

行政計劃의 法的性質에 관한 考察

— 都市計劃을 中心으로 —

The Legal Nature of Administrative - plan
— Specially Concern to Urban - plan

李 周 熙

(韓國地方行政研究院 首席研究員)

〈目 次〉

- I. 問題의 提起
- II. 外國의 學說/判例
- III. 우리나라의 學說/判例의 批判
- IV. 맺음말

I. 問題의 提起

우리나라 行政法學者들의 行政計劃의 概念에 대한 見解는 대체로 '行政主體가 일정한 行政活動을 위한 目標를 設定하고, 상호관련성 있는 行政手段의 調整과 종합화의 過程을 통하여 그 目標를 정한 장래의 시점에 있어서 보다 좋은 秩序를 실현할 것을 目的으로 하는 活動基準 또는 그 設定行爲'라는 것이다.¹⁾ 여기서 '活動基準'은 靜態論의 立場에서 본 計劃의 概念이라 할 수 있으며 그 設定行爲는 動態論의 計劃의 의미라 할 것이다. 그러므로 行政計劃에는 이를 設定하는 過程으로서의 計劃行政(planning administration)과 그 결과

로서의 行政計劃(administrative plan)이 포함되는 것이다.

여기서 이러한 計劃의 법적 行爲形式이 무엇인가는 權利보호를 위하여, 또한 법규정으로 규제되어 있지 아니하는 경우의 法律問題, 예컨대 適法性의 요건, 법적 근거, 절차형식등의 문제와 關連하여 중요한 의미를 가진다.²⁾

우리나라에서의 行政計劃의 法的性質에 관한 學說은 (1) 立法行爲說 (2) 行政行爲說 (3) 獨自性說등의 대립이 있다. 여기서, 立法行爲說은 行政計劃은 國民의 權利와 자유에 關계되는 法規範을 訂립하는 行爲로서 一般的 구속력을 가질 수 있다는 견해이며, 獨自性說은 行政計劃을 행정상 立法도 아니고 行政行爲도 아닌 독자적인 法的性質을 가진 행정주체 내부에서 타당하는 일종의 訓令的 성격의 가진 行爲規範이라고 보는 것이다.³⁾

그러나 H. J. Wolff는 '計劃이라는 集合 개념하여 나타나는 現象의 多樣性과 異種性에

1) 金道稔, '行政法論(上)', (靑雲社, 1985), 260면 ;
李鳴九, '行政法原論', (大明出版社, 1989), 135면.

2) 徐元宇, "行政計劃法(I)", 考試行政, (1989. 7), 115-6면 참조.

3) 金道稔, 전제서, 262면.

직면할 경우, 計劃의 법적 성질을 一義적으로 규정하거나 혹은 법제도로서 計劃을 전개하려는 것은 처음부터 가망성이 없는 모험이라고 단정했다.⁴⁾ 또한 Erichsen 및 Martens도 ‘計劃의 경우에는 오히려 종래의 國法上, 行政法上 行政形式의 體系 및 그것을 규정하는 표지를 뛰어 넘는 현상이 문제이다. 그 반대를 증명하는 모든 試圖는 어느 것이든 현재까지 납득할 수 있는 성과가 거부되고 있다. 그 원인은 어떤 사실과 현상을 計劃의 範疇에 포함하기 위한 기준이 法外的 성질의 것이라고 하는 점에 있다고 할 것이다⁵⁾’라고 주장했다. 이와 같이 計劃을 하나의 法制度 또는 하나의 法的 形式으로 파악하기가 불가능하다는 점에 學說이 同意해 가고 있는 것 같다.⁶⁾

즉 ‘計劃’一般이라고 하는 法概念이 과연 성립될 수 있을 것인가, 그리고 그것이 얼마나 유용할 것인가가 문제인 것이다.

각종 計劃의 동질성을 논할 수는 없으며 계획현상 형태의 다양성을 감안할 때 計劃一般이라고 하는 法概念은 성립될 수 없고 또한 유용한 것도 아니라고 볼 수 있으며 동시에 計劃을 일괄해서 規範이라거나 개별행위 또는 특별한 法形式으로 본다는 것은 어느 모로 보나 타당하지 못하다고 할 것이다.⁷⁾

요컨대, 대개 拘束的 計劃에 대해서는 이해관계인의 權益을 침해하는 것으로 보아 法規

性 내지 行政行爲의 성격을 부여하고 있다고 보겠다. 결국 行政計劃의 法的性質을 파악하는 것은 그것을 일률적으로 단일의 行政作用의 行爲形式으로 보기에는 어려운 것이라고 보는 것 같다.⁸⁾ 때문에 행정계획은 전통적 행정작용중 그 어느 하나에 귀속시키기 어려운 특수한 성질을 가지고 있기 때문에 다양한 법적 성질을 지닌 행정계획을 하나로 묶어서 그 성질을 논하기 보다는 각 계획별로 분리시켜 판단해야 한다⁹⁾는 견해에 동의한다. 따라서 本稿에서는 기왕에 그 법적형식에 관한 논의가 비교적 활발한 都市計劃에 국한하여 그 법적 성질을 고찰하고자 한다.

II. 外國의 學說 / 判例

1. 西獨의 學說 / 判例

西獨建設法典(Baugesetzbuch, 1987; 이하 같음) 제1조 제5항에서 都市建設基本計劃(Bauleitplan)은 都市의 秩序있는 발전 및 公共의 利益에 대응해서 社會的으로 적정한 土地의 利用을 保障하고 인간에게 바람직한 환경을 확보하는데 기여하여야 한다고 규정한다. 여기서 都市建設基本計劃에는 土地利用計劃(準備的都市計劃)과 地區詳細計劃(拘束的都市建設計劃)이 있는데, 전자는 地方自治團體 全域에 관한 것이며 후자는 필요한 地區에 국한 하여 樹立된다(同法典 제8조 제1항 참조)고 규정하고 있다. 都市計劃으로서의 建設基

4) H. J. Wolff / O. Bachof, *Verwaltungsrecht* I. 9. Aufl. (1974), S. 397.

5) H. U. Erichsen / W. Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. (1978), S. 224.

6) 姜儀中, ‘行政計劃의 法理에 관한 연구’, (법학 박사학위논문, 충남대학교, 1989. 2), 31면; 金道稔, 전거서, 315면; 박은훈, *行政法講義(上)*, (국민서관, 1985), 178-83면 참조.

7) 徐元宇, 전거논문, 116-7면.

8) 姜儀中, 전거논문, 31면.

9) 石琮顯, ‘一般行政法(上)’, (三英社, 1988), 471면, 同旨: 金道稔, 前掲書, 316면, 慎保晟, ‘現代行政法の 理論’, 教學研究社 (1988), 23면.

本計劃이란 地方自治團體(Gemeinde) 區域의 整序된 都市建設的 開發을 保障하고, 아울러 公共福利에 일치되고 사회정의에 상응하는 土地利用(Bodennutzung)을 保障함으로써 人間の 존엄을 지킬 수 있는 環境의 保全 및 形成을 目的으로 하는 計劃을 말한다.

西獨에서는 地區詳細計劃(Bebauungsplan)¹⁰⁾의 법적 行爲形式에 關於여 法規說, 執行規範說, 行政行爲說 및 計劃行爲說(異物論)이 대립하고 있다. 이들을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가. 法規說

D. Volkmar, K. Obermeyer 등이 主張하는 견해인 바, 특히 Volkmar는 ‘一般的 法規와 개별적 행위¹¹⁾’ 라는 논문에서, 行政法學上的 전통적인 2大 行爲形式概念에 關於여 상세하고도 실천적인 이론화를 시도하면서 우선 高權的 行爲의 상대방 및 規律事案이라는 두가지 徵表(Merkmale)로 경제설정을 하여야 한다고 主張하고 있다.¹²⁾ 여기서 高權的 行爲는 不特定 多數의 상대방에 關於여 不特定 多數의 抽象的 事案을 규율하는 경우에만 法規로

着做된다고 한다. 그리고 舊 프로이센 建築線計劃(Eluchtlinienplan)은 同計劃이 당해 토지에 조금이라도 法律關係가 있는 모든것에 關係한다는 점, 건축제한 및 장애에 있어서 도로예정지의 收用 등 法的效果를 가져온다는 점, 기본적으로는 모든 토지에 對하여 不特定한 一般的 性質을 가진 法規로 보아야 한다고 한다.¹³⁾ 서독聯邦行政法院 1956년 5월 3일 判決은 Württemberg주의 지구상세계획 및 구프 프로이센 건축법의 건축선계획에 對하여 함께 소극적인 判決을 내렸는 바, 위의 判決의 취지는 1958. 1. 21 聯邦行政法院判決(BverwGE 6. 149), 1960. 6. 16 聯邦行政法院判決(BverwGE 11. 14), 1956. 10. 17 聯邦法院民事部判決(BGHZE 22. 32)과 1971. 7. 27 聯邦憲法裁判所 判決(BverfGe 31. 364)에서도 나타나고 있다고 하겠다.

나. 執行規範說

R. Bartlsberger와 W. Brohm 등에 의하여 主張되는 견해이다.¹⁴⁾ 특히 Brohm은 “法規 및 行政行爲는 그 본래적 概念規定에 依하면 計劃과 같은 社會形成的 行爲를 배제하고 있다.”고 하는 前提에 서 있다. 그리고 地區詳細 計劃의 법적 性質에 關於여 “同計劃이 超個人的 질서를 의도하는 점에서 規範的 性質을 가지고 있으나, 동시에 적극적으로 형성하는 것으로 執行의 개개의 效果를 직접 拘束的으로 확정하고 있다. 이 때문에 同計劃은 순수한 法規範과는 다르다.” 同計劃의 법적 效果는 사후의 行政行爲에 依하여 비로서 직접적

10) Bebauungsplan의 번역은 학자에 따라서 建築(建設)詳細計劃 또는 建築(建設)詳細計劃이라고도 한다. 그러나 地區詳細計劃이 가장 실제 의미에 부합되는 意譯이라고 생각하여 이하 地區詳細計劃이라고 쓴다.

11) D. Volkmar, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*, (1962), S. 184.

12) 그는 법이론적으로 ‘一般~特定’이라고 하는 對概念에 依하여, 상대방을 ‘抽象的~具體的’이라는 對概念에 依하여서는 규율사안을 捕捉한다면 高權的 行爲는 (1) 抽象的~一般, (2) 抽象的~特定, (3) 具體的~一般, (4) 具體的~特定이라는 4가지 유형으로 분류한다. 그러나 現행법상의 구체적인 기준으로서 (1)의 유형만이 법개념에 해당되고 (2), (3), (4) 유형은 행정행위 범주에 해당한다고 보았다.

13) D. Volkmar, a. a. O., S. 184f.

14) R. Bartlsberger, *Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates*, (DVBl, 1967), S. 306ff.

으로 생기는 것이지만 후속하는 行政行爲는 同計劃에 의해 이미 명백하게 되어 있다. 따라서 同計劃은 執行規範(Vollzugsnorm)으로서의 性質을 가진다¹⁵⁾고 한다.

다. 行政行爲說

N. Niehues, O. Bachof, A. Hamann등이 主張하는 견해이다. 특히 Niehues는 地區詳細計劃의 법적 性質을 검토함에 있어서, “사람에 관한 법이 權利主體의 형태를 상호 규율함에 대하여, 물건에 關係되는 법은 개인에게 歸屬되는 사물에 대하여 그 歸屬을 통하여 발생하는 그 물건에 대한 關係를 규율하고 있다”는 H. Westermann의 物權法理論¹⁶⁾을 行政法에 援용하는 태도를 취하고 있다. 그는 行政法上 對物的 규율의 경우에는, 전통적 法規와 行政行爲의 구별기준인 상대방은 고려되지 않으며 따라서 行政法上的 抽象的 또는 具體的 물권적 조치에 판단기준으로서, 그 법적 性質이 규정된 物件이 特定되어 있는가 아닌가가 중요한 기준이 된다고 한다.

이러한 판단기준에 비추어 보면 地區詳細計劃은 計劃決定의 시점에 있어서 不特定多數의 건축희망자에 대한 직접적인 행태규제가 중요한 것이 아니라 오히려 具體的 물권적 상태규제가 중요한 것이고 따라서 行政行爲로서의 性質을 가진다¹⁷⁾는 것이다. 1956. 8. 24 聯邦行政法院 제1부 判決(BverwGE 4. 68)은 Bayern州 건축법에 의한 건축선계획의 결정에 관한 것으로 그 결정절차에 착안하여 이를

行政行爲로 보아 취소소송을 인정하고 있다.

라. 異物說(또는 計劃行爲說/獨自性說)

E. Forsthoff와 Kaiser에 의해서 主張되고 있는 견해이다. E. Forsthoff에 의하면 ‘計劃은 規範과 行政行爲의 혼합형태가 아닌 異物(ein Aliud)이다. 그것은 抽象的이 아니라 대단히 具體的이기 때문에 規範은 아니다. 그것은 본질적으로 지역에 關係하여 개인의 권리를 個別的으로 決定하는 것이 아니기 때문에 行政行爲는 아니다. 그러므로 計劃은 법치국가적 行爲의 전형적인 형태에 卽한 것이 없다’¹⁸⁾고 한다. Kaiser도 ‘行政行爲의 형식에서의 計劃行爲는 하나의 異物이고, 規範의 형식에서의 計劃行爲도 또한 하나의 異物이다’¹⁹⁾라고 하고 있다.

이와 같은 異物說의 설득력은 직접적인 執行行爲를 수반하지 않는 보다 복잡한 計劃, 즉 國土計劃이 보급하고, 그와같은 計劃이 가져오는 새로운 문제에 대하여 전통적인 行政法學이 적절한 해답을 제시하지 못함으로써 증대하였다. 計劃을 規範으로 보는 견해(규범설)가 地區詳細計劃을 대상으로 하였다면, 異物說은 주로 國土計劃을 대상으로 두고 있다고 할 것이다.

그러나 異物說의 단점은 다음과 같이 지적되고 있다.²⁰⁾ 즉 첫째는 實體法에서의 권리보호영역에서 실천적인 곤란에 빠진다는 것과 둘째는 異物說에서는 필요한 法的 profile을

15) W. Brohm, *Rechtsschutz im Bauplanungsrecht*(1978), S. 5f.

16) H. Westermann, *Sachenrecht*, (n. d.) S. 5.

17) N. Niehues, *Dinglichkeit im Verwaltungsrecht*, (Diss. Munster, 1963), S. 141.

18) E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl.,(1973), S. 310.

19) J. H. Kaiser, *Verhandlungen des 50. DJT*, Teil S. 13.

20) Vgl. R. Wahl, *Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, Bd. 1. (1978), S. 23f.

주지 않았다고 하는 것이다.²¹⁾

마. 結語

西獨建設法典(Baugesetzbuch)은 제10조에서 '地方自治團體는 地區詳細計劃을 條例로 규정한다'고 규정함으로써 法規性을 인정하고 있다. 따라서 地區詳細計劃에 대한 取消訴訟으로서의 권리보호는 배제되게 되었다. 그러나 그후 Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Schleswig-Holstein, Hessen 등의 州가 規範統制訴訟을 도입하고, 行政法院法 제47조(1976년 8월 24일 개정)도 建築計劃 및 기타의 건설법상의 條例에 대한 規範統制訴訟의 길을 열었다. 따라서 地區詳細計劃의 법적 형식에 의해 사법적 권리구제수단의 유용성 有無의 판단은 불필요한 것이라 할 수 있다.

2. 美國의 判例 및 學說

美國 聯邦大法院은 다음의 기준에 따라 立法的 Zoning과 行政的 Zoning을 구별하는 判例를 형성하였다.²²⁾

첫째, Zoning決定機關에 따라 立法機關이 Zoning決定을 하면 이는 立法行爲이고 Zoning委員會등 行政機關이 Zoning決定을 하면 이는 行政行爲라고 한다.²³⁾

그러나 이러한 接近方法은 절차적 권리의 有用性을 市長(行政機關), 市議會(立法機關),

기타 政府機關 사이에 Zoning 權限의 立法的 分配에 의하여 決定 하도록 하였기 때문에 합리적이라고 볼 수 없다. 즉 Zoning 權限의 立法的 分配에 의하여 Zoning決定의 性質을 파악 하려는 것은 行政的 Zoning과 性質이 다를 바가 없는 立法的 Zoning에는 절차적 권리가 배제되기 때문에 적합하지 않다. 둘째 Zoning 결정의 내용에 따라 광범위하고 종합적인 Zoning決定은 立法이고, 다양하고 具體的인 Zoning決定은 行政이라고 한다.²⁴⁾ 그러나 이 접근 방법도 廣狹의 정도를 무엇으로 측정할 것인가가 명확하지 않아 관념적으로 흐른 느낌이 든다.

셋째, 政策을 一般政策과 그것을 具體化시킨 政策(具體的政策)으로 분류하고 前者를 立法, 後者를 行政이라고 한다.²⁵⁾

이 接近方法은 그것이 비록 有用할지라도 具體的政策을 이행할 때마다 聽聞등이 허용되어야 한다는 異例的인 결과를 가져오기 때문이다.

Kenneth Clup Davis교수는²⁶⁾ Zoning決定을 하는데 이용된 사실의 性質에 따라 行政行爲와 立法政策을 구별하였다. 즉, 立法事實은 政策 또는 사건의 상태에 관한 一般的인 것으로 당사자에게 직접 관여하지 않지만 法, 政策 및 裁量問題를 決定하는데 도움을 준다. 이와는 대조적으로 行政事實은 개인 또는 特

21) F. Ossenbühl, *Welche normative Anordnungen*, (1974), S. 48.

22) Lawrence Gene Sager, "Development in the Law Zoning", *Harvard Law Rev.*, Vol. 91, No. 7, (1978), pp. 1508-13. 俞熙一 "計劃制限과 사권보호에 관한 연구"(법학박사학위논문, 성균관대학교, 1988) 48-49면 참조.

23) *Berg v. City of Struthers*, 176, Ohio St. 146, 198 N. E. 2d 48 (1964).

24) *Dwyer v. City Council*, 200 Cal 505, 514, 253 p.932. 936. (1927)

25) *Myers v. Shiering*, 27 Ohio, st. 864 (1971).

26) See Kenneth Clup Davis, "The Requirement of a Trial-Type Hearing" *Harvard Law Rev.*, V 70, (1956), pp. 193-9; See e. g., *City of Louisville v. McPonald*, 470, s. w. 2d 173 (ky. 1971).

定한 상황에 관련되고 배심사건에서 배심원에게 주어지는 事實으로써 이에 근거한 決定은 行政行爲라고 하였다. 그러나 모든 事實은 行政的 要素와 立法的 要素를 동시에 포함하며 다만 그 경계선에 있을 수 있다고²⁷⁾ 함으로써 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

III. 우리나라의 判例 및 學說의 批判

1. 都市計劃의 態樣 및 效力

우리나라 都市計劃에서는 都市基本計劃(제10조의 2), 都市計劃(제2조등) 事業施行計劃(제26조등)이라는 용어가 등장하는데 이들 모두 廣義의 都市計劃에 포함된다. 그러나 一般의으로 쓰이고 있는 都市計劃이라는 용어는 都市計劃法 제2조에 의한 都市計劃을 의미한 것으로 새겨야 한다고 생각되는 바, 그 정의를 보면 매우 포괄적이고 복잡하게 되어 있다. 즉 都市計劃이란 都市計劃區域과 그 區域내에서 都市의 健全한 발전을 도모하고, 公共의 安寧 秩序와 公共福利의 증진을 위한 土地의 이용/교통/위생/보안/국방/후생/문화에 관한 다음 각호의 計劃을 말한다.

가. 地域, 地區 또는 區域의 指定 및 變更에 관한 計劃

나. 도로, 광장, 주차장, 자동차정류장, 철도, 궤도, 삭도, 고속철도, 하천, 운하만, 空港, 녹지, 公園, 운동장, 유원지, 관망탑, 公共用地, 公用의 청사, 학교, 도서관, 시장, 上水道, 下水道, 共同溝, 도살장, 공동묘지, 화장장, 쓰레

기 및 오물처리장, 전기공급설비, 저수지, 방풍설비, 가스공급설비, 유류저장 및 송유설비, 유통 업무설비, 방수설비, 방화설비, 사망설비, 방조설비의 施設 기타 대통령령으로 정하는 施設의 設置/整備/改良에 관한 計劃

다. 土地區劃整理事業, 一團의 住宅地 造成事業, 一團의 工業用地 造成事業 또는 再開發事業에 관한 計劃

여기서 '가'의 用途地域, 地區, 區域의 指定 및 變更에 관한 계획은 都市計劃 決定告示 및 地籍告示節次를 거치면 都市計劃으로 確定되어 그 자체로서 계획은 14조의 2에 의거 年次別 執行計劃이 필요하지만 토지소유자의 行爲 制限效果는 地籍告示에 의하여 발생한다. 한편 "다"의 도시개발계획은 決定告示후에도 단계적으로 구체성이 확보되므로 '가'/'나'의 경우와는 다르다.

2. 都市計劃決定의 法的性質

가. 總說

1) 關聯判例

우리나라의 都市計劃은 都市計劃法의 근거에 의하여 수립되어 決定 또는 變更된다. 그러나 법적형식에 대하여는 學說과 判例의 영역으로 남아있다.

都市計劃法 제12조에 의한 都市計劃決定의 性質에 대하여 서울고등법원 判例가 都市計劃의 처분성을 부인하였으나²⁸⁾ 大法院 判例는

28) 서울高判 1980. 1. 29판결: 都市計劃法 제12조에 의한 건설부장관의 都市計劃決定은 都市計劃사업의 기본이 되는 일반적 계획의 결정이었던 것 만으로는 특정 개인에게 어떤 직접적이고 구체적인 권리의무가 발생한다고 볼 수 없다 할 것이므로 결국 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 아니라고 봄이 상당하고 ...

27) K. C. Davis, op. cit., p. 200.

都市計劃의 處分性を 인정하고 있다. 다만, 도시계획의 종류나 내용에 따라 判例는 다음과 같이 相異하게 전개되고 있다.

가) 都市計劃法(제12조)상의 細目公告는 行政處分이라는 判例.

'原判決이 都市計劃法 제12조의 細目公告는 同法 제6조, 제7조에 의하여 認可되고 공고된 都市計劃事業實施計劃에 의하여 收用할 토지 및 물건을 特定하는 것으로서 同法 및 土地收用法에 의하여 이를 收用하는 前段階의 行爲로서 收用節次를 진행하는 과정의 근간을 이루는 行爲이며, 이 處分이 없으면 土地收用委員會의 수용재결도 할 수 없는 것이므로 그 소유자는 이處分으로 장차 그의 권리의무에 변동을 초래하는 것이고, ... 목적물에 대한 소유권행사에 제약을 받는 것으로서 위 細目公告는 行政處分이라는 취지로 판시하였음은 정당하다.'²⁹⁾

나) 都市計劃決定의 處分性を 인정한 判例
'..... 그러므로 先行處分인 都市計劃의 決定이 違法이라고 하면 그 後行行爲인 被告의 圖面承認인 處分 또한 違法임을 면치 못한다고 할 것이지만, 被告의 圖面承認 處分の 提가 되는 위 都市計劃 決定處分에 대하여 原告는 소원이나 行政訴訟을 제기하지 않고 이를 제기할 수 있는 법정기간을 徒過하고 있는 事實을 인정할 수 있는 이 사건에 있어서 위 都市計劃 決定處分이 當然무효의 것이 아닌 한, 그 違法性を 主張할 수 없다 할 것이니...'³⁰⁾

'都市計劃法 제12조 所定の 都市計劃決定이 告示되면 都市計劃區域안의 토지나 건물소유

자의 土地形質變更, 건축물의 신축/개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는 바, 이런 점에서 볼 때 告示된 都市計劃 決定은 特定個人的 權利 내지 법률상의 利益을 個別的이고 具體的으로 규제하는 效果를 가져오게 하는 行政處分이라 할 것이고, 이는 行政訴訟의 대상이 되는 것이라 할 것이다.'³¹⁾

다) 都市計劃의 處分性を 전제로 한 判例
判決은 都市計劃이 處分임을 전제로 하여 '都市計劃의 절차에 하자가 있는 行政處分은 違法하다'고 하였는 바 都市計劃 決定이 行政處分임을 명백히 한 것이다.'³²⁾

2) 判例에 대한 학자들의 견해

都市計劃의 處分性에 대해서 학자들은 소극적으로 보고 있다.

金南辰교수는 都市計劃法 제12조상의 都市計劃 내지 그의 決定은 行政行爲(行政處分)라기 보다는 규범의 性質을 다분히 가진 것으로 보고, 그 근거를 다음과 같이 들고 있다. 즉 都市計劃法 제12조상의 '都市計劃'의 의의 및 내역은 同法 제2조에 상세히 규정되어 있는 바, 同法 제13조 및 同法 제14조의 2의 규정에 비추어 보아, 제12조상의 都市計劃은, 市長 또는 郡守가 추후 작성하는 '年次別 執行計劃'의 上位規範으로서의 性質을 가지거나, 혹은 都市計劃區域안에서 市長 또는 郡守가 행하는 건축등 허가의 根據規範으로서의 性質을 가지

31) 大判 1982. 3. 9 80누 105. 그러나 본건에 관한 서울고등법원의 判決에서는 都市計劃決定은 都市計劃事業의 기본이 되는 一般的/抽象的인 都市計劃의 決定으로 特定 個人에게 어떤 직접적이며 具體的인 權利義務 關係가 발생한다고 볼 수 없다고 하였다. (서高判 180. 1. 29 79구 416.)

32) 大判 1988. 5. 24. 87누 388.

29) 大判 1971. 3. 31. 71누 10.

30) 大判 1978. 12. 26. 78누 281.

기 때문이라(同法 제4조 제1항 참조)³³⁾고 한다. 또한 石琮顯교수는 處分の 個別性和 具體性を 강조하여 都市計劃의 處分性を 부정하였다. 즉 都市計劃決定의 效果는 不特定多數人에게 발생하는 것이고 計劃決定 이후의 具體的計劃, 執行등의 단계를 거쳐 구체화 되므로 計劃自體는 特定人的 特定 토지재산권을 具體적으로 규율 한다고 볼 수 없으니 都市計劃法 제12조에 의한 都市計劃에는 個別性和 具體성이 없으므로 處分이라 할 수 없다고 하였다.³⁴⁾

이에 대하여 兪熙一교수는 '都市計劃의 法的性質이 行政處分の 그것과 일치한다고 할 수는 없으나 都市計劃 決定으로 토지소유자의 소유권의 행사는 제한을 받고 이로 인하여 재산상의 손해를 입게 된다고 하고, 計劃의 立案段階에서 特定人的 재산권 침해 목적을 목적으로 하지 아니 하였지만 결과적으로 침해하였으니 個別性 내지 具體性이 없다는 主張은³⁵⁾ 받아 들이기 곤란하다고 主張하였다.³⁶⁾ 또한 計劃自體는 國民을 직접 구속하지 못한다고 하거나³⁷⁾ 具體的計劃의 決定과 그의 執行으로 구체화 된다는 主張³⁸⁾도 받아들이기 어렵다고 하고 그 이유는 都市計劃決定/告示에 의하여 토지소유자는 즉시 土地利用制限을 받으며 손해가

발생하기 때문이라는 것이다. 따라서 效果的인 權利救濟를 위하여 同計劃을 行政處分으로 보아야 한다는 목적론적 견해를 피력하고 있다.³⁹⁾

3) 私見

都市計劃法 제2조의 정의에 의한 都市計劃은 그 유형별로 구체화의 단계에 따라 行政機關이나 利害關係人을 동시에 구속하는 行政行爲로서의 성격을 갖는다고 할 수 있다. 왜냐하면 이는 都市計劃法에 근거한 拘束的計劃으로서 同法 제12조에 의해 都市計劃 決定이 되면 일정한 경우 財產權의 行使에 영향을⁴⁰⁾ 미치기 때문이다. 그러나 都市計劃決定만으로 즉시 財產權 침해가 발생한다는 兪熙一교수의 견해나, 都市計劃法 제12조의 都市計劃決定이 處分性이 있다고 하는 大法院 1982. 3. 9判例, 그리고 그것을 비판적으로 보는 金南辰, 石琮顯교수의 의견에 흔히 문제점이 있음을 지적하지 않을 수 없다.

먼저 石琮顯교수가 말하는 '具體的計劃의 決定과 그의 執行으로 구체화 된다는 主張에는 執行이 없는 都市計劃(즉 用途地域, 地區, 區域)에 대해서는 쟁송적 절차를 부인하게 됨으로써 個人的 權利救濟의 범위를 축소하는데 문제가 있다. 또한 大法院判例나 兪熙一교수가 주장하는 것처럼 단지 都市計劃決定으로 個人的 財產權에 대한 제한이 具體적이고 個別的으로 발생하는 것은 아니다. 왜냐하면 都市計劃法 제13조에 의한 地籍告示가 있는 後라야 個別的이고 具體적인 效果가 발생한다고 보아야 하기 때문이다.

33) 金南辰, "都市計劃變更處分取消 請求事件(判例評釋)", '判例月報', 제156호(1983. 3. 9), 157면.

34) 石琮顯, "都市計劃決定의 法的性質", '判例月報', 제179호(1985. 8).

35) 石琮顯, 전계논문, 61-67면.

36) 兪熙一, 전계논문 12면 참조.

37) 手島孝교수는 計劃은 公表에 의하여 비로소 作用法的 차원으로 진출하고 이것은 公表의 效果일뿐 計劃의 效果일뿐 計劃의 效果는 아니라고 한다(手島孝, '計劃擔保責任論(5)', 『リスト第643卷』, (1977. 7), 131면.

38) 石琮顯, 전계논문, 63면.

39) 兪熙一, 전계논문, 12면 참조.

40) 都市計劃制限에 의한 誘發效果는 경제적효과와 공간적 효과로 나눌 수 있다. [李周熙, "都市計劃제한과 손실보상" (법학박사 학위논문, 한양대학교, 1990. 2) 53-53면 참조].

따라서 同法 제12조에 의한 都市計劃決定 자체를 處分으로 보는 것은 타당하지 못하고 規範에 가깝다는데 일단 동의한다. 다시 말하면 市長 또는 郡守는 同法 제12조 제4항의 규정에 의한 都市計劃의 決定告示가 있을 때에는 大統領령이 정하는 바에 의하여 당해 都市計劃區域안의 토지에 관하여 地籍이 표시된 지형도에 都市計劃事項을 명시하여 建設부장관에게 그 승인을 신청하여야 하고, 都市計劃決定告示가 있는 날로부터 2년 이내에 하지 아니하면 ... 그 2년이 되는 날의 다음 날로서 그 都市計劃의 決定은 효력을 상실 한다고 규정하고 있음에 유의 할 필요가 있다(都市計劃法 제13조 참조).

여기서 大法院 1971. 3. 31 判例는 舊法에 의한 土地細目公告는 이러한 處分性을 가지게 되는 것이고 따라서 行政訴訟에 의한 權利救濟를 인정하는 것은 타당하다고 하겠다.

金南辰교수는 都市計劃決定의 處分性을 부인하는 근거로서 제14조의 2에서 정하는 年次別執行計劃을 들고 있지만, 同條에 의하면 都市計劃施設에 관한 執行計劃을 일컫고 있음을 알 수 있는데 그것들은 都市計劃決定告示後 地籍告示가 있게 되면 年次別執行計劃과는 상관없이 토지소유자는 이미 목적 이외로는 토지를 사용할 수 없어 個別的/具體的 효력을 받게 되므로 그 근거로써 합당하지 못하다. 즉 제14조의 2보다는 제13조에 의한 決定된 都市計劃의 性質이 다르지 않다고 보아 이하에서는 이에 대하여 具體的으로 살펴보고자 한다.

나. 用途地域/地區/區域의 指定/變更에 관한 計劃의 法的性質

1) 用途地域

都市計劃法상의 建設部長官은 都市計劃區域

안에서 토지의 경제적이며 효율적인 이용과 공공의 복리증진을 도모하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 住居地域, 商業地域, 工業地域, 綠地地域의 指定을 都市計劃으로 決定할 수 있으며(동법 제17조) 이렇게 指定된 用途地域에 있어서는 건축 기타 行爲制限 및 禁止는 건축법 및 기타의 법률이 정하는 바에 의하도록 하고 있다(제19조 참조).

이러한 用途地域의 指定의 效果는 개개의 토지소유자에게는 “건축자유제한의 效果”가 있으며 동일한 計劃用途地域共同體(community)에는 “用途純化效果”가 있다. 前者인 건축자유제한의 效果는 건축을 즉시 하고자 하는 토지소유자에게는 직접적 效果가 있겠으나 현재의 이용을 당분간 지속하지만 사후에 신축하고자 할 경우에는 간접적 效果가 발생한다고 볼 수 있다. 여기서 用途地域이 최초로 決定되는 (예컨대, 신규로 都市計劃區域으로 편입된)경우에는 해당토지의 지가가 상승하는 것이 一般的인 현상이기 때문에 용도제한이 되더라도 權利 침해문제가 실제로 발생하지 않지만, 기왕에 어떤 用途地域이 指定 되었다가 다른 用途地域으로 變更됨으로써 보다 建築制限이 강화되거나 완화되어 기존의 토지 이용자가 權利를 침해받는 결과가 생길 때에는 權利保護의 문제가 생긴다. 그것은 用途地域의 變更이 建築制限을 강화하거나 완화하거나 간에 본래 목적만으로 토지를 이용 하고자 하는 소유자에게는 일종의 제약으로 작용할 수도 있는 것이며 또한 復效의 行政作用(Verwaltung mit Doppelwirkung)인 경우가 대부분이었는데 유념할 필요가 있겠다. 여기서 權利保護의 문제로서 用途地域이 變更됨으로써 建築制限이 강화되거나 용도순화가 파괴되게 되는

경우에 이것이 抗告訴訟의 대상이 되는가 여부에 따라 用途地域 變更의 法的性質을 달리 한다고 할 수 있다. 즉 用途地域變更의 抗告訴訟대상 문제에 관해서 일본에서는 적극적으로 보는 判例와 소극적으로 判例가 있다.⁴¹⁾ 우선 用途地域變更이 처분성을 가지므로 取消訴訟 대상이 될 수 있다는 判例⁴²⁾는 住居地域을 準工業地域으로 指定한 것에 대한 주민들의 환경권 침해를 이유로 한 행정사건에 있어서 그 用途地域 指定의 處分性を 인정한 것이다. 즉 이러한 指定處分은 一般處分인 것은 사실이지만 당해지역내의 토지이용권을 직접 규제하는 것이며 住居地域을 準工業地域으로 指定함으로써 주거환경이 악화하여 생존권이 침해될 우려가 있으므로 그러한 환경 파괴를 예방 또는 배제하기 위하여 주민은 그 指定處分の 취소를 구할 법률상의 利益을 가진다는 것이 判旨이다. 그러나 이 判決은 항소심에서 취소 되었다. 다시말하면 그것은 用途地域變更決定이 抗告訴訟의 대상성을 소극적으로 보는 견해라고 볼 수 있는 바 그 判旨는 다음과 같다.

“本件 指定處分에 의하여 住居地域으로부터 準工業地域으로 變更指定 되어 그결과 건축물의 신축, 증축의 제한이 완화 되더라도 그 완화는 都市計画法에 의해 당연히 발생하는 것이 아니다. 규제완화 내지 이에 기한 權利制限은 동법 이외의 법률에 기하는 것으로서 본건 指定處分이 행해졌다고 하여 이에 의해

즉시 權利 침해가 생기는 것은 아니며 따라서 본건 指定處分이 행해진 단계에 있어서는 아직 소송요건으로서 다툼만한 사건의 성숙성을 결한다.”⁴³⁾

결국 일본의 최고재판소는 지난 1982년 4월 24일 判決에서 用途地域指定의 處分性を 부정하였다. 즉 工業地域指定의 효력을 발생하게 되면 건축물의 용도, 용적을, 건폐율 등에 관하여 종전과 다른 기준이 적용되어 이들 기준에 적합하지 않고는 建築物에 대해서는 建築등을 할 수 없게 되므로 工業地域의 指定決定은 당해지역내의 토지소유자들에 建築基準法上 새로운 제약을 과하는 것이 되고 그 한도에서 일정한 범상태의 변동을 가져 오는 것을 부정할 수 없다. 그러나 이러한 效果는 마치 새로이 이와같은 제약을 과하는 법령이 제정된 경우에 있어서와 같이 당해 지역내의 不特定多數人에 대한 一般的/抽象的인 것에 지나지 않으며, 이러한 效果를 발생하게 한다는 것만으로 당장 위 지역내 個人에 대한 具體的인 權利侵害를 가져올 處分이 있는 것으로 보고 그에 대한 항고소송을 긍정 할 수는 없다. 다만 이와 같은 범상태의 변동에 따라 장래에 있어서의 土地利用計劃이 사실상 제약되거나 地價나 토지환경에 생기게 하는 등의 사태의 발생이 예상되거나와 이러한 사유는 아직 위와 같은 결론은 좌우 할만한 것이 못 된다. 그리고 위 지역내의 토지상에 현실적으로 建築制限을 초과하는 건물을 建築하려고 하는 데도 그것이 방해되고 있는 사람이 있을 경우에는 그 사람은 위 建築의 실현을 저지하는 행정청의 具體的處分을 가지고 앞의 地域指定

41) 徐元宇 用途地域指定에 대한 取消訴訟(下). 月刊考試 (1984. 3). 152/154면; 李鳴九, 土地區劃整理事業計劃 및 用途地域指定의 性質. 考試研究 (1979. 5). 147면.

42) 宇都宮地判. 昭和 50年 10月 14日 (判例月報 796호. 31면 참조).

43) 東京高判 昭和 53년 4월 11일.

이 違法이라 主張하여 그 處分の 취소를 구함으로써 權利救濟의 목적을 달성하는 길이 남아 있는 것으로 볼 수 있으므로 위와 같은 해석을 하더라도 별다른 불편은 없다는 것이다.⁴⁴⁾

이에 대하여 用途地域의 指定은 단순한 一般 抽象的인 법령이라기 보다는 지역의 具體的 사실에 대하여 규제하는 이른바 一般處分이며 그 상대방도(判決에서 말하는 것처럼) 반드시 不特定多數人에 지나지 않는 것이라는 반론이 제기⁴⁵⁾되고 있다. 또한 用途地域의 指定에 의하여 발생하는 建築制限의 效果는 그 본래적인 效果이기 때문에 用途地域 指定의 處分性을 부정하기 어렵다고 한다.

이 점에 대해서 우리나라에서도 用途地域이 단계적으로 建築制限의 效果가 발생하는 것이 아니고 그 자체로서 완결되어 指定決定과 동시에 效果가 발생하는 性質이 있으므로 이것의 處分性을 인정하는 것이 바람직하다고 본다.⁴⁶⁾ 다만 이 경우에도 地籍告示가 완료된 都市計劃이어야 함은 당연하다.

2) 用途地區

都市計劃法上 건설부장관은 都市計劃區域안에서 공공의 안녕질서와 도시기능의 증진을 위하여 필요하다고 인정한 때에는 風致地區, 美觀地區, 高度地區, 防火地區 교육 및 연구地區, 업무地區, 임항地區, 保存地區, 特定街區整

備地區, 주차장정비地區, 공항地區, 아파트地區, 방재地區의 指定을 都市計劃으로 決定할 수 있다(제18조, 시행령 제16조). 이상의 都市計劃으로 指定된 地區 안에 있어서 建築기타의 行爲制限 및 禁止에 관하여는 이법에 특별한 규정이 있는 경우 (공지地區, 보존地區)를 제외하고는 建築法 및 기타의 법률이 정하는 바에 의한다(제19조 참조).

用途地區는 性質上 用途地域위에 중복 指定되기 때문에 指定의 效果는 用途地域의 變更의 效果와 같은 양상으로 나타나게 된다. 즉 建築制限이 강화 된 형태로 나타나기 때문에 都市計劃으로서 用途地區의 法的 性質은 用途地域의 그것과 같게 적용해도 無理가 없을 것이다. 다만 用途地區중에서 美觀地區 및 風致地區 안의 건조물로서 도시미관이나 주거환경상 현저히 장애가 된다고 인정될 때에는 建築委員會의 의견을 들어 개축 또는 수선하게 할 수 있게 규정함으로써(建築法 제42조의 2 제2항 참조) 이에 해당하는 건물의 경우는 一般處分이 아닌 具體的인 處分이라고 할 것이다.

3) 用途區域

都市計劃法上 用途區域으로는 特定施設制限區域(제20조), 市街化調整區域(제20조의 2), 開發制限區域(제21조), 都市開發豫定區域(제22조) 4종이 있는바 이 區域도 건설부장관이 都市計劃으로 指定 決定한다. 이 중에서 특히 開發制限區域의 法的性質은 앞에서 검토한 用途地域이나 地區에 비해서 특기할 만한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다. 왜냐하면 동 區域의 行爲制限 기간은 무제한이고 규제완화 지역을 都市計劃法 시행령에서 구체적으로 명시하고 있을 뿐만 아니라, 都市計劃樹立指針

44) 判例時報 1043호 41면, 43면 (徐元宇 전계는 문(하) 183면에서 재인용).

45) 穴戶達德 "公用負擔關係의 심리 ①二三 문제" 新民事訴訟法 講座(下), 10. (1982). 95면 (서원우 상계논문(하) 183면 참조).

46) 同旨 李鳴九 "土地區劃整理事業 및 用途地域 指定의 性質" 고시연구 (1979. 5). 148면 참조. 서원우, 전계논문(상), 155면 참조.

(건설부)에서는 變更不可를 전제로 하고 있음은 用途地域 및 地區의 상위의 규범으로 존재한다고 해도 과언이 아니다. 따라서 開發制限區域의 指定 決定은 一般處分이라기⁴⁷⁾ 보다는 個別的인 處分으로 보여지는 집행규범이라고 할 것이다.

다. 都市計劃施設의 설치/정비/개량에 관한 計劃의 法的性質

都市計劃施設用地로서 都市計劃이 決定되어 地籍告示가 이루어지면 당해 토지는 수용을 해제조건으로 하는 現狀凍結處分이라고 해야 한다. 다만, 앞에서 언급한 바와 같이 都市計劃法 제12조의 決定은 일종의 규범으로 이해하고자 하는 金南辰교수는 同法 제14조에 의한 年次別 執行計劃을 수립하게 하고 있다는 점을 들어 본 計劃決定의 處分性を 부인하고 있으나⁴⁸⁾, 실질적으로는 제12조의 都市計劃決定이나 연차별 執行計劃은 토지수용법상 수용 목적물에 대한 細目公告가 아니므로 본질적인 내용에는 차이가 없다고 본다. 또한 현실적으로는 연차별 執行計劃이 전혀 수립되어 있지 않고 장기간 都市計劃施設事業이 방치되고 있는 都市計劃施設도 상당한 수준을 차지하고 있는 것이다.⁴⁹⁾

이러한 경우에 收用類似的 侵害(Enteignungs-gleicher Eingriff)理論을 적용하려면⁵⁰⁾ 地籍告示가 완료된 都市計劃施設 用地에 대해서는 處分性を 인정하는 것이 논리에 부합 한다고 보여진다.

라. 都市開發事業에 관한 計劃의 法的性質
앞에서 본바와 같이 都市開發事業에 관한 計劃은 일단 都市計劃으로 決定되지만 그 具體的인 집행은 특별법에 정해진 단계에 따라서 실시 된다. 여기서는 都市再開發法에 의한 再開發事業과 土地區劃整理事業法에 의한 土地區劃整理事業에 관하여서만 살펴 보면 다음과 같다.

우선 都市再開發事業을 살펴 보면, 再開發區域이 都市計劃으로 指定 告示가 있는 날로부터 2년이내에 그 區域안에서 시행될 再開發事業計劃을 입안하여 건설부장관에게 그 決定을 신청하여야 한다. 이 기간내에 再開發事業計劃의 決定申請이 없거나 건설부장관의 입안이 없는 때에는 그 기간의 만료로써 再開發區域의 指定은 그 효력은 상실된다. 다만 住宅改良再開發事業을 시행하는 대상으로 指定된 再開發區域의 경우는 그러하지 아니 하다고 규정하고 있다.(都市再開發法 제5조 제1항, 제3항). 여기서 都市再開發區域의 指定 및 變更 등 行爲의 性質에 관한 것으로 재량권의 일탈 또는 남용이 없는 한 그 處分을 違法 하다고는 할 수 없다고 함으로써⁵¹⁾ 都市再開發事業計劃의 法的性質을 處分으로 인정하고 있다.

한편, 都市再開發法 제67조에 의하면 시행자가 이 법에 의하여 행한 處分에 불복이 있을 때에는 行政審判法에 의하여 행정심판을 제기할 수 있다. 다만, 公社 또는 특수법인의 처분에 관한 것은 건설부장관에게 제기할 수 있다. 따라서 都市再開發事業計劃은 處分성을 갖고 있다.

47) 李尙圭 "行政計劃과 損失補償", 考試研究(1982, 5) 167면 참조.

48) 金南辰, 전계논문, 157면 참조

49) 韓國地方行政研究院, "地方自治下の 都市計劃管理 모델 研究" 1989. 10. 46면 참조

50) 石琮顯, 新土地公法論, (經進社, 1984). 128면.

51) 大判 1985. 7. 23. 83 누 727 (제3부 判決)

다음은 土地區劃整理事業法에 의한 土地區劃整理事業計劃의 法的性質을 어떻게 이해할 것인가의 문제이다.

土地區劃整理事業은 垓地로서 효용증진과 公共施設의 整備를 위하여 이 법에 의하여 실시되는 토지의 交換, 分合 기타의 區劃 變更, 地目 또는 形질의 變更이나 公共施設의 설치, 變更에 관한 事業을 말한다. 同事業은 토지의 所有者, 그들의 조합, 地方自治團體 등에 의하여 시행하도록 되어 있는데 (동법 제2장) 이들은 먼저 事業計劃을 작성하여 建設부장관의 인가를 받아야 한다.

建設부장관이 이들을 인가를 한 때에는 지체없이 大統領령이 정하는 바에 의하여 公告하도록 되어 있는데(제33조, 34조), 이 公告에 의하여 事業計劃은 어떠한 法的效力을 가지느냐 하는 것인데 동법은 위의 建設부장관의 公告가 있는 날로부터 동법 제61조 제2항의 규정에 의한 公告(換地計劃의 公告)가 있는 날까지는 區劃整理事業의 시행에 장애가 될 토지의 形質變更, 建築物 기타의 工作物의 新築, 改築 또는 증축 등을 하지 못하며, 그러한 行爲를 하고자 하는 자는 管轄 시장 군수의 허가를 받도록 규정하고 있다.(제39조 제1항) 따라서 일단 事業計劃이 公告되면 同事業의 施行區域 안에서 土地所有者의 이용제한이 뒤따르므로 이것은 직접적이고 具體的인 處分으로 보아 잘못이 없다고 생각한다.⁵²⁾ 여기서 土地區劃整理事業法 제32조에 의한 事業計劃이 자의적으로 책정된 것을 이유로 법원에 同事業計劃의 취소 또는 無效소송을 청구할 수 있을 것인가의 여부를 검토함에 있어서 일본

의 판례는 하급심에서는 肯定적으로 인정하였으나, 最高재판소에서는 그것이 부인되었다.⁵³⁾ 이 사건에서의 다수 의견의 요지는 다음과 같다. 첫째, 事業計劃 자체는 이해관계자의 權利變動을 확정하는 것은 아니며 事業의 청사진에 불과하다.

둘째, 土地所有者들이 받게되는 權利制限은 事業計劃의 원할한 수행에 대한 장애를 제거하기 위하여 법률에 특히 불인 事業計劃의 公告에 수반된 부수적 效果에 지나지 않으며 計劃이 決定 또는 公告 그 자체의 效果로서 발생하는 것이 아니다. 따라서 事業計劃 자체가 직접 特定個人에게 향해진 具體的 處분이 아니다.

셋째, 土地區劃整理事業과 같이 일련의 절차를 거쳐 行해지는 행정작용에 관하여 그것의 어느 단계에서 이에 대한 訴의 제기를 인정할 것인가는 입법정책의 문제로서 일련의 절차의 모든 단계에서 訴의 제기를 인정하지 않는다 고 해서 재판을 받을 權利를 박탈하게 되는 것이 아니다. 즉 換地處分가 같은 具體的인 處분이 있는 다음, 그의 취소 또는 無효확인을 訴求함에 의해 具體的인 權利侵害에 대한 救濟의 목적을 충분히 달성될 수 있는 것으로서 직접 具體的인 權利變動이 생기지 않는 事業計劃의 決定내지 公告의 단계에서는 소송사건으로서 다물만한 사건의 성숙성을 결한다 것이다.⁵⁴⁾

요컨대, 이러한 區劃整理事業은 取消訴訟의 대상으로서의 行政處분에 해당되지 않는다는 소극결과 取消訴訟의 대상으로서 積極성을 인정하는 견해가 대립되고 있다.

53) 李鳴九, 전제논문, 147면 참조.

54) 最高재판소 1975. 8. 6. 第1小法院判決; 1978. 12. 8. 第2小法院判決

52) 李鳴九, 전제논문, 146면 참조.

두 見解는 주로 計劃의 성질, 計劃公告의 효과, 爭訟의 성숙성등의 기준에 의해 구별할 수 있는 바 그 내용은 다음과 같다. 즉 消極說에 의하면 事業計劃은 이해관계자의 권리 변동을 구체적으로 확정 하지 않은 청사진적 성질을 가지며, 計劃公告에 따른 해당토지의 행위제한은 事業計劃의 원활한 수행을 위하여 특히 법률이 부여한 부수적인 효과에 지나지 않으며, 事業計劃에 대한 취소소송을 인정하지 않더라도 추후 다른 단계에서 권리구제가 가능하다는 것이다. 한편 적극설은 事業計劃은 특정한 개인에게 개별적인 처분은 아니라는 점에서 일반적인 행위라고 할 수 있으나 그것이 公告된 이상 구체성을 가지며, 그것은 개별적으로 법률이 부여한 효과라는 것이며, 計劃이 위법임에도 구체적인 단계에 가서야 爭訟을 인정한다는 것은 지나친 형식 논리이며, 결국에는 出訴權 제한의 양상으로 나타나게 될 것인 바, 事業計劃도 소송의 대상으로 삼는 것이 타당하다는 것이다.⁵⁵⁾

결론적으로 말해서 토지구획사업계획도 公告가 되고 地籍告示가 되면 행위제한을 받게 되고, 計劃公告는 私權保護의 목적도 있다고 보아 그 처분성을 인정하여야 할 것이다.

IV. 맺음말

이상에서 본 바와 같이 우리나라의 都市計劃은 서독의 地區詳細計劃처럼 條例가 아니며, 미국에서처럼 條例(Zoning Ordinance)로 정하지 않고 있으며 특히 地方議會와의 關係도

에매하다.⁵⁶⁾ 또한 도시계획의 유형에 따라 그 성질이 다르기 때문에 일률적으로 말할 수 없음을 앞에서 본 바와 같다.

전반적으로 지적고시된 도시계획은 처분성이 인정된다고 보며, 권리 보호의 차원에서 타당하다고 생각한다. 다만, 現行 行政訴訟法은 제2조 1호에서 行政訴訟의 대상인 處分등을 “行政廳이 행하는 具體的 事實에 관한 法執行으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 行政作用 및 行政審判에 대한 裁決”이라고 규정하고 있다. 이 경우 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 行政作用에는 拘束的 行政計劃이 포함되는 것으로 볼 수 있기 때문에 都市計劃(都市計劃法 제2조)이 地籍告示가 된 후에는 處分성이 立法的으로 보장된 셈이다.

따라서 都市計劃의 處分성을 긍정하게 될 때 取消訴訟이 가능하게 되어 국민의 權益救濟面에서는 진일보한 셈이지만 비록 計劃을 訴訟의 대상으로 인정하더라도 勝訴의 가능성이란 점에서는 計劃의 決定에 광범위한 裁量이 인정되는 것과 아울러, 執行不停止의 原則과 事情判決制度의 障礙가 되는 경우가 없지 않을 것이기 때문에⁵⁷⁾ 그 효과는 기대하기 어렵다고 본다.

따라서 都市計劃自體가 갖는 구조적 특성인 可變性, 公共性, 彈力性, 合理性, 適應性 등을 고려하면서 行政主體가 갖는 재량권과 行政法

55) 徐元宇, “土地區劃整理事業과 取消訴訟”. 월간고시, (1979, 6) pp. 84-87. 참조; 1978. 12. 8. 제2小法院判決.

56) 도시계획법 제12조에 의하면 도시계획은 지방의회의 의견을 들도록 하고 있을 뿐이다(제1항). 참조.

57) W. Blumel, *Planung und Verwaltungsgerechtbarkeit*, (DVBl, 1975), S.703; 徐元宇, “土地區劃整理事業計劃과 取消訴訟”, ‘月刊考試’, (1979. 6), 88面.

상의 條理인 信賴保護의 原則을 관철하기 위
해서는 절차상의 瑕疵의 治癒를 쟁송적 절차
라는 수단을 통해서 보장받기 보다는 계획책
정절차상 이해관계자의 참여를 실질적으로 보

장하고, 都市計劃에 의하여 발생한 財產權侵
害를 경제적으로 補償하는 것이 보다 현실적
으로 타당하다고 하겠다.