수립하는 공간구조와 발전방향에 대한 계획으로서 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분한다(국토계획법 제2조 제2호).

행정구역의 명칭이 군인 경우 도시계획·도시기본계획 및 도시관리계획의 명칭은 각각 군계획·군기본계획 및 군관리계획으로 한다(국토계획법 제5조 제1항). 도시계획은 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에서 수립되는 다른 법률에 의한 토지의 이용·개발 및 보전에 관한 계획의 기본이 된다(국토계획법 제4조 제1항). 따라서 도시계획은 국토종합계획의 하위계획이나 다른 토지이용·개발·보전에 관한 계획의 상위계획이다. 그렇지만 이 계획은 수도권정비계획의 규정에 의해 수도권정비계획의 하위계획이다.

‘도시기본계획’이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에 대하여 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시관리계획 수립의 지침이 되는 계획을 말한다(국토계획법 제2조 제3호). 따라서 도시기본계획은 국토의 한정된 자원을 효율적이고 합리적으로 활용하여 주민의 삶의 질을 향상시키고, 특별시·광역시·시·군을 환경적으로 보전하고 지속가능하게 발전시킬 수 있는 정책방향을 제시함과 동시에 장기적으로 시·군이 공간적으로 발전하여야 할 구조적 틀을 제시하는 종합계획이다.⁹⁶⁾ 그러므로 도시기본계획은 20년을 단위로 하는 장기적인 도시발전의 지침으로서 가이드라인을 정하는 계획이다.

도시기본계획은 ①국토종합계획·광역도시계획 등 상위계획의 내용을 수용하여 시·군이 지향하여야 할 바람직한 미래상을 제시하고 장기적인 발전방향을 제시하는 정책계획으로서 ②시·군의 물적·공간적 측면 뿐만 아니라 환경·사회·경제적 측면을 포괄하여 주민생활환경의 변화를 예측하고 대비하는 종합계획이며 ③시·군 행정의 바탕이 되는 주요 지표와 토지의 개발·보전, 기반시설의 확충 및 효율적인 도시관리를 위한 전략을 제시하여, 하위계획인 도시관리계획 등 관련계획의 기본이 되는 전략과 같은 지위와 성격을 지닌다(도시기본계획 수립지침 제1장 제3절). 즉, 도시기본계획은 정책계획·종합계획·전략계획이며,

96) 건설교통부, 도시기본계획수립지침, 2007. 5, p. 2.

행정청 내부만을 구속하는 비구속적 계획이다. 이러한 도시기본계획의 수립대상은 특별시·광역시·시 또는 군(광역시 안에 있는 군은 제외)이다(도시기본계획 수립지침 제2장 제1절). 즉, 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 관할구역에 대하여 도시기본계획을 수립하여야 한다. 다만, 시 또는 군의 위치, 인구의 규모, 인구감소율 등을 감안하여 ①수도권정비계획법에 의한 수도권에 속하지 아니하고 광역시와 경계를 같이 하지 아니한 시 또는 군으로서 인구 10만명 이하인 시 또는 군이나 ②관할구역 전부에 대하여 광역도시계획이 수립되어 있는 시 또는 군으로서 당해 광역도시계획에 도시기본계획에 포함되는 정책방향이 모두 포함되어 있는 시 또는 군은 도시기본계획을 수립하지 아니할 수 있다(국토계획법 제18조 제1항, 국토계획법시행령 제14조). 또한 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 지역여건상 필요하다고 인정되는 때에는 인접한 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역의 전부 또는 일부를 포함하여 도시기본계획⁹⁷⁾을 수립할 수 있다(국토계획법 제18조 제2항). 도시기본계획은 국토해양부장관이 승인하되, 인구 10만명 이하인 시·군(수도권 제외)의 도시기본계획수립·변경이나 도시기본계획 내용 중 경미한 사항의 변경⁹⁸⁾ 또는 비도시지역에서 농공단지·체육시설·군립공원·상수원보호구역을 지정하기 위한 도시기본계획의 변경은 시·도지사에게 승인권을 위임하였다. 또한, 국토종합계획과의 연계성을 강화하기 위하여, 도시기본계획의 목표연도는 기준년도로부터 20년으로 하고, 5년마다 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 정비하게 된다. 비도시지역이 포함된 시·군은 국토계획법에 따라 도시관리계획을 최초로 정비할 경우 도시기본계획도 정비하여야 한다.⁹⁹⁾ 토지의 용도별 수급계획은 도시기본계획에 반영하고,¹⁰⁰⁾ 종전 국토이용관리법상

97) 도시계획은 특별시·광역시·시·군(이하 시·군이라 함)의 관할구역에 대하여 수립하는 공간구조와 개발 방향에 대한 계획으로서, 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분(비도시지역에서도 적용)하며, 이 중 도시기본계획은 시·군의 관할구역에 대하여 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서, 도시관리계획수립의 지침이 되는 계획이며, 도시관리계획은 시·군의 개발·정비·보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 계획으로서 다음의 계획을 말한다.

- ① 용도지역·용도지구·용도지역의 지정·변경에 관한 계획
- ② 기반시설(도시계획시설)의 설치·정비·개량에 관한 계획
- ③ 도시개발사업·재개발사업에 관한 계획
- ④ 지구단위계획구역의 지정·변경에 관한 계획과 지구단위계획.

98) 경미한 사항으로는 ①환경의 보전·관리, 경관, 단계별 추진 사항과 ②경제·산업·사회·문화의 개발 및 진흥, 미관의 관리, 방재·안전, 재정확충 및 자원조달 방안 등을 들 수 있다.

99) 수도권, 광역시, 광역시 인접 시·군은 2005년 말까지 기타 시·군은 2008년 말까지 정비토록 하였다.

의 토지수급제한의 적용을 받지 않도록 하였으며, 필요한 경우 경관에 관한 사항은 도시기본계획도서의 별책으로 작성¹⁰¹⁾할 수 있도록 하였다.

(3) 都市管理計劃

도시관리계획이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 일련의 계획이다(국토계획법 제2조 제4호).¹⁰²⁾

앞에서 살펴보았듯이 현재의 국토계획법은 종전의 도시계획법과 국토이용관리법을 통합하여 단일화한 법률로서 전 국토를 도시계획차원에서 효율적으로 이용·개발·보전하기 위한 국토계획법제이며, 동법에서는 도시계획을 도시기본계획과 도시관리계획¹⁰³⁾으로 하고, 그 내용과 도시계획수립절차를 비교적 상세하게

100) 도시기본계획에는 다음 사항에 대한 정책방향이 포함되어야 한다(국토계획법 제19조)

- ①지역의 특성 및 계획의 방향·목표에 관한 사항
- ②공간구조, 생활권의 설정 및 인구의 배분에 관한 사항
- ③토지의 이용 및 개발에 관한 사항
- ④토지의 용도별 수요 및 공급에 관한 사항
- ⑤환경의 보전 및 관리에 관한 사항
- ⑥기반시설에 관한 사항
- ⑦공원·녹지에 관한 사항
- ⑧경관에 관한 사항
- ⑨제②호 내지 제⑧호에 규정된 사항의 단계별 추진에 관한 사항
- ⑩그 밖에 대통령령으로 정하는 사항.

101) 경관에 관한 계획을 별책으로 작성한다고 하여도 이는 별개의 기본계획이 아니라 도시기본계획의 부분별 계획의 하나이다.

102) 건설교통부, 도시관리계획수립지침, 2005. 5, p. 5.

103) 국토해양부장관은 도시관리계획의 수립기준을 정한 때에는 다음 사항을 종합적으로 고려하여야 한다(국토계획법시행령 제19조).

- ①광역도시계획 및 도시기본계획 등에서 제시한 내용을 수용하고 개별 사업계획과의 관계 및 도시의 성장추세를 고려하여 수립하도록 할 것
- ②도시기본계획을 수립하지 아니하는 시·군의 경우 당해 시·군의 장기발전구상 및 도시기본계획에 포함될 사항 중 도시관리계획의 원활한 수립을 위하여 필요한 사항이 포함되도록 할 것
- ③도시관리계획의 효율적인 운영 등을 위하여 필요한 경우에는 특정지역 또는 특정부문에 한정하여 정비할 수 있도록 할 것
- ④공간구조는 생활권단위로 적정하게 구분하고 생활권별로 생활·편익시설이 고루 갖추어지도록 할 것
- ⑤도시와 농어촌 및 산촌지역의 인구밀도, 토지이용의 특성 및 주변활동 등을 종합적으로 고려하여 지역별 계획의 상세정도를 다르게 하되, 기반시설의 배치계획, 토지이용 등은 도시와 농어촌 및 산촌지역이 서로 연계되도록 할 것
- ⑥토지이용계획을 수립할 때에는 주간 및 야간활동인구 등의 인구규모, 도시의 성장추이를 고려하여 그에 적합한 개발밀도가 되도록 할 것
- ⑦녹지축·생태계·산림·경관 등 양호한 자연환경과 우량농지 등을 고려하여 토지이용계획을 수립하도록 할 것

규정하고 있다.

시·군 관할구역 내에서는 도시관리계획에 배치되게 토지를 이용하거나 건축물을 건축하는 등 각종 개발행위가 금지된다. 만약 일반 국민이든, 지방자치단체 또는 국가이든지간에 이에 위반할 경우에는 법적인 책임을 지게 된다. 도시관리계획은 개별 토지의 개발가능여부, 개발규모나 정도나 토지의 가격형성 등에 직접적인 영향을 미치게 되는 것이다. 수많은 행정계획들이 있으나 도시관리계획만큼 그 계획의 구속력이 강한 것도 없을 것이다. 나아가 기본적으로 도시관리계획은 한번 정해지면 폐지되거나 법령에 의하여 강제 실효되지 않는 이상 그 효력은 영구적이다. 이렇게 개발행위를 엄격하게 구속하는 도시관리계획인 만큼 그 내용은 일회적이거나 일부의 이익을 위한 것이 아니라 장기적이고 도시전체의 이익을 위한 도시관리계획이 되어야 한다. 이를 위해서는 도시관리계획에 참여하는 사람들이 전문성과 공정성이 필요하겠으나 그에 못지 않게 철저적인 합리성과 투명성도 중요하다. 그래서 도시관리계획을 수립하는 절차는 매우 정교하다. 여러 단계를 거치며 여러 사람이 참여하고 여러 가지를 고려하여 도시관리계획을 결정하게 된다. 어느 한 사람의 뜻에 따라 즉흥적이고 단편적인 목적으로 도시관리계획이 결정되지 않도록 하고 있는 것이다.

법률의 유형을 나눌 때 그 내용에 따라 절차법과 실체법으로 나눌 수 있는데 이 경우 국토계획법은 비록 실체적인 사항도 많이 있으나 ‘절차법’이라 분류할 수 있을 정도로 정교한 절차를 규정하고 있다. 특히 도시관리계획이 직접적으로 토지이용을 구속하는 성격으로 인해 많은 법적인 다툼이 있게 되나, 도시관리계획의 내용에 있어서는 행정청의 계획고권에 상당한 자유재량성¹⁰⁴⁾이 인정되므로

것

- ⑧수도권 안의 인구집중유발시설이 수도권 외의 지역으로 이전하는 경우 종전의 대지에 대하여는 그 시설의 지방이전이 촉진될 수 있도록 토지이용계획을 수립하도록 할 것
- ⑨도시계획시설은 집행능력을 고려하여 적절한 기준으로 결정하고, 기존 도시계획 시설은 시설의 설치현황과 관리·운영상태를 점검하여 규모 등이 불합리하게 결정되었거나 실현가능성이 없는 시설에 대하여는 재검토함으로써 미집행되는 시설을 최소화하도록 할 것
- ⑩도시의 개발 또는 기반시설의 설치 등이 환경에 미치는 영향을 미리 검토하는 등 계획과 환경의 유기적 연관성을 높여 건전하고 지속가능한 도시발전을 도모하도록 할 것.

104) 계획고권이란 계획수립주체인 지방자치단체가 자기책임 하에 자주적으로 계획을 수립할 권한을 말하는 것으로서 독일의 건설법전(BauGB) 제2조 제1항에서 명문으로 인정하고 있고 또한 헌법상으로도 지방자치제보장(기본법 제28조 제2항)의 본질적 요소의 하나로서 인정되고 있는 것이다(Hoppe, *Kommunale Selbstverwaltung und Planung*, 1983, 564ff.). 이는 헌법상 보장된 지방자치단체의 자치행정권의 본질적 범위 내에 속하는 것으로서 인사고권이나 재정고권, 지역고권 및 조직고권 등과 함께 지방자치단체의 고

주로 절차상의 하자여부를 다투게 된다. 엄격한 법정절차를 거치지 않은 도시관리계획은 무효 또는 취소할 수 있는 행위가 되는 것이 보통이다. 국토계획법상에서는 이러한 도시관리계획 절차를 보장하였다. 기본방향은 절차의 민주성을 강화하고 지방중심의 도시관리계획을 운영하는 것이라고 할 수 있다.

① 都市管理計劃의 立案權者 및 決定權者

도시관리계획은 원칙적으로 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 입안한다. 여기서 특별시·광역시의 경우 구청장이 기초자치단체장이지만 구청장에게 도시관리계획 입안권을 부여하지 않는다. 이는 특별시·광역시는 비록 행정의 편의를 위하여 여러 개의 구로 나누어 관리되고 있으나, 도시관리계획의 측면에서 보았을 때에는 하나의 도시에 불과하다. 이에 따라 도시관리계획은 시장이 종합적인 견지에서 입안하도록 한 것이다. 다만, 특별시장·광역시장은 필요한 경우 시조례를 통해 도시관리계획 입안권을 구청장에게 위임할 수 있다. 이처럼 도시관리계획은 원칙적으로 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 입안할 권한과 의무가 있는 것이지만, 예외적으로 특수한 경우에는 국토해양부장관이나 도지사가 도시관리계획을 입안할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 먼저, 국가계획과 관계되는 경우에는 국토해양부장관이 직접 또는 관계중앙행정기관의 장의 요청에 의하여 관할 시·도지사, 시장 및 군수의 의견을 들은 후 도시관리계획을 입안할 수 있다. 철도·공항 등 국가기간시설이 주로 이에 해당된다.

다음으로 도지사가 도시관리계획을 입안할 수 있는 특수한 경우가 있는데, 관계시장 또는 군수간에 광역도시계획과 관련된 도시관리계획의 입안에 관하여 서

유한 권한이라고 보아야 한다. 또한 우리 헌법 하에서도 마찬가지라 할 수 있으며, 보다 구체적으로는 우리 헌법 제117조가 계획고권까지도 보장하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 가사 현행 도시계획법 등 일반 계획법률에서 계획고권을 구체적으로 규정하고 있지 않다 하더라도 이는 “헌법상 보장된 지방자치행정권에서 당연히 나오는 본질적인 것”이라고 보아야 한다(BVerwG, DVBl. 1969, 362ff.; Hoppe, RuL, 1988, Rn. 72f.). 이 점에서 우리 학자들도 계획고권을 지방자치단체의 권능의 하나로서 열거하고 있기도 하다(신보성, 「현대행정법의 이론」, 교학연구사, 1988, p. 347).

105) 국토계획법 제24조 (도시관리계획의 입안권자) ①특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 관할구역에 대하여 도시관리계획을 입안하여야 한다. ②특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 인접한 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역의 전부 또는 일부를 포함하여 도시관리계획을 입안할 수 있다.

1. 지역여건상 필요하다고 인정하여 미리 인접한 특별시장·광역시장·시장 또는 군수와 협의한 경우
2. 제18조 제2항의 규정에 의하여 인접한 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역을 포함하여 도시기본계획을 수립한 경우.

로 협의가 이루어지지 아니하는 때에는 도지사가 직접 또는 관계 시장 또는 군수의 요청에 의하여 관할 시장 또는 군수의 의견을 들은 후 도시관리계획을 입안할 수 있게 하였다. 이는 특히 폐기물처리시설 등 광역시설의 설치를 둘러싼 시·군간의 갈등을 고려하여 시·군 간에 서로 협의가 되지 않을 경우에 도지사가 입안할 수 있게 한 것이다. 도시관리계획 입안권은 원칙적으로 어디까지나 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에게 있는 것이므로 도지사의 입안권은 극히 예외적으로 광역도시계획과 관련된 도시관리계획이면서 시장·군수간에 서로 협의가 성립되지 않을 경우에 주어져 있다. 또한, 2 이상의 행정구역에 걸치는 도시관리계획이 있을 수 있는데 이 경우 관계 시장·군수가 서로 협의하여 공동입안하거나 그 중 하나의 시장·군수를 입안자로 지정하게 된다. 도시관리계획을 입안하여 이를 최종적으로 법적 효력이 있는 계획으로 확정하는 것이 도시관리계획의 결정이며, 이 도시관리계획의 결정권자는 원칙적으로 시·도지사가 된다. 종전의 도시계획법은 모든 도시계획결정권은 국토해양부장관이었다. 다만, 시행령에서 대부분을 시·도지사에게 권한을 위임하여 처리하였다. 그러나 지방자치제도가 이미 본격적으로 시행되고 있는 이상 도시관리계획의 결정권한을 지자체에 대부분 이양되고 있다. 다만, 도시계획결정권 중 국가 정책적으로 중요한 사항은 이양대상에서 제외하여 국토해양부장관의 권한으로 유보하고 있다.

② 住民提案

원칙적으로 도시관리계획의 입안은 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 고유권한이다. 종전 규정은 시장·군수가 미리 계획안을 만든 이후 주민의 의견을 듣도록 되어 있기 때문에 주민이 소극적인 입장에 있었다. 그러나 국토계획법에서는 도시관리계획 입안과정에서의 주민참여를 확대하기 위하여 주민제안제도를 새로 도입하였다.¹⁰⁶⁾ 입안권은 어디까지나 시장·군수에게 있으나 주민이 필요하다고 판단되면 입안권자에게 입안을 제안할 수 있도록 하였고, 제안을 받은 시장·군수는 그 제안을 도시관리계획 입안에 반영할 것인지 여부를 제안자에게

106) 국토계획법 제26조 (도시관리계획 입안의 제안) : ①주민(이해관계자를 포함한다. 이하 같다)은 다음 각 호의 사항에 대하여 제24조의 규정에 의하여 도시관리계획을 입안할 수 있는 자에게 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다. 이 경우 제안서에는 도시관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여야 한다.

1. 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항
2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항.

통보하여야 한다. 사실 이러한 규정이 없어도 주민은 민원형태로 시장·군수에게 도시관리계획의 입안을 요청할 수 있으나 이러한 민원과 국토계획법에 의한 도시관리계획 입안의 제안은 그 성격이 다르다. 명확한 법적 근거를 갖게 된 입안의 제안은 시장·군수가 소정의 절차를 거쳐 제안내용의 타당성을 종합적으로 검토하여야 하며, 단순 민원으로 처리될 수 없게 된다. 필요한 경우 도시계획위원회의 자문이나 관계행정기관과의 협의도 하게 된다. 그 결과 제안내용이 타당하다고 판단되면 이를 도시관리계획 입안에 반영하여야 할 것이다. 다만, 입안제안의 대상에서 용도지역·지구·구역의 지정 또는 변경은 제외하였다. 무분별한 개발제한구역의 해제나 용도지역의 변경을 제안하는 일을 방지하기 위한 것이다. 또한 제안을 할 경우에는 반드시 도시계획도시와 계획설명서를 첨부하도록 하였다. 도시계획도서는 계획도와 계획조서, 계획설명서는 기초조사결과와 재원조달방안·환경성 검토결과 등이 포함되므로 이를 첨부하기 위해서는 상당한 비용과 전문성이 필요하다. 즉 단편적이고 즉흥적인 도시관리계획 입안의 제안은 있을 수 없다는 의미이다. 이러한 서류를 제대로 갖추지 못한 도시관리계획 입안의 제안은 단순 민원이 될 수는 있어도 정당한 제안으로 인정될 수는 없다. 또한 시장·군수가 입안제안자에게 도시관리계획 입안 및 결정에 필요한 비용을 부담시킬 수 있는 근거를 두었다. 이는 미처 시장·군수가 도시계획수립에 따라 소요되는 공고·공람비용 등을 마련하지 않은 상태이지만 제안내용이 타당한 경우 도시관리계획 수립절차를 진행할 수 있도록 하기 위한 제도이다. 이 규정은 반드시 제안자가 비용을 부담하라는 취지가 아니며, 제안자가 비용을 부담하고서라도 도시관리계획을 입안하는 것이 좋다고 판단할 경우에 활용될 수 있는 규정이다. 도시관리계획의 입안을 제안하는 자는 대부분 도시관리계획의 수립으로 혜택을 기대할 것이므로 일정한 비용을 부담하면서도 도시관리계획이 수립될 것을 바라는 경우가 있을 것이므로 이러한 규정을 둔 것이다.

한편, 국토계획법에서 ‘주민’이라는 용어를 쓰고 있으나 이에 대한 명확한 정의 규정은 두지 않았다. 주민개념은 규정하기도 매우 어렵지만 상황에 따라 다를 수 있다고 판단되었기 때문이다. 여기서 ‘주민’은 도시관리계획 입안과정에서의 참여 확대를 위한 것인 만큼 ‘행정청을 제외한 이해관계자’로 폭넓게 해석하여야 할 것이다. 그리고 시장·군수가 아닌 행정청의 시장·군수에게 도시관리계획의 입안을

요청할 때에는 일반적인 행정협조·협의를 통하여 처리하여야 할 것이다.

③ 住民 및 地方議會의 意見聽取¹⁰⁷⁾

도시관리계획은 주민생활과 재산권에 직·간접적인 영향을 미치므로 입안과정에서 주민의 의견을 폭넓게 수렴하여야 한다. 주민 의견청취의 구체적인 방법에 대해서는 대통령령의 범위 안에서 도시계획조례로 정하게 되는데 도시관리계획안의 주요 내용을 일간신문 등에 공고하고 일정한 장소에 구체적인 도시관리계획 내용을 비치하여 일반이 열람할 수 있도록 하는 ‘주민공람’의 방법에 의한다. 다만, 국방상 기밀을 요하는 사항이거나 주민의 이해관계에 큰 영향을 미치지 않는 대통령령이 정하는 경미한 사항은 주민공람을 하지 않아도 된다. 주민공람을 생략할 수 있다는 규정이 필요시에 주민공람을 할 수 있는 가능성까지 배제하는 것은 아니다. 비록 대통령령에서 경미한 사항으로 규정하고 있더라도 시장·군수는 필요한 경우 주민공람을 할 수 있다. 한편, 예외적인 도시관리계획 입안권자인 국토해양부장관이나 도지사가 도시관리계획을 입안하는 경우에는 사실상 직접 주민공람을 하기가 곤란하므로 해당 시장·군수가 주민공람을 실시하도록 규정되어 있다. 시장·군수는 주민공람 결과 제시된 주민의견이 타당하다고 판단되면 이를 반드시 도시관리계획안에 반영하여야 한다. 이처럼 국토계획법은 주민의견이 타당함에도 시장·군수가 이를 도시관리계획안에 반영하지 않은 일을 없도록 하고 있다.

주민의견의 타당성 여부는 시장·군수가 종합적으로 판단할 사항이지만 일단 타당한 것으로 판단되면 반드시 도시관리계획안에 반영하여야 할 의무가 있다. 시장·군수의 신중한 판단과 판단 결과의 이행을 담보하는 규정이다. 또한 도시관리계획 입안과정에서 다양한 이해관계를 수렴·조정하기 위해 주민의 대표로 구성된 지방의회의 의견을 듣도록 하고 있다. 모든 도시관리계획 사항에 대하여 전부 지방의회의 의견을 듣도록 의무화된 것이 아니라 대통령령이 정하는 중요한 사항. 예컨대, 용도지역·지구·구역의 지정, 대규모 도시계획시설의 결정이

107) 국토계획법 제28조(주민 및 지방의회의 의견청취) : ①국토해양부장관(제40조에 따른 수산자원보호구역의 경우 농림수산식품부장관을 말한다), 시·도지사, 시장 또는 군수는 제25조의 규정에 의하여 도시관리계획을 입안하는 때에는 주민의 의견을 들어야 하며, 그 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 이를 도시관리계획안에 반영하여야 한다. 다만, 국방상 또는 국가안전보장상 기밀을 요하는 사항(관계중앙행정기관의 장의 요청이 있는 것에 한한다)이거나 대통령령이 정하는 경미한 사항인 경우에는 그러하지 아니하다.

그 대상이다.

지방의회의 의견청취는 지방의회가 제시한 의견대로 반드시 시장·군수는 따라야 한다는 의미는 아니다. 다만, 주민의 대표로 구성된 의회의 의견을 단체장이 일방적으로 무시하여서는 아니 될 것이다. 종전에는 이러한 지방의회의 의견청취를 하는 시기가 원칙적으로 도시계획결정권자가 도시계획결정시에 하도록 되어 있었다. 즉, 시장·군수가 도시계획을 입안하여 시·도지사에게 결정신청을 하면 시·도지사가 시·군의 지방의회의 의견을 듣도록 한 것이다. 다만, 시장·군수가 미리 당해 지방의회의 의견을 들어 신청할 수도 있었으며 이 경우 결정권자는 지방의회의 의견을 듣지 않아도 되도록 규정하였었다. 그러나 실제 운영에 있어서는 모든 시장·군수가 도시계획의 결정신청 전에 지방의회의 의견을 미리 듣고 있었다. 이 경우 당해 지방의회의 의견을 도시계획 입안에 반영하는 것에 대해 법적 효력에 논란이 있어 왔다. 시장·군수가 지방의회 의견을 듣는 것은 어디까지나 결정권자인 시·도지사를 대신하여 듣는 것이므로 지방의회의 의견을 결정신청시에 첨부하는 서류에 불과한 것인지, 아니면 시장·군수가 지방의회 의견을 미리 도시계획안에 반영하는 것이 과연 타당한 것인가에 대한 논란이 있었다. 국토계획법에서는 이러한 논란을 법적으로 정리하였다. 즉, 종전처럼 결정권자인 시·도지사가 도시관리계획 결정시에 지방의회의 의견을 듣도록 규정하지 않고 도시관리계획 입안권자인 시장·군수가 도시관리계획 입안시에 듣도록 한 것이다. 그 의미는 시장·군수가 지방의회의 의견을 바로 도시관리계획안에 반영하도록 한 것이다. 한편, 특별시나 광역시의 경우 시장의 도시관리계획 입안권을 구청장에게 위임한 경우에는 법적으로 의견을 들을 지방의회는 시의회가 아니라 구의회가 된다. 즉, 입안권자가 속하는 의회가 의견청취 대상이다. 다만, 국토계획법령에 근거가 없다고 해서 시장이 도시관리계획 결정시 당해 시의회의 의견을 듣지 말라는 규정은 없다. 시장은 중요한 업무에 대하여 의회의 의견을 들을 수 있기 때문이다. 다만, 국토계획법령에서 이를 강제화하지는 않는다는 의미이다.

④ 都市管理計劃의 決定¹⁰⁸⁾ 및 告示

108) 국토계획법 제30조(도시관리계획의 결정) : ①시·도지사는 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 관계 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 국토해양부장관(제40조에 따른 수산자원보호구역의 경우 농림수산식품부장관을 말한다)은 도시관리계획을 결정하고자 하는 때에는 관계 중앙행정기관의 장과 미리 협의

도시관리계획은 정하는 내용이 광범위하고 그 영향력이 크므로 계획수립과정에서 관계행정기관의 장과의 협의는 필수적이다. 그럼에도 불구하고 종전의 규정에는 관계행정기관의 장과 협의하도록 하는 명시적인 규정이 없이 그때 그때 필요에 따라 협의하였다. 국토계획법에서는 도시관리계획을 결정할 때에는 반드시 사전에 관계행정기관이 장과 협의하도록 하였다. 그러면서 협의기간의 지연을 방지하기 위하여 30일의 의견제시기간을 정하였다. 또한, 도시관리계획 수립기간의 단축을 위하여 도시관리계획 입안시에 미리 관계 행정기관의 장과 협의할 경우에는 도시관리계획 결정시에 협의를 생략할 수 있도록 하였다. 그리고 시·도지사가 중요한 도시관리계획을 결정할 때에는 미리 국토해양부장관과 협의하도록 하였다. 이는 도시관리계획 결정의 시·도지사에게의 이양에 따라 자칫 무분별한 도시관리계획결정이 이루어지는 것을 방지하기 위한 장치이다.

도시계획위원회는 국토해양부에 설치된 중앙도시계획위원회, 각급 지자체(특별시·광역시·도·시·군·구)에 설치된 지방도시계획위원회가 있으며, 도시계획에 관한 전문가와 관계공무원, 지방의회의원 등으로 구성되어 도시계획에 관한 자문·심의를 담당하고 있다. 시·도지사가 도시관리계획을 결정하는 경우에는 시·도 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다. 다만 지구단위계획 중 건축물의 용도제한·건폐율·용적률·건축물의 배치·형태·색채와 건축선에 관한 계획에 대하여는 건축위원회의 의견을 들어야 한다. 이러한 필수적인 도시계획위원회의 심의절차 이외에도 지자체나 국토해양부장관은 각급 도시계획위원회에 도시관리계획과 관련된 사항에 대하여 자문을 거칠 수 있다. 자문은 의무사항이 아니라 필요한 경우에 거치게 된다. 그러나 도시관리계획의 중요성과 전문성에 비추어 대부분의 경우 도시관리계획 입안시에도 도시계획위원회의 자문을 거치고 있다. 도시관리계획이 결정되면 관보에 고시하여야 하고, 당해 도시관리계획 입안권자에게 송부하여 일반이 공람하게 하여야 한다. 도시관리계획의 효력은 결정고시일부터 5일 후에 그 효력을 발생한다. 그러나 도시관리계획결정 당시 이미 사업 또는 공사에 착수한 자는 당해 도시관리계획의 결정에 관계 없이 그 사업 또는 공사를 계속할 수 있다. 그리고 특별시장·광역시장 또는 군수는 5년마다 관할구역의 도시관리계획

의하여야 한다. 이 경우 협의요청을 받은 기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 그 요청을 받은 날부터 30일 이내에 의견을 제시하여야 한다.

에 대하여 그 타당성 여부를 전반적으로 재검토하여 이를 정비하도록 의무화하고 있다.¹⁰⁹⁾

3. 體系的 開發을 爲한 手段

(1) 地區單位計劃

지구단위계획은 토지의 계획적 이용을 실현하기 위해 지구단위로 일정한 구체적·개별적 계획을 미리 작성하여 이에 적합한 토지이용을 허용하거나 유도하는 공간규제이다. 그러나 계획적 토지이용에는 크게 이바지하지 못하는 단점이 있다. 이를 보완하기 위해 지구단위계획을 제도화하고 있다. 지구단위계획은 1980. 1. 4 「건축법」의 개정에 의해 도입된 도시설계제도에서 비롯된다.¹¹⁰⁾ 지구단위계획은 도시계획수립대상지역 안의 일부에 대하여 토지이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하며, 당해 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시관리계획을 말한다.¹¹¹⁾

용도지역지구제가 주로 거시적 차원에서의 토지재산권의 이용계획 실현을 위한 규제수단이라고 한다면, 지구단위계획제도는 지구단위를 대상으로 한 개별적이며 미시적인 차원에서의 토지이용계획 실행수단이라 할 수 있다.¹¹²⁾ 이러한 지구단위계획은 종전 건축법상의 도시계획과 종전 도시계획법상의 상세계획이 통합되어 2000년 개정된 도시계획법에서 지구단위계획으로 바뀌었다가 국토계획법에서는 제1종 지구단위계획과 제2종 지구단위계획으로 변경되어 제1종 지구단위계획은 도시지역 안에서, 제2종 지구단위계획은 도시지역 밖에서 지정하게 된다. 그리고 지구단위계획구역 및 지구단위계획은 도시관리계획으로 결정한다.

109) 도시관리계획을 정비함에 있어 도시계획시설에 대한 도시관리계획결정의 고시일로부터 10년 이내에 사업이 시행되지 아니할 때에는 당해 도시계획시설결정의 타당성을 검토하여 그 결과를 도시관리계획 입안에 반영하여야 한다(국토계획법시행령 제29조 제1항).

110) 당시 「건축법」은 도심 내의 건축물에 대한 특례규정을 신설하여 도심부 또는 간선도로변 등에 도시계획시설 및 토지이용계획 등을 구체화하고 건축물 및 공공시설의 위치·규모·용도·형태와 공간의 활용 등에 관한 장기종합계획으로 도시설계를 수립·공고할 수 있도록 하였다(동법 제8조의 2).

111) 국토계획법 제2조 (정의) 제5호.

112) 대한민국토·도시계획학회, 「토지이용계획론」, 보성각, 1996, pp. 352-353.

① 第1種 地區單位計劃

제1종 지구단위계획은 토지이용을 합리화·구체화하고, 도시 또는 농·산·어촌의 기능의 증진, 미관의 개선 및 양호한 환경을 확보하기 위하여 수립하는 계획으로서 종전의 도시계획법에 의한 지구단위계획을 제1종 지구단위계획으로 명칭을 변경한 것이다. 새로운 제1종 지구단위계획은 공공시설부지 제공에 따른 용적률 인센티브를 강화¹¹³⁾하여 한옥보존지역이나 차 없는 거리조성 등을 위한 경우에는 주차장 설비기준을 100%까지 완화하면서 건축물 허용용도를 주거·상업·공업·녹지지역 등 중분류 범위 안에서 완화하여 적용토록 하였다.¹¹⁴⁾ 그리고 ①정비구역과 택지개발예정지구에서 사업이 완료된 후 10년이 경과한 지역 ②시가화조정구역 또는 공원에서 해제되는 지역(다만, 녹지지역으로 지정 또는 존치되거나 법 또는 다른 법령에 의하여 도시계획사업 등 개발계획이 수립되지 않은 경우는 제외)으로서 30만㎡ 이상인 지역 ③녹지지역에서 주거·상업·공업지역으로 변경되는 지역으로서 30만㎡ 이상인 지역은 반드시 제1종 지구단위계획을 수립하도록 의무화하였다. 소규모 용도지역 변경과는 달리 30만㎡ 이상 변경되는 경우에 지구단위계획수립과정을 거치게 함으로써 용도지역에 의한 제한 외에 또 다른 통제가 존재하게 된다. 면적이 넓은 경우 도시계획적 판단이 보다 요청된다는 점을 다시 한번 생각하게 한다.¹¹⁵⁾

한편, ①「국토계획법」상의 용도지구 ②「도시개발법」에 의하여 지정된 도시개발구역 ③「도시 및 주거환경정비법」에 의하여 지정된 정비구역 ④「택지개발촉진법」에 의한 택지개발예정지구 ⑤「주택법」에 의한 대지조성사업지구 ⑥「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 규정에 의한 산업단지(시설용지 제외) ⑦「관광진흥법」에 의하여 지정된 관광특구 ⑧개발제한구역·도시자연공원구역·시가화조정구역·공원에서 해제되는 구역, 녹지지역에서 주거·상업·공업지역으로 변경되는 구역과 새로이 도시지역으로 편입되는 구역 중 계획적인 개발 또는 관리가 필

113) 인센티브는 당해 용도지역에 적용되는 건폐율·용적률의 1.5배·2배까지 각각 허용하되, 공공시설부지 제공 등을 감안하여 상한의 범위 안에서 지구단위계획으로 인센티브에 관한 사항을 미리 정하는 경우에 한하여 인센티브를 부여할 수 있다(국토계획법시행령 제48조).

114) 예를 들면, 근린상업지역에 제1종 지구단위계획이 수립될 경우 근린상업지역 뿐 아니라 일반·중심·유통상업지역에서 허용되는 행위도 허용된다.

115) 예컨대, 도로의 개설과 같은 기반시설의 확보도 도시계획적 판단이 필요한 이유가 된다.

요한 지역 ⑨도시지역의 체계적·계획적인 관리 또는 개발이 필요한 지역 ⑩그 밖에 양호한 환경의 확보 또는 기능 및 미관의 증진 등을 위하여 필요한 지역으로서 시범도시, 개발행위허가 제한지역, 주택재건축사업에 의하여 공동주택을 건축하는 지역, 제1종 지구단위계획구역으로 지정하고자 하는 토지와 접하여 공공시설을 설치하고자 하는 자연녹지지역 등 대통령령이 정하는 지역은 제1종 지구단위계획구역으로 지정할 수 있도록 하고 있다.

② 第2種 地區單位計劃

제2종 지구단위계획¹¹⁶⁾은 계획관리지역 또는 개발진흥지구를 체계적·계획적으로 개발 또는 관리하기 위하여 용도지역의 건축물 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등에 대한 제한을 완화하거나 건폐율 또는 용적률을 완화하여 수립하는 계획이다. 즉, 관리지역의 체계적 개발을 위하여 준도시지역¹¹⁷⁾개발계획제도를 폐지하고, 제2종 지구단위계획제도를 새로 도입하였으며, 제2종 지구단위계획구역을 지정할 수 있는 입지를 제한하여 계획관리지역과 개발진흥지구를 대상으로 지정하되, 계획관리지역은 ①지정하고자 하는 지역에 공동주택 중 아파트 또는 연립주택의 건설계획이 포함되는 경우에는 300,000㎡ 이상일 것(다만, 지구단위계획구역이 수도권 정비계획법 규정에 의한 자연보전권역인 경우와 지구단위구역 안에 초등학교용지를 확보하여 관할 교육청의 동의를 얻거나 지구단위계획구역 안 또는 지구단위계획구역으로부터 통학이 가능한 거리에 초등학교가 위치하고 학생수용이 가능한 경우로서 관할 교육청의 동의를 얻은 경우는 100,000㎡ 이상일 것) ②당해 지역에 도로·수도공급설비·하수도 등 기반시설을 공급할 수 있을 것 ③자연환경·경관·미관 등을 해치지 아니하고 문화재의 훼손우려가 없을 것, 개발진흥지구는

116) 제2종 지구단위계획의 내용은 ①용도지역 또는 용도지구를 대통령령이 정하는 범위 안에서 세분하거나 변경하는 사항 ②대통령령이 정하는 기반시설의 배치와 규모 ③도로로 둘러싸인 일단의 지역 또는 계획적인 개발·정비를 위하여 구획된 일단의 토지의 규모와 조성계획 ④건축물의 용도제한·건축물의 건폐율 또는 용적률·건축물의 높이의 최고한도 또는 최저한도 ⑤건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획 ⑥환경관리계획 또는 경관계획 ⑦교통처리계획 ⑧그 밖에 토지이용의 합리화, 도시 또는 농·산·어촌의 기능증진 등에 필요한 사항 등이며, 지구단위계획은 도로, 상·하수도 등 도시계획시설의 처리·공급 및 수용능력이 지구단위계획구역 안에 있는 건축물의 연면적·수용인구 등 개발밀도와 적정한 조화를 이룰 수 있도록 하여야 한다(국토계획법 제52조).

117) 국토계획법이 제정되기 이전에 국토이용관리법은 제6조에서 국토를 도시지역·준도시지역·농림지역·준농림지역·자연환경보전지역으로 구분하여 지정할 수 있도록 규정하고 있었다. 이 때의 준도시지역과 준농림지역은 현재 관리지역으로 통합되었다.

①주거개발진흥지구·복합개발진흥지구 및 특정개발진흥지구는 계획관리지역으로
 ②산업·유통개발진흥지구 및 복합개발진흥지구는 계획관리·생산관리·농림지역
 으로 ③관광·휴양개발진흥지구는 비도시지역으로 한정하였다.¹¹⁸⁾ 도시관리계획수
 립지침에서 개발진흥지구를 자연환경보전지역과 관리지역의 일부에는 지정할 수
 없도록 되어 있기 때문에 기타의 지역에서는 지정이 가능하다고 해석한 바 도 있
 다.¹¹⁹⁾ 실제 제2종 지구단위계획이 수립된 사례를 살펴보면 계획관리지역만 지정되
 어 있는 경우도 있지만 대부분 계획관리지역과 개발진흥지구가 함께 지정되어 있
 다.¹²⁰⁾ 한편, 비도시지역에서 이루어지는 일정규모 이상의 모든 토지의 개발은 제
 2종 지구단위계획을 수립하여 그 내용대로 건축물이나 외부환경을 조성하게 하
 고 있다.¹²¹⁾ 이렇게 수립하여 조성된 계획구역은 주거형의 경우, 거의 도시지역
 의 기존시가지에 못지않은 개발이 일어날 수 있을 것으로 판단된다. 그럼에도 용
 도지역은 여전히 계획관리지역으로 남을 전망이어서 언제까지 이러한 지역들을
 비도시지역으로 관리할 것인가에 대한 논란이 이어질 것으로 보인다. 따라서 지
 방자치단체의 자율성과 융통성을 부여하되 책임성을 명확히 하여 도시적 개발과
 농촌적 개발에 대한 정의와 규모·특징에 대한 규정이 우선되어야 할 것으로 판
 단된다.¹²²⁾

(2) 都市計劃施設

① 意義 및 種類

도시계획시설은 기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설을 말한다. 국토계
 획법에서는 종전의 국토이용관리법에 의한 공공시설(64개)과 도시계획법에 의한
 도시기반시설(52개)을 기반시설로 통합하였다. 이를 구체적으로 살펴보면, 공공시

118) 도시관리계획 및 지구단위계획수립지침, 건설교통부 도시58400-3129호, 2003.

119) 도시관리계획수립지침, 건설교통부, 2005. 5.

120) 신규식·신태형·정체효·안호경, “제2종 지구단위계획 사례분석 예시, 지구단위계획 운영실태와 발
 전적 개선방향”, 대한국토도시계획학회, 2004, p. 36.

121) 노춘희 외, “국토의 계획적 개발을 위한 관련제도 정비방안에 관한 연구”, 강남대학교 도시연구원,
 2002, pp. 68-72.

122) 한국도시설계학회, 「관광·휴양형 지구단위계획 제주심포지엄」, 2007. 2, p. 69.

설 중 선거·공중변소와 도시기반시설 중 관망탑을 기반시설에서 제외하는 대신, 체육시설과 장례문화의 변화로 낱골시설의 필요성이 커짐에 따라 낱골시설을 기반시설로 인정하고 추가하였고, 자연공원¹²³⁾은 기반시설(공원)에 포함시키지 않았다.

도시관리계획으로 결정되어야 설치 가능한 기반시설(의무시설)의 종류는 지역별로 차등화하였으며, 도시지역은 종전규정을 그대로 수용하고 비도시지역의 경우 당해 지역의 기능유지에 미치는 영향이 작은 시설(궤도, 삭도, 전기공급시설, 주차장, 자동차정류장, 광장, 유통저장 및 송유설비 등)은 의무시설에서 제외하였다. 또한 구거를 공공시설에 추가하였는데, 이는 종전에 실무관행상 구거를 하수도·하천 등 공공시설로 간주하여 대체되는 공공시설을 설치하는데 개발행위자에게 무상양여하였는 바, 이를 공식화하여 구거를 공공시설로 인정함으로써 공공시설의 원활한 설치를 지원하기 위한 입법조치이다. 도시계획시설기준이 비도시지역에서도 적용되고 도시계획시설이 일부 추가됨에 따라, 도시계획시설기준에서 시설기준을 조정함과 동시에 종전의 「도시계획시설기준에 관한 규칙」을 「도시계획시설의 결정·구조 및 설치에 관한 규칙」¹²⁴⁾으로 명칭 변경하고, 보행자전용도로와 자전거전용도로는 학교·문화시설 및 지하철역 등과 원활하게 연계되도록 하고 일반도로와 교차하는 경우 보행자 및 자전거 우선구조로 설치하여 보행과 자전거 이용의 편리성과 안정성을 증대토록 하였다. 그리고 철도역·자동차정류장·유원지·유통업무설비·전기공급설비·시장·운동장·청소년수련시설·종합의료시설·폐기물처리시설·수질오염방지시설 등의 시설에 비도시지역 내 입지기준을 추가하고, 일부 도시지역 내 입지기준도 조정하였으며, 도시공원법에서 공원·녹지의 범위를 도시지역으로 한정함에 따라 비도시지역의 공원·녹지도 도시계획시설에 추가하고 설치기준 등은 도시공원법을 준용하도록 하였다.

주차장은 원활한 교통의 흐름을 저해하지 아니하도록 주간선도로의 교차로에 인접하여 설치하거나 주간선도로에 주차장의 진·출입구를 설치하지 않도록 하고, 유원지의 규모를 6천 제곱미터 이상에서 1만 제곱미터 이상으로 확대하여 규모의

123) 자연공원은 용도지역과 기반시설의 성격을 함께 가지고 있으나, 이를 기반시설로 처리할 경우 장기미집행 등 문제점이 우려되고 면적도 지나치게 넓으므로 기반시설에서 제외한 것으로 판단된다.

124) 제1조 (목적) : 이 규칙은 국토계획법 제43조 제2항의 규정에 의한 도시계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준과 동법시행령 제2조 제3항의 규정에 의한 기반시설의 세분 및 범위에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다. 일부개정령(건설교통부령 제542호, 2006. 11. 22).

적정화와 단지화를 유도하였고, 비도시지역의 경우 학생수의 확보가 어려운 점을 감안하여 도시지역 초등학교의 통학거리인 1,000미터를 초과하여 학년 당 1개 학급 이상을 유지할 수 있는 지역까지 통학거리를 확대할 수 있도록 하고, 통학을 위한 교통수단의 이용가능성을 고려하도록 하였으며, 체육시설·납골시설 등 추가되는 시설에 대한 입지·구조·설치기준을 새로이 규정하였고, 문화시설에 과학관, 폐기물처리시설에 재활용시설, 수질오염방지시설에 축산폐수공공처리시설과 폐광의 폐수를 처리하기 위하여 설치하는 시설을 각각 추가하였다.

② 基準 및 補償

시장·수상·공중 또는 지하에 기반시설을 설치하고자 하는 경우에는 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하여야 하며, 공동구¹²⁵⁾가 설치된 경우에는 당해 공동구에 수용되어야 할 시설이 빠짐없이 공동구에 수용되도록 하여야 한다.¹²⁶⁾ 그리고 도시계획시설사업의 시행자(시행청이 아닌 자를 제외)는 공동구를 설치(정비·개량하는 경우를 포함)하는 경우 다른 법률에 의하여 그 공동구에 수용되어야 할 시설을 설치할 의무가 있는 자에 대하여 공동구의 설치에 소요되는 비용을 부담시킬 수 있다.¹²⁷⁾

시·도지사, 시장 또는 군수는 도시계획시설사업의 시행자가 공동구를 설치하는 경우 공동구의 원활한 설치를 지원하기 위하여 그 비용의 일부를 보조할 수 있으며, 공동구의 설치비용을 부담하지 아니한 자가 공동구를 점용 또는 사용하고자 하는 때에는 그 공동구를 관리하는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

광역시설의 경우에 관계 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 협약을 체결하거나 협의회 등을 구성하여 설치·관리할 수 있다. 다만, 협약의 체결이나 협의회 등의 구성이 이루어지지 아니하는 경우 당해 시 또는 군의 동일한 도에 속하는 때에는 관할 도지사가 광역시설을 설치·관리할 수 있다.¹²⁸⁾ 국토계획으로 설치하는

125) 지하매설물(전기·가스·수도 등의 공급시설, 통신시설, 하수도시설 등)을 공공수용함으로써 미관의 개선, 도로구조의 보전 및 교통의 원활한 소통을 기하기 위하여 지하에 설치하는 시설물을 말한다(국토계획법 제2조 제9호).

126) 국토계획법 제43조 및 제44조 제1항.

127) 국토계획법 제44조 제2항.

광역시설은 당해 광역시설의 설치·관리를 사업목적으로 하거나 사업종목으로 하여 다른 법률에 의하여 설립된 법인이 이를 설치·관리할 수 있다.¹²⁹⁾ 그러나 지방자치단체는 환경오염이 심하게 발생하거나 해당 지역의 개발이 현저하게 위축될 우려가 있는 광역시설을 다른 지방자치단체의 관할구역 안에 설치하고자 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 환경오염방지를 위한 사업 또는 당해 지역 주민의 편익을 증진시키기 위한 사업을 당해 지방자치단체에 지원하여야 한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에 의한다.¹³⁰⁾

도시계획시설을 공중·수중·수상 또는 지하에 설치함에 있어서 그 높이 또는 깊이의 기준과 그 설치로 인하여 토지나 건물에 대한 소유권의 행사에 제한을 받는 자에 대한 보상 등에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하고 있으나,¹³¹⁾ 해당 법률이 만들어지지 않고 있다. 중대한 입법 불비라고 할 수 있다.

③ 敷地의 買收請求

도시계획시설에 대한 도시관리계획의 결정의 고시일로부터 10년 이내에 당해 도시계획시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 당해 도시계획시설의 부지로 되어있는 토지 중 지목이 ㄷ인 토지(당해 토지에 있는 건축물 및 정착물을 포함)의 소유자는 대통령령이 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에게 당해 토지의 매수를 청구할 수 있다.¹³²⁾ 그러나 도시계획시설사업의 시행자가 따로 정해진 경우나 도시계획시설을 설치하거나 관리해야 할 의무가 있는 자가 있는 경우에는 그 의무자에게 당해 토지의 매수를 청구할 수 있다. 매수의무자는 매수청구를 받은 토지를 매수하는 때에는 현금으로 그 대금을 지급한다. 다만, 매수의무가 지방자치단체인 경우에는 도시계획시설채권을 발행하여 지급할 수 있다.¹³³⁾ 도시계획시설채권의 상환기간은 10년 이내로 하

128) 국토계획법 제45조 제2항.

129) 국토계획법 제45조 제3항.

130) 국토계획법 제45조 제4항.

131) 국토계획법 제46조.

132) 국토계획법 제47조 제1항.

133) 지방자치단체가 도시계획시설채권을 발행하여 토지를 매수할 수 있는 경우는 ①토지소유자가 원하는 경우와 ②부채부동산소유자의 토지 또는 비업무용토지로서 매수금액이 일정금액을 초과하는 경우 그 초과하는 금액에 대하여 지급하는 경우로 한정하고 있다(국토계획법 제47조 제2항).

며, 구체적인 상환기간과 이율은 지방자치단체의 조례로 정한다.¹³⁴⁾

④ 決定의 失效

도시계획시설결정이 고시된 도시계획시설에 대하여 그 고시일부터 20년이 경과될 때까지 당해 시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시계획시설결정은 그 고시일로부터 20년이 되는 날의 다음날에 그 효력을 상실한다.

(3) 基盤施設連動制¹³⁵⁾

기반시설연동제는 도시기반시설 확보 후 도시개발을 허용토록 하는 제도로서 기반시설¹³⁶⁾과 개발의 연동화 체계를 구축하는데 초점을 맞추고 있다.¹³⁷⁾ 즉, 종전에는 도시계획구역 안에서 도로, 상·하수도 등 도시기반시설은 종전 도시계획법에 의한 도시계획으로 결정하여야만 설치가 가능토록 되어 있으며, 도시계획구역 밖의 도로, 상·하수도 등은 공공시설로서 별도계획 없이 국토해양부장관과 협의하거나 승인을 얻어 설치하도록 되어 있었다.

이와 같은 도시계획구역 밖의 비계획적인 제도적 특성을 보완하기 위하여 도시

134) 국토계획법 제47조 제2항.

135) 건설교통부, 기반시설연동제운영지침, 2005, 9.

136) 국토계획법 제2조 (기반시설) : ①국토계획법 제2조 제6호 각목 외의 부분에서 “대통령령이 정하는 시설”이라 함은 다음 각호의 시설(당해 시설 그 자체의 기능발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설 및 편익시설을 포함한다)을 말한다.

1. 교통시설 : 도로·철도·항만·공항·주차장·자동차정류장·궤도·삭도·운하, 자동차 및 건설기계검사시설, 자동차 및 건설기계운전학원
2. 공간시설 : 광장·공원·녹지·유원지·공공공지
3. 유통·공급시설 : 유통업무설비, 수도·전기·가스·열공급설비, 방송·통신시설, 공동구·시장, 유류저장 및 송유설비
4. 공공·문화체육시설 : 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설·도서관·연구시설·사회복지시설·공공직업훈련시설·청소년수련시설
5. 방재시설 : 하천·유수지·저수지·방화설비·방풍설비·방수설비·사방설비·방조설비
6. 보건위생시설 : 화장장·공동묘지·납골시설·장례식장·도축장·종합의료시설
7. 환경기초시설 : 하수도·폐기물처리시설·수질오염방지시설·폐차장

②제1항의 규정에 의한 기반시설 중 도로·자동차정류장 및 광장은 다음 각호와 같이 세분할 수 있다.

1. 도로(일반도로, 자동차전용도로, 보행자전용도로, 자전거전용도로, 고가도로, 지하도로)
2. 자동차정류장(여객자동차터미널, 화물터미널, 공영차고지, 공동차고지)
3. 광장(교통광장, 일반광장, 경관광장, 지하광장, 건축물부설광장)

③제1항 및 제2항의 규정에 의한 기반시설의 추가적인 세분 및 구체적인 범위는 국토해양부령으로 정한다.

137) 김형복, “난개발 방지를 위한 기반시설연동제의 모의실험에 관한 연구”, 「토지개발기술」 봄호, 2002, p. 22.

기반시설과 공공시설을 기반시설로 통합하고, 모든 기반시설을 지역구분 없이 사전에 통합적 계획을 수립하여 설치함으로써 전 국토의 도시계획화를 유도하고자 하는 것이 기반시설연동제이다. 다만, 도시지역 안과 밖에서 계획으로 결정하여야만 설치할 수 있는 기반시설의 종류는 차등적으로 규정함으로써 제도적 신축성을 기하고자 하고 있다.¹³⁸⁾

이를 위한 실천프로그램이 기반시설연동화제도이다. 이 제도는 기존 기반시설이 수용할 수 있는 범위 내에서 개발을 허가하되, 개발로 인하여 추가 설치가 필요한 기반시설에 대하여는 개발사업자가 이를 부담하는 것을 원칙으로 하고, 이를 위해서 개발로 인하여 기반시설의 추가설치가 필요한 지역은 기반시설설치비용을 부과하도록 하고 있다. 주거·상업·공업지역은 추가로 기반시설을 확보하기 어려운 만큼 기존 기반시설을 고려하고 지자체가 미리 법정허용한도의 일정 범위 내로 개발밀도를 제한할 수 있는 구역을 정하도록 하여 개발로 인한 기존 기반시설의 과부하를 최소화하도록 하고 있다. 주요 내용은 다음과 같다.

① 開發密度管理區域

기반시설의 설치가 어려운 기존 시가지 등을 개발밀도관리구역으로 지정하여, 기반시설의 내용범위 내에서 개발되도록 건폐율·용적률을 강화하되, 주거·상업·공업지역에서 기반시설이 부족하거나 시설의 확장설치가 곤란한 지역을 대상으로 지정한다. 즉, 대상지역은 도로, 상·하수도, 학교용량을 고려하여 결정한다.¹³⁹⁾ 개발밀도관리구역의 경계는 도로·하천 등 지형지물이나 용도지역 경계선 등을 따라 설정하는 등 경계선이 분명하게 구분되도록 하며, 개발밀도관리구역 안의 기반시설의 변화를 주기적으로 검토하여 용적률을 강화·완화하거나 구역을 해제한다. 그리고 개발밀도는 당해 지역에서 허용되고 있는 용적률의 50%까지 강화한다.

138) 엄수원, “국토의 계획적 개발을 위한 정책과제”, 「대한토지연구협회의 창립1주년기념 종합대토론회 논문집」, 2001. 11, pp. 90-91.

139) 국토계획법시행령 제63조 : ①도로서비스 수준이 매우 낮아 차량통행이 현저하게 지체되는 지역 또는 도로율이 용도지역별 도로율 기준에 20% 이상 미달하는 지역 ②향후 2년 이내에 수도수요량이나 하수발생량이 수도·하수시설용량을 초과할 것으로 예상되는 지역 ③향후 2년 이내에 학생수가 학교수용용량을 20% 이상 초과할 것으로 예상되는 지역이다.

② 基盤施設負擔區域¹⁴⁰⁾

특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역에 대하여는 기반시설부담구역으로 지정하여야 한다. 다만, 개발행위가 집중되어 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 해당 지역의 계획적 관리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 다음 각 호에 해당하지 아니하는 경우라도 기반시설부담구역으로 지정할 수 있다. 첫째, 이 법 또는 다른 법령의 제정·개정으로 인하여 행위제한이 완화되거나 해제되는 지역 둘째, 이 법 또는 다른 법령에 따라 지정된 용도지역 등이 변경되거나 해제되어 행위제한이 완화되는 지역 셋째, 개발행위허가 현황 및 인구증가율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 지역. 이러한 기반시설부담구역을 지정 또는 변경하고자 하는 때에는 주민의 의견을 들어야 하며, 해당 지방자치단체에 설치된 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 이를 고시하여야 하며 기반시설부담구역의 지정기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토해양부장관이 정한다.

한편, 기반시설설치비용¹⁴¹⁾의 부과대상 및 산정기준으로는 첫째, 기반시설부담구역 안에서 기반시설설치비용의 부과대상인 건축행위는 국토계획법 제2조 제20호에 따른 시설로서 200제곱미터(기존 건축물의 연면적을 포함한다)를 초과하는 건축물의 신·증축 행위로 한다.¹⁴²⁾ 다만, 기존 건축물을 철거하고 신축하는 경

140) 개발발도관리구역 외의 지역으로서 개발로 인하여 도로, 공원, 녹지 등 대통령령으로 정하는 기반시설의 설치가 필요한 지역을 대상으로 기반시설을 설치하거나 그에 필요한 용지를 확보하게 하기 위하여 국토계획법 제67조에 따라 지정·고시하는 구역을 말한다 (전문개정 2008. 3. 28, 시행일 2008. 9. 29).

141) 단독주택 및 숙박시설 등 대통령령으로 정하는 시설의 신·증축 행위로 인하여 유발되는 기반시설을 설치하거나 그에 필요한 용지를 확보하기 위하여 국토계획법 제69조에 따라 부과·징수하는 금액을 말한다 (전문개정 2008. 3. 28, 시행일 2008. 9. 29).

142) 서울행정법원판결 2007. 10. 23. 2007구합16912 (기반시설부담금부과처분취소) : ① 일반적으로 건축행위는 건축물의 '신축행위' 뿐만 아니라 '증축행위'도 포함하는 점 ② 같은 대지 내에 건축 연면적이 200㎡ 이하인 별개의 건축물을 순차적으로 건축하는 행위를 할 경우(건축 연면적의 합계는 200㎡ 초과하나 개별 건축물의 연면적이 200㎡ 이하인 경우)와 같이 새로운 건축행위로 기반시설의 확충을 유발하는 결과를 창출하였음에도 불구하고 기반시설부담금의 부과대상에서 제외된다고 해석하는 것은 법의 목적 및 입법취지 등에 반하므로 이러한 경우도 기반시설부담금의 부과대상으로 삼을 필요가 있는 점 ③ 건축행위는 기반시설의 설치·정비 또는 개량의 필요성을 야기하는바, 원칙적으로 200㎡를 초과하는 건축행위를 기반시설부담금의 부과대상으로 하면서(법 제6조 제2항의 '.....건축연면적이 200㎡를 초과하는'.....부분), 예외적으로 같은 대지 내 기존 건축물이 있는 경우에는 기존 건축물의 연면적을 포함하여 부과대상 해당 여부를 판단하고(법 제6조 제2항의 괄호 '.....(기존 건축물의 연면적을 포함한다).....' 부분), 나아가 기존 건축물의 연면적은 부과대상 연면적에서 제외하는 것(법 제6조 제2항은 '.....건축물의 건축행위.....'를 그 대상으로 한다고 규정하여 신축(증축)허가된 연면적만을 부과대상 연면적으로 규정하고 있다)은 입법자의 입법형성권의 재량범위 내에 있다고 보이는 점 등을 종합하여 고려하면, 법 제6조 제2항의 괄호 부분은 증축행위

우에는 기존 건축물의 건축연면적을 초과하는 건축행위에 대하여만 부과대상으로 한다. 둘째, 기반시설설치비용은 기반시설¹⁴³⁾을 설치하는데 필요한 기반시설 표준시설비용과 용지비용을 합산한 금액에 부과대상 건축연면적과 기반시설 설치를 위하여 사용되는 총비용 중 국가·지방자치단체의 부담분을 제외하고 민간 개발사업자가 부담하는 부담률을 곱한 금액으로 한다. 다만, 특별시장·광역시·시장 또는 군수가 해당 지역의 기반시설 소요량 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 기반시설부담계획을 수립한 경우에는 그 부담계획에 따른다.

(4) 用途地域制

1) 用途地域制의 意義와 原則

① 用途地域制의 意義

용도지역제는 토지의 기능과 적성에 따라 가장 적합하게 토지를 이용하기 위한 토지용도지역제의 한 유형이다. 따라서 용도지역제는 효율적인 토지이용을 위해 각 지역마다의 이용기능을 완전히 발휘하고, 다른 지역의 기능을 해하지 않는 포괄적인 계획에 의해 이용형태를 구분하게 된다. 용도지역의 지정을 위한 토지 이용구분은 현재의 토지상태를 반영함은 물론 장래 당해 지역의 토지이용이 어떻게 이루어져야 한다는 목표 지향적 토지이용상태를 나타내는 것이기도 하다. 이와 같이 용도지역제는 공권력에 의해 토지를 각각의 용도에 따라 구분함으로써 질서 있는 토지이용¹⁴⁴⁾을 도모하기 위해 토지의 이용형태를 규제하는 일종의 공용제한¹⁴⁵⁾에 해당된다.¹⁴⁶⁾

시 동일한 기존 건축물의 연면적 뿐만 아니라 신축행위시 같은 대지 내 별개 건축물의 연면적도 포함하는 것으로 해석함이 상당하다고 판시하고 있다.

143) “기반시설”이라 함은 국토계획법 제2조 제6호에서 규정한 기반시설 중 다음 시설(당해 시설 그 자체의 기능 발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설 및 편익시설을 포함한다)을 말한다. ①도로 ②공원 ③ 녹지 ④수도 ⑤하수도 ⑥학교(초·중·고등학교) ⑦폐기물처리시설.

144) 건설교통부, 「용도지역·지구제도의 개선방안 연구」, 국토연구원, 2000, p. 30.

145) 특정한 공익사업의 목적을 위하여 특정한 재산권에 가해지는 공법상의 제한으로 물적 공용부담의 하나이다. 제한을 받는 재산권으로는 부동산·동산·무체재산권 등이 있으며 그 가운데 토지에 대한 공용제한이 가장 일반적인 경우이다. 또 제한에는 개인이 소유하는 재산 그 자체가 공익사업에 직접 제공되기 위

일반적으로 토지권이용은 토지공간에 대한 권리설정과 이용·개발행위를 통해 실현된다. 여기서 권리설정 및 구체적인 개발행위는 개인 또는 사회의 의사결정 과정으로 나타난다. 토지공간에 대한 권리설정과 이용·개발행위에 대한 사회의 의사결정 중 하나가 토지이용계획이다. 토지이용계획은 토지자원을 효율적으로 이용하고, 도시의 성장과 기능에 일정한 질서를 부여하기 위해 토지를 어떻게 이용할 것인지에 대하여 체계적으로 마련한 국토관리방안이다. 즉 토지이용계획은 토지이용의 기본을 다루는 계획으로서 과거와 현재 그리고 미래의 연속선상에 그려지는 계획청사진이라 말할 수 있다. 또한 토지이용계획은 토지이용의 용도·강도·밀도 뿐만 아니라 토지이용 및 개발의 시기까지 제어하는 수단이라고도 할 수 있다.¹⁴⁷⁾

토지이용계획은 국가 및 지자체의 토지이용목표를 제시하고 도시 토지 및 공간구성의 기능과 구조에 대한 현재와 장래의 지침을 제공하는 역할을 한다. 또한 토지이용계획은 국토·지역·도시계획의 지침을 수용하고 계획내용의 현실성을 보장하기 위해 토지이용의 규제, 개발의 유도과 억제, 실행수단을 제시하기도 한다. 아울러 토지이용계획은 도시의 쾌적성과 안정성을 보장하는 도시공간의 성격과 기능 및 공간배치에 알맞은 토지용도, 개발밀도의 형태 등 도시공간의 설계 지침을 제공한다. 이와 같이 수립된 토지이용계획을 관리하는 수단은 크게 지구상세계획 등 계획중심의 관리와 용도규제중심의 관리방식으로 구분할 수 있다. 토지이용계획은 결과적으로 사유재산권에 대한 공적제한이 전제되기 때문에 계획의 관리수단 채택은 각각의 국가별로 다양한 정치·경제·사회체제와 역사적인 시대정신을 반영한다. 특히 토지이용제도와 관련한 사회적 이념이 중요한 역할을 수행한다.

먼저, 자유민주주의¹⁴⁸⁾는 가치중립적 지표인 개별 지가와 임대료는 당해 토지 용

하여 그 목적에 필요한 한도에서 그 소유권에 제한이 가해지는 공물제한(公物制限)과 공공사업의 편익을 피하기 위하여 사업의 관할 밖에 있는 재산에 대한 제한, 즉 연도구역(沿道區域)·사방구역 등에 있어서의 일정한 행위의 제한과 금지를 내용으로 하는 부담제한이 있다.

146) 류해웅, 「토지공법론」, 삼영사, 2004, p. 343.

147) 건설교통부, 「국토이용계획체계의 개선방안에 관한 연구」, 국토연구원, 2000, p. 51.

148) 자유민주주의는 신고전파의 경제이론을 따랐는데, 신고전파 경제학자들은 무엇보다도 시장의 자원배분 기능을 강조하며, 따라서 정부의 개입은 자칫 사회전체의 효율감소로 이루어질 수 있기 때문에 정부역할을 최소화하는 것이 바람직하다는 입장이며, 대표적인 진보적 자유주의자인 영국의 John Stuart Mill(1806~1873)은 기본적으로 정부의 개입을 반대하고, 예외적으로만 정부개입을 인정하는 자유방임주의를 지지

도에 대한 소비자의 선호도를 반영한 결과로 나타난다. 이 때 각 개인과 기업은 사용할 수 있는 예산의 범위에서 효용과 이윤을 극대화할 수 있는 최적 용도의 토지를 모색함으로써 토지자원의 효율적 분배가 자동적으로 달성된다고 믿는다. 따라서 토지이용의 경우에도 토지소유자의 뜻에 따라 이용·개발될 수 있는 자유로운 권한을 개인이 가져야 한다는 주장을 제기한다. 따라서 토지소유자의 건축규제가 전제된 후, 다수의 공동이익을 위해 불가피한 경우에 한하여 국가가 개입하는 소극적·방어적 성격의 용도지역제를 선호하는 경향이 있다.

반면, 사회민주주의자¹⁴⁹⁾는 산업화·도시화 과정에서 나타난 토지문제를 해결하기 위해서 보다 적극적으로 국가가 계획적인 토지이용과 도시개발 과정에 개입해야 한다고 인식한다. 이윤 극대화를 추구하는 개인이 자발적으로 환경보전·사적지 보호 등 공익을 위해 토지를 이용하는 것을 기대하는 것이 사실상 어렵기 때문이다. 시장의 완전경쟁과 완전한 정보교환이 불가능할 뿐 아니라, 특히 토지이용의 공간적·시간적 조화는 시장의 자율기능으로 조절되기 어렵다는 점도 인식할 필요가 있기 때문이다. 따라서 소유권 그 자체는 인정하되 공동선을 위해 토지이용에 상당한 정도의 사회적 구속이 불가피하다는 공감대를 형성할 필요가 있다는 것이다. 이 때문에 정부, 특히 지방정부의 계획고권(Plaungshoheit)¹⁵⁰⁾을 존중하면서 현재 점유상태에서의 이용권한은 개인이 갖더라도 미래의 개발과 이용방향은 국가 및 사회가 갖는다는 분리 사상을 지지한다. 따라서 현 수준 이상의 개발권은 개인이 갖고 있지 않기 때문에 개발이 원칙적으로 불허되는 반면, 공공의 토지이용계획을 통해서만 신규개발이 허용된다는 사회적 약속을 수용할 것을 촉구한다. 따라서 미개발지에 대한 토지소유자의 건축부자유가 전제된 후, 국가가 적극적으로 개입하여 기본계획과 시행계획 등 상세한 계획이 마련된 후에 개발이 허용되는 계획

하였으며, 정부개입을 반대하는 일반적인 이유로 ①개인자유의 보장 ②정부권한의 제한 ③비효율적인 정부조직 ④민간기업의 효율성 ⑤국민들에 대한 교육효과 등 다섯 가지를 들었다(이근식, 「자유주의 사회경제사상」, 한길사, 1999, pp. 282-286).

149) 사회민주주의자 또는 정치경제학자들은 소극적으로 시장실패를 교정할 뿐만 아니라 근본적으로 공동 이익 증진을 위해 개인의 경제활동 영역에 국가가 적극 개입할 필요성을 강조한다.

150) 독일에서의 계획고권은 지방자치단체가 자기 지역에서 토지의 이용을 제한하고 규율하는 헌법상 보장된 지방자치단체의 권한을 의미하며, 이러한 계획고권은 우선 독일기본법 제28조 제2항 제1문에서 보장된 자기책임적 책무수행 제한 뿐 아니라 전권한성(Allzuständigkeit)을 구체화하는 바, 그 정도는 조직고권과 같은 것보다 훨씬 강력하다. (신봉기, “계획고권 재론”, 「토지공법연구」 제17집, 한국토지공법학회, 2003. 2, p. 255).

중심의 관리를 선호하는 경향이 있다.¹⁵¹⁾

제2차 세계대전 이후 자유민주주의와 사회민주주의는 점차 융합되어 왔다. 그리하여 현대 각국은 공통적으로 사유재산권은 보장하되, 토지자원의 특성을 고려해서 여타의 재산권에 비해 사회성을 강조하는 편이다. 그리하여 토지의 합리적·계획적 이용, 토지투기 억제와 지가 안정·공공의 토지비축 확대 등을 위하여 여러 가지 수단을 모두 활용하고 있는 것을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 토지관리수단의 채택은 정치·행정적 구조, 계획체계의 형태 등 그 사회의 역사적·문화적 배경에 따라 나라마다 다소 상이하게 나타난다. 다만, 보다 일반적으로 유형화할 경우 계획중심의 관리수단은 독일·프랑스 등 대륙법 계통이며 사회민주주의가 보다 유력한 유럽에서 주로 활용하고 있다. 그 반면에, 용도규제중심의 관리수단은 자유민주주의가 보다 유력한 미국과 일본에서 주로 활용하고 있다. 우리나라는 일제의 식민지와 미국의 경제지원 등의 영향으로 대륙법계의 계획중심 수단보다 일본과 미국의 용도규제중심의 수단을 기본 틀로 국토를 관리해 왔다.

용도지역제의 목적을 살펴보면, 토지의 계획적이고 효율적인 이용은 모든 나라가 한결같이 중요한 정책과제로 삼고 있다. 토지의 계획적 이용은 토지소유자의 자의적 이용으로 방임할 경우 한정된 토지이용이 무질서하게 될 우려가 많고, 또한 용도간 토지이용의 경합으로 혼란이 초래될 우려가 있기 때문에 불가결하다. 따라서 개별적 토지가 갖는 지리적 여건이나 특성을 살리고 동시에 개개의 토지로 이루어진 지역공간에서 용도의 조합과 체계가 합리적으로 이루어질 수 있도록 하는 토지이용계획에 매우 중요한 기능을 하고 있다.¹⁵²⁾

용도지역제는 도시지역을 예로 할 때 현재의 도시화 현상과 원칙을 조사·분석·파악하여 장래의 도시공간 수요를 추정하고, 이를 한정된 토지에 합리적으로 배치하여 그에 맞게 개발 또는 이용되도록 유도하는 역할을 한다. 이러한 토지이용계획은 도시의 장래 공간구성 및 이용형태를 제시하는 것이다. 용도지역제는 도시 내 토지이용을 합리적인 방향으로 유도하고자, 도시토지의 용도를 일정한 범위

151) 정희남, “거시경제정책의 토지시장에 미치는 영향”, 국토개발연구원, 1998. 1, pp. 20-24.

152) W. L. Goodman·E. C. Freund(eds), *Principles and Practices of Urban Planning*, ICMA, 1968, p. 380(황명찬, 「토지정책론」, 경영문화원, 1993, p. 252).

의 공간으로 구획하고, 그 안에서 지정목적에 따라 이용행위를 허용하거나 제한하는 제도적 장치이다. 용도지역제는 지역특성이나 토지적성 등을 고려하여 서로 양립할 수 없는 용도의 토지이용을 분리시킴으로써 토지이용을 일정한 방향으로 유도하려는데 근본 목적이 있다. 즉, 토지이용을 자유롭게 방임할 경우 발생할 혼란과 비효율을 사전에 방지하여 토지이용의 효율성을 도모하고, 공공의 건강과 복지를 증진시키기 위해 경찰권을 사용하여 개인의 토지이용을 제한하는 국토관리제도이다. 토지이용계획이 일정한 공간 안의 토지를 가장 바람직하게 이용하도록 방향을 결정하는 것이라면, 지역지구제는 토지이용계획을 실제 그 지역에 반영하여 구체적으로 실현하는 법적·행정적 수단 중의 하나라고 말할 수 있다.

이러한 용도지역제는 목적에 따라 개인의 재산가치의 보호를 목적으로 소극적 성격을 갖는 재산가치이론(property value theory)과 공공의 계획을 수행하여 공공 목적에 맞는 개발 및 이용을 유도하는 것을 목적으로 하는 계획이론(planning theory)으로 구분된다.¹⁵³⁾ 재산가치이론은 개인의 토지는 다른 재산가치를 하락시키지 않는 범위 내에서 시장기능에 비해 결정된 대로 최대한의 가치를 가질 수 있는 방법으로 사용되어야 한다고 보며, 용도지역제는 시장기능의 단순한 부속물로 시장의 수요와 공급기능의 결점을 보완해 주는 수단에 불과하다는 것이다. 그러므로 용도지역제는 인접지역의 재산가치를 손상시키게 되는 토지이용행위는 공해로 간주하여, 아파트나 상업·공업용도의 공해성 건축물을 금지함으로써 사인의 재산 가치보호 및 이의 극대화를 위한 목적을 달성하여야 한다고 한다. 초기 용도지역제의 개념은 이러한 재산가치이론을 기초로 한 것이었으며, 단독주택지역의 동질성 및 주거환경 보호, 재산 가치의 하락 방지에 목적을 두었다.¹⁵⁴⁾

그 후에 대두된 계획이론에서는 용도지역제의 공공의 토지이용계획을 수행하는 수단으로 이해하여, 정부가 도시의 개발·정비 등 토지이용계획을 실제로 집행함으로써 도시토지의 성격과 기능을 바람직한 방향으로 유도하려는 실행수단으로 인식하게 되었다. 이러한 변화는 단순히 개인의 재산가치 보호를 주목적으로 하는 초기의 소극적 개념의 용도지역제에서 진일보한 것이라고 말할 수 있다.

153) Richard F. Babcock, *The Zoning Game*, The University of Wisconsin Press, 1966, pp. 116-125. (국토 개발연구원, “토지이용효율화를 위한 용도지역·지구제의 개선방향에 관한 연구”, 1980, pp. 35-38).

110) 류해웅, 전계서, p. 247.

오늘날 용도지역제의 개념은 이보다 더 확대되고 있다. 대상지역이 종전처럼 도시지역에 국한하지 않고 전 국토를 포괄하고 있다. 지정목적도 현재의 바람직하지 못한 토지이용상태를 개선하고 토지이용계획에서 이끄는 방향으로 토지이용을 유도하는 한편, 다른 정책부문의 목적을 달성하기 위해 토지이용규제가 필요한 경우 이를 실행하기 위한 수단으로까지 확대되고 있는 것이다. 따라서 오늘날의 용도지역제는 도시토지를 대상으로 국토 또는 도시계획법제에 의해 특정토지에 특정용도를 부여하는 전통적 의미의 용도지역·지구 뿐만 아니라, 토지이용관리와 관련하여 지정되는 많은 개별구역을 포함하는 개념으로 이해할 필요가 있다.

사유재산권은 토지소유권에 대한 배타적 권리를 보장하는 것이다.¹⁵⁵⁾ 따라서 토지소유자는 토지의 이용·개발·처분에 대한 독점적 권리를 행사한다. 이것은 한편으로 토지소유자의 재산가치를 보장하기 위해 토지의 용도를 구분·관리할 필요성을 강화하였다. 다른 한편으로 자본주의 발전과정에서 나타난 도시혼란 등의 외부효과를 억제하기 위해서 토지소유권의 절대성·불가침성에 제한을 가하는 사회성을 강조하는 이상적 운동으로 전개되었다. 즉, 재산권은 사유화하되, 그 취득·이용·개발·처분 등의 과정을 제도적으로 사회화하고자 했다. 이러한 운동은 특히 1919년 독일의 바이마르헌법에 의해 구체화되었다.

사회화의 내용은 크게 사법적 사회화와 공법적 사회화로 구분할 수 있다. 사법적 사회화는 보통 민법에서 규정하고 있듯이 상린관계·권리남용금지·신의성실의 원칙 등을 가리킨다. 공법적 사회화는 국토의 이용·개발·보전을 위한 국가계획과 국민복지의 증진을 들 수 있다.

토지의 사적 재산권은 소유권의 배타적인 권리 뿐만 아니라 공간에 대한 확장 지향적 권리까지 포함한다. 다시 말해 사적 재산권은 소유권에 대한 단순한 권리 뿐만 아니라, 토지의 물리적 특성 변경, 인간의 공간적·사회적 관계 전환, 물리적·사회적 환경의 주요 국면을 혁신할 수 있는 권리까지 포함한다.¹⁵⁶⁾ 이것이 도시화를 지향하는 토지개발의 주된 핵심이다.

155) 사유재산권 절대원칙은 1689년 영국의 권리장전, 1776년 미국의 버지니아 권리장전, 1780년 미국의 메사추세츠 헌법, 1789년 프랑스의 인간과 시민의 권리선언, 1791년 프랑스헌법, 1804년 프랑스의 나폴레옹 민법전, 1896년 독일의 민법전 등에서 이를 확인할 수 있다(권영성, 전제서, p. 480).

156) Plotkin, Sidney, "Property, Policy, and Politice : Toward a Theory of Urban Land Use Conflict", International Journal of Urban and Reginal Research 11(3)(September). 1987, pp. 390-393.

② 用途地域·지구제의 原則

용도지역·지구제는 전형적인 규제정책이다. 이 제도는 토지이용의 효과성을 도모하고 공공의 건강과 복지를 증진시키며 국토이용을 합리적인 방향으로 유도하기 위하여 일정한 공간 안에 있는 토지의 소유자에게 그 지역에 지정된 공간계획의 지정목적에 따라 이용·개발행위를 허용하거나 제한하는 제도적 장치이기 때문이다.¹⁵⁷⁾ 따라서, 용도지역·지구제가 보다 합리적으로 운용되기 위해서는 조직과 사회의 의사결정이나 방향설정에 있어서 균형적인 역할을 하는 원칙에 따라 규제가 이루어져야 한다.

행정규제에 관한 기본적인 사항을 규정하여 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력의 지속적인 향상을 도모함을 목적으로 하는 「행정규제기본법」¹⁵⁸⁾에서는 규제의 원칙을 다음과 같이 밝히고 있다. ‘국가와 지방자치단체는 국민의 자유와 창의를 존중하고, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 한다’ (법 제5조 제1항). 그리고 ‘국가 또는 지방자치단체는 국민의 생명·보건과 활동 등을 보호하기 위한 규제를 실효성 있게 정하여야 한다’ (동조 제2항). ‘규제의 대상과 수단은 규제의 목적을 실현하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다’ (동조 제3항). 본 연구에서는 이러한 규제의 원칙을 행정이 지향할 궁극적인 가치기준이며 행정에 대한 평가기준인 행정이념과 연계하여 용도지역·지구제의 원칙을 분류해 보면 다음과 같다.

첫째, 합법성의 원칙이다. 행정의 합법성 문제는 두 가지 측면에서 고려될 수 있다. 하나는 행정의 예측가능성, 안정성과 시민권의 보호를 위하여 행정이 엄격히 법의 지배 아래에 있어야 한다는 것이다. 「행정규제기본법」 제4조 제1항은 ‘규제는 법률에 근거하여야 하며 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다’고 규정하고 있으며, 같은 법 제4조 제3항에서는 ‘행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과

157) 정희남, “국토이용체계 개편에 따른 지역·지구·구역 등의 정비방향연구”, 국토연구원, 2001, p. 68.

158) 제1조 (목적) : 이 법은 행정규제에 관한 기본적인 사항을 규정하여 불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제함으로써 사회·경제활동의 자율과 창의를 촉진하여 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력의 지속적인 향상을 도모함을 목적으로 한다.

할 수 없다' 라고 규정하여 규제법정주의를 채택하고 있다. 또 다른 하나는 법규의 경직성·추상성으로 인하여 행정의 전문기술성을 법규에서 상세히 규정하기 어렵고, 시대적 변화나 상황에 따르기 위하여 행정에 재량의 여지를 주어야 한다는 것이다. 이들 두 가지 측면은 서로 충돌할 수 있는 요소이기는 하지만, 행정에 대한 재량의 범위를 넓히는 것보다는 법치주의의 근본정신에 보다 충실하여 법규에의 기속을 필요로 한다.

그러나 합법성의 원칙은 어디까지나 규제권리침해행위나 과오를 방지하기 위하여 요구되는 것이지 국민의 토지소유권이나 이용권을 규제하기 위해서만 요구되어서는 안 된다. 규제행정이 합법성을 지나치게 따지거나 잘못 이해하면 법규만능주의로 흘러 형식위주의 규제에 유도되기 쉽고 오히려 국민의 권익을 해칠 수 있으므로 신축성 있는 법의 운용이 요청되어진다. 따라서, 국민경제의 자율과 경쟁을 촉진하고 불가피한 경우에만 규제를 도입하도록 하여야 한다.¹⁵⁹⁾

둘째, 민주성의 원칙이다. 「행정규제기본법」에서는 규제의 원칙의 하나로 ‘국가 또는 지방자치단체는 국민의 자유와 창의를 존중하고, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 한다’ 라고 규정하고 있다. 이는 행정이념의 하나인 민주성으로 볼 수 있다. 행정의 규범적 기준으로서의 민주성은 행정이 인간의 자유와 평등을 실현하는 내용의 것이어야 하며, 그 행정도 국민에 참여 속에서 결정되어야 한다는 것이다. 토지이용규제 측면에서 민주성은 규제과정의 민주화를 통하여 주민의 의사가 충분히 존중·반영되어야 한다는 원칙으로 해석할 수 있다.

용도지역·지구제는 공적 이익과 사적 이익과의 조화를 이루기가 쉽지 않다는 데서 많은 문제점이 발생한다. 도시기능의 강화와 환경을 보호함으로써 사회전체의 복리를 증진시켜야 한다는 공적 이익과 자본주의적 토지가 갖고 있는 사유화·상품화·도시화라는 기능을 최대한으로 활용하고자 하는 사적 이익간의 조화를 이루기가 쉽지 않은 것이다. 이러한 점을 감안할 때, 공익과 사익의 충돌이 불가피한 상황에서 공익이 우선함이 원칙이긴 하나 사권의 침해에 대한 충분한 권리구제의 강구와 침해의 최소화를 그 전제로 규제가 이루어져야 한다는 내용을 포함하는 원칙이다.

159) 국토연구원, 토지이용규제 정비방안, 1999, p. 10.

셋째, 실효성의 원칙이다. 「행정규제기본법」에서는 국가 또는 지방자치단체는 국민의 생명·보건과 환경 등을 보호하기 위한 규제를 실효성 있게 정하여야 한다고 그 원칙을 들고 있다. 토지이용규제가 실효를 거두기 위해서는 우선 토지이용이 주변환경에 적합하게 행사되도록 규제를 유도해야 한다. 비옥도가 높거나 위치가 좋은 토지는 집약적으로 이용함으로써 토지의 유용성을 높이고, 위치가 좋지 못한 토지는 조방화함으로써 토지의 용도와 기능에 적합한 토지이용을 유인하는 규제수단이 되어야 한다. 그리고 인구변화 또는 산업구조의 변화에서 야기되는 개발압력에 도시공간의 이용패턴이 신속히 적응하도록 하여야 한다. 개발계획이 이미 완료된 곳에서는 토지이용이 신속히 완성되도록 공휴지를 억제하고, 개발계획이 완료되지 않은 지역에서는 토지의 스프롤(sprawl)¹⁶⁰과 난개발이 일어나지 않도록 탄력적으로 개발¹⁶¹과 이용을 적절히 제한하여야 한다.¹⁶²

넷째, 효과성의 원칙이다. 「행정규제기본법」은 규제의 원칙의 하나로 규제의 대상과 수단은 규제의 목적을 실현하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다고 규정하고 있다. 용도지역·지구제에 있어 규제의 대상은 당연히 토지이용이고, 수단은 용도규제와 밀도규제이며 이러한 규제의 목적은 바람직한 토지이용의 실현에 있다. 토지를 용도규제와 밀도규제를 통해 바람직하게 이용토록 함에 있어 최소한의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 규제를 실행하되, 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 하라는 원칙이다. 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 하기 위해서는 규제대상 및 적용범위를 명확히 하여 피규제자로 하여금 규제에 대한 의문의 여지를 갖지 않도록 해야 한다. 용도지역·지구제는 공적 주체가 피규제자의 토지이용을 스스로의 의지 하에 두는 활동이므로 피규제자가 공적 주체의 활동에 대해 순응토록하기 위해서는 피규제자가 자신의 토지이용에 관한 제한내용을 명확히 알 수 있도록 하여야 한다. 또한, 규제의 내용은 모두가 납득

160) 도시의 급격한 발전과 지가의 양등 등으로 도시 주변이 무질서하게 확대되는 현상이며 주로 도시계획 또는 정비사업이 도시의 발전을 따르지 못하거나 처음부터 고려되어 있지 않을 때 발생한다. 한국에서 스프롤현상이 특히 문제가 된 것은 1970년대였다. 고도경제성장에 따른 급속한 발전이 대도시 주변의 주택·공장의 무계획적인 건설과 지가의 양등, 교통량의 폭주, 환경오염 등 여러 문제를 발생시켰기 때문이다. 외국에서도 이 문제는 특정 대도시에서 나타나, 뉴욕·로스앤젤레스·홍콩 등은 특히 유명하다. 스프롤현상의 대책으로 적절한 도시계획에 의한 인구의 분산, 산업구조의 재배치 등이 고려되고 있다.

161) 진영환, 전개논문, p. 15.

162) 채미옥 외, “토지이용규제제도와 환경규제제도의 연계성 확보방안 연구”, 국토연구원, 2002, p. 7.

할 수 있는 보편타당한 기준에 의한 것이어야 하며 모든 이에게 공평하게 이용되는 것이라야 한다.¹⁶³⁾

2) 用途地域制의 歷史的 變遷

용도지역제의 모습은 시대의 변천과 함께 그 양상을 달리하며 발전되어 왔다. 토지의 용도를 분리시켜 이용하는 방법은 고대에서 출발하여 고대 그리스에서 중세를 거쳐 근대에서 현대사회로 구체적 용도구분의 모습과 내용을 달리하며 이어져 오고 있다. 고대 그리스에서는 상업활동과 민중집회를 위한 장소를 일상의 주거생활을 위한 공간과는 분리하였다. 1573년 스페인의 필립(Philip)왕은 신개척지에 새로운 지역사회를 건설할 때 강한 바람에 휩쓸리지 않는 방향으로 내도록 하고, 도살장은 주민들에게 악취를 풍기지 않도록 도시의 외곽지역에 입지하도록 명령하였다. 중세에도 공업용도를 주거지역에서 분리시켰는데 현대적인 기능과 형태에 의한 분리와 다른 점은 주거지역에 인접하여 지정했다는 점이다.

이보다 더 진보된 용도지역제는 르네상스시대의 폴로렌스와 베니스에서 나타났다. 폴로렌스의 경우에 상업활동은 중심지로 집결시키고 주거생활은 변두리의 교외지역에 분산시켰으며, 베니스의 경우에는 자체 내부에는 광장·분사·교회·학교 등을 배치시키고 유리공업과 공동묘지는 각각 무라노(Murano)섬과 토레로(Torello)로 이전시켰었다. 따라서 이 당시에는 급격한 인구증가에도 불구하고 도시는 질서와 미관을 유지할 수 있었다. 그러나 이러한 용도의 분리형태는 임의적이고 불합리한 경우가 많아 오늘날의 용도지역제와는 구분된다고 하겠다.

19세기에 들어와서 비로소 법적 구속력을 갖는 용도지역제가 등장하여 근대적인 제도로 발전되기 시작하였다. 프랑스에서 나폴레옹은 유해하거나 악취가 나는 토지이용행위는 미리 특별허가를 받도록 칙령(Decree)¹⁶⁴⁾을 발표했다. 허가를 요하는 행위는 세 등급으로 구분되어 그 중 첫 번째 등급은 주거지로부터 일정

163) 채미옥 외, 전계논문, p. 8.

164) 1806년 10월 예나 전투에서 프로이센군을 격파하고 유럽 대륙의 패권을 확고히 한 프랑스 황제 나폴레옹 1세가 같은 해 11월 21일 독일 베를린에 입성, 제1차 베를린 칙령을 선포했다. “대륙봉쇄령”이라고도 하는 이 칙령의 목표는 영국을 경제적으로 고립시키기 위한 것이었다.

거리 내에서는 입지하지 못하게 규제하였다. 이처럼 초기의 용도지역제는 도시계획적 측면이라기보다는 공해방지의 측면에서 발전하여 온 것이라 할 수 있다.

현대적 의미의 용도지역제가 최초로 등장한 것은 독일이다. 1845년에 프러시아 공업법이 나폴레옹칙령을 토대로 발표되었고, 그것은 1869년에 북부독일연방의 공업법으로 확충되었다. 이 법의 제정으로 처음 보호지구가 지정되었고, 1909년에는 비로소 밀도·고도·토지이용의 성격까지 규제하는 종합적인 용도지역제로 발전하였다. 19세기말 미국에서는 도시의 발전을 이룩하기 위하여 도시토지를 특정한 용도지역으로 구분하는 용도지역제는 법령으로 제도화하였다. 미국의 용도지역에는 공해법 개념의 확대가 성립되었고, 주거환경보호와 사인의 재산가치 보호를 위한 법적 수단으로 시행되었다. 1885년 캘리포니아주에서는 미국 최초의 용도지역제가 실시되어 시중심지에 남발되는 중국인 세탁소를 억제하는 조례를 제정하여 세탁소로부터 유출되는 오수로 인한 환경오염이나 건조기로부터 발생하는 화재의 위험을 방지하고자 하였다. 물론, 이러한 조례의 제정 동기를 보면 인종차별적인 의도가 강했으며 조례의 적용범위도 매우 제한적이었다. 현대적인 용도지역제를 시행하기 위한 조례의 제정은 1909년의 로스엔젤레스시에서 있었으나, 그 조례는 도시지역을 주거지역과 공업지역으로 나누어 규제하도록 하였는데 그 규제대상이나 지역은 역시 제한적이었다. 그러나 1916년 뉴욕시는 용도·밀도·고도·공지면적 등을 규제하는 종합적인 용도지역제에 관한 조례를 통과시켰다. 이 조례는 토지 및 건축물을 모두 규제의 대상으로 삼아 모든 용도를 허용하는 공업지역과 특정한 공장설립을 금지하는 상업지역, 공장·점포 및 5대 이상의 차고 설치를 금지하는 주거지역이라는 3개 지역으로 구분해서 규제하도록 하였다. 또한 건물의 바닥면적·높이·공지면적에 대해서도 규정하였다.

이러한 뉴욕의 조례는 전국적으로 확산되어 1926년에는 미국 도시인구의 절반 이상을 점하는 425개의 시가 뉴욕의 조례를 모방한 조례를 제정하게 되었다. 미국 상무성은 1922년에 「표준주용도지역지정수권법」(Standard State Zoning Enabling Act)을 발표하였고, 1927년에는 「표준도시계획수권법」(Standard City Planning Enabling Act)을 발표하여 용도지역의 지정권한을 지방정부로 대폭 위임하였으며, 지방정부는 위의 수권법에 근거해서 주정부의 간섭을 배제한 채 직접 용도지역조례를 제정하게 되었다.

진정한 용도지역제는 1926년 유클리드마을 對 앰블런부동산회사 간의 소송사건을 계기로 연방최고법원이 용도지역제를 합헌으로 판결한데서 비롯되었다. 이 판결에 의하면 용도지역제의 내용이 공공의 건강과 안녕을 유지하기 위한 것인 한 경찰권의 행사는 정당성을 인정받게 된다는 것이었다. 이러한 판결의 영향은 전국적으로 파급되어 각 도시들은 소위 유클리드 용도지역제(Euclidean Zoning)라 칭하는 포괄적인 지역조건제를 제정하게 되었다. 이 당시의 용도지역제는 경직성과 누적성이란 양 특성을 동시에 지니고 있었다.

1960년대 후반부터 운수교통수단의 발달과 함께 도시발전의 형태가 변화되고 도시의 기능도 다양화됨에 따라 종전의 유클리드 용도지역제로는 새롭게 대두된 도시문제와 환경문제에 적극적으로 대처할 수 없게 되어 공공복리의 실현이란 적극적인 공적 규제의 필요성이 점점증하게 되었다. 이리하여 유클리드 용도지역제를 수정 또는 발전시킨 새로운 용도지역제가 고안되었는데 이러한 과정을 지역제의 확정단계, 소극적 용도지역제 및 적극적 용도지역제로 구분하고 설명하고 있다.¹⁶⁵⁾

우리나라의 용도지역제는 일제시대인 1934년 6월에 제정된 조선시가지계획령¹⁶⁶⁾¹⁶⁷⁾에 의해 처음 도입되었다. 그 이전에도 위생상 유해한 공장은 특별히 지정된 지역 내에서만 허용하였던 시가지건축취체규칙(1913년)이 있었으나, 이를 본격적 의미의 용도지역제로 보기는 어렵다. 조선시가지계획령에 의해 최초의 용도지역제는 도시지역만을 대상으로 하였고, 대상용도 역시 도시용지로 한정하였다. 당시 용도지역은 주거지역·상업지역·공업지역의 3가지로 구분되었으며, 그 후 녹지지역과 혼합지역이 신설되었다. 용도지구로는 풍치지구·미관지구·방화지구를 설치하였다. 조선시가지계획령은 해방 후에도 한동안 효력을 유지하였다.

우리나라의 법제에 의해 용도지역제가 도입된 것은 1962년 1월 제정된 도시계획법에 의해서였다. 이 법에서는 용도지역을 주거지역·상업지역·공업지역·녹

165) 류해웅, 전제서, p. 327.

166) 이규환, “조선시가지 계획령과 서울의 도시개발사업”, 「중앙행정논집」 제16권 제2호 통권21호, 중앙대학교국가정책연구소·중앙행정학회, 2002. 12, p. 185.

167) 이명규, “한국과 일본의 도시계획제도의 비교분석에 관한 연구 : 조선시가지계획령과 일본의 (구)도시계획법을 중심으로”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1994, p. 85.

지지역의 4가지로 구분하였으며, 종래 조선시가지계획령에 의한 혼합지역은 폐지하였다. 그리고 동법은 시행령에서 주거지역을 주거전용지역과 준주거지역으로, 공업지역을 공업전용지역과 준공업지역으로 세분하였다. 또 용도지구로는 풍치지구를 폐지하고, 교육지구·위생지구·공지지구를 신설하였다.

용도지역·지구는 그 후 점점 세분화·다양화되어, 1971년 1월 도시계획법 전면 개정시 녹지지역이 생산녹지지역·자연녹지지역으로 세분되었다. 이로써 용도지역은 주거전용지역·준주거지역·상업지역·공업전용지역·준공업지역·생산녹지지역·자연녹지지역의 7개 용도지역으로 구분되었다. 용도지구에서는 보존지구와 주차장정비지구가 신설되었다. 용도지구는 그 후 수차에 걸쳐 법령이 개정되면서 자연환경보전지구·특정가구정비지구·아파트지구·시가화조정지구 등이 신설되었다.

1980년대에 들어와 도시기능 및 경제활동이 점점 복잡·다양해지면서 용도지역의 세분화 등 지역지구제 전반에 대한 재정립이 필요하다는 지적이 많았다. 이에 1988년 도시계획법시행령을 개정하여 용도지역을 모두 12개로 구분하였다. 주거지역은 전용주거·일반주거·준주거지역으로, 상업지역은 근린상업·일반상업·중심상업지역, 공업지역은 전용공업·일반공업·준공업지역으로, 녹지지역은 자연녹지·생산녹지·보전녹지지역으로 세분한 것이다.

이어서 1990년 7월 도시계획법시행령 개정시에는 상업지역에 유통상업지역을 신설하고, 인구 50만 이상 도시의 경우 일반주거지역을 1~3종 주거지역으로 세분할 수 있도록 하였다. 용도지구는 교육 및 연구지구·업무지구·임항지구·공지지구·특정가구정비지구를 폐지하는 대신 위락지구·자연취락지구를 신설하였다. 한편, 용도지역·지구와 달리 용도구역은 1971년 1월 도시계획법 전면 개정시 처음 도입되었다. 이때 일부 용도지구를 흡수하여 특정시설제한구역, 개발제한구역·도시개발예정구역이 도입되었다. 그 후 1981년 3월 시가화조정지구가 시가화조정구역으로 전환되었고, 1991년 12월에는 여타 구역과 성격은 다르나 상세계획구역·광역계획구역이 구역으로 신설되었다. 1999년 2월에 특정시설제한구역·도시개발예정구역이 폐지됨으로써 개발제한구역·시가화조정구역·상세계획구역·광역계획구역만 존치되었다.

이처럼 종래 용도지역·지구는 도시계획법에 의해 지정되어 왔는데, 그 안에서

의 행위제한은 건축법에서 규정하여 왔다. 이로 인해 일반국민이 이해하기도 어렵고, 도시계획법과 건축법의 기능분담이 이루어지지 못한 탓에 일관성이 있는 도시계획 및 관리도 곤란했다. 이에 2000년 1월 28일 도시계획법을 전면 개정하여 건축법에서 규정하던 지역·지구 안의 건축제한, 건폐율 및 용적률에 관한 사항을 도시계획법령에서 직접 규정함으로써 도시계획법과 건축법으로 이원화되어 있는 지역·지구의 지정·관리체계를 도시계획법으로 일원화하였다. 아울러 개발제한구역을 효율적으로 지정·관리하기 위하여 「개발제한특별법」¹⁶⁸⁾을 따로 제정하여 구역지정 및 행위제한 등 관리에 관한 사항을 맡도록 하였다.

이와 같이 종래 도시지역에만 적용되었던 지역지구제는 1970년대 급속한 도시화·사업화와 함께 국토 전체로 확대되었다. 국토에 대한 종합적인 이용·관리의 필요성이 대두됨에 따라 1972년 12월 국토이용관리법을 제정하여 전 국토에 대해 용도지역·지구제를 확대한 것이다.

당시 국토이용관리법은 토지이용기본계획과 토지이용시행계획의 이원적 구조를 가지고 있었다. 토지이용기본계획에서는 전 국토를 도시·농업·산림·공업·자연 및 문화재보전·유보지역의 6개 용도지역으로 구분하였다. 토지이용시행계획에서는 경지·취락·산림보전·개간촉진·공업전용·준공업·자연환경보전·문화재보전·해안보전·관광휴양·수산자원보전지구의 11개 용도지구로 세분하였다. 이 같은 전 국토에 대한 지역지구제는 그 후 두 차례에 걸쳐 변화되었다.

1982년 12월에 토지이용기본계획과 토지이용시행계획이 국토이용계획으로 통합되었고, 용도지역·지구도 지나치게 복잡하다는 지적에 따라 10개 용도지역으로 통합되었다. 1990년대 들어서는 만성적인 토지공급 부족을 해소하고 개발가능토지를 확대하기 위해, 1993년 8월에 용도지역을 도시·준도시·농림·준농림·자연환경보전지역의 5개 지역으로 개편되었다. 아울러 준도시지역은 취락지구, 산업촉진지구, 운동·휴양지구, 집단묘지지구, 시설용지지구로 세분하고, 자연환경보전지역은 수산자원보호지구로 세분할 수 있도록 하였다.

한편, 국토 전체를 대상으로 하는 용도지역·지구·구역 외에, 개별법에 의해

168) 제1조 (목적) : 이 법은 「국토계획법」 제38조의 규정에 의한 개발제한구역의 지정과 개발제한구역에서의 행위제한, 주민에 대한 지원, 토지의 매수 기타 개발제한구역의 효율적인 관리를 위하여 필요한 사항을 정함으로써 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보함을 목적으로 한다.

서도 다양한 개별구획이 별도로 지정되고 있다. 이들은 각 개별법상 다양한 정책 목적 달성을 위해 토지이용을 규제하거나 촉진하는 기능을 수행하고 있다. 국토이용계획은 개별법상 토지이용계획의 기본이 되며, 개별법에 의한 각종 구획은 그 성격이 국토이용계획에 의한 각 용도지역에 위배되지 않는 범위 안에서 확정할 수 있었다.

이상에서 본 것처럼 우리나라는 전 국토에 대해 용도지역제가 운용되고 있지만, 실제로는 도시지역은 도시계획법으로, 비도시지역은 국토이용관리법으로 관리되는 이원적인 국토이용관리체계를 가지고 있었다. 그러나 비도시지역의 실질적인 관리는 종합적인 계획도 없이 각 개별법에 일임됨으로써 산만하게 이루어졌다. 그 결과 준농림지역 등을 중심으로 국토의 난개발 문제가 심각하게 대두되었다. 이 때문에 전 국토에 대한 보다 계획적이고 체계적인 이용관리가 절실히 요청되었다. 이에 정부는 국토의 난개발을 방지하고 환경친화적인 이용을 도모하기 위해 새로운 국토이용체계의 구축을 추진하였다. ‘선 계획-후 개발’ 체제의 도입을 통해 지속가능한 이용체계를 구축하려는 의도였다. 이를 위해 국토기본법과 국토계획법을 마련한 것이다. 한편, 용도지역제는 금세기초 자동차 및 고속운송기관을 주축으로 하는 도시발전의 형태변화 및 다양화에 따라 초기에 시행된 누적식 용도지역제(Euclidean Zoning)의 경직성에 대한 반작용으로 점차 비누적식 용도지역제(Non Euclidean 또는 Noncumulative Zoning), 유연용도지역제(Flexible Zoning) 및 혼합용도지역제(Mixed land use Zoning) 등 다양한 방식으로 변용하고 있다.¹⁶⁹⁾ 그러나 기본적인 용도지역제의 개념 즉, 건축자유의 원칙과 정부규제는 변함없이 유지되고 있다.¹⁷⁰⁾

3) 用途地域制의 法的 性質

토지에 대한 재산권은 연속된 공간의 특정부분을 소유하는 등의 권리이므로 그 대상이 되는 토지의 가치는 그 토지가 위치한 지역의 사회적 제반조건에 따라 정해지고, 이용 또한 그 이웃에 있는 다른 토지의 이용과 서로 조화되어야 하

169) 도종수 외, “청소년 수련지구 및 전용 활동 운영에 관한 연구”, 국토연구원, 1992, p. 27.

170) 대한국토·도시계획학회, 전게서, p. 119.

는 제약이 따를 수 밖에 없는 특성이 있다. 그런데 토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민의 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로, 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이익이 보다 강하게 관철되어야 한다.

토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 토지재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 아니 된다.¹⁷¹⁾

한편, 우리 헌법에서는 국토와 자원의 균형 있는 개발·이용을 위하여 필요한 계획을 수립하고(제120조 제2항), 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발·보전을 위하여 필요한 제한과 의무를 과할 수 있음을 규정하고 있다(제122조). 이러한 헌법적 근거에 의하여 탄생된 구체화된 법률이 국토기본법과 국토계획법·농지법 등이며, 용도지역제(Zoning)는 앞에서 살펴본 대로 대표적인 토지이용계획제한인 도시관리계획의 하나로서 토지재산권 규제의 중요한 수단으로 기능하고 있다. 나아가 그렇게 용도지역제로 대표되는 토지이용계획은 도시관리계획으로 표현되고 있는데, 도시계획의 법적 성질에 대하여 법규범으로 보아야 하는가 아니면 행정행위로 보아야 하는가 하는 것은 중요한 의미를 갖는다. 이에 대하여 다음에서 상세히 살펴보고자 한다.

① 用途地域制의 處分性 判斷

취소소송의 요건으로서 처분성은 우선 「행정소송법」의 해석을 통하여 그 윤곽이 확정되는데, 행정소송법은 처분 등의 개념을 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결’로 정의하고 있다.¹⁷²⁾ 그 중에서도 특히 ‘

171) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78(병합).

172) 행정소송법 제2조 제1항 제1호.

처분'이란 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하며, 기타 법률상의 효과를 발생하게 하는 등 '국민의 권리의무에 직접 관계'가 있는 행위, 또는 그 자체만으로 직접적으로 국민의 권리의무가 설정·변경·박탈되거나 그 범위가 확정되는 등 '기존의 권리상태에 어떤 변동'을 가져오는 행정청의 행위를 말한다.¹⁷³⁾ 처분 '등'이란 이러한 처분 및 거부, 그에 준하는 작용, 행정심판의 재결을 포괄하는 개념이다.

용도지역제와 같은 도시관리계획이 수립되면 용도지역 내 토지소유자는 도시계획에 반하여 건축물을 건축할 수 없게 된다. 도시관리계획은 따라서 건축허가요건에 영향을 미치는 것으로 그 허가요건은 각 용도지역에 따라 상이한 용도 및 형태제한을 그 내용으로 한다. 이러한 성격의 도시관리계획은 결정·고시되었다고 하더라도 바로 그에 반하여 기존의 건축물을 철거하거나, 토지를 수용할 권한을 행정청에 부여하는 것은 아니다. 다만, 이러한 도시관리계획은 장래 건축하고자 하는 건축주에 대하여 그에 적합한 건축물을 짓도록 강제하는 효과를 갖는 것이고, 이는 건축허가에 의하여 담보된다. 즉, 도시관리계획이 구체적으로 힘을 발휘하는 것은 국민이 건축허가를 신청하고, 행정청이 신청된 내용이 도시관리계획에 반한다는 이유로 건축허가를 거부하는 경우인 것이다. 이처럼 도시관리계획은 일정한 지역 내 모든 토지소유자에 대한 건축허가요건을 일반적으로 정하고 있다는 점에서, 그에 후행하는 집행적 처분, 즉 건축허가가 개별 국민의 건축을 구체적·직접적으로 허용하거나 금지하는 것과는 대조를 보인다. 이와 같이 도시관리계획은 국민의 권리의무에 직·간접적으로 영향을 미치는 행정작용이다. 그러나 도시관리계획은 상당히 광범위한 사항들이 그 고려대상이고, 하나의 계획결정을 통하여 다수 이해관계인의 포괄적인 권리관계가 규율된다. 따라서 도시관리계획은 처분의 상대방에게 개별적으로 통지하는 것이 아니라 관보 또는 공보를 고시 또는 공고라는 방식으로 행해진다.

또한, 도시관리계획은 대부분의 경우 국민의 권리의무를 직접 변동시키기보다는 그에 후속하는 개별적인 집행행위를 통하여 국민의 권리관계를 변동시키게 된다. 이러한 점에서 도시관리계획은 행정상 입법과 매우 유사하다. 특히 건축허가요건만을 규율하고 건축허가거부의 근거로만 기능하는 도시관리계획은, 건축허가요건

173) 대판 1993. 9. 14. 93누9163.

을 정하고 있는 건축법의 규정과 사실상 동일한 기능을 하는 것이다.¹⁷⁴⁾ 도시관리계획은 그에 후속하여 발동되는 개별적 행정행위로서, ‘건축허가’를 예정하고 있다. 이러한 도시관리계획에 후속하여 도시계획의 결정내용을 실현하기 위한 행정청의 개별적 처분은 ‘구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사’에 해당되고, 당연히 행정소송법상의 취소소송의 대상이 된다.

그러나 건축허가거부처분 등 개별적 처분들은 이미 도시관리계획에서 결정된 사항을 집행하는 성격을 갖고 있으므로, 도시관리계획을 그대로 집행하는 한 개별처분이 위법한 경우는 드물다. 그러므로 개별처분의 처분성이 인정되어 본안으로 들어가게 되어도, 원고가 승소할 가능성은 높지 않다. 설사 이러한 난관을 뚫고 원고가 승소해 취소판결을 받아낸다 하여도 개별처분의 근거인 포괄적 도시관리계획은 여전히 효력을 가지고 있어서 또 다른 개별처분의 근거가 될 수 있다. 심지어 선행하는 도시관리계획이 위법하다 하여도 그 하자가 중대·명백하게 당연무효가 아닌 한, 도시관리계획의 위법사유를 들어 후행하는 개별처분의 취소를 구할 수는 없다는 것이 대법원의 확고한 견해이고 보면¹⁷⁵⁾ 국민이 개별처분의 취소소송을 통해 권리를 구제받을 수 있는 길은 매우 제한적인 것이다. 따라서 국민의 권리를 효과적으로 보호하기 위해서 분쟁의 원인을 지니고 있는 도시관리계획 자체를 다투어야 할 실질적인 필요성이 매우 높다고 할 수 있다.

이에 반하여 ‘구체적 사실에 관한 법집행’이라는 개념은 매우 상대적인 것이다. 이를 좁게 해석하면 국민의 권리의무에 ‘직접 변동을 초래하는’ 행위로 제한할 수도 있고, 넓게 해석하면 국민의 권리의무에 ‘영향을 미치는’ 행위로 확장할 수도 있다.

예컨대 도시관리계획은 그 결정 또는 변경으로 인하여 도시계획구역 내 건축허가요건을 추가·변경함으로써 국민의 ‘권리의무에 영향’을 미치는 것임에는 틀림없지만, 그 결정 또는 변경만으로 ‘권리의무가 직접적으로 변동’되는가 하는 것은 해석자의 견해에 따라 차이를 보일 수 있다. 이처럼 국민의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 개별적 처분과는 어느 정도 차이가 있는 도시관리계획을 ‘구체적 사실에 관한 법집행’으로 보고 행정소송의 대상으로 인정할 것인가

174) 김종보, 「건축행정법」, 도서출판 학우, 2002, p. 526.

175) 대판 1992. 10. 27. 92누7658, 대판 1997. 10. 24. 97다31175.

가 하는 문제가 바로 도시관리계획의 처분성에 관한 논의의 중심이다. 도시관리계획은 처분성에 대한 학설은 도시관리계획이 전형적 입법형식인 조례로 제정되는 독일의 경우에 있어서도(도시계획법 제10조 : Baub §176) 그것이 행정행위인가 입법행위인가에 대해 다툼이 있다는 것을 보아도,¹⁷⁷⁾ 도시관리계획의 법적 성격이 반드시 법률이 이를 어떻게 정하고 있는가에 의해서만 정해지는 문제는 아니라 할 것이다. 국토계획법상의 도시관리계획이 행정청의 법집행 행위의 외관을 갖고 있는 우리나라의 경우에도 도시관리계획의 법적 성격이 무엇인가에 대하여 견해의 대립이 있다.

이와 같은 견해의 대립이 한편으로는 도시관리계획이 행정입법인가 또는 행정행위인가에 관한 다툼으로 나타나고, 다른 한편으로는 도시관리계획이 행정소송의 대상으로서 적격을 갖는가, 즉 도시관리계획의 처분성의 문제로 나타난다. 그러나 이와 같은 문제들은 최소한 ‘구속적 계획’인 도시관리계획의 문제와 관련해서는 동전의 앞뒷면과 같이 한쪽이 결정되면, 다른 한쪽은 당연히 그 논리적 귀결로서 정해지는 것이다.

그러므로 이하에서는 도시관리계획결정의 법적 성격에 관하여 그것이 행정입법인가 행정행위인가에 대한 입장의 대립은 도시관리계획의 처분성을 부인하는가 또는 인정하는가에 대한 견해의 대립에 포섭되는 것으로 보고 이와 같은 견해의 대립과 그 근거를 함께 묶어 간단히 살펴보도록 한다.

첫째, 도시관리계획의 처분성을 인정하지 않고 그것이 법규적인 성격을 가진다고 하는 입장이 있을 수 있다. 이러한 입장에서는 계획이 국민의 권리·자유에 관계되는 일반적 추상적 규율을 행하는 입법행위이기 때문에 일반적 구속력만을 가질 수 있을 뿐, 국민의 권리의무에 직접적인 규율을 담고 있다고는 볼 수 없다고 한다. 그러나 현재 우리나라에는 도시관리계획 모두가 추상적 규범으로서의 성격을 갖는다고 주장하는 견해는 없다.

둘째, 도시관리계획이 국민의 구체적인 권리관계에 영향을 미치는 행위로서 일반적으로 처분성이 인정되어 항고소송의 대상이 된다는 입장이 있다. 이러한 견해는

176) 이 때문에 일본의 최고법원은 토지구획정리사업상의 제2차 계획이 구체적 사건성을 결하는 것으로 항고소송의 대상이 되지 않는다는 결론을 내리고 있는 것이다(일본최고재판소, 1966. 6. 23. 대법정판결, 「민집」 제20권 제2호, p. 271).

177) Ule · Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. 1995, p. 485.

도시관리계획 등이 공고 또는 고시되면 법규정과 결합하여 각종의 권리제한의 효과를 발생시키게 되면, 그 효과는 구체적인 것으로서 행정처분적인 성질을 가진다고 본다. 따라서 이 입장은 도시관리계획이 국민의 권리의무에 구체적·개별적인 영향을 미치는 것이므로 당연히 항고소송의 대상인 처분 등에 해당된다고 보는 것이다.¹⁷⁸⁾ 그 논거로서 권리상태의 변동이 도시관리계획만으로 초래된다는 점이나 권리구제의 실효성 등을 들고 있다. 예를 들어, 도시관리계획 등이 공고된 단계에서는 종전의 권리상태에 변동을 가져오는 것이므로 그 효과는 구체적이라고 주장하거나,¹⁷⁹⁾ 현실적인 문제로서 계획의 실시가 일단 완료되어 버린 단계에서 소송을 제기하기란 매우 곤란하여 구제의 실효성이 없게 된다는 주장¹⁸⁰⁾이 바로 이러한 견해를 대표하는 것이다. 도시관리계획이 행정소송의 대상이 되는가의 여부는 입법예에 따라 그리고 개개의 도시관리계획이 성질에 따라 결정될 성질의 것이지만, 국민의 권리구제의 측면에서는 널리 쟁송의 길을 열어 주어야 한다는 견해¹⁸¹⁾도 이에 속하는 것으로 볼 수 있다.

셋째, 도시관리계획의 처분성을 제한적으로 부정하고 있는 견해가 있다. 이는 도시관리계획결정이 있다고 하여 바로 특정 개인에게 개별적이고 구체적인 법적 효과를 발생시키는 것이 아니고, 일정한 도시관리계획은 그 결정을 집행하여 구체화하는 여러 단계의 법적 조치를 거친 후에야 개별적·구체적인 법적 효과를 발생하는 것이 일반적이라고 하는 견해이다.¹⁸²⁾ 한편 판례의 입장을 살펴보면, 대법원은 「도시계획법」 제12조 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시계획구역 안의 토지나 건물소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축·개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는 바, 이런 점에서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라고 할 것이고 이는 행정소송의 대상이 되

178) 이상규, 「신행정법론(상)」, 1997, p. 501 ; 서원우, 「현대행정법론(상)」, 박영사, 1983, p. 553.

179) 박윤훈, 「최신 행정법강의(상)」, 박영사, 2004, p. 305.

180) 서원우·이강혁, 「공법학 연습」, 법지사, 1995, p. 657.

181) 강창웅, “도시계획결정의 행정처분성”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1986. 2, p. 73.

182) 김남진·이명구, 「행정법연습」, 고시연구사, 2001, p. 169 이하 ; 김남진, “도시계획결정의 법적 성질 「고시연구」, 1983. 10, p. 16 ; 석종현, “도시계획결정의 법적 성질”, 「판례월보」 제179호, 1985. 8, p. 61.

는 것이다 라고 판시한 이래 도시관리계획의 처분성에 대하여 일반적으로 이를 인정하는 태도를 취하고 있다.¹⁸³⁾

우리의 법제 하에서 도시관리계획이 실현되는 형식적인 과정을 살펴 볼 때, 도시관리계획의 처분성을 인정하지 않고 이를 입법행위로 보아야 할 근거는 없다고 할 것이다. 특히, 법문의 구조상 도시관리계획결정을 추상적 법규로 해석할 만한 근거가 없다. 계획에는 단지 행정청 내부만을 구속할 뿐 대 국민관계에서 아무런 구속력을 갖지 않는 지침적 계획 내지는 가이드라인에 불과한 계획이 있는가 하면, 계획이 수립되면 적극적으로 국민의 권리를 제한하고 이에 따르지 않을 때 강제집행이나 행정벌을 통해 계획에서 정한 목적을 적극적으로 실현하는 것이 있다. 따라서 모든 계획이 같은 성질을 갖지 않는다 하여 행정행위로 볼 수 없다는 주장은 설득력이 없다. 대 국민관계에서 구속력을 갖는 도시관리계획 가운데 용도지역의 지정·변경, 도시계획의 설치 그리고 도시계획시설사업은 같은 성질을 갖는다고 볼 수 없기 때문에 행정행위인 것과 입법행위인 것이 존재한다는 견해에 대하여는 의문이 제기될 수도 있다.

그러나 이들 계획은 다같이 계획이 결정됨으로써 일정범위 안의 토지에 대하여 개별적이고도 구체적인 행위제한이 가해지고 있을 뿐만 아니라 건축제한이나 사업을 위한 토지수용과 같은 후행행위에 의해서도 제한을 받게 된다. 따라서 도시관리계획과 같은 구속력 계획의 경우 계획결정으로 인해 침해된 권리의 성질을 달리 볼 여지는 없다 할 것이므로 다같이 행정행위로의 성질을 갖는 것으로 보는 것이 타당하다.

그렇지만 도시관리계획과 같은 구속적 계획이 행정행위로서의 성질을 갖는다 하더라도 취소소송을 제기하여 권리구제를 받기 어려운 한계가 있다. 본래 계획에 대하여는 행정청에게 널리 소위 계획재량이라는 광범위한 형성의 자유가 인정되고 있으며, 법원에서 취소자유가 인정된다 하더라도 계획이 지니고 있는 공익성 때문에 사정판결을 내리고 말 것이기 때문이다. 설령, 소송을 제기한 자가 승소한다 하더라도 계획자체를 취소하는 것이 합리적이지도 않을 뿐만 아니라 또한 그렇게 할 수도 없는 것이기 때문에 대개의 경우 소송의 실익을 구할 수 없게 된다.

183) 대판 1982. 3. 9. 80누105.

따라서 계획의 수립에 따른 권리침해를 최소화하고 계획의 실현성을 높이기 위해 계획수립의 민주적 절차를 통해 권리를 보장하는 것이 바람직하다. 계획의 수립과정에 지역주민이 능동적으로 참여할 수 있도록 하여 실질적인 주민참여가 이루어지게 된다면 사전적인 권리구제가 가능하게 된다. 그럼에도 불구하고 불가피하게 권리를 침해하게 되고, 침해된 권리가 특별희생에 해당할 때는 손실보상에 의해 권리가 구제될 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

② 計劃制限으로서의 用途地域制

용도지역제와 같은 토지이용계획은 이중구조성, 불안정성과 가변성, 계획재량의 특성을 갖는다.

첫째, 토지이용계획의 이중구조성은 토지이용계획은 직접 규제력을 갖지 않는 프로그램인 것과 직접 규제력을 갖는 실행계획으로 제도화되어 존재하고 있다. 실행계획은 프로그램을 기초로 하고, 구체적인 건축행위 등의 제한을 내용으로 하기 때문에 구속적 계획의 전형을 이루는 것이다. 따라서 토지이용계획은 상위 계획과 하위계획이 체계를 이루는 적합의 원칙(Anpassungsprinzip)을 불가결의 속성으로 하고 있다.

둘째, 토지이용계획은 불안정성과 가변성을 불가결의 속성으로 하고 있다.¹⁸⁴⁾ 계획의 실현과 계획의 가변성은 서로 상충되고 있으며, 이를 어떻게 조화시켜 나갈 것인가가 토지이용계획이 내면적으로 지니는 어려움이라 할 수 있다. 따라서 계획과 이해관계를 갖는 국민이 이의 존속을 신뢰하고 그에 따라 생활하는 것을 보호하기 위해 계획보장(Plangewährleistung)이 이론적으로 논의의 대상이 되고 있다.

셋째, 계획법의 규범적 특질에서 보아 토지이용계획은 계획재량의 범주에 위치하는 특성을 갖는다. 계획재량이란 행정청이 계획을 수립함에 있어서 갖게 되는 광범위한 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)를 의미한다. 행정관청의 계획활동에서 갖게 되는 재량권은 계획규범에 의해 규율되며, 종래의 행정법규와는 엄격히 구

184) 이명구, “행정계획과 계획보장” 「고시연구」, 1984. 7, pp. 69-70 : 이와 같은 속성이 계획에 내재한다는 것은 “계획의 변경은 드문 예외가 아니라 그의 효과의 실제적 조건이다” (Simon), “잘못과 시정은 예견할 수 없는 현상이 아니라 그 자신을 정당화시키는 계획의 요소이다” (Ipsen), “가변성과 불안정성은 계획에 내재하는 것이다” (Burmeister)라는 표현에서 찾아볼 수 있다.

별된다. 이 개념은 독일의 학설·판례에 의해 전개되었으며, 주로 종래의 연방건설법(BBauG)에서 규정하고 있던 건설기본계획(Bauleitplan) 또는 지구상세계획(Bebauungsplan)의 적법성을 둘러싸고 나타났다. 이는 지방자치단체의 계획고권(Planungshoheit)이 인정된다는 전제 하에 가능한 것이라 할 수 있다.¹⁸⁵⁾

토지이용계획제한이란 용도지역제와 같은 토지이용계획에 의해 토지재산권에 가해지는 제한을 말하며, 국토의 이용·관리에 관한 종합적인 입장에서 토지의 기능과 적성에 따라 가장 적절히 이용·관리하기 위하여 가하여지는 부담제한이다.¹⁸⁶⁾ 즉, 생활공간을 합리적으로 형성하여 지역 또는 도시의 계획적인 정비·개발·보전을 달성하기 위하여 행정주체가 법률에서 정한 계획에 따라 공권력을 발동하여 개인소유의 토지 등에 대하여 자유로운 이용·개발 또는 사용·수익·처분의 자유를 제한하는 것을 말한다.¹⁸⁷⁾ 토지이용계획제한은 토지이용계획의 실현이라는 점에서 중요시되고 강제를 필연적 귀결로 하나, 이의 성공여부는 토지이용규제와 마찬가지로 피규제자의 준법정신, 강제를 위한 행정비용 등에 달려 있다. 그리고 강제의 결과 초래된 권리침해가 내재적 제약 또는 사회적 제약의 범위에 해당되는가, 이를 넘어선 것인가에 대한 법 이론적·실증적 검토가 이루어져 이에 대한 권리구제와 함께 제도화가 모색되어야 하며, 토지이용규제의 관점으로서 무엇이 공익인가에 대한 가치판단의 기준이 제시되어야 한다.¹⁸⁸⁾

그런데 공용부담법상 공용부담은 특정한 공익사업의 수요나 기타 공익목적에 위하여 강제적으로 국민에게 과하는 공법상 인적 부담¹⁸⁹⁾과 물적 부담을 말한다.¹⁹⁰⁾ 물적 부담은 특정한 재산권에 대하여 일정한 제한을 가하거나 침해하는

185) Vgl. H. J. Koch·R. Hosch, Baurecht, *Raumordnung-und·Landesplanungsrecht*, 1988, S. 110-118 ; U. Battis, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 1987, S. 65-69 ; K. H. Friauf, Baurecht, in: von Munch(hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1988, S. 491-496.

186) 이상규, 「신행정법론(하)」, 법문사, 1994, p. 569.

187) 서원우, “계획제한과 공권보호”, 「법학」 제17권 제1호, 서울대학교 법학연구원, 1975, p. 6.

188) Chapin과 Kaiser는 미국의 토지이용계획에서 공익으로 간주되고 있는 관점을 다음과 같이 들고 있다(F. Stuart Chapin, Jr.·Edward J. Kaiser, *Urban Land Use Planning*, 3rd ed., University of Illinois Press, 1979, pp. 48-58). 즉, ①보건성 ②안정성 ③편익성 ④효율성 ⑤에너지 절약 ⑥환경보전 ⑦사회적 형평(시설이용의 기회균등 및 도시개발 이익의 공정한 배분) ⑧사회적 선택(선택의 다양성 및 선택결정에의 주민참가) ⑨쾌적성을 들고 있다.

189) 인적 부담은 개인에게 과하는 공법상의 작위·부작위 또는 금부의 의무를 말하며 내용에 따라 부담금, 구역·현품, 노역·물품, 시설부담, 부작위부담 등으로 나누어지고 있다.

190) 공용부담(Öffentliche Lasten)이란 “공공성(Öffentliche Unternehmung)에 대한 목적을 달성하기 위해 필

것을 내용으로 하며, 부담의 성질에 따라 재산권에 가하는 공용제한, 재산권 자체를 취득하는 공용수용 그리고 재산권의 내용에 변환을 가져오는 공용권리변환으로 나누어진다.

공용제한(Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung)은 제한의 형태에 따라 공물제한·부담제한 그리고 공용사용으로,¹⁹¹⁾ 또는 공익상 수요의 종류에 따라 계획제한·안전제한·사업제한·공물제한 그리고 사용제한으로 나누어지고 있다.¹⁹²⁾

계획제한(planning control)은 행정계획에 따라 그 목적을 달성하기 위하여 재산권에 가하여지는 공용제한¹⁹³⁾으로, 토지를 대상으로 이루어지는 것이 일반적이며 행위제한을 주로 하고 있다. 따라서 토지이용계획제한은 공용제한 가운데 전형적인 계획제한의 하나에 해당된다.

한편, 이러한 계획제한의 하나로서의 토지이용계획제한은 종래 토지이용이 국토이용관리법과 도시계획법에 의해 규율되고 있을 때, 토지이용계획은 국토이용계획제한과 도시계획제한으로 구별되고 있었다. 국토이용계획제한이란 국토이용에 대한 질서를 확립하여 토지를 그 기능과 적성에 따라 가장 적합하게 이용하기 위한 계획이며(구 국토이용관리법 제1조 및 제2조), 도시계획제한은 도시계획구역 안에서 도시의 건전한 발전을 도모하여 공공의 안녕·질서와 공공복리를 증진시키기 위해 토지 등에 가해지는 규제적·형성적 행정활동의 하나였다(구 도시계획법 제2조 제1항 제1호). 그러나 이 두 법이 통합되어 토지이용계획이 도시관리계획으로 일원화됨에 따라 계획제한 역시 통합명칭을 사용하지 않을 수 없게 되었다. 이제 토지이용계획제한은 도시와 비도시를 포괄하는 ‘도시관리계획제한’으로 불려야 할 것이다.¹⁹⁴⁾

종래는 도시계획제한이 주로 논의의 대상이 되었다. 왜냐하면 도시계획제한이

요한 수단을 얻도록 이에 일정한 것을 공결하는 국민의 의무”라고 O. Mayer가 정의(O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* II, 2. Aufl., 1917, S. 382 ; 田中二郎, 「公用負擔金」法律學全集 第14卷, 有斐閣, 1978, p. 1)한 이래 많은 문헌에서 이와 유사한 표현을 하고 있다(김도창, 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1993, p. 632 ; 이상규, 전게서, p. 544).

191) 이상규, 상계서, pp. 521-522.

192) 김도창, 상계서, p. 645.

193) 김도창, 상계서, p. 646.

194) 류해웅, 전계서, p. 283.

가장 직접적으로 국민의 생활 속에서 많은 문제를 자아내고 있었기 때문이다. 그러나 도시화의 진전과 산업의 급속한 발전에 따라 국토공간이 생산과 생활의 장으로 이용됨으로써 국토이용계획제한이 부각되었다. 이에 따라 전 국토의 효율적 이용과 보전이라는 측면이 보다 강조되어 계획제한이 도시토지로부터 전 국토에 까지 확산되기에 이르렀다. 그러나 국토가 도시와 비도시를 통합한 도시관리계획에 의해 관리되기 때문에 이와 같은 구별은 이제 의미를 상실하였다 해도 과언이 아니다.

토지이용계획은 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 것을 내용으로 한다. 따라서 계획의 결정으로 인해 침해된 권리가 어떠한 방법으로든지 구제받을 수 있도록 하는 것이 형평의 원칙에서 보아 타당하다. 계획으로 인해 침해된 권리는 통상 사법심사나 손실보상과 같은 사후적 권리구제에 의존하고 있다.

그러나 계획제한이 전 국토로 확산됨에 따라 권리구제의 문제가 수도권정비계획이나 개별법상 토지이용규제로까지 확산될 우려가 있다. 예를 들어, 이들 계획에 대한 취소를 구하는 소송의 제기나 손실보상의 문제가 그러하다. 특히, 계획결정의 취소를 구하는 소송이 이제까지 도시지역만을 대상으로 하는 토지이용계획(구 도시계획)에 국한하고 있었으나, 국민의 권리의식에 대한 수준이 높아짐에 따라 이에 대한 확산이 예상된다. 따라서 계획제한을 내용으로 하는 도시관리계획의 수립시 지역주민의 참가를 보장하는 사전적 권리구제를 통해 도시관리계획의 쟁송문제를 최소화하고 도시관리계획의 실효성을 제고하도록 할 필요가 있다.

③ 計劃裁量에 對한 統制法理

계획재량(Planungsermessen)¹⁹⁵⁾이라 함은 행정계획의 수립과정에서 행정주체가 갖게 되는 재량권이나 계획상의 형성의 자유를 말한다. 계획재량은 전통적 의미의 재량행위(이른바 행정재량)와 구별하기 위한 새로운 개념도구이나, 원래는 독일에서 지역계획, 특히 건설기본계획의 수립에 관한 계획고권을 중심으로 성립·발전하였고, 한국에서는 1980년에 독일의 계획재량이론을 바탕으로 한 계획재량이론이 소개되면서, 행정계획이론의 체계적 정립과 관련하여 논의되었다.

195) 강구철, “계획재량의 통제에 관한 연구”, 「법학논총」 제11호, 국민대학교 법학연구소, 1999. 2, p. 195 ; 박종국, “계획재량에 관한 고찰”, 「안암 법학」 제7호, 세창출판사, 1998. 8, p. 55.

이러한 계획재량의 개념은 특히, 행정계획에 대한 사법적 통제법리의 구성과 관련하여 정립된 것이다. 그 이유는 첫째, 계획재량은 일반의 행정재량과는 다르기 때문에 행정재량에 대한 통제법리를 그대로 계획재량에 적용하기 어렵기 때문이고 둘째, 행정계획 특히 구속적 행정계획에 의해 국민의 권익이 침해되는 경우가 점차 증대되면서 그에 대한 통제법리 내지는 행정구제의 길을 열어야 할 필요가 요청되었기 때문이다.¹⁹⁶⁾

그런데 대법원은 ‘도시계획결정 즉, 도시재개발구역의 지정·변경 또는 도시개발사업계획의 결정·변동 등 행위의 성질과 관련하여 이들 각 행위는 관계행정청의 법령의 범위 내에서 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진을 위한 도시정책상의 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 그 재량에 의하여 이루어지는 것이라고 할 것이므로 그 재량권의 일탈 또는 남용이 없는 한 그 처분을 위법하다고 할 수는 없다’고 판시함으로써 일면 계획재량의 관념을 받아들이면서도 다른 한편으로는 계획 고유의 위법성 판단기준이 아닌, 재량권의 일탈·남용의 범리로써 그 위법성 여부를 판단한 바 있다.¹⁹⁷⁾

행정재량은 구체적 사실과 결부시켜 판단하고 결정하는 조건프로그램인 반면, 계획재량은 계획규범이 규정한 계획목적의 범위 내에서 광범위한 형성의 자유를 가지고 행정·정책적으로 행정목표를 정하게 되는 목적프로그램이다. 따라서 행정재량의 경우에는 구체적 사실을 연결점으로 하여 재량권이 좁게 인정되나, 계획재량의 경우에는 그 재량권이 광범위하게 인정된다.

또한 행정재량의 경우에는 행정법규에서 정한 요건규정과 효과규정의 한계 내에서 재량권이 인정되는 것이나, 계획재량의 경우에는 계획규범이 요건·효과규정에 관하여 공백규정을 두는 것이 보통이기 때문에, 그에 따른 한계가 인정되지 않는다. 다만, 후자의 경우에도 계획규범의 목적과 수단을 이해하지 못하는 한계가 있다. 그리고, 행정재량권 행사의 적법성 여부에 대하여는 재량권의 내적·외적 한계를 기준으로 판단하게 되는 것이나, 계획재량권 행사의 경우에는 목적·수단을 기준으로 하면서 재량권행사의 절차적 과정을 중심으로 절차(형량)하자의 구성을 통하여 비로소 적법성의 여부를 판단할 수 있게 된다.¹⁹⁸⁾

196) 석종현, 「행정법연습」, 삼영사, 1999, pp. 99-100.

197) 대판 1985. 7. 23. 83누727.

그러므로 계획재량은 행정재량과는 구별되어야 하며, 종래 재량권의 내외적 한계를 인정하고, 그 한계를 벗어난 재량권행사의 적법(재량권의 유월이나 남용)의 문제가 없는 것이 보통이기 때문이다.

더욱이 계획규범은 행정주체의 계획권행사에 대한 기준과 정도(요건과 효과)에 대해서 규정하지 아니하고 그에 관하여 백지위임하는 방식으로 계획관청에게 형성의 자유를 부여해 주고 있는 것이다. 그러나 행정계획 역시 행정목적의 실현을 위한 행정의 행위형식의 하나이기 때문에 법치주의의 적용을 받아야 하며, 적법한 행정계획에 대해서는 사법심사를 통한 구제가 보장되어야 한다. 그런데 현행 행정소송법은 행정소송의 대상을 ‘적법한 처분’ 등에 한정하고 있어 행정계획이 어떤 경우에 적법하게 되느냐가 문제가 된다.

이와 같은 인정논리의 전개와 관련하여 행정재량에 대한 사법적 통제법리를 적용하는 데는 한계가 있다. 따라서 계획재량이론은 구속적 행정계획에 대한 사법적 통제를 가능하도록 하는 행정계획 특유의 통제법리로서 성립된 것이다.

이와 관련하여 학설은 재량권의 유월이나 남용과 같은 재량권행사의 위법을 인정하기 보다는 행정계획의 성립을 위한 단계적 절차인 행정과정상의 하자를 인정하고 그와 같은 하자를 지닌 행정계획에 대하여 위법성을 인정하는 논리를 구성하고 있다. 이와 같이 최근에는 용도지역제와 같은 계획제한에 부여되는 계획재량을 합리적으로 통제하기 위한 법리로서 형량명령이 주장되고 있다. 일반적으로 형량명령은 계획상의 갈등을 조정하거나 해소하기 위해 계획과 관련되는 모든 공익과 사익 상호간의 정당한 비교형량을 하여야 한다는 명령을 말한다. 이는 계획주체가 형량의무를 진다는 것을 전제로 하고 있다.

계획재량과 형량명령 및 형량하자론을 명시적으로 도입한 획기적 판례로서 평가받은 바 있는 것을 보면,¹⁹⁸⁾ 대법원은 ‘행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다고 할 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 한다는 공익형량을 전혀 행하지 아니하거나 사익형량의 고려대상에 마땅히 포

198) 석중현, 전게서, pp. 100-101.

199) 신봉기, 전계논문, p. 198.

함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 사익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법한 것으로 보아야 할 것이다’ 라고 판시하고 있다.²⁰⁰⁾

또한, 대법원은 ‘행정주체가 택지개발예정지구 지정처분과 같은 행정계획을 입안·결정하는 데에는 비록 광범위한 계획재량을 갖고 있지만 행정계획에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 이익형량을 전혀 고려하지 아니하였거나 이익형량의 고려 대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하기는 하였으나 그것이 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우에는 그 행정계획은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이다. 또 여기서 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)이란 어떤 행정목적의 달성을 위한 수단은 그 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다는 헌법상의 원칙을 말하는 것이다’ 라고 판시하였다.²⁰¹⁾

그리고 최근 대법원은 ‘도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 공고 및 공람하게 한 것은 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는데 있는 것이므로 이러한 공고 및 공람절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다’ 라고 판시한 바 있다.²⁰²⁾ 위 판례는 행정계획에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 한다고 하여 학설상의 형량명령의 논리를 수용하였다.

그런데 이 경우 형량명령의 법적 근거가 문제되나, 그에 대해서는 판례는 아무런 판시를 하지 않고 있다. 독일의 경우는 「연방건설법전」 제1조 제7항에서 건설기본계획과 관련된 모든 공익과 사익간의 정당한 비교형량을 하여야 한다는 자치단체의 형량의무를 규정하고 있으나, 우리의 현행법에서는 그와 같은 규정이 없다. 그러나 독일연방행정재판소의 판례가 판시한 바와 같이 계획상의 갈등을 해소하기 위해 공익과 사익간의 정당한 형량을 하여야 한다는 명령은 실정법의

200) 대판 1996. 11. 29. 96누8567(도시계획시설결정처분 무효확인 등).

201) 대판 1997. 9. 26. 96누10096(택지개발예정지구 지정처분취소).

202) 대판 2000. 3. 23. 98두2768(도시계획결정).

명문규정에 관계없이 헌법상의 법치국가의 원리로부터 도출되는 것으로 보아야 할 것이다.²⁰³⁾ 위 판례는 형량비교를 판단하기 위한 기준으로서 비례원칙²⁰⁴⁾의 적용을 판시하고 있다. 판례가 위법의 예로서 적시하고 있는 내용은 학설에서 말하는 형량하자의 종류인 ①형량의 탈락·흡결(이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우) ②형량상의 평가 과오(이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우)를 의미하는 것으로 볼 수 있는데, 판례는 형량하자라는 용어를 사용하지 않고 재량권의 일탈·남용으로써 적법하다는 논리를 전개하고 있다.²⁰⁵⁾

행정계획의 수립은 보통 3단계의 과정을 거치게 되며, 제1단계에서는 기본 자료의 수집과 수집된 자료에 의거한 계획대상어의 작용과 구조분석을 거쳐 모든 현황과 계획대상의 현실적인 추세에 관한 종합적인 사실의 파악과 평가·분석을 행한다. 제2단계에서 제1단계의 과정을 거쳐 종합된 자료의 선별작업과 선정된 계획 자료를 근거로 하여 일정한 질서를 유도하기 위한 계획목표를 잠정적으로 확정하여 계획초안을 작성한다. 제3단계에서 일반적으로 계획법에서 규정한 계획수립절차에 따라 그 계획초안을 근거로 하여 최종적인 행정계획을 확정한다.²⁰⁶⁾

그러나 우리나라의 계획통제에 관한 판례는 앞에서 보았듯이 행정계획의 과정적 논의는 배제하고, 그 적법성 여부에 대한 판단에 이르고 있을 뿐 아니라, 그 적법판단의 평가척도도 일반 행정재량에 적용되는 재량권의 한계이념이나 비례의 원칙에 의지하고 있다.²⁰⁷⁾

결론적으로 판례는 학설상의 형량명령 이념과 형량하자 및 계획재량 이념을 전폭적으로 수용하였다는 점에서 그 의의를 높게 평가할 수 있으나, 형량명령의 법적 근거에 대해서 아무런 판시를 하지 않은 점과, 형량하자라는 용어를 수용하지 않은 채, 그것을 재량권의 일탈·남용으로 이해하는 판시를 한 것으로 논리상 문

203) 석종현, 전게서, p. 101.

204) 비례원칙(과잉금지 원칙)은 넓은 의미에서 행정주체가 구체적인 행정목적 실현에 있어서 그 목적 현실과 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 것이다. 이는 ①적합성의 원칙 ②필요성의 원칙 ③좁은 의미의 비례의 원칙(상당성의 원칙)으로 구분된다. 헌법재판소는 비례원칙의 내용적 요소로서 ①목적의 정당성 ②수단의 정당성 내지는 방법의 적절성 ③침해의 최소성 ④법익의 균형성(법익의 비례성) 등을 들고 있다(석종현, 상게서, pp. 51-52).

205) 강현호, “도시계획과 행정소송”, 「토지공법연구」 제7집, 한국토지공법학회, 1999, p. 125.

206) 석종현, 상게서, p. 249.

207) 신봉기, 전계논문, p. 198.

제가 있다.

계획재량은 결정재량이나 선택재량이 아니라 계획상의 형성의 자유이며, 따라서 행정주체에게 행정계획의 입안·결정에 있어 광범위한 형성의 자유를 가진다고 하여 재량권과는 구별되는 형성의 자유를 인정하는 입장에서 이를 다시 재량권의 문제로 보아 적법 여부를 인정하는 대법원의 논리는 타당하지 못하다고 할 것이다. 계획재량의 경우 계획재량권의 일탈·남용의 문제가 아니라, 형량하자 그 자체가 위법이 원인이 되며, 따라서 형량하자의 경중에 따라 결과로서의 행정계획의 무효 또는 취소사유를 지닌 것으로 평가되어야 하는 것이다.²⁰⁸⁾

4) 用途地域·地區·區域의 指定 및 制度比較

가) 用途地域·地區·區域의 指定

국토는 토지의 이용실태 및 특성, 장래의 토지이용방향 등을 고려하여 크게 도시지역·관리지역·농림지역·자연환경보전지역으로 구분한다. 용도지역이란 관할 구역을 장래 목표로 하는 토지용도에 따라 몇 개의 지역으로 나누어 관리하는 도시계획제도이다. ‘장래 목표로 하는 토지용도’라고 하였으므로 ‘현재 이용되고 있는 토지용도 즉, 토지이용현황’을 기준으로 하는 것이 아님을 유의하여야 한다. 물론 용도지역의 지정시 현실을 완전히 무시하지 않지만 어디까지나 ‘계획적인 지정’이지 ‘현황의 분류’가 아니다. 용도지역별로 당해 지역에서 건축할 수 있는 건축물과 할 수 없는 건축물의 용도가 정해지고, 건축할 수 있는 건축물도 그 규모와 밀도가 다르게 관리된다. 도시관리계획에서 용도지역을 지정하는 목적은 크게 두 가지로 나눌 수 있다.

첫째, 상충되는 토지이용간의 충돌을 예방하는 것이다. 예컨대, 공장이 주택가와 상점가에 혼재할 경우 야기되는 소음·진동·대기·수질 등 환경오염 문제를 미연에 방지하고, 상점이 주택지에 혼재할 경우 야기되는 주거의 평안과 쾌적성을 훼손하는 문제, 그리고 녹지공간에 주택지·공장·상가가 무분별하게 입지함에 따른 녹지훼손의 문제를 방지하기 위한 것이다. 도시에는 좁은 지역에 많은 인구가 밀집하여 거주하고 생활함에 따라 개인의 토지이용이 인근 토지 나아가

208) 석중현, 전게서, p. 102.

서 도시 전체에 불가피하게 영향을 미치게 되므로 그 중 부정적인 영향요소들을 계획적으로 사전에 제거하고자 하는 것이다.

둘째, 토지이용을 효율화하기 위한 것이다. 공장이나 상점이 한 지역에 집중되어 있을 경우 집적의 이익과 규모의 경제가 발생한다. 예컨대, 산재해 있는 공장에 대하여는 각 공장별로 환경오염 방지시설을 갖추어야 하나 밀집해 있을 경우 공통적으로 사용할 수 있는 시설을 갖출 수 있고 관리면에서도 통제가 용이하다. 상점도 산재해 있는 것보다 집중되어 있을 때에 접근 교통시설의 확보, 소비자 선택의 다양성 등 효율성이 높다. 결국 토지의 용도에 따라 지역을 나눔으로써 토지이용의 질서를 유지하고 효율성을 증가시켜 도시 전체의 공공의 이익을 확보하기 위한 장치가 용도지역제도이다.

도시관리계획에는 용도지역²⁰⁹⁾ 이외에 용도지구²¹⁰⁾와 용도구역²¹¹⁾이 있다.

첫째, 용도지구는 용도지역에 대한 용도구분만으로는 해결할 수 없는 특례 목적을 위해 지정하여 용도지역을 보완하는 장치로서 고도지구·미관지구·경관지구 등이 있다. 용도구역은 정책적으로 관할구역에서 개발할 지역과 개발이 금지 또는 일정기간 유보할 지역을 구별하는 제도로서 도시의 무질서한 확산을 방지하고 자연환경을 보호하기 위하여 개발을 제한하는 개발제한구역과 일정기간(5년 내지 20년간) 시가화를 유보하는 시가화조정구역이 있다.

둘째, 용도지역은 반드시 지정되어야 한다. 반면에 지구와 구역은 필요한 경우에 지정된다. 용도지역의 지정이 없는 지역(미지정 지역)이 일부 있기는 하나 용도지역의 지정이 사실상 곤란한 공유수면이 대부분이다.

셋째, 하나의 토지에는 반드시 하나의 용도지역이 지정된다. 용도지역은 중복 지정이 있을 수 없다는 것이다. 하나의 토지가 주거지역인 동시에 상업지역이나

209) “용도지역”이라 함은 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율(건축법 제47조의 건폐율을 말한다)·용적률(건축법 제48조의 용적률을 말한다)·높이 등을 제한함으로써 토지를 경제적·효율적으로 이용하고 공공복리의 증진을 도모하기 위하여 서로 중복되지 아니하게 도시관리계획으로 결정하는 지역을 말한다(국토계획법 제2조 제15호)

210) “용도지구”라 함은 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역의 제한을 강화 또는 완화하여 적용함으로써 용도지역의 기능을 증진시키고 미관·경관·안전 등을 도모하기 위하여 도시관리계획으로 결정하는 지역을 말한다(국토계획법 제2조 제16호).

211) “용도구역”이라 함은 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역 및 용도지구의 제한을 강화 또는 완화하여 따로 정함으로써 시가지의 무질서한 확산방지, 계획적이고 단계적인 토지이용의 도모, 토지이용의 종합적 조정·관리 등을 위하여 도시관리계획으로 결정하는 지역을 말한다(국토계획법 제2조 제17호).

공업지역 또는 녹지지역일 수가 없다. 그리고 구역도 중복지정이 되지 않는다. 그러나 용도지구는 2개 이상 중복하여 지정할 수도 있다.

넷째, 행위제한의 방식이 다르다. 용도지역에 대하여는 건축물의 건축에 대한 제한을 받게 되는데 구체적으로는 용도·종류·규모·건폐율²¹²⁾과 용적률²¹³⁾이 적용된다. 건축물의 건축시 그 용도·종류·규모 등의 제한을 받게 된다. 경관지구를 예외로 하고 건폐율과 용적률은 별도로 제한하지 않는다. 그러나 구역은 「국토계획법령」과 「개발제한특별법」에 의하여 건축물의 건축 뿐 아니라 형질변경·토석채취 등 각종 개발행위가 제한된다.

다섯째, 행위제한에 있어서는 지역·지구·구역이 중복하여 적용된다. 예를 들어, 하나의 토지가 용도지역은 자연녹지지역, 용도지구는 취락지구, 구역은 개발제한구역으로 되어 있을 경우 자연녹지에 대한 행위제한만 적용되는 것이 아니라 취락지구·개발제한구역에 따른 규제가 중복하여 적용된다. 용도지구는 중복지정이 가능하다고 하였으므로 예컨대, 준주거지역이면서 고도지구·경관지구·미관지구 등 2개 이상의 지구가 중복되어 지정되어 있다면 각각의 지구에서의 행위제한 규정이 모두 적용된다.

여섯째, 도시계획의 입안·결정주체가 다르다. 용도지역과 용도지구는 시장·군수가 입안하여 시·도지사가 결정한다. 그러나 구역은 시장·군수가 입안하여 국토해양부장관이 결정한다.

「국토계획법」상 용도지역은 대분류 지역, 중분류 지역, 그리고 소분류 지역 등 총 21개의 용도지역이 있다. 우선, 전 국토의 도시지역·관리지역·농림지역·자연환경보전지역의 4개 용도지역으로 구분·지정하였다. 도시지역은 다시 주거지역·상업지역·공업지역·녹지지역으로 세분·지정하고, 관리지역은 보전관리지역·생산관리지역·계획관리지역으로 세분·지정하도록 하였다. 그리고 도시지역의 각 용도지역은 각각 3-6개의 소분류 용도지역으로 세분할 수 있도록 하였다. 이 모든 용도지역은 서로 중복하여 지정할 수 없다.

용도지구²¹⁴⁾²¹⁵⁾는 경관지구·미관지구·고도지구·방화지구·방재지구·보존지

212) 건폐율이라 함은 대지면적에 대한 건축면적의 비율을 말한다. 따라서 건폐율이 낮다는 의미는 대지 안에 건축공간이 아닌 공지가 많이 있다는 의미가 된다.

213) 용적률이라 함은 대지면적에 대한 건축물의 연면적의 비율을 말한다(건축법 제84조). 따라서 건폐율이 일정할 경우 용적률이 높다는 말은 건축물의 층수가 많아진다는 의미이다.

구·시설보호지구·취락지구·개발진흥지구·특정용도제한지구·위락지구·리모델링지구가 있다. 용도구역은 개발제한구역²¹⁶⁾·시가화조정구역²¹⁷⁾·수산자원보호구역²¹⁸⁾²¹⁹⁾·도시자연공원구역²²⁰⁾²²¹⁾이 있다. 이들 용도지구와 용도구역은 상호 중복하여 지정할 수 있다. 「국토계획법」에는 전통적인 용도지역·용도지구·용도구역 외에 개별구역의 성격을 갖는 구역이 별도로 있다. 지구단위계획구역·개발밀도관리구역·토지거래허가구역이 그것들이다. 이 중에서 지구단위계획구역·개발밀도관리구역은 관련계획을 적용할 공간적 범위를 설정한 구역이다. 또한 토지거래허가구역은 토지거래허가제를 실시할 대상지역을 설정한 구역이다.

214) 시·도지사가 도시계획조례로 용도지구를 정할 때에는 다음의 기준에 따라야 한다 ①용도지구의 신설은 법에서 정하고 있는 용도지역·용도지구 또는 용도구역만으로는 효율적인 토지이용을 달성할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에 한할 것 ②용도지구 안에서의 행위제한은 그 용도지구의 지정목적 달성에 필요한 최소한도에 그치도록 할 것 ③당해 용도지역 또는 용도구역의 행위제한을 완화하는 용도지구를 신설하지 아니할 것(국토계획법시행령 제30조 제4항).

215) 건축제한을 적용함에 있어서 부속건축물에 대하여는 주된 건축물에 대한 건축제한에 의한다(국토계획법시행령 제71조 제2항).

216) 국토계획법 제38조 (개발제한구역의 지정) 제1항·제2항.

217) 국토계획법 제39조 (시가화조정구역의 지정).

218) 국토계획법 제40조 (수산자원보호구역의 지정), 수산업법 제67조의 2 (수산자원보호구역의 관리) 제1항·제2항·제3항 (신설 2007. 7. 27, 시행일 2008. 7. 28). 또한 수산자원보호구역에 관하여는 수산업법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「국토계획법」의 관련 규정을 준용한다

219) 수산업법 제67조의 3 (수산자원보호구역 안에서의 행위제한 등) : ①수산자원보호구역 안에서의 「국토계획법」 제2조 제11호에 따른 도시계획사업은 대통령령으로 정하는 사업에 한하여 시행할 수 있으며 ②수산자원보호구역 안에서는 「국토계획법」 제56조 및 같은 법 제76조에도 불구하고 제①항에 따른 도시계획사업에 의하는 경우를 제외하고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “허가대상행위”라 한다)에 한하여 관리관청의 허가를 받아 이를 할 수 있다.

1. 수산자원의 보호 또는 육성 등을 위하여 필요한 건축물이나 그 밖의 시설 중 대통령령으로 정하는 종류와 규모의 건축물이나 그 밖의 시설을 건축하는 행위
2. 주민의 생활을 영위하는데 필요한 건축물이나 그 밖의 시설을 설치하는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위
3. 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 또는 「산지관리법」에 따른 조림·육림·임도의 설치나 그 밖에 대통령령으로 정하는 경미한 행위
- ③관리관청은 수산자원보호구역 안에서 제2항에 따른 허가를 받지 아니하고 허가대상행위를 하거나 제2항에 따라 허가받은 내용과 다르게 행위를 하는 자 및 그 건축물이나 토지 등의 소유자에 대하여 그 행위의 중지 및 원상회복을 명할 수 있다
- ④관리관청은 제3항에 따른 원상회복의 명령을 받은 자가 원상회복을 하지 아니하는 때에는 「행정대집행법」에 따른 행정대집행에 의하여 원상회복을 할 수 있다
- ⑤제2항에 따른 허가의 기준·신청절차 등에 관하여 필요한 사항 및 제3항에 따른 원상회복 명령의 기간·횟수 등은 대통령령으로 정한다 (신설 2007. 7. 27, 시행일 2008. 7. 28).

220) 국토계획법 제38조의 2 (도시자연공원구역의 지정) : 본조 신설(2005. 5. 31).

221) 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제1조 (목적) : 이 법은 도시에 있어서의 공원녹지의 확충·관리·이용 및 도시녹화 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 쾌적한 도시환경을 형성하여 건전하고 문화적인 도시생활의 확보와 공공의 복리증진에 기여함을 목적으로 한다.

나) 土地利用計劃制度와 用途地域制의 比較

토지이용계획제도는 모든 나라가 토지이용규제의 원활화와 토지관리의 효율화를 위해 두고 있다. 이 제도는 대체로 건축적 토지이용의 자유와 관련하여 건축자유를 바탕으로 하는 용도지역제와 건축부자유를 바탕으로 하는 계획에 의한 토지이용제도로 구분할 수 있다. 토지이용제도는 그 나라의 토지이용에 관한 역사적 배경과 국민의 토지에 대한 개념 등에 따라 다양한 구성을 한다.

그러나 이러한 토지이용계획과 용도지역제와 혼동되고 있는 경우가 많다. 그것은 용도지역제가 계획이라는 명칭을 사용하고 있기 때문이다. 예를 들어, 일본의 토지이용기본계획과 도시계획이 용도지역·지구의 지정을 내용으로 하며, 우리의 도시관리계획이 용도지역·용도구역을 내용으로 하고 있다. 용도지역·지구를 내용으로 하는 용도지역제는 비록 계획이라는 명칭을 사용하고 있다 하더라도 엄격한 의미에서 토지이용규제를 내용으로 하는 제도에 불과하다. 용도지역제는 용도지역·지구의 지정목적에 적합하게 토지이용이 이루어지도록 함으로써 토지의 용도와 기능이 부합되도록 유도하는 것을 목표로 하는 점에서 지구상세계획을 주된 방법으로 하는 계획에 의한 토지이용제도 즉, 토지이용계획제도와는 구별된다.²²²⁾

① 土地利用計劃制度와의 比較

용도지역제와 토지이용계획제도는 여러 가지 점에서 차이가 나타나고 있다.²²³⁾ 이와 같은 차이는 용도지역제를 채용하고 있는 나라의 토지이용제도가 지니고 있는 공통된 문제점이라 할 수 있으며, 이러한 문제는 사회·경제적 현상이나 토지이용에 관한 정책 등에서 다양하게 나타나고 있다.

첫째, 양 제도는 건축자유에 대하여 서로 상반되는 이해를 바탕으로 하고 있다. 용도지역제는 토지의 형상이나 현재의 이용을 바탕으로 용도를 부여하는 방식임에 반하여, 전형적인 토지이용계획제도는 비구속적인 용도구분을 행한 다음, 구체적인 계획에 의거하여 개발과 이용을 행하는 방식이다. 따라서 용도지역제는 용도로 지정되지 않은 토지에서 건축이 자유롭게 이루어질 수 있는 건축자유

222) 류해웅, 「토지공법론」, 삼영사, 2004, p. 141.

223) 류해웅, 상계서, pp. 342-343.

원칙이 바탕을 이루고 있음에 반하여, 지구상세계획을 근간으로 하는 토지이용계획제도는 전국의 토지를 개발제한구역으로 간주하는 건축부자유의 원칙을 바탕으로 한다.

둘째, 용도지역제는 현재를 중심으로 한 경직적인 제도이기 때문에 지극히 불안정한 장래 예측이 행해질 따름이지만, 계획에 의한 토지이용제도는 수요의 발생이 예측되는 경우 계획에 의해 적극적으로 이에 대처할 수 있어 미래지향적인 토지이용이 사실상 보장된다. 따라서 전자의 경우는 용도변경이 빈번하게 일어날 수 밖에 없고, 이로 인해 행정수요의 과다는 물론 많은 민원을 초래하게 된다.

셋째, 용도지역제는 용도지정으로 인해 어떤 토지소유자에게 엄청난 이익을 보장해 주는 반면 어떤 토지소유자에게는 이용제한을 강요하게 되어 형평성이 문제가 된다. 이에 반하여 계획에 의한 토지이용제도는 모든 토지소유자에게 일단 엄격한 제한이 동등하게 부여되기 때문에 불평등의 문제는 발생하지 않는다. 이로 인해 용도지역제를 채택하고 있는 나라가 지구상세계획제를 채택하고 있는 나라보다 지가의 상승이 심하고, 토지투기의 문제가 심각하게 나타날 수 밖에 없다.

넷째, 용도지역제에 의거한 토지이용규제는 규제의 강도를 더 높이거나 이를 완화하기 위해 다양한 용도지역을 새로이 지정하거나 세분함에 따라 제도의 혼란이 가중되고 있으나, 계획에 의한 토지이용제도는 계획권자의 계획수립에 의거하여 일관성이 있는 토지 이용을 도모할 수 있다.²²⁴⁾

② 詳細計劃制度와의 比較

상세계획제도는 나라마다 상이한 구성을 하고 있다. 독일의 건축기본계획(Bauleitplan)은 토지이용계획을 바탕으로 하는 구속적이고 방침적인 기본계획(Bebauungsplan)이, 영국은 광역적이고 방침적인 기본계획(structure plan)에 바탕을 두는 구체적 토지이용계획으로서 지방실시계획(local plan)이, 프랑스는 기본계획(SD)에 바탕을 두는 토지점용계획(P.O.S.)이 토지이용계획제도의 핵심을 이루고 있다. 그러나 우리나라와 일본은 용도지역제를 기본적인 토지이용규제의 수단으로 하면서 이를 보완하기 위해 지구계획 또는 지구단위계획²²⁵⁾을 채용하고 있다.²²⁶⁾

224) 日笠 端・成田頼明, 西ドイツの都市計劃の制度と運用-地區詳細計劃を中心として-, 日本建築センタ, 1977, pp. 10-20.

지구단위계획은 비록 그 명칭이 유사하나 전형적인 지구상세계획과 용도지역제를 보완하는 지구단위계획은 엄연히 구별된다. 두 제도가 지니는 차이점은 다음과 같다.²²⁷⁾

첫째, 기본체계상에서 상이하다. 지구상세계획제도와 용도지역제를 보완하는 지구단위계획제도는 다같이 도시의 기본적 토지이용을 실현하기 위해 지구단위로 구체적·개별적 계획을 미리 작성하여 그에 적합한 토지이용을 허용하거나 유도한다. 이와 같은 공간규제는 지구를 기준으로 다양한 계획과제를 해결할 수 있다는 점에서 종합적인 도시계획체계라고도 한다. 독일의 지구상세계획(Bebauungsplan)은 특정지역의 토지이용에 대한 가장 기본적인 제도이다. 따라서 지방자치단체에 의해 지구상세계획이 작성되지 않은 지역에서의 토지이용은 전혀 불가능하다. 그러나 우리나라의 지구단위계획제도와 일본의 토지계획제도는 용도지역제에 의한 토지이용규제를 보완하기 위한 것에 불과하다. 따라서 우리나라와 일본의 제도는 기본적으로 계획에 의거하는 독일의 지구상세계획과 상이한 체계와 구성을 하고 있다.²²⁸⁾

둘째, 계획규제내용의 상이하다. 독일의 지구상세계획제도와 우리나라의 지구단위계획제도는 기본적으로 상이한 계획체계에 의해 구성되고 있다. 지구상세계획제도는 계획이 수립되지 않은 지역의 개발이 사실상 금지되므로 건축적 이용의 부자유에 바탕을 두고 있다. 이에 반하여 지구단위계획제도는 건축부자유를 전제로 하지 않고 종래와 연속적인 건축자유 토지 제도적 풍토 아래 운용되고 있다.²²⁹⁾ 통상

225) 종래 상세계획과 관련하여 (구)도시계획법에서는 상세계획구역제도를 두고 있었고, 건축법에서는 도시설계제도를 두고 있었다. 그러다가 2000. 1. 28 (구)도시계획법의 전면개정시 양자를 종합하여 '지구단위계획'으로 개편하였다. 그리고 지구단위계획은 중진 국토이용관리법과 도시계획법을 통합한 지금의 국토계획법에서 '제1종 지구단위계획'으로 전환하였다.

226) 일본의 경우 종래의 도시계획제도와 비교할 때 그 특징으로 ①실질적인 도시계획체계이고 ②공공성이 희박한 반면 탄력적 체계로 사용하기 쉬우며 ③지구의 토지이용규제를 다루는 도시계획체계로서는 상대적으로 높은 주민참가가 계획과정에 포함되어 있고 ④구상적 계획과 구축적 계획제도로 되어 있어 지구의 마스터 플랜의 기능과 계획통제의 기능이 동시에 기대되는 점이 인정되고 있다고 한다(石田頼房 외, "地區計劃の構造と具體化の方法" JURIST 特集 都市の再生 No.722, 1980).

227) 류해웅, 전거서, p. 372 이하.

228) 독일의 지구상세계획제도와 일본의 지구계획제도를 비교한 논문으로는 다음과 같은 것이 있다.

①藤田宙晴, "わが國地區計劃制度の性格に關する覚え書き-西ドイツ地區詳細計劃(Bプラン)制度との對比における特質と問題點-" 公法と經濟學の諸問題(下), 1982, pp. 81-103.

②成田頼明, "生活據點づくりの法制度的課題-地區建設計劃制度の導入をめぐる-" JURIST 總合特輯 No.18 現代人の生活據點, 1980, pp. 237-245.

③日笠 端, "都市の計劃體系と地區計劃制度" JURIST 増刊號 轉換期の土地問題, 1984, pp. 169-176.

229) 논자에 따라서는 건축의 자유권이란 유럽에서 이미 30년 전에 사라졌다고 한다(篠塚昭次, 「土地法口話」, 三省堂, 1998, p. 93).

지구상세계획은 건축가능성을 확대하는 반면, 지구단위계획은 건축가능성을 축소시킨다. 따라서 지구단위계획의 대상이 되는 구역은 특별한 권리제한을 가하게 된다는 의미에서 적용구역도 한정되게 한다.

셋째, 지구계획제도가나 지구단위계획제도는 기초자치단체에게 의무로 되는 것이 아니라 그 이용이 선택적으로 행해질 수 있는 자유스런 제도이다. 그리고 계획내용도 상당히 자유의 범위가 넓고 폭넓은 선택에 맡겨져 있다. 따라서 계획의 내용은 독일의 법적 지구상세계획과 같은 규정을 두지 않고, 용도지역제의 일반규제에 특별한 규제를 부가하는 정도에 머물고 있다. 또한 토지이용규제는 건축허가나 개발허가 등에 관련하는 것을 제외하면 대부분 강제적인 제한이 수반되지 않는 신고나 권고라고 하는 행정지침에 맡겨져 있다. 그리고 토지 투기 등 계획의 목표달성을 저해하는 행위를 방지하기 위해 계획의 보증조치가 없고, 계획은 이해조정을 토지소유자 등의 합의형성에 기대하며 공공성이 희박한 체계로 평가되기도 한다.

4. 小結

국토기본법에서는 국토종합계획이 다른 계획에 우선하고 도 종합계획과 시·군 종합계획의 기본이 되며 지역계획과 부문별계획도 국토종합계획과 조화를 이루어야 한다고 규정하고 있지만 기본·조화·우선이 된다는 규정을 조율할 만한 실질적인 수단이 없는 실정이다. 도시기본계획과 도시관리계획은 성격이 전혀 다른 계획임에도 하위법규정이나 하위계획을 상위계획에서 포괄적으로 갈음하는 것은 법적으로나 실무적으로 적절하지 않는 규정으로 보인다. 또한 장기적·지침적·비구속적 성격의 도시기본계획으로 해석하는 경우에도 도시기본계획의 성격을 정책계획으로 규정할지 물리적 공간계획으로 규정할지 논란의 소지가 있다.

그리고 현행법에서는 기존 국토이용관리법의 준도시지역과 준농림지역을 관리지역으로 명칭만 바꿨을 뿐 도시지역과 비도시지역의 이원화 체계는 아직도 남아있다. 그러다 보니 비도시 관리지역(과거 준농림지역과 준도시지역)에 대한 토지이용 및 용도변경이 덜 엄격하여 과거와 같은 난개발의 우려를 여전히 안고 있다. 이는 국토의 난개발을 방지하겠다는 「국토기본법」과 「국토계획법」의

제정 의도를 제대로 달성하지 못하고 있다고 본다.

한편, 개발행위허가는 개발사업 대상지에 적절한 기반시설이 없는 경우 그 기반시설을 수익자부담으로 시설한다는 조건으로 개발을 허가하겠다는 취지를 담고 있다. 종전 도시계획법에 적용하던 개발행위허가 요건을 강화하여 도시지역과 비도시지역 모두를 ‘선 계획-후 개발’의 원칙에 의해 관리하고자 한 것이다. 그러나 ‘선 계획’의 범위가 주변지역을 포함한 포괄적인 계획이 아닌 단위 개별단지만의 기반시설확보계획에 그치고 있어 여전히 난개발을 근본적으로 방지하지 못하고 있으며 비도시지역에서 이루어지는 일정규모 이상의 모든 토지의 개발은 제2종 지구단위계획을 수립하여 그 내용대로 건축물이나 외부환경을 조성하게 하고 있다. 이렇게 수립하여 조성된 계획구역은 주거형의 경우, 거의 도시지역의 기존시가지에 못지않은 개발이 일어날 수 있을 것으로 판단된다. 그럼에도 용도지역은 여전히 계획관리지역으로 남을 전망이어서 언제까지 이러한 지역들을 비도시지역으로 관리할 것인가에 대한 논란이 이어질 것으로 보인다.

기반시설연동제에는 개발밀도관리구역과 기반시설부담구역이라는 두 가지 제도를 포함하고 있다고 앞서 언급했었다. 개발밀도관리구역제를 주거·상업·공업지역에 한정하여 지정할 수 있게끔 하고 있으나 이외 지역에 대해서도 그 지정 기준을 정하여 합리적인 적용을 통해 사전에 난개발 확산을 예방할 수 있어야 할 것이며, 기반시설설치비용 역시 부과대상을 법령에서 일률적으로 정함에 따라 국토의 균형발전에 지자체의 재량권이 배제됨으로서 계획실행에 경직성을 초래할 우려가 있다.

이 밖에 새로운 국토체계의 운영측면에서도 우선 운영비용이 만만하지 않다는 것이다. 종전에는 수립하지 않아도 되었던 도시기본계획을 군지역에도 수립하여야 하며, 더욱이 그것의 몇 배에 해당하는 비용으로 도시관리계획을 수립하여야 한다는 점이다. 재정상태가 취약한 시·군으로서는 여간 부담스러운 일이 아닐 수 없을 것이다. 또한 도시기본계획에서도 새로운 개정법에 따라 강조된 기초조사와 경관 및 미관계획의 구체적인 수립은 비용의 상승으로 이어지고, 토지적성평가의 비용도 무시할 수 없는 것으로 보여진다. 이와 더불어 현행 개발관련 행정계획체계는 앞서 언급하였듯이 지자체의 판단을 요구하는 사항이 많을 뿐만 아니라 비도시지역의 관리업무가 도시관리담당으로 넘겨짐에 따라 전문인력 및

인력부족이라는 문제에 봉착하게 될 것으로 보인다. 법에서는 도시계획상임기획단을 운영할 수 있는 근거를 마련하여 주고 있지만, 취약한 재정이나 지자체의 여건이 그것을 운영하기에 쉽지만은 않을 것이기 때문이다. 또 지자체에서 결정할 많은 부분들이 각 도시계획위원회에서 결정하여야 할 것들이기 때문에 도시계획위원회의 역할 및 업무량이 점점 증대되고 있다. 그러나 상임이 아닌 도시계획위원회의 위원들이 얼마만큼 성의 있게 도시계획의 중요한 안건을 처리해줄 수 있을 것인지 의문이다.

우리나라의 용도지역·지구제의 가장 큰 문제는 관련법령이 지나치게 복잡다기화되어 있어 법령 간 서로 상충하는 문제가 발생하며, 국토계획체계와 기타 관련 계획 간의 수평적·수직적인 연계가 미흡하여 많은 혼선이 야기되고 있어 기업생산성 저하 및 국민생활의 불편요인으로 작용하고 있는 것이다. 즉, 토지의 효율적 이용을 유도 내지 지도해야 할 관련법령들이 오히려 토지이용을 어렵게 하여 결과적으로 토지이용의 효율성을 저하시키고 능률적인 관리행정에도 걸림돌이 되고 있다고 보는 시각이 사회 여러 부문에서 제기되고 있는 것이다. 개별법에 의한 개별구역의 명칭이 국토계획법에 의한 용도지역과 유사하기 때문에 전통적인 용도규제와 혼란을 일으켜 지역·지구의 정책목표와 내용을 명확하게 전달하지 못한 점이 있어 일반 국민들은 토지에 대한 규제가 과도한 것으로 생각할 수 밖에 없는 실정이다. 따라서 개별법에 의한 개별구역의 개편은 불가피한 일로 이를 어떻게 정비할 것인가에 대한 문제가 따른다.

주민참여는 권리보호의 기능만이 아니라 민주적 기능을 아울러 지니고 있으며, 참가절차는 공정하고 타당한 행정결정의 보장에 있으므로 행정의 결정과정에 있어서 이해조정, 당해 결정내용의 합리성과 타당성의 확보와 민주화를 도모하기 위한 절차법리의 하나로 이해할 수 있다. 그러나 현행 용도지역 결정에 주민의 의견을 청취하고자 할 경우 당해 지역의 2이상의 일간신문과 당해 특별시·광역시·시 또는 군의 인터넷홈페이지 등에 공고하는 현행 제도를 보완할 필요가 있다고 본다.

第3章 開發行爲許可의 性質과 要件

第1節 開發行爲許可의 性質

1. 意義

(1) 法的 性質

개발행위허가를 논함에 있어 먼저 개발을 광의적으로는 토지이용의 변경이라고 할 수 있다. 이는 곧 토지이용관계에 있는 시설 또는 활동의 변경으로 바꾸어 말할 수 있다. 그러나 이는 어디까지나 이론적 의미의 개발을 말하는 것으로 법제도상의 개발은 각국의 제도에서 나름대로 규정하고 있다.²³⁰⁾ 한편, 전통적인 의미에 있어서 허가의 개념은 법령에 의한 일반적 금지(부작위의무)를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위(사실행위 또는 법률행위)를 할 수 있게 하는 행정행위이다.²³¹⁾ 예를 들어, 영업허가·건축허가 등이 그러하다. 이러한 의미를 갖는 허가는 허가를 유보한 상대적 금지의 존재를 전제로 한다. 따라서 어떠한 경우에도 해제될 수 없는 절대적 금지에 대하여는 허가를 할 수 없다.

이와 같이 허가는 일반적으로 금지되어 있는 행위를 특정한 경우에 해제하고, 적법하게 그 행위를 할 수 있는 지위를 부여하는 행정행위이다.²³²⁾ 전통적 견해에 의하면, 허가는 인간의 자연적 자유를 대상으로 하여 이를 회복시켜 주는 행위로서, 권리 기타의 법률상 능력을 좌우하는 행위는 아니라는 점에서 명령적 행위이며, 이 점에서 형식적 행위와는 구별되는 것으로 보고 있다.

230) 예로서, 영국의 도시계획법령에서 말하는 개발은 토지이용의 변경 중 중요하지 않은 활동의 변경은 제외하고 있고 일본의 도시계획법 제4조에서 말하는 개발행위는 주로 건축물의 건축 또는 특정공작물의 건설 목적으로 행하는 토지의 구획형질의 변경으로 정의하여 시설설치를 위한 토지형질변경에 한정하고 있다.

231) 김철용, 「행정법 I」, 박영사, 2007, p. 192 ; 김남진, 「행정법 I」, 법문사, 2002, p. 150 ; 박윤훈, 「최신 행정법강의(상)」, 박영사, 2004, p. 343 ; 석종현, 「일반행정법(상)」, 삼영사, 2005, p. 227. ; 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2007, p. 282.

232) 손성태, 「부동산관계법규(상)」, 박문각, 1998, p. 58.

그러나 허가는 실정법과 관련해서는 헌법상의 기본권으로서의 자유권이 그 대상이 되는 것이다. 따라서 허가는 단순히 자연적 자유의 회복에 그치는 것이 아니라 헌법상의 자유권을 적법하게 행사할 수 있게 하여 주는 행위로 파악되고 있다.²³³⁾ 개발행위허가는 토지를 개발하고자 할 때 허가를 받도록 하는 것, 즉 개발행위를 허가사항으로 하는 것을 말한다. 이와 같은 의미의 개발행위허가란 “법령에서 개발을 상대적으로 금지하고 있고, 일정한 요건을 갖추어 행위를 하고자 신청할 때 행정청이 개발금지를 해제하여 개발행위를 할 수 있도록 하는 행정행위”로 개념을 정의하고 있다.²³⁴⁾

그러나 이러한 정의는 종래의 전통적 허가개념과 실질적인 차이가 없다는 점에서 문제가 있다. 즉, 개발허가제는 종래의 건축허가나 토지의 구획·형질변경허가 제도가 전통적 의미의 허가제로 운영되는 특성상 일정한 요건을 구비하면 반드시 허가를 받아야 하는 것으로 인식되어 결과적으로 난개발이나 환경침해에 효과적으로 대응하지 못하고 도로망·상하수도·공원 등의 기반시설 확충이라는 사회적 요청에도 부응하지 못한다는 반성적 고려에서 도입되었는데, 위와 같은 정의에 의하면 행정청은 신청인이 일정한 요건을 구비하여 신청을 할 경우 개발허가를 하여야 하는 것으로 해석·운용될 우려가 크다는 맹점이 있다.

용도지역제가 이용행위의 금지조항이라 할 수 있고, 토지이용의 주도권을 개인에게 맡겨두고 있는데 반하여, 개발허가는 종래의 건축허가 등 전통적인 허가와는 달리 개발허가에 있어서 공권력의 주도성을 인정하여 보다 강력한 이용규제를 함으로써 토지의 합리적이고 효율적인 이용을 도모하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 일반허가에 비하여 공익적 재량이 훨씬 더 부여된 것으로 이해하여야 할 것이다.

개발행위허가를 신청하였을 때 상대적 금지의 해제에 개발허가의 기준에 따라 허가행정청이 판단하게 된다. 행정청의 판단기준이 개발허가의 기준이며, 이 기준

233) 허가의 대상인 행위를 할 수 있는 권리를 자유권으로 헌법에 의해 의미가 부여되어 있는 것이다. 그러나 자유권은 대부분의 경우 절대적인 것이 아니고, 구체적인 공익목적(예, 경찰, 보전 등)과의 관련에서 개별법상 그 행사에는 일정한 제한이 가해지고 있다. 이에 허가절차는 헌법상의 자유권의 행사가 공익목적에 부과되어 있는 관계법상의 제한규정에 배치되는지의 여부를 행정청으로 하여금 사전에 심사할 수 있도록 하여 주는 의미를 가진다(김동희, 전거서, p. 260).

234) 이와 같은 개념정의 (류해웅·정우형, 전거논문, p. 32 : 송현담, “국토계획법제상의 토지재산권에 대한 규제수단에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 2003, p. 160).

의 적용에 있어서 행정청에게 재량의 여지를 부여할 수 있는 것인가에 대하여는 견해가 일치하지 않고 있다. 이처럼 개발허가제도란 일반적으로 개발행위를 제한하여 일정한 요건을 충족한 때에 그 제한을 해제하는 제도이다.²³⁵⁾ 그러나 개발허가에 있어서 공익적 요구에 따른 행정청의 재량은, 그것이 계획재량의 경우와 같이 행정청에 대하여 계획수립에 있어서의 광범위한 재량권과 형성의 자유를 부여하는 정도까지에는 이르지 못하지만, 그렇다고 행정청이 일반적인 의미의 허가와 같이 일정한 법정 요건에 부합하면 반드시 허가를 하여야 하는 것으로 해석될 수는 없는 것이다.

2. 建築許可와의 關係

(1) 許可의 特性 一般

일반적 의미의 허가는 상대방에게 금지를 해제하여 자연적 자유를 회복시켜 주는 행위이므로 명령적 행위에 속하며, 이 점에서 형성적 행위인 특허·인가와 구별된다고 하는 것이 통설이다. 허가는 특별한 권리를 선정하여 주는 것이 아니라 공익 목적을 위해서 제한되었던 자유를 회복시켜 준다는 측면에서 효과재량설의 입장에서 보면 재량행위로 볼 여지가 있으나, 행정청은 관계법상의 요건이 충족된 경우에는 법령에 특별한 규정이 없는 한 허가를 하여야 한다는 의미에서 기속행위로 보는 것이 일반적이다.

개발행위허가는 일반적 허가에 비하여 공적 성격이 강하여 부각되고, 행정청에게 보다 광범위한 재량이 허용되며, 경우에 따라 실권적인 의미를 가지는 것으로 이해될 수 있으나, 한편으로 단순한 반사적 이익이 아닌 법이 보호하는 이익이라는 점에서 일반적 허가와 같은 성격을 가진다고 할 수 있는데, 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 개발행위허가는 사회공공의 안전이나 질서의 유지를 목적으로 했던 전통적인 개념인 경찰허가에 해당하는 소극적 목적에 그치는 것이 아니라 적극적으로

235) 개발행위허가제는 계획의 적정성·기반시설의 확보 여부·주변환경과의 조화 등을 고려하여 개발행위에 대한 허가여부를 결정함으로써 난개발을 방지하기 위한 제도이다(건설교통부, 국토계획법관련지침, 2003, 4, p. 401).

로 국토의 균형 있는 발전과 도시의 건전한 발전을 목적으로 한 계획 실현이라는 의미를 지닌다. 따라서 개발행위허가는 공공시설의 설치를 의무화하고 기반시설에 대한 일정한 기여를 요구하는 등 국토이용·도시형성의 면에서 공적 성격이 강하게 요구되는 것으로 파악되어야 한다.

둘째, 일반적으로 허가는 상대적 금지를 해제하여 개인의 자유를 회복시켜 주는 행위이므로 허가요건에 해당하면 반드시 허가하여야 하는 기속을 받는다고 한다. 이에 의하면 허가제에 있어서 허가는 요건에 부합하는 한 신청인에게 부여함이 원칙이고 불허가는 예외적이라는 것이다. 다만, 예외적으로 허가여부가 자유재량인 경우도 있을 뿐이다.

이에 반하여, 개발행위허가는 강한 공익적 요청에 의하여 일반적인 경찰허가가 일반적인 허가과 같이 기속행위인가 아니면 이와는 다른 재량성을 인정할 것인가에 관하여는 따로 항을 나누어 자세히 살피기로 한다.

셋째, 개발행위허가가 발하여지면 일정한 경우에는 개발사업자에 대하여 특정한 개발방해자에 대하여 이러한 방해를 배제할 수 있도록 여러 조치를 할 수 있게 하는 등 개발권을 부여하는 효과를 가져온다. 이는 개발이 현실적으로 실현될 것이 기대되고 사업의 완성을 목적으로 한다는 점에서 특정한 개발권을 설정해주는 특허와 유사하고 건축허가 등과는 다른 것이다. 개발행위허가는 원칙적으로 당해 토지에 부응하여 당해 토지의 공익에 따른 이용을 허용하는 것이므로 물적 허가과 마찬가지로 이전성이 인정된다고 볼 것이다.²³⁶⁾

넷째, 허가의 효과는 법규에 의하여 금지된 특정행위를 상대방으로 하여금 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 데 있다. 그러나 이로 인하여 다른 법령에 의한 법적 제한이나 책임까지 해제되는 것은 아니다. 허가를 받은 자가 법규에 의하여 상대적으로 금지된 특정 행위를 할 수 있게 됨으로써 사실상 일정한 독점적 이익을 받을 때가 있는데, 종래 이러한 이익을 반사적 이익으로 보기도 하였으나 오늘날에는 법이 보호하는 이익으로 보는 것이 통설이다.

다섯째, 허가는 그 근거가 법령에 의해 금지를 해제할 뿐이고 타 법에 의한 금지까지 해제하는 효과를 가지지 않음이 일반적이다. 따라서 어떤 행위나 사업에 있어서 많은 법령에 의한 다수의 행정기관으로부터 또 다른 허가·인가·확인

236) 김철용, 전게서, p. 150.

등을 받아야 하는 경우가 존재한다. 따라서 이러한 불편을 해소하고 절차를 간소화하기 위하여 어떤 허가를 받았을 때 유사한 다른 법률상의 허가 등을 받은 것으로 간주하는 인·허가 의제제도, 즉 집중효(Konzentrationswirkung)의 제도를 많은 법령에서 두고 있다.²³⁷⁾ 그러나 경우에 따라서는 지나친 인·허가의 의제로 말미암아 토지제도의 기본 골격 그 자체가 유명무실하게 되는 경우도 없지 않다.

여섯째, 허가를 받아야 할 행위를 허가받지 아니하고 행한 경우, 허가는 행위의 적법요건이므로, 행정강제나 행정제재의 대상이 되는 것은 별론으로 하고, 행위 그 자체의 사법상의 효력에는 영향이 없다는 것이 통설이다. 개별 법률이 경우에 따라서는 무허가행위를 무효로 규정하는 경우도 있다(예 : 토지거래계약의 허가). 이 경우 허가는 허가과 인가의 양쪽 성질을 모두 갖는 것으로 보는 경우가 있으나,²³⁸⁾ 이는 형성적 행위로서 사법상의 계약 등 법률행위를 보충해 주는 인가로 봄이 타당하다.

(2) 建築許可와의 比較

「건축법」 제8조 제1항에서 건축허가에 관한 규정을 두고 있으면서 동조 제5항에서 건축법상 건축허가를 받았을 때에는 「국토계획법」 제56조의 규정에 의한 개발행위허가를 받은 것으로 간주하는 규정을 두고 있어 개발행위허가와 건축허가와와의 관계가 문제된다. 건축허가는 종래의 전통적 통제허가로서의 허가의 성격만을 갖는 것으로 이해되지만 국토계획법상의 개발행위허가를 별도로 받아야 하는지 논란이 제기될 수 있다.²³⁹⁾

현행 건축법 제8조 제6항 제3호에 의하여 건축허가가 이루어지면 국토계획법 제56조 규정에 의한 개발행위허가를 받은 것으로 간주하는 규정에 기초하여 국토계획법상 개발행위허가는 건축법상의 건축허가에 포함되도록 하고 있어 국토계획법상 개발행위허가대상이라 하더라도 도시지역 내에서의 건축은 건축법상의

237) 김남진, 전게서, p. 256 ; ‘집중효’란 하나의 사업계획이 확정되면 그 사업을 수행하는데 필요한 각종의 인·허가는 승락하거나 받은 것으로 의제하는 것을 말한다 (강현호, “집중효”, 「공법연구」 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, p. 322).

238) 김철용, 전게서, p. 150 ; 류해웅, 「토지거래론」, 삼영사, 2000, p. 163.

239) 김용섭, “개발허가의 법적 성질”, 「토지공법연구」 제13집, 한국토지공법학회, 2001. 11, p. 13.

건축허가만 받으면 타당한 것으로 파악되고 있다.²⁴⁰⁾

그러나 이와 같은 접근방법은 문제가 있다고 할 것이다. 이러한 접근방법에 의할 경우에 개별허가의 법적 성질이 건축법상의 건축허가의 법적 성질로 용해된다는 문제가 야기된다. 이에 따라 개발행위허가는 계획적 교량을 하여야 하는데 건축법상의 건축허가의 법적 성질인 기속행위 내지 기속재량행위로 되는 불합리가 야기된다. 따라서 국토계획법상의 개발행위허가는 위험방지를 그 내용으로 하는 건축법상의 건축허가와 다른 차원에서 고려를 하여야 하며, 이 점에서 입법논리적인 차원의 개선이 있어야 하리라고 본다.

결국, 건축법에서 국토계획법상의 개발행위허가를 의제할 것이 아니라 개발행위허가를 먼저 받은 경우에 건축법상의 허가를 받은 것으로 의제하는 것이 ‘선 계획-후 개발’의 정신에 비추어 바람직하다고 본다. 이와 관련하여 종래 도시계획구역 내의 건축허가의 경우에는 일반적인 건축허가와 달리 재량행위의 성질을 가지는 것으로 이해하였다.²⁴¹⁾

(3) 建築許可의 法的 性質

건축허가는 강학상 허가에 해당하는 전형적인 행위로서 그 허가요건을 충족하는 건축허가가 신청되는 한 반드시 발급되어야 하는 기속행위이다.²⁴²⁾ 기속행위란 재량행위에 대응하는 개념으로서 행정청이 그 발급여부에 선택권을 갖지 않는 행정행위를 말한다.²⁴³⁾ 반대로, 건축법이 정하는 허가요건을 충족하지 못하는 건축허가는 행정청에 의해 거부되어야 하는 것이 원칙이다.

자신의 토지에 건축물을 축조하는 행위는 토지소유자의 토지사용권으로 보장

240) 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 「행정법연구」 제3호, 행정법이론실무학회 1998. 10, p. 166.

241) 구 도시계획법 제4조 제2항은 행정청으로 하여금 건축허가에 앞서 건축물의 신축행위가 도시계획사업의 시행에 지장이 있다고 인정할 때에는 미리 당해 도시계획사업자의 의견을 들어야 하도록 되어 있고 제3항에서는 행정청으로 하여금 건축허가를 함에 있어서 해당 지역의 도시계획의 내용을 충분히 참작하도록 규율하고 있으므로 도시계획법 제4조는 결정재량을 부여한 것으로 해석하고 있다(대판 2003. 3. 28. 2002두11905 건축허가신청불허가처분취소).

242) 대판 1996. 3. 8. 95누7451 ; 대판 1995. 6. 13. 94다56883 ; 대판 1995. 12. 12. 95누9051 ; 대판 1992. 6. 9. 91누11766 등 대법원의 일관된 견해이다.

243) 김동희, 전게서, p. 242 ; 김철용, 전게서, p. 174.

되는 것이며, 자신의 토지를 건축적 목적으로 사용할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 건축주의 자유로운 영역에 속하는 것이라 할 수 있다. 그러나 건축물이 붕괴되거나 건축물의 화재 등으로 그 구성원의 생명·신체에 위험이 초래되자, 이를 사회공동체의 질서유지 차원에서 행정법적으로 통제해야 할 필요성이 높아지게 되었다.

건축허가가 기속행위라고 하는 의미는 행정청의 입장에서는 건축법이 정하고 있는 제한사유 이외의 사유로는 건축허가를 임의로 거부할 수 없다는 것을 의미하고, 건축주의 입장에서는 건축법이 정한 요건을 충족하는 한 언제나 건축허가를 받을 수 있다는 것을 뜻한다.

대법원이 건축허가가 기속행위라는 일관된 입장을 보여 온 것은 건축과 관련된 비리를 근절하고, 토지소유자에게 투명한 예측가능성을 보장하는데 기여하기 위해서였다. 그러나 다른 한편 건축법이 충분한 규정을 마련하지 못하는 한 사회적으로 용인하기 어려운 건축물의 건축을 저지할 수 없다는 한계를 동시에 갖는 것이다.²⁴⁴⁾

한편, 건축법은 그 목적이 위험을 방지하기 위한 경찰법이다. 그리고 건축허가도 그러한 목적하에서 위험방지요건을 통제하기 위한 제도로 성립되었던 것이다. 그러나 오랜 세월 동안 건축물에 대한 규율을 담당하는 과정에서 여러 개의 다른 법률들이 건축행위에 대한 통제의 기본으로 건축법으로 활용하게 되었다. 또한 이와는 상대적으로 독립하여 절차 간소화의 차원에서 건축법상의 건축허가 절차 속에 개별법들이 통제해야 하는 처분들이 통합되는 일련의 과정이 진행되어 왔다. 이를 통해 현재 건축법상의 건축허가를 받으면, 다른 법률에서 정하는 처분들이 같이 발급된 것으로 보는 의제조항이 존재하고 있다(건축법 제8조 제6항). 이 조문에 의해 건축법상의 건축허가를 발급 받으면, 「국토계획법」상의 개발행위허가, 「산지관리법」상의 산림형질변경허가, 「농지법」상의 농지전용허가 등이 폭넓게 의제되는 것이다. 따라서 건축법상 건축허가가 기속행위라는 대법원의 일관된 견해는 건축허가 속에 여타의 처분들이 의제되지 않던 시절에 타당한 입장이라는 점을 분명히 해야 한다. 건축법상의 건축허가가 위험방지의 건축허가

244) 예컨대 주거지역 내 난립하는 러브호텔이나, 한강상류의 음식점·카페 등의 건축은 위험하지 않는 한 행정청이 저지할 수 없게 된다.

요건만을 심사하던 시절에는 그 요건이 충족되는 한, 행정청이 허가를 반드시 발급해야 한다고 말하는 것이 원칙적으로 옳다. 그러나 건축허가 속에 무수히 많은 재량행위들이 의제되고 있는 현행법의 해석상 재량행위를 포함하는 건축허가가 아직도 기속행위인가 하는 점은 심각하게 고민해 보아야 할 것이다.²⁴⁵⁾

특히, 「건축법」 제8조 제5항²⁴⁶⁾은 최근에 개정되면서 허가권자에게 교육환경 등 주변환경을 고려하여 건축허가를 발급하지 않을 수 있는 권한을 명시적으로 부여하고 있다. 이 조문은 성격이 국토계획법적 성격을 갖는 것이라는 문제점은 별론으로 하고, 건축법상의 건축허가를 거부하기 위해서는 법령에 명시적인 근거가 있어야 한다는 종래의 대법원 판례는 일정한 경우 수정되어야 할 것이다.²⁴⁷⁾

결국, 건축법상의 허가를 어떠한 예외 가능성조차 배제하는 기속행위로 보는 것은 적절하지 않다고 본다. 다른 공익상의 요청이 있는 경우에 벗어날 수 있는 의미에서 기속재량으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 국가 등 공적주체는 개별적 또는 일반적으로 위험을 방지하는 과제 앞에 직면하며, 이는 헌법상의 기본권의 보호의무와 관련되기 때문이다. 같은 맥락에서 중대한 공익적 요청이 있을 때에는 허가를 거부하는 것이 기본권 보호의무의 관점에서 정당화된다.

대법원 판례에서는 건축법상의 건축허가를 기속행위 내지 기속재량으로 보고 있으면서 부관을 붙이면 무효인 것으로 판시하고 있다.²⁴⁸⁾ 그러나 부관은 명문의 규정이 있거나 요건보충적인 경우에 허용되므로 기속행위 내지 기속재량의 경우 다른 예외적 가능성을 배제하고 부관을 붙이기만 하면 무효가 되는 듯한 접근방

245) 김종보, 전제논문, p. 158 이하.

246) 허가권자는 위락시설 또는 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 당해 대지에 건축하고자 하는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경을 감안할 때 부적합하다고 인정하는 경우에는 이 법 또는 다른 법률의 규정에 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다(건축법 제8조 제5항).

247) 대법원은 「도시계획법 제21조 제2항·제3항, 같은 법시행령 제20조 제1항 제1호의 각 규정의 체제 및 문언을 살펴보면, 이들 규정들은 개발제한구역 안에서 그 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적이 분할 또는 도시계획사업의 시행을 금지시키는 한편 공익사업 등으로 철거된 건축물의 이축허가와 같이 예외적으로 허용하는 경우에도 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 것으로 제한규정을 하고 있어 이러한 경우 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없는지 여부를 가리는 데에 필요한 기준을 정하는 것은 행정청의 재량에 속하는 것이므로, 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 가능한 존중되어야 한다. 개발제한구역관리규정(1995. 11. 11. 건설교통부 훈령 제126호로 개정된 것) 제7조 제2항 및 안산시의 '개발제한구역 내 음식점허가관련처리지침'에 따른 건축불허가처분은 적법하다」고 판시하였다(대판 1998. 9. 8. 98두8759).

248) 대판 1995. 6. 13. 94다56883.

법은 문제가 있다.²⁴⁹⁾ 나아가, 건축허가의 기준을 설정하는 것은 입법재량의 문제이므로 이에 대한 통제는 다른 각도의 접근이 시도된다. 즉, 대법원은 입법재량을 행정재량과 동일 연장선상에서 재량의 개념으로 파악하고 있는 듯하면서도 그 한계의 적용에 있어 상이한 기준, 즉 객관성·합리성·타당성 등을 고려요소로 하는 것이 특징이다.

행정재량의 한계론에서 재량의 일탈·남용·불행사를 척도로 위법을 판단하는 것과는 다르다. 위 판결에서 ‘필요한 기준을 정하는 것도 행정청의 재량에 속하는 것’이라고 표현한 것은 어디까지나 효과 재량적 의미의 행정재량을 의미하는 것이 아니라 행정청이 그러한 기준 등을 정하는 ‘입법적 재량’을 가진 것이라고 받아들이는 것이 타당할 것으로 보인다. 다만, 기준을 정하면서 기속적인 내용으로 정한 경우에 과연 기속행위로 볼 것인지 아니면 재량행위로 볼 것인지는 논란이 야기될 수 있다.²⁵⁰⁾

(4) 統制許可와 例外的 承認

허가는 법령에 의하여 일반적 금지를 특정한 경우 해제하여 적법하게 일정한 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 하는 행정행위로서 보면서 다양한 형태의 허가를 일률적으로 다루는 경향에서 벗어나지 못하고 있는 실정이다. 종래 건축허가는 전형적인 통제허가이고, 개발행위허가는 예외적 승인이라는 논의가 있어 왔다. 이하에서 개발행위허가가 통제허가인지 아니면 사전승인에 해당하는지 보다 구체적으로 고찰해 보기로 한다.

허가 또는 통제허가는 예방적 금지를 해제하여 주는 행위인 점에서 억제적 금지를 해제하여 주는 행위인 예외적 승인과 구별되는 것으로 보고 있다.²⁵¹⁾

통제허가는 입법자가 국민의 특정한 행위를 금지하지만, 그 행위가 사회적으로 유해하기 때문에 이를 원칙적으로 저지하기 위해서가 아니라 그 행위가 특정한

249) 김용섭, “행정행위의 부관의 허용성”, 『판례월보』, 1997. 9, p. 30.

250) 앞서 본 대판 1998. 9. 8. 98두8759의 취지에 의하면 재량행위로 보는 듯하지만 기준에서 기속적인 경우라도 상위법령이 재량규정을 두고 있어 입법에 있어서만 재량권이 부여된 경우라면 이른바 ‘의도된 재량’의 경우로서 예외의 가능성이 인정되는 기속재량으로 이해하여야 할 것이다 (김용섭, 전제논문, p. 17).

251) 김남진, 전제서, p. 250.

법적 또는 기술적 규율에 저촉하는지 여부를 사전에 심사하는 것이 목적인 경우로서 이를 허가유보부 금지 또는 예방적 금지라고 한다. 이에 반해 예외적 승인은 특정한 예외적인 상황에서 행정목적 달성에 장애가 없다고 보아 특별히 허용하는 경우로서 억제적 금지라고 한다.²⁵²⁾

따라서 허가는 위험방지라는 통제목적을 위해 잠정적으로 금지된 행위를 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행정행위인데 반하여, 예외적 승인은 사회적으로 유해한 위임으로 인하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 예외적으로 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행정행위인 점에서 양자는 구별되는 것으로 보고 있다. 예를 들어 주거지역 내의 주택건축은 허가의 대상이 되는데 대하여 개발제한구역 내의 건축허가, 도시계획구역 안에서의 토지형질변경이나 죽목의 벌채·식재 또는 토석채취 등 국토계획법상 개발행위허가는 예외적 승인의 대상이 된다는 것이다.²⁵³⁾

그러나 이에 대한 비판적 견해는 법문의 규정방식의 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 방식을 취하고 있는 개발제한구역에서의 행위제한은 개발제한구역의 지정이 사회적으로 유해한 것으로 전제로 하는 경찰법상의 예외적 승인으로 보기 어렵고, 계획법적인 승인(Befreiung)에 해당하며, 이와는 달리 도시계획구역 내에서의 개발행위허가는 금지를 전제로 하는 것이므로 계획법적인 예외(Ausnahme)에 해당한다는 주장도 있다.²⁵⁴⁾

예외적 승인은 그 성격상 금지의 해제시 상당한 재량권을 갖는다고 볼 때,²⁵⁵⁾ 개발행위허가의 법적 성질은 결국 요건을 구비하였을 때 허가하여야 하는 기속성을 가짐과 동시에 재량의 여지도 함께 지닐 수 밖에 없다. 그것은 예외적 승인에 있어서의 금지는 금지 그 자체를 목적으로 한다는 점에 비추어 절대적은 아니지만 예외적 사유가 없는 한 금지의 해제를 허용하지 않는 것이므로 행정청이 재량을 갖기 때문이다.

252) 김중보, 전계논문, p. 158 이하.

253) 김남진, 전계서, p. 251.

254) 김용섭, 전계논문, p. 21.

255) 김용섭, 상계논문, pp. 19-20.

3. 羈束性과 裁量性 檢討

(1) 羈束行爲와 裁量行爲의 區分

현대 법치국가에서는 ‘법률에 의한 행정의 원칙’이 확립된 결과 행정행위는 모두 법규에 근거하고, 법규에 따라서 행해져야 하는 것이 원칙이다. 그러나 행정현상의 다양화, 특히 오늘날 국가기능의 확대에 비추어 구체적으로 타당한 집행을 하기 위해서는 법규가 그 규정의 범위 안에서 행정주체에게 어느 정도의 주관적인 판단(평가)의 여지를 부여하는 것이 필요할 때가 있다. 그래서 행정행위는 법규에 대한 기속의 정도를 표준으로 할 때 기속행위와 재량행위로 나누어진다.

기속행위란 조세의 부과징수나 토지수용과 같이 행정청의 재량의 여지가 인정되지 않고 법규에 정하여진 바에 따라 구체적으로 이를 집행하는 데 지나지 않는 행정행위를 말한다. 이에 반하여 재량행위는 법규가 행정행위의 궁극적인 목적인 공익목적의 구체적 실현을 기하기 위하여 행정기관에게 어느 범위까지 자유재량을 부여하고 있는 행위를 말한다. 전자는 무엇이 법인가를 재량으로 그 재량을 그르친 경우에는 위법이 되는데 반하여, 후자는 무엇이 공익에 합치되는가의 여부에 관한 재량으로 그 재량을 그르치더라도 한계를 벗어나지 않는 한 위법하지 않고 부당에 그친다고 한다. 행정행위는 그 경우 행정행위의 근거가 되는 법률의 규정이 일반적으로 명확하게 정해져 있어 행정청이 법률의 규정을 문자 그대로 기계적으로 집행하여 실시하는 행정행위를 ‘기속행위’, 근거가 되는 법률의 규정이 추상적이거나 명확성을 결하기 때문에, 행정청이 많건 적건 독자적인 판단, 즉 재량을 섞어 실시하는 행정행위를 ‘재량행위’라고도 정의할 수 있다.

종래의 이와 같은 기속행위와 재량행위가 구별론에 대하여는 이러한 구별이 의미가 없거나 상대적인 것에 불과하다는 주장도 대두되고 있다. 이들의 구별을 법규적 기속의 정도와 형태에 따른 것이지만, 상위법규에 대한 관계에서 볼 때 양자 사이에는 본질적인 차이는 없다는 것이다. 즉, 모든 행정행위는 정도의 차이는 있을지라도 상위법규에 의한 기속을 받는 동시에 재량의 여지가 인정되는 이중성을 가지고 있다는 것이다. 그러므로 양자는 법규에 대한 관계에서 양적 차이

가 있음에 지나지 아니하는 상대적 개념으로 보고 있다.

행정행위는 법의 구체화이며 법의 집행이다. 그러나 입법자가 행정법규를 정립함에 있어서 장래의 어떤 사태에도 대처할 수 있는 상세하고 합리적인 규정을 두는 것은 불가능하다. 개개의 사정에 알맞은 유연하고 적절한 해결의 필요성 또는 장래의 환경변화에 대응할 유연성이 요청된다. 전문성·기술성의 요청 때문에 행정청에게 법의 집행과정에 자기결정의 여지를 부여하는 것이 불가피하다.²⁵⁶⁾

기속행위와 재량행위의 구별은 한편으로 재량영역이 요건에 존재하는가 아니면 효과에 존재하는가에 따라 구별하는 논의가 있어 왔고, 다른 한편으로는 효과면에 있어서 무엇을 기준으로 재량행위성을 인정할 수 있는가에 관한 논의가 있어 왔다.

이러한 기속행위와 재량행위의 구별기준에 관한 학설은 나누어지고 있으나, 최근의 경향은 일률적인 기준설정보다 행정법규의 규정방식, 그 취지·목적 및 행정행위의 성질 등을 함께 고려하여 개별적으로 판별하고자 한다. 행정법규가 행정행위의 요건·내용 등에 관하여 일의적 규정을 두고 있는 경우에는 그 행정행위의 성질 여하에 관계없이 기속행위라는 것이다. 행정법규가 행정행위의 요건을 정함에 있어 공백으로 남겨 두었거나 불확정개념을 사용하고 있는 경우에는 객관적 경험법칙에 따라 일의적으로 확정할 수 있는 때는 기속행위이고, 가치판단에 대한 명확한 객관적 기준이 없는 전문·기술적 사항에 속하는 경우에는 재량행위라는 것이다.

오늘날 일반적 경향은 기속행위인가 아니면 재량행위인가의 구분을 위와 같이 행위요건의 규정방식이나, 행정행위의 효과면에서의 성질에 따라 일률적으로도 구분할 수 없고, 당해 행위 근거법과 관련하여 해결하되 당해 행위의 성질, 기본권과의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이라고 한다.²⁵⁷⁾ 이러한 다수의 견해에 따르면 법문의 규정을 토대로 ‘할 수 있다’는 규정을 둔 경우에는 재량행위, ‘하여야 한다’ 규정을 둔 경우에는 기속행위로 보고, 법문의 규정이 명확하지 아니한 경우에는 행위의 성질을 고려하고 있다. 다만, 법 효과의 규정방식이 명확하지 아니한 경우에 있어 국민의 권리의무를 침해하는 경우

256) 김철용, 전게서, pp. 159-160 ; 김향기, 「행정법개론」, 박영사, 2006, p. 188.

257) 김용섭, 전게논문, p. 22.

에는 그 해석의 엄격함과 신중성이 요구된다는 점에서 기속행위로 파악하는 것이 바람직하고, 허가를 제외한 수익적 행정행위의 경우에는 재량행위로 파악하는 것이 옳을 것이다. 이에 관한 대법원 판례를 보면, 비록 법문상으로는 ‘허가할 수 있다’ 라고 규정되어 있는 경우라 할지라도 헌법일치적인 해석에 의하여 가능규정을 사실상 기속규정으로의 전환을 가져오는 경우에는 이를 재량행위로 볼 수 없다고 한다.²⁵⁸⁾

대법원은 ‘어느 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 나아가 재량행위라고 할지라도 기속재량행위인지 또는 자유재량에 속하는 것인지의 여부는 이를 일률적으로 규정지을 수는 없는 것이고, 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체제 또는 문언에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다’ 라고 판시하면서,²⁵⁹⁾ 공사중지명령은 기속행위로 판단하고²⁶⁰⁾ 「산지관리법」에 의한 형질변경허가행위는 기속재량행위로 판단하고 있다.²⁶¹⁾

(2) 不確定概念과 裁量

법률요건에 있어서의 불확정개념과 법률효과에 있어서의 재량수권을 포함하는 법규범을 이른바 연결규정이라고 하는데, 그와 같은 법규범은 실정법상 다수 존재한다. 이와 같은 연결규정은 각각 그 적용원리에 따라 판단하기 때문에 어떠한 특수성을 형성하지는 않는다.²⁶²⁾

행정요건에 관한 불확정개념이 재량과 어떠한 관계가 있는가에 관하여는 재량과 불확정개념은 서로 법적용에 있어서의 상이한 문제로 보는 것이 일반적이다. 그러나 이것이 행정재량과 불확정개념 사이에 어떠한 연결점이나 공통점도 존재할 수 없다는 것은 아니며, 오히려 법의 적용에 있어서 재량 행사와 불확정적인 법개념의 적용은 오히려 서로 밀접한 영향을 미친다.

258) 대판 1992. 6. 23. 92추17.

259) 대판 1998. 9. 8. 98두8759.

260) 대판 1991. 10. 11. 91누7835.

261) 대판 1998. 9. 25. 98누19564.

262) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1997, S. 139.

불확정개념과 재량은 각각 해당원리에 따라 규율되는 것으로 그 자체로는 독립성을 가지는 것이나, 한쪽이 다른 한쪽에 영향을 주는 경우가 있을 수도 있다.

첫째, 요건상의 불확정 법개념을 적용함에 있어서 재량행사에 적용되는 모든 관점들이 고려될 수 있는 경우에는 재량의 소멸이 생기게 되며 이 경우에는 재량이 더 이상 고려될 수 없다. 그 결과 구성요건이 충족되면 비록 효과에 있어 가능규정으로 되어 있어도 허용되는 결정을 내려야 한다는 의미에서, 실질적으로 가능 규정은 의무규정이 되어 기속행위로 파악하게 된다.

둘째, 구성요건 면에서 나타난 불확정 법개념 중 특정한 범규범에 있어서 실제로 그것이 범위와 내용에 있어서 재량을 확정하기 때문에 재량으로 통일적으로 파악되는 경우도 있다. 이 경우에 있어서 불확정 법개념은 재량개념에 흡수된다.²⁶³⁾

한편, 판단여지와 재량은 이와 같이 서로 영향을 미치고 관련성이 있으나, 양 개념은 첫째, 판단여지는 법률요건면에 규정되어 있는 특정한 불확정개념으로부터 비롯되는데 반하여 재량은 법효과면에서 인정되는 것이므로 양자는 규율영역이 다르다.

둘째, 불확정개념의 해석 및 적용과 관련된 판단 여지는 오직 하나의 결정만이 옳고 복수의 선택가능성이 부여되는 것은 아닌데 반하여 재량은 효과면에서 다양한 선택여지가 존재한다.

셋째, 불확정개념은 법원에 의하여 원칙적으로 전면적인 사법심사가 되어질 수 있고 다만, 특별한 결정상황이나 특별한 결정소재에 있어 법원의 심사가 제한되어 행정청의 결정이 종국적이 되는 판단여지 영역이 인정됨에 반해, 행정재량은 원칙적으로는 법원의 심사가 제한되고 다만 예외적인 경우에 일탈·남용의 여부가 법원의 심사범위에 들어가게 되는 점에서 차이가 있다.

(3) 羈束裁量行爲

종래의 일반적 견해에 의하면 재량행위를 기속재량 내지 범규재량과 자유재량 내지 공익재량으로 구분하고 있다. 전자는 무엇이 법인가의 재량으로 그 재량을

263) Maurer, a. a. O., S. 140.

그르친 경우에는 위법이 되는 데 반하여, 후자는 무엇이 공익에 합치되는가의 여부에 관한 재량으로 그 재량을 그르치더라도 한계를 벗어나지 않는 한 위법하지 않고 부당에 그친다고 설명하고 있다.

기속재량의 개념은 원래 재량행위를 자유재량과 기속재량으로 구분하여 후자에 대하여는 기속행위와 마찬가지로, 재판통제가 미치도록 하려는 목적에서 고안된 개념이다. 이에 의하면 오늘날에 와서는 재량행위 역시 재량통제의 대상이 되고 있기 때문에 그러한 개념적 구별은 실익을 상실하였다는 것이다.

한편, 재량은 결정재량과 선택재량으로 구분하면서 자유재량과 기속재량의 구분은 무의미하다는 견해도 있다.²⁶⁴⁾ 즉, 재량이란 복수행위 사이의 선택의 자유를 의미하므로 모든 재량은 자유재량이며, 재량에는 한계가 있으므로 모든 재량은 기속재량일 수 밖에 없다고 보아 양자의 구분은 무의미하다고 설명한다.

또한, 재량이란 선택의 자유를 의미하므로 그러한 선택의 자유가 인정되지 않는 경우에는 모두 기속행위라고 부르는 것이 옳다는 견해가 있다.²⁶⁵⁾ 반면, 무엇이 법인가를 판단하는 것이 오히려 사법권의 권한이지 행정의 재량에 맡겨질 수 없다는 논거하에 기속재량행위의 개념은 기속행위에 통합시켜야 한다는 것이다. 같은 맥락에서 재량행위를 기속재량행위와 자유재량행위로 구분하는 것은 논리적 근거도 없고, 그 구별의 실익도 없다고 보아 이러한 이분법적 구분은 지향되어야 한다는 견해가 있다.²⁶⁶⁾

이와 같이 기속행위와 재량행위의 구별 실익이 일부 학자들에 의해 부정되고 있으나, 기속재량의 인정에 대한 주장도 강하게 제기되고 있다.²⁶⁷⁾ 이 주장에 의하면 기속재량을 기속행위의 범주로 파악해서도 안 되고, 재량행위의 범주로 분류할 것도 아닌 독자적인 제3의 영역으로 파악하여 법리를 전개하여야 한다는 것이다.

기속재량은 비록 재량인정의 정도가 약하여 기속행위와 가까운 것이라고 볼 수 있다 하더라도, 생각하기에 따라서는 재량행위의 일종으로 일정한 제한이 수

264) 김남진, 전계서, p. 252.

265) 홍준형, 「행정법총론」, 한울아카데미, 2001, p. 191.

266) 김동희, 전계서, p. 241.

267) 김용섭, “개발허가의 법적 성질”, 「개발허가의 공법적 검토」 발제논문, 국토연구원·한국토지공법학회 공동주최 국제학술대회, 2001. 9, p. 30.

반되는 기속적 내용을 갖는 재량행위라고 이해할 여지가 있다는 것이다. 따라서 자유재량행위와 대비되는 개념으로서의 기속재량행위를 인정하는 대신 기속행위와 재량행위의 중간에 위치하는 독자적인 기속재량 개념을 이론적으로 발전시켜 나가야 한다는 것이다. 생각하건대, 우리나라의 다수설에 의하면 허가를 기속행위 내지 기속재량행위라고 하는 것은 비록 그 표현이 애매하더라도 역시 기속재량행위를 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이와 같이 기속재량행위를 인정할 때 그 법적 효과는 다음과 같이 판단할 수 있는 것으로 보고 있다.²⁶⁸⁾

첫째, 법원의 심사방식의 차이를 들 수 있다. 기속재량은 실무상 법원이 행정기관이 행한 재량판단의 내용적 당부에 대하여도 독자의 판단을 형성하여 법원의 결론이 행정기관의 판단과 다른 경우에는 행정청의 판단을 위법한 것으로 하여 자기의 판단으로 대치시키는 완전심사방식 내지 판단대치방식으로 심사할 수 있다.

둘째, 입증책임에 있어 차이가 있다. 입증책임에 관한 통설인 법률요건분류설의 입장에서 살펴볼 때 재량행위의 근거규정은 원칙적 규정이고, 그 일탈·남용에 관한 규정은 예외적 사유로서 이를 주장하는 원고가 입증하여야 한다. 그러나 기속재량의 경우에는 특별한 공익적 사유를 들어 법적 효과를 배제하기 때문에 행정청이 특별한 공익적인 사유에 대한 입증책임을 부담하게 된다.

셋째, 중대한 공익상의 이유로 허가를 거부할 수 있는지 여부와 관련된다. 원칙적으로 허가의 거부를 하기 위해서는 관계법규에 정한 사유 이외의 것을 들 수 없으나, 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에는 기속재량의 경우에는 그 허가를 거부할 수 있다.

(4) 裁量性 認定可能性

일반적으로 상대적 금지를 해제하여 주는 허가의 법적 성질은 기속재량으로 해석되고 있으나, 개발행위허가가 기속성을 갖는 것인지 아니면 재량성을 갖는 것인지에 대하여는 논쟁의 여지가 있다. 대법원은 토지형질변경허가와 관련하여 경우에 따라서는 재량행위²⁶⁹⁾로 보고 있고, 경우에 따라서는 기속행위²⁷⁰⁾로 보고

268) 김용섭, 전제논문, pp. 32-33.

있다. 재량행위로 보는 판례는 행정법규의 형식이나 문언 등을 주된 판단기준으로 하고 있으며, 재량권의 일탈과 남용을 중심으로 하고 있다. 기속행위로 보는 판례는 행정법규가 정하는 기준에 적합하지 아니한 경우에 한하여 불허가처분이 가능하다는 입장을 취하고 있으며, 많은 판례가 법규의 규정에 대한 적용해석을 중심으로 판단하는 경향을 보이고 있다. 이처럼 개발행위허가의 법적 성질에 관한 판례는 사안에 따라 기속행위와 재량행위로 판시하고, 법규의 형식이나 관계 규정의 적합여부를 그 판단기준으로 하고 있어 개발행위허가제의 규정을 어떻게 구성할 것인가에 따라 개발행위허가의 기속성과 재량성이 영향을 받게 된다.

한편, 국토계획법상 개발행위허가는 법문의 규정방식에 비추어 볼 때 법문에의 기속성이 요망되지만 일정한 사유를 들어 허가를 하지 아니할 수 있는 예외의 가능성이 인정되는 기속재량을 명문화한 것으로 해석하기도 한다.

개발행위허가를 기속재량으로 이해할 경우 법적 효과면의 차이점이 드러나 기속행위와 재량행위의 양자의 그 어느 한쪽으로 귀속시키지 않고 해결할 수 있는 장점이 있다. 개발행위허가를 기속재량행위로 볼 경우 조건의 경우에는 문제가 되지 않으나, 다른 부관을 붙일 경우에는 논란의 여지가 있다고 보고 있다. 이러한 논란을 제거하기 위해서는 반드시 법령에 조건 등 부관을 붙일 수 있다는 식으로 근거규정을 두어야 할 것이다.

이론적으로는 기속행위와 재량행위의 상대성이 지적되지만, 현대행정에 있어서 전문적·기술적·정책적 행정의 증대에 따라 행정의 재량성은 넓게 확대해 가고 있다. 개발행위허가는 환경과의 조화, 계획적인 개발, 기반시설의 수반 등 공공성을 판단의 기준으로 하지 않을 수 없는 특성을 지니기 때문에 재량성을 강조하지 않을 수 없다. 그러나 개발행위허가는 규제행정에 해당하고, 논자에 따라서는 규제를 내용으로 하는 허가의 경우 기속행위로 구성하여야 한다는 주장도 있다. 또한 개발행위허가의 신청자가 관계 법령에 규정하는 요건을 구비하였음에도 불구하고 허가행정청이 재량을 행사하여 불허가할 때 민원이 발생할 우려도 있다.

이와 같이 제반사정을 고려할 때 개발행위허가는 관계 법규와 지침을 통해 기

269) 재량행위로 보는 판례는 대판 1993. 7. 27. 93누2186 ; 대판 1997. 10. 24. 96누440 ; 대판 1998. 3. 10. 97누15166 ; 대판 1999. 2. 23. 98두17845 ; 대판 2001. 1. 16. 99두8886.

270) 기속행위로 보는 판례는 대판 1990. 11. 27. 90누2000 ; 대판 1991. 7. 9. 90누6354 ; 대판 1995. 3. 10. 94누5298 ; 대판 1997. 9. 12. 96누18380 ; 대판 1999. 2. 9. 98두13195.

술기준 등은 최대한 기속행위로 운영될 수 있도록 하되, 공공성의 판단이 필요한 입지기준과 환경기준 등에 대해서는 이를 기속재량행위로 인정하여 재량의 여지를 부여하도록 하여야 할 것이다.

(5) 大法院 判決例

위에서 살펴 본 바와 같이 어떠한 행정행위가 기속행위인지 아니면 재량행위인지에 관하여 대법원은 “어느 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 나아가 재량행위라고 할지라도 기속재량행위인지 또는 자유재량행위에 속하는 것인지의 여부는 이를 일률적으로 규정지을 수 없는 것이고, 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체제 또는 문언에 따라 개별적으로 판단하여야 한다(대판 1998. 4. 18. 97누21086, 1997. 12. 26. 97누15418, 1995. 12. 12. 94누12303 등 참조)”고 하여 다수 학자들과 같은 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 현재의 개발행위허가제에 대하여서는 아직 판례를 찾아 볼 수 없으나 그 전형으로 볼 수 있는 토지의 형질 변경이나 개발제한구역 내의 건축허가 등에 대하여서는 다음 판례에서 소개한 바와 같이 이를 재량행위로 보고 있다.

[대판 1997. 11. 11. 97누11966]

주택건설촉진법 제33조 제1항이 정하는 주택건설사업계획의 승인은 이른바 수익적 행정처분으로서 행정청의 재량행위에 속하고, 따라서 그 전 단계로서 같은 법 제32조의4 제1항이 정하는 주택건설사업계획의 사전결정 역시 재량행위라고 할 것이므로, 사전결정을 받으려고 하는 주택건설사업계획이 관계법령이 정하는 제한에 배치되는 경우는 물론이고, 그러한 제한사유가 없는 경우에도 공익상 필요가 있으면 처분권자는 그 사전결정신청에 대하여 불허가결정을 할 수 있다.

[대판 2001. 2. 9. 98두17593]

행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정분야의

주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 하고, 이렇게 구분되는 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되거나, 후자의 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, 당해 행위의 목적위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다(중략). 구 도시계획법(200. 1. 18. 법률 제6243호로 전문 개정되기 전의 것)상의 개발제한구역 내에서의 건축물 용도변경에 대한 허가가 의미하는 예외적인 허가로서의 성격과 그 재량행위로서의 성격에 비추어 보면, 그 용도변경의 허가는 개발제한구역에 속한다는 것 이외에 다른 공익상의 사유가 있어야만 거부할 수가 있고, 그렇지 아니하면 반드시 허가를 하여야만 하는 것이 아니라 그 용도변경이 개발제한구역의 지정 목적과 그 관리에 위배되지 아니한다는 등의 사정이 특별히 인정될 경우에 한하여 그 허가가 가능한 것이고, 또 그에 관한 행정청의 판단이 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 목적위반 등에 해당하지 아니하면 이를 재량권의 일탈·남용이라고 하여 위법하다고 할 수가 없다.

[대판 2004. 5. 28. 2002두5016]

구 공유수면관리법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되기 전의 것)에 따른 공유수면의 점·사용허가는 특정인에게 공유수면이용권이라는 독점적 권리를 설정하여 주는 처분으로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 원칙적으로 행정청의 재량에 속한다고 할 것이고, 이와 같은 재량처분에 있어서는 그 재량권 행사의 기초가 되는 사실인정에 오류가 있거나 그에 대한 법령적용에 잘못이 없는 한 그 처분이 위법하다고 할 수 없다.

[대판 2004. 7. 22. 2003두7606]

개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토

지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 위와 같은 구역지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며, 한편 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속한다.

[대판 2004. 3. 25. 2003두12837]

개발제한구역 내에서는 구역지정의 목적상 건축물의 건축 및 공작물의 설치 등 개발행위가 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 이러한 구역지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되어 있음이 그 규정의 체제와 문언상 분명하고, 이러한 예외적인 개발행위의 허가는 상대방에게 수익적인 것이 틀림이 없으므로 그 법률적 성질은 재량행위 내지 자유재량행위에 속하는 것이고, 이러한 재량행위에 있어서는 관계 법령에 명시적인 금지규정이 없는 한 행정목적 달성을 위하여 조건이나 기한·부담 등의 부관을 붙일 수 있고, 그 부관의 내용이 이행 가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하며 행정처분의 본질적 효력을 저해하지 아니하는 이상 위법하다고 할 수 없다.

[대판 2005. 7. 14. 2004두6181]

「국토계획법」에서 정한 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가에 있어서 토지의 형질변경허가는 (중략) 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다.

第2節 開發行爲許可의 實體的 要件

1. 許可의 要件

개발행위허가는 건축허가요건과는 달리 그 허가요건을 구체적으로 정하기가 매우 곤란하다. 이는 개발행위허가는 건축물의 건축을 제외하면, 기타 토지의 합리적 이용에 지장을 초래할 수 있는 행위라는 공통점이 있을 뿐 통일적인 개념으로 포착하기 곤란하기 때문이다. 더구나 토지의 형질변경을 포함한 개발행위는 개별적인 행위마다 그 목적이 상이할 수 있고, 지형과 위치에 따라 그 형태가 다양하여 이를 통합적으로 규율하기가 상당히 어렵다.

국토계획법은 이러한 어려움이 있음에도 종래 개발행위를 제한해 오던 각종의 기준들을 제시하면서 개발행위허가의 기준을 구체화하고 있다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고, 구체적인 수치형식으로 나타나는 건축허가요건에 비해 개발행위허가의 요건은 추상적인 불확정개념이 다수 사용될 수 밖에 없다는 점에서 역시 건축허가요건과 차이를 보인다.²⁷¹⁾

개발행위는 ①용도지역제 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 개발행위(토지의 형질변경 면적)의 규모²⁷²⁾에 적합하여야 하고 ②도시관리계획의 내용에 배치되지 아니하여야 하며 ③도시계획사업의 시행에 지장이 없어야 하며 ④주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경 또는 경관과 조화를 이루어야 하며 ⑤당해 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보계획이 적정하여야 한다.²⁷³⁾

건축물의 건축과 관련하여 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 형질변경 또는 토석의 채취에 관한 개발행위허가는 건축법에 의한 건축물의 건축 또는 공작물의 설치의 절차와 동시에 할 수 있으며(건축법 제8조 제6항), 도로·상수도 및 하수도가 설치되지 아니한 지역에 대하여는 건축물의 건축(건축을 목적으로 하는 토지의 형질변경을 포함)은 허용될 수 없다. 다만, 무질서한 개발을 초래하지 아니하는 범위 안에서 도시계획조례가 정하는 경우에만 그러하지 아니한다.

271) 김종보, “토지형질변경허가의 법적 성격”, 「행정관례연구」 제11집, 2006. 6, p. 325.

272) 도시지역 중 주거지역·상업지역·자연녹지지역·생산녹지지역은 1만㎡ 미만, 공업지역은 3만㎡ 미만, 보전녹지지역은 5천㎡ 미만, 관리지역과 농림지역은 3만㎡ 미만, 자연환경보전지역은 5천㎡ 미만의 토지형질변경면적을 말한다(국토계획법시행령 제55조 제1항).

273) 국토계획법 제58조 (개발행위허가의 기준) 제1항.

토지형질변경과 관련하여 ①토지의 형질변경의 대상인 토지가 연약한 지반인 때에는 그 두께 등의 조사와 지반의 지지력 등에 관한 시험을 실시하여 이를 개량하여야 하며 ②토지의 형질변경에 수반되는 성토 및 절토에 의한 비탈면 또는 절개면에 대하여는 옹벽 또는 석축의 설치 등 도시계획조례가 정하는 안전조치를 해야 한다.

토석의 채취와 관련하여 지하자원의 개발을 위한 토석의 채취허가는 시가화 대상이 아닌 지역으로 인근에 피해가 없는 경우에 한하도록 하되, 구체적인 사항은 도시계획조례가 정하는 기준에 적합해야 한다. 토지의 분할과 관련하여 녹지지역 안의 분할제한과 「건축법」 제49조 제1항의 규정에 의한 분할제한면적 등으로 구분하여 허가기준을 마련하고 있다.

개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준을 보면 다음과 같다. 분야별 검토사항 중 첫째, 공통분야는 ①조수류·수목 등의 집단서식지가 아니고, 우량농지 등에 해당하지 아니하여 보전의 필요가 없을 것 ②역사적·문화적·향토적 가치, 국방상 목적 등에 따른 원형 보전의 필요가 없을 것 ③토지의 형질변경 또는 토석채취의 경우에는 표고·경사도·임상 및 인근 도로의 높이, 물의 배수 등을 참작하여 도시계획조례가 정하는 기준에 적합할 것.

둘째, 도시관리계획분야는 ①용도지역별 개발행위의 규모 및 건축제한 기준에 적합할 것 ②개발행위허가 제한지역에 해당되지 아니할 것.

셋째, 도시계획사업분야는 ①도시계획사업부지에 해당하지 아니할 것 ②개발시기와 가설시설의 설치 등이 도시계획사업에 지장을 초래하지 아니할 것.

넷째, 주변지역과의 관계는 ①개발행위로 건축 또는 설치하는 건축물 또는 공작물이 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변건축물과 조화를 이루어야 하며, 도시계획으로 경관계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 적합할 것 ②개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변지역에 대기오염·수질오염·토질오염·소음·진동·분진 등에 의한 환경오염·생태계 파괴·위해발생 등이 발생할 우려가 없을 것. 다만, 환경오염·생태계파괴·위해발생 등의 방지가 가능하며 환경오염의 방지, 위해의 방지, 조경, 녹지의 조성, 완충지대의 설치 등을 조건으로 붙이는 경우에는 그러하지 아니하다 ③개발행위로 인하여 녹지축이 절단되지 아니하고, 개발행위로 배수가 변경되어 하천·호소·

습지로의 유수를 막지 아니할 것.

다섯째, 기반시설분야는 ①주변의 교통소통에 지장을 초래하지 아니할 것 ②인근도로와 연결되는 너비 4m 이상의 도로를 확보하여야 하며, 대지와 도로의 관계는 건축법에 적합할 것. 다만, 관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역 안의 동 또는 읍의 지역(동 또는 읍에 속하는 섬의 경우에는 그 인구가 500인 이상인 경우에 한한다) 외의 지역에서 건축물의 건축 및 이에 수반되는 토지형질변경을 하는 경우를 제외하며, 건축법 제36조의 규정에 의한 건축선에 적합하게 건축물의 건축 및 이에 수반되는 토지형질변경을 하는 경우와 건축법시행령 제3조의 3의 규정에 해당하는 경우에는 너비 4m 이상의 도로확보 요건을 적용하지 아니한다.

여섯째, 그 밖의 사항으로는 ①공유수면매립의 경우 매립목적이 도시계획에 적합할 것 ②토지분할 및 물건을 쌓아놓는 행위에 축목의 별채가 수반되지 아니할 것 ③허가권자는 제3장 및 제4장의 개발행위허가기준을 적용함에 있어 지역특성을 감안하여 지방도시계획위원회의 자문을 거쳐 높이·거리·배치·범위 등에 관한 구체적인 기준을 정할 수 있다 ④비도시지역의 경관관리를 위하여 허가권자는 개발행위허가기준에 추가하여 경관관리기준을 참고할 수 있다 ⑤건축법의 적용을 받는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치에 해당하는 경우 그 건축 또는 설치의 기준에 관하여는 건축법의 규정과 법 및 영에서 정하는 바에 의하고, 그 건축 또는 설치의 절차에 관하여는 건축법의 규정에 의한다. 이 경우 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 형질변경 또는 토석채취에 관한 개발행위허가는 건축법에 의한 건축 또는 설치의 절차와 동시에 할 수 있다.²⁷⁴⁾

2. 許可의 對象

국토계획법에서는 다음의 개발행위는 허가권자로부터 허가를 받아야 하며, 허가를 변경하는 경우에도 허가를 받아야 한다(국토계획법시행령 제51조).

첫째, 건축물의 건축 또는 공작물의 설치로서, 건축물의 건축은 「건축법」 제2

274) 건설교통부, 개발행위허가운영지침, 2005. 5, pp. 12-14.

조 제1항 제2호의 규정에 의한 건축물²⁷⁵⁾의 건축에 한하며, 공작물의 설치에 인공을 가하여 제작한 시설물의 설치에 허가를 받되, 「건축법」 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 건축물은 허가대상에서 제외된다.

둘째, 토지의 형질변경²⁷⁶⁾은 절토·성토·정지·포장 등의 방법으로 토지의 형상을 변경하는 행위와 공유수면의 매립이 허가대상이 되며, 경작을 위한 토지의 형질변경은 제외된다.²⁷⁷⁾

셋째, 토석채취는 흙·모래·자갈·바위 등의 토석을 채취하는 행위이며, 토지의 형질변경을 목적으로 하는 것은 토지의 형질변경에 해당되므로 허가대상에서 제외된다.

넷째, 도시지역에서의 토지분할²⁷⁸⁾은 녹지지역·관리지역·농림지역 및 자연환경보전지역 안에서 관계 법령에 의한 허가·인가 등을 받지 아니하고 행하는 토지의 분할과 「건축법」 제49조 제1항 및 동법시행령 제80조의 규정에 의한 분할제한면적 미만으로의 토지의 분할²⁷⁹⁾ 및 관계 법령에 의한 허가·인가 등을 받지 아니하고 행하는 너비 5미터 이하로의 토지의 분할이 개발허가대상이 되며, 「건축법」 제49조에 의한 건축물이 있는 대지는 제외한다.²⁸⁰⁾

다섯째, 물건적치는 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역 안에서 건축물의 울타리 안(적법한 절차에 의하여 조성된 대지에 한함)이 아닌 토지에 물건을

275) 건축법 제2조 제1항 제2호 : “건축물”이라 함은 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 기타 대통령령이 정하는 것을 말한다.

276) 김중보, 전계논문, p. 333 이하.

277) 이 경우 경작의 범위는 “조성이 완료된 농지에서의 농작물 재배행위, 당해 농지의 지력증진을 위한 단순한 개토나 정지작업”을 말하며 농지의 생산성을 높이기 위하여 농지의 형질을 변경하는 행위로서 인근 농지의 관계·배수·통풍 및 농작업에 영향을 미치지 아니하여야 한다.

278) 국토계획법이 토지의 분할을 명시적인 허가대상행위로 정한 것은 1971년에 이르러서 처음이다. 다만 1962년 제13조에 의한 토지형질변경허가를 통해 건축단위가 변경되는 일이 있었을 것으로 추측된다.

279) 국토계획법시행령 제80조(건축물이 있는 대지의 분할제한) : 법 제49조 제1항에서 “대통령령이 정하는 범위”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 규모이상을 말한다.

1. 주거지역 : 60제곱미터
2. 상업지역 : 150제곱미터
3. 공업지역 : 150제곱미터
4. 녹지지역 : 200제곱미터
5. 제1호 내지 제4호에 해당하지 아니하는 지역 : 60제곱미터.

280) 국토계획법은 오래 전부터 행위허가 또는 개발행위허가라는 제목하에 도시계획과는 별개의 조문에서 부분적으로 개별 건축단위를 분할하는 행위에 개입해 왔다(1962년 도시계획법 제13조, 1971년 구도시계획법 제4조, 2000년 도시계획법 제46조, 현행 국토계획법 제56조).

1월 이상 쌓아놓는 행위를 개발허가대상으로 하고 있다.

그리고 토지형질변경 및 토석의 채취행위 중 도시지역 및 계획관리지역 안의 산림에서의 임도의 설치와 사방사업에 관하여는 각각 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 281) 및 「사방사업법」 282)의 규정에 의하고, 보전관리지역·생산관리지역·농림지역 및 자연환경보전지역 안의 산림에서의 위의 개발행위는 「산지관리법」의 규정에 의한다(법 제56조 제3항). 재해복구 또는 재난수습을 위한 응급조치(1월 이내에 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에게 신고하여야 함)나 「건축법」에 의하여 신고하고 설치할 수 있는 건축물의 개축·증축 또는 재축과 이에 필요한 범위 안에서의 토지의 형질변경(도시계획시설사업이 시행되지 아니하고 있는 도시계획시설부지인 경우에 한함) 및 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석채취, 토지분할, 물건적치행위로서 경미한 행위도 개발허가 대상에서 제외되며 다만, 다음 각 호에 규정된 범위 안에서 특별시·광역시·시 또는 군의 도시계획조례로 따로 정하는 경우에는 그에 의한다(국토계획법시행령 제53조).

①건축물의 건축: 「건축법」 제8조 제1항에 의한 건축허가 또는 동법 제9조 제1항의 규정에 의한 건축신고 대상에 해당하지 아니하는 건축물의 건축.

②공작물의 설치: ㉠도시지역 또는 지구단위계획구역에서 무게가 50톤 이하, 부피가 50세제곱미터 이하, 수평투영면적이 25제곱미터 이하인 공작물의 설치. 다만, 「건축법시행령」 제118조 제1항 각호의 1에 해당하는 공작물(통신용 철탑은 용도지역에 관계없이 이를 포함한다)의 설치를 제외한다 ㉡도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역 외의 지역에서 무게가 150톤 이하, 부피가 150세제곱미터 이하, 수평투영면적이 75제곱미터 이하인 공작물의 설치. 다만, 「건축법시행령」 제118조 제1항 각 호의 1에 해당하는 공작물(통신용 철탑은 용도지역에 관계없이 이를 포함한다)의 설치를 제외한다 ㉢녹지지역·관리지역 또는 농림지역 안에서의 농림어업용 비닐하우스(비닐하우스 안에 설치하는 육상어류

281) 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 제1조 (목적) : 이 법은 산림자원의 조성 및 관리를 통하여 산림의 다양한 기능을 발휘하게 하고 산림의 지속가능한 보전과 이용을 도모함으로써 국토의 보전, 국가경제의 발전 및 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다.

282) 사방사업법 제1조 (목적) : 이 법은 국토의 황폐화를 방지하고 이를 보전하기 위하여 효율적인 사방사업을 시행함으로써 공공이익의 증진과 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.

양식장을 제외한다)의 설치.

③토지의 형질변경: ㉠높이 50센티미터 이내 또는 깊이 50센티미터 이내의 절토·성토·정지 등(포장을 제외하며, 주거지역·상업지역 및 공업지역 외의 지역에서는 지목변경을 수반하지 아니하는 경우에 한한다) ㉡도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역 외의 지역에서 면적이 660제곱미터 이하인 토지에 대한 지목변경을 수반하지 아니하는 절토·성토·정지·포장 등(토지의 형질변경 면적은 형질변경이 이루어지는 당해 필지의 총면적을 말한다. 이하 같다) ㉢조성이 완료된 기존 대지에서의 건축물 그 밖의 공작물의 설치를 위한 토지의 굴착 ㉣국가 또는 지방자치단체가 공익상의 필요에 의하여 직접 시행하는 사업을 위한 토지의 형질변경.

④토석채취: ㉠도시지역 또는 지구단위계획구역에서 채취면적이 25제곱미터 이하인 토지에서의 부피 50세제곱미터 이하의 토석채취 ㉡도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역 외의 지역에서 채취면적이 250제곱미터 이하인 토지에서의 부피 500세제곱미터 이하의 토석채취.

⑤토지분할: ㉠「사도법」에 의한 사도개설허가를 받은 토지의 분할 ㉡토지의 일부를 공공용지 또는 공용지로 하기 위한 토지의 분할 ㉢행정재산 중 용도폐지되는 부분의 분할 또는 잡종재산을 매각·교환 또는 양여하기 위한 분할 ㉣토지의 일부가 도시계획시설로 지형도면고시가 된 당해 토지의 분할 ㉤너비 5미터 이하로 이미 분할된 토지의 「건축법」 제49조 제1항의 규정에 의한 분할제한면적 이상으로의 분할.

⑥물건을 쌓아놓는 행위: ㉠녹지지역 또는 지구단위계획구역에서 물건을 쌓아놓는 면적이 25제곱미터 이하인 토지에 전체무게 50톤 이하, 전체부피 50세제곱미터 이하로 물건을 쌓아놓는 행위, ㉡관리지역(지구단위계획구역으로 지정된 지역을 제외한다)에서 물건을 쌓아놓는 면적이 250제곱미터 이하인 토지에 전체무게 500톤 이하, 전체부피 500세제곱미터 이하로 물건을 쌓아놓는 행위.

또한, 허가권자는 개발행위허가를 함에 있어서 다음에 해당하는 사항이 있을 경우에는 미리 관계행정기관의 장과 협의하여야 하며, 허가권자가 당해 개발행위에 대하여 미리 관계행정기관의 장과 협의한 다음 사항에 대하여는 당해 인·허가 등을 받은 것으로 의제처리하고 있다.²⁸³⁾

① 「공유수면매립법」 284) 제9조의 규정에 의한 공유수면매립의 면허, 동법 제15조의 규정에 의한 실시계획의 인가 ② 「공유수면관리법」 285) 제5조의 규정에 의한 점용 또는 사용의 허가, 동법 제8조의 규정에 의한 실시계획의 인가 또는 신고 ③ 「광업법」 286) 제47조의 규정에 의한 채광계획의 인가 ④ 「농어촌정비법」 287) 제20조의 규정에 의한 농업기반시설의 목적 외 사용의 승인 ⑤ 「농지법」 288) 제36조의 규정에 의한 농지전용의 허가 또는 협의, 동법 제38조의 규정에 의한 농지의 타 용도 일시사용의 허가 또는 협의 ⑥ 「도로법」 289) 제34조의 규정에 의한 도로공사시행의 허가, 동법 제40조의 규정에 의한 도로점용의 허가 ⑦ 「장사 등에 관한 법률」 290) 제23조 제1항의 규정에 의한 무연고 분묘의 개장허가 ⑧ 「사도법」 291) 제4조의 규정에 의한 사도개설의 허가 ⑨ 「사방사업법」 292) 제14조의 규정에 의한 토지의 형질변경 등의 허가, 동법 제20조의 규정에 의한 사방지 지정의 해제 ⑩ 「산지관리법」 293) 제14조·제15조의 규정에 의한 산지전용의 허가 및 산

283) 국토계획법 제61조 (도시계획시설부지에서의 개발행위) 제1항.

284) 공유수면매립법 제1조 (목적) : 이 법은 공유수면을 환경친화적으로 매립하여 합리적으로 이용하게 함으로써 공공의 이익을 증진하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

285) 공유수면관리법 제1조 (목적) : 이 법은 공유수면의 보전·이용 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정하여 공유수면의 적절한 보호와 효율적인 이용을 도모함으로써 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

286) 광업법 제1조 (목적) : 이 법은 광물자원을 합리적으로 개발함으로써 국가산업의 발달을 도모하기 위하여 광업에 관한 기본적 제도를 규정함을 목적으로 한다.

287) 농어촌정비법 제1조 (목적) : 이 법은 농업생산기반, 농어촌생활환경과 농어촌관광휴양자원 및 한계농지 등을 종합적·체계적으로 정비·개발하여 농수산업의 경쟁력 향상과 농어촌생활환경개선을 촉진함으로써 현대적인 농어촌 건설과 국가의 균형발전에 이바지함을 목적으로 한다.

288) 농지법 제1조 (목적) : 이 법은 농지의 소유·이용 및 보전 등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 농지를 효율적으로 이용·관리하여 농업인의 경영안정 및 생산성향상을 통한 농업의 경쟁력강화와 국민경제의 균형있는 발전 및 국토의 환경보전에 이바지함을 목적으로 한다.

289) 도로법 제1조 (목적) : 이 법은 도로망의 정비와 적정한 도로관리를 위하여 도로에 관한 계획의 수립, 노선의 지정 또는 인정, 관리, 시설기준, 보전 및 비용에 관한 사항을 규정함으로써 교통의 발달과 공공복리의 향상에 기여함을 목적으로 한다.

290) 장사 등에 관한 법률 제1조 (목적) : 이 법은 매장·화장 및 개장에 관한 사항과 묘지·화장장·납골시설 및 장례식장의 설치·관리 등에 관한 사항을 규정함으로써 보건위생상의 위해를 방지하고, 국토의 효율적 이용 및 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

291) 사도법 제1조 (목적) : 본 법은 사도의 설치·관리사용 및 구조에 관한 사항을 규정함으로써 교통의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

292) 사방사업법 제1조 (목적) : 이 법은 국토의 황폐화를 방지하고 이를 보전하기 위하여 효율적인 사방사업을 시행함으로써 공공이익의 증진과 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.

293) 산지관리법 제1조 (목적) : 이 법은 산지의 합리적인 보전과 이용을 통하여 임업의 발전과 산림의 다양한 공익기능의 증진을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전과 국토환경보전에 이바지함을 목적으로 한다.

지전용신고, 동법 제25조의 규정에 의한 채석허가, 동법 제32조의 규정에 의한 토사채취의 허가·신고 및 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」²⁹⁴⁾ 제36조 제1항·제4항의 규정에 의한 입목벌채 등의 허가·신고 ⑪ 「소하천정비법」²⁹⁵⁾ 제10조의 규정에 의한 소하천공사시행의 허가, 동법 제14조의 규정에 의한 소하천의 점용허가 ⑫ 「수도법」²⁹⁶⁾ 제36조의 규정에 의한 전용상수도설치 및 동법 제38조의 규정에 의한 전용공업용 수도설치의 인가 ⑬ 「연안관리법」²⁹⁷⁾ 제17조의 규정에 의한 연안정비사업실시계획의 승인 ⑭ 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」²⁹⁸⁾ 제12조의 규정에 의한 사업계획의 승인 ⑮ 「초지법」²⁹⁹⁾ 제23조의 규정에 의한 초지전용의 허가·신고 또는 협의 ⑯ 「측량법」³⁰⁰⁾ 제25조의 규정에 의한 측량성과 사용의 심사 ⑰ 「하수도법」³⁰¹⁾ 제16조의 규정에 의한 공공하수도에 관한 공사시행의 허가 ⑱ 「하천법」³⁰²⁾ 제30조의 규정에 의한 하천공사시행의 허가, 동법 제33조의 규정에 의한 하천점용의 허가 등이 그 경우이다.

다.

294) 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 제1조 (목적) : 이 법은 산림자원의 조성 및 관리를 통하여 산림의 다양한 기능을 발휘하게 하고 산림의 지속가능한 보전과 이용을 도모함으로써 국토의 보전, 국가경제의 발전 및 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다.

295) 소하천정비법 제1조 (목적) : 이 법은 소하천의 정비·이용·관리 및 보전에 관한 사항을 규정함으로써 재해를 예방하고 생활환경의 개선에 기여함을 목적으로 한다.

296) 수도법 제1조 (목적) : 이 법은 수도에 관한 종합적인 계획을 수립하고 수도를 적정하고 합리적으로 설치·관리함으로써 공중위생의 향상과 생활환경의 개선에 이바지함을 목적으로 한다.

297) 연안관리법 제1조 (목적) : 이 법은 연안의 효율적인 보전·이용 및 개발에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 연안환경을 보전하고 연안의 지속가능한 개발을 도모하여 연안을 쾌적하고 풍요로운 삶의 터전으로 조성하는 것을 목적으로 한다.

298) 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제1조 (목적) : 이 법은 체육시설의 설치·이용을 장려하고 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지함을 목적으로 한다.

299) 초지법 제1조 (목적) : 이 법은 초지의 조성·관리·이용 및 보전에 관한 사항을 규정함으로써 축산진흥에 기여하게 함을 목적으로 한다.

300) 측량법 제1조 (목적) : 이 법은 측량에 관한 기준을 설정하고 연구·개발을 통하여 얻은 측량기술을 효율적으로 이용·관리하게 함으로써 측량의 정확성을 확보하고 측량 산업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다 (전문개정 2006. 12. 20).

301) 하수도법 제1조 (목적) : 이 법은 하수도의 설치 및 관리의 기준 등을 정함으로써 하수와 분뇨를 적정하게 처리하여 지역사회의 건전한 발전과 공중위생의 향상에 기여하고 공공수역의 수질을 보전함을 목적으로 한다.

302) 하천법 제1조 (목적) : 이 법은 하천의 유수로 인한 피해를 예방하고 하천사용의 이익증진과 하천의 자연친화적인 정비·보전을 위하여 하천의 지정·관리·사용 및 보전 등에 관한 사항을 규정함으로써 하천을 적정하게 관리하고 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 한다.

第3節 開發行爲許可의 節次的 要件

1. 許可의 節次

개발행위는 토지의 형질변경 등으로 대표되는 규제대상행위이며, 국토계획법에서 정하는 개발행위를 하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다(국토계획법 제56조 제1항). 허가를 받지 않고 개발행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해진다.³⁰³⁾

개발행위의 허가를 받고자 하는 자는 당해 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해 방지 등에 관한 계획서를 첨부한 신청서를 허가권자에게 제출하여야 한다.³⁰⁴⁾ 개발행위허가신청서에는 개발행위의 목적, 사업기간(착공 및 준공시기) 등을 명확히 기재하여야 한다. 허가권자는 신청서를 받은 후 대통령령이 정하는 기간(15일) 내에 허가 또는 불허가의 처분을 하여야 한다(국토계획법 제57조 제2항).

개발행위와 허가여부를 판단함에 있어서 행정청은 법령이 규정한 허가의 기준에 따라야 하며, 이러한 기준을 충족하는 경우 개발행위허가를 발급하게 된다. 이처럼 개발행위허가는 전형적인 행정처분으로 앞서 살펴 본대로 대법원에 의해 재량행위³⁰⁵⁾ 또는 기속행위로 판단되고 있다. 허가권자가 개발행위허가를 하고자

303) 국토계획법 제140조 (벌칙) 제1호.

304) 국토계획법시행규칙 제9조에 의한 개발행위허가 신청서에는 다음의 서류를 첨부하여야 한다.

- ① 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해방지·환경오염방지·경관·조경 등에 관한 계획서(개발밀도관리구역 안에서는 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보에 관한 계획을 제출하지 아니하며, 기반시설부담구역 안에서는 기반시설부담계획에 따라 작성한 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지확보에 관한 계획서를 제출)(법 제57조 제1항)
- ② 토지의 소유권·사용권 등 신청인이 당해 토지에 개발행위를 할 수 있음을 증명하는 서류
- ③ 공사 또는 사업관련 도서(토지형질변경 및 토석채취인 경우)
- ④ 설계도서(공작물을 설치하는 경우)
- ⑤ 당해 건축물의 용도 및 규모를 기재한 서류(건축물의 건축을 목적으로 하는 토지의 형질변경인 경우)
- ⑥ 개발행위의 시행으로 폐지되거나 대체 또는 새로이 설치할 공공시설의 종류·세목·소유자 등의 조서 및 도면과 예산내역서(토지형질변경 및 토석채취인 경우)
- ⑦ 법 제57조 제1항의 규정에 의한 위해방지·환경오염방지·경관·조경 등을 위한 설계도서 및 그 예산내역서(토지분할의 경우는 제외). 다만 건설산업기본법시행령 제8조 제1항의 규정에 의한 경미한 건설공사를 시행하거나 옹벽 등 구조물의 설치 등을 수반하지 않는 단순한 토지형질변경일 경우는 개략설계서로 설계 도서에 갈음할 수 있다.
- ⑧ 규정에 의한 관계 행정기관의 장과 협의에 필요한 서류.

305) 대판 2001. 9. 28. 2000두8684. 「구 도시계획법의 규정 형식이나 문언 등을 종합하면, 도시계획법에 의한 토지형질변경허가에 있어서 허가 신청된 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려

하는 때에는 당해 개발행위가 도시계획사업의 시행에 지장을 주는지의 여부에 관하여 당해 지역 안에서 시행되는 도시계획사업 시행자의 의견을 들어야 한다(법 제58조 제2항).

허가권자는 개발행위허가를 함에 있어서 법61조(인·허가 의제사항)에 해당하는 사항이 있을 경우 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다. 허가권자가 당해 개발행위에 대하여 미리 관계행정기관의 장과 협의한 다음 사항에 대하여는 당해 인·허가 등을 받은 것으로 본다.

허가권자는 허가신청에 대하여 특별한 사유가 없는 한 15일(심의 또는 협의기간 제외)내에 허가 또는 불허가처분을 하여야 하며, 허가 또는 불허가처분을 하는 때에는 지체 없이 신청인에게 허가증을 교부하거나 불허가처분사유를 서면으로 통지하여야 한다(법 제57조 제2항·제3항).

허가권자는 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해방지·환경오염방지·경관·조경 등에 관한 조치를 할 것을 조건으로 다음과 같은 기준에 해당하는 때에는 개발행위를 조건부로 허가할 수 있다(법 제57조 제4항) ①공익상 또는 이해관계인의 보호를 위하여 필요하다고 인정될 때 ②당해 행위로 인하여 주변의 환경·경관·미관 등이 손상될 우려가 있을 때 ③역사적·문화적·향토적 가치가 있거나 원형보전의 필요가 있을 때 ④조경·재해예방 등 조치가 필요한 때 ⑤관계 법령의 규정에 의하여 공공시설 등이 행정청에 귀속될 때 ⑥그 밖에 시·군의 정비 및 관리에 필요하다고 인정되는 때이며 또한, 허가권자가 개발행위허가에 조건을 붙이고자 하는 때에는 미리 개발행위허가를 신청한 자의 의견을 들어야 한다. 다만, 기반시설부담계획에 따라 기반시설의 설치 또는 부담을 조건으로 하는 경우에는 의견을 듣지 않고 조건을 붙일 수 있다(영 제54조 제2항). 허가권자가 개발행위에 따른 기반시설의 설치 등을 조건으로 개발행위를 허가할 수 있도록 규정한 국토계획법 제57조 제4항은 개발행위허가가 일정한 재량행위를 인정한 전제하에 규정된 것으로 볼 수 있다. 준공검사에 대하여 ①공작물의 설치(건축법 제8조 및 제72조의 규정에 의하여 설치되는 것을 제외), 토지의 형질변경 또는 토석채취를 위한 개발행위허가를 받

가 있는지 여부 등의 판단에 관하여는 일단 행정청에게 재량권이 부여되어 있다」; 같은 취지 대판 2001. 1. 16. 99두8886 ; 대판 2000. 7. 7. 99두66.

은 자는 그 개발행위를 완료한 때에 개발행위준공신청서에 소정의 서류(준공사진, 지적측량성과도(토지분할이 수반되는 경우와 임야를 형질변경하는 경우로서 지적법 제18조에 의하여 등록전환신청이 수반되는 경우), 규정에 의한 관계 행정기관의 장과의 협의에 필요한 서류)를 첨부하여 허가권자의 준공검사를 받아야 한다(법 제62조 제1항, 규칙 제11조 제2항) ②건설산업기본법시행령 제8조 제1항의 규정에 의한 경미한 건설공사의 경우에는 공사완료 후 그 사실을 허가권자에게 통보함으로써 준공검사에 갈음한다(규칙 제11조 제1항) ③허가권자는 허가내용대로 사업이 완료되었다고 인정하는 경우에는 개발행위 준공검사필증을 신청인에게 교부하여야 한다(규칙 제11조 제3항) ④준공검사를 받은 때에는 허가권자가 의제대상 인·허가 등에 따른 준공검사·준공인가 등에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 당해 준공검사·준공인가 등을 받은 것으로 본다(법 제62조 제2항).

한편, 국토계획법은 건설공사가 수반되는 개발행위로서 건축물의 건축, 토지형질변경, 토석의 채취에 대한 준공검사의 대상이 아니다. 또한 건축법상 건축허가를 받아 지어지는 건축물은 건축법 제18조의 사용승인을 받는 것으로 충분하다.

준공검사를 받아야 할 개발행위를 준공검사를 받지 않고 종결하여 사용하는 행위는 금지되어야 하지만, 국토계획법은 그 의무위반에 대한 제재규정을 마련하지 않고 있다(국토계획법 제140조·제141조).

그러나 비록 준공검사를 받지 않은 경우 처벌되지 않는다고 하여도 준공검사를 받지 않는 경우 지적법상 지목변경허가를 받을 수 없으므로³⁰⁶⁾ 준공검사의 처분성은 인정되는 것으로 볼 것이다. 따라서 형질변경허가신청 당시의 설계도서대로 시공된 토지에 대해 준공검사를 거부하는 처분은 취소소송의 대상이 된다.³⁰⁷⁾ 준공검사는 건축법상의 사용승인과 마찬가지로 확인적 성격의 행정처분이

306) 지적법시행령 제16조 (지목변경신청) : ①법 제21조의 규정에 의하여 지목변경을 신청할 수 있는 경우는 다음 각호와 같다 (개정 2002. 12. 26) (1) 「국토계획법」 등 관계법령에 의한 토지의 형질변경 등의 공사가 준공된 경우 (2)토지 또는 건축물의 용도가 변경된 경우 (3)법 제26조의 규정에 의한 도시개발사업 등의 원활한 사업추진을 위하여 사업시행자가 공사준공 전에 토지의 합병을 신청하는 경우.

307) 행정소송법 제2조(정의) : ①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다 (1) “처분 등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다 (2) “부작위”라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다. 동법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다 (1)취소소송: 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송 (2)무효 등 확인소송: 행정청의 처분 등의 효력

며, 토지형상과 설계도서가 일치하는지를 판단하여 발급되는 것이다. 따라서 준공검사는 설계도서대로 시공된 경우 반드시 발급되어야 하는 기속행위라 할 것이다.

2. 許可의 履行擔保

허가권자는 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해방지·환경오염방지·경관·조경 등을 위하여 인정되는 경우로서 다음과 같은 경우에는 이행을 담보하기 위하여 허가신청자에게 이행보증금을 예치하도록 할 수 있다(법 제60조 제1항, 영 제59조 제1항) ①건축물 건축, 공작물 설치, 토지형질변경 또는 토석채취로서 당해 개발행위로 인하여 도로·수도공급설비·하수도 등 기반시설의 설치가 필요한 경우 ②토지의 굴착으로 인하여 인근의 토지가 붕괴될 우려가 있거나 인근의 건축물 또는 공작물이 손괴될 우려가 있는 경우 ③토석의 발파로 인한 낙석·먼지 등에 의하여 인근지역에 피해가 발생할 우려가 있는 경우 ④토석을 운반하는 차량의 통행으로 인하여 통행로 주변의 환경이 오염될 우려가 있는 경우 ⑤토지의 형질변경이나 토석의 채취가 완료된 후 비탈면에 조경을 할 필요가 있는 경우.

한편, 국가·지방자치단체·정부투자기관·지방자치단체의 조례로 정하는 공공단체가 시행하는 개발행위에 대하여는 규정에 의한 이행보증금 예치를 면제한다(법 제60조 제1항). 이행보증금의 예치금액은 기반시설의 설치, 위해의 방지, 환경오염의 방지, 경관 및 조경에 필요한 비용의 범위 안에서 산정하되, 구체적인 산정방법은 허가권자의 도시계획조례로 정한다. 다만, 도시지역 및 계획관리지역 안의 산림 안에서의 개발행위에 대한 이행보증금의 예치금액은 산지관리법 제38조 및 동법 시행규칙 제39조의 규정에 의한 복구비용(토사유출 방지시설 설치, 경관복원, 시설물의 철거비용 등을 고려하여 산림청장이 고시하는 복구비 산정기준에 의한다)을 포함하여 정하되, 위 규정에 의한 복구비용이 이행보증금에 중복계상되어서는 아니된다. 이행보증금의 예치금액은 총공사비의 20% 범위 안에서

유무 또는 존재여부를 확인하는 소송 (3)부작위위법확인소송: 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송.

결정한다.

3. 許可의 制限

개발행위의 허가제한은 편의상 개발행위허가의 제한구역·보전대상지역 및 계획수립예정지역으로 나누어 살펴볼 수 있다. 개발행위허가의 제한구역이란 보전의 필요성이 높거나, 주변환경이 손상될 우려가 높은 지역, 도시계획·기반시설 부담계획의 수립예정지역 등 개발행위를 허용하는 것이 곤란한 지역으로서 시·도지사 등이 고시한 구역을 말한다.³⁰⁸⁾ 이러한 구역에 있어서는 1회에 한하여 3년 이내의 기간동안 개발행위의 허가가 제한된다. 다만, 도시계획 또는 기반시설 부담계획이 수립되고 있는 지역인 경우에는 1회에 한하여 2년 이내의 기간동안 개발행위허가의 제한을 연장할 수 있다(국토계획법 제63조 제1항 단서).

국토해양부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 보전 필요가 있는 지역 등의 개발행위허가를 제한하고자 하는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 제한지역·제한사유·제한대상행위 및 제한기간을 미리 고시하여야 한다. 허가권자는 도시계획시설부지에 대하여는 당해 도시계획시설이 아닌 건축물 건축·공작물 설치를 허가하여서는 아니된다. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 허가할 수 있다.

첫째, 지상·수상·공중·수중 또는 지하에 일정한 공간적 범위를 정하여 도시계획시설이 결정되어 있고, 그 도시계획시설의 설치·이용 및 장래의 확장 가능성에 지장이 없는 범위 안에서 도시계획시설이 아닌 건축물 또는 공작물을 당해 도시계획시설인 건축물 또는 공작물의 상부 또는 하부에 설치하는 경우.

둘째, 도시계획시설과 도시계획시설이 아닌 시설을 같은 건축물 안에 설치한 경우(법률 제6243호 도시계획법 개정법률에 의하여 개정되기 전에 설치한 경우를 말한다)로서 법 제88조의 규정에 의한 실시계획인가를 받아 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 하는 경우 ①건폐율이 증가하지 아니하는 범위 안에서 당해 건축물을 증축 또는 대수선하여 도시계획시설이 아닌 시설을 설치하는 경우 ②도시계획시설의 설치·이용 및 장래의 확장 가능성에 지장이 없는 범위 안에서 도

308) 국토계획법 제63조 (개발행위허가의 제한) 제1항.

시계획시설을 도시계획시설이 아닌 시설로 변경하는 경우.

셋째, 「도로법」 등 도시계획시설의 설치 및 관리에 관하여 규정하고 있는 다른 법률에 의하여 점용허가를 받아 건축물 또는 공작물을 설치하는 경우.

한편, 허가권자는 도시계획시설결정의 고시일부터 2년이 경과할 때까지 당해 시설의 설치에 관한 사업이 시행되지 아니한 도시계획시설 중 단계별집행계획이 수립되지 않거나 단계별집행계획에서 제1단계 집행계획(단계별 집행계획을 변경한 경우에는 최초의 단계별 집행계획)에 포함되지 않은 도시계획시설부지에 대하여는 다음의 개발행위를 허가할 수 있다(법 제64조 제2항) ①가설건축물 건축과 이에 필요한 범위 안에서의 토지형질변경 ②도시계획시설 설치에 지장이 없는 공작물 설치와 이에 필요한 범위 안에서의 토지형질변경 ③건축물 개축 또는 재축과 이에 필요한 범위 안에서의 토지형질변경.

허가권자는 다음에 해당하는 경우 개발행위허가의 취소, 공사의 중지, 공작물 등의 개축 또는 이전 그 밖에 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다(법 제133조) ①법·영·규칙이나 처분에 위반한 경우 ②부정한 방법으로 허가를 받은 경우 ③사정의 변경으로 인하여 개발행위의 계속적인 시행이 현저히 공익을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우.

여기서 개발행위허가의 제한이란 개발행위의 유보를 의미하는 것으로 보아야 할 것이며, 반드시 개발행위허가를 거부하여야 할 의무가 행정청에 있는 것은 아니라 할 것이다. 개발행위는 그 속성상 재량행위의 성격이 강하고, 도시계획의 예정구역이라 해도 장차 결정될 도시계획에 반하지 않는 개발행위는 금지할 필요가 없기 때문이다.³⁰⁹⁾

대법원은 이러한 구역의 인정에 대해서 구역지정행위는 시·도지사 등의 고시를 효력발생요건으로 보고 있지 않으며, 이러한 면에서 도시계획의 고시와 구별된다. 즉 고시가 행하여지지 아니한 지역에 소재한 토지라고 하여 보전의 필요성

309) 개발행위허가의 제한에 대한 질의답변사례(건설교통부, 2006. 3. 29) : 택지개발예정지구지정을 위하여 지방자치단체에서 법제63조에 의거 주민공람 공고일 기준으로 개발행위허가의 제한을 하고 있으나, 주민공람 공고일과 개발행위허가의 제한 고시일이 일치하지 않으므로써 동 기간 내에 개발행위 신청건에 대한 허가 여부에 대하여 개발행위허가의 제한을 한 것은 택지개발사업 시행으로 인하여 발생할 수 있는 부동산투기방지 및 사업시행에 따른 경제적 손실방지, 이에 따른 택지개발사업의 원활한 사업추진을 위한 것이므로 주민공람 공고일부터 개발행위허가의 제한고시일 사이에 개발행위 신청건에 대하여는 관계법령에 의한 구비서류완비여부 및 지역여건 등을 고려하여 당해 시장·군수가 승인여부를 판단하여야 한다.

이 있음에도 불구하고 무조건 허가하여야 하는 것은 아니고 일정한 요건을 충족한 경우에 한하여 허가할 수 있는 것으로 보아야 할 것이며, 고시 여부는 허가를 결정하는 요건이 되지 않는다.³¹⁰⁾

마찬가지로 일정한 지역이 「문화재보호법」에 의하여 문화재로 지정된 바 없다 하더라도 역사적·문화적·향토적 가치가 있는 지역으로서 원형보전의 필요가 있는 지역에 해당한다고 인정함에 있어서는 아무런 장애가 되지 않는다.³¹¹⁾

국토계획법상 개발행위의 제한구역은 그 성격에 따라 보전대상지역 및 계획수립예정구역으로 다시 구별할 수 있다. 보전대상지역은 도시계획의 여부와 관계없이 개발행위가 제한되는데 비하여, 계획수립예정구역은 대상지역내 도시계획이 아직 결정되어 있지 않을 뿐 가까운 시점에 도시계획 등이 결정·고시될 것이라는 점에서 차이가 있다.

보전대상지역이란 자연적·사회적·역사적 이유 등으로 기존의 형상을 그대로 유지할 필요가 있는 지역을 말하며, 이와 같은 지역에서는 원칙적으로 개발행위가 유보된다. 구체적으로 일정한 지역이 녹지지역 또는 계획관리지역으로서 수목이 집단적으로 생육하고 있거나 조수류 등이 집단적으로 서식하고 있는 지역 또는 우량농지 등으로 보전할 필요가 있는 지역(국토계획법 제63조 제1항 제1호), 개발행위로 인하여 주변의 환경·경관·미관·문화재 등이 크게 오염되거나 손상될 우려가 있는 지역을 말한다(국토계획법 제63조 제1항 제2호).

이러한 지역에 해당하는지 여부는 당해 토지의 환경·풍치·미관 뿐만 아니라, 그 허가로 인해 당해 토지와 인접하여 있는 주위 토지의 환경·풍치·미관 등에 미치는 영향, 더 나아가 미관상 당해 토지 및 주변의 환경에 대한 원형보존의 필요성 유무 및 도시전체의 미관과도 관련하여 종합적으로 판단하여야 할 것이다.³¹²⁾

종래 토지형질변경규칙상 존재했던 보전대상지역은 구 도시계획법의 적용범위에 따라 도시지역에 국한되었다. 따라서 도시외곽에 대한 보전대상구역의 지정은 법적 근거가 없었다. 그러나 국토계획법의 적용범위는 전국에 걸치는 것이므로,

310) 대판 1995. 3. 10. 94누5298.

311) 대판 1992. 8. 18. 91누5839.

312) 대판 1990. 11. 27. 90누2000.

보전대상구역 또는 전국에 걸쳐 지정되거나 인정될 수 있다고 보아야 한다.

계획수립예정지역은 도시기본계획 및 도시관리계획 등을 수립하고 있는 지역으로서 당해 도시기본계획 또는 도시관리계획이 결정될 경우 용도지역·용도지구 등의 변경이 예상되고 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것으로 예상되는 지역(국토계획법 제63조 제1항 제3호), 지구단위계획구역으로 지정되어 지구단위계획을 수립하고 있는 지역(동항 제4호)을 말한다. 도시기본계획은 결정·고시된 경우에도 행정내부적인 지침에 불과하고 국민의 권리의무에 영향을 미치지 못하는 것이 원칙이다(국토계획법 제2조 제3호).

이러한 도시기본계획이 결정되지도 않은 상태에서 개발행위의 허가기준으로 작동하도록 하는 것은 체계적인 관점에서 바람직하지 않는 것이다. 물론 개발행위가 단순한 토지의 형질변경 등 재량행위만을 대상으로 한다면 그 재량행사의 준칙을 법률이 지정하는 의미로 축소 해석될 수 있다.

그러나 국토계획법상의 개발행위에는 건축허가가 포함되고, 개발행위제한의 근거는 건축허가의 거부근거로도 활용될 수 있는 것이므로, 비구속적인 도시기본계획이 수립도 되지 않은 상태에서 건축허가 거부사유로 활용될 수 있는 계기가 마련된 것이다. 결국, 국토계획법에서 도시기본계획을 내부적 지침으로 정의하는 개념 규정과 개발행위허가기준으로 작동하도록 하고 있는 이 규정은 서로 모순되는 것이라 평가된다.

구속적 도시계획인 도시관리계획도 결정·고시되기 전에는 법적 구속력이 없다. 그러나 개발행위제한에 관해서는 예외적으로 결정·고시되기 이전의 도시관리계획이 법적 효력을 발생하게 된다. 이를 근거로 개발행위를 거부할 수 있고, 특히, 건축허가도 거부할 수 있기 때문이다.

第4節 他 制度와의 關係

1. 土地利用制度와의 關係

토지이용제도는 나라마다 제도의 발전 과정이나 사회적 관념에 따라 다르다. 우리나라와 일본은 용도지역제를 기본으로 하되 지구상세계획제도를 도입하고 있으나 이와는 달리 서구에서는 상세계획을 토지이용제도의 기본으로 하고 있다. 예컨대, 독일은 건설기본계획(Bauleitplan), 즉 준비적 계획으로서 토지이용계획과 구속적 계획으로서 지구상세계획(Bebauungsplan)을 토지이용계획으로 하는 철저한 계획제도를 채택하고 있고, 영국은 기본계획(structure plan)과 지방실시계획(local plan)으로 구성되는 토지이용계획제도를 취함과 동시에 계획허가제(planning permission)가 개발통제시스템으로 기능하도록 하고 있으며, 프랑스는 도시기본계획(SD)과 토지점용계획(OS)으로 구성되는 토지이용계획제도를 채용하고 있다.³¹³⁾ 이와 같이 토지이용제도는 용도지역제와 계획중심의 토지이용제도로 구분되고, 이에 따라 양 제도는 개발허가제를 채용하는 방식이나 지위가 다르게 나타난다.³¹⁴⁾ 용도지역제를 중심으로 하고 있는 나라는 용도지역의 지정을 통하여 토지이용을 규제하는 것을 기본으로 하되 용도지역제가 갖는 한계를 극복하기 위하여 지구별 상세계획제도와 개발허가제를 보완수단으로 도입하고 있다(예, 일본의 개발허가제). 그러나 계획중심의 토지이용제도를 채택하는 나라는 원칙적으로 개발허가가 요구되지 않는 바, 이는 토지를 개발함에 있어서 이미 확립되어진 계획에 적합하게 이용하면 되기 때문이다. 다만, 영국의 경우에 있어서는 계획중심의 토지이용제도를 채택하고 있으면서도 원칙적으로 계획허가를 받지 않고서는 어떠한 개발행위도 할 수 없도록 하는 독특한 개발통제시스템을 가지고 있다.

우리나라의 경우에는 개발행위허가제를 단순히 규제의 허가에 불과한 것으로 규정하여, 토지이용제도의 체계상 그 위상이 매우 낮고, 그 결과 제도 도입의 본래 취지에 부합하는 기능을 하기가 어렵게 되어 있다. 개발허가제를 종래의 난개발이나 환경침해의 방지, 기반시설의 확충 등 그 본래의 목적에 부합하도록 하려면, 개발허가제도를 단순히 규제적 성격을 갖는 허가로 할 것이 아니라, 토지이용제도의 하나로서 계획에 의한 토지이용제도로 기능하도록 그 위상이 격상되어야 할 것이다. 개발허가제가 갖는 본래의 정책적 효과를 충분히 발휘하도록 하려

313) 류해웅, “용도중심과 계획중심의 토지이용제도 비교”, 「법제」 통권 제587호, 2006. 11, p. 22.

314) 류해웅, 「토지공법론」, 삼영사, 2004, pp. 131-132.

면 토지이용제도의 틀 속에서 제도화하면서 용도지역제를 보완하도록 하는 기능에 중점이 두어져야 할 것이다.

2. 地區單位計劃과의 關係

지구단위계획은 도시계획수립대상지역 안의 일부에 대하여 토지이용을 합리화하고 도시의 기능·미관을 증진시키며, 양호한 환경을 확보하고 당해 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시관리계획을 말한다. 지구단위계획은 도시계획의 일종이므로 도시계획수립절차에 따라 수립·결정되는데, 이 계획에서는 도시기반시설의 배치와 규모 등도 포함하고 있다. 따라서 지구단위계획이 수립된 구역에서 개발행위가 이루어진다 하더라도 상세하고 구체적인 토지이용계획이 확정된 경우이므로 따로 개발행위허가를 받도록 할 필요는 없다. 그렇다면, 토지이용제도가 현행체계를 유지한다는 전제하에서 개발행위허가제는 지구단위계획과 양립하는 체계로 구성하는 것이 바람직할 것이다.³¹⁵⁾ 이렇게 되면 개발행위허가제는 지구단위계획구역 이외의 지역에서 이루어지는 개별적인 개발행위는 개발행위허가의 대상이 될 것이며, 개발행위허가제는 용도지역제의 체제하에 지구단위계획과 함께 토지이용제도를 구성하는 양대축을 구성할 것이다.

3. 都市開發事業과의 關係

우리나라는 원칙적으로 용도지역을 기반으로 한 토지이용제도를 취하고 있다. 따라서 개발사업의 경우에도 용도지역지정에 위배되지 아니하는 범위 내에서만 개발이 허용되는 것인데, 용도지역제는 상세한 토지이용계획은 아니고 대체적인 토지이용제한에 불과하므로 개발사업이 시행되는 지역에서는 용도지역의 변경이 선행되거나 또는 수반하는 것이 사실상 필수적이다.

그러므로 우리의 토지이용관리체계는 용도지역제를 기반으로 하여 개발사업허가와 개발행위허가제로 운영하는 것이 타당하고, 이렇게 운영되는 체계에서 개발사업허가와 개발행위허가는 필연적으로 토지형질변경허가가 의제되도록 운영하

315) 신태형·최정선·이희정, “제2종 지구단위계획과 개발행위허가제의 개선방안에 관한 연구-비도시지역에서의 적용을 중심으로-”, 한국도시계획학회지 제7권 제4호, 2006. 12, p. 8.

여야 할 것이다.

도시개발사업허가는 토지형질변경을 수반하는 대규모 계획개발로서 사업자에게 일정한 권한을 부여하는 것으로서, 원칙적으로 허가라기보다는 특허적 성격을 가지는 것이고, 개발행위허가는 그 보다 소규모의 토지개발에 관하여 국가가 이를 허용하는 것으로서 종래의 건축허가보다는 공적인 이익이나 목적에 의한 규율을 받는 허가제도로 이해하여야 할 것이다. 따라서 현행 도시개발법 제9조 제5항의 규정을 개정하여 사업시행자가 개발사업의 계획에 대한 승인이나 허가를 받은 경우에는 개발행위허가를 받을 필요가 없도록 하여야 하고, 그 위에 다시 개발행위허가를 받도록 하는 것은 허가의 중복이라고 할 것이며 불필요한 행정낭비라고 할 것이다. 따라서 개발사업을 위한 실시계획의 승인 등을 받았을 때는 개발행위허가가 의제되도록 법의 정비가 이루어져야 할 것이다.

4. 農地轉用 및 土地形質變更과의 關係

농지는 농지전용허가, 산림은 토지형질변경의 허가에 의하여서만 비로소 다른 용도로의 토지이용전환이 허용된다. 따라서 농지와 산림은 다른 용도로 개발하기 위해서는 토지형질변경사업에 의하든 대규모 개발사업에 의하든 허가를 얻어야만 가능하다.

먼저 농지전용과 토지형질변경의 관계를 보면, 양자는 서로 다른 법에 의하여 규율되고 있고 개발사업을 위하여서는 두 가지 모두의 허가를 받게 하는 것이 현행법의 태도이다.

대법원도 “택지개발촉진법 제6조 제1항은 예정지구 안에서 토지형질의 변경 등 행위를 하고자 하는 자는 관할 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있으므로 택지개발예정지구 안에 있는 토지에 대해서는 농지전용의 허가를 받은 자라 하더라도 택지개발촉진법 제6조 제1항에 의한 토지형질의 변경 허가를 받지 않고서는 그 전용목적사업을 실현할 수 없는 것이므로, 농지의 전용 허가를 받으려는 토지에 대하여 택지개발촉진법 제6조 제1항에 의한 토지형질의 변경허가를 받을 수 없다면 이는 구 농지법시행령 제38조 제1항 제2호 소정의 농지전용허가에 관한 심사기준에 저촉된다” 고 하고 있다.³¹⁶⁾

그러나 이와 같은 현행법과 대법원 판례의 태도는 문제가 있다. 즉, 농지전용 및 산림형질변경의 허가와 토지형질변경의 허가는 중복되어 국력낭비와 혼선³¹⁷⁾의 원천이 되므로 이를 어느 하나로 통합하는 것이 상당할 것이다. 새로운 개발행위의 개념에 따른 개발행위허가제를 채택하게 되면 어느 경우에도 개발행위허가가 필요하다고 할 것이고, 개발행위허가제로 일원화를 기함으로써 국력의 낭비나 집행상의 혼란을 방지하게 될 뿐 아니라, 국토이용계획 및 정책목적에 부합하는 운영목적에도 부합할 수 있을 것이다.

第5節 小結

지금까지 개발행위허가의 성질과 요건에 대하여 살펴보았다. 여기서 개발행위허가와 건축허가의 양자 관계를 우선 개념 면에서 보면, 건축허가는 건축행위의 허가를 의미하고 개발허가는 개발행위의 허가를 의미하는 것이므로, 개발행위를 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 토지의 분할, 형질의 변경, 또는 토지의 용도변경이라고 정의할 때, 건축행위 그 자체는 개발행위가 될 수 없으므로, 원칙적으로 양자는 전혀 다른 개념이라고 하여야 한다.

허가제도의 존재 의의 내지는 존재목적의 측면에서, 건축허가는 소극적 규제목적에 따라 운영되고 개인의 사익이 우선 고려되어야 하는 것에 반하여 개발허가는 사익을 고려하지 않는 것은 아니나 환경침해 방지, 기존 계획과의 조화 등 공익적 요청을 충족하기 위하여 도입되었다는 점에서 차이가 있다.

건축법은 건축허가를 받은 경우에는 「국토계획법」에 의한 개발행위허가를 받은 것으로 간주하는(동법 제8조 제6항 제3호)규정을 두고 있으나, 이와 같은 측면에서 동 조항은 이를 삭제하는 것이 타당할 것이다. 즉 개발행위허가를 받은 경우 당해 개발의 목적이 되는 건축허가를 받은 것으로 의제하는 것이 ‘선 계

316) 대판 2000. 11. 24. 2000두2341.

317) 제주지방법원 판결 2006. 2. 9. 2005노340 : 건축법과 국토계획법의 문리해석상 신고 만에 의하여 건축할 수 있는 연면적 100평방미터 이하인 건물을 축조함에 있어 건축신고에 의하여 국토계획법 제56조 규정의 개발행위허가를 받은 것으로 의제된다고 판단한 사례.

획-후 개발'의 정신에도 부합하고, 개발행위허가는 건축허가만으로 난개발이나 환경침해 문제를 효과적으로 대처하지 못하였다는 반성적 고려에서 탄생하였다는 연혁적 이유에도 부합하는 것이 된다.

기속성과 재량성의 측면에서 건축허가는 원칙적으로 기속행위이지만, 개발허가는 앞에서 살핀 바와 같이 원칙적으로 재량행위의 성격이 강하다. 따라서 건축허가의 경우에는 법이 정한 요건을 충족하는 한 반드시 건축행위를 해주어야 하나, 개발행위허가의 경우에는 행정청의 광범위한 재량판단이 허용되는 것이다. 개발허가의 경우에도 정의나 형평의 관념에서 현저히 반하는 재량권의 행사·형량을 전혀 고려하지 않는 경우 등 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 있는 경우에는 사법심사의 대상이 된다는 점에는 이론이 있을 수 없다.

건축허가는 위험방지라는 통제목적에 의해 잠정적으로 금지된 행위를 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행정행위로서 전통적인 통제허가인데 반하여, 개발허가는 예외적 승인으로서 사회적으로 유해행위임으로 인하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 예외적으로 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행정행위인 점에서 양자는 구별되는 것으로 볼 수 있다.

실정법상으로 건축허가는 건축법이 정한 요건과 절차에 의하여 이루어지나, 개발허가는 국토계획법이 정한 기준과 절차에 의한다는 점에서 차이가 있다.

한편, 기속성과 재량성에 있어서도 개발행위허가는 그 탄생자체가 종전의 건축허가 등 개별적 행위제한만으로는 난개발·환경침해·기반시설 부족·주위환경과의 부조화 문제 등을 해결할 수 없다는 반성에서 출발한 것임에도 불구하고 개발허가를 기속행위로 하면, 우선 이러한 모든 문제를 해결할 수 있는 기속요건을 법규화하기에는 기술적으로 불가능에 가까울 뿐 아니라 모든 경우에 적합한 기준을 설정할 수 없을 것이다.

따라서 이러한 사항에 관하여 허가관청의 재량을 인정하는 것이 타당하다 할 것이고, 그렇다면 개발허가를 재량행위로 보아야 할 것이다. 대법원 판결도 개발행위의 전형이라 할 수 있는 토지형질변경허가, 구 도시계획법상의 개발제한구역내의 건축허가 등에 관하여 이를 재량행위로 보고 있다. 개발행위를 재량행위로 본다고 하여 사법심사 자체가 허용되지 않는 것은 아닌 만큼, 재량권의 일탈이나 남용시에는 얼마든지 사법적 판단이 개입할 수 있으므로, 개발행위를 재량행위로

본다하여 국민의 자유나 권리가 침해되는 일은 없을 것이다.



第4章 外國의 開發行爲許可法制 檢討

第1節 獨逸

1. 聯邦建設法 制定

독일은 용도지역제를 가장 먼저 도입하였지만 제2차 세계대전 전후 용도규제 중심의 국토관리보다는 지구상세계획의 토지이용계획체계를 확립하여 계획중심의 국토관리로 전환하였다. 토지이용계획체도는 1960년의 연방건설법(Bundesbaugesetz : BauNVO)이 근간이었다.

연방건설법은 1986년 도시설계촉진법(Stadtebauforderungsgesetz : StBauFG)과 통합되어 건설법전(Baugesetzbuch : BauGB)으로 발전하였다. 건설법전에 의한 건설기본계획은 장래의 도시토지 이용방향을 제시하는 마스터프랜으로서 예비적·사회적 건설기본계획(토지이용계획)과 개발예상지구에 대한 토지용도와 건축활동을 상세히 규제하는 구속적 지구상세계획으로 구성되어 있다. 이러한 독일 계획제도의 특성은 토지이용규제가 통일적이고 종합적인 계획체계에 의해 수행된다는 데 있다.

한편, 독일의 계획법제를 살펴보면, 독일은 이미 1919년에 제정된 바이마르공화국헌법 제153조에서 재산권의 사회적 제약을 규정하였으며, 이 규정은 현행 독일헌법인 기본법(Grundgesetz)에 그대로 전수되었다. 기본법 제14조 제1항에서 ‘재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다’고 하고 제2항에서 ‘재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 적합하여야 한다’고 하여 재산권의 의무성을 규정하고 있다. 또한 기본법 제15조에서 ‘토지·천연자원 및 생산수단의 사회화의 목적을 위해 법률에 의해 공유재산 또는 공공경제의 다른 형태로 전환될 수 있다’라고 규정하고 있어 토지재산권의 사회화를 천명하고 있다.³¹⁸⁾ 그리고 토지의 이용·개발·보전에 관한 공법적 규율법규인 토지공법은 크게

토지계획법·공용부담법·건축규제법으로 나뉘어질 수 있다. 토지공법이 우리의 경우 각각의 개별법으로 분리되어 있는 것과는 달리 독일의 경우 1986년 제정된 건설법전이 이러한 내용을 모두 포함하고 있어 토지공법의 기본법적 역할을 하고 있다.

그 연혁을 살펴보면, 독일의 토지관련법은 19세기 이래 주단위로 발달하였으며, 그 결과 통일된 법률이 존재하지 않고 분열된 상태로 존재하였다. 이러한 개별화로 인한 문제점들을 극복하기 위해 1960년 연방건축법을 제정하였다. 이는 기존의 67개에 달하는 토지관련법을 하나로 모은 것으로 100년 이상 지속된 토지관련법률의 난립을 정비한 것이다. 연방건설법은 전문 11장 189조로 구성되어 있었고 그 내용으로는 계획·토지수용·구획정리·개발·지가감정 등이 포함되어 있다.

1960년대 연방건설법은 기존의 토지관련법률을 일원화하여 통일법전으로 재정립하였다는 점에서 긍정적인 평가를 받았으나, 공공필요에 의한 새로운 도시개발이나 기존 시가지의 재개발과 같은 도시개발에 관한 충분한 내용을 담고 있지 않아 문제점으로 지적되었다. 이러한 문제점을 해결하기 위한 제정된 법이 1971년의 도시건설촉진법이다. 동법은 신개발조치와 재개발조치에만 적용되는 연방건설법이 특별법이며, 인간중심의 환경친화적 도시건설을 추진하려는데 그 목적이 있었다. 동법은 재개발과 신개발에 대해 규정하고 있는데 재개발은 정리와 건설이라는 단계로 구분되고, 신개발은 지방자치단체가 지정지역의 토지를 취득·조성하여 이를 분양하는 공영개발의 방식을 취하고 있었다.

또한 주민참여와 사업실시를 위한 법적 수단 그리고 개발이익의 흡수에 대해 규정하고 있었다. 이처럼 1971년 이래 독일의 토지공법은 일반적인 연방건설법과 특별법인 도시건설촉진법으로 양분되어 존재되어 왔으나 1980년대에 들어서면서 토지정책의 변화가 일어나 1986년 양 법은 건설법전으로 통합된다.³¹⁸⁾

건설법전은 연방건설법과 도시건설촉진법을 내용상의 큰 변화없이 통합한 것으로 건설기본계획의 수립과 이를 집행하기 위한 토지수용·법정선매권·토지구획정리 등 각종의 공권적 수단에 대해 규정하고 있다. 건설법전의 제정으로 인해 건설기본계획의 신속화·간소화·건축의 용이 등이 이루어졌으며, 특히 지방자치단체

318) 송동수, “독일에 있어 토지에 관한 공익과 사익의 조정-형량명령을 중심으로-”, 「토지공법연구」 제16집 제11호, 한국토지공법학회, 2002. 9, pp. 52-57.

319) 독일에 있어 법전(Gesetzbuch)이라는 표현은 일반적으로 민법전(Bürgerliches Gesetzbuch: BGB), 형법전(Strafgesetzbuch: StGB)과 같이 종합적 성격을 가지는 단일 법률을 칭할 때 사용된다.

의 새로운 업무수행을 위한 책무확대와 도시에 도시계획상의 계획고권이 강화되었다. 건설법전은 1997년 환경보호 등의 규정을 강화하기 위해 전면 개정되었다.

총 4장 247조문으로 이루어져 있는 건설법전은 그 내용이 크게 일반건설법과 특별건설법으로 구성되어 있다. 일반도시건설법은 통상적인 도시기본계획과 관련된 것이고 특별도시건설법은 도시의 재개발과 신개발에 관한 내용을 담고 있다. 그리고 독일의 건설법전의 특징을 살펴보면, 우선 지방자치단체에 전면적인 계획고권을 인정하고 있다는 점이다.

지방자치단체의 계획고권이라 함은 지방자치단체가 국가의 지시에 엄격히 구속되지 않으면서 자가지역의 전체 공간질서를 적극적으로 형성시키고 이를 구속적으로 확정하는 권한을 말한다.³²⁰⁾ 이러한 지방자치단체의 계획고권에는 계획수립권 뿐만 아니라 그에 대한 결정권도 포함된다.³²¹⁾

독일 기본법 제28조 제2항에 ‘지방자치단체에게는 지역공동체의 모든 사무를 법령의 범위 내에서 자기책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다’ 라고 규정되어 있고,³²²⁾ 건설법전 제2조 제1항에 ‘건설기본계획은 지방자치단체에 의해 그 자신의 책임으로 수립된다’ 라고 규정되어 있어 지방자치단체의 계획고권이 보장되고 있음을 알 수 있다.³²³⁾

2 土地利用計劃과 地區詳細計劃

독일의 토지이용계획제도는 「연방건설법」 제1조에 따라 게마인데가 수립하는 건설기본계획이다. 건설기본계획은 토지이용계획과 지구상세계획으로 구분된다.

건설법전에서 규정하고 있는 토지이용계획(Flachennutzungsplan)은 사전적 건설

320) Portz · Runkel, *Baurecht für die kommunale Praxis*, 3. Aufl., 1998, S. 33; Schlichter · Stich, *Berliner Kommentar zum BauGB*, §2 Rn. 3; BVerwGE 34, p. 301-303.

321) 김남철, “지방자치단체의 계획고권과 국가의 공간계획”, 「토지공법연구」 제6집, 한국토지공법학회, 1998, p. 310 (김남철 교수에 의하면 우리나라의 경우 국가가 도시계획입안권 및 결정권 그리고 지역·지구 및 구역의 지정권을 가지고 있는데 이는 헌법상 보장된 계획고권의 핵심영역을 침해한 것이라고 한다).

322) 기본법 제28조 제2항은 일반적으로 지방자치에 관한 제도적 보장으로 이해되고 있다. 이에 관해서는 Maunz · Düring, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 28 Nr. 45.

323) 이는 지방자치단체의 계획고권을 인정할 뿐만 아니라, 계획고권이 특히 계획재량을 부여하고 있음을 인정하는 것이다(BVerwGE 34, p. 304).

기본계획으로 지방자치단체의 전 지역을 계획의 대상으로 삼고 있으며 토지이용의 종류에 대하여 표시를 하고 있다. 이에 반해 구속적 계획인 지구상세계획(Bebauungsplan)은 토지의 이용형태 뿐만 아니라 건물의 형상 등에 대해 수립되는 구체적인 계획이다. 즉 지방자치단체에 속하는 어떠한 토지라도 반드시 토지이용계획이 수립되어 있으며, 건축적 토지이용을 위해서는 반드시 지구상세계획이 수립되어야 한다는 것이다.

결국 독일에 있어 토지이용은 계획에 의해 비롯되며, 토지이용계획에서 정하는 내용에 따라서만 건축적 토지이용을 할 수 있는 것이다. ‘계획 없으면 개발 없다’라는 표현도 독일의 이러한 계획법의 이념을 나타내고 있는 것이며, 결과적으로 이는 건축의 자유가 엄격히 제한되고 있음을 의미한다.³²⁴⁾

토지이용계획은 예비적 건설기본계획으로써 게마인데 전역을 계획대상으로 하여 토지이용의 기본방향을 지시한다. 그러나 본 계획은 개별건물에 대한 구속력을 갖지 않으며 다만, 지구상세계획의 상위계획으로서의 법적 지위를 갖는다.

이에 반하여 지구상세계획은 개별건축물의 건축행위에 대해 구속력을 가지는 지침역할을 한다. 토지이용계획은 지구상세계획과는 달리 준비적인 계획인 까닭에 시민에 대해 직접적으로 법적 구속력을 지니고 당해 게마인데 지역에서의 국토계획과 지역계획의 실현을 정하는 것 뿐이다.

토지이용계획은 일반적으로 종합계획이 몇 개의 중요 전문부분에 대한 계획도와 보고서로 구성된다. 토지이용계획의 내용은 크게 토지이용구분과 도시시설배치로 나누어진다. 토지이용계획상의 토지이용구분은 다시 건축적 이용목적의 토지이용, 비도시적 토지이용 및 기타 토지이용으로 나누며 내용상 고려되는 도시시설배치는 도로·철도·공원·녹지·학교·병원·집회시설 등이다.³²⁵⁾

즉, 토지이용계획은 상위계획과 하위계획의 유기적인 조화, 지극히 상세한 이용계획수립 등으로 토지이용의 공공성 확보와 효율성을 동시에 달성하려고 한다. 토지이용구분의 지정이 전국에 걸쳐 극히 상세하게 지정되어 있어 개발확산이나 혼란으로부터 생기는 문제를 사전에 방지할 수 있다.

324) 류해용, “서독의 건설법전(BauGB)을 통해 본 토지의 건축적 이용규제”, 「국토연구II」, 1989. 6, p. 53.

325) 김성배·서순탁, “토지정책수단의 국제비교”, 「국토정보」, 국토개발연구원, 1992, 12, p. 70.

토지이용규제와 이용계획은 단순히 평면적인 용도구분을 위한 용도지역제에 그치지 않고 공공시설의 가치규제·기반시설의 정비의무·건축물의 규제를 포함하는 입체적인 토지이용규제로서의 성격을 보유한다.

그러나 개발이익의 환수체계³²⁶⁾가 다소 미진하고, 계획과정에서 시민이 참여할 수 있는 제도적 장치 역시 미흡하며, 계획수립과정과 시행이 장기화된다는 단점이 지적되기도 한다.

지구상세계획은 토지이용계획을 바탕으로 자치단체의 조례에 의해 수립된다. 즉, 지구상세계획은 토지이용계획에서 설정한 개발목표의 범위 내에서 법률상 구속의 형식을 취하여 계획을 하고 결정하는 것이다. 지구상세계획의 공간의 크기는 일률적으로 규정되고 있지 않다. 토지이용계획처럼 하나의 도시공간을 전체로 계획하는 것이 아니며 지구상세계획은 일단 수립되어 자치단체의 조례로 확립되면 계획의 시행이 끝난 후에도 폐기·변경되지 않는 한 영구히 효력을 갖는다.

지구상세계획은 특정 도시지역에 대하여 도시환경질서를 구체화한 계획이다. 지구상세계획은 모든 시민에게 법적 구속력을 가지기 때문에 구속적 건설계획이라고도 한다. 또한 지구상세계획은 토지구획정리사업·대지경계선조정·토지수용·도시기반정비 그리고 자치단체의 선매권을 위한 전제조건이다. 정부의 조례로 이 계획이 확정되면 계획의 시행이 끝난 후에도 지구상세계획이 폐기·변경되지 않는 한 계획의 효력도 지속된다.

지구상세계획은 일반적으로 1:500 또는 1:1,000의 축척으로 작성되며 도면 외에 당해 계획의 목적, 시행을 위한 조치, 공사비용 등이 서술된 계획결정이유서가 첨부된다. 지구상세계획의 작성순서는 토지이용계획의 방침에 따른다. 먼저 지구조사를 실시하고 스케치플랜·모형 등의 검토를 거쳐 지구계획도를 작성하는 순으로 된다.

326) 개발이익환수와 관련해 양도소득세, 부동산세 등 조세적인 방법과 공공시설 설치에 따라 특별한 이익을 향유하는 자에게 부과하는 부담금 등의 환수수단을 갖고 있다. 부동산세제에는 부동산 보유에 대한 과세로 부동산세가 있으며 부동산 취득에 대한 과세로는 상속세, 증여세, 목적출연세, 부동산취득세 등이 있다. 이 밖에 순수한 조세형태는 아니나 부동산소유자에게 일정한 부담을 가하는 조정부담금제도와 지구시설 정비부담금제가 있다. 조정부담금제도는 재개발지정구역내의 토지소유자에 대해 재개발로 인해 발생한 지가상승분을 지방정부에 납부하는 제도다. 한편, 지구시설 정비부담금은 개발이익환수 수단의 하나로 연방 건설법에 규정돼 있다. 이 제도는 지구 내의 도로, 광장, 녹지, 공해방지시설 등 편익시설의 설치에 따라 직접 이익을 향유하는 토지소유자, 지상권자 등에게 시설정비비용의 일부를 부담시킨다.

3. 開發規制制度

독일의 개발규제는 공공과 민간에 대해 법적 구속력을 갖는 건설기본계획(토지이용계획·지구상세계획)과 건축허가에 의해 이루어지고 있다.³²⁷⁾ 즉, 독일에서의 개발은 이미 수립된 계획에 합당하고 건축허가를 받은 것일 때에만 가능하다. 독일에서의 건축허가는 주의 권한으로 되어 있다. 그리고 이 허가권은 주(州)로부터 크라이스·크라이스프라이에슈타트·게마인데 등에 위임되어 사용되고 있다.³²⁸⁾ 이와 같이 건축허가권이 주의 권한으로 되어 있는 관계상 연방법인 「연방건설법」에서는 허용될 수 없는 설계를 지정하는 정도의 형태로 간접적으로 관여하고 있다. 따라서 주(州)가 건축허가권을 행사할 때에는 주법(州法)으로 마련된 「건축질서법」(건축의 안전·위생·상관관계 등을 정한 법률)과 「건축형태 관계법」(미관·문화재기념물보전이라는 견지에서 규제하는 법)에 대한 적합성을 고려하면서 연방건설법의 설계의 허용성과 이미 수립된 지구상세계획에 맞추어 종합적으로 운용하게 되어 있다.

주(州)가 행사하는 건축허가의 운용실태를 지구상세계획과의 관계에서 보면 다음의 3가지 형태로 파악할 수 있다. 지구상세계획의 적용지구가 아닌 곳에서는 설계가 공공의 이해를 해치는 것이 아니고 충분한 개발이 보장되어 있지 않은 일체 허가를 하지 않는다. 다만, 건축연담구역 내에서는 기존 건축물이나 개발에 비추어 문제가 없으면 허용된다. 게마인데가 지구상세계획을 책정하도록 결정된 지역에서는 설계가 장래에 지구상세계획의 지정에 지장을 주지 않고 또한 신청자가 그 지정을 승낙하여 개발이 보장된 경우에 한하여 건축이 허용된다. 지구상세계획의 적용지역 내에서는 설계가 지구상세계획의 지정에 위반되지 않고 개발이 보장되어 있는 한 허용된다.

327) 김성배·서순탁, 전제논문, p. 25.

328) 독일의 광역 행정구역은 16개의 주(Bundesland)로 이루어져 있다. 이 16개의 주중에서 베를린, 브레멘, 함부르크 3개 도시는 비록 면적은 작지만 도시 자체가 하나의 주를 형성하고 있다. 이런 16개 광역 행정구역에 대해 독일은 여러가지 문제점이 있다고 보여져서 행정구역개편 작업이 진행중이며 주 행정단위 밑으로는 행정관구(Regierungsbezirk, 行政管區), 자치시(Kreisfreie Stadt, 自治市), 군(Kreis, 郡), 게마인데(Gemeinde, 邑.面.洞)가 있는데 이런 행정구역은 각 주마다 차이점이 있다.

第2節 美國

미국은 법률협회에서 모델도시개발법연구를 통해 개발을 ‘과정(process)으로서의 개발’ 과 ‘성과(product)로서의 개발’ 의 2가지로 분류하고 있다.³²⁹⁾ 여기서 개발행위는 곧 ‘과정으로서의 개발’ 에 주안점을 두는 것으로 볼 때, 개발행위의 개념을 ‘토지이용관계에 있는 시설이나 활동의 변경을 행하는 과정’ 으로 정의할 수 있다. 즉, 개발행위를 ‘건축공사 또는 채광공사의 실시, 구조물 또는 토지의 이용 혹은 외관상의 중대한 변경 및 둘 이상의 구획으로 분할하거나 통행권(Right of access) 또는 하천변 소유자의 특권(Riparian rights)을 신설하거나 혹은 종료하는 행위’ 로 규정하고 있다.

미국의 개발행위는 계획단위개발을 중심으로 하며 경찰권을 전제로 획지분할과 건축물 건축 등을 일반적·상대적 금지행위로 규정하여 택지분할허가와 건축허가를 통해 통제하고 있다. 대표적인 사례를 보면 다음과 같다.

1. 計劃單位開發과 宅地分割

(1) 計劃單位開發

계획단위개발(PUD: Planned Unit Development)은 용도지역으로 지정된 지구를 규제대상으로 하고, 그 지구 내에서는 구획면적, 고도, 용적 등에 관한 유연한 형태규제를 하는 외에 주택·점포·공장 등의 혼합적 토지이용을 인정하는 제도이다. 계획목적의 달성을 위해 필요로 하는 일정규모의 지구개발에 대하여 용도지역이나 택지분할허가에 의한 제한 항목(건물용도, 건물높이, 용적률, 최소대지규모) 등을 완화하여 일체적으로 대규모 개발을 추진하는 수법이다. 계획단위개발은 민간개발자 주도로 행해지며, 개발자가 수립한 개발계획안을 ①개발계획이 지자체의 기본계획(general plan 또는 master plan)과 일치할 것 ②주변지역의 주민에 기여하는 등 공공성이 있는 개발일 것 ③공공시설·오픈 스페이스의 확

329) 모델도시개발법 Section 1-201(8).

보, 개발 후 관리운영체제의 확실성·계속성 등을 기준으로 도시계획위원회가 승인하여 사업을 추진한다. 이를 통해 민간개발자는 비교적 엄격한 제약을 받는 한편 각종 규제완화, 건물형태, 토지이용의 혼합화가 인정됨으로써 개발지역을 크게 향유할 수 있게 된다. 지자체로서도 도시계획과 부합되는 방향에서 민간개발을 통해 효율적이고 매력적인 도시 개발을 실현할 수 있다. 이러한 이점 때문에 교외 뉴타운 개발을 중심으로 적용되어 온 PUD가 점차 산업단지나 업무단지, 쇼핑센터 등의 대규모 개발에도 확대 적용되고 있다.

(2) 宅地分割

택지분할(subdivision)이란 “하나의 부피를 양도 또는 건축하기 위해 둘이상의 부지로 분할하는 행위”로, 택지분할허가(subdivision control)는 “택지분할을 하고자 하는 자에 대해 지자체가 미리 정한 개발기준에 따를 것”을 의무화하는 제도이다. 택지분할허가를 하는 목적은 공공시설을 겸비한 수준 높은 환경의 교외주택지를 수익자 부담으로 개발하는 데 있으며, 1920년대 이후 도시계획의 중요한 규제수법으로서 인식되기 시작했고, 제2차 대전 후 유력한 수법으로 일반화되어 왔다. 택지분할허가는 지자체 의회의 조례로 규정하는 용도지역제와는 달리 대부분 도시계획위원회의 규칙에 근거하여 시행한다. 택지분할을 규제하는 대상 토지는 반드시 택지에 한정되지 않으나, 주로 주택지개발에 따른 각종 용지를 대상으로 하고 있다. 규모에 있어서도 특별히 한정되는 바가 없이 하나의 부지를 양도 또는 건축하기 위해 둘이상의 부피로 분할하는 모든 행위에 적용된다.

택지분할허가는 또한 부동산등기제도와 연동되어 있어 사실상 택지분할허가를 받지 않고 분할한 토지는 토지시장에 거래될 수 없도록 되어 있다. 따라서 적어도 신개발의 경우에는 택지분할허가가 개발을 규제하는 유용한 제도로 자리매김되고 있다. 택지분할허가는 여러 광범위한 항목을 규정하여 허가여부를 판단하며, 각 항목의 종류나 규제수준은 지자체별로 상이하다. 대부분의 지자체가 규정하고 있는 항목으로서는 가로·보도 등의 배치 및 폭원과 구조, 가구·필지의 규모와 형태, 급수관·배수관·하수구 등의 위치와 규모, 가로의 조명·표지, 소화전, 식재 등을 들 수 있다. 각 항목별 기준은 지자체별로 상이하게 규정하고 있

지만 대체적으로 기술적이고 공학적인 성격을 지닌다. 이들 시설은 원칙적으로 개발자 부담으로 건설하고, 주택지개발시 필요한 학교·공원·기타 공공시설용지는 단지내·외를 불문하고 개발자가 부담하도록 하고 있다. 최근에는 용지대신에 부담금을 납부하게 하는 경향이 있다. 택지분할허가를 받고자 하는 자는 사전에 도시계획위원회에 도면승인신청을 하는 것이 의무화되어 있다. 소규모 분할은 1회의 신청·승인으로 그러나, 대규모의 개발은 신청전 협의, 예비도면 허가, 최종도면 허가의 3단계를 거친다.

신청 전 협의 (pre-application conference) 단계에서는 신청자가 택지분할도면을 도시계획위원회에 제출하고 도시계획위원회에서 general plan의 기본방침, 택지분할규칙, 지역제 조례상의 규제내용, 개발예정지 현황 등에 비추어 심사 후 필요한 수정 및 권고사항을 붙여 신청자에 전달하며 필요시 지자체와 신청자가 협의한다. 예비도면허가(approval of the preliminary plat) 단계에서는 수정권고 등을 토대로 신청자가 예비도면이라는 이름의 택지분할도면을 제출하고 도시계획위원회심사와 승인여부 및 조건을 결정한다. 마지막으로 최종도면허가 (approval of final plat) 단계에서는 신청자는 공사완료 후 정밀한 택지분할도면을 작성하여 필요서류와 함께 지자체에 제출하고 지자체는 관련 공공시설 등을 검사하여 문제가 없다고 인정되는 경우 도면에 인가를 표시하는 날인을 한 후 각 필지를 확정하게 된다.

2. 土地利用規制制度³³⁰⁾

미국에서의 전통적인 토지이용규제는 토지의 기능과 적성에 맞추어 토지를 보다 효율적이고 경제적으로 이용·관리함이 그 기본목적이라고 볼 수 있다. 이와 같은 목적의 토지이용규제는 미시적인 용도지역지구제와 장기적인 관점에서의 토지이용계획이 필요하게 된다. 그 밖에도 토지구획규제·토지계획도·건축법규·도시재개발·계획단위개발 등이 있고 최근에는 환경보호와 관련된 토지이용규제수단이 등장하고 있다. 미국의 경우 구체적인 토지이용계획은 지방정부(州)에

330) John B. Corgel & David C. Ling, and Halbert C. Smith, *Real Estate Perspectives: An Introduction to Real Estate*, The McGraw-Hill Companies, 2001, p. 228.

위임되며 점유권적 공적소유권은 최대한 보장된다. 토지이용법제의 핵심은 1926년의 표준주용도지역지정법³³¹⁾에 의거한 용도지역제와 토지분할규제이다.

토지이용계획은 19세기 전반에는 주로 지방정부의 주무사항이었으나 최근에 와서는 주정부나 연방정부차원으로 변화되어 가고 있다. 앞서도 언급했듯이 미국의 토지이용계획에는 중앙정부의 전국적 토지이용계획(National Planning)을 비롯하여 지역계획(Regional Planning)·대도시계획(Metropolitan Planning)·주간(州間)계획(Interstate Planning)과 같은 종합계획(General Plan), 상세계획(Precise Plan)과 같은 지방계획(Local Planning)이 있다.

용도지역제는 지역 및 지구를 구분하고 해당 지역·지구에 허용용도와 토지이용강도(건폐율·용적률)를 규정한다. 용도지역의 지정과 지구별 용도제한은 공도에 의해 이루어진다. 미국 용도지역제의 특성은 주 수준의 통일적인 도시계획법이나 각 주의 전 지역을 대상으로 하는 종합개발 및 토지이용계획이 없다는 것이다. 그리하여 각 주정부가 독자적인 용도지역제도를 구비하여 토지이용 및 관리를 자체적으로 실시한다. 또한, 개발억제적인 특성을 갖고 있는 용도지역제를 탄력적으로 운영하고자 다양한 용도의 혼합을 허용하고 있다. 예외조항도 빈번히 인정하고, 특별허가·가변적 용도지역제·계약적 용도지역제·조건적 용도지역제 등 복잡하고 다양한 형태로 발전시켜 용도지역제의 경직성을 극복하려 한다. 최근에는 인센티브용도제·개발권양도제(TDR)·계획단위개발(PUD)·혼합용도개발 등 다양하고 융통성있는 지역지구제를 발전시켜 나가고 있다.³³²⁾

한편, 일반적으로 미국에서는 주정부가 토지이용정책을 결정하는데 각 자치단체에 지역구획법안(Zoning)³³³⁾을 채택할 수 있는 권리를 부여하는 주 법령이 있

331) 미국의 표준주용도지역지정법(standard state zoning enabling act)은 각 지방자치단체의 지역지구조례의 모범이 되고 있다.

332) 대한민국토·도시계획학회, 「토지이용계획론」, 보성각, 1996, p. 119.

333) 종합적인 zoning제도(Comprehensive)가 등장하기 전에도 공중의 건강·안전·도덕·복지를 보호하기 위하여 정부에서 부여된 권한인 police power의 행사로 도시에 있어서의 건축물이나 토지이용은 여러 가지 제한을 받았다. 그러나 이러한 제한은 각각 구체적인 목적을 가진 개별적 제한에 지나지 않으며 도시계획을 배경으로 한 zoning제도와 같이 종합적·통일적인 것은 아니었다. zoning제도 이전에 존재한 건축·토지이용의 제한은 대개 네 가지로 분류되었다.

- ①일반적으로 건축기준조례(building code)로 불려지는 것으로서 주로 방재와 안전성(특히, 구조상의)을 목적으로 하는 방법이다
- ②일반적으로 주택기준조례(housing code)로 불려지는 것으로서 주로 공중의 보건·위생의 확보를 위하여 주거로서의 최저조건을 정한 입법이다
- ③어떤 종류의 토지이용을 주택지역 또는 상업지역으로부터 배제하는 입법이다. 예컨대, 1915년의 Hadacheck

어서 각 자치단체가 큰 제한을 받지 않고 입법안을 마련하며 그 틀 안에서 자율적으로 세부사항을 선택할 수 있게 하고 있다. 미국의 사법제도는 더욱이 토지이용규제를 존중하는 차원에서 광범위한 재량권을 각 주 정부에 부여하고 있다. 1926년 Village of Euclid v. Ambler Realty co. 판결³³⁴⁾은 이러한 대법원 결정의 기본이 된다. 이 사건에서 법원은 지역계획(Local zoning) 법령의 합법적 정당성의 문제에 부딪혔었다. 공공의 건강·안전·도덕 또는 일반 복지에 실질적인 관련이 없거나 불합리하며 독단적이지 않은 이상, 지역계획제는 주 공권력의 헌법상 정당한 행사라고 결정을 내렸다. 법원은 이 판결에서 이의가 제기된 지역구획법령은 합헌이라고 판결했다.

지역구획법령은 ‘모든 의도가 선의로 규정되어질 수 있다’ 라고 사법 판단을 내리면서 이 기준은 이후에 캘리포니아주 법원으로 이어진다.³³⁵⁾ Euclid와 이후 판례들은 결과적으로 공공의 건강·안전·도덕과 일반복지증진에 합리적으로 관련이 있는 주 정부의 토지이용규제는 미국연방 헌법상 존중되어야 한다는 원칙을 세우게 되었다.³³⁶⁾ 한층 더 나아가 미국의 연방대법원은 각 주가 토지이용목표를 달성하기 위해서는 손실보상(power of eminent domain)을 행사할 수 있도록 광범위한 자유재량을 부여했는데 1983년에 연방법원은 하와이에서 토지소유의 집중을 줄이기 위한 하와이주 정부의 손실보상을 지시했다.

v. Sabastian 사건에서는 시의 주거지역 내에 있는 벽돌제조를 금지한 Los Angeles시의 조례가 문제되었는바, 연방대법원은 합헌으로 판결하였다

④위의 세가지 제한에 비하여 police power의 목적인 공공의 안전·건강·도덕과의 관계가 멀고, 오히려 zoning 규제의 선형적인 성격이 농후한 토지의 이용형태에 관한 여러 종류의 방법이다. 예컨대 Washington D.C의 고도제한, Boston시의 고도제한, 여러 곳에서 볼 수 있는 건축선(building line)규제 등의 그것이다(이기한, “행정청의 토지이용규제의 권한과 한계”, 「토지공법연구」 제18집, 한국토지공법학회, 2003. 6, p. 493).

334) 박윤훈, “미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상”, 「미국헌법 연구」 제2호, 1991. 10, p. 10 이하.

335) Associated Home Builders v. City of Livermore, 18 Cal. 3d 582, 605-606, 557 P.2d 473, 486, 135 Cal. Rptr 51, 54(1976).

336) 이 판결은 zoning조례일반의 정당성은 인정하였으나, 그 중의 특정조항이 개별적·구체적으로 토지에 적용될 경우에는 police power의 권한행사가 명백하게 자의적이고 비합리적으로 될 때가 있을 수 있음을 시사하고 있다. 연방대법원은 Euclid 판결 후 1928년까지 토지이용규제에 관한 4건의 판결을 하였다. Los Angeles의 zoning의 합헌성을 인정한 Zahn v. Board of Pub. Works 판결, 도로로부터 건축선까지의 거리 제한의 규제를 지지한 Gorieb v. Fox 판결, Cambridge시의 Zoning 조례가 원고의 토지에 적용되는 한에 있어서, 위헌무효라는 Nectow. v. City of Cambridge 판결, 양로원의 건설에 대하여 인근주민의 동의를 필요로 한 조례가 위헌이라고 한 Washington ex rel. Seattle Title Trust Co.v. Robergevkstruf 판결이 그것이다(박윤훈, 전계논문, pp. 76-77).

미국의 자치단체인 주 정부의 토지이용체계를 구성하는 제도로는 기본적으로 ①도시기본계획(General Plan/Master Plan) ②용도지역·지구제(Zoning)³³⁷⁾ ③택지분할규제(Subdivision Mapping)³³⁸⁾ ④공도제(Official Mapping)³³⁹⁾ ⑤계약(Covenant)³⁴⁰⁾의 다섯 가지가 있다. 도시기본계획은 약 20년의 계획기간을 가지는 장기계획으로서 토지이용·교통시설·각종 공공시설·오픈스페이스 등 각 분야의 계획을 포함하는 종합계획이다. 이러한 도시기본계획은 공적인 문서로서 의회의 동의없이 도시계획위원회에서 결정하는 계획으로 민간의 토지취급이나 개발행위에 대해서 법적 구속력은 없으며 ①각종 공공사업의 조정에 대한 자치단체의 기본정책방향 ②지역제·지역분할규제·공도제 등 각종 규제방법의 근거 ③토지이용의 미래사용을 규정하고 있다.

(1) 用途地域地區制

미국 역시 19세기 말에 공업화와 도시화로 대도시 주변 빈민가의 임대주택에 수많은 노동자와 이민자들이 집결함으로써 독일과 유사한 도시 및 주택문제를 경험하게 되었다. 저소득층의 주거환경을 개선하려는 노력 중에 미국은 지역마다 주거 및 건축밀도를 차등 적용하는 독일의 용도지역제에서 그 단서를 찾았다.

1909년 제1차 미국도시계획학회에서 Olmsted는 재산권보호라는 경제적 측면과 사회복지증진이라는 정치적 측면을 동시에 고려한 용도지역제를 제창하였다. 이것은 고밀도개발에 대한 기대로 이미 상승했던 토지의 현실적 가치와 저밀도주택에 대한 요구 사이에서 취할 수 있는 타협방안이라고 인식했다.

미국은 소음·악취·매연 등 생활방해요소를 규제하던 경찰권³⁴¹⁾의 개념을 점차

337) 공공의 건강·안전·논리 등 일반적 복지를 목적으로 각 지구마다 토지, 건물 등의 위치·규모·형태·용도 등에 대해 각기 다른 기준을 설정하고 경찰력(police power)에 의해 규제하고 있다.

338) 택지분할이란 하나의 부지를 양도 또는 개발하기 위해 2개 이상의 부지로 분할하는 행위로서 택지분할을 하고자 하는 자는 자치단체가 미리 정해진 개발기준에 따를 것을 의무화하고 있다.

339) 장래 건설하려는 공공시설의 용지를 미리 확보하기 위한 수단으로서 기존 및 계획 중인 가로 등의 용지를 상세하고 정확하게 기재한 공도라 불리는 도면을 자치단체가 결정하고 이후 그 용지 내에서 건축행위를 제한하는 제도이다.

340) 기능적으로 지역제를 더욱 엄격하게 규제하는 수법으로 부동산 소유자간 또는 개발업자와 구매자간에 체결되는 민사계약으로 일반적으로 토지·건물대장 및 권리서에 기재되어 있으며, 부동산의 경매에 따라 신규 구입자에게 인계된다.

부동산의 가치 보호로까지 확대되면서 독자적인 용도지역제를 전개하였다. 즉 경찰권으로 보호해야 할 내용으로 공공의 건강·쾌적 외에도 부동산의 가치를 포함시켰던 것이다. 그리하여 1916년 뉴욕에서 본격적으로 포괄적인 용도지역제가 시행되었다. 도심의 상업지역과 생활지역에 창고와 공장의 침입을 금지함으로써 토지의 용도를 규제했을 뿐 아니라, 철골구조의 고층건물이 출현하면서 나타난 일조·통풍 문제의 악화를 예방하기 위하여 건물의 높이·건폐율·건축선 후퇴 등 건축물의 밀도를 규제하게 되었다.

1919년 이후 연방법원은 특정지구에서 건축물의 높이 제한과 생활 방해적 토지이용을 규제하는 이러한 지자체의 권한을 지지하게 되었고, 1926년 유클리드소송 사건 이후 용도지역제가 전국으로 확산되었다. 그리하여 미국의 용도지역제는 주거전용지역·업무지역·무제한지역 등의 용도규제와 높이제한·건폐율·사선제한·건축선 후퇴 등의 건축 용적규제로 체계화되었다.³⁴²⁾

조닝제도는 넓게 보면 일정한 지역에서의 공적·사적인 토지이용을 일정한 종합적 계획에 적합하도록 법적으로 제도화시킨 지침을 말한다.³⁴³⁾ 이 지역제는 독일과 프랑스와 같은 유럽에서 19세기에 이용되었지만 최초의 포괄적인 지역제 법령을 1916년 뉴욕시에 의해 채택되었다.³⁴⁴⁾ 미국에서의 조닝제도는 토지재산에 대한 가장 포괄적인 규제수단으로서 지방자치단체의 법령으로 지역사회를 일정한 지역(zone) 또는 지구(district)로 구분하고 그 각각에 특정된 이용·규모·건물높이·공지에 관한 규제를 실시하는 제도이다.³⁴⁵⁾ 즉, 인적 토지에 대한 규제, 획일적인 취급, 특정지역에 대한 장래의 이용에 관한 불확실성의 완화 등을 통하여 다양한 지역이미지의 형성과 쾌적한 환경을 유지하는 것은 물론 지역의 효율성 제고를 목적으로 한다. 미국의 조닝제도는 다음의 3가지 특징을 가지고 있다.

첫째, 지방정부가 주(州)수권법에 의해 조례를 제정하여 각각의 독자적인 조닝

341) 김민호 교수는 경찰권(Police power)을 번역하면서 police power라는 용어를 사전적 의미 그대로 해석하기보다는 규제권으로 해석하는 것이 보다 더 원래의 의미에 합치된다고 한다(김민호, “미국의 규제적 수용에 있어 공익과 사익의 조정”, 한국토지공법학회 제32회 학술대회논문집, 2002. 7. 13, p. 89).

342) 노경수, “지역제의 변천에 관한 비교사적연구(1) : 독일·미국·일본의 사례를 중심으로”, 「국토계획」 제33권 제3호, 대한국토계획학회 1998. 6, pp. 13-17.

343) John B. Corgel & David C. Ling and Halbert C. Smith, op, cit, p. 223.

344) Robert R. Wright and Morton, Gitelman, *Land Use, 4th edition*, West Group, 2000, p. 180.

345) 유경춘, 「토지이용의 공법적 규제」, 강원대학교출판부, 1990, p. 109.

제도를 가지고 있다는 점이다. 공간계획과 마찬가지로 조닝제도 또한 전국적으로 확립되어 있지 않을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 조닝을 제정하지 않고 민간 개발업자와 주민간의 사적계약(private covenants)에 의해 규제하고 있는 예(Houston시)도 있다.

둘째, 지역구분이 매우 상세하다는 것이다. 기본적으로는 용도별 지역·고도별 지역·용적별 지역 및 밀도별 지역으로 구분되며, 조례에 의하여 용도별 지역은 상업지역·공업지역·주거지역 혹은 법령이 정하는 기타지역으로 구분한다. 주거지역은 보통 단독주택·2가구주택·4가구주택·아파트용·호텔용 지구로 나누어진다. 상업지역·공업지역 및 기타지역도 그 용도에 따라 몇 가지로 구분된다. 마찬가지로 고도지역도 조례에 의하여 최대허용고도 혹은 층수를 기준으로 여러 지구로 구분할 수 있는데 일반적으로 용도별 지역과 고도별 지역은 같은 경계를 갖게 된다. 이러한 지역들이 조례에 의해서 규정되므로 자치단체간에 상당한 차이를 나타내게 되는 것이다.

셋째, 도시계획위원회(Planning Commission)와 조닝조정위원회(Board of Zoning Adjustment)의 존재이다. 도시계획위원회는 일반적으로 지역주민으로 구성되고 자치단체의 계획 담당부서가 작성한 조닝시안을 승인하여 의회로 보내는 기능을 수행한다. 조닝조정위원회는 자치단체의 조닝운용결정에 대한 불복신청을 처리하는 기관이다. 이 두 위원회는 행정당국으로부터 독립된 위치에 있게 되는데, 이처럼 조닝조례의 제정에서 운영의 점점에 이르기까지 별도의 독립적 민간 기구가 중요한 역할을 하고 있다는 점은 주목할 만하다. 이와 같이 미국의 용도지역지구제는 보다 구체적으로 규제적인 의미를 가진다는 점에서 우리나라에서 채택하고 있는 용도지역지구제와는 거리가 있다고 하겠다.

전통적으로 확립된 미국의 유클리드조닝(Euclid Zoning)³⁴⁶⁾은 기본적으로는 지

346) Euclid촌은 조례로 포괄적 조닝을 제정하여 6개의 용도별 지역, 3개의 고도별 지구, 4개의 용지면적별 지구를 설정하였는데, 일부 토지소유자는 토지를 공업용으로 사용할 수 밖에 없게 되어 토지가격이 4분의 1로 하락했다고 주장했다. 연방지방법원(297 F. 207<1927>)은 동 조례를 위헌이라고 판시했으나, 연방대법원은 Sutherland 대법관은 법정의견을 통하여 촌(村)의회가 주택지구로부터 공장을 배제하려는 결정이기 때문에 명백히 자의적이거나 불합리하지 않는 한 법원은 그 결정을 존중해야 한다고 해석했다. 이 견해는 어느 정도 nuisance에 언급하고 있기는 하지만 소음·악취·매연 등을 발생하는 유해한 공장만이 아니라 모든 공장의 배제를 지지했다는 점에서 nuisance의 규제보다 엄격한 규제를 지지하고 있음을 보여준다. 그래서 소위 Euclid식 조닝이 출현했는데 이것은 하위용도는 상위용도로부터 배제되지만 상위용도는 하위용도에서 배제되지 않는다는 것이 이 특징이다(이수겸, “토지이용계획제한과 권리보호에 관한 연구”, 명지대학교대학원 박사학위논문, 1995, p. 131).

방자치라는 틀 속에서 운영되어오긴 하였지만 부지단위의 경직적·획일적인 토지이용규제이며 용도를 구별해 개발에 대해서는 억제적인 색채를 강하게 가지는 제도였다. 이에 대해 제2차 대전 후부터는 지방정부에 재량권을 확대하여 보다 유연한 규제를 행하는 경향을 보이고 있으며 개발을 유도·촉진함과 아울러 적절한 규모의 개발에 대해 혼합적 토지이용을 인정하는 새로운 수법이 고안되게 되었다.

미국의 지역제는 ‘유클리드조닝’ 이래의 제한형에서 유도형으로 변화해 가고 있는데, 인센티브조닝(incentive zoning)·개발권이양(TDR)·계획단위개발(PUD)·혼합용도개발(MXD) 등이 그 대표적인 수단이라 하겠다.³⁴⁷⁾ 용도지역지구제의 이와 같은 신축적인 운영과 더불어 조닝은 농촌지역으로 확대되고 있으며 더욱이 환경보호를 위한 이용규제로서 토지의 오용과 남용을 방지하는데 기여하고 있다.

(2) 土地區劃規制

토지구획규제(subdivision regulations)는 조닝과 함께 개발지역에 있어서 토지이용계획의 중요한 집행수단의 하나이다. 조닝과는 달리 토지를 여러 필지로 나누어 규제하는 방식으로 교외주택지개발의 질을 높은 수준으로 유지함으로써 양호한 거주환경의 형성을 그 목적으로 하고 있다. 교외의 신규 주택지 개발시 지구 내 간선도로, 가로위·규격·폭, 상하수도의 부설조건, 최저지구획규모, 건축선, 공공시설용지의 위치·규모 등에 대해 규제가 따르게 되는데 교외주택지개발업자는 개발행위에 앞서 토지구획규제에 관하여 지방계획위원회의 인가를 받아 택지개발을 하게 된다.³⁴⁸⁾

347) 조닝제도는 유클리드 조닝제도가 대표적인 제도인데 그 규제내용을 분석해 보면 첫째 사적토지이용에 대한 규제, 둘째 건물의 밀도규제, 셋째 건물의 견결을 또는 용적률 등이 그것이다. 이러한 규제내용들은 주거지역·상업지역·산업지역 등 지역별로 다양하게 적용된다. 또한 지역별로도 토지이용은 보다 세밀하게 규제된다. 예를 들면, 단일가족지역·단일 또는 복합가족지역·도시주변지역·생활근린시설지역·고속도로의 편의시설지역 등으로 보다 세밀한 규제를 하게 되는 것이다(성연동, “미국의 토지이용규제 정책에 관한 연구”, 한국부동산학회, 2000, p. 16).

348) 김성배·서순탁, 전계논문, pp. 35-39.

(3) 公圖制 등

도시기본계획에 명시된 공공시설용지를 도면에 표시하여 이 용지에서의 건축행위를 금지하는 공도제(official map),³⁴⁹⁾ 건물에 관한 건축규제조건을 규정한 지방정부의 건축조례(building code), 개발 혹은 조닝의 변경을 요청하는 경우 인구 밀도·교통량·대기오염도 등에 관한 평가를 의무화한 환경영향평가보고제(environmental impact report),³⁵⁰⁾ 구획 분할된 토지판매규제 등의 공적규제수단과 토지구획규제보다도 더욱 상세하고 엄격한 규제조건을 거주자에게 부과하는 제한적 계약(restrictive covenant) 등이 있다.

특히, 공계획도는 장래의 개발지에 대하여 공공시설의 용지를 미리 확보하기 위하여 사전에 일정한 토지를 이러한 목적으로만 사용할 수 있도록 정하여 놓은 것으로서, 비교적 상세하게 이러한 시설부지를 확정하여 놓은 계획지도이다.

3. 都市成長管理制度

1960년대의 미국은 대도시를 중심으로 주변지역이 급성장하여 거대도시화가 가속화되면서 특히, 도시 주변지역이 무계획적으로 확산되어 여러 사회·경제적인 문제를 초래하였다. 이에 대한 주정부의 획일적인 토지이용규제는 더 이상 현대 산업사회에 적응할 수 없게 되어, 그 반성으로 유연성 내지 창조성 있는 토지이용규제방법인 도시성장관리(City-Growth Management)개념이 등장되었다.

이는 그 때까지 부분적인 조치로만 행해졌던 난개발방지 및 도시의 계획적 성장 도모를 위한 것으로 ①지역적으로 도시 전역이나 좀더 광범위한 지역까지도 포괄한다는 측면에서 종전보다 광범위한 지역에 대한 것이고 ②종전의 개별적인 계획체계에 비추어 훨씬 종합적이고도 총체적인 계획에 기초하며 ③개발의 억제 뿐 아니라 이를 유도하는 정책까지 포함시킴으로써 경제의 양적 팽창에 걸맞는 생활의 질 향상을 실현하고자 하는 것이다. 이러한 사실에 기초하여 계획단위개

349) Julian C. Juergensmeyer and Thomas E. Roberts, *Land Use Planning and Control Law*, West Group, 1998, p. 303.

350) George J. Siedel and Janis K. Cheezem, *Real Estate Law, 4th edition*, West Educational Publishing Company, 1999, p. 569.

발(Planned Unit Development; PUD) · 인센티브지역(Incentive Zoning) · 개발권 양도(Transfer of Development Right; TDR), 개발부담금(Development Impact Fee; DIF) 등이 도입되었다.

계획단위개발³⁵¹⁾이란 종전의 일정 규모의 지역지구제나 구획분할규제와 같은 일반적인 규제가 획일적이고 부분적인 것에 집착한 것이라는 비판하에 당해 개발지구 전체의 조화를 중시하여 밀도규제를 완화하고, 용도를 혼합한 토지이용이 가능하게 하는 등 보다 유연하고 창의적인 토지이용을 허용하는 것이다. 계획단위개발에 있어서 개발사업자는 개발계획안을 작성하여야 하고, 공청회나 개발영향평가 등 여러 가지 과정을 거쳐 지방정부의 승인을 얻어야 하고 그 내용을 등기하여야 한다.

유도지역제(일명 인센티브지역제)³⁵²⁾란 지방정부가 토지이용과 관련된 정책목표의 달성을 위하여 필요에 따라 일정한 지역에 있어서의 일정한 개발을 적극적으로 유도하기 위하여 용적률 할증 등 인센티브를 부여하는 제도이다. 이를 통하여 도심지역에서는 보다 넓은 공간을 확보 및 교통관련시설을 확충하게 하는 등의 목표를 달성할 수 있고 교외에서는 보다 쾌적한 주거환경을 조성하고 주택건설의 활성화를 촉진하게 된다.

개발권양도제³⁵³⁾는 지역지구제에서 정하여진 용적률 등의 개발허용한도(개발권), 즉 개발권한 중 이용되지 않는 부분을 이전(매매)할 수 있는 제도로써 토지이용규제 · 개발촉진 · 보상 · 공공녹지 확보 · 역사적 건축물의 보전 등을 위한 종합적인 정책수단으로 평가된다. 개발권양도제는 영국의 개발권 공유화와는 다소 다르지만 개발권이 소유권으로부터 분리되어 양도될 수 있도록 한다는 점에서는 같다. 이 제도는 토지소유권은 여러 개의 개별적 권리의 총체(bundle of rights)이고 개별적 권리는 소유권과 분리하여 타인에게 양도할 수 있다는 이론에 근거한 것이다. 개발권 자체에는 아무런 가치가 내재하는 것이 아니나, 자연 상태의 토지

351) 강홍빈 · 정인환 · 임서환 · 김동찬, “계획단위개발방식에 의한 주거단지개발연구”, 대한주택공사 주택연구소, 1989, p. 25.

352) 한국토지공사, “도심 · 중심시가지지역에서 주거용 공간을 확보하는 방법(상)”, 「토지연구」 제2권 제2호, 1991. 4, p. 121.

353) 최혁재, “토지이용규제 손실전보수단으로서의 개발권양도제 도입 및 활용방안 연구”, 국토연구원, 2002, p. 87.

에서 개발권을 분리함으로써 새로운 상품가치가 창조되면, 이것은 주식·채권·지폐와 같이 자유로운 이전이 가능하다. 개발자가 특정 목적을 위한 개발을 하고자 하는 때에는 그러한 목적에 부합하는 개발권을 매입하여야 한다.³⁵⁴⁾ 그러므로 개발권의 경제적 가치는 개발권이 어디서 왔느냐 보다는 어디로 갈 것인지에 의해 결정된다.³⁵⁵⁾

개발부담금제³⁵⁶⁾는 개발에 따라 필요하게 될 공공시설의 비용을 개발자에게 부담시키는 제도이다. 이는 지방자치단체들이 대규모개발에 따르는 기반시설이나 공공시설에 대한 비용을 조달하는데 목적을 둔 것이다. 주정부가 개발사업자에게 개발부담금을 부과하려면 신규개발과 이러한 개발에 따르는 공공시설의 수요, 개발부담금과 주민들이 향유하는 편익간에 합리적인 연관성이 있다는 점을 입증하여야 한다.

第3節 英國

영국에서는 “개발행위³⁵⁷⁾라 함은 지상 혹은 지하에서의 건축공사, 토목공사, 채광행위 기타 공사의 실시 또는 건축물 혹은 토지의 사용용도에 있어서의 중대한 변경을 초래하는 행위이다” 라고 규정하였다.³⁵⁸⁾

354) F. Schnidman, *Transferable Development Right ; An Idea in Search of Implementation*, Land and Water Law Review Vol. 11, 1976, p. 339.

355) Richard E. Tustin, *Preserving Farming Through Transferable Development Right*, American Land Forum Magazine, 1983. 8, p. 45.

356) 미국은 국토여건상 토지세제 보다는 토지이용규제 중심의 토지정책을 펴고 있음에도 불구하고 다양한 개발이익 환수장치를 인정하고 있다. 개발자 부담, 택지분할부담금, 개발영향부담금, 연계부담금 등을 통해 개발에 따른 추가적인 부담을 부과시키고 있는 것이 그 예이다. 오늘날 보다 많은 지방정부들이 부담금을 부과하고 있으며 개발사업자가 부담해야 할 기반시설의 범위도 확대되고 있다. 기반시설 확충을 위해 개발사업자에게 기부채납이나 대체부담금 또는 개발영향부담금을 요구할 수 있다. 이 밖에 개발사업과 요구되는 부담 사이에 직접적인 인과관계가 없어도 부과되는 연계부담금이 있다. 한편, 개발이익환수제도를 이해하기 위해 부동산 관련세제를 살펴보면, 캘리포니아주의 경우, 개발이익환수는 주로 조세수단에 의해 이뤄지고 있다. 대표적인 것으로 부동산세, 부동산 양도차익세 등이 있는데 부동산세는 보유과세이며 과세표준은 지방정부에 의해 결정되나 지방정부간 격차 해소를 목적으로 주 정부에서 조정한다.

357) 영국 등 유럽에서는 미국이나 우리나라에서처럼 토지이용규제라는 용어를 사용하는 대신 개발규제(Development Control)라는 용어를 많이 사용하고 있다 (H. W. E. Davies, “*Development Control in England*”, Town Planning Review, Vol.5, No.2, 1988, pp. 128-130).

358) 이 개념은 1990년 개정된 법(동법 제55조 제1항)에서도 그대로 승계되어 오늘에 이르고 있다 (Development is the carrying out of building, engineering, mining or other operations in, on, or under

이와 같이 「도시 및 농촌계획법」(Town and Country Planning Act, 1971) 제22조 제1항의 개념규정상 개발허가를 득하여야 하는 개인행위는 ‘각종 공사의 실시 혹은 중대한 용도변경 행위’를 의미하는데 이를 좀 더 구체적으로 나열해 보면 아래와 같다.

첫째, 각종 공사에는 건축(building)공사, 토목(engineering)공사, 채광(mining)공사, 그 밖에 토지상·하의 기타 모든 공사가 포함된다. 여기에서 건축공사란 재건축과 구조변경 등을 포함하는 개념이다. 또한 기타공사란 지표·지상·공중·지하에서 상업적으로 수행되는 공사를 의미하는 것으로 파악되는데, 건축물 내부의 개·보수 및 변경행위는 제외되는 것으로 이해되고 있다.

둘째, 개발개념에는 위와 같은 물리적인 공사 뿐만 아니라 토지 또는 건축물의 용도상의 변경도 포함되는데 이 때의 변경은 중요하고도 실질적인 것이어야 한다. 용도간의 변경에 이어서 변경의 정도는 그것이 실질적일 때만이 중요한 것이 된다. 이와 같이 ‘건축물 및 토지에 있어서 용도의 중대한 변경’은 중요한 의미를 가지는 것으로 이해되며, 일반적으로 용도의 변경은 토지 또는 건축물의 법적 성격을 전면적으로 바꾸게 되는 기준으로 파악된다. 또한 개발행위에 대하여 실질적이고도 적정한 통제가 이루어지도록 하기 위해서는 모든 개발행위에 대하여 허가를 받도록 강제하여서는 아니 되므로, 불필요한 경우에는 비록 위 개발행위개념에 포섭이 되더라도 허가를 받을 필요가 없도록 하는 것이 정책적으로 필요하다. 이를 위해 영국에서는 첫째, 개념상 제외 규정을 두어 고속도로 건설작업, 건축물 내부의 구조 변경, 주택 부속토지상의 건축이나 토지이용, 가스나 전기시설의 보수, 농업이나 수목재배용도의 토지사용 등은 개발행위의 개념에서 제외하고 있고 둘째, 개념상 허가를 받아야 하는 개발행위에 해당하나 허가를 받을 필요가 없는 경우로서 용도분류명령과 개발명령을 두고 있는바, 이를 좀 더 살펴보면 다음과 같다.

1. 用途分類令과 開發命令

land, or making of any material change in the use of any building or other land) : H. W. E. Davies, op, cit, p. 128.

(1) 用途分類令

용도분류령(Use Classes Order 1987: UCO)은 ①시장수요에 대응하여 빠르게 사업을 변경함으로써 경제적 자유를 촉진시키는 한편, 시장경제기능이 촉진되고 ②불필요한 행정간섭이나 관료제적 요소를 제거하며 ③불필요한 행정력 낭비를 방지함으로써 중대한 용도 변경행위에 행정력을 집중시킬 수 있다는 점에서 이를 주목할 필요가 있다. 용도분류령은 크게 4분류로 나누며 이는 다시 16종류로 세분하여 토지나 건물의 용도를 구분하고 동일한 용도 내에서의 변경행위는 이를 허가 없이 가능하도록 하고 있다. 이는 일반개발명령과 마찬가지로 계획허가 업무를 간소화하고 자유영역을 확장시키는 기능을 수행하고 있다.

용도분류령은 새로운 신규개발보다는 토지와 건물의 용도변경과 관련되어 있는데, 토지나 건물의 중대한 용도변경이 통제의 대상이 된다는 사실은 매우 중요하다. 용도분류령은 분류된 용도 내에서의 소규모 용도변경은 계획허가를 받을 필요가 없으나, 용도간의 변경에는 계획허가가 필요하다는 것이 주요 내용이라 할 수 있다. 예컨대, 병원(Class C2)을 호텔(Class C1)로 변경하기 위하여서는 개발허가가 필요하나, 장의사를 미용실로 하는 것은 양자 모두 같은 용도분류군인 Class A1에 속하기 때문에 허가를 요하지 않는 것이다. 용도분류상 어떠한 용도 변경이 허가를 요하는 개발행위로 되는 것인가의 구체적인 판단은 그 변경이 중요한 것인가 아닌가의 판단에 따르고 있다.

(2) 開發命令

① 一般開發命令

일반개발명령의 규정은 대단히 복잡하다. 일반개발명령(General Permitted Development Order 1995)은 법에 의하여 이미 허가를 받은 것으로 보게 되는 개발행위(Permitted Development)에 대한 규정인데, 소규모의 개발행위에 대하여 허가를 면제하여 주는데 제도의 목적이 있다. 이를 유형별로 분류하면 ①주택의 확장과 같이 행정적 부담을 완화하기 위한 경우 ②주택의 페인트칠과 같이 중요도가 낮은 경우 ③공사의 확장과 같이 특히 장려할 필요성이 큰 경우 ④농업용

도나 수목재배처럼 친환경 목적에 부응하는 경우 ⑤도시가스·수도·전기공사와 같이 공공기관이 수행하는 개발의 경우로 나누어 지고, 이들은 허용된 개발권(“Ermited Development Right”)으로 정하여 진다. 일반개발명령은 1947년 처음 제정된 이후 허용된 개발의 범위를 계속 증대시키는 방향으로 개정되고 있다.³⁵⁹⁾ 일반개발명령에서 규정하는 허용된 개발의 유형은 1985년에 개정된 「일반개발명령」 제3조의 부칙1 에 따라 23개 등급으로 분류되고 있다. 이러한 기준은 개발업자에게 허가받은 개발의 유형을 규정하여 제시하는 것이 된다. 만일 개발이 이 범주에 속하게 되면 개발허가신청은 필요하지 않게 된다. 일반개발명령 자체가 허가를 구성하기 때문이다.

한편, 보전지역과 같은 민감한 지역에서 일반개발명령에 의한 허가간주는 일반개발명령규정 제4항에 따라 취소될 수 있고, 허용된 개발권도 계획허가에 첨부되는 조건에 의하여 취소될 수 있도록 함으로써, 개별적 특수성에 대비하고 있다. 영국법상 일반개발명령에 의한 허용된 개발의 등급별 유형을 구체적으로 열거해 보면 다음과 같다.³⁶⁰⁾

주택 내의 건설되는 수영장과 같은 주택부속토지의 개발이나 주택확장과 같은 개선, 건물의 외관 페인트칠이나 지면에서 2m 이하의 벽과 울타리의 건립과 같은 소규모 작업, 용도변경, 계획허가가 부여된 개발의 건축과 관련되어 사용되는 임시가옥과 같은 일시적인 건축과 이용, 보유중인 토지에서의 채광과 같은 농업용 건축과 작업, 공장개발·도로경계 내에서 개인적인 통로의 보수, 법적 도급업자나 지방정부 당국과는 별개로 제공되는 서비스 개·보수, 항구개선사업과 같이 지방법령 하에서 이루어지는 개발, 도로구조물 설치와 같이 지방정부가 수행하는 개발, 수로유지와 관련되는 배수로 당국에 의한 개발, 배수로 개선과 같이 강유역 관리당국(National River Authority)에서 행하는 개발, 하수도 유지 및 설치 작업, 우체국에서 실시하는 우체통 설치작업과 같이 법적 도급업자들이 수행하는 개발, 제한을 필요로 하는 항공장비설치와 같은 항공개발, 채광작업에서의 보조적 개발, 탄광의 안전성 확보를 위한 개발과 같은 석탄채광개발, 제한을 필요로 하는 탄광에서의 쓰레기 수거, 28일 이내의 구멍 뚫기와 같은 광물탐사, 채광작

359) H. W. E. Davies, op, cit, p. 129.

360) 일반개발명령(General Permitted Development Order) DoE 1995k 제3항 별표2.

업장의 재료 제거, 원격통신코드시스템사업에 의해 수행하는 개발, 극초단파나 위성안테나 설치와 같은 원격통신개발, 역사적 건축물과 잉글랜드기념비위원회(Monuments Commission for England)에서 시행하는 개발, 레크레이션 단체구성원들의 토지이용, 노점의 설치와 같은 유원지에서의 개발, 택시업체의 운전자정보시스템의 설치, 통행료를 받는 박스(collection booths)와 같은 도로시설의 설치, 도시 및 농촌계획방침(1995)에 기재되어 있는 건축물의 파괴, 보안목적에 따라 건물에 폐쇄회로 텔레비전 카메라의 설치 제한이 가해지는 기존 부지에 있는 학교·전문직업학교·대학·병원건물·사용할 수 없는 경기장 반환이다.

② 特別開發命令

개발명령은 국가가 특정개발행위를 지정하여 이에 대해서는 계획허가신청을 개별적으로 심사하는 것이 아니라 일정조건하에 미리 허가를 부여하는 것을 말한다. 개발명령에는 전국에 일률적으로 적용하는 일반개발명령과 특정장소, 특정경우에만 적용하는 특별개발명령의 두 가지가 있다. 위에서 상세히 설명한 바와 같이 일반개발명령은 계획허가가 필요 없이 자동적으로 허가를 받은 것으로 인정하는 허용된 개발을 말하며 특별개발명령은 국가가 계획허가를 시행하는 명령을 내리는 것으로 그 대표적인 것이 신도시 특별개발명령이다. 국가가 먼저 신도시계획구역을 공식적으로 지정하고 개발공사를 설립한다. 개발공사는 이러한 구역 내에 사업단위구역을 정하고 사업구역별로 개발방침을 국가에 제출하여 사업인가를 받는다. 사업구역 내 개발은 인가된 개발방침에 근거하여 개발공사 또는 개발공사로부터 토지를 취득한 자가 행하며, 이 때 개발공사의 개발행위에 대해서는 별도의 계획허가가 필요 없다.

2. 土地利用規制制度

(1) 規制의 背景

영국의 토지이용규제는 1948년 「구빈법」(Poor Law)에서부터 시작되었다고 할 수 있는데, 이 법은 주거환경개선을 위한 건축규제를 주 내용으로 하는 것이었

다. 그러나 현대적 의미의 도시계획제도 및 토지개발규제제도의 대강을 도입한 법은 1909년 「주택 및 도시계획법」(Housing, Town Planning Act)이라고 할 수 있다.³⁶¹⁾ 이 법은 1932년 「도시 및 농촌계획법」(Town and Country Planning Act)으로 개칭되면서 지방정부의 권한 강화 및 규제영역이 확대되었다. 그 후 영국의 도시계획 및 토지개발규제에 근본적인 제도개혁을 가져온 것은 1947년 「도시 및 농촌계획법」이었다.³⁶²⁾ 이 법에 의해 개발계획(Development plan)의 개념이 도입되었다.

개발권과 소유권을 분리하여 토지소유자에게는 현재의 상태로 토지를 이용할 수 있는 권한만을 부여하고 토지개발권은 국가에 귀속시킴으로써 개인이 토지의 개발을 원하는 경우 정부로부터 개발계획허가를 얻도록 강제하는 획기적인 토지이용규제수단인 것이다.³⁶³⁾ 즉, 토지소유자나 개발업자 등 사업시행자가 개발사업(거의 모든 공사와 용도변경이 이에 해당됨)을 시행하기 위해서는 최소한 건축규제·개발계획규제·오염규제·공공시설간의 연계 등 네 가지의 규제에 대해 개발계획허가를 받아야 한다. 그 중 개발계획규제는 규제조건의 조정과 협상의 핵심이라 할 수 있다. 이 밖에도 영국은 집권정당이 보수당이나 노동당이나에 따라 토지이용제도가 크게 변화되어 왔는데, 보수당은 시장매카니즘에 입각한 소극적 토지용도규제를 강조하는 반면, 노동당은 토지의 공유화를 목표로 하는 적극적 토지용도규제를 강조하여 왔다. 또 1967년에는 동법이 개정되어 구조계획(Structure plan)과 지구계획(Local plan)의 2단계형 계획체계를 도입하였으며, 1947년에는 지방자치단체를 대폭 통합하여 County와 District 라는 2중구조로 개편하였다. 대처수상의 보수당 내각집권 이후 1980년 「지방정부계획 및 토지법」(Local Government, Planning and Land Act)을 제정하여 County규제권한의 대폭적인 삭제 및 District 에로의 대폭적인 권한위임, 구조계획에 대한 환경성의

361) J. B. Cullingworth, *Town and Country Planning in Britain(10th ed.)* (Lodon : Unwin Hyman), 1988, p. 2.

362) 이 법의 개정을 위한 이론적 연구는 대도시 인구 및 산업집중억제와 계획적 분산을 주창한 바로우(Barlo)위원회보고서(1940), 농촌지역의 토지이용과 농경지보전을 권고한 스코트(Scott)위원회 보고서(1942), 개발이익의 사회적 환수와 보상제도의 개혁을 주창한 아스와트(Uthwatt)위원회보고서(1942) 등이 있다.

363) 김병기, “개발행위허가의 방법과 절차”, 「개발행위허가제의 공법적 검토」 국제학술대회발제논문, 한국토지공법학회, 2001. 9, pp. 48-58.

승인절차 간소화, 개발규제대상의 축소 등의 조치를 취한 바 있다. 나아가 각종 개발사업을 민간으로 전환하였으며 기업유치지구(Enterprise Zone)³⁶⁴·단순계획지구(Simplified Planning Zone)³⁶⁵ 개념을 새로이 도입하여 특정지구에 대한 개별규제를 대폭적으로 완화하는 개혁을 단행하기도 하였다. 또한 최근에는 개발투자·도시환경 및 농촌의 보호·민간부문의 개발증가 등의 여건변화에 효과적으로 대응하기 위하여 규제의 행정적 효율성 문제와 개발계획의 유용성 및 효과성 문제에 관심이 모아지고 있다.³⁶⁶

(2) 規制의 內容

영국에서의 토지이용계획은 원칙적으로 「도시 및 농촌계획법」에 의거하여 지방정부가 수립하는 개발계획이다.³⁶⁷ 이 개발계획은 카운티(州) 범위를 대상으로 하는 광역적 구조계획과 디스트릭트(地區) 범위를 대상으로 하는 보다 상세한 지방계획의 2단계로 구성되어 있으며 계획수립의 주체도 계획의 범위에 따라 달라진다. 즉 구조계획은 카운티가, 지방계획은 디스트릭트가 수립하고 구조계획에 대해서는 환경부(Department of Environment)장관이 인가하는 구조로 되어 있다.³⁶⁸ 하지만 전술한 1986년 4월의 지방행정제도의 개혁조치에 따라 대도시 지역에서는 종래의 구조계획·지방계획의 2단계형의 계획이 연계개발계획(unitary plan)으로 일체화되었다.³⁶⁹ 영국의 지방정부가 수립하는 개발계획인 구조계획·

364) 기업유치지구(Enterprise Zone)는 개발촉진을 목적으로 하는 특별계획지구로서 1981-1983년에 걸쳐 23개소가 지정되었다. E.Z는 지정기간이 10년이며 E.Z내의 개발행위는 자동적으로 개발허가가 인정된다. 또한 E.Z에 입지하는 기업은 고정자산세가 면제되며 100%의 감가상각이 초년도에 인정되는 등 많은 혜택이 주어지고 있다(J. B. Cullingworth, Op. Cit., pp. 98-102 와 한국감정원(역), 1991년도 외국의 토지관련정보, 1992, p. 34).

365) 단순계획지구(S.P.Z)는 「주택 및 계획법」(Housing and Planning Act 1985)에 근거, 1987에 도입된 특별계획지구의 하나이다. S.P.Z는 지정기관과 개발허가면에 있어서는 E.Z와 동일하나 S.P.Z 내에 입지하는 기업에 대해서는 고정자산세와 특별감가상각이 인정되지 않는 점이 E.Z와 다르다. 1991년 현재 S.P.Z의 지정은 4개소에 이르고 있다

366) Department of the Environment, *Planning Control in Western Europe*, HMSO, 1989, p. 35.

367) 배청(역)渡邊俊一(와타나베순이치), “영국의 토지개발규제”, 한국감정평가연구원, 1997, pp. 27-44.

368) B. J. Pearce, “The Effectiveness of British Land Use Planning System,” *Town Planning Review*, Vol. 63, No.1, pp. 6-9.

369) 이상의 개발계획은 어디까지나 토지이용규제의 지침을 제시하는 것이며, 이 계획내용 자체가 규제력을 가지는 것은 아니다. 현실적인 토지이용에 있어서는 별도의 계획허가제도에 의한 인가를 받아야 한다.

지방계획·연계개발계획의 보다 상세한 내용은 다음과 같다.³⁷⁰⁾³⁷¹⁾

1) 構造計劃

구조계획(Structure Plan)은 County가 수립하는 광역적 계획으로 지역전체의 장래 토지이용·시설·환경의 개선 등에 관한 방침의 제시를 목적으로 한다. 이 계획은 국가 및 지역경제나 사회정책을 지방적 차원으로 수용·발전시키며, 나아가 하부계획인 지방계획의 시행을 위한 근거를 제공해 준다. 구조계획의 내용에는 인구 및 고용·주택·공업·운송·교육·사회적 시설 및 교류시설·레저 및 여가시설·자연보호·경관·기타 관련사항이 포함되어 있다.³⁷²⁾ 따라서 우리나라의 도시기본계획에 비해서는 다소 내용의 범위가 크다고 하겠다. County가 이상의 구조계획을 수립한 경우에는 환경성장관의 인가를 얻어야 하며, 환경성장관은 인가과정에서 County에 대하여 공개심사를 요구할 수 있다.

2) 地方計劃

지방계획(Local Plan)은 디스트릭트가 계획주체가 되어 결정하는 구체적인 토지이용계획으로 구조계획에서 제시된 정책에 기초하여 수립된다. 지방계획은 다음 세 가지 종류의 계획으로 구분되어 있다.³⁷³⁾

① 디스트릭트計劃³⁷⁴⁾

디스트릭트계획(District Plan)은 지방계획의 핵심적인 계획이며 사업시행지구를 제외한 지역전체에 걸친 토지이용계획을 주된 내용으로 하고 있다. 디스트릭트 계획에서는 지역전체의 토지이용을 나타내는 도면으로서 제안도면(proposal map)이 작성된다. 이 도면의 기재내용은 도로계획·개발지역과 보전지역의 표시를 중심으로 하고 있으며 개발내용은 용도별로 상업계(commercial)·주거계

370) 서순탁, “국토이용계획체계의 개편”, 강남대 도시연구원, 2003, p. 24.

371) 박헌주 외, “계획에 의한 토지이용체계 확립방안 연구”, 국토연구원, 1999, p. 60.

372) 1974년 영국의 도시·농촌계획규칙(Town and Country Planning Regulations) 제9조.

373) 영국의 동 규칙 제15조 제1항, 1974.

374) 가까운 장래(10년 이내)에 종합적인 시가지의 개발이나 재개발 또는 부분적 개량사업 등에 의하여 적극적인 시가지조성을 행할 구역이다.

(housing) · 복합계(mixed development and housing) · 공공서비스계(public service)로 구분되고 있다. 한편, 보존하여야 할 지역은 보존구역(conservation area)으로 지정되며 역사적 · 경관적으로 중요한 건물이 존재하는 구역은 특별건축구역(area of special archeological priority)으로 지정한다. 그리고 개발과 보전에 관련해서 특히, 주요한 정책이 행해지는 지역은 특별정책구역(special policy area)으로 지정한다.

② 事業施行地區計劃

사업시행지구계획(Action Area Plan)은 구조계획 또는 지방계획에서 지정된 사업시행지구에 관해 수립되는 계획을 말하며 토지이용 및 시설정비 등에 관해 상세한 계획내용을 정하고 있다.

③ 目標事業計劃

목표사업계획(Subject Plan)은 특정 도로 또는 시설 등의 건설할 때마다 수립되는 계획이며 도로 및 시설의 건설을 위한 상세한 재정계획을 포함하고 있다.

3) 連繫開發計劃

1986년 4월의 지방자치제도의 개혁에 수반해 對 런던정부(Great London Council) 및 대도시권 카운티가 폐지되고 이 지역에서는 디스트릭트가 유일한 지방자치조직으로 되어 있다. 이에 수반하여 이들 지역에서는 토지이용계획체계도 개정되어 구조계획과 지방계획은 연계개발계획(Unitary Plan)으로 단일화되었다. 연계개발계획은 디스트릭트가 주체가 되어 수립하는 개발계획이며 그 내용은 대체로 현재의 지방계획과 동일하다. 연계개발계획의 책정은 계획목표의 설정, 기존계획 및 정책의 개선, 종합개발계획안의 발표, 개정원안의 개정, 개정원안의 보관, 공청회개최, 심사관의 보고, 승인의 8단계로 구성되어 있다.

이러한 영국의 토지개발규제의 특징을 열거하면 다음 네 가지로 요약된다.

첫째, 영국의 토지개발규제는 용도지역제(Zoning)와는 달리 확실한 용도지역을 구분하지 않으며 또한 용적률 · 건폐율 · 높이제한 등의 자세한 계획제한을 하지

않는다. 오히려 기본적 사항만을 미리 정해 놓은 다음 계획허가의 신청단계에서 세부적으로 심사하는 형식을 취한다.³⁷⁵⁾ 개발행위를 하기 위해서는 미리 지방계획당국의 계획허가를 받아야 한다.

둘째, 계획의 민주적절차가 철저히 보장되는 편이다. 토지소유자 기타 허가신청인의 허가신청이 불허가된 경우에 신청인은 지방계획 당국의 상급관청인 환경성장관에게 직접 재심사를 청구할 수 있다. 개발안이 광역적인 경우에는 시민과 환경단체 등을 포함하는 공청회가 개최된다.

셋째, 지방계획 당국이 허가여부를 결정할 때에는 많은 재량권을 가지기 때문에 실제에 있어서 불요불급한 개발이 허가되는 경우가 많다.

넷째, 구조계획이 지나치게 상세하여 구조계획을 제안한 시점에서부터 종료될 때까지 오랜 기간(약 30개월)이 소요된다.

3. 「都市 및 農村計画法」과 開發權 公有化

(1) 「都市 및 農村計画法」

영국의 토지개발규제는 1974년의 「도시 및 농촌계획법」에 의해 시작되었다. 당시 이 법에 따른 계획허가제를 도입한 목적은 녹지보전 및 전후와 국가재건의 필요성과 함께 국가 주도의 개발을 함으로써 기반시설을 확충하고자 함이었다. 당시 학자들에 의하여 혁명적으로 평가되었던 「도시 및 농촌계획법」은 도시와 농촌을 하나의 계획체제로 묶어 도시확산에 따른 여러 문제를 해결할 수 있었고, 개발권을 국유화하여 토지의 갑작스러운 개발 및 이용에 따른 여러 문제를 종합적으로 규제할 수 있게 되었다. 1947년 「도시 및 농촌계획법」이 제정된 이후, 이 법은 도시와 농촌을 아우르는 전 국토의 공공개발은 물론 민간개발에도 엄청난 영향을 끼쳤다. 이 법에서 정하고 있는 계획은 ‘전국계획지침(National planning Guidance)’ · ‘지역지침(Regional Guidance)’ · ‘개발계획(Development plan)’ · ‘기타지침(Other Guidance)’으로 구분된다. 전국 계획지침은 국가가 정책목표의 큰 틀에서 정하는 정책주제에 대한 다양한 지침

375) 日本國土廳, 土地局土地政策研究會, 土地取引・利用・保有の基本指針, 昭和63年, p. 59.

을 기술한 기본계획이라고 할 수 있는데, 1988년 이후에 제정한 개발계획지침만
도 20여개가 넘는다. 지역지침은 말 그대로 위와 같은 전국계획지침에 맞게 지역
적 특성을 고려하여 지역별로 개발계획의 지침을 기술한 것이다. 개발계획은 각
카운티가 지역적 지침에 따라 수립하는 구조계획(Structure plan)과 각각의 카운
티 내 모든 디스트릭트(District)에 대하여 수립하는 지구개발계획(District
Development plan; DD)으로 구성된다. 전자는 카운티 내의 비교적 광범위한 전
략적 계획이고, 후자는 보다 상세한 지침을 담은 개발계획으로서 구체적인 위치
와 경계선까지도 명확히 제시한다. 대도시 등 보다 광범위한 지역에 있어서 여러
개의 개발계획을 하나로 통합하여 수립하는 경우도 있으며 이는 통합개발계획
(Unitary Development plan)으로 수립된다.

(2) 開發權 公有化

영국의 1974년 「도시 및 농촌계획법」은 토지소유권에서 개발권과 이용권을
분리하여 토지소유자에게는 이용권만을 이전하고 개발권은 모두 귀속시키는 것
을 그 출발점으로 한 것이다. 이와 같은 개발권 공유화는 Uthwatt 판사가 제안
한 이른바 Uthwatt 보고서³⁷⁶⁾에서 주장한 바를 법규화한 것인데, Uthwatt 판사
는 의회에 제출한 위 보고서에서 개발이익과 개발손실의 조정을 위하여서는 미
개발지의 개발권을 공유하자고 주장한 것이다. Uthwatt 판사가 주장한 개발권
공유화의 이론적 근거는 지가이동설이다. 지가이동설의 내용은, 지가는 현재의
이용가와 개발가로 구성되어 있는데 개발가는 모든 토지에 잠재적으로 기대되어
지는 부동산적인 가격으로서 토지에 잠재하여 있다가 개발이 되면 당해 토지에 이
동하여 정착이 되고, 계획제한은 전체 지가를 침해하는 것이 아니라 단지 당해
지가를 특정 개발토지로 이전시키는 것이라는 주장이다. 이는 어느 특정 토지의
개발은, 한편으로 어느 다른 토지를 그린벨트 등 계획제한과 연계되는 것인데,
계획제한을 받는 토지의 지가가 하락(또는 상승제한)해도 개발된 토지의 지가가
상승하는 것은 결국은 국가의 계획수립이나 계획허가라는 국가계획의 결과물로

376) 1942년 “개발이익과 보상에 관한 전문가위원회(Uthwatt Committee)”의 보고서에서 처음으로 개발권의
국유화를 제안한다.

서 어느 한쪽에 대한 지가상승의 이익(개발이익)은 어느 한 개인의 몫으로 귀속되어서는 아니 된다는 사실에 기초하고 있는 것이다. 이와 같이 Uthwatt 보고서에서 주장된 개발권 공유화의 개념을 법규화한 것이 1947년의 「도시 및 농촌계획법」이지만, 동법에서는 개발권 공유화라는 개념은 전혀 사용하고 있지 아니하고 개발권이 국가에게 속하거나 이전된다는 규정도 두지 아니하였다. 그럼에도 이 법은 개발권 공유화를 실질적으로 실현하고 있는바, 그 구체화 방법은 다음과 같다.

①개발은 정부의 허가 없이는 행하여 질 수 없다 ②토지소유는 개발허가가 거절되는 경우에도 보상을 청구할 수 없다. 왜냐하면 토지소유자는 개발권을 보유하지 않기 때문이다 ③토지소유자는 개발허가가 부여되는 경우에 그 개발허가로 받는 이익을 포함한 토지가격에서 현재의 지가를 뺀 차액을 정부에 납부해야 한다 ④토지가 강제 수용될 경우에 그 보상가격은 현재의 토지이용상태에 따른 가격에 국한된다.

(3) 計劃許可制

이와 같이 개발권 공유화 개념에 기초한 「도시 및 농촌계획법」은 토지소유자는 당해 토지를 현재의 이용 상태대로 이용할 권리만을 가지며 전국적으로 토지의 개발을 억제함으로써 모든 토지의 이용을 그린벨트 지역과 비슷한 수준으로 규제하는 것을 내용으로 하는 개발권허가제도, 즉 계획허가제(Planning Permission)에 의하여 구체화된다. 즉, 토지소유자 등 사업시행자가 개발사업(위에서 본 바와 같이 영국에서의 개발행위의 개념은 상당히 광범위한 것이어서 거의 모든 공사와 용도변경이 이에 해당된다)을 하기 위하여서는 최소한 개발계획규제·오염규제·공공시설간의 연계성·건축규제라는 네 가지의 규제에 근거한 개발계획허가를 받아야 한다. 그 중 개발계획규제는 규제의 핵심이라 할 수 있는데, 각종 조건의 조정과 협상이 이에 의하여 이루어진다.

개발계획규제는 규제의 대상범위(Coverage)·재량판단에 있어서의 고려사항(Considerations)·의무(Obligations)·계획허가결정에 대한 이의제도(Appeal)의 4가지 구성요소가 되어 있다. 개발허가의 결정은 허가·조건부 허가·계획 협의조

건부 허가·거부의 네 가지 형태로 이루어지는데, 이러한 계획허가 여부의 결정은 정부당국의 재량적 판단의 문제이다. 다만, 재량적 허가제도는 기업유치지구(Enterprise Zone; EZ)와 간이계획지구(Simplified Planning Zone; SPZ)에는 적용되지 않는다. 조건은 개발방식과 개발형태에 대하여 다양하게 부과되는데, 이에 대하여는 계획협정을 통하여 협상할 수 있고 계약체결로도 가능하다. 계획협정은 계획허가에 있어서 매우 빈번하고도 긴요하게 사용되는 협상수단으로서, 주로 기반시설의 공급·환경침해방지·공동의 이익 제고 등을 위하여 사용되며, 이는 구체적으로 계획허가이익(Planning Gain)³⁷⁷⁾ 또는 개발지가이득세(Betterment Tax) 등의 형태로 실현된다.

신청자가 지방정부당국에 신청서를 제출하면 신청의 검토·이해관계인과의 상담과 면접·허가여부의 결정·결정의 통지·통지에 대한 이의절차 등 다섯 가지 단계로 절차가 진행된다. 신청서는 신청서(4통), 위치도를 포함한 적정한 척도계획, 개발과 건축의 세부항목이 포함되어야 한다. 정보가 불충분한 경우에 결정은 지연될 수 있는데, 이러한 경우 지방정부는 더 많은 정보를 요구할 것이다. 신청서에서는 신청자와 토지와의 권리관계가 명확하게 나타나는 증명서를 첨부하여야 한다. 증명서를 첨부하도록 하는 이유는 불필요한 민원이 제기될 가능성을 막기 위해서이다. 지방 정부당국은 신청을 신문광고·위치공고·주민통보를 통해 공개적으로 알려야 한다. 개발로 인하여 중대한 환경침해가 있을 가능성이 큰 경우에는 환경영향평가가 필요하다. 신청시에는 수수료가 있는데, 이 수수료는 대체로 개발규모에 비례한 금액이 부과되며, 계획허가와 관련된 공공용역비용을 일정부분 충당하기 위한 것이다. 결정단계에서는 ‘주요 고려사항들’이 모여지고 이러한 정보들을 기초로 결정이 이루어진다. 이러한 사항들은 계획공무원들에 의해 지방정부계획위원회에 구술 또는 서면으로 보고된다. 1990년 「도시 및

377) 가장 오랜 개발이익환수제의 역사를 가진 영국은 도시계획에 의거, 토지가치가 증가한 재산에 대해 증가분의 50%를 환수한다는 규정을 1909년 주택 및 도시계획법(Housing & Town Planning Act)에 두었다. 그러다 1947년 도시 및 농촌계획법을 통해 개발가치 국유화를 선언해 계획허가제를 시행하고 계획허가에 의한 토지증가만을 환수 대상으로 삼았다. 이는 개발허가승인 시 발생하는 이익의 100%를 환수한다는 것을 의미했으나 경기상황이나 집권정당에 따라 부침을 거듭해 왔다. 여기에 지방정부의 재정 취약으로 개발행위허가시 정부가 부담해야 하는 사회적 비용을 개발업자에게 부담케하는 플래닝게인(Planning gain)이 발생했다. 이것은 개발업자가 지방정부와의 협의를 통해 공공시설의 설치를 부담하는 일종의 시설정비 부담금의 일종으로 관행적으로 시행하고 있다.

농촌계획법」 제70조에서는 이러한 허가결정에 있어서 개발계획을 반드시 고려하도록 요구하고 있다. 계획허가결정에 있어서 주요 고려사항을 고려하여야 하는 것은 법적 요구이기 때문에 이를 간과한 결정은 이의제기에 원인이 된다.

계획허가신청에 대한 불허나 조건부과시에는 이유가 있어야 한다. 지방정부당국은 공식적으로 신청을 접수하면 8주 이내에 결정을 하여야 하나, 이 기간은 신청자와의 합의에 따라 연장될 수 있다. 지방정부당국이 결정을 내리면 신청자에게 결정사항을 서면으로 통보한다. 계획허가가 토지에 부종하므로 이를 타인에게 양도할 수 있다. 계획허가가 신청자들에게 계획허가내용을 이행할 의무를 부과하는 것은 아니므로, 신청자들은 허가를 소멸시킬 수 있다. 다만 계획허가를 실행에 옮기는 시간적 한계는 있다. 전후에는 허가에 대한 시간제한 없이 영구적 허가가 이루어졌다. 그러나 영구적 허가는 계획수립에 피해를 주고, 후발 계획과의 충돌 등 많은 문제를 야기하였다. 이러한 경험에서 현재에는 완전한 계획허가는 5년으로, 개략적 계획허가는 3년의 기한으로 한정된다. 기간만료로 인하여 허가의 효력을 상실시키지 않기 위하여서는 당해 기간 만료 전에 기초공사를 개시하는 것이다. 때때로 신청자들은 의도적으로 허가를 보존하기 위해 기초공사만을 개시한 채 장기간 개발을 중단하는 경우도 있는데, 이러한 경우에는 지방정부 당국이 특정 기간 내에 개발을 완료할 것을 요구하는 통보를 하고, 그럼에도 불구하고 그 기한까지 만약 개발이 완료되지 않으면 원래의 허가는 소멸된다.

第4節 日本

1. 開發行爲의 意義

(1) 概念

일본 도시계획법에서는 개발행위를 관하여 명문으로 “주로 건축물의 건축 또는 특정공작물의 건설용에 제공할 목적으로 행해지는 토지의 구획, 형질의 변

경”이라고 정하고 있다.³⁷⁸⁾ 따라서, 물리적 행위를 수반하지 않는 단순한 토지의 분할 및 건축행위자체가 수반되지 않는 형질변경, 토지이용 용도만의 변경 등은 개발행위에 포함되지 않는 것으로 해석된다. 1968년 제도도입 당시에는 개발행위를 건축물과 관련된 것만으로 한정하여 건축물이 아닌 공작물과 관련된 개발행위는 개발의 대상에서 제외하였었다. 그러나, 재해방지·환경보전 등의 관점에서 이들 공작물과 관련된 개발행위규제가 필요함에 따라 개발허가대상으로 공작물을 건설할 목적으로 행하는 토지의 구획 형질적 변경을 포함하게 된 것이다.³⁷⁹⁾

(2) 内容

도시계획법상의 개발행위는 특정 목적을 위한 일정한 행위만을 의미하는 바, 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.³⁸⁰⁾

첫째, 주로 건축물의 건축 또는 특정공작물의 건설용에 제공할 목적이어야 한다. 여기에서 ‘주로’가 의미하는 바는 개발행위의 목적이 “주로 건축물의 건축 또는 특정공작물의 건설용에 제공하기 위한 것”이기 때문에 이들 목적 외의 구획형질의 변경은 포함되지 않음을 의미한다. 또한 구획형질의 변경행위가 아니면 안 되기 때문에 기존 택지에 있어서 건축행위나 그 밖에 건축행위와 불가분의 관계에 있는 일련의 행위는 개발행위에는 해당하지 않는다. 궁극적으로 개발행위에 해당하는지 여부는 구체적인 개개의 경우에 사회통념에 따라 결정하여야 할 것이다. 어떤 토지에 대하여 어떠한 구획형질의 변경이 있는 경우에도 그 토지의 주된 이용목적이 건축물 또는 특정공작물에 관련된 것이 아니면 개발행위가 되지 않는다.

따라서 토지의 이용목적이나 물리적 형상 등에 비추어 사회통념상 하나로 인식되는 토지의 구역에 대하여 옥외주차장·자재적치장·농지조성·가정텃밭·비

378) 일본 도시계획법 제4조 제12항.

379) 일본의 도시계획법 외에도 산림법 제10조의 2와 농업진흥지역의 정비에 관한 법률 제15조의 15 등이 있고, 명문상 개발행위의 용어는 사용되고 있지 않지만 유사한 행위를 규정하고 있는 자연공원법, 택지조성 등 규제법, 하천부근지제한령, 풍치지구규제조례 등이 있다. 그러나 이들은 각 법의 취지와 목적에 따라 그 내용이 규정되어 있고 여기서 살펴보는 개발행위 개념과는 차이가 있다.

380) 金子正史, “開發許可制度管見”, 「自治研究」第77卷 第1號, 良書普及會, 2001. 7, p. 10.

행장의 활주로·폐기물처리장 등의 시설에 종속되는 도로나 구획가로 등을 설치하기 위하여 구획·형질을 변경하는 경우에는 건축물의 건축 또는 특정공작물의 건설과 관련하는 것이 아니므로 개발행위는 아니라고 해석되고 있다.

그리고 위 개념 규정상의 ‘건축물의 건축 또는 특정공작물’은 동법 제4조 제10호의 “이 법률에서 ‘건축물’이란 건축기준법 제2조 제1호에서 정하는 건축물을, ‘건축’이란 동조 제13호에서 정하는 건축을 말한다”는 정의와 같은 조 제11호의 “이 법률에서 ‘특정공작물’이란 콘크리트 플랜트 기타 주변지역의 환경악화를 초래할 우려가 있는 공작물로서 정령에서 정하는 것(이하 ‘제1종 특정공작물’이라 함) 또는 콘크리트 기타 대규모인 공작물로서 정령에서 정하는 것(이하 ‘제2종 특정공작물’이라 함)을 말한다”는 정의에 의하여 해석된다.

한편, 특정공작물이 건설용에 제공할 목적으로 행하는 토지의 구획형질의 변경이 개발행위로 규정된 것은 1974년의 법개정에 의한 것인데, 위 법 개정 이전에는 허가의 대상으로 되는 개발행위는 건축물에 관련하는 것에 한정되었고 공작물은 제외되었었다. 그러나 현대 산업사회의 발전에 따른 플랜트시설 등 비건축물인 대규모 공장시설의 건설·레저시설로서의 골프장·테니스장·스키장 등의 건설이 빈번하여지고, 이와 같은 공작물의 설치는 종래의 건축물보다 사회적 통제나 제한이 더 절실하게 되었다. 이러한 시설은 한결같이 재해의 위험에 더 노출되고 환경침해의 우려가 클 뿐 아니라, 도시나 농촌의 편익과 미관확보에 결정적인 의미를 지니기 때문이다. 이 법에 따라 하위법령에서 규정하고 있는 제1종 특정공작물이란 콘크리트 플랜트·위험물의 저장 또는 처리에 제공하는 공작물 등 비건축물로서 주변지역의 환경악화를 초래할 우려가 있는 공작물 가운데 정령(政令)³⁸¹⁾에서 정하는 것이다. 한편 제2종 특정공작물이란 골프코스, 규모가 1ha 이상의 야구장·정구장·육상경기장·유원지·동물원 등의 운동·레저시설·묘원 등의 공작물이다.³⁸²⁾

둘째, 토지의 구획·형질의 변경이 있어야 한다. 여기에서 ‘구획·형질’이란 구획형질이라는 하나의 개념인지 아니면 구획과 형질로 나누어진 개념인지

381) 일본 도시계획법시행령 제1조 제1항 각 호.

382) 일본 도시계획법시행령 제1조 제2항 각 호.

에 관하여 논란이 있다. 다만, 최근 지방자치단체의 개발허가관계실무지침서 등을 보면 대다수의 경우 ‘구획’과 ‘형질’로 나누지 아니하고 구획 또는 형질의 변경으로 생각하고 있는 경향을 보이고 있는 것이 행정운용례라고 한다. “구획·형질의 변경”이란 건축물의 건축을 위한 구획의 변경·절토·성토·정지를 말한다. 따라서 단순한 토지의 분필이나 합필과 같이 도시계획과 관계가 없는 관념적·추상적인 권리구획의 변경은 포함되지 아니한다.

또한 개발행위는 건축행위 등의 전 단계의 행위이므로 건축행위와 불가분적인 일체적 행위로서 기초다지기·정지작업·건물지하층 해당부분의 굴삭 등의 건축행위에 해당하여 개발행위가 아니라고 보는 것이 실무예이자 통설이다.

이러한 관점에서 1965년의 국장통달(局長通達)에서는 단지 토지의 분필·합필인 토지의 권리 구획의 변동은 제외하고 있으며, 도로·옹벽 등에 의해 발생하는 토지의 물리적 상황의 변화에 따른 구획변경을 의미한다. 즉, 개발행위로서의 ‘토지의 구획변경’이란 주로 건축물의 건축 또는 특정공작물의 건설용에 제공할 목적으로 행하는 공공시설의 신설 및 개폐를 수반하는 것으로 해석되고 있다.

2. 土地利用規制制度

일본의 토지이용규제는 많은 부분이 「도시계획법」과 「건축기준법」 등에 의해 도시계획의 중심을 이루고 있으며 「농지관련법」이나 「자연환경보전법」 등 자연환경과 관련된 규정, 그리고 택지조성 등 규제법 등이 있다.³⁸³⁾ 토지이용계획체계는 법적인 지위를 갖는 상위계획으로서 마스터플랜(master plan)이 존재하지 않는 등 형식적으로는 미국의 체계와 유사하나 미국에서처럼 비구속적 계획인 도시기본계획을 입안하는 자치단체는 그렇게 많지는 않다.

구속적 토지이용계획은 용도지역제가 중심으로 되어 있다. 또한 개발규제로서 개발허가제도를 가지고 있다는 점도 미국의 택지개발규제수단인 토지구획규제와 유사하다고 볼 수 있다. 미국에 비해 다른 점이 있다면 일본에는 교외지개발의 대상을 정하는 구역구분제도를 갖고 있다는 점이다. 이는 일본에서 ‘선긋기

383) 坂本一洋 日下千章, 「要説不動産に關する行政法規」, 學陽書房, 2002, 317頁.

제도' 라고 부르기도 하며 시가화구역(UPA)과 시가화조정구역(UCA)으로 구분된다. 그러나 이처럼 형식적으로 유사하다 할지라도 그 실태는 큰 차이를 보이고 있다. 바로 이러한 차이가 토지이용의 혼란과 기반시설정비의 낙후를 가져온 요인 중의 하나로 지적되고 있기도 하다.

1980년 법개정으로 독일의 지구상세계획을 모방하여 도입된 지구계획제도는 이전까지의 계획주체가 도도부현³⁸⁴⁾이었던 것이 이제는 시정촌이 계획주체로서 위치를 차지하게 됨으로써 일본의 계획체계에 한 획을 긋게 되었다. 지구계획은 일본의 용도지역제의 부가적인 규제로서 지구특성에 대응한 보다 엄격한 규제, 보다 많은 항목을 내용으로 갖게 되었다. 더욱이 지구계획은 지구수준의 도로 등 지구시설의 기반정비와 건축물의 용도, 건폐율·용적률을 일체로서 정할 수도 있고, 또 분리하여 일부만을 정할 수도 있다. 규제수준에 있어서도 규제내용에 따라 규제력을 갖지 않는 단순한 방침에서부터 권고·조례에 의한 강한 규제에 이르기까지 다양한 수준의 규제가 가능하다. 이러한 지구계획은 신규택지개발사업이 실시되는 교외지역에 있어서 건물 등 양호한 것으로 유도하기 위해 주로 적용되고 있다. 이 제도는 용도지역제에 의한 규제를 강화하는 수단적 성격을 띠고 있기 때문에 기성시가지에 적용은 상대적으로 적다.

일본에서 용도지역 지정은 단순한 건축규제가 아니라 도시계획을 통한 도시의 생산성 향상이 용도지역제의 주된 목적이었다. 아울러 1920년대 대도시의 급격한 인구집중에 따른 각종 도시문제를 사회문제로 인식하고서 이를 해결하기 위한 수단으로 용도지역제를 도입하게 되었다.³⁸⁵⁾ 일본은 국토이용계획법과 도시계획법을 바탕으로 한 국토이용계획 및 토지이용기본계획을 근간으로 도시지역에는 도시계획구역을 설정한다. 도시계획구역은 시가화구역과 시가화조정구역으로 구분된다. 시가화구역에서는 용도 및 용적률 등을 규제하는 용도지역제와 함께 지구계획제도에 의해 토지이용계획을 실현한다. 반면에 시가화조정구역에서는 원칙적으로 토지이용이 금지된다.

384) 都道府縣(Prefectures of Japan)은 일본의 광역 자치 단체인 도(都: 도쿄 도 1개), 도(道: 홋카이도 1개), 부(府: 오사카 부와 교토 부 2개), 현(縣: 나머지 43개)을 묶어 이르는 말이다. 도도부현의 하부에는 시정촌이나 군이 설치되어 있으며, 일부 도시는 행정상 별도의 정령지정도시, 중핵시, 특례시 등으로 지정되어 있다.

385) 노경수, 전계논문, pp. 18-21.

국토이용계획은 전국계획·도부현계획·시정촌계획 등을 포함한다.³⁸⁶⁾ 토지이용 기본계획은 규제에 관련된 계획으로서 도시지역·농업지역·산림지역·자연공원지역·자연보전지역의 5개 지역으로 구분한다. 각 지역별 토지이용규제는 개별법에 의한다. 용도지역제는 도시계획구역의 전체적인 토지이용을 규정한다. 현재 용도지역은 주거·상업·공업지역을 중심으로 12종류로 구성되어 있다. 용도지역은 건축기준법상의 형태규제나 용도규제와 연계시킴으로써 도시토지이용을 기본적으로 규제한다.

지역계획제도는 택지주변의 공공시설배치·건축물 형태 등을 종합적으로 다루는 계획제도라고 할 수 있다. 지구계획제도는 가구 또는 주거수준에서의 계획으로서 소규모개발 중심의 시가지형성에 대한 계획적 규제의 필요성과 지방정부의 자치적인 지역사회운동을 위해서 시행한다. 도시계획을 중심으로 한 토지이용계획제도, 구속적 토지이용계획인 용도지역제 등 일본의 토지이용계획은 미국의 시스템과 유사하다.³⁸⁷⁾ 현재는 전국에 획일적으로 적용함으로써 나타나는 문제점을 해결하기 위해 용도지역지구제의 보완방안을 모색하고 있는 것으로 알려져 있으며,³⁸⁸⁾ 대도시권 특히 동경에의 세계경제와 연관된 재정서비스 부문의 집중으로 인하여 사무실 수요증가는 토지가격상승을 촉발시켰다. 1986년에 상업용지의 가격이 75%나 상승한데 이어 87년에는 77%까지 상승하였던 것이다. 이러한 토지가격의 급등으로 보다 저렴한 용지에 대한 수요가 증가하게 되어, 그 동안 각종 행정규제로 인하여 이용·개발에 제약을 받고 있던 지역들에 대한 토지이용규제 완화요구가 증대하고 있다. 대도시지역의 제1종 절대주거지역(동경의 경우 약 8%)에 대한 규제완화, 역사적인 도시에 있어서의 고도제한완화, 개발허가제의 제정, 시가화구역의 최소총인구(minimum gross population)의 완화(60인/ha에서 40인/ha으로 인하)등을 포함한 시가화조정구역에서 시가화구역으로의 전환규정 완화 등에 대한 검토가 이루어지고 있다.³⁸⁹⁾

386) 高橋 進, “「地區計劃」新立法の概要” JURIST No.722, 1980. 8, p. 152.

387) 일본은 제2차 세계대전 후 미국을 모방하여 건축자유화 사상이 지나치게 횡행하고 있다고 하는 지적을 뒷받침하고 있다(成田頼明, 「土地政策と法」, 弘文堂, 1989, p. 130).

388) 건설교통부, 「용도지역·지구제도의 개선방안 연구」, 국토연구원, 2000. p. 60.

389) M. Herbert and N. Nakai, “Deregulation of Japanese Planning in the Nakasone Era”, Town Planning Review, Vol.59, No.4, 1988, pp. 391-395.

한편, 1950년 국토종합개발법을 제정하고 이에 근거하여 현재까지 다섯 차례에 걸친 전국종합개발계획이 수립되고 추진되었다. 국토종합개발법은 총 5개의 장과 15개 조문으로 구성되어 있는데, 동법에서는 국토를 종합적으로 이용·개발·보전하고 산업입지의 적정화를 도모하여 사회복지의 향상에 기여한다는 법률의 목적만 규정되어 있고 국토정책의 이념과 원칙에 대한 명문규정은 없다.

일본의 국토종합개발법에서는 국토계획을 ①전국종합개발계획 ②도부현종합개발계획 ③지방종합개발계획 ④특정지역종합개발계획의 4가지로 분류하고, 전국종합개발계획을 타 계획의 기본으로 구성하고 있다. 그리고 각급 국토계획에 포함되어야 할 내용과 지역계획들 간의 관계에 대해서는 별도의 명문 규정이 없고 중앙과 지자체간의 상호 권고·조언·자문·협의 등에 관한 사항만을 규정하고 있다.

국토종합개발계획에서는 국토계획의 수립 및 추진과 관련하여 중앙에 국토계획심의회, 지방에는 도부현종합개발심의회와 지방종합개발심의회를 설치할 수 있도록 규정하고 있는데, 국토계획심의회는 종합개발계획 및 그 실시와 관련한 사항에 대하여 조사·심의와 수상에의 보고·권고 등을 할 수 있도록 하고 있고, 도부현종합개발심의회는 도부현종합개발계획 및 그 실시와 관련한 사항에 대한 조사·심의를, 그리고 지방종합개발심의회는 지방종합개발계획 및 그 실시와 관련한 사항에 대한 조사·심의를 할 수 있도록 하고 있다. 그리고 일본에서는 제5차 국토종합계획인 국토그랜드디자인을 1998년도에 수립하고 이를 추진하기 위한 국토기본법이 필요하다는 논의가 대두되었으며, 지가 등 토지정책을 효율적으로 수립·집행하기 위해 1988년에 토지기본법을 제정·운영하고 있다.

3. 區域區分制와 開發行爲許可制

일본은 1968년 「도시계획법」 개정을 통해 구역구분제와 개발행위허가제를 도입하였다. 여기에는 종래의 건축허가제만으로는 도시의 무질서한 확산 및 난개발을 방지하는 것이 불가능하여 그 때까지 시행하여 오던 용도지역제를 세분화하여 강화시킨 것이었다.

구역구분제는 도시계획구역을 이미 시가지를 형성하고 있는 구역 및 약 10년 이내에 우선적 또는 계획적으로 시가화를 추진하려는 시가화구역과 시가화를 억

제해야할 시가화조정구역으로 구분하는 것인데, 일종의 시차를 둔 도시계획으로서 시간적 지역제라는 동태적 개념을 도입한 것이다. 이 제도는 1968년에 개발허가제와 함께 도입된 제도로 당시 지방에서 대도시의 현저한 인구유입과 대도시 교외지역의 확산으로 무질서하게 개발되는 것에 대처하기 위해 도시계획구역을 시가화구역과 시가화조정구역으로 나누어 계획적인 시가화를 도모할 목적으로 도입되었다. 다만, 시가화조정구역에서는 원칙적으로 토지이용행위가 금지된다. 독일의 내부지역(innen-bereich)과 외부지역(aussen-bereich), 영국의 그린벨트, 우리나라의 개발제한구역과 유사제도로 이들 나라들이 비교적 엄격하게 운용하고 있는데 비해 일본의 구역구분제는 비교적 유연하게 운용하고 있다는 점이다.³⁹⁰⁾ 특히 최근에 와서는 1972-73년의 ‘토지붐(land boom)’ 당시에 시가화조정구역에 많은 토지를 비축해 두었던 대규모 민간토지개발자들의 집중적인 행정규제완화 요구대상지역의 하나가 되고 있다.

한편, 개발행위허가제는 이러한 구역구분제를 뒷받침하기 위하여 시가화구역 및 시가화조정구역에서의 개발행위는 광역지방정부인 현의 허가를 받도록 하는 제도이다. 시가화구역 내의 개발행위에 대하여 일정한 수준의 개발이 보장되도록 함과 동시에 시가화조정구역 내의 개발행위는 일정한 예외를 제외하고는 일체 금지하여 단계적·계획적으로 시가화를 진행하려는 목적으로 실시하고 있는 제도라 할 수 있다. 그리고 개발이익환수³⁹¹⁾를 위해서 개발부담금제와 수익자부담금제를 두고 있다.

개발행위허가제는 주로 건축물의 건축 또는 특정 공작물의 건설을 위한 목적으로 행하는 토지의 구획형질의 변경이 개발행위이므로 여기에서 말하는 개발행위란 소위 택지개발에 상당하는 것이라고 할 수 있고, 이러한 개발행위개념에 기초한 개발행위허가제는 건축행위 전 단계의 토지의 구획형질의 변경을 제한하려는 것이다. 즉, 개발행위허가제는 조성이라는 기성사실을 만들지 못하도록 사전

390) 서순탁, “외국의 토지이용계획제도”, 「지가정보」 4월호, 한국감정원, 1993, p. 53.

391) 이를 위한 과세적 방법으로 양도소득세와 지가세가 있으며 비과세적인 방법으로는 개발부담금제와 수익자부담금제를 두고 있다. 공공시설 투자에 따른 개발이익환수제도는 별도로 시행하고 있지 않으나 행정지도 성격을 띠고 있는 택지개발지도요강에 의해 지방정부의 공공시설 정비, 지방재정 확충 차원에서 개발부담금을 부과하고 있다. 개발부담금제는 일정한 개발행위에 따라 부수적으로 요구되는 공공 편익시설의 비용을 개발행위자에게 부담시키는 제도다. 수익자부담금제는 철도·버스 등의 교통망과 도로·공원·녹지와 같은 도시기반을 정비하기 위한 재원에 관해 정부가 수익자부담방식을 도입해 개발이익의 환수를 도모하는 것이다. 현재 이 제도가 가장 잘 이용되고 있는 분야는 도로관계와 하수도부문이다.

에 봉쇄하려는 목적을 가지고 있으며, 따라서 시가화를 억제하려는 목적으로 지정하는 시가화조정구역의 운용에 있어서 큰 기여를 하였다. 개발행위허가제는 시가화조정구역에서 뿐만 아니라 시가화구역에서도 큰 기여를 하였다.

용도지역제와 개발행위허가제의 차이를 살펴보면, 전자는 일단의 구역을 대상으로 하는데 반하여, 후자는 각각의 토지를 대상으로 한다는 점, 전자는 건축행위를 중심으로 하고 있으나 후자는 건축행위 전 단계의 토지의 형질변경을 대상으로 하고 있다는 점, 전자는 용도지역간의 형평성을 감안하여 사회적으로 용인될 수 있는 범위 내의 토지사용제한인데 반하여 후자는 일반적으로 개발행위가 금지된 것으로 전제한다는 점에서 차이가 있다. 시가화구역과 시가화조정구역의 구별은 원래 1968년 일본 도시계획법 개정시에 있었던 택지심의회에서는 기성시가지·시가화지역·시가화 조정지역·개발보류지역·보존지역의 5개로 논의되었으나 심의과정에서 개념상 혼란의 우려가 있는 개발보류지역이 제척되고 나머지 4개 지역 구분제도가 제안되었다. 그러나 의회입법과정에서 기성시가지와 시가화지역은 이를 시가화구역으로 묶고 시가화조정지역과 보존지역은 시가화조정구역으로 묶어 오늘날의 구역구분제로 확정된 것이다. 또한 영국의 계획허가제를 모델로 하여 건축행위를 포함한 광범위한 행위에 대하여 이를 개발행위로 규정하여 허가대상으로 삼고자 하였으나, 최종 입법과정에서 일정규모 이상의 토지의 구획형질변경에 국한하는 것으로 되었다고 한다.

시가화구역에서 이루어지는 1,000㎡ 미만의 개발은 개발행위허가대상에서 제외되며(도시계획법 제29조 제1호), 공익시설·공공기관에서 시행하는 개발사업·도시계획사업·토지구획정리사업 등도 개발행위허가를 요하지 아니한다. 소규모의 개발은 건축행위와 개발행위가 동시에 이루어지는 것이 일반적이고, 건축관계법에 의한 허가절차에서 필요한 기준이 충분히 확보되리라고 기대되었기 때문이다.

한편, 도시부현지사는 시가화의 상황에 따라 무질서한 도시화방지를 위해 필요하다고 인정할 경우, 구역을 정해 개발행위허가의 대상규모를 300㎡ 이상 1,000㎡ 미만의 범위에서 별도로 정할 수 있으며, 구역구분이 안 된 도시계획구역에서는 보통 3,000㎡ 이상의 개발행위가 대상이 되고 있으나, 시가화 상황으로 보아 특히 필요하다고 인정될 경우는 구역을 정해 300㎡ 이상 3,000㎡ 미만의 범위에서 그 규모를 도시부현규칙으로 정할 수 있다.

개발행위허가신청을 하고자 하는 자는 일정사항을 기재한 신청서를 도도부현 지사에게 제출하여야 한다. 신청서에 기재하여야 할 사항은 ①개발구역의 위치·구역 및 규모 ②개발구역 내 예정건축물의 용도 ③설계설명서 및 설계도 ④공사시행자 ⑤공사의 착수 및 완료연월일 등이다. 한편, 신청서에는 ①개발행위와 관련있는 공공시설관리자의 동의를 증명하는 서류 ②20ha 이상의 개발행위에 대해서는 공공시설관리자와 학교·수도·전기·가스·철도 등의 사업자와 협의의 결과를 보여주는 서면 ③개발구역위치도·개발구역구역도·토지관리자 상당수의 동의를 얻은 것이 증명되는 서류 ④설계도를 작성한 자의 자격을 증명하는 서류 ⑤시가화조정구역의 결정 당시 기득권을 갖고 있었으면 그 증빙서류를 첨부하여야 한다. 신청인은 공공시설의 관리자, 기타 정령에서 정하는 자와 협의하여야 할 의무를 부담하는데, 이는 개발행위에 의하여 설치되는 공공시설 적정화를 기하고 대규모 개발의 경우에는 각 정비계획에 큰 영향을 미치므로 사전에 협의를 거쳐 다른 계획 간의 조화를 도모하자는데 그 취지가 있다.

개발행위허가의 권한은 도시부현지사(지정도시의 경우는 지정도시의 장)에게 있으며, 도시계획법 제33조에 의해 개발허가권자로서의 도시부현지사 등은 개발행위허가신청이 있는 경우 동조 제1항 각호에 규정된 기준³⁹²⁾에 적합하고 신청수속이 적법한 경우 개발행위허가를 하도록 하고 있다.

第5節 小結

우리나라의 개발행위허가제는 영국의 계획허가제나 일본의 개발허가제와 비교할 때 유사한 점도 있으나 많은 점에서 차이가 있다. 각 국이 사용하는 토지구제 제도는 명칭을 달리한다 하더라도 결국은 계획적인 토지이용과 개발에 그 목적이 두어져 있다는 기본적인 점은 동일하다. 그러나 구체적인 제도의 체계나 내용

392) 도시계획법 제33조 제1항 상의 개발허가기준 항목은 다음과 같다 : 예정건축물의 용도, 도로·공원·광장·기타 공공공지 배수로 기타 배수시설, 수도 기타 급수시설, 지구계획 또는 연도정비계획과의 관계, 공공시설·학교·기타 공익시설 및 예정건축물의 용도 배분, 지반·옹벽 등, 재해위험구역 등 개발행위에 적합하지 않은 구역이 포함되지 않을 것, 수목의 보존·표토의 보존 등, 녹지대 기타 완충지대, 도로·철도 등에 의한 수송의 편리, 신청자의 자금·신용, 공사시행자의 능력, 토지관리자 등 상당수의 동의 등이다.

면에서는 다소 차이를 나타내고 있으며, 그 중요한 내용을 살펴보면 아래의 기술과 같다.

첫째, 우리의 개발행위허가제는 용도지역·지구·구역제를 보완하는 단순한 토지이용규제제도에 불과하지만 영국·미국·독일의 경우에는 토지이용제도의 기본 틀을 이루고 있다. 따라서 우리의 개발허가제와 이러한 나라의 제도를 비교해보면 그 위상은 물론, 기능과 작용면에서 큰 차이가 있게 되고, 그 결과 우리의 개발허가제는 단순지업적인 제도로서 각 공무원의 재량적인 운영에만 맡겨왔기 때문에 운용상의 난맥상을 야기할 수 밖에 없게 되었다.

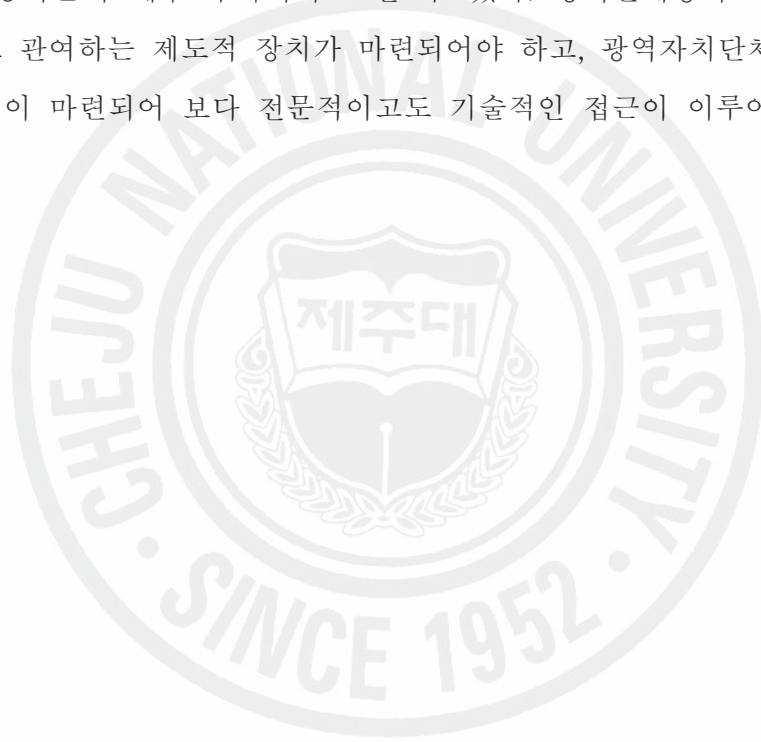
둘째, 우리나라와 영국은 적용지역에 제한을 두고 있지 않으나 일본의 제도는 적용지역을 한정하고 있다. 즉, 일본의 개발허가제는 원칙적으로 도시계획구역과 준도시계획구역을 적용범위로 하고 예외적으로 도시계획구역 밖을 대상으로 하나, 우리나라와 영국의 경우에는 적용지역의 범위를 제한하지 않고 도시와 비도시지역을 망라적으로 개발행위허가를 적용하고 있다.

셋째, 개발행위의 개념 규정에서 오는 차이로서 영국은 개발행위의 개념을 다원적으로 규정하여 이를 허가의 대상으로 하는 반면, 일본은 개발행위의 개념을 토지의 구획과 형질의 변경으로 한정하고 이를 허가의 대상으로 하고 있으나, 우리나라의 경우에는 개발행위의 개념을 규정함이 없이 곧바로 개발허가의 대상을 열거하고 있다. 그러나 우리의 방식은 개발행위의 개념이 정립되지 아니함으로써 운용상의 통일성이나 합목적성을 기대하기 어렵고, 그 결과 비리나 민원의 온상이 될 가능성이 높아진다는데 문제가 있다. 이는 개발허가제의 제도화에 대한 충분하고도 심층적인 법적 검토 없이 종래 도시계획구역 안에서 이루어졌던 일반적인 행위제한의 대상을 단순히 열거적으로 개발행위허가제의 대상으로 삼았기 때문이다.

넷째, 영국은 지방자치단체에게 재량을 부여하면서 지방의원으로 구성된 계획위원회가 허가여부를 결정하는데 반하여, 우리나라와 일본은 자치단체의 장에게 허가권을 부여하고 있다. 다만, 우리나라의 경우에 광역자치단체인 도는 개발행위허가에 관하여 원칙적으로 아무런 관여를 할 수 없도록 되어 있다는 점에서 일본과는 차이가 있는바, 개발행위로 인한 영향이 국지적이지 않을 뿐 아니라 개발허가제가 통일적이고 체계적으로 운용되기 위하여서는 오히려 광역지방정부에

게 이러한 권한을 부여하는 것이 타당할 것이다.

다섯째, 허가기준의 면에서 볼 때 우리나라는 기본적으로 도시계획에 적합하고 환경과의 조화를 기본축으로 각 허가대상별로 구체적인 허가기준에 저촉되지 아니하도록 하고 있다. 이에 비해 영국은 오히려 사소하고 경미한 개발을 용이하게 하기 위해 일반개발명령과 용도분류령을 제정하여 운용하고 있고, 일본은 기술기준과 입지기준을 설정하여 그에 맞게 개발행위를 하도록 유도하고 있다. 우리의 현행법상 허가기준은 외국에 비하여 상당히 전근대적이고 형식적·추상적인 것으로서, 계획적 개발을 위한 유도하는 기능이 부족하고 실무에서의 운용기준으로 제대로 기능하는데 매우 부족하다고 할 수 있다. 광역단체장이 개발행위허가에 적극적으로 관여하는 제도적 장치가 마련되어야 하고, 광역자치단체 단위의 개발 허가매뉴얼이 마련되어 보다 전문적이고도 기술적인 접근이 이루어져야 할 것이다.



第5章 開發行爲許可制의 問題點과 改善方案

第1節 開發行爲 概念定立

1. 概念定立

앞에서 살펴 본 새로운 개발행위의 개념과 현행 국토계획법상의 개발행위허가 대상과의 차이점을 국토계획법 제56조의 규정 순서에 따라 비교 검토하여 개선 방안을 다음과 같이 제시해 본다.

첫째, 현행법은 건축물의 건축이나 공작물의 설치 자체를 개발허가대상으로 하나, 새로운 개념에서는 이러한 행위 자체는 개발허가의 대상이 되지 아니하고 다만, 이를 주된 목적으로 하는 토지의 분할·형질변경 또는 용도변경이 대상이 된다. 새로운 개념에 의하는 경우 건축허가는 당연히 개발행위허가에서 제외된다. 그 이유는 현행법에 의하는 경우에 건축허가(건축행위)가 원칙적으로 개발행위허가(개발행위)와 중복되고 구별되지 아니한다는 점에서 근본적인 문제가 있다. 현행 건축법 제8조 제6항 제3호는 건축허가를 받으면 국토계획법상의 개발행위허가를 받은 것으로 의제하고 있는바, 국토계획법 별표1의 개발행위허가심사기준은 대부분 건축물의 건축에 관한 사항임에도 불구하고, 토지형질변경이 수반되지 않는 한 건축물의 건축은 개발행위허가의 심사대상에서 완전히 제외되기 때문에 결국 토지형질변경에 관한 개발행위허가 심사시 상세한 건축계획이 함께 제출되지 않으면 분야별 개발행위허가의 심사기준은 사실상 무용지물에 불과하다는 것이다. 개발행위의 대부분이 건축행위를 전제로 하거나 건축행위와 밀접한 불가분의 관계에 있음에도, 건축행위에 대하여는 건축허가만으로 개발허가를 받은 것으로 의제한 결과, 결국은 개발행위의 당초 도입목적 조차 퇴색하게 된 것이라 할 수 있다. 새로운 개념에 의하면 토지의 형질변경시에도 원칙적으로 주된 목적이 무엇인가를 탐구하여야 하므로 이와 같은 심사가 개발행위에 대한 허가시에 필연적으로 고려되어야 하는 것이다.

둘째, 현행법은 토지의 형질변경은 개발행위허가의 대상으로 삼으면서 한편으로 “경작을 위한 토지의 형질변경은 제외한다”라는 규정을 두고 있으나, 새로운 개념에 따르면 토지의 형질변경은 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 경우에 국한되므로 경작을 위한 토지의 형질변경은 당연히 제외되게 된다.

셋째, 현행법은 토석의 채취를 개발행위허가의 대상으로 하고 있으나, 새로운 개념에 따르면 토석의 채취는 개발행위허가의 대상이 아니다. 토석의 채취는 「광업법」이나 「산지관리법」 등에 의하여 규율하면 충분하고, 개발허가의 대상을 지나치게 확대하는 것을 경계하여야 한다는 측면에서 이를 개발행위의 개념에 포함시킬 필요는 없다고 본다.

넷째, 현행법은 “녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역 안에 물건을 1월 이상 쌓아놓는 행위”를 개발행위허가의 대상으로 하고 있으나, 새로운 개념에 의하면 이는 개발행위허가의 대상이 아니다. 자연녹지 등에 물건을 장기간 적치하는 행위는 사회환경이나 자연환경상 당연히 규제되어야 할 것이나, 이는 소극적 경찰허가의 문제로 다룰 것이지 적극적 계획의 의미를 내포하고 있는 개발행위의 개념에 포함시킨다면 개발행위라는 일반적 의미와도 상이하고, 일선에서 개발허가제를 운영하는 공무원의 입장에서도 개발허가제의 목적과 의의에 혼란을 초래케하여 개발허가제를 도입한 원래의 취지를 훼손함은 물론 행정력과 예산 낭비 등의 원인을 제공하게 될 것이다.

다섯째, 현행법상으로는 토지의 용도변경은 개발허가의 대상에 포함되지 아니하나, 새로운 개념에 의하면 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 용도변경은 개발행위허가의 대상이 된다. 토지의 용도변경은 대체로 토지의 형질변경을 수반하기 때문에 토지의 용도변경만에 해당하는 경우가 그리 많지 않을 것이지만, 토지의 용도변경 그 자체가 토지의 이용목적 변경을 의미하는 것이므로, 이를 개발행위허가의 대상으로 삼는 것이 바람직할 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 그 동안 사용되어 온 개발행위개념으로 인하여 일반 국민들은 규제받지 않아도 될 개발행위를 위반할 경우 사유재산권의 지나친 간섭³⁹³⁾은 물론 과도한 형벌³⁹⁴⁾이나 과태료³⁹⁵⁾가 과하여지는 등 범법자를 양성하는

393) 제주지방법원판결 2007. 6. 13. 2006구합815 (토지분할신청거부처분취소).

우려의 문제도 해소될 것이다. 나아가 장래 국제화시대를 대비할 수 있는 개발행위개념설정이 필요하다고 본다.³⁹⁶⁾

2. 開發行爲許可制의 位相定立

개발행위의 개념정립을 위하여서는 무엇보다도 우리가 개발행위와 개발행위허가제를 도입하게 된 배경 및 동기 내지는 목적이 무엇인가부터 연구되어야 할 것이다. 우선, 개발행위허가제를 도입하게 된 배경은 오늘날의 각종 난개발 및 환경침해를 방지하고자 함에 있다. 이러한 개발행위를 종래의 단순한 건축허가 등 경찰허가에 의하여 허용하는 경우, 법이 정하는 최소한의 규제기준을 충족하는 경우에는 이러한 허가를 해주어야 하기 때문에 난개발이나 환경침해를 방지할 수 없다. 그렇다고 모든 개발행위를 지구단위계획과 같은 행정계획에 의하여서만 허용하는 경우에는 결국 국토 전부에 대하여 세부적인 계획을 마련하여야 한다는 결론이 되어 도저히 취할 바가 되지 못하는 것이다.

여기에서 우리는 개발행위허가제가 행정계획과 개별 경찰허가와 의 중간영역에 속하는 것으로 규정하는 것이 옳바르다는 결론을 도출할 수 있다.

이와 같은 전제하에 정립되는 개발행위의 개념은 우리의 토지이용제도에 상응하는 것이어야 하고, 국토의 보전과 개발이 조화를 이루면서 지속가능한 개발이

394) 국토계획법 제140조 (별칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제56조 제1항 또는 제2항의 규정에 위반하여 허가 또는 변경허가를 받지 아니하거나 사위 그 밖의 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받아 개발행위를 한 자.

395) 국토계획법 제144조 (과태료) ②다음 각 호의 1에 해당하는 자는 500만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제56조 제4항 단서의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자

396) 우리나라의 경우 도시개발구역·주거환경정비구역 등 많은 도시관리계획구역나 개발제한구역으로 지정되면 건축행위·별목·토사채취·토지분할 등 각종 토지의 개발행위가 제한되지만 이에 대해 보상을 하지는 않고 있다. 또, 아파트와 같은 공동주택을 건설할 때, 진입도로·학교·심지어 고속도로 인터체인지까지 각종 기부채납을 요구하고 있다. 우리나라가 당연하게 받아들이는 이런 행위가 모두 ‘규제적 수용’이 된다면 우리나라는 얼마나 많은 보상을 해야 할지 유사한 사례를 보면 헌법재판소가 장기 미집행 도시계획시설부지(도시계획에 넣어 놓고 실제로는 집행하지 않은 토지)에 대하여 토지소유자가 정부에 대하여 매수청구권을 행사할 수 있도록 결정을 한 사건이다. 이 때 정부는 이 판례에 따라 필요한 토지매수비용이 124조원 정도로 추정했다. ‘간접 수용’의 도입은 물론 그 이상이다. 한미FTA 하에서 현재처럼 국토를 이용한다면 이 정도의 천문학적 예산이 뒤따라야 하는 것이다. 한미FTA는 한발 더 나아가, ‘규제적 수용’ 정도가 아니라 ‘간접 수용’ 까지 인정하고 있다. ‘규제적 수용’은 정부정책이 개인의 재산권에 대한 규제와 제한을 의도한 것이지만, ‘간접 수용’은 정부정책이 이러한 재산권에 규제와 제한을 의도한 것이 아니라도 정부정책의 결과(법률용어로 반사적 작용이라고 한다)로 재산권에 대한 규제와 제한이 생기는 경우까지 포괄한다.

이루어질 수 있는 내용으로 구성되어야 한다.

그 다음에 위와 같은 위상에 비추어 개발행위의 대상을 무엇으로 할 것인가가 결정되어야 하며, 개발행위의 개념도 이를 포섭할 수 있어야 할 것이다.

아울러 도시지역은 물론 비도시지역에서 개발을 어떠한 방향으로 유도하고 관리할 것인가, 즉 개발행위허가제의 기능적 측면도 고려하여 개념을 설정하여야 할 것이다. 이와 같은 관점에서 각각의 문제에 따른 방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 개발허가제가 어떠한 위상을 갖는 것으로 할 것인가의 문제는 개발허가제와 토지이용제도와와의 관계를 명확히 하기 위한 것으로서, 영국이나 일본과 같이 토지이용제도의 하나로 구성할 것인가, 아니면 단순히 토지이용을 규제하기 위한 허가제로 구성할 것인가이다. 우리나라는 도시와 비도시를 막론하고 용도지역이 지정되어 있다 하더라도 계획적 개발이나 난개발을 방지할 수 있는 제도적 장치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때 개발허가제는 당해 토지의 개발을 결정짓는 처분으로 중요한 의미를 갖는다. 따라서 개발허가제는 보다 계획적인 토지이용과 개발을 도모하기 위해 토지이용제도로서 위상을 부여하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 개발허가제가 용도지역제를 바탕으로 하는 기본 틀에서 제도화가 이루어질 때 용도지역제를 보완하는 정책수단으로서 기능을 갖는 한계를 지닐 수 밖에 없다.

둘째, 개발허가의 대상을 어떠한 행위로 할 것인가의 문제에 관하여는, 개발허가의 대상은 개발이 전형적이라 할 수 있으나, 개발은 다른 용도로의 사용을 목적으로 하는 경우도 있고, 현재의 용도로 사용하기 위해 개발하는 경우도 있을 수 있다는 점에서 위 두 가지 경우로 나누어 볼 수 있다.

일반적으로 개발허가는 양자를 모두 대상으로 할 수 있으나, 개발허가제의 특성에 비추어 볼 때 현재의 용도로 개발하는 것까지 포함할 필요는 없다. 이와 같은 관점에서 개발허가의 대상은 용도변경을 허가대상으로 하되, 동일 용도로의 용도변경은 포함되지 않도록 하여야 할 것이다.

셋째, 토지관리를 위해 개발허가제가 어떻게 기능하도록 할 것인가의 문제인바, 토지관리를 위해 개발허가제가 어떻게 사후적 관리로 구분할 수 있으며, 전자는 통상 용도지역·지구·구역의 지정과 토지이용규제에 의해 이루어지는 반

면 후자는 이들의 이행을 담보하기 위해 이행강제와 행정벌에 의해 이루어진다. 그러나 용도지역 등이 지정된 토지에서 개발행위는 사전적 관리와 사후적 관리의 중간에 위치하기 때문에 이들 관리에는 속하지 않으나, 사전적 관리에 바탕을 두고 이루어지며, 이를 위반하였을 때 사후관리의 대상이 된다. 한 필지에서 이루어지는 개발행위는 사업에 의하든 개발허가에 의하든 토지이용규제와 불가분의 관계를 지니고, 개발행위는 기반시설의 설치를 수반함으로써 토지관리의 수단으로 기능한다. 따라서 개발행위의 개념은 사전적 관리를 바탕으로 설정되어야 하며, 토지관리를 효율화하기 위하여 대상과 범위를 명백히 하여야 한다.

第2節 開發行爲關聯 行政計劃改善

1. 開發行爲 關聯計劃 基本體系

개발행위와 관련된 법적 근거가 되는 국토기본법에서는 국토종합계획이 다른 계획에 우선하고 도 종합계획과 시·군 종합계획의 기본이 되며 지역계획과 부문별계획도 국토종합계획과 조화를 이루어야 한다고 규정하고 있다. 하지만 기본·조화·우선이 된다는 규정을 조율할 만한 실질적인 수단이 없는 실정이다. 지역계획과 부문별계획이 도시기본계획간의 관계정립이나 연계에 대한 분명한 기준을 두어 통합된 국토계획법의 특성과 연계를 이루도록 해야 한다. 그리고 광역도시계획의 위계를 도시기본계획과는 차등화시킬 필요가 있다. 광역도시계획이 상위계획의 지침을 수용하고 도시기본계획과 도시관리계획에 가이드라인을 제시할 수 있도록 구체적인 집행력을 갖는 것이 필요하다.³⁹⁷⁾ 도시기본계획과 도시관리계획은 성격이 전혀 다른 계획이므로 명백히 밝힐 필요가 있다. 하위법규정이거나 하위계획을 상위계획에서 포괄적으로 갈음하는 것은 법적으로나 실무적으로 적절하지 않고 시행가능성도 희박한 입법 미비성 규정이다.³⁹⁸⁾ 만일 시군 종합계

397) 국토계획법 제25조 (도시관리계획의 입안) : ①도시관리계획은 광역도시계획 및 도시기본계획에 부합되어야 한다.

398) 피석현, 전게서, p. 10.

획을 단기적·집행적·구속적 성격의 도시관리계획을 의미한다고 해석하면 종합 계획수립과는 전혀 다른 절차와 과정을 거쳐야 한다. 자칫 장기적인 종합계획을 도시관리계획으로 갈음하는 경우가 발생할 수 있어 종합계획의 부재를 초래할 수 있기 때문이다. 또한 장기적·지침적·비구속적 성격의 도시기본계획으로 해석하는 경우에도 도시기본계획의 성격을 정책계획으로 규정할지 물리적 공간계획으로 규정할지 논란의 소지가 있으며,³⁹⁹⁾ 나아가 도시기본계획이나 도시관리계획이 결정되지도 않는 상태에서 개발행위의 허가기준으로 작동하도록 하는 것은 체계적인 관점에서 바람직하지 않아 이에 대한 개선이 필요하다.

그리고 현행 개정법에서는 기존 국토이용관리법의 준도시지역과 준농림지역을 관리지역으로 명칭만 바꿨을 뿐, 도시지역과 비도시지역의 이원화 체계가 남아있다.⁴⁰⁰⁾⁴⁰¹⁾ 그러다 보니 비도시 관리지역(과거 준농림지역과 준도시지역)에 대한 토지이용 및 용도변경이 덜 엄격하여 과거와 같은 난개발의 우려를 여전히 안고 있다. 이는 국토의 난개발을 막아보겠다⁴⁰²⁾는 「국토기본법」과 「국토계획법」의 제정 의도를 제대로 달성하지 못하고 있다.⁴⁰³⁾ 현행법이 기존의 국토이용관리법과 도시계획법의 통합으로 전 국토를 일원화된 법체계로 관리하고자 한다면, 장기적으로는 토지이용계획도 일원화하여 이에 바탕을 둔 개발행위가 되어져야만이 진정한 의미의 일원화가 이루어 질 수 있다.⁴⁰⁴⁾

도시관리계획수립시에 토지적성평가결과를 반영하는 것으로 되어 있지만⁴⁰⁵⁾ 현실적인 문제들이 있다. 평가자체가 복잡하여 일반인이 이해하기에 어려우므로 단순화하고 일반화하여 이해하기 쉽게 만들 필요가 있다. 그리고 지자체마다의

399) 김상조·김재정, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률체계의 출범과 향후 과제”, 「국토」통권 제255호, 국토연구원, 2003. 1, p. 75.

400) 임창호, “토지이용계획제도 개선방안”, 「토지연구」제10권, 한국토지공사, 1999, p. 21.

401) 종래 도시지역의 토지이용은 「도시계획법」이 규율하고, 비도시지역의 토지이용은 「국토이용관리법」이 규율하고 있었기 때문에 도시와 비도시가 이원적으로 관리되고 있었다. 이들 법률을 통합한 국토계획법은 형식적으로는 도시와 비도시를 일원화하였다고 할 수 있다. 그러나 용도지역의 구분이 도시지역과 비도시지역(관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역)으로 구분되고 있어 실제에 있어서는 종래와 크게 다를 바 없다.

402) 하성규 외, 「현대도시와 사회」, 형설출판사, 2000, p. 394.

403) 국토연구원, 「토지이용규제 정비방안 연구」, 1999. 4, p. 15.

404) 석중현, “토지이용규제법제의 개선방안”, 「토지연구」제5·6월호, 한국토지공사, 1996, pp. 25-29.

405) 건설교통부, 「토지의 적성평가에 관한 지침」, 2005. 5, p. 1.

사회·경제·문화적 여건에 따라 기준이 다를 수 있으므로 판단의 근거가 되는 기준을 객관적이고 합리적인 기준으로 설정하는 것이 중요하다. 평가결과는 내용상 도시기본계획단계에서도 필요한 것으로서 각 지자체는 도시기본계획에 앞서 다른 기초조사와 더불어 실시하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

개발행위허가는 개발사업 대상지에 적절한 기반시설이 없는 경우 그 기반시설을 수익자부담으로 시설한다는 조건으로 개발을 허가하겠다는 취지를 담고 있다. 종전 도시계획법에 적용하던 개발행위허가 요건을 강화하여 도시지역과 비도시지역 모두를 ‘선 계획-후 개발’의 원칙에 의해 관리하고자 한 것이다. 그러나 ‘선 계획’의 범위가 주변지역을 포함한 포괄적인 계획이 아닌 단위 개별단지만의 기반시설확보계획에 그치고 있어 여전히 난개발을 방지하기 위한 근본적인 대책이 절실하다.⁴⁰⁶⁾

2. 體系的 開發을 爲한 手段

새로운 개정법에서는 비도시지역에서 이루어지는 일정규모 이상의 모든 토지의 개발은 제2종 지구단위계획을 수립하여 그 내용대로 건축물이나 외부환경을 조성하게 하고 있다. 이렇게 수립하여 조성된 계획구역은 주거형의 경우, 거의 도시지역의 기준시가지에 못지않은 개발이 일어날 수 있을 것으로 판단된다. 그럼에도 용도지역은 여전히 계획관리지역으로 남을 전망이어서 언제까지 이러한 지역들을 비도시지역으로 관리할 것인가에 대한 논란이 이어질 것으로 보인다. 따라서 지방자치단체의 자율성과 융통성을 부여하되 책임성을 명확히 하여 도시적 개발과 농촌적 개발에 대한 정의와 규모·특징에 대한 규정이 우선되어야 할 것으로 판단된다.⁴⁰⁷⁾

기반시설연동제에는 개발밀도관리구역과 기반시설부담구역이라는 2가지 제도를 포함하고 있다고 앞서 언급했었다. 개발밀도관리구역제를 주거·상업·공업지역에 한정하여 지정할 수 있게끔 하고 있으나 이외 지역에 대해서도 그 지정기준을 정하여 합리적인 적용을 통해 사전에 난개발확산을 예방할 수 있어야 할

406) 체미옥 외, 전계논문, p. 120.

407) 한국도시설계학회, 「관광·휴양형 지구단위계획 제주심포지엄」, 2007. 2, p. 69.

것이며, 기반시설설치비용 역시 부과대상을 법령에서 일률적으로 정함에 따라 국토의 균형발전에 지자체의 재량권이 배제됨으로서 계획실행에 경직성을 초래할 우려가 있어 이러한 부분들에 대한 심도 있는 연구가 조속히 시행되어야 할 것으로 보인다.

이 밖에 새로운 국토체계의 운영측면에서도 우선 운영비용이 만만하지 않다는 것이다. 종전에는 수립하지 않아도 되었던 도시기본계획을 군지역에도 수립하여야 하며, 더욱이 그것의 몇 배에 해당하는 비용으로 도시관리계획을 수립하여야 한다는 점이다. 재정상태가 취약한 시·군으로서는 여간 부담스러운 일이 아닐 수 없을 것이다. 또한 도시기본계획에서도 새로운 개정법에 따라 강조된 기초조사와 경관 및 미관계획의 구체적인 수립은 비용의 상승으로 이어지고, 토지적성평가의 비용도 무시할 수 없는 것으로 보여진다. 이와 더불어 새로운 개정법체계는 앞서 언급하였듯이 지자체의 판단을 요구하는 사항이 많을 뿐만 아니라 비도시지역의 관리업무가 도시관리담당으로 넘겨짐에 따라 전문인력 및 인력부족이라는 문제에 봉착하게 될 것으로 보인다. 법에서는 도시계획상임기획단을 운영할 수 있는 근거를 마련하여 주고 있지만, 취약한 재정이나 지자체의 여건이 그것을 운영하기에 쉽지만은 않을 것이기 때문이다. 또 지자체에서 결정할 많은 부분들이 각 도시계획위원회에서 결정하여야 할 것들이기 때문에 도시계획위원회의 역할 및 업무량이 점점 증대되고 있다. 그러나 상임이 아닌 도시계획위원회의 위원들이 얼마만큼 성의있게 도시계획의 중요한 안건을 처리해줄 수 있을 것인지의 문이다. 더구나 전문적인 인력이 부족한 지방 시·군의 경우 확대된 도시계획위원회의 규모를 채울 수 있을지에 대해서도 지속적인 연구과제다.

우리나라의 개발행위허가기준 등에 중요한 요소로 작용하고 있는 용도지역·지구제에 대한 관련법령이 지나치게 복잡다기화되어 있어 법령 간 서로 상충하는 문제가 발생하며, 국토계획체계와 기타 관련 계획 간의 수평적·수직적인 연계가 미흡하여 많은 혼선이 야기되고 있어⁴⁰⁸⁾ 기업생산성 저하 및 국민생활의 불편요인으로 작용하고 있는 것이다.⁴⁰⁹⁾ 즉, 토지의 효율적 이용을 유도 내지 지도해야 할 관련법령들이 오히려 토지이용을 어렵게 하여 결과적으로 토지이용의

408) 조석주, “도농복합형태시의 운영성과분석”, 한국지방행정연구원, 1996, p. 25.

409) 류해웅, “용도중심과 계획중심의 토지이용제도 비교”, 「법제」 통권 제587호, 2006. 11, p. 83.

효율성을 저하시키고 능률적인 관리행정에도 걸림돌이 되고 있다고 보는 시각이 사회 여러 부문에서 제기되고 있는 것이다.⁴¹⁰⁾ 용도지역제에 관련된 한계를 보면 법령상 규정되어 있으나 실제 지정실적이 없는 지역·지구, 도입 초기에 일부 지정된 후 추가 지정이 없는 지역·지구, 국지적으로 지정되어 지정취지를 살리지 못하는 지역·지구, 지정된 실적은 있으나 지정의 실익이 적은 지역·지구, 지나치게 세분되어 있거나 다른 법률로 수용 가능한 지역·지구, 지정의 공간적 범위를 다른 법률에 의한 지역 등에 의존함으로써 별도의 지정절차가 불필요한 지역·지구 등을 현실성 있게 과감히 정비 또는 폐지하여야 한다. 개별법에 의한 개별구역의 명칭이 국토계획법에 의한 용도지역과 유사하기 때문에 전통적인 용도규제와 혼란을 일으켜 지역·지구의 정책목표와 내용을 명확하게 전달하지 못한 점이 있어 일반 국민들은 토지에 대한 규제가 과도한 것으로 생각할 수 밖에 없는 실정이다.⁴¹¹⁾ 따라서 개별법에 의한 개별구역의 개편은 불가피한 일로 이를 어떻게 정비할 것인가에 대한 문제가 따른다.⁴¹²⁾

우선, 「국토계획법」에 의한 용도지역을 제외한 개별법에 의한 개별구역의 명칭은 전통적인 용도지역과의 혼선을 피하기 위해 지역·지구·구역이란 명칭의 사용을 배제토록 하여야 할 것이다.⁴¹³⁾ 용도지역·지구제의 평가기능 강화방안 중의 하나가 일몰제이다. 일몰제는 정부의 조직·법규·사업·예산 등에 대해 폐지기한을 정하고 주기적으로 정부의 일을 평가한 뒤 재승인 절차를 통과하지 못하는 경우 자동적으로 종결시키는 제도라고 말할 수 있다. 이를 용도지역·지구제에 도입하면 새로이 지역지구를 지정하는 경우, 지정기간을 설정하여 지정기간 만료시 재지정이 없으면 자동 해제된 것으로 하는 것이다. 다만, 개별구역 중 약 반 정도가 지적고시가 되고 있지 않은 점을 감안한다면 지역지구에 대한 사후평가를 주기적으로 실시하여 일정한 기간 내에 실제 개별구역의 지정이 없을 때에는 그 기간이 만료할 때 지역지구에 관한 규정이 실효된 것으로 간주하는 실효제를 적극적으로 도입하는 것이 바람직할 것이다.⁴¹⁴⁾

410) 최혁재, “토지이용규제 표준화방안 연구”, 국토연구원, 1999, p. 11.

411) 채미옥 외, 전계논문, p. 103 ; 국토연구원, 전계서, p. 4.

412) 정희남·채미옥, “지역지구제의 행위규제 분석연구(I)”, 국토연구원, 2002. 11, p. 5.

413) 정희남, “토지이용규제 합리화방안 추진전략”, 「정책토론회자료」, 국토연구원, 2003. 9, pp. 34-35.

우리나라 용도지역·지구제는 토지에 대하여 전국적으로 획일적인 적용을 하는 것을 지양하고 지역의 실정이나 지구의 특성을 살려 탄력적인 적용을 도모해 나가야 할 것이다. 국토계획법에 의해 관리지역을 중심으로 건축물의 용도제한이 허용행위열거방식으로 전환되고 전반적으로 밀도제한 역시 크게 강화된 것은 매우 고무적인 일이다. 그러나 앞으로 허용행위열거방식을 운영하는 과정에서 여건 변화에도 불구하고 토지이용이 경직되게 이루어지는 등의 부작용을 최소화하기 위해서는 허용행위의 범위에 대한 주기적인 검토가 요구된다. 나아가 허용행위열거방식과 금지행위열거방식과 관련, 우리나라 실정에 적합한 용도제한 방식을 구축해 나가기 위해서는 실제 허용행위열거방식의 운영실태를 면밀히 모니터링하고 평가해 보는 작업이 중요할 것이다. 또한, 밀도제한 방법에 있어서는 건폐율과 용적률의 적정성에 대한 검토가 필요하다. 도시별 규모, 지역의 특성 및 환경 등에 따라 건폐율과 용적률을 차등 적용할 수 있는 연구가 시급하게 이루어져야 할 것으로 보인다.

주민참여는 권리보호의 기능만이 아니라 민주적 기능을 아울러 지니고 있으며, 참가절차는 공정하고 타당한 행정결정의 보장에 있으므로 행정의 결정과정에 있어서 이해조정, 당해 결정내용의 합리성과 타당성의 확보와 민주화를 도모하기 위한 절차법리의 하나로 이해할 수 있다. 용도지역 결정에 주민의 의견을 청취하고자 할 경우 당해 지역의 2이상의 일간신문에 공고하는 현행 제도를 보완할 필요가 있다. 토지소유자가 다른 지역에 거주할 가능성을 고려하여 전국을 주된 보급지역으로 하는 일간신문과 당해 지역을 주된 보급지로 하는 일간신문에의 게재를 병행하도록 하고, 시행청의 홈페이지 등을 통한 적극적 홍보, 필지 소유자별 개별통지, 이해당사자의 개별통보 병행 등을 통한 적극적 주민참여를 유도할 필요가 있다 하겠다. 또한, 공청회의 과정에서 제시된 주민의 의견이 합리적으로 타당하다고 인정되는 때에는 제출된 이해관계인의 의견이 합리적이고 타당할 지라도 계획행정청의 자의에 맡겨져 그 반영이 배제되는 경우를 막기 위한 제도적 장치가 필요한 것이다.

414) 국토해양부는 2008. 6. 4. 토지이용규제심의회를 개최하여 복잡다기한 토지이용규제를 단순화·투명화하기 위해 2005. 12 연도별 토지이용규제 평가제도가 도입된 이래, 처음으로 「지역·지구 등에 대한 행위제한내용 평가서」를 심의한 바 있다.

第3節 開發行爲許可의 申請과 基準

1. 許可의 申請

개발행위허가신청은 허가의 필요조건이며 원칙적으로 개발을 원하는 상대방의 신청에 의해 행해진다. 「국토계획법」 제57조 제1항도 “개발행위를 하고자 하는 자는 당해 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해방지·환경오염방지·경관·조경 등에 관한 계획서를 첨부한 신청서를 개발행위 허가권자에게 제출하여야 한다”고 규정하여 신청이 허가의 필요요건을 명시하고 있다. 논자에 따라서는 신청이 허가의 필요요건이 아니라는 주장을 하고 있으나, 일반적으로 필요요건으로 보고 있다.⁴¹⁵⁾ 개발행위허가의 신청이 있을 때에는 허가 또는 불허가 처분을 하여야 하고, 불허가 처분의 경우에는 그 사유를 신청인에게 통지하여야 한다. 허가신청에 불허가처분의 사유는 당해 불허가 처분이 행정절차법상 침익적 처분의 사전통지에서 요구되는 이유제시인지, 아니면 모든 처분의 발령시 요구되는 이유제시의무의 일환인지에 상관없이 신청인에게 통지하여야 하는 법적인 의무라고 보는 것이 타당하다.

허가권자인 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 15일(도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하거나 관계 행정기관의 장과 협의를 하여야 하는 경우에는 심의 또는 협의기간을 제외한다) 내에 허가 또는 불허가의 처분을 하여야 한다. 신청인의 개발행위허가신청에 대하여 허가행정청은 신속히 처분하여야 할 의무가 부과되며, 이를 위해 처리기간을 설정하여 공표할 의무를 부담한다.⁴¹⁶⁾ 처리기간의 설정·공표가 신청인의 예측가능성을 확보하고 개발 신청인 부담을 완화하는 긍정적 기능을 함에 비추어 처리기간을 명시하는 것이 합리적이다.⁴¹⁷⁾

한편 신청 후 허가가 있을 때까지 당해 개발행위를 중지하고자 하는 경우 신청행위의 취하(정확하게 신청의 철회)를 할 수 있고, 허가를 취하하였을 때 그

415) 송현담, 전계논문, p. 198 이하.

416) 행정절차법 제19조 (처리기간의 설정·공표) : ①행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.

417) 김병기, 전계논문, p. 64.

이후의 허가신청은 중복신청이 되지 아니한다. 그러나 개발행위가 착수된 후 중지할 때는 허가를 취하할 수 있는 것으로 볼 수 있는가에 대하여는 논란의 여지가 있다.

법리논적으로는 공사 중지시에도 취하를 하거나 폐지신고에 의해 당해 허가가 없었던 것으로 할 수 있을 것이다. 그렇지만 개발행위허가는 개발행위를 수반하므로 개발을 착수한 후에 중지하면 환경훼손을 초래하게 된다. 이러한 경우를 대비하기 위해 이행강제금(보증금)을 부과하고, 원상회복과 「행정대집행법」에 의한 대집행을 제도화하고는 있으나 이에 대하여는 현실성있는 정비가 필요하다.⁴¹⁸⁾ 그리고 허가신청에 대한 보완 및 반려시에는 법령근거를 제시하도록 의무화하는 내용을 포함하여야 할 것이다.⁴¹⁹⁾

2. 許可의 基準

구 도시계획법에서는 과거 토지의 형질변경 등 행위허가기준 등에 관한 규칙에 정한 허가기준이 개발행위허가기준으로 도입되면서 도시계획의 내용에 배치되지 아니할 것, 도시계획사업의 시행에 지장이 없을 것이라는 원칙 하에 허가시에는 도시계획사업의 시행에 지장을 주는지의 여부에 관하여 당해지역에서 시행되는 도시계획사업의 시행자의 의견을 듣도록 하고, 기타 개발행위허가의 기준에 관한 세부사항은 대통령령이 정하는 범위 안에서 지방자치단체의 조례로 정하도록

418) 국토계획법 제60조 제3항은 개발행위허가를 받지 아니하고 개발행위를 하거나 허가내용과 다르게 개발행위를 한 경우에 원상회복을 명할 수 있고 동조 제4항에서는 위 명령을 받은 자가 원상회복을 하지 않은 경우에는 대집행을 할 수 있도록 규정하고 있으나, 위 규정은 개발행위를 중단하거나 철회한 경우에 직접 적용하기에는 법문상 무리가 있다.

419) 행정심판 2007. 10. 1. (개발행위허가신청 불허가처분 취소청구) 청구인은 2007. 4. 4. 피청구인에게 ○○군 ○○면 ○○리 401-4번지 외 2필지 27,183㎡(농지 21,105, 임야 6,078) 지상에 동·식물관련시설(돈사 및 퇴비사, 건축면적 6동, 4,919㎡) 용도의 건축물을 신축하기 위해 개발행위허가를 신청하였으나, 이에 대하여 피청구인은 민원조정위원회를 개최하여 돈사 건립예정지가 기존 자연마을 인근 상류에 위치하고 있어 인근 농경지와 하천오염은 물론 심한 악취 등으로 인한 파리, 모기 발생으로 마을 주민들의 일상생활에 불편을 줄 뿐만 아니라 자연환경의 파괴가 우려된다는 사유를 들어 2007. 5. 31. 불허가 처분을 하자, 이 사건 처분의 취소를 구하는 심판을 청구한 사건으로 피청구인은 이 사건 불허가처분시 그 처분의 근거를 제시하지 아니하여 행정절차법에 반하는 처분을 하였으며, 그 구체적인 불허가처분 사유에 해당하는 환경오염의 위험성과 관련해서는 청구인으로서 ○○면농지관리위원회로부터 피해방지계획의 수립을 확인받았으며, 추후에라도 환경오염이 발생되면 얼마든지 그 피해를 최소화하고 예방할 계획이다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 막연히 장래 환경오염이 예상된다는 이유와 인근 몇몇 주민들의 반대가 있다는 이유만으로 개발행위허가를 불허하여 청구인의 재산권행사 등에 막대한 지장을 초래하고 있으므로 마땅히 피청구인의 이 사건 불허가처분을 취소하여야 할 것이다 라고 심판한 사례.

록 하였다(폐지된 도시계획법 제49조). 이러한 기준은 국토계획법의 제정과 함께 용도지역별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 개발행위의 규모에 적합할 것, 도시관리계획의 내용에 배치되지 아니할 것, 도시계획의 내용에 배치되지 아니할 것, 도시계획사업 시행에 지장이 없을 것, 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경 또는 경관과 조화를 이룰 것, 기반시설의 설치⁴²⁰⁾ 또는 그에 필요한 용지의 확보계획이 적정할 것 등을 기본적인 기준으로 제시하고 있다(법 제58조 제1항). 한편 법시행령 별표1에서는 개발행위의 분야를 유형별로 세부적인 허가심사기준을 제시하고 있음에도 불구하고 위 법령에서 제시한 기준은 실무운동에 있어서는 이를 그대로 적용하기에는 구체성이 현저히 부족하고, 기준이 뚜렷하지 못할 뿐 아니라, 개발행위허가제의 원래 목적인 난개발 방지나 환경침해 방지 등의 적극적 목적은 물론 종합적인 방안을 다루지 못하고 있는 실정이다.⁴²¹⁾ 이러한 기준은 입지기준과 기술기준으로 나누어 생각하여 볼 수 있는데, 입지기준은 그 성격상 획일적으로 확정할 수 없을 것으로 보아 도시기본계획과 도시관리계획 등 계획의 형태로 구체화하여 제시되어야 할 것이고, 기술기준은 개발행위허가제운동의 일관성과 형평성을 확보하기 위해 지역실정에 맞는 조례로서 제시되어야 할 것으로 본다.⁴²²⁾

第4節 開發行爲許可의 承繼와 附款

1. 許可의 承繼와 變更

420) 국토계획법시행령 제56조 관련 [별표1]에서는 개발행위허가기준으로서 분야별 검토사항과 개발행위별 검토사항을 구분하고 있으며, 분야별 검토사항은 ①공통분야 ②도시관리계획 ③도시계획사업 ④주변지역과의 관계 ⑤기반시설 ⑥그 밖의 사항에 대한 허가기준을 규정하고 있고, 개발행위별 검토사항은 ①건축물의 건축 또는 공작물의 설치 ②토지의 형질변경 ③토석채취 ④토지분할 ⑤물건을 쌓아놓은 행위에 대한 허가기준을 규정하고 있다.

421) 박재길 외, “도시관리계획의 토지이용 관리기능 제고방안 연구-개발행위를 중심으로”, 국토연구원, 2006, pp. 25-29.

422) 김제국·변국일·김지희, “경기도 개발행위허가제의 운용실태에 관한 연구”, 경기개발연구원, 2004, p. 34.

(1) 許可의 承繼

개발행위허가의 내용은 기술적·물적 요소가 강하기 때문에 소위 대물적 성격을 갖지만, 자기의 거주용에 제공한다든가 당해 시공자의 공사능력 등에 비추어 보면 주관적·일신전속적인 면도 지니고 있다. 개발행위나 건축행위는 경제적 행위로서 재산권과 직접 관련을 가지고 있다. 사업경영상의 이유에서 승계하여야 하는 경우가 발생하며, 승계자가 그 사업의 계속을 희망하는 경우 지장이 없는 한 그 승계를 인정하는 것이 사업목적의 완성 그리고 경제적인 면에서도 바람직하다. 또한 그 사업의 계속을 인정함으로써 사업중지로 인한 재해로부터 안정성 확보를 도모할 수 있다. 따라서 상속인만이 아니라 존속하는 법인을 포함하여 일반승계를 인정할 필요가 있다.

개발행위허가를 받은 자로부터 허가받은 토지의 소유권을 취득한 자 또는 공사의 권원을 취득한 자에게 행정청의 승인을 받음으로써 지위의 승계를 인정하는 것을 특정승계라 한다. 토지의 소유권 기타 공사의 시행권원의 취득자인 특정승계인은 새로운 허가를 받지 않고 행정청의 승인을 받음으로써 개발행위허가의 지위를 승계할 수 있을 것이다.

현행법상 개발행위허가의 승계에 관하여 따로 명문을 두지는 아니하였으나 「국토계획법」 제135조 제2항은 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 의한 처분, 그 절차 그 밖의 행위는 그 행위와 관련된 토지 또는 건축물에 대하여 소유권 그 밖의 권리를 가진 자의 승계인에 대하여 효력을 가진다”고 규정함으로써 특정승계가 허용되는 것을 당연한 전제로 하고 있다. 결국, 당해 개발행위대상 재산권을 특정승계한 자가 개발행위허가의 승계를 신청한 경우에는, 당해 개발행위허가에서 이를 불허하거나 또는 당해 개발행위의 성격에 비추어 승계를 허용할 수 없다는 등의 특단의 사정이 없는 한 이를 허용하여야 한다고 해석하여야 할 것이다.

이를 인정하여야 하는 이유는 어떠한 사정에서 개발허가에 의거한 공사의 허가를 받을 자 또는 그 승계인이 공사를 계속할 수 없게 된 경우 당해 개발계획을 중지함으로써 경제적 손실이 초래되고, 공사의 중지나 방치로 인한 위험발생을 비롯하여 파괴된 자연의 환경훼손·경관훼손 등의 우려가 있기 때문이다.

개발행위허가의 승계는 당해 허가에 의한 법적 지위의 총체이고, 구체적으로는 적법하게 당해 개발행위 등을 완료할 수 있는 것을 내용으로 한다. 이에 허가에 붙여진 부관, 공공시설관리자와의 협의, 공사완료나 폐지의 신고의무 등이 포함된다. 그러나 개발행위허가의 승계는 이와 관계없는 민사문제는 해당되지 않는다.

(2) 許可의 變更

개발행위허가를 받은 사항에 대하여 상황에 따라서는 중요한 변경이 필요한 경우가 있을 수 있다. 이러한 시점에서 어느 경우에 이를 중요한 변경으로 보아 국가나 지방자치단체의 관여를 허용할 것인가, 그리고 중요한 변경의 경우 허가청의 새로운 허가를 받도록 할 것인가 아니면 다른 간이한 절차에 의한 것인가는 결국 입법정책의 문제라 할 것이다. 「국토계획법」 제56조 제2항에서도 개발행위허가를 받은 사항을 변경하는 경우에는 경미한 사항의 변경이 아닌 경우에는 허가를 다시 받아야 한다고 규정하고 있으며, 동법시행령은 새로운 허가를 요하지 않는 경미한 변경사항으로 첫째, 사업기간을 단축하는 경우 둘째, 사업면적을 5퍼센트 범위 안에서 축소하는 경우 셋째, 관계 법령의 개정 또는 도시관리계획의 변경에 따라 허가받은 사항을 불가피하게 변경하는 경우로 명시하고 있고, 이러한 경미한 변경의 경우에도 지체 없이 그 사실을 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에게 통지하도록 규정하고 있다. 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 개발행위허가를 받지 아니하고 개발행위를 하거나 허가내용과 다르게 개발행위를 하는 자에 대하여는 그 토지의 원상회복을 명할 수 있다 (국토계획법 제60조 제3항). 그리고 개발행위허가가 있을 후 변경신청까지의 사이에 허가기준의 개정이 있을 때에는 원칙적으로 변경허가시 개정된 기준이 적용되어야 할 것이나, 변경에 이르는 경위, 개발행위허가 신청시의 정황, 허가신청자의 상황 등에 비추어 새로운 기준을 적용하는 것이 현저하게 부적당한 경우에는 예외를 인정할 필요가 있을 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 법 개정시 부칙으로 경과규정을 두는 것이 바람직하다고 본다. 대법원도 개발행위 불허가처분취소소송에서 “행정행위는 처분 당시에 시행중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이

원칙이고, 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정 시행된 경우 신 법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가 처분은 위법하다고 할 수 없다고 판시하고 있다.⁴²³⁾

2. 瑕疵의 承繼

허가의 승계와 관련하여 위법성의 승계여부가 문제될 수 있다. 어떤 행정목적 을 달성하기 위하여 2개 이상의 행정행위가 연속적으로 행해지는 경우 선행행위 에 하자가 있으면 후행행위에는 하자가 없더라도 그 선행행위의 하자가 후행행 위에 승계되어 후행행위에도 위법한 것으로 되고, 따라서 선행행위의 위법을 이 유로 후행행위의 취소를 구할 수 있는 것이 ‘행정행위의 하자의 승계 ’ 문제이다. 선행행위가 부존재하거나 무효인 경우에는 그 하자는 당연히 후행 행위에 승계되어 후행행위도 무효로 되기 때문에 하자의 승계여부가 특별히 문 제되지 않는다.⁴²⁴⁾ 그리고 행정행위의 하자승계문제는 취소사유에 해당하는 하자 가 있는 선행행위가 쟁송제기기간의 경과 등으로 형식적으로 확정되어 불가쟁 력⁴²⁵⁾이 발생함으로써 더 이상 그 선행행위 자체의 효력을 다툴 수 없게 된 경 우에, 그 선행행위의 하자를 이유로 후행행위(그 자체에는 하자가 없지만)의 효 력을 다투어 권리구제를 받을 수 있다는 데 그 논의의 실익이 있다.⁴²⁶⁾

423) 대판 2005. 7. 29. 2003두3550.

424) 납세의무자에 대한 과세처분이 있기 전에 그 처분이 있었던 것을 전제로 하여 납세의무자의 부동산을 압류하였더라도 그 압류처분은 무효이고, 이로써 위 과세처분의 부존재의 흠이 치유되는 것도 아니다(대판 1993. 7. 27. 92누15499), 공시송달의 요건을 갖추지 아니하였음에도 납부통지서를 공시송달함으로써 그 통 지가 부적합하여 무효라면 그에 터 잡아 이루어진 압류처분도 무효이다(대판 1992. 7. 10. 92누4246)

425) 불가쟁력의 의미에 관하여 대법원은 “행정처분이나 행정심판재결이 불복기간의 경과로 인하여 확정될 경우 그 확정력은 그 처분으로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자가 당해 처분이나 재결의 효력을 더 이 상 다툴 수 없다는 의미일 뿐, 더 나아가 판결에서 인정되는 기관력과 같은 효력이 인정되는 것은 아니어 서 그 처분의 기초가 된 사실관계나 법률적 판단이 확정되고, 당사자들이나 법원이 이에 기속되어 모순되 는 주장이나 판단을 할 수 없게 되는 것은 아니다.” 라고 판시하고 있다(대판 1993. 8. 27. 93누5437).

426) 아직 선행행위에 대한 불가쟁력이 발생하지 아니한 경우에는 후행행위와 함께 그 선행행위의 효력을 다

종래의 통설은 위와 같은 문제를 ‘행정행위의 하자승계’ 문제로 다루어 왔지만, 최근에는 오히려 ‘행정행위의 후행행위에 대한 구속력’이라는 관점에서 고찰하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있다. 또한 2개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우, 선행행위와 후행행위가 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 때(예컨대 압류와 공매처분, 대집행계고와 대집행실행)에는 선행행위에 하자가 있으면 그 하자는 후행행위에 승계되는 것이므로 선행행위에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 있는 것이지만, 선행행위와 후행행위가 서로 독립하여 각각 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때(예컨대 과세처분과 체납처분)에는 선행행위에 불가쟁력이 생겨 더 이상 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우, 선행행위의 하자가 중대하고 명백하여 당연 무효(부존재 포함)인 경우를 제외하고는, 선행행위의 하자를 이유로 후행행위의 효력을 다룰 수 없다고 한다.⁴²⁷⁾ 이러한 전통적인 통설 및 판례의 입장과 달리, 최근에는 독일학계의 이론에 영향을 받아 하자의 승계문제를 ‘불가쟁력이 발생한 선행행정행위의 후행행정행위에 대한 구속력’이라는 관점에서 파악하는 견해가 주장되고 있다. 이 견해에 따르면 2개 이상의 행정행위가 동일한 법적 효과를 추구하는 경우에 불가쟁력이 생긴 선행행위는 후행행위에 대하여 일정한 범위에서 구속력을 갖는다고 하면서 그 구속력이 미치는 범위 안에서는 선행행위의 효과(내용적 구속력)와 다른 주장을 할 수 없게 된다고 한다.⁴²⁸⁾

대법원판례는 도시계획결정 또는 도시계획사업시행인가처분과 수용재결처분과의 하자의 승계와 관련하여, 도시계획수립에 있어서 「도시계획법」 제16조의2에 의한 소정의 공청회를 열지 아니하고 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」 제8조에 의한 소정의 이주대책을 수립하지 않은 것은 절차상의 위법⁴²⁹⁾이나 도시계획사업허가의 공고시에 토지의 세목을 누락한 절차상의 위법⁴³⁰⁾ 등

될 수 있을 것으로 보여 하자의 승계여부가 특별히 문제되지 않기 때문이다.

427) 대판 1994. 1. 25. 93누8452 ; 그러나 대법원은 그 후의 판결에서 표준지의 공시지가에 있어서는 그 위법성이 후행 과세처분에 승계되지 아니한다고 판시하여 통설에 대한 예외의 범위를 제한적으로만 인정하고 있다(대판 1997. 9. 26. 96누7649 ; 대판 1998. 3. 13. 96누6095).

428) 신보성, 「행정법의 제 문제」, 교학연구사, 1992, pp. 230-240.

429) 대판 1990. 1. 23. 87누947.

430) 대판 1988. 12. 27. 87누1141.

은 취소사유에 불과하고 그 하자가 도시계획결정 또는 도시계획사업시행인가를 무효하고 할 수 있을 정도로 중대하고 명백하다고 할 수 없으므로 이러한 위법을 선행처분인 도시계획결정이나 사업시행인가단계에 있어서는 위 선행처분의 불가쟁력에 의하여 도시계획수립행위에 있어서의 위와 같은 위법을 들어 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다고 하여 하자의 승계를 부정하고 있다.

하자의 승계와 관련한 대법원의 입장은 전통적 견해에 입각하여 하자의 승계를 긍정적인 사례와 부정하는 것이 주류라고 할 수 있고, 최근에는 불가쟁력의 개념을 도입하여 판단하는 예도 보이고 있다. 한편 개발행위에 대한 하자의 승계문제에 대하여는 아직 대법원 판례가 없는 것으로 보이고, 다만 개발행위허가와 유사한 사례에서 하자의 승계를 부정하고 있는 경향을 보이고 있는 바, 이를 대한 판례를 소개하면 다음과 같다.

[대판 1991. 11. 26. 90누9971]

도시계획사업의 실시계획인가는 그 자체가 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 독립하여 행정쟁송의 대상이 되므로 이것이 당연 무효가 아닌 한 이 처분이 위법하다고 주장하는 사람은 이 행정처분을 대상으로 하여 그 취소를 구하여야 하고, 이 선행처분을 다투지 아니하고 그 쟁송기간이 도과한 후 수용재결단계에 있어서는 그 처분의 불가쟁력에 의하여 그 도시계획사업의 실시계획인가고시에 위법이 있음을 들어 수용재결처분의 취소를 구할 수는 없다.

[대판 1992. 12. 11. 92누5584]

재개발사업시행인가로 인하여 시행자는 토지수용법 등이 정한 절차에 따라 대상토지에 대한 수용권을 가지게 되므로 사업시행인가 이후의 관리처분 등에 하자가 있다고 하더라도 이로써 수용재결처분의 적부를 다툴 수는 없다.

[대판 1996. 4. 26. 95누13241]

택지개발계획의 승인은 당해 사업이 택지개발촉진법상의 택지개발사업에 해당함을 인정하여 시행자가 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 행정처분의 성격을 갖는 것이고, 그 승인고시의 효

과는 수용할 목적물의 범위를 확정하고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상 권리로서의 효력을 발생시킨다고 할 것이므로 토지소유자로서는 선행처분인 건설부장관의 택지개발계획 승인단계에서 그 제척사유를 들어 쟁송하여야 하고, 그 제소기간이 도과한 후 수용재결이나 이의재결단계에 있어서는 위 택지개발계획승인처분에 명백하고 중대한 하자가 있어 당연 무효라고 볼 특단의 사정이 없는 이상 그 위법 부당함을 이유로 재결의 취소를 구할 수 없다.

[대판 2000. 10. 13. 99두653]

구 택지개발촉진법(1999. 1. 25. 법률 제5688호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 택지개발은 택지개발예정지구의 지정(제3조), 택지개발계획의 승인(제8조), 이에 기한 수용재결 등의 순서로 이루어지는 바, 위 각 행위는 각각 단계적으로 별개의 법률효과가 발생하는 독립한 행정처분이어서 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분에 위법사유가 있다고 할지라도 그것이 당연 무효의 사유가 아닌 한 선행처분의 하자가 후행처분에 승계되는 것은 아니라고 할 것인데, 같은 법 제3조에서의 건설부장관이 택지개발예정지구를 지정함에 있어 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의를 하라고 규정한 의미는 아니라 할 것이므로 이러한 협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 이는 위 지정처분을 취소할 수 있는 원인이 되는 하자 정도에 불과하고 위 지정처분이 당연 무효가 되는 하자에 해당하는 것은 아니다.

상기 대법원 판례의 예에서도 알 수 있듯이 개발행위허가는 그 특성상 무효의 경우는 별론으로 하고 원칙적으로 하자승계를 인정하지 않는 것이 타당할 것이다. 개발행위허가가 도시관리계획에 의한 계획결정기준과는 별개의 목적에 의한 허가기준에 따라 서로 다른 법적 효과를 의도하는 것으로 보아 하자의 승계가 인정되지 않는 것으로 볼 수 있다. 또한 공공시설관리자와의 협의는 개발행위허가와 직접 관련을 갖는다 하더라도 협의 그 자체가 자문에 불과하고, 기반시설의 설치에 따라 허가의 요건으로 될 수 밖에 없으므로 기반시설이 갖추어진 지역에서의 개발행위허가는 허가행정청이 판단할 성질의 것에 불과하므로 하자

의 승계문제는 발생하지 않을 것이다.

3. 附款의 性質

개발행위허가에 대하여 부관을 붙일 수 있는가의 문제는, 원칙적으로 개발행위를 기속행위로 보는가 아니면 재량행위로 보는가에 달려있다.⁴³¹⁾ 종래의 통설과 판례에 의하면 기속행위 또는 기속재량행위에 대하여는 부관을 붙일 수 없는데 반하여 재량행위 내지는 자유재량행위로 보는 경우에는 부관을 붙일 수 있다고 보기 때문이다. 다만, 부관이 법률에 근거를 두고 있을 경우에는 법정부관에 해당하므로 당해 행정행위의 성질과 무관하게 허용된다고 보는 것이 다수설이다.

그런데, 현행 「국토계획법」 제57조 제4항은 “특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 개발행위허가를 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보·위해방지·환경오염방지·경관·조경 등에 관한 조치를 할 것을 조건으로 개발행위허가를 할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 위 규정에 부합하는 부관을 붙일 수 있다는 점에 대하여는 이론이 있을 수 없다고 본다. 다만, 위 조항에서 정하는 ‘조건’은 행정법상의 부관 중 조건이라고 보기 보다는 그 성질상 부담으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 개발행위허가는 부과된 조건의 성취여부와는 관계없이 법적 효력을 보유하고 다만, 상대방이 부과된 조건을 위배하여 그 의무를 이행하지 않는 경우에 허가권자는 당해 허가를 철회하거나 행정상의 일정한 제재를 가할 수 있음에 그치기 때문이다.

한편, 이와 같은 법정부관의 경우에도 일정한 제한이 있는 바, 당해 행정행위의 목적과 무관한 다른 목적을 위한 부관은 부당결부금지의 원칙상 허용되지 아니하며, 비례의 원칙상 목적 실현을 위하여 필요한 최소한도를 초과하는 것은 위법하다. 결국 기반시설의 설치 등 부담의 부가는 용도지역제의 기능보완, 계획적인 토지이용의 도모, 환경친화적 개발 그리고 기반시설확충 등 개발행위허가제도의 취지 내지 목적 실현에 적합한 것이어야 하고 그 정도에 있어서도 필요한 최

431) 김태경·김제국·권대환, “개발행위허가제도 운용실태 및 개선방향에 관한 연구”, 대한국토·도시계획학회지 「국토계획」 제42권 제3호, 2007. 8, p. 48.

소함에 국한되어야 하는 것이다.

종래 토지형질변경행위허가에서 기부채납의 부관이 크게 문제되었다. 행정청은 토지형질변경행위허가를 하면서 도로·공원 등 공공시설을 설치하여 그 시설과 토지를 기부하도록 하는 부관을 붙이거나 공공시설을 설치함이 없이 그 설치용 토지만을 기부하도록 하는 부관을 붙이는 경우가 많았다.

그런데 전자의 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 설치한 공공시설은 법률에 의하여 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속하는 것이므로,⁴³²⁾ 이 경우의 부관은 부담의 형태로 명하여진 의무의 이행행위로서의 기부행위이다. 따라서 행정청이 기부채납이라는 증여계약을 체결하도록 행정상의 의무를 부과하는 행정행위의 부관은 아닌 것이다. 문제는 예컨대 공공시설 설치토지에 대한 기부채납 등과 같이 법률의 규정이 없는 경우의 부관이다.⁴³³⁾

(1) 附款에 依한 公共施設負擔의 根據

공공시설부담제가 주로 활용되고 있는 것은 각종 개발사업허가시의 부관으로 부과되는 기부채납제도이다.⁴³⁴⁾ 주택사업승인 등 도시개발사업과 결부하여 기부채납이 부관으로 붙여지는 것은 주택사업 등으로 야기된 도로·공원·학교 등 공공시설을 그 시설의 주된 이용자가 부담하도록 하기 위한 것으로 그렇게 하는 것이 정의의 원칙에 합치된다고 볼 수 있다. 「국토계획법」 제57조 제4항은 개발행위허가시에 공공시설의 설치 등의 조치를 할 것을 조건으로 부과할 수 있다는 근거

432) 국토계획법 제65조 (개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) : ①개발행위허가를 받은 자가 행정청인 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 때에는 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품관리법」의 규정에 불구하고 새로이 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 종래의 공공시설은 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 귀속된다 ②개발행위허가를 받은 자가 행정청이 아닌 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 개발행위로 인하여 용도가 폐지되는 공공시설은 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품관리법」의 규정에 불구하고 새로이 설치한 공공시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 이를 양도할 수 있다.

433) 김병기, 전계논문, p. 67.

434) 기부채납은 국유재산법 제9조 및 동법시행령 제5조에서 규정되고 있는데, 법률 및 시행령에는 기부채납의 가능성 및 절차만을 규정하고 있을 뿐이며, 어떠한 경우에 기부채납이 이루어질 수 있는가에 대해서는 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 이에 대하여 법률 또는 그 시행령에 스스로 기부채납의 직접적인 유형을 규정하고, 이에 따른 세부적인 절차사항을 하위법령으로 규율하는 형태가 체계상으로는 바람직하다는 지적이 있다(류지태, “현행 국유재산관리의 법적 문제”, 「토지연구」 제12권 제1호, 한국토지공사, 2001. 4, p. 53).

규정을 두고 있다. 즉, 앞서 살펴 본대로 「국토계획법」은 개발행위를 허가함에 있어서 필요하다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 개발행위에 따른 공공시설의 설치를 할 것을 조건으로 개발행위허가를 할 수 있도록 규정하고 있으며, 개발행위허가의 기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있다(국토계획법 제58조 제3항). 이에 근거하여 서울특별시의 경우에는 도시계획조례(2003. 7. 25. 전문개정 제4131호 및 2006. 11. 20. 개정 제4449호)에서 개발행위허가를 함에 있어서 관계 법령에서 규정하고 있으며(제20조), 허가를 받은 자가 정당한 사유 없이 허가요건을 이행하지 아니하는 때에는 개발행위허가를 취소할 수 있도록 규정하고 있다(제23조).

(2) 附款에 依한 公共施設負擔의 限界

부관에 의한 공공시설부담의 경우에도 부관의 한계에 관한 일반론이 적용되는 물론이다. 부관은 내용상 다음과 같은 한계를 갖는다. 부관은 법령에 위반되어서는 안 되며, 주된 행정행위의 목적에 반하여서도 안 된다. 달리 말하면 부관은 주된 수익적 행정행위의 본질적 효력을 해하지 않아야 한다. 또한 부관은 주된 행정행위와 실제적 관련성이 있어야 하며 그렇지 못한 것은 부당결부금지의 원칙에 반하여 위법한 부관이 된다. 또한 부관은 비례의 원칙·평등의 원칙 등 헌법상의 원칙에 반하여도 안 되며 이행이 가능하여야 한다.⁴³⁵⁾

서울특별시의 경우에 훈령이기는 하지만 주택건설사업 등과 관련한 각종 승인시에 부과되는 부담의 한계를 서울특별시 주택건설사업 등 관련 합리적 부담부과에 관한 규정⁴³⁶⁾에서 규율하고 있는데, 이상에서 살펴 본 부관의 내용상 한계를 명문으로 규정하고 있다.

즉, 사업계획 등의 승인권자는 사업계획 등의 승인을 위한 부담 부과시에 그 내용이 ①주택법령·도시개발법령 및 관련 조례·규칙 등 관계법규와 이 규정에

435) 박근성, 「행정법총론」, 박영사, 2001, pp. 258-259 ; 김용섭, “행정행위의 부관에 관한 법리”, 「행정법연구」 제2호, 행정법이론실무학회, 1998, pp. 196-198.

436) 서울특별시 훈령 제905호, 1999, 8. 25.

적합하여야 하며(합법성) ②법의 취지 및 사회통념상 적합하여야 하며(합리성), ③간선시설 등의 부담은 공익과 그 부담으로 인한 사업주체의 불이익 간에는 상당한 비례가 있어야 하며(비례성) ④부담의 이행이 법률적·기술적·물리적·사회통념상 실현가능하여야 하며(실현가능성) ⑤지역별·시기별·규모별·형태별 등에 의한 형평성이 유지되어야 하며(형평성) ⑥당해 사업과 관련 없는 간선시설의 설치 또는 그 비용 등의 부담을 부과하여서는 아니 되며(부당결부금지) ⑦부담 상호간의 내용이 충돌하여서는 아니 된다(충돌금지)고 규정하고 있다(동 규정 제3조).

부관의 한계로서 가장 문제가 되는 부당결부금지의 원칙과 비례의 원칙이다.

첫째, 부당결부금지의 원칙이란 행정기관이 행사함에 있어서 그것과 실체적 관련이 없는 반대급부를 결부시켜서는 안 된다는 원칙을 말한다. 부당결부금지의 원칙은 판례가 인정하는 법원칙으로서 행정권의 자의적인 권한행사를 통제하고 국민의 권리를 보호하는 기능을 한다. 일반적으로 이 원칙은 헌법상의 법치국가 원리와 자의의 금지원칙에서 도출되는 것으로 이해하고 헌법적 효력을 갖는다고 보고 있다. 부당결부금지의 원칙은 법치국가의 원칙과 무관하지 않지만 그 직접적 근거는 권한법정주의와 권한남용금지의 원칙에 있으며, 따라서 법률적 효력을 갖는다고 보는 것이 타당하다.⁴³⁷⁾

학설은 일반적으로 행정권의 행사와 반대급부 사이의 실체적(또는 실질적) 관련성의 유무를 기준으로 부당결부금지의 원칙에의 위반여부를 판단하고 있지만, 실체적 관련성을 인과관계면에서의 관련성과 목적면에서의 관련성을 포함하는 것으로 보고 이 둘 중 하나를 결여하면 부당결부금지의 원칙에 반한다고 보는 견해도 있다.⁴³⁸⁾

둘째, 비례의 원칙이란 과잉조치금지의 원칙이라고도 하는데, 행정작용에 있어서 행정목적과 행정수단 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 원칙을 말한다. 광의의 비례원칙은 그 내용으로 적합성의 원칙, 필요성의 원칙(최소침해의 원칙)·협의의 비례원칙(상당성의 원칙)을 포함한다.⁴³⁹⁾

437) 박균성, 전거서, p. 55.

438) 류지태, 「행정법신론」, 신영사, 2000, pp. 45-47.

439) 비례의 원칙에 위반하지 않으려면 먼저 정당한 목적을 추구하여야 하고(목적의 정당성), 그 목적을 달성하기에 수단이 적합하여야 하고(수단의 적합성), 피해를 최소화하여야 하며(피해의 최소화), 제한되는 기본

① 적합성의 원칙이란 행정은 추구하는 행정목적의 달성에 적합한 수단을 선택하여야 한다는 원칙을 말한다. 그러나 행정의 실제에 있어서 행정작용이 적합성이 원칙에 반하는 경우는 거의 없다.⁴⁴⁰⁾

② 필요성의 원칙(최소침해의 원칙)이란 적합한 수단이 여러 가지인 경우에 국민의 권리를 최소한으로 침해하는 수단을 선택하여야 한다는 원칙이다. 예를 들면, 어떤 건물에 붕괴위험이 있는 경우에 적절한 보수로 붕괴위험을 막을 수 있음에도 불구하고 철거라는 수단을 선택하여 철거명령을 내린 경우에 그 철거명령은 위법한 명령이 된다.

③ 협의의 비례의 원칙(상당성의 원칙)이란 행정조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 달성되는 이익보다 심히 큰 경우에는 그 행정조치를 취해서는 안 된다는 원칙을 말한다.⁴⁴¹⁾ 우리나라에서는 협의의 비례원칙을 적용함에 따른 이익형량에 있어서 일반적으로 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이에 이익형량을 하고 있다. 그러나 오늘날 하나의 행정조치로 인하여 공익이 달성됨과 동시에 다른 공익이 침해되기도 하고, 상대방인 국민의 사익이 침해됨과 동시에 다른 상대방의 사익이 보호되는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에는 행정조치로 인하여 달성되는 공익과 사익을 한쪽으로 하고 그로 인하여 침해되는 공익과 사익을 다른 한쪽으로 하여 이익형량을 하여야 할 것이다.⁴⁴²⁾ 비례의 원칙은 이를 명시적으로 규정한 헌법규정은 없으나, 헌법상의 기본권 보장규정(헌법 제37조 제2항) 및 법치국가로부터 도출되는 법원칙으로서 헌법적 효력을 가진다. 이와 같은 비례의 원칙은 권력행정에 속하면서도 행정재량이 가장 많이 인정된 경찰법분야에서 재량권행사를 한계지우기 위한 경찰권의 한계론으로 발전하였으나, 오늘날에는 입법·사법·행정의 전반에 걸쳐서 적용되는 법원리로 이해되고 있다.

이 가운데 행정법분야에서는 재량적 행정행위의 내용결정, 수익적 행정행위의 취소·철회, 부관의 한계, 행정상 강제집행의 여부, 행정상 즉시강제, 사정판결의 여

권과 실현되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있어야 할 것을 요구하며 만일 기본권을 제한하는 법률이 이 중 어느 한 요건이라도 충족하지 못하면 이 입법은 위헌적인 입법이 된다고 보고 있다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바17 ; 1997. 3. 27. 95헌바17).

440) 표명환, 「공법학요론」, 도서출판 온누리, 2007, p. 279 이하.

441) 권오창, “미국과 한국에서의 공공시설부담제도에 관한 비교법적 연구”, 경희대학교대학원 박사학위논문, 2001, p. 110.

442) 박균성, 전게서, p. 46.

부, 행정계획의 결정 뿐만 아니라 규제적 행정지도, 자금조성 등의 결부행정 등 전 분야에 적용된다고 할 수 있다. 비례의 원칙의 파생원칙으로는 수익적 행정행위의 취소·철회의 제한법리(이익형량의 원칙), 형량명령이론, 과잉결부금지의 원칙 등이 있다.⁴⁴³⁾

도시개발에 대하여 기부채납을 부관으로 부과하거나 공공시설부담금을 부과하는 경우에도 이 비례의 원칙이 적용됨은 물론이다. 지나치게 과도한 토지의 기부채납을 요구하거나 공공시설부담금을 과하는 것은 비례의 원칙에 위반이 된다. 공공시설부담이 비례의 원칙에 반하는지 여부는 결국 부담금산정이 합리적인지 여부에 달려 있다고 하겠다. 따라서 부담금산정기준의 적정성 여부가 비례의 원칙의 위반여부를 판단하는 중요한 기준이 됨으로 이에 대한 합리적 기준이 제시되어야 한다.

第5節 開發行爲許可의 履行確保와 權利救濟

1. 許可의 履行確保

(1) 履行保證金の 預置

「국토계획법」은 신청권자의 의무이행을 담보하기 위하여 일정한 경우에는 개발행위허가를 받은 자로 하여금 이행보조금을 예치하게 할 수 있음을 규정하고 있다(국토계획법시행령 제59조). 이행보증금(이하 “이행보증금”이라 한다)의 예치금액은 기반시설의 설치·위해의 방지·환경오염의 방지·경관 및 조경에 필요한 비용의 범위 안에서 산정하되 총공사비의 20퍼센트 이내가 되도록 하고, 그 산정에 관한 구체적인 사항 및 예치방법은 특별시·광역시·시 또는 군의 도시계획조례로 정한다(국토계획법시행령 제59조 제2항).

(2) 原狀回復命令 및 代執行

443) 권오창, 전계논문, p. 110.

개발행위를 하는 자가 개발행위허가를 받은 내용과 다른 개발행위를 하거나 허가를 받지 아니하고 개발행위를 하는 경우에 이에 대하여 적절한 조치를 할 필요가 있는바, 「국토계획법」 제60조 제3항·제4항에서는 이와 같은 경우 원상회복을 명하고 원상회복의 명령을 받은 자가 원상회복을 하지 아니하는 때에는 「행정대집행법」에 의한 대집행을 할 수 있도록 규정하고 있다.⁴⁴⁴⁾

다만, 위 규정은 개발행위허가를 중지한 경우에 대하여서까지 적용하기에는 법문상 의문이 있으므로, 개발을 중지한 경우에도 이를 적용할 수 있도록 제도화하여야 한다. 개발이 중도에 좌초되거나 그 밖의 사유로 당초의 개발행위허가가 제대로 집행되지 않음으로써 이를 방지하면 성토·절토·정지 등으로 말미암아 자연환경에 가져올 피해우려가 크기 때문에 이러한 경우에는 원상회복명령과 그 불이행시 대집행을 한 후 그 비용은 개발행위허가를 받은 자에게 부담시켜야 할 것이다.

2. 許可의 職權取消와 撤回

허가에 하자가 있는 경우 과거에는 행정의 자유로운 취소원칙에 따라 행정청이 언제든지 취소할 수 있다고 보았으나, 오늘날 행정에서는 법률적합성의 원칙 외에도 여러 가지 다른 법원칙이 개입하여 여기에 일정한 제한이 있다고 보는 것이 통설·판례의 입장이다. 따라서 개발행위허가를 취소함으로써 얻는 가치 또는 이익이 취소하지 않음으로써 얻어지는 가치나 이익보다 큰 경우에 한하여 그 취소가 허용되는 것이라고 보아야 한다. 따라서 개발행위가 착수되기 전에는 법률적합성의 원칙에 따라서 비교적 취소가 자유로울 것이지만, 개발행위가 착수된 경우에는 취소사유가 위험의 방지를 목적으로 한 경우, 당해 개발행위허가가 수익자의 책임(예컨대 수익자의 사기·증뢰 등에 의한 허가)에 기인한 경우, 당해 개발행위허가의 위법성이 수익자의 객관적인 책임에 귀속시킬 수 있는 경우 등을 제외하고는 원칙적으로 직권취소가 허용되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 물론 여기서의 논의는 행정청의 직권취소에 한하는 것이며, 쟁송취소의 경우에는

444) 국토계획법 제60조 제4항 : 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 원상회복의 명령을 받은 자가 원상회복을 하지 아니하는 때에는 「행정대집행법」에 의한 행정대집행에 의하여 원상회복을 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 필요한 비용은 개발행위허가를 받은 자가 예치한 이행보증금을 사용할 수 있다.

법원의 판결에 의하는 것이므로 논의의 대상이 아니다.

한편, 개발행위허가신청자가 신청 후 허가가 있을 때까지 당해 개발행위를 중지하고자 하는 경우 신청행위를 철회할 수 있고, 허가를 철회한 경우에도 다시 신청할 수 있다고 볼 것이다. 개발행위가 착수된 후 허가를 철회 또는 취하할 수 있는가에는 현행법상 명문의 규정을 두고 있지 않아 논란과 혼선의 여지가 있다. 법이론적으로 이를 불가하다고 볼 근거도 없을 뿐 아니라, 현실적으로 일정한 경우에는 개발행위를 중지할 필요가 있을 것이다.

따라서 개발행위가 개시된 경우에도 이를 철회 또는 취소할 수 있도록 하되, 개발행위에 수반하는 환경침해 등의 방지를 위하여 이행강제금을 부과하거나 원상회복·대집행 등을 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

3. 許可 等에 對한 權利救濟

개발행위 당사자나 이해관계자들이 개발행위허가나 불허가 또는 개발행위와 관련한 행정청의 처분 등에 대하여 불복하는 방법으로는 행정심판과 행정소송이 있다. 과거에는 필요적 전치주의에 따라 반드시 행정심판을 거친 후에만 행정소송을 제기할 수 있었으나 오늘날은 행정심판을 거치지 아니하고 행정소송을 곧바로 제기할 수 있는 임의적 전치주의로 개정되어 운용되고 있다. 그러나 개발행위에 관한 불복에 있어서는 대개 행정심판을 거쳐 그 결과에도 불복할 때 사법부에 행정소송을 청구하는 것이 아직까지 일반적이라고 한다.

개발행위허가와 직접적인 관련을 가진 행정심판 자료들을 중심으로 이것들의 판결과 그 기각사유의 사례를 살펴본 바 주변지역관련규정과 기반시설관련규정 모두를 충족시키지 못한다는 사유가 전체 심판사유 중 약 40%에 달한다는 것으로 나타나고 있다.⁴⁴⁵⁾ 이는 심판청구인인 개발행위자들이 개발행위허가에 있어서 행정청의 판단 중 객관적 지표에 의하지 아니한 사유로 인한 판단을 재량권 남용으로 인식하게 됨을 의미하는 것으로 볼 것이다.⁴⁴⁶⁾ 즉, 도시계획차원의 관리

445) 경기도의 경우 2003년도에 시군을 피청구인으로 하여 경기도에 청구된 행정심판은 459건이고 행정법원에 청구된 행정소송은 49건이다. 이 중에서 개발행위허가와 관련된 행정심판은 229건, 행정소송은 단 1건이었다(경기도 행정심판위원회, 내부자료, 2003) ; 서순탁·김제국, “개발행위허가제 실태분석과 정책적 시사점 : 경기도 용인시 사례를 중심으로”, 「토지연구」 통권 제49호, 국토연구원, 2006. p. 121.

를 위해 법이 인정한 재량권이 개발행위자들에게 그 남용으로 여겨지고 있다는 점은 계획청의 전문성 및 재량적 판단에 대해 신청인들이 많은 불신을 하고 있음을 반증하는 것이다. 이러한 문제를 최소화하기 위해서는 현재 인터넷을 통한 새로운 건축행정시스템이 도입⁴⁴⁷⁾되어 시행되고 있는 것처럼 건축인·허가제도와 연계할 수 있도록 개발행위허가관련 처분을 함에 있어서도 사전에 투명한 행정시스템(일명 개발행위허가 공시제도)을 마련, 행정심판재결사안들을 유형화하고 이에 대한 처리도 재결사유별로 투명하게 예시하는 등 사전적·사후적 권리구제가 될 수 있도록 하여야 할 것이다.

第6節 其他 問題點 및 改善方案

1. 制度上 및 運營上 問題點

(1) 制度上의 問題點

개발행위허가제는 지금까지 검토한 사항 이외에도 시행과정에서 여러 가지 제도 및 운영상의 문제점을 드러내고 있다.⁴⁴⁸⁾ 먼저 제도상의 문제점으로 들 수 있는 것은 첫째, 제도적용 범위가 지나치다는 점이다. 종래 농촌지역에서는 사실상 농지 및 산지전용허가 외에는 거의 규제를 받지 않았다. 특히, 면지역의 경우 영농과 관련된 토지이용은 신고만 하면 되었고, 건축물 완공 후 건축물관리대장에 등재하는 정도의 행정절차 밖에 필요하지 않았다. 그러던 것이 이 제도의 적용범위가 비도시지역으로 확대되면서 갑자기 규제를 받게 된 농촌지역에서 농업인 주택·농업용 시설 등의 건축까지 허가를 받게 됨에 따라 주민생활 및 영농활동에 불편을 준다는 불만이 제기되고 있다. 더욱이 허가절차에 과도한 비용이 소요

446) 김제국·변국일·김지희, 전제논문, pp. 103-105.

447) 국토해양부는 건축행정절차의 간소화·투명화를 위하여 민원인이 관공서 방문 없이 편리하게 건축허가를 신청할 수 있는 인터넷 건축행정시스템(e-AIS)제도를 활성화하여 건축·주택 및 건축물대장과 관련한 각종 신고 및 인·허가를 신속하게 접수하고 처리할 수 있도록 하고 있다 (보도자료 2008. 3. 19).

448) 최혁재, “개발행위허가제의 개선방안”, 「국토」 통권284호, 국토연구원, 2005. 6. p. 40 이하.

되고 있어 그 충격이 더욱 크게 나타나고 있다.⁴⁴⁹⁾ 제도도입의 원인이 된 난개발은 주로 수도권과 대도시 주변에서 일어났는데, 이를 방지하기 위한 규제가 일반 농촌지역에까지 획일적으로 적용되면서 부작용이 나타나고 있는 것이다.

둘째, 허가대상 범위가 불명확한 점이다. 현행 제도는 경작을 위한 토지형질변경을 허가대상행위에서 아예 제외하고 있다. 또 높이 또는 깊이가 각각 50cm 이내인 절토·성토·정지 등(포장을 제외하며, 주거지역·상업지역 및 공업지역 외의 지역에서는 지목변경을 수반하지 않는 경우에 한함)은 허가가 면제되는 경미한 행위의 하나로 규정하고 있다(국토계획법시행령 제53조 제3호 가목). 그런데 어디까지를 경작행위로 인정할 것인가에 대한 해석이 시·군 담당공무원에 따라 달라 제도운영에 혼선을 빚고 있다.⁴⁵⁰⁾ 이에 국토해양부는 앞에서 본 바와 같이 2005년 5월 6일 「개발행위허가운영지침」을 개정하여 경작의 범위를 규정하였다. 그러나 개정된 지침 역시 구체적이고 명확한 기준을 제시하지는 못하여, 시·군 담당공무원의 입장에서는 여전히 어디까지가 단순한 객토에 해당되고, 인근 농지에 피해를 주지 않는지 등을 판단해야 하는 어려움이 남아 있다. 이를 너무 좁게 해석하여 엄격히 적용하는 경우에는 주민불편을 초래하고, 또 이를 적용하는 수준이 시·군마다 달라진 때에는 민원인의 불만과 불신을 낳을 우려가 있다.

셋째, 허가면제행위에 현실과 괴리된 점이 있다. 현행 제도는 경미한 개발행위는 허가를 받지 않아도 되도록 하고 있다.⁴⁵¹⁾ 토지형질변경의 경우 도시지역·자연환경보전지역·지구단위계획구역 외의 지역에서 면적이 660㎡ 이하인 토지에 대한 지목변경을 수반하지 않는 절토·성토·정지·포장 등을 경미한 행위로 인

449) 토지형질변경을 위한 개발행위의 경우, 허가 신청서 배치도 등의 공사·사업관련 도서와 위해방지·환경오염방지·경관·조경 등을 위한 설계도서 및 그 예산내역서 등을 제출하도록 하고 있다(시행규칙 제9조). 그런데 일반인이 이를 직접 작성하기는 어려워 대부분의 경우 토목설계사무소 등의 전문 업체에 의뢰하고 있는데, 이에 대략 200만원 안팎의 비용이 들고 있다.

450) 어떤 시·군에서는 경작을 위한 객토 등은 그 높이에 관계없이 허가를 요하지 않는다고 보는가 하면, 또 어떤 시·군에서는 객토 등의 경우도 50cm 이내로서 지목변경이 수반되지 않을 때에만 허가를 면제해야 하는 것으로 오해하고 있다. 이는 토지형질변경 중 허가가 면제되는 것은 지목변경이 수반되지 않는 높이 또는 깊이가 각각 50cm 이내인 절토·성토·정지 등이라는 앞의 규정을 유추하여 잘못 해석한 결과다. 관련규정의 근본취지에 비추어 볼 때, 경작을 위한 토지형질변경은 절·성토 등의 규모나 지목변경의 수반 여부와 관계없이 허가를 받지 않아도 되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

451) 이는 국민의 일상생활 및 생산 활동의 불편을 해소하는 동시에, 행정기관의 허가업무 부담이 과중해지는 것을 방지하기 위한 취지로 볼 수 있다. 영국의 계획허가제에서도 일반개발명령(General Permitted Development Order)에 의해 소규모의 개발들에 대해서는 이미 허가를 받은 개발행위(Permitted Development)로 간주하여 계획허가를 면제해 주고 있다(류해웅·정우형, 전개논문, p. 13).

정하고 있다.⁴⁵²⁾ 즉, 농림지역·관리지역 등에서는 지목변경을 수반하지 않는 경미한 토지형질변경에 대해서는 허가를 면제해 주는 것이다. 그런데 문제는 허가를 면제해 주는 면적기준이 직접 형질변경을 하는 면적이 아니라, 그것이 속한 필지 전체의 면적이라는 점이다. 그러나 실제 농촌지역에서는 그 같은 소규모 필지가 드물다. 따라서 토지형질변경 면적은 작지만 1필지 전체면적이 커서 경미한 행위로 인정받지 못하는 결과가 발생하고 있다. 농촌지역에서 민원불편을 덜어주려는 근본취지가 퇴색되고 있는 것이다.

넷째, 허가기준 중 특히 면적기준과 관련한 연접·순차개발 제한에 불합리한 점이 있다. 개발규모를 기준 이하로 분할하거나 개발시기를 달리하여 개발하는 것을 제한하는 근본취지는 개발주체가 기반시설 설치부담을 회피하고 인근의 기존 기반시설에 무임승차(free rider)함으로써 난개발을 초래하는 것을 방지하려는 데에 있다.⁴⁵³⁾ 따라서 이는 토지이용이 집약적이고 고밀도개발이 이루어지는 도시지역에서는 유효한 정책수단이 될 수 있으나, 토지이용이 조방적이고 개발도저밀도로 이루어지는 농촌지역에서는 기반시설수요가 급증하는 경우가 드물어 그 실익이 적다고 본다. 그러나 현행 제도는 주거·상업·공업지역에 대해서는 연접·순차개발 제한을 적용하지 않는 반면, 녹지·관리·농림·자연환경보전지역에 대해서는 이를 적용하고 있다. 특히 관리·농림·자연환경보전지역은 주로 농촌지역에 위치하며, 계획관리지역을 제외하고는 보전목적의 토지로서 개발밀도를 낮게 제한하고 있는데도 연접·순차개발을 제한하는 데에는 납득하기 어려운 점이 있다. 더욱이 사업주체 및 사업시기를 달리하는 경우에도 제한하고 있어⁴⁵⁴⁾ 토지소유자 간에 먼저 개발행위를 하려는 경쟁을 유발하여 토지이용배분에 왜곡을 가져올 소지가 있다. 또 이는 오히려 농촌지역에서 소규모 분산개발을 조장하게 되어 기반시설설치의 경제성을 저하시킴으로써 정작 필요한 기반시설의 확충을 어렵게 하고 있다.⁴⁵⁵⁾ 이에 2004년 1월 20일 국토계획법시행령을 개정하여 연

452) 국토계획법시행령 제53조 제3호 나목 : 도시지역·자연환경보전지역 및 지구단위계획구역 외의 지역에서 면적이 660제곱미터 이하인 토지에 대한 지목변경을 수반하지 아니하는 절토·성토·정지·포장 등(토지의 형질변경 면적은 형질변경이 이루어지는 당해 필지의 총면적을 말한다).

453) 최혁재, 전계논문, pp. 42-43.

454) 대판2006대판 2006. 11. 23. 2006두13954.

455) 2000-2002년 동안 전국에서 18만 4,580건에 3만 3,367ha의 농지전용이 이루어져 건당 평균 개발규모가 0.18ha(약 547평) 정도인 것으로 파악되는데, 이는 농촌토지이용의 조방적 특성으로 볼 때 소규모로서 계

접·순차개발에 대한 제한을 일부 완화하였으나, 비교적 개발수요가 많을 것으로 예상되는 지역은 규제가 완화되었지만, 개발행위가 드문 생산·보전관리지역이나 농림지역 등에서는 여전히 규제가 남아 있다. 한편, 연접개발 여부를 판단하는 것은 종국적으로 일선 시·군의 재량권에 속하는데, 이에 대해 많은 허가업무 담당자들이 부담을 느끼고 있다는 점도 문제다. 연접개발 여부의 판단과 관련하여 현재 개발행위허가운영지침은 단순히 물리적으로 연접되어 있지 않더라도 기존 부지와 관계에 있어서 설치하고자 하는 시설의 종류, 토지이용상 일단의 부지로 볼 수 있는지 여부,⁴⁵⁶⁾ 지형적 여건 등을 허가권자가 종합적으로 판단하여 결정하도록 하고 있기 때문이다(동 지침 3-2-2(3)항).⁴⁵⁷⁾

다섯째, 사후관리장치가 미비한 점이다. 현재 「개발행위허가운영지침」에서는 비도시지역에서의 숙박시설·음식점·창고·공장 등 특정시설의 설치에 대해서는 추가적인 허가기준을 적용하고 있다. 그 중에서 비도시 지역의 숙박시설·음식점은 하수처리시설이 미설치되었을 경우 그 입지를 원칙적으로 제한한다(동 지침 4-1-1). 그러나 다가구주택의 설치에 제한하지 않는 까닭에 관리지역 등에서 다가구주택 건축목적으로 개발행위허가를 받은 후, 펜션 등 사실상 숙박용으로 사용하여 인근 수계의 수질오염이 된다든지 일단 허가기준대로 허가를 득한 후 허가면적을 초과하여 무단전용을 하는 사례가 늘고 있다. 이 같은 탈법행위는 허가기준이 불합리해서라기보다 사후관리장치가 미비하기 때문이다.

여섯째, 타 제도와의 관계에 있어서 불합리한 점이 있다. 먼저 「국토계획법」

획적·종합적인 국토이용관리 차원의 고려 없이 개별적인 전용허가에 의해 분산 개발되고 있다(최혁재 외, “국토의 효율적 관리를 위한 농지이용관리제도의 발전방향”, 국토연구원, 2003, pp. 59-60).

456) 청주지방법원판결 2007. 6. 13. 2006구합1598 (개발행위불허처분취소) : 「일단의 전원주택 건축을 위한 토지개발행위와 그 제한」 실질적으로 한 사업자가 10,000㎡가 넘는 부지를 개발하여 20호 이상의 주택을 건축하는 사업을 시행하면서도 소유권등기, 인허가신청서류 등의 형식상으로 여럿이 각자 10,000㎡ 미만의 부지에 20호 미만의 주택을 건축하는 듯한 외양을 갖추으로써 사업계획승인 등을 받지 않고 사업을 시행하는 경우 그 외양에 따라 개발행위를 허가한다면, 이는 국토계획법의 개발행위면적제한규정, 연접개발제한규정은 물론 주택법이 사업계획승인을 받도록 한 규정취지를 모두 잠탈하는 것을 용인하는 결과에 이르므로, 그 개발행위의 태양을 실질적으로 판단하여 관련규정을 적용해야 함과 그 판단기준을 제시한 사례.

457) 국토계획법시행령 제55조 제4항 제1호(지형지물에 의한 인근 토지와의 분리 요건) 및 제2호(8m 이상의 진입도로 확보 등의 요건)의 규정은 연접개발 여부에 관계없이 동 요건을 모두 갖춘 경우 이를 하나의 개발행위로 보지 않는다는 것이므로 동 요건이 각 개별 사안 자체에 연접개발 여부를 판단하는 기준은 아님' 이라고 하는 동시에, '예를 들어, 이미 개발행위가 완료된 토지와의 관계나 토지이용상 일단의 부지 여부, 기타 이격거리 등을 감안할 때 연접개발로 볼 수 없는데도, 너비 20m 이상의 도로·하천·공원 등으로 분리되지 않았다는 사유로 연접개발로 판단하여 개발허가를 제한하는 것은 타당하지 않다' 고 밝힘으로써 결과적으로 연접개발 여부에 대하여는 허가권자의 종합적인 판단을 요구하고 있다 ; 건설교통부가 2003년 3월 14일 일선 시·군에 시달한 개발행위허가관련 지침토보(도시58400-399호).

에서는 보전관리·생산관리·농림·자연환경보전지역 내 산림에서의 토지형질변경 및 토석채취에 관해서는 「산지관리법」의 규정에 의하도록 하고 있다.⁴⁵⁸⁾ 이들 지역에서의 산지형질변경에 대해서는 개발행위허가제의 적용이 배제되고 산지전용허가만 받으면 되는 것이다. 그 결과 개발행위허가보다 상대적으로 쉬운 산지전용허가를 통한 개발행위가 크게 늘고 있다. 농지전용에 대해서는 개발행위허가를 받도록 하는 것에 비할 때 균형을 잃은 것으로 보인다. 또한 허가받은 사항의 경미한 변경에 대한 개발행위허가제와 농지전용허가제의 관련규정이 상이하여 허가절차상에 불편이 발생하고 있다. 「국토계획법」에서는 사업면적을 5% 이내에서 축소하는 경우에는 경미한 사항의 변경으로 보고 변경허가를 요하지 않고 있다.⁴⁵⁹⁾ 이에 비해, 「농지법」에서는 농지전용허가를 받은 후 변경하고자 하는 부분의 바닥면적이 전체 건축연면적의 10% 이하인 경우에는 변경허가를 받지 않도록 하고 있다.⁴⁶⁰⁾ 그 결과 사업내용에 경미한 변경이 있는 경우에도 다시 변경허가 절차를 거쳐야 하는 절차상의 번거로움이 발생하고 있다. 그런가 하면, 「골재채취법」에서는 시장·군수·구청장의 골재채취허가를 받은 경우 개발행위허가를 받은 것으로 의제하고 있다.⁴⁶¹⁾⁴⁶²⁾ 이처럼 개별법령으로 국토계획법에서 정하고 있는 허가절차를 의제하도록 하는 것은 국토계획법의 기본법적 지위를 흔드는 것으로 전체적인 국토이용체계에 혼란을 가져올 우려가 있다. 개발행위허가

458) 국토계획법 제56조 제3항 : 도시지역 및 계획관리지역 안의 산림에서의 입도의 설치와 사망사업에 관하여는 각각 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 및 「사망사업법」의 규정에 의하고, 보전관리지역·생산관리지역·농림지역 및 자연환경보전지역 안의 산림에서의 제1항 제2호 및 제3호의 개발행위에 관하여는 「산지관리법」의 규정에 의한다.

459) 국토계획법 제56조 제2항 단서. 동법시행령 제52조 제1항 제2호.

460) 농지법시행령 제37조 제5항 : 법 제36조 제1항 후단에서 “대통령령이 정하는 중요사항”이라 함은 다음 각 호와 같다.

1. 전용허가를 받은 농지의 면적 또는 경계
2. 전용허가를 받은 농지의 위치(동일 필지 안에서 위치를 변경하는 경우에 한한다)
3. 전용허가를 받은 자의 명의
4. 설치하고자 하는 시설의 규모. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외한다.
 - 가. 변경하고자 하는 부분의 바닥면적의 합계가 100제곱미터 이하인 경우
 - 나. 변경하고자 하는 부분의 건축 연면적이 전체 건축 연면적의 10분의 1 이하인 경우
5. 설치하고자 하는 시설의 용도 또는 전용목적사업(제60조 제3항 제1호 내지 제4호에 해당하는 경우에 한한다).

461) 골재채취법 제23조 (다른 법률과의 관계) : ①골재채취의 허가를 받은 경우에는 다음 각 호의 허가 또는 승인이 있는 것으로 본다.

1. 삭제 (2002. 12. 30)
2. 「국토계획법」 제56조 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 토지의 형질변경 및 토석의 채취허가.

462) 건설교통부, 「건설경제업무편람」, 2006. 3. p. 338 이하.

의 경우 여러 가지 측면에서 허가기준을 두고 있는 것과 달리, 골재채취허가는 구체적인 허가기준 없이 일정한 허가제한지역만 정하고 있는 점으로 보더라도 이는 불합리하다고 본다.⁴⁶³⁾

(2) 運營上의 問題點

다음으로 이 제도의 운영상 나타나고 있는 문제점으로 들 수 있는 것은 첫째, 법령 및 지침이 복잡·불명확하다는 점이다. 최근 몇 년간 국토해양부 홈페이지의 사이버민원에 등재된 질의회신자료에 의하면, 특정한 행위가 허가대상행위에 해당하는지의 여부에 대한 질의가 약 절반에 달할 정도로 폭주하고 있는 것으로 나타났다. 이는 우선 법령 및 운영지침 등이 복잡하여 이해하기 어려운 데다가 구체적이지 못한 데에서 기인하는 측면이 크다. 더욱이 앞에서 경작의 범위를 들

463) 골재채취법시행령 제27조 (골재채취허가의 제한) : ①시장·군수 또는 구청장(「배타적 경제수역법」 제2조의 규정에 의한 배타적 경제수역 및 법34조의 규정에 의한 골재채취단지에서의 골재채취의 경우에는 국토해양부장관을 말한다. 이하 제28조 및 제30조에서 같다)은 법 제22조 제3항의 규정에 의하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역·지구 및 수역 등(이하 “구역 등”이라 한다)에서는 골재채취의 허가를 하여서는 아니 된다. 다만, 당해 구역 등의 유지·관리 및 보호를 위하여 불가피하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 다른 법령에 의하여 골재채취가 금지된 구역
2. 「자연환경보전법」 제18조의 규정에 의한 생태계보전지역 및 동법 제28조의 규정에 의한 자연유보지역
3. 「자연공원법」 제18조 제1항의 규정에 의한 공원자연보존지구
4. 「농어촌정비법」 제2조 제4호의 규정에 의한 농업생산기반시설 및 그 구역. 다만, 시장·군수 또는 구청장이 당해 농업생산기반시설의 소유자 또는 관리자와 협의를 거쳐 농업생산기반시설의 보호에 지장이 없다고 인정하는 지역을 제외한다.
5. 「문화재보호법」 제2조의 규정에 의한 지정문화재(보호물 또는 보호구역을 포함한다)의 경계로부터 2킬로미터(천연기념물 및 명승의 경우에는 4킬로미터)이내의 구역. 다만, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 당해 지정문화재의 지정권자와의 협의를 거쳐 문화재의 보호에 지장이 없다고 인정하는 지역은 제외한다.
6. 「군사시설보호법」 제2조의 규정에 의한 군사시설의 경계로부터 1킬로미터 이내의 지역. 다만, 시장·군수 또는 구청장이 당해 군사시설의 관할부대장과 협의를 거쳐 군사시설의 보호에 지장이 없다고 인정하는 지역을 제외한다.
7. 「국토계획법」 제40조의 규정에 의한 수산자원보호구역의 경계로부터 1킬로미터 이내의 지역
8. 「수산업법」 제70조의 규정에 의한 육성수면의 경계로부터 1킬로미터 이내의 수역
9. 「수도법」 제5조의 규정에 의한 상수원보호구역 중 하천구역
10. 댐 또는 하구둑의 물막이 둑 또는 배수문으로부터 상·하류 방향으로 1킬로미터 이내의 하천구역과 물넘이둑에서 하류방향으로 1킬로미터 이내의 하천구역
11. 해면의 방조제 및 배수갑문으로부터 1킬로미터 이내의 해역과 해안 또는 해안공작물로부터 50미터 이내의 해역
12. 국토해양부령이 정하는 하천부속물 및 하천공작물의 보호구역. 다만, 시장·군수 또는 구청장이 당해 하천부속물 및 하천공작물의 관리기관의 장과 협의를 거쳐 하천부속물 및 하천공작물의 보호에 지장이 없다고 인정하는 지역을 제외한다.

러싼 해석에서 보았듯이, 일부 시·군의 담당공무원들은 관련규정을 되도록 보수적으로 판단하여 엄격히 적용하려는 경향을 보인다. 이로 인해 인근 시·군과 제도운영이 상이하게 이루어지는 경우 행정의 신뢰성 저하와 민원을 유발할 우려가 있다.⁴⁶⁴⁾

둘째, 관련서식 등에 통일성이 결여되어 있는 점이다. 개발행위허가 업무처리 과정에서는 허가신청부터 준공검사까지 각종 서식이 요구되고 있다. 그런데 현재 개발행위허가증 및 허가대장에 대해서는 법정서식을 두지 않고 있다. 이로 인해 허가대장의 경우 종전의 도시계획법 시행시 사용하던 토지형질변경허가대장을 기초로 시·군마다 다르게 서식을 만들어 기재하고 있다. 그 결과 기재항목 및 요령도 달라 행정효율성의 저하가 우려되고 있다.

2. 短期的 및 長期的 改善方案

(1) 短期的 改善方案

개발행위허가제의 시행과정에서 나타나고 있는 문제점 중에서 이를 단기적으로 보완하여 제도의 조기정착에 기여할 수 있는 과제로서는 다음과 같은 것들을 수 있다. 이들은 「국토계획법」이나 다른 관련 법률의 개정을 수반하지 않는 것으로서, 주로 시행령이나 개발행위허가운영지침, 시·군의 조례를 제정·개정 등으로 보완하여 실현할 수 있는 사항들이다.⁴⁶⁵⁾

첫째, 경작범위의 차별화 및 확대다. 현재 일선 시·군에서 허가업무와 관련하여 시급히 해결되어야 할 것의 하나는 개발행위허가대상에서 제외되는 경작의 범위에 관한 것이다. 이에 대해서는 시·군 담당공무원의 시각도 지역에 따라 차이를 보여, 수도권 및 대도시지역에서는 성토의 높이가 일정 수준을 넘으면 사실상 경장을 위한 객토로 보기 어렵다는 부정적 시각이 많았다. 이들 지역은 개발수요가 많은 만큼 표면적으로는 경작목적이라고 해도 실제로는 다른 용도로 개발하

464) 채미옥 외, “계획적 국토관리를 위한 정책수단의 운용실태 및 개선방안 연구”, 국토연구원, 2004, p. 11.

465) 김태경·김제국·권대환, 전계논문, p. 49.

려는 의도가 숨어 있을 가능성이 크다고 보는 것이다. 이에 반해, 농촌지역에서는 지형·지세에 따라 의외로 절·성토의 규모가 커질 수 있으므로, 그것만으로 경작목적 여부를 단정하기는 곤란하다는 입장을 보였다.

이렇게 볼 때, 경작의 범위도 지역에 따라 달라질 수 있음을 알 수 있다. 따라서 개발수요가 많은 지역에서는 객토의 범위를 다소 엄격히 인정하고, 그렇지 않은 지역에서는 그 반대로 적용함으로써, 이를 지역에 따라 차별화하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 예를 들어, 수도권과 광역시 및 그 인접지역에서는 원칙적으로 일정 높이까지만 객토로 보도록 하고, 구체적인 높이는 해당 시·군에서 조례로 직접 정하도록 하는 것이다. 그 반면에 여타 농촌지역 등에서는 원칙적으로 객토에 높이 제한을 두지 않는 방안이다. 그러나 이 경우에도 인근 농지의 관개·배수·통풍 및 농경작업에 영향을 미치지 않아야 하는 것은 물론이다. 이렇게 하는 경우, 지금보다 경작의 범위가 확대되는 효과를 가져 올 것으로 예상된다.

둘째, 허가면제규정의 현실화다. 농림지역·관리지역 등에서 이루어지는 경미한 토지형질변경에 대해 개발행위허가를 면제하는 규정이 실효성을 가지도록 하기 위해서는 그 적용기준을 현실화할 필요가 있다. 즉, 허가를 면제해 주는 면적기준을 토지형질변경이 이루어지는 필지 전체의 면적으로 할 것이 아니라, 실제 토지형질이 변경되는 면적으로 하는 것이 타당하다. 개발행위의 계획적 관리라는 측면에서 고려해야 할 사항은 필지 전체의 면적이 아니라, 실제로 개발이 이루어지는 토지면적이기 때문이다. 이렇게 하는 것이 주민불편을 덜어주려는 근본취지에도 부합하여 바람직하다고 본다.

셋째, 연접개발 판단기준의 구체화다.⁴⁶⁶⁾ 지금과 같이 기존 부지와 관계에 있어서 설치하고자 하는 시설의 종류, 토지이용상 일단의 부지로 볼 수 있는지의 여부, 지형적 여건 등을 허가권자가 종합적으로 판단하여 결정하도록 하여서는 시·군 담당공무원의 원활한 업무처리를 기대하기 어려울 것으로 보인다. 먼저 설치하고자 하는 시설의 종류를 고려하도록 하는 것은 이로 인해 유발되는 기반시설의 신규수요가 달라지기 때문이다. 따라서 설치하고자 하는 시설이 그 지역에서 기반시설에 대한 신규수요를 유발하는지의 여부를 가지고 연접개발 여부를 판단하도록 한다. 다음으로 물리적인 연접 여부는 기존 부지와 이격거리로 판

466) 최영국 외, “국토계획과 환경계획체계의 연계방안 연구”, 국토연구원, 2002, pp. 243-244.

단하도록 한다. 이때 이격거리를 얼마로 할 것인지에 대해서는 기술적인 측면에서 보다 심층적인 검토가 필요하다고 본다. 「산지관리법」에서는 산지전용허가시 기존 부지와 이격거리를 500m로 하고 있다.⁴⁶⁷⁾ 그리고 토지이용상 일단의 부지로 볼 수 있는지의 여부는 개발목적 및 토지용도를 기준으로 판단하도록 한다. 즉, 건축법령에서 분류하고 있는 건축물의 용도별 분류 및 각 용도별 건축물의 종류⁴⁶⁸⁾로 보아 동일한 시설군에 속하는지의 여부로 이를 판단하도록 한다.

“그 밖에 지형적” 여건은 개별적인 사안에 따라 판단하여야 할 것이다.

넷째, 허가신청서류의 간소화다. 개발행위의 목적 및 규모에 따라 허가신청시 제출하는 서류에 차이를 두는 것이 바람직하다고 본다. 예를 들어, 일정규모 이하의 농업인 주택 및 농업용 시설에 대해서는 위해방지·환경오염방지·경관·조경 등에 관한 설계도서 및 예산내역서를 생략하도록 한다. 아울러 현재 대부분의 신청인이 관련 전문업체에 작성을 의뢰하고 있는 서류에 대해 일정한 표준서식을 마련하여 신청인이 해당사항을 간단히 기재할 수 있도록 하는 방안도 검토할 필요가 있다고 본다.

다섯째, 관련허가절차의 연계·조정이다. 허가받은 사항의 경미한 변경에 대한 관련제도상의 불일치로 허가절차를 반복해야 하는 번거로움을 해소하는 것이다. 이를 위해 먼저 허가받은 사항의 경미한 변경에 대해 개발행위허가제와 농지전용허가제의 기준이 다른 부분을 일치시키도록 한다. 양자를 일치시키는 방향은 국토계획법이 갖고 있는 기본법으로서의 지위로 볼 때 국토계획법상의 기준을 따르는 것이 바람직하다고 본다. 또한 농지전용허가에 있어서 허가받은 사항의 경미한 변경은 허가받아 설치하고자 하는 시설물의 바닥면적을 기준으로 하고 있어, 토지형질변경의 경우에는 이를 적용하기 곤란하기 때문이다.

여섯째, 법령·지침의 정비 및 구체화다. 허가대상 및 허가기준에 대한 담당공무원의 판단과 원활한 업무처리를 돕기 위해 일선 시·군에 재량권을 부여하는 방식을 구체화할 필요가 있다. 그러나 법령상의 규정을 일시에 정비하기는 곤란

467) 산지관리법시행규칙 제18조(산지전용허가기준) : ①산지전용허가를 받고자 하는 지역(이하 “허가에정지”라 한다)의 경계와 종전의 산지전용허가지역의 경계가 직선거리 500미터 이내에 있는 경우 허가에정지의 면적과 종전의 산지전용허가지역의 면적을 합산한 면적이 3만 제곱미터 이하인 것을 말한다(개정 2005. 8. 24).

468) 건축법 제2조 제2항에서는 건축물의 종류를 모두 망라하여 정하고 있는데, 국토계획법에 의한 각 용도지역 내에서의 행위제한의 내용도 이를 사용하여 정하고 있다.

하므로 운영지침부터 단계적으로 정비하도록 한다. 운영지침에서는 허가대상과 면제대상 등을 규정할 때 되도록 불확정 개념을 사용하지 않으며 구체적인 표현을 사용한다. 그리고 되도록 예외규정을 두지 말고, 해당사항을 평면적으로 나열하는 방식을 택하며, 문장도 평이하고 서술적으로 표현한다.

일곱째, 관련서식 등의 통일 및 보완이다. 허가업무의 통일과 행정의 효율성 제고를 위해 허가증·허가대장 등에 대한 법정서식을 마련한다. 특히 허가대장에는 대상토지의 지번·지목·전체면적 및 개발면적·용도지역·허가목적·허가신청인의 인적 사항·착공 및 준공일 등의 관련정보가 수록되도록 한다. 이와 함께 허가대장은 허가 및 불허가사례별·대상별·지역별 등 통계분석이 가능한 전산 파일로 기록·관리하도록 한다.

(2) 長期的 改善方案

향후 개발행위허가제의 보다 안정적인 운영 및 발전을 위해서는 다음과 같이 제도의 기본골격이나 핵심적인 내용에도 개선해야 할 과제들이 있다. 이들은 여러 가지 측면에서 심층적인 검토를 필요로 하며, 「국토계획법」 뿐만 아니라 다른 관련 법률과도 연결되어 있어 그 실현에 상당한 시일이 소요될 것으로 예상되는 것들이다.

첫째, 허가대상지역을 한정하는 것이다. 농촌지역에서 주민의 일상생활 및 생산활동과 관련된 개발행위는 이 제도를 도입한 원인인 난개발과는 관계가 적어 굳이 개발행위허가제를 적용할 필요성이 크지 않다. 따라서 개발행위허가제를 지금처럼 모든 지역에 획일적으로 적용할 것이 아니라, 개발행위가 이루어질 지역의 성격과 예상되는 개발수요·개발행위의 목적 및 규모 등을 고려하여 용도지역·지구 등을 기준으로 허가대상지역을 한정하는 것이 바람직하다고 본다. 그러나 동일한 용도지역이라도 그 위치에 따라서 양상이 크게 달라질 수 있다. 수도권 및 대도시 인근지역은 개발수요부터 여타 지역과는 다른 모습을 보이고 있다. 이러한 점에서 수도권과 광역시 및 그와 경계를 같이하는 시·군의 경우는 용도지역과 관계없이 전체 지역을 허가대상지역으로 하는 것이 타당하다고 본다.

둘째, 연접·순차개발 제한의 대상지역을 한정하는 것이다. 현재 연접·순차개

밭의 제한이 가지고 있는 가장 큰 문제는 제한의 필요성이 적은 지역에까지 획일적으로 적용되고 있다는 점이다.⁴⁶⁹⁾ 이 제한은 원래 취지대로라면, 신규 개발 수요가 활발할 것으로 예상되는 지역에 우선적으로 적용하는 것이 합리적이다. 그럼에도 이를 관리·농림·자연환경보전지역에 획일적으로 적용하는 것은 그 현실적 필요성에 부합하지 않는 것이다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 연접·순차개발 제한의 근본취지·파급효과 및 현실여건 등을 감안하여 그 대상지역을 조정할 필요가 있다. 즉, 녹지지역과 계획관리지역 및 개발진흥지구 등에 대해서만 적용하고, 생산관리·보전관리·농림·자연환경보전지역은 대상지역에서 제외하는 것이다. 이들 지역에서까지 연접·순차개발 제한을 무차별적으로 적용하는 것은 큰 효과도 없으면서, 오히려 농촌지역에서 소규모 분산개발로 인해 기반시설 확보 및 토지이용배분에 비효율만 가져올 가능성이 높기 때문이다.⁴⁷⁰⁾

셋째, 사후관리장치를 마련하는 것이다. 일선 시·군의 허가공무원은 허가신청서에 나타난 허가목적이나 사업계획 등이 허가받은 대로 이행되지 않을 것으로 우려되더라도 이를 예단하여 허가신청을 반려하거나 불허가처분을 할 수는 없다. 이 같은 경우 현장 확인 등을 통해 그러한 가능성을 줄일 수 있는 것은 물론이나, 허가처분 후의 개발과정까지 지속적으로 감시·관리하는 것은 현재의 여건상 불가능한 일이다. 그 결과 개발행위허가를 받고 사업을 완료한 후 허가목적과 다른 용도로 사용하는 사례가 나타나고 있다. 또 경작목적으로 절토 등 토지형질변경을 하여 사실상 대지를 조성한 후, 건축허가·신고대상에 해당하지 않는 건축물을 건축하는 경우 개발행위허가가 면제되는 규정을 약용하는 사례도 발생하고 있다. 이러한 경우 이를 적발하기는 사실상 쉽지가 않고, 설사 적발하더라도 원상회복명령 외에는 별다른 제재수단이 없는 실정이다. 이미 대규모 토지형질변경이 이루어진 경우, 이를 물리적으로 완벽하게 원상회복하기도 어렵고 그럴 만한 실익이 없는 경우도 있다. 그 밖에 개발행위허가와 관련하여 의무이행확보수단으로 이행보증금을 예치하도록 하고 있으나, 이는 준공검사를 받은 때 즉시 반환⁴⁷¹⁾하게 되어 있어 그 후의 의무이행은 담보하지 못하고 있다. 벌칙 또한 현재

469) 대판 2006. 11. 23. 2006두13954 건축허가(개발행위허가포함) 불허가처분취소.

470) 최혁재, 전제논문, p. 46.

471) 국토계획법시행령 제59조 제4항 : 이행보증금은 개발행위허가를 받은 자가 법 제62조 제1항의 규정에 의한 준공검사를 받은 때에는 즉시 이를 반환하여야 한다.

국토계획법에서는 허가 또는 변경허가를 받지 않거나, 사위 기타 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받아 개발행위를 한 경우에 대해서만 처벌하고 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위한 가장 바람직한 방안은 사후관리를 위한 제도적 장치를 마련하는 것이다. 구체적으로는 개발행위허가를 받아 설치한 건축물이나 토지형질변경 등에 대해서는 일정한 기간 동안 허가목적대로 사용할 의무를 부과하도록 한다. 즉, 농지조성 목적으로 토지형질변경의 허가를 받은 경우에는 일정한 의무경작기간(예컨대, 2-3년 정도)을 두도록 한다. 그리고 이러한 농지는 매년 실시 중인 농지이용실태조사의 대상에 포함시키고, 성실경작의무를 이행하지 않는 경우에는 농지법의 관련규정에 따라 처분명령 및 이행강제금을 부과하는 것이다. 또한 건축물 건축을 목적으로 개발행위허가를 받은 경우에도 비슷한 기간 동안 건축물의 용도변경을 제한하도록 한다. 현재 건축법에서는 건축물의 용도변경을 시장·군수·구청장에게 허가를 받거나 신고를 하도록 하고 있는데,⁴⁷²⁾ 이에 대한 특례규정을 두는 것이다. 그리고 이를 위반하는 경우에는 건축법의 벌칙규정에 의해 처벌받도록 한다.⁴⁷³⁾

넷째, 타 법령에 의한 관련허가와와의 조정이다. 국토의 종합적 관리차원에서 볼 때, 산지전용에 대해서도 개발행위허가를 받도록 하는 것이 타당하다고 본다. 그렇게 하더라도 현재 농지전용의 경우와 마찬가지로 두 가지 허가를 병합처리하면, 민원인이 각각 양쪽 허가를 별도로 받지 않는다는 점도 개발행위허가부서에서 산지전용허가부서와 협의를 거쳐 처리하므로 절차상 그다지 불편한 점은 없을 것이다. 아울러 골재채취허가와 관련해서는 개발행위허가를 받았을 때, 골재채취허가를 받은 것으로 의제할 필요가 있다. 원활한 골재수급의 현실적 필요성은 인정

472) 건축법 제14조(용도변경) : ②사용승인을 얻은 건축물의 용도를 변경하고자 하는 자는 다음 각 호의 구분에 따라 국토해양부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다 (1)허가대상 : 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설군에 속하는 건축물의 용도를 상위군(제4항 각 호의 번호가 용도변경하고자 하는 건축물이 속하는 시설군보다 작은 시설군을 말한다)에 해당하는 용도로 변경하는 경우 (2)신고대상 : 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설군에 속하는 건축물의 용도를 하위군(제4항 각 호의 번호가 용도변경하고자 하는 건축물이 속하는 시설군보다 큰 시설군을 말한다)에 해당하는 용도로 변경하는 경우 ③제4항의 규정에 의한 시설군 중 동일한 시설군 내에서 용도를 변경하고자 하는 자는 국토해양부령이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장에게 건축물대장 기재사항의 변경을 신청하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 변경의 경우에는 그러하지 아니하다 ④시설군은 다음 각 호와 같고, 각 시설군에 속하는 건축물의 세부 용도는 대통령령으로 정한다 (1)자동차관련 시설군 (2)산업 등 시설군 (3)전기통신 시설군 (4)문화집회 시설군 (5)영업 시설군 (6)교육 및 복지 시설군 (7)근린생활 시설군 (8)주거업무 시설군 (9)그 밖의 시설군.

473) 최혁재, 전계논문, pp. 48-49.

하더라도, 「국토계획법」에 의해 더욱 엄격한 기준이 적용되는 개발행위허가를 우선하는 것이 타당하다고 보기 때문이다.



第6章 結 論

지금까지 「국토계획법」상의 토지재산권에 대한 규제수단으로 작용하고 있는 개발행위허가제를 중점적으로 살펴보았다. 토지재산권의 이념적 기초는 사회·경제·정치적 관계 속에서 생성·변천되어온 것으로 국민생활의 기본적 수요를 충족시켜주고 인간다운 생활을 가능하게 하기 위하여는 토지재산권의 보장은 필수 불가결한 사안이다. 그러나 토지가 갖고 있는 특성에 비추어 토지재산권의 자유성에 너무 기울어지는 것은 곤란하다. 타인의 생존에 많은 영향을 미친다는 점을 감안하면 토지의 공공성이 강조되지 않을 수 없다. 특히 복지국가의 실현을 위한 적극적인 국가의 역할을 기대할 때 종전보다 더 많은 토지이용의 공적규제가 강조되고 있다. 이러한 토지재산권에 대하여 가장 대표적인 계획제한 입법으로 기능하고 있고 공법적 규제 수단으로서도 가장 광범위하고 강도가 높은 영향력을 갖고 있는 국토계획법이 제정·시행된 지가 5년이 경과되고 있으나 아직까지도 수준 높은 법적 안정성과 예측가능성이 확보되지 않고 있으며 특히, 개발행위허가제는 논리상 개발행위의 개념을 전제로 할 뿐 아니라 현실적으로도 개발행위와는 불가분의 관계에 있으므로 먼저 개발행위의 개념이 명확히 확립되어야 하는 현실이다. 그러나 개발행위의 개념은 그 자체가 논리적·선형적인 개념이 아니어서 선진 여러 국가에서 조차 개발행위로 보는 내포와 외연이 서로 동일하지 아니하다. 개발행위의 개념이 그 나라의 시대적·사회적 환경에 따라 다르게 설정될 수 있다는 말은, 그 만큼 용어에 대한 혼동의 우려가 크고 기준이 명확하지 않아서 허가제를 운용·집행하는 과정에서 재산권침해로 인한 민원이나 각종 부조리가 발생할 온상을 제공한다는 말로도 대치될 수 있다. 이러한 의미에서 개발행위의 개념을 명확히 한다는 것은 개발행위허가제를 도입하는 이상 필연적인 것으로 보인다. 본 연구에서는 개발행위의 개념정의를 명확히 하며 개발행위 관련계획 기본체계와 체계적 개발을 위한 수단들이 올바르게 개선·운영되어야 진정한 개발행위가 이루어질 수 있는 바, 이러한 제도의 문제를 점검하여 대안을 제시하고 나아가 개발행위 관련규정을 현실에 맞도록 개정하여 제도화하는데 필

요한 내용들을 연구한 결과 도출된 법적·제도적 문제점과 개선 방안을 다음과 같이 제시한다.

첫째, 개발행위의 개념에 대하여 “개발행위란 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 주된 목적으로 하는 토지의 분할, 형질의 변경, 또는 토지의 용도변경이다” 라고 하는 정의를 시도하였다. 새로운 개념은 일선 행정집행과 법의 운용 및 해석에 있어서 통일적인 기준과 규율을 정하는데 그 초점이 맞추어져 있다. 이와 같이 시도한 새로운 개발행위의 개념을 적용할 경우에 현행 국토계획법상의 개발행위허가제는 건축행위나 토석의 채취, 물건적치행위를 개발행위허가대상에서 제외하여야 하고, 현행법과 같이 경작을 위한 토지의 형질변경을 개발행위에서 제외시키는 규정을 존치시킬 필요가 없으며, 새로운 개념에 의하면 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 목적으로 하는 토지의 용도변경은 개발행위허가의 대상이 될 것인데, 향후 이러한 방향으로 법의 정비가 이루어져야 할 것이다. 또한, 현행법상의 개발행위허가제는 단순히 규제의 허가에 불과한 것으로 규정하여, 토지이용제도의 체계상 그 위상이 매우 낮고, 그 결과 제도 도입의 본래 취지에 부합하는 기능을 하기가 어렵게 되어 있다. 개발행위허가제를 종래의 난개발이나 환경침해의 방지, 기반시설의 확충 등 그 본래의 목적에 부합하도록 하려면, 개발행위허가제도를 단순히 규제적 성격을 갖는 허가로 할 것이 아니라, 토지이용제도의 하나로서 계획에 의한 토지이용제도로 기능하도록 그 위상이 격상되어야 할 것이다. 개발행위허가제가 갖는 본래의 정책적 효과를 충분히 발휘하도록 하려면 토지이용제도의 틀 속에서 제도화하면서 용도지역제를 보완하도록 하는 기능에 중점이 두어져야 할 것이다.

둘째, 국토기본법에서는 국토종합계획이 다른 계획에 우선하고 도종합계획과 시·군종합계획의 기본이 되며 지역계획과 부문별계획도 국토종합계획과 조화를 이루어야 한다고 규정하고 있다. 하지만 기본·조화·우선이 된다는 규정을 조율할 만한 실질적인 수단이 없는 실정이다. 먼저, 지역계획과 부문별계획에서는 도시기본계획간의 관계정립이나 연계에 대한 분명한 기준을 두어 통합된 국토계획법의 특성과 연계를 이루도록 해야 한다. 그리고 광역도시계획의 위계를 도시기본계획과는 차등화시킬 필요가 있다. 광역도시계획이 상위계획의 지침을 수용하고 도시기본계획과 도시관리계획에 가이드라인을 제시할 수 있도록 구체적인 집

행력을 갖는 것이 필요하다. 제정법이 기존의 국토이용관리법과 도시계획법의 통합으로 전 국토를 일원화된 법체계로 관리하고자 한다면, 장기적으로는 토지이용 계획도 일원화해야만이 진정한 의미의 일원화가 이루어 질 수 있다. 한편, 제2종 지구단위계획을 수립하여 조성된 계획구역은 주거형의 경우, 거의 도시지역의 기준사이에 못지않은 개발이 일어날 수 있을 것으로 판단된다. 그럼에도 용도지역은 여전히 계획관리지역으로 남을 전망이어서 언제까지 이러한 지역들을 비도시지역으로 관리할 것인가에 대한 논란이 이어질 것으로 보인다. 따라서 도시적 개발과 농촌적 개발에 대한 정의와 규모·특징에 대한 규정이 우선되어야 할 것으로 판단된다.

셋째, 개별법에 의한 개별구역의 명칭이 국토계획법에 의한 용도지역과 유사하기 때문에 전통적인 용도규제와 혼란을 일으켜 지역·지구의 정책목표와 내용을 명확하게 전달하지 못한 점이 있어 일반 국민들은 토지에 대한 규제가 과도한 것으로 생각할 수 밖에 없는 실정이다. 따라서 개별법에 의한 개별구역의 개편은 불가피한 일로 이를 어떻게 정비할 것인가에 대한 문제가 따른다. 우리나라 용도지역·지구제는 토지에 대하여 전국적으로 획일적인 적용을 지양하고 지역의 실정이나 지구의 특성을 살려 탄력적인 적용을 도모해 나가야 할 것이다. 국토계획법에 의해 관리지역을 중심으로 건축물의 용도제한이 허용행위열거방식으로 전환되고 전반적으로 밀도제한 역시 크게 강화된 것은 매우 고무적인 일이다. 그러나 앞으로 허용행위열거방식을 운영하는 과정에서 여건 변화에도 불구하고 토지이용이 경직되게 이루어지는 등의 부작용을 최소화하기 위해서는 허용행위의 범위에 대한 주기적인 검토가 요구된다. 나아가 허용행위열거방식과 금지행위열거방식과 관련, 우리나라 실정에 적합한 용도제한 방식을 구축해 나가기 위해서는 실제 허용행위열거방식의 운영실태를 면밀히 모니터링하고 평가해 보는 작업이 중요할 것이다. 또한, 밀도제한 방법에 있어서는 건폐율과 용적률의 적정성에 대한 검토가 필요하다. 도시별 규모, 지역의 특성 및 환경 등에 따라 건폐율과 용적률을 차등 적용할 수 있는 연구가 시급하게 이루어져야 할 것으로 보인다.

넷째, 개발행위허가의 신청과 처분, 기준 등 현실적으로 불합리한 규정들을 국토계획법시행령이나 개발행위허가운영지침, 시·군의 조례를 제정·개정 등으로 보완하여 제도의 조기정착이 될 수 있도록 하여야 할 것이다. 이를 위해서 단기

적으로 우선 경작범위의 차별화 및 확대다. 현재 일선 시·군에서 허가업무와 관련하여 경작의 범위도 지역에 따라 달라질 수 있음을 알 수 있다. 따라서 개발수요가 많은 지역에서는 객토의 범위를 다소 엄격히 인정하고, 그렇지 않은 지역에서는 그 반대로 적용함으로써, 이를 지역에 따라 차별화하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그리고 허가면제 규정의 현실화다. 농림지역·관리지역 등에서 이루어지는 경미한 토지형질변경에 대해 개발행위허가를 면제하는 규정이 실효성을 가지도록 하기 위해서는 그 적용기준을 현실화할 필요가 있다. 즉, 허가를 면제해주는 면적기준을 토지형질변경이 이루어지는 필지 전체의 면적으로 할 것이 아니라, 실제 토지형질이 변경되는 면적으로 하는 것이 타당하다. 그 다음에는 법령·지침의 정비 및 구체화다. 허가대상 및 허가기준에 대한 담당공무원의 판단과 원활한 업무처리를 위해 일선 시·군에 재량권을 부여하는 방식을 구체화할 필요가 있다. 그러나 법령상의 규정을 일시에 정비하기는 곤란하므로 관련서식 등의 통일과 운영지침부터 정비하도록 한다. 운영지침에서는 허가대상과 면제대상 등을 규정할 때 되도록 불확정 개념을 사용하지 않으며 구체적인 표현을 사용한다. 그리고 되도록 예외규정을 두지 말고, 해당사항을 평면적으로 나열하는 방식을 택하며, 문장도 평이하고 서술적으로 표현한다.

다섯째, 장기적 개선방안으로 향후 개발행위허가제의 보다 안정적인 운영 및 발전을 위해서는 허가대상지역을 한정하는 것이다. 농촌지역에서 주민의 일상생활 및 생산활동과 관련된 개발행위는 이 제도를 도입한 원인인 난개발과는 관계가 적어 굳이 개발행위허가제를 적용할 필요성이 크지 않다. 따라서 개발행위허가제를 지금처럼 모든 지역에 획일적으로 적용할 것이 아니라, 개발행위가 이루어질 지역의 성격과 예상되는 개발수요, 개발행위의 목적 및 규모 등을 고려하여 용도지역·지구 등을 기준으로 허가대상지역을 한정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 연접·순차개발 제한의 대상지역을 한정하는 것이다. 현재 연접·순차개발의 제한으로 인한 가장 큰 문제는 이것이 관리·농림·자연환경보전지역에 획일적으로 적용하는 것은 그 현실적 필요성에 부합하지 않는 것이다. 신규 개발수요가 활발할 것으로 예상되는 지역에 우선적으로 적용하는 것이 합리적이다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 연접·순차개발 제한의 근본취지·파급효과 및 현실여건 등을 감안하여 그 대상지역을 조정할 필요가 있다. 더욱 중요

한 것은 사후관리장치를 마련하는 것이다. 개발행위허가를 받고 사업을 완료한 후 허가목적과 다른 용도로 사용하는 사례가 나타나고 있다. 또 경작목적으로 절토 등 토지형질변경을 하여 사실상 대지를 조성한 후, 건축허가·신고대상에 해당하지 않는 건축물을 건축하는 경우 개발행위허가가 면제되는 규정을 악용하는 사례도 발생하고 있다. 이를 적발하기는 사실상 쉽지가 않고, 설사 적발하더라도 원상회복명령 외에는 별다른 제재수단이 없는 실정이다. 이미 대규모 토지형질변경이 이루어진 경우, 이를 물리적으로 완벽하게 원상회복하기도 어렵고 그럴 만한 실익이 없는 경우도 있다. 구체적으로는 개발행위허가를 받아 설치한 건축물이나 토지형질변경 등에 대해서는 일정한 기간 동안 허가목적대로 사용할 의무를 부과하도록 한다. 즉, 농지조성 목적으로 토지형질변경의 허가를 받은 경우에는 일정한 의무경작기간을 두도록 한다. 그리고 이러한 농지는 매년 실시 중인 농지이용실태조사의 대상에 포함시키고, 성실경작의무를 이행하지 않는 경우에는 농지법의 관련규정에 따라 처분명령 및 이행강제금을 부과하는 것이다. 또한 건축물 건축을 목적으로 개발행위허가를 받은 경우에도 비슷한 기간 동안 건축물의 용도변경을 제한하도록 한다. 현재 건축법에서는 건축물의 용도변경을 시장·군수·구청장에게 허가를 받거나 신고를 하도록 하고 있는데 이에 대한 특례규정을 두는 것이다. 그리고 이를 위반하는 경우에는 건축법의 벌칙규정에 의해 처벌받도록 해야 할 것이다.

앞으로 올바른 국토의 균형발전정책은 물론 국민의 재산권침해를 최소화하기 위해서는 지방자치단체별로 지역특성을 살리는 개발행위허가조례를 구체적으로 제정하고, 개발행위허가업무를 전산화구축(일명 개발행위허가공시제도)하여 허가 및 불허가 사례별·대상별·지역별 특성·통계자료 등의 투명성 확보와 이를 바탕으로 지속적인 연구가 이루어지기를 바란다.

參 考 文 獻

I. 國內文獻

1. 單行本

- 강경근, 「헌법」, 법문사, 2004.
- 강구철, 「강의 행정법」, 형설출판사, 1998.
- 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2004.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2004.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005.
- 권용우, 「민법 및 민사특별법」, 신양사, 2004.
- 김경렬, 「신토지공법」, 경영문화원, 1994.
- , 「토지공법」, 사법행정문화원, 1997.
- 김기영, 「헌법강의」, 박영사, 2002.
- 김남진, 「행정법 I」, 법문사, 2002.
- , 「행정법 II」, 법문사, 2004.
- 김남진·이명구, 「행정법연습」, 고시연구사, 2001.
- 김도창, 「일반행정법론(상)」, 청운사, 1992.
- , 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1993.
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2007.
- , 「행정법 II」, 박영사, 2007.
- 김상용, 「물권법」, 서울대학교출판부, 2006.
- 김성수, 「행정법 판례평론」, 홍문사, 2006.
- 김양홍, 「민법판례」, 유스티니아누스, 2000.
- 김영수, 「한국헌법사」, 학문사, 2000.

- 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1996.
- 김이열, 「행정절차법연구」, 삼영사, 1989.
- 김재덕, 「토지소유권제한의 이론」, 경영문화원, 1983.
- 김중보, 「건축행정법」, 도서출판 학우, 2002.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2001.
- 김철용, 「행정법 I」, 박영사, 2007.
- , 「행정법 II」, 박영사, 2005.
- 김향기, 「행정법개론」, 박영사, 2006.
- , 「행정법개론」, 삼영사, 2005.
- 류지태, 「행정법신문」, 신영사, 2005.
- , 「행정법의 이해」, 법문사, 2006.
- 류해웅, 「부동산제도」, 부연사, 2006.
- , 「토지공법론」, 삼영사, 2004.
- , 「토지법제론」, 부연사, 2005.
- , 「토지의 공익과 사익의 조정에 관한 연구 I」, 국토연구원, 2000.
- , 「토지의 공익과 사익의 조정에 관한 연구 II」, 국토연구원, 2002.
- 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1992.
- 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2007.
- , 「행정법론(하)」, 박영사, 2007.
- , 「행정법총론」, 박영사, 2001.
- 박병주, 「도시계획」, 형설출판사, 2004.
- 박수혁, 「행정법연습」, 법문사, 1998.
- 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2004.
- , 「최신행정법강의(하)」, 박영사, 2004.
- 박평준, 「행정상손실 보상법리연구」, 고시연구사, 2000.
- 배영길, 「토지공법」, 세종출판사, 2003.
- 변동식, 「부동산공법의 실무와 이해」, 부연사, 2006.
- , 「부동산공법의 이론과 이해」, 부연사, 2006.
- 변재욱, 「행정법강의 I」, 박영사, 1998.

서원우, 「전환기의 행정법이론」, 박영사, 1997.

서원우·이강혁, 「공법학 연습」, 법지사, 1995.

석종현, 「손실보상법론」, 삼영사, 2005.

-----, 「일반행정법(상)」, 삼영사, 2005.

-----, 「일반행정법(하)」, 삼영사, 2005.

-----, 「토지공법강의」, 삼영사, 1999.

-----, 「토지행정법론」, 경진사, 1994.

-----, 「행정법연습」, 삼영사, 1999.

성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2006.

손성태, 「부동산관계법규(하)」, 박문각, 1998.

신보성, 「현대행정법의 이론」, 교학연구사, 1988.

오준근, 「행정절차법」, 삼지원, 1998.

유경춘, 「토지이용의 공법적 규제」, 강원대학교출판부, 1990.

윤세창, 「행정법(상)」, 박영사, 1987.

윤양수, 「지방자치법과 제주특별자치도법」, 제주대학교출판부, 2007.

-----, 「행정법개론(제5판)」, 제주대학교출판부, 2007.

윤양수·권영호·표명환, 「제주국제자유도시관계공법」, 제주대학교출판부, 2005.

윤철홍, 「소유권의 역사」, 법원사, 1995.

이광윤·김민호, 「최신행정법론」, 법문사, 2002.

이규황, 「토지 공개념과 신도시」, 삼성경제연구소, 1999.

이근식, 「자유주의 사회경제사상」, 한길사, 1999.

이명구, 「신행정법원론」, 대명출판사, 1987.

이상규, 「신행정법론(상)」, 법문사, 1997.

-----, 「신행정법론(하)」, 법문사, 1994.

-----, 「영미행정법」, 법문사, 2001.

이상태, 「물권법」, 법원사, 2004.

이선영, 「토지수용과 보상법론」, 법원사, 1997.

이영준, 「민법총칙(한국민법론물권법 I)」, 박영사, 2005.

이원식·이주하, 「도시개발사업실무개론」, 백산출판사, 2004.

- 정권섭, 「토지소유권법」, 법원사, 1995.
- 정재황, 「관례헌법」, 길안사, 2002.
- 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2006.
- , 「헌법학원론」, 박영사, 2006.
- 정하중, 「행정법총론」, 법문사, 2005.
- 조연홍, 「한국행정법원론(상)」, 형설출판사, 2002.
- , 「한국행정법원론(하)」, 형설출판사, 2005.
- 천병태, 「특별행정법」, 삼영사, 1997.
- , 「행정법총론」, 삼영사, 2005.
- 최대권, 「헌법학강의」, 박영사, 2001.
- 표명환, 「공법학요론」, 도서출판 온누리, 2007.
- 하성규 외, 「현대도시와 사회」, 형설출판사, 2000.
- 한삼인, 「알기 쉬운 생활민법」, 에스퍼트, 2004.
- , 「관례민법」, 법률행정연구원, 2003.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005.
- 현승중, 「게르만법」, 박영사, 2001.
- 홍성방, 「헌법요론」, 신영사, 2005.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2008.
- , 「행정법원론(하)」, 박영사, 2008.
- , 「행정법특강」, 박영사, 2007.
- 홍준형, 「행정구제론」, 한울아카데미, 2001.
- , 「행정법총론」, 한울아카데미, 2001.
- 황명찬, 「토지정책론」, 경영문화원, 1993.

2. 論文

- 강순권, “프랑스의 토지법제 개요”, 「법제」 제257호, 법제처, 1989. 2.
- 강운산, “미국 연방헌법상 규제적 수용 법리에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제31집, 한국토지공법학회, 2006. 5.
- 강창웅, “도시계획결정의 행정처분성”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1986. 2.
- 강현호, “도시계획과 행정소송”, 「토지공법연구」 제7집, 한국토지공법학회, 1999.
- , “집중효”, 「공법연구」 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000.
- , “한국 헌법 제23조와 독일 기본법 제14조의 해독”, 「토지공법연구」 제1집, 한국토지공법학회, 2003. 6.
- 강홍빈·정인환·임서환·김동찬, “계획단위개발방식에 의한 주거단지개발연구”, 대한주택공사 주택연구소, 1989.
- 구자훈·강동진·이희정, “특집: 지구단위계획의 탄생과 이해”, 「도시정보」, 2005.
- 권영성, “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구”, 서울대학교 법학연구소, 1992.
- 권영철, “환경문제에 대한 지방정부의 갈등관리”, 광운대학교대학원 박사학위논문, 1996.
- 권영호, “헌법질서로서 민주주의와 법치국가 원리”, 「법과 정책」 제4호, 제주대학교 법과정책연구소, 1998. 8.
- , “헌법해석의 원천”, 「법학논총」 제18권, 단국대학교 법학연구소, 2004.
- 권오창, “미국과 한국에서의 공공시설부담제도에 관한 비교법적 연구”, 경희대학교 박사학위논문, 2001.
- 권원용, “토지이용규제체계의 개선방안”, 「토지시장의 분석과 정책과제」, 한국개발연구원, 1993. 12.
- 김 성, “도시계획과 재산권의 보호”, 「토지공법연구」 제2집, 한국토지공법학회, 1996. 2.
- 김 훈, “프랑스 도시계획과 토지이용에 관한 규제법규의 고찰”, 「토지공법연구」

- 구」 제16집 제1호, 한국토지공법학회, 2002. 9.
- 김규하, “토지소유권의 보장과 제한”, 「토지공법연구」 제5집, 한국토지공법학회, 1998. 2.
- 김남진, “도시계획결정의 법적 성격”, 「고시연구」, 1983.
- , “재산권의 가치보장과 존속보장-재산권의 공용침해와 관련하여-” 「월간고시」, 1986. 3.
- , “한국에서의 토지공개념 확대 도입을 위한 입법”, 「고시연구」, 1990.
- 김남철, “위험사회에 있어서의 환경보호의 법적 과제-환경친화적 도시개발의 문제를 중심으로-”, 「토지공법연구」 제32집, 한국토지공법학회, 2006. 9.
- , “지방자치단체의 계획고권과 국가의 공간계획”, 「토지공법연구」 제6집, 한국토지공법학회, 1998.
- 김민호, “미국의 규제적 수용에 있어 공익과 사익의 조정”, 한국토지공법학회 제32회 학술대회논문집, 2002. 7.
- 김병기, “개발행위허가의 방법과 절차”, 「개발행위허가제의 공법적 검토」 국제학술대회발제논문, 한국토지공법학회, 2001. 9.
- 김상조·김재정, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률체계의 출범과 향후과제”, 「국토」 통권 제255호, 국토연구원, 2003. 1.
- 김선곤, “개정 도시계획법상의 계획제한과 권리구제”, 「토지공법연구」 제10집, 한국토지공법학회, 2000. 8.
- 김성배, “국토이용계획제도의 개편이 토지공급에 미치는 영향”, 「국토정보」, 국토개발연구원, 1993. 11.
- 김성배·서순탁, “토지정책수단의 국제비교”, 「국토정보」, 국토개발연구원, 1992. 12.
- 김영혜, “토지이용규제법제에 관한 연구”, 원광대학교대학원 박사학위논문, 2003.
- 김용섭, “개발허가의 법적 성질”, 「개발허가의 공법적 검토」 발제논문, 국토연구원·한국토지공법학회 공동주최 국제학술대회, 2001. 9.
- , “행정행위의 부관에 관한 법리”, 「행정법연구」 제2호, 행정법이론

- 실무학회, 1998. 4.
- , “행정행위의 부관의 허용성”, 「관례월보」, 1997. 9.
- 김운용, “헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부에 관하여”, 「헌법재판자료집」 제9집, 1999.
- 김제국·변국일·김지희, “경기도 개발행위허가제의 운용실태에 관한 연구”, 경기개발연구원, 2004.
- 김정호, “한국의 토지이용규제”, 한국경제연구원, 1995. 10.
- 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 「행정법연구」 제3호, 행정법이론실무학회, 1998. 10.
- , “도시계획변경거부의 처분성”, 「행정법연구」 제11호, 행정법이론실무학회, 2004. 5.
- , “토지형질변경허가의 법적 성질”, 「행정판례연구」 제11집, 2006. 6.
- 김춘기, “행정행위의 부관과 그 법적 통제”, 「토지공법연구」 제16집 제2호, 한국토지공법학회, 2002. 12.
- 김춘환, “미국의 적법절차에 있어서 청문의 시기를 결정하기 위한 고려사항”, 「토지공법연구」 제10집, 한국토지공법학회, 2000. 2.
- 김태경·김제국·권대한, “개발행위허가제도 운용실태 및 개선방향에 관한 연구”, 대한국토·도시계획학회지 「국토계획」 제42권 제3호, 2007.
- 김태진, “토지관련 법령정보화 수요분석과 대응전략”, 「국토연구」 통권 제32권, 국토연구원, 2001. 10.
- 김해룡, “새로운 국토계획 관련법제에 대한 평가와 개선방향”, 「토지공법연구」 제15집, 한국토지공법학회, 2002. 4.
- 김현태, “새로운 국토이용관련법제의 특징과 문제점”, 「공법학연구」 제4권 제1호, 한국비교공법학회, 2002. 11.
- 김형복, “난개발 방지를 위한 기반시설연동제의 모의실험에 관한 연구”, 「토지개발기술」 봄호, 2002. 3.
- 김홍대, “토지공개념 법제의 개선방안에 관한 연구”, 명지대학교대학원 박사학위논문, 1995.
- 노경수, “도시토지이용규제에 관한 비교연구 : 독일·미국·일본·한국의 지

- 역제를 중심으로 ”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1995.
- , “지역제의 변천에 관한 비교사적연구(1) : 독일·미국·일본의 사례를 중심으로”, 「국토계획」 제33권 제3호, 대한국토계획학회, 1998. 6.
- 노춘희 외, “국토의 계획적 개발을 위한 관련제도 정비방안에 관한 연구”, 강남대학교 도시연구원, 2002.
- 도종수 외, “청소년 수련지구 및 전용 활동 운영에 관한 연구”, 국토연구원, 1992.
- 류일용, “우리나라 토지제도의 발전에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제19집, 한국토지공법학회, 2003. 9.
- 류지태, “공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상법제의 개편에 관한 검토”, 「토지공법연구」 제15집, 2002. 4.
- , “현행 국유재산관리의 법적 문제”, 「토지연구」 제12권 제1호, 한국토지공사, 2001. 4.
- 류해웅, “개발허가제의 도입에 관한 연구”, 국토연구원, 2001.
- , “국토이용체계 개편에 따른 농지이용관리제도의 개선”, 국토연구원, 2003.
- , “용도중심과 계획중심의 토지이용제도 비교”, 「법제」 통권 제587호, 2006. 11.
- , “토지관리행정의 체계화에 관한 연구”, 국토개발연구원, 2000.
- , “토지이용제도-한국과 일본의 법제비교-”, 국토개발연구원, 1998.
- 류해웅·김승중, “토지의 공익과 사익의 조정에 관한 연구Ⅱ”, 국토연구원, 2002.
- 류해웅·정우형, “개발허가제의 도입에 관한 연구”, 국토연구원, 2001.
- 박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1993.
- 박수현, “미국토지법에 있어서의 배제적 용도지역·지구제”, 「토지공법연구」 제7집, 한국토지공법학회, 2003. 2.
- 박윤훈, “미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상”, 「미국헌법연구」 제2호, 1991. 10.
- 박일환, “재판에 대한 헌법 소원”, 「인권과 정의」, 1989.

- 박재길 외, “도시관리계획의 토지이용 관리기능 제고방안 연구-개발행위를 중심으로”, 국토연구원, 2006.
- 박종국, “계획재량에 관한 고찰”, 「안암법학」 제7호, 세창출판사, 1998. 8.
- 박평준, “현대법상 공용제한에 대한 보상제도의 문제점”, 「토지공법연구」 제5집, 한국토지공법학회, 1998. 2.
- 박헌주 외, “계획에 의한 토지이용체계 확립방안 연구”, 국토연구원, 1999.
- 박헌주, “국토이용관리정책의 현안과 발전방향”, 「국토」 통권 제255호, 2003.
- , “토지구제완화의 전제조건”, 「토지연구」, 한국토지공사, 1997.
- 배청(역)渡邊俊一(와타나베순이치), “영국의 토지개발규제”, 한국감정평가연구원, 1997.
- 변동식, “공공용지 취득의 법리적·실증적 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1997.
- 서순탁, “국토이용계획체계의 개편”, 강남대 도시연구원, 2003.
- , “기업도시건설, 정책·입법 평가”, 「참여정부 4년, 부동산입법 및 정책에 대한 총괄적 검토」 제51회 학술대회, 한국토지공법학회, 2006. 12.
- , “영국의 플래닝제인에 관한 고찰”, 국토개발연구원, 1993.
- , “외국의 토지이용계획제도”, 「지가정보」 4월호, 한국감정원, 1993.
- , “일본 토지보유과세의 현황·역할·문제점”, 국토개발연구원, 1993.
- 서순탁·김제국, “개발행위허가제 실태분석과 정책적 시사점 : 경기도 용인시 사례를 중심으로”, 「토지연구」 통권 제49호, 국토연구원, 2006. 6.
- 서원우, “계획제한과 공권보호”, 「법학」 제17권 제1호, 서울대학교 법학연구원, 1975.
- 석중현, “도시계획결정의 법적 성질”, 「판례월보」 제179호, 1985. 8.
- , “서독의 토지법제에 관한연구”, 「윤세창박사정년기념논문집」, 박영사, 1983.
- , “이원적 보상법 체계의 문제점 검토”, 「토지공법연구」 제11집, 한국토지공법학회, 2001. 2.
- , “토지이용규제법제의 개선방안”, 「토지연구」 제5·6월호, 한국토지공사, 1996.

- 성소미, “토지에 대한 고충민원 사례연구”, 「토지공법연구」 제16집 제1호, 한국토지공법학회, 2002. 9.
- 성연동, “미국의 토지이용규제 정책에 관한 연구”, 한국부동산학회, 2000.
- 손성태, “용도지역·지구제의 효율적 운영방안에 관한 연구”, 홍익대학교 대학원 박사학위논문, 1998.
- 손재영, “토지제도개혁의 예상효과와 정책방향”, 한국개발연구원, 1991. 1.
- 송동수, “독일에 있어 토지에 관한 공익과 사익의 조정-형량명령을 중심으로-”, 「토지공법연구」 제16집 제1호, 한국토지공법학회, 2002. 9.
- 송현담, “국토계획법제상의 토지재산권에 대한 규제수단에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 2003.
- 송희성, “재산권의 존속보장과 공용침해의 근거”, 「사법행정」, 1999.
- 신규식·신태형·정채효·안호경, “제2종 지구단위계획 사례분석 예시, 지구단위계획 운영실태와 발전적 개선방향”, 대한국토도시계획학회, 2004.
- 신봉기, “계획고권 재론”, 「토지공법연구」 제17집, 한국토지공법학회, 2003. 2.
- , “부관에 대한 사법심사”, 「토지공법연구」 제9집, 한국토지공법학회, 2000.
- , “행정계획에 대한 사법적 통제”, 「토지공법연구」 제10집, 한국토지공법학회, 2000. 8.
- 신태형·최정선·이희정, “제2종 지구단위계획과 개발행위허가제의 개선방안에 관한 연구-비도시지역에서의 적용을 중심으로-”, 한국도시계획학회지 제7권 제4호, 2006. 12.
- 안대회, “헌법재판소법 제정 거론사항, 헌법재판제도”, 「법무자료」 제95집, 법무부, 1988.
- 엄수원, “국토의 계획적 개발을 위한 정책과제”, 「대한토지연구협의회 창립 1주년기념 종합대토론회 논문집」, 2001.
- 오준근, “도시계획관련법제의 체계적 정비방안”, 한국법제연구원, 2000.
- 유남석, “법원의 법률해석 권한과 위헌심판제청”, 「헌법문제와 재판(상)」, 사법연수원, 1996.
- 유인출, “도시계획제한에 따른 사유재산권의 침해와 권리구제에 관한 연구-개발

- 제한구역을 중심으로-”, 한남대학교대학원 박사학위논문, 2003.
- 유종현, “개발행위허가제도의 확대도입과 과제”, 「강원광장」 제11-12월호, 강원 발전연구원, 2002.
- 윤진영, “토지의 형질변경”, 「법조」, 1994. 8.
- 이건호·강병기, “용도지역별 용도규제의 변천에 관한 연구 : 복합적 토지이용의 발생과정측면에서 국토계획”, 「대한국토·도시계획학회지」 제26권 제2호(통권60호), 1991. 5.
- 이광윤, “국토계획과 환경-한국과 프랑스에 있어서의 국토환경계획법의 형성-”, 「환경법 연구」 제23권 제2호, 한국환경법학회, 2001.
- 이규환, “조선시가지 계획령과 서울의 도시개발사업”, 「중앙행정논집」 제16권제2호 통권21호, 중앙대학교국가정책연구소·중앙행정학회, 2002. 12.
- 이기한, “행정청의 토지이용규제의 권한과 한계”, 「토지공법연구」 제18집, 한국토지공법학회, 2003. 6.
- 이덕연, “보상 없는 재산권제한의 한계에 관한 연구”, 「헌법재판연구」 제9권, 1997.
- 이동수, “미국에서의 정당한 보상의 필요성과 기준”, 「토지공법연구」 제31집, 한국토지공법학회, 2006. 5.
- 이동훈, “헌법재판에서 사법적극주의의 한계”, 「헌법학연구」 제5집 제1호, 한국헌법학회, 1999.
- 이명구, “한국과 일본의 도시계획제도의 비교분석에 관한 연구 : 조선시가지 계획령과 일본의 (구)도시계획법을 중심으로”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1994.
- 이선영, “최근 주요 토지법의 개편현황과 공법적 검토”, 「토지법학회학술지」, 토지법학회, 2003.
- 이성룡, “경기도택지개발사업 평가 및 개선방안”, 경기개발연구원, 2000.
- 이수겸, “토지이용계획제한과 권리보호에 관한 연구”, 명지대학교대학원 박사학위논문, 1995.
- 이승일·정일훈, “비도시지역의 환경친화적 개발방안연구”, 「국토연구」 제35권, 2002.

- 이종화, “용도지역 변경이 토지이용변화에 미치는 영향분석”, 「국토계획」 제26권 제2호(통권60호), 대한국토·도시계획학회, 1991. 5.
- 임정평·석종현, “토지공개념과 사유재산제도와 법적 갈등에 관한 연구”, 「단국대학교논문집」 제20집, 1986.
- 임창호, “토지이용계획제도 개선방안”, 「토지연구」 제10권, 한국토지공사, 1999.
- 임택범·곽인선·전철민, “개발행위(토지분할)허가제운영의 개선방안”, 한국지적학회 춘계학술대회, 2006.
- 전윤철, “소유권이론의 변천과 그 현대적 개념”, 「법제월보」 제3호, 1970.
- 정권섭, “토지소유권 제한에 관한 연구”, 부산대학교대학원 박사학위논문, 1975.
- 정연주, “공용침해의 허용요건으로서의 공공필요”, 「연세법학연구」 제1집, 1992.
- 정재황, “헌법재판·헌법판례연구의 방법론과 과제”, 「헌법학연구」 제4집 제1호, 한국헌법학회, 1998. 6.
- 정하중, “독일 기본법 제14조상의 부대조항의 의미와 한국헌법 제23조 제3항의 해석”, 「사법행정」 제10월호, 1992.
- 정희남, “국토이용체계 개편에 따른 지역·지구·구역 등의 정비방향연구”, 국토연구원, 2001.
- , “지역지구제의 행위규제 분석연구2”, 국토연구원, 2003. 12.
- , “토지이용규제 합리화방안 추진전략”, 「정책토론회자료」, 국토연구원, 2003. 9.
- 정희남·채미옥, “지역지구제의 행위규제 분석연구(Ⅰ)”, 국토연구원, 2002.
- 조상근, “토지소유권 개념의 변천과 토지이용권 강화에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 1986.
- 조석주, “도농복합형태시의 운영성과 분석”, 한국지방행정연구원, 1996.
- 조주현, “대도시토지이용규제의 합리화방안”, 지방행정연구원, 1994.
- 지대식, “공공사업관련 용지취득 원활화 방안연구”, 서울국토개발연구원, 1998.
- 진영환, “21세기 국토이용체계 개편방안” 국토연구원, 2000. 8.

- 채미옥 외, “계획적 국토관리를 위한 정책수단의 운용실태 및 개선방안 연구”, 국토연구원, 2004.
- , “토지이용규제제도와 환경규제제도의 연계성 확보방안 연구”, 국토연구원, 2002.
- 최영국 외, “국토계획과 환경계획체계의 연계방안 연구”, 국토연구원, 2002.
- 최영찬, “공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률해설”, 「법제」, 2003. 2.
- 최혁재 외, “국토의 효율적 관리를 위한 농지이용관리제도의 발전방향”, 국토연구원, 2003.
- 최혁재, “개발행위허가제의 개선방안”, 「국토」 통권284호, 국토연구원, 2005. 6.
- , “국토난개발방지를 위한 국토이용체계 개편과 향후 과제”, 「국토정책과제 2003」, 국토연구원, 2002. 12.
- , “토지이용규제 손실전보수단으로서의 개발권양도제 도입 및 활용방안 연구”, 국토연구원, 2002.
- , “토지이용규제 표준화방안 연구”, 국토연구원. 1999.
- 표명환, “기본권보호 의무의 이론적 기초”, 「헌법학연구」 제8집 제1호, 한국헌법학회, 2005.
- , “독일 기본법상의 재산권의 내용규정과 수용”, 「공법연구」 제31집 제3호, 한국공법학회, 2005.
- 피석현, “국토기본법과 국토계획법에 의한 국토계획체계의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「국토연구」 제37권, 국토연구원, 2003. 6.
- 하성규 외, 「현대도시와 사회」, 형설출판사, 2000.
- 하혜수, “일몰방식의 행정제도에 관한 비교연구”, 「한국행정학보」 제33권 제2호, 한국행정학회, 1999.

3. 其他

- <http://www.ccourt.go.kr/> 헌법재판소(판례검색)
- <http://www.kab.co.kr/> 한국감정원(자료실)
- <http://www.kapanet.co.kr/> 한국감정평가협회(감정평가논문집)
- <http://www.kiri.re.kr/> 법제연구원(연구보고서)
- <http://www.koland.co.kr/> 한국토지공사(부동산정보)
- <http://www.kpla.or.kr/> 한국공법학회(자료실)
- <http://www.moct.go.kr/> 건설교통부(자료실)
- <http://www.moleg.go.kr/> 법제처(종합법률정보, 대법원판례)
- <http://www.nso.go.kr/> 통계청(자료실)
- <http://www.toji.or.kr/> 한국토지공법학회(자료실)
- 강남대학교 도시연구원, 「새로운 국토·도시계획제도의 이해」, 보성각, 2003.
- 건설교통부, 「건설교통통계연보」, 2006.
- , 「개발행위허가운영지침」, 2005. 5.
- , 「건설경제 업무편람」, 2006. 3.
- , 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 관련지침」, 2003.
- , 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 질의·회신사례집」, 2006. 12.
- , 「국토이용계획체계의 개선방안에 관한 연구」, 국토연구원, 2000.
- , 「기반시설연동제운영지침」, 2005. 9.
- , 「도시관리계획수립지침」, 2005. 5.
- , 「도시기본계획수립지침」, 2007. 5.
- , 「보상업무 전문화를 위한 연구: 보상업무편람」, 2002. 3.
- , 「용도지역·지구제도의 개선방안 연구」, 국토연구원, 2000.
- , 「토지의 적성평가에 관한 지침」, 2005. 5.
- , 「토지이용규제기본법령 및 해설집」, 2006. 6.
- , 개발행위허가관련 지침통보, 도시58400-399호, 2003.
- , 국토계획법안(1)-입법참고자료-, 2001.
- , 도시관리계획 및 지구단위계획수립지침, 도시58400-3129호, 2003.

- 건설교통부·한국토지공사, 「환경친화적 택지개발 업무편람」, 2001.
- 국가균형발전위원회, 「국가균형발전론」, 2003.
- 국토개발연구원, 「토지이용효율화를 위한 용도지역·지구제의 개선방향에 관한 연구」, 1980.
- 국토연구원, 「토지이용규제 정비방안 연구」, 1999.
- , 「국토이용체계 개편에 따른 세부운영방안에 관한 연구」, 2002.
- , 제4차 국토종합계획(2000-2020) 시안, 1999.
- 국회사무처 법제예산실, 「수도권지역의 난개발방지를 위한 입법적 검토」, 2000. 9.
- 대한국토·도시계획학회, 「토지이용계획론」, 보성각, 1996.
- 서울특별시 훈령 제905호, 1999. 8. 25.
- 제주특별자치도, 제주투자진흥지구의 운영에 관한 지침, 2007. 1. 10.
- 토지공개념연구위원회, 「토지공개념 연구위원회 연구보고서」, 1989.
- 한국감정원(역), 1991년도 외국의 토지관련 정보, 1992.
- 한국도시설계학회, 「관광휴양형 지구단위계획 제주심포지엄」, 2007.
- 한국토지공법학회, 「공공용지취득 및 손실보상제도 개선방안 연구」, 2000.
- 한국토지공사, “도심·중심시가지에서 주거용 공간을 확보하는 방법 (상)”, 「토지연구」 제2권 제2호, 1991. 4.

Ⅱ. 外國文獻

1. 日本文獻

- 加藤一郎, “事業損失の補償について”, 「補償研究」8月號, 1966.
- 甲斐道太郎 外 3人, “所有權思想の歴史”, 有斐閣, 1979.
- 高橋 進, “地區計劃 新立法の概要”, ジュリスト No.722, 1980. 8.
- 高木 光, “都市計劃と地方分權”, 國土研究院 共同主催 國際學術大會「開發許可制의 公法的 檢討」, 韓國土地公法學會, 2001. 9. 22.
- 宮田三郎, 「行政計劃法」, ぎょうせい, 1984.
- 金子正史, “開發許可制度管見”, 「自治研究」第77卷 第1號, 良書普及會, 2001. 7.
- 今村成和, “損失補償制度の研究”, 有斐閣, 1997.
- 今村和成, 「國家補償法」, 有斐閣, 1970.
- 大澤正男, 「土地所有の構圖」, 早稻田大學出版部, 1985.
- 大鹽洋一郎, 「日本の都市計劃法」, あようせい, 1981.
- 渡邊洋三, 「財産權論」, 一粒社, 1985.
- 渡邊俊一, 「比較都市計劃序説」, 三省堂, 1985.
- 稻本洋之助 外3人, 「ヨーロッパの土地利用規制」, 東京大出版會, 1983.
- 藤田宙晴, “わが國地區計劃制度の性格に關する覚え書き-西ドイツ地區詳細計劃(Bプラン)制度との對比における特質と問題點-”, 公法と經濟學の諸問題(下), 1982.
- 柳瀬良幹, 「公用負擔法」, 有斐閣, 1976.
- 朴載吉, “都市基本計劃の策定と運用に關する研究”, 東京大博士學位論文, 1992.
- 不動産シンジケシヨン協議會, 「不動産開發事業リスクと資金調達」, 不動産シンジケシヨン協議會, 1999.
- 山田辛男, 「行政契約論」, 有斐閣, 1968.
- 石田賴房 외, “地區計劃の構造と具體化の方法”, ジュリスト特集 都市の再生 No.722, 1988.

- 成田頼明, 「土地政策と法」, 弘文堂, 1989.
- 小林傳士, 「行政組織と」, 成文堂, 2000.
- 篠塚昭次, 「土地法口話」, 三省堂, 1998.
- 水本 浩, 「土地問題と所有權」, 有斐閣, 1980.
- 神祭川顯都市部都市整備課 監修, 「都市計画法 開發許可關係實務の手引き」, 神祭川顯, 1997.
- 阿部成治譯, 「西ドイツの都市計画法」, 學藝出版社, 1981.
- 愛和縣建築部建築指導課 監修, 改訂13版「都市計画法 開發許可の 實務の 手引き」, 愛和縣：財團法人東海建築文化 センター, 1990.
- 野村総合研究所, 「地價と詳細都市計画法」, 野村総合研究所, 1991.
- 遠藤博也, 「計画法行政」, 學陽書房, 1982.
- 日笠 端, “都市の計画法體系と地區計画法制度”, ジュリスト増刊號 轉換期の土地問題, 1984.
- 日笠 端・成田頼明, “西ドイツの都市計画法の制度と運用-地區詳細計画法を中心として-”, 日本建築センター, 1977.
- 日本國土廳, 「土地取引・利用・保有の基本指針」, 土地局土地政策研究會, 昭和63年.
- 日本宅地開發協會, 「開發許可制度の 解説」, 日本宅地開發協會, 1992.
- 田中二郎, 「公用負擔金」法律學全集 第14卷, 有斐閣, 1978.
- 坂本一洋日下千章, 「要説不動産に關する行政法規」, 學陽書房, 2002.
- 坂和章平, “改正都市計画法の對應”, 「都市問題」第92卷 第8號, 都市問題研究所, 2001.
- 平川逸朗・深海隆恒, “不動産開發プロジェクトの實施プロセスの構成に關する考察”, 日本不動産學會誌, No.4, vol. 1, 1986.
- 下山暎二, 「國家補償法」, 筑摩書房, 1973.
- 河野正三, 「國土利用計画法(特別法コンメンタール)」, 第一法規, 1980.
- 和田英夫, 「行政法講義(上)」, 學陽書房, 1982.
- 荒 秀, “開發許可の法と實務(1)”, 「獨協法學」第44號, 獨協大學, 1997.
- 橋本洋之助・眞砂太輔, 「土地法の基礎(基礎法律學大系12)」, 青林書院新社, 1981.

2. 獨逸文獻

- Acterberg, *Allgemeines Vewaltungsrecht*, 1982.
- Acterberg · Puttner, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band I., 1990.
- Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 1970.
- Battis, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 3. Aufl., 1992.
- Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 10. Aufl., 1978.
- Brohm, *Öffentliches Baurecht*, 2. Aufl., 1999.
- Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1986.
- Bunda/Klein, *lehrbuch des VerfassungsprozeBrechts*, C.F.Muller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.
- BVerfGE(Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), J.C.B.Mohr (PaulSiebeck) Tübingen.
- BVerwG, DVBl, 1969, 362ff.
- Dolde · Keinath, *Stadtebauliche entwicklungsplnung in der Praxis*, 1981.
- Durr Baurecht (für Baden- Würtemberg), 9. Aufl., 1998.
- E. F or sthoff, *Lehrbuch des Verwaltung srecht* , Bd. 1, 9. Aufl., 1973.
- E. Stein, *Staatsrecht*, 10. Aufl., §27VIII: BVerw GE 20, 351. 1986.
- Erbgth · Wagner, *Bauplanungsrecht*, 3. Aufl., 1998.
- F. Giese, *Enteignung und Entschädigung*, 1950.
- F. Ossenbuhl, *Staatshaftungsrecht*, 3. Aufl., 1983.
- F. W. Giese, *Öffentliche Aufopferungsanspeuch*, 1939.
- Finkelnburg · Ortloff, *Öffentliches Baurecht*, Bd. I , Aufl., 1988.
- G. An schutz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1933.
- H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1988.
- H. Ritt stieg, *Grundgestz und Eigentum*, NJW 1982.
- H. Stodter, *Öffentlichrechtliche Entschädigung*, DOV 1933.
- H. W.R.Wade, *Administrative*, 5th ed., 1982.
- Hesse, *Grundzuge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*,

- Heidelberg, 1984.
- Hoppe, *Kommunale Selbstverwaltung und Planung*, 1983. 564ff.
- Hoppe, RuL, 1988, Rn. 72f.
- Hoppe · Beckmann, *Umweltrecht*, Munchen, 1989.
- Hoppe · Grotfels, *Öffentliches Baurecht*, 1995.
- Hoppenberg(Hrsg.), *Handbuch des Öffentlichen Baurechts*, 1997.
- Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, 3. Aufl., 1998.
- Kalin, Walter, *Das Verfahren der Staatsrechtlichen Beschwerde*, Verlag Stampfli & Cie AG, Bern, 1984.
- Karl Diehl, *Über Sozialismus, Kommunismus und Anarchismus*, 5. Aufl., 1923.
- Karl Heinrich Friauf, “*Bau-, Boden und Raumordnungsrecht*”, in Ingo von Münch(Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1982.
- Klaus Vogel, *Vorn Eigenturms zum Vermögensschutz eineErwiderung*, NJW 1996, Heft 19.
- Kloepfer, *Informationsrecht*, 2002.
- Lassak, *Das neue Baurecht in Sachsen*, 1998.
- Maunz · Durig, *Grundgesetz, Kommentar*, 1998.
- Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1997.
- Max Kaser, *Römisches Privatrecht; ein Studienbuch*, 9. Aufl., 1976.
- Munch · Kunig, *Grundgesetz, Kommentar*, 2002.
- O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht II*, 2. Aufl., 1917.
- Ossenbuhl, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl., 1998.
- Otto Kimminich, *Das Grundrecht auf Eigentum*, JuS, 1978, S217.
- Otto V. Gieke, *Deutsches Privatrecht Bd. II*, Berlin-Munchen, 1965.
- Paland, *Bürgerliches Gesetzbuch(Kurz-Kommentar)*, 1980.
- Parrish, *Cripp’s Compulsory Acquisition of Land*, 1962.
- Peine, *Öffentliches Baurecht*, 3. Aufl., 1997.
- Pietzner, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 10. Aufl., 2000.
- Portz · Runkel, *Baurecht für die kommunale Praxis*, 3. Aufl., 1998.

Schlichter · Stich, *Berliner Kommentar zum BauGB*, §2 Rn. 3.
Schmidt-Aßmann, *Besodneres Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 1998.
Schmidt-Eichstaedt, *Stadtebaurecht*, 3. Aufl., 1998.
Schmidt-Glaeser, *Verwaltungsprozeßrecht*, 14. Aufl., 1997.
Stein, *Staatsrecht*, 7 Aufl., 1980.
U. Battis, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1985.
U. Battis, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 1987.
Ule · Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl., 1995.
Vgl. H. J. Koch · R. Hosch, *Baurecht, Raumordnung- und Landesplanungsrecht*, 1988.
W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1931.

3. 歐美文獻

Abbot · William, *Exactions and Impact Fees in California : A Comprehensive Guide to Policy, Practice, and the Law*, Point Arena, Calif.: Solano Press Books, 2001.
Alfred A. Ring, Jerome Dasso, *Real Estate Principles and Practices*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs N.J., 1977.
B. J. Pearce, “*The Effectiveness of British Land Use Planning System*”, *Town Planning Review*, Vol.63, No.1.
Charles H. Haar, *Land Use Planning*, Boston: Little Brown and Company, 1977.
Cooper · Connie, *Transportation impact Fees and Exercise Taxes A Survey of 16 Jurisdicions*, Chicago, IL: American Planning Association, 2000.
Cortin · Daniel, *California Land Use and Planning Law*, 16th ed., Berkely, CA: Solano Press, 1996.
Coursey Don, *Suburbs*, Chicago ; University of Chicago, 2000.
Cullingworth · Barry, *The Political Culture of Planning American Land Use Planning in Comparative Perspective*, New York: Routledge, 1993.

- Dennis J. Mckengie and Richard M. Betts, *Essentials of Real Estate Economics*, Thomson Learning Co. 2001.
- Department of Environment, *Planning Control in Western Europe*, HMSO, 1989.
- Dwight · Frank, *Control and Environmental Regulation*, Washington, D.C: Richard, Island Press, 1999.
- F. Schnidman, *Transferable Development Right ; An Idea in Search of Implementation*, Land and Water Law Review Vol. 11, 1976.
- F. Stuart Chapin, Jr. · Edward J. Kaiser, *Urban Land Use Planning*, 3rded., University of Illinois Press, 1979.
- Fader · Steven, *Density by Design : New I : directions in Residential Development*, washington, B.C.: Urban Land Institute, 2000.
- Fainstein, Susan S., *The City Builders Property*. Politics & Planning, 1994.
- Freilich · Robert, *From Sprawl to Smart Growth: Successful Legal, Planning and Environmental System*, Chicago : American Bar Association, 1999.
- Freilich · Schultz, *Model Subdivision Regulations: Planning and Law*, 2nd ed., Chicago : Planners Press, American Planning Association, 1995.
- George J. Siedel and Janis K. Cheezem, *Real Estate Law*, 4th edition, West Educational Publishing Company, 1999.
- Goldberg, M./Chinloy, *Urban Land Economics*, New York, John Wiley & Sons, 1984.
- Grant, M, “*Urban Planning Law*” , London/Sweet and Maxwell Ltd, 1982.
- H. W. E. Davies, “*Development Control in England*” , Town Planning Review, Vol.5, No.2, 1988.
- Hall, P, *Urban and Regional Planning*, Pelican Books, 1976.
- J. B. Cullingworth, *Town and Country Planning in Britain(10th ed.)*, London: Unwin Hyman, 1988.
- John B. Corgel & David C. Ling, and Halbert C. Smith, *Real Estate Perspectives: An Introduction to Real Estate*, The McGraw-Hill Companies, 2001.

- Julian C. Juergensmeyer and Thomas E. Roberts, *Land Use Planning and Control Law*, West Group, 1998.
- Kelly · Eric, *Enforcing Zoning and Land Use Controls*, Chicago, IL : American Planning Association, 1996.
- Loughlin · Peter, *Land Use, Planning and Zoning, 2nd ed.*, Butter worth Legal Publishers, 1993.
- M. Herbert and N. Nakai, “*Deregulation of Japanese Planning in the Nakasone Era*,” *Town Planning Review*, Vol.59, No.4, 1988.
- Mandelker · Daniel, *Planning and Control of Land Development(4th ed.)*, Contemporary Legal Education Series, Charlottes ville, Va : Michie, 1995.
- Melville C. Branch, *Urban Planning Theory*, Halsted press, 1975.
- Nelson · Aethur, *Paying for Growth’s Impacts : A Guide to Impact Fees*, 1992.
- Plotkin, Sidney, “*Property, Policy, and Politice : Toward a Theory of Urban Land Use Conflict*” , *International Journal of Urban and Reginal Research* 11(3)(September), 1987.
- R. F. Babcock, *The Zoning Game*, Univ. of Wisconsin press, 1969.
- Raftery, John, *Risk Analysis in Project Management*, F.&F.N.Spon(London),1994.
- Richard E. Tustin, *Preserving Farming Through Transferable Development Right*, *American Land Forum Magazine*, 1983. 8.
- Richard F. Babcock, *The Zoning Game*, The University of Wisconsin Press, 1966.
- Robert R. Wright and Morton, Gitelman, *Land Use, 4th edition*, West Group, 2000.
- Schwartz · Bernard, *Administrative Law(3rd ed.)*, Boston: Little, Brown and Company, 1991.
- T. William Patterson, *Land Use Planning-Techniques of Implementation (Malabar, Floria)* : Robert E. Krieger Publishing Company, 1988.

ABSTRACT

A study on the Development Permission System in Korea

Bae, Hoo Joo

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

To pursue national development and to ensure a better future, it needs to be constantly studied and examined how to systematically manage finite land resource and increase efficiency of its use. Land issue has been presented regardless of time and space, and its boundary is vast and diverse. In a broad sense, the issues are often classified into physical, economic, and institutional areas. Physical issues arise from the tangible characteristics of the land, while economic and institutional issues are found in the intangible aspect of the land. Among various issues regarding land the institutional issues have been recently given heightened attention. These issues mostly involve lack of necessary systems, fallacious legislation, and unreasonable application of the law. The demand is higher than ever for rational maintenance and operation of the law that regulates development activities. Regulating development generally leads to two types of problems. First is the adequacy of regulation method adopted by the government power. Even the exertion of the government power for the sake of efficient use and management of the national land should be premised on the assurance of private property right. Second is a friction with private property right. The exertion of government power inevitably incurs regulation and restriction on the private property right of individuals. This is likely to provoke resistance from the property owners.

During the years of industrialization of Korea, excessive emphasis was put on the binding power of the society over private property right that was ensured by the constitution. Especially, in regard to the land, as numerous legislations were enacted to restrict development activities along with rapid industrialization and urbanization, land use was put under severe constraint. Thus, regulation on the development often causes tension between assurance of private property and public prosperity, as the private and public interest clash. This issue is given even more attention as the participatory government recently pursues a large-scale urban planning policy, focusing on the projected construction sites, claiming to achieve balanced national development and revitalization of regional economy, with a goal to elevate status of the country by making best use of the growth potential.

This research clarifies the concept of the development as well as examines problems of the existing systems and suggests alternatives, acknowledging that desirable development is enabled by improving and appropriately managing the basic system of development planning and tools for systematic development. Furthermore, the research illustrates legal, systematic problems, and provides main tasks for the legislation by analyzing regulations on the development activities.

Firstly, a development activity is defined as the division of land, change of land use in primary pursuit of constructing architecture or a workpiece. The new interpretation focuses on establishing consistent standard and rules in applying and interpreting the law, and in managing administration.

Secondly, the names of individual areas provided in specific laws are similar to the land zoning types provided in the national land planning, often leading to confusion with conventional land use regulation. As the purpose and content of the regional policy are not conveyed clearly, people are led to

think that the restriction on the private land use is excessive. To resolve this issue, a uniform application of specific laws to reorganize individual land use throughout the country should be avoided; more flexible application is required upon that takes regional conditions and characteristics into account.

Thirdly, in a short term, to settle the new system, a legislation is required to enact, revise, and complement existing enforcement decrees of the national land planning, directives on development permit operation, and ordinances on the municipal and district level. Also, other tasks include providing realistic regulations on permit exemption, and specifying related directives and rules.

Fourthly, in a long term, the permitted area needs to be limited to ensure stable management and development of the new system. It is desirable to confine the permit based on the land use and district, by considering regional characteristics, expected demand, goals and scales of the development scheme. More importantly, follow up mechanism should be set up so that the land would not be used for purposes other than as permitted.

Lastly, to pursue balanced national growth, and to minimize violation of a private property right, local governments need to enact specific ordinances regarding a development permit that reflects regional characteristics, and establish computerized database for permit works so that transparent information could be provided regarding permits by cases, subjects, and regions.

Keywords: National Land Planning, Development Activity Regulation, Public and Private Interest, Land Zoning, Development Permit System