

## 수 원 지 방 법 원

### 제 1 행 정 부

#### 판 결

사	건	2010구합11390 건축허가취소처분취소
원	고	○○식 (52년생, 남) 부천시 소송대리인 법무법인 ZZ 담당변호사 김○○
피	고	○○시 ○○○○소장 소송수행자 구○○
변	론	종 결 2010. 12. 9.
판	결	선 고 2011. 2. 10.

#### 주 문

1. 피고가 2010. 5. 7. 원고에게 한 평택시 서정동 55X-X X 외 1필지 상의 건축허가 취소처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

#### 청 구 취 지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 처분 경위

가. 피고는 원고에 대하여, 2008. 2. 13. 평택시 서정동 55X-X X 대 131㎡ 외 1필지 지상(이하 '이 사건 신청지'라 한다)에 건축면적 및 연면적 각 95.31㎡, 건폐율 및 용적율 각 58.83%인 단독주택(다가구주택) 1동을 신축하는 내용의 건축신고를 수리하였고, 2008. 6. 17. 건축면적 71.28㎡, 연면적 195.12㎡, 건폐율 44%, 용적율 120.04%의 공동주택(다세대주택) 1동(철근콘크리트 구조, 지상 4층)을 신축하는 내용으로 변경허가를 하였다(이하 '이 사건 건축허가'라 한다).

나. 이후 원고는 피고로부터, 2009. 9. 16. 이 사건 건축허가와 관련하여 같은 동 55X-X X X 토지에 우·오수관 매설을 위한 도로굴착(점용)허가를 받았고, 2009. 9. 18. 착공신고(착공예정일 2009. 9. 24.)를 하여 2009. 9. 21. 착공신고필증을 교부받았다.

다. 피고는 2010. 4. 6. 및 2010. 5. 7. 이 사건 신청지 현장을 확인시 공사에 착수하지 아니하였다고 보고, 2010. 4. 27. 처분사전통지를 거쳐 2010. 5. 7. 건축법 제11조 제7항 제1호(허가를 받은 날부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니한 경우)에 근거하여 이 사건 건축허가를 취소하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

라. 한편, 이 사건 신청지 일대는 2008. 5. 7. 도시재정비촉진을 위한 특별법에 의한 재정비촉진지구로 지정되었고, 2010. 7. 30. 재정비촉진계획이 결정·고시되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증, 을 제1 내지 6호증의 각 기재 및 영상(각 가지번호 포함), 변론 전체의 취지

### 2. 처분의 적법 여부

가. 원고 주장

이 사건 처분은 다음의 사유로 위법하여 취소되어야 한다.

- 1) 청문 절차를 거치지 아니하였고, 처분사전통지를 받지 못하였다.
- 2) 공사에 착수하였음에도, 착수하지 아니한 것으로 보았다.

원고는 이 사건 건축허가를 받은 후 도로굴착허가, 착공신고, 민간건설공사 도급계약, 지적측량, 철근 13톤 구입 등의 건축을 위한 행위를 하였고, 이 사건 신청지에 있던 기존 건축물을 철거하고 터파기 공사를 한 다음 자갈 등 잡석을 깔고 레미콘 타설(일명 버림콘크리트공사)을 완료함으로써 공사에 착수하였다. 그럼에도 피고는 도시재정비촉진지구 지정으로 인한 부서간 압력으로 인해 막연히 이 사건 처분을 하였다.

3) 2009. 9. 21. 착공필증을 교부하였음에도 건축허가를 취소한 이 사건 처분은 신뢰보호원칙에 위배된다.

4) 피고는 재정비촉진지구 내에 있는 같은 동 XX2-XXX 지상 건축에 관한 2008. 4. 22.자 건축허가에 대해서는 2010. 4. 2. 착공필증을 교부하고 2010. 7. 16. 사용승인까지 해 주었으므로, 이 사건 처분은 형평원칙에 위배된다.

나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

다. 판단

- 1) 절차 위법 주장에 관하여

건축법 제86조에 의하면, 허가권자는 제79조에 따라 허가나 승인을 취소하려면 청문을 실시하여야 한다고 규정하고 있으므로, 건축허가 처분의 취소가 건축법 제79조 규정에 의한 것이 아니라 건축법 제11조 제7항 규정에 의한 것인 경우에는 허

가권자는 청문을 반드시 실시할 필요는 없다고 할 것이다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두13090 판결 참조). 따라서 이 사건 처분에 앞서 청문절차를 실시하지 아니하였다고 하더라도 절차 위법이 있다고 볼 수 없다.

또한, 을 제2, 9호증의 각 기재에 의하면, 피고가 이 사건 처분 전에 원고에게 처분사전통지를 하였고, 원고가 2010. 5. 7. 처분사전통지서에 기재된 기한 내에 의견을 제출한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 처분을 하면서 행정절차법 제21조, 제22조 소정의 사전절차를 거쳤다고 할 것이다.

따라서 원고의 절차 위법 주장은 이유 없다.

## 2) 공사 착수 주장에 관하여

### 가) 법리

건축법 제11조 제7항 제1호에서 건축허가를 받은 자가 그 허가를 받은 날로부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니한 경우 건축허가를 필수적으로 취소하도록 하여 착공기간을 법정한 것은, 건축행위의 규제에 있어 건축물과 관련된 안전의 확보 및 위험의 방지뿐만 아니라 국토의 효율적인 이용 및 환경보전 등 다양한 공익적 고려요소를 시의에 맞도록 합리적으로 반영하기 위한 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 건축주로 하여금 건축허가 이후 1년 이내에 공사에 필요한 제반 준비를 하여 착공하도록 유도하는 한편, 공사에 착수하지 않고 1년이 지난 후에 계속 건축을 원하는 경우에는 새로운 시점에서의 허가요건을 갖추어 다시 건축허가를 받도록 함으로써 수단의 적합성도 인정된다(대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7875 판결, 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2009헌바70 결정 등 참조).

다만, 건축법 제11조 제7항 제1호에서 건축허가를 받은 날부터 1년 이내

에 공사에 착수하지 아니한 경우 건축허가를 취소하도록 되어 있기는 하나, 건축허가 취소 없이 적법한 착공신고, 착공필증 교부와 공사 착수가 있었다면 착공일이 늦었다는 이유만으로 건축허가를 취소할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1985. 10. 22. 선고 85누93 판결 참조).

한편, 건축법 제11조 제7항 제1호 규정의 '공사에 착수'하였다고 인정하기 위해서는, 건축물을 착공하기 위하여 필요한 준비행위, 즉, 경계복원측량이나 지반조사, 건물신축도급계약이나 기술지도계약의 체결, 기존 건축물을 철거하거나 착공신고서를 제출하는 것만으로는 부족하고, 건축공정상 일련의 행정절차를 마친 다음 건물의 신축을 위한 굴착공사에 착수하는 경우에 비로소 위 법조 소정의 공사에 착수하였다고 보아야 할 것이다(대법원 1994. 12. 2. 선고 94누7058 판결, 대법원 1995. 9. 26. 선고 95누7857 판결 등 참조). 여기서 굴착공사 내지 터파기는 최소한 당해 건축물의 건축을 위한 실질적인 공사의 실행이라 볼 수 있는 행위로서 축조할 건축물을 유지할 수 있는 최소한의 정도로 부지를 파내는 것을 의미한다.

#### 나) 구체적 판단

(1) 이 사건에서 원고가 도로굴착허가, 착공신고, 민간건설공사도급계약, 지적측량, 철근 구입 행위를 하였다고 하더라도, 앞서 본 법리에 의하면 이는 모두 공사의 착수를 위한 준비행위에 불과하여 공사에 착수한 것으로 볼 수 없다.

(2) 결국 이 사건의 핵심 쟁점은 도시재정비촉진을 위한 특별법이 아니라 피고가 처분 근거 법령으로 적시한 건축법 제11조 제7항 제1호에서 정하는 처분사유가 존재하는지 여부, 즉 갑 제8호증의 1, 2, 을 제4호증의 각 영상과 같이 이 사건 신청지에 일부 콘크리트 포장에 되어 있는 것이, 2009. 9. 18.자 착공신고, 2009. 9.

21.자 착공필증 교부를 전후하여 '터파기 공사'를 거쳐 이루어진 것인지 여부이다.

그런데, 갑 제8호증의 3 내지 6, 갑 제9호증의 1, 2, 3, 갑 제10, 11호증의 기재 및 영상, 증인 ●●상의 증언, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사실, 즉, ① 건축 시공은 공사계획, 가설공사, 토공사(터파기 포함), 기초공사, 골조공사(흔히 철근콘크리트 공사), 조적공사(이하 생략) 등의 순서로 진행됨이 일반적인 점, ② 피고는 건축허가시 제출된 도면에 의할 때 이 사건 신청지에 1.2m 이상 터파기를 한 후 철근배근을 해야 하고, 철근이 지상으로 90cm 이상 노출되어야 함에도, 그러한 흔적이 없으므로 터파기 공사 없이 단순한 포장만 되어 있다고 주장하나, 철근배근은 건축 공법에 따라 터파기 이후에 이루어지는 기초공사 내지 골조공사에 속할 수 있어 철근이 표면에 드러나지 않았다고 하여 터파기를 하지 않은 채 단순 콘크리트 포장만 한 것으로 단정할 수 없고, 달리 피고 주장을 뒷받침할 만한 근거가 부족하다고 보이는 점, ③ 원고가 이 사건 신청지에 있던 기존 건축물을 철거한 다음 2007. 10. 중순경 폐기물처리신고를 마쳤고, 2009. 11. 7. 이 사건 신청지에 레디믹스트 콘크리트가 납품된 점, ④ 이☆☆, 박▲▲이 이 사건 신청지에서 2009. 11. 7.경 이전에 터파기 및 평탄 작업, 콘크리트 타설 작업을 하였다는 내용의 작업확인서를 제출한 점, ⑤ 원고가 자신 내지 타인을 건축주로 하여 이 사건 신청지 및 인근 대지에 10개의 건축허가를 받아 그 중 4건은 준공하였고 2건은 공사 중이고, 2010. 4.경 철근을 구입하였으며, 비록 이 사건 처분 이후에 촬영된 것이기는 하나 이 사건 신청지에 철근이 배치된 상황에 비추어 볼 때, 원고가 이 사건 건축허가를 받고 공사 진행 없이 방치하고 있었다고 볼 수 없고, 철근 배치는 터파기 이후 단계인 기초공사 내지 골조공사를 위한 준비 작업으로 볼 여지도 있는 점, ⑥ 또한 2009. 11. 7. 콘크리트 타설 작업 이후 피고의 현장확인일

인 2010. 4.경까지 비교적 장기간 콘크리트 포장이 된 상태에서 이후의 기초공사 내지 골조공사가 진행되지는 않았다고 볼 수 있으나, 이는 원고가 10개의 건축허가를 받아 동시 또는 순차적으로 건축을 진행하던 상황에서 그 진행이 다소 지연될 여지가 있었다고 보여 위와 같은 사정만으로 원고가 전혀 공사에 착수하지 아니하였다고 단정하기 어려운 점, 그 밖의 앞서 본 원고의 공사 착수 이전의 준비행위 등을 모두 종합하면, 이 사건 신청지에 일부 콘크리트 포장이 된 것은 터파기 작업을 거쳐 이루어진 것으로 보이고, 앞서 본 법리에 따라 원고는 공사에 착수하였다고 할 것이다.

따라서 원고의 공사 착수에 관한 이 부분 주장은 이유 있으므로, 나머지 신의보호원칙 위반이나 형평원칙 위반 주장에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이 사건 처분은 위법하고, 취소되어야 한다.

### 3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용한다.

재판장      판사      윤종구 \_\_\_\_\_

                 판사      명제권 \_\_\_\_\_

                 판사      김민아 \_\_\_\_\_

## 관계 법령

### □ 건축법

#### 제11조 (건축허가)

①건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

⑦허가권자는 제1항에 따른 허가를 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 허가를 취소하여야 한다. 다만, 제1항에 해당하는 경우로서 정당한 사유가 있다고 인정되면 1년의 범위에서 공사의 착수 기간을 연장할 수 있다.

1. 허가를 받은 날부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니한 경우
2. 허가를 받은 날부터 1년 이내에 공사에 착수하였으나 공사의 완료가 불가능하다고 인정되는 경우

#### 제14조 (건축신고)

①제11조에 해당하는 허가 대상 건축물이라 하더라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 신고를 하면 건축 허가를 받은 것으로 본다.

1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터 이내의 증축·개축 또는 재축
2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 관리지역, 농림지역 또는 자연환경보전지역에서 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 건축, 다만, 제2종 지구단위계획구역에서의 건축은 제외한다.
3. 연면적이 200제곱미터 미만이고 3층 미만인 건축물의 대수선
4. 주요구조부의 해체가 없는 등 대통령령으로 정하는 대수선
5. 그 밖에 소규모 건축물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축

②제1항에 따른 건축신고에 관하여는 제11조 제5항을 준용한다.

③제1항에 따라 신고를 한 자가 신고일부터 1년 이내에 공사에 착수하지 아니하면 그 신고의 효력은 없어진다.

#### 제21조 (착공신고 등)



- ①제11조·제14조 또는 제20조제1항에 따라 허가를 받거나 신고를 한 건축물의 공사를 착수하려는 건축주는 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 허가권자에게 공사계획을 신고하여야 한다. 다만, 제36조에 따라 건축물의 철거를 신고할 때 착공 예정일을 기재한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ②제1항에 따라 공사계획을 신고하거나 변경신고를 하는 경우 해당 공사감리자(제25조제1항에 따른 공사감리자를 지정한 경우만 해당된다)와 공사시공자가 신고서에 함께 서명하여야 한다.
- ③건축주는 「건설산업기본법」 제41조를 위반하여 건축물의 공사를 하거나 하게 할 수 없다.
- ④제11조에 따라 허가를 받은 건축물의 건축주는 제1항에 따른 신고를 할 때에는 제15조제2항에 따른 각 계약서의 사본을 첨부하여야 한다.

#### 제79조 (위반 건축물 등에 대한 조치 등)

- ①허가권자는 대지나 건축물이 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되면 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 “건축주등”이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

#### 제86조 (청문)

허가권자는 제79조에 따라 허가나 승인을 취소하려면 청문을 실시하여야 한다.

#### □ 행정절차법

##### 제21조(처분의 사전통지)

- ①행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 기타 필요한 사항

②행정청은 청문을 실시하고자 하는 경우에 청문이 시작되는 날부터 10일전까지 제1항 각호의 사항을 당사자들에게 통지하여야 한다. 이 경우 제1항제4호 내지 제6호의 사항은 청문주재자의 소속·직위 및 성명, 청문의 일시 및 장소, 청문에 응하지 아니하는 경우의 처리방법등 청문에 필요한 사항으로 같음 한다.

③제1항 제6호에 의한 기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여야 한다.

④다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 통지를 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판등에 의하여 객관적으로 증명된 때
3. 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

#### 제22조(의견청취)

①행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우

②행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 공청회를 개최한다.

1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
2. 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우

③행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

④제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 제21조 제4항 각호의 1에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다.

⑤행정청은 청문·공청회 또는 의견제출을 거친 때에는 신속히 처분하여 당해 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.

⑥행정청은 처분후 1년이내에 당사자들의 요청이 있는 경우에는 청문·공청회 또는 의견제출을 위하여 제출받은 서류 기타 물건을 반환하여야 한다. 끝.