

計劃制限과 私權保護*

徐 元 宇**

《차 례》

- | | |
|-----------------|-------------------|
| 一. 序 言 | 1. 實體法上の 權利保護 |
| 二. 計劃制限의 意義와 內容 | 2. 節次法上の 權利保護 |
| 1. 計劃制限의 意義 | 四. 計劃制限과 負擔의 均衡問題 |
| 2. 計劃制限의 內容 | 五. 結 言 |
| 三. 計劃制限과 權利保護 | |

一. 序 言

健全한 市民生活의 確保와 國民經濟의 順調로운 發展을 기하기 위해서는 國土의 秩序있는 利用이 現在 및 將來에 있어서 중요한 當面課題 중의 하나이다.

政府는 1963년 國土建設綜合計劃法을 제정하여 國土計劃樹立의 法的土臺를 마련하였으며 이에 따라 1971년에는 計劃期間을 10년(1972~1981)으로 한 國土綜合開發計劃을 처음으로 樹立하였다. 또한 維新憲法은 새로운 條項⁽¹⁾을 신설하여 國土計劃의 憲法的 根據를 마련하였으며, 동시에 1972년 12월에는 國土利用管理法이 제정됨으로써 土地利用計劃樹立의 法的 根據를 마련함에 이르렀다.

이 法은 「國土建設綜合計劃에 따른 土地利用計劃의 立案 및 決定과 그 施行에 관하여 필요한 事項을 정하여 國土를 効率的으로 計劃管理하여 土地의 利用價値를 높힘으로써 公共福利의 향상과 地域社會의 발전에 기여함을 目的」으로 하고 있거니와(제1조) 同法에 의하면 土地利用計劃은 「國土의 利用管理에 관한 綜合的 見地에서 土地의 機能과 適性에 따라 가장 適合하게 利用, 管理하기 위한 計劃」을 말하며, 이것은 土地利用基本計劃과 土地利用施行計劃으로 나누어진다. 前者는 「國土建設綜合計劃에 따라 國土를 効率的이고 計劃的으로 利用管理하기 위하여 그 機能과 適性에 따라 그 適合한 用途地域으로 區分, 指定하는데 관

* 本論文은 1975년도 서울大學校 學術財團의 研究助成費에 의해 作成된 것임.

** 서울大學校 法科大學 敎授

(1) 憲法제117조2항 “國土와 資源은 國家의 保護를 받으며, 國家는 그 均衡있는 開發과 利用을 위한 計劃을 樹立한다.”

한 計劃」을 말하며, 後者는 「土地利用基本計劃에 의하여 區分, 指定된 用途地域을 보다 効率的으로 利用管理하기 위하여 이를 細部的인 用途地區로 區分, 指定하는데 관한 計劃」을 말한다. 土地利用基本計劃의 내용인 用途地域의 指定으로서 同法이 규정하고 있는 것으로는 都市地域·農業地域·山林地域·工業地域·自然 및 文化財保全地域·留保地域 등의 다섯개가 있고(제 6 조) 土地利用施行計劃의 內容인 上記한 用途地域을 바탕으로 하는 用途地區의 指定으로서는 都市計劃法이 규정하는 地域·地區·區域指定制(都市計劃法 제 17 조 내지 제 22 조)가 準用되는 都市地域을 제외하고는 耕地地區·聚落地區(農業地域), 山林保全地區(山林地域), 開墾促進地區, 工業專用地區·準工業地區(工業地域), 自然環境保全地區·文化財保全地區·觀光休養地區·海岸保全地區·水產資源保全地區(自然 및 文化財保全地域) 등 11개가 있다(제 9 조).

그리하여, 土地利用計劃으로 정하여진 이상과 같은 用途地域이나 用途地區안의 土地所有者는 그 土地를 통해 地域 또는 地區의 指定目的에 適合하도록 利用하여야 할 義務를 지게 되며(제 14 조 12 항), 또한 中央行政機關의 長 또는 道知事は 土地所有者에게 위와 같은 土地利用計劃의 指定目的에 適合하게 사용하도록 勸告할 수 있도록 규정하고 있다(法 제 21 조). 그리고 國土利用管理法을 비롯하여 都市計劃法, 農地의 保全 및 利用에 관한 法律, 山林法, 公團法, 觀光事業振興法 등에 의하여 여러가지 行爲制限에 관해 규정하고 있고, 그 違反에 대하여도 여러가지 罰則을 규정하고 있다. 물론, 이러한 行爲制限은 그 地域 및 地區의 指定目的에 따라 필요한 最小限度에 그쳐야 하겠지만(제 14 조 2 항), 이러한 土地所有者에 대한 여러가지 行爲制限이 국민의 財産權行使에 대한 制限을 형성함은 두말할 나위가 없고, 따라서 憲法上의 財産權保障의 要請과의 調和問題가 제기된다. 土地利用計劃의 法律的性質이라든가 그 實施에 따른 法律問題에 관해서는 여러가지로 檢討될 점이 많고, 우리 法制가 當面한 중요한 問題領域이라 할 수 있지만, 本稿에서는 土地利用計劃과 같은 이른바 計劃制限과 관련된 土地所有者 등 關係者의 權利保護의 문제를 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

二. 計劃制限의 意義와 內容

1. 計劃制限의 意義

計劃制限이라 함은 일반적으로는 生活空間을 合理的으로 形成하여 地域 또는 都市의 計劃的인 整備開發을 달성하기 위하여 行政主體가 法律에 정한 行政計劃에 따라 公權力을 발동하여 私人所有의 土地 등에 대하여 私人의 自由로운 利用開發 또는 使用·收益·處分의 自由를 制限하는 公用制限의 一種을 말한다. 公用制限이란 종래 特定公益事業의 需要에 應당하기 위하여 特定の 財産權에 가하여지는 公法上의 制限을 총칭하는 개념이지만 오늘날

에 와서는 그러한 公法上の 制限은 비단 特定公益事業의 需要를 충족한다든가, 特定物의 効用을 保全한다든가 하는 制限된 目的達成을 위해서 뿐만 아니라 보다 包括적이고 綜合적인 國土 또는 地域의 計劃적인 開發整備 및 그것을 위한 土地利用秩序의 合理化를 위한 行政手段으로 擴大變質되고 있는 것이다.⁽²⁾ 따라서, 엄격히 말한다면 計劃制限은 傳統的의미의 公用制限과는 區別되는 概念이라 할 수 있을 것이다. 公用制限과 함께 公用負擔의 또하나의 內容인 土地收用도 「國土의 合理的인 利用, 開發과 產業의 發展에 기여함을」 그 目的으로 하고 있거니와(同法 제 1 조), 이 경우에 있어서는 國土의 合理的인 利用은 特定한 公益事業의 施行과의 關係에서 偶然的으로 문제되는데 지나지 않는데 반하여 用途地域制와 같은 이른바 計劃制限에 있어서는 土地利用의 合理化가 直接的이며 本來的인 目的이라 할 수 있는 것이다.

총래 公用負擔이라는 概念은 「特定한 公益事業을 위하여 個人에게 制限的으로 과하여지는 經濟的負擔」이라고 일반적으로 定義지워져 왔으나⁽³⁾ 이와 같이 公用負擔의 概念을 限定的으로 이해하는 限用途地域制 등 이른바 土地利用計劃에 의한 個人의 權利制限은 이미 公用負擔의 概念과는 구별되지 않으면 아니될 것이다⁽⁴⁾. 이러한 의미에서 金道稔博士의 最近의 著書가 公用負擔을 「環境(生活空間)整序・公共施設運營 등 公益事業 기타의 福利行政上の 需要를 충족하기 위한 手段으로서 法規에 의거하여 強制的으로 國民에게 과하는 일체의 人的物的 負擔을 말한다」⁽⁵⁾고 새로이 定義짓고 있는 것은 注目할 만하다 할 것이다.

2. 計劃制限의 內容

計劃制限을 여하히 區分하는 가는 그 目的・對象・內容 등 여러가지 觀點에서 문제삼을 수 있겠으나⁽⁶⁾ 이제 우리나라 國土利用管理法에 의하여 規定되고 있는 여러가지 用途地域과 用途地區 안에서의 計劃制限의 內容을 概觀하면 대략 다음과 같다.

(1) 用途地域 안에서의 行爲制限(國土利用管理法 제 15 조).

(가) 都市地域에 관해서는 都市計劃法上的 都市計劃에 의하여 당해 地域의 建設・整備・改良 등을 施行하도록 되어 있거니와(國土利用管理法 제 6 조 1 호), 都市計劃法에 의하면 都市計劃이 決定告示된 후에는 都市計劃區域(都市計劃法 제 17 조와 제 18 조가 規定하는 각종 地域・地

(2) 金道稔著：全訂一般行政法論(下)，青雲社，1976，【p. 403 박윤훈，“現行國土開發立法概觀”，법제월보，통권 제 55 호(1975. 5) pp. 65—66.

(3) 金道稔著，新稿行政法論(下) 青雲社，1972，p. 700；李尙圭著，新行政法論(下)，法文社，1973，p. 296；尹世昌著，行政法各論，博英社，1969，p. 167；康文用著 行政法下，一潮閣，1964，p. 739.

(4) 杉村敏正，“公用負擔”，公法研究，第 29 號，1967，p. 131.

(5) 金道稔，前掲書，1976，p. 396.

(6) 金道稔博士은 計劃制限의 種類로서 土地利用計劃制限，地方分散計劃制限，都市計劃制限，保全制限의 네 가지로 大別하고 있다. 前掲書，p. 404 以下.

區와 特定施設制限區域·開發制限區域·都市開發豫定區域 등) 안에서는 市長 또는 郡守의 許可없이 土地의 形質의 變更 또는 竹木의 栽植이나 土石의 採取, 그리고 建築物기타 工作物의 新築·改築 또는 増築이나 移動이 용이하지 아니한 물건의 設置 또는 堆積, 大統領令이 정하는 面積이하로의 土地의 分割등을 할 수 있고(다만, 大統領令으로 정하는 輕微한 行爲에 대하여는 例外), 市長 또는 郡守는 許可를 받지 아니하고 위의 行爲를 한 者에 대하여 그 土地의 原狀 回復을 命할 수 있도록 되어 있다(都市計劃法 제 4 조).

한편, 都市計劃法이 指定하는 前記한 각종 都市計劃地域이나 地區에 있어서의 建築 기타 施設의 設置制限 및 禁止에 관하여는 同法이 특별한 規定을 두고 있는 외에 建築法·港灣法 등에도 정하고 있다(都市計劃法 제 19 조, 제 22 조 참조).

(나) 農業地域 안에서의 行爲制限에 관해서는 農地의 保全 및 利用에 관한 法律의 規定에 따라 다음과 같은 規制가 과해진다.

① 農地의 保全을 위한 規制——일정한 범위의 農地(都市計劃法에 의한 都市計劃區域, 輸出産業工業團地開發造成法에 의한 工業團地豫定地 등)를 제외하고는 農地를 轉用함에는 서울特別市長·釜山市長 또는 道知事(2町步미만인 때에는 區廳長·市長 또는 郡守)의 許可를 받아야 한다(法 제 3 조 1 항).

② 農地의 利用 義務——農地所有者는 農地의 地力增進을 도모하고 그 用途에 쫓아 성실하게 耕作하거나 多年生植物 또는 牧草의 재배를 위하여 活用하여야 한다(同 제 10 조). 郡守는 農地의 效率的 利用을 촉진하기 위하여 管轄區域 내의 農地에 대하여 3년마다 最低基準收穫量을 決定하며(同 제 12 조), 農地所有者가 疾病이나 轉業 등의 사유로 農地를 놀리게 될 때에는 市長 또는 邑面長에게 遊休豫想農地의 申告를 하여야 한다(同 제 11 조). 또한 郡守는 所有者가 分명한 遊休農地나 所有者가 없거나 있어도 分明하지 아니한 遊休農地와 災害기타 不可抗力의인 事由없이 2년 이상 계속하여 最低基準收穫量에 미달된 農地에 대하여 所有者에게 갈음하여 代理耕作者를 指定할 수 있다(同 제 13 조 1 항). 이 경우, 代理耕作者는 土地課稅基準調查法에 의한 당해 農地의 基準收穫量에서 農地稅 상당량을 공제한 양의 2할을 초과하지 않는 범위 안에서 郡守가 미리 정한 穀物의 換價額을 農地所有者에게 土地使用料로 支給하여야 한다(同 제 13 조 3 항).

(다) 山林地域안에서의 行爲制限에 관하여는 山林法의 規定에 따라 다음과 같은 規制가 과해진다.

① 山林法에 의하면 公有林 또는 私有林의 所有者는 山林經營計劃을 작성하며 서울특별시장·부산시장 또는 도지사의 認可(私有林의 所有者가 작성하지 아니한 때에는 구청장·시장·군수 또는 山林組合이 당해 區域의 山林을 종합작성하여 인가를 받아야 한다)를 받고 그 計劃이 정한 伐採·造林 기타 施業要件에 의거하여 施業을 하여야 한다(法 제 8 조). 山林經營計劃에 의하

지 아니하고(計劃決定전 또는 計劃에 포함되지 아니함) 山林 안에서 林木의 벌채 · 山林의 開墾 또는 落葉의 採取(區廳長 · 市長 · 郡守가 지정하여 公示하는 山林에서의 採取는 제외)를 하고자 하는 자는 區廳長 · 市長 · 郡守의 許可를 받아야 한다(同法 제10조).

山林所有者가 山林經營計劃에서 施業要件이나 道知事 등의 施業命令에 위반하여 施業하거나 施業을 하지 아니한 때에는 道知事등은 施業의 停止를 명하거나 山林契 또는 山林組合으로 하여금 代執行하게 하고 그 費用을 山林所有者에게 負擔하게 할 수 있다(同法 제12조).

② 山林開發法에 의하면 一般山林開發地域이 指定되면 그 안의 山林所有者는 開發事業을 施行하여야 한다. 다만, 그가 指定하는 者로 하여금 開發事業을 代行하게 할 수 있다(同法 제15조 1항). 만약 山林所有者가 着手時期로부터 1년내에 開發事業을 施行하지 아니할 때에는 山林廳長은 山林組合등으로 하여금 代執行하게 할 수 있으며, 이 경우에는 山林所有者는 造林完了日로부터 6월내에 費用을 辨償하여야 한다(同法 제15조 2항, 18조 1항). 그 期間內에 費用을 辨償하지 않을 때에는 山林所有者와 代執行者간에 山林을 分割取得할 것을 내용으로 하는 分數契約이 체결되고 代執行者에 대하여 法定地上權이 설정된 것으로 본다(同法 제16조 2항, 제18조).

造林을 한 者가 일정한 方法과 基準에 따라 管理를 하지 않거나 소홀히 한 때에는 山林廳長은 山林組合등으로 하여금 代執行하게 할 수 있는 바(同法 제19조), 이 경우에도 分數契約이 체결되고, 代執行者에 대하여 法定地上權이 설정된 것으로 본다(同法 제18조).

또한, 特殊山林開發地域이 指定되면 山林의 所有와 經營은 분리되어, 일정한 基準에 적합한 技術의 및 經濟的 能力을 갖춘 者로서 山林廳長의 指定을 받은 者만이 經營權者가 될 수 있다(同法 제23조 1항).

(라) 工業地域안에서는 工場(工場의 運用 또는 管理用建築物 포함) 및 그 工場의 社宅과 大統領令으로 정하는 施設 · 建築物 기타 工作物이외의 것은 設置(增築포함) 할 수 없다. 工業地域안에서 工場 · 社宅 · 施設 · 建築物 및 工作物을 設置하고자 하는 자는 그 立地에 관하여 道知事의 許可를 받아야 한다(國土利用管理法 제15조 4항, 5항). 이 밖에 產業基地開發促進法(제5조), 工業團地管理法(제9조), 地方工業開發法(제2조, 제7조)등에 의해서도 개별적으로 規制를 받고 있다.

(마) 自然 및 文化財保全地域은 自然環境保全地域 · 文化財保全地區 · 觀光休養地區 · 海岸保全地區 · 水產資源保全地區등 다섯가지 地區로 분류되거나(國土利用管理法 제9조 1항 4호), 自然環境保全地區안에서의 行爲制限에 관하여는 公園法 제16조의 規定을, 文化財保全地區안에서의 行爲制限은 都市計劃法 제19조 3항 1호의 規定을, 觀光休養地區안에서의 行爲制限에 관하여는 觀光事業振興法 제16조 6항 및 同法 제16조의 3의 規定등을 각각 準用하며, 海岸

保全地區안에서는 道知事の 許可없이 土石・砂礫의 採取 및 立木의 伐採, 工作物의 新築・改築 및 増築, 工作物의 掘鑿・切土・盛土등 土地의 形質變更을 할 수 없으며, 水産資源保全地區안에서는 水産資源의 保護에 現저한 支障이 있는 工場(水産物의 加工工場을 除外)의 設置, 有毒物・動物의 死體・人糞 및 汚物을 버리는 行爲, 家畜의 放飼등의 行爲를 하여서는 아니되며, 大統領令으로 정하는 種類 및 規模이상의 施設・建築物 기타 工作物을 設置하고자 하는 자는 道知事の 許可를 요하도록 되어 있다(國土利用管理法 제16조 6항~11항).

2. 用途地區안에서의 行爲制限(國土利用管理法 제15조 6항, 제16조)

위에서 보아온 여러가지 用途地域안에서 用途地區가 指定된 때에는 그 地區안에서의 行爲制限에 관하여는 國土利用管理法에 특별한 規定이 있는 경우에는 그 規定을 適用한다(同法 제15조 6항).

國土利用管理法 제16조에 의한 것 같은데 이미 위에서 指摘한 自然 및 文化財保全地域안의 다섯개 地區안에서의 行爲制限에 관한 規定이외에 아래와 같은 行爲制限에 관한 規定을 두고 있다.

(가) 農業地域의 聚落地區안에서는 公害의 危險이 있는 工場・油類貯藏所・火藥貯藏所등 大統領令으로 정하는 施設・建築物 기타 工作物을 設置할 수 없다(다만, 聚落地區의 指定目的에 現저히 위배되지 아니하는 것은 道知事를 許可를 받아 設置할 수 있다).

(나) 山林地域안의 開墾促進地區안에서는 大統領令으로 정하는 規模이상의 住宅用地造成事業 및 工業用地造成事業을 施行하고자 하는 자는 道知事の 許可를 받아야 한다.

(다) 工業地域의 準工業地區안에서는 火葬場, 納骨堂 및 묘지의 設置, 建築法 제32조 4항에 개기한 建築物의 建築, 大統領令으로 정하는 業種 및 規模이상의 製造工場으로서 公害의 危險이 큰 것의 建築을 하여서는 아니된다. 準工業地區에서 이상에서 든 것 이외의 行爲로서 大統領令으로 정하는 規模이상의 工業用地造成事業 및 住宅用地造成事業과 大統領令으로 정하는 種類의 規模이상의 施設・建築物 기타 工作物을 設置하고자 하는 자는 道知事の 許可를 받아야 한다.

(라) 끝으로 文化財保全地區, 觀光休養地區 및 水産資源保全地區가 農業地域 또는 山林地域안에 指定되는 경우에는 당해 地域안에서의 行爲制限에 관한 規定을 함께 適用하도록 되어 있다(國土利用管理法 제15조 6항 단서).

三. 計劃制限과 權利保護

土地利用計劃을 策定하여 그 實施를 擔保하기 위해서는 土地所有者를 비롯한 많은 國民들에게 協力義務를 과하게 되는 것은 必須的인 일이라 할 것이다. 그러나 基本的人權 특히 私有財產權은 憲法上으로 保障되어 있으며 그 內容과 限界는 法律로서 정하도록 되어 있기

때문에(헌법 제20조 1항), 土地의 合理的利用이라고 하는 公共의 福祉라는 要請에 대하여 어느 정도까지 국민에 대하여 協力과 受忍의 義務를 과하는 것이 용인되며 또한 그것이 妥當한가에 관해서는 대단히 어려운 問題가 가로 놓여있다. 일반적으로 土地利用計劃의 必要性이라든가, 그에 기하는 土地利用에 대한 制限 내지 規制의 必要性이 강조되면서도 그것이 實現되지 못한 커다란 理由중의 하나는 바로 이러한 土地의 適正한 利用이라고 하는 公共의 要請과 私權의 制限이라고 하는 法律的인 根本的 問題를 妥當히 調整하며 解決할 것인가 하는 점에 있었다해도 과언이 아닐 것이다.

行政權에 의한 權利制限 내지 侵害에 대한 權利의 保護問題는 일반적으로 實體法上的 保護와 節次法上的 保護로 나누어 생각할 수 있다.

1. 實體法上的 權利保護

土地利用計劃과의 關聯下에서 關係者의 權利保護의 問題는 무엇보다 利用規制에 대한 補償의 問題가 중심이 된다. 이제 補償의 要否問題를 비롯하여 일반적으로 주의할 요하는 몇 가지 점을 지적해 보기로 한다.

(1) 補償의 要否問題

土地의 利用規制로 말미암은 財產權의 侵害에 대하여 補償을 요하는 가의 여부에 관해 살펴 보자면 우선 우리나라 憲法 제20조 3항은 주지하는 바와 같이 「公共必要에 의한 財產權의 收用, 使用 또는 制限 및 그 補償의 基準과 方法은 法律로 定한다」고 규정함으로써 舊憲法과는 달리 土地利用制限과 같은 財產權의 制限에 대한 補償의 要否와 그 基準과 方法등을 個別的인 實定法의 規律에 맡기고 있다. 그런데 우리나라의 土地利用計劃에 관한 基本法인 國土利用管理法을 위시하여 많은 土地에 관한 計劃制限關係의 法律이 補償에 관해 아무런 規定을 두고 있지 않아, 일응 이들 法律이 규정하는 用途地域·地區制로 말미암은 각종의 行爲制限에는 補償을 요하지 않는 것으로 해석할 수 있을런지도 모른다.⁷⁾ 그런가 하면 山林法 제25조에서는 同法 제24조에 의한 保安林內에서의 立木竹의 伐採, 土石, 木, 樹根, 草根, 生枝, 落葉, 松脂, 樹皮의 採取不許可行爲 또는 採掘, 家畜의 放牧 또는 開墾 기타의 形質을 變更하는 行爲의 不許可行爲등에 대해서는 그 行爲의 制限으로 因하여 普通만을 損失을 大統領승이 定하는 바에 의하여 補償하는 것으로 되어 있어 損失補償이 주어지는 경우와 주어지지 않아도 좋은 경우의 區別의 理論的 根據가 問題되어 진다.

(7) 文鴻柱교수는 現行維新憲法下에서는 補償의 與否는 立法政策上的 問題가 되어 補償이 法律規定에 따라 支拂되게 되었으므로 財產權의 收用이나 制限이 있더라도 法律에 補償에 관한 規定이 없으면 補償은 주어질 수 없는 것으로 해석하고 있다. 韓國憲法, 서울, 海岩社, 1973, p. 232. 과거 日本의 明治憲法 제27조라든가 補償規定에 立法指針으로서의 效果밖에 인정하지 아니했던 프로이센 憲法 제9조 아래에서는 法에 明文의 根據가 없는 이상, 補償請求權은 成立될 수 없었다.

이에 관해서는 個人的 經濟上의 自由와 創意的 尊重을 經濟秩序의 基本으로 삼고(헌법 제 116조 1항), 私有財産制를 保障하고(헌법 제 20조 1항), 國民의 自由와 權利를 제한하는 法律의 制定은 國家安全保障, 秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 限하며(헌법 제 32조 2항), 이러한 公共福利를 위한 財産權의 收用·使用·制限등의 경우에 損失補償을 보장한(제 20조 3항) 헌법의 基本精神등에 비추어 볼때 解釋上 그러한 財産權의 侵害 내지 制限이 이른바 「特別한 犧牲」에 해당될 때에는 損失補償은 당연히 相伴되는 것으로 볼 것이며, 이러한 경우 補償規定을 두지 아니한 法律은 違憲이 될 것이며, 被侵害者는 違憲을 이유로 行政上의 損害賠償을 청구할 수 있는 것으로 해석하는 것이 종래의 支配的인 學說인 듯하다.⁽⁸⁾

그러나, 비록 現行維新憲法아래에서도 補償規定을 缺하는 財産權의 收用이나 使用 또는 制限을 규정하는 法律이 당연히 違憲無效가 될 것인가는 의문이다. 물론 前述한 바와 같은 私有財産權의 保障에 관한 憲法의 基本精神에 비추어 볼 때, 明示的으로 損失補償을 否認하는 條文의 規定을 마련함으로써 明白한 無補償을 前提로 하는 財産權侵害規定 및 그에 基하는 處分은 허용될 수 없기 때문에 違憲無效가 될 것이다. 그러나 단지 補償에 관한 規定을 두고 있지 아니했다는 집만으로 그 法規가 違憲無效가 되는 것은 아니라 해석할 것이며,⁽⁹⁾ 補償規定이 없는 경우에는 現行憲法下에서도 憲法 제 20조 3항에 의거하여 直接 法院에 損失補償을 請求할 수 있는 것으로 생각하며, 따라서 憲法 제 20조 3항은 實定法的意義를 가지고 있는 것으로 생각한다.⁽¹⁰⁾ 이와같이 단일 憲法 제 20조 3항을 直接的인 根據로서 損失補償을 청구할 수 있는 것으로 이해할 경우에는 個別的인 實定法的 規定은 그 限度內에서 相對的으로 그 重要性은 줄어들었다고 볼 수 있을 것이다. 實際에 있어서 우리나라의 個個의 實定法이 규정하는 土地所有權등에 관한 計劃制限에 따른 損失補償의 規定은 앞서 지적한 바와 같이 어떤 統一的인 基準이나 原則에 따르고 있는 것이 아니다. 물론, 다음에 검토하는 바와 같이 補償을 요하는 경우와 요하지 않는 경우에 대한 어느 정도의 一般的原則은 確立할 수 없는 것은 아니지만 解釋上으로는 일응 具體的인 狀況에 따라, 憲法 제 20조 3항을 直接 根據로 하는 補償請求를 留保하면서, 극히 一般的으로는 예컨대, 補償規定을 두고 있지 않을 경우에는 補償을 요하지 않는 것으로 하는 따위의 어느 정도의 立法者의 政策的判斷을 용인

(8) 金道稜박사는 特別偶然的 財産權侵害를 규정하면서, 補償規定을 두지 아니한 法律이 違憲임을 인정하면서, 그에 대한 行政上의 損害賠償 이외에 당해 侵害行爲의 無効確認까지도 請求할 수 있는 것으로 說明하고 있다. 前掲書(上), pp. 402-403.

(9) Stödter는 Weimar 憲法 제 153조와 관련하여 「損失補償은 不平等한 負擔을 課하는 國家行爲의 法的效果이지 그 適法要件은 아니다」고 말하고 있다. Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, 1933, S. 246.

(10) 同旨, 金哲洙著, 憲法學概論, 法文社, 1973, p. 245.

하는 것으로 이해하는 것이 妥當하지 않을까 생각한다.⁽¹¹⁾

(2) 補償原因과 根據

위에서 보아온 바와 같이 단일 憲法 제20조 3항의 規定에 대한 損失補償請求에 관한 實定法的意義를 인정하게 되면, 그러한 補償의 對象이 되는 財產權의 收用·使用 또는 制限에 해당되는 補償原因은 一般的으로 어떤 根據에 의하는 것인가가 문제되게 된다.

우리나라 憲法 제20조 1항은 「모든 國民의 財產權은 保障한다. 그 內容과 限界는 法律로서 定한다」고 규정함과 아울러 제2항에서는 「財產權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다」고 規定함으로써 財產權의 社會的拘束性을 인정하고 있다. 즉, 財產權은 法律에 의해 그 內容이 定해지는 權利이며, 法的規制를 통한 高度의 社會的拘束에 따라야 함은 오늘날 自明의 原則이 되어있다. 따라서 그러한 社會的拘束으로 말미암아 權利者가 不利益을 받게되는 경우라 할지라도 그것이 財產權에 內在하는 社會的制約에 基하는 것으로 인정되는 경우에는 權利者로서는 당연히 그것을 受忍해야 할 것이기 때문에 그로 말미암아 발생하는 損失은 補償하지 않아도 상관없다는 해석이 나오게 된다. 종래 독일의 學者들이 이른바 收用(Enteignung)과 財產權의 社會的拘束(Sozialgebundenheit des Eigentum oder Eigentumsbindung)과의 區別이라는 命題아래 補償을 요하지 아니하는 財產權의 內容 및 限界에 관한 規定(Weimar 憲法 제153조 1항, Bonn 基本法 제14조 1항)과 收用(Weimar 憲法 제153조 2항, Bonn 基本法 제14조 3항)을 區別하는 基準을 모색하려는 研究⁽¹²⁾라든가 美國의 學者들이 收用(taking, eminent domain)과 구별되는 補償을 필요로 하지 않고 財產權侵害를 正當化할 수 있는 이른바 警察權(police power)과의 區別基準을 모색하려는 研究⁽¹³⁾들은 모두 위와 같은 問題意識에 입각한 것이라 할 수 있다.

한편, 이상과 같은 補償의 要否의 문제는 주지하는 바와 같이 종래 一般行政法教科書에서는 이른바 「特別한 犧牲」(Sonder Opfer)에 해당되는가의 여부에 관한 學說對立에 관한

(11) 西獨의 Bonn 基本法 제14조 3항의 2段과 3段에서는 公用收用과 補償에 관해서 「公用收用은 法律으로써 또한 法律에 근거하여서만 행해지며, 法律은 補償의 方法과 程度를 정한다. 補償은 公共의 利益과 關係者의 利益을 公正하게 衡量하여 定해져야 한다. 補償額 때문에 분쟁이 생길 경우에는 一般裁判所에 訴訟을 제기할 수 있는 길이 열려 있다.」라고 規定하고 있거니와 西獨의 聯邦憲法裁判所는 그의 최초의 이른바 Junktim-Klausel 判決(BVerfGE 4, S. 219)에서 基本法施行 이후에 制定된 法律로서 제14조3항 2段과 3段에 不합되는 方法으로 補償을 규정하고 있지 아니하는 모든 法律은 이 Junktim-Klausel에 위배된다는 이유로 違憲이라 判示하였으며, 또한 憲法 制定후의 法律에서 Junktim-Klausel의 內容이 불충분한 것을 裁判所의 法的 發見을 통하여 그 法律의 違憲성이 治癒될 수 없다는 엄격한 解釋을 내리고 있다(BVerfGE 4, S. 233).

(12) 權寧星著, 獨逸憲法論(上), 法文社, 1976, pp. 260~264. ; B. Bender, Staatshaftungsrecht, 1971, S. 7 ff.

(13) Gideon Kanner, "Developments in Eminent Domain: A Candle in the Dark Corner of the Law," Journal of Urban Law, Vol. 52 (1975) pp. 862~896; J. Sax, "Takings and the Police power," Yale Law Journal, Vol. 38(1964), pp. 36~76.

문제로서 다루어져 왔다. 이에 관해서는 個別的行爲說, 受忍의 期待可能說, 保護價值說, 私的效用說, 目的逸脫說등 여러가지 學說이 갈라져 있으나⁽¹⁴⁾ 여기서는 本稿의 主題인 計劃制限과 관련하여 일본의 都市計劃法制의 예를 들어 일반적으로 計劃制限에 대하여 補償을 요하지 않은 경우가 어떤 경우이며, 그 理由로서는 어떤 것들이 提示되고 있는가를 概括的으로 살펴보기로 한다.

① 일본의 경우, 都市計劃法上, 市街化區劃과 市街化調整區域으로 구별하여 특히 後者에 관해서는 開發許可를 위한 특별한 基準을 마련하여 원칙적으로 그 開發을 억제하고 있는데 그에 대해서는 일반적으로 補償이 주어지지 않는 것으로 되어있다.⁽¹⁵⁾ 그리하여 그 理由로는 다음과 같은 점들이 제시되고 있다. 즉, (i) 制度의 目的이 無秩序·無計劃인 土地利用에 기인하는 生活環境의 劣惡化·都市機能의 低下·公共投資의 非效率化등의 피해를 제거하고, 計劃的·段階的 市街化를 꾀하려는데 있다. (ii) 土地利用이 全面的으로 부정되는 것이 아니라 農林漁業등을 위한 利用은 가능하다. (iii) 市街化를 촉진시키는 형태의 利用이 부정되는 이유가 上記의 制度目的 이외에도 當該土地에 관해 필요한 公共施設을 갖추지 못하고 있다고 하는 內在의 理由에 基하기도 한다. (iv) 일정한 要件을 갖추기만 하면 市街化를 내용으로 하는 土地利用도 가능하다. (v) 開發의 抑制은 暫定的인 것이지 만드서 永久的인 것이 아니다. (vi) 現狀에 따른 利用을 廢止·變更하는 것은 아니다. (vii) 필요한 經過措置가 마련되는 경우가 보통이다.

② 都市計劃法上의 地域地區制에 의한 建築物의 用途規制 및 形態規制에 대해서도 일반적으로 補償은 주어지지 않고 있는데,⁽¹⁶⁾ 그것은 用途를 特化 내지 純化하여 그것을 計劃的으로 配分함으로써 用途의 混在등에 의한 都市機能의 低下나 生活環境의 惡化를 防止하는 것은 都市全體 뿐만 아니라 規制를 받는 當事者 자신에게도 실국은 利益이 된다는데 그 理由를 찾고 있다. 예컨대, 低層住宅地인 特定한 住居專用地域에 있어서 자기도 中·高層建築物을 짓지 못한다는 不利益을 받는 동시에 다른 사람도 거기서는 中·高層建築物을 지을 수 없다고 하는 利益을 相伴하게 된다. 즉 이와같이 利益과 不利益이 交換關係(Austauschverhältnis)에 서게 된다는 것이다.

③ 일반적으로 歷史的風土特別保存地區, 綠地保全地區, 自然環境保全地域內的 特別地區, 自然公園法上의 國立公園·國定公園의 特別地域등에 있어서의 一定行爲의 制限에 관해서는

(14) 西獨에 있어서의 學說의 現況에 관해서는 權寧星著, 前掲書, pp. 260~264; 金南辰, 「損失補償과 特別한 犧牲」例解行政法, 서울, 韓國司法行政學會, 1971, pp. 307~311; 徐元宇, 「公用收用法制에 관한 研究—公共用地取得과 補償問題를 中心으로—」(法學博士學位請求論文) 서울大學校 大學院, 1973, pp. 58~59 등 참조.

(15) 우리나라 都市計劃法 제21조, 제22조 참조.

(16) 우리나라 都市計劃法 제19조 참조.

損失補償規定이 마련되어 있는 경우가 흔히 있는데⁽¹⁷⁾ 이 경우에는 通常의 都市內의 地域地區制의 경우보다도 規制의 程度가 더 엄격하다는 데에 그 이유가 있는 것 같다. 예컨대 美觀地區에서는 建築物의 建築이 가능한 것을 당연한 前提로 하여 그 敷地・構造・建築設備등을 주로 規制하며, 風致地區에서는 建築物 그 자체가 規制의 對象이 되며 다만 建幣率이 한결 엄격하다는 정도이지 建築禁止자체까지는 이르지 않은데 대하여 위의 경우에 있어서는 建築物의 建築자체가 불가능한 경우가 있고 그 밖의 여러가지 行爲가 制限되는 경우가 있기 때문이다. 따라서, 이들 地區에 있어서도 社會通念에 비추어 보아 許容될 수 없는 土地利用이 制限되는 경우, 다시말해서 形式的으로는 엄격한 規制일지라도 當該土地의 特性에 비추어 당연한 內容이며 實質적으로는 엄격하다 할 수 없는 制限일 때에는 補償할 필요가 없으며, 또한 相當한 정도의 土地利用이 가능하여 形式的으로 엄격한 規制가 아닌 경우에는 補償은 역시 필요없는 것으로 되어 있다(일본 古都保存法 제9조 1항 2호, 首都圈綠地法 제11조 1항 2호・제12조 1항 참조).

④ 都市計劃法上的의 狹義의 都市計劃制限으로서의 事業計劃地에 있어서의 建築制限(일본 都市計劃法 제54조)과 事業豫定地에 있어서의 建築禁止(同法 제55조)에 관해 규정하고 있는데 그 어느 경우에도 補償에 관해 規定하고 있지 않다. 前者의 경우에 있어서는 木造등 二層의 建築物같은 것의 建築은 禁止되지 않고 있다는 점이 특히 補償이 필요없는 이유가 되고 있으며, 後者의 경우에는 建築이 禁止되는 反面 土地의 利用에 커다란 支障을 가져올 우려가 있기 때문에 當該土地에 대한 買取權을 申請할 수 있도록 규정하고 있는 점(同法 제56조)이 補償이 不必要한 이유가 되고있다. 그러나 事業計劃地에 있어서의 建築制限도 具體的인 土地의 形便에 따라서는 결과적으로는 建築禁止와 맞먹을 경우도 있을것이고, 또한 실제상으로도 長期에 걸쳐 制限되는 경우까지도 補償이 필요없는가에 관해서는 疑問의 여지가 있다.

(3) 計劃的規制와 地域的拘束性

일반적으로 土地가 일정한 利用計劃에 의해 여러가지 規制를 받게되는 根據가운데 하나는 特定한 土地가 當該土地利用計劃目的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.

① 土地利用을 위한 規制가운데 중요한 것으로는 計劃的規制이외에는 옛날부터 災害防止나 公衆衛生등의 目的을 위해 행해지는 警察的制限과 公共施設을 保全하고 그 機能을 유지하거나, 혹은 그 利用에 관한 障害나 危險을 방지할 目的을 위해 행하는 公共施設用土地(豫定地・用地・隣接地・周邊등)에 대한 負擔을 들 수 있다. 이들 모두 제마다의 目的에서 연유하는 特色을 지니고 있으며 특히 前者에 대해서는 一般的으로 無補償인 경우가 많다. 이에 대하여

(17) 우리나라 公園法 제37조, 文化財保護法 제27조 참조.

土地利用 計劃的規制는 각각의 土地가 計劃에 의해 제마다의 相異한 特性이 주어지게 되며, 또한 그 地域의 特性에 따라 法的으로 相異한 取扱을 받게되는 것이 特色이다. 극히 單純化해서 말하자면, 警察的規制가 內在의 理由에서 오는 制限이고, 公共施設을 위해 隣接地나 周邊地에 대해 과해지는 負擔이 外在의 理由에서 오는 制限인데 대하여, 計劃的規制는 대략 그 中間에 있어서 計劃에 의한 地域의 特性附與라는 점에서는 警察的 規制에서와 같은 內在의 理由에 의한 制限이라 할 수 없지만 計劃에 의한 特性附與는 現狀에 있어서의 地域의 特性도 상당히 考慮함과 아울러 自然的·社會的·經濟的條件의 發展動向등도 配慮한 뒤에 合理的인 土地利用計劃을 수립하여 그에 따라 土地利用을 規制하는 것이기 때문에 어떤 의미에서는 內在의 理由에 의한 制限이라 볼 수도 없지 않다 할 것이다. 우연히 이웃에 公共施設이 마련되었다는 이유만으로 일정한 制限이 과해진다는 것과는 그 性質을 달라하는 것이라 할 수 있다.

② 計劃的規制에 있어서의 土地의 地域의 特性은 만드시 法에 의한 規制라든가 計劃에 의한 規制를 그 전제로 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 確認한데 지나지 않는 경우가 있다. 예컨대 上下水道나 公道가 전혀 없는 곳에 住宅을 짓는다는 것은 일반적으로 우스운 일일 것이고, 또한 귀중한 自然을 파괴하여 골프장을 만드는 것은 잘못된 開發일 것이다. 이와 같이 社會通念에 비추어 보아 도저히 허용될 수 없는 開發行爲를 立法 또는 그에 의거한 計劃에 의해 規制한 경우에는 오히려 內在의 理由(當該土地自體의 自然的인 地域의 特性으로부터 당연히 흘러나오는 것이며 이와 관계가 없는 公共의 利益을 위한 制約이 人爲的으로 外部로부터 과해진 것이 아니라는 의미에서의 內在의 理由)에서 오는 制限이기 때문에 補償은 필요없는 것으로 생각된다. 그리고 비록 補償해야 되는 경우라 할지라도 補償額은 크지 않아도 상관없는 것으로 생각된다. 예컨대, 地域의 特性이 原生的인 自然인 경우의 開發禁止는 市街地內에서의 開發禁止와 달라서 그 規制는 輕微하며 그로 인해 발생하는 損失 또한 輕微할 것이다. 그리고 現狀의 利用 내지 닥쳐올 將來에 있어서의 확실한 利用의 廢止變更을 초래하지 않는 限 補償은 필요하지 않다는 생각도 있을 수 있을 것이다. 그러나, 문제는 計劃이 정하는 地域의 特性이 當該土地의 現況과는 無關係 내지는 直接的으로는 一致하지 아니하는 형태로 부과되는 경우도 있을 수 있고, 또한 地域의 自然的特性만으로는 土地利用의 制限에 대한 一般的인 解答이 나오지 않는 것이 오히려 一般的인 일 것이다. 특히 土地利用이 복잡하고 끊임없이 流動的인 오늘날에 있어서 어떤 土地의 地域의 特性을 한 마디로 論斷하기란 대단히 어려운 경우가 많다. 그러함에도 불구하고, 아니 바로 이러한 이유 때문에 計劃이라는 것이 土地利用에 秩序를 부여하는 사명과 목적을 가지고 제마다의 土地에 地域의 特性을 부여하는 것이라 할 수 있을 것이다. 이 경우, 現狀下에 있어서의 當該土地의 特性이 아

나라 오히려 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 행해지는 것이라 할 수 있다. 이렇게 되면, 地域의拘束性은 단순한 自然的·事實的인 것이 아니라 오히려 극히 價值的·規範的要素가 강한 것으로 發展하게 될 契機를 지니게 된다.

이제 西獨에 있어서의 이러한 地域의拘束性에 관한 대표적 判例의 展開過程을 개괄적으로 살펴 보기로 한다.

(4) 西獨에 있어서의 判例의 展開過程

① 西獨의 聯邦民事裁判所(BGH)는 公法上의 計劃措置에 대하여 土地所有者의 利用이 어느 정도 保護되는가에 관해서는 傳統的으로 「地域의拘束性」을 그 判斷의 기준으로 삼아왔다. 즉, 地域의拘束性이 긍정될 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 입장이 그것이다. 그리고 이 경우의 地域的拘束性이란 敘述的인 事實要素(예, 位置, 性質등)와 規範的인 價値概念(예, vernünftiger und einsichtiger—理性的이며 賢明한 土地所有者의 行動)과의 混合의概念이었다. 그러던 것이 1956년 12월 20일의 BGH의 判決⁽¹⁸⁾에서는 事實要素 즉 公共의 計劃措置의 具體的인 歸責可能性(Zurechnungsmöglichkeit)에 重點이 주어지게 되었다고 한다. 이와 비슷한 論理는 1957년 3월 25일의 Buchendom 判決⁽¹⁹⁾, 1957년 12월 9일의 禮拜堂判決⁽²⁰⁾등에서도 찾아 볼 수 있다.

(18) BGHZ 23, 30ff. [32]: E. Schneider, Enteignung und Anpofferung. Eine fallrechtliche Darstellung der Entschädigungsansprüche, 1964, S. 70.

事案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 발생하였기 때문에 補償을 청구한 事件이다. 裁判所는 高權的侵害가 補償을 필요로 하는 收用이 되는 것은 當事者에게 平等原則에 反하여 特別한 犧牲이 과해지는 경우이며, 平等原則에 反하지 않고 一般的인 性格을 가진 財產權의 內容上·社會上의 制限의 경우에는 補償을 요하지 않는다는 前提로부터 出發하여 地域的 拘束性에 따라 決定하여야 한다고 하면서 대략 다음과 같이 말하고 있다.

「本件土地는 옛날부터 皇室의 所有地에 속하는 廣大한 農地의 一部를 이루고 있다, 都市近郊에 위치하고 人口가 집중하여 고도로 工業化된 地域속에 있다. 이러한 地域에 있어서는 公共의 利益을 위해 住民의 健康과 保養을 위해 필요한 土地를 확보하기 위한 空間計劃이 필요하다」 「上記와 같은 特別한 位置에 있는 土地所有權은 實定法上의 規律을 기다릴 것까지도 없이 그 性質上(Seiner Natur nach) 限界지워진 義務性(Pflichtigkeit)을 지고 있는 것이다. 이러한 義務性이 뒤에 가서 法律의 상세한 規定에 의해 濃縮되어 義務가 되는 것이다. 즉, 所有權으로부터 流出되는 여러가지 利用權能 가운데 하나를 행사할 수 없는 義務性을 지니는 것이다. 이러한 土地에 관한 所有權의 權能(處分の 自由)은, 하나의 아직도 利用되지 아니한 利用形式으로서 그 地域的拘束性과 모순되는 것이 將來에 있어서 拒否되더라도 다른 多數의 利用權能이 남아 있는 경우에는 本質的으로 侵害되어 壓縮되어진 것이 아니다. 오히려, 法律의 授權에 基한 行政에 의한 이러한 拘束은 財產權의 社會的拘束의 具體化라 할 수 있으며, 所有權의 制限에 지나지 않는 것이다. 여기서 볼 수 있는 不平等은 收用을 特色짓는 것이 아니라 法的인 義務性의 特性 자체속에 존재하는 것이다」.

(19) LM Nr. 60 zu Art. 14 GG zit. v. E. Schneider, a.a.O.S. 72-3. 이것은 Buchendom이라고 불리는 반에 심어진 반나무 여덟그루와 참나무 두그루로 이루어진 一群의 樹木이 自然記念物로 指定되어 그 伐採가 금지되게 된 事例로서, 判決은 다음과 같이 말하고 있다. 「景觀에 있어서의 土

② 위의 判例은 이미 事實로서 존재하는 景觀이나 自然에 손을 대지 않고 保護하려는 事例에 관련된 것이기 때문이기도 하지만 그것은 具體的 事實要素에 重點이 주어지고 있음을 알 수 있다. 그러나 綠地帶事件에서도 綠地帶制度의 必要性이 한편으로는 配慮되고 있고, Buchendom 事件에게도 「理性的考察方法」이라든가 「理性的이며 賢명한 所有者」등과 같은 表現이 있어 價值的・規範的要素도 어느 정도 엿볼 수 있다. 그리고, 理性的・經濟的으로 생각할 것 같은데 오히려 짐을 짓거나 나무를 伐採하는 것이 唯一한 可能한 使用方法일런지도 모를 일이다. 그럼에도 불구하고 法律의 規定을 기다릴 필요없이 당연히 避해야 할 義務性이 있다고 마치 警察規制의 경우에 가까운 理由를 부여하고 있는 점은 거기에 상당히 강한 規範的・價値判斷이 개재되어 있음을 나타내어 주고 있다. 그리하여 최근의 判例의 傾向은 地域的拘束性을 단순한 敘述的要素에 의해서가 아니라, 보다 規範的・價値評價의 基準에 따라 규정하려 하고 있는 듯하다. 이러한 傾向은 前述한 이론마 「特別한 犧牲」에 관한 學說의 展開過程에 있어서 종래의 平等原則違反의 有無에 그 區別의 基準을 찾던 理論(個別的行爲說 내지 修正個別行爲說)으로부터 脫皮하여 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. 이제 그 代表的인 判例를 몇 개 다음에 소개하기로 한다.

(i) 1970년 10월 30일의 BGH의 判決⁽²¹⁾은 聯邦長距離道路建設法에 의한 道路建設에 대하여 沿道(車道邊으로부터 36m 떨어진)居住者가 騒音등으로 인한 被害의 救濟를 청구한 데 대하여 그 差止는 물론 收用的侵害를 이유로 하는 補償請求까지도 배척한 原審判決을 支持하고 있다⁽²²⁾.

地的 自然的으로 부여된 狀況 또는 自然의 特殊性 및 稀少性이라는 見地에서의 財産이 지니는 外觀의 特殊性, 따라서 그의 特殊한 位置, 즉 「그 性質上」그 뒤의 法律의 詳細規定에 의하여 法的意味의 義務로 높아질 義務性을 「負擔」하게 된다. 즉, 具體的 事情下에서 所有權으로부터 流出되는 여러가지 생각할 수 있는 權能(處分의 自由)은 理性的으로 고찰할 경우(bei vernünftigen Betrachtungsweise) 그 地域的拘束성과 모순하는 利用方法이며, 아직 現實化되어 있지 않은 것이 將來에 있어서 禁止되더라도 그것은 本質的으로 侵害되었거나 또는 壓縮된 것으로 볼 수 없다. 이런 경우 行政(自然保護廳)에 의해 宣言된 拘束은 原則的으로 所有權의 社會的制約의 具體化, 收用과 區別되는 所有權의 制限에 지나지 않는다. 비록 그러한 拘束이 上記의 原則에 의해 課해져야 할 모든 사람에게 宣言되지 아니한 경우에도 마찬가지이다. 그 限界는 所有者의 保護만을 위한 財貨가 具體的 狀況下에서 經濟主體로서 理性的・經濟的으로 생각하는 人間으로서의 所有者에게 經濟的目的을 위해 既往에 形成되어 獲得되어 있는 경우에 인정되는 것이다.」

(20) LM Nr. 70 zu Art. 14 GG zit. v. E. Schneider, a.a.O. S. 74. 이것은 景觀保護法令上 記念保護禮拜堂의 隣近의 모든 建築이 금지되었기 때문에 조그만 집의 建築申請이 拒否된 事例에 관한 것이다.

(21) BGH U. v. 30. 10. 1970 DVBl. 1971, 264.

(22) 이 判決에서는 다음과 같이 判示하고 있다. 즉, 財産權의 相隣關係上의 限界를 土地의 慣例的利用(Ortsüblichkeit seiner Nutzung)이라는 基準에 따라 判斷하는것은 隣地가 대략 동일하게 利用되어 있어 隣地에의 影響이 이웃에 사는 사람에게도 受忍可能하다는 점을 그 前提로 하고 있다.

(ii) 다음 1971년 12월 20일의 判決⁽²³⁾은 프랑크푸르트市的 地下道建設工事に 따른 交通禁止에 의한 沿道の 藥種商의 營業上의 損失의 補償에 관한 事件이다. 結論의으로는 補償이 인정되었지만 補償없이 甘受해야 할 社會的拘束과 補償을 요하는 收用과의 구별을 劃一的· 固定的인 것이 아니라 時代的 變遷에 따라야 한다고 하면서, 오늘의 都市建設 및 交通政策의 要請을 극히 높히 評價하고 있다⁽²⁴⁾

(iii) 셋째 1973년 1월 25일의 判決⁽²⁵⁾은 被告市가 물의 供給의 保護를 위해 水保護地域을 指定한데 따른 原告所有土地(대부분 林業, 農業用家宅周邊의 小部分이 農業에 利用되어 있었다) 가운데 13헥타이 特別保護地區, 115헥타이 普通保護地區에 編入되어 버렸다. 特別保護地區에서는 非經營的工作物의 建築一切가 약간의 예외를 빼고는 禁止되었으며, 普通保護地區에서는 그것이 緩和되어 일정한 경우 例外的許可에 의해 建築도 가능하였다. 原告는 다른 所有者에게는 受忍시키지 아니하는 따라서, 公共의 利益을 위한 補償義務가 相伴되는 犠牲이며, 또한 行政廳의 決定으로 말미암아 地價의 低下를 가져왔다고 주장하였으나, 補償은 인정되지 아니하였다⁽²⁶⁾

그런데 이러한 基準이 된 「狀況」을 결정하는 比較를 위한 土地의 範圍가 交通의 경우에는 特殊性을 지니게 된다. 道路는 個個의 部分을 어떤 地域과의 關聯단으로서 判斷하여서는 아니 될 것이며, 地域을 넘어서선 交通의 狀況과 關聯되는 全體의 테두리안에서 判斷되지 않으면 아니된다. 本件의 경우, 새로운 長距離交通道路가 미치는 地域全體를 比較의 對象으로 하여야 할 것이다. 그리고, 侵害가 受忍限度(das zumutbare Mass)를 넘어서는가의 여부는 그것이 具體的으로 特別히 重大한가 아니한가에 의거하는 立場에서부터 출발하여야 하며, 本件이 그에 該當되지 않는 것으로 본 原審判斷은 法的으로 잘못되지 아니하였다는 것이다.

(23) BGH. U. v. 20, 12, 1971 DVBI, 1972, 111.

(24) 이 判決에서 裁判所는 다음과 같이 말하고 있다. 즉, 모든 財產權의 社會的 義務性이라는 見地에서 當該道路의 沿道住民 특히 商業經營者는 地下道建設工事に 따른 障害을 어느 정도까지는 無補償으로 受忍하여야 하며, 侵害 및 障害이 일정한 限度를 넘어서는 경우에는 財產權으로서 保護된 營業에 대한 侵害로서 補償되어야 할 것이다. 收用に 해당되는가의 여부는 沿道居住者에 대한 侵害의 結果가 그 期間, 種類, 強度, 影響이라는 점에서 無補償의 甘受를 이미 受忍할 수 없을 정도로 重大한 것인가의 여부에 달리어 있다. 그 限界는 예컨대, 期間間으로는 一律적으로 輕微할 수 없다. 왜냐하면, 다 같은 1週間の 交通遮斷인 경우에 있어서도 住宅, 事務所, 小賣商등에 따라 그 影響이 같지 않기 때문이다.

(25) BGH. v. 25. 1, 1973 DVBI. 1973, 625 mit Anm. v. Schmidt-Assmann DVBI, 1973, 633.

(26) 이 事件에서 裁判所는 대략 다음과 같은 意見을 제시하고 있다. 즉, 「行政廳에 의한 原告의 法的地位의 侵害가 特別한 犠牲에 해당되는가 어떤가는 모든 財產權의 社會的拘束과 當該土地의 地域的 拘束性으로 말미암아 甘受해야 할 所有權制限인가 그렇지 않으면 그 限界를 넘어서는 것인가에 따라 결정된다. 判例는 이러한 限界를 現代의 發展의 必要性에 따라 原則的으로 넓게 인정하고 있다. 位置(Situation)로부터 발생되는 特定한 利用을 해서는 아니 될 義務는 事情에 따라서는 利用의 種類가 이미 過去에 있어 現實化된 것인가 아닌가가 중요할 경우가 있다. 그러나 所有者가 어떤 것을 「빼앗겼는가(genommen)」 어떤가의 問題는 이미 開始되고 있는 利用이나 아니냐에 의해서만으로는 解答을 얻을 수 없다. 오히려, 「事物의 性質」로부터 생겨나는 利用可能性 및 經濟的活用 즉 位置의 狀況 및 土地의 性質로부터 理性的·經濟的考察方法에 의한 客觀的으로 생겨나는 것이 禁止되었거나, 혹은 本質的으로 制限되었는가의 여부에 따라 결정된다.」 「오늘날 물供給의 要請은 점차 높아지고 있으며, 물管理法에 의한 保護地區設定등의 諸制限을 無補償으로 甘受하여야 하는 것은 事物의 性質上 正當化된다. 原告의 地價의 主張도 이點 結論은 다르지 않다. 왜냐하면 土地의 地域에 따른 社會的拘束性(lagebedingten und sozialen Gebundenheit)에 基한 財產權制限에 지나지 않으며, 이로 인해 생겨나는 地價低下 또한 收用의 法的見地에서의 補償의 對象이 되지 아니 한다.」

(iv) 끝으로 1973년 1월 25일 위의 判決과 같은 날에 내려진 判決⁽²⁷⁾ 또한 물管理法에 관한 事件을 다룬 것이 있는데 여기서는 土地所有者에게 補償이 인정되고 있다. 事案은 市の 水道取水設備가 稼動되기 시작했기 때문에 隣近의 土地所有者로부터의 砂礫採取의 認可申請이 地下水의 汚染防止를 이유로 拒否되어 그 물保護地區로 編入되었으나 그 土地의 隣接地에 서는 오래동안 砂礫採取가 행해지고 있었다고 한다. 裁判所는 이 判決에서 다음과 같이 말하고 있다. 「地域의拘束性的의 範圍는 특히 景觀에 있어 自然이 부여하는 土地의 狀況에 좌우된다. 이 경우 土地에 대한 어떤 利用을 해서는 아니될 位置에 따른 負擔은 判例上 理性的이며 賢明한 所有者가 스스로 所興의 狀況을 고려하여 그 土地의 特定한 利用을 하지 않을 것이라는 範圍內에 있어 科해진다. 이러한 行動樣式은 理性的이며 賢明한 所有者에게는 所有者의 利益과 一般의 福祉에 기여하는 중요한 秩序라고하는 萬人에게 明白한 必然的의要請과가 충돌하는 경우에 期待될 수 있는 성질의 것이라 할 수 있다.」

(5) 土地所有權制限에 대한 最近의 理論動向

① 地域의拘束性으로부터 社會的拘束性으로——이미 指摘한 바와 같이 地域的拘束性은 원래 聯邦民事裁判所에 의하여 自然保護, 景觀保護의 分野에서, 그리고 聯邦行政裁判所에 의하여 隣人訴訟의 分野에서 發達한 觀念이거나와 이들 諸規制가 넓은 의미의 計劃에 의한 規制의 一部로서 觀念지휘집에 따라 地域的拘束性은 計劃制限이 어떤 경우에는 補償없이도 행해질 수 있음을 교묘하게 설명하는 言語이기도 하였다. 즉 合理的이며 賢明한 土地所有者의 行動은 計劃이 合理的인 이상 대개의 경우 그 計劃과 일치할 것이 기대되었기 때문이다. 그러나 地域的拘束性은 점차 그 規範的, 價値評價의要素가 강조됨에 따라 그 內容은 오히려 一般的으로 財產權의 社會的拘束性과 동일한 의미로 발전함에 이르렀다. 그리하여 地域的拘束性이라는 觀念만으로는 補償의 有無를 결정하는 基準으로서의 實質的意味가 弱화되어진다. 그리고 이러한 抽象化에의 움직임은 補償의 問題를 다분히 立法政策的으로 좌우할 수 있는 여지를 넓혀 주는 결과를 가져오게 된다. 왜냐하면 補償은 憲法上的의 財產權의 保障에서부터 연유하는 것이지만 財產權保護 그 자체가 오늘날 다분히 立法政策的인 것으로 變質되어 오고 있기 때문이다.

② 財產權의 憲法保障의 動搖——西獨의 聯邦憲法裁判所의 判決⁽²⁸⁾에 의하면 財產權은 人身의 自由와 內面的關係가 있는 原理的基本權이며 그것은 基本權의 全體系 가운데서 基本權의 主體에게 財產法上的의 분야에 있어서의 自由의 領域을 保障함으로써 生活의 自己責任形成을 가능케하는 任務를 지닌다고 한다. 그러나 오늘날 都市化의 進展이나 高度工業化社會의 展開는 生活의 自己責任의形成을 극히 곤란한 것으로 만들고 있다. 특히 都市에 있어서는 土

(27) BGH. U. v. 25. 1. 1973. DVBl. 1973, 627 mit. Anm. v. Schmidt-Assmann DVBl. 1973, 633.

(28) BVerfGE. 24, 367 ff. [389]

地所有權은 強力한 計劃的規制下에 놓이게 되었다. 財産權의 法制度로서의 保障은 어쨌든간에 그 實質은 急激하고도 深刻하게 減退하고 있으며, 경우에 따라서는 그 核心的部分까지 立法政策的으로 變質시킬 수 있는 것처럼 보이게 되었다. 즉, 우선 現代的諸問題解決을 위해 立法者에게 광범한 形成的機能이 인정되고 있으며, 歷史的이라고도 볼 수 있는 最近의 土地所有權에 대한 社會的拘束性의 增加, 이와 관련된 土地所有權概念의 歷史性 내지 本質에 대한 再檢討등이 今日的 狀況의 必要에 적합한 所有權概念의 可塑性을 낳게 하고 있다고 한다⁽²⁹⁾ 또한, 聯邦憲法裁判所의 다른 判決⁽³⁰⁾이 立法者가 內容 限界를 정할 경우에는 마땅히 所有權保障의 基本的內容을 유지하여야 한다고 하면서도, 아울러 다른 모든 憲法規範과의 調和를 도모하지 않으면 아니된다고 하고있는 것은 다른아닌 土地所有權概念의 靜態性을 크게 박탈함을 의미하는 것이다.

③ 計劃의 留保下의 土地所有權(Grundeigentum unter Planvorbehalt)으로부터 計劃에 의한 利用權附與에도——土地所有權에 대한 社會的拘束性이 강하게 인식됨에 따라 특히 都市의 過密地域을 중심으로 하는 土地所有權에 대한 計劃的規制가 擴大, 緻密의 度를 加해지면서 土地所有權은 거의 計劃속에 包攝되어버려 문제는 이러한 計劃의 合理性과 計劃에 의해 생겨나는 여러가지 형태의 損失을 여하히 救濟할 것인가라고 하는데 歸着하게 되면 建築等 土地利用權 그 자체가 計劃에 의하여 비로소 주어지는 것이라는 觀念이 支配的인 것이 된다⁽³¹⁾. 土地利用이 복잡 고도화하고 流動的이며, 더구나 그것을 放置하면 커다란 生活危險, 生活障害나 生活環境의 劣惡化를 초래할 것이 經驗上 명백하며 規制의 遲滯가 이들 弊害를 擴大시킬 뿐만 아니라 事前에 計劃的으로 規制를 緩을 것 같으면 당하지 않고도 넘어갈 수 있었던 巨額의 費用支出을 公私간에 강요하게 됨을 생각할 것 같으면 建築自由의 原則을 전체로 하여 私的이니셔티브에 의거하여 自然의 發展에 對應·對處하는 것이 아니라 意圖的·人爲的으로 처음부터 差異를 두면서 각각의 土地의 地域的特性을 計劃에 의하여 비로소 附與하는 것은 대단히 중요하다 할 것이다. 즉 이것은 既存의 自然의 狀況에서 생기는 地域的拘束性이 아니라 人爲的으로 주어진 地域的拘束을 의미하며 동시에 그것에 의거하여 비로소 利用可能性도 또한 부여되는 것이며 이러한 建築自由原則의 否定은 나아가서는 土地所有權 否定에의 첫걸음을 示唆하기도 한다⁽³²⁾.

(29) E. Schmidt-Assmann, Probleme des modernen Städtebaus in Verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl. 1972, S. 631—632.

(30) BVerfGE. 25, 112ff. [117].

(31) E. Schmidt-Assmann, a.a.O. S. 632.

(32) 1972년 9월 Dusseldorf에서 개최된 독일 제49회 法曹大會公法部會는 都市建設關係法令을 立法政策論的으로 문제삼은 일이 있다. 이때 報告者의 한사람인 Scharnberg는 過密地域에 있어서 土地所有權을 二分하여 上級所有權을 Gemeinde에게 부여하며 利用權으로서의 下級所有權만을 私인에게 부여할것을 제안하여 그 趣旨가 檢討課題로서 채택된 決議속에 포함되어 있다. 즉 第142

(6) 土地利用計劃의 合理性保障

이상 우리들은 土地利用計劃에 따른 規制가 많은 경우 補償이 주어지지 않은 原因과 根據에 관해 살펴보았다. 그러나 補償을 요하지 않는다하여 土地利用計劃의 策定과 實施에 따라 現實적으로 利益을 얻게 되는 者와 不利益을 받게 되는 者가 있는 이상 어떤 形態로이든 그러한 利害는 調整되지 않으면 아니된다. 다만, 여기서 指摘하고자 하는 것은 이러한 利害調整은 단순히 補償이라는 手段만으로는 해결할 수 없고, 예컨대 不利益을 받게 되는 土地所有者의 土地買收請求權(都市計劃法 제56조 참조), 土地에 대한 租稅의 減免措置, 이른바 生活再建措置등, 그리고 반대로 利益을 얻게 되는 者에 대한 負擔金 내지 稅金의 부과등 여러가지 手段이 綜合적으로 고려되지 않으면 아니된다는 점이다.

그리고, 土地利用規制에 있어서 補償이 주어지는 경우에 있어서도 어느 정도의 補償이 필요한가라는 문제는 理論적으로나 實際적으로 용이한 문제가 아니며, 周知하는 바와 같이 이에 관해서는 이른바 「完全補償說」 「相當補償說」 등의 見解를 둘러싸고 學說上 적지않은 論難의 대상이 되어있으나⁽³³⁾, 여기서 또 한가지 指摘하고자 하는 점이 있다. 즉, 우리가 보통 말하는 補償은 公用收用の 경우처럼 한편에 明確한 利益이 있고 다른 한편에 그에 대응하는 明確한 損失이 있는 경우와 같은 典型的인 경우에는 利得과 損失은 補償을 가지고 調整한다는 것이 理論적으로 正當하고 또 技術적으로도 비교적 간단하다. 그리고 어떤 사람에게 입힌 損失에 대응하는 利益이 예컨대 公益이라든가 一般公共의 安全의 경우처럼 數值的으로 明確히 捕捉할 수 없는 경우라 하더라도 그 損失이 일응 明確하기만 하면, 적어도 技術적으로는 損失補償의 形式으로 調整할 수 있고, 또 그것이 正義·公平原則上 요구되는 경우도 있는 것이다. 그러나 計劃의인 土地利用規制와 같은 경우에는 土地所有者들이 받게 될 損失이 그에 대응하는 利益과 전혀 異質的인 경우가 적지 않고, 또한 그 損失이 우리가 損失補償의 基準으로서 흔히 말하는 通常 받게 될 損失이라는 概念과는 꼭 들어맞지 않는 성질의 것인 경

項에서 Gemeinde의 計劃權能을 더욱더 넓히기 점에서 擴大하거나 새로이 形成하여야 할 것이라고 전제한 다음 第152項에서 다음과 같이 말하고 있다. 「所有權形式, 利用形式, 參加形式 및 參與形式의 앞으로의 發展과 관련하여 다음 事項을 檢討할것.

- (a) 所有權을 一定한 都市地域에서 보다 더 강하게 社會적으로 拘束하게 되는 경우에도 維持될 수 있을 것인가, 혹은
- (b) 所有權은 한편으로는 敷地(Grund und Boden)에 관한 所有權과 다른 한편으로는 建築物에 관한 所有權과를 區分하여, 前者를 一定한 地域에서는 原則적으로 Gemeinde에게 넘겨야 할 것인가, 만일 넘기는 경우에는 所有權을 利用하는 地位는
 - (aa) 앞으로 發展할 地上權에 의할 것인가, 혹은
 - (bb) 特別한 利用所有權(Nutzungseigentum) -- 分割的인 所有權(geteiltes Eigentum)에 의거하여 法律로서 그것을 創造할 것인가」

Die Entwicklung der öffentlichen Rechts. 49 Deutschen Juristentag, DVBl, 1973, 127.

(33) 徐元宇·崔松和共著, 行政法 II, 서울大學校 附設放送通信大學, 1973, pp. 27~30 : 拙稿, 「損失補償의 問題點」, 考試界, 1972년 3월호 참조.

우가 적지 않다는 것을 생각할 때, 土地의 利用規制에 대해서도 그냥 一律적으로 通常의 損失補償을 한다는 것에는 적어도 理論적으로도 문제가 있고 또한 技術적으로도 곤란한 점이 없지 않다는 점이다.

결국 土地의 利用規制와 補償의 關係에 관해서는 이 상에서 본 바와 같이 여러가지 角度에서 고찰될 수 있고 또한 비록 一律적으로 結論지을 수 없을런지 모르지만⁽³⁴⁾ 이미 고찰한 바와 같이 일반적으로는 補償을 요하지 않는 것으로 해석한다면 그러한 計劃의 受忍을 強要하는 合理的根據는 土地利用規制(計劃)가 어떤 條件下에서 어떤 過程을 거쳐 행해졌는가라고 하는 角度에서 論議해볼 필요가 있다. 이렇게 생각할 때 計劃에 基한 規制에 대한 受忍의 合理的根據는 결국 그러한 計劃의 客觀性 내지 合理性의 保障에 귀착되지 않을 수 없게 된다. 다시 말하자면 土地利用計劃이 客觀的이며 合理的인 것이라면 그러한 計劃에 基하는 規制는 그 土地에 대하여 그 土地의 位置, 形狀등과 같은 客觀的性質에 基하여 볼 때 마땅히 科해질 制約이나 負擔이라 할 수 있으며, 따라서 그 土地의 關係權利者에 의하여 受忍되 어질 성질의 것으로 볼 수 있게 된다. 그러나 다른 한편으로는 土地利用計劃의 客觀的 合理性을 실제로 確保하기란 용이한 문제가 아니다. 客觀적으로 萬人이 일치하여 合理的이라고 인정할 수 있는 計劃이란 아마 現實적으로 있을 수 있을 것이고, 또한 利害가 서로 얽히는 多數의 關係人의 全部가 合理的이라 인정하는 計劃도 생각할 수 없다. 다시 말하자면, 개개의 土地所有者들의 權利保護를 개별적으로 고려하여 그 保護에 執着하는 限 문제는 해결될 수 없고, 어떤 具體的인 內容을 가진 土地의 計劃의 利用의 實現에 의한 利益이 개개의 土地所有者들을 포함하는 社會의 巨視的인 利益이 되며, 그렇게 하는 것이 결국에 가서는 土地所有者들 자신의 利益을 長期的인 의미에서 보호하는 것이 된다고 생각하여야 할 것이며 이것이 다름아닌 이른바 財産權의 社會的拘束性의 觀念임은 이미 고찰한 바와 같다. 具體的인 計劃의 策定이란 實質적으로 一定한 立場과 目的에 따라 이루어지는 것이며, 따라서 그러한 計劃에 의하여 利益을 받게 되는 者도 있고 反面에 만드시 不利益을 받게 되어 不服인 者도 생기게 마련이다. 그럼에도 불구하고 어떤 具體的인 內容을 가지는 計劃이 요청된다면

(34) 일본의 今村教授는 財産權의 規制에 대한 補償의 要否는 一律적으로 결정하기 어렵다고 前提하면서도 극히 概略的인 區分이기는 하나 그 區別의 標準으로서는 일응 다음과 같이 생각할 수 있을 것이라고 한다. 즉, (i) 財産權의 剝奪 또는 當該財産權의 本來的効用의 發揮을 저해하는 것이되는 侵害에 대해서는 權利者측에 그것을 受忍할 理由가 있는 경우가 아닌 限 당연히 補償을 요하는 것으로 이해해야 한다. (ii) 위의 정도에 이르지 않은 財産權行使의 規制에 대해서는 ④ 當該財産의 存在가 社會的共同生活의 調和를 확보해 나가는데 있어서 필요한 것인 경우에는 財産權에 內在하는 社會的拘束의 表現으로서 補償을 요하지 않는 것으로 이해할 수 있다. ⑤ 다른 特定한 公益目的을 위하여 當該財産權의 本來的인 社會的効用과는 無關係로 偶然히 課해진 制限인 경우에는 (예컨대 重要文化財의 環境保全을 위하여 혹은 國立公園內에 있어서의 自然風物의 維持를 위한 制限등) 補償을 요하는 것으로 보아야 할 것이다. 今村成和 著, 損失補償制度の研究, 東京, 有斐閣, 1968, p. 21. pp. 31-32.

그것은 마치 社會에 있어서 여러가지 利害가 대립되는 문제를 立法에 의하여 해결하는 경우와 비슷한 것이라 할 수 있다. 결국 個人的 權利의 實體上的 保護는 그 성질상 現實적으로 不可避한 限界가 있음을 알 수 있고, 여기에 計劃에 관련된 過程 내지 節次上的 權利保護의 重要性이 相對적으로 크로즈업되게 되는 所以가 있다.

2. 節次法上的 權利保護

立法(法律)에 의한 權利의 規制가 그 合理的根據를 立法節次의 民主性에 求하는 것처럼 計劃의 策定에 의한 權利의 規制의 合理的根據도 결국은 計劃策定の 節次자체가 個個의 關係者의 權利保護라는 要件을 충족시키고 있다는 점에 求할 수 밖에 없는 것이다. 그리고 節次法上으로는 다음과 같은 論點이 고려되지 않으면 아니될 것이다.

(1) 計劃策定過程에의 利害關係者의 參與

土地利用計劃의 正當性은 강력한 規制力을 가진 計劃이 그러한 規制를 받는 者의 同意와 意思의 反映에 의해 뒷받침될 때 보장될 수 있을 것이다. 計劃의 規制力이 강한 것이면 강한 것일수록 그것을 作成하는 節次가 重視되는 까닭도 바로 여기에 있다. 西獨의 경우, 都市建設의 基本이 되는 法律은 聯邦建設法(Bundesbaugesetz)⁽³⁵⁾이며, 都市建設計劃의 基本이 되는 建設管理計劃(Bauleitplan)——指針的·準備的計劃의 性質을 가진 土地利用計劃(Flächennutzungsplan)과 그에 의해 만들어지는 拘束的인 建設詳細計劃(Bebaungsplan)의 兩者로 이루어진——의 策定節次를 볼 것 같으면, 먼저 市邑面의 議會가 記劃策定の 一般的意思를 議決한 뒤 市邑面의 計劃機關이 計劃原案을 작성하여 一定期間 公衆의 供覽에 부치게 되는데 이 供覽期間중에 住民이나 利害關係人으로부터의 異議나 提案이 있을 때에는 그것을 고려하여 채택할 것은 채택하여 一部를 修正하여 確定한 것을 最終적으로 議會가 議決함으로써 成立된다. 計劃作成에 관한 이러한 決定節次는 現行法에서는 供覽·異議申請만을 規定하여 住民參加를 충분히 고려하고 있지 않지만 實際에 있어서는 이상과 같은 公式的인 節次와는 별도로 각 都市에서 사실상, 住民參加를 위한 公聽會·聽問會들이 열리고 있다고 하며, 또한 正式의 案이 作成되기 전에 選擇的인 몇 개의 代案이 제시되어 說明會나 Bürgerversammlung이라고 불리는 市民集會가 열려 市民과의 對話가 널리 행해지고 있다고 한다⁽³⁶⁾. 더구나 1971년에 制定한 都市의 新開發 및 再開發을 積極적으로 推進하기 위한 根據法인 「都市建設促進法」(Städtebauförderungsgesetz)에서는 한걸음 더 나아가서 計劃의 比較적 初期段階에서의 여러

(35) 1960년에 제정된 것이며, 全文 189條로 이루어진 包括的인 法典이다. 이 法律은 대략 우리나라의 都市計劃法에 해당하는 것이지만 內容의으로는 都市計劃法보다 훨씬 넓은 것으로서, 우리나라의 土地收用法의 一部, 土地區劃整理事業法의 一部, 建築法의 一部중의 內容이 섞여져서 하나의 法典을 形成하고 있다.

(36) 成田顯明 “西ドイツ連邦建設法と その改正問題(上)” *ジュリスト*, No. 574, p. 54.

가지 형태의 住民과의 對話와 意見吸收를 規定하고 있다. 즉 具體的으로는 事前調査의 段階, 地區指定의 段階, 計劃策定段階, 計劃에 基하는 事業의 實施·執行의 段階등 여러 段階에서 關係人의 正當한 利益이 충분히 고려되고, 住民에게 여러가지 提案을 시키거나 異議가 있는 경우에는 그것을 申立케 하고, 또한 그에 관련하여 行政側에 충분한 情報를 住民에게 提供케 하는 등에 關해서 極히 상세하게 규정하고 있다. 특히 注目할 것은 公聽會라는 形態를 한 걸음 넘어서서 計劃主體가 住民과 討議하지 않으면 아니되는 것을 義務化하고 있다는 점이다. 예컨대, 再開發에 關해서는 현재에 거기에 살고있는 사람들의 生活基盤을 전혀 변경해 버리는 結果를 가지고 오기 때문에 그 地區住民이나 從業員 한사람 한사람에게 個別的으로 만나, 萬일 再開發이 實行된 경우에는 자기는 어떻게 하고 싶은가라고 하는 要望이나 意見을 묻도록 되어있다. 그리하여 그 結果를 文書에 記錄하여 再開發實施후 또는 實施途中에 行政이 취하지 않으면 아니된 生活再建措置, 社會計劃⁽³⁷⁾을 마련하도록 되어 있다.⁽³⁸⁾

우리나라의 現行法制에 의하면 計劃이 決定된 뒤 大統領令의 정하는 바에 의하여 告示·供覽케 하고 있어(國土利用管理法 제8조, 都市計劃法 제12조) 計劃의 立案段階에는 전혀 關係人의 公式的인 參與의 길이 봉쇄되어있고, 다만 計劃이 決定된 후에 異議가 있는 자는 그 決定告示한 建設部長官 또는 道知事에게 訴願法의 規定에 準하여 異議申請을 할 수 있도록 규정하고 있다(國土利用管理法 제23조, 都市計劃法 제88조). 그러나, 생각건대 計劃의 適否에 대한 다툼은 計劃이 決定되기 앞서 利害調整節次의 過程에서 處理되는 것이 마땅할 것이다. 세 살스레 말할 필요도 없이 計劃이 全體로서 不可分의 것이기 때문에 計劃에 대한 異議나 不服도 一環으로서 統一的으로 事前節次로서 處理하고 일단 計劃이 策定된 뒤에는 計劃자체에 대한 異議나 不服은 원칙적으로 허용하지 않고 計劃을 바탕으로 하는 事業 내지 行政處分이 安定된 상태에서 執行될 수 있게하는 것이 制度上으로는 보다 바람직한 것이 아닌가 생각한다(물론 公共의 필요에 의한 土地利用計劃委員會등 關係機關의 意見에 따른 計劃主體자신의 計劃變更은 別개문제이다).

(2) 事前節次에의 參加와 原告適格

Seidler는 「行政裁判所는 當事者の 參加를 制度上·節次上 保障할 중요한 任務가 있다」⁽³⁹⁾고 말한 바 있거니와 오늘날 具體的인 公益은 法律과 함께 計劃過程속에서 創造되는 것이며 司

(37) 이 社會計劃은 法的拘束力은 없지만 實際로는 行政의 指針으로서 만들어지며, 이에따라 轉業을 앞선하거나 다른 住居를 앞선하는 등 여러가지 뒷바라지를 하고 있다. 결코 意見을 一方的으로 듣는데에 만 그치지 않고, 정말로 곤란한 사람에 대하여는 資料를 바탕으로 하여 一定한 措置를 취하도록하며, 아무래도 곤란한 사람에 대해서는 社會保障의 見地에서 困窮手當金(Härteausgleich)이라는 特別金을 交付하는 제도까지 定해져있어 크게 人間性을 존중한 計劃方式을 취하고 있다.

(38) 西獨의 「都市建設促進法」의 重要內容과 特徵에 關해서는 徐元宇, “都市開發法制의 새로운 動向”, 도시문제, 1975년 11호, pp. 75~98 참조.

(39) H.H. Seidler, Rechtsschutz bei Staatlicher Wirtschaftsplanung, 1973, S. 158.

法 또한 公益의 具體化에 協力하지 않으면 아니된다. 英美法制에 있어서도 이러한 參加라는 見地에서의 原告適格의 문제가 論議된지는 이미 오래이다⁽⁴⁰⁾. 다만 이와 같이 計劃의 合理性을 담보하기 위하여 事前節次가 整備되고 그에 대한 利害關係者등의 參加가 현실적으로 인정되어 있는 경우에 있어서의 原告適格의 承認어부에 관해서는 積極說과 消極說의 두 가지 見解가 있을 수 있다. 즉 積極說의 입장에 의할 것 같으면, 事前節次가 計劃의 合理性을 위해 不可缺한 것이고 그 合理性을 확보하기 위해 利害를 주장하여 그 節次에 참가한 자는 당연히 訴訟에 의해서 적어도 計劃策定에 관한 節次上的 瑕疵와 나아가서는 適正한 比較衡量의 要請에 대한 違反이나 全體로서의 計劃過程의 正常性의 缺如등을 다룰 수 있는 것으로 보고 있다. 이에 대하여 消極說의 입장에서는 事前節次에의 參加가 인정된다는 것은 당연히 原告適格의 承認을 의미하는 것은 아니라고 한다. 특히 傳統의 見解에 의할 것 같으면 原告適格이란 오히려 實體의 權利나 利益의 侵害를 전제로 하며, 形式的인 節次上的 權利의 承認인으로서는 不充分할 뿐 아니라, 事前節次에의 參加에 있어서도 實體적으로 直接的인 利害關係를 가지는 者의 參加와 政策決定의 合理性을 확실하게 하기 위한 一般住民등의 參加와는 구별되어야 하며, 後者에 대해서도 原告適格이 否定되는 것이 通例이다. 그러나 최근에 와서 行政過程에의 參加가 널리 주장됨에 따라 事前節次에의 參加와 原告適格의 擴大間의 關聯性을 강조하는 한편, 參加의 手段으로서의 訴訟의 機能을 評價하는 입장등이 특히 環境訴訟의 분야에 있어서 市民訴訟(Bürgerklage) 내지 團體訴訟(Verbandsklage)의 形態와 함께 有力하게 주장되고 있으며, 이러한 趣旨을 바탕으로 하는 새로운 判例⁽⁴¹⁾등도 제시되고 있다.⁽⁴²⁾

(3) 土地利用計劃에 대한 司法的 審査

土地利用計劃이 土地所有者들의 權利를 規制하는 것인 이상, 그 合法性에 대해서는 法院의 審査를 받을 기회가 보장되지 않으면 아니될은 물론이다. 그러나, 그 審査의 方式은 計劃의 特殊한 性質을 감안한 合理的인 것이지 않으면 아니될 것이다.

먼저 法院의 審査의 대상이 되는 行政行爲의 문제가 있는데, 土地利用計劃자체의 性質을 넓은 의미에서의 行政行爲로 보아 相關없을 것이다. 西獨에서는 拘束力을 가진 計劃인 建設詳細計劃의 성질에 관하여, 특히 行政訴訟과의 관계에 있어서 그것이 規範인가 行政行爲인가의 문제가 論議되고 있다. 判例는 그것을 規範으로 보는 데 대하여 Forsthoff는 그것이 抽象的인 것이 아니라, 具體的인 內容을 가지는 것이기 때문에 規範이 아니라 하며, 그렇다

(40) B. Schwartz and H.W.R. Wade, Legal Control of Government, Clarendon Press Oxford, 1972, p. 289; Charles A. Reich, "The Law of the Planned Society," The Yale Law Journal, Vol. 75, 1966, pp. 1258-1261.

(41) BVerwG U.v.16. 3. 1972, DVBl. 1973, 678.

(42) 徐元宇, "行政決定過程에 대한 司法的統制", 行政論叢, 第14卷 第1號 (1976. 6)

고 行政과 個個의 市民과의 關係를 規制하는 것이 아니라 個個의 法律關係나 個個의 利害關係를 넘어서 公共의 秩序에 관한 것이라는 점에서 行政行爲도 아닌 通常의 法制度의 테두리 속에 들어올 수 없는 特殊한 法制度인 「다른 것」(“Aliud”)이라고 한다. 그러나 그것이 拘束力을 가진 점에서 行政訴訟과의 關係에서는 그 對象이 되는 行政行爲라고 주장하고 있다.⁽⁴³⁾ 다만, 西獨의 現在의 通說에서는 그 拘束力있는 計劃의 法的 性格은 法規範(Rechtsnorm)으로 보고 있는 듯하다.⁽⁴⁴⁾ 따라서 그 자체를 通常의 抗告訴訟의 對象으로 하는 것은 理論上 불가능하지 않을 것이다.⁽⁴⁵⁾ 그러나 그것이 반드시 合理的인가는 別個의 문제이다.⁽⁴⁶⁾ 무릇 計劃이란 一體性을 지닐 때에 비로소 그 意義를 가지는 것이라고 생각할 경우 個個의 利害關係人으로부터의 個別的인 出訴에 의하여 計劃의 一部가 깨뜨려지는 결과를 惹起케 함은 不合理하며, 또한 個別的인 出訴에 의하여 반드시 原告의 救濟에 꼭 필요하지도 않은 計劃全體가 깨뜨려질 수 있다고 생각하는 것도 不合理하다. 한편, 計劃을 具體的·個別的인 行政行爲의 기초가 되는 일종의 規範으로 생각하고, 그 具體的인 行政行爲를 抗告訴訟의 對象으로 하는 理論도 생각할 수 있으나 이것 또한 不合理한 결과를 가져옴은 위의 경우와 마찬가지로 할 것이다.

다음으로, 法院의 審査機能의 實質的인 內容이 분계된다. 이에 관하여 기본적으로 고려되어야 할 점으로는 우선 法院의 司法審査는 計劃의 實質的인 內容의 審査보다는 計劃策定節次의 公正性의 監視에 重點이 두어져야 한다는 점이다. 計劃 그 자체는 行政的, 經濟的인 內容의 것이기 때문에 그 適否의 判斷에는 광범한 裁量이 주어질 수 있는 성질의 것이기 때문에 法院의 審査에는 適當하지 않는 경우가 적지 않음은 당연한 일이다. 따라서 法制度의 眼目은 그러한 計劃의 策定節次를 法的으로 規制함으로써 그러한 節次가 준수되고 있는가의 여부를 法院이 審査하도록 하는 것이 合理的이라 할 수 있는 것이다.⁽⁴⁷⁾ 다만, 우리나라와 같이 行

(43) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd. 1, 10 Aufl. 1973, S. 310ff.

한편, 金道稔박사가 引用한바에 의하면, 西獨의 聯邦最高行政裁判所는 行政計劃을 단순한 行政內部事項으로만 보지는 않았다(BVerwGE 18, 247, 1964; Id. 19, 82, 85, 1965). 그러나 行政計劃이 立法行爲나 行政處分이나에 관하여는 一般의 基準은 없고, 具體的인 事案에 따라서 前者로 보는 경우(BVerwGE 3, 258, 1957; Id. 6, 149, 1958; Id. 11, 14, 1961)도 있고, 後者로 본 경우도 있었다(Id. 10, 263, 1958; Id. 4, 68, 1957; Id. 18, 318, 1964)고 한다. 金道稔, 前揭書(下), p. 434, 註2 참조.

(44) Breuer, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, 1968, S. 54; Brohm, Rechts, Schutz im Bauplanungsrecht, 1960, S. 43ff.; V. Götz, Bauleitplanung und Eigentum, 1969, S. 19-23; Ernst-Zinkahn-Bielenberg' Bundesbaugesetz Kommentar, 1973, S. 1 Rdnr. 1.

(45) 金道稔, 前揭書(上), p. 46, 徐元宇·崔松和, 前揭書, p. 60.

(46) 建設計劃을 行政訴訟의 對象이 될 수 있는 行政行爲라고 주장하는 Forsthoff도 그 결과의 不合理性을 인정하고 있으며, 그것을 해결하는 것은 立法者의 任務임을 示唆하고 있다. Forsthoff, Norm und Verwaltungsakt in geltenden künftigen Baurecht, DVBI, 1957, S. 113ff.

(47) 徐元宇, “行政決定에 대한 司法的統制”라는 前揭論文은 오늘날 行政機能이 발달하고 고도로 專門化되고, 또한 行政機關에서의 諸行政決定過程도 法的統制의 對象이 되어야 한다는 現代의 狀況下에서의 司法的統制의 役割과 機能은 바로 節次法的 統制라는 角度에서 문제삼아야 함을 강조한 것이었다.

政過程에 대한 節次法的統制가 實定法上 제대로 마련되어 있지 않은 狀況下에서는 行政過程에 대한 司法的統制를 이상과 같이 實體法的統制보다 節次法的統制에서 찾는 것은 再考의 여지도 없지 않으나, 적어도 計劃策定이나 政策決定과 같은 고도의 行政의 내지 政策的裁量을 전제로 하는 行政過程에 대해서는 通常의 그것에 대한 것과는 달라야 할 것이다. 물론, 이상과 같이 原則적으로 節次的統制에 치중하는 경우에 있어서도, 단일 計劃이 專門的判斷을 기다릴 것까지도 없이 明白히 不合理한 것으로 인정될 때에는 私權을 그 基本的인 점에서 보장함을 사명으로 하는 法院으로서도 마땅히 그것을 審査하여 計劃을 깨뜨릴 수도 있는 것으로 생각한다.

(4) 計劃에 대한 信賴保護와 計劃保障請求權

우리들의 오늘날의 經濟生活이나 日常生活은 國家의 活動과 밀접하게 결부되며 계속적으로 그에 依存하고 있다. 그리하여 政府施策이나 計劃의 廢止나 變更으로 말미암아 커다란 損失을 받는 경우가 적지 않다. 公共의 必要에 의한 計劃의 廢止나 變更 그 자체가 違法일 수는 없으나 그것에 依存하여 그것의 存續이나 實施를 信賴하여 막대한 資本이나 勞力을 投下한 자의 損失에 대해서 그 損失을 填補해야 되지 않을까하는 문제가 제기될 수 있다. 計劃에 대한 信賴가 과연 保護할 만한 것인가 아닌가는 물론 具體的狀況에 따를 수 밖에 없다. 그리고 計劃過程에 있어서의 私人的 役割 내지 計劃과의 關聯도 여러가지일 것이고 計劃의 廢止・變更에 의해 받는 私人的 損失內容이나 程度도 한결같지 않을 것이다. 그러나 이런 경우 信義原則이나 法的安定性이라는 관점에서 특정한 損失을 입은 자를 經過規程 기타의 方法으로 救濟하는 길이 모색되지 않으면 아니될 것이다.

西獨에서는 計劃이나 法律에 表現된 政策등을 信賴하여 資本등을 投下한 뒤에 計劃이나 法令이 廢止・變更이 있는 경우에 私人的 信賴등을 보호해야 할 것인가의 여부에 관하여 計劃保障請求權(Plangewährleistungsanspruch, Plangewährleistungsrecht)에 관한 문제가 論議의 대상이 되어 있다. 計劃의 種類・內容 그리고 計劃에 있어서의 國家와 私人的 關係등도 여러가지이기 때문에 計劃保障請求權의 用語・內容・根據・要件등에 관하여 여러가지로 주장되어 있어 아직 確立된 理論이라 할 수 없지만 적어도 計劃保障請求權이라는 用語는 法學雜誌의 事項索引에도 나오고 있고 또한 이것을 둘러싸고 상당한 學說判例가 존재함은 부인할 수 없다. 이제 극히 概略的으로 그에 관해 소개하면 다음과 같다.

① 用語・內容—計劃保障請求權의 內容으로서 어떤 것을 인정하는가에 따라 여러가지가 있다. 예컨대 計劃의 存續・實施의 請求까지도 인정하려는 것인 경우에는 計劃存續 내지 實施의 請求權(Anspruch auf Plan(-fort-) bestande; Anspruch auf Planvollzug)이라는 用語가 쓰이기도 한다. 그리고, 隣人訴訟의 분야에서도 計劃遵守請求權(Planbefolgungsanspruch)이라는 用語가 있어 計劃의 改廢에 대한 것이 아니라 計劃의 存在를 전제로 하여 他人에 대한 許

可를 이웃사람이 다투는 경우에 사용되고 있다.⁽⁴⁸⁾ 또한, 반드시 特定한 用語가 사용되는 것이 아니라 行政의 一貫性에 대한 信賴라든가 行政의 自己拘束 혹은 단순히 信賴保護라고 불리워지는 경우도 적지 않다. 그 內容은 金錢的인 補償請求까지가 限度이고 計劃 그 자체의 存續, 不可變更性등의 請求를 인정하는 경우는 드물다.

② 根據——그 根據로서는 財產權의 保護, 信賴保護 내지 信義原則, 契約 내지 事實上的 契約關係 혹은 파트너의인 協動關係, 行政行爲의 取消權의 制限과 비슷한 公權의 存在, 그 밖에 比例原則, 過剩禁止, 그리고 國家行爲의 一貫性의 要求라든가 純전히 計劃 그 자체의 實施請求權에 바탕을 두는 것등 여러가지를 들고있다.

③ 要件——그 要件으로서는 計劃이 企業의 行爲의 自由를 박탈하는 정도의 것인가 그렇지 않으면 단지 間接的으로 영향을 주는데 그치는가, 혹은 保護되어야 하는 것이 公益을 위한 活動으로서 國家나 公共團體의 負擔을 輕減시키는 성질의 것인가, 또는, 企業의 私的經營上的 動機에 의하는 것인가에 의하여 구별하는 것으로 하고 있으며, 또 한편으로는 國家의 計劃 내지 經濟指導의 對象이 되는 것이 全經濟인가 特定한 產業分野인가 特定企業인가에 의해서도 차이를 두도록 되어있다.⁽⁴⁹⁾

이상과 같은 國家活動의 繼續性 내지 一貫性에 대한 信賴의 保護를 바탕으로 하여 計劃保障請求權을 구성하는 생각에 대해서는 물론 批判이 없지 않다. 어떤 論者⁽⁵⁰⁾는 信賴保護 내지 信義原則을 一般的으로 내세우는 것은 문제를 애매하게 하는 것이며, 信賴가 保護할 만한 것인가 어떤가는 循環論法에 빠지게 된다는 것이다. Ossenbühl도 「社會的法治國家에 있어서의 信賴의 保護」라는 論文에서 信賴保護思想이 가지는 危險으로서 첫째로 그것이 法律에 反하는 法創造의 基礎가 되는 등 基本法上的 權力間의 均衡을 깨뜨릴 경향이 있으며, 둘째로, 方法論上的 문제로서 그것이 萬能의 原則이 된다면 法學的思考의 無規律性으로 말미암아 마침내는 法學的論理의 不透明을 초래하며 그것이 法發見 그 자체가 될 우려가 있다는 점을 지적한 뒤, 끝으로 信賴保護에 請求權을 讓계하는 힘을 부여함에 있어서 주의해야 하는 것으로서 그는 現行의 請求權의 體系에 缺陷이 있는 것이 證明된 경우가 아닌 때에는 信賴保護에 基한 새로운 請求權은 만들어 낼 필요가 없다고 한다.⁽⁵¹⁾

이상과 같이 아직 여러가지 批判과 論議의 대상이 되어있기는 하지만 計劃法의 構造下에서의 國家와 私人的의 關係에 관한 새로운 局面에 생긴 문제가 새로운 형태로서 正面으로 다

(48) K. Redeker, Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch, DVBl. 1968, 7.

(49) 計劃保障請求權에 관한 代表的인 研究로는 M. Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrecht, S. 220ff. 참조.

(50) M. Kloepfer, Kettenverwaltungsakte und Widerrufsvorbehalt, DVBl. 1972, 371.

(51) F. Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, 25 ff.

루어지고 있음은 극히 注目할 만한 일이라 할 것이다.⁽⁵²⁾

四. 計劃制限과 負擔의 均衡問題

土地利用計劃에 의하여 또는 그것을 바탕으로 하는 각종의 措置에 의하여 개별적으로는 利益의 不均衡이 일어나는 것은 純善한 바와 같이 不可避하다. 이것은 計劃자체의 合理性과 는 별개의 문제이다. 확실히 이러한 不均衡을 완전히 시정하기란 불가능할런지 모른다. 그러나, 그럼에도 불구하고 關係權利者에 대한 負擔을 正當化하기 위해서는 다음과 같은 論理를 생각할 수 있을 것이다. 즉, 첫째로 어떤 土地는 負擔이 과해질 客觀的 合理的인 必要性이 있음을 진재로 할 때 우연히 그 土地에 관하여 所有權 기타의 權利를 가진 자는 다른 土地——그것은 거꾸로 計劃에 의하여 利益을 받게될 必然性이 있다고 생각된다——의 權利者에 비하여 相對的으로 不利益을 받게 되어도 어쩔 수 없지 않느냐하는 論理가 그것이다. 이러한 論理는 말하자면, 土地의 「宿命說」이라 할까, 다시말하자면, 일종의 「諦念說」이라 할 수 있다. 그러나 이러한 論理는 理論的으로는 성립될 수 있을 지 모르나 現實的으로 不利益을 받게되는 자에게는 극히 說得力이 약한 論理라 하지 않을 수 없다. 따라서 결국 여기서도 문제를 巨視的, 全體的으로 인식하지 않는 限 해질될 수 없는 것이 아닌가 생각된다. 즉, 計劃에 의해 생겨나는 不利益·負擔을 個別的·偶然的인 것으로 파악하는 限, 문제는 해결되지 않을 것이다. 計劃에 의해 생겨난 利益·不利益을 平均的으로 평가하여 그것에 基하여 補償·受益者負擔金·租稅減免·租稅賦課등 각종의 調整手段을 體系的으로 整備하는 길 밖에 다른 方法은 없지 않을까 생각한다.

基本的으로는 이상과 같은 權利의 保護나 負擔의 均衡問題라든가 또한 土地利用計劃에 따른 각종 制限 내지 負擔을 어떤 方式으로 허용할 것인가의 문제는 궁극적으로는 現代社會에 있어서 土地所有權에게 부여되어져야 할 意義 내지 機能에 비추어 判斷되지 않으면 아니 된다. 그러나 그것은 本研究의 범위에서 벗어난 문제이다. 그러나, 한가지 分明한 것은 오늘

(52) Geiger가 傳하는바에 의하면 프랑스에서도 國家의 統濟分野에서 約束을 지키지 못한 경우의 國家의 契約以外的 責任의 原理로서 Conseil d'Etat는 다음과 같은 것을 들고 있다고 한다.

- (a) 國家는 內容上 確定的이며, 모든 點에서 適法인 公式의 約束에 대하여 全面的으로 責任을 진다.
- (b) 被害企業의 不注意로인하며, 不確定的이며 認識할 수 있는 適法의 約束을 했을 때에는 國家의 責任은 制限的이다.
- (c) 國家는 단지 一般的性質의 見解를 表明하거나 또는 一般的으로 利益이되는 規律을 示唆한 데 지나지 않을 때에는 國家는 責任을 지지 아니한다.

또한, Geiger에 의하면, 企業이 特定한 經濟領域에서 計劃變更에 의하여 特別한 損害(préjudice spécial)를 받았을 때, 또는 異常한 經濟上의 損害(préjudice anormal)를 받았을 때에 國家는 責任을 진다고 하면서 補償의 評價는 計劃變更이 豫測可能했는가의 여부에 의존한다고 한다.

R. Geiger, Rechtsformen der Wirtschaftlenkung als Mittel der französischen Planifikation, 1972, S. 126ff.

날에 있어서의 土地에 관한 權利는 社會가 요청하는 制限에 따라야 할 것이며, 土地는 될 수 있는대로 많은 사람들의 福祉를 위하여 기능하지 않으면 안된다는 점이다. 따라서, 우연히 어떤 時點에 있어서의 權利者였던 자가 土地에 관해서 다른 사람에게 絕對的으로 優先하는 權利를 가진다고 볼 것이 아니라, 단지 그 土地위에 生活利益을 가지고 있었다는 의미에서의 말하자면 相對的인 優先權을 가졌다는데 지나지 않는다고 보는 것이 妥當할 것이다. 그리고 權利의 保障方法도 만드시 當該土地에 直結하는 方法(等價의 代替地의 給付라든가 土地의 價格의 填補등)에만 의할 필요는 없고 社會的으로 納得이 가고 合理的이라 생각되는 각종의 方法이 고려될 수 있지 않을까 생각한다.⁽⁵³⁾ 西獨에 있어서는 計劃損失에 대한 補償義務者는 受益者가 있는 경우에는 原則的으로 그 受益者가 된다는 입장을 취하고 있다고 한다. 受益者가 不確定的인 경우라든가 혹은 受益者가 補償義務를 이행하지 않는 경우에는 市邑面이 補償하도록 되지만 이 경우에는 본래의 受益者에 대하여 求償權을 가지는 것으로 되어 있다고 한다. 다시말해서 補償은 언제나 公共主體만이 한다는 입장을 취하지 않고 오히려 受益者가 負擔함이 原則이라는 입장을 취하고 있음은 注目할 만한 일이라 할 것이다.

五. 結 言

무릇 計劃이란 財產權의 社會的拘束性的의 強化를 진재하지 않고서는 그 충분한 實現을 기대할 수 없다. 그러나 이것은 쓸대없이 規制를 강화하고 公權力을 발동하면 된다는 側面만을 강조하는 것이 되어서는 아니된다. 西屬의 경우 土地財產權에 대한 단순한 消極的規制에 그치지 않고 예컨대 建築命令·植樹命令(Bau-und Pflanzgebot), 利用命令(Nutzungsgebot), 破壞命令(Abbruchgebot), 近代化命令(Modernisierungsgebot), 破壞許可(Abbruchgenehmigung) 등⁽⁵⁴⁾ 우리나라와는 비교도 안되는 強力한 規制를 法制化하고 있지만 反面 社會計劃이라든가 困窮手當金과 같은 두터운 利害關係人의 保護, 住民參加리는 行政節次의 整備, 計劃이나 計劃에 基한 行政處分에 대한 裁判上의 審査制度의 整備등이 잘 고려됨으로써 合法性과 正當性이 擔保되어 있음을看過해서는 아니될 것이다.

이제 끝으로 土地利用計劃 내지 規制와 私權保護의 문제와 관련하여 앞으로의 土地政策上의 方向 내지 當面問題를 몇가지 指摘하면서 本稿를 맺을까 한다.

첫째로 土地所有權은 다른 財產權과 달리 특별한 社會的拘束에 따르지 않으면 아니된다는 것이 새로이 認識確認되지 않으면 아니될 것이다.

둘째로 土地所有權에 대한 制約은 權利濫用이나 相隣關係등 他人의 土地所有權과의 調整이나 安全·衛生·危險防止등의 概念에서 하는 最小限의 이른바 消極的·警察的制約만이 公

(53) 徐元宇, 前掲註(14) 博士學位論文, p. 217.

共의 福祉에 適合한 制約이라는 생각은 이미 낡았으며, 現代國家에서는 보다 많은 사람에게 보다 많은 土地를 利用할 機會가 보다 많이 주어지도록 土地의 再配分, 一定한 計劃에 따른 積極的인 土地利用의 義務化, 一定한 土地秩序의 確立등의 積極的·政策的觀點에서의 所有權制限도 그 目的이 客觀的合理性을 가지는 限, 憲法上 是認되는 것으로 생각하여야 할 것이다.

셋째로, 土地所有權에 대한 社會的拘束의 정도는 그 土地가 소재하는 客觀的條件에 따라 만드지 한결같을 수가 없으며, 住宅地나 綠地가 부족한 過密都市나 그 周邊部에 있는 農地나 空閑地등은 農村이나 山間部에 있는 土地와 비교하여 보다 강한 社會的制約性이 과해질 수 있는 것으로 생각하여야 할 것이다.

넷째로, 財產權의 保障은 일반적으로 制度的保障의 성격을 가지는 것으로 이해되고 있거니와 이 保障은 法律로서도 侵害할 수 없는 本質的內容의 保障을 의미한다. 따라서, 財產權의 內容을 法律로서 정하는 경우, 法律로서도 侵害할 수 없는 私有財產制의 本質的內容이란 어떤 것인가가 究明되지 않으면 아니될 것이다. 예컨대 英國에서 試圖된 바와 같이 土地의 開發權을 일체 國有로 한다거나 혹은 西屬의 土地法改革과 관련하여 論議되고 있는 方式인 중요한 地區의 土地의 所有權을 公共主體에게 移讓시켜 民法上의 權利에 의한 利用形態와는 별개의 公法上의 使用 내지 利用形態로만 使用하도록 하는 것이 可能한지의 여부에 대해서도 근본적으로 檢討해 볼 필요가 있을 것이다.

다섯째로, 이제까지의 土地利用에 대한 公法的制約은 土地의 使用·收益에 관한 事實行爲에 대한 規制가 中心이지만 바야흐로 規制는 차차로 財產權의 處分에까지 擴大하는 傾向이 있다. 賣買의 認可制, 賣買價格의 統制, 土地投機에 의한 不當利得의 吸收, 公的機關단을 통한 去來등이 그것이다. 이들 諸規制는 公權力에 의한 土地市場에의 대독적인 介入이라 할 수 있거니와 그 限界線을 自由市場經濟와의 關係에서 어디에다 그을 것인가도 중요한 研究課題가 될 것이다.

끝으로 여섯째로, 補償을 요하는 收用과 補償을 요하지 않는 財產權의 社會的拘束과의 구별을 새로운 觀點에서 理論的으로 再構成할 필요가 있을 것이다. 종래 一般的理論에서는 計劃利益은 土地所有者에게 귀속하며, 計劃損失은 社會全體가 부담하는 것으로 생각되어 왔지만, 이 原則은 오히려 反對가 되어야 하지 않을까 하는 論議도 크게 注目할 만한 것이라 할 수 있다. 補償額에 대해서도 完全補償이 아니라 財產權에 대한 社會的拘束性 내지 公共의 利益을 고려한 適切한 比較衡量下에서 適正하게 결정되어야 할 것이다.

(54) 그 상세한 內容에 관한 소개로서는 徐元宇, 前揭註(38) 論文, pp. 80-84 참조.

Résumé

Planning Restriction and Protection of Private Rights

Won-Woo Suh*

A particular concern of this study is the impacts of land utilization plans on individual property owners. While we must recognize the necessity to take private property or to restrict the use of private property for public purposes, the necessity must be proved objectively, the procedure must be due, and the compensation must be just. This study aims to discuss the problems of protection of private rights with respect to the planning of land utilization under the following contents:

1. Introduction.
2. The concept and contents of planning restriction.
 - (1) The concept of planning restriction.
 - (2) The contents of planning restriction.
3. Planning restriction and protection of private rights.
 - (1) Protection of private rights in substantial law aspects.
 - i. The criteria of compensation.
 - ii. The reasons and grounds of compensation.
 - iii. Planning regulation and the concept of "Situationsgebundenheit".
 - iv. An overview of major judicial decisions on land use control in West Germany.
 - v. Analysis of theoretical trends on the problems of land property restriction for public purposes.
 - vi. Objectivity and rationalization of land utilization plan.
 - (2) Protection of private rights in procedural law aspects.
 - i. The problems of participation in the planning process.
 - ii. Administrative procedure and the problem of standing.
 - iii. Judicial review of land utilization plan.
 - iv. Estoppel and the concept of "Plangewährleistungsanspruch".
4. Planning regulation and sharing of burdens among the interest of persons concerned.
5. Conclusion.

* Professor of Public Law, Seoul National University Law School.