

협력적 토지이용규제 모델 연구

- 미국의 이론과 법제도를 중심으로 -*

A Study on a Collaborative Model for Land Use Regulation

- Focused on the U.S. Legal Theory and Institutions -

김 은 주 (법학박사 · 단국대학교 분쟁해결연구센터 연구교수)
Kim Eun-Ju / Dankook University Center for Dispute Resolution

- I. 서 설
- II. 현대사회의 변화와 협력적 규제모델의
필요성
- III. 토지이용에 관한 협력적 규제모델
- IV. 결 론

Abstract

In the arena of land use disputes where multiple interests and stakeholders, including the public, are involved, issues of fairness among the parties inevitably arise. Public disputes are difficult to solve because of the multiple parties and interests involved, the complexity of the environmental issues, and the long-term consequences that the decisions may have. Over the past several decades, many have criticized the command and control planning model as infeasible, inefficient, and undemocratic. In the US, current land use theory and practice emphasize a negotiated model of decision-making in which localities and applicants conduct the business of land use allocation

* 이 논문은 2005년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2005-005-J0001)

through a variety of contract-like mechanisms. Bilateral deal-making between developers and localities has become commonplace. Despite their pervasiveness, there is little evidence that these processes may lead to fair, well-planned or efficient land use decisions. Rather, these bilateral negotiations foster land use agreements that freeze developers and localities into rigid, long-term relationships, with little or no meaningful input from other affected parties.

The collaborative model seeks to make the process of negotiating local land use decisions more open and inclusive. The model aims to energize the land use regulatory process by providing affected parties the opportunity to resolve disputes and empowering such actors to monitor and adjust adopted agreements, instead of relying on retroactive, external judicial review.

(주제어) 공공분쟁(Public Dispute), 토지이용규제(Land Use Regulation), 대체적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution), 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act), 숙의 민주주의(Deliberative Democracy)

I. 서 설

공공정책 및 사업과 관련하여 해마다 많은 분쟁이 발생하고 있지만, 그 중에서도 토지 이용에 관한 정책 및 사업은 경제개발과 환경보존이라는 상반된 가치를 중심으로 가장 많은 그리고 가장 심각한 분쟁을 야기하고 있는 분야 중 하나이다. 우리나라는 1960년대 이후 경제개발이 본격적으로 추진됨에 따라 도시에서 택지·공장용지 등 토지의 수요가 급증하자, 택지개발촉진법, 주택건설촉진법, 수출자유지역설치법, 지방공업개발법, 산업입지및 개발에관한법률 등 특별법을 제정하여 원활한 토지공급정책을 수행하였다. 그러나 도시의 무분별한 확산과 개발로 인한 난개발의 문제점이 대두되고 토지의 공공성과 환경에 대한 인식이 증가하면서 토지의 이용에 대한 규제가 점차 증가하고 있다.

오늘날 토지이용규제는 유한한 국토공간을 효율적으로 이용함으로써 국가의 경쟁력을 강화하는 한편, 국토공간을 친환경적으로 보존하는 것을 중요한 목적으로 한다. 그러나 현실적으로 개발과 보전이라는 양대 가치를 조화롭게 실현하는 것은 매우 어려운 것으로서 규제자인 행정청과 토지개발자인 기업, 토지소유자인 지역주민 및 환경단체 등의 시민단체들 간에 규제를 둘러싼 많은 갈등과 분쟁이 발생하고 있다.

종래 토지이용의 규제는 국가를 중심으로 한 행정의 전문성에 근거하여 일방적으로 이루어졌지만, 복잡성과 다원성, 불확실성과 역동성 그리고 과학기술의 급속한 발전을 특징으로 하는 현대국가의 토지행정에 있어 그러한 전통적인 방식의 규제제도는 지속가능한 개발이라는 행정의 목표를 달성하는데 한계가 있음은 물론 토지이용을 둘러싼 갈등과 분쟁을 해소할 수 없다는 인식이 증가하고 있다. 우리나라의 경우 국토의계획및이용에관한법률이 규정하는 공청회 등의 의견청취제도와 공람제도, 환경·교통·재해등에관한영향평가법이 규정하는 환경영향평가제도 상의 공람 및 의견청취제도 등 일부 관련 법규가 토지이용규제와 관련하여 주민참여제도를 도입하고 있기는 하지만 이는 공·사의 엄격한 분리를 토대로 하는 전통적인 행정법 구조 하에서 행정결정의 정당성을 확보하는 데 그치는 것으로서 거버넌스 하에서 요구되는 협력적 행정을 수행함에 있어서는 한계가 있다. 또한 토지에 대한 인간의 활동은 사회의 변화에 따라 부단히 변화하는 것이기 때문에 그 규제 또한 시대와 사회환경에 따라 합리적으로 변화되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 현재의 규제법규들은 시대의 변화와 환경기술의 발전, 지역사회의 특성 등을 반영할 수 있는 유연성을 부여하지 못한 결과 지속가능한 발전을 위한 환경적 이익을 확보하는데 실질적인 효과를 얻지 못하고 있으면서도 개발의 제한은 보다 심화시키고 있다는 비판을 받고 있다¹⁾.

이러한 현실에서 보다 합리적이고 효율적인 토지이용규제를 목표로 토지개발자와 지방정부간의 합의에 의한 규제제도를 도입하고 있는 미국의 토지이용규제제도와 그에 대해 제기되고 있는 비판론 및 지역주민의 광범위한 참여를 확보함으로써 협력적 규제모델을 제안하는 이론을 고찰해 보는 것은 우리의 토지이용 규제에 대한 현실을 인식하고 그 방향성을 모색하는데 중요한 의미가 있을 것으로 사료된다.

II. 현대사회의 변화와 협력적 규제모델의 필요성

1. 협력적 규제모델의 이론적 배경

(1) 거버넌스의 등장과 대안 민주주의 이론의 전개

현대사회에 있어 세계화, 정보화로의 변화는 국가의 통제력과 권한을 축소시키고 사회의 분화와 복잡성의 증가는 종래의 법질서와 현실 간의 괴리를 발생시켰다. 여기에 시민사회가 성장하면서 참여의지가 강화되자 거버넌스의 논의가 대두되기에 이르렀다²⁾. 그 결과

1) 현행 토지이용규제의 문제점을 지적한 논문으로는 류종현, “지방자치단체의 토지이용규제와 합리적인 관리방안”, 『한국지방자치학회 동계학술세미나 자료집』, 2000 ; 김갑열, “토지이용규제정책의 논거와 한계”, 『지역개발연구』 제4집, 1996 참조

2) Jon Pierre, “Introduction: Understanding Governance”, In Jon Pierre(ed.) Debating Governance, 1-10,

전통적으로 국가와 정부를 중심으로 행해지던 정책결정의 장이 널리 사회에까지 확장되었고 나아가 국가와 사회를 명확히 구별하는 전통적인 정치이론에 변화를 가져오게 되었다³⁾. 특히 참여를 강조하는 정치적 논의들 즉, 참여 민주주의나 숙의 민주주의(Deliberative Democracy)와 같은 대안적 민주주의론이 전개되면서 법 사과의 전환이 요구되었다. 현대의 자유민주주의는 대의제 민주주의와 결합된 기술관료적 행정체제를 취하고 있다. 그러나 대의제 민주주의의 의사결정 논리와 구조적 문제점이 지속적으로 주장되고 있다. 먼저 대의제 민주주의는 정치적 잔여집단과 참여 능력이 없는 사람들을 의사결정과정에서 구조적으로 배제하며 경우에 따라서는 소수의 이익집단이 의사결정과정을 지배할 수 있다는 한계가 있다. 특히 환경, 생태, 건강 등과 관련된 문제의 경우 그 불확실성과 위험성으로 인해 관련 정책결정과정에서의 행정관료의 결정능력과 공정성에 대한 비판이 계속 제기되고 있다. 또한 복잡한 다원화시대에 있어 대의제 민주주의의 의사결정 방식은 각 개인들이 가지고 있는 선호의 질적인 특성들을 효과적으로 반영시키지 못하는 한계를 갖고 있다.

이러한 상황에서 참여 민주주의와 숙의 민주주의 이론과 같은 대안적 민주주의 이론들은, 전통적인 대의제 민주주의 개념에 대한 보완적 논의로서 등장하였다. 이들은 한편으로는 공공기관의 일방적인 결정-통지식의 정책 형성 관행에 대한 불만과 다른 한편으로는 대안적 정책 형성이 현재의 문제상황을 해결해 줄 수 있다는 숙의적 인식이 바탕이 되어 점차 활발한 논의가 진행되어 왔다⁴⁾. 즉, 이들 대안적 민주주의 이론들은 대의제 민주주의 하에서 나타난 여러 문제 상황의 원인이 “참여의 결핍”에 있다고 인식하고 참여의 확대 내지는 참여의 강화를 통해 문제 상황을 해소, 극복하려는 시도라고 볼 수 있다. 특히 숙의 민주주의의 경우 현대의 정치적, 경제적, 사회적 상황의 복잡성에 대한 인식 하에서, 다양한 개인들의 가치와 인식이 다루어질 방법을 제시함으로써 현대의 자유민주국가의 제도에 변화의 근거를 제공한다.

(2) 행정법의 규범적 이론의 변화

사회와 국가를 둘러싸고 전개되고 있는 이러한 변화들은 이를 조직하고 규율하는 질서를 제공하는 법에 있어서도 많은 변화를 요구하는 바, 오늘날 행정법 학계에서도 새로운 행정법 질서의 도입 필요성이 제기되고 있다. 미국을 중심으로 전개되고 있는 협력적 행정법 이론들은 거버넌스의 요소들을 도입함으로써 행정을 중심으로 하는 전통적인 법 규범적 논의의 본질적 한계를 보완하고자 한다.

종래 미국의 행정법은 산업화의 결과 등장하게 된 규제적 행정기관의 재량과 그 통제가

New York : Oxford University Press, 2000, pp.149-155

3) Peter Swan, “Governing at a Distance : An Introduction to Law, Regulation and Governance” in *Law, Regulation and Governance* edited by Neil Sargent and Peter Swan, Oxford University Press, 2000, pp.3-5

4) Graham Smith, *Deliberative Democracy and the Environment*, Routledge, New York, 2003, p.56

중요한 쟁점이 되어 왔다. 따라서 전통적인 형식주의 모델, 이익대변 모델, 시민적 공화주의 모델과 같은 전통적인 행정법 모델들은 사회와 국가의 변화에 따라 행정결정의 정당성의 근거를 찾는데 중심을 둔다. 즉, 전통적인 형식주의 모델은 엄격하게 규정된 법률과 객관적으로 명확하게 존재하는 공익의 존재에서 그 정당성을 찾고, 다원주의 사회 하에서 발생한 이익대변 모델은 다양한 이해관계를 가진 사인 간의 협상에서 그 정당성을 찾으며⁵⁾, 시민적 공화주의적 모델은 계몽된 숙의자로서의 행정관료의 숙의에서 정당성을 모색한다⁶⁾. 그러나 이들 모델은 모두 국가와 사인의 엄격한 분리를 전제로 하고 행정결정에 대해 제기될 사인의 이익에 대하여 방어할 정당성을 모색하는 데 머물기 때문에 오늘날의 사회변화에 따른 문제 상황을 해결하는 데는 한계가 있다⁷⁾. 전통적인 패러다임 하에서는 행정법은 무엇보다도 자의적인 결정에 대해 개인을 보호하는 방호벽을 제공한다. 이러한 견해에서는 법이 존재하지 않으면 전제정치가 행해지는 것이고 그에 대한 효과적인 보호장치는 사법심사가 된다. 그러므로 전통적인 행정법은 행정결정의 품질(quality)에는 특별한 관심을 가지지 않았고 공 행정의 독단으로부터 시민을 보호하기 위하여 위법한 결정에 대한 사법심사에 주된 관심을 두었다.

그러나 미국을 중심으로 행정결정의 품질에 관심을 두는 새로운 견해가 형성, 발전되고 있다. 재량적 선택이라는 것은, 본질적으로 우수한 결정 및 우수한 행정을 추구하는 것임에는 틀림없다. 재량에 관한 행정법의 논의가 재량의 통제를 넘어 행정의 질 향상으로 전환되면, 참여의 기능 또한 행정의 통제장치 혹은 정당성 확보 수단으로서의 기능을 넘어 행정의 질을 향상시키는 문제해결적 기능이 강조된다. 이는 다원화된 사회에서 다양한 개인들의 가치, 견해, 선호 등이 행정절차에 참여하여 보다 합리적인 결정을 위한 요소로서 기능하게 된다는 점을 의미한다. 따라서 새로운 협력적 행정법 이론들은 행정을 중심으로 하는 전통적인 규제 시스템의 본질적 한계에 대한 인식하에 법이론에서 재량통제를 극복하고 행정결정과정에서의 사인의 역할을 강화함으로써, 자율규제능력을 확장하여 행정작용의 질(quality), 이행능력 및 문제해결능력을 강화하고자 한다.

그러한 이론들은 아직 행정의 전 영역에서 수용할 수 있을 만큼 보편화된 것은 아니지만 일반적으로 경제행정, 환경행정 등과 같이 공익과 사익의 조절, 다양한 가치와 경험을 바탕으로 한 구체적 합리적 결정의 필요성 등이 특히 강하게 요구되는 행정의 영역을 중심으로 전개되고 있다.

5) Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", *Harv. L. Rev.* 1975, p.1672

6) Mark Seidenfeld, "A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State", 105 *Harv. L. Rev.* 1511, 1992, pp.1542-1570 ; Cass R. Sunstein, "Factions, Self-Interest and the APA: Four Lessons Since 1946", 72 *Va. L. Rev.* 271, 1986, p.286

7) Jody Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", *UCLA Law Review*, October, 1997, p.19

2. 협력적인 참여절차와 ADR의 제도화

참여 거버넌스의 등장과 정치이론의 변화는 행정법 영역에도 많은 변화를 가져왔다. 특히 환경규제에 있어 행정결정의 과도한 적대적 성격과 정당성에 대한 비판을 해소하기 위해 행정규제절차를 개선하고자 하는 많은 경험적 접근방법들을 제도화해왔다. 이러한 개혁적 절차들은 연방, 주 및 지방정부를 포함하는 광범위한 환경 및 토지이용의 문제들에 관한 규제적 결정에 광범위한 참여와 협력을 결합하고자 한다. 이러한 개혁적 시도 중 가장 두드러지는 것은 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act), 협상에 의한 규칙제정법(Negotiated Rulemaking Act), Project XL 하에서의 규제협상제도 등을 들 수 있다.

먼저 행정분쟁해결법은 행정작용 전반에 걸쳐, 행정기관이 단순조력, 조정, 약식심리, 중재, 움부즈만 등의 다양한 대안적 과정들을 이용할 수 있는 권한을 부여한 법률로서 분쟁해결기능 외에도 다양한 행정 프로그램에서 사인의 참여와 협력을 확보하기 위해 제정되었다. 다원화된 현대사회에서 공공의 정책과 사업을 시행하고자 하는 행정작용은 여러 이해관계를 가지는 자 간의 조화와 타협을 필요로 하는 것이고, 이를 일방적으로 결정, 통지하는 전통적 행정은 불가피한 갈등을 도출하게 된다. 따라서 행정과정에서 다양한 이해관계를 조절하고, 사인의 참여를 통해 보다 합리적인 결정에 이를 수 있는 조정 등의 ADR은, 참여 거버넌스 하에서 대안적 행정과정으로서의 의미를 가진다.

둘째, 협상에 의한 규칙제정법은 기존의 입법예고와 의견제출절차를 통해 이루어지던 규칙제정절차를 당사자간의 협상을 통해 보완하는 이른바 규제협상을 제도화한 법률이다. 기존의 규칙제정절차가 입법예고와 의견제출절차를 통해 일반시민의 참여가 이루어지는 하였지만, 그 의사가 행정결정에 직접적 영향을 미치는 것이 아니라 행정관료의 전문성에 기초한 숙의의 과정을 거쳐야 하는 것이었다. 이에 반하여 일반시민이 협상에 참여하여 행정관료와 동등한 지위에서 자신의 의사를 반영하여 합의안을 형성할 수 있다는 점에서 거버넌스적 참여제도로서의 의의를 가진다.

마지막으로 Project XL이란 미국 환경청이 추진하고 있는 협력적 환경오염 규제제도의 하나이다⁸⁾. 이는 규제 대상인 기업과 지역사회, 공익단체, 환경단체 등이 특정 시설이나 장소에 대한 규제를 달성할 수 있는 대안적 수단을 개발하도록 하고, 이를 환경청이 승인함으로써, 탄력적인 방법으로 기존의 규제 보다 높은 수준의 환경목적을 달성할 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다. Project XL 하에서 체결된 합의서를 근거로 행정청은 정식의 허가처분을 내려야 하기 때문에 궁극적으로는 전통적인 규제관계를 유지하고 있기는 하지만 기업은 환경청과 함께 허가의 대상이 되는 규제의 내용을 결정하고 그 초안을 작성할

8) “XL”은 “탁월한 리더십(Excellence in Leadership)”을 의미하는 것으로 1995년 3월 16일 클린턴 대통령의 환경규제개혁(Reinventing Environmental Regulation) 정책에서 발표되었다. 여기에는 미국 환경청(EPA)의 16개 혁신 프로그램이 포함되었고 그 일환으로 Project XL이 시행되었다. Regulatory Reinvention (XL) Pilot Projects, 60 Fed. Reg. 27,282, 1995.

협력적 기회를 부여받을 수 있다는 점에서 규제에 대한 새로운 책임과 권한을 기업에 분배하고 있는 것이다⁹⁾.

이러한 행정절차들은, 거버넌스 하에서 공·사의 관계를 새로이 정립하고 행정결정에 영향을 받는 사인의 능력을 합당한 결정을 위한 자원으로 이용하고자 하는 규제개혁적 시도로 인식된다. 이와 같은 행정법 영역에서의 참여절차의 강화 및 ADR의 법제도화는 토지이용의 규제에 있어서도 전통적인 규제모델에서 벗어난 새로운 규제모델을 이론적으로 정립할 필요성을 제기하게 된다.

III. 토지이용에 관한 협력적 규제모델

1. 협력적 규제모델의 필요성

(1) 토지이용 규제의 개념 및 유형

토지는 상품의 성격과 자원의 성격을 모두 가지고 있으며 자연적 특성으로서 영속성, 불변성, 비대체성 등의 속성을 가진다. 이러한 특성은 자유시장 경제체제 하에서 토지가 소유자의 의지에 따라 다양하게 이용될 수 있는 한편 토지자원의 분배 및 지속가능한 개발과 같은 공공의 가치와의 관계에서 정부의 규제와 정책적 개입이 불가피하게 만든다.

요컨대 토지이용규제는 토지를 대상으로 규제자인 정부가 장래의 토지이용행위에 관하여 일정한 행동지침을 만들어 놓고 토지의 개별적 소유자로 하여금 자율적 이용행위를 제한하고 강제적 적용을 행하는 작용으로 정의된다¹⁰⁾. 토지이용의 규제는 그 규제의 목적이나 기능 등에 따라 다양하게 이루어질 수 있지만, 통상 토지이용행위를 하고자 하는 자에게 인·허가를 받도록 요구하는 절차규제와 토지이용이 계획 및 지역지구제에 의해 이루어지도록 함으로써 일정한 지역이나 지구 등의 경우 토지이용행위를 허용 또는 제한하여 토지이용을 규제하는 계획규제의 형태로 이루어진다¹¹⁾.

(2) 토지이용규제의 특성

토지이용규제는 특정 개인의 행위를 대상으로 하는 것이 아니라 보다 넓은 공간적 범위에 걸쳐서 확실성을 띠면서 시행된다¹²⁾. 따라서 통상 다수의 구체적인 사적 재산권에 대한 이해관계를 포함하고 이것이 종종 분쟁을 일으키게 된다. 그러한 분쟁들은 경제적 이

9) Jody Freeman, op. cit., p.55

10) 김갑열, 앞의 논문, p.95

11) 류종현, 앞의 논문, p.220

12) 김갑열, 앞의 논문, p.105

익, 전망, 조화, 환경 등과 같은 주관적 목표와 가치들 간의 충돌을 포함하기 때문에 객관적인 과학적 기준들이나 전문성을 바탕으로 하여, 유일한 하나의 “공익”을 추구하는 것은 거의 불가능하다¹³⁾. 또한 토지이용에 관한 행정결정은 경제, 환경, 인구, 주거 및 교통 등에 대한 예측과 관련 당사자 간의 복잡한 문제들을 포함하는 경우가 많다. 그러한 문제들을 해결할 수 있는 하나의 객관적인 해결방안은 존재하지 않는다. 이처럼 토지이용에 관한 결정에 있어 객관적인 공익의 부재와 행정관료가 가지는 전문성의 한계에 대한 인식 하에 협력적 규제모델의 필요성이 주장되고 있다¹⁴⁾.

협력적 규제모델을 주장하는 이론들은 첫째, 관련 이해관계인들이 공정하게 대표될 수 있고 그들이 관리가능한 집단으로 구성될 수 있으며 둘째, 협력적 과정에 참여하는 자 및 그들이 대표하는 집단이 규제의 이행에 중요한 영향을 미칠 수 있고 셋째, 직접적인 논의가 대개 광범위한 공공의 이익보다는 사인의 이익과 관련이 있는 경우 협력적 규제가 유용할 수 있다고 한다¹⁵⁾.

토지이용의 규제와 이를 둘러싼 분쟁들의 경우 이러한 특성이 가장 잘 나타나고 있는 영역 중 하나이다. 즉, 특정 지역의 토지이용규제와 관련된 분쟁에 있어 실질적으로 영향을 받는 당사자들은 지리적으로 집중되고, 대표자의 수는 합의절차를 운영하기에 적절할 것이며 관련 논점은 비교적 구체적인 경우가 많다. 이러한 점은 결정에 영향을 받는 당사자들에게 고지하고 그들이 합의절차에 접근하기 용이하게 하며 당사자들이 합의에 도달하기 쉽게 한다.

(3) 전통적인 토지이용규제제도의 한계와 협력적 토지이용 규제모델의 필요성

1) 전통적인 토지이용 규제제도와 문제점

미국에 있어 현대적인 토지이용 규제는 20세기 초에 시작되었다. 그 주요 기법은 엄격하고 일방적인 토지이용계획과 명령통제적인 구역지정이었다¹⁶⁾. 도시지역이 점차 빈곤, 주택공급부족, 불충분한 기반시설, 불결하고 무질서한 공적 공간으로 고통을 받게 되자, 정부는 이러한 문제점들을 개선하기 위해 토지이용 규제를 시행하였다. 전통적인 토지이용규제는 국가를 중심으로 한 행정기관이 그 전문성에 근거하여 일방적으로 구역을 지정하고 토지이용 계획을 수립함으로써 이루어졌다. 이러한 명령통제적 접근방법은 결정권자인 행정

13) Alejandro Esteban Camacho, “Mustering the missing voices : a collaborative model for fostering equality, community involvement and adaptive planning in land use decisions”, *Installment Two, Stanford Environmental Law Journal*, June, 2005, p.326

14) *ibid.*, p.326

15) *ibid.*, p.323

16) Jerold S. Kayden, “Market-Based Regulatory Approaches: A Comparative Discussion of Environmental and Land Use Techniques in the United States”, 19 *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.* 565, (1992), p.567

관료가 국가 및 자치단체의 모든 토지와 상황에 적합한 규칙을 직관할 수 있고 각각의 사안에서 개별적인 판단에 의해 결정이 변경될 필요성이 거의 없다는 가정에 기인한다. 이러한 모델 하에서 규제절차에 정부 공무원이 아닌 일반국민의 참여는 필수적인 것도 아니고 바람직한 것도 아니었다.

그러나 전통적인 토지이용규제에 있어, 행정관료들의 일방적인 규제결정들은 그들이 가지는 전문성 즉, 공익을 증진할 수 있는 종합적인 계획을 수립하는 능력에 근거해서 정당화되는 것인데 그들이 실제로 사회적인 목표를 결정하고 토지이용을 위한 대안을 정확히 평가할 수 있다는 전제에 대한 비판이 제기되었다¹⁷⁾.

2) 이면적인 협상적 접근방법의 등장과 그 한계

이러한 전통적 모델에 대한 비판과 현대에 있어서의 부동산 개발업자가 미치는 영향력의 증대 및 대규모의 특정 프로젝트를 위한 토지이용의 결정이 필요하게 된 상황에서 전통적인 명령통제적 토지이용의 이론들은 보다 유연하고 협상적인 접근방법으로 전환되게 되었다. 이러한 변화를 지지하는 이론들은 명령통제 방식의 구역지정절차가 가지는 약점 즉, 전통적인 토지이용규제 법규의 비효율성과 엄격성 및 현대사회에 있어 행정관료의 전문성의 한계 등을 근거로 제시하고 있다. 사실상 이러한 협상적 접근방법은 현대 미국의 토지이용 법규에서 두드러진 제도가 되고 있다.

그러나 오늘날 이면적인 협상적 접근방법의 정당성에 대해 많은 문제들이 제기되고 있다. 협상적 접근방법이 전통적인 명령통제적 접근방법의 본질적인 비효율성을 다루려고 시도하기는 하지만, 행정결정과정의 정당성을 확보하는 데 필수적인 요소인 장기적인 지역사회 참여를 간과하고 있다. 즉, 이면적인 접근방법은 특정한 결정에 영향을 받는 지역주민의 의견이 거의 없이도 전문적인 계획권자가 전체 사회의 이익을 대변할 수 있다는 잘못된 가정에 근거하고 있다. 그 결과 협상에 근거한 방법들이 전통적인 계획과정 보다 유연한 절차들을 추구하기는 하지만 장기적인 대안적 계획들을 수립하는 데는 실패하고 있다. 요컨대 현재 전통적인 명령통제적 규제에 대한 대안으로 적용되고 있는 이면적인 협상적 접근방법은, 토지이용분쟁의 다면적인 성질을 간과하고 협상적 모델이 달성할 수 있는 잠재성을 개발하는데 실패하고 있다. 그 결과 이면적 협상에 의한 접근방법은 규제의 적대적 성격을 강화하게 되고, 사회 내 분산되어 있는 다양한 이익을 간과함으로써 결정의 정당성과 공동체적 가치가 파괴된다는 비판을 받게 되었다.

2. 협력적 규제모델의 내용

이상에서 살펴본 바와 같이 오늘날 이면적인 협상제도가 가지는 문제점들 때문에 그 개

17) Alejandro Esteban Camacho, op. cit., Installment One, p.9

력은 실제로 결정과정을 향상시키기 보다는 협상을 통한 결정의 정당성을 확보하기 위해 사법심사를 강화하는 측면에서 전개되어 왔다. 이에 새로운 협력적 모델을 주장하는 견해는 사법심사의 강화는 협력적 토지이용 규제의 정당성과 책임성을 확보하는데 한계가 있을 뿐 아니라 토지이용 결정의 질을 실질적으로 향상시키는 것을 목적으로 하는 규제적 모델이라면 결정과정 자체를 개선하는 데 집중해야 한다고 주장한다¹⁸⁾. 즉, 새로운 토지이용 규제모델은 거버넌스의 요소들을 행정과정에 도입함으로써 행정을 중심으로 하는 전통적인 규제이론의 한계를 보완하고자 한다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

(1) 광범위하고 실질적인 사인의 참여

협력적 규제절차는 당해 토지이용규제에 의해 영향을 받는 모든 당사자들이 실질적으로 참여하는 것을 목표로 한다. 이러한 참여절차는 4가지의 기본적인 전제에 근거한다. 첫째, 공개되고 투명한 협상절차는 이면적 협상에 의한 토지이용규제가 가지는 불공정성을 해소할 수 있다. 둘째, 참여절차는 당해 사안에 영향을 받는 당사자들의 이해관계와 선호에 관한 정보를 얻는 데 필수적이다. 셋째, 실질적인 참여를 확보하게 되면 참여자와 일반대중이 규제절차와 결과에 대해 보다 높은 만족수준에 이를 수 있다. 넷째, 직접적인 참여는 정부의 서비스와 결정에 대한 책임성을 향상시키는데 기여할 수 있다¹⁹⁾.

요컨대 토지이용 규제결정에 일반시민이 직접적으로 참여하는 것은 당해 결정에 잠재적으로 영향을 받는 당사자를 보호할 수 있을 뿐 아니라 지역적 환경이나 특정한 토지이용 결정이 가져올 수 있는 잠재적인 영향에 관해 특별한 지식을 가지는 당사자를 참여시킴으로서 그 결정의 질(quality)을 향상시킬 수 있다²⁰⁾. 또한 광범위한 참여절차는 규제결정에 가장 많은 영향을 받는 사람들에게 개발의 계획, 설계 및 이행에 있어 자신의 이해관계를 대변할 수 있는 직접적이고 지속적인 기회를 제공하기 때문에 그 자체만으로 민주적 가치를 가진다²¹⁾.

광범위한 참여의 범주는 당해 개발에 대한 공공에의 고지와 청문과 같은 전통적인 절차적 요건들을 포함하기는 하지만, 협력적 거버넌스라는 것은 보다 실질적인 공공에의 참여를 도모하는 것이다. 즉, 협력적 모델 하에서 협상적 접근방법으로 지역지구를 결정함에 있어서는, 최소한 당해 제안이 미치는 영향, 대안 및 조건과 관련된 모든 토론과 협상들이 일반 대중에게 공개되고 그들이 접근할 수 있을 것을 요구한다. 이러한 절차들은 지방정부가 단지 결론적인 공청회 단계에서 일반대중을 참여시키기보다, 당해 사안과 관련된 잠재

18) Jody Freeman, op. cit., pp.95-96

19) Alejandro Esteban Camacho, op. cit., Installment Two, p.279

20) Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", 98 *Colum. L. Rev.* 267, (1998) p.317

21) Jody Freeman, op. cit., p.27

적인 갈등을 파악하는 초기 단계와 협상의 전 과정에서 당해 사안에 영향을 받는 당사자들을 참여시키도록 요구함으로써 실질적인 참여가 이루어지도록 한다. 또한 참여는 토지이용 절차에서 지속적으로 이루어져야 한다. 따라서 토지이용규제에 대한 협력적 접근방법은 초기단계의 도시기본계획으로부터 최종적인 개발에 이르기 까지 전반적으로 이루어져야 한다고 한다²²⁾.

(2) 지속적인 문제해결의 추구

협력적 거버넌스의 핵심적인 특징 중 하나는 다툼있는 입장들간의 차이를 구분하는 것 대신에 규제문제를 실질적으로 해결할 수 있는 절차를 만드는 것이다. 공동의 그리고 투명한 정보의 수집과 숙의를 통해 이해관계 있는 당사자들 모두가 상호 이익("mutual gain")을 얻을 수 있다는 것을 깨닫게 하는 것은, 문제해결적 접근방법의 중심이다²³⁾. 문제해결적인 절차는 공공분쟁에 대한 최선의 해결방안은 당해 사안에 직접적인 관련을 가지는 당사자간의 협상만이 아니라 사회적으로 해결되어야 한다는 것을 인식하는 실용적인 결정방법으로서, 보다 새롭고 합리적인 해결안을 위해 대면적인 숙의적 참여를 지향하기 때문에 우수한 토지이용 결정을 만들어낸다고 한다²⁴⁾.

따라서 협력적인 토지이용규제를 목적하는 법률은 규제가 문제해결적으로 이루어질 수 있도록 토지이용규제의 권한이 있는 행정기관이 이해관계, 사실, 대안, 선택범주 및 개별적인 해결방안을 공동으로 탐사할 수 있는 다면적 협상이 가능한 기본규칙(ground rules)을 채택해야 한다. 이러한 문제해결적 절차에는 다음과 같은 3개의 주요 단계가 포함되어야 한다고 한다. 첫째, 공동으로 쟁점을 확인하는 단계 둘째, 공동으로 정보를 수집하고 형성하며 이를 공유하는 단계 셋째, 쟁점을 공동으로 평가하고 합의적으로 해결하는 단계가 그것이다.

먼저 공동으로 쟁점을 확인한다는 것은, 주요 쟁점에 대한 평가로 시작되는 바 여기에서 갈등에 대한 평가(conflict assessment)와 이해관계인에 대한 분석(stakeholder analysis)이 이루어지게 된다²⁵⁾. 이 단계에서는 관련 이해관계인과의 사전협의, 다양한 관련자들의 확인, 이해관계 및 쟁점에 대한 확인과 이후의 과정을 진행하는데 도움이 될 진행일정표와 기본원칙 등의 결정이 이루어져야 한다.

결정 및 결정에 이르는 과정에서의 투명성은 협력적 과정의 필수적인 요소이다. 특히

22) *ibid.*, p.27

23) Lawrence Susskind, "An Alternative to Robert's Rules of Order for Groups, Organizations, and Ad Hoc Assemblies That Want to Operate by Consensus", in *Consensus Building Handbook : A Comprehensive Guide to Reaching Agreement*, eds. Lawrence Susskind, Sarah McKernan and Jennifer Thomas-Larmer, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1999, pp.27-33

24) Jody Freeman, *op. cit.*, p.26

25) Alejandro Esteban Camacho, *op. cit.*, Installment Two, p.287

정보수집이 이루어지는 2단계의 경우 당해 규제가 미치는 잠재적인 영향력과 그와 유사한 사안에 관한 정보들이 수집되는 바, 이 단계에서의 투명성은 매우 중요하다고 한다²⁶⁾. 이해관계 있는 당사자들은 과학적이거나 전문적인 분석이 요구되는 경우 공동으로 그 전문성을 확보할 수 있다. 당사자들이 이러한 분석의 결과를 가지고 상이한 결론에 도달하게 될지라도 그 근거가 된 공유된 지식들은 당사자간의 신뢰를 높일 수 있다. 또한 공동의 정보수집은 당사자들이 더 적은 정보와 기술적 배경을 가지고도 보다 효과적이고 정확하게 협상할 수 있도록 해줄 수 있다고 한다.

제3단계는 숙의 및 협상의 단계라고 할 수 있다. 토지이용규제를 문제해결적으로 접근하게 되면 참여절차를 규제의 요건으로 도입하게 될 것이다. 그러나 규제의 문제를 해결하기 위해서는 실제로 효과적인 시민참여가 모색되어야 한다. 참여제도들은 단지 시민들에게 참여의 기회를 제공하는데 그쳐서는 안 되며 실질적으로 시민을 참여시킬 수 있는 전략을 채택해야 한다. 즉, 문제해결적 접근방법은 시민참여를 행정결정에 대한 정당성 확보수단으로 인식하는데 그치는 것이 아니라 여기서 나아가 최적의 행정결정을 위한 유용한 수단으로 인식한다²⁷⁾.

(3) 행정기관의 역할변화

종래의 이면적인 협상적 접근방법은 행정기관을 공익을 대변하는 협상가의 역할로 인식하는 것이었다. 이러한 접근 방법 하에서는 행정기관은 그 전문성에 근거하여 일반공중(public)으로부터 직접적인 투입(input)이 없이도 다양하고 복잡한 공공의 이해관계를 인지하고 이를 대변할 책임을 가지는 것이었지만 오늘날 이러한 행정기관의 역할은 비현실적이라는 주장이 제기되어왔다²⁸⁾. 이에 협력적 모델은 행정기관의 역할을 외형적으로 전지전능하고 객관적인 공익의 대변자가 아닌 조력인, 지역사회 조성인(community organizers), 정보의 수집 및 배분자로 재정립하고자 한다. 따라서 행정기관은 토지이용 계획 및 구역지정 결정에 의해 영향을 받는 다양한 이해관계인들이 당해 사안에 대해 숙의할 수 있도록 지원하고 지역주민, 토지개발업자, 관련부처, 시민단체, 언론매체, 인근 지방정부 등이 가지는 이해관계를 조절하는 역할을 수행하게 된다. 즉, 협력적 모델에서는 행정기관이 어떤 당사자들이 어떤 결정절차에 참여해야 하는지를 결정하고, 정보를 제공하고 형성된 정보를 분배하며 당사자들간의 협력을 지원하고 협상과 합의를 촉진하는 것과 같은 관리자적 활동을 중점적으로 수행하게 되는 것이다.

그러나 협력적 토지이용규제 모델에서도 행정기관이 토지이용규제에 관한 책임과 권한

26) *ibid.*, p.287

27) Jenny Steele, "Participation and Deliberation in Environmental Law : Exploring a Problem-solving Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.21, No.3, 2001

28) Alejandro Esteban Camacho, *op. cit.*, Installment One, pp.12-14

을 포기하는 것은 아니다. 행정기관은 여전히 공익을 위해 지구, 지역, 구역을 지정하고 토지이용 계획을 위한 최소한의 기준을 설정하고 또한 대규모 개발사업을 위한 가이드라인을 수립한다. 나아가 숙의적 과정을 통해 이해관계인들이 합의에 도달하지 못한 경우 행정기관은 토지이용규제에 관한 결정을 내릴 궁극적인 책임을 보유한다²⁹⁾.

(4) 종합적인 계획 및 합의

협력적 모델은 현대사회에 있어 토지이용의 규제 및 계획들이 그 효율성을 극대화하기 위해 적응성(adaptability) 있는 절차를 가져야 한다고 인식한다. 적응성 있는 절차는 당해 규제와 계획의 특성에 따라 정보에 근거한 결정이 가능하고, 지역사회의 협력을 얻기 용이하며, 합리적인 토지이용에 관한 결정이 이루어질 수 있는 다양한 형태의 참여가 가능한 절차를 의미한다. 또한 토지이용규제정책과 장기적인 토지이용계획에 있어 상황의 변화와 새로운 정보를 반영함으로써 규제정책 및 계획에 대한 지속적인 평가와 변경이 가능하도록 해야하기 때문에 확정적이고 유연성 없는 절차를 두어서는 안 된다고 한다³⁰⁾. 엄격하고 일방적인 규제적 규범들을 목표와 기준을 포함하는 종합적인 계획규범으로 변경함으로써 행정기관은 일관성있는 목표를 추진하면서도 구체적인 규제나 개발사업에 합당한 합의를 허용할 수 있는 유연성을 확보할 수 있다.

협력적 모델은 종합적인 계획과 구역 규제를 채택함에 있어서의 유연성을 모색할 뿐 아니라 합의형성과 집행단계에서의 적응력도 강조한다. 기존의 토지이용 계획 이론과 실무는 전형적으로 초기의 종합적인 계획을 설정하는 단계에서 협력적 절차를 개발하는데 중점을 두었다³¹⁾. 그러나 개별적인 개발사업의 승인과 집행과정에서 유연성과 지속적인 참여를 확보할 필요성은 간과하고 있다. 그러나 오늘날 장기적인 단위개발계획과 장기간에 걸친 특정 사업의 등장으로 개발사업의 승인 및 집행 과정에서 협력의 필요성이 증가하고 있다.

규제의 유연성을 확보하기 위한 법적 절차들은 다음과 같은 메커니즘을 포함해야 한다고 한다. 합의가 효과적이기 위해서는 유연성과 지속성을 모두 가져야 한다. 따라서 합의가 지속적인 감시, 평가 및 수정을 할 수 있는 메커니즘을 포함하도록 규정하여야 한다. 특히 부정확한 경제적 효과가 존재하거나 불확실한 환경적 영향 및 잠재적 영향이 존재하는 경우 합의 내용에 대한 평가와 변경 가능성이 더욱 필요하다. 협력적 절차는 합의 사항의 이행을 확보하기 위한 절차를 반드시 포함해야 한다. 즉, 감시 메커니즘, 분쟁해결 절차 등이 포함되어야 한다³²⁾. 또한 정기적인 감독, 정보교환, 평가 등이 포함된 피드백 메카니

29) Jody Freeman, op. cit., p.22

30) Alejandro Esteban Camacho, op. cit., Installment One, pp. 56-65

31) American Planning Association, *Growing Smart Legislative Guidebook: Model Statutes for Planning And Management of Change* (Stuart Meck ed.), 2002, 참조 ; Alejandro Esteban Camacho, op. cit., Installment Two, p.296 재인용

즘(Feedback mechanisms)도 필수적으로 포함해야 한다³²⁾. 요컨대 합의를 통해 규제 유연성을 확보하기 위해서는 당해 합의가 지속적인 가치를 가질 수 있도록 실질적인 유연성을 유지하면서도 그 실행을 확보할 수 있는 절차(단계별 추진목표 또는 마감기일을 충족하지 못한 경우 제재를 부과할 수 있는 것과 같은)를 통해 집행력을 확보해야 한다.

(5) 대인적인 책임성 확보

협력적 규제모델 하에서 협상에 의한 토지이용 규제가 효과적으로 이루어지기 위해서는 행정기관의 적극적인 재량행사를 가능하게 하기 위해 사법심사를 완화해야 한다는 주장이 제기된다³⁴⁾. 이러한 견해는 협력적 모델에서 규제행정의 책임성은 사법부가 아니라 당해 결정에 가장 영향을 받는 공·사의 당사자들에 의해 확보되어야 한다고 한다³⁵⁾. 협력적 모델에서는 토지이용결정에 영향을 받는 주된 당사자들이 당해 사업을 집행하고 수정하는 동안 서로 지속적인 관계를 조성하게 되고 이는 결과적으로 규제절차를 통해 참여자간의 상호의존성과 책임성을 향상시키게 된다.

당사자와의 협력에 의한 합의의 이행절차에는 자율점검과 보고(self-monitoring and reporting), 지역사회에 의한 감독 및 제3자 확인이나 감사 등이 결합될 수 있다.

이처럼 법원은 토지이용계획 및 개발사업에 관한 합의에 대한 심사를 행함에 있어서는 행정기관의 의사를 존중해야 할 것이지만, 그러한 합의가 기존의 종합적인 계획기준과 같은 실질적인 기준에 적합한지의 여부를 심사함으로써 협력적 규제절차에 중요한 역할을 수행하게 된다. 협력적 모델 하에서의 사법심사는 통상적인 협상에 의한 토지이용규제제도 하에서 존재하는 사법심사의 기준들과는 거리가 있다. 즉, 현재의 이면적인 협상적 규제모델에 제기되는 정당성의 문제를 극복하기 위해 사법심사를 강화하는 대신 합의의 형성에서 이행에 이르는 전 과정에 광범위한 공공의 참여를 확보하고자 하기 때문에 법원은 다음과 같은 측면에서 협력적 과정에 기여할 수 있게 된다.

협상에 의한 구역지정 제도(Negotiated zoning regimes), 개발합의법(DAAs) 등에 근거한 협력적 규제결정의 경우 법원은 그 결정절차가 광범위하고 실질적인 참여를 가능하게 했는지, 지속적으로 문제해결을 추구했는지, 합의자체가 적응성과 책임성을 확보하는 메커니즘을 통합했는지를 심사하게 된다.

요컨대 협력적 규제모델에 있어, 사법심사는 명확하고 일관성 있는 절차적 요건들을 확

32) Lawrence Susskind, op. cit., p.15

33) ibid., pp.15-16

34) Alejandro Esteban Camacho, op. cit., Installment two, p. 300

35) Jody Freeman은 행정결정과정에 사인이 참여하는 것은 그 정당성을 해치는 것이 아니라 공동의 책임성을 불러일으킨다고 주장한다. Jody Freeman, "The Private Role in Public Governance", 75 *N.Y.U. L. Rev.* 543, (2000), pp.548-49

보하고, 토지이용규제에 관한 협상과 이행의 단계에 투명하고 광범위한 참여절차를 요구함으로써, 협상에 의한 토지이용규제 제도를 예견가능하고 효과적으로 만드는데 그 존재의의가 있다고 할 것이다.

3. 협력적 규제모델의 한계와 정당성의 문제

(1) 헌법적 한계

미국 행정법에서의 개혁적 시도들은 공식적인 행정절차에 앞서 거버넌스적 과정들을 도입함으로써 기존의 정부중심의 법제도적 한계를 보완하되 이를 유지하는 차원에서 이루어지고 있다. 이는 참여와 협력에 의한 행정이 현재의 거버넌스적 상황에서 불가피하게 요구되는 것이기는 하지만 현재의 공법적 질서와 조화를 이루는 한에서 전개되어야 한다는 인식에 근거한다.

따라서 사인과의 토지개발합의는 지방정부의 종합계획과 토지개발에 관한 규제에 반하는 것이어서는 안 되며, 토지이용규제와 관련하여 참여에 의한 행정이 이루어지더라도 궁극적인 규제결정의 권한과 책임은 행정에 유보된다는 한계를 가진다³⁶⁾. 그 결과 당사자간의 협상을 통해 규제에 관한 합의가 이루어졌다고 하더라도 행정기관은 언제나 합의된 규칙 안에서 벗어날 수 있는 권한을 보유하게 된다³⁷⁾.

(2) 비례의 원칙

협력적 모델은 법과 정책이 목적하는 바와 수단의 적합성을 추구하며 그 효과를 향상시키는 것을 목적으로 한다³⁸⁾. 따라서 협력적 규제 및 광범위한 참여를 통한 행정은 이를 통해 실현하고자 하는 행정의 목적에 적합한 것이어야 하고 이를 위해 소요되는 시간과 비용의 면에서도 적절한 수준의 방법이 채택되어야 한다. 그러나 다면적인 협력적 토지이용 규제에 소요되는 비용과 시간은 단지 상대적으로 평가되어서는 안 된다. 다면적 협상에 의한 규제절차는 기존의 일방적인 규제 또는 이면적 협상에 의한 규제절차 보다 확장적이고, 지속적인 절차를 포함하게 되고 관련자들이 공동으로 사실확인을 진행하는 등 복잡한 협상과정을 거쳐야 하기 때문에 비용 및 시간의 효율성을 감소시킬 수 있을 것이다. 그러나 이러한 협력적 절차들은 규제결정에 대해 이의나 소송이 제기될 가능성을 감소시키고 나아가 보다 공정하고 효과적인 규제의 결과를 확보할 수 있다는 점이 고려되어야 한다고

36) Jody Freeman, op. cit., p.87

37) 법원은 USA Group Loan Services, Inc. v. Riley 사건에서, 협상에 의한 규칙제정은 행정기관에게 구속적 계약을 체결할 의무를 지우지 않는다고 판단했다. 동 판결에서 법원은 협상에 의한 합의와는 별도로 행정기관의 규칙을 공포할 궁극적인 권한을 강조하고 있다. : 82 F.3d 708 (7th Cir. 1996)

38) Orly Lobel, op. cit., p.466

한다³⁹⁾.

(3) 평등한 참여와 투명성의 원칙

참여와 투명성은 거버넌스의 민주적 정당성을 확보하기 위해 필수적인 요건이다. 공공 정책이나 결정에 중요한 영향을 받는 사람들이 정보의 부족이나 시스템 상의 배제 때문에 절차에서 제외된다면 그 과정은 정당성을 잃게 된다. 따라서 영향력 있는 집단, 전국적 조직을 가진 집단 뿐 아니라, 소규모 집단 및 조직화되지 않은 다양한 사회 구성원들의 참여를 확보하기 위한 특별한 노력들이 행해질 필요가 있다. 참여를 확보하기 위한 한 가지 접근 방법은 이러한 새로운 영역에서 불이익을 겪는 집단이 참여할 수 있는 명확한 방법을 제공하는 시스템이다. 이를 위해 참여 가이드라인과 그 가이드라인이 충족되었는지를 확인할 수 있는 감독 가이드라인이 요구된다⁴⁰⁾. 다른 접근방법은 스스로 절차에서 제외되었다고 인식하는 집단이 거버넌스 제도의 투명성과 효율성에 이의를 제기할 수 있는 절차를 제공하는 것이다. 마지막 방법은 이러한 새로운 협력 과정에 참여하기를 거부하는 행위자들을 끌어들이 수 있는 절차를 개발하는 것이다. 이를 위해 참여의 인센티브를 제공할 필요성도 있을 것이다⁴¹⁾.

IV. 결 론

이상으로 현재 미국에서 토지이용규제의 주된 기법으로 이용되고 있는 이면적인 협상모델과 그에 대한 대안으로 제시되고 있는 협력적 규제모델을 살펴보았다. 전통적인 토지이용규제제도는 토지계획 및 이용에 관한 전문가인 행정기관이 일방적으로 결정하고 집행하는 것이었지만 현대 토지행정의 복잡성과 다원성에 대한 인식은 행정기관의 전문성에 근거한 결정의 정당성에 의문을 가지게 되었다. 또한 일방적인 규제과정에서 토지이용을 둘러싼 다양한 이해관계들이 조정될 기회를 가지지 못한 결과 많은 심각한 분쟁들이 발생하였다. 이에 규제의 효율성과 분쟁의 합리적인 해결을 위해 토지개발자와 행정기관 간의 협상을 통해 규제를 결정하는 이면적 협상에 의한 규제제도가 도입, 이용되게 되었지만 이러한 협상절차가 보다 공정하고 효과적인 토지이용결정을 이끌어내는 것은 아니라는 비판이 제기되고 있다. 비판론자들은 오히려 이러한 이면적인 협상들이 토지개발자와 지역사회를

39) Alejandro Esteban Camacho, op. cit., Installment two, p. 309

40) Louise G. Trubek, "New Governance and Soft Law in Health Care Reform", *3 Ind. Health L. Rev.* 139, 2006. p.169

41) Brandon L. Garrett & James S. Liebman, "Experimentalist Equal Protection", *22 Yale L. & Pol'y Rev.* 261. 2004. p.321

적대적인 관계로 고정시키고 토지이용규제에 영향을 받는 다른 다양한 이해관계인들이 실질적으로 참여할 수 있는 기회를 박탈하는 결과를 가져온다고 주장한다.

이에 협력적 모델은 지방의 토지이용 결정을 숙의적인 참여절차로 만들고자 한다. 특히 토지개발의 합의에 있어 보다 개방되고 광범위한 참여가 가능하게 하고자 한다. 그 과정에서 토지이용규제에 영향을 받는 당사자들이 분쟁을 해결할 기회를 부여하고 채택된 합의를 감시하고 적응할 권한을 부여함으로써, 토지행정에 대한 공동의 책임을 확보하고자 한다. 협력적 모델의 이러한 문제해결적 특성 때문에 현재 우리나라가 직면한 토지이용분쟁의 해결을 위한 대안으로 인식될 수 있다. 우리나라는 1960년대 이후 급속한 경제발전과정에서 산업단지, 주택단지 등에 대한 수요가 크게 증가하였고 택지개발촉진법, 산업입지및 개발에관한법률 등 특별법을 제정하여 원활한 토지공급정책을 수행하였으나 도시의 급속한 팽창에 따른 도시주변지역의 난개발과 환경오염 등이 심화되면서 각 부처는 토지이용규제법령을 많이 제정해왔다. 그러나 이러한 규제법령들에 포함된 지역지구제의 비체계성, 지역지구 지정절차의 합리성과 투명성의 부족 등과 같은 여러 문제점들이 지적되어 왔다. 이에 정부는 2004년부터 토지이용규제의 합리화 작업을 추진해왔으며 2005년 12월 7일 토지이용규제 기본법이 제정되었다. 동 법은 규제가 수반되는 지역·지구 등의 제도신설 제한, 지역·지구 등 지정시 주민의견 청취 의무화, 국토이용정보체계의 구축·운영, 기존 지역·지구 등의 지정 및 운영실적 평가, 토지이용규제심의위원회 등의 설치·운영 등과 같은 내용을 포함하고 있다. 이러한 제도들이 합리적인 토지이용규제라는 목표를 달성하는데 실제로 효과적으로 작용하기 위해서는 많은 시간과 노력이 필요할 것이다. 위에서 살펴본 협력적 규제모델의 개념과 지향점들은 이러한 제도들의 형성과 정착에 하나의 방향성을 제공할 수 있을 것이며 나아가 우리나라 토지이용 규제법제들의 발전에 기여할 수 있을 것이라고 사료된다.

(논문게재 확인일자 : 2007. 5. 10)

참 고 문 헌

- 김갑열, “토지이용규제정책의 논거와 한계”, 『지역개발연구』 제4집, 1996
- 김유환, “한국에서의 민간의 참여와 협력에 의한 행정과 행정법”, 제6회 동아시아 행정법 학회 국제학술대회 발표논문, 2004
- _____, “미국 행정법에서의 참여와 협력-그 의미의 변화와 새로운 행정법 질서-”, 『공법 연구』 제30집 제5호, 2002
- 류종현, “지방자치단체의 토지이용규제와 합리적인 관리방안”, 『한국지방자치학회 동계학 술세미나 자료집』, 2000
- 최승원, “행정법과 공익-이해조절법적 행정법으로-”, 『행정법연구』, 2006년 상반기
- 허 영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2002
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2006
- _____, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2006
- Alejandro Esteban Camacho, “Mustering the missing voices : a collaborative model for fostering equality, community involvement and adaptive planning in land use decisions”, *Stanford Environmental Law Journal*, June, 2005
- Alfred C. Aman, Jr, *The Democracy Deficit*, New York University Press, 2004
- _____, “Tenth Annual Symposium on Contemporary Urban Challenges Redefining The Public Sector: Accountability and Democracy in the Era of Privatization”, 28 *Fordham Urban Law Journal* 1477, 2001
- Alfred C. Aman Jr & William T. Mayton, *Administrative Law*, west group, 2001
- American Planning Association, *Growing Smart Legislative Guidebook: Model Statutes for Planning And Management of Change* (Stuart Meck ed.), 2002
- Brandon L. Garrett & James S. Liebman, Experimentalist Equal Protection, 22 *Yale L. & Pol’y Rev.* 261. 2004
- Cary Coglianese, “Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, *Duke L.J.* 1997
- Ernest Gellhorn, *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., 1997
- Graham Smith, *Deliberative Democracy and the Environment*, Routledge, New York, 2003
- Henry J. Brown, Arthur L. Marriott Q.C., *ADR Principles and Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1999
- Jenny Steele, “Participation and Deliberation in Environmental Law : Exploring a

- Problem-solving Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.21, No.3 2001
- Jetro K. Lieberman, James F. Henry, “Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement”, *University of Chicago Law Review*, Spring, 1986
- Jody Freeman, “Collaborative Governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review*, October, 1997
- Jody Freeman, “The Private Role in Public Governance”, 75 *N.Y.U. L. Rev.* 543, 2000
- John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Palgrave macmillan, 2002
- Jon Pierre, “Introduction: Understanding Governance”, In Jon Pierre(ed.) *Debating Governance*, 1-10, New York : Oxford University Press, 2000
- Lawrence Susskind, *The Consensus Building Handbook: A Comprehensive Guide to Reaching Agreement*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1999.
- _____, *Better Environmental Policy Studies*, Island Press, 2001
- L.Susskind and J. Chuikshank, *Breaking the Impasse : Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York, NY: Basic Books, 1987
- Liebman & Henry, “Lessons frm the Alternative Dispute Resolution Movement”, 53 *U. Chi. L. Rev.* 1986
- Louise G. Trubek, “New Governance and Soft Law in Health Care Reform”, 3 *Ind. Health L. Rev.* 139, 2006
- Orly Lobel, “The Renew Deal : The fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, *Minnesota Law Review*, December, 2004
- Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law”, 88 *Harv. L. Rev.* 1667, 1975
- Seidenfeld, “A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State”, 105 *Harv. L. Rev.* 1511 1992
- Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, Matthew L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Aspen Law & Business, 1999
- Ury William, Jeanne Brett, Stephen Goldberg, *Getting Disputes Resolved ; Designing Systems to cut the costs of conflict*, Sanfrancisco, Josseybass, 1988