

# 私人에 의한 都市計劃統制에 대한 法理.

## Legal Principles of Urban Planning Control by the Inhabitant.

李 周 熙

(韓國地方行政研究院 主任研究員)

### 〈目 次〉

- I. 問題의 提起
- II. 都市計劃에 대한 私人의 役割과 統制의 態樣
- III. 計劃存續請求權 및 計劃變更請求權의 問題
- IV. 計劃遵守請求權의 問題
- V. 計劃執行請求權의 問題
- VI. 맺음말

### I. 問題의 提起

都市計劃<sup>1)</sup>은 樹立되어 執行되기까지 부단한 모색의 과정인바, 이 過程에서 私人에 의한 都市計劃의 統制나 調節은 필요 불가결한 要素이자 節次이다. 왜냐하면 計劃의 執行은 끊임없이 변

동하는 計劃環境으로부터의 새로운 정보를 이미 作成된 計劃에 還流(feedback)시켜 주고, 다른 한편으로는 그같이 작성 내지 수정된 計劃에 따라서 環境을 統制(control)하는 과정이라고 할 수 있기 때문이다. 이때 計劃은 本質上 安定性(Stabilität)과 彈力性(Flexibilität)의 긴장관계 (spannungsverhältnis) 사이에서 計劃機關(=計劃主體)과 計劃受範者 사이의 「위험의 分配(Verteilung des Risikos)의 問題<sup>2)</sup>가 提起되며, 또는 計劃의 合理性을 전제로 하여 公益(公益性)과 私益이 對峙關係에 놓여지게 된다. 다시말하면 計劃의 策定, 遂行 및 變更時에 法治國家的으로 명령되는 個人의 信賴保護(Vertrauerschutz)의 측면과 관련하여 利害關係者인 私人에게는 아무런 權利도 인정될 수 없는가? 아니면 여하한 權利를 인정할 것인가? 의 문제를 考察함으로써 計劃過程에 民主的 合理性을 도모하게 된다. 이러한 問題들은 請求權的 基本權의 영역확대의 意義 뿐만 아니라 私人에 의한 都市計劃의 統制手段으로서 기능을 할 수 있다고 判斷된다. 이에 대한

1) 本文에서의 都市計劃은 都市計劃法 第2條에서 定義하는 개념과 同一하다. 즉 都市計劃區域안에서의 ① 用途地域, 地區 또는 區域의 指定 또는 變更에 관한 計劃 ② 道路等 都市計劃施設의 설치 정비, 개량에 관한 계획 ③ 土地區劃理事業 등에 관한 計劃등을 말한다. 따라서 本文에서의 都市計劃은 拘束力을 가지며, 도시기본계획은 이에 포함되지 않는다.

2) Harmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 3Auf-lage(1983) S. 326.

이론적인 접근은 주로 西獨에서 「計劃保障請求權」(Plangewährleistungsanspruch)이라는 이름으로 논의되고 있지만, 우리나라에서는 計劃保障에 관한 서독의 학설이나 判例의 動向에 대해서만 간단하게 소개하는 정도에 그치고 있을 뿐<sup>3)</sup> 具體的인 研究는 活潑하지 못한 형편이다. 더우기 西獨의 計劃法體制는 우리 나라와 매우 相異할 뿐만 아니라, 우리나라에는 制度化되지 못하고 있는 行政節次法(Verwaltungsverfahrensgesetz : VwVfG)도 1977년부터 施行된 점을 감안하면, 西獨의 計劃保障(Plangewährleistung)理論을 우리나라에서 그대로 수용함은 無意味한 일이 아닐 수 없다.

따라서 本研究는 計劃保障理論을 우리나라의 현실에 알맞은 論理的 考察을 目的으로 도시계획의 策定後에 計劃機關에 의해 創出행사 되는 計劃調整 현상에 대응해서 私人是 都市計劃의 存續, 遵守, 變更, 執行, 廢止등을 청구할 수 있는가의 妥當性에 대한 이론적 考察을 주요 내용으로 한다. 이에 본 연구는 제 2장에서 都市計劃에 대한 私人的 역할과 統制의 態樣에 대해서 개관한 뒤 제 3장 以下에서는 計劃의 存續, 變更 遵守, 執行 請求權 順으로 각각 制度的 意義 및 인정 여부에 관하여 西獨의 學說과 대비시켜 理論的인 檢討를 하고자 한다.

## II. 都市計劃에 대한 私人的 역할과 統制의 態樣

### 1. 計劃過程에 있어서 私人的 역할과 限界

3) 金道稔, 「一般 行政法論(上)」(서울 靑雲社, 1985) p. 269.

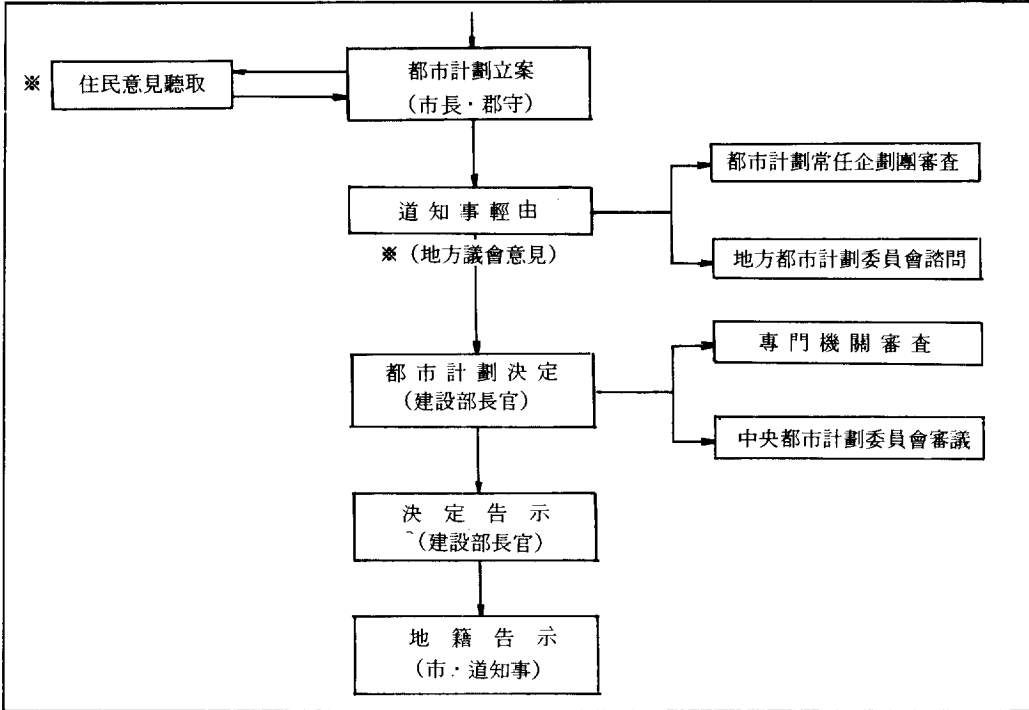
都市計劃은 1次的으로 당해 도시에 거주하는 주민을 위한 계획이므로 당연히 주민의 의견이 존중되는 것이 바람직 하다. 地方時代에는 특히 「밑으로부터의 계획」이 한층 강조되고 있으므로<sup>4)</sup> 더욱 그러하다. 都市計劃에의 주민참여 문제는 우리나라에서 地方自治 實施와 관련하여 특히 관심의 초점이 되고 있다.

우선 都市計劃法에서 都市計劃에 대해 制度的으로 保障하고 있는 住民參與制度를 개관하면 다음과 같다.

첫째, 都市計劃의 立案時에 「주민의견의 청취」이다. 즉 都市計劃立案時에 市長·郡守는 都市計劃案을 당해 지방에서 발간되는 일간신문에 2회 이상 公告하고 14일간 공람시킨 후 주민의 의견을 청취하여야 하고, 주민의 의견이 타당하다고 인정할 때에는 都市計劃의 立案에 반영하여야 한다. 다만, 국방상 기밀을 요하거나 경미한 사항인 경우에는 그러하지 아니하도록 하고 있다. (同法 第 16條의 2 第②項) 그런데 문제는 國家計劃과 관련하여 필요하다고 인정할 때에는 建設部長官이, 필요에 따라서는 道知事도 都市計劃을 立案할 수 있는데 (同法 第 11條) 이때의 都市計劃案에 대해서는 「주민의견 청취」 절차가 배제되어 있다는 점이다. 地方自治團體 立場에서 보면 建設부장관이나 도지사는 第3者에 불과한데 제3자가 立案한 都市計劃에 대해서는 「주민의견 청취」 절차를 두지 않음은 증대한 立法의 不備라 하지 않을 수 없다. ([圖-1]참조)

4) • Walter B. Stöhr and D.R. Fraser Taylor(ed), *Development from above or below?* (1981) pp. 39~122.  
• 崔相哲, “都市開發行政”, 韓國地方行政研究院, 「2000年을 향한 地方行政座標」(1986. 12) p. 714.

[圖-1] 都市計劃 再整備의 決定(變更)過程



※表에서 住民參與

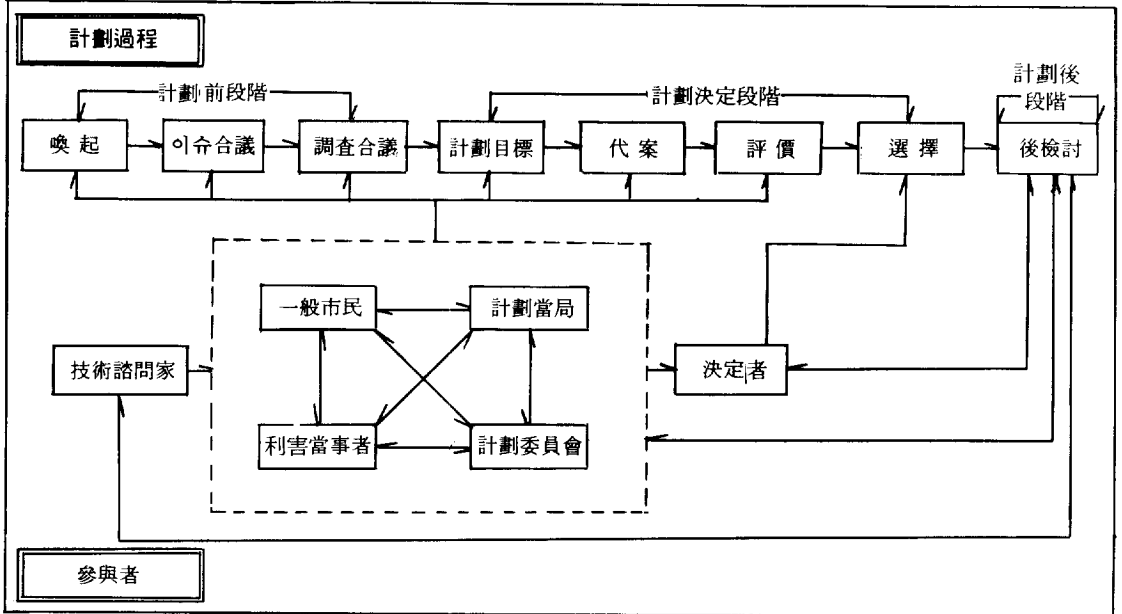
둘째, 행정청이 아닌 자의 都市計劃事業施行을 허가함에 있어서는 認, 許可 前에 관보 또는 일간 신문에 사업시행안을 공고하고 14일간 공람하도록 하고 있다(同法 第25條의 2)

이상의 두 경우는 變更時에도 적용되는데 이때 私人의 역할은 都市計劃 統制者로서의 역할을 수행하고 있는 것이다. 그러나 이들 公式的인 제도 말고도 보다 근원적으로 주민참여가 이루어질 수 있는 단계는 立案段階에서의 비공식적인 참여이다. 즉 都市計劃 立案을 目的으로 실시하는 주민에 대한 의식조사나 行態調査 과정에서 주민의 의사가 總意로서 計劃家에게 전달될 수가 있다. 이때 私人의 역할은 「계획정보 제공자」로

서의 역할을 수행하고 있다고 하겠다.

以上에서 본바와 같이 우리나라 都市計劃 體制下的 「私人의 참여」기회는 외국에 비해 충분하지도 않지만, 기왕의 제도 운용에 있어서도 그 意義를 제대로 살리지 못한 채 단순히 주민의 희망을 확인만 하는 정도에 그치고 있을뿐 현실적으로는 거의 計劃主體가 「形成의 自由」를 바탕으로 일방적인 計劃裁量權의 행사로 마무리되고 마는데 문제가 있다. 그러나 都市計劃의 全過程 다시말하면 決定되기 前부터 집행에 이르기까지 주민참여는 「청원」이나 「민원」의 형태도 가능하지만 ([圖-2]참조) 그 실효성은 매우 의심스럽다.

[圖-2] 計劃過程과 參與者의 기획



出處：金始英 (1983. 12)

그런데 都市計劃에 대한 公式的, 非公式的인 住民參與制度는 당사자인 住民과 計劃機關의 의식 구조와 행태의 前近代性으로 인하여 본래의 취지를 충분히 살리지 못하고 있는 것으로 評價되고 있다.<sup>5)</sup> 즉 이해관계자인 住民의 의식 구조를 보면 都市計劃에 대한 관심도는 대단히 높지만 理解도와 참여도는 현저히 낮게 나타나고 있어서 진정한 참여는 保障되지 않는 것으로 인식되고 있다<sup>6)</sup>는 것이다.

한편 計劃機關의 태도를 보면 뿌리 깊은 技術

主義的 行政觀을 갖고 있어서 市民의 의사와 요구 (Basic Need)가 計劃案에 반영되어야 한다고 인식 하면서도 실제 決定過程은 그들 자신의 專門性, 技術性에 의하여 거의 지배되고 있다는 사실이다.<sup>7)</sup> 또한 計劃機關의 意思決定이 私人보다는 企業利益에 편중되는 경향이 있는 狀況<sup>8)</sup>下에서 都市計劃에 대한 私人의 統制手段은 무엇인가?

## 2. 私인에 의한 統制的 態樣

都市計劃이 策定되어 執行되기까지 計劃機關의 행태는 計劃裁量과 財政力의 形편, 기타 사정

5) • 李載明 “우리나라 都市計劃의 現況과 問題點” 「都市問題」(1984년 12월호) p. 17 참조  
 • 柳元圭 “都市計劃 發展課題” 「國土計劃」제20권 제1호(통권 42號) (1985. 6) p. 280  
 6) 金學魯 “住民參與에 대한 住民과 公務員의 態度” 「國土計劃」제 21권 제1호(통권 44호) (1986. 5) pp. 192~197. 참조

7) 金始英 “參與計劃의 새로운 접근 방법” 「國土計劃」제 18권 제 2호(통권 39호) (1983. 12) pp. 184~199 참조.  
 8) 小高剛 “行政手續의 再檢討”, 「法學雜誌」, 第19卷1號 178頁 參照. 이점은 우리나라도 비슷하다.

에 따라 첫째, 기존의 계획을 그대로 維持하거나, 둘째 變更하거나, 셋째 計劃과 執行을 따로 하는 등 計劃을 지키지 아니하거나, 넷째 計劃을 未執行한 채로 방치할 수도 있다. 이에 대하여 이해 당사자인 住民(私人)은 都市計劃과 관련된 民願 즉 都市計劃의 決定, 變更에 관련된 건의, 진정, 異議申請등으로 접수되어 처리되고, 경우에 따라서는 이러한 適法節次가 실효가 없다고 판단 될 때에는 多衆이 저항하는 사태까지 발생한다.

이러한 현상은 결국 公益과 私益의 충돌로서 나타나는데 計劃機關의 裁量權에 근거한 「形成의 自由」만을 강조해서는 아니될 것이다. 私人은 어떻게 自衛하거나 방어할 수 있느냐에 대하여 形成權의 請求權의 성질을 갖는 것으로써 학계에서는 ① 計劃存續請求權 ② 計劃變更請求權 ③ 計劃遵守請求權 ④ 計劃執行請求權 ⑤ 計劃補償請求權등이 열거되고 있다. 以下에서는 論者가 이미 다른 기회에 검토한 바 있는 ⑤ 計劃補償請求權을 除外하고<sup>9)</sup> ①~④까지 그 妥當性에 대해서 詳論하고자 한다.

### III. 計劃存續請求權 및 計劃變更請求權의 問題

#### 1. 計劃의 可變性

앞에서도 언급한 바 있드시 계획은 目標指向의 行動의 동태적 전개과정이고 그 동태성은 觀念의 설계와 그의 설계실천적 집행간에, 동시에 目標와 수단 선택간의 반복적 환류작용관계로서 表現될

수 있다. 이와같은 還流過程(negative feedback process)의 不可避性은 계획의 구상(conceptualization)段階에 있어서 인간의 예측능력의 한계와 계획과정이 전개되는 동안의 환경적변화의 不確實性 때문이다. 따라서 計劃過程의 合理的 管理는 결국 計劃體制의 예측능력과 환경적 變數의 統制能力의 配合에 의해서 左右된다고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 그러나 完全한 예측적 정보의 확보는 대부분의 경우에 不可能한데 그 理由는 계획가의 能力의 限界, 資源과 時間의 不足, 예측대상의 불가결한 變化등이라고 할 수 있다. 따라서 계획관계분야에서는 이러한 원인을 극복하고자 예측대상의 폭을 줄이거나, 계획기간 (time horizon)을 단축하는 방법등을 채택한다.<sup>11)</sup> 그러나 어느 경우이나 計劃過程가운데 사전에 예측하지 못한 새로운 사태의 변화에 당면해서 그로 인한 목표달성에 장애가 초래되면 계획주체의 그 사태에 대한 統制能力(control capacity)에 의해서 극복되는 수밖에 도리가 없다.<sup>12)</sup>

따라서 都市計劃과 관련된 문제점으로서 都市計劃과 이해 관계가 있는 住民은 都市計劃의 存續(Bestand)을 신뢰하고 그에 쫓아 생활하고자 함에도 불구하고 앞서 본바와같이 都市計劃은 可變性(Veränderlichkeit)을 그 불가결의 속성으로 한다는 점에 문제가 있다. 특히 都市開發計劃같은 계획은 영속적인 과정(ständiger Prozeb), 탄력적

10) 權泰坡 “計劃理論(1)” 서울대학교 環境大學院 「環境論叢」 제18권 (1986) p. 38

11) Herbert A. Simon은 計劃的 行動의 合理性에 대한 여러가지 제약조건과 그것을 수용하는 현실적 행태를 가리켜 객관적으로 合理的이라고 볼수 없다고 하면서 “Satisfying”한 것으로 表現한다.

(Herbert A. simon, *Admmistrative Behavior*, The Free Press. 1976. pp 38~42 참조)

12) 權泰坡, 前揭論文, p. 39

9) 이에 관해서는 拙稿 “都市計劃 制限에 따른 損失補償” 地方行政研究院 「地方行政研究」 제2권, 제3호 (통권5호)(1987. 8) pp.85~102참조

인 행위 유형(flexible Aktionsmodelle)으로서 특징 지을 수 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 計劃存續請求權의 問題

### 가. 意 義

都市計劃은 도시환경이나 政治·社會的 與件의 變化에 탄력적으로 對應하기 위하여 變更의 可能性이 언제나 內包되어 있는 것이다. 따라서 計劃의 立案主體나 決定主體는 計劃을 變更하거나 廢止할 수 있는 形成의 自由(Gestaltungsfreiheit)가 保障되어 있는 것이다. 여기서 計劃存續請求權은 既存의 都市計劃을 신뢰하였던 私인에게는 그 權利侵害등의 問題가 發生하기 때문에 이를 저지할 수 있을 것인가의 문제이다. 즉 計劃主體가 기존의 계획을 폐지하거나 變更하고자 할 경우에 私인은 계획의 계속성을 근거로 하여 존속을 청구할 權限이 있느냐는 것이다. 이때 私人の 立場에서 항변할 수 있는 根據는 다음과 같다.

### 나. 理論的 檢討

- 13) • Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 3 Auflage., (1983) S. 183 특히 계획의 가변성에 대한 다음 세 학자들의 언급은 이를 강조하고 있다.
- 「計劃의 變更은 드문 예외가 아니라 그 效果의 실제적 要件이다」(V. Simson, *Planänderung als Rechtsproblem*, in : *Planung I* (herausgegeben von J. H. Kaiser), (1965), S. 420.)
  - 「잘못과 시정은 예견할수 없는 현상이 아니라 그 자신을 正當化시키는 計劃의 要素이다」(Ipsen, *Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung*, in : *Planung II*, (1966.) S. 107
  - 「可變性과 不可變性은 計劃에 內在하는 것이다」(Burmeister, *Zur Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft*, in : *Die Verwaltung*, (1969) S. 36.

### (1) 行政行爲의 撤回의 不自由原則과 計劃存續請求權

구속력이 있는 都市計劃을 行政行爲로<sup>14)</sup> 일단 간주한다면 公法上 確約(Zusicherung)法理<sup>15)</sup>에서 보는 바와같이 私인에게 보호할 신뢰는 形成된 것이므로, 따라서 計劃의 變更은 용이한 것이 아니라고 한다. 다만 문제는 어느 범위까지 이원칙을 고수할 것인가에 있다는 것이다.<sup>16)</sup> 이러한 견해에 대해서 立法者에 의한 계획은 執行府에 의해서 구체화를 요하는 것이며 「행정행위의 철회권의 제한」은 수익적 행위일 것을 요구하는 것이 보통이지만 計劃은 受範者에게 授益의인 면과 賦課적인 면을 함께 제공하는 것이므로 「行政行爲 撤回의 不自由原則」이 계획존속청구권의 근거로는 적합하지 않다는 비판이 가해진다.<sup>17)</sup> 특히 수익적 행정행위 철회는 法律에 근거가 있어야 한다는 견해도 있긴하나 법률에 근거가 없으면 아무리 公益上 필요가 있어도 철회할 수 없다고 한다면 행정은 마비될 수 밖에 없으며<sup>18)</sup> 이는 計

14) 行政計劃의 法的 성질에 관하여 우리나라에서는 ① 立法行爲說 ② 行政行爲說 ③ 獨自性說이 대립하고 있으나 일률적으로 단일의 行政作用의 行爲形式으로 보기는 어렵지만, 本文에서의 計劃은 구속력이 있는 都市計劃이라는 점에서 行政行爲로 본다.

15) 金道稔, 前掲書, p. 323 참조

16) • Ipsen, a. a. O., S. 110

• Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3 Auflage, (München : Verlag C. H. Beck, (1983) S. 329

17) Seidler, Hanns-Hermann : *Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung* (Berlin : Verlag Dunker & Humboldt, 1973) SS. 121-122.

18) • 金道稔, 前掲書 p. 379 참조

• 이 朴鈞折, 「行政法 職義(上)」(國民書館, 1984), p. 255. 참조

• 徐元宇, 「現代行政法論(上)」(博英社, 1984), p. 490 참조

劃裁量에 의한 形成의 自由(Gestaltungsfreiheit)의 中대한 制約이 아닐 수 없을 것이다.

## (2) 公益과 利益의 衡量問題

계획존속 청구권의 인정문제는 계획의 變更前後에 나타나는 公益과 私益間이나, 私益 相互間의 문제로 귀착된다. 이점에 관하여 서독 연방건설법(Bundesbaugesetz) 제1조 제7항에서는 市·邑·面이 建設基本計劃을 수립함에 있어서 計劃에 관계된 公益 相互間, 私益 相互間, 公益과 私益 相互間에 대하여 正當하게 比較衡量하여야 한다고 규정하고 있다. 여기서 同條項에 규정된 이른바 「衡量命令」에 대한 하자이론의 구성을 통하여 計劃裁量의 統制를 도모하게 되었다. 이러한 理論은 西獨聯邦行政裁判所 判例의 形成을 통하여 成就되었다. 즉 계획재량은 단순한 재량과는 달라 특수한 질적인 차이로서 司法審査를 배제하여 어느 정도 예외적이고 드문 경우를 제외하고는 자율적인 行政의 「形成의 自由」가 인정되고 있다.

그러나 計劃裁量論(Planungsermessen)의 선도적 사례(leading case)라고 할 수 있는 1969년 12월 12일의 연방행정재판소의 判決<sup>19)</sup>도 그 事業의 특수성은 어쨌든 간에 계획재량의 구체적 내용에 깊이 관계하여 公共利害와 私的利害의 比較衡量에서 「交通의 障害程度」 및 「住民의 住宅需要」의 내용검토에 이르기까지 상세하고 구체적으로 타당한 比較衡量이 행하여 졌는가를 판단한 후에, 地區詳細計劃(Bebaungsplaung)은 극히 추상적인 형태로 고려하여야 할 요소등을 들어

計劃基準을 범한 聯邦建設法 제1조 제4항·제5항의 규정에 위반한다는 결론을 내리고 있는 것이다.

일찌기 이 방면에 관심을 가져온 Hoppe는 계획재량의 限界로서 平等原則은 사실상 有效하지 않다고 하여 除外하고, 憲法上の 기준으로는 적합성(Geeignetheit), 必要性(Erforderlichkeit)의 原則 및 比例原則(Verhältnismäßigkeit)를 들고 이것을 구체화 한 심사기준으로서 ① 事物 非適合性(Sachungeeignetheit) ② 目的 非適合性(Zweckungeeignetheit) ③ 目的診斷의 過誤(Zweckfehldiagnose) ④ 目的의 事後消滅(Zweckfortfall) ⑤ 比較衡量의 要請(Das Abwägungsgebot) i. 調査의 脱落·缺陷(Ermittlungsausfall, Ermittlungsdefizit) ii. 比較衡量에 있어서의 評價의 過誤(Abwägungsfehleinschätzung) iii. 最適利益滿足의 要請(Gebot der optimale Interseubefriedigung) iv. 最少被害의 要請(Schonungsgebot, Aktualisierungsgebot) v. 比較衡量의 치우침(Abwägungsdisproportionalitäten) vi. 評價의 缺陷(Abwägungsdefizit)을 들고 있다.<sup>20)</sup>

## 3. 計劃變更請求權의 問題

### 가. 意 義

計劃變更請求權(Ansprüche auf Planänderung)의 問題는 計劃이 비록 策定되고 수행중에 있지만 그것이 그릇된 정보와 상황의 變化로 인해 예측이 잘못 된 관계로 계획에 하자가 있을 때 私인이

19) Gemeinde가 정한 地區詳細計劃 (Bebaungsplanung)에 대한 知事의 인가가 거부되었기 때문에 Gemeinde가 지사를 피고로 하여 인가의 義務附訴訟을 제기한데 대한 判決.

20) W. Hoppe, *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen*, RdN 173ff, S. 64ff, : Desselbe, DVBI(1974) S. 644

計劃機關에 대하여 計劃의 廢止나 變更을 청구할 수 있는나는 것이다. 앞에서도 具體的으로 언급한 바 있듯이 計劃은 可變性이 있는 것이고 보면 計劃主體의 判斷에 의해 計劃의 變更이나 廢지도 가능한 것이나 私인에 의한 變更 또는 廢止請求權의 행사는 여러가지 문제를 야기한다.

#### 나. 理論的 檢討

첫째, 計劃을 하나의 行政處分으로 간주한다고 했을 때 計劃主體는 都市計劃의 安定性이나 계속성을 유지함도 중요하지만 計劃自體에 대한 担력성이 확보되어야 한다는 측면에서 보면 私人的 「計劃變更請求權」의 인정문제는 논란의 여지가 없지 않다. 즉 私人的 計劃變更請求權을 인정하면 계획재량권을 침해한 결과를 초래한다. 그러나 앞서 본바와 같이 계획재량권의 限界를 인정할 때 현재 策定된 計劃의 내용이나 節次가 명백히 違憲·違法인 경우에는 의심할 바 없이 計劃變更請求權이 인정된다고 보아야 한다.<sup>21)</sup> 왜냐하면 이러한 計劃이 實現단계에서 國民의 권리를 현실적으로 침해하는데 이르게 되면 國民들은 違憲·違法을 이유로 하여 그러한 計劃의 無效를 主張하면서 權利的 회복을 主張할 수도 있을 것이기 때문이다.<sup>22)</sup> 그러나 일반적으로 문제 는 이와같은 當然無效가 아닌 경우이다. 앞서 (計劃存續請求權)도 언급했듯이 計劃의 變更은 「復效的 行政行爲」(VA mit Doppelwirkung)에 해당되기 때문에 私人的 計劃變更請求權은 인정하기 어렵다는 사실이다.

예컨대, 어떤 筆地를 通過하는 道路線을 해체 하게 되면 그 대안으로 다른 筆地를 통과 하는 또 다른 道路線을 원칙적으로 확보하여야 하기 때문에 私人的 計劃變更請求權은 인정하기 어렵다. 결국 都市계획의 변경여부는 計劃主體가 公益과 私益, 公益과 公益, 私益과 私益의 비교衡량으로 결정될것이지 私인에게 變更請求權은 인정할 수 없다는 것이다.

그러나 우리나라와 같은 計劃體制下에서는 서 獨에서와 같이 행정절차법에 의한 주민참여가 保障받지 못하고 있으며, 立案 및 決定을 地方自治團體가 하는 것이 아니라는 점과 都市計劃 分野에 종사하는 公務員制度에 都市計劃 職列이 存在하지 않아 大部分 土木職이나 建築職에서 充원 되는 관계로 인해 業務上 전문성이 결여 되어 있어서<sup>23)</sup> 獨일에서와 같은 이유로 計劃變更請求權을 부인한다는 것은 무리가 있다고 여겨진다. 특히 최근에 들어와서 獨일에서는 計劃의 補完請求權(Planergänzungsanspruch)이 점점 주목을 끌고 실현에 옮겨지고 있다는 사실에 우리는 유의하여야 할 것이다. 이것은 계획의 取消, 廢棄를 요구하는 것이 아니라 계획에 따른 위험방지(보호)조치를 요구하는등 計劃上 瑕疵의 보완을 요구하는 것을 내용으로 한다.<sup>24)</sup> 우리나라에서도 行政訴訟法上 當事者訴訟(이행소송)

23) 金洙根 “都市計劃 實務發展을 위한 當面課題” 國土計劃學會 「國土計劃」 제20권 제1호 (통권 42號) pp.276~278.

24) 그러한 청구권의 성질은 結果排除請求權(Folgenbeseitigungsanspruch)과 동류인 것으로 보고있다. 結果배제청구권에 대한 詳細한 내용은 金南辰 「公法上 結果排除請求權」 考試界(1983. 4) : 李鳴九 「違法한 事實행위와 행정구제」 考試研究(1983. 5) 참조

21) 同旨, 前掲 Seidles, *Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung* S. 122

22) 洪井善 「政治的 計劃의 憲法學的 考察」 서울대학교 대학원, 法學博士學位論文 (1984), p. 239.



의 活性化와 함께 생각해 볼만한 일이다.<sup>25)</sup>

둘째, 다음 節에서 고찰할 「都市計劃變更請求權」의 인정문제와 관련하여 도시계획 결정후 一定期間 집행이 없었을 때 私人은 都市計劃 廢止 또는 變更請求權을 갖느냐의 문제이다. 이것은 都市計劃에 대하여 장래에 대한 예측의 측면에서 현재는 필요 없을지는 모르지만 장래에는 所用이 되고 그러나 당장에 집행을 하기에는 財政的으로 어려운 상황을 피할수 없을 경우에 이를 인정한다면 長期的인 안목에서 비전을 갖고 都市行政을 추진하기가 여간 어려워 지지 않을 수 없다. 따라서 이러한 문제는 결국 「損失補償」으로 해결할 수 밖에 없다고 본다.<sup>26)</sup> 다만 都市計劃의 目標 즉 指標가 과다하게 設定(策定)되어 거기에서 야기되는 過剩으로 施設用地를 指定했을 때는 몇개로 생각할 수 있다. 예컨대 都市計劃人口에 비해서 公園用地가 과다하게 지정되었을 때, 일반적으로 衡量命令으로서 과잉금지 원칙에 위반되는 것으로 다루어져야 한다고 본다.

#### 4. 結 語

요컨대, 計劃存續請求權의 인정문제는 計劃行政의 空間을 前提로 하여 계획변경 전후에 나타나는 公益과 私益間이나 私益과 私益間의 문제로 귀착된다. 여기서 확실한 기준은 수익적 성격의 도시계획의 철회는 公益上 필요와 國民의 既得權益을 비교형량하되 前者가 後者를 압도할 경우에만 그것이 허용되어야 한다. 문제는 公益과 私益의 비교형량이 어렵고 애매한 경우이다. 우

리나라 도시계획법에는 형량에 관한 條項이 없으므로 이를 마련하여 보다 中立的인 기관이 비교형량을 담당하여야 할 것이다. 여기서 중립적인 기관이라함은 計劃機關은 당연히 배려되는 것인바, 그 이유는 앞서 지적한 바와 같은 의식구조의 前近代性 때문이다. 또한 현재의 地方都市計劃委員會도 形량기관이 되기에는 부적합하다. 왜냐하면 同委員會의 이제까지 심의자문 行態를 보면 計劃機關의 옹호자로서의 地位가 보다 강하였기<sup>27)</sup> 때문이다. 뿐만 아니라 현재의 地方都市計劃委員會는 매우 즉흥적이고 단편적인 심의를 하고 있으며 中央都市計劃委員會는 심의기관이기는 하나 현지성이 결여되어 있기 때문이다. 따라서 차제에 計劃高權(Planungshoheit)은 地方에 移讓하고 地方都市計劃委員會를 中立的으로 개편하여 一次的인 비교형량기관으로 하고, 2次的으로 司法的 심사로 함이 타당하다. 다만 變更된 都市計劃이 명백히 무효인 경우, 예컨대 變更된 計劃의 目的이나 그 變更節次가 헌법이나 法律에 반한 경우에는 計劃存續請求權이 存在한다고 할 수 있을 것이다.<sup>28)</sup>

또한 計劃에 입각한 既得權을 얻고 있는 者의 계획의 部分的 變更禁止의 請求權(Anspruch auf partiellen Planänderungsverbot)같은 것은 일단 고려될 수 있다.<sup>29)</sup> 한편, 計劃의 存續에 대한 일체의 청구권은 부인한다하더라도 計劃을 신뢰한

25) 李鳴九 「行政計劃과 計劃保障」 考試研究 1984, 7. p. 72.

26) 拙稿 「都市計劃制限에 따른 損失補償」 韓國地方行政研究院, 「地方行政研究」 제2권 제3호(통권5호)(1987.8) 참조.

27) 金始英, 前揭論文(p196)에 의하면 地方都市計劃委員會는 본래의 기능이나 역할을 수행하기 보다는 市당국에 대한 시민의 비난을 피하는 「전략적 도구」로서 또는 市政에 대한 불신감을 감소시키는 「방파제」로서 의의가 크다고 보고있다.

28) Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 3. Aufl., (1983) S. 184.

29) Vgl. Ossenbühl a. a. O., S. 184.

결과 손해를 입은 자의 구제수단으로 생각할 수 있는 것이 損失補償 또는 損害補償에 대한 청구권은 당연히 인정되어야 한다.<sup>30)</sup> 한편 計劃變更請求權은 앞서 본 바와 같이 Hoppe등에 의해 主張된 衡量瑕疵(Abwägungsfehler)가 있을 때에는 認定해도 무방하다고 생각한다.

#### IV. 計劃遵守請求權의 問題

##### 1. 意義

計劃主體(中央政府 또는 地方政府)가 計劃의 目標와는 달리 행위하는 경우 利害關係 있는 私인이 計劃主體에 대하여 計劃上の 目標에 맞게 행위할 것을 청구할 수 있는가? 즉 私인의 計劃遵守請求權(Planbefolgungsanspruch)은 인정될 수 있는지의 문제인 것이다. 무릇 모든 行政計劃의 기능은 ① 目標設定的機能 ② 行政手段의 綜合化機能 ③ 行政·國民間的 매개적기능 등으로<sup>31)</sup> 요약되는 바, 計劃의 利害關係자가 計劃主體(計劃機關)에 대하여 策定된 計劃을 준수할 것을 즉 計劃目標에 반하는 행위를 하지 말 것을 청구할 수 있는지의 問題인 것이다.

都市計劃은 市民에 대하여 都市行政의 目標와 그 실현을 위한 수단을 미리 확정하여 未來에 대한 예측가능성을 부여함으로써 市民의 협력을 얻는 기능과 시민의 將來活動에 대하여 指針的, 誘導的, 규제적 효과를 발휘하게 되는 것이다. 그런데 計劃主體가 이러한 計劃目標에 반하는 행위를 한다는 것은 재량권의 남용이 아닐 수 없는 것이다. 나아가 計劃의 일관성에 대한 신뢰

라든가 行政의 自己拘束의 原理에도 위반된다고 하겠다.

##### 2. 理論的 檢討

具體的으로 計劃機關이 계획상의 目標에 반하여 許可등의 처분을 행할 때 第3자가 이의 是正을 구할 수 있을 것인가는 두가지 경우를 상정할 수 있다. 즉 제3자가 비록 처분의 상대방은 아니지만 計劃主體의 許可등의 처분으로 인하여 직접 ① 자신의 권리가 침해되는 경우와 ② 자신의 권리가 침해 되지 않는 경우로 나눌 수 있다.<sup>32)</sup>

첫째, 제3자의 권리침해가 있는 경우는 소위 隣人訴訟(Nachbarklage)문제로서 이때 제3자는 原告 適格을 인정 받는다. 즉 계획의 존재를 前提로 하여 他人에 대한 許可를 이웃사람이 다투는 경우로서, 우리나라의 학설이나 判例는 모두 隣人訴訟을 인정하고 있는 바이다.<sup>33)</sup> 즉 도시계획상의 용도지역인 住居地域은 주거의 안녕과 健全한 생활환경 보호의 필요성으로 指定된 것이므로 住居地域內에서 연탄공장 신축으로 주거생활상 불이익을 받고 있는 인접거주자는 원고 자격을 인정한 바 있다.<sup>34)</sup>

그러나 이것은 違法(建築法 違反)한 行政處分에 대한 것으로서 取消訴訟으로 다룰 수 있는 사안이므로 「計劃遵守請求權」의 한 형태로 해석하는 것은 무리가 아닐 수 없다. 또한, 이제는 本件과 같은 경우는 헌법상의 권리인 환경권(憲法

32) Voigt, *Die Rechtsformen staatlicher Pläne* (Schriften zum Wirtschaftsverfassungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht Hg. von Karl Heinrich Friauf, Band 18), (Hamburg: Joachim Heitmann Verlag, (1979). S. 236.

33) 金道稔, 前掲書, p. 551 참조

34) 75. 年. 238(1976. 5. 25. 大判) 判月, 73.(81)

30) 拙稿「都市計劃制限에 따른 損失補償」pp. 85~102 참조.

31) 金道稔, 前掲書, p.261.

제35條)의 具體的인 권리의 하나인<sup>35)</sup> 「環境侵害排除請求權」의 침해인 동시에 建築法 違反으로 다루어야 할 것이다. 다시 말하면 過去(1976년)의 헌법하에서 논의 되었던 것처럼 「法律上 利益」의 다름이나 「反射的 利益」의 「保護法益化」의 次元에서 이해할 일<sup>36)</sup>은 아니라고 생각한다. 즉 이제 본 判例의 이웃이 갖는 이익은 바로 「權利로서의 이익」이라 할 수 있으며 이것은 헌법상의 위헌·위법인 경우에 해당 되므로 私人이 計劃遵守請求權을 당연히 갖는다고 할 수 있다.

둘째, 第3者의 權利侵害가 없는 경우는 독일에서 소위 法的運命共同體(rechliche Schicksalsgemeinschaft)로서 計劃統合體(planverbund)論으로 일부 학설<sup>37)</sup> 및 判例<sup>38)</sup>가 인정하고 있다. 다시 말하면 행정기관의 處分이 처분의 상대방이 아닌 제3자의 권리(法律上 利益과 權利)를 침해하는 것이 아닌 경우에도 제3자는 행정기관에 대하여 計劃을 준수하여 他 私人에게 행한 처분을 취소할 수 있는 권리를 갖는다고 할 것 인가의 문제이다. 즉 計劃法은 一定한 目標를 특정한 手段을 통하여 效率的으로 실현하려는 것이므로 전통적인 의미에서의 法規範과는 상이한 성질을 가진 것임에도 불구하고, 전통적인 의미의 권리의 침해가 없다는 이유로 計劃과 관계가 있는 제3자는 결코 행정기관의 처분의 취소를 구할 수 없을 것인가의 문제<sup>39)</sup>이다. 이에 관해서 독일의 建築法 분야에

서는 「法的運命共同體」로서 「計劃統合理論」을 전개하고 있는바 要旨은 다음과 같다.

즉 計劃地域內的 모든 土地所有者는 균형있는 建築秩序를 위해 統合되어 法的運命共同體를 이루는데, 이 法運命共同體는 한편으로 構成員들에게 特定行爲의 禁止등의 犧牲을 요구하고 또 한편으로는 다른 구성원에 대한 희생을 통하여 질서를 보장받는 것인 바, 建築許可官廳이 책임지고 행정을 집행해 나가야 하는 法的運命共同體는 建築法秩序의 기초가 된다. 이때 건축허가관청이 이웃 사람에게 計劃規範上的 내용과는 다른 建築을 허가 하거나 正當한 衡量을 하지 않고 處分하는 경우에는 건축허가관청이 이웃사람의 권리를 침해하게 된다는 것이다.<sup>40)</sup> 결국 計劃地域內에 있는 자는 利益과 희생의 공동체(Vorteils- und Opfergemeinschaft)를 이루고, 이때 共同體의 운명에 장해가 되는 처분은 구성원의 利益을 侵害하고, 이러한 利益은 法的으로 보호되어야 한다는 것이다.<sup>41)</sup>

### 3. 結 語

앞에서 살펴본 計劃統合體論은 계획규범이 이웃 보호 규정을 두고 있지 않는 경우에도 그 이웃에게 計劃遵守請求權을 인정할 때 公權이 아닌 反射的 利益도 保護法益으로 보는 추세<sup>42)</sup>를 감안할때 不當하다고 보지는 않는다. 그러나 서독에서는 都市計劃이나 建築分野에서는 地區詳細計劃(Bebannungsplanung)에 의한 건축제한이나 土地利用規制가 우리나라에 비해서 매우 철저하기 때문에 計劃統合體論이 일용 成立 될 수 있

35) • 權寧星, 「憲法學原論」(法文社, 1985.) p. 523.  
• 金哲洙, 「憲法學概論」(博英社, 1983) p. 461-462. 참조

36) 金道稔, 前掲書, pp. 185~pp. 186.

37) Egerer, *Des Plangewährleistungsanspruch* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft(1971) S. 116.

38) BVerwG U. v. 14. 12. 1973: DVBl., (1974). 358.

39) 洪井善, 前掲論文, p. 242.

40) 前掲 Egerer, *Der Plangewährleistungsanspruch*. s. 116.

41) 洪井善, 前掲論文, p. 243

42) 金道稔, 前掲書 pp. 184-186.

을지 모르나, 우리나라와 같은 都市計劃體制下에서는 수용하기 어려운 논리라 하지 않을 수 없다. 다시 말하면, 우리나라에서도 서독의 地區詳細計劃과 유사한 建築法 제8조의 2에 의한 「都市設計」 制度가 있기는 하지만 都市設計自體가 都市計劃으로 存在하지 않을 뿐만 아니라 그에 대한 都市設計區域 안의 土地所有者들의 인식부족으로 심한 반발과 都市政府의 재정적 결핍 때문에 計劃統合體論을 적용하기는 시기상조라 하지 않을 수 없다고 생각한다.

## V. 計劃執行請求權의 問題

### 1. 意義

計劃主體가 計劃을 策定한 후 그 計劃을 수행하지 않는 경우 私人이 計劃主體에 대하여 計劃遂行을 청구할 수 있을 것인가의 문제를 計劃執行請求權(Ansprüche auf flanzvollzug)으로 파악할 때 인정할 것인가의 문제이다. 이러한 경우중에서 가장 보편적으로 나타날 수 있는 경우는 計劃主體가 計劃을 策定하였으나 都市財政의 限界등으로 인하여 부득이 하게 計劃을 執行하지 못한 경우이다.

우리 都市計劃法을 보면, 市長·군수는 道路·廣場 기타 대통령으로 정하는 都市計劃施設 또는 사업에 관한 도시계획에 대해서는 都市計劃決定告示가 있는 날로부터 2년 이내에 年次別執行計劃을 수립하도록 하고 있다. 그러나 이 조항은 당초 의도와는 달리 현재 시행되고 있지 못하고 현실적으로 실효성이 거의 없는 규정으로 인식되고 있다.<sup>43)</sup> 많은 경우가 計劃決定告示는 있어도

執行計劃이 樹立되어 있지 않아서 계획집행 실적은 매우 부진한 상태에 있는 실정으로 이에 관련된 민원은 都市計劃變更 또는 해제요구로 나타나고 있다.

### 2. 理論的 檢討

이와같이 都市計劃 決定이 있고난 후 집행계획조차 없거나 집행계획은 있어도 계획대로 집행자체가 이루어지지 않고 있는 경우에 私人은 計劃執行請求權을 행사할 수 있느냐의 문제이다.

이와 관련하여 서독에서는 「收用的 侵害法理」로서 보상하고 있다. 본래 「違法·無過失의 公用侵害」에 대한 보상의 法理로서 成立된 그 收用類似侵害理論(enteignungsgegleicher Eingriff)이 처음에는 「違法·有責의 公用侵害」에 대한 보상의 法理로 擴張되더니 다시 「適法한 侵害」까지 擴大 되었다. 소위 收用的 侵害는 收用類似侵害가 적법한 침해로 擴張된 것(Erweiterung des enteignungsgleichen Eingriff auf rechtmäßige Eingriff)이다. 다시 말하면 收用的 侵害 그 자체는 당초 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 적법하게 他人의 財産權에 加해진 侵害이다. 따라서 相對方은 그 侵害를 受忍할 의무를 당초부터 지고 있었으나 時間이 흐름에 따라 受忍할 수 없을 정도의 침해로 될 때 損失補償의 原因이 되며, 이에 대한 보상이 收用的 侵害로 인한 보상이 되는 것이다.<sup>44)</sup> 都市計劃과 관련하여 收用的 侵

하면 거의 없는 것으로 나타났다.

44) 金南辰, “收用類似, 收用的 侵害와 補償” 「考試研究」 1982. 11 pp. 400~408 참조

• 石琮顯, “收用類似的 侵害와 收用的 侵害” 「考試研究」 1984. 1

43) 필자가 부산, 대구, 인천, 광주 등 우리나라 대도시에 대해 연차별 집행계획 수립 여부를 확인한 바에 의

45) 李康赫, “地下鐵工事로 인한 손해와 권리구제” 考試界, 1983. 5

함을 보면 예컨대 道路區域으로 20여년 동안 지정되어 있음으로 인한 재산권의 侵害<sup>45)</sup>나 또는 公園用地로 指定 되었으나 사업이 시행되지 않아 土地利用規制를 받은 채로 묶여 있음으로서 야기된 재산상의 손해 등을 들 수 있다. 이러한 收用的 侵害의 원인은 두말 할 것도 없이 거의 都市財政의 빈약 때문이다. 즉 都市財政上 公園이나 道路用地를 收用補償할 형편이 안되어 이를 집행하지 못하는 형편이다. 그렇다고 해서 公益的인 次元에서 指定決定 告示된 都市計劃施設用地를 해제변경할 수 없고, 집행할 수도 없는 상황에 있을 때 私人是 財產權 侵害에 대하여 어떻게 대응할 수 있는냐의 문제이다. 물론 收用的 侵害 法理에 따라 損失補償을 청구할 수는 있으나 과연 그러한 手段은 最善인 것인가의 問題이다. 이러한 경우 대체로 都市計劃 再整備時에 상당한 범위까지 計劃을 變更(즉, 指定解除)함으로써 私人的 재산상 침해를 중지하여 줌으로써 計劃機關의 의무를 다했다고 할 수 있는가? 서독의 경우 연방행정절차법에서는 「計劃이 不可爭力이 발생한 후 5년내에 그 시행이 개시되지 아니하면 그 計劃은 무효로 하기」때문에 收用的 侵害의 현상은 오히려 별로 중요한 의미를 갖지 못한다고 할 수 있으며, 聯邦憲法法院의 1981년 7월 15일의 소위 자갈사건(Naßauskeisungsfall)의 判決(BVerfGE 58,300)에서는 補償에 否定的인 태도조차 보이고 있으나 우리나라의 경우에 있어서는 상당히 심각한 이슈임에는 틀림이 없다.<sup>46)</sup> 이문제와 관련하여 미국에서는 收用的 逆宣告 制度(Inverse co-

mmendation)를 活用하고 있다. 이른바「收用的 逆宣告」란 정규의 수용절차를 밟지 않고 재산권을 침해당한 개인에 의한 구제절차를 일컫는 것이다. 여기서 逆(inverse)라는 말은 행정주체가 아닌 土地所有者가 제기하는 節次라는 뜻이다. 우리나라에서도 마찬가지로 土地의 用途制限같은 使用이나 利用制限은 전통적으로 경찰권의 행사로 인식되어<sup>47)</sup> 법적인 보상이 요구되지 않았다. 그러나 이러한 경찰작용의 효과는 사실상 公用收用權의 發動과 대단히 유사한 것이므로 그대로 방치 했을 때는 不公正한 결과를 초래하는 경우가 많으므로, 미국에서는 「收用的 逆宣告」制度가 用途制限의 결과로 야기된 土地所有者의 재산침해를 보상하는데 有用하게 活用되고 있는 것이다. 따라서 이 제도는 行政主體의 조치로 말미암아 손실을 입은 土地所有權者에게 유용한 구제책으로 등장하여, 土地所有權者들은 행정주체를 상대로 소송을 제기할 수 있게 되었으며 法院 또한 有形的·無形的 損失까지 정당한 보상이 주어져야 한다고 判定한 후<sup>48)</sup> 이와 관련된 많은 판례가 나왔다.<sup>49)</sup> 그러나 「收用的 逆宣告」制度는 市政府의 재정형편을 곤란하게 만들고 있음에도 불구하고 아직도 각광을 받고 있는 실정이다.

### 3. 結 語

이상에서 본 바와같이 서독의 경우는 施行이 없는

46) 선거때마다 都市計劃事項이 중요 공약사항이 되거나 선거를 앞두고 많은 범위의 都市計劃 民願이 해결되고 있음은 이를 여실하게 증명하는 것이다. (각 일간신문, 1988년 1월~4월까지 참조)

47) Village of Euclid V. Ambler Realty Co. 272. U. S. 365(1922)

48) Beuscher., Some Tentative Notes on the Integration of Police Power and Eminent Domain by the Courts : So-called Inverse or Revers Commendation, (1968), Urban Law Annual 1. 참조

49) 40, N, J 539, 193A, 2d 232(1963) ; 51, N. J. 108 (1968) ; 385 F. SU PP. 1128(D. Nev, 1973)

計劃은 法的으로 無效로 하고 그간에 발생한 손실은 收用的 侵害의 法理로서 損失補償까지 인정하고 있지만 私人에게는 일반적인 計劃執行請求權을 인정하지 않는다.<sup>50)</sup> 미국에서도 「收用的 逆宣告」制度로서 손실보상이 당연화되어가고 있는 실정이다. 우리나라의 경우는 집행이 없는 계획에 대하여서는 행정소송법에 의해서 이 집행청구를 하였음에도 불구하고 집행청이 부작위로 나아가는 경우 不作爲違法確認訴訟이 가능하다고 할 것이다.<sup>51)</sup> 또는 土地所有者에게 日本에서 처럼 買收請求權을 인정하는 것도 하나의 方法이 된다.

## VI. 맺음말

현대국가는 「法律에 의한 行政」에서 「計劃에 의한 行政」으로 변모되어 가고 있어 국가의 責務 중에 計劃責務가 더 증대하고 비중이 커지고 있기 때문에 이러한 경향은 法治主義의 중대한 위협이 되고 있다. 특히 都市計劃은 모든 國民의 財產權 뿐만 아니라 環境權等 基本權에도 상당한 制約을

가하고 있음에도 불구하고 計劃過程에 이해관계인의 參與가 形式的인 水準에 머무르고 있으며 그나마도 한계점이 없지 않다. 그렇다고 計劃機關의 計劃裁量에 입각한 形成의 自由 또한 保障 自體를 否認할 수는 없는 것이다. 따라서 都市計劃에 의한 公益과 私益의 調和를 이루어야 하므로 西獨에서처럼 行政節次法을 制定·施行하고 의 무적인 衡量命令을 立法化하거나 計劃裁量權의 行使에 필요한 行爲基準을 제정하여 計劃裁量에 대한 司法的 統制나 計劃保障의 手段인 損失補償請求權이 活性化 되어야 할 것이다. 그때까지는 都市計劃의 경우에만 국한해서 말하자면, 計劃存續請求權이나 計劃變更請求權은 否認하더라도 計劃遵守請求權과 計劃執行請求權은 인정하는 것이 진정한 公共福利의 증진에 기여할 것으로 생각된다.

끝으로 本 研究에서 논의된 사항에 관해 具體的인 訴의 提起가 없는 실정이어서 判例에 대한 연구가 소홀하게 취급되었음을 매우 유감으로 생각하는 바이다.

50) Erichsenglw, Martens, (Hg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. neubearbeitete Auflage. (Berlin, New York : Walter de Gruyter, 1983) S. 267.

51) 同旨 洪井善, 前掲論文. p 245.