

국토계획에 있어서 지방자치단체의 계획고권의 적용에 관한 연구

Applications of Local Government's Plan Sovereignty in National Plan

김 성 호 (한국지방행정연구원 책임연구원)
박 신 (한국도로공사 책임연구원)

- I. 서론
- II. 국토계획의 개념 및 법적 근거
- III. 지방자치의 보장과 계획고권
- IV. 계획고권의 제한 및 조정
- V. 결론

Abstract

As we shall see, plan is by no means a new thing. But, full-scale enforcement of local autonomy changed the centralization system into the decentralization system. Especially, this change brought many troubles into the central government and the local government related to plan. These days, autonomous authority of the local government in the national land planning had been very limited. In order to solve such discords, it is essential to ensure local government's participation for the national land planning. In a legal system the autonomous powers of the local government are constitutionally guaranteed to them.

I. 서론

지방자치단체의 계획고권(Planungshoheit)은 지방자치단체가 국가의 지시에 엄격하게 구속되지 않으면서 고유의 정치적·행정적 형성권 내지 결정권에 따라 자გი지역의 건설을 합목적적으로 행하거나 토지이용에 관하여 확정할 수 있는 권한을 말한다. 따라서 계획고권은 지방자치단체가 자გი지역의 전체적 공간질서를 적극적으로 형성·발전시키고 이를 구속적으로 확정하는 권한인 것이다. 그런데 지방자치단체의 계획고권은 지방자치가 발전하고 있는 현재에 있어서도 충분히 인정되지 않고 있다. 특히 공간적 조건의 형성에 관한 국토계획(Raumplanung)은 종합적인 측면에서의 조정을 필요로 하는 특성을 갖고 있는 관계로 지방자치단체의 계획고권은 주도적으로 기능하지 못하고 있는 것이 현실이다. 국토계획의 내용은 지방자치단체 및 그의 주민과 밀접하게 관련되어 있는 경우가 많기 때문에 이와 같은 경우에는 계획의 수립과정에 당해 지방자치단체의 이해관계가 반영될 수 있도록 그 결정과정에 참여하거나 의견을 진술할 수 있어야 할 것이다. 지방자치단체의 상위계획 또는 타계획에 대한 참여는 逆流原則(Gegenstromprinzip)¹⁾의 구체적 표현(Friauf, 1976: 528)이라 할 수 있지만, 이것을 어떻게 자리 매김 할 것인가에 대하여 학설도 이에 대하여 별로 관심을 기울이지 않고 있다. 이

1) 독일공간계획법(Raumordnungsgesetz) 제1조제4항은 "개발공간(Einzelumgebung)질서는 전체공간(Gesamtraum)질서에 적합해야 한다. 전체공간질서는 개발공간의 제조건과 요구를 고려해야 한다"고 규정하여 역류의 원칙을 표명했다. 역류의 원칙은 동일한 영역에 관련된 계획조치는 모두 상호 의존한다는 인식에 근거한 것으로서 그것은 '아래에서 위로 그리고 동시에 위에서 아래로의 조정'을 도모하는 원칙으로서 상위계획과 하위계획간의 계획체계의 적합성을 확보하기 위한 기본원칙이다. 이 원칙에 의하면, 일방에 있어서 하위계획주체의 적합의무(Anpassungspflicht)가 확정되지만, 그러나 타방에 있어서 하위계획주체의 참여권의 보장 또한 불가결한 문제로 된다.

러한 문제도 결국은 지방자치의 헌법적 보장에서 그 이론적 근거를 도출할 수밖에 없을 것이다. 이러한 견지에서 이하에서는 국토계획의 개념 및 법적 근거를 살펴보고 국토계획에 있어서 지방자치단체의 계획고권의 조정 내지 적용에 관한 문제를 지방자치의 헌법적 보장과의 관련하여서 고찰하기로 한다.

Ⅱ. 국토계획의 개념 및 법적 근거

1. 國土計劃의 概念

각종 계획들은 다양한 수준에서 서로 밀접히 연관되어 있는 경우가 많기 때문에 이들을 명확히 구분하는 것은 사실상 불가능하다. 국토계획 또한 무수히 많은 계획을 통하여 이루어지고 있으며 그 법형식 또한 매우 다양하다. 그럼에도 불구하고 그 적용영역 또는 차원의 상위를 고려함으로써 개별·구체적인 경우 계획의 수립주체, 효과 및 통제방법 등을 구별할 수 있으므로 계획의 구분은 필요하다고 할 것이다(Brohm, 1986: 777). 국토계획은 국토건설종합계획법에 따른 전국, 특정지역, 도, 시·군 차원의 국토건설종합계획과 국토이용관리법에 따른 국토이용계획이 있으며, 보다 구체적인 계획으로는 도시계획, 수도권정비계획 등을 들 수 있다. 국토건설종합계획이란 국가 또는 지방자치단체가 실시할 사업의 입지와 시설규모에 관한 목표 및 지침이 될 사항에 관한 종합적이며 기본적인 장기계획을 말하고(국토건설종합계획법 제2조), 국토이용계획이란 국토의 종합적인 이용·관리에 관한 견지에서 토지를 그 기능과 적성에 따라 가장 적합하게 이용·관리하기 위한 계획을 의미한다(국토이용관리법 제2조). 이와 같은 국토건설종합계획법과 국토이용관리법에 따른 국토계획은 초지역적 종합계획이라 할 수 있고, 도시계획법에 따른 도시기본계획과 도시계획은 지역적 종합계획이라 할 수 있다.²⁾

1) 政治的 計劃으로서 國土計劃

국토계획은 국가 또는 지방자치단체의 목표와 지침이 될 종합적이며 기본적인 계획을 말한다. 따라서 국토계획은 통치작용으로서 미래의 정치적 형성방향을 제시하는 국가지도적 계획으로서 행정부와 의회에 의하여 수립된다. 이러한 의미에서 국토계획은 정치적 계획

2) 초지역적 종합계획과 지역적 종합계획은 전국 각도와 같이 광범한 지역을 대상으로 하는가 기초지방자치단체의 단위지역을 대상으로 하는가에 따른 구분이다. 독일의 경우 초지역적 종합계획의 예로는 전연방지역을 대상으로 하는 연방공간계획, 각주영역을 대상으로 하는 주발전계획 및 각주의 영역을 여러개의 지방자치단체지역을 통합하여 크게 구분한 권역계획을 들 수 있고, 지역적 종합계획에는 도시계획작용의 일환으로서의 토지이용계획과 건설상세계획을 들 수 있다(오준근, 1993: 744).

(Regierungsplanung)에 해당하는 것이라 할 수 있다.

2) 綜合計劃으로서 國土計劃

국토계획은 국토의 자연조건을 종합적으로 이용·보존·개발하며 산업입지와 생활환경의 적정화를 기함으로써 국토의 경제적·사회적·문화적 발전을 이룩하게 하기 위하여 수립되는 계획이다. 따라서 국토계획은 국가 또는 지방자치단체가 실시할 사업의 입지와 시설규모에 관한 목표와 지침을 정한 종합적이며 기본적인 장기계획으로서 수립되는 전체공간계획의 일종으로서 종합계획(masterplan)이다.

3) 拘束的 計劃으로서 國土計劃

국토계획은 행정조직 내부에서의 목표설정 및 대국민적 방향제시로서의 의미를 가진다. 따라서 국토계획은 국토의 개발·이용에 관한 미래상을 정하여 두고, 그것에 이르기 위한 목표를 정하는 것이므로 프로그램적 성격을 가지는 것이 보통이고, 직접 국민을 구속하는 효력을 가지는 경우는 드물 것이다. 다만, 국토이용관리법상 국토이용계획이나 도시계획법상 도시계획은 행정에 대한 구속력뿐만 아니라 국민에 대하여도 구속력을 지닌 구속적 계획이다. 이에 대하여 국토건설종합계획법상 국토건설종합계획은 행정구속적 계획일 뿐 대국민적 구속력을 갖지 않고, 행정조직내부에서 목표설정 및 대국민적 방향제시로서의 의미를 가진다.

2. 國土計劃의 法的 根據

1) 憲法的 根據

헌법 제120조 제2항은 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다”고 규정하여 국가에게 국토계획을 수립할 의무를 부과하고 있다. 이러한 규정은 헌법이 토지이용과 관련된 행정의 영역에 있어서 계획작용이 광범위하게 이루어지게 됨을 예정하고 있음을 의미한다.

2) 法律的 根據

국토계획에 대한 법적 근거로서는 기본적으로 국토건설종합계획법과 국토이용관리법이며, 보다 구체적인 하위법률로는 도시계획법, 수도권정비계획법, 산림개발법 등을 들 수 있다. 국토건설종합계획법은 공간계획에 대한 최상위의 법률로서 이 법에서 규정하는 국토건설종합계획은 다른 법에 따른 계획에 우선하며 이들의 기초를 형성한다(국토건설종합계획법 제5조). 이러한 국토건설종합계획법은 일종의 공간계획의 대강만을 정하는 것으로서 여기에서 정하는 공간계획에 대한 기본은 다른 하위법률에서 정하는 계획에 의하여 구체화된다. 국토이용관리법은 국

토건설종합계획을 보다 구체화하고 있다. 국토이용관리법은 국토건설종합계획의 효율적인 추진과 국토이용질서를 확립하기 위하여 국토이용계획의 입안·결정·토지거래의 규제와 토지이용의 조정 등에 관하여 필요한 사항을 정하고 있다(국토이용관리법 제1조).

Ⅲ. 지방자치의 보장과 계획고권

1. 憲法上 地方自治 保障

독일기본법 제28조 제2항은 “지방자치단체는 법률의 범위 내에서 지역사회의 모든 사무를 자기의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다”고 규정하고 있다. 독일기본법 제28조 제2항이 보장한 자치권은 지역사회의 사무의 모두를 국가의 지시나 후견적 감독(Vermundtschaft)을 받는 것이 아니고 법질서의 기준에 따라 합목적적으로 수행할 권한을 말한다. 따라서 독일기본법 제28조 제2항은 단순히 일반적인 지방자치행정개념에 대한 법적 정의를 의미하는 것은 아니다. 일반적 자치행정개념 이상으로 독일기본법이 보장한 자치행정개념에는 전권한성과(Allzuständigkeit)과 자기책임성(Selbstverantwortlichkeit)이 그 핵심적 요소로서 내재되어 있다는 것을 규정한 것으로서 이들 원칙은 독일기본법이 보장한 자치권의 2대지주를 형성하고 있다. 전권한성은 활동영역의 전면성(Allseitigkeit des Wirkungskreises) 즉 지방자치단체는 지역사회의 모든 사무에 대한 포괄적인 자치권을 향유하고 있음을 의미한다. 자기책임성은 적어도 자치사무에 관한 한 지방자치단체는 국가의 지시나 후견적 감독을 받음이 없이 법의 범위 안에서 자주적으로 처리할 수 있음을 의미한다. 자기책임성은 지역고권(Gebietshoheit), 조직고권(Organisationshoheit), 인사고권(Personalhoheit), 계획고권(Planungshoheit), 재정고권(Finanzhoheit), 법령립고권(Rechtssetzungshoheit) 및 자치(Autonomie) 등이 거론되고 있다(Stern, 1984: 413ff; Pagenkopf, 1975: 67ff). 이와 같이 독일기본법 제28조 제2항은 지방자치를 제도로서 보장하고 있는 것이다. 제도적 보장이론은 주지하는 바와 같이 C. Schmitt에 의해 그 이론이 형성되었다.³⁾ 바이마르헌법제127조는 “지방자치지방자치단체조합은 법률의 범위 내에서 자치행정의 권리를 갖는다”고 규정하고 있었다. 이 “법률의 범위 내에서”라는 규정에서 국가의 무제한적인 침해의 권리를 연역함으로써 바이마르헌법 제127의 규정은 결국 ‘공허한 기본권조항’이라는 학설 및 바이마르시대의 헌법상황에 있어서 C. Schmitt의 제도적 보장이론의 제창은 저항적 의의가 있었다. 독일기본법 제28조 제2항은 바이마르헌법의

3) 독일에 있어서도 오늘날 다수의 입장은 지방자치를 제도적 보장으로 이해하고 있으나 그 내용은 1920년대의 C. Schmitt식의 내용보다는 진보되어 있다. 보다 자세한 것은 유상현(1994)과 김성호(1995)를 참조.

반성에 의하여 '지역사회의 모든 사무' (alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft)와 '자기의 책임으로' (in eigener Verantwortung)라는 문언을 둬으로써 지방자치에 대한 사실상의 공동화 위험을 저지하고자 하였다. 독일기본법 하에서도 C. Schmitt의 제도적 보장이론은 통설에 의하여 승인을 받았지만, 이는 K. Stern의 다음과 같은 구별에 의하여 보장의 내용을 보다 공고히 할 수 있었다고 볼 수 있다.⁴⁾ 즉 독일기본법 제28조 제2항에 의한 지방자치의 보장은 첫째, 제도적인 법주체보장(institutionelle Rechtssubjektsgarantie)이라는 것이고, 그에 상응하는 지방자치단체 및 지방자치단체조합이 반드시 존재하여야 한다는 것이다. 따라서 지방자치단체 및 지방자치단체조합은 개별적으로만 폐지할 수 있고 제도로써 폐지하는 것은 허용되지 않는다. 둘째는, 객관적 법제도 보장(objektive Rechtsinstitutionsgarantie)으로서, 이는 지방자치단체에는 지역사회의 모든 사무를 법률의 범위 안에서 자기의 책임으로 규율할 권리가 보장되어야 한다는 것이다. 따라서 지방자치단체는 따로 법률에 규정되지 않더라도 주민의 복리에 관한 그 지역의 모든 사무에 대하여 자치사무로서 우선적인 관할권을 갖으며, 또 그것이 자치사무인 한은 원칙적으로 국가의 어떠한 지시에도 기속되지 않고 스스로 합목적적이라고 판단되는 바에 따라 사무를 처리할 수 있는 것이다(김남철, 1998: 299). 셋째는, 주관적 법적 지위의 보장(subjektive Rechtsstellungsgarantie)으로서 이는 구체적인 지방자치단체가 보장내용의 침해를 주장할 수 있는 경우를 인정하고 있는 것을 말한다. 이는 독일기본법 제93조 제1항 제4호와 독일연방헌법재판소법 제91조에서 법제도적으로 인정하고 있다.

이와 같은 독일기본법상의 지방자치단체(Gemeinde)의 자치권보장의 규정은 우리 헌법상의 자치권보장규정과 그 뜻을 같이 하고 있다는 점은 일반적으로 받아들여지고 있다.⁵⁾ 헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 권리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다"고 규정하여 자치권을 보장하고 있다. 이러한 헌법상의 자치권보장규정은 또한 지방자치단체에 대하여 자기결정·자기책임을 내용으로 하는 포괄적인 권한을 인정한 것이다(김남진, 1996: 96). 이는 지방자치단체의 그의 지역적 사무에 대한 전권한성과 자기책임성을 핵심으로 하는 자치권의 보장으로 새겨진다(김남진, 1996: 97). 한편, 제도적 보장설은 지방자치제도 자체의 폐지를 제외하고 국가에 입법형성권을 부여함으로써 입법독재의 용인을 가능하게 하였다는 점도 지적되고 있다. 이러한 견해는 제도적 보장설이 통설로 되어 있는 우리 나라와 제2차대전 말기의 독일과 일본에서 지방자치의 본질적 요소와 그 최저 수준이 제도적으로 보장되지 못하고 유명무실화되었다는데 근거하고 있다. 즉 제도적 보장설은 지방자치제도를 국가통치의 기본원칙으로 선언한 프로그램적 규정으로 보아 지방자치권의 보장범위를 명시할 수 없고, 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여되어

4) 보다 자세한 것은 Stern(1964)를 참조.

5) 이에 대해서는 제도적 보장설이 각국의 지방자치제도의 역사적 전통을 중시하고 있다는 점에 착안한다면 비교적 오랜 기간동안 지방자치의 전통과 내용의 축적이 있어 왔으며 이를 바탕으로 헌법이 제도로써 보장하고 있는 독일의 제도적 보장론이 우리의 경우에도 그대로 타당할 것인가에 관하여는 신중한 자세가 필요하다는 지적이 있다. 보다 자세한 것은 유지태(1993)를 참조.

지방자치의 본질을 침해할 수 있는 실정법 제정이 가능하게 되었다는데 점에서 그 한계가 있다는 것이다. 이러한 제도적 보장설의 문제점을 보완하기 위하여 법률로써도 침해할 수 없는 지방자치의 본질적 요소를 보장하고 입법자에 의한 자치권의 침해를 방지하기 위하여 국민주권보장설이 논의되고 있다(김성호, 1995: 19-32).

2. 地方自治團體의 計劃高權

지방자치단체는 자기의 구역을 자기의 책임으로 질서·형성할 권한이 있다. 계획고권은 지방자치단체의 영역에 있어서는 지역에 관련한 행동의 전체질서를 재정적인 투자를 포함하여, 적극적·형성적으로 전개할 권한을 포괄하고 있다(Roters, 1976: Rdnr 47). 이러한 입장은 독일의 판례에 의해서도 거의 공통적으로 수용되고 있다. 예를 들면, 계획고권은 국가의 기획에 엄격하게 구속되는 것은 아니고, 자기의 정치적·행정적 형성 및 결정여지에 의거하여 지방자치단체구역 내에서 토지의 건축, 그 밖의 사용 및 이용에 대해서 자유로이 처분을 하고, 또한 자기책임으로 행정적 가능성의 실현을 위하여 필요한 계획상의 기본노선을 국가의 관여를 받지 않고 전개할 권한을 의미한다고 한다(BVerwGE 34, 301(304)). 지방자치단체의 계획고권은 1960년 6월 23일의 독일연방건설법 제2조 제1항이 “건설기본계획은 지방자치단체가 자기의 책임으로 필요한 범위 안에서 수립하여야 한다”⁶⁾라고 규정하게됨으로써 실정법상 구체화되었다. 프로이센법에서는 계획고권이 지방자치단체의 자치권의 영역에 속하는 것은 아니었다. 그러나 위 독일연방건설법 제2조 제1항은 지방자치단체의 계획고권을 명백히 승인하는 것이었고, 이는 독일계획법 발전의 소산이라 평가할 수 있을 것이다. 오늘날에는 이와 같은 지방자치단체의 계획고권이 헌법상 지방자치권의 보장내용을 이루고 있다는 점에 대해서는 이론이 없다. 계획고권의 승인에는 법률에 의한 명시적인 승인을 필요로 하는 것은 아니고, 지방자치권에서 직접 도출된다. 독일연방행정법원도 1969년 11월 14일의 판결에서 “당 법원의 판례에 의하면, 계획고권은 연방건설법에 의하여 지방자치단체에 승인된 것이다. 그러나 그것은 연방건설법에 의한 명시적인 법률상의 승인 이외에도 참여권에 관한 특별한 법률상의 승인여부에 관계없이 광범위하면서도 지역에게는 중요한 계획에 대한 참여를 요구할 권리가 헌법에서 보장된 지방자치단체의 자치권으로부터 도출하는 것을 배제하는 것은 아니다”(BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1969: DVBl, 1969: 362; D V, 1969: 428)고 한 바 있다.

6) 1976년8월1일의 법개정에 의하여 동법 제2조 제1항은 “건설기본계획은 지방자치단체(Gemeinde)가 자기의 책임으로 수립한다. 지방자치단체는 건설기본계획의 수립결정을 지방적 관습에 따라 공고하여야 한다”라고 규정하고 있다.

3. 地方自治의 본質의 內容과 計劃高權

지방자치단체의 계획고권은 그것이 침해될 수 없는 영역에 속하는 것인지, 그리고 어느 범위까지가 침해될 수 없는 것인지는 분명하지 않다. 지방자치의 제도적 보장이론의 의의는 확실히 입법자에 대하여 보장영역을 유지하는 것에 있었다. 즉 입법형성권 행사에 있어서도 지방자치 제도의 본질적인 내용 또는 핵심영역을 침해하는 일이 없어야 한다는 표현인 것이다. 독일연방 헌법재판소에 의하면, 지방자치제도의 본질적 내용에 속하는 것은 그 본질상 직접적으로 지역적 관계에 관련되는 공적 사무이다. 지방자치제도의 본질적 내용에 대한 침해의 한계가 어디에 있는가에 대하여 독일연방헌법재판소는 지방자치제도의 핵심적 영역을 침해하지 않는 한 독일 기본법 제28조 제2항과 일치하는 것이라고 보아 왔다(BVerfG, Beschluß vom 10. 6. 1969: D V, 1969: 849(850)). 여기서 지방자치의 본질적 내용 또는 핵심적 영역에 대한 침해의 한계를 어디에 둘 것인가는 결국 개별·구체적으로 확정할 수밖에 없다고 생각되지만, 독일에 있어서는 이에 대한 판단기준으로서 다음과 같은 세 가지 방법론이 전개된 바 있다.⁷⁾

1) 控除說

공제설(Subtraktionsmethode od. Resttheorie)에 의하면, 지방자치제도에 대한 입법적 제한 후에도 아직 남아 있는 지방자치단체의 사무는 무엇인가를 확정한다. 이 남아있는 기능을 구체적으로 확정함에 있어서 독일연방헌법재판소의 1969년 6월 10일의 결정은 역사적 발전에서 그것을 구하고, 지방자치제도의 불가침의 영역을 판단하고 있다. 즉 “기본법 제28조제2항은 지방자치단체 및 지방자치단체조합에 지역사회의 모든 사무를 자기책임으로 규율할 권리를 보장하고 있다. 그러나 지방자치제도의 보장은 절대적인 것은 아니다. 독일연방헌법재판소의 확립된 판례에 의하면, 지방자치제도에 대한 제한은 그 핵심영역을 침해하지 않는 한, 기본법 제28조 제2항과 일치한다(BVerfGE 23, 353(365); D V 68, 571: 22, 180(205):D V 67, 630). 입법자의 침해에 의한 모든 공제는 헌법에 의해 보호되는 영역에 속하는 것은 추상적·일반적으로 규정되어 있지 않고, 첫째로 역사적 발전으로부터 그 다음에 지방자치제도의 다양의 현상형태로부터 발생한다(BVerfGE 17, 172(182)). 이 핵심영역은 본 건에 있어서는 그 영향이 없다”(BVerfG, Beschlu vom 10. 6. 1969, D V: 849)고 하였다.

독일연방행정법원의 판례도 공제의 방법을 취한 바 있었다. 예를 들면, 1957년 11월 22일의 판결은 “자치권의 범위에 대하여 간섭이 존재하는가 어떤기는 그 간섭 후에 지방자치권에 관하여 무엇이 남아있는가에 따라 판단하여야 한다”(BVerwGE 6, 19)라고 하여 간섭이 지방자치제도를 종전의 상태를 질적으로 중요하지 않는 정도로 변경하는 경우에 그 간섭은 문제가 없다고 한바 있다(Roters, 1976: 203). 그런데, 이와 같은 방법론으로는 지방자치제도를 충분하게

7) 지방자치의 본질적 내용의 제한과 그 한계에 관해서는, 許 贊(1997: 775-776)를 참조.

보호할 수 없을 것이라고 보는 것이 적절할 것이다. 문제는 우선 공제(Subtraktion)의 출발점을 지방자치의 역사적 발전의 어느 시점에서 구할 것인가에 있다. 예를 들면, 먼저 헌법의 제정 시점이 지방자치제도가 완전히 이상적인 상태였다고 볼 것인가에 대해서 의문이 있고, 또한 독일연방행정법원의 판결과 같이 “중전의 상태”를 공제의 출발점으로 하고, “질적으로 중요하지 않는 정도”의 침해인지의 여부를 판단기준으로 할 때 지방자치제도가 개별적인 침해에 따라 점점 그 실체가 공동화되는 경우에는 유효하지 않다(Roters: 204). 결국 입법자가 제도를 유지하지 않고 적당한 침해를 선택하게 되면, 지방자치제도의 실체는 점차적으로 형해화되고 해체될 가능성을 배제할 수 없게 된다. 원래 독일기본법 하에서 제도적 보장이론은 제도보장을 법제도로서 뿐만 아니라 법제도의 보장과 결합한 사회적 실태의 보장을 우려하는 것이었다(Pagenkopf: 57). 물론 지방자치제도의 보장에 있어서 역사적 계기가 중요한 역할을 하는 것은 일반적으로 인정되고 있지만, 그렇다고 하여 지방자치의 보장이 현상보장(Status-quo-Garantie)을 의미하는 것도 아니라는 것이 현재까지의 통설·판례가 일치하여 승인하고 있다.

2) 自治의 典型的 現象形態說

자치의 전형적 현상형태설(Die Theorie des typischen Erscheinungsbildes der Selbstverwaltung)은 C. Schmitt의 이론에 근거하고 있는 방법론이다. 그는 “역사적 발전에 따라 특유 또는 본질적인(charakteristisch und wesentlich) 것으로서 생성된 일정한 전형적인 Merkmal을 입법자의 폐지로부터 보호하지 않으면 아니 된다는 것이 지방자치의 제도적 보장의 의의이다”(Schmitt, 1973: 146)라고 하고, K. Stern은 본질적 내용이란 “제도로부터 이탈할 수 없는 본질(Essentiale)이다”(Stern, 1964: Rdnr. 123)고 하였다. 이와 같은 이론은 지방자치제도를 유형화하고자 하는 고찰방법이지만, 이는 결국 역사적으로 전개된 지방자치제도를 설명하고자 하는 것이다. 이러한 입장은 지방자치제도를 침해의 전후로 구분하여 비교하는 점에서 위의 공제의 방법과 유사하지만, 이 방법론에서는 특히 지방자치제도에 있어서 ‘전형적인 것’을 그 본질적 내용으로 정하고자 한다. 즉 전형적인 것의 침해의 정도에 따라 침해여부가 평가된다. 그러나 ‘전형적인 현상형태’를 일의적으로 구별짓는 것은 용이하지 않다. Stern이 설명하고 있는 본질적 내용은 “본질”이라고 하는 것도 同意異語의 반복에 불과하다(Roters: 203).

3) 公益說

공익설(Gemeinwohlmethode)에 의하면, 지방자치제도의 침해는 그것이 공익상 필요할 때는 허용된다고 한다. 이러한 방법론에서는 지방자치의 본질적인 보장내용이라는 한계는 이미 존재하지 않는다. 모든 침해는 비례원칙에 따라 판단된다. 즉 공익설은 입법자의 재량을 제한하는 경우에만 적용된다는 것이다. 입법자의 규제권한은 지방자치제도의 본질적 내용에서 그 한

계가 도출되고, 한계 또한 일반적인 초과금지(übermaßverbot)에 의하여 규정된다. 이러한 금지는 독일기본법 제28조 제1항 제2문 및 제2항의 공행정의 분권의 원칙의 구체적 유지를 기준으로 하여 평가한다(Unruh, 1976: 100).

4. 地方自治團體의 計劃高權과 國土計劃

지방자치단체의 계획고권은 1960년 6월 23일의 독일연방건설법(Bundesbaugesetz)에 의하여 처음으로 승인되어 구체화되었고, 이것이 오늘날 헌법상 지방자치제도의 자치보장의 내용을 이루고 있다는 것에 대해서는 이론이 없다. 즉 지방자치단체의 계획고권은 실정법에 의한 명시적인 승인의 경우에만 한정적으로 인정되는 것이 아니라 직접적으로 헌법에서 보장되고 있는 자치권의 내용으로 이해되고 있다(BVerwGE 31, 263; Stern: 310). 그러나 국토계획에 있어서 지방자치단체의 계획고권은 현저히 제한받고 있는 실정이다. 우리 나라의 경우 국토계획은 기본적으로 국토건설종합계획과 국토이용계획의 이원적 체계로 구성되어 있다. 이중 국토건설종합계획은 다른 법에 따른 계획에 우선하는 것으로서 구체적으로는 전국계획, 특정지역계획, 도계획, 시계획, 군계획 등으로 구분된다. 그러나 여기서 전국계획은 보통 국토이용관리법상의 국토이용계획에 의해 구체화되므로 도계획이나 군계획은 계획상의 형성의 여지가 거의 없고, 따라서 이들은 실제에 있어서 별 효과가 없다(김남철, 1998: 314). 또한 국토건설종합계획을 구체화하고 있는 국토이용관리법에 의하여 결정된 국토이용계획은 국토건설종합계획의 효과적인 집행을 위하여 다른 법령에 의한 토지이용에 관한 계획의 기본이 된다(국토이용관리기본법 제13조의2). 이 국토이용계획은 시·읍·면에 이르기까지 전국을 용도지역으로 지정하고 있다. 따라서 지방자치단체는 국토이용계획으로 정하여진 지역에서만 계획을 수립할 수 있게 된다. 또한 도시계획법상의 도시계획에 의하여 개발할 지역을 도시지역으로 지정하기 위한 국토이용계획의 결정·고시는 도시계획법의 규정에 의한 도시계획구역의 결정·고시로 본다. 결국 이러한 국토이용관리법상의 규정을 통하여 국가는 국토계획에 관한 거의 모든 중요한 사항들을 확정하는 것이 되고, 지방자치단체는 이러한 용도지역을 단순히 집행하는 정도의 형성의 여지만을 갖게 된다. 더욱이 도시계획법은 건설교통부장관에게 예외적 도시계획수립권(제11조제1항), 도시계획결정권(제12조제1항), 도시계획구역 안에서의 지역·지구·구역결정권(제17조 내지 제22조)이 인정되고 있는 것을 보면 국가는 국토건설종합계획과 국토이용계획에서부터 도시계획에 이르기까지 광범위한 계획결정권을 소유하게 되는 것이다. 이러한 국가의 계획권한은 지방자치단체를 국토계획의 단순한 집행자에 머물게 함으로써 지방자치단체의 계획고권을 현저히 제한하는 것이라 할 것이다(김남철: 315). 이와 관련하여 현행 도시계획법은 도시기본계획 및 도시계획의 책정절차는 수립권과 승인권(제10조의2) 내지 입안권과 결정권(제11조·제12조)으로 분리하여 그 권한행사의 주체를 달리 하고 있다. 수립권과 입안권은 시장 또는 군

수에게, 승인권과 결정권은 건설교통부장관에게 속해 있다. 이와 같이 지방자치단체에게 계획 수립권과 입안권만을 인정하고 건설교통부장관에게 승인권과 결정권을 인정하게 됨으로써 지방자치단체의 계획고권은 현저히 제한받고 있다는 비난을 회피할 수 없게 되었다(신봉기, 1993: 767; 이기우, 1991: 71). 그러나 형식논리적으로 말한다면, 도시계획법은 원칙적으로 지방자치단체가 도시계획의 결정권자라는 것을 승인하고 있다고 할 수 있을 것이다. 즉 지방자치단체가 수립 또는 입안한 계획에 관하여 건설교통부장관의 권한은 단지 도시기본계획에 있어서는 그 승인여부만을(도시계획법 제10조의2 제1항), 도시계획에 있어서는 그 결정여부만을(동법 제12조제1항) 상위계획과 당해 도시의 성격 등을 고려하여 감독관청의 지위에서 판단하는 작용에 불과하고 이미 수립 내지 입안된 계획에 대하여 건설교통부장관이 변경하여 승인하거나 결정하는 것을 허용될 수 없다고 본다면 지방자치단체의 계획권은 지방자치의 본질에 반하지 않는 범위에서 자주적으로 행사될 수 있기 때문이다(신봉기: 767). 다만, 여기서 지방자치단체의 계획고권을 추론하는 것은 법률의 규정이 약하므로 난점이 있는 것은 부인할 수 없지만, 법률의 명시적인 승인의 유무에 관계없이 지방자치단체의 계획고권은 헌법이 보장하고 있는 지방자치단체의 내용이라는 것을 출발점으로 해야 한다고 본다. 지방자치보장의 문제는 지방자치의 본질적 내용(Wesengehalt) 또는 핵심영역(Kernbereich)을 형성하는 사무는 무엇인가라는 문제라고 할 수 있다. 이와 같은 문제를 탐구함에 있어서는 독일에서 전개되어 왔던 위의 세 가지 방법론은 그 어느 것도 충분하다고 할 수 없다. 실제로 독일연방헌법재판소도 위의 세 가지 방법론의 모두를 적용하고 있다. 물론 그 주된 논거는 역시 지방자치제도의 역사적 전개 및 여러 역사적 현상형태를 고려하여 무엇이 지방자치의 본질에 속하는가를 결정하고 있다(BVerfGE 1, 167(178); 38, 258(278)). 그러나 기본적으로 헌법이 보장하는 제도는 역사적으로 구체화된 제도를 말하는 것이라 한다면 핵심영역에 포함되는 자치권의 핵심영역을 정하는데는 역사적인 발전과정 내지 전통적인 자치상이 마땅히 고려되어야 하겠지만, 다른 한편으로 헌법은 자치제도의 의의나 그것이 갖는 오늘날의 민주주의적, 법치국가적, 사회국가적 기능을 고려하여 지방자치제도의 보장을 규정하고 있으므로 핵심영역에의 귀속여부를 결정하는 데에는 역사성 못지 않게 오늘날의 자치실현을 위한 실제적 의미 또한 함께 고려되어야 할 것이다(김남철, 1998: 304; 허영, 1997: 776). 지방자치의 본질적 내용의 침해가 있는지의 여부를 규명함에 있어서는 지방자치단체의 자치권에 대한 간섭이 어떠한 효과를 가져다주는가를 개별·구체적으로 검토하는 것이 필요하다.

Ⅳ. 계획고권의 제한 및 조정

1. 計劃高權의 制限

지방자치단체의 계획고권은 타계획에 의하여 많은 제한을 받고 있다. 여기서의 타계획에는 종합계획 또는 전체계획(master plan, Gesamtplanung)도 있고, 전문계획 또는 부문계획(Fachplanung)도 있다.⁸⁾ 이러한 계획이 지방자치단체의 계획고권과 동일한 지역적 공간을 대상으로 하는 경우나 인접 지방자치단체가 계획을 수립하는 경우에는 당연히 지방자치단체의 계획고권에 많은 영향을 주게 된다. 이와 같은 영향이 지방자치단체의 계획고권을 제한하는지의 여부에 대하여 독일의 란트국도계획은 개념상 지방자치단체의 계획고권을 침해하는 것은 아니라고 한다. 란트국도계획은 지방자치의 보장으로 포착할 수 없는 광역적 규율에 관한 것이므로 지방자치의 보장의 침해는 존재하지 않는다는 것이다. 그러나 계획고권은 오늘날 가장 많은 제한을 경험하고 있는 고권이라는 사실이다. 특히 토지이용과 관련한 계획은 종합적인 측면에서의 조정을 필요로 하는 특성을 갖는 관계로 지방자치단체의 계획고권은 주도적인 기능을 갖지 못하고 있는 것이다(유지태, 1997: 653). 따라서 지방자치단체의 계획고권의 제한을 완화시킬 수 있는 방안이 고려되어야 할 것이다.

2. 計劃高權의 制限에 대한 調整

지방자치단체의 계획고권은 국토건설종합계획법, 국토이용관리법 및 각종 특정부문계획법에 의하여 제한을 받고 있다. 이와 같은 제한은 지방자치단체가 상위계획 또는 타 계획책정절차에 참여함으로써 조정 내지 보정 될 수 있다. 물론 지방자치단체의 참여권(Beteiligungsrechte)을 계획고권의 제한에 대한 조정 내지 보정으로 위치 지을 수 있을 것인가에 대해서도 의문의 여지가 있으며, 조정의 기준이 될 수 있는 자치행정의 실체 또한 특정하기가 용이하지 않다는 어려운 문제가 있는 것도 사실이다. 그러나 지방자치단체의 상위계획 또는 타계획에 대한 참여권을 계획고권의 제한에 대한 조정으로서 자리매김할 수 있을 것인가에 대해서는 다음과 같은 점을 강조해 두고 싶다. 첫째, 지방자치단체의 참여권은 헌법 제117조 제1항(독일기본법 제28조 제2항)에 의하여 보장되고 있다. 둘째, 지방자치단체의 참여권에 관한 법률의 명시적인 규정의 유무에 관계없이 지방자치단체의 계획고권은 "wehrfähig"이라는 점이다. 따라서 계획고권을 침해하는 위법한 계획에 대하여 지방자치단체는 행정쟁송절차에서 당사자가 될 수 있는 지위를 갖는다.

8) 종합계획과 부문계획의 구별에 관해서는 E. Forsthoff/W. Bl mel(1970)를 참조.

3. 參與權의 保障

지방자치단체의 참여권의 범위 및 정도에 관해서는 구속력이 없는 단순한 청문에서 절대적 거부에 이르기까지 다양한 참여방식을 고려할 수 있다. 국토계획의 경우에는 당해 지방자치단체의 지역적 이해와 광역적 이해와의 비교형량이 결정적인 의의를 지닌다. 그러나 그것은 가치관계적인 문제인 만큼 적절한 참여방식 또는 모델을 유형화하는 것은 개별적으로는 아직 명확하게 되어 있는 것은 아니다(Schmidt-Assmann, 1976: 533). 지방자치단체의 참여방식을 어떻게 유형화하고 구체적 경우에 어떠한 참여방식을 선택할 수 있는가에 대해서도 개개의 계획조치의 종류와 정도 내지는 국가의 형성이익에 의존한다고 할 수밖에 없으므로 추상적인 기준을 제시할 수밖에 없을 것이다(Friauf, 1976: 529; Schmidt-Assmann, 1972: 133). 물론 이와 같은 문제의 해결은 일차적으로 입법자의 책무라고 할 수 있다. 독일에 있어서는 국토계획에 대한 지방자치단체의 참여권에 관하여는 공간계획법상의 규정⁹⁾이 그 기준이 되고 있기 때문에 계획고권의 제한은 상당히 완화되어 있다고 볼 수 있다. 국토계획과 같이 지방자치단체와 그의 주민이 밀접히 관련된 경우에는 당해 지방자치단체의 참여와 협조가 없이는 계획의 목표를 원활하게 실현하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 지역적 한계를 넘는 광범위한 종합적 성격을 갖는 계획에 있어서도 계획의 수립과정에 당해 지방자치단체의 이해관계가 반영될 수 있도록 그 결정과정에 참여하거나 의견을 진술할 수 있는 방안을 확충하여야 할 것이다(김성호, 1997: 122-124). 지방자치단체의 참여를 거쳐 대립되는 이해관계가 충분히 조절·형량되어 짐으로써 보다 타당한 결과를 이끌어 낼 수 있기 때문이다.

V. 결론

지금까지 국토계획에 있어서 지방자치단체의 계획고권의 적용문제를 지방자치의 헌법적 보장과 관련하여서 살펴보았다. 오늘날 지방자치단체의 계획고권은 많은 제한을 받고 있다. 특히 종합적 조정을 필요로 하는 계획에 있어서는 계획고권의 기능은 그 한계가 더욱 강하게 부각되고 있다. 그러나 국토계획과 같은 종합적인 성격을 지니고 있는 계획도 지방자치단체와 그의 주민에게 영향을 미치는 경우에는 그 계획의 수립과정에 당해 지방자치단체의 이해관계가 반영될 수 있도록 그 결정과정에 참여할 수 있어야 할 것이다. 물론 지방자치단체의 국토계획에 대한

9) 독일공간계획법제5조제2항2문은 "공간계획 및 란트계획의 목적을 책정할 때는 적합의무를 부담하고 있는 지방자치단체 및 지방자치단체의 조합 또는 그 연합은 참여하지 않으면 안된다"고 규정하여 지방자치단체에게 국토계획의 책정절차에 있어서 참여를 인정하고 있다. 참여권은 적합의무에 대응하고, 양자는 역류원칙을 구성하는 본질적 요소이다.

지방자치단체의 참여문제도 헌법상 지방자치의 보장 및 계획고권의 보장과 관련하여 해명되어야 한다. 국토계획에 있어서 지방자치단체의 참여는 원칙적으로 배제되는 것으로 해석될 수도 있을 것이나 지방자치단체의 참여는 헌법상 보장된 자치권에 내재하는 것이고, 따라서 법률의 명시적인 규정의 유무에 불구하고 인정되는 것이라 할 것이므로 비록 국토계획관계법에서 지방자치단체의 참여를 정하고 있지 않다 하더라도 지방자치단체의 헌법적 보장 및 계획고권의 본질상 당연히 인정되는 것이라고 보아야 할 것이다. 지금까지 고찰한 바를 정리하면 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 우리 나라 헌법은 계획고권을 지방자치의 구성요소로 승인하고 있다. 둘째, 광역적 이해로 인하여 지방자치단체의 계획고권을 제한하는 것은 지방자치의 본질적 내용을 공동화하지 않는 한 허용되지만, 계획고권은 지방자치단체에게 영향을 미치는 상위계획 또는 타계획에 대한 참여권을 부여하고 있다. 셋째, 지방자치단체는 헌법에서 보장하고 있는 계획고권을 근거로 하여 계획고권을 침해하는 위법한 계획에 대하여 방어권능을 가짐으로써 행정쟁송절차에서 당사자가 될 수 있는 지위를 누릴 수 있다.

결론적으로 지방자치단체의 상위계획 또는 타계획에 대한 절차적 참여권이 보장되지 않는 계획의 수립이나 결정은 계획고권의 침해의 문제로 접근하여야 한다.

【 참고문헌 】

- 강구철, 「강의행정법」, 형설출판사, 1998.
- 김남진, 「행정법Ⅱ」, 법문사, 1996.
- 김성수, 「행정법」, 법문사, 1998.
- 김성호, 「조례의 법적 지위 및 제정범위에 관한 입법정책적 방안」, 한국지방행정연구원, 1995.
- _____, 「지방자치단체의 국가정책결정 참여방안」, 한국지방행정연구원, 1997.
- 유상현, 「조례의 법적 한계에 관한 연구」, 박사학위논문, 경희대학교, 1994.
- 유지태, 「행정법신론」, 신영사, 1997.
- 이기우, 「지방자치행정법」, 법문사, 1991.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 1997.
- 홍정선, 「행정법원론(上)」, 박영사, 1997.
- 홍준형, 「행정법총론」, 한울출판사, 1997.
- 김남철, 「지방자치단체의 계획고권과 국가의 공간계획」, 「토지공법연구」제6집, 1998.
- 김종보, 「행정절차로서 계획절차와 도시계획수립절차: 독일의 계획화정절차, 연방 건설법전의 건설계획 수립절차와 관련하여」, 「행정법연구」, 1997/상반기.
- 신봉기, 「도시계획에 있어서 지방자치단체간의 조정의무」, 「김도창박사 고회기념 논문집」, 1993.

- 오준근, “공간 및 도시계획법에 있어서의 신뢰보호”, 『김도창박사 고회기념논문집』, 1993.
- 유지태, “지방자치의 제도적 보장론 소고(하)”, 『고시연구』, 1993/11.
- 이기우, “도시계획수립에 있어서 자치권의 제한과 한계”, 『지방행정연구』, 제7권 제1호, 1992/2.
- W. Brohm, Die Planung der Bodennutzung, JuS 1986.
- K. Stern, Staatsrecht, Bd. I, 1984.
- W. Roters, in: v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, 1976.
- H. Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 1., 2. Aufl., 1975.
- K. Stern, Kommentar zum Grundgesetz(Bonner Kommentar), 1964.
- K. H. Friauf, Baurecht und Raumordnung, in : v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1976.
- U. Steiner, Baurecht, 1990.
- C. Schmitt, Freiheitrechte und institutionelle Garantie(1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus dem Jahren 1924-1954, 2. Aufl., 1973.
- G. C. v. Unruh, Gemeinderecht, in : v. Münch(hrsg), Besonders Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1976.
- U. Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 1988.
- E. Forsthoff/W.Blümel, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, 1970.
- E.Schmidt-Assmann, Verfassungsrechte und verwaltungspolitische Fragen einer kommunalen Beteiligung an der Landesplanung, A.R. 101, 1976.
- E. Schmidt-Assmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972.
- H. maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl, 1986.
- W. Brohm, Gemeindliche Selbstverwaltung und städtische Raumplanung, D.V., 1989.