

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

공원조성계획의 입안과 결정

- 민간공원조성 특례사업을 중심으로 -

이 지 현*

국문초록

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

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

* 한국개발연구원 변호사

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

목 차

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

I. 서론

[도시공원의 수요와 공급 격차]

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

[기반시설과 주택의 제도적 차이]

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

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

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

[글의 목적]

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

II. 도시공원 조성사업의 개요

1. 도시공원의 개념과 구성

[도시공원의 도시계획적 개념]

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

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

4) 대한민국헌법 제35조 제3항

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

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

[도시계획시설의 개념과 유형]

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

[도시계획시설로서의 도시공원]

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

6) 국립국어원 표준국어대사전

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

8) 김중보, 앞의 논문, 682-683면.

9) 김중보, 앞의 논문, 693면.

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

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

[공원시설의 내용]

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

2. 도시공원 조성 현황

[도시계획시설 결정 및 집행 현황]

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

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

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

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

<표 10> 도시계획시설의 결정 및 집행 현황

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

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

3. 도시공원의 조성 주체

(1) 도시공원 조성의 책임

[도시공원 조성의 책임]

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

(2) 민간참여 도시공원 조성 및 공원시설 설치

[도시공원법의 제정과 민간참여]

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

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

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

16) 오창송, 앞의 논문, 138면.

17) 오창송, 앞의 논문, 140면.

[공원녹지법에 따른 민간참여]

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

[공원시설의 설치와 민간의 참여]

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

[개발사업에 수반되는 도시공원 조성]

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

[민간투자법에 따른 도시공원 조성]

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

18) 가평군 공고 제2015-158호

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

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

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

III. 공원조성계획의 입안과 결정

1. 도시관리계획 결정의 선행성

[도시관리계획결정의 선행성]

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

[도시관리계획결정의 내용]

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

21) 민간투자법 제2조 제1호 참조.

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

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

[도시관리계획과 공원조성계획이 불일치하는 경우]

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

2. 공원조성계획의 입안과 입안 제안

[공원조성계획의 입안권자]

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

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

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

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

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

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

[도시계획결정 입안 제안과의 차이]

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

[공원조성계획의 내용]

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

3. 공원조성계획의 결정

[공원조성계획 결정절차]

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

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

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

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

4. 후속절차

[도시계획시설사업 사업시행자 지정 및 실시계획 인가]

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

IV. 민간공원조성 특례사업에서 공원조성계획의 입안과 결정

1. 민간공원조성 특례사업의 개념과 연혁

[민간공원조성 특례사업의 개념과 도입 경위]

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

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

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

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

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

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

[제도의 연혁]

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

<표 11> 민간공원 특례사업 관련 공원녹지법 주요 개정사항

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

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

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

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

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

33) 오창송, 앞의 논문, 147면.

음 표와 같다.

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

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

2. 민간공원조성 특례사업의 현황 및 특성

(1) 민간공원조성 특례사업의 현황

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

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

<표 13> 민간공원 특례사업 현황

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

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

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

(2) 민간공원조성 특례사업의 법적 성격, 특성 및 문제점

1) 개발법제에 근거를 두지 않은 개발사업

[기반시설 공급에 부수한 개발사업]

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

35) 권영달, 박현빈, 김동필, 앞의 논문, 116면.

36) 권영달, 박현빈, 김동필, 앞의 논문, 116면.

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

설인 공원과 비공원시설인 공공주택을 함께 건설하는 근거를 확보한다.³⁸⁾

[공원녹지법의 성격과 국토계획법의 관계]

공원녹지법은 공원조성계획 결정 이후 국토계획법에 따른 도시계획시설사업 절차에 의해 사업을 추진하도록 정하고 있다. 이처럼 공원녹지법은 도시공원에 관한 행정계획, 공원의 물적 시설 기준을 형성하는 역할을 하지만, 공원조성에 관한 개발사업의 절차와 요소들을 갖고 있지 않다. 공원조성사업 시 시행자 지정, 공사에 필요한 세부 사업계획의 승인, 토지의 사용 및 수용 권원은 국토계획법에 의해 부여된다. 비공원시설의 개발 근거는 공원조성계획을 통해 확보되지만, 이후의 개발 절차는 개별법의 절차(예:주택법상 사업계획 승인)에 따라 추진된다. 이는 도시계획시설에 대한 별도의 개별 법률이 개발법의 형태로 있는 마련 되어 있는 경우(물류시설, 도로, 철도 등)와의 차이점이다³⁹⁾.

2) 사업자 선정 절차에 관한 특례지침의 광범위한 형성 범위

[선정절차에 관한 입법적 공백]

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

[법률유보 원칙의 검토]

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

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

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

3) 협약을 통한 행정적 지원과 행정청의 의무부담

[광범위한 행정적 지원사항]

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

[공법상 계약으로서의 협약]

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

40) 김중권, 『김중권의 행정법』, 법문사, 2016, 77면.
 41) 헌법재판소 94.7.29. 92헌바49-52, 헌재 98.11.26. 98헌바31등
 42) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바63

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

4) 이해관계자 간 갈등 내재성

[공원조성의 공익과 공원부지의 공공성 간의 긴장]

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

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

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

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

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

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

[민간공원추진자와 토지소유자 등의 사익 간 긴장]

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

3. 민간공원 특례사업의 입안 및 결정 절차

(1) 입안 제안(제안서 제출) 요건 및 심사

[제안 요건]

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

[일반적인 공원조성계획 절차와의 비교]

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

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

48) 홍성조·정수진, 앞의 논문, 97면,

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

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

<표 14> 공원조성계획 입안과 민간공원조성 특례사업 제안의 비교

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

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

(2) 추진방식

[제안에 따른 특례사업]

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

[공모에 따른 특례사업]

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

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

(3) 지방의회와 시민사회의 절차 참여

1) 지방의회의 관여에 관한 논의들

[관련규정과 논의의 소재]

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

[협약에서 지방의회의 동의조항을 포함하는 경우]

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

[조례에서 지방의회의 동의조항을 포함하는 경우]

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

51) 대구고등법원 2018.11.23. 선고 2018누2996 판결

52) 법제처 의견(안건번호 16-0279)

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

2) 지방의회의 관여 필요성과 정도

[민간공원 특례사업의 공적 성격]

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

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

[지방의회 협의절차의 필요성]

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

54) 공원녹지법(법률 제7476호) 개정이유

3) 주민의견 청취 방법 및 시기

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

4. 협상대상자 지정 및 제안수용의 법적 성격

[협상대상자 지정의 기준과 절차]

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

[우선협상대상자 지정의 처분성]

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

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

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

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

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

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

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

5. 제안 수용거부 또는 제안수용 취소의 재량권 일탈·남용 판단

(1) 행정계획의 위법성 판단 일반

[행정계획의 계획재량]

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

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

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

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

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

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

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

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

[행정계획의 위법성 판단기준]

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

(2) 민간공원조성 특례사업에서의 검토

[사업의 특성에 따른 판단 필요성]

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

[민간투자법에 따른 민간투자사업과의 비교]

사회기반시설에 대한 민간투자법(이하 ‘민간투자법’)에 따라 사업을 추진하는 경우에 대상사업의 지정이 사업자 공모 절차보다 선행되거나, 대상사업의 지정과 사업자 공모 절차가 동시에 진행된다(민간투자법 제8조, 제10조). 대상사업의 지정 이전에는 민간투자사업심의위원회의 심의를 통해 사업 추진의 타당성이 심의되므로, 협상대상자가 이후 사업시행자 지정 단계에서 관련법에 따른 심의나 인·허가 문제로 지위를 상실할 가능성이 상대적으로 낮다. 또한 협상 완료 후 협약 체결과 동시에 사업시행자 지정 효과가 부여되므로(민간투자법 제13조), 협상대상자의 사업자 지정에 대한 높은 기대가 자연스럽다. 그러나 민간공원조성 특례사업은 도시계획시설 결정 단계에서는 비공원시설의 설치가 예정되어 있지 않고, 민간부

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

66) 김병기, 앞의 논문, 192면.

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

[개별 개발법과 공원녹지법의 비교]

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

[제안 거부처분의 위법성 판단]

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

[제안 수용취소를 다루는 경우]

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

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

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

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

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

V. 맺음말

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

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

69) 대법원 2011.6.10. 선고 2010두28007 판결 등

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

참 고 문 헌

[단행본]

김종보, 『건설법의 이해』 (제6판), 피데스, 2018.

[논문]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2020. 7.)

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