

토지계획법제의 입법동향

임 현*

목 차

- | | |
|-----------------------------|----------------------------|
| I. 시작하는 말 | 4. 보금자리주택 |
| II. 토지계획법의 입법시 이해관계의 조정 | IV. 독일의 토지계획법제에 대한 비교법적 고찰 |
| 1. 토지계획법의 입법시 조정되어야 하는 이해관계 | 1. 공간계획체계 |
| 2. 이해관계의 조정을 위한 입법의 구현 | 2. 공간계획에 대한 입법권한 |
| III. 특별법상 토지이용계획의 법적 쟁점 | 3. 지방자치단체의 계획고권 |
| 1. 기업도시 | 4. 독일법제의 시사점 |
| 2. 혁신도시 | V. 맺는 말 |
| 3. 용산공원 | |

I. 시작하는 말

2000년대 들어 토지공법의 영역에서는 전체적인 입법적 정비가 이루어졌다. 즉 2002년 ‘국토기본법’의 제정을 비롯하여 구 ‘국토이용관리법’과 구 ‘도시계획법’이 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’로 수정·통합되었고, ‘토지수용법’과 ‘공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법’으로 이원화되어 있던 수용법제도 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’로 통합하였으며, 2000년 제정된 ‘도시개발법’과 2002년 ‘도시 및 주거환경정비법’ 역시 기존의 복잡했던 법적 규율을 아우르는 새로운 통일적 입법으로 등장하였다. 또한 규제입법의 중복 등의 문제를 해결하기 위해 2005년 ‘토지이용규제기본법’이 제정되었다.¹⁾

* 단국대학교 법과대학 조교수

1) 현행 토지계획법제의 자세한 현황에 대해서는 배영길, “우리나라의 토지계획법제”,

이 시기에 토지공법 분야에 나타나는 또 한 가지 입법적 특징은 국토 균형발전 등 특정 국가정책의 실현을 목적으로 하는 특별법이 다수 제정되었다는 점이다. 즉, 2004년 1월에는 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’이, 같은 해 12월에는 ‘기업도시개발특별법’, 2007년에는 ‘공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법’이 제정되었다.²⁾ 또한 2004년 헌법재판소의 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’에 대한 위헌판결로 인해 ‘신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시건설을 위한 특별법’이 2005년 마련되었고, 이 법률에 근거하여 마련된 ‘세종특별자치시 설치 등에 관한 법률안’이 지난 해 12월 국회를 통과하였다. 2007년 제정된 ‘용산공원 조성 특별법’, 2003년 ‘국민임대주택 건설 등에 관한 특별조치법’으로 제정되어 2009년 전부 개정된 ‘보금자리주택 건설 등에 관한 특별법’ 역시 이러한 유형의 입법에 해당한다.

이와 같은 다수의 특별법의 제정은 특히 계획법적 측면에 있어 여러 가지 법적 문제점들에 대한 고찰을 필요로 하게 되었는데, 이러한 특별법에 의한 토지이용과 전체적인 국토계획체계와의 조화 문제, 계획주체의 문제로부터 비롯되는 지방자치단체의 계획고권의 문제 등이 중요한 쟁점으로 논의될 수 있다. 특히 기업도시, 혁신도시 등에 대하여 이러한 논의들이 있어 왔음에도 불구하고³⁾ 그 이후의 용산공원 조성, 보금자리주택 건설에 관한 입법에 있어서도 유사한 문제점들을 지적할 수 있다. 따라서 특별법에 근거해 중요한 국가정책의 실현을 위한 토지의 이용과 개발의 경향이 나타나고 있는 현실에서 특별법제의 법적 문제점들을 고찰해 볼 필요성은 의미가 있다고 판단된다. 이러한 취지로 이 발표에

토지공법연구 제50집(한국토지공법학회, 2010), 4쪽 이하 참조.

2) 황해봉, “기업도시, 혁신도시 및 행정중심복합도시 법제에 대한 토지공법적 검토”, 토지공법연구 제37집 제2호(한국토지공법학회, 2007), 96쪽.

3) 황해봉, 위의 논문; 성소미, “기업도시의 공공성 확보를 위한 법적 검토”, 부동산학보 제24집(한국부동산학회, 2005).

서는 특별법에 대한 평가를 위해 토지계획법제의 근본적인 지도이념에 대한 고찰로부터 시작하여 기업도시, 혁신도시, 용산공원, 보금자리주택 건설의 근거법제의 법적 문제점들을 특히 계획고권의 문제를 중심으로 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 토지계획법의 입법시 이해관계의 조정

1. 토지계획법의 입법시 조정되어야 하는 이해관계

1.1 공익과 사익

토지의 이용행위는 원칙적으로 사익을 추구하는 행위로서 토지공법은 이러한 전형적인 사익추구행위로서의 토지이용행위에 대해 공익을 이유로 규제를 행하는 법체제를 말한다. 따라서 공익의 실현을 목적으로 규제를 하는 경우에도 사익에 대한 최소한의 제한이 되도록 구성될 필요가 있으며, 이때에도 공익개념의 상대성 및 가변성에 비추어 토지규제를 정당화하는 공익을 신중히 확정할 필요가 있다.⁴⁾ 토지계획법제에 의한 규제가 행해지는 경우 사익은 여러 가지 절차와 제도를 통해 고려되게 된다. 즉, 토지이용계획의 수립 및 확정절차에서 참여권의 모습으로 구체화되기도 하고, 규제로 인해 특별한 희생이 발생하는 경우 손실보상의 차원으로 나타나기도 한다.

4) 류지태, “현행 토지계획법제의 평가”, 부동산연구 제12집 제2호(한국부동산연구원, 2002), 55-56쪽.

1.2 지방자치단체와 국가의 이해관계

1.2.1 원칙적 논의

지방자치제하에서의 토지계획 및 토지이용법제는 원칙적으로 국가적 차원보다는 지방자치단체의 이해관계와 밀접한 관련을 갖는 내용으로 이루어진다. 그러나 법률은 국가적 차원에서 제정되는 것이므로 법률의 제정과 계획내용의 구체적 확정에서 있어 지방자치단체의 이해관계가 충분히 반영될 수 있어야 한다. 따라서 지방자치단체가 중요한 이해관계를 갖는 법률의 제정과정에 관련 지방자치단체가 참여할 수 있는 절차가 마련될 필요가 있다고 하겠다. 또한 국가적 또는 광역적 성격의 토지이용계획에서는 지방자치단체의 참여권이 보장될 수 있도록 하여야 하며, 광역적 차원이 아닌 지방자치단체 토지이용계획을 수립하는 경우에는 지방자치단체의 주도적 역할이 인정되도록 토지법제가 구성되어야 할 것이다.⁵⁾

1.2.2 도시계획 및 주택정책에 관한 사무의 법적 성격

지방자치제가 시행되고 있는 상황에서 도시계획이나 주택정책에 관한 사무는 전형적인 ‘주민의 복리에 관한 사무’(헌법 제117조 제1항) 해당하며, 따라서 지방자치단체의 사무범위에 해당하게 된다.⁶⁾ 국토계획법제의 기본법으로서의 지위를 갖는 국토기본법 및 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서는 이러한 인식을 바탕으로 계획의 수립과 확정

5) 류지태, 위의 논문, 56쪽.

6) 지방자치법 제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 관할 구역의 자치 사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다.

4. 지역개발과 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무

가. 지역개발사업

다. 도시계획사업의 시행

마. 주거생활환경 개선의 장려 및 지원

있어 당해 지방자치단체의 주도적 권한을 비교적 인정하고 있다고 평가할 수 있으나, 특별법에 의한 토지이용계획의 수립이나 주택사무에 대해서는 그 내용 중 많은 부분이 원래 도시계획으로 정하여지는 사항이라고 하더라도, 국가균형발전 등 국가정책목적의 실현을 위한 점이 강조되어 국가사무로 인식되고 있는 점을 찾아볼 수 있다. 즉 이 발표의 대상으로 하고 있는 기업도시, 혁신도시, 보금자리주택의 건설 및 개발의 경우 그 근거법령은 권한의 위임규정을 두고 있다. 즉, 국가사무이지만 국토해양부장관이 자신의 권한을 기관위임사무의 형태로 지방자치단체장에게 위임할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁾ 특별법을 통한 국가정책의 실현이라는 이해관계가 있지만, 이러한 특별법을 통한 토지의 이용이나 개발이 헌법상 보장되는 지방자치제나 토지계획법제의 본질적 체계를 무의미하게 만들 정도로 행해져서는 안 될 것이다. 따라서 구체적 입법이 지방자치제의 본질적 부분을 침해하지 않고 토지계획법제의 근간을 흔들지 않는 범위 내에서 국가와 지방자치단체의 이해관계를 어떻게 적절히 조화시킬 것인지의 문제가 고찰되어야 할 것이다.

2. 이해관계의 조정을 위한 입법의 구현

2.1 토지이용계획 체계구성의 문제

토지이용계획의 경우 동일한 토지공간을 대상으로 하여 여러 이용계획이 수립될 수 있는 문제점이 있다. 이러한 경우 지방자치단체의 토지이용계획과 중앙의 특정사업을 위한 이용목적의 토지이용계획 간에는 지방자치단체의 이해관계와 국가의 이해관계가 충돌할 여지가 있게 된다. 이러한 경우 국가의 이해관계를 우선시하여 국가차원의 행정목적을

7) 기업도시개발특별법 제51조, 공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법 제57조 제2항, 보금자리주택건설 등에 관한 특별법 제53조.

위한 토지이용계획에 지방자치단체의 계획보다 우월적 효력을 인정하여야 한다는 입장이 있다. 그 근거는 지방자치단체의 계획고권은 무제한적인 권리가 아니라 제한될 수 있는 성질의 권리라는 점을 강조한다.⁸⁾ 그러나 이와는 달리 토지이용계획은 모두 법률에 근거하여 토지이용목적에 정당화되는 권한행사이므로, 토지이용계획의 충돌은 권한충돌의 문제로 이해되어야 하고 이에 따라 해결되어야 한다는 견해도 있다. 이러한 견해에 따르면 국가적 차원의 토지이용계획이 지방자치단체의 토지이용계획에 우선하는 것은 아니며, 권한충돌이 있는 경우 어느 한 주체의 권한이 다른 주체의 권한을 전적으로 배제하는 것이 아니라 실제적 조화의 원칙(Das Prinzip praktischer Konkordanz)에⁹⁾ 따라서 갈등관계에 있는 두 권한이 서로 적절한 선에서 실현될 수 있도록 하는 해결책을 제시한다. 즉 구체적인 입법내용에서 어느 토지이용계획이 다른 토지이용계획보다 당연히 우선하는 것이 아니라, 토지이용계획의 구체화에서 상반된 이해관계를 갖는 토지이용계획의 목적이 같이 고려되도록 규정될 것을 필요로 하게 된다.¹⁰⁾

2.2 계획확정절차의 문제

토지이용계획은 종합적이고 전체적이며 장기적인 관점에서 토지이용과 관련한 여러 가지 이해관계를 조정하여야 한다. 따라서 이를 구체화하는 계획의 확정절차는 당해 토지이용계획이 달성하려는 목적의 달성에 중요한 의미를 갖는다. 계획의 수립과 확정절차에 대해서 행정절차

8) Brohm, *Die Koordination der Raumplanungen im Spannungsverhältnis zwischen gemeindlicher Ortsplanung und überörtlicher Fachplanung*, in: *Planungs-Recht-Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel*(Duncker&Humblot, 1999), 83쪽 이하.

9) 계획열, 헌법학(중)(박영사, 2007), 107쪽.

10) Brohm, a.a.O., 87쪽; 류지태, 앞의 논문, 59쪽.

에 관한 일반법인 행정절차법은 규정을 두고 있지 않기 때문에, 현재는 개별법률에서 계획의 수립 및 확정절차에 대한 규율이 이루어지고 있다. 이때의 수립·확정절차는 다양한 이해관계들을 고려하고 조정할 수 있어야 하며, 따라서 사익과 지방자치단체의 이해관계를 실질적으로 반영할 수 있는 내용으로 구성되어야 한다.¹¹⁾

2.3 지방자치단체 계획고권의 보장문제

지방자치단체의 계획고권이란 지방자치단체 구역 내에서 건축적인 용도나 그 밖의 용도에 의한 토지이용과 관련하여 구속력 있는 계획을 자율적으로 자기의 책임하에 규율하고 형성할 수 있는 권한을 말한다. 따라서 지방자치단체는 도시기본계획 및 도시관리계획을 스스로 입안할 수 있는 권한을 갖게 된다(국토계획법 제18조 제1항, 제24조 제1항). 그러나 계획고권은 지방자치단체의 자치고권 중 가장 많은 제한을 경험하고 있는 고권으로 인정되고 있다. 특히 토지이용과 관련된 계획은 종합적인 측면에서의 조정을 필요로 하는 특성을 갖는 것이므로, 지방자치단체의 계획고권이 주도적인 기능을 갖지 못하는 한계를 나타낸다. 예컨대, 국가 계획과 관련되는 경우 지방자치단체의 장이 아닌 국토해양부장관이 광역도시계획을 입안하고 결정할 수 있도록 하고 있다(국토계획법 제11조 제1항 제4호). 즉, 현실적으로 지방자치단체의 계획고권은 지역적인 한계를 넘는 광범위한 종합적인 성격을 갖는 계획에 있어서는 이러한 계획의 수립과정에 당해 지방자치단체의 이해관계가 반영될 수 있도록 그 결정 과정에 참여하거나 의견을 진술할 수 있는 권리로 수정되고 있다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 내용의 절차적 참여권이 보장되지 않는 계획의 수립이나 결정은 계획고권의 침해문제로 논의되어야 할 것이다. 그러나 당해 지방자치단체의 영역에 국한된 의미를 갖는 행정계획, 예컨대 도시

11) 류지태, 앞의 논문, 60쪽.

계획에 있어서 계획고권의 의미는 계획의 수립 및 결정에 관한 그 주도적 결정권한이 당해 지방자치단체에게 주어져야 하는 내용으로 이해된다. 이러한 점에서 현행 국토계획법이 도시기본계획 및 도시관리계획의 입안이나 결정권의 주도적 지위를 당해 지역을 관할하는 지방자치단체의 장에게 부여하고 있는 것은 타당한 것으로 평가될 수 있다(국토계획법 제18조, 동법 제22조의 2, 동법 제24조, 동법 제29조).¹²⁾ 이러한 계획고권의 침해여부의 판단기준은 특별법에 대한 평가에 있어서도 적용될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 특별법상 토지이용계획의 법적 쟁점

1. 기업도시

1.1 개념

기업도시는 기업이 직접 개발주체가 되어 기업활동(이윤추구를 위한 경제활동 포함)을 효율적으로 영위하기 위해 개발한 커뮤니티로 다양한 정주형태의 하나이다. 기업도시는 기업이 스스로 기업의 투자를 보호할 뿐만 아니라 해당지역 내 계획의 수립 및 통제의 주체가 되어 쾌적한 주거와 사무실 환경을 제공하게 함으로써 고용인들을 보호하게 하는 효과가 있다.¹³⁾ 즉 기업도시는 특정기업 또는 복수의 기업체가 기업의 운영에 필요한 생산시설과 제반시설을 건설하면서 고용인력의 정주에 필요한 주택, 의료시설, 학교 등의 물리적 시설 이외에 커뮤니티 형성을

12) 류지태/박중수, 행정법신론(박영사, 2009), 859쪽.

13) 김현아, “기업도시 건설을 위한 기업의 지방이전 및 투자유인대책”(건설산업연구원, 2004), 3쪽.

위한 각종 서비스 등을 제공하는 공간적 범위를 지칭한다.¹⁴⁾

원래 기업도시는 공업도시의 한 형태로 출발하였다. 초기에는 주로 자연자원 발굴 프로젝트를 수행하기 위한 유한적인 기업도시의 형태였지만 점차 단일 제품을 생산하는 산업도시, 리조트 타운, 실버타운, 캠퍼스 타운 등 테마 신도시에 이르기까지 다양한 형태로 발전해 왔다. 기존의 우리나라 산업 및 공업 도시와 신도시 개발이 주로 생산이나 주거 기능에 치우쳐 위성도시로서의 역할에 그쳤다면 기업도시는 ‘자족도시’로서의 기능을 갖춘 도시로 평가될 수 있다. 기업도시와 기존 산업도시 개발과의 차이점은 기업이 개발주체인 동시에 최종수요자인 점이다.¹⁵⁾

기업도시개발특별법은 제1조에서 “이 법은 민간기업이 산업·연구·관광·레저분야 등에 걸쳐 계획적·주도적으로 자족적인 도시를 개발·운영하는 데 필요한 사항을 규정하여 국토의 계획적인 개발과 민간기업의 투자를 촉진함으로써 공공복리를 증진하고 국민경제와 국가균형발전에 기여함을 목적으로 한다.”라고 규정하여, 기업도시개발의 목적을 밝히고 있다.

1.2 계획의 수립·확정에 있어 지방자치단체의 권한

기업도시개발특별법에 의하면 민간기업 및 국가기관 또는 지방자치단체, 정부투자기관, 지방공기업이 광역시장·시장 또는 군수와 공동으로 건설교통부장관에게 개발구역의 지정을 제안할 수 있도록 하고 있

14) 당시 건설교통부가 발표한 자료에 따르면, 기업도시의 개념은 “제조업·관광업 등 산업입지와 경제활동을 위해 민간기업 주도로 개발된 도시로서 산업시설은 물론 종사원의 정주에 필요한 주택·교육·의료·문화 등 자족적 복합기능을 가진 도시”로 나타나고 있다(건설교통부, 민간복합도시개발 제도화방안, 민간복합도시(기업도시) 개발방향과 특별법 제정(안)에 관한 공청회 자료집(2004), 3쪽).

15) 서순탁, “기업도시 건설정책·입법평가”, 토지공법연구 제35집(한국토지공법학회, 2007), 26쪽; 성소미, 앞의 논문, 236쪽; 황해봉, 앞의 논문, 98쪽.

다.¹⁶⁾ 이 경우 ① 개발구역의 명칭·위치 및 면적, ② 복합도시의 기본성격 및 개발의 기본방향, ③ 개발계획에 관한 사항, ④ 제안자의 재무상태에 관한 사항, ⑤ 조성된 토지의 직접사용에 관한 사항, ⑥ 총사업비의 산정자료 및 연차별 투자계획 등 사업성 분석자료, ⑦ 시장·군수와 협의한 사업추진 등에 관한 협약안, ⑧ 환경보전대책에 관한 사항, ⑨ 그 밖에 대통령령이 정하는 사항에 대해 서류 및 도면을 첨부하여 제출하도록 하고 있다(동법 제4조 제2항). 즉, 개발구역의 지정에 대한 제안을 기업과 시장·군수가 공동으로 하는 것을 원칙으로 하고 있는데, 실제 기업도시의 개발에 관한 일련의 절차에서 지방자치단체의 계획고권은 충분히 보장되지 못하고 있는 실정이다. 즉, 다양한 주체들이 참여하는 기업도시 건설의 진행을 위해서는 중앙정부와 지방자치단체, 기업, 지역주민과의 유기적 협조체제가 필요하다고 하겠으나, 실제로는 이러한 협조체제가 구축되지 못하고 정부와 민간기업만의 주도로 이루어지고 있다.¹⁷⁾

그동안 계획고권의 인정여부와 관련된 논의에 있어서 대립의 양당사자는 중앙정부와 지방자치단체였다. 그러나 이제 지방자치단체 계획고권의 문제는 중앙정부가 아닌 지방자치단체에게 계획고권을 인정할 것인가의 문제만이 아닌, 지방자치단체의 계획고권을 제한하는 각종의

16) 기업도시개발특별법 제4조(개발구역 지정의 제안) 제10조 제3항의 기준에 적합한 민간기업 및 다음 각 호에 해당되는 자(민간기업과 협의된 경우만 해당한다)는 관할 광역시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(광역시 관할 구역에 있는 군의 군수를 제외한다. 이하 “시장·군수”라 한다)와 공동으로 국토해양부장관에게 개발구역의 지정을 제안할 수 있다. 다만, 대통령령으로 정하는 사유로 인하여 공동제안을 위한 협의가 현저히 지연될 우려가 있거나 도와 공동으로 사업을 시행하려는 경우에는 도지사와 공동으로 제안할 수 있다.

1. 국가기관 또는 지방자치단체
2. 공공기관의 운영에 관한 법률 제5조에 따른 공기업
3. 지방공기업법에 의한 지방공기업
4. 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법에 의한 제주국제자유도시개발센터(개발구역이 제주도인 경우에 한한다)

17) 서순탁, 앞의 논문, 35쪽; 황해봉, 앞의 논문, 110쪽.

조치에 대한 통제의 문제까지 포함되어야 할 것이다.¹⁸⁾ 개발구역의 지정제안 과정에서 기업이 시장·군수와 협약을 체결할 때 진정한 의미에서의 공동제안이 될 수 있도록 충분한 협의가 이루어져야 할 것이다.¹⁹⁾ 사업시행자의 지정, 사업시행자의 개발계획, 실시계획의 승인권한도 국토해양부장관에게 주어지며, 이 때 지방자치단체장의 의견청취를 거치도록만 규정하고 있다(동법 제10조-제12조).

1.3 다른 토지이용계획과의 관계

기업도시개발특별법 제3조는 이 법에 의한 규제는 다른 법률의 규제에 대해 우선하는 효력을 갖는다고 규정하고 있다.²⁰⁾ 따라서 기업과 지방자치단체가 의견이 일치하지 않는 경우 현행 규정대로라면 지방자치단체의 자치권이 제한될 우려가 있다. 도시기본계획과 도시관리계획의 수립과 결정에 있어 원칙적으로 지방자치단체에게 자신의 구역 범위 내에서 광범위한 형성의 자유가 인정되어야 한다. 그러나 이러한 규정으로 인해 지방자치단체의 형성의 자유는 일방적으로 제한되게 되는 측면이 있다. 상충되는 계획권한이 서로 적절한 선에서 모두 실현될 수 있도록 하여야 한다는 조화의 원칙과도 거리가 있는 입법의 태도이다.

또한 동법에서는 기업도시개발계획이 승인·고시되는 경우 국토계획법상 도시기본계획의 수립이 의제되고, 실시계획이 승인·고시되는 경우 도시관리계획의 결정이 의제된다고 규정하고 있다(동법 제11조

18) 법률신문, 신봉기, “계획고권 논쟁의 종식과 우리의 과제”, 2002. 5. 16; 성소미, 앞의 논문, 243쪽.

19) 황해봉, 앞의 논문, 110쪽.

20) 기업도시개발특별법 제3조(다른 법률과의 관계) 이 법은 기업도시개발구역(이하 “개발구역”이라 한다) 및 기업도시개발사업(이하 “개발사업”이라 한다)에 적용되는 규제에 관한 특례에 있어 다른 법률에 우선하여 적용한다. 다만, 다른 법률에서 이 법의 규제에 관한 특례보다 완화된 규정이 있으면 그 법률이 정하는 바에 의한다.

제5항, 제13조 제1항 제9호)²¹⁾ 행정계획의 관련법제에서는 의제규정이 많이 존재하고 있다. 한 법률에서 허가를 받은 경우에는 다른 개별법 규정에 의한 인·허가를 받은 것으로 간주하는 이러한 입법방식은 입법상 편의를 도모하게 되는 장점 이외에도 특정 행정계획과 관련되는 집중효 규정으로서 긍정적인 평가를 받을 수 있는 측면이 있을 수 있다. 그러나 개별 법률에서 인·허가 절차가 엄격히 유지되어 이러한 절차를 통하여 사익과 공익이 조화되도록 하는 경우에는 의제규정을 통하여 이러한 절차가 우회적으로 침해되는 문제가 발생하게 된다. 따라서 의제규정을 두는 문제는 신중하게 검토가 되어야 하는데, 특히 허가관청 등이 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 관련 인·허가를 받은 것으로 본다는 규정은 문제가 된다. 통상적으로 인허가 절차가 비교적 엄격하게 유지되고 있는 점을 고려한다면, 단순한 협의절차로

21) 기업도시개발특별법 제11조(개발계획의 승인 등) ⑤ 제4항에 따라 개발계획이 고시된 경우에는 그 고시일에 다음 각 호에 해당하는 승인·결정 등이 있는 것으로 본다. 다만, 제1호의 사항은 개발구역이 대통령령으로 정하는 규모 이상인 경우만 해당한다.

1. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제18조 및 제22조에 따른 도시기본계획의 수립 또는 변경과 이에 관한 국토해양부장관의 승인(특별자치도, 시·군 지역에서 개발구역이 지정되는 경우에는 개발구역 외의 지역에 대한 도시기본계획 변경안을 마련하여 해당 특별자치도, 시·군에 제출한 경우만 해당한다)
2. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제6조 제1호의 규정에 의한 도시지역으로 변경하는 동법 제30조의 규정에 의한 도시관리계획의 결정
3. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제40조의 규정에 의하여 수산자원보호구역을 변경하여 해제하는 동법 제30조의 규정에 의한 도시관리계획의 결정제13조(관련 인·허가 등의 의제) ① 국토해양부장관은 제12조 제1항에 따라 실시계획을 승인 하거나 변경승인을 할 때 그 실시계획에 대한 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의 및 신고 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인·허가 등을 받은 것으로 보며, 제12조 제5항에 따라 실시계획이 고시된 경우에는 다음 각 호의 법률에 따른 인·허가 등의 고시 또는 공고가 있는 것으로 본다.
9. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제30조의 규정에 의한 도시관리계획의 결정, 동법 제56조의 규정에 의한 개발행위 허가, 동법 제86조의 규정에 의한 도시계획 시설사업시행자의 지정 및 동법 제88조의 규정에 의한 실시계획의 인가

이를 대신하는 것은 절차의 취지를 크게 훼손하는 것이기 때문이다. 이러한 점에서 기업도시개발특별법 제13조 제1항의 규정은 절차적 권리의 침해 가능성의 문제가 지적될 수 있으며, 행정편의적인 목적이 강한 의제규정은 다시 정비될 필요성이 있다 하겠다.

2. 혁신도시

2.1 개념

공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법(이하 혁신도시건설특별법)에 근거하는 혁신도시는 국가균형발전 특별법 제18조의 규정에 따른 공공기관 지방이전 시책 등에 따라 수도권에서 수도권이 아닌 지역으로 이전하는 공공기관 등을 수용하여 기업·대학·연구소·공공기관 등의 기관이 서로 긴밀하게 협력할 수 있는 혁신여건과 수준 높은 주거·교육·문화 등의 정주환경을 갖추도록 개발하는 미래형도시를 의미하며(동법 제2조 제3호), 공공기관의 지방이전을 촉진하고 국가균형발전과 국가경쟁력 강화에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

2.2 계획의 수립·확정에 있어 지방자치단체의 권한 및 주민참여

이전 공공기관의 장은 공공기관의 지방이전계획을 수립하여 소관 행정기관의 장에게 제출하고, 소관 행정기관의 장은 제출된 지방이전계획을 검토·조정하여 국토해양부장관에게 제출하여야 한다. 국토해양부장관은 제출된 지방이전계획을 지역발전위원회의 심의를 거쳐 승인하여야 한다.²²⁾ 이전공공기관이 이전하는 지역의 시·도지사는 이전공공

22) 혁신도시건설특별법 제4조(이전공공기관 지방이전계획의 수립) ① 이전공공기관의

기관이 이전하는 지역의 시장·군수 또는 구청장과 이전하여 오는 이전 공공기관의 의견을 들어 이전지원계획을 수립하여야 한다(혁신도시건설특별법 제2조). 혁신도시개발예정지구는 국토해양부장관이 지정하게 되는데 이때 관할 시·도지사 및 시장·군수 또는 구청장의 의견을 듣고 관계 중앙행정기관의 장과의 협의와 혁신도시위원회의 심의를 거쳐 지정할 수 있다. 또한 국토해양부장관은 개발예정지구의 지정이나 변경을 하려는 경우 주민 및 관계전문가 등의 의견을 들어야 하며, 지정 또는 변경이 있는 때 관보에 고시하여 주민이 열람할 수 있도록 하여야 한다.²³⁾ 사업시행자의 지정, 사업시행자의 개발계획, 실시계획의 승인 역

장은 다음 각 호의 사항을 포함하는 지방이전계획을 수립하여야 한다.

1. 이전의 규모 및 범위에 관한 사항
2. 이전시기에 관한 사항
3. 이전비용의 조달 방안에 관한 사항
4. 그 밖에 대통령령이 정하는 사항

③ 이전공공기관의 장은 제1항의 규정에 따라 지방이전계획을 수립한 때에는 그 계획을 소관 행정기관의 장에게 제출하여야 한다. 그 계획을 변경하는 경우에도 또한 같다.

④ 소관 행정기관의 장은 제3항의 규정에 따라 제출된 지방이전계획을 검토·조정하여 국토해양부장관에게 제출하여야 하며, 국토해양부장관은 국가균형발전 특별법 제22조에 따른 지역발전위원회의 심의를 거쳐 승인하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 지역발전위원회의 심의를 거치지 아니한다.

- 23) 혁신도시건설특별법(혁신도시개발예정지구의 지정절차 등) ① 국토해양부장관은 제6조의 규정에 따라 혁신도시개발예정지구를 지정하려는 경우에는 관할 시·도지사 및 시장·군수 또는 구청장의 의견을 듣고 관계 중앙행정기관의 장과의 협의와 제30조의 규정에 따른 혁신도시위원회(이하 “혁신도시위원회”라 한다)의 심의를 거쳐 혁신도시개발예정지구를 지정할 수 있다. 지정된 혁신도시개발예정지구를 변경(대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경을 제외한다)하려는 때에도 또한 같다.
- ② 국토해양부장관은 제1항의 규정에 따라 혁신도시개발예정지구를 지정 또는 변경하려는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 주민 및 관계 전문가 등의 의견을 들어야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다.
- ③ 국토해양부장관은 제1항의 규정에 따라 혁신도시개발예정지구를 지정 또는 변경하는 때에는 다음 각 호의 사항을 관보에 고시하고, 관계 서류의 사본을 관계 특별자

시 국토해양부장관의 권한에 해당하며, 지방자치단체의 장에게는 의견 제출을 할 기회만이 보장되어 있다. 실시계획의 승인에 있어 관할 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장과 체결한 혁신도시개발사업의 추진 등에 관한 협약서를 첨부하도록 하고 있으며, 승인된 개발계획과 실시계획을 주민이 열람할 수 있도록 규정하고 있다.²⁴⁾

치도지사, 시장·군수 또는 구청장에게 송부하여야 한다. 이 경우 관계 서류의 사본을 송부 받은 관계 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장은 주민이 이를 열람할 수 있도록 하여야 한다.

24) 혁신도시건설특별법 제11조(개발계획의 승인 등) ① 사업시행자가 혁신도시개발사업을 시행하려는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 혁신도시 개발계획(이하 “개발계획”이라 한다)을 작성하여 국토해양부장관의 승인을 얻어야 한다.

④ 국토해양부장관은 개발계획을 승인하려는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 관할 시·도지사 및 시장·군수 또는 구청장의 의견을 들은 후 관계 중앙행정기관의 장과의 협의와 혁신도시위원회의 심의를 거쳐야 한다.

⑤ 국토해양부장관은 제1항의 규정에 따라 개발계획을 승인한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 관보에 고시하고, 관할 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장에게 그 내역을 송부하여 주민이 열람할 수 있게 하여야 한다.

제12조(실시계획의 승인 등) ① 사업시행자는 다음 각 호의 서류 및 도면을 첨부한 혁신도시개발사업에 관한 실시계획(이하 “실시계획”이라 한다)을 작성하여 국토해양부장관의 승인을 얻어야 한다.

③ 국토해양부장관은 제1항의 규정에 따라 실시계획을 승인하거나 변경승인 하려는 경우에는 관할 시·도지사 및 시장·군수 또는 구청장의 의견을 듣고 혁신도시위원회의 심의를 거쳐야 한다. 다만, 사업시행자가 이미 관할 시·도지사 및 시장·군수 또는 구청장과 실시계획에 관하여 협의를 한 경우에는 의견을 들은 것으로 본다.

④ 국토해양부장관은 제1항의 규정에 따라 실시계획을 승인하거나 변경승인한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 관보에 고시하고 사업시행자와 관할 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장에게 관계 서류의 사본을 송부하여야 한다. 이 경우 관계 서류를 송부 받은 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장은 그 내용을 주민이 열람할 수 있게 하여야 한다.

2.3 다른 토지이용계획과의 관계

혁신도시건설특별법 제3조 역시 기업도시개발특별법의 경우와 마찬가지로 혁신도시개발예정지구 및 혁신도시개발사업에 적용되는 규제에 관한 특례는 다른 법률의 규정에 우선하여 적용한다고 규정하고 있다. 또한 이 법에 근거하여 실시계획의 승인 또는 변경승인을 함에 있어 그 실시계획에 대한 일정 인·허가에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인·허가 등을 받은 것으로 보는 의제규정을 두고 있다(혁신도시건설특별법 제14조). 따라서 이 법률의 경우에도 지방자치단체 계획고권의 침해문제, 주민의 절차적 권리의 침해문제가 지적된다.

3. 용산공원

3.1 개념

용산공원은 대한민국과 미합중국 간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 및 대한민국과 미합중국 간의 연합토지관리 계획협정에 근거하여 대한민국에 반환되는 미합중국 군대의 용산부지 등을 활용하여 조성되는 공원을 의미하며, 용산공원 조성 특별법에서 구체적 내용을 규율하고 있다(동법 제1조). 용산공원의 조성 및 관리에 대하여 국가는 종합적인 시책을 수립·마련하고 필요한 행정적·재정적 조치를 마련할 책무를 진다(동법 제4조).

3.2 계획의 수립·확정에 있어 지방자치단체의 권한 및 주민참여

먼저 용산공원정비구역의 지정은 국토해양부장관에 의해 행해지는

데, 공청회를 열어 주민 및 관계전문가 등으로부터 의견을 듣고 서울특별시시장 및 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 위원회의 심의를 거치도록 하고 있다. 즉, 협의 행정기관은 서울특별시시장과 관계 중앙행정기관으로 한정되어 있으며, 관할 기초지방자치단체장은 배제되어 있다. 이러한 점은 종합기본계획의 수립, 용산공원조성계획의 수립에 있어서도 동일한데, 종합기본계획 및 조성계획의 내용이 국토계획법상 도시계획으로 결정되는 내용에 대부분 해당하며, 이에 대해서는 관할 지방자치단체가 주도적 계획수립권한과 결정권한을 갖는 점에 비추어 용산공원의 조성이 국가의 주도에 의해 조성된다는 점을 감안하더라도 기초지방자치단체의 절차적 참여권은 보장되어야 한다고 생각된다.

용산공원의 조성에 있어 계획의 수립·확정절차를 정리해보면 용산공원정비구역의 지정, 종합기본계획의 수립, 용산공원조성계획의 수립, 사업시행자의 지정, 용산공원조성실시계획의 승인절차로 이루어지는데, 모두 국토해양부장관의 권한으로 행해지게 된다. 이 중 용산공원정비구역의 지정, 종합기본계획의 수립, 용산공원조성계획의 수립에 관해서는 서울특별시시장과 관계 중앙행정기관의 협의, 용산공원조성추진위원회의 심의를 요건으로 하고 있다. 용산공원조성실시계획의 승인에 대해서는 관계 행정기관과의 협의를 거치도록 하고 있다. 또한 용산공원정비구역의 지정, 종합기본계획의 수립에 있어서는 공청회를 개최하여 관계전문가 및 주민의 의견을 듣도록 하고 있다.²⁵⁾

25) 용산공원 조성 특별법 제11조(용산공원정비구역의 지정) ① 국토해양부장관은 용산공원조성지구·복합시설조성지구 및 공원주변지역을 계획적이고 체계적으로 조성·관리하기 위하여 용산공원정비구역을 지정하여야 한다.

③ 국토해양부장관은 용산공원정비구역을 지정하려는 때에는 미리 공청회를 열어 주민 및 관계 전문가 등으로부터 의견을 듣고 서울특별시시장 및 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 위원회의 심의를 거쳐야 한다.

제13조(종합기본계획의 수립) ① 국토해양부장관은 제11조 및 제12조에 따라 용산공원정비구역이 지정·고시된 때에는 용산공원정비구역에 관한 종합기본계획(이하 “종합기본계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

3.3 다른 토지이용계획과의 관계

용산공원조성계획을 고시한 경우 그 고시된 내용 중 국토계획법에 따

② 종합기본계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 종합적인 기본구상 및 추진전략
2. 토지이용·교통·경관·환경 등의 기본적인 정책방향
3. 역사·문화·복합시설 등의 보존 또는 설치의 기본방향
4. 재원조달의 기본방향
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

③ 국토해양부장관은 종합기본계획을 수립하려는 때에는 미리 공청회를 열어 주민 및 관계 전문가 등으로부터 의견을 듣고 서울특별시장 및 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 위원회의 심의를 거쳐야 한다.

제14조(용산공원조성계획의 수립) ① 제11조 및 제12조에 따라 용산공원정비구역이 지정·고시된 때에는 국토해양부장관은 제13조에 따라 수립·고시된 종합기본계획에 기초하여 용산공원조성지구에 관한 조성계획(이하 “용산공원조성계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

③ 용산공원조성계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 용산공원조성지구의 개요
2. 용산공원조성지구의 조성목표 및 조성방향
3. 자연·인문·환경 등에 대한 조사 및 분석
4. 용산공원조성지구 내 기존 건축물 및 공작물의 활용방안
5. 용산공원조성지구의 구성에 따른 토지이용, 공원시설의 배치, 상수도·하수도·쓰레기처리장·주차장 등의 기반시설의 배치 및 설치
6. 용산공원조성지구 안 지하공간의 개발 및 이용방안
7. 생태·녹지축의 구축 및 경관조성 등에 대한 계획
8. 용산공원조성지구 안 진·출입 교통체계 및 공원주변지역과의 연계 교통망
9. 용산공원조성지구의 구성을 위한 투자계획 및 재원조달방안
10. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

④ 국토해양부장관은 용산공원조성계획을 수립하려는 때에는 서울특별시장 및 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 위원회의 심의를 거쳐야 한다.

제16조(용산공원조성실시계획의 승인 등) ① 공원조성사업시행자는 제14조에 따라 용산공원조성계획이 수립·고시된 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 용산공원조성실시계획을 작성하여 국토해양부장관의 승인을 받아야 한다.

③ 국토해양부장관은 제1항에 따라 실시계획을 승인하려는 때에는 미리 관계 행정기관의 장과의 협의를 거쳐야 한다.

라 도시관리계획으로 결정하여야 하는 사항은 국토계획법 제30조에 따른 도시관리계획이 결정·고시된 것으로 본다(용산공원 조성 특별법 제14조 제6항). 또한 국토해양부장관이 실시계획을 승인함에 있어서 해당 실시계획에 대한 일정 인·허가에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인·허가를 받은 것으로 의제한다고 규정하고 있다(동법 제17조). 따라서 용산공원 조성 특별법에 있어서도 지방자치단체 계획과 권의 침해문제, 주민의 절차적 권리의 침해문제가 지적될 수 있다.

4. 보금자리주택

4.1 개념

보금자리주택이란 국가 또는 지방자치단체, 한국토지주택공사, 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사가 국가 또는 지방자치단체의 재정이거나 국민주택기금을 지원받아 건설 또는 매입하여 공급하는 임대를 목적으로 공급하는 주택과 분양을 목적으로 공급하는 소규모 주택으로서, 저소득층의 주거안정 및 주거수준 향상을 도모하고 무주택자의 주택마련을 촉진하여 국민의 쾌적한 주거생활에 이바지함을 목적으로 건설되는 주택을 의미한다(보금자리주택 건설 등에 관한 특별법 제1조, 제2조 제1호).

4.2 계획의 수립·확정에 있어 지방자치단체의 권한과 주민참여

국토해양부장관, 시·도지사는 주택종합계획 및 시·도 주택종합계획을 수립할 때 보금자리주택의 건설에 관한 사항을 포함시켜야 하며, 보금자리주택지구조성사업을 위하여 필요한 보금자리주택지구의 지정 또는 변경은 국토해양부장관의 권한에 해당한다.²⁶⁾ 이때 국토해양부장

관은 관계 중앙행정기관의 장 및 관할 시·도지사와 사전에 협의하여야 하며, 공고를 하여 주민 및 관계 전문가 등의 의견을 들어야 한다.²⁷⁾ 국토해양부장관은 사업시행자를 지정하고 시행자는 보금자리주택지구 계획을 수립하여 국토해양부장관의 승인을 받아야 한다(보금자리주택 건설 등에 관한 특별법 제15조, 제16조). 보금자리주택의 건설을 위한 계획절차에 있어 관할 광역지방자치단체의 장은 의견제출권한이 인정되며, 관할 기초지방자치단체의 경우 어떠한 절차적 권리도 보장되고 있지 않다. 이러한 점은 앞서 언급한 것처럼 주택정책에 관련된 사무를 국가사무로 파악한 입법적 결과라고 할 수 있다. 실제 이때의 계획의 내용은 도시계획으로 정하여지는 내용인데, 도시관리계획의 수립과 확정에 있어서도 기초지방자치단체의 주도적 권한이 인정되는 점이 감안되어야 할 것이다. 즉, 주택정책이 국가정책적 성격이 강하다고 하더라도 그 사무의 원래적 성격이 지방자치단체의 고유사무에 해당한다면 당해 지방자치단체의 절차적 권리는 보장되어야 할 것이다.

26) 보금자리주택건설 등에 관한 특별법 제3조(보금자리주택 건설계획 및 재원 등) ① 국토해양부장관과 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 ‘주택법’ 제7조에 따른 주택종합계획 및 같은 법 제8조에 따른 시·도 주택종합계획을 수립하는 때에는 보금자리주택의 건설에 관한 사항을 포함하여야 한다.

제6조(보금자리주택지구의 지정 등) ① 국토해양부장관은 보금자리주택지구조성사업(이하 “지구조성사업”이라 한다)을 추진하기 위하여 필요한 지역을 보금자리주택지구(이하 “주택지구”라 한다)로 지정하거나 지정된 주택지구를 변경 또는 해제할 수 있다.

27) 제8조(주택지구의 지정 등을 위한 사전협의) ① 국토해양부장관은 주택지구를 지정 또는 변경하려면 지구개요·지정목적 및 인구수용계획 등 대통령령으로 정하는 사항을 포함한 주택지구 지정안 또는 변경안에 대하여 제10조 제1항에 따른 주민 등의 의견청취 전에 국방부·농림수산식품부 등 관계 중앙행정기관의 장 및 관할 시·도지사와 사전에 협의하여야 한다.

제10조(주민 등의 의견청취) ① 국토해양부장관은 주택지구를 지정 또는 변경하려면 공고를 하여 주민 및 관계 전문가 등의 의견을 들어야 한다.

IV. 독일의 토지계획법제에 대한 비교법적 고찰

앞서 살펴본 현행 우리 토지계획법제의 법적 쟁점들에 대한 시사점을 도출하고자, 계획법제 및 지방자치제가 충실하게 운영되고 있는 독일의 경우를 비교법적으로 고찰해보고자 한다. 우리의 경우와 여러 가지 면에서 현실적인 차이를 갖지만, 지방자치제와의 토지이용계획의 의미나 기능 등은 본질적 부분에서 동일하다고 생각되므로 우리 법제에도 적용 가능한 입법기준 등의 도출을 시도해보고자 한다.

1. 공간계획체계

독일의 토지계획은 여러 가지 기준으로 유형화할 수 있겠지만 크게는 종합계획과 전문계획으로 나누어지며, 종합계획은 다시 계획대상지역의 범위에 따라 연방공간정서계획(Bundesraumordnungsprogramm), 주계획(Landesweite Raumordnungsplan), 지역계획(Regionalplan), 지방자치단체의 건설기본계획(Bauleitplan) 등으로 구분할 수 있다. 지방자치단체의 건설기본계획은 다시 예비적이고 지침적인 성격을 갖는 토지이용계획(Flächennutzungsplan)과 구속적 성격을 갖는 지구상세계획(Bebauungsplan)으로 나누어진다. 연방공간정서계획에 대해서는 연방공간정서법(Raumordnungsgesetz: ROG)이, 주계획에 대해서는 연방공간정서법과 각 주의 주계획법(Landesplanungsgesetz)이, 지방자치단체의 계획에 대해서는 연방건설법전(Baugesetzbuch: BauGB)이 주된 법적 근거가 되고 있으며, 전문계획의 경우에는 다양한 개별법률에 의해 규율되고 있다.

2. 공간계획에 대한 입법권한

2006년 연방주의 개혁(Föderalismusreform) 이전까지 공간계획에 관한

사항에 대해서는 기본법(Grundgesetz) 제75조 제4항에 따라 연방에게 대강적 내용을 정하는 입법권한을 인정하고(Rahmengesetzgebung) 규율의 구체화는 각 주에 의하여 이루어졌다. 이러한 입법권한의 분배형태는 협력적 연방주의에 기여하기 위한 취지를 가진다고 할 수 있으나, 대상사항에 대한 입법권한 및 책임의 소재를 불명확하게 하고 이를 둘러싼 연방과 주의 분쟁을 발생시키며, 대상사항에 대한 통일적 규율을 저해한다는 비판을 계속하여 받아 왔다. 또한 유럽연합 지침의 국내 입법화 의무의 이행과 관련하여서도 연방과 주의 입법절차를 병행하여야 하는 비효율성의 문제가 많이 제기되었다. 이러한 문제들로 인하여 연방주의 개혁과정에서 대강입법의 형태는 폐지되고, 공간계획에 대한 입법은 독자적 입법권한(Abweichungskompetenz)의²⁸⁾ 한 내용으로써 다뤄지게 되었다. 기본법 제72조 제3항에 새로이 규정된 독자적 입법이라는 입법권한의 형태는 연방주의 개혁으로 인해 기본법에 처음 도입되었는데, 그 내용은 연방이 제72조 제3항에서 규정하고 있는 사항에²⁹⁾ 대하여 입법권을 행사한 경우 주는 법률로써 이와 다른 내용의 규율을 제정할 수 있으며, 효력에 있어서는 신법이 우선하게 된다는 것이다. 연방 역시 원칙적으로 주의 입법권 행사 후 다른 내용의 법률을 제정할 수 있는데, 다만 이때에는 연방상원(Bundesrat)의 동의를 얻어 다르게 정하지 않는 한 공포 후 6개월이 지나서야 연방법률의 효력이 발생하게 된다. 효력발생시기에 대한 이 규정의 목적은 주에게 연방의 법률을 적용할 것인지, 연방법률과 다른 규율을 주법률에 의해 할 것인지의 판단기회를 부여하기 위한 것으로 해석될 수 있다. 이러한 기본법 개정으로 인해 연방은 대강입법권한을 가지던 종전에 비해 공간계획과 관련한 보다 완전한

28) 'Abweichungskompetenz'에 대한 우리말 번역을 이탈적 입법권한, 완전경쟁형 결합입법 등으로 한 선행연구가 있다. 박영도, "독일의 연방제개혁과 연방·주의 입법권한의 재편", 법제연구 통권 제33호(한국법제연구원, 2007), 214쪽.

29) 이에 해당하는 사항으로는 수렵, 자연보호 및 경관보호, 토지소유, 국토계획, 수자원 관리, 대학입학허가 및 대학졸업이 해당한다(기본법 제72조 제3항 제1호-제6호).

규율을 할 수 있게 되었고, 주 역시 주법률에 의해 각각의 상황이나 사정에 따른 독자적 규율을 할 수 있게 되었다. 연방공간정서법은 1965년 제정된 이후 계속하여 변천을 겪어 왔는데, 1998년 연방건설법전의 개정으로 인한 전면적인 개정, 유럽연합 지침의 국내 입법화로 인한 2004년 개정, 환경평가의 도입을 위한 2005년의 개정 등 최근 10여 년 동안에도 여러 차례의 변화가 있었다. 또한 2006년의 연방주의 개혁에 의해 공간정서법 역시 2009년에 또 다시 개정되게 되었다. 앞서 언급한 것처럼 연방주의 개혁 이전까지 연방은 공간계획에 관한 사항에 대하여 대강입법권한만을 가졌다. 그러나 연방헌법재판소는 공간계획은 현대 국가(Moderne Staat)의 필수적인 과제라고 하면서 사물의 본성(Natur der Sache)으로부터 전체 국가(Gesamt Staat)의 공간계획에 대한 배타적인 완전한 권한(ausschließliche Vollkompetenz)이 연방에 인정된다고 하였다.³⁰⁾ 그러나 연방헌법재판소의 이러한 입장이 입법권한에만 국한된 것인지에 대해 지배적인 견해는 연방의 집행권한(Verwaltungskompetenz)과도 관련이 되는 것이라고 보았다.³¹⁾ 연방헌법재판소를 통하여 인정된 이러한 불문의 입법권한에 근거하여 공간정서법 제3장에서는 연방의 공간계획에 대한 규율을 하고 있었으며, 2006년의 연방주의 개혁 이후 공간계획에 대한 입법권한은 연방과 주의 독자적 입법사항으로 변경되었다.

공간정서법의 개정은 연방주의 개혁을 통해 새롭게 주어진 입법권한의 부담능력에 대한 시험대이기도 했다. 연방주의 개혁의 주된 목적은 연방과 주의 기존 입법책임영역의 해체와 보다 명확한 책임의 확보에 있었다.³²⁾ 그러나 기본법 개정 이후 독자적 입법권한이라는 새로운 입법권한 모델에 대한 회의적 견해가 지배적이었고,³³⁾ 이는 오히려 연방

30) BVerfGE 3, 407/427; BVerfGE 15, 1/16.

31) Durner, "Das neue Raumordnungsgesetz", *NuR*(2009), 373쪽.

32) Huber, *Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?*, in: *Gutachten zum 84. Deutschen Juristentag Bd. I*(2004), S. 70.

33) Nierhaus · Rademacher, "Die große Staatsreform als Ausweg aus der

과 주가 타협을 통한 일치를 이루라는 사전압박으로 작용할 것이라고 보았으며(vorwirkend einen Druck zur kompromisshaften Einigung von Bund und Ländern),³⁴⁾ 이러한 우려는 공간정서법의 개정에서 그대로 나타나게 되었다. 즉 공간정서법의 개정에서 연방은 주가 연방법률과 다른 내용으로 독자적 입법권한을 행사할 것에 대한 우려로 인하여 스스로 입법적 자기제한(gesetzgeberische Selbstbeschränkungen)을 하게 되었는데, 공식적으로 각 주의 동의를 요건으로 하지는 않았지만 주와의 합의 하에 공간정서법의 개정작업은 이루어지게 되었다.³⁵⁾

3. 지방자치단체의 계획고권

앞서 살펴본 독일 공간계획의 체계는 계획대상지역의 범위에 따라 연방의 계획과 주, 게마인데의 계획 등으로 분류할 수 있는데, 이는 계획 권한에 따른 분류와 반드시 일치하지는 않는다. 독일의 경우에도 계획권한의 행사에 있어 지방자치단체의 계획고권(Planungshoheit)의 문제가 계속하여 논의되어 왔다. 기본법상의 공간계획에 대한 입법권한 규정(기본법 제72조 제3항)과 지방자치의 제도적 보장에 관한 규정(기본법 제28조)에 근거하여 연방과 주, 게마인데는 모두 계획에 관한 고유한 권한을 갖게 된다. 이처럼 각 계획주체가 자주적 계획권한을 갖고 이를 행사할 경우 권한의 중복이나 갈등의 문제가 발생할 수 있는데, 이와 관련하여 독일 연방공간정서법 제1조 제3항은 역류의 원칙(Gegenstromprinzip)을 규정하고 있다. 이러한 역류의 원칙은 부분공간의 발전, 질서 및 보존은 전체공간의 상황과 요구에 적합하여야 하며, 전체공간의 발

Födralismusfälle?”, *LKV*(2006), 385쪽.

34) Schulze-Fieletz, “Umweltschutz im Föderalismus-Europa, Bund und Länder”, *NVwZ*(2007), 255쪽.

35) Durner, “Das neue Raumordnungsgesetz”, *NuR*(2009), 375쪽.

전, 질서 및 보존은 부분공간의 상황과 요구를 고려하여야 한다는 것으로서 계획주체의 자주성을 바탕으로 상호간 필요한 정보제공 과정에서³⁶⁾ 권한보호를 통해 전체적인 공간에 대한 계획간의 조정과 조화를 위한 것이라 할 수 있다. 이를 지방자치단체의 입장에서 본다면 연방과 주의 공간계획과 지속적인 피드백 과정을 거치면서, 내부적으로는 고유한 형성여지를 통해 형성한 계획목표 등을 연방의 계획목표나 지침 등과 조화롭게 지방자치단체의 계획에 반영하고 외부적으로는 이렇게 형성된 지방자치단체의 계획이 연방의 계획에 반영될 수 있도록 하여야 한다는 내용으로 이해할 수 있을 것이다.³⁷⁾

공간계획에 대한 기본법상의 입법권한 규정이 경합적 입법이 아닌 독자적 입법권한으로 개정되었고, 이에 따라 공간계획의 입법에 있어 협력적 연방주의가 다소 후퇴하고 경쟁적 연방주의가 도입된 측면 역시 지적될 수 있을 것이다. 그러나 공간정서법은 공간계획에 있어 연방과 주의 협력에 관한 규정을 여전히 두고 있으며(제26조), 앞서 살펴본 것처럼 최근의 공간정서법의 개정에도 있어서도 독자적 입법권한의 행사보다는 연방과 주의 합의에 의한 개정이 이루어진 점 등을 미루어 본다면 계획권한의 문제는 궁극적으로는 실체적 조화의 원칙(Das Prinzip praktischer Konkordanz)에 근거하여 논의되고 해결되는 것이 필요하다고 하겠다. 즉 독자적 입법권한과 조화의 원칙은 상호 모순되는 것이 아니며, 지방자치단체의 이해관계를 배제한 연방의 입법권 행사는 지방자치단체의 자치고권에 대한 침해로 연결될 수 있기 때문이다. 그렇다면, 이러한 조화의 원칙이 적정하게 적용될 수 있기 위해 연방의 계획절차에

36) 공간정서법은 제26조에서 연방과 주의 협력에 대해 규정하고 있으며, 제4항에서 연방과 주에게 공간계획 과제의 수행에 필수적인 정보를 상호간 제공할 의무를 부과하고 있다.

37) Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Rdnr. 72; 김남철, “국토계획과 지방자치의 법적 문제”, 토지공법연구 제20집(한국토지공법학회, 2003), 22쪽.

지방자치단체의 참여권이 어느 정도로 인정되어야 할 것인가의 문제가 중요한 의미를 갖게 된다. 이러한 참여권의 범위와 정도에 대해서는 의견제출권을 가장 일반적으로 들고 있으며,³⁸⁾ 연방헌법재판소도 의견제출권을 자치고권의 핵심영역으로서 인정하고 있다.³⁹⁾ 그러나 지방자치단체의 참여권이 단순히 구속력 없는 의견제시에 그친다면 연방과 지방자치단체 계획 상호간의 실질적이고 능동적인 조화는 실현되기 어려울 것이다. 지방자치단체의 참여를 통하여 지방자치단체의 계획목표나 그 밖에 계획과 관련된 제안 등이 일정 부분 연방의 계획결정과정에서 반영되거나 영향을 미칠 수 있는 정도로의 보장이 필요할 것이다. 공간정서법은 주계획안과 연방공간정서계획안에 대한 이해관계 있는 공공기관의 참여규정을 두고 있으며, 이 규정을 근거로 연방은 이해관계 있는 주계획안에 대하여 주는 이해관계 있는 연방의 계획안에 대하여 공지 받고 의견을 제시할 기회를 가질 수 있다(공간정서법 제10조, 제18조).

4. 독일법제의 시사점

독일의 경우 연방국가로서 우리와 국가형태의 차이가 있는 등 현실적 상황이 다르기 때문에 독일에서의 논의가 우리의 경우에 그대로 적용되기는 어려울 것이다. 그러나 최근의 연방주의 개혁에서 나타난 공간계획법제의 입법권한에 대한 개정은, 토지계획법제에 있어 우리의 경우와 비슷한 필요성이 나타나고 있는 것으로 해석될 여지가 있다고 판단된다. 즉, 주가 형성여지를 갖던 계획의 영역에 국가의 적극적인 개입 필요성이 논의되어지고 있다고 여겨진다. 그러나 독일의 경우는 입법권한의 개정 후에도 연방의 법률이 일방적으로 주의 입법권한을 배제하는 것이 아니라 신법우선의 원칙에 따르도록 하고 있으며, 주의 이해관계를 보다

38) 김남철, 위의 논문, 22쪽.

39) BVerfGE 56, 298; BVerfGE 50, 50; BVerfGE 59, 216.

배려하고 있다. 이러한 점은 우리법제에도 시사하는 바가 있다고 하겠다. 즉 원래는 도시계획의 대상에 해당하는 사항을 국가정책의 실현을 위해 국가가 주도권을 가지고 수행할 때, 입법자는 이러한 양자의 측면을 적절히 조화시켜야 할 것이다. 즉, 조화의 원칙에 근거하여 국가에게 계획의 수립과 확정에 있어 주도적 권한을 부여한다고 하더라도 관련 지방자치단체의 실질적인 절차적 참여권이 보장되도록 하여야 할 것이다. 또한 계획간의 관계에 있어서는 연방공간정서법에서 명문으로 규정하고 있는 역류의 원칙으로부터 시사점을 도출할 수 있을 것이다. 즉, 계획주체의 자주성을 바탕으로 상호간 필요한 정보제공 과정에서의 권한보호를 통해 전체적인 공간에 대한 계획간의 조정과 조화가 행해져야 한다. 국가와 지방자치단체가 토지계획에 관해 지속적인 피드백 과정을 거치면서, 지방자치단체 내부적으로는 고유한 형성여지를 통해 형성한 계획목표를 국가의 계획목표나 지침 등과 조화롭게 반영하고, 외부적으로는 이렇게 형성된 지방자치단체의 계획이 연방의 계획에 반영될 수 있도록 하여야 한다는 것이 그 내용이다.

V. 맺는 말

지금까지 최근 토지법제에서 나타나고 있는 두드러진 현상으로서 특별법에 근거한 토지계획 및 이용의 법적 쟁점에 대하여 살펴보았다. 특히 계획의 수립과 확정절차에 있어 지방자치단체의 권한이 어느 정도로 보장되어야 하는지의 문제를 중심으로 논의를 전개하였다. 지방자치단체의 권한범위의 확정에 있어서는 먼저 당해 토지계획의 수립과 확정이 국가사무에 해당하는지 지방자치단체의 사무에 해당하는지가 검토되어야 한다. 이 발표에서 대상이 된 토지계획들이 담고 있는 내용은 원칙적으로는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 도시계획으로 담아내

야 하는 것들이 대부분이다. 그러나 그 내용이 원래 도시계획의 대상에 해당한다고 하더라도 국가정책의 실현의 성격이 훨씬 강하다면, 입법자는 이러한 양자의 측면을 적절히 조화시켜야 할 것이다. 즉, 국가에게 계획의 수립과 확정에 있어 주도적 권한을 부여한다고 하더라도 관련 지방자치단체의 실질적인 절차적 참여권이 보장되도록 하여야 할 것이다. 또한 계획간의 관계에 있어서도 특별법상의 계획이 다른 계획의 내용을 일방적으로 배제하는 형태가 아니라 조화의 원칙에 근거하여 논의되고 해결되어야 할 것이다. 즉, 계획주체의 자주성을 바탕으로 상호간 필요한 정보제공 과정에서의 권한보호를 통해 전체적인 공간에 대한 계획간의 조정과 조화를 위한 것이라 할 수 있다. 즉, 국가와 지방자치단체가 토지계획에 관해 지속적인 피드백 과정을 거치면서, 지방자치단체 내부적으로는 고유한 형성여지를 통해 형성한 계획목표를 국가의 계획목표나 지침 등과 조화롭게 반영하고, 외부적으로는 이렇게 형성된 지방자치단체의 계획이 연방의 계획에 반영될 수 있도록 하여야 한다. 그러나 궁극적으로는 도시계획과 주택에 관련된 사무에 관한 권한이 실질적으로 지방자치단체에게 인정되는 것이 바람직하다고 생각된다.

(투고일 2011년 7월 10일, 심사일 2011년 8월 10일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 지방자치단체 자치행정, 계획고권, 공간개발계획, 실체적 조화의 원칙, 참여절차

참고문헌

1. 단행본

- 건설교통부, 민간복합도시개발 제도화방안, 민간복합도시(기업도시) 개발방향과 특별법 제정(안)에 관한 공청회 자료집, 2004.
- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007.
- 김현아, 기업도시 건설을 위한 기업의 지방이전 및 투자유인대책, 건설산업연구원, 2004.
- 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2009.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1999.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006.

2. 논문

- 김남철, “국토계획과 지방자치의 법적 문제”, 토지공법연구 제20집, 한국토지공법학회, 2003.
- 류지태, “현행 토지계획법제의 평가”, 부동산연구 제12집 제2호, 한국부동산연구원, 2002.
- 박영도, “독일의 연방제개혁과 연방·주의 입법권한의 재편”, 법제연구 통권 제33호, 한국법제연구원, 2007.
- 배영길, “우리나라의 토지계획법제”, 토지공법연구 제50집, 한국토지공법학회, 2010.
- 서순탁, “기업도시 건설정책·입법평가”, 토지공법연구 제35집, 한국토지공법학회, 2007.
- 성소미, “기업도시의 공공성 확보를 위한 법적 검토”, 부동산학보 제

- 24집, 한국부동산학회, 2005.
- 신봉기, “계획고권 논쟁의 종식과 우리의 과제”, 법률신문 연구논단, 2002. 5. 16.
- 황해봉, “기업도시, 혁신도시 및 행정중심복합도시 법제에 대한 토지 공법적 검토”, 토지공법연구 제37집 제2호, 한국토지공법학회, 2007.
- Durner, Das neue Raumordnungsgesetz, *NuR*, 2009.
- Huber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, *Gutachten zum 84. Deutschen Juristentag Bd. I*, 2004.
- Brohm, Die Koordination der Raumplanungen im Spannungsverhältnis zwischen gemeindlicher Ortsplanung und überörtlicher Fachplanung, *in: Planung-Recht-Rechtsschutz*, Festschrift für Willi Blümel, 1999.
- Nierhaus/Rademacher, Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfälle?, *LKV*, 2006.
- Schulze-Fieletz, Umweltschutz im Föderalismus-Europa, Bund und Länder, *NVwZ* 2007.

[Zusammenfassung]

Kritische Einschätzung der aktuellen Raumplanungsrecht

Hyun Im*

Nach dem Jahr 2000 wurde in Korea das Raumplanungssystem im großen Teil umgebildet. Danach wurden die zwei wichtigen Gesetze, d.h. das Gesetz für Raumplanung und das Gesetz für Raumplanung und Raumentwicklung neu erlassen. Nach diese zwei Raumplanungsgesetze ist ein Stadtentwicklungsplan von jeden kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften aufzustellen. Aber viele Sondergesetze für Raumplanung und Raumentwicklung wurden in dieser Zeit neu erlassen. Und diese Sondergesetze haben rechtliche Probleme über die Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung.

Nach diesem Gesichtspunkt handelt diese Abhandlung zuerst über die Leitprinzip des Raumplanungsrecht. Es handelt sich um den Ausgleich der Interessen zwischen der Öffentlichkeit und der Privat. Und die Raumplanung ist nach dem Gesichtspunkt der effektiven Bodennutzung und der Selbstverwaltungs der Kommunen zu organisieren und zu gliedern. Dadurch müssen die Planungshoheit der Kommunen garantieren werden. Aber die neue Sondergesetze haben die Möglichkeit, die Planungshoheit der Kommunen verletzen zu können.

Um diesen Gedanke zu konkretisieren, wird in dieser Abhandlung die

* Rechtswissenschaftliche Fakultät der Dankook Universität von Korea.

Raumplanungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland behandelt, wie Gesetzgebungskompetenz, Gegenstromprinzip, Prinzip praktischer Konkordanz. Nach der Änderung des Grundgesetzes in Deutschland durch die Föderalismusreform ändert die Rahmengesetzgebungskompetenz sich zur Abweichungskompetenz. Entsprechend dieser Änderung haben der Bund und die Länder eigene Gestaltungsspielräume über die Raumordnung. Dennoch handelt es sich um das Prinzip der Konkordanz und die kooperative Föderalismus wie früher im Gesetzgebungsverfahren. Und das Gegenstromprinzip für den Ausgleich und die Übereinstimmung der Befugnisse von jeden Planungsträgern ist besonders wichtig. Um diesen Zweck zu konkretisieren, bestimmt das Raumordnungsgesetz und Baugesetzbuch die Zusammenarbeit von Bund, Länder und Gemeinden. Durch diesen Vergleich mit deutschem Recht versucht diese Abhandlung, wie die Planungshoheit der Kommunen garantieren und entfalten wird. Die Forschungsergebnissen wurden die einigen rechtlichen Problemen der Sondergesetzen hingewiesen, wie Zentralisierungsproblem und das Erfordernis der gesetzliche Bestimmung über die Koordination und Kooperation zwischen Staat und Kommunen, das Beteiligungsrecht der Kommunen und Einwohnern.

Key Words : Selbstverwaltung, Planungshoheit, Raumentwicklungsplanung, Das Prinzip praktischer Konkordanz, Beteiligungsverfahren