



저작자표시-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#) 

金香基 教授指導
博士學位 請求論文

建築法上の 建築申告에 관한 研究

－認·許可擬制를 隨伴하는 建築申告의
法的性質을 中心으로－

A Study on Construction Report under the Building Act

－ Focused on the legal nature of construction report
deemed as approval and permission －

2015

誠信女子大學校 大學院

法學科

金 奈 炫

建築法上の 建築申告에 관한 研究

－認·許可擬制를 隨伴하는 建築申告의
法的性質을 中心으로－

A Study on Construction Report under the Building Act

－ Focused on the legal nature of construction report
deemed as approval and permission －

金香基 教授指導

이 論文을 博士學位論文으로 提出함

2014年 10月

誠信女子大學校 大學院

法學科

金 奈 炫

인 준 서

김나현의 박사학위 논문으로 인준함

2014년 10월

심사위원장 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

심 사 위 원 _____ 인

성신여자대학교 대학원

논문개요

1990년대 이후 행정의 규제완화라는 시대적 요청에 의해 인·허가제를 신고제로 전환하면서 그 명칭만 변경되었을 뿐 실질적 심사요건을 그대로 존치하는 등 제도의 실질은 크게 바뀌지 않아 ‘신고’라는 용어상의 표현만으로는 해당 규제의 실질을 파악하기 어려운 경우가 발생하게 되었다. 이와 관련하여 실무와 학계에서는 신고제도의 성질과 관련한 논의가 오래전부터 꾸준히 이루어져 왔다.

행정법상 신고란 원칙적으로 자기완결적 공법행위로서 사인의 적법한 요건을 갖춘 신고가 행정청에 제출되어 접수되면 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지 아니하고, 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 보며, 이에 따라 법령에 규정된 법적 효과가 발생한다. 그러나 자기완결적 신고 이외에 수리를 요하는 신고인 행위요건적 신고는 그 법적 성질과 요건 및 효과 등에 있어 본래적 의미의 신고와 구별된다. 이 두 유형의 신고를 구별하는 가장 중요한 기준이 되는 점은 관계 법령에서 신고의 수리여부에 관한 명시적인 규정이 있는지의 여부이다. 그 외에 학설과 판례상 여러 구별 기준이 있는데, 어느 하나의 기준에 의해서만 판단하기 보다는 그 판단 기준들을 종합적으로 검토하여 판단을 해야 하며, 위와 같은 기준에 의해서도 판단하기 어려운 경우에는 어디까지나 자기완결적 신고가 원칙이고 행위요건적 신고는 예외적인 신고라 할 것이다.

건축법상의 건축신고 역시 그 법적 성질에 관해 많은 논의가 있지만, 학설과 판례는 자기완결적 신고로 봄이 일반적이다. 따라서 건축법상 건축신고의 요건에 해당되는 건축에 대하여는 행정청에 신고하는 것만으로 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리를 요하지 않는다. 문제는 건축법의 규정에

따라 건축신고를 받으면 건축허가와 마찬가지로 여러 행정처분을 거친 것으로 의제되는 효과가 발생하게 되는, 이른바 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 경우 그 법적 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 것이다. 만약 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질을 자기완결적 신고로 본다면 광범위한 효과를 수반하는 건축신고에 허가요건심사가 면제되고, 신고의무를 다한 것만으로 건축을 할 수 있어 약한 규제로써 강한 규제를 포섭하게 되는 중대한 모순과 문제점이 생기게 된다. 또한 건축신고만으로 인·허가의제 사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 따라서 예외적으로 인·허가의제가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 신고로 보아야 할 것이다. 다만, 의제되는 인·허가사항 즉, 건축법 제11조 제5항 제1호 내지 제21호의 각 사항마다 법적 성질과 협의절차의 차이가 있으므로 일괄적으로 그 법적 성질을 정의할 수는 없고, 각각의 사항마다 신고의 두 유형을 구별하는 기준을 적용하여 수리를 요하는 행위인지의 여부를 분석·판단해야 할 것이다.

현행 건축법 제14조 제2항은 인·허가의제 조항(제11조 제5항)에 대해서 개별적으로 수리와 심사의 여부를 정하고 있지 않음으로 인하여 국민의 혼란 등 여러 문제점을 야기하고 있다. 신고인의 입장에서는 건축신고 접수 시 의제되는 인·허가 사항들을 포함하여 의무이행이 완료된다고 신뢰하게 되거나, 의제되는 인·허가에 심사가 필요하다는 것을 인지하는 경우일지라도 건축신고를 하면서 의제되는 인·허가 사항에 대해 심사를 받기 보다는 더 간소하고 규제가 약한 건축신고절차 하나로 의제되는 인·허가 사항을 한꺼번에 처리하길 원할 것이다. 그런데 건축신고 접수 후에 관할 행정청이 의제되는 인·허가 사항은 심사를 거쳐야 한다고 할 경우, 더욱이 심사

를 거쳐 수리 거부라는 결과가 나올 경우 신고인의 입장에서는 미처 예상하지 못한 상당한 불이익을 입게 되며, 법적 안정성을 해하게 된다. 결국 형식적 요건을 갖춘 건축신고를 하였더라도 행정청의 수리가 없는 한 적법한 신고를 하지 아니한 것으로 되어, 그에 따른 원상회복, 철거, 시정명령(건축법 제79조 제1항) 조치 등을 받게 되고, 이를 이행하지 아니하면 이행강제금(동법 제80조 제1항) 또는 대집행(건축법 제13조 제6항) 등의 제재를 받게 되어 신고인에게는 매우 부당한 결과와 피해를 가져오게 된다. 행정청의 신고위반에 대한 제재나 수리거부 처분에 대해서는 자기완결적 신고이든 수리를 요하는 신고이든 국민의 권익 확대라는 측면에서 그 처분성이 인정될 수 있으므로 취소소송 등의 권리구제 수단을 활용할 수 있을 것이다. 그러나 사후적 구제보다는 행정청에 의한 건축개시 전 건축신고 단계에서 명확히 알 수 있도록 하는 것이 신고인의 이익과 공익보호에 더욱 적절하며 경제적이므로, 신고인이 이를 인지하지 못하여 받을 불이익을 방지할 필요성이 크다 하겠다.

따라서 현행 건축법에 규정된 건축신고제도의 문제점 및 부작용을 해소하는 방향으로 인·허가가 의제되는 건축신고의 범위 등을 합리적으로 개정하는 입법적 해결이 필요하다. 즉, 건축법 제11조 제5항의 인·허가의제 사항들의 법적 성질에 따라 개별적으로 수리나 심사여부를 규정하는 입법적 개선이 필요하다고 본다.

주제어 : 신고, 자기완결적 신고, 행위요건적 신고, 수리, 건축법, 건축신고, 건축허가, 수리거부, 처분성, 인·허가의제, 인·허가의제를 수반하는 건축신고

- 目 次 -

논문개요

제1장 서론

제1절 연구의 필요성 및 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	5

제2장 신고제도의 일반적 논의

8

제1절 문제의 소재	8
------------------	---

제2절 전형적인 신고의 검토	9
-----------------------	---

I. 신고의 개념 및 성질	9
----------------------	---

II. 신고에 관한 법률의 규정	12
-------------------------	----

1. 행정절차법상 신고규정	12
----------------------	----

2. 개별법상 규정의 현황	14
----------------------	----

III. 신고의 유형	15
-------------------	----

1. 서설	15
-------------	----

2. 신고의 분류	16
-----------------	----

(1) 의무적 신고와 임의적 신고	16
--------------------------	----

(2) 사전적 신고와 사후적 신고	16
--------------------------	----

(3) 정보제공적 신고와 금지해제적 신고	17
------------------------------	----

(4) 대인적 신고와 대물적 신고	19
--------------------------	----

(5) 자기완결적 신고와 행위요건적 신고	19
3. 검토	20
IV. 신고와 구별되는 개념	21
1. 신청	21
2. 등록	25
3. 검토	28
V. 신고의 요건 및 효과	29
1. 신고의 요건	29
2. 신고의 효과	31
(1) 적법한 신고의 효과	31
(2) 부적법한 신고의 효과	32
VI. 신고의 처분성 문제	33
1. 수리필요 여부와 처분성과의 관계	33
2. 판례	33
3. 검토	35
VII. 소결	35
제3절 수리를 요하는 신고의 검토	36
I. 행위요건적 신고의 의의 및 성질	36
II. 자기완결적 신고와의 구별실익	37
III. 자기완결적 신고와의 구별기준	39
1. 학설	39
2. 판례	41
3. 검토	43
IV. 행위요건적 신고의 요건 및 효과	44

1. 요건 및 효과	44
2. 수리와 수리거부의 의미 및 효과	45
3. 구체적 사례의 판례	46
V. 소결	47
제3장 건축법상 일반적인 건축신고	49
제1절 문제의 소재	49
제2절 건축의 의의와 제한	50
I. 건축물과 건축행위의 의의	50
1. 건축물의 개념	50
2. 건축행위의 개념	52
II. 건축의 자유와 제한	53
1. 헌법상의 기본권 보장과 건축의 자유	53
2. 건축의 제한으로서의 건축허가제와 건축신고제	56
3. 건축의 허가와 신고의 차이	58
(1) 의의 및 근거	58
(2) 성질상의 차이	59
(3) 절차상의 차이	60
(4) 효력상의 차이	62
제3절 건축신고의 법적 성질 및 효과	62
I. 건축신고의 의의	62
II. 건축신고가 수리를 요하는 신고인지 여부	64

1. 견해의 대립	65
(1) 자기완결적 신고로 보는 견해	65
(2) 수리를 요하는 신고로 보는 견해	66
(3) 인·허가의제가 수반되는 건축신고에 한하여 수리를 요하는 신고로 보는 견해	67
(4) 구체적 요건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해	69
2. 판례의 경향	69
(1) 종래 판례의 입장	70
(2) 판례의 변경	71
3. 평가 및 소결	72
Ⅲ. 건축신고의 효과	76
1. 적법한 건축신고의 효과	76
2. 위법한 건축신고의 효과	77
3. 건축신고 위반에 대한 제재	78
(1) 시정조치	78
(2) 이행강제금	79
(3) 대집행	80
(4) 행정형벌	82
4. 소결	82
제4절 건축신고 반려행위의 처분성 논의	83
I. 행정소송의 대상적격으로서의 처분성	83
1. 행정소송법상의 처분개념	83
2. 거부처분의 성립요건	88
(1) 거부처분의 의의	88

(2) 신청행위의 공권력성	89
(3) 거부행위의 신청인에 대한 법률관계에 영향	89
(4) 신청권의 존재여부	90
II. 건축신고 반려행위의 처분성	93
1. 서설	93
2. 학설	93
3. 판례의 변화	95
(1) 종래의 판례	95
(2) 판례의 변경	96
(3) 검토	105
III. 소결	108
제5절 건축법상 신고에 관한 규정들의 수리필요여부의 검토	109
I. 서설	109
II. 건축물의 건축에 관한 신고의 경우	109
1. 제14조의 건축신고	109
2. 제16조의 허가와 신고사항의 변경 허가·신고	112
3. 제19조의 용도변경	118
4. 제21조의 착공신고	121
5. 제25조의 공사감리자의 보고	123
6. 제27조의 현장조사·검사 및 확인업무 대행의 보고	125
III. 건축물의 유지와 관리에 관한 신고의 경우 논의	127
1. 제35조의 건축물 정기점검 및 수시점검의 보고	127
2. 제36조의 건축물의 철거·멸실 신고	130
3. 제77조의5의 건축협정운영회의 설립신고	132

IV. 공작물 축조신고 및 보고(제83조)의 경우	134
V. 소결	136
제4장 건축법상 인·허가의제를 수반하는 건축신고	140
제1절 문제의 소재	140
제2절 인·허가의제의 의의와 범위	141
I. 건축법상 인·허가의제 제도의 개념 및 연혁	141
II. 건축법상 인·허가의제 제도의 도입취지	143
III. 인·허가의제 제도와 집중효 제도의 관계	144
1. 집중효 제도의 의의	144
(1) 개념	144
(2) 인·허가의제 제도와 구별	147
2. 집중효의 정도	149
(1) 학설	149
(2) 판례	153
(3) 검토	155
3. 소결	156
제3절 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 절차와 부관부가 가능성	157
I. 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 절차	157
II. 관계 행정청과의 협의	158
1. 관계 행정청과의 협의절차	158
2. 협의를 하지 아니한 경우	160

3. 협의가 성립되지 아니한 경우	161
Ⅲ. 인·허가의제를 수반하는 건축신고 수리의 부관부가 가능성	162
1. 부관의 가능여부	162
2. 부관의 내용	163
제4절 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질	165
Ⅰ. 서설	165
Ⅱ. 학설	166
1. 자기완결적 신고로 보는 견해	166
2. 수리를 요하는 신고로 보는 견해	168
3. 의제되는 인·허가만 수리를 요한다는 견해	169
4. 의제되는 인·허가의 구체적 요건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해	170
Ⅲ. 판례의 입장	171
1. 수리를 요하지 않는 신고라고 보는 경우	171
2. 수리를 요하는 신고라고 보는 경우	174
3. 판례의 변화	176
4. 검토	180
Ⅳ. 소결	181
제5절 제11조 제5항에 따른 인·허가의제 사항의 수리필요여부 검토	183
Ⅰ. 서설	184
Ⅱ. 신고로 규정한 경우	185
1. 제1호의 공사용 가설건축물의 축조신고	185
2. 제2호의 공작물의 축조신고	189

3. 제5호의 산지전용신고와 산지일시사용신고	192
4. 제7호의 농지전용신고	198
5. 제11호의 배수설비의 설치신고	203
6. 제12호의 개인하수처리시설의 설치신고	205
7. 제14호의 자가용전기설비 공사계획의 신고	208
8. 제15호의 수질오염물질 배출시설 설치의 신고	211
9. 제16호의 대기오염물질 배출시설설치의 신고	214
10. 제17호의 소음·진동 배출시설 설치의 신고	217
11. 제18호의 가축분뇨 배출시설 설치신고	219
12. 제21호의 특정토양오염관리대상시설의 신고	222
III. 허가로 규정한 경우	225
1. 제3호의 개발행위허가	225
2. 제4호의 시행자 지정과 실시계획의 인가	229
3. 제5호의 산지전용허가와 산지일시사용허가	236
4. 제6호의 사도(私道)개설허가	240
5. 제7호의 농지전용허가 및 협의	243
6. 제8호의 도로관리청이 아닌 자에 대한 도로공사시행허가와 도로와 다른 시설의 연결허가	249
7. 제9호의 도로의 점용허가	254
8. 제10호의 하천점용 등의 허가	256
9. 제13호의 수도사업자가 지방자치단체인 경우 지방자치단체가 정한 조례에 따른 상수도 공급신청	260
10. 제14호의 자가용전기설비 공사계획의 인가	264
11. 제15호의 수질오염물질 배출시설 설치의 허가	265
12. 제16호의 대기오염물질 배출시설설치의 허가	268

13. 제17호의 소음·진동 배출시설 설치의 허가	271
14. 제18호의 가축분뇨 배출시설 설치허가	272
15. 제19호의 행위허가	274
16. 제20호의 도시공원의 점용허가	278
IV. 소결	281
제5장 결론	288

참고문헌

ABSTRACT

- 표 목차 -

<표 1. 건축법상 신고 규정의 수리필요여부>	138
<표 2. 제14조 제2항에 의해 의제되는 인·허가사항의 수리필요여부> ..	282
<표 3. 건축법 제14조 제2항의 개정시안>	295

- 부 록 -

<부록 1. 건축·대수선·용도변경신고서>	296
------------------------------	-----

제1장 서론

제1절 연구의 필요성 및 목적

국민의 대다수는 실생활에서 다양한 신고제도를 접하고 있으며, 그만큼 신고는 우리 법제에서 많이 사용되고 있는 제도이다.¹⁾ 그렇기 때문에 실무에서 뿐만 아니라 학계에서도 신고제도의 성질과 관련한 논의가 오래전부터 꾸준히 이루어져 왔다. 그런데 강학상의 신고와 실정법상 신고의 용어는 동일하지만, 그 법적 성질이 다른 경우가 있기 때문에 신고의 법적 성질의 해석과 관련하여 여러 문제점들이 발생하게 된다. 행정법상 신고란 원칙적으로 자기완결적 공법행위로서, 당사자의 적법한 요건을 갖춘 신고가 행정청에 제출되어 접수되면 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지 아니하고, 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 보며, 이에 따라 법령에 규정된 법적 효과가 발생하는 것이다(행정절차법 제40조). 그러나 행정실제에서는 본래적 의미인 자기완결적 신고와는 달리 신고행위에 허가와 마찬가지로 관계행정청의 ‘심사’나 ‘수리’라는 행정행위가 개입되게 되는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’의 형태도 발생하게 된다. 이것은 행정의 규제완화에 따라 허가제가 신고제로 바뀌면서 명칭만 신고로 변경되고 제도의 실질은 크게 바뀌지 않아, 신고의 법규정을 획일적으로 적용하고 처리할 수 없게 되는 경우가 발생하면서 초래된 것이다. 하나의 행정행위라는 개념은 단순히 한가지의 성질과 의미만을 가지는 것이 아니라 그 구체적인 내용과 성질에 따라

1) 2014년 10월을 기준으로 신고라는 용어는 전체 법령 4,544건 중 2,025건의 법령에서 사용되고 있고, 또한 이 법령들 중에서 조문 내용에 신고를 포함하고 있는 수는 12,067건으로 현재 우리 법제에서 많이 사용되고 있는 제도라 할 수 있다. 참고로 현행 법령 중 허가는 1,879건, 신청은 2,796건, 등록은 2,233건의 법령에서 사용되고 있다.
(<http://www.law.go.kr/lsSc.do?menuId=0&subMenu=1&query=>, 최종 방문일: 2014. 10. 8.)

다양한 행정작용을 포함하고 있다. 따라서 하나의 행정행위에 속하는 행정작용이라 하더라도 그 내용과 성질에 따라서 법적 요건과 효과에 차이가 있다면, 그러한 범위 내에서 수용할 수 있는 “독자적인 법리”를 발전시킬 필요성이 있게 된다.²⁾ 또한 신고와 다른 행정행위와의 구별에 있어서 법적 성질과 규제강도 등의 기준을 두고 신고와 허가 사이에 등록, 인가 등 여러 행정행위를 단계별로 구분할 수 있고, 그 법적 성질을 일의적으로 정의할 수 없어 수리를 요하는 신고의 경우는 여러 행정행위 단계 중의 중간영역으로 개념 구분하여 정의할 수 있을 것이다. 이러한 구별은 여러 행정행위를 분류하고 성질을 규명하는데 있어서 충분히 유의미하고, 선행되어야 하는 법리이론의 기초임에는 틀림없다. 그러나 행정행위를 둘러싸고 벌어지는 이러한 논의가 단지 해석상의 논의에만 그쳐 있고, 입법적으로 해결이 되지 않거나 실무에 도움이 되지 않는다면 국민과 행정청의 입장에서는 혼란만 가중되는 상황이 될 것으로 예측된다. 신고를 직접 이행하는 국민과 행정청의 입장에서는 이러한 행위들의 법적 성질의 모호성에도 불구하고 이에 대해서 신고의 접수 내지 접수거부 혹은 신청의 수리 내지 수리거부라는 두 가지의 처리결과만을 내놓게 되고, 또 그 결과의 영향을 받게 된다. 따라서 신고를 행정절차법상의 신고로 일원화하는 것이 최선의 방안이 될 수도 있겠지만, 복잡 다양한 행정의 실무상 수리를 요하는 신고의 존재를 인정할 수밖에 없다면 입법으로 수리여부를 명시함으로써 실무상의 혼란을 방지하도록 해야 할 것이다. 그러나 현행법상 신고에는 수리여부를 기준으로 두 가지 유형이 존재한다는 점에서 실제 행정에 있어서 신고의 두 유형 즉, 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고를 어떠한 기준으로 구별하여 처리할 것인가가 문제이다. 또한 두 유형을 분류하는 기준인 ‘수리여부’와 관련하여 그 법적 성질에 따라 관련되어 문제되는 것이 처분성의 인정여부이다.

2) 이원우, “허가·특허·예외적 승인의 법적 성질 및 구별”, 행정작용법, 박영사, 2005. 6, 120-121면.

이러한 신고의 두 유형의 개념 및 법적성질과 구별기준 등의 검토를 바탕으로 건축법상 건축신고의 법적 성질이 어떠한지 판단할 수 있다. 건축법상 건축신고에는 일반적인 건축신고(건축법 제14조 제1항)와 건축법의 규정에 따라 건축신고를 받으면 건축허가와 마찬가지로 여러 행정처분을 거친 것으로 의제되는 효과가 발생하게 되는 이른바 인·허가의제가 수반되는 건축신고(건축법 제14조 제2항) 두 가지가 존재한다. 건축의 제한으로서의 건축허가와 대비되는 건축신고의 법적 성질에 관해 학설과 판례는 자기완결적 신고로 봄이 일반적이거나, 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질에 대해서는 논란의 여지가 있다. 이에 관해 종래의 입장을 변경한 2011년 대법원의 판례(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결)는 인·허가의제(집중효)가 수반되는 건축신고일 경우에는 수리를 요하는 신고로 판시하였는바, 이는 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 관한 법령규정의 해석상의 논란을 정리할 수 있는 중요한 시사를 주는 판결이라 할 것이다. 그러나 동 판결은 인·허가의제가 수반되는 건축신고에 대해서 구체적인 분석 없이 일괄적으로 수리를 요하는 신고로 보고 있음은 아쉬운 부분이라 하겠다. 왜냐하면 의제되는 인·허가의 사항(동법 제11조 제5항 제1호 내지 제21호)은 ‘신고’, ‘신청’, ‘인가’, ‘허가 및 협의’로 구성되어 있고, 각 사항마다 법적 성질과 협의절차의 차이가 있으므로 일괄적으로 그 법적 성질을 정의할 수는 없고, 개별적인 사항마다 수리 여부를 판단·분석하여 구별해야 할 필요가 있기 때문이다. 앞서 언급했듯이 개별법에서의 신고는 신고라는 의미 그대로 사용되기도 하고, 그렇지 않기도 하며, 신고라는 용어를 사용하지 않고 있음에도 신고의 성격을 갖기도 하므로 신고의 법령 규정을 비롯하여 여러 판단 기준들을 종합적으로 검토해서 합리적으로 판단할 필요가 있다. 허가의 법적 해석과 규제의 정도는 신고 및 등록에 비하여 비교적 명확한 편이기 때문에 크게 문제될 것이 없으나 신고는 개별사안에 따라 그 해석이

수리를 요하는 경우와 수리를 요하지 않는 경우로 나눌 수 있으므로 개별적 검토가 반드시 필요하다고 할 것이다.

현행 건축법 제14조 제2항의 규정을 보면 “제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다”라고 되어 있다. 기존에는 건축허가의 협의절차 규정 준용이 빠져 있었는데, 지난 5월 28일 건축법이 개정되면서 제14조 제2항에 ‘제6항을 준용한다’는 건축허가에 있어서의 협의절차 규정이 추가되었다. 이 조항이 추가되어 제11조 제5항의 인·허가의제의 해석상 관계기관과의 협의를 거치게 함으로써 수리를 요한다는 의미가 좀 더 강해졌다고 할 것이다. 그러나 국민의 입장에서는 제14조 제2항에 따른 신고의 의미는 변화된 것이 아니라 할 것이므로 그 해석을 둘러싸고 논란이 있을 수 있음에는 변화가 없다고 본다. 오히려 구체적인 구분 없이 일괄적으로 인·허가의제 조항을 수리를 요한다고 보면 국민의 자유의 영역이 상대적으로 작아지는 한편 공익적 고려의 여지가 상대적으로 커질 수 있으므로 그 구분에 신중을 기하여야 할 것이며, 무엇보다도 신고의 당사자인 국민이 과연 이 조항만으로 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 성질을 분명하게 파악할 수 있을지가 여전히 문제로 남게 된다. 그렇기 때문에 국민의 입장에서는 인·허가의제가 수반되는 건축신고를 해야 하는 당사자가 되었을 때, 신고의 법적 성질로 인하여 혼란을 받지 않고 행정상의 행위를 할 수 있어야 할 것이다.

현재까지 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 논함에 있어 정작 의제되는 인·허가사항이 어떠한 성질과 내용의 행정행위인지에 관한 구체적인 분석은 생략한 채 수리를 요하는 신고 혹은 수리를 요하지 않는 신고로만 법적 성질을 해석하고 판단하였다. 건축신고의 제도적 의의와 관련하여 건축법에 규정된 각종 신고와 특히 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 분명히 하기 위해서는 신고 및 건축신고의 일반적 논의와 신고의 두 유형을 구별하는 기준 등을 바탕으로 개별적 검토의 작업이 선행

될 필요가 있다고 할 것이다.

따라서 본 논문은 위와 같은 신고를 둘러싼 논의의 배경과 상황인식에서 건축법상의 신고규정의 해석상의 논란을 검토하여 입법적 개선방안을 찾아 보고자 한다. 건축법상 신고로 되어 있는 조항과 ‘보고’ 등 다른 용어로 표현되어 있는 조항, 나아가 인·허가의제를 수반하는 신고의 경우 의제되는 인·허가 사항들을 개별적으로 분석·검토하여 그 해석상 혼란을 방지하기 위한 입법적 해결방안을 모색하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

건축신고제도는 경미한 건축행위의 경우에 행정청의 수리를 기다릴 필요 없이 신고만으로 건축을 할 수 있게 함으로써 건축신고자의 노력과 시간 등 절차경제를 기하려는 의도라 할 것이다. 그런데 신고라는 표현에도 불구하고 공익적 차원에서 행정청의 심사를 필요로 하는 경우에 수리를 요하는 경우가 있어 건축신고자의 건축행위에 혼란을 가져오는 경우가 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 입법적 해결이 요구된다고 하겠다. 이러한 의도에서 연구의 순서 및 연구의 내용과 범위는 다음과 같이 구성한다. 먼저 제1장에 이어 제2장에서는 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 검토하기 위한 선행이론 연구로 신고의 성질 및 효과 등 신고제도 일반에 관해 검토한 다음 수리를 요하는 신고를 검토한다. 즉, 제1절에서는 신고의 법적 성질에 대한 해석과 관련하여 제기되는 문제점을 논한다. 제2절에서는 전형적 신고인 자기완결적 신고의 개념과 법적 성질을 정의하고, 행정절차법과 개별법상의 신고규정을 살펴봄으로써 신고의 법적 성질과 관련하여 해석상 문제가 될 수 있는 부분을 검토해 본다. 이어서 신고의 여러 유형을 살펴보고, 신고와 구

별되지만 유사하여 혼동되거나, 구분해야 하는 행정행위의 개념을 통해 신고의 법적 성질을 좀 더 명확히 밝혀 본다. 끝으로 신고의 성질(수리여부)과 관련하여 제기되는 처분성 문제를 판례 중심으로 검토해 보고, 전형적인 신고의 법적 성질을 정리하는 것으로 제2절을 마무리 한다. 제3절에서는 앞서 검토한 신고와 대비되는 수리를 요하는 신고의 성질과 내용에 대해 검토한다. 먼저 자기완결적 신고와 구별해야 하는 실익이 무엇인지, 그리고 어떻게 구별되는지 그 기준에 대해서 검토한다. 이는 후술하는 일반적인 건축신고와 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 분석하고, 논하기 위해 필요한 기준이 되는 중요한 부분이라 하겠다. 다음으로 행위요건적 신고의 개념과 법적 성질을 짚어보고, 구체적 판례를 통하여 해당 요건 및 효과를 살펴 본다. 또한 수리를 요하는 신고에 있어서의 법적 성질을 규정짓는 수리의 의미가 구체적으로 어떤 의미를 가지며, 어떤 효과를 수반하는지에 대해서 검토하고, 검토한 내용을 바탕으로 수리를 요하는 신고의 법적 성질을 정리하는 것으로 제3절을 마무리한다.

제3장에서는 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 검토하기 위한 중간단계 연구로서 제2장에서 검토한 신고제도와 수리를 요하는 신고의 검토를 바탕으로 건축법상의 건축신고에 관해 적용·검토한다. 제1절에서는 건축법상의 건축허가와 대비하여 건축신고의 법적 성질에 관한 해석 논란과 관련하여 제기되는 문제점을 비롯하여 건축신고에 관련된 문제들을 논한다. 제2절에서는 건축의 자유와 제한에 관하여 건축허가제와의 비교를 통해서 건축신고의 성질을 파악하고, 차이점을 검토한다. 제3절에서는 건축신고의 법적 성질에 관한 논의와 판례를 검토하고 건축신고의 효과와 건축신고의 위반에 대한 제재에 대해 검토한다. 제4절에서는 제2장 제2절에서 검토했던 신고의 수리여부와 처분성 문제를 건축신고 반려행위의 처분성 인정여부의 경우와 관련하여 구체적으로 검토해 본다. 제5절에서는 건축법에 규정되어 있는

신고 규정 및 이와 유사한 규정들이 어떠한 성질의 신고인지를 검토하여 입법적 개선의 필요여부를 제시하고자 한다.

제4장에서는 제2장과 제3장을 통하여 검토하였던 신고제와 건축신고제의 이론의 분석과 정리를 바탕으로 실무상 가장 문제되는 건축법 제14조 제2항의 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질을 살펴보고자 한다. 제1절에서는 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질의 정의를 둘러싸고 발생할 수 있는 문제점을 논해 본다. 제2절에서는 우리의 인·허가의제 제도를 전반적으로 살펴보고, 독일의 집중효 제도와 비교 고찰하도록 한다. 제3절에서는 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 절차와 부관부가 가능성에 대해 검토한다. 제4절에서는 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적성질을 중점적으로 검토한다. 이를 위해 학설과 의미 있는 최근의 판례의 변화를 중심으로 살펴본다. 제5절에서는 건축법상 규정된 인·허가의제 조항(제11조 제5항 제1호 내지 제21호)의 수리필요여부를 각각의 사항마다 분석하여 정리한다.

제5장은 결론부분으로, 본 논문의 각 장(章)에 관한 요약과 제3장 제5절에서 분석하였던 건축법상의 신고 관련 규정과 제4장 제5절에서 분석한 인·허가의제 규정 사항의 분석을 바탕으로 문제점들을 살펴보고, 바람직한 개선방안(입법론)에 대해 검토하여 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 답아야 할 내용을 요약, 정리하고 입법개선방안을 제시하는 것으로 마무리한다.

본 연구는 문헌연구를 중심으로 하고자 하는바, 신고에 관한 국내의 논의와 연구는 이미 너무도 많이 축적되어 있다. 그러나 건축신고, 그 중에서도 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 관하여는 국내·외에 심도 있는 연구가 많지 아니하다. 그렇지만 국내의 선행연구를 최대한 참조하고 관련 판례 또한 최대한 참조하여 검토하고자 한다. 나아가 관련 부분에서 외국의 예, 특히 우리나라의 제도와 유사한 일본과 독일의 예도 참고하고자 한다.

제2장 신고제도의 일반적 논의

제1절 문제의 소재

우리 행정절차법 제40조에서는 신고에 관한 일반적 규정을 두고 있다. 즉, “법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고”라고 규정하여 신고의 의미를 자기완결적 신고³⁾로 명확히 하고 있다. 그러나 건축법을 비롯한 개별법상의 신고에 관한 규정들은 반드시 신고의 본래적 의미와 동일하다고 볼 수 없는 바, 예외적으로 행정청의 ‘수리(심사)’행위가 개입되게 되는 ‘수리를 요하는 신고’의 유형도 존재하게 된다. 그러므로 강학상의 신고와 실정법상 신고의 용어는 같지만, 그 법적 성질은 다를 수 있기 때문에 현실적으로 신고의 범주 내에서 수리를 요하는 신고를 인정할 수밖에 없는 상황이라면 각 개별법에서 규정하고 있는 신고의 규정들의 법적 성격을 해석하고, 분류해야만 할 것이다. 특히 건축법과 관련하여 행정절차법에서 정한 전형적인 신고인 자기완결적 신고와 개별법상 수리를 요하는 신고인 행위요건적 신고가 병존한다는 점에서 건축법상 건축신고의 법적 성질은 어디에 속하는지 검토가 필요하다. 건축신고의 법적 성질을 검토함에 있어서 논의의 전제가 되는 것은 바로 이러한 신고제의 전반적인 검토일 것이고, 특히 유형별 법적 성질과 그 유형을 구별하는 기준 등을 검토해야 할 필요가 있다. 신고는 수리를 요하지 아니함이 원칙이나 경우에 따라서는 수리여부를 기준으로 두 가지 유형이 존재함을 인식하고, 실제 행정에 있어서 신고의 두 유형 즉, 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고를 어떠한 기준으로 구별하여 처리할

3) 전형적인 신고, 자기완결적 신고, 자체완성적 신고, 자족적 신고, 수리를 요하지 아니하는 신고 등의 명칭으로 사용되나, 본 논문에서는 ‘자기완결적 신고’ 혹은 ‘수리를 요하지 아니하는 신고’라고 쓰기로 한다.

것인가가 중요한 문제라 하겠다. 또한 신고의 두 유형을 분류하는 기준인 ‘수리여부’와 관련하여 그 법적 성질에 따라 관련되어 문제되는 것이 처분성의 인정여부로서 수리여부와 처분성과의 관계 역시 살펴봐야 할 것이다.

제2절 전형적인 신고의 검토

I. 신고의 개념 및 성질

행정법상 신고(申告, Anzeige)란 “사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정청에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위”를 말하며, 자기완결적 공법행위이다.⁴⁾ 이러한 신고는 아무런 공법적 효과가 발생하지 않고 법적 의무도 없는 ‘단순한 사실로서의 신고’와 구분된다. 본래적 의미의 신고는 행정청에 대한 사인의 일방적 통고행위로서, 당사자의 적법한 요건을 갖춘 신고가 행정청에 제출되어 접수되면 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지 아니하고, 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 보며, 이에 따라 법령에 규정된 법적 효과가 발생하는 것이다. 따라서 행정청이 적법한 요건을 갖춘 신고에 대해 실제적 이유를 들어 수리를 거부하는 것은 위법이다. 이와 같은 신고를 ‘자기완결적 신고’라고 하며, 수리(受理)를 필요로 하지 않기 때문에 ‘수리를 요하지 않는 신고’라고도 한다. 그렇다면 여기서 적법한 요건을 갖춘 신고란 과연 무엇이고, 이와 관련하여 형식적 요건과 실제적 요건은 무엇이며, 이 둘의 구별기준은 어떠한지 살펴볼 필요가 있다. 또한 적법한 요건을 갖춘 신고에 대해 실제적 심사를 하는 것이 위법이라고 한다면, 형식

4) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2010, 121면; 김향기, 「행정법개론(제11판)」, 탐복스, 2014, 103면; 류지태/박중수, 「행정법신론(제15판)」, 박영사, 2011, 131면; 정하중, 「행정법개론(제4판)」, 법문사, 2010, 113면; 홍정선, 「행정법원론(상)(제20판)」, 박영사, 2012, 191면.

적 심사는 가능한 것인지 신고의 심사범위에 대해서도 살펴봐야 할 것이다.

우선 형식적·실체적 요건의 구별기준이 명백한 것은 아니며, 실제로 이 내용에 관하여 명확한 기준을 제시하고 있지 아니한 경우가 많다. 무엇이 형식적·실체적 요건인지에 관하여는 각 신고행위에 따라 달라질 수 있으나 신고제를 규정한 행정절차법 제40조 제2항의 규정이 그 기준이 될 수 있다. 행정절차법 제40조 제2항은 신고의 경우 그 요건으로 첫째, 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것, 둘째, 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것, 셋째, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것을 규정하고 있다.⁵⁾ 따라서 신고의 요건은 형식적 요건인 것이 원칙이고, 구체적 요건은 신고행위의 내용에 따라 개별 법령에서 정하는 바에 의한다.⁶⁾ 실체적 요건은 이와 같은 형식적 요건을 제외한 나머지 요건을 의미한다 할 것이다. 판례 역시 형식적 요건은 관계 법령의 규정에 의한 신고대상에 해당하는지 여부 및 그 구비서류 등이 갖추어져 있는지 여부에 한정해서 보고 있으며, 행정청이 실질적 심사권을 가지고 관계 법령이 정하지 않은 다른 사유를 들어 그 수리 여부를 결정할 수 없다고 보고 있다.⁷⁾

신고는 ‘도달’로서 그 효력이 발생하는 것이 원칙이므로(행정절차법 제40조 제2항), 사인의 적법한 신고가 행정청에 도달되면 행정청의 별도의 수리행위 없이 효력이 발생하며, 행정청은 그 신고의 수리자체를 거부할 수 없

5) 우리의 신고제도는 일본의 입법례로부터 영향을 받았다고 할 수 있다. 일본 행정수속법은 제5장에서 신고를 규정하고 있다. 제37조는 “신고가 신고서의 기재사항에 불비가 없을 것, 신고서에 필요한 서류가 첨부되어 있을 것, 기타 법령에 정해진 신고의 형식상 요건에 적합한 경우는 해당 신고가 법령에 따라 해당 신고의 제출처로 되어 있는 기관의 사무소에 도달한 때에 해당 신고를 하여야 하는 절차상의 의무가 이행된 것으로 본다”라고 규정하고 있다.

6) 김향기, 앞의 책, 104면; 박군성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2012, 93면; 홍정선, 앞의 책, 196면.

7) “... 또한 이와 같은 신고를 받은 행정청으로서는 그 신고가 같은 법 및 그 시행령 등 관계 법령에 신고만으로 건축할 수 있는 경우에 해당하는 여부 및 그 구비서류 등이 갖추어져 있는지 여부 등을 심사하여 그것이 법 규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 같은 법 규정에 정하지 아니한 사유를 심사하여 이를 이유로 신고수리를 거부할 수는 없다.” 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결. 同志: 대법원 1988. 9. 20. 선고 87도449 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005두12565 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005두17201 판결 등.

다. 그러나 그 신고가 부적법한 신고일 경우에는 효력이 발생하지 않는다. 그렇다면 적법·부적법하다는 것을 판단하는 행정청의 심사의 범위는 어디까지로 볼 것인가가 문제이다. 신고의 본래적 의미인 자기완결적 신고에서 형식적 요건만이 필요하다는 것은 이견이 없지만, 행정청의 심사범위에 대해서는 그 견해가 나뉘지고 있다. 즉, 자기완결적 신고의 심사범위와 관련하여 심사가 필요 없다는 견해⁸⁾와 형식적 심사만 하여야 한다는 견해⁹⁾ 적법요건의 심사도 단순히 절차적·형식적 심사에 제한되지 아니하고 실질적 심사도 할 수 있다고 보아야 한다는 견해¹⁰⁾ 등이 그것이다.

자기완결적 신고의 효력 발생은 ‘적법한 신고’를 전제로 할 때에만 유효한 것인데, 행정청은 그 신고의 형식적 요건이 적법한지를 판단해야 할 것이다. 행정청의 수리 없이 신고로서 효력이 발생한다는 의미는 행정청이 부적법한 신고일 경우에도 그대로 수령해야 한다는 것이 아니라, 적법한 신고가 제출된 경우에만 그 신고는 도달로서 효력이 발생한다는 의미이며, 제출한 신고의 형식적 요건이 적법한지에 대해 실질적 심사가 아닌 형식적인 심사권을 가진다는 의미로 파악해야 할 것이다.¹¹⁾¹²⁾ 행정절차법 제40조 제2항에서는

8) 홍정선, 앞의 책, 196면.

9) 김명길, “신고의 유형에 관한 논고”, 법학연구 제47권 제1호, 부산대 법학연구소, 2006. 8, 10면; 김용섭, “행정법상 신고와 수리”, 판례월보 제352호, 2000. 1, 41면; 송동수, “행정법상 신고의 유형과 법적 효과”, 토지공법연구 제60집, 2013. 2, 290면; 정하중, 앞의 책, 113면.

10) 정남철, “건축신고와 인인보호: 독일 건축법제와의 비교법적 고찰을 곁하여”, 법조 제59권 제6호, 2010. 6, 274면.

11) 형식적 심사권과 실질적 심사권의 구분은 전통적으로 등기사무와 호적사무의 사무처리 방식으로 논의되어 온 것이다. 해당 사무가 신속하게 처리될 수 있도록 하고, 이를 위해 담당 공무원의 재량을 축소하고, 실체적 권리관계에 관한 분쟁으로부터 그들을 면책시켜주기 위하여 담당공무원의 심사범위를 신고서에 법정의 필요적 기재사항이 기재되었는지, 법정의 첨부서류가 제출되었는지, 그 서류가 외형상 형식적으로 진정한 것인지에 대해서만 심사하도록 한 것이 행정관행으로 굳어져 온 것이다. 이상덕, “한국지역난방공사 공급규정 변경신고를 산업자원부장관이 수리한 행위의 법적 성질”, 행정법연구 통권 제15호, 행정법이론실무학회, 2006, 413면.

12) 일본 행정수속법에는 행정청이 그 내용적 요건에 대한 심사권한을 갖지 못하는 것으로 되어 있다(제2조 제7호 참조, 鹽野 宏 「行政法 I (第五版補訂版)」 285頁(有斐閣, 2013). 이러한 일본의 입법례는 수리를 요하지 않는 신고에 대해 실질적 심사권을 행사할 수 없다고 해석하는 우리의 학설 및 판례에 직접적 영향을 미치고 있다(정남철, “건축신고제도의 법적 문

신고에 관한 몇 가지 요건을 갖출 것을 규정해 놓았는데, 자기완결적 신고에서 형식적 심사가 필요하지 않다는 견해에 의하면 이러한 요건의 적법 여부 심사도 허용하지 않아야 하는데 이는 법령의 취지에 부합하지 않는 것이다.¹³⁾ 신고의 적법성은 신고인이 주장할 수는 있겠지만, 전적으로 행정청과 궁극적으로는 법원이 확인할 문제이다.¹⁴⁾ 따라서 신고인은 자신의 신고가 적법하다고 생각하지만 행정청이 신고인의 신고가 부적법하다고 하는 경우 ‘수리거부’ 내지 ‘신고반려’라는 행정청의 행위를 다룰 수 있어야 할 것이다.

II. 신고에 관한 법률의 규정

1. 행정절차법상 신고규정

신고에 관하여 여러 행정 분야의 개별법들이 존재하지만, 행정절차법 제40조의 ‘신고’ 규정은 신고에 관한 총칙 규정이라 할 수 있겠다. 행정절차법 제정 당시에 신고제를 도입한 목적은 행정규제의 완화와 국민의 권익보호를 위한 것이었다.¹⁵⁾ 그러나 여러 가지 인·허가제도가 신고제도로 바뀌거나 개별법상에 신고사항으로 규정하고 있음에도 불구하고 행정청이 실제로는 신고의 접수를 거부함으로써 허가제와 비슷하게 운용되는 경우¹⁶⁾가 있어 규제

제: 간소화제도의 개선방안을 위한 모색을 중심으로”, 법제 제657호, 2012. 12, 10면). 또한 신고서가 형식요건을 갖추지 못한 경우에는 법령상 신고의무를 불이행한 것이 되고, 그 구제방식에 있어서도 불수리처분 내지 거부처분에 대한 취소소송이 아니라, 申告(届出)의 存否에 관한 소송이어야 한다고 보고 있다(鹽野 宏·前掲注(12)「行政法 I」 286頁).

13) 류광해, “행정법상 신고의 요건과 심사범위”, 법학연구 제16집 제1호, 인하대 법학연구소, 2013. 3, 38면.

14) 김중권, “申告制와 관련한 코페르니쿠스적 轉換에 관한 小考”, 법률신문, 2010. 12. 6.

15) 행정안전부, 「행정절차제도 운영현황 평가 및 발전방안 모색」, 2006. 9, 110면.

16) 예컨대, 건축법상의 신고(건축법 제14조), 식품영업신고(식품위생법 제37조 제4항), 어업신고(수산업법 제47조), 체육시설업의 신고(체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제10조, 제11조, 제20조 등), 중개업자의 분사무소 설치신고(공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제13조, 제15조), 자본거래신고(외국환거래법 제18조 제1항), 개발제한구역상의 신고(개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제12조 제3항), 매장·화장 및 개장의 신고(장

완화의 실효를 거두지 못하고 있다.¹⁷⁾ 신고는 국민이 실생활에서 빈번히 접하게 되는 행정행위로서 신고의 적용범위가 많기 때문에 신고의 수리거부 및 반려로 인하여 불이익을 받을 수 있다. 행정절차법은 이러한 위법한 행정관행을 시정하려는 관점에서, 신고가 그 형식적 요건을 갖춘 때에는 행정청에 도달한 때에 법령상의 신고의무가 이행된 것으로 본다는 명시적 규정을 두고 있는 것이다.

행정절차법 제40조 제1항의 “법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고”는 본래적 의미의 신고인 ‘자기완결적 신고’에 관한 규정이라 할 수 있다.¹⁸⁾ 즉 행정절차법에서 규율대상으로 하고 있는 것은 의무적인 신고이다.¹⁹⁾ 앞서 살펴보았듯이 행정절차법 제40조 제2항은 동조 제1항에 따른 이른바 자기완결적 신고와 관련하여 신고의 형식적 요건을 규정하고 있다. 신고가 적법한 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다(동조 제2항). 이러한 형식적 요건을 갖추지 못한 경우에는 접수거부 또는 불수리할 것이 아니라 지체 없이 상당한 보완기간을 주어 보완을 요구하도록 하고 있다(동조 제3항).²⁰⁾ 또한 행정절차법 제40조 제1항은 신고인의 편익을 위해 “... 신고를

사 등에 관한 법률 제8조) 등 그 외에 많은 경우가 있다.

17) 오준근, “신고절차의 정착방향”, 법제연구 통권 제13호, 1997, 37면.

18) 일본은 ‘신고’에 해당하는 것으로서 ‘届出(계출)’이라는 용어를 사용하고 있다. 일본 행정수속법 제2조 7호는 “행정청에 대하여 일정한 사항에 대한 통지를 하는 행위(신청에 해당하는 것 제외)으로써, 법령에 따라 직접적으로 그 통지가 의무화되어 있는 것(자기가 기대하는 일정한 법률상의 효과를 발생시키기 위해서는 통지를 하도록 되어 있는 것을 포함)을 말한다”라고 신고를 정의하고 있다. 이러한 ‘届出’이라는 용어도 다의적이지만, “일정한 사항을 통지하는 행위”(小早川光郎 「行政法(上)」 320頁(弘文堂, 1999), “단순히 사실을 행정청에게 통지하는 사인측의 일방적 행위”(鹽野 宏·前掲注(12) 「行政法 I」 285頁)라고 보고 있다. 일본 행정수속법의 대상이 되는 신고(届出)는 우리의 학설에서 말하는 수리를 요하지 않는 신고 또는 자기완결적 신고만을 의미한다.

19) 일본 행정수속법은 우리 행정절차법과는 달리 모든 신고를 구별 없이 행정수속법의 대상으로 하고 있다. 이를 근거로 우리 행정절차법의 입법태도를 비판하는 입장으로는 오준근, 앞의 논문, 45면.

20) 일본의 행정수속법은 우리나라와는 달리 신고의 형식적 흠결에 대처할 수 있는 행정청의 보완요구에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않다.

관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 법령 등에 의한 신고에 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다”고 규정하고 있다.

2. 개별법상 규정의 현황

한편 개별법에서 자기완결적 신고를 규정한 예로는 다음과 같다. 식품위생법 제37조 제4항에 의한 영업신고 즉, “제36조 제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다. 그 밖에 건축법 제14조에 의한 건축신고, 집회 및 시위에 관한 법률 제6조에 의한 옥외집회 및 시위의 신고, 방문판매 등에 관한 법률 제5조에 의한 방문판매업자 등의 신고 등이 있다. 또한 원자력안전법 제43조에 의한 사업개시 등의 신고, 동법 제33조에 의한 사업의 중단·폐지 등의 신고, 비료관리법 제12조에 의한 비료수입업의 신고, 승강기시설 안전관리법 제10조의2에 의한 승강기의 설치신고, 고압가스 안전관리법 제7조에 의한 사업개시 등의 신고, 공중위생관리법 제3조에 의한 공중위생영업의 신고, 소음·진동관리법 제8조에 의한 배출시설의 설치신고, 유선 및 도선 사업법 제3조에 의한 유·도선 사업 신고 등을 들 수 있다. 이와 같이 개별법에서의 신고는 심사권을 행정청에게 부여하고 있지 않으므로 자기완결적 신고에 해당한다.

그러나 개별법에서 신고라는 용어를 쓰고 있더라도 명문으로 수리·심사절차를 규정하여 행정청에 실질적 심사권이 인정되고 있는 경우에는 자기완결적 신고에 해당하지 아니한다. 예를 들어, 외국환거래법 제18조에 의한 신고 사항 중 거주자의 해외직접투자 및 해외부동산이나 이에 관한 권리의 취득

에 대하여 동조 제4항은 “기획재정부장관은 그 신고에 대하여 신고의 수리 혹은 신고의 수리 거부 여부, 거래 내용의 변경 권고 등을 결정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 그 밖에 수산업법 제47조 제2항, 여객자동차운수사업법 제14조 등도 그러하다. 실제로 허가나 등록의 성질을 가진 신고일 경우²¹⁾에는 수리를 요하는 신고로 보아야 하므로 자기완결적 신고를 규정한 행정절차법의 규율대상에서 제외된다.

반면 개별법에서 신고라는 용어를 쓰고 있지 않더라도 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무이행이 완료되는 행위라면 행정절차법의 규율대상인 신고에 해당한다 할 것이다. 가령, 건축법 제25조에 따라 건축주가 공사감리의 중간보고서를 관계행정청에 제출하는 경우, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제17조 제1항에 따라 체육시설업자가 관계행정청에 회원모집계획서를 제출하는 경우²²⁾에는 비록 신고라는 명문의 규정이 없더라도 행정절차법상의 자기완결적 신고라고 볼 수 있겠다.

행정절차법의 한정적 규정에도 불구하고 실제 이 규정의 적용에 있어서는 관계법상의 신고의 의미나 그 법제의 해석과 관련하여 적지 않은 문제가 제기되고 있는 바, 이와 관련하여 특히 건축법상의 건축신고의 경우 문제되고 있다.

Ⅲ. 신고의 유형

1. 서설

21) “식품위생법 제25조 제3항에 의한 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다.” 대법원 1995. 2. 24. 선고 94누9146 판결.

22) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두16243 판결.

실정법상 신고에는 여러 유형이 존재하고, 그 유형에 따라 법적 규율이 다르므로 이들을 구별할 필요가 있다. 신고의 유형은 그 기준에 따라 다양하게 나눌 수 있는데, 신고 유형의 내용에 있어서는 학자들마다 견해가 조금씩 다르다.²³⁾ 다양한 기준에 따른 신고의 유형을 살펴보고, 신고의 성질을 명확하게 파악할 수 있는 분류방법을 살펴보도록 하겠다.

2. 신고의 분류

(1) 의무적 신고와 임의적 신고

자기완결적 공법행위로서 사인의 공법행위는 신고의 의무성을 기준으로 의무적 신고와 임의적 신고로 나눌 수 있다. 행정절차법 제40조 제1항은 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고만을 규정하고 있다. 따라서 의무적인 신고가 아닌 임의적 신고는 동법의 규율대상이 아니라고 할 수 있다.²⁴⁾ 임의적 신고는 신고를 해야 하는지에 대해서 당사자가 임의적으로 선택하는 것으로서 그 의무가 부과되는 것이 아니기 때문이다.

(2) 사전적 신고와 사후적 신고

신고시점을 기준으로 사전적 신고와 사후적 신고로 나눌 수 있다.²⁵⁾ 신고

23) 즉, 수리를 요하는 신고를 신고의 한 유형으로 볼 것인지, 아니면 사실상 허가의 다른 모습으로 볼 것인지, 신고와 등록의 관계는 어떠한지, 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고의 각 요건 및 심사범위는 어떠한지, 개별 사안에서의 신고가 어느 종류의 신고에 해당 하는지 등 다양한 쟁점에서 학자들마다 다른 견해를 취하고 있다.

24) 김명길, “신고의 종류와 처분성”, 법제 통권 583호, 2006. 7, 28면; 홍정선, “사인의 공법행위로서 신고의 법리 재검토”, 고시계 제46권 4호, 2001, 17면.

25) 오준근, 「행정절차법」, 삼지원, 1998, 436-437면.

는 주로 사전적 신고의 경우가 일반적이며, 사후적 신고는 사후통보적 성격을 지닌다. 사전적 신고의 예로 집회 및 시위에 관한 법률(제6조 제1항)에 의한 옥외집회신고를 들 수 있다. 집회 및 시위에 관한 법률상의 집회신고는 기본적인 형태의 신고에 해당하지만, 이 법률이 집회 및 시위의 금지 및 제한 통고의 제도 등을 규정(동법 제8조)함으로 인하여 이 법률상 신고제는 허가제의 성격을 갖게 된다.²⁶⁾ 그러므로 사전적 신고는 신고에 따라 자기완결적 신고의 성질을 나타내는 것도 있으며, 행위요건적 신고의 성질을 갖는 것도 있다 하겠다. 한편, 사후적 신고의 예로는 전입신고 등을 들 수 있는데, 전입신고는 신거주지에 전입한 날부터 14일 이내에 신고해야 한다(주민등록법 제11조). 이처럼 사후적 신고는 신고사유가 발생한 이후에 신고의 의무가 발생하는데, 일반적으로 자기완결적 신고의 성격을 가진다고 할 수 있다.

(3) 정보제공적 신고와 금지해제적 신고

신고의 효력 내용을 기준으로 정보제공적 신고와 금지해제적 신고로 나눌 수 있다.²⁷⁾ 정보제공적 신고는 행정청에게 행정의 대상이 되는 사실에 관한 정보를 제공하는 기능을 갖는 신고이다. 실정법에서 행정조치를 위한 일정한 영업행위나 사실상태를 파악하기 위하여 요구하는 사실파악형 신고가 바로 여기에 속한다.²⁸⁾ 예를 들면 소방기본법 제19조에 의한 화재신고, 도로교통법 제54조 제2항에 의한 교통사고의 신고, 행정조사기본법 제25조의 행정조사사항의 자율신고제도, 노인복지법 제39조의6 노인학대에 대한 신고 등

26) 홍정선, “주민등록법상 주민등록신고 등 각종 신고의 성질”, 지방자치법연구 제10권 제4호 (통권 제28호), 한국지방자치법학회, 2010. 12, 227면.

27) 김중권, 「행정법기본연구 I」, 법문사, 2008, 132-134면, 박군성, 앞의 책, 125면; 정하중, 앞의 책, 113면.

28) 조만형, “행정법상 신고의 유형과 해석기준에 관한 소고”, 공법연구 제39집 제2호, 2010. 12, 607-608면.

과 같이 신고의 의무를 반드시 갖지 않으며, 단순히 사실을 통보²⁹⁾하는 행위이다. 이 신고의 경우에는 신고를 하지 아니하였다고 하여 과태료 등에 의한 처벌을 받는 것은 아니지만, 필요한 정보의 미제공, 잘못된 정보의 제공 등의 경우에는 과태료가 부과될 수 있다. 결국 정보제공적 신고는 사인의 공법행위로서의 신고의 연구대상은 아니라 하겠다. 이러한 점에서 신고를 정보제공 여부와 규제여부로 구분할 큰 실익은 없다고 할 것이다.³⁰⁾ 정보제공적 신고는 직접적인 법적 효과를 발생시키지 않으며, 제공된 정보에 대한 수리여부를 심사 결정해야 할 이유가 없으므로 정보제공적 신고는 항상 자기완결적이라 할 수 있다.³¹⁾

한편, 정보제공 기능 이외에 사적 활동을 규제하는 것을 금지해제적 신고라고 하며, 이는 신고의 대상이 되는 행위가 법에 의해 금지되어 있고, 신고로 그 금지가 해제되는 신고를 의미한다. 신고유보부금지 또는 규제적 신고라고도 한다. 이 신고는 영업활동 또는 건축 활동 등 사적 활동을 규제하는 기능을 하고, 형식적 요건에의 합치여부만을 심사하며, 적법한 신고만 있으면 행정청의 수리여부와 관계없이 사적 활동을 할 수 있다.³²⁾ 미신고 행위는 법률상 금지된 행위로서 위법한 행위가 되며 행정벌의 대상이 될 뿐만 아니라 시정조치의 대상이 된다.³³⁾ 금지해제적 신고에는 자기완결적 신고인

29) 본래적 의미의 신고는 일정한 법률효과를 가져오는 사인의 공법행위이므로 통보와 같은 의미로 보아서는 안 된다. 통보는 직접 법적 효과를 당연히 발생시키지 않으며, 통보대상이 되는 행위가 금지된 것도 아니다. 양자의 의미를 구별하는 입장에서는 통보를 법적 효과를 수반하지 않는 단순한 사실행위로 취급하고, 통보를 행하지 않는다 하더라도 행정적인 제재가 가해지는 것은 아니라 하여, 제재의 여부와 법적 효과의 차이를 구별기준으로 삼는다. 조만형, 앞의 논문, 608면.

30) 김남철, “행정법상 신고의 법리-이론과 판례의 문제점과 개선방향-”, 경원법학 제3권 제3호, 2010. 11, 117면.

31) 박균성, 앞의 책, 125면; 류광해, “자체완성적 신고와 행정요건적 신고의 구분”, 조선대 법학논총 제20집 제1호, 2013, 144면.

32) 박균성, “행정법상 신고 -대상판결: 대법원 1999.4.27. 선고, 97누6780판결-”, 고시연구 제26권 제11호, 1999. 11, 32면.

33) 가령, 건축신고의 경우 건축신고를 행하고 나서야 일정한 건축행위를 할 수 있다. 신고절차에서도 허가절차와 마찬가지로 행정청의 사전통제(심사)를 가능하게 하기 위해서, 건축행위

경우도 있고, 행위요건적 신고인 경우도 있다.³⁴⁾ 금지해제적 신고의 범위가 명확한 것은 아니지만, 수리를 요하는 신고는 거의 대부분 여기에 포함될 것이며, 이 외에 자기완결적 신고의 상당 부분도 포함될 수 있을 것이다.

(4) 대인적 신고와 대물적 신고

행정상의 허가가 대인적 허가(운전면허, 의사면허)와 대물적 허가(건축허가, 음식점 영업허가)로 나뉘는 것처럼 신고 역시 대인적 신고와 대물적 신고로 구분해 볼 수 있다. 이러한 구별의 실익은 행정행위의 효과의 이전성 여부에 있는 바,³⁵⁾ 대물적 행정행위는 이전이 가능하다.³⁶⁾ 대인적 신고의 예로는 양도·양수신고, 대물적 신고의 예로는 건축신고, 음식점 영업신고를 들 수 있다.

(5) 자기완결적 신고와 행위요건적 신고

신고의 수리여부와 효력 발생시기를 기준으로 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고와 수리를 요하는 행위요건적 신고로 나눌 수 있다.³⁷⁾ 이 유형은 이 논문 전체에서 취하는 분류방식으로 각각 해당 부분에서 자세히 검토하도록 하겠다.

가 예방적으로 금지되어 있다(김중권, “행정법상의 신고의 법도그마적 위상에 관한 소고”, 고시연구 통권 제335호, 2002. 2, 28면). 따라서 절차유보에 반해서 즉, 신고 없이 착공하면 위법하게 되어 일단 공사중지명령 등이 내려질 수 있다(건축법 제79조 제1항).

34) 박균성, 앞의 책, 125면; 정하중, 앞의 책, 113면.

35) 김향기, 앞의 책, 167면.

36) 대법원 2003. 2. 23. 선고 2003두8005 판결.

37) 김남진, “건축신고반려조치의 법적성질-대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결-”, 법률신문, 2000. 12. 27.; 김향기, 앞의 책, 104면; 홍정선, 앞의 논문(각주 24), 17-19면.

3. 검토

학계 및 판례의 일반적인 견해는 신고의 종류로서 사인의 공법행위로서의 신고에 한정하여 논하고 있으며, 이와 같은 사인의 공법행위로서의 신고는 수리여부에 따라서 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고와 수리를 요하는 행위요건적 신고로 구분하고 있다.³⁸⁾³⁹⁾ 살펴본 바와 같이 실정법상 신고에는 기준의 설정에 따라 여러 유형이 존재하고, 유형에 따라 법적 규율이 다르므로 이들을 구별할 필요가 있다. 그러나 자기완결적 신고를 원칙적인 신고로 보는 데는 이견이 없으며, 수리를 요하는 신고는 수리라는 행정청의

38) ① 김동희, 앞의 책, 122면; 김남진/김연태, 「행정법 I(제13판)」, 법문사, 2009, 129-130면; 김향기, 앞의 책, 103면; 류지태/박중수, 앞의 책, 131-132면; 홍정선, 앞의 책, 196면; 홍준형, “사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰-자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고에 관한 대법원판례를 중심으로-”, 공법연구 제40집 제4호, 2012. 6, 336면 등.

② 판례들을 살펴보면 명시적으로 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고라는 표현을 사용하며 두 종류의 신고로 나누고 있다. 물론 세부적으로 살펴본다면 두 종류가 아니라 수리를 요하는 신고라도 그 성격이 조금씩 다를 수 있는 부분이 있지만, 크게 나누어 본다면 이 두 종류로 나누고 있다고 볼 수 있다. 대표적인 판례는 “체육시설의 설치·이용에 관한 법률 위반”에 관한 대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3121 판결을 들 수 있다.

39) 이에 대해 반대하는 견해도 있는데, 다음과 같다.

① “수리(受理)는 단지 접수하는데 그치지 않고, 처리까지 포함함을 의미한다. 여기서의 처리를 신고에 대한 허부(許否)의 태도·결정으로 이해하면, 통상의 수리 거부 또한 수리의 양태 중의 하나에 해당한다. 민원사무는 반드시 처리되어야 하므로(민원사무 처리에 관한 법률 제 6조), 모든 신고는 어떤 식이든 일단 수리되어야 한다. 따라서 신고는 모두 수리를 요하고, 아울러 그 목적에서 자기완결적이라 하겠다. 이 점에서 흔히들 구별하는 신고의 유형(자기완결적·수리를 요하는 신고)은 구별의 근거와 척도가 실정법상으로 분명치 않다는 점 이외에도 용어상으로도 부적절하다.” 김종권, “건축법상 건축신고의 문제점에 관한 소고”, 저스티스 제34권 제3호, 2001. 6, 161면.

② “신고제가 허가제를 대치한 개시통제의 수단임을 긍정한다면, 그것의 유형을 (예방적)금지해제적 신고와 정보제공적 신고로 나누는 것이 그것의 본연의 모습에 부합한다.” 김세규, “행정법상의 신고에 관한 재론”, 동아법학 제33호, 2003, 64면.

③ “신고를 이른바 자체 완성적 신고와 수리를 요하는 신고로 구분하는 것은 구별의 불명확함과 더불어 실정법의 규율 현황과도 맞지 않다. 따라서 기왕에 규제완화 차원에서 허가를 신고로 전환한 것이라면, 신고에 대해 행정청의 실질적인 심사 없이 신고서가 도달한 경우에 신고의무를 다한 것으로 하고, 신고 대상행위의 성질상 행정청의 심사가 필수적인 것이라면 허가로 하는 것이 타당하다.” 정훈, “공법상 신고의 법적 성질과 현실에서의 의미”, 동아법학 제58호, 2013, 210면.

행위가 개입된 신고라 하여 또 다른 신고의 유형으로 보고 있다. 이처럼 신고의 유형을 수리를 요하는지 여부에 따라 구분하여 자기완결적 신고와 행위요건적 신고의 법적 성질을 검토하는 종래의 방법이 아직까지는 타당하며, 중요한 의미를 갖는다고 하겠다.

IV. 신고와 구별되는 개념

이하에서는 신고와 구별되지만 유사하게 운용되는 제도에 대해 검토해 보고 신고제도의 차이와 의미를 살펴봄으로써 신고의 법적 성질을 좀 더 명확히 정의해보도록 하겠다.

1. 신청

(1) 신청의 성질

행정법상의 신청은 “행정청에 대하여 일정한 행위를 요구하기 위한 의사 표시”라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 신청은 사인의 행위요건적 공법행위로서 행정청이 신청을 접수한 후에는 그것이 형식적 요건 및 실질적 요건을 충족하고 있는지의 여부를 심사하여 그 인용 또는 거부의 처분을 하는 것이다. 따라서 행정청은 신청서의 내용이나 요건에 대하여 심사를 하여 응답을 해주어야 할 의무가 발생하며, 행정청에 응답의무가 없는 것은 신청에 포함되지 아니한다. 자기완결적 신고는 의무적인 성격을 띠고 있지만, 신청은 권리로서 신청권으로 표현되는 것이다. 또한 신고는 수리를 요하던 요하지 않던, 그 효과는 신고의무를 이행하였다는 것에 있는데 반하여, 신청의 경우는 신청의 대

40) 김향기, “행정법상의 신청”, 고시연구, 1999. 12, 91면.

상이 되는 행정청의 반응을 얻어야 목적이 달성되는 것으로 신청과는 별개의 행정청의 대응행위 예컨대 등록이나 허가 등의 새로운 행정조치를 통해서만 목적을 달성한다는 점에서 차이가 있다.⁴¹⁾

신청은 행정청에게 허가, 인가 또는 특허와 같은 특정의 처분을 구하는 행정객체의 의사표시로서 신청만으로 바로 법적 효과가 발생하는 것이 아니라 행정청의 처분의 구성요소로서 작용하며,⁴²⁾ 행정절차법은 신청에 관하여 처분에 대해 규정하고 있는 제2장에서 이를 다루고 있다. 처분의 신청의 경우에는 우선 행정청이 신청을 접수하고 접수한 경우에는 접수증을 주어야 하며, 그 다음 심사를 하게 되고, 처리를 해야 하는 것이다.

실정법상 신고와 신청이 명확히 구별되어 있지 않기 때문에 신고를 자기 완결적 신고로 보아야 하는지, 아니면 신청으로 보아야 하는지에 대해서 그 성질 결정을 어떻게 하느냐에 따라 행정절차법의 적용이 달라지게 된다.⁴³⁾ 신고에는 행정청에 의해 그 신고를 수리하는 절차가 이행되어야만 신고의 법적 절차가 완료되는 이른바 수리를 요하는 신고도 있는데, 이러한 신고는 성질상 ‘신청’이라 하겠다.⁴⁴⁾ 예를 들어, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제20조에 의하면, 체육시설업을 하고자 하는 자는 관계행정기관에 신고하도록 규정되어 있는데, 이와 같은 경우는 영업허가를 요구하는 ‘신청’과 같은 성질을 갖고 있으므로 행정절차법상 신고보다는 신청에 관한 규정이 적용되어야 할 것이다.⁴⁵⁾ 반면, 실정법에 신청으로 규정되어 있더라도 실질적으로는 신고에 관한 절차가 적용되어야 할 경우도 있다. 예를 들면, 측량·수로조

41) 이상천, “요건으로서의 신고·신청에 따른 효과로서의 수리·등록·허가의 개념적 구분 재론”, 공법학연구 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010. 8, 295면 참조.

42) 김민호, “행정절차법상 신청의 의미”, 고시연구, 2005. 2, 52면.

43) 일본 행정절차법의 해석에 있어서도 법령상 신고(届出)라는 용어가 쓰였다고 해서 반드시 행정절차법상의 신고인 것은 아니고, 신청에 의한 처분에 해당하는 경우도 있다. 塩野 宏 「行政法 I」 312頁(有斐閣, 2009).

44) 김향기, 앞의 논문, 91면.

45) 채우석, “행정절차법에 있어서의 신고”, 고시계, 1997. 7, 75-76면 참조.

사 및 지적에 관한 법률 제79조에 의하면 토지소유자는 토지를 분할하려면 지적소관청에 분할을 신청하여야 하는데, 여기서의 신청은 신고의 성질로서 행정법상의 신고절차가 적용되어야 할 것이다.⁴⁶⁾

(2) 신청의 대상 및 요건

행정절차법 제17조에서 규정하고 있는 신청은 행정청에 처분⁴⁷⁾을 구하는 것이기 때문에 신청의 대상은 행정청의 쌍방적 행정행위로서의 처분이며 수익적 처분이 보통이고, 권력적 사실행위와 구속적 행정계획 등을 포함하여 국민의 구체적 권리와 의무에 직접적 변동을 가져오는 행위를 대상으로 한다.⁴⁸⁾

신청의 요건은 신청의 대상인 처분의 요건이 아니라 신청 자체가 적법하기 위하여 갖추어야 할 요건을 의미한다. 신청이 적법하기 위해서는 신청인에게 ‘신청권’이 있어야 하며 법령상 요구되는 구비서류 등의 요건을 갖추어야 한다.⁴⁹⁾ 신청권은 신청된 내용대로의 처분을 구하는 권리가 아니라 행정

46) 판례도 “지적 관계법령에 지적소관청이 토지소유자의 토지분할신청 내용에 대하여 실질심사를 하도록 규정하고 있지 아니하므로 토지소유자가 토지분할신청을 하여 온 경우에는 신청 내용이 법령에 위배되는 경우 또는 신청취지가 불분명하거나 명백한 오류가 있는 등의 경우가 아닌 이상 지적소관청은 신청 내용에 따라 분할하여 줄 의무가 있다”라고 판시하여, 행정청의 실질적 심사권을 부정하고 있다. 대법원 1994. 1. 11. 93누18228 판결.

47) 여기서 ‘처분’이란 행정절차법 제2조 제2호에서 규정한 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖의 이에 준하는 행정작용”을 말한다. 그런데 민원사무처리에서는 처분에 대한 신청(허가·인가·특허·면허·승인·지정·인정·추천·시험·검사·검정 등의 신청, 장부·대장 등에의 등록·등재의 신청 또는 신고) 뿐만 아니라 특정한 사실 또는 법률관계에 관한 확인 또는 증명의 신청, 법령·제도·절차 등 행정업무에 관한 질의 또는 상담형식을 통한 설명이나 해석의 요구, 정부시책이나 행정제도 및 운영의 개선에 관한 건의, 행정기관의 위법·부당하거나 소극적인 처분(사실행위 및 부작위를 포함) 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항의 해결 요구(이하 “고충민원”이라 한다) 등을 포괄하는 넓은 개념으로 쓰고 있다(민원사무처리에 관한 법률 시행령 제2조 제2항).

48) 김향기, 앞의 논문, 93면.

49) 이상천, 앞의 논문, 288면.

청의 거부간의 처분을 구하는 권리이며, 실체법상의 적극적 청구권과는 구별되는 절차적 권리이다.⁵⁰⁾

(3) 신청의 효과

행정청은 신청이 있는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니 된다(행정절차법 제17조 제4항). 이는 행정청이 신청서의 내용이나 요건에 대하여 심사를 하여야 할 의무 즉 수리의무가 발생한다고 할 수 있다. 이는 행정절차의 참가인이 규정에 따라 응답을 받을 수 있는 것을 보장한 것으로 헌법상의 청원권(헌법 제26조) 내지 절차형성·법률 집행에 대한 법치국가적 의무에서 근거한 규정이라고 할 수 있다. 따라서 신청은 부적법한 것(소정의 형식 불구비, 소정의 기한 초과 등)이라 하더라도 절차법상 유효한 신청이라면 그 접수 자체를 거부할 수 없다.⁵¹⁾

행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제17조 제5항). 행정청은 신청인이 위 기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다(동조 제6항). 또한 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하할 수 있다(동조 제8항). 이는 형식·절차요건의 불비 등 흠 있는 신청에 대해서 그 흠을 보정지도 해야 할 의무를 행정청에 부담지우고 있는 것이다. 흠의 여부는 평균적 행정기관의 지식과 일반적 인식가능성으로 판단해야 한다.⁵²⁾ 실질적 요건에 대하여는 원칙상 보완 또는 보정요구를 하여야

50) 박군성, 앞의 책, 121면.

51) 김향기, 앞의 논문, 94면.

52) 김향기, 앞의 논문, 94면.

하는 것은 아니지만 실질적인 요건에 관한 흠이 있는 경우라도 그것이 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등에 기인한 경우 등은 보완의 대상이라고 보아야 할 것이다.⁵³⁾

행정청은 적법한 신청이 있는 경우에는 상당한 기간 내에 응답 등을 하여야 한다. 행정청은 기속행위일 경우는 물론 재량행위일 경우라도 신청에 대한 응답의무는 있다. 행정청은 신청에 대응한 응답태도로 신청을 들어주든지, 신청보완을 요구하든지, 거부하든지, 상당기간 동안 아무것도 하지 않는 부작위의 태도 등을 취할 수 있다. 거부의 경우는 거부처분이 되는 것이어서 거부처분취소소송의 대상이 되며, 아무것도 하지 않는 경우에는 부작위로 인정받아 의무이행심판 청구를 하든지 아니면 부작위위법확인소송 청구를 할 수 있다.⁵⁴⁾

2. 등록

(1) 등록의 성질

등록은 넓은 의미로는 등기를 포함하는 개념이나⁵⁵⁾ 보통은 “일정한 법률사실이나 관계를 공적장부(公簿)에 기록함으로써 일정한 법적 효과가 발생하는 것”을 말한다.⁵⁶⁾ 등록은 신고자의 신고가 있는 후 이에 대한 권한 있

53) “건축불허가처분을 하면서 그 사유의 하나로 소방시설과 관련된 소방서장의 건축부동의 의견을 들고 있으나 그 보완이 가능한 경우, 보완을 요구하지 아니한 채 곧바로 건축허가신청을 거부한 것은 재량권의 범위를 벗어난 것이다.” 대법원 2004. 10. 15. 선고 2003두6573 판결.

54) 김향기, 앞의 논문, 95-96면 참조.

55) 등기와 차이점은 우선 등기는 효력발생요건이나, 등록은 ① 자동차의 등록처럼 운행과 같이 일정한 행위를 하기 위한 요건인 경우, ② 저작권 등의 등록이나 상표의 통상사용권 이전의 등록처럼 제3자에의 대항요건인 경우, ③ 의사·수의사·변리사의 등록처럼 면허의 방법인 경우, ④ 특허권 등의 공업소유권 등록처럼 권리의 효력발생요건인 것 등 여러 기능을 갖는다는 점에서 다르다. 김창범, “등록·승인 및 신고”, 동위원소회보 제17권 제1호, 한국동위원소협회, 2002, 28면.

는 행정청의 기록행위가 존재해야 하는 쌍방적 행위이며,⁵⁷⁾ 신청을 전제로 하는 수익적 개념의 성질이다.

등록의 경우도 명칭만 등록일 뿐 실정법의 내용에 따라 신청인 경우로 허가의 성격을 가지고 있는 경우와 자기완결적 행위의 성질을 가진 것으로 나뉜다. 우선 장부에 기록하는 행위는 사실행위에 불과한 것으로서 행정청은 등록을 수리할 것인가의 여부에 관하여 재량의 여지가 없는 것이 원칙이다.⁵⁸⁾ 따라서 민원인의 적법한 신고 또는 등록 요청에도 불구하고 행정청이 기록을 행하지 아니한 것은 행정청의 과실일 뿐 법적 효과의 발생여부에는 아무런 영향을 미치지 않으므로 사실행위의 성격을 가지는 등록은 수리를 요하지 않는 등록으로서 자기완결적 신고의 성질을 가진다고 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 그러므로 행정절차법상의 신고에 관한 규정의 적용을 받아 등록에 필요한 신청서가 접수기관에 도달하면 그 도달된 시점에서 등록에 관한 의무는 이행된 것으로 보아야 한다.⁶⁰⁾ 예를 들어, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제18조 제1항에 따르면 산림용 종자를 개발한 자는 관계행정청에 품종등록을 해야 하는데, 이 경우의 등록은 법령이 규정하고 있는 서식과 절차에 따라 사실관계를 기재하여 해당 행정청에 신고함으로써 법적 효과가 발생하는 이른바 자기완결적 신고로서의 등록에 해당한다 할 것이다.⁶¹⁾ 그 외에도 공인회계사법 제7조 제1항의 공인회계사 개업 등록, 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」 제9조 제1항의 중개업 등록, 원자력 안전법 제54조의 업무대행자 등록과 제78조 제1항의 판독업무자의 등록 등

56) 김철용, 「행정법 I (제13판)」, 박영사, 2010, 195면.

57) 박균성, 앞의 책, 108면; 최승필, “규제완화에 대한 법적 고찰 -인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로-”, 공법학연구 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011, 330면.

58) 채우석, 앞의 논문, 74면.

59) 김민호, “방송법 제9조에서의 허가·승인·등록의 법적 의의에 관한 연구”, 성균관법학 제25권 제3호, 2013. 9, 120면; 대법원 2000. 12. 22. 선고 99두6903 판결.

60) 채우석, 앞의 논문, 74면.

61) 김민호, 앞의 논문(각주 59), 120면.

이 자기완결적 신고로서의 등록에 해당한다고 볼 수 있다.

반면 법령에 근거하여 공식적으로 작성되고 시민의 법률관계에 중요한 영향을 미치는 등록은 행정행위의 성격을 가지며, 이는 수리를 요하는 등록이다.⁶²⁾ 예를 들어, 건설산업기본법 제9조 제1항, 제10조는 “건설업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 업종별로 국토교통부장관에게 등록을 하여야 하고, 행정청은 기술능력·자본금·시설 및 장비·그 밖에 필요한 사항 등”을 심사하여 등록 여부를 결정하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 여객자동차운수사업법 제4조에 의한 여객자동차운수사업 등록 역시 그러하다. 이와 같은 경우에는 법규상 등록이라고 하더라도 허가로서의 성질을 갖는다고 할 것이며, 행정행위에 대한 ‘신청’과 유사하다고 볼 수 있어, 행정절차법상의 신청절차가 적용될 것이다.

(2) 등록의 심사범위

등록의 심사범위와 관련하여 헌법재판소는 정기간행물의 등록 등에 관한 법률상의 등록은 단지 형식적 심사에 그친다고 하고,⁶³⁾ 인터넷컴퓨터게임시설제공업자에게 등록 의무를 부과한 것은 인터넷컴퓨터게임시설제공업의 시설기준에 관하여 단지 형식적 심사에 그치도록 하고 있는 것⁶⁴⁾이라고 하는 등 등록을 ‘형식적 심사’에 한정하고 있다.⁶⁵⁾ 한편, 대법원은 등록에 있어서

62) 송시강, “행정법상 신고 범리의 재검토”, 홍익법학 제13권 제4호, 2012, 678면.

63) “등록사항이 정기간행물의 외형에 관한 객관적 정보에 한정되어 있고, 등록제를 규정하여 정기간행물의 발행요건에 관하여 실질적 심사가 아니라 단지 형식적 심사에 그치도록 하고 있으므로...” 헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 93헌바51 결정.

64) “인터넷컴퓨터게임시설 제공업자에게 등록 의무를 부과한 것은 ‘게임산업진흥에 관한 법률’의 입법목적 달성을 위한 여러 방법 중 하나로서 적절하며, 허가제가 아닌 등록제로 규정하여 인터넷컴퓨터게임시설 제공업의 시설기준에 관하여 단지 형식적 심사에 그치도록 함으로써...” 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2009헌바28 결정.

65) 여기서 ‘형식적 요건’을 심사한다는 것은 형식적 요건을 심사받는다는 의미가 아니라 그 요건을 형식적으로 심사받는다는 의미로 해석해야 할 것이다. 이상천, 앞의 논문, 299면.

도 법령상의 제한 이외에 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 실질적 심사가 가능하다고 하여 재량행사의 길을 열어두고 있다.⁶⁶⁾ 두 판례가 등록의 공통된 부분으로 형식적 심사를 언급하고 있고, 대법원은 예외적으로 실질적 심사를 인정하고 있다.

3. 검토

결국 법령상의 규정과는 관계없이 신고라고 하더라도 신청의 규정이 적용되는 경우가 있고, 반대로 신청이라고 하더라도 신고의 규정이 적용되는 경우도 있다. 또한 등록의 경우에도 수리를 요하는 경우와 수리를 요하지 않는 성질을 가진 경우로 나뉘고 있으며, 신고라는 용어가 명시되어 있지 않더라도 등록, 보고서의 제출 등 여러 가지 용어로 표현되어 실질적으로 신고의 적용을 받는 경우도 적지 않다. 때문에 어떠한 경우에 신고절차를 적용할 것인가 혹은 신청에 관한 절차적 규정을 적용할 것인가 하는 문제가 발생하여 신고의 적용범위가 명확하게 정해지지 않는다.

이처럼 수리를 요하는 신고와 등록·허가는 실제 행정처리에 있어 그 구분이 용이하지 않으므로 각 제도의 성질을 검토하여 판단해야 할 것이다. 행정처리에 있어서 행정청은 신고든 등록이든 당사자의 접수를 받으면, 수리(심사)를 해야 하는 것인지 아니면 수리를 요하지 않는 것인지 두 가지 중 하나의 판단 결정을 해야만 한다. 물론 이들이 개념상 다르다는 것은 명백하지만, 실제로 행정청의 심사가 어떤 차이를 보이느냐가 문제인 것이다.

수리를 요하는 신고에서의 신고는 인·허가나 등록에서의 신청과 같은 성질을 지니고 있고, 수리를 요하는 신고에서의 수리는 인·허가나 등록에서의

66) “관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 등록을 거부할 수는 없는 것이나, 심사결과 관계 법령상의 제한 이외의 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 그 수리를 거부할 수 있다.” 대법원 1998. 9. 25. 선고 98두7503 판결.

인·허가나 등록과 같은 법적 성질을 지니고 있다 하겠다. 따라서 자기완결적 공법행위로서의 신고와 행위요건적 공법행위로서의 신고는 구별의 필요성이 있으나, 행위요건적 공법행위로서의 신고에 따르는 수리와 인·허가나 등록에서의 신청과 이에 대한 등록 또는 인·허가와 구별실익은 크게 없다고 하겠다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 그러므로 신고에서의 구별실익은 어떠한 신고가 자기완결적 공법행위로서의 신고이며 행위요건적 공법행위로서의 신고인가를 구별하는데 있다고 하겠다.

V. 신고의 요건 및 효과

1. 신고의 요건

자기완결적 신고가 효력을 발생하기 위해서는 행정절차법 제40조 제2항이 정한 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 신고서의 기재사항에 하자가 없어야 한다. 신고서가 일정한 양식을 요구하는 경우 신고인은 행정청에게 양식을 제공할 것을 요구할 수 있고, 신고서의 양식이 제정되어 있지 아니한 경우에는 행정청은 신고서의 기재사항을 신고인에게 제시하여야 하며, 신고인은 행정청이 제시한 내용을 신고서에 기재하면 된다. 행정청이 제시한 내용대로 신고인이 기재한 경우 행정청은 신고서의 기재사항의 하자를 주장할 수 없다.⁶⁹⁾ 둘째, 필요한 구비서류가 첨부되어 있어야 한다. 구비서

67) 김민호, 앞의 논문(각주 59), 119면; 정하중, 앞의 책, 112면.

68) 그러나 이에 대해 “규제완화적 취지에서 도입된 신고제의 의미를 퇴색시키므로, 자기완결적 신고를 전형적인 신고로 일원화시키고, 수리를 요하는 신고는 등록제로 전환시키는 것이 법체계상 타당하다”고 보는 의견이 있다. 송동수, 앞의 논문, 299면.

69) “원고 제출의 이 사건 대문설치신고서가 공동주택관리규칙 제4조에서 규정하는 별지 제1호의2 서식에 의한 것이 아니라고 하더라도 그 서식에서 요구하고 있는 내용이 모두 기재되어 있고, 그 신고서에 입주자대표회의의 동의서가 첨부되어 있으며, 한편 건축법시행규칙 제6조에 규정된 서류 및 도서는 그 해당사항이 없어 이를 첨부하지 아니한 것인 이상 원고의 이 사건 대문설치신고는 형식적 하자가 없는 적법한 요건을 갖춘 신고라고 할 것이다.” 대법원

류는 법령에 규정된 사항에 한정되어야 하며, 행정청은 법령에 규정된 구비서류의 목록을 초과하는 구비서류를 요구하여서는 아니 된다. 셋째, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합하여야 한다. 이를 넓게 해석하는 것은 자기완결적 신고의 본질에 반하는 것이므로, 여기서 말하는 ‘기타 법령’은 ‘해당 신고규정상의 요건’ 혹은 ‘해당 신고규정의 내용에 포함되는 관계 법령상의 요건’을 의미하는 것으로 해석해야 할 것이다.⁷⁰⁾

판례는 “행정청으로서 신고서 기재사항에 흠결이 없고 정해진 서류가 구비된 때에는 이를 수리하여야 하고, 이러한 형식적 요건을 모두 갖추었음에도 신고대상이 된 교육이나 학습이 공익적 기준에 적합하지 않다는 등 실체적 사유를 들어 신고 수리를 거부할 수는 없다”라고 하고 있다.⁷¹⁾

신고의 요건으로서 신고의 근거법령이 특별한 형식을 요구하고 있는 경우에는 그 형식을 충족하여야 할 것이다. 행정청은 신고에 대하여 특별한 형식적 요건이 요구되는 경우 미리 게시판 또는 편람에 그 내용을 제시하여야 하며, 미리 제시하지 아니한 형식적 요건을 신청인에게 사후에 요구할 수 없다. 이처럼 신고의 구체적 요건은 신고행위의 내용에 따라 개별법령에서 정하는 바에 의하지만, 그 요건은 형식적인 요건인 것이 원칙이다. 가령, 건설업 등록을 한 자가 폐업하려면 건설산업기본법 제20조의2 및 동법 시행규칙 제20조의2에서 정한 소정양식의 건설업폐업신고서를 작성하여 구비서류 즉, 건설업등록증 및 등록수첩을 첨부하여 함께 제출하면 된다.

행정청은 동법 제40조 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다(동조 제3항). 여기서 ‘지체 없이’라는 의미는 행정청이 신고인의 면전에서 서류를 검토하여 하자있는 유무를 판단함을 의미한다.⁷²⁾ 하지만, 신

1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결.

70) 박해식, “주민등록 전입신고 수리 여부에 대한 심사범위와 대상”, 행정판례연구 XV-2, 2010, 246면.

71) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2005두11784 판결.

고사항의 제출이 그 이외 우편, 모사전송 등 다양한 방식으로 이루어질 수 있으며, 담당자가 자리에 없는 경우, 신고 서류의 하자여부를 즉시 판단하기 어려운 경우 등이 있을 수 있으므로 이를 일의적으로 판단하기는 어려우며, 실무처리의 예 등을 참작하여야 할 것이다. 행정청은 신고인이 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다(동조 제4항).

2. 신고의 효과

(1) 적법한 신고의 효과

신고의 통상적인 법적 효과는 신고 의무를 이행함으로써 신고의 대상행위를 적법하게 할 수 있는 공법적 효과가 발생하게 된다. 즉, 자기완결적 신고의 경우에 적법한 신고가 있으면 행정청의 수리여부에 관계없이 신고서가 접수기관에 도달한 때에 신고의무가 이행된 것으로 본다(행정절차법 제40조 제2항). 예를 들어, 건축법 제14조에서는 담장을 설치하기 위해서는 관할 행정청에 신고를 하도록 규정되어 있다. 이 때 담장을 설치하고자 하는 사람은 규정대로 적법하게 신고만 하면 담장을 건축할 수 있는 법적 효과가 생기는 것이다. 별도로 행정청의 신고 수리처분을 기다릴 필요가 없으며, 행정청은 나중에 신고에 대해 수리를 철회할 권한이나, 공사중지명령을 할 권한이 없다.⁷³⁾ 이런 권한이 없음에도 처분을 내렸다면 위법한 처분으로 행정소송(항고소송)을 제기하여 구제받을 수 있다. 행위요건적 신고의 경우에는 행정청이 형식적·실질적 심사 후 수리함으로써 비로소 신고의 법적 효과가 발생한다.

72) 김학세, “행정법상 신고제도”, 변호사 제32집, 서울지방변호사회, 2002. 1, 12면.

73) 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결.

한편, 법령에서 신고서를 수리한 행정청이 신고필증을 교부하도록 되어 있다 하더라도 이는 신고사실의 확인행위로서 신고필증을 교부하도록 규정한 것에 불과할 뿐이므로, 그와 같은 신고필증의 교부가 없다고 하여 신고의 효력을 부정할 수는 없다.⁷⁴⁾ 판례 역시 자기완결적 신고는 도달로 효력이 발생한다고 보고,⁷⁵⁾ 행위요건적 신고의 경우에는 행정청이 수리를 하여야 그 효력이 발생한다고 보고 있다.⁷⁶⁾

(2) 부적법한 신고의 효과

신고의 요건을 충족하지 않는 경우에는 부적법한 신고가 된다. 자기완결적 신고의 경우 부적법한 신고가 있었다면 행정청이 수리하였다고 하더라도 신고의 효과가 발생하지 않는다. 왜냐하면 이 경우 수리는 도달을 확인하는 사실상의 행위일 뿐이고, 신고가 도달되었다고 하더라도 그 신고가 부적법한 것이라면 신고의 법적 효과가 발생하지 않기 때문이다. 행정청은 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다(행정절차법 제40조 제3항). 행정청은 신고인이 보완기간 내에 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다(동조 제4항). 신고인이 이에 응하지 않는 경우에 신고인은 신고의무를 이행하지 않은 것으로 된다.

신고를 하지 않고 신고의무가 있는 행위를 한 경우에는 보통 과태료가 부과되나,⁷⁷⁾ 신고의무 위반에 대하여 형벌을 과하는 경우도 있다.⁷⁸⁾ 신고의무

74) 대법원 1985. 4. 23. 선고 84도2953 판결; 대법원 1985. 8. 20. 선고 85누329 판결.

75) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3121 판결 등.

76) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다17850 판결 등.

77) 예를 들어, 광고물 등의 신고를 하지 않고 입간판·현수막·벽보 및 전단을 표시하거나 설치한 자는 '500만원 이하의 과태료'를 부과한다(옥외광고물 등 관리법 제20조 제1항 제1호).

78) 예를 들어, 신고를 하지 아니하고 체육시설업을 하는 자는 '1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금'에 처한다(체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제38조 제2항 제1호). 또한 신고를

를 이행하지 아니한 경우에 신고의 대상이 되는 행위가 위법한 행위가 되는가는 자기완결적 신고에 있어서는 해당 행위 자체가 불법은 아니라고 볼 것이다. 예를 들면 구 「사회단체의 신고에 관한 법률」에 의하면 사회단체의 조직은 및 활동은 신고의 대상으로 되어 있는데 신고를 하지 않은 사회단체 활동이 불법 활동이 되는 것은 아니다.⁷⁹⁾

VI. 신고의 처분성 문제

1. 수리필요 여부와 처분성과의 관계

다수의 학자들은 신고의 종류를 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고로 구분하고 있다. 종래 통설·판례는 자기완결적 신고의 수리는 단순한 접수행위로서 법적 효과를 발생시키지 않는 사실행위이므로 그 수리행위나 수리거부행위는 원칙상 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 보았다. 이에 반하여 수리를 요하는 신고에 있어서의 신고수리는 처분성이 인정되어 제3자가 이를 다툴 수 있고 신고수리거부도 처분성이 인정된다고 본다. 이처럼 신고의 수리여부에 따라서 항고소송의 대상이 되는 처분성 여부를 연관지어 보고 있는 것이다. 그렇다면 신고행위에 있어 자기완결적 신고는 처분성이 인정되지 아니하므로 신고 당사자는 법적 구제를 받을 길이 없게 되는 것인지, 수리여부에 따라서 처분성이 인정되는 것이 바람직한 것인지 이하에서 검토해 보도록 하겠다.

2. 판례

하지 아니하거나 거짓으로 신고하고 방문판매업을 한 자는 '1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'에 처한다(방문판매 등에 관한 법률 제62조 제1호).

79) 박균성, 앞의 논문, 35면.

종래 대법원은 대체로 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고의 경우를 구분하고 이에 따라 수리거부행위의 처분성 여부를 달리 취급하였다. 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고의 경우, 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 행정청의 수리행위 등 별다른 조치를 기다릴 필요 없이 건축을 할 수 있는 것이므로, 행정청이 위 신고를 수리한 행위가 건축주는 물론이고 제3자인 인근 토지 소유자나 주민들의 구체적인 권리 의무에 직접 변동을 초래하는 행정처분이라 할 수 없다고 판시하였다.⁸⁰⁾ 원격평생교육신고서 반려처분취소 사안에서, 관할 행정청은 신고서 기재사항에 흠결이 없고 정해진 서류가 구비된 이상 신고를 수리하여야 하고 형식적 요건이 아닌 신고 내용이 공익적 기준에 적합하지 않다는 등 실체적 사유를 들어 이를 거부할 수 없고, 처분사유로 인정되지 않는다고 판시하여⁸¹⁾ 그 수리행위나 수리거부행위는 원칙상 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 보았다. 반면, 수리를 요하는 신고와 같은 성질을 지닌 등록의 신청에 대해서 정해진 등록요건에 맞지 아니하는 석유판매업등록신청에 대하여 그 등록을 거부한 행정처분은 적법하다고 판시하였다.⁸²⁾

그러나 최근의 판례는 자기완결적 신고임에도 그 처분성을 인정하고 있다. 즉, 행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부에서 건축신고가 반려될 경우, 당사자가 해당 건축물의 건축을 개시하면 불안정한 지위에 놓이게 되므로 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합하기에 건축신고의 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보

80) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결; 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결 등.

81) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2005두11784 판결.

82) 대법원 1998. 9. 25. 선고 98두7503 판결.

고 있다.⁸³⁾ 이 판결 이후에 행정청의 착공신고 반려행위도 같은 이유로 항고소송의 대상이 된다고 판시하였다.⁸⁴⁾

3. 검토

종래에는 대체로 신고의 수리 여부 즉, 신고의 법적 성질에 따라 수리거부행위의 처분성 여부를 달리 보았다. 그러나 신고의 수리거부의 처분성 여부 문제는 신고의 성질이 수리를 요하는 신고인지의 여부와 관계없이 항고소송의 대상적격의 범위확정의 문제라 할 것이다.⁸⁵⁾ 수리를 요하는 신고이든, 수리를 요하지 않는 신고의 경우이든 신고의 법적 성질과는 상관없이 신고인은 해당 신고가 적법하다고 주장하고 행정청은 부적법하다고 하는 경우 행정청의 거부행위를 다룰 수 있어야 할 것이다. 만약 수리(접수)가 반려될 경우 신고인이 불이익을 받을 위험 등 법적 지위가 불안정하게 될 수 있으므로 자기완결적 신고 역시 처분성을 인정함이 타당할 것이다.

VII. 소결

전형적인 신고의 의미는 행정절차법 제40조에서 규정하고 있듯이, 당사자의 적법한 요건을 갖춘 신고가 행정청에 제출되어 접수되면 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지 아니하고, 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 보며, 이에 따라 법령에 규정된 법적 효과가 발생하는 것을 말한다. 그러나 행정 실제에서의 현실적 필요성에 의해 자기완결적 신고 이외에 수리

83) 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결.

84) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결.

85) 同志: 김남철, 앞의 논문, 125-126면; 김향기, “집중효를 수반하는 건축신고가 「수리를 요하는 신고」 인지의 여부-대법원 2011. 1. 20, 선고 2010두14954[건축신고불가취소]에 대한 평석-”, 고시계, 2011. 7, 50면.

를 요하는 신고를 인정해야 할 것이다. 다만 수리를 요하는 신고와 등록·허가 등은 실제 행정처리에 있어 그 구분이 용이하지 않으므로 각 제도의 성질을 검토하여 판단해야 할 것이다. 각 행정행위가 개념상 다르다는 것은 명백하지만, 행정처리를 하는 행정청의 입장에서는 수리여부의 중점을 두고 수리를 요하는지와 수리를 요하지 않는지의 여부를 최종적으로 결정하기 때문에 실제로 행정청의 심사가 어떤 차이를 보이느냐가 문제일 것이다. 그러므로 신고에서 뿐 아니라 다른 행정행위와의 관계에 있어서도 수리여부의 법적 성질이 어떠한지에 따라서 구별하는 것이 타당하다고 생각한다. 때문에 자기완결적 공법행위로서의 신고와 행위요건적 공법행위로서의 신고는 구별의 필요성이 있으며, 나아가 어떠한 신고가 자기완결적 공법행위로서의 신고이고 행위요건적 공법행위로서의 신고인가를 구별하는데 있다고 하겠다. 그렇다면 실제 행정에 있어서 신고의 두 유형 즉, 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고를 어떠한 기준으로 구별할 수 있는지, 이하에서 검토해보도록 하겠다.

제3절 수리를 요하는 신고의 검토

I. 행위요건적 신고의 의의 및 성질

자기완결적 신고에 대비되는 신고가 바로 행위요건적 신고⁸⁶⁾이다. 행위요건적 신고란 “행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하고 행정청이 이를 수리함으로써 법적 효과가 발생하는 신고”를 말한다.⁸⁷⁾ 여기서 수리란 “타인의

86) 변형된 신고, 행정요건적 신고, 수리를 요하는 신고 등의 명칭으로 사용되나, 본 논문에서는 자기완결적 신고와 대비되는 의미를 가장 적절하게 나타내고 있는 ‘행위요건적 신고’ 혹은 ‘수리를 요하는 신고’라는 용어를 사용하기로 한다.

행정청에 대한 행위를 유효한 행위로서 수령하는 행위”를 말한다.⁸⁸⁾ 행위요건적 신고는 관계법상 행정청에게 신고요건을 심사하여 수리여부를 결정할 수 있는 권한이 부여되어 있는 경우이므로 실질적으로는 (완화된) 허가이며 위장된 규제완화라고 불리기도 한다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾ 행정절차법 제40조에서 신고의 의미를 명확히 하고 있지만, 각 개별법에서 규정하고 있는 ‘수리를 요하는 신고’로 인하여 그 인정여부에 대해 견해가 나뉠 수 있다.

‘수리를 요하는 신고’라는 표현을 명시적으로 사용한 판례는 대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결이다.⁹¹⁾ 여기서 행정청의 수리가 있어야 비로소 신고의 효력이 발생한다는 의미에서 그 표현이 사용되었다. 수리를 요하는 신고에 대한 판례의 견해는 행정청은 사인의 신고에 대하여 요건의 심사를 통하여 수리 여부를 판단하고, 수리라는 행정행위를 통하여 비로소 신고의 효력이 발생한다고 본다.

실정법상 수리를 요하는 신고의 대표적인 예로는 수산업법 제47조에 의한 어업신고, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제20조의 규정에 따른 체육시설업 신고, 온천법 제21조의 온천발견자의 신고 등을 들 수 있다.

II. 자기완결적 신고와의 구별실익

87) 김향기, 앞의 책, 103면.

88) 김남진/김연태, 앞의 책, 229면; 김향기, 앞의 책, 199면.

89) 김동희, 앞의 책, 120면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 48면; 류지태/박종수, 앞의 책, 132면; 조성규, “신고의 법적성질과 제재적 행정처분의 승계여부”, 고시연구, 2005. 1, 242면.

90) 또한 자기완결적 신고와 허가의 중간적인 성질의 것이라고도 하고(박근성, 앞의 책, 122면), 실정법은 등록이라고 표현하기도 한다(예: 신문 등의 진흥에 관한 법률 제9조 제1항, 옥외광고물 등 관리법 제11조 참조; 대법원 1989. 12. 26. 선고 87누308 판결).

91) “... 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’라고 할 것이고, 따라서 설사 관할관청이 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역울 조업구역에서 제외한 것이 위법하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 같은 법 제44조 소정의 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다.”

행정절차법 제40조 제1항은 동 규정의 적용을 받는 신고를 ‘법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우’라고 하고 있다. 문제는 어떠한 경우가 여기에 해당하느냐 하는 것인데, 법령 등에서 신고라는 용어를 사용하고 있는 경우에도 그것이 자기완결적 행위가 아니라 행정청의 행위요건적 행위인 경우 둘 사이의 구별기준이 명확하지 못하기 때문이다.

정부의 행정 규제완화 정책의 하나로 인·허가제도를 신고제로 전환하였음에도 그 명칭만 전환하였을 뿐 그 요건 등 실질은 크게 변하지 않음으로 인하여 행정법상 신고는 본래적 의미의 신고의 개념대로 사용되지 않고 있다. 또한 실제 수많은 행정 관련 신고 중에는 신고의 법규정을 확일적으로 적용하고 처리할 수 없는 성질의 경우도 발생하기 때문에 신고의 행위에 여러 문제들이 발생하고 있는 것이다. 이로 인해 학계에서는 나름의 구별기준을 가지고 자기완결적 신고와 행위요건적 신고를 분류하고 있으며, 그 법적 성질이 다르므로 구별의 필요성이 있다 하겠다.

두 종류의 신고를 구별할 첫 번째 실익은 ‘수리’라는 개념을 인정할 것인가와 관련이 있다. 자기완결적 신고에서는 수리라는 개념을 인정할 여지가 없고, 사실행위로 보는 ‘접수’라는 개념이 있을 뿐이다. 자기완결적 신고에서도 수리라는 용어를 사용하여 행위요건적 신고에서의 수리와 혼동이 있을 수 있지만, 그 의미는 행위요건적 신고에서의 수리 개념과는 다르며, 요건의 실질적 심사의 의미를 갖고 있지 아니한다. 또한 적법한 요건을 갖춘 신고는 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요 없이 접수 시에 신고로서의 효력이 발생하는 것이므로 수리가 거부되었다고 하여 무신고영업이 되지 아니한다.⁹²⁾ 이에 반하여 수리를 요하는 신고에 있어서는 신고수리나 신고수리거부나 모두 수리라는 개념이 인정되고 그 수리나 거부행위는 처분

92) 대법원 1998. 9. 20. 선고 97도449 판결.

성이 인정된다. 두 번째 구별 실익은 신고가 있었을 때 행정청의 심사권이 미치는 범위의 확정에 있다. 자기완결적 신고의 경우에는 행정청에 형식적 심사권이 부여되는데 반하여, 수리를 요하는 신고는 형식적 심사권 뿐만 아니라 실질적 심사권이 인정된다. 그 밖에 두 신고는 그 효과(위법한 신고의 경우 포함), 신고에 대한 신고필증의 의미, 신고수리의 거부처분에 대한 쟁송가능성⁹³⁾ 등에 있어서 그 내용을 달리하므로 구별되어야 할 것이다. 실정법에서 명시하고 있지는 않지만, 자기완결적 신고와 행위요건적 신고는 관련법상 제출서류나 요건 및 행정청의 처리절차도 조금씩 다를 것이어서 개념상 이들을 구별하는 것은 의미가 있을 것이다.

Ⅲ. 자기완결적 신고와의 구별기준

1. 학설

양자의 구별기준에 대해서는 여러 가지 견해가 있다. 즉 신고요건에 따라 형식적 요건으로만 되어 있으면 자기완결적 신고로 실질적 요건이 함께 규정되어 있으면 수리를 요하는 신고로 보는 견해,⁹⁴⁾ 이것이 불분명한 경우에는 관련 법률의 취지와 목적에 따라 판단하되 규제완화라는 신고제의 취지를 고려하여 가능한 한 자기완결적 신고로 보는 것이 바람직하다는 견해,⁹⁵⁾

93) 종래 다수의 의견과 판례는 자기완결적인 신고는 신고수리의 처분성이 없으므로 수리거부처분은 항고소송의 대상이 되지 않으며, 수리를 요하는 신고인 행위요건적인 신고는 처분성이 인정되므로 항고소송의 대상이 된다고 하여, 신고의 종류에 따라 신고수리의 거부처분에 대한 쟁송제기 가능성을 나누고 있다. 그러나 최근 대법원은 판례(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결) 변경을 통해서 수리 여부에 관계없이 신고인의 권리구제의 효율성을 도모하기 위해서 자기완결적 신고인 건축신고의 반려행위에 대해서도 처분성을 인정하였다(이에 관해서는 '제3장 제4절 Ⅱ. 건축신고 반려행위의 처분성' 부분에서 자세히 다루도록 하겠다). 국민의 권리구제와 법적 지위 불안정성 해소 면에서 대법원의 판결은 타당하다고 본다. 따라서 신고수리의 거부처분에 대한 쟁송가능성에 있어서의 두 유형의 신고의 구별실익은 더 이상 없다고 할 것이다.

94) 김세규, 앞의 논문, 62면; 박균성, 앞의 책, 113면.

입법자의 객관적 의사를 기준으로 법령의 합리적이고 유기적인 해석을 통해 구분해야 한다는 견해,⁹⁶⁾ 대체로 신고가 인·허가나 등록에서의 신청과 같은 성질을 지니는 경우에는 행위요건적 신고라는 견해⁹⁷⁾ 등이 있다.

문제는 행정실체에 있어서 자기완결적 신고와 행위요건적 신고를 어떠한 기준으로 구별할 것인가에 관하여 법령상 명백하게 규정하고 있지 아니한 경우가 많으므로 그 구별이 분명하거나 용이하지 않다는 것이다. 따라서 해당 법령의 규율 취지와 내용, 방식 등을 종합적으로 파악하여 해당 법령의 목적과 해당 법령에서 나타나는 관련조문에 대한 합리적이고 유기적인 해석을 하여 판단을 내려야 할 것이다.⁹⁸⁾ 이를 바탕으로 자기완결적 신고와 행위요건적 신고를 구분하는데 있어서의 기준을 대체로 다음과 같이 구분해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 해당 법률에 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있는지 여부에 의해 판단한다. 만일 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 자기완결적 신고라 할 수 있다. 왜냐하면 같은 법령에서 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고의 경우에는 허가의 경우보다 규제완화를 하고자 하는 입법취지라고 볼 수 있기 때문이다.⁹⁹⁾

둘째, 행정청의 관여수단인 수리로 인해 법적 효과가 발생하는지 여부에 의해 판단한다. 관계법령에서 신고 그 자체로서 종국적으로 행위의 효력이 발생하도록 규정하고 있다면 자기완결적 신고이나, 행정청이 신고에 대하여 수리를 해야 법적 효과가 발생한다면 행위요건적 신고라 할 것이다. 관계법령에서 명문으로 수리규정을 둔 경우(외국환거래법 제18조 등)에는 특별한 사정이 없는 한 수리를 요하는 신고라 할 것이나, 명문규정이 없는 경우에

95) 김향기, 앞의 책, 104면; 정하중, 앞의 책, 114면.

96) 홍정선, 앞의 책, 101면.

97) 김남진/김연태, 앞의 책, 129면.

98) 김명길, “신고의 법리”, 공법학연구 제7권 제1호, 2006. 2, 474면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 49면; 홍준형, 앞의 논문, 338면.

99) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 49면.

는 관련규정의 합리적 해석을 통해 판단해야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

셋째, 행정청의 요건심사의 범위에 따라 판단한다. 행정청이 신고에 대하여 단지 형식적 요건의 심사에 한정하고 있다면 자기완결적 신고이나, 형식적 요건 이외에 실질적 요건도 심사범위에 포함된다면 수리를 요하는 신고라 할 것이다.¹⁰¹⁾

넷째, 신고내용의 법적 성질에 의해 판단한다. 즉, 신고내용이 일정한 법적 지위를 설정하는 형성적 내용인 경우에는 행위요건적 신고이나, 명령적 내용의 금지해제적 내용인 경우에는 자기완결적 신고라 할 수 있다.¹⁰²⁾ 또한 신고가 단순한 통고 내지 통보에 그치고 행정청의 반사적 행위를 필요로 하지 아니하는 보고적 성질을 갖는 경우에는 자기완결적 신고이나, 신고가 인·허가나 등록에서의 신청과 같은 성질을 지니는 경우에는 행위요건적 신고라고 할 수 있다.¹⁰³⁾

다섯째, 신고불이행에 대한 처벌정도에 의해 판단한다. 모든 개별적 신고에서 그러한 것은 아니지만, 대체로 신고불이행이 단지 행정질서벌인 과태료에 그치면 자기완결적 신고이나, 벌금 등 행정형벌을 부과한다거나 신고의무위반자에 대한 불이익의 행정처분제도를 인정하는 경우에는 행위요건적 신고라고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

2. 판례

판례는 해당 신고의 법적 성질을 파악하기 위해 우선, 신고의 일반적 의미를 정의하면서 ‘법에 별도의 규정이 있거나, 다른 특별한 사정이 없는 한’

100) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 49면.

101) 김용섭, 앞의 논문, 41면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 49면; 박균성/윤기중, “수리를 요하는 신고의 구별기준에 관한 연구”, 경희법학 제48권 제4호, 2013, 519면.

102) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 49면.

103) 김향기, 앞의 책, 104면.

104) 김향기, 앞의 책, 104-105면.

신고는 원칙적으로 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고라는 일반적 기준을 제시하고 있다.¹⁰⁵⁾

구체적인 기준으로는 먼저 개별법의 관계 규정을 찾아보고 해석한 후에 해당 신고로 인해 사인의 이해관계에는 어떠한 영향을 미치는지 등 특별한 사정을 검토하고 있다. 판례의 근거를 정리하면 다음과 같다.

먼저 자기완결적 신고로 본 기준은 첫째, 개별법에서 수리가 필요하다는 직접적인 규정이나 신고의 수리여부를 심사·결정할 수 있게 하는 별다른 규정을 두고 있지 아니한 경우,¹⁰⁶⁾ 둘째, 신고한 사항이 실체적 요건을 충족하지 못했을 때 행정청이 취할 조치에 대한 별도의 규정을 둔 경우,¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾ 셋째, 행정청이 신고에 대하여 형식적 요건의 심사에 한정하고 있는 경우,¹⁰⁹⁾ 넷째, 하나의 법률 안에서 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있는 경우¹¹⁰⁾ 등이다.

다음으로 수리를 요하는 신고로 본 기준은 첫째, 행정청이 수리할 의무가

105) “행정관청에 대한 신고는 일정한 법률사실 또는 법률관계에 관하여 관계 행정관청에 일방적인 통고를 하는 것을 뜻하는 것으로 법령에 별도의 규정이 있거나 다른 특별한 사정이 없는 한 행정관청에 대한 통고로써 그치는 것이고, 그에 대한 행정관청의 반사적 결정을 기다릴 필요가 없다.” 대법원 1999. 12. 24. 선고 98다57419 판결 등.

106) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결(건축신고수리취소처분취소사건); 대법원 1985. 4. 23. 선고 84도2953 판결(의료범위반사건); 대법원 1992. 5. 8. 선고 91누5655 판결(유선업신고서 반려처분취소); 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결(건축물철거대집행계고처분취소사건); 대법원 1999. 12. 24. 선고 98다57419 판결(수산제조업신고) 등.

107) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92누1674 판결(공장설립신고확인서교부거부처분취소) 등.

108) 신고 이후의 조치에 관한 별도의 규정이 있는 경우가 법령상 자기완결적 신고임이 가장 명백한 경우라고 한다. 실체적 요건을 통제할 수 있는 별도의 장치가 마련되어 있어 신고 접수 단계에서 통제할 필요성이 없기 때문이다. 다만 이 조치는 시정명령과 같은 통상적인 사후규제조치와는 구별된다. 신고 후 일정한 기간 내에 신고된 내용을 토대로 일정한 사항을 심사하여 해당 조치를 취할 수 있도록 하고 있다. 최계영, “건축신고와 인허가의제”, 행정법연구 제25호, 2009. 12, 175면.

109) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92누1674 판결(공장설립신고확인서교부거부처분취소); 대법원 1993. 9. 14. 선고 93누6959 판결(농지전용신고서반려처분취소사건); 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결(담장설치신고서반려처분취소); 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결(건축물철거대집행계고처분취소사건); 대법원 2011. 7. 28. 선고 2005두11784 판결(원격평생교육신고서반려처분취소) 등.

110) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3121 판결(체육시설의설치·이용에관한법률위반사건) 등.

있다고 명백히 규정하는 경우,¹¹¹⁾ 둘째, 영업허가자의 변경처럼 일정한 법률 효과(법적지위 설정)를 발생시키는 경우,¹¹²⁾ 셋째, 법령상의 제한 이외의 중대한 공익상 필요가 있는 경우,¹¹³⁾ 넷째, 신고 후 제재 방법으로 신고필증을 회수할 수 있는 경우,¹¹⁴⁾ 다섯째, 행정청이 신고에 대하여 형식적 요건 이외에 실질적 요건의 심사도 포함하는 경우,¹¹⁵⁾ 여섯째, 신고의 효력발생시점에 대해서 규정하고 있는 경우,¹¹⁶⁾ 일곱째, 신고사항이 사회질서나 공공복리에 미치는 영향이 크거나 직접적으로 행정목적에 침해하는 행위인 경우¹¹⁷⁾ 등이다.

3. 검토

자기완결적 신고와 행위요건적 신고의 구별 방법에서 가장 중요한 기준이 되는 점은 관계 법령에서 신고의 수리여부에 관한 명시적인 규정이 있는지의 여부이다. 두 신고의 구별에 있어 검토한 위의 어느 하나의 기준에 의해서만 판단하기 보다는 그 판단 기준들을 종합적으로 검토하여 합리적인 판단을 해야 할 것이다. 그러나 위와 같은 기준에 의해서도 판단하기 어려운 경우에는, 규제완화라는 신고제의 도입 취지를 존중하여 자기완결적 신고가 원칙이고 행위요건적 신고는 예외적인 신고로 보는 것이 타당할 것이다.

한편 앞에서 제시하고 있는 여러 구별기준에도 불구하고 일반 국민의 입장에서 신고의 유형에 대해서 어떤 신고가 과연 자기완결적 신고이며, 행위요건적 신고인지의 여부를 정확히 파악하는 것은 현실적으로 쉽지 않은

111) 대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결(수산업법상 신고); 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두16243 판결(골프장회원권모집신고) 등.

112) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94누9146 판결(식품위생법상 영업자지위승계신고) 등.

113) 대법원 1998. 9. 25. 선고 98두7503 판결(석유판매업등록거부처분취소사건) 등.

114) 대법원 2000. 5. 26. 선고 99다37382 판결(수산업법상 신고) 등.

115) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006두14537 판결(노인주거복지시설설치신고) 등.

116) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다17850 판결(주민등록전입신고) 등.

117) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결(건축신고불가취소사건) 등.

일이다. 또한 법률의 취지와 목적에 따라 구분하여야 한다는 의견 역시 타당하지만, 이 또한 신고행위의 당사자인 국민에게는 다소 추상적인 표현으로 다가올 수 있을 것이다. 이는 신고의 또 하나의 문제점일 수 있다고 생각한다. 그러므로 제도의 담당기관에서는 소관 법령 등에 규정된 신고가 자기완결적 신고인지 여부를 확정할 필요가 있고, 이 경우 대상 여부의 판단이 곤란한 경우에는 행정자치부에 질의를 하여 확정하는 것이 제도 운영을 위해서 필요할 것이다. 또한 소관 법령 등에 규정된 신고 중 자기완결적 신고임에도 다른 용어가 사용되고 있는 경우에는 가급적 법령 용어를 통일할 수 있도록 정리하는 것도 제도의 효율적 운영을 위하여 필요할 것이다.¹¹⁸⁾

IV. 행위요건적 신고의 요건 및 효과

1. 요건 및 효과

수리를 요하는 신고의 요건은 형식적인 요건 이외에 일정한 실질적 사항을 신고의 요건으로 하고 있다. 이 경우는 법령상 신고라고 규정되어 있지만 실질은 허가와 유사하고, 각 법률의 규정을 검토하여 실질적 사항이 신고의 요건인지를 판단하여야 한다. 실질적 요건은 법령에서 요구하는 안전이나 공익을 위한 여러 가지 구체적이거나 혹은 추상적인 내용을 실제로 갖추는 것을 의미한다고 할 것이다.¹¹⁹⁾ 가령, 골재채취법 제30조는 “자연환경 훼손·수질오염 기타의 재해로 인하여 공중에게 위해가 발생할 우려가 없을 것, 사정의 변경으로 인하여 골재채취를 계속하는 경우 현저히 공익을 해칠 우려가 없을 것”이라고 규정하고 있다.¹²⁰⁾

118) 행정안전부, 앞의 책, 110면.

119) 류광해, 앞의 논문(각주 13), 26면.

120) “... 구청장은 골재선별·세척 또는 파쇄 신고에 대하여 실질적인 요건을 심사하여 신고를 수리하거나 거부할 수 있다고 할 것이다.” 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008두18021 판결.

행정청의 수리를 요하는 신고의 경우에는 행정청에 의해 사인의 신고를 수리하는 절차가 이행되어야만 신고의 법적 절차가 완료되며, 신고의 법적 효력이 발생한다. 따라서 수리를 요하는 신고에 있어서는 사인이 적법한 신고를 하였더라도 신고가 수리되지 않으면 신고의무는 이행되지 않은 것이 된다. 수리를 요하는 신고는 법률효과가 발생하는데 ‘행정청의 수리’가 필수적인 점에서 단순한 통지에 그치지 않고 행정청의 수리에 대한 요청으로 나타난다. 때문에 수리를 요하는 신고는 그 신고라는 명칭에도 불구하고 ‘신청’과 유사한 논리적인 구조를 가지고 있다.

수리를 요하는 신고의 경우에도 실무상 신고인에게 신고필증을 교부하기도 하는데, 그 신고필증은 단순히 사실적인 것이 아니라 법적인 의미를 가지므로 자기완결적 신고의 경우에 신고인에게 교부되는 신고필증과는 다른 의미를 갖는다.

2. 수리와 수리거부의 의미 및 효과

신고에서 수리를 요한다고 할 때 그 수리의 의미를 어떻게 이해할 것인가가 신고의 핵심적인 문제 중 하나이다. 이를 분명히 정의하지 않으면 신고 전체에 걸쳐 유기적으로 연결되어 있는 문제들 가령, 신고의 정의와 유형 구분 등의 해결이 어렵게 된다.

수리(受理, Entgegennahme)란 “타인의 행정청에 대한 행위를 유효한 행위로서 받아들이는 행위”를 말한다.¹²¹⁾ 이는 준법률행위이며,¹²²⁾ 사실행위에 불과한 접수와 구별된다. 자기완결적 신고에서의 ‘수리’라는 의미는 도달을 사실상 확인하는 사실행위로서의 ‘접수’의 의미이며, ‘실질적 심사’나 ‘적법 내지 유효한 것이라는 판단의 표시’의 의미는 아니라고 할 것이다.¹²³⁾ 한편

121) 김남진/김연태, 앞의 책, 229면; 김향기, 앞의 책, 201면.

122) 김향기, 앞의 책, 201면; 류지태/박종수, 앞의 책, 184면.

수리를 요하는 신고에 있어서의 수리의 의미는 ‘실질적 심사’나 ‘적법 내지 유효한 것이라는 판단의 표시’라고 할 수 있다. 수리를 요하는 신고는 행정청의 수리가 있어야 비로소 그 법률효과가 발생하기 때문에, 행정청은 신고가 형식적 요건에 적합한지 뿐만 아니라 실질적 요건에 적합한지에 대해서 까지 심사를 하여 수리 여부를 결정할 수 있다. 신고의 실질적 요건에 대한 심사가 요청된다면 행정청의 수리가 있어야 비로소 신고의 효력이 발생하는 것으로 보는 데는 이견이 없다. 또한 수리를 요하는 신고에서 수리는 행정소송법상 처분개념에 해당한다.¹²⁴⁾ 따라서 수리를 요하는 신고에 있어서 신고수리는 처분성이 인정되므로 제3자가 다룰 수 있고, 행정청의 수리거부도 처분성이 인정되어 항고소송의 대상이 될 수 있다.

3. 구체적 사례의 판례

개별 사안에서 ‘수리’가 어떠한 경우에 의미를 가져서 행위요건적 신고가 되는지를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 행위요건적 신고는 사인의 신고에 대하여 요건의 실질적 심사를 통하여 수리 여부를 판단하고, 수리라는 행정행위를 통하여 신고의 대상행위의 적법성을 회복함을 알 수 있다. 주민등록전입신고 사건에서 “주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생하므로 주민등록 신고서를 행정청에 제출하였다가 행정청이 이를 수리하기 전에 신고서의 내용을 수정하여 위와 같이 수정된 전입신고서가 수리되었다면 수정된 사항에 따라서 주민등록 신고가 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다”라고 판시하고 있다.¹²⁵⁾ 둘째, 행위요건적 신고는 허가나 등록에서의 신청과 같은 성질을 지

123) 송시강, 앞의 논문, 651면; 홍정선, 앞의 논문(각주 26), 229-231면.

124) 김동희, 앞의 책, 120면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 50면; 류지태/박종수, 앞의 책, 132면.

니고 있고, 행위요건적 신고에서의 수리는 허가나 등록에서의 허가나 등록과 같은 법적 성질을 지니고 있음을 알 수 있다. 석유판매업등록거부처분취소 사건에서 “주유소등록신청을 받은 행정청은 주유소설치등록신청이 신청이 법정등록 요건에 합치되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 수리하여야 하고, 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 등록을 거부할 수는 없는 것이나, 심사결과 관계 법령상의 제한 이외의 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 그 수리를 거부할 수 있다”고 판시하였다.¹²⁶⁾ 또한 식품위생법상 영업자지위승계신고 사건에서 “영업양도에 따른 지위승계 신고를 수리하는 허가관청의 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 영업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다”라고 판시하였으며, 여기서도 수리는 허가처럼 법적지위를 설정하는 형성적 내용을 포함하고 있음을 알 수 있다.¹²⁷⁾ 셋째, 행위요건적 신고에서의 수리행위는 행정처분으로서의 성격을 갖게 된다. 골프장회원권모집신고 사건에서 “체육시설의 회원을 모집하고자 하는 자의 시·도지사 등에 대한 회원모집계획서 제출은 수리를 요하는 신고에서의 신고에 해당하며, 시·도지사 등의 검토결과 통보는 수리행위로서 행정처분에 해당한다고 할 것이다”라고 판시하고 있다.¹²⁸⁾

IV. 소결

행정청이 신고행위를 처리함에 있어 수리여부를 기준으로 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고 두 가지 방식으로 구별하고 있음은 이미

125) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다17850 판결.

126) 대법원 1998. 9. 25. 선고 98두7503 판결.

127) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94누9146 판결.

128) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두16243 판결.

충분히 언급하였다. 그렇다면 신고인과 행정청의 입장에서는 과연 어떠한 기준으로 이 두 유형의 신고를 구별해야할 것인가가 가장 핵심적인 문제일 것이다. 자기완결적 신고와 행위요건적 신고의 일반적 논의를 통해 얻을 수 있는 가장 두드러지는 차이점은 행정청의 '수리'여부이다. 그렇기 때문에 구별 방법에서 가장 우선적으로 기준이 되는 점은 관계 법령에서 신고의 수리 여부에 관한 명시적인 규정이 있는지의 여부이다. 더불어 허가와 병렬적 규정여부, 행정청의 관여수단인 수리로 인해 법적 효과가 발생하는지 여부, 실질적 요건 심사 포함 여부 등 행정청의 요건심사의 범위, 신고내용의 법적 성질, 신고불이행시의 처벌내용이 어떠한지 등의 기준으로 판단할 수 있다. 대체적으로 개별 행정영역의 특수성에 비추어 규제의 강도를 높일 필요가 있는 경우 등과 같이 공익적 관점에서 행정청의 관여가 필요하다고 볼 수 있는 명시적 규정의 존재나 그 해석이 가능한 경우는 수리를 요하는 신고로 보아야 할 것이다. 이 외에도 검토한 여러 기준을 통해서 자기완결적 신고와 행위요건적 신고를 신중히 구분해야 하겠지만, 신고제의 도입취지를 존중하여 원칙은 당연히 자기완결적 신고이며, 행위요건적 신고는 예외적인 것임을 간과해서는 안 될 것이다.

제3장 건축법상 일반적인 건축신고

제1절 문제의 소재

건축법은 제정 이래 도시계획 및 기타 국가시책에 부응하게 하는 ‘공익적’ 성격을 강조하고 있다. 이를 위해 건축법은 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하고자 토지소유자의 건축자유를 제한하면서 건축물의 건축행위를 미리 금지하고, 건축법이 정하는 일정한 요건이 충족된 경우에 한해 건축할 수 있는 권한을 부여하는 ‘건축허가’만을 규정하고 있었다. 자신의 토지 위에 건축물을 자유롭게 설치할 자유인 ‘건축의 자유’가 보장되어야 하지만, 국토면적이 협소한 우리나라는 건축법 및 관계법령에서 건축의 자유에 대한 규제나 제한이 더 큰 비중을 차지하고 있고, 건축행위는 재산권의 행사와 관련하여 강한 사회적 기속을 받고 있다. 헌법이나 현행 건축법에서 ‘건축의 자유’를 직접적으로 명시하고 있는 규정은 찾기 어렵지만, 헌법의 재산권 행사 규정에 포함되는 것으로 볼 수 있으며, 개별 법률의 규정으로부터 건축의 자유가 구체화된다고 볼 수 있다. 물론 건축의 자유는 법률에 의해 그리고 법률이 정한 일정한 테두리 내에서만 보장될 수 있는 것이다. 1990년대에 접어들면서 행정전반의 규제완화라는 시대적 요청과 부응에 의해 건축법 분야 역시 규제위주의 성격을 재정비하여 국민의 편익을 증진하려는 움직임이 나타나게 되었다. 그리하여 건축물의 건축은 원칙적으로 허가대상이지만, 1991년 건축법 전부개정(시행 1992. 6. 1, 법률 제4381호, 1991. 5. 31.)을 통해 제9조 건축신고 규정을 신설하여 예외적으로 통제의 필요성이 높지 않은 경우에는 건축허가가 건축신고로 대체되었다. 이처럼 건축허가에 대비해서 도입하게 된 건축법상의 건축신고의 도입취지를 이해한다면 건축신고의 성

질을 파악하는데 좀 더 용이할 것이다. 현행 건축법에 규정된 건축신고의 규정을 보면 제14조 제1항에 규정된 일반적인 건축신고와 동조 제2항에 규정된, 건축신고를 받으면 인·허가의제 사항(제11조 제5항)에서 정한 인·허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보는 인·허가의제가 수반되는 건축신고 두 종류가 있다. 먼저 건축법상의 일반적인 건축신고의 법적 성질이 어떠한지에 대해 건축신고의 도입배경 취지와 앞서 검토한 신고의 법적성질을 토대로 검토해 보고자 한다. 이는 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 검토하기 위한 중간단계의 연구로서 일반적인 건축신고의 법적 성질과 관련된 제 문제들의 검토가 필요하다고 하겠다.

제2절 건축의 의의와 제한

I. 건축물과 건축행위의 의의

건축법은 건축물과 관련하여 발생하는 위험으로부터 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하기 위하여 국민의 기본권을 제한한다(제1조). 건축법은 건축행위로 인하여 주된 위험이 발생하는 것으로 보면서 ‘건축물의 건축’을 건축허가의 대상으로 정하고 있다(동법 제11조). ‘건축물’과 ‘건축’이라는 두 개념요소로 인해 국민의 기본권 제한의 범위가 정해지는 것이므로 건축법상 건축물과 건축행위의 개념을 정의해 보도록 하겠다.

1. 건축물의 개념

건축법은 건축물에 대하여 “토지에 정착(定着)하는 공작물 중 지붕과 기

등 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가(高架)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말한다(제2조 제1항 제2호)”라고 정의하고 있다.

이렇게 건축법에 의해 정의된 건축물의 개념요소로서 중요한 것은 첫째, 일정한 공작물로서 토지에 정착할 것,¹²⁹⁾ 둘째, 지붕과 기둥 또는 벽이 있을 것,¹³⁰⁾ 셋째, 사람이 머물 수 있는 구조일 것, 넷째, 자체로서 독립성을 가질 것 등 네 가지이다. 여기서 첫째와 둘째 요소는 법률의 규정에 의해 요구되는 요건이며, 셋째와 넷째는 해석상 건축물이 되기 위한 요건¹³¹⁾이라 보아야 할 것이다. 다음으로 ‘지하나 고가(高架)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것’은 건축물의 개념을 넓히기 위한 것으로, 여기서 말하는 ‘지하나 고가의 공작물’이란 육교, 지하도로 등 건축물의 형태적 요소를 갖추지 않은 공작물을 말하며, 이러한 공작물에 부속해서 설치되는 사무소, 점포 등을 건축물로 포섭하기 위하여 건축법은 건축물의 개념을 위와 같이 정의하고 있다.

129) “‘토지에 정착하는 공작물’이란 반드시 토지에 고정되어 이동이 불가능한 공작물만을 가리키는 것은 아니고, 물리적으로는 이동이 가능하게 토지에 붙어 있어도 그 붙어 있는 상태가 보통의 방법으로는 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, 그 본래의 용도가 일정한 장소에 상당기간 정착되어 있어야 하고 또 그렇게 보여지는 상태로 붙어 있는 경우를 포함한다.” 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도945 판결.

130) “건물이라고 함은 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 이를 법률상 건물이라 할 것이다.” 대법원 1986. 11. 11. 선고 86누173 판결.

문제는 기둥과 벽면으로 이루어진 구조물을 건축물이라고 볼 수 있을 것인가 하는 점인데, 지붕이 없는 구조물은 원칙적으로 건축물의 개념에 포섭되지 않는 것이라 보아야 할 것이다. 그러나 예외적으로 건축의 기법에 따라 지붕이 없는 경우에도 곡면형태의 벽면을 이용하거나, 벽이 없음에도 촘촘한 기둥과 지붕의 일부를 활용하여 건축물로서의 요건을 충족하는 구조물이 있을 수 있으므로 건축의 기법이나 양식에 따라 탄력적인 해석이 필요하다. 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 행정법연구 제12호, 행정법이론실무학회, 2004. 10, 347면.

131) 자체로서 독립성을 갖춘다고 하는 것은 건축물이 그 외의 구조물로부터 분리되어 그것만으로도 건축물로서의 기능을 다할 수 있는 것을 의미한다. 또한 사람이 머물 수 있는 구조여야 한다는 요건은 건축법이 방지하고자 하는 위험상황이 주로 건축물 내부에 사람들이 머물면서 발생하는 위험인 것을 고려할 때 건축물의 개념요소에 포함되는 것이 가능하다고 하겠다. 김종보, 앞의 논문, 347면.

따라서 건축물의 범위는 이와 같은 요건의 충족여부에 따라 결정될 것이다. 그러나 어떠한 시설물이 건축물에 해당하는가 여부는 구체적인 경우에 따라 개별적으로 판단될 것이다.¹³²⁾

2. 건축행위의 개념

건축법은 건축이란 “건축물을 신축·증축·개축·재축(再築)하거나 건축물을 이전하는 것을 말한다(제2조 제1항 제8호)”라고 정의하고 있다.¹³³⁾ 이와 같이 건축법은 건축행위에 포함되는 각각의 행위를 구분하는 것에 그칠 뿐 건축행위의 개념을 구체적으로 규정하고 있지 않기 때문에 이를 통하여 건축행위라는 개념을 확정하기에는 충분하지 않다. 따라서 건축행위의 개념은 건축물의 개념을 전제로 해석에 의해 확정해야 할 것이다. 판례는 건축물을 짓기 위해 건물의 지하부분 기초공사를 완료한 경우,¹³⁴⁾ 건물의 기초공사를 완료하고 그 기둥부분 전부의 철근을 세운 경우,¹³⁵⁾ 컨테이너를 토지상에 부착하는 행위¹³⁶⁾ 등을 건축법상의 건축행위로 보고 있다. 이처럼 판례는 건축행정법상의 건축행위는 건축물이 토지에 정착하는 것이라는 점을 초점을 맞춰 공작물을 토지에 정착시키는 단계의 행위에서부터 건축행위가 있는 것으로 파악하고 있다.¹³⁷⁾ 다만 이러한 판례들은 형사판례로서 행정형벌의

132) 김종보, “건축의 개념과 불법건축”, 공법연구 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000. 11, 513면.

133) 여기서 ‘신축’이란 건축물이 없는 대지에 새로 건축물을 축조(築造)하는 것[부속건축물만 있는 대지에 새로 주된 건축물을 축조하는 것을 포함하되, 개축(改築) 또는 재축(再築)하는 것은 제외]을 말하고, ‘증축’이란 기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말한다. ‘개축’이란 기존 건축물의 전부 또는 일부[내력벽·기둥·보·지붕틀 중 셋 이상이 포함되는 경우]를 철거하고 그 대지에 종전과 같은 규모의 범위에서 건축물을 다시 축조하는 것을 말한다. ‘재축’이란 건축물이 천재지변이나 그 밖의 재해(災害)로 멸실된 경우 그 대지에 종전과 같은 규모의 범위에서 다시 축조하는 것을 말한다. ‘이전’이란 건축물의 주요 구조부를 해체하지 아니하고 같은 대지의 다른 위치로 옮기는 것을 말한다(건축법 시행령 제2조 제1호 내지 제5호).

134) 대법원 1983. 1. 18. 선고 81도1364 판결.

135) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77도1717 판결.

136) 대법원 1992. 6. 8. 자 92두14 결정.

대상인 불법건축행위의 미수·기수를 판단하기 위한 개념으로 건축행위를 정의하고 있는 것이므로 일반적인 건축행위의 개념보다는 좁은 개념이라 하겠다. 건축행정법상의 건축행위는 이를 포함하여 그 후에 행하여진 건축물의 건축을 위한 행위를 포함하여야 할 것이다. 따라서 여기서는 건축법상의 건축행위는 ‘전 과정의 행위가 일체를 이루는 것으로서 하나의 독립된 건축물을 만들어 내기 위해 직접 필요한 모든 행위’로 정의한다.¹³⁷⁾ 그러므로 건축물이 아니면 이를 만들어 내는 행위 역시 건축허가 및 신고의 대상이 아니고, 토지형질변경 등의 행위 또는 건축물이 모두 완성된 후 이를 유지·관리하는 행위, 건축물을 철거하는 행위는 건축행위에서 제외된다고 하겠다.

II. 건축의 자유와 제한

1. 헌법상의 기본권 보장과 건축의 자유

건축신고에 대해 논의하기에 앞서 건축신고의 본질이 무엇인가에 대하여 생각해 볼 필요가 있다. 국민은 누구든지 적법한 절차와 관련 법규정을 준수한다면 자신의 토지에 건축물을 자유롭게 건축할 수 있다. 이를 ‘건축의 자유’라고 한다면, 과연 이 권리는 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있는 것인지, 그렇다면 그 헌법적 근거는 어디에서 찾을 수 있는지 검토해 보도록 하겠다.

(1) 행복추구권

137) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77도1717 판결; 대법원 1983. 1. 18. 선고 81도1364 판결; 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도945 판결; 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결; 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다51872 판결 등.

138) 김종보, 앞의 논문(각주 132), 513면.

건축의 자유는 인간의 기본적 욕구 중 하나인 주거와 밀접한 관련이 있으며, 이는 인간의 삶에 있어서 빼놓을 수 없는 중요한 생활 기반영역이다. 이는 인간다운 생활을 할 권리와 행복추구권이라는 헌법의 기본권 중 핵심적 가치들과 연관을 가지고 있기 때문에 국가가 법률을 통하여 규제를 함에 있어서 신중해야 한다. 우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 행복의 추구는 그 속성에 있어 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 인간의 존재와 삶에 본질적으로 내포되어 있는 요소이며, 인간에게 인정되는 자유와 권리는 모두 이를 실현하기 위한 것이다. 행복추구권은 독자적인 기본권으로서의 성격과 더불어 다른 기본권과 결합하여 헌법에 열거되지 아니한 새로운 기본권을 도출하는 근거가 되기도 한다.¹³⁹⁾ 판례는 행복추구권의 규정에서 개별적 기본권¹⁴⁰⁾을 도출하기도 하고, 독자적인 기본권¹⁴¹⁾으로 파악하기도 한다. 그러나 개인마다 추구하는 행복의 내용은 다르므로 국가가 이러한 여건을 조성하는 노력을 적극적으로 한다고 하더라도 개개인에 대하여 각자의 주관적 가치추구를 실현할 수 있게 하는 것은 아니므로, 국가는 개개인이 각자 자신의 개별적인 행복을 추구할 수 있는 일반적인 여건을 조성하는 것에 그친다고 할 것이다.¹⁴²⁾

자신의 토지에 건축의 자유를 갖는다는 것은 삶의 질을 증진시키기 위한 행복 추구하고 인간다운 생활을 위한 국민의 기본적 권리에 속한다고 할 것이다. 따라서 개인의 건축의 자유는 헌법에서 명시적으로 규정하고 있지는 않

139) 성낙인, 「헌법학(제14판)」, 법문사, 2014, 991면.

140) 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 보장에서 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권, 계약의 자유, 자기결정권이 도출된다고 판시하였다. 헌법재판소 2008. 4. 24. 2006헌마954 결정; 헌법재판소 2006. 7. 27. 2005헌마277 결정; 헌법재판소 1991. 6. 3. 89헌마204 결정; 헌법재판소 1996. 12. 26. 96헌가18 결정 등.

141) 헌법재판소는 행복추구권에서 곧바로 행복추구권을 독자적 권리로 파악하여 이의 침해 여부를 판단하였다. 헌법재판소 1989. 10. 27. 89헌마56 결정; 헌법재판소 1997. 3. 27. 95헌가14 결정 등.

142) 정종섭, 「헌법과 기본권」, 박영사, 2010, 194면.

지만, 행복추구권의 일반적 행동의 자유에 포함 된다고 볼 수 있겠다. 다만, 행복추구권과 일반적 행동자유권은 헌법 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으므로 건축의 자유 역시 그 구체적인 제한은 법률로써 정해진다 하겠다.

(2) 재산권 보장

자신의 토지 위에 건축물을 자유롭게 설치할 자유인 ‘건축의 자유’가 보장되어야 하지만, 국토면적이 협소한 우리나라는 건축 및 관계법령에서 건축의 자유에 대한 규제나 제한이 더 큰 비중을 차지하고 있고, 건축행위는 재산권의 행사와 관련하여 강한 사회적 기속을 받고 있다. 따라서 우리 헌법상 건축의 자유가 존재하는지에 관해 먼저 검토해 보아야 할 것이다.

이는 건축의 자유를 헌법 제23조의 재산권 보장 규정에서 직접 도출할 것인지, 아니면 개별 법률에 의해 구체화된다고 볼 것인지가 문제된다. 건축의 자유가 헌법 제23조의 재산권의 내용에 포함된다고 볼 수 있으나, 건축의 자유 그 자체를 기본권과 같이 볼 수는 없을 것이다.¹⁴³⁾ 따라서 건축의 자유는 재산권 보장 규정의 개별 법률(동법 제23조 제1항)로서 정해지고, 그 규정으로부터 건축의 자유가 구체화된다고 볼 수 있다. 독일은 기본법 제14조의 재산권보장 규정 및 개별 법률에 근거하여 ‘건축의 자유(Baufreiheit)’를 보장하고 있으며, ‘건축의 자유’는 헌법상 재산권 보장(기본법 제14조 제1항 1문)에 포함된다고 본다.¹⁴⁴⁾ 그러나 건축의 자유는 헌법 제14조 제1항 제1문에서 직접 도출될 수 없다고 보는 견해도 있다.¹⁴⁵⁾ 우리의 현행 건축

143) 정남철, 앞의 논문(각주 10), 255면.

144) Hoppe, Werner, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., 2004, S. 13ff; Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch: BauGb, 2005, S. 26; Finkelnburg, Klaus H, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl., 2011, S. 21f.

법에서 ‘건축의 자유’를 명시하고 있는 규정은 찾아보기 어렵다. 오히려 건축법은 ‘공익적’ 성격을 강조하고 있으며(동법 제1조), 이를 위해 건축법은 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하고자 토지소유자의 건축자유를 제한하면서 건축물의 건축행위를 미리 금지하고, 건축법이 정하는 일정한 요건이 충족된 경우에 한해 건축할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 토지이용규제와 관련된 법령인 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」, 「토지이용규제 기본법」 등에도 ‘건축의 자유’를 보장하고 있는 규정을 찾아보기 어렵다. 건축의 자유는 법률에 의해 그리고 법률이 정한 일정한 테두리 내에서만 보장될 수 있는 것이며, 건축법상의 행위를 규율함에 있어서, 헌법상의 건축의 자유가 출발점이자 바탕이 되어야 할 것이다.

2. 건축의 제한으로서의 건축허가제와 건축신고제

건축의 자유에 대한 대표적인 통제수단은 건축허가와 건축신고라 할 수 있다. 즉 건축주가 일정한 요건을 충족하여 건축허가를 신청하면, 건축허가의 발급을 통해 일반적·상대적 금지가 해제되고 건축의 자유가 회복되는 것이다. 반면, 규제완화의 영향으로 도입된 건축신고의 경우 건축허가에 비해 그 통제강도가 완화될 수 있다. 건축을 하려면 원칙상 허가를 받아야 하지만 일정한 경우에는 신고만으로 건축이 가능하며, 건축신고를 한 경우에는 건축허가를 받은 것으로 의제된다(건축법 제11조, 제14조 제1항).¹⁴⁶⁾ 건축신

145) Breuer, Rüdiger, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 162ff.

146) 독일은 건축허가절차의 간소화를 위한 제도로서 건축허가면제절차(Genehmigungsfreistellungsverfahren), 건축신고(Anzeigeverfahren), 간소화된 건축허가(vereinfachtes Genehmigungsverfahren) 등을 두고 있다. ‘건축신고’는 건축주가 건축허가를 신청하지 않고 건축감독청에 서면으로 관련 서류를 구비하여 건축신고를 하는 절차이다. 이 경우 행정청은 건축감독의 차원에서 서류를 심사하고, 경우에 따라서는 건축개시를 ‘거부’할 수 있다. 그러나 건축행

고의 경우에는 건축허가신청의 경우보다 구비요건이 다소 완화된다. 건축허가는 행정청이 일정한 경우에 예방적 금지를 해제하여 일반적인 행동의 자유를 회복하나, 건축신고에 있어서는 사인(건축주)이 행정청에 신고를 함으로써 금지를 해제하게 된다.

재산권에 대한 사회기속성의 관점에서 건축의 자유에 대하여 여러 제한이 뒤따르게 된다. 다만 건축의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한사유는 당연히 법적 근거를 가져야 하고, 또한 비례원칙을 준수해야 한다(헌법 제23조, 제37조). 건축의 자유는 오늘날 건축물의 안전과 토지의 합리적 이용이라는 공공의 이익에 부합되어야 한다는 점에서 과거에 비해 보다 강한 제한을 받게 되었다. 과거에는 토지소유권자의 건축의 자유라는 자유권적 기본권을 실현시킨다는 의미가 보다 강조되었었고, 그러한 점에서 건축허가의 기속행

정청이 건축개시를 거부하지 않으면, 건축주는 대기기간의 경과 후 건축을 개시할 수 있다(Martini, Mario, Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz, DVBl, 2001, S. 1489).

일본은 건축물 건축을 위한 허가행정의 종류로 확인신청, 계획통지, 건축허가 등의 세 가지가 존재한다. 먼저 확인신청은 우리나라 건축허가에 해당하는 것으로서 건축물 건축하는 경우 그 계획이 건축기준법 등에 적합한지의 여부를 건축주사의 확인을 받기 위해 신청하는 것이다(건축기준법 제6조). 계획통지란 국가, 도도부현(都道府縣), 독립행정법인, 건축주사를 두는 시정촌이 건축주인 건물에 대해서 해당 공사에 착수하기 전에 그 건축 계획을 건축주가 통지를 하는 것을 말한다. 계획통지에 대해서는 건축 확인과 같은 심사가 실시된다. 계획통지는 신고에 해당하는 것이 아니라, 공공건물의 확인신청에 대한 특례를 말한다. 건축허가란 기본적으로 인정되지 않는 건축기준법에 불일치하는 건축물을 짓는 경우, 주위의 사정 등을 판단하여 특정행정청이 특례로 허가를 주는 것이다. 건축기준법에서는 각 용도지역에서 지어도 좋은 건축물과 지어서는 안 되는 건축물이 정해져 있으나, 불가피한 사정으로 원칙적으로 금지되어 있는 건물을 지을 필요가 생기기 때문에 주변의 환경 등에 영향을 주지 않으면서, 안전상의 지장이 없는 경우, 또는 공익상 진행시킬 수밖에 없다고 판단되는 경우에는 특정행정청은 금지를 해소하여 특별히 허가를 내어 주는 것이다(국가건축정책위원회, 「지방건축행정 집행체계 및 건축법령 개선 방안」, 2011. 4, 81면; 황은경/박근수, “한국과 일본의 건축허가 체계 비교 연구”, 대한건축학회 학술발표대회 논문집 계획계 제29권 제1호(통권 제53집), 2009. 10, 259면). 참고로 일본의 건축기준법은 확인제를 채택하는 등 우리 건축법과는 규제방법이 달라 우리 건축법을 해석하는데 참고가 되지 아니한다(김재협, “공법상 신고에 관한 고찰-건축법상 건축신고를 중심으로-”, 특별법연구 6권, 2001. 2, 97면). 일본은 건축물을 지을 시에 건축기준법의 규정을 따르게 되어 있는데, 그 규정은 3가지 심사로 구분할 수 있다. 첫째, 행정에 의한 설계단계에서의 ‘건축확인심사’, 둘째, 시공단계의 ‘중간심사’, 셋째, 시공이 완료되었을 때의 ‘완료심사’를 통과해야 한다(유광흠, “일조 관련 건축 기준 해외사례 검토 및 제도 개선방향”, 부동산포커스 53권, 2012. 10, 45면).

위성을 엄격하게 해석하여, 허가요건을 구비하고 있는 경우, 다른 사유를 들어 건축의 자유를 제한할 수 없다고 보았다. 그러나 사회가 점점 발전하면서, 인구의 증가에 따른 토지이용의 증가, 환경권에 대한 인식의 확산 등의 이유에서 건축물의 건축은 토지소유권자의 재산권행사 이상의 의미를 가지게 되었고, 이로 인하여 건축허가를 함에 있어서는 건축과 관련된 다른 공익과 사익의 보호가 문제가 되었고, 이를 위하여 과거보다는 건축의 자유에 대한 보다 강한 제한이 불가피하게 되었다. 이제 사회가 변함에 따라 이러한 공공의 이익을 위한 건축의 제한은, 그 법적 정당성과 비례원칙을 준수하는 것인 한, 건축의 자유에 내재하는 사회적 기속이라고 이해되어야 할 것이다.¹⁴⁷⁾

3. 건축의 허가과 신고의 차이

(1) 의의 및 근거

건축허가(Baugenehmigung)라 함은 행정청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 수허가자에게 일반적·상대적 금지를 해제하여 적법하게 건축행위를 할 수 있게 하는 행정행위이다. 건축법은 일정 지역 안에서의 건축행위나 일정 규모 이상의 건축행위는 건축허가를 받아야 한다고 규정하여(건축법 제11조) 건축의 자유를 일반적으로 금지하고 건축법에서 정한 허가요건을 충족하여 행정청의 허가를 받도록 하고 있다. 건축허가의 대상이 되는 것은 ‘건축물을 건축하는 행위’이다(동법 제2조 제1항 제2호, 제8호). 건축물의 건축은 원칙적으로 허가대상이지만 예외적으로 소규모 건축물이나 경미한 건축행위 등 통제의 필요성이 높지 않은 경우에는 건축허가가 건축신고

147) 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 공법학연구 제5권 제2호, 한국비교공법학회, 2004. 5, 424면.

로 대체된다(동법 제14조 제1항).

건축신고는 ‘신고유보부 금지’를 설정하고 신고에 의해 금지가 해제된다는 점에서 건축개시를 예방적 금지의 형식으로 통제하는 ‘건축허가’와 명확히 구별된다.¹⁴⁸⁾ 이하에서 두 제도의 성질, 절차, 효력상의 부분으로 나누어 살펴해보도록 하겠다.

(2) 성질상의 차이

건축허가는 강학상 허가에 해당하는 전형적인 행위로서, 종래에는 법이 정하는 건축허가요건을 충족하는 한 행정청은 건축허가를 반드시 발급해야 하는 기속행위로 보았다.¹⁴⁹⁾ 건축허가의 법적 성질이 기속행위인지 아니면 재량행위로서의 성질도 가지고 있는지, 어느 견해로 볼 것인가에 따라 그 주장하는 바가 달라지지만, 공통적으로 건축허가에는 재량행위로서의 성질이 있을 수 있다고 보고 있다.¹⁵⁰⁾ 또한 소규모 단독주택이 아닌 대규모 건축물에 대한 건축허가나 다른 법률상의 인·허가가 의제되는 건축허가와 같은 경우에는 기존의 건축허가와 달리 건축허가의 발급여부에 대해 행정청이 재량을 행사할 수 있다고 할 것이다.¹⁵¹⁾ 건축허가의 법적 성질에 관한 판례의 기본적인 입장은 원칙적으로 기속행위이나,¹⁵²⁾ 허가요건이 상대방에게

148) Ehlers, Dirk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 22.

149) 독일 각 주의 건축법도 허가대상인 건축물이 공법규정에 반하지 아니하는 경우에는 건축허가를 발급하여야 한다고 규정하고 있어, 건축허가의 기속행위로서의 성질을 명확히 하고 있다.

150) 김남철, 앞의 논문(각주 147), 417면; 김동희, 앞의 책, 246면; 김향기, 앞의 책, 189면; 류지태/박중수, 앞의 책, 176면.

151) 국가건축정책위원회, 앞의 책, 16면.

152) “건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없음에도 불구하고, 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다.” 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결(同志 대법원 1995. 12. 12. 선고 95누9051 판결; 대법원 1993. 5. 27. 93누2216 판결; 대법원 2009. 9. 24. 2009두8946 판결 등).

수익적 효과를 주어 재량행위로 판단해야 할 경우도 있으며, 환경보전 등 중대한 공익상의 필요가 있다고 인정될 때 예외적으로 재량행위로 보고 있다.¹⁵³⁾

한편 건축신고는 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 그 신고의 효력이 발생하며 행정청의 수리처분 등 특단의 조치를 기다릴 필요가 없는 자기완결적 신고의 성질을 갖는다. 따라서 행정청이 적법한 요건을 갖춘 신고에 대해 실체적 이유를 들어 수리를 거부하는 것은 위법이라 할 것이다.

(3) 절차상의 차이

건축허가신청자는 허가신청서에 국토교통부령으로 정하는 설계도서를 첨부하여 허가권자인 해당 행정청에 제출해야 한다(건축법 제11조 제3항). 담당공무원은 허가서류를 검토하고 관련 부처와의 협의를 거쳐 특별한 법적 거부 사안이나 오류가 없을 시에 일정기간 내에 허가권자의 승인을 거쳐 건축허가서를 교부하여야 한다(동법 시행령 제9조 제2항).

공공성을 강조할 필요가 있는 지역 예를 들어 미관지구 같은 경우는 건축허가 이전에 특정한 목적의 건축 및 도시 관련 위원회가 심의¹⁵⁴⁾를 통해 설

153) ① “산림훼손은 국토 및 자연의 유지와 수질 등 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로, 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한 지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한 지역에 해당하지 않더라도 허가관청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 범규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다.” 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두6651 판결.

② “개발제한구역 안에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축 등의 개발행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 이와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되어 있음이 그 규정의 체제와 문언상 분명하고, 이러한 예외적인 건축허가는 그 상대방에게 수익적인 것에 틀림이 없으므로 그 법률적 성질은 재량행위 내지 자유재량행위에 속하는 것이다.” 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002두11905 판결.

154) 건축법 제4조에 규정된 건축위원회의 건축심의, 타법령에 의한 도시계획심의, 교통영향평가심의, 환경영향평가심의, 문화재심의 등이 있다.

계안을 조정할 수 있다. 또한 대규모 건축물이나 환경을 저해할 수 있는 다중이용 건축물에 대해서 설계안을 사전에 승인받도록 규정하고 있다(동법 제11조 제2항). 이는 공공의 이익을 보호하기 위하여 국가의 법적 자유재량 행위를 제도적으로 뒷받침하기 위한 행정지침이라고 할 수 있다. 이러한 자유재량행위에 대한 보완책으로 발생할 수 있는 건축주의 시간적·경제적 손실을 방지하기 위해, 건축허가 신청 전 건축주는 자의적으로 건축입지 및 규모의 적법 여부에 대해 사전결정제도¹⁵⁵⁾(동법 제10조)를 활용할 수 있다.

허가권자는 특별한 사유가 없으면 일정 기한 내에 건축허가를 통보해야 하지만 행정기관은 검토와 확인 과정에서 수정요망 요구나 허가반려 등의 행정지시를 내릴 수도 있다. 허가신청자가 행정기관과의 협의가 이루어져 경미한 수정이 발생하면 허가절차는 그대로 진행될 수 있으나 효율적인 조율이 이루어지지 못하면 허가는 반려되고 처음 접수절차부터 다시 시작하게 된다. 재신청된 설계안이 전혀 조율될 수 없다고 판단되면 허가권자는 불허가를 결정하여 통보할 수 있다. 허가신청자가 담당공무원의 처분에 동의하지 못할 경우 국토교통부의 건축법 담당자(건축정책과)를 상대로 질의회신 절차를 밟고 그 결과를 허가청에 제출할 수 있다. 그럼에도 불구하고 허가가 반려되거나 불허가로 판정될 시에는 지방자치단체의 민원조정위원회¹⁵⁶⁾를 거치거나 행정심판, 행정소송 등을 제기할 수 있다.

반면, 건축신고의 규정에 따라 건축물의 건축·대수선 또는 설계변경의 신

155) 사전결정제도는 건축허가 전 해당 대지에 건축하고자 하는 건축물의 규모와 용도가 건축법이나 다른 법령에 허용되는지 여부를 확인하는 제도이다. 일반적으로 대형건축물이나 복합용도의 건축물을 대상으로 건축계획안의 오류를 미리 정정할 수 있는 민원서비스적 제도의 하나라고 할 수 있다. 그러나 사전결정제도는 의무사항이 아니라 신청자의 선택에 달려 있으며, 실제로 대규모 건축물의 경우 건축심의나 사전승인제도에 의해 건축물의 적법여부가 확인되므로 이 제도는 공식절차의 하나로 활용되지 못하고 있다. 이상진/이희진, “건축허가절차 합리화를 위한 제도적 개선방향에 관한 연구”, 대한국토·도시계획학회지 「국토계획」 제48권 제6호, 2013. 11, 149면.

156) 건축법 제88조의 건축분쟁전문위원회는 허가신청자와 허가권자 사이의 의견 차이를 조율하는 것이 아니라, 건축당사자들 간의 분쟁을 조정 또는 재정하기 위한 것이다.

고를 하려는 자는 건축·대수선·용도변경신고서와 구비서류를 첨부하여 해당 행정청에 제출한다(동법 시행규칙 제12조 제1항). 행정청은 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다(동조 제3항).

(4) 효력상의 차이

건축허가는 행정청이 건축금지를 해제하여 신청인으로 하여금 적법하게 건축행위를 할 수 있게 한다. 건축법규를 위반하여 건축한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(동법 제110조 제1호). 건축신고는 신고의무를 이행함으로써 신고의 대상행위를 적법하게 할 수 있는 공법적 효과가 발생한다. 만약 형식적 요건을 갖추지 못하면 건축신고로서의 효력이 발생하지 않으며, 건축신고를 하지 않거나 거짓으로 신고한 자는 500만원 이하의 벌금에 처하게 된다(동법 제111조 제1호).

건축허가는 건축위원회의 심의를 받은 자가 심의 결과를 통지 받은 날부터 2년 이내에 건축허가를 신청하지 아니하면 건축위원회 심의의 효력이 상실된다(동법 제11조 제10항). 반면, 건축신고는 신고를 한 자가 신고일 부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니하면 그 신고의 효력은 없어진다(동법 제14조 제3항).

제3절 건축신고의 법적 성질 및 효과

I. 건축신고의 의의

건축법 분야 역시 규제완화의 흐름에 따라 절차간소화를 위하여 건축허가와 대비되는 ‘건축신고’가 있다. 건축신고(建築申告)는 상대적으로 규모가 작은 건축을 함에 있어서 사전에 행정청에 신고를 하도록 하는 것을 말한다.¹⁵⁷⁾ 건축물의 건축은 원칙적으로 허가대상이지만, 예외적으로 소규모 건축물이거나 경미한 건축행위 등 통제의 필요성이 높지 않은 경우에는 건축신고만으로 건축행위를 할 수 있게 된다.¹⁵⁸⁾ 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다(건축법 제11조 제1항). 그러나 이에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 일정 규모 이하의 건축물에 대하여는 미리 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다(동법 제14조 제1항). 즉, i) 바닥면적의 합계가 85제곱미터 이내의 증축¹⁵⁹⁾·개축 또는 재축, ii) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역에서 연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축, iii) 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선, iv) 주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선¹⁶⁰⁾, v) 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령이 정하는 건

157) 현재 독일에서는 일부 주를 제외하고는 건축신고절차를 명시한 건축법령을 찾아보기가 어렵다. 구 동독의 일부 주(Land) 건축법령에는 건축신고에 관한 규정이 있었으나(작센 주 건축법 62조, 쉘레스비히-홀슈타인 주 건축법 제74조, 튀링엔 주 건축법 제62조 등), 현재 대부분의 주는 허가면제절차로 변경되었다. 다만, 브란덴부르크 주 건축법(BbgBauO) 제58조에는 여전히 ‘건축신고’에 관한 규정을 두고 있다. 대부분의 독일 주 건축법령에는 ‘건축신고’ 제도를 폐지하고, 경미한 건축사항에 대해서는 ‘간소화된 건축허가’로 규정하거나, 또는 허가를 요하지 않는 ‘건축허가면제절차’로 대체하고 있다(정남철, 앞의 논문(각주 12), 5면 참조).

158) 연혁적으로 보면 건축신고대상 건축물은 점차 확대되어 왔다. 처음 연면적 10제곱미터의 증축행위에서 시작하여, 그 면적이 차츰 30제곱미터, 50제곱미터, 85제곱미터 이내로 확대되고, 현재는 비도시지역에서 연면적이 200제곱미터 이하이고 3층 미만인 건축물, 제2종 지구단위계획구역 안에서는 2층 이하인 건축물로서 연면적 합계 500제곱미터 이하인 건축물을 건축하는 것도 신고대상행위이다(건축법 제14조, 동법 시행령 제11조 참조).

159) 바닥면적의 합계가 85제곱미터이내의 증축이라는 것은 증축되는 면적만이 85제곱미터라는 것으로 해석하는 것이 통상적이다. 김종보, 「건설법의 이해」, 피테스, 2013, 133면.

축물의 건축¹⁶¹⁾ 등이다. 그리고 이에 따른 신고를 하면 동법 제11조 제5항 각 호의 인·허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제13조의2 및 제14조의 규정에 의하여 관계 법률의 인·허가 등을 받은 것으로 본다(동조 제2항, 제11조 제5항). 건축법 제14조 제1항의 규정은 원칙적으로 건축허가대상이나 일정한 경우에는 간편한 신고로써 허가를 대신할 수 있다는 취지이고, 동조 제2항은 이러한 건축신고를 하면 다른 법률 등에 따라 다른 기관에서 별개의 인·허가를 받아야 하는 사항에 관하여 그 관할 및 절차를 집중시키는 규정이라 할 수 있다.

II. 건축신고가 수리를 요하는 신고인지 여부

건축신고에는 일반적인 건축신고 뿐만 아니라 인·허가의제가 발생하는 건축신고가 포함되어 있다. 건축신고에 대하여 그 법적 성질이 어떠한지, 행정청의 수리처분 등을 필요로 하는 것인지, 행정청이 건축신고를 반려한 행위가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지 등에 관하여 종래부터 학설과 판례상 논의가 있어 왔다. 종래 대법원 판례는 건축신고를 ‘수리를 요하지 않는 신고’로 이해함으로써 행정청의 건축감독권을 형해화시키고 법원의 사법적 통제를 어렵게 만들고 있으며, 제3자(인근주민, 이해관계인) 보호의 관점

160) 여기서 “주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선”이란 내력벽의 면적을 30제곱미터 이상 수선하는 것, 기둥을 세 개 이상 수선하는 것, 보를 세 개 이상 수선하는 것, 지붕틀을 세 개 이상 수선하는 것, 방화벽 또는 방화구획을 위한 바닥 또는 벽을 수선하는 것, 주계단·피난계단 또는 특별피난계단을 수선하는 것 중 어느 하나에 해당하는 대수선을 말한다(건축법 시행령 제11조 제1항).

161) 여기서 “대통령령이 정하는 건축물”이라 함은 ‘연면적의 합계가 100제곱미터 이하인 건축물, 건축물의 높이를 3미터이하의 범위 안에서 증축하는 건축물, 법 제19조 제4항의 규정에 의한 표준설계도서에 의하여 건축하는 건축물로서 그 용도·규모가 주위환경·미관상 지장이 없다고 인정하여 건축조례로 정하는 건축물 등에 해당하는 건축물을 말한다(건축법 시행령 제11조 제2항).

에서도 권리구제를 어렵게 만들고 있다는 문제점이 있었다.¹⁶²⁾ 이러한 문제점과 관련하여 건축신고의 법적 성격에 대한 견해의 대립이 발생하므로, 건축신고의 법적성격을 명확히 할 필요성이 있다.

1. 견해의 대립

(1) 자기완결적 신고로 보는 견해

이 견해는 인·허가의제가 수반되는지 여부를 가리지 않고 모든 건축신고는 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고라고 보는 입장이다.¹⁶³⁾ 종래의 통설적인 견해이며, 판례의 입장이다.¹⁶⁴⁾ 즉, 건축신고에 관하여 대법원은 1967년¹⁶⁵⁾부터 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결 이전까지 자기완결적 신고라고 판시하고 있다.¹⁶⁶⁾ 따라서 형식적 요건을 갖춘 이상 실제적 이유를 들어 수리를 거부할 수 없고, 거부하였다고 할지라도 신고의 효력이 발생한다. 이 때의 수리는 단순한 접수행위로서 법적효과를 발생시키지 않는 사실행위이므로 거부행위의 처분성을 인정하지 않으며, 원칙상 항고소송의 대상이 되지 않는다고 보았다. 이는 신고의 수리 및 수리거부의 처분성 여부 문제를 신고의 성질인 수리를 요하는 신고인지의 여부와 연관하여 인정하였음을 알 수 있다.

162) 고규정, “건축신고의 법적 성격 및 그 반력행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부”, 판례연구 제23집, 부산판례연구회, 2012, 736면.

163) 김철용, 「행정법Ⅱ(제3판)」, 박영사, 2003, 479면.

164) 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결 등 참조.

165) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결.

166) 대법원은 신고 대상이 아닌 건축행위(2미터 이하의 담장설치)에 대하여 신고한 경우 수리를 거부하더라도 처분이 아니고(대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결), 수리를 철회한 후 공사중지명령을 발령하더라도 이는 위법하며(대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결), 주택건설촉진법상의 건축신고에 대해서도 자기완결적 신고로 보아 형식적 하자가 없는 적법한 신고를 한 이상 위법 건축물임을 이유로 철거명령을 할 수는 없다(대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결)고 판시하였다.

이 견해는 만약 건축신고 중 인·허가의제의 효과가 발생하는 경우에만 수리를 요한다고 해석한다면, 상당수의 건축신고가 실제적 요건에 관한 심사 대상에 포함되지 않으므로써 국민에 대한 과도한 규제와 행정청에 대한 지나친 업무 과중을 초래하게 되고, 국민으로서의 구체적으로 어떤 경우가 실제적 요건에 관한 심사를 필요로 하는 건축신고에 해당하는지 여부를 쉽게 알기 어려워 법적 안정성 및 예측 가능성을 해치게 된다고 한다. 따라서 다른 인·허가가 의제되는 효과가 발생하더라도 건축신고는 여전히 자기완결적인 성격을 가지고 따라서 행정청의 수리가 필요 없다는 입장이다.¹⁶⁷⁾ 또한 건축법이라는 하나의 법률 내에 신고제와 허가제가 병존하고 있으므로 별개의 제도로 규정하려는 것이 입법자의 의사였다고 봄이 타당하고,¹⁶⁸⁾ 만약 건축신고에 관하여 수리를 요하는 신고로 볼 경우 건축허가와 별다른 차이가 없게 된다고 한다.

(2) 수리를 요하는 신고로 보는 견해

이 견해는 의제여부와 상관없이 모든 건축신고는 항상 수리를 요하는 신고로 보아야 한다는 입장이다.¹⁶⁹⁾ 건축신고는 신청서 기재사항, 부속서류, 건

167) “ ... 건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리 등 별단의 조치를 기다릴 필요는 없다는 대법원의 종래 견해(대법원 1968. 4. 30. 선고 68누12 판결; 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결; 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결; 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3908 판결 등 참조)를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택이라고 여겨진다.” 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결 중 대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견.

168) 건축신고와 건축허가는 수수료(건축법 제17조), 건축사가 설계와 공사감리를 하여야 하는지 여부(동법 제23조, 제25조) 등에서 차이가 있고, 건축신고의 관할관청과 건축허가의 관할관청이 다른 경우(동법 제11조, 제14조)가 있다. 위 조항에서는 신고 대상인지 아니면 허가 대상인지에 따라 달리 규정하고 있는 것이 아니라 각 조항에서 자체적으로 별도의 기준을 정하고 있다. 따라서 입법자가 허가와 신고의 차이를 이같은 점에 두고자 하였다고 볼 수는 없고, 허가제와 병존하고 있다는 점은 건축신고를 자기완결적 신고로 보아야 할 강력한 논거가 된다고 한다. 최계영, 앞의 논문, 176-177면.

축법령의 적용법규 등의 완화 등의 면에서 건축허가와 차이가 있어, 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다고 하더라도 건축허가와 동일해지는 것은 아니므로, 규제완화 차원에서 허가제에서 신고제로 바꾼 취지에 반드시 어긋난다고 할 수는 없다.¹⁷⁰⁾ 건축신고를 받으면 건축허가와 마찬가지로 수많은 행정처분들이 의제되는데, 이러한 광범위한 효과를 수반하는 건축신고에 허가요건심사가 면제되고 신고의무만으로 건축을 할 수 있다고 해석하는 것은 타당하지 않다고 본다. 오히려 건축법을 준수하였는지 여부를 사전에 심사함으로써 무절제하고 위험한 불법적인 건축행위를 미리 막아 공익 및 제3자의 이익을 보호할 수 있고, 이러한 사전통제가 공사 중지, 철거 등의 사후통제보다 신고인에게 더 유리하게 작용할 수도 있다고 본다. 만약 인·허가가 의제되는 경우 혹은 그 중에서도 실체적 요건에 대한 판단을 요하는 경우에만 수리를 요하는 신고로 본다면, 구체적인 건축신고 사안에서 의제되는 인·허가가 어떤 것인지, 또한 실체적 요건에 대한 판단을 요하는 경우가 어떤 것인지 신고인은 물론 행정청 입장에서도 구분하기가 쉽지 않게 된다. 따라서 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다면, 명확성과 예측가능성을 담보할 수 있다고 한다.¹⁷¹⁾

(3) 인·허가의제가 수반되는 건축신고에 한하여 수리를 요하는 신고로 보는 견해

이 견해는 건축신고를 원칙적으로 자기완결적 신고로 보며, 건축법 제11조 제5항에 따른 인·허가의제 사항이 적용되는 건축신고에 한해 수리를 요하는 신고로 보아야 한다는 입장이다.¹⁷²⁾ 판례 역시 인·허가의제 효과를 수

169) 김종보, 앞의 책, 129면.

170) 건축허가와 건축신고를 구별하는 실익은 절차상 요건으로서 건축설계의 주체에 대한 제한의 유무에 있다고 한다. 김종보, 앞의 책, 129면.

171) 김종보, 앞의 책, 128-129면.

반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 수리를 요하는 신고로 보고 있다.¹⁷³⁾

건축신고의 인·허가의제의 경우 예를 들어, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위의 허가나, 산지관리법상 산지전용허가의 실체적 판단 내용은 도시계획, 주변환경 또는 경관과의 조화, 자연생태적 기능유지, 재해발생, 자연경관 및 산림훼손 등 공익상 매우 중요한 사항으로서 행정청의 전문적이고 객관적인 실체적 심사가 요구되는 사항이라고 할 것이다. 만약 이러한 사항에 대하여도 건축신고만으로 일체의 심사가 배제된다면, 중대한 공익상의 침해 또는 제3자의 피해를 야기하게 된다. 그 밖에 인·허가가 의제되는 다른 법률도 그 목적이 건축법과는 다르므로 소규모 건축물의 경우 그 위험성이 작아 신고만으로 건축할 수 있다고 하더라도, 그 건축물이 토지의 합리적 이용에 배치되는 등 인·허가의제 관련 법률의 목적에 위배된다면 그에 따라 건축신고의 수리 여부를 판단할 수 있어야 할 것이다.¹⁷⁴⁾

건축법 제14조 제2항에 따라 관련 법률에 의한 인·허가가 의제되는 경우에는 그 의제되는 인·허가에 관하여 관련 법률에서 실체적 요건에 대한 심사를 예정하고 있고, 법률에 의한 인·허가의제제도는 관할을 단일화하고 절차를 간소화하는 것으로서 실체적 심사를 배제하는 취지는 아니라고 한다.¹⁷⁵⁾ 따라서 이 입장에서는 건축신고에 의해 인·허가가 의제되는 경우에는 실체적 심사를 거쳐야 하는 것이 적절하고, 법령상 실체적 심사를 규정하고 있는 경우이므로 수리를 요하는 신고로 보는 것이 타당하다는 것이다. 한편 인·허가의제가 수반되는 건축신고에 한해 수리를 요하는 신고로 본다면 건축법 제14조의 조문을 두고 두 개의 의미로 해석하게 되는데, 이에 대해서는 동법 제11조 제5항에 따른 인·허가의제 사항이 적용되는 건축신고 규정

172) 최계영, 앞의 논문, 177면.

173) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결.

174) 고규정, 앞의 논문, 740면.

175) 고규정, 앞의 논문, 740, 744면.

을 두었기 때문에 발생한 예외적인 문제를 해결하기 위한 것이라고 한다.¹⁷⁶⁾

(4) 구체적 요건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해

이 견해는 수리를 요하는 신고인지 여부는 유형화하기는 곤란하고, 구체적인 요건에 따라 개별적으로 판단하여 특별한 경우에만 수리를 요하는 신고로 보아야 한다는 입장이다.¹⁷⁷⁾ 인·허가의제가 발생하는 모든 경우가 아니라 형질변경허가의 효과가 발생하는 경우 등 일정한 사안에만 한정해서 수리를 요하는 신고로 보아야 하며, 다만 각 인·허가의제 사항에 따라 행정청의 실제적 요건에 대한 심사가 필요한지, 인·허가의제 사항이 재량행위인지 여부 등을 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다. 실제법상 요건이라고 하더라도 행정청에게 심사권이 없는 순수한 건축법상 건축신고의 요건만을 갖추면 되는 경우에는 수리를 요하지 아니하는 신고로 본다. 건축신고와 인·허가의제가 결합한 경우에, 건축법과 인·허가의제 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제 사항도 그 제도적 취지나 요건을 달리 한다고 볼 수 있다. 따라서 인·허가의제를 수반하는 모든 신고에 확대적용 하는 것은 경계해야 할 것이다. 신고제의 원칙적 형태는 ‘자기완결적 신고’이고, 인·허가의제 사항이 행정청의 심사를 요하는 실제적 요건인 경우와 같이 인·허가의제 사항을 개별적·구체적으로 판단하여 한정적·예외적으로 ‘수리를 요하는 신고’를 인정해야 할 것이다.¹⁷⁸⁾

2. 판례의 경향

176) 최계영, 앞의 논문, 177면.

177) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 55-57면; 유승남, “건축법상 건축신고의 법률적 성질”, 행정소송실무연구: 1999-2002, 서울고등법원, 2002. 12, 418-419면.

178) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 57면.

(1) 종래 판례의 입장

건축법상의 건축신고에 관하여 대법원은 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결부터 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결 이전까지 ‘자기완결적 신고’라고 판시하고 있다. 판결의 요지는 “건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한(형식적) 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요는 없는 것이며, 실제적인 이유로 그 수리를 거부할 수는 없으므로 형식적 요건에 흠결이 없는 신고에 대하여 실제적인 사유를 들어 신고서를 반려하였다 하더라도 그 신고의 효력은 발생한다”는 것이다.

그 일련의 판례들을 살펴보면 다음과 같다. ① 행정청이 담장축조 신고를 수리하였다가 담장 축조완료 후에 그 신고수리를 취소하였어도 신고 자체에는 아무런 영향을 미칠 수 없으며,¹⁷⁹⁾ ② 적법한 요건을 갖춘 담장 축조신고에 의하여 축조한 구조물에 대한 행정청의 제거처분을 취소하였으며,¹⁸⁰⁾ ③ 형식적 요건에 흠결이 없는 신고에 대하여 실제적인 사유를 들어 신고서를 반려하였다 하더라도 그 신고의 효력이 없다고 할 수 없으며,¹⁸¹⁾ ④ 수리를 철회한 후 공사중지명령을 발령하더라도 이는 위법하며,¹⁸²⁾ ⑤ 신고 대상이 아닌 건축행위(2미터 이하의 담장설치)에 대하여 신고한 경우 수리를 거부하더라도 처분이 아니고,¹⁸³⁾ ⑥ 행정청의 반려조치는 원고의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없으며,¹⁸⁴⁾ ⑦ 대문설치신고서가 서식에서 요구하고 있는 내용이 모

179) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결.
180) 대법원 1968. 4. 30. 선고 68누12 판결.
181) 대법원 1988. 9. 20. 선고 87도449 판결.
182) 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결.
183) 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결.
184) 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결.

두 기재되어 있고, 그 신고서에 입주자대표회의의 동의서가 첨부되어 있으므로 대문설치신고는 형식적 하자가 없는 적법한 요건을 갖춘 신고라고 할 것이어서 행정청의 신고증 교부 또는 수리처분 등 별단의 조치를 기다릴 필요가 없이 그 신고의 효력이 발생하였으며,¹⁸⁵⁾ ⑧ 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 행정청의 수리행위 등 별다른 조치를 기다릴 필요 없이 건축을 할 수 있으며,¹⁸⁶⁾ ⑨ 이에 대한 행정청의 반려조치는 행정처분이라고 볼 수 없으며,¹⁸⁷⁾ ⑩ 건축물의 용도변경신고가 변경하고자 하는 용도의 건축기준에 적합한 이상 행정청으로서는 관계 법령이 정하지 않은 다른 사유를 내세워 그 용도변경신고의 수리를 거부할 수 없다.¹⁸⁸⁾

(2) 판례의 변경

대법원은 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결에서 종래 판례를 변경하여 건축법상 인·허가의제를 수반하는 건축신고를 ‘수리를 요하는 신고’로 판시하였다. 11인의 다수의견(2인의 보충의견)과 2인의 반대의견으로 그 견해가 나뉘고 있는데 판결의 요지를 보면 다음과 같다.

먼저 다수의견은 “건축법에서 인·허가의제제도를 둔 취지는, 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 만약 건축신고만으로 인·허가의제 사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무

185) 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결.

186) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결.

187) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결.

188) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005두17201 판결.

너뜨릴 우려가 있다. 또한 건축신고시 제출해야 하는 신청서와 구비서류는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제 사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 옳다”고 판시하고 있다.

한편 반대의견¹⁸⁹⁾은 “다수의견과 같은 해석론을 택할 경우 헌법상 국민의 자유권 보장의 문제, 적법한 신고여부에 관한 예측 가능성 담보문제, 형사처벌의 대상이 불필요하게 확대됨에 따른 죄형법정주의 훼손 가능성 문제, 국민의 권리의무에 관한 법률유보의 원칙 손상문제, 신고제의 본질과 취지에 어긋나는 해석론을 통한 신고제도에 관한 행정법 이론 구성에 난맥상을 초래 우려문제 등에서 여러 근본적인 의문이 제기된다. 이 경우 입법적 해결책을 통하여 현행 건축법에 규정된 건축신고제도의 문제점 및 부작용을 해소하는 것은 별론으로 하더라도, ‘건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있다’는 대법원의 종래 견해를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택이라고 여겨진다”고 주장하고 있다.

3. 평가 및 소결

건축법상 건축신고에는 건축법 제14조 제1항에 따른 일반적인 건축신고와 건축법 제14조 제2항에 따라 건축신고를 받으면 건축허가 조항이 준용되어 인·허가의제 사항(동법 제11조 제5항)에서 정한 인·허가 등을 받거나 신고를

189) 대법관 박시환, 대법관 이홍훈.

한 것으로 보는 건축신고가 있다. 통설과 판례는 인·허가의제가 수반되지 않는 일반적인 건축신고를 자기완결적 신고로 보고 있다.¹⁹⁰⁾

건축신고의 법적 성질에 관한 학설을 검토해 보면, 모든 건축신고를 자기완결적 신고로 보는 견해에 대해서 다음과 같은 문제가 있을 수 있다. 적법한 건축신고만으로 신고의 수리도 없이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 토지형질변경허가, 농지법상의 농지전용허가 등을 받은 것으로 의제한다는 것은 가령 형질변경을 할 수 없는 토지에 대해 신고만으로 심사도 없이 토지형질변경허가 등이 가능하게 되는 문제가 발생한다. 또한 건축법은 기본적으로 건축경찰법으로서 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위해 국민의 재산권을 제한하는 법이고, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 토지의 합리적 이용을 위해 건축물과 토지의 사용권을 통제하는 법으로서 좁은 도시공간에서 건축물을 적절하게 배치해서 모든 사람들에게 쾌적한 환경을 제공하는 것을 목적으로 하고, 기타 인·허가가 의제되는 다른 법률들도 그 목적이 건축법과는 다르다. 그러므로 소규모 건축물의 경우 그 위험성이 작아 신고만으로 건축할 수 있다고 하더라도, 그 건축물이 토지의 합리적 이용에 배치되는 등 인·허가의제 관련 법률의 목적에 위배된다면 그에 따라 건축신고 수리 여부를 판단하여야 할 것이다.¹⁹¹⁾ 다음으로 수리를 요하는 신고로 보는 견해에 대해서 다음과 같은 문제가 있을 수 있다. 건축법이라는 단일한 법률 안에서 허가제와 신고제를 병렬적으로 규정하고 있고, 또한 규제완화의 목적을 위해 신고제의 범위가 넓어지고 그 방식도 간소화되어 왔는데, 모든 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본다면 건축행위의 규제를 완화하려는 입법자의 의사를 무시하는 결과가 되는 것이다. 또한

190) ① 김동희, 앞의 책, 121면; 김향기, 앞의 책, 103면; 류지태/박종수, 앞의 책, 131면; 정하중, 앞의 책, 113면.

② 대법원 1968. 4. 30. 선고 68누12 판결; 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결; 대법원 1993. 7. 6. 선고 93마635 판결; 대법원 1999. 12. 24. 선고 98다57419 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결 등.

191) 김재협, 앞의 논문, 109면.

법령에 규정된 소규모의 증축, 개축, 담장 또는 대문의 설치 등 신고사항인 건축에 대하여도 행정청의 수리가 있어야만 하므로 건축의 자유를 박탈하는 결과가 된다. 그리하여 형식적 요건을 갖춘 신고를 하였더라도 행정청의 수리가 없는 한 적법한 신고를 하지 아니한 것으로 되어, 그에 따른 원상회복, 철거, 시정조치, 이행강제금 등의 제재를 받게 되어 부당한 결과를 가져오게 된다. 인·허가의제가 수반되는 건축신고에 한하여 수리를 요하는 신고로 보는 견해에 대해서는 의제되는 인·허가사항 전부가 수리를 요하는 성격을 가지고 있지 않다는 비판이 있을 수 있다.¹⁹²⁾ 건축법 제11조 제5항에 따른 인·허가의제 사항이 적용되는 규정 중 예를 들면, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가는 협의과정에서 개발행위에 관한 허가 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에만 건축신고가 가능하다 할 것이므로 수리를 요하는 건축신고의 성질을 갖는다. 그러나 건축법 제20조 제3항에 따른 공사용 가설건축물의 축조신고라든지, 동법 제83조에 따른 공작물의 축조신고는 수리를 요하지 않는 건축신고라고 할 것이므로 의제되는 건축신고 전부를 수리를 요한다고 볼 것이 아니라 각 인·허가의제 사항에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이다. 따라서 구체적 요건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해가 타당하다고 생각한다. 그러나 이 견해는 구체적 요건에 따라 개별적으로 판단한다고 하는 기준의 설정과 근거가 명백하지 아니하다는 문제가 있을 수 있는데, 이에 대해서는 제4장 제5절 부분에서 앞서 검토한 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 일반적 구별기준을 바탕으로 의제되는 인·허가사항(건축법 제11조 제5항)에 관한 기준과 근거를 면밀히 분석·적용·검토해 보도록 하겠다.

변경된 판례에서는 건축신고가 행정청의 수리를 요하는지의 여부, 즉 건축신고의 법적 성격이 쟁점이 되고 있다. 다수의견은 건축신고를 일반적인

192) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 54-55면.

건축신고와 인·허가의제 효과가 수반되는 건축신고로 나누고 있다. 일반적인 건축신고는 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 행정청의 수리처분 등 별도의 조치를 기다릴 필요 없이 건축행위를 할 수 있는 자기완결적 신고이지만, 이와 달리 인·허가의제 효과가 수반되는 건축신고는 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 수리를 요하는 신고임을 명시적으로 표현하고 있다. 한편, 반대의견¹⁹³⁾은 신고제의 원칙은 자기완결적 신고이며, 건축법은 건축신고에 관하여 행정절차법의 적용을 배제하는 특별한 규정을 별도로 두고 있지 아니하므로 건축신고 역시 자기완결적 신고라고 보고 있다. 또한 건축신고는 건축법 제11조 제6항의 관련 행정기관의 장과의 협의절차를 준용하고 있지 않으므로 협의가 불필요하고 따라서 건축신고만으로 인·허가가 의제된다고 보고 있다. 그러므로 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 일반적 건축신고와 마찬가지로 자기완결적 신고라고 보고 있다. 그러나 지난 5월 28일, 건축법 제14조 제2항은 “제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다”라고 개정되었다. 개정내용은 “제6항을 준용한다”라는 규정 즉, 건축허가에 있어서의 협의절차 규정이 추가된 것이다. 따라서 이 근거는 더 이상 설득력이 없게 되었다고 할 것이다. 기존 판례들 중에는 명백하게 인·허가의제의 효과가 발생하는 사안에 관한 것이라고 볼 수 있는 사례가 없었다.¹⁹⁴⁾ 그러나 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결로 인하여 건축신고의 종류와 성질에 대하여 정리를 할 수 있는 중요한 계기가 되었다고 본다. 즉, 일반적 건축신고와 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질이 다르며, 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 예외적으로 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하다

193) 대법관 박시환, 대법관 이홍훈.

194) 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성격에 대해서 다만 하급심인 제주지방법원 2005. 10. 5. 선고 2005구합 535 판결은 집중효가 발생하더라도 자기완결적 신고이므로 수리거부는 처분이 아니라고 판시하였다. 한편, 서울행정법원 2009. 4. 9. 선고 2009구합1693 판결에서는 집중효가 발생하는 건축신고의 경우에는 수리를 요하는 신고이므로 수리거부는 처분이라고 판시하고 있다.

고 본다.

건축신고가 자기완결적 신고인지 수리를 요하는 신고인지 여부는 앞서 검토한 신고의 구별 기준에 따라 판단하면 될 것이다. 첫째, 건축법 제14조의 건축신고 규정 중 행정청의 수리나 실질적 심사에 따라 신고를 반려할 수 있다는 규정은 없으므로 건축법상 신고를 수리를 요하는 신고로 해석할 법률적 근거는 없다고 할 것이다. 또한 건축법 시행규칙 제12조 제3항은 “행정청은 건축신고서의 기재내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 건축신고필증을 교부하여야 한다”고 규정함으로써 행정청에게 건축신고와 관련하여 실제적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않다. 둘째, 건축법은 하나의 법률 내에 건축허가와 건축신고를 구분하여 규정하고 있다. 만약 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보아 행정청의 수리 여부에 따라 건축물의 건축개시에 영향을 미치게 된다면 건축허가와 건축신고를 구분하여 규정한 입법자의 입법 취지에 반하게 될 것이다. 건축법에서 건축허가와 건축신고를 구분하여 규정한 취지는 소규모의 건물이나 경미한 건축행위에 대하여 자유롭게 건축할 수 있도록 하기 위한 것이기 때문이다. 따라서 인·허가의제가 수반되는 건축신고를 제외한 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

Ⅲ. 건축신고의 효과

1. 적법한 건축신고의 효과

건축을 하고자 하는 자는 건축법상 신고사항에 대하여 적법한 요건을 갖춘 신고를 하고 나서야 비로소 소정의 건축행위를 할 수 있다. 여기서 적법한 요건을 갖춘 건축신고란 판례는 앞서 살펴본 신고에서와 마찬가지로 해

당 건축물이 신고로만 건축할 수 있는 경우에 해당하는지 여부와 그 구비서류가 갖추어져 있는지 여부 등의 법령에 정해진 형식적 요건을 갖추어야 한다고 보고,¹⁹⁵⁾ 건축지구의 용도지구 등이나 그 밖에 행정청이 실질적 심사권을 가지고 그 수리 여부를 결정할 수 있는 다른 법령의 사유는 실제적 사유로 보고 있다.¹⁹⁶⁾ 건축신고는 자기완결적 신고에 해당되어 절차적·형식적 요건을 갖춘 적법한 신고가 있으면 행정청에 도달함으로써 그 수리 여부와 관계없이 건축신고의 효력이 발생하게 된다. 건축신고 역시 형식적 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출되면 행정청은 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 하고, 신고인이 보완을 하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 해당 신고서의 반려를 하게 되고, 그 경우 신고의무를 이행하지 아니한 것으로 된다. 건축법 시행규칙 제12조 제3항은 신고의 내용에 따라 신고필증을 교부하도록 하고 있는데 신고필증의 교부 또한 어떠한 법률 효과를 발생하지 않는 사실행위에 불과하다고 할 수 있다.

2. 위법한 건축신고의 효과

건축신고는 자기완결적 신고로써 행정청의 수리를 요하지 않는다. 그러나 신고인이 인·허가의제가 수반되는 건축신고를 일반적인 건축신고로 인식하고 접수했을 경우 신고인은 적법하다고 주장할 수 있고, 행정청의 입장에서는 신고임에도 불구하고 의제되는 인·허가에 대해서는 심사를 하는 경우가 발생할 수 있으며, 나아가 심사 후 위법한 신고라고 하여 수리거부의 처분을 내릴 경우 신고인이 받는 불이익은 클 수밖에 없을 것이다. 이는 건축법 제14조 제2항에서 인·허가가 의제되는 건축신고만을 규정하고 있을 뿐, 그 법적 성

195) 대법원 1999. 4. 27. 선고 97누6780 판결.

196) 대법원 1985. 4. 23. 선고 84도2953 판결; 대법원 1988. 9. 20. 선고 87도449 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005두12565 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005두17201 판결.

질에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않기 때문에 즉, 입법의 미비로 인하여 신고인과 행정청에 혼란을 주고 있는 것이다. 신고인은 신고로써 의무이행이 완료되었다고 신뢰하고 이미 건축행위로 나아갔을 경우 행정청이 심사 후 이를 위법한 신고로 처분했을 경우에 건축신고 위반에 대한 제재를 가할 수 있게 되는 것이다. 건축법은 건축물이 위법하게 건축될 때 그 건축행위 또는 그 행위의 결과에 대해 시정조치, 이행강제금, 대집행, 행정벌(형벌과 과태료) 등을 통한 제재를 규정하고 있다. 따라서 이하에서는 위법한 신고일 때 신고인이 받게 되는 제재에 대해서 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

3. 건축신고 위반에 대한 제재

(1) 시정조치

허가권자는 대지나 건축물이 법령 또는 그에 따른 명령이나 처분에 위반되면 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주 등에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다(건축법 제79조 제1항).¹⁹⁷⁾ 또한 허가권자는 시정조치에 따라 허가나 승인이 취소된 건축물 또는 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 다른 법령에 따른 영업이나 그 밖의 행위를 허가·면허·인가·등록·지정 등을 하지 아니하도록 요청할 수 있다(동조 제2항). 이처럼 건축허가 위반에 대해 허가권자는 철거명령¹⁹⁸⁾ 등의 시정조치를 명할 수 있는데, 만약 책임자가 이를 자진해

197) “공무원들이 위법건축물임을 알지 못하여 공사 도중에 시정명령이 내려지지 않아 위법건축물이 완공되었다 하더라도, 공공복리의 증진이라는 위 목적의 달성을 위해서는 완공 후에도 위법건축물임을 알게 된 이상 시정명령을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.” 대법원 2002. 8. 16. 자 2002마1022 결정. 이 결정에 의하면 건축물이 완공된 후에도 시정명령을 할 수 있는 것이다.

198) 대법원 1997. 12. 26. 선고 96누17745 판결.

서 이행하지 아니하면 이행강제금 또는 대집행의 절차로 연결된다.

(2) 이행강제금

이행강제금이란 일정한 기한까지 행정상의 작위의무 또는 부작위의무를 불이행하는 경우에 일정한 금전지급을 과할 뜻을 미리 계고함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래에 의무이행을 확보하려는 간접적인 강제집행 수단이다.¹⁹⁹⁾²⁰⁰⁾ 이행강제금은 행정상의 의무이행을 강제하는 수단으로서 급부의무를 발생시키는 급부하명에 해당하며,²⁰¹⁾ 일반적으로 침익적 행정행위, 재량행위, 행정소송의 대상이 되는 처분성의 인정, 일신진속적 성질과 같은 법적 성격을 가진다고 볼 수 있다.²⁰²⁾ 이행강제금은 의무자에게는 침익적 강제집행이기 때문에 법적 근거를 요함은 당연하다 할 것이다.²⁰³⁾

건축법은 시정기간 내에 시정조치를 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여는 그 시정조치의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정조치를 이행하지 아니하면 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다

199) 김향기, 앞의 책, 345면.

200) 이행강제금은 벌금 등의 행정형벌이나 과태료 등의 행정질서벌과는 간접적인 의무이행의 수단인 점에서는 같으나, 행정형벌 등이 과거의 의무불이행에 대한 제재가 목적인데 반하여 이행강제금은 장래에 이행을 확보하는 것을 목적으로 하는 것으로 서로 목적이 다르다(대법원 2005. 8. 19. 자 2005마30 결정). 또한 형벌이 고의나 과실이 있어야 처벌할 수 있고, 행위자에 대하여 처벌할 수 있는데 반하여 이행강제금이나 과태료는 의무의 위반이라는 객관적 사실만 있으면 부과할 수 있으며, 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하며 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과할 수 있는 것이 서로 다르다(대법원 2000. 5. 26. 선고 98두5972 판결)고 할 것이다.

201) 김연태, “건축법상 이행강제금 부과 요건과 한계에 관한 고찰”, 고려법학 제70호, 고려대 법학연구원, 2013. 9, 159면.

202) 박종희/김성진, “이행강제금 제도의 합리적 운영방안에 관한 연구”, 중앙노동위원회, 2009, 11-13면 참조.

203) 이행강제금에 대한 일반적인 규정은 없으며, 개별 법률에서 이행강제금을 규정하고 있다. 현재 이행강제금제도가 도입된 법률은 건축법 제80조, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제124조의2, 농지법 제62조, 도로법 제100조, 근로기준법 제33조, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제17조의3 등 총 40개이다.

(<http://www.law.go.kr/lsSc.do?menuId=0&subMenu=1&query=>, 최종 방문일: 2014. 11. 14.)

(동법 제80조 제1항). 이행강제금제도는 건축행정 분야에서 건축법 위반 상태를 시정하기 위한 합목적적인 수단으로 인식되어 활용되고 있지만, 행정의 편의성이라는 측면에서 의무이행을 강제하는 간편한 수단이라는 인식 또한 있다.²⁰⁴⁾

이행강제금은 형벌로서의 성격을 가지지 않기 때문에 동일한 사안에 대하여 형사벌과 병과하여 부과될 수 있으며,²⁰⁵⁾ 과거의 범위반에 대한 제재로서 사후에 부과될 수는 없지만, 그 의무가 이행될 때까지 반복하여 부과될 수 있다(동조 제4항).²⁰⁶⁾ 그러나 수차례에 걸친 이행강제금의 부과에도 불구하고 의무자를 강제하는 실효성이 없거나, 이후 이행강제금을 부과하더라도 의무자가 의사를 변경할 여지가 없는 경우라면, 추가적인 이행강제금의 부과는 적합한 수단이 아니기 때문에 비례의 원칙, 특히 적합성의 원칙에 반하는 것이 될 것이다.²⁰⁷⁾

(3) 대집행

허가권자는 공사현장이 방치되어 도시미관을 저해하고 안전을 위해한다고 판단되면 건축주에게 건축물 공사현장의 미관과 안전관리를 위해 안전펜스 설치 등 안전조치나 공사재개 또는 철거 등 정비 등의 개선을 명할 수 있다

204) 김연태, 앞의 논문, 158면.

205) “건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다.” 헌법재판소 2004. 2. 26. 2001헌바80 결정 등.

206) 이행강제금이 도입되기 전에 비대체적 작위의무 또는 부작위의무의 이행을 확보하기 위한 수단으로는 형사처벌 또는 과태료 처분 등이 활용되었다. 그러나 건축법 위반에 대하여 형사처벌이나 과태료 부과 이후에도 위반행위가 시정되지 않는 경우에는 다시 형사처벌이나 과태료를 부과할 수 없으므로 위법건축물이 그대로 존치되는 상황이 발생하였다. 따라서 이와 같은 상황을 해결하기 위하여 1991년 5월 31일 개정된 건축법에서 ‘이행강제금’이 도입되게 되었다. 정태용, 건축법해설, 한국법제연구원, 2006, 408면.

207) 김연태, 앞의 논문, 179면.

(건축법 제13조 제5항). 만약 이에 따른 개선명령을 받은 자가 개선을 하지 아니하면 행정대집행법으로 정하는 바에 따라 대집행을 할 수 있다(동조 제6항). 대집행이란 대체적 작위의무를 불이행한 경우에 해당 행정청이 의무자가 행할 행위를 스스로 행하거나, 또는 제3자로 하여금 이를 행하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수함을 말한다.²⁰⁸⁾ 행정대집행법 제2조는 대집행의 요건으로 대체적 작위의무의 불이행의 존재와 다른 수단²⁰⁹⁾으로는 그 이행확보가 곤란하고, 그리고 그러한 의무불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것²¹⁰⁾으로 인정될 것이어야 한다고 규정하고 있다.

허가권자는 해당 건축허가나 건축신고가 재해가 발생할 위험이 절박한 경우이거나 건축물의 구조 안전상 심각한 문제가 있어 붕괴 등 손괴의 위험이 예상되는 경우나 허가권자의 공사중지명령을 받고도 불응하여 공사를 강행하는 경우, 또는 도로통행에 현저하게 지장을 주는 불법건축물인 경우, 그리고 그 밖에 공공의 안전 및 공익에 심히 저해되어 신속하게 실시할 필요가 있다고 인정되는 경우에 해당하는 경우로서 그 목적을 달성하기 곤란한 때에는 해당 절차²¹¹⁾를 거치지 아니하고 대집행할 수 있다(동법 제85조 제1

208) 김향기, 앞의 책, 339면.

209) 비례의 원칙상 의무자에 대한 침해가 행정대집행보다 경미한 수단을 뜻한다. 김세규, “행정대집행에 관한 소고”, 공법학연구 제11권 제3호, 2010. 8, 190면.

210) ‘공익’은 불확정개념으로서, 행정청의 판단여지가 일정한 한계 내에서 인정된다(정하중, “대집행의 요건과 절차”, 고시연구, 1995. 8, 131면; 반면, 다른 견해로는 ‘의무불이행이 심히 공익을 해할 것’은 판단여지가 인정되지 않는다고 보는 것이 타당하다는 입장이 있다(박균성, 앞의 책, 501면)). ‘심히 공익을 해할 것’은 불확정개념이기 때문에 그것이 무엇을 의미하는지를 일률적으로 말하기는 어렵다. ‘심히 공익을 해할 것’이라는 요건이 어느 정도의 공익 침해를 요구하고 있는 것인지에 대해서 판례는 “무허가증축부분으로 인하여 건물의 미관이 나아지고 위 증축부분을 철거하는데 비용이 많이 소요된다고 하더라도 위 무허가증축부분을 그대로 방치한다면 이를 단속하는 당국의 권능이 무력화되어 건축행정의 원활한 수행이 위태롭게 되며 건축법 소정의 제한규정을 회피하는 것을 사전예방하고 또한 도시계획구역 안에서 토지의 경제적이고 효율적인 이용을 도모한다는 더 큰 공익을 심히 해할 우려가 있다고 보아 건물철거대집행개고처분을 할 요건에 해당된다”고 하였다(대법원 1992. 3. 10. 91누4140 판결; 同志 대법원 1995. 12. 26. 95누14114 판결).

211) 행정대집행법 제3조(대집행의 절차) ① 전조의 규정에 의한 처분(이하 ‘대집행’이라 한다)을 하려함에 있어서는 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다.

항). 대집행을 이행하는 경우에도 건축물의 관리를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다(동조 제2항).

(4) 행정형벌

건축법상의 의무위반에 대해서 건축법은 다양한 행정벌을 정하고 있으며, 구체적으로는 행정형벌과 행정질서벌로 나뉜다. 행정법상 행정벌은 의무위반자에 대하여 그 의무위반에 대한 제재를 과하는 간접적 수단이며, 행정의 실효성 확보수단이다.²¹²⁾ 행정형벌은 처벌조항에서 징역형 등 형벌이 정해져 있는 것이고, 행정질서벌은 과태료가 부과되는 경우이다. 건축허가 없이 건축물을 건축한 자는 2년 또는 3년 이하의 징역 등에 처해지거나 1천만원 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해진다(건축법 제108조 제1항, 제110조). 경미한 건축사항이 건축신고의 대상이 되고 있지만 주민의 안전 보장 등의 중요성은 여전히 크므로 건축신고를 하지 않고 신고의 대상이 되는 행위를 한 경우에 해당 행위는 위법행위가 된다. 그리하여 건축법에서는 건축신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(동법 제111조 제1호).

4. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 수리를 요하지 아니하는 신고를 하였더라도 신고거부를 한 경우에는 신고를 하지 아니한 것으로 인정되어 건축법상 여러 가지 불이익이 예상된다. 즉, 건축법 제79조 제1항에 따라 관할청은 공사중지·철

② 의무자가 전항의 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대집행을 시키기 위하여 과건하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 계산에 의한 견적액을 의무자에게 통지하여야 한다.
212) 김향기, 앞의 책, 337면.

거·사용제한 등 시정조치를 명할 수 있고 대집행이 행해지거나 동조 제2항에 따라 시정명령의 불이행의 경우 그 건축물에 대한 영업행위 등의 면허·인가·등록·지정의 금지 등 관허사업의 제한이 따를 수 있다. 또한 제80조에 따라 이행강제금의 부과 및 제111조에 따라 신고하지 아니한 것으로 되는 경우에 500만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. 따라서 건축신고의 신고인은 관할 행정청이 신고를 거부하거나 무응답의 부작위의 경우에 위와 같은 불이익이 예상되어 수리를 요하지 아니하는 신고임에도 불구하고 신고에 따른 건축행위로 나아가기 불안한 상태에 놓이게 된다. 건축신고의 신고인은 이러한 불안을 해소하고 장래의 불이익을 제거하기 위해 신고거부 등에 대한 취소쟁송의 가능성이 논의될 수 있다. 전통적인 거부처분의 대상적격과 관련하여 신고거부의 대상적격을 인정하기 위한 처분성 요건의 완화 가능성을 아래에서 검토하기로 한다.

제4절 건축신고 반려행위의 처분성 논의

I. 행정소송의 대상적격으로서의 처분성

1. 행정소송법상의 처분개념

(1) ‘처분’ 개념

건축신고의 수리거부행위가 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하느냐의 여부는 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 처분(處分)개념을 기초로 검토해야 할 것이다. 행정처분(Verwaltungsverfügung) 또는 처분이란 개념은 주로 실

정법상의 개념으로서 사용되고 있으며 학문상의 개념으로는 보통 행정행위(Verwaltungsakt)라는 용어가 사용되고 있다.²¹³⁾

우리의 행정소송은 항고소송 중 취소소송이 주를 이루고 있는데, 이는 행정청의 위법한 처분이나 재결의 취소 또는 변경을 구하는 소송이다(행정소송법 제4조 제1호). 따라서 취소소송을 제기하는 데에는 취소의 대상이 되는 행정청의 위법한 ‘처분 등’이 있어야 한다(동법 제19조). 여기서 ‘처분 등’이란 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결”을 말한다(동법 제2조 제1항 제1호).

취소소송의 대상이 되는 처분의 개념을 정하는데 있어서 실체법상 개념설과 쟁송법상 개념설이 나뉘고 있다. 실체법상 개념설이란 먼저 실체법적으로 행정행위의 개념을 정의해 놓고 그 정의에 해당하는 행정청의 행위에 대해서만 처분성을 인정하려는 입장이다.²¹⁴⁾ 반면 쟁송법상 개념설이란 취소소송의 권익구제기능을 중시하여 행정행위 뿐만 아니라 권력적 사실행위, 비권력적 행위도 처분개념에 포함시켜 취소소송의 대상을 확대하는 견해로서 다수설이다.²¹⁵⁾

판례는 처분개념을 일반적으로 “행정청의 공법상의 행위로서, 국민의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위”라고 하여 실체법상 개념설에 가까운 입장을 보이고 있기도 하고,²¹⁶⁾ 좀 더 광의로 파악하는 것으로 보이는

213) 김향기, “행정처분의 개념”, 월간고시 234, 법지사, 1993. 7, 98면.

214) 김남진, 「행정법 I(제4판)」, 법문사, 1993, 220면; 김해룡, “행정계획에 대한 사법적 통제”, 사회과학논총 10집, 계명대 출판부, 1991, 212면.

215) 김향기, 앞의 책, 567면; 박균성, 앞의 책, 930면; 홍정선, 앞의 책, 293면.

216) ① “항고소송의 대상이 되는 행정처분은 ‘행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위’를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.” 대법원 1993. 4. 12. 자 93두2 결정; 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결; 대법원 2002. 5. 17. 선고 2001두10578 판결; 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두7853 판결; 대법원 2011. 4. 21. 선고 2010무111 전원합의체 결정.

판례도 있다.²¹⁷⁾ 그러나 최근에는 “행정청의 행위는 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, … 개별적으로 결정하여야 하며, … 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다”라고 하여 국민의 권익 확대를 위하여 항고소송의 대상을 넓게 보는 쟁송법상 개념설의 입장을 보여주고 있다.²¹⁸⁾

행정소송법상의 처분 개념의 정의에서 보았듯이 ‘공권력의 행사’ 또는 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’을 처분개념에 포함시켜 실체법상 개념설에 따르는 한계를 극복하면서 쟁송법상 개념설의 입장에서 국민의 권리구제의 길을 넓히는 것이 바람직하다 할 것이다.²¹⁹⁾

(2) 행정소송법상 처분의 개념적 요소²²⁰⁾

-
- ② “행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 해당 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.” 대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결; 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624 판결; 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결 등.
- 217) “행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체, 내용, 절차, 형식에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 하며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법치행정의 정도와 국민의 권리의식 수준 등은 물론 행위에 관련한 해당 행정청의 태도 등도 고려하여 판단하여야 한다.” 대법원 1993. 12. 10. 선고 93누12619 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두4397 판결.
- 218) 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결.
- 219) 同志: 김향기, 앞의 책, 567면; 류지태/박종수, 앞의 책, 173면.
- 220) 한국사법행정학회, 「행정소송실무편람(제2판)」, 2003. 2, 76-86면 참조.

1) ‘행정청’의 행위

행정처분은 ‘행정청’의 행위이어야 한다. 행정청이란 국가 또는 지방자치단체의 행정에 관한 의사를 외부에 표시할 수 있는 권한을 가진 행정기관을 말한다.²²¹⁾ 행정청은 조직법상의 행정청인 국가 또는 지방자치단체의 행정기관에 한정하지 않고, 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인도 그 위임 또는 위탁받은 사무를 행하는 범위 안에서는 행정청에 포함된다(행정소송법 제2조 제2항).²²²⁾ 권한이 승계된 행정청도 이에 속한다(동법 제13조 제1항).

처분은 행정청의 행위이기 때문에 입법부로서의 국회의 행위 및 사법부로서의 법원의 행위는 처분의 개념에서 제외되지만, 국회·지방의회 또는 법원이 그 소속직원의 임면을 행하는 경우 등에는 그 한도에서 행정청으로 볼 수 있다.²²³⁾

2) 행정청의 ‘구체적 사실에 관한 행위’

행정행위는 행정목적 실현하기 위하여, ‘구체적 사실’에 대한 법집행작용이다. 구체적 사실이란 기본적으로 관련자가 개별적이고 규율대상이 구체적인 것을 의미한다.²²⁴⁾ 따라서 일반적·추상적 규범의 정립작용인 행정입법은 특정범위의 사람을 대상으로 하더라도 행정행위가 아니다.²²⁵⁾ 그러나 불

221) 김향기, 앞의 책, 567면.

222) 대법원 2010. 11. 26. 자 2010무137 결정.

223) 김향기, 앞의 논문(각주 213), 100면.

224) 홍정선, “행정행위개념과 행정소송법상 처분개념”, 고시계 46권 11호, 2001. 11, 29면.

225) 그러나 행정입법의 처분성을 인정한 판례들이 있는데, 행정입법의 ‘직접성’과 ‘구체성’을 이유로 하여 처분성을 인정하고 있다.

① “조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고…” 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

특정다수인을 상대방으로 하는 일반처분은 구체적 사실을 규율하는 것이기 때문에 행정처분에 해당된다.²²⁶⁾

3) ‘법집행 행위’

행정처분은 구체적 사실에 관한 ‘법집행 행위’이어야 한다. 법이란 법적 효과를 발생하는 법규범을 말하며, 법률과 법규명령 및 조례 등이 포함된다. 행정규칙은 일반적으로 법규성이 없으므로 법에 포함되지 아니하며, 행정규칙에 의한 처분이 상대방의 권리의무에 변동을 가져오는 등 법적 효과를 발생하는 경우에는 처분의 성립요건인 법집행행위라고 할 수 있다. 또한 법적 효과란 국민에게 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 것을 의미하며, 권리·의무의 발생·변경·소멸이라는 법적 효과를 발생해야 한다.²²⁷⁾ 그러므로 직접적으로 법적 효과를 발생시키지 않는 사실행위는 이에 포함되지 아니하며, 행정청의 구체적 권한이 법규상 명문으로 규정되어 있는 경우에도 법적 효과를 발생하지 않는 이상 처분이 아니다.²²⁸⁾

4) ‘공권력의 행사’

행정처분은 공권력의 행사와 그 거부에 해당하여야 한다.²²⁹⁾ 공권력의 행

② “어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률 관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.” 대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정; 대법원 2006. 12. 21. 선고 2005두16161 판결 등.

226) 고문현, “인·허가 의제효과를 수반하는 건축신고의 처분성”, 자치발전, 2013, 46면.

227) 김향기, 앞의 책, 568-569면.

228) 김향기, 앞의 논문(각주 213), 100면.

229) “행정소송법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사, 불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하는 것 등을 목적으로 하는 법으로서, 취소소송은 처분 등을 대상으로 하는 것인바, … 행정청이 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 공권력을 행사할 의무가 있는데도 그 공권력의 행사를 거부함으로써 국민의 권리 또

사란 행정청이 행정주체의 기관의 지위에서 구체적 사실에 대한 법집행으로서 행하는 권력적 행위를 말한다.²³⁰⁾ 그리고 거부(처분)란 행정청이 그 공권력 행사를 거부하는 것을 의미한다. 행정행위는 공법에 근거하여 행하는 공법상의 행위이므로 행정청의 법적 행위라 할지라도 물품구입이나 국유잡종 재산매각 등과 같은 사법행위는 행정행위가 아니다. 공권력 행사에는 적극적 행위이든, 소극적 행위로서의 거부처분이든 불문하고 모두 포함된다.²³¹⁾

2. 거부처분의 성립요건

(1) 거부처분의 의의

거부처분(拒否處分)이란 소극적 행정행위의 하나로써²³²⁾ 개인이 행정청에 대하여 공권력을 행사해줄 것을 신청한 경우에 그 신청에 따르는 공권력 행사를 거부하는 것을 내용으로 하는 행정행위를 말한다.²³³⁾ 거부처분은 현재의 법률상태에 아무런 변동을 가져오지 않는 소극적 내용의 것이기는 하나 외관상 행정청의 일정한 행정처분이 있는 것이므로 처음부터 아무런 의사표시를 하지 않는 부작위와 구별된다. 거부의사표시는 행정청이 외부적으로 명백히 표시하는 것이 일반적이나, 신청인에 대해 직접 거부의 의사표시를 하지 아니하더라도 본인이 알았거나 알 수 있었을 때에 거부처분이 있는 것으로 볼 수 있다.²³⁴⁾ 이러한 거부처분은 그 처분 전의 상태가 계속되는 것

는 이익을 침해한 때에는 그 처분 등을 대상으로 취소소송을 제기할 수 있다.” 대법원 1992. 3. 31. 선고 91누4911 판결.

230) 김향기, 앞의 책, 569면.

231) 홍정선, 앞의 논문(각주 224), 30면.

232) 실무상 반려처분, 불허가처분, 각하처분, 불수리처분 등 다양한 형태로 나타나고 있다.

233) 김향기, “정보공개거부처분 취소소송 및 기속력·기판력·처분사유의 변경”, 고시계 통권 625호, 2008. 10. 57면; 대법원 1984. 10. 23. 선고 54누227 판결.

234) “검사 지원자 중 한정된 수의 임용대상자에 대한 임용 결정은 한편으로는 그 임용대상에서 제외된 자에 대한 임용거부결정이라는 양면성을 지니는 것이므로 임용대상자에 대한 임

이므로 신청인의 법적 지위에 어떠한 변동을 가져오는 것이라고는 할 수 없으나, 신청인에게 법규상 또는 조리상 일정한 공권력의 행사를 요구할 권리가 있음에도 행정청이 이를 받아들이지 아니함으로써 결과적으로 신청인의 권리 내지 이익을 침해하는 것이 된다.²³⁵⁾

개인의 신청에 대하여 행정청이 공권력 행사를 거부하는 행정행위인 거부처분에 대하여 처분성을 인정하기 위한 요건으로는 다음과 같다.

(2) 신청행위의 공권력성

거부처분이 성립하려면 우선 신청한 행위가 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행행위로서의 공권력 행사 또는 이에 준하는 행정작용’이어야 한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 따라서 국유일반재산의 매각²³⁶⁾·대부²³⁷⁾·임대기간연장의 요청²³⁸⁾ 등 사경제적 행위의 요청을 거부하는 것은 거부처분이 아니다.²³⁹⁾

(3) 거부행위의 신청인에 대한 법률관계에 영향

거부행위는 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 구체적인 법적 효과가 발생되어야 한다. 이는 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 신청인이 실체상의 권리자로서 권

용의 의사표시는 동시에 임용대상에서 제외된 자에 대한 임용거부의 의사표시를 포함한 것으로 볼 수 있고, 이러한 임용 거부의 의사 표시는 본인에게 직접 고지되지 않았다고 하여도 본인이 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 그 효력이 발생한 것으로 보아야 한다.” 대법원 1991. 2. 12. 선고 90누5825 판결.

235) 김향기, 앞의 책, 569-570면.

236) 대법원 1984. 4. 10. 선고 83누621 판결.

237) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두7602 판결 등.

238) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누7365 판결.

239) 김향기, 앞의 책, 570면.

리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다.²⁴⁰⁾ 따라서 각종 지적공부 등 법적 효력이 없는 장부예의 기재요청거부²⁴¹⁾ 등은 신청인의 권리의무에 직접 관계되는 것이 아니므로 거부처분이 아니다.²⁴²⁾

(4) 신청권의 존재여부

국민에게 행정청의 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권²⁴³⁾이 있어야 한다. 그러나 국민의 신청권 존재여부에 대하여 견해가 나뉜다.

1) 학설

첫째, 대상적격설은 신청권을 형식적 의미로 이해하고 처분성 인정의 문제로 보며, 신청의 대상이 처분에 해당하면 그에 대한 신청권은 항상 인정된다고 한다.²⁴⁴⁾ 둘째, 원고적격설은 거부처분의 대상적격여부는 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 처분에의 해당여부에 의해 판단해야 하고 신청권의 여

240) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두1316 판결.

241) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94누4295 판결.

242) 김향기, 앞의 책, 570면.

243) 일부 견해에 의하면 신청권을 실체적 신청권과 절차적 신청권으로 구분하고 이에 대응하여 절차적 거부, 실체적 거부로 구분하고 있다. 즉, 신청권은 절차적 신청권과 실체적 신청권으로 나뉘며, 전자는 행정청에 대하여 실체적 판단을 받을 권리로서 이것을 거부하는 처분은 절차적 거부처분이 된다고 한다. 만약 이러한 절차적 거부처분까지 없다면 행정청의 부작위가 된다. 후자는 신청내용을 인용하여 허가·인가 등을 받을 권리이며, 이것에 대한 거부는 실체적 거부처분이 된다고 한다(김유환, “형식적 거부처분에 대한 취소소송에 있어서의 심리범위-대상판결: 대법원 1996. 7. 30. 선고, 95누12897 판결-”, 판례월보 318호, 1997. 3, 27면; 백윤기, “거부처분의 처분성인정요건으로서의 신청권”, 행정법연구 창간호, 행정법이론 실무학회, 1997. 6, 221면). 여기서 절차적 거부처분이란 신청의 내용의 당부를 판단하지 아니하고 신청절차, 형식 등의 불비를 이유로 신청을 거부하는 것을 말한다. 실체적 거부처분은 행정청이 신청내용의 당부를 판단해서 실체요건의 흠결을 이유로 신청을 거부하는 것을 말한다. 그러나 절차적 거부처분과 실체적 거부처분을 따로 구분할 실익은 그다지 크지 않다고 생각한다.

244) 김남진/김연태, 앞의 책, 701면.

부는 원고적격의 문제로 보아야 한다는 입장이다.²⁴⁵⁾ 셋째, 신청권의 문제는 행정행위를 할 수 있느냐의 문제로서 소송요건의 문제가 아니라 본안에서 판단해야 한다는 본안요건설²⁴⁶⁾ 등이 있다.

2) 판례

대법원은 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결에서 거부처분 성립 요건에 관하여 “국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 범규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다”고 판시하고 있다.²⁴⁷⁾ 또한 신청권의 존부판단에 있어 “거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니므로, 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 하고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다”라고

245) 김향기, 앞의 책, 570면; 정하중, 앞의 책, 740면; 홍정선, 앞의 책, 917면.

246) 홍준형, 「행정구제법」, 오래, 2012, 544면.

247) 그 외 대법원 1997. 4. 25. 선고 96누3654 판결; 대법원1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결; 대법원 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001두10936 판결; 2011. 9. 29. 선고 2010두26339 등.

판시하였다.²⁴⁸⁾

이처럼 판례는 신청권 여부(신청에 따른 행정행위를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리)를 거부처분의 성립요건으로 보아 대상적격설을 취하고 있다.²⁴⁹⁾ 즉, 신청권을 일반 국민을 기준으로 추상적으로 결정하는 것으로 형식상의 단순한 응답요구권으로 보고 있다. 이에 대하여 처분성과 원고적격의 문제를 혼동하거나, 신청권을 거부처분의 성립요건으로 하면 대상적격의 범위를 부당하게 축소한 것이라는 비판이 있다.²⁵⁰⁾

3) 결어

판례는 거부행위의 처분성을 논함에 있어 신청권의 유무를 기준으로 대상적격으로 판단하고 있는데, 신청권의 문제는 신청을 할 법률상의 이익이 있는가의 문제로서 원고적격의 문제로 보는 것이 타당할 것이다. 즉, 거부처분의 대상적격여부는 행정소송법 제2조 제1항 제1호의 처분의 해당여부 즉 처분요건에 의해 판단하는 것이 타당하며, 행정소송법에서 처분개념에 관한 규정을 두고 있는 취지에도 부합한다 할 것이다. 거부행위가 항고소송의 대상인 행정처분이 되기 위해서 신청권이 필요하다는 판시는 현행 행정소송법의 발효일인 1985. 10. 1. 이전의 판례부터 나타난다.²⁵¹⁾ 현행 행정소송법과

248) 그 외 대법원 1996. 6. 11. 선고 95누12460 판결; 대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결; 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두12421 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두17905 판결 등.

249) 그러나 대법원의 판례를 처분성의 요건이 아니라, 원고적격의 문제로 파악하는 것이 바람직하다는 견해도 있다. 김남진, “대법원의 처분개념에 대한 의문”, 법률신문 1999. 12. 13.; 김용섭, “거부처분의 법적 문제”, 월간 법제, 2002. 10, 5-6면.

250) 홍준형, 앞의 책, 544면.

251) “국민의 신청에 대한 행정청의 거부처분이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되기 위하여는, 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하는 바, 도시계획법상 주민이 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있음에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라, 도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서는 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경을 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없는 이치

달리 1985년 이전 구 행정소송법에는 처분개념에 관한 규정이 없었으므로 신청권이 필요하다는 판례의 태도를 이해할 수도 있지만, 현행 행정소송법은 처분개념에 대한 정의규정을 두고 있으므로, 거부처분에 대한 판단은 원고적격의 문제로 보는 것이 더 타당하다고 생각한다.

II. 건축신고 반려행위의 처분성

1. 서설

신고의 수리거부의 처분성 여부는 신고의 수리거부가 위와 같은 요소를 갖추고 있는가에 달려 있다. 나아가 건축신고 반려행위의 처분성을 인정하기 위해서도 이러한 요건을 충족하여야 할 것이다. 건축신고는 건축법상의 규정에 따른 사인의 공법행위로서의 신고이므로, 거부처분의 성립요건 중 첫 번째인 신청행위의 공권력성과 세 번째의 요건인 신청권의 존재여부는 문제될 것이 없다 하겠다. 결국 두 번째의 요건인 신고의 수리거부가 법적 효과성을 지니고 있는가의 충족 여부가 문제될 것이다. 이에 대해서는 아래에서 좀 더 면밀히 검토해 보도록 하겠다.

2. 학설

건축신고 반려행위의 처분성 인정여부에 대해서 건축신고 반려행위의 처분성을 부정하는 종래의 판례의 입장을 비판하는 여러 견해가 있다. 우선, 건축법상의 건축신고에서 반려조치는 개인이 신고에 의해 회복한 건축의 자유를 다시 제약하는 효과(부작위의무의 부과)가 발생하므로 처분의 성질을

이므로 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.” 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결.

가진다는 견해가 있다.²⁵²⁾ 이는 건축신고의 수리와 신고반려행위를 구별하여 건축신고의 수리 그 자체는 처분이 아니지만, 수리거부는 대상행위의 금지하명이라고 한다. 또한 신고가 형식적인 요건을 충족하지 못한 경우에 행정청의 반려행위는 거부처분의 성질을 가진 것으로 보는 견해,²⁵³⁾ 건축법 제14조의 건축신고와 같이 금지해제적 신고는 신고인의 보호를 위해 수리거부를 처분으로 보아야 한다는 견해²⁵⁴⁾가 있다. 그 밖에 모든 건축신고를 허가에 준하는 수리를 요하는 신고로 보는 입장에서 수리거부는 허가거부와 마찬가지로 당연히 항고소송의 대상이 되는 처분이 된다는 견해²⁵⁵⁾도 있다.

이러한 견해들은 각각 다른 논거들을 제시하고 있으나, 기본적으로 수리거부의 처분성을 인정할 필요성에 대해서는 긍정하고 있다고 볼 수 있다. 최근 학설상 다수의 견해는 권리구제의 필요성이라는 쟁송법적 관점에서는 처분개념을 실체법상의 행정행위 개념보다 넓게 인정할 수 있으므로,²⁵⁶⁾ 이

252) 김남진, 앞의 논문(각주 37), 14면; 김중권, “건축신고의 허가제효과에 관한 소고”, 법률신문 제3837호, 2010. 5. 3.

253) 김동희, 앞의 책, 394면.

254) 박균성, 앞의 책, 99면.

255) 김종보, 앞의 책, 129면.

256) 대체로 쟁송법적 관점에서 건축신고의 수리거부의 처분성을 인정하는 것으로 보이는 견해로는 다음과 같다. ① 수리를 요하는 신고는 물론, 수리를 요하지 않는 신고의 경우에도 수리(접수)가 반려될 경우 신고인이 불이익을 받을 위험 등 법적 지위가 불안정하게 될 수 있으므로 처분성을 인정함이 타당하다(김향기, 앞의 논문(각주 85), 50면). ② 수리거부에 아무런 법적 효과가 없다고 하더라도 현실적으로 시민이 수리거부를 무시하고 건축을 하는 것이 쉽지 않고, 행정청으로부터 시정명령을 받을 가능성이 높으며, 판례가 쟁송법적 관점에서 처분성을 인정한 예가 있고, 건축신고 이외의 자기완결적 신고에 대하여 수리거부의 처분성을 인정하고 있는 이상 건축신고에 대하여도 수리 거부의 처분성을 인정하는 것이 타당하다(최계영, 앞의 논문, 188-189면). ③ 신고 접수거부에 의하여 당사자의 법적 지위를 불안정하게 하고 당사자의 권익침해가 발생하는 경우가 있을 수 있기 때문에 당사자의 권익구제 차원에서 일정한 경우에 자기완결적 신고에 있어서도 수리(접수)거부의 처분성을 인정하는 것이 필요하다(김용섭, 앞의 논문(각주 9), 48면). ④ 신고의 요건에 관한 규정이 형식적이고 일의적인 것이어서 요건의 충족 여부가 일응 명백한 것이 원칙적이나, 관계법의 규정에 따라 요건의 충족 여부, 즉 적법한 신고 여부에 대한 분쟁은 발생할 수 있으므로, 이에 대한 분쟁을 당연히 다룰 수 있어야 하므로, 자기완결적 신고의 수리거부도 처분으로 보아야 한다(김명길, 앞의 논문(각주 24), 35면).

러한 견지에서 자기완결적 신고의 수리거부도 처분성을 인정할 수 있다 할 것이다.

3. 판례의 변화

(1) 종래의 판례

판례는 수리에 대해서는 처분성을 인정하지 않지만, 수리 거부에 대해서는 신고의 종류에 따라 판단이 나뉘고 있다. 즉, 건축신고에 대해서는 처분성을 부인하지만, 그 외의 신고에 대해서는 처분성을 인정하고 있는 경우가 많다.

종래 대법원 판례는 건축신고를 수리를 요하지 아니하는 신고로 보고 그에 따라 수리는 물론 수리거부를 처분으로 보지 아니하였다. 먼저 대법원은 항고소송의 대상이 되는 행정처분의 의미를 다음과 같이 설명하고 있다. “항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.”²⁵⁷⁾ 나아가 행정청이 적법한 건축신고를 수리한 행위가 행정처분인지 여부에 대하여 다음과 같이 설명한다. “건축법령의 규정에 의한 소규모 건축물을 건축하고자 하는 자는 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요 없이 건축을 할 수 있으므로,

257) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결; 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결; 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결; 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두7853 판결 등.

위 건축신고에 대한 행정청의 반려조치는 국민의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없다.”²⁵⁸⁾ 이는 건축신고를 자기완결적 신고로 보고, 신고의 수리나 수리거부가 권리의무에 영향을 미치지 아니하는 사실행위에 불과하므로 행정처분이 아니라고 하며, 이를 전제로 수리 취소처분의 취소를 구하는 소가 소의 이익이 없다고 판단한 것이다.

반면, 건축신고 이외의 신고에 관해서는 자기완결적 신고라고 할지라도 그 신고 반려행위에 대한 취소소송에 대하여 수리 거부의 처분성을 인정함을 전제로 본안판단을 한 판결이 많다. 유선 및 도선업법상 유선업경영신고 사건에서 신고를 받은 행정청은 법률에서 규정한 소정의 형식적(절차적) 요건에 하자가 없는 한 이를 수리하여야 할 것이고, 신고의 수리를 거부한 처분은 위법하다고 하였다.²⁵⁹⁾ 그 외 공장설립신고 사건,²⁶⁰⁾ 토지거래신고 사건²⁶¹⁾ 등에서도 신고 반려행위에 대한 취소소송에 대하여 수리 거부의 처분성을 인정하고 있다.

(2) 판례의 변경

1) 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결

종래 판례는 건축신고 수리거부행위의 처분성을 인정하지 않았으므로 항고소송의 대상이 아니어서 그 취소를 구하는 소는 부적법하다고 보았다. 그

258) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결; 대법원 1998. 9. 22. 98두10189 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결 등.

259) 대법원 1988. 8. 9. 선고 86누889 판결; 대법원 1992. 5. 8. 선고 91누5655 판결.

260) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92누1674 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고 93누15922 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 95누11665 판결.

261) 대법원 1997. 8. 29. 선고 96누6646 판결.

러나 2010년 대법원은 전원합의체 판결로 건축신고 반력행위를 항고소송의 대상으로서의 처분으로 인정하여 종전의 입장을 변경하였다. 따라서 수 십년간 유지해오던 그간의 입장을 변경한 이 판결의 의의는 더욱 크다고 할 것이다. 이하에서는 변경된 판례의 내용과 분석을 통하여 판결의 의의를 검토해 보도록 하겠다.

(가) 사건개요

원고는 2006. 5. 19. 청주시 상당구 월오동 소재 임야 8,752㎡ 중 500㎡(이하, '이 사건 토지'라 한다)의 지상에 건축면적과 연면적 각 95.13㎡로 하는 1층 단독주택을 신축하기 위하여 피고(청주시 상당구청장)에게 위 토지를 임야에서 대지로 형질변경하여 위 건축을 하겠다는 내용의 개발행위허가신청 및 건축신고를 하였다.

피고는 2006. 6. 23. '이 사건 토지에 접하는 진입도로가 녹지를 가로지르는 바, 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제38조 제1항, 제2항, 같은 법 시행령 제43조, 도시공원 및 녹지의 점용허가에 관한 지침 규정에 의거하여 건축법상 진입로를 위한 완충녹지점용이 불가하므로 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(2009. 2. 6. 법률 제9442호로 개정되기 전의 것) 제58조²⁶²⁾ 및 구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 제33조²⁶³⁾의 규정에 의거 진입도로가 미확보 되어 개발행위허가 및 건축신

262) 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제58조(개발행위허가의 기준)

① 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청내용이 다음 각 호의 기준에 적합한 경우에 한하여 개발행위허가를 하여야 한다.

1. 용도지역별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 개발행위의 규모에 적합할 것
2. 도시관리계획의 내용에 배치되지 아니할 것
3. 도시계획사업의 시행에 지장이 없을 것
4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경 또는 경관과 조화를 이룰 것
5. 해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치 또는 그에 필요한 용지의 확보계획이 적정할 것

고가 불가하다'는 이유로 위 신청 등을 불허하는 이 사건 처분을 하였다. 이에 원고는 피고 상당구청장이 한 개발행위불허가 및 건축신고반려처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

한편 이 사건 토지는 편도 1차선의 외곽순환도로 주변에 위치하고 있는데, 위 외곽순환도로의 양쪽으로 폭 5m의 완충녹지가 지정되어 있고, 이 사건 토지로 출입하기 위해서는 위 완충녹지 부분을 가로질러 위 외곽순환도로로 연결되는 폭 3m의 도로 즉, 이 사건 진입도로를 지나야 한다. 이 사건 진입도로는 위 완충녹지가 지정되기 전부터 이 사건 토지 주변에 있는 축산농가 등이 차량 등의 통행로로 이용하고 있는 도로이고, 위 완충녹지는 미조성의 녹지로서 그 지정 후 이 사건 진입도로가 차단되지 아니하였고 이를 대신할 이면도로가 설치되지 아니하였으며, 위 축산농가 등은 계속 이 사건 진입도로를 통행로로 이용할 수밖에 없다.

(나) 판결요지

i) 제1심²⁶⁴⁾ 및 원심²⁶⁵⁾ 판결의 요지

제1심 및 원심은 이 사건 건축신고 반려행위가 항고소송의 대상이 됨을 전제로 그 부분에 대하여는 아무런 실시 없이 바로 본안에 들어가 판단하였다. 즉, 이 사건 토지에 건물을 건축하고자 하는 것이지 완충녹지로 지정된

263) 구 건축법 제33조(대지와 도로의 관계)

① 건축물의 대지는 2미터이상을 도로(자동차만의 통행에 사용되는 도로를 제외한다)에 접하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 해당 건축물의 출입에 지장이 없다고 인정되는 경우
2. 건축물의 주변에 대통령령이 정하는 공지가 있는 경우

② 건축물의 대지가 접하는 도로의 너비, 그 대지가 도로에 접하는 부분의 길이 기타 그 대지와 도로의 관계에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 바에 의한다.

264) 청주지방법원 2007. 7. 11. 선고 2006구합1611 판결.

265) 대전고등법원 2007. 12. 6. 선고 2007누1536 판결.

구역 안에서 건축물의 설치 등 녹지점용허가가 필요한 행위를 하고자 하는 것이 아니고, 완충녹지를 가로지르고 있는 이 사건 진입도로는 이미 완충녹지로 지정되기 전부터 현재까지 도로로서 사용되고 있는 곳이므로 원고가 완충녹지 안에 별도로 진입도로를 '설치'할 필요가 있는 것도 아니며, 이와 같이 완충녹지에 이미 형성되어 있는 도로를 '이용'하고자 하는 경우까지 위규정에 의한 점용허가를 받아야 하는 것은 아니라는 점, 이 사건 진입도로를 이 사건 토지에 이르는 진입도로로 이용하고자 하는 것에 불과하고 건축법 제2조 제1항 제11호가 규정하고 있는 도로를 개설하고자 하는 것이 아님이 명백하다는 점을 이유로 원고가 이 사건 진입도로에 관하여 녹지점용허가를 받아야 하는 것을 전제로 한 피고의 이 사건 처분은 위법하다고 하면서 이를 취소하였다.

ii) 대법원 판결의 요지

대법원은 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부의 판단 기준에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. “행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 해당 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두4397 판결 등 참조).”

나아가 행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대

상이 되는지 여부에 대해서는 다음과 같이 판시하고 있다. “구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부 개정되기 전의 것) 관련 규정의 내용 및 취지에 의하면, 행정청은 건축신고로써 건축허가가 의제되는 건축물의 경우에도 그 신고 없이 건축이 개시될 경우 건축주 등에 대하여 공사 중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제69조 제1항), 그 시정명령을 받고 이행하지 않은 건축물에 대하여는 해당 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 않도록 요청할 수 있으며(제69조 제2항), 그 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 하고(제69조 제3항), 나아가 행정청은 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주 등에 대하여는 이행강제금을 부과할 수 있으며(제69조의2 제1항 제1호), 또한 건축신고를 하지 않은 자는 200만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제80조 제1호, 제9조). 이와 같이 건축주 등은 신고제 하에서도 건축신고가 반려될 경우 해당 건축물의 건축을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 해당 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다.”

“이와 달리, 건축신고의 반려행위 또는 수리거부행위가 항고소송의 대상이 아니어서 그 취소를 구하는 소는 부적법하다는 취지로 판시한 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 97누3187 판결, 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두10189

판결, 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해와 저촉되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.”

“도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 시행규칙 제18조 제3항은 “녹지의 설치시에는 녹지로 인하여 기존의 도로가 차단되어 통행을 할 수 없는 경우가 발생되지 아니하도록 기존의 도로와 연결되는 이면도로 등을 설치하여야 한다.”고 규정하고 있고, 구 도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙(2010. 3. 16. 국토해양부령 제230호로 개정되기 전의 것) 제10조 제13호 후문도 같은 취지로 규정하고 있다. 이와 같이, 이 사건 진입도로는 완충녹지 지정 전부터 존재하던 도로로서 아직 녹지가 조성되지 아니한 상태에 있고, 행정청이 녹지를 설치하는 때에는 녹지로 인하여 기존의 도로가 차단되어 통행을 할 수 없는 경우가 생기지 아니하도록 기존의 도로와 연결되는 이면도로 등을 설치하여야 한다는 것이므로, 이 사건 진입도로로써 이 사건 토지에 대한 진입로가 확보되었다고 보는 것이 옳고, 따라서 피고가 이 사건 건축신고 등을 반려한 것은 잘못이다.”

2) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결

대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 이후에 동 판결과 같은 논리로 본 판결에서 행정청의 착공신고 반려행위의 처분성을 인정하여 항고소송의 대상이 된다고 판시하였다.

(가) 사건 개요

원고들은 2006. 12. 20. 피고(인천광역시 부평구청장)로부터 인천 부평구

C, D, E 대지면적 1,345㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 지상에 근린생활시설을 신축하기 위한 건축허가를 받았다. 피고는 2007. 12. 28. 주택재개발 정비예정구역(F, G, H, I, J) 내 건축허가제한지정을 위한 주민의견 청취공고를 하고, 2008. 1. 28. 인천광역시 부평구청 공고 제131호로 공고일로부터 2년간 인천 부평구 F구역 22,712㎡에 대하여 구 건축법(2008. 2. 20. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제12조에 의하여 건축물의 신축, 증축, 착공신고 등의 건축행위를 제한한다는 취지의 공고를 하였다.

이후 원고들은 2008. 4.경 피고에게 위 건축허가에 따른 착공신고를 하였는데, 피고는 2008. 4. 15. 원고에 대하여 이 사건 토지가 위치한 지역은 F 주택재개발 정비예정구역으로 위 건축허가 제한 공고에 의하여 건축물의 착공이 제한된다는 이유로 착공신고처리가 불가하다고 통지하였다(이하 ‘이 사건 수리거부행위’라고 한다).

(나) 판결 요지

i) 제1심²⁶⁶⁾ 및 원심²⁶⁷⁾ 판결의 요지

제1심 및 원심은 “건축법 및 행정절차법의 각 규정을 종합하여 보면, 건축허가를 받거나 건축신고를 마친 건축주가 건축물의 공사를 착수하고자 할 경우 건축허가권자에게 소정의 요건을 갖춘 착공신고를 하면 그 접수 시에 착공신고의 효력을 인정하되, 그 착공신고 시부터 신고를 받은 행정관청이 그 착공신고를 토대로 사후 감독을 하여 건축관계법령상의 위반사항이 발견되면 그때 비로소 구 건축법 제69조의 공사중지, 철거, 시정조치를 명하는 등으로 대처하겠다는 데에 건축법상의 착공신고제도의 입법취지가 있다 할

266) 인천지방법원 2009. 5. 21. 선고 2008구합3016 판결.

267) 서울고등법원 2010. 3. 18. 선고 2009누16819 판결.

것이다. 따라서 착공신고자가 앞서 본 건축법령에 따른 형식적 요건을 갖추어 허가권자에게 적법하게 착공신고를 함으로써 그 신고를 받은 행정관청이 보완요구 없이 이를 접수한 때에는 그때부터 위 행정관청의 수리 여부와 관계없이 구 건축법 제16조 소정의 착공신고의무를 이행한 것으로 보게 되는 법적 효력이 발생한다 할 것이므로, 허가권자로서는 신고서 기재사항의 흠, 첨부서류의 미비 등 행정절차법 제40조 제2항 각 호 소정의 형식적 요건상의 하자가 없는 한 착공신고를 수리하여야 하고, 실제적인 사유를 내세워 착공신고의 수리를 거부할 수는 없다고 할 것이며, 설령 허가권자가 실제적인 이유를 들어 착공신고를 반려하였다 하더라도 착공신고의 효력에는 아무런 영향이 없다고 보아야 할 것이다. 착공신고의 법적 성질 및 건축 관계법령의 내용을 종합하여 볼 때, 건축허가를 받은 건축주는 허가권자에게 건축관계자 상호 간의 계약서 등을 첨부하여 착공신고를 하고 그 수리 여부에 상관없이 공사에 착수하면 되는 것이지 착공신고가 수리되어야 비로소 공사에 착수할 수 있다고 볼 수 없으며, 허가권자가 착공신고를 수리하여 착공신고필증을 교부하는 행위는 착공신고를 받은 사실을 확인하는 의미의 사실로서의 신고수리행위에 불과하므로 착공신고의 수리거부행위로 인하여 그 신고인에게 어떠한 권리를 설정하거나 의무를 부담하게 하는 등 신고인의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초래하지는 않는다. 결국 착공신고 수리거부행위는 행정소송법 제4조 소정의 항고소송의 대상이 되는 같은 법 제2조 제1항 제1호 소정의 행정처분이라고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.

ii) 대법원 판결의 요지

반면 대법원은 행정청의 행위가 항고소송 대상이 되는지를 판단하는 기준에 대해서 “행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제

는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결, 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조)”라고 판시하였다.

행정청의 착공신고 반려행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부에 대해서는 다음과 같이 판시하였다. “구 건축법(2008. 3. 21. 법률 제8974호로 전부개정되기 전의 것)의 관련 규정에 따르면, 행정청은 착공신고의 경우에도 그 신고 없이 착공이 개시될 경우 건축주 등에 대하여 공사중지·철거·사용금지 등의 시정명령을 할 수 있고(제69조 제1항), 그 시정명령을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여는 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 않도록 요청할 수 있으며(제69조 제2항), 그 요청을 받은 자는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 하고(제69조 제3항), 나아가 행정청은 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 건축주 등에 대하여는 이행강제금을 부과할 수 있으며(제69조의2 제1항 제1호), 또한 착공신고를 하지 아니한 자는 200만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제80조 제1호, 제9조). 이와 같이 건축주 등으로서는 착공신고가 반려될 경우 당해 건축물의 착공을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 당해 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 착공신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날

수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합한다. 그러므로 이 사건 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보는 것이 옳다.”라고 판시하였다.

(3) 검토

자기완결적 신고의 수리는 단순한 접수행위로서 법적효과를 발생시키지 않는 사실행위이기 때문에 자기완결적 신고인 건축신고의 경우 행정청의 수리는 물론 수리거부 역시 처분성을 인정하지 않았다. 이처럼 대법원은 건축신고를 수리를 요하지 않는 신고로 보고, 그 신고의 수리행위 및 반려조치는 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 변동을 초래하는 행정처분이라 할 수 없다는 입장을 보여 왔다. 이는 종래 행정처분의 개념을 이해함에 있어서 대체로 실제법상 행정행위 개념에 가까운 태도라고 하겠다.²⁶⁸⁾ 이에 따라 건축주의 입장에서는 건축신고가 반려될 경우 그 반려행위 자체에 대하여 다투지 못하여 건축을 개시해도 되는지 알 수 없게 되고, 만약 건축을 개시하더라도 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이와 같은 까닭으로 종래 판례 입장이 과연 타당한지에 관하여 다시 검토할 필요성이 제기되었다.

대법원은 두 사건에서 자기완결적 신고인 건축신고의 반려행위와 착공신고의 반려행위 모두 “항고소송의 대상으로서의 처분”으로 인정하였다.²⁶⁹⁾ 실

268) 살펴 보았듯이 종래의 판례가 전부 실제법상 처분개념설을 취한 것은 아니고, 판례 중 일부는 정송법적인 관점에서 행정처분의 개념을 해석한 것으로 보이는 것도 있다. 대법원 1984. 2. 14. 선고 82누370 판결, 대법원 1993. 12. 10. 선고 93누12619 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두1316 판결 등이 그것이다. 판례는 행정처분성을 판단함에 있어 종래의 행정행위 개념에 의한 처분개념을 먼저 실시한 후 국민의 불이익에 대한 구제수단의 필요 등도 고려할 요소로 추가하고 있는 등, 행정처분의 개념에 관하여 실제법적인 이론적 틀을 유지하면서도 국민의 권익구제의 필요성 등 정송법적인 판단기준을 추가하는 방법으로 행정처분의 개념의 폭을 넓히고 있다. 신안재, “건축신고 반려행위의 처분성”, 재판과 판례 제21집, 대구판례연구회, 2012, 92-94면 참조.

제로 ‘건축신고 반려행위’에 관한 판결 이후에 이 대상판결과 같은 논리로 ‘착공신고 반려행위’의 처분성도 인정하여 항고소송의 대상이 된다고 판시하고 있다. 이제 이 판결로 인해 건축신고인의 입장에서는 건축신고 반려행위 및 착공신고 반려행위를 거부처분으로써 다룰 수 있게 된 것이다.

수리를 요하는 신고의 경우에는 그 신고의 반려행위나 수리거부는 행정처분으로서의 성질을 가지므로 처분성을 인정할 수 있다. 그러나 자기완결적 신고라고 하더라도 그 반려행위(수리거부)로 인하여 신고인이 관련 법령에 따라 받게 되는 현실적인 불이익 등이 있고, 적법한 신고인지 즉 형식적 요건에 관한 심사는 행정청이 하는 것이어서 형식적 요건에 관한 다툼도 있을 수 있어, 그 반려행위(수리거부)가 거부처분의 요건을 충족한다면 항고소송의 대상이 된다고 할 것이다. 신고거부의 경우에는 종래 항고소송의 대상적격인 거부처분의 요건으로서 공권력 행사의 요청과 거부행위의 신청인에 대한 법률관계의 영향 및 신청권의 존재여부가 문제될 수 있다. 우선 건축법 제14조 등의 건축신고 규정에 따라 신고권의 인정에는 문제가 없다 하겠다. 또한 신고거부시 건축법 제79조 제1항에 따른 시정조치와 제2항에 따른 관허사업의 제한, 제80조에 따른 이행강제금, 제111조에 따른 벌금 등의 우려 등 신고인에게는 관련 법령에 따른 현실적인 불이익도 있게 되어, ‘국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위’에도 해당된다 할 것이다. 이와 같이 신고인의 법률관계에 영향을 미친다고 할 것이므로 두 번째 거부처분의 요건도 충족된다고 볼 것이다. 그런데 수리를 요하지 아니하는 신고의 거부가 거부처분의 첫 번째 요건인 공권력 행사의 거부로 볼 수 있는지 문제될 수 있다. 비록 수리를 요하지 아니하는 신고여서 신고필증은 신고접수의 확인이라는 사실행위에 불과하다 하더라도 이를 받지 못한 경우에 신고인은 위와 같은 불이익의 우려

269) 김중권 교수는 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결에 대해 ‘코페르니쿠스적 전환’이라고 표현으로 평하였다(김중권, 앞의 기사(각주 14)). 신고제의 대표라 할 수 있는 건축신고에 대해 그동안 고수해 오던 대법원의 입장을 180도 변경하여, 좀 더 국민의 입장에서 권익구제에 집중하여 변경하고 결정판 판결이기 때문이다.

로 건축행위로 나아가지 못하는 상황에 놓이게 된다. 따라서 신고인으로서의 건축신고의 경우에는 신고필증 교부가 이러한 불안을 해소할 수 있는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력 행사의 요청이라고 볼 여지가 충분하다고 해석된다. 이렇게 하여 거부처분의 처분성의 확대는 거부처분개념요소 중 ‘공권력의 행사의 요청’ 및 ‘국민에게 권리의무에 영향을 미치는 행위’의 개념을 완화·해석하여 불이익 침해 이전의 단계에서 사전에 권익침해를 해소하는데 있다고 하겠다. 따라서 수리를 요하지 않는 건축신고라 하더라도 그 수리 거부 또는 반려행위에 관하여는 처분성을 인정함이 타당하다고 생각한다.²⁷⁰⁾ 판례 역시 처분성을 인정하는 근거로 “건축주 등으로서는 신고제 하에서도 건축신고(착공신고)가 반려될 경우 해당 건축물의 건축(착공)을 개시하면 시정명령, 이행강제금, 벌금의 대상이 되거나 해당 건축물을 사용하여 행할 행위의 허가가 거부될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 된다”는 점을 들고 있다. 다만, 위의 두 판결에서 대법원은 ‘건축신고 반려행위 및 착공신고 반려행위의 처분성’을 설명하는데 있어 거부처분의 개념(요소)을 설명하지 않고 있다는 점은 아쉬운 부분이라 하겠다.²⁷¹⁾

자기완결적 신고라고 하더라도 ‘적법한 신고 즉 요건을 갖춘 신고’이어야 신고대상행위를 할 수 있으므로, 적법한 신고 즉 요건을 갖춘 신고인지 여부에 관하여 신고인과 행정청 사이에 다툼이 있을 수 있고, 그러한 다툼은 결국 법원이 확인할 문제이다. 따라서 ‘자기완결적 신고’라 하여도 그 반려

270) 다만, 대상판결이 건축신고 반려행위의 처분성을 인정하고 있다고 하여도, 인·허가 의제 사항과 관련 없는 건축행위의 신고에 관하여는 여전히 ‘수리를 요하지 않는 신고’이기 때문에, 이러한 건축신고에 관하여는 적법한 건축신고만 하면 건축신고인은 행정청의 수리 거부 또는 반려행위가 있다고 하여도 건축행위에 나아갈 수 있는 것이지 반드시 그 수리 거부 또는 반려행위 처분의 취소를 구한 후에 건축행위로 나아가야 하는 것은 아니라 할 것이다. 다만 적법한 신고인지 여부 등 법적 불안을 해소하기 위하여 건축행위 전에 수리거부의 위법 여부를 가리는 소송을 제기하는 것은 건축신고인의 자유에 속한다고 볼 수 있다. 고규정, 앞의 논문, 759면.

271) 김남진 교수는 “대법원이 ‘건축신고반려행위의 처분성을 설명하는데 불필요한 장광설을 늘어놓고 있음은 이해할 수 없는 일이다”라고 평하였다. 김남진, 앞의 기사(각주 249), 13면.

행위는 항고소송의 대상이 되는 행정소송법상의 처분으로 인정할 필요가 있다고 할 것이다.

Ⅲ. 소결

종래 통설과 판례는 자기완결적 신고의 수리는 단순한 접수행위로서 법적 효과를 발생시키지 않는 사실행위이므로 그 수리행위나 수리거부행위는 원칙상 항고소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 하였다. 이에 반하여 수리를 요하는 신고에 있어서는 신고수리도 처분성이 인정되어 제3자가 이를 다룰 수 있고 신고수리거부도 처분성이 인정된다고 보았다. 이처럼 대다수의 견해는 신고의 수리여부(성질)와 수리거부의 처분성 문제를 연결지어 설명하고 있다. 그러나 건축신고 반려행위에 처분성을 인정하는 문제와 건축신고의 법적 성격을 어떻게 볼 것이냐의 문제는 건축신고를 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 견해에서만 그 반려행위에 항고소송의 대상으로서의 처분성이 인정된다고 볼 것은 아니다. 즉, 신고의 수리 및 수리거부의 처분성여부 문제는 신고의 성질이 수리를 요하는 신고인지의 여부와 관계없이 항고소송의 대상적격의 범위확정의 문제라 할 것이다.²⁷²⁾ 대법원 역시 신고의 성질과 권리구제를 위한 항고소송의 대상적격인 처분성 유무는 따로 구별한 것으로 보인다. 따라서 변경된 판례에서와 같이 건축신고가 수리를 요하는 신고인지 요하지 않는 신고인지의 여부를 논하지 않고, 건축신고 수리(접수)가 반려될 경우 신고인이 불이익을 받을 위험 등 법적 지위가 불안정하게 될 수 있으므로 처분성을 인정함이 타당하다 할 것이다.

272) 同志: 고규정, 앞의 논문, 759-760면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 50면.

제5절 건축법상 신고에 관한 규정들의 수리필요여부의 검토

I. 서설

건축법에는 넓은 의미의 건축신고로 불리지만, 건축법 제14조에 의한 건축신고가 아닌 제도(신고)들이 있다. 예를 들면, 건축사항의 변경(제16조), 건축물철거신고(제36조) 등이 그것이다. 이러한 신고는 자기완결적 신고에 해당하며, 행정청에 정보를 제공하는 것만으로도 그 의무가 이행된다고 할 수 있다. 그러나 이러한 건축법상의 신고제도와 건축허가를 갈음하는 건축신고는 법적 성격이 다른 것이며, 개념상 구별되어야 할 것이다.²⁷³⁾ 신고라고 규정되어 있지만, 실질적으로 수리를 요하는 신고가 있는 반면, 신고라고 규정되어 있지 않지만, 신고의 성질을 갖는 경우도 존재한다. 이하에서는 건축법상의 규정된 모든 신고가 실질적으로 어떠한 법적 성질을 가지고 있는지, 그리고 (자기완결적) 신고의 성질을 갖고 있지만 다른 용어로 규정되어 있는 제도들에 대해 분석해 보도록 하겠다.

II. 건축물의 건축에 관한 신고의 경우

1. 제14조의 건축신고

(1) 법률의 규정

건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다(건축법 제11조 제1항). 그러나 이에 해당하는

273) 김종보, 앞의 책, 139면.

허가 대상 건축물이라 하더라도 일정 규모 이하의 건축물에 대하여는 미리 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다(동법 제14조 제1항). 즉, i) 바닥면적의 합계가 85제곱미터이내의 증축·개축 또는 재축, ii) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 관리지역·농림지역 또는 자연환경보전지역에서 연면적 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축, 다만 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제51조 제3항에 따른 지구단위계획구역에서의 건축은 제외, iii) 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선, iv) 주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선, v) 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령이 정하는 건축물의 건축 등이다(건축법 제14조 제1항 제1호 내지 제5호).

(2) 내용

건축신고란 상대적으로 규모가 작은 건축을 함에 있어서 사전에 행정청에 신고를 하는 것을 말한다. 이를 정하고 있는 것이 건축법 제14조이며, 이에 따라 건축허가대상이라도 건축신고사항으로 규정되면 건축신고만으로 건축허가를 받은 것이 된다. 건축법에 따라 건축물의 건축·대수선 또는 설계변경의 신고를 하려는 자는 건축·대수선·용도변경신고서에 배치도·평면도·입면도·단면도 및 실내마감도, 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 해당법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류, 건축할 대지의 범위에 관한 서류, 건축할 대지의 소유 또는 사용에 관한 권리를 증명하는 서류를 첨부하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제12조 제1항). 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 그 신고

의 내용에 따라 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다(동조 제3항).

(3) 법적 성질

건축법 제11조는 모든 건축물을 원칙적으로 건축허가 대상으로 분류하고, 동법 제14조에서 건축허가 대상이나 절차를 간소화하기 위하여 ‘신고’로서 허가를 갈음할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 신고인이 동법 제14조 제1항의 건축신고 대상 건축물에 관하여 적법한 요건을 갖춘 건축신고를 하면 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요 없이 건축행위를 할 수 있다. 이러한 건축신고는 자기완결적 신고에 해당되어 수리를 요하지 않으며, 적법한 신고가 있으면 신고의무를 이행한 것이 된다. 동법 제14조와 동법 시행규칙 제12조 제1항의 규정을 보더라도 행정청에게 건축신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않다. 통설은 건축신고를 자기완결적 신고로 보고 있다.²⁷⁴⁾ 판례는, “건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한(형식적) 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별도의 조치를 기다릴 필요는 없는 것이며, 실체적인 이유로 그 수리를 거부할 수는 없으므로 형식적 요건에 흠결이 없는 신고에 대하여 실체적인 사유를 들어 신고서를 반려하였다 하더라도 그 신고의 효력은 발생한다”고 판시하여 건축신고를 자기완결적 신고로 보고 있다.²⁷⁵⁾

274) 김동희, 앞의 책, 121면; 김향기, 앞의 책, 103면; 류지태/박종수, 앞의 책, 131면; 정하중, 앞의 책, 113면.

275) 대법원 1968. 4. 30. 선고 68누12 판결; 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2468 판결; 대법원 1993. 7. 6. 선고 93마635 판결; 대법원 1999. 12. 24. 선고 98다57419 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결 등.

2. 제16조의 허가과 신고사항의 변경허가·신고

(1) 개념

건축주는 건축허가나 건축신고 사항을 변경하려면 변경하기 전에 허가권자의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다(건축법 제16조 제1항). 허가과 신고사항의 변경은 건축물의 물리적 설계가 변경되는 경우(동법 시행령 제12조 제1항 제1호, 제2호)와 건축주 등 건축관계인이 변경되는 경우(동항 제3호)로 나뉜다. 한편 허가 또는 신고대상 중의 일부는 반드시 사전허가 또는 신고의 필요가 없고, 사후에 사용승인과 함께 일괄신고하면 되는 사항이 있다(동법 제16조 제2항).

1) 설계변경

건축물의 건축은 건축허가를 받은 사항대로 시공되어야 하며, 건축주 또는 시공자가 건축허가 후 임의대로 설계도와 다른 형태·용도의 건축물로 변경하는 것은 금지된다. 만약 건축허가와 내용이 다르게 시공된 경우 공사중지명령이 내려지고, 건축물의 사용승인 거부되며, 경우에 따라서는 철거명령의 대상이 될 수도 있다. 그러나 건축물의 시공과정에서 설계변경의 필요가 있을 수 있고, 건축물의 설계과정에서 확정되지 않았던 사항이 시공과정에서 문제되어 설계를 일부 변경해야 할 수도 있다.²⁷⁶⁾ 따라서 건축법에서는 설계변경 시에 건축허가나 신고를 하도록 규정하고 있는 것이다.

2) 건축주 등의 변경

276) 김종보, 앞의 책, 145면.

건축관계자란 건축허가와 건축시공의 과정에서 관련되는 건축주, 공사시공자, 공사감리자 등 건축물의 건축과 관련된 각종의 책임을 부담하는 자를 말한다. 건축허가를 발급받은 후 건축주가 변경되거나, 시공자·감리자가 변경되는 경우 책임의 소재를 명확히 하고, 새로운 관계자의 자격요건을 심사하기 위해서 행정청이 이를 알아야 하므로, 건축법은 건축관계자가 변경되는 경우 이를 신고하도록 하고 있다(동법 제16조 제1항, 동법 시행령 제12조 제1항 제3호). 설계변경은 건축허가의 변경을 의미하지만, 건축주의 변경은 기존의 건축허가를 그대로 승계하는 형태에 가깝다고 할 수 있다.²⁷⁷⁾

3) 사후일괄신고

설계변경허가나 신고사항 중 일정한 소규모 변경은 사전신고의무가 면제되고, 사용승인을 신청할 때 일괄적으로 신고를 하면 된다(동법 제16조 제2항).

(2) 법률의 규정

1) 설계변경

건축주가 건축허가나 건축신고에 따라 허가를 받았거나 신고한 사항을 변경하려면 변경하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 허가권자의 허가를 받거나 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 신축·증축·개축·재축·이전·대수선 또는 용도변경에 해당하지

277) 김종보, 앞의 책, 148면.

아니하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다(동법 제16조 제1항).

2) 건축주 등의 변경

건축주·공사시공자 또는 공사감리자를 변경하는 경우에는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(동법 제16조 제1항).

2012년 12월 건축법 시행령의 개정으로 기존에 건축주 변경만을 신고의 대상으로 한정하였던 것을 시공자와 감리자의 변경에 대해서도 신고의무로 규정하였다.

3) 사후일괄신고

건축허가나 신고사항 중 대통령령으로 정하는 사항의 변경은 사용승인(동법 제22조)을 신청할 때 허가권자에게 일괄하여 신고할 수 있다(동법 제16조 제2항).

(3) 내용 및 대상

1) 설계변경

바닥면적의 합계가 85제곱미터를 초과하는 부분에 대한 증축·개축에 해당하는 변경인 경우에는 허가권자의 허가를 받거나, 그 밖의 경우에는 신고를 해야 하고, 신고로써 허가를 갈음하는 건축물에 대하여는 변경 후 건축물의 연면적을 각각 신고로써 허가를 갈음할 수 있는 규모에서 변경하는 경우에는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(동법 시행

령 제12조 제1항 제1호, 제2호). 허가대상에 해당하지 않는 것은 원칙적으로 신고대상이라고 할 수 있다. 신고의 대상이 되지 않는 설계변경은 건축물의 건축행위인 신축·증축·개축·재축·이전·대수선 또는 용도변경에 해당하지 않는 변경을 말한다(동법 제16조 제1항 단서, 동법 시행령 제12조 제2항). 이는 건축허가의 대상도 되지 아니하므로 설계변경을 자유롭게 할 수 있다.

2) 건축주 등의 변경

건축주 등의 변경은 건축법 제16조의 신고대상으로 시행령에서 규정하고 있다(동법 제16조 제1항, 동법 시행령 제12조 제1항 제3호). 그런데 이러한 신고의무를 구체적으로 정하도록 법률이 위임하지 않았음에도 불구하고 건축법 시행규칙 제11조에서는 건축관계자변경신고²⁷⁸⁾에 대해서 규율하고 있다.

허가를 받거나 신고를 한 건축주가 허가 또는 신고 대상 건축물을 양도한 경우, 허가를 받거나 신고를 한 건축주가 사망한 경우, 허가를 받거나 신고를 한 법인이 다른 법인과 합병을 한 경우 등 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하거나 합병에 의하여 설립되는 법인은 그 사실이 발생한 날부터 7일 이내에 건축관계자변경신고서에 변경 전 건축주의 명의변경동의서 또는 권리관계의 변경사실을 증명할 수 있는 서류를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제11조 제1항). 건축주는 공사시공자 또는 공사감리자를 변경한 때에는 그 변경한 날

278) 건축주는 건축행위 중간에 변경될 수도 있고, 건축행위가 완료되어 사용승인을 받은 이후에 변경될 수도 있다. 건축물에 대한 사용승인이 발급되고 건축물대장이 편성되고 나면 건축물대장상 건축주명의로가 정해지지만, 사용승인이 발급되기 전 단계에서는 건축물대장이 없으므로 공식적인 장부상의 '건축주명의로'가 존재하지 않는다. 따라서 사용승인이 되고 건축물대장이 작성된 이후의 '건축주명의로변경'과 여기서 말하는 '건축주변경'은 구별된다. 김종보, 앞의 책, 149면.

부터 7일 이내에 건축관계자변경신고서를 허가권자에게 제출하여야 한다(동조 제2항). 허가권자는 건축관계자변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 건축관계자변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다(동조 제3항).

3) 사후일괄신고

사후일괄신고에 해당하는 것은 건축물의 동수나 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분의 바닥면적의 합계가 50제곱미터 이하인 경우, 건축물의 동수나 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분이 연면적 합계의 10분의 1 이하인 경우, 대수선에 해당하는 경우, 건축물의 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분의 높이가 1미터 이하이거나 전체 높이의 10분의 1 이하인 경우, 허가를 받거나 신고를 하고 건축 중인 부분의 위치가 1미터 이내에서 변경되는 경우이다(동법 시행령 제12조 제3항). 이에 해당하는 설계변경은 설계변경허가 또는 신고를 하지 않아도 처벌의 대상이 되지 않으며, 사용승인 시까지만 이를 일괄신고하면 되는 것이다. 그러나 이에 해당하는지 아니면 사전허가 또는 사전신고의 대상인지에 대한 판단은 건축주의 책임이 되며, 사전허가의 대상임에도 불구하고 이를 착각하여 사후일괄신고한 경우에는 형사처벌의 대상이 된다(동법 제110조 제2호).

(4) 법적성질

1) 설계변경

건축법에서는 설계변경을 허가제와 신고제로 나누어 규정하고 있고, 허가

대상과 신고대상을 나누고 있다. 또한, 설계변경허가와 설계변경신고사항(동법 제111조 제1호)의 위반 및 불이행 시에 각기 다른 형벌을 마련하고 있다. 따라서 설계변경허가는 수리를 요한다고 할 수 있고, 설계변경신고는 자기완결적 신고라고 하겠다.

2) 건축주 등의 변경

건축주 등의 변경신고는 형식적 요건을 갖춘 적법한 신고가 이루어졌다면 그 의무가 이행되는 것으로 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고라 할 수 있겠다. 건축법 시행규칙 제11조 제3항에서 “허가권자는 건축관계자변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 건축관계자변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다”고 규정함으로써 행정청에게 건축주 등의 변경신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않음을 알 수 있다. 판례는 건축관계자변경신고에 관하여 “허가권자는 형식적 요건을 갖춘 적법한 건축관계자변경신고가 있는 때에는 그 기재 내용을 확인한 후 이를 수리하여야 할 것이고, 원칙적으로 실체적인 이유를 내세워 그 신고의 수리를 거부할 수 없다”라고 판시하여 자기완결적 신고로 보고 있다. 그리고 “건축관계자변경신고가 실체적으로 적법한지 여부를 심사할 권한이 없는 피고가 실체적인 이유로서 건축관계자변경신고의 수리시 심사할 수 없는 사항인 건축주들의 위임장에 관한 유효 여부를 문제삼아 건축주 전원의 건축관계자변경신고 동의서를 제출하도록 요구한 후 그 불이행을 사유로 위 각 건축관계자변경신고수리를 취소한 것은 위법하다”고 판시하고 있다.²⁷⁹⁾

3) 사후일괄신고

279) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005두10552 판결.

허가대상 또는 신고대상을 구별하지 않고 사후일괄신고에서는 모두 신고 사항이 된다. 사후일괄신고 대상에 해당하는 설계변경은 설계변경허가 또는 신고를 하지 않아도 처벌의 대상이 되지 않으며, 사용승인 시까지만 이를 일괄신고하면 된다. 일괄신고는 원칙적으로 사용승인에 포함되므로 독자적으로 처분성을 갖지 못한다. 사후일괄신고는 사후에 이루어지는 신고로써, 자기완결적 신고에 해당한다고 하겠다.

3. 제19조의 용도변경

(1) 개념

용도변경이란 건축허가 및 사용승인을 받은 건축물을 전제로, 건축물대장상 그 건축물의 기존 용도를 대신하여 새로운 용도의 건축물로 변경하는 행위를 말한다.²⁸⁰⁾ 기존 건축물이 가지고 있는 중요한 용도를 변경시키는 것이므로 건축법은 용도변경에 대해 허가를 받거나 신고를 해야 하는 것으로 규정하고 있다. 건축법상의 용도변경행위는 반드시 유형적 변경을 수반하여야 하는 것은 아니며, 이미 용도변경된 건물의 승계인이 그 변경된 용도로 계속 사용하는 것도 용도변경행위에 해당한다.²⁸¹⁾ 용도변경은 대지상 새로운 용도의 건축물을 만든다는 점에서는 신축과 공통점을 갖지만, 기존 건축물을 전제로 한다는 점에서 신축과 구별되고, 증축·개축과 유사하지만, 기존 건축물의 외관에 변화를 가져오지 않는다는 점에서는 증축이나 개축과 다르

280) 김종보, 앞의 책, 157면; 손우태, “건축물 용도변경의 법적 성질”, 검찰 제1집(통권 제104호), 1993, 182면.

281) 대법원 1987. 8. 18. 선고 87도1333 판결; 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1580 판결; 대법원 1989. 12. 12. 선고 89도9 판결; 대법원 1990. 4. 13. 선고 89도2525 판결; 대법원 1991. 3. 27. 선고 90도2860 판결; 대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1647 판결; 대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5396 판결 등.

다.²⁸²⁾

(2) 법률의 규정

사용승인을 받은 건축물의 용도를 변경하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다(동법 제19조 제2항). 허가 대상은 하위시설군에서 상위시설군으로 이전하는 경우이고, 신고대상은 상위시설군에서 하위시설군으로 변경하는 경우이며(동법 제1호, 제2호), 같은 시설군 안에서의 용도변경은 건축물대장 기재내용의 변경을 신청하여야 한다(동조 제3항).

(3) 대상 및 절차

허가 및 신고, 그리고 건축물대장의 기재내용변경의 용도변경 시설군에 속하는 건축물의 용도는 다음과 같다. 1. 자동차 관련 시설군에는 자동차 관련 시설이 포함되고, 2. 산업 등 시설군에는 운수시설, 창고시설, 공장, 위험물저장 및 처리시설, 자원순환 관련 시설, 묘지 관련 시설, 장례식장이 포함되며, 3. 전기통신시설군에는 방송통신시설, 발전시설이 포함되고, 4. 문화집회시설군에는 문화 및 집회시설, 종교시설, 위락시설, 관광휴게시설이 포함되며, 5. 영업시설군에는 판매시설, 운동시설, 숙박시설, 제2종 근린생활시설 중 다중생활시설이 포함되고, 6. 교육 및 복지시설군에는 의료시설, 교육연구시설, 노유자시설(老幼者施設), 수련시설이 포함되며, 7. 근린생활시설군에는 제1종 근린생활시설, 제2종 근린생활시설이 포함되고, 8. 주거업무시설군에는 단독주택, 공동주택, 업무시설, 교정 및 군사시설이 포함되며, 9. 그 밖

282) 김종보, 앞의 책, 158면.

의 시설군에는 동물 및 식물 관련 시설이 포함된다(동법 제19조 제4항, 동법 시행령 제14조 제5항).²⁸³⁾ 이처럼 건축법상 용도변경은 그 통제의 강도에 따라 크게 허가대상인 용도변경, 신고대상인 용도변경, 건축물대장의 기재내용변경만을 신청하면 되는 용도변경의 세 가지로 나뉜다. 그러나 그 처벌에 관해서는 구별하고 있지 않다(동법 제108조, 제110조).

용도변경의 신고를 하려는 자는 건축·대수선·용도변경신고서에 용도를 변경하고자 하는 층의 변경 전·후의 평면도와 용도변경에 따라 변경되는 내화·방화·피난 또는 건축설비에 관한 사항을 표시한 도서 등의 서류를 첨부하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제12조의2 제1항). 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 발급하여야 한다(동조 제3항).

(4) 법적성질

용도변경은 허가를 받거나 신고를 하여야 적법하게 용도변경행위를 할 수 있다. 용도변경은 기존용도와 변경되는 용도의 법규제 정도의 차이에 따라 허가대상과 신고대상이 나누어진다. 용도변경신고와 건축물대장의 기재내용변경만을 신청하면 되는 용도변경신고는 한 조문 안에 허가와 신고를 병렬적으로 열거해 놓은 입법취지에 따라서 자기완결적 신고의 성격을 갖는다 하겠다. 동법 시행규칙 제12조의2 제3항에서 “특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 발급하여야 한다”고 규정함으로써 행정청에게 용도변경신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심

²⁸³⁾ 번호가 낮은 시설군이 상위시설군으로 더 위험한 것이고, 번호가 높은 시설군이 하위시설군으로 상대적으로 위험요소가 많지 않은 것으로 보면 된다.

사권한을 부여하고 있지 않음을 알 수 있다. 판례 또한 “구 건축법(2005. 11. 8. 법률 제7696호로 개정되기 전의 것) 제14조의 규정 취지 등에 비추어 볼 때, 건축물의 용도변경신고가 변경하고자 하는 용도의 건축기준에 적합한 이상 행정청으로서는 관계 법령이 정하지 않은 다른 사유를 내세워 그 용도 변경신고의 수리를 거부할 수 없다”고 판시하여 용도변경신고를 자기완결적 신고로 보고 있다.²⁸⁴⁾

4. 제21조의 착공신고

(1) 개념

착공신고(着工申告)란 건축허가 또는 건축신고가 발급된 경우 건축주가 공사계획을 신고하는 것을 말한다.²⁸⁵⁾ 건축주는 계약서의 사본 및 건축물의 용도·규모 및 형태 등에 관한 사항과 기술적 사항이 표시된 설계도서 등을 제출하여야 한다(건축법 제21조 제4항, 동법 시행규칙 제14조 제1항).

(2) 법률의 규정

건축허가 및 건축신고 또는 가설건축물의 허가 규정에 따라 허가를 받거나 신고를 한 건축물의 공사를 착수하려는 건축주는 국토교통부령으로 정하

284) 대법원 2000. 2. 25. 선고 97누6414 판결; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004두6006 판결; 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005두17201 판결.

285) 과거에는 건축허가를 받거나 신고를 하지 아니하여도 되는 건축물에 대해서도 건축공사를 하는 때에는 착공신고를 하여야 하고, 공사를 완료한 때에는 사용승인을 받도록 되어 있었다. 그러나 대부분의 건축주는 착공신고를 하고 사용승인을 받아야 할 의무가 있음을 모르고 이를 하지 않아 건축법위반으로 고발되는 사례가 적지 아니하여 1999년 건축법 개정시 건축허가를 받거나 신고를 하지 아니하여도 되는 건축물을 아예 착공신고 및 사용승인대상에서 제외하였다. 정태용, “건축법 및 건축법시행령”, 법제 통권 제497호, 1999. 5, 88면.

는 바에 따라 허가권자에게 공사계획을 신고하여야 한다. 다만, 건축물의 철거를 신고할 때 착공 예정일을 기재한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제21조 제1항).

(3) 절차

건축공사의 착공신고를 하려는 자는 착공신고서에 건축관계자 상호간의 계약서 사본의 서류와 설계도서 중 시방서, 실내마감도, 건축설비도, 토지굴착 및 옹벽도와 토지굴착 및 옹벽도 중 흙막이 구조도면의 도서를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제14조 제1항). 공사계획을 신고하거나 변경신고를 하는 경우 해당 공사감리자와 공사시공자가 신고서에 함께 서명하여야 한다(동법 제21조 제2항).²⁸⁶⁾ 허가권자는 착공신고서 또는 착공연기신청서를 받은 때에는 착공신고필증 또는 착공연기확인서를 신고인 또는 신청인에게 교부하여야 한다(동조 제4항).

(4) 법적성질

착공신고는 건축법에 규정된 적법한 요건과 절차를 갖춘 신고를 하면 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요가 없는 자기완결적 신고라고 할 수 있다. 동법 시행규칙 제14조 제4항에서 “허가권자는 착공신고서를 받은 때에는 착공신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다”고 규정함으로써 행정청에게 착공신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않음을 알 수 있다.

286) 건축법에 공사감리자의 서명을 요하도록 한 취지는, 공사감리자의 책임과 보증 하에 준공 신고를 하도록 함이 위법건축물이 건축되는 것을 방지하기 위한 공익적 목적을 위해서이다 (대법원 1992. 11. 24. 선고 91누12172 판결).

대법원은 행정청의 착공신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 보고 착공신고의 거부에 대해 처분성을 인정하고 있다.²⁸⁷⁾ 자기완결적 신고의 경우에도 수리(접수)가 반려될 경우 신고인이 불이익을 받을 위험 등 법적 지위가 불안정하게 될 수 있으므로 처분성을 인정할 수 있다. 이에 대해 신고의 성질 즉, 수리를 요하는 신고인지의 여부와 수리 및 수리거부의 처분성 여부 문제를 연결 지어 파악하는 입장에서는 착공신고의 거부에 대해 처분성이 인정되므로 착공신고를 수리를 요하는 신고로 보는 견해도 있을 수 있지만, 신고의 수리 및 수리거부의 처분성 여부 문제는 대법원 판결과 같이 신고의 성질이 수리를 요하는 신고인지의 여부와 관계없이 항고소송의 대상적격의 범위확정의 문제라 할 것이다. 따라서 착공신고 거부행위에 대해 처분성이 인정된다고 하여 수리를 요하는 신고로 볼 것이 아니라 착공신고는 자기완결적 신고라 할 것이다.

5. 제25조의 공사감리자의 보고

(1) 개념

‘공사감리자’란 자기의 책임으로 건축법이 정하는 바에 따라 건축물, 건축설비 또는 공작물이 설계도서²⁸⁸⁾의 내용대로 시공되는지를 확인하고, 품질관리·공사관리·안전관리 등에 대하여 지도·감독하는 자를 말한다(건축법 제2조 제15호).²⁸⁹⁾ 건축주는 대통령령이 정하는 용도·규모 및 구조의 건축물을

287) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010두7321 판결.

288) ‘설계도서’란 건축물의 건축 등에 관한 공사용 도면, 구조 계산서, 시방서(示方書), 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 공사에 필요한 서류를 말한다(건축법 제2조 제14호).

289) “제반 공사관계 법규의 규정들에 의하면, 건설공사의 감리자는 제3자적인 독립된 지위에서 부실공사를 방지할 목적으로 당해 공사가 설계도서 기타 관계 서류의 내용에 따라 적합하게 시공되는지, 시공자가 사용하는 건축자재가 관계 법령에 의한 기준에 적합한 건축자재인지 여부를 확인하는 이외에도, 설계도서가 당해 지형 등에 적합한지를 검토하고, 시공계획이 채

건축하는 경우, 건축사나 대통령령으로 정하는 자를 공사감리자로 지정하여 공사감리를 하게 하여야 한다(동법 제25조 제1항). 공사감리자는 건축주의 비용으로 공적 임무를 수행하는 법적지위를 지니게 된다.

(2) 법률의 규정

공사감리자는 공사시공자가 시정이나 재시공 요청을 받은 후 이에 따르지 아니하거나 공사중지 요청을 받고도 공사를 계속하면 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 이를 허가권자에게 보고하여야 한다(동조 제3항).

(3) 절차

공사감리자는 건축공사기간 중 발견한 위법사항에 관하여 시정·재시공 또는 공사중지의 요청을 하였음에도 불구하고 공사시공자가 이에 따르지 아니하는 경우에는 시정 등을 요청할 때에 명시한 기간이 만료되는 날부터 7일 이내에 위법건축공사보고서를 허가권자에게 제출하여야 한다. 위법건축공사보고서에는 건축주·공사시공자의 정보와 대지위치, 허가일자, 착공일자, 위법사항의 발생일자 및 내용, 그리고 조치일자 및 조치내용을 포함하여 작성한다(동법 시행규칙 별지 제20호 서식).

공사감리자는 건축물 및 대지가 관계법령에 적합하도록 공사시공자 및 건축주를 지도하고, 시공계획 및 공사관리의 적정여부의 확인, 공사현장에서의 안전관리의 지도, 공정표의 검토, 상세시공도면의 검토·확인, 구조물의 위치

해의 예방, 시공상의 안전관리를 위하여 문제가 없는지 여부를 검토, 확인하여 설계변경 등의 필요 여부를 판단한 다음, 만약 그 위반사항이나 문제점을 발견한 때에는 지체 없이 시공자 및 발주자에게 이를 시정하도록 통지함으로써, 품질관리·공사관리 및 안전관리 등에 대한 기술지도를 하고, 발주자의 위탁에 의하여 관계 법령에 따라 발주자로서의 감독권한을 대행하여야 할 책임과 의무가 있다.” 대법원 2001. 9. 7. 선고 99다70365 판결.

와 규격의 적정여부의 검토·확인, 품질시험의 실시여부 및 시험성과의 검토·확인, 설계변경의 적정여부의 검토·확인, 기타 공사감리계약으로 정하는 사항의 업무를 수행한다(동법 시행규칙 제19조의2 제1항).

(4) 법적성질

하나의 건축물이 완성되기 위해서는 여러 단계의 과정을 거치게 되고 그 과정에서 여러 사람이 관여를 하게 된다. 그 중 하나가 공사감리제도로써 공사감리는 건축물의 시공에 있어 안전성을 담보하는 중요한 제도이다. 따라서 공사감리자는 감독기능을 주된 업무로 하며, 시공자가 공사감리자의 시정 또는 재시공 요청 및 공사중지의 요청에 응하지 않는 경우 허가권자에게 보고하여야 한다. 만약 이를 위반하여 보고를 하지 아니한 공사감리자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다(동법 제113조 제2항 제1호). 여기서 공사감리자가 허가권자에게 보고하는 행위는 비록 신고라는 용어를 쓰고 있지 않더라도 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무이행이 완료되는 행위라고 볼 수 있으므로 자기완결적 신고에 해당한다 할 것이다.

6. 제27조의 현장조사·검사 및 확인업무 대행의 보고

(1) 법률의 규정

허가권자는 건축법에 따른 현장조사·검사 및 확인업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 건축사법 제23조에 따라 건축사사무소개설신고를 한 자에게 대행하게 할 수 있다(동법 제27조 제1항). 이에 따라 업무를 대행하는 자는 현장조사·검사 또는 확인결과를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 허가권

자에게 서면으로 보고하여야 한다(동법 제27조 제2항).

(2) 절차

허가권자는 허가 대상 건축물 중 건축조례로 정하는 건축물의 건축허가, 사용승인 및 임시사용승인과 관련되는 현장조사·검사 및 확인업무를 건축사로 하여금 대행하게 할 수 있다. 이 경우 허가권자는 건축물의 사용승인 및 임시사용승인과 관련된 현장조사·검사 및 확인업무를 대행할 건축사를 선정하는 기준으로 해당 건축물의 설계자 또는 공사감리자가 아니며, 건축주의 추천을 받지 아니하고 직접 선정할 것을 따라야 한다(동법 시행령 제20조 제1항). 업무대행자의 업무범위와 업무대행절차 등에 관하여 필요한 사항은 건축조례로 정한다(동조 제2항).

현장조사·검사 또는 확인업무를 대행하는 자(건축사)는 허가권자에게 건축허가조사 및 검사조서 또는 사용승인조사 및 검사조서를 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제21조 제1항). 허가권자는 건축허가 또는 사용승인을 하는 것이 적합한 것으로 표시된 건축허가조사 및 검사조서 또는 사용승인조사 및 검사조서를 받은 때에는 지체 없이 건축허가서 또는 사용승인서를 교부하여야 한다(동조 제2항).

(3) 법적성질

허가대상 건축물에 대한 현장조사·검사 및 확인업무를 대행하는 자 즉 건축사는 현장조사·검사 또는 확인결과를 허가권자에게 보고하여야 한다. 즉, 건축허가조사 및 검사조서 또는 사용승인조사 및 검사조서에 현장조사 또는 설계도서검토에 관한 조사내용의 결과를 확인하고 검사한대로 적법하게 작

성하여 제출하면 되는 것이다. 이와 같이 건축사가 허가권자에게 보고하는 행위는 비록 신고라는 용어를 쓰고 있지 않더라도 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무이행이 완료되는 행위라고 볼 수 있으므로 자기완결적 신고라 할 수 있을 것이다. 동법 시행규칙 제21조 제2항에서도 허가권자는 건축허가 또는 사용승인을 하는 것이 적합한 것으로 표시된 건축허가조사 및 검사조서 또는 사용승인조사 및 검사조서를 받은 때에는 지체 없이 건축허가서 또는 사용승인서를 교부하여야 한다고 하고 있다. 만약 이에 따른 보고를 하지 아니한 자는 100만원 이하의 과태료를 부과한다(동법 제113조 제2항 제2호).

Ⅲ. 건축물의 유지와 관리에 관한 신고의 경우

1. 제35조의 건축물 정기점검 및 수시점검의 보고

(1) 개념

건축물을 10년, 20년 이상 사용하는 경우 사용승인 당시의 건축법령 및 설계도서에 적합하였더라도 건축물의 노후화, 급변하는 주변 환경 및 사용여건에 따라 현행 건축법령 및 기준에 부적합한 건축물이 많아진다. 따라서 건축물의 소유자나 관리자는 건축물, 대지 및 건축설비를 유지·관리하여야 한다(건축법 시행령 제23조). ‘건축물의 유지·관리’란 건축물의 소유자나 관리자가 건축물 사용자의 안전 및 편의 확보 등을 위하여 사용 승인된 건축물의 대지, 구조, 설비 및 용도 등을 지속적으로 유지하고 개선하는 행위를 말한다(건축물 유지·관리점검 세부기준²⁹⁰⁾ 3.1).

290) 국토교통부고시 제2013-140호.

(2) 법률의 규정

건축물의 소유자나 관리자는 건축물의 유지·관리를 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정기점검²⁹¹⁾ 및 수시점검²⁹²⁾을 실시하고, 그 결과를 허가권자에게 보고하여야 한다(건축법 제35조 제2항).

(3) 대상 및 절차

건축물의 소유자나 관리자는 정기점검이나 수시점검을 실시하였을 때에는 그 점검을 마친 날부터 30일 이내에 해당 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 결과를 보고하여야 한다(동법 시행령 제23조의5 제1항). 다중이용 건축물, 「집합건축물의 소유 및 관리에 관한 법률」의 적용을 받는 집합 건축물로서 연면적의 합계가 3천 제곱미터 이상인 건축물, 다중이용업의 용도로 쓰는 건축물로서 해당 지방자치단체의 건축조례로 정하는 건축물 중 어느 하나에 해당하는 건축물의 소유자나 관리자는 해당 건축물의 사용 승인일을 기준으로 10년이 지난 날 부터 2년마다 한 번 정기점검을 실시하여야 한다(동법 시행령 제23조의2 제1항). 건축물의 유지·관리 및 정기점검·수시점검 실시에 관한 세부기준은 유지·관리 점검자의 선정, 정기점검 및 수시점검 대가의 기준, 정기점검 및 수시점검의 항목별 점검방법, 정기점검 및 수시점검에 필요한 설계도서 등 점검 관련 자료의 수집 범위 및 검토 방법,

291) '정기점검'이란 건축물의 기능 및 안전 확보 등을 위하여 사용 승인일을 기준으로 10년이 지난날로부터 2년마다 한 번씩 건축물이 설계도서 등에 적합하게 유지·관리되고 있는지를 확인하는 점검을 말한다(건축물 유지·관리점검 세부기준 3.5).

292) '수시점검'은 건축물의 기능 및 안전 확보 등을 위하여 사용 승인일을 기준으로 10년이 지난 건축물 중에 화재, 침수 등 재해나 재난으로부터 건축물의 안전을 확보하기 위하여 필요한 경우로서 건축조례로 정하는 바에 따라 수행하는 점검을 말한다(건축물 유지·관리점검 세부기준 3.6).

그 밖에 건축물의 유지·관리 등과 관련하여 국토교통부장관이 필요하다고 인정하는 사항 등을 포함하여야 한다(동법 시행령 제23조의6 제1항).

건축물의 소유자나 관리자는 화재, 침수 등 재해나 재난으로부터 건축물의 안전을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 해당 지방자치단체의 건축조례로 정하는 바에 따라 수시점검을 실시하여야 한다(동법 시행령 제23조의2 제5항). 건축물의 소유자나 관리자가 정기점검이나 수시점검을 실시하는 경우에는 건축사사무소개설신고를 한 자나 건설기술용역업자, 건축 분야 안전진단전문기관 중 어느 하나에 해당하는 유지·관리 점검자로 하여금 정기점검 또는 수시점검 업무를 수행하도록 하여야 한다(동조 제6항). 유지·관리 점검자는 정기점검 또는 수시점검 업무를 수행한 후 건축물의 소유자나 관리자에게 건축물 유지·관리 정기(수시) 점검표를 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제23조 제1항). 건축물의 소유자나 관리자가 정기점검 또는 수시점검의 결과를 보고하는 경우에는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 건축물 유지·관리 정기(수시) 점검보고서에 건축물 유지·관리 정기(수시) 점검표를 첨부하여 제출하여야 한다(동조 제2항).

(4) 법적 성질

건축물의 소유자나 관리자는 건축물의 유지·관리를 위하여 정기점검 및 수시점검을 실시하고, 그 결과를 허가권자에게 보고하여야 한다. 즉, 관리주체는 유지·관리 점검자로부터 제출받은 점검보고서, 점검표 및 점검항목별 상세점검을 확인하고 법정 기한 내에 제출하면 되는 것이다. 만약 이에 따른 보고를 하지 아니한 자에게는 100만원 이하의 과태료가 부과된다(동법 제113조 제2항 제3호). 이와 같이 건축물의 소유자나 관리자가 허가권자에게 보고하는 행위는 비록 신고라는 용어를 쓰고 있지 않더라도 행정청에 대

하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무이행이 완료되는 행위라고 볼 수 있다. 따라서 건축물의 소유자나 관리자가 허가권자에게 보고하는 행위는 자기관결적 신고라고 볼 수 있겠다.

2. 제36조의 건축물의 철거·멸실 신고

(1) 개념

건축물이 철거된다는 것은 건축물로서의 물리적 형태와 기능을 상실한다는 것을 의미한다.²⁹³⁾ 건축법은 보통 건축물의 건축행위를 통제하는 것이 목적이기 때문에 건축물을 철거하는 행위나 재해로 멸실된 경우에 대해서는 사전에 신고할 의무만을 부여하고 있다(건축법 제36조). 건축물을 철거하거나 멸실되는 경우 이로 인해 위험이 발생할 수 있고,²⁹⁴⁾ 건축물관리대장이 정리되어야 하는 등²⁹⁵⁾ 행정목적상 행정청이 이를 알 필요가 있기 때문이다.

(2) 법률의 규정

건축물의 소유자나 관리자는 건축물을 철거하려면 철거를 하기 전에 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(동법

293) 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 행정법연구 제23호, 2009. 4, 126면.

294) “무허가로 불법재축하여 철거할 의무있는 건축물을 그대로 방치한다면 불법건축물을 단속하는 당국의 권능을 무력화하여 건축행정의 원활한 수행이 위태롭게 되고, ... 이 사건 건물은 상업지구에 위치하고 있어 다중의 출입왕래가 예상되는 지구이므로 원고의 위 재축 부분 철거의무의 불이행을 그대로 방치하는 것은 심히 공익을 해친다고 보아야 할 것이다” 대법원 1984. 9. 11. 선고 84누92 판결; 대법원 1983. 7. 26. 선고 83누20 판결 참조.

295) 건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙 제22조(건축물의 철거·멸실 등에 따른 건축물대장의 말소) 참조.

제36조 제1항). 건축물의 소유자나 관리자는 건축물이 재해로 멸실된 경우 멸실 후 30일 이내에 신고하여야 한다(동조 제2항).

(3) 절차

건축허가를 받았거나 건축신고를 한 건축물을 철거하려는 자는 철거예정일 7일 전까지 건축물철거·멸실신고서에 층별·위치별 해체작업의 방법 및 순서, 건설폐기물의 적치 및 반출 계획, 공사현장 안전조치 계획을 규정한 해체공사계획서를 첨부하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제23조 제1항). 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 건축물철거·멸실신고서를 제출받은 때에는 건축물철거·멸실신고필증을 신고인에게 교부하여야 하며, 건축물의 철거·멸실 여부를 확인한 후 건축물대장에서 철거·멸실된 건축물의 내용을 말소하여야 한다(동조 제4항).

(4) 법적 성질

건축법상의 철거·멸실 신고는 행정청에 신고함으로써 그 의무가 이행되는 자기완결적 신고라 하겠다.²⁹⁶⁾ 동법 시행규칙 제23조 제1항에서 “특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 건축물철거·멸실신고서를 제출받은 때에는 건축물철거·멸실신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다”고 규정함으로써 행정청에게 철거·멸실 신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않음을 알 수 있다. 철거·멸실 신고를 하지 아니한 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다(동법 제113조 제2항 제4호).

296) 同志: 김종보, 앞의 책, 167면.

3. 제77조의5의 건축협정운영회의 설립신고

(1) 개념

건축협정운영회란 협정체결자 간의 자율적 기구로서 협정체결자는 건축협정서 작성 및 건축협정 관리 등을 위하여 필요한 경우 건축협정운영회를 설립할 수 있다(건축법 제77조의5 제1항). 여기서 건축협정이란 토지 또는 건축물의 소유자 등이 전원의 합의로 지구단위계획구역, 주거환경개선사업 또는 주거환경관리사업을 시행하기 위하여 지정·고시된 정비구역, 존치지역, 그 밖에 건축협정인가권자가 도시 및 주거환경개선이 필요하다고 인정하여 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 구역 중 어느 하나에 해당하는 지역 또는 구역에서 건축물의 건축·대수선 또는 리모델링에 관한 협정을 말한다(동법 제77조의4 제1항). 건축협정은 일본에서 1950년대 도입된 제도로서 우리나라는 많은 논의 끝에 2013년에 도입되었으며, 주거지역에서 일조, 조망 및 주거환경 관련 이해관계를 주민간의 합의와 자율에 의해 합리적으로 관리할 수 있도록 하고자 하는 취지에서 등장한 제도이다.²⁹⁷⁾ 도심 노후 주택지는 자생적으로 형성된 주거지역이 대부분으로 도로가 협소하고 개별 주차장 확보가 쉽지 않아 현실적으로 건축물을 새로 짓거나 정비가 불가능하다. 바로 이러한 문제를 해결하기 위하여 건축협정제도가 도입된 것이며, 현지 주민이 상호 건축협정을 맺은 경우에는 건축물의 높이제한을 완화(동법 제60조) 적용하는 등 더욱 효율적인 주택정비를 할 수 있도록 하였다.²⁹⁸⁾

297) 목정훈, “건축협정을 통한 주민참여 및 저예산 건축 실천방안”, 건축 제51권 제9호, 2007. 9, 55면.

298) 국토해양부, “건축협정을 맺으면 건축이 쉬워진다”, 2012. 6, 1-2면.

(2) 법률의 규정

건축협정운영회를 설립하려면 협정체결자 과반수의 동의를 받아 건축협정운영회의 대표자를 선임하고, 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건축협정인가권자에게 신고하여야 한다. 다만, 건축협정인가 신청 시 건축협정운영회에 관한 사항을 포함한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제77조의5 제2항).

(3) 절차

건축협정운영회의 대표자는 건축협정운영위원회를 설립한 경우에는 건축협정운영회를 설립한 날부터 15일 이내에 해당 건축협정인가권자에게 건축협정운영회 설립신고서를 작성하여 신고하여야 한다(동법 시행규칙 제38조의8²⁹⁹). 건축협정운영회 설립신고서에는 명칭 및 소재지, 대표자, 건축협정회원명단, 운영 목적 및 방법 등의 내용이 포함되어야 한다(동법 시행규칙 별지 제27호의7 서식).

(4) 법적 성질

건축협정은 당사자에 의한 자율적 건축제한이고, 건축행정에 대한 주민의 자발적 참여의 의미를 가지며, 건축협정운영회는 협정체결자 간의 자율적 기구이다. 건축협정운영회의 대표자가 건축협정운영위원회를 설립하고자 할 경우에는 해당 건축협정인가권자에게 건축협정운영회 설립신고서를 작성하여 신고하면 된다. 건축협정운영회 설립신고서에 허위 없이 기재내용을 작성하여 행정청에 제출하여 접수되면 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지

299) 국토교통부 공고 제2014-968호 건축법 시행규칙 일부개정(안) 입법예고 제38조의8부터 제38조의10 신설, 2014. 10. 15. 시행.

아니하고, 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 보며, 이에 따라 법령에 규정된 법적 효과가 발생한다. 이와 같이 건축협정운영회 설립신고는 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고라고 하겠다.

IV. 공작물 축조신고 및 보고(제83조)의 경우

1. 개념

공작물이란 대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조(高架水槽), 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 공작물을 건축물과 분리하여 축조하는 것을 말한다. 이러한 공작물을 축조하려는 자는 해당 행정청에 신고하여야 한다(건축법 제83조 제1항). 건축법 제정 시에는 일정 규모 이상의 옹벽, 담장 등의 경우는 건축물의 건축으로 보아 허가제로 규율하였으나 건축법의 일부 규정이 완화되어 적용되었다. 이러한 규정은 그대로 유지되었다가 1992. 5. 30. 대통령령 제13655호로 건축법 시행령을 전면개정 하면서 담장 등 공작물의 경우는 일정한 규모 이상을 허가제에서 신고제로 완화하였다.

2. 법률의 규정

대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조, 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 공작물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(동법 제83조 제1항). 공작물의 소유자나 관리자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 공작물의 유지·관리 상태를 점

검하고 그 결과를 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 보고하여야 한다(동조 제2항).

3. 대상 및 절차

건축물이 아닌 공작물임에도 불구하고, 공공의 안전을 위해 통제할 필요성이 있는 공작물이 존재할 수 있다. 이러한 공작물에 대해 건축법은 건축물에 준하여 신고의 대상으로 정하고 있다(동조 제1항). 신고대상 공작물은 신고절차(동법 제14조), 착공신고 및 시공자의 자격제한(동법 제21조), 공용공작물의 특례(동법 제29조), 공작물의 유지관리(동법 제35조 제1항), 옹벽 등의 설치의무(동법 제40조 제4항), 높이제한(동법 제60조), 일조확보를 위한 높이제한(동법 제61조) 등의 법령이 준용되므로, 이러한 요건이나 절차를 거쳐서 축조될 수 있다(동법 제83조 제3항).

건축법이 신고대상으로 정하고 있는 공작물은 높이 6미터를 넘는 굴뚝과 높이 6미터를 넘는 장식탑, 기념탑, 그리고 높이 4미터를 넘는 광고탑, 광고판, 높이 8미터를 넘는 고가수조, 높이 2미터를 넘는 옹벽 또는 담장과 바닥면적 30제곱미터를 넘는 지하대피호와 높이 6미터를 넘는 골프연습장 등의 운동시설을 위한 철탑 등이다(동법 시행령 제118조 제1항).

위 공작물 등의 축조신고를 하려는 자는 공작물축조신고서에 공작물 등의 배치도와 공작물 등의 구조도를 첨부하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동조 제2항, 동법 시행규칙 제41조 제1항). 행정청은 공작물축조신고서를 받은 때에는 그 기재내용 및 기재내용과 같게 축조된 것을 확인한 후 공작물축조신고필증을 신고인에게 발급하여야 한다(동법 시행규칙 제41조 제2항).

4. 법적성질

건축법의 신고대상인 공작물의 경우는 공작물축조신고서에 공작물 등의 배치도와 공작물 등의 구조도를 첨부하여 해당 행정청에 신고하여야 한다. 이러한 요건이 충족되는 공작물의 축조신고에 대하여는 신고를 거부할 수 없다고 할 것이다. 건축법 시행규칙은 행정청이 공작물축조신고서를 받은 때에는 그 기재내용 및 기재내용과 같게 축조된 것을 확인한 후 공작물축조 신고필증을 신고인에게 발급하여야 한다고 규정하고 있으므로 행정청에게 공작물 축조신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않음을 알 수 있다. 따라서 공작물의 축조신고는 자기완결적 신고로 볼 수 있다.

한편 공작물의 소유자나 관리자는 공작물의 유지·관리 상태를 점검하고 그 결과를 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 보고하여야 한다. 이와 같이 건축물의 소유자나 관리자가 행정기관에 보고하는 행위는 비록 신고라는 용어를 쓰고 있지 않더라도 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무이행이 완료되는 행위라고 볼 수 있다. 따라서 건축물의 상태점검의 보고행위는 수리를 요하지 않는 성질을 가진다고 하겠다.

V. 소결

법령상 신고라고 규정되어 있어도 수리를 요하는 신고로 인하여 그 법적 성질이 어떠한지에 대해서는 검토가 필요하다. 건축법 내의 신고규정과 신고의 성격을 떠는 규정들은 신고인 즉 건축주의 입장에서 해석하기에 어려움이 따를 수 있고, 행정을 처리하는 행정청의 입장에서 신고의 성질이 각기 다르므로 인하여 업무처리에 있어 혼란을 가져올 수 있다. 때문에 건

축법상의 신고라고 규정되어 있는 사항들이 본래적 의미의 신고의 의미로 규정이 되어 있는 것인지에 대해 검토가 필요하다 할 것이다. 따라서 앞서 검토하였던 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고의 구별기준으로 즉, 해당 법률에 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있는지 여부, 행정청의 관여수단인 수리로 인해 법적 효과가 발생하는지 여부, 행정청의 요건심사의 범위, 신고내용의 법적 성질, 신고불이행에 대한 처벌정도에 의해 건축법상의 신고 규정에 관한 법적 성질을 판단할 수 있겠다. 건축법에는 제14조 건축신고 외의 여러 신고사항들이 규정되어 있는데, 검토한 결과 건축법 제14조 제1항의 건축신고를 비롯하여 제16조, 제19조, 제21조, 제25조, 제27조, 제35조, 제36조, 제77조의5, 제83조는 수리를 요하지 아니하는 자기완결적 신고에 해당한다고 할 것이다. 따라서 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지 아니하고, 신고 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 볼 수 있다. 제25조, 제27조, 제35조, 제83조의 보고는 비록 신고라는 용어를 사용하고 있지 않지만, 그 성질상 '수리를 요하지 않는 신고'의 성격을 갖고 있다고 하겠다. 따라서 건축법 내에 규정되어 있는 신고사항과 신고의 성격을 띠고 있는 규정들은 수리를 요하지 아니하는 신고 즉 자기완결적 신고라고 할 수 있다. 법령에서 신고라는 명칭을 사용하고 있지는 않지만 그 내용과 성질이 신고의 그것과 비슷하여 혼동을 주는 것들은 그 법적성질을 분석할 필요가 있고, 이를 바탕으로 합리적인 개선방안을 찾아야 할 것이다. 여기서 '신고'라는 표현이 아니라 '보고'라는 표현의 경우에는 수리를 요하지 않는 신고라고 볼 것인바, 이는 해석론의 문제이지 입법개선의 문제는 아니라고 할 것이다. 본 절에서 분석한 건축법상의 신고에 관한 규정의 법적 성질, 즉 수리를 요하는지의 여부를 정리하면 아래 표와 같다.

<표 1. 건축법상 신고 규정의 수리필요여부>

건축법상 신고규정	신고 내용	수리여부
제14조 건축신고	① 제11조에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 해당 행정청에 신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다. 1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터 이내의 증축·개축 또는 재축. 2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전지역에서 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 구역에서의 건축은 제외한다. 가. 지구단위계획구역, 나. 방재지구 등 재해취약지역으로서 대통령령으로 정하는 구역, 3. 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선, 4. 주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선, 5. 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축	불필요
제16조 허가와 신고사항의 변경 허가·신고	① 건축주가 제11조나 제14조에 따라 허가를 받았거나 신고한 사항을 변경하려면 변경하기 전에 허가권자의 허가를 받거나 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다. ② 제1항 본문에 따른 허가나 신고사항 중 대통령령으로 정하는 사항의 변경은 제22조에 따른 사용승인을 신청할 때 허가권자에게 일괄하여 신고할 수 있다.	설계변경신고: 불필요 공사 관계자 변경신고: 불필요 사후일괄신고: 불필요
제19조 용도변경의 허가·신고	② 제22조에 따라 사용승인을 받은 건축물의 용도를 변경하려는 자는 다음 각 호의 구분에 따라 해당 행정청의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다. 1. 허가 대상: 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설군에 속하는 건축물의 용도를 상위군에 해당하는 용도로 변경하는 경우 2. 신고 대상: 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설군에 속하는 건축물의 용도를 하위군에 해당하는 용도로 변경하는 경우	신고대상 용도 변경: 불필요
제21조 착공신고	① 제11조·제14조 또는 제20조 제1항에 따라 허가를 받거나 신고를 한 건축물의 공사를 착수하려는 건축주는 허가권자에게 공사계획을 신고하여야 한다.	불필요

제25조 공사감리자의 보고	③ 공사감리자는 제2항에 따라 공사시공자가 시정이나 재시공 요청을 받은 후 이에 따르지 아니하거나 공사중지 요청을 받고도 공사를 계속하면 이를 허가권자에게 보고하여야 한다.	불필요
제27조 현장조사·검사 및 확인 업무 대행의 보고	② 제1항에 따라 업무를 대행하는 자는 현장조사·검사 또는 확인결과를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 허가권자에게 서면으로 보고하여야 한다.	불필요
제30조 건축통계 등의 보고	① 허가권자는 다음 각 호의 사항을 국토교통부장관이나 시·도지사에게 보고하여야 한다. 1. 제11조에 따른 건축허가 현황, 2. 제14조에 따른 건축신고 현황, 3. 제19조에 따른 용도변경허가 및 신고 현황, 4. 제21조에 따른 착공신고 현황, 5. 제22조에 따른 사용승인 현황, 6. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항	불필요
제35조 건축물 정기점검 및 수시점검의 보고	② 건축물의 소유자나 관리자는 건축물의 유지·관리를 위하여 정기점검 및 수시점검을 실시하고, 그 결과를 허가권자에게 보고하여야 한다.	불필요
제36조 건축물의 철거·멸실 신고	① 건축물의 소유자나 관리자는 건축물을 철거하려면 철거를 하기 전에 해당 행정청에 신고하여야 한다. ② 건축물의 소유자나 관리자는 건축물이 재해로 멸실된 경우 멸실 후 30일 이내에 신고하여야 한다.	불필요
제77조의5 건축협정운영 회의 설립신고	② 제1항에 따라 건축협정운영회를 설립하려면 협정 체결자 과반수의 동의를 받아 건축협정운영회의 대표자를 선임하고, 건축협정인가권자에게 신고하여야 한다.	불필요
제83조 공작물 신고 및 보고	① 대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조, 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 공작물을 축조하려는 자는 해당 행정청에 신고하여야 한다. ② 제1항에 따른 공작물의 소유자나 관리자는 공작물의 유지·관리 상태를 점검하고 그 결과를 해당 행정청에게 보고하여야 한다.	불필요

제4장 건축법상 인·허가의제를 수반하는 건축신고

제1절 문제의 소재

건축법에는 건축허가를 받으면 다른 법률에 의한 관련 인·허가 등을 함께 받은 것으로 간주하는 규정이 있고(제11조 제5항), 일정한 건축신고에 관하여 위 규정을 준용하는 규정이 있다(제14조 제2항). 대개는 인·허가를 받으면 다른 인·허가를 받거나 신고를 한 것으로 간주되는 경우가 많은데, 건축신고처럼 신고에 대해 인·허가가 의제되는 것은 많지 않다. 따라서 이러한 인·허가의제를 수반하는 건축법상 건축신고의 경우에 법적 성질이 어떠한지가 문제된다. 통설과 판례는 일반적인 신고와 건축신고의 법적 성격을 자기완결적 신고라고 보고 있는데, 인·허가의제가 발생하는 건축신고의 경우에도 자기완결적이라고 보아야 할 것인지 아니면 수리를 요하는 신고라고 보아야 하는 것인지가 문제된다. 만약에 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질을 자기완결적 신고로 본다면 여러 효과를 수반하는 건축신고에 인·허가요건심사가 면제되어 신고를 한 것만으로도 건축을 할 수 있게 되는 모순이 생기게 된다. 이와 같은 해석상의 문제가 발생하는 까닭은 법규정 즉, 건축법 제14조 제2항에서 건축신고는 건축허가의 인·허가의제 조항을 준용한다고만 규정하고 있고, 그 성질이 어떠한지에 대해서는 명확히 규정하고 있지 않기 때문이다. 한편 지난 5월 28일에 건축법이 개정·공포되면서 제14조 제2항에 ‘제6항을 준용한다’는 건축허가에 있어서의 협의절차 규정이 추가되었다. 이 조항이 추가되어 제11조 제5항의 인·허가의제 규정의 해석상 관계기관과의 협의를 거치게 함으로써 수리를 요한다는 의미가 좀 더 강해졌다고 할 것이다. 그러나 국민의 입장에서는 제14조 제2항에 따른 신고

의 의미는 변화된 것이 아니라 할 것이므로 그 해석을 둘러싸고 논란이 있을 수 있음에는 변화가 없다고 생각한다. 현재까지 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 논함에 있어서 의제되는 인·허가사항의 구체적인 분석 없이 수리를 요하는 신고이다, 아니면 수리를 요하지 않는다 라고만 견해가 나뉘어져 있다. 따라서 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질을 정의하기 위해 선행적으로 앞 장에서 검토한 신고 및 건축신고의 법적 성질과 일반이론을 바탕으로 건축법 제14조 제2항 건축신고에 의해 준용되는 인·허가의제 조항 즉, 제11조 5항의 제1호부터 제21호까지의 인·허가사항의 개별적인 내용을 모두 분석할 필요가 있다. 인·허가사항의 법적 해석과 규제의 정도는 비교적 명확한 편이지만, 신고 사항은 개별 사안에 따라 법적 성질이 다를 수 있으므로 어떠한 법적 성질을 가지는지에 대해서 분석이 필요하다 할 것이다. 그리하여 건축법 제14조 제2항의 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질에 관한 해석상의 문제점을 정리하고, 이와 관련한 논란을 해결하기 위한 입법 개선방안의 모색이 요구된다.

제2절 인·허가의제의 의의와 범위

I. 건축법상 인·허가의제 제도의 개념 및 연혁

인·허가의제³⁰⁰⁾란 다양하게 해석되고 있으나 “대부분 어떤 특정 법률에서 규정된 인·허가 등의 진입심사를 거친 사안에 대해 관계 행정기관 간의 협의의 최소한의 절차적 전제조건으로 하여 관련된 다른 법률들에서 각종 인·허가 등을 받은 것으로 간주하는 제도”로 볼 수 있다.³⁰¹⁾ 건축법 제11조 제1

300) ‘의제(Fiktion)’란 실제로 존재하지 않는 사안을 인정하도록 법률상으로 확정되어 있는 것을 의미한다. Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 2014, S. 457.

항은 “건축물을 건축하거나 대수신하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다”고 규정하여 건축허가제를 규정하면서, 동조 제5항(이하 ‘인·허가의제 조항’이라고 한다)은 “제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며(건축법 제11조 제5항의 각 호를 이하에서는 ‘인·허가의제 사항’이라 한다)”라고 하여, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가 등 21개의 인·허가의제 사항을 받은 것으로 의제하는 인·허가의제 제도를 두고 있다.

1962년 건축법을 제정할 당시에는 인·허가의제에 관한 규정이 없었다. 건축이나 건축물의 이용 등에 필요한 모든 행위는 개별 법규에 의하여 따로 신고나 신청 등을 하도록 규정하였다. 그 후 1982. 4. 3. 법률 제3558호로 개정된 건축법 제5조 제6항³⁰²⁾에서 처음으로 건축물의 건축허가를 받거나 신고를 한 때에 인·허가의제를 인정하는 제도를 도입하였다.

그 후에 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전문 개정된 건축법 제7조 제3항은 일정한 용도와 규모의 건축의 경우 사전결정제도를 도입하여 사전결정을 받은 경우 도시계획법에 의한 토지의 형질변경허가와 도시계획사업시행허가, 산림법에 의한 산림훼손허가, 사도법에 의한 사도개설허가, 농지법에 의한 농지전용허가, 국토이용관리법에 의한 용도변경허가 등을 받은 것으로 의제하게 되었다. 건축법 제8조 제4항에서 건축허가를 받은 경우에는 제7조 제3항의 사전결정에 따른 인·허가의제가 그대로 인정되게 함과 동시에 종전의 공사용 가설건축물 축조신고 등을 한 것으로 보는 의제규정에 건축법 제72조에 의한 공작물의 축조허가, 공장건축물의 경우 「공업배치 및 공장설립

301) 박종준, “행정법상 법률의제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2014. 6, 207면.

302) 건축법 제5조 ⑥ 건축물의 건축허가를 받거나 건축신고를 한 때에는 건축법상의 공사용 가설건축물의 축조신고, 도로법상의 도로의 점용허가, 하수도법상의 배수시설의 설치신고, 오물청소법령에 의한 오수정화시설과 분뇨정화조의 설치신고 등을 받거나 한 것으로 본다.

에 관한 법률」상의 허가 또는 승인을 얻은 것으로 보는 의제규정을 추가하였다. 또한 건축신고에 관한 규정 제9조를 신설하여 건축허가에 관한 인·허가의제 규정(제9조 제2항, 제8조 제4항·제5항)을 준용하도록 하였다.

현행 건축법 제11조 제5항은 건축허가를 받으면 건축법상의 공사용 가설 건축물의 축조신고, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가, 산지관리법 제14조와 제15조에 따른 산지전용허가와 산지전용신고 등을 받은 것으로 의제하고 있다. 제11조 제5항 규정은 건축신고의 경우에도 그대로 준용되고 있다(건축법 제14조 제2항). 허가권자는 인·허가의제 사항 중 어느 하나에 해당하는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 협의 요청을 받은 관계 행정기관의 장은 요청을 받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출하여야 한다(동법 제11조 제6항).

이와 같이 건축법상 건축신고를 하게 되면 건축허가를 받은 것으로 보게 되고, 더 나아가 인·허가의제 사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가까지 받은 것으로 의제되는 경우도 있게 되는데, 문제는 이러한 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 경우에도 자기완결적 신고로 보아야 하는 것인지, 행정청의 건축신고 반려행위는 취소소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 등 건축신고와 관련하여 쟁점이 되는 부분이라 하겠다.

II. 건축법상 인·허가의제 제도의 도입취지

건축행위는 건축법에 따른 건축허가를 받거나 건축신고만 해서는 할 수 없고, 농지에 건축하는 경우에는 농지전용허가를 받아야 하고, 각종 시설의 설치에 대한 인·허가 등을 받아야만 비로소 건축을 할 수 있는 경우가 있다. 따라서 건축법에서는 민원인의 편의를 위하여 건축이 이루어지는 단계

별로 인·허가의제 제도를 도입하고 있다.

건축법 제10조 제6항의 사전결정에 따른 인·허가의제나 제11조 제5항의 건축허가에 따른 인·허가의제 제도를 도입한 취지는 제11조의 규정에 따른 건축물의 허가를 담당하는 행정청이 사전결정이나 건축허가의 여부와 함께 의제의 효과가 발생하는 인·허가 등의 여부를 같이 심사함으로써 신청인으로 하여금 의제대상 허가 등을 받는데 소요되는 시간과 노력, 비용을 줄이고, 절차를 간소화하여 효율성을 높이려는데 있으며, 행정기관 사이의 갈등과 중복심사를 피하기 위함이라 할 것이다.³⁰³⁾

Ⅲ. 인·허가의제 제도와 집중효 제도의 관계

1. 집중효 제도의 의의

(1) 개념

집중효(集中效, Konzentrationswirkung)란 “하나의 사업계획이 확정되면 그 사업을 수행하는데 필요한 각종의 관계법령에 의한 인·허가는 생략하거나 받은 것으로 의제하는 것”을 말하며,³⁰⁴⁾ 우리 실정법상 ‘인·허가의제’³⁰⁵⁾ 라고도 한다.³⁰⁶⁾ 집중효란 개념은 원래 독일의 연방행정절차법에 의한 계획

303) 선정원, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 행정법연구 제34호, 2012, 53면.

304) 김향기, 앞의 책, 274면; 오준근, 앞의 책, 272면.

305) 미국은 ‘인·허가’를 ‘Licensing’으로 표현하며, 보통 행정청이 일반 행정작용으로 행하는 면허(granting), 거부(denying), 정지(suspending), 철회(revoking), 갱신(renewing), 허가(permission) 등을 모두 포괄하는 개념으로 사용된다. Cass, Ronald A, Administrative Law: cases and materials, 1994, p. 847.

306) 우리나라에 인·허가의제 제도를 최초로 규정한 법률은 1973년 12월 24일에 제정·공포된 「산업기지기개발촉진법」이다. 반면, 독일에서 계획확정결정에 집중효가 처음 인정된 것은 철도건설허가에 집중효가 인정된 1938년의 프로이센철도법(Preussisches Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. 11. 1838)이다. 그 후 원거리도로, 공항, 시가전차, 폐기물처리시설, 방사성폐기물저장시설 등에 순차적으로 입법화되고, 1976년에 제정된 독일연방행

확정절차(Planfeststellungsverfahren)³⁰⁷⁾에서 인정되는 효과 중의 하나이다. 독일 연방행정절차법 제75조 제1항은 “다른 시설에 필요한 후속조치를 포함한 관계된 모든 공익과 관련하여, 계획확정에 의해 사업계획안의 허용성이 확정되면, 계획확정 이외에 다른 행정청의 결정, 특히 공법상 인가·허가·승인·동의 및 계획확정을 필요로 하지 않는다”라고 규정하고 있다.³⁰⁸⁾ 계획확정절차에 의하여 확정된 사업계획은 위 규정에 의거하여 해당 사업과 관련되는 모든 인·허가 등을 받은 것으로 의제하는 전부집중효를 가진다.³⁰⁹⁾ 독일의 계획확정절차³¹⁰⁾는 개별법령에서 이 절차를 거치도록 규정한 경우에 한하여 적용하는데(독일 연방행정절차법 제72조³¹¹⁾), 법령에서 계획확정절차

정절차법에 수용되었다. 김철용, “행정계획절차의 도입문제”, 행정법연구 제4호, 행정법이론 실무학회, 1999. 4, 2면 참조.

307) 계획확정절차란 “특정한 행정계획을 공적·사적 이해관계인의 참여를 통하여, 행정청의 허가 등 모든 행정처분을 집중하고, 민사상의 방해제거청구소송 등 모든 분쟁가능성을 배제하여 계획과 관계된 이해관계인의 다양한 법률관계를 범구속적으로 확정짓는 결정을 내리는 절차”이다(김재광, “대규모시설의 설치절차에 관한 연구”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1999. 8, 30면; 오준근, 앞의 책, 265면). 이를 거쳐 확정된 일정한 계획에 대해서는 확정효, 법형성효(Rechtsgestaltungswirkung), 배제효(Ausschlußwirkung)와 더불어 집중효와 같은 법적효과를 부여하고 있다(한귀현, “독일행정법상의 집중효에 관한 연구”, 법제연구 제26호, 2004. 6, 251-252면). 계획확정절차에 관한 더 자세한 내용은 Kügel, J. Wilfried, Der Planfeststellungsbeschuß und seine Anfechtbarkeit: zugleich ein Beitrag zur Auslegung der [Paragraphen] 74, 75 VwVfG, Bd. 10. 1985, S. 25ff.; Peine, Franz-Joseph, Raumplanungsrecht: Grundzüge des Raumordnungs-, Stadt- und Fachplanungsrechts unter Berücksichtigung des neuen Baugesetzbuches, 1987, S. 242ff. 등을 참조할 것.

308) § 75(1) VwVfG : Durch die Planfeststellung wird die Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der notwendigen Folgemaßnahmen an anderen Anlagen im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt; neben der Planfeststellung sind andere behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen, Zustimmungen und Planfeststellungen nicht erforderlich. Durch die Planfeststellung werden alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Träger des Vorhabens und den durch den Plan Betroffenen rechtsgestaltend geregelt.

309) 강현호, “집중효”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 324면.

310) 김해룡, “우리나라 행정절차법과 독일연방 행정절차법”, 고시계 통권 제482호, 1997. 4, 98-99면 참조; 박종국, “독일법상의 계획확정결정의 집중효”, 공법연구 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003. 11, 299-311면 참조.

311) 연방행정절차법 제72조 제1항은 ‘계획확정절차에 관한 규정의 적용(Anwendung der Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren)’이란 제목 아래 다음과 같이 규정하고 있

를 거치도록 규정하고 있는 예로는 주로 원자력발전소 및 핵폐기물처리장의 설치(§ 9b AtomG), 고속도로의 건설(§ 17 FStrG 및 각 주의 해당 법률 조항들), 고속전철 건설(§ 18 Abs. 1 AEG, § 28 Abs. 1 PBefG), 수로 건설(§ 12 Abs. 2 WaStrG), 폐기물처리장의 설치(§ 31 Abs. 2 KrW-/AbfG)와 같은 환경오염시설의 설치사업의 확정절차, 공항건설(§§ 8, 9 LuftVG) 등 대규모 국책사업 등 전문계획(Fachplanung)과 관련된 절차이다. 우리나라에서도 행정계획의 법적 효과를 설명하면서 집중효에 관하여 언급하는 것이 일반적이다. 그러나 우리 행정절차법은 전부집중효³¹²⁾를 인정하고 있는 조항을 두고 있지 않으며, 근거규정에 열거된 관련 인·허가에만 국한되는 부분집중효만을 인정하고 있다.³¹³⁾ 다만 예외적으로 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제17조에서는 전부집중효를 인정하고 있다.³¹⁴⁾ 계획확정절차에서는 해당 절차를 거쳐서 이루어진 계획확정결정에 집중효를 부여하기 위한 절차적 보장으로 청문절차를 두고 있다. 이는 관할 행정청이 계획확정에 따

다. “계획확정절차에 관해서는 제73조 내지 제78조의 규정과 상치되는 내용이 없을 때 이 규정들을 적용하고, 이 법의 기타 규정을 적용한다. 다만, 제51조 및 제71a조 내지 제71e조는 적용되지 아니한다.”

312) 전부집중효는 사업시행자로서는 잘 알 수 없는 관계 법률이 요구하는 인·허가 등을 모두 받은 것으로 간주함으로써 부분집중효를 채택할 경우에 야기될 수 있는 ‘입법자가 미리 알지 못한 의제조항의 미비’로 인하여 행정객체가 겪을 수도 있는 법적 불안정성(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004도8311 판결)으로부터 벗어날 수 있는 장점을 갖는다.

313) 강현호, 앞의 논문, 325면.

314) 사회기반시설에 대한 민간투자법 제17조 (다른 법률에 따른 인가·허가 등의 의제) ① 주무관청이 제15조 제2항에 따라 실시계획을 고시한 때에는 해당 민간투자사업과 관련된 관계법률에서 정하고 있는 인가·허가 등과 관계법률에 따라 인가·허가 등을 받은 것으로 보는 다른 법률의 인가·허가 등을 받은 것으로 보며, 관계법률 및 다른 법률에 따른 고시 또는 공고가 있는 것으로 본다.

동법 제2조 제13호에서는 “관련법률”을 “사회기반시설사업을 시행할 때 민간투자사업과 관련된 제1호(도로법, 철도사업법 등 49개 법률)에 따른 법률 및 「유료도로법」, 「철도건설법」, 「수도권신공항건설 촉진법」, 「전기통신사업법」, 「전파법」, 「학교시설사업 촉진법」, 「주택법」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」, 「산지관리법」, 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」”이라고 정의하고 있다.

동법 제2조 제14호에서는 “다른 법률”을 “사업시행자가 민간투자사업을 추진할 때 관계법률에서 인가·허가 등을 받은 것으로 보는 인가·허가 등의 사항을 규정한 법률”이라고 정의하고 있다.

라 발생함이 예상되는 각종 효과 내지는 영향력을 조사함에 있어 특히 이해관계인의 어떠한 이익과 연관되는가를 확인하는 절차를 의미한다.³¹⁵⁾ 청문절차는 공정성을 확보하기 위하여 계획확정행정청이 아닌 별도의 청문행정청(Anhörungsbehörde)에서 실시하게 되어 있다. 계획확정행정청은 이러한 청문결과를 바탕으로 계획확정결정을 하게 된다. 계획확정결정은 계획의 허용성 여부에 대한 구속적 결정이라는 점에서 특별한 형태의 계획허가로서의 행정행위라는 법적 성격을 가진다.³¹⁶⁾

(2) 인·허가의제 제도와의 구별

우리나라의 인·허가의제 규정의 해석에 영향을 준 것은 바로 독일 계획확정절차에서 인정되고 있는 행정계획의 집중효이다. 집중효는 하나의 계획확정을 위하여 여러 인·허가가 필요한데, 여러 인·허가를 포괄할 수 있는 하나의 인·허가가 다른 여러 인·허가의 대체효를 갖는 것으로 볼 수 있으며, 집중효는 관련 인·허가의제의 효과를 포괄하는 것이다. 그 법적 근거는 독일 연방행정절차법 제75조 제1항에서 도출된다고 하겠다. 그런데, 집중효 제도와 인·허가의제 제도는 같은 개념인지, 아니면 구별을 해야 하는지에 대하여 의견이 나뉜다. 먼저 집중효와 인·허가의제 제도를 동일시 할 수 없다는 견해³¹⁷⁾의 근거로는, 첫째, 집중효의 전제가 되는 계획확정절차가 우리나라에서는 인정되지 않고 있다는 것이다. 둘째, 집중효가 계획확정절차상 계획확정결정에만 부여되는 특유한 효력인 반면에, 인·허가의제 제도의 경우에는 행정계획 뿐만 아니라 건축허가 등 다른 행정행위에도 널리 이용되고 있다는 점이다.³¹⁸⁾ 셋째, 집중효의 경우에는 의제대상인 인·허가가 따로 특정

315) 한귀현, 앞의 논문, 253면.

316) 오준근, 앞의 책, 271면.

317) 김동희, 앞의 책, 187면; 정남철, 앞의 논문(각주 10), 277면; 정태용, “인·허가 의제제도에 관한 고찰”, 월간법제, 2002. 2, 4면.

되어 있지 아니하고 해당 행정계획과 관련되는 인·허가가 모두 포괄되는데 반하여, 인·허가의제 제도의 경우에는 의제대상인 인·허가가 법률에 명시된 인·허가에 국한된다. 넷째, 집중효 제도에는 청문절차가 있으나, 인·허가의제 제도의 경우에는 이러한 청문절차는 없으며, 주된 인·허가 등과 관련한 사업의 계획확정단계에서 주민 등 이해관계인의 의견을 수렴하는 절차가 있는 경우도 있으나 주된 인·허가 등의 성격상 이러한 이해관계인의 의견을 수렴하는 절차가 없는 경우도 많다는 점 등을 근거로 들고 있다. 특히 집중효가 유래한 독일에서도 건축신고에 집중효를 인정할 전례가 없음을 이유로 건축법상 이중허가의제의 효과가 인정된다고 하여, 건축신고에 대하여 집중효를 인정하는 것은 집중효의 법리와 본질을 잘못 이해하는 것이라고 지적한다.³¹⁹⁾

그러나 두 제도를 동일시하는 입장의 견해³²⁰⁾에서는 위와 같은 차이점에도 불구하고 첫째, 두 제도의 본질이 절차간소화와 사업의 신속한 진행을 위한 것이며, 둘째, 법령에 근거하여 행정관청의 권한이 통합된다는 점, 셋째, 계획확정결정을 하는 행정청이나 주된 허가 등을 하는 행정청이 타 행정기관이 행사할 권한까지 행사하는 등의 공통점이 있으므로, 양자 간에 본질적인 차이가 있다고 보기는 어렵다고 한다.

양 제도의 차이에도 불구하고 우리나라의 인·허가의제의 효력을 설명하기 위하여 독일법상의 집중효라는 용어로 설명하려는 입장도 있고, 집중효와는 차이가 있으므로 이 용어를 그대로 사용해서는 안 된다는 입장도 있다. 양

318) 그러나 이 점에서 인·허가의제 제도는 계획확정절차를 거친 행정계획에 부여되는 집중효를 일반적인 인·허가절차를 거친 경우에 대하여 확장한 것으로 볼 수 있다고 한다. 김성수, 「일반행정법」, 법문사, 2012, 379면.

319) 정남철, 앞의 논문(각주 12), 7-8면.

320) 김성수, 앞의 책, 358면; 김재협, 앞의 논문; 김철용, 앞의 책, 220면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 50면; 남대하, “집중효가 발생하는 건축법상 건축신고에 관한 고찰”, 재판과 판례 제 17집, 2008. 12, 536면; 유승남, 앞의 논문, 407면; 최정일, “판례·해석례 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의 인허가의제제도와 독일에서의 행정계획결정의 집중효제도에 관한 소고”, 행정판례연구 XV-2, 박영사, 2010, 37면 이하 등.

제도의 차이점은 분명 있지만, 우리나라 다수의 학자들은 독일 연방행정절차법상의 집중효 제도와 우리의 인·허가의제 제도를 동일한 개념으로 논하고 있는 것으로 보인다.³²¹⁾

2. 집중효의 정도

집중효의 정도란 “집중효가 행정청의 인·허가 및 결정 등에 미치는 효력의 정도 내지 범위”를 말한다.³²²⁾ 즉, 계획확정결정의 집중효에 의해 해당 사업에 관하여 본래는 필요하였던 다른 행정기관에 의한 인·허가나 동의 등이 불요하게 되므로 불요하게 된 인·허가 등의 요건 규정이 계획확정절차에 있어서 어떠한 역할을 수행하는지, 그 효력범위가 절차에만 미치는 것인지 아니면 실체관계에도 미치는 것인지 등이 문제이다. 이에 관해 학설과 판례의 입장을 검토해 보도록 하겠다.

(1) 학설

집중효의 효력에 비추어 계획확정행정청이 그 대상시설물의 건설 및 가동과 관련하여 개별 법규상 타행정청이 행사할 권한까지도 사실상 통할하는 의미를 가지므로, 계획확정행정청은 대상시설물의 건설과 관련하여 적용되는 제반 법규상의 요건들을 준수해야 하는가가 중요한 문제로 대두되고 있다.³²³⁾ 집중효의 정도에 관하여 독일에서는 관할집중설, 절차집중설, 비제한적 실체집중설, 제한적 실체집중설 등이 논의되고 있다. 우리나라는 인·허가

321) 김성수, 앞의 책, 358면; 김철용, 앞의 책, 220면; 김향기, 앞의 책, 274면; 석중현, 「토지공법강의」, 삼영사, 1999, 579면; 이상진, “「산업입지 및 개발에 관한 법률」과 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에서의 의제규정에 관한 고찰”, 동아법학 제48호, 2010, 228면; 홍정선, 앞의 책, 240면.

322) 김향기, 앞의 책, 275면.

323) 김해룡, “행정계획의 확정절차”, 고시계, 1995. 10, 111면.

의제의 효력범위와 관련하여 독일의 학설을 차용하여 설명하고 있다.³²⁴⁾ 우리 실정에 맞게 인·허가의제 규정들의 해석에 그대로 통용될 수 있을지 의문이 제기될 수도 있겠지만, 이하에서는 집중효의 정도를 우리 인·허가의제에 적용하고 해석해 보도록 하겠다.

1) 관할집중설

이 견해에 의하면 집중효는 인·허가 등 불필요하게 된 결정의 관할권이 일원적으로 계획확정행정청으로 이관된다.³²⁵⁾ 계획확정행정청의 계획확정으로 집중효의 대상이 되는 다른 법률에 의한 인·허가의 권한은 의제되지만, 다른 법률에 규정된 절차와 실제적 요건은 의제되지 아니하여, 절차나 실제적 요건이 모두 구비되는 경우에만 계획확정결정을 내릴 수 있다. 때문에 주된 인·허가 행정청은 개별 인·허가 절차의 규정들을 모두 준수하여야 하므로 절차간소화의 효과는 줄어들게 된다. 그러나 인·허가 업무를 다루는 행정청은 통합되어 있기 때문에 신청자는 관할이 집중된 행정청만을 상대하면 되므로 신청자에게 행정청에 대한 접근의 편의성을 향상시킨다.³²⁶⁾ 이 학설은 의제대상인 인·허가가 소수이고, 평소 관련되는 행정청간 업무교류도 빈번히 이루어져 관련규정들의 절차를 전부 준수하더라도 심사절차가 크게 지연되지 않고, 사업소의 소재지도 소도시 등으로 다수의 공중의 생활에 영향을 미치지 않거나 사업규모도 상대적으로 작은 경우에 적용되는 인·허가의제규정들의 해석과 관련하여 타당할 수 있을 것이다.³²⁷⁾

324) 이 학설들에 대해서 설명 및 최초로 그 구별의 단서를 제공하고 구체화한 논문으로는 선정원, “복합민원과 인허가의제”(행정판례연구 제6집, 2001, 98면 이하), 선정원, “복합민원과 집중심사의 모델들”(공법연구 제3호, 2001. 5, 374면, 377면 참조), 선정원, “인허가의제와 심사축진”(공법연구 제38집 제2호, 2009. 12, 86면 이하)이 있으며, 이 논문들을 중심으로 참조하였다.

325) Kopp, Ferdinand Otto, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Aufl., 1983, S. 1128f.

326) 선정원, “복합민원과 집중심사의 모델들”, 공법연구 제3호, 2001. 5, 381면.

관계 행정청이 협의를 통해 동의하면 주된 행정청이 법적으로 독립된 복수의 허가결정을 하지만, 복수의 인·허가의 실체적·절차적 요건이 모두 충족되어야 필요한 인·허가처분을 모두 할 수 있다. 주된 인·허가 하나만을 형식적으로 발급하는 경우에도 묵시적으로 다른 관련 인·허가가 함께 발급되고 통지된 것으로 본다.

2) 절차집중설

이 견해에 의하면 집중효는 관할 뿐만 아니라 여러 결정의 절차를 계획·확정 절차에 일원화시킨다.³²⁸⁾ 그래서 계획·확정 행정청은 해당 계획·확정 절차 규정에 따라 절차를 실시하면 되고, 의제되는 여러 결정의 절차적 요건에 구속되지 않는다. 만약 의제 대상 인·허가의 절차적 요건이 모두 적용된다면 청구만 일원화될 뿐 절차가 전혀 간소화되지 않으므로 인·허가의제 제도를 도입한 실익이 없어지게 된다.³²⁹⁾ 다만 계획·확정 행정청의 계획·확정으로 다른 법률에 의한 인·허가의 실체적 요건은 의제되지 아니하므로 해당 다른 법률에 의거하여 별도로 심사해야 한다. 절차집중설은 의제규정의 해석에 있어 복수의 관할 행정청 간의 갈등과 중복된 심사를 피하고 신속한 심사를 하기 위하여 관할집중설보다 주된 행정청의 권한을 강화시켜 이해하는 입장으로 절차적 규정들과 실체적 규정들을 구별하고 있다.³³⁰⁾

절차집중설은 실체적 요건은 각각의 인·허가 행정청에 맡기고, 의제되는 인·허가의 절차만을 집중시키는데, 복수의 인·허가가 필요한 사업계획에 대하여 어떤 행정청이 절차집중의 주된 행정청이 될 것인가 하는 문제가 있

327) 선정원, “인허가의제와 심사축진”, 공법연구 제38집 제2호, 2009. 12, 91면.

328) Kopp, Ferdinand Otto, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl., 2005, S. 1311; Steinberg, Rudolf, *Fachplanung*, 3. Aufl., 2000, S. 165f.

329) 정태용, 앞의 논문(각주 317), 9-10면.

330) 선정원, 앞의 논문(각주 327), 93면.

다. 절차의 공정한 운영을 중시한다면 절차주관 행정청은 독립된 중립적 행정청이나 복수의 관계 행정청들 중 상급행정기관이 맡는 것이 적절할 것이고, 지역주민 및 사업자들의 입장에서 비용과 시간의 절약 측면을 강조한다면, 시설의 설치장소를 관할하는 행정청이 절차주관 행정기관이 되도록 하는 것이 적절할 것이다.³³¹⁾

3) 실체집중설

이 견해에 의하면 집중효는 절차의 집중을 의미할 뿐만 아니라 실제적 요건규정에까지 영향을 미친다.³³²⁾ 실체집중설은 제한적 실체집중설과 비제한적 실체집중설로 나눌 수 있다. 제한적 실체집중설³³³⁾은 의제되는 인·허가규정들 중 구속적 절차와 구속적 실체요건의 존재를 긍정한다는 점에서, 절차규정과 실제적 요건규정들은 주된 심사청을 구속하지 못하고 단지 비교형량의 요소가 될 뿐이라고 보는 비제한적 실체집중설과 차이가 있다.³³⁴⁾ 다른 법령에 규정된 인·허가를 통해 보호하려는 실제적 요건에 대해서도 그 심사업무가 비슷한 성질이거나 대체 곤란할 정도의 전문적 사항이 아닐 때에는 의제규정을 통해 입법자가 주된 행정기관이 일정 범위에서 대체 심사할 수 있는 권한을 갖도록 인정한 것으로 본다.³³⁵⁾

반면 비제한적 실체집중설에 의하면 계획확정행정청은 대체행정청에 의해 적용되는 법규정의 절차적 요건과 실제적 요건에 전혀 구속되지 아니하고, 오로지 자신에게 적용되는 절차와 요건규정에 의거하여 계획을 확정한다.³³⁶⁾ 인·허가의제 규정이 있는 경우 의제되는 인·허가들이 주된 인·허가에

331) 선정원, 앞의 논문(각주 326), 388-389면.

332) Stelkens, Paul, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 3. Aufl., 1990, S. 1258ff.

333) Knack, Hans-Joachim, *Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVfG): Kommentar*, 3. Aufl., 1989, S. 857f.

334) 강현호, 앞의 논문, 12면.

335) 선정원, 앞의 논문(각주 327), 95면.

통합되어 주된 인·허가행정청이 하나의 허가절차를 거쳐 하나의 허가결정만을 하는 것이다. 의제규정의 적용범위 내에서는 다른 행정기관들의 인·허가권이 주된 행정청에 이전되는 것으로 본다. 그러나 이 견해에 대하여는 계획확정에 있어서 계획재량은 어디까지나 법률의 제한 안에서 인정되기 때문에 계획확정절차에 그것이 흡수되었다고 하여 법률의 규정을 무시하는 것은 법치국가원칙에 반하는 것이라는 비판이 가해지고 있다. 비제한적 실제집중설이 타당하기 위해서는 독일의 계획확정절차와 같은 통일적·종합적 행정결정절차가 도입되고 명시적인 법적 근거가 있어야 할 것이므로 우리나라의 인·허가의제 규정의 해석학설로는 적절하지 않은 것으로 보인다.³³⁷⁾

(2) 판례

1) 의제되는 인·허가의 절차적 요건 불필요

대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결은 인·허가의제의 문제를 제기하였다고 볼 수 있다. 대법원은 “건설부장관이 구 주택건설촉진법(1991. 3. 8. 법률 제4339호로 개정되기 전의 것) 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가, 인가, 결정, 승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다”라고 판시하여 의제되는 법률관계에서 이해관계인의 의견청취절차를 생략할 수 있다고 보았다.

이 판결은 도시계획결정이 의제되는 주택건설사업계획승인의 경우 이 승인행위가 있으면 구 도시계획법상의 계획결정절차를 거치지 아니하여도 도

336) 강현호, 앞의 논문, 12면.

337) 선정원, 앞의 논문(각주 327), 90면.

시계획결정이 의제된다는 것이다. 의제대상 인·허가의 절차적 요건이 모두 적용된다고 한다면 창구만 일원화될 뿐 절차가 전혀 간소화되지 아니하게 되어 인·허가의제 제도를 도입하는 실익이 없게 되므로, 대법원의 견해와 같이 의제대상 인·허가의 절차적 요건은 적용되지 아니한다고 보는 것이 타당할 것이다.

2) 실체적 규정의 적용

대법원 2001. 10. 11. 선고 2001두151 판결은 실체적 규정들은 모두가 적용 내지는 존중되어야 한다는 입장을 보이고 있다. “채광계획이 중대한 공익에 배치된다고 할 때에는 인가를 거부할 수 있고, 채광계획을 불인가 하는 경우에는 정당한 사유가 제시되어야 하며 자의적으로 불인가를 하여서는 아니 될 것이므로 채광계획인가는 기속재량행위에 속하는 것으로 보아야 할 것이나, 구 광업법(1999. 2. 8. 법률 제5893호로 개정되기 전의 것) 제47조의 2 제5호에 의하여 채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 경감과 공공복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정하여야 할 것이므로, 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용을 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가신청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있다”고 판시하였다. 즉, 의제되는 인·허가 등의 거부사유를 이유로 주된 인·허가 등을 거부할 수 있다고 보고 있는 것이다.

3) 의제되는 인·허가의 실체적 요건 고려

대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결은 인·허가의제 기준 불비의 경우 거부처분이 가능하다고 하고 있다. 즉, “일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다”고 판시하고 있다.

(3) 검토

현재의 독일의 다수설과 판례는 절차집중설(Theorie der formellen Konzentration)의 입장을 취하고 있다.³³⁸⁾ 계획확정절차는 이에 따라 관할권의 집중, 절차의 집중, 결정권한의 집중만을 포함한다. 집중효 제도의 기능 및 취지에 비추어 볼 때, 계획확정행정청은 의제되는 인·허가 등의 절차규정에 구속되지 않으나 인·허가 등의 실체법상 요건규정에는 기속된다고 할 것이므로 절차집중효설이 타당하다고 할 것이다.³³⁹⁾ 즉, 주된 인·허가가 관할 행정청으로 창구가 단일화되고(관할의 집중), 주된 인·허가절차를 거치면

338) Kopp, Ferdinand Otto, a.a.O.(Anm. 328), S. 1404f.

339) 同志: 강현호, 앞의 논문, 333면; 김향기, 앞의 논문(각주 85), 51면; 박군성, 앞의 책, 461면.

서 의제 대상인 인·허가의 절차는 따로 거치지 않아도 되지만(절차의 집중), 인·허가 등의 실체법상 요건규정에는 기속된다고 할 것이므로 의제대상 인·허가의 실체적 요건은 개별적으로 적용된다.³⁴⁰⁾ 만약 의제대상 인·허가의 절차적 요건이 모두 적용된다면 창구만 일원화될 뿐 절차가 전혀 간소화되지 않으므로 인·허가의제 제도를 도입한 실익이 없어지게 된다.³⁴¹⁾

이와 같은 집중효의 정도에 관한 논의는 인·허가의제가 발생하는 건축신고 중 의제되는 인·허가사항이 수리를 요하는 사항에 해당되는 경우, 해당 건축신고를 수리한 행정청이 인·허가를 받은 것으로 의제되는 사항의 절차적 요건 또는 실체적 요건까지 고려하여야 하는 문제와 관련하여 살펴볼 필요가 있다.

3. 소결

우리나라의 인·허가의제 규정의 해석에 영향을 준 것은 독일 계획확정절차에서 인정되고 있는 행정계획의 집중효이다. 주된 인·허가의 심사에 있어 의제되는 인·허가 규정들의 해석적용방법을 둘러싸고 관할집중설, 절차집중설, 실체집중설 등 대립되는 몇 가지의 견해가 있다. 우리나라는 인·허가의제의 효력범위와 관련하여 이 학설을 차용하여 설명하고 있지만, 우리 실정에 맞게 인·허가의제 규정들의 해석에 그대로 통용될 수 있을지 의문이 제기될 수도 있을 것이다. 우리의 인·허가의제 제도와 독일의 집중효 제도는 공통된 점도 있지만, 근본적으로 서로 다른 제도라 여겨진다. 다만, 우리의 인·허가의제 제도에서는 행정청의 인·허가 및 결정 등에 미치는 효력의 정도를 정면으로 다루는 논의가 많지 않으므로 인·허가의제 제도와 상응하는 집중효 제도의 이론을 참조하는 것도 의미가 있을 것이라 생각한다. 집중효의

340) 同志: 김향기, 앞의 책, 275면; 김종보, 앞의 책, 126면; 최계영, 앞의 논문, 169면.

341) 정태용, 앞의 논문(각주 317), 9-10면.

정도에 관한 학설은 우리 인·허가의제 제도의 효력의 범위 등을 이해함에 유익한 참조지점으로 기능할 수 있을 것이다. 다만, 우리나라에서 도입된 의제규정들은 개별법의 성격이나 그 의제규정이 도입된 취지와 적용범위 등에서 차이가 있으므로, 모든 인·허가의제 규정들을 어느 하나의 학설에 의해 설명할 수는 없을 것이다. 의제규정을 도입한 법령의 취지와 의제되는 규정들의 성격 등을 고려하여 의제규정의 의미를 이해해야 할 것이다.

제3절 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 절차와 부관부가 가능성

I. 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 절차

일반적으로 건축신고시 제출할 서류 등은 법령에 정해져 있다. 대체로 건축허가의 경우보다 갖추어야 할 자료의 수가 적고, 신고용 설계도서는 건축허가의 경우와는 달리 건축사가 작성하지 않아도 되고, 그 규격이나 작성방법이 건축사 작성의 설계도서와 달라도 되는 등 요건이 보다 간편하다. 행정청은 신고를 접수하면 즉시 신고서의 기재 내용 및 관련법령에 의한 업무도서의 누락 등 형식적인 사항만을 확인한 다음 신고필증을 교부하여야 한다. 건축법 시행령 제11조 제3항,³⁴²⁾ 제9조 제1항³⁴³⁾에 의하면 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 경우 신고인은 건축신고를 함으로써 허가 등을 받은 것으로 의제되는 것과 관계되는 필요한 각 신청이나 신고 등의 서류를 제출하여야 한다. 건축신고시 의제되는 효과와 관련된 필요한 각 신청이나

342) 제11조(건축신고) ③ 법 제14조에 따른 건축신고에 관하여는 제9조 제1항을 준용한다.

343) 제9조(건축허가 등의 신청) ① 법 제11조 제1항에 따라 건축물의 건축허가를 받으려는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건축허가신청서에 관계 서류를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다. 다만, 「방위사업법」에 따른 방위산업시설의 건축허가를 받으려는 경우에는 건축 관계 법령에 적합한지 여부에 관한 설계자의 확인으로 관계 서류를 갈음할 수 있다.

신고를 하지 아니하면 비록 건축신고가 수리되더라도 인·허가의제가 발생하지 않는다.³⁴⁴⁾ 행정절차법 제40조 제3항, 제4항에 의하면 건축신고를 받은 관할 행정청은 형식적 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 하고, 신고인이 보완하지 아니한 때에는 그 이유를 명시하여 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다. 이러한 사유로 신고서가 반려될 경우 신고의무를 이행하지 않은 것으로 된다. 그리고 실무상 건축신고를 받은 행정청은 그 건축신고로써 의제되는 효과가 생기는 허가 등을 할 권한을 가진 행정기관의 장과 협의를 하여야 한다(건축법 제11조 제6항, 제14조 제2항). 관계 행정기관의 장이 의제되는 허가 등이 가능하다는 의견을 보내온 경우에 건축신고를 수리하여 그 신고 필증을 교부하고, 불가능하다는 의견을 보내온 경우에는 비록 건축신고의 형식적 요건을 충족하고 있다 하더라도 이를 반려해야 할 것이다.

II. 관계 행정청과의 협의

1. 관계 행정청과의 협의절차

주된 인·허가를 할 때에 의제대상 인·허가의 실체적 요건이 적용되므로 의제대상 인·허가의 실체적 요건을 갖추었는지 여부를 심사하기 위한 절차가 필요한데, 이를 위한 절차가 바로 ‘협의절차’이다.³⁴⁵⁾ 즉, 신청인의 입장에서 인·허가가 의제되는 행정행위를 신청할 때 주된 인·허가를 받으면 다른 법률에 의한 인·허가를 함께 받은 것이 되므로 우선 관할 행정청으로 관할 집중이 된 것이고, 이 관할 행정청에서 주된 인·허가 절차를 거치기만 하면 되므로 절차 집중이 이루어진 것이라 하겠다. 다만, 의제대상 인·허가의 실

344) 유승남, 앞의 논문, 415면.

345) 김향기, 앞의 책, 276면.

체적 요건은 개별적으로 적용되므로 관할 행정청은 의제대상 인·허가의 요건을 심사하여야 할 것이고, 이를 위해 관계 행정청과 미리 협의하도록 하고 있는 것이다. 관할 행정청이 관계 행정청과 협의를 해야 한다고 해서 관할 집중이 사라지는 것은 아니다. 관할 행정청과 관계 행정청과의 협의는 행정청 사이의 내부적인 업무이기 때문에 신청인의 입장에서는 의제되는 인·허가를 받기 위해 각각의 관계 행정청의 심사를 받아야 하는 것은 아니므로 여전히 관할은 집중되어 있다고 하겠다.

의제되는 인·허가를 통해 원래 보호하고자 하는 공익이나 제3자의 이익이 침해될 수 있으므로, 이를 위해 인·허가의제 제도를 규정한 대부분의 법률은 주된 인·허가를 하기 전에 관계 행정청과 미리 협의하도록 하고 있다. 예외적으로 협의에 관한 규정을 두고 있지 아니한 법률도 있는 바, 이는 입법의 미비라 할 것이며, 이와 같이 협의규정이 없는 경우에도 실무상으로는 협의를 하는 것이 일반적이다.³⁴⁶⁾ 협의절차에서 의제 대상 인·허가의 요건을 심사하여야 하므로 의제 대상 인·허가에 필요한 구비서류도 함께 제출하여야 한다.³⁴⁷⁾ ‘협의’라는 표현을 쓰고 있지만 협의를 통해 실체적 요건을 갖추었는지 여부에 관한 관할 행정청의 판단이 이루어지기 때문에 단순한 의견청취가 아니라 ‘합의’ 또는 ‘동의’를 의미한다고 볼 수 있다.³⁴⁸⁾ 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 인·허가가 의제되더라도 개별법의 실체적 요건은 충족되어야 하는데, 협의를 통해 실체적 요건을 갖추었는지 여부에 관한 관할 행정청의 판단이 이루어지기 때문이다. 그러므로 관할 행정청이 의제대상 인·허가의 거부사유가 있다는 이유로 동의하지 아니한 때에는 주된 인·허가 행정청은 주된 인·허가도 발급할 수 없다고 보는 것이 일반적이다.³⁴⁹⁾

의제대상 인·허가 행정청과의 협의가 지연되어 주된 인·허가를 제때에 하

346) 정태용, 앞의 논문(각주 317), 10면.

347) 송영선, “인·허가의제제도에 관한 법제연구”, 한국법제연구원, 2005. 11. 23면.

348) 同志: 김동희, 앞의 책, 183면; 김향기, 앞의 책, 276면; 정태용, 앞의 논문(각주 317), 11면.

349) 최계영, 앞의 논문, 170면.

지 못하는 경우가 있을 수 있는 바, 이를 막기 위하여 법령으로 일정기간 내에 협의에 응하도록 규정하는 경우가 있다. 이 경우 협의기간은 혼시사항에 불과하므로 협의기간이 도과하더라도 협의를 할 수 있다고 보아야 할 것이며, 외국인투자촉진법 제17조 제4항³⁵⁰⁾의 규정처럼 일정기간이 경과되면 의견이 없는 것으로 보는 규정을 두어 협의성립을 강제하는 경우도 있다.³⁵¹⁾

2. 협의를 하지 아니한 경우

의제대상 인·허가 행정청과의 협의에 관한 규정을 두고 있음에도 협의를 거치지 아니하거나, 협의절차를 거친 경우라고 하더라도 관계행정기관의 장이 반대의견을 제출하였음에도 주된 인·허가를 한 경우 그 효력에 관하여는 아직 확립된 견해가 없다. 협이가 이뤄지지 않으면 주된 인·허가를 할 수 없으며, 의제대상 인·허가 행정청의 반대에도 불구하고 주된 인·허가를 한 경우 해당 행위는 무효 또는 취소사유가 된다. 의제대상 인·허가 행정청과의 협의는 법률에 규정된 절차이기는 하지만 외부에 공시되지 아니하는 행정기관의 내부의 의견수렴절차에 해당되고, 인·허가의 상대방은 협이가 행하여졌는지 여부를 알 수 없으므로 협의절차 불이행은 이유로 하여 주된 인·허가를 무효로 한다면 인·허가의 상대방은 불의의 손실을 입을 수 있다. 따라서 협의를 거치지 아니한 부분은 그 정도에 따라 인·허가 요건의 중요한 요소가 아닌 경우에는 취소사유는 될 수 있겠지만 당연무효사유는 되지

350) 제17조(외국투자가 등의 민원사무처리에 관한 특례) ④ 제3항에 따라 민원신청서류를 받거나 외국투자가 또는 외국인투자기업으로부터 민원신청서류를 접수한 민원처리기관의 장은 지체 없이 관계기관의 장과 협의하여야 하며, 협의요청을 받은 관계기관의 장은 제5항에 따른 처리기간에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 관계기관의 장은 협의 사항에 동의하지 아니할 때에는 그 사유를 구체적으로 밝혀야 하며, 관계기관의 장이 제5항에 따른 처리기간에 의견을 제출하지 아니하면 의견이 없는 것으로 본다.

351) 정태용, 앞의 논문(각주 317), 10면.

아니한다고 보아야 할 것이다.³⁵²⁾ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제 61조 제1항 및 제3항은 인·허가를 하고자 할 때에는 의제대상 인·허가 행정청과 미리 협의하도록 하고, 협의를 한 사항에 한하여 인·허가의제의 효과를 인정함으로써, 협의절차 불이행에 따른 문제를 입법적으로 해결하고 있다.

3. 협의가 성립되지 아니한 경우

의제대상 인·허가 행정청이 반대의견을 제출하였음에도 불구하고 주된 인·허가를 한 경우 해당 인·허가의 효력이 문제될 수 있다. 의제대상 인·허가 행정청과의 ‘협의’는 의제대상 인·허가의 실제적 요건을 갖추었는지 여부를 점검하기 위한 것이므로 의제대상 인·허가 행정청의 동의를 구하는 것으로서 사실상 ‘합의’를 뜻한다고 할 것이다. 또한 의제되는 인·허가의 종류와 인·허가의 구체적인 범위가 협의에 의하여 정하여 진다고 할 수 있으며, 실제 사례에서 보면 협의에 의해서 인·허가의 구체적인 범위도 정해진다고도 할 수 있다.³⁵³⁾ 따라서 협의가 성립되지 아니한 경우에는 주된 인·허가를 할 수 없다 할 것이고, 의제대상 인·허가 행정청의 반대의견에도 불구하고 주된 인·허가를 행한 경우 그 주된 인·허가는 협의절차를 제대로 이행하지 아니하고 행한 흠이 있는 행정행위가 된다 할 것이다. 이와 같이 협의절차를 제대로 이행하지 아니한 흠은 협의절차를 이행하지 아니한 흠과 마찬가지로 그 정도에 따라 취소사유는 될 수 있겠지만 당연무효사유는 되지 아니한다고 보아야 할 것이다.³⁵⁴⁾ 다만, 의제대상 인·허가 행정청의 반대에도 불구하고

352) 권수철, “인·허가의제제도의 법적성격과 사후감독에 관한 소고”, 법제 535호, 2002. 7, 8면; 정태용, 앞의 논문(각주 317), 11면; 정형근, “집중효가 발생하는 건축신고에 관한 법률적 검토”, 외법논집 제34권 제1호, 2010. 2, 292면.

353) 권수철, 앞의 논문, 8면.

354) 정태용, 앞의 논문(각주 317), 11면.

고 주된 인·허가를 한 경우에는 의제대상 인·허가의 실제적 요건을 갖추지 못하게 되는 경우가 대부분이라 할 것인 바, 이 경우 의제대상 인·허가의 실제적 요건에 부적합함을 이유로 하여 주된 인·허가를 취소할 수 있을 것이다.³⁵⁵⁾

Ⅲ. 인·허가의제를 수반하는 건축신고 수리의 부관부가 가능성

1. 부관의 가능여부

행정행위의 부관은 법률행위적 행정행위에 대하여도 법령상 명문규정이 없는 경우, 기속행위에 대하여는 붙일 수 없고, 재량행위에만 부관을 붙일 수 있다. 재량행위는 행정청에게 행위를 거부할 수 있는 자유가 인정되어 있다고 볼 것이므로, 부관에 의하여 그 효과를 제한하는 것도 허용된다고 볼 수 있기 때문이다. 이에 반하여 기속행위는 행정청은 법령이 정한 바에 따라서 그 행위를 행하여야 할 구속을 받으므로, 자기의 의사에 의하여 그 효과를 제한하는 부관을 붙일 여지가 없다는 것이 일반적인 견해이다.³⁵⁶⁾ 그러나 통설은 준법률행위적 행정행위라 하여 부관을 붙일 수 없다고 하는 확인·공증에도 기한 등의 부관을 붙일 수 있다고 하고, 법률행위적 행정행위로 보아 부관을 붙일 수 있다고 하는 귀화허가에는 부관을 붙일 수 없는 경우도 있다.³⁵⁷⁾

판례 역시 기속행위 내지 기속적 재량행위 행정처분에 부담인 부관을 붙일 수 없고, 가령 붙였다하더라도 일반적으로 그 부관은 무효라고 판시하고 있다.³⁵⁸⁾ 반면에 재량행위에 있어서는 법령상 근거가 없더라도 행정목적

355) 정대용, 앞의 논문(각주 317), 11면.

356) 김동희, 앞의 책, 296면; 박균성, 앞의 책, 328면; 홍정선, 앞의 책, 434면.

357) 정형근, 앞의 논문, 292면.

358) 대법원 1988. 4. 27. 선고 87누1106 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13998 판결; 대법원

달성하기 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.³⁵⁹⁾

주된 인·허가(예컨대, 채광계획인가)가 기속행위인 경우 의제되는 인·허가 규정을 적용하여 의제되는 인·허가의 기간(예컨대 산림훼손허가의 경우 산림훼손기간)을 정하여 이를 주된 인·허가의 조건으로 붙일 수 있는지 여부에 관하여, 대법원은 “채광계획인가를 받으면 광업법 제47조의2에 의하여 산림법 제90조의 규정에 의한 산림훼손허가를 받은 것으로 볼 것이지만 그렇다고 하여 채광계획인가시 산림훼손에 관하여 조건을 붙일 수 없다고 할 수는 없으므로, 지방자치단체장이 인가 신청인에게 채광계획인가를 함에 있어 산림훼손기간을 정하여 이를 조건으로 인가한 이상 그 기간이 만료되면 신청인은 산림훼손기간의 연장 또는 새로운 산림훼손허가를 받아야 한다”고 판시하고 있다.³⁶⁰⁾

그렇다면 인·허가의제를 수반하는 건축신고를 수리하면서 부관을 붙일 수 있느냐 여부는 그 수리행위가 재량행위에 해당되느냐 여부에 달려 있다 하겠다.³⁶¹⁾ 따라서 건축법 제11조 제5항의 인·허가의제가 발생하는 개별적인 행위를 검토하는 것이 필요하다.

2. 부관의 내용

1998. 12. 22. 98다51305 판결 등.

359) 대법원 1979. 8. 28. 선고 79누74 판결; 대법원 1982. 12. 28. 선고 80다731, 80다732 판결; 대법원 1991. 10. 11. 선고 90누8688 판결; 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두12837 판결 등.

360) 대법원 1997. 8. 29. 선고 96누15213 판결.

361) “행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체재·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.” 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두 17593 판결.

이와 같이 일정한 인·허가의제를 수반하는 건축신고를 수리하면서 부관을 붙일 수 있다고 볼 경우 그 부관의 내용은 이행가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 적합하며 행정처분의 본질적 효력을 저해하지 않아야 할 것이다.³⁶²⁾

행정실무상 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가와 관련하여 ‘개발된 부지는 개발목적에 맞도록 중기주기장으로만 이용하여야 한다’는 조건이나,³⁶³⁾ ‘해당 토지에 대한 개발행위(건축물의 건축 등)시 도로개설 후 기부채납토록 조건이 부여된 토지이므로 건축물사용승인신청서 제출 전까지 기부채납하라’는 조건³⁶⁴⁾ 등을, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 실시계획의 인가와 관련하여 ‘인근 주민들의 조망권 피해, 소음·분진 발생, 조명에 의한 숙면피해 등 환경적 생활피해에 대한 대책을 강구하도록 하라’는 조건³⁶⁵⁾ 등을 붙이고 있다. 위와 같이 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 수리에 부관을 붙일 수 있는 경우에도 그 부관의 내용은 건축신고로 발생하는 인·허가의제에 해당하는 인·허가를 할 수 있는 기준과 관련되는 사항이 일반적일 것이다.³⁶⁶⁾

그런데 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 경우 건축신고를 수리하면서 건축법 제11조 제5항 각 호의 인·허가 등을 받을 것을 조건으로 하는 부관을 붙일 수 있는가라는 문제가 있다. 이는 행정청의 건축신고를 수리하는 단계에서 건축신고 수리의 효과로서 부여되는 인·허가의제만을 배제할 수 있느냐에 관한 것이다. 건축신고와 함께 의제되는 효과와 관련된 신청을 한 신고인이 행정청에게 의제되는 효과에 관하여는 따로 허가 등을 받겠다고 하면서 건축신고를 수리해 달라고 할 경우 행정청으로서는 그 건축신고를

362) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두12837 판결.

363) 부산고등법원 2006. 6. 2. 선고 2005누807 판결.

364) 서울행정법원 2007. 10. 30. 선고 2007구합10440 판결.

365) 서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006누20862 판결.

366) 남대하, 앞의 논문, 573면.

수리하면 인·허가의제가 발생할 수 있기 때문에 신고인의 의사와 같이 인·허가의제와 무관하게 건축신고를 수리하기 위하여 건축신고의 수리로 의제되는 효과와 관련된 허가 등을 따로 받을 것을 조건으로 하여 건축신고를 수리할 수 있다고 할 것이다. 이와 같이 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 경우에도 인·허가의제의 발생을 배제하면서 건축신고를 수리해야 할 필요성이 있는 경우가 있을 수 있다.³⁶⁷⁾ 인·허가의제가 발생하지 않는 것을 조건으로 하더라도 그 조건이 이행불가능하고 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 반하며 행정처분의 본질적 효력을 저해한다고 볼 수는 없다 할 것이므로,³⁶⁸⁾ 인·허가의제가 발생하는 건축신고의 경우에도 건축법 제11조 제5항 각 호의 허가 등을 받을 것을 조건으로 하여 건축신고를 수리할 수 있다고 볼 것이다.³⁶⁹⁾

제4절 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질

I. 서설

인·허가의제를 수반하는 건축법상 건축신고의 법적 성질을 논하기 위하여 앞서 제2장에서 신고의 종류를 수리를 요하는지 여부에 따라 구분하여 그 법적 성질을 검토하였고, 제3장에서는 건축신고의 법적 성질을 검토하였다.

367) 남대하, 앞의 논문, 573면.

368) 정형근, 앞의 논문, 293면.

369) 하급심 판결이지만, 대구고등법원은 “피고는 원고가 공사착수 전까지 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조의 규정에 의한 개발행위허가를 받아야 하고 이를 받지 못할 경우 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 규정에 의한 행정조치를 할 수 있음을 조건으로 이 사건 건축신고를 수리하였음에도 원고가 공사착수 전까지 개발행위허가를 받지 못하였으므로, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제60조 제3항의 규정에 의하여 원상회복을 명한 이 사건 처분은 위 부관에 따른 것으로서 적법하다”고 판단하였다. 대구고등법원 2008. 1. 18. 선고 2007누1157 판결.

그렇다면 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 관해서는 그 법적 성질을 어떻게 볼 것인가가 문제 된다. 이에 대해서는 견해가 나뉘지고 있다.

현행 건축법은 건축신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다(제14조 제1항)라고 규정하고, 제11조 제5항의 인·허가의제 조항을 준용(동조 제2항)한다고만 규정하고 있을 뿐, 건축신고나 인·허가의제의 효력이 일반적인 건축신고의 효력발생시기와 마찬가지로 건축신고서가 행정청에 도달함으로써 바로 발생하는지, 건축신고가 건축허가와 같이 수리되어야 발생하는지 등에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 종래의 학설이 건축신고는 수리를 요하지 아니하는 신고로 보아야 한다고 하면서 분석한 판례의 대부분은 인·허가의제를 수반하지 아니하는 건축신고에 관한 것이었으므로, 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 관하여는 별도의 검토가 필요하다.

II. 학설

인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질에 관하여 다음과 같이 견해가 나뉘고 있다.

1. 자기완결적 신고로 보는 견해

인·허가의제를 수반하는지의 여부를 묻지 않고 모든 건축신고는 적법한 요건을 갖추면 행정청의 수리 등의 조치를 기다릴 필요 없이 신고만으로 건축행위 및 인·허가의제 사항 모두에 효력이 생긴다는 견해이다.

건축허가의 경우에는 미리 의제대상인 인·허가 행정청과의 협의를 거쳐 의제대상 인·허가의 실체적 요건을 갖추었는지 여부를 검토하여 이에 적합한 경우에 한하여 건축허가를 하는데 반하여, 건축신고의 경우에는 건축법

에 의한 절차적 요건에만 적합하면 다른 실체적 요건을 이유로 하여 접수를 거부하거나 신고서를 반려하지 못하므로 의제대상 인·허가의 요건을 갖추었는지 여부를 검토할 방도가 없다. 따라서 건축신고가 있기만 하면 의제대상 인·허가의 요건을 갖추고 있지 아니한 경우에도 인·허가의제 효과가 발생하게 된다고 한다.

종래 건축신고에 관한 판례는 건축신고에 대하여 적법한 신고만 하면 행정청의 수리처분이라는 별단의 조치 없이 건축을 할 수 있다고 실시하고 있어,³⁷⁰⁾ 건축신고를 자기완결적 신고로 보아 왔는데, 그 판례들의 사안은 인·허가의제의 효과가 수반되지 않는 건축신고의 경우로 보여서 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 관하여는 명시적인 판례가 없었다고 할 수 있다. 그런데 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결의 반대의견에서 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 경우에도 종래 판례의 입장과 같이 행정청의 수리 등을 요하지 않는 자기완결적 신고로 보는 것이 타당하다고 주장하였다. 이 판결의 소수의견의 요지를 보면 다음과 같다. 첫째, 현행 건축법은 건축신고에 관하여 행정절차법의 적용을 배제하는 규정을 별도로 두지 아니한 채, 건축법 제14조 제1항에서는 ‘신고를 하면 건축허가를 받은 것으로 본다’고 규정함으로써 적법한 신고를 하면 건축허가를 의제하는 효과가 생기는 것임을 분명히 하고 있다. 따라서 건축신고를 관장하는 행정청이 의제되는 인·허가 해당사항여부에 관한 판단이나 재량을 행사할 여지가 있다고 볼 수 있을지 의문인 것이다. 둘째, 건축법은 건축허가와 건축신고 2가지만을 병렬적으로 규정하고 있다. 그런데 건축법 제14조에 규정된 건축신고를 두 가지 성질의 것(자기완결적 신고와 행위요건적 신고)으로 구별한다면 건축법의 문언에 반하고, 입법자의 의사에 부합하지 아니한다는 지적을 받

370) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67누71 판결; 대법원 1988. 9. 20. 선고 87도449 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두18435 판결; 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8800 판결 등.

을 수 있다. 셋째, 건축신고에 관한 건축법 제14조 제2항은 제11조 제4항을 준용하고 있지 아니하고, 건축법 시행규칙 제12조 제2항에 의하면 시장·군수·구청장은 신고서를 받은 때에는 그 기재내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 건축신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다고 규정함으로써 행정청에게 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 아니하다. 이와 같이 건축법령은 여러 곳에서 건축신고가 실체적 요건에 관한 심사와 무관한 것임을 전제로 한 규정들을 두고 있다. 넷째, 인·허가가 의제되는 건축신고의 범위를 무분별하게 확대하는 방향으로 건축법이 여러 차례 개정되어 온 결과 신고제의 본질과 취지, 인·허가의제 제도의 취지에 어긋나는 다수의 내용을 포함하게 된 것은 아닌지 하는 측면에서 이를 바로잡는 입법적 노력이 우선되어야 한다. 다섯째, 건축신고가 실체적 요건에 관한 심사대상에 포함되면 국민에 대한 과도한 규제와 행정청에 대한 지나친 업무과중을 초래하게 될 뿐만 아니라, 국민으로서 어떤 경우가 실체적 요건을 심사할 수 있는 건축신고에 해당하는지를 쉽게 알기 어려워 형식적 요건을 갖추어 신고를 하였더라도 매우 불안한 법적 상황에 처하게 되어 법적 안정성 및 예측가능성을 해할 가능성이 높다.

2. 수리를 요하는 신고로 보는 견해

이는 건축행위가 신고대상이라고 하더라도 건축행위 이외의 인·허가사항에 대하여 신고의 효력이 발생하기 위해서는 별도의 심사를 거쳐 행정청의 수리가 있어야 한다는 견해이다. 건축행위 이외의 인·허가사항에 관련된 법령에서 실체적 요건을 규정한 경우에는 행정청은 그 실체적 요건에 관하여 심사하여 건축신고의 수리여부를 결정하여야 할 것이고, 이때의 건축신고는 수리를 요하는 신고라고 한다. 즉, 의제규정의 존재는 의제관련 규정의 요건

에 대한 심사를 예정한다는 점에서 일반적인 건축신고와 구분되는 것이다.

이 견해는 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결의 입장인바, 그 논거는 다음과 같다. 건축법 시행령 제11조 제3항, 제9조 제1항, 건축법 시행규칙 제12조 제1항 제2호에서 인·허가를 위하여 해당법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비 서류를 제출하도록 하고 있고, 건축법령과 인·허가사항에 관하여 정하고 있는 관련 법령들은 그 입법목적·규정사항·적용범위 등을 달리하고 있어서 건축법령이 다른 관련법령에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고 보기 어렵다. 또한, 건축신고만으로 인·허가를 받아야 하는 사항에 관한 일체의 요건심사가 배제된다고 한다면 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련법령에서 인·허가제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 즉, 건축물을 건축함에 있어서 필연적으로 수반될 수 있는 개발행위, 형질변경행위 등을 그에 필요한 개발행위허가·농지전용허가·산지전용허가 등의 인·허가 심사절차 없이 건축신고만으로 자유롭게 할 수 있다고 한다면, 국토의 효율적인 이용, 농지 및 산지의 보전 등 관련법령에서 인·허가제도를 둔 취지가 완전히 무너질 우려가 있다. 그리고 신고에 집중효가 부여된다고 할지라도 의제되는 인·허가의 실제적 요건까지 없어진다고 할 수는 없고 협의절차를 통한 심사가 필요하다. 따라서 관계행정청과의 협의절차를 거쳐야 하고, 협의결과 의제대상 인·허가가 불가능하다는 의견이 제시되면 건축신고를 반려하여야 하며, 그 때에는 의제대상 인·허가의 효과가 발생하지 않을 뿐만 아니라 건축신고의 효과도 발생하지 않으므로 수리를 요하는 신고로 보아야 한다고 한다.

3. 의제되는 인·허가만 수리를 요한다는 견해

건축신고는 수리를 요하지 않는 신고이지만 의제되는 인·허가는 수리를 요한다는 견해이다. 신고의 요건은 형식적인 것이지만 의제되는 인·허가의 요건은 실체적인 것으로서 성질상 서로 구별되므로 서로 가분적인 요건으로 보고 의제되는 인·허가는 가분적인 거부가 인정될 수 있다고 한다. 행정청의 심사 결과 의제대상 인·허가 중 일부의 실체적 요건이 갖추어지지 않았을 때, 주된 인·허가는 발급하되 가분적으로 요건을 갖추지 못한 인·허가만을 거부함으로써 의제효과의 발생을 저지할 수 있다고 한다.³⁷¹⁾ 가분적인 거부를 인정한다면 주된 건축신고의 효력에는 영향을 미치지 않은 채로 요건을 갖추지 못한 해당 인·허가의 효력발생만 저지할 수 있기 때문에 굳이 건축신고의 법적 성격을 인·허가의제 때문에 수리를 요하는 신고로 보아야 할 필요는 없게 된다고 한다. 또한 의제되는 인·허가의 요건을 갖추지 못한 경우라면 이를 이유로 사후에 관할행정청이 직권취소를 할 수 있기 때문에 이를 인정한다고 해서 특히 더 불리해지는 것도 아니라고 한다. 다만, 현행 법상 의제대상 인·허가의 적법여부는 주된 인·허가에 대한 쟁송을 통해서만 다룰 수 있으므로 쟁송에 있어서는 양자는 불가분적이라고 한다.³⁷²⁾ 그러나 의제되는 인·허가만 거부할 수 있다는 견해는 신고의 요건과 인·허가의제의 요건을 가분적인 것으로 볼 수 있을지, 가분적이라고 하더라도 인·허가의제의 요건이 충족하지 못한 경우 신고의 효과는 어떻게 되는지가 문제가 된다는 점 등 의문이 제기된다.

4. 의제되는 인·허가의 구체적 요건에 따라 개별적으로 판단해야 한다는 견해

신고제는 규제완화 제도라는 점에서 원칙적으로 수리를 요하지 아니한다

371) 최계영, 앞의 논문, 184면.

372) 최계영, 앞의 논문, 185면.

고 할 것이나, 의제되는 인·허가의 요건·효과가 다양하므로 구체적인 경우에 개별적으로 판단하여 특별한 경우에만 수리를 요하는 신고로 판단함이 타당하다는 견해이다.³⁷³⁾ 즉, 건축신고는 자기완결적 신고이지만, 인·허가의제를 수반하는 건축신고에서의 의제되는 인·허가사항은 수리를 요하거나 혹은 수리를 요하지 않는 경우가 있으므로 의제되는 사항에 의해 건축신고의 성질이 결정된다는 견해이다. 따라서 수리를 요하는 신고인지 여부는 유형화하기는 곤란하고, 의제되는 사항에 따라 구체적인 요건에 따라 개별적으로 판단하여 수리를 요하는지 여부를 결정해야 한다는 것이다.³⁷⁴⁾ 그리하여 행정청에게 심사권이 없는 순수한 건축법상 건축신고의 요건만을 갖추면 되는 경우에는 수리를 요하지 아니하는 신고로 본다.

Ⅲ. 판례의 입장

대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결 이전에 인·허가의제를 수반하는 건축법상의 건축신고의 법적 성격에 관하여 명시적으로 판단하고 있는 대법원 판결은 없는 것으로 보인다. 그러나 하급심 판결 중에는 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고로 보는 판결을 찾아 볼 수 있다. 그 중 몇 가지 사안을 살펴보면 다음과 같다.

1. 수리를 요하지 않는 신고라고 보는 경우

(1) 제주지방법원 2005. 10. 5. 선고 2005구합535 판결³⁷⁵⁾

373) 김향기, 앞의 책, 106면.

374) 김향기, 앞의 논문(각주 85), 56-57면; 정형근, 앞의 논문, 289-290면.

375) 이 판결은 원고들이 항소를 제기하지 않아 확정되었다.

이 판결은 신청지와 인접하여 기반시설(하수도)이 설치되지 아니한 지역에 건축물의 건축을 위한 개발행위를 허용할 경우 동 건축물과 연계하여 주변지역의 무질서한 개발이 우려되므로 개발행위가 불가하다는 이유로 건축신고를 반려하는 처분을 한 사안이다.

제주지방법원은 이 사건에서 수리를 요하지 않는 신고라고 본 이유를 허가제와 대비하여 다음과 같이 설명하고 있다. 첫째, 개정된 건축법에서 ‘의제규정에 해당하는 사항에 대한 다른 관련 행정기관의 장과 협의하여야 한다’는 규정이 준용규정에서 삭제되어, 건축신고의 경우에는 의제규정이 준용되는 경우에도 관련 행정기관의 장과의 협의 절차를 필요로 하지 않게 되었다. 둘째, 건축신고의 경우에는 관계법령의 준수 등은 건축신고를 받은 행정청이 그 시부터 감독하여 관계법령에 위반되면 건축법 제69조에 따라 공사중지, 철거, 시정조치를 하는 등으로 대처할 수 있고, 건축법상 신고 사항에 관하여는 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고 그로써 행정청은 이를 사후감독 할 수 있는 기회를 갖게 된다. 셋째, 건축신고에 관한 건축법 제9조 제2항이, 건축법이나 다른 법률의 규정에 불구하고 건축허가를 하지 아니할 수 있다는 제8조 제5항을 준용하고 있지 않은 이상 건축신고를 수리를 요하는 신고로 볼 수 없다. 넷째, 건축법 시행규칙 제12조 제2항은 건축·대수선·용도변경신고서를 받은 때에는 그 기재 내용을 확인한 후 그 신고의 내용에 따라 건축·대수선·용도변경신고필증을 신고인에게 교부하여야 한다고 함으로써 실제적 건축요건에 대한 심사권한을 부여하고 있지 않고 있다. 다섯째, 건축행위에 대한 규제를 완화하여 허가제에서 신고제로 전환한 입법 취지를 고려하여 볼 때, 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별단의 조처를 기다릴 필요는 없는 것이다. 따라서 해당 행정청의 건축신고반려행위는 신고인들의 구체적인 권리의무에 직접 변동을 초

래하는 행정처분이라 할 수 없는 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다.

(2) 제주지방법원 2007. 2. 7. 선고 2006구합419 판결³⁷⁶⁾

이 판결은 원고가 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 관리지역 내의 준보전산지인 본인 소유의 임야 지상에 소규모의 단독주택을 건축하기 위하여 산지전용허가신청을 하였는데, 제주시장은 관련부서 협의를 거친 다음 원고 소유의 임야에 접한 도로에는 공공하수도 시설이 설치되어 있지 않아 배수설비 설치를 할 수 없어 건축행위가 불가하다는 이유로 산지전용(주택건축)허가를 불허가하는 처분을 한 사안이다.

제주지방법원은 건축신고가 있는 경우 산지관리법상 산지전용허가나 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가를 비롯한 건축법 제8조 제6항 각호의 각종 인·허가를 받거나 신고를 한 것으로 의제되므로 건축신고만 있으면 별도로 산지전용허가를 받을 필요가 없다고 보고 있다. 건축법상 신고사항에 관하여는 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있고, 행정청의 수리처분 등 별단의 조치를 기다릴 필요는 없는 것이다. 또한 원고가 산지전용허가신청을 한 이유는 인·허가 업무를 담당하는 공무원의 요청에 따른 것이므로 그로 인한 불이익을 신청자인 원고에게 전가한다는 것은 부당하고 위 신청으로 적법한 신고가 있었던 것으로 볼 수 있다. 건축신고의 의미를 제외한 피고의 산지전용불허가처분으로서의 이 사건 처분이 외형적으로 존재하고 있다고 하더라도 결국 원고로서는 위 신고로서 이 사건 신청지상에 원고가 건축하려는 이 사건 주택을 건축할 수 있으므로, 위 처분의 취소를 구할 이익이 있다고 보기 어렵다

376) 위 판결은 원고가 항소를 제기하지 않아 확정되었다.

고 판시하였다.

2. 수리를 요하는 신고라고 보는 경우

(1) 대구고등법원 2008. 1. 18. 선고 2007누1157 판결³⁷⁷⁾

원고는 자신의 소유인 이 사건 토지 중 일부(신청부지)에 대해 피고에게 유리온실에 관한 건축신고를 하면서 복합민원으로 신청부지에 관한 개발행위허가신청 및 농지전용허가신청도 하였다. 이에 대하여 피고는 원고에게, 신청부지가 직지문화공원에 인접한 지역으로써 개발행위로 인한 주변 경관과 조화를 이룰 수 있는 사업계획서를 제출하지 않았고, 제출된 현황 도면은 현장과 상이하며, 신청부지가 허가기준인 경사도 35% 미만이라는 산정근거를 제출하지 않았고, 건축법 제33조 및 그 시행령 제28조에 의하여 건축물의 대지는 2미터 이상을 도로에 접해야 하는데 신청부지는 이를 충족하지 않고 있다는 이유로 원고의 이 사건 건축신고를 반려하는 처분을 하였다.

이에 대해 대구고등법원은 행정청이 건축물의 건축을 허가할 경우 관계법률의 인·허가를 받은 것으로 의제하는 제도의 목적은 주된 인·허가 여부와 함께 관련 인·허가 여부를 같이 심사함으로써 신청인으로 하여금 의제대상 인·허가를 받는데 소요되는 시간과 비용을 절감하고 절차를 간소화하려는 데 있어서 주된 인·허가를 담당하는 행정기관은 의제대상 인·허가 여부에 대하여 실질적으로 심사하여야 하는데, 이러한 건축허가의 인·허가의 제도의 취지는 인·허가의제를 준용하고 있는 건축신고의 경우에도 동일하다고 볼 수 있다고 하였다. 따라서 건축신고서에 의제대상 인·허가와 관련된

³⁷⁷⁾ 원고가 상고를 제기하지 않아 위 판결은 확정되었다.

서류가 첨부된 경우 담당 행정기관은 의제대상 인·허가에 관하여 실질적인 심사를 하여 인·허가를 하기로 결정한 후에서야 건축신고를 수리할 수 있다고 보아야 하며, 자기완결적 공법행위인 수리를 요하지 않는 건축신고로써 곧바로 행정청의 재량행위인 인·허가를 받은 것으로 간주한다는 것은 부당하므로, 집중효가 발생하는 건축신고의 경우에는 그 건축신고는 행정청의 수리를 요하는 신고에 해당하고, 행정청의 위 신고를 수리한 행위나 신고를 반려한 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보았다.

(2) 서울행정법원 2009. 4. 9. 선고 2009구합1693 판결

원고는 경매절차를 통해 A토지의 소유권을 취득한 다음, 이 대지 위에 단층건축물을 신축하는 내용의 건축신고를 하였다. 피고 강남구청장은 이 사건 A토지 및 그에 접하고 있는 B토지는 원고 소유 이전의 소유자들이 자신들의 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 이래 현재까지 인근 주민들의 통행로로 사용하고 있으므로 통행로를 폐쇄하는 것을 전제로 하는 원고의 건축물 신축행위는 허용될 수 없다는 이유로 원고의 건축신고를 반려처분하였다.

이에 대해 서울행정법원은 일반적으로 건축법상의 건축신고는 행정청의 수리를 요하지 아니하여 그 신고가 행정청에 도달된 때에 효력을 발생하는 것이고, 만일 행정청이 실체적 사유에 기하여 그 신고수리를 거부하였다고 하더라도 그 거부처분이 신고인의 법률상 지위에 직접적으로 아무런 법률적 변동을 일으키지 아니하므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 아니지만, 건축신고시 그 신고로 인하여 건축법 제4조 제1항, 제11조 제5항에 따라 이른바 건축법상의 집중효가 발생하는 경우에는 그 건축신고는 행정청의 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하고, 따라서 그 신고를 거부하는 행위는 항고

소송의 대상이 되는 처분이라고 보았다.³⁷⁸⁾ 이 사건 건축신고는 건축법 제 14조 제1항, 제11조 제5항 제3호, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제 56조 제1항에 따른 건축물 신축, 토지형질변경행위 등 개발행위의 허가를 받은 것으로 보는 효력이 생기는 경우에 해당하므로, 그 건축신고는 행정청의 수리를 요하는 신고로 봄이 상당하다고 보았다.

3. 판례의 변화- 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결

(1) 사건개요

용인시 기흥구 마북동 대 110㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)의 종전 소유자이었던 A는 1991. 7.경 이 사건 토지의 인접토지상에 건축되는 다세대주택의 건축허가를 위하여 이 사건 토지를 진입도로로 사용할 것을 승낙하여 다세대주택들이 건축되었다. 이 사건 토지는 폭 2.6m~3.3m, 길이 약 25m의 ‘스’자 모양으로 된 토지로서, 위 사용승낙 후 현재까지 17년 7개월 동안 아스팔트 및 콘크리트 포장인 상태로 다세대주택의 거주자들의 공로에 이르는 유일한 통행도로 사용되어 왔다.

2006. 3. 이 사건 토지를 A로부터 경매절차에서 취득한 원고는 2009. 3. 피고(용인시 기흥구청장)에게 이 사건 토지 위에 연면적 합계 29.15㎡인 건물 2동을 건축한다는 내용의 건축신고를 하였다. 피고는 “이 사건 토지는 인접 다세대주택의 건축허가 시 당시 소유자 A로부터 토지의 사용승낙을 득하여 현재까지 현황도로로 사용하고 있는 토지인데, 이 토지의 지상에 위 건축물이 건축될 경우 타 부지로 진입이 불가능한 상태로서 기존 건축물로의

378) 이 외에 대구지방법원 2006. 10. 18. 선고 2006구합462 판결 및 대전고등법원 2007. 5. 3. 선고 2006누2402 판결(건축신고로 인하여 농지법 제36조 제1항의 규정에 의한 농지전용허가 또는 협의를 받은 것으로 보는 효력이 발생하는 경우에 관한 사안)도 같은 취지로 판시하고 있다.

진출입이 차단된다는 이유로 건축신고의 불가함”이라는 이유로 위 건축신고 수리가 불가하다고 통보하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

(2) 사건 쟁점

원래 신고는 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 그 신고의 효력이 발생하므로 행정청의 수리처분 등 특단의 조치를 기다릴 필요가 없는데, 각 개별법상에서 자기완결적 신고 이외에 수리를 요하는 신고로 해석할 여지가 있는 경우도 있다. 이 사건의 경우, 건축법 제14조 제1항에 의한 건축신고가 동조 제2항에 따라 건축법 제11조 제5항의 인·허가의제를 준용하고 있는바, 이러한 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 경우에는 수리를 요하는 신고로 보아야 하는지 문제된다. 원고는 신고 건축물이 연면적 합계 100㎡ 이하의 건축물로서 건축법상 건축허가를 받을 필요가 없는 건축신고의 대상이므로 그 실제적 요건심사 없이 당연히 수리하여야 함에도 건축신고의 수리가 불가하다는 피고의 통지는 위법하다고 주장한다. 대상판결은 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 경우는 수리를 요하는 신고로 판결하고 있는바, 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질이 수리를 요하는 신고인지의 여부가 이 사건의 쟁점이라 하겠다.

(3) 판결요지

1) 제1심³⁷⁹⁾ 및 원심³⁸⁰⁾ 판결의 요지

일반적으로 건축법상의 건축신고는 행정청의 수리를 요하지 아니하여 그

379) 수원지방법원 2009. 12. 17. 선고 2009구합8091 판결.

380) 서울고등법원 2010. 7. 1. 선고 2010누1042 판결.

신고가 행정청에 도달된 때에 효력이 발생하는 것이나, 건축신고로 인하여 건축법 제14조 제1항, 제11조 제5항 각 호 소정의 허가 또는 인가 등을 받은 것으로 의제하는 효력(집중효)이 발생하는 경우에는 그 건축신고는 행정청의 수리를 요하는 신고로 봄이 타당하다고 본다.

건축법 제2조 제1항 제11호, 제44조, 제45조의 각 규정의 취지에 비추어 보면, 인접토지의 건축허가 또는 건축신고 당시 토지소유자 등의 사용승낙을 받아 인접토지의 진입도로가 되어 그 주민들의 통행로로 사용되고 있는 토지는, 이해관계인의 동의를 얻어 이를 통행로에서 제외하는 등의 조치를 취하기 전까지는 그 지상에 건축물을 건축하는 등 진입도로로 이용하는 데 방해가 되는 다른 용도로 이용할 수 없다고 할 것이다.

2) 대법원 판결의 요지

건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고가 ‘수리를 요하는 신고’인지 여부에 대해 다수의견은 “건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제 사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다. 만약 건축신고만으로 인·허가의제 사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 또한 건축신고 시 제출해야 하는 신청서와 구비서류는 건축신고를 수리하는 행정청으로 하여금 인·허가의제 사항 관련 법률에 규정된 요건에 관하여도 심사를 하도록 하기 위한 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신

고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실제적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 옳다”라고 판시하고 있다.

이에 대해 대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견은 “다수의견과 같은 해석론을 택할 경우 헌법상 국민의 자유권 보장의 문제, 적법한 신고여부에 관한 예측 가능성 담보문제, 형사처벌의 대상이 불필요하게 확대됨에 따른 죄형법정주의 훼손 가능성 문제, 국민의 권리의무에 관한 법률유보의 원칙 손상문제, 신고제의 본질과 취지에 어긋나는 해석론을 통한 신고제도에 관한 행정법 이론 구성에 난맥상을 초래 우려문제 등에서 여러 근본적인 의문이 제기된다. 이 경우 입법적 해결책을 통하여 현행 건축법에 규정된 건축신고제도의 문제점 및 부작용을 해소하는 것은 별론으로 하더라도, ‘건축법상 신고사항에 관하여 건축을 하고자 하는 자가 적법한 요건을 갖춘 신고만 하면 건축을 할 수 있다’는 대법원의 종래 견해를 인·허가가 의제되는 건축신고의 경우에도 그대로 유지하는 편이 보다 합리적인 선택이라고 여겨진다”라고 주장하였다.

다음으로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우, 행정청이 수리를 거부할 수 있는지 여부에 대해 다수의견은 “일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다고 보아야 한다”라고 판시하고 있다.

이에 대해 대법관 박시환, 대법관 이홍훈의 반대의견은 “행정청이 인·허가의 제 조항에 따른 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 개발행위허가 요건 등을 갖추었는지 여부에 관하여 심사를 한다면, 사실상으로는 허가 와 아무런 차이가 없게 되고, 이러한 경우 인·허가의 제 조항을 특별히 규정하고 있는 입법 취지가 몰각됨은 물론, 신고와 허가의 본질에 기초하여 건축신고 와 건축허가 제도를 따로 규정하고 있는 제도적 의미 및 신고제와 허가제 전반에 관한 이론적 틀이 형해화 될 가능성이 있다”라고 주장하였다.

4. 검토

인·허가의 제를 수반하는 건축신고의 법적 성질에 관해서 하급심의 판결은 수리를 요하지 않거나, 수리를 요하는 신고 두 가지 입장으로 나뉜다. 이런 가운데 최근의 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결은 인·허가의 제가 수반되는 건축신고의 법적 성격을 명확히 규정하고 있다. 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고이지만, 인·허가의 제가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 신고라고 하여 그 실체적 요건에 관하여 심사를 할 수 있다고 판시함으로써 두 경우의 법적 성격을 다르게 보고 있다. 건축행위에 수반하여 인·허가를 받아야만 하는 행위에 대하여는 비록 그 건축행위가 신고에 의하여 할 수 있는 것이라 하더라도 건축법의 규정이 그 인·허가에 필요한 적합성 요건에 관하여 심사를 배제하는 취지까지 정하고 있는 것으로 볼 수 없다. 이처럼 대법원이 인·허가의 제가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 신고라고 판결한 점은 타당하다고 생각한다. 그러나 인·허가의 제가 수반되는 건축법 제11조 제5항의 각 사유가 그 성격을 달리하고 있기 때문에 인·허가의 제가 수반되는 모든 건축신고를 일괄적으로 수리를 요하는 신고로 볼 수는 없다고 하겠다. 그러므로 인·허가의 제가 발생하는 각 사유

에 따라서 개별적으로 검토하여 수리를 요하는 신고인지, 수리를 요하지 아니하는 신고인지 여부를 판단하여야 할 것이다.

IV. 소결

법령에서 신고라는 용어를 사용하였다고 하여 이를 일률적으로 강학상 본래의 의미에서의 신고라고 할 수 없음은 앞에서 이미 검토하였다. 따라서 그것이 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고 중 어느 것에 해당하는지는 관련 법령의 목적과 취지, 관련 법규정에 관한 합리적이고도 유기적인 해석, 해당 신고행위의 성질 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 물론 수리를 요하는 신고로 볼 경우 국민의 자유의 영역이 상대적으로 작아지는 점 등의 문제가 있으므로 신고제의 취지를 고려하여 그 구분에 신중을 기해야 할 것이다.

건축신고에 관하여도 위와 같은 기준을 고려하여 자기완결적 신고인지 수리를 요하는 신고인지를 판단하여야 한다. 건축행위 이외의 인·허가사항에 관련된 법령에서 실제적 요건을 규정하고 있는 경우에는 행정청은 그 실제적 요건에 관하여 심사하여 건축신고의 수리 여부를 결정하여야 할 것이고, 이때의 건축신고는 수리를 요하는 신고로 보아야 한다. 건축신고 대상 건축물은 건축허가 대상 건축물에 비해서는 상대적으로 소규모의 건축물이기는 하지만 그래도 건축물을 건축함에 있어서 수반될 수 있는 개발행위, 형질변경행위 등을 위해 필요한 개발행위허가·농지전용허가·산지전용허가 등을 인·허가 심사절차 없이 건축신고만으로 자유롭게 할 수 있다고 한다면, 국토의 효율적인 이용, 농지 및 산지의 보전 등 관련 법령의 목적 및 취지가 무시될 우려가 있다.

건축허가에서의 인·허가의제 조항은 건축법 제14조 제2항에 의하여 건축

신고에서도 그대로 준용되고 있는데, 문제는 인·허가의제 조항의 의미를 어떻게 해석할 것인가 하는 점이다. 건축행위는 신고사항이라고 하더라도 건축법상의 건축행위 이외의 다른 법령에 의한 인·허가를 필요로 하는 행위에 대하여는 그러한 인·허가를 신청하는 행위로서의 실질을 갖는 것으로 보아야 할 것이다. 건축신고에서 건축허가에서의 인·허가의제 조항이 그대로 준용된다는 의미는 건축허가³⁸¹⁾의 경우와 마찬가지로 건축신고에서도 일괄하여 건축신고 이외에 필요한 인·허가사항에 대하여 하나의 절차에서 심사를 거쳐 수리까지 완료되었다면 별도로 다른 법령에 의한 인·허가를 받을 필요가 없다는 것이다. 즉, 인·허가를 받아야 할 필요가 있는 사항에 대하여 관할 행정청의 심사절차를 거쳐 인·허가를 개별적으로 받지 않아도 된다는 의미인 것이지, 그 인·허가의제 사항에 대한 심사까지 불필요하다는 의미는 아닌 것이다.

건축신고는 자기완결적 신고가 원칙이지만, 인·허가의제가 수반되는 건축신고를 자기완결적 신고로 볼 경우 건축신고만으로 자유롭게 건축을 개시할 수 있게 되어 결과적으로 허가요건심사가 면제되고, 건축허가와 마찬가지로 여러 행정처분들이 의제되게 되는 불합리한 결과가 발생한다.³⁸²⁾ 그로 인하

381) 인·허가의제가 수반되는 건축신고는 실체적 요건에 관한 심사를 거친다는 점에서 허가의 성질과 유사하다. 그러나 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보더라도 건축허가와 내용면에서 차이가 있다. 즉, 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고에서의 실체적 요건에 관한 심사대상은 건축법상의 실체적 요건 자체가 아니라 관련 법령에서 인·허가를 받아야 하는 사항에 관한 것이고, 건축허가는 건축법상의 실체적 요건에 관한 심사까지 필요로 하고 있다.

382) 집중효가 유래한 독일에서는 건축신고에 집중효를 인정하지 않는다(정남철, 앞의 논문(각주 12), 7-8면). 또한 인·허가의제와 독일에서 인정되는 허가의제(Genehmigungsfiktion)는 개념상 서로 구별될 필요가 있다. 독일에서 허가의제는 허가신청을 한 후 일정한 기간 내에 행정청의 명시적 거부 없으면, 그 기간의 경과 후 법률에 의해 허가가 발급된 것으로 의제하는 것이다. 독일 행정절차법 제42a조에는 ‘허가의제’가 명문화되어 있다(독일 행정절차법 제42a조(허가의제) ① 신청한 허가는 법령에 의해 명하거나 신청이 충분히 명확한 경우에는, 결정을 위해 확정된 기간의 경과 후 발급된 것으로 본다. 권리구제절차 및 행정행위의 존속효에 관한 규정도 마찬가지로 적용된다. ② 다른 법령에 특별히 정한 바 없는 한, 제1항 제1문의 기간은 3개월로 한다. 이 기간은 완전한 신청서가 제출된 때로부터 시작한다. 사유가 정당할 경우에는 1회에 한하여 적절히 연장될 수 있다. 그 기간의 연장은 이유를 제시하

여 이해관계인들의 권익 또는 공익이 침해될 경우가 발생하고, 그와 관련된 분쟁과 법적 불안이 발생할 수 있다. 물론 이러한 경우에도 이해관계인들에게 취소소송 등의 권리구제의 수단이 있으나, 그것은 이미 이해관계인들의 권익 등에 대한 침해가 발생한 이후에 취할 수밖에 없는 사후적 구제절차에 지나지 않는다. 그보다는 행정청에 의한 건축개시 전 건축신고 단계에서 인·허가 심사절차를 통하여 적법여부를 판단하여 건축개시여부를 결정하도록 하는 것이 이해관계인들의 이익과 공익보호에 더욱 적절할 것이다.

또한 신고인은 건축신고서 작성 시에 직접 의제되는 인·허가사항을 표시하게 되어 있다. 이는 의제되는 신고의 성질을 별도로 논하지 않더라도 인·허가의제를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 볼 수밖에 없는 가장 기본적인 근거가 된다고 볼 것이다.

이와 같이 인·허가의제가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 신고라고 할 것이다. 다만 의제되는 각 사항마다 협의절차와 그 성질의 차이가 있으므로 일괄적으로 그 법적 성질을 정의할 수는 없고, 각 사항마다 수리를 요하는 신고인지의 여부를 구별하여 판단하여야 할 것이다. 따라서 이하에서는 인·허가의제 규정인 건축법 제11조 제5항의 의제되는 허가·신고·인가나 신청의 법적 성질을 개별적으로 분석해 보도록 하겠다.

제5절 제11조 제5항에 따른 인·허가의제 사항의 수리필요 여부 검토

고 적시에 통지되어야 한다. ③ 신청이 있는 경우에는 제41조 제1항에 따라 행정행위가 통지되었어야 할 자에게 허가의제의 개시를 서면으로 증명할 수 있다). Uechritz, Michael, Die allgemeine verwaltungsverfahrenrechtliche Genehmigungsfiktion des §42a VwVfG, DVBl, 2010, S. 684f.

I. 서설

신고인(건축주)이 건축신고를 하기 위해서는 건축신고서³⁸³⁾를 작성·접수하여야 하는데, 이 때 해당되는 인·허가의제 사항을 직접 선택·표시하여 제출하게 되어 있다. 만약 접수 시 어떤 인·허가 내지 신고가 수반되는지 모를 경우에는 담당 공무원에게 질의 하여 표시할 수 있다. 신고인은 특별한 사유가 있지 않는 한 적법한 요건을 갖춘 건축신고를 제출한다는 전제하에 접수만 하면 그것으로 법령상의 의무가 이행된 것으로 볼 것이다. 그러므로 신고인의 입장에서는 건축신고를 하면 함께 표시한 의제되는 인·허가사항 역시 일괄적으로 처리가 된다고 신뢰를 하게 된다. 이것이 바로 신고만으로 인·허가를 받은 것이 되는 즉, 약한 규제가 강한 규제를 포섭하게 되는 모순된 상황인 것이다. 만약 건축신고 접수 후에 관할 행정청이 의제되는 인·허가사항은 심사를 거쳐야 한다고 할 경우, 더욱이 심사를 거쳐 수리 거부라는 결과가 나올 경우 신고인의 입장에서는 상당한 불이익을 입게 되며, 법적 안정성을 해하게 된다. 반면, 신고인이 건축신고라 할지라도 일괄처리 사항란에서 선택한 허가나 인가의 행정행위를 심사가 요구되는 행위라고 인지하는 경우도 있을 것이다. 이 경우에는 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질이 수리를 요하는 신고임은 더욱 분명해지는 것이다. 그러나 이 경우에도 신고인의 입장에서는 건축신고를 하면서 의제되는 인·허가사항에 대해 심사를 받기 보다는 더 간소하고 규제가 약한 건축신고절차 하나로 의제되는 인·허가사항을 한꺼번에 처리하길 원할 것이다. 따라서 의제되는 인·허가의 수리여부가 적시되어 있지 않음으로 인해 발생하는 신고인의 혼란을 방지하기 위하여 근거법률에 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질에 관하여 명시할 필요성이 있으며, 후자의 경우라도 그 사실을 분명하

383) 건축법 시행규칙 [별지 제6호 서식] <개정 2012. 11. 28>

게 확인하는 의미가 될 수 있을 것이다.

이를 위하여 인·허가를 받은 것으로 의제되는 사항(건축법 제11조 제5항 제1호 내지 21호)의 성질을 개별적·구체적으로 검토해야 할 것이다. 앞서 검토하였듯이 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질은 일률적으로 말할 수 없고, 의제되는 인·허가사항의 성질에 따라 다르기 때문이다. 또한 집중효의 정도에 관한 학설의 내용만으로 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 사항을 해석하기에는 충분치 않고, 한계가 있다. 뿐만 아니라 건축법과 인·허가가 의제되는 다른 법률의 목적이 다르며, 소규모 건축물의 경우 그 위험성이 작아 신고만으로 건축할 수 있다고 하더라도, 그 건축물이 토지의 합리적 이용에 배치되는 등 의제되는 법률의 목적에 위배된다면 그에 따라 건축신고 수리 여부를 판단하여야 할 것이다. 따라서 인·허가의제 사항의 법적성질이 수리를 요하는 경우에는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이고, 인·허가의제 사항이 수리를 요하지 아니하는 경우에는 수리를 요하지 않는 건축신고로 해석함이 타당할 것이다. 이하에서는 건축법 제11조 제5항에 규정된 인·허가를 받은 것으로 의제되는 사항의 성질을 개별적·구체적으로 분석·검토해보도록 하겠다.

II. 신고로 규정한 경우

1. 제1호의 공사용 가설건축물의 축조신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제1호는 “제20조 제3항에 따른 공사용 가설건축물의 축조신고”를 규정하고 있다. 여기서 건축법 제20조 제3항은 “제1항에도 불

구하고 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 존치 기간, 설치 기준 및 절차에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고한 후 착공하여야 한다”고 규정하고 있다.

건축물과는 달리 ‘임시적으로 설치되는 건축물’을 가설건축물(假設建築物)이라 하며, 건축물의 개념요소³⁸⁴⁾ 중 ‘토지에 정착한다’라는 개념을 충족하지 못하는 것으로서 건축물이 아닌 것을 말한다.³⁸⁵⁾ 토지에 정착한다는 것은 건축물이 어느 정도의 영속성을 확보하여 토지에서 쉽게 분리되지 않는다는 의미이다.³⁸⁶⁾ 건축법은 가설건축물에 관해서 허가를 요하는 경우(동법 제20조 제1항)와 동조 제3항과 같이 신고를 요하는 경우로 나누어 규정하고 있다. 즉, 건축법은 도시·군계획시설 및 도시·군계획시설예정지의 가설건축물 등 일반적인 경우에는 허가를 받도록 규정하고 있지만, 재해복구·흥행·전람회·공사용 가설건축물 등 특별한 가설건축물에 대해서는 신고대상³⁸⁷⁾으로 규율하고 있다.

(2) 대상 및 절차

384) 건축물은 사람이 머물 수 있는 구조로 토지에 정착하는 공작물 중 기둥과 벽, 지붕이 있는 것이거나 이에 준하는 것이다(건축법 제2조). 따라서 건축물이 되려면, 사람이 머물 수 있는 구조일 것, 일정한 공작물로서 토지에 정착할 것, 지붕과 기둥 또는 벽이 있을 것, 자체로서 독립성을 가질 것 등의 요건을 충족해야 한다. 만약 이러한 요건이 모두 충족되면 이러한 공작물을 건축물이라 하고, 건축법에 따라 반드시 건축허가를 받거나 건축신고를 해야 한다(동법 제11조, 제14조).

385) 정식의 건축물과 가설건축물을 구별하는 기준을 ‘토지에 정착’으로 할 것인가, ‘존치기간’으로 삼을 것인가에 대해서는 논란의 여지가 있다. 김종보, 앞의 책, 35면.

386) “‘토지에 정착하는 공작물’이란 반드시 토지에 고정되어 이동이 불가능한 공작물만을 가리키는 것은 아니고, 물리적으로는 이동이 가능하게 토지에 붙어 있어도 그 붙어 있는 상태가 보통의 방법으로는 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, 그 본래의 용도가 일정한 장소에 상당기간 정착되어 있어야 하고 또 그렇게 보여지는 상태로 붙어 있는 경우를 포함한다.” 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도945 판결.

387) “... 소정의 신고대상으로서의 가설건축물이라 함은 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 기타 이와 유사한 용도에 공하는 임시적인 가설건축물만을 의미한다.” 대법원 1989. 2. 14. 선고 87도2424 판결.

토지에 정착하는 요소를 결하는 가설건축물은 건축물이 아니므로 건축허가(동법 제11조) 또는 건축신고(동법 제14조)의 대상이 아니지만, 건축법은 건축물에 준하여 통제해야 할 필요가 있다고 판단되는 일정한 가설건축물에 대해 건축물에 적용되는 규정들을 일부 준용하도록 하면서 신고의 대상으로 정하고 있다.³⁸⁸⁾ 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물로서 신고를 해야 하는 것은 재해가 발생한 구역 또는 그 인접구역으로서 일시사용을 위하여 건축하는 것, 가설홍행장·가설전람회장, 농·수·축산물 직거래용 가설점포, 공사에 필요한 규모의 공사용 가설건축물 및 공작물, 전시를 위한 견본주택이나 그 밖에 이와 비슷한 것,³⁸⁹⁾ 조립식 경량구조로 된 외벽이 없는 임시 자동차 차고 등이다(동법 시행령 제15조 제5항).

신고대상의 가설건축물을 축조하려는 자는 가설건축물축조신고서에 배치도·평면도 및 대지사용승낙서를 첨부하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제15조 제8항 및 동법 시행규칙 제13조 제1항). 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 가설건축물 축조신고서를 제출받았으면 그 내용을 확인한 후 가설건축물축조신고증명서를 신고인에게 발급하여야 한다(동법 시행령 제15조 제9항).

(3) 법적 성질

건축법 제20조 가설건축물 조항은 가설건축물을 축조하는데 있어서 필요한 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있으며, 동법 시행령 제15조에서는 가설건축물의 건축허가와 축조신고의 대상과 기준을 나누고 있다. 또

388) 김종보, 앞의 논문(각주 130), 351면.

389) “콘도분양용 모델하우스는 구 건축법상 건축허가를 받거나 건축신고를 하여야 하는 건축물이 아니고, 사용승인을 받아야 할 건축물에도 해당하지 아니하므로…” 대법원 2004. 6. 11. 선고 2002다31018 판결.

한 가설건축물의 건축허가는 착공신고와 사용승인의 절차를 거쳐야 하지만, 가설건축물의 축조신고는 사용승인절차까지 면제된다(동법 제21조 제1항, 제22조 제1항). 이처럼 가설건축물의 축조신고는 허가의 경우보다 규제완화를 하고자 하는 입법취지를 고려하여 자기완결적 신고라고 할 수 있다.

또한 동법 시행령 제15조 제9항은 가설건축물축조신고서를 제출받았으면 그 내용을 확인한 후 가설건축물 축조신고증명서를 신고인에게 발급하여야 한다고 규정함으로써 행정청에게 가설건축물축조신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 아니함을 알 수 있다. 따라서 건축신고를 한 때에 의제되는 건축법상의 공사용 가설건축물의 축조신고 등은 건축물을 건축하는데 필요한 통상적인 사항으로 그 신고 시 행정청이 다른 재량처분을 하는 경우가 아니며, 신고를 하게 되면 행정청의 별도의 수리행위가 필요하지 아니하고, 그 자체로서 법령상의 의무가 이행된 것으로 본다. 그러므로 행정청이 적법한 요건을 갖춘 공사용 가설물 축조신고에 대해 실체적 이유를 들어 수리를 거부하는 것은 위법이라 할 것이다. 가설건축물의 건축허가는 허가 없이 건축하면 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해지지만(동법 제110조 제3호), 신고대상 가설건축물을 신고 없이 설치할 경우 500만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제111조 제1호). 이 경우 어떠한 형벌이 부과되는가의 문제는 건축물과 가설건축물의 허가 또는 신고의 구별에 의해 결정된다고 할 수 있다.³⁹⁰⁾

이와 같이 공사용 가설건축물의 축조신고는 가설건축물의 건축허가와 대비하여 그 성질과 규제정도가 다르다. 공사용 가설건축물의 축조신고는 수리를 요하지 아니하는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사

390) 다만, 건축법상의 이행강제금은 허가 대상 건축물 뿐만 아니라 신고 대상 건축물에 대해서도 부과할 수 있고, 한편 신고를 하지 않고 가설건축물을 축조한 경우에도 건축법의 소정의 규정에 따라 이행강제금을 부과할 수 있다(대법원 2013. 1. 24. 선고 2011두10164 판결).

항은 아니며, 실제적 요건의 심사가 요구되지 아니하므로 공사용 가설건축물의 축조신고를 수반하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

2. 제2호의 공작물의 축조신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제2호는 “제83조에 따른 공작물의 축조신고”를 규정하고 있다. 건축법 제83조 제1항은 “대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조, 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 공작물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다.

‘공작물(工作物)’이란 일반적으로는 인공적 작업에 의하여 만들어진 물건을 말하지만 법률적으로는 ‘토지에 접착되어 설치된 공작물’을 가리키는 경우가 많다.³⁹¹⁾ 건축법에서 말하는 공작물이란 “대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조(高架水槽), 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 공작물을 건축물과 분리하여 축조하는 것”을 말한다(제83조 제1항). 여기서 ‘공작물을 건축물과 분리하여 축조하는 것’³⁹²⁾의 의미는 단순히 공간적 분리만이 아닌 시간적 의미를 포함하는 개념을 말한다.³⁹³⁾ 넓은 의미의 공작물은 건축물의 상위개념으로 가설건축물까지도 포

391) 「법률용어사전」, 법문북스, 2014.

392) “건축법 시행령 제118조 제1항에서 정한 ‘건축물과 분리하여 축조하는 것’은 건축허가 등과 무관하게 미리 공작물을 축조하거나, 건축물이 건축된 이후 별도로 공작물을 축조하는 경우와 같이 건축물의 건축허가 또는 신고와 별개로 공작물을 축조하는 것을 의미한다.” 수원지방법원 2012. 5. 4. 선고 2011노3428 판결.

393) 예를 들어, 기존 건물 옥상의 철탑의 폭우 및 낙뢰 등으로 인하여 기울어져 철거 후 재설

함하지만, 건축물이나 가설건축물에 대해서는 건축법상 별도의 규정이 있으므로 이들을 제외한 구조물만이 건축법상의 좁은 의미의 공작물이 된다.³⁹⁴⁾ 따라서 이러한 공작물 중 일부가 바로 건축법이 정하고 있는 신고대상 공작물에 해당한다.

(2) 대상 및 절차

건축법이 축조신고대상으로 정하고 있는 공작물은 높이 6미터를 넘는 굴뚝, 높이 6미터를 넘는 장식탑·기념탑·그 밖에 이와 비슷한 것, 높이 4미터를 넘는 광고탑·광고판·그 밖에 이와 비슷한 것, 높이 8미터를 넘는 고가수조나 그 밖에 이와 비슷한 것, 높이 2미터를 넘는 옹벽 또는 담장, 바닥면적 30제곱미터를 넘는 지하대피호 등이 그것이다(동법 시행령 제118조 제1항).

신고대상 공작물은 신고절차(동법 제14조), 착공신고 및 시공자의 자격제한(동법 제21조), 공용공작물의 특례(동법 제29조), 공작물의 유지관리(동법 제35조 제1항), 옹벽 등의 설치의무(동법 제40조 제4항), 높이제한(동법 제60조), 일조확보를 위한 높이제한(동법 제61조) 등의 법령이 준용되므로, 이러한 요건이나 절차를 거쳐서 축조될 수 있다(동법 제83조 제3항).

공작물 등의 축조신고를 하려는 자는 공작물축조신고서에 공작물 등의 배치도와 공작물 등의 구조도를 첨부하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제118조 제2항, 동법 시행규칙 제41조 제1항). 행정청은 공작물축조신고서를 받은 때에는 그 기재내용 및 기재내용과 같게 축조된 것을 확인한 후 공작물축조신고필증을 신고인에게 발급하여야 한다(동법 시행규칙 제41조 제2항).

치 하는 경우 기존건축물에 철담을 별도로 추가 설치하는 경우도 건축물과 분리하여 축조하는 것으로 볼 수 있다. 국토해양부, 「건축행정 길라잡이」, 2009, 409면.
394) 김종보, 앞의 책, 40면.

(3) 법적 성질

건축법 제정 시에는 일정 규모 이상의 옹벽, 담장 등의 경우는 건축물의 건축으로 보아 허가제(동법 제49조)로 규율하였으나, 1992. 5. 30. 대통령령 제13655호로 건축법 시행령을 전부개정하면서 담장 등 공작물의 경우는 일정한 규모 이상을 허가제에서 신고제로 전면 완화하였다(동법 시행령 제118조). 따라서 공작물의 축조신고에 관해 규제완화를 하고자 허가제에서 신고제로 변경한 입법취지를 고려할 때 공작물의 축조신고는 자기완결적 신고라고 볼 수 있다.

신고인은 공작물축조신고서 작성 시에, 건축주와 대지조건의 정보를 작성해야 하고, 설계자와 공사시공자는 해당사항이 있는 경우에 작성한다. 또한 축조할 공작물의 종류(동법 시행령 제118조 제1항)와 구조, 높이, 길이, 면적, 건폐율 등을 작성하여 공작물 등의 배치도와 공작물 등의 구조도를 첨부하여 제출하면 된다. 행정청은 공작물축조신고서를 받은 때에는 그 기재 내용 및 기재내용과 같게 축조된 것을 확인한 후 공작물축조신고필증을 신고인에게 발급하여야 한다(동법 시행규칙 제41조 제2항)고 규정하고 있으므로 행정청에게 가설건축물축조신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 아니함을 알 수 있다. 이처럼 건축법 제83조는 공작물의 축조신고에 대하여 수리에 대한 명문규정을 두지 않고 있으며, 그 자체로서 종국적으로 행위의 효력이 발생하도록 규정하고 있다. 또한 건축법은 공공의 안전을 위해 통제할 필요성이 있는 공작물에 대해 신고로서 명령적 내용을 해제하여 주고 있으므로 자기완결적 신고라고 볼 수 있다.

이처럼 공작물의 축조신고는 수리를 요하지 아니하는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진

행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니므로 공작물의 축조신고를 수반하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

3. 제5호의 산지전용신고와 산지일시사용신고

(1) 산지전용신고

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제5호는 “「산지관리법」 제15조에 따른 산지전용신고”를 규정하고 있다. 「산지관리법」 제15조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도로 산지전용을 하려는 자는 제14조 제1항에도 불구하고 국유림의 산지에 대하여는 산림청장에게, 국유림이 아닌 산림의 산지에 대하여는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 같다”고 규정하고, 각 호에는 “1. 산림경영·산촌개발·임업시험연구를 위한 시설 및 수목원·산림생태원·자연휴양림 등 대통령령으로 정하는 산림공익시설과 그 부대시설의 설치, 2. 농림어업인의 주택시설과 그 부대시설의 설치, 3. 「건축법」에 따른 건축허가 또는 건축신고 대상이 되는 농림수산물의 창고·집하장·가공시설 등 대통령령으로 정하는 시설의 설치”를 규정하고 있다.

‘산지전용(山地轉用)’이란 산지를 조림(造林), 숲 가꾸기, 입목의 벌채·굴취나, 토석 등 임산물의 채취, 혹은 산지일시사용의 해당하는 용도 외로 사용하거나 이를 위하여 산지의 형질을 변경하는 것을 말한다(산지관리법 제2조 제2호).³⁹⁵⁾ 산지전용은 산지전용허가제도, 산지전용협의제도, 산지전용신고제

395) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도2008 판결.

도로 구분하여 적용하고 있다. 산지전용의 대표적 개발유형은 골프장, 스키장 등의 레저시설과 도로, 학교, 관공서, 묘지 등의 공공시설, 택지, 공장, 채석장으로 구분할 수 있다.³⁹⁶⁾ 이와 같이 산지전용은 산지의 용도를 전환하거나 형질을 변경하는 행위로 규정하고 있기 때문에 산지개발과 개념상 유사한 측면이 있지만, 제도적으로 산지전용은 산지가 타용도로 전환되면 더 이상 산지로서 관리되지 못하고 있는 반면, 산지개발은 다양한 산지특성을 고려하여 산지가 보다 효율적이고 경제적으로 이용·관리되도록 하는 측면이 강조된다고 할 수 있다.³⁹⁷⁾ 우리나라는 좁은 국토면적과 국토의 약 65%가 산지로 구성되어 있어 산지를 효율적으로 관리하는 것이 곧 국토의 효율적인 관리와 연결되고, 토지자원으로서의 산지의 역할이 크므로, 산지의 타용도로의 전용은 불가피하다.³⁹⁸⁾

2) 기준 및 절차

산지전용신고 또는 변경신고를 하고자 하는 자는 산지전용신고서에 사업계획서 1부, 산지전용을 하고자 하는 산지의 소유권 또는 사용·수익권을 증명할 수 있는 서류 1부 등의 관계서류를 첨부하여 산림청장 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제17조 제1항, 동법 시행규칙 제13조 제2항, 동법 시행규칙 제10조 제2항). 산지전용신고를 받은 산림청장 또는 시장·군수·구청장은 그 신고내용이 신고대상 시설 및 행위의 범위, 설치지역, 설치조건 등을 충족한 경우에는 신고를 수리하여야 한다(동법 제15조 제3항, 동법 시행규칙 제15조). 그러나 신고서의 기재사항에 흠이 있는 경우나 신고에 필요한 첨부서류를 제출하지 아니한 경우, 첨부서류에 흠이

396) 김명엽, “산지전용허가제도의 개선에 관한 연구”, 토지공법연구 제52집, 2011. 2, 75면.

397) 국토연구원, “합리적인 산지관리제도 개선방안”, 2008. 12, 67면.

398) 성소미, “산지개발을 위한 법제 연구”, 현대공법이론의 제문제: 천봉석중헌박사 화갑기념논문집, 2003. 10, 1062면.

있거나 거짓 또는 그 밖의 부정한 방법으로 신고한 경우, 복구비를 예치하여야 하는 자가 그 복구비를 예치하지 아니한 경우 등 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 신고를 수리하지 아니한다(동법 시행규칙 제15조).

관계 행정기관의 장이 다른 법률에 따라 산지전용신고가 의제되는 행정처분을 하기 위하여 산림청장 또는 시장·군수·구청장과의 협의를 요청하는 경우에는 산지전용신고 기준에 맞는지를 검토하는 데에 필요한 서류를 산림청장 등에게 제출하여야 한다. 관계 행정기관의 장은 이에 따른 협의를 한 후 산지전용신고가 의제되는 행정처분을 하였을 때에는 지체 없이 산림청장 등에게 통보하여야 한다(동법 제15조 제4항).

3) 법적 성질

산지관리법은 산지전용을 하기 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 규제 완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다. 이처럼 산지관리법에서 산지전용허가와 산지전용신고로 구분하여 규정하고, 산지전용허가에 비하여 산지전용신고의 대상은 비교적 적은 규모의 시설의 설치를 위한 것이며, 그 적용면적, 제출서류 등의 차이가 있다. 산지관리법 제15조 제3항에서 “행정청은 신고내용이 신고대상 시설 및 행위의 범위, 설치지역, 설치조건 등을 충족한 경우에는 신고를 수리하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 산지전용허가처럼 행정청이 신고에 대하여 수리를 해야 법적 효과가 발생한다고 명문으로 수리규정을 두고 있는 것이라기 보다는 적법한 요건을 갖춘 신고가 행정청에 제출되어 접수되면, 이에 따라 법령에 규정된 법적 효과가 발생한다는 의미로 행정의 처리절차를 의미한다고 보여진다.

산지전용신고의 불이행시의 규정을 보면 산지전용신고를 하지 아니하고

산지전용을 하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 산지전용신고를 하고 산지전용한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 (동법 제55조 제1호)하고 있다. 산지는 타용도로 전환되면 더 이상 산지로서 관리되지 못하기 때문에 산지전용은 무분별한 개발과 훼손을 방지하기 위한 공익적 목적이 매우 중요하므로 합리적·효율적으로 이루어져야 할 것이다. 따라서 신고라 할지라도 보호해야 하는 공익의 중요성이 크기 때문에 신고 불이행시에는 과태료가 아닌 행정형벌을 규정하고 있다고 보여진다.

이처럼 산지전용신고는 수리를 요하지 아니하는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 산지전용신고가 수반되는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

(2) 산지일시사용신고

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제5호는 “「산지관리법」 제15조의2에 따른 산지일시사용신고”를 규정하고 있다. 산지관리법 제15조의2 제2항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도로 산지일시사용을 하려는 자는 국유림의 산지에 대하여는 산림청장에게, 국유림이 아닌 산림의 산지에 대하여는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 같다”고 규정하고 있다. 각 호에는 “1. 「건축법」에 따른 건축허가 또는 건축신고 대상이 아닌 간이 농림어업용 시설과 농림수산물 간이처리시설의 설치, 2. 석재·지하자원의 탐사시설 또는 시추시설의 설치, 3. 제10조 제10호, 제12조 제1항 제14호 및 제12조 제2항

제6호에 따른 부대시설의 설치 및 물건의 적치, 4. 산나물, 약초, 약용수종, 조경수·야생화 등 관상산림식물의 재배, 5. 가축의 방목, 6. 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」에 따른 매장문화재 지표조사, 7. 임도, 작업로, 임산물 운반로, 등산로·탐방로 등 숲길, 그 밖에 이와 유사한 산길의 조성, 8. 「장사 등에 관한 법률」에 따른 수목장림의 설치, 9. 「사방사업법」에 따른 사방시설의 설치, 10. 산불의 예방 및 진화 등 대통령령으로 정하는 재해응급대책과 관련된 시설의 설치, 11. 「전기통신사업법」 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자가 설치하는 대통령령으로 정하는 규모 이하의 무선전기통신 송수신시설, 12. 그 밖에 농림축산식품부령으로 정하는 경미한 시설의 설치”를 규정하고 있다.

‘산지일시사용’이란 산지로 복구할 것을 조건으로 산지를 조림(造林), 숲가꾸기, 또는 임목의 벌채·굴취, 토석 등 임산물의 채취 외의 용도로 일정기간 동안 사용하거나 이를 위하여 산지의 형질을 변경하는 것, 혹은 산지를 임도, 작업로, 임산물 운반로, 등산로·탐방로 등 숲길, 그 밖에 이와 유사한 산길로 사용하기 위하여 산지의 형질을 변경하는 것에 해당하는 것을 말한다(산지관리법 제2조 제3호). 원래 산지전용은 지목변경 없이 일시적으로 타용도로 사용한 후 산지로 복구하는 일시사용까지 포함하는 개념으로 운영되었으나, 지목변경이 필요 없는 경우에는 지목변경을 전제로 하는 전용과 구분하여 간단한 절차에 의하여 산지를 활용할 수 있도록 하는 산지일시사용제도를 2010년에 도입하였다.³⁹⁹⁾

2) 대상 및 절차

산지일시사용신고 또는 변경신고의 절차에 관하여는 산지전용신고(동법

399) 김명엽, 앞의 논문, 74면.

시행령 제17조 제1항)의 규정을 준용한다(동법 시행령 제18조의3 제1항). 간이 농림어업용 시설과 농림수산물 간이처리시설의 설치, 석재·지하자원의 탐사시설 또는 시추시설의 설치 등의 경우에는 국유림의 산지에 대하여는 산림청장에게, 국유림이 아닌 산림의 산지에 대하여는 시장·군수·구청장에게 신고로 산지일시사용을 가능하도록 하고 있다. 신고한 사항 중 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 같다. 신고가능한 시설로는 건축법에 따른 건축허가 또는 건축신고 대상이 아닌 간이 농림어업용 시설과 농림수산물 간이처리시설의 설치, 석재·지하자원의 탐사시설 또는 시추시설의 설치, 부대시설의 설치 및 물건의 적치, 산나물, 약초, 약용수종, 조경수·야생화 등 관상산림식물의 재배, 가축의 방목 등 경미한 시설의 설치 등이 있다(동법 제15조의2 제2항).

관계 행정기관의 장이 다른 법률에 따라 산지일시사용허가·신고가 의제되는 행정처분을 하기 위한 산림청장 등과의 협의 및 그 처분의 통보에 관하여는 산지전용허가의 관계기관 협의 규정(동법 제14조 제2항, 제3항)을 준용한다(동법 제15조의2 제4항).

3) 법적 성질

산지관리법은 산지일시사용을 하기 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다. 산지관리법에서 산지일시사용허가와 산지일시사용신고로 구분하여 규정하고 있고, 산지일시사용허가에 비하여 산지일시사용신고의 대상은 비교적 경미한 시설의 설치를 위한 것이므로 수리를 요하지 않는 신고라고 볼 것이다. 산지일시사용신고 또는 변경신고의 절차에 관하여는 산지전용신고의 규정을 준용

하도록 되어 있으므로(동법 시행령 제18조의3 제1항) 산지일시사용신고 또한 자기완결적 신고라고 할 것이다.

산지일시사용허가 및 신고의 불이행시의 규정을 보면, 산지일시사용허가(동법 제53조 제2호)와 신고(동법 제55조 제2호)도 산지전용허가 및 신고와 마찬가지로 행정형벌을 받게 된다. 산지일시사용신고는 산지전용신고와 마찬가지로 신고라 할지라도 보호해야 하는 산림보호 공익의 중요성이 크기 때문에 신고 불이행시에는 과태료가 아닌 행정형벌을 규정하고 있다고 보여진다.

이처럼 산지일시사용신고는 수리를 요하지 아니하는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 산지일시사용신고가 수반되는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

4. 제7호의 농지전용신고

(1) 농지전용신고

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제7호는 “「농지법」 제35조에 따른 농지전용신고”를 규정하고 있다. 농지법 제35조 제1항은 “농지를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설의 부지로 전용하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 자치구구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다”고 규정하고 있다. 각 호에는 “1. 농업인 주택, 어업인 주택, 농축산업용 시설, 농수산물 유통·가공 시설, 2. 어린이놀이터·

마을회관 등 농업인의 공동생활 편의 시설, 3. 농수산 관련 연구 시설과 양어장·양식장 등 어업용 시설”을 규정하고 있다.

‘농지의 전용’이란 농지를 농작물의 경작이나 다년생식물의 재배 등 농업생산 또는 농지개량 외의 용도로 사용하는 것을 말한다(농지법 제2조 제7호). 판례는 농지로서의 현상이 변경된 경우 농지해당 여부는 변경상태의 일시성 여부와 농지로서의 원상회복의 용이성 여부에 따라 판단하고 있다.⁴⁰⁰⁾ 농지법은 농지전용 시 신고를 하도록 하고 있는데, 이는 농업용 시설 등 농가의 소득증대와 생활편익시설 설치를 위한 농지전용을 간편하게 할 수 있도록 함으로써 농가의 불편을 해소하기 위하여 1990년 농어촌 발전특별조치법에서 처음으로 농지전용신고를 규정한 후 농지법에 흡수되었다.

농지법에 규정된 농지전용의 유형으로는 ① 허가를 받아야 농지전용을 할 수 있는 경우(제34조 제1항), ② 허가가 의제되는 경우로서 협의의 하여야 하는 경우(동조 제2항), ③ 신고만으로 농지전용을 할 수 있는 경우(제35조 제1항)로 나눌 수 있다. 농지전용허가는 다시 일반적인 농지전용허가(제34조 제1항), 농지의 타용도 일시사용허가(제36조), 농지전용허가의 특례(제43조), 허가가 의제되는 경우(제34조 제2항)로 나눌 수 있다.

2) 절차

400) 판례는 농지법상 농지인지의 여부는 담·전·잡종지 등 공부상의 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려져야 할 것이고, 농지로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없다면 그 토지는 농지법에서 말하는 농지에 해당하지 않지만(대법원 1996. 6. 14. 선고 95누18901 판결; 대법원 1997. 12. 23. 선고 97다42991 판결; 대법원 1998. 5. 29. 선고 97누2542 판결; 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도222 판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010두6175 판결 등), 농지로서의 현상이 변경되었다고 하더라도 그 변경상태가 일시적인 것에 불과하고 농지로서의 원상회복이 용이하게 이루어질 수 있다면 그 토지는 여전히 농지법에서 말하는 농지에 해당한다고 한다(대법원 1998. 4. 10. 선고 97누256 판결; 대법원 1999. 2. 23. 자 98마2604 결정; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006두8235 판결; 대법원 2007. 6. 29. 자 2007마258 결정; 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010도5112 판결 등).

농지전용의 신고 또는 변경신고를 하려는 자는 농지전용신고서에 전용목적 및 시설물의 활용계획 등을 명시한 사업계획서, 전용하려는 농지의 소유권을 입증하는 서류 또는 사용승낙서·사용승낙의 뜻이 기재된 매매계약서등 사용권을 가지고 있음을 입증하는 서류, 해당 농지의 전용이 농지개량시설 또는 도로의 폐지 및 변경이나 토사의 유출, 폐수의 배출, 악취의 발생 등을 수반하여 인근 농지의 농업경영과 농어촌생활환경의 유지에 피해가 예상되는 경우에는 대체시설의 설치 등 피해방지계획서, 변경내용을 증명할 수 있는 서류를 포함한 변경사유서(변경신고의 경우) 등의 서류를 첨부하여 해당 농지의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 자치구구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제35조 제1항, 동법 시행규칙 제31조 제2항).

시장·군수 또는 자치구구청장은 농지전용신고서 등을 제출받은 때에는 신고내용이 법규에 적합한지의 여부를 검토하여 적합하다고 인정하는 경우에는 이를 농지전용신고대장에 기재하고 농지전용신고증을 신고인에게 내주어야 하며, 적합하지 아니하다고 인정하는 경우에는 그 사유를 구체적으로 밝혀 제출받은 서류를 반려하여야 한다(동법 시행령 제35조 제4항, 동법 시행규칙 제31조 제5항).

3) 법적 성질

농지법은 농지전용을 하기 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 농가의 불편함을 해소하기 위해 마련된 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다. 따라서 제출된 농지전용신고서와 첨부서류 등이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 법규정에 정하지 아니한 실체적 요건 사유 등을 심사하여 이를 이유로 신고 수리를 거부할 수는 없다

할 것이다. 판례 역시 농지전용신고를 받은 행정청은 신고에 의하여 전용할 수 있는 경우에 해당하는지 여부 등을 심사하여 그것이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 위 법규정에 정하지 아니한 농지의 보전가치 등을 심사하여 이를 이유로 신고 수리를 거부할 수 없다고 판시하여,⁴⁰¹⁾ 농지전용신고의 실체적 요건 심사를 배제하고 있다. 따라서 농지전용신고는 자기완결적 신고라고 하겠다.

농지법은 농지전용신고를 하지 아니하고 농지를 전용한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(동법 제59조 제2호). 이는 농업 경쟁력 강화와 국토환경보전을 위하여 농지의 효율적인 관리가 필요하므로 보호하여야 하는 공익의 중요성이 크기 때문에 농지전용신고의 불이행 시 과태료가 아닌 행정형벌을 규정하고 있는 것으로 보여진다.

이처럼 농지전용신고는 수리를 요하지 아니하는 자기완결적 신고로서, 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 실체적 요건의 심사가 요구되지 아니하므로 농지전용신고가 수반되는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

(2) 농지전용허가의 특례

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제7호는 “「농지법」 제43조에 따른 농지전용신고”를 규정하고 있다. 농지법 제43조에 따라 “농지전용허가를 받아야 하는 자

401) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93누6959 판결.

가 ‘농업진흥지역 밖의 농지 중 최상단부 부터 최하단부까지의 평균경사율이 15퍼센트 이상인 농지로서 대통령령으로 정하는 농지를 소유하는 경우 (농지법 제6조 제2항 제9호의2)’에 해당하는 농지를 전용하려면 시장·군수 또는 자치구구청장에게 신고하고 농지를 전용할 수 있다”고 규정하고 있다.

2) 절차

농지전용을 신고하려는 자는 농지전용신고서에 전용목적 및 시설물의 활용계획 등을 명시한 사업계획서, 전용하려는 농지의 소유권을 입증하는 서류 또는 사용승낙서·사용승낙의 뜻이 기재된 매매계약서등 사용권을 가지고 있음을 입증하는 서류, 피해방지계획서 등의 서류를 첨부하여 해당 농지의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 자치구구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제60조 제1항, 동법 시행규칙 제53조 제2항).

시장·군수 또는 자치구구청장은 농지전용신고서 등을 제출받은 때에는 신고내용이 영농여건불리농지인지의 여부, 제33조 제1항 제5호 및 제6호에 적합한지의 여부,⁴⁰²⁾ 용도지역 및 용도지구에서 허용되는 토지이용행위에 적합한지의 여부의 사항을 검토하여 농지전용에 적합하다고 인정하는 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농지전용신고증을 신고인에게

402) 동법 시행령 제33조(농지전용허가의 심사) ① 5. 해당 농지의 전용이 인근 농지의 농업경영과 농어촌생활환경의 유지에 피해가 없을 것. 다만, 그 피해가 예상되는 경우에는 다음 각 목의 사항 등을 고려할 때 그 피해방지계획이 타당하게 수립되어 있을 것.

가. 해당 농지의 전용이 농지개량시설 또는 도로의 폐지·변경을 수반하는 경우 예상되는 피해 및 피해방지계획의 적절성

나. 해당 농지의 전용이 토사의 유출, 폐수의 배출, 악취·소음의 발생을 수반하는 경우 예상되는 피해 및 피해방지계획의 적절성

다. 해당 농지의 전용이 인근 농지의 일조·통풍·통작(通作)에 현저한 지장을 초래하는 경우 그 피해방지계획의 적절성

6. 해당 농지의 전용이 용수의 취수를 수반하는 경우 그 시기·방법·수량 등이 농수산업 또는 농어촌생활환경유지에 피해가 없을 것. 다만, 그 피해가 예상되는 경우에는 그 피해방지계획이 타당하게 수립되어 있을 것.

내주어야 하며, 적합하지 아니하다고 인정하는 경우에는 그 사유를 구체적으로 밝혀 제출받은 서류를 반려하여야 한다(동법 시행령 제60조 제3항).

3) 법적성질

농지전용허가의 특례 조항은 신고만 하고 농지를 전용할 수 있게 되어 사실상 전용신고에 의한 전용이 허용되는 경우에 해당한다. 따라서 이 역시 농지전용신고이므로 그 성질은 농지전용신고의 내용과 같이 자기완결적 신고라 할 것이다.

5. 제11호의 배수설비의 설치신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제11호는 “「하수도법」 제27조에 따른 배수설비의 설치신고”를 규정하고 있다. 하수도법 제27조 제3항 및 제4항은 “제1항의 규정에 따라 배수설비를 설치하고자 하는 자는 배수설비의 종류·규모 등 대통령령이 정하는 사항을 공공하수도관리청에 신고하여야 한다”고 규정하고, “제1항의 규정에 따라 배수설비를 설치하여야 하는 자로서 대통령령이 정하는 수질 또는 수량 이상의 하수를 공공하수도에 유입시키고자 하는 자는 당해 하수의 수질 또는 수량, 배수설비의 사용개시 예정일자 등에 관한 사항을 제3항의 규정에 따라 배수설비의 설치 신고를 하는 때에 함께 신고를 하여야 한다. 신고한 하수의 수질 또는 수량을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다”고 규정하고 있다.

‘배수설비’라 함은 건물·시설 등에서 발생하는 하수를 공공하수도에 유입

시키기 위하여 설치하는 배수관과 그 밖의 배수시설을 말한다(하수도법 제2조 제12호). 1999년 2월 8일, 방류수 수질기준 이내로 배출되는 농도가 낮은 폐수는 공공하수도로 유입시키지 아니할 수 있도록 함으로써 배수설비의 설치를 할 수 있도록 하는 법개정을 하였다.

(2) 절차

배수설비를 설치하려는 자는 배수설비의 재질 및 물량, 배수설비설계서, 공사실시의 방법 및 시공자, 공공하수도시설의 복구방법 등의 사항을 기재한 배수설비설치신고서를 공공하수도관리청에 제출하여야 한다(동법 시행령 제22조 제2항).

배수설비의 설치 및 구조에 관하여는 건축법 그 밖의 다른 법령의 규정에 따르는 것을 제외하고는 환경부령이 정하는 기준에 따라야 한다(동법 제27조 제7항). 즉, 배수설비의 설치 및 구조에 관한 기준은, 배수설비는 공공하수도 또는 다른 배수설비에 연결되도록 설치하고, 철근콘크리트, 경질염화비닐, 도기, 그 밖에 내구성과 내부식성(耐腐蝕性)이 있는 자재를 사용하고 수밀구조(水密構造)로 한다. 분류식 하수도에 연결하는 배수설비는 오수(汚水)와 우수(雨水)가 분리되어 흐를 수 있는 구조로 하며, 배수설비를 공공하수도에 연결시킬 때에는 오수관과 우수관을 잘못 연결하는 등 공공하수도의 기능을 방해하거나 손상하지 아니하도록 해야 한다(동법 시행규칙 제23조 제1항).

(3) 법적 성질

배수설비의 설치신고는 배수설비의 재질 및 물량, 배수설비설계서, 공사실

시의 방법 및 시공자, 공공하수도시설의 복구방법 등의 사항을 기재한 배수설비설치신고서를 공공하수도관리청에 제출하면 된다. 배수설비 설치신고는 하수도법에 신고라고 규정되어 있으며, 규정된 적법한 요건과 절차를 갖춘 신고를 하면 그 자체로서 의무가 이행되며, 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요가 없는 자기완결적 신고라고 할 수 있다. 따라서 행정청이 배수설비설치신고서를 받은 때에는 그 기재내용의 확인과 구비서류인 배수설비 설계서 등 법령에 의한 관계 서류의 누락 등의 형식적인 사항만을 확인하며, 실체적 요건의 심사가 요구되지 아니한다 할 것이다. 또한 배수설비(동법 제27조 제1항) 규정을 위반하여 배수설비를 설치하지 아니하고 하수를 유출시킨 경우에는 100만원 이하의 과태료가 부과되고(동법 제80조 제4항), 배수설비 설치 등의 신고를 하지 아니한 경우에는 50만원 이하의 과태료가 부과된다(동법 제80조 제5항). 이처럼 신고불이행에 대한 처벌이 단지 행정질서벌인 과태료에 그치고 있으므로 역시 자기완결적 신고로 볼 수 있겠다. 따라서 배수설비의 설치신고가 형식적 요건에 적합할 경우 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 이러한 인·허가가 발생하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

6. 제12호의 개인하수처리시설의 설치신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제12호는 “「하수도법」 제34조 제2항에 따른 개인하수처리시설의 설치신고”를 규정하고 있다. 하수도법 제34조 제2항은 “제1항에 따라 개인하수처리시설을 설치하거나 그 시설의 규모·처리방법 등 대

통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 미리 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 개인하수처리시설을 폐쇄하려는 경우에도 또한 같다”고 규정하고 있다.

하수의 주요 오염원은 일반가정, 숙박업소, 식품접객업소, 공장, 목욕탕 등이며, 특히 생활하수는 수질오염의 가장 큰 원인이라 할 수 있다.⁴⁰³⁾ 하수처리하는 하수관로를 통하여 공공하수처리시설⁴⁰⁴⁾로 유입 처리되는 공공처리체계와 발생원에 개인하수처리시설⁴⁰⁵⁾을 설치하여 개별적으로 처리하는 개별처리체계로 나눌 수 있다. 즉, 하수는 하수처리구역⁴⁰⁶⁾ 내에서는 공공하수처리시설, 폐수종말처리시설(수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제48조) 등에서 최종 처리되며, 공공하수처리시설 등이 설치되어 있지 아니한 지역의 가정 또는 산업체 등에서 발생하는 하수는 각 가정과 산업체에 설치된 개인하수처리시설에서 처리된다.⁴⁰⁷⁾

(2) 대상 및 기준

하수도법은 오수를 배출하는 건물·시설 등을 설치하는 자에게 단독 또는 공동으로 개인하수처리시설을 설치할 것을 의무화하고 있다(제34조 제1항). 개인하수처리시설을 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 기준에 적합

403) 생활하수는 전체 오·폐수의 발생량의 65% 이상을 차지하고 있다. 환경부, 「환경백서」, 2013, 401면.

404) ‘공공하수처리시설’이라 함은 하수를 처리하여 하천·바다 그 밖의 공유수면에 방류하기 위하여 지방자치단체가 설치 또는 관리하는 처리시설과 이를 보완하는 시설을 말한다(하수도법 제2조 제9호).

405) ‘개인하수처리시설’이라 함은 건물·시설 등에서 발생하는 오수를 침전·분해 등의 방법으로 처리하는 시설을 말한다(하수도법 제2조 제13호).

406) ‘하수처리구역’이라 함은 하수를 공공하수처리시설에 유입하여 처리할 수 있는 지역으로서 제15조의 규정에 따라 공고된 구역을 말한다(하수도법 제2조 제15호).

407) 김홍균, 「환경법(제3판)」, 홍문사, 2014, 453면.

하게 설치하여야 한다(동법 제34조 제3항). 먼저 하수처리구역 밖에서 1일 오수 발생량이 2세제곱미터를 초과하는 건물·시설 등을 설치하려는 자는 오수처리시설을 설치해야 하고, 1일 오수 발생량 2세제곱미터 이하인 건물 등을 설치하려는 자는 정화조를 설치해야 한다(동법 시행령 제24조 제2항 제1호). 다음으로 하수처리구역 안에서 수세식 변기를 설치하려는 자는 정화조를 설치해야 한다(동항 제2호). 개인하수처리시설의 설치기준에 관한 세부 내용은 별표 1의5⁴⁰⁸와 같다(동조 제3항).

개인하수처리시설을 설치하려는 자는 신고서에 개인하수처리시설의 설계

408) 하수도법 시행령 제24조 ③ [별표 1의5] 개인하수처리시설의 설치기준

1. 개인하수처리시설의 규모는 처리대상 오수를 모두 처리할 수 있는 규모 이상이어야 한다.
2. 정화조는 환경부령으로 정하는 구조 및 규격기준에 맞아야 한다.
3. 시설물의 윗부분이 밀폐된 경우에는 뚜껑을 설치하되, 뚜껑은 밀폐할 수 있어야 하며, 잠금장치를 설치하거나 뚜껑 밑에 격자형의 철망 등을 설치하는 등 안전하게 설치하여야 한다.
4. 시설물은 구조적으로 안정되어야 하고 천정·바닥 및 벽은 방수되어야 한다.
5. 시설물은 부식 또는 변형이 되지 아니하여야 한다.
6. 시설물은 발생가스를 배출할 수 있는 배출장치를 갖추어야 하되, 배출장치는 이물질이 유입되지 아니하는 구조로 하며, 방충망을 설치하여야 한다.
7. 오수처리시설은 유입량을 24시간 균등 배분할 수 있고 12시간 이상 저류할 수 있는 유량조정조를 설치하여야 한다. 다만, 1일 처리용량이 100세제곱미터 이상인 경우에는 10시간 이상 저류할 수 있는 유량조정조를 설치하여야 한다.
8. 시설물에는 악취를 방지할 수 있는 시설을 설치하여야 한다. 다만, 하수처리구역(합류식하수관거 설치지역만 해당한다)에 설치된 1일 처리대상인원 1천명 이상인 정화조의 경우에는 배수설비[방류조 또는 배수조를 말한다]에 공기공급장치 등 물에 녹아있는 악취물질을 제거하는 시설을 추가로 설치하여야 한다.
9. 시설물은 기계류로 인하여 발생하는 소음 및 진동이 생활환경에 지장이 없는 수준이어야 한다.
10. 오수배관은 폐쇄, 역류 및 누수를 방지할 수 있는 구조이어야 한다.
11. 시설물은 방류수수질검사를 위하여 시료를 채취할 수 있는 구조이어야 한다.
12. 콘크리트 외의 재질로 시설물을 제작·설치하는 경우에는 다음 각 목의 요건을 만족하여야 한다.
 - 가. 지반 및 시설물 윗부분의 하중 등을 고려하여 시설물이 내려앉거나 변형 또는 손괴되지 아니하도록 콘크리트로 바닥에 대한 기초공사를 하여야 하고, 시설물의 상부 또는 측면의 하중으로 인하여 시설물의 보강이 필요한 경우에는 콘크리트 등으로 해당 시설물의 상부 또는 측면에 슬라브 및 보호벽 등을 설치하여야 한다.
 - 나. 시설물을 원형으로 제작하는 경우에는 시설물이 수평을 유지할 수 있어야 한다.
13. 개인하수처리시설의 운영 중 일정기간 동안 오수발생량이 현저히 감소할 것으로 예상되는 학교·연수원 등에 개인하수처리시설을 설치하는 경우 오수가 적게 발생하는 기간에도 개인하수처리시설이 적정하게 운영될 수 있도록 계열화하여야 한다.

도서, 건물·시설 등의 배수 계통도의 서류를 첨부하여 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제27조 제1항).

(3) 법적 성질

개인하수처리시설을 설치하려는 자는 신고서에 개인하수처리시설의 설계도서와 건물·시설 등의 배수 계통도의 서류를 첨부하여 관계 행정청에게 제출하여야 한다. 개인하수처리시설의 설치신고는 하수도법에 신고라고 규정되어 있으며, 규정된 적법한 요건과 절차를 갖춘 신고를 하면 그 자체로 의무가 이행되고, 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요가 없는 자기완결적 신고라고 할 수 있다. 따라서 행정청이 신고서를 받은 때에는 그 기재내용의 확인과 법령에 의한 구비서류 누락 등의 형식적인 사항만을 확인하며, 실제적 요건의 심사가 요구되지 아니한다 할 것이다. 개인하수처리시설의 설치신고(동법 제34조 제2항)의 규정을 위반하여 신고를 하지 아니한 경우에는 100만원 이하의 과태료를 부과한다(동법 제80조 제4항 제8호). 이처럼 신고불이행에 대한 처벌이 단지 행정질서벌인 과태료에 그치고 있으므로 역시 자기완결적 신고로 볼 수 있겠다. 따라서 개인하수처리시설의 설치신고가 형식적 요건에 적합할 경우 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 개인하수처리시설의 설치신고를 수반하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

7. 제14호의 자가용전기설비 공사계획의 신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제14호는 “「전기사업법」 제62조에 따른 자가용 전기설비 공사계획의 신고”를 규정하고 있다. 전기사업법 제62조 제2항은 “제1항 후단에도 불구하고 인가를 받은 사항 중 산업통상자원부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 산업통상자원부장관에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다.

‘전기설비’란 발전·송전·변전·배전 또는 전기사용을 위하여 설치하는 기계·기구·댐·수로·저수지·전선로·보안통신선로 및 그 밖의 설비로서 전기사업용 전기설비, 일반용 전기설비, 자가용 전기설비의 것을 말한다(전기사업법 제2조 제16호). 전기설비의 종류로는 전기사업용 전기설비, 일반용전기설비, 자가용 전기설비로 구분된다. 전기사업용 전기설비는 전기사업자가 전기사업에 사용되는 전기설비로서, 전기를 생산하여 판매하는 목적으로 설치되는 발전소, 변전소, 송전설비, 배전설비 등 한전설비를 말한다. 일반용 전기설비는 한정된 구역에서 사용하기 위하여 설치하는 소규모의 전기설비로서, 전압 600볼트 이하로서 용량 75킬로와트 미만의 전력을 타인으로부터 수전하여 그 수전장소에서 그 전기를 사용하기 위한 전기설비를 말한다.⁴⁰⁹⁾ ‘자가용전기설비’란 전기사업용전기설비 및 일반용전기설비 외의 전기설비를 말한다(동법 제2조 제19호).⁴¹⁰⁾

(2) 대상 및 절차

409) 김종천, “에너지전기설비의 안전규제에 관한 공법적 연구”, 토지공법연구 제51집, 2010. 11, 373면.

410) 예컨대, 여기에 해당되는 것으로는 수전전압이 고압(600V 초과) 이상이거나, 수전용량이 75킬로와트 이상인 사용설비, 위험시설로서 용량 20킬로와트 이상의 전기설비로, 화약류(장난감용 꽃불은 제외)를 제조하는 사업장, 도시가스사업장, 액화석유가스의 저장·충전 및 판매사업장 또는 고압가스의 제조소 및 저장소 등이다. 김종천, 앞의 논문, 373면.

자가용전기설비의 설치공사계획 또는 변경공사계획에 대한 인가 및 신고 대상은 다음과 같다(동법 시행규칙 제28조 제3항, 별표 7).

공사의 종류	인가가 필요한 것	신고가 필요한 것
1. 발전소	별표 5와 동일 (전기사업용 전기설비 공사계획의 인가 및 신고의 대상과 동일)	별표 5와 동일. 다만, 용량 75킬로와트 미만의 비상용 예비발전설비는 제외한다.
2. 전기수용설비(변전소 및 송전선로를 포함한다)		
가. 설치공사 (증설공사를 포함한다)	수전전압 20만 볼트 이상의 수용설비 설치	수전전압 20만 볼트 미만의 수용설비 설치. 다만, 설비용량 1,000킬로와트 미만의 수용설비의 구내배전설비는 제외한다.
나. 변경공사		
1) 차단기	전압 20만 볼트 이상의 차단기 설치 또는 대체	고압 이상 수전용차단기와 특고압 이상 20만 볼트 미만의 차단기 설치 또는 대체
2) 변압기	전압 20만 볼트 이상의 변압기 설치 또는 대체	특고압 이상 20만 볼트 미만의 변압기 설치 또는 대체
3) 전선로	전압 20만 볼트 이상의 전선로 설치·연장 또는 변경	고압 이상 20만 볼트 미만의 전선로 설치·연장 또는 변경

자가용전기설비 공사계획의 신고 또는 변경신고를 하려는 자는 공사계획 신고(변경신고)서에 공사계획의 신고방법에 따라 작성한 서류를 첨부하여 제출 대상 기관에 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제29조 제2항). 신고의 처리절차는 신고인이 공사계획신고서를 작성하여 접수하면 행정청은 접수 처리를 하고 신고확인증을 발급한다.

(3) 법적 성질

인가를 받아야 하는 공사 외의 자가용전기설비의 설치 또는 변경공사를

하려는 자는 공사를 시작하기 전에 신고를 하여야 한다. 이처럼 전기사업법에서 자가용전기설비 공사계획에 대하여 인가와 신고의 대상과 신청·신고 방법을 구분하여 규정하고 있는 취지로 미루어 자가용전기설비 공사계획의 신고는 자기완결적 신고로 볼 수 있다. 자가용전기설비 공사계획의 신고는 공사계획신고서에 공사계획의 신고방법에 따라 작성한 서류를 첨부하여 제출하면 그 자체로서 의무가 이행되고, 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요가 없다. 따라서 행정청이 신고서를 받은 때에는 그 기재내용의 확인과 법령에 의한 구비서류 누락 등의 형식적인 사항만을 확인하며, 실제적 요건의 심사가 요구되지 아니한다 할 것이다.

자가용전기설비의 설치 또는 변경공사의 신고 규정을 위반하여 전기설비의 설치공사 또는 변경공사를 한 경우에는 100만원 이하의 과태료를 부과한다(동법 제108조 제2항 제4호). 대체로 자기완결적 신고인 경우에는 신고불이행 시 행정질서벌인 과태료에 그치는 경우가 보통이다.

이와 같이 자가용전기설비 공사계획 신고는 자기완결적 신고로서, 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 자가용전기설비 공사계획의 신고를 수반하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

8. 제15호의 수질오염물질 배출시설 설치의 신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제15호는 “「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제33조에 따른 수질오염물질 배출시설 설치의 허가나 신고”를 규정하고 있다. 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제33조 제1항은 “배출시설을

설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 환경부장관의 허가를 받거나 환경부장관에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다.

‘폐수배출시설’이란 수질오염물질을 배출하는 시설물, 기계, 기구, 그 밖의 물체로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(동법 제2조 제10호). 환경부령에서는 폐수를 배출하는 공정단위별 82개 시설을 폐수배출시설로 명시하고 있다(동법 시행규칙 제6조, 별표 4). 배출시설은 허가받거나 신고한 내용에 따라 그 시설을 정상적으로 운영하여야 하는 바, 배출시설에서는 공정에 따라 폐수를 배출하고 배출된 오염물질을 정당하게 처리하여 외부로 배출함으로써 법의 취지에 따라 환경오염을 방지할 수 있게 되는 것이다.⁴¹¹⁾

(2) 대상 및 기준

설치허가를 받아야 하는 폐수배출시설(동법 시행령 제31조 제1항) 외 그 밖의 경우에는 신고하도록 하고 있다.⁴¹²⁾ 배출시설의 설치신고를 하여야 하는 경우는, 설치허가 대상 외의 배출시설을 설치하는 경우, 허가대상시설에 해당하는 배출시설 중 폐수를 전량 위탁처리 하는 배출시설의 경우, 특별대책지역, 상수원보호구역, 배출시설 설치제한지역, 상수원보호구역 상류 유하거리 10km이내, 상수원보호구역이 아닌 지역의 취수시설이 있는 상류 유하거리 15km 이내 지역에 있는 배출시설 중 특정수질유해물질이 발생되지 아니하는 배출시설로서 배출되는 폐수를 전량 폐수종말처리시설 또는 공공하수처리시설에 유입시키는 배출시설 등이다(동법 시행령 제31조 제2항).

폐수배출시설의 설치신고를 하려는 자는 배출시설설치신고서에 배출시설

411) 강대석, “개정 수질환경보전법·대기환경 보전법상 방지시설 등의 비정상운영”, 검찰 제107호, 1996, 6면.

412) 허가제와 신고제의 대상범위를 아무런 기준도 제시하지 않은 채 대통령령에 맡김으로써 배출시설허가제의 적용범위에 관한 한 입법권을 실질적으로 행정부에 위양해 버린 것이나 마찬가지로 결과가 되었다. 홍준형, 「환경법특강」, 박영사, 2013, 329면.

의 위치도 및 폐수배출공정흐름도, 원료의 사용명세 및 제품의 생산량과 발생할 것으로 예측되는 수질오염물질의 내역서 등의 서류를 첨부하여 환경부장관에게 제출하여야 한다(동조 제5항). 환경부장관은 배출시설설치신고서를 수리한 경우에는 배출시설 설치신고증명서를 신청인에게 발급하여야 한다(동조 제6항).

환경부장관은 상수원보호구역의 상류지역, 특별대책지역 및 그 상류지역, 취수시설이 있는 지역 및 그 상류지역의 배출시설로부터 배출되는 수질오염물질로 인하여 환경기준을 유지하기 곤란하거나 주민의 건강·재산이나 동식물의 생육에 중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정되는 경우에는 관할 시·도지사의 의견을 듣고 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 배출시설의 설치(변경을 포함)를 제한할 수 있다(동법 제33조 제5항).

(3) 법적 성질

「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」은 수질오염물질 배출시설 설치를 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 일반적으로 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다. 또한 동법에서 수질오염물질 배출시설 설치 허가 및 신고의 대상과 기준을 분류하고 있는 것 역시 허가 보다 신고의 규제를 완화하고 있음을 보여준다. 따라서 제출된 신고서와 첨부서류 등이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 법규정에 정하지 아니한 실제적 요건 사유 등을 심사하여 이를 이유로 신고를 거부할 수는 없다 하겠다.

수질오염물질 배출시설 설치신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고를 하고 배출시설을 설치하거나 그 배출시설을 이용하여 조업한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제76조 제2호). 대체로

신고불이행시 과태료를 부과하지만, 수질오염물질 배출시설 설치신고 위반의 경우에는 행정형벌을 부과하고 있다. 이는 허가보다 다소 완화된 규제인 신고라 할지라도 수질오염물질의 관리를 위한,⁴¹³⁾ 수질오염으로 인한 국민 건강 및 환경상의 위해(危害)를 예방하고 하천·호소(湖沼) 등 공공수역의 수질 및 수생태계(水生態系)를 적정하게 관리·보전함으로써 국민이 그 혜택을 널리 향유할 수 있도록 함과 동시에 미래의 세대에게 물려줄 수 있도록 하는(동법 제1조) 공익상 중대한 목적으로 인하여 그 신고의무 위반 시 행정형벌을 부과하는 것으로 보인다.

수질오염물질 배출시설 설치신고는 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항이 아니며, 실제적 요건의 심사가 요구되지 아니하므로 수질오염물질 배출시설 설치의 신고가 수반되는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

9. 제16호의 대기오염물질 배출시설설치의 신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제16호는 “「대기환경보전법」 제23조에 따른 대기오염물질 배출시설설치의 허가나 신고”를 규정하고 있다. 대기환경보전법 제23조 제1항은 “배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다.

‘대기오염물질배출시설’이란 대기오염물질을 대기에 배출하는 시설물, 기

413) <http://www.epeople.go.kr/jsp/user/pc/policy/UPcUnionPolicyList.jsp> (국민신문고)
<http://k.daum.net/qna/view.html?qid=54aQ8> (최종 방문일 2014. 9. 25)

계, 기구, 그 밖의 물체로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(대기환경보전법 제2조 제11호). ‘설치’는 시설의 설치에 물론 전기·배관 등의 공사가 완료되어 가동이 가능한 상태를 의미한다.⁴¹⁴⁾ 대기오염물질 배출시설 설치허가 및 신고제도는 오염원으로 하여금 오염물질 배출시설과 관련한 정보를 제공하게 하여 배출시설의 설치제한 및 적정 방지시설의 설치여부 확인 등 배출시설에 대한 효율적 관리를 위해 운용되고 있는 제도이다.⁴¹⁵⁾

(2) 기준 및 대상

현재 특정대기유해물질⁴¹⁶⁾이 발생하는 배출시설과 특별대책지역에 설치하는 배출시설을 설치하려는 자는 시·도지사의 허가를 받아야 하며, 그 외의 경우에는 시·도지사에게 설치신고를 하여야 한다(동법 시행령 제11조 제1항, 제2항). 배출시설 설치신고를 하려는 자는 배출시설설치신고서에 원료의 사용량 및 제품 생산량과 오염물질 등의 배출량을 예측한 명세서, 배출시설 및 방지시설의 설치명세서, 방지시설의 일반도(一般圖) 등의 서류를 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 한다(동조 제3항). 시·도지사는 배출시설 설치신고를 수리한 경우에는 배출시설 설치신고증명서를 신청인에게 내주어야 한다(동조 제6항).

시·도지사는 배출시설로부터 나오는 특정대기유해물질이나 특별대책지역의 배출시설로부터 나오는 대기오염물질로 인하여 환경기준의 유지가 곤란하거나 주민의 건강·재산, 동식물의 생육에 심각한 피해를 끼칠 우려가 있다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 특정대기유해물질을 배출하

414) 환경부, 「대기환경보전법령해설 및 질의회신 사례집(제2집)」, 2000. 11, 25면.

415) 김홍균, “한국과 미국의 대기환경정책 비교”, 환경법연구 제22권, 2000. 12, 419면.

416) “특정대기유해물질”이란 유해성대기감시물질 중 저농도에서도 장기적인 섭취나 노출에 의하여 사람의 건강이나 동식물의 생육에 직접 또는 간접으로 피해를 끼칠 수 있어 대기 배출에 대한 관리가 필요하다고 인정된 물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(대기환경보전법 제2조 제9호).

는 배출시설의 설치 또는 특별대책지역에서의 배출시설 설치를 제한할 수 있다(동법 제23조 제6항). 시·도지사가 배출시설의 설치를 제한할 수 있는 경우는 배출시설 설치 지점으로부터 반경 1킬로미터 안의 상주 인구가 2만 명 이상인 지역으로서 특정대기유해물질 중 한 가지 종류의 물질을 연간 10톤 이상 배출하거나 두 가지 이상의 물질을 연간 25톤 이상 배출하는 시설을 설치하는 경우와 대기오염물질(먼지·황산화물 및 질소산화물만 해당)의 발생량 합계가 연간 10톤 이상인 배출시설을 특별대책지역에 설치하는 경우이다(동법 시행령 제12조).

(3) 법적 성질

대기환경보전법은 대기오염물질 배출시설 설치를 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다. 따라서 제출된 신고서와 첨부서류 등이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 법규정에 정하지 아니한 실체적 요건 사유 등을 심사하여 이를 이유로 신고 수리를 거부할 수는 없다고 하겠다. 대기환경보전법은 배출시설의 설치허가의 대상으로 특정대기유해물질이 발생하는 배출시설과 특별대책지역에 설치하는 배출시설로 규정하고 있으며, 그 외의 경우에는 설치신고를 하여야 한다고 규정하여 허가와 신고의 대상을 분류하고 있다. 이 역시 허가보다 신고의 규제를 완화하고 있음을 보여준다.

대기오염물질 배출시설 설치신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자는 5년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(동법 제90조 제1호). 대체로 신고불이행시 과태료를 부과하지만, 대기오염물질 배출시설 설치신고 위반의 경우에는 행정형벌을 부과하고 있다. 이는 허가보다 다소 완

화된 규제의 신고일지라도 대기오염으로 인한 국민건강이나 환경에 관한 위해(危害)를 예방하고 대기환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 하는(동법 제1조) 중 대한 공익적 목적으로 인하여 그 신고의무 위반 시 행정형벌을 부과하는 것으로 보인다.

대기오염물질 배출시설 설치신고는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 실체적 요건의 심사가 요구되지 아니하므로 대기오염물질 배출시설 설치신고를 수반하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

10. 제17호의 소음·진동 배출시설 설치의 신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제17호는 “「소음·진동관리법」 제8조에 따른 소음·진동 배출시설 설치의 허가나 신고”를 규정하고 있다. 소음·진동관리법 제8조 제1항은 “배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다.

‘소음·진동배출시설’이란 소음·진동을 발생시키는 공장의 기계·기구·시설, 그 밖의 물체로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(동법 제2조 3호).

(2) 대상 및 절차

배출시설의 설치신고를 하려는 자는 배출시설설치신고서에 방지지설의 설치명세서, 방지지설의 설치의무를 면제받으려는 경우에는 방지지설의 설치명세서와 그 도면의 서류를 갈음하여 이를 인정할 수 있는 서류를 첨부하여 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제2조 제1항). 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 배출시설의 설치신고를 수리하면 신고증명서를 신고인에게 발급하여야 한다(동조 제3항).

한편, 산업단지나 그 밖에 대통령령으로 정하는 지역에 위치한 공장에 배출시설을 설치하려는 자의 경우에는 신고 또는 허가 대상에서 제외한다(동법 제8조 제3항). 배출시설의 설치신고 또는 설치허가 대상에서 제외되는 지역은 산업단지, 전용공업지역 및 일반공업지역, 자유무역지역, 이와 같이 지정된 지역과 유사한 지역으로 시·도지사가 환경부장관의 승인을 받아 지정·고시한 지역이다(동법 시행령 제2조 제4항).

(3) 법적 성질

학교 또는 종합병원의 주변 등의 일정 지역에 소음·진동 배출시설을 설치하려면 허가를 받아야 하지만, 그 외 소음·진동 배출시설을 설치하려면 신고를 하면 된다. 이처럼 소음·진동관리법은 소음·진동 배출시설 설치를 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다. 또한 동법에서 소음·진동 배출시설 설치허가 및 신고의 대상지역을 분류하고, 제출해야 하는 첨부서류에도 차이가 있는 것을 볼 때 허가보다 신고의 규제를 완화하고 있음을 보여준다. 따라서 제출된 신고서와 첨부서류 등이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고,

법령에서 정하지 아니한 실체적 요건 등을 심사하여 이를 이유로 신고 수리를 거부할 수는 없다 하겠다.

소음·진동 배출시설 설치신고를 하지 아니하거나 거짓이나 부정한 방법으로 신고를 한 자는 6개월 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제58조 제1호). 대체로 신고불이행시 과태료를 부과하지만, 소음·진동 배출시설 설치신고 위반의 경우에는 행정형벌을 부과하고 있다. 이는 소음·진동 배출시설 설치신고가 허가보다 다소 완화된 규제의 신고일지라도 공장·건설공사장·도로·철도 등으로부터 발생하는 소음·진동으로 인한 피해를 방지하고 소음·진동을 적정하게 관리하여 모든 국민이 조용하고 평온한 환경에서 생활할 수 있도록(동법 제1조) 쾌적한 환경에서 생활할 권리라는 중대한 공익적 목적으로 인하여 그 신고의무 위반 시 처벌로서 행정형벌을 부과하는 것으로 보인다.

따라서 소음·진동 배출시설 설치신고는 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 실체적 요건의 심사가 요구되지 아니하므로 소음·진동 배출시설 설치의 신고가 수반되는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

11. 제18호의 가축분뇨 배출시설 설치신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제18호는 “「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제11조에 따른 배출시설 설치허가나 신고”를 규정하고 있다. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제11조 제3항은 “제1항의 규정에 따른 허

가대상에 해당하지 아니하는 배출시설 중 대통령령이 정하는 규모 이상의 배출시설을 설치하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다”라고 규정하고 있다.

‘가축분뇨 배출시설’이라 함은 가축의 사육으로 인하여 가축분뇨가 발생하는 시설 및 장소 등으로서 축사·운동장 그 밖에 환경부령이 정하는 것을 말한다(동법 제2조 제3호).⁴¹⁷⁾

(2) 절차

신고대상배출시설의 설치신고를 하려는 자는 신고대상배출시설 설치신고서에 배출시설의 설치명세서, 처리시설의 설치명세서와 그 도면 또는 표준설계도, 자원화시설 중 액비를 만드는 시설을 설치하는 경우에는 초지나 농경지의 확보명세서 또는 액비의 살포를 재활용신고자에게 위탁한 사항을 증명하는 액비 살포에 관한 계약서 서류를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제7조 제1항). 시장·군수·구청장은 신고를 받은 경우에는 신고대상배출시설 설치신고증명서를 발급하고 관리카드를 작성·비치하여야 한다(동법 시행규칙 제7조 제3항).

배출시설은 가축(돼지, 소, 젓소, 말, 양, 닭, 오리, 양, 사슴, 개 등)의 사육 규모에 따라 허가대상(동법 시행령 제6조, 별표1)과 신고대상(동법 시행령 제8조, 별표 2)으로 구분되고 있다.

417) “「오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률」 제24조 제1항 및 같은 법 시행령 제5조 [별표 1]에 의하면 축산폐수배출시설로서 면적 900㎡ 이상의 소 사육시설을 설치하고자 하는 자는 환경처장관의 허가를 받도록 되어 있는데, 여기에서 말하는 소 사육시설에는 축사뿐만 아니라 소 사육상 필요하다고 인정되는 소 운동장과 같은 부대시설도 포함된다.” 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도2767 판결.

(3) 법적 성질

허가대상에 해당하지 아니하는 배출시설 중 대통령령이 정하는 규모 이상의 배출시설을 설치하고자 하는 경우에는 신고를 해야 한다. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」은 가축분뇨 배출시설 설치를 위하여 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 볼 수 있다. 또한 가축분뇨 배출시설을 가축의 사육 규모에 따라 허가대상과 신고대상으로 나누고 있고, 심사기준과 제출서류에도 차이가 있음을 확인할 수 있으며, 허가대상에 해당하지 아니하는 배출시설은 신고하도록 함으로써 허가보다 완화된 규제를 하고 있음을 알 수 있다. 따라서 제출된 배출시설 설치신고서와 첨부서류 등이 법규정에 부합하는 이상 이를 수리하여야 하고, 법령에서 정하지 아니한 실체적 요건 등을 심사하여 이를 이유로 신고 수리를 거부할 수는 없으므로 가축분뇨 배출시설 설치신고는 수리를 요하지 않는 신고라 하겠다.

가축분뇨 배출시설 설치신고를 위반하여 신고를 하지 아니하거나 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 신고를 하고 배출시설을 설치하거나 그 배출시설을 이용하여 가축을 사육한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제50조 제2호, 제3호).⁴¹⁸⁾ 대체로 신고불이행시 과태료를

418) 이 조항은 2014. 3. 24. 전문개정 되었다. 제50조 제2호·제3호·제5호·제6호·제9호·제11호의 개정규정 중 제10조 및 제17조 제1항 제5호의 개정규정과 관련된 부분은 2014. 3. 24.부터 시행되었고, 그 외 규정은 2015. 3. 25.부터 시행된다. 해당 개정된 조문 내용은 다음과 같다.

제50조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제11조 제1항에 따른 허가를 받지 아니하거나 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 자로서 업무상 과실로 제10조 제1항을 위반하여 가축분뇨 또는 퇴비·액비를 공공수역에 유입시킨 자

4. 제11조 제3항을 위반하여 신고를 하지 아니하거나 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 신고를 하고 그 배출시설을 설치하거나 그 배출시설을 이용하여 가축을 사육한 자 또는 위탁사육한 자

부과하지만, 가축분뇨 배출시설 설치 허가와 신고 위반의 경우에는 같은 행정형벌을 부과하고 있다. 이는 대기오염물질 배출시설 설치신고가 대기오염물질 배출시설 설치허가보다 다소 완화된 규제일지라도 가축분뇨를 적정하게 자원화하거나 처리하여 자연환경과 생활환경을 청결하게 하고 수질오염을 감소시킴으로써 환경과 조화되는 축산업의 발전 및 국민보건의 향상과 환경보전에 이바지하기 위한(동법 제1조)⁴¹⁹⁾ 중대한 공공의 목적으로 인하여 그 신고의무 위반 시 허가와 같은 처벌의 정도로 행정형벌을 부과하는 것으로 보인다.

가축분뇨 배출시설 설치신고는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의하여야 하는 사항은 아니며, 실체적 요건의 심사가 요구되지 아니하므로 가축분뇨 배출시설 설치신고를 수반하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

12. 제21호의 특정토양오염관리대상시설의 신고

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제21호는 “「토양환경보전법」 제12조에 따른 특정토양오염관리대상시설의 신고”를 규정하고 있다. 토양환경보전법 제12조 제1항은 “특정토양오염관리대상시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 시설의 내용과 제3항에 따른 토양오염방지시설의 설치계획을

419) 이 조항은 2014. 3. 24. 전문개정 되었으며, 2015. 3. 25.부터 시행된다. 해당 개정된 조문 내용은 다음과 같다.

제1조(목적) 이 법은 가축분뇨를 자원화하거나 적정하게 처리하여 환경오염을 방지함으로써 환경과 조화되는 지속가능한 축산업의 발전 및 국민건강의 향상에 이바지함을 목적으로 한다.

관할 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 환경부령으로 정하는 내용을 변경(특정토양오염관리대상시설의 폐쇄를 포함)할 때에도 또한 같다”고 규정하고 있다.

‘토양오염관리대상시설’이란 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리하는 과정에서 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물 및 그 부지와 토양오염이 발생한 장소를 말한다(토양환경보전법 제2조 제3호). 이 중 토양을 현저하게 오염시킬 우려가 있는 토양오염관리대상시설로서 환경부령으로 정하는 것을 ‘특정토양오염관리대상시설’로 특별히 관리하고 있다(동조 제4호).

(2) 대상 및 절차

특정토양오염관리대상시설의 종류와 대상범위는 ① 석유류의 제조 및 저장시설의 경우 「위험물안전관리법 시행령」 별표 1의 제4류 위험물 중 제1·제2·제3·제4석유류에 해당하는 인화성액체의 제조·저장 및 취급을 목적으로 설치한 저장시설로서 총 용량이 2만리터 이상인 시설, ② 유독물의 제조 및 저장시설의 경우 「유해화학물질 관리법」 제15조 제1항에 따른 유독물 제조업, 유독물판매업, 유독물보관·저장업, 유독물사용업의 등록을 한 자 또는 동법 제20조의 규정에 의한 취급제한 유독물영업의 허가를 받은 자가 설치한 저장시설 중 별표 1에 의한 토양오염물질을 저장하는 시설, ③ 송유관시설의 경우 「송유관안전관리법」 제2조 제2호에 따른 송유관시설 중 송유용 배관 및 탱크, ④ 그 밖에 위 관리대상시설과 유사한 시설로서 특별히 관리할 필요가 있다고 인정되어 환경부장관이 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 고시하는 시설로 구체화하여 규정하고 있다(동법 시행규칙 제1조의 3, 별표 2). 살펴보았듯이 토양환경보전법 제2조 제3호에서는 ‘토양오염관리

대상시설'을 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물 및 장소 등으로 정하고 있고, 동조 제4호에서는 '특정토양오염관리대상시설'을 토양을 현저히 오염시킬 우려가 있는 토양오염관리대상시설로서 환경부령이 정하고 있다. 이를 고려하면, 특정토양오염관리대상시설은 토양오염물질을 생산, 저장, 가공 또는 처리 등을 위하여 사용되는 것을 전제로 하여 환경부령으로 정하도록 하고 있고, 토양환경보전법령에서 동법 제12조의 설치신고를 특정토양오염관리대상시설의 성립요건으로 규정하고 있지 않아 신고로 인하여 그러한 시설의 성격이 변하는 것도 아니며, 그 설치 주체나 지역에 대한 제한도 찾아볼 수 없다. 그러므로 어떤 시설이 특정토양오염관리대상시설에 해당하는지는 종국적으로 토양오염물질을 생산, 저장, 가공 또는 처리 등을 위하여 사용되는 시설로서 앞서 언급한 동법 시행규칙 제1조의3, 별표 2에 규정된 시설에 해당되는지에 따라 판단되어야 할 것이다.⁴²⁰⁾

(3) 법적 성질

특정토양오염관리대상시설의 신고는 관리대상시설의 종류 및 명칭, 오염물질의 종류, 관리대상시설의 규모 및 부지 면적, 그 밖의 관리대상시설의 주요 내용 및 특성 등의 사항을 적법하게 기재한 특정토양오염관리대상시설 설치신고서를 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 제출하면 된다. 특정토양오염관리대상시설의 신고는 토양환경보전법에 규정된 적법한 요건과 절차를 갖춘 신고를 하면 그 자체로서 의무가 이행되며, 행정청의 수리 등 별도의 조치를 기다릴 필요가 없는 자기완결적 신고라고 할 수 있다. 따라서 행정청이 특정토양오염관리대상시설 설치신고서를 받은 때에는 그 기재내용의

420) 법제처, 법령해석례(07-0308), 2008. 2. 15, 국방부(「토양환경보전법 시행규칙」 제1조의3 특정토양오염관리대상시설 관련).

확인과 법령에 의한 구비 서류의 누락 등의 형식적인 사항만을 확인하며, 실제적 요건의 심사가 요구되지 아니한다 할 것이다. 따라서 특정토양오염 관리대상시설의 신고는 자기완결적 신고로서 건축신고를 받는 관할 행정청이 그 의제되는 인·허가 등의 권한을 가진 행정기관과 협의를 하여야 하는 사항은 아니며, 이러한 인·허가가 발생하는 건축신고는 수리를 요하지 않는 건축신고로 보아야 할 것이다.

다만, 토양환경보전법은 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해(危害)를 예방하고, 오염된 토양을 정화하는 등 토양을 적정하게 관리·보전함으로써 토양생태계를 보전하고, 자원으로서의 토양가치를 높이며, 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 함(동법 제1조)을 목적으로 하고 있듯이, 토양은 우리 삶의 기반과 터전이므로 그 중대한 공익성으로 인하여 신고의무의 불이행시에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금이 부과된다(동법 제30조 제2호).

Ⅲ. 허가로 규정한 경우

1. 제3호의 개발행위허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제3호는 “「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가”를 규정하고 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위(이하 “개발행위”라 한다)를 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가(이하 “개

발행위허가”라 한다)를 받아야 한다. 다만, 도시·군계획사업에 의한 행위는 그러하지 아니하다”고 규정하고, 각 호에는 “1. 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 2. 토지의 형질 변경, 3. 토석의 채취, 4. 토지 분할, 5. 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위”를 규정하고 있다.

개발행위허가란 “법령에서 개발행위를 상대적으로 금지하고 있고, 일정한 요건을 갖추어 개발행위를 하고자 신청할 때 행정청이 개발행위금지를 해제하여 개발행위를 할 수 있도록 하는 행정행위”이다.⁴²¹⁾ 개발행위허가제는 2000년 이후 도시계획법의 전면개정을 통해 도입되었다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 개발행위라는 용어를 도입하면서 이를 건축허가와 토지형질변경행위 등을 모두 포함하는 하나의 상위개념으로 사용하고 있다.⁴²²⁾ 비도시지역의 난개발 방지 차원에서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 제정됨에 따라 개발행위허가제를 도시지역에서 뿐만 아니라 비도시지역에서도 개발행위허가 시에는 신청한 개발행위에 대해 계획의 적정성, 기반시설의 확보여부, 주변의 경관 및 환경과의 조화 등을 고려하여 허가여부를 판단하도록 되어 있다.⁴²³⁾

(2) 대상 및 절차

개발행위허가는 도시와 비도시지역을 구분하지 않고 전 지역에 적용된다. 개발행위허가의 대상을 살펴보면, 건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 토지의 형질 변경, 토석의 채취, 토지 분할, 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

421) 류해웅/정우형, “개발허가제의 도입에 관한 연구”, 국토연구원, 2001, 32면.

422) 김종보, 앞의 책, 254면.

423) 국토교통부 훈령 제389호 개발행위허가운영지침 제1장 제2절 1-2-1.

이다(동법 제56조 제1항, 동법 시행령 제51조 제1항). 이처럼 건축물의 건축이나 공작물의 설치 등 개발행위를 하고자 하는 자는 허가를 받아 이들 행위를 할 수 있도록 함으로써 계획적 개발을 도모하고 있다. 그러나 재해복구나 재난수습을 위한 응급조치, 건축법에 따라 신고하고 설치할 수 있는 건축물의 개축·증축 또는 재축과 이에 필요한 범위에서의 토지의 형질 변경, 그 밖에 대통령령으로 정하는 경미한 행위는 개발행위허가를 받지 않고 할 수 있다(동법 제56조 제4항).

개발행위허가권자는 용도지역별 특성을 고려하여 대통령령으로 정하는 개발행위의 규모에 적합하고, 도시·군관리계획 및 성장관리방안의 내용에 어긋나지 아니하며, 도시·군계획사업의 시행에 지장이 없고, 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이루며, 해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절한 경우에만 개발행위허가 또는 변경허가를 하여야 한다(동법 제58조 제1항). 허가를 하고자 하는 경우에도 그 개발행위가 도시·군계획사업의 시행에 지장을 주는지에 관하여 해당 지역에서 시행되는 도시·군계획사업의 시행자의 의견을 들어야 한다(동법 제58조 제2항).

개발행위를 하려는 자는 그 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보, 위해 방지, 환경오염 방지, 경관, 조경 등에 관한 계획서를 첨부한 신청서를 개발행위허가권자에게 제출하여야 한다(동법 제57조 제1항). 개발행위허가신청서에 첨부하여야 하는 서류로는 토지의 소유권 또는 사용권 등 신청인이 당해 토지에 개발행위를 할 수 있음을 증명하는 서류, 배치도 등 공사 또는 사업관련 도서, 설계도서, 당해 건축물의 용도 및 규모를 기재한 서류, 위해방지·환경오염방지·경관·조경 등을 위한 설계도서 및 그 예산내역서, 관계 행정기관의 장과의 협의에 필요한 서류 등이다(동법

시행규칙 제9조). 또한 허가권자인 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청에 대하여 특별한 사유가 없으면 대통령령으로 정하는 기간인 15일 이내에 허가 또는 불허가의 처분을 하여야 한다(동법 제58조 제2항, 동법 시행령 제54조 제1항).

(3) 법적 성질

행정청은 개발행위허가의 신청에 대하여 특별한 사유가 없으면 일정한 기간 내에 허가 또는 불허가의 처분을 하여야 하고, 이는 ‘허가’의 성질상 수리를 요하는 행위이다. 개발행위허가는 사회공공의 안전·질서의 유지를 목적으로 하는 전통적인 경찰허가에 그치는 것이 아니라 국토의 균형 있는 발전과 도시의 건전한 발전을 목적으로 하는 계획실현이라는 적극적·형성적인 성질을 가진다.⁴²⁴⁾ 따라서 개발행위허가는 그 법적 성질이 일정한 법적 지위를 설정하는 형성적인 내용이므로 이 행위가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고라고 하겠다. 또한 개발행위허가자는 계획의 적정성, 기반시설의 확보여부 뿐만 아니라 주변 환경과의 조화나 공공복리의 증진에 장애가 될 우려가 있는지 등의 실제적 사유를 고려하여 재량으로 그 허가 여부를 결정할 수 있다.⁴²⁵⁾ 판례는 “일정한 건축물에 관한 건축신고는 건축법 제

424) 김병기, “개발행위허가의 방법과 절차”, 토지공법연구 제13집, 2001, 154면.

425) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 허가는 고려하여야 하는 요건 자체가 건축법상의 요건보다 탄력적이라 할 수 있으며, 지역특성에의 적합성 판단을 요하므로 재량행위의 성질을 가진다고 하겠다(김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 행정법연구 제3호, 1998. 10, 169면; 조성규, “건축허가의 법적 성질과 인인의 보호”, 법학연구 제23집, 전북대 법학연구소, 2002, 96면). 또한 개발행위허가는 일반적 허가에 비하여 공적 성격이 강하므로(동법 제1조) 행정청에게 보다 광범위한 재량이 허용된다고 할 수 있다(정회근, “개발행위허가제에 관한 소고”, 토지공법연구 제38집, 2007. 11, 162면). 반면에 개발행위허가를 원칙적으로 기속행위라 보고, 일정한 경우 예외가 인정될 수 있다는 입장이 있고(김동희, 「행정법Ⅱ」, 박영사, 2004, 452면), 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 정한 기준에 적합한 경우에만 허용되기 때문에 이것을 판단하는 행정청에 재량이 인정된다고 보기 어렵다고 보는 견해(김남철, 앞의 논문(각주 147), 429면)도 있다. 판례 역시 개발행위허가를 재량행위로 판단하고 있

14조 제2항, 제11조 제5항 제3호에 의하여 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호에서는 개발행위허가의 기준으로 주변 지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것을 규정하고 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 위와 같은 기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있다”고 보고 있다.⁴²⁶⁾ 따라서 개발행위허가는 수리를 요하는 행위로 협의과정에서 개발행위에 관한 허가 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고가 가능할 것이므로 개발행위허가가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고라고 할 것이다.

2. 제4호의 시행자의 지정과 실시계획의 인가

(1) 도시계획시설사업의 시행자 지정

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제4호는 “「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제86조 제5항에 따른 시행자의 지정”을 규정하고 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제86조 제5항은 “제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 시행자가 될 수 있는 자 외의 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수로부터 시행자로 지정을 받아 도시·군계획시설사업을 시행할 수 있다”고 규정하고 있다.⁴²⁷⁾

다(대법원 2013. 7. 12. 선고 2012두28582 판결).

426) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결의 다수의견.

도시·군계획시설사업의 시행자는 원칙적으로 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수이다(동법 제86조 제1항). 이는 보통의 개발사업의 시행자가 공기업 또는 해당 사업구역의 토지소유자 또는 그 조합으로 구성되는 것과 대조된다. 도시계획시설이란 기반시설⁴²⁷⁾ 중 도시관리계획으로 결정된 시설을 말하고, 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하는 사업을 도시계획시설사업이라 한다.⁴²⁹⁾ 도시계획시설은 공익성이 매우 높은 시설이므로, 보통의 주택건설사업과는 달리 공행정주체가 원칙적인 사업시행자로 법률상 정해져 있다.⁴³⁰⁾ 도시계획사업의 시행자는 도시계획시설사업에 필요한 경우에는 토지, 건축물 또는 그 토지에 정착된 물건 자체 또는 이에 관한 소유권 외의 권리를 수용하거나 사용할 수 있는 등으로(동법 제95조) 공법상의 권리의무를 가지는 행정주체의 지위에 있게 되므로, 사업시행자의 지위는 사법상 계약에 의한 양도 대상이 되지 않고, 관계 법령에

427) 우리나라의 개발투자는 주요 간선도로, 공항, 항만, 지하철 등 대규모 기반조성사업에 우선 순위를 두었다. 이러한 과정에서 도로, 공원 등 주민의 생활환경과 직접 관련된 도시계획시설의 설치에 대한 관심이 상대적으로 미흡했으며, 지방자치단체의 평균재정자립도가 열악하다보니 자치단체가 장기 미집행 도시계획시설사업의 재원을 확보하기 어려운 상황이다. 이러한 상황에서 도시계획시설사업을 시행함에 있어서 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 사업의 추진에 어려움이 있을 수 있다. 따라서 국토계획법의 입법목적을 달성하기 위하여 민간에게 도시계획시설사업의 시행 권한을 부여한 것이다. 허강무, “도시계획시설사업의 수용 및 보상에 관한 법적 쟁점”, 행정법연구 제35호, 한국행정법연구소, 2013. 4, 207면.

428) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제6호 “기반시설”이란 다음 각 목의 시설로서 대통령령으로 정하는 시설을 말한다.

- 가. 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설
- 나. 광장·공원·녹지 등 공간시설
- 다. 유통업무설비, 수도·전기·가스공급설비, 방송·통신시설, 공동구 등 유통·공급시설
- 라. 학교·운동장·공공청사·문화시설 및 공공필요성이 인정되는 체육시설 등 공공·문화체육시설
- 마. 하천·유수지·방화설비 등 방재시설
- 바. 화장시설·공동묘지·봉안시설 등 보건위생시설
- 사. 하수도·폐기물처리시설 등 환경기초시설

429) 김재규, “「도시재정비 촉진을 위한 특별법」의 제정과 그에 따른 향후 정비사업의 전망”, 법제개선연구 제11집, 법제처, 2005. 12, 116면.

430) 김종보, 앞의 책, 355면.

도 사업시행자 지위의 양도를 허용하는 규정이 없다.⁴³¹⁾ 그러나 이러한 도시계획시설사업도 제3의 사업시행자가 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수로부터 지정을 받아 시행할 수 있다(동법 제86조 제4항, 제5항).

2) 대상 및 절차

비행정청인 사인이 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정받기 위해서는 사업의 종류 및 명칭, 사업시행자의 성명 및 주소, 토지 또는 건물의 소재지·지번·지목 및 면적, 소유권과 소유권 외의 권리의 명세 및 그 소유자·권리자의 성명·주소, 사업의 착수예정일 및 준공예정일, 자금조달계획 등을 기재한 신청서를 국토교통부장관, 시·도지사 또는 시장·군수에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제96조 제1항).

국가 또는 지방자치단체, 대통령령으로 정하는 공공기관,⁴³²⁾ 그 밖에 대통령령으로 정하는 자⁴³³⁾에 해당하지 아니하는 자가 도시·군계획시설사업의 시행자로 지정을 받으려면 도시·군계획시설사업의 대상인 토지(국공유지를 제외)의 소유 면적 및 토지 소유자의 동의 비율에 관하여 대통령령으로 정하는 요건을 갖추어야 한다(동법 제86조 제7항). 여기서 ‘대통령령으로 정하는 요건’이란 도시계획시설사업의 대상인 토지(국·공유지를 제외) 면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고, 토지소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻는 것을 말한다(동법 시행령 제96조 제2항).

431) 대법원 1982. 3. 9. 선고 81누318 판결.

432) ‘대통령령으로 정하는 공공기관’이란 한국농수산식품유통공사, 대한석탄공사, 한국토지주택공사, 한국관광공사, 한국농어촌공사, 한국도로공사, 한국석유공사, 한국수자원공사, 한국전력공사, 한국철도공사를 말한다(동법 시행령 제96조 제3항).

433) ‘대통령령으로 정하는 자’란 지방공사 및 지방공단, 도시·군계획시설사업이 포함된 사업의 시행자로 지정된 자, 공공시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되는 공공시설을 설치하고 자 하는 자, 기부를 조건으로 시설물을 설치하려는 자를 말한다(동법 시행령 제96조 제4항).

3) 법적 성질

도시계획시설은 공익성이 매우 높은 시설이기 때문에 법률상 공행정주체가 원칙적인 사업시행자로 정해져 있지만, 사업의 재원 확보 등의 이유로 비행정청인 사인이 사업자로 지정되어 수행하는 경우도 있다. 사인이 도시·군계획시설사업의 시행자 지정을 받기 위해서는 사업의 종류 및 명칭, 사업시행자의 성명 및 주소, 사업의 착수예정일 및 준공예정일, 자금조달계획 등을 기재한 신청서를 행정청에 제출하여야 한다. 신청서에 기재하는 요건과 내용은 형식적 요건으로 실제적 요건의 심사가 적용될 여지가 없는 자기완결적 신고의 성질을 갖고 있다고 볼 수 있다. 그러나 도시·군계획시설사업자 지정행위는 도시계획시설사업의 높은 공익성 등 그 내용적인 중요성에 비추어 재량행위라고 볼 수 있겠다. 따라서 신청서에 기재된 내용의 적합성 뿐만 아니라 공익성이라는 실제적 요건 또한 고려되어야 할 것이다. 그리하여 협의과정에서 그에 관한 지정 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 도시계획시설사업의 시행자 지정이 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

(2) 실시계획의 인가

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제4호는 “「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제88조 제2항에 따른 실시계획의 인가”를 규정하고 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제88조 제2항은 “도시·군계획시설사업의 시행자(국토교통부장관, 시·도지사 및 대도시 시장은 제외)는 제1항에 따라 실시계획을 작성

하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관, 시·도지사 또는 대도시 시장의 인가를 받아야 한다. 다만, 제98조에 따른 준공검사를 받은 후에 해당 도시·군계획시설사업에 대하여 국토교통부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하기 위하여 실시계획을 작성하는 경우에는 국토교통부장관, 시·도지사 또는 대도시 시장의 인가를 받지 아니한다”고 규정하고 있다.

‘실시계획의 인가’란 도시계획시설사업의 시행자에 대하여 해당 도시계획시설사업을 시행할 수 있는 권한을 설정하여 주는 처분이다.⁴³⁴⁾⁴³⁵⁾ 인가는 당사자의 행위가 갖는 공익적 성격으로 인하여, 일정한 행정기관으로 하여금 당사자 사이의 행위를 개별적으로 검토하여 그 효력을 완성하도록 하는 의미를 갖는 것이다.⁴³⁶⁾⁴³⁷⁾ 따라서 행정청은 그 공익목적에 적합한 심사권만을 행사하여야 할 것이다.⁴³⁸⁾ 전통적인 학설은 강학상 인가를 기속행위에 가까운 것으로 보고 있었으나,⁴³⁹⁾ 판례는 강학상 인가에 대해서도 재량행위가 존재할 수 있다고 보았다.⁴⁴⁰⁾ 인가의 성질은 근거법령의 범문에 따라 판

434) 임영호, “도시개발사업의 공사 등의 완료와 도시개발사업의 시행에 따른 도시계획변경결정 처분과 도시개발구역지정처분 및 도시개발사업실시계획인가처분의 취소를 구할 소의 이익”, 대법원판례해설 제58호, 2006, 116면.

435) “구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되기 전의 것) 제30조 제2항은 도시계획사업 실시계획의 인가를 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정으로 보도록 규정하고 있는바, 이와 같은 사업인정은 그 후 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 하여 일정한 내용의 수용권을 설정하여 주는 행정처분의 성격을 띠는 것으로서 독립하여 행정소송의 대상이 되고, 그 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리로서의 효력을 발생시킨다.” 대법원 1994. 5. 24. 선고 93누24230 판결.

436) 류지태/박종수, 앞의 책, 178면.

437) “구 교육법(1997. 1. 13. 법률 제5272호로 개정되기 전의 것) 제85조 제3항, 제1항 소정의 교육부장관의 사립대학에서 공립대학으로의 설립자변경 인가처분은 당사자 간의 설립자 변경행위를 보충하여 그 법률효과를 완성시키는 의미에서의 인가처분이다.” 대법원 1997. 10. 10. 선고 96누4046 판결.

438) 김중보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가-대법원 2002. 3. 11. 자 2002그12 결정을 계기로-”, 행정법연구 9, 행정법이론실무학회, 2003. 5, 329면.

439) 김도창, 「행정법론(상)」, 1983, 청운사, 311면.

440) “재단법인의 임원취임이 사법인인 재단법인의 정관에 근거한다 할지라도 이에 대한 행정청의 승인(인가)행위는 법인에 대한 주무관청의 감독권에 연유하는 이상 그 인가행위 또는 인가거부행위는 공법상의 행정처분으로서, 그 임원취임을 인가 또는 거부할 것인지 여부는 주무관청의 권한에 속하는 사항이라고 할 것이고, 재단법인의 임원취임승인 신청에 대하여

단하여야 할 것이고, 만약 법령에 특별한 규정이 없다면 인가의 대상이 공익적 요소의 판단을 요하는 것인지 아니면 사익의 보호를 위한 것인지의 여부 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.⁴⁴¹⁾

2) 대상 및 절차

‘도시·군계획시설사업의 실시계획’은 사업시행에 필요한 설계도서, 자금계획, 시행기간과 기타 필요한 사항을 내용으로 하며(동법 제88조 제5항), 도시·군계획시설사업의 시행자는 사업의 종류 및 명칭, 사업의 면적 또는 규모, 사업시행자의 성명 및 주소, 사업의 착수예정일 및 준공예정일을 포함하여 그 도시·군계획시설사업에 관한 실시계획을 작성하여야 한다(동법 제88조 제1항, 동법 시행령 제97조 제1항). 도시·군계획시설의 설치에 관하여 도시·군계획시설결정과 구조 및 설치기준에 관한 규칙이 제정되어 있으므로 그 기준에 적합하도록 작성되어야 한다.

도시·군계획시설사업의 시행자가 실시계획의 인가를 받고자 하는 경우 국토교통부장관이 지정한 시행자는 국토교통부장관의 인가를 받아야 하며, 그 밖의 시행자는 시·도지사 또는 대도시 시장의 인가를 받아야 한다(동법 시행령 제97조 제2항). 실시계획은 설계도에 따른 공사허가의 본질을 갖는 것으로 실시계획의 인가에 의해 사업시행자에게는 공사에 착수할 수 있는 지위가 부여된다.

도시·군계획시설사업의 시행자로 지정을 받은 자가 실시계획을 작성하고자 하는 때에는 미리 해당 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 의견을 들어야 한다(동법 시행령 제97조 제4항). 도시·군

주무관청이 이에 기속되어 이를 당연히 승인(인가)하여야 하는 것은 아니다.” 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두16996 판결.

441) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012두12884 판결; 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012두15784 판결 등.

계획시설사업의 시행자로 지정된 자는 특별한 사유가 없는 한 시행자지정시에 정한 기일까지 인가권자에게 실시계획인가신청서를 제출하여야 한다(동법 시행령 제97조 제3항). 도시·군계획시설사업실시계획인가신청서에 사업시행지의 위치도 및 계획평면도, 공사설계도서, 수용 또는 사용할 토지 또는 건물의 소재지·지번·지목 및 면적, 도시·군계획시설사업의 시행으로 새로이 설치하는 공공시설 또는 기존의 공공시설의 조서 및 도면, 관계 행정기관의 장과의 협의에 필요한 서류, 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 의견청취 결과 등의 서류를 첨부하여 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제15조).

3) 법적 성질

도시·군계획시설사업의 시행자는 실시계획의 인가에 의해 공사에 착수할 수 있게 되므로 사업의 종류 및 명칭, 사업의 면적 또는 규모, 사업시행자의 성명 및 주소, 사업의 착수예정일 및 준공예정일을 포함하여 그 도시·군계획시설사업에 관한 실시계획을 작성하여 제출해야 한다. 그런데 행정청이 도시계획시설사업에 관한 실시계획을 인가할 때에는 그 실시계획이 법령이 정한 도시계획시설의 결정·구조 및 설치의 기준에 적합해야 할 뿐만 아니라 판례의 입장처럼 설치의 기준 외에 공공적 요소 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 따라서 실시계획의 인가는 공익성 등 그 내용적인 중요성에 비추어 재량행위의 성질을 가지고 있다 할 수 있지만, 그렇다고 하여 행정청의 폭넓은 재량행위가 인정되는 것이 아니라 행정청은 그 공익목적에 적합한 심사권만을 행사하여야 할 것이다. 그리하여 협의과정에서 그에 관한 허가 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 실시계획의 인가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보

아야 할 것이다.

3. 제5호의 산지전용허가와 산지일시사용허가

(1) 산지전용허가

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제5호는 “「산지관리법」 제14조에 따른 산지전용허가”를 규정하고 있다. 산지관리법 제14조 제1항은 “산지전용을 하려는 자는 그 용도를 정하여 대통령령으로 정하는 산지의 종류 및 면적 등의 구분에 따라 산림청장 등의 허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 같다. 다만, 농림축산식품부령으로 정하는 사항으로서 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 산림청장 등에게 신고로 갈음할 수 있다”고 규정하고 있다.

2) 기준 및 절차

산지전용을 하고자 하는 자는 그 용도를 정하여 산지의 종류 및 면적 등의 구분에 따라 산림청장 등의 허가를 받아야 하며, 이에 따라 산지전용허가 또는 변경허가를 받거나 변경신고를 하려는 자는 산지전용허가(변경허가)신청서에 사업계획서 1부, 산지전용타당성조사에 관한 결과서 1부, 산지전용을 하고자 하는 산지의 소유권 또는 사용·수익권을 증명할 수 있는 서류 1부 등 관계서류를 첨부하여 해당 행정청에 제출하여야 한다(동법 시행령 제15조 제1항, 동법 시행규칙 제10조 제1항·제2항). 다만, 변경허가신청이

나 변경신고를 하는 경우에는 그 변경사실을 증명할 수 있는 서류만 제출한다(동법 시행규칙 제10조 제2항 단서).

산지전용허가 신청을 받은 산림청장 등은 그 신청내용이 행위제한사항에 해당하지 아니할 것, 인근 산림의 경영·관리에 큰 지장을 주지 아니할 것, 집단적인 조림 성공지 등 우량한 산림이 많이 포함되지 아니할 것, 희귀 야생 동·식물의 보전 등 산림의 자연생태적 기능유지에 현저한 장애가 발생하지 아니할 것, 토사의 유출·붕괴 등 재해가 발생할 우려가 없을 것, 산림의 수원 함양 및 수질보전 기능을 크게 해치지 아니할 것, 산지의 형태 및 임목의 구성 등의 특성으로 인하여 보호할 가치가 있는 산림에 해당되지 아니할 것, 사업계획 및 산지전용면적이 적정하고 산지전용방법이 자연경관 및 산림 훼손을 최소화하며 산지전용 후의 복구에 지장을 줄 우려가 없을 것 등의 기준에 맞는 경우에만 산지전용허가를 하여야 한다(동법 제18조 제1항).⁴⁴²⁾ 산림청장의 산지전용 허가권한은 산지이용 구분과 전용면적 규모에 따라 시·도지사 및 시장·군수·구청장에게 위임된다(동법 시행령 제15조 제1항).⁴⁴³⁾ 산림청장 등은 산지전용허가 또는 변경허가의 신청을 받거나 변경신고가 있는 때에는 허가·변경허가 또는 변경신고 대상 산지에 대하여 현지조

442) 산지전용허가기준은 산지관리법 시행령 제20조(산지관리법 제18조 제5항의 규정에 의한 산지전용허가기준의 적용범위와 사업별·규모별 세부기준)에 규정된 기준을 적용한다.

산림청장이 정한 ‘산지전용허가기준의 세부검토기준에 관한 규정’의 효력에 대하여 대법원은 “산지관리법 제18조 제1항, 제4항, 같은 법 시행령 제20조 제4항에 따라 산림청장이 정한 ‘산지전용허가기준의 세부검토기준에 관한 규정(2003. 11. 20. 산림청 고시 제2003-71호)’ 제2조 [별표 3] (바)목 가의 규정은 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 것으로서 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않으므로, 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다”고 판시하였다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두4841 판결).

443) 산지면적이 200만 제곱미터 이상, 보전산지의 경우에는 100만 제곱미터 이상인 경우에는 산림청장이 허가권을 가지며, 산지면적이 50만 제곱미터 이상 200만 제곱미터 미만·보전산지의 경우 3만 제곱미터 이상 100만 제곱미터 미만인 경우에는 국유림의 산지인 경우 산림청장이, 국유림, 공유림 또는 사유림의 산지인 경우는 시·도지사가 권한을 가진다. 산지면적이 50만 제곱미터 미만·보전산지의 경우에는 3만 제곱미터 미만인 경우, 국유림의 산지인 경우는 산림청장이, 국유림·공유림 또는 사유림의 산지인 경우에는 시장·군수·구청장에게로 권한이 위임된다(동법 시행령 제15조 제1항).

사를 실시하고, 그 신청내용이 위의 허가기준에 적합한지 여부를 심사하여야 한다(동조 제2항). 산림청장 등은 심사한 결과 산지전용허가 또는 변경허가를 하거나 변경신고를 수리하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 허가·변경허가 또는 변경신고 구역의 경계를 표시하게 하고, 그 경계표시를 확인한 후 농림축산식품부령으로 정하는 산지전용허가증을 신청인에게 발급하거나 신고를 수리하여야 한다(동조 제3항).

관계 행정기관의 장이 다른 법률에 따라 산지전용허가가 의제되는 행정처분을 하기 위하여 산림청장 등에게 협의를 요청하는 경우에는 산지전용허가기준에 맞는지 검토하는 데에 필요한 서류를 산림청장 등에게 제출하여야 한다(동법 제14조 제2항). 관계 행정기관의 장은 이에 따른 협의를 한 후 산지전용허가가 의제되는 행정처분을 하였을 때에는 지체 없이 산림청장 등에게 통보하여야 한다(동조 제3항).

3) 법적 성질

산지전용은 산지가 타용도로 전환되면 더 이상 산지로서 관리되지 못하므로 신중히 이루어져야 하고, 산지를 합리적으로 보전하고 이용하여 산림의 다양한 공익기능의 증진을 도모하는 방향으로 이루어져야 한다. 따라서 산지관리법에서는 산지전용허가의 신청을 받은 때에는 허가대상 산지에 대하여 현지조사를 실시하고, 그 신청내용이 허가기준에 적합한지 여부를 심사하여야 한다고 규정하고 있다. 그 외에 산지전용허가 기준은 산지전용으로 인해 주변 지역에 미치는 영향, 산림의 수질 보전 기능, 자연경관 및 산림 훼손을 최소화할 것을 그 내용으로 하고 있으며, 이는 실체적 요건의 심사라 할 것이다. 산림청장 등은 심사한 결과 산지전용허가 신청을 수리하는

것이 타당하다고 인정되는 경우에는 수리를 하고, 산지전용허가증을 신청인에게 발급하여야 한다. 이처럼 산지전용허가는 법령에 허가의 심사와 수리 여부에 관한 내용을 명문으로 규정하고 있고, 허가의 성질상 수리를 요하는 행위라 할 것이다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 산지전용허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

(2) 산지일시사용허가

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제5호는 “「산지관리법」 제15조의2에 따른 산지일시사용허가”를 규정하고 있다. 산지관리법 제15조의2 제1항은 “「광업법」에 따른 광물의 채굴, 「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」에 따른 광해방지사업, 그 밖에 대통령령으로 정하는 용도⁴⁴⁴로 산지일시사용을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 산지의 종류 및 면적 등의 구분에 따라 산림청장 등의 허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 다만, 농림축산식품부령으로 정하는 경미한 사항⁴⁴⁵을 변경하려는 경우에는 산림청장 등에게 신고로 갈음할 수 있다”고 규정하고 있다.

2) 대상 및 절차

444) ‘대통령령으로 정하는 용도’란 송전시설·전기통신송신시설·풍력발전시설 및 풍황계측시설의 설치, 궤도시설의 설치, 문화재의 발굴, 산림청장이 정하여 고시하는 용도를 말한다(동법 시행령 제18조의2 제2항).

445) ‘농림축산식품부령으로 정하는 경미한 사항’이란 산지일시사용허가를 받은 자의 명의 변경, 산지일시사용허가를 받은 산지의 이용계획 및 토사처리계획 등 사업계획의 변경(건축물의 면적에 관한 것은 제외), 산지일시사용허가 면적의 축소를 말한다(동법 시행규칙 제15조의2 제2항).

산지일시사용허가의 절차 및 심사에 관하여는 산지전용허가의 절차 및 심사의 규정을 준용한다(동법 시행령 제18조의2 제1항). 관계 행정기관의 장이 다른 법률에 따라 산지일시사용허가가 의제되는 행정처분을 하기 위한 산림청장 등과의 협의 및 그 처분의 통보에 관하여는 산지전용허가의 관계기관 협의 규정(동법 제14조 제2항, 제3항)을 준용한다(동법 제15조의2 제4항).

3) 법적 성질

산지일시사용허가는 산지전용허가와 마찬가지로 그 신청을 받은 때에 허가대상 산지에 대하여 현지조사를 실시하고, 그 신청내용이 허가기준에 적합한지 여부를 심사하여야 한다. 또한 산림청장 등은 심사한 결과 산지일시사용허가 신청을 수리하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 수리를 하여야 한다. 이처럼 산지일시사용허가는 법령에 허가의 심사와 수리여부에 관한 내용을 명문으로 규정하고 있고, 허가의 성질상 당연히 수리를 요하는 행위라 할 것이다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 산지일시사용허가가 의제되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

4. 제6호의 사도(私道)개설허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제6호는 “「사도법」 제4조에 따른 사도개설허가”를 규정하고 있다. 사도법 제4조 제1항은 “사도를 개설·개축(改築)·증축(增築)

또는 변경하려는 자는 특별자치시장, 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

통상 널리 일반 공중의 교통에 제공되고 있는 물적 시설을 도로라고 부르고 있는데, 도로는 도로의 개설주체가 누구냐에 따라 공도(公道)와 사도(私道)로 구분할 수 있다. 공도는 국가 또는 지방공공단체가 국민 또는 그 소속 주민의 편의와 복리증진을 위하여 일반의 통행에 필요한 물적시설을 설치하고 노선을 지정 또는 인정함으로써 개설이 되고, 통상 도로법에 의한 규율을 받게 된다. 반면, 일반개인이 토지소유권이나 기타 일반사권에 기하여 일정한 통행을 위한 물적시설을 설치하고, 이러한 시설을 일반의 통행에 제공하였을 때 이를 사도라고 할 수 있다.⁴⁴⁶⁾ 국가 또는 지방공공단체가 소유한 토지라도 도로개설을 위한 일정한 행정행위 없이 다만 사경제적 지위에서 그 토지를 일반공중의 통행에 제공하였다면 이는 사도라고 할 수 있는 반면 사인 소유의 토지라도 국가 또는 지방공공단체가 일정한 행정행위에 의하여 물적시설을 하고 노선을 지정 또는 인가하였다면 이는 공도가 된다 할 것이다.⁴⁴⁷⁾ 즉 공도와 사도는 행정청의 행정행위의 개입여부에 따라 구별됨을 알 수 있다. 그런데 사도라 하더라도 때로는 공익을 위하여 해당 개인의 의사를 현저히 저해할 경우가 있을 것이다. 따라서 우리나라는 1961. 12. 27. 법률 제872호로 사도법을 제정하여 교통의 발전에 이바지함을 목적으로 사도의 설치, 관리, 사용 및 구조에 관한 사항을 규정하고 있다(제1조). 사도법에서의 ‘사도(私道)란 도로법에 따른 도로, 도로법의 준용을 받는 도로, 「농어촌 도로정비법」에 따른 농어촌도로, 농어촌정비법에 따라 설치된 도로가 아닌 것으로서 그 도로에 연결되는 길을 말한다(사도법 제2조). 사도법에 의한 사도가 되려면 이와 같은 도로로서 허가권자의 설치허가에 의하

446) 박중욱, “사도의 법률관계”, 사법논집 제20집, 1989, 61면; 배정완, “사도에 관한 소고”, 수원지방변호사회지 제5호, 1994, 86면.

447) 배정완, 앞의 논문, 87면.

여 설치된 것만을 말한다 할 것이다(동법 제4조 제1항).

(2) 대상 및 절차

사도개설허가의 대상으로는 도로법에 따른 도로, 도로법의 준용을 받는 도로, 「농어촌 도로정비법」에 따른 농어촌도로, 농어촌정비법에 따라 설치된 도로가 아닌 것으로서 그 도로에 연결되는 길이어야 한다(사도법 제2조). 시장·군수·구청장은 개설하려는 사도가 사도의 구조에 따른 기준(동법 제5조)에 맞지 아니한 경우나 허가를 신청한 자에게 해당 토지의 소유 또는 사용에 관한 권리가 없는 경우, 이 법 또는 다른 법령에 따른 제한에 위배되는 경우, 해당 사도의 개설·개축·증축 또는 변경으로 인하여 주변에 거주하는 주민의 사생활 등 주거환경을 심각하게 침해하거나 사람의 통행에 위험을 가져올 것으로 인정되는 경우에는 개설의 허가를 제한하고 있다(동법 제4조 3항).

사도개설허가를 받으려는 자는 허가신청서에 계획도면, 공사계획서, 공사경비 예산명세서, 설계도, 타인의 소유에 속하는 토지를 사용하려는 경우에는 그 사용 권한을 증명하는 서류, 구조검토서, 수리검토서, 기존 사도개설자의 동의서, 사용검사 전 사도의 사용계획서 등의 서류를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 제4조 제2항, 동법 시행규칙 제2조).

(3) 법적 성질

사도개설허가는 법규에서 정하는 제한 즉, 개설하려는 사도가 기준에 맞지 아니한 경우나 해당 사도의 개설·개축·증축 또는 변경으로 인하여 주변에 거주하는 주민의 사생활 등 주거환경을 심각하게 침해하거나 혹은 사람

의 통행에 위협을 가져올 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 허가를 하여야 한다. 사도법의 적용대상인 사도는 일반적인 사도보다 좀 더 공공성을 띠고 있으므로 그 사용관계에 있어서 어느 정도 제한을 가하고 있다. 따라서 관계 행정청이 사도개설허가의 신청을 받으면 형식적 요건의 확인 뿐만 아니라 실체적 요건도 심사하여야 할 것이다. 사도개설허가는 허가의 성질상 당연히 수리를 요하는 행위이므로, 협의절차에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고에 따른 건축 등의 행위를 할 수 있을 것이다. 따라서 사도개설허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

5. 제7호의 농지전용허가 및 협의

(1) 농지전용허가

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제7호는 “「농지법」 제34조에 따른 농지전용허가”를 규정하고 있다. 농지법 제34조 제1항은 “농지를 전용하려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부 장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 농지의 면적 또는 경계 등 대통령령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다”고 규정하고 있다. 각 호에는 “1. 다른 법률에 따라 농지전용허가가 의제되는 협의를 거쳐 농지를 전용하는 경우, 2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시지역 또는 계획관리지역에 있는 농지로서 제2항에 따른 협의를 거친 농지나 제2항 제1호 단서에 따라 협의 대상에서 제외되는 농지를

전용하는 경우, 3. 제35조에 따라 농지전용신고를 하고 농지를 전용하는 경우, 4. 「산지관리법」 제14조에 따른 산지전용허가를 받지 아니하거나 같은 법 제15조에 따른 산지전용신고를 하지 아니하고 불법으로 개간한 농지를 산림으로 복구하는 경우, 5. 「하천법」에 따라 하천관리청의 허가를 받고 농지의 형질을 변경하거나 공작물을 설치하기 위하여 농지를 전용하는 경우”를 규정하고 있다.

농지법은 농업인의 경영 안정과 농업 경쟁력 강화, 국민경제의 균형 있는 발전 및 국토 환경 보전을 위해서(제1조) 농지의 절대 면적의 확보와 사전 전용심사 등을 통하여 꼭 필요한 전용은 허용하되, 불필요한 전용은 합리적으로 규제하기 위하여 농지전용허가 규정을 두고 있다.

2) 대상 및 절차

농림축산식품부장관은 농지전용허가를 결정할 경우 대기오염배출시설로서 대통령령으로 정하는 시설, 폐수배출시설로서 대통령령으로 정하는 시설, 농업의 진흥이나 농지의 보전을 해칠 우려가 있는 시설로서 대통령령으로 정하는 시설 중 어느 하나에 해당하는 시설의 부지로 사용하려는 농지는 전용을 허가할 수 없다(동법 제37조 제1항). 농림축산식품부장관, 시장·군수 또는 자치구구청장은 농지전용허가 및 협의(다른 법률에 따라 농지전용허가가 의제되는 협의를 포함)를 하거나 농지의 타용도 일시사용허가 및 협의를 할 때, 전용하려는 농지가 농업생산기반이 정비되어 있거나 농업생산기반 정비사업 시행예정 지역으로 편입되어 우량농지로 보전할 필요가 있는 경우, 해당 농지를 전용하거나 다른 용도로 일시사용하면 일조·통풍·통작(通作)에 매우 크게 지장을 주거나 농지개량시설의 폐지를 수반하여 인근 농지의 농업 경영에 매우 큰 영향을 미치는 경우, 해당 농지를 전용하거나 타용도로 일

시 사용하면 토사가 유출되는 등 인근 농지 또는 농지개량시설을 훼손할 우려가 있는 경우, 전용 목적을 실현하기 위한 사업계획 및 자금 조달계획이 불확실한 경우, 전용하려는 농지의 면적이 전용 목적 실현에 필요한 면적보다 지나치게 넓은 경우 중 어느 하나에 해당하면 전용을 제한하거나 타용도 일시사용을 제한할 수 있다(동법 제37조 제2항).

농지전용허가 또는 변경허가를 받으려는 자는 농지전용허가신청서에 사업계획서 등의 서류를 첨부하여 해당 농지의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 자치구구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제32조 제1항, 동법 시행규칙 제26조 제2항).⁴⁴⁸⁾ 시장·군수 또는 자치구구청장은 농지전용허가신청서 등을 제출받은 때에는 심사기준에 따라 심사한 후 농림축산식품부령으로 정하는 서류를 첨부하여 시·도지사에게 보내야 하며, 시·도지사는 이에 대한 종합적인 심사의견서를 첨부하여 농림축산식품부장관에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제33조 제1항).

농지전용허가 심사기준은 농지전용허가 등의 제한에 위배되지 아니하고, 전용하려는 농지가 전용목적사업에 적합하게 이용되며, 전용하려는 농지의 면적이 전용목적사업의 실현을 위하여 적절한 면적이어야 하고, 전용하려는 농지를 계속하여 보전할 필요성이 크지 아니하며, 해당 농지의 전용이 인근 농지의 농업경영과 농어촌생활환경의 유지에 피해가 없어야 한다(동법 시행령 제33조 제1항). 농림축산식품부장관은 심사기준에 적합하지 아니한 경우에는 농지의 전용허가를 하여서는 아니 된다(동조 제2항). 시·도지사 및 시장·군수 또는 자치구구청장은 신청인이 보완 또는 보정을 요구한 기간에 이를 보완 또는 보정하지 아니하는 때에는 신청서류를 반려할 수 있다(동조

448) “[별지 제2호 서식]의 농지전용허가신청서에 의하여 신청하도록 한 농지의 보전 및 이용에 관한 법률 시행규칙 제5조 제1항은 행정청의 편의를 위한 규정에 불과하고 농지전용허가신청은 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위라고 해석되므로 농지전용의 허가를 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 이를 농지전용허가신청으로 보아야 할 것이다.” 대법원 1995. 11. 7. 선고 94누10061 판결.

제4항).

3) 법적 성질

농지전용허가는 농지법 제37조의 농지전용허가 등의 제한 규정에서 보듯이 일정한 경우 허가를 제한할 수 있도록 하고 있으므로 예외적 허가의 성질을 갖는다고 할 수 있다. 예외적 허가란 일정행위가 유해하거나 사회적으로 바람직하지 않은 것으로서 법령상 원칙적으로 금지되고 있으나, 예외적인 경우에는 이러한 금지를 해제하여 해당 행위를 적법하게 할 수 있게 하여 주는 행위를 말한다.⁴⁴⁹⁾ 한편 농지법 제37조 제1항 “농림축산식품부장관은 농지전용허가를 결정할 경우 … 전용을 허가할 수 없다”고 규정하고 있고, 동조 제2항에서는 “농림축산식품부장관, 시장·군수 또는 자치구구청장은 농지전용허가 및 협의를 할 때 … 제한하거나 타용도 일시사용을 제한할 수 있다”라고 규정하고 있어, 문언상 이 규정이 재량행위임을 확인할 수 있다. 그러나 동법 제34조 제1항 “농지를 전용하려는 자는 … 농림축산식품부장관의 허가를 받아야 한다”는 규정은 법문상의 표현이 불분명하다. 이 경우에는 법의 목적, 취지, 행정행위의 성질, 공익성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 농지전용허가는 농지전용허가를 제한하여야 하는 경우인지, 전용하고자 하는 농지가 전용 목적사업에 적합하게 이용될 수 있는지, 농업과 농업인 및 환경 등에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는 재량행위라 할 것이다.⁴⁵⁰⁾

농지전용허가는 농지법과 동법 시행령 및 동법 시행규칙에서 농지전용에 관한 구체적인 심사기준과 요구되는 요건을 정해 놓고 있으므로, 그 허가신청내용이 허가기준에 적합한지 여부를 심사하여야 하며, 뿐만 아니라 농지

449) 김동희, 앞의 책(각주 4), 269면.

450) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91누7767 판결 참조.

의 강화된 공익성을 고려하여 심사를 하여야 할 것이다. 따라서 요건에 적합하다고 하여 반드시 허가하여야 한다고 할 수는 없고, 농지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 종합적으로 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정되는 경우에 이를 불허가할 수 있으며, 수리를 요하는 행위라고 할 것이다.⁴⁵¹⁾ 따라서 협의과정에서 농지전용에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리가 가능할 것이므로 농지전용허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고에 해당된다 할 것이다.

(2) 농지전용협의

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제7호는 “「농지법」 제34조에 따른 농지전용협의”를 규정하고 있다. 농지법 제34조 제2항은 “주무부장관이나 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관과 미리 농지전용에 관한 협의를 하여야 한다”고 규정하고 있다. 각 호에는 “1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시지역에 주거지역·상업지역 또는 공업지역을 지정하거나 도시·군계획시설을

451) “농지법이 농지의 소유·이용 및 보전 등에 필요한 사항을 정함으로써 농지의 효율적인 이용·관리 등과 함께 국토의 환경보전에 이바지함을 그 목적으로 하면서(제1조) 농지가 국민의 식량공급과 국토환경보전의 기반으로서 소중히 보전되어야 함은 물론 공공복리에 적합하게 관리되어야 하고 그에 관한 권리의 행사에는 필요한 제한과 의무가 따른다는 것을 농지에 관한 기본이념으로 설정하고 있는 점(제3조 제1항), 구 농지법시행령(1999. 4. 19. 대통령령 제16254호로 개정되기 전의 것)에서 농지전용허가에 대한 심사기준에도 농어촌생활환경에 미치는 영향 등을 고려하도록 하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 농지전용행위에 대하여 허가관청은 구 농지법시행령이 정한 위의 심사기준에 부적합한 경우는 물론 대상 농지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 종합적으로 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정되는 경우에도 이를 불허가할 수 있다.” 대법원 2000. 5. 12. 선고 98두15382 판결; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누2745 판결 참조.

결정할 때에 해당 지역 예정지 또는 시설 예정지에 농지가 포함되어 있는 경우. 다만, 이미 지정된 주거지역·상업지역·공업지역을 다른 지역으로 변경하거나 이미 지정된 주거지역·상업지역·공업지역에 도시·군계획시설을 결정하는 경우는 제외한다, 1의2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 계획관리지역에 지구단위계획구역을 지정할 때에 해당 구역 예정지에 농지가 포함되어 있는 경우, 2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시지역의 녹지지역 및 개발제한구역의 농지에 대하여 같은 법 제56조에 따라 개발행위를 허가하거나 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제12조 제1항 각 호 외의 부분 단서에 따라 토지의 형질변경허가를 하는 경우”를 규정하고 있다.

농지법은 농업 경쟁력 강화와 국토환경보전을 위하여 농지의 절대면적확보가 필요하므로 농지전용시 미리 협의를 하도록 하여 불필요한 농지전용을 합리적으로 규제하고 있다.

2) 절차

주무부장관 또는 지방자치단체의 장이 농지전용에 관하여 협의(다른 법률에 따라 농지전용허가가 의제되는 협의를 포함)를 하려는 경우에는 농지전용협의요청서에 사업계획서, 지적도등본 또는 임야도등본 및 지형도, 피해방지계획서, 그 밖에 농지전용협의를 필요한 사항을 기재한 서류 등을 첨부하여 농림축산식품부장관에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제34조 제1항, 동법 시행규칙 제30조 제2항).

농지전용협의를 하거나 농지의 타용도 일시사용협의를 할 때에도 농지전용허가의 규정을 준용하여 제한할 수 있다(동법 제37조 제2항). 농림축산식품부장관은 농지의 전용에 관한 협의요청이 있으면 농지전용허가기준(동법

시행령 제33조 제1항)에 대한 심사를 한 후 그 동의 여부를 결정하여야 한다(동법 시행령 제34조 제2항). 농림축산식품부장관은 심사기준에 적합하지 아니한 경우에는 동의를 하여서는 아니 된다(동조 제3항).

3) 법적 성질

행정청은 농지의 전용에 관한 협의요청이 있으면 농지전용허가기준에 대한 심사를 한 후 그 동의 여부를 결정하여야 하므로, 수리를 요하는 행위라고 할 것이다. 행정청은 심사기준에 적합하지 아니한 경우에는 동의를 하여서는 아니 된다. 따라서 협의과정에서 농지전용에 관한 협의가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리가 가능할 것이므로 농지전용협이가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고에 해당된다 할 것이다.

6. 제8호의 도로관리청이 아닌 자에 대한 도로공사 시행의 허가 와 도로와 다른 시설의 연결허가

(1) 도로관리청이 아닌 자에 대한 도로공사 시행의 허가

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제8호는 “「도로법」 제36조에 따른 도로관리청이 아닌 자에 대한 도로공사 시행의 허가”를 규정하고 있다. 도로법 제36조 제1항은 “도로관리청이 아닌 자는 도로공사를 시행하거나 도로의 유지·관리를 할 때에는 미리 대통령령으로 정하는 바에 따라 도로관리청의 허가를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 도로관리청이 아닌

자는 도로관리청의 허가를 받지 아니하고 도로공사를 시행하거나 도로의 유지·관리를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 각 호에는 “1. 제33조 제1항에 따라 타공작물⁴⁵²⁾의 관리자가 도로공사를 시행하는 경우 또는 제35조 제1항에 따라 타공사의 시행자나 타행위를 한 자가 도로공사를 시행하는 경우, 2. 상급도로관리청이 상급도로의 공사를 시행할 때 상급도로와 접속되거나 연결되는 하급도로의 접속구간 또는 연결구간의 도로공사를 시행하는 경우. 이 경우 상급도로관리청은 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 해당 하급도로관리청과 협의하여야 한다, 3. 대통령령으로 정하는 경미한 도로의 유지·관리⁴⁵³⁾인 경우”를 규정하고 있다.

‘도로관리청’이란 도로에 관한 계획, 건설, 관리의 주체가 되는 기관으로서 도로의 구분에 따라 국토교통부장관, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장 가운데 하나에 해당하는 기관을 말한다(동법 제2조 제5호). 이와 같은 도로관리청이 아닌 자가 도로공사를 시행하거나 도로의 유지·관리를 할 때에는 미리 도로관리청의 허가를 받아야 한다. ‘도로공사’란 도로의 신설, 확장, 개량 및 보수 등을 하는 공사를 말한다(동조 제7호).

2) 기준 및 절차

도로관리청은 ‘도로의 구조·시설 등의 기준에 맞고 교통소통이 원활하게 이루어지는 구조일 것, 공사를 시행하려는 도로의 설계속도, 곡선반경 등 설계기준이 그 도로공사가 시행되거나 연결되는 기존의 도로와 같거나 그 이

452) ‘타공작물’이란 도로와 그 효용을 함께 발휘하는 둑, 호안(護岸), 철도 또는 궤도용의 교량, 횡단도로, 가로수, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공작물을 말한다(동법 제2조 제9호).

453) ‘대통령령으로 정하는 경미한 도로의 유지·관리’란 도로의 손상을 방지하기 위하여 필요한 자갈·모래 또는 흙의 부분적인 보충이나 그 밖에 도로의 구조에 영향을 주지 아니하는 도로의 유지·관리를 말한다(동법 시행령 제37조).

상일 것, 공사를 시행하려는 도로의 폭, 포장단면, 포장의 재질 등 시설구조가 그 도로공사가 시행되거나 연결되는 기존의 도로와 같거나 그 이상일 것, 신호등, 도로표지, 가드레일 등을 설치하여 차량 주행 시 교통안전이 확보되도록 할 것, 배수시설 및 비탈면 보호시설 등을 적정하게 설치하여 도로의 유지·관리에 문제가 없도록 할 것, 그 밖에 도로관리청이 도로공사의 시행에 필요하다고 판단하여 정하는 사항 등의 위 요건을 모두 충족하는 경우’, 도로관리청이 아닌 자의 도로공사 시행을 허가할 수 있다(동법 시행령 제35조). 이와 같이 도로관리청이 아닌 자가 도로공사의 시행 허가를 받으려는 경우 도로공사 시행 허가신청서에 사업계획서 및 설계도서를 첨부하여 도로관리청에 제출하여야 한다(동법 시행령 제34조 제1항).

3) 법적 성질

도로관리청은 도로관리청이 아닌 자의 도로공사시행 허가기준에 대해 도로법 시행령에 규정된 요건을 모두 충족하는 경우, 도로관리청이 아닌 자의 도로공사 시행을 ‘허가할 수 있다’ 라고 규정하고 있으므로, 도로공사시행의 허가를 재량행위로 볼 수 있다. 또한 도로공사시행 허가기준 중 ‘그 밖에 도로관리청이 도로공사의 시행에 필요하다고 판단하여 정하는 사항 등’의 요건과 같은 경우는 행정청이 제출된 허가신청에 대해 실체적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다고 하겠다. 따라서 협의과정에서 도로공사 시행허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 도로관리청이 아닌 자에 대한 도로공사 시행의 허가를 수반하는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

(2) 도로와 다른 시설의 연결허가

1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제5호는 “「도로법」 제52조 제1항에 따른 도로와 다른 시설의 연결 허가”를 규정하고 있다. 도로법 제52조 제1항은 “도로관리청이 아닌 자는 고속국도, 자동차전용도로, 그 밖에 대통령령으로 정하는 도로에 다른 도로나 통로, 그 밖의 시설을 연결시키려는 경우에는 미리 도로관리청의 허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 이 경우 고속국도나 자동차전용도로에는 도로, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제60조 제1항 각 호에 따른 개발행위로 설치하는 시설 또는 해당 시설을 연결하는 통로 외에는 연결시키지 못한다”고 규정하고 있다.

2) 절차

일반국도에 다른 도로 등을 연결하려면 도로 등의 연결허가신청서를 도로관리청에 제출하여야 한다(도로와 다른 도로 등과의 연결에 관한 규칙 제4조 제1항). 도로 등의 연결허가신청서에는 연결계획서와 설계도면, 그리고 주요 지하매설물 관리자의 의견서 등의 서류를 첨부하여야 한다(동조 제2항). 연결계획서에는 사업 개요, 변속차로 등의 설치계획, 부대시설의 설치계획, 연결공사 중의 안전관리대책 및 교통관리대책, 도로 연결의 목적이 되는 시설물의 법정 주차 대수의 사항이 포함되어야 한다(동조 제3항). 일반국도에 다른 도로 등을 연결시키려는 자는 연결허가를 신청하기 전에 관리청에 연결을 신청하려는 도로의 구간이 연결허가 금지구간(동규칙 제6조)에 해당하는지에 대한 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 관리청은 특별

한 사유가 없으면 이에 따라야 한다(동규칙 제4조 제5항). 관리청은 시공 중인 일반국도에 다른 도로 등을 연결하려는 경우에는 해당 도로공사에 지장을 주지 아니하는 범위에서 허가할 수 있다. 이 경우 관리청은 그 연결허가 구간에 대하여 도로 등의 연결허가 신청구간 도로시설물 현황조서를 작성하고 설계를 변경하는 등 필요한 조치를 하여야 한다(동규칙 제5조 제2항).

도로관리청은 연결허가를 할 때 도로와 다른 도로, 통로나 그 밖의 시설을 연결하면 대량의 교통수요가 발생할 우려가 있거나 교통체계상 다른 시설의 설치가 필요하다고 인정하는 경우에는 그 연결허가를 받는 자에게 원활한 교통 소통을 위한 시설의 설치·관리 등 필요한 조치를 하도록 할 수 있다(도로법 제52조 제4항). 연결허가를 받아 도로에 연결하는 시설에 대하여는 도로점용허가를 받은 것으로 본다(동조 제5항).

3) 법적 성질

도로법은 도로와 다른 시설의 연결허가에 관한 심사기준 등의 필요한 사항을 국토교통부령과 조례로 위임하여 규정하고 있는데 이에 적합할 경우 행정청은 이에 기속되어 연결허가를 해주어야 한다. 연결허가를 함에 있어서 법령상의 기준 뿐만 아니라 주민의 편의성과 안전성 등의 중대한 공익상 필요 또한 고려되어야 할 것이다.⁴⁵⁴⁾ 판례 역시 일반국도에 다른 도로 등의 연결허가가 금지되는 구간에 해당하는지 여부를 판단하는 기준으로 도로연결로 인하여 측도의 기능이 저해될 가능성이 있는지를 기준으로 본래 마을 주민의 통행의 편의와 국도 본선의 편의성 및 안전성을 높이는데 있다고 하

454) “주유소가 건축되더라도 도로로부터 주유소로 차량이 진출입을 할 수 있는 연결도로가 확보되지 않는다면 주유소는 본래의 목적을 달성할 수 없는 무용한 건축물이 될 것이고, 공익상 이러한 건축물의 건축이 허용되어서는 안 되므로 주유소의 진출입로 설치 가능 여부는 주유소의 건축허가를 함에 있어 고려하여야 할 중대한 공익상의 사유가 된다.” 청주지방법원 2004. 4. 9. 선고 2003구합549 판결.

였다.⁴⁵⁵⁾ 따라서 행정청은 제출된 연결허가신청에 대해 공공의 이익 등의 실제적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다. 따라서 협의 과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 도로와 다른 시설의 연결허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

7. 제9호의 도로의 점용허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제9호는 “「도로법」 제61조에 따른 도로의 점용 허가”를 규정하고 있다. 도로법 제61조 제1항은 “공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 사유로 도로를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야 한다. 허가받은 기간을 연장하거나 허가받은 사항을 변경하려는 때에도 같다”고 규정하고 있다.

‘도로’란 차도·보도·자전거도로 및 측도, 터널·교량·지하도 및 육교 등 대통령령으로 정하는 시설⁴⁵⁶⁾로 구성된 것으로서 고속국도, 일반국도, 특별시도·광역시도, 지방도, 시도, 군도, 구도를 말하며, 도로의 부속물을 포함한다(동법 제2조 제1호, 제10조). 이와 같이 도로는 행정주체에 의하여 직접 일반인의 공동사용에 제공된 물건이므로 공공용물인 공물이라 할 것이다. 또한 도로는 행정주체가 인공을 가하여 일반의 교통에 제공되기 때문에 인공 공물에 속한다고 할 수 있다.⁴⁵⁷⁾ 도로의 점용이란 일반 공중의 교통에 공용

455) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012두11140 판결.

456) ‘차도, 보도(步道), 자전거도로, 측도(側道), 터널, 교량, 육교 등 대통령령으로 정하는 시설’이란 차도·보도·자전거도로 및 측도, 터널·교량·지하도 및 육교(해당 시설에 설치된 엘리베이터를 포함), 궤도, 옹벽·배수로·길도랑·지하통로 및 무넙기시설, 도선장 및 도선의 교통을 위하여 수면에 설치하는 시설 등으로 구성된 것이다(동법 시행령 제2조).

되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 지표 뿐만 아니라 그 지하나 지상 공간의 특정 부분을 유형적, 고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻한다.⁴⁵⁷⁾

(2) 대상 및 절차

도로점용허가를 받으려는 자는 점용의 목적, 점용의 장소와 면적, 점용의 기간, 점용물의 구조, 공사의 방법, 공사의 시기, 도로의 복구방법 등을 적은 신청서와 설계도면(전자도면으로 한정)을 첨부하여 도로관리청에 제출하여야 한다(동법 시행령 제54조 제1항). 도로의 점용이 도로의 굴착을 수반하는 경우에는 신청서에 주요지하매설물 관리자의 의견서, 주요지하매설물의 사후관리계획, 도로관리심의회의 심의·조정 결과를 반영한 안전대책 등에 관한 서류를 첨부하여야 한다(동조 제2항). 도로관리청이 신청에 대하여 허가를 하였을 때에는 신청인에게 허가증서를 발급하고, 허가내용을 공고하여야 하며, 허가대장을 작성·관리하여야 한다(동조 제3항). 도로점용허가의 기준은 점용장소, 점용기간, 점용물의 구조, 공사방법, 공사의 시기, 도로의 복구, 매설물의 위치 표시로 나누어 규정하고 있다(동조 제5항, 별표 2).

(3) 법적 성질

도로법 제61조 제1항은 도로점용허가의 성질이 기속행위인지, 재량행인지에 관해 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 ‘도로점용’은 도로에 대한 특별사용을 의미하고, ‘도로점용의 허가’는 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작

457) 김향기, 「행정법연습(제6판)」, 대명출판사, 2014, 777면.

458) 대법원 1998. 9. 22. 선고 96누7342 판결.

하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이라 할 것이다.⁴⁵⁹⁾ 또한 도로점용허가는 공익의 실현이 보다 강하게 요구되므로 효과적인 공익실현을 위해 도로점용허가는 재량행위로 보는 것이 타당하다.

도로법은 도로의 점용허가의 심사기준, 절차 등의 필요한 사항을 대통령령에 위임하여 규정하고 있는데, 이에 적합할 경우 행정청은 이에 기속되어 도로점용허가를 해주어야 한다. 그러나 도로점용허가를 함에 있어서 법령상의 기준 뿐만 아니라 도로의 점용목적과 점용형태, 점용자측 및 일반인의 이용 상황 등 구체적인 제반사정을 고려하여 판단해야 한다. 따라서 행정청은 제출된 도로점용허가신청에 대해 제반사정 및 공익상의 영향 등의 실제적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 도로점용허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

8. 제10호의 하천점용 등의 허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제10호는 “「하천법」 제33조에 따른 하천점용 등의 허가”를 규정하고 있다. 하천법 제33조 제1항은 “하천구역 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 하천관리청의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다”고 규정하고, 각 호에는 “1. 토지의 점용, 2. 하천시설의 점용, 3. 공작물의 신축·개축·변경, 4. 토

459) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005두1329 판결.

지의 굴착·성토·절토, 그 밖의 토지의 형질변경, 5. 토석·모래·자갈의 채취, 6. 그 밖에 하천의 보전·관리에 장애가 될 수 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위”를 규정하고 있다.

‘하천’이라 함은 지표면에 내린 빗물 등이 모여 흐르는 물길로서 공공의 이해에 밀접한 관계가 있어 법령에 국가하천 또는 지방하천으로 지정된 것을 말하며, 하천구역과 하천시설을 포함한다(하천법 제2조 제1호). 하천법에서 규정하는 하천점용 유형은 ‘토지의 점용, 하천시설의 점용, 공작물의 신축·개축·변경, 토지의 굴착·성토·절토, 그 밖의 토지의 형질변경, 토석·모래·자갈의 채취, 그 밖에 하천의 보전·관리에 장애가 될 수 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위⁴⁶⁰⁾이다. 하천점용허가라 함은 이와 같이 하천의 점용을 허가하는 행위를 말한다(동법 제33조 제1항).

(2) 기준 및 절차

하천구역은 공공용물로서 하천을 보전하면서 국민의 다양한 이용에 제공되어야 한다. 이에 정부에서는 치수, 이수(利水) 및 환경에 관한 본래의 기능이 종합적으로 유지되고, 양호한 환경보전과 적절한 이용이 이루어지도록 하천구역 점용허가에 관한 기준을 정하고 있다. 하천관리청이 하천점용허가를 하고자 할 경우에는 하천의 구조·시설 기준에의 적합 여부와 하천기본계획에의 적합 여부, 공작물의 설치로 인근 지대에 침수가 발생하지 아니하도록 하는 배수시설의 설치 여부와 하천수 사용 및 공작물 설치 등으로 수문

460) ‘대통령령으로 정하는 행위’란 죽목·갈대·목초 또는 수초 등을 채취하는 행위, 식물을 식재하는 행위, 선박을 운항하는 행위, 스케이트장, 유선장·도선장 및 계류장(유선장·도선장 및 계류장은 부유식인 경우로 한정)을 설치하는 행위, 「수상레저안전법」에 따른 수상레저기구를 이용한 수상레저사업 목적의 물놀이 행위, 하천관리청이 아닌 자가 하천을 점용하는 물건에 새로 하천의 보전에 영향을 미칠 수 있는 물건을 추가하는 행위를 말한다(동법 시행령 제35조 제1항).

조사시설 등 하천시설에 미치는 영향 등의 사항을 고려하여야 한다(동법 제 33조 제3항). 한편 하천관리청은 하천점용허가를 함에 있어서 대통령령으로 정하는 농약 또는 비료를 사용하여 농작물을 경작하는 행위나 대통령령으로 정하는 골재채취 등 하천 및 하천시설을 훼손하거나 훼손할 우려가 있는 행위,⁴⁶¹⁾ 가축을 방목하거나 사육하는 행위, 콘크리트 등의 재료를 사용하여 고정구조물을 설치하는 행위, 그 밖에 하천의 보전 및 관리에 지장을 주는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위⁴⁶²⁾ 중 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우에는 이를 허가하여서는 아니 된다(동법 제33조 제4항, 동법 시행령 제36조). 하천점용허가의 유효기간 및 세부적인 기준 등에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다(동법 제33조 제7항).

하천점용허가를 받으려는 자는 하천점용허가신청서를 하천관리청에 제출하여야 한다(동법 시행령 제34조 제1항). 하천점용허가신청서는 하천시설의 점용과 공작물의 신축·개축·변경, 토지의 점용 등 하천 점용 목적에 따라 다르다(동법 시행규칙 제17조 제1항). 허가 신청은 직접 허가청에 제출하는 방법과 하천관리지리정보시스템(RIMGIS)를 통하여 접수하는 방법이 있으며, 허가신청 → 신청서 검토 및 결재(현지조사 및 관계기관 협의 등) → 점용허가 및 수수료 납부 → 공사착수 → 준공인가 신청 → 준공인가의 순서로

461) ‘대통령령으로 정하는 골재채취 등 하천 및 하천관리시설을 훼손하거나 훼손할 우려가 있는 행위’란 1. 퇴적구간을 우선 채취하여야 한다는 원칙에 위배되는 채취 행위, 2. 하천 상류측에서 하류측으로 채취하거나 하천 양쪽 기슭[양안]에서 중심으로 채취하는 행위, 3. 하천 구역에 골재를 쌓아 두는 행위. 다만, 해당 하천관리청이 하천관리상 지장이 없다고 인정하여 허용한 범위에서는 채취한 골재를 쌓아 두거나 선별 또는 세척할 수 있다. 4. 평탄하게 골고루 채취하지 아니하여 웅덩이가 생기도록 채취하는 행위, 5. 골재채취 후 하천 바닥에 남아 있는 토석을 정리하지 아니하고 방치하는 행위 중 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다(동법 시행령 제36조 제2항).

462) ‘대통령령으로 정하는 행위’란 1. 하천의 비탈면 및 바닥을 훼손할 우려가 있는 죽목·갈대·목초 또는 수초 등 식물을 채취하는 행위, 2. 선박사고가 자주 발생하는 지역 또는 선박운항 구간이 중복되는 지역에서의 선박운항 행위 또는 물놀이 행위, 3. 하천으로 통행하기 어렵게 하는 공작물을 설치하는 행위, 4. 온실(비닐하우스를 포함한다) 및 이와 유사한 시설을 설치하는 행위를 말한다(동법 시행령 제36조 제4항).

진행된다. 하천관리청은 하천점용허가신청의 내용대로 허가하면 도로·철도 등 사회기반시설에 영향을 미칠 것으로 인정되는 경우에는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다(동법 시행령 제34조 제3항).

(3) 법적 성질

하천점용 등의 허가는 하천구역에서 이루어지는 제반 개별적인 시설이나 행위에 대한 특허를 규정하는 법적 성격을 갖기 때문에 허가에서 공사, 원상회복(동법 제48조)에 이르기까지 관련규정이 복잡하게 연계되어 있다. 하천법 제33조의 하천점용허가와 관련된 규정은 하천법 제30조, 제48조, 제89조 등과 긴밀히 연계되어 있고, 건축법, 건설기술 진흥법, 도로법, 비료관리법, 골재채취법, 선박법, 민법 등과 긴밀히 연결되어 있다. 따라서 하천점용허가시 상호보완적이고, 상충적인 규정 등을 면밀히 검토하여 점용허가가 이루어져야 한다.⁴⁶³⁾ ‘하천점용’은 하천에 대한 특별사용을 의미하고,⁴⁶⁴⁾ ‘하천점용의 허가’는 공물사용권을 설정하는 설권행위로서,⁴⁶⁵⁾ 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이라 할 것이다.⁴⁶⁶⁾ 하천법은 하천의 점용허

463) 하천점용허가 조건은 하천법 제33조 하천의 점용허가 규정과 동법 시행령 제34조, 제35조, 제36조에서 하천의 점용허가 행위와 하천점용허가의 금지기준 등에 국한되어 있기 때문에 실제 관리청별로 개별 자체 준칙으로 처리하고 있다. 예를 들어, 시설규모가 홍수를 유발시키지 않을 것, 하천관리상 문제되지 않을 것, 유수 속도가 종전에 비해 빠르지 않을 것 등이 그것이다. 국토해양부, “하천점용 허가제도 개선 및 관리방안 연구”, 2009, 34면.

464) “하천에 대하여 일반사용과는 별도로 하천의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 의미하는 것이다.” 대법원 2004. 10. 15. 선고 2002다 68485 판결.

465) 국토해양부, 앞의 논문(각주 463), 17면.

466) “도로법 제40조 제1항에 의한 도로점용은 일반공중의 교통에 사용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다.” 대법원

가의 심사기준, 절차 등의 필요한 사항을 법률에 규정하고 있으므로, 이에 적합할 경우 행정청은 이에 기속되어 하천점용허가를 해주어야 한다. 그러나 하천점용허가를 함에 있어서 법령상의 기준 뿐만 아니라 하천의 점용목적과 하천시설에 미치는 영향 등의 구체적인 제반사정을 고려하여 판단하여야 하며, 하천을 적정하게 관리하고 공공복리의 증진의 목적에 위배되지 않아야 한다. 따라서 행정청은 제출된 하천점용허가신청에 대해 제반사정 및 공익상의 영향 등의 실체적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다. 따라서 협의절차에서 하천점용 등의 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 하천점용 등의 허가가 수반되는 건축신고의 경우에는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

9. 제13호의 수도사업자가 지방자치단체인 경우 지방자치단체가 정한 조례에 따른 상수도 공급신청

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제13호는 “「수도법」 제38조에 따라 수도사업자가 지방자치단체인 경우 그 지방자치단체가 정한 조례에 따른 상수도 공급신청”을 규정하고 있다. 수도법 제38조 제1항은 “일반수도사업자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 수돗물의 요금, 급수설비에 관한 공사의 비용부담, 그 밖에 수돗물의 공급 조건에 관한 규정을 정하여 수돗물의 공급을 시작하기 전까지 인가관청의 승인을 받아야 하고, 승인을 받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 다만, 수도사업자가 지방자치단체이면 그 지방자치단체의 조례로 정한다”고 규정하고 있다.

2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결.

‘수도사업’은 일반의 수요자 또는 다른 수도사업자에게 수도에 의하여 원수 또는 정수를 공급하는 사업을 말하며, 일반수도사업과 공업용수도사업으로 구분된다(동법 제3조 제18호). ‘일반수도사업’이란 일반 수요자 또는 다른 수도사업자에게 일반수도를 사용하여 원수나 정수를 공급하는 사업을 말한다(동조 제19호). 일반수도사업을 경영하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 환경부장관, 국토교통부장관, 시·도지사, 또는 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 일반수도사업은 사업의 종류에 따라 그 관장 주체가 구분되며, 광역상수도는 국토교통부장관, 지방상수도는 환경부장관, 마을상수도는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수의 인가를 받아야 한다(동법 제17조 제1항). 이 규정에 따른 일반수도사업의 인가를 받아 경영하는 자를 ‘일반수도사업자’라고 한다(동법 제3조 제22호). 수도사업자가 일반수도사업자일 경우에는 수돗물의 요금, 급수설비에 관한 공사의 비용부담, 그 밖에 수돗물의 공급 조건에 관한 규정을 정하여 수돗물의 공급을 시작하기 전까지 인가관청의 승인을 받아야 하고, 지방자치단체가 수도사업자일 경우에는 그 지방자치단체의 조례에 따른다(동법 제38조 제1항).

(2) 절차

수돗물의 공급규정에 관한 인가관청의 승인을 받으려는 자는 ‘수돗물의 요금 산정에 필요한 기초자료, 급수설비에 관한 공사비용의 산출기준과 방법, 역류에 따른 수돗물의 오염을 방지하기 위한 계량기 후단의 역류방지밸브 설치 등 급수설비의 설치 및 관리에 관한 사항, 그 밖에 수돗물의 공급에 관하여 환경부령으로 정하는 사항’이 포함된 공급규정을 정하여 승인을 신청하여야 한다(동법 시행령 제53조). 또한 공급규정의 승인을 받으려는 자는 수도요금의 수준·체계 및 산정기준, 원가계산, 수요예측, 급수절차, 급수

설비의 비용부담에 관한 사항이 포함된 신청서를 광역상수도는 국토교통부장관에게, 지방상수도는 환경부장관에게, 마을상수도는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수에게 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제25조).

수도법 제38조 제1항의 ‘그 밖의 수돗물의 공급조건에 관한 규정’이란 신규 수도사용자가 일반수도사업자 또는 지방자치단체로부터 장래 수도를 공급받기 위한 수도공급계약의 내용이 되는 사항, 즉 일반수도사업자 또는 지방자치단체가 신규 수도사용자에게 수돗물을 공급하는 방법, 이와 관련하여 신규 수도사용자가 수인하거나 부담하여야 할 요금 기타 사항 등을 말한다. 그러나 기존 수도사용자가 체납한 수도요금 납부의무 승계에 관한 사항은 기존 수도사용자의 일반수도사업자 또는 지방자치단체에 대한 채무를 신규 수도사용자가 인수하는 문제로서 이러한 사항은 ‘그 밖의 수돗물의 공급조건에 관한 규정’에 포함되지 않는다고 할 것이다.⁴⁶⁷⁾

(3) 법적 성질

수도사업자가 지방자치단체인 경우 상수도 공급신청을 하려면 그 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 정한 조례⁴⁶⁸⁾에 따라 할 수 있다. 수도법은 일반수도사업자의 경우 수돗물의 요금 산정에 필요한 기초자료, 급수설비에

467) 서울고등법원 2011. 4. 21. 선고 2010누33476 판결.

468) “헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 지방자치법은 의결기관으로서의 지방의회와 집행기관으로서의 지방자치단체장에게 독자적 권한을 부여하는 한편, 지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무집행을 감시 통제할 수 있게 하고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있으므로, 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 위와 같은 지방자치단체장의 고유권한을 침해하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다고 할 것이다.” 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012추22 판결 등.

관한 공사비용의 산출기준과 방법, 그 밖에 수도요금의 수준·체계 및 산정 기준, 원가계산, 수요예측, 급수절차, 급수설비의 비용부담에 관한 사항 등이 포함된 공급규정을 정하여 인가관청에 승인을 신청하여야 한다고 규정하고 있다. 그렇다면 상수도 공급신청의 승인을 받기 위하여 법규정에서 정한 내용을 포함한 공급규정을 정하여 제출만 하면 인가관청의 승인을 받을 수 있게 되는 것인지가 문제일 것이다. 법에서 규정하고 있는 공급규정의 내용을 살펴보면, 수도요금의 수준·체계 및 산정기준, 원가계산, 수요예측 등의 규정은 수돗물을 공급받는 일반수요자에게는 생활환경과 관련하여 기본적으로, 중대한 사항에 속한다고 할 것이다. 수도법은 수도를 적정하고 합리적으로 설치·관리하여 공중위생을 향상시키고 생활환경을 개선하게 하는 것을 그 목적으로 하고 있다(제1조). 따라서 행정청은 상수도 공급신청을 받으면 그 승인을 함에 있어 법규정에 정한 내용이 포함되어 있는지 형식적 요건만을 확인할 것이 아니라 그 내용이 공익적 목적에 적합한지 심사를 해야 할 것이다. 수도법은 지방자치단체가 수도사업자일 경우에는 그 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고 있는데, 조례는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 제정할 수 있으므로, 상위법령에 위반되지 않는 범위 안에서 일반수도사업자의 경우와 마찬가지로 공급규정을 정하여야 할 것이다.⁴⁶⁹⁾ 만약 이 규정을 위반하여 인가관청의 승인을 받지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(동법 제83조 제8호). 이처럼 불이행시의 처벌정도 뿐만 아니라 신청의 행정행위 성질상 상수도 공급신청은 수리를 요하는 행위라고 할 것이다. 따라서 수도사업자가 지방자치단체인

469) “수도법 등 관계 법령에 다른 특별한 규정이 없는 한, 수도사업자인 지방자치단체는 수도의 설치비용을 자신이 부담하여야 하고, 다만 급수장치에 관한 공사의 비용부담에 관하여는 이를 조례로 정하도록 되어 있을 뿐이므로, 수도사업자인 지방자치단체가 급수장치에 관한 공사의 비용부담에 관한 규정을 조례로 정하면서 급수장치가 아닌 수도시설의 설치비용을 급수공사를 하고자 하는 자에게 부담시키는 것은 상위법령인 수도법 제23조 및 제52조의2 제1항의 규정에 위반된다고 할 것이다.” 대법원 2006. 6. 22. 선고 2003두8128 전원합의체 판결.

경우 그 지방자치단체가 정한 조례에 따른 상수도 공급신청의 경우에는 그 신청 등에 관한 협의절차를 거쳐야 할 것이므로 수도사업자가 지방자치단체인 경우 지방자치단체가 정한 조례에 따른 상수도 공급신청이 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

10. 제14호의 자가용전기설비 공사계획의 인가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제14호는 “「전기사업법」 제62조에 따른 자가용전기설비 공사계획의 인가”를 규정하고 있다. 전기사업법 제62조 제1항은 “전기사업자는 전기사업용전기설비의 설치공사 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 경우에는 그 공사계획에 대하여 산업통상자원부령으로 정하는 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다”고 규정하고 있다.

(2) 대상 및 절차

자가용전기설비의 설치공사계획 또는 변경공사계획에 대한 인가 대상은 앞서 자가용전기설비 공사계획의 신고 대상에서 비교하여 살펴본 것과 같다(동법 시행규칙 제28조 제3항, 별표 7).⁴⁷⁰⁾

자가용전기설비의 공사계획의 인가 또는 변경인가를 신청하려는 자는 공사계획 인가(변경인가)신청서에 공사계획의 인가신청 방법에 따라 작성한 서류를 첨부하여 제출 대상 기관에 제출하여야 한다(동법 시행규칙 제29조

470) 본 논문 210면, 표 참조.

제1항). 인가의 처리절차는 신청인이 공사계획신청서를 작성하여 접수하면 산업통상자원부는 검토하여 인가 여부를 결정한다.

(3) 법적 성질

전기사업자는 자가용전기설비의 설치공사 또는 변경공사를 하려면 그 공사계획에 대하여 인가를 받아야 한다. 인가가 필요한 대상기준은 신고의 대상기준 보다 더 강화되어 있으므로, 전기사업법상 인가는 허가의 효과가 포함된 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁷¹⁾ 따라서 자가용전기설비 공사계획의 인가는 그 신청내용의 적합여부를 심사하여 자가용전기설비 공사계획의 인가를 수리하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 수리를 하여야 한다. 강학상 인가제도는 한정적인 공익목적에서 행정청의 동의를 받도록 정하고 있는 제도이므로, 행정청은 그 공익목적에 적합한 심사권만을 행사하는 것이 원칙이라 할 것이다.⁴⁷²⁾ 판례도 강학상 인가에 대해서 재량행위가 존재할 수 있다고 보고 있다.⁴⁷³⁾ 따라서 협의과정에서 자가용전기설비 공사계획에 관하여 인가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 자가용전기설비 공사계획의 인가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

11. 제15호의 수질오염물질 배출시설 설치의 허가

(1) 법률의 규정

471) 김종천, 앞의 논문 375면.

472) 김중보, 앞의 논문(각주 438), 329면.

473) 대법원 1995. 12. 12. 선고 94누12302 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두16996 판결 등.

건축법 제11조 제5항 제15호는 “「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제33조에 따른 수질오염물질 배출시설 설치의 허가”를 규정하고 있다. 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제33조 제1항은 “배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 환경부장관의 허가를 받거나 환경부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 제7항에 따라 폐수무방류배출시설을 설치하려는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

(2) 대상 및 기준

설치허가를 받아야 하는 폐수배출시설로는 ‘특정수질유해물질이 발생하는 배출시설, 특별대책지역에 설치하는 배출시설, 환경부장관이 고시하는 배출시설 설치제한지역에 설치하는 배출시설, 상수원보호구역에 설치하거나 그 경계구역으로부터 상류로 유하거리(流下距離) 10킬로미터 이내에 설치하는 배출시설, 상수원보호구역이 지정되지 아니한 지역 중 상수원 취수시설이 있는 지역의 경우에는 취수시설로부터 상류로 유하거리 15킬로미터 이내에 설치하는 배출시설, 설치신고를 한 배출시설로서 원료·부원료·제조공법 등이 변경되어 특정수질유해물질이 새로 발생하는 배출시설, 동법 제33조 제7항의 규정에 의한 폐수무방류배출시설’ 등이다(동법 시행령 제31조 제1항).

폐수배출시설의 설치 허가 또는 변경허가의 기준으로는 배출시설에서 배출되는 오염물질을 배출허용기준 이하로 처리할 수 있을 것, 다른 법령에 따른 배출시설의 설치제한에 관한 규정에 위반되지 아니할 것, 폐수무방류 배출시설을 설치하는 경우에는 폐수가 공공수역으로 유출·누출되지 아니하도록 대통령령으로 정하는 시설 전부를 대통령령으로 정하는 기준에 따라 설치할 것 등이다(동법 제33조 제9항).

폐수배출시설의 설치허가·변경허가를 받거나 설치신고를 하려는 자는 배

출시설 설치허가·변경허가신청서에 배출시설의 위치도 및 폐수배출공정흐름도, 원료의 사용명세 및 수질오염물질의 내역서, 방지사설의 설치명세서와 그 도면, 배출시설 설치허가증(변경허가를 받는 경우)의 서류를 첨부하여 환경부장관에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제31조 제5항). 환경부장관은 배출시설 설치허가를 한 경우에는 배출시설 설치허가증을 신청인에게 발급하여야 한다(동조 제6항).

환경부장관은 상수원보호구역의 상류지역, 특별대책지역 및 그 상류지역, 취수시설이 있는 지역 및 그 상류지역의 배출시설로부터 배출되는 수질오염물질로 인하여 환경기준을 유지하기 곤란하거나 주민의 건강·재산이나 동식물의 생육에 중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정되는 경우에는 관할 시·도지사의 의견을 듣고 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 배출시설의 설치(변경을 포함)를 제한할 수 있다(동법 제33조 제5항).

(3) 법적 성질

「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제33조 제9항에서는 허가기준을 정하고 있고, 동법 시행령은 허가대상의 배출시설, 허가신청시 제출하여야 하는 서류 등을 구체적으로 규정(제31조 제1항, 제5항)하고 있으므로 법에서 정한 요건을 구비한 때에는 허가권자는 이에 기속되어 허가를 하여야 한다. 그러나 상수원보호구역의 상류지역, 특별대책지역 및 그 상류지역, 취수시설이 있는 지역 및 그 상류지역의 배출시설로부터 배출되는 수질오염물질로 인하여 환경기준을 유지하기 곤란하거나 주민의 건강·재산이나 동식물의 생육에 중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정되는 경우에는 관할 시·도지사의 의견을 듣고 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 배출시설의 설치를 제한할 수 있다(동법 제33조 제5항). 이는 수질오염물질 배출시설 설치허가

를 함에 있어서 법령상의 기준 뿐만 아니라 주변 환경과 주민의 생활 등의 구체적인 제반사정을 고려하여 허가제를 통하여 어떠한 공익을 달성하려고 하는지 판단해야 함을 알 수 있다. 따라서 행정청은 제출된 배출시설 설치 허가신청에 대해 제반사정 및 공익상의 영향 등의 실체적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다. 이에 따라 협의과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 수질오염물질 배출시설 설치의 허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

12. 제16호의 대기오염물질 배출시설설치의 허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제16호는 “「대기환경보전법」 제23조에 따른 대기오염물질 배출시설설치의 허가나 신고”를 규정하고 있다. 대기환경보전법 제23조 제1항은 “배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있다.

(2) 기준 및 대상

배출시설의 설치허가 또는 변경허가의 기준은 배출시설에서 배출되는 오염물질을 배출허용기준 이하로 처리할 수 있어야 하고, 다른 법률에 따른 배출시설 설치제한에 관한 규정을 위반하지 아니하여야 한다(동법 제23조 제5항). 현재 특정대기유해물질⁴⁷⁴⁾이 발생하는 배출시설과 특별대책지역에

설치하는 배출시설을 설치하려는 자는 시·도지사의 허가를 받아야 한다(동법 시행령 제11조 제1항, 제2항). 이처럼 허가절차는 특정대기유해물질이 발생하는 배출시설과 특별대책지역에 설치하는 배출시설에만 적용되므로 허가·신고제도는 그 대상 시설이 아닌, 즉 특정대기오염물질이 아닌 오염물질을 발생시키는 배출시설과 배출시설이 아닌 오염원에서 발생하는 오염물질에 대하여는 규제수단이 될 수 없다.⁴⁷⁵⁾

배출시설 설치허가를 받으려는 자는 배출시설설치허가신청서에 원료의 사용량 및 제품 생산량과 오염물질 등의 배출량을 예측한 명세서, 배출시설 및 방지시설의 설치명세서, 배출시설설치허가증 등의 서류를 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 한다(동조 제3항). 시·도지사는 배출시설 설치허가를 한 경우에는 배출시설설치허가증을 신청인에게 내주어야 한다(동조 제6항).

시·도지사는 배출시설로부터 나오는 특정대기유해물질이나 특별대책지역의 배출시설로부터 나오는 대기오염물질로 인하여 환경기준의 유지가 곤란하거나 주민의 건강·재산, 동식물의 생육에 심각한 피해를 끼칠 우려가 있다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 특정대기유해물질을 배출하는 배출시설의 설치 또는 특별대책지역에서의 배출시설 설치를 제한할 수 있다(동법 제23조 제6항). 시·도지사가 배출시설의 설치를 제한할 수 있는 경우는 배출시설 설치 지점으로부터 반경 1킬로미터 안의 상주 인구가 2만 명 이상인 지역으로서 특정대기유해물질 중 한 가지 종류의 물질을 연간 10톤 이상 배출하거나 두 가지 이상의 물질을 연간 25톤 이상 배출하는 시설을 설치하는 경우와 대기오염물질(먼지·황산화물 및 질소산화물만 해당)의 발생량 합계가 연간 10톤 이상인 배출시설을 특별대책지역에 설치하는 경우

474) ‘특정대기유해물질’이란 유해성대기감시물질 중 저농도에서도 장기적인 섭취나 노출에 의하여 사람의 건강이나 동식물의 생육에 직접 또는 간접으로 피해를 끼칠 수 있어 대기 배출에 대한 관리가 필요하다고 인정된 물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(대기환경보전법 제2조 제9호).

475) 김홍균, 앞의 책, 325면; 환경부, 앞의 책(각주 414), 6면.

이다(동법 시행령 제12조).

(3) 법적 성질

대기오염물질 배출시설 설치의 허가는 전국을 ‘배출시설 설치금지지역’으로 보고 환경오염을 최소화한 시설에 대하여 시설의 설치를 허용하는 ‘제한 해제’의 성격을 가진다.⁴⁷⁶⁾ 판례는 배출시설 설치허가를 ‘기속재량행위’라고 보고 있다.⁴⁷⁷⁾ 따라서 제출한 배출시설 설치허가신청이 요건에 맞는 경우 허가를 해주어야 하지만, 행정청이 반드시 허가하여야 하는 것은 아니고, 관계법령의 목적과 공익상의 필요 등을 고려한 재량판단에 의하여 이를 불허할 수 있다고 보아야 할 것이다. 즉, 배출시설로부터 나오는 특정대기유해물질이나 특별대책지역의 배출시설로부터 나오는 대기오염물질로 인하여 환경기준의 유지가 곤란하거나 주민의 건강·재산, 동식물의 생육에 심각한 위해를 끼칠 우려가 있다고 인정되면 배출시설 설치를 제한할 수 있다. 이와 같이 행정청은 제출된 배출시설 설치허가신청에 대해 제반사정 및 공익상의 영향 등의 실제적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축

476) 환경부, 앞의 책(각주 414), 25면.

477) “‘구 수도권대기환경특별법’상 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가에 관한 규정들의 문언 및 그 체제·형식과 함께 구 수도권대기환경특별법의 입법 목적, 규율 대상, 허가의 방법, 허가 후 조치권한 등을 종합적으로 고려할 때, 구 수도권대기환경특별법 제14조 제1항에서 정한 대기오염물질 총량관리사업장 설치의 허가 또는 변경허가는 특정인에게 인구가 밀집되고 대기오염이 심각하다고 인정되는 수도권 대기관리권역에서 총량관리 대상 오염물질을 일정량을 초과하여 배출할 수 있는 특정한 권리를 설정하여 주는 행위로서 그 처분의 여부 및 내용의 결정은 행정청의 재량에 속한다.” 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012두 22799 판결.

대법원은 기속재량행위라고 명시적으로 표현하고 있지는 않지만, 그동안 채광계획인가(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결), 산림형질변경허가(대법원 1998. 9. 25. 선고 97누 19564 판결) 등에 대하여 ‘기속재량행위’라는 개념을 쓰면서 전개한 법리와 동일한 법리를 전개하고 있다. 따라서 배출시설 설치허가를 ‘기속재량행위’라고 보고 있다고 할 수 있다. 김홍균, 앞의 책, 326면.

신고의 수리도 가능할 것이므로 대기오염물질 배출시설설치의 허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

13. 제17호의 소음·진동 배출시설 설치의 허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제17호는 “「소음·진동관리법」 제8조에 따른 소음·진동 배출시설 설치의 허가나 신고”를 규정하고 있다. 소음·진동관리법 제8조 제1항은 “배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 학교 또는 종합병원의 주변 등 대통령령으로 정하는 지역은 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

여기서 ‘학교 또는 종합병원의 주변 등 대통령령으로 정하는 지역’이란 종합병원, 공공도서관, 학교, 공동주택, 주거지역, 노인전문병원, 어린이집 등을 포함한다(동법 시행령 제2조 제2항).

(2) 대상 및 절차

배출시설의 설치허가를 받으려는 자는 배출시설 설치허가신청서에 배출시설의 설치명세서 및 배치도, 방지사설의 설치명세서와 그 도면, 방지사설의 설치명세서와 그 도면의 서류를 갈음하여 이를 인정할 수 있는 서류를 첨부하여 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제2조 제1항). 행정청은 배출시설의 설치허가를 하면 허가

증을 허가신청인에게 발급하여야 한다(동조 제3항).

한편, 산업단지나 그 밖에 대통령령으로 정하는 지역에 위치한 공장에 배출시설을 설치하려는 자의 경우에는 허가 대상에서 제외한다(동법 제8조 제3항). 배출시설의 설치허가 대상에서 제외되는 지역은 산업단지, 전용공업지역 및 일반공업지역, 자유무역지역, 이와 같이 지정된 지역과 유사한 지역으로 시·도지사가 환경부장관의 승인을 받아 지정·고시한 지역이다(동법 시행령 제2조 제4항).

(3) 법적 성질

학교 또는 종합병원의 주변 등에 소음·진동 배출시설을 설치하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 행정청은 소음·진동 배출시설 설치허가의 신청을 받은 때에는 그 신청내용이 허가기준에 적합한지 여부를 심사하여 소음·진동 배출시설 설치를 수리하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 수리를 하여야 한다. 따라서 협의 과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 소음·진동 배출시설 설치의 허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

14. 제18호의 가축분뇨 배출시설 설치허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제18호는 “「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제11조에 따른 배출시설 설치허가”를 규정하고 있다. 「가축분뇨의 관

리 및 이용에 관한 법률」 제11조 제1항은 “대통령령이 정하는 규모 이상의 배출시설을 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 배출시설의 설치계획을 갖추어 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

(2) 절차

가축분뇨 배출시설의 설치허가를 받으려는 자는 환경부령으로 정하는 허가신청서에 배출시설의 설치내역서, 가축사육 마릿수와 가축분뇨의 배출량에 대한 예측내역서, 처리시설의 설치내역서와 그 도면 또는 표준설계도서, 초지·농경지의 확보명세서의 작성이나 액비(液肥)의 살포를 가축분뇨의 재활용 신고자에게 위탁한 경우 액비 살포에 관한 계약서, 사업장배치도 및 가축분뇨배출배관도, 오니(汚泥)의 예측 발생량과 처리방법내역서의 서류를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다(동법 시행령 제7조 제1항). 시장·군수·구청장은 허가신청서를 접수하면 가축분뇨를 방류수수질기준 이하로 처리할 수 있는지 여부, 가축분뇨의 배출량에 대한 예측내역서의 정확성 여부, 초지·농경지의 확보 여부 및 확보된 초지·농경지가 다른 축산업자 등이 확보한 초지·농경지와 중복되는지의 여부, 액비의 살포를 재활용신고자에게 위탁하는 계약의 체결 여부 및 액비를 실제로 뿌릴 수 있는지의 여부, 배출시설의 설치 예정지역이 환경정책기본법 등 관계 법령에 따라 입지가 제한되는지 여부를 검토하여 허가 여부를 결정하여야 하며, 허가를 하는 경우에는 신청인에게 환경부령으로 정하는 허가증을 발급하여야 한다(동조 제2항).

(3) 법적 성질

대통령령이 정하는 규모 이상의 가축분뇨 배출시설을 설치하고자 하는 자는 배출시설의 설치계획을 갖추어 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 가축분뇨 배출시설 설치허가는 법령에 허가의 심사와 수리여부에 관한 내용을 명문으로 규정하고 있고, 허가의 성질상 수리를 요하는 행위라 할 것이다. 관계 행정청은 가축분뇨 배출시설 설치허가의 신청을 받은 때에 그 신청내용이 동법 시행령에서 정하고 있는 여러 허가기준에 적합한지 여부를 심사하여 가축분뇨 배출시설 설치를 수리하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 수리를 하여야 한다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 가축분뇨 배출시설 설치허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

15. 제19호의 행위허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제19호는 “「자연공원법」 제23조에 따른 행위허가”를 규정하고 있다. 자연공원법 제23조 제1항은 “공원구역에서 공원사업 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공원관리청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 행위는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공원관리청에 신고하고 하거나 허가 또는 신고 없이 할 수 있다”고 규정하고 있다. 각 호에는 “1. 건축물이나 그 밖의 공작물을 신축·증축·개축·재축 또는 이축하는 행위, 2. 광물을 채굴하거나 흙·돌·모래·자갈을 채취하는 행위, 3. 개간이나 그 밖의

토지의 형질 변경을 하는 행위,⁴⁷⁸⁾ 4. 수면을 매립하거나 간척하는 행위, 5. 하천 또는 호소의 물높이나 수량을 늘거나 줄게 하는 행위, 6. 야생동물(해중동물을 포함)을 잡는 행위, 7. 나무를 베거나 야생식물(해중식물을 포함)을 채취하는 행위, 8. 가축을 놓아먹이는 행위,⁴⁷⁹⁾ 9. 물건을 쌓아 두거나 묶어 두는 행위, 10. 경관을 해치거나 자연공원의 보전·관리에 지장을 줄 우려가 있는 건축물의 용도 변경⁴⁸⁰⁾과 그 밖의 행위로서 대통령령으로 정하는 행위⁴⁸¹⁾”를 규정하고 있다.

(2) 대상 및 절차

자연공원법의 입법목적에 비추어 경미한 사항에 해당하지 아니하는 한 공원구역에서 법규가 정하는 일정한 행위를 하려면 공원관리청의 허가를 받아야 한다. 한편 경미한 행위는 공원관리청에 신고하고 하거나 허가 또는 신고 없이 할 수 있다.

공원관리청은 용도지구에서 허용되는 행위의 기준에 맞을 때, 공원사업의 시행에 지장을 주지 아니할 때, 보전이 필요한 자연 상태에 영향을 미치지 아니할 때, 일반인의 이용에 현저한 지장을 주지 아니할 때 한하여만 허가를 할 수 있다(동법 제23조 제2항). 행위의 허가를 받고자 하는 자는 허가신청서에 점용 또는 사업계획서, 위치도·지적·임야도 및 평면도, 토지사용승낙서 등의 서류를 첨부하여 공원관리청에 제출하여야 한다(동법 시행령 제17조 제1항). 이에 따라 허가신청을 받은 담당 공무원은 행정정보의 공동이용을 통하여 토지등기부 등본, 건축물대장 등본의 서류를 확인하여야 한다. 다

478) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94도3209 판결.

479) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008도7784 판결.

480) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도7968 판결.

481) ‘대통령령으로 정하는 행위’란 선전이나 광고를 위한 입간판을 설치하는 행위, 계곡 등에 좌판대를 설치하는 행위, 전신주·철조망 등을 설치하는 행위, 비닐하우스 기타 조립식 가설 건조물을 설치하는 행위 등을 포함한다(동법 시행령 제20조).

만, 행정기관이 아닌 공원관리청에 허가를 신청하는 경우에는 이를 첨부하도록 하여야 한다(동조 제2항).

공원관리청은 허가를 요하는 행위를 허가하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다. 이 경우 대통령령으로 정하는 규모 이상의 행위에 대하여는 추가로 해당 공원위원회의 심의를 거쳐야 한다(동법 제23조 제3항). 공원관리청이 행위허가를 함에 있어서 공원위원회의 심의를 거쳐야 하는 경우는 부지면적이 5천 제곱미터(공원자연보존지구는 2천 제곱미터) 이상인 시설을 설치하는 경우, 도로·철도·궤도 등의 교통·운수시설을 1킬로미터 이상 신설하거나 1킬로미터 이상 확장 또는 연장하는 경우, 5천 제곱미터 이상의 개간·매립·간척 그 밖의 토지형질 변경을 하는 경우 등이다(동법 시행령 제21조 제2항). 이는 해당 공원의 특수성을 살려 생태계 및 경관의 파괴, 훼손을 막고자 하는데 그 취지가 있다고 할 수 있다.⁴⁸²⁾ 공원관리청이 관계 행정기관과 협의를 할 때에는 허가신청서 사본 및 관련 자료를 관계 행정기관에 송부하여야 한다(동조 제1항).

행위허가의 처리절차는 신청인이 작성한 신청서를 처리기관에 접수하면 행정청은 관련 법규 및 계획 등을 검토하고, 타 기관 및 행정청 내 관련 부서 간 협의를 하여, 현지 확인조사를 거쳐 결재를 한 뒤 신청인에게 허가 여부를 통보하는 것으로 진행된다(동법 시행규칙 제18조 제1항, 별지 제2호 서식).

(3) 법적 성질

공원구역에서 공원사업 외에 자연공원법에서 정하는 일정한 행위를 하려는 자는 공원관리청의 허가를 받아야 한다.⁴⁸³⁾ 여기에서 행위허가는 사회적

482) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88누11018 판결.

483) “건축법상 허가나 신고를 요하지 아니하는 건축행위라 하더라도 자연공원구역에서의 건축

으로 유해하거나 바람직하지 아니한 행위를 일반적으로 억제하기 위하여 금지하고, 예외적인 경우에만 그 금지를 해제하는 경우인 억제적 금지의 해제로 보아야 할 것이다. 즉 이 경우 행위허가는 예외적 승인의 성질을 지닌다고 할 것이다.⁴⁸⁴⁾ 예방적 금지의 경우와는 달리 억제적 금지의 경우에는 일반적으로 그 해제, 즉 금지대상 행위의 허용여부가 관계 행정청의 재량에 맡겨진다고 할 수 있다.⁴⁸⁵⁾ 따라서 제출한 행위허가 신청이 요건에 맞다면 허가를 해주어야 할 것이지만, 행정청이 반드시 허가하여야 하는 것은 아니고, 관계법령의 목적과 공익상의 필요 등을 고려한 재량판단에 의하여 이를 불허할 수 있다고 보아야 할 것이다. 동법에서 그 기준에 관하여 규정하고 있는데 즉, 공원관리청은 용도지구에서 허용되는 행위의 기준에 맞을 때, 공원사업의 시행에 지장을 주지 아니할 때, 보전이 필요한 자연 상태에 영향을 미치지 아니할 때, 일반인의 이용에 현저한 지장을 주지 아니할 때 한하여 허가를 할 수 있다. 이와 같이 행정청은 제출된 행위 허가신청에 대해 제반사정 및 공익상의 영향 등의 실제적 요건 사유 등을 심사하여 허가 여부를 결정할 수 있다. 또한 자연공원법은 공원사업 시행을 위하여 허가제와 신고제를 병렬적으로 규정하고 있다. 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 허가제의 성격은 수리를 요한다고 볼 수 있으며, 허가의 법적 성질상 수리를 요한다고 볼 것이다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 행위허가가 수반되는 건축신고는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

행위는 자연공원의 특수성을 살려 자연생태계와 자연 및 문화경관 등을 보존하고 지속가능한 이용을 도모하고자 하는 자연공원법의 입법목적에 비추어 구법 제23조 제1항 단서에서 규정하는 경미한 사항에 해당하지 아니하는 한 같은 조 제1항 제1호 소정의 공원관리청의 허가를 받아야 하며(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004도8311 판결 등 참조), 오페수의 배출가능성 등을 고려할 때 자연공원구역 내에서 창고를 주택으로 용도변경하는 행위는 자연공원의 보전·관리에 지장을 줄 우려가 있는 경우에 해당한다고 할 것이다.” 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도7968 판결.

484) 김홍균, 앞의 책, 253면.

485) 홍준형, 앞의 책(각주 412), 219면.

16. 제20호의 도시공원의 점용허가

(1) 법률의 규정

건축법 제11조 제5항 제20호는 “「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제24조에 따른 도시공원의 점용허가”를 규정하고 있다. 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제24조 제1항은 “도시공원에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 도시공원을 관리하는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 점용허가를 받아야 한다. 다만, 산림의 숲아베기 등 대통령령으로 정하는 경미한 행위의 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고, 각 호에는 “1. 공원시설 외의 시설·건축물 또는 공작물을 설치하는 행위, 2. 토지의 형질변경, 3. 죽목을 베거나 심는 행위, 4. 흙과 돌의 채취, 5. 물건을 쌓아놓는 행위”를 규정하고 있다.

‘도시공원’이란 도시지역에서 도시자연경관을 보호하고 시민의 건강·휴양 및 정서생활을 향상시키는 데에 이바지하기 위하여 설치 또는 지정된 도시·군관리계획으로 결정된 공원과 도시자연공원구역을 말한다(동법 제2조 제3호).

(2) 대상 및 기준

특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 도시공원 점용허가신청을 받으면 ‘공원조성계획에 저촉되지 아니 하고(공원조성계획이 수립된 경우), 불가피하게 점용하여야 하는 사유가 있어야 하며, 해당

점용으로 인하여 공중의 이용에 지장을 주지 아니한다고 인정되는 등'의 요건을 모두 갖춘 경우에만 그 허가를 할 수 있으며, 토지 소유자가 허가신청을 한 경우에는 다른 사람에게 우선하여 허가하여야 한다(동법 제24조 제2항).

도시공원의 점용허가 대상은 전주·전선·변전소·지중변압기·개폐기·가로등·분전반·전기통신설비의 설치, 수도관·하수도관·가스관·가스정압시설·열수송관 및 공동구의 설치, 도로·교량·철도 및 궤도·노외주차장·선착장의 설치, 생활용수의 공급을 위하여 고지대에 설치하는 배수시설, 농업·임업·수산업 또는 광업에 종사하는 자가 생산에 직접 공여할 목적으로 자기 소유의 토지에 설치하는 관리용 가설건축물의 설치 등이다(동법 제24조 제3항, 동법 시행령 제22조).

도시공원 점용허가의 기준은 일반적 기준과 구체적 기준으로 나눌 수 있다(동법 제24조 제3항). 우선 도시공원 점용허가의 일반적 기준은 점용목적물은 도시공원의 풍치 및 미관과 도시공원으로서의 기능을 저해하지 아니하도록 배치하여야 하고, 지상에 설치하는 점용목적물의 구조는 넘어지거나 무너지는 것 등을 예방할 수 있도록 하여야 하며, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 나무를 베거나 심는 행위 및 물건을 쌓아두는 행위는 도시공원의 풍치 및 미관을 저해하지 아니하도록 하여야 하고, 공원시설의 보전과 도시공원의 이용에 지장이 없도록 하여야 하며, 그로 인한 위해가 발생하지 아니하도록 해야 하는 등이다(동법 시행령 제23조 제1호).⁴⁸⁶⁾ 도시공원 점용허가

486) “이 사건 제1차 반려처분의 대상이 된 사설납골당 설치신고에서 예정하고 있는 행위는 ... 도시공원법 제8조 제1항의 공원관리청의 점용허가를 받을 필요가 있는 공원시설 이외의 시설·건축물 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위에 해당한다고 볼 수 없으며, ... 이 사건 법당을 납골당으로 용도를 변경하여 사용한다고 하더라도 이를 두고 건축물 또는 공작물의 설치 등으로 볼 수 없어 공원관리청의 점용허가를 받을 필요가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 사건 법당을 납골당으로 사용함으로써 공원시설 이용객에게 정서적 불안을 일으키는 등 공중의 공원시설 이용에 지장을 준다고 도시공원의 풍치 및 미관과 도시공원으로서의 기능이 저해될 염려가 있다고 하여 별도로 공원관리청의 점용허가를 받을 필요가 있는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.” 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003두10060 판결.

의 구체적 기준은 전선은 불가피한 경우를 제외하고는 지하에 설치할 것, 수도관·하수도관·가스관·열수송관 및 공동구는 지하에 설치하여야 하며, 본선은 그 시설의 최상단부와 지면과의 거리가 1.5미터 이상이 되도록 해야 한다(동조 제2호, 별표 1).

(3) 법적 성질

‘도시공원점용’은 공원에 대한 특별사용을 의미하고, ‘도시공원점용의 허가’는 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위라 할 것이다. 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」은 도시공원 점용허가의 심사기준, 절차 등의 필요한 사항을 법률에 규정하고 있고, 대통령령에 위임하고 있으며, 이에 적합할 경우 행정청은 이에 기속되어 도시공원 점용허가를 해주어야 한다. 그러나 도시공원 점용허가를 함에 있어서 법령상의 기준 뿐만 아니라 도시공원의 점용목적과 다른 시설의 이용 및 기능을 저해하지 않는 등의 구체적인 제반사정을 고려하여 판단하여야 하며, 도시공원을 적정하게 관리하고 공공복리의 증진의 목적에 위배되지 않아야 한다.⁴⁸⁷⁾ 따라서 행정청은 제출된 도시공원 점용허가신청에 대해 법규

487) 예컨대, 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」에서 도시공원 점용허가 대상 중에 ‘도시공원 안에서의 건축물의 용도변경 행위’는 포함되어 있지 않다. 그러나 도시공원 안에서의 건축물 등의 설치 등은 도시공원의 기능을 유지하거나 공익적인 목적에서 공원 조성의 목적에 부합하는 경우에만 점용허가 대상에 해당하며, 비록 기존 건축물을 그대로 이용하더라도 용도변경을 통하여 도시공원의 기능에 관계 없거나 공원 조성목적에 부합하지 않는 건축물을 도시공원 안에서 허용하는 것은 도시공원법에서 특별히 점용허가 제도를 둔 취지에 맞지 않고, 도시공원 안에서의 점용허가 사항 등을 규정한 도시공원법 제24조 등의 규정은 점용허가를 받아 도시공원 안에서 할 수 있는 행위 등을 열거한 것으로 보아야 할 것이므로, 도시공원 안에서의 기존 건축물의 용도변경에 대하여 이를 점용허가 대상으로 명시적으로 규정하지 않은 것은 곧 이러한 행위를 허용하지 않겠다는 취지라고 보아야 할 것이다. 만약, 이와 달리 이 법에서 용도변경을 규정하고 있지 않다는 이유로 영리를 목적으로 한 영업시설 등의 용도변경을 허가하는 경우 도시 자연경관의 보호와 시민의 건강·휴양 및 정서생활 향

정의 요건 뿐만 아니라 제반사정 및 공익상의 영향 등의 실체적 요건 사유 등을 심사하여 허가여부를 결정할 수 있다. 따라서 협의절차에서 그 허가가 가능하다는 의견이 있는 경우에 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 도시공원의 점용허가가 수반되는 건축신고의 경우에는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다.

IV. 소결

살펴보았듯이 건축법 제14조 제2항에 의해 준용되는 동법 제11조 제5항 21개의 인·허가의제 사항에는 개별법상의 신고와 인·허가, 협의, 신청이 포함되어 있다. 그런데, 건축법 제14조 제2항은 건축신고만으로, 건축허가의 경우 인정되는 인·허가의제 사항(동법 제11조 제5항)을 모두 준용하는 것으로 규정하고 있다. 건축신고는 자기완결적 신고인데, 위 규정에 의하면 건축신고만으로 행정청의 재량행위인 각종 인·허가를 함께 받은 것으로 되어 신고보다 더 강한 규제인 인·허가를 포함하게 되는 모순과 문제가 발생하게 된다. 이와 관련하여 최근의 판례⁴⁸⁸⁾는 인·허가의제가 수반되는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 보고 있음은 타당하다 할 것이다. 다만, 의제되는 인·허가사항에 대한 구체적인 분석 없이 일괄적으로 수리를 요한다고 본 것은 아쉬운 부분이라 할 것이다. 건축신고와 인·허가의제가 결합하는 경우, 건축법과 인·허가의제 관련 법률은 각기 고유한 목적이 있고, 건축신고와 인·허가의제 사항도 그 제도적 취지나 요건을 달리 하는데 일률적으로 수리를 요한다거나 수리를 요하지 않는다고 판단하기에는 적절치 않다고 본다. 따라

상에 기여하기 위한 도시공원의 설치 목적을 다할 수 없으며, 특정인에 대하여만 영업상의 독점적인 지위를 부여하는 불공정한 결과를 초래할 수도 있을 것이다. 법제처, 법령해석례 (09-0333), 2009. 11. 13, 원주시 기후변화대책과(도시공원으로 지정된 지역 안에 위치한 기존 건축물의 용도변경이 가능 여부, 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제24조 관련).
488) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결.

서 의제되는 인·허가사항의 개별적인 분석이 필요하며, 각 사항마다 그 법적 성질 즉, 수리필요여부를 정의할 필요가 있다. 그리하여 신고인이 건축신고를 할 때, 수반되는 인·허가의제 사항들의 심사여부에 대하여 분명히 인지하여 혼란을 방지할 수 있을 것이다. 허가와 인가의 법적 해석과 규제 정도는 신고에 비하여 비교적 명확한 편이기 때문에 크게 문제될 것이 없으나, 신고는 개별사안에 따라 그 해석이 수리를 요하는 경우와 수리를 요하지 않는 경우로 나뉠 수 있으므로 앞서 살펴보았던 여러 판단 기준들을 종합적으로 검토해서 판단할 필요가 있다. 건축법 제11조 제5항의 21개의 의제되는 인·허가사항을 검토한 결과 신고는 본래적 신고의 의미 그대로 즉 자기완결적 신고의 법적 성질을 가지고 있는 것으로 해석된다. 그 외 허가 및 협의·인가·신청의 사항은 허가의 성질을 갖는 것으로 수리를 요하는 행위라고 할 것이다. 이상 앞 절에서 분석한 동법 제11조 제5항 각 호의 인·허가의제의 법적 성질, 즉 수리를 요하는지의 여부를 정리하면 아래 표와 같다.

<표2. 제14조 제2항에 의해 의제되는 인·허가사항의 수리필요여부>

건축법 제11조 제5항	신고 및 인·허가 내용	수리 여부
제1호의 공사용 가설건축물의 축조신고	건축법 제20조(가설건축물) ③ 제1항에도 불구하고 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 해당 행정청에 신고한 후 착공하여야 한다.	불필요
제2호의 공작물의 축조신고	건축법 제83조(옹벽 등의 공작물에의 준용) ① 대지를 조성하기 위한 옹벽, 굴뚝, 광고탑, 고가수조(高架水槽), 지하 대피호, 그 밖에 이와 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 공작물을 축조하려는 자는 해당 행정청에 신고하여야 한다.	불필요
제3호의 개발행위허가	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조(개발행위의 허가) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 개발행위를 하려는 자는 해당 행정청의 개발행위허가를 받아야 한다. 1.	필요

	건축물의 건축 또는 공작물의 설치, 2. 토지의 형질 변경, 3. 토석의 채취, 4. 토지 분할, 5. 녹지지역·관리지역 또는 자연환경보전지역에 물건을 1개월 이상 쌓아놓는 행위	
제4호의 시행자의 지정과 실시계획의 인가	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제86조(도시·군계획시설사업의 시행자) ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 시행자가 될 수 있는 자 외의 자는 해당 행정청으로부터 시행자로 지정을 받아 도시·군계획시설사업을 시행할 수 있다. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제88조(실시계획의 작성 및 인가 등) ② 도시·군계획시설사업의 시행자는 제1항에 따라 실시계획을 작성하면 해당 행정청의 인가를 받아야 한다.	필요
제5호의 산지전용허가와 산지전용신고, 산지일시사용허가·신고	산지관리법 제14조(산지전용허가) ① 산지전용을 하려는 자는 그 용도를 정하여 산림청장 등의 허가를 받아야 한다.	필요
	산지관리법 제15조(산지전용신고) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도로 산지전용을 하려는 자는 해당 행정청에 신고하여야 한다. 1. 산림경영·산촌개발·임업시험연구를 위한 시설 및 수목원·산림생태원·자연휴양림 등 대통령령으로 정하는 산림공익시설과 그 부대시설의 설치, 2. 농림어업인의 주택시설과 그 부대시설의 설치, 3. 건축허가 또는 건축신고 대상이 되는 농림수산물의 창고·집하장·가공시설 등 시설의 설치	불필요
	산지관리법 제15조의2(산지일시사용허가·신고) ① 광물의 채굴, 광해방지사업, 그 밖에 대통령령으로 정하는 용도로 산지일시사용을 하려는 자는 산림청장 등의 허가를 받아야 한다. ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도로 산지일시사용을 하려는 자는 해당 행정청에 신고하여야 한다. 1. 건축허가 또는 건축신고 대상이 아닌 간이 농림어업용 시설과 농림수산물 간이처리시설의 설치, 2. 석재·지하자원의 탐사시설 또는 시추시설의 설치, 3. 부대시설의 설치 및 물건의 적치, 4. 산나물, 약초, 약용수종, 조경수·야생화 등 관상산림식물의 재배, 5. 가축의 방목, 6. 매장문화재 지표조사, 7. 임도, 작업로, 임산물 운반로, 등산로·탐방로 등 숲길, 그 밖에 이와 유사한 산길의 조성, 8. 수목장림의 설치, 9. 사망시설의 설치, 10. 산불의 예방 및 진화 등 대통령령으로 정하는 재해응급대책과 관련된 시설의 설치, 11. 전기통신사업자가 설치하는 대통령령으로 정하는 규모 이하의 무선전기통신 송수신시설, 12. 그 밖에 농림축산식품부령으로 정하는 경미한 시설의 설치	허가:필요 신고:불필요
제6호의 사도개설허가	사도법 제4조(개설허가 등) ① 사도를 개설·개축(改築)·증축(增築) 또는 변경하려는 자는 특별자치시장, 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.	필요
제7호의	농지법 제34조(농지의 전용허가·협의) ① 농지를 전용하려는	허가/협의:

<p>농지전용허가·신고 및 협의</p>	<p>자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 농림축산식품부장관의 허가를 받아야 한다. 1. 다른 법률에 따라 농지전용허가가 의제되는 협의를 거쳐 농지를 전용하는 경우, 2. 도시지역 또는 계획관리지역에 있는 농지로서 협의를 거친 농지나 협의 대상에서 제외되는 농지를 전용하는 경우, 3. 농지전용신고를 하고 농지를 전용하는 경우, 4. 산지전용허가를 받지 아니하거나 산지전용신고를 하지 아니하고 불법으로 개간한 농지를 산림으로 복구하는 경우, 5. 하천관리청의 허가를 받고 농지의 형질을 변경하거나 공작물을 설치하기 위하여 농지를 전용하는 경우</p> <p>② 주무부장관이나 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 농림축산식품부장관과 미리 농지전용에 관한 협의를 하여야 한다. 1. 도시지역에 주거지역·상업지역 또는 공업지역을 지정하거나 도시·군계획시설을 결정할 때에 해당지역 예정지 또는 시설 예정지에 농지가 포함되어 있는 경우, 1의2. 계획관리지역에 지구단위계획구역을 지정할 때에 해당구역 예정지에 농지가 포함되어 있는 경우, 2. 도시지역의 녹지지역 및 개발제한구역의 농지에 대하여 개발행위를 허가하거나 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 제12조 제1항 각 호 외의 부분 단서에 따라 토지의 형질변경허가를 하는 경우</p>	<p>필요</p>
	<p>농지법 제35조(농지전용신고) ① 농지를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설의 부지로 전용하려는 자는 시장·군수 또는 자치구구청장에게 신고하여야 한다. 1. 농업인 주택, 어업인 주택, 농축산업용 시설, 농수산물 유통·가공 시설, 2. 어린이놀이터·마을회관 등 농업인의 공동생활 편의 시설, 3. 농수산 관련 연구 시설과 양어장·양식장 등 어업용 시설</p> <p>농지법 제43조(농지전용허가의 특례) 농지전용허가를 받아야 하는 자가 제6조 제2항 제9호의2에 해당하는 농지를 전용하려면 해당 행정청에 신고하고 농지를 전용할 수 있다.</p>	<p>신고·불필요</p>
<p>제8호 비도로관리청에 대한 도로공사 시행의 허가, 도로와 다른 시설의 연결 허가</p>	<p>도로법 제36조(도로관리청이 아닌 자의 도로공사 등) ① 도로관리청이 아닌 자는 도로공사를 시행하거나 도로의 유지·관리를 할 때에는 미리 도로관리청의 허가를 받아야 한다.</p> <p>도로법 제52조(도로와 다른 시설의 연결) ① 도로관리청이 아닌 자는 고속국도, 자동차전용도로, 그 밖에 대통령령으로 정하는 도로에 다른 도로나 통로, 그 밖의 시설을 연결시키려는 경우에는 미리 도로관리청의 허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 이 경우 고속국도나 자동차전용도로에는 도로, 「국도의 계획 및 이용에 관한 법</p>	<p>필요</p>

	를」 제60조 제1항 각 호에 따른 개발행위로 설치하는 시설 또는 해당 시설을 연결하는 통로 외에는 연결시키지 못한다.	
제9호 도로의 점용 허가	도로법 제61조(도로의 점용 허가) ① 공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 사유로 도로를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야 한다. 허가받은 기간을 연장하거나 허가받은 사항을 변경하려는 때에도 같다.	필요
제10호 하천점용 등의 허가	하천법 제33조(하천의 점용허가 등) ① 하천구역 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 하천관리청의 허가를 받아야 한다. 1. 토지의 점용, 2. 하천시설의 점용, 3. 공작물의 신설·개축·변경, 4. 토지의 굴착·성토·절토, 그 밖의 토지의 형질변경, 5. 토석·모래·자갈의 채취, 6. 그 밖에 하천의 보전·관리에 장애가 될 수 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위	필요
제11호 배수설비의 설치신고	하수도법 제27조(배수설비의 설치 등) ③ 제1항의 규정에 따라 배수설비를 설치하고자 하는 자는 배수설비의 종류·규모 등 대통령령이 정하는 사항을 공공하수도관리청에 신고하여야 한다.	불필요
제12호 개인하수처리 시설의 설치신고	하수도법 제34조(개인하수처리시설의 설치) ② 제1항에 따라 개인하수처리시설을 설치하거나 그 시설의 규모·처리방법 등 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 자는 미리 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.	불필요
제13호 상수도 공급신청	수도법 제38조(공급규정) ① 일반수도사업자는 수돗물의 요금, 급수설비에 관한 공사의 비용부담, 그 밖에 수돗물의 공급 조건에 관한 규정을 정하여 수돗물의 공급을 시작하기 전까지 인가관청의 승인을 받아야 하고, 승인을 받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 다만, 수도사업자가 지방자치단체이면 그 지방자치단체의 조례로 정한다.	필요
제14호 자가용전기 설비 공사계획의 인가 또는 신고	전기사업법 제62조(자가용전기설비의 공사계획의 인가 또는 신고) ① 자가용전기설비의 설치공사 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 자는 그 공사계획에 대하여 산업통상자원부장관의 인가를 받아야 한다. ② 제1항에 따라 인가를 받아야 하는 공사 외의 자가용전기설비의 설치 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 자는 공사를 시작하기 전에 시·도지사에게 신고하여야 한다.	인가:필요
		신고:불필요
제15호 수질오염물질 배출시설	수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제33조(배출시설의 설치 허가 및 신고) ① 배출시설을 설치하려는 자는 환경부장관의 허가를 받거나 환경부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 제7항	허가:필요

설치의 허가나 신고	에 따라 폐수무방류배출시설을 설치하려는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.	신고:불필요
제16호 대기오염물질 배출시설설치 의 허가나 신고	대기환경보전법 제23조(배출시설의 설치 허가 및 신고) ① 배출시설을 설치하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다.	허가:필요
		신고:불필요
제17호 소음·진동 배출시설 설치의 허가나 신고	소음·진동관리법 제8조(배출시설의 설치 신고 및 허가 등) ① 배출시설을 설치하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 학교 또는 종합병원의 주변 등 대통령령으로 정하는 지역은 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.	허가:필요
		신고:불필요
제18호 배출시설 설치허가나 신고	가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 제11조(배출시설의 설치) ① 대통령령이 정하는 규모 이상의 배출시설을 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 배출시설의 설치계획을 갖추어 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. ③ 제1항의 규정에 따른 허가대상에 해당하지 아니하는 배출시설 중 대통령령이 정하는 규모 이상의 배출시설을 설치하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.	허가:필요
		신고:불필요
제19호 행위허가	자연공원법 제23조(행위허가) ① 공원구역에서 공원사업 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 공원관리청의 허가를 받아야 한다. 1. 건축물이나 그 밖의 공작물을 신축·증축·개축·재축 또는 이축하는 행위, 2. 광물을 채굴하거나 흙·돌·모래·자갈을 채취하는 행위, 3. 개간이나 그 밖의 토지의 형질 변경을 하는 행위, 4. 수면을 매립하거나 간척하는 행위, 5. 하천 또는 호소의 물높이나 수량을 늘거나 줄게 하는 행위, 6. 야생동물[해중동물을 포함]을 잡는 행위, 7. 나무를 베거나 야생식물(해중식물을 포함)을 채취하는 행위, 8. 가축을 놓아먹이는 행위, 9. 물건을 쌓아 두거나 묶어 두는 행위, 10. 경관을 해치거나 자연공원의 보전·관리에 지장을 줄 우려가 있는 건축물의 용도 변경과 그 밖의 행위로서 대통령령으로 정하는 행위	필요
제20호 도시공원의	도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제24조(도시공원의 점용허가) ① 도시공원에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행	필요

<p>점용허가</p>	<p>위를 하려는 자는 그 도시공원을 관리하는 행정청의 점용허가를 받아야 한다. 1. 공원시설 외의 시설·건축물 또는 공작물을 설치하는 행위, 2. 토지의 형질변경, 3. 죽목을 베거나 심는 행위, 4. 흙과 돌의 채취, 5. 물건을 쌓아놓는 행위</p>	
<p>제21호 특정토양오염 관리대상시설 의 신고</p>	<p>토양환경보전법 제12조(특정토양오염관리대상시설의 신고 등) ① 특정토양오염관리대상시설을 설치하려는 자는 그 시설의 내용과 제3항에 따른 토양오염방지시설의 설치계획을 관할 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.</p>	<p>불필요</p>

제5장 결론

행정 규제완화의 대표적인 사례에 속하는 ‘신고제’는 시대적 요청에 의해 인·허가제를 신고제로 전환하면서 그 명칭만 변경되었을 뿐 제도의 실질은 크게 바뀌지 않아 ‘신고’라는 용어상의 표현만으로는 해당 규제의 실질을 파악하기 어려운 경우가 있다. 실제 행정에서 허가제와 대비하여 신고제를 도입하게 된 입법취지대로 사용된다면 가장 바람직한 제도의 운용이 되겠지만, 수많은 행정 관련 신고 중에서 신고의 본래적 의미대로 법규정을 적용하고 처리할 수 없는 예외적인 경우가 발생한다. 이 경우 ‘수리’ 내지 ‘심사’라는 행정청의 행위가 개입되게 됨으로써 허가, 등록, 신청 등과 구분에 있어서 혼동이 되고 있다. 행정절차법은 제40조에서 신고의 의미를 자기완결적 신고라고 명확히 하고 있지만, 많은 개별법에서 신고라는 용어를 사용하고 있다 보니, 그 법적 성질이 본래적 의미의 신고인 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고(행위요건적 신고)의 형태로 나타나게 되었다. 따라서 행정실체에 있어서 자기완결적 신고와 행위요건적 신고를 어떠한 기준으로 구별할 것인가가 문제인데, 가장 중요한 기준이 되는 점은 관계 법령에서 신고의 수리여부에 관한 명시적인 규정이 있는지의 여부이다. 이를 바탕으로 자기완결적 신고와 행위요건적 신고의 해당 법률에서 신고제와 허가제를 병렬적으로 규정하고 있는지 여부, 행정청의 관여수단인 수리로 인해 법적 효과가 발생하는지 여부, 행정청이 형식적 요건의 심사에 한정하고 있는지 아니면 실질적 요건도 심사범위에 포함하고 있는지의 여부, 신고내용이 일정한 법적 지위를 설정하는 형성적 내용인 경우인지 아니면 명령적 내용의 금지해제적 내용이나 단순한 통고 내지 통보에 그치고 보고적 성질을 갖는 경우인지, 신고불이행에 대한 처벌정도 등을 통해서 판단한다. 그러나

위의 어느 하나의 기준에 의해서만 판단하기 보다는 그 판단 기준들을 종합적으로 검토하여 합리적인 판단을 해야 하며, 위와 같은 기준에 의해서도 판단하기 어려운 경우에는 어디까지나 자기완결적 신고가 원칙이고 행위요건적 신고는 예외적인 신고라 할 것이다.

건축법상 건축신고에는 건축법 제14조 제1항의 일반적인 건축신고와 동법 제14조 제2항에 따라 건축신고를 받으면 건축허가 조항이 준용되어 인·허가의제 사항(동법 제11조 제5항)에서 정한 인·허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보는 인·허가의제가 수반되는 건축신고 두 종류가 있다. 통설과 판례는 인·허가의제가 수반되지 않는 일반적인 건축신고는 자기완결적 신고로 보고 있다. 그 근거로는 건축법 제14조의 건축신고 규정 중 행정청의 수리나 실질적 심사에 따라 신고를 반려할 수 있다는 규정이 없고, 건축법 시행규칙 제12조 제3항은 행정청에게 건축신고와 관련하여 실체적 요건에 관한 심사권한을 부여하고 있지 않다. 또한 건축법은 하나의 법률 내에 건축허가와 건축신고를 구분하여 규정하고 있는데, 양 제도를 병렬적으로 규정하고 있다면 신고제의 성격은 규제완화의 입법취지로 미루어 자기완결적 신고라고 해석할 수 있다.

반면, 형식은 신고제이지만 실질적으로는 (완화된) 허가제와 같은 의미를 가지는 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질을 어떻게 볼 것인지 즉, 일반적인 건축신고와 마찬가지로 자기완결적 신고로 볼 것인지 아니면 예외적으로 수리를 요하는 신고로 보아야 할 것이냐가 문제이다. 이에 대해 건축법 제14조 제2항은 건축신고에 관하여 제11조 제5항을 준용한다고만 규정하고 있을 뿐, 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질에 대해서는 규정하고 있지 않기 때문에 법규정에 대한 해석상의 논란이 있다. 이는 건축신고제와 인·허가의제 제도가 만나면서 생길 수 있는 문제를 미처 예측하지 못하고 입법한 결과로 보인다. 이에 관해서 판례는 종래의 입장을 변경

하여(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결) 인·허가의제 (집중효)가 수반되는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 판시하였는바, 이는 인·허가의제를 수반하는 건축신고에 관한 법령규정의 해석상의 논란을 정리할 수 있는 중요한 시사점을 주는 판례이다. 만약 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질을 자기완결적 신고로 본다면 광범위한 효과를 수반하는 건축신고에 허가요건심사가 면제되고, 신고의무를 다한 것만으로 건축을 할 수 있어 약한 규제으로써 강한 규제를 포섭하게 되는 중대한 모순과 문제점이 생기게 된다. 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제 사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것이 아닐 것이다. 만약 건축신고만으로 인·허가의제 사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 따라서 인·허가의제를 수반하는 건축신고는 일반적인 건축신고와는 달리, 특별한 사정이 없는 한 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 다만, 건축법 제14조 제2항의 규정에 따라 준용되는 동법 제11조 제5항의 인·허가의제 사항은 신고, 신청, 인·허가 및 협의 등으로 구성되어 있고, 각 사항마다 협의절차와 그 성질의 차이가 있으므로 일괄적으로 모든 인·허가의제 사항이 수리를 요한다고 보기는 어렵다. 특히, 법률상 신고라고 규정되어 있더라도 그 성질은 수리를 요하지 않는 신고와 수리를 요하는 신고의 경우 두 가지로 나뉘므로 구체적으로 검토하여 어떠한 성질을 갖고 있는지 판단해야 할 것이다. 따라서 인·허가의제 사항마다 개별적·구체적으로 판단하여 한정적·예외적으로 수리를 요하는 신고를 인정하여야 할 것이다.

건축법 제11조 제5항의 21개의 인·허가의제 사항을 분석해 본 결과 제1호, 제2호, 제5호의 신고, 제7호의 신고, 제11호의 신고, 제12호, 제14호의 신고, 제15호의 신고, 제16호의 신고, 제17호의 신고, 제18호의 신고, 제21호, 이상 신고라고 규정되어 있는 사항은 본래적 의미의 자기완결적 신고라고 볼 수 있다. 따라서 신고에 관하여 협의절차를 거쳐야 하는 사항은 아니라 할 것이므로, 이러한 사항이 수반되는 건축신고에 대하여는 수리를 요하지 않는 신고로 볼 수 있다. 반면, 제3호, 제4호, 제5호의 허가, 제6호, 제7호의 허가 및 협의, 제8호, 제9호, 제10호, 제13호, 제14호의 인가, 제15호의 허가, 제16호의 허가, 제17호의 허가, 제18호의 허가, 제19호, 제20호는 허가 및 협의·인가·신청이라고 규정되어 있는 사항으로 수리를 요하는 행위이다. 따라서 협의과정에서 그에 관한 허가 및 협의, 인가 등이 가능하다는 의견이 있는 경우에만 건축신고의 수리도 가능할 것이므로 이러한 사항이 의제되는 건축신고에 대하여는 수리를 요하는 건축신고로 보아야 할 것이다. 이 경우에 집중효의 절차집중설의 입장에서 인·허가의 관할과 절차는 신고행정청으로 집중되고, 인·허가의제의 실체적 요건은 신고행정청에서 심사하여 수리여부를 결정할 수 있다.

그러나 현행 건축법 제14조 제2항은 준용되는 인·허가의제 조항에 대해서 개별적으로 수리와 심사의 여부를 정하고 있지 않음으로 인하여 국민의 혼란 등 여러 문제점을 야기하고 있다. 지난 5월 28일 건축법이 개정되면서 제14조 제2항에 인·허가의제 사항에 관하여 건축허가에 있어서의 협의절차 규정이 추가되어 인·허가의제의 해석상 관계 행정기관과 협의를 거치게 함으로써 수리를 요한다는 의미가 좀 더 강해졌다고 할 것이다. 하지만, 이는 어디까지나 행정기관 사이에서 내부적으로 이루어지는 일이므로 신고를 하는 신고인의 입장에서는 제14조 제2항에 따른 신고의 의미는 변화된 것이 아니라 할 것이므로 그 해석을 둘러싸고 논란이 있을 수 있음에는 변화가

없다 할 것이다. 즉, 건축신고 접수 단계에서 신고인이 인·허가의제를 수반하는 건축신고를 하는 경우 위 협의조항으로 인하여 이를 수리를 요하는 신고로 본다는 것은 여전히 불분명하다 할 것이다. 신고인은 건축신고를 하기 위해서 건축신고서(부록 1 참조)를 작성·접수하여야 하는데, 이 때 해당되는 인·허가의제 사항을 직접 선택·표시하여 제출하게 되어 있다. 신고인은 해당 건축신고를 접수하면서 일괄처리사항란에 기재되어 있는 인·허가사항 가운데 필요한 신고 및 인·허가사항을 선택할 것이고, 이 때 의제되는 인·허가에 심사가 필요하다는 것을 인지하지 못한 채, 신고를 하면서 일괄적으로 처리되는 사항이라고만 볼 수 있을 것이다. 그러므로 신고인의 입장에서는 건축신고 접수 시 함께 표시한 의제되는 인·허가사항들 역시 포함하여 의무이행이 완료된다고 신뢰하게 된다. 그런데 건축신고 접수 후에 관할 행정청이 의제되는 인·허가사항은 심사를 거쳐야 한다고 할 경우, 더욱이 심사를 거쳐 수리 거부라는 결과가 나올 경우 신고인의 입장에서는 미처 예상하지 못한 상당한 불이익을 입게 되며, 법적 안정성을 해하게 된다. 신고인이 의제되는 인·허가에 심사가 필요하다는 것을 인지하는 경우일지라도 인·허가의 수리여부에 관한 근거법규가 모호하거나 없는 이상 신고인의 입장에서는 건축신고를 하면서 의제되는 인·허가사항에 대해 심사를 받기 보다는 더 간소하고 규제가 약한 건축신고절차 하나로 의제되는 인·허가사항을 한꺼번에 처리하길 원할 것이다. 따라서 의제되는 인·허가의 수리(심사)여부가 적시되어 있지 않음으로 인해 발생하는 신고인의 혼란을 방지하기 위하여 근거법률에 인·허가의제를 수반하는 건축신고의 법적 성질에 관하여 명시할 필요성이 있으며, 후자의 경우라도 그 사실을 분명하게 확인하는 의미가 될 수 있을 것이다. 건축신고 접수 후, 신고인은 (적법한) 신고만으로 의무가 이행되었다고 믿고 건축행위로 나아갔을 경우, 관할 행정청이 의제되는 인·허가사항에 대해 심사를 거쳐 수리 거부라는 결과를 통보한다면 신고인의 입장

에서는 예상하지 못한 상당한 불이익을 입게 될 것이다. 결국 형식적 요건을 갖춘 건축신고를 하였다더라도 행정청의 수리가 없는 한 적법한 신고를 하지 아니한 것으로 되어, 그에 따른 원상회복, 철거, 시정명령(건축법 제79조 제1항) 조치 등을 받게 되고, 이를 이행하지 아니하면 이행강제금(동법 제80조 제1항) 또는 대집행(건축법 제13조 제6항) 등의 제재를 받게 되어 당사자에게는 매우 부당한 결과와 피해를 가져오게 된다. 또한 건축법에서는 건축신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(동법 제111조 제1호). 행정청의 신고위반에 대한 제재나 수리거부 처분에 대해서는 자기완결적 신고이든 수리를 요하는 신고이든 국민의 권익 확대라는 측면에서 그 처분성이 인정될 수 있으므로 취소소송 등의 권리구제 수단을 활용할 수 있을 것이다. 그러나 사후적 구제보다는 행정청에 의한 건축개시 전 건축신고 단계에서 명확히 알 수 있도록 하는 것이 신고인의 이익과 공익보호에 더욱 적절하며 경제적이므로, 신고인이 이를 인지하지 못하여 받을 불이익을 방지할 필요성이 크다 하겠다.

그 밖에 사인의 공법행위인 신고에는 부관을 부과할 수 없으나 수리를 요하는 신고인 인·허가의제를 수반하는 건축신고를 수리하면서 부관을 붙일 수 있느냐 여부는 그 수리행위가 재량행위에 해당되느냐 여부에 달려 있다. 따라서 제11조 제5항 중 제3호, 제4호, 제5호의 허가, 제6호, 제7호의 허가 및 협의, 제8호, 제9호, 제10호, 제13호, 제14호의 인가, 제15호의 허가, 제16호의 허가, 제17호의 허가, 제18호의 허가, 제19호, 제20호의 효력이 발생하는 행위는 재량행위로 볼 수 있으므로 부관을 붙일 수 있을 것이다.⁴⁸⁹⁾ 건축신고시 행정청이 의제되는 인·허가사항을 심사(수리)하면서 부관

489) ① “「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 정한 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 건축법 제8조 제1항의 규정에 의한 건축허가와 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조 제1항 제2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가의 성질을 아울러 갖는 것으로 보아야 할 것이고, … 같은 법 제56조 제1항 제2호의 규정에 의한 토지의 형질변경허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여

을 부가한다면 신고인의 입장에서는 조건, 기한, 부담 등의 일정한 의무이행을 해야 하는 일종의 규제가 생기는 것이며, 불이익이 발생하는 것이다.

이와 같이 건축법 제14조 제2항의 인·허가의제를 수반하는 건축신고는 의제되는 인·허가 사항에 따라 수리를 요하는 신고임에도 불구하고, 건축신고만으로 규정된 인·허가의제 사항을 함께 받을 수 있다는 모순점으로 인하여 각 제도의 취지를 무색케 할 우려가 있을 뿐만 아니라 이로 인해 신고인이 받을 혼란과 불이익은 살펴본 바와 같으며, 이것은 현재 건축법이 가지고 있는 분명한 입법적 미비점이라 할 것이다.

따라서 현행 건축법에 규정된 건축신고제도의 문제점 및 부작용을 해소하는 방향으로 인·허가가 의제되는 건축신고의 범위 등을 합리적으로 개정하는 입법적 해결이 필요하다. 입법적 오류 때문에 생긴 문제를 판례 등 법해석론을 통해 해결하려는 시도는 한계가 있기 마련이므로 근본적으로 입법을 통해 해결해야 관련 논쟁과 해석에 의문이 없을 것이다. 따라서 이에 대한 해석상 혼란과 논란의 여지를 없애기 위하여 인·허가의제 사항의 법적 성질에 따라 개별적으로 수리와 심사의 여부를 규정하는 입법적 개선이 필요하다고 본다. 이에 현행 건축법 제14조 제2항, “제1항에 따른 건축신고에 관하

부를 판단함에 있어서 행정청에게 재량권이 부여되어 있다고 할 것이므로, 같은 법에 의하여 지정된 도시지역 안에서 토지의 형질변경행위를 수반하는 건축허가는 결국 재량행위에 속한다.” 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결.

② “도로법 제40조 제1항에 의한 도로점용은 일반공중의 교통에 사용되는 도로에 대하여 이러한 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다” 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결.

③ “하천부지 점용허가 여부는 관리청의 재량에 속하고 재량행위에 있어서는 법령상의 근거가 없어도 부관을 붙일 것인가의 여부는 해당 행정청의 재량에 속하며, 또한 구 하천법(2004. 1. 20. 법률 제7101호로 개정되기 전의 것) 제33조 단서가 하천의 점용허가에는 하천의 오염으로 인한 공해 기타 보건위생상 위해를 방지함에 필요한 부관을 붙이도록 규정하고 있으므로, 하천부지 점용허가의 성질의 면으로 보나 법 규정으로 보나 부관을 붙일 수 있음은 명백하다.” 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두25930 판결.

여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다”는 규정의 구체적인 개정시안을 제시하면 아래 <표 3>과 같다.

동법 제11조 제5항의 인·허가의제 사항을 일괄적으로 제14조 제1항에 따른 수리를 요하지 아니하는 건축신고로 보거나 혹은 수리를 요하는 신고로 볼 수 없으므로 동조 제2항에 따른 동법 제11조 제5항의 인·허가의제 사항에 관하여 수리(심사)여부를 적시해야 할 것이다. 즉, “제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다. **다만, 제11조 제5항의 제3호, 제4호, 제6호, 제8호, 제9호, 제10호, 제13호, 제19호, 제20호 및 제5호·제7호·제14호·제15호·제16호·제17호·제18호의 허가나 인가의 경우에는 행정청의 심사를 거쳐 수리를 요한다.**” 라고 개정시안을 제안한다. 이와 같이 인·허가의제 사항의 법적 성질에 따라 개별적으로 수리와 심사의 여부를 규정하는 단서 조항을 넣음으로써 인·허가의제가 수반되는 건축신고의 법적 성질의 해석에 있어 더 이상의 혼란과 논란의 여지를 없앨 수 있는 해결 방안이 될 것으로 기대한다.

<표 3. 건축법 제14조 제2항의 개정시안>

현행법	개정시안
제14조(건축신고) ② 제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다.	제14조(건축신고) ② 제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항 및 제6항을 준용한다. <u>“다만, 제11조 제5항의 제3호, 제4호, 제6호, 제8호, 제9호, 제10호, 제13호, 제19호, 제20호 및 제5호·제7호·제14호·제15호·제16호·제17호·제18호의 허가나 인가의 경우에는 행정청의 심사를 거쳐 수리를 요한다.”</u>

건축·대수선·용도변경신고서

• 어두운 란()은 신고인이 작성하지 아니하며, []에는 해당하는 곳에 √ 표시를 합니다.

신고번호(연도-기관코드-업무구분-신고일련번호)	접수일자	처리일자
---------------------------	------	------

건축구분	<input type="checkbox"/> 신축 <input type="checkbox"/> 증축 <input type="checkbox"/> 개축 <input type="checkbox"/> 재축 <input type="checkbox"/> 이전 <input type="checkbox"/> 대수선 <input type="checkbox"/> 신고사항변경신고 <input type="checkbox"/> 용도변경
------	---

① 건축주	성명	생년월일(사업자 또는 법인등록번호)		
	주소	(전화번호 :)		
	전자우편 송달동의	「행정절차법」 제14조에 따라 정보통신망을 이용한 각종 부담금 부과 사전통지 등의 문서 송달에 동의합니다.		
		[] 동의함	[] 동의하지 않음	
		건축주	(인)	
		전자우편 주소	@	

② 설계자	성명	(서명 또는 인)	자격번호
	사무소명	신고번호	
	사무소주소	(전화번호 :)	

③ 대지조건	대지위치		
	지번	관련지번	
	지목	용도지역	/
	용도지구	용도구역	/

- 대수선의 경우에는 대수선 개요(IV)만 적되, 대수선으로 인하여 층별 개요와 동별 개요의 (주)구조가 변경되는 경우에는 변경되는 (주)구조를 동별 개요와 층별 개요에 적습니다.
- 건축구분에 관계없이 전체 건축물에 대한 개요를 적습니다.

I. 전체 개요

대지면적	m ²	건축면적	m ²
건폐율	%	연면적 합계	m ²
연면적 합계(용적률 산정용)	m ²	용적률	%
④ 건축물명	주건축물수	동	부속건축물
⑤ 주용도	세대/호/가구수	세대 호 가구	총 주차대수
주택을 포함하는 경우 세대/호/가구별 평균전용면적			m ²

210mm×297mm [보존용지(2종) 70g/m²]

- 參考 文獻 -

I. 국내 문헌

1. 단행본

- 김도창, 행정법론(상), 청운사, 1983.
- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2010.
- 김동희, 행정법 II, 박영사, 2004.
- 김남진/김연태, 행정법 I (제13판), 법문사, 2009.
- 김남진, 행정법 I (제4판), 법문사, 1993.
- 김성수, 일반행정법, 법문사, 2012.
- 김종보, 건설법의 이해, 피데스, 2013.
- 김중권, 행정법기본연구 I, 법문사, 2008.
- 김철용, 행정법 I (제13판), 박영사, 2010.
- 김철용, 행정법 II (제3판), 박영사, 2003.
- 김향기, 행정법개론(제11판), 탐북스, 2014.
- 김향기, 행정법 연습(제6판), 대명출판사, 2014.
- 김홍균, 환경법(제3판), 홍문사, 2014.
- 류지태/박종수, 행정법신론(제15판), 박영사, 2011.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2012.
- 석종현, 토지공법강의, 삼영사, 1999.
- 성낙인, 헌법학(제14판), 법문사, 2014.
- 오준근, 행정절차법, 삼지원, 1995.
- 정종섭, 헌법과 기본권, 박영사, 2010.

정태용, 건축법해설, 한국법제연구원, 2006.
정하중, 행정법개론(제4판), 법문사, 2011.
홍정선, 행정법원론(상)(제20판), 박영사, 2012.
홍준형, 행정구제법, 오래, 2012.
홍준형, 환경법특강, 박영사, 2013.

2. 논문 및 보고서

강대석, 개정 수질환경보전법·대기환경 보전법상 방지시설 등의 비정상운영, 검찰 제107호, 1996.
강현호, 김중효, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000.
고규정, 건축신고의 법적 성격 및 그 반력행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부, 판례연구 제23집, 부산판례연구회, 2012.
고문현, 인·허가 의제효과를 수반하는 건축신고의 처분성, 자치발전, 2013.
권수철, 인·허가의제제도의 법적 성격과 사후감독에 관한 소고, 법제 535호, 2002. 7.
김남진, 대법원의 처분개념에 대한 의문, 법률신문 1999. 12. 13.
김남진, 건축신고반력조치의 법적성질-대법원 2000.9.5.선고 99두8800 판결-, 법률신문, 2000. 12. 27.
김남철, 건축허가의 법적 성질에 관한 소고, 공법학연구 제5권 제2호, 한국비교공법학회, 2004. 5.
김남철, 행정법상 신고의 법리-이론과 판례의 문제점과 개선방향-, 경원법학 제3권 제3호, 2010. 11.
김명길, 신고의 법리, 공법학연구 제7권 제1호, 2006. 2.
김명길, 신고의 종류와 처분성, 법제 통권 583호, 2006. 7.

- 김명길, 신고의 유형에 관한 논고, 법학연구 제47권 제1호, 부산대 법학연구소, 2006. 8.
- 김명엽, 산지전용허가제도의 개선에 관한 연구, 토지공법연구 제52집, 2011. 2.
- 김민호, 행정절차법상 신청의 의미, 고시연구, 2005. 2.
- 김민호, 방송법 제9조에서의 허가·승인·등록의 법적 의의에 관한 연구, 성균관 법학 제25권 제3호, 2013. 9.
- 김병기, 개발행위허가의 방법과 절차, 토지공법연구 제13집, 2001.
- 김세규, 행정법상의 신고에 관한 재론, 동아법학 제33호, 2003.
- 김세규, 행정대집행에 관한 소고, 공법학연구 제11권 제3호, 2010. 8.
- 김연태, 건축법상 이행강제금 부과 요건과 한계에 관한 고찰, 고려법학 제70호, 고려대 법학연구원, 2013. 9.
- 김용섭, 거부처분의 법적 문제, 월간 법제, 2002. 10.
- 김용섭, 행정법상 신고와 수리, 판례월보 제352호, 2000. 1.
- 김유환, 형식적 거부처분에 대한 취소소송에 있어서의 심리범위-대상판결: 대법원 1996. 7. 30. 선고, 95누12897 판결-, 판례월보 318호, 1997. 3.
- 김재광, 대규모시설의 설치절차에 관한 연구, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1999. 8.
- 김재규, 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」의 제정과 그에 따른 향후 정비사업의 전망, 법제개선연구 제11집, 법제처, 2005. 12.
- 김재협, 공법상 신고에 관한 고찰-건축법상 건축신고를 중심으로-, 특별법연구 제6권, 2001. 2.
- 김종보, 가설건축물의 개념과 법적 성격, 행정법연구 제12호, 행정법이론실무학회, 2004. 10.
- 김종보, 강학상 인가와 정비조합 설립인가-대법원 2002. 3. 11 자 2002그12 결정을 계기로-, 행정법연구 9, 행정법이론실무학회, 2003. 5.

- 김중보, 건축의 개념과 불법건축, 공법연구 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000.
11.
- 김중보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 1998. 10.
- 김중보, 재개발사업의 철거와 세입자보상, 행정법연구 제23호, 2009. 4.
- 김중천, 에너지전기설비의 안전규제에 관한 공법적 연구, 토지공법연구 제51집, 2010. 11.
- 김중권, 申告制와 관련한 코페르니쿠스적 轉換에 관한 小考, 법률신문, 2010.
12. 6.
- 김중권, 건축신고의 허가제효과에 관한 소고, 법률신문 제3837호, 2010. 5. 3.
- 김중권, 건축법상 건축신고의 문제점에 관한 소고, 저스티스 제34권 제3호, 2001. 6.
- 김중권, 행정법상의 신고의 법도그마적 위상에 관한 소고, 고시연구 통권 제335호, 2002. 2.
- 김창범, 등록·승인 및 신고, 동위원소회보 제17권 제1호, 한국동위원소협회, 2002.
- 김철용, 행정계획절차의 도입문제, 행정법연구 제4호, 행정법이론실무학회, 1999. 4.
- 김학세, 행정법상 신고 제도, 변호사 제32집, 서울지방변호사회, 2002. 1.
- 김해룡, 행정계획에 대한 사법적 통제, 사회과학논총 10집, 계명대 출판부, 1991.
- 김해룡, 행정계획의 확정절차, 고시계, 1995. 10.
- 김해룡, 우리나라 행정절차법과 독일연방 행정절차법, 고시계 통권 제482호, 1997. 4.
- 김향기, 집중효를 수반하는 건축신고가 「수리를 요하는 신고」 인지의 여부 -대법원 2011. 1. 20, 선고 2010두14954[건축신고불가취소]에 대한 평석-, 고시계, 2011. 7.

- 김향기, 정보공개거부처분 취소소송 및 기속력·기판력·처분사유의 변경, 고시
계 통권 625호, 2008. 10.
- 김향기, 행정법상의 신청, 고시연구, 1999. 12.
- 김향기, 행정처분의 개념, 월간고시 234, 법지사, 1993. 7.
- 김홍균, 한국과 미국의 대기환경정책 비교, 환경법연구 제22권, 2000. 12.
- 남대하, 집중효가 발생하는 건축법상 건축신고에 관한 고찰, 재판과 판례 제17
집, 2008. 12.
- 류광해, 자체완성적 신고와 행정요건적 신고의 구분, 조선대 법학논총 제20집
제1호, 2013.
- 류광해, 행정법상 신고의 요건과 심사범위, 법학연구 제16집 제1호, 인하대 법
학연구소, 2013. 3.
- 류해웅/정우형, 개발허가제의 도입에 관한 연구, 국토연구원, 2001.
- 목정훈, 건축협정을 통한 주민참여 및 저예산 건축 실천방안, 건축 제51권 제9
호, 2007. 9.
- 박균성, 행정법상 신고-대상판결: 대법원 1999.4.27. 선고, 97누6780판결-, 고시
연구 제26권 제11호, 1999. 11.
- 박균성/윤기중, 수리를 요하는 신고의 구별기준에 관한 연구, 경희법학 제48권
제4호, 2013.
- 박종국, 독일법상의 계획확정결정의 집중효, 공법연구 제32집 제1호, 한국공법
학회, 2003. 11.
- 박종욱, 사도의 법률관계, 사법논집 제20집, 1989.
- 박종준, 행정법상 법률의제에 관한 연구, 고려대학교 대학원 박사학위논문,
2014. 6.
- 박종희/김성진, 이행강제금 제도의 합리적 운영방안에 관한 연구, 중앙노동위
원회, 2009.

- 박해식, 주민등록 전입신고 수리 여부에 대한 심사범위와 대상, 행정판례연구 XV-2, 2010.
- 배정완, 사도에 관한 소고, 수원지방변호사회지 제5호, 1994.
- 백윤기, 거부처분의 처분성인정요건으로서의 신청권, 행정법연구 창간호, 행정 법이론실무학회, 1997. 6.
- 선정원, 복합민원과 인허가의제, 행정판례연구 제6집, 2001.
- 선정원, 복합민원과 집중심사의 모델들, 공법연구 제3호, 2001. 5.
- 선정원, 인·허가의제와 심사촉진, 공법연구 제38집 제2호, 한국공법학회, 2009. 12.
- 선정원, 인허가의제의 효력범위에 관한 고찰, 행정법연구 제34호, 2012.
- 성소미, 산지개발을 위한 법제 연구, 현대공법이론의 제문제: 천봉석종현박사 화갑기념논문집, 2003. 10.
- 손우태, 건축물 용도변경의 법적 성질, 검찰 제1집(통권 제104호), 1993.
- 송동수, 행정법상 신고의 유형과 법적 효과, 토지공법연구 제60집, 2013. 2.
- 송시강, 행정법상 신고 법리의 재검토, 홍익법학 제13권 제4호, 2012.
- 송영선, 인·허가의제제도에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2005. 11.
- 신안재, 건축신고 반려행위의 처분성, 재판과 판례 제21집, 대구판례연구회, 2012.
- 오준근, 신고절차의 정착방향, 법제연구 통권 제13호, 1997.
- 유광흠, 일조 관련 건축 기준 해외사례 검토 및 제도 개선방향, 부동산포커스 53권, 2012. 10.
- 유승남, 건축법상 건축신고의 법률적 성질, 행정소송실무연구: 1999-2002, 서울 고등법원, 2002. 12.
- 이상덕, 한국지역난방공사 공급규정 변경신고를 산업자원부장관이 수리한 행위의 법적 성질, 행정법연구 통권 제15호, 행정법이론실무학회, 2006.

- 이상진/이희진, 건축허가절차 합리화를 위한 제도적 개선방향에 관한 연구, 대
한국토·도시계획학회지 「국토계획」 제48권 제6호, 2013. 11.
- 이상천, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」과 「산업집적활성화 및 공장설립
에 관한 법률」에서의 의제규정에 관한 고찰, 동아법학 제48호, 2010.
- 이상천, 요건으로서의 신고·신청에 따른 효과로서의 수리·등록·허가의 개념적
구분 재론, 공법학연구 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010. 8.
- 이원우, 허가·특허·예외적 승인의 법적 성질 및 구별, 행정작용법, 박영사,
2005. 6.
- 임영호, 도시개발사업의 공사 등의 완료와 도시개발사업의 시행에 따른 도시
계획변경결정처분과 도시개발구역지정처분 및 도시개발사업실시계획
인가처분의 취소를 구할 소의 이익, 대법원판례해설 제58호, 2006.
- 정남철, 건축신고제도의 법적 문제: 간소화제도의 개선방안을 위한 모색을 중
심으로, 법제 제657호, 2012, 12.
- 정남철, 건축신고와 인인보호: 독일 건축법제와의 비교법적 고찰을 겸하여, 법
조 제59권 제6호, 2010. 6.
- 정태용, 인·허가 의제제도에 관한 고찰, 법제 통권 제530호, 2002. 2.
- 정태용, 건축법 및 건축법시행령, 법제 통권 제497호, 1999. 5.
- 정하중, 대집행의 요건과 절차, 고시연구, 1995. 8.
- 정형근, 집중호가 발생하는 건축신고에 관한 법률적 검토, 외법논집 제34권 제
1호, 2010. 2.
- 정희근, 개발행위허가제에 관한 소고, 토지공법연구 제38집, 2007. 11.
- 정 훈, 공법상 신고의 법적 성질과 현실에서의 의미, 동아법학 제58호, 2013.
- 조만형, 행정법상 신고의 유형과 해석기준에 관한 소고, 공법연구 제39집 제2
호, 2010. 12.
- 조성규, 건축허가의 법적 성질과 인인의 보호, 법학연구 제23집, 전북대 법학

연구소, 2002.

- 조성규, 신고의 법적성질과 제재적 행정처분의 승계여부, 고시연구, 2005. 1.
- 채우석, 행정절차법에 있어서의 신고, 고시계, 1997. 7.
- 최계영, 건축신고와 인허가의제, 행정법연구 제25호, 2009. 12.
- 최승필, 규제완화에 대한 법적 고찰 -인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로-, 공법학연구 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011.
- 최정일, 판례·해석례 및 행정심판재결례에 비추어 본 한국에서의 인허가의제 제도와 독일에서의 행정계획결정의 집중효제도에 관한 소고, 행정판례연구 XV-2, 2010. 12.
- 한귀현, 독일행정법상의 집중효에 관한 연구, 법제연구 제26호, 2004. 6.
- 허강무, 도시계획시설사업의 수용 및 보상에 관한 법적 쟁점, 행정법연구 제35호, 한국행정법연구소, 2013. 4.
- 홍정선, 주민등록법상 주민등록신고 등 각종 신고의 성질, 지방자치법연구 제10권 제4호(통권 제28호), 한국지방자치법학회, 2010. 12.
- 홍정선, 행정행위개념과 행정소송법상 처분개념, 고시계 46권 11호, 2001. 11.
- 홍정선, 사인의 공법행위로서 신고의 법리 재검토, 고시계 제46권 4호, 2001.
- 홍준형, 사인의 공법행위로서 신고에 대한 고찰 -자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고에 관한 대법원판례를 중심으로-, 공법연구 제40집 제4호, 2012. 6.
- 황은경/박근수, 한국과 일본의 건축허가 체계 비교 연구, 대한건축학회 학술발표대회 논문집 계획계 제29권 제1호(통권 제53집), 2009. 10.

3. 자료집 및 기타

- 국가건축정책위원회, 지방건축행정 집행체계 및 건축법령 개선 방안, 2011. 4.

국토연구원, 합리적인 산지관리제도 개선방안, 2008. 12.
국토해양부, 건축행정 길라잡이, 2009.
국토해양부, 건축협정을 맺으면 건축이 쉬워진다, 2012. 6.
국토해양부, 하천점용 허가제도 개선 및 관리방안 연구, 2009.
법률용어사전, 법문북스, 2014.
한국사법행정학회, 행정소송실무편람(제2판), 2003. 2.
행정안전부, 행정절차제도 운영현황 평가 및 발전방안 모색, 2006. 9.
환경부, 환경백서, 2013.
환경부, 대기환경보전법령해설 및 질의회신 사례집(제2집), 2000. 11.

국토교통부고시

국토교통부훈령(제389호)

법제처, 법령해석례(07-0308)

법제처, 법령해석례(09-0333)

<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=51353> (법제처)

[http://www.law.go.kr/lsSc.do?menuId=0&subMenu=1&query=\(국가법령정보센터\)](http://www.law.go.kr/lsSc.do?menuId=0&subMenu=1&query=(국가법령정보센터))

<http://www.epeople.go.kr/jsp/user/pc/policy/UPcUnionPolicyList.jsp>(국민신문고)

<http://k.daum.net/qna/view.html?qid=54aQ8>

II. 외국문헌

Breuer, Rüdiger, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976.

- Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 2014.
- Ehlers, Dirk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002.
- Finkelnburg, Klaus H, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl., 2011.
- Hoppe, Werner, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., 2004.
- Knack, Hans-Joachim, Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVfG): Kommentar,
3. Aufl., 1989.
- Kopp, Ferdinand Otto, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., 1983.
- Kopp, Ferdinand Otto, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., 2005.
- Krautzberger, Michael, Baugesetzbuch: BauGb, 2005.
- Kügel, J. Wilfried, Der Planfeststellungsbeschuß und seine Anfechtbarkeit:
zugleich ein Beitrag zur Auslegung der [Paragrafen] 74, 75
VwVfG, Bd. 10. 1985.
- Martini, Mario, Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz, DVBl, 2001.
- Peine, Franz-Joseph, Raumplanungsrecht: Grundzüge des Raumordnungs-,
Stadt- und Fachplanungsrechts unter Berücksichtigung des
neuen Baugesetzbuches, 1987.
- Steinberg, Rudolf, Fachplanung, 3. Aufl., 2000.
- Stelkens, Paul, Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, 3. Aufl., 1990.
- Uechtritz, Michael, Die allgemeine verwaltungsverfahrenrechtliche
Genehmigungsfiktion des §42a VwVfG, DVBl, 2010.
- 小早川光郎, 行政法(上), 弘文堂, 1999.
- 山田 洋, 大規模施設設置手續の法構造, 信山社出版株式會社, 1995.
- 鹽野 宏, 行政法 I (第五版補訂版), 有斐閣, 2013.
- 塩野 宏, 行政法 I, 有斐閣, 2009.

日本 建築基準法

Cass, Ronald A, Administrative Law: cases and materials, 1994.

ABSTRACT

A Study on Construction Report under the Building Act

- Focused on the legal nature of construction report
deemed as approval and permission -

Kim, Na-Hyun
Department of Law
Graduate School of
Sungshin University

Adviser : Professor Kim Hyang Ki

After the 1990's, as administrative de-regulation became the motto of the era, South Korea has come to see wider use of report systems. However, transitions from approval and permission system to report system were often carried out only in names, without significant changes to the substances of the relevant system. This made it difficult to identify the actual nature of a regulation based on its terminology. On this note, for quite a long while, discussions on the nature of report systems have been going on both in the academic circle and actual practices.

Report under Administrative Laws, in principle, represents

self-contained act under the public law: if a duly made report is submitted and delivered to an administrative office, it does not require further acceptance on the part of the office, and the obligation of report is deemed as performed, which triggers the effects specified under the relevant laws. Action-requiring report, which requires acceptance by an administrative office, is distinguished from report in its original sense in terms of its legal nature and effects.

And the majority of scholars and the precedents deemed acceptance of self-contained report as mere factual action which does not trigger any legal effect in itself, arguing, therefore, such acceptance does not constitute disposition against which appeals can be filed. To the contrary, acceptance of action-requiring report was deemed as disposition against which a third party may file objection, and rejection of such report was also recognized as disposition. Thus, the mainstream theories and precedents understood the nature of report in terms of whether it can be deemed as disposition. However, the issue of whether rejection of report should be deemed as disposition is not related with whether the relevant report requires acceptance: it only relates itself to the issue of defining the scope of eligibility of appeal. The same applies to construction report: regardless of whether it is a self-contained report or acceptance-requiring report, rejection of a construction report should be recognized as disposition, as such rejection may undermine stability of the reporter.

Construction report under the Building Act has been subject to numerous debates regarding its legal nature. Majority of scholars and

precedents, however, widely agree that a construction report is a self-contained report. Therefore, construction that satisfies requirements of construction report under the Building Act only requires submitting a report to the relevant administrative office without active acceptance by the office. One related issue is the legal nature of construction report deemed as fictitious approval and permission: under the Building Act, acceptance of construction report is deemed as completion of various administrative dispositions for construction permission. Since each type of construction report deemed as construction permission under Article 11, Paragraph 5, Subparagraphs 1 through 21 is different from the other in terms of its legal nature and consultation process, their legal nature cannot be unilaterally defined. Therefore, their legal nature should be determined for each individual case by determining whether the report requires acceptance by the administrative office. Regarding this issue, Article 14, Paragraph 2 of the Building Act only provides for *mutatis mutandis* application of Article 11 Paragraph 5, without specifying whether acceptance and review are required for each of the Subparagraphs applied. Therefore, the legal nature of each report should be explored, and the Act needs to be improved accordingly so as to do away with possibility of confusion and controversy regarding their interpretation.

Key Word: report, self-contained report, action-requiring report, acceptance, Building Act, construction report, construction permission, rejection, disposition, the fiction of approval and permission, construction

report deemed as approval and permission