

글. 김재환\_Kim, Jae-hwan

법무법인 바른 변호사

# 산지전용허가기준인 평균경사도의 산출방법

## Calculating method in average gradient, a permission standard of usage change in mountainous area

산지(山地)란 원칙적으로 ① 입목(立木)·죽(竹)이 집단적으로 생육하고 있는 토지, ② 집단적으로 생육한 입목·죽이 일시 상실된 토지, ③ 입목·죽의 집단적 생육에 사용하게 된 토지 및 ④ 앞의 토지들에 있는 암석지(巖石地) 및 소택지(沼澤地), ⑤ 임도(林道), 작업로 등 산길의 어느 하나에 해당하는 토지를 말하는데(산지관리법 제2조 제1호), 산지관리법은 이러한 산지를 합리적으로 보전하고 이용하여 임업의 발전과 산림의 다양한 공익기능의 증진을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전과 국토환경의 보전에 이바지할 수 있도록 하기 위한(산지관리법 제1조) 다양한 규정들을 두고 있다.

산지를 조림(造林), 숲 가꾸기, 입목의 벌채·굴취, 토석 등 임산물의 채취, 산지일시사용 등을 제외한 용도로 사용하거나 이를 위해 산지의 형질을 변경하는 것을 산지전용이라 하는데(산지관리법 제2조 제2호), 산지전용은 자연친화적인 방법으로 하여야 하고(산지관리법 제3조), 산지전용신고 대상(산지관리법 제15조 제1항) 외의 용도로 산지전용을 하려는 자는 그 용도를 정하여 대통령령으로 정하는 산지의 종류 및 면적 등의 구분에 따라 산림청장 등의 허가를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 같다.(산지관리법 제14조 제1항 본문, 다만, 농림축산식품부령으로 정하는 사항으로서 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 산림청장등에게 신고로 갈음할 수 있다) 그리고 관계 행정기관의 장이 다른 법률에 따라 산지전용허가가 의제되는 행정처분을 하기 위하여 산림청장등에게 협의를 요청하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제18조에 따른 산지전용허가기준에 맞는지 검토하는 데에 필요한 서류를 산림청장에게 제출하여야 한다(산지관리법 제14조 제2항).



서울대 법대, 동 대학원 법학박사를 졸업하였고, 미국 워싱턴주립대 Law School로 연수를 다녀왔다. 제32회 사법시험, 제34회 행정고시(재경직)에 합격하여 사법연수원을 제22기로 수료한 후 1993년부터 인천지방법원을 시작으로 서울가정법원, 영동지원, 흥성지원, 서울중앙지방법원, 서울고등법원 등지에서 판사로 재직하였다. 이후 대법원 재판연구관을 거쳐 대전지방법원, 수원지방법원, 서울북부지방법원 등지에서 부장판사로 재직하였으며, 겸임으로 옥천군, 보령시, 대덕구 등의 선거관리위원회 위원장과 언론중재위원회 경기중재부장을 역임하였고, 2014년 법관직을 사직하고 법무법인 바른의 파트너 변호사로 활동하고 있다.

민사·형사·가사·행정·조세에 관한 다수의 논문을 발표하였고, 형사소송 전문가로서 <2013년 형사소송법(법문사)>와 <국민참여재판-이론과 실제-(베리북스)>를 출간한 바 있다.

산지관리법 제18조 제1항에서는 산지전용허가기준에 관하여 규정하고 있는데, 같은 조 제5항에서는 “제1항에 따른 산지전용허가기준의 적용 범위와 산지의 면적에 관한 허가기준, 그 밖의 사업별·규모별 세부 기준 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 지역여건상 산지의 이용 및 보전을 위하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 범위에서 산지의 면적에 관한 허가기준이나 그 밖의 사업별·규모별 세부 기준을 해당 지방자치단체의 조례로 정할 수 있다”고 규정하고 있고, 이에 따른 산지관리법시행령 제20조 제6항 [별표 4] 산지전용허가기준의 적용범위와 사업별·규모별 세부기준 제2호 산지전용면적에 따라 적용되는 허가기준 (다)목 세부기준 1)에서는 산지전용허가기준에 관하여 규정하면서 원칙적으로 전용하려는 산지의 평균경사도가 25도 이하일 것(이는 원칙적으로 산지의 형태 및 입목의 구성 등의 특성으로 인하여 보호할 가치가 있는 산림에 해당되지 아니하는 것으로 660제곱미터 이상의 산지전용에 적용되는 것이다)을 요구하고 있고(다만, 산지관리법시행령 제18조 제7항에서

는 산지관리법 제18조제5항 단서에 따라 지역여건상 산지의 이용 및 보전을 위하여 필요하다고 인정되면 해당 지방자치단체의 조례로서 이에 관한 허가기준을 100분의 10 범위에서 완화하거나 100분의 20의 범위에서 강화할 수 있도록 규정하고 있다), 산지에서의 지역 등의 협의기준 및 산지전용허가·산지일시사용 허가기준 등의 세부사항에 관한 규정(산림청 고시 제2011-7호, 이하 '산림청 고시'라고 한다) 제5조 제1항에서는 “평균경사도 측정은 수치지형도를 이용하여 산출한다. 다만 수치지형도가 현실과 맞지 않거나 수치지형도가 없는 지역은 실측으로 산출할 수 있다”고 규정하고 있다.

이러한 규정들을 종합하여 볼 때, 전용허가의 대상이 된 산지가 평균경사도가 25도를 초과하는 경우에는 원칙적으로 산지전용허가가 될 수 없고, 이때 평균경사도는 원칙적으로 수치지형도로 산출하되, 예외적으로 수치지형도가 현실과 맞지 않거나 수치지형도가 없는 지역은 실측으로 산출하여야 하고, 산지의 합리적인 보전을 위하여 산지가 전용되거나 일시사용되기 전의 당초 형태를 기준으로 할 필요가 있는 점, 만약 산지의 일부가 전용되거나 일시 사용되었지만 그 복구가 예정된 경우에 산지의 전부가 현실과 맞지 않다고 보아 실측으로 평균경사도를 산출하도록 한다면 복구되어야 할 산지 일부가 일시적인 변형 상태에 있음을 기화로 원래는 전용이나 일시사용의 요건에 해당하지 아니할 산지 부분의 무분별한 산지전용을 가능하게 함으로써 평균경사도에 따라 산지전용을 제한하는 법의 취지를 물각시킬 수 있는 점을 고려할 때, 산림청 고시 제5조 제1항 단서에서 규정한 '수치지형도가 현실과 맞지 않는 경우'란 수치지형도가 있지만 잘못 작성되었다거나 산지지형이 확정적으로 바뀌어 돌이킬 수 없는 상태가 되는 등 수치지형도가 더 이상 현실을 반영하지 못하게 된 때를 의미한다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2014두267 판결 참조).

한편, 건축법 제11조 제5호에서는 건축허가를 받으면 “산지관리법 제14조와 제15조에 따른 산지전용허가와 산지전용신고, 같은 법 제15조의2에 따른 산지일시사용허가·신고”를 허가받거나 신

고한 것으로 본다는 취지로 규정하고 있고, 산지관리법 제16조 제2항은 “(산지관리법 제16조) 제1항에 따른 목적사업의 시행에 필요한 행정처분에 대한 거부 처분이나 그 행정처분의 취소처분이 확정된 때에는 제14조 제1항에 따른 산지전용허가나 제15조의2 제1항에 따른 산지일시사용허가는 취소된 것으로 보고, 제15조 제1항에 따른 산지전용신고나 제15조의2 제2항에 따른 산지일시사용신고는 수리되지 아니한 것으로 본다”고 규정하고 있다.

그런데, 이러한 규정 및 위에서 본 산지전용허가기준 규정과 관련하여 서울고등법원 2013. 12. 5. 선고 2012누34435 판결에서는 “기존의 허가를 받은 사람이 자신의 주택건축허가 취소원을 제출하였다고 하더라도, 주택건축허가, 개발행위허가와 산지전용허가는 별개여서 곧바로 산지전용허가까지 취소되었다고 볼 수 없고, 수치지형도가 현실과 맞지 않게 된 것이 불법적인 원인에 기한 것으로서 행정청이 언제든지 원상회복을 명할 수 있는 경우가 아닌 한, 수치지형도보다는 현실을 우선하여 평균경사도를 실측으로 산출하여야 할 것”이라는 입장을 취하였으나, 대법원은 이와 달리 “위 규정은, 예컨대 건축허가의 취소처분이 확정되면 건축은 불가능해지게 되어 건축을 전제로 한 산지전용허가도 아무런 의미가 없게 되므로 이러한 경우에 산지전용허가 취소를 기다리지 않고 그 산지전용허가가 당연히 취소되는 것으로 의제하여 산지전용허가의 효력을 소멸시키려는 데에 그 취지가 있다. 이러한 규정은 목적사업의 시행에 필요한 행정처분을 받은 사람이 스스로 취소한 경우에도 그 취지에 비추어 마찬가지로 유추 적용된다”는 입장을 취하고 있다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2014두267 판결 참조).

따라서 주택건축허가를 받은 자가 스스로 주택건축허가 취소원을 제출한 경우에는 산지전용허가의 효력이 상실되고, 그 결과 해당 토지는 복구가 예정됨으로써 그 지형이 확정적으로 바뀌어 돌이킬 수 없는 상태가 된 것이 아니므로 평균경사도 측정은 산림청 고시 제5조 제1항 단서에 따라 실측으로 산출하여야 하는 것이 아니라 그 본문에 따라 수치지형도를 이용하여 산출하여야 한다.