

논문 / ARTICLE

도시계획의 적용 예외에 관한 한국과 미국의 비교연구*

전진원**

국문초록

도시계획은 사전에 일정한 지리적 범위에 대하여 개발의 구체적인 요건이나 모습을 규율하는 기능을 담당하고, 이러한 측면에서 한국의 도시관리계획 - 특히, 그중에서도 용도지역제 도시계획과 미국의 조닝(zoning)은 유사한 역할을 수행하는 것으로 이해되어왔다. 그러나, 용도지역과 조닝이 과연 동등한 혹은 유사한 지위에 놓일 수 있는 것인지는 비판적으로 검토되어야 하고, 양자의 차이는 용도지역과 조닝의 한계적(marginal) 측면, 달리 말해 기준에 수립되어있는 용도지역이나 조닝의 규율 내용에 대한 예외나 수정의 허용성이나 그 수단과 절차를 비교하고 살펴봄으로써 파악될 수 있다. 결론적으로 말하자면, 미국의 조닝은 그 내용을 수정하지 않더라도 개별적인 사안에 대하여 variance나 special permit이라는 수단을 통한 적용 예외의 허용이 가능한 반면, 한국의 경우에는 도시계획의 수정 및 변경을 위한 절차에 의하지 아니하고서는 개별적으로 이러한 예외를 부여하는 것이 가능하지 않다. 이러한 차이의 의의는 양국에서 각 제도가 놓여진 맥락을 분석함으로써 이해할 수 있는 바, 미국의 경우 소유권 보호적 경향을 고려할 때 그에 대한 제약에 해당하는 조닝의 정당성 확보를 위한 안전 장치로서 위와 같은 예외적 수단들이 필요하게 된 것이라 볼 수 있고, 때문에 실무적으로도 variance가 다소 관용적으로 발급되었던 사례들도 발견되는 것이라 이해할 수 있다. 그 외에도 variance나 special permit의 본질은 도시계획권한의 분배나 사법심사의 기준, 참여적 요소 등에 관한 미국적 맥락을 종합적으로 접근하여야 파악될 필요가 있다. 이러한 측면에서 상대적으로 소유권 보호 강도가 덜하고 도시관리계획의 강한 구속력이 인정되는 한국에서는 미국과 같은 예외적 수단들의 필요성이 비교적 적었다고 볼 수 있고, 때문에 특별히 실정법상 미국과 유사한 제도들이 발견되지 않는 것이라 추론해볼 수 있다.



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20230007>

Received: August 24, 2023
Revised: September 6, 2023
Accepted: September 11, 2023

Copyright © 2023 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium provided the original work is properly cited.

주제어: 미국의 도시계획, 조닝, 용도지역, 지구단위계획, 비교도시계획법

목차

- I. 서론
- II. 연구방법론; 도시계획법에 대한 비교적 접근의 의의
- III. 도시계획에 대한 한계적 접근; 예외적 허용에 관한 비교분석
- IV. 도시계획법제와 한미 양국의 맥락
- V. 결론

* 본고는 저자가 Boston University의 Planning and Land Use Law 과목 (2023년 봄학기)에서 제출한 Comparative Analysis of Exceptions to Planning in the U.S. and South Korea을 수정 보완한 것임.

** 법무법인(유) 올촌 변호사.

I. 서론

도시계획은 재산권, 그중에서도 토지재산권과 밀접하게 관련된다.¹⁾ 도시계획이 존재하지 아니하는 선형적인 상태를 가정한다면, 소유권자 혹은 재산권자는 민법 혹은 영미식의 불법행위법(torts)과 같은 사적인 법률관계에 대한 원칙들에 저촉되지 아니하는 한도 내에서는 원하는 방식대로 그 재산권을 향유할 수 있게 될 것이라 상상해볼 수 있다.²⁾ 그러나, 도시화가 본격화되던 근대 초기부터의 실증적인 경험과 사례들은 이러한 규제되지 않는 토지의 이용방식들이 환경오염 등과 같은 다양한 문제를 초래할 수 있음을 보여주어 왔고, 때문에 토지이용에 대한 정부의 개입과 간섭은 일반적인 것으로 정착되기 시작했다. 이러한 개입의 대표적인 형태가 바로 ‘도시계획’이라 할 수 있는데, 특히 토지의 이용방법 중에서도 가장 적극적인 형태가 건축물과 같은 (반)영구적이면서 인위적인 구조물을 설치하는 것인 만큼, 이러한 개입은 건축물이 등장할 수 있는 조건들에 초점을 맞추게 된다. 이는 소유권의 행사와 정면으로 충돌하는 것이라 볼 소지가 있겠으나, 공공복리와 같은 정당화 논거들이 그러한 개입의 근거를 보충하고 공고화하여 왔다.³⁾

물론 이러한 개입의 형태와 방법, 내용, 수준 등은 국가 혹은 도시계획과 관련한 입법권한을 가진 법역(jurisdiction)별로 다양할 수 있다. 예컨대, 어떤 종류의 건축요건을 규율할 것인지부터, 보다 근본적으로는 도시계획이라는 수단 자체에 부여된 권한이나 법적 지위 등에 있어서도 차이를 보일 수 있다. 그리고 이러한 차이는 다시금 각 국가 혹은 법역별로 소유권의 강도(strength⁴⁾)를 어떻게 인정하는지와 관련될 수 있는데, 가정적으로 강력한 소유권을 바탕으로 하는 법역에서는 건축허가요건이 보다 관용적으로 규율되고, 도시계획의 구속력 또한 상대적으로 약화될 가능성이 있을 것이다.⁵⁾ 이를 달리 이해하면, 건축허가요건의 강도(intensity)나 도시계획의 효력은 해당 국가 또는 법역에서 재산권에 대한 인식을 분석하는데 중요한 요소가 된다. 그리고 이러한 강도(intensity)를 확인할 수 있는 가장 좋은 방법 중 하나는 바로 기존에 존재하는 도시계획의 내용에 대한 예외의 가능성이 어느 수준으로 인정될 수 있는지를 살펴보는 것이다. 소유권자가 현행 도시계획에 대한 예외 또는 변경을 신청하는 것이 가능한지, 가능하다면 어느 정도 수준으로 허용가능한지를 살펴보는 것이다. 이를 수학적, 경제학적으로 개념으로 비유하면, 현행 도시계획의 그 자체보다도, 도시계획의 한계적(marginal) 측면을 살펴보는 것이 되고, 이러한 ‘한계적 분석’이 바로 해당 국가 또는 법역의 도시계획 제도를 깊이 이해하는 방법이 될 수 있다는 것이다.

흔히 미국의 경우 J. S. Mill의 자유권적 사상 또는 이론의 영향을 받은 것으로 이해되고는 하는바⁶⁾, 도시계획법의 영역에서도 재산권에 대한 보호적인 미국적 경향을 설명해줄 수 있는 바탕이 된다. 이는 기존의 도시계획제도 혹은 도시계획법에 대한 비교연구들에서 유럽대륙의 국가들과 비교하여 미국에서의 재산권이 상대적으로 강력하게 취급됨을 논증하는 주요한 철학적, 인식론적 근거로 사용되었다.⁷⁾ 그러나, 이러한 인식이 실재(實在)하는지 여부는 도시계획의 한계적 측면을 비판적으로 분석함으로써 확인될 수 있는 것이고, 그렇기에 미국에서도 variance⁸⁾나 rezoning⁹⁾, special permit¹⁰⁾와 같이 그러한 ‘한계적 측면’에 놓여있는 제도들에 대한 연구가 꾸준히 있어 왔던 것이라 추론할 수 있다.¹¹⁾

1) Donald A. Krueckeberg, “The difficult character of property: To whom do things belong?”, *Journal of the American Planning Association*, Vol. 61 No. 3(1995), 301면.

2) Jinwon Jeon, “Methodology and Framework of Comparative Urban Planning Law”, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 15 No. 2(2023), 47면.

3) 미국의 경우 이러한 도시계획의 정당성을 공공복리의 관점에서 확립하여 준 판결이 바로 Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926) 판결이다.

4) 본 문단에서 “소유권의 강도”의 경우 소유권이 얼마나 강력하게 행사될 수 있는지의 관점에서 strength라는 표현을, “건축허가요건의 강도”의 경우 건축허가요건이 얼마나 밀도있고 강력하게 그 법률관계를 규율하는지의 관점에서 intensity라는 표현을 사용하였다.

5) 이와 같은 각 요소들에 대하여는 Jeon, 앞의 글, 55-58면 참조.

6) Richard K Norton / David S. Bieri, “Planning, Law, and Property Rights: A US-European Cross-national Contemplation”, *International Planning Studies*, Vol. 19 No. 3-4(2014), 5면 참조.

7) Norton/Bieri, 위의 글, 8면.

8) 본고에서 미국의 variance, special permit에 대한 번역어를 제시하고 사용할 것인지에 대하여 고민이 많았으나, 기존에 미국의 zoning을 용도 지역과 같은 우리식 용어로 번역함에 따라 양자의 법적 지위나 기능적 차이가 무시되거나 잘 부각되지 못하는 위험을 초래하였던 점, 때문에 상당 수 연구들에서도 zoning이라는 용어로 사용하는 점, 특히 variance나 special permit 모두 기능적으로 보면 ‘예외적 승인’ 또는 ‘특별 승인/허가’ 등으로 번역하는 것도 생각할 수 있으나 이 경우 양 제도의 사이의 차이 또한 잘 부각되지 못하는 점 등을 고려하여 미국의 용어를 그대로 사용하고자 한다. 참고로 현재 한국인용색인(KCI)상으로 ‘미국 zoning variance’나 ‘미국 special permit’이라는 키워드로 발견되는 선행연구는 발견되지 아니하는 것으로 보인다.

9) 또는 기존에 지정된 zone을 다른 분류의 것으로 재지정한다는 취지에서 reclassification으로 지칭되기도 한다.

10) 또는 실정법상 혹은 문헌상으로 special exception으로 지칭되기도 한다. 미국의 경우 기본적으로 도시계획에 관한 입법권이 주정부에 부여되어 있기에 실정법상 용어의 차이가 빚어지기도 한다.

11) 예컨대 Robert J. Carson, “Reclassification, Variances, and Special Exceptions in Maryland”. *Maryland Law Review*, Vol. 21 No. 4 (1961), 307면 참조.

반면, 한국의 상황은 다소 복잡하다. 기본적으로 한국의 법체계는 공, 사법 모두를 아울러 유럽 대륙법계 전통(Civil Law tradition)의 영향을 많이 받은 것으로 이해되는데, 대한민국 헌법은 여타 대륙법계 헌법들과 유사하게 소유권 행사의 한계와 제한에 대하여 명시적인 조문을 두고 있다(제23조 제2항).¹²⁾ 이에 기초하여 ‘토지공개념’의 인정 여부와 같은 논의들도 촉발되어왔다.¹³⁾ 나아가 실정법적인 측면에서 보더라도 한국법은 한정적인 범위 내에서 기존 도시계획의 변경 신청권을 규정하고 있기는 하지만(국토의 계획 및 이용에 관한 법률¹⁴⁾ 제26조 제1항), 미국의 variance나 special permit에 대응되는 제도가 특별히 발견되지는 않는 상황이다. 다만, 이러한 재산권에 관한 헌법적 규정과 실정법의 실질적인 운영방식이 과연 미국과 비교하여 훨씬 재산권 제약적인 도시계획제도의 운용을 초래하고 있는 것인지는 단언하기가 어렵다.

본고에서는 한국과 미국의 도시계획의 한계적 측면, 달리 말해 기존 도시계획에 대한 예외를 허용하기 위한 제도적 수단의 존재 및 그 실제 운용양태를 비교적으로 분석하고자 한다. 이를 통해 확인가능한 양국의 공통점과 차이점들을 다각적인 시선에서 분석함으로써 한미 양국의 토지재산권에 대한 인식과 도시계획의 운용에 대한 보다 본질적인 이해의 수준을 높일 수 있을 것이다. 특히, 한국의 경우 도시계획의 입법 및 운용 과정에서 해외 제도 및 사례를 참조하는 경우가 잦은 만큼, 미국 도시계획제도의 보다 밀도 깊은 이해는 추후 정책입안자들이 보다 정확한 시선에서 양국 제도의 이동(異同)을 이해하고 접근하는 것에 도움을 줄 수 있을 것이다.

이하에서는 먼저 본고의 연구방법론에 대하여 간략히 언급한 다음, 한미 양국에서 기존 도시계획의 예외를 허용하는 것과 관련된 법적, 제도적 수단들을 비교 분석하고, 그 다음 각 제도가 놓여있는 맥락적인 요소들을 종합적으로 분석하여 비교의 함의를 도출하고자 한다.

II. 연구방법론; 도시계획법에 대한 비교적 접근의 의의

비교도시계획법이라 부를 수 있는 논의와 연구들은 다양하게 이루어져 왔으나, 도시계획법에 대한 비교법적 방법론은 아직 명확하게 정립되었다거나 방법론 자체에 대한 논의가 활발하다고 보기는 어렵다.¹⁵⁾ 비교도시계획법의 상위 개념¹⁶⁾이라 할 수 있는 비교행정법 연구에 대하여 일부 해외 문헌에서는 그간의 연구경과에 대한 비판적인 주장이 발견되기도 한다.¹⁷⁾ 그렇다면 비교도시계획법의 영역에서 확고한 법학적 기반이 마련되어왔을 것이라 기대하기는 쉽지 않다. 나아가 비교도시계획법 영역의 연구들이 그간 주로 법학자들이나 법률가들보다는 도시계획학계에 의하여 주로 이루어져 왔음을 부인하기 어렵고, 비교법과 비교도시계획법의 거리가 과연 좁혀져 왔는지도 확인하기가 어렵다.

현재까지의 연구들 중 가장 종합적인 관점에서 비교도시계획법적 분석을 진행한 것은 Alterman의 2011년 연구¹⁸⁾라고 사료되는데, 해당 연구는 13개 나라에서 도시계획의 수립 및 변경에 따라 초래되는 규제 또는 제한이 발생하는 공통의 상황을 전제한 다음, 이를 각국에서 어떻게 해결하는지를 비교분석하는 접근 방식을 취하였다. 해당 연구는 비교도시계획법 영역에서 체계적인 접근을 시도한 거의 첫 번째 사례였다는 점에서 그 의미를 낮게 평가할 수 없으나, 해당 연구가 시도한 대규모 비교가 과연 의미있는 결론의 도출에 이르렀는지는 여전히 비판의 소지가 남아있다. Alterman (2011)의 접근 방식 자체는 비교법 연구방법론에서 흔히 논의되는 주류적 방법론 중 하나인 기능주의(functionalism) - 곧, 각 나라, 법역에서 기능적인 유사성을 지니는 법적 해결방안들을 비교하는 방법론¹⁹⁾에 근접해있는 것으로 이해되기는 하지만, Alterman (2011)의 연구에서 명시적으로 기능주의와의 접점을 상세히 논하는 내용은 발견되지 않고, 이후의 연구들에서 비교법 이론들과 도시계획법 연구들의 접점을 논하는 것들 또한 특별히 찾기가 어렵다.

비록 Radbruch의 전통적인 비판과 같이 방법론 자체에 대한 논의가 지나치게 복잡하게 전개되는 것을 부정적인 시선으로 바라볼 수도 있겠지만²⁰⁾, 최소한의 분석의 틀이나 연구목적조차 고민되지 아니한 상태에서 비교법 연구들은 서로 파편적으로 존재할 수밖에 없

12) 해당 조항은 독일 기본법 제14와 사실상 유사한 조문구조를 지닌다.

13) 최정희/이윤환, “헌법상 토지공개념에 대한 고찰”, 『법학연구』, 제18권 제3호(2018), 374면 참조.

14) 이하 ‘국토계획법’이라고 한다.

15) 비교도시계획법 논의들이 체계적으로 수행된 경우가 많지 않았음에 관한 비판으로는 Alterman, Rachele, “Guest editorial: Comparative research at the frontier of planning law: The case of compensation rights for land use regulations”, *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 3 No. 2(2011), 101면 참조.

16) 물론 도시계획법을 단순히 행정법 또는 공법의 하위 분야로서 이해해야 하는지에 대해서는 여러 비판적 시선이 있을 수 있다.

17) John S. Bell, “Comparative Administrative Law”, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann 편, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, 2019, 1251면 참조.

18) Alterman, 앞의 글.

19) 이러한 기능주의의 요지와 내용은 국내외의 많은 교과서와 문헌에서 소개하고 있으나, 한국 문헌으로는 김도균, “법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론”, 『법사학연구』, 제34권(2006), 296-298면 참조.

20) Radbruch는 방법론을 이해하는데 많은 시간을 할애해야 하는 학문을 병든 학문(sick science)라고 비판하였고, 이는 비교법 방법론 논의에 대

고, 나아가 보다 깊은 수준의 분석을 이끌어내는 것에 한계를 초래할 것임이 자명하다. 이러한 측면에서 연구 목적, 사례 선택과 같은 비교도시계획법의 방법론적 기초를 비판적으로 논의하고, 분석의 틀을 확립하고자 시도한 최근의 연구²¹⁾를 참조할 수 있겠다. 해당 연구는 비교도시계획법의 표준화되고 구조화된 분석의 틀을 구축하려 시도한 것인데, 직접적인 비교의 대상 - 곧, 개별 비교연구에서 대상으로 삼는 특정 제도 또는 법을 비교하는 것 이외에 5가지의 맥락을 함께 비교할 것을 제안하고 있다. 5가지의 맥락이란 “소유권의 강도, 사법적 개입의 정도, 도시계획의 구속력, 도시계획권한의 분배, 참여적 요소의 수준”등이다.²²⁾

본고는 해당 연구의 방법론적 논의에 기초하여, 본고의 직접적 비교대상 - 곧, 한미 양국에서 기존에 존재하는 도시계획이 요구하는 건축허가요건에 대한 예외를 허용하는데 사용되는 법적 수단들에 관하여 한미 양국의 법 문헌과 그에 대한 해설서, 논문 등의 2차 문헌을 비교분석 한 다음, 위 5가지의 맥락들을 분석 비교함으로써, 한미 양국의 제도의 직접적 비교를 통하여 도출되는 유사성과 차이점을 종합적으로 이해하고 설명하는 방식으로 논의를 진행하려고 한다.

III. 도시계획에 대한 한계적 접근; 예외적 허용에 관한 비교분석

1. 논의의 개관

도시계획 의의는 토지이용에 관련된 어떠한 조건들을 사전적으로 규율함으로써 재산권의 행사에 개입하는 것에 있다고 볼 수 있다. 이러한 도시계획의 의의를 실현하기 위해서는, 도시계획이 규율하고자 하는 토지이용이 일어나기 앞서서 수립되어 있을 것이 필요하고, 이는 곧 도시계획 자체가 여러 나라 혹은 법역에서 토지이용의 선결적인 요건으로 요구되고 있음을 뜻하기도 한다.

도시계획의 가장 기초적인 골격은 건축물의 용도나 형태, 밀도, 규모 등과 같은 건축의 요건들을 규율하는 것이라 할 수 있고²³⁾, 개별적인 건축행위의 신청 및 인허가 과정에서 그 준수 여부를 평가하고 심사하게 된다. 만일 건축행위가 도시계획이 선결적으로 정해놓은 요건을 충족한다면, 법역에 따라 수권된 권리(vested rights)로서 보호되는 경우가 있을 수 있고, 최소한 그렇지 아니한 경우와 비교하여 해당 행위가 허용될 가능성은 상대적으로 높을 수밖에 없다. 미국의 도시계획법²⁴⁾ 논의에서는 도시계획-특히 조닝(zoning)이 정한 요건을 충족하는 형태의 건축행위 또는 개발을 종래 “as of right”라고 지칭하여왔다.²⁵⁾ 이는 해당 개발행위가 최소한 조닝이 정한 바를 충족하는 범위 내에서는 이미 토지를 이용할 권한 또는 권리가 일정부분 부여된 것이라는 의미를 함축하는 것으로, 후속하는 허가절차가 특별한 사정이 없는 한 문제 없이 진행될 수 있을 것이라는 기대를 담고 있는 표현이기도 하다. 반면 한국의 경우 미국에서 논의되는 “as of right”에 대응하는 개념을 특별히 찾기는 쉽지 않다. 예컨대 도시계획 수단 중 비교적 상세하게 건축허가 요건을 정하는²⁶⁾ 지구단위계획의 경우에 관하여도 대법원은 당해 지구단위계획이 권장용도를 정하여놓은 것만으로는 해당 용도 건축물의 건축허가가 발급될 것이라는 공적 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다고 실시한 사례를 참조할 수 있겠다.²⁷⁾

그런데, 논의를 달리하여 만일 사인이 의도하는 토지이용이 기 수립된 도시계획의 내용을 준수하지 아니하는 경우는 어떻게 보아야 하는가? 도시계획의 구속력이 인정되는 한, 그에 후속하는 토지이용이 당해 계획을 충족하지 아니하는 경우에는 이는 원칙적으로는 허

한 고전적인 비판 중 하나로 소개되고 있다. 대표적으로 Konrad Zweigert / Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3rd ed.), Oxford University Press, 1998, 33면.

21) Jeon, 앞의 글.

22) Jeon, 앞의 글, 54면. 해당 문헌의 요지를 간략히만 정리하면 다음과 같다. 기존 비교법 방법론에 관한 논의들은 각국에서 특정한 문제 또는 이슈에 대해 기능하는 법적 장치(solutions)들을 비교의 대상으로 삼아야 한다거나 (기능주의적 관점), 비교대상의 범위를 확장하여 맥락이나 정신(mentality), 혹은 모든 것에 대한 비교에 이르러야 한다는 등의 주장이 제기되어왔다. 그러나 문제는 비교도시계획법이 실제 법실무와 정책형성과 같은 현실적 층위에서 의미를 갖기 위해서는 비교대상의 무한한 확장이 용인되기 어렵고, 이러한 한계를 극복하기 위해서는 도시계획법의 가장 원형적인 모습으로부터 도출될 수 있는 표준화된 맥락들을 제시하여, 이들을 비교의 대상으로 삼으면서 법 비교를 통해 발견되는 유사성과 차이점을 설명하는 중간자(intergrades)들로 삼자는 것이다. 해당 문헌은 도시계획법의 가장 원형적인 모습은 토지소유자와 정부 사이의 소유권과 계획권한의 대립적 관계로 이해한 다음, 그 관계에 작용할 수 있는 1차적인 요소들, 예컨대 소유권이 얼마나 강하게 보호되는지, 정부는 누가 어떠한 수단을 통해 어떠한 심사를 받으면서 도시계획권한을 행사하는지, 제3자는 이 관계에 개입되는 것이 어느 수준으로 인정되고 있는지 등을 표준화된 맥락으로 제시하고 있다.

23) 물론 도시계획의 개념요소로는 건축단위, 건축허용성, 건축허가요건 등이 논의된다. 김종보, 『건설법의 이해』, 제6판, 피데스, 2018, 196면.

24) 미국의 경우 도시계획법을 연구하는 학문영역을 지칭하는 어떠한 합의된 용어가 존재한다고 보기는 어렵다. 다만 미국 로스쿨이나 도시계획대학원들의 교과목 명칭 및 각종 교과서들의 명칭을 고려하면 대체로 Land use law, Land use planning law, Urban planning law 등의 용어가 주로 사용되고 있는 것으로 보인다. 본고에서는 이러한 명칭의 다양성에도 불구하고 편의상 도시계획법이라는 용어로 미국의 해당 학문영역을 명명하기로 한다.

25) David Callies / Robert Freilich / Shelley Saxer, *Land Use Cases and Materials* (7th ed.), West Academic Publishing, 2017, 97면.

26) 김종보, 앞의 책, 210면 참조.

27) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두6822,6839,6846 판결

용되지 아니하여야 하는 것이고, 나아가 위법²⁸⁾한 것에 이를 수 있다. 미국의 경우 ‘도시계획’이라는 용어 자체의 용법에 혼란이 있고, 때문에 종합계획(comprehensive plan, master plan)만을 협의의 도시계획으로 이해한 다음 그 구속력을 부정하는 주장이 존재하기도 하지만²⁹⁾ 최소한 조닝의 구속력에 대해서는 논란이 없다. 한국의 경우 조닝에 비견³⁰⁾되고는 하는 용도지역제 도시계획의 경우 실정법상 도시관리계획으로 분류되고 이는 분명하게 그 구속력이 인정되고 있다.³¹⁾ 요컨대, 기 수립된 도시계획의 허용범위를 벗어난 토지이용이 정당화되고 합법화될 수 있기 위해서는 도시계획 자체가 변경되거나, 또는 기존의 도시계획을 그대로 유지하면서도 그에 대한 예외를 허용해주기 위한 다른 법적인 수단이 필요하게 된다.

2. 미국 도시계획법상의 논의

(1) 예외적 수단들의 개관

미국의 경우 위와 같은 예외적 허용을 위한 법적 수단으로서 3가지 제도가 흔히 언급된다. 첫째, 가장 직접적인 방안으로서 조닝 그 자체를 변경하는 방법으로서 흔히 rezoning이나 reclassification으로 명명된다. 둘째, variance이다. 이는 기존에 수립, 지정된 조닝의 내용 자체는 변경하지 않으면서 허용용도나 건축허가요건에 예외를 인정해주는 법적 수단을 의미한다. 셋째, special permit으로, 흔히 특별히 허용되는 예외(special exception) 또는 조건적 용도 허가(conditional use permit) 등으로도 불리기도 하는³²⁾ 제도가 논의되고 있다.

위 3가지의 수단들 중에서는 variance와 special permit이라는 2가지 수단이 조닝 그 자체를 변경하지 않으면서 조닝에 유연성을 부여하는 제도로 이해될 수 있겠다.³³⁾ 물론 이 둘의 경우에도 그 용어적인 유사성으로 인하여 그 구분을 명확히 하는 것에 어려움이 있다.³⁴⁾ 예컨대 주(state)에 따라서는 variance와 special permit을 모두 합쳐서 special exception이라는 용어로 지칭하는 경우도 발견된다.³⁵⁾ 그럼에도 불구하고 양자는 몇 가지 중요한 차이점을 지니고 있다. 무엇보다도 variance와 special permit은 요건에 있어서 차이를 보인다. Variance의 경우 주로 각 주(state)의 조닝의 근거법률이 되는 조닝수권법(State Zoning Enabling Act)에 근거를 두고 있는데, 해당 주법에서 통상(조닝의 요건을 그대로 적용하는 것이) “불필요한 어려움(unnecessary hardship)”을 초래할 것과 같은 매우 일반추상적인 요건을 요구하고 있고³⁶⁾, 문헌들의 논의 또한 해당 요건의 해석과 적용에 주로 초점을 맞추고 있다. 반면 special permit의 경우에는 variance에 비해서는 보다 상세한 요건들을 규정하는 경우가 많은데³⁷⁾, 이는 special permit은 입법부가 사전에 상세하게 마련, 제시하는 요건이 충족된 경우 입법부가 직접 허용해준 예외라고 이해되는 반면, variance는 위와 같은 일반추상적 요건에 대하여 다른 기관(예컨대 zoning board of adjustment)의 판단을 거쳐서 발급 여부가 판단되는 것으로 이해되기 때문이다.³⁸⁾

이러한 차이점은 흔히 SZE라는 약칭으로 명명되는 표준 주 조닝 수권법(Standard State Zoning Enabling Act)³⁹⁾상으로도 확인 가능한데, SZE 제7조 제2항은 special permit을 법령이 규정한 바가 충족되면 조닝위원회 등이 이를 발급할 것이 “요구되는” 것이라고 규정⁴⁰⁾하고 있는 반면, 동조 제3항은 variance에 관하여 단지 “공익”이나 “불필요한 어려움”과 같은 일반추상적인 요건들만을 규정하고 있는 것에 불과하다. 달리 말하면, variance와 달리 special permit은 조닝의 시행지침(ordinance⁴¹⁾)에 의하여 분명하게 예상되

28) 예컨대, 한국의 경우 개발행위허가의 기준으로 도시관리계획에 어긋나지 않을 것이 명문의 규정으로 입법되어 있으므로 (국토계획법 제58조 제1항 제2호), 기존에 존재하는 도시관리계획에 명백히 부합하지 아니하는 개발행위의 경우 ‘위법’한 것이라고도 평가할 수 있을 것이다.

29) Julian Juergensmeyer / Thomas Roberts / Patricia Salkin / Ryan Rowberry, *Land Use Planning and Development Regulation Law* (4th ed.), West Academic Publishing, 2018, 34면.

30) 김승중, “미국의 토지이용 규제체계에 관한 연구”, 『부동산연구』, 제24권 제3호(2014), 88면 참조. 해당 연구의 경우 미국의 조닝을 용도지역으로 번역한다.

31) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

32) Callies 등, 앞의 책, 139면.

33) Jonathan E. Cohen, “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 22(1994), 331면 참조.

34) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 131면.

35) Callies 등, 앞의 책, 139면, 227면.

36) Cohen, 앞의 글, 331-332면.

37) Cohen, 앞의 글, 331면 참조.

38) 이상 Sandra K. Carlson, “Seeking a Variance as a Prerequisite to Challenging a Zoning Ordinance”, *Wayne Law Review*, Vol. 45 No. 4(2000), 2011면 참조.

39) “Act”라는 명칭과 달리 이는 실정법이 아니라 연방정부가 제시하는 일종의 가이드라인 혹은 우리의 ‘표준조례’와 같은 것에 불과하다. 관련하여 Juergensmeyer 등, 앞의 책, 47면을 참조.

40) SZE상의 원문 규정은 “which such board is required to pass under such ordinance” 이다. 즉, “required to pass”는 우리식으로 이해하면 일종의 기속행위와 유사하게 파악할 수 있겠다.

고 예견된 예외에 해당한다는 것이다.⁴²⁾ 그렇다면, 기존의 조닝에 의하여 예상되거나 예견되지 못한 예외적인 경우를 규율한다는 측면에서는 variance는 오히려 조닝의 변경(rezoning)과 그 특성을 공유하는 측면이 존재한다.

(2) 실정법상의 근거

미국의 경우 대부분의 사례에서 조닝은 그 자체로 입법행위(legislative act)로 분류되고 이해된다.⁴³⁾ 즉, 지자체의 입법부가 조닝에 관한 도시계획권한을 행사하는 것으로 그 법적 성질을 파악하는 것이다(SZEA 제2조 참조).⁴⁴⁾ 조닝을 변경하는 행위(rezoning)의 경우에는 그 법적 성질이 입법행위인지 아니면 준사법적(quasi-judicial) 행위인지에 대한 쟁점이 존재하기는 하지만, 이 또한 대체로는 입법행위로 이해되고 있는 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 이와 같이 조닝의 변경 또한 도시계획권한을 수권한 주 입법 그 자체에 근거하고 있는 것이라고 보아 그에 의하여 이미 부여된 도시계획권한을 행사하는 것에 지나지 않는다고 이해한다면, 조닝의 변경을 위하여 특별한 다른 추가적인 입법적인 근거가 요구된다고 보기는 어렵다.

반면, variance와 special permit의 경우에는 제반사정이 다르다. 이들의 경우에는 본래 도시계획권한을 가진 입법부가 다른 기관 - 예컨대 조닝위원회에 그 발급 권한을 대리 또는 위임한 것으로 이해되고 있으므로⁴⁶⁾, 위임의 근거가 되는 명시적인 법적 근거가 필요하게 된다. 이와 같이 variance와 special permit의 발급에 관한 행정청의 권한을 입법권의 위임이라는 구조로 이해하는 경우 2가지의 쟁점이 고민될 필요가 있다. 첫째, variance나 special permit의 발급이 위임받은 입법권의 행사의 법적 실질을 지니는 것인지, 아니면 그와 명확히 구분되는 행정청의 행위로 취급하여야 하는 것인지가 쟁점이 될 수 있다. 미국의 각급 판례들은 입법적 성질의 행위(legislative action)와 행정적인 행위(administrative action)에 대한 위법성 판단의 강도, 보다 정확하게는 입법부와 행정청의 판단에 대한 사법적 존중(deference⁴⁷⁾)의 수준을 달리하고 있는바⁴⁸⁾, 이는 다툼의 대상이 되는 행위의 위법성 판단결과에 직접적인 영향을 미칠 수밖에 없게 된다. 둘째, 이러한 위임에 대하여 어느 정도 특정된 수권이 이루어져야 하는지가 쟁점이 될 수 있다. 미국 도시계획법 교과서상으로 소개되는 몇몇 사례들에서 이미 special permit의 발급에 관한 조항이 지나치게 추상적이어서 포괄적 수권(unchecked delegation)에 해당한다는 이유로 위법하다고 판단된 사례들이 언급되고 있다.⁴⁹⁾

현재까지 미국에서의 법학적 논의는 주로 special permit 보다는 variance에 초점을 맞추어온 것으로 사료된다. 대부분의 주(state)들은 SZEA의 문언을 그대로 수용하여 ‘불필요한 어려움’의 초래 여부만을 요건으로 정하고 있기에, 실제 사례에서 이를 어떻게 적용, 운용하여야 하는지가 중요한 논의의 대상이 되어온 것이다. 구체적으로는 (i) 조닝에 의하여 지정되어 있는 주거지역, 상업지역, 공업지역과 같은 zone 자체에 의하여 정해지는 허용용도에 대한 예외를 허용하는 것(이른바 ‘use variance’)과, (ii) zone은 유지하되 그 중 일부 건축허가요건에 대해서만 예외를 허용하는 것(이른바 ‘area variance’ 또는 ‘dimensional variance’)의 요건을 구분하여 접근하여야 하는지가 쟁점이 되었다.⁵⁰⁾ 전자의 경우 주변환경의 본질적 변화를 초래할 수 있음⁵¹⁾을 고려하면 이는 상대적으로 큰 위험을 초래할 가능성이 존재하고⁵²⁾, 따라서 많은 주들에서는 전자에 대하여 상대적으로 엄격한 기준을 도입하고 있는 것으로 소개된다.⁵³⁾ 이러한 구분은 판례상으로도 확인될 수 있고⁵⁴⁾, 나아가 주 입법 사례들(예컨대 뉴욕주)이 후자에 대해서 실무적인 어려움(practical

41) 외형상 한국의 도시관리계획들 중 상세한 내용을 담고 있는 시행지침과 같은 것으로 이해할 수 있겠다. 다만, 미국의 zoning은 그 자체로 입법행위로 이해되기 때문에 zoning ordinance 또한 한국행정법상의 행정계획의 개념이 아니라 그 자체로 시의회가 제정한 입법 그 자체로 이해된다.

42) David M. Friebus, “A New Uncertainty in Local Land Use: A Comparative Institutional Analysis of State v. Outagamie County Board of Adjustment Note”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2003 No. 3(2003). 588면 참조.

43) Callies 등, 앞의 책, 194면.

44) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 47면.

45) Callies 등, 앞의 책, 194면.

46) Callies 등, 앞의 책, 149면, Juergensmeyer 등, 앞의 책, 131면.

47) 미국의 법원 또한 deferential view라고 하여, 한국 판례와 같이 계획재량 행사에 대한 위법성 판단에 소극적인 태도를 보이고 있다. 이에 대해서는 전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021, 43면 참조.

48) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 202면.

49) Callies 등, 앞의 책, 151면, Juergensmeyer 등, 앞의 책, 173면.

50) Randall W. Sampson, “Theory and Practice in the Granting of Dimensional Land Use Variances: Is the Legal Standard Conscientiously Applied, Consciously Ignored, or Something in Between?”, *The Urban Lawyer*, Vol. 39 No. 4(2007), 882면 참조.

51) Derek M. Van de Walle, “Peculiar Problems with Variance Ordinances”, *Maryland Bar Journal*, Vol. 51 No. 5(2018), 25면.

52) Osborne M. Reynolds, “The ‘Unique Circumstances’ Rule in Zoning Variances—An Aid in Achieving Greater Prudence and Less Leniency”, *The Urban Lawyer*, Vol. 31 No. 1(1999), 131면.

53) 관련하여 Cohen, 앞의 글, 339면; Friebus, 앞의 글, 574면; Sampson, 앞의 글, 891면; Van de Walle, 앞의 글, 25면; Alan R. Madry, “Judging Ziervogel: The Twisted Path of Recent Zoning Variance Decisions in Wisconsin”, *Marquette Law Review*, Vol. 91 No.2(2007), 489면. 모두 유사한 견해를 설명하고 있다.

54) Madry, 위의 글, 489면; Sampson, 앞의 글, 891면.

difficulties)이나 통상의 이익형량(balancing test)과 같은 완화된 기준을 정해두고 있다는 점⁵⁵⁾에 의해서도 확인될 수 있다.

(3) 실무의 운용 및 비판

학술문헌들에서는 variance가 지나치게 남발되고 있다는 취지의 비판들이 발견된다.⁵⁶⁾ 예컨대 과거 몇몇 주들에서는 variance의 승인율이 대략 90%에 육박하는 경우들이 발견되었던 바 있고, 최근 연구에서도 과도한 발급현상을 비판적으로 조명하는 것이 발견된다.⁵⁷⁾ 대표적으로 메인 주의 포틀랜드 시의 경우에는 1968년 한해 dimensional variance의 승인율이 92%에 이르기기도 하였다.⁵⁸⁾ 이러한 실무적 운용경과에 비추어 상당수의 문헌들은 이를 남발현상이라고 명명하면서 이것이 이론과 실무의 불일치에서 빚어진 것으로 분석한다.⁵⁹⁾ 즉, 조닝위원회들이 실정법에서 정한 요건의 취지를 제대로 고려하지 아니한 채 variance의 요건이 충족되었는지 여부가 불분명한 경계선상에 놓인 사안들에 대해서 이를 거부하기보다는 승인하는 쪽으로 실무를 운용하여 왔다는 것이다.⁶⁰⁾

전술한 바와 같이 variance의 요건 자체가 ‘불필요한 어려움’과 같이 일반추상적인 상황에서, 비유컨대 그 발급 여부를 판단하는 위원회들이 ‘의심스러울 때에는 신청인의 이익으로’와 같은 태도를 보여온 것은 아닐지 조심스럽게 추측해볼 수도 있겠다. 이는 결과적으로 직접적인 도시계획권한이 없는⁶¹⁾ 조닝위원회가 variance의 남발을 통해 사실상 입법부의 도시계획권한을 침해하는 것이 아닌지의 비판으로도 연결될 수 있고⁶²⁾, 나아가 일부 미국 문헌들은 variance의 요건에 대한 엄격한 판단과 적용을 요구하여야 한다거나⁶³⁾, 보다 실질적인 심사가 이루어질 수 있도록 하여야 한다⁶⁴⁾는 취지의 주장을 개진하고 있다.

3. 한국 도시계획법상의 논의

(1) 예외적 수단들의 개관

한국의 경우 도시계획은 실정법상 크게 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분된다. 전자의 경우 도시의 전반적 발전 방향이나 정책 목표 등에 대한 추상적 내용을 담고 있는 경우가 많고⁶⁵⁾ 후자의 경우에는 용도지역제 도시계획이나 지구단위계획과 같이 용적률, 건폐율, 허용용도와 같은 보다 실질적인 건축허가요건에 대한 내용을 담고 있다(국토계획법 제52조 제1항, 제76 내지 78조). 이에 대법원은 후자에 대해서는 그 구속력을 인정하고 있다.⁶⁶⁾ 각 도시계획적 수단들의 규율 내용이나 구속력 등을 고려하면, 한국에서의 도시계획에 대한 예외적 수단에 관한 논의를 위해서는 주로 도시관리계획과 그 예외에 대하여 초점을 맞추어야 할 것이라 사료된다.

그런데, 한국의 경우 도시관리계획을 재수립하는 방법을 제외하고는 현행법상 기존 도시관리계획의 내용 자체는 유지하면서 개별 사례에 대하여 예외를 인정해줄 수 있는 수단은 특별히 발견되지 아니한다. 실정법상 미국법의 variance나 special permit에 대응될만한 제도가 특별히 발견되지는 아니한다는 것이다. 국토계획법은 도시관리계획의 적용과 효력과 관련하여 그 적용을 개발 사안별로 혹은 일시적으로 배제하는 것을 허용하는 조문을 마련하고 있지 아니하다. 구체적으로 살펴보면, 국토계획법령은 용도지역제 도시계획에 대해서는 각 용도지역에서 적용되는 건축허가요건들의 대강을 정하면서(동법 제76 내지 78조), 각 지방자치단체가 그 범위 내에서 조례로 이를 확정토록 하고 있을 뿐, 조례 이외에 개별적 행정처분의 형태로 용도지역상의 건축허가요건에 대한 예외를 인정할 수 있는 권한이나 절차 등에 대해서 규정하지 않는다. 단지 도시관리계획 결정 당시 이미 진행 중이던 사업에 대한 적용의 예외(국토계획법 제31조 제2항), 도시계획시설로 결정된 부지에서의 예외적인 개발행위허가(동법 제64조) 등만을 규정하고 있는 것에 불과하다. 때문에 한국의

55) Sampson, 앞의 글, 892면.

56) Sampson, 앞의 글, 880면; Johannessen, Kim Maree, “Zoning Variances: Unnecessarily an Evil”, *Land Use Law & Zoning Digest*, Vol. 41 No. 7(1989), 3면 참조.

57) John J. Infranca/Ronnie M. Farr, “Variances: A Canary in the Coal Mine for Zoning Reform?”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 50 No. 3(2023), 446면. 물론 여기서 학계와 실무의 인식 차이가 발견되기는 한다. 도시계획법 실무를 다루는 변호사의 경우에는 토지소유자가 variance의 요건을 입증하는 것이 쉬운 것은 아니라는 점을 강조하기도 한다. 예컨대 Westfall Law PLLC, “Getting a Zoning Variance—What Steps do I Need to Take?”, URL: <https://www.westfalllaw.com/getting-a-zoning-variance-what-steps-do-i-need-to-take/> 참조.

58) Sampson, 앞의 글, 899면.

59) Reynolds, 앞의 글, 140면; Sampson, 앞의 글, 899면.

60) Cohen, 앞의 글, 333면 참조.

61) 미국의 도시계획권한은 경찰권(police power)으로서 기본적으로 입법부에 부여된 것이지, 개별 조닝위원회에 부여된 것은 아니다. 조닝위원회들은 입법부의 권한을 위임받아 행사할 뿐인 것이다.

62) Madry, 앞의 글, 491면.

63) Reynolds, 앞의 글, 140면, 147면.

64) Michael D. Donovan, “Zoning Variance Administration in Vermont Note”, *Vermont Law Review*, Vol. 8 No. 2(1983), 405면.

65) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000두8226 판결 참조.

66) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

경우 기존의 도시관리계획에 위배되는 형태의 개발행위를 하기 위해서는 해당 개발사업자 혹은 건축주로서는 기존 도시관리계획을 변경하거나 대체할 법적인 수단들을 강구하여야 한다.

(2) 실정법의 체계와 태도

이상의 논의를 고려하면, 한국의 경우 논의의 초점을 기 수립되어 있는 도시계획을 변경하는 법적인 절차에 대한 것으로 맞출 수밖에 없다. 그리고 이는 토지소유권자와 같은 사인들이 도시계획의 변경을 신청할 법적인 권리가 존재하는지 여부와 연관된다. 국토계획법은 도시계획의 입안신청권에 대한 명시적인 조문을 마련하고 있기는 하나(동법 제26조 제1항), 문제는 입안제안의 대상이 될 수 있는 도시계획의 종류가 국토계획법 제26조 제1항 제1호에 열거되어 있는 것들로 한정되어 있다는 점이다. 즉, 일반 국민으로서는 도시계획시설계획, 지구단위계획, 제한된 범위에서의 용도지구의 지정 및 변경에 대한 입안제안만을 할 수 있는 반면, 용도지역에 대해서는 입안제안권을 행사할 명시적 근거가 존재하지 아니하는 것이다.⁶⁷⁾

그렇다면, 한국 도시계획법제 및 체계를 고려할 때 사인의 입장에서 이와 같은 현행 입안제안권 제도가 기 수립된 도시계획의 내용을 극복할 충분한 수단이 될 수 있다고 보기는 어렵다. 전술한 바와 같이 한국의 도시계획은 크게 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분되고, 도시관리계획에는 용도지역, 용도지구, 지구단위계획 등 다양한 종류의 계획들이 속하여 있다(국토계획법 제2조 제4항). 통상 이들 중 미국의 zoning제도와 흔히 비교되기도 하는⁶⁸⁾ 용도지역제 도시계획이 실질적으로 도시계획체계의 기초를 이루고 있는데, 그에 의하여 건폐율, 용적률, 허용용도와 같은 건축허가요건이 원칙적으로 규율되므로 용도지역제 도시계획에 대한 변경을 신청할 법적 지위가 인정되지 아니한다는 것은 기존의 건축허가요건들의 변경을 신청할 지위가 부존재함을 의미한다.

다만 용도지역제 도시계획을 다른 도시관리계획의 수립을 통하여 변경, 대체하는 경우를 상정할 수는 있을 것인데, 용도지역이 도시관리계획의 지위를 갖는 이상 신(新)계획으로서 구(舊)계획을 대체하는 방법이다. 기존의 용도지역제 도시계획의 내용은 새로 수립되는 도시관리계획의 내용과 배치되는 한도 내에서 대체되는 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁶⁹⁾ 이 때 새로 수립되는 계획은 기존의 용도지역제 도시계획이 규율하던 내용, 다시 말해 건축허가요건에 관한 규율을 포함하고 있어야 하고, 사인이 그러한 계획의 입안 또는 수립을 신청할 법적 지위가 있어야 한다. 결과적으로 두 요건 모두를 충족하는 것이 지구단위계획의 입안제안일 것인데(국토계획법 제26조 제1항, 제52조 제1항 제4호)⁷⁰⁾, 문제는 지구단위계획의 경우 도시지역 외에서는 최소 면적의 제한이 있고(지구단위계획수립지침 2-2-10. 제1 내지 2항), 도시지역 내에서 명시적인 제한이 없다고 하더라도 사인이 개별 획지 또는 필지 단위만을 대상으로 입안제안을 하는 경우를 현실적으로 상정하기가 쉽지 않다는 점이다. 나아가 지구단위계획을 수립하더라도 용도지역을 변경할 수 있는 범위 자체도 원칙적으로는 제한되어 있으므로(지구단위계획수립지침 3-3-3. 참조), 원칙적으로는 기존의 설정된 용도지역의 범위를 크게 벗어나는 것도 상정하기가 쉽지 않다. 요컨대, 지구단위계획의 입안제안의 기능이나 실질을 미국의 variance나 special permit에 대응시키기는 어려운 측면이 많다.

그 외, 사인인 개발사업자나 토지등소유자가 주택법, 도시정비법, 도시개발법 등 개발사업법상의 절차를 이용하여, 그 신청에 의하여 수립되는 개발계획으로 기존의 도시관리계획을 변경하는 경우를 생각할 수 있다.⁷¹⁾ 이러한 개발계획 또한 도시관리계획의 지위를 갖는 것이기 때문이다(국토계획법 제2조 제4호). 다만, 이 또한 계획수립에 준하는 요건과 절차를 요하는 것이므로 한국법상 현재로서는 새로운 계획의 수립에 준하는 절차를 벗어나서는 기존 도시계획에 대한 예외를 인정받는 것은 법적으로 가능하다고 보기 어렵다. 개별 개발사업법령들의 개발계획은 대부분 개별 필지 단위를 넘어서는 수준의 대규모 개발사업의 시행을 전제로 하는 경우가 많으므로, 이러한 절차가 개별 필지 단위에서 기 존재하는 도시계획을 수정하고 변경하는 수단으로 사용될 수 있다고 이해하기는 어렵기도 하다.

(3) 실무의 운영

이와 같이 한국의 도시계획법 체계상 기존 도시계획의 내용을 극복하기 위해서는 전면적으로든 부분적으로든 새로운 도시계획의 수립이 요구된다고 볼 수밖에 없다. 그렇다면 이는 도시계획권한을 보유한 행정청의 계획재량⁷²⁾의 문제를 벗어나기 어려운바, 전술한 variance의 남발과 같은 상황은 애당초 상정되기가 어려울 수밖에 없다. 달리 말하면, 행정청의 계획재량이 인정되는 이상 사인으로서 입안을 제안하거나 신청할 법적 지위를 갖는다고 하더라도, 행정청이 최종적으로 이를 거부할 경우 재송 등의 수단을 통해 다룰 수 있

67) 전진원, 앞의 책, 244면. 다만, 해당 문헌에서 소개하고 있는 바와 같이 하급심 판례(전주지방법원 2008. 5. 22. 선고 2007구합1894 판결) 중에서는 입안신청권의 부존재에도 불구하고 용도지역 변경신청을 거부한 처분 자체의 대상적격은 인정된 사례가 발견되기는 한다.

68) 예컨대, 김승종, 앞의 글, 88면 참조.

69) 전진원, “도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합”, 『건설법연구』, 제2호(2019), 102면.

70) 그 외, 도시계획시설 설치를 위한 입안제안을 하는 경우를 생각해볼 수도 있겠으나, 이는 공공성을 갖춘 기반시설에 한정된 것이므로, 통상적으로 사인이 용도지역의 건축허가요건을 회피하기 위하여 도시계획시설계획을 입안제안 하는 경우를 상정하기는 어려울 것이다.

71) 이러한 개발계획과 도시관리계획의 대체, 변경 관계에 대하여는 전진원, 앞의 글 참조.

72) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결 등.

는 가능성이 현실적으로 묘연하게 된다는 것이다. 따라서 통상적인 도시계획 수립절차와 마찬가지로 행정청이 절차와 내용에 관한 주도권을 가지게 되고, 사인이 변경 결과에 대한 어떠한 기대나 신뢰를 형성하기가 쉽지 않다.

IV. 도시계획법제와 한미 양국의 맥락

앞서의 논의들을 통하여 한미 양국의 제도의 차이점들을 법제도와 실무 각각의 측면에서 확인할 수 있었다. 대체로 미국의 경우 도시계획 자체를 변경하지 아니하면서 개별적인 절차로서 그 적용을 배제해줄 수 있는 제도들이 존재하고, 그러한 예외적 허용이 이루어지고 있는 반면, 한국의 경우 도시계획 자체의 수정 및 변경 없이는 개별적 처분으로 그 예외를 허용할 수단이 부존재하고 따라서 도시계획 권한을 지닌 행정청의 판단이 매우 중요한 의미를 지닐 수밖에 없다. 본 장에서는 이러한 제도적 차이를 둘러싼 각국의 맥락의 차이를 소유권의 강도, 사법적 개입의 정도, 도시계획의 구속력, 도시계획권한의 분배, 참여적 요소의 수준이라는 5가지의 항목⁷³⁾에서 비교 분석하고자 한다.

1. 소유권의 강도

미국의 경우 소유권을 강력하게 인정하는 국가의 하나로 이해되기도 하는데⁷⁴⁾, 특히 재산권의 사회적 측면을 강조하는 유럽대륙국가들⁷⁵⁾과 비교하여 이러한 차이가 부각되고는 한다. Lubens (2007)에 의하면 미국에서는 재산권의 핵심적 목적 또는 의의를 “개인의 선호를 충족시키는 것”에 있다고 이해하는 경향이 존재하는바⁷⁶⁾, 기본적으로는 재산권의 근본적인 취지 자체가 이를 행사하는 개인의 관점 - 그 중에서도 개인의 경제적인 이해관계에 맞추어져 있음을 알 수 있다. 그리고 재산권을 경제적 이익의 관점에서 조명⁷⁷⁾하는 이러한 관점으로부터 미국의 재산권 보호적 태도의 근거를 확인할 수 있다.

이러한 태도의 철학적 또는 사상적 근원으로 Norton과 Bieri (2014)는 크게 “Adam Smith의 신고전파 경제학, Jeremy Bentham의 공리주의, 그리고 John Stuart Mill의 자유에 대한 관념”⁷⁸⁾ 등을 언급하면서도, 특히 현대 미국에서의 재산권 보호 경향을 가장 잘 설명할 수 있는 것으로서 Mill의 자유주의를 강조한다.⁷⁹⁾ 즉, 다른 사람의 자유나 권리를 침범하지 않는 한도 내에서는 공동체 또는 사회적인 관점에서 토지재산권의 행사와 이용을 규제하고 개입할 명분이 있는지에 대한 비판적 인식이 미국에서의 도시계획과 재산권에 대한 논의의 기저에 존재한다고 볼 수 있는 것이다.⁸⁰⁾ 물론, 소유권 보호적 경향이 짙은 것으로 평가되는 미국에서도 공동주택의 건설 등과 같은 영역에서는 자유로운 개발과 토지이용이 제한되는 현상을 확인할 수 있겠으나⁸¹⁾, 이 또한 ‘다른 사람의 자유나 권리를 침범’하는 영역에 속하는 것이므로 소유권 보호적 경향의 근본 취지에서 이미 벗어난 것이기에 그러한 제약이 정당화되는 것이라 이해할 소지도 있다. 요컨대, 미국의 경우 소유권 보호적 경향이 최소한 원칙적인 모습을 이루고 있다는 점을 부인하기는 어렵다고 사료되고, 결국 도시계획에 대한 개별적인 예외를 허용함으로써 도시계획을 강요할 수 없는 어려움이 있는 영역⁸²⁾에서 소유권 보호와의 충돌을 피할 수 있는 수단을 마련한 것⁸³⁾이라는 해석도 가능할 것이라 판단된다.

한편, 한국의 경우에는 과연 다른 사람의 권리를 침범하지 아니하는 범위에 속한다고 하더라도 토지이용이 자유롭게 보장 또는 보호되는 것이라 단언할 수 있을 것인지에 대하여 논란의 소지가 매우 크다. 대한민국 헌법은 명시적으로 재산권의 행사가 “공공복리에 적

73) Jeon, 앞의 글, 54면 참조.

74) Alterman, 앞의 글, 107면 참조.

75) Rebecca Lubens, “The social obligation of property ownership: A comparison of German and US law”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24(2007), 389면 참조.

76) Lubens, 위의 글, 417면.

77) Lubens, 위의 글, 418면.

78) Norton/Bieri, 앞의 글, 6면에서 직접인용.

79) Norton/Bieri, 앞의 글, 8면.

80) Norton/Bieri, 앞의 글, 8면 참조.

81) 이러한 경향의 실증적인 사례에 대해서는 Alexander Von Hoffman, *Creating an Anti-Growth Regulatory Regime: A Case from Greater Boston [Arlington]*, Joint Center for Housing Studies of Harvard University and Rappaport Institute for Greater Boston, Kennedy School of Government, Harvard University, (2006). 참조.

82) 전술한 바와 같이 미국 SZEAs는 도시계획의 내용을 그대로 적용하는 것에 불필요한 어려움이 초래되는 경우에 대하여 variance를 허용하고 있음을 고려할 수 있겠다.

83) 때문에 미국 문헌들 중에는 variance를 헌법적 안전장치 (“constitutional safety valve”)라고 설명하는 경우도 발견된다. Nathan T. Boone, “Varying the Variance: How New York City Can Solve Its Housing Crisis and Optimize Land Use to Serve the Public Interest”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 81(2015), 839면; Sampson, 앞의 글, 889면; Cohen, 앞의 글, 308면; Johannessen, 앞의 글, 3면 등.

합”할 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라(동법 제 23조 제2항), 근본적으로 재산권의 내용과 한계가 법률에 의하여 정해지는 것이라고 규정하고 있다(동조 제1항). 이를 적극적으로 해석하면 재산권이라는 관념이 자연적이고 선형적으로 존재하는 상황에서 그 행사를 제한하는 것이라, 재산권의 구체적인 모습이 실정법에 의하여 정해지고 그 행사 또한 공공복리의 관점에서 재차 제약될 수 있다는 논지로도 이어질 가능성이 있는 것이다.⁸⁴⁾ 그 외에도 한국에서는 토지의 공적인 성격(대한민국 헌법 제120조 제2항, 제122조 참조)을 강조하여 토지공개념이라는 관점에서 토지재산권을 한정적인 것으로 취급하는 논의⁸⁵⁾ 또한 대두된 바 있다. 이렇듯 재산권 보호의 관점이 미국과 상이한 이상, 적법한 절차를 거쳐서 수립된 도시계획의 내용을 이행하는 것이 재산권 제한에 대한 헌법적 한계(강제수용)를 벗어나지 않는 한 그 이행에 어려움이 존재한다는 개별적인 사정을 고려한 예외들을 인정할 필요성이 상대적으로 낮다고 이해될 소지가 있겠다.

2. 사법적 개입의 정도

대체로 한국과 미국 모두 도시계획에 대한 사법존중적인 태도를 인정하고 있다는 점에서는 큰 틀에서의 유사성을 보인다.⁸⁶⁾ 다만, 전술한 것과 같이 미국의 경우 법원은 대체로 입법적 행위와 행정적 행위를 구분하는 태도를 보이면서, 후자에 비해 전자에 대하여 상대적으로 더 그 판단을 존중하는 태도를 취하는 것으로 설명된다.⁸⁷⁾ 그런데 그 자체로 입법부에 부여된 도시계획권한의 행사에 해당하는 rezoning이나⁸⁸⁾ 입법부 스스로에 의하여 상세한 요건이 미리 정해지는 special permit과는 달리 variance의 경우에는 이를 행정적 행위로 취급하고 있으므로, 이러한 수단들 사이에서도 사법심사의 강도가 달라질 수 있게 된다. 다만 각 수단이 입법적, 행정적, 혹은 준사법적 행위들 중 어떠한 성질을 가지는 것인지 자체가 여전히 쟁점으로 논의되고 있고, 애당초 variance나 special permit의 개념은 미국 각 주에서 도시계획에 관한 입법이 등장하던 시점(SZEA가 작성되던 시점)에 이미 그 내용으로 포함되어 있었던 것임을 고려하면 이들 간에 어떠한 연관관계를 추단하기는 어려운 것으로 사료된다.

한국의 경우 도시계획이나 행정계획에 대한 계획재량이 일반적으로 인정⁸⁹⁾되는 것 이외에 특별히 최초의 행정계획의 수립과 기 수립된 행정계획의 변경행위를 구분하여 차등적으로 계획재량을 인정한다거나 사법심사의 기준을 달리한다는 등의 논의는 특별히 발견되지 아니한다. 물론 행정계획이라는 관념 자체가 행정입법과 행정행위와의 관계에서 어떠한 법적 성질을 지니는 것인지는 한국에서도 하나의 논점으로 다루어지고 있기는 하나⁹⁰⁾, 대체로 일반적인 재량행위와 비교하여 행정계획의 계획재량이 훨씬 넓은 것으로 인정되고는 있다.⁹¹⁾ 그러나 이러한 논의와 도시관리계획에 대한 개별적인 예외를 인정하고 있지 않은 실정법의 태도의 연관성을 추단하기란 쉽지 않다. 다만 개념상 행정계획이 어떠한 행정적 목표 달성을 위한 기준을 설정하는 행위로서 의미를 지닌다는 점을 고려하면⁹²⁾ 개별적 획지나 필지의 사정을 고려하여 그러한 기준에 예외를 인정하는 수단을 두는 것이 다소 행정계획의 기능과 성질에 부합할 수 있을지는 의문이 있다.

3. 도시계획의 구속력

한국과 미국 모두 도시계획이 개별적인 건축행위가 일어나기 이전에 사전적으로 건축허가요건을 정하여두는 역할을 하고, 후속된 행

84) 참고로 Norton/Bieri (2014)는 유럽대륙국가들에서의 재산권 관념을 Hegel의 관점에서 분석하고 있는데, 즉 자유라는 것을 공동체적 의무와 연관지어 이해한 Hegel의 관점에 기초하여 유럽대륙국가들에서 재산권의 사회적 성격을 강조한 철학적 근거를 설명한 것이다. Norton/Bieri, 앞의 글, 9면 참조. 다만, 해당 문헌에서 Norton/Bieri는 유럽대륙국가들의 정의나 범위를 특별히 엄밀하게 정의하고 있는 것으로 보이지는 아니하고, 유럽대륙국가들에 속할 수 있는 각국의 실제적 차이에 대해서는 크게 관심을 두고 있지 아니한 것으로 보인다. 다만 Norton/Bieri 또한 독일 기본법상의 재산권 관련 규정을 주요하게 논의하고 있는 만큼, 그와 유사한 문언을 지닌 우리 헌법을 해석, 이해함에 있어서도 그 논의를 참조할 수는 있겠다.

85) 최정희/이윤환, 앞의 글, 375면 참조.

86) 관련하여 전진원, 앞의 책, 43면의 논의 참조.

87) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 202면 참조.

88) Ashira P. Ostrow, “Judicial review of local land use decisions: Lessons from RLUIPA”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 31(2008), 731면 각주 55 참조. 다만, 판례 중에는 특정한 토지(specific property)에 대한 rezoning 결정은 입법적인 행위가 아니라 행정적(administrative) 또는 준사법적 행위(quasi-judicial)로 보아 사법적 심사기준을 달리하여야 한다는 당사자의 주장을 인용하면서 이를 준사법적 행위라 인정한 사례가 발견된다. *Cooper v. Board of County Commissioners*, 101 Idaho 407, 614 P.2d 947 (Idaho 1980).

89) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.

90) 김재호, “한국의 행정계획”, 『서울행정학회 학술대회 발표논문집』, 서울행정학회 (2007), 521면 참조.

91) 헌법재판소 2007. 10. 4. 선고 2006헌바91 전원재판부 결정 참조. “행정계획을 수립함에 있어서는 일반 재량행위의 경우에 비하여 더욱 광범위한 판단 여지 내지는 형성의 자유, 즉 계획재량이 인정되는바, 이 경우 일반적인 행정행위의 요건을 규정하는 경우보다 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하여야 할 필요성이 더욱 커진다.”

92) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.

정절차에서 그 준수 여부가 주요하게 다루어진다는 점에서, 개별적인 개발행위의 통제⁹³⁾ 보다는 기본적으로는 계획의 운용에 초점이 맞추어져 있다는 공통점을 지니기는 한다. 그러나 전술한 논의들을 고려하면 미국의 경우 도시계획에서 정한 건축허가요건에 대한 개별적인 예외를 인정하는 것이 가능하고 실무적으로도 상대적으로 용이하게 일어났던 경향도 발견되는바, 이를 달리 설명하면 미국의 조닝이 갖는 대외적인 구속력의 수준이 한국의 용도지역제 도시계획이나 그 밖의 도시관리계획에 비하여는 다소 낮은 편인 것으로 평가할 수 있다.

이러한 특성은 본 장에서 분석한 다른 맥락적 요소들과도 복합적으로 작용하는 것이라 설명할 수 있다. 도시계획의 본질이 결국 소유권에 대한 제약을 의미하는 것임을 고려하면⁹⁴⁾ 소유권에 대한 보호적인 태도는 곧 도시계획의 구속력을 약화시킬 수밖에 없고, 역으로 도시계획의 구속력이 강력하기 위해서는 소유권에 대한 보호적 태도가 강력한 수준으로 유지될 수는 없을 것이다. 미국의 경우 토지소유권에 대한 관념이 확립되어 있던 상황에서 1920년대에 이르러 지금과 같은 조닝 제도가 생겨난 것이므로 그러한 선후 관계상 소유권에 대한 보호적 태도가 조닝의 구속력에 영향을 미쳤을 것이라 추단해볼 수 있고, 나아가 조닝의 강화나 완화에 따른 보상이나 쟁송 문제가 적극적으로 논의될 수 있는 경향⁹⁵⁾에도 영향을 미쳤을 것으로 사료된다.

4. 도시계획권한의 분배

미국의 경우 도시계획권한은 경찰권(police power)에 속하는 것으로서 본질적으로는 주(state) 정부의 권한에 속한다.⁹⁶⁾ 그리고 주 정부는 다시금 각 주의 도시계획법을 통하여 이를 지방자치단체에 그 권한을 분배하는 형태를 취하고 있다. SZEА 제2조는 지방자치단체의 입법부("local legislative body")가 그 관할권역을 구역을 구분하고 각 구역에 대한 건설, 용도 등을 규제할 권한이 있다는 표현을 사용하고 있다.

나아가 SZEА는 도시계획 수립과정에서의 일종의 자문(recommendation) 기관으로서의 zoning commission과(제6조), 도시계획의 집행과정에서 발생하는 이의사건에 대한 결정을 담당하고, 전술한 variance와 special permit의 심사 및 발급권한을 지니는 zoning board of adjustment(제7조)를 언급하면서, 이들을 입법부가 창설할 수 있는 것으로 규정하고 있다.⁹⁷⁾ 그 외 SZEА상으로는 입법부에 의하여 수립되는 조닝의 구체적인 집행기관의 창설과 수권에 대해서는 특별한 언급을 하고 있지 아니하나, 본문에서 행정공무원(administrative official)이라는 표현을 사용하거나 그가 행한 결정에 대해 제기되는 이의사건을 zoning board of adjustment가 심사할 수 있도록 정하고 있는바, 기본적으로는 각 지방자치단체의 행정공무원들이 행하는 구체적인 집행행위에 의하여 조닝의 내용이 실현되는 것임을 예정하고 있는 것으로 이해된다.

요컨대, 미국의 경우 조닝을 둘러싼 권한의 행사와 분배는 각 지방자치단체의 입법부를 중심으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 조닝이 입법행위로 이해되는 것⁹⁸⁾ 또한 바로 이러한 특성에서 기인하고, 법원은 이러한 입법행위를 존중하는 태도⁹⁹⁾를 취하게 되는 것이다. 더욱이 variance와 special permit에 관한 권한을 행사하는 board of adjustment의 창설은 입법부의 재량 또는 선택에 속하는 것으로 이해되는바(SZEА 제7조), board of adjustment가 내리는 결정의 정당성의 근원도 결국 연원적으로 입법부로부터 나오게 된다. 때문에 입법부와 board of adjustment 사이의 긴장관계 – 곧, variance의 운용이 실질적으로 입법부의 권한을 침범하는 것은 아닌지와 같은 논점¹⁰⁰⁾이 지속적으로 등장할 수밖에 없는 것이기도 하다. 이러한 의미에서 variance는¹⁰¹⁾ 입법과 집행(행정) 또는 입법과 준사법적 작용 사이의 긴장관계에 놓여있는 제도로서 그 본질을 이해하는 것이 필요하다.

한편 한국의 경우 최소한 도시계획의 변경과 관련하여서는 미국과 유사한 권한의 분배, 긴장, 또는 갈등은 특별히 발견되지는 않는 것으로 보인다. 국토계획법은 도시계획의 입안권과 결정권을 구분하고 있으나(동법 제24조, 제29조), 도시계획의 변경과 관련하여 중요한 의미를 갖는 지구단위계획의 경우에는 그 입안, 결정권이 모두 시장 또는 군수에게 일원적으로 부여되어 있고(동법 제29조 제1항 제

93) Jeon, 앞의 글, 57면에서는 도시계획이 중심이 되는 시스템(plan-led)과 구분하여 개발 중심(development-led) 시스템이라는 용어를 사용하였는데 주로는 계획허가제도가 중심이 되는 영국의 경우가 후자로 분류된다.

94) Krueckeberg, 앞의 글, 301면 참조.

95) Norton/Bieri, 앞의 글, 10면 참조.

96) Barlow Burke, *Understanding the Law of Zoning and Land Use Controls*, LexisNexis, 2013, 3면.

97) 다만, SZEА는 zoning commission에 대해서는 그 창설을 기속적(shall)으로 언급하고 있는 반면, zoning board of adjustment에 대해서는 재량적(may)인 것으로 언급하고 있다.

98) Callies 등, 앞의 책, 194면.

99) Juergensmeyer 등, 앞의 책, 202면.

100) Madry, 앞의 글, 491면 참조.

101) 반면, special permit의 경우에는 입법부 스스로 상세한 요건을 정하여 예외를 허락하는 것이므로 이러한 권한 갈등의 문제에서 상대적으로 자유로운 것으로 사료된다.

1호), 다른 종류의 도시관리계획의 결정권들에 대해서도 각 광역지방자치단체의 조례에 의하여 권한이 시장, 군수, 구청장 등에게 위임되어 있는 경우가 다수 발견된다. 아울러 수립된 도시계획을 집행하는 처분(개발행위허가)의 권한 또한 기본적으로 시장, 군수에게 부여되어 있으므로(동법 제56조 제1항), 미국과 같이 계획의 수립(입법)과 집행(행정 또는 준사법)의 같등과 유사한 성질의 같등이나 긴장이 발생하기가 어렵다.

한편, 도시관리계획의 지위를 갖는 개별 개발사업법상의 개발계획 또는 실시계획 등의 경우에는 이와 같은 입안, 결정권의 구분과 관계없이 그 수립 권한이 다양한 층위의 행정청에 부여되어 있다. 물론 정비사업과 같이 광역-기초 지방자치단체장 간의 정책적 견해차들이 존재할 수 있고 그에 따른 긴장 관계의 발생 가능성을 배제할 수는 없겠으나, 광역-기초 지방자치단체장 간의 관계를 미국 지방자치단체 내의 입법부와 그에 의해 설립된 위원회와의 관계와 같은 위임 또는 상하 관계와 동일시하기는 어려울 것으로 사료된다.

5. 참여적 요소의 수준

한국과 미국 모두 도시관리계획의 수립이나 zoning의 수립에 관하여 주민참여절차가 예정되어 있다(국토계획법 제28조 제1항, SZA 제4조). 그런데 미국의 경우 variance나 special permit은 개별적 행위이므로 zoning이나 rezoning과 달리 주민참여절차가 반드시 요구되지는 아니하는 것으로 보인다. 때문에 미국 문헌들 중에는 variance라는 제도 자체가 주민의 의사를 청취하고 반영하는 기회 자체를 박탈하는 것이라는 취지로 비판하는 것들이 발견된다.¹⁰²⁾

다만, 이들에 대하여 명시적인 주민참여절차가 요구되지 않는다고 하더라도 이것이 반드시 주민들의 개입가능성을 차단하는 것이라 보기는 어렵다. 대표적으로 보스턴 근교의 알링턴의 사례와 같이 공동주택 건설을 반대하는 주민들의 여론이 거센 상황에서, 기존의 special permit 발급 권한을 가지고 있던 위원회를 대체한 다음 오히려 복잡하고 절차와 모호한 요건들에 기초해 그 발급을 억제해온 경우가 발견되기도 한다.¹⁰³⁾ 즉, 이러한 여론적 요소들은 명문의 규정이 아니라 정치적이고 사실적인 측면에서 발현되기도 하는 것이다. 다만, 이러한 여론이 형성되지 아니하는 영역에서는 variance나 special permit에 대한 참여적 요소들이 작동하기는 쉽지 않을 것으로 보이고, 그 결과 여러 실증적 연구에서 높은 variance 발급비율이 확인되었던 것¹⁰⁴⁾으로 추정된다.

한국의 경우에는 도시관리계획을 수정, 변경하는 것 이외에 개별적인 처분의 방법으로 도시계획의 적용을 배제할 수단이 존재하지 아니하고, 도시관리계획의 변경에 대하여도 원칙적으로 주민참여절차가 요구된다. 그러나, 국토계획법은 경미한 변경사항에 대해서는 예외를 두고 있으므로(동법 제28조 제1항 단서), 개별 사안에서 변경내용이 경미한 사항에 해당하는 것인지가 쟁점이 될 가능성을 배제할 수는 없다.

V. 결론

앞서 검토한 바와 같이, 미국의 경우 조닝을 변경하지 아니하고 개별적인 예외를 인정할 수 있는 수단(variance, special permit)을 마련하고 있는 반면, 한국의 경우에는 그와 유사한 제도들을 찾아보기는 어렵고 도시계획 자체의 수정 및 변경이 요구될 수밖에 없다는 점에서 뚜렷한 차이를 보인다. 실무의 운영경과를 보더라도 미국에서 위와 같은 제도들이 매우 활발하게 작동하고 있음을 알 수 있는 반면, 한국의 경우 도시계획의 변경절차들이 미국의 variance 수준으로 빈번하고 관용적으로 작동하고 있다고 보기는 어렵다.

이러한 차이는 소유권에 대한 보호적 태도나 도시계획, 그중에서도 특히 조닝이 갖는 구속력의 강도와 같은 맥락적인 요소들과 연동되어 있는 것으로 사료된다. variance를 ‘헌법적 안전장치’라고 표현하는¹⁰⁵⁾ 것처럼 도시계획을 통한 규제와 소유권의 행사가 충돌할 수밖에 없는 상황에서, 강력한 소유권의 관념에 의해 도시계획의 정당성이 계속적인 다툼의 대상이 되는 것을 방지하기 위해서라도 이러한 예외적 수단들을 마련해둘 필요가 있었던 것이다. 반면, 미국과 같은 강력한 소유권의 관념이 존재하지 않는 곳에서는 그와 유사한 예외적 수단들이 반드시 필요한 것인지에 대해서는 의문의 소지가 있다.

나아가 특히 그 요건이 매우 일반추상적인 variance의 경우 본래 조닝의 수립권한을 보유한 입법부와의 긴장 관계에 놓여있을 수밖에 없는바, 특히 조닝과 달리 variance에 대한 명시적인 주민참여절차가 부재하다면 variance에 대한 정당성 논의가 초래될 가능성이 있을 것이다. 이러한 긴장관계는 variance의 구체적인 운영 양태에도 영향을 미칠 수 있는데, 소유권 보호적인 태도를 견지하는데 특별

102) Infranca/Farr, 앞의 글, 503면.

103) Von Hoffman, 앞의 글, 10-11면 참조.

104) Infranca/Farr, 앞의 글, 446면; Sampson, 앞의 글, 899면.

105) Boone, 앞의 글, 839면.

히 논란이 없는 상황에서 variance는 대체로 문제없이 발급되어 높은 발급율을 기록할 수 있겠으나, 공동주택 건설과 같이 주민들의 거센 여론이 촉발될 수 있는 상황에 이르면 이러한 긴장 관계는 결국 관련된 기관들의 권한 행사를 소극적으로 만들 수 있다. 달리 말하면, 여론의 관심이 집중되는 대규모 개발사업에 이르러서는 이러한 variance나 special permit과 같은 예외적 수단들이 유연하게 작동하기는 쉽지 않다는 것이다.

이렇듯 한미 양국의 제도적 차이는 각국의 제도들을 둘러싼 맥락들 속에서 이해되어야 한다. 혹여라도 추후 한국에서 미국식의 variance나 special permit을 도입하여야 한다는 논의가 촉발되더라도 이는 위와 같은 맥락의 차이를 고려하여 신중히 고민되어야 한다.

투고일 2023. 8. 24. 심사완료일 2023. 9. 6. 게재확정일 2023. 9. 11.

참고문헌

- 김도균, “법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론”, 『법사학연구』, 제34권(2006), 285-319.
- 김승중, “미국의 토지이용 규제체계에 관한 연구”, 『부동산연구』, 제24권 제3호(2014), 87-101.
- 김재호, “한국의 행정계획”. 『서울행정학회 학술대회 발표논문집』, 서울행정학회(2007), 517-530.
- 김종보, 『건설법의 이해』, 제6판, 피데스, 2018
- 전진원, “도시계획 상호간의 효력과 도시계획의 병합”, 『건설법연구』, 제2호(2019), 90-112.
- 전진원, 『국토계획법』, 박영사, 2021
- 최정희/이윤환, “헌법상 토지공개념에 대한 고찰”, 『법학연구』, 제18권 제3호(2018), 369-394.
- Rachelle Alterman, “Guest editorial: Comparative research at the frontier of planning law: The case of compensation rights for land use regulations”, *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 3 No. 2(2011), 100-112.
- John S. Bell, “Comparative Administrative Law”, Reimann, Mathias/Reinhard Zimmermann 편, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, 2019.
- Nathan T. Boone, “Varying the Variance: How New York City Can Solve Its Housing Crisis and Optimize Land Use to Serve the Public Interest”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 81(2015), 837-863.
- Barlow Burke, *Understanding the Law of Zoning and Land Use Controls*, LexisNexis, 2013
- David Callies/Robert Freilich/Shelley Saxer, *Land Use Cases and Materials (7th ed.)*, West Academic Publishing, 2017.
- Sandra K. Carlson, “Seeking a Variance as a Prerequisite to Challenging a Zoning Ordinance”. *Wayne Law Review*, Vol. 45 No. 4(2000), 2011-2038.
- Robert J. Carson, “Reclassification, Variances, and Special Exceptions in Maryland”. *Maryland Law Review*, Vol. 21 No. 4(1961), 306-319.
- Jonathan E. Cohen, “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 22(1994), 307-364.
- Michael D. Donovan, “Zoning Variance Administration in Vermont Note”, *Vermont Law Review*, Vol. 8 No. 2(1983), 371-406.
- David M. Friebus, “A New Uncertainty in Local Land Use: A Comparative Institutional Analysis of State v. Outagamie County Board of Adjustment Note”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2003 No. 3(2003). 571-612.
- John J. Infranca/Ronnie M. Farr, “Variances: A Canary in the Coal Mine for Zoning Reform?”, *Pepperdine Law Review*, Vol. 50 No. 3(2023), 443-504.
- Jinwon Jeon, “Methodology and Framework of Comparative Urban Planning Law”, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol. 15 No. 2(2023)
- Johannessen M. Kim, “Zoning Variances: Unnecessarily an Evil”, *Land Use Law & Zoning Digest*, Vol. 41 No. 7(1989). 3-7.
- Julian Juergensmeyer/Thomas Roberts/Patricia Salkin/Rowberry, *Ryan, Land Use Planning and Development Regulation Law (4th ed.)*, West Academic Publishing, 2018.
- Donald A. Krueckeberg, “The difficult character of property: To whom do things belong?”, *Journal of the American Planning Association*, Vol. 61 No. 3(1995), 301-309.
- Rebecca Lubens, “The social obligation of property ownership: A comparison of German and US law”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 24(2007), 389-450.
- Alan R. Madry, “Judging Ziervogel: The Twisted Path of Recent Zoning Variance Decisions in Wisconsin”, *Marquette Law Review*, Vol. 91 No.2(2007), 485-534.
- National Land Planning and Utilization Act
- Richard K. Norton/David S. Bieri, “Planning, Law, and Property Rights: A US-European Cross-national Contemplation”, *International Planning Studies*, Vol. 19 No. 3-4(2014), 379-397.
- Ashira P. Ostrow, “Judicial review of local land use decisions: Lessons from RLUIPA”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 31(2008), 717-160.
- Osborne M. Reynolds, “The “Unique Circumstances” Rule in Zoning Variances—An Aid in Achieving Greater Prudence and Less Leniency”, *The Urban Lawyer*, Vol. 31 No. 1(1999), 127-148.
- Randall W. Sampson, “Theory and Practice in the Granting of Dimensional Land Use Variances: Is the Legal Standard Conscientiously Applied, Consciously Ignored, or Something in Between?”, *The Urban Lawyer*, Vol. 39 No. 4(2007),

877-958.

Derek M. Van de Walle, “Peculiar Problems with Variance Ordinances”, *Maryland Bar Journal*, Vol. 51 No. 5(2018), 24-27.

Alexander Von Hoffman, *Creating an Anti-Growth Regulatory Regime: A Case from Greater Boston [Arlington]*. Joint Center for Housing Studies of Harvard University and Rappaport Institute for Greater Boston, Kennedy School of Government, Harvard University, (2006).

Westfall Law PLLC, “Getting a Zoning Variance—What Steps do I Need to Take?”, URL: <https://www.westfalllaw.com/getting-a-zoning-variance-what-steps-do-i-need-to-take/>

Konrad Zweigert/Hein Kotz, *An Introduction to Comparative Law (3rd ed.)*, Oxford University Press, 1998.

ABSTRACT

Comparative Analysis of Exceptions to Planning in the U.S. and South Korea

Jeon, Jinwon*

Urban planning involves determining in advance the developmental requirements for a specific geographic area. In this regard, the functions of Korea's urban management plan—especially, the special purpose area—and the U.S. zoning are comparable. However, it is debatable whether the special purpose area and zoning can be comprehended at the same—or comparable—level. Additionally, their mutual differences can be studied from the marginal aspect of both institutions, that is, the admissibility of exceptions to the existing plan and the means and procedures for allowing exceptions. In short, zoning in the U.S. can permit exceptions to application through variance or special permit for individual cases even if the contents of zoning itself are not modified. However, In Korea, it is impossible to grant these exceptions through individual administrative procedure without the procedure for modification and change in the urban management plan itself. Examining the contexts in which each system is situated in both countries explains this difference. As a “safety valve” to ensure the legitimacy of zoning, which is an intervention and limitation on property rights in the U.S., exceptional measures, such as variance and special permit, are necessary. From this protective viewpoint, it is also possible to infer the reason for the generous practice of the grant of variance. Additionally, the essence of variance or special permit must be comprehended through a comprehensive approach to the U.S. context in terms of the distribution of planning authority, standards for judicial review, and participatory factors. In this regard, it can be inferred that the need for exceptional measures similar to those in the U.S. was relatively less in Korea, where the protection of property rights is relatively weaker and urban management plans are acknowledged to have significant binding power.

Key word : Variance, Special Permit, Rezoning, Special-Purpose Area, District Unit Plan

* Attorney at Law, Yulchon LLC.