

金香基 教授指導
碩士學位 請求論文

持續 가능한 土地開發과
그 利用規制에 관한 研究

A Study on Sustainable Land Development
and Use Regulation

2007

誠信女子大學校 大學院

法學科

李 珍 雨

논문개요

환경문제는 기본적으로 인구의 증가와 산업의 발전에 그 원인이 있다. 산업화·도시화로 인한 오염물질의 발생이 늘어나고 자연의 자정능력이 초과되면서 환경문제는 날로 심각해지고 있다. 인간의 모든 활동은 토지와 관련이 있기 때문에 토지이용행위를 어떻게 조정하느냐는 환경문제의 해결에 적합한 수단이 될 수 있다. 토지는 공급의 한정성 때문에 다른 어떤 자원에 대해서보다도 토지에 대하여는 정부가 직접·간접적으로 폭넓게 그리고 깊숙이 개입하는 것이 세계 여러 나라의 실정이다. 좁은 국토와 많은 인구에 자원이 부족한 우리가 삶의 질을 꾸준히 높여 갈 수 있는 길은 지속가능한 개발뿐이다. 따라서 본 논문에서는 지속가능한 토지이용규제가 반드시 필요하다는 전제하에서 우선 지속가능한 토지개발의 개념을 “자연과 인간의 조화되는 쾌적한 국토환경조성을 위한 토지개발”로 정의하겠다.

토지이용규제는 헌법 제23조 제2항에 재산권행사의 공공복리 적합성의무와 헌법 제35조의 규정에 의한 국민의 환경권과 국가의 환경보호의무에 그 근거를 두고 있다.

환경은 일단 한번 파괴되면 회복이 어렵거나 아예 복구 불가능한 경우가 있고, 피해의 영역도 지역적으로나 시간적으로 매우 광범위하므로, 사전에 미리 예방하는 것이 가장 경제적이고 효과적인 방법이다.

지속가능한 토지개발을 구현하기 위하여 우선 토지의 공개념 확립이 필요하다. 토지 공개념의 바탕위에서 국토전체에 대한 용도지역을 세부적으로 정하고 개발시에는 “선계획-후개발”의 원칙이 확고하게 지켜져야 한다.

오늘날 국가의 환경정책수단의 중심은 종래의 명령적·통제적 규제 영역에서 사전예방적 영역으로 이동하고 있다. 이러한 사전예방적 정책수단의 대표적인 예로는 사전환경성검토제도, 환경영향평가제도 등이 있다. 이 중

사전환경성검토제도는 행정계획 또는 소규모 개발사업을 대상으로 하고, 환경영향평가제도는 주로 사업단계에 있는 대규모 개발사업을 대상으로 이루어지고 있다. 양 제도는 현재 별개의 법에 근거하여 시행되고 있으나 그 운영함에 있어 연계성이 소홀히 다루어지고 있다는 점에서 상호보완 및 연계성을 제고시키는 노력이 필요하다. 양 제도간의 연계성을 제고하기 위해서는 현행 환경정책기본법에 규정되어 있는 사전협의 관련규정을 환경·교통재해등에관한영향평가법에 이관하고 보충하여 정비할 필요성이 있다. 구체적으로는 양 제도의 목적 및 취지를 살려 사전협의의 대상 중 행정계획에 대하여는 대안검토, 입지타당성 등에 중점을 두는 전략환경평가로서의 역할을 할 수 있도록 하고, 개발사업에 대하여는 환경영향평가를 실시하는 것이다. 다만 개발사업 중 환경에 예민한 소규모 개발사업에 대하여는 입지타당성 등에 중점을 둔 간이(약식)환경영향평가를 실시하고, 대규모 개발사업에 대하여는 현행과 같은 환경영향평가를 실시하는 것을 검토할 필요가 있다.

다음으로 본 논문에서는 영국, 미국, 독일, 일본의 선진국들의 지속가능한 토지이용규제에 관한 법체계의 현황을 파악하였다. 그리고 이와 관련하여 우리나라의 지속가능한 토지이용규제의 문제점을 알아보고, 이의 개선방향을 검토해보았다.

그 결과 산만한 법에 근거하여 이루어지는 토지이용규제, 그리고 용도지역을 지정하고 당해 지역에서의 행위제한, 금지를 요구하는 규제일변도의 국토관리방식으로는 지속가능한 개발을 구현하는데 한계가 있으므로 그 기본틀을 바꿀 필요가 있음을 제시한다. 이를 위해서는 여러 부서에 분산되어 복잡하게 시행되고 있는 토지이용규제의 통합, 정비, 법령에 의한 행위 제한 및 주민의견수렴절차의 구비, 규제일변도 중심의 관리방법의 극복, 주민지원절차의 마련 등이 고려되어야 한다.

또한 본 논문에서는 토지이용규제권한과 관련하여서 미국의 개발권선매제도와 개발권양도제도의 도입을 고려하였다. 원칙적으로 국가가 환경보전을

위한 토지이용규제로 인하여 재산상 손실을 입은 당사자의 토지를 매입하는 것이 가장 합리적일 것이라고 생각되었다. 그러나, 국가에게 그만한 재원이 없다는 점을 감안하여 개발권만을 국가가 매입하는 개발권선매제도도 검토해 보았으나 개발권선매제도도 역시 국가에게 과도한 재정적 부담을 지우는 것으로 그 도입을 위해서는 재원마련을 위한 조치가 따라야 한다.

따라서 개발권양도제도를 국가의 재정적 부담을 덜면서 환경보전을 효과적으로 수행할 수 있는 토지이용규제제도의 하나로 제안하고자 한다. 개발권양도제도의 도입 방법으로는 환경보호지구내의 토지소유자의 동결된 개발잠재력을 화폐로 환산하여 계획위원회가 타지역의 개발업자에게 매각한 대금을 재원으로 보상비를 지급해 주는 방식이 가장 적당하다는 결론에 이르게 되었는데 그 성공적인 도입을 위한 조건들로, 첫째, 토지이용규제권한의 광역자치단체로의 이양, 둘째, 토지이용관련법체계의 정비, 셋째, 적절한 수용지역 선정, 넷째, 규제과정과 개발허가과정의 투명화, 다섯째, 송출지역과 수용지역의 토지이용규제 엄격화, 여섯째, 담당관료 및 전문가들의 적극적인 역할, 일곱째, 모든 이해당사자들의 이익 증진, 여덟째, 개발권양도은행의 설립이 필요하다.

이상에서 살펴본 본 연구결과는 보다 합리적이고 체계적인 지속가능한 토지이용규제에 이바지하고자 한다.

목 차

논문개요

제 1 장 서론	1
제1절 연구 목적	1
제2절 연구범위 및 방법	3
제 2 장 지속가능한 토지개발의 의의와 내용	5
제1절 지속가능한 토지개발의 의의	5
1. 지속가능한 토지개발의 개념	5
2. 지속가능한 토지개발의 대두 배경	6
3. 지속가능한 토지개발의 원칙	7
제2절 헌법상 환경조항의 형태와 경향	11
1. 환경헌법의 규정형태에 대한 이론적 논의	12
2. 환경보호에 대한 국가목표조항과 기본권조항의 비교	18
제3절 토지개발사업과 환경보전 제도	22
1. 환경관련 법제의 변천	22
2. 환경영향평가제의 도입 및 내용	24
3. 사전환경성검토 제도의 도입 및 내용	29
4. 사전환경검토와 환경영향평가제도의 비교	34
제 3 장 지속가능한 토지이용규제에 관한 외국사례	36
제1절 영국	36
1. 개관	37
2. 도시 및 농촌계획	39

3. 개발권허가제도	40
제2절 미국	42
1. 미국의 토지이용규제 일반론	45
2. Zoning	50
3. 주정부 중심의 토지이용규제	56
1) 주정부에 의한 토지이용규제의 합법성	56
2) 규제권행사의 합법적 요건	58
4. 개발권선매제도	61
1) 의의	61
2) 장점	62
3) 단점	64
4) 개발권선매제도의 성공을 위한 조건	66
5. 개발권양도제도	67
1) 개발권양도제도의 취지	67
2) 전제조건	67
3) 내용	69
4) 시행절차	71
6. 성장관리	73
제3절 독일	77
1. 국토정비계획과 경관관리계획의 주요내용	77
2. 국토정비계획과 경관관리계획의 관계	84
3. 독일사례의 시사점	88
제4절 일본	91
1. 개관	91
2. 토지소유 및 토지거래허가	92
3. 토지이용계획	93

4. 환경보전을 위한 토지이용규제 행정조직	94
5. 자연환경보전을 위한 토지이용규제	95
6. 환경오염방지를 위한 토지이용규제	97
제5절 소결	99
제 4 장 우리나라 지속가능한 토지이용규제의 현황과 문제점	101
제1절 지속가능한 토지이용규제의 현황	101
1. 토지이용규제의 태양과 법적근거	101
2. 헌법상의 토지이용규제	102
1) 기본권으로서의 토지재산권	104
2) 환경보전을 위한 토지재산권의 제한	106
3) 토지이용규제과 공공신탁이론	107
3. 국토기본법상의 토지이용규제	108
4. 국토의계획및이용에관한법률에 의한 토지이용규제	111
5. 개별법에 의한 토지이용규제	114
1) 농지법과 산림법에 의한 토지이용규제	115
2) 기타 개별법에 의한 토지이용규제	116
6. 공간계획에 의한 토지이용규제	117
7. 토지계획들의 구조와 관계	118
제2절 현행 지속가능한 토지이용규제의 문제점	120
1. 기본원칙상의 문제 및 법체계상의 문제	120
2. 중복규제 및 하위법령에 의한 제한	121
3. 주민의견 수렴절차의 미비 및 주민지원의 미흡	124
4. 행위규제 중심의 문제	125
5. 손실보상의 문제	126
6. 공간계획의 비체계성	132

7. 국가와 지방자치단체의 역할 미확립	133
제 5 장 지속가능한 토지이용규제의 개선방향	135
제1절 환경계획의 개선	137
1. 선계획 후개발 원칙의 확립	137
2. 실효성 확보	138
3. 사법심사의 강화	138
제2절 사전환경성검토제와 환경영향평가제의 연계	139
제3절 토지이용규제의 법체계정비	141
1. 토지이용규제법체계 일원화	141
2. 법령에 의한 행위제한	142
3. 관리중심으로의 전환	142
4. 주민의견수렴절차 구비 및 주민지원	143
제4절 토지이용규제권한의 적정화	144
제5절 개발권양도제도의 도입	146
1. 개발권양도제도의 문제점 및 평가	147
2. 개발권양도제도 도입의 전제조건	149
제 6 장 결론	153

참고문헌

ABSTRACT(영문초록)

제 1 장 서론

제1절 연구 목적

환경문제는 기본적으로 인구의 증가와 산업의 발전에 그 원인이 있다. 산업화·도시화로 인한 오염물질의 발생이 늘어나고 자연의 자정능력이 초과되면서 환경문제는 날로 심각해지고 있다. 인간의 모든 활동은 토지와 관련이 있기 때문에 토지이용행위를 어떻게 조정하느냐는 환경문제의 해결에 적합한 수단이 될 수 있다. 토지는 공급의 한정성 때문에 다른 어떤 자원에 대해서보다도 토지에 대하여는 정부가 직접·간접적으로 폭넓게 그리고 깊숙이 개입하는 것이 세계 여러 나라의 실정이다.¹⁾

토지이용규제는 환경문제에 대처하는 가장 전통적이고 오래된 정책수단이다. 물론 1960년대 이후 많은 나라들이 환경오염물질을 직접 통제하는 환경정책을 적극 추진하고 있다. 환경오염물질을 직접 통제하는 방법과 토지이용규제, 이 두 가지 방법 중 어느 것이 더 효과적인지는 아직 불분명하다. 다만 최근에 와서는 토지이용규제의 방법이 점점 더 중요해지고 있는 가운데, 더욱 심각해지는 환경문제나 도시문제에 보다 효과적으로 대처하기 위한 실천적인 지역·지구제들이 많이 제안되고 있다.²⁾

지속가능한 토지이용규제의 중요성이 높아지는 이유는 인구의 급격한 증가와 산업화·도시화로 오염물질의 배출량이 많아지고 그 종류가 다양해짐에 따라 종래 배출규제라는 사후적 환경규제 체계만으로는 배출물의 안정화가 곤란하기 때문이다. 우리나라의 경우도 사후적 환경보전에 대하여 그 구제의 불확실성에 대하여 문제가 제기되고 있다.³⁾

1) 전병성, "환경보전을 위한 토지이용규제체도의 현황의 개선방향", 저스티스 통권 제74호, 한국법학원, p.6. (M. Goldberg and P. Chinloy, Urban land Economics, New York : John Wiley and Sons, 1984, p.221)

2) 이정전, 「토지경제학」, 박영사, 2000, p.441.

즉 공해로 인한 피해구제의 범위를 종래보다 확대시킨다고 해도 개별성과 사후적 성격이라는 속성상 ①구제절차를 거치는 동안의 장기간에 걸친 시간적 간격, ②구제범위의 폭을 결정함에 있어서 현대 과학기술의 일정한 한계, ③실혹 구제가 이루어졌다고 하더라도 그 구제의 효과에 대한 장래의 불투명성, ④훼손된 환경의 사후회복의 불완전성 등은 개별적으로 사후대책만으로는 환경문제의 만족할 만한 해결을 기대할 수 없게 만든다.⁴⁾ 이에 대한 대안으로 등장한 것이 사전적 환경보전 수단이며 토지이용규제가 그 대표적인 것이다.⁵⁾

사전적 규제의 예로는 용도지역지구제, 환경영향평가 등을 들 수 있고, 사후적 규제의 예로는 용도지역지구의 변경, 재개발, 사법적 규제, 환경보전적 목적의 토지·시설의 제한 등을 들 수 있다. 환경규제에 있어서 경제성, 효율성 면에서 사전적 규제가 바람직한 것과 같이 환경보전을 위한 토지이용규제의 경우에도 사전적 규제가 사후적 규제보다 부작용도 적고 목표달성의 신속을 기할 수 있는 등 바람직하다는 평가를 받고 있다.⁶⁾

또한 환경보전을 위해서 적극적으로 접근하느냐, 소극적으로 접근하느냐에 따라 『지속가능한 토지이용규제』를 적극적 규제와 소극적 규제로 분류하기도 하는데, 적극적 규제는 오염원을 지역계획을 통하여 환경에 가장 유해하지 아니한 지역에 입지하게 하는 방법을 의미하고, 소극적 규제는 환경영향평가를 통해서 환경에 가장 유해한 오염원의 입지를 억제하는 방법을 의

3) 박수혁 외7인, “환경보전을 위한 토지이용관계의 합리화 방안(요약보고서)”, 성균관대학교비교법연구소, 1998, p.8.

4) 민병기, “환경보전을 위한 토지이용규제에 관한 연구”, 서울시립대학교대학원 석사학위논문, 1999, p.1.

5) 토지이용을 통하여 환경문제를 해결했던 최초의 기록은 1573년 스페인의 「건설법(Industrial Law)」에서 찾을 수 있다. 이 법률에서는 도시를 건축할 때 풍향에 따라 도로를 설치하고, 도살장은 외곽지역에 위치하도록 명령한 조치가 있다. 1692년 미국의 매사츄세츠(Massachusetts)주에서도 도시지역의 특별구에 공해발생을 제한했다. 또한 1810년 프랑스의 「나폴레옹법전」에서는 공해성 토지이용행위(유해, 악취)를 3등급으로 나누어 특별허가를 받도록 규정했으며, 1869년 독일은 현대적 용도지역지구제를 실시하고, 보호지구(protective district)를 지정하도록 「건설법(Aufricht-tunggesetz)」을 제정했다; 전병성, 전계논문, p.5(각주5번).

6) 박수혁 외7인, 전계논문, p.12.

미한다. 적극적 규제가 전통적으로 발전해온 수단인데 비하여 소극적 규제는 환경문제의 다양화·심각화 경향에 따라 새로이 개발된 수단이라고 한다.⁷⁾

따라서 본 논문에서는 지속가능한 토지이용규제가 반드시 필요하다는 전제하에서 우선 지속가능한 토지개발에 대해 고찰해 보고 영국, 미국, 독일, 일본과 같은 선진국의 지속가능한 토지이용규제의 현황을 파악하고, 우리나라의 지속가능한 토지이용규제법령들이 합리적이고 체계적으로 이루어져 있는지 관련법령들의 현황을 파악·분석하고 그러한 법령들에 내재된 문제점을 파악하여 그 개선방안을 모색하고자 하는데 연구의 목적이 있다.

제2절 연구범위 및 방법

본 논문에서는 위에서 제시된 목적을 위해 제2장에서 우선 지속가능한 토지개발에 관하여 고찰해 보고자 한다. 또한 각국의 헌법상 환경조항의 형태와 경향에 대해서도 분석하고자 한다.

제3장의 제1절에서 우선 영국의 지속가능한 토지이용규제의 법체계를 검토해보고자 한다. 영국의 토지이용법체계가 중앙집중식인지 아니면 지방분권적인지 아니면 이의 절충식인지 여부를 분석하고, 환경보전을 위한 토지이용규제의 현황을 분석하고자 한다.

다음으로 제2절에서 미국의 토지이용법체계에서 토지이용규제권한의 분산 여부를 살펴보고 환경보전을 위한 토지이용규제법체계를 알아본다. 또한 최근에 그 도입이 제기되고 있는 개발권선매제도와 개발권양도제도에 대해서 살펴보고자 한다.

그 다음으로 제3절에서 독일의 지속가능한 토지이용규제에 대해 살펴보고자 한다.

7) 민병기, 전제논문, p.3.

다음으로 제4절에서 일본의 토지이용규제권한의 분산여부를 검토하고, 환경보전을 위한 토지이용규제의 현황을 파악하고자 한다.

제4장에서는 우리나라 토지이용규제의 현황과 문제점을 파악하고자 한다.

제5장에서는 외국의 토지이용규제와 우리나라의 토지이용규제의 비교와 분석을 바탕으로 개선방향을 모색해 보고자 한다.

제6장에서는 지금까지의 비교와 분석을 바탕으로 결론을 도출해보고자 한다.

본 연구는 연구의 원활한 수행과 연구가 추구하는 목적달성을 위해서 문헌 연구를 기본으로 하고자 한다. 문헌연구의 자료로는 국내·외의 관련 서적, 논문, 판례, 연구보고서, 외국의 입법례 등을 활용하고자 한다.

제 2 장 지속가능한 토지개발의 의의와 내용

제1절 지속가능한 토지개발의 의의

1. 지속가능한 토지개발의 개념

“토지개발“이란 사전적으로 미개척지를 개척하고 발전시키는 것을 의미하는 것으로 ‘국토개발’, ‘도시개발’, ‘단지개발’ 등의 개념과 유사하다.⁸⁾ 한편 ‘환경’은 법률적으로 ‘자연환경’과 ‘생활환경’이 있는데, ‘자연환경’은 지하·지표 및 지상의 모든 생물과 이를 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태를 말하며, ‘생활환경’은 대기, 물, 폐기물, 소음·진동·악취·일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말하고 있다.⁹⁾ ‘친환경적 토지개발’의 사전적 의미는 ‘환경과 토지개발이 서로 화합됨’을 의미한다. 이 용어는 최근에 ‘환경친화적 개발, 환경적으로 건전한 개발’, ‘환경보전적 개발’, ‘친환경적 개발’ 등 다양하게 사용되고 있는데 특히 ‘지속가능한 개발’의 개념과는 병렬적·유사적인 개념으로 쓰이고 있으며¹⁰⁾, 이 연구에서는 같은 개념으로 사용하고자 한다.

‘지속가능한 개발’은 1992년 브라질에서 개최된 유엔환경개발회의(UNCED)¹¹⁾에서 「리우선언」으로 채택한 개념으로서 ‘미래세대가 그들의 필요를 충족시킬 능력을 저해하지 않으면서 현세대의 필요를 충족시키는

8) 이 논문에서는 이러한 개념들을 특별히 구분하지 않고 통칭하여 사용하고자 한다.

9) 환경정책기본법 제3조 1내지 3호.

10) 1970년대에 IIED(International Institute for Environment and Development)의 설립자인 Barbard Ward가 처음 사용하였으며 후에 UN의 세계환경개발위원회의 보고서에서 '지속가능한 개발은 다음 세대가 필요로 하는 여건을 훼손함이 없이 현 세대의 욕구에 부응하는 수준의 개발'이라고 공식적으로 정의한다.

11) 유엔환경개발회의의 [United Nations Conference on Environment and Development]1992년 브라질의 리우데자네이루에서 개최된 지구환경회담을 말한다.

것'이라고 보통 정의된다. 그러나 그 개념들을 구체화하는데 있어서 '환경친화적 개발', '지속가능한 개발'의 개념과 관련한 논의는 다양하다.¹²⁾

'지속가능한 토지개발'의 개념은 논자에 따라 개념의 범위나 접근방법에 다소 차이를 보이고 있으나 이 논문에서는 지속가능한 토지이용규제에 대한 방향의 제시라는 연구목적에 비추어서 지속가능한 토지개발의 개념을 "자연과 인간의 조화되는 쾌적한 국토환경조성을 위한 토지개발"로 정의하고자 한다.

2. 지속가능한 토지개발의 대두 배경

1972년 6월 스톡홀름에서 열린 '지구환경 보전'이 세계 공통과제로 채택된 유엔인간 환경회의(UNCHE) 이후 환경의 보전과 경제개발의 조화를 위한 노력이 지속되고 있는 가운데 '지속 가능한 개발'의 개념이 하나의 공식어로 등장한 것은 1980년에 국제 자연보전연맹회의(IUCN)에서 채택한 세계 보전 전략(World Conservation Strategy : WCS)의 주제로 선택된 뒤부터였으며, 널리 알려지고 사용되기 시작한 것은 세계 환경 및 개발위원회(WCED, 브룬트란트 위원회)의 1987년 4월 Our Common Future, 일명 브룬트란트 보고서 이후였다. 이를 바탕으로 한 '지속 가능한 개발'의 개념은 Caring for the Earth(1991)와 Agenda 21¹³⁾(1992)에 의하여 더욱 정교하

12) 황희현은 환경문제에 대한 개발개념을 현상학적 환경문제에 중점을 두고 환경문제의 발생원을 예방차원에서 접근하고자 하는 '환경 보전형', 인간과 자연이 조화되는 쾌적한 환경을 창출하는 '환경 창조형', 그리고 환경 보전형과 환경창조형의 통합개념인 '환경친화형'의 개념을 거론하고 있다.(:황희현, "환경친화적 국토이용을 위한 제도개선과 실천전략", 경남개발 30호,1998, p.56.) 또한, 양병이는 "지속가능한 도시란 환경적 또는 생태적인 지속가능성을 강조하는 생태도시의 개념을 넘어서서 사회정의나 지속가능한 경제 등 사회적·경제적 지속성을 포괄하는 폭넓은 개념으로 이해되어야 한다."고 주장하고 있다.(:양병이, "새로운 밀레니엄 시대의 지속가능한 도시", 지속가능한 도시발전에 관한 국제심포지엄자료집,1999, p.5).

13) 의제21(Agenda21)은 21세기를 위한 환경보전의 구체적 방안을 제시한 행동지침, 전문과 4부, 39개의 제로 이루어졌다. 이 강령은 국제협약과 같은 구속력은 없으나 각국 스스로 환경보전과 개발을 조화시킬 수 있는 방향을 제시하고 있다.

게 발전되어왔으며, 더욱이 경제성장에 따른 에너지 소비의 지속적인 증가는 자원의 부족뿐만 아니라 에너지의 생산, 전환 및 소비에 이르는 다양한 과정에서 환경문제를 심화시킨다. 따라서 중수도 시스템의 도입, 쓰레기 소각열을 이용한 지역난방 등과 같이 자원과 에너지를 절약 혹은 재활용할 수 있는 개발이 요구 되고 있다.

또한 그 동안의 총량성장 위주의 개발정책은 생태계의 자정능력을 초과할 정도로 자연환경을 훼손시키고 대기오염, 수질오염, 소음, 진동 등과 같은 환경오염을 유발시킴은 물론이고 기반시설의 부족 등으로 인한 교통난, 일조권의 침해 등과 같은 사회적 문제를 야기 시키고 있어서 이를 처리하기 위한 사회적 비용을 증대시키고 있다.

이런 상황속에서 경제성장으로 인한 국민들의 소득 수준이 향상되고, 지구 환경에 대한 의식 수준이 고조되면서 생활환경에 대한 국민들의 인식이 변화되고 있다. 즉 종래에 편리성 위주로 주거공간을 선호하는 경향에서 최근에는 쾌적한 공간 내에서 자연을 느끼고 여유로운 생활을 추구하는 경향이 강해지고 있는 것이 현실이다.

3. 지속가능한 토지개발의 원칙

오랜 동안 환경과 개발은 서로 대립, 상충하는 것이라고 인식되어 왔다. 그러나 최근에는 환경과 개발이 서로 양립할 수 있다는 인식이 확산되어 가고 있다. 환경 용량을 초과하지 않는 범위 내에서의 개발 개념이 그것인데 스톡홀름회의를 거쳐 리우유엔환경개발회의에서 지속가능한 개발(Sustainable Development)이라는 이름으로 구체화되기에 이르렀다.

보전과 개발을 잘 조화시킨 자원관리방안을 제시하고 있는 “지속가능한 개발”에 대하여 본격적인 논의가 이루어진 것은 1987년 브룬트란트위원회(Brundland Commission)로 알려진 환경과 개발에 관한 세계위원회(WCED

: World Commission on Environment and Development)에서 발행한 “Our Common Future”라는 일명 브룬트란트 보고서라 할 것이다. 이 보고서는 지속가능한 개발을 “미래세대의 수요(needs)를 충족시킬 수 있는 능력을 저해하지 않으면서 현세대의 수요를 충족하는 개발”이라고 정의한 바 있다. 1992년 브라질의 리우에서 개최된 “지구 환경 정상회담”에서는 환경과 개발에 관한 리우선언을 채택하고, 지속 가능한 개발의 내용을 보다 구체화하는 실천적인 행동강령으로써 의제21(Agenda 21)을 채택하였다. 특히, 리우선언에서는 21세기 지구환경보전을 위한 기본 원칙들을 천명하고 있는데 환경적으로 건전하고 지속 가능한 개발(environmentally sound and sustainable development)의 원칙이 그 대표적이라 할 수 있다.¹⁴⁾ 이 개념은 리우선언 외에도 산림원칙, 기후변화방지협약, 생물다양성협약, 사막화방지협약 등에 수용되어 있다.¹⁵⁾

선·후진국간 이해관계의 불일치에 따라 그 의미 해석이 불명확하고 개념적 통일을 이루는 것이 어려우나 일반적으로 지속 가능한 개발의 개념에는 미래세대를 위해 자연자원의 보전(세대간의 형평성), 신중한, 이성적인, 현명한 또는 적절한 방식으로의 자연자원의 개발(지속가능한 이용), 타국가의 요구를 고려하는 자연자원의 공평한 이용(세대내 형평성), 경제적 그리고 다른 개발계획 등에서의 환경적 고려와 환경목표의 구체적 적용에 있어서의 개발요구의 고려(환경과 개발의 통합성)가 포함된다.¹⁶⁾

이 개념은 우리들의 후손인 장래의 세대가 필요로 하는 수요를 저해함이 없이 현세대의 수요를 충족시키는 동시적 개념으로서의 개발을 내포하고 있다. 문제는 현재 세대를 위한 수요를 어디까지 허용하느냐 하는 것이다. 이 문제는 개발하려고 하는 자의 재산권 제한과 이에 따라 필연적으로 발생하

14) 이 개념은 리우선언 원칙 1내지 8, 21 등에 구체화되고 있다.

15) 김홍균, “국토보전을 위한 환경법상의 과제”, 저스티스통권 제74호, 한국법학원, 2003, p.31.

16) Phillippe Sands, Principle of International Environmental Law I - Frameworks, Standards and Implementation, 1995, p.199; 김홍균, 전계논문, p.31.

는 소유권보호의 문제와 관련하여 복잡한 양상을 띠고 있다.

이 개념은 우리나라 법체제에서도 수용되고 있다. 예컨대, 국토건설종합계획법의 대체입법으로 2002. 2. 4. 제정되어, 2003. 1. 1.부터 시행하고 있는 국토기본법은 국토에 관한 계획 및 정책이 개발과 환경의 조화를 바탕으로, 국토를 균형 있게 발전시키고 국가의 경쟁력을 높이며, 국민의 삶의 질을 개선함으로써 국토의 지속가능한 발전을 도모할 수 있도록 수립·집행되어야 한다는 것을 기본 이념으로 내세우면서(제2조), 국토의 균형 있는 발전(제3조), 경쟁력 있는 국토여건의 조성(제4조), 환경친화적 국토관리의 도모(제5조) 등을 국가 및 지방자치단체의 의무로 제시하고 있다. 특히 환경친화적 국토관리를 위해 국가 및 지방자치단체는 국토에 관한 계획이나 사업을 수립·집행함에 있어서 자연환경과 생활환경에 미치는 영향을 사전에 고려하여야 하며, 환경에 미치는 부정적인 영향이 최소화 될 수 있도록 하여야 한다(제5조 제1항).

국토이용관리법 및 도시계획법의 대체입법으로서, 2002. 12. 30. 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행하는 국토의계획및이용에관한법률은 국토이용 및 관리의 기본원칙으로 국토는 자연환경의 보전 및 자원의 효율적 활용을 통하여 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전을 이루기 위하여 다음의 목적을 달성할 수 있도록 이용 및 관리되어야 한다고 밝히고 있다.(제3조)

- ① 국민생활과 경제활동에 필요한 토지 및 각종 시설물의 효율적 이용과 원활한 공급
- ② 자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원
- ③ 교통·수자원·에너지 등 국민생활에 필요한 각종 기초서비스의 제공
- ④ 주거 등 생활환경 개선을 통한 국민의 삶의 질의 향상
- ⑤ 지역의 정체성과 문화유산의 보전
- ⑥ 지역간 협력 및 균형발전을 통한 공동번영의 추구
- ⑦ 지역경제의 발전 및 지역간·지역내 적정한 기능배분을 통한 사회적 비

용의 최소화

환경법에서의 헌법이라고 할 수 있는 환경정책기본법은 제2조에서 “환경의 질적인 향상과 그 보전을 통한 쾌적한 환경의 조성 및 이를 통한 인간과 환경간의 조화와 균형의 유지는 국민의 건강과 문화적인 생활의 향유 및 국토의 보전과 항구적인 국가발전에 필수불가결한 요소임에 비추어 국가·지방자치단체·사업자 및 국민은 환경을 보다 양호한 상태로 유지·조성하도록 노력하고, 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하며, 지구의 환경상 위해를 예방하기 위한 공동의 노력을 강구함으로써 현재의 국민으로 하여금 그 혜택을 널리 향유할 수 있게 함과 동시에 미래의 세대에게 계승될 수 있도록 함”을 기본 이념으로 삼고 있으며, 제7조의3에서 정부로 하여금 환경과 경제를 통합적으로 평가할 수 있는 방법을 개발하여 이를 각종 정책의 수립 시에 고려하도록 하고 있다. 이러한 규정들은 인간과 환경간의 조화와 균형의 유지, 환경보전의 우선적 고려, 세대간 형평의 도모, 환경과 경제의 통합적 고려 등을 밝히고 있다는 점에서 지속가능한 개발의 중요한 내용을 담고 있다 할 수 있다.

국가 및 지방자치단체는 환경기준이 적절히 유지되도록 환경에 관련되는 법령의 제정과 행정계획의 수립 및 사업의 집행을 할 경우에는 환경악화의 예방 및 그 요인의 제거, 환경오염지역의 원상회복, 새로운 과학기술의 사용으로 인한 환경위해의 예방, 환경오염방지를 위한 재원의 적정배분 등을 고려하여야 한다(제11조). 또한 동법은 환경에 영향을 미치는 행정계획 및 개발사업의 확정·허가 전에 환경부장관 또는 지방환경관서의 장과 환경영향의 검토에 관한 협의를 하도록 하는 이른바, 사전환경성검토 협의제도를 도입하고 있으며(제25조 이하), 국가로 하여금 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어서 당해 사업이 환경에 미칠 영향을 미리 평가·검토하여 사업시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 최소화하기 위한 환경영향평가를 실시하도록 하고 있다(제28조). 이러한 환경성을 고려

하는 제도들은 개발사업으로 인한 환경적인 악영향을 사전에 예측·분석하고, 그 대응방안을 모색한다는 점에서 지속가능한 발전을 위한 필수적인 제도이다.

한편, 국가와 국민은 자연환경의 보전이 인간의 생존 및 생활의 기본임에 비추어 자연의 질서와 균형이 유지·보전되도록 노력하여야 하는 바(환경정책기본법 제24조), 자연환경보전법은 자연환경보전의 기본원칙을 다음과 같이 명시하고 있다.(자연환경보전법 제3조)

- ① 자연은 모든 국민의 자산으로서 공익에 적합하게 보전되고 현재와 장래의 세대를 위하여 지속가능하게 이용되어야 한다
- ② 자연환경보전은 국토의 이용과 조화·균형을 이루어야 한다
- ③ 멸종위기에 처한 야생동·식물은 보호되고, 생물다양성·생태계 및 수려한 자연경관 등은 보전되어야 한다
- ④ 모든 국민이 자연환경보전에 참여하고 자연을 건전하게 이용할 수 있는 기회가 증진되어야 한다
- ⑤ 자연환경보전에 따르는 부담은 공평하게 분담되어야 하며, 자연으로부터 얻어지는 혜택은 지역주민과 이해관계자가 우선하여 누릴 수 있도록 하여야 한다
- ⑥ 자연환경보전과 자연의 지속가능한 이용을 위한 국제협력은 증진되어야 한다

제2절 헌법상 환경조항의 형태와 경향

1972년 스톡홀름(Stockholm)선언의 원칙 1항은 “인간은 존엄성과 복지를 유지할 수 있는 환경에서 자유와 평등 그리고 적절한 생활수준을 누릴 수 있는 기본적 권리를 갖고 있다.”고 선언하고 있다. 이 스톡홀름선언의 원칙 1항은 1970년대 초반이후 채택된 많은 국가들의 헌법에 영감을 불러일으켜

서 그 국가들의 헌법에 환경권을 기본권으로 규정하게 하였다. 이 선언에 뒤이어 각국 정부는 현세대뿐만 아니라 미래세대를 위해서도 환경을 보호하고 개선해야 하는 엄숙한 책임을 지고 있음을 천명하고 있다.¹⁷⁾

여기에서는 환경헌법에 대한 이론적 논의를 먼저 살펴본 후에 그에 대한 장단점을 살펴보기로 한다.

1. 환경헌법의 규정형태에 대한 이론적 논의

1) 기본권조항으로 규정하는 경우¹⁸⁾

(1) 사회적 기본권¹⁹⁾으로 규정하는 경우

17) 각국은 자국의 시민과 다른 국가에게 다음과 같은 책임을 갖고 있다.

- 생태계 그리고 생물권의 기능에 핵심적인 여러 과정을 유지한다.
- 모든 식물종과 동물종의 생존을 보장하고, 자연서식지를 보존함으로써 생물종의 다양성을 유지한다.
- 생물자연자원과 생태계를 이용할 때는 최대한 지속가능한 산출이라는 원칙을 준수해야 한다.
- 심각한 환경오염이나 재해를 예방하거나 줄인다.
- 적절한 환경보호 기준을 정한다.

The World Commission On Environment And Development(WCED), Our Common Future, Oxford University Press, 1987, p.330-331.

18) 우리 헌법도 기본적으로는 기본권조항의 형태를 띠고 있다고 할 수 있다(1987년 헌법 제35조).

1. 남아프리카공화국 : 1996년 남아프리카공화국 헌법은 그 제24조에서 환경권을 규정하고 있다. “1) 모든 사람은 자기의 건강과 복지에 유해하지 않은 환경에 대한 권리를 가진다. 2) 모든 사람은 현세대와 미래세대의 이익을 위하여, 오염과 생태적 악화를 방지하고 보전을 장려하며, 정당한 경제적·사회적 개발을 촉진하는 반면에 자연자원의 생태적으로 지속가능한 개발과 이용을 확보하는 합리적인 입법조치와 기타 조치를 통하여 환경을 보호받을 권리를 가진다.”
 2. 러시아 : 1993년 러시아헌법은 제42조에서 다음과 같이 규정하고 있다. “모든 사람은 쾌적한 자연 환경과 그 상태에 관한 신뢰할 만한 정보, 환경상의 위법행위로 인한 건강 또는 재산상의 피해배상에 관한 권리를 가진다.”
 3. 불가리아 : 1997년 불가리아 헌법은 제55조에서 환경권에 대한 규정을 두고 있다. “국민은 설정된 기준과 규정에 상응하는 건강하고 쾌적한 환경에 대한 권리를 가진다.”
 4. 우크라이나 : 1996년 우크라이나 헌법은 그 제50조에서 다음과 같이 환경권을 규정하고 있다. “모든 사람은 안전하고 건강한 환경에 대한 권리를 가지고 있다.” ; 고문헌, “환경헌법의 바람직한 규정형태”, 환경법연구 제26권 3호, 2004, p.12.
- 19) 일반적으로 사회적 기본권은 특정한 국가적 급부(환경권에서는 인간의 존엄에 적합한 환경의 창출이나 유지)에 대한 개인의 직접적인 청구권으로 이해되고 있다.

기본법에 환경보호규정을 수용하는 문제는 이론적으로²⁰⁾ 새로운 사회적 기본권규정, 즉 인간의 존엄에 적합한 환경권의 도입 여부의 검토로 시작되었다. 환경보호를 사회적 기본권조항으로 기본법에 규정하는 데 대하여는 다음과 같은 긍정적 측면과 부정적 측면이 각각 있다. 이를 자세히 살펴보면 다음과 같다.²¹⁾

① 사회적 기본권 방식의 긍정적 측면

첫째, 환경보호를 사회적 기본권으로 기본법에 수용하면 국민의 환경의식을 북돋워 준다.

둘째, 환경보호를 사회적 기본권의 형태로 기본법에 수용하게 되면 환경운동을 통합시키게 된다.

셋째, 환경보호를 사회적 기본권으로 기본법에 수용하게 되면 환경보호를 강화시키게 된다.

② 사회적 기본권 방식의 부정적 측면

첫째, 환경보호를 사회적 기본권의 형태로 기본법에 수용하는 데 대하여 사회적 기본권의 일반적 문제점을 제시한다. 일반적으로 사회적 기본권은 특정한 국가적 급부에 대한 개인의 직접적인 청구권으로 이해되고 있다. 그러나 사회적 기본권은 원칙적으로 그 규정으로부터 직접 청구권을 근거지우기에 적합하지 않으며 그렇게 하기 위해서는 사회적 기본권을 구체화시키는 입법자의 법률 제정이 필요하다고 새기고 있다.

둘째, 인간의 존엄에 적합한 환경이라는 보호법익은 충분히 규정될 수 없

20) H. Dellman, "Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", DöV, 1975, p.389 이하; M. Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 18. Januar 1978, H. 56, DE GRUYTER-BERLIN u. a., 1978, p.14 이하; 고문현, 전제논문, p.6이하 재인용.

21) 홍성방, "환경보호의 법적 문제-독일의 헌법과 행정법에 있어서 환경보호를 중심으로-", 서강대학교 출판부, 1999, p.135-144.

다.

셋째, 공기와 물, 자연경관과 종다양성과 같은 보호법익들은 개인적 법익이 아니므로 환경보호라는 과제를 주관적 권리로써 해결하려는 것은 잘못이다.

넷째, 환경권의 보장은 국민에게 안도감을 부여하나 충족될 수 없는 환경보호에 대한 기대감은 결국 국민을 실망시킬 것이다.

그러므로 환경보호에 관한 것을 사회적 기본권으로 기본법에 명문화하는 움직임에 대해서 공상적인 것으로, 헌법적 서정시(Verassungsslyrik)²²⁾라는 등의 형태로 표현하면서 비판적이다.

(2) 방어권적 기본권으로 규정하는 경우²³⁾

슈타이그(Heinhard Steiger) 등을 중심으로 한 소수의 학자들은 방어권적 기본권의 형태로 환경보호를 기본법에 수용하려고 했었는데, 이 견해는 현실적이고도 직접적인 위협에 직면한 ‘최소한의 생태적 존재’를 보호하기 위하여 선호되고 있다.²⁴⁾

① 방어권적 기본권 방식의 긍정적 측면

방어권적 기본권의 형태로 환경보호를 헌법에 명문화하는 경우에 다음과 같은 긍정적인 의미가 있다.

첫째, 기본법에 규정된 환경권이 그 밖의 자유권, 특히 경제적 자유권과 대등하게 됨으로써 경제적 자유권이 우선적 지위를 차지하는 것을 방지할 수 있다.

22) F. Ossenbühl, “Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung”, VR(Verwaltungsrechtsrundschau), 1983, p.13.

23) 방어권적 기본권은 자유권적 기본권(성격을 중심으로 파악)을 기능적 측면에서 본 것으로 자유를 국가의 침해로부터 방어해 주는 기본권으로 새길 수 있다; 고문현, 전제논문, p.7(각주31번)재인용.

24) Heinhard Steiger, “Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts-”, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1975, p.54.

둘째, 공공기관(Behörde)이 환경보호에 관련된 법률을 충분히 존중하지 않는 것을 방지 할 수 있다.

셋째, 헌법에 수용된 환경권으로 말미암아 환경보호에 대한 우선권 부여에 기여하게 된다.²⁵⁾

② 방어권적 기본권 방식의 부정적 측면

방어권적 기본권의 형태로 환경보호를 기본법에 수용하는 경우에 다음과 같은 부정적인 의미가 있다.

첫째, 전통적 자유권적 기본권관의 근거를 이루는 자유주의는 환경문제를 거의 알지 못했기 때문에 방어권적 형태의 환경보호규정은 역사성이 결여되어 있다.²⁶⁾

둘째, 소극적인 환경방어권으로 동태적이고 적극적인 환경문제에 충분히 대처할 수 있을지 의심스럽다.²⁷⁾

2) 국가목표조항으로 규정하는 경우²⁸⁾

(1) 국가목표조항 방식의 긍정적 측면

25) M. Maus, "Individualrecht oder Staatsziel", JA, 1979, p.15 이하; 고문현, 전계논문, p.8 재인용.

26) M. Kloepfer, "Zum Grundrecht auf Umweltschutz", p.15 이하. ;고문현, 전계논문, p.8 재인용.

27) Heinhard Steiger, 전계논문, p.54.

28) 1. 독일 : 1994. 10. 27. 제42차 기본법 개정에서 독일 기본법은 제20a조에서 환경보호를 국가목표 조항의 형태로 규정한 후 독일 연방의회는 2002. 7. 26. 제50차 기본법 개정에서 종전의 "자연적 생활기반"의 보호에서 "자연적 생활기반과 '동물' "의 보호라고 함으로써 '동물' 보호를 명문화하기에 이르렀다.¹⁾ "국가는 또한 미래세대에 대한 책임을 지고 헌법 질서의 범위 내에서 입법에 의하여 그리고 법률과 법의 척도에 따라 집행권과 사법권에 의하여 자연적 생활기반과 동물을 보호한다."

2. 오스트리아 : 1984년 오스트리아공화국 헌법은 그 제41조에서 국가목표조항으로 보편적인 환경보호를 선언하였다. " i) 오스트리아공화국은 보편적인 환경보호에 동의한다. ii) 보편적인 환경보호는 인간존재의 기반인 자연환경을 유해한 영향으로부터 보호하는 것을 의미한다. 특히, 보편적인 환경보호는 소음에 의하여 야기된 안온방해의 회피뿐만아니라 깨끗한 공기, 물, 토양을 유지하기 위한 조치들로 이루어진다." ; 고문현, 전계논문, p.11.

국가목표조항(Staatszielbestimmung)·입법위임규정(Gesetzgebungsaufträge)에 대한 전문가보고서²⁹⁾에 따르면, 국가목표조항은 “국가에 대하여 구체적인 목표를 계속적으로 고려하거나 충족시킬 것을 규정하고 있는 법적 구속력을 가진 헌법 규범”이라고 정의하고 있다. 국가목표조항은 국가권력에게 국가행위가 나아가야 할 방향에 관한 중요하고 제한적인 내용을 포함하고 있다.

국가목표조항은 입법자에게 일차적으로 향하고 있다. 그러나 국가목표조항은 또한 집행부와 사법부의 해석지침이 되기도 한다. 국가목표조항에 의하여 부과된 국가과제를 실현하는 방법과 시기는 입법자의 결정에 일임되어 있으나, 국가목표조항에 반하는 법률은 위헌이 된다. 따라서 국가목표조항은 그 밖의 헌법규정들과 구별된다. 국가목표조항은 한편으로는 법적 구속력을 가지기 때문에 규범적 성격을 결여하고 있는 입법강령(Cesetzgebungsprogramm)과 구별되며, 다른 한편으로는 모든 국가기관을 구속할 뿐만 아니라 또한 입법의 시기와 방법을 입법자에게 일임하고 있다는 점에서 입법기관에게 구체적 규율 정립의 의무를 부과하고 있는 입법위임규정(Gesetzgebungsauftrag)과 구별된다.³⁰⁾ 그리고 국가목표조항은 개별적 국민에게 주관적 권리를 부여하지 않는다는 점에서 기본권조항과도 구별된다.³¹⁾

환경보호를 기본법에 국가목표조항으로 성문화하는 경우에 다음과 같은 긍정적인 의미를 가지게 된다.³²⁾

첫째, 환경보호 국가목표조항은 미래세대를 위하여 환경보호가 지속적인 과제일 뿐만 아니라 또한 책임이라는 것을 환기시키는 기능을 한다.

둘째, 환경보호 국가목표조항은 입법자에게 환경문제를 지속적으로 고려하

29) Bericht der Sachverständigen Kommission, “Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge”, p.21; 고문현, 전계논문, p.9재인용.

30) Bericht der Sachverständigen Kommission “Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge”, p.5, Rn. 8; 고문현, 전계논문, p.9 재인용.

31) 고문현, 전계논문, p.9.

32) 고문현, 전계논문, p.9이하.

게 하는 권고기능을 한다.

셋째, 환경보호 국가목표조항은 정치적 토론과 개인에 대하여 교육적 기능을 한다.

넷째, 환경보호 국가목표조항은 미래에 생태계의 위험이 더욱 증대할 경우 헌법적으로 필요한 환경보호의 상대적 우위를 보장하는 선구적 기능을 한다.

다섯째, 여러 개의 목표가 충돌하는 경우 그것을 해결하는 기능을 한다. 즉 입법자가 충돌을 결정해야 하는 경우, 공공기관(Behörde)이 계획을 수립하거나 재량을 행사해야 하는 경우, 언제나 환경에 미치는 영향이 최소한 형량 되어야 하는 이해관계로 고려되게 된다.

여섯째, 조직적인 이익단체의 영향력 행사와 압력에 대하여 공공기관을 지원하는 기능을 한다.

일곱째, 무분별한 자유권 행사를 생태적으로 제한하는 것을 정당화하는 기능을 한다.

여덟째, 국민이 환경보호에서 매우 중요한 과제를 재발견한다는 일정한 전제하에서 헌법의 통합작용을 강화시키는 기능을 한다.

(2) 국가목표조항 방식의 부정적 측면

환경보호 국가목표조항에 대하여는 다음과 같은 문제점들이 지적되고 있다.³³⁾

첫째, 환경보호는 포괄적 문제이기 때문에 윤곽이 모호한 자연적 생활기반과 같은 불확정 개념을 쓸 수밖에 없다. 그러나 이러한 개념을 사용하면 보호객체가 무제한이 되어 법적인 의무부과는 힘들게 된다.

둘째, 그렇게 되면 개별적인 경우에 그러한 내용의 국가목표조항을 최종적

33) 고문현, 전제논문, p.10이하.

으로 결정하는 것은 사법부이기 때문에 환경정책상의 결정권이 사법부에 넘어가는 결과가 되어 법치국가원리와 민주주의원리에 모순된다.

셋째, 환경보호를 국가목표조항으로 기본법에 규정하는 경우 다른 국가목표조항들도 기본법에 성문화시키지 않을 수 없다.

넷째, 환경보호를 국가목표조항으로 성문화시키면 이미 기본법에 규정되어 있는 국가목표조항인 기본법 제109조 제2항의 전체경제의 균형과 모순된다. 왜냐하면 양자는 동시에 이를 수 없을 뿐만 아니라 더 나아가서 충돌할 수밖에 없기 때문에³⁴⁾ 마의 4각³⁵⁾에 제5각³⁶⁾을 더하는 셈이 된다.

2. 환경보호에 대한 국가목표조항과 기본권조항의 비교

환경보호를 국가목표조항과 기본권조항으로 규정하는 것과 관련하여 그 각각의 긍정적 측면과 부정적 측면을 비교함에 있어서는 특히 다음과 같은 것, 즉 개별적 국민에게 주관적 권리부여 여부, 국민의 환경의식의 제고, 보호의 범위 등을 대상으로 하여야 할 것이다.

1) 개별적 국민에게 주관적 권리 부여 여부

기본권조항과 국가목표조항의 가장 큰 차이점은 개별적 국민에게 주관적 권리를 부여하느냐 여부이다. 기본권조항으로부터는 개별 국민이 주관적 권리를 도출할 수 있는데 반하여, 국가목표조항으로부터는 개별 국민이 주관적 권리를 도출할 수 없다.³⁷⁾ 바로 이러한 중요한 차이점 때문에 독일에서

34) H. H. Klein, 전계논문, p.736. :고문헌, 전계논문, p.10 재인용.

35) 기본법 제109조 제2항을 구체화한 법률인 경제안정법(Stabilitätsgesetz) 제1조 제1문은 ① 물가안정, ② 높은 취업 수준, ③ 국제수지균형, ④ 지속적인 경제성장 등을 규정하고 있는 바, 이것들을 이른바 마의 4각이라고 한다.

36) 여기에서의 제5각은 환경보호를 지칭한다.

37) M. Kloepfer, "Art. 20a," Bonner Kommentar, 79. Lfg. 1997. 3, p.33-34; Thomas

20여년 동안 진지한 논의를 거듭하다가 드디어 국가목표조항으로 규정하게 된 것이다.

따라서 기본권조항의 형태로 환경보호를 규정하게 되면 과연 실효성이 있는 권리가 될 수 있는가가 가장 중요한 문제라 할 수 있다. 왜냐하면 인간의 존엄에 적합한 환경이라는 보호법익은 충분히 규정될 수 없고, 공기와 물, 자연경관과 종 다양성과 같은 환경보호법익들은 개인적 법익이 아니라 국가전체 또는 인류 전체적인 이해관계와 관련된다는 점에서 고립된 개인을 상정한 소극적인 방어권적 기본권 조항으로 환경보호라는 과제를 해결하려는 것은 한계가 있다. 또한 시민적·정치적 권리인 제1세대 인권, 사회적·문화적 권리인 제2세대 인권과는 달리 ‘생성 중에 있는’(in fieri) 제3세대 인권의 하나로서 아직도 형성과정에 있는 환경권은 총합적·포괄적 기본권³⁸⁾이라고 할 수 있고 그 중에서도 그 핵심적 성질은 사회적 기본권이라고 할 수 있는데 바로 사회적 기본권의 특성상 헌법규정만 가지고 소구하기가 어려운 권리여서 문제이다.³⁹⁾

2) 국민의 환경의식의 제고

환경보호를 국가목표조항으로 규정하든 기본권조항으로 규정하든 국민의 환경의식을 제고하는 측면에서는 거의 같을 것이나 그 정도에 있어서 기본

Würtenberger, “Umweltschutz und Grundrechtsdogmatik”, in: Dieter Leipold(Hrsg.), *Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000, p.3-4; 고문현, *전개논문*, p.15재인용.

38) 홍준형, 「행정법총론」, 제4판, 한울아카데미, 2001, p.119.

39) 여기에 대하여 사회적 기본권이 복합적·다측면적 구조를 지니고 있다는 점에 착안하여, 사회적 기본권이 완전한 의미에서의 구체적인 권리일 수는 없다고 할지라도 적어도 일부 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 불안정하나마 구체적인 권리로서의 성격을 가지고 있다는 견해가 있다. 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2004, p.633-634; 권영성, “사회적 기본권의 헌법규범성고-헌법소송적 실현을 위한 시론-”, 「헌법논총」, 제2권, 헌법재판소, 1991. 12; 이 견해에 대하여 권리가 완전한 것일 경우와 불안정한 것일 경우 어떠한 차이가 있으며 법적으로 어떻게 다루어져야 하는지가 밝혀져 있지 않다는 비판이 있다. 정종섭, “기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개”, 「한국에서의 기본권이론의 형성과 발전」, 허영박사 화갑기념논문집, 박영사, 1997, p.24-25

권조항의 형태로 하는 것이 훨씬 더 강하게 나타날 것이다. 한국에서처럼 집권자들이 형식적으로 내지 구두선으로 환경보호를 외치는 상황에서는 국가목표조항만 가지고는 곤란하다 할 것이다. 왜냐하면 환경선진국에서는 우리보다도 환경교육이 잘 이루어진 결과 지도자들⁴⁰⁾과 국민들의 환경의식이 상당한 수준이고⁴¹⁾ 환경관계법이 잘 정비되어 있어서 구태여 환경기본권을 규정할 필요가 없을 정도이지만,⁴²⁾ 한국과 같이 압축성장을 달려왔고 지도자들의 상당수가 환경의식이 결여되어 있을 뿐만 아니라 환경교육이 제대로 되고 있지 않는 상황⁴³⁾에서는 헌법에 국가목표로서의 환경조항만 가지고는 환경보호에 부족하다 할 것이다. 따라서 한국은 국가목표조항의 형태로 환경보호를 규정할 때 불충분한 부분을 보완하는 것이 필요하다고 하겠다.⁴⁴⁾

3) 보호의 범위

-
- 40) 미국의 전 부통령이었던 Al. Gore는 환경문제 전문가로서 환경보호를 위해서 왕성하게 활동하고 있고, 독일의 현 집권당인 사민당(SPD)은 제42차 기본법 개정에 관한 논의에서도 자연의 독자적 권리를 인정하려고 했을 뿐만 아니라 그 연정의 파트너로 녹색당(Die Grünen)을 선택하여 친환경적인 정책을 획기적으로 추진하고 있다; 고문현, 전계논문, p.16(각주60번)재인용.
- 41) 미국에서는 1969년 캘리포니아주 산타 바바라 해안에서의 대형 원유유출사고, 1979년 뉴욕주 나이 아가라 폭포 근처의 매립지에서의 독성물질 침출사고, 알래스카 해안에서의 엑스 발데즈사의 대형유조선 좌초로 인한 원유유출사고 등의 일련의 환경재앙으로 말미암아 현재 대다수의 미국국민들은 환경의 보호가 너무 중요한 과제이므로 환경규제의 기준은 아무리 높아도 상관없으며 환경개선은 어떤 희생을 치르더라도 이루어져야 한다는 의견을 가지고 있는 것으로 나타나고 있다. Robert V. Percival et al., *Environmental Regulation*, 2nd ed., Aspen Law & Business, 1996, p.5; 독일 연방환경청의 보고서에 의하면 독일 국민의 70%가 실업구제 다음으로 효율적인 환경보호를 중요한 정치목표로 꼽고 있다. Umweltbundesamt(Hrsg.), *Daten zur Umwelt 1986/87*, 1986, p.78; 고문현, 전계논문, p.16(각주61번) 재인용.
- 42) 비슷한 예로 미국에서는 헌법상 환경에 관한 규정이 전혀 없지만 로마시대에 발달했던 공공신탁이론을 계승발전시켜 세계 환경의 선두를 유지하고 있는 것이 그 좋은 예이다. 공공신탁이론에 관하여 자세한 것은 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, *환경법연구*제19권, 한국환경법학회, 1997, p.5-43.
- 43) 국회 환경노동위원회 방용석 의원은 1997년 국정감사에서 “환경부의 감사를 위해 우리나라 중·고등 학생들이 학교에서 배우는 환경과목교과서 7가지를 입수해 분석한 결과 모두 101건의 오류가 발견되었다.”고 주장하면서 “이런 교과서로 배우는 학생들의 환경의식이 우려된다.”며 “환경 교과서들을 전면 재검토해 잘못된 부분을 수정해야 한다.”고 촉구했다. 교과서의 오류는 첫째, 검증되지 않은 사실을 언급한 경우, 둘째, 사진과 본문의 내용이 일치하지 않는 경우, 셋째, 내용자체가 잘못된 경우 등 다양한 형태로 나타나고 있는 것으로 분석되었다. *한겨레신문* 1997. 10. 17. p.26.
- 44) 예컨대 공공신탁이론의 도입이나 불특정 다수인에게 분산된 불가량의 가치 내지 환경이익을 효과적으로 보호하기 위한 집단소송제도의 도입이 필요하다고 하겠다.

상대적이지만 환경보호를 국가목표조항으로 규정하게 되면 보호범위가 기본권조항보다 더 넓어질 수 있으나 막연히 너무 넓게 세기게 되면 ‘막연하기 때문에 무효의 이론’이 적용되어 그 본질적 내용조차도 보호할 수 없게 될 것이다.

우리나라 대법원은 부산대학교판결⁴⁵⁾ 등 여러 판결⁴⁶⁾을 통하여 “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.”고 일관되게 판시하면서 보호의 범위가 한정되어야함을 거듭 밝히고 있다.

특히 우리 헌법 제35조는 제3항에서 쾌적한 주거환경까지 규정하고 있어 환경정책과 사회보장정책을 혼동한 것이라 여겨질 정도로 그 범위가 너무 넓다고 할 수 있다. 왜냐하면 전통적으로 주택문제는 사회보장의 대상이 되고 환경보호와 직접 관련되는 문제는 아니기 때문이다.⁴⁷⁾ 우리나라의 현재의 주택문제를 고려할 때 현행 헌법 제35조 제3항과 유사한 내용의 규정은 필요하다. 그러나 그 바람직한 위치는 환경권을 규정한 제35조가 아니라 사회보장의 근거 규정인 제34조였어야 할 것이다.⁴⁸⁾

45) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(공1995하, 3399; 대법원판례집, 제43권 2집, 1995, p.193-195); 김남진, “환경권에 의거한 건축허가의 일부취소청구,” 「고시연구」, 1995. 6, p.121-125 참조.

46) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다34891 판결[공2001. 6. 1.(131), 1125] 참조.

47) 고문현, 전계논문, p.30.

48) 우리 헌법 및 현행주택관련법의 해석상 주거(택)기본권을 인정한다면 이는 환경권의 일종으로 보기보다는 또 하나의 생존권(사회권)적 기본권으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 주택은 환경권의 대상으로서의 단순한 환경이라기보다는 오히려 인간의 ‘생존의 장’으로서의 성격이 매우 강하고 최저한도의 주거장소를 확보하고자 하는 저소득층 국민의 주거(택)급부청구권은 국가의 급부행정작용과 맞물려 생활보장적 성격에 가깝기 때문이다.; 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2004, p.503.

제3절 토지개발사업과 환경보전 제도

1. 환경관련 법제의 변천

환경법의 생성 및 발전은 환경문제에 대한 인식의 정도와 밀접한 관계가 있다. 우리나라에서 본격적인 환경문제는 제3공화국 정부가 경제개발 5개년 계획을 수립하여 공업화를 추진하기 시작한 1960년대에 들어와서 시작되었다.

경제개발에 수반하여 발생하는 환경오염 등에 대처하기 위한 대응방안으로 1963년 우리나라 최초의 환경법인 공해방지법이 제정되었다. 동 법은 "공장이나 사업장 또는 기계·기구의 조업으로 인해 야기되는 대기오염·하천오염·소음·진동으로 인한 보건위생상의 피해를 방지하여 국민보건의 향상을 기하는데" 그 구체적 목적이 있었다.

그러나 공해방지법은 전문이 21개조에 불과하여 규제내용이 크게 미흡하였을 뿐 아니라, 동법 시행규칙이 1969년 7월에야 제정되는 등 후속입법이 미비하였고, 경제개발을 최우선적으로 추진하는 당시의 사회분위기 등으로 인하여 실효성을 거둘 수도 없었다.

1960년대 후반부터 환경문제에 대한 관심이 언론매체를 중심으로 국민적인 관심을 불러일으키기 시작하면서 1971년 1월 그동안 사문화되다시피 한 공해방지법을 대폭 수정·강화하여 배출허용기준, 배출시설설치허가제도, 이 전명령제도 등을 도입하였다.

급속한 산업화·도시화가 이루어지던 1970년대에는 환경문제가 더욱 심각하게 인식되었다. 때문에 소극적인 공해의 규제를 목적으로 하는 종래의 공해방지법 체계로는 다양하고 광역적인 환경문제에 효과적으로 대처하는데 한계가 있어, 이를 대체하는 환경보전법을 1977년 12월 31일 제정·공포하

게 되었다. 환경보전법에서는 환경과피 또는 환경오염의 사전예방뿐 아니라 오염된 환경을 개선함으로써 보다 적극적·종합적으로 환경문제에 대응하기 위한 환경영향평가제도, 환경기준, 오염물질의 총량규제제도 등을 새로이 도입하였다.

중래의 공해방지법이 대기오염, 수질오염 등의 공해적 측면만을 대상으로 한데 비하여 환경보전법에서는 그 대상을 자연 환경을 포함하는 전반적인 환경문제와 사전예방적 기능으로까지 확대하였다. 또한 공해방지법이 현재의 국민보건의 향상만을 목적으로 하였다면 환경보전법은 현재의 국민은 물론 장래의 세대까지 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 환경권을 보장하고 있다.

1980년에 개정된 헌법에 환경권에 관한 규정이 처음으로 신설된 이후 산업화의 진전으로 인한 경제구조의 고도화로 환경 문제가 심각화·다양화되자, 오염분야별 대책법의 제정이 불가피하다는 인식하에 우리나라의 환경법은 복수법 체계로 이행하게 되었다. 즉, 1990년 8월 1일에 환경보전법이 환경정책기본법·대기환경보전법·수질환경보전법·소음·진동규제법·유해화학물질관리법·환경분쟁조정법 등 6개 법으로 분법화 되었던 것이다.

1990년대에는 독도를 비롯한 도서지역의 생물다양성과 수려한 경관을 보전하기 위한 독도등도서지역의생태계보전에관한특별법, 한강수계의 수질개선을 위한 한강수계상수원수질개선및주민지원등에관한법률, 습지를 효율적으로 보전·관리하기 위한 습지보전법이 제정되었으며, 정부조직 개편에 의하여 자연공원법, 조수보호및수렵에관한법률이 환경부로 이관되었다.

2002년 1월 낙동강, 영산강, 금강 수계의 수질을 개선하여 주민에게 맑은 물을 공급하기 위하여 상하류간의 공존의 정신을 바탕으로 오염물질총량관리제도 등 기존의 오염물질의 사후처리위주의 정책을 사전예방중심으로 획기적인 전환을 가져오는 낙동강특별법, 영산강특별법, 금강특별법이 제정되었으며, 2003년에는 수도권대기환경개선 대책의 추진을 위한 수도권대기환

경개선에 관한 특별법, 건설폐기물의 효율적 처리 및 재활용을 위한 건설폐기물의 재활용 촉진에 관한 법률, 백두대간의 생태계 보전을 위한 백두대간 보호에 관한 법률 등 3개법이 제정되었다.

2004년에는 야생동·식물보호법(조수보호 및 수렵에 관한 법률 폐지), 악취방지법, 남극활동 및 환경보호에 관한 법률, 친환경상품구매촉진에 관한 법률이 제정되었고, 2006년에는 문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법이 제정되어 환경부가 관장하는 법률은 총 40개에 이르게 되었다.

2. 환경영향평가제의 도입 및 내용

1) 환경영향평가제의 도입

환경영향평가제도가 법률로서 처음 우리나라에 도입된 것은 1977년 12월 31일 제정된 환경보전법이었다. 그러나 과거 공해방지법에서도 환경영향평가제도가 존재하였었다고 주장되기도 하였다. 즉 공해방지법시행령(1974. 12. 3, 대통령령 제7405호) 제2조(배출시설의 설치허가신청)에 의하면, 배출시설의 설치허가를 받고자 하는 자는 신청서에 ‘배출시설을 중심으로 한 미기후조서’와 ‘배출시설부근의 수리 및 수질조서’를 첨부하도록 하고 있는데, 이러한 조서들이 환경영향평가조서에 해당한다고 볼 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾

1977년 환경보전법에서는 제5조에 따라 ‘사전협의’제도를 두고 있었다. 즉 도시개발, 산업입지조성, 에너지개발 등 환경보전에 영향을 미치는 계획을 수리하고자 하는 행정기관의 장은 사전에 보건사회부장관과 협의하도록 규정하였다. 그러나 조문의 내용도 추상적이고 하위 법령에 구체적인 위임규정도 마련하지 않아 유명무실한 제도에 지나지 않았다.

49) 구연창, 「환경법론」, 법문사, 1993, p383.

1979년 12월 28일 법률 제3213호로 개정된 환경보전법의 내용에서 최초로 ‘환경영향평가’라는 표현이 사용되었다. 즉 동법 제5조의 개정에 의하면, 도시의 개발, 산업입지 및 공업단지의 조성, 에너지 개발 등 환경보전에 영향을 미치는 사업에 관한 계획을 수립하는 행정기관의 장은 계획이 ‘환경에 미치는 영향을 평가하고’ 환경청장과 협의하도록 규정하였다. 한편 1980년 8월 6일 환경보전법시행령 제4조가 개정되어 환경영향평가의 대상사업의 범위가 확대되고, 동법 시행령 제4조의 2와 제4조의 3이 새롭게 규정되어 사업주관기관의 환경영향평가서의 작성 등에 관하여 구체적인 내용이 포함되었다.

제5공화국 헌법에서 명문으로 규정된 환경권과 환경보전의무에 관한 내용을 구체적으로 법률에 담고자 1981년 말 환경보전법이 개정되었다. 즉 제5조 제1항에서 환경영향평가의 주체를 행정기관의 장과 더불어 ‘공공단체 및 정부투자기관의 장’으로 확대하였고, 동조 제2항을 신설하여 환경청장은 환경영향평가를 위하여 필요한 연구·기술개발 등의 조치를 하고, 국내외의 관련정보 및 자료를 수집·보존하도록 하였으며, 나아가 필요한 경우에는 국민에게 관련정보 및 자료를 공표하거나 이용하게 할 수 있도록 하였다. 또한 제5조의 2도 신설하였는데, 환경영향평가를 실시하는 기관의 장은 환경청장이 지정·공고하는 국·공립연구기관, 정부출연연구기관 등으로 하여금 환경영향평가를 대행할 수 있도록 하였다.

1986년 12월 31일에 환경보전법은 또 한 차례 개정을 하였는데, 이에 따라 환경영향평가제도에도 많은 변화가 발생하였다. 환경영향평가서를 작성하여야 할 사업의 구체적인 범위 등의 필요한 사항을 대통령령으로 위임하였으며(제5조 제2항), 과거의 제5조의 2 규정은 제5조의 3으로 대체하였다. 한편, 제5조의 2의 규정에는 환경청장이 환경영향평가서를 검토한 후 그 사업이 환경보전에 현저한 지장을 초래할 위험이 있어 사업계획의 조정이 필요한 경우에는 중앙환경보전자문위원회의 자문을 받아 사업계획을 주관하는

자에게 사업계획의 조정 및 보완 등 필요한 조치를 요구할 수 있도록 하고 있다.

1990년 8월 1일에 제정된 환경정책기본법에서는 환경영향평가제도에 관하여는 독립된 하나의 절로 분류되어 규정하였다. 환경정책기본법 하에서의 환경영향평가제도의 특징은 ① 환경보전에 영향을 미치는 사업을 하는 자는 사업시행으로 인하여 영향을 받게 되는 주민의 의견을 수렴하여 환경영향평가서에 포함하도록 한 점, ② 환경처장관이 환경보전을 위해 사업자 또는 관계행정기관의 장에게 사업계획의 조정 및 보완 등 필요한 조치를 요청할 수 있는 점, ③ 환경영향평가의 사후관리제도를 신설하여 환경처장관이 환경영향평가서에 대한 협의내용의 이행여부를 조사, 확인하도록 하고 있는 점 등이다.

환경정책기본법에 의한 환경영향평가제도에는 여러 가지 한계가 나타나고 이에 대한 입법적 해결책에 따라 1993년 12월 11일에 환경영향평가법이 제정되었다. 환경영향평가법은 환경영향평가에 대한 정의를 규정하였고(제2조 제1호)⁵⁰⁾, 환경영향평가대상사업을 명확하게 하였으며(제4조), 주민의 의견수렴제도를 강화하였고(제9조), 환경영향평가서의 협의내용을 대폭 강화하였다(제4장). 이후 몇 차례에 걸친 법개정을 통해 문제점을 개선하고자 노력하였다. 환경영향평가에 대한 전문적 검토 및 기술개발의 향상을 위해 한국환경정책·평가연구원을 설립하였고, 환경영향평가서의 허위작성 등에 대한 벌칙을 새롭게 두기도 하였다.

이후 1999년 12월 31일 이른바 통합환경평가법이라 불리워지는 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법이 제정되어 현행법으로 시행되고 있다.⁵¹⁾

50) '환경영향평가'라 함은 환경영향평가대상사업의 사업계획을 수립함에 있어서 당해 사업의 시행으로 인하여 환경에 미치는 해로운 영향을 미리 예측·분석하여 환경영향을 줄일 수 있는 방안을 강구하는 것이라고 정의하였다.

51) 환경·교통·재해등에관한영향평가법에서 정의하는 환경영향평가는 '사업의 시행으로 인하여 자연환경, 생활환경 및 사회·경제환경에 미치는 해로운 영향을 예측·분석하고 이에 대한 대책강구'이다(제2조 1호 가).

이는 특히 영향평가제도가 서로 다른 법률에 여러 근거를 두고 있어 절차상으로 중복되는 경우가 적지 않고 이로 인하여 사업가에게 주어지는 비용의 과다지출 등 부담이 가중되어 있다는 경제산업계의 의견이 강하게 대두되고, 이를 적극적으로 반영하여 제정된 것이다. 이로 인하여 과거에 도시교통정비촉진법, 수도권정비계획법, 자연재해대책법 등에 산재되어 있던 환경영향평가의 관계조항은 삭제되었다.

2) 환경영향평가제의 내용

환경영향평가제도는 개발사업이 환경에 미칠 영향을 미리 파악하고, 건전하고 지속가능한 개발을 함으로써 건강하고 쾌적한 환경을 유지, 조성함을 목적으로 환경에 영향을 미치는 각종 정책, 계획, 개발사업을 수립·시행함에 있어 개발활동으로 인한 환경상의 변화를 사전에 예측, 분석, 평가하고 환경에 미칠 부정적인 영향을 규명하여 그 저감 및 제어를 위한 방안을 강구하는 제도로 이해할 수 있다.

동제도는 개발사업으로 인한 환경적인 악영향을 사전에 예측·분석하고, 그 영향을 저감하는 방안을 선택, 모색한다는 점에서, 환경법상의 기본원칙인 사전배려의 원칙을 구현하는 제도라 할 수 있다.⁵²⁾ 또한 사업의 경제성, 기술성외에 환경성까지 검토함으로써, 궁극적으로 환경보전 대책을 강구하고, 환경친화적 개발을 유도한다는 점에서 환경오염의 사전관리적 규제수단으로써 중요한 역할을 수행하게 된다.

환경영향평가는 환경·교통·재해등에 관한영향평가법에 근거하여 실시되고 있는 바, 동법상 환경영향평가서의 작성주체는 대상사업을 추진하는 자, 즉 사업자이며(제5조), 영향평가를 실시하여야 하는 대상사업은 17개 분야 사

52) 환경영향평가제도는 사전배려의 원칙의 정신에 따라 환경의 파괴를 예방하고 최소화하기 위한 제도로서 1969년 미국의 국가환경정책법(NEPA)에서 유래한다고 볼 수 있다; 김향기, 「행정법개론」, 제7판, 삼영사, 2006. p.776.

업이다(제4조). 동법 시행령은 개발사업을 위주로 62개 단위사업을 대상사업을 정하고 있는데, 단위사업 종류에 따라 대상사업의 범위가 다르다(시행령 제2조 제3항, 별표1 참조).

한편, 동법은 영향평가 분야별로 구체적 단위사업 종류에 따라 평가서의 제출 및 협의요청 시기를 달리 정하고 있는데, 대부분 실시계획의 인가(승인)전으로 되어 있다(시행령 별표1참조). 환경영향평가의 항목은 3개 분야(자연환경, 생활환경, 사회·경제환경)에 걸쳐 23개 항목이다(시행규칙 제5조, 별표 2참조).

동법은 대상사업에 대한 주민이해를 돕고, 내용을 공개하여 공정한 평가가 이루어지도록 주민의견 수렴절차를 도입하고 있다. 주민의견 수렴절차의 핵심적인 내용은 설명회 또는 공청회의 개최라 할 수 있는데, 특기할 점은 일정한 경우 주민의 요구에 의한 공청회 개최를 의무화하고, 주민외의 자의 의견을 듣고 이를 반영하도록 하고 있다는 것이다(제6조 제1항).

사업자는 사업의 승인기관에 평가서를 제출하고, 승인기관은 환경부장관에 평가서의 협의를 요청하게 된다. 이 요청에 따라 이루어지는 협의 단계는 환경부의 의견이 반영된다는 점에서 영향평가의 핵심절차라 할 것이다.

이 제도의 기능이 제대로 수행되기 위해서는 환경영향평가과정에서 마련된 환경오염 저감방안 등 협의 내용을 사업자 스스로 충실히 이행하여야 한다. 그러나 현실적으로는 불이행 사례가 많이 발생하고 있는바, 이러한 현실을 인식하고 동법은 사업자로 하여금 협의이행을 이행하도록 의무화하고(제25조 제1항), 사업승인기관으로 하여금 협의 내용 이행여부를 관리·감독하도록 하고 있다. 이에 따라 사업자의 협의내용 이행을 확보하기 위한 시정조치, 더 나아가 공사중지명령을 부과한다(제26조). 이러한 사후관리는 한마디로 말하면 환경영향평가의 실효성을 확보하기 위한 것이다.

3. 사전환경성검토제도의 도입 및 내용

1) 사전환경성검토제도의 도입

최근 국토의 난개발로 인해 국토훼손, 수질오염, 교통난 등의 사회문제의 해소를 위해서는 행정계획이나 개발사업에 대한 입지 단계에서의 사전환경성 검토가 더욱 필요하다고 하겠으며, 이러한 사전환경성 검토제도는 각종 개발계획이나 개발사업을 수립·시행함에 있어서 타당성 조사 등 계획초기 단계에서 입지의 타당성, 주변 환경과의 조화 등 환경에 미치는 영향을 고려토록 함으로써 ‘개발과 보전의 조화’ 즉, ‘환경친화적인 개발’을 도모하고자 하는 법·제도적으로 의무화한 하나의 의사결정과정이라 할 수 있다.

이러한 사전환경성검토 제도는 환경영향평가제도와 더불어 대표적인 사전 예방환경정책수단으로서 이제도를 시행하기 위한 법적 토대는 ‘개별법령’과 1993년 국무총리 훈령으로 제정된 “행정계획 및 사업의 환경성 검토에 관한 규정(총리훈령 제299호)”이며, 1994년에 개정된 국무총리훈령은 협의절차를 간소화시켜 시행하여왔다.

그러나, 그동안의 개별법령과 총리훈령에 의한 환경성 검토는 난개발의 원인인 소규모 민간개발사업이 제외되었고, 입법적 장치의 미흡에 따라 효율적인 운영이 이루어지지 못하였다. 또한 환경영향평가제도도 대부분 대규모의 개발사업을 대상으로 하고 있으며, 계획이 확정된 후 사업 실시단계에서 주로 오염의 저감방안을 검토하고 있어 입지의 타당성 등을 검토하는 데는 한계가 있다. 이에 정부에서는 종래 총리훈령이 가지고 있던 미흡한 점이나 환경정책기본법의 법령상 미비점 등을 종합적으로 해소한다는 차원에서 1999년12월31일 환경정책기본법을 개정(법률 제6097호)하여 환경정책기본법 제11조에 환경기준유지 등을 위한 사전협의라는 제목 하에 행정계획의 수립 및 개발사업의 시행 전에 환경부장관 또는 각 지방환경관서의 장과 협의

의하도록 하는 제도를 신설 하였다. 또한 환경부장관이 환경보전중기종합계획의 수립을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관의 장에게 중기계획의 수립에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 관계행정기관에서는 중기계획에 관한 다음 연도의 시행계획을 수립하고 연도별 추진실적을 환경부장관에게 제출토록 하고 있다.

개정된 환경정책기본법시행령 중에는 사전협의를와 관련된 협의 대상, 협의 방법, 구비서류 등을 정하고 있으며 환경보전중기종합계획의 연도별 시행계획의 작성절차, 시기와 협의조치결과의 통보 등과 같은 조항이 신설되는 등 동 제도실행상의 안정성과 실효성 확보를 위한 토대가 구축되었다.

2) 사전환경성검토제도의 필요성 및 의의

현행 환경영향평가제도는 대부분의 사업이 타당성조사와 병행하여 실시하지 않고 계획이 확정된 후 사업실시단계에서 주로 오염의 저감방안을 검토하고 있어 입지의 타당성 등 근본적인 친환경적인 개발의 유도에는 한계가 있다. 이처럼 타당성 조사 때 환경측면이 고려되지 않아 계획이 확정된 이후의 사업실시단계에서 환경영향평가 시 사업의 취소 등 사회문제와 손실을 초래할 수 있으며, 그 예로 동강댐과 시화호를 들 수 있을 것이다.

또한 최근 국토의 난개발로 인한 국토훼손, 수질오염, 교통난 등이 사회문제로 대두되고 있으며, 지방자치단체의 세수확보 및 유권자를 의식한 개발사업 확대로 환경훼손이 가속화됨에 따라 각종 개발사업에 대한 환경성 검토의 필요성이 더욱 증대되고, 또한 민간이 시행하는 개발사업에 대해서도 친환경적 개발의 도모가 필요하다.

환경성검토의 의의를 살펴보면 세 가지로 볼 수 있다.

첫째, 환경에 영향을 미치는 행정계획 또는 개발사업이 확정·시행되기 전에 환경적 영향을 고려토록 함으로써 지속가능한 계획의 수립 또는 사업이

추진될 수 있도록 한다.

둘째 주로 실시계획단계에서 이루어지는 환경영향평가시 사실상 배제되거나 간과되어 온 상위 기본계획에 대하여 입지의 타당성, 주변 환경과의 조화여부 등을 검토함으로써 개발과 보전의 조화를 이루어 환경적으로 건전하고 지속가능한 개발을 유도한다.

셋째, 환경영향평가 과정에서 쟁점이 되고 있는 입지의 타당성 및 토지 이용 계획의 적정성 등을 사전환경성 검토과정에서 미리 살펴봄으로써 환경영향평가 협의기간 단축 및 효율성을 제고할 수 있다.⁵³⁾

3) 사전환경성검토대상 및 주요내용

사전환경성 검토대상은 행정계획 또는 개발사업으로 환경정책기본법에 의한 경우와 관련 법령에 의한 경우로 구분된다.

<표1-1> 사전환경성검토대상



53) 환경부, 「사전환경성 검토 업무 편람」, 2004, p.3~4.

환경정책기본법에 의한 사전환경성검토협의대상은 환경에 영향을 미치는 행정계획으로서 당해 법령에 사전협의의 근거규정이 없는 행정계획(표1-2)과 보존용도지역에서의 일정규모이상의 개발사업⁵⁴⁾이다.

<표1-2> 환경정책기본법에 의한 사전환경성검토협의대상 행정계획
(시행령 제7조제1항 별표 2 제1호)

구 분	관 계 법 령	행 정 계 획	협 의 시 기
국 토·지 역·도 시 의 개 발	농어촌정비법	마을정비구역의 지정(제32조)	구역 지정전
	제주국제자유도시특별법	광역시설계획(제8조)	계획 확정전
	폐광지역개발지원에 관한 특별법	폐광지역진흥지구의 지정(제3조) 폐광지역환경보전계획(제5조)	지구 지정전 계획 수립시
	사회간접시설에 대한 민간투자법	민간투자시설사업기본계획(제10조)	계획 수립시
농공단지, 협동화단지, 복합단지의 조성	산업입지및개발에관한법률	농공단지의 지정(제8조)	단지 지정전
	중소기업진흥및제품구매촉진에관한법률	협동화실천계획(제19조제2항) 단지조성사업의 실시계획(제20조)	계획 승인전
	지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률	복합단지의 개발계획(제34조) 복합단지의 실시계획(제36조)	시행자 지정전 계획 승인전
수자원개발, 하천의 이용·개발	소하천정비법	소하천정비종합계획(제6조)	계획 승인전
	온천법	온천개발계획(제7조)	"
체육시설의 설치 및 수련지구 조성	체육시설의 설치·이용에 관한법률	사업계획(제12조)	"
	청소년기본법	수련지구조성계획(제41조)	계획 수립시
골재채취	골재채취법	하천골재 채취예정지의 지정(법 제6조 및 시행령 제8조)	예정지 지정전
계	12개 법률	15개 계획	

관련법령에 의한 사전환경성검토 협의대상은 당해법령에 관계행정기관의 장과 사전에 협의토록 규정하고 있는 행정계획으로서 환경정책기본법시행령에서 정하는 구비서류를 갖추어 협의 요청하여야 하는 관계법령과 환경정책기본법에 의한 행정계획(표1-3)이다.

54) 농림지역, 개발제한구역, 생태계보전지역 등 보존용도지역에서의 5,000㎡~50,000㎡ 이상의 개발사업.

<표1-3> 환경정책기본법시행령에 의한 구비서류 적용대상 행정계획
(시행령 제8조 별표3)

구 분	근 거 법 령	행 정 계 획
국토·지역·도시의 개발	국토의계획및이용에관한법률	도시관리계획(용도지역의 지정 또는 변경, 개발진흥지구의 지정)(제36조, 제37조9호)
	택지개발촉진법	택지개발예정지구의 지정(제3조)
	지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률	광역개발권역의 지정(제4조), 광역개발사업계획(제5조), 개발촉진지구의 지정(제9조), 개발촉진지구개발계획(제14조), 특정지역의 지정(제26조의3), 특정지역개발계획(제26조의4)
	농어촌정비법	한계농지정비지구의 지정(제79조)
산업단지·유통단지의 조성	산업입지및개발에관한법률	국가산업단지의 지정(제6조), 일반지방산업단지의 지정(제7조), 도시첨단산업단지의 지정(제7조의2)
	유통단지개발촉진법	유통단지의 지정(제5조)
에너지 개발	전원개발에관한특례법	전원개발사업예정구역의 지정(제11조)
	한국가스공사법	사업실시계획(제16조의2)
교통시설의 건설	도시철도법	노선별 도시철도기본계획(제3조의2)
	고속철도건설촉진법	고속철도건설예정지역의 지정(제5조)
	공공철도건설촉진법	공공철도건설사업 실시계획(제3조)
	수도권신공항건설촉진법	수도권신공항건설예정지역의 지정(제3조)
	신항만건설촉진법	신항만건설예정지역의 지정(제5조)
하천의 이용·개발 및 해양개발	하천법	하천정비기본계획(제17조)
	어항법	어항개발계획중 기본계획(제7조제3항)
산지개발 및 골재채취	산림법	채석단지의 지정(제90조의4)
	골재채취법	골재채취단지의 지정(제34조)
	자연공원법	도립공원계획(제13조), 군립공원계획(제14조)
관광단지의 개발 및 국방·군사시설의 설치	관광진흥법	관광개발기본계획·권역별관광개발계획(제47조), 관광지등의 지정(제50조)
	청소년기본법	청소년 수련지구의 지정(제40조)
	국방·군사시설사업에관한법률	국방·군사시설사업의 실시계획(제4조)

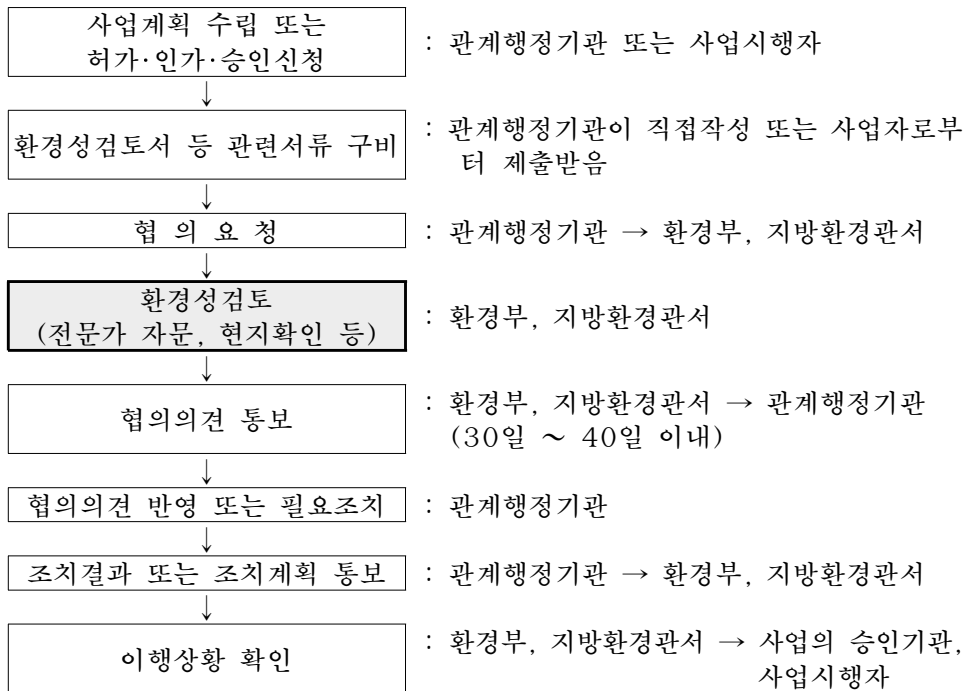
그 외에 관련법령에 관계행정기관의 장과 사전에 협의토록 규정하고 있는 행정계획⁵⁵⁾도 대상이 된다.

55) 국토의계획및이용에관한법률 제22조의 규정에 의한 도시기본계획의 승인, 도시개발법 제3조의 규정에 의한 도시개발구역의 지정, 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제3조의 규정에 의한 개발제한

4) 사전환경성검토협의 절차

사전환경성검토협의는 다음과 같은 절차를 거쳐서 이루어진다.⁵⁶⁾

<표1-3> 환경성검토 절차



4. 사전환경검토와 환경영향평가제도의 비교

사전환경성검토제도는 환경영향평가제도의 문제점에 대한 대안으로서 도입되었으며 또한 개발 계획의 보다 상위계획에서 환경성을 고려한 행정계획을

구역의 지정 및 해제 등
56) 환경부, 「사전환경성검토 업무편람」, p.12.

수립하여 지속가능하고 환경친화적인 개발이 이루어질 수 있도록 하는 본질적인 환경영향의 저감 및 개선을 위해 도입되었던 것이다. 환경정책기본법에서 규정한 사전환경성검토제도는 주로 개발사업을 위주로 한 환경성검토이지만 본 제도가 가지고 있는 본래의 목적은 개발계획의 방향성을 제시하는 보다 상위의 행정계획에 대해서 친환경적인 개발을 유도할 수 있는 사전예방과 아울러 이를 구현하기 위한 행정계획 수립단계에서부터 의사결정을 지원하는 것이다.

사전환경성 검토 제도가 행정계획이나 소규모 개발사업을 수립·시행함에 있어서 계획이나 사업의 초기단계에서 미리 입지의 타당성, 주변 환경과의 조화 여부 등의 환경성을 충분히 고려하도록 함으로써 친환경적인 개발을 도모하려는 제도임에 비하여, 환경영향평가제도는 대규모 개발사업을 대상으로 하고 주로 사업추진이 확정된 후 실시단계에서 이루어지며, 입지의 타당성보다는 환경오염의 저감방안에 중점을 둔다는 점에서 차이가 있다. 다만 양제도가 중복적으로 운영되어 비효율적인 제도가 되지 않도록 방법에 있어서 차별화하고 제도를 유기적으로 운영하며 제도의 목적과 취지를 살려 나가야 할 것이다.

제 3 장 지속가능한 토지이용규제에 관한 외국사례

제1절 영국

영국은 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드, 북아일랜드의 네 개 지역으로 나누어져 있고, 잉글랜드와 웨일즈를 제외한 다른 지역은 토지정책이 다르다. 스코틀랜드는 법과 제도, 북아일랜드는 제도에서 큰 차이가 있다. 이 글에서는 영국의 제도 중 잉글랜드와 웨일즈를 중심으로 영국의 토지이용규제를 살펴보기로 한다.

불문헌법주의 국가인 영국은 유럽의 다른 나라나 미국과 같이 법적으로 토지에 관한 이용을 규제할 수 없다. 국가는 단지 목적이 명백히 공적이며, 행위가 공정하고 합리적인 한, 법적으로 토지를 수용할 수 있고 토지에 관한 권리를 제한할 수 있을 뿐이다. 법원은 토지이용규제의 내용은 법적인 판단의 대상에서 제외되는 정책적인 것으로 간주하여 법적 판단을 유보하고 있고, 절차적 정당성, 결정의 공정성 및 합리성 등만을 법적 판단의 대상으로 삼고 있다.

영국은 제2차 세계대전 이후 대도시 지역의 분산과 낙후지역 개발의 촉진, 도심지역의 개발압력 완화, 사회간접자본의 공급을 목적으로 한 신도시 개발에 초점을 두어 공간을 재조직하고, 기존 도시의 재개발을 중점적으로 추진하였다. 이 과정에서 도시·농촌계획제도 등을 도입하고 공공부문의 역할을 크게 강화시켰다. 공공부문은 도시지역은 물론이고, 농촌지역에서도 뉴타운 개발공사, 토지은행, 경제개발기관 등을 통해 많은 토지를 보유하게 되었다. 그러나 1970년대 말부터는 간접적, 유도적 규제와 민간화 등을 통해 토지정책을 수행하고 있다.⁵⁷⁾

57) 영국의 토지이용규제에 대한 자세한 사항은 국토개발연구원, 「토지정책의 변화와 과제(개원 20주년 기념 국토총서)」, 1998, p.333 이하 참조.

1. 개관

영국의 토지이용은 1947년의 도시및농촌계획법에 의해 확립되었다. 이 법은 당시에 많은 학자들에 의해 혁명적인 것으로 평가되었다. 도시와 농촌을 하나의 계획체계로 묶어 도시 확산에 따른 문제를 다룰 수 있었고, 개발권을 국유화하여 토지이용과 개발권의 한계를 해결하여 종합적으로 규제할 수 있게 되었다. 당시에 이 계획체계를 도입한 목적은 국가 주도의 개발과 2차 대전 이후 국가재건에 필요한 주요 기반시설의 공급을 조정하는 데에 있었다. 그러나 지금은 당시에 생각하지 못했던 이 계획체계의 융통성이 장점으로 부각되어 공공부문 및 계획 중심의 개발관리정책이 시장규제와 협상을 통한 개발조정정책으로 변화할 수 있게 되었다.

영국은 산업혁명 이후 산업도시에서 나타난 용수부족, 하수처리 및 주거상태의 불량으로 인한 공공위생이 사회문제화 되면서 토지이용 및 관리에 관심을 두었다. 최초의 도시계획법은 1909년의 주택및도시계획법이었다. 이 법은 대지주의 토지에 대한 권한을 제한하여 토지를 널리 이용할 수 있도록 토지를 국유화하는 것이 주목적이었다. 개발이익에 대해서는 50%의 개발이익세를 부과하고 규제로 인한 개발손실은 보상하였다. 1932년에는 용도지역제를 도입하여 지방자치단체가 도시지역의 경계를 설정토록하고, 개발이익세도 75%로 올렸다. 공간구조에 대해 국가가 적극적인 역할을 수행하여야 한다는 이와 같은 개발개념은 도시확산과 개발억제를 위해 도시주변을 그린벨트로 지정하고, 강제수용에 의한 신도시 개발도 정당화하였다.

1947년에 도시및농촌계획법이 제정된 이후, 이 법은 신도시, 국립공원, 농촌경관, 지역의 산업입지 등은 물론이고, 민간부문의 토지이용과 개발에 대해서도 엄청난 영향을 끼쳤다. 이 법의 주요 내용은 크게 계획전략과 개발규제, 토지거래의 세 가지로 구성되어 있다. 우선 계획전략은 도시·농촌지역계획 도입, 신도시건설사업 도입, 국립공원진흥과 농촌경관 제고, 산업단

지 입지정책 등으로 구성되어 있다. 개발규제는 개발권의 국유화와 용도지역제가 아닌 관료의 재량적인 해석에 기초한 계획허가제의 도입으로 나타났다. 토지거래에 있어서는 현재 이용가치로의 거래, 개발손실에 대한 한 차례의 보상, 100%의 개선부담금 부과, 계획목적 달성을 위해 국가에게 토지등을 강제로 수용할 수 있는 권한 부여 등을 내용으로 하고 있다. 계획허가과정과 건설허가과정을 분리하였고, 계획은 법적 구속력 없이 자문에 그친다. 계획은 개발계획 등을 고려하여 결정하되 해석에 있어서 상당한 융통성을 부여한다. 이것이 영국제도의 가장 큰 장점 가운데 하나로 평가되고 있다.

1979년 이후 신자유주의 이념을 내세운 보수당정부가 집권하면서 영국의 공공정책은 획기적으로 변화하였다. 공공부문의 역할이 줄고, 복지국가의 개념을 재구성하였으며, 많은 공공시설과 기능이 민영화되어 경제활동과 시장기능의 중요성이 강조되었다. 계획 및 토지정책에서는 구체적인 규제를 줄여 유연성을 높였고, 토지개발과정에서는 민간부문에 대한 규제를 줄여 민간이 토지를 조성하는 방향으로 변화하였다. 1980년대의 규제완화 분위기에 편승하여 계획체계는 프로젝트 중심으로 변화되었다.

토지정책의 이러한 변화는 최근의 환경정책과 많은 갈등을 빚었다. 환경정책은 자동차 오염과 에너지 소비의 감소, 생태적 다양성, 건축물 및 자연자원 유산의 보전, 재생불가능 자원의 보전, 그리고 환경용량 범위 내의 개발 등을 강조하고 있다. 이는 계획에 더 큰 의미를 두는 것이다. 이러한 이유로 인해 1980년대 말부터는 공공정책이 계획을 통해 환경문제와 시장실정에 대한 규제적 관리를 확대하고 있다. 계획이 장소의 질(quality of places)에 대한 환경목표와 경제목표 간의 갈등을 해결해 나가는 수단으로 자리매김하는 계기가 된 것이다.⁵⁸⁾

58) 민병기, 전제논문, p.8.

2. 도시 및 농촌계획

도시및농촌계획은 전국적인 계획지침(National Planning Guidance)과 지역적 지침(Regional Guidance ; RG), 개발계획(Development plan), 마지막으로 기타 지침(Other Guidance)으로 나누어진다. 전국적인 계획지침은 국가가 정책 목표를 고려해 그때그때 제정하는 정책주제에 대한 다양한 기술서라고 할 수 있는데, 1988년 이후에 제정한 개발계획지침만도 20여개가 넘는다. 국가는 지방자치단체가 개발계획을 수립할 수 있도록 지역수준에 맞는 정책지침을 제공한다. 이는 전국적인 계획지침을 지역에 제공하고, 지역의 중요한 정책원칙을 확인하기 위한 것이다. 예를 들면, 투자를 유치하기 위한 대규모의 공업단지 혹은 도로계획 등이 여기에 해당한다. 이 지침의 초안은 통상 지방자치단체간의 합동작업으로 작성된다.

개발계획은 모든 카운티(County)가 지역적 지침에 따라 수립하는 구조계획(StructurePlan ; SP)과 각각의 카운티내 모든 디스트릭트(District)에 대해 수립하는 지역개발계획(District Development Plan ; DDP)으로 구성되어 있다. 즉 도시와 농촌지역을 포함해 카운티 전역에 대해 개발계획을 수립한다. 전자는 광범위한 전략적 계획인데, 여기에는 특정장소의 개발계획이 들어 있지 않다. 예를 들어, 그린벨트 입지에 관한 일반적인 원칙은 여기서 정하나, 정확한 경계선까지 그리지는 않는다. 후자는 상세한 지침을 담은 개발계획이다. 특정한 개발계획은 물론 위치와 경계선까지도 명확히 제시한다. 그린벨트의 경계선도 이 단계에서 정해진다.

대도시나 단일계층의 지방자치단체는 두 개발계획을 하나로 통합하여 수립하므로 이를 통합개발계획(Unitary Development Plan ; UDP)이라 부른다. 개발계획은 다양한 방식으로 작성되나, 주택용 토지의 배분, 경제개발이나 환경보전을 위한 토지이용규제 등처럼 주제를 중심으로 편성하는 것이 일반적이다. 구조계획은 일반적인 방향을 제시하기 위한 단면을 작성하며, 지역

계획과 통합개발계획은 특정지역의 계획도면이 포함되어 있다.

3. 개발권허가제도

영국의 지속가능한 토지이용규제로는 개발권허가제도를 들 수 있다. 이는 전국적으로 토지의 개발을 억제함으로써 모든 토지를 그린벨트지역과 비슷한 수준으로 토지이용을 규제하는 것과 같다. 영국에서는 개발권과 소유권을 분리하여 토지소유자에게는 현재의 상태로 토지를 이용할 수 있는 권한만을 부여하고 장래의 토지개발권은 국가에 귀속시킴으로써 개인이 토지의 개발을 원하는 경우에는 정부로부터 개발허가를 얻도록 강제하는 획기적인 법이 제정된 바 있다. 1947년 영국 노동당정부에 의해서 제정된 유명한 도시및농촌계획법(Town and County Planning Act; TCPA)이 바로 그것이다. 이 법에 의해서 개발허가제도가 도입되었는데, 여기에서 개발권이란 쉽게 말해서 현재 이용양태나 용도보다 경제적으로 더 수익성이 높은 양태나 용도로 바꿀 권한을 의미한다. 요즈음에는 토지소유권은 예컨대 처분권, 임차권, 지상권, 지하에 매립된 광물에 대한 채석권, 일정 높이 이상의 공간에 대한 소위 공중권(Air Rights ; AR)등 여러 가지 분리 가능한 권리의 묶음으로 인식된다. 이런 맥락에서 개발권 역시 토지소유권으로부터 분리 가능한 권리로 보는 경향이 있다.

이와 같이 개인의 토지소유권으로부터 개발권을 분리하여 공공에 귀속시키면, 개발로 인한 이익을 정부가 흡수하게 될 뿐만 아니라 지가를 안정시키고 토지투기를 억제하는 효과가 있다. 대부분의 토지투기 및 지가상승은 장래에 기대되는 개발이익 때문에 발생하는데, 개발권이 없는 토지에 대해서는 투기수요가 발생하지 않을 것이고 따라서 그런 토지의 가격은 안정될 것이다. 개발권을 갖지 않는 토지는 저렴할 수밖에 없으니 정부나 공공기관은 필요에 따라 토지를 싸게 대량 매입할 수 있고 따라서 급증하는 도시용 토

지의 수요에 원활하게 대처할 수도 있을 것이며, 개발권을 정부가 보유하고 있으므로 토지이용계획에 따라 도시형태를 조절하기 쉽다는 이점도 생각할 수 있다. 또한 아울러 개발권허가제는 개발을 제한함으로써 전국을 그린벨트지역으로 묶는 역할을 하게 되어 환경보전을 위한 토지이용규제로서의 역할도 하게 된다. 하지만, 개발권의 분리는 토지를 효율적으로 이용하려는 토지소유자들의 경제적 동기를 위축시키며, 개발권을 효과적으로 행사하기 위한 능률적 토지 행정의 뒷받침이 전제되어야 한다는 점, 그리고 특히 토지소유자들의 거센 반발이 있다는 점 등이 심각한 문제점으로 지적된다. 사실 이러한 여러 가지 문제점들을 극복하지 못하고 영국의 개발허가제는 정권이 바뀔 때마다 수난을 겪다가 제정된지 20년도 못 돼서 결국 보수당정권(대처정권)때에 유명무실해지고 말았다. 개발권허가제도에 대해서 상설하면 다음과 같다. 즉, 토지소유자나 개발업자 등 사업시행자가 개발사업을 시행하기 위해서는 최소한 건축규제, 개발계획규제, 통합된 오염규제, 공공설비간의 연계 등 4가지의 규제에 대해 개발계획허가를 받아야 한다. 이 가운데에서 개발계획규제는 규제조건의 조정과 협상의 핵심이다. 복합적인 사업인 경우에는 관련 공공설비 부서의 동의를 얻는 조건으로 개발을 허가하는 것이 전형적인 개발계획결정이다. 그러나 환경관련 규정은 이를 충족할 때까지는 개발계획허가서가 교부되지 않는다.

개발계획규제체계는 규제범위(Coverage), 재량적 판단시 필요한 고려사항(Considerations), 개발업자의 기여, 또는 의무에 대한 협상(Obligations), 계획결정에 대한 이의제기제도(Appeal)의 4가지 요소로 구성되어 있다.

규제범위는 일반개발명령(General Development order ; GOD)과 용도구역명령(Use Classes Order ; UCO)의 두 가지 수단으로 나뉜다. 개발행위는 모두 법에 따라 개발계획허가를 받아야 한다. 1980년대에는 규제간섭과 비용을 줄이기 위한 방편으로, 개발계획허가가 필요한 영역을 좁히는 방향으로 일반개발명령을 수정하였다. 다만, 농촌지역의 경관 변화는 규제수준을

강화하려는 압력이 많았다. 용도구분명령은 허가가 필요한 토지용도의 변경 행위간 범위를 정하고 있는데, 1980년대 이후의 급격한 경제변화로 인하여 토지이용이 복잡다기화함에 따라 두 개 용도 사이의 엄격한 분리는 점차 부적당하게 되어 1987년에 이를 수정하게 되었다.

개발계획허가의 결정은 재량적 판단의 문제이다. 법원은 계획결정시 중요한 고려사항에 관해 많은 판결을 축적해 왔다. 재량적 허가제도는 기업유치 지역(Enterprise Zone ; WZ)과 간이계획지구(Simplified Planning Zone ; SPZ)에서는 적용되지 않는다. 이 지역에서는 용도지역의 개요가 준비되면 개발업자는 이에 따라서 개발할 수 있다.

개발계획의 결정은 허가, 조건부 허가, 계획협의 조건부 허가, 거절의 네 가지 형태로 이루어진다. 조건은 개발방식과 개발형태를 제한하기 위해 부과한다. 조건에 대한 이의는 계획협의를 통해 협상할 수 있고, 이는 개발업자와 개발계획기관간의 사법상계약체결도 가능하다. 협상은 기반시설의 공급이나 개발을 진행하는데 필요한 사항, 개발의 악영향을 최소화하거나 지역공동체의 혜택을 증진시키기 위해 개발업자와 광범위한 협상을 하는 데에도 이용된다. 이는 개발계획이익(Planning Gain ; PG) 또는 개발이익설(Betterment Tax ; BT)의 형태로 실현된다. 모든 개발계획결정에 대해서 이의신청이 가능하다. 거절 또는 조건부 허가에 이의가 있는 경우 국가계획검사관이 재검토한다. 이는 보통 공적인 조회나 문서에 의해 이루어지며, 대부분의 결정은 정부로부터 위임받은 검사관이 처리한다.⁵⁹⁾

제2절 미국

미국의 토지이용규제는 연방차원의 토지이용규제, 주차원의 토지이용규제, 지방자치단체차원의 토지이용규제로 나누어진다. 연방차원의 토지이용규제

59) 민병기, 전제논문, p.12.

로는 전국적 토지이용계획(National Planning ; NP)이 있고, 주차원의 토지이용규제로는 지역계획(Regional Planning ; RP), 대도시계획(Metropolitan Planning ; MP), 주간계획(Interstate Planning; IP)이 있으며, 지방자치단체차원의 토지이용규제로는 종합계획(General Plan ; GP), 상세계획(Precise Plan ; PP)이 있다.

미국의 토지이용규제는 19세기 전반에는 주로 지방자치단체(county, Municipality, city, town, township)의 주무사항이었으나 최근에는 주정부나 연방정부차원으로 변화되어 가고 있다. 미국의 토지이용규제는 근본적으로 상향적이며 지방자치단체의 고유영역에서 출발하였기 때문에 연방 및 주정부의 역할은 배제되고 각 시나 카운티 등의 지방자치단체는 다양한 제도를 독자적으로 운용해 오고 있었다.⁶⁰⁾

그러던 것이 1960년대에 들어오면서 이와 같은 규제경향에 큰 변화가 일어났다. 즉 연방정부와 주정부가 토지이용규제에 관여하기 시작했고, 장기적 도시성장과 개발전략에 대한 정책계획적 개념이 등장하였다. 그러나 이것은 어디까지나 지방자치단체에 의한 규제의 개략적인 방향을 설정하거나 규제에 필요한 최소한의 요구사항을 설정하는데 한정되었었다.

그러나 최근에는 환경보전을 위해서 연방 및 주정부가 토지이용규제에 개입하는 경향이 있는데, 연방보다는 주정부가 더 적극적으로 토지이용규제를 행하고 있다.⁶¹⁾

60) 김희식, “환경보호를 위한 토지이용규제와 손실보상의 기준 - 미국의 판례를 중심으로”, 부산대 석사논문, 1997, p.32 이하.

61) 1960년대 이후 토지이용규제의 획일성에 대한 비판이 제기되어 유연성, 창조성을 가진 토지이용규제가 모색되었다. 이러한 흐름에 따라 토지이용규제는 종래의 단순히 민간을 규제하는 것에 그치는 것이 아니라 다양한 규제수단을 통해서 민간을 유도하고 적극적으로 양호한 도시환경을 만드는 수단으로 위치지워졌다.

최근에 개발된 다양한 규제수단으로는 「계획적 개발단위(Planned Unit Development ; PUD)」, 「유도적 지역제(Incentive Zoning)」, 「개발권양도(Transferable Development Right ; TDR)」 등이 있다. 계획적 개발단위란 일정규모의 지구개발에 대해서 지역제, 택지분할규제라는 일반적인 개발규제를 대체해서 지구전체의 조화를 보존하면서 밀도규제의 완화나 용도의 혼합화등 유연한 토지이용규제를 도입하는 것을 말한다. 유도적 지역제는 특정한 정책목표를 위해 개발을 적극적으로 유도하기 위해서 용도지역지구의 용적률을 초과하는 것을 허용하는 것을 말한다. 개발권이전이란 지역제에서 정

미국법에서는 Police Power(경찰권 또는 규제권)⁶²⁾이라는 개념이 존재한다. 이것은 이른바 시민의 공동생활에 본래 내재하는 권한이며, 도시(police)의 운영에 요구되는 경찰, 소방, 위생기능을 유지하기 위해 통산 시민의 대표기관인 의회를 통해서 행사되는 권한을 말한다. 이 권한은 각 시민이 그 주권의 일부를 양도함으로써 집단적으로 성립하는 것이며, 각 시민은 당해 주권의 일부를 양도하는 대가로서 경찰·소방 등의 공적서비스를 받을 수 있게 된다. 경찰권을 이와 같이 이해한다면 공적 규제의 결과로서 사인의 재산권이 직접·간접의 제약을 받는 경우에 있어서는 재산권의 상실에 대한 보상을 받을 수 없게 된다.

이와 같은 의미의 규제권은 역사적으로는 기원전 2000년에 바빌론의 함무라비가 주택에 관해서 행하였다고 전해지고 있으며, 영국에서는 12세기와 1666년의 대화재 후에 주택건축에 관해서 이루어졌다는 기원을 가지고 있다. 미국의 경우 1962년에 메사추세츠 식민지가 타인의 건강과 안전에 영향을 미치는 행위(생활방해; nuisance)를 규제하는 법률⁶³⁾을 제정하였고, 1712년에는 필라델피아시에서도 같은 조례가 제정되고, 1801년에는 뉴욕주에서 슬럼문제와 관련하여 건물검사제도가 도입되었다.⁶⁴⁾ 주나 지방정부가 가지고 있는 이와 같은 규제권은 연방수정헌법 제10조에 의해 주에 유보된 권한이라고 일반적으로 승인되고 있다.

해진 용적률 등의 개발허용한도(개발권)중에서 아직 이용하지 않은 부분을 부지(토지)를 떠나서 이전(즉 매각)해서 이전하기전의 개발허용한도를 합해서 개발하는 제도를 말한다; 민병기, 전계논문, p.15 (각주9번)재인용.

62) 미국법의 Police Power는 이하에서 경찰권(Police Power) 또는 규제권으로 표기한다.

63) “타인을 해치지 않는 범위에서 너의 재산권을 사용하라”는 보통법(common Law)상의 법원리에 따라 정부가 생활방해(nuisance)에 대하여 경찰권을 행사할 수 있게 된 점에 바탕을 두고, 인접지·주변지에 대해 생활방해와 유사한 영향을 미치는 토지이용에 대해서 종합적이고 통일적인 경찰권을 행사할 수 있도록 한 것이 Zoning이다. 즉 생활방해(nuisance)의 법리는 Zoning의 기초가 된다. 홍완표, “토지법상 개발권양도제의 도입에 관한 연구”, 서울시립대학교 박사학위 논문, 2000, p.74.

64) 홍완표, “미국 토지이용규제의 법리와 그 평가”, 환경법연구 제26권 3호, 한국환경법학회, 2004, p.297.

1. 미국의 토지이용규제 일반론

1) 토지이용규제의 내용

미국에 있어서 토지이용규제⁶⁵⁾는 일반적으로 경찰권(Police Power), 수용권 및 과세권에 기하여 이루어진다. 이러한 권한은 주정부의 권한에 속하지만, 많은 경우 주는 수권법을 제정하여서 지방자치단체(지방정부, local government)에 수권하고 각 자치단체가 개별적으로 조례를 제정하여 규제한다. 그 중 중심이 되는 경찰권(Police Power)은 주민의 건강, 안전, 도덕, 기타 일반적 복지의 향상을 위해 각종 법률을 제정하여 집행하는 권한이고, 수용권은 공공목적 및 정당한 보상을 요건으로 해서 소유자의 승낙 없이 재산권을 수용하는 권한이다. 이에 반하여 과세권은 독립된 토지이용규제의 방법은 아니고, 다만 균등과세의 필요에 따라 한정된 범위에서 토지이용에 영향을 주는 방법으로 이용된다.⁶⁶⁾

경찰권에 기한 토지이용규제의 내용은 전통적인 Zoning⁶⁷⁾이나 토지구획분할(Land Sub-division Control)⁶⁸⁾외에 시대나 자치단체에 따라 다양하다.

65) 미국의 토지이용규제의 일반에 관하여서는 Hagman, D. G. and Juewensmeyer, J. C., Urban Planning and Land Development Control Law, West Publishing Co, 1986; Levin, M. R., Rose, J. G. and Slavet, J. S., New Approches to State Land-Use Policies, Lexington Books, Massachusetts, 1974 ; 박윤훈, “미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상”, 미국헌법연구 제2호, 미국헌법연구소, 1991; 홍완표, 전계논문 등을 참조함.

66) Levin, M. R., Rose, J. G., and Slavet, J. S., ibid. pp.48-50; 홍완표, 전계논문, p.301재인용.

67) Zoning은 ‘지역사회(community)의 건강, 안전, 도덕, 그 밖의 일반적 복지의 향상’(표준 Zoning수권법(SZEA : Standard Zoning Enabling Act) 제1조)을 위해 지방자치단체의 전역을 지구로 구분해서 각각의 지구에 대해서 부지단위로 토지·건물 등의 위치·형태·용도 등을 무상으로 규제하는 것이다. 지구가 달라지면 규제의 내용이 달라질 수 있지만, 같은 지구내의 동종·동급의 건물에 대한 규제의 내용은 균등(uniform)하지 않으면 안된다(표준 Zoning수권법(SZEA) 제2조).

68) Zoning과 더불어 미국에서 토지개발관리의 주축을 이루고 있는 제도가 토지구획분할(Subdivision Control)이다. 이 제도는 독일, 우리나라의 토지구획정리와 유사한 것으로 도입된 시기는 Zoning과 비슷하다. 미국은 이 제도 역시 Zoning과 마찬가지로 초기의 형태를 많이 개선해서 주로 시가지 외곽지역에 위치한 미개발토지의 개발을 바람직한 방향으로 통제하는 수단으로 적절히 활용하고 있다. 우리나라의 토지구획정리사업이 토지의 평면적인 분할 통제에 그치고 있는 반면에 미국의 그것은 용도, 밀도를 비롯해서 3차원적 통제까지도 가능하게 되어있다. 토지구획분할규제 또는 택지분할규제라고 하기

이에 대하여는 여러 관점에서 유형화하여 볼 수 있겠지만 현재의 주요한 토지이용규제의 근거와 전개 적법절차의 방향을 살펴보기 위하여 다음과 같이 구분할 수 있다.

① 공공부문과 민간부문의 역할에 명확한 선을 긋고, 민간에 의한 토지이용(개발)에 앞서서 자치단체가 사전에 그 전역을 지역(district)로 구별하고 지구마다 다른 규제내용을 원칙으로 하여 확정해 두는 타입의 zoning이 있다. 이는 Zoning의 원형으로 '유클리트 Zoning'이라고 한다.

② 자치단체가 공적인 서비스·공간(인프라·공공시설·amenity)의 정비를 유도하는 개발이 이루어지도록 용적률할증 등의 특전(bonus)을 사용하는 타입의 유연한 Zoning이 있는데, 이것은 '비유클리트 Zoning'이라고 한다.

③ 자치단체가 개발을 인정하는 한편, 공공적인 서비스·공간정비의 부담(부담금 또는 토지·시설·주택 등의 제공)을 강제하는 타입의 규제(Zoning·택지분할규제의 일부 또는 다른규제)가 있는데, 이것은 '개발자부담'(exaction)이라고 한다.

④ 이상의 세 가지는 특전(bonus)의 부여로 하든 부담의 강제로 하든 개발의 가능성을 인정하고 개발의 위치나 형태를 규제하는 방법이다. 이에 대하여 성장관리(growth management)라고 하는 방법은 토지이용규제를 토지이용계획 등의 광범한 관계 속에서 개발가능성 자체까지 규제하는 것이다.

이상과 같이 경찰권(Police Power)에 기한 토지이용규제의 방법은 유클리트 Zoning을 근원으로 한 네 가지 형태로 유형화할 수 있고, 각 자치단체는 지역주민의 의식이나 사회경제적 조건에 맞는 형태를 채택하고 있다. 요컨대 미국의 토지이용규제는 각 자치단체에게 전적으로 수권되어 있는 것으로

도 한다; Hagman, D. G. and Juergensmeyer, J. C., 1986, op. cit. pp.190-239 참조; 홍완표, 전개논문, p.301(각주16번)재인용.

그 내용을 일률적으로 확정하기란 불가능하다. 다만, 미국에 있어서 토지이용규제에 공통적으로 나타나는 점을 제시한다면 규제가 행정기관의 일방적인 것이 아니라는 점을 들 수 있다. 즉 각 유형에 따라 실현하려고 하는 토지이용의 내용이 다르고 그에 따라서 개개의 토지이용에 대한 규제의 범위·강도는 다르게 나타나지만, 그 실현을 위해 시장기구(market mechanism)라고 하는 현실적 수단을 가능한 한 활용하려고 하는 점에서 공통점을 찾아볼 수 있다. 그렇기 때문에 유클리트 Zoning에서는 행정과 민간의 개별적인 협의교섭에 의한 Zoning의 변경이 자주 인정되고 있으며, 비유클리트 Zoning에서는 협의 교섭을 일반적으로 제도화하고 있고, 개발자부담 등의 방법에 있어서도 단순히 규제를 강화하는 것이 아니라 행정과 민간의 상호 이해의 증진을 다른 한편으로 도모하고 있다.

2) 토지이용규제의 목적

Zoning은 1920년대에 대도시 공업지역의 확대로부터 교외의 단독주택지역의 양호한 거주환경을 유지하는 것을 주된 목적으로 하여 고안되었다. 그 후 1956년부터 1960년대 중반에 걸쳐서 고속도로망의 정비와 자동차 소유의 일반화에 의해 인구와 경제활동의 기반이 도심에서 교외로의 분산(교외화)이 격화됨에 따라 토지이용규제 수단은 앞에서 말한 네 가지 유형으로 전개되고 있다.

규제에 의해 실현하고자 하는 바람직한 토지이용의 내용이 무엇인가에 대해서는 이론적으로 다음의 두 가지로 크게 구분할 수 있다.

첫째는, 아직까지 그 영향을 미치고 있는 이론으로서, 바람직한 토지이용은 재산가치의 총화를 높이는 토지이용이라고 보는 견해이다. 부동산에 대한 강력한 사적 소유권과 계약의 자유라는 전통 위에 이루어진 시장이라는 가격기구는 자유경쟁에 의한 이윤확대를 통해 사적 소유권의 경제가치를 높

인다. 단, 토지이용은 인접지·주변지로의 영향이라고 하는 외부효과를 지니고 있기 때문에 이것을 내부화해서 시장기구를 보완하고 지역의 각 사적 소유권의 재산가치의 총화를 가능한 한 높일 필요가 있다. 여기에서 보통법(Common Law)상의 소유권의 남용을 방지하는 “타인을 해치지 않는 범위에서 너의 재산권을 사용하라”는 법원리에 따라 정부가 생활방해(nuisance)에 대하여 경찰권(Police Power)을 행사할 수 있게 된 점에 바탕을 두고, 인접지·주변지에 대해 생활방해와 유사한 영향을 미치는 토지이용에 대해서 종합적이고 통일적인 경찰권을 행사할 수 있도록 한 것이 Zoning이다.

둘째는, 이것과 대조적으로 바람직한 토지이용은 토지이용계획에 나타나는 것이며, Zoning은 이것을 실현하는 수단 중 하나에 지나지 않는다고 하는 견해가 있다. 따라서 경찰권의 행사, 즉 Zoning의 목적은 토지이용계획을 포함함으로써 확대되고, 이것에 의한 토지이용의 질의 확보를 전제로 하여 시장기구가 기능한다는 것이다. 이에 의하면 토지이용규제는 1920년대의 유클리트 Zoning을 원칙으로 하면서 일관하여 확대해왔고 오늘날 성장관리라고 불리는 단계에 이르는 것은 당연하다고 할 수 있다.

3) 토지이용규제의 실태

실제의 Zoning은 앞에서 언급한 어떠한 이론에서도 경제효율성의 결여라던가 환경보호나 주택확보에 충분하지 않다고 하는 등 심하게 비판되었지만 지역주민으로부터는 일반적으로 높게 평가되고 있어 이론과의 반대현상이 뚜렷하다. 자치단체라고 하는 지극히 정치적 존재 아래에서 경제가치의 총화를 중시하는 이론이 주장하는 것처럼 규제내용이 이미 일의적으로 확정된다고 하는 설명은 실태와는 거리가 멀다. 또 토지이용계획을 중시하는 이론에 의하면 Zoning의 유효성 여부는 토지이용계획에 어느 정도 합치하고 있는가를 기준으로 판단되어지지만, 실제로는 수단인 Zoning이 목적인 토지이

용계획보다도 빨리·넓게 제정되어져 있어서 어느 토지이용계획 자체가 왜 정당화되어야만 하는가라는 문제는 미해결이 된다. 자치단체에 따라서는 토지이용계획이 자의적으로 작성되어, Zoning이 공공성이라는 명목 아래 유색인종·저소득자를 가두는 예도 지적되고 있다. 따라서 토지이용 규제의 실태를 분명하게 하기 위해서는 다음과 같은 점도 고려해 둘 필요가 있다.

먼저 토지이용규제가 시장기구에 크게 좌우되어지는 점이다. 예를 들어 탈도심·교외화에 따른 부동산의 공급과잉에 직면하고 있는 많은 도심에서는 Zoning이 결정하는 개발수준에 만족하고 있을 때에는 부동산의 개발은 진전되지 않는다. 반대로 교외에서는 Zoning이 정하는 개발수준까지 응하고 있다는 것은 공급과소가 되는 경우가 많다. 토지이용규제는 시장을 이해하고 시장의 동향에 직면하지 않으면, 기능할 수 없고 효과도 판단할 수 없다.

4) 토지이용규제에 관한 제기관

지방정부에는 주(state)의 하위행정단위로써의 군(county)·군구(township) 외에 행정구역과는 무관하게 주민의 자유의사에 의해 설립된 특별지구(special district)·학교지구(school district)·자치단체(municipality)가 있다.⁶⁹⁾ 이 중 군·군구·자치단체는 일반적인 행정서비스를 위한 지방정부이며, 군·군부 가운데에는 자치단체와 마찬가지로 주로부터 Zoning조례 제정권을 부여받고 있는 것이 있다. 토지이용규제와 관련한 조직으로는 의사결정 기관인 입법부(의회 또는 이사회), 집행기관인 행정부 및 행정위원회의 3개 기관으로 구분된다.⁷⁰⁾

입법부는 토지이용의 기본방침을 정하고, Zoning등의 토지이용규제의 조례 제정 및 조례변경을 행한다.

69) 홍완표, 전계논문, p.304.

70) 홍완표, 전계논문, p.304.

조례변경의 신청접수 및 교부, 개발허가의 신청접수 및 교부·결정 등 토지이용규제의 실무를 담당하는 기관은 행정부의 도시계획국(planning department, Zoning officer)이며, 도시계획위원회(planning commission)⁷¹⁾가 독립적인 경우에는 그 하부기관이 되는 일이 많지만, 규제의 복잡화·전문화에 따라 그 위상이 높아지고 있다.

행정위원회로서는 도시계획위원회와 Zoning조정위원회(board of adjustment, board of appeals)가 중요하다. 전자는 의회를 보조하는 전문위원회이나, 자치단체에 의해 큰 폭의 결정권한을 갖는 것부터 그저 권고적 기능밖에 가지지 않는 것까지 여러 가지다. 후자는 변칙적용(variance)이나 특별허가(special permit)등 Zoning에 관한 불복청구를 다루는 사법적인 위원회이다. 이들의 입법적·행정적 규제 외에 법원에 의한 사법적 규제가 있고, 판례(특히 연방대법원판결)가 규제의 실무에 중요한 역할을 하고 있다.

2. Zoning

1) Zoning의 원형(유클리트 Zoning)

19세기부터 20세기초반에 걸쳐서 경찰권에 근거한 토지이용규제는 개별적·단편적인 규제입법으로 행사되어진 것에 지나지 않았다. 그렇지만 당시의 연방대법원의 판례 중에 그 후의 종합적이고 통일적인 규제입법인 Zoning에 관한 논쟁의 싹이 보인다. 가령 1887년의 머글러 판결⁷²⁾에서는 알코올의 제조·판매를 금지한 캔사스주법이 제정됨에 따라 맥주공장에 심각한 타격을 주게 되었다고 하더라도 생활방해, 즉 공공의 복지를 침해하는 토지이용에 대한 경찰권(Police Power)의 행사이며, 수용에 해당하지 않는

71) SZA 제6조의 Zoning commission에 해당

72) Mugler v. Kansas, 123 U.S.23(1887).

다고 판시했다.

이것에 대해서 1922년의 메이혼 판결⁷³⁾에서는 지표를 함몰시키는 석탄채굴행위를 금지하는 펜실베니아주법의 제정에 의해 채굴권의 행사를 규제할 수 있지만, 그 규제를 지나친 경우에는 수용에 해당하고 정당한 보상을 요한다고 함으로서, 규제와 수용은 정도의 차이라고 했다(홈즈 판사의 의견).

1916년 고층빌딩의 건축이 잇따른 뉴욕에서 고층빌딩군에 자산가치가 집중하고 주변은 암흑이라는 뚜렷한 대조에 의한 부동산가치의 하락을 염려한 5번가 부동산소유자들이 형태규제를 강하게 요구한 것이 발단이 되어 Zoning이 도입되었고, 연방상무성도 1922년에 표준 Zoning수권법을 제정했다. 이처럼 정치부분의 전개가 선행한 후인 1926년 연방대법원은 Zoning에 의한 경찰권의 행사를 합헌이라고 판단했다. 유클리트 판결⁷⁴⁾이 그것이다. 그 직후 이 유형의 Zoning(유클리트 Zoning)은 급속하게 전국적으로 보급되었다.⁷⁵⁾

(1) 유클리트 판결

오하이오주 애리호안에 있는 대공업도시 클리브랜드시의 인접한 곳에 유클리트 마을이 있었다. 유클리트 거리를 따라 당시 실업계의 거물들이 대저택을 가지고 있었는데, 클리브랜드시로부터의 공업화 물결은 이 조용한 교외를 휩쓸었다. 1922년 마을은 거주환경을 유지하기 위해 Zoning조례를 제정하여 마을 전역을 지구로 구분하고 각각의 지구에 대하여 용도·고도·최소부지면적을 상세히 규제했다. 원고인 앰블러부동산회사는 조례제정 전부터 장래 공업지로 개발·처분할 목적으로 구획지를 소유하고 있었는데 동조례에 따라 유클리트 거리에 면한 구획지의 약 2분의 1이 주택지구로 지정되어

73) Pennsylvania Coal Co v. Mahon, 260 U.S.393(1922)

74) Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S.365(1926)

75) Wright, R. R., 1994, op. cit., pp. 172-174; 홍완표, 전계논문, p.306재인용.

버렸다. 지가는 공업지로 개발하면 1에이커당 1만 달러인데, 주택지로서는 1에이커당 2,500불로 75%나 떨어져 버린다. 동회사가 유클리트 마을을 상대로 동조례는 적법절차(Due Process) 조항에 위반되는 재산권을 침해하는 것으로서 위헌 무효화를 요구한 바, 연방순회법원은 Zoning이 주민을 소득별·사회적 지위별로 차별하는 것으로 위헌이라고 판단하였다.

이에 대해 연방대법원은 Zoning을 경찰권의 행사로 인정, 유클리트 마을 승소의 판결을 내렸다. 여기서 서저랜드 판사는

“Zoning이 정당화되는 이유는 공공복지에 이바지하는 경찰권의 행사라 할 수 있기 때문이나, 어떤 Zoning이 경찰권의 행사인지 아닌지는 주위 상황이나 조건에 좌우되므로 명확히 구별할 수 없다. 대도시에 적용될 때는 경찰권을 행사하는 것이라 하더라도 교외에 적용될 때는 그렇지 않은 Zoning도 있다. 따라서 생활방해(nuisance)에 관한 보통법(Common Law)상의 법원리인 ‘타인을 해하지 않도록 너의 재산을 사용하라’가 Zoning이 경찰권의 행사라고 할 수 있을지 없을지를 구별하기 위한 유력한 수단이 된다. 생활방해법에 의해 경찰권을 규정하는 것은 아니지만, 생활방해(nuisance)에 유사한지 아닌지에 따라 Zoning이 경찰권의 행사라고 할 수 있는지 없는지가 분명해진다. 따라서 어떤 일종의 종류 또는 용도의 건물을 Zoning에 의해 금지할 수 있을지 없을지는 어느 일정한 것이 생활방해(nuisance)가 되는지 안 되는지의 문제와 마찬가지로 그 건물이나 물건을 끄집어내서 추상적으로 논할 것이 아니라 주위 상황이나 지역성을 고려하여 결정하지 않으면 안 된다. 경찰권의 행사인 Zoning은 생활방해(nuisance)법을 바탕으로 두고 해석해야 한다.”

고 설명하고 있다. 그리고

“주택지구에서 상업·공업적 토지이용을 배제하는 것은 주민의 건강이나 안전과 합리적 관련성(rational relation)이 있다. 그 논거는 배제에 따라 주민의 건강이 증

진되고, 아이들이 교통사고 등의 위협에서 지켜지고, 혼잡이 진정되고, 화재시 소방 활동이나 도로교통규제, 그 외 주민의 복지를 위한 법률집행이 용이하게 된다. ...교통량이 많은 지역을 일정 범위로 한정하여 도로의 건설·수리를 보다 용이하고 동시에 값싸게 할 수 있다.”

라고 하는 판결을 인용하여 대다수의 주법원도 경찰권을 넓은 의미로 인정하고, Zoning을 지지하는 경향이 있다고 기술하고 있다.

(2) 유클리트 Zoning 문제점

① 빈번한 변경

Zoning에서 지구의 토지이용을 미리 정하고 있어도, 실제로는 민간부문의 개발에 앞서 Zoning의 변경(조례변경, 변칙적용, 특별허가)이 빈번하게 이루어져 자치단체와 개발업자 간의 개별적인 협의교섭과 타협이라는 정치적 게임이 되고 있어서 최종적인 규제의 예측이 곤란하다. 변경이 빈번하게 일어나는 이유는 ㉠ 토지이용계획은 공공사업을 조정하는 기능을 담당하고 있다. 다른 한편 계획과 반드시 연계되지 않는 Zoning이 민간개발을 규제하는 기능을 맡고 있기 때문에 공공사업의 사정에 따라 Zoning의 변경이 필요해진다. ㉡ 사전확정적인 유클리트 Zoning에서는 경제가 급성장하고 수요가 다양화하고 있는 시장의 필요에 대응하지 못하고 이것을 보충하는 절차가 필요해진다. ㉢ 자치단체의 입장에서 개발자와 협의교섭해서 개발을 통제하는 편이 유리하다.

② 환경의 악화와 단조로운 거리 모습

Zoning은 이른바 최초의 환경보호운동이라고 할 수 있다. 하지만 거주환경 유지를 위해 Zoning에 의해 저밀도의 규제를 하거나 지구를 지정해서 양립

하기 어려운 토지이용을 분리해갈수록, 자동차소유의 확산에 의해 신규개발은 그런 자치단체를 넘어 보다 큰 범위로 확대해 나가, 공공투자의 비효율화·이동거리의 장시간화와 동시에 환경의 한층 악화를 초래하고 있다. 더욱이 각각의 지구에서 건물의 높이, 정원·최대부지면적 등을 일률적으로 정하고 있기 때문에 창조성이 결여된 단조로운 거리모습을 보여주고 있다.

③ 다른 자치단체에의 악영향

미국의 도시권은 중심도시가 다수의 소규모인 교외자치단체에 의해 둘러싸여 있는 것이 통례이다. 각 자치단체는 각각의 주민의 이해를 배경으로 해서 강력하고 포괄적인 토지이용규제를 행하고, 더욱이 다른 자치단체에 미치는 영향을 고려하지 않는 경향이 강하다. 이 다원성 때문에 도시권 전체로서 조화가 이루어진 토지이용의 실현이 곤란해지고 있다.

2) Zoning의 변화

(1) 비유클리트 Zoning

규제내용의 사전확정성을 특색으로 하는 유클리트 Zoning은 조례변경·적용제외·특별허가 등의 변형수단을 통하여 그 변경이 빈번하게 이루어져 왔다. 이러한 변형적 운용에 일정한 제도적 틀을 설치해 원칙의 차원까지 발전시킨 것이 ‘비유클리트 Zoning’이라고 불리는 유연(Flexible) Zoning이다. 즉 지방자치단체가 합리적 수익을 기대할 수 있는 범위 내에서 엄격하게 일반적 이용규제를 설정하는 한편, 개개의 개발에 개발자의 선택의 폭을 인정하고 협의 교섭을 하여 바람직한 토지이용의 실현에 맞게 유도해 가는 Zoning이다. 비유클리트 Zoning 및 계획적 종합개발(PUD:Planned Unit Development),조건부(Conditional) Zoning 등이 있으며, 사회적 상황의 변

화, 즉 토지자원의 희소화 경향, 현재 복지국가에서의 정부활동의 증대경향에 따라 인센티브(Incentive) Zoning,⁷⁶⁾ TDR(개발권양도제) 등이 등장하였다.

(2) 인센티브 Zoning

① 인센티브 Zoning의 등장

앞에서 살펴본 비유클리트 Zoning은 1950년대와 1960년대를 거쳐 점차 활발하게 성장하였다. 그리하여 처음에는 종래의 제도에 대한 예외로서 출발하였으나, 점차 예외의 위치에 머무르지 아니한 존재로서 발전되고 법제화되었다.

이러한 비유클리트 Zoning은 Zoning의 다양화, 대상의 확대, 유연화, 창조적 성격의 강화라고 하는 Zoning의 변용을 나타내는 것이다. 이러한 변용은 토지자원의 희소화, 복지국가에 있어서의 정부역할의 증대경향에 따라 더욱 현저하게 전개되고 있다. 최근 이러한 경향을 반영하는 것으로는 보너스 Zoning과 TDR이 있다.

② 보너스 Zoning의 내용과 문제점

보너스 Zoning은 개발자가 개발을 함에 있어서 전부의 토지이용계획상의 프로그램에 참여하여 도시 어메니티(amenity) 등 공익실현에 도움을 주는 방식으로 개발을 하는 경우에는 이에 대하여 용적률의 할증 등의 특전을 주는 등 경제적으로 유리하게 Zoning상의 제한을 완화하여 주는 것이다.⁷⁷⁾ 뉴욕시가 1961년에 Zoning 조례를 개정하여 도입한 이래 대부분의 자치단

76) 광의의 Incentive Zoning에는 협의의 incentive Zoning과 TDR(개발권양도제)이 있으며, 이중 협의의 Incentive Zoning Bonus Zoning이라고 부르기도 한다.

77) Benson, "Bonus or Incentive Zoning - Legal Implications", 21 Syracuse Law Review, 1970, p.895.

체가 도입하고 있다. 뉴욕시의 경우는 광장과 아케이드의 개별시설에 대한 용적률의 완화에 그치지 않고 특별지구(special district)⁷⁸⁾를 지정해 그 지구에 한해 특전 및 부담을 적용하고 있다.

대도시에 있어서는 독특한 지역적 특성을 가지는 근린 또는 특수한 문제를 안고 있는 근린이 존재하는 경우가 많아서 ‘같은 지구에는 균등한 규제’라는 유클리트 Zoning의 지구제만으로는 대응할 수 없기 때문이다.

보너스 Zoning은 자치단체의 재량범위가 넓고 협의교섭의 장기화, 소유자간의 불공평, 공청회의 형해화 등을 불러올 우려가 있기 때문에 협의교섭절차를 규칙화하고 있는 자치단체가 있다.⁷⁹⁾

또한 토지이용상에도 다음과 같은 문제점이 있다. ① 자치단체가 특전의 대상이 되는 공공적인 서비스·공간의 내용을 광장·아케이드 등에서 주택·보육소·직업훈련시설 등 사회정책적인 사항에까지 확대시킴에 따라 용적률이 급증하고 있다. 개발자는 이러한 것을 재산에 넣으려고 특정개발만을 더욱 거대화·고밀화하는 경향이 있다. 게다가 공공적인 서비스·공간의 내용과 유지관리가 모호하게 된다. ② 인센티브 Zoning이 유효하게 기능하기 위해서는 개발을 향한 왕성한 경제적 활력이 없으면 안 된다. 또한 입지조건에서 기대되는 수준보다도 엄격한 내용의 일반적 이용규제가 전제로서 설정되어 있지 않으면 안 된다.

3. 주정부 중심의 토지이용규제

1) 주정부에 의한 토지이용규제의 합헌성

78) 최초의 특별지구는 1968년에 브로드웨이의 극장가로서의 특성을 유지하기 위해 지정된 특별극장지구이며, 이 지구는 1982년에 미드타운 특별지구내의 하나로 흡수되었다. incentive의 주된 내용은 극장의 신설과 수복에 대한 용적률의 할증, 미이용 용적률 이용권의 이전, 일정규모이상의 개발의 5% 이상을 극장관계의 용도로 충당하는 것 등이다.

79) 예를 들면 뉴욕시의 통일적 심사절차(ULURP)가 있다.

미국에서는 주정부가 토지이용규제를 결정한다. 미국의 사법부는 주정부에 의한 토지이용규제를 존중하는 차원에서 거의 무제한의 재량권을 인정하고 있다. 앞에서 살펴본 유클리트판결이 그 예이다. 이 판결에서 법원은 지역지구법(Local Zoning Act ; LZA)의 합헌성에 대하여 공공의 건강, 안전, 도로 또는 일반 복지에 실질적인 관련이 없고 합리적이며, 독단적이지 않다면, 지역지구제는 합헌이라고 판결하였다. 유클리트 판결과 이후의 판례들은 공공의 건강, 안전, 도덕과 일반복지증진에 합리적으로 관련이 있는 경우에 주정부의 토지이용규제는 헌법상 존중되어야 한다는 원칙을 만들었다.⁸⁰⁾

유클리트판례는 규제권(Police Power ; PP)의 정당한 행사로서 토지이용규제가 이루어질 경우, 누구의 건강과 일반 복지가 증진되어야 하는가하는 의문을 남겼다. 아주 최근까지만 해도 법원은 이 문제에 대하여 규제권의 범위를 제한해야 할 필요성을 느끼지 못했다. 연방 대법원이 다루었던 대부분의 법령들은 자치시(County)의 경계를 벗어나 실질적인 영향을 미치지 않았다. 하지만 법원은 지난 20년간 토지이용규제에 있어 이보다 더 지역에 한정하여 판단하는 경향을 보였다. 리버모어판결(Associated Home Builder of Greater Eastbay v. city of Livermore)에서 캘리포니아주 대법원은 토지이용법령의 유클리트식의 기준을 재해석하였는데 법원은 지역 토지이용규제가 근접지역사회의 주민들에게 심각하게 영향을 준다면 규제는 단순히 해당 지역의 복지차원이 아니라 지역전체의 복지차원에서 다루어져야 한다고 판결을 내렸다. 이 판례에서 법원은 토지문제에 관해서 과거 판

80) 또한 연방대법원은 각 주가 토지이용목표를 달성하기 위해서는 공용수용(eminent domain)도 행사할 수 있도록 광범위한 자유재량을 부여했다. 예를 들어 1983년에 연방대법원은 하와이에서 토지소유의 집중을 줄이기 위해서 대지주에서 차용인들에게 토지를 재분배하면서 손실보상을 행사할 수 있는 권한을 하와이 주에 인정했다(Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 104 S. Ct. 2321(1984)). 여기에서 연방대법원은 공공의 사용이 합리적인 근거로 뒷받침되어 있는 한 주의회의 결정을 존중할 것이라고 선언하였다. 또한 공용수용의 권한(power of eminent domain)의 행사가 실현될 수 있도록 공공의 목적에 합리적으로 연관이 되어있는 한 보상을 전제로 한 수용은 비록 토지가 일차적으로 개인에게 양도되었다고 하더라도 미국 수정 헌법 제5조의 공용수용 조항에 의해서 금지되지는 않는다고 판단하였다.

례의 소극성에 대해 언급하면서 사법자제는 법적인 포기가 아니라고 판시했다. 또한 규제가 지역 전체의 복지와 합리적으로 연관이 있어야 한다는 말은 그 연관이 실질적이고 실제적이어야 하며 환상이 아닌 사실적인 합리성이어야 한다고 판시하였다.⁸¹⁾

법원은 리버모어(Livermore)판결에서 주정부의 토지이용규제를 무조건적으로 지지하지 않을 것임을 명확히 했다. 그러나 이전의 판례에서 인정된 주정부의 토지이용규제에 관한 합법성은 여전히 지속되고 있다. 또한 법원은 주정부의 토지이용규제에 대하여 이의를 제기하는 자가 위헌을 증명하도록 입증책임을 지우고 있다. 캘리포니아주 의회는 1980년 증거법(evidence code)을 개정해서 이의제기자에 대한 입증책임을 완화했다. 즉, 법령에 이의가 제기되면 당해 행정청은 해당 지역사회의 공공 건강, 안전 또는 복지의 보호 차원에서 행사 가능한 건축허가의 재량의 필요성을 입증해야 한다. 또한 개발 가능한 건축부지의 수를 제한하는 규제의 필요성도 증명해야만 한다.

2) 규제권행사의 합법적 요건

규제권의 행사에 의한 토지이용규제는 헌법상의 재산권보장규정에 합치되어야 한다. 규제권의 행사에 의한 토지이용규제의 합헌 요건은 주에 있어서는 연방헌법 수정 제5조의 문제로서 논의되었다. 규제권의 행사가 합헌이기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

(1) 목적의 정당성

81) Associated Home Builders v. City of Livermore, 18 Cal. 3d. 582,605-06,557 P.2d 473,486,135 Cal. Ptr. 41,54, 1976.

규제권의 권한과 내용을 명확하게 정의하기는 매우 어렵다. 판례에서 빈번하게 사용하는 용어로 표현한다면 공공의 질서(public order)·건강(health)·도덕(moral)·일반적 복지(general welfare)를 보호하기 위한 개념이다. 그러나 「일반적 복지」라는 개념은 상당히 불확정적인 개념이다. 이러한 개념은 사회적 상황이나 가치체계에 의하여 충분히 변화할 수 있는 개념이다.

유클리트판결당시에는 목적의 정당성을 좁게 해석하였다. 그 당시에는 「일반적 복지」의 개념을 「공중의 보건·안전·도덕」과 다른 독립된 목적으로 인식하지 않고 「공중의 보건·안전·도덕의 보호」와 직접적·구체적인 관계가 있는 것으로 한정하였다. 그것은 당시 미관보호가 토지이용규제의 정당한 목적에서 제외된 것에서 알 수 있다. 이러한 예로는 1905년 폐식판결(*passic v. Paterson Bill Posting, Advertising & Sign Painting co.*)에서 광고판의 규제는 공중의 건강·안전·도덕의 보호와 아무런 관련이 없는 미관보호를 목적으로 하는 것으로 규제권의 정당한 목적이 될 수 없다고 판시한 것을 들 수 있다.

(2) 수단의 합리성

판례를 분석해보면 이 요건은 다시 세 가지로 세분된다.

① 입법목적과 수단의 관련성

목적과 수단간에는 합리적 관련성(reasonable relation), 실질적 관련성(substantial relation)이 필요하며, 수단이 목적실현을 위해서 필요하고 적절한 것이어야 한다.

② 수단의 차별성

연방헌법 수정 제14조의 평등조항(equal protection clause) 및 주헌법상의 유사규정의 문제이다.

③ 재산권의 침해의 정도

재산권이 받는 침해의 정도가 강해서 몰수적일 때에는 수단의 합리성이 부인된다. 즉 규제에 의한 재산권의 침해와 규제에 의하여 실현하려는 사회적 이익을 비교형량하여 재산권에 미치는 침해가 더 클 때에는 비합리적인 것이 된다. 이것이 재량기준(balancing test)이다. 그러나 구체적 사례에 있어서는 규제권의 행사결과 재산적 가치가 영 내지는 그에 가까운 정도로 침해된 경우에도 합헌으로 판단한 판례와 재산권 침해의 정도를 강조하여 재량기준을 적용함으로써 위헌으로 판단한 판례가 모두 공존하고 있다. 서로 모순되는 판례의 두 가지 흐름은 오늘날 수용논쟁을 초래하고 있다. 예컨대 규제의 종류와 성격에 따라 재산권의 침해가 문제되는 경우와 문제되지 않는 경우로 구분하는 등 서로 모순되는 판례를 통일적으로 설명하려는 노력이 이루어지고 있다.

재산권에 대한 침해의 정도를 이유로 토지이용규제를 위헌으로 판단한 판례로서 유명한 것은 메이혼판례(Pennsylvania Coal Co v. Mahon, 260 U.S 393)가 있다. 이 판례는 재산권에 대한 침해의 정도를 직접적으로 문제 삼아 규제권의 행사에 의한 토지이용규제를 위헌으로 판단한 판례로서 그 선례적 의의가 크다. 이 사건에서 지표와 지상가옥의 붕괴를 초래할 석탄채굴을 금지한 펜실바니아주법을 근거로 하여 붕괴가 예상되는 가옥의 소유자가 석탄회사에 대하여 채탄작업의 금지를 청구했다. 원고의 토지는 원래 부근일대의 토지소유자였던 피고 석탄회사가 채굴권을 유보하고 지표의 권리만을 분양한 토지의 일부이며 토지양도계약서에 채탄으로 인한 모든 손해에 대하여는 그 청구권을 포기한다고 명시되어 있었다.

이 사건에서 다수의견을 쓴 홈즈(O. W. Homes)대법관은 먼저 일반론으로

서 재산권은 규제권에 의해서 제한될 수 있으나 일정한 한계가 있다고 하였다. 그 한계를 정하는 하나의 기준은 재산권의 가치감소의 정도라고 하였다. 다음으로 형량기준을 적용하여 한편으로 주법이 배제하려는 해악은 사회일반에 공통된 것이 아니며 한편으로 공공이익은 한정적인데 대하여 다른 한편으로 규제에 의한 재산권의 침해정도는 대단히 크다고 하였다. 따라서 그러한 강도의 재산권 침해를 정당화할 만한 공공이익이 없는 이 사건에서의 주의 규제권에 의한 토지이용규제는 위헌이라고 판단하였다.⁸²⁾

4. 개발권선매제도

1) 의의

미국에서는 1970년대에 들어와서 개발권선매제도가 농지 및 공지보전을 위한 정책수단으로 급부상하였다. 농지 및 공지보전에 관한한 개발권선매제도는 특히 인구가 조밀한 미국 동북부지역에서 가장 많이 이용되는 법정책수단으로 자리잡았고 그 인기는 날로 높아가고 있다고 한다.⁸³⁾

「개발권선매제도」는 “토지소유권은 인정하되 개발권을 정부가 토지소유자로부터 미리 매입하는 제도”이다. 토지소유자는 소유권은 보유하되 개발권은 행사하지 못한다. 미국에서는 1972년 뉴욕주의 서포크(Suffolk)군이 최

82) 다음으로 Homes대법관은 사건에서의 주법의 일반적 유효성에 대하여 논하였다. 채굴권을 실제로 행사불가능하게 한 주법은 석탄에 대한 재산권을 수용 또는 파괴한 것이나 마찬가지라고 하였다. 그리하여 후세에 커다란 영향을 미친 「적어도 일반적 원칙으로서 재산권은 어느 정도까지 규제를 받지만, 그 규제가 지나친 경우에는 수용으로 된다, 그것은 정도의 문제이며, 일반적 명제에 의하여 처리될 수 없다」는 구절을 남겼다.

83) Freegood, J, "PDR Programs take root in the Northeast", in Journal of Soil and Water Conservation, September-October, 1991, pp.329-331 ; 이정전, “토지소유권과 개발권의 새로운 정립”, 새 밀레니엄시대에 국토관리 어떻게 할 것인가?, 국토연구원·대한국토도시계획학회·경제정의 실천 시민연합·한국토지공사, 1999, p.79 이하에서 재인용. 개발 권선매제도의 본래 취지가 “도시주변의 농지 및 공지의 보전”이라고 하지만, 도시주변의 농지와 공지를 개발되기 이전의 상태로 유지시키고 개발을 억제하는 것이 곧 우리나라의 개발제한구역의 규제상태와 같다는 의미에서 이는 곧 환경보전을 위한 토지이용규제라고 볼 수 있다 할 것이다.

초로 실시하였던 것으로 알려지고 있다. 84) 이어서 1977년 매릴랜드 주, 1978년 뉴저지 주가 이 제도를 도입하였고, 1978년 펜실바니아주에 이르기까지 보스톤으로부터 미국의 수도 워싱턴시에 이르는 미동북부의 인구조밀 지역 거의 전역에 걸쳐 빠른 속도로 개발권선매제도가 보급되었다. 이들 지역에서 개발권선매제도의 목적은 우량농지보전이다. 개발권선매제도가 실시되기 이전에는 농지보전을 위한 대책은 대체로 두 가지였다. 그 하나는 지역지구제의 취지에 따라 우량농지를 농업지역으로 묶어버리고 토지이용규제의 대폭 강화를 통해서 개발압력을 봉쇄하는 것이었다. 그러나 이 방법은 대도시에 인접한 우량농지에 대해서는 그리 큰 효과가 없었다. 개발이익을 노리는 세력들이 정치권과 결탁하여 토지이용규제 완화를 요구하는 압력이 지방자치단체가 견딜 수 없을 만큼 거세기 일수였기 때문이다. 다른 또 한 가지 방법은 농민들의 농지보전에 조세감면의 혜택을 주는 것이다. 하지만 이 방법 역시 거세게 밀려오는 개발압력을 막는 데에는 역부족이었다. 왜냐하면 미국 우량농지의 약 1/5이 대도시권에 속해있거나 인접해 있는 탓으로 개발이익이 조세감면의 이익보다 워낙 컸기 때문이다.85)

2) 장점

개발권선매제도가 실시된 이후 장기적으로 농지를 보전하는 데에는 이 제도가 가장 효과적이라는 평가를 받게 되었다. 농지보전에 관하여 이 제도는 다음과 같은 여러 가지 장점을 가지고 있다.

(1) 높은 호응도

84) Daniels, T.L., "The purchase of Development Rights: Preserving Agricultural Land and Open Space", in journal of the American Planning Association, Vol57, No.4. Autumn. 1991, p424.

85) 천병태, 「미국행정법」, 부산대학교출판부, 1992, p.56 이하

개발권선매제도는 어디까지나 이해당사자들 사이의 합의에 입각한 제도이므로 우선 농민들의 호감을 살수가 있었다. 실제로 팔겠다고 내놓은 개발권이 지방자치단체가 사들일 수 있는 것보다 더 많았다. 따라서 지방자치단체는 소정의 심사를 거쳐 가장 적합한 우량농지만 골라서 보전할 수 있었다. 물론 적합한 우량농지를 선정하는 기준이 그리 간단하지 않다. 크게 보아 두 가지 기준이 있을 수 있다. 그 하나는 해당 농지의 비옥도 및 생산성이고 다른 하나는 해당 농지에 가해지는 개발압력의 강도이다. 되도록 비옥하고 생산성이 높은 농지를 우선 보전해야 하겠지만 또한 개발의 압력이 강해서 보전대책이 시급한 농지부터 보전해야 할 필요성도 있다. 대부분의 지역에서는 이 두 가지 기준을 적절히 절충하는 방법을 택하였다.

(2) 농지보전의 영속성 제고

개발권선매제도는 앞으로 진정으로 농업에 종사하려는 사람들이 농지를 보다 더 손쉽게 구득할 수 있게 함으로써 농지보전의 영속성을 높인다. 왜냐하면, 개발권을 매각한 농지의 가격은 저렴한 수준으로 떨어질 뿐만 아니라 투기적 요소가 사라지므로 농지의 가격이 장기적으로 안정화되기 때문이다. 실태조사에 의하면 개발권을 판 농민의 대부분은 농업에 전념할 생각을 가진 사람들이고, 이들이 은퇴한 다음에는 대개 가족들이 그 농지를 이어받기를 원했다. 결과적으로 개발권선매제도는 농민으로 하여금 신념을 가지고 농업에 전념하도록 도와주는 효과가 있었던 것으로 조사되고 있다.⁸⁶⁾

(3) 재정적 안전성 제고

86) 물론 개발권을 매각한 농지가 반드시 농업에만 쓰이라는 보장은 없다. 비록 도시용으로 개발되지는 못한다고 하더라도 관광/오락용으로 이용되거나 야적장으로 이용되거나 또는 기타 다른 이상한 용도로 이용될 수도 있다. 따라서 규제당국은 사후관리를 철저히 할 필요가 있다.

개발권선매제도는 농민들의 재정적 안전성을 높여 주었다. 어차피 계속 농사에만 전념하려는 농민은 개발권을 매각함으로써 목돈을 손에 쥌 수 있다. 조사결과에 의하면, 많은 농민들이 개발권 매각대금으로 저렴한 농지를 구입하여 영농규모를 늘리거나 시설확장에 투자하거나 혹은 빚을 청산했던 것으로 나타났다. 어쨌든 농민의 손에 들어간 개발권매각대금은 대부분 다시 그 지역사회에 뿌려져 지역경제를 활성화하는 데에도 기여하였다.

3) 단점

(1) 과도한 재정부담

이런 여러 가지 장점에도 불구하고 개발권선매제도는 개발권매입에 소요되는 막대한 자금을 정부가 마련해야 한다는 치명적 약점을 가지고 있다. 특히 보전의 가치가 높은 대도시 근처 농지의 개발권을 매입하기 위해서는 막대한 자금이 필요하다는 것은 두 말 할 필요가 없다. 그래서 미국의 많은 지방자치단체들은 그 자금을 채권에 의존하고 있다.

(2) 집적의 이익곤란

과도한 재정부담이외에도 미국의 개발권선매제도는 여러 가지 문제점을 가지고 있다. 우선 농지보전에 있어서 집적의 이익 내지는 규모의 경제를 달성하는 데에 큰 어려움을 겪고 있다는 점이다. 농지나 공지의 보전이 제대로 되려면 보전될 농지나 공지가 일정규모 이상으로 한 덩어리로 연결되어 있어야 한다. 예컨대 농지가 도시용 토지의 사이에 듬성듬성 끼어 있으면 농업용으로 제대로 사용되지도 못할 뿐만 아니라 개발의 압력에 견디지 못한다. 이점은 생태계에서도 마찬가지이다. 예컨대 호랑이나 곰이 사는 생태

계를 네 조각으로 격리시키면 호랑이나 곰이 서식하지 못하고 멸종한다. 생태계에도 집적의 이익과 규모의 경제가 존재한다. 그런데 앞서도 지적하였듯이 미국의 개발권선매제도는 이해당사자들의 합의를 바탕으로 하고 있다는 점에서 자발적 참여의 제도이다. 그래서 예를 들어서 연결되어 있는 A농장, B농장, C농장의 소유자들이 모두 자발적으로 개발권을 매각한다는 보장이 없다. 만일 B농장의 주인은 개발권을 매각하는데 A농장과 C농장의 주인이 개발권을 매각하지 않는다고 하면, 상호 조화되지 않는 토지용도가 오랜 기간 병존하는 현상이 나타나고 결국 B농장도 제대로 보전하기 어렵게 된다. 미국 동북부 지역의 보전대상 우량농지의 대부분이 대도시에 인접해 있기 때문에 보전농지를 한 덩어리로 묶기가 더욱 더 어려워진다. 앞에서 예를 든 뉴욕주의 서포크 군은 롱아일랜드 동북부 2/3을 차지하고 있는데, 바로 이 지역에서 보전대상 우량농지가 들판 들판 지정되어 있다.

(3) 대상농지선정의 장기화

개발권선매제도는 운용면에 있어서도 문제점이 있다. 예를 들면, 앞에서 말한 여러 가지 기준을 실제에 적용하여 보전대상 우량농지를 심사하고 선정하는 데에는 경우에 따라서 상당한 시일이 소요될 수가 있다. 예컨대 펜실바니아주에서는 심사에 일 년 이상 걸리기도 한다. 이런 장기에 걸친 심사 과정은 개발권매각을 신청해놓은 농민에게 많은 불편을 주어 큰 불평을 사고 있다.

(4) 과잉보상의 여지

개발권선매제도를 비판하는 사람은 이 제도가 과잉보상의 여지를 다분히 가지고 있다고 주장한다. 특히 대도시에 인접한 농지의 높은 가격은 농민

자신의 생산성 증대 노력보다는 도로, 상·하수도, 학교 등 공공투자 형태의 사회적 노력으로 인한 가치를 더 많이 반영한다. 특히 개발권의 가격에는 이런 사회적으로 창출되는 가치가 압도적으로 큰 비중을 차지한다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 개발권을 매각한 농민은 결국 국민의 세금으로 창출된 가치를 독식하는 꼴이 된다. 그러나 이런 비판은 사실 개발권선매제도에만 국한되는 것이 아니고 자본주의 시장경제에 있어서는 개인의 노력과는 관계 없이 공공의 노력에 의하여 창출된 가치를 개인이 착복하는 과정, 즉 공익의 사익화 현상은 토지와 관련하여 늘 일어나는 문제이다. 개발압력이라는 것이 대부분 공익의 사익화를 노린 것이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

4) 개발권선매제도의 성공을 위한 조건

이런 여러 가지 문제점에도 불구하고 개발권선매제도는 미국에서 정치적으로도 대단히 인기 있는 제도로 알려져 있다. 왜 이 제도가 그렇게 인기를 끌고 있는가를 심층분석해본 연구도 있는데, 이 연구는 아이러니하게도 도시로부터의 개발압력이 강한 대도시 인접지역일수록 관계 주민들이 농지 및 공지보전에 대한 요구가 강하고 따라서 이런 지역에서 이 제도에 대한 지지도가 현저하게 높다는 사실에 주목하였다. 결국 많은 사람들, 특히 교외지역에 사는 사람들이 농지나 공지를 단순히 농산물을 생산하는 토지로 보지 않고 생활환경의 일부로, 나아가서 높은 생활의 질을 구성하는 필수요소로 보는 의식의 전환이 개발권선매제도에 대한 높은 인기의 밑거름이 되고 있다는 결론을 내리고 있다.⁸⁷⁾

87) Pfeffer, M. and Mark B. Lapping, "Public and farmer support for purchase of development rights in the metropolitan northeast," in Journal of Soil and Water Conservation, January/February, 1995, pp30-33.

5. 개발권양도제도

1) 개발권양도제도의 취지

개발권선매제도의 최대의 약점은 개발권매입에 소요되는 막대한 경비의 조달문제이다. 이하에서 살펴볼 개발권양도제도는 개발권선매제도의 바로 이런 약점을 보완하기 위한 대안으로 등장한 제도이다.

우리나라에서는 흔히 그린벨트로 불리는 개발제한구역을 해제하려는 시도가 1998년부터 본격적으로 벌어지고 있지만 우리나라와 같이 지역지구제를 실시하고 있는 미국에서는 우리나라 그린벨트와 비슷한 토지이용규제지역을 계속 늘려가고 있다. 이 경우 토지이용규제를 받는 지역의 토지소유자가 당하는 재산상의 손실을 국민의 세금으로 보상하지 않고 어디까지나 개발이익으로부터 보상하는 방법이 미국에서 최근에 많이 이용되고 있다. 개발권양도제도가 바로 그런 방법의 하나이다. 최근 미국에서는 이 개발권양도제도가 토지이용규제에 있어서 미래의 큰 흐름이 될 것이라는 예상이 공공연하게 나오고 있고, 어떤 도시계획가는 지역지구제가 도입된 이래 개발권양도제도는 가장 혁신적이고 잠재력이 풍부한 토지이용규제 수단이라고 평가하고 있으며, 또 어떤 도시계획가는 개발권양도제도가 앞으로 기존의 지역지구제를 상당한 정도 대체할 것으로 내다보고 있다.⁸⁸⁾

2) 전제조건

최근 미국에서 개발권을 토지소유권으로부터 분리시키는 가장 큰 인유는

88) 이 두 번째 평가는 미국 라트거스대학(Rutgers University)의 Jerome Rose교수가 했던 것으로 Prentiss는 인용하고 있다. 다음 문헌 참조 : Prentiss, W. "Transferable Development Credits : A Controversial Land Use Tool", California Waterfront Age, Spring, 1987, pp32-36.

깨끗하고 쾌적한 환경이나 아름다운 경관과 같은 토지관계 공공재를 공급하거나 우량농지확보나 저소득계층의 주거 공간 확보와 같은 공익을 위한 토지를 확보하기 위함인데, 이러한 의도가 제대로 달성되기 위해서는 다음과 같이 몇 가지 조건을 충족시켜야 한다. 분설하면 다음과 같다.

(1) 엄격한 토지이용규제

특정목적의 토지에 대하여 엄격한 토지이용규제가 있어야 한다. 어떤 지역의 토지를 우량농지로 보전하기 위해서는 이 토지에 대하여 엄격한 규제를 가하지 않고는 보전이 매우 어렵다. 녹지나 우량농지를 잠식하는 개발압력이 워낙 거세기 때문이다.

(2) 충분한 보상

토지이용규제 대상 토지소유자에게 충분한 보상이 지급되어야 한다. 아무리 공익상 바람직한 정책이라도 이해관계자들의 반발이 강해서는 당초의 정책의도가 좌절되거나 왜곡될 우려가 있다. 개발권선매제도가 성공할 수 있었던 이유도 이해관계자들의 반발을 성공적으로 무마할 수 있었다는 점이다.

(3) 재정부담 최소화

극히 예외적인 상황이 아니면 토지이용규제로 인한 재산상의 손실을 보상하기 위한 자금이 국민의 혈세로 충당되지 않아야 한다. 개발권선매제도는 이 조건을 충족시키지 못하였다. 흔히 보듯이, 과도한 정부재정을 필요로 하는 사업은 효과적으로 수행되기 어렵다.

(4) 용도규제의 용이한 전환

필요에 따라서 규제를 받고 있는 토지를 개발용으로 손쉽게 전환할 수 있어야 한다.

3) 내용

흔히 말하는 전형적인 개발권양도제도는 주로 미국에서 많이 이용되고 있는 제도인데, 미국에서는 위의 네 가지 조건들 모두를 충족하는 유일한 토지관련 정책수단은 개발권양도제도인 것으로 평가되고 있다.⁸⁹⁾ 간단히 말해서 「개발권양도제도」란 “특정지역에 있는 토지의 소유자에게 개발권을 행사하지 못하게 하는 대신 다른 지역에서 그 개발권을 행사하게 허용하는 제도”를 말한다.⁹⁰⁾ 예를 들어서 도시지역에 인접한 어떤 우량농업지역이 개발압력으로 잠식당할 우려가 높다고 하자. 이 지역을 앞으로도 계속 우량농업지역으로 유지하는 한 가지 방법은 이 지역의 토지에 대하여 소유권은 인정하되 개발권을 행사하지 못하게 제한하는 것이다. 하지만 이런 방법은 당연히 토지소유자들의 강력한 반발을 사게 될 것이다. 따라서 토지소유자의 반발을 무마할 필요가 있는데, 그 한 가지 효과적인 방법은 토지소유자에게 개발권을 인정해주되 다만 그 우량농업지역에서 행사하지 않고 다른 지역에서 행사하게 만드는 것이다. 말하자면 개발권이 이전되는 셈인데, 개발권의 행사가 제약되는 지역을 보전지역이라고 하고 개발권의 실제 행사가 허용되는 지역을 개발지역이라고 한다. 보전지역의 개발권이 개발지역으로 옮겨지기 때문에 흔히 보전지역을 개발권 송출지역(Sending Area)이라고 부르기도 하며, 개발지역을 개발권 수용지역(Receiving Area)이라고 부르기도 한

89) Washbon, W.E., "How to save Prime Farmland," in American Land Forum Magazine, Fall, 1985, pp.11-12; 이정진, 전계논문, p.987에서 재인용.

90) 박수혁의 7인, 전계논문, p.81.

다.

개발권양도제도는 지역지구제를 토지이용규제의 근간으로 삼고 있는 미국에서 이미 1960년대부터 실시되었다고 하니, 최근 미국의 도시계획가들이 제1세대 개발권양도제도와 제2세대 개발권제도를 구분하는 것도 큰 무리가 아닌 것 같다. 제1세대 개발권양도제도는 뉴욕과 시카고 등에서 보듯이 주로 도심지의 역사적 유물을 보전하기 위한 목적으로 실시되었다. 뉴욕시는 1965년에 「역사적유물의 보전을 위한 법률」을 제정하였다. 이 법률은 역사적 유물이 있는 토지소유자의 개발권을 크게 제약하기 때문에 이들이 거세게 반발하였다. 이 문제를 해결하기 위하여 1967년 뉴욕시는 개발권양도제도를 도입하였다.⁹¹⁾ 이 제도를 적용한 유명한 사례로는 뉴욕의 역사적 상징물인 Grand Central Station의 보전을 꼽을 수 있다. 이 역이 위치한 토지에는 원래 용적률 1800%의 건물을 지을 수 있었는데, 이 법률에 의거해서 시정부는 용적률을 200%이하로 묶어버렸다. 이에 대한 보상으로 이 건물의 소유자는 다른 지역의 개발권을 제공받았다. 건물의 소유자는 이 개발권을 매입하여 인근지역에 있는 호텔을 고층화하는 데에 이용하였다. 결국 시정부는 재정적 손실없이 역사적 유물을 보전할 수 있었다. 후에는 이런 뉴욕식의 개발권양도제도가 미국의 다른 도시로 확산되었다. 예를 들면 1985년에는 샌프란시스코에서도 역사적 유물을 보전하기 위하여 이 제도를 실시하기 시작하였고, 피츠버그에서는 역사적 유물이 있는 지역뿐만 아니라 비영리 예술 활동 건물이 있는 지역의 보전을 위하여 개발권양도제도를 실시하였다.

대체로 보면 제1세대 개발권양도제도는 송출지역과 수용지역이 이웃해 있거나 길 하나를 두고 떨어져 있는 정도로 인접한 지역에 국한해서 적용되었다. 개발권양도제도의 실제 운용에서 한 가지 매우 까다로운 문제는 송출지

91) Prentiss, W., "Transferable Development Credits : A Controversial Land Use Tool," California Waterfront Age, Spring, 1987, pp.32-36.

역에서 오는 개발권을 수용지역에서 어느 정도의 값으로 쳐주느냐의 문제였다. 소위 말해서 송출지역 개발권과 수용지역 개발권 사이의 환산문제였다. 그러나 한 도시 안에서 길 하나를 사이에 둔 송출지역과 수용지역 사이에는 개발가능성에 별 차이가 없을 것이므로 송출지역의 개발권과 수용지역의 개발권을 1대1로 동등하게 취급해도 상관이 없었을 것이다. 대체로 보면 도시 안에서 개발의 정도는 확보가능한 공간으로 측정하며 이는 보통 연면적으로 나타낸다. 예컨대 용적률 400%가 허용되는 지역에서 바닥 면적 200평의 땅에 건물을 지을 경우 확보가능한 공간은 연면적으로 해서 800(=200*4)평이 된다. 만일 송출지역과 수용지역이 바로 인접해 있다면, 예컨대 송출지역에서 연면적 5천 평의 개발권은 수용지역에서도 똑같이 연면적 5천 평의 개발권으로 간주될 것이다. 이와 같은 방법으로 한 도시 안에서 인접한 지점에서의 개발권 환산문제는 간단하게 해결되었다.

제2세대 개발권양도제도는 공지나 자연녹지 및 생태지역의 확보 혹은 환경적으로 취약한 지역의 보호, 경승지에 대한 조망권의 보호 등 전통적인 목적 뿐만 아니라 최근에는 중저소득계층을 위한 주거지역의 확보 혹은 특정 형태의 주거지 확보 등 실로 다양한 목적을 명분으로 삼고 있다는 데에 그 특징이 있다.⁹²⁾ 제2세대 개발권양도제도의 또 하나의 특징은, 대체로 적용되는 공간적 범위가 매우 광활하며 따라서 송출지역과 수용지역이 멀리 떨어져 있을 뿐만 아니라 자연적 여건이나 사회적 여건이 전혀 다른 잡다한 지역을 포함하는 경우가 많다는 것이다. 이럴 경우에는 송출지역과 수용지역 사이의 개발권 환산문제가 복잡해질 가능성이 높다.

4) 시행절차

92) Ziegler, E. H. "The Transfer of Development Rights", Zoning & Planning Law Report, Vol.18, No.8, 1995 ; 이정진, 전계논문, p.79 이하에서 재인용.

개발권양도제도의 취지는 간단하지만 그 시행절차는 다소 복잡하고 적용지역에 따라 구체적인 적용방법도 다양하다. 전형적인 시행절차는 대략 다음과 같다.

첫째, 토지이용규제 당국은 개발권 행사를 억제할 규제지역(또는 계획지역)을 선정하고 이 구역에 대해서 종합토지이용계획을 작성한다. 이 과정에서 특히 중요한 것은 개발행위가 제한되고 규제될 송출지역(또는 보전지역)과 개발잠재력을 가지고 개발을 수용할 수용지역(또는 개발지역)을 구분하는 것이다.

둘째, 보전지역 안에서의 모든 개발행위를 억제하는 법적·행정적 조치를 취하고 토지의 개발권을 상실하는 토지소유자들에게는 그 대신 증서를 발급한다. 이 증서는 토지소유자로 하여금 규제당국이 지정한 다른 지역에서 개발권을 행사할 수 있음을 인정하는 증서이다.

셋째, 보전지역 토지소유자들에게 발급한 증서를 양도가능하게 함으로써 이 증서의 소유자는 개발지역에서의 토지개발을 원하는 사람에게 이를 자유롭게 팔 수 있도록 여건을 조성한다. 그래서 이 증서를 「양도가능개발권(Transferable Development Right ; TDR)」이라고 부르며 보통 영어 머릿글자만 따서 TDR이라고 약칭한다. 물론 양도가능개발권을 소지한 사람은 이것을 팔지 않고 규제당국이 지정한 수용지역의 토지를 매입한 다음 증서에 규정된 대로 직접 개발권을 행사할 수도 있다.

넷째, 규제당국이 지정한 수용지역에 대해서는 토지이용밀도에 관한 상한선을 설정하고 이 상한선 이상의 토지개발은 반드시 송출지역에서 나온 양도가능개발권을 소지한 사람들에게만 허락하도록 한다. 수용지역의 토지이용규제는 주로 밀도에 대한 규제가 되는데, 수용지역의 특성상 이 규제는 두 가지가 될 것이다. 즉, 송출지역의 양도가능개발권이 없는 경우의 밀도에 대한 규제가 있고 송출지역의 양도가능개발권을 행사하는 경우에 허용되는 추가밀도에 대한 규제가 있게 된다.

6. 성장관리(Growth Management)

1) 의의

성장관리는 전통적인 토지이용규제(Zoning 및 택지분할규제)를 토지이용계획·공공사업·세재정 등과 결합시켜서 지방자치단체 내에서의 개발의 위치와 형태뿐만 아니라 성장(인구 및 경제활동의 증가에 기인한 개발구역의 확대)의 속도와 시기를 관리하거나, 인프라·시설·Amenity 등의 공공적인 서비스·공간의 정비를 지원하거나 혹은 심미적·환경적 관점에서 디자인을 통제하는 방법이다.

전통적인 토지이용규제는 최종적인 균형의 토지이용(실현하고자 하는 바람직한 토지이용)을 상정하여 규제의 구조를 설정한 후에 기본적으로 민간의 개발에 일임하는 정태적·소극적인 규제이다. 이것에 대해서 성장관리는 최종적인 균형에 이르는 과정에 있어서도 개발과 환경, 개발과 인프라, 오피스와 주택 등 여러 분야에서 균형 잡힌 성장을 실현해 가는 동태적·적극적인 규제이다. 어떤 특정의 인종·소득·재능을 갖는 것만으로 치우치지 아니하고 여러 가지 다른 것들이 균형 있게 공존할 수 있는 것은 도시권 전체의 경제활동에 있어서 불가결한 것으로서 끊임없는 혁신을 가능하게 하고 도시의 활력의 원천이 된다.

토지이용계획에서도 장래의 장기적 지침뿐만 아니고 매년의 개발의 속도나 시기가 매우 중요한 요소를 이루고 있다

2) 성장관리의 전개와 내용

성장관리는 제1세대에서 제2세대로 확대되어 전개되고 있다. 우선 1960년

대로부터 토지이용규제의 전문가들은 Zoning이 교외의 환경악화를 초래한 스프롤(sprawl) 현상에 깊이 관여하고 있다고 지적해 왔지만, 1970년대에 석유파동 및 환경문제에 대한 일반의 인식이 확산됨에 따라 교외자치단체 가운데 주택개발에 대해서 Zoning에 대신하여 성장관리라고 하는 규제기법을 채용하는 일이 나타났다. 이것이 제1세대의 성장관리이다. 자치체는 그때까지 지역사회 전반에 있어서 근간적인 인프라를 정비하는 책임을 지도록 되었는데 그 방법으로는 정비지역에 개발을 한정하거나 정비에 맞추어서 개발의 속도를 관리하는 것이었다. 연방대법원도 1972년의 라마포 판결⁹³⁾이나 1975년의 페탈루마 판결⁹⁴⁾에서 성장관리를 경찰권의 행사로 인정했다. 제1세대의 성장관리는 1980년대 초의 금리급등·주택건설의 급락에 의해 일시적으로 후퇴했지만 1980년대 후반이 되어서 캘리포니아주의 교외자치단체를 중심으로 다시 확대되고 있다.

한편 인구와 경제활동의 탈도심·교외화에 의해서 쇠퇴화하고 있는 도심의 재생을 위해 30년 이상 여러 차례 시험되어 왔지만 겨우 1980년대에 들어와서 서비스산업으로의 구조전환이나 부동산자금시장의 확대 등이 중첩되어 오피스를 중심으로 건설붐이 일어나 재생의 효과가 일부 나타났다. 그렇지만 자치단체간 또는 자치단체내부의 지역에 따라 개발과 환경, 개발과 인프라, 오피스와 주택 등의 불균형이 확대되고, 대기오염, 교통지체, 주택부족 등은 1970년대와 비교해서 심각해졌다는 지적이 많다. 여기서 성장성이 높은 지역에 대해서 고도제한이나 용적률을 낮추기도 하고(down zoning), 개발을 향한 왕성한 활력을 이용하여 교통량의 억제 등 인프라·주택의 확보를 도모하고 쇠퇴지역의 개발을 유도하여 균형잡힌 성장을 실현하려고 하는 관리기법이 채용되었다. 제1세대의 성장관리가 환경보호를 중심으로 오로지 교외의 주택개발을 대상으로 하고 있는 것에 대해 이 제2세대의 성장관리는

93) Golden v. Planning Board of the Ramapo 334. N.Y.S.2d 138 , 1972.

94) Construction Industry Association of Sonoma County v. The City of Petaluma 522 F.2d 897, 1975.

여러 가지 목적을 위하여 교외 및 도심의 오피스개발을 대상으로 한다. 지역주민의 의식이나 사회경제적 조건의 차이에 의해 다종다양하지만, 다음 표는 그 대표적인 예이다.⁹⁵⁾

<표2-1> 제2세대의 성장관리의 대표적 예

보스톤	<p>1987년 성장관리계획(Plan to Manage Growth)</p> <p>1) 고도제한을 중심업무지구에는 180m에서 38~47m, 개발촉진지구에도 180m에서90~120m로 인하</p> <p>2) 디자인 규제</p> <p>3) linkage : 강제형은 1983년 Zoning조례로 평면적 10만평방피트(약9,300 m²)를 초과하는 오피스개발에 대해 1평방피트마다 5달러의 부담금을 주택기금으로 지불. 임의형도 있음</p>
샌프란시스코	<p>1985년 도심계획(Down Town Plan)</p> <p>1) 용적률을 중심업무지구에서는 400%에서 1,000%, 일반상업지구에서는 1,000%에서 600%로 인하, 고도제한을 약 210m에서 약 165m로 인하.</p> <p>2) 오피스의 연간 건설평면적을 약 16만m²에서 9만m²로 총량규제(1986년제시안 M에 의해 총량규제는 영구화)</p> <p>3) 디자인 규제</p> <p>4) linkage : 주택·교통시설·광장·보육시설 등에 대한 부담액은 1평방 피트당15~18달러</p>
뉴욕	<p>1982년 미드타운 Zoning</p> <p>1) 용적률을 성장촉진지역에는 1,500%에서 1,800%인상, 안정화지역에는 1,500%에서 1,200%인하(5번가는 1,500%)</p> <p>2) 혼성zoning : 일정규모 이상의 주택개발에 한해 저소득자를 위한 주택을 그 일부에 건설하는 대가로 할증용적률을 부여</p> <p>3) 디자인 규제</p> <p>4) linkage : 오피스건설에 따른 주택시장에의 영향을 완화하기 위해 부담금을 주택신탁기금에 지불</p>

3) 성장관리의 과제

95) 홍완표, 전계논문, 313면.

공공·민간 쌍방의 고도의 기업가적 관리능력과 책임있는 태도는 균형잡힌 성장의 실현에 필수불가결한 것이지만, 덧붙여서 다음과 같은 것을 과제로서 들 수 있겠다.

(1) 높은 성장성

성장관리는 그 실현수단으로서 시장기구를 가능한 한 활용하기 때문에 인구나 경제활동을 끌어당기는 성장성이 높은 자치단체가 아니면 기능하기 힘들다. 탈도심·교외화에 직면한 많은 도심자치단체는 비유클리트 Zoning의 단계에 그친다.

(2) 광역적 대응의 필요성

교외자치단체에 의한 성장관리는 활발하지만 주택공급을 제한해서 주택가격을 급등시켜 저·중소득자에 의한 주택취득을 극히 곤란케 하는 하나의 원인이 되고 있다. 이 문제는 토지이용규제의 주체인 개개의 자치단체만으로 대응할 수 없을 뿐만 아니라 상황을 악화시킬 수 있다. 정치적으로는 곤란하지만 광역적인 대응이 필요하며 실천에 옮겨지고 있는 예도 있다(남아메리카자치단체협회의 광역성장관리).

(3) 사법부문의 적극적 역할

자치단체는 여러 가지 목적의 성장관리를 도입해 왔는데 환경보호, 인프라·주택의 확보 등 명백한 목적의 배후에는 유색인종이나 저소득자를 몰아내거나 인접자치단체의 희생아래 자기의 이익을 취하고자 하는 동기가 숨겨져 있을 수 있다. 이에 대하여 사법부문이 정치부문이 제정·집행하는 토지이

용규제에 적극적으로 간섭하여 내용을 판단하는 방향이 있어, 공정한 토지 이용의 실현에 큰 역할을 다하고 있다. 예를 들어, 뉴저지주 마운트로렐은 나무가 많은 농촌이며 필라델피아로부터 택지화가 진행되고 있는 지역이고, 15년에 걸친 배척적 Zoning을 둘러싼 싸움의 무대가 된 곳이다. 이곳에서 Zoning에 의해 저소득자를 쫓아내고자 하는 취지의 유색인종지위향상협회 (NAACP)에 의한 소송에 대해서, 뉴저지주 대법원은 1975년 저·중소득자로부터 주택취득의 기회를 빼앗는 규제는 허락할 수 없다고 판시했다. 게다가 동대법원은 1983년 강력한 사법부문의 발동이 없다면 재판의 결과는 주택의 공급으로 연결되지 않으므로 각 자치단체는 저·중소득자를 위한 주택을 공평하게 분담하여 공급해야만 한다고 판단하고 있다. 그렇지만 분담비에 대해서 정치부문에서의 반격도 있어 Zoning은 정치적 대결의 장이 되고 있다.

제3절 독일⁹⁶⁾

1. 국토정비계획과 경관관리계획의 주요 내용

1) 경관관리계획 개요

(1) 자연보호법

국토정비계획과 경관관리계획을 연계할 수 있는 근거 법은 연방자연보호법

96) 독일은 1970년대 환경문제가 부각되면서 개발과 환경보전을 연계시키기 위한 여러 가지 제도적 장치와 수단을 강구하고 있다. 본 연구에서는 독일의 국토정비계획과 경관관리계획간 관계를 살펴봄으로써 우리나라에의 적용 가능성을 판단하도록 하겠다. 독일에 대한 내용은 최영국, “국토이용계획과 환경보전계획의 통합방안”, 「지속가능한 국토이용체계의 구축방향에 관한 연구」, 국토연구원, 2001, p.99 이하 참조.

이다. 자연보호 및 경관관리를 위하여 1935년 연방자연보호법을 제정하였다. 초기의 이 제도는 현재 우리나라의 자연환경보전법의 내용과 같이 한정된 대상물, 특정 동식물 보호위주로 제한된 자연환경보전계획을 수립하는데 주안점을 두었다.

급속한 산업화에 의한 자연환경의 훼손과 파괴가 심각한 사회문제가 되자 1976년 자연보호법을 대폭 수정하였다. 기존의 자연보호법이 한정된 부분적 보전계획을 다룬 것이었다면 수정된 법에서는 국토 전체의 공간계획 시스템 하에서 각종개발계획에 대응하여 자연환경계획을 공간계획화하여 자연환경을 보전할 수 있는 구체적인 근거를 제시하고 있다.

국토 전체의 공간개발계획과 연계하여 자연환경을 보전하고 경관을 관리할 수 있는 계획을 수립할 수 있도록 하는 것이 바로 경관관리계획(Landschaftsplanung)⁹⁷⁾과 자연침해규정, 보호구역 지정 그리고 생태적 정보를 제공하기 위한 도시 바이오토피지도화 등을 구체적 수단으로 제시하고 있다

(2) 경관관리계획

공간개발계획에서 야기되는 자연환경 및 경관의 파괴를 최소화 및 복원 등을 위한 계획으로서 경관관리계획은 생태적 원리에 입각한 자연보호는 물론 휴양 및 여가 공간의 제공을 위한 경관관리에 근본바탕을 두고 있다. 경관관리계획은 자연보호사업, 경관관리, 복원사업을 주요 내용을 포함하고 있다. 특히 자연과 경관의 특정부분에 대한 보호사업, 생물군집의 보호 및 관리, 야생동식물, 특히 보호가치가 있는 생물종의 서식처의 보호 및 관리 등을 규정하고 있다. 이상의 내용은 우리나라 자연환경보전법의 내용과 외형적으로는 유사하다고 할 수 있다. 그런데 독일의 연방자연보호법에 의한 경

97) 다른 자료에서는 경관생태계획으로 해석하고 있다.

관관리계획은 공간개발계획으로부터 야기되는 자연환경 및 경관을 파괴를 최소화하고 복원시키는데 필요한 공간계획적 방향을 제시하고 있다는 점이 우리나라의 자연환경보전계획과 큰 차이점이다. 우리나라 자연환경보전계획이 보호가치있는 대상을 중심으로 하고 있다면 독일의 경관관리계획은 개발에 의하여 발생하는 환경문제를 극복하기 위한 계획내용을 포함하고 있다. 독일의 연방자연보호법에는 경관관리계획에서 자연보호 및 경관관리를 구체화하기 위한 지역적인 제안이나 사업을 보고서, 도면, 기타 기초자료를 제시하도록 규정하고 있다. 이와 같이 공간계획화된 경관관리계획은 공간개발계획 각 단계에 반영되어 공간개발계획을 통하여 자연보호 및 경관관리를 실현하는 수단으로 가능하고 있다. 이것은 환경보전을 위한 각 계획이 공간계획화 하지 않으면 개발계획과 연계하기 어렵다는 점을 보여주는 단적인 준거라고 할 수 있다. 경관관리계획은 공간적인 종합계획과 부문적인 과제 또는 문제를 미리 예견하고 계획적으로 극복하려는 부문계획이 있다. 종합계획에서는 부문계획들의 공간적 영향과 개발에 따른 공간점유 사항 등을 조정하는 기능을 수행한다.

(3) 자연침해규정

자연침해규정은 각종 개발 개발사업으로부터 발생하는 자연환경 및 경관의 파괴를 지역적 특성에 적합하게 최소화 또는 복원 등의 원칙을 제시한다. 자연침해규정은 연방자연보호법에 근거하고 있으며 구체적인 자연침해규정은 주정부의 자연보호법에서 명시하고 있다. 독일의 자연보호 및 경관관리는 연방정부의 관할보다는 각 지자체의 지역특성에 적합한 관리가 이루어지도록 하는 시스템을 가지고 있다. 그것은 자연보호 및 경관관리가 다른 환경분야와는 달리 지역의 고유성과 지자체의 자체 평가가 관리방향을 설정하는데 중요한 기준이 된다고 판단하기 때문이다.

각 주의 자연보호법에서 명시하고 있는 개발사업에 대한 자연침해규정은 조금씩 차이는 있으나 대체로 개발사업을 회피, 저감, 복원(보정, 보상), 대체, 제거 등의 등급으로 구분⁹⁸⁾하여 사업의 불가피성과 환경의 적합성 여부에 따라 대상지의 개발 여부와 침해규정을 적용한다. 자연침해행위는 개발사업의 필요성이 필수 불가결하다고 입증될 경우, 침해행위 후 보정이 가능하거나, 어느 한 사업에 예외적으로 특별한 의미가 부여되어 자연 및 경관의 이해관계에 우선할 경우에만 한하여 허가된다. 자연침해행위로 인한 후속결과는 적절한 대책을 세워 저감시키거나, 보정해야 하며 이와 같은 대책이 불가능한 곳에서는 보정세를 납부하도록 하는 등의 대체방안을 강구토록 하고 있다. 우선적인 경관관리 수단으로는 회피, 저감, 보정 그리고 마지막으로 대체 등의 순서라 할 수 있다. 따라서 자연침해행위에 대한 ‘대체’는 가장 저급한 수단이다. 각각의 대책들은 관계된 전문계획이나 자연침해에 대하여 수립되는 별도의 경관관리적 보조계획에 표현되도록 하고 있다.

또한 자연침해규정에는 자연의 균형, 경관에 대한 지속적인 변화를 야기하는 내용을 제시하도록 하고 있다. 이러한 사항을 포함하는 것은 자연의 균형, 경관에 크고 지속적으로 영향을 끼칠 수 있는 녹지의 이용과 녹지조성의 변화는 자연과 경관에 대한 침해로 평가하고 있기 때문이다. 예를 들면, 현재의 상태에서 토양포장이나 식생 제거는 토양의 생태계 또는 경관의 변

98) 회피(Vermeidung)는 자연환경의 개발이나 이용시 발생할 부정적인 또는 음의 효과가 일어나지 않도록 사전에 차단함을 의미함. 즉 개발을 기피하거나 불허하는 것이라 할 수 있음. 저감(Minderung)은 개발계획이나 사업을 허용하되 그것으로 인하여 발생할 부정적인 또는 음의 효과를 사전에 감소할 수 있는 방안을 전제한 것이라 할 수 있음. 보정(Ausgleich) 또는 보상(Kompensation)은 자연환경의 개발이나 이용에 의하여 나타날 환경훼손이나 오염에 대하여 자연의 복원이나 오염원 처리에 의하여 본래의 모습으로 가능한 회복하도록 하는 것을 의미함. 이것은 개발로 인하여 환경에 나쁜 영향을 끼친 것, 잘못된 것, 또는 잃어버린 것을 원래의 형태로 되돌리는 행위 또는 보상하는 것을 포함함. 대체(Ersatz)는 개발이나 이용으로 인하여 원래의 모습으로 되돌리는 행위를 할 수 없을 때 즉 개발이 일어나는 곳에서 환경보전을 위한 수단을 강구하지 못할 때 개발에 의해 손상을 끼친 부분만큼을 다른 곳을 대상으로 복원 또는 보상하는 것을 의미함. 지금까지 설명한 침해규정은 개발이나 이용행위가 없었던 곳에서 자연침해가 있을 경우단계별 개발허용정도를 제시한 것이라면 제거(Beseitigung)는 이미 어떠한 침해행위로 인하여 자연환경에 부정적인 대상이나 행위가 존재할 경우 자연환경보전을 위하여 그것을 없애는 것을 의미함.

화를 일으키는 행위로서 지속적으로 환경에 영향을 주는 침해행위로 간주한다. 이와 같은 맥락에서 고층건물과 도로 건설과 같은 건설행위가 바로 이러한 변화를 야기하는 원인이 될 수 있다고 판단하고 있다. 그러므로 자연환경과 경관에서 일어나는 침해 가운데 피할 수 있는 것은 사전에 예방하도록 하며, 불가피한 침해는 자연보호와 경관보호사업을 통해 일정기간 안에 보정하여 균형을 맞추도록 하고 있다. 보정된 후 자연의 균형에 대한 지속적인 침해가 남아있지 않고 경관이 지역특성에 맞게 다시 재생되거나 창출되면 침해가 보정된 것으로 본다.

자연침해에 대한 평가는 현황자료의 수집으로 이루어지며 계획대상지는 물론 주변 지역의 주거지, 자연, 경관에 대한 자료를 필요로 한다. 경관관리계획 또는 최소한 비오톱 지도화와 비오톱 네트워크가 이루어져 있으면 이를 적용하여 평가하는데 활용한다. 평가에서 중요한 것은 개발행위, 사업에 의한 침해를 보정하여 개발이후 변화된 상태를 변화전과 같이 균형을 맞추는 것, 대체되어 최소화 될 수 있는가를 구체적으로 설명할 수 있는가 등이다. 한편 원인자부담원칙에 따라 자연과 경관에 대한 피할 수 없는 침해에 대하여 보정하거나 대체할 의무를 개발자 또는 자연침해행위자에게 지우고 있다.

(4) 보호구역지정 및 비오톱지도화

우리나라 자연환경보전법은 주로 멸종위기종, 생물다양성관리, 생태계보전 지역지정 및 관리에 초점을 맞추고 있어 전 국토의 자연환경보전을 위한 주된 제도로서 한계를 지니고 있다고 할 수 있다. 반면에 독일의 연방자연보호법은 국토정비계획을 비롯한 도시계획 등에 대응한 환경관리(경관생태)계획 수립의 근거를 제공하고 있다는 측면에서 전 국토의 자연보호 및 경관관리를 총괄하고 있다고 할 수 있다. 또한 독일의 연방자연보호법에서는 전

국토에 대한 자연환경보전을 위한 기본방침성격의 내용뿐만 아니라 특정하게 보호할 가치가 있는 자연환경 및 경관에 대한 보호구역지정에 대하여도 언급하고 있어 명실공히 전 국토의 자연환경 및 경관관리의 모범으로의 역할을 하고 있다 하겠다. 물론 연방자연보호법으로 지정⁹⁹⁾된 보호구역의 자연환경 및 경관관리에 대한 기본방향은 연방정부에서 담당하고 있다고 할 수 있지만 구체적인 관리 나아가서 실질적인 지정은 주정부에 의하여 이루어지고 있다고 볼 수 있다¹⁰⁰⁾. 우리 자연환경보전법에는 보호구역에 대한 위계 내지는 성격 등에 대한 언급이 없지만 독일의 경우는 관련법에 보호구역(연방자연보호법이 아닌 법에서 지정하는 것도 있음)의 유형과 위계, 정의 등을 제시하고 있다.

또한 독일에서 자연보호 및 경관관리에 대한 계획들이 각 개발계획단계에서 사전에 고려하여야 할 내용을 포함할 수 있는 것은 환경관리계획이 공간계획화하였기 때문이다. 환경관리계획을 공간계획으로 추진할 수 있는 가장 근본적인 요소는 계획수립의 기초가 되는 토지에 대한 정확한 정보가 뒷받침하고 있다는 데 있다. 토지의 현재 상황과 변화에 대한 유형 및 평가가 개발에 따른 환경충격정도 그리고 보호구역 설정하는데 기초가 되고 있다. 이것이 바로 비오톱 지도다. 독일에서는 1976년 이래 자연지역을 시작으로 도시 등의 정주지역에 대하여 토지환경에 대한 정보를 비오톱지도라는 이름으로 체계적으로 정리하여 왔다. 도면은 1:2000에서 1:25000의 축척으로 토지피복 및 위치에 따라 만들어 환경관리계획수립에 활용하고 있다. 자연보호와 경관관리를 위한 구체적인 수단들이 제 기능을 할 수 있으려면 해당 토지에 대한 정확한 생태적 정보가 요구된다. 그러한 생태적 정보를 바탕으로 공간에 대한 정확한 환경 분석과 평가가 이루어질 때 생태적인 계획과

99) 연방자연보호법으로 지정되는 보호구역은 국립공원, 자연보호구역, 경관보호구역, 천연기념물, 특정 비오톱 등이다.

100) 예를 들면 국립공원의 지정은 우리나라의 환경부와 건설부와 같은 부서의 승인 하에 주정부에 의하여 이루어지고 있다.

관리가 가능하게 될 것이다. 따라서 개발계획에서 우선 고려하도록 하는 환경보전계획체계를 구성하려면 무엇보다 전 국토를 대상으로 한 바이오복지도와 같은 토지에 대한 기초정보의 구축이 중요한 과제라고 할 수 있다.

2) 국토정비계획체계

독일연방정부에서 수립하는 국토정비계획(국토정비의 기본방향)이 최상위 공간개발계획으로서 연방국토정비계획법에 의하여 수립된다. 이것은 우리나라의 국토건설종합계획법에 의한 국토종합계획과 같은 성격의 계획이라 할 수 있다. 각 주에서는 연방국토정비계획법과 주 계획법에 의하여 주 개발계획, 지역계획을 수립한다. “주”의 지역적 성격과 제도적 차이는 있지만 위의 계획들은 우리나라의 국토건설종합계획법과 도시계획법에 의거한 도건설종합개발계획과 광역권개발계획과 같은 위상을 지니고 있다고 할 수 있다. 주 개발계획이나 지역계획에서는 지역의 균형발전, 중심도시 개발방향, 개발축, 지역잠재력 강화 등을 다루고 있는 것은 우리나라 지역계획과 큰 차이가 없다.

우리나라의 시군구에 해당하는 지자체에서는 건설법전, 건축시행령, 계획시행령, 도시건설촉진법, 주건설시행령 등에 의하여 건설기본계획을 수립한다. 건설기본계획은 자치단체의 책임 하에 입안되는 계획으로서 질서 있는 도시개발과 사회정의에 입각한 토지이용을 보장하고 자연친화적인 환경과 생활여건을 확보하고자 하는데 목적을 두고 있다. 또한 이 계획은 국토정비계획에서 제기하고 있는 과제를 실천하고 각 자치단체별 도시발전방향을 담기 위한 사항을 포함하고 있다. 연방건설법전은 건설기본계획에서 기초적인 건축적인 토지이용과 구체적인 도시건설의 방향을 다루도록 하고 있으며 이것을 토지이용계획(Flaechennutzungsplan, 소위 F-plan으로 불리고 있음)과 지구상세계획(Bebauungsplan, 소위 B-plan으로 불림) 등 2단계로 구분하

고 있다. 토지이용계획은 우리나라의 도시기본계획(계획내용으로 보면 도시기본계획보다는 조금 더 구체적인 내용이 포함됨)과 도시계획재정비의 중간정도라 할 수 있음)과 같이 법적 구속력은 없으며 토지이용의 기본방침을 제시하게 된다. 따라서 이 계획은 단지 행정적 구속이 있을 뿐 시민의 토지이용에 대한 권리나 의무를 직접적으로 구속하는 것은 아니다. 토지이용계획(F-plan)에서는 토지이용의 구분과 도시시설의 배치를 나타내는 종합계획도 및 보고서를 작성한다. 또한 지구상세계획은 토지이용계획을 전제로 하여 일부 지역을 대상으로 한 계획이다. 토지이용의 범위, 정도, 시민의 권리 및 의무를 포함하고 있으며 건축행위는 지구상세계획(B-plan)을 따르도록 하고 있다. 지구상세계획에서는 토지이용계획에 의거하여 수립된 개발에 대한 모든 행위에 대한 내용을 담고 있다.

독일의 경우 건설기본계획 수립과정에서 중요한 것은 인접 시군구의 건설기본계획과 상호조정하는 절차를 거쳐 계획내용의 일관성을 갖도록 하고 있으며 또한 상하위 계획주체들의 계획 과정 참가를 의무적으로 규정하고 있다는 점이다.

이러한 건설기본계획은 지속가능한 도시개발과 공공의 복리에 상응하는 사회적 정당성을 갖는 토지이용을 보장하여 인간을 위한 환경의 보호와 자연기반의 보호개발에 기여해야 함을 기본목표로 하고 있다. 따라서 산림지 같은 자연성이 강한 토지는 꼭 필요한 경우에만 다른 용도로 이용될 수 있다고 하여 무분별한 개발을 방지하는 제도적 근거를 확보하고 있다. 자연과 경관에 예상되는 침해에 대해서는 그에 대한 방지 및 보정(대체) 계획을 사전에 제출하도록 하여 개발에 따른 환경훼손을 계획수립단계에서부터 고려하도록 하고 있다.

2. 국토정비계획과 경관관리계획의 관계

1) 경관관리계획의 위계

(1) 경관관리계획의 특성

경관관리계획과 자연침해규정이 실효성을 갖도록 하기 위하여 건설법전에서는 공간개발계획 수립시 이들을 구체적으로 고려할 것을 명시하고 있다. 공간개발계획을 경관관리계획과 연계토록 하면서 한편으로는 건설기본계획에서 환경보호를 위해 다각도의 장치들을 마련하고 있다. 몇 가지 예를 들면, 첫째, 토지는 절약하고 소중하게 다루어져야 하며 토양의 포장은 필요한 경우에만 이루어져야 하고, 둘째, 경관관리계획과 기타 수질, 폐기물, 대기 오염 관련법에 의한 각 관련 계획들, 자연과 경관에 예상되는 침해의 방지와 보정, 계획안의 환경영향평가 등을 고려하여 계획을 수립하도록 하고 있다. 공간개발계획과 연계한 경관관리계획을 수립하기 위하여 경관관리계획은 국토차원의 경관관리프로그램, 지역차원의 경관관리기본계획, 그리고 도시차원의 경관관리계획 등 3단계로 구성되어 있다. 지역 및 도시차원의 경관관리기본계획과 경관관리계획은 상위계획에서 확정된 경관관리프로그램의 내용을 반드시 고려하여 수립하도록 하고 있다. 국토정비계획에서와 같이 경관관리계획체계에서 가장 중요한 부분은 도시차원의 경관관리계획이라 할 수 있다. 건설기본계획에서는 경관관리계획의 내용을 우선적으로 고려하도록 하고 있다. 건설기본계획이 지구상세계획 단계에서 법적 구속력을 갖는다는 점을 감안하여 경관관리계획의 법적구속력을 녹지정비계획단계로 정하고 있다. 또한 최하위계획단계인 건축계획에 대응하는 세부경관관리계획을 수립하도록 하고 있다. 이와 같이 독일의 경관관리계획은 공간개발계획체계와 분리되어 독자적인 계획수립절차를 거치면서 공간규모별로 체계화되어 공간개발계획의 각 단계별과 연계되어 있다.

(2) 경관관리계획의 단계별 주요 내용

경관관리프로그램(경관관리기본프로그램)은 국토전역에 걸쳐 국토공간질서 및 주 계획의 기조와 목표를 수용하면서 자연보호 및 경관관리를 위해 지방 차원 이상의 요구사항과 대책을 실현하기 위한 내용을 포함한다. 경관프로그램과 같은 단계의 계획이지만 경관관리기본프로그램은 주를 대상으로 하며 때로는 주의 일부분만을 대상으로 하는 공간계획의 일부분이라고 할 수 있다. 이 계획은 경관관리프로그램의 일반적 서술내용을 지역의 요구에 부합하도록 변형하는 것을 주요내용으로 하고 있으며 법적 구속력이 없다.

경관관리기본계획은 지역계획 차원의 계획으로서 지역의 자연보호, 경관관리 그리고 휴양기능에 대한 내용을 다루는 계획이다. 지역의 자연생태계의 보전 및 발전에 기여하도록 하기 위하여 지역개발시 지역의 환경적 특성을 배려하도록 하는 기본방향을 제시한다.

경관관리계획은 토지이용계획의 대응한 계획이다. 각 도시별 자연보호 및 경관관리의 목표를 실현하기 위한 여러 가지 요구와 대책을 서술하고 있다. 이 계획은 보통 건설지침의 틀 안에서 자치단체의 전체구역을 대상으로 입안된다. 각 지자체별로 상이한 규정에 의하여 계획이 수립되며 해당 지자체에서만 구속력을 지닌다. 이를 위해 지자체별로 조례나 시행령을 제정하여 계획을 수립하거나 경관관리계획의 기능을 건설지침에 통합하여 독자적인 경관관리계획의 입안을 하지 않은 경우도 있다. 이때 경관관리계획의 전체 또는 근본적인 서술내용을 건설지침계획에 포함하는 경우가 많다.

녹지정비계획은 지구상세계획 차원에서 일부지구에 대한 전문계획으로 녹지정비계획이다. 이 계획은 도시개발계획에서 수반되는 경관의 변경 및 훼손에 대하여 경관생태적 차원에서 자연침해규정에 대한 사항을 포함하고 있다. 자연과 경관에 미치는 결과와 그의 저감 및 보정 가능성에 대한 내용을 포함하여 개발과 이용에 따른 환경훼손에 대처하도록 하고 있다. 녹지정비

계획은 법적 구속력이 있는 계획으로서 지구상세계획시 반드시 관련사항을 고려하도록 하고 있다. 각도시마다 계획내용의 차이는 있으나 대개 녹지정비계획의 주요내용으로는 상위계획으로서 경관관리계획, 토지이용계획 등의 검토, 현황조사 및 평가, 상세계획에서 예상되는 환경훼손 및 오염 등에 대한 침해규정사항, 그리고 녹지정비계획 등이다. 지구상세계획에서는 녹지정비계획 가운데 자연환경의 분석 및 평가, 보호구역 현황, 토지피복상황 등 기초적인 정보를 근거로 계획을 수립한다. 또한 지구상세계획은 녹지정비계획에서 검토한 녹지구조, 공공녹지의 보호, 경관특성, 개발로 인한 침해규정사항 등을 개발계획에서 받아들여야 하는 전제로 하여 계획을 작성한다. 그 외에도 완충지역설정, 자연과 경관의 보호, 주거단지에서 고려하여야 하는 사항, 포장, 자연과 경관에 대한 영향 등에 대한 내용도 상세계획수립시 고려되는 요소다. 이같이 볼 때 비록 두 개의 계획은 별도의 법제도로써 별개의 계획으로 수립하고는 있지만 내용적으로는 거의 하나의 계획과 같은 구조를 지니고 있다고 할 수 있다.

2) 경관관리계획과 국토계획의 연계

연방국토정비계획은 경관관리프로그램을, 주정부의 지역계획은 경관관리기본계획을, 건설기본계획(토지이용계획, 지구상세계획)은 경관관리계획과 녹지정비계획을 그리고 건축계획은 경관관리세부계획을 반드시 감안하여 계획을 수립하도록 법적으로 연계성을 확보하고 있다. 이와 같이 국토정비계획과 같은 공간개발계획은 각 단계별 위계를 갖고, 또한 경관관리계획도 각 단계별 상위계획을 기본으로 계획을 수립하도록 하는 한편 공간개발계획은 경관관리계획의 같은 단계의 계획을 고려하도록 하는 연계고리를 가지고 있다. 개발과 환경을 동시에 생각하는 제도적 장치를 마련하여 개발과 환경을 연계한 정책을 추진함으로써 개발에 따른 환경훼손과 오염문제를 대처하고

있다. 특히 주목할 것은 건설기본계획에 대응하는 경관관리계획은 보고서뿐만 아니라 경관에 대한 기초자료 및 도면을 제공 및 작성토록 하고 있어 건설기본계획에서 실질적인 계획수립에서 공간계획화된 환경계획을 참고할 수 있도록 하고 있다는 점이다.

3. 독일사례의 시사점

1) 공간개발계획과 경관관리계획을 연계하도록 제도적 장치 마련

일반적으로 우리나라를 포함한 다른 나라에서는 개발계획을 수립할 때 그 계획에서 환경보전에 대한 부문을 함께 수립하고 있다. 개발계획에서 다루는 환경보전에 대한 대책은 개발대상지를 보전보다는 개발의 관점에서 보려 하기 때문에 취약할 수밖에 없다. 따라서 개발행위에 환경보전을 고려하도록 하기 위해 환경보전을 유도하기 위한 규제수단이나 또는 인센티브 등의 수단을 제도를 도입하고 있다.

독일의 경우 물론 개발계획에서 환경보전을 감안하도록 하기 위해 경관관리계획이라는 별도의 환경보전을 위한 계획을 수립하여 개발에 따른 환경훼손 대책을 근본적으로 다루고 있다. 독일에서 이와 같이 공간개발계획과 경관관리계획의 연계가 가능한 것은 자연보호법에 이를 명시하고 있기 때문이다.

2) 환경보전계획의 공간계획화 및 전 국토를 대상으로 함

공간개발계획 수립시 환경보전계획의 내용을 고려하도록 하기 위하여 경관관리계획이 공간계획화되어 있다. 이를 위해 각 단계별 경관관리계획에서 작성할 도면의 축척까지 관련법에 적시하고 있다. 이에 따라 개발계획에서

는 개발대상지의 용도 또는 시설배치계획을 환경보전계획에서 제시한 도면을 기초로 작성한다.

이러한 환경보전계획은 보호가치가 있는 대상을 위주로 수립되는 것이 아니라 전 국토에 대하여 이루어진다. 그 내용도 국토정비계획단계에서부터 건축계획단계에까지 단계별 환경보전프로그램 또는 계획이 있으며 내용의 수준도 법적 구속력은 없지만 각 단계별 공간개발계획에서 고려하도록 하고 있는 상위계획과 법적 구속력이 있는 녹지정비계획 등 다양하다.

3) 개발에 따른 자연침해의 정도를 구체적으로 명시하고 있음

개발의 정도 및 규모 그리고 개발대상지의 여건을 감안하여 예상되는 자연침해에 대하여 규정을 두고 있다. 자연침해규정은 개발계획수립시 자연침해 정도 및 환경여건을 되짚어 보는 기회 및 기준을 제시하고 있어 개발계획수립시부터 환경보전계획의 내용이 투입되는 실질적 효과를 가져온다.

이와 함께 시도에서는 소생물권계(Biotop-Network)를 시도면적의 일정비율(현재는 10%이상) 차지하도록 규정하여 생물서식공간의 총량규모를 관리하고 있다.

여기서 소생물권계는 향토 동식물종과 그 군락 그리고 서식공간을 포함하며 재생산과 생물학적인 상호작용이 지속적으로 이루어지도록 관리하고 있다.

4) 환경보전계획 수립을 위한 기초정보의 구축

환경보전계획을 수립할 때 기초가 되는 토지환경에 대한 기초정보가 있다. 전국토를 대상으로 비오톱을 지도화하여 토지의 피복유형, 환경측면에서의 등급 등에 대한 정보를 제공함으로써 환경보전은 물론 개발계획에서 이를

토대로 환경보전 관점에서 계획을 수립할 수 있는 근거가 마련되어 있다.

환경보전계획이 공간계획화할 수 있는 것이 바로 이러한 기초정보가 있기 때문이다.

5) 자연보호와 경관관리를 위한 세부지침 등 구체적인 실천사항의 제시

경관관리계획은 물론 공간개발계획에서 고려하여야 할 세부지침을 자연보호법에 제시하고 있다. 자연보호 및 경관관리를 위한 세부지침은 15개 항목으로 되어있다. 그 내용은 생태계 균형 및 구조의 유지, 재생 불가능한 자연자원의 이용, 토양의 중요성 및 보전, 수공간의 보호 및 관리, 자연생태계의 민감한 지역의 관리, 대기오염 및 에너지 공급, 토석채취 등 인위적 생태계 변화의 최소화, 생물종 다양성 유지, 야생동식물과 생물군집 보호, 취락지구 내에서의 보호가치 대상의 관리, 인간의 간섭이 적은 지역의 유지관리, 인위적 시설물 설치시 자연경관구조의 고려, 경관의 생활 및 휴양적 요소로서의 중요성 유지, 역사문화적 가치 보호, 자연보호 및 경관관리에 대한 정보공개 등으로 환경보전과 개발에서 고려할 모든 분야를 망라하고 있다.

그 외 자연보호 및 경관관리를 위한 다양한 가이드라인을 제시하고 있는데 몇가지 예를 들면, 생산활동과 경관관리 관계설정에 대한 것과 환경감시를 들 수 있다. 자연보호 및 경관관리에 대한 계획수립과 정책은 문화 및 휴양 경관의 유지와 농업, 임업, 어업 등에 대한 배려가 있도록 하고 있다. 또한 환경보전은 자연을 활용한 생산활동 내지는 휴양활동의 상충을 감안하여 이에 대한 가이드라인을 구체적으로 제시하고 있다. 경작활동에 따른 비오톱의 훼손, 비오톱 연계를 위한 농경지 조성방법, 지속적인 생산을 위한 경작방법의 선택, 토양환경의 질 유지, 비료 및 식물보호제 살포, 임업활동과 지역적 독특한 식물의 보호, 어업활동과 향토 어종의 보호 등 여러 가지 생산활동에서 제기될 환경문제를 어떻게 다루어야 하는 기본방향을 자연보호법

에 명시하고 있다.

자연생태계의 상태, 변화, 개발에 따른 생태계의 영향, 환경보전관리의 결과 등에 대하여 환경감시를 할 수 있도록 하고 있다. 구체적인 환경감시에 대한 것은 지방정부에서 별도의 법규를 만들 수 있도록 하고 있다.

제4절 일본

1. 개관

일본의 토지정책은 미국과 서유럽 국가들로부터 각종 토지정책의 기법을 많이 도입하여 왔다. 현재 일본의 토지정책은 토지의 공적 이용에 대한 인식을 확산시키고, 토지가격은 떨어지지 않는다는 이른바 토지신화를 제거하는 데 있다. 그러나 일본인들의 토지재산권에 대한 의식은 아직도 매우 강해서 심지어는 토지가격이 하락하더라도 토지를 가장 가치 있는 재산으로 인식하고, 이를 보유하려는 경향을 보이기까지 한다. 그러므로 소유권으로부터 이용권을 분리하는 것을 현실적인 정책으로 보고 있다.

동경에 그린벨트를 설정하는 동경환상녹지대계획은 제2차대전후 미군정에 의한 토지개혁으로 탄생한 자작농의 반대에 의해 무산되었다. 또한 전후 도시의 무계획적 확산을 예상하고 도심 및 교외의 합리적 토지이용을 확립하기 위하여 1968년에 도시계획법을 제정, 도시 토지를 시가화구역과 시가화조정구역으로 구분하였다. 그 이후 지가 급등이 심각한 사회·경제·정치적 문제를 일으키자, 일본 정부는 토지정책의 기본원리를 천명하는 토지기본법을 제정하였다. 이 법은 토지이용의 최우선순위를 공공복지에 두고, 적절한 토지이용 및 토지이용계획안과 토지이용의 일치 토지투기의 방지, 증가된 토지가치의 합리적 환수 등을 주요내용으로 담았다.

2. 토지소유 및 토지거래허가

일본은 메이지(明治) 22년에 공포한 헌법에서 근대적 토지소유제도인 사적 소유권제도가 확립되어 현행 일본 헌법 제29조에서 이를 계승하고 있다. 일본은 대륙법 국가들처럼 절대적 토지소유권을 인정하고 있다. 다만, 재산권의 내용은 공공복리에 적합하여야 하며, 공공을 위하여 이용할 때에는 정당한 보상이 이루어져야 한다.

차지차가법(借地借家法)은 모든 유형의 토지이용에 적용하는 일반적인 토지임대는 임대기간을 50년, 업무용 토지임대는 10년에서 20년 사이로 규정하고 있다. 토지임대제는 자신의 토지를 보유할 수 없는 3대 대도시지역의 도심에서 특히 효과적이다. 토지임대차제도는 토지소유의 관념에 변화를 주고, 토지공급을 자극함으로써 일본인들에게 토지소유 및 이용제도의 새로운 대안으로 제시되고 있다.

일본은 토지의 투기적 거래와 땅값의 급등을 억제할 목적으로 토지거래평가제를 운용하고 있다. 국토이용계획법에 의해 도도부현지사(都道府縣知事)가 규제구역으로 지정한 지역에서 실시하는 토지거래평가제는 구역 지정일로부터 5년간 유효하다. 규제구역 안에서는 허가를 받아야 토지의 매매, 교환, 대물변제, 양도담보 등의 행위가 가능하다. 토지거래허가가 이루어지지 않을 경우, 토지소유자는 도도부현지사에게 매수를 청구할 수 있다.

규제구역 밖의 지역은 토지의 매매계약을 체결하기 이전에 원칙적으로 토지매매계약을 신고하여야 한다. 다만, 소규모 필지인 2,000㎡ 이하의 시가화구역, 5,000㎡이하의 도시계획구역, 10,000㎡ 미만의 비도시계획구역에서는 이를 적용하지 않는다. 규제구역 밖에서 땅값이 급격히 오르거나 오를 우려가 있고, 토지의 합리적 이용이 곤란할 우려가 있고, 토지의 합리적 이용이 곤란할 우려가 있는 지역에 대해서는 감시구역을 지정할 수 있다. 이 구역의 지정기간은 5년 이내이다.¹⁰¹⁾

3. 토지이용계획

일본의 토지이용계획은 장기구상으로서 국토이용계획과 토지이용규제의 상위계획인 토지이용기본계획의 이원적 형태이다. 국토이용계획은 전국계획, 도도부현계획, 시정촌계획으로 나누어진다. 그리고 토지이용기본계획은 도시지역, 농업지역, 임업지역, 자연공원지역, 자연보전지역 등의 용도지역으로 구분하고 있다.

전통적으로 일본의 토지이용계획의 수립 및 집행 주체는 지방자치단체인데, 최근에 도시계획법과 도시녹지보전법을 개정하여 지방자치단체의 토지이용 권한을 더 강화하였다. 일본은 제2차 대전후 급속한 경제성장으로 인한 도시화로 도시가 무계획적으로 확산되었다. 이 때문에 1968년에 도시계획법을 제정하여 도시토지를 시가화지역과 시가화조정구역으로 구분하였다. 시가화구역은 기존의 도시화된 지역과 10년 안에 도시화될 지역이다. 그러나, 지정과정에서 적정 토지량을 훨씬 넘는 면적이 지정되어 상당량의 농업용 토지와 산림이 시가화구역 내에 남게 되었다. 시가화조정구역은 농업용 토지와 유림으로 보존되는 지역이다. 그러나 이 구역에서도 주거용지 개발을 허용하는 예외가 많아 도시화와 농촌지역의 무질서한 토지이용을 초래하였다.

이 문제를 해소할 목적으로 1992년에는 시가화구역을 12개 지역으로 구분하였고, 계획적 토지이용을 목적으로 시가촌마스터플랜제도를 도입하였다. 모든 지방자치단체들은 마스터플랜을 수립하고 있으며, 각 지역지구의 토지이용 개선을 위해 지구상세계획의 수립을 추진하고 있다. 1993년 이후 지구상세계획은 시가화조정구역에도 적용하고 있다.

101) 민병기, 전계논문, p.44.

4. 환경보전을 위한 토지이용규제 행정조직

일본에서도 산업화와 도시화로 인한 각종 개발이 활발히 이루어짐에 따라 환경보전의 문제가 큰 관심사로 대두 된지 오래다. 특히 자연환경보전이나 환경오염방지를 위한 토지이용규제가 법률이나 계획 및 정책을 통하여 이루어지고 있다.¹⁰²⁾

일본의 환경보전을 위한 토지이용규제는 일본의 도시계획 내지 토지이용규제의 기원을 1888년에 제정된 동경시구개정조례(東京市區改正條例)에서 찾을 수 있는 것에서 볼 수 있듯이 지방자치단체의 환경조례에 의해서 처음 시작되었다.

그러나 일본 지방자치법의 해석상 시정촌(市町村)이 상위법의 위임 없이(즉 법률유보없이) 독자적인 조례로 토지이용규제를 행하는 것은 불가능하다(일본 지방자치법 제2조 제3항 제18호 참조.)라고 해석하는 것이 일본의 다수설이기 때문에 적어도 법적으로는 국가에 의해서 토지이용규제가 이루어지고 있다. 그러나 지방자치단체가 일본 도시계획법의 적용을 받지 않는 이른바 백지지역(白紙地域)의 개발남용을 방지하기 위해서 「택지개발지도요강(宅地開發指導要綱)」 등의 행정지도의 방법을 사용하는 것에서 볼 수 있듯이 지방자치단체가 사실적인 환경보전을 위한 토지이용규제를 하고 있다고 볼 수 있다. 또한 상위법률에 근거를 둔 조례로 토지이용규제를 실시하는 것이 가능함은 물론이다.

일본에서도 도시와 농촌의 토지이용규제를 일원적으로 행하기 위해서 새로운 도시 농촌계획법을 제정하거나, 적어도 시정촌이 백지지역에 대한 토지이용규제를 조례로 행할 수 있다는 것을 명시해야 한다고 주장되고 있다.¹⁰³⁾

102) 일본의 환경보전을 위한 토지이용규제에 관한 자세한 사항은 阿部泰隆, “國土開發と環境保全”, 日本評論社, 東京, 1989, p.99이하 참조.

103) 민병기, 전계논문, p.47.

일본에서 토지이용규제권한의 지방이양(地方移讓)을 논의할 때 구체적으로 반드시 등장하는 것이 시정촌의 불충분한 행정능력이다. “건설성과 시정촌의 기술력의 차이는 당연한 것이고, 시정촌에서는 총무과장이 토목설계까지 하고 있는 실정이다”라는 비판이 제기되고 있다.¹⁰⁴⁾

이점에서 흥미로운 점은 계획고권의 조직적 측면의 문제인데, 작은 시정촌과 행정능력이 높지 않은 기초자치단체도 계획임무를 수행할 수 있도록 자치체 사이에 협력이 이루어지고 있다는 점이다. 구체적으로는 자치체에서 공동으로 계획조직을 만들어서 자치체간 연합·협력하는 조직형태를 확보하는 것이 계획고권이라는 실체적 권리의 실현이라는 측면에서 보완하고 있다.

5. 자연환경보전을 위한 토지이용규제

일본에서는 자연환경을 보전하기 위하여 토지이용규제를 행하고 있는 토지거래단계에서 국토이용계획법에 의하여 규제하고, 개발이용단계에서는 개별법률에 위임하여 규제하고 있다. 이러한 개별법률에는 도시계획법, 농업진흥법, 산림법, 자연공원법, 자연환경보전법 등이 있다. 개별법률에 의한 지역지구지정등과 같은 토지이용규제는 토지이용기본계획과 불가분의 관계에 있다. 토지이용기본계획은 전국토를 도시지역, 농업지역, 산림지역, 자연공원지역, 자연자원지역의 5개 지역으로 구분하여 토지이용규제를 행하고 있다. 이 중에서 자연환경보전을 위한 토지이용규제방법으로는 다음과 같은 것이 있다.

1) 자연환경보전지역에서의 규제

104) 민병기, 전제논문, p.47.

국가에서는 자연환경보전을 위하여 자연환경보전법(自然環境保全法)을 제정하고 있으며, 이법에 근거하여 원생자연환경보전지역(原生自然環境保全地域) 및 자연환경보전지역을 지정하고 있다. 원생자연환경보전지역이란 자연환경이 이 사람의 활동에 의하여 영향을 받지 않은 원생생태(原生生態)를 유지하고 있는 구역을 말한다. 또 자연환경보전지역이란 원생자연환경보전지역 이외의 구역 가운데에서 자연적·사회적 조건으로 보아 자연환경보전이 특히 필요한 구역을 의미한다.

지방자치단체는 이러한 국가차원의 토지이용규제에 대하여 조례로 도도부현 자연환경보전지역을 지정할 수 있도록 하고 있는데, 이것은 국가차원의 자연환경보전지역과 동일한 수준의 규제가 행해진다.

2) 자연공원의 토지이용규제

일본에서는 자연공원으로 국립공원, 국정공원, 도도부현자연공원이 있다. 국립공원은 일본의 풍경을 대표할 수 있는 자연풍경지를 국가가 지정한 것이고, 국정공원은 국립공원풍경에 준하는 우수한 자연풍경지를 지방자치단체의 신청에 따라 국가가 지정한 것이며, 도도부현자연공원은 지방자치단체의 풍경을 대표하는 풍경지를 지방자치단체가 조례로 지정한 것이다.

3) 농지보전지역에서의 규제

도도부현의 지사는 도시녹지보전법에 따라 도시계획상 녹지보전지역을 지정할 수 있고, 녹지보전을 해할 우려가 있는 행위를 제한할 수 있다. 또한 도도부현의 지사는 필요한 경우 토지를 매입할 수 있다.¹⁰⁵⁾

105) 한표환, 「도시내 농지활용 및 보전에 관한 연구」, 1992, 한국지방행정연구원, p.32 이하.

4) 자연보호를 위한 사유지 매입

도도부현이 국립공원 또는 국정공원내의 풍치와 경관의 유지 및 국가가 설치한 조수보호구역내의 야생·식물 보호를 위하여 이들 지역 내의 필요한 사유지를 매입할 때에는 국가가 도도부현에게 그 매입비용을 보조할 수 있다.

6. 환경오염방지를 위한 토지이용규제

1) 환경오염방지계획

일본의 환경기본법 제17조는 공해방지계획의 수립을 규정하고 있다. 이 계획은 “현재 공해가 심각한 지역 또는 앞으로 인구와 산업의 급속한 집중이 예상되는 등 공해가 심각해질 것이 예상되고 있는 지역에 대하여 공해방지에 관한 정책을 종합적이고 계획적으로 실시하기 위하여 수립하는 것”이다.

이 공해방지계획에 의해 국가와 지방자치단체는 공해방지계획의 달성에 필요한 조치를 강구하도록 노력할 것이 요구되는데(환경기본법 제18조), 이는 하수도의 정비나 공해의 방지에 관한 여러 가지 사업과 정책을 집중적으로 전개하는 것도 포함된다.

그러한 사업을 추진하는데 있어서 「공해방지사업에 관한 국가재정상특별조치법」에 의해서, 지방자치단체가 시행하는 사업에 대해서 국가의 부담이나 보조가 할당된다. 또 지방채 적용사업의 확대, 지방채의 원리금, 상환의 기준재정 수요액에의 산입 등의 특별조치가 강구되고 있다.

2) 수질보전과 토지이용규제

퇴호내해환경보전특별조치법(瀬戸内海環境保全特別措置法), 퇴호내해환경보

전기본계획(瀬戸内海環境保全基本計劃) 및 각 지방자치단체에 따라 각종 오염원에 대한 규제, 하수도등의 정비 등 수질오염방지를 위한 기본대책부터 자연해빈보전지구(自然海浜保全地區)의 지정 등 자연해빈의 보전 및 공유수면매립 등에 대하여는 그 특수성을 충분히 고려하는 토지이용대책이 실시되고 있다.

또 호소(湖沼)는 오염물질이 축적되기 쉽기 때문에 호소주변의 토지이용이 활발히 진행되는 지역을 중심으로 각종 용수이용에 장애가 생기게 된다. 이에 대한 대책으로 호소수질보전특별조치법을 제정하여 비파호, 가스미가우라호 등 9개 호소에서 하수도 정비를 촉진하였다. 또 지역실정에 맞게 하수공동처리장, 농업배수시설, 정화조의 정비 등 수질오염대책이나 호변(湖邊)의 자연환경 보호정책이 종합적으로 추진되고 있다.

3) 공업시설입지의 적정화와 토지이용

일본에서는 산업공해에 대처하기 위하여 공업시설입지를 적정화할 필요가 높아짐에 따라 「수도권의 기존시가지에 있어서 공장등의규제에관한법률」을 제정하였다. 이에 따라 기존 시가지등에서 공장을 신설 또는 증설하는 것을 제한하게 되었다. 또한 공업재배치촉진법을 제정하여 공장이전촉진지역에서 유도지역으로의 공장이전을 장려하고 있다. 이것은 유도지역에서 공장을 신·증설하는 것을 장려하는 것을 의미한다.

또 개개의 공장입지에 있어서 주변 생활환경과의 조화를 도모하고자 공장입지법에 따라 「공장입지에 관한준칙」 등을 정하여 공장환경을 정비하고 있다.

4) 매립지의 이용과 환경보전

일상생활이나 산업활동을 통하여 배출되는 다양한 폐기물은 재활용등을 통하여 감량하고 있으나, 매립되는 분량도 적지 않다. 최근 매립장이 포화상태에 직면하면서 매립장 주변을 택지나 기타의 용도로 개발하고 이용하는 정책이 적극 검토되고 있다.

한편, 매립지의 환경오염을 방지하고, 적절한 이용을 도모하기 위하여, 1989년에 「적지관리의 기본방향」을 수립한 바 있다. 또 폐기물 최종처분에 관한 지침서를 마련하여 지방자치단체에 비치함으로써 바람직한 폐기물처리 정책을 유도하고 있다.

5) 교통공해와 토지이용

교통공해문제는 발생원뿐만 아니라 토지이용의 규제 측면도 중요하다. 이에 따라 「교통시설주변의 토지이용계획」을 수립하여 소음 등이 심한 지역에 대하여 새로운 주거용도지역의 지정을 억제하는 등 토지이용의 적정화를 위한 규제가 추진되고 있다. 또 공해방지계획으로 간선도로 등 소음이 심한 교통시설 주변에 대하여 적절한 토지이용규제를 강구하고 있다.

일본에서는 교통공해방지를 위한 토지이용정책을 주로 도로교통공해와 항공기소음, 그밖에 철도소음·진동에 대하여 실시하고 있다.

제4절 소결

이상에서 살펴본바와 같이 영국의 지속가능한 토지이용규제로는 개발권허가제도를 들 수 있다. 개발권허가제는 개인의 토지소유권으로부터 개발권을 분리하여 공공에 귀속시켜 개발로 인한 이익을 정부가 흡수하게 될 뿐만 아니라 지가를 안정시키고 토지투기를 억제하는 효과가 있다. 그러나 개발권의 분리는 토지를 효율적으로 이용하려는 토지소유자들의 경제적 동기를 위

촉시키며, 개발권을 효과적으로 행사하기 위한 능률적 토지 행정의 뒷받침이 전제되어야 한다는 점, 특히 토지소유자들의 반발이 있다는 문제점들을 극복하지 못하고 결국 대처정권때에 유명무실해지고 말았다.

미국의 지속가능한 토지이용규제의 특징으로 지적될 만한 것은 토지이용규제가 대부분 주정부에 의해 이루어지고 있다는 점이다. 또한 주정부에 의한 토지이용규제에 대한 헌법상의 제한이 미약하고, 법원도 주정부의 규제에 대하여 상당한 재량권을 인정하고 있다는 점이다.

독일의 경우는 개발계획에서 환경보전을 감안하도록 하기 위해 경관관리계획이라는 별도의 환경보전을 위한 계획을 수립하여 개발에 따른 환경훼손 대책을 근본적으로 다루고 있다. 또한 자연보호법에서 공간개발계획과 경관관리계획의 연계가 가능하도록 명시하고 있다.

일본의 지속가능한 토지이용규제는 법적으로는 국가에 의해서 이루어지고 있으나 사실상의 행정지도를 통해서 지방자치단체도 행하고 있다. 또한 상위 법률의 위임을 받아 조례로 토지이용규제를 정하는 것이 가능함은 물론이다. 또한 일본은 환경보전을 위해 필요한 경우 예를 들어 자연보호를 위한 사유지 매입의 경우에 도도부현이 국립공원내의 풍치와 경관의 유지 및 국가가 설치한 조수보호구역내의 야생동·식물 보호를 위하여 이들 지역 내의 필요한 사유지를 매입할 때에는 국가가 도도부현에게 그 매입비용을 보조하는 것이 특징이라고 할 수 있다.

제 4 장 우리나라 토지이용규제의 현황과 문제점

제1절 지속가능한 토지이용규제의 현황

1. 토지이용규제의 태양과 법적근거

1) 토지이용규제의 태양

토지이용규제는 공법적인 이용규제와 사법적인 이용규제가 있다. 공법상 이용규제는 전체적인 국토이용관리나 도시계획적인 차원에서 이루어지는 것과 상수원보호구역과 같은 환경법적 차원에서 이루어지는 것으로 나누어 볼 수 있다.¹⁰⁶⁾ 사법상 토지이용제한은 주로 민법의 규정에 의한 상호관계에 기초한 것으로 적극적인 환경보전을 위한 방법이라고 할 수 없고 일반적으로 토지이용규제라 하면 환경보전을 목적으로 하는 공법적인 규제를 의미한다.¹⁰⁷⁾

환경보전적 측면에서 보면 토지이용규제수단은 기능적·제도적 측면에서 구분하면 몇 가지로 분류된다. 즉 사전적·사후적 규제와 직접적·간접적 규제가 환경보전을 위한 토지이용규제의 효율적이고 일반적인 수단이다. 사전적·사후적 규제라 함은 토지이용이 진행되고 있는 중에 환경보전적 목적으로 가하여지는 규제를 사후적 규제라 하고, 토지이용의 확정 전에 환경보전적인 배려에 의하여 토지이용에 가하여 지는 규제를 사전적 규제라 한다. 생태계보호지역, 상수도보호구역 등이 사전적 규제의 예라 할 것 이며 특별대책지역, 배출시설 설치허가제한지역 등은 사후적 규제의 예이다. 환경보전

106) 박수혁, “토지이용규제로 인한 갈등해소의 법정책”, 환경법연구 제20권, 한국환경법학회, 1998, p.119.

107) 이상규, 「환경법론」, 법문사, 1998, p.191.

적 측면에서는 사전적 규제가 바람직하다고 하겠으나 사전적 규제는 국민의 재산권 보장과 관련하여 많은 저항을 받고 있는 실정이다.¹⁰⁸⁾ 한편, 토지이용규제를 그 성격에 따라 분류하면 직접적 규제와 간접적 규제로 구분할 수 있다. 직접적 규제라 함은 환경보전을 목적으로 직접 오염원의 입지를 제한하는 것을 말하며 생태계보전지역, 공원구역, 조수보호구역, 특별대책지역, 수변구역 등이다. 간접적 규제는 용도지역기구제가 직접 환경보전을 목적으로 하는 것이 아니나 반사적 효과로서 환경보전에 기여하는 것을 말하며 문화재보호구역, 군사시설 보호구역, 개발제한구역 등이 이에 해당한다.¹⁰⁹⁾

2) 토지이용규제의 법적 근거

토지재산권의 기본적인 보호에도 불구하고 토지재산권은 다른 재화와는 달리 국민생활이나 사회생활의 기반으로서는 없어서는 안되는 반면, 양적으로는 유한하고 다른 재화와는 상호성이 결여되는 등 여러 가지 특수성이 인정되기 때문에 나라마다 그들의 자연적 사회적 여건에 따라 토지재산권에 대하여 다양하고도 특수한 법적 제한을 가하고 있는 것이 일반적이며 우리의 경우도 예외가 아니다.¹¹⁰⁾ 따라서 세계 각 국은 헌법에 토지재산권의 제한에 관한 규정을 두는 것이 일반적이다.

2. 헌법상의 토지이용규제

헌법 제120조 제2항은 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.”고 규정하고 있으며 제122조는 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의

108) 조현권, 「환경법」, 법률문화원, 1999, p.138.

109) 전병성, 전제논문, p.7-8.

110) 김형성, “환경보전적 토지이용에 관한 검토”, 환경법연구 제20권, 한국환경법학회, 1998, p.89.

효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다”고 규정하고 있다. 헌법에 나타난 국토개발의 기본정신은 ‘균형개발’, ‘지속가능한 개발’, 그리고 ‘효율적인 개발’이라고 볼 수 있다. 그러나 정작 ‘균형개발’의 개념이 무엇이나 하는 것은 개념이 다소 모호하다. 전국토를 획일적으로 지방자치단체별로 단일 모델에 의하여 개발할 것인지 아니면 각 지역의 특성에 맞게 개발할 것인지, 각 지역의 경제력의 차이를 산술적으로 평균하는 개발을 할 것인지 지역에 따라 다소 차이가 나더라도 어떤 지역은 효율적 이용을 위하여 개발의 혜택이 더 많이 돌아가고 어떤 지역은 개발의 혜택이 좀 덜 돌아가는 것도 허용할 것인지, 헌법의 규정만으로는 해석상의 차이가 많이 날 수 밖에 없다. 또 균형개발의 공간적 범위에 관하여 헌법 제123조 제2항은 “국가는 지역 간의 균형 있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다”고 하여 전국적 규모의 균형을 규정하고 있는데, 헌법상의 균형개발의 의미에 대하여 규정한 직접적인 판례는 아직 보이지 않는다. 그러나 헌법재판소 2002. 3. 28. 2001헌바24·51(병합) 전원재판부 결정은 “구 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 것) 제138조 제1항 제3호는 법인의 신설, 전입 등으로 인한 등록세 중과세의 대상이 되는 부동산등의 지역적 범위에 관하여 ‘대통령령으로 정하는 대도시’라고 규정하고 있는데, 인구와 경제력의 편중을 억제함으로써 지역 간의 균형발전 내지는 지역경제를 활성화하려는 입법취지에 비추어 보면 이 법률조항의 위임에 따라 대통령령에서 정하여질 ‘대도시’에는 우선, 단위도시 그 자체로 지역이 넓고 인구가 많으며 정치·경제생활의 중심지가 되는 도시가 해당될 것임은 물론, 나아가 그러한 특성의 대도시를 인근도시들이 둘러싸거나 또는 대도시 에 이르지 못하는 여러 도시 군이 집합체를 이룸으로써 대도시권역이 이루고 있는 경우도 포함될 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있다.”고 하여 균형개발을 공간적으로는 지역 간의 균형과 지역 내의 균형 모두를 의미하는 것

으로 해석하고 있으면서 산술적 평등개념에 접근하고 있음을 알 수 있다. 또 헌법재판소 1994. 12. 29. 94헌마201 전원재판부 결정은 “현재의 충주시는 중원군의 일부 지역을 편입하여 이루어진 것으로 중원군과 충주시는 본래부터 동일한 문화·생활권을 이루고 있는 지역이라 할 것인바, 오히려 양 지역을 통합하는 것이 그 지역의 전통과 문화 그리고 역사를 잘 보존하는 조치라고 할 것이다. 또한 중원군과 충주시의 통합 후에도 농촌지역인 종래의 중원군 지역은 읍·면을 그대로 유지하여 읍·면행정의 특례를 그대로 누리게 함으로써 통합에 따른 특정지역의 행·재정상의 불이익을 방지하고, 통합시 지역 내 균형개발, 낙후지역의 효율적 개발을 위한 개발계획의 수립 및 재정상 특별지원을 보장받게 되는 등 종래 중원군 지역 특성의 유지·보존이 가능하다”고 하여 균형개발의 개념을 “지역 내에서의 균형”에 대하여 역시 산술적 평균의 의미로 균형이라는 용어를 사용하고 있다. 현 정부는 지역 간의 경제적 격차를 줄이기 위한 과거의 수도권억제정책을 소극적으로 평가하고 보다 확실한 수도권과 비수도권의 지역불균형을 해소하기 위하여 자립형지방화로의 전환이라는 슬로건을 내걸고 ‘지역균형발전’보다는 ‘국가균형발전’에 초점을 맞추고 있다. 말하자면 전국적인 산술적 균형발전, 즉 전국적으로 분산된 산업 중심지를 육성하여 상호 의존케 함으로써 국가의 전체적인 발전을 도모하는 정책을 추진 중에 있다.

1) 기본권으로서의 토지재산권

헌법 제23조는 제1항에서 모든 국민의 재산권은 보장되며 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 함으로써 국민의 재산권 행사가 입법자의 광범한 형성적 자유의 대상이 되고 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 사유재산권의 구체적 범위에 있어서 어떠한 경제적 가치에 대하여 어떠한 내용의 권리를 헌법적 보장대상으로서의 재산권으로 인정할 것인가는 법률이 정하는 바에 따

르게 된다.¹¹¹⁾ 이와 같이 사유재산권의 내용과 범위 및 종류는 입법자의 판단에 따라 규정되도록 헌법에 의하여 입법자에게 위임되어 있다, 따라서 재산권행사의 내용과 범위는 법률에 따라 결정되는 가변적이고 유동적인 것이다.¹¹²⁾

헌법 제23조 제2항은 재산권의 행사는 공공복리에 적합하게 이루어지도록 규정하고 있다. 이는 재산권의 사회적 제약성 내지 구속성을 규정한 것이다. 여기서 공공복리 적합성이라 함은 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 이익을 의미하는 것으로서 재산권을 행사함에 있어서는 사회전체의 이익을 염두에 두어야 하고, 반사회적이고 이기적인 목적을 위하여 재산권을 남용하여서는 아니 된다는 것이 공공복리 적합성 의무이다.¹¹³⁾ 이는 재산권의 악용이나 남용으로 인한 사회공동체의 균열과 파괴를 방지하고 실질적인 사회정의를 구현하려는 것이다.

한편, 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 정하되 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하여 재산권 침해에 대한 보상원칙을 천명하고 있다. 여기에서 재산권의 수용이란 재산권의 박탈을, 재산권의 사용이란 재산권의 박탈에 이르지 아니한 일시적인 사용을, 재산권의 제한이란 소유자 기타 권리자에 의한 재산권의 사용과 그로부터 얻는 수익을 제한하는 것을 의미하며, 이에 대한 포괄적인 개념으로 공용침해 또는 광의의 공용제한이라는 용어를 사용하고 있다.¹¹⁴⁾ 헌법상 공용침해의 규정은 재산권의 사회적 구속성을 넘는 적법한 재산권의 침해와 그에 대한 보상의 원칙을 명문화하여 사회국가의 이념을 적극적으로 실현하고 또 거기에 적합한 재산질서를 형성하고자 하는

111) 김형성, 전계논문, p.89-90.

112) 조현권, 전계서, p.160.

113) 김형성, 전계논문, p.90.

114) 김형성(김형성, 전계논문, p.91)교수는 이러한 공용침해는 오로지 공권력의 주체에 의하여 공권력의 행사로 행해지는 고권적 행위이어야 하며 재산권에 대한 침해가 공권력에 의하여 의도되고 유목적적인 것이어야 함을 의미한다. 따라서 사인에 의한 행위나 우연히 일어난 고권적 행위는 공용침해의 범주에 속하지 않는다고 한다.

것이다.

2) 환경보전을 위한 토지재산권의 제한

헌법은 제35조에서 국민의 환경권과 국가의 환경보호의무를 동시에 규정하고 있다. 헌법규정은 사회국가원리와는 다른 환경보전을 중심으로 한 국가목적규정이라 할 수 있다. 따라서 국가권력은 환경보호를 위해 기속되며 정치적·법적으로 여러 가지 의미를 가지게 된다.

환경보호를 위한 국가의 환경보호정책은 환경에 영향을 미치는 인간의 행동 내지는 경제활동을 규제함으로써 자연환경을 관리하고 분배하는 환경관리기능을 그 본질로 하기 때문이다. 예컨대 자연자원, 상수원, 토양, 야생동·식물, 지하수 등을 보호하기 위하여 국가가 광범위한 지역이나 구역을 지정하고 당해 지역이나 구역 내에서는 공장설치 제한 등 토지이용을 규제하는 경우가 그것이다.

환경보전을 위한 토지이용의 제한은 그 제한지역의 광범위성이다. 그러나 이 광범위한 지역에 대한 보상은 막대한 재정을 필요로 한다는 점에서 현실적으로 매우 어렵다.¹¹⁵⁾ 따라서 외국에서는 환경보전을 위한 토지이용의 제한에 대하여는 특별한 경우가 아닌 한 무보상원칙이 확립되어 있다.

환경보전을 위한 재산권이나 영업의 자유의 제한은 재산권제한에 관한 헌법 제23조 제2항과 제3항외에 환경권 조항에 의해서도 가능하다는 견해가 있으며¹¹⁶⁾, 환경보전을 위한 수단으로서 토지재산권제한은 당연한 것으로 받아들여진다는 견해가 일반적이다.¹¹⁷⁾ 자연자원이나 물, 공기 등 환경은

115) 예컨대 자연공원법에 의한 자연공원(국립공원, 도립공원, 군립공원을 총칭한다)의 경우 2002년 지정된 면적은 7,649km²로 전국토의 7.6%에 해당하는바 이들을 모두 보상한다는 것은 현실적으로 어렵다. 다만 자연공원내에서의 지목이 대지로서 행위제한에 의하여 본래의 용도로 사용할 수 없을 경우에는 매수청구권을 부여하고 있다.

116) 조현권, 전게서, p.163.

117) 환경국가원리의 적용에 있어 보상과 관련하여서는 두 가지 측면에서의 검토가 필요하다. 먼저 환경보전을 위한 토지이용제한은 재산권제한이라는 점에 있어서는 틀릴 것이 없지만 단순한 공용필요가

공공재로서의 성격이 강하고 공공복리를 위해서는 필수불가결한 것이므로 환경보전을 위한 토지재산권의 제한은 일단 타당하다고 할 것이다. 다만, 환경보전을 위한 토지이용규제라 하더라도 그것이 기본권제한의 한계를 넘지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다. 그 한계는 기본권의 본질적인 내용의 침해금지의 원칙과 과잉금지원칙에 의하여 정해진다.¹¹⁸⁾

3) 토지이용규제과 공공신탁이론

환경자원은 원래 토지소유권과는 관계없이 만인에게 평등하게 분배되어야 할 자원이며, 그것은 당연히 만인의 공유에 속하는 자원이라 할 것이다. 또한 환경자원 그 자체는 어느 특정 토지위에 개별적으로 독립하여 존재하는 것이 아니라 일정지역에 사는 모든 사람에게 평등하게 분배되어 이용되어야 한다.¹¹⁹⁾ 따라서 자연자원의 보전 및 환경권의 구체적 실현을 위해서는 공·사법상의 재산행사의 제한 및 권리내용의 법률유보이론에 관한 법리와는 다른 각도에서 접근하는 환경법 특유의 법원리가 필요하다.

환경법상 “가장 유연하고 혁신적인 메카니즘 중의 하나(one of the most flexible and innovative mechanisms of the United States environmental law)”¹²⁰⁾인 공공신탁이론은 자연자원 중 어떤 것은 공동체의 존속과 번영에 필수불가결한 것이므로 반드시 보호하여야 한다는 평범하지만 우리 사회에 깊이 뿌리박힌 신념에 기초하고 있다.¹²¹⁾

아니고 환경기본권을 실현시키기 위한 제한이라는 점에서 성격을 달리한다. 그리고 흔히 말하는 사회적 기속 내지는 일반적 공공복리 사유가 아닌 즉, 환경이라는 다른 차원의 국가의무규정으로 인해 특화된 환경기속으로 보상 없이 행해질 수 있다(김형성, 전제논문, p.96 참조).

118) 전병성, 전제논문, p.10.

119) 박수혁 외7인, 전제논문, p.104.

120) Ved P. Nanda and William K. Ris, Jr., "The Public Trust Doctrine : A Viable Approach to International Protection," 5ECOLOGY L.Q.291, 292, 1976 ; 전병성, 전제논문, p10제인용.

121) 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, 환경법연구 제19권, 한국환경법학회, 1997, p.193.

공공신탁이론에 따르면 신탁재산의 양도 및 용도전환은 제한되며, 사인에게 양도된 경우에도 소유권자는 공동사용을 방해해서는 안되고 신탁재산의 선량한 관리자로서의 의무를 부담해야 한다. 이 의무는 신탁재산의 양도에 의해서 소멸되는 것이 아니고 그의 관리 및 운용에 의해서만 이행될 수 있을 뿐이다. 이러한 점에서 신탁대상물을 일반적 토지재산권으로 확장시킨다면 환경보전을 위한 토지이용규제의 합리적 이론기초를 마련하는 중요한 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다.¹²²⁾ 그러나 토지재산권을 신탁재산으로 볼 경우 헌법의 근본이념인 사유재산권개념을 흔들 가능성이 있기 때문에 공공신탁이론을 통한 토지이용규제의 전면적 합리화나 무보상원칙의 도출에는 한계가 있을 것으로 보인다.¹²³⁾

3. 국토기본법상의 토지이용규제

국토기본법은 국토에 관한 계획 및 정책의 수립·시행에 관한 기본적인 사항을 정하는 법으로(제1조), 국토의 균형 있는 발전(제3조), 경쟁력 있는 국토여건의 조성(제4조), 환경친화적 국토관리(제5조)를 기본원리로 채택하고 있다. 이 법에 의한 국토종합계획은 다른 법령에 의하여 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하며 그 기본이 되므로(제8조), 국토기본법은 헌법 다음의 기본법이 된다. 따라서 국토기본법에서 표명하고 있는 기본원칙은 모든 토지계획법에서도 공간적으로는 전국적으로 지켜져야 할 일반 원칙이다.

1) 기본원칙

122) 조홍식(조홍식, 전계논문, p.227) 교수는 공공신탁자원의 가장 본질적인 개념은 소위 신탁자원으로 판단된 자연자원의 사용과 관리에 있어 공익권(jus publicum)과 사익권 또는 행정권(jus privatum or jus regium)의 균형을 모색하고 이를 통하여 우리 사회의 공통적 이익(common interest)을 도모하는데 있다고 한다.

123) 전병성, 전계논문, p.11.

(1) 균형발전

이 법 제3조 제1항은 “국가 및 지방자치단체는 각 지역이 특성에 따라 개성 있게 발전하고, 자립적인 경쟁력을 갖추도록 함으로써 국민 모두가 안정되고 편리한 삶을 누릴 수 있는 국토여건을 조성하여야 한다.”고 하고 있는데 특성에 따라 개성 있게 발전하려면 어느 정도의 지역 간의 경제력의 격차가 불가피하다. 그런데 제2항에서는 “국가 및 지방자치단체는 수도권과 비수도권, 도시와 농촌·산촌·어촌, 대도시와 중소도시간의 균형 있는 발전을 이룩하고, 생활여건이 현저히 뒤떨어진 지역이 발전할 수 있는 기반을 구축하여야 한다.”고 하여 전국적인 지역 간의 산술적 균형을 규정하고 있다.

(2) 경쟁력

이 법 제4조 제1항에서는 사회간접자본의 확충을 통한 국가경쟁력의 강화를 규정¹²⁴⁾하고 있고, 제2항에서는 효율적 이용과 지속가능한 개발을 규정¹²⁵⁾하고 있고, 제3항에서는 국제교류의 활성화를 위한 여건 조성을 규정¹²⁶⁾하고 있다. 이와 같이 제4조에 규정된 국가의 국제경쟁력 강화를 위해서는 어느 정도의 선택과 집중이 불가피하다.

(3) 환경

이 법 제5조는 제1항에서 환경영향평가를 규정¹²⁷⁾하고 제2항에서는 난개

124) ①국가 및 지방자치단체는 도로·철 도·항만·공항·용수시설·물류시설·정보통신시설 등 국토의 기간시설을 체계적으로 확충하여 국가경쟁력을 강화하고 국민생활의 질적 향상을 도모하여야 한다.

125) ②국가 및 지방자치단체는 농지·수자원·산림자원·식량자원·광물자원·생태자원·해양자원 등 국토자원의 효율적인 이용과 체계적인 보전·관리에 노력하여야 한다.

126) ③국가 및 지방자치단체는 국제교류가 활발히 이루어질 수 있는 국토여건을 조성함으로써 대륙과 해양을 잇는 국토의 지리적 특성이 최대한 발휘되도록 하여야 한다.

127) ①국가 및 지방자치단체는 국토에 관한 계획이나 사업을 수립·집행함에 있어서 자연환경과 생활환

발방지를 위한 계획의 수립과 원활한 토지공급,¹²⁸⁾ 그리고 제3항에서는 자연생태계의 보전과 복원을 규정¹²⁹⁾하고 있다. 그런데 환경과 이질적인 원활한 토지공급이 규정된 반면 정작 도시환경의 문제는 빠져 있다.

2) 국토계획

이 법 제6조에 의한 국토계획은 국토전역을 대상으로 하는 국토종합계획, 도의 관할구역을 대상으로 하는 도종합계획, 특정한 지역을 대상으로 하는 지역계획으로서 수도권발전계획, 광역권개발계획, 특정지역개발계획, 개발촉진지구개발계획 기타지역계획(제16조), 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역을 대상으로 하는 시군종합계획, 그리고 특정부문에 대한 장기적인 발전방향을 제시하는 부문별계획으로 분류하고 있다. 국토종합계획은 모든 계획의 기본이 되며 국토종합계획과 도종합계획 및 시군종합계획은 계층적 구조를 형성하고 있으나(제7조), 지역계획은 수도권은 도단위를 초과하고, 광역권 역시 광역시단위를 초과하고 있으며, 특정지역의 범위는 유동적이므로 지역계획의 관할 범위가 매우 모호하며, 제7조 제1항의 “국토종합계획과 조화를 이루어야 한다.”는 표현 역시 계층상의 구조를 모호하게 한다. 그러나 지역계획은 부문별계획¹³⁰⁾과 함께 국토종합계획과 계층적 구조를 형성하고 있다

경에 미치는 영향을 사전에 고려하여야 하며, 환경에 미치는 부정적인 영향이 최소화될 수 있도록 하여야 한다.

128) ②국가 및 지방자치단체는 국토의 무질서한 개발을 방지하고 국민생활에 필요한 토지를 원활하게 공급하기 위하여 토지이용에 관한 종합적인 계획을 수립하고 이에 따라 국토공간을 체계적으로 관리하여야 한다.

129) ③국가 및 지방자치단체는 산·하천·호소·연안·해양으로 이어지는 자연생태계를 통합적으로 관리·보전하고 훼손된 자연생태계를 복원하기 위한 종합적인 시책을 추진함으로써 인간이 자연과 더불어 살 수 있는 쾌적한 국토환경을 조성하여야 한다.

130) 제17조 (부문별계획의 수립)

- ①중앙행정기관의 장은 국토전역을 대상으로 하여 소관업무에 관한 부문별계획을 수립할 수 있다.
- ②중앙행정기관의 장이 제1항의 규정에 의한 부문별계획을 수립하고자 하는 경우에는 국토종합계획의 내용을 반영하여야 하며, 이와 상충되지 아니하도록 하여야 한다.
- ③중앙행정기관의 장이 제1항의 규정에 의하여 부문별계획을 수립한 때에는 이를 지체 없이 건설교통부장관에게 통보하여야 한다.

고 보아야 한다. 또 도종합계획과 지역계획이 충돌될 여지가 특히 많은데 이에 대한 조정권은 건설부장관에게 일임되어 있다(법 제20조).

4. 국토의계획및이용에관한법률에 의한 토지이용규제

이 법은 국토의 이용·개발 및 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 관하여 필요한 사항을 정한 법(제1조)으로 국토기본법과 같이 전국을 상대로 하여 공통적으로 적용되는 기본원칙이 아닌 기본적으로 도시단위 및 그 일부인 지구단위를 상대로 하는 도시계획에 관한 법률이다. 비도시지역에 대하여도 도시계획기법을 도입하고 있다. 국토기본법이 도시계획법 총론에 해당한다면 국토의계획및이용에관한법률은 도시계획법각론에 해당한다.¹³¹⁾

국토의계획및이용에관한법률은 도시계획이 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에서 수립되는 다른 법률에 의한 토지의 이용·개발 및 보전에 관한 계획의 기본이 된다고 밝히면서, 특별시장·광역시장·시장 또는 군수에 관할구역에 대하여 다른 법률에 의한 환경·교통·수도·하수도·주택 등에 관한 부문별 계획을 수립하는 경우 도시기본계획의 내용과 부합되게 하여야 할 의무를 부과하고 있다(제4조). 한편, 동법은 토지의 이용실태 및 특성, 장래의 토지이용방향 등을 고려하여 국토를 도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역 등 4개 용도지역으로 구분하고 있다(제6조).¹³²⁾

현행법상 환경보전을 위한 전국적인 차원에서 토지이용규제에 관하여 종합적으로 규정하고 있는 법은 없다. 국토의계획및이용에관한법률에도 환경보전 관련규정이 있으나¹³³⁾ 동법은 어디까지나 개발 및 이용을 염두에 두고

131) 이광윤, “한국의 토지계획법규범의 구조와 문제점”, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004.12, p.67이하.

132) 종전에는 국토를 도시지역, 준도시지역, 농림지역, 준농림지역, 자연환경지역 등 5개 지역으로 구분되었는데(구국토이용관리법 제6조), 준도시지역과 난개발의 주요인으로 지목되었던 준농림지역을 통합하여 관리지역으로 편입하였다. 개발욕구가 강한 관리지역은 보전관리지역, 생산관리지역, 계획관리지역 등으로 세분하여 관리된다(국토의계획및이용에관한법률 제37조).

있는 법이고, 그 만큼 보전문제에는 소극적일 수밖에 없다. 토지이용규제는 개별법에서 법의 목적에 따라 정해진 산발적 규정에 근거하여 이루어지고 있다. 예컨대, 자연환경보전지역(국토의계획및이용에관한법률 제6조), 특별대책지역(환경정책기본법 제22조), 생태계보전지역(자연환경보전법 제18조), 습지보호지역(습지보전법 제8조), 수변구역(한강수계상수원수질개선및주민지원등에관한법률 등 4대강법 제4조), 상수원보호구역(수도법 제5조), 특정도서(독도등도서지역의생태계보전에관한특별법), 공원구역(자연공원법), 배출시설설치허가 제한지역(수질·대기환경보전법 제10조 제6항), 지정호소 및 호소수질보전구역(수질환경보전법 제34조), 토양보전대책지역(토양환경보전법 제17조), 가축사육제한지역(오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제34조), 조수보호구역(조수보호및수렵에관한법률 제4조), 지하수보전구역(지하수법 제12조), 보전산지(산지관리법 제4조 제1항 제1호), 보전임지, 자연휴양림(산림법), 문화재보호구역, 명승지(문화재보호법 제8조), 개발제한구역(개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제4조) 등이 그것이다.

이러한 토지이용규제는 흔히 지역, 지구, 구역 등을 지정하고 당해 지역 내에서의 일정한 행위의 제한, 금지를 명하고 있다.¹³⁴⁾

한편, 개발제한구역에서는 그 지정목적에 위배되는 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 죽목의 벌채, 토지의 분할, 물건을

133) 국토의계획및이용에관한법률은 구국토이용관리법상 난개발의 주요인으로 지목되던 준농림지역을 관리지역으로 편입하여 관리하고 있으며, 자연환경·수자원·해안·생태계·상수원 및 문화재의 보전과 수산자원의 보호·육성 등을 위하여 필요한 지역을 자연환경보전지역으로 지정하여 관리토록 하고 있으며(제6조), 환경성검토 및 토지적성평가제(제27조 제3항), 개발허가제(제56조), 개발밀도관리구역(제66조) 및 기반시설부담구역제도(제67조) 등 기반시설연동제 등의 실시를 위한 근거규정을 둠으로써, 국토의 체계적인 이용·개발뿐만 아니라 보전적인 면도 고려하고 있다.

134) 예컨대, 국토의계획및이용에관한법률은 도시관리계획을 통해 국토의 용도를 도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역으로 구분하고, 당해 용도지역의 지정목적에 위배되는 토지이용을 제한하고 있다. 팔당·대청호상수원수질보전특별대책지역내에서는 일정규모 이상의 폐수배출시설, 오수배출시설, 축산폐수배출시설, 골프장, 내수면어업, 유·도선 사업, 집단묘지 등의 설치가 제한된다(“팔당·대청호상수원수질보전특별대책지역지정에따른특별종합대책” 환경부 고시).

쌓아놓는 행위 또는 국토의계획및이용에관한법률 제2조 제11호의 규정에 의한 도시계획사업의 시행을 할 수 없다(개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제11조).

1) 기본원칙

이 법 제3조에서는 이법의 기본원칙으로

1. 국민생활과 경제활동에 필요한 토지 및 각종 시설물의 효율적 이용과 원활한 공급
2. 자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원
3. 교통·수자원·에너지 등 국민생활에 필요한 각종 기초서비스의 제공
4. 주거 등 생활환경 개선을 통한 국민의 삶의 질의 향상
5. 지역의 정체성과 문화유산의 보전
6. 지역간 협력 및 균형발전을 통한 공동번영의 추구
7. 지역경제의 발전 및 지역간·지역 내 적정한 기능배분을 통한 사회적 비용의 최소화

의 7가지를 들고 있다. 그런데 이 중 “5. 지역의 정체성과 문화유산의 보전”을 제외하고는 국토기본법에서 이미 규정하고 있는 원칙들을 다시 확인하고 있는데 지나지 않는다. 또한 기본원칙에서 대상단위로 하고 있는 “지역”의 범위가 도시계획의 수립단위인 “도시”단위와 다른 것인지 매우 모호하다. 그러나 도시계획에 대하여 “정체성과 문화유산의 보전”원칙을 도입한 것은 삶의 공동체로서의 도시의 기능과 중요성을 인정하였다는 점에서 의의가 있으며, 이 도시가 바로 한국에는 행정적 단위로는 존재하지 않았고 관습속에서 마을(리)단위로 존재하여왔던 “마을공동체(commune; Gemeinde)의 도시단위로의 확대전환을 의미한다.

2) 도시계획

도시계획은 1.광역도시계획, 2.도시계획, 3.지구단위계획으로 대상범위를 달리하며 도시계획은 다시 도시기본계획과 도시관리기본계획으로 구분되는데 “도시기본계획”이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에 대하여 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시관리계획수립의 지침이 되는 계획을 말하며 “도시관리계획”이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 계획을 말한다. 도시계획은 특별시·광역시·광역시의 군을 제외한 시 또는 군의 관할구역을 대상으로 수립하는데 이는 특별시·광역시·시라고 하는 도시와 도시계획기법을 도입한 비도시지역인 군을 대상으로 하는 것으로, 기본적으로 규모에 상관없이 도시단위라고 하는 하나의 생활단위를 대상으로 하여 도시계획을 수립한다. 광역도시계획은 “2 이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 공간구조 및 기능을 상호 연계시키고 환경을 보전하며 광역시설을 체계적으로 정비하기 위하여 필요한 경우에는 인접한 2 이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역의 전부 또는 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 광역계획권으로 지정한다. “지구단위계획”은 도시계획 수립대상 지역안의 일부를 대상으로 하는 도시관리계획이다. 도시계획은 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역에서 수립되는 다른 법률에 의한 토지의 이용·개발 및 보전에 관한 계획의 기본이 된다(제4조).

5. 개별법에 의한 토지이용규제

토지이용과 관련된 그 밖의 개별법은 약 90여 가지가 있다. 이러한 개별법은 입법목적별로 개발사업관련법, 도시개발관련법, 단지개발및공단설립관련

법, 특정지역개발관련법, 공공시설건설관련법, 조세및토지공개념관련법, 특정시설보호관련법, 이용목적보호관련법, 환경보전관련법, 재난관리관련법 등으로 구분할 수 있다.

여기에서는 주요 개별법에 한해 지속가능한 토지이용관리제도를 간단히 살펴보고자 한다.

1) 농지법과 산림법에 의한 토지이용규제

농지법은 농지를 효율적으로 이용·보전하기 위하여 국토의계획및이용에관한법률에 의한 녹지지역·관리지역·농림지역 및 자연환경보전지역을 대상으로(다만, 특별시의 녹지지역을 제외한다) 농업진흥지역을 지정토록 규정하고 있다(농지법 제31조). 농업진흥지역에서는 원칙적으로 농업생산 또는 농지개량과 직접 관련된 토지행위만 허용되며, 그 이외의 목적을 위한 시설설치 등 개발행위는 금지된다(농지법 제34조).

구산림법은 산림의 보호 육성과 임업생산력 및 공익기능 및 우리가 실무에서 많이 필요로 하는 산지전용까지 통제해 왔으나, 산림자원의 증식과 임업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하기 위하여 보전 보다는 이용증진, 즉 ‘산지전용’에 대한 절차와 규제, 허가를 통제하는 “산지관리법”을 제정(2002. 12. 30)하여 지금까지 산지에 대하여는 “산림법”과 “산지관리법”두 법률 체제로 운영되어 왔으나, 2005년 8월 4일 “산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률”이 새롭게 제정되어 1년간 유예기간을 마치고 2006년 8월 3일부터 기존 “산림법”이 폐지되고 2005년 8월 4일 새롭게 제정되었던 “산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률”이 발효되었다. 이로써 산지 보전 및 공익 기능은 산림자원의조성및관리에관한법률이 맡고, 산림의 이용 및 전용은 산지관리법

이 맡는 두 법률로 운영되고 있다.

5) 기타 개별법에 의한 토지이용규제

그 밖의 개별법에 의한 토지이용관리제도는 관광진흥법에 의한 관광지 및 관광단지의 지정(관광진흥법 제47조), 자연공원법에 의한 공원구역 및 공원보호구역의 지정(자연공원법 제16조), 자연환경보전법에 의한 자연생태계보전지역의 지정(자연환경보전법 제2조), 수도법에 의한 상수원보호구역의 지정(수도법 제5조), 낙농진흥법에 의한 낙농지대의 지정(낙농진흥법 제4조), 초지법에 의한 초지구성지구 및 단지구성지구의 지정(초지법 제2조), 문화재보호법에 의한 문화재보호구역의 지정(문화재보호법 제2조) 등이 있다.

관광진흥법은 관광개발기본계획을 수립하여 자연경관이 수려하고 역사적 유물이나 문화적 관광자원을 갖추고 있어서 관광 및 휴양에 적합한 지역을 대상으로 관광지 및 관광단지를 지정한다(관광진흥법 제47조). 문화재보호법은 문화재의 원형 보존 및 주변경관 보존을 위하여 일정한 구역을 문화재보호구역으로 지정한다.(문화재보호법 제2조). 자연공원법은 수려한 자연경관을 보존함과 동시에 합리적 이용을 도모하기 위하여 일정지역을 공원구역 및 공원보호구역으로 지정한다(자연공원법 제16조). 이 구역은 국립·도립·군립공원으로 구분되고, 이를 대상으로 공원계획을 수립한다.

자연환경보전법은 자연환경을 보전하기 위하여 자연환경보전기본계획을 수립한다(자연환경보전법 제2조). 이 계획은 자연생태계를 적절하게 보호할 목적으로 일정지역을 대상으로 자연생태계보전지역을 지정하고 있다. 자연생태계보전지역은 다시 보전지역 특성에 따라 녹지보전지역, 자연생태계보전지역, 특정야생동·식물보호지역 및 해양생태계보호지역으로 세분되고, 각각에 대한 보전계획이 수립된다. 수도법은 수도정비기본계획을 수립하여 상수의 수질보전상 필요한 지역을 대상으로 상수원보호구역을 지정한다(수도

법 제5조).

낙농진흥법은 낙농진흥에 필요한 지역을 대상으로 낙농지대를 지정할 수 있다(낙농진흥법 제4조). 초지법은 축산물의 안정적인 공급과 농가소득 증대를 위하여 초지구성지구 및 단지조성지구를 지정하고 있다(초지법 제2조). 그밖에 매장및묘지등에관한법률은 묘지(매장및묘지등에관한법률 제4조), 체육시설의설치·이용에관한법률에 의한 체육시설설립지구역(체육시설의설치·이용에관한법률 제5조) 등을 지정한다.

6. 공간계획에 의한 토지이용규제

공간계획은 용도지역제에 의한 토지이용관리와 개발사업의 시행을 통해 계획목표를 구현한다.

우선 전국을 대상으로 수립하는 공간계획은 국토건설종합계획법상의 국토건설종합계획(국토계획)이 있다. 이 계획은 전국건설종합계획(전국계획), 특정지역건설종합계획(특정지역계획), 도건설종합계획(도계획), 도농통합형태의 시건설종합계획(시계획), 군건설종합계획(군계획)의 다섯 가지로 구분된다. 전국계획은 국가가 국토 전역 또는 둘 이상의 도를 대상으로 작성한다. 특정지역계획은 국가가 특정한 지역을, 도계획은 도가 관할지역 또는 두 개 시·군 이상의 지역을 대상으로 수립하며, 시·군계획은 시·군이 필요에 따라 작성한다.

광역적 차원에서는 국토건설종합계획법상의 특정지역계획, 수도권정비계획법에 의한 수도권정비계획, 지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률에 근거한 광역개발계획, 제주도개발특별법상의 제주도종합개발계획, 비록 사문화된 계획이지만 도시계획법상의 광역계획 등으로 구성되어 있다. 특정지역계획은 전국계획과 도계획 사이의 광역계획으로서 국가가 계획을 수립하며, 제주도특정지역개발계획 등도 이에 해당한다.

한편, 도시지역은 도시계획법과 건축법 등 개별법에 의한 공간계획이 있다. 도시계획법에 의한 도시계획은 도시기본계획, 도시(재정비)계획, 상세계획과 건축법상의 도시설계, 도시재개발법상의 재개발기본계획 등으로 구성된다. 통합시와 광역시는 도시교통촉진법에 의한 도시교통정비기본계획, 환경정책기본법에 의한 환경관리계획, 농어촌발전특별조치법에 의한 정주권개발계획 등 유사한 계획이 개별법에 의해 중복 수립된다.

농어촌은 개별법에 의해 계획을 수립하고 있다. 농어촌은 면단위 농어촌지역을 대상으로 수립하는 농어촌발전특별조치법상의 정주생활권개발계획과 농어촌정비법에 의한 농어촌생활환경정비계획 등이 있다.

또한, 특정사업을 목적으로 수립하는 계획으로는 지역균형개발법에 의한 개발촉진지구개발계획, 복합단지및대학단지개발계획, 주택개발촉진법상의 주택개발계획, 산업입지및개발에관한법률에 의한 산업단지개발계획, 환지개발촉진법 및 도서개발촉진법에 의한 환지개발계획과 도서개발계획 등이 있다. 이러한 특정사업계획을 제외한 계획은 대체로 10~20년의 장기적 공간 미래상과 정비목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 전략과 실현수단을 제시하고 있다.¹³⁵⁾

7. 토지계획들의 구조와 관계

국토기본법에 의한 국토계획은 기본적으로 국토종합계획, 도종합계획, 시군종합계획이 계층적 구조를 이루고 있으며, 여기에 시군종합계획의 공간적 범위를 보충 또는 보완할 지역계획과 국토종합계획을 보충하는 중앙행정기관의 소관업무에 관한 부문별계획을 첨가하고 있다. 국토종합계획은 전국적 계획이며 시군종합계획은 생활공동체로서의 도시와 도시계획법기법을 도입한 비도시 군에 관한 도시계획이므로 지방자치법상의 계층구조에 상응하는

135) 천병태·김명길, 「환경법론」, 삼영사, 1997, p.12 이하.

개념이 아니다. 따라서 도종합계획이라고 하는 행정구역 중심의 계획과는 매우 이질적인데, 시군종합계획이 국토의계획및이용에관한법률에 의하여 수립되는 도시계획이므로 도종합계획은 불필요한 국토계획이라고 할 수 있다. 더구나 지역계획인 수도권발전계획은 도의 공간적 범위와 관할을 초과 하고 있고, 광역권개발계획역시 도의 관할 범위를 초과하고 있고, 공간적 범위 역시 범위를 달리하므로 도종합계획을 삭제하고 시군종합계획을 도시계획으로 명칭을 변경하여 국토종합계획과 도시계획의 이원체계를 확립한 다음, 도시 계획의 세부적인 사항은 국토의계획및이용에관한법률에 맡기는 것이 보다 체계적인 토지계획이 될 것으로 보인다. 아무튼 국토계획의 구조는 국토종합계획과 도시계획이 계층적 구조를 이루고 있고 도시계획을 지역계획이 보충하고 있고, 부문별계획이 국토종합계획을 보충하고 있는 것으로 이해된다. 국토의계획및이용에관한법률에 의한 도시계획은 광역도시계획에 의하여 보충되고 있으며, 하부계획으로 지구단위계획을 두고 있다. 그런데 광역도시 계획은 2이상의 특별시·광역시·시 또는 군의 전부 또는 일부에 대하여 광역 권으로 지정하여 수립하는데, 이것은 공간적 범위로 보아 국토기본법에 의한 지역계획 중, 수도권발전계획과 광역권개발계획에 해당하므로 도시계획 개념에 의하여 양법률의 규정을 통일시킬 필요가 있다. 만약 수도권발전계획을 도시계획개념이 아닌 국가와 도시의 중간단계의 국토개념으로 설정한 것이라면 국토종합계획의 보충적인 하위 개념으로서의 대단위 지역계획의 개념을 설정할 필요가 있다.¹³⁶⁾

수도권정비계획법에 의한 수도권정비계획과 제주국제자유도시특별법에 의한 종합계획은 광역도시계획에 속한다. 이러한 법률들에 의한 용어상의 불일치도 국토의계획및이용에관한법률 규정에 맞추어 일치시킬 필요가 있다. 그리고 구태여 이러한 법률들에 의한 계획의 효력이 국토의계획및이용에관한법률에 의한 도시계획에 우선한다고 할 것이 아니라 그 내용을 국토의계획및

136) 이광윤, 전개논문, p.70.

이용에 관한 법률에 포섭하든지 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 맞추어 입법을 하든지 하여 토지계획법의 체계를 논리적으로 정비하여야 할 것이다.¹³⁷⁾

교통체계 효율화법은 부문별 계획에 속한다.

제2절 현행 지속가능한 토지이용규제의 문제점

1. 기본원칙상의 문제 및 법체계상의 문제

1) 환경에 대한 기본원칙상의 문제

국토기본법 제5조에 나와 있는 환경에 대한 기본원칙은 환경에 대한 부정적 영향의 최소화라고 하는 소극적 환경보호에 그치고 있고(제1항) 또 난개발 방지와 토지의 원활한 공급이라고 하는 환경과는 다소 이질적인 고려를 포함하고 있다. 한국에서의 환경입법은 1990년대에 들어와서 본격적으로 입법된 것으로 인간이 숨쉬고 살아가는데 보다 쾌적한 환경을 만들 수 있도록 미적 환경의 보호와 조성이라든가 도시환경의 조성에 대한 기본원칙을 선언할 필요가 있다.

2) 토지계획법체계상의 문제

첫째, 국토기본법과 국토계획 및 이용에 관한 법률에 규정된 용어가 달라 혼동을 야기하고 있는데 국토기본법상의 시군종합계획은 도시계획으로 명칭을 변경함이 옳다.

둘째, 국토기본법상의 광역권개발계획과 국토계획 및 이용에 관한 법률상의 공

137) 이광윤, 전제논문, p.70.

간대상 범위가 달라 혼동을 주므로 국토계획및이용에관한법률상의 광역도시 계획으로 통일 시킬 필요가 있다.

셋째, 국토기본법상의 국토종합계획, 도종합계획, 시군종합계획의 계층구조를 유지할 필요성이 있는가 하는 점이다. 국토기본법에서는 전국을 대상으로 하여 기본원칙과 국토종합계획및 부문별계획에 대하여만 규정하고 나머지 사항은 국토계획및이용에관한법률에 맡기는 것이 토지계획법의 체계적 정비를 위해 필요하다고 본다.

넷째, 환경에 대한 기본원칙은 국토기본법 제2조, 제7조, 제8조, 제12조 제3항과 국토계획및이용에관한법률 제2조, 제4조 제1항, 제5조 제1항 제6조에 규정되어 있으나 친환경적 공간계획수립을 위한 실질적인 수단이 결여되어 있고, 환경정책기본법과 자연환경보전법에 따로 규정되어 있으므로 토지계획법과 환경법을 융합시켜 환경도시계획법으로 구성할 필요가 있다.¹³⁸⁾

2. 중복규제 및 하위법령에 의한 제한

1) 중복규제

토지이용규제를 위한 행위제한이 종합적인 법률이 아닌 각 개별법에 의해 단편적으로 이루어지면서¹³⁹⁾ 중복규제의 문제가 생길 수 있다. 예컨대, 동일 지역이 개별법의 지정 목적에 따라 상수원보호구역, 특별대책지역, 자연보전구역, 개발제한구역, 수변구역 등으로 중첩적으로 지정될 수 있는데,¹⁴⁰⁾

138) 이광윤, 전제논문, p.72.

139) 류해웅, “환경친화적 국토관리정책의 전개방향 : 국토이용법제를 중심으로”, 환경법연구 제23권 제2호, 한국환경법학회, 2001, p.118, p.124.

140) 실제로 경기도 광주군과 양평군의 경우에는 군면적의 대부분이 상수원보호구역, 특별대책지역, 개발제한구역으로 지정되어있고, 북한산 국립공원의 경우에는 공원내 상당지역이 개발제한구역으로 묶여있다고 한다. 이상돈 외 2, “환경보전 관점에서 상수원지역, 국립공원 및 그린벨트지역 법령정비방안”, 우리나라 환경법체계정비에 관한 연구Ⅱ, 한국환경정책·평가연구원, 1998, p.272.

그 결과 중복 지정된 지역의 주민들은 규제 내용을 정확히 파악하기도 힘들고, 이중, 삼중의 규제를 당함으로써 그 고통은 배가될 수밖에 없는 것이다.

여기에 더하여 관련 법률들 간의 상충의 문제도 발생할 수 있다. 예컨대, 해당지역이 수도법상의 상수원보호구역과 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법상의 개발제한구역으로 동시에 지정되면서 상수원보호구역에서는 허용되는 주택에서 음식점으로의 용도변경이 개발제한구역내에서는 불가능하게 되는 경우가 있을 수 있는 것이다.¹⁴¹⁾ 이러한 경우에는 어느 법률을 적용해야 하는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 법 적용에 관한 일반원칙에 따라 신법우선의 원칙 및 특별법우선의 원칙 등으로 해결할 수 있겠으나 구체적인 경우 그 적용이 쉽지 않다. 예컨대, 한강수계의 경우 수도권정비계획법이 특별법인지 아니면 한강수계상수원수질개선및주민지원등에관한법률이 특별법인지 선뜻 판단 할 수 없다 할 것이다.¹⁴²⁾

2) 하위법령에 의한 행위제한

환경정책기본법 제22조에 근거하여 현재 울산·마포 국가공업단지 및 온산 국가공업단지(1986. 3. 지정), 여천 국가공업단지(1996. 9. 지정)지역이 대기보전특별대책지역으로, 팔당·대청호 상수원지역이 수질보전특별대책지역으로 지정(1990. 7)되어 있다. 특별대책지역내에서는 토지이용과 시설설치의 제한 등이 수반되는데, 이러한 제한은 환경부 고시에 의해 이루어지고

141) 개발제한구역에서의 용도변경을 위한 허가기준이 상수원보호구역에서의 허가기준에 비하여 까다롭다. 즉 상수원보호구역에서의 용도변경은 오염물질의 발생정도가 종전의 경우보다 높지 아니하는 범위 안에서의 용도 변경에 해당하는 것으로 상수원보호구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 경우에 한하여 허가를 얻어 가능함에 반해(수도법 시행령 제9조 제1항 제2호), 개발제한구역에서는 휴게음식점 또는 일반음식점으로 용도변경을 할 수 있는 자는 허가신청일 현재 당해 개발제한구역안에서 5년 이상 계속하여 거주하고 있는 자 등 일정한 경우에 해당하는 자에 한하며, 용도변경하고자 하는 건축물의 연면적은 300제곱미터 이하이어야 한다는 요건이 충족되어야 한다(개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령 제18조 제2항).

142) 김홍균, 전계논문, p.45.

있다.

일반적으로 고시는 행정규칙의 한 형식이고, 행정기관 내부 통제와 지침을 목적으로 하는 것으로 법규성이 부인되는 것으로 이해되고 있다.¹⁴³⁾ 물론 형식적으로는 고시이나 실질적 내용에 따라 법규명령으로 보아야 한다는 견해가 있으나¹⁴⁴⁾ 이는 어디까지나 예외적인 경우에 그러하다.¹⁴⁵⁾ 이러한 관점에서 환경부 고시로 특별대책지역을 지정하고 재산권 침해를 수반하는 행위제한을 가하는 것은 이러한 법형식상의 일반원칙에 어긋나는 것이다.

또한 고시(행정규칙)는 입법예고절차가 적용되지 않는 등 이유로 행정기관의 편의적, 비공개적 행정이 가능해지는 문제를 야기한다.¹⁴⁶⁾ 이러한 이유는 특별대책지역, 공원 등의 지정을 고시로 하는 것에 문제가 있다는 것을 의미한다. 상수원보호구역, 자연공원, 지정호소 및 호소수질보전구역, 수변구역, 습지지역, 조수보호구, 특정도서의 지정의 경우에도 이러한 지역들의 지정의 법형식이 고시인 관계로(수도법 제5조, 자연공원법 제6조, 수질환경

143) “보건사회부고시인 의약품등제조업및제조·수입품목허가(신고)등처리지침(1994. 10. 5. 보건사회부 고시 제1994-53호) 제6조 제1항 및 [별표 2] 가 ‘의약품의 명칭은 기허가된 명칭과 동일 또는 유사 명칭 심사기준에 적합하여야 한다’면서 그 심사기준을 정하고 있으나, 의약품의 제조품목허가를 함에 있어 그 명칭이 기허가된 명칭과 동일 또는 유사한지 여부를 심사하는 이유는 그 의약품이 기허가된 의약품으로 오인될 우려가 있는지를 판단하기 위한 것이므로, 위 지침 제6조 제1항 및 [별표 2] 를 가지고 의약품의 명칭에 관하여 같은 법 시행규칙의 규정 내용을 보충한 것이라고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 위 조항에서 말하는 ‘다른 제품으로 오인할 우려’라는 개념의 해석·적용에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하다.” 대법원 1999. 12. 10. 선고 99두462판결. “당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 [별표 1] 은 주택건설촉진법 제7조 제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당 한다” 대법원 1997. 12. 26. 선고97누15418판결.

144) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 1999, p.153.

145) 판례는 법률보충적 성격의 고시나(대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484판결) 집행명령의 성격을 갖는 지침의 경우(대법원 1994. 2. 8. 선고 93누111판결) 법규성을 인정하고 있다. 판례는 이러한 예외적인 경우에 해당되더라도 그 규정내용이 법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 수 없다고 하고 있다. 대법원 1999. 11. 26. 선고 97누13474판결; 김향기, 전거서, p.143.

146) 행정절차법 제41조 내지 제45조는 행정상 입법의 경우 입법예고를 하여야하고, 이에 대해 국민은 의견을 제출할 수 있으며 또한 행정청은 필요한 경우 공청회를 거치도록 되어있다. 그러나 법제업무운영규정은 제14조 및 제20조에서 입법예고의 대상이 되는 것으로 법률안, 대통령령, 총리령, 부령, 그리고 자치법규만을 예시하고 있다. 그 결과 고시의 경우에는 이 같은 입법예고절차가 적용되지 않는다.

보전법 제34조, 한강수계상수원수질개선및주민지원등에관한법률 제4조, 습지보호법 제8조, 조수보호및수렵에관한법률 제4조, 독도등도서지역의생태계보전에관한특별법 제4조) 비슷한 문제가 제기된다.

더욱이 이러한 상수원보호구역 등의 지정은 필연적으로 해당지역 토지소유자들의 행위제한 내지 소유권 제한을 야기하므로 이를 행정규칙(고시)에 의한 지정을 통해 행위 제한을 하는 것은 문제가 있다. 이와 같은 토지이용 및 시설설치의 제한 등은 당해 지역주민에게 직접적으로 영향을 미치는 규제 내용임에도 불구하고 법률이나 시행령이 아닌 고시를 통해 그 규제가 이루어진다는 것은 지나친 입법권의 위임이라는 비판이 있을 수 있다.¹⁴⁷⁾

해당정책을 집행하기 위한 전문적이고 기술적인 면을 고려할 때 지정 자체를 고시의 형태로 하는 것이 합리적인 면이 없는 것은 아니나 국민의 재산권 행사와 밀접한 관련이 있는 제한되는 내용까지 고시로 규정하는 것은 큰 문제가 있다.¹⁴⁸⁾ 대표적인 예가 환경부 고시를 통한 팔당·대청호상수원수질보전특별대책지역에서의 행위제한이다.

3. 주민의견 수렴절차의 미비 및 주민지원의 미흡

1) 주민의견 수렴절차의 미비

용도지역의 지정절차와 관련하여 나타나는 또 하나의 문제점은 지정과정에서 주민참여의 기회가 전혀 보장되어 있지 않다는 것이다. 지역주민의견 수렴절차의 미비는 주민의견이 제대로 반영되지 않을 가능성을 높이고, 불필요한 갈등을 증폭시킬 가능성이 있다. 예컨대, 특별대책지역의 지정, 상수원보호구역, 자연공원, 수변구역, 특정도서 등의 지정과정에서 이러한 문제가

147) 이상돈 외2, 전계논문, p.275.

148) 정우형, “상수원보호관련법의 문제점과 정책방향”, 국토정보, 1994, p.73.

나타날 수 있다. 현재로서는 주민의견을 수렴할 수 있는 제도적 장치가 미비된 상태이기 때문이다.¹⁴⁹⁾

2) 주민지원의 미흡

용도구역의 지정으로 인하여 토지이용의 제한이라는 불이익을 받게 되는 지역주민들을 위하여 주민지원사업을 시행하는 것은 형평의 원칙에 부합하게 된다. 또한 용도구역의 지정으로 인하여 토지이용의 제한이라는 불이익을 받게 되는 지역주민들을 위하여 그 이익을 향수하는 지역주민들로부터 마련한 재원으로 불이익을 받는 지역의 주민지원사업을 시행하는 것은 수혜자부담의 원칙에 부합하는 것이다.

문제는 이러한 주민지원 등 필요성에도 불구하고 그 지원근거조차 마련되어 있지 않는 경우가 많고, 그 지원 내용은 지역주민들이 원하는 생활보조금 지원, 세제 지원, 소득보전사업 등 직접지원이 아니라 간접지원에 그치고 있다는 것이다.¹⁵⁰⁾

4. 행위규제중심의 문제

자연환경보전지역, 특별대책지역, 생태계보전지역, 자연휴식지, 습지보호지역, 특정도서, 국립·도립·군립공원, 조수보호구역, 보전임지, 자연휴양림, 문화재보호구역, 명승지, 개발제한구역 등 생태적으로 중요한 지역을 보호구역으로 지정, 관리하는 방법은 생태계의 우산(umbrella)역할을 통하여 보호의 필요성이 있다고 알려진 종은 물론이고 알려지지 않은 종, 먹이사슬의 하층부를 구성하는 종 등을 모두 아우르며 보호하게 되는 큰 장점을 갖는

149) 김홍균, 전계논문, p.47.

150) 김홍균, 전계논문, p.48.

다. 또한, 개별 종을 보호하는 접근방법에 비하여 생태계의 기본 요소가 되는 식물, 무척추동물 등에 보다 많은 관심과 보호가 이루어지면서 생태적으로 보다 바람직한 건강성이 유지된다. 생태계 접근방법은 광범위하고 장기적인 보호에 주안점을 두면서 급격하고, 비상적인 조치를 취할 필요성을 사전에 봉쇄한다. 사전적 보호를 통하여 해당 종이 멸종위기에 처하거나 위협에 노출되기 전에 보호를 하게 된다. 또한 해당 지역에서 다양한 수단을 동원할 수 있으므로 정책의 유연성을 제고할 수 있는데, 관리대상 지역이 클수록 유연성은 더 커질 것이다.

이러한 접근방법은 앞에서 본바와 같이 필연적으로 당해 지역 내에서의 행위제한, 금지를 수반하게 된다. 문제는 규제일변도의 행위규제만으로는 효율적인 관리에 일정한 한계가 있을 수밖에 없다는 것이다.¹⁵¹⁾

5. 손실보상의 문제

용도지구내의 행위제한과 관련하여 손실보상 규정은 제대로 마련되어 있지 못하다. 용도지구내의 행위제한은 자연환경의 보전이라는 공익을 위해 어느 정도 불가피한 규제라 할 것이나 제한을 받는 구체적인 개인으로서는 물가 상승에 대한 기대상실, 이용의 금지, 소유권 행사의 제한 등 불이익을 입게 되며, 특히 그 불이익이 심해 실질적으로 당해 토지의 소유권 자체의 의미를 상실할 정도에 이를 경우에는 토지소유자의 불이익을 특별한 희생¹⁵²⁾으로 인정하여 손실보상을 해주어야 하는 문제가 발생한다. 사유재산권의 침해에도 불구하고 현행법이 이를 합리적으로 보상하는 장치를 갖추고 있지

151) 김홍균, 전제논문, p.47-48.

152) 단순히 일반희생만을 야기하는 재산권의 사회적 기속은 보상을 요하지 않고, 사회적 기속을 넘어서는 특별희생을 초래하는 재산권의 수용·사용·제한인 공용침해만이 보상을 요하기 때문에 공용침해와 사회적 기속과의 구별은 매우 중요한 문제이다(정연주, “공용제한과 행정구제”, 「법학과 행정학의 현대적 과제 : 이방기교수 정년기념논문집」, 간행위원회, 2000.2, p.284이하 참조).

못하다는데 근본적인 원인이 있다 할 것이다. 이와 같은 문제는 제한의 정도가 심할수록 더하다. 예컨대, 공원구역, 상수원보호구역 등에서는 극히 제한적인 경우에만 건물의 신축이 허용되는 관계로 손실보상이 이루어지지 아니한 경우에는 헌법불합치의 소지도 있는 것이다.¹⁵³⁾

손실보상과 관련된 대표적 판례로는 헌법재판소의 구도시계획법 제21조에 대한 헌법불합치결정¹⁵⁴⁾을 들 수 있다. 이와 관련하여 개발제한구역지정 및 관리에 관한 특별조치법 제3조의 위헌여부는 결국 개발제한구역지정행위가 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항의 공용제한에 해당하는지, 그렇다면 보상규정이 없는 법 제21조는 헌법 제23조 제3항의 불가분조항의 원칙위배로 위헌인가 하는 문제로 귀결된다.¹⁵⁵⁾

1) 사회적 기속과 공용제한

공용침해의 유형중 공용수용과 공용사용의 경우에는 일반적으로 특별희생을 야기한다고 보며, 이 경우 그 재산권침해형태도 단순한 재산권에 대한 제한과의 구별이 용이하여 사회적 기속과 공용수용·사용과의 구별기준문제는 거의 발생하지 아니한다. 그런데 공용제한의 경우에는 사회적 기속과 그 제한형태도 유사하고 그 효과도 다양하여 양자의 구별이 매우 어렵다. 개발제한구역지정행위가 바로 여기에 속하게 되는데, 즉, 개발제한구역지정행위가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따른 재산권에 대한 단순한 사회적 기속인지, 아니면 헌법 제23조 제3항에 따른 보상을 요하는 공용제한인지가 구별하기 매우 어려운 문제이다. 그런데 이문제가 해결된 이후에야 비로소 보상규정이 필요한지의 여부가 정해지기 때문에 먼저 양자의 구별기준에 대한

153) 조현권, 전게서, p.172.

154) 1998. 12. 24, 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합).

155) 정연주, “헌법과 토지공법”, 「헌법의 규범력과 법질서 : 허영 박사 정년기념논문집」, 박영사, 2002, p.414이하 참조.

이론을 간단히 살펴보겠다. 이는 주로 독일의 학설과 판례에 의하여 체계화되었는데, 여기서는 이를 형식설과 실질설의 두 가지로 나누어 간단히 요지만 소개하겠다.¹⁵⁶⁾

(1) 형식적 기준설

① 개별행위설(Einzelakttheorie)

이 설은 침해행위가 일반적이냐, 개별적이냐라는 형식적 기준에 따르는 것으로 개별적 침해, 즉 특정인 또는 특정집단에 대한 침해를 특별희생을 야기하는 것으로 본다. 따라서 여기서는 행위의 성질이나 정도는 고려되지 아니한다. 그러나 이 설에 따르면 재산권에 대한 일반적 제한이라 하더라도 그 제한의 강도가 매우 크기 때문에 특별희생을 야기하는 경우라도 사회적 기속에 속하게 되어 보상을 못한다는 모순에 빠지게 된다.

② 특별희생설(Sonderopfertheorie)

이는 특정인 또는 특정집단에 대한 침해가 일반인과 비교했을 때 평등의 원칙을 깨면서 이루어진 경우 특별희생을 야기한 것으로 보는 견해로서 개별행위설에 평등원칙위반 여부라는 또 하나의 기준을 추가한 것이다. 따라서 이를 수정된 개별행위설이라고도 한다. 그러나 이에 따르면 모든 관계되는 사람들 또는 집단들의 재산권을 획일적으로 평등하게 침해한다면 아무리 침해의 강도가 높아도 사회적 기속이 되면, 그 해당 집단내부 또는 집단 상호간에서는 평등원칙이 지켜지기 때문에 공용침해가 될 수 없다는 점을 설명할 수 없다.

156) 이 구별기준이론에 관하여 자세한 것은 정연주, “재산권의 사회적 기속과 공용침해”, 연세법학연구 제2집, 연세법학연구회, 1992, p.92이하 참조,

(2) 실질적 기준설

① 강도설(Schweretheorie)

이는 침해행위의 강도와 범위라고 하는 실질적 기준에 따라 특별희생의 발생 여부를 판단하는 것이다. 그러나 어느 정도의 강도와 범위가 지누이나 하는 것에 대한 해명이 없다.

② 보호가치성설(Schutzwürdigkeitstheorie)

이는 재산권의 보호가치 있는 실체에 대한 침해를 공용침해로 보는 견해이다. 보호가치 있는 실체와 보호가치 없는 실체의 구별은 역사, 일반적 세계관, 언어, 법률의 의미 등을 기준으로 정해야 한다고 한다. 그러나 그 기준이 너무 주관적이고 비법률적이기 때문에 객관적 기준이 될 수 없다는 비판이 제기된다.

③ 사적유용성설(Privatnützigkeitstheorie)

이는 침해행위 이후 재산권의 사적유용성(사용·수익·처분권)이 유지되고 있는지의 여부를 기준으로 특별희생의 발생 여부를 판단하는 견해이다. 그러나 사적유용성 자체가 추상적이고 주관적이라 일반적·객관적 기준이 도리 수 없다는 비판이 제기된다.

④ 기대가능성설(Zumutbarkeitstheorie)

이는 침해행위를 통해 재산권자에게 그 침해의 수인을 기대할 수 있는지의 주관적인 사정을 기준으로 특별희생의 발생 여부를 판단하고자 하는 견해이다. 그 기대가능성 여부의 기준은 침해의 경제적 범위와 정도, 일반적 세계관과 시대관, 일반법적 가치 등이 될 수 있다고 한다. 그러나 이 역시 그 기준이 추상적이고 주관적이라는 비판이 제기된다.

⑤ 목적위배설(Zweckentfremdungstheorie)

이는 침해행위를 통해 해당재산권이 본래 사용되고 있었던 기능이나 목적과 다른 용도에 사용될 경우에는 특별희생을 야기하는 것으로 보는 견해이다. 그러나 목적에 위배되지 않는 한 아무리 수인의 기대가능성이 없는 강도 높은 침해라도 사회적 기속에 속한다는 모순에 빠지게 된다.

⑥ 상황구속성설(Situationsgebundenheitstheorie)

이는 주로 토지의 이용제한과 관련된 이론으로, 해당 토지가 놓여 있는 상황과 위치 및 주변 환경으로 인해서 토지의 일정한 이용이 제한받게 되며, 그와 같은 제한은 재산권에 대한 사회적 기속으로서 보상의 대상에서 제외된다는 것이다. 이는 결국 그 재산권이 처해있는 상황과 재산권의 특성과 이에 따른 재산권자의 사회적 의무를 기준으로 판단하는 것인데, 토지와 관련해서는 매우 설득력 있는 견해이긴 하나, 상황과 특성 및 재산권자의 재산권행사의무 자체가 너무 다양하고 주관적이고 그 기준이 모호하다는 비판이 가해진다.

(3) 소결

이상 살펴본 바와 같이 모든 이론이 나름대로의 일면적인 타당성은 있지만 어느 기준도 양자를 효과적으로 구별시켜 주는 완전한 기준이 될 수 없음을 쉽게 알 수 있다. 따라서 그때그때의 구체적인 상황에 따라 여러 학설의 종합적인 조화를 통해 양자를 구별할 수밖에 없다는 견해가 독일과 우리의 통설이라고 할 수 있다.¹⁵⁷⁾ 이러한 여러기준에 비추어 볼 때 개발제한구역지

157) 이는 재산권의 종류와 내용의 다양성, 사회적 기속도의 차이, 상황과 위치의 차이, 추구되는 공익의 다양성 등으로 인해 필연적으로 발생하는 다양성에서 기인하는 불가피한 현상이라고 볼 수 있다(정연주, “헌법과 토지공법”, 「헌법의 규범력과 법질서 : 허영 박사 정년기념논문집」, 박영사, 2002, p.416참조).

정에 따른 제한은 사회적 기속일 수도 있고, 공용제한일 수도 있다. 예컨대 상황구속성설이나 목적위배설 등에 비추어 보면 구역지정된 토지의 본래의 기능과 목적 등이 그린벨트의 목적에 부합되면 사회적 기속에 해당한다고 볼 수 있으나, 강도설, 기대가능성설, 보호가치성설, 사적유용성설 등에 비추어 보면 이러한 제한이 수인의 기대가능성이 없는 특별희생을 야기하는 공용제한으로 볼 수도 있다. 따라서 결국 해당토지와 관련된 제반사항을 검토·형량하여 그때그때의 상황에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이나, 분명한 것은 개발제한구역은 사안에 따라 특별희생을 야기하는 공용제한에 해당될 수 있으므로 보상을 해줘야하며, 따라서 일률적으로 사회적 기속으로 간주하여 보상을 거부하는 것은 위헌이다.

2) 불가분조항의 원칙

개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제3조에 의한 제한은 상황에 따라서는 헌법 제23조 제3항의 공용제한에 해당할 수 있고, 따라서 당연히 보상을 해야 하는데, 법 제3조에는 보상규정이 없다. 여기서 이 조항이 단지 보상규정이 없다는 사실 때문에 위헌이 될 것인가 하는 문제가 제기된다. 이 문제는 헌법 제23조 제3항에 도출하는 불가분조항의 원칙하에서 고찰되어야 할 것이다.

(1) 의의

헌법 제23조 제3항은 “공용필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이 규정에 의하여 공용침해에 대한 보상은 반드시 법률로 규정되어 있어야 하며, 공용침해에 관한 규정과 보상에 관한 규정은 불가분

이어야 한다.¹⁵⁸⁾

(2) 위반의 효과

불가분조항의 원칙에 따라 보상규정이 없는 공용침해법률은 위헌·무효이고, 이에 근거한 재산권 침해행위는 원칙적으로 취소되어야 한다. 따라서 이 경우 행정청이나 법원은 근거규정이 없는 보상을 직권에 의해서 또는 직접 헌법규정을 근거로 해서 허용해 줄 수는 없다. 결국 법원의 보상에 대한 심사의 범위는 실제로 이루어진 보상이 공용침해법률에 규정된 보상조항이 정한 기준에 부합되는지의 여부를 판단하는 데에 그친다고 하겠다.¹⁵⁹⁾

(3) 소결

결국 법 제3조에 따른 제한은 특별희생을 야기하는 공용제한일 수 있고, 따라서 불가분조항의 원칙에 따라 반드시 보상규정이 동시에 마련되어 있어야 하는 것이다. 이에 대해서는 제16조에서 토지매수청구권에 대해 규정하고 있으므로 구 도시계획법 제21조와는 달리 불가분조항의 원칙을 충족한다고 본다.

6. 공간계획의 비체계성

전국 인구의 87%가 도시에 살고 있으며, 조만간 이 비율은 90%에 이를 것으로 보인다. 사실상 전국이 거대한 도시국가를 형성하고 있으며, 서울 등

158) 이처럼 같은 법률에 공용침해에 관한 조항과 보상조항이 함께 규정되어 있어야 한다는 원칙을 소위 불가분조항(Junktimklausel)의 원칙이라고 한다. 이러한 불가분조항의 원칙을 헌법상 명시한 전형적인 예로서 독일기본법 제14조 제3항 제2문을 들 수 있다.

159) 불가분조항원칙위반의 효과에 대한 자세한 내용은 정연주, 전제논문, p.418-419.

일부 대도시는 이미 행정구역을 벗어나 거대도시로 발전하고 있다. 자동차 보유가 보편화되고, 대중교통수단과 통신의 발달 등으로 인하여 도시와 주변 농촌이 하나의 생활권으로 급속히 통합되어지고 있다. 이러한 여건 변화에 부응하여 1994년부터 생활권의 중심으로 시와 군을 하나의 행정구역으로 통합한 광역시와 통합시, 지역균형개발및중소기업육성에관한특별조치법에 의한 광역권개발 등이 제도화되었다.

그러나 토지이용을 결정하고 각종 개발사업의 시행을 계획하는 공간계획제는 전국계획(국토종합개발계획), 도계획, 시·도계획, 도시계획, 광역계획, 농어촌계획, 특정계획 등으로 매우 다원화되어 있음에도 불구하고, 생활권의 광역화에 효과적으로 대응할 수 있는 집행력 있는 계획제도가 없어 국토의 계획적, 합리적 이용 및 관리가 이루어지지 않고 있다.

이는 도시계획을 제외한 국토건설종합계획법상의 종합개발계획과 농어촌정주권개발계획 등 대부분의 계획이 집행력 있는 수단이 없어 도시의 광역화에 대응할 수 없기 때문이다. 또한 도시계획법을 적용할 수 있는 광역시, 통합시는 도시계획, 종합개발계획, 장기발전계획, 정주권개발계획, 교통정비기본계획, 환경관리계획 등 내용이 비슷한 각종 법정 또는 비법정계획을 중복 수립하고 있다. 그럼에도 불구하고 도시지역과 준농림지역, 준도시지역간 토지이용규제의 불균형으로 사실상 도시계획을 제대로 수립하지 못하고 있다. 이 때문에 광역시와 통합시는 도시계획구역과 비도시계획구역간, 일반 시·군은 하나의 생활권 안에서 도시와 농촌간 연계성이 미흡하여 상호 단절된 상태에서 토지를 이용·관리하고 있다.

7. 국가와 지방자치단체의 역할 미확립

미국의 경우도 환경보전을 위해서 연방 및 주정부가 토지이용규제에 개입하는데, 연방보다는 주정부가 더 적극적으로 토지이용규제를 행하고 있다.

또한 일본의 경우도 법률적으로는 국가가 토지이용규제를 행하고 있지만, 사실상의 행정지도를 통해서 지방자치단체도 토지이용규제를 행하고 있다. 이러한 선진국의 경우와는 달리 우리나라는 국토건설종합계획은 물론 국토이용계획의 수립 및 도시계획의 수립에서 건설교통부장관의 권한이 막강한 반면 지방자치단체의 권한은 미미한 것이 현실이다. 이러한 상황은 환경보전이 지방자치단체에 의해서 이루어질때 가장 효과적으로 이루어질 수 있다는 점에서 볼 때 결코 바람직하다고 볼 수 없다.

제 5 장 지속가능한 토지이용규제의 개선방향

환경보전을 위한 토지이용규제가 성공하기 위해서는 첫째로, 무엇보다도 토지의 공개념 확립이 필요하다. 토지는 유한한 자원이고 환경은 한번 훼손되면 원상회복이 어렵기 때문에 「소유=개발」이라는 소유권 절대, 개발권 절대라는 개념이 수정되어야 한다. 오히려 “계획이 없으면 개발이 없다”는 이른바 「선계획-후개발」 체제를 확립하여 국토를 계획적이고 환경친화적으로 이용하는 방안이 강구 되어야 한다. 국토계획 입안시부터 환경관리계획을 국토이용계획에 반영하고 보존용도지정, 지역별 상세계획이 수립되어야 하고 그에 따라 선별적으로 개발하는 새로운 국토이용체계의 확립이 필요하다.

둘째는 토지이용관련법제의 환경친화적 전환과 함께 개발사업에 대한 철저한 환경성 검토가 필요하다. 현재 시행되고 있는 환경영향평가제도나 사전 환경성검토제도는 국지적인 개발문제를 다루거나 사후적으로 대응해야 하는 경우가 많기 때문에 한계가 있다. 과거 개발시대에 제정된 개발관련법제의 대부분은 국토개발촉진을 위해 특례규정을 두는 경우가 많은 바 이들은 환경을 배려하는 법제로 수정되어야 한다. 일제시대 한반도의 자원수탈을 목적으로 제정되었다는 광업법은 그 일례라 할 수 있다.

따라서 국토의 쾌적성과 건강성이 유지되기 위해서는 모든 법령과 정책은 환경을 고려하는 방향으로 개정되거나 변경되어야 하며 환경계획을 개발계획의 우위에 두어 이를 바탕으로 개발사업이 이루어지도록 해야 한다.

셋째는 토지이용규제에 따른 보상의 확대이다. 환경보전을 위한 재산권의 제한은 특별한 경우가 아닌 한 무보상원칙이 확립되어 있다. 이는 물론 공공필요에 의한 재산권의 제한규정을 둔 헌법 제23조 제2항에 근거한 것이기는 하나 이는 정당한 보상을 그 전제로 한다고 할 수 있다.

그러나 국민의 권리의식이 신장됨에 따라 최근에는 사유재산권 침해에 대한 보상주장이 강하게 제기되고 있어, 최근에 제정되거나 개정되는 환경법에서는 토지재산권제한에 대한 보상규정을 두는 입법례가 늘어나고 있다.

한강수계상수원수지개선및주민지원에관한법률 제4조는 환경부장관은 한강수계의 수질보전을 위하여 팔당호, 남한강, 북한강 및 경안천의 양안 중 필요하다고 인정하는 지역을 “수변구역”으로 지정·고시하도록 하고, 수변구역 안에서는 폐수배출시설의 설치, 식품접객업, 관광숙박업 등의 시설설치를 금지하고 있으면서, 동법 제7조는 국가는 한강수계중 상수원보호구역, 수변구역의 토지 등의 소유자가 이를 국가에 매도신청을 할 수 있고 국가는 이를 매수할 수 있도록 규정하고 있어, 당해 토지 등을 종래의 목적대로 사용할 수 없는 경우 국가가 이를 보상한다는 원칙을 세우고 있다. 또한 상수원보호구역이나 수변구역으로 재산권행사의 제한을 받는 주민들에게는 주민지원사업을 통하여 직접적 혹은 간접적으로 혜택을 주는 제도를 도입하여 운영하고 있다. 이러한 주민지원이나 보상원칙은 낙동강수계물관리및주민지원등에관한법률 제8조, 금강수계물관리및주민지원등에관한법률 제8조에도 각각 동일한 취지로 규정되어 있다.

자연공원법 제77조는 자연공원의 지정으로 인하여 자연공원 내에 있는 토지를 종전의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지의 소유자는 공원관리청에 그 매수를 청구할 수 있도록 하고, 공원관리청은 그 매수청구를 받은 토지가 일정한 기준¹⁶⁰⁾에 해당하는 때에는 이를 매수하도록 하고 있다. 그러나 동 기준은 지나치게 엄격하여 자연공원 지정으로 인한 사유재산권 침해에 대한 보상으로 미흡하다고 사료되며, 실제로 토지소유자

160) 매수대상토지의 판정기준은 토지소유자의 귀책사유가 없이 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지로서 매수청구당시 매수대상토지를 자연공원 지정 이전의 지목대로 사용할 수 없으므로 인하여 매수청구일 현재 당해토지의 개별공시지가가 그 토지가 소재하고 있는 자연공원안의 동일한 용도지구에 있는 읍·면·동의 같은 지목의 개별공시지가 평균치의 50퍼센트 미만이어야 한다; 전병성, 전계논문, p.25(각주44번)재인용.

가 매수청구를 하는 경우는 매우 드물 것으로 보인다. 이는 한강수계상수원 수질개선및주민지원에관한법률 등의 예와 같이 토지소유자가 공원관리청에 매수청구를 할 경우에는 시가보상을 하고 매수할 수 있도록 제도를 개선해야 할 것이다.

한편, 자연환경보전법 제25조는 생태계보전지역 및 자연유보지역¹⁶¹⁾의 생태계를 보전하기 위하여 필요한 경우에는 동 지역 및 그 완충지역의 토지등을 그 소유자와 협의하여 매수할 수 있도록 하고 있으며, 수질오염에 영향을 미칠 수 있는 지역의 주민에게 오수정화시설 등의 지원을 할 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 환경법은 최근 토지재산권 제한에 보상내지 지원규정을 두는 사례가 증가하고 있는바, 이러한 입법동향은 사유재산권을 보장한다는 헌법의 취지에 보다 부합하기위한 정부의 의지로서 바람직한 방향으로 이해된다.¹⁶²⁾

제1절 환경계획의 개선

1. 선계획 후개발원칙의 확립

국토의 보전을 위해서는 “선계획-후개발”이 정책의 기본 틀로 확립되어야 한다. 국토의 난개발은 뚜렷한 개발계획 없이 개발수요만을 충족하기 위해 이루어지는 경우가 많다. 심지어 책임을 회피하기 위하여 형식적인 계획을 수립하거나 사후에 구색 맞추기 위한 용도로 급히 이루어지는 경우도 있다. 이러한 관행은 과기되어야 한다. 선계획 후개발 원칙이 확립되면 자연히 각

161) 자연유보지역이라함은 사람의 접근이 사실상 불가능하여 생태계의 훼손이 방지되고 있는 지역 중 군사상의 목적으로 이용되는 외에는 특별한 용도로 사용되고 있지 아니하는 무인도로서 대통령이 정하는 지역과 관할권이 대한민국에 속하는 날부터 2년간의 비무장지대를 말한다.

162) 전병성, 전계논문, p.25,

중 국가계획에 적합하지 아니한 개발은 허용될 수 없는 것이다. 부득이 개발을 하여야 할 경우에도 환경친화 개발계획에 부합하여야 한다.

2. 실효성 확보

환경계획이 화려한 수사에 그치지 않기 위해서는 그 실효성이 확보되어야 한다. 이러한 관점에서 환경정책기본법에서의 개발계획·사업의 경우에 있어 환경적 고려를 의무화한 규정(제14조의5)이 실효성을 갖도록 하는 작업은 중요하다. 이를테면 국토기본법상의 국토종합계획에 환경정책기본법상의 국가환경종합계획이 반드시 반영되어야 한다는 것을 밝힐 필요가 있는 것이다.

3. 사법심사의 강화

계획수립주체가 가지는 폭넓은 형성의 자유로 인하여 개발계획에 대한 사법적 통제가 취약한 것이 사실이다. 그러나 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 환경계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이다.¹⁶³⁾ 이 때 환경이익은 중요한 판단기준이 되어야 한다.¹⁶⁴⁾

163) “행정주체가 환경계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 환경계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.” ; 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.

164) 환경계획과 관련 있는 경우는 아니지만 환경이익을 중시한 판례로는 대법원2001. 7. 27. 선고 99두8589 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결; 대법원 2001. 11. 30. 선고 2001두5866 판결; 대법원 2000. 4. 25. 선고 98두6555 판결 등이 있다.

제2절 사전환경성검토제와 환경영향평가제의 연계

사전환경성검토제도가 환경정책기본법에 법제화되면서 동 제도와 환경영향평가제도간의 상호보완 그리고 연계성을 제고시키는 것이 과제이다. 환경정책기본법에 의하여 이루어지는 사전협의와 환경·교통·재해등에관한영향평가법상의 환경영향평가가 사전예방의 원칙을 구현하는 수단으로써, 그 내용이나 방법 등에 있어 실질적으로 큰 차이가 없다는 점은 이들의 법제상 통합, 운영에 큰 무리가 없음을 시사한다. 법률의 일원화 내지 단순화 필요성을 고려할 때 이러한 제도들을 단일법에 수용하는 작업은 설득력을 갖는다. 이 경우 프로그램적 성격을 갖는 환경정책기본법에 구체적 효력을 갖는 규정을 두는 것이 입법론적으로 바람직하지 않다는 점을 고려할 때 환경·교통·재해등에관한영향평가법으로의 통합이 자연스러워 보인다. 현행 사전환경성검토제도의 근거법인 환경정책기본법의 성격상 사전환경성검토 미협의, 협의내용의 미반영, 협의내용의 불이행, 환경성검토서의 부실 또는 허위작성 등에 대한 벌칙조항을 두기가 곤란하고, 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 관련 벌칙조항을 신설하는 것이 바람직하다는 입법 기술상의 고려에 비추어 더욱 그러하다. 이는 결국 환경정책기본법에는 환경영향평가나 사전환경성검토제도를 위한 이념적, 정책적 방향만을 제시하고 현행 환경정책기본법에 규정되어 있는 사전협의 관련규정을 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 이관하고 보충하여 정비하는 것을 의미한다.

이때 중요한 것은 사전환경성검토제도와 환경영향평가의 역할을 분명하게 인식하고 분류하는 것이다. 사전협의제도가 환경영향평가와 비교하여 특징적인 것은 사전협의 대상으로 행정계획을 들고 있다는 것이다. 이는 동 제도가 계획의 수립과정이나 입지의 결정단계에서의 타당성 검토를 염두에 둔다는 점에서 동제도의 핵심적인 사항이라 할 것이다. 이러한 관점에서 행정계획에 대한 사전협의와 관련하여서는 환경·교통·재해등에관한영향평가법

상에 규정하더라도 현행 환경영향평가제도와 달리 취급한다는 차원에서 별도의 장을 마련하여 규정할 필요성이 있다.

사전협의 대상중 개발사업에 대해서는 용도지역내에서의 소규모 사업에 국한하지만 개발사업인 점에서는 환경영향평가 대상사업과 본질적으로 다르지 않다. 이는 사전환경성검토대상인 용도지역의 소규모 개발사업을 환경·교통·재해등에관한영향평가법상의 환경영향평가대상으로 통합하여 규정하더라도 큰 문제가 없다는 것을 의미한다. 다만 사전환경성검토제와 환경영향평가를 유기적으로 연계, 운영하기 위해서 소규모 용도지역내의 개발사업은 현행환경영향평가와 달리 간이(약식)평가할 수 있는 여지를 두는 등 차이를 두는 것이 설득력을 갖는다.¹⁶⁵⁾ 경우에 따라서는 사전환경성검토 협의대상이지만 환경영향평가 대상사업규모미만이어서 사전환경성검토만 이루어지는 경우가 있을 수 있다. 그러나 환경영향평가대상 규모미만이라고 하더라도 환경에 예민한 개발사업의 경우는 환경영향평가에 준하는 환경영향예측 및 저감방안의 강구 등이 심도있게 이루어져야 할 것이다.

이러한 체계를 요약하면 현행 환경정책기본법상의 사전환경성검토제를 환경영향평가제도와 함께 환경·교통·재해등에관한영향평가법에서 다루되 법체계상으로 사전협의의 대상중 행정계획에 대하여는 대안검토, 입지타당성 등에 중점을 두는 전략환경평가(SEA)¹⁶⁶⁾로서의 역할을 할 수 있도록 하고, 개발사업에 대하여는 사업규모에 따른 차등을 두어 소규모 개발사업에 대하여는 입지타당성 등에 중점을 둔 간이(약식)환경영향평가를 실시하고, 대규모 개발사업에 대하여는 현행과 같은 환경영향평가를 실시하는 것이다. 이 경우 각 단계별로 사전환경성검토서의 작성기준과 검토방법 등에 대한 명확한 제시가 요구된다. 사전환경성검토 협의제도와 환경영향평가제도의 연계

165) 정연만, “사전환경성검토제도의 의의 및 향후과제”, 사전환경성검토제도 발전방향모색을 위한 세미나 자료집, 2000. 11. 30, p.29-30.

166) 전략환경평가(Strategic Environmental Assessment)는 정책, 계획, 프로그램에 대하여 환경적 영향을 사전에 검토하고 이를 토대로 환경적 측면을 고려한 정책이나 계획이 수립될 수 있도록 의견이나 대안을 제시하는 제도이다.

성을 제고하기 위해서는 환경영향평가지 사전환경성검토시의 협의 결과를 토대로 구체적인 환경영향예측 및 환경오염저감에 중점을 두어 협의하도록 관계규정을 정비할 필요가 있다.¹⁶⁷⁾

제3절 토지이용규제의 법체계정비

1. 토지이용규제법체계 일원화

국토를 가장 효율적이며 합리적으로 이용 관리하기 위해서는 국토이용관리 체계를 일관성 있게 구축하여야 한다. 도시지역과 비도시지역, 그리고 사업 계획 성격의 종합계획과 토지이용계획 등으로 복잡다기하게 다원화되어 있는 현행 공간관련 각종 용도지역제와 계획제도를 하나의 계획체계로 일실성 있게 통합하여야 할 것이다.

용도지역의 지정을 중심으로 한 토지이용 규제는 앞에서 본바와 같이 국토 의계획및이용에관한법률 등을 비롯하여 다양한데, 산만한 근거 법률은 어느 법이 특별법인가에 대한 논쟁을 제기하면서 자연보호 법률체계를 복잡하게 하고 중복 및 상충의 문제를 초래하고 있다. 또한 그 규제는 건설교통부, 환경부 등을 비롯하여 여러 부처에 의해, 분야 및 보호대상에 따라 다양한 형태로 시행되고 있는데, 관할기관의 다원화는 책임소재의 불분명을 초래하면서 자연환경 보전 및 관리정책의 효율적인 시행을 막고 있다.¹⁶⁸⁾

이러한 문제를 해결하기 위해서는 산발적인 법이 아닌 종합적인 법률이 필요하며, 주관부서의 통합이 요구된다. 그러나 이러한 작업은 부처간의 관할 문제와 맞물리면서 쉬운 일이 아닐 것이다. 이러한 현실적인 상황에서는 주관부서가 동일하거나, 그 지정 목적이나 취지가 유사한 제도만이라도 우선

167) 김홍균, 전계논문, p.51-52.

168) 김홍균, 전계논문, p.56-57 이하 참조.

통합할 필요가 있다. 예컨대, 크게 보아 수질환경을 보전하기 위한 취지로 마련된 상수원보호구역, 특별대책지역, 수변구역 등의 통합적 운영이 그것이다. 현실적으로는 중복지정을 피하여 단일지역에 하나의 용도구역만이 지정 되도록 단순화하는 작업이 필요하다.

2. 법령에 의한 행위제한

국민에게 직접적으로 영향을 미치는 행위제한의 경우 그 범위 및 내용은 법에 규정하는 것이 바람직하다. 시행규칙, 고시 등에 위임하는 것은 입법권의 포기 내지 지나친 입법권의 위임이라 할 수 있다.¹⁶⁹⁾ 그리고 이 경우에도 법에서 그 내용을 보충할 권한을 구체적으로 부여하여야 한다.

이러한 관점에서 종전에 개발제한구역(그린벨트)의 지정 및 행위제한과 관련하여 개발제한구역 안에서 제한될 행위범위 기타 개발제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 범위 안에서 건설교통부령으로 정하도록 하고 있던 것을(구도시계획법 제21조), 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제11조에서 개발제한구역에서의 행위제한 내용을 자세히 규정하고 있는 것은 발전적인 입법이라 할 것이다.

3. 관리중심으로의 전환

현재의 용도지역을 지정하고 당해 지역내에서의 행위제한, 금지를 요구하는 단순한 국토관리방법으로는 지속가능한 개발을 구현하는데 있어 일정한 한계가 있다. 이제는 조장적, 조성적 관리에도 눈을 돌려야 할 때 이다. 예를 들면, 종전에는 일정한 행위의 제한, 금지규정을 위반한 자에 대하여 벌칙을 부과하는 것에 초점이 두어졌다면, 이제는 서식지, 보호지역 확보, 생태

169) 이상돈 외2(각주21), 275면.

녹지, 대체자연의 조성 또는 창출, 생태통로 설치, 훼손지 복원, 환경기초시설의 과감한 확충, 지속적인 자연환경조사의 추진, 이를 토대로 한 생태·자연도의 작성¹⁷⁰⁾, 정보체계의 구축, 생태계보전 및 복원기술의 개발 유도 등 다양한 관리방법을 동원하여 국토보전을 도모하여야 하는 것이다.

또한 규제와 더불어 인센티브를 주는 제도의 개발이 필요하다. 현행 법제는 경제적 유인제도가 미흡하다. 현재의 토지이용규제는 보호구역 지정, 행위제한 및 승인 등 직접적인 규제수단을 위주로 하여 이루어지고 있다. 이러한 직접적인 규제수단은 경제적 효율성을 해치고, 그 운영에 있어 경직성을 초래하게 된다. 이제는 경제적 효율성과 유연성의 확보 차원에서 명령규제방식에서 벗어나 경제적 유인제도의 적극적인 활용을 검토할 필요가 있다.¹⁷¹⁾

4. 주민의견수렴절차 구비 및 주민지원

공공참여는 민원사항의 원만한 해결 더 나아가 정의를 통한 지속가능한 개발을 위해 필요한 것이다. 해당 지역이 용도지역으로 지정되면 그에 대하여 사실상 반대의사 표시를 하기 어렵고, 후에 변경자체가 어려우며, 그에 따른 손해배상 또는 손실보상을 제대로 받지 못하는 현실적 상황에서 주민참여를 위한 행정절차 미비는 심각한 민원을 초래하게 되고 결과적으로 효율적인 지역관리를 저해하게 된다. 지속가능한 개발이 이루어지기 위해서는 주민의견 수렴절차가 마련되어야 한다. 이는 주민과 행정기관이 동반자적 협력 관계에 있다는 것을 인식하고 구체적으로 주민들의 의견청취를 법정화하는 것을 의미한다.¹⁷²⁾

170) 이는 자연환경종합 GIS-DB구축을 말한다.

171) 개발권양도제, 협의기준초과부담금(환경·교통·재해등에관한영향평가법 제33조 이하), 생태계보전협력금(자연환경보전법 제49조 이하)등의 활용이 그것이다.

172) 김홍균, 전개논문, p.57.

뿐만 아니라, 용도구역의 지정으로 인하여 토지이용의 제한이라는 불이익을 받게 되는 지역주민들을 위하여 주민지원사업을 시행하는 것은 형평성의 원칙, 수혜자부담의 원칙에 부합하게 된다. 이러한 관점에서 지원근거를 마련하고, 지원규모를 확대하고 내용을 다양화하여 주민지원을 확충하여야 한다. 지원 내용도 생활보조금 지원, 세제 지원, 소득보전사업 등 지역주민들에 실질적으로 도움이 되는 직접지원을 대폭 증가시켜야 한다. 주의할 것은 해당지역 주민이라는 이유로 무조건적으로 지원이 이루어져서는 안된다는 것이다.¹⁷³⁾

또한 용도지역으로 지정되어 불이익을 입고 있는 토지소유자 및 지역주민에 대하여 사회가 무신경한 것은 사회정의에 반하는 것이고, 해당지역주민의 끊임없는 민원을 유발하면서 효율적인 국토관리를 불가능하게 한다. 결국 재산권을 침해받고 있는 소유자에 대한 적극적 배려는 국토의 지속 가능한 개발을 위해 중요한 것으로서, 입법자는 매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 등 다양한 보상가능성을 통하여 재산권에 대한 가혹한 침해를 보상하여야 한다.¹⁷⁴⁾

제4절 토지이용규제권한의 적정화

선진국은 오랜 민주주의의 전통에 따라 도시계획의 수립과 집행은 전적으로 지방자치단체의 권한에 속해 있으며, 정책결정 및 집행과정에는 시민을 비롯한 관련 이해관계자의 참여가 철저하게 보장되고 있다. 아울러 각급계획 및 정책의 수립과 집행과정에서 국가와 지방자치단체간의 역할분담도 명쾌하게 정리되어 있다.

173) 예를 들면, 해당구역 내에서의 행위제한을 위반한 자에 대해서까지 지원이 돌아가는 것은 형평의 원칙상 허용되어서는 안 될 것이다.

174) 헌법재판소 1999. 10. 21 선고 97헌바26결정.

다만, 지방자치단체의 지나친 독주에 따르는 상위정책의 훼손가능성방지, 자치단체간의 정책조율의 필요성, 도시정책의 적절한 수행여부 평가 등의 목적을 위해 국가 또는 상위행정청에 지방자치단체 감독기능을 두고 있다. 다시 말해 도시계획의 수립과 결정은 지방자치단체가 자율적으로 수행하되 그 과정에서 상위행정청의 승인을 받도록 하는 절차를 두고 있다¹⁷⁵⁾는 것이 판례의 입장이다.

우리나라도 선진국과 같이 국가와 지방자치단체간의 계획 권한을 적절히 배분할 필요가 있다. 구체적으로 토지이용계획의 입안 및 결정 권한은 해당 토지이용문제를 가장 적절하게 처리할 수 있는 정부단위인 기초자치단체가 갖는 것이 가장 바람직 할 것이다.¹⁷⁶⁾

그러나 일본 토지이용규제의 경우에서 보았듯이 기초자치단체는 그 규제능력이 아직은 부족하다고 할 수 있다. 따라서 잠정적으로 광역자치단체가 그 기능을 수행하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 또한 이러한 광역자치단체 중심의 토지이용규제는 미국의 개발권선매제도가나 개발권양도제도가 주로 대도시정부가 주체가 되어 행해진 점을 감안할 때 개발권선매제도가나 개발권양도제도의 도입을 위해서도 바람직한 일이라고 보아진다.

그러나 지방자치단체가 토지이용·관리 및 계획수립의 주체가 되도록 국토이용관리 행정권한을 지방에 대폭 이양하더라도 국가는 보전·보호할 지역에 대하여 용도지역을 지정·관리하며, 전국적·광역적 차원의 계획 및 토지이용관리 업무를 맡아야 할 것이다.¹⁷⁷⁾

175) 민기, “한국의 토지이용규제에 관한 연구”, 한양대 석사학위논문, 1992, p.56 이하.

176) 류해웅, “토지이용계획제도의 발전적 전개방향”, 부동산 법학 제4집, 한국부동산법학회, p.25 이하.

177) 국가와 지방자치단체간의 토지이용규제권한의 적정화를 대안으로 제시한 문헌으로는 이시경, 「지역개발분야 토지이용규제 개선방안」, 1994, 한국지방행정연구원, 이 있다.

제5절 개발권양도제도의 도입

앞에서 살펴본 바와 같이 미국의 개발권선매제도는 1. 이해관계자의 호감을 살 수 있고, 2. 농지보전의 영속성을 높이며, 3. 이해당사자의 재정적 안정성을 제고한다는 장점으로 인하여 그 도입을 검토해 볼만하다고 할 수 있다. 그러나 1. 정부의 재정적 부담이 과도하고, 2. 집적의 이익 내지는 규모의 경제 달성이 어려우며, 운용상의 문제점으로 1. 대상농지선정의 장기화 2. 과잉보상의 제지가 있다는 것이 지적될 수 있다. 특히 정부의 과도한 재정적 부담은 그 도입을 어렵게 만드는 가장 큰 요인이라 할 수 있다.

개발권양도제도는 우리나라와 같이 도시의 개발압력이 주위농경지에 미치지가가 오르고 농민들이 매각한 농지위에 도시하부구조시설이 마련도 되지 않은 채 무질서하게 개발됨으로써 도시의 무분별한 확산과 이로 인한 오염물질배출량의 급격한 증가로 환경오염이 가중되고 종전의 지역제가 무력해지는 상황에 제동을 걸 수 있는 적합한 제도라는 평가를 내린 연구가 있다.¹⁷⁸⁾

위 연구에서는 그린벨트나 공공녹지공원을 설정하여 그 항구적인 개발제한을 시도함으로써 규제지역내의 토지소유주가 부당하게 입은 불이익과 개발지역 내의 토지소유자가 얻게 되는 불로소득이 정의와 형평에 어긋나 같등과 분쟁의 중요한 요인이 되어 왔다는 점을 그 논거로 들고 있다. 또한 위의 연구에서는 개발권이양방식은 1. 시장논리에 따른 개발권의 자유로운 매매방식, 2. 개발권지구내의 토지소유자에게만 매도할 수 있다는 조건을 붙이거나 3. 양도를 원치 않는 소유자의 개발권을 시가 수용하여 개발권 기금에 적립했다가 원매자에게 매도하는 방식, 4. 환경보호지구내의 토지소유자의 동결된 개발잠재력을 화폐로 환산하여 계획위원회가 타지역의 개발자에게 매각한 대금을 재원으로 보상비를 지급해 주는 방식을 열거하고, 우리나라

178) 박수혁의 7인, 전개논문, p.81.

라의 실정에는 마지막 방식이 적합할 것이라는 결론을 내리고 있다.

그러나 개발권양도제도 역시 법적인 문제점을 가지고 있는데 아래에서 살펴해보도록 하겠다.

1. 개발권양도제의 문제점 및 평가

1) 문제점

개발권양도제의 법적인 문제는 주로 수권법률의 위임, 사유재산권의 침해, 독점금지법의 위배문제와 관련된다. 먼저 수권법률의 위임문제는 대체로 두 가지 견해로 나뉜다. 하나는 포괄적인 수권법과 판례에 의해 그리고 지자체의 계획권한으로 법률의 위임규정 없이 개발권양도제가 가능할 것으로 보는 견해이며, 다른 하나는 Dillon의 학설¹⁷⁹⁾에 의해 지자체는 주정부의 부속물이며 명시적인 위임규정에 의해서만 가능하다는 견해이다. 그러나 대부분의 계획가들은 개발영향부담금(development impact fee), 시설부담금(exaction)과 같이 세금 이외의 재원조달방안이므로 반드시 법률의 위임을 받아야 한다고 보고 있다.

두 번째 문제는 사유재산권의 침해와 관련된 것이다. 송출지역의 토지소유자에게 적절한 보상이 주어지지 않고 보전을 위해 규제를 강화한다면, 「정당한 보상 없이 공익을 위해 사유재산권을 제한할 수 없다」는 미헌법(제5차 개정)에 의해 위법한 행정행위 소지가 있다. 그동안 TDR 프로그램은 합법성을 인정받은 경우와 그렇지 못한 경우가 있어 왔다. 펜센트럴(Penn Central) 역사(驛舍) 보전을 위한 TDR 프로그램은 합법성을 인정받은 경우이고, 개발권 매매가 잘 이루어지지 않아 정당한 보상이 이루어지지 않았다는 이유로 위법한 행정행위로 판결된 경우도 있다.¹⁸⁰⁾

세 번째 문제는 독점금지법의 위배여부와 관련된 것이다. 정부주도 하에 개발권 가격이 책정되고 개발권 은행의 시장개입에 의해 가격이 조정된다면, 미연방의 독점금지법의 위반 소지가 있다. 따라서 이 경우에는 정부의 제한적인

179) Dillon의 학설이란 지자체는 주정부의 피조물이므로 지자체의 권한은 전적으로 주에서 시작된다는 주장으로 법학자 John Forrest Dillon에 의해 제기되었고, City of Clinton v. Cedar Rapids and Missouri River R. Co. 판례에 의해 인정되었다.

180) Fred French Investing Co. vs City of New York 판례가 여기에 해당한다.

역할을 분명히 할 필요가 있다.

그밖에도 개발권양도제의 사회경제적인 문제로서 형평성 문제를 들 수 있다. 이는 보전지역 대신 수용지역의 과도한 개발을 허용하게 되어 주변지역에 악영향을 미친다는 점과 보전에 따르는 혜택은 시 전체에 미치므로 간접보상보다는 일반적인 세금으로 충당하는 것이 형평성 차원에서 바람직하다는 관점에서 제기되어진 것이다.

2) 평가

개발권양도제의 목적은 용도지역제의 단점을 보완하여 개발로부터 토지를 보전하는 기능을 수행하는데 있으므로, 시장기능에 의해 공급할 수 없는 공공재를 공급하는 것과 유사한 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 개발권양도제는 외부효과감소 등 개발의 부정적인 영향을 감소시키고, 특정지역에 개발을 집중시키므로 공공투자비용을 줄이는 효과가 있다고 할 수 있다. 또한 이 제도는 특정 토지소유자들에게 주어진 용도지역의 개발이익을 재분배하는 방법으로 토지의 형평성 문제를 제기시켜줌으로써 용도지역제의 한계를 보완시켜 주는 제도이다.

미국의 개발권양도제는 농경지 및 환경자원 보전에 상당한 효과가 있는 것으로 나타나, 토지이용상의 목적을 달성하는 데 효과적이었음을 보여주고 있다. 수용지역의 신규 주택수요가 크고, 이 수요에 미치지 못할 정도로 개발을 제한하는 토지이용규제가 존재하는 경우, 경제적으로 실현가능성이 크다는 것을 보여주고 있다. 이 제도의 유용성은 개발압력과 보전 필요성의 강도에 비례함을 알 수 있다.

농지 보전에 있어서 가장 큰 경제적 편익은, 개발집중과 교외화 방지를 통해 도로·학교·상하수도 등 도시공공서비스 공급비용의 최소화가 가능하므로 재산세를 덜 내도된다는 점에 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 몽고메리 카운티의 성공은 토지개발문제를 솔직하게 다루려는 정치적 의지와 지역사회의 관심사에 대한 선의의 노력에 기초한다. 그러나 TDR 프로그램에 대한 논의는 간혹 효율성과 분배문제를 혼동하는 경우가 있다. 비용과 편익의 문제는 오픈스페이스와 보전지역과 같은 공공재의 효율적인 공급 여부와 직결되기 때문에 중요한 의미를 지닌다. TDR 프로그램을 평가하는 다른 중요한 기준은 형평성이며, 이는 누가 최종적으로 보전에 따르는 부담을 지느냐 하는 문제와 직결된

다.

토지자원을 배분하는 수단으로서 시장메카니즘은 대부분의 토지이용이 외부효과 등을 가져오기 때문에 한계가 있다. 이 문제를 줄이기 위한 방법으로 전통적으로 용도지역제에 의존해 왔으나, 외부효과로 인해 이웃한 토지소유자가 지불하는 비용은 토지소유자가 얻는 이익에 비해 적을 수 있다. 이러한 외부성의 존재는 사회적으로 보다 적합한 토지용도 배분방안의 모색을 요구하고 있다.

TDR은 TDR로 인해 손실을 입은 자와 이익을 얻는 자의 관계가 분명하지 않고, 외부효과의 내부화, 낮은 규제비용, 시장 불완전성 문제를 야기하지 않을 것 등의 조건을 충족시키지 못하기 때문에, TDR제도의 사회적 효율성은 크지 않다는 지적이 있다. 토지이용규제로 인한 편익이 손실보다 크다고 하더라도 누가 혜택을 보고 누가 비용부담을 하느냐 하는 문제는 별도로 남아 있다. 이는 TDR이라는 계획수단이 사회적 형평성을 충족시키는지를 결정하기 때문에 중요하다. 개발권 배분방식은 사전에 토지가치를 고려하여 이루어지므로 보전지역 토지소유자에게 상대적으로 유리하게 결정될 수도 있다. 이렇게 되면 결국 TDR은 신규주택가격을 상승시키고, 이를 주택구입자가 부담하는 결과를 초래하게 된다.

2. 개발권양도제도 도입의 전제조건

한국적 상황(부동산투기 등)을 감안할 때 완전히 시장논리에만 맡기는 것은 여러 가지 문제를 야기할 것으로 보이고, 개발권지구내의 토지소유자에게만 판매하는 것도 개발권지구내의 토지소유자가 대부분 개발권을 구매할 만한 자력이 없는 점을 감안할 때 별다른 실효성이 없다고 할 수 있다. 또한 시가 수용하는 것은 그 수용비용이 과다할 경우 개발권선매제도와 같이 그 재원마련의 곤란으로 인하여 그 실효성이 의문시된다고 할 수 있다. 따라서 위에서 제시된 네 번째 방안이 가장 합리적이라 할 수 있을 것이다. 그러나 개발권양도제도를 도입하여 성공하기 위해서는 다음과 같은 점을 주의하여야 할 것으로 생각된다.¹⁸¹⁾

첫째, 우선적으로 토지이용규제권한이 국가에서 광역자치단체로 이전되어야 한다. 미국의 개발권양도제도의 시행주체가 뉴욕 시였던 점을 감안할 때 당연한 일이라 할 것이다.

둘째, 토지이용관련법체계가 정비되어야 한다. 토지이용규제가 현재와 같이 질서와 체계가 서지 않는 양상을 보이고 있는 상황에서 개발권을 도입한다면 현재보다 더 큰 혼란만을 야기할 것이기 때문이다.

셋째, 수용지역이 잘 선정되어야 한다. 수용지역은 개발적지이어야 할뿐만 아니라 되도록 즉시 개발이 가능해야 하며, 개발에 필요한 기반시설과 개발계획이 잘 갖추어져 있어야 한다. 도시기반시설을 제대로 갖추지 못하였다고 하면 당연히 양도가능개발권에 대한 수요도 잘 일어나지 않을 것이다. 플로리다의 어떤 지역에서는 땅값이 너무 싼 탓으로 고밀도 개발에 대한 수요 자체가 없어서 개발권양도제도가 실패하는 경우도 있다. 대체로 보면 개발업자들은 수용지역을 많이 지정하고 또한 다양화해주시기를 바란다. 사실 수용지역이 많아야 양도가능개발권에 대한 수요가 커진다. 물론 개발여건을 잘 갖춘다는 것 자체가 때로는 많은 시간을 요하는 경우도 있으므로 당장 원하는 만큼 다수의 수용지역을 지정하기 곤란한 경우도 있을 수 있다. 이럴 때는 몽고메리군이 그랬던 것처럼 처음에는 개발여건을 잘 갖춘 지역부터 수용지역으로 지정하고 시일이 지남에 따라 수용지역을 추가할 수도 있다.

넷째, 규제과정과 개발허가과정이 투명해서 양도가능개발권을 구입한 개발업자가 약속된 개발권을 틀림없이 그리고 신속하게 행사할 수 있도록 여건을 조성해야 한다. 이와 관련해서 한 가지 중요한 것은 되도록 제도가 단순해야 한다는 것이다. 규제의 복잡성은 개발업자의 의욕을 저하시키기 때문이다. 개발권양도제도가 성공하려면 우선 양도가능개발권이 잘 팔려야 한

181) 개발권양도제의 국내적용 가능성에 관한 자세한 내용은 서순탁, “지속가능한 국토이용체계 확립을 위한 개발권양도제 운영방안”, 「지속가능한 국토이용체계의 구축방향에 관한 연구」, 국토연구원, 2001, p.143이하 참조.

다. 수용지역에서 개발업자가 양도가능개발권을 구입하려는 한 가지 이유는 양도가능개발권을 소지할 경우 개발에 대한 복잡하고 까다로운 정부의 심사 과정을 밟을 필요 없이 즉시 개발권을 행사할 수 있다는 이점에 매우 호감이 가기 때문이다.

다섯째, 송출지역과 수용지역의 토지이용규제를 엄격하고 포괄적으로 통제함으로써 양도가능개발권 구매의 이익을 확실하게 보장해야 한다. 예컨대 어떤 지점은 규제하고 어떤 지점은 개발하는 식으로 땀질식 규제가 있어서는 안 된다. 수용지역의 토지이용규제가 느슨하면 개발업자들이 굳이 양도가능개발권을 구매할 욕구를 강하게 느끼지 않을 수가 있다. 예를 들면, 양도가능개발권을 구입하지 않더라도 다른 방법으로 용적률이나 건폐율에 있어서 특혜를 받을 수 있다면 양도가능개발권의 매력이 그 만큼 감소할 것이다. 플로리다주의 여러 지역에서 실시한 개발권양도제도가 실패한 주원인도 바로 여기에 있다.

여섯째, 개발권양도제도는 기존 토지이용규제 방식에서 상당히 변화된 제도이므로 이해관계자들을 잘 이해시키며 나아가서 최소한도 실시초기에는 담당관료 및 전문가들의 적극적인 역할이 필요하다. 몽고메리군의 개발권양도제도가 성공할 수 있었던 이유는 군 당국이 사전에 치밀하게 준비하였을 뿐만 아니라 이해당사자들에게 개발권양도제도의 내용을 충분히 이해시키고 또한 이들의 의사를 최대한 수용하는 노력을 아끼지 않았다. 초기에는 개발권양도제도 시행담당자들이 직접 양도가능개발권판매자와 구매자를 찾아 중개하는 곳은일도 마다하지 않았다. 이제는 거의 정부의 개입 없이 시장을 통해서 개발권양도제도가 잘 돌아가고 있는 것으로 알려지고 있다. 수용지역의 도시기반시설 및 개발계획을 미리 완비함으로써 송출지역에서 나오는 양도가능개발권이 즉시 수용지역에서 수용될 수 있는 여건을 조성하였다.

일곱째, 모든 이해당사자들의 이익을 증진하는 방향으로 제도가 짜여지고 운용되어야 한다. 송출지역의 토지소유자, 수용지역의 개발업자, 그리고 규

제당국 모두 이익이 되어야 성공할 가능성이 높다.

여덟째, 개발권양도은행의 설립이 필요하다 개발권양도제도를 실시하면서 몽고매리군이 농민들의 요구를 받아들여 양도가능개발권은행을 설치한 바 있다. 이 은행은 농민들이 원하면 양도가능개발권을 매입해서 보관하고 있다가 수용지역의 개발업자들에게 되파는 중개역할을 수행하였다. 그 이후 뉴저지 주 파인랜드 지역과 캘리포니아 몬테리군에 양도가능개발권은행이 설치되었다. 양도가능개발권은행은 토지소유자와 개발업자들 모두에게 개발권양도제도의 내용을 홍보하는 데에 유용하며 그럼으로써 이 제도에의 참여도를 높이는 데에 기여한다. 양도가능개발권은행은 양도가능개발권에 대한 수요를 늘림으로써 개발권양도제도의 활성화에 도움이 되며 양도가능개발권에 대한 수요와 공급을 조정함으로써 양도가능개발권가격을 안정화시키는 데에도 기여한다. 따라서 양도가능개발권은행은 개발권양도제도를 활성화하는 데에 주요한 요소라고 할 수 있을 것이다.

제 6 장 결론

토지의 건전한 이용은 헌법상 보장된 국민의 환경권을 확립하는 척도이다. 그럼에도 불구하고 현행 토지이용규제제도의 불합리성으로 국토의 균형적 성장이 저해되고 여기 저기 난개발이 진행되어 심각한 환경문제를 야기시키는 것은 물론 막대한 사회적 비용을 초래하고 있다. 환경문제를 해결하기 위하여 환경관련 법령에서는 환경기준을 설정하고 이를 달성하기 위한 수단으로서 토지이용규제를 강화하고 있다. 특히 우리나라는 지표수 즉 하천수를 상수원으로 사용하고 있는 관계로 수질보전을 위한 토지이용규제가 늘어나고 있으며, 또한 자연공원, 생태계보전지역 등 자연환경보전을 위한 토지이용규제도 늘어나고 있으며, 또한 자연공원, 생태계보전지역 등 자연환경보전을 위한 토지이용규제도 늘어나고 있는 추세이다. 그러나 이와 같이 환경관련법령에서 개별적, 산발적으로 토지이용을 규제하는 것만으로는 환경을 보전하거나 국토를 건전하게 발전시키는 데는 한계가 있다.

무엇보다 필요한 것은 토지의 공개념 확립이다. 토지를 개개인의 소유물이 아닌 국민전체의 복리를 증진시킨다는 개념으로 전환하는 것이 매우 중요하다. 토지 공개념의 바탕위에서 국토전체에 대한 용도지역을 세부적으로 정하고 개발시에는 철저한 사전적 계획이 수립되어야 한다. 이러한 의미에서 “선계획-후개발”체제의 도입은 매우 절실하다.

사전환경성검토제도와 환경영향평가제도는 환경적인 악영향을 사전에 예측·분석하고 그 대응방안을 모색한다는 점에서 지속가능한 발전을 위한 필수적인 제도이다. 양 제도는 현재별개의 법에 근거하여 시행되고 있으나 그 절차나 방법 등이 유사하고 그 운영함에 있어 연계성이 소홀히 다루어지고 있다는 점에서 상호보완 및 연계성을 제고시키는 노력이 필요하다. 양 제도간의 연계성을 제고하기 위해서는 현행 환경정책기본법에 규정되어 있는 사

전협의 관련규정을 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 이관하고 보충하여 정비할 필요성이 있다. 구체적으로는 양 제도의 목적 및 취지를 살려 사전협의의 대상 중 행정계획에 대하여는 대안검토, 입지타당성 등에 중점을 두는 전략환경평가로서의 역할을 할 수 있도록 하고, 개발사업에 대하여는 환경영향평가를 실시하는 것이다. 다만 개발사업 중 환경에 예민한 소규모 개발사업에 대하여는 입지타당성 등에 중점을 둔 간이(약식)환경영향평가를 실시하고, 대규모 개발사업에 대하여는 현행과 같은 환경영향평가를 실시하는 것을 검토할 필요가 있다.

산만한 법에 근거하여 이루어지는 토지이용규제, 그리고 용도지역을 지정하고 당해 지역에서의 행위제한, 금지를 요구하는 규제일변도의 국토관리방식으로는 지속가능한 개발을 구현하는데 한계가 있으므로 그 기본 틀을 바꿀 필요가 있다. 이를 위해서는 여러 부서에 분산되어 복잡하게 시행되고 있는 토지이용규제의 통합, 정비, 법령에 의한 행위 제한 및 주민의견수렴절차의 구비, 규제일변도 중심의 관리방법의 극복, 손실보상, 주민지원절차의 마련 등이 고려되어야 한다.

토지이용규제권한과 관련하여 미국의 경우는 개발권선매제도와 개발권양도제도에서 보았듯이 뉴욕시와 같은 광역자치단체가 그 주체였다. 일본의 경우는 법적으로는 국가가 토지이용규제권한을 보유하고 있지만 사실상의 행정지도를 통해 지방자치단체가 권한을 행사하고 있음을 알 수 있었다.

또한 법체계의 정비와 관련하여 우리나라의 법체계의 문제점을 발견하고 그 개선방안을 내는 데는 여러 선진국의 법체계가 우리나라의 법체계와 같지 않기 때문에 별다른 도움을 받을 수 없었다.

미국의 개발권선매제도와 개발권양도제도의 도입과 관련해서는 원칙적으로 국가가 환경보전을 위한 토지이용규제로 인하여 재산상 손실을 입은 당사자의 토지를 매입하는 것이 가장 합리적일 것이라고 생각되었다. 그러나, 국가에게 그만큼 재원이 없다는 점을 감안하여 개발권만을 국가가 매입하는 개

발권선매제도도 검토해 보았다. 그러나 개발권선매제도도 역시 국가에게 과도한 재정적 부담을 지우는 것으로 그 도입을 위해서는 재원마련을 위한 조치가 따라야 함을 알게 되었다.

따라서 개발권양도제도를 국가의 재정적 부담을 덜면서 환경보전을 효과적으로 수행할 수 있는 토지이용규제제도의 하나로 제안하고자 한다. 개발권양도제도의 도입 방법으로는 환경보호지구내의 토지소유자의 동결된 개발잠재력을 화폐로 환산하여 계획위원회가 타지역의 개발업자에게 매각한 대금을 재원으로 보상비를 지급해 주는 방식이 가장 적당하다는 결론에 이르게 되었고, 그 성공적인 도입을 위한 조건들로, 첫째, 토지이용규제권한의 광역자치단체로의 이양, 둘째, 토지이용관련법체계의 정비, 셋째, 적절한 수용지역 선정, 넷째, 규제과정과 개발허가과정의 투명화, 다섯째, 송출지역과 수용지역의 토지이용규제 엄격화, 여섯째, 담당관료 및 전문가들의 적극적인 역할, 일곱째, 모든 이해당사자들의 이익 증진, 여덟째, 개발권양도은행의 설립이 필요하다.

ABSTRACT

A Study on Sustainable Land Development and Use Regulation

Lee Jin-Woo

Department of law

Graduate School of

Sungshin Women's University

Adviser : Professor Kim Hyang-Ki

The root cause of environment problem comes from increase of population and industrial development. Because of industrialization and urbanization, contamination substance has been increased and nature self-purification capacity is no more effective. Therefore environment issue has been occurred more seriously. Intervention of using Land usage activity could be solution for environment issue, because all human-being activities have connection with land. Because of land supply limitation, government should interfere widely into land problem like other country in direct and indirect way. To overcome small territory, many population and lack of resource, we should continuously develop land to improve quality of our life. So this Thesis was premised on the necessity of land-use restriction and define the concept of continuation-possible land develop as “Land development to make comfortable country environment that nature and human-being can be harmonized”.

Land Usage Limitation is based on the constitution §23② “Property rights exercise of public society general weal suitability obligation” and constitution §35 “A people of environment-rights by regulation and the environment protect obligation by country.”

Once environment is destroyed, it is very difficult to recover or impossible to restore forever and its damaged area is very wide in regional and time, Prevent in advance is the most effective and economic way.

First of all it is necessary to establish land public concept, to realize continuation-possible land develop. In the basis of land public concept, set usage zone more in detail and when developing “First plan - After develop” discipline should be kept firmly.

These days the nation focus is moving usual imperative · regimentation regulation field to pre-prevention field. Typical example of pre-prevention policy means are Pre-environment reviewal regulation and Environment effect evaluation regulation. Pre-environment reviewal regulation is designated to administration plan or small scale development business and Environment effect evaluation regulation is mainly designated to big scale business which is in business step. Even though both regulations are executed in different law, as for managing its connection is considered carelessly. So it needs effort to reconsider mutual complementary and connection. To reconsider both systems connection, pre-discussion related regulation should be transferred, supplied and maintained to “Environment · Traffic Effect evaluation regulation regarding disaster and so on”. In detail, in case of administration plan, make to do strategy environment evaluation that focus on counterproposal review, validation of location and in case of development business, proceed environment effect evaluation by utilizing both system’s purpose and the meaning that is one of the pre-discussion. But when doing small scale development business that is delicate to environment, proceed simple environment effect

evaluation. And in case of big scale development business, it is necessary to review proceeding environment effect evaluation that enforced these days.

Next, this thesis examined related law system in England, America, Germany and Japan regarding continuation-possible land usage restriction. And in connection with this, this thesis reviewed our country's problem regarding continuation-possible land usage restriction and its improvement method.

There is an restriction to realize continuation-possible development with land usage restriction at the basis of vogue law, action restriction at that place after designate usage zone and country management method that just wanting only restriction. So this thesis represent that its basic concept should be changed. To do this, land usage restriction unity and maintenance that spread to many department and executed complicatedly, action restriction by law and preparation of residents opinion receiving procedure, overcoming of management method that only restriction is required, residents support procedure should be reconsidered.

And this thesis considered America's Development rights first-buy regulation and Adopting development rights cession regulation regarding land-usage restriction authority. In principle bought the land by the nation that cause someone a loss because of land usage regulation to preserve environment, was considered more rational. But because there are not enough source of revenue in nation, buying development rights regulation was considered that buying its development rights. But buying development rights regulation also needed much revenue to maintain it. So to maintain it ,countermeasure should be followed to make revenue.

So the conclusion is the Land usage restrict regulation that can reduce nation burden and proceed environment preservation more effectively. As a method of adopting Development rights cession regulation, Convert land owner's confirmed development potentiality

to money in environment protection area, and Plan committee gives compensation money that comes from selling another region's developer, is considered more rational than any method. And to make success adoption there are several conditions. First, transfer Land usage restriction rights to wide-area self-government party. Second, adjust Land usage related law system. Third, select proper receiving area. Fourth, transparency of restriction procedure and development permission procedure. Fifth, make strict at Land usage restriction in sending area and receiving area. Sixth, government official and professional's active role, Seventh, effort in increasing related person's profit. Eighth, necessity of establishing development rights cession bank.

With this research result, I hope it can contribute to more rational and more systematic continuation-possible Land usage restriction.

참 고 문 헌

* 참고서

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2004.
- 구연창, 「환경법론」, 법문사, 1993.
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 1999.
- 김향기, 「행정법개론」, 제7판, 삼영사, 2006.
- 류해웅·성소미, 「국토환경의 보전과 관리」, 국토연구원, 2001.
- 박균성·함태성, 「환경법」, 제2판, 박영사, 2006.
- 조현권, 「환경법」, 법률문화원, 1999.
- 이상광, 「친환경 도시개발 정책론」, 홍익출판사, 2004.
- 이상규, 「환경법론」, 법문사, 1998.
- 이시경, 「지역개발분야 토지이용규제 개선방안」, 한국지방행정연구원, 1994.
- 이정진, 「토지경제학」, 박영사, 2000.
- 한표환, 「도시내 농지활용 및 보전에 관한 연구」, 한국지방행정연구원, 1992.
- 홍성방, 「환경보호의 법적문제-독일의 헌법과 행정법에 있어서 환경보호를 중심으로-」, 서강대학교출판부, 1999.
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2004.
- 홍준형, 「행정법 총론」, 제4판, 한울아카데미, 2001.
- 천병태, 「미국행정법」, 부산대학교출판부, 1992.
- 천병태·김명길, 「환경법론」, 삼영사, 1997.
- 국토개발연구원, 「토지정책의 변화와 과제(개원20주년 기념총서)」, 국토

개발연구원, 1998.

- 환경부, 「환경성 검토 업무편람」, 환경부, 2004.

* 학위논문

- 김영혜, “토지이용규제법제에 관한 연구”, 원광대학교 박사학위논문, 2004.
- 김희식, “환경보호를 위한 토지이용규제와 손실보상의 기준-미국판례를 중심으로”, 부산대학교 석사학위논문, 1997.
- 민기, “한국의 토지이용규제에 관한 연구”, 한양대학교 석사학위논문, 1992.
- 민병기, “환경보전을 위한 토지이용규제에 관한 연구”, 서울시립대학교 석사학위논문, 1999.
- 성현찬, “전략환경평가 모형의 개발과 적용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.
- 홍완표, “토지법상 개발권양도제의 도입에 관한 연구”, 서울시립대학교 박사학위논문, 2000.

* 참고논문

- 강제규, “환경법의 성격과 환경행정소송제도”, 환경법연구 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005.
- 고문현, “환경헌법의 바람직한 규정형태”, 환경법연구 제26권 3호, 한국환경법학회, 2004.
- 권영성, “사회적 기본권의 헌법규범성고-헌법소송적 실현을 위한 시론-”,

헌법논총 제2권, 헌법재판소, 1991.

- 김광수, “환경보호를 위한 토지이용규제와 재산권”, 환경법연구 제28권2호, 한국환경법학회, 2006.
- 김남진, “환경권에 의거한 건축허가의 일부취소청구”, 고시연구, 1995, 6.
- 김형성, “환경보전적 토지이용에 관한 검토”, 환경법연구 제20권, 한국환경법학회, 1998.
- 김홍균, “국토보전을 위한 환경법상의 과제”, 저스티스 통권제74호, 한국법학원, 2003.
- 김홍균, “사전환경성검토협의제도의 효율성 제고”, 환경법연구 제25권 제2호, 한국환경법학회, 2003.
- 노명준, “국제환경법의 원칙”, 환경법연구 제24권 제1호, 한국환경법학회, 2002.
- 노명준, “국제환경법의 새로운 동향”, 환경법연구 제24권 제2호, 한국환경법학회, 2002.
- 박병도, “국제환경법상 환경영향평가에 관한 연구”, 환경법연구 제27권 제2호, 한국환경법학회, 2005.
- 박수혁, “토지이용규제로 인한 갈등해소의 법정책”, 환경법연구 제20권, 한국환경법학회, 1998.
- 박수혁 외7인, “환경보전을 위한 토지이용관계의 합리화 방안(요약보고서)”, 성균관대학교 비교법학연구소, 1998.
- 박윤훈, “미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상”, 미국헌법연구 제2호, 미국헌법연구회, 1997.
- 류해웅, “토지이용계획제도의 발전적 전개방향”, 부동산법학 제4집, 한국부동산법학회, 2005.
- 류해웅, “환경친화적 국토관리정책의 전개방향 : 국토이용법제를 중심으로”, 환경법연구 제23권 제2호, 한국환경법학회, 2001.

- 서순탁, “지속가능한 국토이용체계 확립을 위한 개발권양도제 운영방안”, 「지속가능한 국토이용체계의 구축방향에 관한 연구」, 국토연구원, 2001.
- 소병천, “환경법상 지속가능한 발전과 시민소송제도에 대한 담론”, 환경법연구 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005..
- 양병이, “새로운 밀레니엄 시대의 지속가능한 도시”, 지속가능한 도시발전에 관한 국제심포지엄자료, 1999.
- 이기한, “행정청의 토지이용규제의 권한과 한계”, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회, 2003.
- 이광윤, “한국의 토지계획법규범의 구조와 문제점”, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004.12.
- 이상돈 외2인, “환경보전 관점에서 상수원지역 · 국립공원 및 그린벨트지역 법령정비방안”, 우리나라 환경법체계에 관한연구Ⅱ, 한국환경정책 · 평가연구원, 1998.
- 이정전, “토지소유권과 개발권의 새로운 정립”, 「새 밀레니엄시대에 국토관리 어떻게 할 것인가?」, 국토연구원 · 대한국토도시계획학회 · 경제정의 실천 시민연합 · 한국토지공사, 1999.
- 이창환, “미국의 규제수용법리의 내용과 환경보호와의 관계”, 환경법연구 제25권 제2호, 한국환경법학회, 2003.
- 전병성, “환경보전을 위한 토지이용규제제도의 현황의 개선방향”, 저스티스 통권 제74호, 한국법학원, 2003.
- 정연만, “사전환경성검토제도의 의의 및 향후과제”, 사전환경성검토제도 발전방향모색을 위한 세미나자료집, 2000.11.30.
- 정연주, “공용제한과 행정구제”, 「법학과 행정학의 현대적 과제 : 이방기교수 정년기념논문집」, 간행위원회, 2000.2.
- 정연주, “재산권의 사회적 기속과 공용침해”, 연세법학연구 제2집, 연세법학

연구회, 1992

- 정연주, “헌법과 토지공법”, 「헌법의 규범력과 법질서」, 허영 박사 정년기념논문집, 박영사, 2002.
- 정우형, “상수원보호관련법의 문제점과 정책방향”, 국토정보, 1994.
- 정종섭, “기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개” 「한국에서의 기본권이론의 형성과 발전」, 허영박사 화갑기념논문집, 박영사, 1997.
- 정훈, “환경보호에 관한 헌법적 규율”, 환경법연구 제25권 제1호, 한국환경법학회, 2003.
- 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, 환경법연구 제19권, 한국환경법학회, 1997.
- 채영근, “미국연방대법원의 환경관련 판례분석”, 환경법연구 제24권 제1호, 한국환경법학회, 2002.
- 채우석, “환경영향평가제도에 관한 법적연구”, 환경법연구 제27권 제4호, 한국환경법학회, 2005.
- 최영국, “국토이용계획과 환경보전계획의 통합방안”, 「지속가능한 국토이용체계의 구축방향에 관한 연구」, 국토연구원, 2001.
- 함태성, “사전환경성검토제도에 관한 공법적 검토”, 환경법연구 제28권 제1호, 2006.
- 황희현, “환경친화적 국토이용을 위한 제도개선과 실천전력”, 경남개발30호, 1998.
- 홍완표, “미국토지이용규제의 법리와 그 평가”, 환경법연구 제26권 3호, 한국환경법학회, 2004.

* 외국문헌

- Benson, “Bonus or Incentive Zoning - Legal Implications”, 21 Syracuse Law Review, 1970.
- Daniels, T.L., "The purchase of Development Rights: Preserving Agricultural Land and Open Space", in journal of the American Planning Association, Vol57, No.4. Autumn. 1991.
- F. Ossenbühl, “Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung”, VR(Verwaltungsrundschau), 1983.
- Heinhart Steiger, “Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts-”, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1975.
- Prentiss, W. “Transferable Development Credits : A Controversial Land Use Tool”, California Waterfront Age, Spring, 1987.
- Pfeffer, M. and Mark B. Lapping, "Public and farmer support for purchase of development rights in the metropolitan northeast," in Journal of Soil and Water Conservation, January/February, 1995.
- 阿部泰隆, “國土開發と環境保全”, 日本評論社, 東京, 1989.

* 인터넷사이트

- 대법원(<http://www.scourt.go.kr/>)
- 법제처(<http://www.moleg.go.kr/>)
- Westlaw(<http://www.westlaw.com/>)
- 헌법재판소(<http://www.ccourt.go.kr/>)