

강원도행정심판위원회

재 결

사 건 강행심 2018-124, 개발행위허가 무효 확인청구

청 구 인 ○ ○ ○
강원도 ○○군 ○○○면 ○○○길 ○○

피청구인 ○○시장

청구인이 2018. 6. 18. 제기한 심판청구에 대하여 2018년도 제8회 강원도 행정심판위원회는 주문과 같이 재결한다.

주 문 청구인의 청구를 모두 기각한다.

청구취지 불법으로 허가를 받아 설치된 대기풍력 발전 13기 설치 중 제 6, 7, 8, 9, 10호기에 대한 개발행위 허가 무효 행정심판 청구 및 풍력발전기 도합 5기 철거 청구의 행정 심판 청구 요청하오니, 철거하여 주시기 바랍니다.¹⁾

이 유

1. 사건개요

청구인은 ○○군 ○○○면 ○○○길 ○○에서 거주하면서 ○○군 ○○○면 ○○리 산○○, 산○○번지를 소유자인 ○○군수로부터 1997년부터 유상으로 산양삼 및 산 채재배부지로 사용허가를 받은 자로서,

1) 청구인은 심판청구서를 제출하면서 행정 심판 청구 취지를 따로 작성하여 제출하였으나 그 내용 중 상당 부분 내용은 청구 취지라기보다는 청구 이유라고 할 것이므로 청구 취지로 특정될 수 있는 부분만을 위와 같이 정리하여 기재하기로 한다.

2017. 12. 18. 피청구인에게 “2015. 6. 30. 피청구인이 청구의 ○○○○○○○○○○
○(주)(이하 ‘○○’ 이라고 한다.)에 대하여 행한 ○○시 ○○면 ○○리 ○○○○-
○○○번지의 25필지의 풍력발전단지 조성사업을 위한 풍력발전기 13기의 개발행위
를 허가(이하 ‘이 사건 허가’ 라 한다.)하면서 ○○시 ○○○리와 ○○군 ○○리 지
역에 대한 현장조사 실적자료와 이 사건 허가 내부 검토자료”에 대한 정보공개를 청
구하였고 피청구인은 2017. 12. 27. 정보부존재 통지를 하였다.

청구인은 이 사건 허가에 대한 현지확인 등의 자료가 없는 것으로 보아 이 사건 허
가가 불법으로 이루어진 것이라고 주장하며 이 사건 허가로 설치된 풍력발전기 13기
중 청구인이 거주하는 주택으로부터 이격거리가 1킬로미터 전후인 풍력발전기
6,7,8,9,10호기 총 5기에 대한 개발행위허가 무효 및 풍력발전기 5기의 철거를 구하
는 이 사건 행정심판을 청구하였다.

2. 청구인 주장

가. 피청구인이 대기풍력발전 13기 설치단지의 개발행위허가를 하려면 「개발행위
허가운영지침」인 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’ 이라 한
다.) 제58조 및 같은 법 시행령 제56조 별표1의2 지침에 따라 실사하여야 하며 이 사
건 개발행위허가단지의 ○○시 ○○○리 지역과 ○○군 ○○리 지역 주민들이 풍력발
전기 가동으로 인한 생활환경 피해실태 현장조사인 발전기 설치위치와 단독주택간 이
격거리 확인, 소음, 진동, 초저주파 피해, 그림자 피해 등 생활환경피해 우려에 대한
조사를 실시한 ① 현장조사 실적자료, ② 현지를 실사 업무 차 방문한 근거 자료, ③
개발행위허가시 내부검토를 위한 현지실태 현황조사가 실시되어야 하나 정보공개 결
과와 같이 현지실사 등이 전무한 상태에서 불법으로 이루어진 개발행위허가이므로 대
기풍력발전 13기 중 6,7,8,9,10호기 총 5기에 대한 개발행위허가 무효를 구하고 5기
철거에 대한 행정심판을 청구하니 철거하여 주시기 바란다.

나. 피청구인은 “관계법령의 적법한 절차를 거쳐 처분된 사안이므로 청구인의 주

장처럼 무효할 사안이 아니다” 라고 주장하나 일반적으로 행정처분이 주체, 내용, 절차와 형식이라는 내부의 성립요건과 외부에 대한 표시라는 외부적 성립요건을 갖춘 경우에는 행정처분이 존재한다고 할 수 있으며 행정처분의 외부적 성립은 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점을 확정하는 의미를 가지므로 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

다. 이 사건 허가의 내부적 성립요건에 해당하는 적법절차인 풍력발전기 가동으로 인한 생활환경 피해실태 현황조사가 이루어져야 함에도 이와 같은 적법절차를 거치지 아니한 경우에는 비록 외부적 성립요건을 구비하였다고 하더라도 적법절차를 이행하지 아니한 이상 위법한 처분에 해당하는 것이며 피청구인이 2017. 12. 27. 청구인에게 한 정보부존재 결정의 사유를 보면 “귀하께서 청구하신 자료는 우리시에서 생산 접수하지 않아 보유관리하고 있지 않은 정보임을 알려 드립니다” 라고 회신한 것으로 볼 때 생산 접수조차 되지 아니한 상태에서 이 사건 허가처분이 된 것은 무효에 해당한다고 할 것이며 나아가 이 사건 허가처분인 선행처분의 허가를 더 잡아서 후행처분인 전기사업허가가 행하여진 것이므로 이는 허가시 준수해야하는 국토계획법령이 정한 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로써 특별한 사정이 없는 한 그 하자가 중대하다고 보아야 한다고 할 것이다.(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결참조)

라. 또한 처분청의 주장을 보면 ○○지방환경청과 협의하여 「소규모환경영향평가」 등 관계법령의 적법한 절차를 거쳐 처분된 사안이라고 주장하나 협의기관인 ○○지방환경청의 공문 회신 내용을 보면 ○○군 ○○리 지역에 대하여는 환경영향평가를 실시하지 아니하였다고 청구인에게 2차례나 회신하고 있어 이 사건 개발행위는 협의없이 이루어진 하자있는 위법한 처분인 것이다.

마. 또한 유사한 내용에 대해 소송 기각, 강원도행정심판위원회에서 청구인 및 청구인의 자 ○○○에게 각하하였기 때문에 부적법한 청구라고 주장하고 있으나 본 청구는 종전에 제기한 쟁송들과 근본적인 차이가 있는바, 종전의 쟁송물은 구 지식경제부장관이 2017. 12. 24. (주)○○○○○○에게 한 「전기사업법」 제7조 제1항에 따

라 한 전기사업허가이기 때문에 이 사건 허가는 그 이전에 전제가 되는 선행적 처분에 대한 사항이므로 쟁송물의 범위가 피청구인이 주장하는 것과는 전혀 다른 것이다.

바. 대법원에서는 행정처분의 성립요건인 주체, 내용, 절차와 형식이라는 내부적 성립요건과 외부에 대한 표시라는 외부적 성립요건을 모두 갖춘 행정처분이 존재하는 경우에 성립하는 것인바, 이 중 어느 하나라도 하자가 있을 경우에는 행정처분의 중대하고도 명백한 하자가 되어 무효에 해당한다고 판시하고 있으므로 청구인이 피청구인에게 한 2017. 12. 18. 이 사건 허가의 존재를 확인하는 정보공개청구에 대한 회신 내용에 “생산접수하지 않아 보유관리하고 있지 않은 정보” 라고 하여 피청구인 스스로 하자있는 허가라는 사실을 입증하고 있는 것이다.

사. 따라서 내부적 성립요건을 모두 충족하여야 함에도 불구하고 생산접수조차 되지 아니한 상태에서 이 사건 허가처분이 된 것은 무효에 해당한다고 할 것이며 나아가 이 사건 허가처분인 선행처분의 허가를 터 잡아서 후행처분인 전기사업허가가 행하여진 것이므로 이 사건 허가의 선행처분으로서 국토계획법령이 정한 법규의 중요한 부분을 위반한 것으로써 특별한 사정이 없는 한 그 하자가 중대하다고 보아야 할 것이다.

아. 또한 2007년 사전환경성검토서 상과 2014 소규모환경영향평가서상 어느 지면에도 ○○리 지역을 대상으로 한 평가조사 내역이 전혀 없음을 확인할 수 있다.

3. 피청구인 주장

가. 피청구인은 ○○에 대하여 ○○시 ○○면 ○○리 ○○○○-○○○번지 일원에 2015. 6. 30. 한 개발행위허가는 「전기사업법」에 따른 발전사업허가 이후 진행되는 후속 절차로써 현장 확인(현지 확인을 반드시 거침) 및 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제 56조, 「환경영향평가법」에 따른 소규모환경영향평가(협의기관 : ○○지방환경청), 강원도 도시계획위원회 심의 등 관계법령의 적법한 절차를 거쳐 처분된 사안이므로 청구인의 주장 처럼 무효할 사안이 아니다.

나. 또한 이와 관련하여 이미 유사한 내용의 소송에서 기각, 강원도행정심판위원회에서 청구인 및 청구인의 자 ○○○에게 각하한 바 있으며 청구인은 피청구인을 상대로 2018. 3. 26. 개발행위허가처분 취소(○○2018구합○○○○○)의 행정소송을 제기하여 현재까지도 행정소송이 진행 중이므로 청구인이 피청구인을 상대로 개발행위허가 무효 및 풍력발전기 철거를 주장하는 것은 부적합한 청구라 할 것이다.

다. 따라서 피청구인은 청구인이 풍력발전기 13기 중 5기의 개발행위허가 처분 무효 및 철거를 주장하는 건에 대하여 개발행위허가는 적법하게 이루어진 처분이기에 청구인의 청구는 이유 없으므로 기각되어야 한다.

4. 관계법령

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제56조, 제57조, 제58조

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제56조

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행규칙」 제9조

「전기사업법」 제7조

「환경영향평가법」 제44조, 제45조, 제46조, 제48조, 제49조

「환경영향평가법 시행령」 제60조

5. 인정사실

양 당사자 간 다툼이 없는 사실, 청구인과 피청구인이 제출한 청구서, 답변서 및 증거자료 등 제출된 각 사본의 기재에 의하면 다음 사실을 인정할 수 있다.

청구인이 ○○군 ○○○면 ○○○길 ○○에서 거주하면서 ○○군 ○○○면 ○○리 산○○, 산○○번지를 소유자인 ○○군수로부터 1997년부터 유상으로 산양삼 및 산채재배부지로 사용허가를 받았던 사실, 청구인이 2017. 12. 18. 피청구인에게 “2015. 6. 30. 피청구인이 청구 외 ○○○○○○○○○에 대하여 행한 ○○시 ○○면 ○○리

○○○○-○○○번지 외 25필지의 풍력발전단지 조성사업을 위한 풍력발전기 13기의 개발행위를 허가하면서 ○○시 ○○○리와 ○○군 ○○리 지역에 대한 현장조사 실적 자료와 이 사건 허가 내부 검토자료”에 대한 정보공개를 청구하였는데 피청구인이 2017. 12. 27. 정보부존재 통지를 한 사실, 청구인이 이 사건 허가에 대한 현지확인 등의 자료가 없는 것으로 보아 이 사건 허가가 불법으로 이루어진 것이라고 주장하며 이 사건 허가로 설치된 풍력발전기 13기 중 청구인이 거주하는 주택으로부터 이격거리가 1킬로미터 전후인 풍력발전기 6, 7, 8, 9, 10호기 총 5기에 대한 개발행위허가 무효 및 풍력발전기 5기의 철거를 구하는 이 사건 행정심판을 청구한 사실 등이 인정된다.

6. 판 단

이 사건 청구인의 심판청구는 결국 다음과 같은 점에서 이유 없으므로 기각함이 타당하다고 판단된다.

이 사건 ○○시 ○○면 ○○리 ○○○○-○○○번지 일원의 개발행위는 ○○○○○○○○○(주) 대표 ○○○가 발전사업허가(2007.12.)를 받은 뒤 소규모 환경영향평가(2014.10.) 및 강원도도시계획위원회 심의(2015.5.) 결과 개발행위허가가 완료(2015.6.)된 건으로 절차상 하자가 없고, 청구인이 정보공개청구를 한 ○○시 ○○○리 지역과 ○○군 ○○리 지역에 대한 현장조사 실적자료(사업부지에 대한 현장확인 관련 자료) 및 허가승인 처분시 내부 검토 자료, ○○시가 실태현황조사 확인 차 방문한 사실이 있었는지 여부와 관련하여 해당 자료들이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 국토계획법) 시행규칙 제9조(개발행위허가신청서) 상 법적으로 사업시행자가 반드시 제출해야 할 서류가 아닐 뿐만 아니라 피청구인이 의무적으로 생산해야 할 자료가 아니므로 이에 대한 정보부존재 처분이 있다하여 이 사건 문제된 개발행위허가 절차상 위법하다는 청구인의 주장은 타당하지 않다.

나아가 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 개발행위 허가의 기준에 관하여 58조에서 이를 규정하고 있는데 제58조 제1항 제4호는 ‘주변지역의 토지이용실태 또는

토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천, 호소, 습지의 배수 등 주변 환경이나 경관과 조화를 이룰 것' 이렇게 상당히 불확정 개념으로 개발행위 허가의 기준을 규정하고 있고, 동법 시행령 또한 마찬가지라 할 것인데,

이는 결국 행정청에게 주변상황을 고려해서 개발행위 허가 여부를 결정하라고 하는 재량행위라고 하는 것이 대법원의 입장이고 개발행위 허가를 할 때에 그런 주변 환경을 고려해야 하는 것이지 반드시 청구인이 주장하는 바와 마찬가지로 환경영향평가나 사전현장조사 자료 이런 것들이 요구되는 것이 아니므로, 이 사건 청구인의 주장은 이유 없다 할 것이어서 이 사건 개발행위허가가 무효라고 볼 수 없으므로 청구인의 청구를 기각해야 할 것으로 보인다.

7. 결 론

그렇다면, 청구인의 청구는 이유 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.

2018. 8. 27.

강 원 도 행 정 심 판 위 원 회