

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2023두62465 시정명령취소청구의소  
원고, 상고인 서울올림픽기념국민체육진흥공단  
소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주  
담당변호사 이규철 외 2인  
피고, 피상고인 하남시장  
소송대리인 법무법인 하나로  
담당변호사 김대현 외 1인  
원 심 판 결 수원고등법원 2023. 11. 24. 선고 2022누14380 판결  
판 결 선 고 2024. 7. 11.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 수원고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 처분사유 인정 여부(제1 상고이유)

가. 원심은 건축허가 등을 받아 건축물 등을 건축할 때 허가된 대지, 부지가 아닌 곳에 건축물 등을 건축하는 것까지 허가의 내용에 포함된다고 볼 수는 없다고 전제한 후, 원고가 개발제한구역 내 행위허가와 건축허가 신청을 하면서 제출한 신청서상 원심 판시 경정장(이하 '이 사건 경정장'이라 한다) 부지로 기재한 토지는 17개 필지인데 거기에 원심 판시 ②번 조명탑(이하 '②번 조명탑'이라 한다)이 설치된 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)는 포함되지 않았고, 이 사건 경정장 관련 건축허가서, 개발제한구역 내 행위허가 사전승인신청서, 개발제한구역 내 행위허가 사전승인서, 건축물 사용승인서에도 대상 토지 위치는 원고가 기재한 대로 '하남시 (이하 생략)'으로만 기재되어 있으므로, 이 사건 토지에 ②번 조명탑을 축조하는 것까지 허가의 내용에 포함되어 있다고 볼 수 없어, 원고가 피고로부터 받은 개발제한구역 내 행위허가와 건축허가에 ②번 조명탑의 설치에 대한 부분까지 포함되어 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

나. 원심판결 이유를 관련 법령과 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 처분사유 존재 여부에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

## 2. 재량권 일탈·남용 여부(제2 상고이유)

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 있다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두16111 판결 등 참조).

비례의 원칙은 법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리로서, 모든 국

가작용에 적용된다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조). 행정목적은 달성하기 위한 수단은 그 목적달성에 유효·적절하고, 또한 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 참조).

나. 원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 처분이 비례원칙을 위반하였다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그러나 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

1) 이 사건 경정장은 구 도시계획법(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 제3항, 구 도시계획법 시행령(2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제1항 제1호, 구 도시계획법 시행규칙(2000. 7. 4. 건설교통부령 제245호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제6호 (너)목에 따라 개발제한구역 안에서의 건축물의 건축과 공작물의 설치가 허가되는 하남시 ○○동에 있는 △△경기장의 경정장이고, ②번 조명탑은 그 부대시설 중 하나이다.

특히 ②번 조명탑은 야간 경기 시 반환점을 비추는 기능을 하여, 이 사건 처분 중 ②번 조명탑에 대한 부분에 따라 ②번 조명탑을 철거할 경우 안전사고가 우려될 뿐만 아니라, 심판의 판정과 관객의 관람에도 상당한 지장이 초래될 것으로 보여, 사실상 이 사건 경정장에서의 야간 경기 전체가 제한되는 결과가 초래될 것으로 보인다.

2) ②번 조명탑은 높이 약 34m, 가로 약 6.5m, 세로 약 7.8m, 무게 약 18.5톤으로 상당한 규모의 구조물이다. 앞서 본 바와 같은 ②번 조명탑의 필요성에 비추어 보면, 이 사건 처분 중 ②번 조명탑에 대한 부분에 따라 위 조명탑을 철거하더라도, 원고로서는 다시 피고로부터 개발행위허가를 받아 같은 위치나 인근에 같은 역할을 하는 조명탑을 다시 설치하여야 할 것으로 보이는데, 이를 위해서는 상당한 시간적·경제적

비용이 소요될 것으로 보인다.

3) 원고는 국민체육진흥법에 따라 제24회 서울올림픽대회를 기념하고 국민체육 진흥을 위하여 체육시설의 설치·관리 및 이에 따른 부동산의 취득·임대 등 운영 사업 등을 하는 것을 목적으로 설립된 공익법인이다. 이 사건 처분 중 ②번 조명탑에 대한 부분으로 인하여 ②번 조명탑이 철거될 경우 원고는 앞서 본 바와 같은 비용을 지출하게 될 뿐만 아니라, 그 공사 기간 동안 이 사건 경정장의 야간 운영을 하지 못하게 되는 손실도 입게 되는데, 이로써 위와 같은 공익법인으로서의 원고의 사업 수행에 상당한 차질이 빚어지게 될 것으로 보인다.

4) 한편 ②번 조명탑은 이 사건 경정장 부지 중 하남시 (이하 생략) 하천 121,459 m<sup>2</sup> 경계선에 거의 접하여 설치되었다.

게다가 이 사건 경정장에 대한 사용승인이 이루어진 2002. 6. 14.부터 불과 약 5개월이 지난 2002. 7. 26. 이 사건 토지의 종전 소유자와 대한민국 사이에 이 사건 토지에 관한 공공용지 취득 협의가 이루어졌고, 그에 따라 2002. 8. 6. 대한민국 앞으로 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기가 마쳐졌다.

이후 이 사건 처분일인 2021. 3. 22.까지 약 18년 이상의 상당한 기간이 지나기까지 이 사건 토지는 사실상 이 사건 경정장의 부대시설 부지로서 이 사건 경정장의 운영에 이용되어 왔을 뿐이고, 기록상 그때까지 이 사건 토지에 보전할 만한 자연환경이 조성되어 있었다거나, 피고가 ②번 조명탑 설치를 문제 삼았다고 볼 만한 아무런 자료도 없다.

5) 위와 같은 ②번 조명탑의 설치 위치와 그 부지의 이용 현황, ②번 조명탑의 설치 경위 등 제반 사정을 종합하면, 이 사건 처분 중 ②번 조명탑에 대한 부분으로 인

하여 도시의 무분별한 확산을 방지하고 도시 주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보한다는 개발제한구역 지정의 공익상 필요가 원고가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강하다고 보기 어렵다.

다. 그런데도 원심은 이와 달리 이 사건 처분 중 ②번 조명탑에 대한 부분이 비례의 원칙 등에 위배되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 비례의 원칙, 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            오경미

주    심            대법관            김선수

                      대법관            노태악

                      대법관            서경환