LHI Journal of Land, Housing, and Urban Affairs
pISSN: 2093-8829, eISSN: 2234-1765
LHI Journal 2021;12(1):31-43 | http://doi.org/10.5804/LHIJ.2021.12.1.31

공공정책의 통제수단으로서 형량명령의 이해

The Understanding of "Abwägungsgebot" (the Obligation to Balance Private and Public Interests) as a Means for Public Policy Control

한상훈*
Sang Hoon Han*

Abstract

Society has an obligation to embrace public policy because the government is leading the society to accomplish policy objectives for societal improvements. In the same way, it is necessary to willingly accept the recently announced 4 February 2021 Real Estate Policy that aimed to stabilize the overheated real estate market as the Policy is supposed to lead society in a better way. However, it is doubtful to conclude that the current real estate market is too unstable or too chaotic to welcome the 4 February Policy. The government provided limited explanations about the rationale of the public projects within the Policy, and serious issues have arisen regarding the legitimacy of these projects. From these contextual backgrounds, this study examines the principles of Abwägungsgebot" (the obligation to balance private and public interests), as a means of public policy control, by reviewing legal cases from the German federal administrative court.

Keywords : Public Interest, Private Interest, Abwägungsgebot, Discretionary Authority, Public Policy

1. 서 론

정부는 2021년 2월 4일 서울을 비롯한 전국 부동산 가격의 안정화를 위한 조치로 단기간에 서울에 30만호의 주택공급 계획을 포함한 총 80만호 주택 공급계획을 담은 「공공주도 3080+, 대도시권 주택 공급 획기적 확대방안」(이하 2.4 부동산대책이라 한다)을 발표했다. 그동안 부동산시장 안정화를 위하여 부동산금융과 부동산세금 규제 강화를 통한 부동산 수요 억제에 주력해온 정부의 부동산정책과 비교해볼 때 때늦은 감이 없지 않으나 공급과 수요의 양쪽을 모두를 포함한 정책을 제시했다는 점은 긍정적으로 평가된다. 이번 2.4 부동산대책은 현 정부의 25번째 부동산 대책으로 대도시권 주택공급 확대와 함께 '공공주도'가 핵심인데, 정부는 재개발과 재건축, 주거지개발 등 사업을 공공주도로 추진하여 2025년까지 수도권에 약 616,000호, 지방에 약 220,00호 등 총 836,000호를 공급한다는 계획이다. 이를 위하여 정부는 재개발과 재건축 등에 '공공직접시행정비사업'을 신설하고, 역세권·준공업·저층주거지 개발사업에는 '도심공공주택복합사업'을 3년 한시적으로 도입한다는 계획이다. 정부가 발표한 이들 '공공'사업은 한국토지주택공사(LH)와 서울주택도시공사(SH공사) 등 공공기관이 직접 시행하고 개발하지만, 용적율과 일조권, 재건축초과이익환수제, 실거주의무 등의 규제완화를 통해서 기존 주민의 수익

*중원대학교 교양학부 교수, 공학박사·법학박사(hans3135@gmail.com)
Received: February 14, 2021 / Revised: March 18, 2021 / Accepted: March 18, 2021

률을 높이고 동시에 사업 진행에 속도를 낸다는 계획이다(국토교통부, 2021).

정책은 바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표를 달성하는 데에 필요한 정책수단을 정부가 공식적으로 선정하는 일이라는 점에서 우리 사회는 정책수용의 의무를 지닌다. 계획은 정책과 마찬가지로 계획목표와 계획목표의 달성을 위한 수단선택의 과정으로 구성되며, 계획목표의 크기와 내용에 따라서 하위의 계획목표와 이 하위의 계획목표 달성을 위한 하위수단선택의 과정으로 구성되는 계층적 구조를 갖는다. 정책과 계획 모두는 각각의 목표를 달성하기 위한 것으로서 선정된 수단 혹은 대안의 실행을 필요로 하며,[1] 이를 위하여 구체적인 계획이 요구된다. 정책은 계획없이 시행될 수 없으며, 어떤 정책이든 그 정책을 실제 시행하려면 그 내용에 맞는 계획이 필요하다. 정책을 구성하는 하위 단위로서 계획이 있을 수 있으며, 반대로 계획의 추진을 위한 하위단위로서 정책이 수립될 수도 있다. 이런 관계로 정책과 계획의 관계는 상위와 하위 위계 또는 동등한 위계가 성립된다. 따라서 정책이 반드시 계획에 종속되어야 하는 것이 아닌 것처럼 계획 또한 반드시 정책에 종속되는 관계에 있지 않다. 계획과 정책의 관계는 언제, 어떠한 목적으로, 누구를 대상으로 무엇을 달성하는 것을 목표로 하는가에 따라서 정해지는 유연한 관계라 할 수 있다.

여기서 정책과 계획의 수립과 시행의 근거를 제공하는 법률의 구성요소 역시 본질적으로 정책가 매우 유사하다. 즉, 법률은 정책과 마찬가지로 나름의 입법목표를 가지고 있으며, 이 입법목표를 실천하는 수단으로 법률이행의 강제성을 갖는다. 이런 점에서 법률은 법률의 이행을 목표로 하는 하위 단위로서 시행령과 규칙 등의 법적 체계를 갖는다. 원래 법률은 국민의 대표기관인 국회의 의결을 거친 것이며 국가의 중요한 정책은 반드시 국회의 의결을 거쳐야 하므로 법이 곧 정책이라는 주장은 나름의 설득력을 가진다. 왜냐하면 강제력을 동원하여 국민의 권리행사나 행동의 자유를 제한하는 규제정책은 정부에 의한 남용의 가능성이 있기 때문에 국회의 의결을 거치는 법률의 형태를 갖출 때 그 정당성이 인정되기 때문이며, 이런 점에서 법학 분야에서는 법률을 정책의 한 형태로 보고 있다. 그렇다면 정부가 준비하고, 국회의 동의를 얻은 정책은 국민의 동의를 얻은 정책으로서 공공성이 담보된 정책으로 볼 수 있을까?

금번 2.4 부동산정책 역시 과열된 부동산시장을 안정화하고 이를 통해서 바람직한 사회상태를 이루려는 정책목표를 가지고 있는 만큼 우리 사회는 금번 정책을 수용해야 할 의무가 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 현재의 부동산시장이 재개발과 재건축, 주거지개발 등 사업을 공공주도로 추진하여 사업속도를 높이고 공급을 획기적으로 늘려야만 할 만큼 불안정하거나 무질서한 상태라고 판단을 내리는 일은 쉽지 않다. 왜냐하면, 계획의 직접적 목표달성이 계획의 정당성을 담보하는 일은 될 수 없기 때문이다. 계획은 해당 계획이 이루고자 하는 직접적인 목표의 달성뿐만 아니라 계획의 수립 및 이행 과정에서 야기되는 이차적인 상황들을 충분하게 고려하여 최선의 결정과 공공의 지원을 받아서 진행될 때 비로서 해당 계획의 정당성이 확보된다. 이런 배경에서 볼 때 금번 2.4 부동산대책의 핵심이 되는 공공주도의 공공사업의 당위성에 관한 정부의 설명이 매우 제한적일 뿐만 아니라 금번 정책이 제시한 정책수단의 정당성에 관한 우려의 목소리도 적지 않다. 이러한 우려는 궁극적으로 금번 정책의 추진으로부터 기대할 수 있는 우리 사회 전체의 이익인 공익을 기준으로 설명될 때 상당 부분의 해소가 가능할 것

1) 그래서 계획의 실천이 고려되기 전 단계로서 계획을 수립하는 행위 혹은 계획의 수립과정을 기획이라 부른다. 즉, 기획단계는 계획 수립의 과정을 강조하는 표현이라 할 것이다.

으로 기대된다.

이러한 배경에서 본 연구에서는 공공정책의 본질이라 할 수 있는 공공성과 공익 개념에 관한 이론적 고찰을 통하여 정책과 계획과 관련한 공익과 사익의 상관성을 검토한다. 다음으로 독일 연방행정법원의 판례를 통해 도출된 형량명령의 원칙에 관한 이론적 고찰을 통하여 공공정책의 통제수단으로서 형량명령의 활용 가능성에 관한 의견을 제시하는 것을 본 연구의 목적으로 한다.

2. 공공성과 공익 개념

2.1 공공성

최희원(2000)은 공공성을 모든 사람들에게 관계된 열린 마음이나 태도로서, 개인적이거나 이기적이지 않은 것이라고 설명한다. 김세훈 외(2008)는 공공성을 공적인 내용이 지향하는 가치, 그러한 가치를 추구하는 활동이 이루어지는 영역이라 설명하면서 공공성은 이들 활동의 주체와 밀접한 연관성을 지닌다고 주장한다. 이처럼 공공성의 개념은 대상을 가지지 않는 이념 그 자체로서 존재하기 보다는 실체적 사실이나 행동과 연계되었을 때 그 의미가 더욱 분명해진다.

이런 이유에서 이승훈(2008)은 공공성의 개념은 실체적 사실이나 행동의 절차적 측면과 주체적 측면 그리고 내용적 측면에서 서로 대립하는 관계라기보다는 서로 보완적이면서도 또한 서로 모순되는 내용도 포함하는 긴장관계에 있다고 설명한다. 예를 들어서 도시정비사업은 특정 집단의 이익에 한정되지 않는 보편적 가치를 지향해야 하지만 대부분의 도시정비사업들이 사업기간이 길고 이해관계자들의 관심이 서로 다른 경우가 많아서 신속한 의사결정이 사업성공의 중요한 역할을 한다. 그런데 많은 도시정비사업들이 이해당사자들의 적극적인 참여를 통한 신속한 의사결정을 이루지 못하는 경우가 많다. 그 이유에 대하여 박진수와 김기수(2013)는 사람들이 사업수익의 배분구조에 더 큰 관심을 둠으로써 조합운영, 시공사 선정 등에 있어서 문제들이 지속적으로 발생하고 있기 때문이라고 설명한다. 결국 이러한 현상이 나타나는 이유는 도시정비사업의 추진에서 확보하고자 하는 공공적 가치보다 도시정비사업의 수익규모에 따라서 이해당사자들의 가치판단이 이루어진 결과로 볼 수 있다.

요약하면 공공성은 더불어 살아가는 도시 공동체적 삶을 가능하게 하는 사회질서가 실제 여러 사람들에 의해 작동될 수 있도록 하는 의미의 체계이다. 즉 공공성이란 사람들이 사회질서를 지키는 일이 자신의 이익을 지키는 일과 다르지 않으며, 다른 사람들도 각자의 이익을 지키기 위해서 사회질서를 지킬 것이라는 믿음을 갖도록 하는 보편적 질서와 사회 구성적 실재이다. 그래서 공공성 체계는 공공성이 사회적으로 구성되면서 다른 한편으로 시간의 흐름과 함께 변화함으로써 그 내용이 명확하게 규정되는 것이 아니라 계속하여 변화하는 유동적 속성을 지닌다.

2.2 공익 개념

공익이란 개인이 아니라 불특정다수 또는 사회전체를 대상으로 하는 사회일반의 공동이익을 의미한다. 따라서 개인적 이익과 다르게 공동이익의 주체를 누구로 할 것인지 또 공동이익의 범위를 어디까지로 할 것인가에 따라서 공익의 개념도 달라진다. 예를 들면, 공익의 개념은 불변의 고정개념이 아니라 주어진 사실 상황에 따라 신축적으로 해석되는 개념이다. 공익은 국가목적을 위하여 사용되는 때도 있고, 지방자치단체의 목적을 위해 사용되기도 하며 때로는 그러한 공동체를 전제로 하지 않고 일반적인 불특정 다수의 공중과의 관련성을 의미하는 때도 있다. 또한 최송화(1999)는 개인적 사안이라 할지라도 그것이 객관적 사회질서에 영향을 미칠 때에는

공익으로 취급되는 경우도 있음을 지적하였다. 따라서 공익의 개념은 시대적 상황과 주어진 여건에 적합한 의미를 끊임없이 탐구가 노력이 필요한 개념이다. 이런 특성 때문에 Häberle(1970)가 주장한 것과 같이 공익과 사익이 충돌하는 경우 사익은 당연히 희생된다는 공익우선주의의 공익의 실체설(적극설)과 공익이란 사익 간의 조정과 타협 또는 집단 간 상호작용의 산물이라고 주장하는 공익의 과정설(소극설) 간의 대립이 현재도 이어지고 있다.

최송화(2006)에 따르면 우리나라의 경우 1970년대 공익개념은 국가 행정활동의 목표로서 기능하면서 법의 판단 자체를 근거 지워주는 정치적 이데올로기로서의 의미를 강하게 가지고 있었다. 그러나 1980년대 이후 경제성장과 민주화의 발전에 따라서 다양화된 사회적 욕구가 많이 요구되면서 공익 개념도 크게 변화되기 시작했다. 이에 대하여 이계만과 안병철(2011)은 우리나라에서는 1990년대에 재산권 제약과 사회적 약자보호에 관한 공익개념이 나타났다고 주장한다. 이러한 사회적 시대적 요구를 적절하게 수용하기 위해서는 무엇이 공익인가를 판단하는 과정에 있어서 공익의 개념이 더이상 추상적 수준이 아니라 합리적이고 객관적인 차원에서의 정의되어야 한다.

법적 관점서 언급되는 공익개념요소는 공동체 다수이익, 보편적 가치, 공개성 등으로 다양한데 헌법에서 공익을 나타내는 대표적인 개념들은 공공질서 유지와 공공복리, 공공필요 등과 관련된 개념들이다. 헌법 제37조 2항은 국가안전보장과 질서유지에 대하여 규정하고 있으며, 가장 대표적으로 공익을 규정하고 있는 제23조 2항과 제37조 2항은 공공복리에 대하여 규정하고 있다. 또 제23조 3항은 공공필요에 대하여 규정하고 있다.

그런데 사회의 많은 영역들이 점점 더 법에 의해 규율되어지고, 모든 사회문제들이 법의 규제 아래 놓이게 되는 이른바 법제화 현상[2]이 확대되고 있는 현실 하에서 공익개념은 국가활동이나 행정활동의 판단근거로 작용하고 있음에도 불구하고 공익 개념의 적용이 요구되는 상황이나 구체적인 적용조건에 관한 검토는 매우 드문 실정이다. 이와 관련하여 최송화(2002)는 과거 우리 사법부는 공익 개념에 대한 분석 없이 개별상황에서의 일반적 합리성을 기준으로 공익을 판단하는 경향이 강했다고 주장한다. 그러나 최근 우리 사법부의 판례는 공익을 법원리로써 수용하려는 노력을 보이고 있다.

3. 도시계획과 공익 개념

토지는 개인의 재산권임과 동시에 국토의 일부이며 인간생활의 기본이 되는 본질적 생산요소이다. 현대국가가 사회국가 또는 복리국가적 요청에 의하여 다양한 공익사업을 수립·시행하면서 토지재산권과 공익 간의 충돌은 더욱 빈번해지고 있으며, 그 대표적 영역이 도시계획이다.

도시계획의 본질적인 목적에 대하여 우리나라 헌법재판소는 "행정청이 거주의 안녕과 건전한 생활환경을 보호하고 토지의 경제적·효율적 이용과 공공의 복리에 기여함에 있다"고 설명하고 있다.[3] 도시계획에 의한 토지이용의 제한은 지역별로 특정 용도의 건물 건축을 제한하는 것이어서 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다. 즉, 입법자는 중요한 공익상의 이유가 분명하게 존재하는 경우 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있

2) 이상돈(2001)은 "현대사회에서 사람들은 각종 분쟁을 법에 의해 해결하고, 법을 통하여 자신의 권리를 관철하거나 이익을 실현하려는 경향을 보인다. 이런 현상을 법제화라 부른다."고 주장하면서, 법제화를 '법의 확장'과 '법의 치밀화'로 구분하고, 전자를 "이제까지는 비공식적으로 규율되던 현실영역을 법으로 새롭게 규율하는 것"이라 설명하고, 후자를 "대강의 법규에 의해 규율되던 것을 좀 더 개별적인 법규로 특수하게 규율하는 것"으로 제시하고 있다.

3) 헌법재판소 2002. 8. 29. 2000헌마556 전원재판부.

다.[4] 이처럼 도시계획에 있어서 공익의 개념은 도시계획의 주체인 동시에 그 대상이 되는 개인과 사회의 관계를 어떻게 이해해야 하는가와 밀접하게 관련되어 있다. 또 도시계획에 있어서 공익의 개념은 개인의 권리에 대한 제한과 그 한계가 어떠한 원리에 의해 이루어져야 하는 가와도 밀접한 관련이 있다. 즉 도시계획에서 추구하는 공익은 시민 모두가 추구하는 공동체의 가치개념이다. 그럼에도 불구하고 도시계획의 입안과 대안의 선택 등 일련의 계획과정에서 구체적으로 공익이 누구의 이익으로 관념되어야 하며 또한 어떻게 판단되어야 하는 가와 관련하여 아직까지 명확한 기준을 갖지 못하고 있는 실정이다.

3.1 공익과 사익의 구분

독일에서 최초로 공익 개념에 관한 논의를 시작한 Dürig(1949)에 따르면 공익은 사익의 집합체가 아니라고 한다. 즉, 공익과 사익은 보통 개념적으로 서로 반대인 경우가 많은데 사안에 따라서 공익과 사익이 공존하는 경우도 많고나아가 공동체의 의지가 개인 의지의 집합체가 아니라 다수의 의지이며, 이익도 개인 이익의 집합이 아니라 다수의 이익에서 일반적·공적 이익이 도출되며, 이러한 이유에서 공익을 판단할 수 있는 제일 확실한 장치는 투표라고 주장하였다. 다시 말해서, Dürig(1949)는 가입과 탈퇴가 자유로운 불특정의 인간집합체가 공익을 결정하는 공중(公衆)인 것이며, 이 공중이 공익판단의 주체라고 주장하였다.

Dürig(1949)의 공익 개념과 다르게 공익 개념을 법제도적인 시각에서 정리한 사람은 독일의 행정법학자인 Wolff(1933)이다. Wolff(1933)는 공익을 먼저 일반적 공익과 특별적 공익으로 구분하였다. 일반적 공익이란 국가공동체의 이익을 말하는 것으로 이는 다시 공동체조직의 투표나 행동에서 표출되는 것과 같은 실체적 이익을 말하는 사실적 공익과 흠결 없는 것으로 인정된 공동체의 이익을 말하는 진정한 공익으로 구분된다. 한편 특별적 공익이란 특정 지역이나 특정 단체에 국한된 공동체의 이익을 의미하며, 일반적 이익과 특별적 이익이 충돌한 경우 통상 일반적 이익의 우월적 가치가 인정된다고 한다. 이처럼 Wolff(1933)는 다층적이고 복합적인 공익 개념의 실체법적 명확화를 위하여 입법적 규율의 중요성을 잘 지적하였다. 하지만 사실적 공익과 진정한 공익의 구별이 쉽지 않을 뿐만 아니라 진정한 공익의 실현은 국가의 모든 구성원의 이익과 일치한다는 그의 주장은 독일 기본법 제1조와 제2조에 근거를 두고 있는 자율적이고 성숙된 개인의 인격권의 내용과 배치된다는 점에서 분명한 한계를 지닌다.[5]

개인의 사익도 그것이 공동체의 질서와 연관되어 있는 경우 공익의 성격을 가질 수 있기 때문에 공익과 사익의 엄격한 구분은 무의미할 수 있지만 공익은 사익의 대립관념 속에서 그 존재의의가 있다는 점을 고려할 때 공익과 사익의 구분은 여전히 유용하다. 왜냐하면 사익과의 관계에서 절대적 우위를 가지며 초월적이고 절대적인 것으로 간주되었던 전통적인 공익 개념은 이제 더이상 존재하지 않을 뿐만 아니라 현대적 의미의 공익은 그와 경합하는 사익과의 관계에서 단지 상대적으로 우월한 뿐이며 법과 제도에 의해 실현되어야 할 이익으로 이해되고 있기 때문이다.

3.2 공익과 사익의 통제수단으로서의 형량이론

형량(Abwägung)이란 이처럼 어떤 대안에 대한 선택 혹은 행위의 결정을 내리기 위하여 비교하여

4) 따라서 토지의 개발이나 건축은 법률로 정한 재산권의 내용과 한계 내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라, 토지재산권의 강한 공공성으로 말미암아 그 이용에 있어서 다른 재산권과 비교하여 훨씬 더 강력한 규제와 의무가 부과되고 있다.

5) Dazu Kunig, in: Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Rn. 6; Art. 2 Rn. 11.

저울질한다는 의미로 어떤 대안에 대한 최종 판단을 내리기 위한 일련의 과정과 결과를 말한다. 형량이론은 계획의 본질적 특성상 부여되어지는 형성의 자유에 관한 통제방법으로서 도시계획분야에서 매우 중요한 역할을 하고 있다.

독일의 경우 건설법전(BauGB) 제1조 제6항에 형량에 관한 명시적 규정을 두고 있다. 우리나라의 경우 독일처럼 법률상 형량을 규정하고 있지는 않으나 우리 법체계도 형량의 내용을 수용하고 있다는 의견이 다수의견이다.[6] 특히 우리나라 대법원은 도시계획의 특성과 형량이론과의 관계를 판례에서 다음과 같이 명확하게 제시하고 있다. 우리나라 대법원은 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 한편, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호 간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 판결을 통하여 형량명령[7]을 인정하고 있다.[8]

이상의 판례에서 인정하는 바와 같이 도시계획과 같은 행정계획을 수립함에 있어서 계획 주체는 어느 정도 형성의 자유를 포함한다. 계획수립에 있어서 형성의 자유가 주어지지 않는다면 그 행위는 계획이라기보다는 미리 정해진 일을 이행하는 행정에 가깝다. 따라서 계획수립에 있어서 계획가에게 보장되는 형성의 자유는 계획의 근거가 되는 법률의 입법 목적과 계획내용 그리고 계획이 수립되는 그 시대의 사회적 가치 등 법치주의 체제를 벗어나지 않는 범위에서 인정된다.

3.3 계획의 규범 구조적 특징과 계획재량

계획법규는 조건프로그램의 규범 구조를 갖는 일반 행정법규와 다르게 목적프로그램 내지는 목적-수단명제의 규범 구조적 특징을 갖는다. 이러한 특징에 대하여 김현준(2001)은 여기서 말하는 조건프로그램은 "…할 경우, …하다"라는 법률구조, 즉 구성요건이 충족되면 그에 따른 정확한 법률효과가 발생하는 구조를 의미하며, 목적프로그램은 반드시 도달되어야 하는 목표를 설정하고 이 목표의 실현을 위한 구체적 수단의 선택에는 어느 정도의 자유를 보장하는 구조를 의미한다고 설명한다. Hoppe(1974)는 조건프로그램은 행정작용을 초기조건(input)에 따라 유도하는 것이라고 한다. 즉, 특정한 구성요건이 충족될 경우 특정한 효과가 자동적으로 발생하기 때문에 나머지 조건들은 충족될 필요가 없으며 신호와 반응의 불변적 연결이 중요하다고 주장한다. 반면에 목적프로그램은 행정을 결과(output)[9]에 따라 유도하는 것이라고 한다. 즉, 행정은 특정한 목표에 도달하려는 규정과 그에 적합한 수단의 선택에 의해 이루어지기 때문에 주어진 상황에 대한 종합적인 고려와 판단이 필요한 것이다.

대부분의 계획관련 법률의 경우 특정한 입법목적과 개별 수단을 제시하는 데에 국한되어야 하는 목적프로그램으로 되어 있어서 계획행정은 주어진 계획상황 하에서 주어진 목표 중 무엇이, 어느 정도로, 어떠한 방식으로 도달되는 것이 가장 좋은 결과(혹은 가장 중요한 결과)를 유도할 것인가를 스스로 결정하는 계획상의 형성의 자유(계획재량)을 가진다. 이런 이유에서 신봉기(2000)는 계획행정에 있어 계

6) 도시계획시설 결정에 있어서 이익형량의 내용을 분명하게 규정한 판례로는 대법원 2000. 9. 8. 선고, 98두11854 판결 등이 있다.
7) 형량이론과 형량명령은 법학적 시각에서 볼 때 구분되는 개념이라 할 것이나, 내용적으로 동일한 의미를 지니고 있어서 본 연구에서는 구분 없이 같은 의미로 사용한다.
8) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결; 대법원 1997. 6. 24. 선고, 96누1313판결; 대법원 1998. 4. 24. 선고, 97누1501 판결; 대법원 2000. 9. 8. 선고, 98두11854 판결 등.
9) 즉 행정이 추구하는 행정목표를 의미한다.

획상 형성의 자유의 일탈 여부는 형량명령이라는 특별한 하자이론에 근거하여 판단되고, 이런 점은 일반 행정재량과 계획재량을 구분의 기준이 된다고 주장한다.

3.4 형량이론의 구성요소로서 원칙과 규칙

Dworkin(1977)이 주장한 원칙이론에 따르면 규칙은 어떤 조건이 주어지면 그 규칙이 유효하거나 아니면 무효가 되는 단지 2개의 가능성만이 존재하는 "전부 혹은 전무의 방식"(all or nothing fashion)의 적용을 통해 선택이 가능한 것과 비교하여 원칙은 어떤 조건이 주어지면 어떤 원칙이 상대적으로 더 중요하고 어떤 원칙이 덜 중요한지를 가늠하는 원칙들 간의 위계의 적용을 통해 선택이 가능한데 이렇게 원칙들 간에 위계가 생긴 경우라고 하더라도 상대적으로 작은 중요성을 가진 다른 원칙이 당연히 무효가 되는 것은 아니며, 다른 상황에서는 그 중요성이 뒤바뀔 수도 있다고 한다.

Alexy(1994)는 Dworkin(1977)의 원칙·규칙에 관한 엄격한 구분명제에 대한 비판적 검토를 통하여 규칙이나 원칙은 둘 다 당위(當爲)의 영역인 규범에 속하며, 명령, 허가, 금지의 형식으로 구성되는데 원칙은 법적·사실적 가능성과 관련하여 가능한 한 높은 정도로 실현되는 어떠한 것을 명하는 규범에 해당하고 규칙은 항상 단지 충족될 수 있거나 없거나 하는 규범으로서 하나의 규칙이 적용되면 그것은 그 규칙이 요구하는 바대로 행할 것이 명해지는 것이며, 그 이상도 이하도 아닌 사실적·법적 가능성의 여지에서 확정을 담고 있다고 주장한다. 따라서 Alexy(1994)의 설명에 따르면 규칙과 원칙 간에는 단지 정도의 차이가 아닌 질적인 차이가 있는 것이며, 모든 규범은 하나의 규칙 혹은 원칙이라고 할 수 있다.

이러한 규칙과 원칙 간의 이론적 구분은 계획행정 실무에 있어서 계획원칙 간에 충돌하거나 계획규칙 간에 충돌하는 경우에 그 해결방법을 찾는 데에 유용한 방향을 제시한다. 먼저, 2개의 규칙이 충돌되는 경우에는 법적 효력 개념은 다단계로 나눌 수 없는 점에 착안하여 규칙 중 하나에 포함된 예외규정을 통하여 그 충돌을 해결하거나, 아니면 "신법 우선"이나 "특별법 우선"과 같은 규칙을 통하여 규칙 중 하나를 무효화시킴으로써 해결이 가능하다.[10] 이와 비교하여 2개의 원칙이 충돌하는 상황 하에서 하나의 원칙을 선택한다는 것은 다른 하나의 원칙이 당연히 무효화됨을 뜻하는 것이 아니며, 예외규정을 만드는 것도 아니다. 단지 특정한 상황 하에서 하나의 원칙이 다른 원칙에 우선할 수 있으며, 또 다른 상황에서는 반대의 결과를 가지고 충돌이 해결될 수도 있다. 따라서 원칙은 구체적인 상황에서 다양한 중요성을 가질 수 있다. 결국 규칙의 충돌은 효력의 차원에서 해결될 수 있는 것과 비교하여, 원칙의 충돌은 중요성의 차원에서 해결방안을 모색해야 한다.[11]

이상과 같은 규칙과 원칙의 규범 구조에 관한 법이론적 해석은 계획법에 적용될 수 있다. 계획규범 중 규칙은 계획주체가 반드시 지켜져야 하는 것으로 계획상 형성의 자유가 전혀 없는 것이다. 따라서 이러한 규칙에 대한 위반은 계획하자에 해당하고 해당 계획의 위법성 문제를 발생시킨다. 이러한 계획법상 규칙을 독일 연방행정법원은 계획엄수규범(Planungsleitsätze)으로 규정하고 있다.[12]

계획법상 원칙에 해당하는 것으로는 계획법상 최적화명령(planungsrechtliches Optimierungsgebot)과 고려의 명령(Berücksichtigungsgebot)을 들 수 있다. 양자 모두 형량과정에 있어서 계획엄수규범처럼 반드시 지켜져야 하는 것이 아니라, 다른 이익을

10) Alexy, a.a.O., 77 f.
11) Alexy, a.a.O., S.79.
12) BVerwG, Urteil vom 22.03.1985 - 4C 73.82 -, BVerwGE 71, 163 ff.=DVBl. 1985, 899 f.

위하여 적용이 되지 않을 수도 있는 규범이라는 점에서 공통점이 있다. 그런데 김현준(2001)은 계획법상 최적화명령은 통상의 고려를 해야 하는 것이 아니라 "가능한 한 보다 더" 고려해야 하는 "특별한" 고려라는 점에서 차이가 있다고 주장한다. 그러나 이러한 계획법상 최적화명령과 고려의 명령은 모두 반드시 지켜져야만 하는 규범이 아니며, 그 충돌시 효력의 유무가 문제되는 것이 아니라, 중요성의 차원에서 해결되는 것으로서, 상황에 따라 그 비중을 달리 할 수 있으며, 형량을 통해서 취해지기도 버려지기도 하면서 충돌을 해결한다는 점에서 둘 다 원칙에 해당한다.

3.5 계획상 형성의 자유의 판단

이상 규칙과 원칙의 규범 구조에 대한 이해는 도시계획실무에서의 문제해결에 다음과 같은 도움을 준다. 예를 들어서 지구단위계획을 수립하는 과정에서 범할 수 있는 계획상 형성의 자유(계획재량)의 하자를 계획수립지침 준수 혹은 미적용을 기준으로 판단하는 것은 문제가 있다. 왜냐하면, 지구단위계획의 수립에 있어서 계획상 형성의 자유가 하자 없이 보장되었다는 것은 해당 지구단위계획이 주어진 계획조건에서 계획목표를 충분하게 달성할 수 있을 정도의 내용으로 수립되었음을 뜻하는 것으로서 계획지침의 준수 혹은 적용만으로는 이러한 결과를 보장할 수 없기 때문이다. 즉, 계획이란 포괄적인 형성의 자유를 가지는 정형화될 수 없는 창의적인 활동으로서 계획상 형성의 자유의 하자 여부는 단순히 주어진 계획 조건의 적절한 이행 여부를 확인하는 것으로는 정당한 판단을 내리기 어렵다. 그러므로 계획상 형성의 자유의 적절성 판단은 계획 수립과정의 절차적 정당성 확보만을 확인하는 단순한 광의의 비례의 원칙 적용 여부만을 기준으로 하는 것은 적절하지 못하다.

이를 좀 더 구체적인 사례를 들어 설명하면, 지구단위계획은 도시의 일정 구역을 대상으로 수립되기 때문에 해당 지구단위계획의 내용은 이미 확정된 주변의 개발상황과 도시계획들과 조화를 이룰 때 계획목표를 이룰 수 있는데, 이 경우에 있어서도 해당 지구단위계획의 내용과 규모 그리고 위치 등에 따라서 주변의 이해관계가 다르게 나타날 가능성이 높을 뿐만 아니라 최악의 경우 일조권 침해, 조망권 침해 등과 같이 주변에 대한 권익침해를 야기할 가능성이 적지 않다. 따라서 실제 지구단위계획을 추진함에 있어서 주변지역에 대하여 이러한 권익침해가 야기되는 경우, 지구단위계획 수립의 계획상 형성의 자유의 부적절성 혹은 위법 여부의 판단은 해당 지구단위계획의 수립과정의 적절성에 관한 고려와 더불어 지구단위계획 수립주체가 지구단위계획수립과 관련한 여러 이익들에 대하여 충분한 검토를 하였는지, 또 검토 과정에서 여러 이익들간의 비교·교량은 적절하게 하였는지를 등을 종합적으로 고려해야 한다. 결론적으로 계획상 형성의 자유는 계획 및 계획법의 특수성에 따라서 본래적으로 요구되는 성질로서 이 형량의 방법을 통해서 통제되기 때문에 도시계획가는 물론 도시행정공무원들은 일반행정에 관련한 재량하자론과 형량명령의 차이점을 분명하게 인식할 필요성이 있다.

4. 공익과 사익의 조정수단으로서 형량명령

송동수(2002)에 따르면 우리나라의 경우 아직 명문화된 법규정이 없는 것과 비교하여 독일에서는 계획분야에 있어서 공익과 사익의 충돌에 대한 해결방안으로 일찍이 형량명령(Abwägungsgebot)이 제시되어 공익과 사익을 저울질하여 조화로운 결정을 내리도록 하는 법원칙으로서 건설법전(BauGB) 제1조 제6항에 규정되어 있다고 한다. 이 형량명령의 원칙은 여러 가지의 공적·사적 이익들을 이익형량의 주요한 형량의 요소로 포함하고 있다.

독일의 형량명령 원칙의 발전에 큰 영향을 가져온 판결이 바로 도시계획허가 사건에 관한 연방행정법원의 1969년 12월 12일 판결이었다.[13] 이 판결의 내용을 살펴보면 다음과 같다. "계획법에 있어서 기본적인 목적 규정들의 해석 및 적용과는 달리, 개개의 계획이 정당한 이익형량을 하였는가의 여부에 대해서는 감독관청과 행정법원의 통제가 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 이러한 견해의 특징에 관하여 강현호(1996)은 계획이 첫째로, 무엇보다도 공적 이익들 사이의 형평 혹은 타협을 요청한다는 사실, 둘째로, 계획의 과정에 있어서 어떠한 한 이익이 다른 사람의 이익이 될 수도 있다는 사실, 셋째, 계획은 필수적으로 이러한 여러 이익들 사이에서 우선되는 이익들에 대한 결정을 포함하고 있으며, 바로 이러한 사실이 계획의 핵심적인 역할이라 할 수 있다"고 설명한다. 이 판결을 통해서 독일 연방행정법원은 계획청이 계획의 수립에 있어서 형성의 자유를 가진다는 점을 분명하게 하는 동시에 계획청의 형성의 자유는 이익형량의 원칙에 의해 통제될 수 있다고 규정함으로써 계획청이 수립하는 도시계획 등 행정계획이 공익과 사익의 조화를 도모하는 방향에서 수립될 수 있는 제도적 체계를 마련하였다.

4.1 형량명령의 기본원칙

독일 연방행정법원이 도시계획과 같은 공공계획의 통제를 위해 발전시킨 형량명령의 기본원칙은 다음과 같으며, 이 원칙이 제대로 지켜지지 않은 경우 형량명령의 하자가 발생한다.

4.1.1 이익형량의 불개시

이익형량의 불개시는 이익형량을 전혀 하지 않은 경우를 말한다. 행정청이 의도적으로 이익형량의 과정을 시작하지 아니한 경우뿐만 아니라 행정청의 기존의 결정에 기속되어 이익형량의 과정을 포기한 경우도 포함된다.[14]

4.1.2 이익형량의 흠결

행정청이 이익형량을 하긴 하였으나 결정에 중요한 이익들이 형량과정이 포함되지 않은 경우를 말한다. 사물의 본성에 의하여 어떠한 이익이 이익형량의 과정에 포함되어져야만 하는데 그러지 아니한 경우에 이 이익형량의 흠결이 존재하게 된다. 그 반대인 경우도 이익형량의 흠결의 경우이다. 즉, 만일 어떠한 이익들이 사물의 본성에 의하여 이익형량의 과정에 포함되지 아니하여야 되는데 포함된 경우나, 계획된 조치들의 정당한 실시를 위해 필요치 아니한 이익들이 이익형량의 과정에 포함되는 경우에도 이익형량의 흠결이 존재한다. 강현호(1996)는 형량명령의 원칙은 독일의 건설법전(BauGB) 제1조 제6항 및 판결에 의하면 법적 성격을 갖고 있어서, 이익형량의 하자가 발견되면 해당 도시계획은 위법한 것이 되며, 독일법상 법규의 위법은 법규의 무효를 가져온다고 한다.

금번 2.4 부동산대책은 계속되는 부동산 가격상승을 억제하고 부동산시장을 안정을 위하여 한국토지주택공사(LH)와 서울주택도시공사(SH공사) 등 공공기관 주도의 대도시권 주택공급을 목표로 하고 있다. 그런데 금번 대책은 신규택지 마련을 통한 대규모 주택공급의 신속한 진행을 위하여 주택개발 관련 규제를 완화하고 또 사업진행 절차를 간소화하면서도, 기존 도시내 노후주거지역에 대한 재개발·재건축 등 정비사업에 관한 지원대책은 별도로 제시하지 않고 있다. 주택시장이 기존 주택과 신규주택으로 구성되는 만큼, 신규주택의 공급은 자연스럽게 기존 주택의 노후화를 앞당기는 역할을 하

13) BVerwGE 34, 301
14) Hoppe in Hoppe/Grotefels, Bauntcht, §7 Rn. 94: Stüer in Hoppenberg. Baurecht, B Rn. 405.

고 있다는 점에서, 신규 주택 공급을 검토함에 있어서 기존 주택문제들은 당연히 이익형량에 포함되어야 한다. 그런데 금번 2.4 대책에는 이와 관련한 내용이 포함되어 있지 않다. 바로 이런 점에서 금번 2.4 대책은 이익형량의 흠결에 해당한다고 볼 수 있다. 다만, 2.4 대책은 현재 추진 중에 있는 만큼, 이를 현재시점에서 확정하는 일은 바람직하지 않다(국토교통부, 2021).

4.1.3 이익형량의 오판

이익형량의 오판이란 이익형량을 함에 있어 관련 이익을 객관적으로 잘못 평가한 경우에 해당한다.[15] 이익형량의 오판이 존재하는 가의 여부는 구체적인 사건에 있어서 도시계획의 이유서, 지방자치단체 대표들의 회담 기록 혹은 상급관청에의 허가신청서 등을 통해서 알 수 있다.[16]

4.1.4 이익형량의 불비례

이는 이익형량에 있어서 관련된 개개 이익들의 평가 자체는 공정하게 이루어졌으나, 이익들의 상호비교에 있어서 형평성을 잃어버린 경우이다. 지방자치단체가 새로운 상업지역의 지정에 있어서 인근 주택에 사는 주민의 거주보호를 이익형량에 포함시켰고 이 주민의 주거이익을 매우 중요한 이익으로 간주하였다. 새로운 상업지역의 지정이라는 이익은 그에 비하여 낮게 평가하였다. 그럼에도 불구하고, 전체적인 이익형량에서는 상업지역의 지정에 높은 가치비중이 주어졌다면 이는 이익의 상호비교에 있어서 형평성을 잃은 것으로 이익형량의 불비례에 해당된다.[17] 뤼네부르크 고동행정법원의 판결에 의하면, 도시계획에 있어서 일반적 근본 원칙인 도시계획에 관계된 자들의 인간존중의 환경을 유지하는 것을, 지방자치단체의 의회가 기만(欺瞞)한 방법으로 선택된 해결책의 기술적인 실현가능성보다 낮게 평가한 경우에는 이 도시계획은 이익형량의 하자를 지닌다.[18] 이 원칙은 이익형량을 함에 있어 비례의 원칙이 필수적으로 준수되어야 함을 강조하고 있다.

4.2 형량명령의 대상

이익형량을 함에 있어서 고려되어야 할 공익은 여러 가지이다. 이익형량의 대상이 되는 공익 중 도시계획과 관련된 공익으로는 토지이용과 도시의 건전한 발전을 위해 필요한 이익들로서 주택 및 주거환경과 관련한 이익, 주민들의 사회적, 문화적 욕구와 관련한 이익, 지역의 유지 및 발전과 관련한 이익, 문화재 보호와 관련한 이익 등을 들 수 있다. 이러한 공익의 예시가 엄격히 일치되는 것은 아니며 때로는 겹치기도 하고 대로는 상호 대립되기도 한다. 이러한 공익은 일반적·추상적으로 표현되는 법조문에서는 원칙적으로 모두 동등한 것으로 평가되지만 실제로 구체적 상황에서는 모든 공익이 동등하게 고려되는 것은 아니며 사안에 따른 비중에 의해 각각의 공익이 그 서열이 정해진다.[19]

이익형량에 있어서 고려해야 할 공익과 대비하여 비교형량되어야 할 사익은 당연히 헌법상 보장된 개인의 재산권이며, 재산권 중에서 가장 대표적인 것은 토지재산권이며, 재산권 외에도 기업의 확충, 기업의 이전 그리고 주관적 공권도 이에 포함된다.[20] 이처럼 이익형량에 있어서 재산권은 절대적으로 보

15) Koch, Baurecht, S. 157: Hoppe/Schlarmann, Rechtsschutz, Rn. 181.
16) Grauvogel §1 Rn. 442.
17) Hoppe in Hoppe/Grotefels, Baurecht, §7 Rn. 122.
18) OVG Lüneburg NuR 1983 S. 70 (72).
19) Brohm, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl., 1999, S. 229.
20) BVerwGE 59, 87(101f.).

장되어야 한다는 것은 아니라 고려되어야 할 중요한 이익 중의 하나에 해당한다.[21]

이상에서 본 바와 같이 이익형량과 관계된 공익 및 사익이 어떨 때에 이익형량에서 고려되는 가와 관련하여 독일 연방행정법원은 다음의 기준을 마련하였다. 즉, 이익형량과 관계된 이익들이 첫째, 계획에 대한 결정을 할 때에 행정청이 이익형량에 있어서 중요하다고 인정할 수 있고, 둘째, 실제로 발생할 가능성이 높고, 셋째, 객관적으로 볼 때 낮은 가치를 가지지 아니하고, 넷째, 그 외에 보호의 필요성이 있는 경우이다.[22]

5. 결 론

독일의 연방행정법원은 판례를 통하여 행정청이 이 계획을 수립할 때에 가지는 계획상 형성의 자유를 통제하는 수단으로써 형량명령의 원칙을 도출하고 발전시켜 오고 있다. 특히 연방행정법원은 판례를 통하여 형량명령의 제 원칙은 이익형량의 과정뿐만 아니라 이익형량의 결과에도 그대로 적용된다는 점을 규정하였으며, 다른 한편으로 형량명령의 원칙은 법치국가의 원칙을 기초로 하고 있음을 밝힘으로써 관련 법규정의 유무에 관계 없이 도시계획은 형량명령의 원칙을 따라야 함을 분명하게 하였다.

형량명령의 원칙은 본질적으로 공공의 이익과 개인적 이익 등 다양한 이익의 존재와 함께 또한 이들 이익 상호 간의 갈등이라는 것을 전제로 하고 있다. 같은 맥락에서 도시계획도 그 자체 속에 필연적으로 많은 이익과 사익들의 이해관계를 포함하고 있다. 이러한 이익관계의 갈등 속에서 법치국가의 원칙에 기초한 개인의 기본권만이 중요시 될 수는 없으며, 사회 전체의 안정과 질서를 위한 공익 역시 중요하게 고려 되어야 한다. 이런 이유에서 도시계획을 통해서 야기되는 공익과 사익들 간의 갈등은 '형량명령의 원칙'의 적용을 통해서 서로 비교 평가되고 조정될 수 있다. 그러므로 형량명령의 원칙은 행정청의 재량행위에 관한 하나의 기준의 역할을 하며, 행정청이 이 기준을 따르게 함으로써 행정청이 수립하는 도시계획 등 도시정책에 관한 공적인 통제를 가능하게 하며, 결론적으로 이러한 과정을 통하여 정부에 의한 도시정책의 공공성 향상에 큰 역할을 할 것으로 기대된다.

정부가 계획을 수립할 때 가지는 형성의 자유는 필수적인 것이다. 그러나 이러한 계획의 형성의 자유는 제한 없는 무한정의 자유가 아니라 사회가 수긍할 수 있는 범위 내에서의 자유이다. 이와 관련하여 독일 연방행정법원은 도시계획 수립시에 관계된 이익의 형량에 착안하여 형량명령 원칙을 도출하고 판례를 통하여 형량명령의 이론을 체계적으로 발전시켜오면서 정부의 계획재량에 관한 적절한 통제를 통하여 공익과 사익의 조화를 추구해오고 있음은 우리에게 중요한 교훈을 제시한다.

부동산시장에 관한 정부정책의 파급효과가 즉시적으로 나타날 뿐만 아니라 그 영향범위 또한 광범위한 우리나라의 사정을 감안할 때, 부동산정책 수립과 관련하여 정부가 활용하는 계획재량에 대한 적절한 통제가 절실하게 필요한 때이다. 바로 이런 점에서 독일 연방행정법원이 도출하여 발전시켜오고 있는 형량명령이론에 관한 이해는 정부의 일방적인 계획행정에 대한 정당한 통제의 역할을 가능하게 하는 유용한 통제수단이 될 수 있을 것으로 기대된다. 그러나 이러한 기대가 즉각적으로 정부정책에 반영되려면 우선적으로 해결해야 할 과제가 있다. 앞서

21) BVerwGE 61. 295 (302): BVerwG NVwZ 1991, S. 873.
22) BVerwGE 59, 87 (102 ff.) : BVerwGE NVwZ 1990 S. 555: BVerwG NVwZ-RR 1994, S. 190 : BVerwG DVBI. 1994. S. 701.

지적하였듯이 우리나라의 경우 독일과 다르게 아직까지 형량명령을 명문화하고 있는 법규정이 없는 만큼 이를 실천하기 위해서는 형량명령을 인용한 기존 판례에 관한 심도 깊은 연구와 함께 공공정책의 공익적 효과에 관한 실증적이고 또한 객관적 연구의 축척이 우선되어야 한다. 따라서 본 연구의 후속 연구는 공공정책의 공익적 효과에 관한 실증 분석을 진행하고자 한다.

참고문헌

1. 강현호(1996), “형량명령의 원칙에 관하여”, 「성균관법학」, 7(1): 219.
2. 국토교통부(2021), 「공공주도 3080+, 대도시권 주택공급 획기적 확대방안」, 6-14.
3. 김세훈 외(2008), “공공성에 대한 사회학적 이해”, 「공공성에 대한 다양한 접근」, 미메시스, 25-26.
4. 김현준(2001), “계획법에서의 형량명령”, 「공법연구」, 30(2): 363-364.
5. 박진수·김기수(2013), “공공성측면에서 본 현행 도시재생정책 및 제도에 관한 비판적 고찰”, 「한국도시설계 학회지」, 14(2): 35-52.
6. 송동수(2002), “독일에 있어 토지에 관한 공익과 사익의 조정: 형량명령을 중심으로”, 「토지공법연구」, 16(1): 47.
7. 신봉기(2000), “행정계획에 대한 사법적 통제”, 「토지공법연구」, 10: 197.
8. 이계만·안병철(2011), “한국의 공익개념 연구: 공익관련 법률내용 분석을 중심으로”, 「한국정책과학학회보」, 15(2): 1-27.
9. 이상돈(2001), 「법학입문」, 박영사, 5.
10. 이승훈(2008), “근대와 공공성 딜레마”, 「민주사회와 정책연구」, 통권13호, 23.
11. 최송화(1999), “공익 개념의 법문제화: 행정법적 문제로서의 공익”, 「법학」, 47(2): 33.
12. 최송화(2002), 「공익론」, 서울대학교 출판부, 242.
13. 최송화(2006), “공익의 법문제화”, 「법학」, 47(3): 10-27.
14. 최희원(2000), “설계자의 의식에 근거한 공개공지 평가지표설정에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 8.
15. 헌법재판소 2002. 8. 29. 2000헌마556 전원재판부.
16. 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.
17. 대법원 1997. 6. 24. 선고, 96누1313 판결.
18. 대법원 1998. 4. 24. 선고, 97누1501 판결.
19. 대법원 2000. 9. 8. 선고, 98두11854 판결.
20. Alexy, R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, S.72.
21. Brohm, W. (1999), *Öffentliches Baurecht*, 2. Aufl., S. 229.
22. Dürig, G. (1949), Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs “Öffentliches Interesse”, Diss. München, S. 33f & S. 41.
23. Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press. 14 & 81.
24. Häberle, P. (1970), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, S. 21.
25. Hoppe, W. (1974), “Zur Struktur von Normen des Planungsrechts”, *DVBl*. 641 & 643 f.
26. Wolff, H. J. (1933), *Organschaft und Juristische Person, Band I: Juristische Person und Staatsperson*, S. 470ff.

요 약

정책은 바람직한 사회상태를 이룩하려는 정책목표를 달성하는 데에 필요한 정책수단을 정부가 공식적으로 선정하는 일이라는 점에서 우리 사회는 정책수용의 의무를 지닌다. 이런 이유에서 볼 때 금번 2.4 부동산정책 역시 과열된 부동산시장을 안정화하고 이를 통해서 바람직한 사회상태를 이루려는 정책목표를 가지고 있는 만큼 우리 사회는 금번 정책을 수용해야 할 의무가 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 현재의 부동산시장이 재개발과 재건축, 주거지개발 등 사업을 공공주도로 추진하여 사업속도를 높이고 공급을 획기적으로 늘려야만 할 만큼 불안정하거나 무질서한 상태라고 판단을 내리는 일은 쉽지 않다. 왜냐하면, 금번 부동산대책의 핵심이 되는 공공주도의 공공사업의 당위성에 관한 정부의 설명이 매우 제한적일 뿐만 아니라 금번 정책이 제시한 정책수단의 정당성에 관해서도 우려의 목소리가 적지 않기 때문이다. 이러한 배경에서 본 연구에서는 독일 연방행정법원의 판례를 통해 도출된 형량명령의 원칙에 관한 이론적 고찰을 통하여 공공정책의 통제수단으로서 형량명령의 활용 가능성에 관한 이론적 고찰을 진행하였다. 고찰결과 형량명령 원칙은 이익형량의 과정에 적용될 수 있을 뿐만 아니라 이익형량의 결과에 대한 평가에 대하여서도 적용될 수 있음을 알 수 있었으며, 공익과 개인적 이익 그리고 다양한 이익들 상호 간에는 갈등이 존재하고 있음을 기본적인 전제로 하고 있음을 알 수 있었다. 바로 이런 점에서 형량명량의 원칙은 계획분야에 있어서 공공정책의 통제수단으로서 충분히 활용될 수 있다.

주제어 : 공익, 사익, 형량명령, 재량권, 공공정책