

비오톱 1등급 토지 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례의 위헌성 검토*

Review on Unconstitutionality of Urban Planning Ordinance of Seoul Metropolitan Government regulating Utter Preservation of Grade 1 of Biotope

장 혜 진**
Jang, Hye-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 비오톱에 대한 고찰
- III. 비오톱을 개발행위 허가 기준으로 규정한 도시계획조례에 대한 고찰
- IV. 비오톱 1등급 토지 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례의 위헌성
- V. 서울특별시 도시계획조례의 수정방향
- VI. 결론

국문초록

서울특별시에서는 2009. 11. 11. ‘서울특별시 도시계획조례’ 제24조 [별표 1] 제1호 가목(4)으로 “비오톱(특정한 식물과 동물이 하나의 생활 공동체를 이루

논문접수일 : 2015. 06. 29.

심사완료일 : 2015. 07. 22.

게재확정일 : 2015. 07. 23.

* 이 논문은 2015년도 제주대학교 학술진흥연구비 지원 사업에 의하여 연구되었음.

** 제주대학교 법학전문대학원 교수·변호사

어 지표상에서 다른 곳과 명확히 구별되는 생물서식지)”이라는 새로운 유형의 개발행위허가 기준을 마련하면서, 비오톱 유형평가 1등급이고, 개별 비오톱 평가 1등급인 토지는 “대상지 전체”에 대하여 “절대적으로 보전하여야 한다”는 강력한 개발제한 규정을 신설하였음에도 불구하고, 절대적 보전 대상이 되는 토지에 대하여 세금 감면 등의 세제 혜택은 물론 일체의 보상에 관한 규정은 마련하지 않았다.

“절대적으로 보전한다”는 의미는 문언 그대로 기존의 일체의 개발허가를 허용하지 않고 지금 현재의 상태를 그대로 유지한다는 것으로, 적어도 비오톱 유형평가 1등급이고, 개별 비오톱 평가 1등급인 토지에 대해서는 “개발 제한”이 아니라, “개발의 절대적 금지 내지는 개발의 절대적 불허”조례에 해당하게 된다.

위와 같은 비오톱 평가를 이유로 개발을 제한하는 서울특별시 도시계획조례는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항, 제3항, 동법 시행령 제56조, 국토교통부 훈령 제524호 개발행위허가운영지침 1-2-2 등에 근거를 두고 있는 것으로 보이지만, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 시행령 등에서 개발행위 자체를 절대적으로 금지하는 구체적인 별도의 규정이 없는 상태에서 유형평가 및 개별 비오톱 평가 모두 1등급인 해당 토지 전체에 대하여 “절대적 보전”, “절대적 금지”를 하겠다는 것은 일정한 요건을 갖춘 경우 개발을 허가할 수 있는 기준을 마련한 위임규정의 목적을 초과한 것으로 볼 여지가 있다고 판단된다.

한편, 이미 개발제한구역에 관한 구 도시계획법 제21조나, 도시계획 구역 지정에 따라 행위 제한을 받은 토지소유자들에게 아무런 보상에 관한 규정을 두지 아니한 구 도시계획법 제4조에 대한 위헌소원에서 헌법재판소는 “재산권의 제한은 해당 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다”고 판단하였다.

그런데 비오톱 유형평가 및 개별 비오톱 평가 1등급을 받았다는 이유로 개인 소유의 사유지에 대한 절대적인 보전을 강제하는 것은 해당 토지에 대하여 실질적인 사용·수익을 전혀 할 수 없도록 조례에서 규정하고 있는 것인데, 서울특별시 도시계획조례에서는 이러한 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 회복할 수 있는 방법을 전혀 규정하고 있지 않다.

결국 개인의 재산권에 대한 강력한 제한(절대적 보전을 통한 개발의 일체 불허)을 통해 자연풍광 등의 환경보전이라는 그 이익이 반사적으로 사회 구성원 전체에게 돌아가는 것 임에도 불구하고 금전보상, 지정해제, 매수청구권, 재산세 감면 등과 같은 보완조치 없이 절대적 보전을 감수하도록 하는 것은 결국 해당 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이다. 따라서 서울특별시 도시계획조례는 이러한 보완책을 마련하는 방법으로 시급히 수정되어야 할 것이다.

주제어 : 비오톱, 비오톱 1등급, 조례, 서울특별시 도시계획조례, 조례의 위헌성, 재산권, 재산권의 본질 내용 침해

1. 서론

토지는 다른 재산권의 객체와 달리 생산이나 대체가 불가능하기 때문에 공급이 제한되어 있고, 특히 우리나라의 토지 면적이 인구수에 비하여 절대적으로 부족한 반면, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있다.¹⁾

이러한 토지의 부증성(비생산성), 비대체성 등 때문에, 토지소유권을 남용하거나 소수인이 독점하게 되면, 부의 분배의 왜곡을 초래할 뿐 아니라, 국가경제 전체에도 커다란 지장을 초래할 수 있게 되므로,²⁾ 헌법 제23조 제1항에 따

1) 헌법재판소 1989. 12. 22. 88헌가 13결정.

2) 이부하, “헌법상 토지재산권의 보장 및 그 제한 법률에 대한 합헌성”, 『토지공법연구』 43집, 한국토지공법학회, 2009, 233~234면

라 법률에 근거를 두고 필요한 범위 내에서 제한을 할 수 있게 하는 것이다.

한편, 헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않으며, 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있고, 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다.³⁾

그런데 위와 같이 토지에 대하여 더 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다 하더라도, 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 하고, 이러한 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반되는 것이다.⁴⁾

한편, 서울특별시에서는 2009. 11. 11. 서울특별시 도시계획조례 제24조 [별표 1] 제1호 가목(4)으로 '비오톱(특정한 식물과 동물이 하나의 생활공동체를 이루어 지표상에서 다른 곳과 명확히 구분되는 생물서식지)'라는 개발행위 허가 기준을 마련하면서 비오톱 유형평가 및 개별 비오톱 평가 1등급을 받은 경우 해당 대상지 전체에 대하여 절대적으로 보전하도록 하는 "토지 개발의 절대적 금지 내지는 절대적 불허"사유를 신설하였는데 이에 대하여 보상 등에 관한 규정은 전혀 두지 않고 있다.

위와 같은 토지의 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례가 헌법적인 관점에서 모법 등 위임규정의 위임취지를 벗어나 해당 과도하게 토지소유자의 재산권을 침해하는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다.

3) 헌법재판소 1998.12.24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정, 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정

4) 위 각 헌법재판소 결정 참조

II. 비옴에 대한 고찰

먼저 비옴에 대한 유형평가 및 개별평가 결과를 개발행위허가 여부의 판단기준으로 삼고 있는 서울특별시 도시계획조례의 이해를 위해서는 비옴 및 관련 개념에 대한 이해가 선행되어야 할 것이므로 이 부분에 대하여 간단히 살펴보기로 한다.

1. 비옴의 개념과 평가·유형화

비옴이란 인간의 토지 이용 및 이용형태에 의해서 직·간접적으로 영향 받거나 특정 지어진 지표면의 공간적 경계로서 현재 동식물군이 서식하고 있거나 서식할 수 있는 잠재력을 가지고 있는 공간 단위⁵⁾ 내지는 특정한 식물과 동물이 하나의 생활공동체를 이루어 지표상에서 다른 곳과 명확히 구분되는 생물서식지⁶⁾⁷⁾라고 정의되고 있다.

이러한 비옴은 평가와 유형화 과정을 거치게 된다. 비옴 평가란 지역을 생태적으로 관리할 목적으로 지역 내 특정 공간들의 보전가치를 등급으로 표현하는 과정으로, 국가차원의 공간관리에서는 보전해야 할 특정 공간과 대상들에 대해서만 한정하여 보전지역을 지정하게 되며, 비옴 유형평가⁸⁾와 개별 비옴 평가⁹⁾로 구분하게 된다.¹⁰⁾ 한편, 비옴 유형화란 개별적인 공간을 생태적 특성을 중심으로 비슷한 속성을 가진 것끼리 묶어서 표현한 것으로써, 이는 공간을 경관생태계획에 접목시켜 최종적으로 생태적 특성에 의해 구분

5) 서울여자대학교 산학협력단, 환경부, “비옴 유형별 보전 및 복원을 위한 지침서”, 2010, 2면.

6) 환경부, “비옴 지도 작성 지침”, 2009, 3면.

7) 이는 서울특별시 도시계획조례 제24조 [별표 1] 제1호 가목(4)의 (가)에서 규정한 비옴의 정의와 동일하다.

8) 전체공간에 대한 기본평가를 위해 전체 비옴 유형을 조사하고 평가등급화 하는 것

9) 특별히 보호할 가치가 있거나 잠재력이 있는 선택된 비옴 유형에 대해서 또는 비옴 유형들 간의 비교를 위한 평가

10) 서울여자대학교 산학협력단, 환경부, 전 지침서 2~3면

된 유형별로 서로 다른 관리가 이루어지도록 하기 위함이다.¹¹⁾

참고로 비오톱을 평가하는 여러 가지 목적 가운데서 지금까지 수행된 대부분의 연구는 도시지역에서 일차적으로 보호가치가 있는 지역의 조사와 평가에 치중되어 있으며, 평가결과가치가 높은 지역(대부분이 도시의 자연림)을 중심으로 보전가치를 설명하고 개발을 막기 위한 근거로 제시하기 위하여 사용되어 왔다.¹²⁾

2. 비오톱 지도의 제작과 활용

위와 같이 평가와 유형화를 마친 비오톱은 각 비오톱의 생태적 특성을 분류한 비오톱 유형과 비오톱의 보전가치 등급을 나타낸 지도인 “비오톱 지도”로 구현하게 된다. 한편, 각 지방자치단체는 자연환경보전법¹³⁾¹⁴⁾ 제6조(자연환경보전기본방침) 및 제8조(자연환경보전기본계획)에 근거하여 생태축 및 생태네트워크 구축을 실현하기 위한 프로그램 중 하나로 비오톱 지도 작성을 추진하게 된다.¹⁵⁾

실제 서울특별시(2000년), 성남시(2001년), 대구시(2001년), 청주시(2005년), 광양시(2006년), 부산시(2007년), 시흥시(2009년), 고양시(2008년), 천안시(2008년) 등이 비오톱 지도를 제작하였고,¹⁶⁾ 위와 같은 비오톱 지도는 지역규모에서의 친환경적인 공간 관리와 자연환경 보전, 생태축 및 생태 네트워크 조성을 위한 수단으로, 도시계획 부문¹⁷⁾ 및 환경계획 부문¹⁸⁾에 활용이 된다.¹⁹⁾

11) 서울여자대학교 산학협력단, 환경부, 전 지침서 2~3면

12) 신지혜, “도시비오톱의 기능을 고려한 서울특별시 비오톱의 종합적인 가치평가”, 한양대학교 환경대학원, 석사학위논문, 2002, 25면

13) 2004. 2. 9. 법률 제7167호로 개정된 것(시행 2005. 2. 10.)

14) 이하에서는 현재(2015. 6. 22. 기준) 시행 중인 법령 등에 대하여는 별도의 개정일자 및 법령번호를 병기하지 않으나, 과거의 법령 등을 언급할 때에는 별도의 개정일자 및 법령번호를 붙이는 것으로 한다.

15) 환경부, 전 지침, 3면

16) 오충현, 이호형, “우리나라 비오톱 제작 및 유형화 현황”, 「한국조경학회 학술대회 논문집」, 한국조경학회, 2010년, 170면

17) 도시계획 부분은 ① 도시기본계획, ② 도시관리계획, ③ 도시개발사업에 비오톱 지도와 비오톱 세부조사 결과가 활용된다.

3. 검토

요컨대 도시계획 부문 및 환경계획 부문에 활용하기 위하여 각 지방자치단체에서 일정한 공간에 대하여 유형화 및 평가를 마친 것을 지도로 나타낸 것이 비오름 지도가 되는데, 서울특별시는 제작된 비오름 지도를 도시관리계획, 토지적성평가, 사전환경성 검토 등을 위한 기초자료로 활용하고 있는 것은 물론,²⁰⁾ 아래에서 상세히 살펴보듯이 이러한 비오름 유형화 및 평가를 아주 적극적으로 활용하여 서울특별시 도시계획조례에 직접적으로 반영하여 개발허가를 금지하는 사유가 되도록 강력하게 규정한 경우에 해당한다 할 것이다.

III. 비오름을 개발행위 허가 기준으로 규정한 도시계획조례에 대한 고찰²¹⁾

1. 서울특별시 도시계획조례

서울특별시는 개발행위 허가 기준에 관하여 도시계획조례로 그 내용을 구체화하고 있다. 이와 같은 서울특별시 도시계획조례는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항, 제3항, 동법 시행령 제56조, 국토교통부 훈령 제524호 개발행위허가운영지침 1-2-2 에 근거하고 있는 것으로 보인다.

■ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제18조(도시·군기본계획의 수립권자와 대상지역) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별

18) 환경계획 부문에 있어서는 사전환경성 검토 및 환경영향평가, 지자체 환경보전계획 수립, 자연환경 및 생활환경에 대한 통합적 환경관리, 생태축 및 생태네트워크 조성, 경관생태계획, 공원녹지계획 등의 기초자료로 활용된다.

19) 환경부, 전 지침, 4면

20) 오충현, 이호형, 전제서, 171면

21) 2015. 6. 22. 기준

자치도지사·시장 또는 군수는 관할 구역에 대하여 도시·군기본계획을 수립하여야 한다.

제58조(개발행위허가의 기준)

① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 개발행위허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 맞는 경우에만 개발행위허가를 하여야 한다.

4. 주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것

③ 제1항에 따라 허가할 수 있는 경우 그 허가의 기준은 지역의 특성, 지역의 개발상황, 기반시설의 현황 등을 고려하여 다음 각 호의 구분에 따라 대통령령으로 정한다.

1. 시가화 용도: (생략)
2. 유보 용도: (생략)
3. 보전 용도: (생략)

■ 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령

제56조(개발행위허가의 기준)

① 법 제58조제3항에 따른 개발행위허가의 기준은 별표 1의2와 같다.

④ 국토교통부장관은 제1항의 개발행위허가기준에 대한 세부적인 검토기준을 정할 수 있다.

[별표 1의2]

개발행위허가기준(제56조 관련)

1. 분야별 검토사항

검토편야	허가기준
라. 주변지역과의 관계	(2) 개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변지역에 대기오염·수질오염·토질오염·소음·진동·분진 등에 의한 환경오염·생태계파괴·위해 발생 등이 발생할 우려가 없을 것. 다만, 환경오염·생태계파괴·위해 발생 등의 방지가 가능하여 환경오염의 방지, 위해의 방지, 조정, 녹지의 조성, 완충지대의 설치 등을 허가의 조건으로 붙이는 경우에는 그러하지 아니하다.

■ 개발행위허가운영지침(국토교통부 훈령 제524호)

1-2-2. 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수(이하 “허가권자”라 한다)는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다), 법 시행령(이하 “령”이라 한다)에서 위임하거나 정한 범위 안에서 도시·군계획조례를 마련하거나 법령 및 이 지침에서 정한 범위 안에서 별도의 지침을 마련하여 개발행위허가제를 운영할 수 있다. 이 경우 도시·군계획조례로 정한 기준은 이 지침에 우선하여 적용한다.

1-2-3. 이 지침은 개발행위허가를 함에 있어서 필요한 사항을 정한 것으로서 지침의 내용을 종합적으로 고려하여 적용하도록 하고, 지역실태 또는 당해 구역여건 등으로 인하여 지침의 세부내용 중 일부에 대하여 이를 그대로 적용하는 것이 매우 불합리한 경우에는 그 사유를 명백히 밝히고 다르게 적용할 수 있다. 이 경우에도 법령에서 정한 기준에 대하여는 그러하지 아니하다.

■ 서울특별시 도시계획조례

제4조 (도시기본계획의 수립)

- ① 시장은 법 제18조제1항에 따라 관할구역에 대하여 시도시기본계획을 수립하여야 한다.
- ④ 시장은 지속가능한 시도시기본계획의 수립에 필요한 기초조사 내용에 도시생태현황 등을 포함시킬 수 있다.

제24조 (개발행위허가의 기준 등) 영 별표 1의2에 따른 개발행위허가의 기준 등은 별표 1과 같다.

부칙(2009. 11. 11.)

제1조(시행일) 이 조례는 공포한 날부터 시행한다. 다만, 별표1 제1호 가목 (4)는 2010년 6월 1일부터 시행한다.

[별표 1] 개발행위허가 기준(제24조 관련)

1. 분야별 검토사항

검토분야	허 가 기 준
가. 공통분야	(1) 조수류, 수목 등의 집단서식지가 아니고, 우량농지 등으로 보전의 필요성이 없을 것 (2) 개발행위로 인하여 해당 지역 및 그 주변지역의 역사적·문화적·향토적 가치가 있는 지역이 훼손되지 아니하고, 국방상 목적 등에 따른 원형 보전의 필요성이 없을 것 (3) 토지의 형질변경이나 토석채취의 경우에는 표고, 경사도, 임상, 인근 도로의 높이, 물의 배수 등을 참작하여 다음의 기준에 적합할 것. 이 경우 우 기준의 적용은 일필지 단위로 함. ...(중략)... (4) 제4조제4항의 도시생태현황 조사결과 비오름 유형평가 1등급이고 개별 비오름 평가 1등급인 토지는 대상지 전체에 대하여 절대적으로 보전하여야 한다. ²²⁾ (가) “비오름”이란 특정한 식물과 동물이 하나의 생활공동체를 이루어 지표상에서 다른 곳과 명확히 구분되는 생물서식지를 말한다. (나) 비오름 유형평가는 5개의 등급으로 구분하여 서식지기능, 생물서식의 잠재성, 식물의 층위구조, 면적 및 회귀도를 종합하여 평가한다. (다) 개별 비오름 평가는 자연형 비오름 유형과 근자연형 비오름 유형을 대상으로 평가하여 3개의 등급으로 구분하며 자연성, 생물서식지기능, 면적, 위치 등을 평가항목으로 고려한다.

■ 서울특별시 도시계획조례 시행규칙

제3조(도시생태현황 조사 및 평가방법)

- ③ 조례 별표 1 제1호 가목(4)의 비오름 유형평가 등급 및 개별 비오름 평가 등급은 다음과 같다.²³⁾

1. 비오름 유형평가 등급

가. 1등급: 대상지 전체에 대해 절대적으로 보전이 필요한 비오름 유형

나. 2등급: 대상지 전체에 대해 보전을 우선해야 하는 비오름 유형

다. 3등급: 대상지 일부에 대해서는 보전을 우선하고 잔여지역은 토지이용제한이 필요한 비오름 유형

라. 4등급: 대상지 일부 토지에 대한 토지이용제한이 필요한 비오름 유형

마. 5등급: 부분적으로 개선이 필요한 비오름 유형

2. 개별 비오름 평가 등급

가. 1등급: 특별히 보호가치가 있는 비오름(보전)

나. 2등급: 보호할 가치가 있는 비오름(보호 및 복원)

다. 3등급: 현재로서는 한정적인 가치를 가지는 비오름(복원)

위와 같은 관련 규정을 살펴보면, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 특별 자치시장 등이 개발행위를 허가함에 있어 주변 환경이나 경관과 조화를 이루어야만 개발행위 허가를 할 수 있는 근거 규정을 마련하고 있고, 그에 대한 구체적인 기준을 대통령령으로 정할 수 있도록 하고 있다. 또한 국토교통부 훈령에서는 모법인 국토의 계획 및 이용에 관한 법률의 범위 안에서 도시계획조례를 마련하여 개발행위허가제를 운영할 수 있도록 하고 있는데, 이를 근거로 서울특별시 도시계획조례에서는 개발행위허가에 관한 기준을 구체화하고 있는 것으로 보인다.

한편, 서울특별시 도시계획조례에서 가장 특이한 내용은 개발행위 허가 기준에 대하여 비오름 유형평가 1등급이고 개별 비오름 평가 1등급인 토지에 대해서는 기존의 토지이용계획이나, 토지의 지목, 현황 등이 무엇이든지 고려하지 않고, 그 대상지 전체를 절대적으로 보전한다고 규정하고 있는 것이다.

2. 광주광역시 및 세종특별자치시 도시계획조례

광주광역시 및 세종특별자치시의 경우에는 아래 표에서 보듯이 생태계 보전가치 1등급이 아닐 경우를 개발행위허가의 기준으로 하면서도 동 조례에서

22) 해당 규제는 2009. 11. 11. 서울특별시 조례 제4878호로 신설된 것이다.

23) 해당 시행규칙은 2010. 4. 29. 서울특별시 조례 시행규칙 제3748호로 신설된 것이다.

예외 사유 또는 허용되는 행위를 규정하고 있다는 점에서 비오름 유형평가 1등급이고 개별 비오름 평가 1등급인 토지에 대한 절대적 보전만을 규정하고 있을 뿐 예외규정이 존재하지 않는 서울특별시 도시계획조례와 차이가 있다.

■ 광주광역시 도시계획조례

제29조(개발행위허가의 기준)

② 영 제56조 별표1의2 제1호에 따라 시장은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 토지에만 개발행위를 허가할 수 있다

4. 도시생태계 보전가치 I등급(비오름 현황조사에 따라 대상지 전체에 대하여 절대보전이 필요한 지역) 및 II등급(비오름 현황조사에 따라 대상지 전체에 생태계보전을 우선하여야 하는 지역)이 아닌 토지

③ 제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고 토석의 채취, 물건을 쌓아놓는 행위에 대한 허가를 하는 경우에는 각각 제32조 및 제34조의 규정을 적용한다.

■ 세종특별자치시 도시계획조례

제21조(개발행위허가의 기준)

① 영 별표 1의2에 따라 시장은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 토지에 한하여 개발행위를 허가할 수 있다.

(중략)

4. 도시생태계 보전가치 1등급(비오름 현황조사에 의하여 대상지 전체에 대하여 절대보전이 필요한 지역을 말한다)이 아닌 토지

(중략)

② 제1항의 규정은 제24조(지하자원 개발을 위한 토석의 채취) 및 제26조(물건을 쌓아 놓는 행위의 허가기준)에 따라 개발행위를 허가하는 경우에는 적용하지 아니한다.

3. 타 광역시 및 특별자치도의 도시계획조례

서울특별시, 광주광역시, 세종특별자치시 외의 타 광역시(대구, 대전, 부산, 울산, 인천), 특별자치도(제주도)의 도시계획조례에서는 비오름 평가를 개발행위허가기준으로 규정하고 있지 않았다.

Ⅳ. 비오톱 1등급 토지 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례의 위헌성

앞서 살펴보았듯이 비오톱 1등급 평가를 이유로 해당 토지 전체를 절대적으로 보전하여야 한다는 개발행위 불가 내지는 금지 조례를 두면서 일체의 예외사유를 규정하고 있지 않은 조례는 광역시 및 특별자치도·시를 기준으로 할 경우 서울특별시의 도시계획조례에 유일하게 존재하므로, 비오톱 1등급 토지 절대적 보전에 관한 서울특별시 도시계획조례 제24조 [별표 1] 가. 공통분야 (4)의 위헌성 여부에 대하여 검토하기로 한다.

1. 비오톱 1등급 토지 절대적 보전 조례의 위입여부

먼저 비오톱 1등급 토지의 절대적 보전에 관한 서울특별시 도시계획조례가 법령의 위임을 받은 사항인가를 검토해야 한다. 특히 이와 같은 내용은 해당 토지소유자의 재산권을 강력하게 제한하는 것이므로 지방자치법 제22조 단서 소정의 주민의 권리·의무에 관한 사항을 규율하는 조례에 해당하게 되어 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다.²⁴⁾²⁵⁾²⁶⁾

앞서 살펴보았듯이 서울특별시 도시계획조례 전체는 형식적으로는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항, 제3항, 동법 시행령 제56조, 국토교통

24) 대법원 2012.11.22. 선고 2010두19270 판결

25) 지방자치단체가 제정하는 조례도 법률유보의 원칙으로 적용을 받아야 할 것인가에 관하여 법률유보의 개념을 어떻게 파악할 것인가의 문제와 상관없이 학자들 간에 논란이 있으며, 이 논란은 우리 실정법의 해석상으로는 현행 지방자치법 제22조 단서의 위헌성 여부에 대한 논쟁으로 귀결되지만(조정환, “조례제정에 있어서의 법률유보”, 『토지공법연구』 7집, 한국토지공법학회, 1999, 277면), 본 글에서는 법률유보의 원칙이 적용되어야 한다는 견지에서 논의를 전개하기로 한다.

26) 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다는 견해로는 전학선, “학원 교습시간 제한 조례의 위헌성 검토”, 『세계헌법연구』, 국제헌법학회, 2009, 486면.

부 훈령 제524호 개발행위허가운영지침 1-2-2 에 근거한 것으로 볼 수 있다.

그러나 특정 사안과 관련하여 법령에서 조례에 위임을 한 경우 조례가 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부를 판단할 때는 당해 법령 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 하고, 위임 규정 자체에서 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 그 문언적 의미의 한계를 벗어났는지 여부나, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 하였는지 여부 등도 아울러 고려되어야 한다.²⁷⁾

먼저 비오름 1등급 토지에 대하여 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례의 취지는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제3조 제2호에서 규정하고 있듯이 '자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원'이라는 기본원칙을 위한 것으로 판단된다. 또한 국토의 이용 및 계획에 관한 법률과 시행령, 국토교통부 훈령인 개발행위허가운영지침 등에서 그 구체적인 기준을 조례로 정할 수 있도록 하고 있으며, 도시계획조례로 정한 기준은 개발행위허가운영지침에 우선하여 적용(지침 1-2-2) 하도록 하고 있으므로, 개발행위허가 기준을 서울특별시에서 도시계획조례로 제정하는 것 자체는 문제가 없다.

한편, 도시계획조례로 정한 기준을 개발행위허가운영지침에 우선하여 적용하도록 한 개발행위허가운영지침은 2015. 5. 8. 국토교통부 훈령 제524조로 신설된 것인데, 이는 최근 법제상 명문의 규정을 두어 추가조례(규제대상만을 추가하여 규제하여 적용범위를 확대하여 규율하는 조례)나 초과조례(법률이 정한 기준보다 강화하거나 약화된 기준을 정하는 조례)의 제정 근거를 부여하는 추세²⁸⁾라는 점을 고려한 것으로 보인다.

그러나 서울특별시 도시계획조례에서 비오름 유형평가 및 개별 비오름 평가결과 모두 1등급인 토지에 대하여 절대적 보전을 규정한 것은 국토의 계획

27) 대법원 2012.10.25. 선고 2011두10355 판결, 대법원 2010.4.29. 선고 2009두17797 판결 등

28) 안효섭, "조례제정의 법체계적 허용범위", 『법과정책』 제20권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014, 255면

및 이용에 관한 법률 등 위임규정의 한계를 일탈한 것으로 볼 여지가 있다.

즉, 개발행위 허용여부를 판단함에 있어 원칙은 금지인데, 예외적으로 허가를 한다고 본다면, 원칙인 금지 사유를 강조하여 별도로 조례로 구체화 하였다는 평가도 가능하지만, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 시행령 등에서 개발행위 자체를 절대적으로 금지하는 구체적인 별도의 규정이 없는 상태에서 개발행위 허가에 대한 조항을 그 근거조항으로 하여 유형평가 및 개별 비오톱 평가 모두 1등급인 해당 토지 전체에 대하여 “절대적 보전”, “절대적 금지”를 하겠다는 것은 일정한 요건을 갖춘 경우 개발을 허가할 수 있는 기준을 마련한 위임규정의 목적을 초과한 것으로 볼 여지가 분명히 있다고 판단된다.²⁹⁾

또한 국토교통부 훈령인 개발행위허가운영지침 1-2-3에서도 법령에서 정한 기준에 대해서는 지침과 달리 허가 여부를 결정할 수 없도록 규정하고 있으므로, 법령에서 절대적 보전 내지는 금지사유를 정하지 않은 이상 “개발행위 허가”에 관한 개발행위허가운영지침이나 이를 근거로 한 조례에서 이러한 사유를 신설하는 것은 위임규정의 목적을 초과한 것이라는 비판이 가능하다고 보인다.³⁰⁾

29) 남재경 서울특별시 의원 역시 비오톱 1등급 대상지에 대하여 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례에 대하여 법령근거 미흡을 이유로 전면 재검토를 촉구한 바 있다.
<http://www.siminilbo.co.kr/news/articleView.html?idxno=377441> (인터넷시민일보 2014. 11. 18.자 기사 참조).

30) 한편, 비오톱 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지의 경우 절대적 보전 대상이 된다는 서울특별시 도시계획조례가 신설된 이후, 해당 토지에 대하여 입목벌채 허가를 신청하였다가 거부되자, 입목벌채 불허가처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여, 현재 항소심이 진행 중인 사건(서울고등법원 2015누35286 사건)이 있다. 해당 사건의 1심 판결(서울행정법원 2015. 1. 8. 선고 2014구합53346판결)은, “국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 토지의 형질 변경 허가는 그 금지요건이 불확정개념으로 규정되어 있어 그 금지요건에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 행정청에 재량권이 부여되어 있고, 재량판단의 기준으로서 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제58조 제1항 제4호는, 개발행위허가의 신청이 ‘주변지역의 토지이용실태 또는 토지이용계획, 건축물의 높이, 토지의 경사도, 수목의 상태, 물의 배수, 하천·호소·습지의 배수 등 주변환경이나 경관과 조화를 이룰 것’을 개발행위허가 요건으로 정하고 있고, 제3항, 동법 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2]는 ‘개발행위허가 기준’을 정하고 있으며, 그 위임에 따라 조례 제1조, 제24조는 [별표 1] ‘개발행위허가 기준’을 구체화하고 있다. 따라서 조례는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 그 위임의 근거를 두고 그 위임의 범위 내에서 재량권 행사를 위한 기준을 정하고 있으므로, 위임입법의 범위를 벗어났다고 볼 수 없다”고 판단하였으나, 이러한 판단에 대하여는 앞서 살펴본 바와 같이 규정의 실질적인 취지를 살피지 않고 위임 규정의 형식에만 근거하여 위임입법의 한

참고로 고의 또는 불법으로 임목이 훼손되었거나 지형이 변경된 후 원상회복이 이루어지지 않아 토지이용계획확인서에 그 사실이 명시된 토지에 대한 개발행위 허가를 제한하도록 한 성남시 도시계획조례 제21조 제1항 제3호 및 그 시행규칙 제2조³¹⁾에 대하여는 법률의 위임에 따른 것으로서 정당하고 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률에 위배되지 않는다고 한 대법원 판결³²⁾이 있다. 그러나 위 성남시 도시계획조례는 “허가의 제한”에 관한 것으로, “허가의 절대적 금지”에 관한 것이 아니며, 고의 또는 불법으로 훼손된 임목에 대하여 원상회복을 할 경우에는 다시 개발행위를 허가할 수 있도록 규정하고 있었다는 점에서도 위 서울특별시 도시계획조례와는 다르다고 할 것이다.

2. 토지에 대한 재산권 제한의 한계 일탈 여부

헌법 제23조 제1항 제1문에서는 “모든 국민의 재산권은 보장된다”라고 하여 재산권의 보장을 선언하고, 제2문에서는 ‘그 내용과 한계는 법률로 정한다’라고 하여 재산권은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 취하고 있다. 그리하여 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권 보장은 재산권 형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화하게 된다.³³⁾³⁴⁾

계를 판단한 비판이 가능하다고 본다.

31) 성남시 도시계획조례(2012. 6. 27. 성남시 조례 제2652호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제3호는 고의 또는 불법으로 임목이 훼손되었거나 지형이 변경된 후 원상회복이 이루어지지 않아 토지이용계획확인서에 그 사실이 명시된 토지가 아닌 경우 개발행위허가를 할 수 있도록 규정하고 있고, 성남시 도시계획조례 시행규칙 제2조는 “산림관리 및 개발행위 허가 관리 단속 부서에서는 고의 또는 불법으로 임목이 훼손되었거나 지형이 변경되어 원상회복이 이루어지지 않았거나 또는 원상회복이 이루어진 토지에 대하여는 토지이용계획확인서 발급 부서에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 사실을 통보받은 부서에서는 토지이용계획확인서에 그 사실을 명시 또는 명시된 사실을 삭제하여야 한다”라고 규정하고 있다.

32) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두15005 판결

33) 헌법재판소 1993. 7. 9. 선고 92헌바20 결정

34) 같은 취지로 이부하, “합헌적 법률해석과 재산권에 대한 해석”, 『토지공법연구』 45집, 한국토지공법학회, 2009, 239~240면

유형평가 및 개별 비오톱 평가 모두에서 1등급을 받은 토지를 절대적으로 보전하는 서울특별시 도시계획조례는 형식적으로는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등에 따라 해당 토지소유자의 재산권을 제한하고 있다는 점은 명백하다. 따라서 이러한 제한이 그 재산권 제한의 한계를 넘어 위헌에 해당하는지 여부에 대하여 참고할만한 사안에서의 헌법재판소 결정 취지에 따라 살펴보기로 한다.

가. 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정에 대한 위헌심사의 기준

(1) 구 도시계획법 제21조에 관한 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 개발제한구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원³⁵⁾에서 “토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니된다”고 판단하면서, “개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우³⁶⁾에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 이러한 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”는 점을 명백히 하였다.³⁷⁾

35) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16,97헌바78(병합) 결정

36) 그 이유에 대하여 헌법재판소는 “토지소유자가 자신의 토지를 사적으로 의미있게 사용할 방법이 더 이상 없게끔 토지재산권이 제한된다면, 자신의 토지가 단지 이름만 자신에게 귀속되었을 뿐 실질적으로는 토지와 자신과의 귀속관계가 단절된 것이므로 이러한 경우에는 국민 누구나가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위를 넘었다고 보아야 하기 때문”이라고 하였다.

37) 헌법재판소는 구역의 지정으로 인한 토지재산권의 제한이 비록 헌법적으로는 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범위내의 것인 경우에도 “구역의 지정이 도시민의 건전한 생활환경을 위한 것임에도 불구하고 수익자인 도시민은 최소한의 부담도 하지 아니하고 오로지 구

나아가 헌법재판소는 “위와 같은 예외적인 경우 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 현금보상만을 해야 하는 것은 아니며, 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 방법이 있을 수 있다”는 판단을 하였다.

(2) 구 도시계획법 제4조에 관한 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 도시계획시설로 결정된 토지소유자들에게 원칙적으로 토지의 형질변경이나 건축 등을 금지하면서도 이러한 재산권 행사에 대하여 아무런 보상규정을 두고 있지 않은 구 도시계획법 제4조에 대한 위헌소원³⁸⁾에서도 유지되고 있다.

위 사건에서 헌법재판소는 “도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없기 때문에 이로 말미암아 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우에는, 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 하고, 어떠한 경우라도 토지의 사적 이용권이 배제된 상태에서 토지소유자로 하여금 10년 이상을 아무런 보상 없이 수인하도록 하는 것은 공익실현의 관점에서 정당화될 수 없는 과도한 제한으로서 헌법상의 재산권보장에 위배된다고 보아야 한다”고 명시적으로 판단하였다.

나. 헌법재판소의 심사기준에 따른 위헌성 검토

서울특별시 도시계획조례에서 비오름 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지에 대하여 “절대적 보전”을 규정하고 있는 것은 도시생태현황 조사

역 내의 주민과 토지소유자들에게만 그 부담을 전가하는 것은 형평과 사회정의의 요청에 반하므로, 구역 내의 주민이나 토지소유자들에게는, 예컨대 각종 세금의 감면 등 다양한 혜택을 부여하는 한편 수익자로부터는 개발이익을 환수하는 방법 등을 통하여 구역 내 주민의 부담을 완화하고 형평을 회복하는 조치를 취하는 것이 바람직하다”고 지적하였다.

38) 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정

결과 자연생태가 우수하여 절대적으로 보전이 필요한 토지는 개발을 규제하여 현상을 유지하고자 하는 공익적인 목적으로 토지 이용 제한을 하고 있는 것이다.

그런데 비오톱 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지의 경우에는 “절대적 보전”대상이 되어 이는 곧 개발의 절대적 금지 내지는 절대적 불허에 해당하게 됨은 다언을 요하지 않는다. 절대적 보전이라는 것은 지금 현상 그대로를 유지하라는 것이기 때문이다. 또한 해당 토지에 대하여 절대적으로 보전하여야 하기 때문에 법률상은 물론 사실상으로 해당 토지에 대하여 예외적으로라도 허용되는 행위도 있을 수가 없고, 실제 서울특별시 도시계획조례에서는 해당 토지에 대하여 예외적으로라도 허용가능한 행위에 대한 규정을 두고 있지 않다.³⁹⁾

이러한 점에서 서울특별시 내에서 비오톱 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용수익의 길이 전혀 없는 경우에 해당하게 된다.

또한, 비오톱 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지의 경우 절대적 보전 대상이 되기 때문에 향후에 비오톱 평가를 다시 받는다고 하더라도 최초의 평가가 잘못 되지 않은 이상 평가의 결과가 달라질 가능성이 사실상 전혀 없게 되어, “절대적 보전”을 규정한 서울특별시 도시계획조례가 폐지되지 않는 이상 향후로도 영구 무한히 해당 토지에 대하여 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없고 실질적으로 토지의 사용수익의 길이 전혀 없는 경우에 해당하게 되는 것이다.

결국, 비오톱 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지의 경우 해당 토지의 소유권은 이름만 남았을 뿐 알맹이가 없는 것이므로 재산권의 본질적 내용인 사적이용권을 부인함은 물론 처분권을 사실상 부인하는 결과에 이르

39) 참고로 서울특별시 도시계획조례에 따라 지목이 대(岱)이면서, 국토의 이용에 관한 법률상의 도시지역(일반1·2종 주거지역)에 해당하는 토지의 경우에도 비오톱 1등급으로 지정되어 절대적으로 보전되는 제한을 받고 있다.

<http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=hongjs5977&logNo=10175069194>,
<http://cafe.daum.net/bumimo/7wEn/4677?q=%BA%F1%BF%C0%C5%E9%20%B5%E%B1%DE&re=1> (각 인터넷 블로그 내의 토지이용계획확인서) 참조.

게 되어 해당 토지소유자들에 대하여는 사회적 기속성으로도 정당화할 수 없는 가혹한 부담을 부과하게 된 것이다. 그럼에도 불구하고 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복할 수 있는 방법에 관한 아무런 규정을 두지 아니한 서울특별시 도시계획조례 해당 조항은 재산권의 내용과 한계를 조례로써 구체화하여 규정함에 있어 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 규정이 된다고 할 것이다.⁴⁰⁾

V. 서울특별시 도시계획조례의 수정방향(개발제한구역 또는 도시자연공원구역으로 지정된 토지와의 비교)

1. 비교의 필요성

서울특별시 도시계획조례에서 유형평가 및 개별 비옴 평가 모두 1등급인 토지에 대하여 절대적으로 보전하여야 한다고 규정하고 있는 것은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 도시의 개발을 제한할 필요가 있을 경우에 일정한 요건에 따라 지정되는 개발제한구역⁴¹⁾ 내지는 도시의 자연환경 및 경관을 보

40) 참고로 비옴 유형평가 및 개별평가 모두 1등급을 받은 토지의 경우 절대적 보전 대상이 된다는 서울특별시 도시계획조례가 신설된 이후, 해당 토지에 대하여 건축허가 및 건축계획 심의신청 반려처분의 취소를 구하는 행정소송이 진행된 사례들이 있다. 그런데 해당 사건들에서는 ① 서울특별시 도시계획조례의 위헌성에 대하여 주장되었음에도 불구하고, 서울특별시에서 해당 토지의 비옴 등급을 하향 재조정하는 바람에 원고가 승소하게 되어 위헌성 논점이 다투어지지 않거나(대법원 2014. 12. 11. 선고 2014두41008 판결), ② 당해 소송 과정에서 절대적 보전을 규정하면서도 보상에 관한 규정이 없는 조례라는 점에서 위헌이라는 논점이 주장되지 않는 바람에 이 부분에 대한 판단이 없었다(2014. 6. 20. 선고 서울행정법원 2013구합27777판결(본 판결은 항소심에서 항소취하 간주되어 1심 판결이 그대로 확정되었다), 앞서의 서울행정법원 2014구합 53346 판결).

41) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제38조(개발제한구역의 지정) ① 국토교통부장관은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 도시의 개발을 제한할 필요가 있거나 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되면 개발제한구역의 지정 또는 변경을 도시·군관리계획으로 결정할 수 있다.

호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공하기 위하여 도시지역 안에서 식생이 양호한 산지의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 도시자연공원구역⁴²⁾으로 지정되는 경우와 그 규제목적은 사실상 동일하다 할 것이다.⁴³⁾

그럼에도 불구하고 서울특별시 도시계획조례에 따라 유형평가 및 개별 비오톱 평가 모두 1등급을 받아 절대적 보전 대상이 된 토지와 개발제한구역 또는 도시자연공원구역으로 지정된 토지의 처우에 본질적인 차이가 있다면 이러한 차이는 서울특별시 도시계획조례 해당 조항이 앞서 지적된 위헌성을 보완하기 위하여 참고할 필요가 있을 것이다.

2. 각각의 비교

	비오톱 1등급	개발제한구역	도시자연공원구역
적용 법률	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등, 서울특별시 도시계획조례	개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별법	도시공원 및 녹지 등에 관한 법률
제한되는 행위	모든 행위	제12조(개발제한구역에서의 행위 제한) ①항 본문 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 축목의 벌채, 토지의 분할, 물건을 쌓아놓는 행위 또는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제11호에 따른 도시·군계획사업의 시행	제27조(도시자연공원구역에서의 행위 제한) ①항 본문 건축물의 건축 및 용도변경, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 흙과 돌의 채취, 토지의 분할, 축목의 벌채, 물건의 적치 또는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제11호에 따른 도시·군계획사업

42) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제38조의2(도시자연공원구역의 지정) ① 시·도지사 또는 대도시 시장은 도시의 자연환경 및 경관을 보호하고 도시민에게 건전한 여가·휴식공간을 제공하기 위하여 도시지역 안에서 식생(植生)이 양호한 산지(山地)의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정하면 도시자연공원구역의 지정 또는 변경을 도시·군관리계획으로 결정할 수 있다.

43) 어떠한 지역의 아름다운 자연환경을 보호하기 위해서 자연보호 구역이라는 도시계획결정을 하는 것은 이러한 지역에 대한 개발을 제한하여 환경을 보존하여야 하겠다는 행정청의 정책적 의도를 담고 있다(강현호, “도시계획과 관련한 최근 판례의 동향”, 『계명법학』 제5집, 계명대학교 사회과학연구소 법학연구실, 2001, 193면)는 견해에 비추어 보아도 규제목적은 동일한데 그 수단에 차이가 있을 뿐이라고 보아야 한다.

<p>허용되는 행위</p>	<p>없음</p>	<p>제12조(개발제한구역에서의 행위제한) ①항 단서 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 그 행위를 할 수 있다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 건축물이나 공작물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치와 이에 따르는 토지의 형질변경 (중략) 2. 개발제한구역의 건축물로서 제15조에 따라 지정된 취락지구로의 이축 3. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조에 따른 공익사업(개발제한구역에서 시행하는 공익사업만 해당한다. 이하 이 항에서 같다)의 시행에 따라 철거된 건축물을 이축하기 위한 이주단지의 조성 3의2. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제4조에 따른 공익사업의 시행에 따라 철거되는 건축물 중 취락지구로 이축이 곤란한 건축물로서 개발제한구역 지정 당시부터 있던 주택, 공장 또는 종교시설을 취락지구가 아닌 지역으로 이축하는 행위 4. 건축물의 건축을 수반하지 아니하는 토지의 형질변경으로서 영농을 위한 경우 등 대통령령으로 정하는 토지의 형질변경 5. 벌채 면적 및 수량, 그 밖에 대통령령으로 정하는 규모 이상의 죽목 벌채 6. 대통령령으로 정하는 범위의 토지 분할 7. 모래·자갈·토석 등 대통령령으로 정하는 물건을 대통령령으로 정하는 기간까지 쌓아 놓는 행위 8. 제1호 또는 제13조에 따른 건축물 중 대통령령으로 정하는 건축물을 근린생활시설 등 대통령령으로 정하는 용도로 용도변경하는 행위 9. 개발제한구역 지정 당시 지목이 대(岱)인 토지가 개발제한구역 지정 이후 지목이 변경된 경우로서 제1호마목의 시설 중 대통령령으로 정하는 건축물의 건</p>	<p>제27조(도시자연공원구역에서의 행위 제한) ①항 단서 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수의 허가를 받아 할 수 있다. 1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 건축물 또는 공작물로서 대통령령으로 정하는 건축물의 건축 또는 공작물의 설치와 이에 따르는 토지의 형질변경 (중략) 2. 기존 건축물 또는 공작물의 개축·재축·증축 또는 대수선 3. 건축물의 건축을 수반하지 아니하는 토지의 형질변경 4. 흙과 돌을 채취하거나 죽목을 베거나 물건을 쌓아놓는 행위로써 대통령령으로 정하는 행위 ② 제1항 단서에도 불구하고 산림의 숨아베기 등 대통령령으로 정하는 경미한 행위는 허가 없이 할 수 있다.</p>
----------------	-----------	--	---

		<p>축과 이에 따르는 토지의 형질변경</p> <p>③ 제1항 단서에도 불구하고 주택 및 근린생활시설의 대수선 등 대통령령으로 정하는 행위는 시장·군수·구청장에게 신고하고 할 수 있다.</p> <p>④ 제1항 단서와 제3항에도 불구하고 국토교통부령으로 정하는 경미한 행위는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 할 수 있다.</p>	
매수 청구 권	없음	<p>제17조(토지매수의 청구) ①항 개발제한구역의 지정에 따라 개발제한구역의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지나 그 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능하게 된 토지(이하 "매수대상토지"라 한다)의 소유자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 국토교통부장관에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 개발제한구역으로 지정될 당시부터 계속하여 해당 토지를 소유한 자 2. 토지의 사용·수익이 사실상 불가능하게 되기 전에 해당 토지를 취득하여 계속 소유한 자 3. 제1호나 제2호에 해당하는 자로부터 해당 토지를 상속받아 계속하여 소유한 자 <p>② 국토교통부장관은 제1항에 따라 매수 청구를 받은 토지가 제3항에 따른 기준에 해당되면 그 토지를 매수하여야 한다.</p>	<p>제29조(토지매수의 청구) ①항 도시자연공원구역의 지정으로 인하여 도시자연공원구역의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 또는 해당 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지(이하 "매수대상토지"라 한다)의 소유자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 도시자연공원구역을 관할하는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수에게 해당 토지의 매수를 청구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 도시자연공원구역의 지정 당시부터 해당 토지를 계속 소유한 자 2. 토지의 사용·수익이 사실상 불가능하게 되기 전에 그 토지를 취득하여 계속 소유한 자 3. 제1호 또는 제2호의 자로부터 해당 토지를 상속받아 계속 소유한 자 <p>② 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수는 제1항에 따라 매수 청구를 받은 토지가 제3항에 따른 기준에 해당되는 경우에는 이를 매수하여야 한다.</p>

위 표에서 알 수 있듯이, 해당 토지가 개발제한구역이나 도시자연공원으로 지정될 경우에는 근거법에서 규정한 바와 같이 일정한 행위가 제한되는 것이

원칙이기는 하나, 예외적으로 다양한 유형의 허용사유가 존재한다.

비오름 유형평가 및 개별평가에서 모두 1등급을 받은 토지에 대하여는 개발 제한구역이나 도시자연공원지역으로 지정된 토지와 달리 일체의 모든 행위를 전면적으로 금지하여야 할 필요성도 의심스럽지만, 제한의 정도가 비오름 유형평가 및 개별평가에서 모두 1등급을 받은 토지에 비해서는 완화되어 있다고 볼 수 있는 개발제한구역이나 도시자연공원지역 대상 토지의 경우에는 일정한 요건 하에서 매수청구권을 인정하고 있는 반면, 서울특별시 도시계획조례의 적용을 받는 유형평가 및 개별 비오름 평가 모두 1등급인 토지는 매수청구권조차 인정되지 않는 것은 분명히 형평에 있어서도 문제가 있다.

참고로 도시계획시설로 지정되거나 공공시설을 위한 토지로서 도시관리계획의 결정 및 도시관리계획에 관한 지형도면의 고시가 된 사권 제한토지 등은 일정한 요건이 충족될 경우 지방세특례제한법 제84조⁴⁴⁾에 따라 재산세 감면이 가능하지만, 비오름 유형평가 및 개별 비오름 평가 1등급에 해당되는 토지는 도시계획시설이나 공공시설로 지정된 것이 아니기 때문에 해당 규정이 적용될 수도 없게 되는데, 이러한 부분 역시 형평의 관점에서 문제의 소지가 있을 수 있다.

2. 서울특별시 도시계획조례의 수정 방향

앞서와 같은 서울특별시 도시계획조례에 대하여는 공원지정으로 인한 공법상의 제한 정도를 넘어서고, 토지를 전혀 사용수익하지 못한다면 그저 소유권을 갖는 것 외에 어떤 가치를 부여할 수 있는지에 대한 의문을 지적하면서,

- 44) 제84조(사권 제한토지 등에 대한 감면) ① 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제7호에 따른 도시계획시설로서 같은 법 제32조에 따라 지형도면이 고시된 후 10년 이상 장기간 미집행된 토지, 지상건축물, 「지방세법」 제104조제3호에 따른 주택(각각 그 해당 부분으로 한정한다)에 대해서는 2018년 12월 31일까지 재산세의 100분의 50을 경감하고, 「지방세법」 제112조에 따라 부과되는 세액을 면제한다.
 ② 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제13호에 따른 공공시설을 위한 토지로서 같은 법 제30조 및 제32조에 따라 도시관리계획의 결정 및 도시관리계획에 관한 지형도면의 고시가 된 토지의 경우 해당 부분에 대해서는 재산세의 100분의 50을 2018년 12월 31일까지 경감한다.
 ③ 「철도안전법」 제45조에 따라 건축 등이 제한된 토지의 경우 해당 부분에 대해서는 재산세의 100분의 50을 2018년 12월 31일까지 경감한다.

심지어 공원으로 지정된 경우에는 토지에 대한 감정평가를 하면서 대략 40% 내외의 감가를 하지만 비오톱의 경우에는 그 제한 정도를 얼마로 정하자는 결정도 존재하지 않는다는 비판적 의견도 존재한다.⁴⁵⁾

결국 비오톱 유형평가 및 개별 비오톱 평가 모두 1등급인 토지에 대하여 절대적 보전을 규정한 서울특별시 도시계획조례는 실질적으로 해당 토지에 대하여 아무런 사용·수익을 할 수 없도록 하는 내용으로 지금 현재 존재하는 우리나라의 토지에 관한 규제 중에서 가장 강력한 규제에 해당하면서도 아무런 보상 없이 해당 토지소유자들에게 무조건 이를 감수하도록 하고 있는데, 앞서 개발제한구역이나 도시자연공원구역으로 지정된 토지의 경우 및 구 도시계획법 제21조 및 제4조에 관한 헌법재판소 결정 취지 등을 참고하여 일정한 요건 하에서 보상을 허가나, 매수청구권⁴⁶⁾ 또는 지정해제 가능성을 규정하거나, 사실상 소유권 외의 어떠한 가치를 가지는 토지로서의 활용이 전면적으로 차단된다는 점을 감안하여 최소한 재산세 감면 등의 혜택이 부여될 수 있는 방향으로 조속히 수정될 필요가 있다고 할 것이다.⁴⁷⁾

V. 결론

비오톱을 근거로 하는 규제는 특별시, 광역시, 특별자치시·도를 기준으로 할 경우 서울특별시와 광주광역시, 세종특별자치시의 도시계획조례에 존재하지만

45) <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=29318>(2013. 8. 30. 인터넷 법률저널 기사)

46) 개발제한구역에 관하여 토지소유자의 매수청구권을 인정하여 원한다면 토지를 매도하고 “원하는 곳으로 이전할 수 있도록 조치”를 강구하여야 할 것이라는 지적을 하는 견해(강현호, “개발제한구역에 대한 손실보상”, 『토지공법연구』 9집, 한국토지공법학회, 2000, 161면) 역시 비오톱 1등급 대상 토지의 경우에도 적용될 수 있으면 바람직할 것이다.

47) 구 도시계획법 제21조에 관한 위헌소원에서 헌법재판소 입법촉구를 하면서 실지조사 등 많은 준비기간이 필요하다는 등의 이유로 입법자에게 보상법률제정에 대한 기한을 부과하지 않고 있는데, 이는 헌법불합치 법률에 대하여 많은 경우 입법자가 아무런 개선조치를 취하지 않은 채 방치해온 경험을 생각하면 입법촉구의 효과를 반감시키는 결과를 초래할 수도 있다는 비판(김병록, “개발제한구역제도의 헌법적 조명”, 『토지공법연구』 10집, 한국토지공법학회, 2000, 100~101면)이 있고, 이는 서울특별시의 해당 조례 수정 필요성 및 긴급성과 관련하여 참고할만한 비판이라 생각된다.

광주광역시, 세종특별자치시는 해당 조례 내에서 적용의 예외사유를 규정하고 있다는 점이 서울특별시와 차이가 있다. 결국 우리나라의 도시계획조례 중에서 가장 강력한 금지 규정이 바로 서울특별시 도시계획조례의 비오톱 1등급에 대한 규제라 할 것이다.

서울특별시에서 2009. 11. 11. '서울특별시 도시계획조례' 제24조 [별표 1] 제1호 가목(4)으로 신설한 비오톱 유형평가 1등급이고, 개별 비오톱 평가 1등급인 토지는 "대상지 전체"에 대하여 "절대적으로 보전하여야 한다"는 강력한 개발금지 규정은 그 자체는 도시생태현황 조사결과 자연생태가 우수하여 절대적으로 보전이 필요한 토지는 개발을 규제하여 현상을 유지하고자 하는 공익적인 목적에 근거한 것이다.

그렇지만 모법인 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 및 시행령 등에서 개발행위 자체를 절대적으로 금지하는 구체적인 별도의 규정이 없는 상태에서 개발행위 허가에 대한 조항을 그 근거조항으로 하여 유형평가 및 개별 비오톱 평가 모두 1등급인 해당 토지 전체에 대하여 "절대적 보전", "절대적 금지"를 하겠다는 것은 일정한 요건을 갖춘 경우 개발을 허가할 수 있는 기준을 마련한 위임규정의 목적을 초과한 것으로 볼 여지가 있다는 문제가 있다.

더욱 심각한 것은 구 도시계획법 제21조에 관한 위헌소원에서 "토지소유권에 대한 제한이 사회적 제약을 넘는 경우에는 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법된다"고 판단하였음에도 불구하고 위 서울특별시 도시계획조례에는 이러한 재산권 침해를 보완할 수 있는 보상이나 매수청구권, 지정해제 등에 관한 아무런 근거규정을 마련하고 있지 않다는 것이다.

결국 비오톱 1등급 토지에 대하여 절대적 보전을 규정한 이상, 해당 토지에 대하여 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없게 되어 토지소유자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 상황임에도 불구하고 아무런 보상 등에 관한 조치 없이 이를 감수하도록 하고 있는 서울특별시 도시계획조례 제24조 [별표 1] 제1호 가목(4) 해당 부분은 비례의 원칙에 위반되어 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

특히 사실상 지정 취지는 유사함에도 불구하고 매수청구권을 규정한 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률이나 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별법과는 달리 이러한 조항을 서울특별시 도시계획조례에 마련하지 않은 점에 대하여는 재정적인 이유로 해당 법률의 적용을 우회적으로 회피하고자 마련된 조례라는 비판까지 가능할 수 있다. 이러한 비판을 피하고 위헌의 소지를 없애기 위해 서울특별시 도시계획조례는 금전보상, 매수청구권, 지정해제, 재산권 감면 등 침해를 완화할 수 있는 제도를 마련하는 방법으로 시급히 수정되어야 할 것이다.

참고문헌

- 서울여자대학교 산학협력단, 환경부, “비오톱 유형별 보전 및 복원을 위한 지침서”, 2010
- 환경부, “비오톱 지도 작성 지침”, 2009
- 강현호, “개발제한구역에 대한 손실보상”, 『토지공법연구』 9집, 한국토지공법학회, 2000
- 강현호, “도시계획과 관련한 최근 판례의 동향”, 『계명법학』 제5집, 계명대학교 사회과학연구소 법학연구실, 2001,
- 김병록, “개발제한구역제도의 헌법적 조명”, 『토지공법연구』 10집, 한국토지공법학회, 2000
- 신지혜, “도시비오톱의 기능을 고려한 서울시 비오톱의 종합적인 가치평가”, 한양대학교 환경대학원, 석사학위논문, 2002
- 안효섭, “조례제정의 법체계적 허용범위”, 『법과정책』 제20권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014
- 오충현, 이호형, “우리나라 비오톱 제작 및 유형화 현황”, 『한국조경학회 학술대회 논문집』, 한국조경학회, 2010년
- 이부하, “헌법상 토지재산권의 보장 및 그 제한 법률에 대한 합헌성”, 『토지공법연구』 43집, 한국토지공법학회, 2009

- 이부하, “합헌적 법률해석과 재산권에 대한 해석”, 『토지공법연구』 45집, 한국 토지공법학회, 2009
- 조정환, “조례제정에 있어서의 법률유보”, 『토지공법연구』, 한국토지공법학회, 1999
- 전학선, “학원 교습시간 제한 조례의 위헌성 검토”, 『세계헌법연구』, 국제헌법학회, 2009

[Abstract]

Review on Unconstitutionality of Urban Planning
Ordinance of Seoul Metropolitan Government regulating
Utter Preservation of Grade 1 of Biotope

Jang, Hye-Jin

Professor, Jeju National University Law School

On November 11, 2009, Seoul Metropolitan Government (“SMG”) added Paragraph 1 Ga (4) of Exhibit 1 to Clause 24 of Urban Planning Ordinance of SMG to set up new type of criteria for development permit by introducing “Biotope (i.e., an area of uniform environmental conditions providing a living place for a specific assemblage of plants and animals)” wherein a land falling into a category of both Grade 1 in Classification of Biotope and Grade 1 in Evaluation of Respective Biotope is strictly restricted in development by addressing “the entire place” under such category shall be “preserved absolutely”. However, any and all compensation including tax relief, such as tax abatement or exemption is silent in the Urban Planning Ordinance of SMG (the “Ordinance”).

The term “preserved absolutely” in the Ordinance means remain an area as it is not allowing any development at all, and therefore the Ordinance results in “utter prohibition of development or no permit in development whatsoever” on at least an area of both Grade 1 in Classification of Biotope and Grade 1 in Evaluation of Respective Biotope.

The Ordinance restricting development as a result of evaluation of Biotope is likely to be based on Clause 58 (1) and (3) of the National Land Planning and Utilization Act (the “NLPUA”), Clause 56 of the Enforcement Decree of the NLPUA, and the Permit and Operational Guideline on Development 1-2-2 of Order no.524 of the Ministry of Land, Infrastructure and Transport, wherein have no Clause to prohibit any development at all. Therefore, The Ordinance regulating “utter preservation” and “absolute prohibition” is beyond the power delegated by the NLPUA, the Enforcement Decree and the Order.

Meanwhile, the Constitutional Appeals were made on Clause 21 regarding development restricted district of formerly known as the Act on Urban Planning and Clause 4 of the Act on Urban Planning due to absence of clause on compensation to those who own land restricted any development caused by establishment of urban planning district. The Constitutional Court of Korea decided that restriction on a property right is allowed on the ground that social restriction embodied in property right is consistent with the principle of proportionality as long as such property can be developed in accordance with zoning then determined and actual status of property, and therefore a restriction, with no compensation, not allow to use or develop property by zoning determined and actual status of property, or use or take benefit from property, is unconstitutional in that such restriction is violation of the principle of proportionality, which excessively infringes a property right of its owner.

Enforcing utter preservation on a private land on the ground that such

land falls into the category of both Grade 1 in Classification of Biotope and Grade 1 in Evaluation of Respective Biotope is what the Ordinance is regulating and at the same time the Ordinance regulates prohibition of actual use and benefit from such land. However, the Ordinance provides no way to achieve proportionality between public interest and an infringement of property right.

Although a strong restriction on a property right (i.e., absolute prohibition of development by utter preservation) ultimately gives benefits to the entire member of society in the name of public interest of environmental preservation, such as preserving nature landscape, enforcing utter preservation with no measure of compensation, such as tax benefit in the name of tax abatement or exemption, monetary compensation, cancellation of restriction, or right of property owner to demand purchase, excessively infringes a property right of its owner, which is unconstitutional. Therefore, the Ordinance shall immediately be amended to provide a measure of compensation.

Key words : Biotope, Grade 1 of Biotope, Ordinance, Urban Planning Ordinance of Seoul Metropolitan Government, Unconstitutionality of the Ordinance, Property Right, Infringement of Fundamental Meaning of Property Right