

아산시 사례발표 자료

아산시 감사실
강 선 아

목 차

I. 인·허가제도의 개요	1
1. 인·허가제도의 의의	1
2. 인·허가의 종류	2
가. 허가	2
나. 인가	5
다. 특허	6
라. 확인·공증·통지 및 수리	7
II 인·허가처분에 있어서 적용 법령	8
1. 인·허가 처분시의 적용 법령	8
가. 인·허가신청 후 처분전에 법령이 변경된 경우	8
나. 관련법령이 둘 이상인 경우	9
다. 법령이 제·개정될 예정인 경우	10
2. 위반행위를 이유로 한 제재처분시의 적용법령	11
3. 종전 영업자에 대한 개정 법령 적용 여부	11
4. 인·허가 유효기간 만료 후 기간연장 허가 신청	12
5. 위법한 인·허가의 취소	13

Ⅲ. 인·허가 감사와 인·허가 판단기준	14
1. 인·허가 감사	14
2. 인·허가 판단기준의 개요	15
3. 인·허가를 거부할 수 있는 경우	15
가. 당해 법령상 기준에 위반되는 경우	15
<관련 감사사례>	
나. 합리적이고 타당한 재량행사의 기준에 위배되는 경우	21
<관련 감사사례>	
다. 공공의 안전·이익 등 공익상 필요할 경우	24
4. 인·허가를 거부할 수 없는 경우	28
가. 법령상 제한사유 외의 추상적 사유에 의할 경우	28
<관련 감사사례>	
나. 상위 법령에 근거가 없는 방침·지시에 의한 경우	31
<관련 감사사례>	
다. 단순히 인근 주민의 반대를 이유로 하는 경우	32
<관련 감사사례>	
라. 서류제출 미비 등을 이유로 하는 경우	34
<관련 감사사례>	

I. 인·허가제도의 개요

1. 인·허가제도의 의의

인·허가제도라 함은 공공질서의 유지나 공공복리의 증진을 위하여 특정의 영업·사업·업무나 그 밖의 행위를 함에 있어서 행정관청의 일정한 행위(허가·인가·면허 등)나 행정관청에 대한 일정한 행위(등록·신고 등)를 요건으로 하는 것으로, 그러한 목적을 위하여 국민의 사회·경제생활상의 자유 또는 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규제제도를 말한다.

인·허가는 원래 행정기관이 일정한 행정목적 달성을 위하여 국민의 사회활동이나 경제활동을 규제하기 위하여 마련된 것이다. 그것은 부담적 행위의 경우는 물론이고, 수익적 행위의 경우도 마찬가지이다.

수익적 행위라는 것은 그러한 행정행위가 이미 존재한다는 것을 전제로 하여 당해 행정행위가 직접 상대방에게 주는 법률효과를 기준으로 정립한 개념에 지나지 아니하다. 예를 들면 수익적 행위의 하나인 어업면허는 특허의 일종으로 수익적 행위이지만, 그것들은 함부로 물고기를 잡지 못하도록 하기 위하여 국가기관에 의하여 마련된 것이다. 또한 인가도 사립학교 인가에서 보는 바와 같이 누구나 함부로 사립학교를 설립하지 못하도록 하기 위하여 마련된 것이다. 확인의 하나인 교과서의 검인증도 그러한 교과서를 함부로 발간하지 못하도록 규제하기 위하여 마련된 것이며, 공증의 하나인 부동산등기도 등기를 하지 아니하면 소유권이전 등의 효과를 발생하지 못하도록 하기 위하여 마련된 것이다.

이러한 규제수단인 인·허가는 허가 또는 인가 등을 받거나 등록 또는 신고를 하지 아니하고서는 일정한 영업·사업·업무나 그 밖의 행위를 처음부터 합법적으로 할 수 없게 된다는 점에서 사전적인 규제방식이라고 할 수 있으며, 일정한 영업·사업·업무나 그 밖의 행위를 처음부터 자유롭게 허용하되 법 위반행위가 발생한 때에만 이를 단속하거나 처벌을 통하여 규제하는 사후적인 규제 방식과는 구별된다.

인·허가제도는 그 설정에서부터 운영에 이르기까지 국민의 권리·의무와 밀접한 관계를 가지는 것이므로 이를 설정하고 운영함에 있어서는 국민의 자유와 권리의 제한을 최소화하면서 그 목적을 달성하는데 중점을 두어야 한다. 그렇게 함으로써 공공 복리의 증진, 법치주의의 실현과 행정능률의 향상이라는 과제가 합리적으로 조화를 이룰 수 있기 때문이다.

2. 인·허가의 종류

강학상 인·허가의 종류는 허가, 특허, 인가, 확인, 공증, 수리 등이 있다.

가. 허가

(1) 개념

허가(許可)란 법규에 의하여 일반 국민에게 일반적으로 금지시켜 놓은 **상대적 금지**를 특정한 요건을 갖춘 경우에 이를 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하여 주는 처분을 말한다.(예: 영업허가, 건축허가, 운전면허, 총포화약류제조허가, 의사면허 등) 보통의 허가를 원칙적허가 또는 통제허가라고 한다.

허가의 부여가 원칙인 통제허가에 비하여, 허가의 부여가 예외인 허가가 있는 바, 이를 예외적 허가라 한다.

통제허가와 예외적 허가 구별

구분	통제허가	예외적 허가
원칙	허가를 하는 것이 원칙이고 불허가는 예외	금지하여 두는 것이 원칙이고 허가는 예외
목적	법질서 유지	사회적으로 유해한 행위를 금지
비유	도로에 차단기를 설치하고 검문을 한 후 차단기를 올려 통과시켜 주는 것	넘어서는 안 될 울타리를 설치하여 극히 예외적으로 울타리를 넘어가도록 하는 것
구속 정도	기속행위 내지 기속재량행위	재량행위
예시	대중음식점 영업허가, 주거지역 건축허가, 기부금품모집허가	자연공원 지역 내에서의 산림훼손 허가, 학교환경 위생정화구역 내에서의 유흥음식점 허가, 사행행위 영업허가
공통점	양자는 모두 금지의 해제인 허가인 점에서 법적 성격은 동일	

통제허가와 예외허가의 구별은 절대적인 것이 아니라 상대적이어서 구체적인 허가가 어느 것에 해당하는지 구별하기는 어려운 경우가 많다.

허가의 대표적인 건축허가를 보면, 건축허가는 건축이 본래 인간의 자연적 자유에 속하여 재산권 행사와 관련이 있으므로 원칙상 기속행위로 보아야 한다.

[관련대법원 판례]

□ 건축허가는 기속행위하고 본 판례

건축법 소정의 건축허가권자는 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법 소정의 건축허가를 하여야 하므로, 법률상의 근거 없이 그 신청이

관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지의 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사결과 그 신청이 법정요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없다. 관념상 공익침해의 우려가 현저하다고 인정되는 경우에 불허가할 수 있다.(1997. 9. 12. 선고 97누1228, 2000. 7. 7. 선고 99두66)

다만, 오늘날 건축허가시 환경 등 공익을 고려하도록 규정하는 경우가 늘고 있는데, 이 경우에 건축허가는 그 한도 내에서 재량행위로 볼 수 있다는 것이 학설 및 판례의 일반적 견해가 되었다.(예: 건축법 제11조 제4항 참조)¹⁾

또한, 건축허가에 의해 의제되는 인·허가가 재량행위이거나 건축허가시 환경 등 공익을 고려하도록 규정하고 있는 경우에는 그 한도 내에서는 재량권이 인정되는 것으로 보아야 한다.

(2) 대상

허가는 대상에 따라 대인적 허가(예: 운전면허), 대물적 허가(예: 건축허가), 혼합적 허가(예: 유흥주점 영업허가)로 분류할 수 있는데, 원칙적으로 대인적 허가는 양도성이 부인되고, 대물적 허가는 인정되나 혼합적 허가는 판례상 인정된 경우도 있고 부인된 경우도 있다.

(3) 효과

허가의 효과는 일반적 금지를 해제함에 그치고 배타적·

독점적 권리를 설정하는 것이 아니다. 허가의 결과 상대방이 사실상 어떤 사업의 독점 혹은 이익을 얻는 경우가 많으나 이는 부수적·반사적 효과에 지나지 않는다.

때로는 특정한 허가로 제3자에게 상대적으로 불이익을 주는 경우도 있으나 일정한 권리를 설정하여 주는 특허라든가 제3자의 법률적 행위를 보충하여 법률상의 효과를 완성시켜 주는 인가와 같은 형성적 행위와는 다르다.

허가를 받아야 할 행위를 허가 없이 행한 경우 행정상의 강제집행이나 행정벌의 대상은 되지만 행위자의 법률적 효력에는 영향이 없다.

나. 인가

인가(認可)란 타인의 행위(기본행위라 부른다)의 효력을 보충(동의)함으로써 법률상의 효력을 완성시키는 행위를 말한다. (예: 비영리법인의 설립인가, 특허기업이 운임·요금인가, 토지구획정리조합 등 공공조합의 설립인가·지방채 기재승인 등) 법률적 행위만이 인가의 대상이 되므로 사실행위는 제외되며 인가는 당사자의 신청이 있는 경우에만 행하여진다.

따라서 행정청은 인가신청에 대하여 소극적으로 인가할 것인지의 여부에 대하여만 결정할 수 있으며, 적극적으로 신청의 내용과 다른 내용의 인가를 하지 못한다. 인가는 일반적으로 서면으로 하여야 하고, 인가를 받지 않은 행정행위는 무효가 된다.

1) 건축법 제 11조 제4항 : 허가권자는 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경을 고려할 때 부적합하다고 인정하면 이 법이나 다른 법률에도 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다.

인가는 제3자의 법률적 행위의 효과를 완성시켜 주는 보충 행위이므로 인가의 대상이 되는 제3자의 법률적 행위가 성립하지 않거나 무효인 경우에는 인가가 있더라도 유효로 되지 않으며, 그 효과는 타인에게 이전되지 않는 것이 원칙이다.

다. 특허

특허(特許)란 특정인을 위해 새로이 권리를 설정하는 행위(특허기업 특허²⁾, 토지수용 설정·징수권 설정·광업허가·어업면허·공유수면점사용허가·도로점용 허가 등), 능력을 설정하는 행위(공법인을 설립하는 행위), 포괄적 법률관계(예: 국가와 공무원 간의 특별권력관계, 국가와 일반국민 간의 일반권력관계)를 설정하는 행위(공무원 임명, 귀화허가)를 말한다. 실질상 특허가 아니면서 특허라고 불리는 것도 있다.(예: 확인행위로 분류되는 발명특허 등)

특허는 일정한 공익상의 필요에 따라 특정인에게 권리를 부여하는 설권행위이다. 따라서 특허를 할 것인지의 여부는 행정청의 자유재량에 속하는 것이 원칙이나 법령이 일정한 사유가 존재하면 특허를 하도록 규정하는 경우(예: 광업 19 내지 25)는 기속행위에 속한다.

특허의 효과는 상대방에게 일정한 권리, 능력 등의 법률상의 힘을 발생시키므로 특허를 받은 자는 특허된 법률상의 힘을 제3자에게 법적으로 주장하고 행사할 수 있다. 특허는 상대방의 신청을 받아 서면으로 행해지는 것이 원칙이다.

라. 확인·공증·통지 및 수리

(1) 확인

확인(確認)이란 특정한 사실 또는 법률관계의 존부나 정부(正否)에 관해 의문이나 다툼이 있는 경우에 행정청이 이를 공적으로 증명하는 행위를 말한다. (예: 도로·하천 등의 구역 결정, 발명의 특허, 당선인의 결정, 교과서의 검정, 행정심판의 재결, 소득금액의 결정 등)

(2) 공증

공증(公證)은 특정한 사실 또는 법률관계의 존재를 공적으로 증명하는 행위이다. (예: 각종 원부 및 대장등재, 합격증서 및 졸업증서 등 증명서 교부, 영수증 교부, 허가증 및 면허장등의 교부 등)

공증은 의문이나 다툼이 없는 사항, 이미 확인된 사항에 대하여 공적 권위로서 형식적으로 증명하는 행위이므로 원칙적으로 문서로 하고 일정한 형식(등기·등록 등)이 요구되는 요식행위이다.

(3) 통지·수리

통지(通知)는 특정인 또는 불특정 다수인에 대해 특정한 사실을 알리는 행위를 말한다. (예: 사업인정의 고지, 대집행의 계고, 납세의 독촉 등)

수리(受理)는 행정청이 사인의 행위를 유효한 행위로 받아들이는 행위이며, 그 예로서 각종 원서·신청서·신고서를 수령하는 경우 등이 있다.

2) 버스운송사업면허, 국제항공운송사업면허, 통신사업허가, 폐기물처리업허가 등

II 인·허가처분에 있어서 적용 법령

1. 인·허가 처분시의 적용 법령

가. 인·허가신청 후 처분 전에 법령이 변경된 경우

인·허가신청 후 인·허가처분 전에 관련 법령이 변경된 경우, 인·허가 등의 행정처분은 처분 당시에 시행 중인 법령과 그에 따른 인·허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이기 때문에 인·허가신청 후 법령이 개정되어 시행된 때에는 그 개정법령(처분 당시의 법령)에 의하여 허가여부를 심사하여야 하며, 종전의 법령(신청 당시의 법령)을 적용하여서는 아니된다.

다만, 개정법령의 부칙에 ‘이 법 시행 당시 ○○을 신청한 자에 대하여는 제○조의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 의한다’와 같은 특별한 경과조치 규정이 있는 경우에는 신청 당시의 법령에 의한다.

한편, 행정청에서 인·허가신청을 받은 후 인·허가 처분을 하고자 할 때, 인·허가와 관련된 법률의 하위법령이 구체적으로 마련되어 있지 않을 경우에는 그 하위법령이 공포되어 시행될 때까지의 인·허가 처분을 일시적으로 보류할 수 있다.

[관련대법원 판례]

□ 허가신청 후 처분 전에 관계법령이 개정·시행된 경우 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 처분은 적법하다고 한 판례

행정행위는 처분 당시에 시행중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이

원칙이고 인·허가 신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정·시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있을 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분은 적법하다(1998. 3. 27. 선고 96누19772)

나. 관련법령이 둘 이상인 경우

인·허가처분과 관련하여 둘 이상의 관련 법령이 있는 경우 당해 법령상의 기준을 갖추었다고 하더라도 **관련 법령상의 기준을 갖추지 아니한 때에는 당해 인·허가를 할 수 없는 것이 원칙**이다.

이것은 당해 법률의 “다른 법률과의 관계 등”의 조문에서 입법목적과 적용범위 등을 달리하는 다른 법률에 우선하여 적용되는 관계로 해석되지 아니하는 한 원칙적으로 각기 정하고 있는 법률의 규정에 따른 관련 인·허가를 별도로 받아야 한다.

[관련대법원 판례]

□ 석유사업법령에 의한 주유소 허가의 기준을 갖춘 자가 건축법 등 다른 법령의 주유소 설치기준을 갖추지 못한 경우 적법한 허가를 할 수 없다고 한 판례

주유소 설치에 관한 제한을 규정하고 있는 관계 법령에는 석유사업법, 석유사업법시행령 및 그 시행령의 위임을 받은 시·도지사의 고시뿐만이 있는 것이 아니고, 건축법, 도시계획법, 소방법, 주택건설촉진법 등도 주유소 설치 기준을 별도로 규정하고 있으며, 주유소 허가에 있어서 입법목적, 규정사항, 적용범위 등에 비추어 석유사업법령이 건축법 등에

우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되나 아니하므로 석유사업법령에 따른 주유소 허가의 기준을 갖춘 자라 할지라도 건축법 등 다른 법령 소정의 주유소 설치 기준을 별도로 갖추지 아니하는 이상 적법한 주유소 허가를 할 수 없다.(1999. 4. 23. 선고 97누14378)

다. 법령이 제·개정될 예정인 경우

법령이 제·개정될 예정인 경우로서 아직 당해 법령이 공포만 되었을 뿐 시행이 되지 아니하고 있다면, 당해 법령의 효력이 현실적으로 발생하고 있는 것은 아니므로 제·개정될 법령에 근거하여 인·허가의 가부를 결정하여서는 아니된다.

[관련대법원 판례]

□ 새로운 건축법령에서 조례에 위임한 사항에 관하여 아직 공포·시행되지 아니한 조례안의 기준에 의하여 건축허가의 가부를 결정할 수는 없다고 한 판례

건축법령에서 지방자치단체의 조례에 위임된 사항은 법령의 시행일부터 1년의 범위안에서 당해 지방자치단체의 조례가 제정될 때까지는 종전의 규정에 의한다는 취지로 규정하고 있는 점에 비추어 건축법 제50조, 같은 법 시행령 제81조에서 규정하고 있는 건축선 등으로부터 띄어야 할 거리에 관한 조례가 제정되지 아니한 이상 종전의 규정이나 현행 규정 중 위 조례에 관한 부분을 제외한 나머지 규정에 의하여 건축허가 여부를 결정하여야 하고, 건축허가 신청이 아직 공포·시행되지 아니한 조례안 부분을 제외하고는 종전 및 현행 규정의 요건을 모두 충족하고 있다면 그 조례안을 들어 건축허가를 거부할 수는 없다.(1994. 9. 27. 선고누5021)

2. 위반행위를 이유로 한 제재처분시의 적용법령

위반행위를 이유로 제재처분(과징금 또는 영업정지·허가 취소 등)을 하는 때에는 법률적용에 관하여 특별한 규정이 없는 한 위반행위를 한 당시에 시행되던 법령을 근거로 처분하여야 하며, 제재처분을 하는 당시의 법령을 근거로 처분하여서는 아니된다.

이와 관련하여 제재처분 규정을 개정하는 경우 대법원판례상에서도 위반행위시 법이 적용되는 것으로 보고 있는 등 특별한 경과조치를 둘 필요는 없으나, 행정제재가 강화되는 경우 종전 행위자의 권익보호에 만전을 기하기 위하여 부칙에 종전의 규정에 의하도록 하는 경과조치를 두기도 한다.

[관련대법원 판례]

□ 법 위반행위 후 법령이 변경된 경우 제재처분을 함에 있어서 개정 법령을 적용하여서는 아니된다고 한 판례

구 건설업법이 시행되던 당시에 한 건설업면허의 대여행위에 대하여 행정상의 제재처분을 하려면, 그 후 개정된 건설업에서 달리 특별한 규정을 두고 있지 아니한 이상 그 위반행위 당시에 시행되던 구 건설업법에 의하여야 할 것이다.(1987. 1. 20. 선고86누63)

3. 종전 영업자에 대한 개정 법령 적용 여부

법령 개정 전에 이미 인·허가를 받아 영업 중인 자라 하더라도 공익상의 요구에 의하여 법령이 개정된 경우에는 개정법령에서 특별한 경과조치 규정을 두고 있지 아니한 이상 개정법령이 적용된다.

법령의 개정으로 인하여 종전 영업자가 입게 되는 불이익을 방지하기 위하여 일반적으로는 개정법령의 부칙에 경과조치 규정을 두어 기득의 권리·지위를 보호하거나 새로운 법질서로의 급격한 변화에 대한 완화조치를 취하고 있다.

그러나 이러한 특별한 경과조치 규정이 없는 경우에는 기존의 영업자에 대하여도 원칙적으로 개정법령이 적용된다.

[관련대법원 판례]

□ 법령개정으로 등록요건이 변경된 경우 기존 주택자재산업 등록을 취소할 수 있다고 한 판례

주택자재산업 등록 당시 그 면허 또는 등록기준에 아무런 하자가 없었으나 그 뒤 주택건설촉진법시행규칙의 개정에 의하여 위 기준에 적합하지 않게 되어 그 등록을 취소하였다면 이는 종래의 허가를 소급적으로 취소한 것이 아니라 공익상의 요구에 의한 법령개정에 따라 그 등록요건이 변경됨으로써 장래에 향하여 그 등록을 적법하게 취소(철회)한 것일 뿐이므로 위 등록취소처분이 소급입법에 의하여 재산권을 박탈한 것이라고 볼 수 없다.(1986. 7. 22. 선고 85누273)

4. 인·허가 유효기간 만료 후 기간연장 허가 신청

인·허가 유효기간이 만료된 경우에는 종전의 인·허가는 당연히 효력을 잃으므로 기간연장을 위한 인·허가 신청에 대하여 거부가능하다.

다만, 이 경우에는 기간연장신청을 종전의 인·허가처분과는 별도의 새로운 인·허가를 할 것인가의 여부를 결정하는 것이 바람직하다.³⁾

3) 대법원 판례 참조 1995. 11. 10. 선고 94누11866

[관련대법원 판례]

□ 옥외광고물 표시허가기간이 만료된 후 3월이 지나서 제출한 기간 연장허가신청은 반려가 가능하다고 한 판례

종전에 허가받은 옥외광고물의 표시기간은 3년이어서 그 기간연장허가를 얻기 위해서는 건물 소유자 등의 사용승낙서를 첨부하여 제출하여야 하는데도, 행정청이 3차례에 걸쳐 제출기간을 연장하면서 미비된 그 사용승낙서의 보완 제출을 촉구하였음에도 불구하고 당초 허가 받은 기간이 만료된 후 약 3개월 여 경과한 처분 당시까지도 이를 제출하지 않았다면, 적법한 기간연장허가를 받지 아니한 경우에는 종전에 이루어진 허가는 특단의 사정이 없는 한 기한이 도래함으로써 별도의 행위를 기다릴 것이 없이 당연히 효력이 상실되는 것이므로, 옥외광고물표시기간 연장허가신청 반려처분 이후 건물 소유자의 사용승낙서를 제출할 수 있게 되었다 하더라도, 이에 기해 종전의 허가처분과 별도의 새로운 허가신청을 할 수 있을 것인지 여부는 별론으로 하고 그와 같은 사정을 들어 그 반려처분이 재량권을 일탈한 것이라고 할 수는 없다.(1996. 12. 10. 선고 96누 8185)

5. 위법한 인·허가의 취소

허가는 “일반적 금지의무의 해제”로서 수익적 행정처분이며, 그 취소는 수익적 행정처분의 취소 또는 철회이므로 자유재량행위가 아닌 기속재량행위로서 이미 처분된 허가는 함부로 취소할 수 없다는 것이 통설이다.

허가취소는 법률상의 취소사유가 있더라도 기득권 침해를 정당화할만한 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에 한하여 취소할 수 있다.

즉, 허가취소는 해야 할 공익상의 필요와 당사자가 입게 될

불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에만 취소할 수 있다.

그러나 허가의 하자가 당사자의 사실은폐 기타 부정한 방법에 기인한 것이라면 당사자가 신뢰이익을 원용할 수 없기 때문에 허가취소는 자유롭다고 할 수 있다.

Ⅲ. 인·허가 감사와 인·허가 판단기준

1. 인·허가 감사

인·허가는 잘못 허가될 경우 특정인에게 큰 특혜를 주게 되고, 부작위로 거부·반려하면 개인이나 기업에 큰 불이익을 주게 된다. 따라서 감사 시 해당 업무처리 관련자들에 대한 책임을 묻는 경우가 다른 분야에 비해 아주 높기 때문에 종합감사 등의 경우에도 중점적으로 감사하는 분야라 할 수 있다.

실제 감사도 행정관청에서 인·허가 신청을 받고 인·허가 처분을 하면 안 되는 데도 인·허가를 하였는지, 반대로 인·허가 처분을 하여야 하는데도 인·허가를 반려하거나 지연처리 하는 등 거부하지는 않았는지 여부 등에 중점을 두고 실시하게 된다.

이와 같이 인·허가 감사에 있어서는 인·허가 여부의 판단이 무엇보다 중요하기 때문에 인·허가의 판단기준과 이에 따른 감사사례를 중심으로 살펴보려고 한다.

2. 인·허가 판단기준의 개요

인·허가가 국민의 권리·의무와 직접 관련되는 처분이므로 법치주의가 예외 없이 엄격하게 적용되어야 한다.

오늘날에는 인·허가가 자의적(恣意的)이거나 편의적(便宜的)인 처분이 되지 않도록 하기 위하여 인·허가를 도입하는 대부분의 경우에 인·허가 판단의 기준을 당해 법령에서 명확하게 규정하고 있다.

그러나 인·허가에 있어서는 그 본질상 정도의 차이는 있으나 대부분의 경우 복잡다기하고 유동적인 현실에 적용할 수 있도록 재량의 여지가 인정되고 있다.

따라서 행정기관은 인·허가 여부의 판단에 있어서 당해 법령에서 규정한 인·허가기준 규정은 물론 법 전체 규정의 취지나 다른 관계법령상의 규정, 법령에서 부여한 재량권의 범위 안에서 수립한 재량행사의 기준, 중대한 공익이나 신뢰보호의 필요 등도 함께 고려하여야 할 필요가 있다.

3. 인·허가를 거부할 수 있는 경우

가. 당해 법령상 기준에 위반되는 경우

인·허가권자는 법령의 규정에 따라 인·허가의 신청을 받은 경우 우선적으로 인·허가를 설정한 당해 법령을 검토한 후 인·허가를 제한하고 있는 사항에 해당되어 인·허가의 기준에 맞지 아니한 경우에는 그 인·허가를 거부하여야 한다.

그런데 이러한 과정에서 당해 법령에서 직접적으로 제한하고 있지는 아니하나, 당해 법령의 관련 규정을 종합하여 판단한 결과 그러한 취지에 따라 불허가(不許可)를 하는 것은 정당하다고 할 수 있다. 여기서 “당해 법령”의 범위를 판단함에 있어서 법률, 대통령령, 총리령·부령이 그에 포함되는 것은 당연하고, 그 밖에도 법령의 위임이 있는 경우로서 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 고시 등 행정규칙도 당해 법령의 범위에 포함된다고 보아야 한다.

[관련대법원 판례]

□ 당해 법령상 규정을 종합한 결과 법령의 규정과 취지에 따른 처분인 경우의 처분은 정당하다고 한 판례

하천법 제25조제1항제6호, 하천법시행령 제18조제1항, 하천법시행규칙 제7조의2, 제7조의3제2항 등 관계규정들을 종합하면 하천관리청은 토석채취허가신청에 대하여 하천관리상 또는 치수 및 이수 상 지장이 있는 지, 자연경관 보전을 해하는지 등을 검토하여 그 허가를 거부할 수 있으므로 자연경관의 보전이 필요한 지역으로서 자연석의 채취로 인하여 하천관리에 지장이 예상되는 곳에 대한 자연석채취허가신청을 불허한 행정청의 처분은 하천법령의 규정과 취지에 따른 것으로서 정당하다. (1996. 7. 30. 선고 95누13760)

반면에 행정규칙이 상위 법령에 위임근거가 없거나 상위 법령보다 그 요건을 더 엄격하게 규정하는 경우 당해 행정규칙은 불합리한 내용으로서 법규명령으로서의 효력을 가지지 아니한다고 할 것이므로 이러한 행정규칙상의 제한은 당해 법령상 제한으로 볼 수 없어 인·허가신청을 거부할 수 있는 근거가 되지 못한다.

[관련대법원 판례]

□ 상위법령에 위임의 근거가 없는 고시의 규정에 따라 공장설립 허가신청서를 반려할 수는 없다고 한 판례

지방자치단체장이 상공자원부 고시에서 정한 기준보다 더 엄격하게 요건을 추가하여 주민들의 동의를 얻도록 규정한 것은 법령의 규정을 보충하는 효력이 있는 것이 아니라서 일반 국민과 법원을 기속할 수 없으므로 이를 근거로 공장설립허가신청을 반려할 수 없다. (1997. 7. 23. 선고 97누6261)

한편, 대통령령에 규정된 인·허가의 기준에 따라 인·허가기관에서 그 세부기준을 정한 경우 그 세부기준은 대통령령의 인·허가 기준을 예시적(例示的)으로 정한 것에 불과하므로 인·허가 시에는 다시 그 대통령령에 규정된 인·허가 요건에 대한 판단을 근거로 인·허가를 거부할 수 있다고 하겠다.⁴⁾

<관련 감사사례>

(1) 장례식장 건축허가 업무 부당처리

○ 강원도 ○○시에서는 20××. 4. 10. 민원인(장례식장 건축주)으로부터 장례식장(지상1층, 건축면적 ; 198.6㎡, 업소명 : ○○장례식장) 건축허가 신청을 받고 같은 해 5.15. 건축허가 하였음.

－ 건축법 제33조 제1항의 규정에 따르면 건축물의 대지는 당해 건축물의 출입에 지장이 없거나 건축물의 주변에 대통령령이 정하는 공지(광장·공원·유원지 등)가 있는 경우를 제외하고는 2미터 이상이 도로에 접하여야 하고,

4) 2001. 3. 9. 선고 99두1625 판결(법령에 규정된 인·허가의 기준에 따라 행정청에서 정한 세부기준은 예시에 불과하고, 법령에 규정된 기준을 판단하여 처분할 수 있다는 판례) 참조

△ 또 건설부장관(현, 건설교통부장관)의 질의회신(건축125-1655 4, 1976. 8. 16)에 따르면 도시계획으로 결정 고시된 도로가 개설되기 전에 동대지에 출입할 수 있는 통로가 없으면 건축 허가를 할 수 없도록 되어 있음.

- 그런데, 위 관서에서는 위 장례식장 건축허가 신청지 일대의 지적도 등으로 검토한 결과 위 장례식장 건축허가신청지에 출입하기 위해서는 산재의료원 ◎◎병원(이하 “병원”이라 한다)의 구내부지(사유지)를 사용하여만 하고 위 건축허가 신청지에 별도로 개설된 도로가 접하지 않고 있다는 사실을 알고

△ 20××. 4. 13. 위 장례식장 건축주(이하 “민원인”이라 한다)에게 위 병원으로부터 구내부지에 대한 사용승낙을 받아오도록 요구하였으나 같은 해 4. 23. 위 민원인은 위 사용승낙서를 제출하지 않고 위 건축허가 신청지가 ○○시의 공공사업으로 개설된 폭 6m의 아스콘포장도로에 접하고 있는 것으로 사실과 다르게 허가신청서류를 보완 제출

- 그런데도 관서에서는 건축허가안을 검토하면서 위 건축허가 신청지에 인접한 도시계획도로가 개설되지 않아 위 부지에 진출입로가 없는 사실을 알고도 그대로 건축허가를 하고, 같은 해 8. 7. 사용승인

- 그 결과 위 장례식장은 출입할 통로가 없어 위 병원의 구내부지를 거쳐야만 출입 할 수 있고, 위 병원은 위 장례식장의 건축허가로 인하여 공익의료사업추진에 지장을 받게 되자 20××. 6. 18.부터 같은 해 9.22.까지 사이에 4회에 걸쳐 관서에 위 장례식장 건축허가를 취소하여 달라는 민원을 제출하는 등 물의를 야기

(2) 산지전용허가 협의 부적정

○ 충청북도 ○○시 산림과에서 건축과로부터 2006. 11. 13. 관내 5필지 34,211㎡의 준보전산지 중 25,225㎡에 단독주택 신축 목적의 산지전용 허가가 가능한 지에 대하여 협의 요청을 받아 이를 처리

- 「산지관리법 시행령」 제20조 제4항 등의 규정에 따르면 허가 신청지 경계와 종전의 산지전용허가지역의 경계가 직선거리 500m이내인 경우 그 합산 면적이 3만㎡ 이하인 경우에 한하여 산지전용허가를 할 수 있도록 되어 있고

- 위 허가신청지와 인접하여 2005. 2. 2. 9,900㎡를 버섯(새송이) 재배사 신축 목적을, 같은 해 5. 4. 8,807㎡를 버섯재배사 설치 목적으로 각각 산지전용허가를 하였으므로 신청 면적과의 합산 면적이 제한면적 30,000㎡보다 13,932㎡이나 초과되어 산지전용허가를 할 수 없는 경우인데도 적합한 것으로 건축과에 산지전용협의를 함으로써

- 산지관리법의 규정에 의한 허가가능 면적보다 13,932㎡만큼 더 넓은 25,225㎡의 산지가 전용허가 되어 개발되었다.

(3) 유흥주점 영업허가 부당처리

○ 서울 특별시 ○○구에서 2006. 12. 6. 관내 건물의 지하 1층 면적 790.99㎡ 중 88.27㎡에 유흥주점 영업허가 신청을 받고 같은 해 12. 7. 허가하면서

- 「식품위생법 시행규칙」 제20조 [별표 1] 업종별 시설기준에 따르면 유흥주점은 독립 건물이거나 다른 업종시설과 분리되는

- 곳에 설치하여야 하고, 취급하는 음식을 위생적으로 조리하는 데 필요한 조리시설·세척시설·폐기물용기 및 손 씻는 시설을 각각 설치하도록 되어 있으며
- △ 주방용 식기류를 소독하기 위한 자외선 또는 전기살균소독기를 설치하거나 열탕세척 소독시설 등을 갖춘 조리장 등의 시설을 설치하여야 하는데도
- 위 신청지에 인접하여 다른 업종인 단란주점(가요주점)이 신청 영업장과 접하여 영업하고 있고
- 취급하는 음식을 위생적으로 조리하기 위하여 필요한 조리시설·세척시설·폐기물용기 및 손 씻는 시설과 주방용 식기류를 소독하기 위한 자외선 또는 전기살균소독기, 열탕세척 소독시설 등의 조리장 시설을 갖추지 못한 위 신청업소에 대하여 2006. 12. 7. 그대로 영업허가 하여 영업하게 하였다.

(4) 학교환경위생정화구역 내 건축허가 부당처리

- ○○시에서 2007. 4. 15. 같은 시 ○○동에 사는 ○○○로부터 같은 동에 있는 대지 621.5㎡에 숙박시설(지상 6층, 연면적 1,169.52㎡) 건축허가신청을 받아 같은 해 5. 10. 허가하면서
- 학교보건법 제6조의 규정에 따르면 학교환경 위생정화구역 중 상대정화구역(학교경계선에서 200m 내) 안에 숙박시설을 설치할 때는 학교환경위생정화위원회의 심의를 받아 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정되는 경우에 한하여 건축할 수 있는데도 ○○고등학교의 경계선으로부터 직선거리 120m로 학교환경위생정화구역 내인데도 위 위원회의 심의를 받도록 하지 아니한 채 2007. 5. 10. 그대로 건축허가 하였고

- 그 후 위 민원인이 같은 해 6. 26. 공사를 착공하여 90%상당 공사가 진척된 상태에서 뒤늦게 이 심의를 요청한 결과 같은 해 11.13 위 정화위원회로부터 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주어 위 숙박시설을 설치할 수 없다는 통보를 받고 위 민원인에게 공사중지 명령을 하였으나
- 위 민원인이 2008. 2. 11. 공사중지 명령을 취소해 다라는 행정소송을 제기하여 같은 해 5. 19. 공사중지 명령을 취소하도록 판결됨으로써
- 학교환경 위생정화구역 안에 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주는 숙박시설이 2008. 7. 14. 사용 승인되어 영업하게 되었다.

나. 합리적이고 타당한 재량행사의 기준에 위배되는 경우

법령상 행정기관에 재량이 부여되어 있는 경우 행정기관이 그 재량에 따라 인·허가의 기준으로서 재량준칙을 정할 때에는 그 기준이 객관적으로 불합리하거나 부당한 점이 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 행정기관의 의사는 가급적 존중되어야 한다. 따라서 행정기관은 그 기준이나 합리적인 판단에 인하여 인·허가를 하거나 거부할 수 있다고 할 수 있다고 하겠다.⁵⁾

5) 관련 대법원판례[1996. 9. 10. 선고 95주18437 판결(주무관청이 비영리법인 설립 불허가의 결론에 이르게 된 판단과정에 합리성이 있는 경우에는 불허가가 허용된다는 판례), 1998. 12. 8. 선고98두13553 판결(공원사업시행허가 여부는 공원관리청이 공원계획의 내용, 사업시행의 시기 및 주체의 적정성, 자연 및 환경에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 하는 바 공원사업의 시행을 위한 기반시설공사가 선행되어야 한다는 이유로 허가신청을 거부할 수 있다는 판례) 등] 참조

[관련대법원 판례]

□ 법령상 행정청에 재량이 부여되어 있고 그에 근거하여 허가기준을 정한 경우 그 기준에 의하여 허가를 거부할 수 있다고 한 판례

도시계획법 제4조제1항제1호, 같은법시행령 제5조의2, 토지의형질변경 등행위허가기준등에관한규칙 제5조의규정의 형식이나 문헌 등에 비추어 볼 때, 형질변경의 허가가 신청된 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려가 있는지 여부와 공익상 또는 이해관계인의 보호를 위하여 부관을 붙일 필요의 유무나 그 내용 등을 판단함에 있어서 행정청에 재량이 여지가 있으므로 그에 관한 판단기준을 정하는 것 역시 행정청의 재량에 속하고, 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 가능한 존중되어야 할 것이다. (1999. 1. 23. 선고 98두17845)

□ 법령상 부여된 재량에 근거하여 제정한 개발제한구역관리규정과 음식점허가관련 처리지침을 정한 경우 동 기준에 의하여 허가를 거부할 수 있다고 한 판례

도시계획법 제21조제2항, 제3항, 같은법 시행령 제20조제1항 제1호와 각 규정의 체제 및 문언을 살펴보면, 이들 규정들은 개발제한구역 안에서 그 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적의 분할 또는 도시계획사업의 시행을 금지시키는 한편, 공익사업 등으로 철거된 건축물의 이축허가와 같이 예외적으로 허용하는 경우에도 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 것으로 제한규정을 하고 있어 이러한 경우 개발제한구역의 지정목적에 지장이 없는지 여부를 가리는 데에 필요한 기준을 정하기 위하여 개발제한구역관리규정(건설교통부훈령) 및 개발제한구역내음식점허가관련처리지침(안산시)을 정하는 것은 행정청의 재량에 속하는 것이므로 그 설정된 기준이 객관적으로 합리적이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 행정청의 의사는 존중되어야 한다.(1998, 9. 8. 98두 8759)

<관련 감사사례>

(1) 자체 건축허가기준을 마련하고도 기준에 위배되는 건축물을 건축허가

- 충청남도 ○○시에서 2006. 5. 8. 대지 2,301㎡에 위락시설(유흥주점)을 설치하기 위한 건축(지상 3층, 연면적 3,775.59㎡) 허가 신청을 받아 처리
 - 「건축법」 제8조 제5항(현 제11조 제4항)의 규정에 따르면 건축물의 용도·규모 등이 주거환경 또는 교육환경 등에 부적합하다고 인정하는 경우는 건축위원회 심의를 거쳐 위락시설 또는 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축허가를 하지 아니할 수 있도록 되어 있고
 - 이에 따라 ○○시에서 건축위원회의 심의 의결을 거쳐 「○○제○지구 상업용지 내 위락시설 건축허용 기준」(이하 ‘건축허용기준’이라 한다)을 시행하였으므로 위 ‘건축허용기준’에 위배되는 위락시설용 건축허가를 하여서는 아니되는데도
 - 위 기준상 위락시설 건축이 불가능한 위 지구내의 획지 2필지 1,340.8㎡를 포함하여 2,301㎡에 대형위락시설(유흥주점)을 부당하게 건축허가

(2) 이용목적 변경승인 대상이 아닌데도 이를 이유로 건축신고 반려

- ○○군에서 2007. 12. 3. 민원인으로부터 같은 군 일원의 과수원 부지에 농업용 창고를 증축(기존건축물:90.20㎡, 증축면적: 33㎡)하고자 하는 내용의 건축(증축)신고를 접수하여 이를 처리

- 「토지거래업무 처리규정」(국토해양부 훈령) 제8조 제1항의 규정에 따르면 농업용 창고부지도 직접 경작에 이용되는 부지와 동일하게 농업을 영위하는데 필요한 것으로 인정하고 있는 데도
- 위 관서에서는 위 농업용 창고 건축신고를 받고 3차례(2007. 12. 1., 2008. 1. 4., 2008. 1. 21)에 걸쳐 취득토지의 이용목적 변경 승인을 신청하도록 요구
- 이에 대하여 민원인이 위 관서에 위 건축(증축)신고는 “취득토지의 이용목적 변경에 해당하지 아니 한다”고 2차례(2007. 12. 31., 2008. 1. 17.) 주장하였는데도 관련규정도 검토하지 않은 채 2008. 1. 23. 위 민원을 반려 처분
- 이에 따라 위 민원인은 같은 해 2. 25. 취득토지의 이용목적 변경승인을 받은 뒤 같은 해 3. 7. 다시 ‘농업용 창고건축신고서’를 제출하여 당초 건축신고 처리기한인 같은 해 1. 24. 보다 2개월이 늦은 해 3. 24.에야 위 관서에 건축신고가 수리

다. 공공의 안전·이익 등 공익상 필요할 경우

인·허가를 신청한 사항을 심사한 결과 법령상의 제한 외에 공공의 안전과 이익 등 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에는 법령상 명시적인 근거가 없다고 하더라도 여러 가지의 상황을 법 자체의 목적 등에 비추어 합리적으로 고려하여 그 인·허가를 거부할 수 있다.

[관련대법원 판례]

□ 공공의 안전과 이익을 보호할 필요가 있는 경우 허가제한에 관한 법령상 명시적인 근거가 없더라도 법 목적에 비추어 허가여부를 판단할 수 있다고 한 판례

액화석유가스의안전및사업관리법 제3조제2항·제4항 및 같은법시행령 제3조제1항·제2항 등 관계법령에 비추어 볼 때, 허가관청이 액화석유가스판매사업 허가신청에 따라 허가를 할 것인지의 여부를 결정함에 있어서, 그 허가신청이 관계법령이나 허가 관청이 위 영 제3조제2항에 따라 따로 정한 허가의 기준에 적합한 것으로 인정되는지의 여부와는 별도로, 그 허가신청의 내용이 공공의 안전과 이익을 저해할 염려가 있는지의 여부를 심사하여야 하고, 공공의 안전과 이익을 저해하는 지의 여부는 액화석유가스의 특성, 그 허가대상 지역 일대의 인구 조밀도, 액화석유가스판매사업소를 설치할 건물과 인근건물의 용도, 구조, 및 특성, 액화석유가스의 폭발이나 화재로 인한 안전사고가 발생하였을 경우 예상되는 피해의 정도나 범위 등 여러 가지 사정들을 위 “법” 자체의 목적에 비추어 합리적으로 고려하여 결정할 것이다.(2001. 3. . 선고 99두1625)

□ 주유소 설치허가신청을 관계 법령상의 제한 외에 중대한 공익상의 필요를 이유로 거부할 수 있다고 한 판례

주유소 설치허가권자는 주유소 허가신청이 관계 법령에서 정하는 제한에 배치되지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하고, 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 허가를 거부할 수는 없는 것이나 심사결과 관계 법령상의 제한 이외의 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에는 그 허가를 거부할 수 있다. (1999. 4. 23. 선고 97누 14378)

여기서 “공익상의 필요”는 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단되어야 할 것이지만, 최근에는 환경의 측면에서 그 보전이나 경과의 관점에서 볼 때 원형의 보존이 필요한 경우, 주민의

식수사용 등에 있어서의 보건상의 위해(危害)가 있는 경우 등을 중대한 공익으로 보는 경향이 있다.

[관련대법원 판례]

□ 아래쪽 마을 주민의 식수사용관계 등에 비추어 보건상 위해 염려가 있다는 이유로 사설공원묘지 설치를 불허가 할 수 있다고 한 판례 토지의 위치와 그 지표수의 흐름, 그 아래쪽에 위치한 5개 마을 주민들의 식수사용관계 등에 비추어, 그 토지에 사설공원묘지 설치를 허가할 경우 그 5개 마을 주민들의 보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 경우 사설공원묘지 설치허가를 하지 아니할 수 있다. (1996. 12. 23. 선고96누4510)

그러나 환경의 보전 등에 있어서 공익상 필요를 판단하는 것은 쉬운 일이 아닌데, 어떤 임야가 주변의 임야와 더불어 주거지역으로 이용되는 인근의 광활한 간척지에 산림이라는 천혜의 자연환경을 제공하여 주는 중요한 역할을 하고 있을 뿐 아니라 천연 암석이 자연스럽게 절개된 해안선을 따라 소나무와 해송 등의 수림이 서식하고 있는 등 그 자연경관을 원래의 상태로 보존할 가치가 충분히 있는 경우 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등에 있어서 중대한 공익상의 필요가 있다고 본 사례가 있다.

[관련대법원 판례]

□ 법령상 금지·제한 지역에 해당되지 않으나, 환경 보전 등 중대한 공익상 필요에 따라 법규상 근거가 없더라도 산림훼손허가를 거부할 수 있다고 한 판례

산림훼손행위는 국토의 유지와 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 허가신청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황, 사업계획에

나타난 사업의 내용·규모·방법과 그것이 환경에 미치는 영향 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있다. (1997. 9. 12. 선고 97누1228)

그리고 구체적인 법령상 제한이 없는 것은 물론 특별한 공익상의 필요도 없으면서 막연하고 추상적인 사유를 공익상의 필요로 보아 인·허가의 신청을 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

또한, 관계 법령에서 정하는 제한사유 외의 사유가 다소 공익적인 요소를 포함하고 있다고 하더라도, 그것이 금지구역으로 지정·공고될 것이라든지 조례안이 만들어져 공고되어 있다는 등 현실적으로는 예정만 되어 있는 것에 불과한 경우에는 그것을 들어 인·허가를 거부할 수는 없다고 할 것이다.

[관련대법원 판례]

□ 특별한 공익상의 필요가 없음에도 불구하고 관계 법령에서 정하는 제한 사유 외의 사유를 그 허가신청을 거부할 수는 없다고 한 판례 주유소 설치허가권자는 주유소 설치허가 신청이 석유사업법, 같은법 시행령, 혹은 그 시행령의 위임을 받은 시·도지사의 고시 등 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법령 소정의 주유소 설치허가를 하여야 하므로 법령상의 근거 없이 그 신청이 관계 법규에서 정한 제한에 배치되는지 여부에 대한 심사를 거부할 수 없고, 심사결과 그 신청이 법요건에 합치하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하며, 공익상 필요가 없음에도 불구하고 요건을 갖춘 자에 대한 허가를 관계 법령에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 거부할 수는 없다. (1996. 7. 12. 선고 96누5292)

4. 인·허가를 거부할 수 없는 경우

가. 법령상 제한사유 외의 추상적 사유에 의할 경우

인·허가신청을 거부하기 위하여서는 구체적인 법령상의 제한이나 중대한 공익상의 필요가 있어야 한다. 따라서 법령상 제한사유 외의 막연한 추상적 사유를 들어 인·허가신청을 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

[관련대법원 판례]

□ 장차 공업단지로 개발될 예정지에 해당한다는 막연한 사정만으로 주유소허가를 거부할 수는 없다고 한 판례

관계 법령에 의한 공업단지개발사업계획이 구체적으로 수립되어 있지 아니할 뿐만 아니라 용도별 구획도 결정되어 있지도 아니한 토지 상에 주유소를 허가한다하더라도 공업단지의 지정목적과 공업단지개발사업의 시행에 지장이 없다고 보아야 하고, 장차 공업단지로 개발될 예정지에 해당한다는 막연한 사정만으로 공업단지의 지정목적이나 공업단지개발사업의 시행에 지장을 주는 것으로 볼 수는 없으므로, 이 토지 상에 주유소허가를 하는 것이 당해 공업단지의 지정목적과 공업단지개발사업의 시행에 지장이 없는 범위 안에서 허가를 할 수 있다고 규정하고 있는 산업입지및개발에관한법률시행령 제14조제6항에 저촉되는 것은 아니다. (1994. 8. 9. 선고 94누2268)

□ 법령상의 근거가 없는 추상적인 기준에 의하여 토지형질변경을 불허가 할 수는 없다고 한 판례

도시계획법시행령 제5조의2의 규정에 따르면 도시계획구역 안에서 토지에 대한 형질변경허가신청에 대한 불허가의 대상이 되는 경우는 추상적으로 당해 토지의 합리적인 이용이나 도시계획사업에 지장이 될 우려가 있다는 것만으로는 부족하고 구체적으로 건설교통부령인 토지의 형질변경등행위허가등에관한규칙이 정하는 기준에 적합하지 아니한 경우에 한하여 불허가의 대상이 된다. (1999. 2. 9. 선고 98두13195)

<관련 감사사례>

(1) 법적 근거 없이 도로확장 요구 후 불응한다는 사유로 반려

○ 경기도 ○○시에서 2007. 12. 7. 3개 업체로부터 관내 부지(공장 부지면적 : 20,224㎡)에 천연 및 혼합조제 조미료 제조업공장을 설립하는 내용의 승인 신청을 받아 이를 처리하면서

- 공장설립 시 적용되는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 등 관련 법령에 공장부지와 접하는 진입로의 너비 등을 제한하는 규정은 없고,

△ 2007. 6. 14. 위 신청지와 접한 부지(부지면적 : 3,559㎡)에 대해 대형트럭 진출입에 지장이 없다고 보고 위 신청지 진입로(폭 3.4~4.3m)를 사용하도록 동종의 제조업 공장설립을 승인한 바 있는데도

- 위 공장설립을 승인한 지역에 접하여 동일한 진입로(폭 3.4~4.3m)를 사용하려는 위 3개 업체의 공장설립승인 신청건에 대하여는 같은 해 12. 10. 민원인에게 진입로의 폭이 협소하다는 사유를 들어 진입로를 확장하도록 보완요구 하였고,

△ 민원인이 위 진입로 확장계획을 제출하지 못하자 2008. 4. 14. 이를 이유로 위 승인신청을 반려.

- 그 후, 위 업체는 2008. 5. 22. 기존 진입도로와는 별도의 진입도로를 추가 조성하는 계획(총 공사비 450,000천원)을 포함한 공장설립 승인 신청을 다시 하여 같은 해 7. 11. 승인받아

- 결국 위 관서는 공장설립 승인 신청에 대하여 아무런 법적 근거 없이 공장 설립을 불승인하였을 뿐만 아니라, 동일한 사안을 합리적 사유없이 다르게 처분함으로써 업무 처리의 공정성 및 형평성을 일실.

(2) '도시계획위원회' 자문결과를 이유로 이행 불가능한 조건 부과

- 경기도 ○○시에서 2007. 7. 12. 민원인○로부터 관내(부지면적 3,118㎡, 지목 : 답에 대한 목재가구제조업 공장설립 승인 신청을 받고, 농지전용 및 군부대 협의 등 관련협의를 모두 거친 결과, 위 공장설립이 관계법령상 아무런 위반 사항이 없어 적법한 것으로 확인
- 그러나 2007. 9. 18. 위 공장설립 승인 심사와 관련하여 개최된 위 시 도시계획위원회 자문결과 '지목변경을 수반하지 아니하는 가설건축물 축조'라는 조건이 부과되어
- △ 위 시는 2007. 9. 28. 민원인에게 이에 조치계획을 제출하도록 요구하였으나
- △ 지목변경을 수반하지 않는 농지 전용은 불가능할 뿐만 아니라, 가설 건축물로 건축하게 되면 공장 등록도 곤란하므로 민원인이 이를 이행하기 곤란하고, 위 조건을 반드시 이행해야 할 불가피한 사유도 없는데도
- 위 시가 위와 같은 부당한 자문결과를 근거로 민원인에게 무리한 조건으로 이행을 요구함에 따라 위 민원인은 2007. 11. 12. 위 공장설립 신청을 취하
- 그 후, 위 민원인은 같은 해 12. 7. 위 공장부지 면적을 위 시 도시계획위원회 자문대상 규모(3,000㎡ 이상) 미만인 2,974㎡로 축소하여 다시 공장설립승인 신청을 하자
- △ 위 시에서는 2007. 12. 11. 및 같은 달 14. 농지전용 및 군부대 협의 등 관련 협의를 다시 거쳐 2008. 1. 23. 위 공장설립을 승인

- 그 결과 위 민원인이 공장설립승인을 받는 데 신청일로부터 6개월 상당의 시간이 소요되었을 뿐만 아니라 공장설립 승인 재신청에 따라 불필요한 비용을 부담.

나. 상위 법령에 근거가 없는 방침·지시에 의한 경우

행정 규칙이 상위 법령에 위임근거가 없거나 상위 법령보다 요건을 더 엄격하게 규정하는 경우 당해 행정규칙은 불합리한 내용으로서 법규명령으로서의 효력을 가지지 아니한다고 할 것이므로 이러한 행정규칙상 제한은 법령상 제한으로 볼 수 없어 인·허가 신청을 거부할 수 있는 근거가 되지 못한다.

[관련대법원 판례]

- 상위법령에 위임의 근거가 없는 고시의 규정에 따라 공장설립 허가신청서를 반려할 수 없다고 한 판례

지방자치단체장이 상공자원부 고시에서 정한 기준보다 더 엄격하게 요건을 추가하여 주민들의 동의를 얻도록 규정한 것은 법령의 규정을 보충하는 효력이 있는 것이 아니어서 일반 국민과 법원을 기속할 수 없으므로 이를 근거로 공장설립허가신청을 반려할 수 없다. (1999. 7. 23. 선고 97누6261)

또한, 상위 법령에 근거가 없이 발령된 방침이나 지시는 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐이고 국민에 대한 구속력은 전혀 가지지 못하는 것이므로 이를 근거로 인·허가여부를 결정하여서는 아니된다.

[관련대법원 판례]

□ 장관 및 도지사가 한 허가제한 지시에 의하여 허가를 거부할 수는 없다고 한 판례

보건사회부장관 및 도지사가 에너지 소비절약 및 퇴폐·향락업소 규제 유도방침에 따라 전국 일원에 터키탕업에 대한 허가를 제한하도록 한 지시는 행정기관 내부의 사무처리지침에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력은 없다.(1995. 4. 1. 선고 94주13442)

다. 단순히 인근 주민의 반대를 이유로 하는 경우

인근 주민들의 반대가 법령상 불허가의 기준으로 규정되어 있지 아니하는 한 인근 주민들의 반대만을 이유로 인·허가를 거부할 수는 없다.

다만, 인근 주민들이 누리고 있는 이익이 환경상의 이익으로서 법령에 의하여 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익인 경우에는 그것을 이유로 인·허가를 거부할 수 있다.

[관련대법원 판례]

□ 인근 주민들의 혐오시설 설치 반대가 토지거래계약 불허가 사유가 될 수는 없다고 한 판례

토지거래계약 허가권자는 그 허가신청이 국토이용관리법 제21조의4 제1항 각호 소정의 불허가 사유에 해당하지 아니하는 한 허가를 하여야 하는 것인데, 인근주민들이 당해 폐기물 처리장 설치를 반대한다는 사유는 국토이용관리법 제21조의 4의 규정에 의한 불허가 사유로 규정되어 있지 아니하므로 그와 같은 사유만으로는 토지거래허가를 거부할 사유가 될 수 없다.(1997. 6. 27. 선고 96누9362)

<관련 감사사례>

(1) 행정심판에서 인용된 민원도 주민 반대 이유로 부당 처리

○ ○○군에서는 2006. 7. 5. 민원인으로부터 관내 일원 4,508㎡ (지목 : 과수원)에 의료시설(병원·장례식장) 설립을 내용으로 하는 건축허가 신청을 받고

- 같은 해 7. 13. 위 의료시설 건축허가 신청이 실무종합심의회의 개최 결과 관계법령에 적합한 것으로 검토되고, 같은 해 7. 20. 농산과로부터 농지전용 협의를 통보받는 등 관련 협의부서들로부터 특별한 법적 저촉사항이 없음을 통보받았는데도

- 같은 해 7. 21. 위 관서 관내 ○○읍장이, 같은 해 8. 30. ○○초등학교 학교운영위원회에서 위 건축허가를 반대한다는 의견을 제출하자, 같은 해 9. 26. 위 민원인에게 건축허가 불가를 통보

- 그 후 민원인의 진정으로 같은 해 11. 23. ○○광역시 행정심판 위원회에서 적법한 건축을 주민 반대 등을 이유로 불허가 처분한 것은 위법·부당하다면 위 건축 불허가 처분을 취소하는 것으로 재결(인용)하였는데도

- 위 관서에서는 같은 해 12. 19. 위 민원인이 의료시설 건축허가를 다시 신청하자 바로 건축허가를 하지 않고 2007. 3.까지 4차례에 걸쳐 ○○초등학교 인근 주민동의서와 보완 서류를 요구하고, 같은 해 7. 25. 보완요구, 관련서류 등을 모두 제출한 후 최초 건축허가를 신청한 날로부터 1년, 행정심판위원회에서 재결(인용)된 날로부터 8개월이 지난 같은 해 7. 27에야 건축허가를 받음.

(2) 인근 주민 반대를 이유로 부당하게 골재 선별·파쇄신고 반려

○ ○○군에서는 ○○주식회사에서 2008. 3. 11. 관내 ○○외 4필지(부지면적 9,536㎡)의 골재선별·파쇄신고를 하자

- 건축과 및 환경녹지과 등 협의부서에서 모두 “적정”하다는 의견을 건설과에 제출하는 등 관계법규에 저촉되지 않는에도
- 같은 해 3. 20. 인근 주민들이 반대한다는 이유를 들어 위 업체의 골재선별·파쇄신고 수리를 거부하였고, 결국 위 업체가 같은 해 4. 1. 행정심판을 청구하여 같은 해 5. 8. ○○광역시 행정심판위원회의 재결(청구인 인용)이 있고서야 같은 해 5. 15. 위 신고를 수리 함.

라. 서류제출 미비 등을 이유로 하는 경우

인·허가의 신청을 받은 행정기관은 필요한 제출서류가 미비 된 경우에도 그 신청을 바로 반려하는 것보다는 제출이 되지 아니한 서류를 보완하도록 요청하여 미 제출 서류를 제출하게 한 다음 인·허가 여부를 판단하는 것이 바람직하다.

[관련대법원 판례]

□ 미 제출 사업계획서가 있는 경우 이의 보완요청이 없이 막 바로 건축허가신청 반려를 할 수는 없다고 한 판례

건축하려는 건물의 규모보다 난방시설에 관한 사업계획서가 그다지 복잡한 것으로 예상되지 아니하는 만큼 행정청으로서의 일용 위 미 제출 사업계획서를 보완하도록 요청한 다음 허가 여부를 판단함이 상당하다 할 것이므로 위 보완요청이 없이 막 바로 건축허가 신청 반려 처분은 그 점에서 재량권을 남용·일탈한 위법이 있다고 본 원심의 판단은 정당하다. (1996. 1. 26. 선고 95누5479)

또 법령에서 정하고 있는 신청서식 가운데 민원인과 행정기관의 편의를 위하여 정하고 있는 서식의 경우 그 서식에 의하지 아니한 인·허가 신청에 대하여 서식위반 등을 이유로 인·허가신청을 반려하여서는 아니 될 것이다.

[관련대법원 판례]

□ 농지의보전및이용에관한법률시행규칙 소정의 서식에 의하지 아니하였더라도 농지전용허가신청을 거부할 수는 없다고 한 판례

[별지 제2호서식]의 농지전용허가신청서에 의하여 신청하도록 한 농지의보전및이용에관한법률시행규칙 제5조제1항은 행정청의 편의를 위한 규정에 불과하고 농지전용허가신청은 엄격한 형식을 요하지 아니하는 서면행위라고 해석되므로 농지전용의 허가를 구하는 서면이 제출되었을 때에는 그 표제와 제출기관의 여하를 불문하고 이를 농지전용허가신청으로 보아야 할 것이다. (1995. 11. 7. 선고 94누10061)

<관련 감사사례>

(1) 공장입지가 제한되는데도 반려하지 않고 후속 절차를 진행하여 기업부담 초래

○ 경기도 ○○시에서 2006년 1월부터 2008년 5월 사이에 7개 업체로부터 공장설립 승인 신청을 받아 이를 처리

- 「산업입지 통합지침」 제36조 제1항 제6호 및 제8호의 규정에 따르면 지방상수도 상수원보호구역으로부터 수계 상 상류방향으로 유하거리 10km 이내인 지역이거나 농업용 저수지로부터 수계 상 상류방향으로 유하거리 5km이내(다만, 폐수배출시설이 아닌 공장은 유하거리 2km 이내)인 지역에는 개발공장 설립승인을 하지 않도록 되어 있는데도

- 위 시에서는 2006. 1. 12. 6개 업체로부터 같은 시에 있는 농업용 저수지의 수계상 상류방향 0.6km 이내 지역에 대한 공장설립승인 신청을 받았고, 2007. 2. 6. 나머지 1개 업체로부터 같은 시에 있는 상수원 보호구역의 수계상 상류방향으로 유하 거리 2.3km 이내 지역에 대한 공장설립 승인 신청을 받았음.
- 위 업체들은 모두 위 지침 상 공장입지가 불가능한 지역에 공장설립 승인을 신청하였으므로 사전환경성 검토 등 후속 행정절차를 거치지 않고 즉시 반려하여야 했는데도
- 위 시에서는 2006. 1. 17. 한강유역환경청에 위 6개 업체에 대한 사전환경성 검토를 의뢰한 후 2006. 2. 9. 위 환경청이 위 공장설립 신청지가 위 지침 상 공장입지가 불가능한 지역에 해당한다는 사유를 들어 부동의 회신하고 난 후에야 비로소 위와 같은 사실을 민원인들에게 통보하였고, 이에 따라 위 민원인들은 2006. 2. 14. 위 공장설립 승인 신청을 취하하였다.
- 한편, 한강유역환경청에서는 위 업체들의 공장설립승인신청에 대한 사전환경성 검토를 반려할 당시, “공장설립이 관련법령, 지침 등에 저촉되는 사항인데도 사전환경성 검토 협의를 요청하는 경우 사업자의 시간적, 경제적 손실이 발생하므로, 해당 지자체에서 면밀히 검토한 후 협의 요청하라”는 의견을 제시하였는데도
- 위 시에서는 2007. 2. 6. 나머지 1개 업체로부터 위와 같이 공장입지 불가지역에 공장설립 승인 신청을 받고도 이를 즉시 반려하지 아니한 채 2007. 2. 26 위 업체로부터 사전환경성 검토서를 제출받아 한강유역환경청에 검토를 요청하였고, 위 환경청이 2007. 3. 5. 부동의 회신함에 따라 2007. 3. 12. 공장설립을 불승인하여 민원인에게 시간적·경제적 부담을 주었을 뿐 아니라 행정력의 낭비 초래.

(2) 민원인에게 무리한 보완 요구 후 창업사업계획승인 신청 반려

- 전라북도 ○○시에서 2007. 9. 28. (주)○○○○로부터 관내에 공장을 설립하는 내용의 창업사업계획 승인 신청을 받아 이를 처리
- 구 국토법(2008. 1. 8. 대통령령 제20535호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항 및 「○○시 도시계획조례」 제2조 제2항의 규정에 따르면 관리지역 내 1만㎡미만의 개발행위는 위 시도계획위원회의 심의를 거치도록 되어 있음
- 위 (주)○○○○가 창업사업계획 승인을 신청한 지역은 관리지역이고, 개발행위면적이 3,626㎡로서 위 시 도시계획위원회의 심의대상에 해당되어
- 위 시는 같은 해 11. 26. 위 창업사업계획 승인 신청이 관계법령상 적합한 것으로 검토하여 위 시 도시계획위원회에 상정하였고, 동 위원회에서는 이에 대하여 “도시계획위원회 분과위원회에서 비슷한 유형의 공장에 대한 현장방문 후” 결정하는 것으로 심의
- 그런데 위 “현장확인”은 위 시 도시계획위원회의 창업사업계획 승인 여부 심의를 위하여 필요한 사항으로서 위 시에서 준비해야 할 사항이고, 민원인에게 그 부담을 전가하여서는 아니 됨.
- 한편, 「민원사무처리에 관한 법률」 제13조 제1항의 규정에 따르면 접수한 민원서류에 흠이 있는 경우 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 민원인에게 보완을 요구하도록 되어 있음.

- 따라서 민원서류에 흠이 없는데도 담당공무원이 법적 근거없이 임의로 보완요구를 한 후 이를 이행하지 아니한다는 사유로 창업사업계획 승인 신청에 대한 반려 처분 등을 하여서는 아니 되는데도
- 위 시에서는 2007. 12. 5. 및 같은 달 14. 두 차례에 걸쳐 민원인에게 본인이 신청한 사업계획을 비교·확인할 수 있는 유사공장을 직접 선정한 후 위 도시계획위원회 위원들이 방문할 수 있게끔 준비하도록 요구하였고, 같은 해 12. 24. 위 민원인이 위 보완요구에 응하지 않자 창업사업계획 승인 신청을 반려.

(3) 공무원이 직접 확인할 사항에 대하여 민원인에게 서류 제출 요구

- 경기도 ○○시에서 2006. 1. 1.부터 2008. 4. 25. 사이에 관내에 있는 43개 업체로부터 공장설립승인 신청을 받고 이를 처리하면서
- 환경정책기본법 시행령 제7조의 “사전환경성검토 대상 여부”를 확인하기 위해서는 공장신설부자와 인접한 부지의 공장등록 현황, 건축물의 용도, 개발면적, 처리 중인 같은 목적의 인·허가 사항 등을 직접 확인하여야 하고,
- △ 이는 위 시에서 운영하고 있는 지리정보시스템의 지리정보, 공장설립관리 정보시스템(FEMIS)의 공장등록현황, 건축행정 정보시스템의 건축물 현황, 시·군·구 행정정보시스템의 민원 접수 처리현황 등의 정보를 열람하거나 현황을 확인하면 가능한데도

- 위 시에서는 2007. 5. 21. 같은 시에 공장설립 승인을 신청한 ○○에 대하여 같은 달 22. 및 같은 해 6. 25. 2회에 걸쳐 사전 환경성 검토 대상여부 확인을 위한 법상 구비서류가 아닌 “주변지역 개발현황도”를 작성·제출하도록 요구하는 등 위 기간 동안 43건의 공장설립승인 신청에 대하여 동일한 사항을 요구하였다.
- 그러나 민원인이 위 “주변지역 개발현황도”를 작성하기 위해서는 공장신설(변경) 사업부지 인접지역의 공장등록현황 등 자료를 위 시로부터 제공받아야 하기 때문에 작성하기 어려울 뿐만 아니라 그 내용을 신뢰하기도 곤란하여 담당 공무원이 다시 확인해야 하는 번거로움만 따름.