

법무법인 휘명

(06162) 서울 강남구 테헤란로63길 11, 8층(삼성동, 이노센스빌딩)
전화 02-558-1600(대) / 팩스 02-558-7666

작성일자 2020. 7. 29.
수신 서울특별시
참조 도로계획국 시설계획과 고경곤 주무관님
법률지원담당관 박희제 변호사님
제목 실효에 임박한 장기미집행 도시계획시설을 도시자연공원구역
으로 지정하는 행정행위 처분 요구
자문의뢰번호 2020-0601-3

I. 질의 배경

- 97헌바26『도시계획법 제6조 위헌소원』의 헌법불합치 판결에 따라 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’)』 제48조 제1항에 “도시·군계획시설 결정이 고시된 도시·군계획시설에 대하여 그 고시일부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시·군계획시설 결정은 그 고시일부터 20년이 되는 날의 다음날에 그 효력을 잃는다”고 규정하고 있음
- 이러한 도시계획시설과 별도로 국토계획법 제38조의2에 의하면 시도지사 등은 “도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공하기 위하여 도시지역 안에서 식생(植生)이 양호한 산지(山地)의 개

발을 제한할 필요가 있다고 인정하면 ‘도시자연공원구역’의 지정 또는 변경을 도시관리계획으로 결정” 할 수 있도록 하고 있으며, 도시자연공원구역의 구체적인 지정 기준, 행위제한 및 관리 등에 관한 사항은 『도시공원 및 녹지에 관한 법률(이하 ‘공원녹지법’)』 및 「도시자연공원구역의 지정 및 변경 등에 관한 지침(국토교통부)」에서 정하고 있음

- 이에 따라 서울시에서는 식생이 양호한 산지 등을 대상으로 2020. 6. 29. 도시자연공원구역으로 결정 고시하였음

II. 질의 사항

1. 장기미집행시설(공원) 실효 대비 도시관리계획(공원구역) 지정이 위 헌법불합치 판결에 위배되는지 여부
2. 사유재산권 제한 부분에서의 도시자연공원구역 지정 위배 여부
3. 공익과 사익을 정당하게 비교·교량을 하지 않은 비례원칙 위배 여부

III. 검토

1. 질의사항 1.항에 대한 검토

구 도시공원법에 의하여 도시공원으로 지정되었던 토지에 대하여 공원녹지법 및 국토계획법에 따른 자연공원구역으로 지정하였을 경우 법률상 정의에서는

‘도시공원’ 과 ‘도시자연공원구역’ 이 다르나, 유사한 행정목적으로 사인의 재산권을 제한하는 성격은 동일하다고 할 것입니다.

<구 도시공원법>

제1조 (목적) 이 법은 도시에 있어서의 공원의 설치 및 관리와 녹지의 보전 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 쾌적한 도시환경을 형성하여 건전하고 문화적인 도시생활의 확보와 공공의 복리증진에 기여함을 목적으로 한다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. "도시공원"이라 함은 도시지역안에서 자연경관의 보호와 시민의 건강·휴양 및 정서생활의 향상에 기여하기 위하여 국토의계획및이용에관한법률 제30조의 규정에 의하여 결정된 것을 말한다.

<도시공원 및 녹지 등에 관한 법률>

제1조(목적) 이 법은 도시에서의 공원녹지의 확충·관리·이용 및 도시녹화 등에 필요한 사항을 규정함으로써 쾌적한 도시환경을 조성하여 건전하고 문화적인 도시생활을 확보하고 공공의 복리를 증진시키는 데에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. "도시공원"이란 도시지역에서 도시자연경관을 보호하고 시민의 건강·휴양 및 정서생활을 향상시키는 데에 이바지하기 위하여 설치 또는 지정된 다음 각 목의 것을 말한다. 다만, 제3조, 제14조, 제15조, 제16조, 제16조의2, 제17조, 제19조, 제19조의2, 제19조의3, 제20조, 제21조, 제21조의2, 제22조부터 제25조까지, 제39조, 제40조, 제42조, 제46조, 제48조의2, 제52조 및 제52조의2에서는 나목에 따른 도시자연공원구역은 제외한다.

가. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제6호나목에 따른 공원으로서 같은 법 제30조에 따라 도시·군관리계획으로 결정된 공원

나. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제38조의2에 따라 도시·군관리계획으로 결정된 도시자연공원구역(이하 "도시자연공원구역"이라 한다)

<국토의 계획 및 이용에 관한 법률>

제38조의2(도시자연공원구역의 지정) ① 시·도지사 또는 대도시 시장은 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공하기 위하여 도시지역 안에서 식생(植生)이 양호한 산지(山地)의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정하면 도시자연공원구역의 지정 또는 변경을 도시·군관리계획으로 결정할 수 있다. <개정 2011.4.14>
② 도시자연공원구역의 지정 또는 변경에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

헌법재판소 97헌바26 판결은 구 도시계획법 제4조에 대하여 헌법불합치결정을 하였는바, 그 이유에서 “도시계획시설결정으로 말미암아 종래의 용도대로도 토지를 사용할 수 없거나 사적 이용권이 완전히 배제되는 경우에도 이 사건 법률조항이 아무런 보상 없이 장기간 이를 감수하도록 규정하고 있는 한, 이러한 부담은 법이 실현하려는 중대한 공익으로도 정당화될 수 없는 과도한 부담이므로, 이 사건 법률조항은 이러한 점에 있어서 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다. 즉, 이 사건 법률조항의 위헌성은 ‘도시계획시설결정’ 이란 제도 자체에 있는 것이 아니라 그 시행과정에서 도시계획시설결정의 장기적인 시행지연으로 말미암아 토지소유자에게 발생하는 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담에 대하여 보상규정을 두지 아니한 것에 있다.” 라고 판시하였습니다.

즉 도시계획시설결정 제도로 인하여 토지소유자의 재산권 행사가 제한되는 것이 위헌이라는 것이 아니라 도시계획시설결정으로 말미암아 종래의 용도대로도 토지를 사용할 수 없거나 사적 이용권이 완전히 배제되는 경우임에도 아무런 보상 없이 장기간 이를 감수하도록 하는 것이 헌법에 위반된다는 것이 헌법재판소의 입장입니다.

국토계획법 제48조 제1항 도시계획시설(공원)으로 지정되었던 토지에 대하여 도시자연공원구역으로 지정하는 것이 해당 토지에 대한 재산권행사 제한상태를 연장하는 측면이 있으나, 위 헌법재판소 판결에서 언급한 토지소유자에 대한 보상 형태로 언급한 매수청구권, 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 중에서 공원녹지법은 토지소유자에게 매수청구권을 부여하고 있으며, 지방자치단체가 조례 개정을 통하여 재산세 감면의 혜택을 부여하고 있는바, 이 사건 도시자연공원구역 지정이 위 헌법재판소의 판결에 위배된다고 보이지는 않습니다.

2. 질의사항 2.항에 대한 검토

국토계획법의 도시계획시설의 경우에는 실효제도가 있음에도 불구하고(국토계획법 제48조) 공원녹지법에 의한 도시자연공원구역의 경우 용도지역에 불과하여 실효제도가 없으므로 도시공원을 도시자연공원구역으로 지정한 것이 국토계획법 제48조 적용을 면탈하는 행위라고 볼 가능성을 배제할 수는 없습니다.

<국토의 계획 및 이용에 관한 법률>

제48조(도시·군계획시설결정의 실효 등) ① 도시·군계획시설결정이 고시된 도시·군계획시설에 대하여 그 고시일부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시·군계획시설결정은 그 고시일부터 20년이 되는 날의 다음날에 그 효력을 잃는다. <개정 2011. 4. 14.>

② 시·도지사 또는 대도시 시장은 제1항에 따라 도시·군계획시설결정이 효력을 잃으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 지체 없이 그 사실을 고시하여야 한다. <개정 2011. 4. 14.>

③ 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 도시·군계획시설결정이 고시된 도시·군계획시설(국토교통부장관이 결정·고시한 도시·군계획시설 중 관계중앙행정기관의 장이 직접 설치하기로 한 시설은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)을 설치할 필

요성이 없어진 경우 또는 그 고시일부터 10년이 지날 때까지 해당 시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 현황과 제 85조에 따른 단계별 집행계획을 해당 지방의회에 보고하여야 한다. <신설 2011. 4. 14., 2013. 3. 23., 2013. 7. 16.>

④ 제3항에 따라 보고를 받은 지방의회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 도시·군계획시설결정의 해제를 권고할 수 있다. <신설 2011. 4. 14.>

⑤ 제4항에 따라 도시·군계획시설결정의 해제를 권고받은 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 특별한 사유가 없으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 도시·군계획시설결정의 해제를 위한 도시·군관리계획을 결정하거나 도지사에게 그 결정을 신청하여야 한다. 이 경우 신청을 받은 도지사는 특별한 사유가 없으면 그 도시·군계획시설결정의 해제를 위한 도시·군관리계획을 결정하여야 한다. <신설 2011. 4. 14.>

그러나, 위 헌법재판소 1999. 10. 21. 97헌바26 판결은 도시계획시설 제도 자체가 위헌인 것이 아니라, 종래의 용도대로도 토지를 사용할 수 없거나 사적 이용권이 완전히 배제되는 경우임에도 불구하고 아무런 보상 없이 토지소유자로 하여금 장기간 감수하도록 하는 것이 헌법에 부합하지 않는다는 것입니다.

비록 도시자연공원구역의 경우 실효제도는 없으나, 토지소유자에게 관할행정청에 대한 매수청구권을 인정하였는바(공원녹지법 제29조), 이러한 제도를 됨으로서 토지소유자가 입는 재산권제한에 대하여 보상을 하고 있는바, 토지소유자가 수인하기 어려운 정도의 과도한 재산권제한이라고 보기는 어렵다고 사료됩니다.

<도시공원 및 녹지 등에 관한 법률>

제29조(토지매수의 청구) ① 도시자연공원구역의 지정으로 인하여 도시자연공원구역의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저하게 감소된 토지 또는 해당 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지(이하 "매수대상토지"라 한다)의 소유자로서 다음 각 호의 어느 하

나에 해당하는 자는 그 도시자연공원구역을 관할하는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 해당 토지의 매수를 청구할 수 있다.

1. 도시자연공원구역의 지정 당시부터 해당 토지를 계속 소유한 자
2. 토지의 사용·수익이 사실상 불가능하게 되기 전에 그 토지를 취득하여 계속 소유한 자
3. 제1호 또는 제2호의 자로부터 해당 토지를 상속받아 계속 소유한 자

② 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 제1항에 따라 매수 청구를 받은 토지가 제3항에 따른 기준에 해당되는 경우에는 이를 매수하여야 한다.

③ 매수대상토지의 구체적인 판정기준은 대통령령으로 정한다.

3. 질의사항 3.항에 대한 검토

공원녹지법의 목적은 도시에서의 공원녹지의 확충·관리·이용 및 도시녹화 등에 필요한 사항을 규정함으로써 쾌적한 도시환경을 조성하여 건전하고 문화적인 도시생활을 확보하고 공공의 복리를 증진시키는 데에 이바지하는 것이며(공원녹지법 제1조)인바, 도시자연공원구역의 지정 및 변경의 기준은 대상 도시의 인구·산업·교통 및 토지이용 등 사회경제적 여건과 지형·경관 등 자연환경적 여건 등을 종합적으로 고려하도록 되어 있습니다(공원녹지법 제26조).

<도시공원 및 녹지 등에 관한 법률>

제1조(목적) 이 법은 도시에서의 공원녹지의 확충·관리·이용 및 도시녹화 등에 필요한 사항을 규정함으로써 쾌적한 도시환경을 조성하여 건전하고 문화적인 도시생활을 확보하고 공공의 복리를 증진시키는 데에 이바지함을 목적으로 한다.

제26조(도시자연공원구역의 지정 및 변경의 기준) 도시자연공원구역의 지정 및 변경의 기준은 대상 도시의 인구·산업·교통 및 토지이용 등 사회경제적 여건과 지형·경관 등 자연환경적 여건 등을 종합적으로 고려하여 대통령령으로 정한다.

<도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 시행령>

제25조(도시자연공원구역의 지정 및 변경의 기준) ① 시·도지사 또는 「지방자치법」 제175조에 따른 서울특별시·광역시 및 특별자치시를 제외한 인구 50만 이상 대도시의 시장은 법 제26조에 따라 도시자연공원구역을 지정하거나 변경할 때에는 다음 각 호의 구분에 따른 기준에 따라야 한다. <개정 2010. 6. 29., 2016. 3. 29., 2018. 1. 9.>

1. 지정에 관한 기준

가. 도시지역 안의 식생이 양호한 수림의 훼손을 유발하는 개발을 제한할 필요가 있는 지역 등 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공할 수 있는 지역을 대상으로 지정할 것

나. 「환경정책기본법」에 따른 환경성평가지도, 「자연환경보전법」에 따른 생태·자연도, 녹지자연도, 임상도 및 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 토지적성에 대한 평가 결과 등을 고려하여 지정할 것

2. 경계설정에 관한 기준

가. 보전하여야 할 가치가 있는 일정 규모의 지역 등을 포함하여 설정하되, 지형적인 특성 및 행정구역의 경계를 고려하여 경계를 설정할 것

나. 주변의 토지이용현황 및 토지소유현황 등을 종합적으로 고려하여 경계를 설정할 것

다. 도시자연공원구역의 경계선이 법 제28조제1항에 따른 취락지구(이하 "취락지구"라 한다), 학교, 종교시설, 농경지 등 기능상 일체가 되는 토지 또는 시설을 관통하지 아니할 것

3. 변경 또는 해제에 관한 기준

가. 녹지가 훼손되어 자연환경의 보전 기능이 현저하게 떨어진 지역을 대상으로 해제할 것

나. 도시민의 여가·휴식공간으로서의 기능을 상실한 지역을 대상으로 해제할 것

②제1항에서 규정된 사항 외에 도시자연공원구역의 지정 및 변경의 구체적 기준에 관하여는 국토교통부장관이 정하여 고시한다. <개정 2008. 2. 29., 2010. 6. 29., 2013. 3. 23.>

서울시의 도시자연공원지역 지정으로 달성하고자 하는 공익은 쾌적한 도시환경을 조성하여 건전하고 문화적인 도시생활을 확보하고 공공의 복리 증진인데, 도시공원구역지정 이전 당시 도시공원 중 86%가 미집행 공원(1인당 9.57㎡)으로 미집행 공원 중 사유지만 실효(해제)된다고 가정하더라도 도시계획시설 공원은 1인당 6.75㎡로

현재의 전반 수준으로 줄어들게 되어 서울시의 자연경관과 환경을 유지하기 어렵게 될 것으로 예측된 상황에서 도시자연공원구역 지정은 이러한 공익달성을 위하여 적합하며, 도시자연공원지역 지정으로 인하여 토지소유자의 재산권행사가 제한받으나, 토지소유권이 절대적인 권한이 아니라 국민경제의 관점에서나 그 사회적 기능에 있어서 다른 재산권과 같게 다루어야 할 성질이 것이 아니고 보다 강하게 공동체 이익을 관철할 것이 요구되는바(헌법재판소 97헌바26 판결 참조), 토지재산권에 대한 과도한 제한이 되지 않기 위하여 토지소유자에게 관할행정청에 대한 매수청구권을 보장하고 있으며(공원녹지법 제29조), 토지소유자에게 제한된 행위에 대하여 시장의 허가를 얻어 건축물의 건축 또는 공작물의 설치와 이에 따르는 토지의 형질변경 등 행위를 허용(공원녹지법 제27조)하였으며, 조례를 개정하여 재산세 감면조항을 신설하는 등 도시자연공원지역 지정으로 인한 재산권행사 제한이 수인한계를 넘지 않도록 보상제도를 도입하였는바, 이러한 재산권제한은 비례의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것입니다.

법무법인 휘 명

담당변호사 한 봉 희



◎ 이상의 검토 의견은 귀사에서 제공한 제반 사실과 자료를 기초로 한 것이므로, 법률문제는 구체적인 사안 및 관점에 따라 결론이 달라질 수 있습니다. 본 의견서는 귀사의 업무처리에 도움을 드리고자 위 사안에 국한되어 작성되었으므로 다른 용도 또는 귀사가 아닌 제3자가 사용할 수 없으며, 본 의견서 또는 사본을 제3자에게 제공하고자 하실 때에는 저희 법무법인의 동의를 받으시기 바랍니다.