

태양광 발전시설 설치허가에 관한 법제 및 판례의 동향

Trends in legislation and precedents related to permission
for installation of solar power facility

임 두 리**
Leem, Du-Ri

목 차

- I. 서론
- II. 태양광 발전시설 설치허가에 관한 법제 현황
- III. 대법원 판례의 동향 및 시사점
- IV. 결론

국문초록

태양광 발전시설 설치를 위해 필요한 전기사업허가와 개발행위허가 권한을 갖는 지방자치단체가 지역주민의 반대 민원을 의식하여 조례로 허가기준을 강화함과 동시에 허가기준을 엄격히 해석·적용하여 허가에 소극적인 태도를 취한 결과, 불허가처분을 받은 사업자가 지방자치단체장을 상대로 행정소송을 제기하는 사례가 증가하고 있다.

최근 이와 관련해 대법원에서 몇 건의 판결이 선고된바, 법원은 전기사업허가와 개발행위허가의 법적 성격을 모두 재량행위로 보고 있으며, 특히 환경의

논문접수일 : 2020. 11. 02.

심사완료일 : 2020. 12. 02.

게재확정일 : 2020. 12. 02.

* 변호사, 서울대학교 환경대학원 박사과정수료

훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위허가에 대한 행정청의 예측적 판단을 폭넓게 존중하여 사범심사 강도를 완화하고 있다. 나아가, 개발행위허가에 관하여 허가권자로서 지방자치단체장이 가지는 광범위한 재량이 지방자치단체가 세부 허가기준을 조례로 정함에 있어서도 인정되고, 환경상 이익을 고려해야 하는 분야에 대해서는 조례 형성의 여지가 보다 넓게 인정된다는 전제하에 기존 하급심 판례의 결론과 달리 태양광 발전시설 설치시 이격거리를 정한 지방자치단체의 조례가 상위법령의 위임 한계를 벗어나지 않았다고 판단하였다.

행정청이 일정한 개발행위로 인한 환경 침해 우려를 구체적으로 입증하는 데 어려움이 있고 이 때문에 지역주민들의 환경이익 침해를 적시에 예방하지 못할 수 있다는 점에서 태양광 발전시설 허가 여부에 대한 판단과 허가 기준에 대한 입법에 관해 지방자치단체의 재량을 폭넓게 존중하는 판례의 태도는 일견 타당하다. 그러나 현재로서는 지방자치단체에 주어진 폭넓은 재량이 태양광 발전시설 설치의 부정적 영향과 주민 민원에만 초점을 맞추어 명백한 과학적 근거 없이 허가를 과도하게 제한하는 방향으로 작동하는 경향이 있어 대안의 모색이 필요하다.

태양광 에너지는 기후변화 대응을 위한 가장 효과적인 수단 중 하나이며, 태양광 에너지의 보급 목표 달성을 위해서는 지방자치단체의 역할이 핵심적인 만큼 태양광의 특성과 지역 고유의 환경적 여건, 특수성을 반영한 합리적인 규제 기준이 마련되어야 하며, 지방자치단체가 독자적으로 검토하기 어려운 부분에 대해서는 중앙정부가 지속적인 연구와 모니터링을 통해 신뢰할 수 있는 과학적 정보와 기준을 제공하여야 한다. 장기적으로는 사업의 결정 과정에서 지역주민의 참여를 높이고 사업의 이익을 지역과 공유할 수 있는 방안을 마련하는 등 태양광 발전에 대한 주민 수용성을 제고함으로써 사회적 갈등을 해소할 필요가 있다.

주제어 : 태양광 발전시설, 지방자치단체, 조례, 개발행위허가, 전기사업허가, 행정소송, 재량행위

1. 서론

현 정부는 ‘재생에너지 3020 이행계획’을 통해 2017년 기준 발전량의 7%에 불과한 재생에너지 비중을 2030년 20%로 확대하겠다는 목표를 선언하고, 재생에너지 기술개발과 보급 활성화를 위해 다양한 정책을 전개하고 있다. 이 과정에서 가장 주된 역할을 할 것으로 기대되는 것이 태양광 에너지다. 정부의 구상에 따르면 2018년부터 2030년까지 신규설비 총목표량 48.7GW 중 63%에 달하는 30.8GW가 태양광 에너지로 공급될 전망이다.¹⁾

재생에너지 이행계획에 따른 재생에너지 확대 목표는 2020년 현재까지 순조롭게 달성 중인 것으로 확인된다. 특히 태양광 에너지는 설비 신규 보급과 용량 증설에 힘입어 급격한 생산량 증가세를 보이고 있으며,²⁾ 2020년 7월과 8월 기준으로 총발전량에서 태양광이 차지하는 비중은 3.5%로, 2017년 이후 지속적으로 증가하고 있다.³⁾

문제는 이 과정에서 태양광 발전시설의 입지를 둘러싼 분쟁과 갈등 역시 빈발하고 있다는 점이다. 태양광 발전시설은 크게 기존 건축물에 설치하는 것과 농지나 산지에 설치하는 것으로 구분되는데, 설치 시 기존 건축물을 활용하는 경우가 대부분인 도시에서는 지가, 빛 반사나 경관 훼손 등의 문제로 설치가 크게 활성화되어 있지 않고 산지, 농경지 등 농촌을 중심으로 설치가 진행 중이다.⁴⁾ 외지인이 설치하는 사업용 발전시설에 대해 농촌 주민들의 반감이 강하고, 태양광 발전시설 설치에 따른 경관 훼손, 중금속·전자파 등으로 인한 환경오염과 그로 인한 농작물·가축 피해 등 주거·생활환경 상의 침해를 우려하는 시각도 있어 태양광 발전시설 설치를 반대하는 주민 민원이 해가 갈수록 늘어

1) 산업통상자원부, “재생에너지 3020 이행계획(안)”, 2017.12, 2면.

2) 2019년 신규 보급·증설된 태양광 설비용량은 3,789MW로 전체 신규설비의 84.5%에 해당하고, 생산량은 2,813,000toe로 전년 대비 42%가량 증가했다. 다만, 2019년 생산량은 한국에너지공단 이 2020년 8월 발표한 잠정통계치이며, 확정통계치는 2020년 11월 중 발표될 예정이다. 한국에너지공단, “2019년 신·재생에너지 보급통계 잠정치(2020년 공표) 결과 요약”, 2020.8, 2면.

3) 산업통상자원부, “재생에너지 3020 이행계획은 차질 없이 진행 중이며, 태양광 발전비중도 꾸준한 증가추세임”, 2020.9.14, 4면.

4) 김연중 외, 「농촌 태양광 보급의 문제점과 개선 방안 연구」, 한국농촌경제연구원, 2018, 17면.

나고 있는 상황이다.⁵⁾

이 때문에 태양광 발전시설 설치허가의 권한을 갖는 지방자치단체가 조례 제정을 통해 허가기준을 강화하거나 기존의 허가기준을 엄격히 해석·적용하는 방식으로 태양광 발전시설의 설치에 소극적인 태도를 취하고 있고, 그 결과 태양광 발전시설을 설치하고자 하는 사업자들이 사업을 중도에 포기하거나 행정청의 허가거부처분에 불복하여 행정심판 및 행정소송을 진행하는 사례도 증가하고 있어 태양광 에너지의 원활한 보급 확대에 큰 장벽으로 작용하고 있다.⁶⁾

이 글에서는 전기사업허가와 개발행위허가를 중심으로 태양광 발전시설 설치허가와 관련한 법제 현황을 살펴본 후 최근 대법원에서 선고된 판결 내용을 중심으로 태양광 전기사업허가와 개발행위허가의 법적 성격과 사법심사 기준, 전기사업허가와 개발행위허가와 관계 등 핵심 쟁점들을 검토하여 태양광 에너지의 보급 확대를 위한 정책적 시사점을 도출하고자 한다.

II. 태양광 발전시설 설치허가에 관한 법제 현황

태양광 발전시설 설치를 위해서는 기본적으로 전기사업법에 따른 전기사업허가와 함께 국토의 개발 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’)에 따른 개발행위허가가 필요하며, 설치대상 토지에 따라서는 농지법, 산지관리법, 초지법 등에 따른 토지의 전용·일시사용허가 등이 요구될 수 있다. 이 글에서는 태양광 발전시설 설치허가와 관련한 행정소송에서 주로 쟁점이 되는 전기사업허가와 개발행위허가 관련 법제 현황을 중심으로 서술한다.

1. 전기사업허가 관련 법제 현황

5) 노태호 외, 「신재생에너지 확대와 미래 환경변화 대응을 위한 중장기 발전방향 : 수상태양광 발전사업 현황과 효율적 추진방향」, 한국환경정책·평가연구원, 2020, 46-47면.

6) 선고일자 기준으로 2014년 7건이었던 태양광 관련 행정소송은 2018년 102건, 2019년 229건으로 크게 증가하는 추세다. 한국경제, “태양광 행정소송 급증…주민들 손 들어주는 법원”, 2020.6.21.

가. 허가권자

태양광 발전시설에서 전기를 생산하여 전력시장을 통해 전기판매사업자에게 공급하기 위해서는 전기사업법 제7조 제1항에 따라 산업통상자원부장관의 전기사업허가를 받아야 한다. 이 중 3,000kW 이하 태양광 발전사업의 허가 권한은 법 제98조 제1항, 같은 법 시행령 제62조 제1항에 따라 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사에게 위임되어 있다.⁷⁾

2012년 신·재생에너지 공급의무화 제도(RPS)가 시행됨에 따라 태양광 등 재생에너지를 중심으로 한 소규모 발전사업 허가신청이 급증하였고, 이에 2013년부터 많은 광역지방자치단체가 산업통상자원부장관의 승인으로 일정 설비용량 이하 전기사업의 허가 사무를 기초자치단체에 재위임하고 있다.⁸⁾ 그 결과 현재 태양광 발전사업 허가 사무 중 많은 부분은 사실상 기초자치단체장이 관장하고 있다.⁹⁾

한편, 최근 지방자치분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법에 따라 설치된 자치분권위원회에서 3,000kW 이하 전기사업의 허가 권한을 지방자치단체로 이양하기로 의결함에 따라,¹⁰⁾ 산업통상자원부장관과 더불어 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사를 전기사업 허가권자로 명시하는 법개정이 이루어져 2021년 1월부터 시행될 예정이어서¹¹⁾ 관련 사무를 기초자치단체장에게 재위임하도록 한 각 광역지방자치단체의 사무위임규칙 조항을 삭제하고 해당 내용을 사무위

7) 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제303조 제1항 특례규정에 따라 재생에너지 중 풍력 발전사업에 관한 허가권한은 산업통상자원부장관이 아닌 제주특별자치도지사에게 부여되어 있다.

8) 산업통상자원부 보도자료, “3MW이하 발전사업 허가, 시·군·구에서도 가능”, 2013.8.23.

9) 2020년 10월 기준으로 경기도·충청남도는 500kW, 강원도·경상남도·전라남도·전라북도·충청북도는 1,000kW, 경상북도는 1,500kW 이하의 전기사업 허가에 관한 사무를 시장·군수에게 재위임하고 있다.

10) 중앙행정권한 및 사무 등의 지방 일괄 이양을 위한 물가안정에 관한 법률 등 46개 법률 일 부개정을 위한 법률 제정이유 참조

11) (2021.1.1.시행 예정) 전기사업법 제7조(전기사업의 허가) ① 전기사업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 전기사업의 종류별 또는 규모별로 산업통상자원부장관 또는 시·도지사(이하 "허가권자"라 한다)의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 산업통상자원부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

임조례에 반영하는 개정작업이 후속될 것으로 예상된다.¹²⁾

나. 허가기준

전기사업법은 발전사업의 허가기준으로 ▶전기사업을 적정하게 수행하는 데 필요한 재무능력 및 기술능력이 있을 것, ▶전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것, ▶발전소가 특정 지역에 편중되어 전력시스템의 운영에 지장을 주지 아니할 것, ▶발전연료가 어느 하나에 편중되어 전력수급에 지장을 주지 아니할 것, ▶전력수급기본계획에 부합할 것, ▶저탄소 녹색성장 기본법 제42조 제1항 제1호에 따른 온실가스 감축 목표의 달성에 지장을 주지 아니할 것을 제시하고 있다(법 제7조 제5항, 같은 법 시행령 제4조 제3항).¹³⁾

최근 태양광을 중심으로 재생에너지 발전시설 설치를 둘러싼 지역 내 갈등이 심화됨에 따라 풍력, 연료전지, 태양광을 이용한 발전사업 중 일부에 대해서는 지역주민 의견을 수렴하여야 한다는 요건이 추가되었다. 그에 따라 환경영향평가법 제22조에 따른 환경영향평가 대상사업, 같은 법 제43조에 따른 소규모 환경영향평가 대상사업, 해양환경관리법 제85조에 따른 해역이용영향평가 대상사업에 해당하는 태양광 발전사업의 경우 허가신청 전 사전고지를 통한 주민 의견수렴 절차가 의무화된 상황이다(전기사업법 제7조 제5항 제5호, 같은 법 시행령 제4조의2 제1항, 제2항 제1호, 제2호).

2. 개발행위허가 관련 법제 현황

가. 허가권자

12) 사무위임규칙의 경우 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제4조에 따라 광역지방자치단체장이 중앙행정기관의 장으로부터 위임받은 사무의 일부를 시장·군수, 소속행정기관의 장 등에게 재위임하기 위한 것이며, 사무위임조례는 지방자치법 제104조에 따라 광역지방자치단체장이 관장하는 사무 중 일부를 시장·군수, 소속행정기관의 장 등에게 위임하기 위한 것이다.

13) 세부 심사기준은 같은 법 시행규칙 제7조 제4항과 산업통상자원부 고시 제2020-40호, “발전사업세부허가기준, 전기요금산정기준, 전력량계허용오차 및 전력계통운영업무에 관한 고시” 제3조 및 별표1에서 제시되어 있다.

개발행위허가는 난개발 소지가 있는 개발행위를 제한하기 위해 일정한 개발행위에 대하여 사전에 행정청의 허가를 받도록 한 제도로, 국토계획법에 그 근거를 두고 있다.¹⁴⁾ 태양광 발전시설의 설치는 국토계획법 제56조 제1항 공작물의 설치(제1호) 또는 토지의 형질 변경(제2호)과 같은 개발행위를 수반하므로 태양광 발전시설을 설치하고자 하는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수로부터 개발행위허가를 받아야 한다.

나. 허가기준

개발행위허가의 기준은 국토계획법 제58조 제1항, 같은 법 시행령 제56조 제1항, 별표 1의2에 제시되어 있으며, 국토교통부훈령으로 제정된 개발행위허가운영지침에 구체적인 심사기준이 마련되어 있다. 해당 지침에 따라 허가권자 즉, 지방자치단체장은 국토계획법의 위임범위 내에서 도시·군계획조례를 마련하여 개발행위허가제를 운영할 수 있고, 이때 도시·군계획조례로 정한 기준은 해당 지침에 우선하여 적용된다.

태양광 발전시설 설치에 관한 반대 민원이 증가하면서 많은 지방자치단체가 도시·군계획조례에 태양광 발전시설을 위한 개발행위 허가기준 조항을 별도로 두거나 훈령, 예규의 형태의 개발행위허가지침에 허가기준을 정하여 관리하기 시작하였고,¹⁵⁾ 태양광 발전시설 허가기준에 관한 조례를 별도로 제정한 사례도 있다.¹⁶⁾

이 과정에서 태양광 발전시설이 도로, 주거밀집지역 등으로부터 일정 거리 이상 이격하여야 한다는 규정이 많은 지방자치단체의 허가기준에 포함되어 시설의 입지 가능범위가 상당한 정도로 제한되었고,¹⁷⁾ 그로 인해 개발행위 불허

14) 박균성, 「행정법강의」 제16판, 박영사, 2019, 1309면.

15) I&I Research, 「에너지신산업 관련 규제개선방안 마련을 위한 연구」, 산업통상자원부, 2017, 55면.

16) 예) 대구광역시 달성군 태양광발전시설 허가기준 조례

17) 현재 지방자치단체가 자치법규를 통해 태양광 발전시설 설치 허가기준으로 제시하는 주요 내용은 ▶도로, 주거 밀집지역, 관광지, 문화재 등과의 이격 거리, ▶부지경계로부터 완충공간 확보, ▶완충공간내 가림막, 수목 식재 등 설치, ▶대상 부지의 평균 경사도, ▶배수시설 및 재해예방시설 설치 등 다양하다.

가치분을 받은 자가 행정소송에서 처분의 근거가 된 허가기준 조항의 효력을 다투는 사례가 늘어나면서 국토교통부는 국토계획법 시행령 개정을 통해 특정 공작물에 대한 이격거리, 높이, 배치 등에 대한 구체적인 사항을 도시·군계획조례로 정할 수 있도록 하는 조항을 신설하였다.

반면, 산업통상자원부는 “태양광 발전시설 입지 가이드라인”을 통해 지방자치단체의 과도한 이격거리 규제로 인해 태양광 보급 활성화에 문제가 있음을 지적하면서 원칙적으로 이격거리 기준을 설정하지 않고 일부 예외적인 경우에만 한시적으로 100m 미만의 이격거리 기준을 정하여 운영할 수 있도록 하였으나,¹⁸⁾ 법적 구속력 없는 자율규제에 불과하고 규제 폐지 시 지방자치단체에 주어지는 인센티브도 크지 않아 소기의 효과를 거두지 못하고 있는 것으로 관찰된다.

한편, 위와 같이 태양광 발전시설 설치와 관련한 허가제도가 전기사업허가와 개발행위허가로 이원화된 결과 전기사업 허가를 받은 후에도 개발행위허가를 받지 못해 사업이 지연되는 데 따른 비판이 꾸준히 제기되었고,¹⁹⁾ 이에 시·도지사가 허가권자인 3,000kW 이하 태양광 발전사업에 대해서는 전기사업 허가 단계에서 개발행위허가 등 21개 법률의 인·허가를 의제할 수 있도록 하는 전기사업법 규정이 신설되어 2021년 1월부터 시행될 예정이다.²⁰⁾

18) “태양광 발전시설 입지 가이드라인”에 따르면, 태양광 발전시설에 대해 객관적 필요성이 인정되고, ▶10호 이상 주민이 거주하는 주거밀집지역로부터 이격거리를 두는 경우(다만, 이 경우에도 해당 주민들이 동의하는 경우에는 허용할 수 있음), ▶도로법상 도로로부터 이격거리를 두는 경우(다만, 이 경우 왕복 2차로 이상의 포장도로로 한정함) ▶문화재 등 기타 시설물로부터 이격거리를 두는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 필요 최소한의 범위에서 예외적으로 이격거리를 설정하여 운영할 수 있다.

19) 산업통상자원부 보도자료, “신재생에너지 활성화를 위한 법률 개정 공포”, 2020.3.31.

20) (2021.1.1.시행 예정) 전기사업법 제7조의3(관련 인·허가등의 의제) ① 시·도지사가 제98조 제1항에 따라 전기사업의 허가 권한을 위임받거나 시·도지사가 허가권자인 태양광 발전사업(「신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법」 제2조제2호가목의 태양에너지 중 태양광을 이용하는 발전사업을 말한다. 이하 같다)에 대하여 제7조에 따른 전기사업의 허가 또는 변경허가를 하는 경우 시·도지사가 다음 각 호의 인가·허가·승인·면허·협의·해제·신고 또는 심사 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항에 따라 미리 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대해서는 그 인·허가등을 받은 것으로 본다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조제1항에 따른 개발행위의 허가

Ⅲ. 대법원 판례의 동향 및 시사점

1. 판례의 동향

태양광 발전시설 설치를 둘러싼 사회적 갈등이 확대되면서 법적 분쟁도 빈발하고 있다. 최근 발생하는 태양광 발전시설과 관련한 소송 유형은 사업자가 지방자치단체장을 상대로 허가신청에 대한 거부처분의 취소를 구하는 항고소송이 대부분이며,²¹⁾ 상대적으로 취득이 용이한 전기사업허가보다 개발행위허가 관련 소송 건수가 압도적으로 많은 것으로 관찰된다.²²⁾

태양광 발전시설 설치 시 일반적으로 전기사업 허가절차가 개발행위 허가절차에 선행되고 있는바, 여러 소송에서 지방자치단체가 전기사업허가 과정에서 장래의 개발행위허가가 불가능하다는 이유로 허가를 거부한 것이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 또한, 지방자치단체가 조례를 통해 태양광 발전시설의 최소 이격거리 기준 등 강화된 규제를 입법함에 따라 개발행위 불허가처분의 근거가 된 조례가 상위법령의 위임범위를 벗어나 무효인지 여부를 둘러싸고 많은 소송이 진행되었다.

최근 이러한 쟁점들과 관련해 몇 건의 대법원 판결이 선고된바, 이하는 이들 판례의 사실관계와 판결 요지를 정리한 후 전기사업허가와 개발행위허가의 법적 성격 및 사법심사 기준과 관련된 핵심 쟁점을 종합적으로 검토하여 태양광 발전시설 보급 확대를 위한 정책적 시사점을 제시한다.

21) 드물게 행정청의 태양광 전기사업허가에 대해 인근 지역주민들이 소음·진동에 따른 가축 피해, 전자파 위협 등 주거·생활 환경상의 침해를 이유로 허가처분의 취소를 구하며 소를 제기한 사례도 있으나, 법원은 해당 처분의 직접 상대방이 아닌 지역주민들은 해당 처분에 대하여 추상적·간접적 이해관계를 가지는 데 불과하여 그 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 이유로 소를 각하하였다. 서울행정법원 2015. 8. 21. 선고 2015구합51743 판결 참조.

22) 선고일자 기준으로 2019년 1년간 전기사업 불허가분에 대한 행정소송은 13건, 개발행위 불허가처분에 대한 행정소송은 54건으로 확인된다. 대한민국 법원 웹사이트 판결문 검색결과 참조(<https://www.scourt.go.kr/portal/main.jsp>)

2. 주요 판례

가. 대법원 2018. 7. 23. 선고 2018두43477 판결(대상판결 Ⅰ)

(1) 사건의 개요

원고들은 안동시 임야에서 태양광 발전사업을 하기 위해 2017.6.14. 안동시장에게 전기사업법 제7조 제1항에 따른 전기사업허가를 신청하였고, 안동시장은 안동시 개발행위허가 운영지침에 따른 이격거리 기준에 따라 개발행위허가가 불가하다는 이유로 2017.8.2. 불허가처분을 내렸다. 이에 원고들은 해당 처분에 불복하여 안동시장을 피고로 불허가처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1심,²³⁾ 2심²⁴⁾ 모두 원고 승소로 처분 취소 판결이 내려지자, 피고 안동시장이 불복하여 이 사건 상고를 제기하였다.

(2) 판결요지

원심은 ① 개발행위허가와 같이 사업허가 후의 단계에서 발생할 수 있는 사정까지 모두 고려할 경우 해당 조항이 지나치게 포괄적이어서 다른 법령이나 조항에서 정한 허가기준들을 무의미하게 만들 수 있는 점, ② 전기사업의 허가기준에 관한 전기사업법 제7조 제5항 및 같은 법 시행규칙 제7조는 국토계획법 등 다른 법령에 따른 허가를 받을 수 있을 것을 별도의 사업허가기준으로 정하지 않고 있는 점 등을 고려하여 전기사업법 제7조 제5항 제2호 ‘전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것’은 “전기사업계획이 현실적·경제적으로 수행 가능할 것”만을 의미한다고 보아 “국토계획법에서 개발행위허가를 받을 수 있을 것”이라는 사정을 전기사업의 허가기준으로 삼은 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다고 판단하였으며, 대법원은 심리불속행 기각으로 원고 승소 판결한 원심을 확정하였다.

나. 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018두40454 판결(대상판결 Ⅱ)

23) 대구지방법원 2017. 11. 15. 선고 2017구합23041 판결

24) 대구고등법원 2018. 4. 20. 선고 2017누8010 판결

(1) 사건의 개요

원고는 광명시 개발제한구역에 위치한 임야에서 태양광 발전사업을 하기 위해 경기도지사에게 전기사업법 제7조 제1항에 따른 전기사업허가를 신청하였다. 경기도지사는 해당 지역에 태양광 발전시설을 설치하기 위해서는 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(이하 ‘개발제한구역법’)에 따른 도시계획시설결정 및 국토교통부장관의 개발제한구역 관리계획 승인이 필요하나 해당 건에는 그러한 결정 및 승인이 없고, 개발제한구역 입지구정상 입지대상에 적합하지 않아 전기사업법 제7조 제5항 제2호 ‘전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것’ 요건에 부합하지 않는다는 이유로 2016.7.8. 불허가처분을 내렸다. 원고는 이에 불복하여 경기도지사를 피고로 처분 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 1심,²⁵⁾2심²⁶⁾ 모두 패소하자 이 사건 상고를 제기하였다.

(2) 판결요지

대법원은 국토계획법과 개발제한구역법 규정의 체계와 내용, 입법 취지와 목적 등을 종합하여 보면 개발제한구역에서의 행위 제한에 대해서는 개발제한구역법이 국토계획법에 대해 특별법의 관계에 있다는 전제하에, 개발제한구역법에 따라 개발제한구역 내에서의 태양광 설비는 건축물이나 도시·군계획시설부지에 설치하는 경우에만 도시·군계획시설로 설치하지 않을 수 있고 그 외의 경우에는 국토계획법상 도시·군계획시설로 설치되어야 한다고 보아 이 사건 임야 소재지에 도시·군관리계획상 발전설비에 관한 설치 결정이 없는 이상 발전사업은 계획대로 수행될 수 없으므로 행정청의 불허가처분은 적법하다고 판단하여 원고의 상고를 기각하였다.

다. 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두40744 판결(대상판결 Ⅲ)

(1) 사건의 개요

이 사건 원고들은 태양광 발전사업허가를 취득한 소외인들로부터 2016.9.30.

25) 수원지방법원 2017. 9. 12. 선고 2016구합67036 판결

26) 서울고등법원 2018. 3. 13. 선고 2017누71309 판결

각각 해당 발전사업을 양도받아 그 변경허가를 취득한 자들로서, 2016.10.31. 경상북도 청송군에 태양광 발전소를 건축하기 위해 국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가를 신청하였다.

청송군수는 2016.11.11. 원고들의 사업 대상지가 청송군 도시계획조례 제23조의 2 제1항 제1호, 제2호에 저촉되어 태양광 발전시설 설치를 허가할 수 없다는 이유로 허가신청을 반려하였고, 원고들은 해당 처분에 불복하여 경상북도 행정심판위원회에 행정심판을 청구하였으나 2017.3.27. 청구가 기각되자 청송군수를 피고로 이 사건 소를 제기하였다.

(2) 1심판결과 원심판결의 요지

1심 법원은 상위법령인 국토계획법 제58조 제1항, 같은 법 시행령 제56조 제1항, 제4항의 위임에 따라 제정된 국토교통부훈령 제569호 개발행위허가운영지침의 규정 체계 및 내용 등을 종합하여 보면, 허가권자는 지역특성을 감안하여 개발행위허가운영지침에서 위임하거나 정한 범위 안에서 높이·거리·배치·범위 등에 관하여 개발행위허가기준을 구체적으로 정할 수 있으나, 설치할 공작물과 도로나 주거지역 등 사이의 거리에 관하여 획일적으로 제한하여 공작물의 설치 가부 등에 관한 판단의 여지 자체를 봉쇄한 청송군 도시계획 조례 제23조의2 제1항 제1호, 제2호는 “위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것”이고, 이는 상위법령의 위임 한계를 벗어나 효력이 없다고 보았다. 결국 해당 조항에 근거하여 이루어진 개발행위불허가처분은 위법하다고 판단하였으며,²⁷⁾ 원심법원도 결론을 같이하였다.²⁸⁾

(3) 판결의 요지

대법원은 국토계획법이 태양광발전시설 설치의 이격거리 기준에 관하여 조례로써 정하도록 명시적으로 위임하고 있지는 않으나, 조례에의 위임은 포괄 위임으로 충분한 점, 자치사무라는 도시·군계획사무의 성격, 국토계획법의 다양한

27) 대구지방법원 2017. 10. 18. 선고 2017구합21397 판결

28) 대구고등법원 2018. 3. 30. 선고 2017누7475 판결

규정들의 문언과 내용 등을 종합하면 주요 도로와 주거밀집지역 등으로부터 일정한 거리 내에 태양광 발전시설 입지를 제한함으로써 토지의 이용·개발을 제한하고 있는 청송군 도시계획 조례 제23조의2 제1항 제1호, 제2호는 국토계획 법령이 위임한 사항을 구체화한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다.

판례에 따르면 “국토계획법 제56조 제1항에 의한 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역”에 속하므로, “그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 판단 기준”²⁹⁾이 된다. 특히 “환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위에 대한 행정청의 허가와 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는, 해당지역 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” 하는바, “환경오염 발생 우려와 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 존중될 필요가 있다”³⁰⁾라고 실시하면서 이 사건에서 태양광 발전시설이 가져올 수 있는 환경 훼손의 문제점, 청송군의 지리적·환경적 특성, 관련 조례가 이격거리 기준을 적용하지 않는 예외사유를 인정하고 있는 점, 국토의 계획 및 이용에 관한 법령에서 개발행위허가기준의 대강과 한계만을 정하고 구체적인 세부기준은 각 지방자치단체가 지역의 특성, 주민 의견 등을 고려하여 지방자치단체의 실정에 맞게 정할 수 있도록 위임하고 있는 취지 등을 고려할 때 이 사건 조례 조항이 국토의 계획 및 이용에 관한 법령에서 위임한 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다는 이유로 원심을 파기 환송하였다.

29) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 참조

30) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결 등 참조

라. 대법원 2019. 10. 31. 선고 2019두42624 판결(대상판결 Ⅳ)

(1) 사건의 개요

이 사건 원고는 2016.5.31. 산업통상자원부장관으로부터 수상태양광 발전사업 허가를 취득한 자로, 한국농어촌공사와 A구에 위치한 저수지 수면 43,378㎡에 대한 임차계약을 체결한 뒤 B구청장에게 해당 저수지 수면 위 공작물(태양광 발전시설) 설치를 위한 개발행위허가를 신청하였다. B구청장은 ① 해당 신청이 “개발행위로 건축하는 건축물 또는 공작물이 주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변건축물과 조화를 이루어야 한다”라고 규정한 개발행위허가운영지침 조항에 부합하지 않는다는 점, ② 태양광 발전시설 설치시 저수지 담수용량에 지장을 주어 주민의 영농생활에 지장을 주고 재산권에 손해를 미친다는 점, 주변 도시의 종합관광개발계획과 배치되고 천연기념물 및 철새도래지를 파괴할 수 있으며 주민들이 개발행위를 반대한다는 점 등을 들어 2017.5.17. 불허가처분을 내렸고, 원고는 이에 불복하여 B구청장을 피고로 해당 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

(2) 1심판결과 원심판결의 요지

재판과정에서 피고는 수상 태양광 전기시설 외 설치되는 육상 전기실과 펜스가 저수지의 자연경관과 미관을 훼손한다는 점, 발전시설 설치로 햇빛이 물에 투과되지 못하고 생물학적 산소요구량의 부족과 부영양화를 촉발해 수중 생태계에 교란이 발생하고 어패류 일부가 감소 또는 멸종하며 인근 상수원보호구역에 피해를 준다는 점, 태양광 패널 세척제가 수질을 오염시킬 것이라는 점 등을 추가 처분사유로 제시하면서 원고의 신청내용이 주요 도로에서 조망되는 자연경관 등을 훼손하지 않고 10호 이상 주거 밀집지역, 관광지, 공공시설의 부지에서 조망되는 자연경관 및 미관 등을 훼손하지 않으며 저수지 자연경관 및 생태계 교란을 발생하지 않을 것을 요구하는 해당 지방자치단체 개발행위허가 운영지침 제3조 제1항에 위배된다고 주장하였다.

법원은 이에 대해 육상 전기실의 면적이 350㎡에 불과하고 원고가 주변에 나무를 심는 등으로 경관에 미치는 영향을 최소화할 계획을 가지고 있는 점, 설

치될 수상태양광시설이 저수지 면적의 2.76%~5.66%에 불과하여 저수지 수질에 특별한 영향이 없는 것으로 조사된 점, 소규모 환경영향평가보고서에서도 공사완료후 수환경이 현재보다 개선되어 종조성을 회복할 것으로 평가하고 있는 점, 상수원보호구역의 피해 우려는 매우 낮으며, 해당 저수지보다 상류에 있는 다른 저수지에서 이미 수상태양광발전시설의 설치 허가가 이루어진 점, 패널 세척과정에 화학약품을 사용하는 경우 피고가 가동을 중지하거나 허가를 취소할 수 있는 점을 볼 때 이 사건 개발행위로 설치된 태양광발전시설이 해당 지역의 자연경관 및 미관을 훼손하거나 주변 생태계를 교란하는 정도에 이르지 않아 개발행위허가 운영지침에 위배되지 않는다고 보아, 1심³¹⁾과 같이 행정청의 불허가처분이 위법하다고 판단하였다.³²⁾

(3) 판결의 요지

대법원은 “국토계획법 제56조에 따른 개발행위허가는 그 허가기준 및 금지요건 등이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건·기준에 부합하는지의 판단에 대해 행정청에 재량권이 부여되어 있으므로 그 요건에 해당하는지는 행정청의 재량판단 영역에 속하므로 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 판단 기준이 된다”³³⁾라고 실시하면서 ① 수상태양광시설이 설치될 지역은 상가가 형성되어 있어 사람들의 통행이 빈번한 지역으로, 원고의 차폐림 식재계획에 따라 인근 도로나 마을에서 수상태양광시설이 직접 조망되지 않는다고 하더라도 주변 경관이나 미관이 훼손되지 않는다고 단정하기 어려운 점, ② 수상태양광발전시설 설치로 인한 수질오염이나 생태계 교란 등에 관해 충분한 연구가 이루어지지 않아 저수지에 수중생태계 교란이나 수질오염 등이 발생할 가능성을 배제하기 어려운 점, ③ 겨울철 저수율을 고려할 때 수질 악화로 봄철 농업용수가 부족할 가능성이 있고, 평균 저수율이 가뭄 등 자연재해 상황에서도 일관되게 유

31) 대구지방법원 2018. 1. 30. 선고 2017구합22444 판결

32) 대구고등법원 2019. 5. 17. 선고 2018누2583 판결

33) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2016두30866 판결 참조

지된다고 보기 어려운 점, ④ 소규모 영향평가결과 대상지가 자연환경 및 자연 생태계에 중대한 부정적 영향이 미칠 것으로 예상되는 지역 또는 상수원 하천 수질보전 등에 중대한 영향을 미치는 지역, 재해발생가능지역에 해당하지 않는다고 평가되었더라도 이는 개발행위 허가시 고려할 여러 사정 중 하나에 불과한 점, ⑤ 상류에 위치한 저수지에서 수상태양광 발전시설 설치허가가 이루어졌으나, 인근 주거지와 가깝지 않고 규모에도 차이가 있어 이 사건 불허가처분이 평등원칙에 반하지 않는다는 점을 근거로 피고의 처분에 사실오인이나 평등원칙, 비례원칙의 위반이 없다는 이유로 원심판결을 파기 환송하였다.

3. 법리의 검토

가. 전기사업허가 및 개발행위허가의 법적 성격과 사법심사 기준

판례는 “어느 행정행위가 기속행위인지 재량행위인지 나아가 재량행위라고 할 지라도 기속재량행위인지 또는 자유재량에 속하는 것인지의 여부는 이를 일률적으로 규정할 수는 없는 것이고, 당해 처분의 근거가 된 규정의 형식이나 체제 또는 문언에 따라 개별적으로 판단”해야 한다고 보고 있다.³⁴⁾ 행정소송에서 재량행위와 기속행위는 법원의 재판통제와 관련해 구별실익이 있는바, 법원은 기속행위에 대한 심사와 달리 재량행위에 대해서는 전면적 사법심사를 포기하고 재량권의 일탈·남용이 있었는지 여부만을 판단하는 제한심사방식을 채택하고 있다.³⁵⁾

대상판결을 포함해 전기사업허가의 법적 성격을 직접 명시한 대법원 판례는 확인되지 않는다. 그러나 많은 하급심 판례들은 ① 전기사업법 제7조 제5항이 전기사업의 허가기준으로 ‘전기사업을 적정하게 수행하는 데 필요한 재무능력 및 기술능력이 있을 것’(제1호), ‘전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것’(제2호)과 같은 추상적인 불확정개념을 사용하는 점,³⁶⁾ ② 전기사업자는 공익사업을

34) 대법원 1998. 4. 28. 선고 97누21086 판결, 대법원 1998. 9. 8. 선고 98두8759 판결 등 참조

35) 최선웅, “행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유”, 『행정법연구』 제59호, 2019, 20면.

36) 행정행위 요건에서 불확정개념은 해당 개념 자체로는 그 의미가 명확하지 않고 해석의 여지가 있는 개념을 의미하는 것으로, ‘중대한 사유’, ‘공공의 안녕과 질서’, ‘신뢰성’, ‘적성’ 등과 같이 추상적·다의적 개념이 이에 해당한다. 김재광 외, 『재량행위의 투명화를 위한 법령정비지

위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 필요한 경우 다른 자의 토지 등을 사용하거나 다른 자의 식물 또는 그 밖의 장애물을 변경 또는 제거할 수 있고(법 제87조), 다른 자의 토지 등에 출입할 수 있으며(법 제88조), 타인의 토지 지상 또는 지하 공간의 사용에 관한 구분지상권을 수용 또는 사용할 수 있는 등(법 제89조의2) 전기사업허가가 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 효과를 수반하는 수익적 행정처분인 점 등을 근거로 그 법적 성격이 재량행위에 해당한다고 보고 있다.³⁷⁾

개발행위허가의 경우 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다는 것이 대상판결 Ⅲ,Ⅳ를 포함한 판례의 일관된 태도다. 따라서 그에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 판단하는 제한심사방식을 취하게 되고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 판단 기준이 된다.

대상판결에서뿐 아니라 최근 대법원은 헌법 제35조 제1항의 환경권 조항, 환경정책기본법의 목적과 기본이념 등에 기초하여 자연환경과 생활환경에 미치는 영향과 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 폭넓게 존중해야 한다는 취지로, 해당 유형의 행정소송에 대한 사법심사 강도를 상당히 완화하는 경향으로 나아가고 있다.³⁸⁾ 대상판결Ⅲ 역시 환경 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위허가에 대한 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때에는 “그 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있다”라고 판단한다.

특히 대상판결 Ⅳ에서는 신청지가 소규모 환경영향평가 결과 사업시행으로 자연환경과 생태계, 상수원 및 하천수질 등에 중대한 부정적 영향을 미치거나 재해

침수립」, 한국법제연구원, 2004, 19면.

37) 대구지방법원 2017. 8. 23. 선고 2017구합20110 판결, 대구고등법원 2018. 4. 6. 선고 2017누6762 판결, 서울고등법원 2019. 2. 20. 선고 (춘천)2018누1256 판결 등 참조

38) 문중흠, “개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도”, 『행정판례연구』 제23권 제2호, 2018, 365면.

발생가능 지역이 아니라고 평가되었음에도 불구하고 그러한 사정은 행정청이 개발행위를 심사할 때 고려할 여러 사정 중 하나에 불과하다고 하면서 자연경관 및 미관, 상수원 수질 저하 및 생태계 교란 등 우려를 이유로 허가를 거부한 처분이 위법하지 않다고 판단하고 있는바, 법원이 개발행위허가를 둘러싼 행정청의 공익판단에 대해 광범위한 재량을 인정하고 있음을 확인할 수 있다.

나. 다른 법령에 따른 허가 가부를 전기사업허가의 기준으로 삼을 수 있는지 여부

재량행위라 하더라도 행정청이 객관적으로 합리적이지 않거나 타당하지 않은 기준을 재량권 행사의 준칙으로 삼아 그 허가 여부에 관한 재량권을 행사한 것이라면 위법한 행정처분이 되는바,³⁹⁾ 하나의 사업을 위해 복수의 인·허가가 필요한 경우 하나의 허가 절차에서 다른 법령에 따른 인·허가 요건 등의 충족 여부를 허가의 기준으로 삼은 것이 재량권의 일탈·남용에 해당하는지 여부가 대상판결을 비롯해 태양광 발전시설 설치허가와 관련한 소송에서 쟁점이 되었다.

특히 태양광 발전시설 설치와 관련한 허가제도가 전기사업허가와 개발행위허가로 이원화되어 있고 일반적으로 전기사업 허가절차가 개발행위 허가절차에 선행한 결과, 지방자치단체가 전기사업 허가신청에 대해 지방자치단체 개발행위 운영지침 등에 따라 개발행위허가가 불가능하다는 점을 사유로 불허가처분을 내린 데 대해 여러 건의 판결이 내려졌다.

대상판결 I 을 비롯한 여러 하급심 판례에서는 개발행위허가를 받아 전기사업이 수행될 수 있을 것이라는 사정을 전기사업허가의 기준으로 삼을 수는 없다는 원칙에 입각하여 ① 전기사업법에 의한 전기사업허가는 국토계획법상의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는 것이 아니므로 행정청으로서의 각각의 신청에 대해 관계되는 법령의 기준에 따라 각각 허가 여부를 심사하여야 하고 전기사업허가절차에서 개발행위허가의 요건까지 심사할 수 없다는 점, ② 전기사업법 제7조 제5항 제2호 ‘전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것’은 전기사업이 사실상·경제적으로 계획대로 수행될 수 있을 것을 의미하는 것이지 향후 관련 인허

39) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004두961 판결 등 참조

가 등을 받아 법령상 수행될 수 있을 것을 의미한다고 보기 어렵다는 점, ③ 전기사업허가신청 당시의 설치장소는 추후 허가를 받아 변경 가능하고, 동일한 읍·면·동 내에서는 허가를 받지 않고서도 변경할 수 있으므로 전기사업 허가단계에서 개발행위허가 여부를 확정적으로 판단하는 것은 타당하지 않다는 점, ④ 태양광 전기사업의 준비기간이 3년인 점에 비추어 전기사업을 허가하는 시점이 아니라 향후 실제 설비를 설치하는 시점을 기준으로 개발행위허가 여부를 판단해야 한다는 점 등을 근거로 전기사업 허가과정에서 국토계획법상 개발행위허가의 가부를 심사한 행정청의 불허가처분이 부적법하다고 결론내리고 있다.⁴⁰⁾

반면 마찬가지로 개발행위허가 가부를 전기사업허가의 심사기준으로 삼은 춘천지방법원 2018.10.16. 선고 2018구합50169 판결에서는 전기사업법 시행규칙 제7조 제3항 제3호가 ‘전기사업이 계획대로 수행될 수 있는지’에 대한 심사기준 중 하나로 ‘발전소를 적기에 준공하고 발전사업을 지속적·안정적으로 운영할 수 있을 것’을 규정하고 있으므로 ‘사업계획에 기재된 전기설비 설치장소에서 준비기간 내에 설비를 설치하여 사업을 시작할 수 있는지 여부’를 고려할 수 있으며, 전기사업허가를 받은 후 설비 설치 시점에 이르러 개발행위허가 등의 인·허가 등을 받지 못하게 됨으로써 새로운 설치장소를 확보해야 한다면 준비기간 이내에 사업을 시작하지 못할 개연성이 크기 때문에 양 허가를 서로 분리하여 심사할 수 없고, 사업자가 전기사업허가 이후 관련 인·허가를 받지 못하게 되면 오히려 해당 시점까지 불필요한 비용과 노력을 투입하게 되어 전기사업허가를 통해 사업자에게 부여된 신뢰가 침해되는 결과를 초래될 수 있다고 판단한 바 있다. 이 과정에서 판례는 대상판결Ⅱ의 사례를 언급하면서 대법원이 ‘전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것’인지를 판단함에 있어 사실적·경제적 측면만을 고려하지는 않는다고 실시하였다.

해당 내용만을 고려하면 일견 대상판결Ⅱ가 대상판결Ⅰ과 견해를 달리하는 것으로 해석될 수 있으나, 대상판결Ⅱ에서는 문제된 태양광 발전시설 설치장소가 국토계획법 제38조에 따른 개발제한구역이라는 점에 차이가 있다. 국토계획법, 개발제한구역법 및 관련 법령에 따라 개발제한구역에서의 태양광 발전시설

40) 대구지방법원 2017. 8. 23. 선고 2017구합20110 판결, 대구고등법원 2018. 4. 6. 선고 2017누6762 판결, 서울고등법원 2019. 2. 20. 선고 (춘천)2018누1256 판결 등 참조

설치는 원칙적으로 금지되며 도시·군관리계획상의 설치 결정이 있어야 예외적으로 가능한 만큼, 지방자치단체가 각 사업자의 신청에 따라 가부를 결정할 수 있는 개발행위허가와 그 성격이 상이하다.

기존 판례에서도 복수의 인·허가가 필요한 사업에서 하나의 인·허가 절차에서는 원칙적으로 해당 신청의 대상이 된 인·허가 요건의 충족 여부만을 판단하여 인·허가하여야 하지만, 예외적으로 ① 하나의 인·허가에 관한 관계법령 등에서 다른 법령상의 인·허가에 관한 규정을 원용하고 있는 경우, ② 해당 행위가 다른 법령에 의해 절대적으로 금지되고 있어 그것이 객관적으로 불가능할 것이 명백한 경우 등에는 다른 법령의 요건을 고려하여 인·허가 여부를 결정할 수 있다고 판시하고 있는바,⁴¹⁾ 대상판결 II는 국토계획법상 도시계획시설 설치 결정이 없는 개발제한구역에서의 태양광 전기사업 허가신청이 이중 ②에 해당한다고 본 것으로 판단된다. 다시 말해, 국토계획법 및 개발제한구역법상 신청 지역 내에서 태양광 발전시설 설치와 같은 개발행위는 원칙적으로 금지되고 예외적인 경우에만 허용되므로, 도시계획 시설결정이 없는 상태에서는 전기사업허가가 이루어지더라도 태양광 발전시설 설치가 객관적으로 불가능한 것이 명백하기 때문에 허가기준에서 이를 고려한 것이 위법하지 않다고 해석한 것이어서 앞선 사례들과 동일하게 볼 수 없다.

기본적으로 인·허가제도에서 법적 안정성과 수범자의 예측 가능성을 담보하기 위해서는 입법 단계에서 인·허가권자에게 과도한 재량의 여지를 주지 않는 것이 바람직하다. 전기사업허가에서와 같이 입법기술상 불가피하게 불확정개념이 사용되어 해당 요건의 충족 여부에 대한 허가권자의 판단여지를 인정한다 하더라도 상위법령과 하위법령에서 구체화된 허가기준이 개발행위허가 등 다른 법령에 따른 인·허가를 그 요건으로 하지 않고 있는 이상 입법목적은 명확히 달리하는 다른 법령의 인·허가와 전기사업허가를 분리하지 않고 심사하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 나아가 법령의 근거 없이 하나의 인·허가 절차에서 다른 인·허가 가부를 심사하는 것은 다른 법령에서 정한 인·허가 제도의 취지와 기준을 무의미하게 만드는 것인 만큼 대상판결 II와 같은 예외

41) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008두22631 판결 등 참조

적 사유 즉, 해당 행위가 다른 법령에 의해 객관적으로 불가능할 것이 명백하여 다른 법령의 요건을 고려할 수 있는 사유의 범위는 최대한 엄격하고 제한적으로 해석하는 것이 적절하다고 판단된다.

다. 태양광 발전시설의 이격거리를 규제하는 지방자치단체의 조례가 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 무효인지 여부

기관위임사무에 관한 위임조례에는 위임의 일반원칙에 따라 구체적 수권이 필요하지만, 자치사무에 대한 조례에 대해서는 포괄적인 수권도 가능하다는 것이 판례의 태도다.⁴²⁾

대상판결 Ⅲ 이전의 하급심 판례들은 관련 사무의 성격을 자치사무로 명시하지 아니한 채로, 국토계획법 제58조 제2항, 같은 법 시행령 제56조 제1항 및 국토교통부 개발행위허가운영지침이 도로나 주거밀집지역으로부터 일정한 거리 이내에 공작물 설치를 제한하는 규정을 두고 있거나 허가권자에게 일정 거리 이내에 공작물의 설치를 제한할 수 있도록 위임하는 취지의 규정을 두고 있지 않으므로 태양광 발전시설 설치 이격거리 제한을 둔 지방자치단체 개발행위허가 운영지침 조항은 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용될 수 없다고 판단하였다.⁴³⁾ “특정 건축물 또는 공작물에 대한 이격거리, 높이, 배치 등에 대한 구체적인 사항을 도시·군계획조례로 정할 수 있다”라는 국토계획법 시행령 조항이 신설된 것도 이러한 이유에서다.⁴⁴⁾

그러나 대상판결Ⅲ는 도시·군계획에 관한 사무의 자치사무로서의 성격과 국토계획법령의 다양한 규정들의 문언과 내용을 종합하여 보면, 국토계획법상 이격거리 기준에 관하여 조례로써 정하도록 하는 명시적인 위임이 없더라도 해당 조례 조항이 위법하게 되지 않는다고 판단하고 있다.

42) 박균성, 앞의 책, 1040면

43) 대전지방법원 2018. 9. 12. 선고 2018구합101238 판결 등 참조

44) 현 국토계획법 시행령 [별표1의2] ‘2-가-(3)’에서는 특정 건축물 또는 공작물에 대한 이격거리, 높이, 배치 등에 대한 구체적인 사항을 도시·군계획조례로 정할 수 있도록 규정하고 있는바, 대상판결 Ⅲ를 비롯해 지방자치단체의 이격거리 조례 조항의 효력이 문제된 사건들은 이러한 개정이 이루어지기 전 처분이 이루어진 건에 해당한다.

일반적으로 판례는 지방자치단체장이 처리하도록 규정하고 있는 사무가 자치 사무인지 국가의 기관위임사무인지를 판단함에 있어 “법률의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만 그 외에도 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지 여부나 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체 등도 아울러 고려하여야 한다”라고 보고 있다.⁴⁵⁾

지방자치단체가 관할 구역의 공간구조와 발전 방향에 대해 수립하는 도시·군 계획에 관한 사무와 개발행위허가에 관한 사무는 국토계획법상 지방자치단체장의 권한으로 규정되어 있으며, 지방자치법 제9조 제2항 제4호 지역개발에 관한 사무로서 지방자치단체의 사무에 속한다. 또한, 지역마다 환경과 특성이 달라 일정한 토지의 이용 및 개발행위가 주변 환경에 미치는 결과는 다양하게 나타날 수 있으므로 이에 관련된 사무는 전국적 통일성이 필요한 사무라기보다 지역의 특성을 고려하여 자율적으로 처리되는 것이 바람직한 자치사무로 보는 것이 타당하고, 따라서 그에 대한 조례는 포괄적인 수권으로 충분하다.

나아가 대선판결 Ⅲ는 개발행위허가에 관하여 허가권자로서 지방자치단체장이 가지는 광범위한 재량이 지방자치단체가 개발행위허가에 관한 세부기준을 조례로 정함에 있어서도 인정되고, 특히 환경상 이익을 고려해야 하는 분야인 만큼 그 형성의 여지가 보다 넓게 인정된다는 전제하에 각 지방자치단체는 구 국토계획법 시행령(2017.12.29. 대통령령 28553호로 개정되기 전의 것) 및 관계 법령의 위임범위 내에서도 태양광 발전시설 설치의 이격거리에 관한 기준을 조례로 구체화할 수 있다고 판단하고 있는바, 이격거리를 지방자치단체의 조례로 정할 수 있도록 하는 개정된 국토계획법 시행령 조항은 단순히 주의적·확인적 규정에 불과하다는 점을 명확히 하였다는 데 그 의의가 있다.

4. 시사점

상술한 바와 같이 법원은 태양광 발전시설 설치를 위한 전기사업허가와 개발 행위허가 모두 그 법적 성격이 재량행위에 해당한다는 전제하에 행정청의 재량

45) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2002두10483 판결 등 참조

적 판단을 존중하여 독자의 결론을 도출함이 없이 재량권의 일탈·남용 여부만을 심사하고 있다. 특히 개발행위허가의 경우 ‘주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 않을 것’, ‘환경오염·생태계파괴·위해발생 등이 발생할 우려가 없을 것’ 등 환경오염 또는 훼손 가능성을 그 기준으로 삼고 있는바, 법원은 환경문제의 불확실성 내지 예측불가능성을 고려하여 사법심사의 강도를 상당한 수준으로 완화하고 있다. 따라서, 향후 사업자가 태양광 발전시설 설치에 따른 환경오염·경관훼손의 가능성을 사유로 한 불허가 처분의 적법성을 문제삼을 경우 법원은 행정청의 판단을 존중할 가능성이 크다.

전기사업법 개정으로 2021년부터 시·도지사가 허가권자인 태양광 발전사업에 대해 전기사업 허가단계에서 관계행정기관의 장과의 협의로 개발행위허가 등 인·허가를 의제할 수 있게 되었으나, 판례는 주된 인·허가 신청을 받은 행정기관이 의제되는 인·허가요건에 엄격히 구속되어 해당 요건을 모두 충족하여야 주된 인·허가를 할 수 있다는 입장이어서 관련 절차가 간소화될 뿐이지 개발행위허가의 실체적 요건에 대한 심사가 배제되지 않는다.⁴⁶⁾ 또한, 개발행위 허가권자인 기초자치단체장이 일반적으로 소규모 전기사업 허가사무를 관장하고 있어 실무상 허가판단의 경향에 변화가 있을 것으로 보이지 않는다.

애초에 국토계획법이 개발행위 허가기준 일반에 대해 지방자치단체에 폭넓은 조례형성권을 부여한 취지는 중앙부처가 일률적으로 허가기준을 정하는 대신 각 지방자치단체가 자율적으로 해당 지역의 환경여건과 특수성을 고려한 허가기준을 마련하도록 하여 무분별한 개발로 인한 지역 경관 훼손, 환경오염, 생태계파괴를 사전에 예방하고 지역주민의 수용성을 높이기 위한 것으로 해석할 수 있다.⁴⁷⁾ 판례가 포괄적 위임을 허용함으로써 태양광 발전시설에 대한 이격거리 기준을 정한 조례에 대해 완화된 법률유보원칙을 적용한 취지도 다르지 않다.

다만 지방자치단체가 조례제정권을 갖는 경우에도 법률적·제도적 한계로 인해 해당 지방자치단체의 특수성을 반영한 내용을 입법하기보다는 다른 지역의 조례를 그대로 모방하여 도시 하나 바꾸지 않은 내용을 입법하는 경우가 많으며,⁴⁸⁾ 이는 태양광 개발행위 허가기준과 관련한 조례 조항의 입법 과정에서도

46) 박균성, 앞의 책, 463면.

47) 차경엽·윤별아, 「재생에너지정책 추진현황 및 관리실태 분석」, 감사원 감사연구원, 2019, 111면.

관찰된다.

임현지(2018)의 연구에 따르면 태양광 발전시설에 대한 이격거리 관련 조례를 입법한 지방자치단체 39곳에 대한 인터뷰에서 타 지방자치단체의 조례를 참조하여 입법하였다는 지방자치단체가 절반을 넘는 20곳에 달하고, 가장 먼저 이격거리 조례를 제정한 영광군의 경우에도 규제 목적과 특성이 명백히 다른 가축사육시설 기준에 기반하여 이격거리 기준을 수립한 것으로 나타났다. 차경엽·윤경아(2019)의 연구에서도 기초지자체 15곳의 관련 행정문서를 검토한 결과 허가기준으로 이격거리를 선정한 근거나 거리의 결정기준에 대해 근거를 발견하지 못했다고 기술되어 있다.⁴⁹⁾

폭넓은 자치입법이 현 정부의 핵심국정과제인 실질적인 자치분권 달성의 핵심 요소인 동시에 “지역의 문제는 해당 지역의 주민이 가장 잘 판단할 수 있다는 점”,⁵⁰⁾ “입법자와 수범자 간의 간격을 좁혀 당해 지역 내지 주민에게 적용되는 자율적·탄력적인 법형성을 가능하게 한다는 점”⁵¹⁾을 고려하면 태양광 발전시설 설치기준을 포함한 개발행위 허가기준에 대해 지방자치단체에 폭넓은 재량권을 부여하는 취지 자체는 일응 타당하다. 또한, 무분별한 태양광 발전시설 입지에 따른 환경피해의 불가역성과 개발행위와 환경피해와의 인과를 입증하는 것이 상당히 어렵다는 점을 고려하면 개별 허가신청에 대한 가부를 판단함에 행정의 재량을 행사하는 것은 불가피할 뿐 아니라 필요한 일이다.

그러나 많은 지방자치단체가 태양광 발전시설의 특성, 지역의 환경 여건에 대한 조사나 검토, 기타 뚜렷한 근거 없이 이격거리 기준을 강화하고 그에 부합하지 않는다는 이유로 많은 신청을 허가의 대상에서 원천적으로 배제하고 있으며, 해당 기준에 부합하더라도 자연경관 훼손, 환경오염 가능성에 대한 구체

48) 성은빈, “지방의회들의 효율적인 자치입법 활동을 위한 개선 방안 : 경기도 사례를 중심으로”, 「GRI 연구논총」 제17권 제3호, 2015, 295면; 윤석진 외, 「자치법규의 현황·문제점, 정비지원체계와 그 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2011, 100면.

49) 임현지, “기초지자체의 태양광 이격거리 규제에 관한 정책과정 분석 -태양광 발전사업 입지 갈등을 중심으로-”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원 2018, 55-56면.

50) 홍정선, 「신지방자치법」 제4판, 박영사, 2018, 319면; 전훈, “자치입법과 국가입법의 갈등과 해결”, 「법학논고」 제68집, 2020, 62면에서 재인용

51) 문상덕, “국가와 지방자치단체 간 입법권 배분 -자치입법권의 해석론과 입법론 -”, 「지방자치법연구」 제12권 제4호, 2012, 50면.

적 검토 없이 민원에서 주장된 사유만으로 허가를 과도하게 제한하는 방향으로 나아가고 있는바, 이는 지방자치단체에 폭넓은 자율성을 부여한 목적과 필요에 반할 뿐 아니라 타당성이 결여된 과잉규제에 해당할 위험이 크다.

태양광 보급 확대는 국가 차원에서 에너지 부문의 온실가스를 저감하기 위한 핵심수단에 해당하는 만큼 지방자치단체의 태도에 변화를 가져올 수 있는 중앙 정부 차원의 제도적·재정적 지원이 시급하다. 특히 이격거리와 같은 규제 기준을 재설정함에 있어 지방자치단체가 독자적으로 근거를 확보하여 주민을 설득하기 어려운 부분에 대해서는 중앙정부가 지속적인 연구와 모니터링을 통해 안전성 및 환경유해성 등에 관해 신뢰할 수 있는 정보와 기준을 제공해야 할 것으로 판단된다. 만약 지방자치단체가 정부의 가이드라인에도 불구하고 지역의 특성에 따른 고유의 필요로 강화된 규제기준을 설정하는 경우에는 처분의 적법성·타당성을 담보하기 위해 지방자치단체 스스로 규제를 설정한 합리적 근거를 제시하여야 할 것이다.

또한, 지방자치단체가 개별 허가신청에 대한 결정 과정에서 주변의 자연경관, 미관의 훼손, 환경오염, 생태계파괴, 재해발생 등의 발생 우려와 같은 사유로 처분을 하는 경우에는 처분의 전제가 되는 기초적인 사실관계, 그로 인해 발생 가능한 환경적 영향에 대해 가능한 한 객관적이고 구체적인 판단 근거를 적시하는 것이 처분의 적법성을 둘러싼 분쟁을 최소화하는 데 기여할 것이다.

IV. 결론

태양광 발전시설 설치가 입지에 따라 환경훼손, 경관파괴, 자연재해 및 주거 환경 침해 등을 유발할 수 있는 개발행위에 해당함은 분명하지만, 동시에 국가 차원에서 에너지 부문의 온실가스를 저감하고 기후변화에 대응하기 위한 가장 효과적인 수단 중 하나라는 점을 간과할 수는 없다.

이미 태양광 발전시설이 환경적 부작용이 큰 산림 지역에 입지하는 것을 방지하기 위해 산지전용허가 대상이었던 태양광 발전시설을 일시사용 허가 대상으로 전환하고 산지의 설치허용 평균경사도 기준을 15° 이하로 강화하였으며,⁵²⁾ 환경

영향평가, 소규모 환경영향평가대상에 해당하는 태양광 발전사업에 대해 허가신청 전 주민 의견 수렴 절차를 제도화하는 등 입지갈등과 환경훼손을 방지하기 위한 정부 차원의 노력이 활발히 진행되고 있으나, 많은 지방자치단체가 지역주민의 민원을 우려하여 조례로 입지 기준을 강화하고 태양광 설치 허가에 소극적 태도를 취함에 따라 관련된 법적 분쟁도 해가 갈수록 증가하는 상황이다.

태양광 발전시설 설치허가 여부 및 허가기준의 입법과 관련한 지방자치단체의 재량을 폭넓게 존중하는 법원의 태도는 일응 타당하나, 태양광 발전시설 허가에 대한 지방자치단체의 결정에 영향을 미치는 주민의 경관 훼손, 생태계 파괴, 전자파 및 반사광 발생 등 생활환경 침해에 대한 우려가 모두 과학적 근거에 기반을 둔 것은 아니며,⁵³⁾ 현재 지방자치단체에 주어진 폭넓은 재량이 태양광 발전시설의 부정적 영향과 지역주민의 민원에 집중하여 뚜렷한 근거 없이 이격거리 기준을 강화하고 설치허가를 엄격히 제한하는 방향으로만 작동함으로써 재생에너지의 보급 확대를 저해하는 것도 사실이다.

지방자치단체는 재생에너지의 생산자이자 소비자인 동시에 각종 지원과 규제를 통해 관련 산업발전을 유도하는 촉진자의 역할을 수행하고 있다.⁵⁴⁾ 지방자치단체의 적극적 기여가 없는 한 태양광 에너지의 보급 확대 나아가 재생에너지 체제로의 전환은 불가능하다. 개발과 보전이 조화된 지속가능한 토지이용을 위해서는 태양광 에너지의 특성, 지역 고유의 환경적 여건과 특수성을 반영한 합리적인 자치입법이 필요하며, 이 과정에서 불필요한 오해를 방지하기 위해 중앙정부가 지속적인 연구와 모니터링을 통해 신뢰할 수 있는 정보와 기준을 제시해야 할 것으로 판단된다. 나아가 장기적으로는 사업의 결정 과정에 지역주민의 참여를 보장하고 사업의 이익을 지역과 공유하는 방안을 마련하는 등 태양광 발전에 대한 주민 수용성을 제고함으로써 사회적 갈등을 해소할 필요가 있다.

52) 그 결과 산지 태양광 설치를 위한 산지전용(일시사용 허가 건수)은 2018년 5,553건에서 2019년 2,129건, 2020년 6월 상반기 202건으로 대폭 감소하고 있다. 산림청 보도자료, “산림청, 태양광시설로 인한 산림훼손과 재해 발생 최소화 노력”, 2020.09.17.

53) 이정수 외, “국내 재생에너지 보급 장애요인 토지 인허가에 따른 법제도적 요인 분석을 중심으로”, 「한국환경정책학회 학술대회논문집」, 2018.10, 98면.

54) 한희진, “에너지전환과 지방정부의 역할: 문재인 정부의 재생에너지 정책을 중심으로”, 「아태비즈니스연구」 제10권 제1호, 2019, 88면.

참고문헌

- 김연중 외, 「농촌 태양광 보급의 문제점과 개선 방안 연구」, 한국농촌경제연구원, 2018.
- 김재광 외, 「재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침수립」, 한국법제연구원, 2004.
- 노태호 외, 「신재생에너지 확대와 미래 환경변화 대응을 위한 중장기 발전방향 : 수선태양광 발전사업 현황과 효율적 추진방향」, 한국환경정책·평가연구원, 2020.
- 박군성, 「행정법강의」 제16판, 박영사, 2019.
- 윤석진 외, 「자치법규의 현황·문제점, 정비지원체계와 그 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2011.
- 차경엽·윤별아, 「재생에너지정책 추진현황 및 관리실태 분석」, 감사원 감사연구원, 2019.
- 홍정선, 「신지방자치법」 제4판, 박영사, 2018.
- I&I Research, 「에너지신산업 관련 규제개선방안 마련을 위한 연구」, 산업통상자원부, 2017.
- 문상덕, “국가와 지방자치단체 간 입법권 배분 -자치입법권의 해석론과 입법론-”, 「지방자치법연구」 제12권 제4호, 2012.
- 문중흠, “개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도”, 「행정판례연구」 제23권 제2호, 2018.
- 성은빈, “지방의회의 효율적인 자치입법 활동을 위한 개선 방안 : 경기도 사례를 중심으로”, 「GRI 연구논총」 제17권 제3호, 2015.
- 이정수 외, “국내 재생에너지 보급 장애요인 토지 인허가에 따른 법제도적 요인 분석을 중심으로”, 「한국환경정책학회 학술대회논문집」, 2018.10.
- 임현지, “기초지자체의 태양광 이격거리 규제에 관한 정책과정 분석 -태양광 발전사업 입지 갈등을 중심으로-”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원 2018.
- 전훈, “자치입법과 국가입법의 갈등과 해결”, 「법학논고」 제68집, 2020.
- 최선웅, “행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유”, 「행정법연구」 제59호,

2019.

한희진, “에너지전환과 지방정부의 역할: 문재인 정부의 재생에너지 정책을 중심으로”, 「아태비즈니스연구」 제10권 제1호, 2019.

산림청 보도자료, “산림청, 태양광시설로 인한 산림훼손과 재해 발생 최소화 노력”, 2020.09.17.

산업통상자원부, “재생에너지 3020 이행계획(안)”, 2017.12.

산업통상자원부 보도자료, “3MW이하 발전사업 허가, 시·군·구에서도 가능”, 2013.8.23.

_____, “신재생에너지 활성화를 위한 법률 개정 공포”, 2020. 3.31.

한국에너지공단, “2019년 신·재생에너지 보급통계 잠정치(2020년 공표) 결과 요약”, 2020.8.

[Abstract]

Trends in legislation and precedents related to permission for installation of solar power facility

Leem, Du-Ri

*Lawyer, Ph.D. Candidate in Environmental Planning,
Seoul National University*

In recent years, local governments that have the authority to permit both electric utility and development activities necessary for the installation of solar power generation facilities have strengthened the standards for the permit through municipal ordinance due to civil complaints for objection, taken a passive attitude toward permits with a stricter interpretation and

application of the standards. As a result, there are increasing cases of business owners filing administrative litigation against the heads of local government.

Recently, the Supreme Court has decided on several rulings in related cases. The Court considers the nature of the two permits to be discretionary and, in particular, tends to ease judicial review by widely respecting the administrative agency's predictive judgment regarding the permits that may cause environmental damage. Furthermore, because the wide-ranging discretion of the head of a local government as a license granter is recognized in defining details of the standards as ordinances, and the scope for legislation is recognized to a greater extent in areas where environmental interests must be considered, it was determined that the ordinance that set a limit on distance was not illegal, in contrast to the precedents from lower courts.

Because it is difficult for the administrative agency to specifically prove concerns about environmental damage caused by development activities and thus may not be able to prevent the infringement of residents' environmental interests in a timely manner, the attitude of the precedent that broadly respects the judgment of local governments and their legislative discretion on permission is reasonable. Currently, the wide-ranging discretion given to local governments is problematic because it tends to focus only on the negative effects of solar power and civil complaints and thus works only in the direction of constraining installations without any obvious grounds.

In order to expand solar power, the role of local governments is critical. Reasonable regulation standards that reflect the characteristics of solar power, conditions and characteristics of local environment are necessary and the government must provide reliable standards through continuous research and monitoring in areas that are difficult for local governments to independently review. In the long term, it can be possible to minimize related social conflicts by increasing the participation of residents in the decision-making process of solar energy projects and enhancing resident acceptance so that profits

can be shared with the region.

Key words : Solar power facility, Local government, Municipal ordinance, Permission for development activities, Electric utility licenses, Administrative litigation, Discretionary act