

환경 훼손 우려가 있는 건축허가의 법적 성질과 사법심사 기준에 대한 검토*

(대상판결: 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결)

Review on legal nature of construction permit having
potential environmental damage and judicial review
thereon

장 혜 진**
Jang, Hye-Jin

목 차

- I. 서 론
- II. 대상판결
- III. 건축허가의 법적 성질에 관한 검토
- IV. 대상판결에 대한 검토
- V. 결 론

국문초록

종래에는 건축허가에 대하여 전통적 견해와 판례 모두 원칙적으로는 기속행위로 보아 관련법에서 정하고 있는 요건을 충족하면 건축허가를 하여야 한다는 입장이었다. 그런데 이러한 입장을 엄격히 고수한다면 건축희망자의 재산권 보호에는 적극적일 수는 있으나, 건축허가를 얻어 건축이 이루어질 경우 발생할

논문접수일 : 2018.01.19.

심사완료일 : 2018.02.21.

게재확정일 : 2018.02.21.

* 2017년에 작성된 이 논문은 제주대학교 발전기금 지원을 받았음.

** 제주대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

수 있는 주변 환경이나 인근 주민들의 생활환경 보호라는 환경권 침해 문제에 대하여는 필연적으로 소극적인 입장이 될 수밖에 없고, 이는 헌법 제35조 제1항에서 규정한 기본권인 환경권과 국가와 국민의 환경 보전의 의무와는 충돌하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

종래 시설의 운영에 따른 유해성이 문제될 수 있는 숙박시설의 건축허가와 관련하여서는, 지방자치단체의 조례에 근거하여 준농림지역 내의 건축제한지역이라는 구체적인 취지의 지정·고시가 행하여지지 아니하였다 하더라도, 조례에서 정하는 기준에 맞는 지역에 해당하는 경우에는 숙박시설의 건축을 제한할 수 있다는 대법원 판결이 있었다. 위 판결은 지방자치단체의 조례상으로는 준농림지역에서의 소정 건축물에 대한 건축행위 제한에 관하여 구체적으로 그 구역 등의 지정·고시를 하게 되어 있지만, 실제로 그러한 구역 등의 지정·고시 등이 이루어지지 않은 경우에도 지방자치단체에서 제시한 기준만으로도 그 저축을 들어 건축허가를 하지 아니할 수 있다는 판단을 한 것이므로, 건축허가를 엄격한 기속행위로만 판단하던 종래의 입장과는 차이가 있다.

이에 반해, 대상판결은 계사(鷄舍)에 대한 것으로, 대상판결에서는 시설 자체가 주변 환경 훼손과 오염의 우려가 있는 개발행위를 포함한 건축허가 대상이 되는 때에는 건축허가에 여부에 대한 판단은 행정청의 재량행위로 보면서, 나아가 헌법 제35조 제1항에서 규정한 기본권으로서의 환경권과 국가와 국민의 환경보전 의무, 환경정책기본법의 취지 등을 적극적으로 고려하여 건축하려는 시설의 환경오염 발생 우려에 대한 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있고, 이 경우 행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정만으로 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 단정할 것은 아니라는 판단을 하였다.

결국 대상판결은 환경훼손이나 오염 우려가 있는 시설의 건축에 있어서는 기본권인 환경권과 국가와 국민의 환경보전 의무라는 공익을 보다 중시하는 입장에서 환경훼손이나 오염 우려에 대한 행정청의 판단을 최대한 존중하는 취지

의 판단을 한 것이라 볼 수 있다. 이에 따르면 결국 향후 환경훼손이나 오염 우려가 있는 시설의 건축에 있어서는 환경훼손이나 오염 우려가 있는지 여부에 대한 행정청의 판단이 가장 중요한 기준이 되고, 그 결과 이에 대한 행정청의 판단이 과연 올바른 것인지, 행정청의 적절한 재량권 행사인지 여부가 지속적으로 문제될 수밖에 없을 것이다.

건축허가에 있어 근거법령이 환경훼손이나 오염우려가 없을 것을 요건으로 하고 있다 하더라도, 구체적으로 어떠한 환경훼손이나 오염 우려가 있는지는 개개 사안별로 다를 수밖에 없으므로, 이에 대한 구체적이고 자세한 기준 설정은 쉽지 않을 것이나, 본 대상판결에 따른 경우 행정청의 재량권 행사 결과에 따라 환경훼손이나 오염 우려가 있는 시설에 대한 건축허가 여부가 결정될 수밖에 없고, 특히 이러한 재량권 행사를 최대한 존중하여야 한다는 취지의 본 대상판결을 고려한다면, 계속적으로 행정청의 건축허가에 대한 재량권 행사의 적절성 여부가 논란이 되도록 하는 것보다는 건축허가와 관련하여 보호될 필요가 있는 환경적 공익들을 보다 적극적으로 규정할 필요가 있다고 생각한다. 이런 적절한 기준이 마련되어야만 건축을 희망하는 자도 자신의 재산권 보호라는 측면에 있어서 최소한의 예측가능성을 구비할 수 있을 것이다.

주제어 : 건축허가, 기속행위, 재량행위, 환경훼손, 환경오염, 사법심사, 재량권 일탈·남용

1. 서론

헌법 제23조 제1항 제1문에서는 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”라고 하여 재산권을 기본권으로 보장하고 있으며, 헌법 제35조 제1항에서는 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 하여 기본권으로서의 환경권과 국가와 국민의 환경보전의 의무를 규정하고 있다.

한편, 헌법상의 재산권에는 토지사용권의 일부로서 토지상에 건축할 권리도

포함된다.¹⁾ 그러나 이러한 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않으며, 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있고, 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다.²⁾

한편, 종래에는 건축허가에 대하여 전통적 견해와 판례 모두 원칙적으로는 기속행위로 보아 관련법에서 정하고 있는 요건을 충족하면 건축허가를 하여야 한다는 입장이었다. 그런데 이러한 입장을 엄격히 고수한다면 건축희망자의 재산권 보호에는 적극적일 수는 있으나, 건축허가를 얻어 건축이 이루어질 경우 발생할 수 있는 주변 환경이나 인근 주민들의 생활환경 보호라는 환경권 침해 문제에 대하여는 필연적으로 소극적인 입장이 될 수밖에 없고, 이는 헌법 제35조 제1항에서 규정한 기본권인 환경권과 국가와 국민의 환경 보전의 의무와는 충돌하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

과거 준농림지역에서의 숙박시설 건축허가에 관한 대법원 전원합의체 판결³⁾에서는 지방자치단체의 조례에 따른 구체적인 지정·고시가 없을지라도 지방자치단체에서 제시한 기준만으로도 숙박시설에 대한 건축허가를 거부할 수 있다는 판단을 하였다. 쾌적한 주거환경 등의 보호를 위해서는 건축허가가 거부될 수 있다는 취지의 위와 같은 판결은 이후 관련법의 개정을 통해 입법화되기에 이르렀다.

한편, 같은 공익적인 관점이지만, 숙박시설처럼 그 운영 과정의 유해성이 문제되는 시설과 달리, 축사 등 시설 자체의 환경 유해성이 문제될 수 있는 경우에, 주변 환경의 오염과 훼손이 우려가 없을 것을 관련 규정상 허가의 요건으로 포함하고 있다면, 과연 행정청이 건축허가를 하여야 하는지 여부와 관련하여, 행정청의 허가 여부의 적법성에 대하여 사법기관이 어떠한 심사 기준을 가

1) 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 『행정법연구』 제3호, 행정법이론실무연구회, 1998, 158면.
2) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정, 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정
3) 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결

지고 심사를 할 필요가 있는지 여부에 대하여도 살필 필요가 있다고 할 것이다.

이러한 점에서 본 논문에서는 이에 대한 심사기준을 제시한 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490판결을 중심으로 검토하고자 하며, 이에 대한 논의에 있어서는 건축허가의 법적 성질에 대한 검토가 선행되어야 할 것이므로, 이하에서는 대상판결의 판결 요지를 살펴본 후, 건축허가의 법적 성질 및 환경훼손 및 오염 우려가 있는 개발행위가 포함되는 건축허가에 대한 사법심사 기준의 의미와 나아가야 할 방향 등을 고려하여 대상판결을 검토해 보고자 한다.

II. 대상판결

-대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490판결-

1. 사건의 개요⁴⁾

원고는 전남 영광군 소재 전 17,740m², 임야 730m² 지상에 계사 3동, 관리사 1동, 창고 1동, 건축면적 및 연면적 8,649.43m², 사육두수 8만 수 규모의 동·식물관련시설(계사)을 신축하기 위하여 전남 영광군수(이하, '피고'라 한다)에게 개발행위허가신청 등을 포함한 건축허가신청(이하, '이 사건 건축허가신청'이라 한다)을 하였다.

피고는 2015. 1. 6. 원고에 대하여 “① 축사예정부지는 주변마을 경계의 능선에 위치하여 악취, 소음, 토양오염 및 비산먼지 등 마을에 피해를 줄 가능성이 매우 크므로 입지에 부적합, ② △△저수지 등 수계의 악영향 및 침수 또는 방류로 인한 농업용수오염의 우려가 큼, ③ 영산강유역환경청 협의의견에 따른 입지 적정성에 대한 면밀한 검토가 없는 등 집단민원 발생 촉진으로 지역 주민간 갈등 유발, ④ 주변마을 경계의 능선에 위치하여 악취, 소음, 토양오염 및 비산먼지에 피해를 줄 가능성이 커 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하, '국토계획법'이라 한다) 제56조, 제58조에 따른 개발행위허가 기준에 부합하지 않음”이

4) 본 사안의 개요는 대상판결인 대법원 판결에서 문제·검토된 내용과 관련된 사안의 개요만을 정리한 것이다.

라는 이유로 이 사건 건축허가 신청을 반려하였고(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다), 이후 원고가 이 사건 처분에 불복하여 광주지방법원에 행정소송을 제기하게 되었다. 이후 1심 법원에서는 원고의 청구를 기각하였으나,⁵⁾ 항소심 법원인 광주고등법원에서는 1심 판결을 취소하고 피고의 이 사건 처분을 취소하였으며,⁶⁾ 이에 피고가 대법원에 상고를 제기하게 된 것이다.

2. 대상판결의 요지⁷⁾

이 사건에서 대법원은 먼저 국토계획법이 정한 용도지역 안에서의 건축허가 요건에 해당하는지 여부가 행정청의 재량판단의 영역에 속하는지 여부 및 그에 대한 사법심사의 대상과 판단 기준에 대하여 “건축법 제11조 제1항, 제5항 제3호, 국토계획법 제56조 제1항 제1호, 제2호, 제58조 제1항 제4호, 제3항, 국토계획법 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2] ‘개발행위허가기준’ 제1호 (라)목 (2)

5) 광주지방법원 2015. 8. 20. 선고 2015구합10193 판결

6) 광주고등법원 2016. 9. 29. 선고 2015누6537 판결

7) 항소심 판결 역시 이 사건 건축허가 신청에 대한 요건 해당 여부에 대한 판단이 재량행위라고 보고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 된다고 설시하였다. 즉, 계사에 대한 건축허가의 법적 성질에 대하여는 항소심 판결과 대상판결에 차이가 없다. 다만, 재량의 일탈·남용이 있는지 여부와 관련하여 항소심 판결은 “① 원고의 무창 계사가 계사 내부의 온도 및 습도조절을 위하여 배기구가 열리는 동안을 제외하고는 상시 외부와 차단된 밀폐형 축사인 점을 고려하면 그 피해가 인근 주민들이 통상 수인할 수 있는 정도를 넘어설 것이라고 보기 어렵고, ② 원고가 제출한 (환경오염) 방지계획으로 불충분하다고 볼 만한 자료가 없고, 향후 악취의 정도 및 범위가 악취방지법에서 규정한 기준을 초과하는 경우 개선명령, 조업정지명령 등을 통하여 사후적으로 규제가 가능하며, ③ 원고의 관리 부주의 또는 장마철이나 폭우 등으로 말미암은 오·폐수 유출가능성이 없다고 단정할 수 없고, 이러한 경우에는 유출된 오·폐수가 인근 농경지나 군도 19호선 도로를 따라 △△저수지까지 유입되어 곧바로 토질오염이나 수질오염을 일으킬 가능성을 전혀 배제할 수는 없지만, 원고는 이 사건 계사 부지 내에서 흘러나오는 우수를 △△저수지 등의 수계 반대 방향으로 U자 형 플룸관을 통해 최종 저류지를 거친 후 방류할 계획이고, 앞서 본 원고의 무창계사 설치계획에 의하면 축사 내부 및 외부 중요부분을 콘크리트로 타설하여 오염물질이 토양에 침투하는 것을 차단하고, 별도의 폐수를 발생시키지 않고 계분을 왕겨와 혼합하여 배출하되 전량 외부에 위탁하여 처리할 예정이므로, 위와 같은 수질오염의 가능성이 높다고 볼 수는 없으며, ④ 이 사건 처분 사유 중 이 사건 계사로 인한 악취, 먼지, 폐수 등의 문제는 피고가 제출하고 있는 증거들만으로는 이 사건 신청을 거부할 만한 사유에 해당한다고 인정하기에 부족하고, 또한 피고의 향후 보완요구에 따라 충분히 보완이 가능한 사유들로 보인다.”는 이유로 피고의 재량권 일탈·남용을 인정하고 1심 판결을 취소하였다.

를 종합하면, 국토계획법이 정한 용도지역 안에서의 건축허가는 건축법 제11조 제1항에 의한 건축허가와 국토계획법 제56조 제1항의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는데, 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 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실 오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 된다.”고 판단하였다.

나아가 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위에 대한 행정청의 허가와 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사하는 방법과 그 심사 및 판단에서 고려해야 할 사항 및 이때 행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 사정만으로 행정청의 판단을 위법하다고 할 수 있는지 여부에 대하여, “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 한다. 그러므로 그 심사 및 판단에는, 우리 헌법이 ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.’라고 규정하여(제35조 제1항) 환경권을 헌법상 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있는 점, 환경정책기본법은 환경권에 관한 헌법이념에 근거하여, 환경보전을 위하여 노력하여야 할 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체, 사업자의 책무를 구체적으로 정하는 한편(제1조, 제4조, 제5조, 제6조), 국가·지방자치단체·사업자 및 국민은 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하여야 한다고 규정하고 있는 점(제2조), ‘환경오염 발생 우려’와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있는 점 등을 함께 고려하여야 한다. 이 경우 행정청의 당초 예측이나 평

가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정만으로 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 단정할 것은 아니다.”라고 판단하였다.

이러한 기준 하에서 대법원은 “앞에서 본 국토계획법령의 규정과 환경권에 관한 헌법 및 관련 법률의 취지, 그리고 행정청의 재량판단에 대한 사법심사의 대상 등에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 악취, 소음, 토양오염, 비산먼지 등 환경오염 발생 우려를 이유로 원고의 건축허가신청이 개발행위허가기준을 충족하지 못하였다고 보아 이를 반려한 피고의 이 사건 처분에 비례의 원칙 위반 등 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 단정하기 어렵다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 이 사건 처분이 위법하다고 판단한 원심판결에는 행정청의 재량행위에서 재량권의 일탈·남용 여부의 심사에 관한 법리를 오해하였거나 필요한 심리를 다하지 아

8) 대법원은 항소심과 사실관계에 대한 판단도 일부 달리하여 “① 이 사건 신청지는 국토계획법상 용도지역이 생산관리지역, 농림지역에 해당하고 군도 ○○호선과 접하고 있으며, 전체적으로 주변 토지에 비하여 지대가 높은 능선에 위치하고 있고 그 일대는 개활지이다. 이 사건 신청지 주변은 전형적인 농촌마을 모습을 띠고 있고, 그 주변에는 농경지가 펼쳐져 있다. ② 「영광군 가축사육 제한 지역에 관한 조례」에 의하면, 축사를 신축하고자 하는 사람은 신축예정지로부터 산란계는 300m 이내 지역에 거주하는 세대주 전원의 동의를 받아야 하고(제4조 제2항), 원고는 이 사건 신청지로부터 300m 이내에 거주하는 1세대로부터는 동의를 받은 것으로 보이나, 위와 같이 필수적으로 동의를 받아야 하는 구역 경계로부터 불과 70m 정도 떨어진 곳에 마을이 형성되어 있는 것을 비롯하여 이 사건 신청지로부터 1km 이내에 5개 마을이 있고, 이 사건 신청지는 위 5개 마을의 중심에 위치하여 있다. 또한 이 사건 신청지로부터 남쪽으로 약 650m 떨어진 곳에는 △△저수지가 위치하여 있다. ③ 제1심의 현장검증결과에 의하면 무창 계사의 경우에도 천장에 설치된 환기구를 통하여 악취가 발생할 수 있다는 것이고, 원심판단에 의하더라도 원고가 추진하는 무창 계사 역시 계사 내부의 온도 및 습도조절을 위하여 배기구를 설치한다는 것이므로 배기구를 열어둔 동안에는 악취가 발산될 가능성을 배제할 수 없다. 그런데 이 사건 신청지와 주변 지역의 위치 및 형상, 주변 지역의 토지이용실태, 토지의 경사도 등 주변 환경으로 볼 때, 이 사건 신청지와 인근 주거지역 사이에는 악취를 차단할 수 있는 지형자물이 전혀 없어 이 사건 계사에서 악취가 발생할 경우 기후조건 등에 따라 인근 주거지역에 직접적인 영향을 미칠 우려가 있다. ④ 원심은 향후 악취의 정도 및 범위가 악취방지법에서 규정한 기준을 초과하는 경우 개선명령, 조업정지명령 등을 통하여 사후적으로 규제가 가능하다고 하지만, 사후적 규제만으로는 주거 등 환경회복에 한계가 있을 수밖에 없다. ⑤ 원고는 이 사건 신청지에 건축면적 및 연면적 8,649.43㎡의 계사 3동, 관리사 1동, 창고 1동을 건축하여 사육두수 8만 수 규모의 대규모 양계장을 운영할 계획임을 밝히면서 이 사건 건축허가를 신청하였다. ⑥ 이에 대하여 피고는, 2015. 1. 6. 이 사건 신청지는 주변 마을 경계의 능선에 위치하여 악취, 소음, 토양오염 및 비산먼지 등 피해를 줄 가능성이 크고 △△저수지 등 수계의 악영향 및 침수 또는 방류로 인한 농업용수오염의 우려가 커 개발행위허가기준을 충족하지 못하였다는 이유로 건축허가신청을 반려하는 이 사건 처분을 하였다. ⑦ 현재 이 사건 신청지 주변의 전남 영광군 일대에서 운영 중인 대규모 양계장은 없는 것으로 보인다.”는 사실관계를 전제로 이 사건 처분에 재량권 일탈·남용이 없다고 판단하였다.

니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”고 보아 관여 대법관의 일치된 의견으로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 원심법원에 환송하였다.⁹⁾

3. 쟁점의 정리

대상판결과 관련하여 이 사건의 쟁점은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률이 정한 용도지역 안에서의 건축허가 요건과 관련하여 이러한 건축허가의 법적 성질은 어떻게 볼 수 있는 것인지, 나아가 위와 같은 건축허가 신청이 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발행위의 성격을 가진 건축허가이고, 이에 대한 행정청의 허가와 관련하여 그 법적 성질을 행정청의 재량행위라고 본다면, 재량권의 일탈·남용 여부를 심사하는 방법에 있어서 환경권 등의 공익적인 요소가 문제될 경우 행정청의 재량판단이 적절히 행사된 것인지에 대하여 어떠한 사법적 심사기준을 가지고 판단할 것인지 여부가 된다고 할 것이다.

따라서 이하에서는 건축허가의 법적 성질에 대한 종래 및 새로운 논의 및 그에 따른 사법심사의 기준에 대하여 살펴본 후, 대상판결에서 제시한 환경훼손이나 오염우려가 있는 건축허가의 법적 성질, 환경훼손이나 오염우려가 있는 건축허가에 고유한 재량권 행사의 적법성과 관련한 사법심사의 기준 및 그 심사시 고려하여야 할 사항들과 그 시사점에 대하여 살펴보하고자 한다.

Ⅲ. 건축허가의 법적 성질에 관한 검토

1. 건축허가의 개념

허가는 법령에 의하여 개인의 자유가 제한되고 있는 경우에 그 제한을 해제

9) 즉, 항소심 판결과 대상판결에는 건축허가의 법적성격에 대하여는 재량행위로 판단하여 이 부분에는 차이가 없는 반면, 건축허가에 대한 거부처분이 재량권 일탈·남용이 있는지 여부와 관련하여서 대법원에서는 환경적 공익에 대한 충분한 고려가 필요하다는 전제 하에 항소심 판결과 달리, 악취가 인근 주민들에게 직접적인 영향을 미칠 우려가 있고, 사후적인 규제로는 불충분하다는 한계 등을 이유로 피고의 이 사건 처분이 재량권 일탈·남용이 있다고 단정하기 어렵다고 판단하여 법리오해, 심리미진을 이유로 항소심 판결을 취소한 것이다.

하여 자유를 적법하게 행사할 수 있도록 회복하여 주는 행정행위로서,¹⁰⁾ 허가를 통하여 자연적 자유가 회복된다고 설명되고 있으며, 허가는 인간의 자연적인 자유를 회복시켜준다는 점에서, 관계법상의 허가요건을 구비하면, 행정청은 허가를 하여야 할 기속을 받는다고 이해되어 왔다.¹¹⁾

재산권인 토지사용권의 일부인 토지상에 건축할 권리 역시 건축 관련 법령들이 기본적으로는 일반적 금지의 형태를 취하고 있으므로, 건축 희망자는 법이 정하는 요건을 충족하여 행정청의 허가를 받아야 한다. 이렇게 일반적 건축금지를 해제하여 주는 행정청의 행위가 ‘건축허가’에 해당하고, 대법원 판결 역시 건축허가는 시장·군수 등의 행정관청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 일반적으로 행정관청의 허가 없이는 건축행위를 하여서는 안 된다는 상대적 금지를 관계법규에 적합한 일정한 경우에 해제하여 줌으로써 일정한 건축행위를 하여도 좋다는 자유를 회복시켜 주는 행정처분이라고 보아 동일한 입장이다.¹²⁾

2. 건축허가의 법적 성질에 관한 전통적 견해와 판례의 입장

가. 전통적 견해

건축허가는 전형적인 질서행정작용으로서 기본적으로 ‘경찰허가’에 속하고 그 법적 성격도 원칙적으로 기속행위에 속한다고 이해하는 것이 종래의 전통적 견해였다.¹³⁾

10) 홍정선, 「신 행정법특강」(제16판), 2017, 174면.

11) 홍정선, 전게서, 177면, 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 「공법학 연구」 제5권 제2호, 한국비교공법학회, 2004, 417면.

12) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2006다28454 판결, 대법원 2005. 7. 15. 선고 2005다19415 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결

13) 김형태, “건축허가와 환경공익”, 「건축 관련 판례 50선」, 대구판례연구회, 2012, 635면, 조해현, “건축허가와 환경문제”, 「환경법의 제문제[하]」, 재판자료 제95집, 법원도서관, 2002, 226면, 김종보, 전게 논문 167면, 이덕연, “환경권우선론-생활환경상 이익과 건축의 자유-”, 「헌법판례연구[2], 한국헌법판례연구회편」, 박영사, 2000, 370면, 조성규, “건축허가의 법적 성질과 隣人の 보호”, 「법학연구 제23집」, 전북대학교 출판부, 2002, 91면 이하.

나. 전통적 판례

종래 대법원도 건축허가의 법적 성질에 관해선 학설의 경우와 마찬가지로 엄격하게 기속행위로 보았다. 즉, 대법원은“원심이 원고의 이 사건 건축허가신청이 관계 법규에서 정하는 건축허가 제한 사유에 해당하지 않는 이상 피고가 자연경관 훼손 및 주변 환경의 오염과 농촌지역의 주변정서에 부정적인 영향을 끼치고 농촌지역에 퇴폐분위기를 조성할 우려가 있다는 등의 사유를 들어 원고의 이 사건 숙박시설 건축을 불허할 수는 없다고 판시한 것은 정당하다”고 판시함으로써, 관계법이 정하고 있는 허가요건이 충족되면 반드시 건축허가를 하여야 한다는 입장을 계속 유지하였다.¹⁴⁾

위와 같은 전통적 입장에 따르면 건축허가는 원칙적으로 재량의 여지가 없는 기속행위에 해당한다고 할 것이다.

3. 건축법의 변경과 건축허가의 법적 성질에 관한 새로운 견해와 판례의 태도

앞서 살펴보았듯이 건축허가의 법적 성질을 기속행위로만 판단한다면, 건축허가 신청이 관계법상의 요건을 충족하는 이상 건축허가가 부여되어야 하고, 이에 충실히 따른다면 허가를 받아 건축하게 되는 바로 인근 주민들의 보호라는 측면은 고려될 여지가 없다.

그동안 문제되었던 러브호텔 등의 숙박시설처럼 시설의 운영에 따라 유해성을 일으킬 수 있는 시설이나, 오수, 악취 등을 유발시키는 시설 자체가 유해성이 있는 시설 등의 특성을 고려하지 않고 허가 요건을 구비하고 있으면 건축허가를 발급하여야 한다면, 건축허가에 수반 또는 파생되는 환경권 침해의 문제를 제대로 해결할 수 없게 되므로, 이러한 경우 건축을 희망하는 자의 재산권과 충돌하는 환경권 등의 문제를 어떻게 해결할 수 있는지 여부에 대한 고민이 건축허가의 법적 성질을 다시 살펴보게 되는 논의로 이어지는 것이다.¹⁵⁾

14) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95누9051 판결, 1996. 1. 26. 선고 95누5497 판결, 1996. 2. 13. 선고, 95누16981 판결 등

특히 이러한 논의는 건축법의 변경과 맞물려 더 활발하게 논의되었으므로, 이하에서는 건축법의 변경과 건축허가의 법적 성질에 대한 새로운 견해 및 판결들을 살펴보기로 한다.

가. 건축법의 변경

건축법은 원래 건축허가의 요건으로 오로지 건축법상의 건축물에 관한 것만을 규정하였다가 1991. 5. 31. 전문 개정된 법률이 일정 규모 이상의 사전결정제도(제7조), 환경보전을 위한 건축허가의 제한(제12조) 규정을 도입하면서 변모하였고, 1995. 1. 5. 개정 건축법에서 주변 환경을 고려한 건축 불허가의 근거를 최초로 규정한 ‘시장·군수·구청장은 당해 용도·규모 또는 형태의 건축물을 당해 대지에 건축하는 것이 도시미관·주변 환경 등에 비추어 대통령령이 정하는 바에 의하여 불합리하다고 인정되는 경우에는 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.’는 제8조 제4항이 신설됨으로써 또다시 크게 변모하였으며, 이후 후 1999. 2. 8. 개정 건축법에 이르러 건축규제를 국민편의 위주로 개선한다는 차원에서 주변 환경을 고려한 위와 같은 건축 불허가에 관한 규정(제8조 제4항)이 삭제되었으나, 2001. 1. 16. 개정 건축법에서 다시 같은 취지의 규정이 보다 상세한 내용으로 규정되기에 이르렀다.¹⁵⁾ 현재도 건축법 제11조에서는 건축허가와 관련한 제한 사유(제4항) 및 건축허가를 받게 될 경우 얻게 되는 타법령상의 인·허가 의제사항 (제5항) 등을 규정하고 있다.

나. 새로운 견해

(1) 기속행위라는 견해

먼저, 건축허가의 발급여부를 단순히 관련법령에 규정된 허가요건에만 의존하여 결정하는 것은 오늘날의 건축허가의 규제허가로서의 성질을 잘못 이해하고

15) 같은 취지로, 김남철, “건축허가의 법적 성질에 대한 판례의 검토”, 「행정판례연구」 13, 박영사, 2008, 68면.

16) 김형태, 전계 논문, 638, 639면.

있음을 전제로, 특정 건축물의 건축이 관계 규정상의 모든 허가요건을 구비하고 있더라도 다른 중요한 공익을 침해하게 되는 경우에는 건축허가가 제한된다고 보는 것이 법의 저변에 내재되어 있는 정의의 이념에도 부합하는 해석이 된다는 견해가 있는바, 이 견해는 건축물이 주변 환경이나 기타 중대한 공익에 적합하여야 한다는 것은 건축허가의 요건규정으로 규정되어 있지 않더라도 법치 국가의 원리상 당연히 요구되는 하나의 행정법상의 일반원리로 이해될 수 있고, 이러한 원리가 건축허가의 요건규정으로 입법화되어 있지 않더라도, 이는 하나의 불문의 건축허가의 요건으로서 건축허가시 당연히 고려되어야 하고, 건축의 자유는 환경권과 같은 공공의 이익과 조화를 이루는 범위 내에서만 보장되는 자유라고 보아야 한다는 것이다.¹⁷⁾ 다만, 이 견해는 주변 환경 등의 환경권에 관한 불가침을 허가요건으로 인식하는 한, 이는 성문의 형태든 불문의 형태든 이에 대한 판단에는 행정청의 재량이 인정되지 않고, 기속행위로 보아야 한다고 주장한다.¹⁸⁾

(2) 재량행위라는 견해

오늘날의 건축허가는 과거와 같이 단순한 질서유지의 관점에서만 파악하기 어려운 측면이 있다는 시각에서 건축허가에 재량행위로서의 성질이 있을 수 있다고 보는 경향이 주류를 이루고 있으며, 건축허가의 재량성을 인정하는 견해는 구체적인 논거가 조금씩 다르지만, 건축 관련법령에 구체적인 건축허가요건으로 규정되어 있지 않더라도, 주변 환경이나 인근 주민의 생활환경을 보호하기 위해서는 건축허가가 제한될 수 있고, 이 경우의 건축허가에는 재량행위로서의 성질이 인정된다고 보는 입장으로 정리할 수 있다.¹⁹⁾

먼저, 건축법상의 건축허가의 구체적 내용을 살펴, 국민의 건축의 자유라는 이상과 대립하는 토지전체의 효율적 기능이나 토지의 효율적 이용이라는 도시계획법상의 이익을 고려하면, 이질적 성격인 도시계획법상의 건축허가가 건축법상의 건축허가에 포함되는 경우에도 전체로서 항상 기속행위라고 하는 것은 문

17) 김남철, 전계 논문, 425, 426면.

18) 김남철, 전계 논문, 427, 428면.

19) 김형태, 전계 논문, 640면.

제의 현실을 외면하는 것이라고 지적하면서 건축법상의 건축허가라고 하는 기속행위 안에는 수많은 재량행위들이 포함되어 있을 수 있다는 견해가 있다.²⁰⁾

다른 견해로는, 건축허가가 가지는 종래의 위험방지적 관점만으로는 오늘날의 건축허가를 제대로 이해할 수 없으며, 이러한 관점에서 특히 인근 주민의 이익 보호가 문제되는 건축허가의 경우에는 종래와는 다른 시각에서 그 법적 성질에 대한 고찰이 이루어져야 한다고 보면서, 건축법상의 건축허가와 도시계획법상의 건축허가를 구분한 다음, 건축법은 건축물로부터 발생할 수 있는 위험을 방지하는 것을 주목적으로 하는 전형적인 경찰행정법의 영역으로서 건축질서법의 기능을 하는 것인 반면, 도시계획법은 건축물이 도시 전체의 기능과 관련하여 어떻게 건축되는 것이 효과적인 것인가를 주된 관심으로 하는 건축계획법적인 특성을 가지고 있다고 하고, 이와 같은 성격의 차이를 기초로, 질서법적 규율을 목적으로 하는 건축법상의 허가는 위험방지요건을 충족하면 허가를 발급하여야 하는 기속행위인 반면, 도시계획법상의 허가는 지역 특성에의 적합성판단을 요하므로 재량행위의 성질을 가진다고 보고 있다.²¹⁾

다음으로 행정행위의 재량성 유무는 그 각 행위요소별로 나누어 보아야 한다고 전제한 다음, 건축법상 건축허가의 요건에는 건축물 자체의 안전을 위한 것뿐만 아니라 주거환경 또는 교육환경 등 주변 환경 또는 환경보전과 관련된 사항, 도시계획 및 용도지역에 따른 제한도 포함되는데, 전자는 전통적인 경찰허가의 기속성이 그대로 적용되지만 후자는 국토의 개발 및 정비와 관련하여 인정되는 복리행정의 수단에 해당하므로 당연히 그 적극적 목적상 재량이 허용되어야 한다는 견해가 있다.²²⁾

그 외에도 건축법상 건축허가의 법적 성질은 원칙적으로 기속행위이지만, 예외적으로 주변 환경에의 적합 여부를 고려하여 건축허가를 발급하는 경우와 집중호 규정에 의하여 의제되는 관련 법률의 인·허가가 재량행위인 경우, 그 건축허가는 재량행위로서의 법적 성질을 갖는다는 견해와,²³⁾ 잠재적으로 넓은 의

20) 김종보, 전계 논문, 169, 170면.

21) 조성규, 전계논문, 61면 이하; 최승원, “건축허가의 법리”, 「법학논총」 제6권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001, 59, 60면.

22) 조해현, 전계 논문, 251 내지 253면.

미에서 생활환경상의 법익에 대한 침해가 우려되는 모든 건축물의 경우에 동시시설에 해당되는지 여부와 관계없이 건축허가가 공익에 대한 합목적성판단과 연계되는 재량행위로서의 성격을 가지게 되었다는 견해도 있다.²⁴⁾

나. 판례의 태도

대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결에서는 준농림지역 안의 숙박시설 건축허가신청에 대한 반려처분의 당부에 관한 사안에서, “관계 법령의 규정을 종합하여 보면, 지방자치단체의 조례에 의하여 준농림지역 내의 건축제한지역이라는 구체적인 취지의 지정·고시가 행하여지지 아니하였다 하더라도, 조례에서 정하는 기준에 맞는 지역에 해당하는 경우에는 숙박시설의 건축을 제한할 수 있다고 할 것이고, 그러한 기준에 해당함에도 불구하고 무조건 숙박시설 등의 건축허가를 하여야 하는 것은 아니라고 할 것이며, 조례에서 정한 요건에 저촉되지 아니하는 경우에 비로소 건축허가를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 부연하면, 그러한 구체적인 지역의 지정·고시 여부는 숙박시설 등 건축허가 여부를 결정하는 요건이 된다고 볼 수 없다”는 이유로 서산시장의 반려처분이 정당하다고 판시하였다.

위 대법원 판결은 관계 법규상으로는 준농림지역에서의 소정 건축물에 대한 건축행위 제한에 관하여 구체적으로 그 구역 등의 지정·고시를 하게 되어 있지만, 실제로 그러한 구역 등의 지정·고시 등이 이루어지지 않은 경우에도 지방자치단체에서 제시한 기준만으로도 그 저촉을 들어 건축허가를 하지 아니할 수 있다는 판단을 한 것이므로, 건축허가를 엄격한 기속행위로만 판단하던 종래의 입장과는 차이가 있다.

즉, 위 대법원 판결은 오늘날 건축허가가 단순히 전통적인 질서행정작용에 그치는 것이 아니라 국토의 균형 있는 발전과 개발을 위한 적극적 목적의 개발

23) 전현철, “건축법상 건축허가의 법적 성질-판례를 중심으로”, 『과학기술법연구』 14집 제2호, 과학기술법연구, 2009, 522면, 같은 취지의 견해로, 진성철, “인근주민이 제기하는 건축허가 취소 소송의 원고 적격 판단기준”, 『건축 관련 판례 50선』, 대구판례연구회, 2012, 649면.

24) 이덕연, “건축허가의 취소와 국가배상”, 『공법연구』 31집 4호, 한국공법학회, 2003, 312면.

행정 내지 복리행정의 수단으로서의 성격도 점유하고 있음을 중시하여, 관계법규에서 제시한 제한기준에 따른 제한지역이 구체적으로 지정·고시되지 않았더라도 행정청은 당해 건축물이 관련 공익과 용도지역 등을 감안하여 설정된 법규상의 허가기준에 부합하는지 여부를 합목적적으로 해석하여 건축허가를 제한할 수 있음을 천명한 것이고, 관계법규의 형식적 또는 문리적 해석에 따르면 숙박시설의 건축행위가 허용된다고 볼 수 있는 것임에도 불구하고, 그 목적론적 해석에 따라 숙박시설의 건축행위는 허용되어서는 아니 된다는 것이어서 내용적으로는 종래 판례의 실질적 변경이라고 할 수 있다.²⁵⁾²⁶⁾

그렇지만, 대법원은 대상판결 후에도 일반적인 건축물에 대한 건축불허가처분 취소 사건에서는 “건축허가권자는 건축허가신청이 건축법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조에서 정하는 건축허가를 하여야 하고, 중대한 공익상의 필요가 없는데도 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 거부할 수는 없다.”는 종래의 입장을 계속 유지하고 있다는 점을 유의할 필요가 있다.²⁷⁾²⁸⁾

한편, 대법원은 (건축법의 변경에 따라 건축법에 추가된) 건축허가 중에서도 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따라 지정된 도시지역 안에 있는 토지에 대한 형질변경행위를 수반하는 건축허가, 농지법에 따른 농지 전용행위를 수반하는 건축허가²⁹⁾ 등에 대하여는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다는 이유로 일관되게 재량행위로 판단하고 있어 새로운 견해의 다수의 입장

25) 김형태, 전제 논문, 641, 642면.

26) 참고로, 앞서 살펴보았듯이, 위와 같은 대법원 전원합의체 판결의 영향을 받아 2001. 1. 16. 법률 제6370호로 개정된 건축법은 제8조 제5항에서 주변 환경을 고려한 건축 불허가의 근거 규정을 다시 부활시켰으며, 이러한 규정은 현행 건축법 제11조 제4항에서도 유지되고 있다.

27) 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두19270 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결, 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결, 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결 등

28) 이러한 점에 비추어 볼 때, 대법원 판결에서 기속행위라고 하는 건축허가는 강학상의 건축법상의 건축허가를 의미한다고 보아야 한다는 견해로는, 윤태호, “불법건축에 대한 인근 주민의 건축허가 등 취소소송에 관한 소고”, 「재판자료」 108집, 법원도서관, 100면.

29) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두41579 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두48426 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011두29205 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009두19960 판결 등

과 결론에 있어서는 동일하다.

3. 건축허가의 적법성에 대한 사법심사

행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분한다 할지라도 양자 모두 사법심사의 대상이 됨은 분명하다. 법규에서 정한 어떤 요건이 충족되면 행정청이 반드시 어떠한 행위를 하거나 하지 않아야 하는 기속행위임에도 그 결론을 달리 하였다면 그 자체가 범위반으로써 당연히 사법심사의 대상이 되어야 하고, 행정소송법 제27조는 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 재량 행위일지라도 재량의 일탈·남용이 있다면 당연히 사법심사의 대상이 될 수 있는 것이다. 건축허가 역시 법적 성질이 기속행위인지 재량행위인지 여부를 떠나 양자 모두 사법심사의 대상이 됨은 분명하고, 단지 아래와 같이 심사의 방식만 달라진다고 할 것이다.

가. 기속행위에 대한 사법심사

기속행위에 대한 사법심사는 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의한다. 즉, 기속행위에 대하여는 법규에서 정한 요건에 해당하는지, 그리고 해당한다면 법규에서 정한 처분을 하였는지 여부만 판단하면 되는 것이다.³⁰⁾³¹⁾

나. 재량행위에 대한 사법심사

30) 이영창, “환경소송에서 행정청의 재량에 대한 사법심사의 방법과 한계”, 「사법논집」 제49집, 법원도서관, 2009, 270면, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015두52432 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결 등

31) 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두19270 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결, 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결, 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결 등

재량행위에 있어서는, 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실 오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다.³²⁾ 학설은 이에 대하여 목적 위반, 신뢰보호의 원칙을 추가시키기도 한다.³³⁾

(1) 사실오인으로 인한 재량권의 일탈·남용

법이 일정한 사실의 존재를 전제로 재량권을 행사하도록 한 경우에 행정청이 그러한 사실의 존부에 대한 판단을 하지 않고 처분을 하였거나, 사실이 존재하지 않음에도 처분을 하였거나, 사실관계 자체의 판단이 합리적이고 충분하지 못함에도 법에서 정한 요건에 해당하는 것으로 판단하여 처분을 한 경우에 그 행정청의 재량권의 행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 평가될 것이다.³⁴⁾³⁵⁾

(2) 목적 위반에 따른 재량권의 일탈·남용

행정청의 처분이라는 것은 재량일지라도 기본적으로 법에서 정한 목적을 달성하기에 충분하여야 하므로 법률에서 정한 목적을 사실상 위반하거나 잠탈한 재량권의 행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 평가될 것이다.³⁶⁾

(3) 신뢰보호원칙 위반에 따른 재량권의 일탈·남용

행정법의 가장 중요한 원칙들 중의 하나가 신뢰보호의 원칙이다. 행정청의 처분이 이 원칙에 반하는 경우 그 처분은 재량권의 일탈·남용에 해당할 수 있다. 그런데 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해

32) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두41579 판결, 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등

33) 김홍균, 「로스쿨 환경법」, 홍문사, 2016, 528면.

34) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두8589 판결

35) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두41579 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두48426 판결, 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등에서 사실 오인을 건축허가에 있어 재량권 일탈·남용이 있는지 여부에 대한 심사 기준으로 들고 있다.

36) 이영창, 전계 논문, 264면, 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결에서도 목적위반을 재량권 일탈·남용이 있는지 여부에 대한 심사 기준으로 들고 있다.

표명을 하여야 하고, ② 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, ③ 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, ④ 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해 표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, ⑤ 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다.³⁷⁾³⁸⁾

(4) 평등의 원칙 위반에 따른 재량권의 일탈·남용

평등의 원칙은 행정에 있어 자기구속의 원칙으로 설명되는데, 행정청은 동일한 사안에 대하여 제3자에게 한 것과 합리적 이유 없이 다른 결정을 하여서는 아니 된다는 구속을 받는다는 원칙을 의미하고, 특히 수익적인 행위에서 평등의 보장을 위해 발전된 원칙이다.³⁹⁾⁴⁰⁾

(5) 비례의 원칙 위반에 따른 재량권의 일탈·남용

비례의 원칙이란 행정의 목적과 그 목적을 달성하기 위한 수단의 관계에서는 적절한 비례관계가 있어야 한다는 원칙으로, 어떤 행정목적 달성하기 위한 수단은 그 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 한 최소 침해를 가져오는 것이어야 하며 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.⁴¹⁾

37) 헌법재판소 2016. 5. 26. 2015헌바 263결정, 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다14428 판결, 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두46 판결

38) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두6822, 6839, 6846 판결에서는 숙박시설 건축을 희망하는 원고의 신청에 대하여 비록 처분청이 천안시 북부 제2지구 지구단위계획 수립·고시 및 관계도서 비치·열람행위를 통해 원고에게 숙박시설 건축허가를 받을 학생들의 교육환경과 인근 주민들의 주거환경 보호라는 공익이 숙박시설 건축허가신청을 반려한 처분으로 그 신청인이 잃게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 크므로, 위 반려처분이 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

39) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결 등

40) 앞서 언급한 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두41579 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두48426 판결, 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등에서 평등의 원칙을 건축허가에 있어 재량권 일탈·남용이 있는지 여부에 대한 심사 기준으로 들고 있다.

41) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결

일응 행정청의 재량권이 인정되는 것처럼 보이나, 당해 행정처분으로 인하여 얻게 될 이익과 그로 말미암아 침해되는 이익을 비교·형량하여 침해되는 이익이 클 경우 행정청의 재량권의 행사는 위법한 것이 될 수 있다. 또한 행정청이 부담을 지우는 처분을 한 경우, 여러 가지 대안들 중 부담을 최소화하는 합리적인 대안을 선택하지 않은 경우에도 비례의 원칙위반이 될 수 있다.⁴²⁾

다만, 건축허가의 법적성격을 재량행위로 보는 경우에 있어 특히 건축희망자의 재산권과 환경권(또는 환경보전의 원칙) 등이 충돌하는 경우에는, 이익형량의 원칙이 고려될 수밖에 없을 것이다. 그리고 실제 건축허가에 대한 대법원 판결들도 문제된 사안에 따라서 구체적인 사실관계 등을 고려하여 건축허가 또는 거부의 재량권 일탈·남용을 개별적으로 판단하였다.⁴³⁾

다만, 이러한 이익형량의 원칙에 따른다면, 당해 행정처분으로 얻게 되는 이익과 그로 말미암아 이익을 비교·형량하여 침해되는 이익이 월등히 커야만 한다는 것인데, 특별히 환경적 요소에 대한 고려가 필요한 경우에는 구체적으로 어떠한 사법심사 기준이 필요한지에 대하여 기준을 언급한 대법원 판결은 그동안 없었던 것으로 보이고, 이러한 점에서 아래에서 살펴보고자 하는 대법원 판결의 의미가 있을 것으로 판단된다.

IV. 대상판결에 대한 검토

1. (개발행위허가의 성질을 갖는) 건축허가의 법적성격에 대한 검토

대상판결은, “원고가 건축하고자 하는 계사가 건축법 및 국토계획법상 국토계획법이 정한 용도지역 안에서의 건축허가에 해당하고, 이는 건축법 제11조 제1항에 의한 건축허가와 국토계획법 제56조 제1항의 개발행위허가의 성질을 아울러 갖는데, 개발행위허가는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부

42) 이영창, 전계 논문, 265면.

43) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두41579 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두48426 판결, 대법원 2013. 10. 31. 선고 2013두9625 판결 등

분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다.”고 판단하였다.

이는 앞서 살펴보았듯이, 건축허가 중에서도 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따라 지정된 도시지역 안에 있는 토지에 대한 형질변경행위를 수반하는 건축허가, 농지법에 따른 농지 전용행위를 수반하는 건축허가 등에 대하여는 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많아 그 요건에 해당하는지 여부는 행정청의 재량판단의 영역에 속한다는 대법원의 일관된 태도와 차이가 없다.

또한 앞서 살펴보았듯이, 건축 관련 행정법들(건축법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도로법, 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 등)은 건축물의 허가요건을 규율하고 있다는 면에서는 공통점을 갖고, 크게 건축행정법이라는 이름으로 묶일 수 있지만, 각 법률에서 규정하고자 하는 목적이 동일한 것은 아니며, 동 법률들은 건축물과 관련된 여러 가지 공익을 보호할 목적으로 제정된 것으로, 그 역사적 배경이나 규율방식 등에서 다양한 차이를 나타내고 있다⁴⁴⁾는 점을 고려한다면, 건축허가를 받고자 하는 대상이 되는 행위의 구체적 성질을 살펴 기속행위인지, 재량행위인지 여부를 판단하는 것이 의미가 있을 것으로 보이고, 그러한 점에서 허가기준 및 금지요건이 불확정개념으로 규정된 부분이 많은 개발행위의 성질을 가진 건축허가와 관련하여서는 그 법적 성질을 재량행위로 보고 있는 대상판결을 포함한 대법원 판결의 입장이 타당하다고 판단된다.

2. 사법심사 기준에 대한 판단에 대한 검토

대상판결은 “재량권의 일탈·남용이 있는지 여부에 대한 사법심사는 행정청의 공익판단에 관한 재량의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하고, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단기준이 된다.”라고 판시함으로써, 그동안의 재량권 일탈·남용심사에 대한 일반적인 기준을 판단기준으로 제시하였다.

44) 김종보, 전계 논문, 158, 159면.

그러면서도 대상판결은, “환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 있는 개발 행위에 대한 행정청의 허가과 관련하여 재량권의 일탈·남용 여부를 심사할 때” 심사 및 판단에서 고려하여야 하는 사항으로 구체적으로, “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 판단”할 것을 기준으로 제시하였다.

또한 그 심사 및 판단에는, 헌법상의 환경권, 환경보전을 위하여 노력하여야 할 국가와 국민의 의무, 환경정책기본법 등을 고려하여 ‘환경오염 발생 우려’와 같이 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있다는 점을 강조하였으며, 특히 이 경우 행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정만으로 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 단정할 것은 아니라고 하였다.⁴⁵⁾

45) 한편, 이는 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 헌법상의 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하므로, 국가는 각종 개발·건설계획을 수립하고 시행함에 있어 소중한 자연환경을 보호하여 그 자연환경 속에서 살아가는 국민들이 건강하고 쾌적한 삶을 영위할 수 있도록 보장하고 나아가 우리의 후손에게 이를 물려줄 수 있도록 적극적인 조치를 취하여야 할 책무를 부담한다. 위 헌법정신을 구체화한 환경정책기본법은, 환경보전이 국민의 건강한 생활의 향유뿐 아니라 국토의 보전과 항구적인 국가발전에 필수불가결한 요소로서 국가 및 환경관련 사업의 시행자가 환경을 보다 양호한 상태로 유지·조성하도록 노력하고, 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려함으로써 현재의 국민으로 하여금 그 혜택을 널리 향유할 수 있게 함과 동시에 미래의 세대에게 계승될 수 있도록 함을 기본이념으로 천명하고(제2조), 국가가 환경보전을 위하여 적절한 환경보전계획을 수립·시행할 책무(제4조 제1항) 및 개발 사업에 따른 국토 및 자연환경의 훼손을 예방하기 위하여 당해 행정계획 또는 개발 사업으로 인하여 환경에 미치는 해로운 영향을 최소화하도록 노력할 책무(제7조의2 제3항)를 부과하고 있다.”고 보면서도, 이를 근거로 고속철도 공사 일부 구간의 공사 금지를 청구할 수 없다고 판단한 대법원 2006. 6. 2. 자 2004마1148,1149 결정과 헌법상의 환경권 및 환경보전의무 등에 대한 해석을 같이 하고 있다. 그럼에도 불구하고, 대법원은 이러한 헌법상의 환경권 및 환경보전의무 등을 근거로 기진행된 공사를 금지하는 구체적인 권리로서의 효력을 인정하기는 어렵다고 보면서도, 대상판결을 통해 이를 환경훼손 우려가 있는 건축허가에 있어서는 건축허가의 적법성에 대한 심사기준으로 적극 활용할 수 있는 요소로 삼고 있다는 차이가 있다 할 것이다.

한편, 이는 앞서 언급한 대법원 1998. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결에서의 “우리는 오늘날 일상생활의 곳곳에서 환경오염이 생존 그 자체를 위협하는 절박한 현실에 살고 있다. 환경문제는 우리가 감당하여야 할 ‘성장의 부수비용’이 아니라 생존의 불가결한 조건이 된 지 이미 오래이며, 우리가 생활환경 및 자연환경을 그 침해 및 훼손으로부터 보호하고, 나아가 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 해주어야 한다는 것은 시대적 요청이다. 우리 헌법은 이러한 인식에 근거하여 제35조 제1항에서 ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.’고 규정하여 환경권을 헌법상의 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있으며, 환경정책기본법은 환경권에 관한 헌법이념에 근거하여, 환경보전을 위하여 노력하여야 할 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 구체적으로 정하는 한편(제1조, 제4조, 제5조, 제6조), 국가·지방자치단체·사업자 및 국민은 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하여야 하는 것으로 규정하여(제2조), 환경권이 개인의 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리라고 볼 수 있는 근거를 제공하고 있는 것이다. 이와 같이 환경권이 헌법상의 기본권으로 보장되는 권리로서 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리로까지 해석될 수 있고, 환경의 보전이 국가나 지방자치단체의 의무임과 동시에 국민의 의무이기도 하다면, 환경의 보전을 위하여 특정한 행위를 제한하는 취지의 법규의 의미내용을 해석함에 있어서도 그 해석은 어디까지나 환경보전에 관한 헌법과 환경관련 법률의 이념에 합치되는 범위 안에서 합목적적으로 행하여져야 하는 것이지 이를 도외시한 채, 법규의 형식적인 자구나 그것이 국민의 자유와 권리를 제한하는 규정이라는 점에 집착하여 환경보전의 이념을 저해하는 방향으로 이를 해석하여서는 아니 되는 것이다.”라는 보충의견에서 영향을 받은 것으로 보인다.

결국 대상판결은 환경훼손이나 오염 우려가 있는 시설의 건축에 있어서는 기본권인 환경권과 국가와 국민의 환경보전 의무라는 공익을 보다 중시하는 입장에서 환경훼손이나 오염 우려에 대한 행정청의 판단을 최대한 존중하는 취지의 판단을 한 것이라 볼 수 있다. 이에 따르면 결국 향후 환경훼손이나 오염

우려가 있는 시설의 건축에 있어서는 환경훼손이나 오염 우려가 있는지 여부에 대한 행정청의 판단이 가장 중요한 기준이 되고, 그 결과 이에 대한 행정청의 판단이 과연 올바른 것인지, 행정청의 적절한 재량권 행사인지 여부가 지속적으로 문제될 수밖에 없을 것이다.

한편, 건축허가에 있어 근거법령이 환경훼손이나 오염우려가 없을 것을 요건으로 하고 있다 하더라도, 구체적으로 어떠한 환경훼손이나 오염 우려가 있는지는 개개 사안별로 다를 수밖에 없으므로, 이에 대한 구체적이고 자세한 기준 설정은 쉽지 않을 것이나, 본 대상판결에 따른 경우 행정청의 재량권 행사 결과에 따라 환경훼손이나 오염 우려가 있는 시설에 대한 건축허가 여부가 결정될 수밖에 없고, 특히 이러한 재량권 행사를 최대한 존중하여야 한다는 취지의 본 대상판결을 고려한다면, 계속적으로 건축허가권자의 재량권 행사의 적절성 여부가 논란이 되도록 하는 것보다는 적어도 건축허가와 관련하여 보호될 필요가 있는 환경적 공익들을 보다 적극적으로 규정할 필요가 있다고 생각한다. 이러한 점에서 입법론으로는 위탁시설이나 숙박시설에 한정하지 않고, 모든 건축에 있어 건축이 주변환경을 침해하는 경우에는 이익형량을 통해 건축을 거부할 수 있어야 하고, 건축허가를 하는 경우에는 조건부 건축허가를 하도록 하는 것으로 규정하여야 한다는 견해⁴⁶⁾도 경청할만하다고 판단된다. 이런 적절한 기준이 마련되어야만 건축을 희망하는 자도 자신의 재산권 보호라는 측면에 있어서 최소한의 예측가능성을 구비할 수 있을 것이다.

V. 결 론

토지는 다른 재산권의 객체와 달리 생산이나 대체가 불가능하기 때문에 공급이 제한되어 있고, 특히 우리나라의 토지 면적이 인구수에 비하여 절대적으로 부족한 반면, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있다.⁴⁷⁾ 특히, 토지의 부증대성, 난개발로 인하여 환경 및 생태계가

46) 박균성, “건축 관련 이익의 공법적 조정에 관한 연구-환경이익의 보호를 중심으로-”, 「토지공법연구」 제24집, 사단법인 한국토지공법학회, 2004, 310면.

오염될 경우 사실상 회복이 용이하지 않다는 점을 고려한다면 환경훼손이나 오염 우려가 있는 건축허가의 경우에는 그러한 건축허가가 발급되어야 하는지 여부에 대하여 신중한 판단이 필요하다는 점은 의문이 없다 할 것이다.

그동안 건축허가의 법적 성질에 대하여 기속행위성을 강조함으로써 인근 주민들의 법적 이익이나 환경보호와 같은 공익 보호에는 법원이 지나치게 소홀하였다는 비판도 존재하였었다는 점을 고려한다면, 대상판결에서 환경오염이나 훼손 우려가 있는 건축허가에 대하여 제시한 구체적인 사법심사 기준 및 그 심사 및 판단에서 고려하여야 할 사항으로 제시한 내용들은 공익 보호에 보다 접근한 진일보한 판결이라 생각한다.

퇴임한 박병대 대법관 역시 퇴임을 앞두고 본인이 다른 사건 중 본 대상판결에 대하여 환경권이라는 헌법적 가치를 일반 소송사건에 투영하기 위한 노력의 일환이었다고 언급한 바 있고,⁴⁷⁾ 본 대상판결 이후 대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두48956 판결에서도 대상판결을 참조하여 건축허가 거부가 위법하다고 판단한 항소심 판결을 취소하는 등 환경훼손이나 오염 우려에 대한 공익적인 요소들을 우선시하는 판결이 나오고 있다.

다만, 환경권과 환경보호 의무라는 공익을 지나치게 앞세울 경우 건축희망자의 재산권이라는 부분은 소외될 수 있으므로 양자를 균형 있게, 조화롭게 해석하는 노력조차 외면하여서는 아니 된다 할 것이다. 환경에 대한 지나친 강조가 개인의 일방적인 희생을 요구하는 결과가 되어서도 아니 될 것이다. 그렇기 때문에 계속해서 건축허가권자의 재량권 행사의 적절성 여부가 논란이 되도록 하는 것보다는 적어도 건축허가와 관련하여 보호될 필요가 있는 환경적 공익들을 보다 적극적으로 규정할 필요가 있다고 생각한다.

한편, 대상판결에 따를 경우, 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 내용이 현저히 합리성을 결여하였다거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중될 필요가 있고,

47) 헌법재판소 1989. 12. 22. 88헌가 13결정.

48) 2017. 6. 5.자 법률신문 인터넷 뉴스, <https://www.lawtimes.co.kr/lawman/Interview-View?serial=118503>

행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정이 있어도 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 판단될 수 없기 때문에 사실상 행정청의 재량이 최대한 존중된다는 결론에 이르게 되므로, 이는 향후 환경훼손이나 오염 우려가 있는 개발행위의 성격을 가진 건축허가 신청에 있어 건축허가 발급 여부의 정당성에 대한 심사기준으로 계속적으로 작용할 것으로 보인다. 그렇다면 행정청의 입장에서는 환경훼손이나 오염 우려가 있는 개발행위의 성격을 가진 건축허가에 있어서는 최대한 존중되는 재량을 고려하여 그 재량을 행사함에 있어 기본적인 심사의 의무를 더욱 충실히 해야만 하는 부담을 갖게 된다는 점을 다시 한 번 숙지하여야 할 것이다.

참고문헌

- 김홍균, 「로스쿨 환경법」, 홍문사, 2016.
- 홍정선, 「신 행정법특강」(제16판), 2017.
- 김남철, “건축허가의 법적 성질에 관한 소고”, 「공법학 연구」 제5권 제2호, 한국 비교공법학회, 2004.
- 김남철, “건축허가의 법적 성질에 대한 판례의 검토”, 「행정판례연구」 13, 박영사, 2008.
- 김종보, “건축허가에 존재하는 재량문제”, 「행정법연구」 제3호, 행정법이론실무 연구회, 1998.
- 김형태, “건축허가와 환경공익”, 「건축 관련 판례 50선」, 대구판례연구회, 2012.
- 박균성, “건축 관련 이익의 공법적 조정에 관한 연구-환경이익의 보호를 중심으로-”, 「토지공법연구」 제24집, 사단법인 한국토지공법학회, 2004.
- 윤태호, “불법건축에 대한 인근 주민의 건축허가 등 취소소송에 관한 소고”, 「재판 자료」 108집, 법원도서관, 2005.
- 이덕연, “건축허가의 취소와 국가배상”, 「공법연구」 31집 4호, 한국공법학회, 2003.
- 이덕연, “환경권우선론-생활환경상 이익과 건축의 자유-”, 「헌법판례연구」[2], 한국헌법판례연구회편, 박영사, 2000.

- 이영창, “환경소송에서 행정청의 재량에 대한 사법심사의 방법과 한계”, 「사법논집」 제49집, 법원도서관, 2009.
- 전현철, “건축법상 건축허가의 법적 성질-판례를 중심으로”, 「과학기술법연구」 14집 제2호, 과학기술법연구, 2009.
- 조성규, “건축허가의 법적 성질과 隣人の 보호”, 「법학연구」 제23집, 전북대학교 출판부, 2002.
- 조해현, “건축허가와 환경문제”, 「환경법의 제문제」[하], 재판자료 제95집, 법원도서관, 2002.
- 진성철, “인근주민이 제기하는 건축허가 취소소송의 원고 적격 판단기준”, 「건축관련판례 50선」, 대구판례연구회, 2012.
- 최승원, “건축허가의 법리”, 「법학논총」 제6권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001.

[Abstract]

Review on legal nature of construction permit having
potential environmental damage and judicial review
thereon

Jang, Hye-Jin

Professor, Jeju National University Law School

Both traditional views and court's decisions on construction permit used to be compulsory action that must provide construction permit in case where all items required by relevant laws are satisfied. To apply strictly such compulsory action may be active protection of property right to the individual who desires to construct but would be passive protection of

environment right that neighbors have and of surroundings which results in conflicts between the environment right and preservation duty by nation and people provided in Article 35 (1) of the Constitution.

There was a Supreme Court case regarding construction of lodging facility with potential harmfulness arising out of or from operation of such facility, the decision of which was to prohibit from constructing lodging facility so long as the place to construct is within area consistent with criteria provided in the ordinance even if any official announcement or notification subsequent to the ordinance was not made to set out construction-restricted area within quasi agriculture and forestry area. The relevant law related to that case requires subsequent announcement or notification on detailed area restricting construction in the quasi agriculture and forestry area. However, the Supreme Court upheld the local government's rejection on the construction permit due to satisfaction of criteria set out by the local government despite absence of subsequent announcement or notification, which decision is different from what other courts have viewed.

The Supreme Court's decision in question was regarding a chicken run and viewed that construction permit is discretionary action (as opposed to compulsory action) by administrative authority if the construction permit is subject to development including construction of facility has potential damage or harmfulness to surroundings. Further, the decision allows the administrative authority's discretionary action to need to be respect broadly unless the authority's decision apparently confronts the principle of equity or proportionality considering competing interest or value, or has absence of reasonableness in terms of potential environmental damage from facility to construct taking actively into consideration of environment right and environment preservation duty by nation and people in Article 35 (1) of the Constitution and the purpose of the framework act on environmental policy. The decision further explains the fact that existence of a valuation

report opposing to or different from the prediction or evaluation by the administrative authority does not automatically constitute that the authority has made illegal decision.

The Supreme Court's decision intended to more weight on environmental preservation duty by nation and people than environment right as individual right in construction of facility to bring potential damage or harmfulness to environment, which could lead to debate in administrative authority's discretionary action in construction of facility having potential environmental damage or harmfulness is adequate or not.

Even if the governing law related to construction permit requires none of environmental damage or harmfulness, it is impractical of law to address detailed and every single criterion or standard because possible environmental damage or harmfulness is subject to nature of each case. According to the Supreme Court's decision in question, construction permit to construct facility having potential environmental damage or harmfulness is subject to result of the discretionary action by authority which would cause controversy. Instead of bring the controversy, this review suggests to stipulate detailed public and environmental interests necessary to preserve in determining construction permit which will give predictability at a minimum to individual who desires to construct in terms of protection of property right.

Key words : construction permit, compulsory action, discretionary action, environmental damage, environmental harmfulness, judicial review, deviation and abuse of discretionary right