

건설법연구

일반논문

관리처분계획 하자의 유형과 일부 취소 / 정 원
체육시설의 공공성과 회원 지위의 승계 / 장현철
장기미집행 도시계획시설과 기한부건축물 / 김진훈
도시계획시설과 주차장의 부대시설 / 문제운
공원일몰제와 도시자연공원구역지정 / 양정훈

건설법연구회 운영규정



서울대학교 법학연구소 건설법센터
건설법연구회

『건설법연구회』

제5호 2021. 4. 30.

일반논문

- 관리처분계획 하자의 유형과 일부 취소 / 정 원
- 체육시설의 공공성과 회원 지위의 승계 / 장현철
- 장기미집행 도시계획시설과 기한부건축물 / 김진훈
- 도시계획시설과 주차장의 부대시설 / 문제운
- 공원일몰제와 도시자연공원구역지정 / 양정훈

건설법연구회 운영규정

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제5호 2021년 4월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 5, April 2021

관리처분계획 하자의 유형과 일부 취소

- 반포주공아파트 관리처분계획취소 사건을 중심으로 -

정 원*

국문초록

관리처분계획에 관한 소송은 도시정비사업에 관한 분쟁에서 상당한 비중을 차지하고 있다. 관리처분계획이 수립되면 조합원들의 권리와 의무에 관해 구체적인 사항이 확정되기 때문이다. 이러한 관리처분계획에 관한 소송 중 재건축부담금 부과와 관련해 재건축시장에서 관심이 집중된 반포주공1단지 관리처분계획 취소사건의 제1,2심판결을 토대로 관리처분계획의 하자 유형과 그에 따라 일부 취소가 허용되는 범위를 살펴보았다.

반포주공아파트 관리처분계획에서 주로 문제된 하자는 분양신청 과정에서의 하자였다. 1+1분양이 가능한 상황에서 조합원 종전자산가액과 종후자산가액의 평균금액을 기준으로 조합원별 분양신청이 가능한 평형군을 안내하였는데 이 중 일부 조합원들이 자신의 의사대로 분양신청을 하지 못한 하자가 있다고 주장한 것이다. 제1심법원은 조합원들간 분양신청에 차등을 둔 것은 중대한 하자이고 이러한 하자로 인하여 관리처분계획 전체의 취소가 불가피하다고 보았다. 그러나 제2심법원은 위와 같은 하자가 인정되는 조합원들에 한하여 관리처분계획을 취소하였다.

관리처분계획의 하자는 절차상 하자과 내용상 하자로 분류할 수 있고 그에 따라 일부 취소의 허용범위가 달라질 수 있다. 관리처분계획이 갖는 중요한 역할을 고려할 때 하자의 유형에 따라 일부 취소가 가능한 경우 계획 전체를 취소하는 것은 바람직하지 않다.

본 사건의 경우 분양신청 과정상 하자는 사인의 공법행위로서 해당 하자를 주장하는 조합원들이 소를 제기하는 것이 원칙이고 일부 취소가 허용되어야 하는 사안으로 보인다.

* 변호사, 법무법인(유) 지평

주제어 : 관리처분계획 일부 취소, 하자 유형, 원고 적격, 반포주공아파트

목 차

- I. 들어가며 : 반포주공아파트 관리처분계획을 둘러싼 법적 다툼
- II. 관리처분계획 하자의 유형과 일부취소
- III. 관리처분계획 취소를 구할 수 있는 원고 적격
- IV. 결론

I. 들어가며 : 반포주공아파트 관리처분계획을 둘러싼 법적 다툼

1. 반포주공아파트 관리처분계획 취소 사건의 개요

서울행정법원은 2019. 8. 16. 반포주공1단지주택재건축정비사업조합(이하 '이 사건 조합')의 조합원 267명이 조합을 상대로 제기한 관리처분계획취소사건에서 원고들 청구를 인용하여 관리처분계획 전부를 취소하였다(서울행정법원 2019. 8. 16. 선고 2018구합593 판결). 이 사건 조합은 구 도시 및 주거환경정비법(2017. 2. 9. 법률 제14567호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법')에 따라 종전자산의 가액이 신축되는 아파트의 분양가액을 초과하는 경우 그 종전 자산의 범위 내에서 2주택을 공급받을 수 있도록 하는 이른바 '1+1' 분양이 가능한데, 기존 42평형 조합원은 대체로 '25평형+46평형'을 공급받을 수 있었다. 그런데 42평형 조합원들 중 일부는 '25평형+54평형'을 신청하고자 하였는데 분양신청 접수를 거부당하였다고 주장하면서 그 결과 조합원들 간 신축 아파트의 귀속에 관하여 형평의 원칙에 반하게 되어 위법하다는 등의 사유로 소를 제기한 것이다.¹⁾ 서울행정법원은 원고들 주장을 받아들여 관리처분계획 전부를 취소하였다. 행정법원의 제1심판결은 특히 서울 강남 지역 재건축조합들에 상당한 파장을 일으켰는데, 위 판결이 확정된다면 이 사건 조합원들에게는 1인당 수 억 원이 넘는 재건축부담금이 부과될 위험에 놓이기 때문이었다.²⁾

1) 위 사유 외에도 이 사건 아파트 단지 내에 있는 한국토지주택공사 소유의 공유지를 관리처분계획에 반영하지 않았고, 시공자선정결의가 무효이므로 관리처분계획이 무효라는 등의 사유도 관리처분계획의 하자 사유로 주장하였으나 본 검토에서는 따로 다루지 않는다.

2) 재건축부담금 부과대상 사업으로서 2017. 12. 31.까지 관리처분계획인가를 신청한 재건축사업은 재건축부담금을 면제하는데(재건축초과이익 환수에 관한 법률 제3조의2), 관리처분계획이 취소된다면

관리처분계획에 하자가 있다면 관리처분계획변경인가를 통해 하자를 보완하여 사업을 계속 추진하는 것이 일반적인 사업시행방식이다. 대법원은 관리처분계획의 변경인가가 최초 인가의 주요 부분을 실질적으로 변경하면 처음의 인가처분이 변경인가에 흡수되어 효력을 상실한다는 입장(흡수론)을 취하고 있으므로(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두19799 판결 등), 분양신청 과정에 문제를 제기하는 조합원들을 포함해 다시 분양신청을 받아 관리처분계획변경인가를 받으면 최초 관리처분계획인가 취소를 구하는 소송의 경우 소의 이익이 없어 각하된다.³⁾ 그러나 이 사건의 경우 재건축부담금 부과와 위험이 컸기 때문에 전면적으로 분양신청을 다시 받아 '변경인가' 형식으로 최초 인가의 하자를 치유하는 해결방식을 취할 수 없었다.⁴⁾ 그 결과 관리처분계획이 위법하더라도 일부만 취소(분양신청권이 침해된 것으로 볼 수 있는 일부 42명 조합원들의 분양예정 대지 및 건축물의 명세 및 추산액에 관한 부분)되어야 한다거나 분양신청권을 침해받은 조합원 외의 조합원들은 관리처분계획의 취소를 구할 원고 적격이 없다는 주장이 사건의 주요 쟁점이 되었다. 제1심은 원고들 주장을 인용하면서 관리처분계획 전부의 취소를 명한 반면, 제2심은 분양신청권이 침해된 것으로 인정된 12명에 대한 관리처분계획 중 신축건축물 분양에 관한 부분만 취소함으로써 일부취소를 인정하였다(서울고등법원 2020. 12. 24. 선고 2019누55516 판결).⁵⁾

2. 제1심판결의 요지

제1심이 인정한 사실관계에 의하면 기존 42명 조합원들의 세대별 종전자산의 평균 추정가액은 31억 5,700만 원이었고, 조합원분양분 신축아파트 중 25평형, 46평형, 54평형의 세대별 평균 추산액은 각 11억 370만 원, 20억 3,340만원, 22억 5,670만 원으로서 평균액으로 산정하면 기존 42명 조합원들은 25+46평형 신청은 가능하지만 25+54평형은 종전자산가액을 초과하므로 선택할 수 없었다. 이러한 점 때문에 이 사건 조합이 조합원들에게 보낸 분양신청안내문에는 42명 조합원들의 경우 25+54평형은 '선택불가'라고 기재되어 있었다.⁶⁾ 한편 위와

위 면제의 효력을 주장하는 데 어려움이 발생할 수 있다.

- 3) 이러한 흡수론의 문제점에 대하여는 김중보, 재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익, 행정법연구 제56호, 2019. 2. 12-19면 참조.
- 4) 형식은 변경인가이지만 실질은 새로운 관리처분계획인가로 볼 수 있어 2017. 12. 31.까지 관리처분계획인가를 신청해야만 재건축부담금을 면제받는 혜택을 적용받기 힘들다는 문제가 발생하기 때문이다.
- 5) 제2심판결에 대해 원고들이 항소하였으나, 소를 취하여 2021. 2. 3. 소취하로 사건이 종결되었다.
- 6) 조합원들이 분양신청을 하기 전에는 개별적인 종전자산과 종후자산의 가액을 정확히 알 수 없었던 점은 구 도시정비법상 분양신청 제도가 갖는 중대한 문제였다. 구 도시정비법(2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부개정되기 전의 것) 제46조 및 구 도시정비법 시행령(2018. 1. 25. 대통령령 제28610호로 일부개정되기 전의 것) 제47조, 그리고 서울특별시 도시 및 주거환경 정비조례(2018. 1. 4. 조례 제6775호로 일부개정되기 전의 것) 제24조는 분양공고 및 분양신청의 절차와 관련하여 '개략적인 부담금 내역'만을 사업시행인가의 고시일로부터 60일 이내에 통지하도록 정하고 있었다. 이 때문에 자신의 종전 자산가액을 제대로 알지 못한 채 분양신청을 하는 등의 부작용이 컸고, 이를 반영하여 2017. 2. 9. 도시정비법이 전부 개정되면서 현재와 같이 사업시행인가 후 120일 이내에 종전

같은 안내문 기재에도 불구하고 42평 조합원들 중 80명은 25+54평형을 1순위로 기재하여 분양신청을 하였으나, 42평 조합원 중 일부 조합원들은 조합이 분양신청 접수를 거부하는 등의 사정으로 분양신청을 하지 못하였다.

제1심 법원은 위 사실관계를 전제로, 이 사건 관리처분계획이 위법하다고 판단하였다. 집합건물법 제47조 제3항, 제4항에 의하면 재건축의 결의를 할 때에는 건물의 철거 및 새 건물의 건축에 소요되는 비용의 분담에 관한 사항과 새 건물의 구분소유권의 귀속에 관한 사항을 정하여야 하고, 위와 같은 사항은 각 구분소유자의 형평이 유지되도록 정하지 아니하면 아니된다고 규정하고 있으므로, 재건축의 결의가 위와 같은 사항에 관하여 각 구분소유자 간의 형평에 현저히 반하는 경우에는 재건축 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이고(대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다11404 판결), 도시정비법상 명문의 규정은 없으나, 법령에 의하여 주택재건축정비사업조합의 조합원의 지위가 인정되는 조합원들 사이에 권리의 차등을 두는 총회 결의는 특별한 사정이 없는 이상 무효라고 전제하였다.⁷⁾ 이 법리를 토대로 “이 사건 관리처분계획 중 42평형 조합원들에 대한 2주택 공급에 관한 내용은 원칙적으로 25+54평형의 분양신청을 금지하고 예외적으로 일부 조합원에 대해서만 허용함을 전제로 마련되었고, 이는 42평형 조합원들과 그 외 다른 평형 아파트를 소유한 조합원들과 사이는 물론 42평형 조합원들 사이에서도 권리의 차등을 둔 것으로서 특별한 이유 없이 일부 42평형 조합원들의 재산권의 본질적인 부분을 중대하게 침해하고 조합원들 간 권리배분의 왜곡을 불러와 현저히 형평의 원칙에 반하므로 위법하여 취소되어야 한다”라고 판시한 것이다.

한편, 관리처분계획취소의 범위와 관련하여 제1심은 “상당수 42평형 조합원들에 대한 2주택 공급에 관한 내용이 취소되어야 하는 이상, 조합원분양분의 전체적인 배분내용 및 각 평형별 물량 자체가 변경될 수밖에 없고, 이로써 전체 조합원들의 분담금(내지 환급금) 내역도 함께 연쇄적으로 변경되므로 결국 위 관리처분계획의 하자는 이 사건 관리처분계획 전체에 영향을 미치므로 관리처분계획을 전부 취소하였다. 한편 원고들이 주장하는 하자는 42평형 조합원 중 25+54평형을 신청하려고 하였으나 조합이 거부한 조합원들에 한정하여 그 취소를 구할 원고적격이 있다는 주장에 대하여는 “원고들 중 일부는 42평형 외 아파트를 소유하거나, 25+54평형으로 분양신청하여 이를 분양받는 내용으로 관리처분계획이 수립된 조합원들에 해당하나, 위와 같이 이 사건 관리처분계획 전체가 취소되어야 하는 이상 조합원들에게도 관리처분계획의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다”라고 판시하였다.

자산가액을 조합원들에게 통지하도록 하였다. 구 도시정비법상의 분양신청 전 종전자산가액 등의 통지 문제에 관하여는 강신은, 관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구, 중앙대학교 박사학위논문, 2012, 221-222면 참조.

7) 제1심은 위 법리를 제시한 판례로 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두5572 판결을 인용했다. 위 판결은 분양신청을 하지 않아 분양신청기간 만료일 다음 날에 조합원 지위를 상실한 사람들에게 조합 총회에서 다시 조합원 지위를 부여하기로 결의하면서 그들의 권리 내용을 다른 조합원들과 비교해 제한한 경우, 총회 결의가 무효인지 여부가 다투어진 사건으로서 대법원은 이러한 제한은 적법하다고 보았다.

3. 제2심판결의 요지

제2심은 제1심과 달리 관리처분계획 중 분양신청권이 침해된 것으로 인정된 12명의 조합원들에 대한 ‘분양예정 대지 및 건축물의 명세 및 추산액’ 부분만을 취소하였다.⁸⁾ 제2심은 분양신청 당시의 구 도시정비법에 의하면 분양신청 전에는 개략적인 부담금 내역만을 통지하면 되는 것으로서 분양신청 안내문에 기재된 42평 조합원들의 경우 25+54평형 ‘선택불가’라는 기재 부분은 분양신청이 전면적으로 금지된다는 의미로 받아들여진다고 보기 어렵다는 등의 사정을 들어 이 사건 관리처분계획 수립과정에서 42평 조합원들을 다른 평형 조합원들과 차별하거나 42평 조합원들 간에 권리에 차등을 두는 등의 위법이 있다고 보기는 힘들다고 판시했다. 한편 42평 조합원 중 12명에 대하여는 조합측의 분양신청 접수거부로 분양신청권을 침해당한 위법이 있다고 판단했다.

즉, 제2심 법원은 “구 도시정비법 제46조 제1항에서 정한 분양신청통지는 토지등유자에게 분양신청의 기회를 보장하여 주기 위한 것이고, 사업시행자는 이러한 분양신청통지를 받은 토지등소유자로부터 분양신청을 받아 그 현황을 토대로 관리처분계획을 작성하여야 하므로, 사업시행자의 분양신청통지 또는 토지등소유자의 분양신청 및 그 접수 등의 과정에서의 잘못으로 인하여 토지등소유자가 합리적이고 공평한 분양신청 기회를 실질적으로 보장받지 못한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그러한 분양신청의 현황을 토대로 수립된 관리처분계획은 합리적이고 균형 있는 재량권 행사의 기초를 상실하여 위법” 하다고 전제한 다음, “이 사건 분양신청 안내서의 선택불가 기재가 허위라거나 합리성을 상실하여 42평형 조합전원의 분양신청에 관한 의사를 왜곡할 정도에 이르러 그 분양신청에 관한 합리적이고 공평한 분양신청 기회를 실질적으로 보장받지 못하게 되었다고 보기는 어렵”다고 보았다. 다만 42평형 조합원 중 12명에 대해서는 잘못된 안내 또는 접수거부로 인하여 실질적으로 자신들이 원하는 평형의 주택으로 분양신청할 수 있는 기회를 보장받지 못하고 실제로 자신들이 원하는 분양신청을 하지 못하는 결과가 발생하였다고 봄이 타당” 하므로 이들에 대하여는 관리처분계획이 위법하다고 판시하였다.

구체적으로 취소의 범위와 관련하여서는 이 사건 관리처분계획의 하자는 일부 조합원에 대한 평형배정 부분에 한하여 존재하는 것이고, 이 부분은 관리처분계획의 나머지 부분과 분리하는 것이 가능하고 나머지 부분은 독립된 처분으로서 유효하게 존속할 수 있고, 위 부분만이 취소되더라도 이 사건 조합은 일부 조합원으로부터 다시 분양신청을 받는 등으로 해당 부분의 관리처분계획을 변경할 수 있다고 보았다. 덧붙여 새로운 분양신청에 따른 평형배정 결과 조합원 분양분으로 공급되는 아파트와 일반 분양분으로 공급되는 아파트의 물량

8) 12명의 조합원 중 소를 제기한 자는 5명이었고, 그 중 2명은 항소심 계속 중 소를 취하하여 제2심 변론종결시 기준으로 3명만이 이 사건 소송의 당사자였다.

등에 변동이 생기고 그에 따라서는 총 수입 추산액 등에 다소 변동이 발생할 여지가 있기는 하지만 이러한 변동은 평형배정 결과에 따라 당연히 변동되는 부분인 점, 추정 비례율에 미치는 영향은 미미할 것으로 보이는 점 등을 고려하면 그러한 사정 때문에 그 자체로 하자가 존재하지 아니하는 이 사건 관리처분 중 나머지 부분까지 모두 취소할 필요가 있다고 볼 수 없다고 하여 분양신청권이 침해되었다고 인정된 조합원들에게 배정되는 신축건축물에 관한 부분만을 취소하였다.

한편 소의 이익과 관련하여서는 원고들이 위 하자 외에 관리처분계획 수립 절차상 하자 및 실제적 하자를 이유로 관리처분계획 전부의 취소를 구하는 이상 법률상 이익은 인정된다고 보았다.

4. 검토의 순서

이 사건 당사자들 사이에 첨예하게 다투어진 쟁점은 일부취소가 가능한지였다. 이 사건 조합 입장에서는 일부 조합원들에 대한 관리처분계획 부분만 취소되는 것이라면 재건축부담금의 부과 위험을 상당한 정도 낮출 수 있다고 보았기 때문에 다른 사건보다 취소의 범위가 상세히 다루어졌다. 그런데 기존 관리처분계획 취소 사건에서 일부 취소가 가능한지에 관하여는 세밀하게 검토된 것으로 보이지 않는다. 관리처분계획의 하자가 계획수립과정 등에 존재하는 경우 전부취소를 명하는 것이 보통이고, 개별 조합원들의 감정평가액 등에 관한 내용이라면 일부취소를 인정하는 것이 대체적인 실무의 처리방식인데,⁹⁾ 어떠한 경우에 전부취소를 명해야 하는지, 일부취소가 허용되는지에 대하여 명확한 법리가 제시되지는 않고 있다. 대법원은 외형상 하나의 행정처분이라고 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고 당해 취소부분에 관하여 효력이 생긴다는 입장을 취하고 있는데(대법원 1995. 11. 16. 선고 95누8850 판결 등),¹⁰⁾ 이러한 일부취소의 법리를 관리처분계획의 하자 유형에 대응하여 일부취소의 허용 여부에 관하여 살펴보겠다.

나아가 조합원은 관리처분계획의 취소를 구할 원고 적격이 있는데,¹¹⁾ 관리처분계획의 내용 중 다른 조합원에 대한 신축건축물 배정에 관한 부분의 취소를 구할 원고 적격이 있다고

9) 조합원이 자신의 종전자산가액을 다투는 경우, 법원은 관리처분계획 전부의 취소를 구하는 취지인지 석명을 구하고 그렇지 않다고 확인되면 해당 조합원의 종전자산가액 부분에 대한 취소를 구하는 것으로 청구취지를 정리하는 경우가 많다.

10) 제1종 보통, 대형 및 특수 면허를 가지고 있는 자가 레이카크레인을 음주운전한 행위는 제1종 특수면허의 취소사유에 해당될 뿐 제1종 보통 및 대형 면허의 취소사유는 아니므로, 3종의 면허를 모두 취소한 처분 중 제1종 보통 및 대형 면허에 대한 부분은 이를 이유로 취소하면 될 것이나, 제1종 특수면허에 대한 부분은 원고가 재량권의 일탈·남용하여 위법하다는 주장을 하고 있음에도, 원심이 그 점에 대하여 심리·판단하지 아니한 채 처분 전체를 취소한 조치는 위법하다고 하여 원심판결 중 제1종 특수면허에 대한 부분을 파기환송한 사례이다.

11) 온주 도시 및 주거환경정비법, 제5절 관리처분계획 전주 부분 참조(차홍권 집필 부분)

볼 수 있는지 살펴보기로 한다. 관리처분계획에 관한 사건은 아니지만 최근 대법원은 구 임대주택법상 분양전환승인처분의 취소 사건에서 분양전환가격에 관한 부분은 해당 임차인만이 그 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 판시하였다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2015두48129 판결). 위 법리가 관리처분계획에도 유사하게 적용되어 조합원의 경우 자신 외의 다른 조합원의 종전자산가액 부분의 위법이나 신축건축물 배정 부분의 취소를 구할 원고 적격을 갖는 것인지 살펴보기로 한다.

II. 관리처분계획 하자의 유형과 일부취소

1. 관리처분계획 하자의 유형

(1) 개요

도시정비사업에서 관리처분계획은 권리배분계획으로서 조합원간의 권리배분, 의무부담이 정해지므로 이에 관해 참여한 이해의 대립이 발생하고 그에 따른 다수의 분쟁이 제기되고 있다.¹²⁾ 조합원 입장에서는 신축건축물의 배정 여부 및 부담금 등이 관리처분계획을 통해 구체화되므로 선행 단계에서의 하자까지도 관리처분계획 단계에서 비로소 다투는 사례도 많다. 그만큼 관리처분계획의 하자는 다양한 유형으로 제기되고 있다. 이를 크게 절차상 하자 와 내용상 하자로 나누어 볼 수 있겠다.

(2) 절차상 하자

관리처분계획은 분양신청절차, 종전·종후자산에 대한 감정평가, 관리처분총회의 개최 및 의결, 공람과 통지의 과정을 통해 수립된다. 도시정비법은 이러한 절차 등에 관한 규정들을 두고 있는데 도시정비법이 규정한 절차를 위반한 경우 관리처분계획은 위법한 것이 되고 하자의 내용과 위법의 정도에 따라 무효사유와 취소사유로 구별할 수 있다.

판례상 주로 문제되는 관리처분계획 수립 과정의 절차상 하자는 분양신청 통지 과정에서 도시정비법 및 정관이 정한 절차를 제대로 거치지 않은 경우,¹³⁾ 개략적 부담금 내역을 미고지한 경우 등을 들 수 있다.¹⁴⁾ 도시정비법상 총회의 의결을 거쳐야 하는 계획수립과정에서

12) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 2018, 586면

13) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두14340 판결(분양신청기간의 통지 등 절차를 제대로 지키지 아니한 경우 관리처분계획이 위법함), 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두2048 판결(분양신청 통지에 종전자산가액 평가액에 관한 내용이 포함되어 있지 않은 것은 절차상 하자가 아님) 등

14) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두28520 판결 등

는 공동된 하자이지만 관리처분계획 의결에 필요한 정족수를 충족하지 못한 경우 중대·명백한 하자에 해당한다.¹⁵⁾

반포1단지주공아파트 사건에서 제2심 법원은 분양신청통지 또는 토지등소유자의 분양신청 및 그 접수 등의 과정에서의 잘못으로 인하여 토지등소유자가 합리적이고 공평한 분양신청 기회를 실질적으로 보장받지 못한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그러한 분양신청의 현황을 토대로 수립된 관리처분계획은 합리적이고 균형 있는 재량권 행사의 기초를 상실하여 위법하다고 판시하였는데, 기본적으로는 절차상 하자로 파악한 것으로 보인다.

(3) 내용상 하자

1) 종전자산에 대한 감정평가의 부당성을 다투는 경우

도시정비법에 의한 재건축사업의 관리처분계획을 작성하기 위한 종전자산의 평가는 조합원들 사이에 분양(또는 분배)의 기준이 되는 권리가액의 산정에 주된 목적이 있다. 관리처분계획의 기초가 된 감정평가의 평가방식이 부당하다 하더라도, 관리처분계획 수립 당시의 종전자산 평가는 조합원들 사이의 형평을 목적으로 한다는 점에서, 그 평가방식의 부당함으로 인하여 바로 관리처분계획이 위법하게 되는 것은 아니고, 그 결과 관리처분계획의 내용이 조합원들 사이의 형평성을 잃게 할 정도로 부당하게 된 경우에 한하여 비로소 관리처분계획이 위법하게 된다.¹⁶⁾

종전자산평가의 기준시점에 관하여도 다수의 소송이 제기되었다. 도시정비법은 사업시행계획인가 고시가 있는 날을 기준으로 종전자산에 대한 감정평가를 하도록 하고 있다(법 제 72조 제1항). 이는 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 변경인가가 있었다고 하더라도 마찬가지로, 특별한 사정이 없는 한 최초 사업시행계획인가 고시일을 기준일로 해야 한다. 관리처분계획의 내용으로서의 종전자산가격 평가는 조합원들 사이의 상대적 출자 비율을 정하기 위한 것이며, 도시정비법은 사업시행계획이 변경된 경우 종전자산가격 평가를 새로 하여야 한다는 내용의 규정을 두고 있지 않고 단지 평가시점에 따라 종전자산가

15) 의결정족수가 정해진 사건에서 정족수에 미달한 사실이 확인된 경우 대체로 무효인 하자로 보고 있다. 그런데 법원은 판례상 인정된 ‘가중된 특별정족수’의 적용에 관하여는 법리가 명백히 밝혀지지 아니한 상태였으므로 명백한 하자로 볼 수 없다는 취지로 판시한 사례가 있다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2012두5022 판결). 다만 가중된 특별정족수에 관한 선례로 볼 수 있는 대법원 판례(2009. 1. 30. 선고 2007다31384 판결) 후 상당 기간이 경과하였으므로 현재는 위 사유가 발생할 경우 중대·명백한 하자로 판단될 가능성이 높다.

16) 상가에 대한 종전자산평가에 있어, 연접한 호실에는 1.01의 위치별 효용지수를 적용하였는데 특별한 이유 없이 이 사건 구분상가에는 이보다 현저히 낮은 0.76의 위치별 효용지수를 적용한 사안에서 관리처분계획을 위법하다고 판시했다(서울행정법원 2016. 9. 23 선고 2015구합53930 판결, 가락시영아파트).

격이 달라질 경우 발생할 수 있는 분쟁을 방지하기 위하여 종전자산의 가격 평가시점을 획일적으로 정하기 위한 것이기 때문이다.¹⁷⁾

2) 관리처분계획에 포함되어야 할 사항이 누락된 경우

상가에 대하여 도시정비법이 정하는 관리처분계획이 제대로 수립되지 않았으며, 새롭게 상가와 관련한 관리처분계획을 수립할 경우 아파트조합원들에 대한 권리가액비율 및 분담금액도 일부 변경되어야 할 것으로 보인다고 하여, 관리처분계획 전체를 취소한 사례가 있다.¹⁸⁾ 다만 상가의 경우, 그 내역을 구체적으로 특정하지 않고 향후 재통보한다고 기재한 것만으로도 적법하다고 판단한 사례도 존재한다. 현행 도시정비법은 아파트에 대한 관리처분계획 수립을 중심으로 하고 있어 통상적인 관리처분계획 수립 시 상가의 종후자산 가치에 대한 판단이 어렵다는 점을 고려한 것으로 보인다.¹⁹⁾

3) 권리의 차등, 평형배정 등이 문제된 사안

비례율 산정 방식이 자의적이고 형평에 반하는 경우 위법을 인정한 사건(서울행정법원 2018. 8. 31. 선고 2017구합74306 판결)등 비례율에 관한 다툼이 제기되고 있다. 또한 평형배정 등에 관해서도 다수의 사건들이 존재한다.

2주택 분양이 이루어졌던 관리처분계획의 위법성이 다투어진 하급심 판결(서울행정법원 2018. 5. 25. 선고 2017구합81496 판결)에서는 2주택 분양을 신청한 조합원에 대하여 ① 분양가격과 관련, 1주택은 조합원분양가격으로 나머지 1주택은 일반분양가격으로 공급하고 ② 동호수 배정과 관련 추가로 분양하는 1주택은 조합원분양분 중 1층에서 5층 사이로 배정하는 것을 내용으로 하는 관리처분계획을 수립한 것이 적법하다고 판시했다.²⁰⁾ 한편 대법원은 신축아파트 배정을 위한 평형결정을 내림차순 해당 조합원에게 우선 평형배정하고, 내림차순 해당 조합원의 평형배정 후 잔여분에 대한 타 조합원의 평형배정에 경합이 발생할 경우 권리가액 다액순에 의하여 평형배정을 결정하는 이른바 ‘내림차순 우선평형 배정방식’에 의한 사안에서 우선배정에 문제가 있는 경우 관리처분계획 전부를 취소해야 하는 하자로 보았다(대법원 2008. 2. 15 선고 2006다77272 판결).

17) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014두13294 판결, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014두15528 판결, 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두2048 판결 등

18) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010두4407 판결

19) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결

20) 일반분양분과 조합원분양분 사이에는 약 1억 7천만 원 정도의 가격 차이가 있었다.

2. 관리처분계획의 일부 취소

(1) 행정처분의 일부 취소

법원은 행정처분의 일부 취소의 가능성을 일반적으로 인정한다. 외형상 하나의 행정처분이라고 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하고, 당해 취소부분에 한하여 효력이 생긴다(대법원 1995. 11. 16. 선고 95누8850 전원합의체 판결). 행정처분이 어떠한 경우에 일부 취소될 수 있는지에 대해 여러 학설이 존재하지만, 대체로 일부 취소의 가능성에 관하여는 다음과 같이 정리할 수 있다.²¹⁾ 즉, ① 행정처분이 액수별, 공간별, 시간별, 인별 혹은 사항별로 분할가능할 것, ② 잔존부분이 적법하고 독자적 행정처분으로 기능할 수 있을 것(객관적 분리가능성), ③ 재량행위의 경우 행정청의 잔존부분에 대한 존속의사가 있을 것(주관적 분리가능성)을 요건으로 한다. 여기서 행정청의 잔존부분에 대한 존속의사는 행정처분의 발급을 담당한 자의 주관적 의사가 아니라 행정처분의 발급과정이나 발급 당시의 사정을 종합적으로 고려하여 추단되는 객관적 의사를 토대로 한다.

(2) 관리처분계획의 일부 취소 사례

법원은 관리처분계획의 일부 취소 가능성을 일반적으로 인정하고 있고, 학설도 긍정적이다.

상가 구분소유자들이 조합과 합의한 내용이 관리처분계획에 포함되어 있지 않다면 관리처분계획 전체의 취소를 구한 사안에서 서울행정법원은 조합이 산정한 상가에 대한 비례율이 자의적인 기준에 따라 산정되어 형평의 원칙에 반해 상가 조합원들의 이익을 해치므로 위법하다고 판시하면서, 다만 이러한 관리처분계획상 하자는 계획 전체에 존재하는 것이 아니라 상가 조합원의 비례율 산정에 관한 부분에 한하여 존재하는 것으로 보아 관리처분계획 중 ‘상가 조합원의 비례율’에 관한 부분만 취소하였다.²²⁾ 또한 일부 조합원의 종전자산에 대한 감정평가의 하자가 존재한 경우 관리처분계획 중 해당 조합원에 대한 ‘종전 토지 및 건축물의 권리내역’ 및 ‘권리가액’ 부분만을 취소하게 된다.²³⁾

한편 유치원에 대한 분양예정 건축물의 명세 및 그 추산액이 포함되어 있지 아니하였다는 이유로 해당 유치원에 대한 관리처분계획만을 취소한 사례가 있고,²⁴⁾ 다른 아파트 조합원들과 달리 신축 유치원의 건축비를 유치원에게 전적으로 부담시키는 것은 현저히 형평에 반하

21) 이승훈, 행정처분의 일부 취소, 안암법학 29권, 2009, 42-43면

22) 서울행정법원 2018. 8. 31. 선고 2017구합74306 판결

23) 서울고등법원 2017. 9. 13. 선고 2016누67839 판결

24) 서울고등법원 2017. 11. 2. 선고 2017누36221 판결

여 위법하다고 보아 관리처분계획 중 유치원에 관한 부분만 취소한 사례도 있다.²⁵⁾ 한편 관리처분계획 중 상가 조합원의 세대별 부담금을 조합, 상가조합원, 시공사의 추후 협의에 따른다고 정한 경우 이를 예측할 수 없으므로 관리처분계획 중 ‘근린생활시설(상가)조합원 권리가액 및 부담금 산정기준’에 대한 부분만 취소한 사례도 있다.²⁶⁾

그러나 위법한 내용이 조합원의 부담금 등에 상당한 영향을 주는 경우 관리처분계획 전부가 위법하다는 것이 법원이 가지고 있는 기본적인 인식으로 보인다.²⁷⁾ 본 사건의 제2심 역시 일부취소가 가능하다는 근거로 일부 조합원에 대한 신축건물 배정 부분이 취소되더라도 추정 비례율에 미치는 영향이 미미하다는 점을 들었는데 비례율 변동이 크다면 관리처분계획의 전부 취소가 불가피하다는 인식이 바탕에 놓여 있다고 볼 수 있다.

(3) 관리처분계획 하자의 유형과 일부 취소의 허용 여부

관리처분계획 하자의 유형에 따라 일부 취소의 허용 여부가 달라진다고 볼 수 있다. 먼저 절차상 하자의 경우 특별한 사정이 없는 한 관리처분계획 전부의 취소 사유를 구성한다고 볼 수 있다. 그러나 내용상 하자에 관하여는 관리처분계획의 어떠한 부분에 하자가 있는지에 따라 일부취소가 허용되는지 달라질 것이다. 예를 들어 신축건축물의 배정과 같이 특정 조합원에 대하여 이해관계가 국한된 부분이라면 해당 조합원에 대한 관리처분계획만을 취소할 수 있을 것이나 그로 인하여 다른 조합원들에 대한 신축건축물 배정 역시 영향을 받을 수밖에 없다면 전부 취소가 불가피할 것이다.²⁸⁾ 신축건축물 배정 등의 문제로 인하여 관리처분계획 변경이 불가피한 문제를 해소하기 위해 관리처분계획상 보류지를 정해 놓고 있으나(도시정비법 제79조 제4항, 서울특별시 도시 및 주거환경정비조례 제44조), 보류지로 신축건축물 배정의 위법을 시정하기 어려운 경우에는 문제이다.²⁹⁾

일본에서는 권리변환방식이 적용되는 도시재개발사업의 경우 토지등소유자가 종전자산 가치를 다투는 경우 수용위원회에 그 재결을 신청할 수 있도록 하고, 재결이나 소송에도 불구

25) 서울고등법원 2019. 4. 26. 선고 2018누62692 판결

26) 수원지방법원 2016. 1. 12. 선고 2014구합58922 판결

27) 일례로 교회에 대한 관리처분계획 수립상 하자를 이유로 관리처분계획 전체를 취소한 판결례가 있다(서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016누46856 판결). 위 사건에서 법원은 교회에 대한 보상액을 고려할 경우 비례율이 관리처분계획상 100.02%에서 97.61%로 변동되는 점을 근거로 관리처분계획 전부 취소가 필요하다고 판시하였다.

28) 신축아파트 배정을 위한 평형결정을 내림차순 해당 조합원에게 우선 평형배정하고, 내림차순 해당 조합원의 평형배정 후 잔여분에 대한 타 조합원의 평형배정에 경합이 발생할 경우 권리가액 다액순에 의하여 평형배정을 결정하는 이른바 ‘내림차순 우선평형 배정방식’의 경우 우선배정에 문제가 있으면 조합원들이 배정받는 신축건축물이 변경될 수밖에 없어 관리처분계획 전부를 취소해야 한다(대법원 2008. 2. 15 선고 2006다77272 판결).

29) 보류지는 토지등소유자에게 분양하는 공동주택 총 건립세대수의 1퍼센트 범위의 공동주택과 상가 등 부대·복리시설 일부를 보류지로 정할 수 있고(서울특별시 도시 및 주거환경정비조례 제44조 제1항 제1호), 이를 초과하여 보류지를 정하려면 구청장의 인가를 얻어야 한다(같은 항 제2호).

하고 권리변환계획에서 정해진 권리변환에 대해서는 영향을 끼치지 않도록 규정하고 있는데³⁰⁾ 이를 일부취소의 허용에 관하여 참고할 수 있다.³¹⁾

3. 본 사건의 경우

이 사건에서 문제되는 하자는 절차상 하자, 그 중에서도 관리처분계획 수립의 요건인 분양신청 과정에서의 하자로 볼 수 있다. 도시정비법상 분양신청은 사인의 공법행위에 해당한다. 사인의 공법행위는 행정법관계에서의 사인의 행위로서 공법적 효과를 발생시키는 행위를 총칭하는데,³²⁾ 분양신청의 경우 사인의 공법행위 중 행정행위 등의 요건적 행위인 신청에 해당한다. 즉, 분양신청은 권리조정의 객체인 토지등소유자(조합원)가 권리조정의 주체인 사업시행자(조합)에게 향후 사업시행에 따른 권리조정에 대비하여 분양예정 대지 및 건축시설을 분양받고자 하는 의사를 표시하면서 소유하고 있는 권리를 신고하는 행위로서,³³⁾ 이는 공법적 효과 발생의 요건적 행위이므로 사인의 공법행위에 해당한다.

사인의 공법행위에 대한 적용범위에 관하여는 개별법에서 규정하고 있는 것 외에 일반적인 규정은 없다. 도시정비법에서는 분양신청과 관련한 의사표시의 하자(비진의 의사표시, 착오, 사기, 통정허위표시, 강박 등)에 관한 별도의 규정을 두고 있지 아니하므로³⁴⁾ 민법상의 법률행위에 관한 규정 또는 법원리가 유추적용될 수 여지가 있다.³⁵⁾ 사건 조합원들이 주장하는 관리처분계획의 하자는 법적으로 평가하면, 사인의 공법행위인 분양신청 과정에서의 하자, 즉, 분양신청 의사표시의 하자로 볼 수 있다. 이들이 주장하는 사유들을 보면, ① 분양신청안내문상 42평형 조합원의 경우 ‘25+54평형은 선택불가’ 라고 기재되어 있어서 42평형 조합원의 경우 25+54평형은 신청할 수 없다고 생각했고(착오 또는 기망), ② 분양신청기간 중 분양신청 접수를 받던 사무실 내부 칠판에 ‘42평이 25+54평 신청시 접수불가입니다. 접수받지 마세요<1순위>’라는 내용이 붉은 글씨로 강조되어 있었으며(착오 또는 기망), ③ 일부 42평형 조합원들의 경우 25+54평형으로 분양신청을 하려 했으나 피고가 접수를 거부하였다(착오, 기망 또는 강박)는 것으로서 이러한 행위의 하자는 원칙적으로 착오, 기망, 강박 등으로 의사표시에 하자를 일으킨 표의자가 주장하고 증명할 하자로 보인다. 위와 같은 하자

30) 강신은, 위 논문, 223-224면

31) 일본의 도시재개발법은 중전자산 가액(시행지구 내에 있는 택지, 차지권 및 건축물의 가액)에 대하여 관계 권리자가 권리변환계획 공람기간 중에 시행자에게 의견서를 제출하고 시행자로부터 의견서를 채택하지 아니한다는 요지의 통지를 받은 경우 그 통지를 받은 날부터 기산하여 30일 이내에 수용위원회에 그 가액의 재결을 신청할 수 있도록 규정하고 있다(강신은, 위 논문, 232-224면).

32) 김동희, 행정법 I, 제25판, 2019, 128-129면

33) 강신은, 위 논문, 120-121면

34) 법원은 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다고 보고 있다(대법원 2000. 11. 14. 선고 99두5481 판결).

35) 김동희, 위 책, 134-135면

는 속성상 당해 조합원이 주장할 수 있는 하자로 보이고, 다른 조합원들이 일반적으로 주장할 수 있는 하자에 속한다고 보기는 어려운 면이 있다. 그 결과 위법하다고 인정되더라도 해당 조합원에 대한 부분만 취소하더라도 특별한 문제가 없다고 할 것이다.

한편, 위와 같은 평형배정의 하자로 인하여 일부취소가 허용되더라도 비례율 등에 큰 변동이 없다는 점을 고려할 때 관리처분계획의 일부취소가 가능한 사안으로 보인다.³⁶⁾

III. 관리처분계획의 취소를 구할 수 있는 원고 적격

1. 서론

대상판결은 이 사건 관리처분계획 중 ‘원고’가 아니더라도 종전 42평형 소유자 중 25+54평형을 분양신청하고 싶었지만 그렇게 하지 못했다고 사실인정된 조합원들(총 12명)에 대한 부분을 취소했다. 법원은 조합원은 관리처분계획 취소를 구할 수 있는 원고 적격이 있다고 보고 있다.³⁷⁾ 그런데 조합원이 자신과 직접 관계가 없는 조합원에 대한 관리처분계획의 취소를 구하는 것이 가능한 것인지 문제되는 것이다. 조합원 A가 관리처분계획 중 자신에 대한 부분이 아니라 B에 대한 부분의 취소를 구하려면 B에 대한 관리처분계획의 취소를 구하는 법률상 이익이 있어야 한다.

일반적으로 관리처분계획의 일부 취소가 인정된 사안에서 원고들은 대개 취소되는 관리처분계획의 당사자였다. 즉, 자신에 대한 관리처분계획의 취소를 본인이 직접 구했던 것이다. 그러나 본 사건처럼 원고도 아닌 조합원들에 대한 신축건축물 배정 부분에 대하여까지 취소를 구할 수 있는지 문제되는 것이다.

2. 구 임대주택법상 분양전환승인처분과 법률상 이익에 관한 최근 대법원 판례

임대주택의 경우 임대무기간 동안 임대주택으로 사용되다가 해당 기간이 경과하면 임차인 등에게 분양되는데, 이를 분양전환이라고 한다. 최근 대법원은 임대주택의 임차인이 분양전환을 받으면서 분양전환가격 등을 정한 분양전환승인처분에 관하여 행정소송을 제기한

36) 본 사건에서 42평 조합원들이 25+46평 대신 25+54평형을 분양받게 되는 경우 조합의 수입감소분(일반분양가가 조합원분양가보다 높으므로 발생하는 차액)을 계산할 때 비례율에 미치는 영향이 미미한 것으로 확인되었다.

37) 법원은 조합원 자격 인정 여부에 관하여 다툼이 있는 경우 해당 토지 등 소유자 역시 관리처분계획을 다룰 원고 적격이 있다고 보고 있다(대법원 1996. 2. 15. 선고 94다31235 전원합의체판결 참조).

사안에서 법원은 특별한 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 임차인이 분양전환 받을 세대가 아닌 다른 세대에 대한 부분까지 취소를 구할 법률상 이익(원고적격)은 인정되지 않는다고 판시하였다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2015두48129 판결). 그리고 분양전환승인처분의 경우 분양전환의 요건을 심사하여 임대주택의 매각을 허용하는 부분과 분양전환가격을 심사하여 이를 승인하는 부분으로 구분되는데, 원고들이 그 중 분양전환가격 산정에 관해서만 다투는 경우 분양전환승인처분 중 임대주택의 매각을 허용하는 부분은 실질적인 불복이 없어 그 취소를 구할 법률상 이익(협의의 소의 이익)이 없다고 보아야 한다고 판시했다(위 대법원판결).³⁸⁾

관리처분계획은 임대주택에 관한 분양전환승인처분과 동일한 것은 아니지만 유사한 점이 있다. 관리처분계획의 내용은 (i) 특정 조합원이 분양대상자인지 아닌지를 정하고, (ii) 해당 조합원이 공급받게 되는 신축건축물의 내역, (iii) 부담금 내역 등 개별조합원에 관한 사항을 정함과 동시에 해당 정비사업 전체의 비용분담과 사업수지를 정하는 계획이다. 임대주택의 분양전환승인처분을 분양전환에 관한 부분(임대주택의 매각을 허용하는 부분)과 구체적인 개별 세대의 분양전환가격에 관한 부분으로 나눌 수 있는 것처럼, 관리처분계획 역시 사업 전체의 신축계획 및 그에 따른 신축건축물의 배분과 비용 지출 등 전체적인 부분과 특정 개별 조합원이 신축건축물 중 어떠한 건축물을 분양받고 개별적인 부담금 내역은 어떠한지에 관한 부분으로 나눌 수 있다. 따라서 위 대법원판결의 판시를 관리처분계획에 관한 분쟁에 적용한다면 조합원의 경우 자신이 분양신청한 신축건축물에 관한 부분이나 부담금 내역에 관해서는 다툴 수 있지만 원칙적으로 다른 조합원에 대한 신축건축물 배정 부분 등에 관하여는 다툴 법률상 이익이 부정된다고 볼 여지가 있다. 그러나 임대주택의 분양전환처분과 관리처분계획상 차이가 상당하므로 위 판례법리가 그대로 적용된다고 보기는 무리가 있다. 관리처분계획의 경우 특정 조합원에 대한 신축건축물 배정이나 부담금 내역이 다른 조합원들에게 영향을 미칠 여지도 있는 반면 임대주택의 분양전환처분은 임대사업자와 임차인 사이의 개별적인 매매의 내용을 확정하는 것이어서 다른 임차인과 임대사업자의 분양전환 법률관계에 직접적인 영향을 준다고 보기 어렵기 때문이다.

38) “구 임대주택법의 임대사업자가 여러 세대의 임대주택에 대해 분양전환승인신청을 하여 외형상 하나의 행정처분으로 그 승인을 받았다고 하더라도 이는 승인된 개개세대에 대한 처분으로 구성되고 각 세대별로 가분될 수 있으므로 임대주택에 대한 분양전환승인처분 중 일부 세대에 대한 부분만 취소하는 것이 가능하다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012두20304 판결 참조). 따라서 우선 분양전환 대상자인 임차인들이 분양전환승인처분의 취소를 구하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 취소를 구하는 임차인이 분양전환 받을 세대가 아닌 다른 세대에 대한 부분까지 취소를 구할 법률상 이익(원고적격)은 인정되지 않는다”, “분양전환승인처분은 분양전환의 요건을 심사하여 임대주택의 매각을 허용하는 부분과 분양전환가격을 심사하여 이를 승인하는 부분으로 구분하는 것이 가능하다. 행정청은 분양전환승인처분 중 '분양전환가격의 산정 부분'에만 위법이 있을 경우, '분양전환을 허용하는 부분'의 효력은 그대로 둔 채 '분양전환가격 부분'의 위법을 시정하여 변경하는 처분을 하는 것도 가능하다. 따라서 분양전환승인처분 전부에 대하여 취소소송을 제기한 임차인이 해당 임대주택에 관하여 분양전환 요건이 충족되었다는 점 자체는 다투지 않으면서 다만 분양전환가격 산정에 관해서만 다투는 경우에는 분양전환승인처분 중 임대주택의 매각을 허용하는 부분은 실질적인 불복이 없어 그 취소를 구할 법률상 이익(협의의 소의 이익)이 없다고 보아야 한다”

3. 본 사건의 경우

이 사건 관리처분계획 하자과 같이 분양신청을 할 때 착오 또는 기망 등으로 인하여 원하는 평형을 신청하지 못하였다는 것은 그러한 의사표시의 하자의 당사자만 할 수 있는 것이지만 다른 조합원이 그러한 하자를 이유로 자신 외의 다른 조합원에 한 관리처분계획의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 볼 수 있는지 다툼이 있을 수 있다. 특정 조합원에 대한 신축건축물 배정이 잘못되었고 그러한 위법이 시정되면 자신에게 배정될 신축건축물이 변경될 수 있다는 등의 사정이 있다면 모르겠으나, 본 사건에서 문제된 하자는 특정 조합원이 자신의 의사대로 분양신청을 하지 못하였다는 것이므로 그러한 의사표시(분양신청)에 하자가 있는 조합원이 직접 소를 제기하지 아니한 이상 취소를 명하는 것은 위법하다고 볼 소지가 있다. 제2심법원은 법원은 위 사유 외에 원고들이 관리처분계획의 전체 하자를 주장하였으므로 원고 적격을 인정하였으나, 심리결과 일부 조합원들에 대한 분양신청권이 침해된 것 외의 다른 하자가 존재하지 않는다고 확인된 경우 소를 제기하지 아니한 조합원들의 신축건축물 배정 부분까지 취소할 수 있는지에 대하여는 여전히 의문의 여지가 있다.

IV. 결 론

이상에서 반포주공1단지 재건축조합 관리처분계획 사건을 토대로 관리처분계획 하자의 유형과 그에 따른 일부 취소의 가부, 관리처분계획의 하자 내용에 따라 그 취소를 구할 수 있는 원고 적격에 관해 살펴보았다.

일부 조합원들의 분양신청 접수 과정에서 있었던 문제로 도시정비법상 중요한 역할을 갖는 관리처분계획 전체가 취소되어야 한다고 본 제1심법원의 판단은 아직까지 법원이 관리처분계획을 행정계획으로 바라보기 보다는 집합건물법으로 재건축이 규율되던 당시의 사법적(私法的) 관점에서 접근한 것이 아닌가 하는 인상을 갖게 만든다. 관리처분계획상 일부 하자가 있을 때 이러한 하자가 전체 관리처분계획에 영향을 줄 수 있다는 사정만으로 관리처분계획이 전부 취소되어야 한다고 보는 것은 신중해야 할 것이다. 이를 위해 관리처분계획의 하자 유형에 따라 일부 취소의 허용 범위 등이 세밀하게 판단되어질 필요가 있고, 나아가 기본적으로는 관리처분계획 하자에 관한 분쟁 중 상당 부분을 차지하는 종전자산가액에 대한 분쟁 등의 경우 특별한 사정이 없는 한 일부 취소 사유로 구성하여 안정적인 정비사업 시행이 가능하도록 제도를 운영하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

[단행본]

김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2019.

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 박영사, 2018.

[논문]

강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구”, 중앙대학교 박사학위논문

김종보, “재건축·재개발사업의 전개과정과 소의 이익”, 『행정법연구』 제56호
(2019. 2.)

이승훈, “행정처분의 일부 취소”, 『안암법학』 제29권

차흥권, “온주 도시 및 주거환경정비법” 제5절 관리처분계획 전주 부분

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
 건설법연구 제5호 2021년 4월
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU
 Construction & Urban Development Law Association
 Construction and Urban Development Law Journal
 Vol. 5, April 2021

체육시설의 공공성과 회원 지위의 승계

-안성 히든팰리스 CC를 중심으로-

장 현 철*

국문초록

2002년 제정된 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 구 도시계획법과 달리 기반시설의 종류에 체육시설을 포함시켰고, 이에 따라 체육시설은 도시계획시설이 되었다. 이처럼 체육시설을 기반시설에 포함시켜서 도시계획시설 결정으로 설치할 수 있도록 만들었던 가장 큰 원인은 골프장이라고 볼 수 있다.

도시관리계획으로 결정된 기반시설은 도시계획시설이 되는데 도시계획시설을 설치하는 시행자에게 수용권이 부여되므로, 이러한 수용권에 정당성을 부여할 수 있는 공공성을 갖춘 시설만이 기반시설이 될 수 있다. 그러므로 체육시설 중에서 특히 사인이 설치하는 체육시설은 전통적인 행정주체가 설치하는 기반시설보다 공공성이 낮다.

체육시설법상 체육시설인 골프장, 특히 사인이 설치하는 골프장은 회원제 골프장과 대중 골프장을 막론하고 그 공공성을 인정하기 어려우므로, 국토계획법의 기반시설이나 도시계획시설로 인정하기 어렵고 시행자에게 수용권을 부여하기가 적절하다고 보기도 어렵다. 도시계획시설규칙은 이러한 사정을 반영하여 2011년 개정으로 사실상 사인이 설치하는 체육시설을 ‘체육시설’, 즉 기반시설에서 제외했다.

체육시설의 공공성과 관련된 문제로 체육시설법의 회원 지위 승계 규정을 들 수 있다. 즉, 체육시설법은 체육시설업이 포괄적으로 이전되는 경우뿐만 아니라 환가절차에서 인수되는 경우에도 체육시설 회원의 지위를 승계하도록 규정하고 있다. 그러나 체육시설마다 가지고 있는 공공성이 다르고, 회원 지위 승계는 체육시설의 회원을 일반 채권자보다 우선적으로 보호해서 시장경제 질서를 수정하는 결과를 가져오므로, 모든 체육시설에 획일적으로 회원의 지위 승계 조항을 적용하는 일은 바람직하지 않다.

따라서 사인이 설치하는 골프장처럼 공공성이 낮은 체육시설의 경우에는 회원의 지위를

* 법무법인(유) 율촌 변호사

승계하는 조항이 적용되지 않도록 체육시설법이 규정하고 있는 회원 지위 승계 조항을 개정할 필요가 있다. 그리고 개정되기 전까지는 회원 지위가 승계되는 경우를 최대한 제한적으로 해석할 필요가 있다.

주제어 : 기반시설, 도시계획시설, 체육시설, 공공성, 회원 지위의 승계

목 차
I. 서론
II. 안성 히든팰리스CC의 연혁 및 현황
III. 체육시설과 도시계획시설
IV. 기반시설의 의의와 공공성
V. 관련문제 - 체육시설업의 승계와 회원보호
VI. 결론

I. 서론

2000년 개정된 구 도시계획법은 도시기반시설의 종류를 열거하면서 체육시설을 포함시키지 않았다. 그러므로 당시에는 체육시설이 도시계획시설에 해당하지 않았다. 이후 2002년 구 도시계획법과 구 국토이용관리법을 통합하여 제정된 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’)은 기반시설의 종류에 체육시설을 포함시켰고, 체육시설이 도시계획시설이 될 수 있는 길을 열었다.

이처럼 체육시설을 기반시설에 포함시켜서 도시계획시설 결정으로 설치할 수 있도록 만든 가장 큰 원인은 골프장이라고 볼 수 있다. 골프장은 상당한 규모의 면적을 필요로 하는 체육시설로서, 탁구장, 당구장 등의 일반적인 소규모 체육시설과는 관념적으로 구별되는 성질을 가지고 있다.

도시관리계획으로 결정된 기반시설은 도시계획시설이 되는데 도시계획시설을 설치하는 시행자에게 수용권이 부여되므로, 이러한 수용권에 정당성을 부여할 수 있는 공공성을 갖춘 시설만이 기반시설이 될 수 있다. 그러므로 체육시설 중에서 사인이 설치하는 체육시설은 전통적인 행정주체가 설치하는 기반시설보다 공공성이 낮다고 볼 여지가 많다.

2011년 개정된 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙(이하 ‘도시계획시설규칙’)은 사인이 설치하는 체육시설을 사실상 기반시설에서 제외하였다. 이러한 변화는 사인이 설치하는 골프장을 둘러싼 헌법재판소의 헌법불합치 결정 등의 영향으로 볼 수

있다. 회원제 골프장과 대중골프장 사이에 있는 공공성의 차이가 기반시설 인정 여부를 달리 볼 만한 정도에 이르지 못한다는 측면에서 도시계획시설규칙의 개정 방향은 바람직하다. 체육시설업을 양수하거나 경매 등의 절차에서 체육시설을 인수한 자에게 기존 회원의 지위를 승계하도록 한 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(이하 ‘체육시설법’)과 회원지위 승계조항의 적용범위를 넓히고 있는 대법원 판례 역시 골프장업을 원활하게 꾸려나갈 수 있도록 하겠다는 목적을 가지고 있다. 그러나 골프장업은 그 공공성을 인정하기 어려우므로, 시장경제 질서를 수정하면서까지 골프장 회원들을 다른 채권자들보다 우선해야 할 필요성을 찾기 어렵다. 체육시설이 갖는 공공성에 따라 회원의 지위 승계를 달리 볼 수 있도록 체육시설법을 개정할 필요가 있다.

II. 안성 히든팰리스CC의 연혁 및 현황

1. 안성 히든팰리스CC의 연혁

(1) 구 동평컨트리클럽과 도시계획시설결정 등

경기도지사는 2007. 5. 21. 경기도 안성시 보개면 동평리 산11-1 일원 1,636,149㎡(이하 ‘이 사건 도시계획시설부지’)에 체육시설(골프장, 이하 ‘이 사건 도시계획시설’)을 조성하는 내용(이하 ‘이 사건 도시계획시설사업’)의 도시계획시설결정을 했다.

안성시장은 2007. 11. 26. 이 사건 도시계획시설사업의 시행자를 주식회사 이언씨피씨코리아(이하 ‘이언씨피씨코리아’)로 지정하고, 이 사건 도시계획시설의 규모를 27홀, 명칭을 동평컨트리클럽, 사업기간을 2007. 9. 20. ~ 2009. 12. 31.로 하는 실시계획을 인가했다.

(2) 구 스테이트윌셔컨트리클럽과 수용재결

이언씨피씨코리아는 2008. 2. 18. 회사명을 스테이트윌셔로 변경했고, 안성시장은 2008. 3. 17. 이 사건 도시계획시설의 명칭을 스테이트윌셔컨트리클럽으로, 사업시행자를 스테이트윌셔로 변경하는 실시계획변경인가를 했다.

경기도지방토지수용위원회는 2008. 6. 23. 이 사건 도시계획시설부지의 211개 필지 중 109개 필지에 대한 수용재결을 했고, 스테이트윌셔는 2008. 7. 23.과 2008. 8. 28. 위 109개 필지에 수용을 원인으로 하는 소유권이전등기를 했다. 스테이트윌셔는 2005년경부터 이 사건 도

1) 이하 회사명에서 ‘주식회사’는 모두 생략한다.

시계획시설부지의 토지를 매수해 왔는데, 위 수용재결로 이 사건 도시계획시설부지 전체의 소유권을 확보했다.

수용재결된 일부 토지소유자들(14명)은 2008. 7. 15. 경기도지방토지수용위원회를 상대로 수용재결의 취소를 구하는 소²⁾를 제기하는데, 위 소송 중 구 국토계획법 제2조 제6호 라목³⁾ 중 ‘체육시설’ 부분이 포괄위임금지원칙에 위배된다는 이유 등으로 위헌법률심판제청신청⁴⁾을 하였으나, 2008. 11. 17. 기각되었다. 이에 위 일부 토지소유자들(14명)은 2008. 12. 24. 헌법소원심판⁵⁾을 청구하였다.⁶⁾

안성시장은 2009. 7. 15. 이 사건 도시계획시설부지의 면적을 1,636,149㎡에서 1,635,936㎡(213㎡ 감소)로, 사업기간을 2007. 9. 20. ~ 2010. 12. 31.(1년 연장)로 변경하는 내용의 실시계획변경인가를 했다.

(3) 구 스테이트윌셔컨트리클럽과 실시계획인가 취소 등

스테이트윌셔의 회장은 2009. 10. 29. 이 사건 도시계획시설부지를 매수하면서 이중 매매계약서를 작성하여 매도인에게 과도한 매매대금을 준 다음 실거래가를 초과한 차액을 돌려받는 방법으로 회삿돈을 횡령했다는 혐의로 형사처벌을 받았다. 이외에도 전 한나라당의 원, 안성시장, 안성시의회 의장, 경기도청 기획관리실장, 한강유역환경청 국장 등이 이 사건 도시계획시설의 설치과정에서 스테이트윌셔의 회장으로부터 돈을 받았다는 범죄사실로 형사처벌을 받았다.

이런 와중에 이 사건 도시계획시설사업의 시공사인 대우차판매는 2010. 4.경 워크아웃에 들어갔고, 이 때문에 이 사건 도시계획시설 공사가 중단되었다. 헌법재판소는 2011. 6. 30. 국토계획법 제2조 제6호 라목 중 ‘체육시설’ 부분이 포괄위임금지원칙에 위배된다고 보아, 2012. 12. 31. 시한으로 잠정적으로 적용하도록 하는 헌법불합치결정을 했다.⁷⁾ 안성시장은 2011. 9. 26. 스테이트윌셔에 대한 시행자 지정과 실시계획인가를 취소했다.

2) 수원지방법원 2008. 11. 17. 선고 2008구합6685 판결. 원고들이 제1심 패소 판결 이후 항소하지 않아 그대로 확정되었다.

3) ‘학교·운동장·공공청사·문화시설·**체육시설** 등 공공·문화체육시설’

4) 대전지방법원 2008아473.

5) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166 결정.

6) 법원이 위헌법률심판제청신청을 받아들여 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 그 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부 결정이 있을 때까지 정지된다(헌법재판소법 제42조 제1항). 그러나 법원이 위헌법률심판제청신청을 기각하여 원고가 헌법소원심판을 청구한 경우에는 그 소송사건의 재판이 정지되지 않는다. 이 사건에서는 법원이 위헌법률심판제청신청을 기각하여 일부 토지소유자들(14명)이 헌법소원심판을 청구하였으므로 재판이 정지되지 않았다. 이 때문에 헌법소원심판에 대한 헌법재판소의 결정이 내려지기 전에 수원지방법원 2008구합6685 판결이 확정되었다.

7) 국토계획법은 2012. 12. 18. 헌법재판소 결정에 따라 제2조 제6호 라목 중 ‘문화시설·체육시설’을 ‘문화시설 및 **공공필요성이 인정되는** 체육시설’로 개정되었다.

2. 안성 히든팰리스CC의 현황

히든팰리스는 2017. 6.경 스테이트윌셔가 보유하고 있던 이 사건 도시계획시설부지를 약 205억 원에 공매로 취득했고, 이후 이 사건 도시계획시설부지에 27홀 규모의 대중골프장인 안성 히든팰리스CC를 설치하기 위한 사업을 진행하고 있다.

III. 체육시설과 도시계획시설

1. 체육시설의 의의

(1) 체육시설의 개념과 종류

체육시설은 체육활동에 지속적으로 이용되는 시설과 그 부대시설을 의미하고, 체육활동은 ‘신체의 발달을 촉진하여 운동능력을 높이고 건강한 생활을 영위하기 위한 활동’을 의미한다. 체육시설에는 정보처리기술이나 기계장치를 이용한 가상의 운동경기 환경에서 실제 운동경기를 하는 것처럼 체험하는 시설(게임산업진흥에 관한 법률에 따른 게임물은 제외한다)이 포함된다(체육시설법 제2조 제1호).

체육시설법 제3조, 같은 법 시행령 제2조, [별표1]은 체육시설의 종류로 운동 종목에 따라 **골프장, 골프연습장, 궁도장**, 게이트볼장, 농구장, 당구장, 라켓볼장, 럭비풋볼장, 롤러스케이팅장, 배구장, 배드민턴장, 벨로드롬, 볼링장, 봅슬레이장, 빙상장, 사격장, 세팍타크로장, 수상스키장, **수영장**, 무도학원, 무도장, 스쿼시장, **스키장, 승마장**, 썰매장, 씨름장, 아이스하키장, **야구장**, 양궁장, 역도장, 에어로빅장, 요트장, **육상장**, 자동차경주장, 조정장, 체력단련장, **체육도장**, 체조장, **축구장**, 카누장, **탁구장, 테니스장**, 펜싱장, 하키장, 핸드볼장, 그 밖에 국내 또는 국제적으로 치러지는 운동 종목의 시설로서 문화체육관광부장관이 정하는 시설을 나열하고 있다.

공공체육시설로는 전문체육시설,⁸⁾ 생활체육시설,⁹⁾ 직장체육시설¹⁰⁾이 있고, 사인이 체육시설업을 하려면 등록¹¹⁾을 하거나 신고¹²⁾를 해야 한다.

8) 국가와 지방자치단체가 설치·운영하는 국내·외 경기대회의 개최와 선수 훈련 등에 필요한 운동장이나 체육관 등 체육시설(체육시설법 제5조 제1항)을 의미한다.

9) 국가와 지방자치단체가 설치·운영하는 국민이 거주지와 가까운 곳에서 쉽게 이용할 수 있는 생활체육시설(체육시설법 제6조 제1항)을 의미한다.

10) 직장의 장이 설치·운영하는 직장인의 체육 활동에 필요한 체육시설(체육시설법 제7조 제1항)을 의미한다.

11) 등록 체육시설업에는 골프장업, 스키장업, 자동차 경주장업(체육시설법 제10조 제1항 제1호)이 있다.

12) 신고 체육시설업에는 요트장업, 조정장업, 카누장업, 빙상장업, 승마장업, 종합 체육시설업, 수영장업, 체육도장업, 골프 연습장업, 체력단련장업, 당구장업, 썰매장업, 무도학원업, 무도장업, 야구장업, 가상체험 체육시설업(체육시설법 제10조 제1항 제2호)이 있다.

(2) 체육시설과 운동시설

도시계획시설규칙은 유원지에 설치할 수 있는 시설의 하나로 운동시설을 규정하면서(제58조 제2항), 육상장·정구장·테니스장·골프연습장·야구장(실내야구연습장을 포함한다)·탁구장·궁도장·체육도장·수영장·보트놀이장·부교·잔교·계류장·스키장(실내스키장을 포함한다)·골프장(9홀 이하인 경우에만 해당한다)·승마장·미니축구장(제2호)을 예시하고 있다. 도시계획시설규칙이 열거하고 있는 운동시설은 체육시설법 시행령 [별표1]이 나열하고 있는 체육시설과 상당수가 중복된다.

체육시설법 시행령은 체육시설을 ‘운동 종목의 시설’이라고 규정하고 있다(제2조, [별표1]). 체육시설법 제11조 제1항, 같은 법 시행규칙 제8조, [별표4]는 체육시설업의 시설기준 중 공통기준으로 필수시설(편의시설, 안전시설, 관리시설)과 임의시설(편의시설, 운동시설)을 규정하면서, 운동시설과 관련해서 “등록 체육시설업에는 그 체육시설을 이용하는 데에 지장이 없는 범위에서 그 체육시설 외에 다른 종류의 체육시설을 설치할 수 있다”, “하나의 체육시설을 계절 또는 시간에 따라 체육종목을 달리하여 운영하는 경우에는 각각 해당 체육시설업의 시설기준에 맞아야 한다”고 규정하고 있다. 위와 같은 규정을 보면 도시계획시설규칙과 체육시설법 시행령, 시행규칙은 체육시설과 운동시설을 동일한 의미로 보고 있다는 해석이 가능하다.

반면, 체육시설법은 체육시설을 ‘체육 활동에 지속적으로 이용되는 시설과 그 부대시설’ (제2조 제1호)로, 영리를 목적으로 체육시설을 설치·경영하는 업을 체육시설업으로 규정하고 있다(제2조 제2호). 그리고 체육시설법 시행규칙 [별표4]는 각 종류별 체육시설업의 필수시설을 ‘운동시설’, ‘안전시설’, ‘관리시설’로 나누고 있다. 위와 같은 규정을 보면 체육시설법과 체육시설법 시행규칙은 체육시설 중 부대시설을 제외한 ‘체육활동에 지속적으로 이용되는 시설’만을 운동시설로 보고 있다고 볼 여지도 있다.

이처럼 도시계획시설규칙, 체육시설법, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙에는 체육시설과 운동시설을 동일한 의미로 보는 규정과 운동시설을 체육시설의 핵심적인 부분으로 보는 규정이 혼재되어 있다고 판단된다.

2. 체육시설과 도시계획시설의 관계

(1) 체육시설과 기반시설

구 도시계획법은 2000년 개정으로 도시계획으로 결정하여 설치할 수 있는 시설을 ‘도시

기반시설'로 정의하면서(제3조 제6호), '학교·운동장·공공청사·문화시설 등 공공·문화시설'(라목) 등을 열거하여 체육시설을 도시기반시설로 보지 않았다.

2002년 제정된 국토계획법은 '기반시설'을 정의하면서 '학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설'(라목) 등을 열거하여, 체육시설을 기반시설에 포함시켰다. 이에 따라 체육시설이 기반시설로서 도시계획시설이 될 수 있게 되었다.

(2) 영업법인 체육시설법

체육시설업을 하려면 사업계획의 승인을 받아 일정한 기준을 충족하는 시설을 확보해야 하고, 영업을 시작하기 전에 시장·군수 또는 구청장 등에게 등록을 하거나 신고를 해야 한다(체육시설법 제11조, 제19조, 제20조). 또한 체육시설업자는 일정 규모 이상의 체육지도자를 배치해야 하고, 안전관리요원, 수질 관리 및 보호 장구를 구비해야 하는 등 안전·위생 기준을 준수해야 한다(체육시설법 제23조, 제24조). 이외에도 체육시설업자는 체육시설의 설치·운영과 관련되거나 체육시설 안에서 발생한 피해를 보상하기 위해 보험에 가입해야 한다(체육시설법 제26조). 이러한 규정들을 보면 체육시설법은 체육시설의 건립을 전제로 그 시설물에서 운영하는 영업을 공익상 이유로 규제하는 영업법에 해당한다고 볼 수 있다.¹³⁾

그러므로 도시계획법상 도시계획시설결정이나 건축법상 건축허가를 근거로 체육시설이 설치되면, 그에 이어 체육시설업자는 체육시설법에 따른 등록·신고와 체육시설법에 따른 안전·위생 기준 등을 준수해서 체육시설업을 꾸려 나가야 한다.

다만, 체육시설업에 대한 사업계획의 승인을 받더라도 국토계획법상 도시계획시설결정이나 건축법상 건축허가가 의제되지 않는다(체육시설법 제28조 제1항). 따라서 영업법인 체육시설법의 사업계획승인을 통해서 국토계획법의 도시계획시설결정이나 건축법의 건축허가를 의제 받을 수는 없다.

(3) 체육시설의 공공성과 도시계획시설

도시계획시설규칙은 2011년 개정으로 사실상 사인이 설치하는 체육시설을 국토계획법상 기반시설에서 제외하였고, 국가 또는 지방자치단체, 대한체육회, 대한장애인체육회, 서울올림픽기념국민체육진흥공단이 설치·관리하는 전문체육시설, 생활체육시설과 각종 국제 경기를 위한 경기장시설, 종합운동장만을 체육시설로 규정했다. 그 결과 사인이 설치하는 체육시설 등은 기반시설에 포함되지 못하고, 도시계획시설결정이 아닌 건축법상 건축허가를 받아서 건축되어야 한다.

국가 또는 지방자치단체 등이 체육시설을 설치하는 경우에도 당구장, 골프장, 골프연습장,

13) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 부대시설), 329면.

무도학원, 무도장, 볼링장, 스쿼시장, 스키장, 에어로빅장, 자동차경주장처럼 개인의 유희이나 취미생활을 위한 시설로서 공공성을 갖추지 못한 시설은 기반시설에 포함된다고 보기 어렵다. 반면 궁도장, 농구장, 배구장, 야구장, 양궁장, 육상장, 축구장처럼 국민 전체의 건강증진과 단합을 도모하고 국위선양을 위한 시설로서 공공성을 갖추었다고 볼 수 있는 시설은 기반시설에 포함된다고 볼 수 있을 것이다. 국가 또는 지방자치단체 등이 설치하는 체육시설이라도 당구장 등과 같이 공공성을 갖추지 못한 시설은 기반시설로 인정받기 어려우므로, 도시계획시설이 될 수도 없고 시행자인 국가 또는 지방자치단체에게도 수용권이 주어진다고 보기 어렵다.

IV. 기반시설의 의의와 공공성

1. 기반시설의 의의

(1) 기반시설의 개념

기반시설은 도시가 통상적으로 기능하기 위해 필요한 시설을 의미하는데,¹⁴⁾ 국토계획법은 기반시설의 개념을 별도로 정의하지 않고 기반시설의 종류만을 나열하고 있다(국토계획법 제2조 제6호). 기반시설은 그 시설 자체의 기능을 발휘하고 이용하기 위해서 필요한 부대시설과 편익시설을 포함한다(국토계획법 시행령 제2조 제1항 본문).

도시계획시설은 기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설을 말한다(국토계획법 제2조 제7호). 즉, 기반시설 중 공공성이 보다 높은 시설은 행정주체가 도시계획시설결정, 실시계획 인가라는 엄격한 절차에 따라 설치해야 하므로, 도시계획시설은 ‘도시기능을 위해 필요한 기반시설 중 공공성과 영향력이 높아 원칙적으로 행정주체가 도시계획시설결정 및 실시계획의 절차를 거쳐 설치하는 시설’을 의미한다.¹⁵⁾

(2) 기반시설의 종류

국토계획법은 기반시설을 교통시설, 공간시설, 유통·공급시설, 학교·공공청사·문화시설 및 공공필요성이 인정되는 체육시설¹⁶⁾ 등 공공·문화체육시설, 방재시설, 보건위생시설, 환

14) 김중보, 도시계획시설의 공공성과 수용권, 행정법연구 제30호, 행정법이론실무학회, 2011. 8. 280면.

15) 김중보, 도시계획의 부대시설, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012. 12. 321면.

16) 헌법재판소 2008헌바166 결정의 의미를 고려하면, ‘공공필요성이 인정되는’이란 문구는 체육시설에 한정되지 않고 기반시설 전체에 적용되어야 한다.

경기초시설 중 대통령령이 정하는 시설로 나열하고 있다(제2조 제6호). 국토계획법 시행령은 공공·문화체육시설을 ‘학교·공공청사·문화시설·공공필요성이 인정되는 체육시설·연구시설·사회복지시설·공공직업훈련시설·청소년수련시설’로 정의하고 있다(제2조 제1항 제4호).¹⁷⁾

국토계획법은 용도지역·기반시설의 특성 등을 고려해서 도시관리계획으로 결정하지 않아도 되는 기반시설을 규정하고 있는데(제43조 제1항), 같은 법 시행령은 공공필요성이 인정되는 체육시설을 이러한 임의적 도시계획시설의 하나로 정하고 있다(제35조 제1항 제1호 가목). 임의적 도시계획시설은 건축허가 등으로 설치할 수도 있고, 도시계획시설결정으로 설치할 수도 있다.¹⁸⁾

2. 기반시설의 공공성

도시계획시설을 설치하면서 사인의 토지를 수용할 수 있도록 하는 이유는 도시계획시설이 기반시설이기 때문인데, 이러한 수용권을 정당화하는 근거는 기반시설의 공공성이다.¹⁹⁾ 기반시설을 설치하려면 원칙적으로 도시관리계획으로 결정하고(국토계획법 제43조 제1항), 행정주체가 도시계획시설사업을 시행한다(국토계획법 제86조 제1항). 이처럼 원칙적으로 행정주체가 도시관리계획으로 기반시설을 설치하도록 한 이유는 기반시설이 공공의 이익을 위해 기능하기 때문이다.²⁰⁾

따라서 국토계획법령이 기반시설을 나열하고 있지만, 나열된 시설이 모두 기반시설이라고 볼 수는 없고, 그 중에서 공공성을 갖춘 시설만을 국토계획법상 기반시설이라고 볼 수 있다. 공공성을 갖추지 못하여 기반시설을 볼 수 없는 시설을 대상으로 도시계획시설결정을 했다면 이러한 처분은 법률상 근거가 없는 무효인 처분이다.²¹⁾

기반시설로 인정받기 위해서도 공공성을 필요로 하지만, 이를 설치하기 위해 수용권이 부여되는 도시계획시설은 기반시설이 가지고 있는 공공성보다 더 강화된 공공성을 필요로 한다. 강화된 공공성은 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 이르는 공공성을 의미한다.²²⁾

17) 도시계획시설규칙은 2011년 개정으로 사인이 설치하는 체육시설은 골프장은 영리목적인지 아닌지를 따지지 않고 모두 도시계획시설에서 제외하였다.

18) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 공공성과 수용권), 283면.

19) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 공공성과 수용권), 281면.

20) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 공공성과 수용권), 281면.

21) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 공공성과 수용권), 282면.

22) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 공공성과 수용권), 283면.

3. 기반시설의 시행자와 사인의 수용권

헌법은 공공필요가 있는 경우에는 보상을 전제로 재산권의 수용을 허용하고 있는데(제23조 제3항), 공익사업이나 수용의 주체를 국가나 공공단체만으로 제한하고 있지 않다. 또한 사회경제적인 여건의 변화로 국가나 공공단체만으로는 다양한 종류의 공익사업을 모두 수행할 수 없기 때문에, 사인에게 공익사업을 수행하고 수용권을 행사하게 해야 할 필요성도 증가하고 있다. 그러므로 사인이 본래 국가나 공공단체 등의 행정주체가 수행해야 하는 공적인 의무를 수행하고, 이러한 의무를 수행하는 과정에서 국민의 재산권을 침해할 수밖에 없다면 사인도 수용권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 헌법재판소 역시 사인의 수용권 행사를 인정하고 있다.²³⁾

국토계획법은 원칙적으로 전통적인 행정주체가 도시계획시설을 설치하도록 규정하고 있지만, 예외적으로 사인도 시행자가 될 수 있다. 다만, 사인이 도시계획시설사업의 시행자가 되기 위해서는 도시계획시설사업의 대상인 토지면적의 3분의2 이상 소유자와 토지소유자 총수의 2분의1 이상의 동의를 받아야 한다(국토계획법 제86조, 같은 법 시행령 제96조 제2항). 이처럼 국토계획법이 시행자가 되려는 사인에게 별도의 동의요건을 요구하는 이유는 사인이 설치하는 도시계획시설은 전통적인 행정주체가 설치하는 도시계획시설보다 공공성이 약하기 때문이다. 이는 공공의 이익을 희생하더라도 자신의 이익을 극대화하려는 사인의 본능에서 그 근거를 찾을 수 있다.

따라서 사인이 도시계획시설사업을 하는 시행하는 경우에 수용권을 인정하기 위해서는 전통적인 행정주체가 도시계획시설사업을 시행하는 경우보다 엄격하게 공공성을 심사해야 한다.

4. 골프장의 공공성과 사인의 수용권

(1) 골프장의 종류

체육시설법은 체육시설업을 등록 체육시설업과 신고 체육시설업으로 구분하면서(제10조 제1항), 등록 체육시설업의 하나로 골프장을 규정하고 있다(제1호).²⁴⁾ 체육시설법 시행령은 체육시설업을 회원을 모집하여 경영하는 체육시설업인 회원제 체육시설업(제7조 제1항 제1호)²⁵⁾과 회원을 모집하지 않고 경영하는 체육시설업인 대중체육시설(제7조 제1항 제2호)²⁶⁾로

23) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166 등. “민간기업도 일정한 조건하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있는바, 민간기업이 도시계획시설사업의 시행자라 하더라도 이 사건 수용조항의 위와 같은 목적정당성과 수단적절성을 달리 볼 이유는 없다”

24) 골프 연습장업은 신고 체육시설업으로 규정되어 있다(체육시설법 제10조 제1항 제2호).

나누고 있으므로, 골프장 역시 회원제 골프장과 대중골프장으로 나눌 수 있다.

체육시설법상 **회원**이란 체육시설업의 시설을 일반이용자보다 우선적으로 이용하거나 유리한 조건으로 이용하기로 체육시설업자와 약정한 자를 말하고, **일반이용자**란 1년 미만의 일정 기간을 정하여 체육시설의 이용료를 지불하고 그 시설을 이용하기로 체육시설업자와 약정한 자를 말한다(체육시설법 제2조 제4,5호). 이러한 체육시설법상 ‘회원’과 ‘일반이용자’의 의미는 사회에서 통용되는 회원의 의미와는 차이를 보인다.

일반적으로는 체육시설을 사용하기로 약정한 기간이 1개월, 3개월, 6개월 등 1년에 이르지 못하는 경우에도 일정한 기간의 사용료를 선납하고 그 기간 체육시설을 사용하기로 약정한 자를 회원으로 보고 있다. 사회적인 통념상 회원과 일반이용자는 일정한 기간에 해당하는 이용료를 선납하는지, 아니면 체육시설을 이용할 때마다 이용료를 납부하는지에 따라서 구별된다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 체육시설법은 회원의 의미를 사회적인 통념보다 축소하고 있는 셈이다.

골프장 회원이 납부하는 입회금(예탁금)은 일정한 기간 골프장을 사용하기 위해서 지급하는 사용료라기보다는 골프장 설치와 운영을 위해서 출자한 자금에 가깝다. 다만, 골프장 회원은 일반이용자와는 달리 저렴한 사용료를 지급하고 골프장을 이용할 수 있는데, 이는 골프장 회원이 회원가입 기간에 입회금(예탁금)의 이자 상당액의 사용료를 미리 납부하였기 때문이라고 해석할 수 있다.

그러므로 골프장 회원은 일반적인 의미의 회원과는 달리 일정 기간에 해당하는 체육시설의 사용료를 미리 납부하였을 뿐만 아니라, 체육시설의 설치·운영에 필요한 자금을 출자한다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 골프장 회원과 같이 사용료를 납부뿐만 아니라 체육시설의 체육시설의 설치·운영에 필요한 자금을 출자한 회원은 일반적인 ‘회원’과 달리 ‘출자회원’으로 구별해서 인식할 필요가 있다.

(2) 회원제 골프장과 대중골프장의 특성

회원제 골프장은 회원의 총인원이 한정되어 있고(체육시설법 시행규칙 서식 제2호 사업계

25) 회원제 골프장은 회원이 모두 사단법인인 골프클럽의 구성원이 되고 사단법인이 직접 그 골프장의 경영주체가 되는 **사단법인 회원제**, 회원이 골프장을 경영하는 주식회사의 주주가 되면서 동시에 골프장의 회원이 되어 그 시설이용권을 취득하는 **주주회원제**, 골프장이용계약을 체결한 회원이 회사에 예탁금을 예탁하고 우선적인 시설이용권을 부여받는 예탁금 회원제가 있다. 대한민국의 회원제 골프장은 거의 대부분 **예탁금 회원제**로 운용되고 있다(이계정, 골프장 시설에 대한 담보신탁에 관한 공매와 입회보증금반환의무의 승계, 민사법학 제89호, 한국민사법학회, 2019. 12. 132면).

26) 대중골프장업은 다시 **정규 대중골프장업**, **일반 대중골프장업**, **간이골프장업**으로 나누어진다(체육시설법 시행령 제7조 제2항, 같은 법 시행규칙 제7조). 회원제 골프장업은 3홀 이상, 정규 대중골프장업은 18홀 이상, 일반 대중골프장업은 9홀 이상 18홀 미만, 간이골프장업은 3홀 이상 9홀 미만의 골프코스를 갖추어야 한다(체육시설법 시행규칙 [별표4] 제2호 가목).

획 승인신청서),²⁷⁾ 회원은 비회원보다 골프장을 우선 이용하거나 유리한 조건으로 이용하면서(체육시설법 제2조 제4호), 그 대가로 입회금(예탁금)을 예탁한다. 비회원은 회원과 동반하는 경우에만 회원제 골프장을 이용할 수 있는 경우가 대부분이다. 회원은 탈퇴할 때 입회금 원금을 반환받을 수 있는 권리를 갖는다(체육시설법 시행령 제19조 제2호).

대중골프장은 이용자가 제한되어 있지 않고, 특별한 사유가 없으면 이용자의 예약순서에 따라, 예약자가 없는 경우에는 이용자의 도착 순서에 따라 골프장을 이용할 수 있다(체육시설법 시행규칙 제13조 제3항 제4호). 이용자는 골프장 이용료를 지불할 뿐이고 별도의 입회금(예탁금)을 납부하지 않는다.

(3) 회원제 골프장과 대중골프장의 공공성

사인이 기반시설을 설치한 경우, 행정주체가 설치했다라도 소유권이 행정주체에게 귀속되지 않거나 사인이 시설을 운영하는 경우에는 이러한 기반시설은 행정주체가 설치·소유·운영하는 기반시설보다 공공성이 낮다. 기능적으로는 공공성이 인정되는 도시계획시설이라도 주체의 공공성이 낮아지면 헌법이 요구하는 공공필요를 충족하지 못할 수 있다.²⁸⁾

회원제 골프장을 사용하기 위해서는 수천 만 원에서 수억 원에 이르는 입회금을 예탁해야 하므로, 상당한 경제력을 가진 자만이 회원제 골프장을 이용할 수 있다. 반면 대중골프장은 1인당 10~30만원 정도의 사용료(그린피) 등을 지급하면 사용할 수 있다. 이러한 측면에서 보면 대중골프장의 공공성이 회원제 골프장보다는 더 크다고 볼 수 있다.

그러나 대중골프장 역시 대중교통으로는 접근이 어려워 개인의 차량을 사용해야 하는 곳에 위치해 있고, 그린피와 캐디피, 식사비 등을 포함하면 1회 이용에 10~30만 원의 비용이 소요되는데, 이러한 비용이 일반 국민의 경제수준을 고려할 때 결코 적다고 볼 수 없다. 또한 골프장을 이용하기 위해서는 상당한 비용을 들여서 골프용품을 구비해야 하고, 많은 비용과 시간을 들여서 골프기술을 지도 받고 이를 연습해야 한다.

기반시설이 도시계획시설로 결정되면 시행자에게 수용권이 부여되는데, 수용권은 다른 사람의 재산권을 박탈할 수 있는 힘을 의미한다. 이러한 재산권 박탈을 정당화할 수 있을 정도의 공공성을 갖추기 위해서는 그 시설이 국민의 건강증진과 건전한 여가 선용에 이바지해야 할 뿐만 아니라, 국민 누구나 저렴한 비용으로 손쉽게 이용할 수 있어야 한다. 이러한 사정을 고려하면, 회원제 골프장과 대중골프장 역시 기반시설이나 도시계획시설로 인정받거나 수용권을 행사할 수 있을 정도의 공공성을 갖추었다고 보기 어렵다.

27) 사업계획 승인신청서는 사업계획의 내용으로 ‘⑤ 회원모집계획 총인원 수’를 기재하도록 하면서, 그 작성요령으로 “⑤란에는 회원을 모집하는 체육시설인 경우에만 모집하려는 회원의 총인원을 적으십시오”라고 기재하고 있다.

28) 김종보, 앞의 논문(도시계획시설의 공공성과 수용권), 289면.

(4) 도시계획시설규칙의 개정과 골프장의 기반시설 제외

2002년 제정된 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙(이하 ‘도시계획시설규칙’) 제99조는 ‘체육활동에 지속적으로 이용되는 시설과 그 부대시설’로서, ‘체육시설법에서 정하는 체육시설 중 공공용으로 사용하기 위하여 설치되는 시설(운동장을 제외한다)’ (제1호)과 골프장(9홀 이상인 골프장에 한한다)’ (제2호)을 체육시설로 규정했다.

당시 시행되던 체육시설법 시행령 [별표]은 골프장을 체육시설로 규정하고 있었으므로, 공공용으로 사용하기 위해 설치한 골프장은 위 도시계획시설규칙 제99조 제1호에 따라 도시계획시설로 인정될 수 있었다. 반면 공공용으로 사용되지 않는 골프장, 즉 사인이 설치하여 영리를 목적으로 하는 골프장은 위 도시계획시설규칙 제99조 제2호에 포함되어 도시계획시설로 설치될 수 있었고, 그 과정에서 사인인 시행자는 수용권을 행사할 수 있었다.

2004년 개정된 도시계획시설규칙 제99조는 체육시설법에서 정하는 체육시설 중 일반인의 이용에 제공하기 위해 설치하는 시설을 체육시설로 규정하면서, 그 단서 규정에서 ‘운동장’ (제1호)과 ‘실내골프연습장(건축물 안에 설치하는 골프연습장을 말한다)’ (제2호)를 체육시설에서 제외했다. 이후 2011년 헌법재판소가 국토계획법 제2조 제6호 라목 중 ‘체육시설’ 부분이 포괄위임금지의 원칙에 위배된다는 헌법불합치 결정을 하기 전까지 사인이 설치하는 골프장은 위 도시계획시설규칙 제99조의 ‘일반인의 이용에 제공하기 위해 설치하는 시설’에 해당한다고 해석되어 왔다.

다만, 대법원은 위 헌법불합치 결정 이후, 사인이 설치하는 골프장 중 회원제 골프장은 위 도시계획시설규칙 제99조의 ‘일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치하는 체육시설’에 해당하지 않는다고 판단하여, ‘일반인의 이용에 제공하기 위해 설치하는 시설’을 제한적으로 해석했다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012두12884 판결).

그러나 2011년 개정된 도시계획시설규칙 제99조는 체육시설을 열거²⁹⁾하면서, 체육시설법에서 정하는 체육시설 중 국가 또는 지방자치단체가 설치하거나 소유하는 전문체육시설, 생활체육시설 등으로 체육시설을 엄격하게 제한했다. 이로써 도시계획시설이 될 수 있는 골프장은 국가, 지방자치단체가 설치·소유하는 전문체육시설, 생활체육시설인 골프장, 대한체육회, 대한장애인체육회, 서울올림픽기념국민체육진흥공단이 설치·관리하는 전문체육시설, 생활체육시설인 골프장, 국제경기대회 및 전국 규모 또는 시·군 규모의 종합경기대회를 개최할 수 있는 골프장으로 한정되었고, 사인이 설치하거나 소유하는 골프장은 회원제 골프장과 대중골프장을 구별하지 않고 모두 도시계획시설에서 제외되었다.³⁰⁾

29) 이처럼 기반시설에 해당하는 체육시설의 종류를 단순히 나열하는 입법방식은 타당하다고 보기 어렵다. 공공성을 갖춘 체육시설의 일반적인 정의와 요건을 규정하고 이에 따라서 기반시설에 포함되는 체육시설인지 판단하도록 할 필요가 있다.

30) 2011년 개정 도시계획시설규칙 제99조는 ‘국가 또는 지방자치단체가 설치하거나 소유하는 체육

이러한 도시계획시설규칙의 개정은 사인이 설치하는 골프장의 공공성이 매우 낮다는 사정을 반영한 타당한 개정으로 볼 수 있다. 이로써 사인이 골프장을 설치하기 위해 도시계획시설 결정을 받아 수용권을 행사하는 일을 방지할 수 있게 되었다.

V. 관련문제 - 체육시설업의 승계와 회원보호

1. 체육시설법과 회원 지위의 승계

체육시설법은 체육시설업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인인 체육시설업자가 합병한 때에는 그 상속인, 영업을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인이 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계하도록 하고 있다(체육시설법 제27조 제1항). 즉, 체육시설업자의 지위가 포괄적으로 이전되면 포괄승계인에게 체육시설 회원의 지위 역시 승계된다. 헌법재판소는 위 조항이 합헌이라는 입장이다.³¹⁾

또한 체육시설법은 민사집행법에 따른 경매(제1호), 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의한 환가(제2호), 국세징수법·관세법 또는 지방세징수법에 따른 압류 재산의 매각(제3호), 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차(제4호)에 따라 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설을 인수한 자 역시 회원의 지위를 승계하도록 하고 있다(체육시설법 제27

시설’ (제1호), ‘대한체육회, 대한장애인체육회, 서울올림픽기념국민체육진흥공단이 설치·관리하는 체육시설’ (제2호), ‘2002년 월드컵축구대회지원법에 따른 경기장시설’ (제3호), ‘제14회 아시아경기대회지원법에 따른 경기장시설’ (제4호), ‘2011 대구 세계육상선수권대회, 2013 충주 세계조정선수권대회, 2014 인천 아시아경기대회, 2014 인천 장애인아시아경기대회 및 2015 광주 하계유니버시아드대회 지원법에 따른 경기장시설’ (제5호)만을 체육시설로 열거했습니다(제1호 및 제2호의 경우에는 체육시설법 제5조에 따른 전문체육시설 및 제6조에 따른 생활체육시설만 해당한다). 이후 2012년 개정으로 ‘2018 평창 동계올림픽대회 및 장애인동계올림픽대회 지원 등에 관한 특별법에 따른 경기장시설’ (제6호)이 체육시설로 추가되었고, 2018년 개정으로 ‘국민의 건강증진과 여가선용에 기여하기 위해 설치하는 시설(국제경기종목으로 채택된 경기를 위한 시설 중 육상경기장과 한 종목 이상의 운동경기장을 함께 갖춘 시설 또는 3종목 이상의 운동경기장을 함께 갖춘 시설로 한정한다)로서 관람석의 수가 1천석 이하인 소규모 실내운동장을 제외한 종합운동장’ (제7호)이 체육시설로 추가되었다.

위 제1호, 제2호에는 체육시설법상 전문체육시설과 생활체육시설만이 해당하는데, 골프장은 전문체육시설(체육시설법 제5조, 같은 법 시행령 제3조 제2항, 같은 법 시행규칙 제2조, 별표1)이나 생활체육시설(체육시설법 제6조, 같은 법 시행령 제4조 제2항, 같은 법 시행규칙 제3조, 별표2)에 포함되지 않는다. 또한 2002년 월드컵축구대회, 2011년 대구 세계육상선수권대회, 2013년 충주 세계조정선수권대회, 2014년 인천 장애인아시아경기대회, 2018년 평창 동계올림픽대회 및 장애인동계올림픽대회에는 골프경기가 없었다. 2014년 인천아시아경기대회의 골프경기장은 인천에 있는 드림파크 컨트리클럽으로, 2015년 광주하계유니버시아드대회의 골프경기장은 전라남도 화순군에 있는 무등산 CC로 정해져 있었다. 이에 더하여 골프장은 육상경기장과 한 종목 이상의 운동경기장을 함께 갖춘 시설 또는 3종목 이상의 운동경기장을 함께 갖춘 시설이라고 보기도 어렵다.

31) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌바197 결정.

조 제2항). 즉, 체육시설업자의 경제적 어려움에 따라 체육시설업자의 의사와 무관하게 이루어지는 환가절차에서 체육시설을 인수한 자에게도 체육시설 회원의 지위가 승계된다.

체육시설법의 회원 지위 승계 규정은 1994년 개정된 체육시설법에 처음 도입되었는데, 당시 체육시설법 제30조는 현행 체육시설법 제27조 제1항에 해당하는 규정만을 두고 있었다. 이후 2003년 개정에서 현행 체육시설법 제27조 제2항에 해당하는 규정이 추가되었다. 체육시설법 제27조는 영업주체의 변동에도 불구하고 사업의 인허가와 관련하여 형성된 공법상 관리체계를 유지시키고 체육시설업자와 이용관계를 맺은 다수 회원의 이익을 보호하려는 입법 목적을 가지고 있다. 특히 체육시설법 제27조 제2항은 같은 조 제1항의 영업양도에 해당하지 않더라도 민사집행법에 따른 경매 등 절차에 따라 체육필수시설의 소유권이 이전되어 체육시설업의 영업 주체가 변경되는 때에도 같은 조 제1항을 준용하려는 입법 목적을 가지고 있다.³²⁾

관광진흥법(제8조), 주택임대차보호법(제3조), 상가건물임대차보호법(제3조) 역시 관광사업 시설의 인수인, 임차주택이나 임차건물의 양수인이 관광사업자의 지위나 임대인의 지위를 승계하도록 하는 조항(제8조, 제3조, 제3조)을 두고 있다.

대법원은 체육시설이 담보신탁계약에서 정한 공매나 수의계약으로 일괄하여 이전되는 경우에도, 체육시설의 인수인은 체육시설업자와 회원 간의 약정한 사항을 포함하여 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계한다고 보아 체육시설법 제27조의 적용범위를 최대한 넓히려는 입장이다.³³⁾

2. 관광진흥법과 회원 지위의 승계

관광진흥법은 관광사업의 양수인 또는 합병 후 존속하거나 설립되는 법인에게 관광사업자의 권리·의무(분양이나 회원 모집을 한 경우에는 그 관광사업자와 공유자 또는 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계하도록 하고 있다(제8조 제1항). 또한 관광진흥법은 민사집행법에 따른 경매(제1호), 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의한 환가(제2호), 국세징수법·관세법 또는 지방세징수법에 따른 압류 재산의 매각(제3호), 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차(제4호)에 따라 주요한 관광사업 시설의 전부를 인수한 자 역시 회원의 지위를 승계하도록 하고 있다(제8조 제2항). 이러한 관광진흥법의 태도는 체육시설법과 유사하다고 볼 수 있다.

다만, 관광진흥법은 관광사업의 한 종류로 ‘관광객 이용시설업’³⁴⁾ 등을 규정하고 있는

32) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2018다237473 판결.

33) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결.

34) ‘관광객을 위하여 음식·운동·오락·휴양·문화·예술 또는 레저 등에 적합한 시설을 갖추어 이를 관광객에게 이용하게 하는 업’ (관광진흥법 제3조 제1항 제3호 가목) 등을 의미한다.

데(제3조 제1항), 관광진흥법 시행령 제5조, [별표1]는 관광객 이용시설업 중 하나인 온천장을 등록하기 위해서는 정구장·탁구장·볼링장·홀터·**미니골프장**·배드민턴장·롤러스케이팅장·보트장 등의 레크리에이션 시설 중 두 종류 이상의 시설을 갖추거나 제2조 제5호에 따른 유원시설업 시설을 갖추도록 하고 있다.

즉, 관광진흥법이 규율하고 있는 관광사업과 시설 중에는 체육시설법상 골프장이 포함되어 있지 않으므로, 관광진흥법의 회원 지위 승계 규정을 골프장에 적용하기는 어렵다.

3. 회원 지위 승계 조항의 개정방향

이처럼 체육시설업자의 지위를 포괄적으로 이전 받은 자 또는 환가절차에서 체육시설을 인수한 자에게 회원 지위를 승계하도록 하는 조항과 법리는 주로 회원제 골프장을 중심으로 발전해 왔다. 사업의 인허가와 관련하여 형성된 이미 공법상 관리체계를 유지시키고 체육시설업자와 이용관계를 맺은 다수 회원의 이익을 보호하려는 회원 지위 승계 조항의 입법목적은 수긍할 만하다. 그러나 체육시설법의 체육시설에는 골프장부터, 볼링장, 스키장, 수영장, 썰매장 등 다양한 시설이 포함되어 있는데, 모든 체육시설에 획일적으로 회원 지위 승계 조항을 적용할 수 있는지는 의문이다.

특히 회원 지위 승계 조항은 체육시설의 회원들을 일반 채권자들보다 우선 보호하는 결과를 가져오므로 시장경제 질서를 수정하게 된다. 그러므로 해당 체육시설이 충분한 공공성을 확보한 경우에만 체육시설을 인수한 자가 회원 지위를 승계하도록 하여 시장경제 질서와 회원의 이익 보호 사이에서 균형을 추구할 필요가 있다. 이러한 측면에서 특히 회원제 골프장은 앞서 살펴본 것처럼 공공성이 크다고 볼 수 없으므로, 시장경제 질서를 수정하면서까지 회원의 이익을 보호할 필요는 없다. 골프장의 회원들 역시 골프장의 공공성이 크지 않다는 사정을 잘 알고 있다고 볼 수 있으므로, 회원들이 예상하지 못한 손해를 입게 된다고 보기도 어렵다.

따라서 회원제 골프장과 같이 공공성이 높지 않은 체육시설업의 경우에는 획일적으로 회원의 지위를 승계하도록 강제할 필요가 없으므로, 체육시설법 제27조 역시 이에 맞추어 개정할 필요가 있다.

VI. 결론

체육시설법상 체육시설인 골프장, 특히 사인이 설치하는 골프장은 회원제 골프장과 대중 골프장을 막론하고 그 공공성을 인정하기 어려우므로, 국토계획법의 기반시설이나 도시계획

시설로 인정할 수 없고 시행자에게 수용권을 부여할 수도 없다. 도시계획시설규칙은 이러한 사정을 반영하여 2011년 개정에서 사실상 사인이 설치하는 체육시설을 ‘체육시설’, 즉 기반시설에서 제외하였다.

도시계획시설규칙, 체육시설법, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙은 체육시설과 운동시설을 같은 의미로 사용하기도 하지만 운동시설을 체육시설에 포함되는 개념으로 사용하는 혼재된 태도를 보이고 있다.

체육시설법은 체육시설업이 포괄적으로 이전되는 경우뿐만 아니라, 환가절차에서 인수되는 경우에도 체육시설 회원의 지위를 승계하도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정은 체육시설 회원의 지위를 과도하게 보호할 뿐만 아니라, 결과적으로 체육시설 회원에게 오히려 더 큰 손해를 입게 만든다. 따라서 포괄승계인이나 체육시설 인수인이 부담을 느끼지 않도록 체육시설법이 규정하고 있는 회원 지위 승계 조항을 개정할 필요가 있고, 개정되기 전까지는 회원 지위가 승계되는 경우를 최대한 제한적으로 해석할 필요가 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.

[논문]

- 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8.)
_____, “도시계획시설의 부대시설”, 『행정법연구』 제34호(2012. 12.)
박종수, “신탁재산의 공매와 체육시설업의 승계”, 『법조』 제704호(2015. 5.)
이계정, “골프장 시설에 대한 담보신탁에 기한 공매와 입회보증금반환의무의 승계”,
『민사법학』 제89호(2019. 12.)
전극수, “민간기업의 골프장건설을 위한 수용의 허용성”, 『강원법학』 제43권(2014. 10.)
정연주, “골프장설치를 위한 토지수용”, 『공법연구』 제43권 제3호(2015. 2.)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제5호 2021년 4월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 5, April 2021

장기미집행 도시계획시설과 기한부건축물

- 구 경원초등학교 부지를 중심으로

김진훈*

국문초록

학령인구 감소의 예측 실패로 많은 수의 학교부지가 장기미집행 도시계획시설로 묶이게 되어 토지소유자들의 재산권을 과도하게 제한하여 왔다. 나아가 이러한 장기미집행 도시계획시설을 해제하는 과정에 있어서도 관할 지방자치단체의 장은 과도한 기부채납 등을 요구함에 따라 해당 부지 소유자와의 갈등이 빈번히 발생하고 있고, 이로 인해 추가적인 사회적 비용이 지출되고 있다.

입법부와 행정부는 학교 등에 대한 도시계획시설결정이 반드시 필요한 경우에만 이루어질 수 있도록 관련 규정과 결정절차를 정비할 필요가 있고, 도시계획시설결정이 집행될 수 없게 될 경우, 신속하게 해당 결정을 해제하고 이 과정에서 과도한 기부채납 요구 등으로 인한 분쟁 발생과 절차 지연을 방지할 필요 또한 높다.

아울러 일반 가설건축물과 그 개념에 있어 상이한 미집행 도시계획시설부지에 건축되는 기한부건축물의 허가에 관한 규정들을 일반 가설건축물의 신고에 관한 규정들과 분리하고, 나아가 앞으로 빈번히 이루어질 장기미집행 도시계획시설결정 해제에 따른 기한부건축물의 일반 건축물 전환에 관한 법적 근거를 신설하여, 향후 부당하게 기한부건축물의 일반 건축물 전환이 거부되는 등의 분쟁 발생의 소지를 예방하여야 할 것이다.

나아가 주민의 도시관리계획에 관한 입안제안권 등을 두텁게 보장하기 위해서는 주민이 입안제안한 내용대로 입안권자에 의하여 도시관리계획의 입안제안이 이루어진 후 결정권자에 의하여 반려된 경우, 해당 반려처분에 대하여도 대상적격 및 입안제안을 한 주민의 원고적격이 인정되어야 할 것이다. 끝으로, 도시관리계획의 수립 및 결정은 입안권자와 결정권자라는 상이한 두 행정청에 의해 입안과 결정이라는 두 단계를 거쳐 이루어지는 것이므로, 권리구제의 실효성을 확보하기 위해서는 현재의 관행대로 결정권자만이 아닌 입안권자와 결

* 변호사, 법무법인(유) 광장

정권자 모두를 피고로 하여 도시관리계획결정에 관한 항고소송이 제기되어야 할 것이다.

주제어 : 장기미집행 도시계획시설, 가설건축물, 기한부건축물, 입안제안, 학교

목 차

- I. 서론
- II. 대상 부지 및 판결의 소개
- III. 학교시설과 기한부건축물
- IV. 지구단위계획의 입안제안과 거부처분
- V. 결어

I. 서론

초등학교, 중학교 등 각급 학교의 신설은 택지 등을 조성함에 있어 최우선적으로 고려되는 시설로, 이를 위해 택지개발 등의 초기단계에서부터 학교부지는 주택용지의 중심부에 도시계획시설결정으로 확보되어 왔다. 그러나 학령인구의 감소와 예산 부족으로 인하여 실제 학교시설의 설치는 보류되고, 이로 인해 학교부지는 그대로 장기간 방치되거나 옥외골프연습장 등의 골프연습장이 건설되어 소음, 진동 및 외관상의 이유로 주변 주민들의 민원대상이 되고 있다. 나아가 학교부지의 장기미집행으로 인해 도시 중심부 고가치의 토지 개발이 장기간 제한됨에 따라, 토지소유자의 재산권을 상당히 제한하고 있을 뿐만 아니라 사회적으로도 중요 부지의 개발 지연에 따른 손실을 야기하고 있다.

이하에서는 도시계획시설로서의 학교의 의의와 학교부지의 장기미집행, 그리고 그 해제를 위한 도시관리계획의 수립 과정에서의 법적 분쟁을 서울특별시 서초구 잠원동 66-2 구 경원초등학교 부지에 관한 사례를 중심으로 살펴보고, 학교시설의 장기미집행과 그 해제에 관한 절차 및 기준 등에 관한 법적 및 제도적 문제점을 지적하고, 그 해결방안을 제시하고자 한다.

II. 대상 부지 및 판결의 소개

1. 대상 부지의 소개

[그림 삽입을 위한 여백]



[그림 1. 대상 부지 인근 지도]

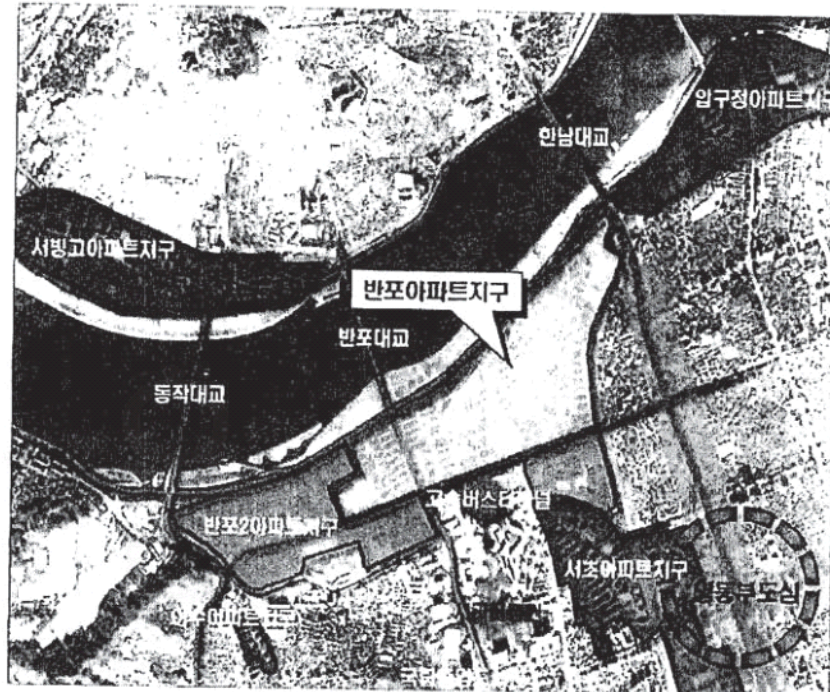
[대상 부지]

1986. 5. 17. 서울특별시 고시 제308호로 현재 서울 서초구 잠원동 66-2 10,562㎡에 대해 경원초등학교를 설치할 목적으로 도시계획시설(학교) 결정이 이루어졌다. 한편, 서울특별시는 1991. 12. 26. 서울 강남구 신사동, 압구정동, 청담동 일부 및 서초구 반포동, 서초동, 잠원동 일부에 대하여 실시된 영동(1, 2지구) 토지구획정리사업의 완료에 따른 환지처분을 하고 서울특별시 공고 제1991-355호로 이를 공고하였다. 위 환지처분에 의하여 서울 서초구 잠원동 1-62 토지 외 13필지 중 일부가 현재의 서울 서초구 잠원동 66-2 학교용지 10,562.3㎡로 환지되었고, 당시 소유자는 한국토지개발공사였다.

그런데 이후 지방자치단체로서는 해당 토지를 한국토지개발공사로부터 매입하여 초등학교를 조성할 예산이 부족하였고, 한국토지개발공사 또한 자금을 확보할 필요가 있어 한국토지개발공사는 1996. 8. 29. 예정가격을 약 155억 원으로 정하여 매각공고를 하였으나 유찰되었고, 결국 2001. 4. 12.에 이르러서야 대상 부지가 약 97억 원의 가격에 현 소유자에게 매각되었다).

1) 2005. 11. 30. 제29회 서울특별시의회(정례회) 본회의회의록 3-4면.

■ 위치도



[그림 2. 반포아파트지구 표시 지도]

한편, 대상 부지 및 반포동, 잠원동 일대는 반포 아파트지구로 지정되어 개발기본계획이 수립되어 있다. 아파트지구는 1976. 1. 28. 구 「도시계획법」 시행령이 대통령령 7963호로 일부개정되면서 처음 도입된 것으로, 토지이용도의 제고와 주거생활의 환경보호를 위하여, 즉 단독주택이 선호되던 당시 분위기를 극복하고 아파트의 집단적 건설을 하기 위하여²⁾ 지정된 지구이다(구 도시계획법 시행령 제16조 제2호). 그리고 이러한 아파트지구에 대하여는 구 「주택건설촉진법」에 따라 아파트지구개발기본계획이 수립되었는데, 그 내용은 지구의 구성 및 토지이용에 관한 사항, 중심시설의 건축계획에 관한 사항, 도시계획시설에 관한 사항 등이었다(구 주택건설촉진법 제20조 제1항, 같은 법 시행령 제23조). 아파트지구는 아파트개발이 필요하던 시절에 특정 지구에 아파트만이 건축될 수 있도록 지정하고, 아파트에 방해될 수 있는 시설이 들어서지 못하기 위해 지정된 것으로, 현재의 지구단위계획과 유사

2) 강신은, “죽었음에도 죽지 않은 아파트지구”, 도시개발신문, 2010년 1월 25일자. 아파트지구 제도의 도입 목적과 이후의 경과와 관련하여 자세히는 배선헌, “대규모 주거지 개발수단으로서 ‘아파트지구’ 특성 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2020, 26-66면 참조.

한 사항들을 아파트지구개발기본계획에 규정하였다.

이후 아파트의 인기가 높아짐에 따라 아파트지구의 지정이 필요하지 아니하게 되었고, 이에 2003. 5. 29. 구 주택건설촉진법을 「주택법」으로 개정되면서 아파트지구에 관한 근거조항들은 모두 삭제되었으나, 주택법 부칙(2003. 5. 29.) 제9조에 의해 기존의 아파트지구 개발기본계획의 효력은 모두 남아 있다. 대상 부지 일대에 지정된 반포 아파트지구 개발기본계획의 경우에도, 주택용지의 용도를 공동주택 및 유치원 등으로 제한하고, 상업용지인 주구 중심 등의 경우에도 공동주택의 편의를 증진할 수 있는 근린생활시설 등으로 그 용도를 제한하고, 인근 주거시설에 소음 및 진동 등을 유발하고 경관상 좋지 아니한 옥외골프연습장의 경우 반포아파트지구 전체에 걸쳐 설치를 금지하고 있다.

[도시계획시설결정 폐지에 관한 지구단위계획안의 입안제안]



[그림3. 대상 부지에 설치된 근린생활시설 및 옥외골프연습장]

대상 부지 소유자는 가설건축물 건축허가를 받아 대상 부지 위에 근린생활시설과 옥외골프연습장을 건축하여 운영하려 하였으나, 관할 서초구청장의 거부처분을 받은 후, 행정소송을 제기하여 제1심에서 승소 후 그대로 확정되어 2002. 10.경 서초구청장으로부터 가설건축물 건축허가를 받아 대상 부지 위에 근린생활시설과 옥외골프연습장을 설치하여 운영해 왔다³⁾.

3) 이덕훈, “현장, 이곳은/잠원동 한양아파트 주변”, 조선일보, 2003년 2월 10일자. 거부처분의 이유는 파악되지 아니하나, 아래에서 설명하는 바와 같이 옥외골프연습장의 소음 및 외관불량과 아파트지구 개발기본계획상 옥외골프연습장의 건축이 금지된다는 이유일 것으로 생각된다.

한편 서울특별시장은 학령인구 감소 등으로 인하여 대상 부지에 학교를 설립할 계획이 없
어지고, 장기미집행 도시계획시설의 폐지연한이 다가오자 지구단위계획의 수립과 연계하여
도시계획시설(학교)결정의 폐지를 추진하고자 2014. 4. 27. 대상 부지 소유자에게 도시계획시
설결정 폐지에 관한 지구단위계획을 수립하여 해당 자치구에 입안제안을 해 달라는 취지의
공문을 송부하였고, 대상 부지소유자는 2014. 10. 24. 대상 부지에 관하여 도시계획시설(학
교)을 폐지하는 내용의 지구단위계획안을 마련하여 서초구청장에게 입안제안하였다.

2. 대상 판결의 소개

[소송의 제기]

피고 서초구청장은 원고(대상 부지 소유자)가 입안제안한 지구단위계획안에 대해 피고 서
울특별시장에게 자문을 요청하였으나, 피고 서울특별시장은 공공기여(25%)를 반영하고, 옥외
골프연습장을 불허용도에 추가하여야 한다는 의견을 밝혔고, 피고 서초구청장은 이러한 의
견을 2015. 6. 5. 원고에게 전달하였다.

그러나 원고는 「도시·군관리계획수립지침」 4-10-5 (2)에 의하면 장기미집행도시계획시
설결정을 해제하는 경우 기부채납 대상에서 제외하도록 규정하고 있다는 등의 사유를 들어
공공기여를 반영하지 아니하고, 옥외골프연습장은 제2종일반주거지역에서 허용되는 운동시
설이라는 이유로 용도계획도 변경하지 아니하였다.

결국 피고 서초구청장은 원고가 입안 제안한 지구단위계획안의 내용 중 일부만을 수정하
여 2016. 1. 7. 열람·공고하였으나, 피고 서울특별시장은 2016. 1. 25. 피고 서초구청장에게
기존의 의견을 다시 송부하였고, 2016. 1. 28. 피고 서초구청장은 해당 내용을 원고에게 전
달하였다.

그리고 원고는 2016. 4. 27. 직접 피고 서울특별시장을 상대로 기존 지구단위계획안대로
도시관리계획을 결정해 줄 것을 신청하였으나, 피고 서울특별시장은 2016. 5. 18. 원고에게
‘원고의 신청은 입안의 제안이므로 피고 서초구청장에게 이첩한다’ 라고 통보하였다.

이에 원고는 선택적으로, 피고 서울특별시장이 2016. 1. 25. 피고 서초구청장에 대하여 한
도시관리계획안 결정 반려처분, 또는 2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처
분, 또는 2016. 5. 18. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분의 취소를 구하였다.

[법원의 판단]

서울행정법원은 우선 비록 피고 서울특별시장은 직접 원고가 수립한 도시관리계획안의 결
정 반려를 원고에게 통지하지 아니하였으나, 피고 서초구청장을 통해 그대로 전달되었으므
로, 이는 단순한 행정기관 내부의 행위로 볼 수 없다고 판단하여 피고 서울특별시장이

2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분의 원고에 대한 처분성을 인정하고, 해당 처분의 위법성에 대해 판단하였다.

그리고 공공기여 요구의 위법성에 대하여는 도시·군관리계획수립지침 4-10-5. (2)는 장기미집행 도시계획시설결정을 해제하는 경우는 기부채납 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 규정하고 있고, 장기미집행 도시계획시설의 해제를 위한 도시관리계획안의 수립에 있어서는 그 동안 이루어진 재산권 제약에 따른 토지소유자의 불이익을 해소한다는 측면을 함께 고려하여야 하며, 원고는 그 동안 운영해 온 가설건축물을 유지한다는 취지로 지구단위계획안을 수립하였는바, 추가적인 기반시설도 요구된다고 보기 어려워 25%의 공공기여 요구는 정당성과 객관성을 갖춘 이익형량에 해당하지 아니하여 위법하다고 판단하였다.

나아가 옥외골프연습장을 불허용도로 추가하라는 요구의 위법성에 대하여도 비록 아파트 지구 개발기본계획에서 옥외골프연습장을 불허용도로 규정하고 있으나, 아파트지구는 점진적으로 해제될 예정으로 새로운 지구단위계획안에서 대상 부지에 대한 아파트지구를 폐지하는 것이 문제되지 아니한 점, 이미 설치된 옥외골프연습장을 일반건축물로 전환하여 사용할 수 있는 점, 반드시 기존 기한부건축물을 철거하고 새로운 건축물을 건축하는 방향으로 개발을 할 필요는 없다는 이유로 위와 같은 피고 서울특별시장의 용도제한 요구 또한 정당하고 객관적인 이익형량에 기초한 것이 아니라고 보아 위법하다고 판단하여 피고 서울특별시장이 2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분을 취소한다는 판결⁴⁾을 내렸고, 이는 서울고등법원 2017. 2. 23. 선고 2016누70255 판결로 그대로 확정되었다(상고기간 도과)⁵⁾.

4) 서울행정법원 2016. 9. 23. 선고 2016구합54916 판결

5) 위 판결의 확정 이후 서울특별시장은 2017. 11. 16. 대상 부지가 포함된 도시관리계획(지구단위구역 및 계획) 결정 및 지형도면 고시(서울특별시 고시 제2017-411호)를 함으로써 대상 부지에 대한 도시계획시설결정을 해제하였다. 그러나 대상 부지 소유자는 위 새로운 도시관리계획은 용적률을 과도하게 제한하고 있는바 용적률을 다시 상향받기 위해서는 결국 기부채납이 필요하여 기존 취소된 계획안과 같은 내용에 해당하고, 나아가 아파트지구를 제척하는 내용도 정하지 아니하여 여전히 옥외골프연습장 운영이 제한되므로 새로운 도시관리계획은 위 확정판결의 기속력에 반한다는 등의 이유로 다시 취소소송을 제기하였다. 이에 관해 제1심은 원고 패소, 제2심은 원고 승소 판결(기속력 위반 취지)을 내렸으나, 대법원은 다시 새로운 도시관리계획 결정 및 지형도면 고시가 기속력 위반에 해당하지 아니한다는 취지로 파기환송판결을 하였고(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두56135 판결), 2021. 4. 22. 현재 서울고등법원에 파기환송심이 계속 중이다(서울고등법원 2020누45720호).

III. 학교시설과 기한부건축물

1. 도시계획시설로서의 학교와 장기미집행

[도시계획시설로서 학교의 의의]

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 한다) 제2조 제6호 각 목의 본문은 “‘기본시설’이란 다음 각 목의 시설로서 대통령령으로 정하는 시설을 말한다”라고 정하고 있고, 라.목은 “학교”를 기본시설 중 하나로 정하고 있다. 나아가 제2조 제7호는 “‘도시·군계획시설’이란 기본시설 중 도시·군관리계획으로 결정된 시설을 말한다”라고 정하고 있다.

한편, 학교 중 유치원, 특수학교, 대안학교, 방송대학·통신대학 및 방송통신대학의 경우에는 도시계획결정 없이 설치할 수 있는 임의적 도시계획시설에 해당하고(국토계획법 시행규칙 제6조 제1항 제9호 각 목), 초등학교, 중학교, 고등학교, 대학교 등 나머지 학교의 경우 반드시 도시계획시설결정에 의해 설치하여야 하는 필수적 도시계획시설에 해당한다.

[학교부지 결정과 학교신설 결정의 불일치]

학교부지의 경우 주로 최초 택지개발 등을 할 당시에 도시계획시설결정을 통해 마련되는데, 실제 학교 설치여부에 대한 결정권한은 교육감에게 있고(「지방교육자치에 관한 법률」 제20조 제5호), 교육부 중앙투자심사위원회의 심사(「지방교육행정기관 재정투자사업 심사규칙」 제3조 제1항 제2호 다.목 참조)를 거친 교육감의 학교 신설 결정은 통상 도시계획시설 결정 이후 8~10년 이후에 이루어진다.

이러한 학교부지 결정권자(지방자치단체의 장) 및 결정시점과 학교신설 결정권자(교육감 및 교육부 장관) 및 결정시점의 불일치 때문에 최근 지속되고 있는 학령인구의 감소로 인해 기존에 학교용지로 결정한 부지에 대하여 교육부의 심사 결과 학교신설 결정이 보류되는 사례가 다수 발생하고 있으며, 학령인구 감소로 사실상 학교신설이 요원해지는 경우에도 도시계획의 입안권자 및 결정권자인 지방자치단체의 장으로서 지역주민들의 반발로 학교부지 폐지결정을 내리기가 어렵기 때문에 장기미집행되고 있는 학교부지가 다수 발생하고 있다⁶⁾.

[장기미집행 학교부지 현황과 분쟁의 발생]

전국적으로 20년 이상 미집행되어 2020. 7. 해제 예정인 학교부지는 69만 9,167.3㎡에 이른다⁷⁾. 서울특별시 내 장기미집행 학교부지의 경우에도 총 19개소 21,000㎡가 존재⁸⁾하며,

6) 김상용, “교육부, 학교신설 자제 기조... 미집행 용지 더 증가 우려”, 서울경제, 2019년 9월 25일자.

7) 김상용, “내년 학교땅 69만9,167㎡풀리지만...도심은 다시 묶일 수도”, 서울경제, 2019년 9월 19일자.

이는 공원 등 타 도시계획시설부지에 비해 작은 면적이지만, 공원 등과 달리 학교는 대부분 주거밀집지역 내 평지에 위치하고 있어 지가가 높고, 사유지 비중이 높기 때문에 실질적 비중은 높으며, 이로 인해 도시계획시설 해제 여부와 관련하여서도 분쟁이 잦은 편이다.

10년 이상 도시계획시설결정이 집행되지 아니한 경우에도 아무런 보상없이 이를 토지소유자가 수인하도록 한 구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정된 것) 제4조에 대한 헌법재판소 1999. 10. 21.자 97헌바26 헌법불합치 결정 또한 장기미집행 학교부지 소유자의 헌법소원에 따른 결정이었다.

[장기미집행 도시계획시설결정의 실효와 해제신청]

위와 같은 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 입법된 국토계획법 제48조 등의 규정에 따르면, 도시계획시설결정이 고시된 도시계획시설에 대하여 그 고시일부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시계획시설결정은 그 고시일부터 20년이 되는 날의 다음 날에 그 효력을 잃는다(국토계획법 제48조 제1항). 그리고 도시계획시설결정의 고시일부터 10년 이내에 그 도시계획시설 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니한 경우로서 제85조 제1항에 따른 단계별 집행계획상 해당 도시계획시설의 실효 시까지 집행계획이 없는 경우에는 해당 도시계획시설 부지의 토지 소유자는 도시계획시설결정의 해제를 위한 도시관리계획의 입안을 신청할 수 있다(국토계획법 제48조의2 제1항).

[장기미집행 해제와 기부채납]

도시·군관리계획수립지침 4-10-5 (2)는 도시·군계획시설 결정을 해제하는 경우 원칙적으로 5%내외의 기부채납을 토지소유자가 하도록 하되, 최대 10%를 초과하지 아니하는 것을 원칙으로 하고, 다만 장기미집행 도시계획시설을 해제하는 경우 등에는 기부채납 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 정하고 있다.

도시계획시설결정이 애당초 사인의 소유권을 제한하는 결정이었는데, 이를 해제하여 본래의 상태로 되돌린다는 이유로 기부채납이 이루어지는 것을 원칙으로 정하고 있는 것은 납득하기 어렵다.

도시계획시설결정의 미집행 기간에 관계 없이 도시계획시설결정을 해제하는 경우에는 기부채납 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 하되, 최초 택지조성 등 당시부터 학교부지로 결정되어 있었으나, 해당 부지에 대한 도시계획시설결정이 해제됨에 따른 개발로 인해 최초 택지조성 등 당시에는 예상하지 못했던 추가적인 기반시설의 조성이 반드시 필요한 경우 등의 예외적인 경우에만 기부채납이 필요하다는 취지로 도시·군관리계획수립지침을 개정하는

8) 서울특별시, 2020년 실효대비 장기미집행도시계획시설 재정비계획, 2018, 38면.

것이 타당하다고 판단된다.

[공공기여 요구의 위법성]

앞서 언급하였듯이 장기미집행 도시계획시설결정의 해제는 보상 없이 제한되었던 토지소유자의 재산권 행사가 다시 이루어질 수 있도록 해 주는 의미를 가지는 것이다. 위와 같은 점을 고려하면, 도시·군관리계획수립지침 4-10-5 (2)에서 규정한 원칙과 달리 장기미집행 도시계획시설결정 해제에 관한 도시관리계획 수립과 관련하여 해당 토지 소유자에게 토지면적의 10%를 초과하는 기부채납이 부과될 경우 해당 도시계획시설결정은 특별한 사정이 없는 한 위법하다 할 것이다.

따라서 장기미집행 도시계획시설결정의 해제를 이유로 피고가 원고에게 한 토지면적 25%에 대한 기부채납 요구가 정당하고 객관적인 이익형량에 기초한 것이라 보기 어려워 위법하다고 판단한 대상 판결의 판시는 타당하다.

2. 기한부건축물

(1) 기한부건축물 관련 법령 규정

[건축법의 규정]

「건축법」 제20조 제1항은 도시계획시설 및 도시계획시설예정지에서 가설건축물을 건축하려는 자는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다고 정하고 있고, 같은 조 제2항은 관할 행정청은 위 가설건축물의 건축이 국토계획법 제64조에 위배되는 경우, 4층 이상인 경우, 구조, 존치기간, 설치목적 및 다른 시설 설치 필요성 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준의 범위에서 조례로 정하는 바에 따르지 아니한 경우, 기타 법령에 따른 제한규정을 위반하는 경우가 아니면 허가를 하여야 한다고 정하고 있다.

그리고 위 조항의 위임을 받은 사항을 정한 건축법 시행령 제15조 제1항은 도시계획시설 부지에 건축하는 가설건축물의 요건으로 철근콘크리트조 또는 철골콘크리트조가 아닐 것, 존치기간은 3년 이내일 것, 전기 등 새로운 간선 공급설비의 설치를 필요로 하지 아니할 것, 공동주택 등으로서 분양을 목적으로 하는 건축물이 아닐 것 등의 요건을 정하고 있다.

[국토계획법의 규정]

국토계획법 제64조 제1항은 도시계획시설부지에서 그 도시계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 허가하여서는 아니 됨을 원칙으로 정하고 있다. 다만 같은 조 제2항 각 호외 본문은 도시계획시설결정의 고시일부터 2년이 지날 때 까지 그 시설 설치에 관한

사업이 시행되지 아니한 도시계획시설 중 제85조에 따른 단계별 집행계획이 수립되지 아니하거나 단계별 집행계획에서 제1단계 집행계획에 포함되지 아니한 도시계획시설의 부지에 대하여는 각 호의 개발행위 허가를 할 수 있다고 정하고, 제1호에서 “가설건축물의 건축과 이에 필요한 범위에서의 토지의 형질변경”을 정하고 있다.

(2) 건축물에 해당하는 기한부건축물

[건축물의 요건을 갖춘 기한부건축물]

이상과 같이 도시계획시설 내 건축하는 가설건축물의 경우 설치기한, 특정 구조 및 설비, 건축 목적의 제한 등을 제외하면 토지에 정착하고, 기둥·벽·지붕이 있는 공작물로 건축할 수 있는 바, 실질적으로는 일반적인 건축물에 해당하는 것이고, 이는 도시계획시설부지에 국한되지 아니하고 가설건축물 축조 신고를 통해 건축할 수 있는 일반 가설건축물의 개념이 가설홍행장, 가설전람회장, 견본주택, 임시 자동차 차고 등으로 ‘토지에 정착’이란 요건을 갖추었다고 보기 어려운 점과는 구별되는 것이다.

[가설건축물과 기한부건축물의 구별]

이러한 이유로 건축법 제20조 제1항 등에 근거하여 건축이 가능한 도시계획시설부지 내 가설건축물의 경우 건축법 제20조 제3항 등에 근거하여 축조신고만으로 축조가 가능한 가설건축물과는 달리 건축을 위해 착공신고와 사용승인의 절차를 거쳐야 하고(건축법 제21조 제1항, 제22조 제1항), 이에 건축법 제20조 제1항 등에 근거하여 설치하는 도시계획시설부지 내 가설건축물의 경우 건축법 제20조 제3항 등에 근거하여 축조하는 가설건축물과 구분하는 의미로 ‘기한부건축물’이라고 불리고 있다⁹⁾.

[근거조문 분리의 필요성]

이렇듯 기한부건축물과 가설건축물은 그 개념이 상이함에도 불구하고 하나의 조문에 동일한 용어를 사용하여 규정되고 있어 혼란을 초래하고 있는 바, 기한부건축물에 관한 조문을 독립하고, ‘가설건축물’이 아닌 ‘기한부건축물’ 등 별도의 개념을 사용하여 규정할 필요가 있어 보인다¹⁰⁾.

9) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 37면.

10) 같은 취지로 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004), 362-363면 참조.

(3) 아파트지구 개발기본계획상 용도제한과 기한부건축물

한편 반포아파트지구 개발기본계획은 대상 부지에 건축할 수 있는 건물을 ‘학교시설’로 제한하고 있으며, 반포아파트지구의 나머지 토지 유형(지구중심, 지구중심, 분구중심, 주택용지 등)에 대하여도 옥외골프연습장은 건축할 수 없는 용도로 규정하고 있다¹¹⁾. 이에 이러한 아파트지구 개발기본계획상의 용도제한으로 인하여 이 사건 부지에 옥외골프연습장을 기한부건축물로 건축할 수 없는지 여부가 문제될 수 있다.

다만, 반포아파트지구 개발기본계획에서 건축 가능한 건축물을 ‘학교시설’로 제한한 것은 이 사건 부지에 도시계획시설결정(학교)이 이루어진 점과 관련된 것으로 보이므로¹²⁾, 학교를 건축하는데 문제되지 아니한 타 용도의 기한부건축물을 건축하는 것은 문제되지 아니할 것으로 판단된다.

나아가 도시계획시설결정으로 인한 토지소유자의 재산권 행사 제한을 완화하기 위하여 제한적인 용도와 구조의 기한부건축물의 건축이 예외적으로 허용되는 점을 고려하면, 기한부건축물의 건축 용도를 다시 제한하는 것은 부당하다고 보이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 사정만으로는 옥외골프연습장 용도의 기한부건축물 허가를 거부할 수 없을 것으로 판단된다. 이러한 이유로 서울행정법원 또한 대상 부지 지상 옥외골프연습장 등 기한부건축물의 건축허가를 거부한 서초구청장의 거부처분이 위법하다고 판단한 것으로 생각된다.

(4) 기한부건축물의 일반건축물로의 전환

[도시계획시설결정 폐지와 기한부건축물]

도시계획시설부지 내 건축 가능한 기한부건축물의 범위는 건축법령 및 국토계획법상 상당히 제한되므로, 일반적으로 도시계획시설결정이 폐지되면 해당 토지의 소유자는 기존 기한부건축물을 철거하고, 건축물을 신축하기 때문에 도시계획시설결정 폐지 후 기한부건축물의 법적 지위가 문제될 여지가 없으나, 도시계획시설결정이 폐지된 토지의 소유자가 기한부건축물을 존치하기를 원한다면 기한부건축물을 일반건축물로 전환하여 존속시킬 수 있는지 여부가 문제된다.

11) 서울특별시 아파트지구개발기본계획 수립에 관한 조례 제9조 제1항, 별표 2에 근거하여 정해진 것이다.

12) 확인되지 아니하지만, 아파트지구 개발기본계획결정을 통해 도시계획시설결정을 하는 것 또한 가능하므로(구 주택건설촉진법 시행령 제23조 제1항 제4호), 대상 부지에 대한 도시계획시설(학교)결정 또한 반포아파트지구 개발기본계획변경결정을 통하여 이루어졌을 가능성이 높다.

[일반건축물로의 전환 가능성]

먼저, 기존 기한부건축물이 건축법상 일반 건축물의 요건을 모두 충족하고, 도시계획시설 결정 폐지 후 새로이 수립되는 지구단위계획 등에서 정하는 건축요건 등도 모두 충족할 경우에는 기존 기한부건축물의 일반건축물로의 전환 및 존속을 저지할 이유가 없을 것이다. 특히, 건축허가는 원칙적으로 법률상 정한 요건을 충족하지 아니하였다는 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없는 기속행위에 해당하므로¹³⁾, 이러한 점에 있어서도 기한부건축물이 일반건축물로서의 건축요건을 모두 충족하는 경우 일반건축물로의 전환 및 존속을 허가하여야 할 것으로 보인다.

다만, 기존 기한부건축물이 도시계획시설결정 폐지 후 새로이 수립되는 지구단위계획 등에서 정하는 건축요건을 충족하지 못하는 경우에는 기한부건축물은 더 이상 존속하기 어렵다고 판단된다.

즉, 기한부건축물의 건축은 도시계획시설결정으로 인한 소유권제한이 과도해지는 것을 막기 위해 일시적으로 허용되는 것이라는 점을 고려하면 도시계획시설결정 폐지 후 허가된 존속기한 이후에도 존속을 보장해야 할 필요성은 낮은 것인 바, 도시계획시설결정 폐지 후 새로이 수립된 지구단위계획 등에서 정한 요건에 맞지 아니하게 된 기한부건축물은 더 이상 그 존속기간이 연장되거나 일반건축물로 전환되지 못하고 철거되어야 할 것이다.

[전환 근거 규정의 미비]

한편, 기한부건축물의 경우 가설건축물 축조신고가 아닌 건축허가에 의해 건축됨에도 불구하고 건축물대장이 아닌 가설건축물대장이 편성되고(건축법 제20조 제6항) 이에 따라 등기부도 작성되지 아니한데, 가설건축물대장의 건축물대장으로의 이기 및 등기부 편성에 관한 규정이 존재하지 아니한다.

[행정실무의 입법 필요성]

이와 같이 기한부건축물의 일반건축물 전환에 관한 근거 법규는 존재하지 아니하지만, 국토교통부 건축정책과는 “가설건축물을 일반건축물로 전환하는 것이 가능한지”에 대한 민원에 대하여 2014. 8. 29. “가설건축물이 일반건축물과 같은 조건으로 건축되고, 건축법과 관련법령에 저촉되는 것이 없다면 신축시와 동일한 절차(추인)를 거쳐 일반건축물로도 사용할 수 있는 것임”이라고 답변한 바 있는바, 일반건축물로의 전환은 문제되지 아니할 것으로 보인다. 다만, 이와 관련된 근거법규가 존재하지 아니하여 향후 문제의 소지를 배제할 수 없으므로, 이에 관한 법령의 정비가 필요할 것이다.

13) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결

3. 학교시설과 기한부건축물

[학교부지에 설치되기 용이한 기한부건축물]

학교부지는 장기미집행 도시계획시설의 대부분을 차지하고 있는 공원, 도로 등과 달리 대부분 주거밀집지역 내에 위치하고 있을 뿐만 아니라, 그 형상 및 크기도 건축물을 짓기에 적당한 형태와 크기이므로, 기한부건축물이 흔히 들어서며, 일반적으로는 건설에 있어 많은 면적을 차지하기 때문에 지가가 높은 주거밀집지역에 들어서기 어려운 옥외골프연습장이 기한부건축물로 종종 건축된다.

[기피시설인 기한부건축물]

학교부지에 건축되는 옥외골프연습장 등의 기한부건축물들은 소음과 진동을 발생시키는 경우가 많고, 미관상으로도 좋지 아니하기 때문에, 학교부지의 특성상 인근에 밀집된 주거지역 주민으로부터 빠른 부지 매입 및 학교 건축, 기한부건축물 허가 거부 등을 요청하는 민원들이 제기되기도 한다¹⁴⁾.

[학교부지의 기한부건축물을 둘러싼 분쟁]

나아가 이 사건의 경우와 같이, 장기미집행 학교부지에는 옥외골프연습장 등 학교부지를 포함한 주거지역에 설정된 지구단위계획에 의해 그 설치가 금지되는 시설이 기한부건축물로 건축되는 경우가 다수 존재하는데, 이와 같이 기한부건축물로서 예외적으로 건축이 허용됨으로써 상당한 수익을 올리는 경우가 많고, 이로 인해 도시계획시설결정이 폐지되는 경우에도 기존 기한부건축물을 예외적인 용도로서 계속 사용하려는 토지소유자의 입장과 이를 금지시키려는 관할 지방자치단체 및 주민들의 입장이 충돌되어 법적 분쟁이 발생할 가능성이 상존하고 있다.

4. 용도제한 요구의 위법성

[도시계획 수립에 있어서의 행정청의 재량]

행정계획의 일종에 해당하는 지구단위계획을 포함하는 도시관리계획과 관련하여 국토계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 도시관리계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 도시관리계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 것이다¹⁵⁾.

14) 이덕훈, “현장, 이곳은/ 잠원동 한양아파트 주변”, 조선일보, 2003년 2월 10일자.

15) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결 등

특히, 지구단위계획은 아래 IV.1.항에서 보다 상세히 설명하는 바와 같이 특정 지역(지구단위계획구역)의 환경, 장기적인 도시계획, 체계적·계획적 관리의 필요성 등을 고려하여 용도지역제 도시계획으로는 정할 수 없는 각 필지별 구체적인 건축허용성¹⁶⁾, 건축물의 용도제한, 건축물의 건폐율 또는 용적을 등에 관한 사항을 상세히 정하는 것이다. 이와 같은 지구단위계획의 목적이 달성되기 위해서는 지구단위계획구역 내 건축물의 용도제한 등에 관한 지구단위계획 수립에 있어 행정청의 재량이 폭넓게 인정되어야 할 필요성이 높다.

[용도 제한에 따른 기본권 제한의 정도]

특정 토지에 건축 자체를 금지하는 경우와 달리 특정 용도의 건축만을 제한하는 것은 상대적으로 약한 정도의 기본권 제한에 해당하는 것이다. 이러한 점을 고려하여, 대법원은 명문의 규정이 없고, 도시계획상 특정 용도의 건축이 제한되지 아니하는 경우에도 예외적으로 도시계획적 측면 등을 고려하여 중대한 공익적 필요가 있는 경우에는 특정 용도 건축물의 건축허가를 하지 아니한 것이 적법하다고 판시하기도 하였다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1291 판결 등). 나아가 이러한 판례가 건축법 제11조 제4항의 규정¹⁷⁾으로 입법화되기도 하였다.

[용도제한 요구가 위법하다고 볼 가능성]

피고 서울특별시장이 원고에게 지구단위계획안에 옥외골프연습장을 용도제한사항으로 추가해달라고 요청한 것의 위법성과 관련하여, 대상 판결이 판시한 바와 같이 아파트지구는 애당초 점진적으로 해제될 예정에 있었던 점, 이미 설치된 옥외골프연습장을 일반건축물로 전환하여 사용하는 것도 가능한 점, 나아가 원고는 이미 수년간 옥외골프연습장을 운영해왔으므로 특별한 공익상의 필요가 있지 아니한 한 계속하여 해당 옥외골프연습장을 운영할 신뢰를 보호받아야 할 필요성이 있다는 점을 감안하면, 피고 서울특별시장의 원고에 대한 용도제한 관련 요구는 비례의 원칙 및 신뢰보호의 원칙에 비추어 재량권을 일탈·남용하여 위

16) 개별 필지 혹은 일단의 토지를 하나의 토지단위로 전제할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 가능성에 관한 공법상 지위를 뜻한다. 건축허용성의 개념과 관련하여 자세히는 김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호(2021), 48면 이하 참조.

17) 제11조(건축허가) ④ 허가권자는 제1항에 따른 건축허가를 하고자 하는 때에 「건축기본법」 제25조에 따른 한국건축규정의 준수 여부를 확인하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법이나 다른 법률에도 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다. <개정 2012. 1. 17., 2012. 10. 22., 2014. 1. 14., 2015. 5. 18., 2015. 8. 11., 2017. 4. 18.>

1. 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우

2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제37조제1항제4호에 따른 방재지구(이하 “방재지구”라 한다) 및 「자연재해대책법」 제12조제1항에 따른 자연재해위험개선지구 등 상습적으로 침수되거나 침수가 우려되는 지역에 건축하려는 건축물에 대하여 지하층 등 일부 공간을 주거용으로 사용하거나 거실을 설치하는 것이 부적합하다고 인정되는 경우

법하다고 볼 여지도 있다.

[대상 부지의 도시계획적 특성을 고려한 용도제한의 필요성]

그러나 먼저, 앞서 본 바와 같이 행정청은 지구단위계획 수립에 있어 광범위한 재량을 가지는 것이고, 건축의 전면적 금지가 아닌 건축물의 용도 제한은 그 자체로 과도한 기본권 제한에 해당한다고 보기도 어려운 것이다.

아울러 아파트지구가 점진적으로 해제될 예정에 있고, 대상 부지에 관한 아파트지구를 해제하는 것이 문제되지 아니한다고 하더라도, 대상 부지에 대한 아파트지구의 지정 해제 여부와 관계 없이 대상 부지 인근에 아파트들이 밀집하여 자리잡고 있다는 점은 달라지지 아니한다. 따라서 아파트지구의 해제 가능성과 관계 없이 대상 부지에 관하여 도시계획적 고려에서 주거환경에 악영향을 끼치는 소음 및 진동을 유발하고 경관상으로도 주거밀집지역에 어울리지 아니하는 옥외골프연습장이 위치하는 것을 금지시킬 필요성은 그대로 유지되는 것이다.

[기한부건축물에 대한 존속보장 및 신뢰보호의 필요성의 정도]

나아가 앞서 살펴본 바와 같이 기한부건축물은 도시계획시설결정에 따른 토지소유자의 재산권 제한을 조금이나마 완화해 주기 위해 임시로 건축이 허가된 것으로 그 철거가 예정되어 있어 존속보장의 필요성이 떨어지는바, 기한부건축물의 존속보장에 관한 신뢰보호의 필요성도 일반건축물의 존속보장에 관한 신뢰보호의 필요성보다 현저히 떨어지는 것이다.

특히, 원고는 이미 2002. 10.경 대상부지에 가설건축물 건축허가를 받아 옥외골프연습장을 건축한 후 10년 이상 장기간 옥외골프연습장을 운영하며 상당한 수익을 거둘 수 있었고, 옥외골프연습장을 철거하여도 도시계획시설결정이 해제되고 새로이 지구단위계획이 수립됨에 따라 더 높은 용적률을 적용하여 건축물을 신축하여 더 많은 수익을 거둘 수 있는바, 이러한 구체적 측면에 있어서도 원고의 옥외골프연습장 존속에 관한 신뢰를 보호할 필요성은 현저히 낮다.

[위법하다고 볼 수 없는 용도제한 요구]

위와 같은 사정들을 고려하면, 피고 서울특별시장이 원고에게 지구단위계획안에 옥외골프연습장을 용도제한사항으로 추가해달라고 요구한 것이 재량권을 일탈·남용하거나 신뢰보호 원칙에 위반하여 위법하다고 보기는 어려운 것이다.

따라서 위와 같은 피고 서울특별시장의 요구가 정당하고 객관적인 이익형량에 기초한 것이라 보기 어려워 위법하다는 취지의 대상 판결의 판단은 타당하지 아니하다고 판단된다.

IV. 지구단위계획의 입안제안과 거부처분

1. 지구단위계획의 입안 및 결정권자

[지구단위계획의 의의]

지구단위계획이란 도시·군관리계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하여, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시·군관리계획의 일종(국토계획법 제2조 제5호)이다. 구체적으로 행정청은 지구단위계획을 통하여 용도지역이나 용도지구를 세분하거나 변경하는 사항, 건축물의 용도제한, 건축물의 건폐율 또는 용적률, 건축물 높이의 최고한도 또는 최저한도, 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획 등 용도지역제 도시계획에서 정할 수 없는 상세한 내용을 특정 지역에 관하여 정할 수 있다(국토계획법 제52조).

지구단위계획의 전신은 구 도시계획법이 1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되면서 제20조의3으로 신설된 상세계획구역제도에 해당한다. 연원을 더욱 거슬러 올라가면, 상세계획구역제도는 1980년 일본 도시계획법에 신설된 지구단위계획제도를 참고하여 신설한 것이며, 일본의 지구단위계획제도는 독일의 지구단위계획(B-Plan)에 연원을 둔 것인바, 현행 지구단위계획제도는 독일의 지구단위계획(B-Plan)을 그 근원으로 하는 것이다¹⁸⁾.

[지구단위계획의 입안권자와 결정권자]

지구단위계획의 입안권자는 다른 도시·군관리계획과 마찬가지로 원칙적으로 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수이며(국토계획법 제24조 제1항), 결정권자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사(이하 “시·도지사”)와 인구 50만 이상 대도시의 시장이다(국토계획법 제29조 제1항). 그러나 시장 또는 군수가 입안한 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 결정권한은 해당 시장 또는 군수가 가진다(국토계획법 제29조 제1항 단서, 제1호)

특별시장, 광역시장 등은 광역자치단체의 장임에도 불구하고 직접 지구단위계획 및 도시·군관리계획의 입안권을 가지는 것은 특별시, 광역시의 경우 하나의 도시로서 통일적 공간을 구성하므로 공간형성에 대한 주도권이 구청장이 아닌 특별시장 또는 광역시장에게 집중될 필요가 있기 때문으로 이해된다¹⁹⁾. 그리고 다른 도시·군 관리계획과 달리 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 결정권한을 도지사가 아닌 시장 또는 군수가 가지는 것은 지구단위계획이 특정 지역의 도시계획에 관한 상세한 사항들을 정하기 때문에 시·도지사가 아닌

18) 김중보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(2004), 250면.

19) 김중보, 앞의 책, 269면.

시장 또는 군수가 직접 결정권한까지 가지는 것이 타당하다는 점이 입법 과정에서 반영된 것으로 보인다.

[입안권의 위임]

국토계획법 제139조 제2항은 국토계획법에 따른 시·도지사의 권한을 시·도의 조례에서 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장에게 위임할 수 있다고 정하고 있으며, 이에 도시·군관리계획의 입안권한을 시장·군수 또는 구청장에게 위임하는 경우가 존재한다. 서울특별시의 경우에도 「서울특별시 도시계획 조례」 제68조 제항, 별표4 1. 라.항에 따라 “지구단위계획구역의 지정 및 지구단위계획의 수립”의 입안에 관한 사무를 구청장에게 위임하고 있으므로, 구청장이 지구단위계획의 입안권을 위임받아 가지며, 결정권은 서울특별시장이 가진다.

2. 도시계획의 주민제안

[도시계획에 대한 주민의 입안제안권]

2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부개정되기 이전의 구 도시계획법은 현행 국토계획법 제26조와 같은 주민의 도시·군관리계획의 입안 제안에 관한 규정이 존재하지 아니하였고, 대법원 또한 주민이 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있음에 관한 규정이 없다는 이유 등으로 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다는 입장이었다²⁰⁾.

그런데 장기미집행 도시계획시설에 대해 해당 부지의 토지소유자에게 어떠한 보상이나 도시계획결정 해제 등의 방법을 통해 토지소유자의 손실을 최소화할 수 있는 규정을 두지 아니한 것은 위헌이라는 헌법재판소의 결정 이후 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부개정된 구 도시계획법은 장기미집행 도시계획시설결정의 실효 등에 관한 조항 등을 신설함과 동시에 제20조에 최초로 ‘도시계획입안의 제안’이라는 표제 하의 주민에 도시계획 입안 제안에 관한 규정을 두었고, 해당 조항은 현재의 국토계획법 제26조 등으로 이어지고 있다.

그리고 대법원 또한 위 조항을 기초로 도시계획입안제안에 대한 주민의 법규상 또는 조리상 신청권을 인정하고, 나아가 입안제안 반려의 처분성을 인정하고 있다²¹⁾.

[도시계획에 대한 주민의 결정 및 변경신청권]

도시계획의 입안제안에 관한 신청권이 법제화 된 것과 달리 주민이 도시계획의 결정권자

20) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결 등
21) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결 등

에게 직접 결정 및 변경을 신청할 수 있다는 취지의 조문은 장기미집행 도시계획시설결정의 해제를 위한 도시·군관리계획의 입안신청이 거부된 경우 등에 있어 주민의 결정권자에 대한 도시계획시설결정 해제 신청권을 인정한 국토계획법 제48조의2 제3항의 규정 외에는 입법되지 아니하였다.

이에 주민의 도시·군관리계획 결정 또는 변경신청권이 인정되는지 여부에 대하여는 2004년 주민의 도시계획에 대한 입안제안신청권을 인정한 대법원 판결 이후에도 논란이 지속되었으나, 대법원은 주민의 결정권자에 대한 도시계획시설결정변경에 대한 법규상 또는 조리상 신청권 또한 인정하고, 나아가 도시계획시설결정변경거부의 처분성 또한 인정²²⁾하여, 주민의 도시계획 결정 또는 변경신청권 또한 인정되고 있다.

3. 결정거부에 대한 주민의 제소가능성과 피고 적격

(1) 결정거부에 대한 주민의 제소가능성

[입안권자를 상대로 이루어지는 결정권자의 결정거부]

주민의 도시관리계획 입안제안을 입안권자가 받아들여 도시관리계획을 입안하였는데, 결정권자가 입안된 내용대로의 도시관리계획 결정을 거부할 경우 입안제안을 하였던 주민이 이를 다룰 수 있는지 여부가 문제된다.

이러한 경우 결정권자가 입안된 내용대로의 도시관리계획 결정 거부는 입안권자에 대한 행위이므로, 원칙적으로는 입안권자가 이에 대해 결정권자를 상대로 다투는 것이 타당하고, 결정권자의 결정 거부가 입안제안자를 상대로 이루어지지 아니한 이상, 입안제안자로서는 결정권자로서의 결정 거부에 대해 다룰 수 없다고 봄이 논리적으로 타당하다고 볼 여지도 있다.

[입안권자의 결정권자에 대한 제소가능성]

다만, 결정권자의 이와 같은 결정거부행위는 입안권자의 권한을 침해하는 행위에 해당한다고 볼 수 없기 때문에 입안권자로서는 이에 대해 기관소송 또는 권한쟁의로 다룰 수 없다고 봄이 상당하다(「헌법」 제111조 제1항 제4호, 행정소송법 제3조 제4호). 기관소송의 경우에는 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있는데(행정소송법 제45조), 국토계획법 및 관련 법령은 위와 같은 결정거부행위에 대한 입안권자의 제소권을 규정하고 있지 아니하므로 이 점에 있어서도 입안권자는 결정권자의 결정거부행위에 대해 기관소송을 제기할 수 없다.

나아가 상급행정기관에 해당하는 결정권자의 하급행정기관에 해당하는 입안권자에 대한

22) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결

결정거부행위는 행정내부행위에 해당하는 것으로 처분으로 구성할 수 없는 것인바, 입안권자가 결정권자의 결정거부행위에 대하여 항고소송을 제기할 수도 없는 것이다. 이와 관련하여 대법원도 “항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하는바, 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다” 라고 판시하고 있다²³⁾.

이와 같이 입안제안 후 입안권자가 입안제안 내용대로 입안을 하였을 때, 결정권자가 결정거부행위를 한 경우, 입안제안을 한 주민이 결정거부행위에 대해 다툴 수 없다고 하면, 결정거부행위에 대해 아무도 다툴 수 없게 되는 문제점이 발생한다.

[결정거부에 대한 주민의 제소를 인정할 필요성]

물론, 앞서 본 바와 같이 주민에게는 도시관리계획의 입안제안에 관한 신청권 뿐만 아니라 도시관리계획 결정 및 변경의 신청권까지 인정되므로, 이러한 경우 주민으로서는 결정권자에 대하여 도시관리계획 결정 또는 변경을 신청하고, 만일 이에 대해 결정권자가 반려할 경우, 해당 반려처분에 대하여 직접 항고소송을 제기할 수 있을 것이다.

그러나 이와 같은 경우 다시 도시관리계획 결정 및 변경을 신청하고, 반려처분이 있는 후 소제기에 이르기까지 많은 시간과 비용이 소모될 수밖에 없는바, 주민이 입안제안 한 내용대로 입안권자가 도시관리계획의 결정 또는 변경을 입안하였으나, 결정권자에 의해 거부된 경우, 주민이 위와 같은 결정권자의 결정거부행위에 대하여 직접적으로 다툴 수 있도록 할 필요성이 존재한다.

[결정거부행위의 실질적 상대방]

나아가 앞서 살핀 바와 같이 주민에게는 도시관리계획 입안제안의 신청권 뿐만 아니라 도시관리계획 결정 및 변경의 신청권까지 인정되는 점, 주민은 결국 도시관리계획의 결정 및 변경을 위해 도시관리계획의 입안제안을 하는 것임을 감안하면, 주민이 도시관리계획 입안제안을 하는 경우, 해당 내용의 도시관리계획의 결정 및 변경까지 신청하는 것으로 해석함이 타당한 것이다.

여기에 더하여 주민의 입안제안 내용대로 입안권자가 도시관리계획을 입안하였는데, 결정권자가 이를 거부하는 경우 이러한 사실은 입안제안을 한 주민에게 입안권자 혹은 다른 경로를 통하여 알려질 수밖에 없는 것이고, 결정권자 또한 결정거부행위를 할 때 이러한 가능

23) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두2583 판결

성을 인지하고 결정거부행위를 하였다고 봄이 상당한 것이다. 대상 판결 사안의 경우에도 피고 서울특별시장의 도시관리계획결정반려행위는 피고 서초구청장을 통해 원고에게 전달되었다.

[주민에 대한 반려처분의 성질을 겸유하는 결정거부행위]

이와 같이 주민은 도시관리계획의 입안제안을 함으로써 그 결정 및 변경까지 신청하였다고 봄이 상당하고, 결정권자의 결정거부행위 또한 실질적으로 주민을 상대로 이루어졌다고 볼 수 있다는 점, 입안제안을 한 후 최종적으로 결정권자에 의해 결정이 거부된 경우 해당 주민의 권리구제 수단이 확보되어야 할 필요성을 고려하면 주민의 입안제안 내용대로 입안권자가 도시관리계획을 입안하였는데, 결정권자가 이를 거부하는 경우 이는 단순한 입안권자에 대한 행정내부행위뿐 아니라 입안제안을 한 주민에 대한 도시관리계획 결정 반려처분에도 해당한다고 봄이 타당한 것이다.

따라서 비록 원고가 피고 서울특별시장에 대한 도시관리계획안 결정신청을 별도로 한 것은 아니었지만, 원고가 입안제안한 지구단위계획안대로 이루어진 피고 서초구청장의 도시관리계획안 입안에 따른 도시관리계획안 결정을 반려한 행위에 대하여 처분성을 인정한 대상 판결의 판시는 타당하다.

(2) 도시계획 결정거부처분취소소송의 피고 적격

도시관리계획은 결정권자의 결정만으로 이루어질 수 없고, 입안권자의 입안에 대한 결정권자의 결정이라는 2단계가 결합하여 이루어지는 처분에 해당한다. 그리하여 국민의 입장에서 입안권자와 결정권자 두 행정청이 공동으로 하나의 행정계획인 도시관리계획을 고시하는 것이므로, 도시관리계획결정거부처분 취소소송의 피고는 입안권자와 결정권자 모두가 됨이 타당하다.

나아가 도시관리계획결정 거부취소소송의 피고가 입안권자, 결정권자 모두가 되어야 도시관리계획의 입안 및 결정과정이 모두 거부처분취소판결의 기속력을 받게 됨으로써, 권리구제의 실효성도 높아지게 된다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고 대부분의 도시관리계획결정거부처분취소소송은 결정권자만을 피고로 하여 제기하고 있다.

이 사건의 경우에도 원고는 도시관리계획안결정거부처분의 처분청을 피고 서울특별시장만으로 특정하였고, 피고 서초구청장은 처분청으로 특정되지 아니하였고, 이에 대상 판결의 주문 또한 “피고 서울특별시장이 2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분을 취소한다” 라고만 기재되어 있다.

24) 김종보, 앞의 책, 376면.

그러나 앞서 살펴 본 바와 같이 입안권자와 결정권자가 공동으로 고시하는 행정계획인 도시관리계획의 법적 성질과 기속력 범위의 확장을 통한 권리 구제의 실효성 확보의 관점에서 이 사건 소송을 포함하는 도시관리계획안결정거부처분취소소송은 입안권자와 결정권자 모두를 피고로 하여 제기하는 것이 타당하다고 판단된다²⁵⁾.

V. 결어

학령인구 감소의 예측 실패로 인해 많은 수의 부지가 학교부지로 결정되었지만, 이후 학교의 설치에 관한 결정 과정에서 학교 설치가 보류되면서, 주거지역의 중심부에 위치한 개발가능성이 높은 고가치의 토지들이 장기미집행 도시계획시설로 묶이게 되어 해당 토지들을 소유하고 있는 사인들의 재산권을 과도하게 제한해 왔을 뿐만 아니라, 사회적으로도 개발지연에 따른 낭비를 초래해 왔다.

또한, 위와 같은 장기미집행 도시계획시설을 해제하는 과정에 있어서도 지방자치단체의 장은 과도한 기부채납 등을 요구함에 따라 해당 부지 소유자와의 갈등이 발생하고 있고, 이로 인해 추가적인 사회적 비용이 지출되고 있다.

입법부와 행정부는 도시 중심부의 높은 개발가능성을 가진 부지에 대한 학교 등의 도시계획시설결정이 철저한 수요 예측을 통해 반드시 필요한 경우에만 이루어질 수 있도록 관련 규정과 결정절차를 정비할 필요성이 있다. 나아가 신중하게 이루어진 도시계획시설결정이 피치 못한 사정으로 집행될 수 없게 될 경우, 신속하게 해당 결정을 해제하고, 이 과정에서 과도한 기부채납 요구 등으로 인한 분쟁 발생과 절차의 지연이 없도록 하여 토지소유자의 부당한 손실과 개발지연으로 인한 사회적 손실이 발생하지 아니하게 하여야 할 것이다.

추가로 미집행 도시계획시설부지에 건축되는 기한부건축물의 허가에 관한 규정들을 일반 가설건축물에 관한 규정들과 분리하고, 나아가 앞으로 빈번히 이루어질 장기미집행 도시계획시설결정 해제에 따른 기한부건축물의 일반 건축물 전환에 관한 법적 근거를 신설하여, 향후 부당하게 일반 건축물 전환이 거부되는 등의 분쟁 발생의 소지를 미리 예방하여야 할 것이다.

25) 같은 취지로 김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(2004), 266-267면.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018.

서울특별시, 『2020년 실효대비 장기미집행도시계획시설 재정비계획』, 2018.

[논문]

김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(2004).

김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004).

김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호(2021).

배선혜, “대규모 주거지 개발수단으로서 ‘아파트지구’ 특성 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2020.

[기타 자료]

강신은, “죽었음에도 죽지 않은 아파트지구”, 도시개발신문, 2010년 1월 25일자.

김상용, “교육부, 학교신설 자체 기조... 미집행 용지 더 증가 우려”, 서울경제, 2019년 9월 25일자.

김상용, “내년 학교땅 69만9,167㎡풀리지만...도심은 다시 묶일 수도”, 서울경제, 2019년 9월 19일자.

이덕훈, “현장, 이곳은/잠원동 한양아파트 주변”, 조선일보, 2003년 2월 10일자.

2005년도 제29회 서울특별시의회(정례회) 본회의회의록.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제5호 2021년 4월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 5, April 2021

도시계획시설과 주차장의 부대시설

- 내곡동 아우디 정비센터 사례를 중심으로 -

문 제 윤*

국문초록

대상판결인 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결은 인·허가 의제 제도와 관련한 기존 대법원의 태도에 따라 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가 신청을 받은 행정청으로서 건축법상 허가 요건뿐만 아니라 도시계획법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획 인가 요건도 충족하여야 한다고 하면서, 본 시설인 주차장보다 사실상 주된 역할을 하는 부대시설인 정비공장 및 자동차 영업소가 도시계획법령상 부대시설의 기준인 ‘기반시설 자체의 기능 발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설’을 충족하지 못한다고 보았다.

1979년 제정된 주차장법은 건설법이 도맡아 하고 있었던 주차장 설치에 관한 행정적 규율을 일부 분담하였는데, 도시계획법이 담당하던 ‘주차장 설치’라는 기능을 완전히 가져오지는 못하였으나 주차장의 설치 기준을 정하는 역할을 분담하게 되었으며, ‘주차장 관리’라는 또 다른 중요한 역할을 담당하게 되었다. 주차장법 제정 당시에는 노외주차장은 도시계획시설로만 설치하도록 되어 있어, 도시계획시설 사업 시행자가 아닌 사인의 노외주차장 설치가 전면적으로 금지되었지만, 이후 허가사항, 신고사항 및 통보사항 순서로 변경되면서 도시계획시설이 아닌 노외주차장 설치가 점점 자유로워졌다.

도시계획시설의 부대시설은 도시계획시설로 정해진 주된 시설에 종속되는 시설로서, 도시계획시설의 기능 발휘와 이용을 위하여 예외적으로 허용된 것이므로 주된 시설의 기능과 유기적으로 연결되어야 하며, 당해 도시계획시설의 설치 및 운영목적에 한정해서 설치·운영되어야 하고, 헌법상 공공필요를 충족하여야 한다. 한편 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙 등 도시계획법령은 주차장의 일반적인 결정 기준만을 정하고 있고 부대시설 기준 등 세부적인 결정·설치 및 구조기준은 주차장법에서 정하도록 하고 있는데,

* 변호사, 법무법인(유) 세종

도시계획법령이 도시계획시설이 아닌 주차장도 규율하고 있는 주차장법령상 설치기준을 빌려 쓰고 있어 문제되고 있다.

노외주차장의 공공성 정도에 따라 섬세한 설치기준을 마련하지 못한 주차장법령에 부대시설 설치기준을 의존하게 되면, 부대시설 허용성을 판단하는 행정청의 재량 범위가 과도하게 넓어질 수 있어 문제된다. 행정청의 재량판단 기준을 정하고 사인의 예측가능성을 높이기 위하여 도시계획시설인 노외주차장의 부대시설 기준 등 주요 설치기준 등에 관한 규정은 도시계획법령 또는 주차장법령에 별도로 마련하는 방식으로 시설의 공공성 정도에 따라 서로 다른 규율을 할 수 있는 체계가 필요하다.

주제어 : 도시계획시설, 주차장, 주차장법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 부대시설

목 차

- I. 들어가며: 연구대상시설과 관련 판례의 소개
- II. 도시계획시설과 주차장법의 관계
- III. 도시계획시설의 부대시설
- IV. 결어

I. 들어가며: 연구대상시설과 관련 판례의 소개

1. 연구대상시설의 소개

내곡동 아우디 정비센터(이하 ‘이 사건 시설’이라 한다)는 내곡 보금자리주택지구에 위치하는 서울 서초구 내곡동 368 일원 3,618㎡(이하 ‘이 사건 시설 부지’라 한다)에 건축이 예정되어 있었다. 내곡 보금자리주택지구는 현재는 법령명이 공공주택 특별법으로 변경된 보금자리주택건설 등에 관한 특별법(이하 ‘보금자리주택건설법’이라 한다)을 근거 법률로 하여 2009. 12. 국토해양부 고시 제2009-1137호로 보금자리주택지구 지정되고, 2010. 4. 국토해양부고시 제2010-241호로 지구계획이 승인되었다.

구 보금자리주택건설법은 국토해양부장관이 주택지구를 지정한 때에는 국토의 계획 및 이

용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다)에 따른 제1종 지구단위계획구역의 지정이 있는 것으로 보고(구 보금자리주택건설법 제12조 제3항), 지구계획의 승인이 있는 때에는 국토계획법에 따른 지구단위계획의 결정이 있는 것으로 보고 있었다(구 보금자리주택건설법 제18조 제1항 제8호). 이 사건 시설 부지는 최초 지구계획 승인시에는 종교시설용지로 계획되어 있었으나, 2012. 12.경 국토해양부고시 제2012-960호에 따라 주차장용지로 변경·결정되어, 이 사건 시설 부지에 ‘주차장법에 의한 노외주차장 및 부대시설’을 설치할 수 있게 되었다(이와 같이 변경된 지구계획을 이하에서 ‘이 사건 지구계획’이라 한다).

주식회사 엘에스디는 서울특별시 에스에이치공사(이하 ‘SH공사’라 한다)로부터 이 사건 시설 부지를 분양받은 후 2013. 8. 7. 서초구청장에게 이 사건 시설의 신축에 관한 건축허가 신청을 하였다. 이 사건 시설은 지하 4층, 지상 3층 건물로서 지하 1층부터 지하 4층까지는 주차장이, 지상 1층에는 아우디 자동차영업소와 주차장이, 지상 2, 3층에는 판금 및 도장작업실을 비롯한 아우디 정비공장이 설치될 예정이었다. 서초구청장은 2013. 9. 27. 주식회사 엘에스디의 건축허가 신청을 허가하였고(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다), 2013. 10. 15. 건축주가 주식회사 엘에스디에서 주식회사 위본(아우디 공식딜러사로 이하 ‘위본’이라 한다)으로 변경되었다. 위본은 이 사건 시설을 주차장, 아우디의 신차 및 중고차 전시장, 국내 최대 규모의 정비공장을 통합한 윈스톱 서비스 센터 ‘아우디센터 강남’으로 설치·운영할 계획이었으며 2013. 10. 29. 착공신고를 마치고 이 사건 시설의 건축을 시작하였다.

이 사건 지구계획은 주차장법 시행규칙 및 서울특별시 주차장 설치 및 관리 조례(이하 ‘서울시 주차장조례’라 한다)에 따라 노외주차장 부대시설의 종류를 제1종제2종 근린생활시설, 문화 및 집회시설, 종교시설, 판매시설, 운수시설, 업무시설, 자동차관리시설 등으로 정하였고, 노외주차장의 시설면적 중 부대시설이 차지하는 비율을 30% 이내로 제한하였다(주차장법 시행규칙 제6조 제6항, 서울시 주차장조례 제16조 제3항 참조). 이 사건 시설의 용도별 면적은 노외주차장인 주차장이 13,691㎡(연면적의 70.43%), 부대시설인 자동차영업소 및 정비공장(이하 ‘이 사건 부대시설’이라 한다)이 5,784.54㎡(연면적의 29.56%)로, 위 기준을 준수하고 있었다. 그러나 지상의 주요층에 자동차영업소 및 정비공장을 배치하였으며, 그 규모도 국내 최대 수준이라는 점 등을 미루어 보면 이 사건 시설은 사실상 보금자리주택에 입주할 주민들의 주차 수요 해결보다는 해당 자동차 브랜드의 판매 및 정비 서비스의 제공을 주된 목적으로 한다는 점을 쉽게 알 수 있다.

2. 대상판결 - 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결¹⁾

1) 1심 - 서울행정법원 2014. 7. 1. 선고 2013구합64820 판결

2심 - 서울고등법원 2015. 1. 29. 선고 2014누57104 판결

한편 이 사건 시설 부지는 내곡 보금자리주택지구의 한 가운데에 위치하고 있었고, 이 사건 시설 부지를 둘러싼 주변 지역은 모두 주거지역 또는 녹지지역이었으며, 이 사건 시설 부지 인근에는 초등학교 및 유치원 등이 위치하였다. 이러한 상황에서 이 사건 시설의 1일 발생교통량은 1,526대로 예상되고, 자동차 정비공장에서 분진, 소음의 발생과 대기오염물질 등 휘발성 유기화합물의 배출이 불가피하다는 사실이 알려지자 내곡동 보금자리주택 거주자들은 이에 반발하여 서초구청장을 상대로 이 사건 건축허가를 취소하라는 소송을 제기하였다. 원심 및 대법원 판결은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 해당 행정처분으로 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다는 기존 대법원의 태도²⁾에 따라 원고들에게 이 사건 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하였다.³⁾

이 사건 시설은 건축허가인 이 사건 처분에 근거하여 설치될 예정이었으므로, 도시계획시설 요건은 인·허가 의제제도의 맥락에서 논의되었다. 대법원은 건축법의 인·허가 의제제도와 관련하여 인·허가 의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하려는 취지이지, 의제되는 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다는 태도를 일관되게 취해 왔다.⁴⁾ 대상판결도 이와 동일한 취지에서 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가 신청을 받은 행정청으로서 건축법상 허가 요건뿐 아니라 국토계획법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획 인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가하여야 한다고 판시하였다. 따라서 이 사건 시설의 주된 시설뿐만 아니라 부대시설 또한 국토계획법령상 부대시설 기준을 충족하여야 행정청이 도시계획시설사업 인가가 의제되는 건축허가를 할 수 있다.

대상판결은 위 기준에 비추어 이 사건 부대시설이 사실상 독립적인 정비공장 및 자동차 영업소의 역할을 하게 될 것이며, 주된 시설인 주차장 부분이 오히려 이 사건 부대시설의 부속시설로만 기능하게 될 가능성이 있다는 점에 주목하였다. 즉, 이 사건 부대시설이 주차장법령상 형식적인 부대시설 기준을 충족하였다고 하더라도 국토계획법령상 부대시설의 기준인 ‘기반시설 자체의 기능발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설’에 해당하지 않으므로 허용되어서는 안 된다는 취지이다.⁵⁾ 대상판결은 부대시설의 개념을 엄격하게 파악하여 도시

2) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 등 참조.
 3) 원심은 이 사건 처분의 근거법규를 건축법과 국토계획법으로 파악하고, 국토계획법이 주거지역 안에서의 일정한 건축을 금지하고 있는 것은 공공복리의 증진을 도모하고자 하는 데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역 내에 거주하는 사람의 ‘거주의 안녕과 건전한 생활환경을 보호’하여 국민의 삶의 질을 향상시키는 데에도 그 목적이 있으므로(국토계획법 제1조 등), 주거지역 내에 거주하는 사람이 받는 보호이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 판시하였다.
 4) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결
 5) 나아가 대상판결은 이 사건 부대시설의 건축이 도시계획시설사업의 일환이 아니라 독자적인 개발행위에 해당한다고 가정하더라도 국토계획법령이 정한 개발행위허가의 요건을 충족하지 못하였으므로 이 사건 시설에 대한 건축허가는 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 보았다.

계획시설의 주된 시설과 부대시설이 주객전도되는 것은 허용되지 않는다고 보았다.⁶⁾

대상판결 이후 이 사건 시설의 건축은 공정률 55% 수준에서 중단되었고, 2년 이상 미완공 상태로 방치되었다. 위본은 이 사건 시설의 신축 사업을 위하여 이미 250억원 이상의 비용을 지출한 상태였고, SH공사의 대체부지 제공 등도 예정대로 진행되지 않아 결국 SH공사가 위본으로부터 다시 이 사건 시설부지를 매입하게 되었다. 이 사건 지구계획에 의하면 근린 생활시설 및 판매시설도 부대시설의 종류로 열거되어 있으므로 SH공사는 이 사건 시설부지에 신축될 건물의 부대시설을 마트 등 상업시설로 변경하였다. 최근까지도 이 사건 시설부지에 신축될 건물의 임대광고 등은 신축건물을 ‘넓은 주차장을 보유한 상업시설’ 등으로 홍보하고 있는데, 주차장의 기능발휘와 이용을 위한 부대시설이라는 요건은 여전히 갖추지 못한 것으로 생각된다. 결국 대법원의 이 사건 부대시설의 허용성 판단의 기준을 제시하였음에도, 이와 같은 법리는 결과적으로 주민들이 소음 및 환경오염을 발생시킬 수 있는 자동차 정비공장의 건축을 막는 데 이용되었을 뿐 주된 시설인 주차장의 기능을 보완한 부대시설이 건축되는 결과에 이르지 못하는 못하였다.

II. 도시계획시설과 주차장법의 관계

1. 주차장법의 제정 및 연혁

1977년 10월말 서울의 자동차는 약 11만 5천 대로 1971년 6만 8천대에 비하여 무려 5만 8천대 가량 늘어났으나, 주차정비지역으로 지정된 총 면적은 40.22km²로 전체 서울시 면적의 6.4% 정도에 불과하여 주차수요를 감당하기에는 부족하였다. 서울시는 주차장정비지구 등의 적극적인 관리를 위하여 법안제출권이 없는 지방자치단체임에도 불구하고 관계당국에 지속하여 주차장법의 제정을 건의하고 있었다.⁷⁾ 이러한 상황에서 주차장법은 “주차장의 설치·정비 및 관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 도시내 자동차교통의 원활을 기하여 공중의 편의를 도모하고 도시기능의 유지 및 증진에 기여함”을 목적으로 1979. 4. 17. 법률 제 3165호로 제정되어 1979. 5. 18.부터 시행되었다(이와 같이 제정된 주차장법을 이하에서는 ‘제정 주차장법’이라 한다).

주차장법이 제정되기 전 주차장 설치에 대한 행정적 규율은 건설법이 도맡아 하고 있었다. 구 도시계획법(1979. 4. 17. 법률 제3165호로 일부개정되기 전의 것)에 따르면 건설부장

6) 대상판결의 태도와 관련하여, 법률의 형식논리에 매몰되지 않고 관련 법령 및 조례의 전체적인 취지와 체계적인 해석을 통하여 건축물의 위법성을 지적하였다는 평가가 있다(안기수, “주차장 부대시설의 법적 문제에 대한 시론적 고찰”, 서울법학 제23권 제3호(2016), 143-144면).

7) 매일경제, “주차장법의 제정을 촉구한다”, 1977. 12. 20. 기사(사설)

관은 도로의 효용을 유지하고 도로교통의 원활한 소통을 위하여 주차장의 정비가 필요한 때 도시계획구역 안에 ‘주차장정비지구’를 결정할 수 있었고(구 도시계획법 제18조 제1항 제11호), 시장·군수 또는 도시계획시행허가를 받은 자는 도시계획시설로 주차장을 설치할 수 있었다(구 도시계획법 제2조 제1호 나목, 제3호). 한편 구 건축법(1979. 4. 17. 법률 제3165호로 일부개정되기 전의 것)은 일정한 규모 이상의 건축물의 건축시 부설주차장 설치 의무를 정하고 있었다(구 건축법 제22조의2).

주차장법의 제정에 따라 제정 주차장법이 구 도시계획법 및 구 건축법이 담당하던 주차장 정비지구의 지정 및 부설주차장에 관한 사항 등을 규율하게 되었으며,⁸⁾ 제정 주차장법은 제정 법률의 시행 당시 도시계획법에 의하여 도시계획시설로 설치된 노상주차장 및 노외주차장은 이 법에 의하여 설치된 주차장으로 본다고 정하고 있었다(제정 주차장법 부칙 제2항). 그러나 주차장법의 제정 이후에도 주차장은 구 도시계획법에 따른 도시계획시설로 설치하여야 했으므로 노상주차장이나 노외주차장을 가리지 않고 설치 절차와 관련한 제반사항은 구 도시계획법이 규율하고 있었다. 따라서 도시계획구역을 관할하는 행정청이 도시계획인 노외주차장 설치 계획에 따라 노외주차장을 설치하여야 하며, 행정청 이외의 자가 도시계획법에 따라 허가를 받아 주차장을 설치할 수 있다는 제정 주차장법의 규정들은 도시계획법에 따른 주차장 설치 절차를 확인하는 조항에 불과하였다. 이처럼 주차장법은 도시계획법이 담당하던 ‘주차장 설치’라는 기능은 담지 못하였으나, 당시 건설부령이었던 주차장법 시행규칙이 노외주차장의 구조 및 설비기준 등을 정하도록 규정함으로써 주차장의 설치 기준을 정하는 역할을 분담하게 되었다.

제정 주차장법은 노외주차장을 도시계획시설로 설치하여야 한다고 정하고 있어, 도시계획시설이 아닌 주차장 설치의 가능성은 차단되어 있었다. 그런데 자동차 보유대수의 지속적인 신장과 도심지역의 고밀도 이용에 따라 도심 유입 차량이 증가함에 따라 주차장의 설치절차를 간소화할 필요가 발생하였고⁹⁾, 1983년 개정된 주차장법¹⁰⁾은 노외주차장을 행정청 외의 자가 설치하는 경우 도시계획사업과 관계없이 행정청의 허가로 설치할 수 있으며, 일정 규모(40대)이하의 경우 행정청에 대한 신고만으로도 설치할 수 있다는 규정을 두게 되었다.

사인이 설치하는 노외주차장의 설치 절차는 이후 점점 간소화되어 1990년 개정된 주차장법¹¹⁾부터는 된 주차장법부터는 주차장의 규모와 관계없이 모든 노외주차장을 신고로만 설치할 수 있도록 규정하여 민간의 주차장 설치가 더욱 촉진되었다. 최종적으로 1999년 개정된 주차장법¹²⁾부터는 주차장을 행정청이 설치하여야 한다는 규정이 삭제되고, 주차장을 설치하

8) 1979. 4. 17. 법률 제3165호 주차장법 제정 이유
 9) 1983. 12. 31. 법률 제3708호 주차장법 일부개정 이유
 10) 1983. 12. 31. 법률 제3708호로 일부개정되어 1984. 4. 1. 시행됨.
 11) 1990. 4. 7. 법률 제4230호로 일부개정되어 1990. 7. 1. 시행됨.
 12) 1999. 2. 8. 법률 제5902호로 일부개정되어 1999. 2. 8. 시행됨.

려는 자는 행정청에 대한 ‘통보’ 만으로 주차장 설치를 할 수 있게 되었는데¹³⁾, 이와 같은 형태는 현행 주차장법까지도 이어지고 있다. 주차장법 제정 당시에는 도시계획시설사업 시행자 지위를 부여받은 자 외에는 사인의 노외주차장 설치가 전면적으로 금지되었지만 이후 허가사항, 신고사항 및 통보사항의 순서로 변경되면서 도시계획시설이 아닌 노외주차장 설치가 점점 자유로워졌다는 점을 알 수 있다.¹⁴⁾

법률 제3165호, 1979. 4. 17., 제정 법률	제12조 (로외주차장의 설치) ②시장 또는 군수 이외의 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 <u>도시계획법 제24조제1항의 규정에 의한</u> 허가를 받아 로외주차장을 설치할 수 있다.
법률 제3708호, 1983. 12. 31., 일부개정 법률	제12조 (노외주차장의 설치) ②시장·군수외의 자는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 의하여 <u>시장·군수의 허가를</u> 받아 노외주차장을 설치할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 규모 이하의 노외주차장은 <u>시장·군수에게 신고하고</u> 이를 설치할 수 있다.
법률 제4230호, 1990. 4. 7., 일부개정 법률	제12조 (노외주차장의 설치) ②제1항의 규정에 불구하고 시장·군수외의 자가 도시계획구역안에서 노외주차장을 설치하고자 할 때에는 건설부령이 정하는 바에 의하여 <u>미리 시장·군수에게 신고</u> 하여야 한다 노외주차장의 구조를 변경하는 때에도 또한 같다.
법률 제5902호, 1999. 2. 8., 일부개정 법률	제12조 (노외주차장의 설치 등) ①노외주차장을 설치 또는 폐지한 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 <u>시장·군수 또는 구청장에게 통보</u> 하여야 한다.

<표> 사인의 노외주차장 설치 절차 관련 주차장법 규정의 연혁

주차장법은 이와 같이 건설법이 담당하던 ‘주차장의 설치’에 관한 사항을 분담하는 것뿐만 아니라 ‘주차장의 관리’라는 또 다른 중요한 역할을 담당하기 위하여 제정 및 개정되어 왔다. 이와 관련하여 주차장법은 주차장을 (i) 도로의 노면 또는 교통광장의 일정한 구역에 설치된 “노상주차장”, (ii) 도로의 노면 또는 교통광장 외의 장소에 설치된 “노외주차장” 및 (iii) 건축물, 골프연습장, 그 밖에 주차수요를 유발하는 시설에 부대하여 설치된 주차장인 “부설주차장”으로 구분하여 주차요금 징수, 사용 제한, 표지, 용도변경 등 비교적 세부적인 사항까지 관리하는 규정들을 두게 되었다. ‘주차장의 설치’ 측면에서는 주차

13) 1999년 개정된 주차장법의 개정 이유는 사인의 노외주차장 설치 절차가 ‘신고’에서 ‘통보’로 변경된 것의 의미를 설명하고 있지 않다. 다만 개정 전 규정에 따르면 노외주차장을 설치하려는 자가 사전 신고를 하는 경우 행정청이 제출된 노외주차장설치에 대한 계획서에 대하여 실질적인 심사를 하고, 노외주차장이 설치된 이후에도 사후신고를 하여 행정청이 설치계획과의 일치 여부를 확인하여 신고필증을 교부하였다는 점에서 기존의 노외주차장 설치 신고는 ‘수리를 요하는 신고’로 볼 수 있고, 이와 같은 절차가 행정청에 대한 단순한 사실행위인 ‘통보’로 변경된 것으로 해석된다.

14) 다만 이와 같은 규정들은 추가적으로 주차장 설치 자체에 대한 통보 등의 절차를 정하는 것이고, 건설법의 도움 없이 주차장법을 통하여 독자적으로 건축물인 주차장을 설치할 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 건축물인 주차장을 건축하기 위하여는 별도의 건축허가 등 건설법상 제도를 통하여야 하며, 주차장법상 규정들은 건설법을 갈음하여 건축법상의 허가 등을 의제하는 규정(예컨대 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제13조의2 제1항 등)은 아니다.

장법은 건축법, 도시계획법 등의 건설법과 밀접한 관계를 갖고 설치기준을 정하는 측면의 역할을 분담하고 있으나, ‘주차장의 관리’ 측면에서는 주차장법이 독자적인 역할을 수행하고 있다고 볼 수 있다.

2. 도시계획시설과 주차장

(1) 기반시설 중 주차장

국토계획법 및 동법 시행령에 따라 주차장은 기반시설 중에서도 교통시설의 한 종류로 열거되어 있다(국토계획법 제2조 제6호, 동법 시행령 제2조 제1항 제1호).¹⁵⁾ 국토계획법 시행령 제2조 제3항의 위임을 받아 기반시설의 추가적인 세분 및 구체적인 범위를 정하고 있는 도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙(이하 ‘시설규칙’이라 한다)은 “주차장”을 “주차장법상 노외주차장”으로 한정하고 있으므로 결국 기반시설 중 도시관리계획으로 결정하여 설치하는 도시계획시설인 주차장은 “주차장법상 노외주차장”임을 알 수 있다.

(2) 임의적 도시계획시설인 주차장

국토계획법에 따르면 원칙적으로 기반시설은 도시계획시설결정을 통하여 설치하여야 하나(국토계획법 제43조 제1항), 예외적으로 용도지역, 기반시설의 특성을 고려하여 도시계획시설결정을 생략하고 설치할 수 있는 기반시설의 범위를 시행령에 위임하고 있다(동법 시행령 제35조 제1항). 국토계획법 시행령 제35조 제1항에 열거된 기반시설들은 도시계획시설결정을 생략하고 설치할 수도 있고, 도시계획시설결정을 통하여 설치할 수도 있으며(임의적 도시계획시설), 동 규정에 열거되지 않은 기반시설들은 도시계획시설결정으로만 설치될 수 있다고 할 것이다(필수적 도시계획시설).

현행 국토계획법에 따르면 주차장은 도시지역 및 지구단위계획구역에서 설치하는지 여부를 불문하고 임의적 도시계획시설로 규정되어 있으므로(국토계획법 시행령 제35조 제1항 제1호 가목, 제2호 가목)¹⁶⁾ 건축물인 주차장은 건축허가만으로 설치할 수 있다. 임의적 도시

15) 교통시설에는 주차장 외에도 도로, 철도, 항만, 공항, 자동차정류장, 궤도, 차량 검사 및 면허시설 등이 포함된다(국토계획법 시행령 제1조 제1항 제1호).

16) 기존에는 행정청이 설치하는 1,000㎡ 미만의 노외주차장, 행정청 외의 자가 설치하는 노외주차장 및 도시지역 및 지구단위계획구역 외에 설치하는 노외주차장은 임의적 도시계획시설로, 그 외의 노외주차장은 필요적 도시계획시설로 분류되는 등 임의적 도시계획시설인 주차장의 범위가 한정되어 있었다.

계획시설을 도시계획시설결정을 거치지 않고 설치하는 경우 복잡한 절차를 거칠 필요가 없고, 도시계획위원회의 간섭 없이 기반시설을 설치할 수 있어 사업시행자에게 보다 유리하나, 이러한 시설도 수용권이 필요할 때에는 도시계획시설결정을 활용하므로 상황에 따라 이해관계가 달라질 수 있다.¹⁷⁾ 이 사건 시설의 경우 토지 수용을 전제로 하는 도시계획인 보금자리주택 지구계획에 의하여 주차장 용지로 지정되어 있는 이 사건 시설 부지에 설치될 예정이었으며, 보금자리주택 지구계획의 승인에 따라 도시계획시설 결정이 이루어지므로(구 보금자리주택법 제18조 제1항 제8호), 이 사건 시설을 임의적 도시계획시설로 설치할 수는 없었을 것이다.

3. 건설법과 주차장법의 관계

(1) 건축물인 주차장과 건축물이 아닌 주차장

주차장법은 주차장을 노상주차장, 노외주차장 및 부설주차장으로 나누고 있을 뿐 건축물인지 여부에 따른 분류기준을 사용하고 있지 않다. 다만, 주차장법은 정의 규정에서 “주차 전용건축물”을 건축물의 연면적 중 95% 이상이 주차장으로 사용되는 건축물로 정의하고 있어(주차장법 제2조 제11호, 동법 시행령 제1조의2 제1항)¹⁸⁾ 건축물의 형태인 주차장을 규율하는 규정을 별도로 두고 있다.

노상주차장, 노외주차장 및 부설주차장의 분류와 주차전용건축물의 관계는 주차장법령상 명확하지 않지만, 주차장법에 노외주차장인 주차전용건축물의 건폐율, 용적률, 대지면적의 최소한도 및 높이 제한 등 건축 제한을 별도로 정하는 규정이 존재하고(주차장법 제12조의2), 동법 시행령이 노외주차장 또는 부설주차장의 설치를 제한하는 지역의 주차전용건축물의 경우에는 지방자치단체의 조례로 주차장 외의 용도로 사용되는 부분에 설치할 수 있는 시설의 종류를 제한할 수 있다는 규정을 두고 있다는 점(주차장법 시행령 제1조의2 제3항)을 미루어 볼 때 노외주차장과 부설주차장은 주차전용건축물의 형태로 설치될 수 있다고 해석된다. 각 주차장의 형태 및 기능을 고려할 때에도, 도로의 노면 또는 교통광장의 일정한 구역에 설치되는 노상주차장은 지상의 일정한 구획을 의미하는 평면적 시설로 설치되는 것이 일반적이거나, 노외주차장이나 부설주차장의 경우 평면적 시설의 형태나 건축물 형태 모두 자연스럽게 느껴진다.

17) 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 행정법연구 제30호(2011), 283면.

18) 다만, 주차장 외의 용도로 사용되는 부분이 단독주택, 공동주택, 제1종 근린생활시설, 제2종 근린생활시설, 문화 및 집회시설, 종교시설, 판매시설, 운수시설, 운동시설, 업무시설, 창고시설 또는 자동차 관련 시설인 경우에는 주차장으로 사용되는 부분이 70% 이상인 것을 말함(주차장법 시행령 제1조의2 제1항).

(2) 건설법상 건축제한에의 영향

주차전용건축물 등 건축물인 주차장은 주차장법뿐만 아니라 건설법의 영향도 받게 된다. 그런데 주차장법은 제정 당시부터 건설법에 따른 주차장 설치 절차와 관계없이 주차장의 구조 및 설비기준은 주차장법령에 따르도록 정하고 있었다. 도시계획시설로 설치되는 건축물인 주차장의 경우, 시설규칙상 일반적인 주차장의 결정기준¹⁹⁾ 외에 주차장의 결정·구조 및 설치에 관하여는 주차장법령에 따르도록 정하고 있으며(시설규칙 제30조 제2항), 이와 같이 별도 법률(항만법, 여객자동차운수사업법 및 초·중등교육법 등)에 따라 설치기준을 정하도록 한 규정 형식은 시설규칙상 대부분의 도시계획시설과 관련하여 이용된다. 이와 같이 입법한 것은 시설규칙에서 세부적인 기준을 모두 정하는 것이 쉽지 않고, 시설규칙에서 세부적인 기준을 별도로 정하는 경우 관련 법령에서 정하고 있는 설치기준 등과 충돌할 우려가 있기 때문인 것으로 생각된다.

건축물인 노외주차장을 설치하기 위하여 건축허가를 받는 경우 주차장의 부대시설 기준 등 주차장법상 노외주차장의 설치기준을 준수하여야 하며, 주차장법은 국토계획법 및 건축법보다 우선하여 적용되는 건축물인 노외주차장의 건폐율, 용적률 및 높이 제한 등 완화된 건축제한도 정하고 있으므로(주차장법 제12조의2), 이와 같은 맥락에서 주차장법은 건설법에 소급하여 영향을 주는 것으로 이해할 수 있다.²⁰⁾ 다만, 앞서 살펴본 바와 같이 주차장법은 주차장의 관리와 관련된 사항들을 규율하고 있으므로 주차장법은 주차장의 설치뿐만 아니라 주차장이라는 시설물이 건립되어 있음을 전제로 해당 시설물인 주차장의 이용을 규제하는 역할도 하고 있다.

19) 시설규칙 제30조 ① 주차장의 결정기준은 다음 각호와 같다.

1. 주차장은 원활한 교통의 흐름을 위하여 주간선도로의 교차로에 인접하여 설치되지 아니하도록 할 것
2. 주간선도로에 진·출입구가 설치되지 아니하도록 할 것. 다만, 별도의 진·출입로 또는 완화차선을 설치하는 경우에는 그러하지 아니하다.
3. 대중교통수단과 연계되는 지점에 설치할 것
4. 재해취약지역에서 국가 또는 지방자치단체가 설치하거나 관리하는 면적 3천제곱미터 이상의 주차장에는 지형 및 배수환경 등을 검토하여 적절한 규모의 지하 저류시설을 설치하는 것을 고려할 것. 다만, 하천구역 및 공유수면에 설치하는 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 건축물이 아닌 주차장에서 유출되는 빗물을 최소화하도록 빗물이 땅에 잘 스며들 수 있는 구조로 하거나 식생도랑, 저류·침투조 등의 빗물관리시설을 설치하고, 나무나 화초를 심는 경우에는 그 식재면의 높이를 건축물이 아닌 주차장의 바닥 높이보다 낮게 할 것

20) 한편 주차장법이 건축물의 건축을 허가하는 측면에서 건설법을 갈음할 수는 없다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

Ⅲ. 도시계획시설의 부대시설

1. 도시계획시설의 부대시설의 의의

(1) 부대시설의 개념 및 법적 근거

도시계획시설의 부대시설은 도시계획시설로 정해진 주된 시설의 기능발휘와 이용을 위해 필요한 시설로서 주된 시설에 종속되는 시설을 말한다. 도시계획시설결정에 의해 도시계획시설이 설치되는 장소인 도시계획시설부지에는 원칙적으로 도시계획시설 외에 여타 건축물 또는 시설물의 설치가 금지되나(국토계획법 제64조 제1항), 주된 시설의 기능을 보완하는 부대시설의 경우 예외적으로 허용한 것이다. 그러므로 부대시설의 개념은 주된 시설에 대한 기능적 보충성과 종속성을 전제로 엄격하게 해석되어야 하며, 구체적인 법적 문제에 있어서도 주된 시설과 무관하게 부대시설 자체만을 독립적으로 판단하여서는 안 된다.²¹⁾

국토계획법상 부대시설에 대한 정의나 부대시설의 설치 가능성에 관한 조항은 규정되어 있지 않고, 부대시설에 관한 언급은 시행령에 처음 등장한다. 다만 국토계획법 시행령도 부대시설을 명확하게 정의하고 있는 것은 아니고, 법률의 위임을 받아 구체화한 기반시설의 범위에 당해 시설 자체의 기능발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설 및 편익시설이 포함된다고 정하고 있다. 부대시설에 대한 명시적인 정의 규정은 시설규칙에 존재하는데, 시설규칙은 부대시설을 주 시설의 기능 지원을 위하여 설치하는 시설로 정의하고 있다(시설규칙 제6조의2 제1항 제1호). 또한 시설규칙은 개괄적인 부대시설의 설치기준들을 정하고 있는데, 시설규칙에 의하면 부대시설과 편익시설을 합한 면적이 주시설 면적을 초과하지 않아야 하며 부대시설은 주시설의 기능 및 설치 목적에 부합하여야 한다(시설규칙 제6조의2 제2항).

(2) 도시계획시설의 편익시설

국토계획법 시행령 및 시설규칙은 도시계획시설의 부대시설 외에 편익시설이라는 개념도 사용하고 있다. 편익시설이란 도시계획시설의 이용자 편의 증진과 이용 활성화를 위하여 설치하는 시설로 정의되어 있고(시설규칙 제6조의2 제1항 제2호), 편익시설은 주시설 및 부대시설의 기능 발휘 및 이용에 지장을 초래하지 않아야 하며 국토계획법상 용도지역·용도지구에 따른 건축제한에도 적합하여야 한다(시설규칙 제6조의2 제2항 제3호). 그런데 편익시설은 주된 시설을 보충하고 지원하는 기능을 수행하는 부대시설과 달리 이용자의 편의에 기여하는 역할만 수행해도 된다는 점에서 부대시설에 비하여 주된 시설과의 견련성이 떨어진다

21) 김종보, “도시계획시설의 부대시설”, 행정법연구 제34호(2012), 323면.

고 볼 수 있다. 원칙적으로 도시계획시설부지에는 도시계획시설만 설치할 수 있고, 도시계획시설의 이용에 필수불가결한 부대시설의 설치가 예외적으로 허용된다는 측면에서, 그 필요성이 필수불가결한 정도에 이르지 않는 편익시설의 설치에 더욱 예외적으로 인정되어야 한다.

편익시설에는 엄격한 기능적 보충성과 종속성을 요구할 필요가 없다는 점, 시설규칙이 도시계획시설에 다양한 편익시설의 설치를 고려하여야 한다고 정하고 있는 점(시설규칙 제6조의2 제3항) 등으로 인하여 편익시설이 부대시설에 비하여 자유롭게 설치될 수 있는 것처럼 보일 수 있으나, 이는 부대시설에 비해 보다 다양한 시설의 종류가 편익시설로 인정되기 쉽다는 취지로 해석되어야 하며, 특정 도시계획시설부지 내의 편익시설의 허용성 자체는 부대시설보다 엄격하게 판단되어야 한다. 다만 국토계획법령은 이러한 기준에 의하여 부대시설과 편익시설의 종류 및 허용성을 명확하게 규정하고 있지는 않은 것으로 보인다.

2. 도시계획시설의 부대시설의 허용성

시설규칙은 도시계획시설에 부대시설을 설치할 수 있으며 부대시설의 구조 및 설치기준에 관하여는 개별적인 도시계획시설의 구조 및 설치기준에 따른다고 정하고 있어 마치 부대시설의 일반적인 요건 및 설치기준에만 부합하면 부대시설의 설치가 폭넓게 허용되는 것처럼 오해될 소지가 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 도시계획시설부지에서 주된 시설 이외의 시설은 허용되지 않는 것이 원칙이고, 다만 법령이 정하는 부대시설이 허용되는 것은 예외에 해당하기 때문에²²⁾ 개별적인 도시계획시설의 구조 및 설치기준상 부대시설에 관한 기준들은 부대시설 설치의 허용성 자체를 규율하는 조항들로 해석되어야 한다. 따라서 개별적인 도시계획시설의 구조 및 설치기준에 또는 시설규칙에서 언급하고 있는 관련 법령에서 열거되지 않은 부대시설의 경우 애초에 설치 자체가 불가능하다고 보아야 한다.

도시계획시설의 부대시설은 도시계획시설의 기능발휘와 이용을 위하여 예외적으로 허용된 것이므로 그 기능은 주된 시설의 기능과 유기적으로 연결되는 것이어야 하고(필요성의 원칙), 독자적으로 운영되는 시설들과 달리 당해 도시계획시설의 설치 및 운영목적에 한정해서 설치·운영되어야 하며(종속성의 원칙), 부대시설 또한 수용권을 전제로 하는 도시계획시설의 일부이므로 헌법상 공공필요를 충족하여야 한다(공공성의 원칙).²³⁾ 도시계획시설은 기반시설 중에서도 높은 공공성이 인정되어 도시계획결정을 통하여 설치되는 것이므로, 법령상 규정되어 있는 종류 및 설치기준에 부합하는 도시계획시설의 부대시설이라고 하더라도 법령에 명시적으로 규정되어 있지 않은 필요성, 종속성 및 공공성 요건을 충족하여야만 설

22) 김종보, “도시계획시설의 부대시설”, 324면.

23) 김종보, “도시계획시설의 부대시설”, 327면-328면.

치할 수 있는 것으로 해석되는 것이 타당하다.

부대시설은 도시계획시설 등과 동시에 설치될 수도 있고 도시계획시설이 설치된 이후에 사후적으로 설치될 수도 있다. 부대시설이 도시계획시설 등과 동시에 설치되는 경우 부대시설에 관한 내용도 실시계획에 포함되게 되며, 도시계획시설에 사후적으로 설치되는 경우 실시계획 변경 인가의 대상이 된다. 행정청은 두 경우 모두에서 당해 부대시설이 주된 시설과 관련하여 시설규칙에서 정하는 부대시설의 용도에 맞는지 여부, 주된 시설에 꼭 필요한 시설인지 여부, 전체 도시의 기능과 관련해서 당해 부대시설의 규모가 합리적인지 여부 등 앞서 살펴 본 원칙들을 폭넓게 심사할 도시계획적 재량을 누리게 된다.²⁴⁾ 이러한 행정청의 도시계획적 재량은 부대시설이 도시계획시설의 설치 절차에 따라 설치되는지, 도시계획시설결정 및 실시계획인가 등이 의제되는 다른 법률상 설치 절차에 따라 설치되는지 여부에 영향을 받지 않고 일관되어야 한다. 건축법상 인허가 의제 제도를 통하여 설치가 예정되어 있었던 이 사건 부대시설의 경우에도 법령상 요구되는 설치기준 등을 모두 준수한 상태에서 행정청의 재량 판단이 문제되었고, 결국 취소소송을 통하여 이 사건 부대시설 설치를 둘러싼 재량하자 여부를 판단하게 되었다.

3. 주차장과 부대시설

(1) 주차장의 부대시설 설치 기준

시설규칙은 주차장의 일반적인 결정기준만을 정하고 있고 그 외의 결정·설치 및 구조기준은 주차장법에서 정하도록 하고 있다(시설규칙 제30조 제2항). 주차장법은 다시 노외주차장의 구조·설비기준 등에 관하여 필요한 사항을 국토교통부령인 시행규칙에 위임하고 있는데, 시행규칙은 부대시설의 종류 및 면적비율을 포함한 노외주차장의 시설기준을 함께 정하고 있다(주차장법 제6조 제1항, 동법 시행규칙 제6조).

노외시설의 부대시설의 종류는 원칙으로 아래에 열거된 시설에 한정되며, 총면적은 주차장 총시설면적의 20%를 초과할 수 없다(주차장법 시행규칙 제6조 제4항). 제3호 및 제4호에서 언급하는 ‘노외주차장의 관리·운영상 필요한 편의시설’ 및 ‘시·군 또는 구의 조례로 정하는 이용자 편의시설’의 경우 마치 부대시설이 아닌 편의시설의 종류에 해당하는 것처럼 보이기도 하는데, 별도로 편의시설에 관한 규정들은 두고 있지 않은 주차장법령은 국토계획법령과 마찬가지로 부대시설과 편의시설 사이에 명확한 구분선을 정하고 있지는 않은 것으로 생각된다.

24) 김종보, “도시계획시설의 부대시설”, 333면

1. 관리사무소, 휴게소 및 공중화장실
2. 간이매점, 자동차 장식품 판매점 및 전기자동차 충전시설
- 2의2. 「석유 및 석유대체연료 사업법 시행령」 제2조제3호에 따른 주유소(특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장이 설치한 노외주차장만 해당한다)
3. 노외주차장의 관리·운영상 필요한 편의시설
4. 시·군 또는 구의 조례로 정하는 이용자 편의시설

(2) 공공시설에 설치되는 노외주차장과 부대시설

주차장법은 도로, 광장, 공원, 시행령으로 정하는 학교 등 공공시설²⁵⁾의 지하 또는 지상에 노외주차장을 설치하기 위하여 국토계획법에 따라 도시계획시설사업의 실시인가를 받은 경우 노외주차장으로 사용되는 시설 및 토지의 사용료 또는 점용료를 면제하는 규정을 두고 있다(주차장법 제20조 제2항, 제3항). 이는 국유재산 또는 공유재산인 공공시설에 노외주차장을 충분히 확보하기 위하여 입법된 조항으로 보이는데, 주차장법 시행규칙은 이와 같이 공공시설에 설치되는 노외주차장의 부대시설의 종류 및 주차장 총 시설면적 대비 부대시설의 면적비율 등을 지방자치단체의 조례를 통하여 완화해주고 있다(주차장법 시행규칙 제6조 제5항). 서울시 주차장 조례는 공공시설에 설치되는 노외주차장 부대시설의 종류를 제1종 및 제2종 근린생활시설, 문화 및 집회시설, 종교시설, 판매시설, 운수시설, 운동시설, 업무시설 및 자동차관리시설 등으로 확대하고 있고, 노외주차장 총 시설면적 대비 부대시설의 비율도 30%로 완화하여 규정하고 있다(서울시 주차장조례 제16조).

이 사건 지구계획은 이 사건 시설 부지에 위 공공시설에 설치되는 노외주차장 부대시설의 특례(이하 ‘공공시설에 관한 특례’라 한다)가 적용된다는 전제 하에 부대시설에 관한 기준을 주차장법 시행규칙 제6조 제5항 및 서울시 주차장조례 제16조에 따라 규정하고 있었다. 도시계획시설인 주차장도 위 주차장법상 ‘공공시설’의 범위에 포함된다고 해석될 수 있으므로, 지하 및 지상에 모두 주차장 설치를 예정하고 있었던 이 사건 시설에는 공공시설에 관한 특례가 적용된다고 해석될 여지가 있다. 그러나 이미 예정된 공공시설에 노외주차장을 설치하는 것이 아니라 단지 지하 또는 지상층을 모두 주차장으로 사용하는 건축물을 새롭게 건축하는 행위라는 점에서 엄격하게 보면 이 사건 시설에 공공시설에 관한 특례를 적용하는 것은 공공시설에 노외주차장을 확보하고자 하는 취지에는 부합하지 않는다. 또한 이 사건 지구계획은 구체적으로 이 사건 시설 부지에 설치될 주차장이 공공시설에 관한 특례에서 예정하는 시설에 해당하는지 여부를 살펴보지 않고 공공시설에 관한 특례에 따른 기준을 임의로 적용하여 부대시설 기준을 정하고 있다. 국토계획법은 지구단위계획구역에서 건축물을 건축하려면 그 지구단위계획에 맞게 하여야 한다고 정하고 있으나²⁶⁾(국토계획법

25) 초등학교·중학교·고등학교·공용의 청사·주차장 및 운동장

제54조), 지구단위계획 역시 관련 법령상의 한계를 준수하여야 할 것이다. 그런데 이 사건 지구계획이 주차장법상 공공시설에 관한 특례를 잘못 적용하여 부대시설 기준을 정하고 있다면, 위법한 지구단위계획으로 평가될 수 있다.

(3) 도시계획시설인 주차장의 부대시설 설치기준 마련 필요성

앞서 살펴본 국토계획법령 및 주차장법령의 입법 연혁에 의하면, 필요적 도시계획시설이었던 노외주차장은 사인이 설치하는 경우에 한하여 통보로만 설치가 가능한 임의적 도시계획시설이 되었고, 그 후 임의적 도시계획시설로 인정되는 노외주차장의 범위가 점차 넓어지다 현재는 완전한 임의적 도시계획시설이 되었다. 주차장법의 제정 당시 주차장법이 규율하는 노외주차장은 도시계획시설로서의 의미만 가지고 있었으나, 현재의 주차장법은 도시계획시설에 해당하는지 여부 및 사인이 설치하는지 여부를 불문하고 모든 노외주차장을 규율하게 됨으로써 주차장법령에서 정하고 있는 노외주차장의 설치기준은 공공성의 정도를 구분하지 않고 모든 노외주차장에 일관되게 적용되게 되었다.

그 예로 주차장법상 노외주차장 부대시설 기준에 대한 규정들도 더 이상 도시계획시설의 부대시설 기준으로서의 의미를 갖지 않고, 모든 노외주차장에 설치될 수 있는 부대시설을 규정하는 의미 정도만 갖게 되었다. 최초로 규정된 주차장법상 노외주차장 부대시설 기준들은 도시계획시설인 노외주차장을 염두에 두고 만들어진 것이므로 사인이 설치하는 주차장과 관련하여서는 부대시설의 허용성부터 종류, 설치기준 등을 포함하여 다시 평가가 이루어질 필요가 있다.

행정청 또는 도시계획시설사업 시행자가 도시계획시설 설치 절차에 따라 설치하는 노외주차장의 공공성이 사인이 도시계획시설결정을 매개하지 않고 설치하는 노외주차장의 공공성에 비해 낮다는 점은 명백하다. 예컨대 부대시설의 경우만 살펴보더라도 도시계획시설이 아닌 민간 노외주차장의 부대시설은 공공성 정도가 다소 낮더라도 도시계획시설인 노외주차장 부대시설에 비하여 쉽게 허용될 수 있을 것이다. 그런데 시설규칙 등 도시계획법령은 도시계획시설의 설치기준을 정함에 있어 앞서 살펴본 바와 같이 최초 제정당시보다 넓은 규율범위를 가지게 된 주차장법령상 설치기준 등을 여전히 빌려 쓰고 있다. 주차장법령상 노외주차장 설치기준은 노외주차장의 공공성 정도에 따라 섬세하게 규정되어 있지 않은데, 도시계획시설인 노외주차장에 동일하게 적용되고 있는 것이다.

이러한 문제로 인하여 도시계획시설인 노외주차장의 부대시설 허용성을 판단하는 행정청의 재량 범위가 과도하게 넓어지는 결과가 발생하였다. 행정청의 재량판단의 기준을 정하고

26) 이 사건 지구계획은 이 사건 시설 부지에 대하여 지구단위계획으로서의 역할을 수행하고 있다.

사업시행자의 예측가능성을 높이기 위해서라도 도시계획시설인 노외주차장의 부대시설 기준 등 주요 설치기준 등에 관한 규정을 국토계획법령 또는 주차장법령에 별도로 마련하고, 이를 주차장법령상 일반적인 노외주차장 설치기준에 우선하여 적용되도록 할 필요가 있다.

IV. 결어

도시계획시설의 부대시설의 허용성을 판단함에 있어 일차적으로는 국토계획법령 및 시설규칙 등 도시계획법령과 주차장법령 등 관련 법령에서 정하고 있는 부대시설 기준을 준수하여야 한다. 나아가 도시계획시설 설치 절차는 도시계획결정 및 실시계획 인가 등 다양한 단계에서 행정청의 재량이 개입되는 절차이므로, 필요성, 종속성, 공공성 등 도시계획시설 요건 준수여부도 행정청의 재량판단의 범위에 속한다. 대상판결은 이와 점에 주목하여 법령 및 보금자리주택 지구계획에 규정되어 있는 부대시설의 기준을 모두 충족한 경우라도 도시계획법령상 도시계획시설의 부대시설 기준을 충족하지 못한 경우에는 허용되지 않는다고 판단한 것이므로, 타당한 결론을 내린 것이라고 생각한다.

민간이 설치하는 도시계획시설의 공공필요성 판단에 관한 헌법재판소의 결정례²⁷⁾는 ‘공공성’과 ‘높은 영향력’이 도시계획시설의 주요 개념 징표임을 잘 보여주는 예이다. 높은 공공성은 도시계획시설부지에 대한 수용권으로 연결되고 높은 영향력은 도시계획결정절차의 엄정성과 연결되며, 도시계획시설은 그 시설의 중요성을 고려하여 특별한 취급을 하여야 한다.²⁸⁾ 그런데 도시계획법령의 기능을 확장하는 주차장법 등 관련 법령은 도시계획적 기능뿐만 아니라 별도의 독자적인 입법목적은 함께 가지고 있기 때문에 그 규율 대상이 공공성이 높은 도시계획시설에 한정되지 않는다. 이로 인해 행정청이 도시계획시설 및 그 부대시설의 적법성을 판단함에 있어 법령상 기준의 역할이 점차 작아지게 되고 그 반대급부로 행정청의 재량 범위는 과도하게 확장된다. 예컨대 이 사건 시설과 관련하여 문제된 주차장법상 노외주차장의 부대시설 기준도 노외주차장의 공공성의 정도를 가리지 않고 “제1종제2종 근린생활시설, 문화 및 집회시설, 종교시설, 판매시설, 운수시설, 업무시설, 자동차관리시설 등”으로 포괄적으로 규정되어 있었으므로 주된 시설과 부대시설이 주객전도된 또 다른 시설이 설치되는 과정에서 다시 행정청의 재량 판단에 의존하게 되었다.

불명확한 법령상 기준으로 도시계획시설의 부대시설 기준을 둘러싼 불필요한 분쟁들이 발생하는 것을 방지하려면 도시계획시설에 대하여 그 속성에 맞는 특별한 취급을 할 필요가

27) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166 결정

28) 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 282면.

있다. 이를 위하여는 도시계획시설 기준을 정함에 있어 관련 법령에 의존하는 범위를 축소하고 시설규칙 등 도시계획법령에 별도로 보다 상세한 설치기준을 마련하여 시설의 공공성의 정도에 따라 섬세한 규율을 할 수 있어야 한다.

참 고 문 헌

[논문]

- 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011).
김종보, “도시계획시설의 부대시설”, 『행정법연구』 제34호(2012).
안기수, “주차장 부대시설의 법적 문제에 대한 시론적 고찰”, 『서울법학』 제23권 제3호(2016).

[언론기사]

- 매일경제, “주차장법의 제정을 촉구한다”, 1977. 12. 20. 기사(사설)

[판례]

- 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결
대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결
헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166 결정

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제5호 2021년 4월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 5, April 2021

공원일몰제와 도시자연공원구역

- 청계산도시자연공원 사례를 중심으로 -

양 정 훈*

국문초록

2020년 7월 1일 청계산도시자연공원에 대한 도시계획시설결정이 실효된다. 헌법재판소의 헌법불합치결정(1999. 10. 21. 선고 97헌바26결정 이하 ‘대상결정’)에 따라 국토계획법 및 그 부칙이 제·개정되면서 ‘공원일몰제’가 시행되기 때문이다. 하지만 이러한 국토계획법의 제·개정이 과연 헌법재판소 결정의 취지를 충실히 반영하지 못했다는 아쉬움이 남는다. 헌법재판소는 공원부지의 지목 등을 고려하여 ‘도시공원 지정에도 불구하고 부지를 종전용도대로 사용할 수 있는가’를 기준으로 재산권 침해여부를 판단했음에도 국토계획법은 이러한 토지사용가능성을 고려하지 않고 일률적으로 모든 도시공원에 대해 일몰제가 적용되도록 규정하고 있기 때문이다.

한편, 도시공원들이 일몰된다면 도심 속 허파의 기능을 하는 도시공원들이 대부분 사라지게 되어 공공의 이익에 악영향을 미칠 수밖에 없다. 그렇기에 국토교통부 및 지자체는 공원부지소유자들에 대한 재산권을 보호하면서도 공원일몰을 막아 공공의 이익을 보호하고자 다양한 대응방안을 강구하고 있다. 공원부지직접매입, 민간공원특례사업, 국공유지상공원에 대한 실효유예제도, 도시자연공원구역지정 등이 바로 그것이다. 이 중 도시자연공원구역지정은 공원부지소유자들의 재산권 침해에 대한 정당한 보상 없이 오히려 행위제한만을 가중한다는 점에서 또 다른 비판의 대상이 되고 있다. 도시공원, 개발제한구역 등의 유사개념과 비교해 볼 때 도시자연공원구역은 공원부지소유자에게 적절한 보상도 없이 일몰전보다 일몰 후에 더욱 큰 행위제한을 부과하기 때문이다.

헌재결정에 따른 국토계획법의 제·개정이 헌법재판소 결정의 취지를 제대로 반영한 것인가에 대해서는 별론으로 하더라도 이러한 도시자연공원구역의 지정은 헌재결정의 취지에 정면으로 배치된다는 점에서 받아들이기 어렵다. 공원부지를 종전용도대로 사용가능하여 재산

* 군법무관, 군사안보지원사령부

권 침해가 문제되지 않았던 경우에는 오히려 도시자연공원구역지정으로 추가적인 행위제한을 부과되어 재산권침해를 야기할 수 있다는 점에서 문제가 있고, 공원부지를 종전용도대로 사용할 수 없어 재산권 침해가 있었던 경우라면 공원부지소유자들에게 적절한 금전적 보상 등이 주어져야 함에도 오히려 보상이 아닌 행위제한이라는 추가적인 불이익을 부과한다는 점에서 문제가 있다.

그러므로 도시자연공원구역의 지정은 도시공원일몰제 대응하는 적절한 방안이 될 수 없다. 이보다는 공원부지소유자들의 재산권과 공원의 유지라는 공공의 이익이 조화될 수 있도록 지자체의 직접매입이나 민간공원특례사업 등의 대안을 적극적으로 활용할 필요가 있다. 뿐만 아니라 보다 근본적으로는 현행 국토계획법이 현재결정의 취지를 충실히 반영한 입법이 아니었음을 인식할 필요가 있다. 나아가 모든 도시공원들이 일률적으로 일몰제의 적용을 받도록 할 것이 아니라 도시공원계획결정 이후 종전용도대로 공원부지를 사용할 수 없었던 부지소유자에 한해 일몰제의 적용을 받도록 하는 방향으로 국토계획법을 개정함으로써 현재결정의 취지를 반영할 필요가 있다.

주제어 : 청계산도시자연공원, 97헌바26결정, 국토계획법제·개정, 공원일몰제, 도시자연공원 구역지정

목 차

- I. 서론
- II. 청계산도시자연공원소개
- III. 도시공원과 자연공원
- IV. 공원일몰제
- V. 도시자연공원구역
- VI. 결론

I. 서론

2020년 7월 1일은 도시계획시설과 관련하여 매우 큰 의미를 갖는 날이다. 도시계획시설결정이 있었지만 사업시행이 이뤄지지 않은 도시공원들의 도시계획시설결정이 일괄적으로 실효되는 도시공원일몰제가 시행되는 날이기 때문이다. 특히 서울시의 경우 116개의 도시공원 91.798km²가 일몰예정으로 이는 여의도 면적의 32배에 해당하는 수치이며, 일몰을 막기위한 사유지 보상비용만 16조 2,141억원(전국 도시공원 사유지 보상예산의 72.6%에 해당하는 금액)이 필요하다. 하지만 현재 서울시의 재정여건상 단독적인 재원마련은 불가능한 상황이다. 결국 바쁜 일상에 지친 현대인들에게 휴식장소를 제공해주고, 소음감소, 대기정화 등의 순기능을 하던 서울시의 많은 도시공원들이 예산부족으로 사라질 위기에 처해 있다.

이러한 위기에 대응하기 위하여 서울시는 일부 공원 부지를 매입하는 등 도시공원유지에 최선을 다하고 있으나 예산부족으로 인해 모든 도시공원을 유지할 수는 없는 실정이다. 이러한 상황에서 최근 서울시는 도시공원 일몰을 막기 위해 도시자연공원구역을 지정함으로써 도시공원의 일몰을 막겠다는 취지의 ‘장기미집행 도시공원 실효대응 기본계획’을 발표한 바 있다¹⁾. 이에 대해 도시공원부지의 소유자들이 토지재산권 침해라고 반발하고 나서면서 향후 치열한 법정공방이 예상된다. 특히 본 발표문의 연구대상시설인 청계산 도시자연공원의 경우 서울시가 2019. 10. 14. 발표한 도시관리계획변경결정안²⁾에 의하면 일부라도 금전적 보상이 주어지는 주위의 다른 도시자연공원과는 달리 구역전체가 도시자연공원구역지정이 예정되어 있어 더욱 큰 반발이 예상된다.

이하의 내용에서는 연구 대상 시설인 청계산 도시자연공원에 현황 및 연혁에 대해서 간략히 소개하고 대상 시설의 주요 쟁점에 대한 논의의 전제로써 도시공원과 자연공원의 개념에 대해서 살펴본 후 주요 쟁점인 도시공원일몰제 및 도시자연공원구역지정에 대해서 검토하고자 한다.

II. 청계산 도시자연공원 소개

1. 연혁

청계산 도시자연공원은 1971. 8. 6. 건설부고시 제465호로 미시설 도시자연공원으로 지정되었다. 그 후 1991. 9. 26. 서울특별시고시 제279호로 도시계획시설인 도시공원으로 최종

1) 서울특별시, 장기미집행 도시공원 실효대응 기본계획(서울특별시 보도자료 2018. 4. 5. 참조)

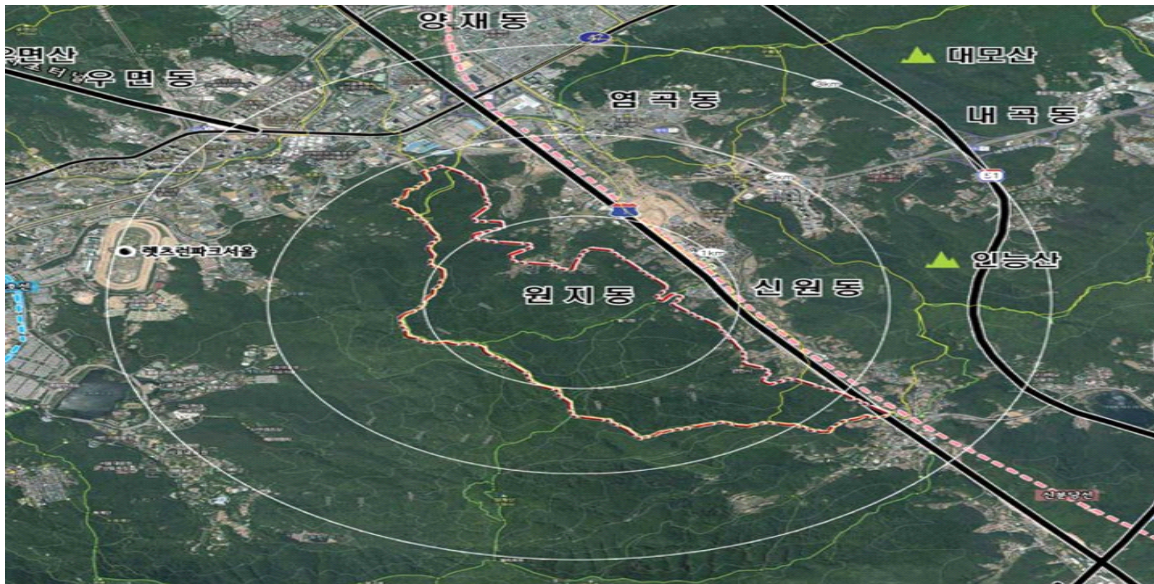
2) 서울특별시공고 제2019-2671호, 도시관리계획(도시계획시설, 용도구역) 변경 결정(안), 2019. 10. 14.

지적고시 되었다. 2019. 10. 14. 서울특별시 공고 제2019-2671호 도시관리계획(도시계획시설, 용도구역) 변경 결정(안)에 따르면 청계산 도시자연공원(3,692,455㎡)*의 경우 기존 도시자연공원이 폐지되고 전체 부지가 도시자연공원구역으로의 지정이 예정되어 있다.

2. 현황

[입지현황]

청계산도시자연공원은 서울시 남측 외곽의 환상녹지축을 형성하는 주요 거점 녹지축으로써 경부고속도로 서측에 위치하며 남서측으로 과천시, 남동측으로 성남시와 경계를 이루고 있다. 서초구 양재동, 원지동, 신원동에 걸쳐 지정된 도시자연공원으로 대표지번은 서초구 원지동 산114이고 면적은 3,692,455.0㎡(고시면적)이며, 이는 서울시 전체 도시자연공원 면적 대비 4.2%에 해당하는 규모이다.



청계산 자연공원의 입지현황(사진출처: 서울특별시 2019. 10. 도시관리계획변경안)

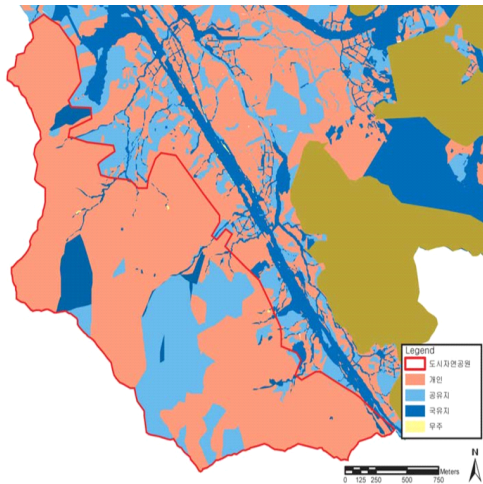
[도시관리계획현황]

도시자연공원은 모두 도시지역으로 도시지역 내 용도지역은 주거지역, 상업지역, 공업지역, 녹지지역으로 구분된다. 청계산도시자연공원의 용도지역은 자연녹지지역(100.0%)으로 지정되어 있다. 청계산도시자연공원 내 도시계획시설은 도로(경부고속도로)가 중복되어 있으며 청계산도시자연공원 면적의 약 0.3%를 차지한다. 그린벨트(GB)가 3,630,833㎡에서 청계산도시공원과 중복지정되어 있으며, 청계산 도시자연공원 내의 윈터폴 주변은 생태·경관보전지

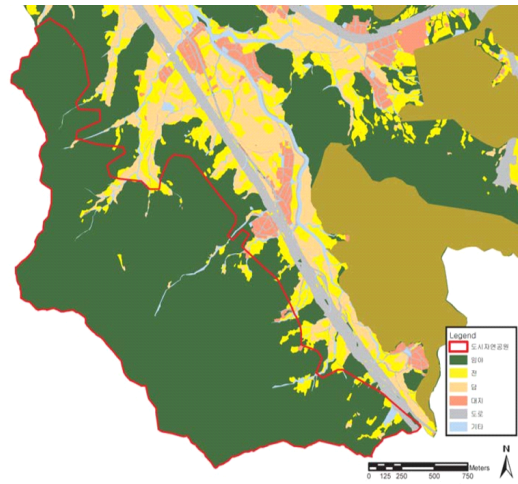
역으로 지정되어 있다.

[지목 및 국공유지현황]

청계산도시자연공원은 지목은 임야가 3,476,891.9㎡, 전체면적의 95.8%로 대부분을 차지하고 있으며, 그 외에는 전(77,304㎡, 2.1%) 답(20,324㎡, 0.6%) 대지(6,169㎡, 0.2%) 도로(13,791㎡, 0.4%) 기타(34,841㎡, 1.0%)로 구성되어 있다. 청계산도시자연공원 소유별 토지이용현황은 국유지(197,580.4㎡, 5.4%), 공유지(648,342㎡, 17.9%), 사유지(2,782,529.7㎡, 76.7%)로 구성되어 있으며, 무주부동산이 871.0㎡의 면적을 차지하고 있다.



청계산 도시자연공원 지목별 현황



청계산 도시자연공원 국공유지 현황

III. 자연공원과 도시공원

1. 공원법의 연혁

공원이라는 용어는 「조선시가지계획령(1934)」과 「도시계획법(1962년)」에서 최초로 사용되기 시작했다. 하지만 공원에 대한 구체적인 정의는 없었고 도시계획시설로서의 의미보다는 천재지변으로부터 대피할 수 있는 피난처 정도의 의미에 불과했다. 하지만 1967년 「공원법」이 제정되면서 공원을 국립공원, 도립공원, 도시공원으로 구분하기 시작했고 도시공원을 도시계획법에 의한 도시계획시설로 설치하는 공원 및 녹지로 최초로 정의했다. 하지만 국립공원, 도립공원 등의 자연공원에 대한 설치절차나 기준 등은 비교적 상세히 규율한 것과 달리 도시공원 설치기준이나 절차에 대한 규정은 전무했다. 그 후 1980년 「도시공원법」과 「자연공원법」이 분리 제정되면서 도시공원에 대한 제반 사항이 도시공원법에 독

립된 형태로 규정되기 시작했다.³⁾ 나아가 2005년에는 「도시공원법」을 전부 개정한 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률(이하 공원녹지법)」이 제정되어 34차례의 개정을 거쳐 현재까지 시행중에 있다. 공원녹지법은 도시계획시설인 도시공원뿐만 아니라 용도구역으로 도시자연공원구역을 신설했다는 특징이 있다.

2. 자연공원

자연공원이란 자연풍경지를 보호하고, 적정한 이용을 도모하여 국민의 보건휴양 및 정서생활의 향상에 기여함을 목적으로 지정, 이용, 관리되는 공원으로 자연공원법상 국립공원, 도립공원, 군립공원으로 구분된다. 국립공원은 우리나라의 자연생태계나 자연 및 문화경관을 대표할 만한 지역으로 환경부장관이 지정 관리하는 공원을, 도립공원은 특별시, 광역시 및 도를 대표할 만한 지역으로 특별시장, 광역시장 또는 도지사가 지정 관리하는 공원을, 군립공원은 시군 및 자치구를 대표하는 공원으로 시장, 군수 또는 자치구의 구청장이 각각 지정 관리하는 공원을 말한다.

자연공원은 환경부장관, 시·도지사 및 군수가 지역 주민들의 의견 수렴 후 관계 중앙행정기관과의 협의 및 공원위원회의 심의를 거친 이후 환경부장관(도립공원의 경우) 내지 시·도지사(군립공원의 경우)의 승인을 얻어 지정한다. 자연공원법은 허가행위(제23조) 금지행위(제27조)등을 상세히 규정하여 자연공원 내에서는 엄격한 행위제한을 두고 있다.

3. 도시계획시설인 공원(도시공원)

도시공원은 도시계획구역 안에서 자연경관의 보호와 시민의 건강·휴양 및 정서생활의 향상에 기여하기 위하여 도시관리계획으로 결정된 공원이며 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 국토계획법)」상 도시계획시설의 일종이다. 도시공원은 그 기능 및 설치·관리주체에 따라 국가도시공원, 생활권공원, 주제공원으로 구분 된다⁴⁾. 도시공원은 자연공원과 달리

3) 오청송, “도시공원 법제도의 변천과 쟁점”, 서울대학교 공학박사학위논문, 2018

4) 공원녹지법 제15조(도시공원의 세분 및 규모)

① 도시공원은 그 기능 및 주제에 따라 다음 각 호와 같이 세분한다.

1. 국가도시공원: 제19조에 따라 설치·관리하는 도시공원 중 국가가 지정하는 공원

2. 생활권공원: 도시생활권의 기반이 되는 공원의 성격으로 설치·관리하는 공원으로서 다음 각 목의 공원

가. 소공원: 소규모 토지를 이용하여 도시민의 휴식 및 정서 함양을 도모하기 위하여 설치하는 공원

나. 어린이공원: 어린이의 보건 및 정서생활의 향상에 이바지하기 위하여 설치하는 공원

다. 근린공원: 근린거주자 또는 근린생활권으로 구성된 지역생활권 거주자의 보건·휴양 및 정서생활의 향상에 이바지하기 위하여 설치하는 공원

3. 주제공원: 생활권공원 외에 다양한 목적으로 설치하는 다음 각 목의 공원

가. 역사공원: 도시의 역사적 장소나 시설물, 유적·유물 등을 활용하여 도시민의 휴식·교육을 목적으로 설치하는 공원

나. 문화공원: 도시의 각종 문화적 특징을 활용하여 도시민의 휴식·교육을 목적으로 설치하는 공원

도시계획시설의 일종이므로 국토계획법에 따른 도시계획시설설치절차에 의해 설치한다. 즉 도시계획시설결정 이후 공원조성계획입안, 사업시행자 지정 및 실시계획인가, 사업시행 및 준공절차를 차례로 거쳐 설치하게 된다.

IV. 공원일몰제

1. 공원일몰제의 도입 배경

[97헌바26결정]

장기미집행 도시공원에 대한 불만과 민원은 1980년대부터 꾸준히 있어 왔지만 공원일몰제의 결정적 계기가 된 사건은 1999. 10. 21. 선고된 97헌바26결정이었다. 이 사건은 성남시 성남동의 일부토지가 도시계획시설인 학교시설 부지로 선정되고도 10년간 사업시행이 이뤄지지 않은 것이 계기가 되었다. 해당 토지소유자들이 대한민국을 상대로 도시계획시설 장기미집행에 따른 손해배상청구소송을 제기했다. 그 과정에서 도시계획의 결정·고시로 인해 토지재산권행사가 제한되는 부분에 대하여 손실보상규정을 두지 아니한 도시계획법 제6조는 헌법상 재산권보장 등에 위배된다고 주장하며 헌법소원을 청구한 것이다.

이 사건에서 헌법재판소는 도시계획결정에도 불구하고 해당 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 있는지 여부를 기준으로 재산권 침해 여부를 판단했다. 이에 따라 토지의 지목이 임야, 전답 등인 경우 도시계획결정 후 보상이 장기간 지연되어도 종전 상태로 토지이용이 가능하다는 점에서 재산권 침해가 없다고 보았다. 하지만 이 사건처럼 토지의 지목이 대지인 경우 도시계획결정이 있으면 토지 이용가능성이 배제되므로 종래용도대로 토지를 사용할 수 없다는 점을 지적하면서 ‘도시계획결정 후 토지소유자로 하여금 10년 이상 아무런 보상 없이 도시계획결정에 따른 재산권 제한을 수인하도록 하는 것은 그로 인한 공익을 고려하더라도 정당화될 수 없는 과도한 조치로서 헌법상의 재산권 보장에 위배된다.’ 고 보았다. 나아가 토지소유자에게 금전보상, 도시계획시설결정의 해제, 토지매수청구권 등을 부여하는 보상입법이 필요하다고 보고 잠정적용 헌법불합치결정을 하였다.

다. 수변공원: 도시의 하천가·호숫가 등 수변공간을 활용하여 도시민의 여가·휴식을 목적으로 설치하는 공원

라. 묘지공원: 묘지 이용자에게 휴식 등을 제공하기 위하여 일정한 구역에 「장사 등에 관한 법률」 제2조제7호에 따른 묘지와 공원시설을 혼합하여 설치하는 공원

마. 체육공원: 주로 운동경기나 야외활동 등 체육활동을 통하여 건전한 신체와 정신을 배양함을 목적으로 설치하는 공원

바. 도시농업공원: 도시민의 정서순화 및 공동체의식 함양을 위하여 도시농업을 주된 목적으로 설치하는 공원

사. 방재공원: 지진 등 재난발생 시 도시민 대피 및 구호 거점으로 활용될 수 있도록 설치하는 공원
 아. 그 밖에 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 “시·도“라 한다) 또는 「지방자치법」 제175조에 따른 서울특별시·광역시 및 특별자치시를 제외한 인구 50만 이상 대도시의 조례로 정하는 공원

[국토계획법의 제48조 제·개정]

헌법불합치결정 이후 2000년 기존의 도시계획법의 개정과 현재의 「국토계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’)」 제·개정을 통해 장기미집행 도시계획시설 자동 실효제가 도입되었다⁵⁾. 즉, 개정된 국토계획법 제48조에 따라 도시계획결정 고시일로부터 20년간 사업시행이 이뤄지지 않으면 도시계획시설결정이 실효되도록 하였다. 나아가, 동법 부칙 제16조에 따라 2000.7.1.이전에 도시·군관리계획으로 결정된 도시계획시설은 그 사업시행이 2020.6.30.까지 이루어지지 않으면 도시·군관리계획이 자동으로 실효되도록 하였는데 이를 ‘장기미집행 도시계획시설 일몰제’ 라고 한다.

이와 관련하여 도시계획시설의 대상이 된 토지의 지목을 고려하지 않고 일률적으로 20년이 경과하면 일몰되도록 한 국토계획법 제48조의 개정이 과연 현재결정의 취지에 부합하는 입법인지 의문이 든다. 뿐만 아니라 토지소유자에 대한 금전보상 내지 매수청구제도 등을 규정하는 것만으로도 현재결정의 취지를 충분히 반영할 수 있었음에도 실효제도를 입법한 것이 도시계획시설의 공공성을 고려할 때 타당한 입법이었는지에 대한 의문이 남는다.

2. 장기미집행 도시공원의 개념 및 원인

장기미집행 도시공원이란 도시관리계획으로 결정된 도시계획시설 중 장기간(10년이상⁶⁾) 집행되지 아니한 도시공원시설을 말하며 이때 미집행이란 실시계획 인가와 토지 등의 협의 매수나 토지수용이 이뤄지지 않거나 사업시행자가 지정되지 않은 경우를 의미한다.⁷⁾ 이러한 장기미집행 도시공원은 후술하는 바와 같이 공원일몰제의 대상이 된다.

장기미집행 도시공원이 나타나는 주된 원인은 지방자치단체의 집행예산 부족으로 인한 개발계획 미수립이다. 설상가상으로 도시공원조성사업은 국가사무가 아닌자치사무로 보아 국가가 재정지원에 소극적 태도로 일관하고 있는 상황 역시도 장기미집행 도시공원의 해결을 더욱 어렵게 만들고 있다. 뿐만 아니라 급격한 도시화과정에서 지방자치단체들이 향후 추정

5) 국토계획법 제48조(도시·군계획시설결정의 실효 등)

① 도시·군계획시설결정이 고시된 도시·군계획시설에 대하여 그 고시일로부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시·군계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시·군계획시설결정은 그 고시일로부터 20년이 되는 날의 다음날에 그 효력을 잃는다.

국토계획법 부칙 제16조 (도시계획시설결정의 매수청구 및 실효기산일에 관한 경과조치)

① 이 법 시행 당시 종전의 도시계획법에 의하여 결정·고시된 도시계획시설로서 부칙 제15조제1항의 규정에 의하여 도시계획시설로 보는 시설의 결정의 실효에 관한 결정·고시일의 기산일은 제48조의 규정에 불구하고 다음 각 호에 의한다.

1. 2000년 7월 1일 이전에 결정·고시된 도시계획시설의 기산일은 2000년 7월 1일

2. 2000년 7월 2일 이후에 결정·고시된 도시계획시설의 기산일은 당해 도시계획시설의 결정·고시일

6) 강석점, 장기미집행 도시공원에 대한 법적 개선방안 연구, 경성법학 제26호, 2017, 95쪽

7) 김남욱, 도시공원의 장기미집행에 관한 법적 검토, 토지공법연구 제79집, 2017. 151-160쪽

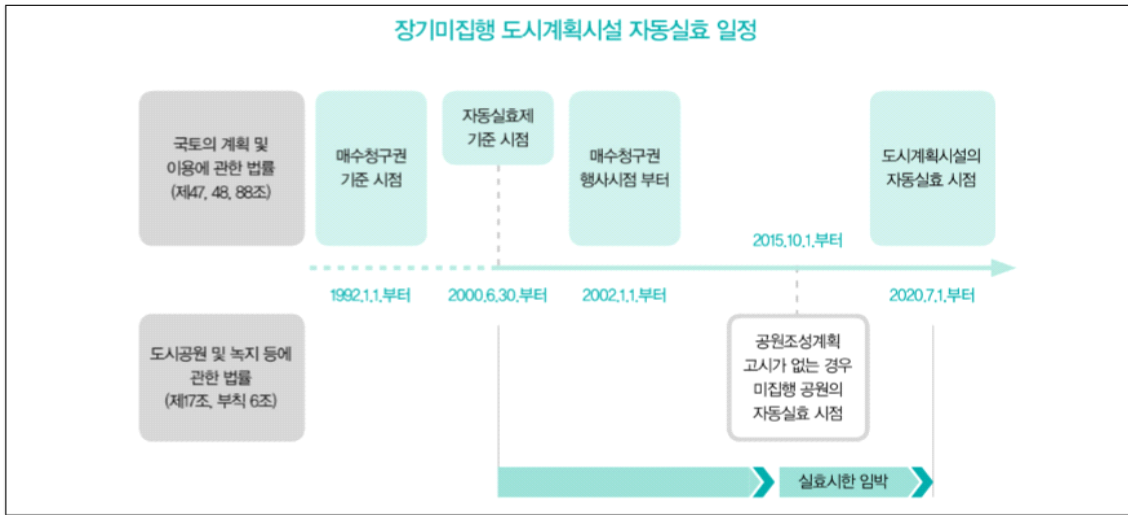
인구를 과다하게 추정하고 그 인원수에 비례하여 과다한 도시공원 면적을 결정한 결과 장기미집행 도시공원이 증가하고 있는 측면도 있다.

3. 공원일몰제의 개념 및 법적근거

공원일몰제란 공원이 도시계획시설로 지정된 후 일정기간이 지나도록 사업이 진행되지 않을 때 자동으로 공원에 대한 도시계획시설결정이 실효되는 제도로 장기미집행 도시계획시설 일몰제가 장기미집행 도시공원에 적용된 형태를 말한다. 즉 국토계획법 제48조와 부칙 제16조에 따라 2000. 7. 1. 이전에 도시계획시설결정이 있었던 도시공원에 대한 사업시행이 2020. 6. 30.까지 이뤄지지 않으면 2020. 7. 1.부터 해당 도시공원에 대한 도시계획결정이 실효될 위기에 처해 있는데 이러한 상황을 공원일몰제라고 부르고 있는 것이다.

한편 국토계획법 이외에도 공원녹지법은 도시공원에 대한 도시관리계획결정 고시일로부터 10년이 되는 날까지 공원조성계획의 고시가 없는 경우에는 국토계획법 제48조에도 불구하고 도시관리계획결정 고시일로부터 10년이 되는 날의 다음 날에 효력을 상실한다고 규정하여 도시계획시설결정 후 공원조성고시가 없는 공원에 대해서는 도시계획시설결정의 일몰시기를 앞당기고 있으나(공원녹지법 제17조 제1항) 도시계획결정 이후 공원조성계획고시는 대부분 이뤄지고 있으므로 공원일몰에 미치는 영향은 미미하다. 다만 공원녹지법 규정의 존재가 국토계획법에 의한 일몰을 배제하는 것은 아니므로 도시계획결정 후 공원조성계획 고시가 있어도 도시계획결정고시일로부터 20년이 경과하면 해당 도시공원에 대한 도시계획시설결정은 일몰된다⁸⁾.

8) 국토계획법 2019. 8. 20. 개정에 따라 2020년 1월 1일부터는 장기미집행 도시계획시설에 대해 실시계획 인가가 이루어지더라도, 사업시행자가 5년 내 부지 내 사유지에 관한 수용재결신청을 하지 않으면 실시계획인가는 실효되고, 도시계획시설 결정도 해제된다(국토계획법 제 88조 제7항, 제9항).



공원일몰제개요(사진출처: 2018년도 도시공원일몰제똑바로알기시민토론회 맹지연 발제문 13쪽)

4. 자연공원의 일몰여부

[자연공원에 대한 일몰제 미적용]

도시공원이 국토계획법의 개정으로 일몰제의 적용을 받는다는 점은 분명하다. 다만 자연공원법상 자연공원도 공원일몰제의 적용대상인지가 문제된다. 결론부터 말하자면 자연공원은 일몰제의 적용을 받지 않는다. 그 이유는 자연공원은 도시계획시설이 아니기 때문이다. 공원일몰제는 장기미집행 도시계획시설이 개인의 재산권을 과도하게 침해한다는 헌법재판소의 결정(97헌바26결정)의 취지를 반영하기 위해 국토계획법이 개정으로 도입되었다. 그렇기에 국토계획법에 따른 도시계획시설결정으로 설치하는 공원 및 녹지인 도시공원은(공원녹지법 2조 3호 나목) 장기미집행의 도시계획시설로 국토계획법에 따라 일몰되지만, 공원조성과정에서 도시계획시설결정이 개입되지 않는 자연공원의 경우 헌법재판소의 결정과 국토계획법개정에 영향을 받을 이유가 없기 때문이다.⁹⁾

[자연공원에 대한 일몰제 미적용의 합헌성]

한편 도시공원은 일몰제의 적용을 받고 자연공원을 일몰제의 적용을 받지 않는 것이 합헌성에 대한 문제제기가 있을 수 있다. 자연공원 지정 후 토지수용이 상당기간 지연될 경우 자연공원상의 토지소유자들에 대해서 재산권침해의 문제가 도시공원과 마찬가지로 발생할

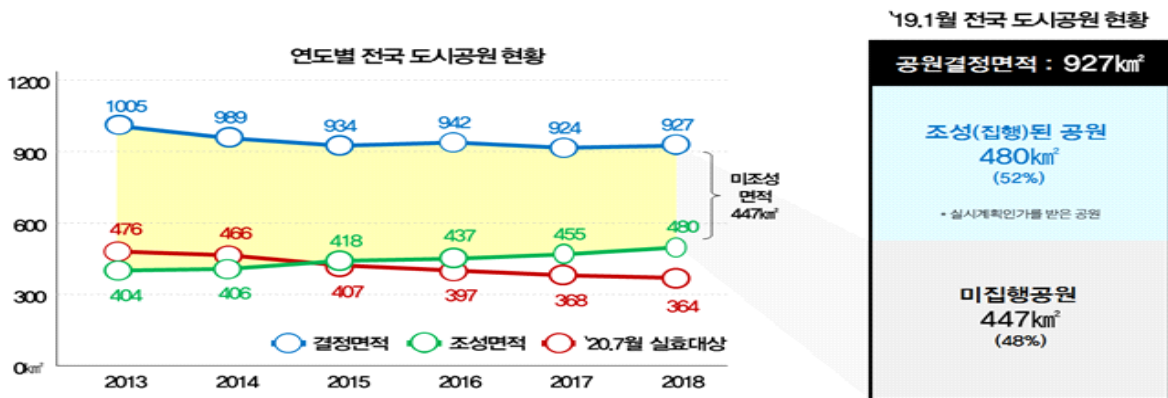
9) 뿐만 아니라 공원은 별다른 인공적 구조물 설치 없이 그 자체로도 도시계획시설의 역할을 충분히 다하고 있음을 고려할 때 대상결정인 현재결정의 내용이 공원에 직접적으로 적용된다고 보기에도 무리가 있다는 생각이 든다.

수 있기 때문이다. 이와 관련해서는 97헌바26결정의 논거를 살펴볼 필요가 있다. 이 결정에서 헌법재판소는 토지재산권은 토지의 강한 사회성 내지는 공공성으로 인해 다른 재산권에 비해 더 강한 제한과 의무가 부과될 수 있음을 지적하면서 우리 헌법상 보장되는 토지재산권이 ‘토지 소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것이 아니다’ 라고 판시했다. 나아가 이러한 관점에서 토지의 지목이 임야나 전답이어서 도시계획결정에도 불구하고 종래용도대로 토지를 계속 사용할 수 있다면 재산권에 대한 사회적 제약의 범위 내에 있는 것으로 재산권 침해의 문제는 발생하지 않는다고 보았다.

이러한 헌법재판소결정에 따르면 자연공원지정 이후 토지수용이 장기간 지연된 경우, 토지소유자가 해당 토지를 자연공원지정이전의 용도대로 사용할 수 있는가를 기준으로 그 합헌성을 판단해야할 것으로 보이며, 토지의 지목을 기준으로 이를 판단하는 것이 타당하다. 따라서 토지소유자가 자연공원으로 지정된 토지의 지목이 임야나 전답 등이어서 종전용도대로 이용가능하다면 토지재산권행사의 사회적 제약 범위내로서 합헌에 해당한다. 하지만 그 지목이 대지여서 종전용도대로 이용할 수 없다면 사회적 제약을 넘는 수용의 효과가 발생한 것이므로 재산권 침해로 위헌이라 판단해야할 것이고 이러한 토지에 대해서는 재산권 침해에 대한 적절한 보상이 이뤄져야 할 것이다. 다만 그 보상이 반드시 자연공원지정실효일 필요는 없고 자연공원의 공익적가치를 고려할 때 금전보상, 매수청구제도 등을 두면 족할 것이다.

5. 장기미집행 도시공원의 현황 및 대응방안¹⁰⁾

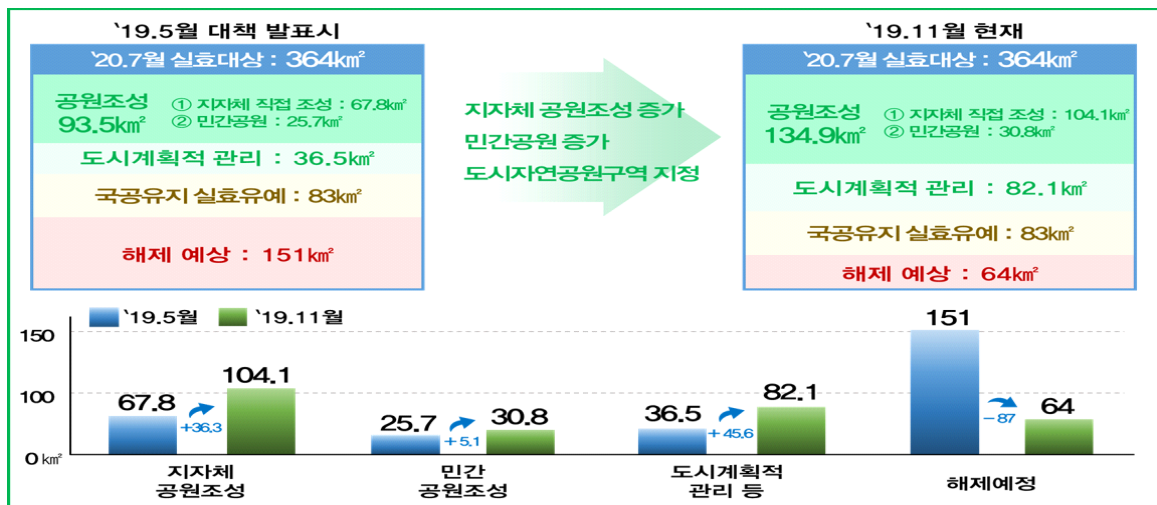
2019년 1월 기준 도시공원부지는 총 927km²로서 480km²(52%)는 조성 완료된 공원이나, 나머지 447km²(48%)는 미집행 상태이며 이 중 2020년 7월 실효되는 장기미집행공원은 364km²(서울시 면적의 절반 수준)에 달한다.



10) 국토교통부, 장기미집행공원 '19년 해소실적과 '20년 계획(국토교통부 보도자료 2019. 12. 12. 참조)

전국 일몰예정공원현황(사진출처: 장기미집행공원 '19년 해소실적과 '20년 계획 국토교통부 보도자료)

이러한 장기미집행공원의 해소방안과 관련하여 장기미집행공원 364km² 중 104.1km²에 대해서는 지방자치단체가 직접 실시계획인가를 받아 직접 매입하여 도시공원으로 조성할 계획이며, 30.8km²에 대해서는 민간공원특례사업¹¹⁾을 통해 해소할 예정이다. 또한 공원녹지법 개정을 통해 20.7월 실효예정인 공원의 25%(83km²)에 달하는 국공유지는 10년 간 실효대상에서 유예되도록 하였다. 뿐만 아니라 도시계획적 관리수단을 통해 82.1km² 장기미집행 도시공원을 해소할 계획이다. 이때 도시계획적 관리수단이란 공원을 조성하지 않더라도 공원 기능을 최대한 유지할 수 있도록 용도구역지정 등을 하는 것으로 도시자연공원구역지정이 그 대표적 수단이다. 특히 서울시는 일부 매입 대상(2.3km²)을 제외한 대부분의 미집행공원(52km²)에 대해 도시자연공원구역 지정을 추진 중에 있으며, 2019년 10월 주민열람공고를 완료하고 현재 지방의회 심의를 준비 중에 있다. 이를 도표로 나타내면 아래와 같다.



전국 일몰예정공원현황(사진출처: 장기미집행공원 '19년 해소실적과 '20년 계획 국토교통부 보도자료)

이러한 정부의 도시공원일몰제 대응방안과 관련하여 지자체의 직접 조성, 민간공원 특례사업, 국·공유지 실효유예제도 등은 개인의 토지재산권에 대한 정당한 보상이 주어지거나 개인의 재산권침해와 관련이 없다는 점에서 큰 문제가 없다. 하지만 도시계획적 관리수단으로 제시하고 있는 도시자연공원구역에 대해서는 사실상 아무런 보상 없이 도시공원을 유지하는 것과 마찬가지로 점에서 문제가 제기 되고 있는 바 도시자연공원구역의 의의와 그 문제점에 대한 검토가 필요하다.

11) 민간사업자가 공원부지 매입한 후 70% 이상은 지자체에 기부채납, 나머지 30% 이하 부지에 비공원시설을 설치할 수 있는 제도.

V. 도시자연공원구역

1. 의의

[개념 및 법적근거]

도시자연공원구역이란 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공하기 위해 도시지역 안에서 식생이 양호한 산지의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 지역에 대하여 시·도지사 또는 대도시 시장이 국토계획법 제38조의2, 공원녹지법 제26조, 공원녹지법 시행령 제25조에 따라 도시관리계획으로 결정·고시한 구역을 말한다.¹²⁾

[행위제한]

도시자연공원구역은 국토계획법상 용도구역의 한 종류이며, 도시자연공원 장기미집행으로 인한 사유권침해를 해결하기 위해 도입된 제도이다. 도시자연공원구역에서는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지의 분할, 죽목의 벌채, 물건의 적치 또는 도시·군계획사업의 시행이 원칙적으로 금지된다(공원녹지법 제27조).

[지정기준]

국토교통부 도시자연공원구역 지정·변경에 관한 지침에 의하면 도시자연공원구역의 지정 기준으로 양호한 자연환경의 보전, 양호한 경관의 확보, 도시민의 여가휴식공간의 확보를 기준으로 도시자연공원구역을 지정하도록 하고 있다.¹³⁾ 보다 구체적으로는 국토환경성 평가 결과, 생태·자연도 등급, 녹지 자연도 등급 등을 기준으로 국토환경성 평가 결과 1등급 지역, 생태·자연도 1등급 권역, 임상도 4등급 이상인 지역, 녹지 자연도 8등급 이상인 지역, 토지적성평가 결과 보전적성등급의 지역은 우선적으로 구역 지정의 대상이 되도록 하고 있고, 국토환경성 평가 결과 2등급지역, 생태·자연도 2등급 권역, 녹지자연도 7등급 지역 중 과도한 훼손이 우려되는 지역 또는 항공사진 판독 결과나 현장조사에 의하여 양호한 식생이 분포하는 것으로 판단되는 지역도 도시자연공원구역으로 지정할 수 있도록 하고 있다.

12) 국토계획법 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.

② 도시자연공원구역의 지정 또는 변경에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

공원녹지법 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.

13) 국토교통부고시 제2018-488호, 도시자연공원구역지정·변경에관한지침, 2018. 8. 1 일부개정 참고

2. 유사개념과의 비교

[도시공원과의 비교]

1) 도시공원은 도시계획시설로 별도의 시설설치 등의 실시계획이 있어야 하지만 도시자연공원구역은 도시계획시설이 아닌 용도구역이므로 후속 실시계획이 불필요하고 그 자체로 공원역할을 하게 된다. 2) 도시공원의 경우 매수청구제도가 있고 제한 받지 않은 상태로 매수가액 평가가 이뤄지나 도시자연공원구역의 경우 주변토지에 비해 개별공시지가가 70%이하로 떨어진 경우 제한적으로 매수청구가 가능하고 손실보상 시에도 제한받은 상태를 기준으로 보상이 이뤄진다. 3) 도시공원 국토계획법상 실효제도가 있어 일몰제 적용의 대상이 되고 행위제한 미약한 편이나 도시자연공원구역의 경우 실효제도가 없어 일몰제 적용을 받지 않고 구역 내에서 강력한 행위제한 있다. 4) 도시공원의 경우 지방세특례법84조에 따라 재산세가 50%감면되나 도시자연공원구역의 경우 이러한 재산세감면특례가 존재하지 않는다. 이상의 내용을 종합해보면 토지소유자의 토지재산권행사의 측면에서는 도시공원보다 그 대안으로 나온 도시자연공원구역이 오히려 토지소유자에게 더 불리함을 알 수 있다¹⁴⁾.

[개발제한구역과의 비교]

개발제한구역은 도시자연공원구역과 마찬가지로 국토계획법상의 용도구역이므로 일몰제 적용의 대상이 되지 않고, 구역 내에서 엄격한 행위제한이 있으며, 토지소유자의 지방세 감면 혜택이 없다는 공통점이 있지만 1) 개발제한구역은 개발제한법에 의해 규율되는 반면 도시자연공원구역은 공원녹지법에 의해 규율되고 2) 개발제한구역은 국토교통부장관이 지정하지만 도시자연공원구역은 대도시 시장이 지정하며 3) 개발제한구역상 토지의 경우 매수청구 및 협의매수시 매수가격제한이 없지만 도시자연공원구역의 경우 공시지가의 70%로 제한이 있다는 차이가 있다. 이상의 내용을 종합해보면 도시자연공원구역은 개발제한구역이 지정된 것과 유사한 수준의 규제가 토지소유자에게 부과될 뿐만 아니라 매수청구도 개발제한구역보다 까다로워서 도시자연공원구역상의 토지 소유자의 경우 개발제한구역지정 이상의 부담을 떠 앉게 됨을 알 수 있다.

14) 국토부는 2020. 5. 4. 공원녹지법 시행령 및 시행규칙 개정으로 매수청구의 기준을 종전 개별공시지가의 50%에서 70%까지로 완화하고 도시자연공원구역상의 일부행위제한을 완화했다. 그러나 이러한 규제완화에도 불구하고 도시공원에 비해 매수청구가 더 어렵고 행위제한이 엄격하며 세제상의 불이익이 존재한다는 점에서 도시자연공원구역의 지정이 토지소유자에 더욱 불이익하다는 점은 변함이 없다.

3. 문제점: 헌법재판소 결정(97헌바26)의 취지에 정면으로 위반

헌법재판소는 도시계획결정을 통해 도시공원으로 지정된 토지를 그 지정에도 불구하고 종전용도대로 사용할 수 있는가를 기준으로 재산권침해여부를 판단한 바 있다. 이러한 판단 기준을 무시한 채 모든 도시계획시설토지에 대해 일률적으로 일몰제가 적용되도록 한 국토계획법 제48조 제1항 개정의 타당성은 별론으로 하더라도, 도시자연공원구역지정은 종전 도시공원상의 토지일 때에는 없던 새로운 유형의 행위제한이 공원녹지법 제27조에 따라 토지에 부과되게 된다. 따라서 종전용도대로 사용할 수 있어서 재산권침해가 발생하지 않았던 토지들도 행위제한에 따라 종전용도대로 사용할 수 없게 되어 오히려 재산권침해의 문제를 추가로 발생시킬 수 있다는 문제점이 있다.

한편 도시계획결정으로 도시공원으로 지정되어 더 이상 종전 용도대로 사용할 수 없어 재산권침해가 발생한 토지의 경우에도 도시자연공원구역지정은 그 해결책이 될 수 없다. 현재 결정에 의하면 도시계획결정으로 토지재산권 침해가 발생한 경우 금전보상, 도시계획시설결정의 해제, 토지매수청구권 부여 등의 보상이 필요하다. 그럼에도 불구하고 도시자연공원구역지정이 있으면 아무런 보상도 주어지지 않는다. 오히려 국토계획법상 일몰제 적용도 받지 않으며 매수청구의 조건도 더욱 까다로워지게 된다. 따라서 도시공원상의 토지소유자들의 재산권 침해의 정도를 더욱 심화시킬 뿐이다. 결국 도시자연공원구역의 지정은 현재결정에 의할 때 재산권 침해가 문제되지 않았던 토지들은 재산권 침해 문제를 새로이 발생시키고, 재산권 침해 문제가 되었던 토지들은 그 침해의 정도를 더욱 심화시킨다는 문제점이 있다.

4. 현황: 도시자연공원구역지정에 따른 갈등

서울시를 필두로 지자체들이 장기미집행 도시공원 실효대응 기본계획으로 도시자연공원구역지정을 제시하자 토지소유자들은 일제히 반발하고 있다. 지자체가 수조원에 달하는 막대한 보상비를 마련하지 못해 시간 벌기를 하고 있다는 비판과 함께 도시자연공원구역지정 취소소송¹⁵⁾에 나서고 있는 것이다. 지난 수십년간 도시공원부지로 지정되어 토지재산권을 행사하지 못했음에도 도시자연공원구역을 지정하여 더욱 강력한 행위제한을 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배되며, 현재결정의 취지에 따라 일몰제의 적용을 받을 것으로 기대했음에도 도시자연공원구역지정으로 사실상 일몰제의 적용을 받지 않게 되었다는 점에서 위법하다는 것이다.

15) 서울 도봉구 쌍문근린공원 동작구 상도근린공원, 도봉구 초안산근린공원, 관악구 관악산도시자연공원, 서초구 서리풀근린공원, 강서구 봉계산근린공원, 서대문구 안산근린공원 등이 소송계속 중에 있고 이는 향후에 더욱 증가될 전망이다.

이에 대하여 정부 및 지자체에서는 토지소유자들에 대한 보상재원 마련 및 토지소유자들의 불만 완화를 위해 노력하고 있다. 먼저 도시공원 및 도시자연공원구역 매입비용중 일부를 국고로 지원할 수 있도록 법 개정을 추진 중에 있다. 또한 도시자연공원구역에 대해서 재산세를 감면하고, 도시공원 및 도시자연공원구역의 토지소유자가 해당 토지를 20년 이상 장기 무상 임대 시 상속세를 감면하고, 상속세를 토지로 현물납부하는 것을 허용하는 방안을 검토 중에 있다. 이외에도 토지소유자들의 재산권을 보호하면서도 도시공원을 유지하기 위한 다양한 방안들을 강구하고 있다. 하지만 아직까지 실효성이 있는 대책들이 부재하여 지자체와 토지소유자들 간의 갈등만 깊어지고 있는 실정이다.

VI. 결론

지금까지 청계산도시공원에 나타난 행정법적 쟁점인 도시공원일몰제와 도시자연공원구역을 대상결정인 97헌바26결정에 비추어 검토해 보았다. 97헌바26결정은 도시계획시설로 지정된 ‘토지의 종전용도대로의 사용가부’라는 기준을 제시하며 도시계획결정으로 인한 토지재산권 침해문제를 판단했다. 이러한 헌재결정의 취지를 반영하기 위해 도시공원 일몰제의 근거법령인 국토계획법 제48조가 개정되었다. 하지만 국토계획법 제48조는 토지의 종전용도대로의 사용가부를 고려하지 않은 채 일률적으로 20년이 경과한 장기미집행 도시계획시설결정이 실효되도록 하고 있다. 그렇기에 국토계획법 제48조는 헌재결정의 취지를 충실히 반영하지 못하였다는 비판을 면하기 어렵다. 뿐만 아니라 금전보상이나 매수청구 제도 등을 통해서도 헌재결정의 취지를 반영하고 도시계획시설유지를 통한 공익과 개인의 재산권 침해간의 갈등문제를 조화롭게 해결할 수 있었음에도, 개인의 재산권보장에 중점을 둔 나머지 도시계획결정 실효제도를 두어 도시계획시설유지로 인한 공익의 무게를 과소평가한 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

한편 국토계획법 제48조 개정으로 도시공원 일몰제시행(2020.7.1.)이 다가오자 서울특별시는 도시자연공원구역지정이라는 카드를 꺼내들었다. 하지만 도시자연공원구역지정은 헌재결정에 의할 때 재산권 침해 문제가 발생하지 않았던 도시공원토지에 대해서는 새로운 유형의 행위제한을 통해 재산권 침해 문제를 발생시키고, 재산권 침해 문제가 발생했던 도시공원토지에 대해서는 침해의 정도를 더욱 심화시킨다는 점에서 적절한 대안이 될 수 없다.

그렇기에 도시공원 일몰제에 대비하기 위해서는 도시자연공원구역지정에 의존하기보다는 단계적 재원확보를 통해 직접 토지를 매입하거나 민간특례사업 등을 통해 도시공원을 유지하는 비중을 더욱 높이는 방향으로 대응해야 할 필요성이 높다. 나아가 근본적으로는 실효제도를 규정한 국토계획법 제48조 자체가 헌재결정의 취지를 반영한 입법이 아니었음을 지적하며 국토계획법 개정을 통해 실효유예제도 도입하고 실효요건을 종전용도대로 사용할 수

없는 토지로 한정하는 등 더욱 엄격하게 규정함으로써 현재결정의 취지를 국토계획법에 반영해야 할 것이다. 이를 통해 궁극적으로 도시공원을 통해 달성 가능한 공익을 보호하고 동시에 실효가 아닌 다른 방법의 보상을 통해 토지재산권의 보호가 가능해질 것이다.

참 고 문 헌

[단행본]

김남진·김연태, 『행정법Ⅱ』, 법문사, 2018.

김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2018.

박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2018.

[논문]

강석점, “장기미집행 도시공원에 대한 법적 개선방안 연구”, 『경성법학』 제26호 (2017)

김남욱, “도시공원의 장기미집행에 관한 법적 검토”, 『토지공법연구』 제79집 (2017)

김수연, “장기미집행 도시·군계획시설 일몰제 자동실효에 대비한 향후 관리방향”, 강원연구원(2019)

김용철, “도시계획시설의 장기 미집행에 관한 고찰”, 『한국토지행정학회보』 제12권 1호(2005)

김종보, “도시계획시설의 법적 의미”, 『공법연구』 (1997)

김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011)

오청송, “도시공원 법제도의 변천과 쟁점”, 서울대학교 공학박사학위논문(2018)

『건설법연구』 간행규정

2018. 12. 28. 제정

2019. 03. 25. 개정

제1조 (목적) 본 규정은 ‘서울대학교 법학연구소 건설법센터’와 ‘건설법연구회’(이하 총칭하여 “학회”라 한다)가 학회지를 간행하는 데에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (제호) 학회지의 제호는 『건설법연구』라 한다.

제3조 (편집위원회) 학회지의 편집·간행에 관한 업무를 관장하기 위해 편집위원회를 둔다.

제4조 (간행주기)

- ① 학회지는 매년 3월 25일과 9월 25일에 간행한다.
- ② 편집위원회는 의결을 거쳐 특별호의 간행 기타 간행일정을 변경·조정할 수 있고, 그 내용을 간행일 2월 전에 공고한다.

제5조 (간행형식) 학회지는 전자출판의 형식으로 간행한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 책자로 출판할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제6조 (수록물)

- ① 학회지에는 논문, 판례연구, 실무자료, 연구회자료 및 기타자료를 수록한다.
- ② 학회지에 수록할 논문은 다음과 같다.
 1. 발표논문: 학회의 연구발표회에서 발표하고 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문
 2. 제출논문: 회원 또는 비회원이 논집게재를 위하여 따로 제출한 논문으로서 편집위원회의 심사절차를 거쳐 게재확정된 논문

제7조 (논문투고자) 논문투고자는 회원임을 원칙으로 하나, 변호사자격 또는 법학석사학위 이상을 취득한 비회원도 논문을 투고할 수 있다.

제8조 (원고수집) 편집위원회는 간행일 2월 전에 수록물의 종류, 원고의 제출기한·방법 등을 공고한다.

제9조 (편집위원회의 구성) 편집위원회는 위원장과 10인 내외의 위원으로 구성한다.

제10조 (편집위원회 위원 및 위원장의 선임 및 임기)

- ① 위원은 학회의 정회원 또는 학문적 업적과 신망이 높은 전문가 중에서 회장이 위촉하며, 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있다.

② 위원장은 위원 중에서 회장이 위촉한다.

제11조 (논문게재요건) 학회지에 수록할 논문은 국내외의 건설법 관련 소재를 대상으로 한 연구로서 다른 학술지 등에 발표한 적이 없는 것이어야 한다. 다만, 수록할 가치가 있는 것으로 편집위원회가 인정한 경우에는 그러하지 아니하다.

제12조 (게재결정) 편집위원회는 투고된 논문의 게재 여부를 결정한다.

제13조 (심사회부)

① 편집위원회는 투고된 논문을 심사하기 위하여 논문별로 3인의 심사위원을 위촉한다.

② 제1항의 심사는 ‘논문심사서’를 작성하여 한다.

③ 심사위원은 자신이 제출한 원고를 심사하지 아니한다.

④ 편집위원장은 심사위원의 선정 및 논문심사의 진행 등에 관한 사항이 외부로 누설되지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다.

⑤ 심사위원은 논문투고자의 인적사항이 삭제된 심사용 논문에 따라 심사를 하고, 심사사실 및 심사결과 등 논문심사에 관한 사항 및 그에 따라 알게 된 정보를 외부에 누설하여서는 아니 된다.

제14조 (심사기준) ① 학회지에 게재할 논문을 심사함에 있어서는 다음 각호의 기준에 따라 논문의 게재 여부를 심사한다.

1. 학회지 게재 논문으로서의 적합성
2. 논문의 학문적 기여도
3. 논문주제의 창의성
4. 논문의 논리적 체계성
5. 이론적 근거 제시의 적절성
6. 각주/참고문헌의 정확성 및 완전성
7. 기타 원고작성요령 준수

② 편집위원회가 판례연구의 게재 여부를 의결함에는 제1항을 준용한다.

제15조 (심사위원별 심사판정) 심사위원은 제14조의 심사기준에 의거하여 다음 각호와 같이 판정을 한 다음, 그 판정결과와 의견을 편집위원회에 통보한다.

1. 게재적합: 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
2. 수정 후 게재: 논문의 경미한 수정·보완 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
3. 수정 후 재심사: 상대적으로 논문의 중요한 부분에 대한 지적사항의 대폭적인 수정·보완이 필요하여, 그 수정·보완에 대한 심사 후 학회지에 게재가 적합하다고 판단하는 경우
4. 게재부적합: 학회지에 게재가 부적합하다고 판단하는 경우

제16조 (편집위원회의 종합판정 및 재심사) ① 편집위원회는 심사위원 3인의 논문심사서가 접수되면 아래의 종합판정기준을 기초로 하여 ‘게재확정’, ‘수정 후 게재’, ‘수정 후 재심사’ 또는 ‘불게재’로 최종적으로 종합판정을 하고, 그 결과 및 심사위원의 심사의견을 논문투고자에게 통보한다.

※ ◎ = 게재적합, ○ = 수정 후 게재, △ = 수정 후 재심사, × = 게재부적합

	심사위원 판정	편집위원회 종합판정
1	◎ ◎ ◎	게재확정
2	◎ ◎ ○	
3	◎ ◎ △	
4	◎ ○ ○	
5	○ ○ ○	수정 후 게재
6	◎ ○ △	
7	◎ ◎ ×	
8	◎ △ △	수정 후 재심사
9	○ ○ △	
10	◎ ○ ×	
11	○ △ △	
12	◎ △ ×	
13	○ ○ ×	
14	△ △ △	
15	○ △ ×	불게재
16	△ △ ×	
17	◎ × ×	
18	○ × ×	
19	△ × ×	
20	× × ×	

② 편집위원회의 종합판정 결과, ‘수정 후 재심사’로 판정된 논문에 대하여는 재심사절차를 진행한 다. 이 때 심사위원은 다른 사람으로 교체하여 심사를 의뢰할 수 있다. 다만, 수정 후 재심사로 판정 된 논문이 상당한 기간 내에 수정·보완이 불가능하다고 판단되는 등의 특별한 사유가 있는 경우에는 이를 차호의 심사절차로 회부할 수 있다.

③ 전항의 논문을 재심사하는 심사위원은 ‘게재적합’ 또는 ‘게재부적합’으로만 판정하며, 편집위원 회는 재심사 결과 ‘게재적합’이 둘 이상이면 ‘게재확정’으로 최종 판정한다.

④ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지 된 기한 내에 수정된 논문을 제출하지 않을 때에는 처음 제출된 논문을 ‘불게재’로 최종 판정한다.

제17조 (원고의 편집) 학회지의 체계적이고 일관적인 편집을 통해 가독성을 높이기 위하여 편집위 원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 원고작성요령에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

제18조 (제1저자 및 공동저자 구분) 게재 논문의 공동연구자 표기는 처음에 표기된 연구자를 주저 자로 하며, 그 외 연구자는 표기 순서에 관계없이 공동연구자로 간주한다.

제19조 (정족수) 각조에서 정한 편집위원회의 의결, 판정 기타 결정은 본 규정에 다른 정함이 없으 면 위원의 3분의 2 이상의 찬성에 의한다.

제20조 (공고 및 통지 방법)

- ① 공고는 인터넷상의 학회홈페이지에 게재하여 할 수 있다.
- ② 본 규정의 각조에서 정한 통지 기타 문서송부는 모사전송 또는 전자우편에 의하여 할 수 있다.

제21조 (저작권 및 게재료)

- ① 학회는 학회지의 편집저작권을 보유한다.
- ② 학회지에 게재가 결정된 원고의 저자로부터 소정의 게재료를 징수할 수 있다.
- ③ 학회지에 수록된 개별논문에 대한 저작권 관련 민·형사책임은 개별논문의 집필자에게 속한다.
- ④ 학회지 및 게재논문의 학회지 또는 학회 명의의 판매수익, 정보제공수익 등은 학회에 속함을 원칙으로 한다. 이 경우 개별게재논문(학회지 편집상태 기준)의 집필자의 권능은 학회지의 간행과 동시에 학회에 귀속된 것으로 본다. <개정 2019. 03. 25.>
- ⑤ 원고의 집필자는 학회가 『건설법연구』에 게재한 논문 기타 원고를 인터넷, CD-ROM 기타 모든 전자적 매체에 의해 전송·배포할 권리를 인정하며 이에 관한 별도의 금전적 권리를 주장하지 아니한다.

제22조 (간행재원) 학회지의 간행에 필요한 재원은 게재료, 출판수입, 광고수입 또는 판매수입, 기타 건설법센터의 지원비로 충당한다.

제23조 (규정개정) 본 규정은 편집위원회의 의결로 개정할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

『건설법연구회』 연구윤리규정

2018. 12. 28. 제정

2019. 03. 25. 개정

제1조 (목적) 이 규정은 건설법연구회(이하 “본 학회”라 한다)가 주관하거나 본 학회 회원이 참여하는 각종 학술연구활동에 있어서 올바른 연구윤리를 정착시키고, 연구부정행위 발생시 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 연구윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)의 설치 및 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용대상) 이 규정은 본 학회의 정회원·준회원과 본 학회가 발간하는 학회지 건설법연구에 논문 등 저작물을 투고한 자(이하 “투고자”라 한다)에 대하여 적용한다.

제3조 (적용범위) 연구윤리 확립 및 연구진실성 검증과 관련하여 다른 특별한 규정이 없는 한 이 규정에 따른다.

제4조 (연구부정행위의 범위) “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 행하여진 위조·변조·표절·부당한 중복게재·부당한 논문 저자표시행위 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말하며, 이는 다음 각 호와 같다.

1. “위조”라 함은 존재하지 않는 자료나 연구결과 등을 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
2. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
3. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
4. “부당한 중복게재”라 함은 자신의 논문이 타 학술지 등에 게재된 사실을 숨기고 게재하는 것을 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
6. 기타 연구부정행위는 다음 각목과 같다.
 - 가. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
 - 나. 상기의 부정행위를 행할 것을 제안·강요하거나 협박하는 행위
 - 다. 기타 연구와 관련하여 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 부적절한 행위

제5조 (기능) 위원회는 본 학회의 정회원·준회원 또는 투고자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항
5. 기타 위원장이 부의하는 사항

제6조 (구성)

- ① 위원회는 건설법연구 편집위원회 위원장을 포함하여 본 학회의 회장, 연구이사, 출판이사 4인의 위원으로 구성하고, 위원장은 편집위원회 위원장이 겸임한다. <개정 2019. 03. 25.>
- ② 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제7조 (회의)

- ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 위원회에서 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석케 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제8조 (위원회의 권한과 의무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 위원회는 연구기록이나 증거의 멸실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.
- ③ 위원회 위원은 심의와 관련된 제반 사항에 대하여 비밀을 준수하여야 한다.

제9조 (연구부정행위의 조사 개시)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위의 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 본 학회 회장과 협의하여 예비조사를 실시할 수 있다.

제10조 (출석 및 자료제출 요구)

- ① 위원회는 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석을 요구할 수 있으며, 이 경우 피조사자는 이에 반드시 응해야 한다.
- ② 위원회는 피조사자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.

제11조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 제보자의 신원은 반드시 필요한 경우가 아니면 조사결과 보고서에 포함하지 아니 한다.
- ② 연구부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.
- ③ 제보·조사·심의·의결 등 조사와 관련된 모든 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다. 다만 공

개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제12조 (제척·기피·회피)

- ① 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 위원은 조사 및 안전의 심의·의결에서 제척된다.
- ② 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 위원회의 의결로 기피신청이 인용된 경우에는 당해 안전의 조사 및 심의·의결에 관여할 수 없다.
- ③ 위원은 제1항 또는 제2항의 사유가 있는 경우에는 위원장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.

제13조 (이의제기 및 진술기회의 보장) 위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

제14조 (판정)

- ① 위원회는 이의제기 또는 반론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.
- ② 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.

제15조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가할 수 있다. 필요한 경우 둘 이상의 조치를 병과할 수 있다.
 - 1. 회원자격의 박탈 또는 정지
 - 2. 한국연구재단 등 관계 기관에의 통보
 - 3. 기타 필요한 조치
- ② 건설법연구에 게재된 논문이 표절로 판명되거나 다른 학술지에 게재된 논문이 다시 게재된 것으로 판정이 된 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다. 1호 내지 4호의 조치는 반드시 병과한다.
 - 1. 논문의 게재취소
 - 2. 논문의 게재취소사실을 학회 홈페이지에 공지
 - 3. 향후 3년간 논문투고 금지
 - 4. 한국연구재단 등 관계 기관에 세부적인 사항을 통보
 - 5. 기타 필요한 조치
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 본 학회의 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제16조 (결과의 통지) 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제17조 (재심의) 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제17조의 통지를 받은 날부

터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제18조 (명예회복 등 후속조치) 조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다. <개정 2019. 03. 25.>

제19조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 학회 이사회에 보고되어야 한다. 다만, 제보자·조사위원·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

부 칙

본 규정은 2018년 12월 28일부터 시행한다.

부 칙

개정된 규정은 2019년 3월 25일부터 시행한다.

『건설법연구』 원고작성요령

2018. 12. 28. 제정

1. 원고작성기준

- (1) 원고는 워드프로세서 프로그램인 [한글]로 작성하여 전자우편을 통해 출판간사에게 제출하며, 원고분량은 도표, 사진, 참고문헌 포함하여 200자 원고지 50매 내외로 한다.
- (2) 원고는 『원고표지 - 제목 - 저자 - 국문 요지 - 국문 주제어(5개 이상) - 목차(로마자표시만) - 본문 - 참고문헌 - 외국문 요지(선택) - 외국문 주제어(선택, 5개 이상)』의 순으로 작성한다.
- (3) 원고의 표지에는 논문제목, 저자명, 소속기관과 직책, 주소, 전화번호(사무실, 핸드폰)와 e-mail주소를 기재하여야 한다.
- (4) 외국문 요지(저자명, 소속 및 직위 포함)는 영문, 독문, 불문, 일문 등으로 작성하여야 한다.
- (5) 논문의 저자가 2인 이상인 경우 주저자(First Author)와 공동저자(Corresponding Author)를 구분하고, 주저자·공동저자의 순서로 표기하여야 한다. 특별한 표시가 없는 경우에는 제일 앞에 기재된 자를 주저자로 본다.
- (6) 목차는 로마숫자(보기 : I, II), 아라비아숫자(보기 : 1, 2), 괄호숫자(보기: (1), (2)), 반괄호숫자(보기 : 1), 2), 원숫자(보기 : ①, ②)의 순으로 하며, 그 이후의 목차번호는 논문제출자가 임의로 정하여 사용할 수 있다.

2. 각주작성 요령

- (1) 처음 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.
 - 1) 저서 : 저자명, 『서명』, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 2) 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제00권 제00호(출판년월), 면수.
 - 3) 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, 『기념논문집명(000선생00기념논문집)』, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 4) 판결 인용 : 다음과 같이 대법원과 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
 판결 : 대법원 2000. 00. 00. 선고 00두0000 판결
 결정 : 대법원 2000. 00. 00.자 00아0000 결정
 헌법재판소 결정 : 헌재 2000. 00. 00.자 00헌가00 결정
 - 5) 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
 - 6) 외국판결 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
 - 7) 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면으로(120면, 120면-122면), 로마자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p. 120, pp. 121-135) 또는 S.(S. 120, S. 121 ff.)로 인용면수를 표기한다.
 - 8) 공저자는 ‘ / ’를 사용하여 표기한다.
 - 9) 면수나 연도 등에서 ‘부터 까지’를 나타내는 부호는 ‘-’를 사용한다.

(2) 앞의 각주를 그 다음에 다시 인용할 경우의 각주는 다음과 같이 표기한다.

- 1) 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수
- 2) 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
- 3) 논문 이외의 글 인용 : 저자명, 앞의 글, 면수
- 4) 바로 앞의 각주에 인용된 문헌을 다시 인용할 경우에는 “위의 책, 면수”, “위의 글, 면수”로 표시한다.
- 5) 하나의 각주에서 앞서 인용한 문헌을 다시 인용할 경우에는 “같은 책, 면수”, “같은 글, 면수”로 표시한다.
- 6) 외국문헌 : 그 나라의 표준표기방식에 의한다.

(3) 인터넷에서의 자료인용은 원칙적으로 다음과 같이 표기한다. 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, 해당 URL(검색일자).

(4) 신문기사의 경우 기사면수를 따로 밝히지 않는다. 신문명, 0000년 00월 00일자.

3. 참고문헌

(1) 순서

국문, 외국문헌 순으로 정리하되, 각각 단행본, 논문, 자료의 순으로 정리한다.

(2) 국내문헌

- 1) 단행본의 경우 : 저자, 『서명』, 출판사, 출판년도
- 2) 논문의 경우 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제00권 제00호(출판년월).

(3) 외국문헌은 그 나라의 표준적인 인용방법과 순서에 의하여 정리한다.

건설법연구

제5호



서울대학교 법학연구소 건설법센터
건설법연구회