

**건축허가취소처분취소등**  
[대법원, 2014. 11. 27., 2013 두 16111]

**【판시사항】**

- [1] 하나의 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸쳐 있는 경우 행위제한에 관한 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제 84 조 제 3 항의 해석 및 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸치는 경우 용도지역별 건축물의 용도제한에 관하여 건축법 제 54 조 제 3 항 본문이 적용되는지 여부(소극)
- [2] 건축허가가 용도지역별 건축물의 용도 제한에 적합한지 판단하는 기준 및 건축주가 적법한 용도변경 절차를 거치지 않고 허가받은 용도 이외의 다른 용도로 사용하는 경우 건축허가가 소급해서 위법해지는지 여부(소극)
- [3] 수익적 행정처분을 취소할 수 있는 경우 / 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 경우, 당사자의 처분에 관한 신뢰이익을 고려해야 하는지 여부(소극) 및 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 있었는지 판단하는 기준

**【판결요지】**

- [1] 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제 11292 호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘국토계획법’이라고 한다) 제 84 조 제 3 항 본문은 하나의 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸쳐 있는 경우 그 대지 중 용도지역 등에 있는 부분의 규모 및 용도지역별 면적과 관계없이 녹지지역에 대해서만 녹지지역에 관한 행위 제한 규정을 적용하도록 함으로써 녹지지역의 훼손을 최소화하기 위한 것으로 보인다. 이러한 규정의 입법 취지 및 문언에 의할 때 위 조항은 하나의 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸쳐 있는 경우 용도지역 등 경계선을 기준으로 녹지지역에 대하여는 녹지지역에 관한 행위 제한 규정이 적용되고, 다른 용도지역 등에 대하여는 해당 용도지역 등에 관한 행위 제한 규정이 적용된다는 의미로 해석하는 것이 타당하다. 한편 건축법 제 54 조 제 3 항 본문에서는 “대지가 녹지지역과 그 밖의 지역·지구 또는 구역에 걸치는 경우에는 각 지역·지구 또는 구역 안의 건축물과 대지에 관한 이 법의 규정을 적용한다.”라고 규정하고 있으나, 용도지역별 건축물의 용도 제한에 대하여는 건축법이 아니라 국토계획법이 규율하고 있으므로, 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸치는 경우 용도지역별 건축물의 용도 제한에 관하여는 건축법 제 54 조 제 3 항 본문이 적용되지 아니한다.
- [2] 건축허가가 용도지역별 건축물의 용도 제한에 적합한지는 허가된 건축물의 용도가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률과 그 시행령, 건축법 시행령, 도시계획조례 등의 관련 규정에

의하여 허용되는 용도인지 여부에 의하여 정해지는 것이지, 건축주가 나중에 신축한 건축물을 허가받은 용도 이외의 다른 용도로 사용할 의도나 가능성이 있는지 여부에 의하여 좌우되는 것이 아니고, 건축주가 적법한 용도변경 절차를 거치지 않고 허가받은 용도 이외의 다른 용도로 사용하더라도 무단 용도변경이 문제 될 뿐, 건축허가가 소급해서 위법해지는 것은 아니다.

[3] 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 취소할 때에는 이를 취소하여야 할 공익상의 필요와 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있으며, 나아가 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었다 할 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였더라도 재량권의 남용이 되지 아니한다. 한편 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 있었는지 여부는 행정청의 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다.

#### 【참조조문】

[1] 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제 11292 호로 개정되기 전의 것) 제 76 조 제 1 항, 제 84 조 제 3 항, 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2011. 3. 9. 대통령령 제 22703 호로 개정되기 전의 것) 제 71 조 제 1 항, 건축법 제 54 조 제 3 항 /

[2] 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제 11292 호로 개정되기 전의 것) 제 76 조 제 1 항, 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2011. 3. 9. 대통령령 제 22703 호로 개정되기 전의 것) 제 71 조 제 1 항 /

[3] 행정소송법 제 1 조

[행정처분일반], 제 19 조, 행정절차법 제 4 조 제 2 항

#### 【참조판례】

[3] 대법원 1995. 11. 7. 선고 95 누 11320 판결(공 1995 하, 3926), 대법원 2002. 11. 8. 선고 2001 두 1512 판결(공 2003 상, 72), 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003 두 4669 판결(공 2006 하, 1162), 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011 두 16339 판결

【전문】

【원고, 피상고인】 주식회사 이마트 (소송대리인 법무법인 디.엘.에스 담당변호사 이승한 외 2 인)

【원고보조참가인】 에스티에스도시개발 주식회사 (소송대리인 변호사 이재홍 외 4 인)

【피고, 상고인】 광주광역시 북구청장 (소송대리인 변호사 공재원 외 1 인)

【원심판결】 광주고법 2013. 7. 11. 선고 2012 누 682 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 용도지역별 건축 제한의 적용법령 및 그 해석에 관한 법리오해 주장에 관하여  
구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제 11292 호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘국토계획법’이라고 한다) 제 76 조 제 1 항은 용도지역에서의 건축물의 용도 등의 제한에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 그 위임을 받은 구 국토계획법 시행령 (2011. 3. 9. 대통령령 제 22703 호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제 71 조 제 1 항, [별표 2] 내지 [별표 22]와 그 시행령 조항으로부터 다시 위임을 받은 도시계획조례에서는 각 용도지역 안에서 건축할 수 있는 건축물에 관하여 규정하고 있다. 그리고 국토계획법 제 84 조는 제 1 항 본문에서 하나의 대지가 둘 이상의 용도지역·용도지구 또는 용도구역(이하 ‘용도지역 등’이라고 한다)에 걸쳐 있는 경우 그 대지 중 용도지역 등에 있는 부분이 일정 규모 이하인 토지 부분에 대하여는 그 대지 중 가장 넓은 면적이 속하는 용도지역 등에 관한 규정을 적용하도록 규정하고 있고, 제 3 항 본문에서 “하나의 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역·용도지구 또는 용도구역에 걸쳐 있는 경우에는 제 1 항에도 불구하고 각각의 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 건축물 및 토지에 관한 규정을 적용한다.”고 규정하고 있다.

국토계획법 제 84 조 제 3 항 본문은 하나의 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸쳐 있는 경우 그 대지 중 용도지역 등에 있는 부분의 규모 및 용도지역별 면적과 관계없이 녹지지역에 대해서만 녹지지역에 관한 행위 제한 규정을 적용하도록 함으로써 녹지지역의 훼손을 최소화하기 위한 것으로 보인다. 이러한 규정의 입법 취지 및 문언에 의할 때 위 조항은 하나의 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸쳐 있는 경우 용도지역 등 경계선을 기준으로 녹지지역에 대하여는 녹지지역에 관한 행위 제한 규정이 적용되고, 다른 용도지역

등에 대하여는 해당 용도지역 등에 관한 행위 제한 규정이 적용된다는 의미로 해석하는 것이 타당하다.

한편 건축법 제 54 조 제 3 항 본문에서는 “대지가 녹지지역과 그 밖의 지역·지구 또는 구역에 걸치는 경우에는 각 지역·지구 또는 구역 안의 건축물과 대지에 관한 이 법의 규정을 적용한다.”라고 규정하고 있으나, 용도지역별 건축물의 용도 제한에 대하여는 건축법이 아니라 국토계획법이 규율하고 있으므로, 대지가 녹지지역과 그 밖의 용도지역 등에 걸치는 경우 용도지역별 건축물의 용도 제한에 관하여는 건축법 제 54 조 제 3 항 본문이 적용되지 아니한다.

원심이 ‘관계법령에 의하면 이 사건 사업부지 중 자연녹지지역에 대형할인점인 이 사건 판매시설동을 건축할 수 있으므로, 이 사건 판매시설동에 관한 건축허가가 용도지역별 건축물의 용도 제한에 관한 규정을 위반하지 않았다’고 판단한 것은 위와 같은 법리에 기초한 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 국토계획법 제 84 조 제 3 항과 건축법 제 54 조 제 3 항의 적용 및 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. 제 2 종 일반주거지역에 건축 가능한 건축물의 용도에 관한 법리오해 주장에 관하여 국토계획법 제 76 조 제 1 항, 구 국토계획법 시행령 제 71 조 제 1 항 제 4 호 [별표 5] 제 1 호 (다)목, 제 2 호 (가)목 및 (다)목, 구 건축법 시행령(2011. 6. 29. 대통령령 제 22993 호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) [별표 1] 제 3 호 (가)목, 제 4 호 (자)목, 제 7 호 (나)목, 구 광주광역시 도시계획조례(2011. 1. 1. 조례 제 3889 호로 개정되기 전의 것) 제 39 조 제 4 호 [별표 4] 제 1, 3 호의 각 규정에 의하면, 광주광역시의 제 2 종 일반주거지역 안에서는 제 1 종 근린생활시설 중 소매점(같은 건축물에 해당 용도로 쓰는 바닥면적의 합계가 1,000㎡ 미만인 것)과 제 2 종 근린생활시설 중 학원 용도의 건축물을 건축할 수 있으나, 소매시장(유통산업발전법 제 2 조 제 3 호에 따른 대규모점포 및 그 안에 있는 근린생활시설을 포함한다) 용도의 건축물은 건축할 수 없다.

그리고 구 유통산업발전법(2012. 6. 1. 법률 제 11461 호로 개정되기 전의 것) 제 2 조 제 3 호, 같은 법 시행령(2013. 4. 22. 대통령령 제 24511 호로 개정되기 전의 것) 제 3 조 제 2 항에 의하면, 유통산업발전법의 대규모점포는 하나 또는 둘 이상의 연접되어 있는 건물(건물 간의 가장 가까운 거리가 50m 이내이고 소비자가 통행할 수 있는 지하도 또는 지상 통로가 설치되어 있어 하나의 대규모점포로 기능할 수 있는 것) 안에 하나 또는 여러 개로 나누어 설치되는 매장으로, 상시 운용되고 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 것을 말한다. 건축허가가 용도지역별 건축물의 용도 제한에 적합한지는 허가된 건축물의 용도가 국토계획법과 그 시행령, 건축법 시행령, 도시계획조례 등의 관련 규정에 의하여 허용되는 용도인지 여부에 의하여 정해지는 것이지, 건축주가 나중에 신축한 건축물을 허가받은 용도 이외의 다른 용도로 사용할 의도나 가능성이 있는지 여부에 의하여 좌우되는 것이 아니고, 건축

주가 적법한 용도변경 절차를 거치지 않고 허가받은 용도 이외의 다른 용도로 사용하더라도 무단 용도변경이 문제 될 뿐, 건축허가가 소급해서 위법해지는 것은 아니다.

따라서 건축주가 제 2 종 일반주거지역에 들어설 건축물에 관하여 위 관련 규정에 의하여 건축이 가능한 소매점과 학원의 용도로 건축허가를 받았다면 그 건축허가는 적법한 것이고, 소매점과 학원 용도의 건축물과 연결된 건축물이 유통산업발전법의 대규모점포 용도로 건축허가를 받았고 소매점과 학원 용도로 건축허가를 받은 부분까지 함께 대규모점포를 개설할 수 있는 구조를 갖추고 있다 하여도, 그러한 사정을 들어 제 2 종 일반주거지역에 소매점과 학원 용도로 건축을 허가한 것이 위법하다고 볼 수는 없다.

원심은 이 사건 사업부지 중 제 2 종 일반주거지역에 들어설 이 사건 근린생활시설동의 건축허가상 용도는 제 1 층 제 1 종 근린생활시설(소매점) 462.30㎡, 제 2 층 제 1 종 근린생활시설(소매점) 460.60㎡, 제 3 층 제 2 종 근린생활시설(학원) 460.60㎡ 인 사실을 인정한 다음, 소매점과 학원은 관계 법령의 규정에 의하여 제 2 종 일반주거지역에 건축할 수 있는 건축물의 용도에 해당하므로, 이 사건 근린생활시설동에 관한 건축허가에 용도지역별 건축물의 용도 제한을 위반한 하자가 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에는 다소 미흡한 점이 있으나, 원심이 결론적으로 이 사건 근린생활시설동에 관한 건축허가에 용도지역별 건축물의 용도 제한을 위반한 하자가 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 제 2 종 일반주거지역에 건축 가능한 건축물의 용도에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

### 3. 수익적 행정처분의 직권취소에 관한 법리오해 주장에 관하여

가. 행정행위를 한 처분청은 그 행위에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 취소할 때에는 이를 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있으며, 나아가 수익적 행정처분의 하자가 당사자의 사실은 폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 취소가능성도 예상하고 있었다 할 것이므로, 그 자신이 처분에 관한 신뢰이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였더라도 재량권의 남용이 되지 아니한다(대법원 2013. 2. 15. 선고 2011 두 16339 판결 등 참조). 한편 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위가 있었는지 여부는 행정청의 상대방과 그로부터 신청행위를 위임받은 수임인 등 관계자 모두를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1995. 11. 7. 선고 95 누 11320 판결, 대법원 2002. 11. 8. 선고 2001 두 1512 판결 등 참조).

나. 원심은 그 채택 증거에 의하여, 상젤리제코리아 주식회사(이하 '소외 회사'라고 한다)가 당초 건축허가를 신청할 때 이 사건 근린생활시설동과 판매시설동 사이에 흠채움을 하고 이

를 고려하여 이 사건 판매시설동의 용적률을 산정한 사실, 이 사건 사업부지의 설계도면상 지표면의 높이가 47.36m 로 기재되어 있으나 이 사건 판매시설동이 접하는 지표면의 높이에 3m 이상의 고저차가 있으므로, 구 건축법 시행령 제 119 조 제 2 항에 따라 고저차 3m 이내의 부분마다 그 지표면을 정하여 이 사건 판매시설동의 건폐율을 산정해야 하는데도 47.36m 를 지표면으로 하여 건폐율을 산정한 사실, 이 사건 각 건물의 설계자들이 작성하여 건축허가신청서에 첨부한 건축허가조사 및 검사조서에도 위와 같은 방법으로 용적률 및 건폐율을 산정하여 용적률 58.65%, 건폐율 18.65%로 자연녹지지역의 용적률(60% 이하) 및 건폐율(20% 이하)의 기준을 충족하는 것으로 기재된 사실, 그런데 이 사건 근린생활시설동과 판매시설동 사이에 흠채움을 해야 할 특별한 이유가 없으므로 그 흠채움을 고려하지 않고 이 사건 판매시설동의 용적률을 계산하면 132.53%이고, 구 건축법 시행령 제 119 조 제 2 항에 따른 방법으로 지표면을 각각 산정하여 이 사건 판매시설동의 건폐율을 계산하면 73.88%로 자연녹지지역의 용적률 및 건폐율 기준을 모두 초과하는 사실을 인정하였다.

나아가 원심은, 이 사건 판매시설동에 관한 건축허가에 위와 같이 용적률 및 건폐율의 제한을 위반한 하자가 있지만, 용적률 및 건폐율의 산정은 피고가 건축허가의 신청인인 소외 회사로부터 제출받은 설계도서를 검토하고 법령을 적용하여 판단해야 할 사항인 점, 소외 회사가 건축허가 신청 당시 제출한 설계도면에 흠채움이 표시되어 있었던 점, 국토해양부에서 토지의 형질변경허가를 받아 대지를 조성하여 건축하는 경우에는 지표면에 고저차가 있는 경우에도 그 조성된 면을 지표면으로 볼 수 있다는 입장을 밝히고 있었기 때문에 소외 회사가 토지의 형질변경으로 조성되는 지표면이 47.36m 라고 보고 이를 기준으로 건폐율을 산정한 것은 수긍할 수 있는 면이 있는 점, 허가권자는 건축허가조사 및 검사조서의 의견에 기속되는 것이 아니고 설계사들이 위 조서에 적극적으로 건축허가에 불리한 사실을 숨기거나 허위의 사실을 기재한 것도 아닌 점 등을 고려하면, 소외 회사의 이러한 건축허가 신청이 사실은폐 기타 사위의 방법에 의한 신청으로 볼 수 없고, 이 사건 건축허가의 취소로 인하여 확보되는 공익보다 상대방인 원고의 불이익이 더 크므로, 이 사건 건축허가 취소처분은 비례의 원칙에 위배되어 위법하다고 판단하였다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 원심판결 이유 및 원심이 채택한 증거 등에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 소외 회사가 피고에게 이 사건 건축물의 신축을 위한 건축허가신청을 하였다가 피고로부터 불허가처분을 받고 그 처분취소소송을 제기하여 승소판결이 확정되었음에도 피고가 소외 회사의 건축허가 재신청에 대하여 다시 불허가처분을 하자, 소외 회사는 2010. 11. 17. 법원으로부터 간접강제결정을 받았고, 이에 피고는 2010. 11. 30. 서둘러 이 사건 건축허가처분을 하게 되었다.

② 이 사건 건축허가과정에서 주식회사 종합건축사사무소 ○○○건축 소속 건축사 소외 1, 2 와 이인엔지니어링 종합건축사사무소 주식회사 소속 건축사 소외 3 이 소외 회사의 위임에

따라 설계도서 작성 및 건축허가 신청을 대리하였는데, 이들은 건축허가조사 및 검사조서의 작성까지 함께 담당하였다.

③ 이 사건 건축부지는 경사가 비교적 심한 땅으로 근린생활시설동이 들어설 부분은 비교적 평탄하지만, 판매시설동이 들어설 부분은 고저차가 상당하여 원래의 지형을 그대로 두고 설계도면대로 건축하는 것을 전제로 건축법령의 관련 규정에 따라 건폐율과 용적률을 제대로 산정하면 앞에서 본 것처럼 그 기준을 현저하게 초과하게 된다. 이에 따라 설계자들은 판매시설동의 지상 1층 바닥의 해발고도인 47.36m가 지표면인 것으로 하고, 판매시설동과 근린생활시설동 사이의 공간을 흙채움함으로써 판매시설동이 근린생활시설동과 접하는 쪽의 외벽 지표면 역시 47.36m인 것을 전제로 하여, 건폐율 산정에서 지하 1층은 지표면으로부터 1m 이하이므로 제외되는 것으로, 용적률 산정에서 지하 1층 이하는 지하층이므로 제외되는 것으로 각각 계산하였다.

④ 소외 회사가 이 사건 건축허가신청서에 첨부한 설계도서에 따르면, 판매시설동 외벽과 근린생활시설동 외벽이 마주하는 폭 2m 정도의 공간을 그 상단 높이가 52.5m가 되도록 흙으로 채우는 것으로 되어 있었는데, 설계자들은 이러한 흙채움에 따른 토압을 감안하여 하중저감공법인 EPS 공법을 적용하는 것으로 하였다.

⑤ 이처럼 이 사건 판매시설동과 근린생활시설동 사이의 공간을 흙으로 채울 경우 토압으로 인한 건축물 외벽의 균열발생 위험만 증가될 뿐 건축물의 안전 등에 아무런 도움이 되지 않아 흙채움을 할 필요가 없었는데도 소외 회사는 이 사건 판매시설동의 가중평균지표면을 높여 이 사건 판매시설동이 자연녹지지역의 용적률 기준을 충족하도록 할 목적으로 설계도면에 흙채움을 표시하고, 이를 전제로 이 사건 판매시설동의 용적률을 산정하였다. 또한 이 사건 건축허가 신청 당시 소외 회사가 제출한 설계도면에 형질변경을 통하여 조성되는 이 사건 판매시설동의 부지 중 일부의 지표면 높이가 47.36m로 기재되어 있으나, 그 설계도면에 의하더라도 이 사건 판매시설동 부지 전체의 지표면 높이가 동일하지 않고 이 사건 판매시설동이 접하는 지표면의 높이에 3m 이상의 고저차가 있는데도 소외 회사는 이러한 고저차를 고려하지 않은 채 이 사건 판매시설동 부지의 지표면 높이가 47.36m인 것을 전제로 이 사건 판매시설동의 건폐율을 산정하였다.

⑥ 이 사건에서 건폐율 및 용적률의 산정에 결정적인 영향을 미치는 지표면의 조성과 관련하여 소외 회사는 건축허가신청서의 개발행위 난에 체크 표시를 하였을 뿐 위와 같이 두 동 사이의 공간을 흙채움하여 지표면을 높인다거나 지표면을 47.36m의 높이로 절토 또는 성토하는 내용은 구체적으로 기재하지 아니하였고, 건축허가서에도 판매시설 신축을 위한 부지로서 개발행위(형질변경) 신청건에 대하여 허가라고만 기재되어 있었다.

⑦ 이 사건 건축허가업무를 담당하였던 광주광역시 북구청 소속 공무원인 소외 4, 5, 6은 건축허가 과정에서 건폐율 및 용적률의 계산이 법령에 부합하는지 여부나 흙채움을 통한 지표면 높이의 변경이 타당한지 등에 대한 충분한 확인조치 없이 설계자들이 제출한 건축허가

조사 및 검사조서의 적합 의견을 신뢰하여 허가업무를 처리하였다. 이처럼 건축법에 위반한 중대한 하자를 발견하지 못하고 허가를 한 업무처리상 과오를 이유로 소외 4, 5는 각 감봉 1월, 소외 6은 견책의 징계처분을 받았다.

2) 위와 같은 사실관계와 기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 소외 회사의 이 사건 건축허가 신청은 이 사건 판매시설동이 자연녹지지역의 용적률 및 건폐율 제한을 충족하지 못한다는 사실을 알면서도 이를 숨기고 마치 그 제한을 충족하는 것처럼 가장한 것으로서 사실은폐 기타 사위의 방법에 의한 신청이라고 볼 여지가 충분하고, 그 경우 피고가 이 사건 건축허가 취소처분을 하면서 원고의 신뢰이익을 고려하지 아니하였더라도 재량권의 남용이 되지 아니한다.

① 건축관계법령상 건폐율과 용적률에 관한 규정을 둔 것은 해당 토지와 인근토지의 이용 관계를 조절하고, 토지의 용도 및 규모나 도로사정 등을 고려하여 토지의 적절한 이용을 확보하기 위한 것인데(대법원 1995. 2. 28. 선고 94 누 12180 판결 참조), 건폐율과 용적률의 충족 여부는 건축 설계 및 허가신청에서 가장 기본적이고 핵심적인 사항이라고 할 수 있다.

② 건폐율과 용적률의 산정에서 건축되는 건축물의 높이가 아니라 외벽이 인접 토지의 지표면과 접하는 높이가 기준이 되어야 하는 것과 건축에 앞서서 전체 부지를 같은 높이로 성토 또는 절토하지 않는 한 설계도면으로 정한 지상 1층의 바닥높이가 지표면이 될 수 없다는 것은 건축사에게 기본적인 지식에 속하는 일이다. 건물외벽이 접하는 지표면의 고도 차이가 있는 경우 가중 평균한 지표면을 기준으로 건폐율과 용적률을 산정하여야 한다는 것 역시 건축사라면 당연히 알고 있어야 하는 기초적인 내용이다.

③ 앞서 본 것처럼 설계자들은 관련 법령의 해석에 관한 단순한 착오나 부주의로 건폐율 및 용적률을 잘못 산정한 것에 불과한 것이 아니라, 최대한 건축면적을 크게 하여 대형마트 영업을 위한 판매시설로서의 효율성과 경제성을 추구하면서 건폐율, 용적률 등을 맞추기 위해 계획적·의도적으로 불필요한 흠채움 등을 만들어낸 것이라고 보인다(흠채움을 하면 토압이 외벽이나 연결통로 등에 하중으로 작용하여 구조계산상 불리한 효과가 생기고, 소외 회사나 설계자들 및 원고는 건축허가신청에서부터 원심에 이르기까지 하나의 건축물에 해당하면 용도지역 제한에 저촉될 수 있다고 판단하여 계속 별개의 건축물로 설계한 것이라고 주장하였는데, 그렇다면 더더욱 흠채움은 불필요한 오해만 불러일으키는 존재라서 건폐율 등과 관련된 것이 아니라면 굳이 설치할 이유가 없어 보인다).

④ 건축물이 들어서는 토지 부분이 아니라 건축물이 사면으로 접하는 인근(이웃) 토지의 지표면 높이가 건폐율 등 산정의 기준이 된다는 것은 건축법령상 명백한 사항인데, 원고의 주장처럼 설계도서에 따른 지상 1층의 바닥높이가 당연히 개발행위에 따른 지표면의 높이가 된다면 건폐율의 규제는 너무나 쉽게 피해갈 수 있어 건폐율의 의미를 상실하게 된다. 원고는 소외 회사가 지표면의 기준으로 삼은 47.36m가 판매시설동 지상 1층 바닥면의 해발고



도로서, 소외 회사가 개발행위허가를 받아 조성한 대지조성면의 높이라고 주장하나, 건축허가신청서, 건축심의위원회 회의록, 건축허가조사 및 검사조서, 건축허가서 어디에서도 소외 회사가 건축에 앞서 지표면의 높이가 47.36m가 되도록 대지조성행위를 하는 것이나 두동 사이의 공간에 흙채움을 하는 것에 대하여 명시적인 개발행위허가신청을 하여 허가를 받았다는 사실을 확인할 수 없다.

⑤ 건축주를 대리하는 설계자는 건축물이 건축법과 건축법에 따른 명령이나 처분, 그 밖의 관계 법령에 맞고 안전·기능 및 미관에 지장이 없도록 설계하여야 하며, 설계도서를 작성한 설계자는 설계가 건축법과 건축법에 따른 명령이나 처분, 그 밖의 관계 법령에 맞게 작성되었는지를 확인한 후 설계도서에 서명날인하도록 되어 있다(건축법 제 23 조 제 2 항, 제 3 항). 한편 허가권자는 현장조사·검사 또는 확인업무를 대행하는 자로부터 건축허가를 하는 것이 적합한 것으로 표시된 건축허가조사 및 검사조서를 받은 때에는 지체 없이 건축허가서를 교부하도록 되어 있다(건축법 제 27 조 제 2 항 및 같은 법 시행규칙 제 21 조 제 2 항). 따라서 이 사건에서 건축주인 소외 회사의 위임을 받아 설계도서의 작성 및 건축허가신청을 대리한 설계자들이 건폐율 및 용적률의 산정과정에서 법령의 규정과 달리 지표면을 적용하거나 굳이 필요 없는 흙채움을 통해 인위적으로 지표면을 높여 판매시설동의 지하 1 층이 지상층이 아닌 지하층이 되도록 한 것은 건축법령에 위반한 행위이다. 또한 비록 허가권자가 건축허가조사 및 검사조서의 적합 의견에 반드시 기속되는 것이 아니라 하더라도, 설계자들이 이러한 하자의 존재에도 불구하고 아무런 문제가 없고 건축허가에 적합하다는 취지로 건축허가조사 및 검사조서를 작성하여 제출한 것은 사실상 허가권자를 기망하는 행위라고 할 수 있다.

⑥ 허가권자가 신청내용에 구애받지 아니하고 조사 및 검토를 거쳐 관련 법령에 정한 기준에 따라 허가조건의 충족 여부를 제대로 따져 허가 여부를 결정하여야 하는 것은 맞지만, 그렇다고 신청인 측에서 의도적으로 법령에 정한 각종 규제를 탈법적인 방법으로 회피하려고 하는 것을 정당화할 수는 없다.

3) 그럼에도 원심은 이와 달리 그 판시와 같은 사정만을 들어 소외 회사의 이 사건 건축허가신청이 사실은폐 기타 사위의 방법에 의한 신청에 해당하지 않는다고 판단한 후 이를 전제로 이 사건 건축허가 취소처분이 위법하다고 판단하였으니, 이러한 원심판단에는 수익적 행정처분의 직권취소에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 4. 이 사건 반려처분에 관한 주장에 관하여

원심은, 이 사건 건축허가 취소처분이 위법하므로 건축허가 취소절차가 진행 중이라는 것은 변경허가신청의 반려사유로 정당하지 아니하고, 그 외 피고가 반려사유로 들고 있는 변경허가신청의 부적합 사항은 부적합한 것으로 인정되지 않거나 보완이 가능하다는 점 등을 고려하여, 피고가 변경허가신청에 대하여 보완요구를 하지 않고 곧바로 반려처분을 한 것은 위법하다고 판단하였다.

그러나 원고의 이 사건 변경허가신청은 당초의 건축허가가 유효하게 존속함을 전제로 하는 것인데, 앞서 본 바와 같이 당초의 건축허가가 취소되었고 그 취소처분이 위법하다고 단정할 수 없으므로, 그 건축허가 취소절차가 진행 중이라는 사유로 이 사건 변경허가신청을 반려한 것이 위법하다고 볼 수는 없다.

원심은 이와 달리 이 사건 건축허가 취소처분이 위법하다는 전제에서 이 사건 반려처분이 위법하다고 판단하였으니, 이러한 원심판단에는 이 사건 반려처분의 적법성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

## 5. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 민일영 박보영(주심) 김신