

## 대 법 원

### 제 1 부

### 판 결

사 건	2014두267 건축허가신청불허가처분취소
원고, 피상고인	용문농업협동조합
	소송대리인 법무법인 한신 담당변호사 김우찬 외 1인
피고, 상고인	양평군수
	소송대리인 정부법무공단 외 1인
피고보조참가인	피고보조참가인 1 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2013. 12. 5. 선고 2012누34435 판결
판 결 선 고	2014. 9. 4.

### 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 등 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 피고가 2011. 9. 19. 원고에게 이 사건 건물을 건축하는 내용의 건축허가신청을 불허한 이 사건 처분의 사유로 "이 사건 신청지는 진입로와 기

존 훼손지역 포함하여 평균경사도가 수치지형도 상 급경사지역으로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제56조 제1항 및 양평군 도시계획조례 제18조, 산지관리법 제18조 제1항에 의거 허가가 불가하다"(이하 '이 사건 ④ 처분사유'라고 한다)는 사유를 들었는바, 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 ④ 처분사유가 존재한다고 볼 수 없다고 판단하였음을 알 수 있다.

가. 산지에서의 지역 등의 협의기준 및 산지전용허가·산지일시사용 허가기준 등의 세부사항에 관한 규정(산림청 고시 제2011-7호, 이하 '산림청 고시'라고 한다) 제5조 제1항에서 '수치지형도가 현실과 맞지 않는 경우에는 평균경사도를 실측으로 산출할 수 있다'고 규정하고 있을 뿐 수치지형도가 현실과 맞지 않게 된 원인에 관하여 별도로 제한을 두고 있지 아니한 취지와 행정청이 산지의 평균경사도를 이유로 산지전용허가 여부를 결정하기 위하여는 그 결정 당시 산지의 현실적인 상태를 기준으로 판단하여야 하는 점, 적법하게 허가를 받아 진행되던 사업이 양도되거나 그 사업목적이 변경되는 경우에 이미 진행된 공사 상황을 원래대로 원상회복한 후 다시 새로운 양수인이나 혹은 변경된 사업목적에 따라 재시공하게 하는 것은 사회 경제적으로 낭비가 초래되는 점 등에 비추어 보면, 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 것이다.

나. 이 사건 신청지를 대상으로 2000. 11. 내지 12.경 및 2010. 5.경 주택건설을 위한 건축허가가 있었고, 이에 따른 주택건축사업이 추진되어 이 사건 신청지의 수목이 제거되고 지반이 일부 깎여나갔으며 계단식으로 옹벽이 축조되었으나, 위 각 건축사업지가 원고에게 그 권리가 양도됨으로써 완료되지 못하고 중단되었는데, 위와 같은

상태가 적법한 건축허가에 의하여 조성된 것인 이상 이 사건 신청지의 현황은 적법한 원인에 의하여 수치지형도와 달라진 것이라고 보아야 하고, 원고가 이에 관한 권리를 포함하여 적법하게 현황이 변경된 상태의 이 사건 신청지에 관한 사용권리를 취득함으로써 그 상태를 유지하고 있다면, 산림청 고시 제5조 제1항 단서에 따라 이 사건 신청지의 평균경사도는 수치지형도가 아닌 실측을 기준으로 산출하는 것이 타당하다.

다. 제1심법원의 채택 증거에 의하면, 진입도로 및 이 사건 신청지를 포함한 일대 8,604㎡를 실측한 평균경사도는 20.04도이다.

라. 기존의 허가를 받은 사람이 자신의 주택건축허가 취소원을 제출하였다고 하더라도, 주택건축허가, 개발행위허가와 산지전용허가는 별개여서 곧바로 산지전용허가까지 취소되었다고 볼 수 없으므로 이 사건 신청지 일부에 대하여 건축허가를 받은 사람이 취소원을 제출함으로써 이 사건 신청지 일부에 대한 산지전용허가까지 취소되었음을 전제로 한 피고의 주장을 받아들일 수 없다.

2. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

가. 구 산지관리법(2012. 2. 22. 법률 제11352호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제18조 제1항, 제5항, 구 산지관리법 시행령(2012. 8. 22. 대통령령 제24059호로 개정되기 전의 것) 제20조 제6항, [별표 4] 제2호 다목 세부기준 1)에서는 산지전용허가기준에 관하여 규정하면서 전용하려는 산지의 평균경사도가 25도 이하여야 한다고 규정하고 있고, 산림청 고시 제5조 제1항은 '평균경사도 측정은 수치지형도를 이용하여 산출한다. 다만 수치지형도가 현실과 맞지 않거나 수치지형도가 없는 지역은 실측으로 산출할 수 있다.'고 규정하고 있다. 한편 양평군 도시계획조례 제18조 제1항 제2호는 경사도가 25도 미만인 토지에 대하여 개발행위허가를 할 수 있고 경사도가 25도 이상

인 토지에 대하여는 군계획위원회의 자문을 거쳐 허가할 수 있다고 규정하고 있다.

위 규정들을 종합하면, 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 한다고 할 것이다.

그리고 산지의 합리적인 보전을 위하여 산지가 전용되거나 일시사용되기 전의 당초 형태를 기준으로 할 필요가 있는 점, 만약 산지의 일부가 전용되거나 일시사용되었지만 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 몰각시킬 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 의미한다고 할 것이다.

나. 그런데 원심이 채택한 증거들에 의하면, 소외 1 외 7인은 2000. 11.경 당시 임야 상태이던 이 사건 신청지 중 일부를 대상으로 연면적 1,157.91㎡, 2층 규모의 주택 8동을 건축하는 내용의 건축허가를 받았다가 2011. 8. 29.경 주택건축허가 취소원을 제출한 사실, 소외 2는 이 사건 신청지 중 다른 일부에 주택을 건설하기 위하여 2010. 5. 10. 위 토지에 주택 2동을 건축하는 내용의 건축허가를 받았고, 2011. 5. 2.에는 피고로부터 위 허가대상에 대한 산지전용허가를 받았으며, 2011. 8. 28.경 주택건축허가 취

소원을 제출한 사실을 알 수 있다.

한편 산지관리법 제16조 제2항은 "같은 조 제1항 규정에 의한 목적사업의 시행에 필요한 행정처분에 대한 거부 처분이나 그 행정처분의 취소처분이 확정된 때에는 제14조 제1항의 규정에 의한 산지전용허가는 취소된 것으로 보고, 제15조 제1항의 규정에 의한 산지전용신고는 수리되지 아니한 것으로 본다."고 각 규정하고 있다. 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 유추적용된다고 할 것이다.

그렇다면 소외 1 외 7인이 이 사건 신청지 중 일부에 관한 주택건축허가 취소원을, 소외 2가 이 사건 신청지 중 다른 일부에 관한 주택건축허가 취소원을 각 제출함으로써 이 사건 신청지 중 각 일부에 관한 산지전용허가 또는 신고의 효력 또한 소멸된다고 할 것이다.

다. 따라서 이 사건 신청지 중 일부 및 다른 일부에 관한 산지전용허가의 효력이 상실되었고, 그 결과 이 부분에 해당하는 신청지는 복구가 예정됨으로써 그 지형이 확정적으로 바뀌어 돌이킬 수 없는 상태가 된 것이 아니므로 이 사건 신청지에 관한 평균경사도 측정은 산림청 고시 제5조 제1항 단서에 따라 실측으로 산출하여야 하는 것이 아니라 그 본문에 따라 수치지형도를 이용하여 산출하여야 할 것이다.

그럼에도 원심은 앞서 본 바와 같은 이유만으로 이 사건 신청지에 대한 평균경사도

를 수치지형도가 아닌 실측을 기준으로 산출하는 것이 타당하다고 판단하여 원고의 청구를 받아들인 제1심을 그대로 유지하였는바, 이러한 원심판결에는 평균경사도 측정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

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

재판장	대법관	양창수
-----	-----	-----

	대법관	고영한
--	-----	-----

주 심	대법관	김창석
-----	-----	-----

	대법관	조희대
--	-----	-----