

都市計劃의 수립에 있어서 自治權의 制限과 限界

Grenze der Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts bei der Stadtlichen Planung

李 琦 雨

(仁 荷 大 教 授)

<目 次>

- I. 問題의 提起
- II. 地方自治에 대한 憲法上의 保障
- III. 地方自治權의 制限(法律留保)
- IV. 自治權의 制限에 대한 限界
- V. 都市計劃의 수립에 있어서 自治權의 制限과 그 限界
- VI. 結 論

I. 問題의 提起

지방자치단체는 헌법 제117조 제1항에 따라 주민의 복리에 관한 모든사무를 자기책임 하에서 처리할 수 있는 自治權을 갖고 있다. 특히 도시지역에서는 도시의 성격형성, 기능의 원활화, 토지 이용의 효율화, 공공시설의 적정배치, 도시개발사업의 수행등을 적정하게 수행하기 위한 都市計劃業務가 중요하다. 그런데 현행의 도시계획법이나 同法에 대한 改正案은 도시계획업무의 수행에 있어서 地方自治團體의 自治權을 현저히 제한하고 있어서 거의 國家計劃化하고 있음은 주지의 사실이다. 물론 국토전체의 효율적인 이용과 개발의

균형, 국민생활 환경의 종합적인 관리등을 위하여 個別 地方自治團體의 계획이 제한될 수 있으며 또한 개별 지방자치단체의 計劃능력에 한계가 있어서 이를 보완할 수 있는 方法이 고려되어야 한다.

도시계획법 제10조 제1항은 도시기본계획의 수립에 있어서 수립권자로서 시장·군수를 예정하고 있으나 건설부장관의 승인을 요하도록 규정하고 있다. 여기서 승인의 기준여하에 따라서는 地方自治權이 중대한 侵害을 받을 수 있다. 또한 改正案은 승인에 있어서 地方議會의 意見을 듣도록 하고 있으나 그 法的效力이 문제된다.

도시계획법 제11조에 따르면 도시계획의 立案權은 市長·郡守가 갖고 있으나 국가 계획과 관련하여 필요한 경우에는 건설부장관이 도시계획을 立案할 수 있도록 규정하고 있어 중대한 예외를 인정하고 있다. 도시계획법 제12조는 도시계획의 결정을 건설부장관이 행하도록 규정하고 있어서 自治權을 중대하게 침해한다. 그 밖에도 都市計劃法은 지역·지구·구역의 결정권을 건설부장관이 행사하도록 규정하고 있어서 계획분야에 있어서 지방자치단체의 자치권은 현저히 제한을 받고 있다. 이와 같은 地方自治團體의 計劃高權에 대한 제

한이 헌법 제117조에 의한 地方自治에 대한 制度的保障과 合致될 수 있는지가 문제된 現행의 都市計画法은 地方自治制度가 官治行政으로 시행되던 舊時代의 法律이고 改正案도 自治權을 별로 고려하고 있지 아니하므로 이에 대한 근본적인 검토가 요구된다. 이를 위하여 먼저 지방자치제도에 대한 헌법상의 保障과 制限 및 그 제한의 한계를 살펴보고 도시계획법상의 문제되는 조항을 검토하여 보기로 한다.

II. 地方自治에 대한 憲法上的 保障

헌법 제117조 제1항은 “地方自治團體는 주민의 福利에 관한 事務를 처리하고 財産을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 하여 지방자치를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 이 헌법상의 규정은 일반적으로 지방자치에 관한 제도적 보장으로 이해되고 있는데, 지방자치단체의 자치권을 입법자의 폐지나 본질적인 변질로부터 보호하고 있다.¹⁾ 지방자치의 구체적인 내용은 헌법 제117조 제1항 후단, 제117조 제2항과 제118조 2항에 의하여 法律에 유보되어

있다. 따라서 입법자는 그의 재량에 따라 지방자치단체의 조직과 활동을 규율함으로써 지방자치제도를 具體化할 수 있고, 또한 지방자치단체의 자치권을 제한할 수도 있다. 그러나 입법자의 재량권도 헌법상 보장된 지방자치권의 本質적인 內容은 침해할 수 없다는 데 제도적 保障의 의미가 있다. 입법자의 恣意로 인하여 지방자치제도가 形해화되는 것을 방지한다는 점에서 지방자치에 대한 헌법상의 保障은 입법자의 입법권에 대한 제한이다. 지방자치제도에 대한 제도적 保障의 내용으로는 지방자치단체의 存립의 保障, 지방자치의 객관적인 保障, 지방자치단체의 주관적인 법적 지위의 保障을 들 수 있다.²⁾

1. 地方自治團體存立의 保障

헌법 제117조 제1항이 지방자치단체에 의한 공공업무의 처리를 규정함으로써, 지방자치단체라는 일정한 형태의 행정유형이 존재해야만 한다. 즉 지역적인 사무를 자치적으로 처리하는 지방자치단체가 존재해야만 한다. 국가는 지방적인 수준에서 지방업무를 처리하는 行政單位로서 지방자치단체를 폐지할 수 없고, 헌법상 보장된 내용과는 전혀 상이한 형태의 지방제도를 실시하지 못한다. 지방자치단체의 권리능력이나 행위능력을 제한하거나, 지방자치단체의 자치적인 독립성을 박탈하거나, 地域社團적인 요소를 배제하거나, 지방의회를 두지 않는 것 등은 헌법위반이 된다.³⁾ 이러한 存립의 保障은 개개 지방자치단체의

1) 예컨대 BVerfGE 1, 167(173); 9, 268(291); 11, 266(276); 38, 258(278); 50, 50; BVerwGE 6, 19(25); 45, 77(83); Pagenkopf Kommunalrecht, Bd. 1, S. 57ff.; Gönnerwein, Gemeindericht, S. 28; Stern, BK, Art. 28 Rdnr. 78; Scheuner, in: HkWP, Bd. 1, 2. Aufl., S. 18. 비판적인 견해로는 Richter, Verfassungsprobleme der kommunalen Funktionalreform, 1977, S. 123ff.; Knemeyer, in: F.S. für v. Unruh, S. 219.

2) Stern, Staatsrecht 1, S. 409; ders., F.S. für L. Fröhler zum 60. Geburtstag, S. 479f.

존립을 보장하는 것은 아니므로 지방자치단체의 통폐합, 분할, 지방자치단체 영역의 변경 등은 憲法違反이 되는 것은 아니며, 또한 도, 특별시, 직할시, 시, 군, 자치구 등은 헌법상 보장된 지방자치단체의 행정단위가 아니므로 이를 변경하는 것도 허용된다. 다만 그것이 지방자치단체에 대한 중대한 침해가 된다는 점에서 법치주의의 원칙 특히 比例의 原則에 어긋나지 않아야 한다.

2. 地方自治團體의 客觀的 保障

지방자치에 대한 헌법적인 보장은 또한 지방자치행정의 對象과 행정수행의 方法을 보장한다.⁴⁾ 즉 헌법 제117조 제1항은 주민의 복리에 관한 모든 사무(全權能性)를 자치적으로(自己責任性) 처리하는 것을 보장한다. 헌법이 지방자치의 본질적인 요소를 제도적으로 보장함으로써 다수당의 횡포에 의한 지방자치제도의 왜곡과 변질을 막고 있다.

가. 지방자치사무의 全權能性

헌법 제117조 제1항은 지방자치를 주민의 복리에 관한(모든)사무의 처리에 걸쳐 보장하고 있다. 즉 지방자치를 對象으로 보장하고 있다. 어떤업무가 지방자치단체의 사무로 되는가 하는 것이 개별적인 법률로 정해지는 것이 아니고 반대로 법률에 별도의 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 모든 사무가 포괄적으

로 지방자치단체의 사무가 된다. 따라서 지방자치법 제9조에 규정된 지방자치의 사무는 예시적인 것에 불과하고, 그에 속하지 않는 사무라 할지라도 그 지역과 특별한 관계를 지닌 사무는 모두 지방자치단체의 사무가 된다. 업무에 관한 전권능성은 지방자치단체의 활동영역을 보장하고 지방의 사정에 따라 융통성있고 능률적인 업무를 수행할 수 있는 적응력을 부여한다.⁵⁾ 전권능성의 가치는 그 지방자치단체가 갖고 있는 인적, 물적, 재정적인 능력에 의존한다. 즉 그러한 능력의 차이와 그 지방의 필요성에 따라서 각 지방자치단체가 처리하는 업무는 서로 다를 수 있다.⁶⁾

나. 自己責任性

헌법 제117조 제1항은 이와같은 지방자치단체의 활동영역의 보장과 더불어 그의 업무를 자기의 책임하에서 처리할 수 있는 권능을 보장한다. 이로써 헌법은 지방자치단체는 법의 테두리 내에서 외부의 간섭없이 스스로 선정한 사무를 자기가 合目的的라고 여기는 바에 따라서 처리할 수 있다. 이로써 지방자치단체는 지방적 차원에서 政治活動의 自由와 裁量을 가진다. 만약 이것이 없다면 헌법 제118조에 의한 지방자치단체에 대한 민주적 정당성의 부여는 의미를 상실하게 된다.⁷⁾ 자기 책임성의 원칙에 따라 지방자치단체는 무엇

3) Schmidt-Aßmann, in: v. Münch(Hrsg.), Bes. VerwR, 7. Aufl., S. 104; Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 324.

4) Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 325f.

5) Oebbecke, Zweckverbandsbildung und Selbstverwaltungsgarantie, 1982, S. 54f.

6) Erichsen, Kommunalrecht NW, S.329; Püttner, in: HkWP, Bd. 2., 2. Aufl., S.4; BVerwGE. 67, 321(323).

7) Vgl. Schmidt-Aßmann, in: v. Münch(Hrsg.), Bes. VerwR, 7. Aufl., S.109.

을, 어떻게, 언제 수행할 것인가하는 것과 더 나아가서 어떤 업무를 도대체 수행할 것인가를 자기의 책임하에 결정할 수 있다. 자기책임성의 표현으로서 지방자치단체에게는 일련의 “地方高權”이 부여된다. 이에는 지역고권, 인사고권, 재정고권, 계획고권, 조직고권, 조례고권 등이 포함된다. 이로써 지방적인 단계에서 의사결정의 중심체가 형성되게 되고, 위에서 말한 地方分權을 가능하게 한다.

3. 主權的인 法的地位의 保障

지방자치단체는 공법상의 사단법인으로서 법인격을 가진 權利主體이다. 헌법상의 지방자치에 대한 보장은 헌법제정권자의 입법자를 포함한 모든 국가기관에 대한 객관적인 명령일 뿐만 아니라, 위에서 말한 헌법상의 보장내용을 권리로서 지방자치단체에 귀속시키는 것을 포함한다.⁸⁾ 따라서 지방자치단체는 보장의무자에게 보장내용을 준수할 것을 요구할 수 있다.⁹⁾ 지방자치단체는 국가의 위헌, 위법한 자치권의 침해에 대해서 재판을 통해서 구제받을 수 있는 主觀的인 법적 지위를 갖는다. 이로써 지방자치단체는 입법자나 행정부의 지방자치권에 대한 침해에 대하여 방어할 수 있다. 이를 위하여 행정소송과 위헌법률심사, 헌법소송으로서 權限爭議審判이 있다.

Ⅲ. 地方自治權의 制限(法律留保)

1948년의 제헌헌법 제96조 제1항은 자치사무의 처리를 “법령의 범위내에서”한다고 규정하였으나, 제5차 개헌 이후 이러한 제약은 삭제되었다. 그러나 현행헌법 제117조 제1항에서 “법령의 범위 안에서”자치입법을 할 수 있다고 규정하고 있고, 제117조 제2항, 제118조 제2항에서 법률유보조항을 두고 있으므로 그러한 삭제를 통하여 달라진 것은 없다. 또한 지방자치단체의 자치권은 국가로부터 傳來한 것이라는 통설의 견해에 의하면, 자치권이 국가의 법질서 안에서 인정됨은 당연하다. 이러한 법률에 의한 지방자치권의 제한은 지방자치단체의 업무범위나 지방자치행정의 방법 모두에 관련된다.¹⁰⁾ 즉 全權能性과 自己責任性은 모두 법률에 의해 제한될 수 있다. 예컨대 입법자는 법률로써 지방자치단체에 어떤 업무를 위임할 수 있고, 자치사무중 어떤 것의 처리를 義務化할 수 있으며, 또한 특정 사무를 다른 지방자치단체나 국가에 귀속시킬 수 있다. 또한 업무처리의 절차, 재량권의 제

8) Stern, BK, Art. 28 Rdnr. 65f.;174ff.;Stüer, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, S. 65f.;Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd.1, S.59 m.w.N.

9) Ki-wu Lee, Kommunal awfsicht in der Bundesrepublik Dewtschland und in Korea, 1990, S.33

10) 독일에서의 지배적인 학설, 예컨대 BVerfGE 1, 167(178);7, 358(364);Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 49ff.;Stern, BK, Art. 28 Rdnr. 114, v. Mutius, Jura 1982, S.37. Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 329;Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S.196f. 다른 견해로는 Maunz, in:Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz. Kommentar, 1983, Art. 28 Rdnr.52;Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Auf1., 1967, S. 224.

한, 국가의 감독 등을 법률로써 규정할 수 있다.

여기서 말하는 法律이라 함은 형식적인 의미에서의 法律뿐만 아니라 이에 근거한 모든 실질적인 의미에서의 법률이 포함된다. 후자에 속하는 것으로는 각종의 法規命令, 條例, 規則 등이 포함된다. 다만 이들은 헌법이나 법률이 요구하는 요건을 충족시켜야 한다. 즉 法規命令은 헌법 제75조 혹은 제95조의 요건을 갖추어야 하며 조례와 규칙도 법률상의 요건을 갖추어야 한다. 行政府의 내부법인 行政規則은 여기서 말하는 法令에 포함되지 아니한다. 法律留保에 의하여 法律에 근거하지 아니한 自治權의 侵害는 憲法에 違反된다.¹¹⁾

IV. 自治權의 制限에 대한 限界

地方自治團體의 自治權은 法律의 범위내에서 보장되므로 立法者는 그의 立法裁量에 따라 地方自治團體의 自治權을 제한할 수 있다. 그러나 立法者의 立法裁量은 무제한 한 것이 아니며 憲法上의 一般原則이나 地方自治에 대한 制度的保障으로 부터 나오는 限界가 있다. 前者에 속하는 것으로 公益의 原則, 比例의 原則을 들 수 있고 後者에 속하는 것으로 本質的인 內容의 侵害禁止를 들 수 있다.

1. 公益의 原則

헌법 제117조 제1항은 地方自治權의 보장

11) Stern, BK, Art.28, Rdnr. 115; Widera, Zurverfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeinschaftlicher Planungshoheit, 1985, S. 50.

을 통하여 주민의 복리에 관한 업무를 원칙적으로 지방자치단체가 自己責任下에 실현하도록 함으로써 地方分權的인 國家行政體系를 예정하고 있다. 이에 따라 국가는 國民全體의 복리에 관한 초지방적인 업무의 처리에 머물고 주민의 복리에 관한 사무는 지방자치단체가 국가의 간섭을 받지 아니하고 독자적으로 처리하는 것을 원칙으로 하고 있다.

따라서 국가가 法律로써 地方自治團體의 自治權을 제한하는 것은 헌법 제117조의 취지상 地方分權으로는 실현할 수 없는 국민전체의 公益을 위하여 지방자치단체에 活動의 自由를 제한할 필요가 있는 경우에만 허용된다고 볼 수 있다. 즉 自治權의 制限目的은 超地方的인 국민전체의 公益을 위한 것에 한정된다고 본다.¹²⁾

2. 比例의 原則(過剩禁止의 原則)

비례의 원칙은 法治國家의 실질적인 내용을 이루는 正義의 개념에서 유래하는 憲法上의 原則으로서¹³⁾ 모든 국가권력을 구속한다. 따라서 自治權을 제한하는 立法者의 立法裁量도 比例의 原則에 의하여 제한된다. 비례의 원칙은 달성하려는 목적과 수단의 관계를 규율하는 法原則으로 다음과 같은 것을 그 내용으로

12) Vgl, Korte, VerwArch 61(1970), S. 55. ff.

13) BVerfGE15, 226(234);38,348(368);Jakobs, DVBl. 1985.S.101. 또한 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가 안전보장·질서 유지·공공복리를 위하여 「필요한 경우에 한하여」 ... 제한할 수 있다고 하여 비례의 원칙을 기본권 제한의 한계로 설정하고 있다.

한다.

가. 手段의 目的適合성의 原則

개인의 권리영역을 침해하는 국가의 조치는 그것이 추구하는 목적을 실현하기 위하여 적합한 경우에만 그 범위내에서 허용된다.¹⁴⁾ 立法者에 의해 투입된 수단의 도움으로 원하는 성과의 달성이 촉진되는 경우에 적합성이 존재한다.¹⁵⁾

나. 必要성의 原則(最小侵害의 原則)

이는 목적을 달성하기에 적합한 수단이 여럿 있을 경우에 개개인에게 최소의 침해를 가져오는 수단을 선택해야 한다는 것을 의미한다.¹⁶⁾ 적합한 수단이 동일한 효과를 가져오는 것이라면 그 중에서도 개인의 기본권 침해를 가장 덜 수반하는 수단을 선택해야 한다.¹⁷⁾

적합성의 원칙이 투입된 수단과 추구하는 목적의 관계를 규율하는데 비하여 필요성의 원칙은 적합한 모든 수단과 침해되는 法益의 관계에 관한 것이다.¹⁸⁾

다. 좁은 의미에서의 비례의 원칙(적정비례의 원칙)

적합하고 최소의 침해를 가져오는 수단이라 할지라도 그것이 목적으로 하는 것이 公共의 利益에 합치되지 아니하거나, 보호되는 법익에 비하여 희생되는 法益이 현저한 불균형관계에 있으면 그 수단은 허용되지 아니한다.¹⁹⁾

또한 그 희생은 침해당하는 자에게 기대가능 한 것이어야 한다.(Zumutbarkeit).²⁰⁾ 좁은 의미에서의 비례원칙은 수단의 투입으로 보호되는 법익과 침해되는 法益의 關係를 규율하는 법원칙이다.²¹⁾

비례의 원칙을 적용함에 있어서는 달성하려는 公益과 지방자치단체의 활동의 自由에 관한 法益간의 衡量을 요한다. 비례의 원칙에 의하여 입법자는 자치권을 과잉적으로 제한하는 것이 禁止된다.

3. 本質的인 內容의 侵害禁止

헌법 제117조 제1항이 地方自治를 制度的으로 보장하고 있는 특수성은 立法者의 自治權에 대한 제한을 허용하기는 하지만 立法者의 制限으로부터 절대적으로 보호받는 최소의 自己責任의인 업무수행을 보장하려는 데 있다. 이와 같이 헌법에 의해 絶對的으로 보호받는 自治權의 영역을 本質적 內容(Wesensgehalt) 혹은 핵심분야(Kernbereich)라고 부른다. 立法者가 이와 같은 본질적인 내용을 침해하는 것은 어떠한 경우에도 허용되지 아니한다. 그러나 문제는 自治權의 本質的인 內容을 어떻게 확정짓느냐 하는 것이 명확하지 않다는 데 있다. 독일의 판례는 지방자치에 대한 法的인 제한이 지방자치단체가 정상적인 활동을 할 수 없을 정도이거나 이를 단순한 의견상의 존재로 만들때 본질적인 내용의 침해가 있는 것으로 보고 있다.²²⁾ 독일의 學說과 판례는

14) BVerfGE 30, 292(315f), 250(262f);47,109 (117)

15) BVerfGE40, 196(222).

16) BVerfGE30, 292(316);37,1(21)

17) BVerfGE25, 1(18);33, 171(187);40, 196 (223)

18) Erichsen, Jura 1980, S.555.

19) Vgl.BVerfGE30, 292(316f);37,1(29f).

20) 이에 대해서는 Lücke, DöV 1974,769f.

21) Erichsen, Jura 1980, S. 555.

本質的인 內容의 확정을 위하여 다음과 같은 해석 원칙을 발전시켰다.

가. 歷史的인 方法論

무엇이 立法者의 침해로부터 보호받는 本質的인 內容에 속하는 지는 추상적으로 일반적으로 설명될 수 있는 것이 아니고 문제된 개별적이고 구체적인 사안에 대한 지방자치의 발전과 다양한 발현형태로부터 나온다고 하는 학설로서 독일연방헌법재판소의 일관된 견해이다.²³⁾ 이는 Carl Schmitt의 制度的保障理論에 근거한 學說이다. 立法者는 地方自治의 保障에 관한 헌법규정에 의하여 역사적으로 발전되어온 지방자치의 근본요소를 유지시킬 의무가 있다는 것이다. 이러한 방법에 의하면 立法者가 전래의 自治像에 합치되지 아니하는 制限을 하는 경우에 自治權의 本質的인 內容을 침해한 것이 된다. 歷史的인 方法을 엄격히 고집하는 경우에는 地方自治는 항상 과거의 것에 머물러야 하고 새로운 발전을 모색할 수 없게 된다. 이에 연방 헌법 재판소는 자치 행정을 형해화시키는 것이 아닌한 합리적인 발전은 허용하고 있으며 새로운 제도가 전례가 없다는 이유만으로 배척되는 것은 아니라고 하여 歷史的인 方法論을 상대화시키고 있다.²⁴⁾

나. 控除理論

이는 독일 연방행정재판소에 의하여 발전된

이론으로서 本質的인 內容을 소극적으로, 양적으로 결정하려고 한다. 이에 따르면 侵害의 허용성 여부는 立法的인 制限이 있는 후에 아직 남아있는 地方自治的인 요소의 量에 따라 결정된다.²⁵⁾ 즉 기본적인 업무분야가 박탈되는 경우에도 그것을 제외한 나머지 요소가 여전히 의미있고 자기책임성을 갖고 있는한 허용되는것으로 본다²⁶⁾ 이와같은 量的인 접근방법에 의하면 중요한 업무를 박탈하고 의미가 적은 업무를 自治化하는 것도 허용하게 되므로 自治權을 충분히 보장할 수 없게 된다.²⁷⁾

다. 典型的 형상론

이는 地方自治의 本質的인 內容을 구조나 유형을 변화시킴이 없이 어떤체도로부터 박탈할 수 없는 본질적인 진수라고 보는 학설이다.²⁸⁾ 이로써 보호되는 것은 地方自治의 전형적인 형상(das typische Erscheinungsbild)이라고 한다.

그러나 이 이론은 유형결정적인 요소(typusbestimmendes Element)를 찾기 위하여 연방 헌법재판소에 역사적인 方法論을 도입함으로써 실제상으로는 이와 근본적인 차이가 없다.²⁹⁾

라. 公益理論(Gemeinwohltheorie)

위의 理論들이 地方自治에 있어서 不可侵의 본질적인 內容을 찾으려고 하는데 비하여 이 이론은 本質的의 內容을 규명함이 없이 侵害를 중심으로하여 그것이 公益原則에 適合한지

22) BVerfGE 38. 258(279);BVerwG, NvwZ 1984, 378

23) Vgl.BVerfGE 1, 167(178);7, 358(364);11, 351(356);17,172(182);26,172(181);26,228 (238);38, 258(278f) 등

24) BVerfGE 23, 353(367);52,95(117)

25) BVerwGE 1, 266(273);2,295(300), 6, 19(25)

26) BverwGE 6, 19(24f)

27) Kühn, Das Prinzip der Allzuständigkeit der Gemeinden, 1971, S. 36f.

28) Sfern, Staatsrecht I, S. 416

29) Thiele, DöD 1979, S. 146

의 여부를 기준으로 合憲性を 판단하려는 이론이다. 즉 地方自治權에 대한 侵害는 오로지 公益 특히 超地方的인 필요에 의해서만 정당화된다고 한다.³⁰⁾ 이는 本質的인 內容을 규명하려는 것이 아니라 그 代案으로서 오로지 制限目的의 公益合致性여부로 制限의 憲法的인 正當性を 결정하려고 시도하는 이론이다. 따라서 이는 본질적인 내용에 관한 이론이라기 보다는 앞에 설명한 바와 같이 자치권의 제한에 대한 헌법상의 범원칙이라고 보는 것이 타당하다.

마. 私 見

立法者の 自治行政에 대한 立法裁量의 限界로서의 本質的인 內容은 기본적으로는 헌법이 前提로하고 있는 自治像을 기준으로 한다고 본다. 헌법에 보장된 제도는 특정한 시대의 역사적 상황에 의해 구체화된 제도를 수용하고 있는 것으로 볼 수 있기 때문에 기본적으로 歷史的 方法論이 타당하다. 다만 헌법의 時代性 내지 歷史性은 미래에 대하여 폐쇄적인 것이 아니라 開放的인 면을 동시에 갖고 있으므로 변화된 시대에 적용하는 合理的인 發展은 허용된다.

따라서 地方自治權을 제한하는 법률은 그 제한의 목적이 超地方的인 국민전체의 公益에 봉사하는 것이고 比例의 原則에 합치되며 歷史的으로 발전되고 時代的 價値觀에 부응하는 自治像에 合致되는 경우에만 허용된다.

이상에서 밝혀진 제한의 한계를 기준으로

하여 都市計画法에 의한 自治權의 제한을 다음에 살펴본다.

V. 都市計劃의 수립에 있어서 自治權의 制限과 그 限界

1. 都市計劃의 의의

都市計画法 第2條 第12項 第1號는 도시계획을 다음과 같이 定義하고 있다.

도시계획이라 함은 도시계획구역안에서 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕·질서와 공공복리의 증진을 위한 토지이용, 교통, 위생, 환경, 산업, 보안, 국방, 후생 및 문화등에 관한 다음의 계획을 말한다.

가. 도시계획구역 및 제2장 제2절의 규정에 의한 지역·지구·구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 그 지역·지구·구역안에서 정하는 계획

나. 도로·광장·주차장·자동차정류장·철도·궤도·삭도·고속철도·하천·운하·항만·공항·녹지·공원·운동장·유원지·관망탑 공공공지·공용의 청사·학교·도서관·시장·공동묘지·수도·하수도·공동구·도살장·화장장·쓰레기 및 오물처리장·전기공급설비·저수지·방풍설비·가스공급설비·유류저장및 송유설비·열 공급설비·방화설비·유통업무설비·방수설비·사방설비·방조설비 기타 대통령령으로 정하는 시설의 설치·정비·개량에 관한 계획

다. 토지 구획정리사업, 일단의 주택지 조성사업, 시가지 조성사업, 일단의 공업용지 조성사업 또는 재개발 사업에 관한 계획

都市計画法上的 도시계획의 定義는 대단히 복잡하고 체계적인 것이 아니다. 이를 정리하면 「도시계획은 도시의 건전한 발전과 기능의

30) Unruh, in;v. Münch(Hrsg), Bes, VerwR, 6. Aufl., S. 100;Richter, Verfassungsprobleme der Kommunalen Funktionalreform, S.121; Korte, VerwArch, S. 58ff.

증진을 통하여 공공의 안녕질서와 공공복리를 증진시키기 위한 도시계획구역의 토지이용, 도시계획시설, 도시계획사업에 관한 계획을 의미한다」고 볼 수 있다.

여기서 도시계획시설이라함은 동법 동조 동항 제3호에 따라 제1호의 나목과 다목의 계획에 의하여 設置되는 施設을 의미한다. 주의할 것은 여기서 나목과 다목에 규정된 도시계획시설은 열거적인 것이 아니라 例示的인 것이라고 보아야 한다. 만약 이를 한정적인 열거라고 보는 것은 헌법 제117조 제1항과 합치되지 아니한다. 따라서 이에 예시되지 아니한 시설도 도시계획으로 계획할 수 있다. 도시계획사업이라 함은 동항 제4호에 따라 都市計劃을 시행하기 위한 사업을 의미한다.

2. 都市計劃 區域

도시계획구역이란 도시계획이 시행될 구역을 의미한다. 이에 대해서는 도시계획법 제3조가 규정하고 있으며 다음과 같은 것이 있다.

가. 市·邑 地域

시·읍은 도시계획법 제3조 제1호에 의하여 당연히 도시계획구역에 포함된다. 이들 구역은 반드시 도시계획구역에 포함되어야 한다.

나. 關係시장·군수의 신청으로 建設부장관이 인정한 구역

도시계획법 제3조 제2호에 의하여 市·邑이 외의 지역으로 關係시장·군수의 신청에 의하여 建設부장관이 시 또는 읍에 시행하는 도시계획의 시행상 필요하다고 인정하는 구역이다. 여기서 建設부장관의 인정은 시장·군수의 신청에 대한 승인으로서의 法的 性格을 갖는

다.

다. 建設부장관이 指定한 지역

建設부장관이 특히 도시계획을 시행할 필요가 있다고 인정한 구역은 동법 제3조 제3호에 따라 도시계획구역으로 된다.

그런데 國토이용관리법 제6조 제1호 및 제14조의 2 제1호에 의해 도시지역으로 지정된 지역에 도시계획이 수립 시행되어야 하며 제13조의 3에 의해 도시계획법에 의한 도시 계획 구역의 지정은 都市地域안에서 하여야 한다. 따라서 도시계획구역은 國토이용계획에 의하여 도시지역으로 지정된 구역 중에서 도시계획법 제3조의 각호에 해당하는 구역이다. 도시계획구역의 지정에 있어서 지방자치 단체의 自治權은 매우 제한당하고 있다. 도시계획 구역의 지정이 도시계획에 있어서 가장 기초가 된다는 점에서 地方自治團體의 自己責任性이 보장되도록 관련법규의 개정이 요구된다.

3. 도시계획의 수립 과정

가. 都市基本計劃의 수립

1) 도시기본 계획의 의미

도시기본계획이란 도시계획법 제10조의 2에 의하여 수립되는 장기도시개발의 방향 및 도시계획입안의 지침이 되는 계획을 의미한다. 도시기본계획은 20년 단위로 수립된다.

도시기본계획은 住民이나 토지의 소유자 등을 直接 拘束하는 外部的 效力을 갖고 있지 않다. 그러나 도시기본계획은 장기적인 도시개발의 방향을 제시하고 도시계획입안의 指針이 된다는 점에서 行政內部的인 拘束力을 갖는다.

따라서 都市計劃의 前단계로서의 의미를 갖

는다.

2) 계획수립권자

도시기본계획의 수립권자는 도시계획법 제 10조의 2 제1항에 따라 당해 도시계획구역에 관할하는 시장·군수이다. 여기서 시장·군수는 지방자치의 法的 代表機關이므로 결국 도시기본계획의 수립권자는 당해 地方自治團體이다.

3) 계획수립절차

(가) 공청회

시장·군수는 도시기본계획의 수립에 있어서 도시계획법 제16조의2 제1항에 따라 공청회를 열어 住民 및 관계전문가의 의견을 청취하고 그 의견이 타당하다고 인정한 때에는 이를 계획수립에 반영하여야 한다. 이는 주민의 참여 기회를 보장하고 주민의 다양한 이해관계를 수렴한다는 점에서 行政의 民主化와 관련하여 의미가 크다.

(나) 도시기본계획에 대한 承認

시장·군수가 수립한 도시기본계획은 도시계획법 제10조의2 제1항에 따라 건설부장관의 承認을 받아야 한다. 도시기본계획을 변경하는 경우에도 마찬가지이다. 건설부 장관이 도시계획을 승인하고자 하는 경우에는 동법개정안 제10조의2 제2항에 따라 미리 地方議會의 의견을 들은 후 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 중앙도시계획위원회의 의결을 거쳐야 한다. 다만 신청자가 미리 당해 지방의회의 의견을 들어 신청한 경우에는 다시 지방의회의 의견을 들을 필요가 없다.

건설부장관의 승인 절차로서 개정법률안에서 地方議會의 의견을 들도록 한 것은 지방자치의 정신을 반영한 것이긴 하나, 지방자치단체장의 立案節次와 地方議會의 의견 청취를 별개의 절차로 분리한 것은 地方自治團體의

의사결정을 二元化하는 것으로 바람직하지 않다. 立法論으로서 地方自治團體의 長이 地方議會의 議決을 거쳐 도시계획을 수립하도록 하고 건설부장관의 承認을 얻도록 하는 것이 地方自治團體의 의사결정의 일관성을 보장하고 自治精神에 보다 충실하다. 건설부 장관의 承認에 대해서는 뒤에 별도로 논하기로 한다.

나. 都市計劃의 수립

도시계획은 도시계획법에 따라 立案節次와 決定節次로 구성되어 있다.

1) 도시계획의 立案權者

도시계획의 立案權者는 도시계획법 제11조 제1항에 따라 원칙적으로 시장·군수이다. 다만 국가계획만 관련하여 필요하다고 인정된 경우에는 건설부장관이 직권 또는 관계 중앙행정기관장의 요청에 의하여 관할 시장·군수의 의견을 들은 후 입안할 수 있다. 이에 따라 도시계획의 입안권자는 원칙적으로 시장·군수이며 예외적으로 건설부 장관이 된다. 市와 郡 또는 2개이상의 市나 郡의 행정구역에 걸치는 도시계획을 입안하고자 하는 경우에는 동조 제2항에 따라 관계시장 또는 군수의 협의에 따라 공동으로 立案할 자를 정한다.

만약 협의가 이루어 지지 아니한 경우에는 동조 개정안 제3항에 따라 관할 도지사 또는 건설부 장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 입안할 자를 지정한다. 이 범위내에서 지방자치단체의 自治權은 침해된다. 立法論으로서 건설부장관이 입안할 자를 추천할 수 있다라고 함이 自己責任性에 合致된다.

國家計劃과 관련된 경우 건설부장관이 立案權을 갖게한 것은 자칫하면 自治權의 空洞化를 가져올 우려가 있다. 따라서 동조 제1항의

「국가계획과 관련하여 필요한 경우」란 엄격하게 해석하여야 하며 國家計劃事項에 해당하는 경우로 보아야 한다. 이는 원래 국가계획사항이지 도시계획사항은 아니라고 해석하여야 한다.

2) 立案節次

(가) 기초조사

도시계획을 입안하기 위하여 시장·군수는 도시계획법 제15조 및 동법 시행령 제11조에 따라 기초조사를 하거나 측량을 할 수 있다. 도시계획의 결정후에는 시장·군수가 건설부 장관이 정하는 일정한 기간마다 이를 조사 분석하여 건설부장관에게 보고하여야 한다(동법 개정안 제15조 제2항). 문제되는 것은 도시계획법 제15조 제3항에서 건설부장관이 보고를 분석한 결과 도시계획의 변경이 불가피하다고 인정한 경우에 도시계획의 변경을 命할 수 있게 하고 있는 점이다. 건설부장관의 도시계획 변경 명령권은 지방자치단체의 自己責任성을 심하게 침해한다. 따라서 도시계획의 변경명령권은 기초사안의 변경으로 도시계획이 법률이 합치되지 않게 된 경우에 한정된다고 보아야 헌법 제117조 제1항에 합치된다. 즉 도시계획의 合法性을 보장하기 위한 경우에 한하여 건설부 장관의 도시계획변경명령권이 인정된다.

(나) 주민의 의견청취

시장·군수는 도시계획을 입안함에 있어서 동법 제16조의2 제2항에 따라 주민의 의견을 청취하고 이를 도시계획에 반영하여야 한다. 다만 경미한 경우, 국방상의 기밀을 요하는 경우에는 이를 생략할 수 있다.

3) 都市計劃의 결정절차

(가) 決定權者

도시계획은 동법 제12조에 따라 건설부장관이 職權 또는 都市計劃 立案者의 신청에 의하여 건설부장관이 決定한다. 도시계획은 원칙적으로 시장·군수가 입안하므로 대개의 경우 시장·군수의 신청에 의하여 건설부장관이 決定한다. 따라서 건설부 장관이 직권으로 도시계획을 決定하는 것은 동법 제11조 제1항의 단서규정에 의해 건설부장관이 입안한 경우라고 보아야 한다. 어느 경우이건 현행법에 의하면 도시계획의 결정권자는 건설부장관이 된다. 여기서 “決定”이 무엇을 의미하는지가 분명하지 않다.

만약 이를 도시계획의 수립 그 자체로 보거나 合目的인 변경, 수정 등을 포함하는 것으로 해석한다면 이는 헌법 제117조 제1항의 自己責任성과 합치되지 아니한다. 건설부 장관의 都市計劃 決定이란 시장·군수가 立案한 도시계획이 法的 效力을 발생하기 위한 요건이라고 보아야 한다. 이런 의미에서 건설부장관의 決定이란 결국 시장·군수가 입안한 都市計劃에 대한 承認이라고 보아야 한다. 즉 여기서 말하는 決定權者는 法的인 의미로는 承認權者로 해석하여야 한다.

(나) 결정절차

건설부장관이 도시계획을 결정함에 있어서는 동법 제12조 제1항에 따라 먼저 地方議會의 意見を 들은 후 중앙도시계획위원회의 의견을 거쳐야 한다. 다만 미리 지방의회 議決을 거쳐 결정(승인)을 신청한 경우에는 다시 지방위원회의 의견을 들을 필요가 없다. 여기서 地方議會의 의견을 듣도록 한 것은 自治權을 존중한다는 의미를 가지나 이를 도시계획의 立案節次(수립절차)에 포함시키지 아니하고 決定(承認)節次에 포함시킨 것은 절차를 복잡

하게하고 지방자치단체의 意思決定節次를 二元化하므로 不合理하다. 立法論으로서는 시장·군수가 도시계획을 立案하여 지방의회의 의결을 거쳐 건설부장관의 결정(승인)을 신청하도록 하는 것이 바람직하다. 또한 地方議會의 의견이 도시계획의 결정에 拘束力을 갖는가 하는 것이 문제된다.³¹⁾ 地方議會가 住民의 政治的 代表機關이고 도시계획이 住民의 權利·義務에 중요한 영향을 미치는 점에서 지방의회의 의견제시를 위한 議決은 政治的 決定이며 拘束的이라고 본다. 또한 후술하는 바와 같이 合法性의 통제인 決定 節次(승인 절차)에 合目的性에 관한 政治的 決定인 지방의회의 의결을 포함시킨 것도 모순이다. 따라서 지방의회의 의결은 구속적이며 도시계획의 결정절차가 아니라 수립절차에 포함시켜야 한다.

(다) 고시 및 공람

건설부장관은 결정된 도시계획을 도시계획법 제12조 제4항 및 동법 시행령 제8조에 따라 지체없이 이를 관보에 고시하고 시장·군수에게 송부하여 이를 일반에게 공람시켜야 한다.

(라) 地籍告示

시장·군수는 도시계획의 결정이 있는 경우에 동법 제13조에 따라 지적도면을 작성하여 건설부장관의 승인을 받아야 한다. 다만 건설부장관은 동조 제2항에 따라 필요하다고 인정할 경우에 직접 지적도면을 작성할 수 있다.

건설부장관이 직접 지적도면을 작성하는 것

은 地方自治團體의 自治權을 심하게 侵害하는 것으로 合理的인 理由가 없다. 건설부장관은 승인된 지적도면을 관보에 고시하고 시장·군수에게 송부하여 이를 일반에게 공람시켜야 한다.

지적도면의 승인 및 고시는 도시계획의 효력발생요건이 아니라 동법 제 14조에 따라 지적도면의 승인신청이 일정기간 없을 경우 도시계획을 실효시키는 기능을 한다.

(마) 地域·地區·區域에 관한 決定權

① 法律의 내용

a. 地域의 지정

도시계획법 제17조에 따라 건설부장관은 도시계획구역안에서 토지의 경제적이며 효율적인 이용과 공공의 복리를 증진하기 위하여 필요하다고 인정한 경우에는 주거지역, 상업지역, 공업지역, 녹지지역의 지정을 도시계획으로 결정할 수 있다.

b. 地區의 지정

건설부장관은 도시계획법 제18조에 따라 도시계획 구역안의 공공의 안녕질서와 도시기능을 증진하기 위하여 풍치지구, 미관지구, 고도지구, 방화지구…… 등을 도시계획으로 결정할 수 있다.

c. 區域의 지정

건설부장관은 동법 제20조 내지 제22조에 따라 특정시설 제한 구역, 시가화 조정구역, 상세계획구역, 광역계획구역, 개발제한구역, 도시개발 예정구역을 지정할 수 있다.

② 問題點

지역, 지구, 구역의 指定決定權을 건설부장관이 일방적으로 행사할 수 있도록 규정하고

31) 최근 대구시와 건설부장관은 구속력이 없다고 해석한 바 있다(자치통신 제11호, p26 참조).

있는 도시계획법은 地方自治團體의 自治權을 본질적으로 侵害하고 있다. 이 범위내에서 도시 계획은 國家計劃化 되었다고 볼수 있다. 따라서 地方自治團體의 自治權을 보장하는 헌법 제117조 제1항과 合致되지 아니한다. 지역, 지구, 구역 등의 토지 이용규제는 국가계획 사항에 속하는 것은 도시계획이 아니라 國土利用管理計劃으로 정하고 도시계획입안자에게 적응의무를 부과하는 한편 그 과정에 地方自治團體의 참여를 보장하고, 그 밖에는 당해 지방자치단체가 自己責任下에 결정할 수 있도록 하여야 한다.

4. 都市計劃의 承認에 따른 法的問題

도시 계획의 승인, 도시계획의 결정(승인) 등은 지방자치단체의 計劃高權을 제한하는 성격을 가지므로 그 限界가 문제된다. 이에 이를 별도로 고찰해 본다.³²⁾

가. 承認留保의 의의

국가는 지방자치단체의 일정한 법적행위에 대하여 법률로 승인을 유보함으로써 지방자치단체의 행정작용에 사전적·예방적으로 관여할 수 있다.

승인의 유보는 지방자치단체와 국가의 관계를 형성하는 제도중의 하나로서 오래전부터 존재해 왔다. 헌법이 지방자치를 제도적으로 보장하고 있으며 지방자치법이나 그 밖의 특별법이 예외적인 경우에만 일정한 지방자치단체의 행위를 승인의 유보하에 두고 있다는 점에서 원칙적으로 “승인으로 부터의 자유의 원

칙(Grundsatz der Genehmigungsfreiheit)”이 妥當하다.³³⁾ 따라서 지방자치단체는 법률이 승인의무를 명백히 규정하고 있는 경우에만 국가의 승인을 받을 의무가 있다. 법의 근거없이 국가감독청은 지방자치단체에게 승인 의무를 부과할 수 없다.

승인의 유보라 함은 「지방자치단체의 행위가 국가의 승인을 받음으로써 비로소 유효하게 되도록 하는 지방자치단체의 자치권에 대한 법적인 제한」³⁴⁾이다. 따라서 지방자치단체의 일정한 행위가 법률의 규정에 의해서 국가의 승인을 받게 되어 있으면 국가의 승인이 있는 경우에 비로소 유효한 것이 되며, 국가가 승인을 하지 않는 경우에는 다른 요건을 갖추었다더라도 법적인 효력을 발생하지 아니한다. 이러한 의미에서 승인은 지방자치단체행위의 유효조건이다. 다만 승인이 지방자치단체의 행위에 있어서 그 구성부분이 되는 것은 아니므로 성립요건으로 볼 것은 아니다.³⁵⁾

나. 承認의 기준

국가가 지방자치단체에 대한 승인을 함에 있어서 기준이 무엇인가가 문제된다. 이에 대하여 독일의 학설은 대립하고 있다. 행정실무상으로는 지방자치단체의 재량결정에 대한 合目的性的의 통제가 행하여 지고 있어 그 合憲性

32) 이에 대하여 자세한 것은 이기우, 지방자치행정법, 1991, 135면 이하 참조.

33) Lohr, Satzungs-gewalt und Staatsaufsicht, 1963, S. 82f.; Schmitt-Jortzig, Kommunalrecht, § 14 Rdnr.643

34) Keller, Die staatliche Genehmigung von Rechtsakten der Selbstverwaltungsträger, S. 43; Pagenkopf, kommunalrecht, S. 385.

35) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.157; Menger, VerwArch 52(1961), S. 410 ff.

이 문제된다.

승인의 유보는 감독수단으로서 법적인 근거를 요한다. 감독관청은 승인을 함에 있어서 근거법에 규정한 기준에 기속된다. 따라서 문제의 핵심은 입법자가 법률로써 지방자치단체의 일정한 행위에 대해서 승인을 유보하면서 승인의 기준으로서 재량통제를 인정하는 것이 헌법적으로 허용될 수 있는가 하는 점이다. 지방자치를 헌법에 제도적으로 보장한 근본취지는 입법자가 법률로 지방자치를 형해화시키거나 그 본질을 왜곡시키지 못하도록 하는 데 있다. 즉 입법자는 헌법상의 법률유보에 의해서 지방자치행정의 내용을(따라서 국가감독의 내용을 포함하여) 그의 입법재량에 따라서 형성할 수 있지만 지방자치의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 일부의 학자들은 법률유보에 따라 지방자치의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 재량통제를 법률로 허용할 수 있다고 한다.³⁶⁾ 이러한 경우에 입법자는 감독관청이 법적감독을 넘어서 재량결정을 할 수 있음을 분명히 밝혀야 한다고 한다.³⁶⁾

법률규정에 의한 재량통제의 허용성에 대한 반론은 헌법상 보장된 자치권의 본질적인 내용의 하나를 이루는 자기책임성으로부터 나올 수 있다. 자기책임성의 핵심적인 내용은 재량 문제에 관해서 지방자치단체가 외부(특히 국가)의 지시를 받음이 없이 스스로 합목적적이라고 판단하는 바에 따라서 결정할 수 있음을 의미한다(지시로부터의 자유).³⁸⁾ 감독관청이 지시를 통해서 무엇이 합목적적이고 무엇이

행해져야하는지를 결정할 수 있다면 지방자치단체는 그것을 자기책임하에서 처리한다고 볼 수 없다. 감독청이 재량적인 고려에서 승인을 거절하는 것은 재량권의 행사에 대한 소극적인 개별지시라고 볼 수 있다.³⁹⁾ 이러한 종류의 업무수행은 더 이상 “자치행정”이라 할 수 없고 전형적인 “위임행정”에 속한다고 보아야 한다.⁴⁰⁾ 즉 합목적성의 통제를 입법적으로 허용하는 것은 자치사무를 위임사무나 국가사무로 전환하는 것을 의미한다.⁴¹⁾ 따라서 지방자치단체의 자치사무에 관한 승인의 유보로 감독관청은 지방자치단체의 행위가 적법한가의 여부만을 심사할 수 있음에 그친다.

이러한 의미에서 승인은 지방자치활동에 대한 사전적인 합법성의 선언이라고 보아야 한다.

VI. 結 論

1. 地方自治團體의 도시계획에 대한 업무는 지방자치단체의 가장 중요한 업무 중의 하나이다. 도시계획을 함에 있어서 지방자치단체

38) Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 329; Stern, BK, Art.28 Rdnr.94; Schmidt-Jortzig, Edzard, Kommunalrecht, Stuttgart 1982, §12 Rdnr.480; Wolf / Bachof / Stober, Verwaltungsrecht II, §86 Rdnr. 86.

39) Müller, Klaus, Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, VerwArch 54(1963), S. 184.

40) Barion, Hans, Die sozialetische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund, Der Staat 1964, S.23.

41) Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 313.

36) Gönnerwein, a.a.D., S.177; Lohr, a.a.O., S. 95

37) BVerwGE 16, S. 312(315); Friauf/Wendt, Rechtsfragen der Kreisumlagen, 1980, S. 18

는 외부의 간섭을 받지 아니하고 自己責任下에서 수행할 수 있음이 원칙이다.

2. 지방자치단체의 計劃高權에 대한 제한은 法律로써만 할 수 있으며 立法者의 立法裁量은 憲法上の 諸原則에 合致되어야 한다. 이에 속하는 것으로서 公益의 原則, 比例의 原則, 本質的인 內容의 侵害禁止를 들 수 있다.

3. 도시계획법 제10조의2 제1항에 의한 도시기본계획의 승인은 合法性의 통제에 한정된다. 동조 개정안에서 승인절차로서 지방의회의 의견을 듣도록 한것은 不合理하므로 수립 절차에 포함시키는 것이 타당하다. 이에 따라 도시기본계획은 시장·군수가 입안하고 지방의회의 의결을 거쳐 결정되며 건설부장관의 승인으로 효력을 발생하는 것으로 改正함이 바람직하다.

4. 도시계획법 제11조 제1항이 도시계획의 입안권자로 시장·군수 또는 건설부장관으로 규정하고 있으나 건설부장관의 立案權은 국가계획자체의 立案에 한정된다고 해석해야 한다. 이는 국토이용관리법의 규율대상이자 도시계획법의 규율 대상이 아니다.

5. 도시계획법 제11조 제3항에서 도지사 또는 건설부장관의 도시계획입안자의 指定權은 지방자치단체의 自己責任性和 合致되지 아니한다.

6. 도시계획법 제15조 제3항에 의한 건설부장관의 도시계획변경명령권은 기초사실의 변경으로 기존의 도시계획이 違法하게 된 경우에 한정된다고 해석하여야 한다.

7. 도시계획법 제12조의 도시계획의 “결정”은 도시계획에 대한 承認으로 해석하여야 하며 合法性의 事前的 統制에 한정된다. 決定(承認)節次로서 地方議會의 意見을 듣도록 한

것은 지방자치단체의 의사결정과정을 二元化하고 合法性의 심사에 合目的性에 대한 지방의회의 의결을 포함시키므로 모순된다. 따라서 도시계획의 수립은 지방자치단체장인 시장·군수가 입안하고 지방의회가 의결하며 지방자치단체장의 신청에 의하여 건설부장관이 승인하는 것으로 改正해야 한다.

8. 도시계획법 제13조 제2항이 건설부장관이 필요한 경우에 직접 지적도면을 작성할 수 있게 한 것은 地方自治團體의 自己責任性和 合致되지 아니하므로 삭제해야 한다.

다만 지방자치단체가 기간내에 지적도면을 작성하지 아니하는 경우 代執行으로서 건설부장관이 지적도면을 작성할 수 있게 가하는 것은 가능하다.

9. 도시계획법 제17조의 地域의 指定, 제18조의 地區의 지정, 제20조 내지 제22조에 의한 區域의 指定을 건설부장관이 할 수 있도록 규정한 것은 지방자치단체의 自己責任性和 合致되지 아니한다. 그 중에서 국가계획사항에 속하는 것은 국토이용관리계획으로 定하도록 하고 이에 지방자치단체의 참여를 보장하도록 해야 한다.(국토이용관리법 제7조 제4항, 제6항) 그 밖의 사항에 대해서는 지방자치단체가 자기책임하에 결정할 수 있도록 근거법을 개정해야 한다. 다만 도시계획이 上位計劃에 대한 적용의무를 보장하기 위하여 承認業務를 보장하는 것은 헌법 제117조 제1항에 위반되지 아니한다.

10. 도시계획에 관하여 市(특별시, 직할시 포함)·郡에게만 권한을 부여하고 自治區에 관하여는 전혀 규정하고 있지 아니하다. 이는 自治區의 自治權을 本質的으로 侵害한다.