

건설법연구회

제7호

건설법연구회

건설법연구회

건설법연구회

발행일자 |
2022년 3월 25일

일반논문

- 최찬욱 | 재정비촉진사업과 정비기반시설 선도사업 비용부담
- 임범상 | 개발사업과 사업시행자의 분리의 위법성
- 이지현 | 공원조성계획의 입안과 결정
- 박은정 | 부산진해 경제자유구역의 토지이용계획과 이주대책
- 김장효 | 관광진흥법상 인허가 의제와 경미한 변경



서울대학교 건설법센터
CENTER FOR CONSTRUCTION &
URBAN DEVELOPMENT LAW
SEOUL NATIONAL UNIVERSITY

건설법연구회

건설법연구

제7호 2022. 3. 25.

일반논문

최찬욱 | 재정비촉진사업과 정비기반시설 선도사업 비용부담

임범상 | 개발사업과 사업시행자의 분리의 위법성

이지현 | 공원조성계획의 입안과 결정

박은정 | 부산진해 경제자유구역의 토지이용계획과 이주대책

김장효 | 관광진흥법상 인허가 의제와 경미한 변경

건설법연구회 운영규정

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
 건설법연구 제7호 2022년 3월
 Center for Construction & Urban Development Law, SNU
 Construction & Urban Development Law Association
 Construction and Urban Development Law Journal
 Vol. 7, March 2022

재정비촉진사업과 정비기반시설 선도사업 비용부담

최 찬 옥*

국문초록

현행 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다)에 따른 정비사업비는 이 법 또는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사업시행자가 부담한다고 규정하고 있고, 특히 도시정비법 제96조(정비기반시설의 설치)는 사업시행자는 관할 지방자치단체의 장과 협의를 거쳐 정비구역에 정비기반시설(주거환경개선사업의 경우에는 공동이용시설을 포함한다)을 설치하여야 한다고 규정하고 있다. 통상 정비기반시설의 대표격인 시설은 도로, 공원, 공용주차장 등을 의미한다.

그런데 재정비촉진지구와 같이 낙후된 도심의 기능을 회복시키기 위해 설치된 구역 내에서 도시정비법에 의한 정비사업을 시행하는 사업시행자가 조합설립인가처분을 통하여 시행권능을 발휘하기도 전에 지방자치단체가 임의로 도시재정비 촉진을 위한 특별법(이하 ‘재정비특별법’이라 한다) 제27조 제5항에 따라 기반시설을 원활하게 설치하기 위해 필요하다는 이유로 선도사업을 통해 정비기반시설을 설치하는 예가 보이고 있다. 이러한 선도사업에 있어 지방자치단체는 정비기반시설의 공사 관련 비용 뿐 아니라 협의 및 수용재결에 따른 감정평가비용, 보상금까지 선도적으로 지출한다.

이러한 선도사업에 지방자치단체의 재정 외에 국고보조금까지 투입되는 경우 선도사업을 우선적으로 진행한 지방자치단체가 조합과 특별한 합의 없이 관련 비용을 향후 사업시행자인 조합에게 부과한다면 조합이 부담해야 할 비용의 규모는 조합원들의 예상보다 훨씬 과다할 가능성이 높다. 이하에서는 그와 관련된 법령 및 선도사업비 부과실태를 살펴 보고 선도사업에 투입된 국고보조금의 의의, 법률상 국고보조금을 선도사업비에서는 제외한다는 명시

* 법무법인 두우 변호사

적인 규정이 없어서 발생하는 문제에 대해서 알아보도록 한다.

주제어 : 도시정비, 정비사업비, 정비기반시설, 사업시행자, 재정비촉진지구, 선도사업

목 차

- I. 서설
- II. 재정비특별법상 정비기반시설 선도사업의 근거와 비용부담 원칙
- III. 국고보조금이 투입된 선도사업과 비용부담
- IV. 결론

I. 서 설

현행 도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다) 제92조(비용부담의 원칙)와 제2조는 정비사업비, 즉 정비사업시행과 관련된 비용은 이 법 또는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사업시행자가 부담한다고 규정하고 있다. 특히 도시정비법 제96조(정비기반시설의 설치)는 사업시행자는 관할 지방자치단체의 장과 협의를 거쳐 정비구역에 정비기반시설(주거환경개선사업의 경우에는 공동이용시설을 포함한다)을 설치하여야 한다고 규정하고 있다.

여기서 정비기반시설이란 도로·상하수도·구거(溝渠: 도랑)·공원·공용주차장·공동구(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제9호에 따른 공동구를 말한다. 이하 같다), 그 밖에 주민의 생활에 필요한 열·가스 등의 공급시설로서 대통령령¹⁾으로 정하는 시설을

1) 도시정비법 시행령 제3조

법 제2조제4호에서 “대통령령으로 정하는 시설”이란 다음 각 호의 시설을 말한다.

- 1. 녹지
- 2. 하천
- 3. 공공공지
- 4. 광장
- 5. 소방용수시설
- 6. 비상대피시설
- 7. 가스공급시설

말한다(도시정비법 제2조 제4호). 정비기반시설과 관련하여 시장, 군수등 또는 토지주택공사 등이 아닌 사업시행자(이하 ‘민간사업시행자’라 한다)가 정비사업의 시행으로 새로 설치한 정비기반시설은 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되고, 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설은 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위에서 그에게 무상으로 양도된다(도시정비법 제97조 제2항).

이는 민간사업시행자에 의해 새로 설치된 정비기반시설의 설치비용에 상당하는 범위 안에서 정비사업의 시행으로 용도가 폐지되는 국가 또는 지방자치단체 소유의 정비기반시설을 사업시행자에게 무상으로 양도되도록 하여 위와 같은 재산상의 손실을 합리적인 범위 안에서 보전해 주는 데 입법 취지가 있다(대법원 2007. 4. 13. 선고 2006두11149 판결 등 참조). 다만 사업시행자가 새로 설치한 정비기반시설은 설치비용의 범위와 무관하게 관리청에게 소유권이 원시적으로 귀속되므로, 새로 설치한 정비기반시설의 설치비용이 용도폐지되는 정비기반시설의 평가가액을 초과하더라도 사업시행자가 사업시행 인가관청이나 관리청을 상대로 그 초과액을 정산해 줄 것을 요구하거나 이를 부당이득으로 반환해 줄 것을 요구할 수 없다(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다205523 판결).

본 논의의 대상은 재정비촉진지구 내에서 정비사업을 시행하는 사업시행자가 아닌 지방자치단체가 도시재정비 촉진을 위한 특별법(이하 ‘재정비특별법’이라 한다) 제27조 제5항에 따라 기반시설을 원활하게 설치하기 위해 필요하다는 이유로 선도사업을 통해 정비기반시설을 설치할 경우이다.

이러한 선도사업은 재정비촉진지구 내에서 시장, 군수 등이 시행하는 정비사업의 일환이 아니라 별도로 “...공원 조성 및 도로 개설 사업”이라는 명목으로 진행되고 소유권확보를 위한 수용권도 부여되므로 지방자치단체는 정비기반시설의 공사 관련 비용 뿐 아니라 협의 및 수용재결에 따른 감정평가비용, 보상금까지 선도적으로 지출한다.

선도사업에는 지방자치단체의 재정 외에 국고보조금까지 투입되는 경우가 많은데, 이러한 경우 지방자치단체가 선도사업 후 또는 선도사업 중에 조합설립인가를 받아 사업시행자가 되는 정비사업조합과 특별한 협의과정도 없이 “주민이 부담해야 할 기반시설 설치비를

8. 지역난방시설

9. 주거환경개선사업을 위하여 지정·고시된 정비구역에 설치하는 공동이용시설로서 법 제52조에 따른 사업시행계획서(이하 “사업시행계획서”라 한다)에 해당 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 “시장·군수등”이라 한다)이 관리하는 것으로 포함된 시설

4 건설법연구 제7호

공공에서 부담설치하여 주민들의 경제적 부담을 감소하고 사업을 활성화한다”는 명분으로 선도사업을 우선적으로 진행하고, 조합과 특별한 합의 없이 관련 비용을 향후 사업시행자인 조합에게 부과한다면 조합이 부담해야 할 비용의 규모는 조합원들의 예상보다 훨씬 과도할 가능성이 높고 실제로도 그러한 사례가 발생하고 있다. 사업시행자가 정비기반시설을 설치할 때는 용도폐지되는 정비기반시설의 감정평가를 통하여 사실상 그 평가액 만큼의 보전을 받게 되는데, 지방자치단체가 선도사업으로 낙후된 정비기반시설을 설치할 한다면 논리상 이러한 보전도 기대할 수 없게 된다.

이하에서는 재정비특별법에 의하여 지방자치단체가 선도사업으로 정비기반시설을 설치할 때와 관련된 법령 및 비용부과실태를 살펴 보고 이 선도사업에 투입되는 국고보조금의 의의, 사업시행자인 조합이 재정비촉진지구 내 정비사업을 진행할 때 받을 수 있는 비용 보조와 관계, 법률상 국고보조금을 제외한다는 명시적인 규정이 없을 경우에 “비용”의 해석을 순차로 살펴보기로 한다.

II. 재정비특별법상 정비기반시설 선도사업의 근거와 비용부담 원칙

1. 관련규정

재정비특별법은 제6장 제26조, 제27조에서 재정비촉진지구에서의 기반시설 설치 및 비용에 대한 규정을 두고 있다. 법 제26조는 재정비촉진계획에 따라 설치되는 기반시설의 설치비용은 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사업시행자가 부담하는 것을 원칙으로 한다고 규정하여 도시정비법 제92조 제2항과 동일한 형식을 취하고 있다.

다만 재정비촉진지구에서의 기반시설 설치에 관하여 법 제27조 제5항은 기반시설을 원활하게 설치하기 위하여 필요한 경우에는 지방자치단체가 해당 기반시설을 먼저 설치하고 사업시행자로부터 대통령령으로 정하는 기간이 지난 후에 그 비용을 징수할 수 있다고 규정하고 있다. 만약 사업시행자가 그 비용을 내지 아니하면 「지방행정체재·부과금의 징수 등에 관한 법률」(이하 ‘지방부과금징수법’)에 따라 징수할 수 있다고 규정하여 기반시설 설치에 관한 선도사업 및 비용징수에 대한 근거를 두고 있다. 위 법 제27조 제5항 전단에서 “대통령령으로 정하는 기간 이후”란 재정비촉진사업의 사업시행인가일 또는 실시계획인가일 이후를 말하며, 다만 해당 지방자치단체의 도시재정비촉진을 위한 조례가 정하는 바에 따라 재정비촉진사업의 준공검사 신청일전까지 사업시행자로 하여금 분할납부하게 할 수 있

다(동법 시행령 제29조).

예를 들어 대전광역시 도시재정비촉진을 위한 조례 제19조(기본시설의 설치비용을 징수할 수 있는 기간) 제1항은 “영 제29조 단서에 따라 재정비촉진계획 수립권자는 사업시행자로 하여금 기본시설 설치비용을 5회의 범위에서 균등 분할하여 납부하게 할 수 있다”, 제2항은 “기본시설 설치비용의 분할 납부가 완료되기 전에 준공검사·준공인가 신청을 하는 경우에는 잔금을 일괄 납부하여야 한다”, 제3항은 “제1항에 따라 분할 납부하는 사업시행자는 최초납부일을 기준으로 그 설치비용의 남은 금액에 「도시재정비 촉진을 위한 특별법 시행규칙」 제4조 후단에 따른 이자율을 더한 금액을 납부하여야 한다”고 규정하고 있는데, 각 지방자치단체에서는 사업시행자가 그 비용을 내지 아니하면 「지방행정체재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수할 수 있다는 행정상 의무이행을 강제하는 규정 외에 준공검사의 경우 잔금을 납부하지 않으면 사실상 준공검사를 거부할 수 있는 근거까지 두고 있다.

2. 기본시설 선도사업의 취지와 참여권 보장의 필요성

재정비특별법상 기본시설 선도사업에 대한 취지는 재정비특별법의 목적과 제정이유에서 찾아볼 수 있다. 재정비특별법은 도시의 낙후된 지역에 대한 주거환경의 개선, **기본시설의 확충** 및 도시기능의 회복을 위한 사업을 광역적으로 계획하고 체계적·효율적으로 추진하기 위하여 필요한 사항을 정함으로써 도시의 균형 있는 발전을 도모하고 국민의 삶의 질 향상에 기여함을 목적으로 한다(제1조). 또한 재정비특별법의 제정이유는 낙후된 구 시가지의 재개발 등 각종 정비사업을 좀 더 광역적으로 계획하여 효율적으로 개발할 수 있는 체계를 확립하고 **도시기본시설을 획기적으로 개선**함으로써 기존 도시에서의 주택공급 확대와 함께 도시의 균형발전을 도모하고 국민의 삶의 질 향상에 기여하는 것을 목표로 하고 있다.

따라서 지방자치단체는 기본시설의 확충 및 획기적 개선을 목적이라는 재정비특별법상 선도사업의 목적에 부합하도록, 선도사업을 통해 도시의 균형 있는 발전을 도모하고 국민의 삶의 질 향상에 기여하여야 한다. 지방자치단체가 기본시설을 원활히 설치하여야 하고, 그 원활한 설치를 위해 필요한 경우란 국민의 삶의 질 향상에 기여한다는 공익상 목적을 이루기 위한 것임은 부인할 수 없을 것이다. 그러므로 정비구역으로 지정된 지역에 사업시행자가 될 조합이 설립되어 있지 않은 상태라면 추진위원회, 가칭 추진위원회 등 주민의 대표들과 선도사업 착수를 결정하고 시행하는 절차에서 충분한 안내와 협의가 이루어질 필요가 있다. 이러한 절차를 통해 장래 조합이 부담하게 될 기본시설 설치비용의 재원, 지출에 대한

투명한 정보공개가 선행되어야 할 것이다. 사업시행자가 설계, 설치할 기반시설을 사업시행자의 주도가 아닌 지방자치단체의 주도 하에 설계, 설치하는 절차에서 참여 및 의견진술 기회 보장 등 민간의 절차적 참여권을 보장해야 함은 두말할 필요 없을 것이다.

이러한 정보공개가 선행되지 않거나, 주민들로부터 정당한 정보공개청구가 제기되었음에도 이에 대한 공개조치가 이루어지지 않은 상태에서 진행된 선도사업의 시행자인 지방자치단체는 자신들이 지출한 비용을 고스란히 내부 자료만을 근거로 주민들로 이루어진 조합에 부과시킬 수 없으며, 그 부과행위 자체가 부당하다고 사료되나 사실 그에 대한 법적 근거는 찾기 힘든 실정이다. 선도사업의 착수 자체가 마치 지방자치단체의 전적인 재량에 달려있는 것처럼 규정되어 있기 때문이다.

선도사업 착수를 결정하는 기준에 대하여 재정비특별법 제27조 제5항은 “지방자치단체가 기반시설을 원활하게 설치하기 위하여 필요하다고 판단한 경우”가 아니라 “기반시설을 원활하게 설치하기 위하여 필요한 경우 지방자치단체는”이라는 형식을 가지고 있어 “필요한 경우”의 판단 주체가 누구인지 문언상 명확히 규정되어 있지 않다고 문언적 해석에 따른 반론을 할 수는 있어도 해석상 공익상 필요에 대한 판단은 전적으로 지방자치단체에게 맡겨져 있다고 보인다.

따라서 해당 지방자치단체가 선도사업의 착수를 결정하는 단계에서 주민들이 참여하기는 어려운 상황이지만, 그 이후 선도사업을 진행할 때 “...공원 및 도로 설치사업”의 과정에서는 그로 인하여 비용부담의 결과를 맞게 될 주민이나 재정비촉진지구 내 시행구역(각정비사업구역)의 추진위, 사업시행자인 조합이 참여하여 비용부과의 근거에 대하여 접근할 수 있는 공법적 근거를 마련해 주어야 한다.

현재 행정절차의 일반법인 행정절차법 제5조(투명성) 제1항은 행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 한다, 제3항은 행정청은 상대방에게 행정작용과 관련된 정보를 충분히 제공하여야 한다고 규정하고 있으므로 선도사업을 시행하는 지방자치단체의 입장에서 먼저 주민들에게 충분한 정보를 제공하여야 하고 그 정보는 구체적이고 명확하여야 할 것이다. 굳이 추진위원회나 조합이 없더라도 주민 중 다수가 선도사업에 대한 협의요청을 할 경우 행정절차법 제11조(대표자) 규정에 따라 대표자를 선정하여 투명한 사업시행을 진행하여야 할 것이다. 행정절차법 제22조(의견청취) 제2항 제2호, 제3호²⁾를 유추하여

2) 행정절차법 제22조

② 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공청회를 개최한다.

2. 해당 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우

주민 및 가칭 추진위원회 구성원들과의 공청회를 개최하는 것도 선도사업의 투명성과 관련하여 필요한 절차가 될 수 있다고 보인다.

3. 지방자치단체의 일방적 선도사업 비용전가의 문제점

지방자치단체가 주민의 참여 없이 기반시설 선도사업을 진행한 후 자신만이 보관하고 있는 자료로서 기반시설 설치비용을 산정한 후 이후 주민으로 이루어진 사업시행자에게 부과할 경우 사업시행자가 그 전액을 선뜻 납부하기는 어려울 것이다. 기반시설 설치비용의 부담자가 원칙적으로 사업시행자임은 부인할 수 없으나, 기반시설 설치비용이 지출되는 과정에서 아무런 참여기회가 없었던 사업시행자는 당연히 그 근거에 대해서 의문을 가질 수밖에 없다.

그러나 사업시행자인 조합의 사업시행절차에서 사업시행인가, 관리처분계획인가 등 처분권한을 가진 지방자치단체가 사업시행인가 조건, 관리처분계획인가 조건 등으로 명시적인 금액을 기재한 기반시설 설치비용의 납부를 명한다면 사업시행자로서는 현실적으로 기반시설 설치비용을 선납부하거나 납부하는 조건으로 그러한 처분을 받을 수밖에 없다. 특히 기반시설 설치비용의 징수를 맡은 주무관서가 현실상 일체 협의를 할 수 없고, 그 조건을 받아들이지 않으면 처분을 할 수 없다고 결부시킬 경우에는 사업시행자가 사법심사를 받기 전까지는 아무런 대응도 할 수 없을 것이다.

사법심사에서 사업시행자가 주장할 수 있는 행정법의 일반원칙은 부당결부금지원칙으로 행정기관이 고권적 조치를 취함에 있어서 그것과 실질적 관련이 없는 상대방의 반대급부를 결부시켜서는 안된다는 것이다. 부당결부금지의 원칙이 주로 부관에서 문제되므로 결국 기반시설 설치비용을 정액으로 하여 준공검사 신청일 전까지 완납하라는 조건이 현실적으로 문제될 수 있다(여기에서 부관의 위법 일반론에 대하여 논하지는 않겠음). 만일 주민이나 그 주민으로 이루어진 조합에 대하여 선도사업절차에 대한 참여권이 보장되지 않은 상태에서 예측불가능한 금액의 강제적인 납부가 사업시행계획이나 관리처분계획인가시의 조건으로 불의타처럼 제기된다면 해당 부관은 부당결부금지원칙 위반으로 위법하다고 주장할 수 있을 것이나, 일반적인 경우 사업시행자인 조합이 설치하여 지방자치단체에 무상귀속될 기반시설의 성격을 감안한다면 사업시행자인 조합이 사업시행인가를 받으면서 전제로 할 사항이라 실질적 관련성이 없다고 보기도 힘들다.

3. 국민생활에 큰 영향을 미치는 처분으로서 대통령령으로 정하는 처분에 대하여 대통령령으로 정하는 수 이상의 당사자들이 공청회 개최를 요구하는 경우

결국 선도사업에 있어서 주민이나 민간사업시행자의 참여권과 그 정도가 입법적으로 해결되지 않으면 온갖 보도자료로서 선도사업의 취지를 미화하는 이면에 숨어 있는, 여과와 검증은 거치지 않는 선도사업비용의 부과로부터 사업시행자가 벗어날 길은 없을 것이다. 주무관이 적어도 사업시행자에게 사법심사를 통하여 구제를 받으시라고 말하려면 애초에 보도자료나 사업시행 전 주민안내자료에 “주민이 부담해야 할 기반시설 설치비를 공공에서 부담설치하여 주민들의 경제적 부담을 감소하고 사업을 활성화한다”는 식의 언론 보도나 허위 선전은 하지 말아야 할 것이고 솔직히 “지방자치단체가 먼저 지출하지만 여러분들이 나중에 전액을 물어야 한다”고 선도사업의 취지를 투명하게 알려야 할 것이다. 물론 그 이후 주민들로부터 의견수렴과 선도사업의 착수는 현재 실정법상으로는 지방자치단체의 전권이긴 하기에 입법적으로 해결되어야 할 과제라고 할 수 있다.

Ⅲ. 국고보조금이 투입된 선도사업과 비용 부담

1. 국고보조금의 의의

보조금은 국가가 지방자치단체, 공공기관, 사법인 및 사인에게 지급하는 금전이다. 다만 보조금을 지급받는 자가 특정 사무나 사업을 수행하고자 할 때 국가가 이를 조성하거나 재정적으로 지원하고자 하는 목적을 갖고 있는 것에 한한다. 여기서 지방자치단체나 공공기관은 국가의 의미에 포함되지 않는다.

보조금을 직접 집행하는 보조사업자, 여기에서는 지방자치단체는 보조금 교부 결정의 상대방으로서 보조금에 대한 공법적 권리를 갖는 동시에 보조금을 합법적, 합리적으로 사용할 의무를 지게 되고, 합법적 사용의무에 관해 「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘보조금법’이라 한다)에서는 합법적 사용의무의 기준으로 “법령, 보조금 교부결정의 내용 및 법령에 따른 중앙관서의 장의 처분”을 규정하여 이를 위반한 것을 “부정”한 것으로 구분하고 있다. 이 합법적 사용의무를 위반한 행위에 대해서 보조금법에서는 민, 형사적, 행정적 제재 제도를 두고 있다.

2. 재정비축진지구 내 기반시설설치의 국고보조

국토교통부는 각년도 일반회계 세출예산 중 재정비축진사업지원을 위해 보조금법 제17조

및 제19조의 규정에 따라 보조금을 신청한 지방자치단체에 보조금을 지급하여 왔다. 각 보조금은 국토교통부 일반회계(지역개발사업계정)에서 사회복지분야, 주택부문, 주택시장안정 및 주거복지향상 프로그램, 주거환경개선지원 단위사업, 재정비촉진시범사업지원 세부사업, 자치단체자본보조 세목으로 예산에 반영되어 각 지방자치단체에 지급된다.

이러한 보조금의 근거는 재정비촉진법 제29조이며, 제1항 본문은 국가 또는 시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나 이상에 해당하는 경우에는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 대통령령으로 정하는 기반시설의 설치에 드는 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다고 규정하고 있다.

1. 국가 또는 시·도의 계획과 관련이 있는 경우
2. 국가 또는 지방자치단체가 도시영세민을 집단 이주시켜 형성된 낙후지역 등 대통령령으로 정하는 지역으로서 기반시설이 열악하여 사업시행자의 부담만으로는 기반시설을 확보하기 어려운 경우
3. 재정비촉진지구를 관할하는 기초자치단체의 재정자립도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 경우
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우

특히 국고보조금과 관련하여 국가는 제1항에 따라 기반시설 설치에 드는 비용을 지원하려는 경우에는 「주거기본법」 제8조에 따른 주거정책심의위원회의 심의를 거쳐 확보된 예산의 범위에서 지원할 수 있으며(제3항), 특별시장·광역시장 또는 도지사는 제1항 단서에 따라 국가가 해당 시장·군수·구청장에게 지원하는 기반시설 설치비용의 전부 또는 일부에 상당하는 비용을 시장·군수·구청장에게 지원할 수 있다.

한편 재정비특별법에 규정되지는 않았지만, 재정비특별법 제3조 제2항³⁾에 따라 재정비촉진구역 내 정비사업을 시행하는 사업시행자에게 적용될 수 있는 도시정비법 제95조(보조 및 용자) 제3항은 국가 또는 지방자치단체는 시장·군수등이 아닌 사업시행자가 시행하는 정비사업에 드는 비용의 일부를 보조 또는 용자하거나 용자를 알선할 수 있다고 규정하고 있기에 재정비촉진구역 내 사업시행자도 정비사업비의 일부 보조를 받을 수 있다.

그러나 정비기반시설 설치에 있어 선도사업이 시행되어 버린 경우 기존 정비기반시설의

3) 제3조(다른 법률과의 관계 등) ① 이 법은 재정비촉진지구에서는 다른 법률보다 우선하여 적용한다.
 ② 재정비촉진사업의 시행에 관하여 이 법에서 규정하지 아니한 사항에 대하여는 해당 사업에 관하여 정하고 있는 관계 법률에 따른다.

무상귀속부분을 논할 수 없을 뿐더러 해당 선도사업의 대상이 된 정비기반시설비용은 보조의 대상에서 제외되는데, 이 때 재정비특별법에 의한 선도사업으로 지방자치단체가 받은 보조금은 사업시행자가 받을 수 있었던 정비사업의 보조금과 전혀 관계가 없는 것인가에 의문이 든다.

사실상 선도사업이란 것은 지방자치단체이 재정비촉진구역 내 정비사업과 전혀 관계없이 시행한 것이 아니라, 기반시설을 설치하여야 할 필요가 있는 경우 본래의 설치의무자인 사업시행자를 대신하여 먼저 기반시설을 설치하고 그 비용을 사업시행자로부터 납부받는 것이므로, 동 사업에 투입된 지방자치단체의 예산 외의 자금지원은 비용의 개념에서 제외하는 것이 논리상 타당하다고 보여진다.

그러나 이에 대한 법적 근거는 찾아보기 힘들고, 기반시설설치비용에서 보조금이 제외된다고 명시적으로 규정한 예는 도시정비법 제94조(정비기반시설 관리자의 비용부담) 제3항 및 도시정비법 시행규칙 제16조 제1항 단서에 불과하다.⁴⁾ 따라서 현행 법령상 지방자치단체가 국고보조금을 받아 선도사업을 시행하였다고 하더라도 그 국고보조금을 기반시설설치비용에서 제외하여야 하는 실정법상 근거를 찾기는 어렵다.

그렇다고 하여 국고보조를 받아 선도사업을 한 지방자치단체가 그 국고보조금에 해당하는 금액을 지출하고 잔액에 대한 반환조치까지 완료한 후 다시 지출액 전액을 회수하여 자신의 재정으로 편입한다는 것은 지방자치단체가 수행하는 특정 사업에 필요한 재원의 일부를 국가가 부담하도록 하는 구조와 부합하지 않는 면이 있다. 따라서 현재 국고보조금이 활용되어 수행되고 있는 지방자치단체의 사무 또는 사업에 대한 궁극적 권한과 책임이 어떤 법적 주체에게 있는지, 보조금 투입과 이 권한, 책임의 귀속에 대하여 재원 부담이 상응하도록 구성되는지는 국고보조가 된 지방자치단체의 선도사업 이후 지출된 국고보조금 전액의 사업시행자에 대한 부과행위의 위법 판단의 전제가 될 수 있다고 사료된다.

3. 재정비촉진구역 내 선도사업을 위해 교부된 보조금 교부결정 사례

재정비촉진구역 내 선도사업을 지원하기 위하여 교부된 보조금의 근거는 보조금법 제17조 및 제19조이고, 관할 중앙관서의 장인 국토교통부장관이 보조금법 제16조 제1항, 제2항 제2호에 따른 지방자치단체의 신청을 받고 국고보조금 교부결정을 하여 이를 통지하는 쌍방적 행정

4) 시행규칙 제16조(공동구의 설치비용 등) ① 법 제94조제2항에 따른 공동구의 설치에 드는 비용은 다음 각 호와 같다. 다만, 법 제95조에 따른 보조금이 있는 경우에는 설치에 드는 비용에서 해당 보조금의 금액을 빼야 한다.

행위를 통하여 지급된다.⁵⁾ 이 국고보조금 결정에 부과되는 조건은 예시하면 아래와 같다.

(일반사항)

1. 보조사업자는 보조금과 기타 회계 관계법령 및 이 교부조건에 따라 보조사업을 성실하게 수행하여야 합니다.
2. 보조금은 보조사업 목적인 재정비촉진사업의 사업비 이외의 용도로 사용할 수 없습니다.
3. 보조사업자는 교부신청서상의 자부담액을 신의성실에 따라 당해 보조사업에 전액 집행하여야 하며 타당한 사유 없이 감액 집행한 경우에는 정산시 동률의 국고보조금을 감액 조치할 수 있습니다.
4. 보조사업자는 교부받은 보조금에 대하여 별도의 계정을 설정하고 자체의 수입 및 지출과 명백히 구분하여 계리하여야 합니다.
5. 보조사업자는 교부신청시 제출한 보조사업 추진계획에 따라 효율적이고 투명하게 집행을 하여야 합니다.
6. 보조사업자는 보조사업의 수행과정에서 수익이 발생한 경우 국고 반환 조건을 부여할 수 있습니다.

5) 제16조(보조금의 교부 신청) ① 보조금의 교부를 받으려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보조사업의 목적과 내용, 보조사업에 드는 경비, 그 밖에 필요한 사항을 적은 신청서에 중앙관서의장이 정하는 서류를 첨부하여 중앙관서의장이 지정한 기일 내에 중앙관서의장에게 제출하여야 한다.

② 중앙관서의장은 공모(公募)를 통하여 제1항에 따른 보조금 교부신청서를 제출받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 보조사업을 수행하려는 자가 지방자치단체의 장인 경우

제17조(보조금의 교부 결정) ① 중앙관서의장은 제16조에 따른 보조금의 교부신청서가 제출된 경우에는 다음 각 호의 사항을 조사하여 지체 없이 보조금의 교부 여부를 결정하여야 한다.

1. 법령 및 예산의 목적에의 적합 여부

2. 보조사업 내용의 적정성

3. 금액 산정의 착오 유무

4. 자기자금의 부담능력 유무(자금의 일부를 보조사업자가 부담하는 경우만 해당한다)

② 중앙관서의장은 제16조 제2항에 따라 공모방식으로 보조금 교부신청서를 제출받은 경우에는 제1항에 따른 보조금의 교부 여부를 결정하기 전에 보조사업자선정위원회의 심의를 거쳐야 한다.

③ 제2항에 따른 보조사업자선정위원회의 구성·운영에 필요한 기본적인 사항은 기획재정부장관이 정하며, 그 밖의 세부사항은 중앙관서의장이 정한다.

제18조(보조금의 교부 조건) ① 중앙관서의장은 보조금의 교부를 결정할 때 법령과 예산에서 정하는 보조금의 교부 목적을 달성하는 데에 필요한 조건을 붙일 수 있다.

② 중앙관서의장은 보조금의 교부를 결정할 때 보조사업이 완료된 때에 그 보조사업자에게 상당한 수익이 발생하는 경우에는 그 보조금의 교부 목적에 위배되지 아니하는 범위에서 이미 교부한 보조금의 전부 또는 일부에 해당하는 금액을 국가에 반환하게 하는 조건을 붙일 수 있다.

제19조(보조금 교부 결정의 통지) ① 중앙관서의장은 보조금의 교부를 결정하였을 때에는 그 교부 결정의 내용(그에 조건을 붙인 경우에는 그 조건을 포함한다. 이하 같다)을 지체 없이 보조금의 교부를 신청한 자에게 통지하여야 한다.

② 중앙관서의장은 제1항에 따라 보조금의 교부 결정을 통지하였을 때에는 지방자치단체에 대한 보조금의 경우 단위사업별·보조사업자별로 작성한 교부 결정 내용을 즉시 기획재정부장관과 행정안전부장관에게 통보하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 11. 19., 2017. 7. 26.>

7. 국토교통부장관은 보조금에 관한 예산의 적정한 집행, 정산, 기타 사후 관리 등에 관한 사항을 감사 또는 조사할 수 있습니다.

(보조사업 정산시)

1. 보조사업자는 보조사업을 완료하였을 때, 폐지의 승인을 받았을 때 또는 회계연도가 끝났을 때에는 그 때로부터 3개월 이내에 보조사업비 사업실적보고서(보조사업에 소요된 경비를 재원별로 명백히 한 계산서 포함)를 제출하여야 합니다.
2. 보조사업자는 보조사업 완료 후 집행한 보조금을 정산, 반납할 경우 사용잔액 및 이자를 함께 반납하여야 합니다.
3. 보조사업 수행에 따라 발생한 수익금은 국토교통부와 협의하여 국고반환 또는 당해 보조사업 목적 범위에 맞도록 집행하고 정산보고서에 포함하여 심사를 받아야 합니다.
4. 다음 정산잔액은 소정의 절차를 거쳐서 즉시 반납하여야 합니다.
 - 가. 이미 교부된 보조금이 확정된 교부금액을 초과한 경우 그 초과액
 - 나. 사업비 정산액이 교부결정한 사업계획시 예산집행계획보다 감소한 경우 그 감소차액
 - 다. 집행증명서류가 집행내역과 일치하지 않을 경우에 그 차액
5. 보조사업자는 보조사업의 수행과 관련된 계산서, 증거서류, 첨부서류 등 사용내역을 증명하는데 필요한 서류를 자체 규정에 따라 구비하여야 하고, 당해 보조사업 종료연도부터 5년간 이를 보존하여야 합니다.
6. 원칙적으로 보조금의 이월은 허용되지 않으나 부득이한 사유로 이월을 할 경우에도 2회계연도를 초과하여 이월할 수 없습니다.
7. 보조금으로 취득한 중요재산에 대하여는 보조금 정산시 재산목록을 제출하여야 합니다. 또한 중요재산 관리대장을 비치하고 목적에 맞게 관리하여야 하며, 변동현황을 주기적으로 보고하고, 그 처분 등에 있어서는 국토교통부의 승인을 받아야 합니다.

위 예시한 조건의 내용과 같이 보조사업자인 지방자치단체는 보조사업 목적인 재정비촉진사업의 사업비 이외의 용도로 사용할 수 없고, 교부받은 보조금에 대하여 별도의 계정을 설정하고 자체의 수입 및 지출과 명백히 구분하여 회계정리하여야 한다. 특히 별도의 계정을 설정하고 자체의 수입 및 지출과 명백히 구분하여 계리하라는 조건은 국고보조금, 지방자치단체 자체의 보조금이 구분되어 기반시설 설치에 투입될 때 일명 국비(국고보조금이 투입된 비용)와 시비(지방자치단체 자체의 보조금이 투입된 비용)의 구분을 명확히 하여 국고보조금이 지방자치단체의 독자적인 재정 내로 법적 근거 없이 편입되어 버리는 현상을 미연

에 방지하고자 함에 그 목적이 있다고 본다.

즉 쌍방적 행정행위인 보조금 교부결정에 의하여 달성하려고 하는 국가의 목적과 자체 제정의 확충이라는 지방자치단체의 보조금 신청 동기가 뒤섞여서는 안 된다는 것이다.

국고보조금 교부결정 통지서에 보조사업명, 보조사업자, 사업규모에 따라 보조사업자가 신청한 사업의 세부내용이 포함될 경우, 예를 들어 대전광역시와 재정비촉진지구를 자치구를 기준으로 나누어 사업비를 청구하고 그에 대하여 국고보조금이 결정되었을 경우 그 자치구에 대한 기반시설공사비로 청구한 금액 중 결정된 보조금은 해당 사업에만 지출되어야 하고, 다른 자치구의 기반시설공사비로 전용되어서는 안 될 것이다.

위 구체적인 보조금교부결정의 조건 외에 보조금의 일반법인 보조금법 제22조(용도 외 사용금지) 제1항도 보조사업자는 법령, 보조금 교부 결정의 내용 또는 법령에 따른 중앙관서의 장의 처분에 따라 선량한 관리자의 주의로 성실히 그 보조사업을 수행하여야 하며 그 보조금을 다른 용도에 사용하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그 보조금을 유사한 목적의 사업에 사용할 수 있는 경우란 보조금법 제31조 제4항6)에 따라 보조금 초과액을 반납하지 않고 활용하는 경우에 한한다. 어떤 지방자치단체가 선도사업으로 국고보조를 받아 기반시설을 설치한 후 다시 사업시행자로부터 국고보조금 전액을 징수절차를 통해 납부받은 국고보조금 전액이 위 보조금법 제22조 제2항의 경우에 포함된다고 볼 수 없으므로 유사한 목적의 사업(타 지역의 재정비촉진사업의 기반시설 공사)에 사용할 수도 없다고 보아야 한다.

4. 국고보조 선도사업 종료 후 보조금 회수행위의 적법성

위에서 예시한 보조금지급결정 조건 중 보조사업 정산시 조건 제5조는 보조사업자는 보조사업을 완료하였을 때, 폐지의 승인을 받았을 때 지방자치단체는 회계연도가 끝났을 때에는 그 때로부터 3개월 이내에 보조사업비 사업실적보고서(보조사업에 소요된 경비를 재원별로 명백히 한 계산서 포함)를 제출하여야 하고 이러한 절차가 완료된 경우 국고보조금이 투입된 보조사업에서의 수익과 관련된 징수도 사업실적보고서에 기재된, 완료되지 않은 절차에 한해서 진행되어야 할 것이다.

6) 제31조(보조금의 반환)

- ④ 제2항에도 불구하고 지방자치단체의 장은 해당 보조사업의 원래 목적을 달성하고, 자체 노력으로 예산을 절감한 경우에는 그 초과액을 반환하지 아니하고 해당 보조사업의 목적과 유사한 사업(신규사업 등 대통령령으로 정하는 사업은 제외한다)에 사용할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 반환하지 아니한 초과액의 사용명세서(과목별로 금액 및 구체적 이유 등을 포함하여야 한다)를 초과액을 사용한 날부터 1개월 이내에 해당 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다.

그러나 보조대상인 기반시설 선도사업이 종료한 후 해당 보조사업을 진행한 보조사업자인 지방자치단체가 국고보조금을 별도의 계정이 아닌, 자기 고유 재산의 계정에서 지출된 비용인양 재정비특별법 제27조 제5항에 따라 사업시행자에게 부과하고 사업시행자가 이와 연계된 준공검사와 조합원, 일반수분양자 입주시기의 지연이라는 궁박한 사정을 피하기 위하여 납부한다면 그로써 지방자치단체의 특별회계계정에 편입되는 수익은 도대체 지방자치단체의 수익인지, 아니면 보조사업 중 회수완료되지 않은 수익인지 구분되기가 어렵다.

또한 재정비특별법 제27조 제5항은 “그 비용”을 징수할 수 있다고 규정하고 있으나, 이 비용의 범위에 대한 자체 설명이나 하위법규인 시행령, 시행규칙에 그 비용의 자세한 정의가 존재하지 않는다.

그러므로 법률상 “비용”의 개념은 국가회계기준에 관한 규칙(국가회계법에 대한 기획재정부령) 제30조(비용의 정의와 인식기준) 제1항에 따른 “국가의 재정활동과 관련하여 재화 또는 용역을 제공하여 발생하거나 직접적인 반대급부없이 발생하는 자원유출이나 사용 등에 따른 순자산의 감소”라고 보아야 하며, 그 인식 기준은 제2항에 따라 1. 재화나 용역의 제공 등 국가재정활동 수행을 위하여 자산이 감소하고 그 금액을 합리적으로 측정할 수 있을 때 또는 법령 등에 따라 지출에 대한 의무가 존재하고 그 금액을 합리적으로 측정할 수 있을 때에 비용으로 인식, 2. 과거에 자산으로 인식한 자산의 미래 경제적 효익이 감소 또는 소멸하거나 자원의 지출 없이 부채가 발생 또는 증가한 것이 명백한 때에 비용으로 인식 “에 따라야 한다.

따라서 별도의 항목으로 관리하여야 하는 국가보조금과 자신의 독자적인 재정항목에 두고 관리하는 지방자치단체의 현금성자산이 있을 때 자원의 유출이나 사용 등에 따른 순자산의 감소는 국가보조금항목까지 합하여 산정하여서는 안되고, 지방자치단체 자신의 현금성자산항목에서만 유출 또는 사용된 순자산의 감소분만을 비용으로 인식해야 한다고 본다.⁷⁾

7) 제30조(비용의 정의와 인식기준) ① 비용은 국가의 재정활동과 관련하여 재화 또는 용역을 제공하여 발생하거나, 직접적인 반대급부 없이 발생하는 자원 유출이나 사용 등에 따른 순자산의 감소를 말한다.

② 비용은 다음 각 호의 기준에 따라 인식한다.

1. 재화나 용역의 제공 등 국가재정활동 수행을 위하여 자산이 감소하고 그 금액을 합리적으로 측정할 수 있을 때 또는 법령 등에 따라 지출에 대한 의무가 존재하고 그 금액을 합리적으로 측정할 수 있을 때에 비용으로 인식
2. 과거에 자산으로 인식한 자산의 미래 경제적 효익이 감소 또는 소멸하거나 자원의 지출 없이 부채가 발생 또는 증가한 것이 명백한 때에 비용으로 인식

5. 선도사업 비용 강제징수와 사업시행자의 권리구제

지방자치단체는 재정비특별법 제27조 제5항에 따라 기반시설 선도사업비용에 대하여 재정비촉진사업의 사업시행인가일 또는 실시계획인가일 이후 해당 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 재정비촉진사업의 준공검사 신청일 전까지 사업시행자로부터 징수할 수 있고, 사업시행자가 그 비용을 내지 아니하면 지방부과금징수법에 따라 징수할 수 있다.

지방부과금징수법 제2조 제1호 및 나목은 해당 지방행정제재 부과금의 정의에 대하여 " 지방자치단체의 장 및 그 소속 행정기관의 장이 행정목적 달성을 위하여 법률에 따라 부과, 징수하여 지방자치단체의 수입으로 하는 조세 외의 금원으로서 다른 법률에서 이 법에 따라 징수하기로 한 금전 "을 들고 있다. 이 정의를 보면 지방자치단체의 수입으로 하는 조세 외의 금원임을 알 수 있는데, 기반시설 선도사업에 투입된 국가보조금이 이러한 지방부과금징수법에 따라 지방자치단체가 징수할 수 있는 자신의 수입이라고는 볼 수 없다고 사료된다.

특히 지방부과금징수법 제7조의 2(관허사업의 제한) 제1항은 지방자치단체의 장은 대통령령으로 정하는 사유 없이 지방행정제재부과금을 체납한 납무의무자가 그 지방행정제재 부과금 부과대상 사업과 같은 종류의 사업에 대한 허가, 인가, 면허, 등록 및 대통령령으로 정하는 신고와 그 갱신(이하 " 허가등 "이라 한다)을 신청하는 경우 그 허가를 하지 아니할 수 있다고 하여 지방자치단체가 원하는 행정상 목적을 이루기 위한 간접적 의무이행수단을 사용할 수 있다. 이는 민간사업시행자에게는 준공허가와 관련되어 치명적인 조항으로 작용할 수 밖에 없다.

따라서 재정비촉진법 제27조 제5항을 보완하는 의미의 비용징수 전 사전 협의절차가 명문으로 입법화되어 지방자치단체가 어차피 사업시행자에게 징수하게 될 국고보조금을 포함한 기반시설 설치비용의 적정성을 사업시행자에게 투명하게 공개하고 협의를 할 수 있도록 조치할 필요가 있다.

IV. 결 론

재정비촉진지구의 기반시설 선도사업은 재정비특별법의 목적에서 이미 기반시설의 확충이라는 개념을 포함한 이상 낙후된 지역의 광역적 개발에 있어 필요한 기반시설을 미리 설

치할 필요를 제정이유로 하여 시작된 사업으로 볼 수 있다. 다른 용어로 “원도심의 개발”이라는 개념을 사용하는 것과 일맥상통하다.

하지만 선도사업이 진행되는 절차에서 철저히 소외된 주민이나 민간사업시행자가 추후 행정소송 등 사법심사를 통하여 구제받을 길은 거의 희박하다고 생각된다. 그 이유는 지방자치단체가 사업시행인가조건이나 관리처분계획인가조건(모두 부담의 성격일 것이다)에 선도사업비 전액을 납부할 것을 협의의 대상으로 하지 않고 무조건 부과하고, 이를 따르지 않을 경우에는 위와 같은 수익적 행정행위를 거부하는 태도를 취할 경우 사업시행자는 울며 겨자먹기식으로 따를 수 밖에 없고, 위 처분이 내려진 뒤 3개월 내에 이를 쟁송으로 맞서기는 사실상 불가능하다고 보아야 하기 때문이다. 사업시행자는 단순하게 규정된 재정비특별법 제27조 제5항에 의하여 “기반시설을 설치할 공익상 필요”, “비용”의 판단에 있어 철저히 배제되어 있고, 비용에 대해서 정산내역을 받는 순간부터 일체 협의를 할 필요가 없는 지방자치단체의 지위에 놓여 그 기반시설설치비용을 모두 납부할 수 밖에 없는 처지이다. 그러므로 제27조 제5항을 좀 더 세분화하여 사업시행자의 의견 진술기회보장, 지방자치단체와 사업시행자의 협의체 구성 등 비용의 세목을 살펴보고 협의할 수 있는 사업시행자로서 권리를 보장받아야 하며, 이러한 입법은 도처에서 공공개발을 앞세워 선도사업이 팽배해 지는 현재 시점에서 신속히 이루어져야 할 것이다.

또한 국가보조금이 투입된 보조사업의 경우 적어도 국가보조금교부결정이라는 처분의 내용과 보조사업에 대한 조건의 취지, 지방자치단체의 신청과 중앙행정기관의 장의 결정이라는 쌍방적 행정행위로 인하여 실현하려는 것이 지방자치단체의 사익이 아니라 대상 지역 주민의 복리라는 공익목적과 그 대상사업만을 보조하기 위하여 지출되어야 하는 보조금의 특정성, 그럼으로 인해 지방자치단체의 고유 자산 계정과 달리 관리하여야 하는 보조금 항목의 독립성 등을 고려하여 비용 개념을 통상의 지출금액의 개념과 달리 해석하여야 한다. 특히 이미 정산이 끝난 국가보조금액까지 국토교통부에게 보고하지 않고 지방자치단체의 재정을 보충하기 위하여 징수하는 사태가 발생하지 않도록 하여야 한다. 사업시행자가 어쩔 수 없이 협의도 하지 못하고 만일 전액을 납부하였다면 고려할 수 있는 쟁송방법은 실질적 당사자소송으로서 부당이득금반환소송일텐데 그 선결문제로 기반시설 선도비용 부과처분의 위법을 다룰 때 앞에서 거론한 국고보조금이 투입된 선도사업에서 비용 부담의 문제가 심도있게 다루어져야 할 것이다.

(투고일: 2022. 3. 4. 심사완료일: 2022. 3. 19. 게재확정일: 2022. 3. 21.)

참 고 문 헌

[단행본]

전주열·김동석, 『보조금법 이론과 실무』, 한국법제연구원, 2018.

서정섭·김정수, 『지방자치단체 국고보조금 집행의 효율적 관리방안』, 한국지방행정연구원, 2016.

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제7호 2022년 3월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 7, March 2022

개발사업과 사업시행자 분리의 위법성

- 제주 신화역사공원 조성사업 개발사업을 중심으로

임 범 상*

국문초록

수용권이 부여되는 공익사업은 그 공익성을 담보하기 위하여 사업계획 승인 단계부터 사업의 내용 및 목적, 사업시행자의 능력 등 다양한 요소에 대한 검토가 이루어져야 한다. 이와 같은 기준에 대한 이해가 명확히 이루어지지 않은 채 만연히 사업이 승인되어 진행되는 경우 개발사업을 통한 공익의 달성이라는 당초의 목적은 도달하기 어려워진다.

2000년대 초반 제주특별자치도에서 추진되었던 다수의 개발사업 중 하나인 제주 신화공원 조성사업 개발사업은, 근거법령인 제주특별법의 사업허가 의제 조항을 통하여 하나의 개발사업에 도시계획시설로서의 유원지와 관광진흥법에 근거한 관광단지가 중복으로 지정되었고, 처분에 의하여 겹으로 드러난 형식적 사업시행자와 사업 수행의 전반을 책임지는 실질적 사업시행자가 서로 다른 특징을 가지고 있었다.

하나의 개발사업에 유원지와 관광단지 지정이 중복하여 이루어진 결과 본 개발사업의 목적과 내용이 무엇인지 불명확하게 되었고, 본 개발사업을 위한 수용재결의 적법성을 판단하는 과정에서도 많은 혼란이 초래되었다. 본 개발사업은 그 목적이나 사업 내용에 비추어 볼 때 유원지가 아닌 관광단지 조성사업에 더 가까운 것으로 보이며, 개발사업의 중복 지정이 가져오는 불명확성과 혼란을 고려하면 서로 목적과 내용이 다른 별도의 개발사업을 하나의 사업에 중복하여 지정하는 것은 원칙적으로 허용되서는 안 될 것이다.

또한 개발사업에서의 사업시행자는 수용 권한의 반대급부로서 공익을 위한 개발사업을 마지막까지 책임지고 개발하여야 하는 공법상 책임인 시행책임을 부담하는 바, 이를 고려하면

* 변호사, 법무법인(유) 지평

법률의 명시적 근거 없이 법률 상 정해진 형식적 사업시행자와 실제 사업 수행을 책임지는 실질적 사업시행자를 분리하는 행위는 허용될 수 없다. 본 개발사업은 최초 계획 수립 단계부터 법률 상 지정된 사업시행자가 개발사업 전 과정을 책임지고 수행할 의도나 능력이 없었던 것으로 보이는 바, 이와 같은 점을 도외시한 채 만연히 이루어진 사업시행자 지정 처분은 그 자체로 위법을 면하기 어렵다.

주제어 : 제주특별법, 신화역사공원, 개발사업의 중복지정, 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자

목 차

- I. 서론
- II. 제주신화공원 조성사업 개발사업의 현황 및 특징
- III. 개발사업 중복지정의 위법성
- IV. 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자 분리의 위법성
- V. 결론

I. 서론

개발사업 중 공공시설의 설치 등을 위한 공익사업은 그 공익성에 근거하여 토지소유자의 소유권을 수용의 형태로 박탈할 수 있는 권능을 부여받는다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’) 제4조는 수용권이 부여되는 공익사업의 범위로 국가 또는 지방자치단체 등이 수행하는 각종 기반시설 및 부속시설, 이주단지 등의 설치 및 조성에 관한 사업을 열거하면서, 제8호에서 ‘그 밖에 별표에 규정된 법률에 따라 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있는 사업’ 또한 공익사업의 범위에 포함시키고 있다. 그리고 토지보상법 별표에서는 위 조항에 근거하여 총 개발사업을 공익사업으로 정하고 있다.

그러나 토지보상법 별지에서 정하고 있는 개발사업은 그 목적 및 개발 주체, 개발방식 등이 다양하고, 그 규제 방식도 모두 제각각일 수밖에 없다. 그리고 이와 같이 복잡한 각 근거법률의 규정을 변용하여 공익사업의 탈을 쓴 민간사업이, 미약하거나 전무한 공익을 근거로 토지 수용권환을 행사하는 위헌적인 모습도 종종 나타나고는 한다. 이와 같은 공익사업

의 탈을 쓴 민간사업의 위헌적 수용권 행사를 막기 위해서는 수용권 행사 전후는 물론 그 사후적 평가 과정에서 개별 공익사업의 본질 및 절차에 대한 이해, 해당 사업의 공익성에 대한 정밀한 검토가 이루어져야 한다.

이와 같이 수용권이 부여되었던 다수의 개발사업 중에도, 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(이하 ‘제주특별법’)에 따라 2000년대 초반부터 추진되었던 다수의 개발사업은, 그 고유한 목적에도 불구하고 사업 초기부터 잠재하고 있던 위법성으로 인하여 좌초를 거듭한 실패한 사업의 예로 남아 있다. 아래에서는 제주특별법에 의하여 진행된 일련의 개발사업 중 제주신화역사공원 조성사업의 근거 법률 및 진행경과를 살펴보고, 그 과정에서 나타난 위법성을 파악하여 개발사업의 올바른 나아갈 길을 모색하여 보고자 한다.

II. 제주 신화역사공원 조성사업 개발사업의 현황 및 특징

1. 개발사업의 근거법률로서의 제주특별법

(1) 제주특별법의 제정목적 및 연혁

제주특별법은 2006. 2. 21. 제정되어 같은 해 6. 1.부터 시행되었다. 제주특별법은 종전의 일반적인 지방자치단체로서의 ‘제주도’를 특별자치제도 하에 ‘제주특별자치도’로 승격하여 고도의 자치권을 보장하고, 이에 따라 행정기구의 종류 및 정원, 자치경찰제도, 무비자 입국제도 등 다른 지방자치단체에는 허용되지 않는 특수한 지위를 보장하는 내용을 담고 있었다¹⁾. 이는 당시 정부가 시행하던 지방분권적 정책의 일환으로, 지역 여건 상 내국인 위주의 관광산업을 글로벌 고부가가치 서비스 산업으로 육성할 필요가 있던 제주도에 고도의 자치권이 부여되는 지방분권 정책을 시범적으로 시행하고, 이를 통하여 제주도 내 산업 개발 및 국제화를 달성하고자 하는 목적을 가지고 있었다²⁾.

다만 제주특별법 이전에도 제주도 지역에 한정된 개발법적 성격을 가진 특별법은 존재했다. 제주특별법의 전신은 1991. 12. 31. 제정된 구 제주도개발특별법으로, 해당 법률은 ‘제주도에 대한 국내외의 관광수요 증가에 따라 부족한 관광시설을 대폭 확충’ 하고 이에 따라 ‘지역경제의 활성화를 도모’ 하고자 하는 것을 제정 이유로 명시하고 있었다. 동 법률은 2002. 1. 26. 명칭이 구 제주국제자유도시특별법으로 바뀐 채 명맥을 이어오다가, 위 제주특

1) 권영호, “제주특별자치도 특별법의 개선과제”, 『토지공법연구』 제64집(2014. 2.), 3-4면

2) 민 기, “제주특별법의 법적성격과 제도개선방향”, 『한국지방자치학회 기획세미나』(2013), 1~2면

별법의 시행으로 통합·폐지되었다. 다만 제주특별법에서 규정하고 있는 개발사업에 대한 도지사의 시행승인 및 인허가 의제 제도 등 개발사업법적 성격을 가진 특례 조항은 (비록 인허가 의제의 범위 등에 있어 변경이 있었으나) 구 제주도개발특별법 제정 시기부터 도입되어 존속하던 것이다.

(2) 개발사업법으로서 제주특별법의 성격 및 특징

1) 개발사업에 관한 세부 규정의 부재

제주특별법은 제147조에서 개발사업을 시행하려는 자가 도지사의 시행승인을 받아 개발사업을 시행할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 다만 동 법에서는 해당 법률에 따라 시행되는 개발사업이 어떠한 성격과 특징을 가지고 있는지 확인할 수 있는 세부 규정을 두고 있지는 않다. 단지 제주특별법 제140조 제1항에서 도지사의 국제자유도시의 개발에 관한 종합계획의 수립에 관한 내용을 다루면서, 동항 제17호에서 ‘종합계획에 따라 시행되는 개발사업’을 개발사업으로 한다는 언급을 하고 있을 뿐이다. 한편으로 동 법에서 개발사업의 절차나 인허가 등에 관하여 다루고 있는 규정은 20여개 조항에 불과하고, 그나마도 이 중 상당수는 조세 및 부담금 감면, 자금지원 및 토지특별회계 설치 등 개발사업의 구체적인 시행방식과는 무관한 조항에 불과하다.

2) 인허가의 의제

제주특별법은 개발사업의 시행승인 고시가 있는 경우 관계 법률에 따른 허가 등의 고시 및 공고가 있는 것으로 본다³⁾고 하여 의제 조항을 두고 있다. 그리고 이에 따라 의제되는 제주특별법 상 개발사업의 시행승인을 받은 경우 관광진흥법에 따른 관광지 및 관광단지의 지정, 농어촌정비법에 따른 농어촌 관광휴양단지의 개발 사업계획의 승인, 도시개발법에 따른 조합의 설립인가 및 실시계획의 인가, 도시 및 주거환경법에 따른 사업시행계획인가, 산업입지 및 개발에 관한 법률에 따른 농공단지의 지정, 택지개발촉진법에 따른 택지개발사업 실시계획의 승인 등이 의제될 수 있도록 규정되어 있다³⁾.

3) 제148조 (인·허가 등의 의제)

① 개발사업을 시행하려는 자가 제147조에 따른 개발사업의 시행승인을 받거나 의견을 들은 경우에는 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고 등(이하 “허가등”이라 한다)을 받은 것으로 보며, 제147조제13항에 따른 개발사업의 시행승인 고시가 있으면 관계 법률에 따른 허가등의 고시·공고 등이 있는 것으로 본다.

(중략)

6. 「관광진흥법」 제15조에 따른 사업계획승인, 같은 법 제52조에 따른 관광지 및 관광단지의 지정 및 같은 법 제54조에 따른 조성계획의 승인

3) 개발사업 근거 법률로서의 제주특별법의 한계

위와 같이 제주특별법 내 개발사업의 시행에 관한 세부 규정이 부재하다는 점, 제주특별법 상 개발사업의 시행승인이 이루어지면 다른 법령의 개발사업에 대한 실시계획 인가가 이루어진 것으로 규정한 인허가 의제규정 등을 고려하면, 제주특별법의 목적은 단지 제주도라는 지역적 공간 내에서 시행되는 여러 개발사업을 묶어서 이를 제주특별법 하의 개발사업으로 정의하고, 이에 지역적 특징을 반영한 일부 인허가 및 특례 규정을 두는 것에 한정된다고 볼 여지가 커 보인다.

그러므로 제주특별법은 해당 법률에 근거하여 개발사업의 시행승인을 받은 개별 개발사업에 대해서도 실질적인 사업시행의 방식을 정하는 근거법률로 기능한다고 보기는 어렵다. 결국 개별 개발사업의 본질적인 성격과 특성, 실질적인 사업시행 방식 등을 파악하기 위해서는 제주특별법 제148조에 따라 의제되는 각 개별 개발사업법의 내용에 의지하여야 할 것으로 보인다.

2. 제주 신화역사공원 조성사업 개발사업의 현황 및 특징

(1) 개발사업의 개요 및 주요 연혁

제주 신화역사공원 조성사업 개발사업(이하 ‘본 개발사업’)은 제주특별자치도 서귀포시 안덕면 서광리 산35-7번지 일원의 3,985,601.4m²의 면적을 대상으로 숙박시설 및 상업시설, 테마파크 등을 건설하는 것을 목적으로 하는 사업이다. 본 개발사업은 제주국제자유도시개발센터(이하 ‘JDC’)가 사업시행자로, 사업시행기간은 2006. 12. 26.부터 2021. 12. 31.으로 총 사업비는 3조 1,645억 원이다⁴⁾.

7. 「국유재산법」 제30조에 따른 행정재산의 사용허가
 8. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 따른 도시·군관리계획(대통령령으로 정하는 도시·군계획시설, 같은 법 제51조제3항에 따른 지구단위계획구역 및 지구단위계획에 관한 도시·군관리계획으로 한정한다)의 결정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위의 허가, 같은 법 제86조에 따른 도시·군계획시설사업의 시행자의 지정 및 같은 법 제88조에 따른 실시계획의 인가. 이 경우 관광개발사업에 대해서는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 따른 도시·군관리계획(같은 법 제51조에 따른 지구단위계획구역 및 지구단위계획에 관한 도시·군관리계획에 한정한다)의 결정, 같은 법 제32조제2항에 따른 지형도면의 승인, 같은 법 제36조에 따른 용도지역 중 도시지역이 아닌 지역의 계획관리지역 지정 및 같은 법 제37조에 따른 용도지구 중 개발진흥지구의 지정이 추가적으로 된 것으로 본다. (후략)

4) 2021. 1. 27.자 개발사업 시행승인(변경) 고시(제주특별자치도 고시 제2021-17호) 기준. 다만 본 개발사업의 사업시행기간 및 사업비는 변경을 거듭하여 왔는데, 2006년 최초 개발사업 시행승인 당시 예상 사업 완료 시점은 2010년, 예상 사업비는 1조 9,195억 원이었다.

본 개발사업 부지는 최초 개발사업 시행계획 승인 당시에는 A, H, J지구로 구분되어 있었고, 이 중 A지구는 미국, H지구는 홍콩의 해외 투자자가 개발을 맡고, J지구는 JDC가 직접 개발하도록 예정되어 있었다⁵⁾. 다만 이후 사업면적이 조정되고 R지구가 분리되는 등 수차례의 사업계획 변경을 겪은 끝에, 결국 현재에는 민간사업자인 람정제주개발이 A, H, R지구를, JDC가 J지구를 개발하고 있다.

일시	내용
2003. 1.	제주국제자유도시 제1차 종합개발계획 수립 · 7대 선도프로젝트로 생태·신화역사공원 조성사업 포함
2003. 8.	한국농촌경제연구원 타당성 평가 연구용역 수행 · 신화역사공원과 생태공원을 분리하여 단계별로 추진하는 방안 제시
2005. 1. 10	JDC를 사업시행예정자로 지정
2006. 11. 15	홍콩 GIL사와 H지구 개발 관련 투자합의각서(MOA) 체결
2006. 12. 26	개발사업 시행승인 (제주특별자치도 고시 제2006-61호) · JDC를 사업시행자로 지정 / 전체 지구를 A,H,J지구로 구분
2007. 4.	부지조성공사 착공
2008. 1. 18	협의매수 불가 토지에 대한 제주특별자치도 지방토지수용위원회 수용재결
2008. 8. 19	말레이시아 버자야 그룹과 H지구 개발 관련 투자합의각서(MOA) 체결
2009. 5. 6	개발사업 시행변경승인 (제주특별자치도 고시 제2009-158호) · 사업부지 면적 41,588m ² 감소
2012. 3.	부지조성 공사완료
2012. 12. 28	개발사업 시행변경승인 (제주특별자치도 고시 제2012-162호) · 사업부지 면적 7,355.6m ² 감소, A지구에서 R지구를 분할
2013. 8.	홍콩 란딩인터내셔널과 A,R,H지구 개발 관련 투자합의각서(MOA) 체결
2013. 9. 30	홍콩 란딩인터내셔널과 A,R,H지구 개발 관련 사업협약 체결
2013. 10. 25	A,R,H지구 토지에 관하여 홍콩 란딩인터내셔널과 환매조건부 매매계약 체결
2015. 5. 22	매도 토지의 소유권이전등기 경로
2014. 5. 26	개발사업 시행변경승인 (제주특별자치도 고시 제2014-84호) · 각 지구별 면적 조정, 사업기간 연장
2015. 2. 12	A,R,H지구 1단계 개발 공사 착공
2016. 5. 16	매도 토지의 환매권 말소등기 경로
2018. 3. 22	제주신화월드 공식 개장
2021. 1. 27	개발사업 시행변경승인 (제주특별자치도 고시 제2021-17호) ⁶⁾
2021. 12. 22	개발사업 시행변경승인 (제주특별자치도 고시 제2021-286호) · 사업 시행기간을 2024. 12. 30.까지 3년 연장

(2) 개발사업 현황

현재 전체 사업부지 중 민간사업자인 람정제주개발⁷⁾이 개발하는 A, R, H지구의 약 65%

5) 뉴시스, “국내 최대 테마파크 제주신화역사공원 21일 착공”, 2007. 12. 20.자
 6) 본 개발사업의 경우 기재된 이외에도 다수의 개발사업 시행계획 변경승인 처분이 이루어졌으나, 본 논문에서는 그 중 주요 변경이 이루어진 처분만을 기재한다.
 7) 해외투자자인 홍콩 란딩인터내셔널의 자회사인 한국법인이다

(공정률 기준)가 완공되었으며, 해당 부지에 제주신화테마파크, 제주신화월드호텔앤리조트 등 테마파크와 호텔, 리조트가 준공 후 정상 운영 중이다. 한편 JDC가 개발하는 J지구는 수 차례 계획변경을 거쳤으나, 박물관 및 호텔 등 일부 시설만이 준공되어 운영 중일 뿐 주된 사업인 테마파크와 부속시설은 아직 착공조차 하지 못한 상태이다.

지난 2021년 말 JDC가 사업비 증가 등의 사유로 사업기간을 2028. 12. 31.까지 7년 연장하는 내용의 개발사업 시행계획 변경을 제주특별자치도에 신청한 것으로 보이나⁸⁾, 심의 결과 사업기간은 2024. 12. 30.까지로 일단 3년 연장된 것으로 보인다.

(3) 개발사업의 주요 특징

1) 개발사업 근거법령의 중복

본 개발사업은 제주특별법에 따른 도지사의 개발사업 시행승인을 받았으나, 동 법의 인허가 의제 조항에 따라 관광진흥법에 근거한 관광단지의 지정 및 조성계획 승인, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’)에 따른 도시계획시설(유원지) 결정 및 시행자 지정, 실시계획 인가가 의제되었고, 이에 따라 도시관리계획(유원지) 지형도면 승인, 관광단지 지형도면 등의 작성고시 등 후속 절차도 중복되어 진행되었다.

그러므로 본 개발사업은 제주특별법에 따른 개발사업 부지이면서 동시에 관광진흥법에 따른 관광단지, 국토계획법에 따른 도시계획시설 중 유원지의 성격을 가진다. 그러나 이와 같이 중복되는 근거 법령 및 개발사업 종류 중 어느 것이 우선하는지 여부는 근거 법령 등에 별도로 정해진 바 없다.

2) 외국 투자자본의 유치를 전제로 한 사업방식

본 개발사업의 사업시행자는 JDC이나, 본 개발사업은 애초 계획 수립 시부터 사업시행자인 JDC의 순수 자본이나 능력이 아닌 외국 투자자본의 유치를 전제로 하고 있었다⁹⁾. JDC는 본 개발사업의 사업시행예정자 선정 전후로 개발사업에 대한 해외자본의 투자유치를 지속적으로 시도하였고, 도지사의 정식 개발사업 시행승인이 있기 전에 이미 해외투자자와 사업

8) 뉴제주일보, “신화역사공원 완성할 수 있을까, 제주 유원지 사업 연장 최대 7년까지”, 2021. 8. 5.자; JIBS, “제주, 도내 대규모 개발사업 시행자 사업기간 7년 연장 요청”, 2021. 9. 15.자

9) 동아일보, “제주 국제자유도시 해외 자본유치 활기”, 2003. 7. 18.자; 경향신문, “제주 신화역사공원 美 투자유치 추진”, 2005. 6. 16.자,

개발에 관한 투자합의각서를 체결하였다.

이처럼 개발사업의 주된 동력이 외국자본의 투자유치에 의존하고 있었기 때문에, 본 개발사업은 해외투자자의 투자회사 및 역량, 제반사정에 따라 부침을 거듭하여야 했다. 실제로 본 개발사업의 시행승인은 2006. 12.에 이루어졌으나, 본 개발사업의 해외투자자가 홍콩 GIL사에서 말레이시아 버자야 그룹으로, 다시 홍콩의 란딩인터내셔널 그룹으로 2차례 변경된 끝에 2015. 2.에 이르러서야 일부 사업부지에 대하여 공사가 시작될 수 있었다.

3) 사업시행자의 형식과 실질의 괴리

이와 같이 초기 사업 단계에서부터 외국 투자자본의 유치가 전제되고 이에 따라 사업시행 과정에서 전체 사업부지의 58%에 해당하는 면적의 소유권이 민간사업자에게 이전되었음에도 불구하고, 사업시행 초기부터 현재까지 본 개발사업의 법률상 사업시행자는 JDC로 유지되었다. 즉, 제주특별자치도지사가 발급하는 각 개발사업 시행승인 및 변경승인의 상대방은 여전히 JDC였고, 개발사업을 실질적으로 시행하는 민간사업자는 이와 같은 처분의 어디에도 나타나지 않았다. 단지 일부 사업부지의 소유권이 민간사업자에게 이전된 직후 이루어진 2014. 5. 26.자 개발사업 시행변경승인 고시의 ‘붙임1 관광단지 조성계획’ 중 관리계획 부분에서, 별도 사업시행 주체의 존재를 전제로 하는 내용이 일부 포함되어 있었을 뿐이다¹⁰⁾.

III. 개발사업 중복지정의 위법성

1. 토지이용계획과 개발사업 관리지침의 충돌

(1) 본 개발사업의 개발 현황

1) 휴양시설 및 숙박시설 위주의 개발사업

본 개발사업은 국토계획법 상 도시계획시설 중 유원지 혹은 관광진흥법 상 관광단지의 개발을 목적으로 하는 사업인바, 일반적인 개발사업과 달리 휴양시설(테마파크, 연수원, 박물관) 및 숙박시설(호텔, 리조트, 콘도미니엄)이 주된 비중을 차지하고 있다. 또한 전체 사업부지 중 녹지의 비율이 절반에 가까울만큼(전체 부지 면적의 49.15%) 높은데 반하여, 상업시설

10) “관광단지에 대한 관리는 제주국제자유도시개발센터가 총괄 관리하고, 개별사업에 대해서는 계획 대상지의 효율적 관리를 위해 각각의 개별시설 사업시행 주체(A, R, H지구 합작법인, J지구 개발센터)가 관리함” (제주특별자치도고시 제2014-84호 제15면)

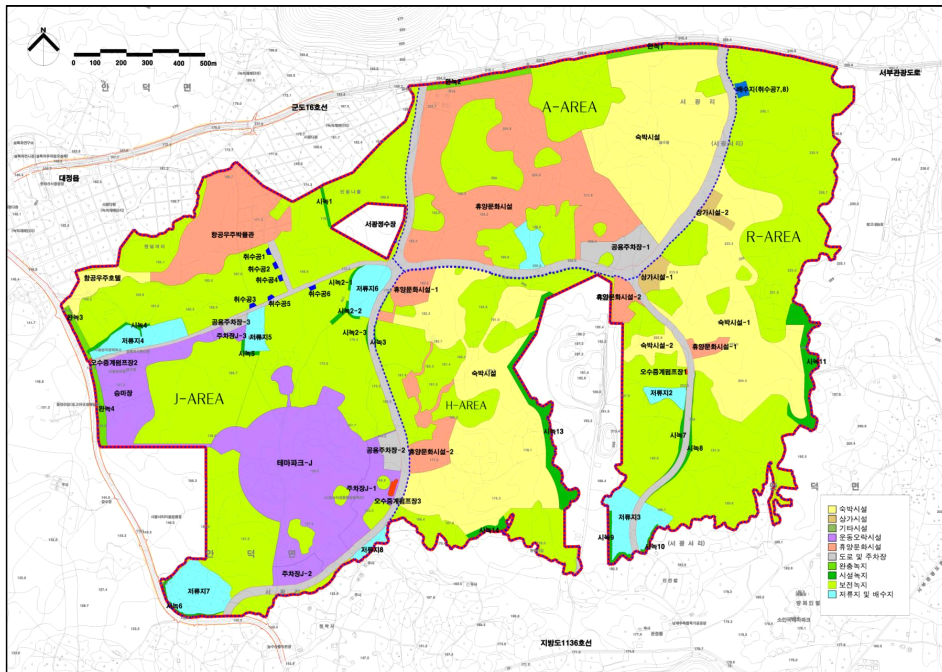
이 차지하는 비중이 매우 낮은 것(전체 부지 면적의 0.44%)도 특기할만한 점이다.

2) 지구별 부지면적 및 주요시설

구분	부지면적(m ²)	구성비(%)	주요 시설 내용
A지구	895,984.8	22.5%	- 세계 신화를 주제로 한 월드테마파크 및 숙박시설 등 복합리조트
R지구	1,025,715.4	25.7%	- 동양의 대표적 도시의 역사, 문화를 테마로 한 테마스트리트 및 휴양리조트
H지구	597,928.3	15.0%	- 식음문화 테마관 및 유로피안 스타일의 테마스트리트 및 휴양리조트
J지구	1,465,972.9	36.8%	- 신화적 요소와 역사적 요소가 결합된 주제공원 - 항공우주박물관, 숙박시설 등
합계	3,985,601.4	100.0%	

본 개발사업 부지는 A, R, H, J지구의 4개 지구로 나누어져 있다. 최초 지구 지정 및 개발 사업 시행계획 승인 당시에는 각 지구별로 별도의 해외 투자자를 유치하여 서로 다른 테마의 테마파크 및 부대시설을 건설한다는 계획이었으나, 현재에는 J지구를 제외한 나머지 지구가 모두 하나의 민간사업자에 의하여 개발되고 있어 지구별로 서로 구분되는 특색이 뚜렷이 나타나지 않는 형편이다.

[표1] : 본 개발사업의 토지이용계획도



[표2 : 본 개발사업의 조성계획 총괄표]

세부시설명	지구별	부지면적(m ²)	구성비(%)	비 고
운동시설	A지구	0.0	0.00	
	R지구	0.0	0.00	
	H지구	0.0	0.00	
	J지구	347,990.8	8.73	테마파크 및 승마장
	소계	347,990.8	8.73	
휴양시설	A지구	279,753.7	7.02	제주신화테마파크 (운영중)
	R지구	19,834.8	0.50	연수원 등 (일부 운영중 - 7,218.1m ²)
	H지구	54,891.6	1.38	연수원 등 (일부 운영중 - 34,392.3m ²)
	J지구	111,840.4	2.81	제주항공우주박물관 (운영중)
	소계	466,320.5	11.70	
숙박시설	A지구	249,432.9	6.26	제주신화월드호텔앤리조트 (운영중)
	R지구	248,641.5	6.24	제주신화빌라스 (운영중)
	H지구	288,086.8	7.23	휴양콘도미니엄
	J지구	21,309.8	0.53	제주항공우주호텔 (운영중)
	소계	807,471.0	20.26	
상가시설	A지구	0.0	0.00	
	R지구	17,553.2	0.44	체크인센터 등(일부 운영중) 신세계아울렛 개점 예정
	H지구	0.0	0.00	
	J지구	0.0	0.00	
	소계	17,553.2	0.44	
공공편익시설	A지구	121,485.2	3.05	도로, 공용주차장, 저류지 (공사완료)
	R지구	73,292.6	1.84	도로, 저류지, 배수지, 오수중계펌프장 (공사완료)
	H지구	1,331.2	0.03	도로
	J지구	191,056.4	4.79	도로, 주차장, 저류지, 오수중계펌프장, 취수공
	소계	387,165.4	9.71	
녹지시설	A지구	245,313.0	6.15	완충녹지 및 보전녹지
	R지구	666,393.3	16.72	시설녹지 및 보전녹지
	H지구	253,618.7	6.36	시설녹지 및 보전녹지
	J지구	793,775.5	19.92	시설녹지 및 보전녹지
	소계	1,959,100.5	49.15	
합 계		3,985,601.4	100.00	

(2) 도시계획시설규칙 상 설치기준과의 부합 문제

1) 개발사업 업무 처리지침으로서의 도시계획시설규칙

제주특별법 상 개발사업, 관광진흥법 상 관광단지 조성사업의 업무 처리지침 또는 설치기준에 관한 행정규칙은 존재하지 않는 것으로 확인된다. 다만 국토계획법 상 도시계획관리시설의 경우 도시·군계획시설의 결정 및 구조, 설치기준에 관한 규칙(이하 ‘도시계획시설규칙’)에서 각 도시계획시설의 결정, 구조 및 설치의 기준을 정하고 있는바, 본 개발사업은

도시계획시설 중 유원지 설치 사업에 해당하기도 하므로, 본 개발사업의 토지이용계획이 도시계획시설규칙에서 정하는 유원지의 구조 및 설치기준에 부합하는지 여부가 문제될 소지가 있었다.

2) 유원지의 개념 징표로서의 도시계획시설규칙 설치기준

도시계획시설규칙은 제58조 제1항에서 유원지의 구조 및 설치기준을 정하고 있다¹¹⁾. 조항은 유원지의 시설 종류 등에 대한 다소 추상적인 기준을 제시하고 있어 세부 기준으로 기능하기는 어려워 보이나, 다만 법원은 본 설치기준의 일부 조항을 도시계획시설로서의 유원지의 본질 및 유원지가 추구하는 공익을 파악하는 개념징표로 사용하고 있어 주목할 필요가 있다.

이와 같은 법원의 태도가 최초로 확인된 것은, 본 개발사업과 동일하게 JDC가 사업시행자였던 국토계획법 상 도시계획시설사업이자 제주특별법 상 개발사업인 ‘예래휴양형주거단지 조성사업’에 관한 일련의 판례에서이다. 해당 사안에서 법원은 도시계획시설규칙 제58조 제1항 제1호 및 제2호의 규정을 근거로 도시계획시설로서의 유원지의 본질을 ‘인근 주민을 포함하는 일반 공중의 자유로운 접근성과 이용가능성을 바탕으로 주민의 복지향상에 기여하는 시설’로 파악하고 있으며, 유원지는 기반시설의 일종으로서 다수의 일반 공중의 자유로운 접근 및 이용을 통한 편익의 증가라는 공익에 기여하여야 하는 시설이므로, 투숙객 또는 일부 이용객의 배타적 이용을 전제로 하는 시설은 유원지의 본질에 부합하지 않는다는 취지로 실시하고 있다¹²⁾.

11) 제58호(유원지의 구조 및 설치기준)

① 유원지의 구조 및 설치기준은 다음 각 호와 같다.

1. 각 계층의 이용자의 요구에 응할 수 있도록 다양한 시설을 설치할 것
2. 연령과 성별의 구분없이 이용할 수 있는 시설을 포함할 것
3. 휴양을 목적으로 하는 유원지를 제외하고는 토지이용의 효율화를 기할 수 있도록 일정지역에 시설을 집중시키고, 세부시설 간 유기적 연관성이 있는 경우에는 둘 이상의 세부시설을 하나의 부지에 함께 설치하는 것을 고려할 것
4. 유원지에는 보행자 위주로 도로를 설치하고 차로를 설치하는 경우에도 보행자의 안전과 편의를 저해하지 아니하도록 할 것
5. 특색있고 건전한 휴식공간이 될 수 있도록 세부시설을 설치할 것
6. 유원지의 목적 및 지역별 특성을 고려하여 세부시설 조성계획에서 휴양시설, 편익시설 및 관리시설의 종류를 정할 것
7. 하천, 계곡 및 산지에 유원지를 설치하는 경우 재해위험성을 충분히 고려하고, 야영장 및 숙박시설은 반드시 재해로부터 안전한 곳에 설치할 것
8. 유원지의 주차장 표면을 포장하는 경우에는 잔디블록 등 투수성 재료를 사용하고, 배수로의 표면은 빗물받이 폭 이상의 생태형으로 설치하는 것을 고려할 것

12) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2011두3746 판결 등. 해당 사안에서 법원은 위 본문에서 언급한 바와 같은 이유로 사업시행자가 설치하고자 하는 시설이 도시계획시설규칙 상 유원지 설치기준에 부합하지 않는다고 실시한 후, 이와 같이 유원지 설치기준에 부합하지 않는 시설을 설치하도록 하는 도시계획시설사업 실시계획을 인가한 행정청의 처분 상의 하자가 중대·명백하여 당연 무효라고 판단하

3) 본 개발사업 상의 관련 쟁점 - 토지이용계획과 유원지 설치기준의 부합 문제

본 개발사업의 경우 주된 시설 중 하나인 숙박시설의 상당 부분이 유료 분양형 숙박시설인 콘도미니엄으로 운영될 계획이며, 그 외 휴양시설 및 운동시설 또한 상당한 금액의 입장료를 지불하는 테마파크, 승마장 등으로 계획되어 있거나 운영 중이다. 그러므로 ‘예래휴양형주거단지 조성사업’에서 나타난 법원의 기준에 따르면, 본 개발사업 상 토지이용계획에 따라 설치되는 각종 시설 또한 도시계획시설인 ‘유원지’의 본질에 위반되는 것이 아닌지 여부에 대하여도 의문이 제기될 소지가 있었다.

실제로 위와 같은 쟁점은 본 개발사업의 수용대상자들이 수용재결의 위법 여부를 다투면서 제기한 일련의 수용재결 취소소송에서도 다뤄진 바 있다.

다만 ‘예래휴양형주거단지 조성사업’에 대한 판단과 달리 법원은 관련 판결에서 본 개발사업의 시행계획을 인가한 행정청의 처분이 유효하다고 판단하였다. 관련 판결에서 법원은 국토계획법 상 유원지는 ‘제주도민 대다수가 쉽게 접근가능하고 이용할 수 있는 시설이어야 한다’고 하여 유원지의 본질을 파악하는 개념표지로 ‘일반 공중의 자유로운 접근가능성과 이용가능성’을 언급한 기존 법원의 입장을 답습하면서도, 본 개발사업이 국토계획법 상 유원지 설치사업임과 동시에 관광진흥법에 의한 관광단지 조성사업임을 이유로 본 개발사업에서는 유원지의 본질을 훼손하지 않는 범위 내에서는 관광진흥법 상 관광단지에 해당하는 시설을 설치할 수 있다는 취지로 판시하였다. 이에 따라 법원은 결론적으로, 본 개발사업에 관한 시행계획에서 설치를 예정하는 각종 시설은 유원지 설치기준에 부합하거나 그렇지 않더라도 각종 유료 시설의 설치로 유원지의 본질을 훼손하는 정도에는 이르지 않았다고 판단하였다¹³⁾.

4) 유원지의 ‘공익’ 과 관광단지의 ‘공익’

도시계획시설규칙 제56조는 유원지를 ‘주로 주민의 복지향상에 기여하기 위하여 설치하는 오락과 휴양을 위한 시설’로 정의하고 있는바, 이에 따르면 유원지는 다수 공중의 직접적인 이용을 통하여 공익을 달성하는 시설로 해석된다. 한편 관광진흥법은 제1조에서 ‘관광 여건을 조성하고 관광자원을 개발하며 관광사업을 육성하여 관광 진흥에 이바지하는 것’을 법률의 목적으로 명시하고 있는바 관광진흥법에 근거하여 개발 및 설치되는 ‘관광

였다.
 13) 제주지방법원 2017. 2. 17. 선고 2016구합5109 판결. 본 쟁점에 관한 1심 판결의 판단은 항소심 및 상고심에서 특별한 변경 없이 유지되었다.

단지'는 다수 관광객의 유치를 통한 관광사업의 육성 및 진흥을 주된 공익으로 하는 시설로 해석된다. 이러한 점을 보더라도 국토계획법 상 유원지의 공익과 관광진흥법 상 관광지의 공익은 서로 구분된다.

그리고 이와 같이 각 개발사업 결과를 통하여 달성하고자 하는 공익이 서로 준별된다는 전제 하에서 보면, 서로 구분되는 공익을 하나의 개발사업을 통하여 달성하고자 하는 시도가 애초부터 적법한 것인지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 본 개발사업에 따른 시설은 '유원지'인가 혹은 '관광단지'인가? 토지의 수용 단계에서 공익성에 대한 판단을 함에 있어서는 어느 시설의 공익을 기준으로 하여야 하는가? 다수의 공중이 자유롭게 접근, 이용 가능한 공공시설로서의 공원이 공공에 가져오는 편익과 비교하여 보면 '관광객의 유치를 통한 지역경제의 활성화'라는 공익은 쉽게 체감하기 어렵고, 이에 따라 관광단지는 그 성격 상 유원지보다 일반적으로 공공필요가 떨어지는 공공시설에 해당할 가능성이 높다. 게다가 만약 '관광단지'의 사업시행자 및 중국적인 운영 주체가 민간사업자 등 사적 주체일 경우 관광단지의 직접적인 운영 수익은 오로지 사적 영역으로 귀속될 것인바, 이러한 경우 관광단지의 공익이나 공공필요는 다른 개발사업의 결과물과 비교하여 볼 때 상대적으로 매우 미약하다고 해석될 여지가 더욱 커진다¹⁴⁾.

법원은 유료시설의 비율, 고용 창출 등을 통한 개발이익의 환원 등 다양한 요소를 근거로 공익의 훼손을 부정하고 있으나, 이는 애초 본 개발사업을 통하여 달성하고자 하는 공익이 무엇이었는지에 대한 판단을 흐리게 하는 결과를 낳을 뿐이다. 다른 제주특별법에 따른 개발사업과 마찬가지로, 본 개발사업은 애초부터 외국자본을 유치하여 관광자원을 개발하고 이를 통하여 제주특별자치도의 지역발전을 이루는 것을 주된 목적으로 하는 개발사업으로, 이와 같은 개발사업의 목적은 유원지의 공익과는 무관하고 관광단지의 공익에 보다 가까운 것이 명백하여 보인다. 그러므로 본 개발사업을 관광단지 조성사업으로 지정하는 데에 그치지 않고, 도시계획시설의 일종인 유원지 조성사업으로도 중복 지정한 것은 유원지의 본질을 이해하지 않은 채 만연히 이루어진 잘못된 처분이라 할 수 있다.

본 개발사업 뿐 아니라 제주특별법에 근거한 다수의 개발사업이 실무 상 필요에 따라 만연히 유원지와 관광단지를 중복하여 지정한 것으로 보인다. 그러나 서로 다른 종류의 개발사업을 아무런 규제 없이 중복하여 지정할 수 있도록 허용하는 법령과 이를 만연히 이용하는 실무는 불필요한 혼란을 가져오는 것으로 지양됨이 마땅하다.

14) 도시계획시설의 공공성 및 그 설치를 위한 수용의 정당성을 판단하기 위해서는 단순히 설치과정 뿐 아니라 설치된 이후의 기능과 소유관계를 포괄하여 보아야 한다는 취지로 김종보, "도시계획시설의 공공성과 수용권", 『행정법연구』 제30호(2011. 8), 279면 및 289면

Ⅵ. 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자 분리의 위법성

1. 사업시행자의 의의 및 시행책임

(1) 개발사업에서의 사업시행자의 의의

사업시행자란 개발사업의 전과정에서 자신의 이름으로 사업을 진행하고 모든 권한과 책임이 귀속되는 주체이자, 개발이익과 손실이 종국적으로 귀속되는 주체를 말한다. 형식적 사업시행자는 법률에 의하여 사업시행자의 지위가 부여된 자를 의미하나, 실질적 사업시행자는 사업의 기획, 토지소유권 확보 등 개발사업의 진행, 자금의 조달 등 개발사업의 시행행위를 자신의 책임하에 주도적으로 진행하는 자를 의미한다¹⁵⁾. 공용수용을 수반하는 개발사업은 원칙적으로 행정청이 사업시행자가 되어야 하고, 다만 예외적으로 일정한 제약 조건과 한계 하에서 행정청의 사업시행자 지정을 받아 사인이 사업시행자로 기능할 수 있을 뿐이다.

(2) 사업시행자의 시행책임

개발사업은 그 공공성에 근거하여 사업시행자에게 수용권이라는 막강한 권한을 부여하고 있으므로, 그 반대급부로 사업시행자에게 개발사업을 마지막까지 성공적으로 완료하도록 할 시행책임을 부여한다¹⁶⁾. 이와 같은 사업시행자의 책임은 공법적 책임으로서, 설령 법률에 따라 사업시행의 일부를 제3자에게 위탁하거나 대행할 수 있다고 하더라도 소멸되거나 이전되지 않고 사업시행자에게 지도·감독 책임 등의 형태로 여전히 존속한다고 보아야 한다.

(3) 산업입지법 상 사업대행제도

참고로 산업입지 및 개발에 관한 법률(이하 ‘산업입지법’)은 제16조 제3항에서는 대행개발사업자가 사업시행자를 대신하여 사업의 시행업무를 수행하도록 하는 사업대행 제도를 규정하고 있다¹⁷⁾. 동법 및 동법 시행령에 따르면, 사업시행자는 개발사업의 시행 중 실시

15) 김중보, 『건설법의 이해』 (제6판), 도서출판 피데스, 2018, 427-429면

16) 김중보, “용산국제업무지구사업 실패의 원인과 법적 책임”, 『행정법연구』 제40호(2014. 11.), 143면

17) 제16조(산업단지개발사업의 시행자)

③ 제1항에 따른 사업시행자는 산업단지개발사업을 효율적으로 시행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 산업단지개발사업의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 대행하게 할 수 있다.

계, 용지조성 및 주요 기반시설공사, 건축공사에 한하여 전체 시행면적의 2분의 1을 초과하지 않는 범위 내에서 경쟁입찰의 방식¹⁸⁾으로 산업입지지정권자의 승인을 받아¹⁹⁾ 사업을 대행할 자를 지정할 수 있다. 그리고 산업입지지정권자의 승인을 얻은 이후에는 사업시행자는 대행개발사업자와 개발사업의 대행계약을 체결하고, 대행개발사업자가 성실하게 사업을 시행하도록 지도, 감독할 의무를 부담한다²⁰⁾.

다만 대행개발사업자는 대행계약에 근거하여 사업시행자의 관리 감독 하에 사업시행자를 대신하여 관련 업무를 수행하는 것에 불과하다고 볼 여지도 있으므로, 이와 같은 사업대행 제도가 법률 상 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 합법적 분리를 명시적으로 허용한 예로 볼 수 있을지는 의문의 여지가 있어 보인다.

2. 본 개발사업 상 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 분리

(1) 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 괴리

위와 같은 사업시행자의 정의에 비추어 보면, 본 개발사업의 경우 형식적 사업시행자는 JDC이나, 토지의 소유권이 민간사업자에게 양도된 A, H, R지구의 경우 실질적 사업시행자는 민간사업자인 램정제주개발이라 볼 수 있다. 실제로 초기 토지 수용을 제외한 해당 지구의 개발사업은 오로지 민간사업자인 램정제주개발의 자금 조달 등 책임 하에 이루어졌으며, 그로 인하여 건설이 완료된 각종 시설 또한 램정제주개발이 소유·운영하며 수익을 가져가고 있다.

그런데 본 개발사업에서 가장 기이한 부분은, 실질적 사업시행자인 램정제주개발이 법률상 정해진 절차에 따라 본 개발사업의 사업시행자로 정식 지정된 사실이 없으며, 나아가 공법적으로 램정제주개발이 본 개발사업의 시행을 할 수 있는 뚜렷한 법적 근거가 모호하다는 데에 있다. 본 개발사업의 법률상 사업시행자는 최초 계획 단계에서부터 현재까지 일관되게 JDC였으며, 행정청의 모든 인허가 또한 JDC를 상대로 이루어졌을 뿐 램정제주개발은 행정청과의 관계에서 어떠한 역할을 하거나 지위를 부여받은 사실이 없다. 나아가 본 개발사업

(이후 생략)

18) 다만 조성될 산업시설용지를 직접 사용하려는 자를 사업대행자로 지정하는 경우에는 전체 시행면적의 2분의 1을 초과하여 경쟁입찰 없이 지정할 수 있다(산업입지법 시행령 제20조 제5항).

19) 다만 사업시행자가 국가 및 지방자치단체, 공공기관, 지방공사인 경우에는 지정권자의 승인이 필요하지 않다.

20) 산업입지법 시행령 제20조의3 제2항

의 근거법령이라 할 수 있는 제주개발법, 국토계획법 및 관광진흥법에서는 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 분리가 가능하도록 해석할 수 있는 규정을 두고 있지 않으며, 혹은 최소한 사업대행을 허용하는 것으로 해석할 수 있는 산업입지법과 유사한 근거규정 또한 찾아보기 어렵다.

(2) 법원의 판단

본 개발사업에 관한 수용재결 취소소송에서 위와 같은 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 분리 사실 또한 본 개발사업 상 개발사업 시행계획 인가처분의 무효를 주장하는 원고 측 주장의 주요 근거 중 하나로 제시되었는바, 명확한 법적 근거를 찾아보기 어려운 본 개발사업의 개발 방식의 적법성에 대한 의문이 제기된 것은 어찌 보면 당연하다고 할 수 있다.

참고로 이와 같은 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자 분리의 적법성에 대한 판단에 앞서, 법원은 본 개발사업과 유사하게 도시계획시설인 유원지 조성사업의 사업시행자로 지정된 민간사업자가 사업시행 도중 주요 시설의 부지를 제3자에게 매각하고 제3자로 하여금 시설을 설치하도록 하는 내용의 실시계획변경인가를 행정청에 신청하여 인가를 받은 사안에서, 국토계획법의 제반 규정 및 민간 사업시행자의 지정 요건 등에 비추어 볼 때 사업시행자는 도시계획시설사업의 주체로서 공사가 완료될 때까지 사업을 시행하여야 하고, 시설사업의 공사를 완료하기 전에 주요 사업부지를 제3자에게 매각하여 그로 하여금 시설을 설치하도록 하는 내용의 실시계획을 인가한 행정청의 처분은 하자가 중대하다고 판단한 바 있다²¹⁾.

그런데 본 개발사업의 유사 사안에 관한 판단에서 법원은, 전술한 대법원의 논리를 따라 ‘사업시행자가 사업부지의 일부를 제3자에게 매각한 행위’를 승인한 각 개발사업 시행계획 변경승인 처분에 국토계획법의 주요 부분을 위반한 중대한 하자가 있다고 볼 여지가 있다고 하면서도, 본 개발사업의 또 다른 근거법령인 관광진흥법에서 사업시행자에게 조성된 토지 및 개발된 관광시설, 지원시설의 전부 및 일부를 매각할 수 있도록 허용하고 있다는 점 등을 주된 근거로 들어, 관련된 행정청의 처분의 하자가 명백하여 무효라고 보기는 어렵다고 판단하였다²²⁾.

21) 대법원 2017. 7. 11 선고 2016두35120 판결(이른바 ‘메타프로방스’ 판결). 다만 본 사안에서 법원은 최초 사인의 사업시행자 지정 당시 토지 소유요건이 충족되지 않았다는 점을 처분의 무효 사유로 보았고, 사업시행자의 사업시행기간 중 부지 매각의 경우 하자가 중대하나 명백하지 않다는 점에서 처분의 무효 사유에는 해당하지 않는 것으로 판단하였다.

(3) 비판적 검토 - 관광진흥법 상 예외규정의 의의

그러나 우선, 법원이 제시한 관광진흥법의 해당 조항²³⁾이 이와 같은 방식의 개발사업 시행을 허용하는 근거 조항으로 해석될 수 있을지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 관광진흥법의 해당 조항은 사업시행자가 매각 및 임대, 위탁 경영을 할 수 있는 객체를 ‘조성한 토지, 개발된 관광시설 및 지원시설의 전부 또는 일부’로 규정하고 있는바, 문언 상 이는 사업시행자가 개발사업을 완료한 후 그 결과물을 제3자에게 매각 또는 임대할 수 있다는 취지의 조항으로 해석될 여지가 크다²⁴⁾.

또한 관광진흥법에는 법원이 언급한 조항 외에 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 분리 또는 산업입지법과 같이 사업대행을 허용하거나 그 구체적인 요건이나 절차, 기준 등을 정한 세부 조항도 존재하지 않는다. 특히 위에서 살펴본 바와 같은 개발사업에서 사업시행자의 중요성이나 사업시행자가 부담하는 시행책임을 고려하면, 관광진흥법의 해당 조항만을 근거로 본 개발사업에서 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자의 분리가 허용된다고 해석하기에는 여러 모로 무리가 있어 보인다²⁵⁾.

3. 본 개발사업의 위법성

(1) 사업시행자 지정 처분의 공법적 의의

개발사업의 시작 단계에서 이루어지는 행정청의 사업시행자 지정은 단순히 개발사업 주체의 형식적 명의를 결정하는 데에 그치지 않는다. 사업시행자가 개발사업의 전과정을 책임지고 수행하여야 하는 주체라는 점을 고려하면, 행정청의 사업시행자 지정 처분에는 단순히

22) 광주고등법원 2017. 12. 6 선고 2017누1379 판결

23) 제59호(관광지등의 처분)

① 사업시행자는 조성한 토지, 개발된 관광시설 및 지원시설의 전부 또는 일부를 매각하거나 임대하거나 타인에게 위탁하여 경영하게 할 수 있다.

24) 연혁 상 동 조항은 관광진흥법의 전신인 관광단지개발촉진법의 최초 제정 시부터 존재하던 조항인바, 최초 제정된 관광단지개발촉진법은 제9조(관광단지의 처분)에서 ‘사업시행자는 개발된 관광단지 및 지원시설의 일부 또는 전부를 매각 또는 임대하거나 위탁하여 경영하게 할 수 있다’고 하여, 처분이 허용되는 객체가 개발 완료된 관광단지임을 명확히 하고 있었다. 이후 동 법률과 관광사업법이 통합하여 1987년 관광진흥법이 제정되는 과정에서 동 조항에 ‘조성한 토지’의 표현이 추가된 것으로 보이나, 이 경우에도 기존 조항의 내용을 고려하면 이는 토지 조성으로 인하여 개발이 완료된 관광단지를 매각, 임대 및 위탁 경영하도록 할 수 있다는 취지로 해석하여야 할 것으로 보인다.

25) 참고로 법원은 구 제주개발법 제265조 제1항 제2호 또한 근거 조항으로 언급하고 있으나, 해당 조항은 JDC가 수행하는 사업의 범위를 정하는 내용에 불과한 바 이와 같은 법원의 해석 또한 무리가 있는 것으로 보인다.

법률에서 정한 사업시행자의 형식적 요건의 충족 여부에 대한 판단뿐만 아니라 사업시행자가 공익사업을 제대로 수행할 충분한 의사와 능력이 있는지에 대한 실질적인 판단 또한 포함되어 있다고 보아야 한다²⁶⁾. 만약 이와 같은 판단이 결여된 채 행정청의 사업시행자 지정 처분이 이루어졌다면 이는 하자 있는 처분이 될 것이며, 행정청의 사업시행자 지정 처분에도 불구하고 임의로 실질적인 사업시행자가 변경되었다면 이는 행정청의 사업시행자 지정 처분의 의의를 잠탈하는 공법상 허용될 수 없는 행위에 해당할 것이다.

(2) 이 사건 개발사업 시행방식의 위법성

본 개발사업과 같이, 행정청이 당초부터 JDC가 본 개발사업 전반을 이행할 능력이 없어 실질적으로 민간사업자의 투자가 필요하다는 점을 알면서도 JDC를 형식적으로 사업시행자로 지정하였다면, 이는 본 개발사업의 실제 사업시행자가 누가 될지조차 알지 못한 상태에서 사업시행자 지정 처분을 한 것이어서 그 하자가 중대 명백하다고 할 수 있다. 나아가 민간사업자의 투자가 결정되어 본 개발사업 부지 소유권의 상당수가 민간사업자에게 이전되었음에도 불구하고, 법률 상 사업시행자의 변경이나 명백한 근거법령 없이 민간사업자에 의한 사업시행을 전제로 하는 개발사업 시행계획의 변경을 인가한 행정청의 처분 또한 위법하여 무효를 면하기 어려울 것이다.

본 개발사업이 최초 사업인정을 받은 후 10년간 실질적인 사업시행 없이 표류하였고, 사업시행자 지정과 무관하게 민간사업자인 람정제주개발이 투자자로 결정된 이후에야 조금이나마 개발이 진행되었다는 점은, 이 사건 사업시행자 지정과 일련의 개발사업 시행계획 승인 절차에 내재되어 있던 중대한 하자에 기인한 당연한 결과라 할 수 있다.

(3) 사업시행자 분리를 허용하기 위한 최소한의 법적 요건

만약 제반 여건 상 형식적 사업시행자와 실질적 사업시행자를 분리하거나 대행개발사업자를 지정하는 방식의 개발사업이 불가피하다고 하더라도, 이는 어디까지나 개발사업법이 규정하는 최소한의 법적 규제의 테두리 안에서 수행되어야 한다. 산업입지법의 예에서 볼 수 있듯이, 이는 그 필요성, 실질적 사업시행자 또는 대행개발사업자의 자격, 사업이 허용되는 범위 등 일련의 요건과 함께 이를 심사하는 행정청의 지정 및 승인 절차, 사업시행자의 관

26) 법원은 ‘사업인정은 사업시행자에게 일정한 내용의 수용권을 설정해주는 형성행위이므로, 사업인정 시 사업시행자에게 해당 공익사업을 수행할 의사와 능력이 있어야 한다는 것도 사업인정의 요건으로 보아야 한다’ 는 취지로 판시한 바 있다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결).

리 및 감독 책임에 관한 법률의 명시적인 규정을 최소 필요조건으로 한다. 그리고 설령 이와 같은 근거 법률이 존재하더라도, 개발사업법 상 사업시행자가 가지는 공법적 책임을 고려하면 가급적 이와 같은 개발사업은 예외적으로만 허용하는 것으로 해석되어야 할 것이다.

V. 결론

본 개발사업은 시행계획 승인 이후 15년 이상을 실질적인 진척 없이 표류하여 왔으며, 15년여가 지난 현재에도 사업의 성공적 마무리를 장담하기 어려운 상태로 남아 있다. 또한 본 개발사업은 당초 목적과 달리 수차례 변경된 투자 예정자와 민간투자자의 의견을 반영하여 시행계획이 변경된 끝에 별다른 특색 없는 테마파크와 숙박시설, 휴양시설을 건설하는 사업으로 변질되었다.

이러한 개발사업의 결과는 서로 다른 실질과 목적을 가진 별도의 공익사업을 하나의 개발사업에 지정할 수 있도록 허용하는 법령과 실무, 계획된 사업의 실질을 전혀 반영하지 않는 형식적인 사업시행자 지정 처분과 개발사업 시행계획 승인 처분으로 인해 이미 예견되어 있었다고 볼 수 있다. 그리고 이와 같은 개발사업 실패의 책임을 묻기 위해서는, 예정하는 사업시행 방식이 근거 법률에 따라 허용되는지 여부가 불투명하였음에도 불구하고 해외투자자의 자금 유치를 통한 국제자유도시의 건설이라는 허울 좋은 청사진에만 매몰되어 법적 근거의 불명확성을 간과한 채 만연히 개발사업 시행계획을 수립·인가한 사업시행자 JDC와 제주특별자치도의 과욕과 무지를 언급하지 않을 수 없다. 개발사업법이 전제하고 있는 개발사업의 공공필요, 사업시행자의 공법상 책임에 대한 행정청과 사업시행자의 정확한 이해 및 고려가 선행되지 않고서는 본 개발사업의 실패와 같은 일이 또다시 반복되지 않으리라고 보장할 수 없을 것이다.

(투고일: 2022. 2. 7. 심사완료일: 2022. 3. 10. 게재확정일: 2022. 3. 11.)

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』 제6판, 도서출판 피데스, 2018,

[논문]

- 권영호, “제주특별자치도 특별법의 개선과제”, 『토지공법연구』 제64집(2014. 2)
_____, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8)
_____, “용산국제업무지구사업 실패의 원인과 법적 책임”, 『행정법연구』 제40호(2014. 11)
_____, “지역조합 사업주체의 권한과 책임”, 『지방자치법연구』 제7권 제2호(2007. 6)
_____, “택지개발사업과 환매권의 헌법문제”, 『행정법연구』 제17호(2007. 5)
이은상, “사인에 대한 도시계획시설사업 시행자 지정처분의 무효사유와 후행처분의 효력”, 『행정판례연구』 제24권 제1호(2019. 6)
민 기, “제주특별법의 법적성격과 제도개선방향”, 『한국지방자치학회 기획세미나』(2013)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제7호 2022년 3월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 7, March 2022

공원조성계획의 입안과 결정

- 민간공원조성 특례사업을 중심으로 -

이 지 현*

국문초록

도시공원은 시민들의 여가와 쾌적한 생활을 위해 필수적인 시설이고, 최근에는 시설의 효용이 보다 높아지고 있다. 미집행 도시공원 시설의 조성을 위한 방편의 하나로 시도되고 있는 민간공원조성 특례사업은 공원부지에서 일부 비공원시설(대표적으로 아파트) 건설을 허용함으로써 민간 부문의 투자를 유인하고 공원조성을 촉진하려는 취지에서 도입되었다. 민간공원조성 특례사업은 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」(이하 ‘공원녹지법’) 제21조의2의 특례 조항을 근거로 추진되며, 사업의 제안과 수용에서부터 도시계획에의 반영 등에 관한 절차는 공원녹지법의 공원조성계획 입안과 결정 절차 내에서 이루어진다.

그런데 민간공원조성 특례사업은 기존 도시계획시설의 일부 해제 및 비공원시설의 설치를 내용으로 한다는 점에서 통상의 공원조성계획과 차이가 있다. 비공원시설의 허용성에 관한 이해관계자의 의사가 대립될 소지가 높으므로 다각도의 사전 검토가 요청되나, 통상의 공원녹지법의 공원조성계획 결정 절차만으로는 행정계획에 필요한 숙의(熟議)가 이루어지기 어렵다. 도시계획시설 결정의 일부 해제를 예정하는 사업제안의 성격, 사업시행자가 향유하는 반대급부, 사업의 공적 중요성에 입각하여 공론화 장치의 제도화를 고려하는 것도 강구되어야 할 것이다. 또한 현재는 「도시공원부지에서 개발행위 특례에 관한 지침」(국토교통부훈령)을 통해 제안서 제출과 수용, 협상대상자 선정과 협약 체결 등에 관한 세부 절차를 규율하고 있으나, 공정한 경쟁과 절차의 투명성에 주안점을 두고 절차의 골격을 법령 단위에서부터 명시하는 것도 검토될 필요가 있다.

* 한국개발연구원 변호사

주제어 : 도시공원, 도시계획, 공원조성계획, 민간공원조성 특례사업, 공원녹지법

목 차

- I. 서론
- II. 도시공원 조성사업의 개요
- III. 공원조성계획의 입안과 결정
- IV. 민간공원조성 특례사업에서 공원조성계획의 입안과 결정
- V. 맺음말

I. 서론

[도시공원의 수요와 공급 격차]

쾌적한 주거환경에 대한 필요가 커지고, COVID-19으로 인한 실내 활동 제약이 계속되면서 거주지 인근의 숲이나 공원의 중요성이 부각되고 있다. 이러한 변화는 주택시장에도 반영되어 이른바 ‘숲세권’, ‘공세권’ 단지가 선호된다고 한다.¹⁾ 쾌적한 도시생활을 위한 거주지 인근의 공원 수요는 큰 반면에 지방자치단체의 예산에는 제약이 있으므로, 정부는 민간 재원을 활용한 공원조성사업에 관심을 갖는다. 특히 일부 지방자치단체에서는 장기미집행 도시공원의 실효에 대한 대응책으로 공원부지에 일부 비공원시설의 건설을 허용하는 민간공원조성 특례사업을 추진하고 있는데, 민간공원조성 특례사업은 추진 과정에서 여러 양상의 갈등이 표출되는 등 사업추진이 원활하지 못한 경우가 적지 않다.²⁾

[기반시설과 주택의 제도적 차이]

민간공원조성 특례사업에서 비공원시설로 주로 활용되는 시설은 공동주택이다. 일반적인 공원조성사업과 다른 점은 공공재(公共財)로의 성격을 지닌 기반시설(도시공원)과 대표적인 사적(私的) 재화인 주택이 하나의 사업으로 기획된다는 점이다. 도시의 장기적이고 유기적인

1) ‘달라진 주거환경 선호도…녹지공간이 아파트 인기 좌우한다’, 아주경제, 2022.3.21.자 기사. <https://www.ajunews.com/view/20220321132838158>
 2) ‘또 소송 걸린 민간공원사업…바람 잘 날 없는 순천시’, 한국일보, 2021.7.15.자 기사 (<https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2021071510330004569?did=NA>), ‘제주 도시공원 대규모 아파트 개발 논란 결국 법정으로’, 뉴스1, 2021.10.21.자 기사(<https://www.news1.kr/articles/?4467993>) 등.

기능과 맞물려 있는 기반시설은 그 수요가 시장원리에 따라 자연스럽게 충족되기 어렵기 때문에 국가나 지방자치단체 등 행정주체가 이를 설치하고 관리할 책임을 부담한다.³⁾ 반면 주택의 경우 국가는 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력할 책무를 갖지만⁴⁾, 주택공급을 위해서는 시장의 원활한 공급을 유도하면서, 임대주택에 국한하여 직접 공급하는 방식을 활용한다(주거기본법 제10조, 제11조). 민간공원조성 특례사업은 시설의 성격과 시설 조성에 대한 국가의 역할이 상당히 다른 기반시설과 주택을 도시계획시설 결정(변경) 단계에서부터 하나의 사업으로 묶어 공원조성사업의 일종으로 기획한다는 특성이 있다.⁵⁾

[글의 목적]

「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」(이하 ‘공원녹지법’)은 도시계획의 후속 절차로서 공원조성계획의 수립을 예정하고 있고, 행정청이 공원조성의 주체가 되는 경우 공원조성계획에 따라 곧바로 공원이 설치·관리된다(공원녹지법 제19조 제1항). 민간 사업자는 공원조성계획 결정 이후 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따라 도시·군계획시설사업(이하 ‘도시계획시설사업’) 시행자 지정 및 실시계획 인가를 받아 도시공원을 설치·관리할 자격을 부여받는다(공원녹지법 제21조 제1항). 이처럼 공원녹지법은 행정청이 원칙적인 공원의 설치·관리주체가 되, 민간부문이 일정한 조건 하에서 공원의 설치와 관리에 참여할 수 있도록 규정하고 있다. 이 글에서는 민간부문의 단순한 참여에 더하여 공원부지에 비공원시설의 설치를 허용하는 민간공원조성 특례사업이 공원녹지법의 주요 절차인 공원조성계획 입안과 결정 절차 내에서 어떻게 진행되는지를 검토하고 개선방안의 단초를 모색하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 도시공원 조성사업을 개관하고, 공원조성계획의 입안과 결정 절차를 살펴본 후, 민간공원조성 특례사업의 공원조성계획 입안 및 결정절차에 관한 쟁점을 살펴보기로 한다.

II. 도시공원 조성사업의 개요

1. 도시공원의 개념과 구성

[도시공원의 도시계획적 개념]

사전적 의미에서의 공원은 ‘국가나 지방 공공 단체가 공중의 보건·휴양·놀이 따위를 위하여 마련한 정원, 유원지, 동산 등의 사회 시설’을 말하고, 도시공원은 ‘자연 경관을 보호

3) 김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8.), 280면.

4) 대한민국헌법 제35조 제3항

5) 참고로 국토계획법의 기반시설과 유사한 개념을 사용하고 있는 민간투자법의 사회기반시설은 경제활동의 기반이 되는 시설, 사회서비스의 제공을 위하여 필요한 시설, 공용시설, 공공용시설로 분류하고 있고(민간투자법 제2조 제1호), 주택에 관하여는 사회기반시설의 유형에 「공공주택 특별법」에 따른 공공임대주택만을 포함하고 있다(민간투자사업기본계획 [별표13]).

하고 시민의 건강, 휴양, 정서 생활을 위하여 도시나 근교에 만든 공원'을 의미한다.⁶⁾ 도시공원의 설치와 관리를 규율하는 공원녹지법에 의하면, 도시공원은 도시지역에서 도시자연경관을 보호하고 시민의 건강·휴양 및 정서생활을 향상시키는 데에 이바지하기 위하여 설치 또는 지정된 것으로서, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 '국토계획법')에 따라 도시·군관리계획으로 결정된 공원과 도시자연공원구역을 의미한다(공원녹지법 제2조 제3호). 이처럼 공원녹지법의 도시공원 개념은 도시·군관리계획(이하 '도시관리계획') 결정을 전제로 하며, 물리적 공원시설로 '설치' 되기 이전 단계인 도시계획 '결정' 단계에서 도시공원으로서의 법적 지위를 부여받는다.

[도시계획시설의 개념과 유형]

도시·군계획시설(이하 '도시계획시설')이란 국토계획법에서 정하는 기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설을 말한다(국토계획법 제2조 제7호). 도시계획시설은 균형잡힌 도시기능과 도시민의 생활상 필요에 대응하여 도시의 기본적인 수요를 충족시키기 위한 일체의 생활기반시설을 총칭하는 개념이다.⁷⁾ 도시계획시설의 유형은 크게 건축물에 해당하는 시설, 도로나 철도와 같은 선형(線形)의 시설, 시설의 의미보다는 면적의 의미를 갖는 시설로 분류할 수 있다.⁸⁾ 면적의 의미를 갖는 도시계획시설은 녹지, 유원지, 시장 등과 같이 부분적으로 시설의 내부에 일정한 건축물(휴게소, 간이매점)들이 설치가 예정되어 있기도 하지만, 원칙적으로 도시계획시설로 지정되는 것만으로도 당해지역의 건축허가요건을 규율하게 되어 용도지역제를 내용으로 하는 도시계획과 기능이 유사하다는 특징이 있다.⁹⁾

[도시계획시설로서의 도시공원]

국토계획법은 도시계획시설을 '기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 시설'로 정의한다(국토계획법 제2조 제7호). 도시계획시설은 도시기능을 위해 필요한 기반시설 중 공공성과 영향력이 높아 원칙적으로 행정주체가 도시계획시설결정 및 실시계획 절차를 거쳐 설치하는 시설이라는 함의를 갖는다.¹⁰⁾ 공원은 국토계획법에서 열거한 기반시설의 일종으로 광장, 녹지, 유원지, 공공공지와 함께 공간시설로 분류된다(국토계획법 제2조제6호, 동법 시행령 제2조 제1항).¹¹⁾ 국토계획법령은 기반시설 중 도시관리계획 결정이 필수적인 기반시설과 임의적인 기반시설로 분류하고 있는데(국토계획법 제43조), 공원은 도시관리계획 결정이 필수적인 시설에 해당한다. 공원녹지법에 따르면 도시공원은 도시계획으로 결정될 것을 전제로 한다.

6) 국립국어원 표준국어대사전

7) 김중보, “도시계획시설의 법적 의미”, 『공법연구』 제25권 제4호(1997. 8.), 673면.

8) 김중보, 앞의 논문, 682-683면.

9) 김중보, 앞의 논문, 693면.

10) 김중보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8.), 282면.

11) 공원은 국토계획법에 따른 공공시설이기도 하다(국토계획법 제2조 제13호).

[공원시설의 내용]

도시공원은 공원 상부(上部)의 공원시설과 결합하여 공원으로서의 기능을 수행한다. 공원 녹지법이 정하고 있는 공원시설에는 편익시설(주차장, 매점, 화장실 등)과 공원관리시설(관리사무소, 울타리 담장 등)과 같은 공원 유지관리에 필수적인 시설에서부터 공원 효용을 증대시키기 위한 휴양시설, 유희시설, 운동시설, 교양시설 등이 광범위하게 포함되어 있다. 공원시설 중 유희시설은 ‘시소·정글짐·사다리·순환전차·궤도·모험놀이장, 유원시설(「관광진흥법」에 따른 유기사설 또는 유기기구를 말한다), 발물놀이터·뱃놀이터 및 낚시터 그 밖에 이와 유사한 시설로서 도시민의 여가선용을 위한 놀이시설’로 상당히 광범위한 시설을 공원시설로 설치할 수 있다(공원녹지법 시행규칙 [별표1]).

2. 도시공원 조성 현황

[도시계획시설 결정 및 집행 현황]

도시관리계획으로 결정된 국토계획법상의 기반시설은 이후 도시계획시설사업의 시행 절차를 거쳐 물리적 형태를 갖춘 기반시설로 실현된다. 도시공원에 관한 도시관리계획 결정은 고시일부터 10년이 되는 날까지 공원조성계획의 고시가 없는 경우 효력을 상실하고(공원녹지법 제17조 제1항), 도시관리계획 결정 이후 절차를 진행하지 않은 기반시설은 미집행 도시계획시설로 불린다.¹²⁾

2020년 도시계획시설 미집행면적은 632.2km²이며, 미집행 시설은 도로가 205.9km²로 가장 많고, 공원(173.9km²), 하천(76.5km²), 체육시설(50.5km²) 순으로 나타난다.¹³⁾ 도시계획시설로 결정된 후 미집행 도시계획시설로 방치된 원인으로는 지자체 집행예산 부족으로 인한 개발계획 미수립이 지목되는데, 특히 공원 및 도로는 도시계획시설 중 가장 많이 결정되는 시설로 규모 및 비용이 크기 때문에 그만큼 미집행도 많이 발생하고 있다. 2020년 기준으로 미집행 공원은 도시관리계획 결정 면적의 약 25% 정도이다.

12) 그 외의 도시계획시설에 관한 도시관리계획결정은 고시일부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 효력을 상실한다(국토계획법 제48조).

13) 이하의 도시계획시설 미집행 현황 수치와 분석은 e-나라지표(<https://www.index.go.kr/>)의 도시군계획시설 미집행 현황 자료에 의함.

<표 10> 도시계획시설의 결정 및 집행 현황

시설명	시설상세	결정현황		집행면적 ^㉑	집행비율 ^㉒ =㉑/㉒*100	미집행면적
		개소	면적 ㉓			
공간 시설	광장	5,108	157,555,446	143,139,082	90.85	14,416,364
	공원	22,254	698,602,671	524,654,338	75.10	173,948,333
	녹지	22,452	204,194,439	180,426,271	88.36	23,768,168
	유원지	233	124,008,857	98,016,793	79.04	25,992,064
	공공공지	5,870	13,804,372	12,300,750	89.11	1,503,622
	소계	55,917	1,198,165,785	958,537,234	80.00	239,628,551

자료: https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1202

3. 도시공원의 조성 주체

(1) 도시공원 조성의 책임

[도시공원 조성의 책임]

도시공원 관련 법률의 시초는 1967년 제정된 「공원법」이다. 이후 「공원법」 따라 운영되다가 1980년 「도시공원법」과 「자연공원법」으로 나누어져, 소관부처도 이원화되었다.¹⁴⁾ 현행 공원녹지법상 도시공원 조성의 비용은 원칙적으로 도시공원, 공원시설 또는 녹지를 설치·관리하는 행정청이 속한 지방자치단체가 부담한다(공원녹지법 제39조).

(2) 민간참여 도시공원 조성 및 공원시설 설치

[도시공원법의 제정과 민간참여]

1980년도에 제정된 도시공원법(구 공원녹지법)은 ‘비행정청의 도시공원 및 공원시설의 설치·관리’라는 표제 하에시장 또는 군수 이외의 자가 도시계획법에 따른 허가를 받아 도시공원 또는 공원시설을 설치·관리할 수 있음을 규정하였다.¹⁵⁾ 이에 따라 서울시에서는 민자·공공 혼용개발사업을 중심으로 시비보다 민자의 비용을 높게 책정하거나, 시비 없는 사업을 추진하였다.¹⁶⁾ 1980년대에 추진된 민간 참여 도시공원 사업은 사업자들의 호응을 고려하여 골프연습장, 풀장, 호텔과 같은 고수익 시설을 포함하였고, 심지어 빠징꼬 같은 사행성 사업이 계획되기도 하였다.¹⁷⁾

14) 오창송, “도시공원 법제도의 변천과 쟁점 -1934년~2007년 국내법을 중심으로”, 서울대학교 박사 학위 논문(2017, 12.)

15) 일본점령기에 한반도를 통제하고 일본의 국익을 추구하기 위해 민간사업 시행의 길을 봉쇄하였으나, 도시공원법 제정으로 도시공원 사업의 민간참여가 가능하게 되었다(오창송, 앞의 논문, 138면.)

16) 오창송, 앞의 논문, 138면.

17) 오창송, 앞의 논문, 140면.

[공원녹지법에 따른 민간참여]

현행 공원녹지법도 민간공원추진자가 국토계획법 제86조제5항에 따른 도시·군계획시설사업 시행자의 지정과 같은 법 제88조제2항에 따른 실시계획의 인가를 받아 도시공원 또는 공원시설을 설치·관리할 수 있음을 규정하고 있다(공원녹지법 제21조). 도시공원은 여타의 국토계획법상 기반시설과 마찬가지로 행정청이 원칙적으로 사업시행자로서의 역할을 부여받지만, 민간이 사업시행자로 지정받아서 사업에 참여하는 것이 가능하다.

[공원시설의 설치와 민간의 참여]

이미 조성되어 있는 공원에서 공원시설만을 설치하는 경우 해당 공원시설이 국토계획법상 기반시설에 해당한다면, 공원조성계획 변경 및 국토계획법상 도시군계획시설사업 시행자 지정 및 실시계획 인가를 통해 공원시설을 설치한다. 예를 들어, 지방자치단체는 근린공원을 조성하고, 민간사업시행자는 공원시설(레일바이크)을 도시군계획시설사업으로 추진하는 경우를 상정할 수 있다.¹⁸⁾ 지방자치단체에서 공원을 조성하고 민간부문이 일부 공원시설(예: 레일바이크)만을 설치·운영하는 경우 민간참여의 일종에는 해당하지만, 공원 전체를 민간부문이 조성하는 경우를 규정한 민간공원 특례사업사업과는 제도의 성격이 다르다.

[개발사업에 수반되는 도시공원 조성]

공원녹지법은 일정 규모 이상의 개발계획 수립 시에 도시공원 또는 녹지의 확보계획을 포함하도록 하여, 개발계획과 도시공원 조성을 연계시키고 있다(공원녹지법 제14조제2항). 「도시개발법」에 따른 개발계획, 「주택법」에 따른 주택건설사업계획, 대지조성사업계획, 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 정비계획이 대표적이다.¹⁹⁾ 이러한 개발계획에 포함되는 도시공원 또는 녹지는 해당 개발사업의 시행자가 자기의 부담으로 조성하여야 한다(공원녹지법 제14조제3항).²⁰⁾

[민간투자법에 따른 도시공원 조성]

「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 ‘민간투자법’)에 따라 추진할 수 있는 대상 시설에는 공원녹지법에 따른 도시공원이 포함된다. 종래에는 민간투자법에서 대상시설로 공원녹지법에 따른 ‘도시공원’을 규정하고 있었고 공원녹지법은 도시공원과 공원시설을 분리

18) 가평군 공고 제2015-158호

19) 그 외에 산업입지 및 개발에 관한 법률」 제2조제9호에 따른 산업단지개발사업의 시행을 위한 개발계획, 「택지개발촉진법」 제8조에 따른 택지개발계획, 「유통산업발전법」 제29조에 따른 공동집배송센터의 사업계획, 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률」 제38조의3에 따른 지역중합개발계획, 다른 법률에 따라 제1호부터 제7호까지의 개발계획을 수립하거나 그 승인을 받은 것으로 보는 사업 중 주거·상업·공업용 목적으로 단지를 조성하는 사업의 개발계획, 그 밖의 개발계획으로서 다른 법률에 따라 주거·상업 또는 공업을 목적으로 단지를 조성하는 사업의 개발계획이 있다(공원녹지법 제14조제2항).

20) 이 조항은 사업별로 도시공원 또는 녹지의 확보기준을 명확하게 하고 해당 개발사업을 시행하는 자의 부담으로 조성하도록 함으로써 도시공원과 녹지를 안정적으로 확충하기 위한 목적에서 도입되었다(2005. 3. 31. 전부개정된 법률 제7476호 공원녹지법 전부개정법률안 개정이유 및 주요내용).

하여 개념정의 하고 있었으므로, 조성된 공원 내에 공원시설만을 설치하는 경우도 대상시설에 포함되는지 여부가 해석상 불명확했다. 최근에는 민간투자법이 대상시설을 한정적으로 열거하는 방식에서 대상시설의 유형을 법에서는 열거하지 않고 민간투자사업심의위원회의 승인을 거쳐 인정받는 포괄주의 형태로 개정됨에 따라 도시공원의 일부 시설만을 대상으로 하는 경우에도 공공성이 인정된다면 사업 추진이 가능할 수 있다.²¹⁾ 민간투자법의 사업방식은 민간 사업자가 설계, 건설, 재원조달, 운영을 담당하는 것을 예정한다는 점에서 통상 분양이익을 통해 투자비를 회수하고 시설을 운영하지는 않는 민간공원조성 특례사업과 차이가 있다.

III. 공원조성계획의 입안과 결정

1. 도시관리계획 결정의 선행성

[도시관리계획결정의 선행성]

공원녹지법상 도시공원의 개념은 도시관리계획 결정이라는 행정행위를 전제로 한다. 즉, 공원녹지법상 도시공원은 도시공원의 형태나 기능 등의 실질적 요소에 의해 정의되지 않고, 도시관리계획 결정이라는 행정행위에 의해서 도시공원으로 자리매김할 수 있다. 이러한 정의방식은 공원녹지법의 제정(1980년) 시부터 시작되었다. 제정 공원녹지법은 도시공원을 ‘도시계획구역안에서 자연경관의 보호와 시민의 건강·휴양 및 정서생활의 향상에 기여하기 위하여 도시계획법 제12조의 규정에 의하여 결정된 것’으로 정의하였고(법 제2조 제1호), 도시공원에 관한 도시계획이 결정된 때에는 행정청이 도시공원에 관한 조성계획을 입안할 것을 규정하였다(법 제4조). 제정 당시 공원녹지법은 국토계획법에 따른 도시계획 후속절차로서 시설의 설치와 관리, 감독에 관한 사항을 규율하는 기능을 하였다.²²⁾

[도시관리계획결정의 내용]

국토계획법은 기반시설 설치 시 원칙적으로 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하도록 정하고 있다(국토계획법 제43조 제1항). 기반시설을 설치하기 위한 도시관리계획 결정 고시문에는 기반시설 중 어느 하나에 해당하는 계획이라는 취지, 위치, 면적 또는 규모를 포함하여야 한다(국토계획법 시행령 제25조 제6항). 도시관리계획 결정이 고시되면 지적(地籍)이 표시된 지형도에 도시관리계획에 관한 사항을 자세히 밝힌

21) 민간투자법 제2조 제1호 참조.

22) 현행 공원녹지법은 도시관리계획 이전 단계에 공원녹지기본계획을 수립할 것을 규정하고 있고, 도시관리계획 중 도시공원 및 녹지에 관한 도시관리계획은 공원녹지기본계획에 부합되어야 함을 명시함으로써(법 제10조 제1항), 기본계획으로서 공원녹지기본계획의 지위를 선언하고 있다. 이는 공원녹지법이 도시계획의 후속절차로만 기능하였던 제정 당시와 현재의 차이점이다.

도면을 작성하여야 하고, 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 직접 지형도면을 작성하거나 지형도면을 승인한 경우에는 이를 고시하여야 한다(국토계획법 제32조). 「도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙」에서는 일부 기반시설의 경우에는 도시계획시설 결정 시에 중요 세부시설에 대한 조성계획을 함께 결정하도록 정하고 있다.²³⁾ 공원은 세부시설에 대한 조성계획을 포함하여야 하는 시설에 해당하지 않으므로, 도시관리계획 결정 단계에서는 공원시설의 세부사항을 포함하는 것은 계획의 필수요소가 아니다.

[도시관리계획과 공원조성계획이 불일치하는 경우]

공원녹지법상 공원조성계획은 공원의 구체적 구성에 관한 행정계획으로서 도시공원의 설치에 관한 도시관리계획이 결정되어 있음을 전제로 한다²⁴⁾. 도시관리계획 결정의 취소로 해당 공원부지가 도시관리계획에서 제외되었음에도 공원조성계획에 해당 공원부지가 포함되어 있는 경우 법원은 이 부분이 도시관리계획에 저촉되어 효력이 없다고 판단하였다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018두47783 판결 참조).²⁵⁾²⁶⁾

2. 공원조성계획의 입안과 입안 제안

[공원조성계획의 입안권자]

도시관리계획 결정의 후속절차로 행해지는 공원조성계획의 수립주체는 원칙적으로 도시공원이 위치한 행정구역을 관할하는 지방자치단체의 장이다(공원녹지법 제16조 제1항). 국토교통부장관은 국가의 정책목적 달성을 위하여 도시공원을 설치할 필요가 있는 경우에는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 공원조성계획의 입안 등 필요한 조치를 하도록 요청할 수 있다(법 제16조 제2항). 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수가 아닌 자(이하 “민간공원추진자”라 한다)는 도시공원의 설치에 관한 도시관리계획이 결정된 도시공원에 대하여 자기의 비용과 책임으로 그 공원을 조성하는 내용의 공원조성계획을 입안하여 줄 것을 특별시장·광역시장·특별자치시

23) 항만, 공항, 유원지, 유통업무설비, 학교(제88조제3호에 따른 학교), 체육시설(제99조제7호에 따른 운동장), 문화시설(제99조제7호에 따른 운동장)

24) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013두14221 판결 참조

25) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018두47783 판결에서는 “도시관리계획결정·고시와 그 도면에 특정 토지가 도시관리계획에 포함되지 않았음이 명백한데도 도시관리계획을 집행하기 위한 후속 계획이나 처분에서 그 토지가 도시 관리계획에 포함된 것처럼 표시되어 있는 경우가 있다. 이것은 실질적으로 도시관리계획결정을 변경하는 것에 해당하여 국토계획법 제30조 제5항에서 정한 도시관리계획 변경절차를 거치지 않는 한 당연무효이다(대법원 2000. 3. 23. 선고 99두11851 판결 등 참조).”는 논거에 입각하여 공원조성계획의 효력을 판단하였다.

26) 같은 취지에서 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013두14221 판결에서는 공원조성계획을 변경하여 달라는 내용의 변경입안제안이 반려된 이후, 도시관리계획 변경결정에 따라 공원 전부를 도시자연공원으로 하던 도시계획시설 결정이 폐지되고 구 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률에 따라 위 토지가 도시자연공원구역으로 변경·지정된 사안에서 변경입안제안 반려처분의 소의 이익이 없다고 판단하였다.

장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 제안할 수 있다(법 제16조 제3항).

[도시계획결정 입안 제안과의 차이]

민간공원추진자는 ‘자기의 비용과 책임으로 공원을 조성하고자 하는 경우에만 입안의 요건이 부여되므로, 공원조성사업의 시행자가 될 수 없는 이해관계자에게는 입안권이 부여되지 않는다. 이러한 점에서 공원녹지법은 국토계획법에서 일정한 요건(토지소유자의 동의 요건 등)을 갖춘 주민에게 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있도록 하고, 협의를 통해 입안자에게 비용의 전부 또는 일부를 부담시킬 수 있도록 한 국토계획법과 제안 요건에 차이가 있다(국토계획법 제26조). 도시계획 입안 제안에 대해서 국토교통부장관, 시도지사, 시장 또는 군수는 제안일로부터 45일 이내에 입안에의 반영여부를 제안자에게 통보해야 하고, 필요 시 도시계획위원회의 자문을 거칠 수 있으며, 제안된 내용을 도시관리계획 입안에 반영하는 경우 제안서에 첨부된 계획도서와 설명서를 입안에 활용할 수 있다(국토계획법 시행령 제20조).

[공원조성계획의 내용]

도시공원의 부지(공간적 범위)는 도시관리계획 단계에서 결정되고, 공원조성계획에서는 이를 전제로 도시공원의 내용과 시설 배치 등이 구체적으로 정하여진다.²⁷⁾ 공원녹지법 시행규칙은 공원조성계획에 수립 시에 ① 개발목표 및 개발방향, ② 자연·인문·관광환경에 대한 조사 및 분석 자료, ③ 필지별 토지 소유 및 이용현황, ④ 공원조성에 따른 토지의 이용, 동선(動線), 공원시설의 배치, 범죄 예방, 상수도·하수도·쓰레기처리장·주차장 등의 기반시설, 조경 및 식재 등에 대한 부문별 계획, ⑤ 공원조성에 따른 영향 및 효과, ⑥ 공원조성을 위한 연차별 집행계획 및 재원조달방안, ⑦ 민간공원조성 특례사업에 따라 비공원시설의 설치계획이 있는 경우에는 공원조성계획에 포함시키도록 정하고 있다(시행규칙 제8조 제3호). 그 외에도 공원녹지기본계획의 내용 반영, 세부 공원시설 설치에 대한 주민의견 반영, 재원조달방안의 다각적 검토 등이 필요함을 명시하고 있다(공원녹지법 제8조 제1호, 제2호, 제4호).

3. 공원조성계획의 결정

[공원조성계획 결정절차]

공원조성계획은 도시관리계획으로 결정하여야 하므로, 국토계획법에서 정하는 도시관리계획의 결정 절차를 준수하여야 한다. 다만, 공원녹지법은 국토계획법에 따른 지방의회의 의견청취와 관계 행정기관의 장과의 협의를 생략 가능함을 규정하고 있으며, 도시계획위원회의 심의는 도시공원위원회가 설치된 경우 도시공원위원회의 심의로 갈음한다. 당초에는 이러한 예외조항이 마련되어 있지 않았으나, 2005년도 공원녹지법 전부개정 시에 절차의 간소화 및 계획안에 대한 전문적, 체계적 심의를 위해 개정되었다.²⁸⁾ 국토계획법은 도시관리계획

27) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018두47783 판결 참조.

28) (1) 도시공원의 설치에 관한 도시관리계획은 이미 지방의회 의견청취와 관계 행정기관과의 협의

입안 시에 기초조사, 주민과 지방의회의 의견 청취 절차를 필수적으로 거치도록 하고 있으므로(국토계획법 제27조, 제28조), 공원조성계획의 결정 시에도 이러한 절차를 거칠 필요가 있다. 주민 의견 청취는 도시관리계획안의 주요내용을 전국 또는 해당 지역을 주된 보급지역으로 하는 둘 이상의 일간신문과 해당 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 인터넷 홈페이지 등에 공고하고, 14일 이상 일반이 열람하는 방법으로 한다(국토계획법 시행령 제22조제2항). 공람하는 내용은 단순한 도시계획에 대한 구상에 그쳐서는 안 되고, 법률 제25조제2항에서 말하는 도시계획도서 및 계획설명서가 같이 공람되어야 한다.²⁹⁾

4. 후속절차

[도시계획시설사업 사업시행자 지정 및 실시계획 인가]

공원조성계획 결정 이후 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 공원조성계획에 따라 도시공원을 설치·관리한다(공원녹지법 제19조). 민간공원추진자는 국토계획법에 따른 도시계획시설 시행자 지정과 실시계획 인가를 받아 도시공원 또는 공원시설을 설치·관리할 수 있다. 민간공원추진자는 국토계획법에 따른 도시계획시설의 시행자지정신청서 및 실시계획인가신청서를 제출할 때 공원시설부지 총면적의 도시공원면적에 대한 비율과 공원시설인 건축물 부지면적의 도시공원면적에 대한 비율을 기재한 서류와, 도시공원 또는 공원시설의 관리주체·관리방법·관리계획 등을 기재한 서류를 첨부하여야 한다(공원녹지법 시행령 제18조).

IV. 민간공원조성 특례사업에서 공원조성계획의 입안과 결정

1. 민간공원조성 특례사업의 개념과 연혁

[민간공원조성 특례사업의 개념과 도입 경위]

민간공원조성 특례사업은 민간 사업시행자가 도시공원을 조성한 후 공원면적의 70%를 기부채납하는 경우 공원녹지법의 일정 요건 하에서³⁰⁾ 공원부지 내에 비공원시설의 설치를 허

가 이루어진 사항임에도 그 세부 집행계획인 공원조성계획 결정시 동일한 절차를 다시 거쳐야 하고, 공원조성계획 수립시 도시계획위원회에서는 전문적이고 심도있는 논의가 이루어지지 못하는 등의 문제가 있어 이를 개선·보완하려는 것임.

(2) 공원조성계획을 입안하는 때에는 지방의회 의견청취절차 등을 생략할 수 있도록 하고, 그 결정에 있어서는 도시계획위원회의 심의절차를 이 법에 의한 도시공원위원회의 심의로 같음하도록 함.

(3) 공원조성계획 수립 절차가 간소화됨으로써 **조기에 공원조성이 이루어지고, 공원조성계획이 보다 전문적이고 체계적으로 심의될 수 있을 것으로 기대됨** <도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 [시행 2005. 10. 1.] [법률 제7476호, 2005. 3. 31., 전부개정] 제정·개정이유>

29) 김중보, 『건설법의 이해』 (제6판), 도서출판 피데스, 2018, 273면.

용하는 사업을 말한다. 민간공원 특례사업은 장기미집행 도시공원의 조성을 촉진하기 위하여 2009년 공원녹지법 개정을 통해 도입되었다.³¹⁾³²⁾

[제도의 연혁]

민간공원조성 특례사업은 종래 민간공원추진이 미진하였던 점을 감안하여 민간사업자들에게 수익성을 보장하는 데에 주안점을 두고 제도가 설계되었다.³³⁾ 공원녹지법은 2015년도 개정 시에는 대상시설 부지규모를 10만㎡에서 5만㎡로 완화하고, 비공원시설의 면적을 20%에서 30%로 상향하였다.

<표 11> 민간공원 특례사업 관련 공원녹지법 주요 개정사항

개정시기	내용
2009.12.29.	- 공원녹지법 제21조의2 신설 · 대상시설 부지규모: 10만㎡
2012.12.18.	- 공원녹지법 제21조 제4항 신설 · 사업시행자 요건: 공동으로 조성사업 시행하는 경우로서 사업비의 4/5 이상을 현금으로 예치
2015.1.20.	- 현금예치 비율을 공원조성사업비(토지매입비 및 조성공사비)의 5분의 4에서 부지매입비의 5분의 4로 완화 - 대상시설 부지규모: 10만㎡ → 5만㎡로 완화 - 주거·상업지역에서 허용되는 시설을 비공원시설로 설치하는 경우 공원 부지 면적의 20% 이하 → 30% 이하로 완화

다만, 규제 완화적 조치와 함께 차츰 「도시공원부지에서 개발행위 특례에 관한 지침」(이하 ‘특례지침’)을 통해 사업시행자 선정 절차에서 경쟁을 강화하고, 비공원시설에 관한 심사를 강화하는 방향의 개정이 이루어졌다. 2014년도에는 지침을 통해 공모에 의한 절차를 신설하였고, 2016년도 개정시에는 제안에 의한 특례사업에서도 제3자 제안 공고와 제안서 제출 공고를 추가하였다. 또한 2017년도에는 도시공원위원회와 도시계획위원회 공동자문을 받도록 하는 등 도시계획 측면에서 사전검토를 강화하였다. 특례지침의 주요 개정사항은 다

30) 1) 도시공원 전체 면적이 5만㎡ 이상일 것, 2) 해당 공원의 본질적 기능과 전체적 경관이 훼손되지 아니할 것, 3) 비공원시설의 종류 및 규모는 해당 지방도시계획위원회의 심의를 거친 건축물 또는 공작물(도시공원 부지의 지하에 설치하는 경우에는 해당 용도지역에서 설치가 가능한 건축물 또는 공작물로 한정한다)일 것, 4) 그 밖에 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 조례로 정하는 기준에 적합할 것을 요건으로 한다(공원녹지법 제21조의2).

31) 공원녹지법(법률 제9860호, 2009. 12. 29.)의 개정은 공원조성체계를 탄력적으로 개선하고, 민간자본의 유인을 위한 인센티브를 제공하는 등 장기간 미조성된 공원을 조속히 해소하는 방안을 강구함으로써 도시공원을 신속하고 지속적으로 조성·확충하여 민원해소 및 도시민의 삶의 질을 향상시키는 데에 취지가 있다(공원녹지법 개정이유).

32) 헌법재판소 판결의 후속조치로 개정된 국토계획법은 ‘모든 도시계획시설’에 대한 전면적인 자동 ‘실효제’를 도입하여 개정 법률은 헌법재판소 결정의 취지나 내용을 넘어서는 것이라는 비판도 제기된다(문상덕, “도시공원에 관한 법제적 고찰”, 『지방자치법연구』 제14권 제4호(2014. 2.), 167면.)

33) 오창송, 앞의 논문, 147면.

음 표와 같다.

<표 12> 「도시공원부지에서 개발행위 특례에 관한 지침」의 주요 연혁

개정시기	내용
2011.7.12	「도시공원부지에서 개발행위 특례에 관한 지침」 제정
2014.6.30.	<ul style="list-style-type: none"> - 공모에 의한 시행절차 신설 - 사전협의에서 실시하는 도시공원위원회, 지방도시계획위원회 자문을 삭제하고 제안서 자문은 도시공원위원회로 한정 - 공원조성계획 결정(변경)을 위한 위원회 심의 이후 사업에 대한 협약을 체결하도록 함. - 조성된 공원의 기부채납 이후 수익사업이 가능하던 것을 기부채납 이전에도 수익사업이 가능하도록 완화
2016.9.28.	<ul style="list-style-type: none"> - 제안에 의한 특례사업 시행절차에 제3자 제안 공고와 제안서 제출 공고를 추가함 - 제안 수용 여부 통보 전 도시공원위원회 자문 명시
2017.9.29.	<ul style="list-style-type: none"> - 공원시설 및 비공원시설의 요건 강화(접근 용이성, 경관 조화 등) - 대상지 공원을 우선 선정하여 다수 제안 또는 공모에 의한 방식으로 추진하도록 지자체 주도적 역할 강화(신설) - 현행 제3자 제안공고 규정 조문 강화 - 다수제안 또는 공모 시, 제안서 평가표도 공고 내용에 포함(신설) - 평가항목 및 항목별 배점 등 기준은 사전에 도시공원위원회의 심의를 거쳐 결정하도록 조치 - 민간의 제안내용 수용여부 검토 시, 도시공원위원회 이외 도시계획위원회의 자문을 추가하되, 공동자문으로 하도록 함 - 비공원시설 적정성·주변경관 조화 등 도시계획 측면 사전검토 강화를 위해 도시공원위원회와 도시계획위원회 공동자문 - 공동위원회 자문 시 중점적으로 검토할 사항을 구체적으로 나열

2. 민간공원조성 특례사업의 현황 및 특성

(1) 민간공원조성 특례사업의 현황

현재 추진 중인 사업 건수는 총 74건으로, 특히 도시기본계획 및 공원녹지기본계획이 수립되는 최소 인구 수 10만명 이상의 도시에서 사업추진이 적극적인 것으로 분석되어졌다.³⁴⁾

34) 이하의 사업추진 현황은 권영달, 박현빈, 김동필, “민간공원특례사업의 추진에 따른 사업특성에 관한 연구”, 『한국조경학회지』 제49권제5호(2021. 10.), 115~116면에 의함.

<표 13> 민간공원 특례사업 현황

유형	사업 수	지방자치단체	참여율(%)
광역시	24	부산, 인천, 대구, 대전, 광주	83.3
경기도	15	수원, 용인, 평택, 광주, 인천, 오산, 남양주, 포천, 동두천, 의정부	32.3
강원도	5	원주, 속초, 강릉	16.7
충청북도	7	청주	9.1
충청남도	4	천안, 아산	13.3
전라북도	4	익산	7.1
전라남도	4	목포, 순천	9.1
경상북도	6	포항, 안동, 구미, 경산	17.4
경상남도	3	창원, 진주	11.8
제주도	2	제주	50.0
총계	74		19.7(평균)

자료: 권영달, 박현빈, 김동필, 「민간공원특례사업의 추진에 따른 사업특성에 관한 연구」, 한국조경학회지, 제49권제5호, 2021.10, 115면.

민간공원조성 특례사업은 도시공원 중 근린공원, 체육공원, 문화공원에서 시행되고 있으며, 전체의 94.6%가 근린공원이 차지하고 있었다. 주제공원인 문화공원과 체육공원은 10만~30만㎡ 내의 규모로 총 4개소에서 사업이 추진 중이었다.³⁵⁾ 공원의 입지유형은 도심 내 단독형 산지가 약 65%로, 사업 시행 시 산림훼손 및 지형왜곡에 대한 우려와 수익시설 설치에 따른 주변부와의 부조화 및 경관차단 등 부정적 영향이 제기되는 입지적 특성이 있다.³⁶⁾

(2) 민간공원조성 특례사업의 법적 성격, 특성 및 문제점

1) 개발법제에 근거를 두지 않은 개발사업

[기반시설 공급에 부수한 개발사업]

민간공원 특례사업은 공원 도시계획시설사업을 추진하면서 이에 부대하여 비공원시설을 설치할 수 있는 도시계획적 근거를 제공한다. 공원조성계획결정에는 공원시설의 면적과 개요 뿐 아니라, 비공원시설의 면적이 포함되어,³⁷⁾ 비공원시설도 공원조성계획의 일종으로 취급된다. 개발사업 추진 시 공원이 개발사업에 부수하여 공공시설로 공급되는 것과 달리, 민간공원조성 특례사업에서는 기반시설인 공원 조성을 위한 공원녹지법 절차를 통해, 기반시

35) 권영달, 박현빈, 김동필, 앞의 논문, 116면.

36) 권영달, 박현빈, 김동필, 앞의 논문, 116면.

37) 예: 제주도 고시 제2021-43호 도시공원(오등봉) 민간특례사업 도시관리계획(공원조성계획) 결정(변경 및 지형도면 고시

설인 공원과 비공원시설인 공공주택을 함께 건설하는 근거를 확보한다.³⁸⁾

[공원녹지법의 성격과 국토계획법의 관계]

공원녹지법은 공원조성계획 결정 이후 국토계획법에 따른 도시계획시설사업 절차에 의해 사업을 추진하도록 정하고 있다. 이처럼 공원녹지법은 도시공원에 관한 행정계획, 공원의 물적 시설 기준을 형성하는 역할을 하지만, 공원조성에 관한 개발사업의 절차와 요소들을 갖고 있지 않다. 공원조성사업 시 시행자 지정, 공사에 필요한 세부 사업계획의 승인, 토지의 사용 및 수용 권원은 국토계획법에 의해 부여된다. 비공원시설의 개발 근거는 공원조성계획을 통해 확보되지만, 이후의 개발 절차는 개별법의 절차(예:주택법상 사업계획 승인)에 따라 추진된다. 이는 도시계획시설에 대한 별도의 개별 법률이 개발법의 형태로 있는 마련 되어 있는 경우(물류시설, 도로, 철도 등)와의 차이점이다.³⁹⁾

2) 사업자 선정 절차에 관한 특례지침의 광범위한 형성 범위

[선정절차에 관한 입법적 공백]

공원녹지법은 민간공원 특례사업의 요건, 추진 시의 사업조건, 협약 체결 의무와 주요 내용을 규정하고 있지만, 사업자 선정을 비롯한 절차적 사항에 관하여는 규정하고 있지 않다. 사업자 선정 절차는 특례지침에서 상세히 규정하고 있으며, 특례지침에서는 특례지침에서 정하지 않은 사항은 별도의 지침을 만들어 운용할 수 있도록 하여 지방자치단체에 재량을 부여하고 있다(특례지침 1-3-2). 「민간공원조성 특례사업 가이드라인」(국토교통부, 2016.10.)에서도 가이드라인을 지역실정 및 여건 등에 따라 다르게 적용할 수 있도록 하고 있다(1-1-4). 공원조성사업의 추진주체는 지방자치단체이고, 국토교통부는 가이드라인이나 지침을 제공하면서도 지방자치단체의 유연한 활용을 유도한 것으로 이해된다. 법령에서 절차의 대강을 규정하지 않은 것은 특례사업을 도시계획시설사업과 유사하게 인식했기 때문으로 추측된다. 그러나 사업의 추진과정에서 사업자 선정이 중요한 문제로 부각된 점에 비추어보더라도 법령차원에서 절차의 골격을 정하지 않은 것은 법률유보 원칙의 관점에서 문제의 소지가 있다.

[법률유보 원칙의 검토]

38) 공공시설은 개발사업이 시행되는 과정에서 이에 부수하여 설치되는 도로, 공원 등으로서 도시에 거주하는 일반 공중의 이용에 제공되어 거주민들이 기본적인 생활을 영위하는 데 필요한 국가 또는 지방자치단체 소유의 시설로(허지인, “개발사업법상 공공시설에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문(2020. 7.), 46면), 공원은 국토계획법상 공공시설의 일종이다(국토계획법 제2조 제13호).

39) 물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률, 도로법, 철도의 건설 및 철도시설 유지관리에 관한 법률 등이 이에 해당한다.

법률유보 원칙은 행정권의 발동에 법률의 근거가 필요하다는 것을 의미한다. 법률우위의 원칙이 국가활동을 ‘한계의 차원’에서 통제하는 것이라면, 법률유보의 원칙은 ‘활동근거의 차원’에서 통제하는 기능을 한다.⁴⁰⁾ 헌법재판소는 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다고 하여 법률유보 원칙의 적용범위를 확립해 왔다.⁴¹⁾ 이러한 법률유보 원칙에는 국가의 기본정책결정, 기본계획, 행정조직의 등 주요한 제도적·정책적 사항을 국회가 법정화해야 한다는 요청이 포함된다. 또한 규율대상이 기본권적 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 내지 상충하는 이익간 조정의 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성 및 그 규율밀도의 요구정도는 그만큼 더 증대된다.⁴²⁾ 공원녹지법은 민간공원조성 특례사업의 근거와 요건에 관한 사항을 법정화하고 있지만, 절차에 관한 사항은 특례지침에 맡겨져 있다. 특례사업은 공원시설 부지의 일부 해제 및 아파트 건설을 위한 사업권 부여 과정에서 이해관계가 상충할 소지가 높고, 공원조성계획의 결정 과정이 사업내용의 형성과정에서 중요하므로 절차가 실제적 요건에 상응하는 중요성을 가질 수 있다.

3) 협약을 통한 행정적 지원과 행정청의 의무부담

[광범위한 행정적 지원사항]

특례지침에 부록으로 제시된 ‘도시공원부지에서 개발행위 특례에 관한 표준협약(안)’(이하 ‘표준협약(안)’은 시장·군수가 토지보상업무를 위탁받아 처리하고(표준협약(안) 제18조), 사업 완료 후에는 비공원시설 부지에 대하여 도시공원에서 해제하는 등 도시관리계획변경을 추진할 것을 규정하고 있다(표준협약(안) 제19조). 또한 시장·군수가 실시계획 인가 및 변경과 관련된 인허가 협의의무를 포함한 행정처리 지연 등 협약 및 관련 법령에 정한 시장·군수의 명시적 의무사항을 정당한 이유 없이 불이행하거나 위반하여 공사가 6개월 이상 지연 또는 중단되는 경우 사업시행자는 중도 해지권을 행사할 수 있다(표준협약(안) 제25조). 중도해지 시 해지시지급금의 액수는 표준협약(안)에서 정하고 있지 않으나, 해지의 효과로 해지시지급금이 발생할 수 있음을 확인할 수 있다(표준협약(안) 제26조).

[공법상 계약으로서의 협약]

사업 추진 시 행정청의 재정 부담이 발생하지는 않지만, 협약을 통해 민간 사업자에게는 공원 부지에서 비공원시설 사업을 추진할 권한이 부여되고, 행정청에게는 사업 추진에 협력

40) 김중권, 『김중권의 행정법』, 법문사, 2016, 77면.

41) 헌법재판소 94.7.29. 92헌바49-52, 헌재 98.11.26. 98헌바31등

42) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바63

할 의무가 부여된다. 실시협약을 통해 민간공원추진자에게 사업추진에 관한 권한을 부여하고, 사업완료 후 도시공원에서 비공원시설 부지를 해제하는 등 사업시행자에게 이익을 부여한다는 점에서, 민간공원조성 특례사업의 협약은 행정주체가 민간 사업자에게 공법상 권능을 부여하는 공법상 계약에 해당하는 것으로 생각된다.⁴³⁾ 행정기본법은 공법상 법률관계에 관한 계약을 ‘공법상 계약’으로 명명하고 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 함을 명시하고 있다(행정기본법 제27조). 사적 자치와 계약내용 형성의 자유를 강조하는 사법상 계약과 달리, 공법상 계약은 그 계약관계에 평등원칙, 비례원칙 등 공법의 일반원리가 적용되고, 제량통제가 가능하다.⁴⁴⁾ 공원조성사업 특례사업에서도 기반시설의 적기 공급이라는 제도의 목적과 도시계획시설 해제와 개발 허용이라는 법적 효과 등을 고려하여 협약의 성격을 이해하고 운용할 필요가 있다.

4) 이해관계자 간 갈등 내재성

[공원조성의 공익과 공원부지의 공공성 간의 긴장]

민간공원조성 특례사업은 지방자치단체의 재원이 부족한 상황에서 장기미집행 도시공원의 실효를 막고자 하는 위기감에서 도입되었다.⁴⁵⁾ 공원조성의 필요성과 시급성으로 인하여 공원조성의 공익을 추구하는 방편으로 민간부문 참여 유인에 주안점을 두고 제도가 설계되었으며, 추진 과정에서 민원을 비롯한 갈등이 발생하자 공원부지 전반의 공공성을 확보하는 방향으로 보완되었다. 공원부지 전반의 공공성은 크게 ① 사업 선정(도시계획결정) 단계의 절차, ② 사업자 선정 절차, ③ 사업자 평가 기준 측면에서 보완되었다. 당초 제안 수용여부 결정 시 도시공원위원회의 자문만을 받도록 하였다가, 도시계획위원회의 자문을 함께 받을 수 있도록 하였고,⁴⁶⁾ 제안에 의한 방식에서도 제3자 제안공고를 의무화함으로써 특례 논란을 막고 경쟁절차를 보강하고자 하였다. 「민간공원조성 특례사업 가이드라인」(국토교통부, 2016.10.)에서는 공원조성계획의 평가 비중을 상향하고, 기부채납되는 공원의 비중에 따라 평가하는 등 평가기준에 공공성 지표를 반영하였다.⁴⁷⁾

43) 협약의 법적 성격에 관해서 확립된 견해가 있지는 않은 것으로 파악된다. 민간투자법에 따른 민간투자사업의 실시협약에 관해서 법원은 “사업시행자 지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적·일반적 계약관계로는 볼 수 없을 뿐만 아니라...”(광주지방법원 행정부 2008.11.13. 선고 2008구합1146 판결)고 하여 사법상 계약과 대별되는 계약으로 구분하고 있다. 공법상 계약의

44) 이상덕, “지방계약과 관례법 - 사법상 계약, 공법상 계약, 처분의 구별을 중심으로-”, 『홍익법학』 제19권 제4호(2018)

45) 홍성조·정수진, “민간공원제도의 활성화방안에 관한 연구-수원시 도시공원을 중심으로”, 『한국부동산학회』 제67호(2016), 22, 97면.

46) 현행 지침에 의하더라도 ‘시장·군수는 제안에 대한 수용 여부 결정을 위해 해당 도시공원위원회의 자문을 거쳐야 하며, 이 경우 비공원시설의 종류 및 규모 등에 대한 도시계획 차원의 적정성과 타당성 검토를 위해 지방도시계획위원회와 공동으로 자문을 거칠 수 있다.’고 하여(특례지침 3-4-4), 도시계획위원회의 자문은 임의적 성격이라는 한계가 있다.

47) 이하의 내용은 2017.9.4. 자 국토교통부 보도자료(민간공원 특례사업, 경쟁·공공성 강화하고 환경

[민간공원추진자와 토지소유자 등의 사익 간 긴장]

민간공원추진자의 개발사업은 토지소유자의 재산권 행사와 상충되는 측면도 있다. 공원부지 내 토지의 소유자는 도시공원으로 지정되어 수십 년간 재산권이 제약되어 왔으며, 해지 이후에는 재산권의 행사를 기대하고 있는 상황에서 수익시설 개발을 통해 민간 사업자가 이익을 향유한다는 데에 형평성 문제 내지 특혜 문제를 제기할 수 있다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾ 이러한 갈등은 보상 단계에서 민간의 수용권한에 대한 반론, 지방자치단체에의 보상업무 위탁처리의 적정성, 보상비 가액의 적정성을 둘러싸고 심화된다.⁵⁰⁾ 한편으로 도시공원의 생태계, 경관 등을 중요시하는 주민들의 입장과 개발을 촉구하는 주민들의 입장이 첨예하게 대립할 수 있다.

3. 민간공원 특례사업의 입안 및 결정 절차

(1) 입안 제안(제안서 제출) 요건 및 심사

[제안 요건]

특례사업을 위한 제안서 제출은 공원조성계획 입안 제안의 일종이다. 특례사업은 일반적인 공원조성계획 입안 제안과 달리 5만㎡ 이상 도시공원을 대상으로 하고, 도시공원 전체를 조성할 경우에만 적용함이 원칙이다.

[일반적인 공원조성계획 절차와의 비교]

특례지침은 민간부문의 입안 제안에서부터 준공시까지의 절차에 관한 세부적인 사항을 정하고 있다. 일반적인 공원조성계획과 비교하면, 공원조성계획 입안 제안 시에는 도시공원위원회 자문절차만이 필수적이지만(법 제16조 제4항), 특례사업은 비록 임의적이긴 하나 제안심사위원회의 심사, 협상, 전문기관이 수행하는 제안의 적정성 검토 절차를 예정하고 있고, 도시공원위원회의 자문 뿐 아니라 도시계획위원회의 자문도 공동으로 받을 수 있도록 예정하고 있다(특례지침 제3장).

고려)의 내용을 바탕으로 특례지침과 「민간공원조성 특례사업 가이드라인」(국토교통부, 2016.10.)의 내용을 바탕으로 기술하였다.

48) 홍성조·정수진, 앞의 논문, 97면,

49) 광주 민간공원 토지 소유자들 “호화아파트 특례사업 철회” 촉구, 뉴시스 2019.4.14.자 기사, 민간공원 특례사업 ‘연희공원’, 토지 소유주 반발, 인천일보, 2020.6.15.자 기사 등

50) 의정부의 경우 직동, 추동공원에 대하여 토지수용 재결신청까지 절차를 거쳐 사업을 추진하고 있는 사례에 따라 다른 사업도 토지수용절차를 진행하고 있는 것으로 파악되고 있으며, 꾸준히 토지수용권한을 민간에게 부여하는 것이 타당한가, 그리고 민간과 공공이 협약체결하여 공공의 이름으로 토지수용절차를 진행하는 것이 바람직한지에 대한 문제 제기가 지속되고 있는 실정이다(이정하, “민간공원특례사업에 있어 갈등요인 분석과 해소방안 연구”, 광운대학교 석사학위 논문(2017), 49면)

<표 14> 공원조성계획 입안과 민간공원조성 특례사업 제안의 비교

공원조성계획 입안 제안	민간공원 특례사업 제안
제안대상 도시공원의 면적 제한 없음	5만㎡ 이상 도시공원
도시공원 일부에 대한 제안 가능	도시공원 전체 조성 시 적용이 원칙
비공원시설 제안 불가	비공원시설 제안 가능
제3자 제안공고 불요	제3자 제안공고 필요(제안에 의한 특례사업)
제안 수용 여부 결정 절차: 도시공원위원회 자문(필수)	제안 수용 여부 결정 절차: 제안심사위원회 심사(임의) 협상(임의) 제안의 적정성 검토(임의) 도시공원위원회 자문(필수) 및 도시계획위원회 공동자문(임의)

한편, 민간부문의 공원조성계획 입안 제안 시 시장·군수는 60일 이내에 제안 수용여부를 통보하여야 한다. 반면에 민간공원 특례사업의 경우에는 180일 이내에 제안 수용 여부를 통보하여야 한다(공원녹지법 시행령 제12조의2). 특례사업에 관해 별도의 통보기간을 마련한 것은 2016.9.29. 시행령 개정 시로, 특례사업의 검토를 위해 필요한 심사 절차가 많은 점을 고려한 것으로 이해된다.

(2) 추진방식

[제안에 따른 특례사업]

사업의 주요 절차는 크게 제안에 의한 방식과 공모에 의한 방식으로 나누어진다. 제안에 의한 방식은 다시 시장·군수가 대상 공원을 선정하여 공고한 후에 제안서를 접수받는 방식과, 민간부문이 곧바로 지방자치단체에 제안서를 제출하는 방식으로 구분된다. 민간공원추진예정자가 시장·군수에게 제안서를 제출하면, 시장·군수는 제3자에 의한 제안이 가능하도록 제안내용의 개요를 공고하여야 한다. 시장·군수가 제안심사위원회의 심사를 거쳐 협상대상자를 선정할 수 있는데, 필수적으로 도시공원위원회의 자문을 거쳐야 하고, 비공원시설에 대한 도시계획 차원의 적정성 및 타당성 검토를 위해 도시계획위원회와 공동으로 자문을 거칠 수 있다. 민간부문의 제안을 수용한 때에는 시장·군수가 공원조성계획을 입안하고 관련 위원회의 심의를 거쳐 공원조성계획을 결정(변경)하여야 한다. 공원조성계획 결정(변경) 후에는 민간공원추진예정자와 시장·군수 간에 협약을 체결하고, 시장·군수는 1개월 이내에 민간공원추진예정자를 시행자로 지정하며, 이후 민간공원추진자는 국토계획법에 따라 실시계획을 작성하여 인가 신청을 한다.

[공모에 따른 특례사업]

공모에 의한 방식은 시장·군수가 공원시설 부지 뿐 아니라 비공원시설부지를 특정하여 선정한 후 공모하고 접수된 제안서를 평가한 후 선정하는 방식이다. 시장·군수는 제안심사

위원회의 심사를 거쳐 협상대상자를 선정할 수 있고, 효율적인 사업 추진을 위해 제안자와 협상할 수 있으며, 제안에 따른 특례사업과 마찬가지로 필수적으로 도시공원위원회의 자문을 거쳐야 한다. 비공원시설에 대한 도시계획 차원의 적정성 및 타당성 검토를 위해 도시계획위원회와 공동으로 자문을 거칠 수 있다. 이하의 절차는 제안에 따른 특례사업 절차와 동일하다.

(3) 지방의회와 시민사회의 절차 참여

1) 지방의회의 관여에 관한 논의들

[관련규정과 논의의 소재]

공원녹지법은 공원조성계획 결정 시 국토계획법에 따른 지방의회 의견청취를 생략할 수 있도록 하였으므로(제16조의2), 민간공원 특례사업의 경우에도 공원녹지법에 따른 지방의회의 관여는 필수적이지 않다. 그럼에도 불구하고 실무에서는 사업의 공공성 확보를 위해 지방의회의 관여가 필요한 것은 아닌지, 필요하다면 사업추진의 어느 시점이어야 하는지에 관한 쟁점이 다양한 방식으로 전개되고 있다.

[협약에서 지방의회의 동의조항을 포함하는 경우]

구미시의 중앙공원 민간공원 조성사업에서는 협상대상자와 행정청 간에 협약을 체결하면서 ‘본 협약은 구미시의회에서 협약서 동의안을 득한 시점부터 효력을 발생하며...(협약 제46조)’ 라고 하여, 시의회의 동의를 협약의 효력발생요건으로 정하였다. 해당 사업은 시의회의 안건 부결로 사업이 보류되었고, 협약서의 무효확인을 구하는 소에서 법원은 의회의 동의를 조건으로 한 협약이 유효하다고 판단하였다.⁵¹⁾

[조례에서 지방의회의 동의조항을 포함하는 경우]

협약 체결 전 협약안에 대하여 시의회의 동의를 받아야 함을 조례로 규정할 수 있는지가 문제된 사안에서 법제처는 동의를 받도록 하는 것이 지방자치단체 장의 집행권을 침해하게 될 우려가 있어 바람직하지 않다고 해석하였다.⁵²⁾ 법제처에서는 협약 체결에 행정청의 재량이 있으며, 도시공원을 조속히 설치하고자 하는 입법 취지에 반하고, 도시공원의 기부채납 시 지방의회 의결사항의 예외로 규정된다는 점⁵³⁾ 등을 근거로 제시하였다.

51) 대구고등법원 2018.11.23. 선고 2018누2996 판결

52) 법제처 의견(안건번호 16-0279)

53) 지방자치법 제30조 제1항 제6호, 같은 법 시행령 제36조 제2항, 공유재산 및 물품관리법 시행령 제7조 제4항에 따라 ‘「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 취득(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제6호가목·나목 또는 마목의 기반시설을 설치·정비 또는 개량하는 경우만 해당한다)·처분’은 의결사항에서 제외됨을 근거로 제시하였다.

2) 지방의회의 관여 필요성과 정도

[민간공원 특례사업의 공적 성격]

민간의 재원만으로 공원과 상부의 시설을 건설하고 기부채납 한다는 점에 주목하면 사업을 공법적으로 통제할 필요성이 낮아 보인다. 민간의 재원으로 기반시설을 건설하고 민간이 소유하면서 운영하는 도시계획시설사업에서도 공법적 통제의 정도는 높지 않기 때문이다. 기 조성된 공원에 유원시설 등을 설치하는 내용의 공원시설사업도 상업시설임에도 불구하고 공원조성법과 개별 영업법의 규율만을 받는다.

한편, 민간사업자는 공원조성의 비공원시설부지에 대한 도시계획시설결정이 해제되고, 완화된 조건 하에서 토지사용·수용 권원을 얻는 반대급부를 향유한다. 이러한 혜택은 공원조성 비용을 조달하기 어려운 개별 토지소유자들에게는 오랜 기간 허용되지 않은 것임을 고려해보면, 사업자가 누리는 반대급부는 이례적인 것이다. 시설을 건설한 후 국가나 지방자치단체에 기부채납하고 시설의 사용·수익허가권을 부여받아서 투자비를 회수하는 국·공유재산법 또는 민간투자법에 따른 민간투자사업과 민간공원 특례사업을 비교해보면, 민간공원 특례사업은 공동주택을 분양하여 조기에 투자비를 회수할 수 있다는 점에서 반대급부의 효용이 높은 측면도 있다. 민간부문이 기부채납한 기반시설을 직접 사용·수익하는 것은 운영권을 부여받는 것이므로 공적 통제의 필요성이 높다고 인식되어 왔지만, 분양수입 등을 통해 투자비를 조기에 회수할 수 있는 민간공원 특례사업이 민간부문에서는 보다 매력적인 있다. 그러므로 민간공원특례사업은 적어도 일반적인 도시계획시설사업보다는 정밀한 공법적 규율이 필요하다.

[지방의회 협의절차의 필요성]

공원녹지법이 공원조성계획 결정 시 지방의회 결정을 생략할 수 있도록 한 취지는 도시공원의 설치에 관한 도시관리계획 결정 시 이미 지방의회의 의견청취가 이루어졌음에도 그 세부 집행계획인 공원조성계획 결정시 동일한 절차를 다시 거치는 것이 불요하기 때문이다.⁵⁴⁾ 그러나 민간공원조성 특례사업의 공원조성계획은 당초의 도시관리계획결정 내용 중 일부 부지를 비공원시설부지로 활용하는 것을 내용으로 하므로, 필연적으로 기존 도시관리계획의 변경이 수반될 수밖에 없고, 사업의 규모나 내용 측면에서 이전 도시관리계획 결정과 동일성이 있다고 보기도 어렵다. 그러므로 특례사업의 경우에는 지방의회와의 협의 절차를 제도화함으로써, 제도적인 공론화의 창구를 다양화하고, 제도 운용의 투명성을 보장하는 것이 필요하다.

54) 공원녹지법(법률 제7476호) 개정이유

3) 주민의견 청취 방법 및 시기

광역도시계획 및 도시기본계획의 수립과 달리, 도시관리계획의 수립과 관련한 공청회의 개최는 행정청의 의무사항이 아니다.⁵⁵⁾ 공원조성계획 결정 시에도 원칙적으로 도시관리계획 결정 절차를 따르므로, 주민의견의 개별적 청취 외에 공청회 절차는 제도화되어 있지 않다. 공청회 절차는 지방자치단체 차원에서 직접 또는 제안 지침서에 협상대상자로 하여금 주민 공청회, 라운드테이블 등 행정청이 원하는 과정에 응할 것을 요구하는 방식으로 진행된다.⁵⁶⁾ 개발사업에서 주민의견이 수립될 수 있는 주요한 창구 중 하나인 환경영향평가의 경우 공원 조성사업은 녹지기본계획 수립 시에 전략환경영향평가 협의를 수행하고, 실시계획 인가 시에 환경영향평가협의를 수행하므로(환경영향평가법 시행령 [별표2], [별표3]), 공원조성계획 입안 및 결정 단계에서 비공원시설 개발로 인한 환경성 평가나 주민의견 수립이 충분히 이루어지기 어려운 한계가 있다. 그러므로 법령 단계에서 의견 수립의 공적 창구를 제도화함으로써 공·사의 조정을 통한 원활한 사업을 유도하는 것을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

4. 협상대상자 지정 및 제안수용의 법적 성격

[협상대상자 지정의 기준과 절차]

특례지침에서는 협상기간을 6개월로 제시하는 것 외에 협상 내용이나 절차에 관해서는 직접 규정하고 있지 않다.⁵⁷⁾ 최초 제안자의 제안서 제출이 있는 경우에 제3자 제안공고를 의무적으로 하여야 하므로(특례지침 3-3-1), 다수 제안자 중 우선협상대상자를 선정하기 위한 제안서의 평가기준이 상당히 중요하고, 이에 관한 세부적인 기준과 절차가 필요하다. 지방자치단체에서 개별적으로 작성하여 제공하는 특례사업 지침서에서는 평가기준, 최초제안자가 받을 수 있는 가산점, (우선)협상대상자의 의무, 협상대상자 취소 사유 등을 정해두고 있다.⁵⁸⁾

[우선협상대상자 지정의 처분성]

협상대상자 지정의 법적 의미는 개별 법률마다 상이할 수 있다. 협상대상자 지정 이후 사업에 필요한 주요 인·허가의 유형과 주체에 따라 사업의 추진가능성이 달라질 수 있고, 이에 따라 협상대상자가 가지는 사업시행자 지위에 대한 기대가능성이 달라질 수 있기 때문이다.

55) 김봉철, “도시계획에서의 주민참여의 강화방안”, 『토지공법연구』 제95집(2012. 8.), 13면.

56) 목포시 산정공원 민간공원조성 특례사업 제3자 제안공고 지침서(2018.12.) 등

57) 특례지침 3-3-4에서는 평가표를 도시공원위원회 심의를 거쳐 3-3-3에 따라 게시하도록 규정하고 있는데, 3-3-3은 시장·군수가 대상 공원을 먼저 선정한 후 제안서를 접수받는 방식에 대한 규정이므로, 제안에 의한 방식 일반에 대하여 적용되는 사항인지는 불분명하다.

58) 광주시 쌍령근린공원 민간공원조성 특례사업 지침서(2020.11.26.), 목포시 산정공원 민간공원조성 특례사업 제3자 제안공고 지침서(2018.12.)

특례지침에 의하면 협상은 제안서 수용의 사전 단계로서 의미를 갖지만, 실무에서는 협상 대상자 지정이 곧 제안서 수용의 의사표시로 이루어지기도 하고, 협상대상자 지정 없이 제안 수용의 통지를 하는 경우도 있는 것으로 파악된다.⁵⁹⁾ 협상대상자 지정이 제안 수용의 의미를 겸하는 경우, 협상대상자 지정처분의 효력을 다투는 소송에서 법원은 협상대상자 지정에 관한 법률행위는 단순한 사법적 관계라고 볼 수 없고, 행정청의 공권력 행위로서, 우선협상대상자로 지정된 사업자는 우선적으로 피고와 협상을 거쳐 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 된다는 점 등에서 처분성이 인정된다고 보았다.⁶⁰⁾

이러한 판결 내용은 민간투자법에 따른 민간투자사업에서 우선협상자로 지정된 사업자는 배타적으로 주무관청과 사이에 협상을 거쳐 위와 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 지정되지 않는 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 필연적으로 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈당하게 되므로, 우선협상대상자 지정이 공권력 행사에 해당한다고 판단한 것과 궤를 같이 한다.⁶¹⁾⁶²⁾

5. 제안 수용거부 또는 제안수용 취소의 재량권 일탈·남용 판단

(1) 행정계획의 위법성 판단 일반

[행정계획의 계획재량]

행정법상 계획규범은 추상적·다의적인 복수 목표를 설정하고 계획의 세부적인 내용은 명시하지 않음이 일반적이므로 행정주체는 계획의 입안·결정 과정에 광범위한 형성의 자유(planerische Gestaltungsfreiheit)를 갖게 되고, 이러한 형성의 자유는 일반적인 행정재량보다 더 넓은 형성의 여지를 행정청에게 부여하는 것으로서 강화상 계획재량(Planungsermessen)이라 불린다.⁶³⁾ 계획재량이 일반행정재량과 질적인 차이가 있는지, 아니면 양적인 범위 내에서의 차이만이 존재하는지에 관해 이론적으로 논의가 되어 왔다.⁶⁴⁾ 독일 이론의 표현으로

59) 목포시와 광주시의 제안 지침서에는 협상대상자 선정(지정) 절차만 있고, 제안 수용 절차는 별도로 명시되어 있지 않으며, 대법원 2019.1.10. 선고 2017두43319 판결 사안에서는 협상대상자 지정의 취소를 구하였는바, 협상대상자 지정에 제안서 수용의 의사가 포함되어 있던 것으로 이해된다.

60) 대전지방법원 2016. 10. 12. 선고 2015구합105055 판결(대법원 2019.1.10. 2017두43319 판결의 1심 판결). 이 판결은 원고가 ‘사업대상자선정처분’의 취소를 구하였으나, 법원이 변론 전체의 취지를 종합하여 우선협상대상자로 지정한 처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 선행하였다.

61) 서울행정법원 2003.3.20. 2002구합31572 판결, 서울고등법원 2004.6.24. 2003누6483.

62) 대법원은 공유재산법에 근거하여 기부채납 및 사용·수익허가 방식으로 민간투자사업을 추진하는 경우에 우선협상대상자를 선정하는 행위와 이미 선정된 우선협상대상자를 그 지위에서 배제하는 행위에 관해서도 모두 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보았다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017두31064 판결).

63) 김병기, “도시군관리계획 변경입안제안 거부와 형량명령-대법원 2012.1.12. 선고 2010두5806 판결(완충녹지지정해제신청 거부처분 취소소송)을 중심으로-”, 『행정법연구』 제37권(2013. 11.), 184면.

64) 이하의 논의는 최승필, “행정계획에서의 형량 : 형량명령에 대한 논의를 중심으로”, 『토지공법연구』 제73권 제1호(2016), 232면.

일반 행정재량은 가언명령식인 조건과 효과로 구성되는 반면에 계획재량은 목적과 수단
 구조이므로 질적인 차이가 있다는 견해도 있고, 양자는 재량이 인정되는 의미는 다르지만
 선택의 자유가 부여된다는 점에서 동일하고 다만 재량범위의 크기에 따른 양적 차이만 존재
 한다는 견해가 제기된다.

[행정계획의 위법성 판단기준]

대법원은 행정계획을 수립하는 정부주체가 광범위한 형성의 자유를 가지지만, 행정계획을
 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히
 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경
 우에는 형량에 하자가 있어 위법하다고 하여 일반 재량행위와 구별되는 형량하자 이론을 채
 택하고 있다.⁶⁵⁾ 다만, 구체적인 판단내용은 재량행위와 구별되지 않는 일반적인 비례의 원칙
 에 따라 판단하기도 하는 등 형량하자에 입각한 판단기준이 명확히 드러나지는 않는다.⁶⁶⁾

(2) 민간공원조성 특례사업에서의 검토

[사업의 특성에 따른 판단 필요성]

민간부문이 제출한 제안서를 수용하는 의사표시 또는 거부하는 의사표시는 제안서를 제출
 한 당사자와 경쟁에 참여한 제3자의 권리구제를 위해서 항고소송으로 다투게 함이 적절하
 다. 그런데 민간공원조성 특례사업에서 협상대상자가 가지는 법적 지위는 다른 법률에 의한
 사업 추진과정에서 협상대상자로 지정된 자의 법적 지위와 동일하지 않다. 제안 수용 거부
 나 협상대상자 지정 및 제안수용 이후 이루어지는 제안수용 취소의 위법성을 판단하기 위해
 서는 민간조성사업 특례사업의 추진 절차 등 사업 특성에 입각한 판단이 필요하다.

[민간투자법에 따른 민간투자사업과의 비교]

사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’)에 따라 사업을 추진하는 경우에 대
 상사업의 지정이 사업자 공모 절차보다 선행되거나, 대상사업의 지정과 사업자 공모 절차가
 동시에 진행된다(민간투자법 제8조, 제10조). 대상사업의 지정 이전에는 민간투자사업심의위
 원회의 심의를 통해 사업 추진의 타당성이 심의되므로, 협상대상자가 이후 사업시행자 지정
 단계에서 관련법에 따른 심의나 인·허가 문제로 지위를 상실할 가능성이 상대적으로 낮다.
 또한 협상 완료 후 협약 체결과 동시에 사업시행자 지정 효과가 부여되므로(민간투자법 제
 13조), 협상대상자의 사업자 지정에 대한 높은 기대가 자연스럽다. 그러나 민간공원조성 특
 례사업은 도시계획시설 결정 단계에서는 비공원시설의 설치가 예정되어 있지 않고, 민간부

65) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두21464 판결 등

66) 김병기, 앞의 논문, 192면.

문의 공원조성계획의 입안 제안 및 행정청의 수용 통지를 거쳐 공원조성계획 결정 절차를 예정하고 있으므로, 행정청의 의사표시는 사업추진 가부에 관한 종국적인 의사표시라기보다는, 시장·군수의 임시적이고 잠정적인 절차의 의사표시에 가깝다.

[개별 개발법과 공원녹지법의 비교]

제안 수용 통지를 받은 민간 제안자의 법적 지위에 대한 기대가능성이 높지 않은 것은 민간공원 특례사업의 절차적 특성을 통해서도 확인할 수 있다. 개발사업법은 일반적으로 사업시행자 지정 절차를 통제하지 않는다. 사업자 지정은 민간의 사업 영역에서 설권적 처분으로 이루어지고, 경쟁을 통한 사업자 지정이나 협상 절차가 의무적이지 않다. 민간공원 특례사업은 개발사업의 성격을 지님에도 비공원시설부지의 도시관리계획 해제라는 권원이 부여됨으로 인해 공공성의 요청이 높아지고, 공공조달 절차에 준하는 절차적 규율의 필요성이 제기된다. 또한 제안서 제출 이후에 제안 수용을 위한 도시계획위원회의 자문절차를 거치지 않았다면 비공원시설의 적정성에 대한 심의는 도시계획위원회의 심의 단계에서 비로소 개시되므로, 심의 결과에 대한 예측가능성이 높지 않다.

[제안 거부처분의 위법성 판단]

제안 거부의 실제적 적법성이 문제되는 경우 정당한 이익형량이 필요하되, 사법부의 심사강도는 완화될 필요가 있다. 하급심 판결 중에는 제안서 제출 시점의 법령과 부합하지 않고, 도시공원위원회의 자문 결과에 따라 공원조성계획 입안제안을 반려한 사안에서 민간 사업자가 제안한 바에 따라 공원조성계획을 변경하는 것이 오히려 공원 이용편익을 높일 수 있으므로 행정청의 반려가 위법하다고 판단한 사례가 있다.⁶⁷⁾ 개발사업 추진을 위한 행정계획 변경의 제안 거부한 행정청의 판단에 적극적으로 관여하는 것은 일견 국민편익의 실현을 도모하는 것으로 보일 수도 있다. 그러나 일도양단적 판결과 달리, 행정행위는 다수의 이해관계를 조정하는 기능을 한다는 점이 고려되어야 한다. 계획재량의 심사 과정에서도 공원조성계획의 형성을 위하여 관련 기관의 의견을 청취하고, 주민 의견을 수렴하는 절차적 과정이 실제적 정당성과 긴밀히 연관되어 있다는 점이 유의 깊게 고려되어야 할 것이다.⁶⁸⁾

[제안 수용취소를 다루는 경우]

제안 수용의 취소를 다루는 경우 재량권 행사의 일탈·남용 여부는 수익적 행정행위의 취소 또는 철회의 법리에 따라 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호와 행정행위 상대방의 불이익을 비교·교량하여 판단한다.⁶⁹⁾ 민간공원 특례사업의 제안 수용 취소를 다룬

67) 대구고등법원 2013. 6. 14. 선고 2012누2635 판결.

68) 위 판결에서 법원은 ‘도시공원위원회의 자문의견은 그야말로 자문의견에 불과하여 대외적 구속력이 없을 뿐 아니라, 특혜시비 및 유사민원 발생우려는 이 사건 제안을 거부할 적법한 사유가 되지 않는다.’고 판단하였는데, 이는 전문적 판단을 담당하는 위원회의 의견을 가급적 존중하는 그간의 판례 법리와도 부합하지 않는다.

사안에서 대법원은 민간공원추진자의 제안을 받아들인 다음에도 행정청은 후속 심사절차에서 드러나는 여러 공익과 사익의 요소를 형량하여 공원조성계획의 내용을 형성해야 하므로, 민간제안자의 사업시행에 대한 신뢰가 확고하지 않다고 판단한 바 있다.⁷⁰⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 민간특례 조성사업의 제안 수용은 공원조성계획 결정 절차가 진행될 것을 조건으로 하는 잠정적인 행정청의 의사표시이고, 이러한 특성은 제안자의 사익과 제안 취소의 공익을 형량함에 있어서 중요하게 고려되어야 할 요소이다. 사업 제안 이후 공원조성계획 결정 이전까지 제안자가 투입한 시간을 보상할 수 있는 제도적 장치가 필요할지는 별개의 논의사항일 수 있겠으나, 재량권 심사 시에 제안자의 신뢰보호 정도를 결정하는데에 주요한 요소가 되기는 어렵다.

V. 맺음말

공원조성계획은 도시관리계획(도시계획시설 결정)의 후속 절차로서 공원조성에 관한 구체적 사항을 정하는 것을 목표로 한다. 민간공원조성 특례사업을 내용으로 하는 공원조성계획은 기존 도시계획시설의 일부 해제를 내용으로 한다. 비공원시설의 허용성에 관해 여러 이해관계자의 의사가 대립될 수 있으므로 민간공원조성 특례사업은 도시계획시설사업에 관한 공적 규율체계로는 충분하지 않다. 공정한 경쟁과 절차의 투명성에 주안점을 두고 민간부문의 제안서 제출, 제안서 수용, 협상대상자 및 사업자 선정 등에 관한 절차의 골격을 법령 단위에서부터 명시할 필요가 있다. 또한 도시계획시설 결정의 일부 해제를 예정하는 사업제안의 성격, 사업시행자가 향유하는 반대급부, 사업의 공적 중요성에 입각하여 공론화 장치의 제도화를 고려하는 것도 강구되어야 할 것이다. 절차의 골격을 법정화하고, 공론화 절차를 보장하는 것은 당장은 사업 지연을 초래하는 규제로 보일 수 있지만, 절차의 안정성과 투명성에 기여함으로써 궁극적으로는 도시공원의 원활한 공급에도 기여할 수 있을 것으로 기대한다.

(투고일: 2022. 2. 9. 심사완료일: 2022. 3. 19. 게재확정일: 2022. 3. 21.)

69) 대법원 2011.6.10. 선고 2010두28007 판결 등

70) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2021두34732 판결. 반면에 이 판결의 원심판결은 ‘민간공원추진자 지위에 있는 원고가 이 사건 제안 수용 당시의 입안안 등으로 돌아가 필요한 보완책을 강구하면서 이 사건 특례사업을 진행하거나 위 부결사유를 해결할 수 있는 또 다른 대안을 제시할 수 있는 상황이라면, 피고로서는 곧바로 원고에 대한 이 사건 제안수용 자체를 철회하여 원고의 위 지위를 박탈하기보다는 그보다 경미한 침해에 그치는 다른 방법(행정지도 등)을 고려하는 등으로 철회권 행사에 신중을 기하여야 할 것이다.’ 라고 하여 이 사건 제안수용 취소처분이 원고의 기득권과 신뢰에 대한 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요가 있다고 보기 어려워 위법하다고 판단하였다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.

[논문]

강석점, “도시공원 일몰제에 대한 법적 개선방안 연구”, 『동아법학』 제80호 (2018. 8.)

권영달, 박현빈, 김동필, “민간공원특례사업의 추진에 따른 사업특성에 관한 연구”, 『한국조경학회지』 제49권 제5호(2021. 10.)

김병기, “도시군관리계획 변경입안제안 거부와 형량명령-대법원 2012.1.12. 선고 2010두5806 판결(완충녹지지정해제신청 거부처분 취소소송)을 중심으로-”, 『행정법연구』 제37권(2013. 11.)

김봉철, “도시계획에서의 주민참여의 강화방안”, 『토지공법연구』 제95집(2021. 8.)

김종보, “도시계획시설의 공공성과 수용권”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8.)

김종보, “도시계획시설의 법적 의미”, 『공법연구』 제25권 제4호(1997. 8.)

문상덕, “도시공원에 관한 법제적 고찰”, 『지방자치법연구』 제14권 제4호(2014. 2.)

오창송, “도시공원 법제도의 변천과 쟁점 -1934년~2007년 국내법을 중심으로”, 서울대학교 박사학위 논문(2017. 12.)

이정하, “민간공원특례사업에 있어 갈등요인 분석과 해소방안 연구”, 광운대학교 석사학위 논문(2017)

최승필, “행정계획에서의 형량 : 형량명령에 대한 논의를 중심으로”, 『토지공법연구』 제73권 제1호(2016)

허지인, “개발사업법상 공공시설에 관한 공법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문

(2020. 7.)

홍성조·정수진, “민간공원제도의 활성화방안에 관한 연구-수원시 도시공원을 중심으로”, 『한국부동산학회』 제67호(2016)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제7호 2022년 3월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 7, March 2022

부산진해 경제자유구역의 토지이용계획과 이주대책

- 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두37218 판결을 중심으로 -

박은정*

국문초록

부산진해 경제자유구역은 외국인 투자와 기업 유치를 위한 안정된 정주 환경의 조성을 목적으로 하는 경제자유구역 개발사업의 특성을 토지이용계획에 적절히 반영하여 산업시설용지, 주택시설용지 등 다양한 용도의 부지를 비교적 성공적으로 개발한 사례에 해당한다. 즉, 신항만을 핵심시설로 하여 그 주위에 해상물류 관련 시설을 배치하고, 해상물류 지원을 위한 국제 업무 및 해사 관련 시설을 항만 인접 지역에 배치하며, 그 외곽에 첨단생산, 전문교육, R&D 관련 시설을 배치한 후, 주거기능은 국제 업무, 생산 연구 관련 시설 중간에 두어 직주(職住) 근접이 가능하게 하였다. 그러나 주택건설용지 비율이 낮고, 직주 혼합을 목적으로 하는 지구의 개발이 늦어 부산 도심에서 산업시설용지로 출·퇴근하는 사람들로 극심한 교통 정체가 빚어지고 있는 점은 아쉽다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 보상에 관한 법률은 투기행위 조장과 과도한 보상이 이루어지는 것을 막기 위해 무허가건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외하되, 1989. 1. 24. 대통령령 제12609호로 공공용지 취득 및 손실보상에 관한 특별법 시행령이 개정되어 무허가건축물 소유자가 이주대책 제외 대상으로 명시되기 이전에 무허가건축물을 소유하던 자가 가지고 있던 신뢰를 보호하려는 취지에서 해당 무허가건축물 소유자는 이주대책대상자가 될 수 있는 것으로 정하고 있다. 이러한 신뢰는 무허가건축물의 물리적 동일성을 전제로 하는 것이므로, 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물이 소멸되고 새로운 건축물이 건축되

* 변호사, 법무법인(유) 올춘

는 경우에는 이주대책대상자에서 제외하여야 한다. 해당 무허가건축물이 천재지변 또는 그 밖의 재해 등 불가피한 사유로 멸실된 경우라 하더라도, 이는 단순히 법 위반 상태가 해소된 것에 지나지 않으므로 여전히 이주대책대상에 포함될 수 없다.

주제어 : 경제자유구역, 토지이용계획, 산업시설용지, 주택건설용지, 이주대책, 무허가건축물

목 차

- I. 서론
- II. 부산진해 경제자유구역의 현황
- III. 토지이용계획에서 산업시설용지와 주택건설용지의 비율
- IV. 이주대책과 무허가건축물
- V. 결론

I. 서론

2002년 경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법(이하 ‘경제자유구역법’)이 제정되고 2003년 최초로 인천 경제자유구역이 지정된 이래 총 9개 경제자유구역이 지정, 운영되어 왔다. 외환위기 극복 직후 도입된 이 제도를 통해 해외 투자 자본과 기술을 적극적으로 끌어들일 수 있을 것으로 기대하였으나, 현재 경제자유구역은 성과가 부진하다는 비판을 받고 있다. 이러한 비판이 제기되는 데에는 여러 요인이 있겠지만, 이 글에서는 대표적인 경제자유구역인 부산진해 경제자유구역을 중심으로 토지이용계획, 특히 산업시설용지와 주택건설용지의 비율 측면에서 경제자유구역이 가지는 특성과 이에 따른 문제점을 살펴보고자 한다.

한편, 경제자유구역법에 따른 경제자유구역 개발사업(이하 ‘개발사업’)은 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’)에 따른 공익사업으로 그 사업에 필요한 토지 등을 수용하는 것이 가능한데, 이와 관련하여 부산진해 경제자유구역에서는 토지보상법상 이주대책대상에 포함되는 무허가건축물 소유자가 태풍 매미로 해당 건축

물이 소멸된 이후 재해 복구 차원에서 그 자리에 비슷한 규모로 건축물을 재축한 경우에 이주대책대상자의 지위를 유지하는지 여부가 문제된 바 있다. 이에 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두37218 판결(이하 ‘대상 판결’)에서 대법원은 해당 건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외한 사업시행자의 처분을 적법한 것으로 판단하였는데, 이 글에서는 이주대책의 개념과 이주대책대상자 선정에 관한 법리를 바탕으로 대상 판결의 타당성을 검토하기로 한다.

II. 부산진해 경제자유구역의 현황

1. 경제자유구역 제도의 도입과 내용

우리나라 정부는 20세기 후반 외환위기를 겪은 이후 중국이 7, 80년대 선전 등에 경제특구를 설치하여 고도의 경제성장을 이룩한 것에 착안해 대규모 도시계획으로 신도시를 조성하고 이를 통하여 외국 자본과 기업을 끌어들이려는 취지로 2002년 경제자유구역법을 제정하였다.¹⁾ 경제자유구역법은 경제자유구역의 지정, 운영을 통해 외국인투자기업 및 국내복귀기업의 경영 환경과 외국인의 생활여건을 개선하여 외국인 투자 및 기업 유치를 촉진하고 국가경쟁력을 강화하며 균형발전을 도모하는 것을 목적으로 한다(경제자유구역법 제1조). 경제자유구역법의 제정 이후 2003년 인천을 시작으로 부산진해, 광양만권 경제자유구역이 지정되었고, 2008년에는 이명박 정부 하에서 대구경북, 황해(경기), 새만금군산 경제자유구역²⁾이 추가로 지정되었다. 나아가 2013년에 동해안권, 충북 경제자유구역이 지정되고, 2020년에 광주, 울산 경제자유구역이 지정되어 현재 총 9개 경제자유구역이 운영되고 있으며, 2020년을 기준으로 총 6,025개 기업이 입주하여 있다.³⁾

외국인 투자와 기업 유치라는 제정 목적에 맞추어 경제자유구역법은 경제자유구역에서 외국인들이 외국과 같은 여건으로 생활할 수 있도록 규율하고 있다. 즉, 경제자유구역법은 외국인의 생활여건으로 언어, 교육, 의료 문제가 가장 중요할 것으로 보아 공문서 접수, 처리 등과 관련해 외국어 서비스를 제공하고 외국교육기관, 외국의료기관 및 외국인 전용 약국 등의 설립과 운영을 용이하게 하기 위한 특칙을 두고 있다(경제자유구역법 제20조, 제22

1) 권오혁, “한국과 중국의 경제특구 제도비교”, 『한국지방정부학회 학술대회자료집』(2006. 11.), 135-139면. 정태욱, 채원호, “경제자유구역 성과의 영향요인에 관한 연구”, 『한국거버넌스학회보』 제22권 제3호(2015. 12.), 381-383면 참조.

2) 새만금군산 경제자유구역은 새만금사업의 추진 및 지원에 관한 특별법에 따른 개발구역으로 충북 지정됨에 따라 2018년 지정 해제되었다.

3) “경제자유구역 현황”, 경제자유구역 홈페이지, 2022년 3월 24일 접속, <https://fez.go.kr/portal/introduction.do>.

조, 제23조, 제23조의2).⁴⁾ 이에 따라 사립학교법 제3조, 의료법 제33조 제2항, 제49조 등에 불구하고 외국학교법인, 외국인 또는 외국인이 설립한 법인은 외국교육기관, 외국의료기관 및 외국인 전용 약국 등을 설립, 운영할 수 있다. 그리고 경제자유구역법은 외국인 투자금액이 5억 달러 이상인 경우 외국인 전용 카지노업 허가를 허용하고 있으며, 유선방송의 외국방송 채널 수를 확대 구성, 운용할 수 있게 하고 있다(경제자유구역법 제23조의3, 제24조). 정리하면 경제자유구역법은 외국인 투자 및 기업 유치를 위하여 외국인 교육, 의료, 관광 등 전방위적인 행정 지원이 이루어지는 대규모 복합 신도시로서 경제자유구역을 조성하고자 하는 것이다.⁵⁾

한편, 경제자유구역법은 개발사업시행자, 경제자유구역에 입주한 외국인투자기업(이하 ‘입주외국인투자기업’)와 대통령령으로 정하는 국내복귀기업(이하 ‘입주국내복귀기업’)에 대해 다양한 혜택을 부여하고 있다. 우선 조세 감면과 자금 지원 측면에서 살펴보면, 개발사업시행자, 입주외국인투자기업 및 입주국내복귀기업은 경제자유구역법과 조세특례제한법 등의 관련 법령에 근거하여 관세, 취득세 및 재산세를 감면받을 수 있다(경제자유구역법 제15조, 제16조).⁶⁾ 특히 입주외국인투자기업과 입주국내복귀기업은 지방자치단체로부터 의료시설, 교육시설, 연구시설, 주택 등 기업 및 투자 유치와 관련한 시설의 설치 및 운영에 필요한 자금을 지원받을 수 있고, 임대료를 감면받을 수 있으며, 국·공유지의 경우 수익계약의 방법으로 50년간 부지가액의 10%에 해당하는 사용료로 임차하는 것도 가능하다(경제자유구역법 제16조 제2 내지 6항). 또한 기반시설 설치비용에 대해서는 50%의 범위에서 국비 지원이 가능하고, 경제자유구역위원회의 심의·의결을 받으면 전액 국비지원도 가능하다(경제자유구역법 제18조 및 같은 법 시행령 제17조). 다음으로 토지이용 측면에서 경제자유구역법은 입주외국인투자기업에 대해 특별히 수도권정비계획법 제7조(과밀억제권역의 행위 제한), 제8조(성장관리권역의 행위 제한), 제18조(인구집중유발시설총량규제), 제19조(대규모개발사업에 대한 규제) 등의 적용을 배제하고 있다(경제자유구역법 제17조 제3항).

하지만 이와 같은 특칙과 다양한 혜택에도 불구하고 우리나라의 경제자유구역은 다른 국가의 경제특구에 비해 조세 감면을 받을 수 있는 업종이 제한적이다(조세특례제한법 제121

4) 오준근, “경제자유구역(경제특구제도)의 법적 문제”, 『한국토지공법학회 학술대회』 제35호(2003. 3.), 67면 참조.

5) 서문성, “우리나라 경제자유구역 현황과 운영전략에 관한 연구”, 『해운물류연구』 제56호(2008. 3.), 61면 참조.

6) 예컨대 개발사업시행자는 수입자본재에 한하여 5년간 관세를 100% 면제받을 수 있고, 외국인 투자금액이 3천만 불 이상 또는 외국인투자비율이 50% 이상이고 총 개발사업비가 5억불 이상인 경우에는 지방자치단체 조례에 따라 최장 15년동안 100% 면제가 가능하다. 이는 외국인투자기업의 경우에도 마찬가지로 수입자본재에 한해 5년간 관세를 100% 면제받을 수 있고, 취득세 및 재산세는 지방자치단체 조례에 따라 최장 15년간 각각 100% 면제받거나 감면받는 것이 가능하다.

조의2 제1항 제2호 가목, 제2호의2, 제2호의3, 제121조의3). 그리고 경제자유구역위원회(중앙 정부), 경제자유구역청(지방자치단체) 등 관계 행정기관이 다수이며 경제자유구역청의 정체성과 역할 범위가 불분명해 업무 중복과 혼선이 발생할 가능성이 높고, 경제자유구역 입주, 기업 운영에 관한 각종 인·허가 권한이 경제자유구역청 외에 여러 행정기관에 분산되어 있어 복잡한 행정절차를 거쳐야 하는 등 한계가 있다.⁷⁾ 이 때문에 수도권을 배후로 한 입지적 이점과 항만, 공항 등 우수한 인프라를 갖춘 인천을 제외하고 다른 지역의 경제자유구역은 개발 부진을 겪거나 저조한 투자 유치 실적을 거두며 별다른 성과를 내지 못하고 있고, 인천 경제자유구역 역시 당초 목표와 다르게 고부가가치 첨단 산업의 유치 성과가 미약하다는 비판을 받고 있다.⁸⁾

2. 부산진해 경제자유구역의 지정과 개발

부산진해 경제자유구역은 부산광역시 강서구와 경상남도 창원시 진해구를 대상으로 신항을 중심으로 하는 해상물류의 거점을 육성하고 상대적으로 낙후하여 있던 해당 지역의 산업구조를 개선하여 신항과 시너지 효과를 낼 수 있는 비즈니스 중심지를 조성하기 위한 목표로 2003. 10.경 지정되었다. 당시 인천 경제자유구역이 지정된 상태였고, 부산진해와 광양만권 경제자유구역의 지정이 함께 검토되었는데, 인천 경제자유구역은 항공물류, IT 연구개발 및 국제업무에 특화된 것이었고, 광양 경제자유구역은 해운물류, 중개무역, 지역생산, 소재산업 및 관련 연구개발에 특화된 것으로 계획되고 있었기에 부산진해 경제자유구역은 위 두 경제자유구역과 차별화하여 해상 및 해상·항공 복합 물류, 수산유통, 해운 관련 서비스, 자동차, 조선, 기계 등 부품 소재와 관련 연구개발에 특화된 것으로 계획되었다. 그리고 이를 위하여 부산광역시와 경상남도는 부산진해 경제자유구역에 도입되어야 할 기능으로 ① 국제 물류, 유통, ② 국제 물류, 유통에 따른 국제 업무 및 해사, ③ 해상물류 및 지역 연관 산업의 첨단생산, ④ 기타 국제 업무, 과학 관련 전문교육 및 R&D, ⑤ 경제자유구역 유입 내·외국인을 위한 주거 및 지원, ⑥ 경제자유구역 및 부산·경남권 주민의 여가, 휴양을 정하고, 해당 기능을 아래 [표 1], [그림 1]과 같이 5개 구역에 배분하여 물류, 유통 등 핵심 기능을 담당하는 신항만구역을 중심으로 방사선형을 이루는 5개 구역이 유기적으로 연계될 수 있게 하였다.⁹⁾

7) 이창길, “경제자유구역의 현황 및 문제점과 활성화를 위한 방안”, 『정부와 정책』 제3권 제2호 (2011. 2.), 48-50, 52-60면 참조.

8) 정태욱, 채원호, 앞의 글, 403면 참조.

9) 국토연구원, 『부산·진해 경제자유구역 지정을 위한 개발계획수립 연구』, 2004, 1-2, 11, 41, 48-50면 참조.

[표 1] 부산진해 경제자유구역 구역별 면적 및 기능

구역	면적	기능	
부산	신항만지역	11.1km ²	물류, 유통, 국제 업무, 해사
	명지지역	12.8km ²	항공물류, 첨단부품·소재 공급 기지, 외국인 주거
	지사지역	13.1km ²	외국인 전용 첨단산업, R&D
진해	웅동지역	9.8km ²	물류, 유통, 여가, 휴양
	두동지역	4.3km ²	메카트로닉스 산업, 전문교육 및 R&D
합계	51.1km ²		

[그림 1] 부산진해 경제자유구역 개발계획도¹⁰⁾



부산진해 경제자유구역 개발사업은 I, II단계로 나뉘는데, 부산진해 경제자유구역 개발사업은 I, II단계로 나뉘는데, 전자에서는 시급한 기능과 지역에 대한 투자가 먼저 이루어지고, 후자는 장래 수요에 따라 개발하는 것을 내용으로 한다. I단계는 다시 1, 2단계로 나누어져 전자에서 신항 활성화와 외국기업 유치, 외국인 정주(定住) 환경조성에 필수적인 신항만지역 중 신항 북측배후지구, 명지지역 중 신호지구(신호지방산업단지), 지사지역 중 부산과학산업단지(지사지구)가 우선적으로 개발된다. I-1단계는 2006년에 완료되었고, I-2단계는 2015년에 완료되었으며, 현재 진행 중인 II단계는 2027년에 완료될 예정이다. 한편, 아래 [표 2]와 같이 부산진해 경제자유구역은 총 5개 구역, 23개 지구로 이루어지는데, 2021년 1월을 기준으로

10) “개발계획총괄도”, 부산진해경제자유구역 홈페이지, 2022년 3월 24일 접속, <http://www.bifez.go.kr/dev/00037/00038.web>.

13개 지구(57%)¹¹⁾가 준공된 상태이고, 7개 지구(30%)¹²⁾에 대한 공사가 진행 중이며, 나머지 3개 지구(13%)¹³⁾는 개발계획 변경과 실시계획 수립이 추진되고 있다. 부산지역의 경우 상대적으로 빠르게 사업이 진행되었다. 그러나 경남지역은 공유수면 매립지 또는 마봉산, 남산 등의 산지로 구성되거나 두동, 사도, 남문 등의 마을을 끼고 있어 개발여건이 좋지 않아 개발비 부담이 커 민간 투자자 유치가 어려웠다. 그 결과 사업이 더디게 진행되거나 전체 구역의 35.7%에 이르는 지역이 지정 해제되었다.¹⁴⁾

[표 2] 부산진해 경제자유구역 구역 및 지구

	구역	지구
부산	신항만지역	신항 북측배후지구, 신항 남측배후지구, 신항만지구
	명지지역	신호지구(신호지방산업단지), 명지지구, 화천지구, 서부산유통지구
	지사지역	부산과학산업단지(지사), 미음지구, 송정지구, 명동지구, 생곡지구, 국제산업물류지구
진해	웅동지역	웅동지구, 남양지구, 남문지구, 웅천남산지구, 와성지구, 마천산업지구
	두동지역	두동지구, 문화지구, 보배복합지구, 용원레저지구

경제자유구역법은 수도권에 소재한 경제자유구역의 경우 외국인투자기업에 대하여만 조성원가 이하로 토지를 분양받을 수 있게 하고, 임대할 부지의 조성, 토지 등의 임대료 감면에 필요한 자금 지원을 받을 수 있는 기업으로 입주외국인투자기업과 입주국내복귀기업만을 포함시키고 있다(경제자유구역법 제9조의7, 제16조 제2항). 또한 앞서 살펴본 것처럼 입주외국인투자기업 외에 국내 기업은 수도권정비계획에 따른 각종 행위 제한과 규제를 그대로 적용받으므로 국내 기업이 수도권에서 공장을 신설하기가 매우 어렵다(경제자유구역법 제17조 제3항). 이러하다 보니 인천 경제자유구역은 입주 기업 중 상당수가 외국인투자기업에 해당하고, 오히려 국내 기업이 중국 등 해외로 이전하는 역효과도 발생하였다.¹⁵⁾ 반면에 부산진해 경제자유구역은 수도권에 소재하지 않아 이와 같은 제약을 받지 않고, 더욱이 애당초 부산진해 경제자유구역을 지정한 이유에는 외국인 투자 및 기업 유치뿐만 아니라 부산광역시 동부에 대한 경제 집중도를 완화하고 동부와 서부의 균형 발전을 도모하려는 것도 있었기에 상대적으로 외자 유치 실적이 저조할 것으로 예상되었다.¹⁶⁾ 그러나 남동임해공업지역과 세

11) 신항만지역 신항 북측배후지구, 명지지역 신후지구(신호지방산업단지), 화천지구, 서부산유통지구, 지사지역 부산과학산업단지(지사), 미음지구, 생곡지구, 국제산업물류지구, 웅동지역 남양지구, 남문지구, 마천산업지구, 두동지역 도동지구, 용원레저지구.

12) 신항만지역 신항 남측배후지구, 신항만지구, 명지지역 명지지구, 지사지역 명동지구, 웅동지역 웅동지구, 두동지역 문화지구, 보배복합지구.

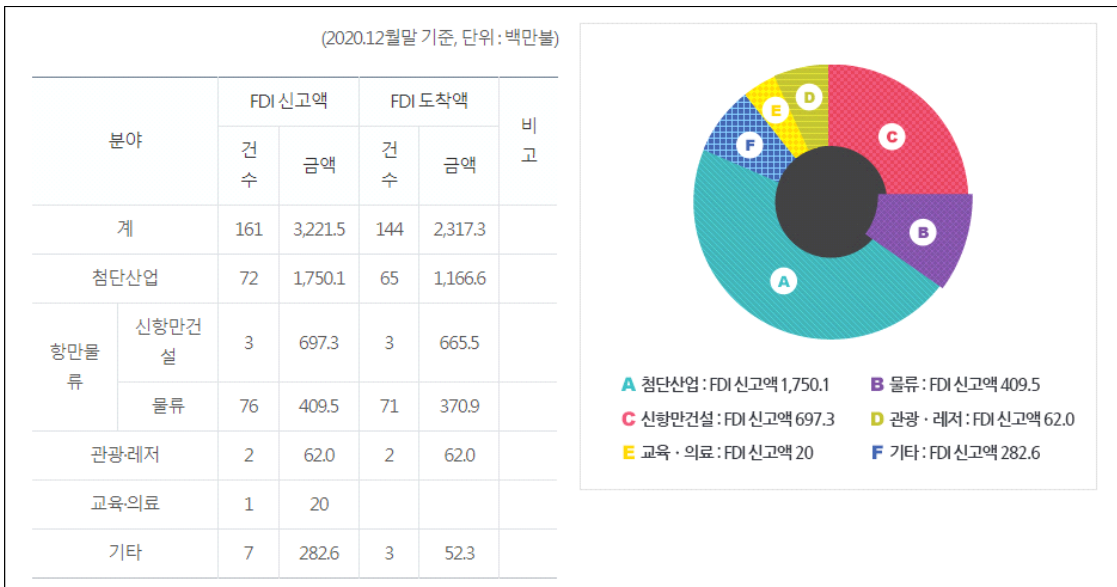
13) 지사지역 송정지구, 웅동지역 웅천남산지구, 와성지구.

14) 2012. 9. 24.자 경남신문 기사, “부산진해경제자유구역청, 경남 관련사업 부진 이유는” (최종검색 일자: 2022년 3월 24일)(<http://www.knnews.co.kr/news/articleView.php?idxno=1044893>).

15) 이창길, 앞의 글, 56면 참조.

계 5위 항만인 부산항을 배후로 하는 입지 조건에 힘입어 인천 경제자유구역에 이어 전국 경제자유구역 중 2위의 외자 유치 실적을 기록하였다.¹⁷⁾ 2020년 12월을 기준으로 부산진해 경제자유구역의 FDI¹⁸⁾ 신고액은 약 32억 달러에 이르며, 그 업종별 유치현황을 살펴보면 아래 [그림 2]와 같다.¹⁹⁾

[그림 2] 부산진해 경제자유구역 업종별 유치현황²⁰⁾



3. 부산진해 경제자유구역의 지정과 개발

부산진해 경제자유구역의 기능별 배치계획은 신항만을 핵심시설로 하여 그 주위에 해상물류 관련 시설을 배치하고, 해상물류 지원을 위한 국제 업무 및 해사 관련 시설을 항만 인접 지역에 배치하며, 그 외곽에 첨단생산, 전문교육, R&D 관련 시설을 배치하는 것을 내용으로 한다. 나아가 주거기능은 국제 업무, 생산 연구 관련 시설 중간에 두어 직주(職住) 근접이 가능하게 하고, 여가, 휴양 관련 시설은 해양 자연환경을 최대한 활용할 수 있도록 해양 인접 지역에 배치하는 것을 기본방향으로 한다. 이를 그림으로 나타내면 아래 [그림 3]과 같다.

16) 국토연구원, 앞의 글, 33면 참조.

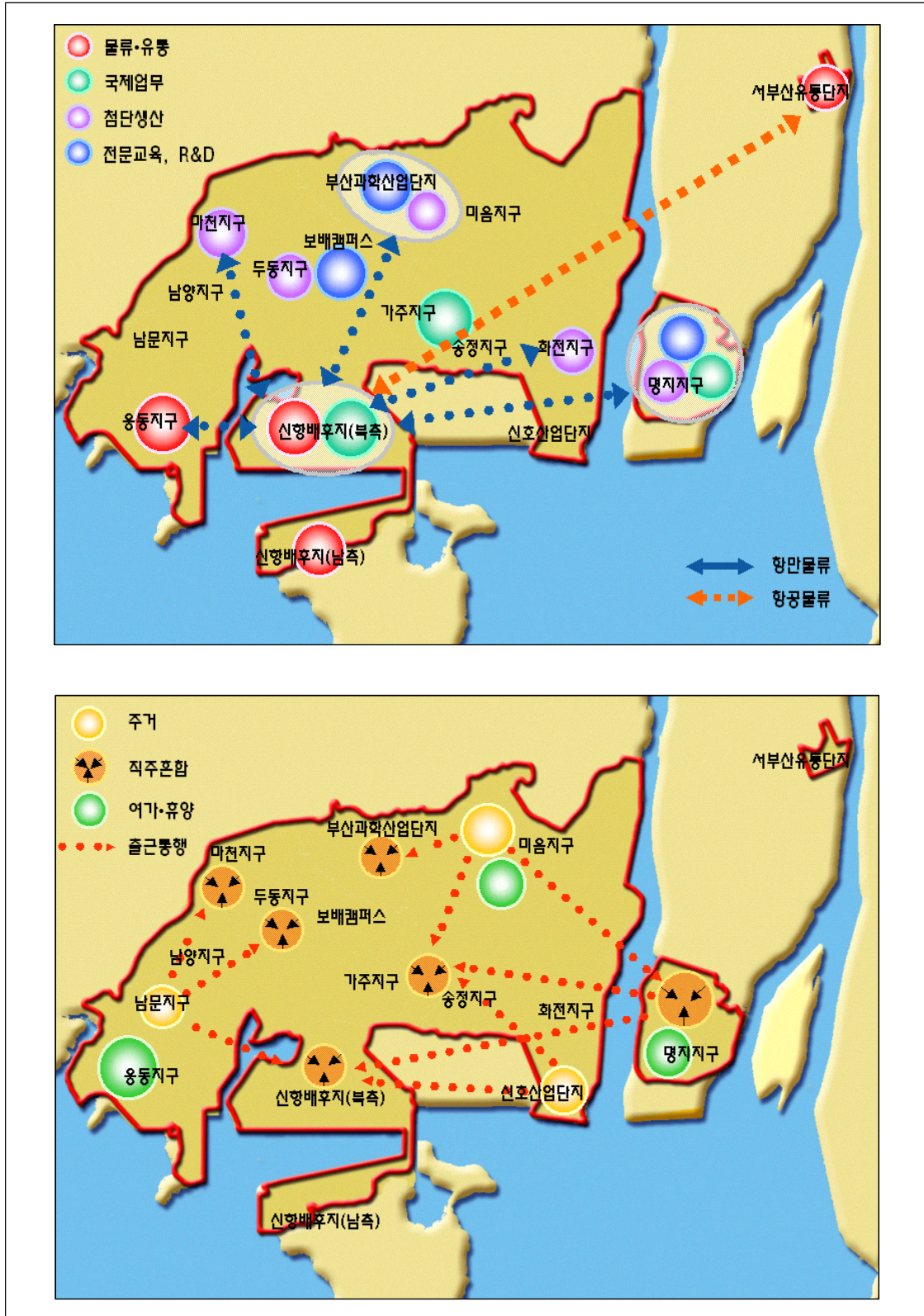
17) 2013. 3. 6.자 헤럴드경제 기사, “글로벌 경제특구로 도약하는 부산진해경제자유구역, 지난 9년간 88개 외국기업·15억4600만달러 외자유치”(최종검색일자: 2022년 3월 24일) (http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20130306000712&md=20130309004538_BH).

18) Foreign direct investment. 외국인 이 단순히 자산을 국내에서 운용하는 것이 아니라 경영 참가와 기술 제휴 등 국내 기업과 지속적인 경제관계를 수립할 목적으로 투자하는 것을 말한다.

19) 참고로 부산진해 경제자유구역 개발사업비는 17조 4241억 원에 달한다.

20) “유치현황”, 부산진해경제자유구역 홈페이지, 2022년 3월 24일 접속, <https://www.bjfez.go.kr/invest/00152/00170.web>.

[그림 3] 부산진해 경제자유구역 기능분담 체계도²¹⁾



21) 국토연구원, 앞의 글, 55면 참조.

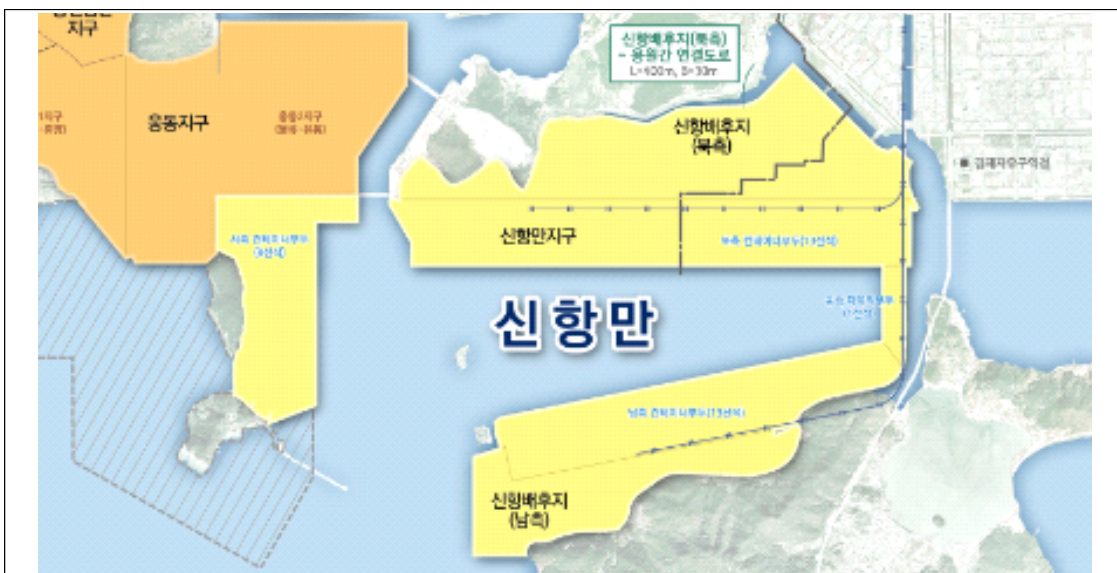
부산광역시와 경상남도는 이와 같은 배치계획에 기초하여 도입 기능별 수요를 조사하고 아래 [표 3]과 같이 그 수요에 따른 규모를 산출해 각 구역의 면적을 결정하였다.

[표 3] 부산진해 경제자유구역 도입 기능별 규모²²⁾

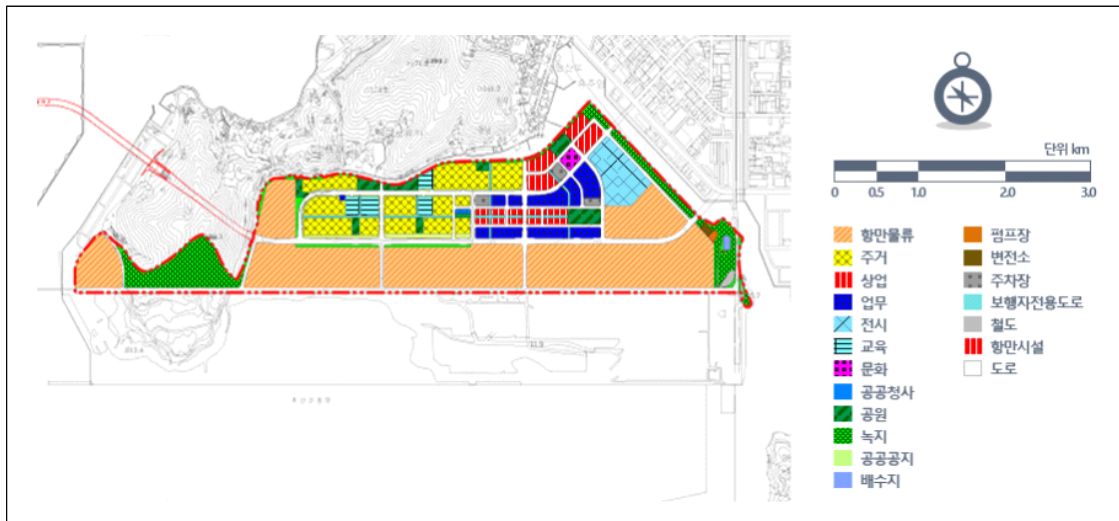
도입기능	계	1단계	2단계
물류·유통기능	94~114만평	29~33만평	65~81만평
국제업무 및 해사기능	25만평	15만평	10만평
첨단생산기능	103~155만평	45~102만평	58~53만평
전문교육·R&D기능	38~46만평	20~24만평	18~22만평
주거 및 지원기능	150만평	80만평	70만평
여가·휴양기능	100만평	50만평	50만평

이상의 내용을 토대로 부산진해 경제자유구역을 구성하는 총 9개 구역, 23개 지구 중 I-1단계를 통해 우선적으로 개발이 이루어진 3개 지구, ① 신항만지역 중 신항 북측배후지구, ② 명지지역 중 신호지구(신호지방산업단지), ③ 지사지역 중 부산과학산업단지(지사지구)의 토지이용계획을 중점적으로 살펴보면, 첫 번째로 ① 신항 북측배후지구의 경우 아래 [표 4]와 같이 총 면적 3,083,454㎡ 중에서 무려 54.1%에 이르는 면적이 공업용지에 해당하고, 녹지지역을 제외한 나머지 용지 중 주거지역, 상업지역 순으로 각각 18.5%, 14.2%를 구성한다. 항만 인접 지역에 공업용지와 공원, 녹지를 배치하였고, 공업용지 인근에 상업지역을 배치하였으며, 주거지역은 내륙에 배치하였다.

[그림 4] 부산진해 경제자유구역 신항 북측배후지구 개발계획도 및 토지이용계획도



22) 국토연구원, 앞의 글, 45면 참조.

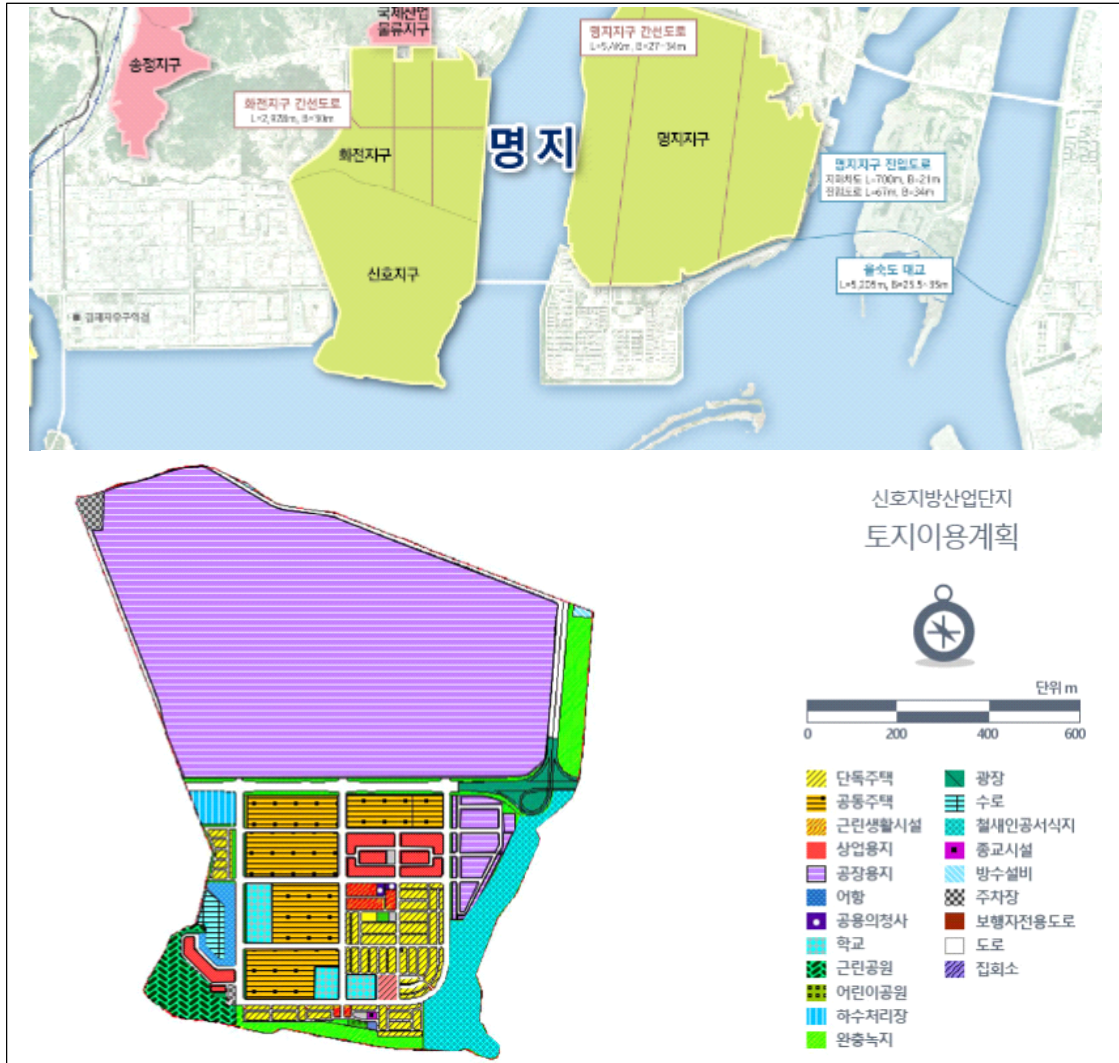


[표 4] 부산진해 경제자유구역 신항 북측배후지구 토지이용계획

구 분		면 적 (㎡)	구성비(%)	비 고
합 계		3,083,454	100.0	
주거지역	소 계	570,705	18.5	
	제3종일반주거지역	528,180	17.1	
	준주거지역	42,525	1.4	
상업지역	소 계	439,155	14.2	
	일반상업지역	439,155	14.2	
공업지역	소 계	1,666,414	54.1	
	일반공업지역	1,522,661	49.4	
	준공업지역	143,753	4.7	
녹지지역	소 계	407,180	13.2	
	자연녹지지역	407,180	13.2	

두 번째로 ② 명지지역 중 신호지구(신호지방산업단지)의 전체 면적은 3,121,761.1㎡이고, 이 중에서 54.9%가 산업시설용지이다. 신항 북측배후지구와 마찬가지로 산업시설용지가 상당한 비율을 차지하고, 주거용지는 14.4%에 불과하다.

[그림 5] 부산진해 경제자유구역 신호지구(신호지방산업단지) 개발계획도 및 토지이용계획도



[표 삽입을 위한 여백]

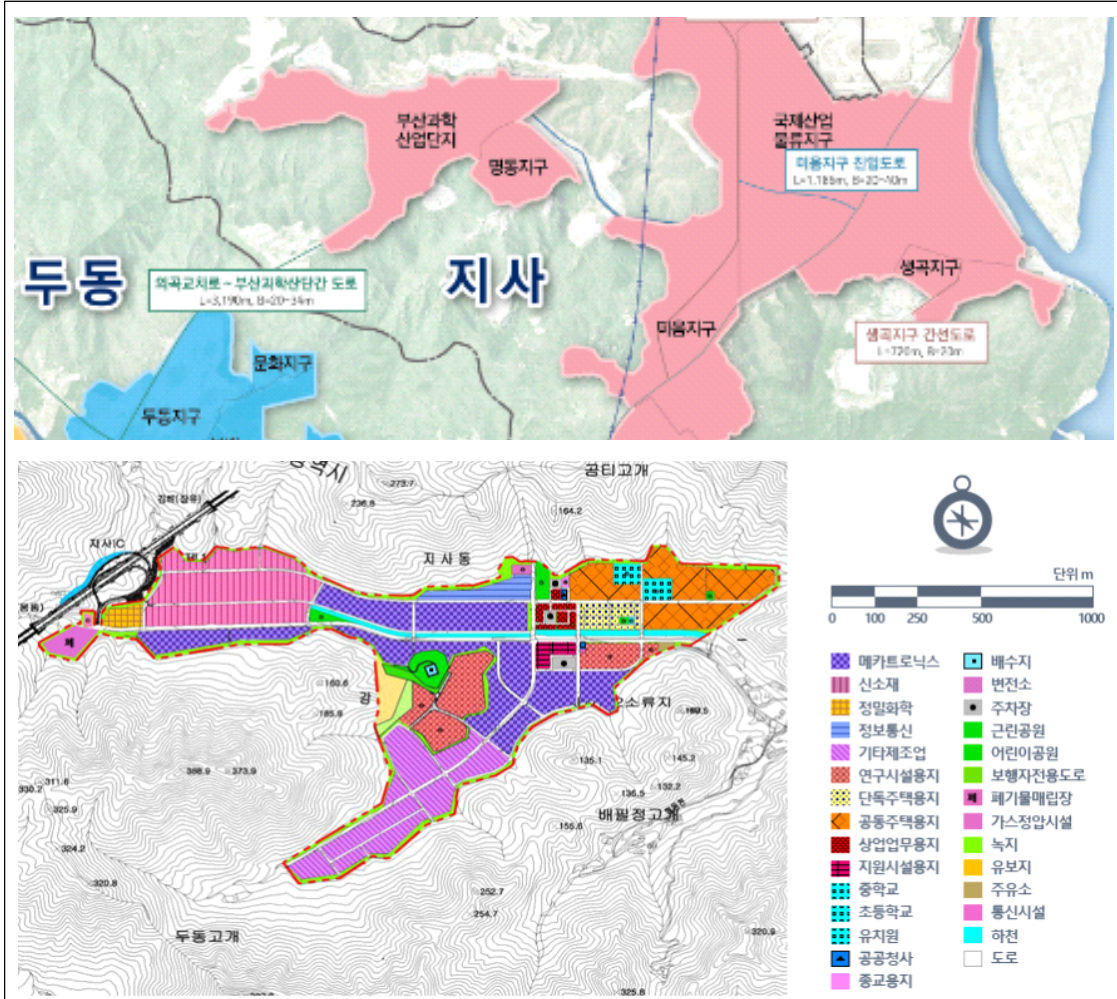
[표 5] 부산진해 경제자유구역 신호지구(신호지방산업단지) 토지이용계획

구 분	면 적(m ²)							구성비 (%)		비고	
	계		1단계	2단계	3단계		기타	기정	변경		
	기정	변경	기정	기정	기정	변경	기정				
계	3,121,761.1	3,121,132.0	1,936,836	548,117.1	553,783	553,153.9	83,025	100.0	100.0		
산업 시설 용지	공 장 용 지	1,712,672.6	1,712,672.6	1,643,781	68,891.6	-	-	-	54.8	54.9	
	주 거 용 지	447,593.5	447,574.9	-	188,150.5	259,443	259,424.4	-	14.3	14.4	
지원 시설 용지	상 업 용 지	66,876.5	66,870.7	-	51,951.5	14,925	14,919.2	-	2.1	2.1	
	지 원 시 설	77,201.0	77,201.2	11,649	20,153.0	45,399	45,399.2	-	2.5	2.5	
	공용의청사	2,261.8	2,261.8	-	2,261.8	-	-	-	0.1	0.1	
	주 차 장	18,781.5	18,781.5	11,649	4,453.5	2,679	2,679	-	0.6	0.6	
	학 교	55,931.6	55,931.8	-	13,211.6	42,720	42,720.2	-	1.8	1.8	
	집 회 소	226.1	226.1	-	226.1	-	-	-	0.0	0.0	
	종 교 시 설	1,200.0	1,200.0	-	1,200.0	-	-	-	0.0	0.0	
공공 시설 용지	공 공 시 설	393,972.1	394,133.9	52,210	175,297.1	83,440	83,601.8	83,025	12.7	12.7	
	도 로	323,360.8	323,522.6	47,727	154,599.8	83,440	83,601.8	37,594	10.4	10.4	
	광 장	45,431	45,431	-	-	-	-	45,431	1.4	1.5	
	하수처리장	20,697.3	20,697.3	-	20,697.3	-	-	-	0.7	0.7	
	방 수 설 비	4,483.0	4,483.0	4,483	-	-	-	-	0.2	0.1	
	공 원 · 녹 지	376,482.4	375,832.2	229,196	42,473.4	104,813	104,162.8	-	12.1	12.0	
	근 린 공 원	65,939	65,464.8	-	-	65,939	65,464.8	-	2.1	2.1	
	어 린 이 공 원	3,857.7	3,857.7	-	3,857.7	-	-	-	0.1	0.1	
	녹 지	157,715.7	157,539.7	80,226	38,615.7	38,874	38,698.0	-	5.1	5.0	
	철 재 인 공 서 식 지	148,970.0	148,970.0	148,970	-	-	-	-	4.7	4.8	
	기 타 시 설	45,763.0	45,646.5	-	-	45,763	45,646.5	-	1.5	1.4	

마지막으로 ③ 지사지역 중 부산과학산업단지(지사지구)의 경우 전체 면적 1,962,373.7m² 중에서 무려 52.37%에 이르는 면적이 산업시설용지에 해당하고, 공공시설용지를 제외한 나머지 용지 중 주택건설용지, 지원시설용지, 상업업무용지 순으로 각각 10.65%, 3.21%, 0.92%를 구성하며, 주택건설용지의 비율이 낮은 만큼 근린생활시설용지는 배치하지 않은 것을 확인할 수 있다. 또한 주택건설용지는 산업시설용지와 분리되어 동쪽에 배치되어 있다. 주거환경상의 이유 때문일 것으로 추측된다.

[그림 삽입을 위한 여백]

[그림 6] 부산진해 경제자유구역 부산과학산업단지(지사지구) 개발계획도 및 토지이용계획도



[표 삼입을 위한 여백]

[표 6] 부산진해 경제자유구역 부산과학산업단지(지사지구) 토지이용계획

구 분	면 적(㎡)							구성비 (%)	비고	
	계		1-1단계		1-2단계		2단계			
	기정	변경	기정	변경	기정	변경				
합계	1,962,373.7	1,967,044.7	1,622,494.4	1,623,169.4	175,312.9	179,308.9	164,566.4	100.00	증)4,671.0㎡	
주택 건설 용지	소 계	209,496.0	209,496.0	209,496.0	209,496.0	-	-	-	10.65	
	공동주택	184,358.5	184,358.5	184,358.5	184,358.5	-	-	-	9.37	
	단독주택	25,137.5	25,137.5	25,137.5	25,137.5	-	-	-	1.28	
근린생활시설용지	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
상업업무용지	18,141.7	18,141.7	18,141.7	18,141.7	-	-	-	0.92		
산업 시설 용지	소 계	1,030,153.7	1,030,153.7	921,912.7	921,912.7	2,408.1	2,408.1	105,832.9	52.37	
	공장용지	887,369.1	887,369.1	884,961.0	884,961.0	2,408.1	2,408.1	-	45.11	
	연구시설 용지	142,784.6	142,784.6	36,951.7	36,951.7	-	-	105,832.9	7.26	
지원 시설 용지	소 계	63,055.3	63,055.3	63,055.3	63,055.3	-	-	-	3.21	
	지원시설 용지	16,059.2	16,059.2	16,059.2	16,059.2	-	-	-	0.82	
	학교용지	28,406.0	28,406.0	28,406.0	28,406.0	-	-	-	1.44	
	공공청사	2,461.9	2,461.9	2,461.9	2,461.9	-	-	-	0.13	
	주유소	2,497.3	2,497.3	2,497.3	2,497.3	-	-	-	0.13	
	종교용지	1,826.3	1,826.3	1,826.3	1,826.3	-	-	-	0.09	
	주차장	11,804.6	11,804.6	11,804.6	11,804.6	-	-	-	0.60	
공공 시설 용지	소 계	613,427.7	618,098.7	409,888.7	410,563.7	172,904.8	176,900.8	30,634.2	31.42	증)4,671.0㎡
	배수지	2,960.9	2,960.9	2,960.9	2,960.9	-	-	-	0.15	
	변전소	4,288.9	4,288.9	4,288.9	4,288.9	-	-	-	0.22	
	가스정압 시설	20.0	20.0	20.0	20.0	-	-	-	0.00	
	통신시설	513.7	513.7	513.7	513.7	-	-	-	0.03	
	공원	53,624.3	53,624.3	43,216.1	43,216.1	-	-	10,408.2	2.73	
	녹지	171,832.0	169,379.5	20,085.8	20,085.8	137,923.0	135,470.5	13,823.2	8.61	감)2,452.5㎡
	도로	314,111.0	320,559.5	294,835.3	294,835.3	12,872.9	19,321.4	6,402.8	16.29	증)6,448.5㎡
	폐기물 처리	22,108.9	22,108.9	-	-	22,108.9	22,108.9	-	1.12	
하천	43,968.0	44,643.0	43,968.0	44,643.0	-	-	-	2.27	증) 675.0㎡	
유보지	28,099.3	28,099.3	-	-	-	-	28,099.3	1.43		

III. 토지이용계획에서 산업시설용지와 주택건설용지의 비율

1. 경제자유구역 개발사업의 특성과 토지이용계획

경제자유구역 개발사업은 외국인 투자와 기업 유치를 위한 외국인 정주 환경의 조성을 목표로 한다. 이 때문에 공장 설치를 내용으로 하는 산업단지개발사업 등 다른 개발사업에 비해 조성되는 산업시설용지가 적고 주택건설용지의 면적이 넓은 것이 특징이다. 예컨대 부산광역시 소재한 다른 산업단지의 산업시설용지 비율을 살펴보면, 반룡일반산업단지

61.1%, 명례일반산업단지 56.2%, 지사글로벌일반산업단지 52.7%, 기룡2일반산업단지 70.6%, 부산 신소재일반산업단지 65.9%, 에코장안일반산업단지 63.9%, 기장대우일반산업단지 72.2% 등으로 통상 50%를 초과한다. 그리고 주택건설용지는 계획되지 않은 경우²³⁾가 많다. 이와 달리 부산진해 경제자유구역의 경우 아래 [표 7]과 같이 산업시설용지의 비율은 위 산업단지의 절반에도 못 미치는 24.0%인 반면, 주택건설용지의 비율은 7.5%에 다다른다. 부산진해 경제자유구역 내 지구 중 산업단지에 해당하는 신호지구(신호지방산업단지), 부산과학산업단지만 따로 놓고 보면, 산업시설용지의 비율은 각각 54.9%, 53.2%로 다른 산업단지와 유사하나 다소 낮고, 주택건설용지의 경우에는 여전히 상대적으로 높은 비율을 차지한다.

[표 7] 부산진해 경제자유구역 산업시설용지와 주택건설용지의 비율(단위: 천㎡)

전체 면적	산업시설용지(비율)	주택건설용지(비율)
51,068	12,281(24.0%)	3,844(7.5%)
	산업시설용지 비율	주택건설용지 비율
신호지구(신호지방산업단지)	54.9%	13.7%
부산과학산업단지	53.2%	10.6%

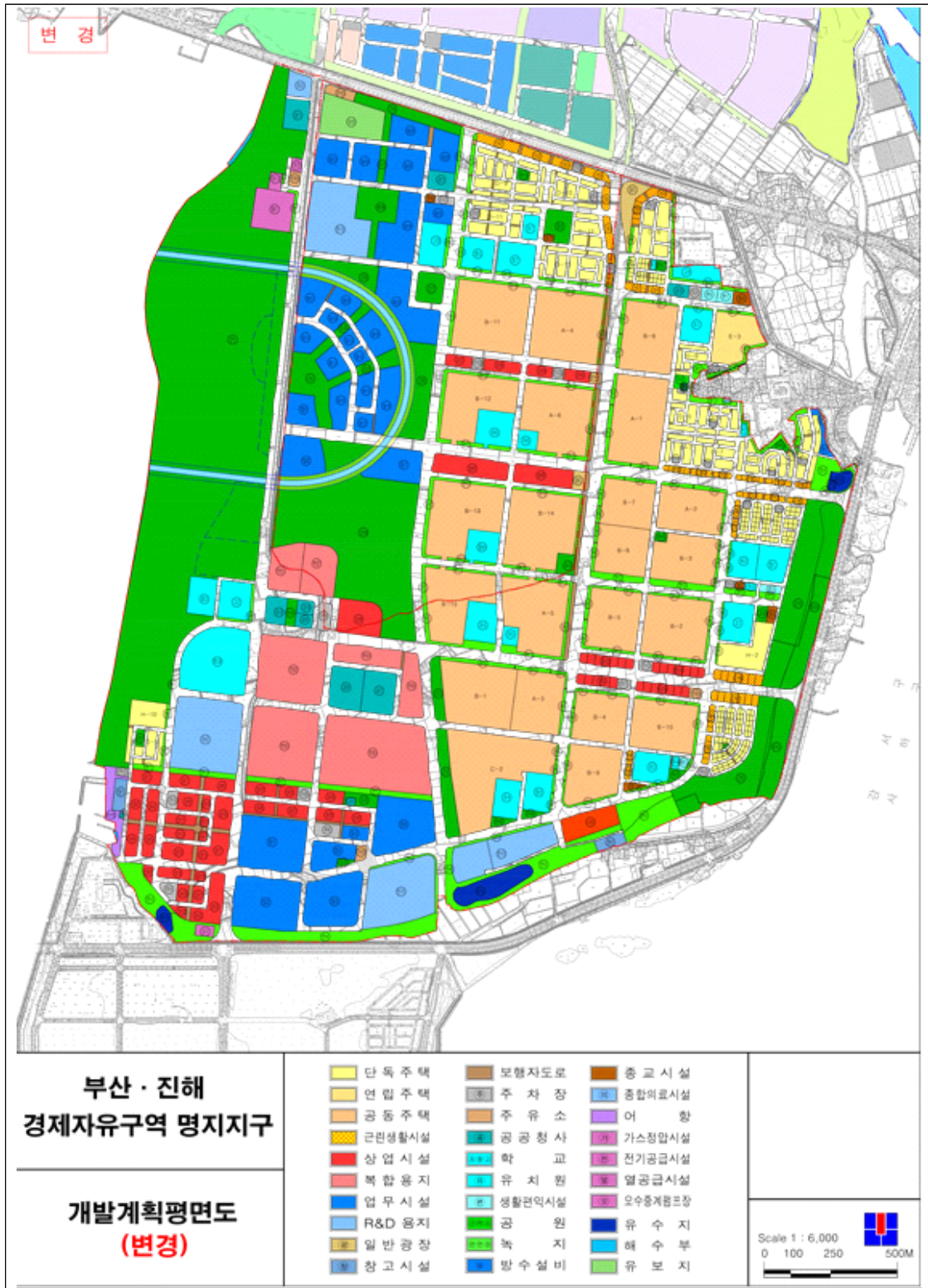
산업단지 개발사업에 비하여 넓은 면적의 지역을 대상으로 하는 경제자유구역 개발사업은 긴 시간을 두고 단계별로 진행되는 것이 일반적이다. 이때 안정된 정주 환경의 조성을 위해서는 직주가 혼합된 지구를 먼저 개발하는 것이 적절하다. 부산진해 경제자유구역에서 우선적으로 개발이 시행된 신항 북측배후지구, 신호지구, 부산과학산업단지는 모두 직주 혼합 지역으로 계획되었다.²⁴⁾ 특히 신항 북측배후지구, 신호지구는 외국인을 위한 전용 주택을 공급할 계획이었다.²⁵⁾ 그러나 아래 [그림 7]과 같이 주택 외에 외국인 정주 환경 조성에 핵심적인 외국인 의료 및 학교 시설은 명지지구에 집중적으로 배치하였는데, 명지지구는 2단계 사업대상지에 해당하여 사업 초기에 외국인 유입 효과를 내기 어려웠다. 개발계획 수립 당시 부산광역시시는 병원급 의료시설을 먼저 공급하고 향후 명지지구에 종합병원을 설치하는 것으로 정하고, 교육시설의 경우 부산광역시 동부와 경남지역에 있는 것을 우선 이용하도록 계획하였는데, 이는 외국인 유입 속도와 시설 운용비용을 종합적으로 고려한 결정이었을 것으로 보인다.

23) 반룡일반산업단지, 명례일반산업단지, 지사글로벌일반산업단지, 기룡2일반산업단지, 부산 신소재일반산업단지, 에코장안일반산업단지, 기장대우일반산업단지 모두 이에 해당한다.

24) 그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 실제 주택건설용지의 면적은 넓지 않다는 문제가 있다.

25) 국토연구원, 앞의 글, 119면 참조.

[그림 7] 부산진해 경제자유구역 명지지구 개발계획도



2. 경제자유구역 개발사업의 특성과 토지이용계획

인천 경제자유구역의 경우 아래 [표 8]과 같이 산업시설용지와 주택건설용지가 각각 5.5%, 8.2%(송도국제도시), 10.0%, 12.7%(영종국제도시), 4.8%, 13.1%(청라국제도시)인 것과 비교할 때, 부산진해 경제자유구역 내 산업시설용지의 비율(24.0%)은 매우 높고, 주택건설용지 비율(7.5%)은 다소 낮은 것을 알 수 있다. 부산진해 경제자유구역의 지정 목적에는 부산광역시 동구에 비하여 상대적으로 낙후된 서구의 산업구조를 개선하는 것도 포함되었는데, 산업시설용지의 비율이 높은 것은 이러한 목적에 부합하는 것으로 보인다.

[표 8] 인천 경제자유구역 산업시설용지와 주택건설용지의 비율

	산업시설용지 비율	주택건설용지 비율
송도국제도시	5.5%	8.2%
영종국제도시	10.0%	12.7%
청라국제도시	4.8%	13.1%

그 결과 인천 경제자유구역은 아파트 건설에 치중하여 기업 유치에 소홀하였다는 비판을 받은 데 반해, 부산진해 경제자유구역은 오히려 주거시설을 조성하지 않은 것이 문제가 되어 부산 도심에서 해당 지역으로 출·퇴근하는 사람들로 극심한 교통 정체가 빚어지고 있다. 이와 같은 현상은 사업 초, 중반에 특히 심하였다. 아래 [표 9]에서 살펴보듯이 II단계 사업이 진행 중인 현재는 외국인 주거단지로서 계획된 명지지구의 개발이 어느 정도 진척되어 상대적으로 넓은 면적의 주택건설용지가 확보된 상태이지만, 사업 초, 중반에는 직주 혼합을 목적으로 우선 개발이 이루어진 신항 북측배후지구와 신호지구, 부산과학산업단지를 제외한 나머지 지구(마천산업지구, 화천지구, 미음지구, 명동지구, 생곡지구)의 주택건설용지의 면적이 산업시설용지에 비해 너무 적었기 때문이다.

[표 9] 부산진해 경제자유구역 지구별 산업시설용지에 대한 주택건설용지의 비율(단위: 천㎡)

I-1단계	산업시설용지	주택건설용지	주택건설용지/산업시설용지 비율
신항북측배후지구	0	319	
신호지구	1,712	428	25.0%
부산과학산업단지	1,047	209	20.0%
용원레저지구	0	0	0%
마천산업지구	479	0	0%
합계	3,238	956	29.5%

I-2단계	산업시설용지	주택건설용지	주택건설용지/산업시설용지 비율
화천지구	1,490	99	6.6%
서부산유통지구	0	0	
미음지구	1,959	5	0.3%

명동지구	325	4	1.2%
생곡지구	333	10	3.0%
두동지구	357	448	125.4%
문화지구	0	0	
웅동지구	0	0	
남문지구	186	278	149.5%
남양지구	132	0	0%
웅천·남산지구	0	302	
합계	4,782	1,146	24.0%
2단계	산업시설용지	주택건설용지	주택건설용지/산업시설용지 비율
보배복합지구	236	0	0%
와성지구	499	0	0%
신항남측배후지구	1,086	0	0%
송정지구	0	192	
웅동지구	0	0	0%
신항만지구	0	0	0%
명지지구	0	1,381	
국제산업물류지구	2,440	169	6.9%
합계	4,261	1,742	40.9%
	산업시설용지	주택건설용지	주택건설용지/산업시설용지 비율
I-1단계	3,238	956	29.5%
I-2단계	4,782	1,146	24.0%
II단계	4,261	1,742	40.9%
합계	12,281	3,844	31.3%

또한 신항 북측배후지구, 신호지구, 부산과학산업단지의 경우에도 다른 지구에 비해서는 상대적으로 주택건설용지의 면적이 넓다고 할 수 있으나, 주택건설용지 비율이 각각 10.3%, 13.7%, 10.6%에 지나지 않아 인천 경제자유구역과 비교해 그 면적이 크게 넓은 것은 아니다. 특히 신항 북측배후지구의 경우 신항만지구에 2만 명이 상주할 것으로 예상하고 그 지구에서 활동하는 근로자를 위한 주거, 지원 기능을 담당하는 것으로 계획되었는데,²⁶⁾ 신항만 지역 내 주택건설용지를 보유한 유일한 지구로서 신항만지구 전체 인구 수용을 목적으로 한다는 점을 고려하면 오히려 주택건설용지 비율이 낮다고도 볼 수 있다. 더욱이 아직 명지지구의 개발이 진행 중인 상태에서 현재도 외국인 층역들 대부분이 거주지로 기반시설이 잘 갖추어져 있고 외국인 학교가 위치한 부산광역시 동부(해운대 등)를 선호하고 있고, 주택건설용지 면적이 각각 448,000㎡(26.7%), 278,000㎡(25.6%)인 두동지구와 남문지구가 완공되기는 하였으나 이 두 지구는 경남지역에 소재하여 있으므로 당분간 부산지역의 교통 정체 현상은 계속될 것으로 전망된다.

26) 국토연구원, 앞의 글, 56면 참조.

IV. 이주대책과 무허가건축물

1. 이주대책의 개념과 이주대책대상자 선정

이주대책은 여러 가지 개념으로 정의될 수 있으나, 실정법상 이주대책은 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 이주자들을 위하여 사업시행자가 사업대상지 인근의 이주정착지에 생활기본시설이 포함된 택지를 조성하거나 주택을 건설하고 이주자들에게 투입비용원가만 부담하게 하여 이를 개별 공급하는 것을 말한다. 이주자들에 대해 재산권 보상으로 회복될 수 없는 종전의 생활상태를 회복시켜 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 것으로서 생활보상에 해당한다.²⁷⁾ 도로 건설 등 크지 않은 규모의 점·선적 공익사업이 시행되는 경우에는 토지소유자가 손실보상금으로 인근 지역에 대체지를 매수해 종전과 같은 생활상태를 유지하는 것이 가능하나, 댐, 신도시 등 대규모 공익사업에서는 지역공동체 전체가 파괴되어 종전의 생활상태를 유지할 수 없게 되므로 이주대책의 수립, 실시가 절실하다. 이와 같은 대규모 공익사업이 본격적으로 시행되던 초기에는 법적 근거 없이 사업시행자가 임의로 계획을 수립, 실시하여 오다가 1976년에 이르러 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법(이하 ‘공특별’)이 제정, 시행되면서 제8조에 이주대책에 관한 사항이 명시되었다.²⁸⁾

공특별 제8조의 규율은 현재 토지보상법 제78조로 이어져 시행되고 있다. 경제자유구역법을 비롯한 각종 개발사업법은 대개 토지 등 수용에 관하여 토지보상법을 준하는 방식을 채택하고 있다. 그 결과 토지보상법은 이주대책의 일반적인 근거 법률로 역할하고 있다(경제자유구역법 제13조 등 참조). 토지보상법에 따르면, 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자(즉, 이주대책대상자) 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자의 가수가 10호 이상인 경우에 원칙적으로 이주대책을 수립, 실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다(토지보상법 제78조 제1항 및 같은 법 시행령 제40조 제1항). 10호 미만일 때 이주대책의 수립, 실시 의무를 면제하고 있는 이유는 이주대책이 지역공동체 전체 파괴로 인한 집단적 이주를 전제로 하는 개념이기 때문이다. 한편, 여기서 이주대책대상자는 ① 주거용 건축물의 소유자 또는 실질적 처분권자일 것, ② 적법한 허가 또는 신고를 받은 건축물일 것, ③ 건축물 소유자가 공익사업을 위한 관계법령상의 고시 등

27) 김종보, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용범조”, 『행정법연구』 제28호(2010. 12.), 164-169면 참조.

28) 박필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 『부동산연구』 제20집 제1호(2010. 6.), 59-60면 참조.

이 있는 날부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속 거주하였을 것이라는 요건을 동시에 충족하여야 한다(토지보상법 제78조 제1항 및 같은 법 시행령 제40조 제5항). 투기행위의 조장과 과도한 보상이 이루어지는 것을 막기 위해 무허가건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외하고, 공익사업의 시행이 일반에게 널리 알려지는 “공익사업을 위한 관계법령상의 고시 등이 있는 날”을 기준으로 하여 이주대책대상자를 선정하는 것으로 이해된다.²⁹⁾

사업시행자가 이와 같이 토지보상법이 정하고 있는 이주대책대상자 요건을 갖춘 자를 이주대책대상자에서 제외하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 이주대책대상자에게 공급할 택지, 주택의 내용과 수량을 정함에 있어서는 상당한 재량이 인정된다. 종래에는 피보상자가 이주대책대상자에서 제외된 경우 어떠한 방법으로 권리구제를 받을 수 있는지 논란이 있었다. 이에 대법원은 1994년 법률 규정이 사업시행자에게 이주대책 수립, 실시 의무를 부여하고 있다고 하여 해당 규정에 의해 피보상자에게 이주대책에 따른 택지 또는 주택 분양권을 받을 수 있는 권리가 곧바로 발생하는 것은 아니고, 사업시행자가 이주대책에 관한 구체적인 기준을 수립하여 피보상자에게 통지 또는 공고한 후 피보상자가 수분양권을 취득하고자 사업시행자에게 이주대책대상자 신청 선정을 하고 사업시행자가 이를 받아들여 이주대책대상자로 결정하여야 비로소 구체적인 수분양권이 발생한다고 판단하고, 이러한 전제에서 피보상자는 이주대책대상자 선정 신청에 대한 거부처분의 취소를 항고소송으로 구할 수 있을 뿐, 선정 결정이 없는 상태에서 사업시행자를 상대로 수분양권 확인을 구하는 민사소송이나 공법상 당사자소송을 제기할 수는 없다고 판단하였다.³⁰⁾

한편, 사업시행자가 이주대책대상자의 범위를 토지보상법이 정하는 것보다 확대하는 이주대책 기준을 수립하여 실시하는 것은 가능하다. 실무에서 한국토지주택공사, 서울주택도시공사 등이 수립, 실시하는 이주대책기준 중에는 무허가건축물 소유자라고 하더라도 무허가건축물관리대장에 등재된 경우 수분양권을 부여하는 것으로 정하고 있는 경우가 다수 있다. 다만, 사업시행자는 이와 같은 이주대책준을 수립, 실시함에 있어 이주대책은 이주자들에게 대해 종전의 생활상태를 원상으로 회복시키면서 동시에 인간다운 생활을 보장하여 주기 위한 제도라는 점을 염두에 두고 형평에 어긋나지 않도록 하여야 한다.³¹⁾ 이처럼 법령상의 근거 없이 사업시행자가 수립, 실시한 이주대책 기준의 법적 성격과 관련하여 법원이 명확한 입장을 취한 바는 없으나, 법령상의 근거가 없다고 하더라도 생활보상으로서 이주대책은 헌법 제23조 제3항의 정당보상 원칙에 이념적 근거를 두고 헌법 제34조에 따라 인간다운 생

29) 김종필, “이주대책대상자 선정기준과 제외요건의 구체적 의미”, 『행정판례연구』 제15권 제1호 (2010. 6.), 443~445면 참조.

30) 대법원 1994. 5. 24. 선고 92다35783 전원합의체 판결 참조.

31) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두9819 판결 참조.

활을 보장하기 위한 국가 또는 지방자치단체의 적극적이고 정책적인 배려가 반영된 것으로 단지 시혜적 차원에서 그 기준이 수립, 실시된 것으로 볼 것은 아니라는 견해가 있다. 이 견해는 사업시행자가 피보상자의 이주대책 신청을 거부하고 이주대책대상자에서 제외하는 행위를 한 경우 피보상자에게 조리상 이주대책을 신청할 권리가 있는 것으로 보고 피보상자가 사업시행자를 상대로 그 거부처분에 대한 항고소송을 제기할 수 있다고 해석한다.³²⁾

2. 이주대책대상이 되는 무허가건축물의 범위

토지보상법 제78조 제1항의 위임을 받아 이주대책대상자의 범위에 관하여 정하고 있는 같은 법 시행령 제40조 제5항 제1호는 무허가건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외하고 있다. 다만, 같은 법 시행령 부칙(2002. 12. 30. 대통령령 제17854, 이하 ‘토지보상법 시행령 부칙’)제6조는 예외를 두어 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물 소유자는 이주대책대상자에 포함하는 것으로 정하고 있다. 이와 같이 토지보상법 시행령 부칙 제6조가 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물에 대해서만 예외적으로 적법한 건축물에 준하여 규율하고 있는 것은 토지보상법의 전신인 공특법의 개정 연혁에 기인한다. 즉, 제정 당시 공특법은 무허가건축물 소유자를 이주대책 제외 대상으로 정하지 않고 있었는데, 이후 공특법 시행령이 1989. 1. 24. 대통령령 제12609호로 개정되면서 제5조 제5항에서 무허가건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외하는 것으로 명시하였고 동시에 부칙 제3항에 경과규정을 두어 그 규정 시행일인 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물은 여전히 이주대책대상자에 포함하는 것으로 정하였다. 토지보상법 시행령 부칙 제6조는 위 경과규정의 내용을 이어받은 것이다.³³⁾

이와 관련하여 1989. 1. 24. 이전에 건축되었으나 그 이후 개축, 증축, 재축 등이 이루어진 무허가건축물의 경우 토지보상법 시행령 부칙 제6조에 따라 이주대책대상에 포함되는지 여부가 문제될 수 있다. 무허가건축물을 이주대책대상에서 제외하는 것은 무허가건축물 소유자에 대해 공익사업으로 인하여 상실되는 생활상 이익을 보전해 줄 법적 보호가치가 없고, 나아가 투기수요를 억제할 필요가 있기 때문으로 이해된다. 다만, 토지보상법 시행령 부칙 제6조는 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물 소유자의 경우 이주대책대상에 포함되어 종전의 생활상태가 회복될 것이라는 신뢰를 가졌으므로 그 신뢰 보호를 위해 적법한

32) 김종필, 앞의 글, 437~439면. 이와 관련하여 대법원은 법률적 근거가 없는 생활대책을 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상에 포함되는 것으로 보고 이주영업자에 대하여 생활대책대상자 선정 여부의 확인 결정을 신청할 수 있는 권리를 인정하고 생활대책대상자 선정 거부에 대하여 사업시행자를 상대로 항고소송을 제기할 수 있는 것으로 판단한 바 있다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두17905 판결 참조).

33) 법제처 2020. 2. 13.자 19-0641 해석례 참조.

허가 또는 신고를 한 건축물과 동일하게 취급하고 있는 것에 불과하다. 그리고 이러한 신뢰는 종전 건축물의 존속을 전제로 한다고 봄이 타당하다.

이와 같은 견지에서 보면, 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물이 소멸되고 새로운 건축물이 건축되는 경우(건축물 전부를 철거하고 그 대지에 종전과 같은 규모의 범위에서 건축물을 다시 축조하는 ‘개축’과 천재지변 또는 그 밖의 재해로 건축물이 멸실된 경우에 그 대지에 종전과 같은 규모의 범위에서 건축물을 다시 축조하는 ‘재축’을 포함한다) 건축법상 건축허가 또는 신고 절차를 거치는 것이 타당하므로 이주대책대상에서 제외되어야 한다. 해당 무허가건축물이 천재지변 또는 그 밖의 재해 등 불가피한 사유로 멸실된 경우라 하더라도 법 위반 상태가 해소된 것에 지나지 않고, 현행법 체계가 무허가건축물 소유자에게 그 건축물의 멸실 이후에도 종전과 같은 규모의 범위에서 무허가건축물을 다시 건축할 수 있을 것이라는 신뢰를 부여하였다고는 보기 어려우므로 여전히 이주대책대상에 포함되어서는 안 된다. 반면에 종전 무허가건축물의 존속을 전제로 한 개축, 증축은 이주대책대상 포함 여부에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다. 다시 말해 일부 개축과 증축이 이루어졌다고 하더라도 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물은 이주대책대상에 포함될 수 있다.

결국 무허가건축물에 대한 개축, 증축, 재축 등 새로운 건축행위가 있는 경우에 이주대책대상 포함 여부는 종전·후 건축물의 물리적 동일성 유무로 결정된다고 봄이 타당하다. 그리고 이때 물리적 동일성 유무를 판단함에 있어서는 해당 건축물 소유자의 거주 계속 여부, 부동산 투기 의도의 유무 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.³⁴⁾ 실제로 대법원은 1989. 1. 24. 이전에 건축되어 무허가건축물대장에 등재된 약 20평 정도의 주택에 화재가 발생하여 지붕 가운데 약 60% 정도, 전체적으로 약 50% 정도가 소실되었으나 그 소유자가 종전 건축물의 지붕과 외벽을 교체하고 건물 내부의 일부 구조를 변경하여 계속 거주한 사안에서, 원고가 1989. 1. 24. 이전 건축된 종전 건축물의 소유자로서 화재를 전·후하여 단절 없이 종전 건축물을 생활의 근거지로 삼아 거주하였다고 보고 이주대책대상자 요건을 갖춘 것으로 판단한 바 있다.³⁵⁾

이에 반하여 대상 판결에서 대법원은 원고가 1976년부터 2011년 3월경까지 재해 복구 차원에서 종전 건축물과 비슷한 규모로 재축한 건축물을 생활 근거로 삼아 거주하였고 원고에게 부동산 투기나 이주대책대상자 지위를 참칭하려는 의도가 없었음에도 불구하고 종전·후 건축물의 물리적 동일성을 인정할 수 없다는 이유로 원고를 이주대책대상자에서 제외한 것

34) 김종필, 앞의 글, 451~453면 참조.

35) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두9819 판결 참조.

이 타당하다고 판단하였다. 이러한 대법원의 판단에 대하여는 원고가 중후 건축물을 재축하면서 건축허가를 받지 못한 것은 경제자유구역법 제7의조2 제1항에 따라 개발사업의 시행을 이유로 신규 주택의 건축을 전면적으로 허가하지 않고 있었기 때문이고, 원고는 같은 조 제2항에 따라 재해 복구에 필요한 응급조치로서 적법하게 중후 건축물을 재축한 것인데, 이 경우 단순히 물리적 구조만을 살펴 종전·후 건축물의 동일성이 없다고 판단하는 것은 단순히 형식 논리에 치우친 것으로 이주대책 제도의 취지에 현저히 반한다는 비판이 제기될 수 있다. 원심 역시 같은 이유에서 사업시행자가 원고를 이주대책대상자에서 제외한 것은 위법하다고 판단하였고, 하급심 판결 중에도 유사한 취지의 것이 있다.³⁶⁾

그러나 앞서 언급하였듯이 비록 1998. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물이 천재지변이나 그 밖에 재해 등 불가피한 사유로 멸실되었다고 하더라도, 이는 법 위반 상태가 자연스럽게 시정되거나 해소된 것일 뿐이며 그 사유만으로 해당 건축물의 소유자가 동일한 대지에서 종전 무허가건축물의 규모 범위 내 건축허가 없이 새로운 건축물을 건축할 권리를 인정받을 수 있는 것은 아니다. 또한 처음부터 위법한 건축물에 대해 재해 복구 차원의 건축행위가 이루어졌다고 해서 그 건축행위에 따른 건축물이 적법하여 지는 것도 아니며 종전 무허가건축물의 존속에 기하여 우연히 누리고 있던 생활상 이익을 해당 건축물의 소멸 이후에도 보전해 주어야 할 필요성을 인정하기 어려우므로 대상 판결의 판단은 타당하다고 사료된다.

한편, 건축물에 이르는 것으로 볼 수 없는 구조물은 비록 그 구조물이 주거용으로 사용되고 있는 경우에도 이주대책대상이 되는 무허가건축물에는 해당하지 않는 것으로 보아야 한다.³⁷⁾ 그리고 무허가건축물이 이주대책대상에 해당하기 위하여 건축 시점 외에 소유권 또는 실질적인 처분권의 취득 시점까지 1989. 1. 24. 이전이어야 하는 것은 아니며, 무허가건축물의 취득 시점이 1989. 1. 24. 이후라는 이유로 해당 건축물의 소유자를 이주대책대상자에서 배제하는 것은 토지보상법 제78조를 위반하여 위법하다.³⁸⁾

V. 결론

부산진해 경제자유구역은 신항을 중심으로 하는 해상물류의 거점을 육성하고 낙후한 산업구조를 개선하여 신항과 시너지 효과를 낼 수 있는 비즈니스 중심지를 조성하겠다는 목표에 걸맞게 6개 기능(① 국제 물류, 유통, ② 국제 물류, 유통에 따른 국제 업무 및 해사, ③

36) 전주지방법원 2016. 7. 21. 선고 2015구합1509 판결 참조.

37) 김종필, 앞의 글, 453면 참조.

38) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다14672 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014두43952 판결 참조.

해상물류 및 지역 연관 산업의 첨단생산, ④ 기타 국제 업무, 과학 관련 전문교육 및 R&D, ⑤ 경제자유구역 유입 내·외국인을 위한 주거 및 지원, ⑥ 경제자유구역 및 부산·경남권 주민의 여가, 휴양)을 도입하고 이를 5개 구역에 분산하여 각 구역이 유기적으로 연계될 수 있게 하였다는 점, 특히 산업구조 개선 측면에서 중요한 기능을 수행하는 신항만지역 및 2개 산업단지(신호지구, 부산과학산업단지)를 구심점으로 단계적 개발을 진행하였다는 점, 그 과정에서 해양 등 자연환경을 잘 활용하였다는 점에서 의미가 있다. 이와 같이 부산진해 경제자유구역이 산업시설용지, 주택시설용지 등 다양한 용도의 부지를 성공적으로 개발할 수 있었던 것은 외국인 투자와 기업 유치를 위한 안정된 정주 환경의 조성을 목표로 하는 경제자유구역 개발사업의 특성을 토지이용계획에 적절히 반영한 결과라고 생각된다. 그러나 주택건설용지가 부족하고, 기대보다 외자 유치 실적을 내지 못하여 3분의 1에 해당하는 지역이 지정 해제되었다는 점은 아쉬운 부분이다.

한편, 이주대책의 일반적인 근거 법률로서 역할하고 있는 토지보상법은 무허가건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외하면서도 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물에 대해서는 이주대책대상자에 포함하는 것으로 정하고 있다. 투기행위 조장과 과도한 보상이 이루어지는 것을 막기 위해 무허가건축물 소유자를 이주대책대상자에서 제외하되, 1989. 1. 24. 대통령령 제12609호로 공특법 시행령이 개정되어 무허가건축물 소유자가 이주대책 제외 대상으로 명시되기 이전에 무허가건축물 소유자가 갖게 된 신뢰를 보호하려는 취지에서 이와 같이 정한 것이다. 이러한 신뢰는 무허가건축물의 물리적 동일성을 전제로 하는 것이므로, 1989. 1. 24. 이전에 건축된 무허가건축물이 소멸되고 새로운 건축물이 건축되는 경우에는 이주대책대상자에서 제외하여야 한다. 해당 무허가건축물이 천재지변 또는 그 밖의 재해 등 불가피한 사유로 멸실된 경우라 하더라도, 이는 단순히 법 위반 상태가 해소된 것에 지나지 않고, 현행법 체계가 무허가건축물 소유자에게 그 건축물의 멸실 이후에도 종전과 같은 규모의 범위에서 무허가건축물을 다시 건축할 수 있을 것이라는 신뢰를 부여하였다고는 보기 어려우므로 여전히 이주대책대상에 포함될 수 없다.

(투고일: 2022. 3. 1. 심사완료일: 2022. 3. 13. 게재확정일: 2022. 3. 14.)

참 고 문 헌

[단행본]

김동희/최계영, 『행정법 I』(제26판), 박영사, 2021.

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 박영사, 2018.

김철용, 『행정법 I』(제6판), 고시계사, 2021.

국토연구원, 『부산·진해 경제자유구역 지정을 위한 개발계획수립 연구』, 2004.

[논문]

권오혁, “한국과 중국의 경제특구 제도비교”, 『한국지방정부학회 학술대회자료집』(2006. 11.)

김종보, “공익사업에서 점유이전과 생활보상”, 『서울대학교 법학』 제62권 제2호(2021. 6.)

_____, “이주대책의 개념과 특별공급의 적용법조”, 『행정법연구』 제28호(2010. 12.)

김종필, “이주대책대상자 선정기준과 제외요건의 구체적 의미”, 『행정관례연구』 제15권 제1호(2010. 6.)

박근성, “손실보상의 발전방향”, 『토지공법연구』 제41집(2008. 8.)

박 필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 『부동산연구』 제20집 제1호(2010. 6.)

서문성, “우리나라 경제자유구역 현황과 운영전략에 관한 연구”, 『해물물류연구』 제56호(2008. 3.)

오준근, “경제자유구역(경제특구제도)의 법적 문제”, 『한국토지공법학회 학술대회』 제35호(2003. 3.)

이창길, “경제자유구역의 현황 및 문제점과 활성화를 위한 방안”, 『정부와 정책』 제3권 제2호(2011. 2.)

임 현, “경제자유구역의 법적 문제점”, 『공법연구』 제34권 제2호(2005. 12.)

정태욱/채원호, “경제자유구역 성과의 영향요인에 관한 연구”, 『한국거버넌스학회보』 제22권 제3호(2015. 12.)

황호선, “부산·진해 경제자유구역의 발전방안에 대한 고찰”, 『세계지역연구논총』 제23집 1호(2005. 6.)

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회
건설법연구 제7호 2022년 3월
Center for Construction & Urban Development Law, SNU
Construction & Urban Development Law Association
Construction and Urban Development Law Journal
Vol. 7, March 2022

관광진흥법상 인허가 의제와 경미한 변경

김 장 효*

국문초록

관광진흥법상 관광숙박업 등을 경영하려는 자가 그 사업에 대한 사업계획승인(주된 인허가)을 받으면, 개별법령에서 정하고 있는 각종 인허가(관련 인허가)가 의제된다.

당초 승인된 사업계획 경미한 변경이 발생하는 경우, 당초 의제되었던 각종 인허가(관련 인허가)가 그대로 의제되는지 여부와 관련하여, 관련 판결은 인허가의제의 절차 간소화 취지에 주목하여 주된 인허가에 경미한 변경이 있는 경우라 하더라도 관련 인허가는 여전히 의제된다고 판단하였다(광주고등법원 2019. 1. 9. 선고 (제주)2018나10298 판결). 그런데 관광진흥법 소정의 인허가 의제에 있어 절차의 간소화(절차집중설)의 취지가 다른 공익(관련 인허가에 대한 사후 감독의 필요성)을 압도할 만큼 절대적인 것이라고 보기 어렵다는 점과, 관련 판결의 취지를 관철하면 관련 인허가에 관한 규제의 사각지대가 발생하여 형평성 문제가 제기될 수 있다는 점, 이에 최근 시행된 행정기본법에서는 불충분하나마 주된 인허가의 변경이 관련 인허가에 미치는 영향을 고려한 규정을 두고 있다는 점, 특히 산단절차간소화법 제15조 제2항은 주된 인허가의 경미한 변경과 관련 인허가의 관계를 구체적으로 규정하고 있다는 점 등을 고려하면, 관련 판결이 일반화되기에는 한계가 있는 것으로 보인다. 입법론적으로, 각 개별법령에서 인허가의 경미한 변경을 다루는 방식은 다양한 것으로 보이는바, 해당 개별법령 소정의 인허가 의제의 취지 및 절차 등을 고려하여, 주된 인허가의 변경 정도에 따른 관련 인허가에 대한 사후관리에 관하여 구체적으로 규정할 필요성이 있을 것이다.

* 변호사, 법무법인(유) 올춘

주제어 : 관광진흥법, 사업계획승인, 인허가 의제, 절차 간소화, 경미한 변경

목 차

- I. 서론
- II. 관광진흥법상 경미한 변경의 상대성
- III. 주된 인허가의 경미한 변경 시 관련 인허가의 의제를 인정할 판결
- IV. 주된 인허가의 경미한 변경 시에도 관련 인허가가 의제되는지 여부
- V. 결론

I. 서론

관광진흥법에 따르면 관광숙박업 등을 경영하려는 자가 그 사업에 대한 사업계획승인을 받으면 농지법 등 9개의 개별법령에서 정하고 있는 각종 인허가가 의제된다.¹⁾ 사업계획승인을 받은 관광사업자가 그 사업계획 중 부지, 대지 면적, 건축 연면적의 일정 규모 이상의 변경 등 대통령령으로 정하는 사항을 변경하기 위해 그 사업계획의 변경승인을 받는 경우에도 각종 인허가가 의제되는 것은 동일하다.²⁾ 특히 관광진흥법 제16조 제4항은 ‘관광사업자

1) 관광진흥법 제15조(사업계획의 승인)

① 관광숙박업을 경영하려는 자는 제4조 제1항에 따른 등록을 하기 전에 그 사업에 대한 사업계획을 작성하여 특별자치시장·시장·군수·구청장의 승인을 받아야 한다. 승인을 받은 사업계획 중 부지, 대지 면적, 건축 연면적의 일정 규모 이상의 변경 등 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

관광진흥법 제16조(사업계획 승인 시의 인·허가 의제 등)

① 제15조 제1항 및 제2항에 따라 사업계획의 승인을 받은 때에는 다음 각 호의 허가 또는 해제를 받거나 신고를 한 것으로 본다.

1. 농지법 제34조제1항에 따른 농지전용의 허가, 2. 산리관리법 제14조·제15조에 따른 산지전용허가 및 산지전용신고(이하 생략), 3. 사방사업법 제20조에 따른 사방지의 지정의 해제, 4. 초지법 제23조에 따른 초지전용의 허가, 5. 하천법 제30조에 따른 하천공사 등의 허가 및 실시계획의 인가, 6. 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 제8조에 따른 공유수면의 점용·사용허가(이하 생략), 7. 사도법 제4조에 따른 사도개설의 허가, 8. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위의 허가, 9. 장사 등에 관한 법률 제8조 제3항에 따른 분묘의 개장신고(이하 생략)

2) 관광진흥법 제15조(사업계획의 승인)

① 관광숙박업을 경영하려는 자는 제4조 제1항에 따른 등록을 하기 전에 그 사업에 대한 사업계획을 작성하여 특별자치시장·시장·군수·구청장의 승인을 받아야 한다. 승인을 받은 사업계획 중

가 사업계획의 변경승인을 받은 경우에는 건축법에 따른 용도변경의 허가를 받거나 신고를 한 것으로 본다' 라고 규정하고 있다.

그렇다면 변경승인의 대상에 이르지 않는 정도의 경미한 사업계획의 변경(이하 '경미한 변경' 이라고 한다)의 경우에도 당초 사업계획의 승인에 따른 인허가 의제의 효과가 그대로 유지된다고 볼 수 있을까? 즉 관광진흥법상 사업계획의 경미한 변경으로 인하여 농지법 등 9개의 개별법령에서 인허가의 대상으로 규정하고 있는 사항에 일련의 변경이 초래될 수 있는데, 현행 관광진흥법령은 위와 같은 경미한 변경에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에, 위와 같은 의문이 생겨나는 것이다.

법령 해석에 관한 물론해석 및 당연해석, 또는 대(大)는 소(小)를 포함한다는 논리에 기초하면 행정청이 사업계획을 승인한 이상 변경승인에 이르지 않는 경미한 변경의 경우 당초의 사업계획 승인의 효과로서 인허가 의제가 유지된다고 볼 여지가 있다. 반면에 관광진흥법령상 경미한 변경이라 하더라도 인허가가 의제되는 농지법 등 9개 개별 법령의 관점에서는 더 이상 경미한 변경에 그치지 않고 중대한 변경에 해당할 수도 있기 때문에, 명문의 규정이 없는 이상 함부로 인허가의제의 효력을 인정할 수 없다는 취지의 주장도 가능할 수 있다.

광주고등법원 2019. 1. 9. 선고 (제주)2018나10298 판결(이하 '관련 판결' 이라고 한다)은 관광진흥법상 승인 받은 사업계획의 경미한 변경의 경우에는 당초 승인에 따른 인허가 의제의 효과가 그대로 유지된다고 판단하였다.³⁾ 이 사건 판결은 관광진흥법령상 승인된 사업계획의 경미한 변경 시에 당초의 인허가의제의 효과가 그대로 유지되는지 여부에 관한 유일한 판결례인 것으로 보인다.

그런데 의제된 인허가도 독자적인 취소 대상이 된다고 판시한 일련의 대법원 판결례, 행정기본법 제26조(인허가의제의 사후관리 등) 및 같은 법 시행령 제5조(인허가의제 행정청 상

부지, 대지 면적, 건축 연면적의 일정 규모 이상의 변경 등 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

관광진흥법 제16조(사업계획 승인 시의 인·허가 의제 등)

① 제15조 제1항 및 제2항에 따라 사업계획의 승인을 받은 때에는 다음 각 호의 허가 또는 해제를 받거나 신고를 한 것으로 본다.

1. 농지법 제34조제1항에 따른 농지전용의 허가, 2. 산림관리법 제14조·제15조에 따른 산지전용허가 및 산지전용신고(이하 생략), 3. 사방사업법 제20조에 따른 사방지의 지정의 해제, 4. 초지법 제23조에 따른 초지전용의 허가, 5. 하천법 제30조에 따른 하천공사 등의 허가 및 실시계획의 인가, 6. 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 제8조에 따른 공유수면의 점용·사용허가(이하 생략), 7. 사도법 제4조에 따른 사도개설의 허가, 8. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조에 따른 개발행위의 허가, 9. 장사 등에 관한 법률 제8조 제3항에 따른 분묘의 개장신고(이하 생략)

3) 이 판결은 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다214101 심리불속행 판결로 확정되었다.

호 간의 통지) 제3항이 도입된 취지, 산업단지 인·허가 절차 간소화를 위한 특례법(이하 산단절차간소화법이라고 한다) 제15조 제2항이 의제된 허가의 변경 절차에 관하여 규정하는 취지로 개정된 점 등을 고려할 때, 관련 판결이 관광진흥법령상 승인된 사업계획의 경미한 변경 시에도 인허가의제의 효과가 유지되는지 여부에 관한 선례로서 일반화될 수 있는지 여부에 관하여 의문이 있다.⁴⁾

II. 관광진흥법상 경미한 변경의 상대성

1. 관광진흥법상 경미한 변경의 의미

국립국어원이 발간한 표준국어대사전에 따르면 ‘경미(輕微)하다’라는 단어의 사전적 의미는 ‘가볍고 아주 적어서 대수롭지 아니하다’라는 것이다. ‘경미하다’의 반대말은 ‘중대(重大)하다’라는 것으로서 이는 ‘가볍게 여길 수 없을 만큼 매우 중대하고 크다’라는 뜻이다.

관광진흥법은 각종 인허가에 관하여 규정하면서, 해당 인허가에 관한 중요 사항의 변경과 경미한 사항의 변경을 구분하여 달리 규정하고 있다.⁵⁾ 특히 앞서 살핀 것과 같이 법 제15조 제1항 단서는 관광숙박업에 관한 사업계획의 승인과 관련하여, 대통령령(시행령 제9조)에서 정하는 사항이 변경되는 경우(중대한 변경)는 변경승인을 받도록 하는 반면에, 그 외의 사항이 변경되는 경우(경미한 변경)에 대해서는 변경승인 또는 신고 등 그 어떠한 절차를 거칠 필요도 없이 관광숙박업자가 자유롭게 변경할 수 있도록 하고 있다.

그런데 관광진흥법 시행령 제9조(사업계획 변경승인)에서 정하고 있는 ‘중대한 변경’은, ‘부지 및 대지 면적이 당초 대비 10% 이상 변경되는 경우’ 또는 ‘건축 연면적이 당초 대비 10% 이상 변경되는 경우’ 등으로 그 범위가 좁다. 즉 위와 같이 중대한 변경으로 열거된 사항에 해당하지 아니하는 나머지 변경은 모두 경미한 변경으로 처리되는 것이다.

문제는 위와 같은 중대한 변경 및 경미한 변경의 구별이 지극히 상대적이라는 점이다.

4) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결.

5) 관광진흥법 제5조(허가와 신고)

③ 제1항과 제2항에 따라 허가받은 사항 중 문화체육관광부령으로 정하는 **중요 사항을 변경**하려면 변경허가를 받아야 한다. 다만 **경미한 사항**을 변경하려면 변경신고를 하여야 한다.

관광진흥법 제54조(조성계획의 수립 등)

① 관광지등을 관할하는 시장·군수·구청장은 조성계획을 작성하여 시·도시자의 승인을 받아야 한다. 이를 변경(대통령령으로 정하는 **경미한 사항의 변경은 제외한다**)하려는 경우에도 또한 같다.

예를 들면, 당초 사업계획승인에 따른 부지 및 대지면적이 1,000㎡인 경우 그 면적의 10%인 100㎡를 변경하려면 중대한 변경으로서 사업계획의 변경승인이 필요하지만, 당초 사업계획승인에 따른 부지 및 대지면적이 1,0000㎡인 경우 그 면적의 10%인 1,000㎡에 미달하는 999㎡를 변경하는 경우에는 변경승인을 받지 않아도 된다. 즉 관광숙박업이라는 업종의 특성을 고려할 때 후자의 경우가 주변 환경에 대한 파급 효과의 측면에서 전자의 경우보다 압도적으로 중요할 수 있음에도 불구하고, 법령상 후자의 경우는 경미한 변경으로 취급되어 별도의 변경승인을 받지 않아도 된다.

2. 인허가 의제 국면에서 심화되는 경미한 변경의 상대성

위와 같은 경미한 변경의 상대성은 인허가 의제의 국면에서 보다 더 극적으로 관찰된다. 즉 관광진흥법 제16조에 따라 관광숙박업에 대한 사업계획승인(주된 인허가)을 받으면 농지법 등 9개의 개별법령에서 정한 각종 인허가(관련 인허가)가 의제된다.⁶⁾ 그런데 위와 같은 9개의 개별법령에서는 관련 인허가의 중대한 변경·경미한 변경에 관하여 각자 독립적으로 규율하고 있으므로, 관광진흥법령상 관광숙박업에 관한 사업계획의 경미한 변경에 불과한 사항이 위 9개의 개별법령상의 관련 인허가에서는 더 이상 경미하지 않고 중대한 변경에 해당할 가능성이 있는 것이다.

보다 구체적으로, 관광진흥법 제16조 제1항에서 관광숙박업에 관한 사업계획승인에 따라 의제되는 9개 개별법령 가운데 중대한 변경 및 경미한 변경에 관한 규정을 간략하게 정리하면 아래와 같다.⁷⁾ 즉 아래 [표1]과 같이 의제되는 인허가에 관한 개별 법령에서는 중대한 변경과 경미한 변경을 구분하고 중대한 변경의 경우에는 변경허가를 받도록 하는 반면에, 경미한 변경의 경우에는 별도의 절차를 거치지 않고도 가능한 것으로 정하고 있다.

6) 행정기본법 제24조 제1항은 ‘이 절에서 인허가 의제란 하나의 인허가(이하 ‘주된 인허가’라 한다)를 받으면 법률이 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가(이하 ‘관련 인허가’라 한다)를 받은 것으로 보는 것을 말한다’ 라고 규정하고 있으므로, 이하에서는 행정기본법상의 용례를 따르기로 한다.

7) 법령의 취지를 왜곡하지 않는 선에서 문구를 적절히 축약하였다.

[표1] 관광숙박업에 관한 사업계획승인에 따라 의제되는 관련 인허가

개별법령	의제되는 인허가(관련인허가)	비고
농지법	<p>■ 법 제34조(농지의 전용허가·협의) ① 농지를 전용하려는 자는 농림축산식품부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 농지의 면적 또는 경계 등 대통령령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p> <p>■ 시행령 제32조(농지전용허가의 신청) ⑤ 법 제34조 제1항 후단에서 대통령령으로 정하는 중요사항이란 다음 각호와 같다. 1. 전용허가를 받은 농지의 면적 또는 경계</p>	<p>· 중대한 변경: 허가 필요</p> <p>· 경미한 변경: 절차 불요</p>
산지관리법	<p>■ 법 제14조(산지전용허가) ① 산지전용을 하려는 자는 그 용도를 정하여 대통령령으로 정하는 산지의 종류 및 면적 등의 구분에 따라 산림청장등의 허가를 받아야 하며 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 같다. 다만 농림축산식품부령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 신고로 갈음할 수 있다.</p> <p>■ 시행규칙 제10조(산지전용허가의 신청 등) ④ 법 제14조 1항 단서에서 농림축산식품부령으로 정하는 사항이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다. 2. 산지전용을 하려는 산지의 이용계획 및 토사처리계획 등 사업계획의 변경(산지전용허가를 받은 산지의 면적이 변경되지 아니하는 경우에 한정한다)</p>	<p>· 중대한 변경: 허가 필요</p> <p>· 경미한 변경: 신고 필요</p>
초지법	<p>■ 법 제23조(초지의 전용) ② 제1항에 따른 초지전용을 하려는 자는 허가를 받아야 한다. 허가 받은 초지전용의 면적 또는 경계 등 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p> <p>■ 시행령 제16조(초지의 전용허가 등) ① 법 제23조 제2항 후단에서 대통령령으로 정하는 중요한 사항이란 다음 각 호의 사항을 말한다. 4. 설치하려는 시설의 규모. 다만 각호 제외나, 변경하려는 부분의 건축 연면적이 전체 건축 연면적의 10분의 1 이하인 경우</p>	<p>· 중대한 변경: 허가 필요</p> <p>· 경미한 변경: 절차 불요</p>
하천법	<p>■ 법 제33조(하천의 점용허가 등) ① 하천구역 안에서 토지의 점용을 하려는 자는 허가를 받아야 한다. 허가 받은 사항 중 대통령령으로 정하는 바에 따라 중요한 사항을 변경하려는 경우도 또한 같다.</p>	<p>· 중대한 변경: 허가 필요</p> <p>· 경미한 변경: 절차 불요</p>

개별법령	의제되는 인허가(관련인허가)	비고
	■ 시행령 제34조(점용허가의 신청 등) ② 대통령령으로 정하는 중요한 사항 이란 다음 각호의 사항을 말한다. 1. 점용의 목적 및 면적	
국토계획법	■ 법 제56조(개발행위의 허가) ② 개발행위허가를 받은 사항을 변경하는 경우에는 허가를 받아야 한다. 다만 대통령령으로 정하는 경미한 사항 을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다. ■ 시행령제52조(개발행위허가의 경미한 변경) 2.가.부지면적 또는 건축물 연면적을 5퍼센트 범위에서 축소(괄호안 생략)	• 중대한 변경: 허가 필요 • 경미한 변경: 절차 불요

특히 관광진흥법 제16조 제3항 및 제4항은 나머지 인허가 의제조항과 분리하여 독립적으로, ‘특별자치시장 등이 사업계획의 변경승인을 하려는 경우 건축물의 용도변경이 포함되어 있으면 미리 소관 행정기관의 장과 협의하여야 한다(제3항), 관광숙박업자가 사업계획의 변경승인을 받은 경우에는 건축법에 따른 용도변경이 허가를 받거나 신고를 한 것으로 본다(제4항)’ 라고 규정하고 있다.

이상과 같이 농지법·산지관리법·하천법·국토계획법 등에서는 사업계획의 변경에 따라 관련 인허가 대상의 면적이 변경되면, 그 규모를 불문하고 이를 중대한 변경으로 간주하여 변경 인허가를 받도록 규정하고 있다. 이는 앞서 살핀 관광진흥법 시행령 제9조(사업계획 변경승인)에서 ‘부지 및 대지 면적이 당초 대비 10% 이상 변경되는 경우’ 또는 ‘건축 연면적이 당초 대비 10% 이상 변경되는 경우’ 만을 중대한 변경으로 보아 변경승인을 거치도록 하는 것과 대조적이다.

관광진흥법령상 관광숙박업에 대한 사업계획승인(주된 인허가)을 받은 사업자는 신고 등의 최소한의 절차를 거치지 않고서도 10%의 범위에서 부지 및 대지 면적, 건축 연면적을 변경할 수 있는데, 그와 같은 변경은 의제되는 인허가(관련 인허가) 차원에서는 중대한 변경으로서 별도의 인허가가 필요한 사항에 해당할 수 있다는 것이다.

바로 여기에서 주된 인허가에 관한 법령에서 인허가 의제조항을 두고 있는 경우에 주된 인허가의 경미한 변경 시 관련 인허가에 대한 의제효과가 그대로 유지되는지 아니면, 관련 인허가의 근거 법령에 따른 변경절차를 별도로 거쳐야 하는지가 문제된다.

3. 주된 인허가의 경미한 변경과 관련 인허가의 관계에 관한 일관되지 않은 유권해석례

인허가의제와 관련하여 주된 인허가에서 발생한 경미한 변경과 관련 인허가의 관계에 관하여는 통일된 유권해석이 없었고, 각 사안마다 이 쟁점에 대한 유권해석이 구구하였다. 예를 들면, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 및 「산업단지 인허가 절차 간소화를 위한 특례법」 소정의 인허가의 경우에는 주된 인허가의 경미한 변경이 관련 인허가의 중대한 변경에 해당하는 경우 관련 인허가에 관한 개별법령에 따라 변경 인허가 등을 받아야 한다고 해석되는 반면에, 「관광진흥법 시행령」 소정의 조성계획의 변경과 관련하여서는 별도의 인허가가 불필요하다고 해석되었다. 이해를 돕기 위해 각 행정청의 유권해석의 취지를 간략하게 정리하면 아래와 같다.

[표2] 경미한 변경과 관련 인허가에 관한 유권해석례

질의내용	유권해석
<p>「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따라 변경승인을 받지 않아도 되는 경미한 사항의 변경이 의제된 인허가 등의 근거 법령에 따른 변경 인허가 등을 받아야 하는 경우 그 법령에 따른 변경 인허가 등을 받아야 하는지 여부(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제230조 등 관련)</p>	<p>■ 제주특별자치도(2011. 8. 19.)</p> <p>「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제230종 제1항에 따르면 개발사업의 시행승인을 얻은 경우에는 같은 항 각 호의 인허가 등을 받은 것으로 의제되고, 같은 법 제229조 제9항 단서에 따르면 이미 승인 받은 개발사업의 내용을 변경하는 경우로서 도조례로 정하는 경미한 사항에 해당하면 변경승인을 받지 않아도 되는데, 이와 같은 경미한 사항의 변경에 해당하는 내용이 개발사업의 시행승인에 따라 의제된 인허가 등의 개별법령에 의할 때에는 변경 인허가등을 받아야 하는 내용에 해당한다면 그 개별법령에 따른 변경 인허가 등을 받아야 한다고 해석함.</p>
<p>산업단지계획의 경미한 사항을 변경하려는 경우 개별법에 따른 심의회·위원회의 변경 심의를 거쳐야 하는지 여부(「산업단지 인허가 절차 간소화를 위한 특례법」 제15조 제3항 등 관련)</p>	<p>■ 국토교통부(2015. 7. 30.)</p> <p>「산업단지 인허가 절차 간소화를 위한 특례법」 제15조 제3항에 따라 중앙산업단지계획심의위원회의 심의를 거치지 아니하는 산업단지계획의 경미한 변경사항이 법 제14조 제3항 각 호에서 규정하고 있는 개별법에 따른 심의회·위원회의 심의대상에 해당하는 경우 그 개별법에 따른 심의를 거쳐야 한다고 해석함.</p>

질의내용	유권해석
경미한 조성계획 변경에 대한 변경 인허가 필요 여부(「관광진흥법」 제54조 관련)	<p>■ 법제처(2018)</p> <p>「관광진흥법 시행령」 제47조 제2항에서 조성계획의 승인을 받은 자가 「관광진흥법」 제54조 제1항 후단에 따른 경미한 사항을 변경하는 경우 관계 행정기관의 장에게 통보하도록 규정하고 있다면, 조성계획의 승인을 받은 자는 경미한 조성계획의 변경에 대하여 「관광진흥법」 제58조 제1항 각호에서 의제되는 개별법에 따라 별도의 변경 인·허가를 받아야 하는 것은 아니라고 해석함.</p>

그런데 법원은 관련 판결인 광주고등법원 2019. 1. 9. 선고 (제주)2018나10298 판결에서 관광진흥법상 승인받은 사업계획의 경미한 변경의 경우에는 당초 승인에 따른 인허가 의제의 효과가 그대로 유지된다고 판단하였다. 판결 사안에 대해서는 항을 바꾸어 자세히 살펴보기로 한다.

III. 주된 인허가의 경미한 변경 시 관련 인허가의 의제를 인정한 판결

1. 사안의 개요

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘**국토계획법**’ 이라고 한다) 제36조 및 제76조 제1항은 용도지역에서의 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고,⁸⁾ 같은 법 시행령 제71조 제1항 제8호 및 별표9는 일반상업지역 안에서 건축할 수 없는 건축물 중 하나로 건축법 시행령 별표1 제16호의 위락시설을 들고 있으며, 건축법 시행령 별표1 제16호의 위락시설에는 카지노영업소가

8) 국토계획법 제36조(용도지역의 지정)

① 국토교통부장관, 시·도지사 또는 대도시 시장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도지역의 지정 또는 변경을 도시·군관리계획으로 결정한다.

1. 도시지역: 다음 각 목의 어느 하나로 구분하여 지정한다.

가. 주거지역: 거주자의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 지역

나. **상업지역: 상업이나 그 밖의 업무의 편익을 증진하기 위하여 필요한 지역**

다. 공업지역: 공업의 편익을 증진하기 위하여 필요한 지역

라. 녹지지역: 자연환경·농지 및 산림의 보호, 보건위생, 보안과 도시의 무질서한 확산을 방지하기 위하여 녹지의 보전이 필요한 지역

제76조(용도지역 및 용도지구에서의 건축물의 제한 등)

① 제36조에 따라 지정된 용도지역에서의 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

포함되어 있다. 위와 같은 규정들에 따르면 원칙적으로 일반상업지역 안에서는 카지노영업소를 설치할 수 없다.

그런데 관광진흥법 제16조 제5항은 ‘관광숙박업에 관한 사업계획의 승인 또는 변경승인을 받은 경우 그 사업계획에 따른 관광숙박시설 및 그 시설 안의 위락시설로서 국토계획법상 상업지역의 시설에 대해서는 국토계획법 제76조 제1항을 적용하지 아니한다’ 라고 규정하고 있으므로, 관광진흥법에 따라 관광숙박업에 대한 사업계획의 승인 또는 변경승인을 받은 자는 설령 해당 부지가 국토계획법령 소정의 일반상업지역에 속한다고 하더라도 관광숙박시설(예를 들면 호텔)을 건축하고 및 관광숙박시설 내부에 위락시설(예를 들면 카지노영업소)을 설치할 수 있다.

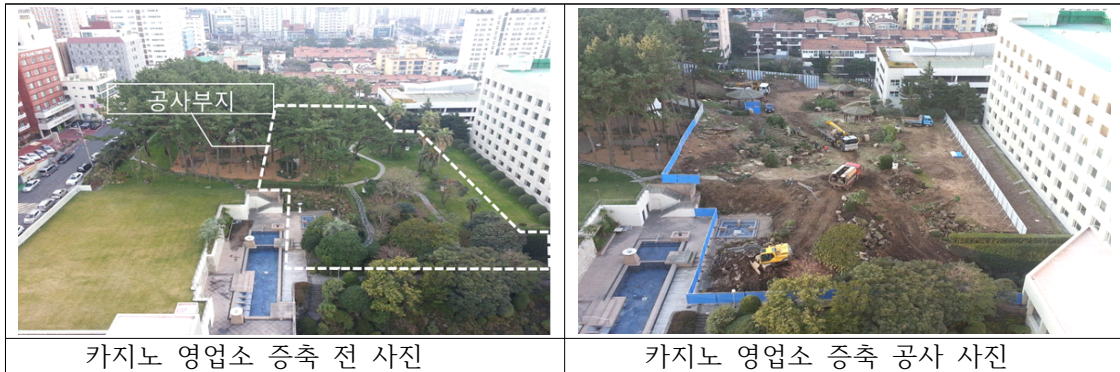
한편 건축법 제19조(용도변경) 및 같은 법 시행령 제14조에 따르면 영업시설군(群)에 속하는 숙박시설을 문화집회시설군(群)인 위락시설로 용도변경하기 위해서는 원칙적으로 용도변경신고로는 부족하고 용도변경허가를 받아야 한다.⁹⁾ 다만 관광진흥법 제16조 제4항은 ‘관광숙박업자가 사업계획의 변경승인을 받은 경우에는 건축법에 따른 용도변경의 허가를 받거나 신고를 한 것으로 본다’ 라고 규정하고 있으므로, 관광진흥법상 사업계획 승인을 받아 관광숙박시설(예를 들면 호텔)을 건축한 자가 사업계획의 변경승인을 받으면 건축법 소정의 용도변경 허가 및 신고가 의제된다.

A호텔은 관광진흥법상 사업계획승인을 받아 일반상업지역에 건축된 것으로서, A호텔 내부에는 임대차 방식을 통해 B카지노영업소가 설치되어 있었는데, 외국관광객이 급증하여 카지노업이 호황을 이루자, A호텔 및 B카지노영업소는 A호텔 부지(숙박객의 캠핑장으로 활용되는 동산)에 카지노영업소로 사용될 건물(이하 ‘이 사건 건축물’ 이라고 합니다)을 건축한 후 B카지노영업소가 해당 건물을 추가로 임차하여 기존의 카지노영업소와 연결하여 5년간 사용하기로 합의(차임 월 1억 6,500만원, 이하 ‘이 사건 합의’ 라고 한다)를 체결하였다. 그리고 이 사건 합의의 정지조건 중 하나는 ‘A호텔 측이 합의 체결 이후 1년 이내에 이 사건 건물에 대한 건축인허가를 득하여야 한다’ 라는 것이었다. 이 사건 합의에 따라 A호텔 측은 건축허가(증축허가)를 받고 약 100억원의 공사비를 들여 호텔의 숙박객들을 위한 캠핑장으로 활용되던 동산을 갈아엎고 그 지하에 이 사건 건축물(면적 2,756.76㎡, 833.92평)을 건축하였다. 당시의 공사 현황은 아래와 같은데, 카지노영업소 용도의 건물은 내부 기둥이 없이 탁 트인 하나의 공간으로 건축되어야 하는 특성이 있는 관계로, 이 사건 건축물도 하

9) 반대로 문화집회시설군(群)인 위락시설에서 영업시설군(群)에 속하는 숙박시설로 용도변경하기 위해서는 용도변경신고로도 충분하다.

나의 대공간으로 건축되었기 때문에 카지노영업소 이외의 다른 용도로 활용할 수 있는 가능성은 거의 없었다.

[사진1] 카지노영업소 용도의 이 사건 건축물 공사 현황



[사진2] 이 사건 건축물의 내부 현황¹⁰⁾



대한민국이 북핵 위협에 대응하기 위해 미국으로부터 종말단계고고도지역방어(Terminal High Altitude Area Defense, 이하 ‘사드’ 라고 한다)를 도입하는 방안을 모색 중이라는 사실이 알려지자, 중국 정부는 대한민국에 대한 보복 조치, 외환유출규제 등의 일환으로서 자국민들의 대한민국 관광을 제한하기 시작하였고 이는 중국관광객을 주된 고객으로 하는 관광호텔업 및 카지노업에 심대한 타격을 가져왔다.

A호텔 측은 준공검사까지 마치고 이 사건 건축물을 B카지노영업소 측에 제공하였으나,

10) 이 사건의 제1심 재판부의 현장검증 당시 촬영한 사진의 일부이다.

B카지노영업소 측은 사드 사태 등을 이유로 이 사건 건축물을 인수하지 않았다. 그 사이 이 사건 합의를 체결한 시점으로부터 1년이 경과하였고, B카지노영업소 측의 입장은 ‘이 사건 건축물은 영업시설군(群)에 속하는 숙박시설로 건축된 것이기 때문에 문화집회시설군(群)에 속하는 위락시설인 카지노영업소로 사용하기 위해서는 건축법상 용도변경허가를 받아야 하는데, A호텔 측이 합의 체결 후 1년 내에 이 사건 건축물에 대한 용도변경 절차를 이행하지 아니하였기 때문에 조건 불성취로 이 사건 합의는 실효되었다’ 라는 것이었다. 반면에 A호텔의 입장은 ‘관광진흥법 시행령 제9조(사업계획의 변경승인) 제1항 제2호에 따르면 건축연면적을 변경할 때에 그 변경하려는 연면적이 당초 승인받은 계획면적의 100분의 10 이상이 되는 경우를 사업계획의 변경승인대상으로 규정하고 있으나, 이 사건 건축물은 당초 건축면적의 10/100 미만의 면적으로서 경미한 변경에 불과하여 사업계획의 변경승인의 대상에 해당하지 아니하므로, 사업계획의 변경승인 시 건축법상의 용도변경 허가 및 신고를 의제하고 있는 관광진흥법 제16조 제4항의 취지상 건축법상의 용도변경절차(허가 또는 신고)를 거칠 필요가 없다’ 는 논리로 맞섰다.

2. 관련 판결의 내용 및 취지

법원은 인허가 절차를 간소화하려는 인허가 의제 규정의 취지에 비추어 경미한 변경으로서 변경승인 대상에서 제외되는 경우에는 인허가가 의제되고 개별법령에 따른 별도의 인허가를 받을 필요가 없다고 판단하여 A호텔 측의 손을 들어주었다(광주고등법원 2019. 1. 9. 선고 (제주)2018나10298 판결). 그 결과 B카지노영업소 측은 이 사건 합의에 대한 채무불이행에 따른 손해배상으로 A호텔 측에 약76억원의 손해배상금을 지급하게 되었다.

관련 판결은 인허가 절차를 간소화하려는 인허가 의제 규정의 취지 등을 근거로 하여, 경미한 사항으로 주된 인허가의 변경승인 대상에서 제외되는 경우에도 관련 인허가가 의제되고 개별법에 따른 별도의 인허가를 받을 필요가 없다고 판시한 최초의 판결로 보인다.

IV. 주된 인허가의 경미한 변경 시에도 관련 인허가가 의제되는지 여부

1. 관광진흥법상 인허가 의제의 취지

인허가 의제의 법적 성질에 대해서는 종래 독일의 계획확정절차에서의 집중효에 대한 논의와 함께 이루어지는 경향이 있다.¹¹⁾ 국내 학계에서는 ① 관할집중설, ② 비제한적 실제집

중설, ③ 절차집중설, ④ 제한적 실체집중설 등이 대립하고 있다.¹²⁾ 이에 대해 대법원은 일관되게 인허가 의제는 목적사업의 원활한 수행을 위해 창구를 단일화하여 절차를 간소화하는데 입법 취지가 있고, 목적사업이 관계 법령상 인허가의 실체적 요건을 충족하였는지에 대한 심사를 배제하려는 취지는 아니라고 하여 절차집중설의 입장을 견지하고 있다고 평가된다.¹³⁾

관련 판결은 위와 같은 인허가 의제의 취지인 절차 간소화에 특별히 주목한 것으로 보인다. 실제로 관련 판결은, ‘인허가 의제 규정의 취지는 절차를 간소화하는 것에 있는바, 경미한 변경에 대하여 개별법에 따른 별도의 인허가를 받아야 한다면, 중대한 변경은 변경승인을 통하여 인허가가 의제되는 반면, 경미한 변경은 개별법에 따라 인허가 절차를 밟아야 하는 것이므로, 경미한 사항의 변경이 중대한 사항의 변경보다 복잡한 인허가 절차를 거치게 되어 불합리하다’ 는 점을 판단의 주된 논거로 제시하고 있다.

그런데 인허가 의제의 절차 간소화의 취지 자체에는 공감하더라도, 그와 같은 절차 간소화의 작동 원리는 점검해 볼 필요가 있다. 현행 실정법상 인허가 의제 조항은 크게 절차간소화를 위한 것과 필수적 요소를 의제하는 것¹⁴⁾으로 분류될 수 있는데, 인허가 의제 조항의 대부분을 차지하는 절차간소화를 위한 인허가 의제의 경우 당사자가 주된 인허가 절차에 관련 인허가 관련 신청서를 제출하지 않는 한 의제 조항은 작동하지 않는 것이 원칙이다.¹⁵⁾ 이러한 관점에서 최근 법원도 ‘부분 인허가 의제’ 를 정면으로 인정하고 있다.¹⁶⁾

11) 계획확정행위(절차) 및 집중효에 관한 자세한 논의는 김종보, “계획확정행위와 행정행위의 구별”, 『행정법연구』 제7호(2001. 9.), 1면 이하 및 위 저자, “계획확정절차의 도입”, 『행정법학』 제5호(2013. 9.), 1면 이하를 전체적으로 참조하였음.

12) **관할집중설**은 관할이 일원화되는 것에 불과하므로 관련 인허가의 실체적 요건과 절차적 요건이 모두 심사되어야 한다는 견해이고, **비제한적 실체집중설**은 관련 인허가의 실체적 요건과 절차적 요건 모두 구비하지 않아도 된다는 견해이며, **절차집중설**은 관할 뿐만 아니라 절차도 일원화하는 것이므로 관련인허가의 실체적 요건은 구비되어야 하지만 절차적 요건을 갖출 필요는 없다는 견해이고, **제한적 실체집중설**은 관련 인허가의 실체적·절차적 요건에 엄밀히 구속되는 것은 아니고 다만 비교형량의 한 요소로 고려할 수 있다는 견해이다. 이상의 학설 개관은 정태용, 인허가 의제 제도의 고찰, 법제, 2002, 9면 이하 참조.

13) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두43095 판결 등 참조.

14) 국토계획법에 따른 건축허가의 경우가 대표적이다. 건축행위가 실제로 적법하기 위해서는 건축법상의 건축허가요건과 국토계획법상의 건축허가요건을 모두 충족하여야 하는데, 행정청은 건축주가 건축법에 따른 건축허가신청서를 제출하면서 국토계획법상의 건축허가를 함께 신청하였는지 여부와 무관하게 항상 건축물의 안전성 및 해당 건축물의 입지와 형태와 용도가 도시계획에 적합한지 여부를 동시에 심사하여야 하고, 어느 하나의 요건이 충족되지 못하면 그 신청을 거부하여야 하며, 둘 중 어느 하나의 건축허가만 분리해서 별도로 발급할 수 없다. 자세한 내용은 김종보/박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성-대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결-”, 『행정법연구』 제64호(2021. 3.), 56면 이하 참조.

15) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 도서출판 피데스, 2018, 125면 참조.

16) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두43095 판결 등 참조.

즉 절차 간소화를 위한 인허가 의제의 경우 민원인(인허가 신청인)은 스스로의 선택에 따라, ① 주된 인허가와 관련 인허가를 포괄적으로 신청할 수도 있고, ② 아예 인허가 의제를 포기하고 주된 인허가만을 신청하고 나머지 관련 인허가를 별도로 진행할 수도 있으며, ③ 절충적으로 주된 인허가를 신청하면서 관련 인허가의 일부만을 신청한 후, 나머지 관련 인허가는 별도로 신청할 수도 있다.¹⁷⁾

관광진흥법 제16조 소정의 인허가 의제는 필수적 요소를 의제하는 것이 아닌 일반적인 절차 간소화를 위한 인허가 의제로서, 관광숙박업에 관한 사업계획에 중대한 변경이 발생하면 그 사업자는 사업계획의 변경승인 과정에서 인허가 의제 조항을 활용하여 관련 인허가 전부에 대한 변경 인허가를 의제 받을 수도 있고, 관련 인허가의 일부만을 의제 받을 수도 있는데, 이는 해당 사업자의 선택에 달려 있다(물론 해당 사업자가 주된 인허가뿐만 아니라 관련 인허가까지 모두 구비하여야만 적법하게 관광숙박업 영위가 가능하다).

관련 판결의 판시사항으로 돌아와 보면, ‘중대한 변경은 변경승인을 통하여 인허가가 의제되는 반면, 경미한 변경은 개별법에 따라 인허가 절차를 밟아야 하는 것이므로, 경미한 사항의 변경이 중대한 사항의 변경보다 복잡한 인허가 절차를 거치게 되어 불합리하다’ 라는 판시 사항은, 절차 간소화를 위한 인허가 의제와 필수적 요소를 의제하는 인허가 의제의 구분하지 않았을 뿐만 아니라, 부분 인허가 의제의 가능성을 충분히 고려하지 않은 판단으로도 볼 여지가 있다. 관광숙박업자가 중대한 사업계획의 변경 시에도 관련 인허가의 일부만을 의제 받고 나머지 관련 인허가는 별도로 받는 방식을 취하는 경우를 상정하면, 경미한 변경 시에 관광숙박업자로 하여금 별도로 관련 인허가를 거치도록 하는 것이, 중대한 변경과 비교할 때 해당 사업자의 관점에서 특별히 더 불합리하다고 볼 수 없기 때문이다.

예당초 인허가 의제의 취지 자체가 절차집중(행정의 효율화, 소위 원스톱 서비스)에 있고 각 관련 인허가의 실제적 요건까지 간소화되는 것이 아니라는 것을 인정하고, 특히 민원인(인허가 신청인)의 구체적인 사정(事情) 등에 따라 인허가 의제의 절차 간소화의 취지가 적절하게 포기되거나 제한될 수도 있다는 점을 고려하면, 인허가 의제에 관한 실제적 효과가 문제되는 사안에 관한 법리 판단에 있어 인허가의제의 절차 간소화의 취지를 주된 논거로 활용하는 것에는 신중할 필요가 있다.

2. 관련 인허가에 관한 규제의 형평성

17) 선정원, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법연구』 제34호(2012. 12.), 57면 이하

앞서 목차 II.2.인허가 의제 국면에서 심화되는 경미한 변경의 상대성 항목에서 살핀 것과 같이, 주된 인허가의 관점에서는 경미한 변경에 불과하지만 관련 인허가의 관점에서는 중대한 변경에 해당하는 사항이 발생할 수도 있다. 만약 인허가 의제 국면이 아닌 개별법령의 적용만이 문제되는 상황이라면 민원인은 응당 관할 행정청으로부터 그와 같은 변경에 따른 변경 인허가를 거쳐야 할 것이다. 그런데 인허가 의제 국면에 이르면 주된 인허가의 중대한 변경 및 경미한 변경의 구분에 따라 후자의 경우(주된 인허가의 경미한 변경 시)에 관련 인허가 관점에서는 중대한 변경으로서 변경 인허가의 대상에 해당함에도 불구하고 관련 인허가 소정의 변경 인허가가 불필요하게 된다는 결론은 쉽게 납득하기 어렵다. 민원인의 관점에서는 사회적으로 영향력이 큰 사업에 관한 복합민원에서 오히려 행정규제의 강도가 낮아진다는 형평성 논란이 제기될 수도 있는 부분이다.

행정청의 관점에서 보면, 규제 의 사각지대(死角地帶)가 발생할 위험이 있을 것으로 보인다. 예를 들면 관광진흥법 제15조 및 제16조 소정의 관광숙박업에 관한 사업계획승인의 경미한 변경의 경우, 해당 사업자는 관할 행정청에 대한 최소한의 신고 절차 등을 거치지 않고도 자유롭게 변경을 추진할 수 있다. 그와 같은 경미한 변경은 관련 인허가를 관장하는 소관 행정기관에 통보되지도 않기 때문에, 소관 행정기관으로서는 애당초 관련 인허가 사항에 어떠한 변경이 발생하였는지 여부조차 제대로 파악하지 못하고 있을 가능성이 있다. 설령 소관 행정기관이 사후적으로 관련 인허가에 관한 변경사항을 파악할 수 있다고 하더라도 시간적 간극에 따른 공익 등 법익 침해는 감수할 수밖에 없는 상황으로 보인다.

종래 위와 같은 관련 인허가 규제의 형평성, 규제 의 사각지대 관련 쟁점은 인허가 의제 의 사후감독(사후관리)의 일환으로 논의되어 왔다. 즉 인허가 의제 이후 관련 인허가에 수반되는 부담금 또는 사용료의 부과 여부 및 부과하는 경우 그 부과 주체가 누구인지 또는 인허가 의제 이후 관련 인허가에 취소사유가 발생한 경우 주된 인허가와 별도로 관련 인허가를 독립적으로 취소할 수 있는지 여부에 관한 논의가 있다.

특히 후자, 즉 관련 인허가를 독립적으로 취소할 수 있는지 여부에 대해서는 인허가 의제에서는 주된 인허가만 존재할 뿐 관련 인허가는 실체가 없는 것이므로 취소의 대상은 주된 인허가가 되어야 한다는 견해와,¹⁸⁾ 인허가 의제에도 불구하고 주된 인허가와 관련 인허가는 각기 다른 별개의 처분으로 존재하기 때문에 인허가 의제 단계가 종료되면 원칙적으로 각각의 개별법률에 따른 소관 인허가권자의 사후감독을 받으며 취소사유가 있는 경우 관련 인허가가 개별적으로 취소될 수도 있다는 견해가 대립되었다.¹⁹⁾

18) 정태용, 앞의 글, 16면 이하 참조.

그런데 최근 법원은 ① 주택건설사업계획 승인 처분에 따라 의제된 인허가가 위법함을 다투고자 하는 이해관계인은 주된 인허가인 주택건설사업계획 승인처분의 취소를 구할 것이 아니라 의제된 인허가(지구단위계획)의 취소를 구해야 한다고 판시하거나,²⁰⁾ ② 중소기업창업지원 사업계획승인에 따라 산지전용허가가 의제되는 경우, 산지전용허가 및 그에 대한 직권취소는 항고소송이 대상인 처분에 해당한다고 판시함으로써,²¹⁾ 인허가 의제에도 불구하고 관련 인허가는 실재(實在)하며 개별법령에 따른 소관 인허가권자의 사후감독에 따른 직권취소 또는 이해관계인의 취소소송에 따른 재송취소가 가능하다는 입장을 확립하였다(다만 위 대법원 판결들은 전원합의체 판결은 아니어서, 종래 의제된 인허가의 위법사유가 있는 경우 주된 인허가가 취소소송의 대상이라고 본 판결(대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결 등)이 명시적으로 폐기된 것은 아닌 것으로 보인다).²²⁾

위와 같은 논의 및 판결례에 비추어 보면, 주된 인허가에서 경미한 변경이 발생하는 경우에도 인허가 의제의 효력이 관련 인허가에 그대로 미친다고 단정하기 보다는, 그와 같은 주된 인허가에서 발생한 변경이 관련 인허가에 미치는 영향 여하를 검토하여 각 사안에 따라 관련 인허가에 관한 변경 인허가가 필요한지 여부를 구체적으로 판단하는 것이 바람직하다.

3. 입법적 반영

(1) 행정기본법의 제정 및 시행

2021. 3. 23. 제정되어 2021. 9. 24. 일부 조항이 시행되기 시작한 행정기본법 제24조 내지 제26조는 인허가의제에 관하여 규정하고 있는데 그 중 법 제26조(인허가의제의 사후관리 등) 및 같은 법 시행령 제5조(인허가의제 행정청 상호 간의 통지)는 주된 인허가의 변경에 따른 관련 인허가의 사후관리에 관하여 규정하고 있다(다만 위 조항은 2023. 3. 24.부터 시행될 예정이다).²³⁾

19) 권수철, “인허가의제제도의 법적 성격과 사후감독에 관한 소고”, 『법제』(2002. 7.), 4면 이하 참조.

20) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016두38792 판결 참조.

21) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결 참조.

22) 각 판결에 대한 자세한 분석은 박균성, “의제된 인허가의 취소”, 『행정판례연구』 제24권 제1호(2019. 6.), 3면 이하, 이수창, “의제된 인허가의 독자적 취소가능성 확대에 관한 연구-국토개발 사업에 관한 법령을 중심으로-”, 『경북대학교 법학연구원 법학논고』 제74집(2021. 7.), 209면 이하 각 참조.

23) 행정기본법 소정의 관련 조항은 다음과 같다.

행정기본법

제26조(인허가의제의 사후관리 등)

특히 행정기본법 제26조 및 같은 법 시행령 제5조 제2항의 취지와 관련하여 법제처가 발간한 ‘행정기본법 조문별 해설집(2021)’ 제101면은 관련 인허가로서 주된 인허가를 통해 인허가 의제가 이루어진 사항과 관련하여 관련 인허가 소관 행정청은 소관 업무인 관련 인허가 관리·감독으로부터 자유로워지는 것은 아니라고 명시하고 있다. 특히 주된 인허가의 변경은 관련 인허가에도 영향을 미치게 된다. 따라서 주된 허가에 대해 변경이 이루어지는 경우 이를 통해 의제되는 관련 인허가에 대해서 변경 협의 등의 인허가의제 절차가 필요하다고 해석하고 있다.²⁴⁾

행정기본법 제26조 제2항 소정의 변경과 같은 법 시행령 제5조 제2항 소정의 변경이 주된 인허가의 변경승인 이외에 경미한 변경까지 포함하는 것인지 여부는 불분명하다. 다만 적어도 행정기본법은 주된 인허가에서 발생한 일련의 변경이 관련 인허가에 미치는 영향을 인식하면서, 관련 인허가의 소관 행정청이 그와 같은 변경에 따른 관련 인허가에 관한 사항

<p>① 인허가의제의 경우 관련 인허가 행정청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.</p> <p>② 주된 인허가가 있는 후 이를 변경하려는 경우에는 제24조(인허가의제의 기준)·제25조(인허가의제의 효과) 및 이 조 제1항을 준용한다.</p> <p>③ 이절에서 규정한 사항 외에 인허가의제의 방법, 그 밖에 필요한 세부사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p style="text-align: center;">행정기본법 시행령</p> <p>제5조(인허가의제 행정청 상호 간의 통지)</p> <p>② 주된 인허가 행정청은 법 제24조 및 제25조에 따라 주된 인허가를 하거나 법 제26조 제2항에 따라 주된 인허가가 있는 후 이를 변경했을 때에는 지체 없이 관련 인허가 행정청에 그 사실을 통지해야 한다.</p> <p>③ 주된 인허가 행정청 또는 관련 인허가 행정청은 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 주된 인허가 또는 관련 인허가의 관리·감독에 영향을 미치는 중요 사항이 발생한 경우에는 상호 간에 그 사실을 통지해야 한다.</p>

24) 행정기본법 조문별 해설집(2021) 101면은 다음과 같이 적시하고 있다.

<p style="text-align: center;">행정기본법 조문별 해설집(2021) 제101면</p> <p>① 관련 인허가의 관리·감독 기관</p> <p>인허가의제는 주된 인허가 행정청의 One-Stop 서비스를 통한 신속하고 빠른 인허가행정을 목적으로 한다. 따라서 관련 인허가로서 주된 인허가를 통해 인허가 의제가 이루어진 사항과 관련하여 관련 인허가 소관 행정청은 소관 업무인 관련 인허가 관리·감독으로부터 자유로워지는 것은 아니다. 주된 인허가 행정청과 실체적 심사 및 협의를 거쳐 의제된 관련 인허가는 관련 인허가를 관리·감독할 권한을 갖고 있는 행정청이 관리·감독한다(제26조제1항).</p> <p>② 주된 인허가의 변경과 관련 인허가</p> <p>주된 인허가의 변경은 관련 인허가에도 영향을 미치게 된다. 따라서 주된 허가에 대해 변경이 이루어지는 경우 이를 통해 의제되는 관련 인허가에 대해서 변경 협의 등의 인허가의제 절차가 필요하게 된다. 주된 인허가가 변경되는 경우 변경되는 주된 인허가를 중심으로 다시 인허가의제 변경 관련 절차가 진행되어야 한다(제26조제2항).</p>
--

을 사후 관리·감독해야 한다는 취지를 밝히고 있는바, 이는 절차 간소화의 관점에서 경미한 변경의 경우 당초의 인허가 의제의 효과가 유지된다고 판시한 관련 판결과는 다소 결이 다른 것으로 보여진다.

(2) 산단절차간소화법 제15조 제2항의 입법례

앞서 II.3.관련유권해석 항목에서 살핀 것과 같이, 종래 국토교통부(2015. 7. 30.)는 「산업단지 인허가 절차 간소화를 위한 특례법」 제15조 제3항에 따라 중앙산업단지계획심의위원회의 심의를 거치지 아니하는 산업단지계획의 경미한 변경사항이 법 제14조 제3항 각 호에서 규정하고 있는 개별법에 따른 심의회·위원회의 심의대상에 해당하는 경우 그 개별법에 따른 심의를 거쳐야 한다는 유권해석을 한 바 있다.

그 이후 「산업단지 인허가 절차 간소화를 위한 특례법」 제15조의2(산업단지계획의 변경)가 2018. 6. 12. 신설되었는데, 신설된 규정에 따르면 ‘수립·승인된(주된 인허가) 사업단지계획을 경미하게 변경하고자 하는 경우 그 경미한 변경 사항이 관련 인허가 소정의 심의대상에 해당하면, 주된 인허가에 따른 심의위원회의 심의를 거칠 수 있다’ 라고 규정되어 있다.²⁵⁾

25) 관련 조항은 다음과 같다.

산업단지 인·허가 절차 간소화를 위한 특례법 제15조의2(산업단지계획의 변경)
① 제15조에 따라 수립·승인된 산업단지계획을 변경하는 경우에는 제8조부터 제15조까지, 제16조, 제17조, 제20조부터 제27조까지 및 제27조의2를 준용한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 제9조에 따른 주민 등의 의견청취를 생략할 수 있고, 제14조에 따른 심의위원회의 심의를 거치지 아니한다.
② 제1항 단서에 따른 경미한 사항이 제14조제3항 각 호의 심의회 및 위원회의 심의대상인 경우 에는 제1항 단서에도 불구하고 제14조에 따른 심의위원회의 심의를 거칠 수 있다.
제14조 제3항(심의위원회의 심의)
③ 심의위원회의 심의를 거친 경우에는 다음 각 호에서 정한 심의회 및 위원회의 심의를 받거나 거친 것으로 본다.
1. 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업입지정책심의회 2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시계획위원회 3. 「도시교통정비 촉진법」에 따른 교통영향평가심의위원회 3의2. 「자연재해대책법」에 따른 재해영향평가심의위원회 4. 「에너지이용 합리화법」에 따른 에너지사용계획에 대하여 심의권한을 가진 위원회 5. 「국가통합교통체계효율화법」에 따른 국가교통위원회 6. 「산지관리법」에 따른 산지관리위원회 7. 「경관법」에 따른 경관위원회

즉 산단절차간소화법 개정 이유문을 보면 ‘산업단지계획 변경 시, 산업단지계획심의위원회를 거치지 않는 경미한 변경이 개별법에서는 개별법에 따른 위원회의 심의를 거쳐야 하는 중요한 변경인 경우 개별법에 따른 위원회 대신 산업단지계획심의위원회 심의를 거칠 수 있도록 하여 절차간소화법의 입법취지에 부합하게 심의절차를 간소화’ 하는 취지임이 명시되어 있다. 나아가 주된 인허가의 행정청이 산업단지계획심의위원회 심의를 필수적으로 거쳐야 하는 것이 아니라 사안에 따라 이를 거칠 수 있다라고 규정함으로써 인허가의제의 절차간소화의 취지가 몰각되지 않도록 입법하기 위해 고민한 흔적이 엿보인다.

위와 같이 산단절차간소화법 제15조의 2는 주된 인허가의 경미한 변경이 관련 인허가에 미치는 영향을 정확하게 인식하고 있으며, 다만 절차의 간소화의 취지를 살리기 위하여 관련 인허가에 대한 사후관리·감독의 관할을 주된 인허가의 행정청에 부여하되, 이를 임의적인 절차로 규정한 절충적인 입법으로 보인다.

V. 결론

관련 판결은 관광진흥법상 인허가의제와 관련하여, 주된 인허가에 경미한 변경이 있는 경우에는 관련 인허가가 의제된다고 판단하였으나, 위 판결은 기본적으로 민사소송으로 진행된 사건에서 채무불이행 여부를 판단하기 위해 인허가 의제 관련 쟁점을 다룬 것이라는 점에서, 그 판결 취지를 일반화하기에는 한계가 있다.

오히려, 관광진흥법 소정의 인허가 의제에 있어 절차의 간소화(절차집중설)의 취지가 다른 공익(관련 인허가에 대한 사후 감독의 필요성)을 압도할 만큼 절대적인 것이라고 보기 어렵다는 점과, 관련 판결의 취지를 관철하면 관련 인허가에 관한 규제의 사각지대가 발생하여 형평성 문제가 제기될 수 있다는 점, 이에 최근 시행된 행정기본법에서는 불충분하나마 주된 인허가의 변경이 관련 인허가에 미치는 영향을 고려한 규정을 두고 있다는 점, 특히 산단절차간소화법 제15조 제2항은 주된 인허가의 경미한 변경과 관련 인허가의 관계를 구체적으로 규정하고 있다는 점 등을 고려하면, 향후 관련 판결 사안과 쟁점이 유사한 사건이 발생하는 경우 다른 결론이 도출될 가능성도 충분히 보인다.

한 가지 더 지적해 두고 싶은 것은, 인허가 의제 관련 개별 법령에 대한 입법적 정비의 필요성이다. 앞서 살핀 것과 같이 비록 행정기본법에 주된 인허가의 변경에 관한 조항들이 일부 도입되었으나, 개별 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 해당 개별 법령이 행정기본

법에 우선하여 적용된다(행정기본법 제5조). 각 개별 법령에서 인허가의 경미한 변경을 규정하는 방식은 다양하므로,²⁶⁾ 해당 법령 소정의 인허가 의제의 취지 및 절차 등을 고려하여, 주된 인허가의 변경 정도에 따른 관련 인허가의 규제 및 사후관리에 관하여 구체적으로 규정할 필요가 있을 것이다.

(투고일: 2022. 2. 4. 심사완료일: 2022. 3. 19. 게재확정일: 2022. 3. 21.)

26) 개별 법령의 경우, 경미한 변경에 대해 아무런 규정을 두지 않거나 또는 최소한 신고는 하도록 하는 경우, 협의를 거치도록 하는 경우 등 입법례가 다양하다.

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 도서출판 피데스, 2018.

[논문]

김종보, “계획확정행위와 행정행위의 구별”, 『행정법연구』 제7호(2001. 9.)

_____, “계획확정절차의 도입”, 『행정법학』 제5호(2013. 9.)

권수철, “인허가의제제도의 법적 성격과 사후감독에 관한 소고”, 『법제논단』
(2002. 7.)

박균성, “의제된 인허가의 취소”, 『행정관례연구』 제24권 제1호(2019)

선정원, “인허가의제의 효력범위에 관한 고찰”, 『행정법연구』 제34호(2012. 12.)

이수창, “의제된 인허가의 독자적 취소가능성 확대에 관한 연구-국토개발사업에
관한 법령을 중심으로-”, 『경북대학교 법학연구원 법학논고』 제74집
(2021. 7.)

정태용, “인허가 의제 제도의 고찰”, 『법제』(2002)

[자료]

법제처, 행정기본법 조문별 해설집(2021)

『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 진행한다. 이 때 심사위원은 다른 사람으로 교체하여 심사를 의뢰할 수 있다. 다만, 수정 후 재심사로 판정된 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, 편집위원회는 재심사 결과 ‘게재적합’이 둘 이상이면 ‘게재확정’으로 최종 판정한다.

④ 편집위원회는 논문투고자가 재심사절차에 따른 수정요청에 따르지 않거나 재심사를 위해 고지된 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 편집위원회는 적합판정을 받은 원고를 『건설법연구』 원고작성요령에 맞추어 편집한 후 학회지에 게재한다.

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

제19조 (정족수) 각조에서 정한 편집위원회의 의결, 판정 기타 결정은 본 규정에 다른 정함이 없으면 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.

건축법연구회

제7호



서울대학교 건설법센터
CENTER FOR CONSTRUCTION &
URBAN DEVELOPMENT LAW
SEOUL NATIONAL UNIVERSITY

건설법연구회