

도시계획에 대한 지위와 법적 고찰

이 진 홍*

목 차

- | | |
|--------------------|----------------------------|
| I. 서 론 | 3. 행정계획과의 개념 충돌 |
| II. 도시계획의 개념과 지위 | 4. 포괄적인 법체제로 인한 세밀한 계획의 미흡 |
| 1. 도시계획의 개념과 유형 | IV. 개선방안 및 발전방안 |
| 2. 행정계획과의 관계에서의 지위 | 1. 도시계획 절차법의 제정 |
| 3. 법적 근거로서의 지위 | 2. 재량준칙 기준의 명확화 |
| 4. 도시계획의 특성 | 3. 도시계획 개념의 정립 |
| III. 도시계획의 법적 문제점 | 4. 도시계획 법체제의 중간단계 도입 |
| 1. 도시계획 절차법의 부재 | V. 결 론 |
| 2. 재량준칙 기준의 미비 | |

I. 서 론

“인간에게 권한과 권력을 주게 되면 당연히 일탈하고 남용하게 된다.” 고 미국의 연방주의자 알렉산더 패이퍼와 제임스 매디슨 그리고 존 제이는 페더럴리스트 페이퍼에서 제시하였다. 이것은 사람이 권력을 가지게 되면 그 사람의 인격에 따라 달라지는 것이 아니라 인간 자체의 본성에 따라 당연한 현상이라고 생각된다. 그러나 그것을 얼마나 통제하느냐가 문제인 것이다.

국가의 행정작용은 행정의 여러 행위형식으로 나타날 수 있는데 그 중 하나가 행정계획이다. 행정계획은 다양한 사안과 관련된 요소들을 조정, 통합한 미래적 사실관계를 현시점에서 형성하는 국가의 행정작용이라고 할 수 있는데 행정계획의 대표이며 구속적이고 처분성이 있는

* 건국대학교 공공인재대학 강사

도시계획은 경우가 달라 현행 법·제도로는 심도 있는 통제가 어렵다. 도시계획에는 행정청에게 일반 행정결정보다 훨씬 넓은 재량권을 부여하는데 도시계획의 본질적 성격으로 다양한 결정 가능성과 미래 상황의 불확실성을 수반하여 상세히 규율하는 것이 비효율성을 가져오기 때문이다. 또한 그 자체로 계획재량의 ‘형성의 자유’를 내포하고 있고 독일의 ‘형량명령’의 법리를 반영하여 공익과 사익을 따지는 등의 재량¹⁾의 범위를 넓게 인정하였다.

행정작용의 형식이자 행정계획의 대표적인 도시계획을 통해 그에 따른 재량사항들 그리고 개념적 지위와 법적 고찰을 하고자 한다. 도시계획의 사전적, 일반적, 법적 의미를 살피고, 행정계획과의 관계와 법적 근거를 통해 도시계획의 지위를 알아보고, 도시계획의 특수한 성질을 통해 여러 가지 문제점들을 파악하고자 한다. 그리고 절차법적, 실체법적 여러 다양한 문제점들을 고찰하여 그에 대한 개선방안 및 발전방안을 제시하고자 한다.

1) 재량이라는 것은 ‘우월한 지위에서 어떠한 것을 결정하고 선택할 수 있는 것’을 말한다. 이때 재량의 행사에는 법이 부여한 범위 내에서나 그러한 결정이 위법하지 않아야 한다는 것을 전제로 한다. 하지만 이 재량은 항상 일탈·남용되어져 왔기 때문에 극단적으로는 이를 당연시하고 통제할 방법을 강구해야 한다. 그 방법으로는 지금까지는 절차상·감독상 또는 행정심판상의 행정내부적 통제나 국회, 법원, 헌법재판소, 국민에 의한 통제 등의 행정외부적 통제로 나타났지만 그 통제가 잘 이루어지지 않았다. 사전에 통제가 되면 가장 이상적이겠지만 현실적으로는 쉽지가 않다. 대부분은 사후의 통제로 법원에 맡기지만 재량이라는 것의 특수한 성질 때문에 통제가 원활하지 못했다. 그래서 사전에 통제하는 방법이 주로 논의 되어야 할 문제라 생각된다. 하지만 이는 통제에 대한 일반적인 사항을 말하는 것이고 그보다 명확한 해결책을 찾는다면 재량에 대한 투명성을 확보하는 것이다.

II. 도시계획의 개념과 지위

1. 도시계획의 개념과 유형

21세기 도시계획²⁾의 패러다임은 여러 가지로 나타날 수 있는데 크게 세 가지로 법적 의미와 사전적 의미³⁾ 그리고 일반적 의미⁴⁾로 구분할

-
- 2) Brohm, Winfried, *Öffentliches Baurecht*, C. H. Beck, 2003, § 12 Rn. 8. 도시계획은 다른 법률에 의한 토지의 이용·개발 및 보전에 관한 계획의 기본이 된다고 할 때, 기본이 된다는 단어의 의미는 기초내지 근거가 된다는 의미이다. 그리고 다른 법률에 의한 환경·교통·수도·하수도·주택 등에 관한 부문별 계획을 수립하는 때에는 도시기본계획의 내용과 부합되게 하여야 한다할 때, 부합되어야 한다는 의미는 독일 계획법상의 Anpassung의 의미로서 적합되게 혹은 계획내용에 어긋나지 아니하게 하여야 한다는 의미와 상통한다.
- 3) 사전적 의미는 첫째로, ‘도시계획(urban planning)’은 인간의 주거와 활동기능을 능률적이고도 효과적으로 공간에 배치하는 계획이다. 둘째, ‘도시계획’은 도시문제를 해결하기 위한 계획적 활동으로 도시계획의 정의를 협의와 광의로 구분할 수 있는데, 좁은 의미의 도시계획은 즉, 협의의 도시계획의 의미는 도시의 물적 시설을 대상으로 하여 그것의 설치·규모·위치·조형미 등에 관한 계획을 수립하는 것으로, 그 물적 시설의 기능과 용도에 영향을 미치는 사회적·경제적 측면은 제2차적인 배려의 대상으로 보는데 반하여, 넓은 의미의 도시계획은 즉, 광의의 도시계획의 의미는 도시의 사회적·경제적 관리를 통한 도시의 발전과 변천을 꾀하는 것이다. 셋째, ‘도시계획(town planning, 프랑스어로는 urbanisme)’은 도시의 지리적 조건에 맞추어 도시의 산업, 교통, 위생, 사회시설, 교육시설, 주거시설, 레크리에이션 시설 등 최적조건을 형성하게 계획되고 설계하는 것이다.
- 4) 일반적인 의미는 첫째, ‘도시계획’(서울도시계획포털 참조)은 도시의 바람직한 미래상을 정립해 가며 이를 시행하려는 일련의 과정을 말한다. 또한 도시계획은 도시의 장래 발전 수준을 예측하여 사전에 바람직한 형태를 미리 상정해두고 이에 필요한 규제나 유도정책, 혹은 정비수단 등을 통하여 도시를 건전하고 적정하게 관리해 나가는 도구이기도 하다. 둘째, ‘도시계획’(의왕시 도시계획정보 참조)은 도시의 장래문제를 예측하고 대안을 마련하기 위한 일정의 창조적 작업 활동으로서 도시민들의 요구에 부응하는 적정도시환경을 도출하기 위하여 주거, 상업, 생산, 휴식공간의 합리적인 배치와 교통, 위생, 후생, 교육문화시설 등 도시생활에 필수 불가결한 각종 시설을 적정 규모에 맞게 설치하여 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공복리 증진에 기여하는 정책과정이다. 셋째, 도시계획이란 계획의 대상이 되는 도시라는 공간을

수 있다. 다른 사전적 의미와 일반적 의미는 논외로 하고 법적 의미를 엄밀히 말하면 ‘도시계획(an urban planning)’은 도시·군계획⁵⁾을 말하며 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률(제2조 제2호)’에서는 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 관할 구역에 대하여 수립하는 공간구조와 발전방향에 대한 계획으로서 도시·군기본계획과 도시·군관리계획으로 구분하고 있다. 도시·군기본계획은 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 관할 구역에 대하여 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시·군관리계획 수립의 지침이 되는 계획을 말하며, 도시·군관리계획은 특별시·광역시·시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지 이용, 교통, 환경, 경관, 안전, 산업, 정보통신, 보건, 복지, 안보, 문화 등에 관한 계획으로 용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획, 개발제한구역, 도시자연공원구역, 시가화조정구역(市街化調整區域), 수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획, 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획, 도시개발사업이나 정비사업에 관한 계획, 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획을 말한다. 그런데 통상적으로 도시계획을 도시·군계획, 도시·군관리계획으로 구분하지만 광의적으로는 광역도시계획도 같이

대상으로 도시가 원활히 기능하고 미래에 더욱 발전할 수 있도록 계획하고 실천하는 것이라 할 수 있다. 도시계획은 도시를 설계하는 행위이자 과정으로서 도시에서의 거주, 생산, 교통 등의 활동이 원활하도록 도로, 철도, 항만, 공원, 상하수도, 건축물 등의 시설내용, 규모, 배치를 종합적으로 계획하는 것이며 경우에 따라서는 그러한 계획에 의하여 추진되는 도시의 계획 및 계획실현수단, 방법까지도 포함하는 것으로 본다. 넷째, 도시계획은 도시의 창조·발전 및 도시문제의 해결을 위하여 도시활동의 제반 부문에 대한 장래 목표와 발전 방향을 설정하고 그것을 실천하기 위한 전략과 계획을 수립하는 활동으로 이해할 수 있다. 이정중, “도시계획위원회의 심의관점에 관한 연구”, 서울시립대학교 박사학위논문, 2007, 25면.

- 5) ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2011. 4. 14. 개정, 2012. 4. 15. 시행)에서는 행정구역상 도시뿐만 아니라 농촌지역도 포함하는 시·군종합계획적 성격을 명확히 하고자 ‘도시계획’을 ‘도시·군계획’으로 용어를 변경하였다.

도시계획에 포함하기도 한다.

도시계획의 유형으로는 행정계획은 계획기간에 따라 단기계획·중기계획·장기계획,⁶⁾ 계획대상지역에 따라 전국계획·지방계획·구역계획,⁷⁾ 계획의 소극성과 적극성에 따라 적응계획·개발계획, 계획의 구체화에 따라 목표계획·프로그램계획·처분계획, 계획대상의 범위에 따라 전체계획과 부문계획,⁸⁾ 생활영역에 따라 경제계획·사회계획·교육문화계획·시설계획, 계획의 기준성에 따라 상위계획·하위계획⁹⁾으로 구분할 수 있다. 또한 계획의 효력에 따라 자료제공적 계획·영향적 계획·규범적 계획(구속적 계획·명령적 계획¹⁰⁾)으로 구분할 수 있

-
- 6) 행정계획의 계획기간에 따른 구분으로 정부의 기획 및 심사분석에 관한 규정에 의하면 장기계획은 6년 이상 기간, 중기계획은 2~5년, 단기계획은 1~2년의 규정하고 있으며, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 “국토계획법”) 중 국토계획은 장기계획은 국가계획, 중기계획은 도시기본계획, 단기계획은 단계별 집행계획 중 1단계 집행계획의 예라고 할 수 있다.
- 7) 지역적, 공간적 의미를 갖는지의 여부에 따른 구분으로서 전자의 예로는 국토종합계획이 있고, 후자의 예로는 경제계획, 사회계획이 있으며, 행정계획의 대상의 종합성, 개별성에 따르는 구분으로, 종합적, 전반적인 사무, 사업에 관한 행정계획 등이 있다.
- 8) 행정계획의 대상의 종합성·개별성에 따르는 구분으로 종합적·전반적인 사무, 사업에 관한 행정계획인 종합계획(master plan)과 개별적인 사무, 사업에 관한 행정계획인 부문별 계획으로 나누어진다. 전자는 국토종합계획, 장기사회계획 등이 해당되고 후자는 도시계획, 교육계획, 공해방지계획 등이 해당된다.
- 9) 행정계획이 다른 계획의 기준이 될 계획인가 여부에 따른 구분이다. 국토종합계획은 모든 건설계획의 우선하여 기본이 되는 상위계획이며, 도시계획은 도시기본계획의 하위계획이다.
- 10) 첫째, 명령적 계획(Imperative Pläne)이라고 함은 대외적이든 대내적(행정조직내부)이든 일정한 구속력을 가지는 일체의 행정계획을 말한다. 직접 국민에 대해서는 행정조직 내부에서든 구속력을 가지는 계획을 명령적 계획이라고 한다. 명령적 계획은 다시 직접국민에 대하여 작위·부작위·급부·수인 등의 의무를 부과하는 계획과, 행정조직내부에서 행정기관에 대하여 작위·부작위 등의 의무를 부과하는 계획으로 나눌 수 있는데, 전자의 대표적인 예로 도시계획을 들 수 있으며, 후자의 예로는 예산(재정계획), 도시기본계획을 들 수 있다. 둘째, 유도적 또는 영향적 계획(Influenzierende Pläne)이라고 함은 직접적으로 구속력 또는 권리·의무를 발생하지 않으나, 보조금·장려금의 지급, 아파트 입주권의 부여와 같은 조성적 수단을

다.¹¹⁾ 도시계획은 다시 적용대상 범위와 성격에 따라 광역도시계획, 도시·군기본계획,¹²⁾ 도시·군관리계획¹³⁾ 등으로 구분된다. 도시계획의 수립은 먼저 2 이상의 시·도를 대상으로 하는 광역계획권에서 장기적인 발전방향을 제시하는 광역도시계획을 수립하게 되며 상위계획 내용을 수용하여 도시의 바람직한 미래상을 제시하는 도시·군기본계획을

통해서 계획의 수범자(Adressaten)를 일정한 방향으로 유도하는 계획을 말한다. 산아의 제한 또는 촉진을 내용으로 하는 인구계획, 비권력적 도시정비계획 등에서 그 예를 볼 수 있다. 셋째, 정보제공적·지침적 계획(Informativeod·indikative Pläne)은 구체적인 목표나 구속력을 가짐이 없이, 장래의 경제·사회발전의 추세 내지 전망 등을 담은 각종의 경제계획·개발계획이 이에 해당한다. 이러한 계획은 “백서”의 이름으로 공표되는 경우가 많으며, 이러한 계획의 이해관계자는 그 지침적 계획을 하나의 자료로 삼아 스스로의 계획을 수립하는 데 이용함이 보통이다. 김남진/김연태, 「행정법 I」, 제12판, 법문사, 2008, 322-323면.

- 11) 4대강 살리기 마스터플랜의 법적성질(‘4대강 살리기 마스터플랜’에 따른 ‘한강 살리기 사업’ 구간 인근에 거주하는 주민들이 각 공구별 사업실시계획승인처분에 대하여 효력정지를 신청한 사건에서) 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산부, 식품부가 합동하여 2009. 6. 8. 발표한 ‘4대강 살리기 마스터플랜’ 등은 4대강 정비 사업과 주변지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립한 종합계획이자 ‘4대강 살리기 사업’의 기본방향을 제시하는 계획으로서, 행정기관 내부에서 사업의 기본방향을 제시하는 것일 뿐, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다(대법원 2011. 4. 21. 선고, 2010무111 전원합의체 판결).
- 12) 도시·군기본계획은 전 구역에 대하여 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하는 종합계획으로서 도시·군관리계획수립의 지침이다.
- 13) 도시·군관리계획은 구체적으로 도시의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 계획으로서 ① 용도지역, 지구의 지정 또는 변경에 관한 계획, ② 개발제한구역·시가지조정구역·수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획, ③ 도시기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획, ④ 도시개발사업 또는 재개발사업에 관한 계획, ⑤ 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획을 말한다. 물론 이러한 도시계획도 책정과정으로서의 계획(planning)과 결과로서의 계획(plan)을 포함한다. 그것은 도시계획의 구체성의 정도나, 도시공간의 광범, 효력의 정도, 집행의 정도에 따라 단계별로 구성되는 목표와 수단의 연계고리에서 떼어낼 수 없기 때문이다.

수립한다. 그 후 도시·군기본계획의 각 단계별로 발전방향을 도시공간에 구체화하고 실현시키는 도시·군관리계획을 수립하는 과정을 거쳐 법적인 구속력을 가지게 된다.¹⁴⁾

2. 행정계획과의 관계에서의 지위

행정계획은 제2차 세계대전 후의 적극행정의 영향과 현대 복리국가 발전에 따라 그 중요성이 더해가고 있다. 일반적으로 행정계획은 ‘다양한 사안과 관련된 요소들을 조정, 통합한 미래적 사실관계를 현시점에서 형성하는 행정작용’을 말한다.¹⁵⁾ 판례에서도 “행정계획이라 함은 ‘행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것’으로서, 도시계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다고 할 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익사이에서는 물론이고 공익 상호 간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교 교량 하여야 한다는 제한이 있는 것이고, 따라서 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익

14) 서울도시계획포털 “도시계획관련법령”, http://urban.seoul.go.kr/4DUPIS/sub1/sub1_1_1.jsp, 2013. 3. 2.

15) 김해룡, “행정계획의 확정절차”, 『고시계』, 제40권 제10호, 국가고시학회, 1995, 99면.

형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.”¹⁶⁾라고 판시하였다.

그렇다면 도시계획의 행정계획과의 관계에서의 지위는 어떠한 것인지에 대한 것에서의 도시계획은 수많은 행정계획 중의 하나라고 할 수 있다. 즉, 국가가 주도하는 방재계획, 국방계획, 인구계획, 경제계획, 개발계획, 예산계획 등 수많은 계획 중의 하나라고 볼 수 있다. 하지만 그 수많은 행정계획을 하위개념인 도시계획이 대표하고 있다. 그 이유는 도시계획은 국민을 구속하고 처분성이 인정되어 소송의 대상이 될 수 있기 때문이다. 그렇다면 도시계획은 행정계획에서 어떠한 역할을 하고 어떠한 지위에 있는지가 중요하며 또한 이를 어떻게 개념 정립 할 것인가도 중요하다. 행정계획으로서의 도시계획은 그 역사가 오래되었을 뿐만 아니라 가장 중요한 지위를 차지하고 있는데 도시계획에 대하여 독일의 ‘건설법전(Baugesetzbuch, 1987)’ 제1조 “도시건설기본계획은 도시의 질서 있는 발전 및 공공의 이익에 대응해서 사회적으로 적정한 토지의 이용을 보장하고 인간에게 바람직한 환경을 확보하는데 기여해야 한다”고 하면서, 동법 제8조 “도시건설기본계획에는 토지이용계획(준비적 도시계획)과 지구상세계획(구속적 도시건설계획)이 있는데, 전자는 지방자치단체 전역에 관한 것이며, 후자는 필요한 지역에 국한하여 수립된다.”고 규정하고 있다. 우리나라는 국토계획법에서 도시계획구역 내에서는 도시계획이 다른 법률에 의한 토지의 이용·개발 및 보전에 관한 계획이 기본이 된다고 규정하고 있다.

16) 대법원 1996. 11. 29. 선고, 96누8567 판결; 대법원 1993. 7. 13. 선고, 93누36 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고, 96누10096 판결; 대법원 1998. 4. 24. 선고, 97누1501 판결; 대법원 2000. 3. 23. 선고, 98두2768 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고, 2005두1893 판결; 대법원 2011. 2. 24. 선고, 2010두21464 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고, 2010두5806 판결; 서울행정법원 2005. 2. 4. 선고, 2001구합33563 판결.

3. 법적 근거로서의 지위

도시계획은 ‘국토기본법’과 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’상의 지위로 법적 근거를 삼고 이들의 상호적인 유기 관계를 통해 발전하고 있다.

첫째, ‘국토기본법’에서의 지위는 현행법에 있어서 국토의 기본적인 사항을 규정하고 있는 것이 2002년 2월 법률 제6654호로 제정된 ‘국토기본법’이다. 이 법은 ‘국토에 관한 계획 및 정책의 수립·시행에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국토의 건전한 발전과 국민의 복리향상에 이바지함’을 목적으로 하고 있다. 이 법 제6조에 의한 국토계획은 국토전역을 대상으로 하는 국토종합계획, 도의 관할 구역을 대상으로 하는 도종합계획, 특정한 지역을 대상으로 하는 지역계획으로서 수도권발전계획, 광역권개발계획, 특정지역개발계획, 개발촉진지구개발계획 기타 지역계획(제16조), 특별시, 광역시, 시 또는 군의 관할구역을 대상으로 하는 시·군종합계획, 그리고 특정부문에 대한 장기적인 발전방향을 제시하는 부문별계획으로 분류하고 있다. 다시 말하면 국토계획은 국토종합계획, 도종합계획, 시·군종합계획, 지역계획 및 부문별계획으로 구분되며 각각의 계획은 국토의 효율적인 이용과 관리를 목적으로 수립·시행되고 있다. 그 중에서 도시계획과 관련되는 것은 시·군종합계획으로 특별시·광역시·시 또는 군(광역시의 군을 제외한다)의 관할구역을 대상으로 하여 당해 지역의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하고, 토지이용·교통·환경·안전·산업·정보통신·보건·후생·문화 등에 관하여 수립하는 계획으로서 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’에 의하여 수립되는 도시계획을 말한다(제6조 제2항 제3호).

둘째, ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’¹⁷⁾에서의 지위는 ‘국토기본

17) 종전에는 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 ‘도시계획법’을 비도시지역에는 ‘국토이용관리법’으로 이원화하여 운영하였으나, 국토의 난개발 문제가 대두됨에 따라 2003년 1월부터 양자를 통일하여 비도시지역에서도 ‘도시계

법'에서 국토계획의 하나로 규정한 시·군 종합계획을 본 법에서 도시계획으로서 인식하여 종전의 도시계획에 대한 인식보다 그 지위를 격상시키고 있다는 것이다. 먼저 본 법에서는 도시계획의 수립에 있어 도시계획을 광역도시계획, 도시·군기본계획, 도시·군관리계획의 세 가지로 구분하고 있다(제10조~제35조).¹⁸⁾ 이러한 계획체계는 '도시'라는 공간구조를 형성함에 있어 도시발전의 일정한 목표를 제시하고 이를 실현하기 위하여 상호 관련이 있는 행정수단을 종합·조정하기 위한 것이라 하겠다. 그리고 도시공간에서의 효율적인 토지이용을 도모하기 위하여 다른 법률에 의한 토지이용에 관한 구역 등의 지정제한을 두었다. 즉 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장은 다른 법률에 의하여 토지이용에 관한 지역·지구·구역 또는 구획 등을 지정하고자 하는 경우에는 당해 구역 등의 지정목적이 이 법에 의한 용도지역·용도지구 및 용도구역의 지정목적에 부합되도록 하여야 하며(제8조), 또한 다른 법률에서 이 법에 의한 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 지정 또는 변경에 대한 도시·군관리계획의 결정을 의제하는 내용이 포함되어 있는 계획을 허가·인가·승인 또는 결정하고자 하는 경우에는 중앙도시계획위원회 또는 지방도시계획위원회의 심의를 받도록 하여 용도지역 등의 변경을 제한(제9조)하고 있다. 결국 주요내용에 있어 국토계획법의 가장핵심적인 부분은 도시공간의 발전방향을 제시하는 도시계획의 수립에 관한 규정이며, 이에 따른 계획체계라 하겠다.

이러한 국토계획의 개별법률들 간의 상호관계는 '국토기본법' 제7조

획법'에 의한 도시계획을 도입할 수 있도록 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'을 제정하였다.

- 18) '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'은 '국토의 이용·개발 및 보전을 위한 계획의 수립 및 집행 등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공복리의 증진과 국민의 삶의 질을 향상하게 함'(제1조)을 목적으로 하는데, 이를 위하여 도시계획의 수립에 관한 사항, 토지이용규제에 관한 사항, 그리고 토지거래허가에 관한 사항을 법률의 주요내용으로 하고 있다.

에서는 “국토종합계획은 도종합계획 및 시·군종합계획의 기본이 되며, 도종합계획은 당해 도의 관할구역 안에서 수립되는 시·군종합계획의 기본이 된다”고 규정하고 있다. 여기서 말하는 시·군종합계획은 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역을 대상으로 당해 지역의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하기 위하여 수립하는 계획(제2조)을 의미함으로 ‘국토계획법’에 의한 도시기본계획을 지칭함을 알 수 있다. ‘국토기본법’에 의하면 다른 법령에 의한 계획과의 관계에 대하여 ‘국토기본법’에 의한 국토종합계획은 군사에 관한 계획을 제외하고는 다른 법령에 의하여 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하여 그 기본이 된다고 규정하고 있으므로 도시계획 역시 그 수립에 있어서 국토계획을 존중하고 도시계획의 내용은 국토종합계획에 부합되어야 할 것이다.¹⁹⁾ ‘국토기본법’에서는 국토종합계획이 다른 법령에 의하여 수립되는 국토에 관한 계획보다 우선하여 적용됨을 명시하고 있다. 즉 제8조에서 “이 법에 의한 국토종합계획은 다른 법령에 의하여 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하며 그 기본이 된다.”라고 규정하여 ‘국토기본법’에 의한 국토종합계획이 국토의 이용 및 관리를 위한 계획 중 상위계획임을 밝히고 있다. 또한 이 법에서는 중앙행정기관의 장 및 시·도지사의 소관업무와 관련된 정책 및 계획의 수립에 있어 국토계획의 내용을 반영하여 작성하도록 하고 있으며, 중앙행정기관의 장 및 시·도지사는 소관별 실천계획의 추진실적서를 작성하여 국토교통부장관에게 제출하도록 의무화하고 있다(제18조). 이러한 실천계획의 수립 및 평가는 국토계획의 효율적인 추진을 목적으로 하고 있는 한편, 국토종합계획이 하위계획에 대하여 구속성을 가지고 있음을 밝히고 있다고 하겠다. 이러한 관계는 계획체계의 구성에 있어서도 동일하다. ‘국토기본법’은 전술한 바와 같이 국토계

19) ‘국토기본법’ 제8조 (다른 법령에 따른 계획과의 관계) 이 법에 따른 국토종합계획은 다른 법령에 따라 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하며 그 기본이 된다. 다만, 군사에 관한 계획에 대하여는 그러하지 아니하다.

획을 국토종합계획-도종합계획-시·군종합계획-지역계획-부문별 계획으로 구분하고, 계획 간의 조화를 위하여 상호간의 관계를 명확히 하고 있다. 즉 국토종합계획은 “도종합계획 및 시군종합계획의 기본이 되며, 부문별계획과 지역계획은 국토종합계획과 조화를 이루어야 한다.”고 하고 있으며(제7조 제1항), 도종합계획은 “당해 도의 관할구역 안에서 수립되는 시·군종합계획의 기본이 된다.”고 규정하고 있다(동조 제2항). 또한 도종합계획-시·군종합계획-지역계획 및 부문별계획의 수립권자는 국토종합계획의 수립주기를 감안하여 그 수립주기를 정하여야 한다고 규정하고 있다(동조 제3항). 이러한 상위성은 단순히 선언적인 것은 아니다.²⁰⁾ 가령 하위계획이 상위계획에 부합하지 않은 경우에 대한 조정을 위하여 국토교통부장관은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장에게 당해 계획을 조정할 것을 요청할 수 있으며(제20조 제1항), 이에 의하여 계획을 조정할 것을 요청받은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 특별한 사유 없이 이를 반영하지 아니하는 경우에는 국토교통부장관은 이를 조정할 수 있다고 규정하고 있다(동조 제2항). 다만 이러한 국가에 의한 조정권에 있어서도 지방자치단체의 관여가능성을 감안하여 동조 제3항에서는 계획 간의 조정에 앞서 당해 지방자치단체의 장의 의견을 듣도록 정하고 있다. 체계상 하나의 기준을 파악할 수 있다. 먼저 계획주체의 역할에 있어서 국가는 전체적인 국토의 이용과 관리의 방향성을 설정하고 이를 수행하기 위하여 국토종합계획을 수립하며, 지방자치단체는 이 범위 안에서 지역의 특성을 고려한 계획을 수립·시행하고 있다. 즉 전체적이고 포괄적인 국토의 이용 등에 관해서는 국가가, 그 외의 사항에 관해서는 지방자치단체가 수행하고 있는 구조로 되어 있다. 따라서 국토계획의 상호간의 조정에 있어 국가의 조정권이 지방자치단체보다 강화되어 있다고 할 수 있다.

20) ‘국토기본법’의 제 규정은 국가의 공간계획이 지방자치단체의 그것에 상위적 계획으로서 그에 우선함을 정한 명시적 규정으로 볼 수 있다.

4. 도시계획의 특성

첫째, 국민들의 삶의 터전인 국토에서 이루어진다는 것을 들 수 있다. 우리나라의 국토공간계획 체계는 ‘국토 및 지역계획-도시계획-개별건축계획’의 3단계로 나뉘며 도시계획은 상위계획인 국토 및 지역계획과 하위계획인 개별건축계획을 연결하는 중간단계에 해당하게 된다. 즉, 도시계획은 상위계획인 국토계획 또는 지역계획에서 정하는 방침을 수용하고 하위계획인 개별건축계획의 지침을 제시하는 계획이다. 우리의 국토·도시계획과 관련해서는 다양한 법령이 상호 유기적으로 공존하고 있다. 이러한 법령 중 기본적인 법적 계획체계를 구성하고 있는 것이 ‘국토기본법’의 시·군 종합계획과 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’의 광역도시계획, 도시·군기본계획, 도시·군관리계획이라 할 것이다.

둘째, 국민의 삶의 터전으로서 거주에 대한 주거의 개념이 다른 계획들과는 달리 적용될 수 있다는 것이다. 도시계획의 기본이념은 도시에서의 정치·경제·사회·문화 등의 제반 활동이 합리적으로 이루어질 수 있도록 양호한 생활환경을 유지하게 하는 종합적인 시가지 조성계획을 이루는 것이다. 그래서 도시계획은 토지이용과 건축물에 제한을 가하게 되는 용도지역·지구·구역의 지정 및 변경에 관한 계획, 도시계획시설의 설치·정비·개량에 관한 계획, 토지구획정리사업·주택지조성사업·공업용지조성사업·재개발사업 등 도시개발에 관한 계획의 수립과 그 집행에 대한 전반적인 것을 규정하고 있다.²¹⁾ 그런데 생활의 질 향상에 대한 도시민의 관심이 높아짐에 따라 도시의 여러 가지 생활 측면에서 거주성²²⁾에 대한 고려가 매우 중요시 되고 있다. 보다 안전한 주거환경

21) 김미연/박남희/최진원, “유비쿼터스 도시계획에 있어서 주거계획 문제에 관한 고찰”, 『한국주거학회 논문집』, 제20권 제5호, 한국주거학회, 2009, 6면.

22) 거주성이란 집의 구조, 설비, 장식, 주위, 환경, 사회적 분위기 따위가 사는데 편리하고 쾌적한 성질로 주거성이란 말로도 사용된다.

을 바라는 것은 인간의 기본적인 욕구이며 주거환경²³⁾에서 범죄로부터 안정성을 확보하고 물리적 기능의 양호, 유지관리의 편리, 아름다움 등의 조건을 만족시켜줄 수 있는 거주 환경을 만들어야 하는 것은 기본 조건이라고 할 수 있다. 거주성은 물리적인 면과 사회·심리적인 면으로 구분할 수 있는데 물리적인 면은 주거단위인 주택자체의 주거적합성 뿐만 아니라 주거지 전체의 주거적합성을 지칭하는 것이고 사회·심리적인 면은 사회계층, 사회조직, 문화 및 제도 등과 유기적으로 관련되어 있고 사회병리현상의 발생에도 영향을 미쳐서 주민 각자가 생산적이고 문화적인 생활을 하도록 하는데 도움을 주거나 또는 방해가 되는 정도를 의미한다.²⁴⁾

셋째, 현대 행정을 단순히 구분하면 구속적 계획과 비구속적 계획으로 구분할 수 있다. 그러나 오늘날 행정계획이 어떠한 법적 구속력도 없이 단순한 목표의 제시로 그치는 비구속적 계획인 경우는 찾아보기 힘들다. 그만큼 대부분의 계획들이 구속적인 계획들이 많아지고 있고 비구속적 계획이라고 하더라도 국민에게 영향을 미치는 계획들이 많아지고 있다.

비구속적 계획은 행정청이 의도하는 목표를 문서화하는 것 외에 행정청 내부적으로나 국민에 대하여 어떠한 법적 구속력을 갖지 못하는 행정계획을 말한다. 다시 말해 비구속적 계획²⁵⁾은 단순한 내부지침에 불과한 것으로 국민은 물론 행정기관에 대해서도 아무런 법적 구속력을 가지지 못하는 계획을 말하며 예를 들어 경제개발 5개년 계획 등을 들 수

23) 주거공간계획은 건강한 삶, 보람차고 충실한 인생, 편리하고 안전한 생활, 고령인과 장애자의 자립을 고려하여 생활의 편리함은 물론 삶의 가치를 극대화하는 것을 목표로 하고 있으며 궁극적으로 지향하고 있는 특성은 쾌적한 주거환경이라 할 수 있다. 이에 살기 좋은 미래 도시환경을 구축하는데 있어서 주거의 중요성을 강조하여 도시민에게 보다 쾌적하고 원활한 도시생활을 영위할 수 있는 도시환경계획을 하여야 한다.

24) 김미연/박남희/최진원, 위의 논문, 1-7면.

25) 대법원 2002. 10. 11. 선고, 2000두8226 판결; 대법원 2007. 4. 12. 선고, 2005두 1893 판결.

있다. 하지만 비구속적 계획이더라도 국민의 기본권 침해에 대해서는 헌법소원의 대상이 된다. 헌법재판소는 서울대학교 ‘94년도 대학입학고사 주요 요강’에서 비구속적 행정계획이더라도 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용일 때에는 공권력행위로서 헌법소원의 대상이 된다고 판시하고 있다.²⁶⁾

이와 반대로 넓은 의미에서 구속적 계획은 행정청만을 구속하고 국민에 대한 법적 효력을 미치지 않는 행정계획도 포함하는데 협의의 구속적 계획²⁷⁾은 국민 또는 행정기관에 대한 일정한 구속력을 가지는 일체의 행정계획을 말한다. 이 중에서 행정기관에 대한 구속적 계획으로는 국토종합계획, 예산운용계획, 예산계획 등을 들 수 있다. 한편 국민에 대한 구속적 계획으로는 도시관리계획, 지역·지구·구역(개발제한구역 등의 지정)의 지정 또는 변경에 관한 계획과 같이 국민에게 일정한 행위제

26) 서울대학교의 ‘94학년도 대학입학고사 주요 요강’은 교육부가 마련한 대학입시제도 개선안에 따른 것으로서 대학입학방법을 규정한 교육법 시행령 규정이 교육부의 개선안을 뒷받침할 수 있는 내용으로 개정될 것을 전제로 하여 제정된 것이고 위 시행령이 아직 개정되지 아니한 현 시점에서는 법적 효력이 없는 행정계획안이어서 이를 제정한 것은 사실상의 준비행위에 불과하고 이를 발표한 행위는 앞으로 그와 같이 시행될 것이니 미리 그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과하지만, “이러한 사실상의 준비행위나 사전안내라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것”이므로, 서울대학교가 ‘94학년도 대학입학고사 주요 요강’을 제정·발표한 행위는 헌법소원의 대상이 된다. 현재 1992. 10. 1. 선고, 92헌마68 결정.

27) 도시설계는 도시계획의 한 종류로서 도시설계지구 내의 모든 건축물에 대하여 구속력을 가지는 구속적 행정계획의 법적 성격을 갖는다. 따라서 도시설계에 의한 건축물 규제의 성격과 도시설계와 관련한 건축법 규정에 비추어 보면 도시설계는 도시계획 구역의 일부분을 그 대상으로 하여 토지의 이용을 합리화하고 도시의 기능 및 미관을 증진시키며 양호한 도시환경을 확보하기 위하여 수립하는 도시계획의 한 종류로서 도시설계지구 내의 모든 건축물에 대하여 구속력을 가지는 구속적 행정계획의 법적 성격을 갖는다. 현재 2003. 6. 28. 선고, 2002헌마402 결정.

한 등의 효과를 가져 오는 것을 들 수 있다. 이때 행정청이나 특히 국민을 구속하는 구속적 행정계획은 그 법적 근거와 요건, 수립절차, 권리구제 등과 관련하여 중요한 법적 고찰의 대상이 된다.²⁸⁾ 구속적 계획은 일반 국민의 권리·의무에 영향을 미치거나 행정기관에 대해 법적인 구속력을 가지므로 이를 수립함에 있어서는 작용법적 근거가 필요하다고 할 것이다. 그리고 행정기관은 그 조직법에 의한 권한범위 안에서만 활동을 할 수 있기 때문에 조직법적 근거도 있어야 한다. 그러나 작용법적 근거에 있어서는 구속적 행정계획의 경우는 법적 구속력을 가지므로 당연히 적용법적 근거를 요한다고 할 것이다. 비구속적 행정계획은 단순히 행정의 방향을 제시하는 기능을 가지므로 작용법적 근거 없이도 수립할 수 있다 할 것이다. 다만 비구속적 행정계획도 사회공동체와 국민의 이익에 중대한 영향을 미치는 것인 경우(경제개발계획)에는 작용법적 근거를 요한다 할 것이다(중요사항유보설).²⁹⁾ 한편, 도시계획결정 등에 관한 권한 있는 행정청이 선행 도시계획과 양립할 수 없는 후행 도시계획을 수립한 경우 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경된 것으로 볼 수 있다는 것이 판례의 입장이다.³⁰⁾

28) 김성수, 「일반행정법」, 제6판, 홍문사, 2012, 379면.

29) 정형근, 「행정법」, 피앤씨미디어, 2013, 116면.

30) 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가진 행정청은 이미 도시계획이 결정·고시된 지역에 대하여도 다른 내용의 도시계획을 결정·고시할 수 있고, 이때에 후행 도시계획에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 선행 도시계획은 후행 도시계획과 같은 내용으로 변경되는 것이나, 후행 도시계획의 결정을 하는 행정청이 선행 도시계획의 결정·변경 등에 관한 권한을 가지고 있지 아니한 경우에 선행 도시계획과 서로 양립할 수 없는 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것은 아무런 권한 없이 선행 도시계획결정을 폐지하고, 양립할 수 없는 새로운 내용이 포함된 후행 도시계획결정을 하는 것으로서, 선행 도시계획결정의 폐지 부분은 권한 없는 자에 의하여 행해진 것으로서 무효이고, 같은 대상지역에 대하여 선행 도시계획결정이 적법하게 폐지되지 아니한 상태에서 그 위에 다시 한 후행 도시계획결정 역시 위법하고, 그 하자는 중대하고도 명백하여 다른 특별한 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다. 대법원 2000. 9. 8. 선고, 99두

Ⅲ. 도시계획의 법적 문제점

1. 도시계획 절차법의 부재

도시계획 절차는 광역도시계획, 도시·군기본계획, 도시·군관리계획의 절차로 구분할 수 있지만 여기서는 도시·군관리계획 절차에 대해서만 고찰하고자 한다.

도시·군관리계획의 현행 절차로 먼저 도시·군관리계획의 지정절차는 원칙적으로 특별시장·광역시장·시장 또는 군수가 입안하고(제24조 제1항), 그 입안을 당해 지방자치단체의 장이 결정한다(제29조 제1항). 다만 국토교통부장관이 입안하는 경우는 예외로 한다. 다음으로 도시·군관리계획의 수립절차는 도시기본계획과 유사하며 다만 도시·군기본계획 수립시 공청회를 개최하는 대신 도시·군관리계획에서는 14일간 공고하여 일반인이 열람을 하게 된다. 마지막으로 도시·군관리계획은 결정절차는 ① 시장·군수·도지사·국토교통부장관이 도시·군관리계획을 입안하여 ② 해당 지방의회의 의견청취 ③ 도시계획위원회 의결 ④ 도시관리계획결정·고시(시·도지사, 국토교통부장관) ⑤ 지형도면의 고시(시장·군수)등의 절차를 통해 이루어진다. 이러한 도시·군관리계획결정은 결정·고시가 있는 날부터 5일 후에 그 효력이 발생한다(국토계획법 제31조).

우리나라 ‘행정절차법’의 제정과정에 있어 행정계획절차의 입법화를 시도한 최초의 (안)은 1975년 12월 행정계획위원회의 용역의 결과물로 나온 한국공법학회의 행정절차법중간초안이다.³¹⁾ 그 후 여러 과정과 제안 단계를 거쳐 1986년 11월 공청회에 제시되었던 행정절차법안을

11257 판결.

31) 한국공법학회의 행정절차법중간초안은 1980년 7월 5일에 간행된 한국행정과학연구소의 행정절차법연구 273-309면에 수록되어 있다.

행정계획의 확정절차에 관한 약간의 부분적 수정을 거쳐 확정된 것이 1987년 입법예고된 행정절차법(안)이다.³²⁾ 1987년 정부에 의하여 입법 예고된 행정절차법(안)에는 제3장에서 ‘행정계획의 확정절차’라는 제목으로 제50조에서 제58조까지 9개의 조문을 두고 있었다. 이 행정계획 확정절차는 독일연방행정절차법 제5장 제2절의 계획확정절차를 모델로 한 것임은 물론이다. 그러나 현행 ‘행정절차법’은 1987년 (안)과는 달리 행정계획의 확정절차를 별도의 장으로 하여 규율하고 있지는 않다. 당시 행정계획 확정절차를 규율하지 않은 것은 첫째, 행정계획의 성질 자체가 지나치게 다양하여 일률적으로 규율할 수 없다는 점 둘째, 구성 자체가 독일법과 달라 독일연방절차법의 행정계획확정절차를 그대로 도입할 수 없다는 점이다.³³⁾ 그래서 행정계획의 확정절차는 개별법에 맡기는 것을 원칙으로 하되 국민생활에 밀접한 영향을 주거나 다수국민이 이해가 상충되는 행정계획은 행정예고절차에 포함시켜 규율하기로 하였다.³⁴⁾

하지만 현재 우리나라의 행정계획은 행정계획의 절차에 관한 일반적 규정은 없고 개별법에 단편적으로 규정되어 있을 뿐이다. 행정주체가 계획과정에서 다양한 분야 및 계층의 이해관계를 종합하여야 하는바 보통 심의회의 조사·심의, 관계기관 간의 조정, 주민·이해관계인의 참여, 공고 등의 단계를 거쳐 개별법령에서 전문지식과 관련 행정기관 및 상대방의 이해를 고려하여 수립·결정한다. 크게 나누면 관계행정기관 간의 조정인 행정 내부적³⁵⁾ 조정절차와 주민·이해관계인의 참여가

32) 김철용, “계획확정절차의 도입문제”, 『행정법연구』, 제4호, 행정법이론실무학회, 1999, 5-6면.

33) 김철용, 위의 논문, 1면.

34) 김철용, “행정절차법 시안의 내용과 과제”, 『총무처 공청회 자료집』, 1996, 27면.

35) 현행의 개별법상 계획과정에서 행정부 내부적으로 거쳐야 하는 절차의 예로 다음을 볼 수 있다. 즉, ① 관계기관의 장과의 협의를 하게 하는 경우(예 : 주택법 제4조), ② 관계기관과의 장의 의견을 듣도록 하는 경우(예 : 토용법 제24조 제5항), ③ 상급행정청의 승인이나 조정을 받도록 하는 경우(예 : 토용법 제22조 제1항), ④ 관련심의회의 심의를 거치게 하는 경우(예 : 대외경제장관회의규정 제2조), ⑤ 국무

가능한 행정 외부적³⁶⁾ 조정절차가 있다. 일반적으로 보면 첫째, 관계행정기관과의 조정·협의·의견청취, 둘째, 상급행정청의 조정이나 승인, 셋째, 민간전문가를 포함한 관련 심의회의 조사·자문 및 심의, 넷째, 국무회의의 심의, 다섯째, 지방자치단체(지방의회)의 의견청취·참가, 여섯째, 공고 및 공개절차를 둔다. 물론 구체적인 행정계획에서는 가감하거나 특정 시설의 설치를 위한 전문계획(projektbezogene Fachplanung)이 수립되는 경우에는 관련행정청과 더불어 지역주민 등 다수의 권리주체가 이해관계를 달리하게 되는 것이 일반적이다. 하지만 외부적은 수립과 결정 후 형식적이다.

행정계획 중에서 처분에 해당하는 경우에는 당연히 처분 절차를 밟아야 하겠지만 처분에 해당하지 않더라도 주민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 기타 널리 국민의 의견 수렴이 필요한 사항에 대한 계획을 수립·시행·변경하고자 하는 때에도 절차가 필요하다. 따라서 행정계획의 사전적 절차단계에서 통제가 필요한데 우리나라는 (안)을 낸 적은 있지만 아직 갖추어지지 못하여 도입에 대한 필요성이 요구된다.

2. 재량준칙 기준의 미비

재량준칙은 행정기관의 재량권이 증가된 상황에서 국민에게 법적 안정성을 보장하고, 행정에 일관성을 보장하며, 재량권의 자의적인 행사의 방지와 편의성을 보장하기 위하여 재량권 행사의 기준을 미리 설정하여 둘 필요성에 의해서 행정실무상 등장하였다. 재량준칙(다른 명칭으로

회의의 심의를 거치게 하는 경우(예 : 헌법 제89조 제1호, 제4호, 제6호, 제13호),
⑥ 지방의회의 의견을 듣도록 하는 경우(예 : 토용법 제28조 제5항) 등이 있다.

36) 개별법상 계획과정에서 외부적으로 거쳐야 할 절차의 예로 다음을 볼 수 있다. 즉, 주민 및 관계 전문가 등으로부터 의견을 듣기 위한 공청회, 주민과 이해관계자의 권한행정청에 대한 도시·군관리계획의 입안의 제안 등이 있다.

‘자기구속의 원칙’, ‘자기제한’, ‘자기통제’ 등)은 그 명칭을 불문하고 일반적으로 하급행정기관이 재량처분을 함에 있어서 재량권 행사의 일반적 방법을 제시하기 위하여 발하는 것이다.³⁷⁾ 결국 재량준칙은 재량을 행사함에 있어 그 재량의 기준을 제시한 것이다. 이러한 재량준칙은 첫째, 행정기관의 자의적인 재량권 행사를 방지하고, 둘째, 재량권 행사가 통일성 있게 행해지는 것을 보장하며, 셋째, 국민에 대하여 행정권 행사에 예측가능성을 보장하며, 넷째, 재량권 행사에 있어서 공무원의 행정사무처리의 어려움을 덜어주는 등의 긍정적인 역할을 한다.

하지만 재량준칙은 행정청의 내부적 기준을 제시한 것이라고 할 수 있는데 법원이 판례³⁸⁾에서 언급한 것처럼 행정관청 내부에만 효력을 미치는 것이 아니라 실제에 있어서 행정청이 재량준칙을 적용함으로 인하여 대외적 효력을 지니게 되고 따라서 국민에게 큰 영향을 미치게 된다. 이런 준칙이 외부적 효과를 발생해 국민들에게 전달된다면 이 또한 통제되어야 할 것이고 그 기준도 명확하게 제시하여야 할 것이다.

우리나라의 행정관련 법규나 행정실무를 보면 행정청에 재량이 과도하게 부여되어 있다는 점을 인정하지 않을 수 없다. 게다가 기본적으로 법률에서 재량행위의 요건과 기준을 전혀 정하지 않은 경우는 재량을 부여한 것으로 볼 여지가 크다. 그래서 요건규정의 명확성 제고는 법령심사과정에서도 항상 직면하는 문제인 바, 구체적 상황에 가장 적합한 처분을 하기 위해 법률로 행정기관에 재량이 부여되어야 하지만 국민들이 공무원의 부패원인으로 법률에 불확정 개념을 규정해 두는 것을 뛰어

37) 강현호, “재량준칙의 법적성격”, 「공법학연구」, 제29권 제4호, 한국공법학회, 2001, 283면.

38) 대법원 2001. 3. 9. 선고, 99두5207 판결. 구청소년보호법 과징금 부과처분 취소청구 소송에서 과징금 처분은 법규명령이기는 하나 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙에 비추어 보아 위반행위와 하더라도 다른 사건이나 사정 등을 종합적으로 고려했을 때 과징금액이 최고한도액이라 과징금 부과가 재량이라 할지라도 기준이 있어야 한다는 취지의 판결이다.

넘어 하위법규에서 조차도 불확정 개념을 명시해 둠으로써 집행과정에서 재량권이 자의적으로 일탈·남용되어 행사되는 경우는 대부분 처분의 요건이 불명확하기 때문인 것으로 판단된다. 특히 불확정 개념이 사용된 경우에는 일반국민들 뿐 아니라 법률전문가의 입장에서 보아도 처분에 대한 예측 가능성이 낮아질 수밖에 없다. 우리나라에서 불확정개념 등과 같은 행정자의의 원인이 될 수 있는 요소를 개선하여 기존에 과도하게 부여된 재량의 여지를 합리적으로 축소해야 한다는 필요성은 이미 오래전부터 주장되고 논의를 진행시켜 왔다. 그래서 법령의 명확화·투명화에 대한 추진이 이루어지고 있다.³⁹⁾ 그러나 법률에 아무리 자세히 규율하더라도 현실을 따라가기에는 역부족이다. 그래서 법률을 집행하는 행정청에게 재량을 부여할 수밖에 없다. 나아가 행정청에 대한 과도한 재량부여는 각종 인·허가 절차에서 규제적 요소로 작용하여 결국 민간경제에 부정적인 효과를 가져 오게 된다. 이 점에서 행정재량의 필요성을 긍정하는 경우에도, 그 재량은 적절한 범위로 한정시킬 필요가 있다. 그래서 행정청에게 재량을 법률의 수권으로 기준을 제시하든 아니면 행정청 자체의 재량에 있어서 스스로가 기준 즉, 재량준칙의 기준을 만들어야 한다.

3. 행정계획과의 개념 충돌

계획은 주체, 상대방, 내용, 효력범위, 기간, 효과 및 법적 구속력 등에 따라 일률적으로 형성하기가 어려운 개념이다. 그런데 행정작용에 있어서 특별한 의미를 부여하여 국가의 행정작용에 국가공동체인 국민을 위하고 행정의 방향 설정을 위하여 다양하게 나타난다. 국토계획, 경제계획, 교육계획, 국방계획, 여성계획, 도시계획, 방재계획, 산림계획 등이

39) 김한울, “재량행위의 요건 및 기준의 투명화”, 「법제와 입법」, 제4호, 대한민국국회, 2009, 73면.

그것이다. 행정계획의 개념은 판례를 통해서 보면 “행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동 기준으로 설정된 것”으로 정의할 수 있다. 도시계획은 일반적 의미를 제외하고 법적 의미를 봤을 때 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’에서는 특별시·광역시·특별자치시·특별자치도·시 또는 군의 관할 구역에 대하여 수립하는 공간구조와 발전방향에 대한 계획으로서 도시·군기본계획과 도시·군관리계획으로 구분할 수 있는데 여기서는 엄밀히 말하면 도시·군관리계획을 말한다. 이렇게 간단한 개념 정의만 봤을 때도 행정계획의 개념이 훨씬 상의 개념이고 포괄적인 개념인데 행정계획을 대표하는 것은 하위개념인 도시계획으로 되어있다. 도시계획 중에서도 도시·군관리계획이다. 이는 도시계획의 특수성 때문이라고 할 수 있는데 구속력이라든지 처분성 때문이다. 하지만 오늘날 계획의 시대라고 불릴 만큼 행정에 있어서 계획의 중요성이 날로 증대하고 있고 행정계획도 단순히 구속력이 없는 목표로만 그치는 것이 아니라 국민에게 영향을 미치는 상황이 되었기 때문에 행정계획과 도시계획의 개념의 정립이 필요하다고 생각한다.

수많은 행정계획 중 도시계획이, 도시계획 중 도시·군 관리계획을 행정계획의 대표적으로 다루는 것은 행정계획이라는 행정작용이 현대 행정의 여러 분야에 걸쳐서 매우 다양한 형식으로 존재하고 있으며 그 성질도 너무나 다양하여 일률적으로 다루기가 어렵다.⁴⁰⁾ 특히 국민의 기본권과 관련하여 처분성을 가진 외부적 구속계획이기 때문이기도 하고 법적으로 중요하기 때문이라는 것은 행정계획상 의미에서 설명한 것과 같이 잘 알 것이다. 하지만 도시계획에 대한 개념을 행정계획의 하위개념이기는 하지만 새롭게 정립하고 행정계획과는 구분해야 할 필

40) 강현호, 「행정법총론」, 제2판, 박영사, 2007, 257면.

요성을 느낀다.

4. 포괄적인 법체계로 인한 세밀한 계획의 미흡

우리나라의 국토공간계획 체계는 “국토 및 지역계획-도시계획-개별건축계획”의 3단계로 나뉘며 도시계획은 상위계획인 국토 및 지역계획과 하위계획인 개별건축계획을 연결하는 중간단계에 해당하게 된다. 즉, 도시계획은 상위계획인 국토계획 또는 지역계획에서 정하는 방침을 수용하고 하위계획인 개별건축계획의 지침을 제시하는 계획이다. 우리의 국토·도시계획과 관련해서는 다양한 법령이 상호 유기적으로 공존하고 있다. 이러한 법령 중 기본적인 법적 계획체계를 구성하고 있는 것이 ‘국토기본법’의 시·군 종합계획과 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’의 광역도시계획, 도시·군기본계획, 도시·군관리계획이라 할 것이다.

기존의 ‘국토이용관리법’과 ‘도시계획법’에 의한 토지이용에 있어서는 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 ‘도시계획법’, 비도시지역에는 ‘국토이용관리법’을 적용하였으나 이러한 이원적 법체계로서는 국토의 난개발 문제 등을 적절하게 대응할 수 없으며 21세기의 중요한 문제로 대두되는 환경문제에 기여하기 어려운 점이 있었던 고로 이러한 문제에 적절하게 대처하고 국토의 이용 및 개발을 보다 체계적이고 환경 친화적으로 하자는 공감대가 형성되었다. 그에 따라 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’이 만들어 시행되어졌다. 국토의 계획 및 이용과 관련된 법규에 있어서 국토공간, 도시공간을 이용하여 국토의 효율적인 이용을 위해 국토계획, 도시계획 및 국토이용계획과 국토에 대한 각종 규제를 내용으로 하는 법규가 전부 포함된다.⁴¹⁾ 하지만 국토의 개발과 이용에 관한 법체계가 명백하지 않고 일반적으로 ‘국

41) 채우석, “국토의 계획 및 이용에 관한 특별법에 대한 연구”, 「토지공법연구」, 제38집, 한국토지공법학회, 2007, 175면.

토기본법'이 총론적 지위를 가지고 토지개발이용계획을 규율하고 있고 광역도시계획과 일반도시계획을 규율하는 국토계획법이 있고 기타 개별법에 의한 특별조항 및 특별법에 의하여 개발에 대한 내용들이 규율되고 있다.⁴²⁾ 그런데 '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'에 따르면 우리나라의 도시계획체계는 인구 1,000만의 거대도시 서울과 인구 10만의 소도시가 '도시·군기본계획과 도시·군관리계획'이라는 동일한 계획체계에 의해 관리되고 있다.⁴³⁾ 우리나라의 각 도시들의 인구, 크기, 상황 등이 개별적으로 다른 상황인데 2개의 계획만으로는 통제하기가 쉽지 않다고 생각한다. 그런데 도시계획체계는 20년 목표의 장기계획인 도시·군기본계획과 정비사업 등 실행계획인 도시·군관리계획의 2단계로 되어 있다. 그래서 소규모 권역 계획은 없는 상황이다. 또한 대부분의 선진 국가들은 3단계의 체제를 구축하고 있는데 우리나라는 계속 2단계 체제를 구성하고 있다. 이에 중간 단계의 계획의 도입 필요성이 제기되고 있다.

IV. 개선방안 및 발전방안

1. 도시계획 절차법의 제정

삶의 질을 향상시킬 수 있는 도시를 만들기 위해서는 도시계획결정과정에서 관계주민이 직접 참여하여 의견을 개진할 수 있는 절차가 마련되도록 하여야 한다.⁴⁴⁾ 행정계획은 사전적인 절차적 단계에서의 통제가능성

42) 백승주, "특정지역개발계획의 실효성 보장을 위한 법적 고찰", 「토지공법연구」, 제 26집, 한국토지공법학회, 2005, 3면.

43) 양재섭/장남중/김인희, "서울형 도시계획체계 실행방안 연구", 「서울연구원 연구보고서」, 서울시정개발연구원 도시계획연구실, 2012, 1면.

44) 홍성찬/장교식, "도시계획의 법정절차와 지방자치단체의 과제", 「사회과학연구」,

이 중요한 의미를 갖는다. 이에 해당하는 내용으로는 행정계획의 수립과정에 당사자나 이해관계인의 참여를 인정하여 올바른 내용의 행정계획이 수립되도록 하는 것을 생각할 수 있다, 그러나 현행 ‘행정절차법’은 행정계획의 확정절차에 대한 규정은 두고 있지 않다. 또한 행정계획은 그 파급효과가 매우 광범위한 반면 처분성이 인정되지 않는 계획이 있고 또한 처분성이 인정되더라도 광범위한 재량이 인정되기 때문에 사후적인 구제가 어렵다. 따라서 계획을 수립하는 과정에서 절차적으로 통제하는 것이 중요하다. 이는 행정계획의 민주적 적정을 도모하기 위해서도 중요하다.

‘행정절차법’을 제정함에 있어서는 법을 제정한다는 자체가 중요한 의미를 갖는 일대 사건이었기에 실현가능한 범위에 국한하여 규율영역을 한정하였던 것이 사실이다.⁴⁵⁾ 그러나 행정계획확정절차⁴⁶⁾의 도입에 관해서는 현행 ‘행정절차법’이 제정되는 과정에서 경실련을 중심으로 각계에서 강력하게 주장되었지만 입법에는 성공하지 못하였다.⁴⁷⁾ 1987년 정부에 의하여 입법예고되었던 행정절차법안에는 제3장에서 ‘행정계획의 확정절차’라는 제목으로 제50조에서 제58조까지 9개의 조문을 두고 규율하였다.⁴⁸⁾ 행정계획확정절차의 기본적인 목적은 비교적 큰 규모의 공간을 점유하는 특정사업의 실시계획에 있어서 사업간의 이익과 이에 대립하는 다양한 공사이익의 조절과 형량 등을 통하여 그 사업의 허용성을 검토하고 최종적으로 법적 구속력 있는 행정결정을 이끌어 낸다는데 있다.⁴⁹⁾

제11권 제1호, 건국대학교 사회정책연구소, 1999, 1면.

45) 장교식, “행정절차조례제정에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 1999, 128면.

46) 행정계획확정절차란 행정주체가 특정한 시설을 설치하기 위해서 일련의 절차를 행하고 최종적으로 특별한 법적효과가 예정된 계획을 결정하는 절차를 말한다; Hoppe · Schlarmann · Büchner, *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und andern Verkehrsanlagen*, C. H. Beck, 1988, S. 23 ff.

47) 장교식, 앞의 논문, 130면.

48) 장교식, 위의 논문, 130면.

계획확정절차의 특징⁵⁰⁾은 첫째, 계획에 있어 이해관계자가 다수인 경우 즉, 이익을 받는 자와 불이익을 받는 자가 단순히 2분되지 않을 때와 양자의 차이가 애매한 경우에는 절차상의 특단의 배려가 필요해진다는 것이다. 둘째, 행정청이 계획을 수행할 때 일방의 당사자 일수도 있지만 심판자의 입장에서 볼 때는 공정성의 확보를 위한 절차상의 특단이 필요하다. 셋째, 행정청은 전문가나 이해관계자들 그리고 주민들의 의견을 민주적인 절차를 거쳐 계획의 처음부터 실체적인 합리성을 확보하는 것이다. 넷째, 계획을 둘러싸고 발생하는 분쟁을 해결하기 위해 사후적 재판을 통하기도 하는데 이는 형량명령을 통한 재량으로 인해 구제받기 쉽지 않기 때문에 사전의 이해조정절차를 거쳐 분쟁을 미연에 방지하자는 것이다.

이처럼 계획확정절차는 도입에 대한 논의가 있었으나 입법에는 성공하지 못했다. 각 개별법에 정해져 있는 절차를 통일해 단일법으로 만든다는 점도 중요하지만 계획을 결정하는데 있어 주민참여라는 큰 목적을 달성하고 투명화 한다는데 의의가 있다. 또한 도시계획에 대한 절차법을 통해 계획에 대한 사전 절차를 마련하는 것도 중요하지만 법적 근거를 마련함에도 큰 의의가 있다.

2. 재량준칙 기준의 명확화

행정권이 적정하게 행사되기 위해서는 안정성과 예견가능성도 중요하지만 탄력성과 효율성이 보장되어야 하는데 이때에 법률에의 기속과 재량의 축소로는 힘들다고 여겨지고 있다. 그렇다면 재량이 인정되어야

49) Kügel, J. Wilfried, *Der Planfeststellungsbeschluss und seine Anfechtbarkeit: zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§74, 75 VwVfG*, Duncker & Humblot, 1985, S. 29 ff.

50) 장교식, 앞의 논문, 134면.

하는데 이 재량도 법률에 의한 재량의 기속도 중요하지만 어쩔 수 없는 상황일 때는 재량을 인정하되 일정부분 제한과 기준을 만들어 활동에 자유를 갖게 하고 통제할 수 있는 방안을 마련해야 한다. 그러기 위해서는 행정청 스스로가 기준을 제시하고 따라야 한다. 이를 위한 수단이 행정권의 재량통제기법으로서 불필요한 재량권을 제거하고 재량권을 적절하게 조절하기 위한 행정권의 자기제한 또는 자기통제 또는 재량준칙의 마련이라고 할 수 있다.⁵¹⁾

우리나라의 판례는 재량준칙에 대해서 상반되는 판결을 내리고 있는데 재량준칙의 법적성격에 대하여 처음에는 ‘그 규정의 성질과 내용으로 보아...(생략)...행정청 내의 사무처리기준에 불과한 것이어서’라고 판시하여 규정의 성질과 내용을 기준으로 재량준칙의 법적성격을 판단하였다. 다른 판례에는 ‘행정처분의 기준을 정하고 있더라도 위 시행규칙은 형식은 부령으로 되어 있으나 그 성질은 행정기관내부의 사무처리기준을 규정한 것에 불과한 것으로서’라 판시하여 재량준칙의 법적성격을 판단함에 있어서 부령의 형식보다도 그 성질을 기준으로 하였다. 이렇듯 재량준칙에 대해 혼동을 거듭하고 있다.

재량에 대한 부분을 법률의 위임이나 행정청 스스로의 재량으로 나눌 수 있는 것처럼 법률에서 재량준칙의 기준설정을 명령이나 규칙에 위임한 경우와 그렇지 아니한 경우에도 이를 구별하여야 한다. 왜냐하면 법률의 명시적 수권을 받아서 재량준칙을 정한 경우에는 그 정당성의 크기가 그렇지 아니한 경우보다 크다고 볼 수 있기 때문이다.⁵²⁾ 또한 행정청이 보유하고 행사하는 재량은 여전히 국민의 기본권 보장이나 권력분립과 같은 자유주의 원칙에 의하여 제한을 받기 때문에 아무렇게

51) 김재광 외, 「재량행위의 투명화를 위한 법령정비지침수립」, 한국법제연구원, 2004, 14면.

52) 강현호, “재량준칙의 법적성격”, 「공법학연구」, 제29권 제4호, 한국공법학회, 2001, 297면.

나 행사하면 안되고 일정기준을 제시하여야 한다. 왜냐하면 재량권의 행사가 개별적인 사안마다 행하여지는 경우에는 재량권 행사가 자의적으로 행해질 위험이 있다. 한 예로 재량을 행사함에 있어서 공무원에 따라 결과가 커다란 차이가 나게 된다는 경우가 있다. 일차적인 해결방안은 입법적 차원에서 재량행위를 합리적으로 조정해 나가야 한다.⁵³⁾ 입법자의 의도에 맞게 법률을 잘 정비하고 법률의 수권을 잘 따를 수 있도록 처음부터 잘 만들어 기준을 정해주는 것이다. 세부사항까지는 아니더라도 가이드라인이라도 정해주어야 한다. 이차적인 해결방안은 행정청은 최대한 빨리 합리적인 기준을 형성하여 행정실무에서 이를 적용해 나가야 한다. 이러한 재량이 부여된 활동을 규율하기 위하여 공무원에게 재량준칙과 같은 보다 상세한 재량행사 기준을 제시하면 된다. 입법자의 의도에 따른 법률의 수권이 있다고 해도 세부사항까지는 다 정할 수가 없을 것이다. 그래서 행정청 스스로가 그에 맞게 대처할 수 있는 기준을 제시하여야 할 것이다. 물론 사회의 변화에 맞춰서 일일이 다 정할 수 없겠지만 그 기준의 폭을 줄여야 할 것이다. 요건재량의 불명확한 용어를 명확한 용어로 바꾸는 것도 한 방법이라 할 수 있겠다.

3. 도시계획 개념의 정립

행정계획은 국가의 모든 행정에 있어서 계획을 말하는 것이고 도시계

53) 우리나라에서는 종래 재량권의 남용이나 일탈의 문제를 사법부에 의한 사후적 통제에 의존하거나 재량권을 남용하거나 일탈한 공무원에 대한 제재부과에 중심을 설정하고 있었다. 그러나 재량권의 범위를 합리적으로 재조정함이 없이 관계공무원을 적발하고 처벌하는 것만으로는 문제해결을 위한 본질적인 실마리를 찾지 못하고 있는 것이며, 사법부의 법적용 및 법해석작용에 의한 사후적 통제는 개별사안에 중심된 통제임과 동시에 최소한의 통제에 불과할 뿐이다. 즉, 일반적으로 재량행위의 일탈·남용이 ‘명백한’ 사례에 대해서만 사법부의 통제를 기대할 수 있다. 따라서 재량행위의 합리적 범위설정은 사전적으로 입법적 차원에서 수행하는 것이 보다 효과적이다.

획은 도시에 대한 계획을 말하는 것이다. 특히 도시계획은 대표적으로 도시·군관리계획을 말하는 것인데 이들 개념을 혼용해서 사용한다는 것은 잘못된 것이 아닌지 다시한번 생각해 봐야할 것이다. 앞서 말한 바와 같이 행정계획을 도시계획이 대표하고 있는 것은 구속적이며 처분성 때문이다. 그러나 오늘날 행정계획이 단순히 구속력 없이 목표로만 그치는 것은 거의 없을 뿐 더러 계속 증가하고 있는 추세이다.

중래의 행정계획은 방재계획·국방계획·도시계획 등 주로 위기를 대처하거나 예방하기 위한 소극적인 계획이었는데, 현대의 계획은 국가기능의 변화, 다양한 행정수요를 배경으로 현대행정 또는 복지행정의 중요한 작용형식으로서 국토개발계획·경제개발계획·사회계획 등 인간의 생존과 미래 국가를 위한 모든 요소의 정책 도구로 이용되고 있다. 사회국가적 복리행정에서 적극적·다면적·장기적·종합적·합리적인 사회형성의 도구가 되어 현대국가의 조성행정·복지행정의 일환으로 행정을 종합화·체계화 하려는 계획행정의 중요성이 날로 증대되고 있는 것이다.⁵⁴⁾ 또한 구분화, 세분화, 독립화 할 필요성마저 증대되고 있다. 따라서 너무나 증대하고 큰 개념인 행정계획을 하나의 도시·군관리계획 개념으로 보고 있는 것은 너무 작은 개념으로 정의하고 있어 새롭게 개념을 정립하고 구분이 필요하다고 생각한다. 또한 계획의 종류와 내용이 다양하고 상이한바 모든 종류의 계획에 적합한 하나의 법적 성격을 부여한다는 것은 불가능하다. 구체적인 계획은 법규범으로 나타날 수도 있고 행정행위로 나타날 수도 있고 또는 단순한 사실행위로 나타날 수도 있는 것이므로 계획의 법적성질은 계획마다 개별적으로 검토하여야한다. 즉, 근거법과 관련하여 개별적 규율성과 구체적 규율성을 검토하여 사안별로 판단하여야 한다.

54) 이재삼, 「행정법연구」, 대진, 2013, 242면.

4. 도시계획 법체계의 중간단계 도입

우리나라의 도시계획체계는 도시·군기본계획과 도시·군관리계획으로 운영되고 있으나 도시의 장래 비전과 정책방향 등을 제시하는 최상위계획인 도시·군기본계획과 이를 구체화하는 도시·군관리계획과의 연계성이 미흡한 실정이다. 이를 극복하기 위해 권역차원의 계획이나 다양한 공간범위의 비법정계획들이 수립되었으나 특정지역에만 한시적으로 운영되어 다른 계획들과 연계되지 못하는 등 실효성을 거두지 못하였다. 또한 서울은 대한민국의 수도이자 세계도시로서 2,500만 인구를 가진 서울 대도시권의 중핵도시이며 1,000만 인구와 25개 자치구를 가진 거대도시이다. 그에 비해 대구는 광역시이기는 하나 서울과는 너무나 큰 차이를 보이고 있다. 그러나 우리나라 도시계획체계는 전국이 동일하게 도시·군기본계획과 도시·군관리계획으로 이원화된 도시계획 구조를 가지고 있으며 두 계획 간 연계성 또한 미흡한 실정이다. 서울 같은 대도시에서 이를 보완하기 위해서는 도시·군기본계획을 구체화하고 도시·군관리계획에 대해 지침을 제시하는 중간단계 계획이 요구된다.

따라서 선진화된 외국의 도시계획체계⁵⁵⁾를 보면 영국 런던의 도시계획체계는 2004년 새로운 도시계획 시스템을 도입하여 런던플랜-권역별계획(SRDF)-자치구계획(LDF)의 3단계로 운영되고 있다. 독일 베를린의 도시계획체계는 토지이용계획(F-plan)-생활권계획(BEF)-지구상세계획(B-Plan)의 법정계획과 지구마스터플랜과 플란베르크 등의 비법정계획으로 이루어져 있다. 도시발전계획이라는 별도의 법정계획이 있지만 이 계획은 도심부와 같은 특정지역에 대해서만 수립되어 운영되고 있다. 일본 도쿄의 도시계획체계는 도시계획비전-도시계획구역MP-자치구도시계획MP로 이루어져 있고 1992년과 2000년 도시계획법의 개정을 통해

55) 양재섭/장남중/김인희, “서울형 도시계획체계 실행방안 연구”, 「서울연구원 연구보고서」, 서울시정개발연구원 도시계획연구실, 2012, 21-24면.

도시계획체계를 정비하였다. 이에 따라 도쿄의 도시계획체계는 도 차원의 도시만들기 비전과 도시계획구역 마스터플랜 그리고 자치구 차원의 자치구 도시계획 마스터플랜으로 운영되고 있다. 이렇게 대부분의 국가들도 3단계의 도시계획체계를 운영하고 있고 우리나라도 2단계의 체계가 서로 연계성이 미흡함으로 중간단계의 법체계를 추가하여 3단계의 도시계획체계를 구축하여야 한다.

V. 결 론

사회가 복잡·다양화 되면서 전문적·기술적 한계가 드러날수록 재량은 그 적용을 폭넓게 인정하고 있다. 특히나 현대행정에서 빠르게 변화되는 사회의 변화에 대처를 못함으로서 행정계획에 있어 특히나 도시계획에 있어 많은 재량권을 주고 있다. 그러다 보니 필요에 의해 재량을 인정하면서도 이에 따른 여러 가지 많은 문제들이 발생하고 있다.

종래 재량권의 남용·일탈에 대한 통제는 주로 사법부에 의한 사후적인 통제에 의존하고 있고, 현실적인 대책으로는 재량권을 남용·일탈한 공무원에 대한 적발과 제재를 가하는데 주력해 왔다. 그러나 사후적인 통제 또는 공무원에 대한 제재만으로는 그 효과에 한계가 있으므로, 입법단계에서부터 행정청에 과다한 재량을 부여하지 않도록 하거나 재량을 부여하더라도 그 행사를 투명하게 하는 것이 필요하다.

앞선 문제점을 통한 개선방안 및 발전방안을 도출해보면 첫째, 도시계획에 대한 단일의 절차법은 존재하지 않는다. 현재 도시계획에 대한 법적근거가 미약하고 사후적 통제가 되지 않고 있는 시점이므로 사전적으로 통제해야 할 필요성이 있다. 예전의 계획확정절차(안)을 다시 도입하는 방안도 고려해 보아야 할 상황이다.

둘째, 재량의 행사에 있어서 재량을 법률의 수권에 의한 경우도 있지

만 행정청 스스로의 재량도 있는데, 두 가지 경우 모두 다 재량의 행사에 밀도를 자의적 해석이 아닌 기준을 만들어야 한다. 외국의 경우를 보면 애초에 법률에 모든 사항을 정하도록하거나 정확한 기준을 제시하는 방법도 있겠지만 현실에서 재량을 무시할 수 없기 때문에 재량을 인정하되 그에 따른 준칙을 제시하도록 하고 있다. 그래서 이것을 바탕으로 우리나라도 단순히 재량이 넓은 계획재량 뿐만 아니라 전체 행정권 행사에 확대되어야 할 것이다.

셋째, 행정계획과 도시계획의 개념을 혼용해서 쓰고 있다. 당연히 두 가지 개념이 구분은 되어 있더라도, 구속적 계획과 처분성 있는 계획은 도시계획 밖에 없으므로 행정계획에 있어 대표성을 지닌다고 할 수 있다. 하지만 복잡·다양해지는 사회에서 엄연히 다른 두 가지의 행정작용을 분리해야 할 필요가 있다. 이것은 재량의 행사와 그로 인한 국민에 대한 제재와 그에 대한 해결을 위해서도 명확한 개념의 분리가 필요하다고 생각한다.

넷째, 현재 도시계획 법체계는 단순히 도시의 크기나 인구의 비례와는 상관없이 일률적으로 통제하는 체계를 갖고 있다. 이것은 상황에 맞는 대처가 힘들게 한다. 따라서 법체계의 수정으로 중간단계의 법을 입법하여 도시계획을 상황에 맞는 세밀한 계획으로 나아가야 할 것이다.

이렇듯 일일이 다 열거 할 수는 없지만 대표적인 문제점 살펴봐도 심각한 상황이라고 할 수 있다. 본고에서도 모든 문제점에 대한 대안을 제시할 수는 없지만 차차 채워나가고 연구해야 할 과제이다.

주제어 : 도시, 계획재량, 투명화, 처분성, 법치주의, 형량명령

[Abstract]

A Legal Study and Status on Urban Planning

Jin-Hong Lee*

A discretion is an action which an administrative agency can choose or decide on within the scope granted by the law and an action should not be violated. This is essential to administration, and has a double-sidedness in terms of acknowledgement and control. Especially, among various administrative plans, urban planning that has both disposability and restriction is given a lot of discretions due to its special characteristics in terms of the freedom in formation and the sentence commands derived from uncertainty in the future and various possibilities in decisions that the planning itself has. To control this, transparency is required. Transparency does not simply refers to clarity, but it can be said a resolution based on laws. Constitutionalism by statutory reservation and participation of citizens through democracy are representative of this. In this way, the issue on executing discretion by the principal agent of establishing and determining urban planning was studied by dividing the issue with regards to: procedural laws; and substantial laws, where it was groped for ways towards transparency.

For such ways, the recommendations include: preparation of legal grounds and controls in advance by establishing procedural laws for urban planning; clarification of standards for discretionary regulations; establishment of

* Instructor, College of Public Service, Konkuk University

concepts for administrative plans and urban plans; and changes into three-stages method with introduction of a middle stage in the legal system for urban planning.

Key Words : City, Planning Discretion, Transparency, Disposability, Constitutionalism, Priority Between Public Interest and Private