

도시공원일몰제와 ‘대지의 노모스’

국가가 그 일을 하지 않는다면 국민은 국가의 존재이유를 물을 수밖에 없다. 도시공원 문제를 해결하는 새로운-그러나 이미 존재하고 있는 해결책은 사적 소유권에 대한 과도한 보호로 일관해온 식민지 시대 이후 ‘우리’의 도시법질서를 새로운 공간질서 위에 기초지우는 하나의 기점이 될 수 있을 것이다.

이계수(건국대학교 법학전문대학원 교수)

인터넷에서 ‘도시공원일몰제’를 검색해보면 1년 뒤에는 동네공원이 사라진다는 말이 제일 많이 나온다. 실제로 그렇게 될까? 일단 2020년 7월 1일부로 전국의 1만 9천여 곳에 달하는 도시공원 중 상당수가 이 도시공원일몰제의 대상이 되는 것은 사실이다. 그간의 법률사정은 이러하다. 장기미집행 도시계획시설로 인한 재산권 침해상태를 헌법불합치로 판단한 1999년의 헌법재판소의 결정(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26 결정)과 그에 따른 2000년의 구 도시계획법 개정, 그리고 이를 이어받은 현행 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 국토계획법이라 함)’ 제48조에 따라 2000년 7월 1일을 기점으로 20년이 경과한 2020년 7월 1일부터는 도시계획시설사업이 실시되지 않은 도시·군 계획시설은 실효한다.

당장 1년 앞으로 다가온 도시공원 대란을 막을 방법은 무엇일까? 이 문제 해결을 위한 지금까지의 논의를 보면 일몰제에 의해 사라질 도시공원을 매입하되, 그 재원을 어떻게 마련할 것인가를 두고 중앙정부와 지방정부가 갈등하는 양상이다. 여기에 환경단체도 가세하여 중앙정부의 적극적인 재정지원을 요구하고 있다.

이 엄청난 사안에 대해 필자라고 뾰족한 답을 갖고 있는 것은 아니다. 다만, 현재의 논의 방식을 바라보면서 무언가 방향설정이 잘못된 것이

아닌가 하는 의문을 갖고 있기에 이 점에 대해서만 사건을 간략히 제시해보기로 한다.

첫째, 1999년 헌법재판소 결정 이후 행정부와 국회가 내놓은 첫 단추인 구 도시계획법 조항들(제40조, 제41조)은 헌법재판소 결정의 중요 이유(Tragende Gründe)를 제대로 반영한 것인가? 예컨대 동법 제41조 제1항은 “도시계획시설결정이 고시된 도시계획시설에 대하여 그 결정 고시일 부터 20년이 경과될 때까지 당해 시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시계획시설결정은 그 결정·고시일부터 20년이 되는 날의 다음날에 그 효력을 상실한다.”고 규정하였다. 그런데 이러한 입법적 해석은 재산권의 내용규정과 공용수용(공용침해) 사이의 구별과 관련한 저간의 논의, 즉 분리이론과 경계 이론의 대립에서 우리 헌법재판소가 택한 ‘분리 이론적 해결’과는 결이 다른 것이 아닌가? 재산권 보장과 관련하여 존속보호가 아닌 보상보호의 길을 열어버린 이런 식의 법률규정이 헌법 재판소의 결정을 과잉 해석한 것이 아닌가 하는 의문이다. 실제로 도시공원 일몰제는 당시 설치 되어 있던 규제개혁위원회가 도입한 방안인데, 이런 식의 해결은 헌법재판소가 제시한 최소한의 요구(지정 해제 등)를 넘어서는 조치라는 비판을 받아왔다. 이러한 해결책은 1997년 IMF 사태 이후

공적 자원을 대량으로 민간 영역으로 이양하던 시기에 나온 잘못된 방책이어서 이제는 이를 바로 잡아야 한다.

둘째, 이런 식의 입법적 해결은 자치고권 중에서 핵심적 내용을 구성하는 지방자치단체의 계획고권을 침해하는 것이 아닌가? 장기미집행 도시계획시설에서 장기의 의미는 사안마다 다르겠지만, 이 경우는 최장 20년이다. 왜 20년인가? 도시계획(도시·군 기본계획+도시·군 관리계획) 중 도시·군 기본계획의 목표연도가 계획수립 시점으로부터 20년을 기준으로 하고 있기 때문이다. 이 도시기본계획은 그간 인구의 증가 및 경제발전, 도시의 확대를 전제로 결정되어 왔다. 그런데 본격적으로 지방소멸의 시대가 되면서 상황이 달라졌다. 지방은 인구유입이 없어 공원을 만들 재정적 기반을 갖추지 못하고 있는 반면, 서울과 수도권은 여전한 인구과밀로 인해 공원 용지로 지정된 땅에 대한 개발압력을 거세게 받고 있다. 인구가 소멸하는 지방의 경우 도시기본계획은 10년 단위 혹은 30년 단위로 수립될 수도 있다. 일률적으로 20년이라는 기간을 한정할 필요가 없다는 뜻이다. 그러므로 지방자치단체마다의 사정을 고려하지 않고 일률적으로 모든 공원용지에 대해 20년 후 실효를 규정하는 것이 지방자치단체의 자치고권을 침해하는 것이 아닌가 하는 의문이다.

셋째, 장기미집행계획으로 인한 재산권 침해가 아무리 중대하다고 하더라도, 이를 일률적으로 실효의 법리에 의해서 해결하는 것이 타당한가? 행정법에서도 행정행위의 실효는 행정행위의 직권취소나 철회와 달리 아주 한정적으로만 인정되는 예외적인 제도이다. 왜냐하면 행정행위의 실효는 행정청의 의사와 상관없이 일정한 사실의 발생에 의하여 행정행위의 효력을 소멸시키는 것이므로, 자칫 행정청의 책임행정을 잠탈(潛脫)하거나 모호하게 만들 수 있기 때문이다. 장기미집행계획으로 인한 재산권 침해가 중대하다고 해서, 입법자 혹은 자치입법권자와 주민의 의사를 전혀 개입시키지 않고 어떤 제도의 효력 상실을 자동적으로 완성시키는 것이 과연 대의제 민주주의, 입헌주의 헌정질서에 부합하는가 하는 의문이다. 국공유지인 도시공원까지 자동 실효의

대상으로 삼은 것에 대해서는 이미 여러 비판이 존재하므로 더 이상 언급하지 않겠다.

이런 의문에 기초하여 나는 이 문제의 해결을 위한 조금 다른 경로를 제안하고자 한다. 도시계획의 역사가 이미 100년을 넘는 유럽 국가와 달리 한국의 도시계획의 역사는 1962년 도시계획법의 제정으로부터 기산해도 겨우 50여 년 밖에 안 된다. 그 사이 도시계획이 체계적으로 수립되었던 것도 아니다(건축법과 도시계획법에서 이원적으로 규율되어온 도시계획). 일반적인 상식과 달리, 도시계획은 입법부(전국 차원의 계획은 국회가 지방적 차원의 계획은 지방의회)가 수립할 수도 있다. 또한 행정부처가 아니라 법원 혹은 법원 유사의 기구가 이를 수립할 수도 있다. 혹은 위의 시스템을 섞을 수도 있다. 그런데 한국에서 도시계획은 행정부가 일방적으로 수립해왔고, 그 사이 지방의회의 관여 통로도 생기기는 했지만 여전히 국민·주민이나 국민·주민 대표의 실효적 개입은 차단되어 있다. 여기서 문제가 생겼다. 재산권은 사회적으로 구속된다는 헌법규정은 도시계획의 절차법적 시스템이 구비되어 있을 때 그 헌법적 정당화가 완성된다. 적법절차원리가 그러하듯이 재산권의 사회적 구속성 원리도 실체법적인 의미와 함께 절차법적 의미로 이해해야 한다.

이런 것을 무시하고 일률적으로 20년이라는 기간을 관료주의적으로 설정한 ‘중앙’ 정부는 이 사태에 대해 전적인 책임이 있다. 사태가 이러하다면, IMF 이후의 위기 상황에서 충분한 심의와 검토도 없이 행정부의 결정을 추인해준 국회도 책임을 통감해야 한다. 국회는 이 문제를 논의할 특별위원회를 설치하여 과거 자신의 ‘(입법)부작위’로 인한 법적 책임을 사후적으로라도 감당하는 모습을 보여주어야 한다. 논의를 위해 필요하다면, 국회는 20년으로 설정해둔 실효 기간을 연장하는 조치도 취해야 한다. 또한 이 문제의 해결방향을 보상보호가 아니라 존속보호의 관점에서 잡아나가는 것은 필수다. 토지 소유자의 재산권 침해에 대한 보상보호만을 전면에 내세울 것이 아니라 누구라도 접근할 수 있는 동네공원에 대한 주민들의 이익을 헌법상의 재산권으로 포착하여 이를 존속보호의 관점에서 보장하는

방법도 동시에 고려해야 한다는 뜻이다. 이 후자의 측면은 오늘날 도시에 대한 권리(Rights to the City)의 한 내용으로 논의되고 있는데, 이런 식의 해법은 이미 캐나다의 정치철학자 맥퍼슨 C. B. Macpherson에 의해 주장된 바 있다. 바로 이러한 기반 위에서 기존 토지소유권자의 불이익을 교정하는 여러 방안들-특별회계, 기금, 녹지세 도입, 재산세 감면 등-이 검토되어야 한다.

만약, 이러한 논의들이 이루어지지 않는다면 어떻게 해야 하나? 시민운동, 주민운동의 방법으로 동네공원 지키기 운동을 해나가야 하지만, 그 과정에서 헌법재판 등 쟁송을 통한 이의제기도 재차 시도해볼직하다. 필자가 생각해본 방법은 이렇다. 현재 도시계획시설로 결정 고시되어 있지만 20년 가까이 공원시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 않고 있는 ‘동네공원’이 있다면, 그래서 2020년 7월 1일을 기점으로 더 이상 동네공원으로 존속할 수 없는 땅이 있다면, 이 땅을 이용하는 도시주민들은, 그 토지를 광장 혹은 녹지로 변경하거나, 도시자연공원구역(국토계획법 제38조의2에 따라 도시·군 관리계획으로 결정된 도시자연공원구역은 장기미집행으로 도시계획결정이 실효되는 도시공원에서 제외된다)으로 지정 또는 변경해 줄 것을 계획고권을 가진 시·도지사에게 신청한다. 그런데 시·도지사가 이러한 신청에 대해 아무런 답을 주지 않거나 이를 거부한다면 이를 거부처분으로 보아 거부처분취소소송을 제기하면서 현행 국토계획법 제48조에 따른 도시·군 계획시설의 실효 조항의 위헌심판을 제청하는 방안이다.

이 거부처분취소소송과 관련한 첫 번째 관문은 신청권이다. 그런데 국토계획법 관련 법률인 ‘도시공원 및 녹지 등에 관한 법률’은 도시·군 기본계획을 수립하여야 하는 지방자치단체장의 공원녹지기본계획 수립을 의무로 하고 있고(제5조) 그 수립과 변경에 반드시 주민의 의견을 들어야 한다는 조항을 두고 있으므로(제8조), 동네공원을 위해 소송에 나서고자 하는 도시주민들은 이 부분을 붙잡고 다투어볼 만하다. 이 첫 번째 관문을 통과하더라도 계획재량법리의 특성상 행정소송의 본안판단에서 계획의 위법성을 인정받기는 쉽지

않을 것이다. 이 대목에서 헌법재판의 중요성이 등장한다. 국토계획법 제48조는 위의 행정소송과 관련하여 본안상 위법성 판단의 전제가 되는 조항으로 해석되므로 재판의 전제성을 인정받아 헌법재판으로 나아갈 수 있다. 이미 시행된 지 오래된 법률조항이므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 청구기간 도과가 되겠지만, 사안을 이렇게 행정소송의 전제로 풀어나가게 되면 위헌법률심판 또는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 가능해진다. 나아가 헌법재판 본안에서는 국토계획법 제48조상의 20년이라는 일률적인 제한이 개별 지방자치단체의 특성 및 해당 부지의 특성을 반영하지 못할 뿐만 아니라 헌법상의 기본권들(재산권과 환경권, 행복추구권 등) 상호 간을 제대로 형량하지 못한 위헌적인 법적 규제임을 충분히 주장할 수 있을 것으로 본다.

“계획이 없으면 개발도 없다.” 이것은 독일 도시계획법제의 기본원칙이다. 우리도 이런 원칙에 입각하여 도시계획법제가 운영되고 있다고 말하는 이들도 많다. 그러나 이러한 평가는 사실 매우 의문스럽다. 다만, 도시공원제도의 해결에서 이러한 기본입장을 관철할 수 있다면, 우리도 이러한 원칙을 실제로 구현하고 있다고 분명하게 말할 수 있게 될 것이다. 반면, 현재처럼 도시계획시설결정이 실효하자마자 막개발(이른바 ‘민간특례개발’을 포함하여)이 가능해지도록 방치한다면, 위와 같은 원칙은 하나마나한 얘기에 그치고 만다.

칼 슈미트는 <대지의 노모스>에서 법적·도덕적 질서와 같은 이념적인 것도 공간질서(Raumordnung)에 뿌리내리고 있다고 말한 바 있다. 그러므로 법질서에서 가장 중요한 기초는 공간질서를 어떻게 형성하느냐 하는 것이다. 국가는 공간질서를 만들어 낼 수 있는 행위자이다. 국가가 그 일을 하지 않는다면 국민은 국가의 존재이유를 물을 수밖에 없다. 도시공원 문제를 해결하는 새로운-그러나 이미 존재하고 있는 해결책은 사적 소유권에 대한 과도한 보호로 일관해온 식민지 시대 이후 ‘우리’의 도시법질서를 새로운 공간질서 위에 기초지우는 하나의 기점이 될 수 있을 것이다.