

장기 미집행 도시공원에 대한 보상입법으로서의 실효제에 대한 비판적 검토*

Kritik zur sogenannten Sunset-Klausel über den langfristig nicht umgesetzten Volkspark

이 계 수**

Yi, Kye-Soo

목 차

- | | |
|--|------------------------------|
| I. 도시공원 실효제 입법 이후 정부와 지방
자치단체의 대응 | III. 도시공원 실효제와 보상입법부작위
헌설 |
| II. ‘도시계획’의 불완전한 구속력을 더욱
약화시키는 도시공원 실효제 | IV. 지속가능한 도시공원을 위하여 |

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2020..21.263>

투고일: 2020. 7. 31. / 심사외일: 2020. 8. 7. / 게재확정일: 2020. 8. 18.

* 이 논문은 2019년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임.

이 논문은 필자가 “도시공원 일몰제를 바라보는 기본 관점: 헌법 합치적 해석으로서의 국토계획법 제48조(= ‘도시계획시설결정의 실효’)의 제한적 해석을 포함하여”라는 제목으로 한국법제연구원 이슈 브리프(사회적 가치 이슈브리프 (I) - 도시공원 일몰제, 2020.8)에 기고한 글을 대폭 수정 보완한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Konkuk University Law School

‘코로나 바이러스 감염증-19’ 사태로 사회적 거리두기가 길어지면서 도시 내의 빈 대지와 열린 공간의 의미가 그 어느 때보다도 중요해지고 있다. 이런 시대에 도시공원 중 상당수가 사라진다면 기후위기는 물론이고 도시민의 삶에 대한 위기는 더욱 가중될 것이다. 그런데 2020년 7월 1일자로 도시공원 실효제의 최초 자동 실효 기한이 도래하면서 그 위기는 현실의 문제가 되고 있다. 헌법재판소가 ‘헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바 26 결정’(도시계획법 제6조 위헌소원 사건)으로 보상규정이 없는 장기미집행 도시계획시설에 대해 헌법불합치결정을 내리자 국회는 이른바 도시공원 실효제(=일몰제)라 불리는 ‘도시계획시설계획에 대한 실효제도’를 입법화하였다. 실효기간은 2000년 7월 1일을 기점으로 20년이었고, 그 기한은 2020년 7월 1일자로 최초 도래했다. 헌법재판소는 97헌바26결정을 통해 “토지의 사적 이용권이 배제된 상태”에 이른 도시계획시설 부지에 대해서까지 “아무런 보상 없이 수인하도록 하는 것”은 위헌이므로, “매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 등 다양한 보상가능성을 통하여 재산권에 대한 가혹한 침해를 적절하게 보상”하여야 한다고 판시했다. 헌법재판소는 ‘보상입법’의 방식을 결코 특정하지 않았다. 그러나 97헌바26 결정 이후 개정된 구 도시계획법의 입법자는 지방자치단체가 특정 토지를 공원 부지로 지정만 하고 이후 도시공원조성사업을 20년간 시행하지 않으면 당해 토지를 공원 부지로 지정한 효력은 자동적으로 상실된다고 하여, 장기미집행 도시공원 문제의 해결에서 아주 손쉬운 방법을 선택했다. 그러나 이러한 접근은 막개발이나 난개발을 제대로 통제하지 못하고 있는 현행 ‘도시계획’의 문제점을 더욱 악화시킨다. 도시계획의 성격상 시대의 변화에 따라 계획변경이 불가피한 것은 사실이지만, 변경방식은 개별·구체적인 사안별 해제나 조정의 형태를 취하는 것이 옳다. 구체적 상황을 고려하지 않고 특정 도시계획 전부의 효력을 자동적으로 소멸시키는 것은 계획고권을 보장한 취지에도 반한다. 법질서에서 가장 중요한 기초는 공간질서를 어떻게 형성하느냐 하는 것이다. 실효 위기에 처한 도시공원 문제를 제대로 해결하는 것은 사적 소유권에 대한 과도한 보호로 일관해온 식민지 시대 이후 ‘우리’의 도시법질서를 새로운 공간질서 위에 기초지우는 하나의 기점이 될 수 있을 것이다.

[주제어] 장기미집행 도시공원, 도시공원 실효제, 도시공원 일몰제, 도시계획, 건축부자유의 원칙, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 97헌바26 결정

I. 도시공원 실효제 입법 이후 정부와 지방자치단체의 대응

1. 도시 내 열린 대지와 빈 공간의 중요성

2020년 새해 벽두부터 시작된 ‘코로나 바이러스 감염증-19’ 사태가 정점으로 치닫던 3월의 어느 날 독일 방송뉴스는 수천 명의 사람들이 베를린 템펠호프 공원(Tempelhofer Feld)에서 야외활동을 하는 장면을 보도했다.¹⁾ 다수의 베를린 시민들이 사회적 거리두기(social distancing)를 지켜가며 그곳에서 걷고 달리고 자전거를 탔다. 개방된 공간으로서의 공원의 중요성을 보여주는 상징적인 장면이었다.

템펠호프 공원의 면적은 355헥타르이다. 355헥타르는 355만 제곱미터이고, 이를 평수로 환산하면 대략 100만평이 조금 넘는다. 여의도 면적보다 넓다.²⁾ ‘템펠호프’는 원래 공항이었다. 템펠호프 공항은 독일통일 후 베를린에 국제공항을 새로 건설하는 계획이 확정되면서 2008년에 완전히 문을 닫았다. 이후 이 공간의 활용을 둘러싸고 논쟁이 발생했다. 베를린 부도심에 가까이 있으며 공항청사와 두 개의 활주로를 빼면 온통 녹지인 이곳은 그야말로 노른자위 땅이었다. 베를린의 사회민주당 주정부는 여기에 복합쇼핑몰을 포함한 주택단지를 건설할 계획을 세웠다. 그러나 시민들은 이 개발을 막아섰다. 처음에는 몇몇 활동가들이 스캇(주택점거활동)으로 개발에 반대했고, 수천 명의 활동가들이 여기에 데

1) 도심은 비고 공원 방문객은 더 늘었다는 당시의 기사로는 다음을 볼 것. “Maßnahmen gegen Corona: Leere Innenstädte, vollere Parks, Tagesschau”, 2020. 3. 30자 보도, <<https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/datenanalyse-oeffentliches-leben-corona-101.html>>, 검색일: 2020.8.20.

2) 보통 언론에서 면적을 설명할 때 여의도 면적의 몇 배라고 할 때가 많다. 여의도 면적은 제방 안쪽을 기준으로 290헥타르이다. 건국대학교 서울캠퍼스가 15만평 정도이니 템펠호프 공원의 면적은 건국대 부지의 6-7배가 된다.

모로 결합하더니, 중국에는 세입자 단체와 독일 녹색당이 가세했다. 이후 이 땅을 개발하려는 베를린 주 정부의 계획은 2014년의 주민투표로 최종 좌절되었다. 집회 시위 참가자들은 이 땅을 개발하게 되면 대중들의 자유로운 접근은 제약되고, 민영화, 상업화가 급격히 진행되면서 젠트리피케이션도 심화될 것이라고 비판했다. 베를린 주 정부는 1,500명의 경찰력을 동원해 점거투쟁을 제지했다. 그 과정에서 102명이 체포되기도 하지만 개발반대투쟁은 결국 시민들의 승리로 끝났다.³⁾

40%가 녹지인 베를린에, 어디를 가나 동네 소공원을 위시하여 도시공원(Volkspark)이 산재해 있는 베를린에 굳이 옛 공항 터를 보존해야 했을까? 녹지공간에 대한 베를린 주민들의 애착은 조금 지나친 것이 아닐까? 그러나 야외에서도 거리두기를 해야 하는 ‘코로나 시대’에 도시 공간의 소중함은 새삼 모든 이들에게 자명해지고 있다. “템펠호퍼 펠트의 변화를 최소화하고, 이 공간의 특별함을 최대한 유지하기” 원했던 베를린 시민들의 판단이 옳았던 것이다.⁴⁾

2014년 주민투표 이후 템펠호퍼 펠트의 ‘운명’은 시민들의 참여 하에 만들어진 ‘개발 및 관리계획’에 의해 정해졌다. 시민들은 정해진 용도보다는 열린 가능성을, 특정 여가활동을 위한 공간보다는 자유와 광활함을 더 원했다. 시민들은 간이 화장실, 벤치, 음수대 등을 약간 보충하는 것 말고는 들판(펠트)을 들판 그대로 내버려두기로 결정했다. 이로써 “템펠호퍼 펠트는 모두에게 개방된, 활동과 만남, 그리고 소통이 실현되는 비상업적인 장소”, “도시 내의 빈 대지와 열린 공간의 의미를 확실하게 보여” 주는 곳이 되었다.⁵⁾ 아무 시설이 없더라도 존재만으로 사람들에게 위로가 되는 공간, 그저 걷고 숨 쉬고 자연을 느낄 수만 있어도

3) 이상의 내용은 위키백과의 Tempelhofer Feld 항목을 정리한 것임. <https://de.wikipedia.org/wiki/Tempelhofer_Feld>, 검색일: 2020.8.20.

4) “베를린 템펠호퍼 펠트: 실험과 열린 공간”, <<https://www.goethe.de/ins/kr/ko/kul/dos/urb/20638590.html>>, 검색일: 2020.8.20.

5) 위의 논문, 같은 곳.

좋은 그런 장소의 가치를 이제는 그 누구도 부정하기 어렵다. 도시공원에 대한 논의는 이런 가치를 인정하는 것에서부터 시작해야 한다.

2. 97헌바26 결정 이후 정부의 대응 - 도시자연공원구역제도와 민간개발특례제도

헌법재판소가 ‘헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정’(도시계획법 제6조 위헌소원 사건, 이하 97헌바26 결정이라 함)으로 보상규정이 없는 장기미집행 도시계획시설에 대해 헌법불합치결정⁶⁾을 내린 이래 도시공원제도에도 큰 변화가 생겼다.⁷⁾ 헌법재판소 결정 이후 국회는 구 도시계획법을 개정하여(2000. 1. 28. 전부개정, 2000. 7. 1. 시행) ‘도시계획시설계획에 대한 실효제도’를 입법화하였다.⁸⁾ 특히 동법은 ‘대지에 대한 과도한 사유재산권 침해’가 전혀 문제가 되지 않는 국·공유지까지 도시계획결정의 실효대상으로 삼았다.⁹⁾ 이것이 이른바 도시공원 실효

6) 97헌바26에서는 경기 성남시의 토지 소유자들이 자신들의 토지가 도시계획시설(학교 시설 부지)로 지정된 지 10년 넘게 지났는데도 사업이 시행되지 않아 재산상 손해를 입게 되었다고 주장하며 도시계획법에 대해 헌법소원심판을 청구했다. 즉, 이 사안에서는 공원부지가 쟁점이 아니었다. 다만, 도시계획시설로 결정된 기반시설 중 재정여건 등을 이유로 도시계획시설로 조성되지 않은 채 오랫동안 ‘방치’되어 있는 장기미집행 도시계획시설 중 가장 많은 면적을 차지하고 있는 것이 도시공원이므로 위 결정은 곧바로 도시공원에 영향을 미쳤다.

7) 장기미집행 도시공원이 공식적으로 문제되기 시작한 것은 1979년 이후라고 한다. 또한 1981년에 개정된 도시계획법은 그 개정이유에서 공적 문진 최초로 ‘도시계획사업의 장기미집행’이라는 용어를 사용하였다. 김인환, “장기미집행 도시공원 일몰제 결정에 관한 연구: 정책딜레마 이론을 중심으로”, 전남대학교 대학원 행정학과 박사학위논문, 2020, 6쪽 및 67쪽.

8) 구 도시계획법의 신설 조항은 2003년 이를 계수하여 제정된 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 그대로 수용되었다.

9) 2019년을 기준으로 전국 미집행 공원 총면적은 437제곱킬로미터이며, 이중 국·공유지 면적은 112제곱킬로미터이다. 이는 전체 미집행면적 대비 약 26퍼센트에 해당한다. 2020도시공원일몰 대응 전국 시민행동, 도시공원 일몰 대응 6대 입법 제안서, 환경운동연합, 2019, 6쪽.

효제(=도시공원 일몰제)¹⁰⁾이다.

토지는 그것이 사유지이든, 국·공유지이든 도시계획에 의거 공원으로 설로 지정되면 다른 용도로 개발(건축)할 수 없게 된다.¹¹⁾ 그런데 공원이 정이후 재원부족 등의 이유로 공원조성사업이 장기간 이루어지지 않으면 해당 공원(부지)은 장기미집행 도시계획시설이 된다고 이해되어 왔다. 행정법학에서는 이 장기미집행 도시계획시설과 관련한 법적 쟁점을 ‘도시계획과 취소소송’, 그 중에서도 ‘도시계획 변경거부의 처분성’을 중심으로 논의해왔다. 이런 시설이 있으면 개별·구체적으로 사안을 평가하여 행정청이 도시계획을 변경하거나, 이러한 변경이 이루어지지 않을 시 개별 토지소유자는 취소소송을 통해 거부처분의 위법성을 다투어야 한다고 보았다.¹²⁾

그런데 97헌바26 결정 이후 개정된 구 도시계획법의 입법자는 지방자치단체가 특정 토지를 공원 부지로 지정만 하고 이후 도시공원조성사업을 20년간 시행하지 않으면, 당해 토지를 공원 부지로 지정한 효력은 자동적으로 상실된다고 하여 장기미집행 도시공원 문제의 해결에서 아주 손쉬운 방법을 선택했다. 개별 토지소유자가 도시계획 변경신청을 하거나 변경거부에 대한 취소소송과 같은 사안별 대응도 할 필요도 없이 모든 일은 시간이 지나면 자동적으로 해결되게 만들어 놓았던 것이고, 이 개정 법률에 따른 최초의 자동 실효 기한이 2020년 7월 1일 도래하였다.

10) 도시공원 실효제 혹은 도시공원 일몰제라고 한다. 일반적으로 많이 사용되는 말은 도시공원일몰제이지만, 국토교통부는 도시공원 실효제라는 표현을 사용하고 있다. 이 글에서도 일단 도시공원 실효제라고 표기하기로 한다. 국토교통부 보도자료, “실효제로 사라질 장기미집행공원 부지, 84% 지켜내”, 2020. 6. 18자, <http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?id=95084017>, 검색일: 2020.8.20.

11) 도시공원은 지방자치단체가 도시·군 관리계획을 통해 공원 부지를 지정·공원조성사업에 대한 실시계획 승인·부지 매입(보상)·공원시설 설치 등의 절차를 거쳐 조성하게 된다.

12) 자세한 것은 김종보, 건설법의 이해, 6판, fides, 2018, 369쪽 이하.

도시공원 일몰 혹은 실효를 대비하기 위해 정부와 시민사회는 헌법재판소 결정 이후 나름의 노력을 기울여왔다. 우선 중앙정부는 정권에 따라 보존과 개발의 양극을 오락가락했다. 헌법재판소 결정 이후 20년 유예라는 ‘문제해결 뒤로 미루기’ 혹은 ‘결정의 지연’¹³⁾ 전략을 택한 중앙정부는 도시공원을 보존하는 방향성을 모색하다가도(2005년 노무현 정부 시기), 재정을 투입하지 않고 적당히 이 문제를 해결하는 미봉책으로 돌아서기도 했다(2009년 이명박 정부 시기). 전자가 도시자연공원구역제도이고 후자가 이른바 민간개발특례제도이다.

‘도시자연공원구역’ 제도는 도시지역 안에서 식생이 양호한 산지의 개발을 제한해야한다는 입법이유 하에 도입되었다. 특히 이 제도는 장기 미집행 도시공원 사업 추진에 필요한 보상비 등의 재정적 부담을 더는 한편, 도시공원결정의 실효에 따르는 문제점을 피하려는 취지를 갖고 있다. 노무현 정부 시기인 2003년 제출된 ‘도시공원 및 녹지 등에 관한 법률’(이하 공원녹지법이라 함) 입법예고안을 보면, 매수청구권과 실효제에 대한 대책으로 ‘도시자연공원구역’ 제도를 신설하겠다는 취지가 분명하게 제시되고 있다.¹⁴⁾ 당시 정부는 도시자연공원구역제도를 잘 활용하면 도시자연의 훼손을 최소화할 수 있을 뿐만 아니라 공원부지 수용에 따른 보상 문제나 시설 설치가 불필요한 곳까지 매입했을 때 발생할 재정적 문제도 해소할 수 있다고 보았다.¹⁵⁾ 기존의 도시공원법을 전면 개정하여 공원녹지법을 만들 2005년 당시에는 도시자연공원을 도시자연공원구역으로 자동 전환하는 규정도 두었으나, 토지소유주들의 강한 반발로 위 자동전환 조항은 2009년 임의조항으로 변경되기도

13) 김인환, 앞의 논문, 41, 152쪽.

14) 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 [시행 2005. 10. 1.] [법률 제7476호, 2005. 3. 31., 전부개정] - 【제정·개정이유】 ◇주요내용 바. 도시자연공원구역 지정제도 신설(법 제26조 내지 제34조).

15) 문상덕, “도시공원에 관한 법제적 고찰”, 지방자치법연구 제14권 제4호(통권 제44호), 한국지방자치법학회, 2014. 12, 171쪽.

했다.¹⁶⁾

반면 민간개발특례제도는 이명박 정부 시기인 2009년 12월에 민간 자본을 활용하여 장기미집행 도시공원 문제를 해결할 요량으로 도입되었다. 이에 따르면 민간 건설회사가 주축이 되어 실효 예정인 공원 부지를 강제 수용하여 부지의 30퍼센트를 아파트로 개발하되 나머지 70퍼센트는 공원으로 조성하여 기부 채납하게 된다(공원녹지법 제21조의2). 그러나 이 특례사업은 공원부지 중 알짜배기 땅은 아파트를 짓게 하고 실제로 개발이 거의 불가능한 땅은 도시공원으로 조성하게 하는, 그럼으로써 이른바 ‘숲세권’ 아파트 단지를 만드는 사업으로 전락했다는 비판을 받아왔다.

3. 개발과 보존의 갈림길에서 - 국토계획부와 서울시의 상이한 대응

도시공원계획의 실효를 앞두고 가장 적극적으로 대응방안을 내놓은 기관은 서울시이고 도시공원 보존에 가장 소극적인 태도로 일관한 기관은 중앙정부의 국토교통부 및 기획재정부이다. 특히 국토교통부는 이미 2009년에 민간개발특례사업을 도시공원의 손쉬운 대안으로 제시했을 뿐만 아니라 최근까지도 도시공원 보존 보다는 도시공원 해제에 더 무게를 실는 정책을 추진해왔다.

도시공원실효가 가시화되기 시작한 2010년 이후 여러 시민단체들은 도시공원보존을 위해 공동전선을 폈다. 이런 노력과 투쟁은 부분적으로 결실을 맺게 되는데, 그 한 사례가 2020년 2월 4일자 공원녹지법 개정이다. 이 개정으로 기존의 20년 실효기간은 국·공유지에 한해 10년 더 유예되어 30년 실효로 변경되었다.

그런데 국토교통부는 이 개정조항에 ‘30년 실효’의 예외를 굳이 또

16) 김인환, 앞의 논문, 158쪽.

끼워 넣었다. 즉, 동법 제17조(도시공원 결정의 실효) 제2항¹⁷⁾에 단서를 추가하여 “국토교통부장관이 대통령령으로 정하는 바에 따라 도시공원의 기능을 유지할 수 없다고 공고한 국유지 또는 공유지는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제48조를 적용”할 수 있게 했다.¹⁸⁾ 이 예외조항에 기초하여 국토교통부장관은 도시공원 중 중앙정부 및 소속기관의 국유지는 물론 지자체의 공유지까지 무려 5057곳을 우선해제대상으로 공고했다(2020. 5. 29).¹⁹⁾

도시공원 실효제의 대상이 되는 토지 중에는 이처럼 국·공유지도 상당한데, 국·공유지라고 해서 국가나 지방자치단체가 마음대로 사용·수익하고 처분할 수 있는 것은 아니다. 그러나 현실은 국토교통부(장관)의 결정으로 수많은 국·공유지가 개발대상지로 전락하는 모습이다. 이런 것만 보아도 사유지는 개발압력에 쉽게 노출되고, 국·공유지는 그로부터 안전하다는 식의 논리가 얼마나 안이한 지 알 수 있다.²⁰⁾ 실제로 ‘주인 없는’ 국·공유지야말로 개발압력에 더 쉽게 무너지며(오랫동

17) “공원조성계획을 고시한 도시공원 부지 중 국유지 또는 공유지는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제48조에도 불구하고 같은 조에 따른 도시공원 결정의 고시일부터 30년이 되는 날까지 사업이 시행되지 아니하는 경우 그 다음 날에 도시공원 결정의 효력을 상실한다.”

18) 이 조항에 근거하여 개정된 동법 시행령 제13조의2(실효 대상 국유지 또는 공유지의 공고 등) 제1항은 “1. 공원시설이 아닌 건축물·공작물이 설치되어 있는 등 기존 건축물 등으로 인하여 도시공원으로 사용할 수 없는 국유지 또는 공유지. 2. 도시공원이 아닌 다른 용도로 활용하기 위한 구체적인 사업계획 등이 수립되어 있는 국유지 또는 공유지. 3. 조성이 완료되었거나 조성 예정인 도시공원과 접해 있지 않고 면적이 작은 경우 등 위치, 규모 및 주변 여건 등을 고려할 때 단독으로 도시공원의 기능을 유지할 수 없는 국유지 또는 공유지. 4. 그 밖에 도시공원의 기능을 유지할 수 없다고 국토교통부장관이 인정하는 국유지 또는 공유지”의 경우 이를 도시공원에서 해제할 수 있게 했다.

19) 환경운동연합, “도시공원일몰제 D-13, 국공유지 기습해제 5,057건 즉각 철회하라!”, <<http://kfem.or.kr/?p=207890>>, 검색일: 2020.8.20.

20) 이계수, “도시민의 불복종과 도시법의 도전”, 민주법학 제56호, 민주주의법학연구회, 2014, 142쪽.

안 보호되고 보존되어온 가리왕산의 산림유전자원보호구역이 동계올림픽 개최라는 초대형 개발압력에 무너진 사례),²¹⁾ 그런 압력을 통제할 법적 수단도 마땅히 없다.²²⁾ 국가나 지방자치단체는 비록 국·공유지의 법상 소유권자이기는 하지만, 그 땅에 대한 그들의 사용·수익권과 처분권은 일정하게 제한된다고 보는 것이 옳다(공공신탁의 법리). 그 점에서 국·공유지를 우선 해제하여 개발의 대상으로 삼으려는 국토교통부 등 중앙정부의 태도는 문제가 있다.

반면 서울시는 개발이 불가능한 곳은 도시자연공원구역으로 묶고, 위험여지가 있거나(대지인 경우) 난개발이 예상되는 지역은 지방채를 발행해 우선적으로 매입해왔고, 도시공원조성을 위한 강제 수용에 반대해온 종중부지, 종교부지의 소유권자(총유적 재산권자)들과는 임차계약을 체결하여 해당 토지를 원래의 용도(즉 일반인에게 개방된 열린 공간)대로 그대로 유지하는 방안을 모색해왔다.²³⁾

21) 반면, 사유지라도 종중 땅이나 종교부지(사찰 등)의 경우에는 도시공원결정 실효 후에도 해당 토지를 계속 공원부지로 보유하려고 하는 입장이 확인되고 있다.

22) 예컨대 다음 사례를 참고할 것. 환경부장관이 생태·자연도 1등급으로 지정되었던 지역을 2등급 또는 3등급으로 변경하는 내용의 생태·자연도 수정·보완을 고시하자, 인근 주민 甲이 생태·자연도 등급변경처분의 무효 확인을 청구한 사안에서, 甲은 무효 확인을 구할 원고적격이 없다고 한 것(생태자연도등급조정처분무효확인, 대법원 2014. 2. 21. 선고 2011두29052 판결).

23) 서울시는 특히 2018년 4월 ‘장기미집행 도시공원 실효 대응 기본계획’을 발표하면서 약 1조 3,000억 원의 지방채를 발행, 2020년까지 사유지 공원 2.33km²를 매입해 공원으로 보전하고, 보상이 이루어지지 않은 토지에 대해선 ‘도시자연공원구역’으로 지정 후, 장기적으로 사유지를 지속적으로 매입하겠다고 밝혔다. 이에 대한 자세한 소개는 다음을 참고할 것. 서울환경연합, “도시공원 일몰제의 문제점 및 해결방안”, 도시공원 일몰제 똑바로 알기 시민토론회 자료집, 2018, 20쪽 이하.

II. ‘도시계획’의 불완전한 구속력을 더욱 약화시키는 도시공원 실효제

1. 한국과 독일에서 ‘도시계획’과 건축가능성

각국의 토지이용제도는 그 나라의 토지이용에 관한 역사적 배경과 국민의 토지에 대한 관념 등에 따라 다양한 양상을 보이지만, 모든 나라가 토지이용규제의 원활화와 토지 관리의 효율화를 위해 토지이용 계획 제도를 두고 있는 점은 같다. 이러한 토지이용제도는 대체로 토지의 건축적 이용의 자유와 관련하여 건축자유를 바탕으로 하는 용도지역제와 건축부자유를 바탕으로 하는 계획적 토지이용제도(지구상세계획을 기본으로 하는 제도)로 구분되고 있다. 미국, 일본, 한국이 전자에 해당하고 독일과 영국의 토지이용제도가 후자에 해당한다.²⁴⁾

특히 독일의 경우, 게마인데(기초자치단체)가 B-플랜(Bebauungsplan)²⁵⁾을 수립해놓지 않은 지역에서의 건축적 토지이용은 전혀 불가능하다.²⁶⁾ 이 독일식 방식을 건축부자유 원칙이라고 한다. 한마디로 ‘계획이 없으면 개발은 불가능하다.’²⁷⁾

건축부자유 원칙은 전국의 토지를 개발제한지역으로 간주하는 발상이다. 개인이 토지를 소유하고 있다고 해서 마음대로 사용하는 것이 아닌, 그야말로 전 국토가 그린벨트나 마찬가지인 것이다. 예컨대 어떤

24) 류해웅, 부동산 공법론, 탐북스, 2011, 252-253쪽.

25) 우리말로는 지구상세계획으로 번역되는 경우가 많다. 그러나 지구상세계획은 현행법상의 용어가 아니다. 국토계획법은 지구단위계획이라는 명칭을 사용한다. 현행법상의 지구단위계획이 독일의 B-플랜과 동일하지는 않으므로 B-플랜을 지구상세계획이라고 번역하는 것도 하나의 방법이겠으나, 이 글에서는 일단 B-플랜으로 표기하였다. 김종보 교수는 B-플랜을 ‘독일의 지구단위계획’으로 번역하고 있다. 김종보, 앞의 책, 198쪽.

26) 류해웅, 앞의 책, 345쪽.

27) 여기서 개발은 토지를 현재와 다른 형태로 이용하거나 건축한다는 것을 의미한다.

토지가 그린벨트로 지정되면 그 땅에 대한 개발(=건축)은 원칙적으로 금지된다. 이로 인한 재산상의 손실은 소유자가 수인해야 하며, 수인한도를 넘지 않는 한 국가나 지방자치단체는 해당 토지를 매수할 의무도 없다. 이러한 건축부자유 원칙이 확립되어 있다면, 설령 도시계획시설 결정에 대한 20년 자동실효제가 시행된다고 하더라도 국토계획법상의 대혼란은 충분히 막을 수 있다.

반면 한국에서는 이러한 원칙이 오랫동안 관철되지 않았다. 오히려 독일과는 반대로 계획이 없으면 개발은 자유롭다는 이른바 건축자유 원칙이 당연한 듯이 통용되어왔다.²⁸⁾ 이러한 현실이 도시공원 실효제와 만나면 그 후폭풍(개발행위금지의 일시적 해제로 인한 난개발 등)은 어마어마하게 되는 것이다.

토지이용제도와 관련하여 독일과 한국을 비교하는 까닭은 장기미집행 도시계획시설에 대한 헌법재판소 결정이 독일의 ‘도시계획법’을 언급하고 있기 때문이다. 헌법재판소는 위 결정에서 외국의 입법례로 독일과 프랑스의 사례를 들면서, 독일 부분에서 다음과 같이 실시하고 있다.

“외국의 입법례를 보면, 독일의 경우에는 도시계획의 수립기간 중에 도시계획에 정구역에 대하여 형질변경금지의 결정을 하는 경우에는 지방자치단체가 도시계획을 수립함에 있어서 언제나 일정 기간이 소요되는 것은 불가피하다는 판단 아래 4년까지는 토지소유자에게 보상을 할 필요가 없으나 4년이 경과한 뒤에는 이로 말미암아 발생하는 재산적 손실에 대하여 적절한 금전보상을 하도록 규정하고 있고(독일 도시계획법 제14조), 도시계획이 이미 확정된 경우 토지소유자가 도시계획시설의 결정으로 말미암아 현저한 재산적 손실을 입고 있다면 재산권에 대한 이러한 형태의 제한은 이미 수용적 효과를 가진 것으로 보아 곧바로 보상청구권을 인정하고 있다(독일 도시계획법 제40조 제1항).”²⁹⁾

28) 그러나 사실 헌법의 정신에 비추어 보면 한국의 도시계획법제는 독일식 건축부자유 원칙으로 가는 것이 맞다. 독일의 건축부자유 원칙은 바이마르 헌법 제153조의 재산권의 사회적 구속성 조항에서 유래하는 것이고, 이 조항은 현행 헌법 제23조의 취지이기도 하기 때문이다.

헌법재판소가 “도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용 가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로 사용할 수 없기 때문에 이로 말미암아 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우에는, 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 한다.”고 하면서 비교법적 근거로 든 독일의 ‘건설법전’이 위와 같은 입장을 취하고 있는 것은 맞다. 다만, 이러한 얘기를 하려면 독일의 토지이용제도 전반에 대한 설명도 함께 이루어져야 한다. 그리고 이 경우 강조해야 할 것은 독일에서 건축의 자유는 한국과 비교할 때 현격히 제한되어 있다는 사실이다.

2. 건축의 자유 및 부자유에 따른 도시계획의 구조

이처럼 건축자유를 원칙으로 하여 도시계획을 생각하는 경우와 그렇지 않은 경우, 도시계획의 구조 자체가 크게 달라지지 않을 수 없다는 점에 주의해야 한다.³⁰⁾

첫째, 독일에서 행해지는 토지이용계획은 우리의 그것과는 그 성격을

29) 독일에 도시계획법이라는 명칭의 법률은 존재하지 않는다. 독일 건설법전(Baugesetzbuch)을 잘못 표기한 것으로 보인다. 또한 ‘토지형질변경금지’가 4년이 넘게 되면 손실에 대한 보상을 해야 한다는 규정은 독일 건설법전 제14조가 아니라 제18조이며, 이 규정에 대해서도 예외가 인정된다(동법 제51조). 물론 제51조는 ‘사소유권자들의 이해를 조정하는 구획정리’(privatnützige Umlegung)를 염두에 둔 것이어서 ‘수용’(Enteignung)의 문제를 발생시키지 않는다고 볼 수도 있다. 다만, 그럼에도 불구하고 도시계획으로 인한 토지형질변경금지에 대한 보상을 얘기할 때 위와 같은 여러 상황·이해관계들을 아울러 고려해야 하는 것은 틀림이 없다. Battis/Krautzbberger/Löhr, *Baugesetzbuch Kommentar*, 11판, C. H. Beck, 2009, 제18조, 옆번호(Rn.), 1번; 제51조 참조.

30) 건축의 자유와 건축의 부자유를 세 가지 관점에서 비교한 이하의 설명은 高橋壽一, “建築自由・不自由の原則と都市法制”, 原田純孝(編), 『日本の都市法Ⅱ: 諸相と動態』, 東京大学出版会, 2001, 44-47頁의 내용을 요약하고, 한국 법제에 맞게 수정한 것이다.

크게 달리한다. 즉, 건축부자유를 원칙으로 하고 있는 나라에서의 토지이용계획은 건축부자유를의 상태를 해제하여 도시적 이용이 가능하게끔 정비하기 위한 계획이다. 우리의 경우 토지이용계획이 환경과 농지와 산림을 보전하기 위해 책정되는 경우가 많은 것에 비해, 독일에서의 토지이용계획은 개발=택지화를 위해 책정되는 경우가 많다. 이 양자에서 사용되는 토지이용계획의 의미 내지 기능은 완전히 반대의 방향을 향하고 있고, 이것에 대해서는 충분한 주의가 필요하다.³¹⁾

둘째, 건축자유의 원칙 하에서는 토지이용계획을 세우지 않으면 환경과 자연은 보전되지 않는다. 환경과 자연을 보전하기 위해서는 이를 위한 토지이용계획이 수립되어야 하는데, 그 필요성은 계획수립자가 입증해야 한다. 이와 달리, 건축부자유원칙 하에서는 토지이용계획을 세우지 않아도 환경과 자연은 보전되고, 역으로 개발을 주장하는 측이 계획수립 필요성을 주장·입증해야 하며, 그것에 성공한 경우에만 개발을 위한 토지이용계획이 세워질 수 있는 것으로 된다. 환경과 자연의 보전의 측면에서 놓고 보면 전자가 훨씬 더 불리함을 알 수 있다.

셋째, 방금 말한 대목에서 확실해진 것처럼, 우리의 경우 토지를 개발로부터 보전하기 위해서는 토지이용계획을 책정해야 한다. 예컨대 도시지역과 그 주변지역의 무질서한 시가화를 방지하고 계획적·단계적 개발을 도모하기 위한 시가화 조정 구역제도(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제39조 제1항)가 도입되어 있고,³²⁾ 농지보전을 위한 농업진흥지역

31) “통상 건축부자유를 전제로 하는 상황에서는 지구상세계획(=B-플랜: 필자 추가)이 건축가능성을 확대하고, 건축자유를 전제로 하는 상황에서는 지구계획이나 지구단위 계획이 건축가능성을 축소한다.” 류해웅, 앞의 책, 345쪽.

32) 시가화조정구역은 1981년 도시계획법 개정으로 도입된 제도로 일본의 시가화조정구역 제도를 그대로 수용한 것이다. 일본에서는 시가화구역과 시가화조정구역을 나누고 시가화구역 내부에서는 원칙적으로 건축행위가 자유롭게 이루어지나 시가화조정구역에서는 건축이 금지된다. 시가화조정구역은 개발제한구역과는 달리 향후의 개발을 전제로 하면서도, 그 개발이 계획적 개발이 될 수 있도록 일정기간 동안 개발제한구역처럼 보호하는 제도이다. 그러나 개발제한구역도 정치적 필요에 의해 해제되는 현실

제도도 지정되어 있다(농지법 제28조 이하). 문제는 이들 제도의 운영상 황인데, 특히 건축자유 원칙에서 출발하여, 계획으로 건축·개발금지를 도모하는 구조이다 보니 여러 토지이용계획에는 일정한 규모 이하의 소규모 개발에 대해 예외를 인정하는 등 예외규정을 두는 경우가 적지 않다. 예컨대 농지법상의 농업진흥지역의 경우 일단 설정된 지역을 변경(실제로는 거의가 축소)과 해제(농지법 제31조)하는 길이 열려 있다. ‘원칙자유’이므로 개발·건축을 금지하기 위해 토지이용계획을 책정해도 그 예외(즉, 예외의 예외=원칙으로의 회귀)를 당초부터 마련해두는 경우가 많다.

독일과 달리 한국은 건축자유 원칙이 지배했고, 이는 계획이 없는 토지의 난개발, 막개발로 나타났다. 1997년 IMF 구제금융 사태를 전후하여 특히 문제가 되었던 준농림지역의 난개발은 그 대표적인 예이다. 이러한 사태에 대처하기 위해 정부는 새롭게 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(이하 국토계획법이라 함)을 제정하여(2002. 2. 4. 제정, 2003. 1.1 시행), 도시계획법과 국토이용관리법을 통합하고, 기존의 건축자유 원칙이 초래한 난개발을 막을 ‘선계획 후개발’의 국토이용체계를 구축하고자 하였다. 이 새로운 국토계획법의 체계를 흔히 ‘계획적 개발의 원칙’이라고 부른다.³³⁾ 새로운 법 체제 하에서는 도시계획이 존재하는 토지에서 개발사업이 행해져야 하고 그렇지 않은 경우에는 우선 도시계

을 고려하면, 시가화조정구역과 개발제한구역은 그 기본방향에서 유사하다고 하겠다. 이 제도는 한국에 도입된 지 20여년이 지나도록 한 번도 시행되지 않아 국토계획법 제정시 폐지하자는 의견도 만만치 않게 제기되었다. 그러나 시가화조정구역이야말로 독일식 B-플랜의 취지를 수용하는 것이라고 볼 수 있는데, 이런 제도가 사실상 사문화되어 있다는 것에서 한국의 토지이용계획이 건축자유 원칙에 입각해있음을 방증(傍證)한다.

33) 김종보, 앞의 책, 189쪽. 한편, 일부 문헌에서는 계획적 개발의 원칙을 독일식 건축부자유 원칙과 거의 같은 개념으로 사용하지만, 양자는 구분해야 한다. 계획적 개발의 원칙은 진정한 의미의 건축부자유 원칙은 아니므로 ‘부진정’ 건축부자유 원칙이라고 재정의할 수 있다.

획이 수립되어야 개발사업이 허용된다.³⁴⁾ 다만, 이러한 원칙으로의 전환에도 불구하고 한국에서 도시계획은 그 규율밀도가 매우 낮아 건축행위나 개발사업을 통제하는 데는 충분하지 않은 실정이다.

3. 개발제한제 도시계획과 도시계획시설결정(공원)의 유사성

이상의 비교법적 설명을 통해 우리는 한국 ‘도시공원’의 도시계획법적 의의를 이해할 수 있게 되었다. ‘선계획 후개발’ 원칙을 선언한 2003년 국토계획법 체제 이전의 한국 토지법제는 건축자유를 원칙으로 하고 있었고, 계획이 수립되지 않은 토지에 대해서는 자유로운 개발과 건축이 보장되었다. 그런데 이러한 체제가 2003년 국토계획법 시행 이후에 바뀌었는가 하면, 반드시 그렇지는 않다고 보아야 한다. 도시계획의 개발통제력은 여전히 불완전하고, 도시의 개발은 원래의 계획과 다르게 진행되는 경우가 많다.

이런 사정을 기초로 해서 본다면, 한국에서 도시계획은 여전히 통용되는 건축자유 원칙을 견제하기 위하여 일단 계획으로 건축(=개발)을 틀어막는 기능을 계속해서 수행해야 했던 것으로 보인다. 예컨대 도시 기반시설의 원활한 설치를 위해서는 영성하게라도 ‘도시계획’³⁵⁾을 수립·

34) “이런 점에서 도시에 새롭게 편입되는 지역에 지구단위계획을 수립하도록 정하고 있는 국토계획법의 조항은 계획적 개발의 원칙을 선언한 대표적 예에 해당한다(법제51조 제1항 8호).” 김종보, 위의 책, 189쪽.

35) 여기서 도시계획 개념에 대해 간단히 정리를 하고 넘어갈 필요가 있다. 전통적으로 도시계획법은 ‘도시계획’과 ‘도시기본계획’이라는 개념을 구별하여 전자는 구속적인 것으로 후자는 행정내부적인 것으로 정의해왔다. 그러나 2003년 시행된 국토계획법은 도시계획의 개념을 변경하여 이를 도시기본계획과 도시관리계획을 포섭하는 상위개념으로 설정하고, 구별상의 구속적 도시계획을 ‘도시관리계획’이라 새롭게 개념 정의하였다. 즉, 도시관리계획은 종래의 ‘도시계획’이 명칭을 바꾼 것에 해당한다. 1934년의 ‘조선시가지계획령’ 이래 70년 동안 사용해온 용어를 이렇게 임의롭게 바꿈으로써 여러 혼란과 불편함이 생겼다. 김종보, 위의 책, 192-193쪽. 이 글에서도 필자는 도시계획과 도시·군 관리계획(=도시관리계획)이라는 용어를 동시에 사용하고 있는데, 후자

결정 — 여기서 쟁점이 되고 있는 도시공원과 관련해서는 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획(국토계획법 제2조 4호 다항) — 부터 해놓아야 한다는 발상이 있었다고 하겠다.

이렇게 해서 결정된 도시계획시설(국토계획법 제2조 7호)은 원래 용도지역제 도시계획이나 개발제한제 도시계획과 같이 토지소유권의 박탈을 목적으로 하지 않는 ‘소극적 계획’이 아니라 적극적으로 토지수용을 예정하고 있는 ‘적극적 계획’의 범주에 속한다.³⁶⁾ 그러나 건축자유의 원칙에 입각한 ‘도시계획법’의 한계를 보완하고 무분별한 개발과 녹지공간의 훼손을 막기 위해 한국의 도시계획실무는 도시계획시설결정 중 일부를 마치 개발제한제 도시계획처럼 운용해왔던 것으로 보인다.³⁷⁾ 그 대표적인 사례가 “광장·공원·녹지 등 공간시설”(국토계획법 제2조 6호 나항) 설치·정비를 위한 ‘도시계획’인 것이다.

즉, 한국의 도시계획수립권자(도시계획의 입안권자·결정권자)는 “도시공원 주변의 물리적·사회적 여건, 지역 특성 등”이나 “투자재원의 부족이나 실현가능성에 대한 충분한 검토” 없이 “지방자치단체의 희망시설을 계획·결정”한 경우가 많았다. 이것이 장기미집행 도시공원 양산의 중요한 배경인 것은 사실이다.³⁸⁾

“사인의 토지가 도로, 공원, 학교 등 도시계획시설로 지정”되면 토지소유자는 “사실상 당해 토지가 매수 또는 수용될 때까지 시설예정부지

는 주로 법조문을 그대로 인용하는 과정에서 그렇게 했다. 따라서 ‘도시계획’이라고 할 때에는 특별히 다른 얘기가 없는 한 이것은 현행법상의 도시·군 관리계획(=도시관리계획)을 의미하는 것으로 이해하면 된다.

36) 김중보, 앞의 책, 289쪽.

37) 1975년 정부는 ‘도시계획 사업에 대한 특별조치’를 수립하여 시가지 내 구릉지를 가급적 공원으로 계획하였고 자연 상태의 녹지를 공원개발구역으로 지정하도록 지침을 내렸다. 또한 비도시 구역의 농지 및 산지를 녹지 또는 공원으로 계획하여 엄중히 보전하고 문화재, 기념물, 천연보호지 및 자연 풍치가 수려한 자연공원에정지를 도시공원으로 변경하도록 하였다. 동아일보, “농지보전 위한 도시계획정비지침”, 1975. 8. 20자, 2쪽. 김인환, 앞의 논문, 103쪽에서 재인용.

38) 이 점은 다수의 연구자들이 지적하고 있다. 김인환, 위의 논문, 95쪽.

의 가치를 상승시키거나 계획된 사업의 시행을 어렵게 하는 변경을 하여서는 안 된다는 내용의 ‘변경금지의무’를”(97헌바26)지므로, 도시계획수립권자는 일단 도시계획으로 해당 토지를 묶어두어야겠다는 생각을 했다고 볼 수 있다. 도시공원 자체가 ‘일종의 녹지공간으로서 최소한의 구조물과 최대한의 자연물로 구성되어야 하는 생활공간’³⁹⁾이라는 점도 이러한 생각을 뒷받침한다. 그리고 실제로 도시공원 부지로 지정된 토지들 중 상당수는 개발제한구역 내에 편입되어 있기도 했다.⁴⁰⁾

한편, 원래 (도시공원에 대한) 도시계획시설 결정권자였던 중앙정부(1962년부터 1973년까지)는 1974년 이후 이 권한을 1991년까지 순차적으로 지방자치단체(광역단체장-기초단체장)로 ‘위임’했고, 2000년에는 도시계획법 개정으로 아예 지방사무로 ‘이양’했다. 이렇게 권한을 위임하고 이양하는 과정에서 중앙정부는 도시계획시설 중에서도 유일하게 도시공원에 대해서만 국가예산 지원불가 원칙을 일관되게 유지해왔다.⁴¹⁾

이러한 원칙을 고수한 점에 대한 비판과는 별도로, 우리는 중앙정부가 왜 이러한 원칙을 세웠을까를 다른 각도에서 생각해 볼 필요도 있다. 나는 이러한 원칙의 이면에는 다른 도시계획시설과는 달리 공원에 대한 도시계획결정은 개발제한제 도시계획과 유사하다고 생각했던 마인드가 있었던 것이 아닌가 하고 추정한다. 개발제한구역은 개발이 제한되는 구역이므로 잘 보전하면 되는 것이고, 해당 토지를 굳이 매입할 필요가 없다. 중앙정부가 공원부지도 그와 유사한 것으로 생각했다면 그들이 공원 부지 매입에 ‘국가’ 예산을 투입하는 데 소극적이었을 것이라는 합리적 추정을 해볼 수 있다.

39) 이병준, “장기미집행 도시계획시설의 발생원인분석과 해소방안에 관한 연구: 서울시 도시공원을 중심으로”, 서울대학교 환경대학원 석사학위논문, 2000, 14쪽.

40) 1999년 헌법재판소 결정 당시 도시공원 면적 중 21.8%는 개발제한구역에 포함되어 있었다. 김인환, 앞의 논문, 68쪽.

41) 김인환, 위의 논문, 98-99쪽.

법리가 다르다고 하더라도, 실제로 도시계획수립권자가 공원 부지를 개발제한구역 대하듯이 해왔다면, 그리고 그것이 길게는 50년을 넘기고 있다면, 공원 부지를 일시에 실효시키는 것은 개발제한구역을 한꺼번에 모두 풀어버리는 것에 버금가는 사회적 의미를 가질 수밖에 없다. 그런 한에서 현행 국토계획법상의 일률적인 20년 실효조항은 문제가 있다. 같은 맥락에서 헌법재판소가 97헌바26 결정을 하면서 여러 보상조치를 말할 때 자동실효조항의 입법까지 ‘지시’했다고 본다면 이는 무리한 해석이 될 수밖에 없다. 1999년의 현재결정인 97헌바26은 바로 전해인 1998년에 내려진 개발제한구역 결정(헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정)의 연장선상에 있다는 점도 이상의 주장을 뒷받침한다.

Ⅲ. 도시공원 실효제와 보상입법부작위위헌설

1. 장기미집행 도시계획시설에 대한 보상입법부작위위헌설적 접근

1998년의 개발제한구역(=그린벨트) 결정 이래 학계에서는 재산권제한 자체가 위헌인 것과 재산권 제한 자체는 합헌이나 손실보상규정을 두어야 함에도 두지 않아 위헌인 경우를 구분하고 있다. 즉, 특정 개인이나 집단의 사적 이익을 위해 타인의 재산권을 제한하는 입법을 하는 경우에는 재산권 제한 자체가 위헌이다. 그러나 보상규정만 두었다면 재산권제한을 위헌이라 할 수 없는 경우에는 보상규정을 두지 않은 입법 부작위가 위헌이지 재산권제한 자체가 위헌이 되는 것은 아니다. 이를 학계에서는 보상입법부작위위헌설이라고 정리한다.⁴²⁾ 헌법재판소의

42) 김문현, “도시계획법 제21조에 대한 위헌소원”, 헌법규범과 헌법현실: 권영성 교수

개발제한구역 결정에서 처음 제시된 이와 같은 접근의 장점은 재산권 제한 자체가 ‘과도한’ 경우에도 그러한 제한 자체를 위헌으로 보는 것이 아니라, ‘과도한’ 제한임에도 보상규정을 두지 않은 것을 위헌이라고 보는 점에 있다.⁴³⁾

헌법재판소가 개발제한구역 결정에서 분명히 한 것은 그린벨트를 설정하는 것 자체가 위헌은 아니라는 것이다. 이를 장기미집행 도시계획시설결정에 대해 적용해보면, 일정한 기간이 지났음에도 아직 집행되지 않고 있는 도시계획시설결정 그 자체, 혹은 장기간 집행이 불가능할 것으로 예상했거나 예상할 수 있었음에도 어떤 토지를 도시계획시설인 공원부지로 지정할 수 있게 한 법 규정을 둔 것 자체가 위헌이 아니라 “도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없기 때문에 이로 말미암아 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우”에도 그에 대한 보상규정을 두고 있지 않는 것이 위헌인 것이다. 즉, 도시계획시설결정이 나고 고시가 된 후 일정 기간을 경과한다고 해서 ‘자동적으로’ 그러한 장기 미집행 상태 자체가 위헌의 ‘문턱’을 넘는 것은 아니다.

헌법재판소는 장기미집행 도시계획시설 결정에서 “어떠한 경우라도 토지의 사적 이용권이 배제된 상태에서 토지소유자로 하여금 10년 이상을 아무런 보상 없이 수인하도록 하는 것은 공익실현의 관점에서도 정당화될 수 없는 과도한 제한으로서 헌법상의 재산권보장에 위배된다고 보아야 한다.”고 하여 얼핏 재산권 제한 자체가 위헌인 것처럼 말하고

정년기념논문집, 법문사, 1999, 709-729쪽; 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2020, 590-591쪽.

43) 다만 헌법재판소는 “도시계획법 제21조에 의한 재산권제한이 … 종래의 지목과 토지 현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한 비례의 원칙에 위반하여 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”(강조는 필자)라고 표현하여 보상입법부작위위헌설을 취하는 자들의 입장을 모호하게 만들었다는 비판을 받고 있다. 김문현, 위의 논문, 726-727쪽.

있지만, “토지의 사적 이용권이 배제된 상태”에 이른 경우까지도 “아무런 보상 없이 수인하도록 하는 것”만을 위헌으로 보았을 뿐이다. 이러한 위헌 상태가 발생하면, 입법자는 이를 해소하기 위해 “매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 등 다양한 보상가능성을 통하여 재산권에 대한 가혹한 침해를 적절하게 보상”하면 되는 것이다.⁴⁴⁾ 그러므로 위 결정에서 헌법재판소가 취한 입장도 보상입법부작위 위헌설이라고 보아야 한다.

그런데 헌법재판소 결정이후 행정부(재정 및 국토계획담당 부서)와 입법부는 도시계획시설결정 이후 장기미집행 상태가 되면 그것은 어느 시점에 합헌과 위헌의 ‘경계’를 넘어가 위헌이 된다는 식으로 헌법재판소의 결정을 해석한 뒤, 장기미집행 도시계획시설결정을 전부 일괄적으로 해제하는 방식으로 문제를 해결하려고 했다.⁴⁵⁾

헌법재판소는 이런 식의 해결이 잘못된 것임을 2005년의 결정에서 다시 한 번 확인한 바 있다. 즉, 동 재판소는 ‘도시계획법 부칙 제10조 제3항 위헌소원 등’ 사건(헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2002헌바84·89, 2003헌마678·943(병합) 결정)⁴⁶⁾에서 다음과 같은 취지로 판시하였다: 실효제 대상 부지 중 임야의 경우는 공원 지정으로 사유재산권이 침해되

44) 구체적으로 입법자는 어떠한 경우 토지소유권자가 매수청구권을 행사할 수 있고, 어떠한 경우 행정처분으로 지정을 해제할 수 있는지를 법률로 정하면 된다.

45) 97헌바26에서 헌법재판소가 인용한 독일의 ‘도시계획법’ 조문에 대한 주석서에도 토지형질변경금지 4년 이후 발생하는 손실보상청구권을 ‘보상의무 있는 내용규정’(eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung i. S. von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)에 근거하여 설명하고 있다. 이것은 이 손실보상청구권의 이론적 근거가 분리이론(Schwellentheorie)에 있는 것임을 의미한다. Battis/Krautzberger/Löhr, 앞의 책, 제18조, 옆번호(Rn.) 2번; 한편, 재산권(헌법 제23조)의 내용규정과 재산권에 대한 공용침해 규정이 본질적으로 분리되는 것(분리이론)인지 아니면 재산권 제한의 정도의 차이(경계이론)인지를 둘러싼 이론적 대립은 독일공법학과 한국공법학 모두에서 여전히 지속되고 있다.

46) 이 사안에서는 실효기간의 기산일에 관한 경과규정인 도시계획법 부칙 제10조 제3항과 국토계획법 부칙 제16조 제1항 제1호가 재산권에 대한 새로운 제한을 가하는 규정인지 여부가 쟁점이었다.

있다고 보기 어려우며, 실효기간의 기산일에 관한 경과규정인 부칙조항들은 입법자가 도시계획시설부지에 관한 재산권의 내용과 한계를 일반·추상적으로 확정하는 규정이자 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정일 뿐 기존에 적법하게 취득한 재산권에 대한 새로운 제한을 가하는 규정이 아니다. 또한 ‘우리’(=헌법재판소)가 97헌바26 결정에서 분명히 한 것은 헌법상의 사유재산권 침해 요소를 해소하라는 것이었지 해제 대상 부지와 시행 시점의 특징이 아니다. 오히려 우리는 공원이 지속될 것이라는, 사회적으로 형성된 국민들의 법적 안정성과 신뢰를 고려하는 정책과 법안을 마련할 것을 촉구하였다.

2. 실효조항의 합헌적 제한 해석

2003년 이후 국토계획법이 ‘계획적 개발의 원칙’을 천명했다고 하더라도 여전히 건축자유 원칙이 실질적으로 관철되는 현실을 고려할 때, 일률적인 실효조항은 도시계획질서의 근간을 흔들 수 있다. 헌법재판소가 여러 결정을 통해서 밝혀왔듯이 현행 헌법 하에서의 재산권 질서는 존속보호를 원칙으로 해야 한다. 이것은 재산권에 대한 사회적 구속이 일정한 한계를 넘는 경우 그에 대한 예외적 조정으로서의 보상은 가능하나 재산권의 사회적 구속성 그 자체를 무의미하게 만들 입법적·행정적 조치에 대해서는 헌법적 제동이 걸려야 한다는 것을 의미한다.

이렇게 본다면 도시계획시설결정에 대해 일률적인 실효조항을 두고 있는 현행 국토계획법의 해당조항은 헌법의 정신, 헌법재판소 결정의 취지에 맞게 합헌적으로 축소 해석되어야 한다. 해석의 초점은 — 도시공원의 설치·정비에 관한 ‘도시계획’을 어떤 방식으로든 개발제한적 도시계획의 범주로 포섭하여 — 건축자유 원칙에 제대로 된 제동을 걸지 못해온 현행 실정 건설법·계획법제의 한계를 보완하는 데 맞추어져야 한다.

그런 관점에서 현행 국토계획법 제48조(도시·군계획시설결정의 실효 등)를 다시 한 번 찬찬히 읽어보자. 동조는 “도시·군 계획시설결정이 고시된 도시·군 계획시설에 대하여 그 고시일부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시·군 계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시·군 계획시설결정은 그 고시일부터 20년이 되는 날의 다음 날에 그 효력을 잃는다.”(동조 제1항)고 하고 있다.

여기서 주목할 부분은 “그 시설의 설치에 관한 (...) 사업이 시행되지 아니하는 경우”이다. “토지소유자(가) 더 이상 그 토지를 종래 허용된 용도(건축)대로 사용할 수 없게 됨으로써 토지의 매도가 사실상 거의 불가능하고 경제적으로 의미 있는 이용가능성이 배제”되는 “도시계획 시설로 지정된 (...) 나대지”에 대해서는 해당 토지를 수용하여 도시·군 계획시설사업을 진행하는 것이 자연스럽다. 그런 경우에도 해당 시설사업을 시행하지 않는다면 해당 시설의 설치에 관한 도시·군 계획시설결정은 실효한다고 볼 수 있다.

그러나 같은 도시공원이라고 하더라도 이러한 가능성이 처음부터 배제되어 있거나 사실상 예정되어 있지 않은 경우(대표적으로 지목이 임야인 도시자연공원구역 내 공원 혹은 도시자연공원구역으로서의 공원)에는 도시·군 계획시설사업의 시행이 처음부터 당연히 예정되어 있지 않는다고 보아 그런 경우까지 도시·군 계획시설결정이 실효한다고 보지는 않는 것이다. 즉, 도시자연공원의 경우에는 그것이 도시계획시설 계획에 의해 도시·군 계획시설로 결정되어 있을 뿐, 아직 도시·군 관리계획에 의거하여 도시자연공원구역으로 포섭되어 있지 않다고 하더라도 해제 혹은 실효의 개념 범주에서는 제외하는 것이다(국토계획법 제30조, 제38조의2, 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제2조 제3호 참조). 이렇게 해당 조문을 ‘제한해석’함으로써 일괄 실효라는 아주 예외적인 입법적 조치의 사정(射程)거리를 줄여주는 것이 필요하다.

행정처분 - 도시계획결정은 행정처분이다 - 의 효력을 소멸시키는

것에는 통상 행정행위의 취소와 철회, 그리고 실효가 있다. 이중 행정행위의 철회는 흠 없이 성립된 행정행위를 사후에 그 효력을 존속시킬 수 없는 새로운 사정의 발생을 이유로 권한 있는 기관이 장래에 향하여 그 효력의 전부 또는 일부를 소멸시키는 독립된 행정행위를 말한다.⁴⁷⁾ 반면, 행정행위의 실효는 행정청의 별개의 행정행위에 의하지 아니하고 객관적인 사실의 발생으로 당연히 행정행위의 효력이 소멸되는 것을 말한다.⁴⁸⁾ 도시공원실효는 도시계획시설결정 고시일로부터 20년이라는 ‘법정기간’이 경과하면 자동적으로 행정행위의 효력을 소멸시키는 것이어서, 행정행위의 실효에 해당한다. 이 실효가 개별적 사안에 국한된 것이 아니라 도시계획시설 결정 전체에 일반적으로 미치므로, 현재의 도시공원실효는 직접 법률로써 행하는 행정행위 실효로 볼 수 있다.

그런데 이처럼 법률이 특정한 분야의 행정행위 전체를 실효시키는 것은 현실에서는 매우 드물다. 도시계획은 그 성격상 도시의 사회·경제적 구조와 환경의 변화에 따라 변경이 불가피하다. 행정은 개별·구체적인 사례에서 도시계획을 변경(해제 혹은 내용변경)할 수 있다. 그러나 구체적 상황을 고려하지 않고 특정 도시계획 전부의 효력을 ‘법률로써’ 자동 소멸시키는 것은 ‘행정의 제1차적 판단권’을 침해할 뿐 아니라 행정의 안정성을 크게 해칠 수 있기 때문이다. 나아가 장기미집행계획으로 인한 재산권 침해가 중대하다고 해서, 법제정 당시 이후의 입법자 혹은 자치입법권자와 주민의 의사를 전혀 개입시키지 않고 어떤 제도의 효력 상실을 자동적으로 완성시키는 것이 과연 민주주의 원리에 부합하는지도 의문이다. 민주주의는 시간에 대한 지배(Herrschaft auf Zeit)이고 그것은 ‘현재, 여기의 다수’의 지배를 의미하기 때문이다. 국공유지인 도시공원까지 자동 실효의 대상으로 삼은 것에 대해서는 앞에서도 지적했으므로 더 이상 언급하지 않겠다.

47) 김철용, 행정법, 고시계사, 2020, 282쪽.

48) 김철용, 위의 책, 289쪽.

한편, 공법이론에 따르면 법률에 근거한 토지수용이 아니라 직접 법률로써 토지수용을 하는 것은 아주 예외적만 허용된다. 그렇다면 법률에 근거하여 특정 도시계획의 효력을 상실시키는 것이 아니라 법률로써 일률적으로 특정 분야의 도시계획 전체를 실효시키는 것 또한 매우 엄격한 조건 하에서만 가능하다고 보아야 한다.⁴⁹⁾

3. 실효기간 도래 이후의 새로운 도시계획시설결정 가능성

국토계획법 제48조는 실효(기간)에 대해서만 말하고 있지만 이 경우 실효기간은 도시계획의 존속기간이 아니라 도시계획의 ‘조건’의 존속기간으로 해석하여 새로운 조건을 붙인 도시계획시설결정도 가능하다고 보아야 한다. 따라서 중앙정부와 지방자치단체는 실효된 땅을 전부 개발하게 놔두어야 할 것이 아니라, 필요한 경우 새롭게 도시계획시설결정절차를 개시해야 하고, 이 절차를 일방적인 ‘선긋기’로 일관했던 과거와 달리 제대로 된 형량이 이루어지는 계획책정 프로세스로 만들어야 한다. 그 과정에서 헌법재판소의 판단대로 대지(垓地) 등에 대한 계획해제 등 개발과 보존에 대한 새로운 평가와 판단이 내려져야 한다. 이것이 헌법재판소의 결정 취지이고 또한 현행 국토계획법을 선택한 결과가 되어야 한다. 이러한 방향성은 2005년의 ‘도시계획법 부칙 제10조 제3항 위헌소원’에서 반대의견을 냈던 두 재판관이 “꼭 필요한 도시계획시설결정이

49) 미국 판례가 발전시킨 이른바 역(토지)수용 소송의 법리에 비추어보면, 법률로써 일률적으로 특정 분야의 도시계획 전체를 실효시키는 것은 입법자가 이른바 법률로써 하는 역(토지)수용적 조치에 해당할 수도 있다. 미국의 공법실무에서 역수용은 규제적 수용(regulatory takings)과 관련해서 논의된다. 통상의 경우 역수용은 소송의 형태로 다투어진다. 역수용 소송(inverse condemnation action)은 토지에 대한 정부의 이용규제들이 수용에 해당하는 것이 아닌가 하는 의심이 있는 때에 제기된다. 역수용 소송에서는 정부규제가 수용에 해당하는지와 수용에 해당한다고 볼 경우 이에 대한 정당보상은 어느 정도인지가 다투어진다. 정하명, “미국토지법상 사인의 역수용소송”, 공법학연구 제6권 제3호, 한국비교공법학회, 2005, 306쪽.

라면 다시 결정·고시를 하면 될 것”이라고 밝힌 것에서도 확인되고 있다.

장기미집행 도시계획시설에서 장기의 의미는 시설마다, 지역마다 다르겠지만, 2000년 7월 1일자로 구 도시계획법을 개정할 때, 동 법률은 이를 최장 20년으로 설정했다.⁵⁰⁾ 왜 20년일까? 우선 20년은 도시계획(도시·군 기본계획+도시·군 관리계획) 중 도시·군 기본계획의 목표연도 20년(계획수립시점으로부터 20년)을 떠올리게 한다.

이 도시기본계획은 그간 인구의 증가 및 경제발전, 도시의 확대를 전제로 결정되어왔다. 그런데 본격적으로 지방소멸의 시대가 되면서 상황이 달라졌다. 지방은 인구유입이 없어 공원을 만들 재정적 기반을 갖추지 못하고 있는 반면, 서울과 수도권은 여전한 인구과밀로 인해 공원용지로 지정된 땅에 대한 개발압력을 거세게 받고 있다. 인구가 소멸하는 지방의 경우 도시기본계획은 20년 단위가 아니라 30년 단위로 수립될 수도 있다. 일률적으로 20년이라는 기간을 한정할 필요가 없다는 뜻이다. 그러므로 지방자치단체마다의 사정을 고려하지 않고 일률적으로 모든 공원용지에 대해 법률로 20년 후 실효를 규정한 것이 지방자치단체의 자치고권을 침해하는 것이 아닌가 하는 의문도 든다. 특히 지방자치제 실시 이후 중앙정부의 권한 일부가 지방정부로 위임·이양되면서 도시계획에 대한 자치고권이 강화된 상황에서 이러한 입법은 더욱 문제이다.

50) 그간의 이론과 실무가 장기미집행이라는 개념을 쓰면서 장기가 어느 정도의 기간을 의미하는지, 미집행이 어느 정도의 집행을 의미하는지에 대한 명확한 기준을 만들어 온 것 같지는 않다.

IV. 지속가능한 도시공원을 위하여

1. (도)시민의 자율과 자치를 보장하는 도시공원제도 구상

지난 20년 동안 중앙정부와 지방자치단체가 도시공원으로 계획된 땅들을 매입하지 않은 것은 국가의 임무해태라는 주장이 토지소유자들을 중심으로 제기되어 왔다. 이에 대해서는 어떻게 평가할 것인가?

97헌바26 결정 이후 정부와 국회가 구 도시계획법 개정을 통해 도시공원 실효제를 도입할 당시 한국사회는 겨우 ‘국가부도 위기’에서 벗어나고 있었다. 정부는 악화된 재정건정성을 조기에 회복하기 위해 1999년부터 비교적 긴축적으로 재정을 운영하기 시작했다. IMF 사태를 겪으며 더욱더 심화된 사회적 양극화에 대처하려면 사회복지예산도 확대해야 하는 상황이었으므로 장기미집행 도시계획시설 문제 해결에 필요한 재원마련은 쉽지 않았다.⁵¹⁾ 이런 사정을 고려하면 실효제 입법 이후 중앙정부와 지방자치단체가 국채나 지방채 발행 등을 통해 공원 부지를 매입하지 않은 것 자체를 두고 곧바로 ‘국가’의 임무해태로 단정하기는 어렵다.

다만, 그간 ‘국가’가 4대강 사업과 같은 거대 개발 프로젝트에는 엄청난 예산과 재원을 쏟아 부으면서도, 장기 미집행 도시공원부지 중 대지화한 땅이나 난개발이 예상되는 토지까지 재정적 부담을 내세워 적극적으로 매입하지 않은 것은 잘못이다. 특히 한국의 지배적 재정 패러다임이자 하나의 이데올로기가 되어버린 ‘재정건전성이라는 기준’이 방금 지적인 사례가 보여주듯 전략적으로 적용된다는 점(=전략적 선택성)에 대해서는 향후 비판적 검토가 필요하다.⁵²⁾

51) 김인환, 앞의 논문, 119쪽 참고.

52) 적자재정을 회피하고 재정건정성을 유지한다는 정책 기조는 한국만이 아니라 신자유주의 체제 하의 거의 대부분의 나라에서 관철되고 있다. 이러한 지배적 재정 패러다임은 대중의 열망에 부합하는 정치를 만들어나갈 가능성을 대폭적으로 제약한다. 금융위기 이후 집권했던 그리스의 급진좌파연합(시리자)의 실패는 이를 잘 보여준다. 필자

한편, 토지소유자들이 국가와 지방자치단체를 상대로 왜 진작 부지를 매입하지 않았나 하고 질타하는 동안 시민들은 도시공원 실효문제에 대해 별 관심이 없었다. 그러나 ‘숲세권’이니 하는 희한한 말을 만들어낼 정도로, 자기 이익에는 투철하나 공동체적 삶의 재구성에는 이렇다 할 역할을 하지 못했던 (프티)부르주아지로서의 시민들이, 이제까지의 무관심에 벗어나 커먼즈(공공재) 관리에서의 주체성을 발휘하지 못한다면 도시공원 문제는 앞으로 더 심각해질 것이다.

이렇게 안 되려면 도시 내 공간과 시설을 전부 국가나 지방자치단체가 주도하여 계획·결정하고 설치해온 역사와 관행을 반성하고, 시민들 스스로가 도시공간의 주인으로 나서야 한다. 시민들은 국가나 지방자치단체더러 ‘왜 그 땅을 매입하지 못하느냐’ 하고 비판만 하는 토지소유자들에게 만연히 동조할 것이 아니라 그들의 주장 속에 담긴 ‘신성한 소유권의 논리’에 자신도 매몰되어 있지 않은지 성찰해야 한다. 그러면서 동시에 국가의 재정지출행위가 드러내는 전략적 선택성을 비판해야 한다.

시민들은 국가의 예산집행에 영향력을 행사해야 할 뿐만 아니라 도시공원조성·유지기금이나, 도시의 사회적 가치 보존을 위한 연대 기금 같은 것을 자기 힘으로 만들어낼 수도 있어야 한다. 이것이 궁극적으로는 도시공원 정책에서 국가중심주의에서 벗어나는 길이기도 하다. 정치와 행정은 이런 방향으로 시민들의 성찰과 노력이 경주될 수 있도록, 도시공원 문제가 시민의 일이 될 수 있도록 적극적으로 협력하고 지원하는 법적·제도적 기반을 만들어나가야 한다.

는 이 문제를 향후 별도의 연구논문으로 정리해볼 생각이다. 우선 다음 문헌을 참고할 것. Tino Petzold, *Austerity Forever?!: Die Normalisierung der Austerität in der BRD*, Westfälisches Dampfboot, 2018.

2. 관료주의적 도시계획에 맞서는 ‘도시에 대한 권리’

도시계획의 역사가 이미 100년을 넘는 유럽 제 국가와 달리 한국의 도시계획의 역사는 1962년 도시계획법의 제정으로부터 기산해도 60년이 못된다. 공원법은 1967년에 제정되었는데,⁵³⁾ 그 역사가 이제 겨우 50년을 넘기고 있을 뿐이다.⁵⁴⁾ 1967년 이래 일관되게 법률은 도시공원을 도시정관을 보호하고 도시민의 건강과 휴양, 정서안정을 위한 장소로 이해해왔다. 그러나 ‘우리’에게 이런 공간은 절대적으로 부족하다.⁵⁵⁾

한국의 도시계획은 역사도 일천하고, 계획으로서의 대내적·대외적 구속력도 약할 뿐만 아니라 민주주의적 정당성의 면에서도 문제가 많다. 일반적인 상식과 달리, 도시계획은 꼭 행정부가 수립해야 하는 것은 아니다. 입법부(전국 차원의 계획은 국회가 지방직 차원의 계획은 지방의회) 혹은 법원 또는 법원 유사 기구가 이를 수립할 수도 있다. 혹은 위의 시스템을 섞을 수도 있다.

그런데 한국에서 도시계획은 행정부가 일방적으로 수립해왔다. 그 사이 지방의회의 관여 통로도 생기기는 했지만 도시계획에 대한 국민·

53) 우리나라 최초로 도시공원의 제도적 기초를 마련한 1967년의 공원법은 공원을 국립공원, 도립공원, 도시공원 세 종류로 구분하면서, 공원의 범주에 도시와 경승지, 자연상태의 임야까지도 포함시켰다. 그런데 국립공원과 도립공원 지정 절차는 공원법에 따르지만 도시공원은 도시계획법의 절차를 따르게 되어있었기 때문에 이때부터 도시공원은 도시계획시설로 규정되었다. 이로써 도시공원의 확보는 도시계획법이 도시공원의 설치 및 관리는 공원법이 규율하는 이중적인 체계가 만들어졌다.

54) 1980년에는 공원법이 자연공원법과 도시공원법으로 분리되었는데 도시공원법에서는 도시공원을 “도시계획구역 안에서 자연경관의 보호와 시민의 건강, 휴양 및 정서생활의 향상에 기여하기 위하여 도시계획법 제12조의 규정에 의하여 결정되는 것”이라고 정의했다. 이 구 도시공원법에 이어 2005년에 제정된 공원녹지법(=도시공원 및 녹지 등에 관한 법률) 도시공원을 거의 동일하게 정의하고 있다.

55) 세계보건기구(WHO)는 쾌적한 환경과 시민건강을 위해 1인당 공원면적을 9m² 이상으로 규정하고 있다. 2013년 기준으로 한국의 1인당 공원면적은 8m²인데 도시공원 실효제가 시행되면 고시된 공원 전체면적의 43.49%가 해제되어 1인당 공원면적은 4m²로 줄어들게 된다. 김인환, 앞의 논문, 122쪽.

주민이나 국민·주민 대표의 실효적 개입은 여전히 차단되어 있다. 도시 계획은 ‘도시’라는 커먼즈를 관리하는 민주주의적 프로세스로 기능하지 못했다.

여기서 문제가 생겼다. 재산권은 사회적으로 구속된다는 헌법규정은 도시계획의 절차법적 시스템이 구비되어 있을 때,⁵⁶⁾ 그 헌법적 정당성이 완성된다. 적법절차원리가 그러하듯이 재산권의 사회적 구속성 원리도 실체법적인 의미와 함께 절차법적 의미로 이해해야 한다.

이런 것을 무시하고 일률적으로 20년이라는 기간을 관료주의적으로 설정한 ‘중양’ 정부는 이 사태에 대해 전적인 책임이 있다. 사태가 이러하다면, IMF사태 이후의 위기 상황에서 충분한 심의와 검토도 없이 행정부의 결정을 추인해준 국회도 책임을 통감해야 한다. 국회는 이 문제를 논의할 특별위원회를 설치하여 과거 자신이 행한 ‘부진정’ 입법부작위로 인한 정치적 책임을 사후적으로라도 감당하는 모습을 보여주어야 한다. 논의를 위해 필요하다면, 국회는 20년으로 설정해둔 실효기간을 연장하는 조치도 취해야 한다.

이 경우 문제의 해결방향을 보상보호가 아니라 존속보호의 관점에서 잡아나가는 것은 필수다. 토지 소유자의 재산권 침해에 대한 보상보호만을 전면에 내세울 것이 아니라 누구라도 접근할 수 있는 동네공원에 대한 주민들의 이익을 헌법상의 재산권으로 포착하여 이를 존속보호의 관점에서 보장하는 방법도 동시에 고려해야 한다는 뜻이다. 이 후자의 측면은 오늘날 도시에 대한 권리(Rights to the City)의 한 내용으로 논의되고 있는데, 이런 식의 해법은 이미 캐나다의 정치철학자 맥퍼슨(C. B. Macpherson)에 의해 주장된 바 있다.⁵⁷⁾ 바로 이러한 기반 위에서 기존 토지소유권자의 불이익을 교정하는 여러 방안들- 특별회계, 기금, 녹지

56) “도시계획법은 지역주민의 자율과 자치 - 즉 지역레벨의 민주주의 - 를 포함하여 바람직한 도시형성과 토지이용질서를 실현해 가기 위한 절차법이다.” 原田純孝(編), 日本の都市法Ⅰ: 構造と展開, 6頁.

57) 이계수, 앞의 논문, 163-164쪽.

세 도입, 재산세 감면 등 이 검토되어야 한다.

3. 공간구성의 이념적 성격의 자각 및 새로운 도시법 질서를 향한 도전

서구 역사에서 도시공원이 도입된 것은 산업혁명 이후다. 대량생산, 자본주의 발달, 경제성장과 산업 발달은 급격한 도시 팽창과 인구 증가를 초래했고, 이로써 주거, 노동, 교육, 위생 등 다양한 도시 환경 문제가 발생했다. 특히 열악한 도시환경에 따른 도시 공기 질의 급격한 악화, 노동자의 건강에 대한 위협이 심각했다. 도시공원의 조성은 이런 문제에 적극적으로 대응하기 위한 방안의 하나로 중요하게 논의되기 시작했다.⁵⁸⁾ 그 결과 1847년에 개장한 영국의 버크헤드 공원(Birkenhead Park)은 “공적 재원이 투여된 세계 최초의 시민공원(혹은 국민공원)으로 인정되고 있다.”⁵⁹⁾

한편, 공원의 조성은 프랑스 혁명 이후 고조된 ‘앙시앙 레짐’에 대한 대중적 불만을 누그러뜨리는 역할도 했다. 독일에서 최초로 만들어진 도시공원은 뮌헨의 영국정원(Englischer Garten)이다. 조성년도는 1791년이다. 프랑스 혁명 이후 유럽의 군주들은 농촌에서 축출되어 도시로 밀려난 노동자, 농민들을 위무(慰撫)할 그 무언가가 필요하다고 절감했다. 그래서 등장한 것이 독일에서는 ‘폴크스가르텐’(Volksgarten)이다. 그 전에는 이런 개념이 없었다. 베를린 중심부에는 이른바 가이드북에서 ‘유원지’라고 번역하는 루스트가르텐(Lustgarten)이라는 것이 있었을 뿐이다. 이것이 폴크스가르텐이 나오기 전의 공원 개념이었다. 루스트가르텐은 왕궁정원이지만 대중들에게도 개방된 정원, 그런 의미에서

58) 변재상, “공원조성을 위한 패러다임의 변화: 건강관리를 위한 공원조성의 역할을 중심으로”, 한국경관학회지 제9권 제1호, 한국경관학회, 2017, 33쪽.

59) “Birkenhead Park”, <https://en.wikipedia.org/wiki/Birkenhead_Park>, 검색일: 2020.8.20.

‘공’(public)원(garden, park)의 원형인 썸이다. 루스트가르텐은 계몽군주의 하사품이다. 반면 폴크스가르텐은 처음부터 대중용으로 만든 정원이다. 여기서 더 나아간 것이 폴크스파크(Volkspark)이다. 이것은 말 그대로 인민공원이다. 베를린에서는 대략 19세기 말에 폴크스가르텐이 폴크스파크로 바뀌기 시작했다.⁶⁰⁾ 이처럼 서구의 역사를 통해서 우리는 공원 등 공간의 구성 자체가 하나의 이념적 의미를 갖고 있음을 확인할 수 있다.

칼 슈미트는 <대지의 노모스>에서 법적·도덕적 질서와 같은 이념적인 것도 공간질서(Raumordnung)에 뿌리내리고 있다고 말한 바 있다. 그러므로 법질서에서 가장 중요한 기초는 공간질서를 어떻게 형성하느냐 하는 것이다. 국가는 공간질서를 만들어낼 수 있는 행위자이다. 국가가 그 일을 하지 않는다면 국민은 국가의 존재이유를 물을 수밖에 없다. 도시공원 문제를 해결하는 새로운-그러나 이미 존재하고 있는 해결책은 사적 소유권에 대한 과도한 보호로 일관해온 식민지 시대 이후 ‘우리’의 도시법질서를 새로운 공간질서 위에 기초지우는 하나의 기점이 될 수 있을 것이다.⁶¹⁾

60) 독일 도시공원의 성립과 전개에 대해서는 다음 문헌을 참고할 것. 白幡洋三郎, “ドイツ都市公園の成立と展開(1): ドイツ都市公園の誕生まで”, 造園雑誌, 43卷 1号, 1979, 11-17頁; 白幡洋三郎, “ドイツ都市公園の成立と展開(2): 19世紀の都市公園-自然の中の啓蒙施設”, 造園雑誌, 43卷 3号, 1979, 12-18頁.

61) 이계수, “도시공원일몰제와 대지의 노모스”, 법연 Vol. 64, 한국법제연구원, 2019, 71쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2020.
- 김종보, 건설법의 이해, fides, 2018.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2020.
- 류해웅, 부동산 공법론, 탐북스, 2011.
- 우자와 히로후미 외 편저, 이창기 외 옮김, 사회적 자본으로 읽는 21세기 도시, 미세움, 2013.
- 原田純孝(編), 日本の都市法 I: 構造と展開, 東京大学出版会, 2001.
- Battis/Krautzberger/Löhr, *Baugesetzbuch Kommentar*, 11판, C. H. Beck, 2009.
- Tino Petzold, *Austerity Forever?!: Die Normalisierung der Austerität in der BRD*, Westfälisches Dampfboot, 2018.

2. 학술지

- 문상덕, “도시공원에 관한 법제적 고찰”, 지방자치법연구 제14권 제4호 (통권 제44호), 한국지방자치법학회, 2014, 159-186쪽.
- 변재상, “공원조성을 위한 패러다임의 변화: 건강관리를 위한 공원조성의 역할을 중심으로”, 한국경관학회지 제9권 제1호, 한국경관학회, 2017, 30-40쪽.
- 이계수, “도시민의 불복종과 도시법의 도전”, 민주법학 제56호, 민주주의법학연구회, 2104, 137-178쪽.
- _____, “도시공원일몰제와 대지의 노모스”, 법연 Vol. 64, 한국법제연구원, 2019, 69-71쪽.

- 정하명, “미국토지법상 사인의 역수용소송”, 공법학연구 제6권 제3호, 한국비교공법학회, 2005, 301-322쪽.
- 高矯壽一, “建築自由・不自由の原則と都市法制”, 原田純孝(編), 日本の都市法Ⅱ:諸相と動態, 東京大学出版会, 2001.
- 白幡洋三郎, “ドイツ都市公園の成立と展開(1): ドイツ都市公園の誕生まで, 造園雑誌, 43卷 1号, 1979, 11-17頁.
- _____, “ドイツ都市公園の成立と展開(2): 19世紀の都市公園-自然の中の啓蒙施設”, 造園雑誌, 43卷 3号, 1979, 12-18頁.

3. 기타

- 2020도시공원일몰 대응 전국 시민행동, 도시공원 일몰 대응 6대 입법 제안서, 환경운동연합, 2019.
- 강문수, 장기미집행 도시계획시설의 법제개선방안 연구, 한국법제연구원, 2014.
- 김문현, “도시계획법 제21조에 대한 위헌소원”, 헌법규범과 헌법현실: 권영성 교수 정년기념논문집, 법문사, 1999.
- 김인환, “장기미집행 도시공원 일몰제 결정에 관한 연구: 정책딜레마 이론을 중심으로”, 전남대학교 대학원 행정학과 박사학위논문, 2020.
- 서울환경연합, “도시공원 일몰제의 문제점 및 해결방안”, 도시공원일몰제 똑바로 알기 시민토론회 자료집, 2018.
- 이병준, “장기미집행 도시계획시설의 발생원인분석과 해소방안에 관한 연구: 서울시 도시공원을 중심으로”, 서울대학교 환경대학원 석사학위논문, 2000.

[Abstract]

Kritik zur sogenannten Sunset-Klausel über den langfristig nicht umgesetzten Volkspark

Yi, Kye-Soo*

Mit der Kovid-19-Krise wird die Bedeutung von leeren und offenen Räumen in Städten wichtiger denn je. Wenn viele der Volksparks in dieser Zeit verschwinden würden, würden sich sowohl die Krise der Stadt als auch die Klimakrise verschärfen. Mit dem Eintreffen der ersten automatischen Frist für die Sunset-Klausel über den langfristig nicht umgesetzten Volkspark ist die Krise jedoch zu einem echten Problem geworden.

Als das Verfassungsgericht entschied, dass die langfristig nicht durchgeführten Planungseinrichtungen ohne Entschädigungsbestimmungen nicht mit der Verfassung vereinbar sind, danach erließ koreanisches Parlament die sogenannte Sunset Klausel. Die Ablaufrist beträgt 20 Jahre ab dem 1. Juli 2000, und die Frist wurde erstmals am 1. Juli 2020 festgelegt.

Das Verfassungsgericht sagte in seiner Entscheidung, dass es verfassungswidrig ist, "entschädigungslos zu bleiben", selbst für Standorte von Stadtplanungseinrichtungen, die den "Zustand erreicht haben, in dem private Nutzungsrechte an Land ausgeschlossen wurden". Daher muss "eine schwere Verletzung von Eigentumsrechten durch verschiedene Entschädigungsmöglichkeiten angemessen ausgeglichen werden."

Das Verfassungsgericht hat niemals die Art und Weise der "Entschädigungsgesetzgebung" festgelegt. Die Gesetzgeber des alten Stadtplanungsgesetzes, das nach dem Urteil des Verfassungsgerichts geändert wurde, sagten jedoch, wenn die lokalen Regierungen nur bestimmte Grundstücke als Standort des Volksparks ausgewiesen hätten und das Projekt zur

* Professor, Konkuk University Law School

Schaffung eines Volksparks 20 Jahre lang nicht durchgeführt hätten, dann geht die Bindungskraft der Planung automatisch verloren. Es wurde ein sehr einfacher Weg zur Lösung des Problems des langfristigen nicht ausgeführten Volksparks ausgewählt. Ein solcher Ansatz verschärft jedoch die Probleme der gegenwärtigen "Stadtplanung", die unkontrolliertes Bauvorhaben nicht angemessen kontrolliert.

Aufgrund des Wesens der Stadtplanung ist es zwar unvermeidlich, den Stadtplan entsprechend den Änderungen der Zeit zu revidieren. Aber die richtige Methode, die Stadtplanung zu verändern, besteht darin, sie für jeden Einzelfall aufzuheben oder anzupassen. Die automatische Aufhebung aller Bindungswirkungen einer bestimmten Stadtplanung ohne Berücksichtigung der spezifischen Situation verstösst gegen die Planungshoheit.

Nach der Meinung Carl Schmitts ist die Raumordnung die wichtigste Grundlage der Rechtsordnung. Daher würde eine angemessenere Lösung der Probleme des gefährdeten Volksparks einer der Ausgangspunkte für den neuen Aufbau unserer städtischen Rechtsordnung werden können.

[Key Words] langfristig nicht umgesetzter Volkspark, Sunset-Klausel über den langfristig nicht umgesetzten Volkspark, Stadtplanung, Die planungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens, The National Land and Utilization act, Case No: 1997Hun-Ba26