

전라남도 행정심판위원회 재 결			
① 사 건	전남행심 제2022-131호 건축허가신청 불허가처분 취소청구		
청 구 인	② 이 름		
	③ 주 소		
대 리 인	④ 이 름		
	⑤ 주 소		
⑥ 피청구인			
⑧ 주 문	청구인의 청구를 기각한다.		
⑨ 청구취지	피청구인이 2022. 4. 18. 청구인에게 한 건축허가신청 불허가처분을 취소한다.		
⑩ 이 유	별지 1에 적은 내용과 같다.		
⑪ 근거법조	「행정심판법」 제46조		
위 사건에 관하여 주문과 같이 재결합니다. 2022. 9. 2. 전라남도 행정심판위원회 			

[별지 1]

이 유

【제2022-131호, 건축허가신청 불허가처분 취소청구】

1. 사건 개요

청구인은 2021. 9.경 피청구인에게 ○○군 ○○면 ○○리 ○-4(이하 ‘이 사건 신청지’라 한다) 필지에 동·식물관련시설(우사 1동 ○m², 퇴비사 ○m², 관리사 ○m²)을 신축하기 위한 건축허가를 신청(이하 ‘이 사건 신청’이라 한다)하였다.

피청구인은 2022. 4. 18. 청구인에게 “① 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’이라 한다) 제58조 제1항 제4호 및 「같은 법 시행령」 [별표 1의2] 개발행위허가기준 부적정으로 인한 개발행위허가 불협의를, ② 당해지역 및 주변지역 대기오염, 토질오염, 소음·분진 등에 의한 환경오염으로 인근 생태계가 파괴될 우려가 있는 등 공익상 중대한 피해가 예상된다”를 근거로 이 사건 신청을 불허가(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)하였다.

청구인은 2022. 6. 16. 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다.

2. 청구 취지

피청구인이 2022. 4. 18. 청구인에게 한 건축허가신청 불허가처분을 취소한다.

3. 당사자 주장 요지

가. 청구인

1) 절차적 하자(이유 제시의 하자)

피청구인은 이 사건 처분을 할 때 어떤 이유에서 개발행위허가 협의가 불가하다는 것인지 명시하지 않았으며, 환경오염으로 인근 생태계가 파괴될 우

려가 있는 등 공익상 중대한 피해가 예상된다는 사유는 그 내용이 추상적이다.

2) 실체적 하자

가) 처분 사유의 부존재

청구인은 주민의견 수렴이 필요하다는 조건을 제외하고는 ○○군계획위원회(이하 ‘이 사건 계획위원회’라 한다)가 제시한 조건을 모두 이행한 뒤 피청구인에게 조치 결과서를 제출하였다. 그렇다면 피청구인은 공익상 중대한 피해가 예상된다는 표면상 이유를 내세우면서 사실상 이 사건 신청지 인근 주민들의 동의가 없다는 것을 근거로 이 사건 신청을 불허가한 것이라고 보아야 하는데, 이는 여러 차례 대법원에서 판시한 바와 같이 위법·부당하다.

나) 재량권의 일탈·남용

피청구인은 이 사건 신청지를 가축사육이 가능한 지역으로 지정하였고, 피청구인이 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익은 사후 관리·감독으로도 충분히 달성할 수 있다. 청구인은 법이 요구하는 적법한 시설을 모두 갖춘 축사 시설을 운영할 예정인데도 아무런 구체적인 근거 없이 환경으로 인한 인근 생태계가 파괴될 우려가 있다는 막연한 염려만을 이유로 한 이 사건 처분은 사실을 오인한 것일 뿐만 아니라 처분 근거에 대한 아무런 입증도 없으므로 위법·부당하다.

이 사건 신청지 인근에는 20여 곳의 축사가 운영 중에 있고, 각 축사의 입지 조건은 이 사건 신청지와 유사한데도 피청구인이 이 사건 신청을 불허가한 것은 불합리한 차별에 해당하므로 이 사건 처분은 평등 및 비례의 원칙을 위반한 것이다.

나. 피청구인

1) 절차적 하자(이유 제시의 하자)에 대하여

① 피청구인이 명시한 관계 법령의 내용은 ‘개발행위로 주변환경의 경관 및 미관을 훼손하지 아니하도록 하여야 하고, 해당지역 및 주변지역에 각종

환경오염 등이 발생할 우려가 없을 것’이라는 점, ② 이 사건 계획위원회는 이 사건 신청에 대하여 악취관리 등 환경오염 예방 대책이 필요하다는 조건을 명시하였고, 청구인은 축사를 운영할 경우 분뇨 운반 및 악취로 인하여 환경적 위해가 발생하거나 발생할 가능성이 있다는 것을 충분히 예상할 수 있다는 점을 고려하면 이 사건 처분 사유는 특정되었다고 보아야 한다.

2) 실체적 하자에 대하여

가) 처분 사유의 부존재에 대하여

청구인이 이 사건 처분의 실질적 사유라고 주장하는 ‘인근 주민의 반대 또는 민원’은 처분서 등 어디에도 드러나 있지 않다.

나) 재량권의 일탈·남용에 대하여

① 이 사건 신청지의 지형, 마을 및 각종 시설의 위치를 고려하면 이 사건 신청지에 축사가 건축되어 악취가 발생하면 인근 주거지 등에 직접적인 영향을 미칠 수 있다는 점, ② 피청구인의 사후적 규제만으로는 주거 등 환경 회복에 한계가 있을 수밖에 없는 점 등에 비추어보면 피청구인의 이 사건 신청에 대한 재량적 판단이 현저히 합리성을 결여하였거나 형평 및 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치된다고 볼 수 없다.

이 사건 신청지 2km 반경에 위치한 20여개의 축사는 각 건축물마다 상수 시설, 배수시설 등 시설물의 현황이 달라 이 사건 신청지와 동일한 조건에 있다고 볼 수 없다. 따라서 위 축사들이 이 사건 신청지와 같은 조건에 있다는 것을 전제로 하여 이 사건 처분이 비례 및 평등의 원칙을 위반하였다는 청구인의 주장은 타당하지 않다.

4. 관계 법령

가. 「건축법」 제11조 제1항, 제5항 제3호

나. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제58조 제1항 제4호, 제3항, 「같은 법 시행령」 제56조 제1항, [별표 1의2] 제1호 라목 (2)

다. 「행정절차법」 제23조 제1항

라. 「행정기본법」 제9조, 제10조

5. 판 단

가. 인정 사실

청구인과 피청구인이 제출한 행정심판청구서, 답변서, 각종 증거자료 등 각 사본의 기재 내용과 전라남도행정심판위원회가 직권으로 조사한 내용을 살펴보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

1) 청구인은 2021. 9.경 피청구인에게 이 사건 신청지에 우사 1동 등 동·식물관련시설을 신축하기 위하여 이 사건 신청을 하였다.

2) 이 사건 계획위원회 제1분과위원회는 2021. 10. 18. 이 사건 신청에 대하여 다음과 같이 의결하였다.

주 문
○○면 ○○리 동식물관련시설(우사) 개발행위허가 심의(안)은 “조건부의결”함 ○ 콘크리트 옹벽, 바닥의 레미콘 규격 및 철근상세도 표시할 것 ○ 진출입로에 고정식 차량소독시설 및 대인용 소독시설 설치 검토 ○ 용수 확보계획 검토 및 사육계획(예상사육두수, 용수 총사용량, 축분료 총발생량 등) 검토 ○ 우사 및 퇴비사의 지붕 및 외벽은 주변 환경과의 조화를 고려하여 주변 지붕 색채(하늘색)와 동일 색상 검토 및 외벽은 회색 혹은 미색 계열 검토 ○ 관리사의 평면도, 지붕평면도, 좌우측면도, 종횡단면도, 배면도 등의 건축도면 제시 및 색채계획은 우사의 색채계획과 동일하게 검토 ○ 현황실측도는 현재 지형이 반영된 도면으로 재작성 ○ 남동측경계부에는 외부수를 배제할 수 있는 산마루 측구 설치 ○ 도로 현황을 봤을 때 양방교통은 불가능해 보이며 시야가 확보되는지 여부는 확인

이 불가하므로 원활한 진출입이 가능한 방법을 제시할 것

- 이동 및 작업공간은 콘크리트포장, 기타 경계부 등 이용밀도 낮은 곳은 비포장 내지는 쇄석 포장
- 경계부 관목(홍가시나무 등) + 교목(상록 : 동백이나 애기동백) + 교목(낙엽 : 단풍나무, 목련, 산수유 등) 식재
- 산림보호 필요, 주민의견 수렴 필요
- 해충 및 악취관리 등 환경오염 예방(축사운용 시) 대책 필요
- 기존 배수로와의 연결이 불분명함
- 퇴비에서 발생하는 오수처리나 피해방지계획서가 없음

3) 청구인은 2021. 11.경 피청구인에게 위 의결에 대한 조치결과서를 제출하였다.

4) 피청구인은 2022. 4. 18. 청구인에게 다음과 같은 사유로 이 사건 신청을 불허가하는 것을 내용으로 하는 이 사건 처분을 하였다.

☐ 불허가 사유

- 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제58조 개발행위허가 협의 불가
 - 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조(개발행위허가의 기준 등) 제1항 제4호 부적정
 - 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 [별표 1의2] 개발행위허가기준 부적정
- 당해지역 및 주변지역 대기오염, 토질오염, 소음·진동 등에 의한 환경오염으로 인근 생태계가 파괴될 우려가 있는 등 공익상 중대한 피해가 예상됨

5) 청구인은 2022. 6. 16. 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다.

나. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

1) 관계 법령

별지 2에 적은 내용과 같다.

2) 판 단

가) 절차적 하자(이유 제시의 하자)에 대하여

「행정절차법」 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는바, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 그러므로 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서, 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는, 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도, 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다(대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두65718 판결 등 참조).

이 사건 처분서에 명시된 관계 법령 및 이 사건 계획위원회 심의의결서를 종합하면 이 사건 처분의 사유는 “당해지역 및 주변지역 대기오염, 토질오염, 소음·분진 등에 의한 환경오염으로 인근 생태계가 파괴될 우려가 있는 등 공익상 중대한 피해가 예상되므로 국토계획법령에 따른 개발행위허가 조건을 충족하지 않는다”는 것으로 특정된다. 그리고 청구인이 위 심의의결서에 따라 조치계획서에 위 사유에 해당하는 내용을 보완 작성하여 피청구인에게 제출한 사실에 비추어보면 청구인은 이 사건 처분의 사유를 알았다고 봄이 상당하고, 그렇다면 처분 사유의 내용이 추상적이어서 청구인이 행정구제절차로 나아가는 데 지장을 초래하였다고 보기 어렵다. 따라서 청구인의 이유 제시에 관한 하자 주장은 이유 없다.

나) 실체적 하자에 대하여

(1) 처분 사유의 존부

이 사건 처분 사유는 앞서 본 바와 같이 특정되고, 청구인이 주장하는 ‘인근 주민들의 미동’ 사유는 처분서에 적시되지 않았으므로 이 사건 처분의 근거가 오직 위 사유만이라는 청구인의 주장은 그 자체로 이유 없다.

(2) 재량권의 일탈·남용 여부

건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 하고(「건축법」 제11조 제1항 본문), 위 허가를 받으면 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 본다(「건축법」 제11조 제5항 제3호). 국토계획법상의 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는 건축신고가 국토계획법령이 정하는 개발행위허가기준을 갖추지 못한 경우 행정청으로서 이를 이유로 그 수리를 거부할 수 있고(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017두50188 판결 등 참조), 이는 개발행위허가를 받은 것으로 의제되는 건축허가의 경우에도 동일하게 적용된다.

국토계획법상 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다. 그러므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 된다. 특히 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위에 대한 행정청의 허가과 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는 해당 지역 주민들의 토지이용실태와 생활환경 등 구체적 지역 상황과 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익 균형 및 환경권의 보호에 관한 각종 규정의 입법 취지 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다. ‘환경오염 발생 우려’와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중하여야 한다. 그리고 처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 사정은 그 처분의 효력을 다투는 자가 주장·증명하여야 한다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020두51280 판결 등 참조).

위 법리를 이 사건에 적용해 보건대, ① 이 사건 처분 사유는 “환경오염으로 인근 생태계가 파괴될 우려가 있는 등 공익상 중대한 피해가 예상된다”는 것인 점, ② 이 사건 신청지는 주변 토지에 비해 높은 지대에 위치하

여 있고, 이 사건 신청지와 인근 식품창고(이 사건 신청지로부터 직선거리로 약 100m) 및 촌락(약 350~400m) 사이에 악취 완화효과를 가져올만한 지형지물이 없어 축사가 신축될 경우 창고업자와 마을주민은 악취로 인한 직접적인 영향을 받을 것으로 보이는 점, ③ 인근 축사는 촌락으로부터의 거리, 지형 등 입지조건이 이 사건 신청지와 다르므로 피청구인이 인근 축사의 경우와 달리 이 사건 신청을 거부한 것이 평등의 원칙에 위배된다고 보기 어려운 점, ④ 설령 청구인이 제시한 살수차 이용, 침사지 설치 등 환경오염 방지 대책을 통해 생태계 파괴의 우려를 다소 완화시킬 여지가 있다고 하더라도 그 우려가 불식된다고 보기는 어려운 점, ⑤ 축사와 같이 악취를 유발하는 시설의 경우 사후적으로 규제가 가능하긴 하지만, 사후적 규제만으로는 주거, 인근 시설 등 환경회복에 한계가 있을 수밖에 없는 점 등에 비추어보면 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용하였다고 보기 어렵다. 따라서 청구인의 재량권 일탈·남용에 관한 하자 주장은 이유 없다.

6. 결 론

그렇다면, 청구인의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 재결한다.

[별지] 관계 법령

【건축법】

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

②~④ (생략)

⑤ 제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제13조의2와 제14조에 따라 관련 법률의 인·허가등이나 허가등을 받은 것으로 본다.

1~2. (생략)

3. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조에 따른 개발행위허가

4~23. (생략)

⑥~⑪ (생략)

【국토의 계획 및 이용에 관한 법률】

제58조(개발행위허가의 기준) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 맞는 경우에만 개발행위허가 또는 변경허가를 하여야 한다.

1~3. (생략)

4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것

5. (생략)

② (생략)

③ 제1항에 따라 허가할 수 있는 경우 그 허가의 기준은 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 다음 각 호의 구분에 따라 대통령령으로 정한다.

1. 시가화 용도: 토지의 이용 및 건축물의 용도·건폐율·용적률·높이 등에 대한 용도지역의 제한에 따라 개발행위허가의 기준을 적용하는 주거지역·상업지역 및 공업지역
2. 유보 용도: 제59조에 따른 도시계획위원회의 심의를 통하여 개발행위허가의 기준을 강화 또는 완화하여 적용할 수 있는 계획관리지역·생산관리지역 및 녹지지역 중 대통령령으로 정하는 지역
3. 보전 용도: 제59조에 따른 도시계획위원회의 심의를 통하여 개발행위허가의 기준을 강화하여 적용할 수 있는 보전관리지역·농림지역·자연환경보전지역 및 녹지지역 중 대통령령으로 정하는 지역

【국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령】

제56조(개발행위허가의 기준) ①법 제58조제3항에 따른 개발행위허가의 기준은 별표 1의2와 같다.

[별표 1의2] 개발행위허가기준(제56조관련)

1. 분야별 검토사항

검토분야	허가기준
가~다. (생략)	
라. 주변지역과의 관계	(1) (생략) (2) 개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변지역에 대기오염·수질오염·토질오염·소음·진동·분진 등에 의한 환경오염·생태계파괴·위해발생 등이 발생할 우려가 없을 것. 다만, 환경오염·생태계파괴·위해발생 등의 방지가 가능하여 환경오염의 방지, 위해의 방지, 조정, 녹지의 조성, 완충지대의 설치 등을 허가의 조건으로 붙이는 경우에는 그러하지 아니하다. (3) (생략)

【행정절차법】

제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

② (생략)

【행정기본법】

제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.

제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.

1. 행정목적 달성에 유효하고 적절할 것
2. 행정목적 달성에 필요한 최소한도에 그칠 것
3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것