

# 사전 컨설팅감사 결과 의견서

(의견서 번호 : 24-27)

기관 및 부서명	경기도 감사총괄담당관실
건 명	개발제한구역 내 임야의 토지형질변경 허가 가능 여부

## 1. 사업개요 (추진 일정 등)

### □ 개 요

- 위 치 : □□시 △△동 XXX-X(지목 : 임야)
- 부지면적 : 2,XXX㎡
- 용도지역 : 자연녹지지역, 개발제한구역, 보전산지(공익용산지)
- 허가목적 : 토지형질변경(농업을 위한 개간)
- 추진경위
  - 20xx. x. 지목 변경(답 → 임야)
    - ※ 변경사유 : 산사태로 인해 토사가 흘러내려 농사를 지을 수 없는 상황으로 수몰이 우거진 토지 이용 현황에 맞게 지목 변경 신청
  - 20xx. x. 개발제한구역 위법행위 원상복구 명령
    - ※ 위법행위 : 불법형질변경(임야를 훼손하여 경작물 재배 등)
  - 20xx. x. 원상복구 완료 확인
    - ※ 훼손 시기를 정확하게 알 수 없으나 원상복구 후 현재까지 훼손된 상태임

### □ 관련 법령

- 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」(이하 “개발제한구역법”이라 함) 제 12조(개발제한구역에서의 행위제한), 제30조(법령 등의 위반자에 대한 행정처분), 제30조의2(이행강제금)
- 개발제한구역법 시행령 제14조(건축물의 건축을 수반하지 않는 토지의 형질변경의 범위), 제22조(허가 또는 신고의 기준), [별표 2] 허가 또는 신고의 세부 기준

## 2. 주요내용 및 사전 컨설팅감사 의뢰 사유

- 이 건은 개발제한구역 내 필지로 토지소유자가 과거 산사태로 인해 토사가 흘러내려 쌓이고 잡목이 우거져 더 이상 농업을 영위할 수 없게 되자 지목 변경을 신청하여 답에서 임야로 지목 변경되었고, 정확한 훼손 시기는 알 수 없으나 토지소유자가 행위허가 없이 임야를 훼손하여 경작물을 재배하고 있는 것으로 확인됨
- □□시는 개발제한구역법 제30조에 따라 위반사항에 대한 원상복구 시정명령을 통지하였고, 토지소유자는 이행강제금 납부 등 행정처분을 이행한다면 개발제한구역 내 토지형질변경(농업을 위한 개간) 추진 허가가 가능한지 문의함

- 이에, 개발제한구역법 제12조 제1항 제4호에 따르면 건축물의 건축을 수반하지 아니하는 토지의 형질변경으로서 영농을 위한 행위는 시장·군수의 허가를 받아 할 수 있고,
  - 같은 법 시행령 제14조 제1호에 따르면 농림수산업을 위한 개간의 경우 개간 예정지는 경사도가 21도 이하 이어야 하는바,
  - 동 조건을 충족하고 토지소유자가 불법행위에 대하여 이행강제금을 납부한다면 원상복구 없이 농업을 위한 개간 목적의 토지형질변경 추진 허가가 가능한지에 대해 사전 컨설팅감사를 신청함

### 3. 검토의견

- 이 건은 개발제한구역법 제12조 제1항 제4호에 따른 토지형질변경 행위허가 대상이나 토지소유자가 농업생산 활동을 위해 허가 없이 임야를 훼손한 불법행위에 대해 이행강제금을 납부하는 경우 원상복구 없이 추진 허가를 받아 농업생산 활동을 계속할 수 있는지가 쟁점인 사안임
- 개발제한구역법 제12조 제1항 제4호에 따르면 건축물의 건축을 수반하지 아니하는 영농을 위한 토지형질변경의 경우에는 시장·군수·구청장의 허가를 받아 그 행위를 할 수 있고,
  - 같은 법 제30조 제1항 제1호에 따르면 시장·군수·구청장은 허가를 받지 아니하거나 허가의 내용을 위반하여 토지의 형질변경 등의 행위를 한 경우 그 허가를 취소할 수 있으며, 해당 행위자에 대하여 공사의 중지 또는 상당한 기간을 정하여 건축물·공작물 등의 철거·폐쇄·개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다고 되어 있고,
  - 같은 법 제30조의2에 따르면 제30조 제1항에 따른 시정명령을 받은 후 그 시정기간 내에 그 시정명령의 이행을 하지 아니한 자에 대하여 이행강제금을 부과한다고 되어 있음
- 시정명령 등 행정처분에 대하여 대법원은 개발제한구역법 제30조 제1항 규정의 형식이나 체재 또는 문언에 비추어 보면 개발제한구역 내에서 같은 법 제12조 제1항 단서에 따른 허가를 받지 아니하고 토지의 형질변경 등 개발행위를 한 경우 그 위반행위자 등에 대한 행정청의 시정명령은 재량행위라고 판시(2022. 8. 31. 선고 2021두46971)하고 있고,
  - 제재적 행정처분이 사회통념 상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부에 대해 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단하여야 한다고 판시(2013. 10. 24. 선고 2013두963)하고 있으며,
- 국토교통부는 시정명령에 따른 구체적인 시정조치의 방법 등에 관하여는 별도 규정하지 않고 있으므로 개별 위반 행위별 시정조치의 방법 등에 관하여는 위 규정에 따른 시정명령 권한이 있는 시장·군수·구청장이 구체적인 사실관계 및 관계 법령을 종합적으로 검토·판단하여 결정하여야 할 사항이라고 회신(녹색도시과-416, 2019. 1. 21.)한 바 있음

- 판례와 국토교통부 회신 내용을 종합해 보면 불법 임야 훼손 행위에 대한 원상복구 시정명령 및 이행강제금 부과 등의 행정처분은 허가권자가 토지소유자의 불법행위로 공익이 침해된 정도, 수년간 불법행위로 취한 부당이익, 행정처분으로 달성하려는 공익목적과 행정처분으로 인하여 개인이 입을 불이익 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 함
- 그리고 개발제한구역 내 임야의 토지형질변경 행위허가에 대해서는
  - 개발제한구역법 시행령 제14조 제1호에 따르면 농림수산업을 위한 개간 또는 초지 조성의 경우 개간 예정지는 경사도가 21도 이하 이어야 한다고 되어 있고,
  - 같은 법 시행령 제22조 [별표2] 제1호 라목 및 바목에 따르면 허가 또는 신고의 세부 기준으로 토지의 형질을 변경하거나 죽목을 벌채하는 경우에는 표고, 경사도, 숲의 상태, 인근 도로의 높이와 배수 등을 고려하여야 하며, 임야 또는 경지 정리된 농지는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치를 위한 부지에서 제외해야 하나, 무질서한 개발을 초래하지 않는 경우 등 시장·군수·구청장이 인정하는 경우는 그렇지 않다고 되어 있음
- 이와 관련 대법원은 개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만 구체적인 경우에 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며,
  - 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이므로 그에 관한 행정청의 판단이 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 목적 위반 등에 해당하지 아니하는 이상 재량권의 일탈 남용에 해당한다고 할 수 없다고(2004. 7. 22. 선고 2003두7606) 판시하고 있고,
- 국토교통부는 개발제한구역 내 불법행위에 대한 처분 이후 사후 추인이 가능한지 여부는 등 법령 및 건축법 등 관계 법령에의 적합 여부를 검토하여 허가권자가 현지 여건, 허가 가능 규모 등을 종합적으로 고려하여 판단할 사항이라고 회신하고 있음(국토교통부 홈페이지 FAQ)
- 이 건 필지의 경우 20xx년도에 지목이 답에서 임야로 변경된 사유가 산사태로 인하여 농사를 지을 수 없었기 때문이므로 특별한 사정 변동이 없는 상황에서 개간을 허용하면 같은 상황이 발생할 가능성을 배제하기 어렵고, 20xx년도에 토지소유자가 행위허가 없이 임야를 훼손하고 경작물을 재배한 불법행위가 적발되어 원상복구 시정명령에 따라 나무를 이식하는 등 원상복구 하였다가 다시 훼손한 사안으로
  - 현장 확인 결과 해당 필지는 임상이 양호한 산지에 둘러싸여 있고 도로에 접하고 있지 않아 연접한 필지를 통해 출입하고 있는 것으로 확인되며 이 진출입로 또한 수년간 출입으로 인해 형성된 임로로 보임
- 따라서, 허가권자는 개발제한구역 내 임야의 토지형질변경 허가 검토 시 해당 임야가

포함된 숲의 상태, 개간이 불가피한 사유, 무단으로 훼손된 임야를 개간 허가할 경우 지속적인 개간으로 인한 임야 훼손 가능성 여부 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 결정하여야 할 것으로 판단됨

■ 본 사전 컨설팅감사 의견은 귀 기관의 업무처리에 도움을 드리고자 위 사안에 국한하여 제공된 것이며, 위 업무처리 이외의 용도로 활용할 수 없음을 알려드립니다.