

# 辯護士

《會員研究論文輯》

— 第五十三輯 —



# 태양광사업 개발행위허가 또는 사용허가에 관한 최근 판례 동향 및 시사점

## Recent Trends and Implications of Cases about Permission for Development Activities or Use to Photovoltaic Power Generation Business

변호사 송 경 훈\*

Song Kyung Hoon

### 논문요약

본 논문은 태양광사업에 관한 허가 중 육상태양광사업에서 주로 문제되는 개발행위허가, 그리고 수상태양광사업에서 주로 문제되는 사용허가와 관련하여 2020년 상반기(2020. 1. 1. ~ 2020. 6. 30.) 사이 선고된 38건의 판결(이하 통칭하여 ‘대상판결’)을 기초로 판례상 공통된 법리와 개별적인 법리를 분석하고 각각의 시사점을 도출한다.

대상판결 38건 중 결과적으로 개발행위허가나 사용허가를 부정한 판결은 28건, 인정한 판결은 10건이었다. 행정청 기준 승소율은 74%, 패소율은 26%였다. 2010년부터 2019년까지 행정청의 행정소송 패소율이 9~11%에 그쳤다는 점을 감안할 때 이러한 패소율(38건 중 10건으로 약 26%)은 다른 행정사건에 비해 유의미하게 높다.

본 논문에서 주로 시사점을 도출한 부분은 대상판결에서 다뤄진 신뢰보호원칙, 평

\* 법무법인(유한) 지평

등원칙, 비례원칙이다. 법원은 신뢰보호원칙의 경우 ‘공적인 견해표명’이라는 추상적인 법논리에 갇혀 구체적 타당성을 도외시하는 결론에 이르러서는 안 될 것이며, 평등원칙의 경우 평등의 재량을 인정함에 있어 신중을 기해야 한다. 비례원칙과 관련해서는 태양광사업과 환경보전 사이의 계량화된 이익형량의 결과물이 존재하지 않는 한 태양광사업의 공익을 다른 공익에 비해 낮게 평가하는 데에도 신중을 기해야 한다.

가까운 시일 내에 태양광사업과 환경보전 사이의 계량화된 이익형량의 결과가 도출되고 또 이것이 재판 과정에서 제대로 기능함으로써 사법신뢰 제고에 기여하게 되기를 기대해 본다.

#### 〈주제어〉

태양광사업, 개발행위허가, 사용허가, 행정절차법, 신뢰보호원칙, 평등원칙, 비례원칙

논문접수 : 2020년 10월 3일 / 심사 : 11월 13일 / 게재확정 : 11월 13일

## 목 차

### I. 서론

### II. 태양광사업 및 허가제도 개관

1. 태양광사업 개관
2. 태양광사업 관련 허가제도 개관

### III. 태양광사업 개발행위허가 또는 사용허가에 관한 판례동향 및 시사점

1. 판례통계 및 분석범위
2. 판례상 공통된 법리 및 시사점
3. 판례상 개별적인 법리 및 시사점

### IV. 결론

## I. 서론

「신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법」(이하 ‘신재생에너지법’)은 기존의 화석 연료를 변환시켜 이용하거나 수소·산소 등의 화학 반응을 통하여 전기 또는 열을 이용하는 에너지를 ‘신에너지’, 햇빛·물·지열(地熱)·강수(降水)·생물유기체 등을 포함하는 재생 가능한 에너지를 변환시켜 이용하는 에너지를 ‘재생에너지’로 각각 정의하고 있다(제2조 제1호, 제2호). 신에너지와 재생에너지를 묶어 ‘신재생에너지’라고 통칭하는데, 전 세계적으로 널리 활용되고 있는 대표적인 재생에너지가 바로 태양에너지이다.

정부(산업통상자원부)는 2017. 12. ‘재생에너지 3020 이행계획’을 통해 2030년까지 재생에너

지 발전량 비중을 20%로 확대하겠다는 계획하에 신규 설비의 95% 이상을 태양광·풍력 등 청정에너지로 보급하겠다고 발표하였고,<sup>1)</sup> 2020. 2. 에는 향후 3년간 11조 원을 투입해 총 69개의 재생에너지 발전 단지를 조성하겠다는 내용의 ‘신재생에너지 기술 개발 및 이용·보급 실행계획’도 발표하는 등 정부 차원에서 태양에너지 보급을 확대하겠다는 의지를 거듭 분명하게 밝혔다.<sup>2)</sup> 그럼에도 불구하고 태양에너지 중 특히 태양광사업에 관하여 사업자들이 소송에서 계속해서 패소하고 있다는 기사가 이어졌다.<sup>3)</sup>

본 논문은 단순한 의문에서 출발하였다. 굳이 우리 정부의 계획이나 방침을 언급하지 않더라도 신·재생에너지 보급을 확대하는 것이 전 세계적 추세임을 감안할 때, 어떤 이유로 위와 같은 기사가 반복적으로 나오는지, 그리고 그 실체가 기사 내용과 같을지 등에 대한 의문이었다. 그리하여 2020. 1. 1.부터 2020. 6. 30.까지 2020년 상반기에 태양광사업 개발행위허가 및 사용허가와 관련하여 선고된 판결 약 38건(이하 통칭하여 ‘대상판결’)을 훑어보았다.

## II. 태양광사업 및 허가제도 개관

### 1. 태양광사업 개관

태양에너지는 태양광(太陽光)을 이용하는 방식과 태양열(太陽熱)을 이용하는 방식으로 나뉜다. 집열기술의 한계, 빛반사 문제 등으로 인해 국내에서는 신재생에너지로 대부분 태양열이 아닌 태양광을 이용하고 있다. 국내 태양광사업은 다시 육상에서 진행되는 육상태양광사업과 수

1) 2016년 기준 재생에너지 발전량은 7% 수준에 그친다[산업통상자원부, ‘재생에너지 3020 이행계획(안)’, 2017. 12.].

2) 정부는 2020. 7. 14. 관계부처합동으로 이른바 ‘한국판 뉴딜’의 종합계획을 발표하기도 하였다.

3) 「태양광 발전시설 소송 사업자 줄줄이 패소」(경남신문, 2019. 9. 3.자), 「무분별한 태양광 사업...『빨간불』」(그린포스트코리아, 2019. 11. 26.자), 「태양광 행정소송 급증...주민들 손 들어주는 법원」(한국경제, 2020. 6. 21.자)

상에서 진행되는 수상태양광사업으로 나뉘는데, 여전히 육상태양광사업이 주를 이루고 있으나 이용토지(주로 임야, 전답)의 수용한계 등으로 인해 근래에는 수상태양광사업이 각광받고 있다.<sup>4)</sup>

수상태양광사업은 기존의 육상태양광 발전기술과 플로팅(floating)기술을 융합한 새로운 개념의 태양광발전 방법으로, 수면 산란광, 낮은 수온, 통풍조건 등으로 인하여 육상태양광보다 발전량이 약 10% 많고, 인공 수초 등을 쉽게 부착할 수 있어 어류의 산란 번식이나 수질개선에 유리한 환경을 만들 수 있다는 부수적 효과가 있다.<sup>5)</sup>

육상이든 수상이든 태양광사업은 크게 사업타당성검토 → 기초설계 → 전기사업허가 → 실시설계 → 개발행위허가 또는 사용허가 → 공사계획신고 → 설치공사 → 사용전검사 → (PPA<sup>6)</sup> 체결 → 사업개시신고 → REC<sup>7)</sup> 발급<sup>8)</sup> → REC 거래 순으로 진행된다.

## 2. 태양광사업 관련 허가제도 개관

### 가. 전기사업허가

4) 「신재생에너지의 진화...‘수상 태양광’ 뜬다」(매일경제, 2018. 5. 25.자), 「호수에 뜬 태양광 모듈 8000 개...‘녹조 대신 치어 떼 몰려든다.」(중앙일보, 2019. 10. 14.자)

5) 윤소라, 「수상태양광 설치 등 수면활동에 관한 법규제의 타당성에 관한 연구」, 「과학기술과 법」, 2019. 12., 249~250면

6) Power Purchase Agreement의 약자로 전력수급계약, 즉 태양광사업주가 생산한 전력을 한국전력과 직접 판매계약을 맺는 것을 말한다.

7) Renewable Energy Certificates의 약자로 신재생에너지 공급인증서 즉 태양광 등 신재생에너지로 전기를 생산하고 공급을 한다는 내용의 인증서를 의미한다. 사업자는 통상 현물시장에서 이를 거래하여 수익을 창출한다.

8) 참고로 법원은 수원지방법원 2016. 7. 12. 선고 2015구합70042 판결을 통해 REC 발급대상설비확인 행위에 대하여 처분성을 인정하였다(이진성, 「신재생에너지 공급인증서 발급대상 설비확인 처분성」, 「환경법연구」, 2018. 11.).

전기사업을 하려는 자는 전기사업의 종류별로 산업통상자원부장관의 허가를 받아야 하고, 허가받은 사항 중 중요사항을 변경하려는 경우에도 허가를 받아야 한다(「전기사업법」 제7조 제1항). 태양광사업은 전기사업법상 전기사업 중 발전사업<sup>9)</sup>의 하나로(「전기사업법」 제2조 제1호, 제4호), 태양광사업을 하려는 자는 위 허가를 받아야 한다. 실무상 이러한 허가는 전기사업허가 또는 발전사업허가로 불리는데, 본 논문에서는 전기사업허가로 통칭한다.

현행법령상 전기사업의 허가기준은 ① 전기사업을 적정하게 수행하는 데 필요한 재무능력 및 기술능력이 있을 것(제1호), ② 전기사업이 계획대로 수행될 수 있을 것(제2호), ③ 배전사업 및 구역전기사업의 경우 둘 이상의 배전사업자의 사업구역 또는 구역전기사업자의 특정한 공급구역 중 그 전부 또는 일부가 중복되지 아니할 것(제3호), ④ 구역전기사업의 경우 특정한 공급구역의 전력수요의 50퍼센트 이상으로서 대통령령으로 정하는 공급능력을 갖추고, 그 사업으로 인하여 인근 지역의 전기사용자에 대한 다른 전기사업자의 전기공급에 차질이 없을 것(제4호), ⑤ 발전소나 발전연료가 특정 지역에 편중되어 전력계통의 운영에 지장을 주지 아니할 것(제4의2호), ⑥ 「신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법」 제2조에 따른 태양에너지 중 태양광, 풍력, 연료전지를 이용하는 발전사업의 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 발전사업 내용에 대한 사전고지를 통하여 주민 의견수렴 절차를 거칠 것(제5호), ⑦ 그 밖에 공익상 필요한 것으로서 대통령령(「전기사업법 시행령」)으로 정하는 기준에 적합할 것(제6호)으로 일곱 가지이다(「전기사업법」 제7조 제5항 제1 내지 6호).

구 「전기사업법」<sup>10)</sup>은 주민 의견수렴 절차를 요구하지 않았으나 2020. 10. 1. 시행된 개정 「전기사업법」 제7조에서 이를 추가 요건으로 정하였다. 주변 주민의 동의나 반대 여부가 전기사업허가의 법령상 요건이 아니었음에도 불구하고 그간 행정청이 관행적으로 주변 주민의 동의를 요구해 왔던 점을 법에 반영한 것이다.<sup>11) 12)</sup>

9) ‘전기를 생산하여 이를 전력시장을 통하여 전기판매사업자에게 공급하는 것을 주된 목적으로 하는 사업을 뜻한다(「전기사업법」 제2조 제3호).

10) 2020. 3. 31. 법률 제17170호로 개정되기 전의 것

11) 이러한 문제는 아래 개발행위허가나 사용허가의 경우도 동일하나, 개발행위허가나 사용허가의 경우

## 나. 개발행위허가 또는 사용허가

태양광 발전설비는 통상 태양전지(Solar cell)로 구성된 모듈(Module) 고축전지 및 전력변환 장치로 구성되며, 이러한 공작물<sup>13)</sup>을 옥상에 설치하는 등 개발행위를 하기 위해서는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수로부터 개발행위허가를 받아야 한다[「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’) 제56조 제1항].<sup>14)</sup>

개발행위허가는 ‘주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것’ 등의 기준을 충족하는 경우에만 가능하다(국토계획법 제58조 제1항 제4호).

개발행위허가 시 관련 인·허가가 의제되는 경우가 많은데, 임야에 설치되는 경우가 많은 태양광사업의 특성상 특히 「산지관리법」에 따른 산지전용허가, 산지일시사용허가, 토석채취허가

사전에 주민 의견수렴절차를 거쳐야 한다는 규정은 아직 없다. 향후 정비가 필요하다.

12) “지역수용성 문제로 사업 자체가 좌초되거나 지연되는 사례가 계속 문제되어 왔고, 발전사업허가 단계에서 지방자치단체장의 확인서를 제출하는 것만으로는 이를 해결하기에 부족하다는 비판에 직면하여 지역주민의 알 권리를 보장하고 지역수용성을 제고하기 위한 개정 조치로 이해됩니다. 이제까지는 개발행위허가 단계에서 주변 주민이나 환경 단체의 민원이 문제되어, 허가 조건으로 민원의 해결을 명시하거나 관할 지방자치단체가 비공식적으로 지역주민의 동의서를 요구하는 경우가 많았는데, 개정 전기사업법의 시행으로 이러한 관행에 실질적인 변화가 초래될지 관심 있게 지켜볼 필요가 있습니다.”[2020. 9. 11.자 법무법인(유) 지평 뉴스레터: 개정 전기사업법 주요 내용]

13) ‘건축물’이란 토지에 정착(定着)하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가(高架)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 「건축법 시행령」으로 정하는 것을 의미하는데(「건축법」 제2조 제2호), 이에 따르면 토지에 정착하는 공작물이라고 하여 모두 건축물에 해당하는 것은 아니고, 그중에서도 ‘지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 ‘이에 딸린 시설물’ 또는 「건축법 시행령」으로 정하는 것’만이 건축물에 해당한다. 그런데 태양광 발전시설의 경우 일반적으로 금속제 지지대 위에 태양광발전판을 올려놓는 형태로 지붕과 기둥 또는 벽이 존재하지 않고 별도의 건물 등에 부속되는 것도 아니므로, 「건축법」상 ‘건축물’에는 해당하지 않는다(서울고등법원(춘천) 2020. 2. 19. 선고 2019누1307 판결(인용)).

14) 건축물 등에 설치하는 경우에는 개발행위허가가 필요하지 않다.

나 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」에 따른 입목벌채(立木伐採) 등의 허가가 의제되는 경우가 많다. 이 경우 사업자가 개발행위허가를 받기 위해서는 위 산지전용허가 등의 요건 또한 갖추어야 한다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결)[서울고등법원(춘천) 2020. 1. 22. 선고 2019누1178 판결(기각)].<sup>15)</sup>

반면 수상태양광사업의 경우 일반적으로 「농어촌정비법」상 농업생산기반시설인<sup>16)</sup> 저수지 등에 태양광 발전설비를 설치하므로 농업생산기반시설관리자로부터 사용허가를 받아야 한다(「농어촌정비법」 제23조 제1항). 이 경우 농업생산기반시설관리자는 농업생산기반시설을 유지하거나 보수하는 데에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 사업자로부터 사용료로 징수할 수 있다(「농어촌정비법」 제23조 제3항).<sup>17)</sup>

개발행위 중 일정한 경우, 관계 행정기관의 장은 허가 시 중앙도시계획위원회나 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하고(국토계획법 제59조), 행정안전부장관과 재해영향성검토 및 재해영향평가에 관한 협의를 하여야 하며(「자연재해대책법」 제4조), 소규모 환경영향평가의 대상이 되는 사업의 경우 사업자는 소규모 환경영향평가서를 작성하여 승인기관의 장(관계 행정기관의 장)에게 제출하여야 하고, 승인기관의 장(관계 행정기관의 장)은 환경부장관에게 소규모 환경영향평가서를 제출하고 소규모 환경영향평가에 대한 협의를 요청하여야 한다(「환경영향평가법」 제43조, 제44조).

15) 본 논문에서는 이해의 편의를 위해 일반적인 판결 인용방식과 달리 말미에 (인용)/(기각) 여부를 표시한다.

16) 농업생산기반시설은 농업생산기반 정비사업으로 설치되거나 그 밖에 농지 보전이나 농업 생산에 이용되는 저수지, 양수장(揚水場), 관정(管井: 우물) 등 지하수 이용시설, 배수장, 취입보(取入洑), 용수로, 배수로, 유지(溜池: 웅덩이), 도로(「농어촌도로 정비법」 제4조에 따른 농도(農道) 등 농로를 포함), 방조제, 제방(堤防: 둑) 등의 시설물 및 그 부대시설과 농수산물의 생산·가공·저장·유통시설 등 영농시설을 말한다(「농어촌정비법」 제2조 제6호).

17) 한편, 상수원보호구역 내에 수상태양광 발전설비를 설치하는 특수한 경우의 법률문제에 대해서는 별도의 논의가 있다(윤소라, 앞의 논문, 252~255면).

### Ⅲ. 태양광사업 개발행위허가 또는 사용허가에 관한 판례동향 및 시사점

#### 1. 판례통계 및 분석범위

2020. 1. 1.부터 2020. 6. 30.까지 사이에 선고된 태양광사업 허가 특히 육상태양광사업의 개발행위허가와 수상태양광사업의 사용허가 거부처분의 취소를 구하는 행정소송의 판결은 법원과 심급을 불문하고 38건이다.

통계로 보면 총 38건의 대상판결 중 결과적으로 개발행위허가나 사용허가를 부정한 판결은 28건, 인정한 판결은 10건이다. 행정청 기준 승소율은 74%, 패소율은 26%였다. 2010년부터 2019년까지 행정청의 행정소송 패소율이 9~11%에 그쳤다는 점<sup>18)</sup>을 감안할 때 사업자의 줄폐소라든가 태양광사업의 빨간불이라는 말에는 분명 어폐가 있음을 알 수 있다. 이하 대상판결의 공통된 법리와 개별적인 법리를 분석하고 시사점을 도출해 본다.

#### 2. 판례상 공통된 법리 및 시사점

##### 가. 행정절차법과 처분의 위법성

##### 1) 처분의 이유 제시의무 위반 여부 : 「행정절차법」 제23조

처분의 이유 제시의무와 처분의 위법성의 관계에 대해서는 이미 판례를 통해 법리가 확립되었다고 평가할 수 있다. 대표적인 판례는 다음과 같다. “행정절차법 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지 전체적인

18) e-나라지표 기준(법무부 국가송무과 제공)

과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것 인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법하게 되지는 않는다.”(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두18571 판결 등).

대상판결에서도 사업자의 승·패소를 불문하고 위 법리가 반복적으로 확인되는데, 특히 사업자가 승소한 경우[광주고등법원 2020. 1. 23. 선고 2019누10206 판결(인용), 광주지방법원 2020. 1. 16. 선고 2019구합10146 판결(인용) 등]에도 법원이 「행정절차법」 제23조 제1항의 위반을 인정하지 않았다는 것은, “불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없는 경우 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법하게 되지는 않는다.”라는 위 법리가 설득력이 있을 뿐만 아니라 실효적이라는 점을 방증한다.

## 2) 처분의 방식 위반 여부 : 「행정절차법」 제24조

행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자 등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있으며, 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다. 그리고 처분을 하는 문서에는 그 처분 행정청과 담당자의 소속·성명 및 연락처(전화번호, 팩스번호, 전자우편주소 등을 말한다)를 적어야 한다(「행정절차법」 제24조).

위 제24조와 관련하여 대상판결 중에는 한 명의 원고가 여러 신청지에 관한 사용허가를 신청한 경우 행정청이 여러 신청지에 관하여 하나의 문서로 거부처분을 하는 것이 위법한지 여부가 문제된 사례가 있다. 위 판결에서 법원은 수개의 처분에 대해 반드시 수개의 문서로써 하도록 정하고 있지 않을 뿐만 아니라 수개의 허가신청에 대한 행정처분이 반드시 수개의 문서로 이루

어져야 한다고 볼 아무런 근거가 없다는 이유로 위 제24조 위반 주장을 배척하였다[전주지방법원 2020. 4. 16. 선고 2019구합184(기각)]. 신청인이 같고 처분의 이유가 제대로 고지되었다면 신청지가 여럿인 경우라 하더라도 하나의 문서로 처분해도 신청인의 이익을 침해하는 것이라고 보기는 어렵다는 점에서 위 결론은 충분히 수긍할 수 있다.

### 3) 고지의무 위반과 처분의 위법성 : 「행정절차법」 제26조

「행정절차법」 제26조에 따른 고지의무 위반만으로는 처분의 위법성이 인정되지 않는다는 다음과 같은 법리 역시 판례를 통해 줄곧 확인되었다. 「행정절차법」 제26조는 “행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 기타 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간 기타 필요한 사항을 알려야 한다.”라고 규정하고 있다.

고지절차에 관한 위 조항은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판의 절차를 밟는 데 편의를 제공하려는 것이어서 처분청이 위 규정에 따른 고지의무를 이행하지 아니하였다고 하더라도 경우에 따라 행정심판의 제기기간이 연장될 수 있음에 그칠 뿐, 그 때문에 심판의 대상이 되는 행정처분이 위법하다고 할 수는 없다(대법원 1987. 11. 24. 선고 87누529 판결, 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014두3631 판결, 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017두66633 판결 등).

대상판결 중에서도 사업자가 고지의무 위반으로 인한 처분의 위법성을 주장하는 경우가 있었는데, 위 판례 법리대로 주장이 받아들여지지 않았다[대구고등법원 2020. 4. 10. 선고 2019누4791 판결(인용)<sup>19)</sup> 등].

19) 다만, 위 판결에서 법원은 고지의무 위반이 아닌 다른 이유로 처분의 위법성을 인정하였다.

## 나. 개발행위허가 및 사용허가 : 재량행위

개발행위허가와 사용허가는 모두 재량행위이다. 대상판결에서도 “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, 사실오인과 비례·평등의 원칙 위반 여부 등이 그 판단 기준이 되며, 재량권의 일탈·남용에 대하여는 그 행정행위의 효력을 다투는 사람이 증명책임을 진다.”라고 하거나[춘천지방법원 강릉지원 2020. 1. 9. 선고 2019구합30592 판결(인용)], “관련 조항의 규정형식, 문언 및 입법취지 등에 비추어 볼 때, 피고가 농업생산기반시설의 목적 외 사용을 허가하는 것은 신청인에게 당초 그 점용 또는 사용이 금지된 농업생산기반시설을 본래 목적 외의 목적으로 사용할 수 있도록 권한을 부여하는 처분으로 허가권자가 신청인의 적격성, 목적 외 사용의 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량행위에 해당한다.”라고 하여 재량행위임을 반복적으로 확인하였다[전주지방법원 2020. 4. 16. 선고 2019구합184 판결(기각)].

같은 재량행위라도 재량의 폭이 다를 수 있음은 물론이다. 대상판결에서 법원은 “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, ① 우리 헌법이 ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다’고 규정하여(제35조 제1항) 환경권을 헌법상 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있는 점, ② 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), ③ ‘환경오염 발생 우려’와 같이 장

래에 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 있는 점을 함께 고려하여야 한다. 그리고 이 경우 행정청의 당초 예측이나 평가와 일부 다른 내용의 감정의견이 제시되었다는 등의 사정만으로 쉽게 행정청의 판단이 위법하다고 단정할 것은 아니다.”라고 하였다[대구지방법원 2020. 1. 23. 선고 2019구합240 판결(기각), 대구지방법원 2020. 2. 6. 선고 2019구합22028 판결(기각) 등]. 이른바 기속행위, 기속재량행위, 재량행위의 구별에 있어 법원은 개발행위허가와 사용허가를 모두 재량행위로 보고 있다고 평가할 수 있다.

나아가 대상판결에서 법원은 “개발행위 운영지침은 개발행위허가의 사무처리와 관련한 최소한의 기준을 세부적으로 정한 것으로 대외적 구속력이 없으므로, 처분의 위법여부는 행정규칙에 불구한 위 지침상의 허가기준을 모두 충족하였는지 여부와는 무관하게 재량판단의 내용이 위법한지에 따라 판단되어야 한다. (중략) 처분의 신청이 조례에 규정한 요건을 충족한다고 하더라도 다른 법령에서 요구하는 사항을 충족하지 못한다면 행정청으로서 재량 판단에 의하여 그 신청을 거부할 수 있다.”라고도 하는바, 개발행위허가나 사용허가에 법원이 폭넓은 재량을 인정하고 있음을 알 수 있다[대전지방법원 2020. 1. 30. 선고 2018구합107953 판결(기각) 등].

#### 다. 관련 법령상의 절차

앞서 언급한 대로 개발행위허가 시 일정한 경우 관계 행정기관의 장은 행정안전부장관과 재해영향성검토 및 재해영향평가에 관한 협의를 하여야 하고(「자연재해대책법」 제4조), 소규모 환경영향평가의 대상이 되는 사업의 경우 사업자는 소규모 환경영향평가서를 작성하여 승인기관의 장(관계 행정기관의 장)에게 제출하여야 하며, 승인기관의 장(관계 행정기관의 장)은 환경부장관에게 소규모 환경영향평가서를 제출하고 소규모 환경영향평가에 대한 협의를 요청하여야 한다(「환경영향평가법」 제43조, 제44조).

대상판결에서 법원은 위 재해영향환경평가 등의 협의나 소규모 환경영향평가 협의 요청은 행

정청이 어떠한 사업을 허용하거나 이를 시행하는 내용으로 결정·처분을 할 때 거쳐야 할 절차에 불과하고, 반대로 행정청이 어떠한 사업을 불허하거나 이를 시행하지 못하도록 할 때에 거쳐야 할 절차가 아니라면서, 개발행위불허가처분 시 위 협의 내지 협의 요청을 하지 않았다는 것만으로 처분이 위법해지지는 않는다고 보았다[부산고등법원(창원) 2020. 2. 5. 선고 2019누11166](기각).

위 재해영향환경평가 등의 협의나 소규모 환경영향평가 협의가 없더라도 다른 이유로 거부처분을 하게 된 것이고, 그 이유가 재량의 범위 내에 있다면 결과적으로 위 재해영향환경평가 등의 협의나 소규모 환경영향평가 협의 요청을 하지 않았더라도 처분이 위법하게 되는 것은 아니라는 결론에는 동의할 수 있다. 위 2019누11166 판결의 사안 역시 해당 지방자치단체의 조례에서 개발행위허가의 요건으로 신청지와 도로 사이의 이격거리로 800미터를 요구하고 있음에도 불구하고 실제 신청지와 도로 사이의 이격거리가 200미터 이내였고, 행정청은 이를 거부처분의 첫 번째 사유로 제시했었으며, 법원은 이를 주된 이유로 사업자의 청구를 기각하였다. 그러나 위 사안과 달리 거부처분의 다른 이유가 명백하지 않은 경우까지 재해영향환경평가 등의 협의나 소규모 환경영향평가 협의를 거치지 않은 행위의 위법성을 부정할 수 있는지는 의문이다.

### 3. 판례상 개별적인 법리 및 시사점

#### 가. 민원처리법과 처분의 위법성

「민원처리법」에 따른 보완 요구에 관한 대상판결에서 법원은, 우선 형식적·절차적 요건의 흠과 실질적 요건의 흠을 구별하고, 위 두 가지 흠 모두 보완이 가능한 경우에만 보완을 요구할 수 있는데, 특히 실질적 요건의 흠은 설령 보완이 가능한 경우라 하더라도 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등에 기한 경우 등 그 원인이 사소한 것이 아닌 이상 보완을 요구할 수 없다고 보았다[대구고등법원 2020. 4. 10. 선고 2019누4791 판결(인용), 대구지방법원 2020. 1. 15. 선고 2019구합23786 판결(인용)<sup>20)</sup> 등].

이는 다음과 같은 대법원 판례를 재확인한 것이다. “민원처리법 제9조 제1항, 제22조 제1항, 같은 법 시행령 제25조 제1항은 행정기관의 장은 민원의 신청을 받았을 때에는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류하거나 거부할 수 없고, 접수된 민원문서를 부당하게 되돌려 보내서는 아니 되며, 접수한 민원문서에 보완이 필요한 경우에는 상당한 기간을 정하여 지체 없이 민원인에게 보완을 요구하여야 하고, 민원인이 기간 내에 민원문서를 보완하지 아니한 경우에는 그 이유를 분명히 밝혀 접수된 민원문서를 되돌려 보낼 수 있다고 정하고 있다. 그런데 위 규정에 정해진 보완의 대상이 되는 흠은 보완이 가능한 경우이어야 함은 물론이고, 그 내용 또한 형식적·절차적인 요건이거나, 실질적인 요건에 관한 흠이 있는 경우라도 그것이 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등에 기한 경우 등이어야 한다.”(대법원 2004. 10. 15. 선고 2003두6573 판결 등).

#### 나. 위임입법의 한계 일탈 여부

대상판결에서 법원은 “대한민국 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있으므로, 자치사무와 관련한 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 구체적으로 범위를 정하여서 할 엄격성이 반드시 요구되지는 않는다. 법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임한 경우에도 지방자치단체는 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 각 지역의 실정에 맞게 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다. 따라서 비록 국토계획법이 태양광발전 시설 설치의 이격거리 기준에 관하여 조례로서 정하도록 명시적으로 위임하고 있지 않았더라도, 조례에의 위임은 포괄 위임으로 충분한 점, 도시·군계획에 관한 사무의 자치사무로서의 성격, 국토계획법령의 다양한 규정들의 문언과 내용 등을 종합하면, 위 조례 조항은 국토계획법령이 위임한 사항을 구체화한 것이라고 보아야 한다.”라는 대법원 판결(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두40744 판결) 등을 언급하며 위임입법의 한계 일탈 주장을 일률적으로 배척하였다(춘

20) 실질적인 요건에 관한 흠이고 민원인의 단순한 착오나 일시적인 사정 등에 기한 경우가 아니었던 사안이다.

천지방법원 강릉지원 2020. 4. 23. 선고 2019구합30660 판결(기각) 등].

대상판결에서 언급된 위 법리를 떠나 개발행위허가 또는 사용허가에 관한 현행 법령의 체계에 비추어 볼 때 위임입법의 한계 일탈 주장은 더 이상 실효성이 없어 보인다.

#### 다. 신뢰보호원칙 위배 여부

행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 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 그 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, ⑤ 그 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두46 판결, 2012. 11. 29. 선고 2012두5824 판결. 등).

대상판결에서는 위 ① 내지 ⑤의 요건 중 ①이 주로 문제 되었고, 그 쟁점은 대부분 행정청의 일반 공중에 대한 의사표시를 공적인 견해표명이라고 볼 수 있는지 여부였다. 이와 관련해 대상판결에서 법원은 “원고들이 주장하는, 산업통상자원부의 태양광 발전사업허가에 있어서 이격거리제한 폐지 내지 제한 원칙 발표, 고성군 개발행위허가(태양광) 운영 지침 부칙 제2조의 문언, 고성군의 2018. 1. 이후의 허가에 관한 계획 등은 모두 원고들 개인이 아닌 일반 공중에 대한 의사표시라고 봄이 상당한바, 이를 두고 원고들에 대한 공적견해의 표명이라고 볼 수도 없다.”라고 판단하였다(춘천지방법원 강릉지원 2020. 4. 23. 선고 2019구합30660 판결(기각)).

그러나 ‘공적인 견해표명’을 이와 같이 특정 개인에 대한 것으로 한정하는 것은 부당하다. 특정 개인에 대한 것이 아니라도 법규명령이나 행정규칙 또는 행정계획에 대한 신뢰 역시 보호해야 할 대상임은 분명하다. 이미 신뢰가 발생한 이상 개인에 대한 것이었는지 불특정 다수에 대

한 것이었는지는 중요한 문제가 아니다.<sup>21)</sup> 행정청과 개인 간의 신뢰 문제는 신뢰보호원칙보다는 오히려 신의성실원칙의 문제로 접근해야 할 것이다.<sup>22)</sup>

행정청이 보완요구를 하고 사업자가 이에 응한 경우, 위 보완요구가 공적인 견해표명에 해당하는지 여부가 문제된 예도 있다[청주지방법원 2020. 2. 13. 선고 2019구합6364 판결(기각)]. 해당 사건에서 사업자는 1차 개발행위허가 신청 후 행정청의 보완요구에 따라 사업예정지를 축소(29,900㎡ → 19,192㎡)한 뒤 2차 개발행위허가를 신청하였고, 그 후 행정청의 보완요구에 따라 사업예정지를 다시 축소(19,192㎡ → 15,416㎡)하고 소규모 환경영향평가 보완서를 제출한 뒤 3차 개발행위허가를 신청하였으나 경관 훼손 우려, 배수 계획 부적합, 자연재해 우려를 이유로 행정청으로부터 거부처분을 받았다. 개별사안마다 사정은 다를 수 있으나 보완요구가 여러 차례 있었고 그에 따라 사업자가 성실하게 보완에 응한 경우 등 일정한 경우에는 그 과정에서 발생한 사업자의 신뢰를 보호해야 할 필요도 있을 것으로 보인다. ‘공적인 견해표명’이라는 추상적인 법논리에 갇혀 구체적 타당성을 도외시하는 결론에 이르러서는 안 된다.<sup>23)</sup>

한편, 전기사업허가가 그에 이어지는 개발행위허가 또는 사용허가에 대한 신뢰를 부여한 것

21) 같은 취지로 박군성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2020., 60~61면

22) 대법원 판결 중에도 행정청과 개인 사이의 신뢰 문제를 신의성실원칙의 문제로 접근한 예가 있다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두11233 판결).

“신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 그러한 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하고(대법원 2001. 7. 13. 선고 2000다5909 판결 참조), 일반 행정법률관계에서 관청의 행위에 대하여 신의칙이 적용되기 위해서는 합법성의 원칙을 희생하여서라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호함이 정의의 관념에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 예외적으로 적용된다고 할 것이다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1253 판결 참조).”

23) “신뢰보호의 원칙을 작동시키는 첫 단추로서 공적 견해표명의 존부가 과연 논증의 안정성을 가져다줄지 의문스럽다.”라는 견해도 같은 취지로 보인다(김중권, 『행정법상 신뢰보호 원칙의 신뢰도 제고에 관한 소考』, 법률신문, 2012. 9. 24.).

인 것 여부도 문제 된다. 대상판결에서 법원은 “국토계획법에 근거한 개발행위허가는 특정 사업지에서 이루어지는 건축물 등의 건축, 토지형질변경 등 행위에 대한 허가를 목적으로 하는 반면, 전기사업법에 근거한 전기사업허가는 전기사업을 영위할 수 있는 자격을 부여함을 목적으로, 양자는 목적과 대상을 달리하는 것이고, 개발행위허가와 전기사업허가를 받기 위하여 행정청에 제출하여야 하는 서류나 행정청이 위 허가 여부를 결정하기 위하여 심사하여야 하는 사항이 서로 다르며, 전기사업허가를 검토함에 있어 전기설비 설치장소에 실제로 개발행위허가를 받을 수 있을 것이라는 요건이 전기사업허가기준이 되는 것도 아니다. 따라서 전기사업허가를 하였다고 해서 행정청이 개발행위허가를 할 것이라는 공적인 견해표명을 하였다고 볼 수는 없다.”라고 판단하였고[춘천지방법원 강릉지원 2020. 4. 23. 선고 2019구합30660 판결(기각), 광주고등법원 2020. 1. 23. 선고 2019누10206 판결(인용), 창원지방법원 2020. 2. 13. 선고 2019구합260 판결(기각)], 그 결론의 타당성을 부정하기는 어려워 보인다.

#### 라. 평등원칙 위배 여부

평등원칙과 관련하여 대상판결에서 법원은 ① “허가 여부 판단에 있어서 여러 사정을 적극적으로 고려할 수 있는 폭넓은 재량권을 가지고 있다는 점에 비추어 보면, 평등 원칙에 위배되었다고 볼 수 없다.”라고 하거나[대구고등법원 2020. 2. 21. 선고 2019누3262 판결(기각), 서울고등법원(춘천) 2020. 1. 22. 선고 2019누1178 판결(기각)], ② “이 사건 신청지 주변 토지의 이용 현황을 보면 이미 개발행위허가가 이루어져 태양광발전시설이 설치되고 있거나, 원고와 같이 태양광발전시설 설치를 위한 개발행위 허가를 신청하였다가 불허가처분을 받고 현재 행정소송이 진행 중인 것으로 보인다. 이러한 상황에서 이 사건 산청에 따른 이 사건 발전시설의 설치가 허가될 경우, 이 사건 신청지 주변의 다른 농지나 임야 등에 대하여도 개발 요구가 많아져 무분별한 난개발이 이루어질 가능성을 배제할 수 없다.”라고 하였으며[대구지방법원 2020. 2. 13. 선고 2019구합1281 판결(기각)], ③ 심지어 “과거에 다른 태양광발전시설의 설치를 위한 개발행위 허가 여부를 판단함에 있어서 비교적 유연한 태도를 취하여 개발행위를 허가하였다고 하더라도 처분 당시의 상황을 고려하여 보다 엄격한 태도를 취하여 개발행위허가를 거부할 수도 있는 것”이라고 판단하기도 하였다[서울고등법원(춘천) 2020. 5. 18. 선고 2019누1604 판결(기각)].

그런데 구체적 사안이나 그 결론의 당부를 떠나 평등원칙 위배 여부를 위와 같은 기준으로 판단한다면 과연 평등원칙이 재량권 일탈·남용의 기준으로 제대로 작동 가능한 것인지 근본적인 의문을 가지지 않을 수 없다. 사업자 입장에서는 주변의 개발행위허가 또는 사용허가 사례가 있다면 최우선으로 평등원칙 위배를 주장할 수밖에 없는데, 완전히 동일한 입지조건이란 것이 존재하기 어려운 점을 감안할 때, 위와 같은 기준대로라면 사실상 평등원칙 위배 주장은 하나하나 한 셈이 된다. 재량의 평등과 평등의 재량은 엄연히 다른 문제이고, 법원은 평등의 재량을 인정함에 있어 보다 신중을 기해야 할 필요가 있다.

#### 마. 주변환경·경관과의 조화, 보전의 필요성

##### 1) 육상태양광사업 : 차폐시설

태양광 발전설비 특히 육상태양광 발전설비의 특성상 주변환경·경관과의 조화 여부를 판단하는 유력한 기준은 차폐시설의 준부이다.<sup>24)</sup> 대상판결 중에는 차폐수목 등 차폐시설을 설치해 경관 훼손을 최소화했다는 사정을 개발행위불허가처분의 취소사유로 삼은 예가 있는 반면[광주 지방법원 2020. 1. 16. 선고 2019구합10146 판결(인용)], 차폐시설을 설치하더라도 태양광 발전시설을 완전히 가리지 못하는 한 차폐시설의 설치만으로 개발행위불허가처분이 위법성이 인정되기는 어렵다고 본 사례들도 있었다.

후자의 예로는 ① “태양광 발전시설은 최대한 태양광을 많이 흡수하도록 모듈이 설치되어야 하는 특성상 차폐에 한계가 있다. 특히, 이 사건 시설은 표고 55m 이상부터 160m 이하까지의 경사면을 따라 10,274.65㎡의 대규모 면적에 설치될 예정이므로, 원고가 주장하는 바와 같이 측백나무 250주를 차폐조경으로 식재한다거나 2m 높이의 능형망 펜스를 설치한다고 하더라도

24) 「국토계획법」 제58조 제1항 제4호는 ‘주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것’을 요구하고 있고, 「국토계획법 시행령」 [별표 1의2] 1.라.(1)은 ‘주변의 자연경관 및 미관을 훼손하지 아니하고, 그 높이·형태 및 색채가 주변건축물과 조화를 이루어야 하며, 도시·군 계획으로 경관계획이 수립되어 있는 경우에는 그에 적합할 것’을 요구하고 있다.

이 사건 시설을 모두 차폐할 수 있을 것으로 보이지 않는다.”라는 판결과[대전지방법원 2020. 5. 7. 선고 2019구합103323 판결(기각)], ② “이 사건 부지는 강원 양구군의 중요 관광지인 G로 향하는 도로인 H 국도와 약 300m 정도밖에 떨어져 있지 않고 실제로 위 국도에서야 사건 부지를 조망할 수 있다. 또한 이 사건 부지에서 G까지의 거리는 자동차로 주행 시 대략 15분 정도에 불과하다. 따라서 이 사건 부지에 원고들의 신청 내용과 같은 상당한 규모의 태양광 발전시설이 들어서는 경우 가로수로 일부가 가려진다고 하더라도 여전히 그 모습이 G로 향하는 관광객들의 시야에 들어올 것으로 예상되고, 원고들의 주장대로 주변에 추가로 나무를 식재하더라도 이를 완전히 가리기는 어려울 것으로 보인다.”라는 판결이 있다[서울고등법원(춘천) 2020. 1. 20. 선고 2019누670 판결(기각)].

작게는 몇천에서 크게는 몇만 제곱미터에 이르는 태양광 사업지를 완전히 차폐할 것을 요구한다는 것은 사실상 개발행위허가 또는 사용허가를 하지 않겠다는 것과 다름이 없다. 그렇다고 어느 정도의 차폐를 요구하는 것이 합당한지에 대한 일응의 기준을 정립하는 것도 어렵다. 차폐 정도에 대한 계량적인 판단 없이 단순히 완전한 차폐를 요구한 대상판결에는 아쉬움이 남는다.

## 2) 수상태양광사업 : 수면면적 대비 수상태양광 발전설비의 설치면적의 비율

수상태양광사업의 경우는 주변환경·경관과의 조화, 보전의 필요성과 관련하여 수면면적 대비 수상태양광 발전설비의 설치면적의 비율이 주로 문제된다. 이 비율을 규제하는 법령은 따로 존재하지 않는데, 대상판결에서 법원은 그 비율이 ① 45.6% 또는 37.8%였던 경우[광주고등법원(전주) 2020. 5. 13. 선고 2019누1970 판결(기각)], ② 약 1/4 내지 1/6였던 경우[전주지방법원 2020. 4. 16. 선고 2019구합184 판결(기각)] 모두 사업자의 사용허가거부처분 취소 청구를 기각하였다.

대상판결만 보면 수상태양광 발전설비가 수면면적의 최소 16.6%에서 최대 45.6%까지 차지하는 경우 모두 사용허가가 거부될 수 있다는 것인데, 사업자의 이익뿐만 아니라 행정행위의 예측가능성을 위해서라도 일정한 비율 기준이 정립되어야 할 필요가 있다. 차폐 정도에 대한 계량

적인 판단이 필요한 것처럼 위 비율 역시 일정한 잣대가 필요하다.

## 바. 주변 주민들의 동의나 민원

「국토계획법」 제58조 제1항, 제3항, 같은 법 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2]에서는 구체적인 개발행위허가기준을 규정하고 있는데, 위 법령에서는 ‘인근 주민들의 동의’를 개발행위허가의 요건으로 규정하고 있지 않다. 또한 인근 주민들의 반대 민원이 있다는 사실 자체가 개발행위허가 여부를 판단함에 있어서 적법한 기준이 될 수는 없다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9762 판결 등). 그러므로 “원고들이 모든 주민들의 동의를 얻지 못하였고, 피고가 보완을 요구한 인근 주민에 대한 협의사항 보완자료를 제출하지 못하였다는 사유를 들어 이 사건 신청을 반려한 피고의 이 사건 처분은 위법하다.”라는 대상판결이 법원의 원칙적인 입장이라고 볼 수 있다[대구고등법원 2020. 4. 10. 선고 2019누4791 판결(인용), 춘천지방법원 2020. 2. 4. 선고 2019구합52568 판결(인용)].

다만, 실제로는 위 대상판결처럼 법령상 근거도 없이 주변 주민들의 동의가 없었다는 것을 주된 이유로 행정청이 거부처분을 하는 경우는 거의 없다는 점에서 주변 주민들의 동의나 민원이 판결에 구체적으로 어떤 영향을 미쳤는지는 다른 대상판결들을 살펴보아야 한다.

우선 대상판결 중에는 ① 저수지 인근 주민들 20여명으로부터 동의서를 받은 사안[광주고등법원(전주) 2020. 5. 13. 선고 2019누1970 판결(기각)], ② 신청지로부터 약 700m 이격된 자연부락 주민들의 동의를 받은 사안[대전지방법원 2020. 1. 30. 선고 2018구합107953 판결(기각)]에서 주변 주민들의 동의를 받았다고 하더라도 행정청으로서 개발행위를 하는 것이 부적절하다고 판단할 수 있다고 본 예가 있다. 한편, 사업지로부터 약 45m 떨어진 주변 주민들이 개발행위허가처분의 취소를 구한 사건에서 법원은 기각판결을 하면서 “신청 당시 조례에 따라 반경 100m~200m 범위에 거주하는 67세대 중 80%가 넘는 54세대로부터 이 사건 각 토지의 개발행위에 대한 동의도 얻었다.”라는 이유를 제시하기도 하였다[전주지방법원 2020. 4. 23. 선고 2020구합98 판결(기각)].

위 대상판결을 보면 주변 주민들의 동의를 언더라도 개발행위허가 또는 사용허가가 반려될 수 있다는 점을 알 수 있다. 사업자로서는 적어도 사후에 개발행위허가 또는 사용허가가 취소되는 것을 막기 위해서라면 법령상 요건이 아니라고 하더라도 주변 주민들의 동의를 받아야 할 것이다. 실무 관행상 행정청이 주변 주민들의 동의를 요구하고 있고, 사업자들이 이에 따라 동의를 받고 있음에도 불구하고 이와 같이 동의의 효과가 불분명한 것은 현행법령상의 한계 때문이다. 「전기사업법」 개정으로 전기사업허가 시 주민 의견수렴 절차를 거칠 것을 요구한 것처럼, 개발행위허가나 사용허가 시에도 적어도 절차적 요건으로 기능할 수 있도록 관계법령을 개정할 필요가 있다.<sup>25)</sup>

### 사. 비례원칙 위배 여부 : 태양광사업의 공익성

개발행위허가가 재량행위인 만큼 태양광사업의 공익성 역시 재량판단의 기준 내지 비례원칙 위배 여부의 판단기준으로 작용했다. 먼저 원고 청구를 인용한 사안에서 대상판결은 “태양광 발전사업은 신재생에너지를 이용한 친환경사업으로서 이산화탄소 배출량을 줄여 환경 보호에 기여하는 환경적 공익이 있을 뿐만 아니라 화석에너지의 수입·사용을 대체하기 위하여 그 개발 및 보급을 활성화해야 할 정책적인 필요성과 경제적인 공익도 인정할 수 있다.”라고 하여, 태양광사업의 공익성을 인용의 근거 중 하나로 거시하였다[춘천지방법원 강릉지원 2020. 1. 9. 선고 2019구합30592 판결(인용), 전주지방법원 2020. 1. 8. 선고 2019구합184 판결(인용)].

반면 원고 청구를 기각한 사안에서는 ① “태양광발전사업이 신재생에너지를 이용한 친환경사업이기는 하나 산림지역에 입지하는 경우 산림생태계 및 지형·경관을 훼손하는 등 환경에 부정적 영향을 미치게 되므로 생태계 훼손 및 토사유출 등의 환경영향을 면밀하게 고려하여야 하는바, 행정청이 태양광발전사업의 확산만을 우선적으로 고려할 수는 없다.”라거나[대구지방법

25) 나아가 주민들이 쉽게 참여하여 수익을 얻을 수 있는 여러 유형의 우수 사업모델을 확립하고, 지방자치단체별 혹은 나아가 마을단위별로 적합한 형태의 사업모델을 적용해 나가는 노력이 지속되어야 할 것이라는 견해도 동의한다(조상민, · 이석호, 『지역별 경제성을 고려한 태양광 시장잠재량 산정 및 이행비용 분석』, 에너지경제연구원, 2018. 12., 96면).

원 2020. 2. 13. 선고 2019구합22028 판결(기각)], ② “이 사건 사업이 기후변화에 대응하기 위한 친환경 에너지산업이기는 하나 한편 이 사건 사업은 산림생태계 및 지형·경관 훼손 등 환경에 부정적 영향을 미치는 측면도 함께 가지고 있는 점, 주요 생물종의 서식 공간이자 산사태 방지를 위한 핵심 요소가 되는 산림의 보호·보전 또한 중요한 과제인 점, 무분별한 국토 개발에 따른 경관 등의 훼손을 방지할 공익 또한 큰 점 등을 고려하면 행정청이 이 사건 신청지를 산림으로 유지함으로써 달성할 수 있는 공익이 태양광발전시설의 설치로써 얻는 원고의 이익이나 친환경에너지원의 확보 등 다른 공익보다 크다 할 것이므로 이 사건 처분이 비례의 원칙에 반한다고 볼 수도 없다.”라고 하였다[대전지방법원 2020. 5. 7. 선고 2019구합103323 판결(기각)].

이미 결론이 정해진 이상 태양광사업의 공익성이 인용의 근거나 기각의 근거 어느 쪽에든 쓰일 수 있다는 점은 어느 정도 이해 가능하다. 그러나 위 대상판결의 내용만으로는 태양광사업의 공익성에 대한 면밀한 평가가 이루어졌는지, 적어도 과학적이라거나 객관적인 평가자료를 판단의 근거로 삼았는지에 대해서 의문이 남는다. 특히 “피고(註: 행정청)가 이 사건 허가처분으로 인한 환경피해가 발생하지 않도록 철저히하고 지속적인 감시·감독권을 행사하면서 참가인(註: 사업자) 등 이 실제 환경피해를 유발한 경우에는 그에 응당한 규제를 가함으로써 원고들(註: 주변 주민들)이 우려하는 환경피해를 예방·방지하는 것 또한 충분히 가능할 것으로 보인다.”라는 이유로 주변 주민들이 개발행위허가처분의 취소 청구를 기각한 예도 있다는 점에 비추어 볼 때 [전주지방법원 2020. 4. 23. 선고 2020구합98 판결(기각)] 이익형량의 과정에서 태양광사업의 공익성을 다른 공익에 비해 낮게 평가하는 데에는 신중을 기해야 할 것으로 보인다.<sup>26)</sup>

26) 게다가 대상판결 중에는 비례원칙 위배 여부를 판단하는 과정에서 사업자의 이익과 다른 공익 사이의 형량만 한 채 태양광사업의 공익과 다른 공익 사이의 형량은 아예 하지 않은 경우들도 있었다[창원지방법원 2020. 2. 13. 선고 2019구합51107 판결(기각) 등].

#### IV. 결론

대상판결만으로 선불리 단정하기 어려우나, 적어도 사업자들이 태양광사업 관련 소송에서 줄 줄이 패소하고 있다거나 태양광사업에 빨간불이 켜졌다고 평가하기는 어렵다. 다만, 창원지방법원에서 선고한 7건의 판결이 모두 사업자 패소 판결이었다는 점, 광주지방법원에서 선고한 3건의 판결이 모두 사업자 승소 판결이었다는 점에서 특정한 지방자치단체에 승소나 패소 판결이 집중되는 경향은 발견할 수 있었다(특히 위 7건의 판결은 재판부도 모두 동일했다).

한편, 대부분 행정법 일반에 관한 것이기는 하나 대상판결에 공통된 법리나 개별적인 법리 모두 각각의 시사점이 충분히 있었다. 신뢰보호원칙과 관련한 공적인 견해표명의 존부 판단에는 근본적인 시각의 전환이 필요해 보이고, 육상태양광사업의 차폐시설이나 수상태양광사업의 수면면적 대비 수상태양광 발전설비의 설치면적의 비율에 대해서는 일응의 기준이 필요해 보인다. 입법의 개선이 필요한 부분도 있다.

탄소중립은 기업이나 개인이 발생시킨 탄소 배출량만큼 탄소 흡수량도 늘려 실질적인 탄소 배출량을 '0'으로 만든다는 개념이다. 전 세계 70여개 국가가 2050년까지 탄소중립을 달성하겠다고 앞다투어 선언하고 있는 가운데 우리나라만큼은 아직도 뒤처지고 있다. 국민 의견을 수렴해 2050년 온실가스 배출량을 2017년 대비 최대 75%에서 최저 40%로 설정하겠다는 최근 정부 입장을 보면, 2050년까지 탄소중립을 달성하겠다는 전 세계적 추세에 따르는 것을 포기한 것으로 보이기도 한다.

대상판결만 보면 우리 법원이 탄소배출량을 줄이는 태양광사업과 탄소흡수량을 유지해 주는 환경보전 사이에서 아직 갈팡질팡하고 있다고 봐도 무방하다. 태양광사업과 환경보전 사이의 계량화된 이익형량의 결과물이 존재하지 않는 한 법원만 탓할 수는 없다. 탄소중립까지는 아니더라도 2050년까지 탄소 배출량을 획기적으로 줄이기 위해서는 태양광사업에 대한 계량화된 객관적인 평가가 반드시 필요하다. 그것이 태양광사업의 사업자, 행정청, 법원 모두가 납득할 수 있는 결과물이라면, 이를 기초로 한 법원의 판단 역시 누구나 납득할 수 있게 될 것이다.

## [참고문헌]

- 김중권, 『김중권의 행정법』, 법문사, 2019.
- 박균성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2017.
- 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2020.
- 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.
- 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006.
- 조상민·이석호, 『지역별 경제성을 고려한 태양광 시장잠재량 산정 및 이행비용 분석』, 에너지경제연구원, 2018. 12.
- 홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001.
- 강화연, 「프랑스 행정법상 ‘법의 일반원칙’과 헌법원리와의 관계」, 행정법연구, 2016. 8.
- 김원기·백승희, 「세법상 과세관청의 신의성실원칙 : 公的인 見解表明을 中心으로」, 기업법연구, 2008. 3.
- 김중권, 「행정법상 신뢰보호 원칙의 신뢰도 제고에 관한 小考」, 법률신문, 2012. 9. 24.
- 김향기, 「자기구속의 법리와 평등원칙」, 행정판례평선, 2016. 10. 15.
- 김희곤, 「태양광 발전시설 관련 법제와 자치입법의 과제」, 토지공법연구, 2019. 2.
- 박시원, 「재생에너지 법정책의 현황과 개선과제」, 환경법연구, 2017. 11.
- 박정훈, 「행정법의 일반원칙」, 행정법 판례라인, 2017. 2. 17.
- 송시강, 「행정재량과 법원리 - 서론적 고찰」, 행정법연구, 2017. 2.
- 윤소라, 「수상태양광 설치 등 수면활동에 관한 법규제의 타당성에 관한 연구」, 과학기술과 법, 2019. 12.
- 이순자, 「에너지 전환시대의 친환경적 토지이용규제의 쟁점과 전망」, 환경법연구, 2019. 11.
- 이진성, 「신재생에너지 공급인증서 발급대상 설비확인의 처분성」, 환경법연구, 2018. 11.
- 장경원, 「EU 행정법상 비례원칙」, 행정법연구, 2012. 12.
- 전력거래소, 「태양광 발전사업 안내서」, 2018. 12.
- 조성자, 「미국 뉴욕주의 재생에너지 법제에 대한 연구」, 과학기술과 법, 2018. 10.
- 허성욱, 「태양반사광에 의한 눈부심 현상이 발생한 경우에 그로 인한 침해 정도가 사회통념상 참을 한도를 넘었는지 판단하는 기준」, 법경제학연구, 2017. 12.

## Abstract

This paper analyzes common and individual legal issues and draws implications based on 38 cases that were made in the last 6 months for the permission of the photovoltaic power generation business: permission for development activities which are main issues in the land-based photovoltaic power generation business, and permission for use which are substantial matters in the floating photovoltaic power generation business.

Among the 38 cases, 28 cases denied the permission for use or the permission for development activities, and 10 cases granted permission. The administrative office standard winning rate was 74%, and the loss rate was 26%. Given that the administrative litigation loss rate from 2010 to 2019 was only 9~11%, the loss rate was significantly higher than other administrative cases.

The critical implications derived in this paper are the principle of trust protection, the principle of equality, and the principle of proportionality. In the case of the trust protection principle, the court should not be confined to the abstract legal logic of 'public opinion declaration' and neglect its concrete validity. In the case of the principle of equality, attention must be paid in recognizing the discretion of equality. Regarding the proportionality principle, the court should take consideration when evaluating the public utility of a photovoltaic power generation business less than that of other utility, unless there is a result of a quantified balance of interests between the solar energy business and environmental conservation.

Even if the plea is made for carbon neutrality in a long-term goal, it is expected that the result of the quantified balance of interests between the solar energy business and environmental conservation to be derived, and it properly

functions so that anyone can accept the judgment of the court.

〈Keywords〉

solar energy business(photovoltaic power generation business), permission for development activities, permission for use, ADMINISTRATIVE PROCEDURES ACT, principle of trust protection, principle of equality, principle of proportionality