

都市計劃制限에 따른 損失補償

A Study on Compensation for Urban Planning Restriction

李 周 熙

(韓國地方行政研究院 主任研究員)

〈目 次〉

1. 問題의 提起
2. 都市計劃制限과 補償의 一般의 基準
3. 都市計劃의 確定과 損失補償
4. 都市計劃의 變更·廢止 등과 損失補償
5. 맺음말

1. 問題의 提起

計劃制限은 計劃關係法令에서 규정하고 있는 그 目的達成을 위하여 財産權에 가하여진 公用制限으로 國土利用計劃制限과 都市計劃制限으로 分類된다. 그 중에서 都市計劃制限은 ① 都市의 健全한 發展 ② 公共의 安寧秩序의 維持 ③ 公共福利의 增進을 目的으로 하면서 그 目的達成을 위하여 必要한 範圍內에서 私權에 대한 公法的 制限을 가하게 되는 것이다. 이러한 都市計劃制限으로 인한 損失補償의 實定法的 根據는 憲法 第22條 ③項에서 찾을 수 있다. 즉「公共必要에 의한 財産權의…制限은 法律로서 하되 補償을 支給하여야 한다. 보상은 公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量하여 法律로 定한다」고 규정하고 있다. 그러나 이에 근거하여 보상

의 기준과 方法을 정하고 있는 一般法은 없고 각 個別法에서 이를 정하고 있다. 여기서 損失補償규정이 없는 경우, 憲法 第22條 ③項의 效力에 관하여 學說은 ① 方針規定說¹⁾ ② 違憲無效說²⁾ ③ 直接效力說³⁾ 등으로 區分하여 展開되고 있다. 現行憲法의 文理上으로 보아 ① 方針規定說은 妥當하지 않으며, 後2者인 ② 違憲無效說이나 ③ 直接效力說은 다같이 損害填

- 1) 損失補償에 관한 憲法規定은 立法에 대한 方針規定으로서 行政權이 適法하게 私有財産을 侵害한 경우에 이 헌법규정에 의하여 직접 行政廳에게 損失補償義務가 성립되는 것이고 아니고, 손실보상에 관하여 법률에 明示規定이 있어야만 비로소 成立된다는 것이다.
- 2) 법률이 재산권 침해를 규정하면서 보상에 관하여 규정을 하지 않으면 그法律은 違憲無效이며 그법률에 근거한 재산권 침해행위는 不法行爲로 손해배상을 청구할 수 있다고 한다. (同旨 구병식, 김도창, 김이열, 박윤훈, 이상규, 이명구교수등)
- 3) 손실보상에 관하여 규정한 헌법규정은 재산권을 침해당한 국민에게 직접 損失補償請求權을 부여한 것으로 본다. (同旨 윤세창, 김철수, 김원규, 문홍주, 서원우, 김남진교수등) 詳細한 것은 金南辰교수의 “公用制限과 損失補償”, 황명간 편저「土地政策論」(서울: 경영문화원, 1985), pp.700-713을 참조할것.

補를 前提로 하기 때문에 都市計劃制限에 따른 損失補償의 根據이라고 보는 데는 差異가 없는 셈이다. 다만 都市計劃法에서 「社會的 制約」을 넘는 都市計劃制限은 許容하면서도 보상규정을 두고 있지 않기 때문에 보상을 청구하는 節次와 方法이 다를 뿐이다⁴⁾

한편 1987. 7. 7자로 立法豫告된 行政節次法에 따르면 「行政計劃을 確定, 變更 또는 廢止하고자 할 때에는 國民의 財產上의 損失을 방지하기 위한 施設의 設置 기타 必要한 예방대책을 강구하여야 한다. 그러한 조치에도 불구하고 行政計劃의 確定, 變更, 廢止 또는 失效로 인한 國民의 財產上의 損失이 있을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 損失補償 기타 必要한 救濟措置를 하여야 한다」고 규정하고 있다. (同法 第58條) 本條의 行政計劃이라함은 國民生活과 일정한 관련이 있는 公共事業計劃 기타 大統領令으로 정하는 것을 말한다. 따라서 大統領令으로 정하는 行政計劃中에는 國民의 生活과 밀접한 관련이 있는 「都市計劃」이 포함될 것으로 믿어 의심치 않으나, 실사 포함되지 않는다하여도 本 문제는 末久에 論議해야할 과제인 것이다.

都市計劃法에 의하여 都市計劃의 確定이나 變更의 경우에 利害關係人에게 計劃에 대한 取消請求, 不作爲請求 計劃遵守請求 (Planbefolgungsanspruch)와 變更의 경우에 計劃保障請求 (Plangewährleistungsanspruch) 등의 權利를 設定하기 보다는 이러한 問題들을 行政廳의 計劃裁量 (Planung sermessen)으로하고, 그중에

4) 直接效力說은 손실보상을 직접청구 할 수 있다고 보나, 違憲無效說은 당해 侵害行爲의 無效確認과 行政上 損害賠償을 청구할 수 있을 것이라고 본다.

서 특히 「社會的 制約」의 限界를 넘는 都市計劃制限에 따른 損失의 補償을 肯定的이고 積極的으로 檢討함이 바람직하다. 왜냐하면 都市計劃制限중의 어떤 것은 財產權의 行使가 土地收用の 경우보다 더 不利한 制約을 받는 경우도 없지 않기 때문이다.

그러나 都市計劃制限에 대하여 「土地所有者는 어느 水準까지 受忍業務가 發生하고, 어느 範圍에서부터 損失補償請求權이 發生하는가?」「그 理論的 準據는 무엇인가?」 또한 「計劃制限에 따른 損失의 補償은 어떠한 方法으로 처리 할 수 있는가」등을 考察 함으로써 計劃體制下에서 市民의 財產權을 보호하는데 必要한 制度化 및 政策樹立에 실마리를 提供할 수 있을 것으로 생각한다. 이같은 취지에 立脚하여 本 研究는 憲法 第22條 ③項은 財產權 制限에 따른 損失補償의 청구에 관해서 直接效力이 있다고 보고, 行政節次法(案)이 規定하는 行政計劃에 대한 被害救濟規定의 具體的인 內容을 심층적으로 검토하여 각종 方案을 提示함을 目的으로 한다.

이를 위하여 第2章에서는 都市計劃制限을 概觀하고 第3章에서 第5章까지는 計劃過程에서 發生하는 損失의 態樣 및 그 補償救濟의 判斷基準 및 그 範圍와 內容에 대하여 考察하였다. 다만 本 研究가 對象으로 하는 都市計劃의 範圍는 用途地域, 地區, 區域, 都市計劃施設決定· 변경· 실효 등에 限定하고 地域, 地區, 區域 및 都市計劃施設이 綜合的으로 設計되는 都市設計區域을 必要한 範圍 안에서 다루었다.

따라서 本 研究에서는 都市開發事業計劃에 대해서는 다루지 않았고, 손실보상청구 節次와 方法도 연구範圍에서 除外하였다.

2. 都市計劃制限과 補償의 一般的 基準

가. 一般的 行爲制限

都市計劃法은 都市計劃區域內에서 各種의 地域·地區 및 區域制를 채택하여 建築物의 敷地 構造·設備에 대하여 一定한 公法的 規制를 設定하고 있는데 都市計劃의 決定에 따른 私權에 대한 一般的 制限은 다음과 같다. (都市計劃法 第1條)

① 土地의 形質의 變更 또는 竹木의 伐採, 栽植이나 土石의 採取

② 建築物 기타 工作物의 新築, 改築 또는 增築이나 移動이 容易하지 아니한 物件의 設置 또는 堆積

③ 一定한 面積以下로 土地의 分割

이들은 市長 또는 郡守의 許可없이 이를 행할 수 없다. 그러나 大統領令에서 定하는 例外的인 경미한 행위의 경우에는 市長 또는 郡守의 許可없이 行할 수 있다.

나. 用途別 行爲制限

(1) 用途地域別 行爲制限

建設部長官은 都市計劃區域內에서 土地의 經濟的이며 效率的인 利用과 公共의 福利增進을 도모하기 위하여 必要하다고 認定할 때에는 各 用途地域을 都市計劃으로 決定할 수 있다. (都市計劃法 第17條) 具體적으로 보면 住居用途로 住居專用地域, 住居地域, 準住居地域을, 商業用途로 商業地域을, 工業用途로 專用工業地域, 工業地域, 準工業地域을, 綠地用途로 生産綠地

域, 自然綠地地域을 指定할 수 있다.

이와같은 用途地域의 指定은 各 用途에 따라 建築法에서 建築地의 最小限度⁵⁾, 建幣率의 限度⁶⁾, 容積率의 限度⁷⁾, 建築物의 許容規制⁸⁾ 事項등을 달리 정하고 있다.

(2) 用途地區別 行爲制限

建設部長官은 都市計劃區域內에서 公共의 安寧秩序와 都市機能의 增進을 위하여 必要하다고 認定할 때에는 各의 用途別로 區分하여, 風致地區, 美觀地區(第1種~5種으로 細分) 高度地區(最高高度地區, 最低高度地區), 防火地區, 教育 및 研究地區, 業務地區, 臨港地區, 空地地區(第1種~第3種), 保存地區, 特定街區整備地區, 驛車場整備地區, 空港地區, 自然環境保全地區, 아파트地區의 指定을 都市計劃으로 決定할 수 있다(同法 第18條, 同令 第16條)

이러한 地區의 指定은 이미 地域이 指定된 土地위에 特定한 目的을 達成하기 위하여 重複 指定하게 되는 것이다. 그러나 地區指定의 目的 및 性質에 따라 同一地域(垜地) 위에 1개 이상의 地區를 중복지정할 수도 있으나 서로 성격이나 目的이 상충된 경우는 중복하여 指定할 수 없음은 當然하다. 이러한 地區는 그 性質上 一般的으로 地區의 指定을 통하여 土地利用을 消極的으로 규제할 뿐, 事業의 施行과는 無關하나, 아파트地區⁹⁾ 와 特定街區整備地區¹⁰⁾ 에 대하여

5) 建築法 第39條의 2, 同施行令 第85條 참조.

6) 建築法 第39條, 同施行令 第84條 참조.

7) 建築法 第40條, 同施行令 第86條 참조.

8) 建築法 第32條, 同施行令 第66條 別표 1~9 참조.

9) 住宅建設促進法 第20~第23條, 同施行令, 第 23條, 第24條, 第26條, 第32條의 4 참조.

10) 建築法 第33條의 2 第33條의 3, 同法施行令 제 77條 참조.

는 事業의 施行力이 부여되는 것이 特性이다. 各地區內 土地에 대한 行爲制限은 用途, 密度, 形態등에 관한 制限으로서 都市計劃法 및 建築法 기타 法律 등에서 규정하고 있다. 그밖에 各都市의 特性에 맞게 규제할 수 있도록 本法의 테두리 안에서 각 地方自治團體의 條例로 關連사항을 따로 定할 수 있다. 條例에서 규정할 수 있는 事項의 一般的 基準은 建築條例準則에서 규정하고 있다.

끝으로 학자에 따라서는 地區中에서는 風致地區, 美觀地區, 保存地區 등을 「計劃制限」으로 보지않고 「保全制限」으로 분류하고 있으나 이는 計劃制限의 內容에 따른 細分類이지 따로 분류할것은 아니라고 보아 本稿에서는 計劃制限에 포함하였다.

(3) 用途區域別 行爲制限

區域은 都市計劃法에 의하면 特定施設制限區域(同法 第20條), 市街化調整區域(同法 第20條의 2), 開發制限區域(同法 第21條), 都市開發豫定區域(同法 第22條) 등 4個로 區分되는바, 그 行爲制限은 都市計劃法 및 同施行令에서 규정하고 있다. 各區域別로 建築物에 대한 制限및 許可事項과 非建築物에 대한 制限및 許可事項으로 그 內容을 區分하고 있다. 이러한 區域에 대한 行爲制限은 앞에서 본 地域이나 地區에 대한 그것보다 훨씬 강한 制限을 가하고 있는 것이 특색이라 할 수 있다.

(4) 都市計劃施設用地內 行爲制限

都市計劃法 第2條 ①項나目에서 都市計劃施設을 열거하고 있으며 이들의 設置·整備·改良에 관한 計劃도 都市計劃으로 定義하고 있다.

이들 都市計劃施設用地로써 決定되면 施設用途와 직접 關連이 없는 行爲는 個別法에 의한 制限을 받게 된다.

따라서 用途地域·地區內의 行爲制限보다 더 심한 財產權行使에 있어서 侵害가 뒤따르게 되는 것이 일반적인 현상이다.

다. 都市設計區域內 行爲制限

都市의 간선도로변등에 所在하는 垜地 즉 建築法 第8條의 2에 의한 都市設計區域에 속하는 土地에는 用途地域, 地區에 대하여 일반적으로 가하는 行爲제한보다 建築의 自由가 강한 制限을 받게 된다. 왜냐하면 都市設計區域內의 土地는 都市設計에 適合하게 建築, 開發하여야 하기 때문이다. 都市設計는 都市計劃과 建築許可의 中間的 位置에 存在하는(Mezzoplan) 計劃概念이다. 이와 유사한 制度로는 西獨의 地區詳細計劃(Bebauungsplanung)과 日本의 地區計劃 등이 있으나 그것들은 都市計劃의 形式으로 存在하나 우리나라는 그렇지 못하다. 우리나라 都市設計는 建築規制計劃에 의하여 行政廳이 規制, 勸獎, 誘導할 수 있는 바 그 內容을 보면, 用途制限, 建築線의 指定, 建幣率, 容積率, 建築物의 높이, 隣接建築物과의 거리, 地區內 市民을 위한 空地, 建築物의 규모, 配置基準, 形態, 空中空間(skyline), 公共空地, 建築指定線, 建築限界線, 벽면선, 街區(block)別計劃, 公共造景등이다. 따라서 都市設計區域이 아닌 一般地域의 建築規制와는 한층 더 詳細하게 규제함으로써 建築의 自由를 그만큼 더 制限하게 된다.

라. 行爲制限에 따른 損失補償의 原則論

이러한 行爲制限은 당해 지역, 지구, 구역내

의 土地利用者의 共通利益을 실현하기 위한 相互協同的 制限으로 보기 어렵고 私法上的 相隣關係의 發展으로 볼 수 없기 때문에 計劃制限에 따른 損失에는 補償의 문제가 생긴다. 그러나 앞서서도 言及한 바 있듯이 都市計劃法規에는 손실보상에 관한 법규가 없을 뿐만아니라 이 분야에 대한 理論的인 論議도 충분하지 못한 실정이다. 다만 이에 관한 보상의 一般的 基準으로서 ① 당해 公用制限으로 私有地의 利用行爲가 制限·禁止되더라도 종전과같은 土地利用의 계속이 가능하고, 또한 그 制限이 객관적으로 보아 당해 토지의 본래 기능에 반하지 아니하는 한 보상을 요하지 않으나 ② 그 制限이 所有權의 本質的 內容을 制限하거나 당해 土地의 本來機能을 侵害하는 때 또는 이미 現實化 되어 있는 開發行爲를 저지하는 것인 때에는 損失補償이 必要하다고 한다.

그런데 건설부 有權解釋에 의하면 앞에서 본 用途別 地域, 地區, 區域으로 告示된 土地에 대한 公法的 制限은 一般制限이라 하여 보상이 필요없다고 하며(大判, 79. 7. 24. 79누 113참조), 公共事業을 直接目的으로 가해진 경우(都市計劃法 第2條 1항 제1호 나목의 시설)는 特別制限으로 보고 決定 以前의 地價로 보상을 인정하고 있다.(土政 810-33484, 1977. 11. 4) 그러나 이러한 유권해석은 收用을 前提로 할때에 해당하고 있으므로 엄격한 意味에서는 計劃制限에 대한 보상기준으로 볼 수는 없을 것이다.

3. 都市計劃의 確定과 損失補償

가. 損失의 態樣

都市計劃은 建設部長官의 결정告示가 있는 날로

부터 效力을 發生하게 된다. 都市計劃이 效力을 發生하게 되면, 市長·郡守는 地籍圖面을 作成하여 建設部長官에게 그의 承認을 申請하여야 하며, 都市計劃區域內에서의 一定한 行爲등이 市長·郡守의 許可事項으로 되고 用途地域·地區·區域內에서의 그 指定目的에 위배되는 建築과 開發행위로 될 수 없게 되어 財産權行使에 制限을 받는다. 이상의 都市計劃에 의한 각종 行爲제한에도 불구하고 都市計劃區域內의 土地의 財産的 價値는 用途의 種別에 따라 증가하기도 하고 감소하는 特徵을 갖고 있다. 다시말하면 都市計劃制限에도 불구하고 土地의 財産的 價値가 비교적 증가하는 경우로서 가장 일반적인 현상으로는 國土利用管理法에 따라 樹立된 國土利用計劃上的 都市地域이 아닌 用途가 都市地域으로 轉換한 경우이다. 즉 同計劃에 의하여 「都市地域」으로 指定된 후 都市計劃에 의하여 都市計劃區域으로 土地가 편입되게 되면 일단 地價가 上昇한다. 이러한 현상은 대부분 地方中小都市의 市昇格과 때를 같이 하여 일어나고 있다. 그러나 추후 用途地域이 指定되면 그 재산적가치의 상승폭은 用途地域의 種別에 따라 다르게 나타난다. 즉 商業地域, 準住居地域, 準工業地域등의 指定決定은 財産的 價値가 상승하는 경우가 대부분이고 상대적으로 綠地地域등은 財産的 價値가 不變또는 下落하는 현상이 나타난다.

한편, 用途地區가 用途地域에 겹쳐서 指定하면 全般的으로 用途地域만 指定했을 때보다 더 강한 制限을 받게되므로 일반적으로는 財産的 價値가 감소한다고 보아야 하겠으나, 相對的으로 가치가 상승하는 業務地區, 最低高度地區등도 없지는 않을 것이다. 끝으로 用途區域의 指

定이 都市計劃으로 決定되면 開發制限區域, 市街化調整區域, 特定施設制限區域 등은 재산가치가 下落하고 都市開發豫定區域의 指定의 경우는 그 本質的인 特性 때문에 財産價値가 상승할 수도 있다.

그러나 都市計劃의 決定만으로 財産의 價値가 상승한 부분과 下落한 부분에 대해서 그 크기를 算定하는 것은 쉬운일은 아니지만 相互間 그 폭은 상당한 차이가 있는 것은 사실이다.

나. 補償의 理論的 根據

(1) 地域的 拘束性 — 補償의 否定的 論據

(가) 地域的 特性과 用途地域·地區의 決定

일반적으로 土地가 一定한 利用計劃에 의해서 여러가지 規制를 받게되는 根據 가운데 하나는 特定한 土地가 當該土地 利用計劃의 目的과 밀접한 관련이 있는 特殊한 地域에 存在한다고 하는 이른바 地域的 拘束性(Situationsgebundenheit)에서 찾아 볼 수 있다.¹²⁾ 都市計劃을 樹立함에 있어서 土地에 대한 用途를 決定하는 것은 다음 두가지 경우가 典型的인 형태이다.

첫째, 計劃的 規制에 있어서의 土地의 地域的 特性은 반드시 法에 의한 規制라든가 計劃에 의한 規制를 그 前提로 하지 않고서도 단지 그 土地가 지니는 自然的 狀況 등으로 말미암아 자연히 나타나는 경우도 있어 法이나 計劃은 단지 그것을 追認한데 지나지 않는 경우가 相當量이다. 社會通念에 비추어 보아 도저히 허용될 수 없는 開發行爲를 立案하거나, 또는 그에 의거한 計劃에 의해 拘제한 경우에는 오히려 內在의 理由에서 오는 制限이기 때문에 補償은 必要없

는 것으로 생각 된다는 것이다.¹³⁾

둘째, 全體로서 合理性을 가지는 計劃의 테두리 안에서 마땅히 있어야 할 當該土地의 特性을 기준으로 하여 規制가 행하여지는 경우가 있다. 이것은 計劃이 정하는 地域的 特性이 當該土地의 현황과는 無關 하거나 直接的으로는 一致하지 아니하는 형태로 부과되는 경우도 있을 수 있다. 그러나, 地域의 自然的 特性만으로는 土地利用의 制限에 대한 確고한 構想을 할 수 없는 경우가 오히려 一般의이며 특히 土地利用이 끊임없이 流動的인 오늘날에 있어서는 어떤 土地의 地域的 特性을 한마디로 論斷하기란 어려운 경우가 많다. 때문에 計劃이라는 것이 土地利用에 秩序를 부여하는 使命과 目的을 가지고 저마다의 土地에 地域的 特性을 事後的으로 부여할 수도 있는 것이다.

以上の 두가지 케이스로 보면 地域的 拘束性은 단순한 自然的 事實的인 것이 아니라 오히려 지극히 價値的 規範的 要素가 강한 것으로 發展하게 될 계기를 지니게 된다.¹³⁾

(나) 西獨의 判例들에서의 地域的 拘束性.

西獨의 聯邦民事裁判所는 公法上의 計劃措置에 대하여 土地所有者的 利用이 어느 정도 保護되는가에 관해서는 傳統的으로 「地域的 拘束性」을 그 制斷의 기준으로 삼아왔다. 즉 地域的 拘束性이 긍정 될 때에는 特定土地에 特性을 부여하고 그 利用을 制限하는 公的인 空間計劃에 대해서는 無補償이라도 상관없다는 立場이 그것이다. 그리고 이 경우의 地域的 拘束性이란 서술적인 事實要素(예, 位置, 性質 등)와 規範的인

11) 徐元宇, "計劃制限과 私權保護" 「法學」 17권 1號 서울大學校 法科大學, 1976, p.15.

12) 上掲論文, p16.

13) 徐元宇, 前掲論文, pp.16-17.

價値概念(二 理性的이며 賢明한 土地所有者의 行動)과의 混合的 概念이었다. 그러던 것이 1956年 12月20日의 연방민사재판소의 判決¹⁴에서는 事實要素 즉 公共의, 計劃措置의 具體的인 歸責可能性(Zurechnungsmöglichkeit)에 중점이 주어지게 되었다. 이와 비슷한 論理는 1957年 3月25日의 Buchendom 判決¹⁵ 同年 12月9日의 禮拜堂 判決¹⁶등에서도 찾아 볼 수 있다.

이들 判例는 이미 사실로서 존재하는 景觀이나 自然에 손을 대지 않고 保護하려는 事例로서 그것은 具體的인 事實要素에 重點이 주어지고 있음을 알 수 있다. 그러나 綠地帶制度의 必要性이 한편으로는 配慮되고 있고 Buchendom 事件에서도 「理性的 考察方法」이라든가 「理性的이며 賢明한 所有者」 등과 같은 表現이 있어 價值的 規範的 要素도 어느 정도 엿볼 수 있다. 그리하여 最近의 判例의 傾向은 「地域的 拘束性」을 단순한 敘述的 要素에 의해서가 아니라, 보다 규범적, 가치평가적 기준에 따라 규정하려

하고 있는 듯 하다.¹⁷ 이러한 傾向은 이른바 「特別한 犧牲」에 관한 學說¹⁸의 전개과정에 있어서, 종래의 평등원칙위반의 有無에 그 區別의 기준을 찾던 이론으로부터 탈피하여 보다 강력한 價値評價的인 目的逸脫說 내지 實質說(程度說, 重大說)에로의 理論傾向과 表裏關係를 이루고 있다.

(4) 補償의 基準으로서 地域的 拘束性

最近의 傾向에서 地域的 拘束性은 社會的 拘束性和 同一한 意味로 發展되고 있음에 비추어 볼 때 그것이 補償의 有無를 決定하는 기준으로서의 실질적 意味가 弱화되고 있다고 보여진다. 이러한 抽象化에의 움직임은 보상의 문제를 다분히 立法政策의 左右할 수 있는 여지를 넓혀주는 結果를 가져오게 된다. 왜냐하면 보상은 憲法上의 財產權保障에서부터 연유되는 것이지만 財產權은 그 自體가 오늘날 다분히 立法政策의 因 變質되어 가고 있기 때문이다.

(2) 特別한 犧牲에 대한 公平負擔 — 補償의 肯定的 論據

損失補償의 理論的 根據에 관해서는 既存權說, 恩惠說, 公用徵收說 등이 主張되어 왔으나, 私有財產權을 保障하는 法秩序 아래서는

14) 本事實은 農業用에 利用되어 있는 土地가 綠地帶에 편입되어 建築禁止의 效果가 發生하였기 때문에 보상을 청구한 사건이다. 재판소는 高權의 侵害가 보상을 필요로 하는 收用이 되는 것은 당사자에게 平等原則에 반하여 特別한 희생이 과해지는 경우이며, 平等原則에 反하지 않고 그 一般의 性格을 가진 財產權의 內容上 社會的 制限의 경우에는 보상을 요하지 않는다는 前提로부터 出發하여 地域적 구속성」에 따라 決定하여야 한다. (徐元宇, 前揭論文에서 再引用).

15) 이것은 Buchendom이라고 불리우는 밭에 심어진 밤나무 여덟그루와 참나무 두그루로 이루어진 一群의 樹木이 自然記念物로 指定되어 그 伐採가 禁止된 事例이다.

16) 이것은 景觀保護法令上, 記念保護禮拜堂의 인근의 모든 건축이 禁止되었기 때문에 조그만 집의 건축신청이 拒否된 사례이다.

17) 徐元宇, 前揭論文, p18. 참조.

18) 西獨에 있어서의 學說의 現황에 관해서는 權寧星(1976), 「獨逸憲法論(上)」(서울: 法文社), pp. 260-264; 金南辰(1971), 「損失補償과 特別한 犧牲」 「例解行政法」(서울: 韓國司法行政學會), pp. 307-311; 徐元宇(1973), 「公用收用法制에 관한 연구-公共用地 取得과 보상문제를 中心으로-」(法學博士學位 請求論文), 서울대학교, pp. 58-59 등 참조.

私有財産에 가하여진 「特別한 犧牲」은全體의 부담으로 전보하는 것이 正義와 公平의 原則에 適當하고, 國民의 法律生活의 安定도 기할 수 있다는 데에 그 根據를 구하는 것이 通說이다(特別犧牲說). 公共必要에 의한 制限이라도 그것이 社會的 制約을 넘는 特別한 犧牲인 때에 한하여 보상의 원인이 되기도 한다. 憲法 第22條 第2項은「財産權에 대하여 그 內容과 限界는 法律로 정한다. 財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야 한다」라고 규정하여 다른 基本權에 비하여 비교적 강한 社會的 制約을 받을 것을 예정하고 있다. 이와같은 財産權에 대한 一般的·社會的 制約과 앞에서 말한 「特別한 犧牲」과의 限界는 어떻게 정할 것이냐 하는 것이 問題된다.

(가) 形式的 標準說

侵害를 받은 자의 數가 일반적인가 또는 特定한가를 標準으로 하는 見解로서 個別的 侵害 즉 特定人 또는 局限된 範圍內的 者에 대한 侵害만을 「特別한 犧牲」이라고 본다.

(나) 實質的 標準說

그 侵害가 財産權의 本質을 侵害하는 強度의 것인가, 아닌가를 표준으로 하는 見解이다. 實質說中 支配的인 見解는 侵害가 從來와는 다른 目的으로 利用하기 위한 것인지의 與否를 標準으로 하는 目的違背說이다. 이 견해에 의하면 物價安定을 위한 公正價格策定, 住宅難 등의 해결을 위한 賃貸強制는 財産權의 本來的 機能을 발휘하게 하고 그 財産權에 대하여 종래 設定되었던 것과 同一한 目的을 위하여 가하여지는 侵害이므로 보상을 要하지 않는다고 한다. 이에 반하여, 農地를 學校用地를 變更하는 경우는 私

權을 侵害하는 것이므로 「特別한 犧牲」으로서 보상되어야 한다는 것이다.¹⁹⁾

(다) 結語

생각컨대 「特別한 犧牲」의 限界를 決定하기 위하여는 實質的 標準을 주로하고 形式的 標準을 참작함이 妥當하다고 하는 견해가 多數說이다.

그러나 現代 福祉國家에 있어서는 損失補償은 侵害된 生活權의 保障에까지 미쳐야 한다는 점을 간과할 수는 없다. 따라서 損失補償의 存在理由는 具體的으로 ① 財産權保障의 原理 ② 公平負擔의 原理 ③ 生活權保障의 原理에 있다고 할 수 있다.

다. 補償의 具體的 對象과 方法

(1) 開發制限區域內 土地

建設部長官은 都市의 無秩序한 擴散을 방지하고 都市周邊의 自然環境을 保全하여 都市民의 건전한 生活環境을 確保하기 위하여 또는 國防部長官의 要請이 있어 保安上 都市의 開發을 制限할 必要가 있다고 인정되는 때에는 都市開發을 制限할 구역(이하 “開發制限區域”이라 한다)의 指定을 都市計劃으로 결정할 수 있다(都市計劃法 第21條). 開發制限區域 안에서는 그 區域指定의 目的에 위배되는 建築物의 건축, 工作物의 設置, 土地의 形質變更, 土地面積의 分割 또는 都市計劃事業의 施行을 할 수 없다(第2項)는 것이 그 內容이다. 都市計劃法에서는 開發制限區域의 指定에 따른 行爲制限에 관해서만 규정하고 있을 뿐 그 公用制限에 따른 보상에

19) 西獨聯邦最高行政裁判所의 判例도 형식 표준설에서 실질표준설로 중점을 옮기고 있다.

관해서는 규정이 없다. 또한 實務上으로도 건설부가 法務部를 상대로 開發制限區域내의 행위제한에 대한 손실보상의 여부에 관한 질의를 한 결과 그 답변을 否定적인 것이었다. 이유인 즉 開發制限區域内에서는 현상유지의 範圍내에서의 使用·收益이나 처분이 가능하고, 다만 都市計劃事業만은 實施할 수 없는 것이다. 이와같이 法令에 의한 建設部長官의 開發制限區域의 指定에 의하여 使用制限이 되는 것은 財產權의 本質을 侵害한 것이라고 볼 수 없을 뿐더러 나아가 開發制限區域의 指定이 있다하더라도 同區域内の 재산권 특히 土地所有權은 그대로 인정되고 계속 사용·수익할 수 있으며, 다만 그 현상을 현저히 바꾸는 행위만을 제한하는 것이므로 이러한 경우를 헌법 제20條 3항(현행헌법 제22條 3항)이 말하는「財產權의 收用·使用 또는 制限이라 볼 수 없고 따라서 보상의 문제는 일어나지 않는다고 할 것이다」라고 하였다.²⁰⁾ 그러나 開發制限區域이 指定됨으로 인해서「宅地造成後 建築이 동결」된 것²¹⁾과 같은 행위제한은 垵地의 본래 目的에 따라 最有效하게 利用되지 못하고 있는 것이 明白한 異常損失補償의 對象이 된다고 보아야 한다. 뿐만 아니라 開發制限區域의 指定이 있게 되면 都市計劃法上 어떤 用途地域·地區·區域보다도 넓은 範圍의 行爲制限이 뒤따르기 때문에 同區域에 인접하고 있는 非開發制限區域의 土地보다 그 가격이 현저하게 下落하는 것이 常例이다. 또한 開發制限區域内에 土地를 갖고 있는 居住者는 土地를 매도하

고 다른 都市地域으로 移住하고자 하거나 새로운 職業을 선택하고자 하여도 그 基盤이라고 할 수 있는 土地를 적정가격으로 賣却할 수 없는 경우가 大部分일 뿐만 아니라, 都市의 높은 地價로 인하여 그곳으로 移住나, 새 터전에서 새로운 職業의 선택도 곤란한 경우가 허다하게 되었다.²²⁾ 또한, 區域内 農地는 인근 都市로부터 發生하는 公害物質의 放棄로 인하여 農業용으로 쓸수 없게 되는 경우도 없지 않아 土地를 종래 목적대로 이용할 수도 없다. 그렇다고 土地所有者가 國家나 地方自治團體에 대하여 土地를 매수해 줄 것을 請求할 수 있는 권리를 認定하지도 않고, 손실보상의 대상이 아니라는 유권해석이 아직도 유효한 상태에 있다. 이와같이 土地利用規制를 目的으로 하는 開發制限區域이 指定되면 區域内の 土地所有者는 단순히 土地所有權行使의 制限 뿐만 아니라 憲法이 保障하고 있는 基本權인 居住移轉의 自由, 職業選擇의 自由마저 制限받는 결과를 惹起하여, 앞에서 살펴본「地域의 拘束性」으로 처리해 버린다는 것은 너무나 부담이 큰「特別한 犧牲」이라 하지 않을 수 없다. 따라서 開發制限區域안의 土地所有者에 대한 損失補償의 問題를 보다 적극적으로 검토하지 않으면 公平負擔의 原則에 위배된다 할 것이다. 다만 國家 財政形便上 補償을 위한 財源을 마련하기가 어렵다고 할 때 立法政策的인 측면에서 다음과 같은 몇가지 代案을 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째 開發制限區域안에 이미 조성된 宅地에 대해서는 投資費의 元利金과 土地價格을 보상하여야 할 것이다. 그에 따른 財政的 負擔이 크다

20) 법무부 810-5289, 1971. 3. 24 건설부에 대한 법무부해석.

21) 中央日報 1983. 8. 25, 6면 참조.
東亞日報 1987. 8. 1, 1면 참조.

22) 金相容, “開發制限區域” 黃明燦編, 「土地政策論」 (1985), p280

면 해당 宅地는 建築의 自由를 原狀으로 回復하여 주어도 區域指定 目的에는 영향을 미치지 않을 것으로 思料된다.

둘째, 開發制限區域內的 土地를 公有化 할 것을 前提로 하고²³⁾ 土地所有者에게 土地買收請求權을 認定한다.²⁴⁾

셋째, 開發制限區域內的 土地 및 建物에 대한 財産稅 등을 減免하여야 한다. 現在는 同區域內이지만 군사시설 보호구역에 대해서는 非課稅하고 있지만²⁵⁾ 이를 開發制限區域 全域으로 擴大하여 實施하는 것이 妥當할 것이다.

(2) 地區 內的 土地

23) 同旨. 金日泰. "開發制限區域內的 土地公有化方案 研究" (大韓國土計劃學會誌, 21-2 1986. 8 pp67-82)는 公有化의 必要性으로 네가지를 열거하고 있다. 첫째, 개발규제로 인한 사유재산권의 침해에 따르는 손실보상의 필요에서 둘째, 개발압력으로부터의 영구보전 셋째, 행정적 경비부담을 줄일 필요 넷째, 개발권 양여제도 도입의 비현실성에 대한 대처.

24) 1970년대에 들어와서 西歐先進諸國의 土地政策은 획기적인 전환을하여 土地開發權을 公有化하였다. 예를들면 영국의 경우 그린벨트안의 토지중에서 1938년의 Green Belt Act에 의하여 매수하였으나 비용이 너무들어서 1947년의 Town and Country Planning Act에 의하여 所有權에서 開發權을 분리하여 公有化하는데 成功함으로써 모든 土地開發은 許可를 받도록하여 토지 매수제도를 폐지하였다. 우리나라의 도시계획법에서는 토지 매수청구제도는 도시개발예정구역 내에서 인정하였으나 1982. 12. 31이후 폐지하여 오늘에 이르고 있다. 그러나 영국의 매수청구제도 폐지는 토지의 公有化를 前提로 하고 있으나, 우리나라는 그렇지 못하므로 영국과 비교할 것은 못된다. 따라서 우리나라 開發制限區域은 현재의 利用權은 保障하나 장래의 開發權은 制限함으로써 「특별한 희생」을 규정한 것으로 보아야 할 것이다.

25) 地方稅法 施行令 第136條의 3. 同施行規則 第77條.

(가) 空港地區

空港地區는 공항시설의 보호를 위하여 필요한 때 都市計劃으로 決定하되 행위제한은 建築法 施行令 第78條 및 條例로 정한다. 즉 空港設施의 擴張保護와 離·着陸에 障礙가 되지 않는 範圍內에서 建築物을 許容하되 建設部長官은 交通部長官과 協議하여 條例를 承認하여야 한다. 참고로 서울특별시 建築條例 제12조에 의하면 ① 항공법에 의하여 제한되는 건축물 ② 발전소, 제련소, 요업공장, 화학공장 ③ 묘지 관련시설등은 건축할 수 없다. 특히 항공법에서는 누구든지 公共用的 飛行場에 대하여 公共用飛行場의 公告가 있는 後에는 그 公告에 表示될 進入表面, 水平表面 또는 轉移表面 위에 나오는 높이의 建造物(公告한 當時建造中에 있는 建造物의 當該 建造工事に 관계되는 部分은 除外한다). 植物 其他의 障礙物을 設置, 栽培하거나 放置하여서는 아니된다. 다만 假設物 其他 交通部分이 定하는 障礙物(進入表面 또는 轉移表面에 걸리는 것은 除外한다.)로서 飛行場 設置者의 承認을 얻어 設置, 放置하거나 供用開始에 정일 전에 除去할 障礙物에 對하여는 例外로 한다.(第40條 ①項) 우리의 공항지구와 유사한 地區의 指定에 따르는 損失補償理論으로서 「政府企業理論」이 있다. 이 이론은 政府가 公用收用을 통하여 달성할 수 있는 目的은 警察權을 행사하여서는 아니된다는 前提下에서, 政府가 자신 또는 特定企業家의 活動을 돕기 위하여 私有의 土地所有權을 制限하는 경우에 이를 收用으로 본다의 것이다.²⁶⁾ Joseph Sax교수는 政府가 企業家의 資格으로 수행한 活動과 土地所有者간

26) Mandelker, Land Use Law (Michie Co., 1982, pp. 17-23.

의 중재자의 자격으로 수행한 活動을 區別하였다.²⁷⁾ 즉 정부가 企業家로서 活動하는 과정에서 私有物의 利用을 制限하였다면 마땅히 보상하여야 하나 土地所有者의 중재자로서 행한 土地利用制限은 보상이 필요하지 않다는 이론이다. 이러한 Sax이론에 一致되는 判例를 소개하자면, 공항에 인접한 土地에 고층건물의 신축을 禁止하는 강력한 土地利用制限은 정부가 항공회사의 活動을 도와주는 收用に 속한다고 한다. 항공기의 離·着陸을 돕기위한 可視지역(clear zoning)을 확보하기 위하여 활주로 주변의 토지에서 건물의 높이를 제한하는 것은 政府가 土地를 取得하는 대신에 土地의 개발을 제한한 것이다. 따라서 土地所有者는 이를 土地의 收용으로 보고 보상을 청구할 수 밖에 없다.²⁸⁾ 이 理論은 보상이 지급되는 土地收用을 회피하고 그 代案으로 土地利用規制權(警察權)을 행사하는 것을 허용하지 않도록 하는데 공헌하였다.

우리나라도 새로운 空港地區가 指定될 때 既存土地所有者들의 建築自由의 制限에 따르는 損失을 企業者가 補償함이 마땅하다.

(나) 第4種 美觀地區 等

第4種 美現地區는 통상 「韓屋保存地區」로 불리우고 있는데 同地區는 한국 고유의 건축양식을 보존하거나 주거 및 生活環境의 美觀維持를 위하여 指定한 美觀地區로서 여러 가지

建築規制를 가하는 대신 財産稅를 50% 감면하는 혜택과 修理費를 보조하고 있으나 住民의 財産權의 行使에 심한 制限을 하고 있다. 또한 保存地區는 ① 文化財 保存을 위하여 指定된 境遇는 文化財保護法의 적용을 받는 文化財를 直接管理保護하기 위한 建築物 其他의 施設 以外에는 建築, 設置를 禁止하고 (예외 있음) ② 國防上 중요한 施設物의 保存管理를 위하여 指定된 保存地區안에서는 그 指定目的에 違背되는 建築物을 建築하거나 施設을 設置할 수 없다(예외 있음), 따라서 保存地區內的 土地所有者는 地區指定으로 建築의 自由의 制限을 받으므로 開發權을 移讓할 수 있는 (Transfer of Development Rights) 制度를 導入함으로써 財産的 損失을 전보해주는 效果를 거둘 수 있다. 「開發權의 移讓」은 「移轉可能한 開發權」이라고도 하며, T. D. R. (Transferable Development Rights) 로도 불려지고 있는 바, 都市計劃等에 의해 建築制限을 받는 建物의 所有者가 그 用途地域의 最高限度의 容積率에 의한 床面積에서 現在의 床面積을 뺀 여유 床面積을 隣近地域內에 다른 敷地에서 建築할 때 그 부지의 法定限度에 追加가 인정되는 것을 말한다.²⁹⁾ 이는 미국의 시카고³⁰⁾와 뉴욕³¹⁾ 등에서 채용되고 있는 制度로서 우리나라에서도 保存地區나 第4種 美觀地區의 制限에

27) Joseph San, Taking and Police Power, 74 Yale L. J. 36 (1964)

28) Indiana Toll Road Comm'n v. Jankovich, 244 Ind. 574, 193 N.E. 2d 237 (1963); Jackson Municipal Airport Auth. v. Evans, 191 so. 2d 126 (Miss. 1966); Annot., 77A. L. R. 2d, 1355, 1355, 1362 (1966)

29) 建設省空中權 調査団, "美國 空中權<その1>," 新都市, 1984. 3. p75

高田壽史 "空にも土地がある Q & A 空中權の理論と活用" 東京, 開發問題研究所, 1984.

30) Michael Newson, "Critique of the Chicago Transferable Development Rights Plan," Transferable Development Rights, ASPO, 1975, pp 9 - 10.

31) Steven R. Woodbury, "Transfer of Development Rights," A New Tool for Planners, JAIP (1975. Jan), p. 5.

대한 보상의 수단으로 導入할 만한 制度라고 생각되어 진다.

(3) 都市設計區域內 土地

앞에서 언급한 바와같이 都市設計는 都市計劃으로 確定된 用除地域·地區위에서 地區(district)全體의 調和를 피하기 위하여 作成되며 건축허가는 도시설계에 위반하지 않는 경우에 한하여 실시된다. 따라서 都市設計區域內의 土地는 그것이 아닌 地域의 土地보다 한층 더 심한 규제를 받게 되는 것이다. 土地가 都市設計區域內에 있다는 사실만으로 「特別한 犧牲」을 할 수 밖에 없는 土地所有者에 대하여 損失補償手段으로 償與地區制(incentive zoning or bonuses zoning)를 채택하는 것이 바람직하다. 區域內 土地所有者가 一般公共에게 각종 便益施設을 갖추어 주는 대신 行政當局으로부터 容積率의 「보너스」를 받아 高度의 土地利用을 하게 하는 것이다. 現行 建築法 第8條의 2에서 정하는 都市設計에 의한 都市開發이 침체를 벗어나지 못하고 있는 현실을 감안하여 이 제도를 도입함으로써 公共性과 經濟性을 함께 충족케 하여 開發에 活氣를 불어 넣어야 할 것이다.

(4) 都市計劃施設用地

都市計劃施設用地로 決定되고 確定告示가 끝난 狀態에 이르면 하루 빨리 事業이 施行되어야 함에도 불구하고 예산문제등 行·財政的인 理由로 인하여 10~40년이 경과하여도 事業이 實

施되지 않는 경우가 허다하다.³³⁾ 이러한 경우에서 都市計劃事項에는 法的인 하자가 없다하더라도 해당지역의 土地所有者는 事業未實施 期間동안 不確定한 狀態에 놓이게 됨으로써 財産權 行使에 막대한 支障을 초래하므로 解除民怨의 提起가 대단히 많은게 현실이다. 이와 관련하여 發展하고 있는 理論이 「收用類似的 侵害」의 法理이다. 이 理論은 西獨에서 學說上 成立되어온 것이나 立法化에는 실패한 이론이다.³⁴⁾ 本法理는 公用收用과 관련하여 西獨 聯邦通常法院은 判例에서 行政廳의 高權의 措置가 違法性을 지닌 경우에 그로 인한 侵害는 「特別한 犧牲」에 해당한다고 보았다. 따라서 計劃高權의 措置가 적법하였던 경우라면 損失補償을 要하는 收用類似的 侵害(Enteignungsgleicher Eingriff)가 된다는 것이다. 이와같이 財産權에 대한 侵害 그 自體가 이미 「特別한 犧牲」에 해당되어 보상을 하여야 한다면 侵害의 適法性 또는 違法性의 여부는 크게 問題되지 않는다. 왜냐하면 公用收用に 의한 損失補償을 행하든 또는 收用類似 侵害의 法理에 따라 補償을 행하든 간에 그 侵害에 대하여 補償을 하게 된다는 점은 결과면에서 同一하기 때문이다.³⁴⁾ 이러한 裁判에 의한 손실 전보의 制度는 最後의 手段일 뿐이므로 보다 바람직한

33) 收用類似的 侵害理論은 1982年 1月 1日에 發效했던 서독의 國家責任法(Staatshaftungsgesetz)에 정착하였던 것인데, 1982년 10月 19日의 서독의 연방헌법법원에 의한 同法 無效判決로 인해 그 收用類似侵害의 法理는 여전히 判例法으로서 存在하고 있다. (以上 金南辰, 前揭論文에서 再引用한 것임)

34) 독일연방행정절차법 第75條 4項은 「計劃이 不可爭力을 발생한 후 5年內에 그 施行이 開始되지 아니한 경우에 그 計劃은 無效로 한다」고 규정하고 있다.

32) 일제때부터 도시계획으로 확정고시된 도로, 학교, 공원등의 용지가 현재까지 사업시행이 없이 그대로 존속하고 있어 재산권 행사에 많은 문제를提起하고 있다.

制度化는, 都市計劃施設用地로 確定告示가 있는 후 一定한 期間(예, 5年)이 경과하도록 사업이 시행되지 아니할 때에는 土地所有者는 失效請求나 土地買收請求등을 생각할 수 있다. 그러나 前者인 失效請求는 計劃의 性質上 認定하기 어려운 制度라고 생각되어 바람직 하지 않고, 後者인 土地買收請求를 認定하는 것이 바람직하다. 그러나 買收請求를 받는 關係행정청은 당장에 現金補償의 買收가 어려울 경우 그 代案으로 公債發行에 의한 支給猶豫등을 고려할 수 있으리라고 본다. 그러한 措置의 모색의 필요성은 都市計劃施設用地로 결정되게 되면 사업이 개시될 때까지 不確定期間중에는 收用 이상으로 土地所有者의 경제적 손실을 야기하기 때문이다.

4. 都市計劃의 變更·廢止등과 損失補償

가. 損失의 態樣

오늘날 經濟生活이나 日常生活은 國家의 活動과 密接하게 結付되어 계속적으로 그에 依存하고 있다. 특히 行政計劃의 경우 첫째, 利害關係가 있는 國民은 行政計劃의 存續(Bostand)을 信賴하고 그에 좇아 生活하고자 함에도 불구하고 行政計劃은 不安定성과 可變性을 그 不可缺의 속성으로 하고 있다. 바꿔말하면 특히 開發計劃 같은 行政計劃은 永續의인 過程(Ständiger Prozoß) 또는 彈力的인 行爲類型(Flexible Aktionsmodelle)³⁵⁾으로서 특징 지을 수 있다. 計劃은 過程이며 靜的인 것이 아니라 動的인 것이어

서 「計劃의 變更은 드문 예외가 아니라 그 效果의 實際의 條件」이라든가³⁶⁾ 「잘못과 그 是正은 예견할 수 있는 現象이 아니라 自身을 正當化시키는 計劃의 要素이다」³⁷⁾ 「따라서 計劃의 可變性和 不安定性은 計劃에 內在하는 것이다」³⁸⁾ 등과 같은 여러 학자들의 이러한 지적은 計劃의 特性을 잘 表現해 주고 있는 것이다. 그러나 既存하는 計劃의 廢止나 變更은 그것을 믿고 행동한 者에게 경제적 손실을 주게 되는 것이다. 즉 ① 計劃의 存續이나 實施를 그저 信賴하였던 경우, 계획을 믿고서 ② 경제적인 損失을 감수하면서 不動産을 處分한 경우 ③ 일정한 기간 계획사업이 실시되기를 기다리면서 財產權行使에 제약을 받아온 경우 ④ 적극적으로 資本이나 勞力을 投資한 경우 등이 있을 수 있다. 그러나 여기서는 計劃이 廢止 또는 變更됨에 따라 法律上 利益이나 期待利益이 喪失되므로 結果적으로 損失이 發生하게 되는 ①, ②, ④의 경우에 대하여 分析하고자 한다.

나. 補償의 理論的 準據

行政計劃 및 그의 變更에도 法治行政의 原理가 적용되므로 計劃의 變更이 法律優位原則이나 法律留保原則에 위배하여 個人의 權益을 侵害하게 되면 위에서 본 바와같이 그에 대한 行政救濟는 可能하다고 할 것이나, 우리나라는 實定法이 未備한 狀態에 있다.

36) Vgl. Simson, Planänderung als Rechtsproblem, in: Planung I (herausgegeben von J. H. Kaiser), 1965, S. 420.

37) Ipsen, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: planung II, S. 107.

38) Burmeister, Zur Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft, in: Die Verwaltung 1969, S. 36.

35) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 183.

오늘날 個人的 日常事가 行政權에 의하여 수립된 計劃에 맞추어 基本的인 生活과 經濟活動을 展開, 영위한다는 것은 社會發展을 위하여 당연하게 또한 바람직한 일이 아닐 수 없다. 都市計劃은 그 實效성을 確保하기 위해서도 行政當局은 自身이 수립한 計劃을 個人이 信賴하며 그에 좇아 空間活動을 展開하도록 유도·권장해야 할 것이다. 그러나 이미 확정 시행된 都市計劃이 事情變更으로 인하여 부득히 그 계획을 변경하지 않을 수 없는 경우, 國家는 個人的 行政에 대한 信賴와 既存의 計劃에 立脚한 個人的 空間活動을 度外視 할 수는 없는 것이다. 예컨대 日本의 경우 1969年 4月30日 判決에서 「市の公營團地計劃을 前提로 하여 公衆沐浴湯을 建設한 者로부터 團地建設中止를 理由로 한 市에 대한 보상 청구」가 인정되었다³⁹⁾ 그러나 計劃의 變更에 따르는 個人的 權利利益의 保護問題는 計劃의 個別的 속성을 감안하여 判斷하여야 할 것이며 그 一律的인 保護는 限界가 있다고 하겠다. 이것이 곧 信賴保護의 問題이며 이것은 都市計劃의 廢止·變更으로 인한 私人的 손실의 보상 청구에 대하여 보상여부에 판단기준이 된다.

다. 補償의 對象과 方法

行政節次法(案)에 의하면 行政計劃의 變更, 廢止 또는 失效등으로 인한 國民의 財產上의 損失이 있는 경우, 法律이 정하는 바에 의하여 損失補償 기타 필요한 구제조치를 하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 여기서는 都市計劃의 變更·廢止·失效등으로 나누어 그로 인한 損失補償의 方案에 대하여 살피고자 한다.

39) 1969年 4月30日 日本 熊本地域 王名支部 判決 참조, 詳細한 것은 후술함)

(1) 都市計劃 變更으로 인한 損失補償

都市計劃制限에 있어서 그 變更은 각 地域相互間, 地區相互間, 區域相互間 水平的으로 變更하는 것을 말하는 바, 그 성격상 用途地區는 相互重複 指定이 가능하기 때문에, 用途區域은 그 指定되는 位置와 성격이 상대적으로 明確하기⁴⁰⁾ 때문에, 변경의 문제와 그에 따른 損失補償의 문제는 중요시 되지 않는다. 따라서 본란에서는 用途地域을 變更함으로써 損失이 發生하였을 때 보상方法에 관하여 살펴보고자 한다.

이러한 경우는 대체적으로 建幣率이나 容積率의 許容限度가 큰 用途地域을 작은 用途地域으로 變更할때 (Downzoning) 發生하는 것이다. 이에 대해서 損失補償을 肯定하는 듯한 見解가⁴¹⁾ 있으며 行政節次法(案)을 근거로 하여 손실보상을 立法化 하면 가능하다. 英國의 경우 都市 및 地域計劃法(Townand Country Planninz Act 1971)에 制度化 되어 있다.⁴²⁾ 그러나 用途地域의 變更에 대하여 보상을 前提로 한다면 5년마다 이루어지는 都市計劃의 再整備⁴³⁾ 특

40) 일률적으로 말하기는 곤란하지만 공간적으로 보면 特定施設制限區域은 都心地에, 市街化調整區은 未開發地域에, 開發制限區域은 都市의 外郭地域에, 都市開發豫定區域은 都市計劃區域外에 指定되는 경우가 일반적이라 할 수 있다.

41) 金道稔, 一般行政法論(上), 靑雲社, 1985, p. 269.

42) ○Malcolm Grant, Urban planning Law (London: Sweet & Maxwell, 1986.), p. 645~680

○Sir Desmond Heap, An Outline of planning Law, Eighth Edition (London: Sweet & Maxwell, 1982), p. 257-270.

43) 都市計劃의 再整備의 主要範圍는 法定都市計劃의 決定 또는 變更에 관한 事項과 主要都市計劃施設 및 都市計劃事業의 年次別 執行計劃 등이다. 기타 詳細한 것은 國土開發研究院, 「都市計劃便覽」 1985, pp.75~80를 참고로 할 것.

히用途地域의 下向調整(downzonig)을 곤란하게 하여 계획의 탄력적 운영을 制約계 할 것이다. 앞에서 「地域的 拘束性」을 論及하면서 이에 언급한 바 있지만 都市計劃으로써 用途地域의 指定이란 현상을 追認하기도 하고, 將來發展을 위한 도시 기능배분의 수단으로서 운용되는 바, 事後에 計劃意圖와는 다른 土地利用現象이 나타나게 되면 事情變更에 따른 現狀의 土地利用을 保護하기 위하여 用途變更을 하는 措置도 公益에 부응하는 일임에 틀림없다. 그러나 用途地域은 각각 주어진 用途로 쓰고자 하는 者에게는 거의 절대적인 것이어서 꼭 建幣率이나 容積率의 問題로 귀착되는 것만은 아니다. 그럼에도 불구하고 土地의 利用은 生産性에 입각하여 利用행위가 이루어지기 때문에 利用密度가 높으나, 낮으나 土地의 價格을 결정하는 주요한 要因이 된다.⁴⁴⁾ 이러한 이용밀도를 측정하는 도구로는 垓地面積의 限度나 建幣率및 容積率등을 들 수

있는데 앞의 2者는 용적율의 개념속에 내재되어 있으므로, 용도지역의 변경으로 인한 용적율의 변화량을 보는 것이 가장 合理的인 方法으로 생각된다. 가정적으로 어떤 用途地域이 다른 用途地域으로 變更되었을 때 용적율의 變化량을 계산한 것이 <表 1>이다. 同表에서 보여 주듯이 全體 72개 경우 중에서 上向조정인 경우(upzoning)가 33가지, 下向調整된 경우(downzoning)가 27가지, 변화되지 않는 경우가 12가지 경우로 나타난다. 여기서 行政節次法(案) 규정처럼 계획 변경으로 인한 손실보상을 한다고 했을때 당연히 下向的으로 변경된 경우만을 對象으로 하고 그 範圍를 定해야 할 것이다. ⊖ 부호가 붙은 27개의 평균치는 -390%인데, 절대치가 이보다 더 크게 나타난 용도지역 변경의 경우는 보상을 前提로 해도 무리가 아닐 것 같다. 이러한 기준으로 보면 <表 1>에 *표한 것으로 全體의 12.5%에 해당하는 9가지 경우가

<表 1> 用途地域의 변경으로 인한 容積率의 變化量

(단위%)

~로(변경) ~에서(현재)	주거전용	주 거	준주거	상 업	전용공업	공 업	준공업	자연녹지	생산녹지
주 거 전 용	-	+220	+420	+920	+220	+220	+220	-20	+70
주 거	-220	-	+200	+700	0	0	0	-240	-150
준 주 거	*-420	+200	-	+500	-200	-200	-200	*-440	-350
상 업	*-920	*-700	+500	-	*-700	*-700	*-700	*-940	*-850
전 용 공 업	-220	0	+200	+700	-	0	0	-240	-150
공 업	-220	0	+200	+700	0	-	0	-240	-150
준 공 업	-220	0	+200	+700	0	0	-	-240	-150
자 연 녹 지	+20	+240	+440	+940	+240	+240	+240	-	+70
생 산 녹 지	-70	+150	+350	+850	+150	+150	+150	+70	-

44) 李源俊, 「不動產學通論」, 韓國不動產研修院, 1984, p.531.

용도지역 변경으로 인한 손실보상의 대상이 될 것이다. 그러나 計劃實務面에서 보면 이 9가지 경우의 大部分이 실제로는 일어나기 어려운 狀況이라 할 수 있다. 이러한 전혀 예측할 수 없는 用途地域의 變更이라면 그것은 計劃主體에 의한 보상을 前提로 하지 않고서는 그러한 用途變更을 하여서는 아니될 것이다. 이 範圍가 바로 計劃變更의 內在的 限界라고 간주해도 좋을 것이다.

한편 損失은 있으나 補償은 하지 않아도 되는 경우는 앞에 보상의 경우를 除外한 나머지 87.5%에 해당하는 用途地域의 變更이다. 그러나 아무리 downzoning이 심하다해도 어떤 私人の土地가 計劃區域내에 있었다는 단순한 事實만으로 都市計劃의 確定過程에서 다른 地域보다 높은 地價가 形成되어 오다가 計劃의 變更 또는 廢止에 따라 地價가 下落하였을 때 그 地價의 幅을 보상할 必要가 있을 것인가의 問題이다. 또한 用途地域의 變更이 용적율의 上昇을 가져온 경우 利益을 환수하지 않는다면 그반대의 경우에는 손실보상을 할수는 없다는 것이 필자의 생각이다. 이 문제는 國土利用管理法上 開發利益이 이미 환수된 경우에는 긍정적으로 검토하여야겠지만 아직 開發利益의 社會的 還收制度가 定着되지 못한 실정에서는 소극적으로 생각하는 것이 妥當하다. 왜냐하면 土地所有者는 自己의 地價를 上昇시키는데 아무런 기여도 하지 않았기 때문이다.

(2) 都市計劃 廢止로 인한 損失補償

都市計劃의 廢止는 用途地區, 區域 및 都市計劃施設用地의 경우는 많이 發生하나 用途地域은 그렇지 않다. 그러나 用途地區나 區域의 지정

은 그 자체가 土地利用의 制限이고 곧 그 廢止는 制限의 解除이기 때문에 손실보상은 별로 문제 될 것이 없다. 다만 都市計劃施設用地로는 決定되었으나 이를 廢止하였을 경우 損失補償의 問題가 다음 두가지 경우로 發生한다.

첫째 都市計劃施設用地의 廢止로 인하여 施設用地 所有者는 計劃決定時로부터 廢止時까지 이미 發生한 損失을 보상받을 수 있는가의 問題이다. 이를테면 都市計劃公園用地내에 土地를 所有한 자는 그동안 都市計劃으로 인하여 財產權 行使에 막대한 制約을 받아 왔으나 그 計劃이 廢止된 현재 그동안의 損失에 대하여 보상을 청구할 수 있는냐는 문제이다. 都市計劃施設用地의 解除로써 制限事項이 消滅함으로써 향후 그 反射的 利益을 누릴 수 있으므로 損失補償의 對象은 되지 않는다고 보는 것이 妥當할 것이다. 그러나 都市計劃施設用地로 決定됨으로써 해당 土地를 막대한 재산상의 損失을 감수하면서 처분한 경우에 대해서는 溯及하여 損失補償을 하여야 할 것이다. 다만, 都市計劃施設用地로 決定되어 買收請求權을 行使함으로써 土地所有權이 計劃(事業)主體에게 移轉된 후에 都市計劃이 廢止될 때 還賣權이 부여되어야 할 것이다. 그러나 이러한 損失補償은 사실상 不可能하므로 차라리 都市計劃確定時에 즈음하여 所定의 기간이 경과해도 本事業이 施行되지 않을 때에는 土地所有者에게 土地買收請求權을 부여하거나 計劃(事業)主體가 公債로 損失을 보상하는 것이 보다 合理的일 것이다.

둘째, 都市計劃事業의 실시를 믿고 이 事業用地 주변에 資本이나 勞力を 적극적으로 投資한 경우는 損失을 보상하여야 할 것이다. 앞에서 본바와같이 日本의 熊本地域·王名支部判決

은 다음과 같이 原告의 보상청구를 認定하였다.

“團地計劃의 變更 등에 관한 것은 절대로 없다는 뜻을 확신시켜 沐浴湯建設工事を 進行시켰던 것이기 때문에 이러한 사정아래에서 被告市의 執行機關인 長이 原告의 沐浴湯建設을 못하게 하는 團地建設의 폐지는 이에 의해 原告의 不利益을 防止할 혹은 보상하는 것을 條件으로 비로소 許容될 수 있는 것이며, 그렇지 않는 한 當該 行爲는 違法性을 가진다. 생각컨대, 일반적으로 住宅團地의 完成을 믿은 그 團地内の 住民을 對象으로 점포 공장등의 事務所를 設置 기타 投資를 한 자가 있고 이러한 자가 團地의 中途廢止에 의하여 被害를 입었더라도 그것은 期待利益의 反射的 喪失에 지나지 않으므로 이를 가지고 團地建設事業體에게 補償의무가 發生하는 것으로 보는 것은 不可能한 것이라고 볼 수 있지만 原告의 本件 沐浴湯建設은 私企業인 公衆沐浴湯開業을 目的으로 함과 동시에 住宅團地建設主體로서 團地의 共同施設의 하나인 公衆沐浴湯을 建設하려고 해야함이 被告市의 公營住宅法上的 義務이다. 따라서 피고 市는 이를 利用한 관계에 있었던 것이고 原·被告間의 이러한 目的 共同關係에서 피고市도 原告의 沐浴湯建設에 積極적으로 協力하여 이를 도와야 하며 原告는 피고市의 이러한 協力에 기대하여 이를 信賴할 수 있다는 協力·互惠의 신뢰관계에 의하여 原告가 가지는 利益은 충분히 法律上 保護할 만한 것이므로 이러한 利益을 代償的 措置를 강구함이 없이 일방적으로 박탈하는 것은 信義則이나 公序良俗에 反하고 또 禁反言의 法理에도 許容되지 않으므로 違法을 具備하는 것으로 생각한다”⁴⁵⁾

이러한 경우에 都市計劃 對한 信賴가 保護할

만한가의 여부와 손실보상은 具體的인 事案에 따라 決定할 문제이지 一律的으로 할 것은 아니다.

(3) 都市計劃 失效로 인한 損失補償

都市計劃은 市長·郡守가 決定告示日로부터 2年以内に 地籍圖面의 承認을 申請하지 않는 경우에는 當該 都市計劃은 2年이 경과한 날의 翌日에 그 效力을 상실하게 되며 이와같이 都市計劃決定告示가 失效되면 建設部長官은 지체없이 失效日字, 失效事由와 都市計劃의 決定 또는 變更決定된 사항을 告示하여야 한다. (同法 第14條, 同令 第10條) 그러나 市街化調整區域의 경우는 市街化 留保期間이 明示되어야 하므로(同法 第20條의 2 참조) 同期間이 만료되면 計劃은 失效된다. 이와 관련된 사항으로서 行政節次法(案)은 第57條에서 行政計劃이 確定公告된 경우에 當해 行政計劃의 實施期間以内に 同計劃이 실시되지 아니한 때에는 그 期間이 만료된 날의 다음날에 그 效力을 상실한다고 규정하여 都市計劃法의 관계규정보다 다소 완화하고 있으나 實效로 인하여 損失이 발생한 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 補償하여야 한다고 규정하고 있다. 都市計劃 失效로 인한 損失補償의 問題는 都市計劃의 廢止에 대한 損失補償과 크게 다를 바 없으나, 다만 失效防止를 위하여 再決定告示를 하는 경우에 관계 都市計劃區域內的 土地所有者는 事業主體나 計劃主體에게 買收請求할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그것이 一事不再理原則에 벗어난 計劃主體의 조치에 대한 保護裝置가 되기 때문이다.

45) 遠藤博也, 「計劃行政法」(東京:學陽書房, 1979), pp. 233~234.

5. 맺음말

以上에서 본 바와같이 都市計劃制限중에서 用途地域·地區·區域 및 施設用地的 決定, 變更, 廢止, 失效등에 따른 財産權의 侵害에 대한 損失補償의 對象과 方法, 範圍, 限界에 대하여 살펴 보았다. 그 主要한 內容을 간추려 보면 다음과 같다.

(1) 都市計劃의 確定과 관련하여 「特別한 犧牲」 「地域的 拘束性」 등을 判斷基準으로 할때 開發制限區域, 空港地區, 第4種美觀地區, 保存地區, 都市計劃施設用地 등은 損失을 補償하여야 한다.

첫째, 開發制限區域의 경우는 當該區域內에 있는 土地의 所有者에게 土地買收請求權을 인정하고 土地를 公有化하여야 한다. 區域內에 既造成된 宅地에 대해서는 開發의 例外를 認定하거나, 補償을 하든가, 區域指定을 解除하도록 한다. 그것이 不可할 경우에는 區域內 土地에 대하여 租稅減免의 혜택을 부여하여야 할 것이다.

둘째, 空港地區, 第4種美觀地區, 保存地區 등의 土地에 대해서는 損失을 補償함이 원칙이지만 代案으로 開發權 讓與같은 制度를 導入함으로써 計劃主體의 財政的 負擔을 덜 수 있다.

셋째, 都市設計區域內의 行爲制限을 認定하는 대신에 特別한 犧牲을 하는 土地所有者에게는 容積率에 있어서 보너스나 재정 금융적인 인센티브를 提供하는 것이 바람직하다.

네째, 都市計劃施設用地로 決定된 후 5년이

경과하도록 事業이 實施되지 않는 경우에 當該地域內 土地所有者를 保護하기 위하여 「收用類 似한 侵害의 法理」를 인용하여 損失을 補償하거나 失效請求 또는 買收請求를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

(2) 都市計劃의 變更·廢止·失效등으로 인한 損失補償은 信賴保護를 判斷基準으로 하여 損失補償方案을 다음과 같이 提案하는 바이다.

첫째, 計劃의 變更으로 인한 損失은 地區나 區域의 變更의 경우는 發生하지 않으며 用途地域 變更의 경우중 下向調整(downzoning)이 문제가 될 수 있으나 補償은 開發利益이 還收된 狀態에서만 긍정적으로 고려함이 좋을 것이다.

둘째, 計劃의 廢止로 인한 損失補償은 都市計劃施設用지를 廢止하였을 경우 當該區域內 土地所有者에게는 補償할 必要가 없고 다만 計劃을 信賴하여 그 周邊에 物資를 投資한 경우에만 보상이 주어져야 할 것이다.

셋째, 計劃의 失效로 인한 損失은 보상할 必要가 없다고 하겠으나 같은 內容을 再決定告示를 하는 경우에 한해서 土地所有者에게 買收請求權을 부여하도록 한다.

以上에서 본 바와같이 都市計劃制限이 地域的 拘束性에도 不拘하고 土地所有者에게 特別한 犧牲을 요구하거나, 計劃에 대한 信賴를 保護할 必要가 있을 때에만 買收請求權을 認定함이 妥當하다. 그러나 都市財政의 어려움을 감안하여 財政上의 인센티브나 용적율 등의 보너스를 부여함으로써 代物補償을 실시하는 方案을 적극적으로 마련해야 할 것이다.