

의제된 인허가의 독자적 취소가능성의 확대에 관한 연구*

- 국토개발사업에 관한 법령을 중심으로 -

이 수 창**

〈국문초록〉

행정절차의 간소화와 국민 편의의 증진을 위해 도입된 인허가의제 제도는 국토 개발사업과 관련된 다수의 법률에서 활용하고 있다. 이때, 의제된 인허가를 독자적으로 취소할 수 있는지, 의제된 인허가가 항고소송의 대상이 될 경우 피고적격은 어떠한지, 주된 인허가의 취소로 의제된 인허가는 당연취소 되는지가 쟁송법적 쟁점이 된다. 의제된 인허가의 독자적 취소가능성에 관하여 대법원은 부분 인허가의제의 허용을 전제로 그 가능성을 인정하고 있다.

그러나 부분 인허가의제 허용 여부는 인허가의제 제도의 협의 방식에 관한 것일 뿐 주된 인허가와 의제된 인허가의 법적 관계를 결정하는 요소는 아니다. 따라서 일괄 인허가의제의 경우에도 사후관리의 목적으로 의제된 인허가가 직권취소될 수 있고 이는 국민의 권리·의무에 영향을 끼치므로 의제된 인허가는 항고소송의 대상이 된다. 이렇듯 의제된 인허가가 항고소송의 대상이 되는 경우 그 피고적격은 인허가의 발급 내지 취소를 외부적으로 표시한 처분명의자에게 있다. 나아가 주된 인허가가 취소되는 경우에도 인허가의제는 사업시행자의 편의를 위한 제도인 점, 의제된 인허가의 존속 필요성이 있는 점 등에 비춰 의제된 인허가가 당연히 취소되는 것은 아니라고 할 것이다.

주제어 : 인허가의제, 일괄 인허가의제, 부분 인허가의제, 의제된 인허가, 독자적 취소가능성

• 투고일 : 2021.6.30. / 심사일 : 2021.7.14. / 게재확정일 : 2021.7.25.

I. 서론

우리나라에서는 산업기지 개발사업의 효율적인 추진을 위해 도시계획법, 산림법 등 11개 국토개발사업 관련 법률에 따른 인허가를 의제하는 산업기지개발촉진법을 1973. 12. 24. 제정·공포함으로써 현대적인 형태의 인허가의제 제

* 본 논문에 대해 과분한 평가를 해주신 익명의 심사자들에게 감사드리며 그 고견은 본 논문을 가다듬는 데 소중히 활용하였습니다.

** 이수창(李殊彰) 대구광역시교육청 변호사(nna06@naver.com)

도를 최초로 도입하였다.¹⁾ 그 이후 행정절차의 간소화 측면에서의 효과를 인식하여 각종 개발행위와 영업행위를 규율하는 다수의 법률에서 적극적으로 인허가의제 제도를 도입하여 현재에 이르고 있다. 현재 총 116개 다양한 분야의 법률에서 인허가의제 제도를 폭넓게 도입하고 있으나 건설 분야 32개 법률에서 37개 인허가의제 규정이 존재하는 등 국토개발사업을 규율하는 법령들이 인허가의제 규정을 가장 적극적으로 활용하고 있다.²⁾

한편 인허가의제와 관련된 쟁송법적 쟁점으로는 ①주된 인허가의 효력을 유지한 채 의제된 인허가만 독자적으로 취소할 수 있는 근거와 독자적 취소가 가능한 인허가의제 범위는 무엇인지, ②의제된 인허가가 항고소송의 대상이 된다면 피고적격의 문제는 어떻게 되는지, ③역으로 주된 인허가의 취소에 따라 의제된 인허가가 당연 취소되는지가 문제가 된다.

대법원은 일련의 판례를 통해 ①의 쟁점에 관하여 의제된 인허가에 대하여 법률규정에 의해 효력이 발생할 뿐 외부적으로 표시되지 않아 항고소송의 대상적격을 인정할 수 없다는 하급심 판결을 부정하고 부분 인허가의제의 허용, 의제대상 인허가의 실체적 요건 심사, 의제된 인허가와 통상적인 인허가의 효력적 동일성 등을 논거로 주된 인허가는 유지하면서 의제된 인허가만을 취소할 수 있다고 하여 독자적 취소가능성의 논거와 범위를 제시하고 있다.

상기한 쟁점 ① 내지 ③에 대한 검토를 위한 전제로서 우선 인허가의제 제도의 개요를 살펴보고자 한다. 의제된 인허가의 독자적 취소가능성은 인허가의제 제도의 여러 쟁점 중에서도 의제된 인허가 요건의 실체적 심사 여부, 부분 인허가의제 등 인허가의제 제도의 유형, 의제된 인허가의 실재 인정 여부 등과 밀접한 관련이 있는바 이를 중심으로 인허가의제 제도를 개관한다.

그 후 국토개발사업을 규율하는 법률 중에서 부분 인허가의제로 해석하는 주된 인허가(주택법상 사업계획승인, 구 중소기업창업지원법상 사업계획승인)와 의제된 인허가(국토계획법³⁾상 지구단위계획, 산지관리법상 산지전용허가)의 관계와 일괄 인허가의제로 해석하는 주된 인허가(건축법상 건축허가)와 의제된 인허가(국토계획법상 개발행위허가 등)의 관계를 살펴보면 대법원 판례가 제시하는 의제된 인허가의 독자적 취소가능성의 논거를 검토하고 의제된

1) 이광제, “인허가의제제도의 입법적 대안연구”, 『법제』2015년12월호, 법제처, 2015, 102면.

2) 입법이론실무학회, 『인허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구』, 법제처, 2017, 4-6면; 배정범, “『행정기본법』상의 인허가의제 규정에 관한 법적 소고”, 『법학연구』제24권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2021, 211면.

3) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 이하 국토계획법으로 약칭한다.

인허가의 독자적 취소가 가능한 인허가의제의 유형과 범위를 제시하고자 한다. 그리고 이에 더하여 독자적 취소가 가능한 의제된 인허가가 항고소송의 대상이 될 경우 그 피고적격은 어디에 있는지, 주된 인허가 취소 시 의제된 인허가의 취소의제 여부 등에 관한 논의를 전개할 것이다.

II. 인허가의제의 개요

1. 인허가의제의 취지와 기본구조

인허가의제는 개발행위나 영업행위 등에 관하여 하나의 주된 인허가를 받으면 관계 법률상 다른 허가, 인가, 특허, 등록, 승인 등(이하 ‘인허가’ 등이라 함)을 받은 것으로 보는 것(의제)을 말한다(행정기본법 제24조 제1항). 이 의제(Fiktion)란 실제로는 존재하지 않는 사안을 인정하도록 법률상 확정된 것을 의미한다.⁴⁾ 이러한 인허가의제 제도의 취지는 인허가 신청 창구의 단일화, 관련 절차의 간소화, 비용과 시간의 절감 등을 통한 국민의 권익 보호에 있다.⁵⁾ 나아가 인허가의제 제도는 주된 인허가 행정청과 관련 인허가 행정청의 협의 과정에서 행정청의 인허가 심사 상 종합적 판단을 유도하여 사업 전체에 대한 통합적·유기적 심사를 가능하게 하고, 인허가 담당 행정청 간 배치되는 판단의 방지, 중복심사의 회피 등 여러 순기능을 가지고 있다.⁶⁾

이러한 인허가의제는 여러 법률에 규정된 다수의 인허가 등의 권한과 절차에 관한 특례를 정하는 것이기에 ① 반드시 그 근거가 법정 될 것을 요하며,⁷⁾ 원칙적으로 ② 주된 인허가 행정청이 관계 행정청과 ‘협의’를 거쳐야 한다. 의제되는 인허가를 담당하는 관련 행정청과의 협의가 가지는 법적성질에 대해서는 법적 구속력 있는 동의인지 아니면 법적 구속력이 없는 자문에 불과한 것인지는 견해의 대립이 있다. 대법원은 명확한 입장을 표하지는 않은 것으로 평가된다.⁸⁾

4) 입법이론실무학회, 전계논문, 2017, 78면.

5) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결

6) 이광제, 전계논문, 2015, 106면.

7) 이광제, 상계논문, 2015, 104면.

8) 박균성, “의제된 인허가의 취소”, 『행정판례연구』제24권 제1호, 한국행정판례연구회, 2019, 16면.

이 협의에 대해 동의설의 입장에서는 협의는 엄밀히 말하자면 강학상 동의도 자문도 아니지만, 실무상 주된 인허가 행정청이 관련 행정청의 의견을 최대한 존중하여야 한다는 점에서 사실상 동의에 가까운 것으로 보아야 한다고 본다.⁹⁾ 반면 자문설의 입장에서는 다음과 같이 반론할 수 있다. 건축법에서 협의 요청일로부터 15일 내에 의견 제출이 없으면 협의가 이루어진 것으로 본다고 규정하고 있는 것(법 제11조 제6항)과 같이 인허가의제를 규정한 다수의 법률에서는 협의간주제도를 규정하고 있다. 이 협의간주제도는 의제되는 인허가 관련 행정청을 압박하고 성의 있는 협의를 촉진하는 효과가 있으며 결과적으로 주된 인허가 행정청의 부담을 경감시키는 것으로 이해된다.¹⁰⁾ 이때 간주되는 협의의 내용을 두고 관련 인허가 행정청의 의견을 주된 인허가 행정청이 최대한 반영한 것이라고 평가하기는 어렵다는 점에서 협의의 의미는 자문에 가까운 것으로 평가할 수 있다는 것이다.

이 협의의 구속력을 어떻게 판단하여야 하는지는 의제된 인허가 사후관리的主체와 관련하여 의제된 인허가가 항고소송의 대상이 되는 경우 피고적격의 문제(Ⅲ, Ⅳ)에서 함께 논의하기로 한다.

2. 의제대상 인허가 요건의 판단방식

1) 판단방식에 관한 견해의 대립

인허가의제 시 주된 인허가 행정청은 인허가의 최종적인 판단권자로서 의제대상 인허가의 요건도 심사하여야 한다. 이와 관련하여서는 크게 실체집중설, 실체집중부정설, 관할집중설 등이 제시된다. 이중 실체집중설은 비제한적 실체집중설과 제한적 실체집중설로 구분할 수 있다. 비제한적 실체집중설은 의제대상 인허가 요건의 충족 여부에 관한 판단 없이도 주된 인허가 요건의 충족 여부만을 판단하여 의제효 있는 인허가를 발급할 수 있다는 견해이다. 제한적 실체집중설은 주된 인허가의 발급 시 의제대상 인허가와 관련하여 절차와 실체의 집중이 있지만, 그 실체적 요건에 대해서는 관련 인허가 행정청과 같이 엄격하게 구속받지 않으며 관련된 공·사익의 형량에 참작할 뿐이라는 견해이다.¹¹⁾ 반면 실체집중 부정설은 주된 인허가 행정청이 의제대상 인허가의 실체

9) 박균성, 상개논문, 2019, 16면.

10) 입법이론실무학회, 전개논문, 2017, 74면.

11) 정해영, “의제된 인허가의 처분성”, 『아주법학』 제13권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2019, 60면.

적 요건에 구속되어 실제적 요건은 판단하여야 하지만 절차적 요건을 구비할 것은 요하지 않는다는 견해이다. 관할집중설은 의제대상 인허가의 실제적 요건과 절차적 요건을 모두 구비할 것을 요구한다는 견해다.

2) 판례의 태도

대법원은 의제대상 인허가의 절차적 요건의 집중에 관하여는 주된 인허가 행정청이 의제효 있는 인허가 발급 시 주된 인허가의 절차적 요건을 준수하면 되고 의제대상 인허가의 절차적 요건을 별도로 거칠 것을 요하지 않는다고 하여 절차집중은 긍정하고 있다.¹²⁾ 반면 의제대상 인허가의 실제적 요건의 집중에 관하여는 인허가의제 제도의 취지는 인허가의제 사항과 관련된 절차의 간소화와 시간과 비용의 절감을 통한 국민의 권익 보호에 있지, 공익의 침해, 이해관계자의 피해를 야기하면서까지 의제대상 인허가의 실제적 요건 심사를 배제하려는 것은 아니라고 보아 실제집중은 부정하고 있다.¹³⁾

3) 검토

인허가의제와 관련하여 다수의 법령이 주된 인허가 행정청이 관련 인허가 행정청과 사전협의를 하도록 규정된 것은 의제대상 실제적 요건에 관한 종합적·유기적 심사를 하기 위한 것인 점, 절차의 간소화를 도모하면서도 안전 등 공익을 고려하여 국민의 권익보호라는 인허가의제 제도의 취지를 충실히 구현하기 위해서는 의제대상 인허가의 실제적 요건에 관한 심사가 요구되는 점 등에 비춰 판례의 태도는 타당하다.

이러한 실제집중의 부정은 아래에서 살펴볼 부분 인허가의제인지 일괄 인허가의제인지와는 무관하게 적용된다. 판례에 따르면 실제집중의 부정은 부분 인허가의제의 경우 의제된 인허가가 독자적인 취소의 대상이 될 수 있는 근거가 된다.

3. 인허가의제의 유형

최근 대법원은 인허가의제를 규정하는 법률 중 부분 인허가의제를 인정하는 경우에는 주된 인허가의 효력을 유지한 채 의제된 인허가의 독자적 취소를 인

12) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결; 대법원 2018.11.29. 선고 2016두38792 판결

13) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결; 대법원 2016.8.24. 선고 2016두35762 판결

정하고 있어서 인허가의제의 유형을 살펴보는 것이 중요하다.¹⁴⁾ 이때 인허가의제의 유형은 주된 인허가 행정청이 관련 인허가 행정청과 의제대상 인허가 전체에 대한 협의를 완료하지 못한 상황에서 주된 인허가를 할 수 있는가에 따라 일괄인허가의제, 부분 인허가의제, 선승인후협의제 등으로 분류할 수 있다.¹⁵⁾

1) 일괄 인허가의제

일괄 인허가의제는 주된 인허가 행정청이 원칙적으로 전체 의제대상 인허가에 대한 협의를 마친 후에 주된 인허가를 해야 하는 경우를 지칭한다.¹⁶⁾ 예를 들어 건축법상 건축허가는 인허가 처리기준의 통합고시 규정(법 제11조 제9항), 같은 법 제12조 건축복합민원 일괄협의회 규정(법 제12조) 등에 따라 의제대상 인허가에 대하여 일괄적으로 협의한 후 주된 인허가를 하여야 한다. 이외에도 국토계획법 제61조의2, 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 제39조의2, 도시철도법 제8조 제4항, 댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제9조의2, 신항만건설 촉진법 제9조의2 등에서는 인허가 일괄협의회를 개최하도록 규정하고 있다.

2) 부분 인허가의제

부분 인허가의제란 주된 인허가를 할 시기까지 협의가 완료된 관련 인허가에 대해서만 의제효를 발생시키고, 사후에 나머지 관련 인허가에 대해 협의하여 의제효를 발생시킬 수 있는 유형의 인허가의제를 뜻한다.¹⁷⁾ 즉, 관련 인허가에 대한 협의가 모두 완료되지 않아도 주된 인허가를 할 수 있도록 허용하는 것이다. 부분 인허가의제를 긍정하는 입장에서는 사업승인 신청인에게는 사업인정의제에 따른 수용절차의 조속한 개시와 같은 사업촉진 등의 실익이 존재한다는 점을 그 근거로 제시한다.¹⁸⁾ 집단에너지사업법 제49조, 농어촌마을 주거환경 개선 및 리모델링 촉진을 위한 특별법 제17조, 구 주한미군 공여구역 주변지역 등 지원 특별법 제29조 등에서 부분 인허가의제를 채택하고 있다.

그렇다면 부분 인허가의제를 인정하는 데 있어 법적 근거를 요하는가? 이에

14) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결

15) 정해영, 전제논문, 2019, 56면.

16) 정해영, 상계논문, 2019, 57면.

17) 배정범, 전제논문, 2021, 225면.

18) 입법이론실무학회, 전제논문, 2017, 96면.

대하여 인허가의제 제도는 사업자의 편의를 위해 한 번에 관련 인허가를 받을 수 있도록 한 제도이므로 사업자가 원하는 경우 관련 인허가를 개별적으로 받는 것을 금지할 것은 아닌 점, 사업의 성격상 개발사업 등을 단계적으로 추진하여야 하는 경우 부분 인허가의제가 필요한 점 등을 근거로 별도로 법적 근거가 불요하다는 견해가 제시된다.¹⁹⁾

대법원도 구 주한미군 공여구역주변지역 등 지원특별법 제29조 제1항이 단순히 동법 제11조에 의한 사업시행승인이 있는 경우에는 관련 인허가 등을 받은 것으로 본다지만 규정하여 이 조항만으로는 부분 인허가의제가 인정되는지 불명확한데도, 사업 관련 모든 인허가의제 사항에 대해 관련 행정청과 일괄하여 협의할 것을 요건으로 하는 것은 아니라고 보아, 해석을 통하여 부분 인허가의제를 인정하고 있다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2009두16305 판결).²⁰⁾

한편, 행정기본법도 부분 인허가의제를 비록 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 관련 인허가 행정청과 협의가 완료된 사항은 주된 인허가의 발급 시 관련 인허가를 받은 것으로 간주한다고 규정하여 부분 인허가의제를 전제하고 있다(법 제25조 제1항).²¹⁾ 즉, 같은 규정은 관련 인허가 전부에 대한 협의가 이루어지지 않더라도 주된 인허가를 할 수 있으며, 이 경우 협의가 된 사항에 대해서만 의제효를 인정하고 있는 것이다.

3) 선승인후협의제

선승인후협의제도는 의제되는 인허가를 관할하는 관련 행정청과 모든 협의가 완료되기 전이라도 사업추진에 중요한 사항에 관한 협의가 있고 공익상 긴급한 필요가 있는 경우 협의가 완료되지 않을 것을 해제조건으로 사업시행의 승인·인가를 할 수 있도록 하는 제도이다.²²⁾ 선승인후협의제를 인정하고 있는 법률에는 고도 보존 및 육성에 관한 특별법 제12조 제4항 등이 있다.

이를 부분 인허가의제와 비교하여 보면 부분 인허가의제는 협의가 완료되지 않은 의제 대상 인허가에 대해서는 인허가를 받지 않은 것으로 보나, 선승인후협의제는 협의가 완료될 것을 조건으로 협의가 완료되지 않은 인허가도 의제 대상으로 포함한다는 점에서 구별된다.²³⁾ 구체적인 입법의 형태를 살펴보면

19) 입법이론실무학회, 상계논문, 2017, 139면.

20) 정해영, 전계논문, 2019, 57면.

21) 배정범, 전계논문, 2021, 226면.

22) 정해영, 전계논문, 2019, 58면.

23) 입법이론실무학회, 전계논문, 2017, 33면.

선승인후협의제는 협의를 마친 경우에 한하여 의제대상 관련 인허가를 받은 것으로 본다거나, 협의를 마칠 때까지는 의제대상 관련 인허가를 받은 것으로 보지 않는다는 등의 내용이 규정되지 않는다는 점에서 부분 인허가의제와 차이가 있다.

4. 의제된 인허가 사후관리의 주체

의제된 인허가의 실재 부정설에 따르면, 의제대상 인허가처분을 실제로 한 사실이 없으므로 당해 처분의 실재에 기하여 관련 법령을 적용하여 인허가에 따른 의무부과 등 사후관리를 하는 것은 논리적으로 허용될 수 없다.²⁴⁾ 반면 의제된 인허가의 실재 긍정설에 따르면 의제된 인허가는 관련 인허가 행정청의 권한에 따른 처분이므로, 처분이 있음을 전제로 관련 법령을 적용하여 인허가에 대해 법령상 수반되는 부담금 등 의무부과 및 사후관리가 가능해진다. 현실적으로 의제대상 인허가는 안전 등 공익요건을 규정하고 있어 주된 인허가의 발급 후에도 지속적으로 의제된 인허가의 요건 충족 여부를 관리할 필요성이 있다.

이에 따라 최근 제정된 행정기본법은 의제된 인허가의 사후관리에 관하여 관련 인허가 행정청이 의제된 인허가를 ‘직접 한 것으로 간주’하여 사후관리할 것을 규정하고 있다(행정기본법 제26조 제1항). 관련 인허가 행정청이 의제된 관련 인허가에 대해서는 당해 행정청이 가장 전문성을 갖춘 기관인 점, 실무상 주된 인허가 행정청이 의제대상 인허가의 실체적 요건 충족 여부에 관하여 관련 인허가 행정청의 의견을 존중하는 점 등을 감안한 것으로서 의제된 인허가 실재설에 입각한 입법으로 평가된다.²⁵⁾

그런데 의제된 인허가가 항고소송의 대상이 되는 경우 피고적격과 관련하여 이러한 행정기본법의 규정에도 불구하고 여전히 의문점은 남는다. 개발행위에 관한 특별법이라고 할 수 있는 산지관리법은 관련 인허가 행정청인 산림청장 등에게 건축법 등 타법에 따라 의제된 산지전용허가에 관하여는 중지명령권과 주된 인허가 행정청에 대한 주된 인허가의 취소요청권만을 규정하고 있기 때문이다. 이는 의제대상 인허가 관련 행정청에게 의제된 인허가에 대한 직접적인 취소권 행사를 인정하지 않겠다는 의미이다(산지관리법 제20조 제2항, 제3

24) 이광재, 전제논문, 2015, 121면.

25) 배정범, 전제논문, 2021, 234면.

항).²⁶⁾ 이러한 경우 그 취소처분의 상대방은 취소처분의 취소를 구함에 있어 처분명목의자인 주된 인허가 행정청을 피고로 하여야 하는지, 아니면 의제대상 인허가에 관하여 실체적 요건을 사실상 심사하였고 사후관리 권한을 보유한 관련 행정청으로 하여야 하는지 정해진 바가 없다고 할 것이다. 이에 대해서는 협의의 구속력과 함께 아래(Ⅲ, Ⅳ)에서 검토하기로 한다.

5. 의제된 인허가의 실재 인정 여부

의제된 인허가의 실재 여부는 의제된 인허가의 독자적 취소가능성 여부를 논하는 전제가 되므로 살펴보기로 한다.

1) 실재 여부에 관한 견해의 대립

의제된 인허가의 실재성에 대한 부정설은 주된 인허가의 발급 시 의제된 인허가는 실제로 존재하는 것이 아니라 의제 규정에 의해 인허가가 있는 것으로 간주되어 법률 효과가 발생할 뿐이라고 본다.²⁷⁾ 의제된 인허가는 항고소송의 대상이 되는 처분으로서의 요건 즉, 행정청에 의한 의사의 결정 및 그 외부적 표시로서 공권력 행사라는 요소를 구비하지 못하고 있다는 점을 논거로 제시한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).²⁸⁾ 이에 따르면 주된 인허가처분 내지 반려처분만이 실재하고 의제된 인허가처분 내지 반려처분은 존재하는 것이 아니며 의제된 인허가는 독립적인 취소의 대상이 될 수 없고 의제된 인허가의 하자는 주된 인허가의 취소사유가 될 뿐이다.²⁹⁾

이에 반해 의제된 인허가의 실재성에 대한 긍정설은 법률상 의제의 의미는 의제되는 것이 존재한다고 간주하는 것이므로 의제된 인허가는 법률상 실재하는 것으로 보아야 한다는 견해이다.³⁰⁾ 의제되는 인허가와 관련된 법령상 요건 충족 여부가 심사되고 있다는 점, 의제되는 인허가에 대한 사후적인 관리·감독은 당해 업무에 전문성이 있는 관련 인허가 행정청이 하는 것이 바람직하다는 점.³¹⁾ 실제집중의 부정은 의제대상 인허가의 실재로 볼 수 있는데, 현재 인

26) 정혜영, 전계논문, 2019, 71면.

27) 이광제, 전계논문, 2015, 111~112면.

28) 배정범, 전계논문, 2021, 214면.

29) 정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 『법제』제530호, 법제처, 2002, 17면.

30) 박균성, 전계논문, 2018, 781면.

31) 정준현, “인·허가의제의 법적 효과에 관한 입법현황”, 『행정관례연구』 15-2집, 행정이론과 실무학회, 2010, 14~17면.

허가의제 제도는 실체집중이 부정된다는 점 등을 그 논거로 제시한다.

2) 판례의 태도

과거 대법원이 건축불허가처분을 하면서 그 처분사유로 건축불허가 사유뿐만 아니라 형질변경불허가나 농지전용불허가 사유를 제시한다고 하여 그 건축불허가처분 외에 별개로 형질변경불허가처분이나 농지전용불허가처분이 존재하는 것이 아니라고 판시한 데(대법원 2001. 1. 16. 선고, 99두10988 판결) 대하여 부정설의 입장을 취한 것으로 해석하는 견해가 제시된다. 그러나 이에 대해서 의제효는 주된 인허가 발급 시에 발생하는 것이지 반려된 경우에는 의제효가 발생하지 않으므로 판례가 부정설의 입장을 취한 것이 아니라는 반론이 존재한다.³²⁾

한편 최근 대법원은 의제된 인허가는 통상적인 인허가와 효력 상 동일하므로 (최소한 부분 인허가의제가 허용된다면) 의제된 인허가의 효력을 제거하기 위하여 직권취소·철회 및 갱송취소를 허용하여야 한다고 하여 주된 인허가가 발급된 경우에는 의제된 인허가의 실재를 전제로 논의를 전개하고 있다.³³⁾ 즉, 판례는 의제된 인허가의 실재성을 인정하는 논거로 의제대상 인허가의 실체적 요건 심사, 의제된 인허가와 통상적 인허가의 효력 상 동일성, 부분 인허가의제의 허용 등을 제시하고 있다.³⁴⁾

3) 검토

최근 제정된 행정기본법은 의제된 인허가의 사후관리에 관하여는 관련 인허가 행정청이 의제된 관련 인허가에 대해서는 당해 행정청이 가장 전문성을 갖춘 기관인 점 등을 고려하여 의제된 인허가는 관련 행정청이 직접 한 것으로 간주하고 의제된 인허가에 관하여 직접 행한 인허가와 동일하게 관리·감독할 것을 규정하고 있다(동법 제26조 제1항). 앞서 살펴본 바와 같이, 이러한 입법은 의제된 인허가의 실재설에 입각한 것으로 평가된다.³⁵⁾

한편, 의제된 인허가의 실재성에 관한 부정설은 의제된 인허가의 독립적 취소를 인정하는 것이 이해관계 있는 제3자의 권익보호나 목적사업의 원활한 수행 보장에 기여하는지는 불분명한 반면, 오히려 남소를 초래해 인허가 상대방

32) 박균성, 전개논문, 2019, 13면.

33) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결

34) 정해영, 전개논문, 2019, 64면.

35) 배정범, 전개논문, 2021, 216면.

의 법적 불안 해소를 저해한다고 한다.³⁶⁾ 그러나, 주된 인허가는 존속시킨 채 의제된 인허가만 취소하여도 행정목적을 달성할 수 있다면 의제된 인허가만을 취소하는 것이 행정법의 일반원칙인 비례성 원칙에 부합한다.³⁷⁾ 따라서 이러한 점들을 고려할 때, 의제된 인허가의 실재성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다.

III. 의제된 인허가의 독자적 취소의 논거 검토

대법원은 주된 인허가는 존속시키면서 의제된 인허가만을 취소·철회함으로써 해당 의제된 인허가의 효력만을 소멸시킬 수 있는 가능성 즉, 의제된 인허가의 독자적 취소가능성 그 자체는 인정하고 있다. 그러나 이러한 의제된 인허가의 독자적 취소가능성이 모든 인허가제도의 유형에 있어 인정되는 것은 아니다.

즉, 대법원은 의제된 인허가와 통상적인 인허가는 그 효력이 동일하기에 ‘적어도 부분 인허가의제가 허용되는 경우’ 그 효력을 제거하기 위해 의제된 인허가의 직권취소·철회가 가능하고, 직권취소·철회가 가능하므로 의제된 인허가에 대한 쟁송취소도 가능하다고 하여 ① 의제된 인허가의 통상적인 인허가와 효력 상 동일성과 ② 실체집중의 부정을 바탕으로 ③ 부분 인허가의제의 허용이라는 의제된 인허가 독자적 취소가능성의 기준을 제시하고 있다.³⁸⁾

이때, 대법원은 부분 인허가의제란 의제대상 인허가 중 일부가 주된 인허가 발급 이후에도 의제가 인정될 수도 있다는 의미이므로 의제대상 인허가의 성립과 존속이 주된 인허가에 종속되지 않는 이상 독립적으로 의제된 인허가의 효력을 소멸시키는 것이 가능하다는 논거로 활용하고 있는 것으로 보인다.³⁹⁾ 이러한 기준에 따르면 부분 인허가의제가 허용되는 경우 혹은 의제된 인허가 사항을 변경할 수 있는 경우에는 의제된 인허가의 독자적 취소가 가능한 것이다.⁴⁰⁾

따라서 이하에서는 대법원이 제시한 의제된 인허가의 독자적 취소가능성의

36) 정해영, 전개논문, 2019, 74~75면.

37) 입법이론실무학회, 전개논문, 2017, 163면;

김중권, “의제된 인허가의 취소와 관련된 문제점”, 『법조』제67권 제5호, 법조협회, 2018, 527면.

38) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고, 2016두38792 판결

39) 박균성, 전개논문, 2019, 22면.

40) 배정범, 전개논문, 2021, 237면.

논거의 의미를 분석하고, 대법원 판결에 등장한 국토개발사업에 관한 주된 인허가와 의제된 인허가의 관계를 중심으로 부분 인허가의제가 아닌 경우에도 의제된 인허가의 독자적 취소가 가능한지를 검토하고자 한다.

1. 의제된 인허가의 실체적 요건 심사- 실체집중의 부정

대법원은 의제대상 인허가의 실체적 요건에 관한 심사가 이루어진다는 것을 근거로 의제된 인허가의 처분성을 긍정하고 이에 기하여 의제된 인허가의 독자적 취소가능성을 인정한다. 이는 의제효과가 발생하는 경우에도 주된 인허가와 의제대상 인허가 요건의 충족 여부에 관한 심사가 별개로 이뤄지므로 의제된 인허가의 성립과 소멸을 주된 인허가의 성립과 소멸에 종속시킬 필요는 없다는 취지로 보인다.

한편 의제된 인허가의 실체적 요건에 관한 심사는 부분 인허가의제의 경우에만 한정되는 것은 아니다. 앞서 살펴보았듯이 의제대상 인허가를 일괄적으로 협의하여야 하는 건축법상 건축허가와 국토계획법상 개발행위허가의 관계에서도 의제대상 인허가인 개발행위허가에 관하여서도 실체집중은 부정된다. 오히려 주된 인허가인 건축법상 건축허가는 건축허용성의 결정 즉, 당해 토지(대지)의 지상에 건축물을 건축할 수 있는지에 관한 도시계획적 판단이 선행(전제)되어야만 하기에⁴¹⁾ 행정청이 건축허용성(토지의 개발가능성)을 실질적으로 평가하는 개발행위허가의 심사가 주된 인허가에 결정적인 영향을 끼친다.⁴²⁾

즉, 인허가의제 제도의 취지에 따라 절차집중은 인정하지만 실체집중을 부정하는 원칙(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결)은 전체 인허가의제 제도에 적용되어야 하는 것이므로 부분 인허가의제인지 일괄 인허가의제인지 여부와는 무관하게 모든 인허가 행정청은 의제 대상 인허가의 실체적 요건에 구속받는 것이다.

41) 김종보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012, 149면;

김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호, 행정법이론실무학회, 2021, 49면.

42) 문중흠, “개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도”, 『행정관례연구』 제23권 제2호, 한국행정관례연구회, 2018, 380면.

2. 의제된 인허가와 통상적 인허가의 효력 상 동일성

대법원은 의제된 인허가는 그 효력이 통상적 인허가와 동일하므로, 그 효력을 제거하기 위한 법적 수단으로 의제된 인허가의 직권취소·철회가 허용될 필요가 있고, 주된 인허가 후 의제된 인허가를 변경할 수 있다면 의제된 인허가의 효력만을 소멸시키는 취소·철회하는 것도 가능하다고 보아 의제된 인허가의 효력적 동일성을 의제된 인허가의 독자적 취소가능성의 한 기준(논거)으로 제시하고 있다.⁴³⁾

그런데, 의제된 인허가의 효력은 의제대상 인허가의 요건과 효과를 규정한 관련 법령에 의해 정해진 것이므로 인허가의제의 유형에 따라 그 법률효과가 달라지는 것이라고는 할 수 없다. 가령 산지관리법상 산지전용허가는 관제가 일괄 인허가의제로 해석하는 건축법상 건축허가에 의해서도 의제 되고, 부분 인허가의제로 해석하는 (구)중소기업창업지원법상 사업계획승인에 의해서도 의제 되는데 그 인허가 요건과 법적 효과는 이미 산지관리법에 규정되어 있음에도 불구하고 의제하는 법률이 무엇인지에 따라 그 법적 효과가 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않다.

따라서, 관련 인허가 행정청에 의해 산지전용허가가 취소될 경우 그것이 일괄 인허가의제에 의해 의제된 것이라고 하더라도 ①국민(사업시행자)의 권리·의무(목적사업의 유지·지속)에 영향을 주는 것이고 ②외부적으로 표시된다면 항고소송의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

3. 부분 인허가의제의 허용

대법원은 의제된 인허가의 독자적 취소가 가능한 경우로 부분 인허가의제가 적용되는 의제 관계를 제시하고 있다. 이에 대해 주된 인허가 행정청이 ①의제대상 인허가에 대하여 관련 인허가 행정청과 일괄하여 사전협의를 완료할 것이 주된 인허가 처분의 요건이 아니라면, ②의제대상 인허가 중 일부가 주된 인허가 발급과 별개로 주된 인허가를 전후하여 발급될 수 있으므로, ③ 그 성립이 주된 인허가와 별개로 이루어진 이상 그 효력의 소멸도 주된 인허가와 독립적으로 이뤄질 수 있다고 해석하는 견해가 제시된다.⁴⁴⁾

43) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결

44) 박균성, 전제논문, 2019, 22면.

1) 의제된 인허가의 취소가 주된 인허가의 취소사유가 아닌 경우

의제된 인허가의 독자적 취소가 가능하다는 것은 주된 인허가의 효력을 유지하면서 의제된 인허가의 효력만을 소멸시킬 수 있다는 것인데, 그렇다면 의제된 인허가의 독자적 취소가 허용되는 부분 인허가의제의 경우 의제된 인허가의 하자는 주된 인허가에 어떠한 영향도 가하지 않는다는 의미인가?

그러나, 부분 인허가의제로 해석되는 경우에도 의제된 인허가의 하자로 그 의제된 인허가를 취소하는 경우에 그러한 사정이 주된 인허가의 취소사유가 될 수 있다. 부분 인허가의제가 허용되는 경우에도 의제된 인허가의 취소가 주된 인허가의 하자에 영향을 주지 않는 관계도 주는 관계도 병존하기 때문이다.

먼저, 부분 인허가의제에서 의제된 인허가의 위법성이 주된 인허가의 위법사유를 구성하지 않는 경우를 살펴본다. 주된 인허가인 주택법상 사업계획승인과 의제대상 인허가인 국토계획법상 지구단위계획의 관계에서 의제된 인허가의 하자가 주된 인허가의 하자가 아니다.⁴⁵⁾ 이 주택법상 (주택건설)사업계획의 승인은 국민주거 안정 등을 위하여 주택공급을 통제하려는 것으로서 강학상 ‘행정계획’에 해당한다(주택법 제15조).

주택법은 다른 개발사업법들과 달리 사업계획승인 전 택지개발촉진법상 택지개발예정지구의 지정 등 개발사업의 1차적 계획수립을 원칙적으로 요하지 않는다.⁴⁶⁾ 대신, 사업계획승인으로서는 1차적 계획인 지구단위계획 결정을 의제처리하는 특징이 있다(주택법 제19조 제1항 제5호). 한편, 국토계획법은 건축물의 건축 등이 그 지구단위계획에 부합하여야 한다고 하면서도 지구단위계획이 미수립된 경우에는 그 예외를 인정하고 있다(국토계획법 제54조). 이렇듯 지구단위계획의 수립이 사업계획의 승인에 반드시 선행하여야 하는 것은 아니다.

이러한 관계에서는 의제된 인허가의 하자가 주된 인허가의 성립 및 효력에 영향을 줄 수 없으므로 의제된 인허가 상 위법성(지구단위계획 변경결정 공시방법상 하자)이 주된 인허가(주택건설사업계획 승인처분) 그 자체의 위법사유는 될 수는 없으며 주된 인허가의 효력을 유지하고 의제된 인허가만을 취소하는 것이 가능하다.

부분 인허가의제가 허용되는 경우 중에서도 주된 인허가와 의제된 인허가의 관계가 상기와 같은 경우에는 의제된 인허가들 중 일부 의제된 인허가에 위법성이 존재하면 당해 인허가에 한하여 의제효 발생을 차단하고 주된 인허가를

45) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017두45131 판결

46) 이기형, “주택건설사업계획승인의 요건 및 절차-대법원 2010.11.11. 선고 2010두14718 판결을 중심으로-” 『법학연구』제50집, 한국법학회, 2013, 433면.

유지하여 목적사업을 존속시킬 수 있으므로 의제된 인허가를 대상으로 별도로 항고소송을 제기할 타당성을 쉽게 인정할 수 있다.

2) 의제된 인허가의 취소가 주된 인허가의 취소사유를 구성하는 경우

반면에, 부분 인허가의제로 해석되는 경우에도 의제된 인허가가 주된 인허가의 전제 내지 선행요건으로 기능하는 경우에는 부분 인허가의제를 채택하고 있더라도 의제된 인허가의 하자가 주된 인허가의 취소사유(위법사유)로 기능할 수 있다.

예를 들어 부분 인허가의제가 채택된 것으로 해석되는 구 중소기업창업지원법상 사업계획승인과 그로 인해 의제된 산지관리법상 산지전용허가의 경우, 사전 협의되지 못한 의제대상 인허가(산지관리법상 산지전용허가 등)가 불가하거나 의제대상 인허가 중 (직권)취소·철회 후 재인허가가 불가한 경우에는 주된 인허가(사업계획승인) 그 자체를 취소할 수 있다.⁴⁷⁾ 이는 의제대상 인허가의 위법성으로 그 인허가가 불가한 경우 주된 인허가의 성립과 효력도 부정될 수 있다는 의미이다. 이는 일괄 인허가의제로 해석되는 건축법상 건축허가의 의제된 인허가 중 건축허용성을 규율하는 부분에 하자가 있을 경우 그 건축허용성에 기반하여 건축허가요건을 심사한 주된 인허가(건축법상 건축허가)가 취소되어야 하는 것⁴⁸⁾과 마찬가지다.

그렇다면, 의제된 인허가의 하자가 주된 인허가의 효력에 영향을 미치고 행정청이 의제된 인허가(산지전용허가 등)의 위법을 들어 이를 취소하고 그러한 사정에 기하여 주된 인허가(사업계획승인)를 취소한 상황에서 대법원이 의제된 인허가(의 취소)가 주된 인허가(의 취소)와 별도로 항고소송의 대상이 된다고 한 이유는 무엇인지 의문이 제기된다.

원칙적으로 의제된 인허가의 처분성을 인정한다면 인허가 행정청이 처분상 대방(사업시행자)에게 의제된 인허가 요건 상 위법사유를 들어 의제된 인허가에 대한 취소 통보를 하는 경우 그 처분상대방은 의제된 인허가 취소에 대한 취소소송 등을 제기할 수 있다. 그러나, 주된 인허가 행정청이 의제된 인허가의 위법성을 들어 주된 인허가까지 취소한 상황에서는 목적사업을 계속 유지하려는 처분상대방(사업시행자)으로서는 주된 인허가의 취소를 대상으로 항고소송을 제기할 수밖에 없다. 이 경우 처분상대방이 궁극적으로 희망하는 목적

47) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결

48) 우미형, “건축행위 허가의 법적 성격-건축허가 요건에 관한 법령 규율 변화와 판례 이론의 전개-”, 『강원법학』 제62권, 강원대학교 비교법학연구소, 2021, 373면.

사업의 유지는 주된 인허가 취소의 위법 여부에 달린 것이기 때문에 별도로 의제된 인허가의 취소를 항고소송의 대상으로 삼아 다툴 소의 이익이 없다고 보는 견해도 제시되기 때문이다.⁴⁹⁾

이러한 견해가 존재함에도 상기와 같은 사실관계에서 대법원이 의제된 인허가(의 취소)가 별도로 항고소송의 대상이 된다고 본 이유는 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 의제된 인허가(산지전용허가)만 취소되고 주된 인허가(사업계획승인)의 취소는 아직 이뤄지지 않은 경우, 의제된 인허가(산지전용허가)의 취소는 그 자체로 국민(사업시행자)의 권리·의무사항에 변동을 초래할 수 있으므로 가중된 불이익(주된 인허가의 취소)을 받을 수 있는 사업시행자에게 가중된 불이익이 구체적으로 실현되기를 기다리게 하여 소송을 허용하기보다는 의제된 인허가의 취소를 선제적으로 다투는 것을 허용할 필요가 있기 때문이다.

둘째, 의제된 인허가의 취소는 물론이고 주된 인허가의 취소가 이미 취해진 상황이라도, 대법원에 따르면 의제된 인허가(산지전용허가)의 취소와 주된 인허가(사업계획승인)의 취소는 그 대상과 범위를 달리 하는 것이니 만약 주된 인허가의 취소로 현재는 목적사업을 유지할 수 없게 되어도 의제된 인허가의 효력을 존속시켜 사업시행자가 그 존속된 인허가를 목적사업의 재추진 등에 활용할 수 있도록 하기 위함이다(주된 인허가 취소 시 효력에 대해서는 아래 III.4.2)와 IV.3.에서 다루기로 한다).

따라서 부분 인허가의제가 적용되는 경우라 하여 모두 의제된 인허가의 하자가 주된 인허가에 영향을 주지 않는다고 보기는 어렵다. 부분 인허가의제 내지 일괄 인허가의제의 채택은 인허가 발급의 방식에 관한 것, 정확하게는 인허가 발급을 위한 관계 행정청 간 협의의 방식에 관한 것이고 의제된 인허가의 취소는 인허가 발급 후 취소에 관한 문제로서 서로 다른 차원의 일이다. 즉, 부분 인허가의제 허용 여부는 인허가 요건의 심사과정 상 의제대상 인허가에 관한 관련 행정청 간 협의를 어떻게 처리할지에 관련된 분류의 문제일 뿐, 의제된 인허가의 법적 성격 내지 주된 인허가와 의제된 인허가의 관계를 결정하는 요소는 아니라고 할 것이다.⁵⁰⁾

49) 정해영, 전제논문, 2019, 73면.

50) 정해영, 상제논문, 2019, 70면.

4. 기타 의제된 인허가의 취소와 관련하여 논의가 필요한 사항

1) 의제대상 인허가의 피고적격에 관한 기준

의제대상 인허가의 독자적 취소가 허용되는 상황에서 피고적격이 주된 인허가 행정청에게 있는지, 관련 인허가 행정청에게 있는지에 관하여 대법원은 명확하게 그 견해를 천명하고 있지는 않다. 중소기업창업지원법상 사업계획승인에 의해 의제된 산지관리법상 산지전용허가의 경우 산지관리법에 따라 주된 인허가 행정청과 관련 인허가 행정청이 동일하여 피고적격에 관한 언급 없이 주된 인허가 행정청이 피고가 되었다.⁵¹⁾

사후관리와 관련하여 관련 인허가 행정청에게 관리·감독권을 부여하면서도(행정기본법 제26조 제1항), 인허가의 취소권은 인정하지 않는 등(산지관리법 제20조 제2항, 제3항) 입법례는 일관되지 못하다. 그리고 하급심 판결 중에는 의제대상 인허가의 실체적 요건 충족 여부는 통상적인 인허가의 경우와 동일한 수준으로 심사받아야 하는 점 등에 비춰 의제대상 인허가 행정청과의 협의는 사실상 합의를 의미한다고 본 사례⁵²⁾가 있는 반면에, 주된 인허가 행정청(지방자치단체장)이 국토계획법에 따른 도시계획시설사업 실시계획인가를 하여 사업인정이 의제된 사안에서 의제된 사업인정은 협의 시 관련 인허가 행정청(국토부장관)의 관여가 적었다는 이유로 피고적격이 주된 인허가 행정청에게 있다고 본 사례⁵³⁾도 있어 협의의 구속력과 관련지어 피고적격을 검토하더라도 귀일된 결론이 도출되었다고 보기는 어렵다.

그러나, 분쟁의 실질적인 측면에 있어서는 피고적격이 명확하지 않은 상태에서는 피고경정이 이뤄지지 않는 한 잘못된 피고의 지정으로 소송이 각하되어 원고가 불측의 손해를 입거나 분쟁의 해결이 지체될 수 있으므로 이하(IV)에서는 이에 대한 기준을 제시하고자 한다.

2) 주된 인허가의 취소 등이 의제된 인허가에 미치는 효과

의제된 인허가 실재 부정설의 입장에서는 주된 인허가가 취소·철회되면 의제된 인허가는 당연히 실효한다고 볼 수 있는 반면, 의제된 인허가 실재 긍정설의 입장에서는 주된 인허가만의 취소·철회로는 의제된 인허가가 실효되지

51) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결

52) 의정부지방법원 2008. 12. 09. 선고 2008구합2069 판결; 서울고등법원 2009. 8. 25. 선고 2009누1558 판결

53) 대구고등법원 2021. 5. 21. 선고 2020누4025 판결

는 않는다고 볼 수 있다. 한편, 대법원(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결)은 산지전용허가(의제된 인허가) 취소에 따라 사업계획승인(주된 인허가)은 산지전용허가를 제외한 나머지 인허가만 의제하므로 사업계획승인의 취소는 ‘산지전용허가를 제외한 나머지 인허가 사항만 의제된 사업계획승인을 취소하는 것’이라고 판시하고 있는바, 이를 두고 판례가 주된 인허가의 취소로 의제된 인허가 전부를 취소하는 것으로 보고 있다는 해석이 제시된다.⁵⁴⁾

그러나 대법원은 의제된 인허가의 취소와 관련하여 의제된 인허가 실제설에 입각한 판시들을 보여왔고, 위 판례의 문맥상 취소의 대상이 나머지 관련 인허가를 의제하는 ‘주된 인허가 그 자체’만을 의미하는지, ‘나머지 관련 인허가와 주된 인허가의 일체’를 의미하는지는 불분명하다.

의제된 인허가(의 취소처분)에 대한 항고소송은 분쟁의 목적이 주된 인허가(목적사업) 효력의 유지·존속에도 있겠지만 의제된 인허가 그 자체의 유지·존속에도 있다. 그런데, 만약 주된 인허가가 취소될 경우 목적사업의 재추진을 위하여 관련된 모든 의제대상 인허가를 다시금 득하여야 한다면 이는 필연적으로 사업시행자에게 중요한 이해관계가 걸린 문제가 될 수밖에 없다. 따라서 이하(IV)에서는 주된 인허가의 취소(소멸)가 가지는 법적 효력의 해석에 관한 기준을 제시하고자 한다.

5. 소결

의제된 인허가의 독자적 취소를 인정할 필요성은 의제된 인허가만을 취소하여도 법질서를 유지할 수 있는데 주된 인허가를 취소하는 것은 비례성 원칙에 위배 되는 점, 주된 인허가를 유지하고 의제된 인허가의 효력만을 소멸시킬 경우에는 인허가처분의 상대방이 추후 그 하자를 보완하여 소멸된 인허가만을 회복하면 되므로 처분 상대방의 편의를 도모할 수 있는 점 등에서 찾을 수 있을 것이다.⁵⁵⁾

그러나, 대법원이 의제된 인허가의 독자적 취소가 가능한 기준으로 제시한 의제된 인허가의 실체적 요건의 심사, 의제된 인허가와 통상적 인허가의 효력적 동일성 등은 부분 인허가의제의 경우뿐만 아니라 일괄 인허가의제의 경우에도 적용된다. 그리고 부분 인허가의제 여부는 인허가 요건의 심사 시 의제대

54) 박균성, 전제논문, 2019, 33면.

55) 박균성, 상제논문, 2019, 22면.

상 인허가에 관한 관련 행정청 간 협의를 어떻게 처리할지에 관한 인허가의 의제방식에 관한 문제에 불과하지 의제대상 인허가의 법적 성격을 결정하는 것은 아니다.

부분 인허가의제 여부와는 무관하게 의제된 인허가의 취소는 인허가 행정청에 의해 사후관리의 차원에서 이뤄질 수 있고 이러한 의제된 인허가의 취소 등이 국민의 권리·의무에 영향을 가하는 사항이라면 쟁송의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 이하에서는 이러한 의제된 인허가의 독자적 취소의 확대가능성과 이와 관련된 쟁점들에 대한 논의를 전개하고자 한다.

IV. 의제된 인허가의 독자적 취소의 확대가능성

1. 일괄 인허가의제가 적용되는 의제된 인허가의 독자적 취소가능성

앞서 살펴본 바와 같이, 대법원은 주된 인허가의 효력을 유지한 채 의제된 인허가의 효력만을 소멸시킬 수 있는 근거로 부분 인허가의제의 허용을 중심으로 실체집중의 부정, 의제된 인허가와 통상적 인허가와와의 효력적 동일성 등을 제시하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 일괄 인허가의제가 적용되는 의제대상 인허가의 경우에도 그 실체적 요건에 관하여 심사가 이루어지고, 그 법적 효력은 통상적인 인허가와 동일하다. 그리고 부분 인허가의제 내지 일괄 인허가의제 채택 여부가 의제대상 인허가의 법적 효력을 결정하는 요소가 되지 않는 못하기에 일괄 인허가의제의 의제된 인허가도 처분성이 인정된다면 독자적 취소의 대상이 될 가능성이 있다. 이하에서는 이에 대해 검토하고자 한다.

1) 의제된 인허가의 처분성

외견상 행정청의 내부행위로 보여도 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미친다면 국민의 권리구제를 위하여 항고소송의 대상적격성을 인정할 수 있다. 따라서 일괄 인허가의제로 해석되는 경우의 의제된 인허가라고 하여도 그것이 국민(사업시행자)의 권리·의무(목적사업의 운영 등)에 영향을 끼치는 것이라면 그 처분성을 인정할 수 있다.

예를 들어 대법원이 부분 인허가의제로 해석하는 주택법상 사업계획승인에

56) 박성균, 전제논문, 2019, 20면.

의해 의제되는 산지관리법상 산지전용허가의 경우에는 처분성을 인정하여 항고소송의 대상으로 인정하고 있는데, 일괄 인허가의제로 이해되는 건축법상 건축허가로 의제된 산지전용허가의 경우 일괄 인허가의제이기 때문에 그 허가가 국민(사업시행자)의 권리·의무에 미치는 영향이 없어져 산지전용허가(취소)의 처분성이 인정할 수 없다는 것은 타당하지 않다.

처분성의 판단기준으로 국민의 권리·의무 사항에 대한 영향력 이외에 외부적 표시 여부를 문제 삼을 수는 있다. 그러나, 중소기업창업지원법상 사업계획승인으로 의제된 산지관리법상 산지전용허가에 관한 행정청의 ‘산지전용협의 취소 통지’의 법적 성격이 문제된 사안에서 원심은 그 통지를 두고 처분이 아닌 단순한 관념의 통지에 불과한 것으로 보았으나 대법원은 사전통지 및 의견제출 절차 등을 거친 점을 감안하여 외부적 의사표시로 보아 그 처분성을 인정하였다.⁵⁷⁾ 따라서 일괄 인허가의제로 해석되는 법률규정에 의한 의제된 인허가의 취소 통보, 알림 등에 대해서도 행정청 간 내부행위에 머무는 것이 아닌 이상 사인(私人)을 향한 행정청의 외부적 의사표시(행정처분)로 볼 수 있다 (이 경우 행정청이 사전통지나 의견제출 등의 절차를 거친다면 더욱 용이하게 외부적 의사표시성을 인정할 수 있을 것이다).

2) 인허가 행정청에 의한 의제된 인허가의 사후관리

인허가 행정청이 사후관리의 차원에서 의제된 인허가 사항의 변경 및 직권취소·철회가 가능하다면 그 취소처분을 다투는 쟁송취소 등도 허용된다.⁵⁸⁾ 일괄 인허가의제로 해석되는 법률규정에 의한 의제된 인허가라 하여 인허가 행정청이 의제효과 발생한 후에도 지속적으로 그 적법성을 관리하고 위법성이 심각할 경우 의제된 인허가에 대한 (직권)취소권을 발동할 필요성이 없어지는 것은 아니다. 따라서 일괄 인허가의제의 의제된 인허가에 대한 직권취소가 가능하다면 쟁송취소도 허용될 수 있다.

3) 의제된 인허가의 취소와 주된 인허가 취소의 시간적 간격

앞서 살펴보았듯이, 부분 인허가의제로 해석되는 법률규정에 의한 의제된 인허가의 성립은 주된 인허가의 성립과 시간적으로 차이가 있을 수 있다. 그리고 의제된 인허가의 하자(의제대상 인허가의 불가나 직권취소 후 재인허가의 불가)가 장차 주된 인허가의 취소사유로 기능하더라도 의제된 인허가만 취소

57) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결

58) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결

되고 아직 주된 인허가는 취소되지 아니한 경우 의제된 인허가의 취소를 다투어 주된 인허가의 취소를 방지할 수 있다는 점에서 별도로 의제된 인허가를 항고소송의 대상으로 허용할 타당한 이유가 된다.

한편, 일괄 인허가의제로 해석되는 법률의 경우에도 전체 의제대상 인허가가 논리 필연적으로 주된 인허가와 일체를 이루어 동시에 심사·발급되어야만 하는 것은 아니다. 일부 의제대상 인허가는 부분 인허가의제와 마찬가지로 주된 인허가의 발급을 전후하여 별도로 이뤄질 가능성이 있는 것이다.

일괄 인허가의제가 적용되는 사안이라고 할지라도 의제대상 인허가인 국토계획법상 개발행위(토지형질변경)허가 요건은 건축허용성에 관한 것이고 주된 인허가인 건축법상 건축허가의 요건은 건축허가요건에 관한 것인바, 양자의 심사 및 발급과 별도로(전자가 선행하여) 이뤄질 수 있다. 또한 판례에 따르면 신청인이 인허가 신청 시점에는 부지확보 등 국토계획법상 개발행위(토지형질변경)허가 요건을 갖추지 못하였더라도 근미래에 그 요건을 갖추 가능성이 있다면 주된 인허가 행정청은 그 의제대상 인허가(개발행위허가)를 받을 것을 조건(부관)부로 하거나 묵시적인 전제로 하여 주된 인허가(건축허가)를 발급하는 것도 가능하다.⁵⁹⁾

따라서 일괄 인허가의제가 적용되는 사안이라고 하더라도 의제된 인허가의 취소가 주된 인허가 취소의 잠정적인 유보로서 양자 간 시간적 간격이 존재할 수 있다. 따라서 그러한 경우 민원인이 의제된 인허가의 취소를 다투 수 있게 허용한다면, 의제된 인허가의 사정을 원인으로 하여 주된 허가가 취소되는 불이익을 방지할 수 있게 된다는 점에서 실익이 있다.

만약, 행정청에 의해 의제된 인허가의 취소가 이뤄지고 이를 사유로 주된 인허가의 취소까지 나아갔다고 하더라도 주된 인허가의 취소로 전체 의제된 인허가가 논리필연적으로 모두 취소되어야 하는 것은 아니라고 본다면(의제된 인허가 실재론), 취소된 일부 의제대상 인허가의 효력 회복을 위해 주된 인허가의 취소와 별도로 의제된 인허가의 취소를 다투 필요가 있다(주된 인허가 취소 시 효력에 대해서는 IV.3.에서 다룬다).

다만, 모든 일괄 인허가의제가 적용되는 의제대상 인허가가 독자적 취소가 허용되는 것은 아니다. 예를 들어 건축법상 인허가의 경우 구체적인 건축행위를 하려면 건축법상 건축허가요건(건축물의 안전성)과 국토계획법상 건축허가요건(도시계획과의 적합성)을 모두 갖추어져야 하고 양자의 요건은 일체를 이

59) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결

루어 분리 불가능하다. 따라서 양자의 심사 및 발급은 도저히 별도로 이뤄질 수 없는 필수적 의제의 관계에 있다. 한편, 상기에서 예시로 든 건축법상 건축허가와 국토계획법상 토지형질변경허가의 관계는 이미 건축허용성이 부여된 토지에 대해서는 토지형질변경 허가는 불요하고 건축법상 건축허가만 필요하기에 양자는 별도로 발급될 수 있는 절차간소화 의제에 해당한다.⁶⁰⁾

이러한 법적 성격을 감안할 때 일괄 인허가의제로 해석되는 경우 중에서 전자의 경우(필수적 의제)는 의제대상 인허가를 독자적으로 취소한다는 것은 논리적으로 불가하고, 후자의 경우(절차간소화 의제)는 의제대상 인허가의 독자적 취소가 허용될 가능성이 있다고 할 것이다.

2. 의제된 인허가에 대한 항고소송 상 피고적격

사업시행자가 인허가의제 제도를 활용하여 인허가의 발급을 구한 경우 의제된 인허가의 위법성을 다투고자 하는 경우 피고적격이 주된 인허가 행정청에 있는지, 의제된 인허가의 소관 관련 행정청에 있는지가 문제 된다. 이는 현재 국가공무원법 제26조와 같이 예외적인 피고적격을 구체적으로 명시한 규정은 없는 상황에서, 의제효 있는 인허가 처분을 외부적으로 자신의 명의로 행한 것은 ‘주된 인허가 행정청’이지만, 실제로 의제된 인허가 사무에 대하여 협의를 통해 발급 여부를 주도하였으며(혹은 주도할 가능성이 크며) 인허가 후 사후관리권을 행사하는 것은 ‘관련 인허가 행정청’이기 때문이다.

한편 최근 제정된 행정기본법은 관련 인허가 행정청이 의제된 인허가를 직접 한 것으로 보고 사후 관리할 것을 규정하고 있다(동법 제26조 제1항). 그리고 앞서 살펴본 바와 같이 대법원에 의하면 부분 인허가의제가 허용되는 경우 그 의제된 인허가에 대한 독립적인 재송취소를 허용되고,⁶¹⁾ 주된 인허가 행정청이 관련 행정청과 미리 협의한 사항에 한하여 관련 인허가가 의제되는 효과가 발생하므로⁶²⁾ 의제대상 인허가의 발급을 주도한 관련 인허가 행정청을 피고로 보는 것이 타당하다는 견해가 유력하게 제시된다.⁶³⁾

그러나 국민의 소송상 편의를 감안할 때, 의제된 인허가를 다투는 항고소송의 피고적격은 원칙적으로 자신의 명의로 의제된 인허가의 발급 및 취소를 외

60) 김종보·박건우, 전제논문, 2021, 56~57면.

61) 대법원 2018. 1. 29. 선고 2016두38792 판결; 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결

62) 대법원 2021. 3. 1. 선고 2020두42569 판결

63) 박균성, 전제논문, 2019, 27면.

부적으로 표한 행정청에게 있다고 보는 것이 합리적이다. 따라서 그 행정청이 주된 행정청인지 관련 행정청인지 여부와는 무관하게 처분명의자를 피고(처분청)로 보아야 한다. 왜냐하면, 처분상대방이나 이해관계 있는 제3자 등 국민의 입장에서는 행정청 간 협의의 관여 정도 같은 내부적인 사정을 정확하게 알 수 없는 경우가 대부분이기 때문이다.

관련 인허가 행정청이 피고가 되는 것이 적절하다는 견해의 주된 이유는 행정청 간 사전협의라는 내부적인 사정에 비취 관련 인허가 행정청이 의사결정권을 사실상 행사하였다는 것이다. 그러나 항고소송의 피고적격을 규정하는 행정소송법은 취소소송 등 항고소송의 원칙적인 피고로 처분청을 규정하고 있다(동법 제13조 제1항). 이때 처분청이란 소송의 대상이 되는(의제대상) 인허가를 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 지칭하는데⁶⁴⁾ 의제효 있는 인허가의 발급 시 최종적인 판단과 외부적인 표시는 주된 인허가 행정청이 하였다.

이에 따라 항고소송의 경우 제소를 하는 국민의 편의를 위하여 권한의 위임이나 대리권 수여 등 ‘행정청 간 내부적인 사정과는 상관없이’ 처분명의자인 행정청을 피고로 보아야 하는 것이 원칙이다.⁶⁵⁾ 다만, 예외적으로 처분명의자인 대리 행정청이 피대리 행정청으로부터 대리권한을 수여 받아 처분을 하였음을 처분상대방이 ‘알고서 받아들인’ 경우에만 행정청 간 내부적인 사정인 대리관계에 따라 피대리 행정청이 피고가 될 수 있다.⁶⁶⁾

한편, 행정기본법은 의제된 인허가 사후관리의 주체를 당해 업무에 관하여 전문성을 갖춘 관련 인허가 행정청으로 설정하고 있으나(동법 제26조 제1항), 앞서 살펴보았듯이 산지관리법과 같이 의제된 인허가의 하자가 있을 경우 주된 인허가 행정청에게 인허가 취소권을 부여한 입법례도 있다. 이러한 사정에 비취 만약 관련 인허가 행정청이 사후관리권 행사의 일환으로 직접 의제된 인허가에 대한 취소권을 행사한다면 그가 처분명의자로서 피고가 되면 되겠으나, 그렇지 않고 주된 인허가 행정청에 대한 인허가 취소요청권만을 행사한다면 그러한 경우까지 국민이 그 사정을 알아내어 피고를 정확히 가려내기는 어렵다고 할 것이다.

최근의 하급심 판결 중에는 지자체장이 국토계획법에 따른 도시계획시설사업 실시계획인가를 하여 국토부장관으로부터 사업인정이 의제된 사안에서, 의제된 사업인정 처분은 협의절차 시 국토부의 관여가 적었다는 이유로 사업인

64) 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결

65) 대법원 1994. 6. 14. 선고 94누1197 판결

66) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005부4 결정

정 처분을 다투는 경우의 피고적격이 국토부장관이 아닌 지자체장에게 있다고 본 사례도 있다.⁶⁷⁾ 이 사안은 원고(이해관계 있는 제3자)가 인허가의제 제도의 운영과 관련하여 의제대상 인허가 업무에 전문성을 갖춘 관련 인허가 행정청(국토부장관)을 피고로 보았음에도, 행정청 간 내부적인 사정인 협의의 관여 정도는 알 수 없어 결과적으로 피고의 선택이 잘못되었던 사례라고 하겠다.

한편 처분명의자인 주된 인허가 행정청이 피고가 되어 소송에 대응할 경우 관련 인허가 행정청에 비해 업무와 관련된 전문성이 낮다는 우려가 제기될 수 있다. 소송에 대응해야 하는 행정청의 입장에서는 항고소송 상 당사자가 되어야 해당 업무에 정통한 내부직원을 소송수행자로 지정할 수 있고(국가소송법 제5조), 소송수행자가 되어야 재판상 진술 및 서면의 직접 제출·열람이 가능하여 원활한 소송대응이 가능하기 때문이다.⁶⁸⁾

그러나 피고가 된 주된 행정청이 소송대응 상 의제된 인허가에 관하여 가장 전문성 있는 관련 인허가 행정청의 소송참여가 필요하다고 판단하면, 그 행정청의 소송참가를 신청할 수 있다(행정소송법 제17조 제1항). 이를 통해 관련 인허가 행정청은 참가행정청으로서 소송대응 전반을 지원할 수 있다. 관련 인허가 행정청(참가인)은 주된 인허가 행정청(피참가인)의 승소를 위하여 상소 등 모든 소송행위를 할 수 있기 때문이다(행정소송법 제17조 제3항, 민사소송법 제76조).

3. 주된 인허가 취소 시 의제된 인허가에 미치는 영향(취소의제 여부)

지금까지 의제된 인허가의 하자가 주된 인허가의 하자가 될 수 있는가를 살펴본 것과는 반대 방향으로 주된 인허가에 위법사유가 있어 이를 취소·철회한 경우 이에 따라 의제된 인허가도 취소·철회되는 것으로 보아야 하는지가 문제 된다. 의제된 인허가 비실재론의 입장에서는 주된 인허가가 취소·철회되면 의제된 인허가는 당연히 실효한다고 볼 수 있는 반면, 의제된 인허가 실재론의 입장에서는 주된 인허가만의 취소·철회로는 의제된 인허가가 실효되지는 않는다고 보는 것이 합리적이다.

사업시행자가 관련 인허가를 받는 궁극적인 의도는 목적사업의 추진에 있는데, 주된 인허가의 취소로 목적사업의 추진이 불가해지므로 주된 인허가의 취

67) 대고등법원 2021. 5. 21. 선고 2020누4025 판결

68) 이수창, “국가소송법상 소송지휘제도의 평가와 개선방안 연구-행정소송을 중심으로-” 『감사논집』 제36호, 감사원 감사연구원, 2021, 124~125면.

소 시 의제된 인허가는 별도의 취소행위가 없더라도 당연히 취소되어야 한다고 보는 견해가 제시된다.⁶⁹⁾ 산지전용허가(의제된 인허가) 취소에 따라 사업계획승인(주된 인허가)은 산지전용허가를 제외한 나머지 인허가만 의제하므로 ‘사업계획승인 취소는 산지전용허가를 제외한 나머지 인허가 사항만 의제된 사업계획승인을 취소하는 것’이라고 판시한 대법원 판례(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결)에 대해, 대법원이 주된 인허가의 취소로 의제된 인허가 전부를 취소하는 것으로 보고 있다는 해석도 제시된다.⁷⁰⁾

그러나 사업시행자는 개별적으로 여러 인허가 절차를 거칠 수 있고 관련 인허가 의제처리를 신청하는 것은 의무사항이 아니며 관련 인허가의제 제도는 사업시행자의 편의를 위한 것인데⁷¹⁾, 사업시행자가 관련 인허가의제 제도를 이용하였다고 하여 개별적으로 인허가 절차를 각각 거친 경우와 달리 한 주된 인허가의 취소로 인하여 의제대상 인허가가 모두 취소된다고 보는 것은 편의를 위한 제도가 오히려 불이익을 초래하게 하는 것으로 타당하지 않다.

현실적으로도 주된 인허가가 취소되어 당장 목적사업의 시행이 불가능해져도 의제된 인허가를 존속할 필요성이 있을 수 있다. 예를 들어 건축허용성은 확보하였으나 건축물의 안전 그 자체에 관한 기준을 갖추지 못해 건축법상 건축허가를 취소하는 경우에는 건축허용성에 관한 국토계획법상 개발행위허가까지 구태여 취소(의제)하였다가 추후 다시 건축법상 건축허가 신청이 있는 경우 무용한 개발행위허가의 신청 및 심사를 반복하는 것은 행정력의 낭비에 불과하다.

최근 제정된 행정기본법도 주된 인허가 취소 시 의제된 인허가의 취소를 의제하는 규정을 두고 있지는 않으며, 의제된 인허가의 실재설에 기반하여 관련 인허가 행정청에게 의제된 인허가에 대한 사후관리권한을 부여하고 있는데(동법 제26조 제1항), 주된 인허가의 취소 시 관련 인허가의 취소의제는 이러한 규정의 취지와도 배치된다고 하겠다.⁷²⁾

그러므로 (특히 법률관계가 복잡한 국토개발사업에 있어) 주된 인허가 행정청이 주된 인허가를 취소하였다고 전체 의제된 인허가가 당연히 취소되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 만약 주된 인허가 행정청이 주된 인허가 취소 시 동시에 의제대상 인허가를 동시에 취소할 필요성이 있다고 판단한다면 관련 인

69) 입법이론실무학회, 전계논문, 2017, 163면.

70) 박균성, 전계논문, 2019, 33면.

71) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결

72) 배정범, 전계논문, 2021, 235면.

허가 행정청에게 부여된 사후관리권(행정기본법 제26조 제1항)을 존중하여 관련 인허가 발급 시와 마찬가지로 관련 인허가 행정청과 사전협의를 하여 관련 인허가 행정청이 소관 (의제대상) 인허가를 취소하도록 하여야 할 것이다.

V. 결론

지금까지 의제된 인허가의 독자적인 취소가 가능한 인허가의제의 유형과 범위는 무엇인지, 부분 인허가의제 이외에도 일괄 인허가의제의 경우에도 의제된 인허가의 독자적 취소가 가능한 근거는 무엇인지, 의제된 인허가가 항고소송의 대상이 될 경우 그 피고적격이 누구에게 있는지, 주된 인허가 취소 시 의제적 인허가들은 취소의제되는지에 관하여 살펴보았다.

대법원은 ① 의제된 인허가는 통상적 인허가와 그 효력이 동일하고, ② 의제된 인허가의 실체적 요건에 대한 심사가 이뤄지므로 ③ 최소한 부분 인허가의제가 적용되는 경우에는 의제된 인허가의 독자적 취소를 인정하고 있다. 판례에 의하면 부분 인허가의제가 허용되는 경우에는 행정청에 의한 사후관리적 차원에서 의제된 인허가에 대한 직권취소 등이 가능하고 직권취소가 가능하다면 사인(私人)에 의한 쟁송취소도 가능하다.

그러나, 부분 인허가의제가 적용되는 사안뿐만 아니라 일괄 인허가의제가 적용되는 사안의 경우에도 의제된 인허가의 독자적 취소는 가능할 수 있다. 일괄 인허가의제가 적용되는 의제된 인허가도 효력적 동일성과 그 요건에 관한 실체적 심사가 행해지고, 행정청에 의하여 사후관리적 차원에서 직권취소·철회가 이뤄질 수 있으며, 그 취소 등은 사업시행자 등 국민의 권리·의무에 영향을 주고 외부적으로 표시될 수도 있어 항고소송의 대상적격이 될 수 있기 때문이다. 의제된 인허가의 취소는 장차 일괄 인허가의제의 주된 인허가 취소라는 가중된 불이익 처분의 발령을 예정하고 있으므로 소익도 인정된다. 다만, 예외적으로 일괄 인허가의제 중 주된 인허가 의제의 필수적 의제 대상인 인허가는 주된 인허가와 그 요건에 대한 심사가 별도로 진행되어 발급될 수 없으므로 독자적 (직권·쟁송)취소의 대상이 될 수는 없다고 할 것이다.

이렇듯 (부분 인허가의제 여부와 관계없이 주된 인허가와 논리적으로 분리 가능한) 의제된 인허가의 독자적인 취소를 구하는 경우 피고적격에 관하여는 주된 인허가 시 사전협의를 통해 의제대상 인허가의 실체적 요건을 심사한 관

런 인허가 행정청이 피고가 되어야 한다는 유력한 견해가 제시된다.

그러나 의제된 인허가(및 그 취소)가 항고소송의 대상이 되기 위해서는 외부적 표시라는 요소를 고려하여야 하고, 항고소송의 원고가 되는 사인(私人)으로서는 법률관계가 복잡한 국토개발사업에 있어 인허가를 위한 협의 과정상 관련 인허가 행정청의 관여 정도와 같은 내부적인 사정을 정확하게 알 수 없는 경우가 대부분이다. 따라서 국민의 편의도모를 위해 처분명의자인 행정청을 피고로 한다는 원칙(행정소송법 제13조)으로 돌아가, 의제된 인허가의 발급 및 취소와 관련하여 처분을 그 명의로 표시한 행정청이 주된 인허가 행정청인지 관련 인허가 행정청인지와 무관하게 피고가 되어야 할 것이다.

한편, 주된 인허가의 취소 시 의제된 인허가의 취소의제는, 국토개발사업 관련 인허가의제 제도가 사업시행자에게 의무부담을 지우기 위한 것이 아니라 절차간소화 등 사업시행자의 편의를 도모하기 위한 것인데도 그 취지에 반하여 사업시행자에게 가중된 손해로 작용할 수 있는 점, 취소의제는 행정기본법이 의제된 인허가의 실제설에 기반하여 관련 인허가 행정청에게 의제된 인허가에 대한 사후관리권을 부여한 사실과도 배치되는 점, 목적사업의 재추진 시 의제된 인허가의 존속시킬 필요가 있는 점 등을 고려할 때 이를 부정하는 것이 타당하다.

[참고문헌]

- 김종보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012.
- 김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호, 행정법이론실무학회, 2021.
- 김중권, “의제된 인허가의 취소와 관련된 문제점”, 『법조』 제67권 제5호, 법조협회, 2018.
- 문중흠, “개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도”, 『행정판례연구』 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018.
- 박균성·김재광, “인허가의제제도의 문제점과 개선방안”, 『행정법연구』 제26호, 행정법이론실무학회, 2010.
- 박균성, “의제된 지구단위계획의 공시방법의 하자과 주된 인허가처분인 주택건설사업계획승인처분의 효력”, 『법조』 제67권 제3호, 법조협회, 2018.
- , “의제된 인허가의 취소”, 『행정판례연구』 제24권 제1호, 한국행정판례연구회, 2019.
- 배정범, “『행정기본법』상의 인허가의제 규정에 관한 법적 소고”, 『법학연구』 제24권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2021.
- 이기형, “주택건설사업계획승인의 요건 및 절차-대법원 2010.11.11. 선고 2010두14718 판결을 중심으로-”, 『법학연구』 제50집, 한국법학회, 2013.
- 이광제, “인허가의제제도의 입법적 대안연구”, 『법제』 2015년 12월호, 법제처, 2015.
- 이수창, “국가소송법상 소송지휘제도의 평가와 개선방안 연구-행정소송을 중심으로-”, 『감사논집』 제36호, 감사원 감사연구원, 2021.
- 우미형, “건축행위 허가의 법적 성격-건축허가 요건에 관한 법령 규율 변화와 판례 이론의 전개-”, 『강원법학』 제62권, 강원대학교 비교법학연구소, 2021.
- 입법이론실무학회, 『인허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구』, 법제처, 2017.
- 정준현, “인·허가의제의 법적 효과에 관한 입법현황”, 『행정판례연구』 15-2집, 행정이론과 실무학회, 2010.
- 정태용, “인·허가의제제도에 관한 고찰”, 『법제』 제530호, 법제처, 2002.
- 정해영, “의제된 인허가의 처분성”, 『이주법학』 제13권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2019.
- 조인성, “행정기본법(안)상 인허가 의제제도와 토지행정법상 인허가 의제제도 비교분석”, 『토지공법연구』 제93집, 한국토지공법학회, 2021.

[Abstract]

A study on the expansion of the possibility of
independent revocation of counted approval and permission
- Focusing on the national land development project acts -

Su-chang Lee*

The legal fiction of permission system, introduced to simplify administrative procedures and promote national benefits, is used in a number of laws relating to national land development projects. At this time, the issue is whether the counted approval and permission can be independently revoked, which administrative agency should be the defendant if the counted approval and permission is subject to appeal suit, and whether the counted approval and permission is revoked due to the revocation of the main approval and permission. With regard to the possibility of independent revocation of the counted approval and permission, the Supreme Court recognizes the possibility on the premise that Partial-counted permission is permitted.

However, whether to permit a partial-counted permission is only about the arrangement and is not a determinant of the relationship between the main approval · permission and the counted approval · permission. Consequently, in the case of a one-stop counted approval and permission, the counted approval and permission, for post-management purposes may be revoked, which affects the rights and obligations of the people, and therefore the counted approval and permission is subject to an appeal suit. If such a counted approval and permission is subject to an appeal suit, the defendant to a suit shall be the administrative agency that externally indicated the issuance or revocation of the counted approval and permission. Furthermore, even if the main approval and permission is revoked, it will be said that the counted approval and permission will not be revoked in light of the fact that the counted approval and permission is for the convenience of the

* Su-chang Lee(Lawyer, Daegu Metropolitan Office of Education / nna06@naver.com)

project implementer and the need to be reserved for the re-promotion of the target project.

Keywords : Legal Fiction of Permission, one-stop counted approval and permission, Partial-counted approval and permission, counted approval and permission, the possibility of independent revocation