

도심 고층건축물 고도제한규제의 합리성 모색에 관한 연구

A study on the rationale of regulating the high elevation building

신 홍 균 (Shin Hong-Kyun)
한국항공대학교 교수
(Professor, Hankuk Aviation University)

1. 비행안전구역 밖에서의 건축물 제한의 적법성
2. 건축허가제한권 발동의 적절성 문제
3. 법경제학 이론에 따른 모색

서 언

최근 서울 도심에 높이 약 400미터의 고층건축물을 신축하려는 기업과 수도권에 위치한 서울공항을 이용하는 군 당국간에 전형적인 권리의 충돌이 빚어지고 있다. 서로가 자신의 권리를 양보하거나 조정하여야만 하는 상황이기때 이를 권리의 충돌 관계라고 보는 것이 타당할 것이다.

고층건축물이 비행의 안전에 영향을 주지 않는다는 주장은 사실상 납득하기 어렵다. 고층건축물이 군용 항공기의 안전에 영향을 안줄 수는 없을 것이다. 다만, 군용 항공기의 비행 경로나 절차를 수정하면, 비행의 안전에 영향이 없을 것이라고 기대할 수는 있을 것이다. 또한 비행 경로나 절차를 수정하는 것 자체가 비행안전을 저해하고 또는 군 고유의 임무수행에 지장을 준다는 주장도 납득하기 어렵다. 왜냐하면, 문제는 얼마나 저해하는 것이고 얼마나 지장을 주는 것인가에 대한 분석 없이 그렇기 때문에 비행 경로나 절차를 바꿀 수 없다는 주장으로 논리가 비약되기 때문이다.

본 논문은 그러한 주장들을 각 당사자들이 갖고 있는 권리에 근거한 것이라고 보는 것을 전제로 해서, 그러한 권리의 상충과 충돌이 어떻게 효율적으로 막아지고 조정될 수 있는가에 대해서 분석해보고자 한다. 이에 먼저 기존 법령에 근거한 방법을 살펴보고, 이어서 비용보다 큰 편익을 추구하는 효율성의 차원에서 합리적인 방법을 살펴보고자 한다.

제1장 비행안전구역 밖에서의 건축물 제한의 적법성

신축하고자 하는 롯데월드 건축물은 군용항공기지법이 규정하고 있는 비행안전구역의 밖에 위치하고 있는 바, 동 법령의 규정이 그러한 구역 밖에서 적용될 수 있는가에 대한 검토가 필요하다.

제1절 관련 법령

군용항공기지법은 다음과 같이 제8조를 통해서 비행장애물의 설치에 관한 금지 규정을 두고 있다.

제8조 (비행장애물의 설치 등의 금지) ①비행안전구역중 제1구역안에서는 군사시설(민간항공기의 항행을 지원하기 위한 항행안전시설을 포함한다)을 제외한 건축물·구조물·식물 그 밖의 장애물을 설치·재배하거나 방치하여서는 아니된다.<개정 1999.2.5>

②비행안전구역중 제2구역 내지 제6구역안에서는 그 구역의 표면(이들의 투영면이 일치되는 부분에 관하여는 이들중 가장 낮은 표면으로 한다)의 높이 이상인 건축물·구조물·식물 그 밖의 장애물을 설치·재배하거나 방치하여서는 아니된다. <개정 1997.1.13, 1997.12.17, 2002.8.26, 2004.1.20>

③제2항의 규정에 불구하고 비행안전구역중 전술항공작전기지의 제3구역·제5구역 또는 제6구역과 지원항공작전기지의 제4구역 또는 제5구역안에서는 각 구역별로 최고장애물의 지표면 높이를 초과하지 아니하는 범위안에서 지표면으로부터 45미터 높이까지 그 구역의 표면높이 이상인 건축물 또는 구조물을 설치할 수 있다. 다만, 지원항공작전기지의 제4구역·제5구역의 경계부분이 연속적으로 상승하거나 하강하는 능선형태로 되어 있어서 그 경계부분의 높이가 최고장애물의 지표면 높이의 기준이 됨으로써 본문의 규정에 의한 높이까지 건축물 또는 구조물을 설치할 수 없게 되는 경우에는 최고장애물의 지표면 높이가 높은 구역의 최고장애물 기준을 적용한다. <신설 2004.1.20>

④제3항의 규정을 적용함에 있어서 각 구역간의 경계부분에서의 표면높이는 다음 각호의 구분에 따른다. <신설 2002.8.26, 2004.1.20>

1. 전술항공작전기지 비행안전구역 제2구역과 제3구역이 접하는 부분에서는 제3구역의 바깥쪽 상방향으로 50:1의 경사면을 초과하지 아니하는 범위로 한다.
2. 전술항공작전기지 비행안전구역의 제4구역이 제5구역과 접하는 부분 및 지원항 공작전기지 비행안전구역의 제3구역이 제4구역과 접하는 부분에서는 각각의 경계부분으로부터 상방향으로 7:1의 경사면을 초과하지 아니하는 범위로 한다.
3. 전술항공작전기지 비행안전구역의 제2구역이 제6구역과 접하는 부분 및 지원항

공작전기지 비행안전구역의 제2구역이 제5구역과 접하는 부분에서는 제2구역의 긴변으로부터 상방향으로 7:1의 경사면을 초과하지 아니하는 범위로 한다.

[전문개정 1992.12.2]

아울러 제9조는 비행장애물의 제거에 관한 명령권을 규정하고 있다.

제9조 (비행장애물의 제거명령 및 보상 등) ①관할부대장은 제8조의 규정에 저촉되는 장애물에 대하여는 소유자, 기타의 권리를 가진 자에게 제거를 명하여야 한다.<개정 1981.11.23, 1992.12.2>

②국가는 제1항의 경우에 그 소유자 기타 권리를 가진 자에게 귀책사유가 없는 때에는 그 제거로 인하여 생긴 손실에 대하여는 정당한 보상을 지급한다.<개정 1981.11.23>

③제1항의 장애물 또는 그 장애물이 있는 토지의 소유자는 장애물의 제거로 하여 그 잔여물 또는 토지의 사용수익에 현저한 지장이 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 국방부장관에게 그 잔여물 또는 토지의 매수를 청구할 수 있다. 다만, 그 소유자에 귀책사유가 있을 때에는 그러하지 아니하다.

④국방부장관은 제3항의 매수청구가 있을 때에는 상당한 이유가 없는 한 그 청구에 응하여야 한다.<개정 1981.11.23>

제16조 (관계행정청의 허가사항에 관한 제한) 관계행정청은 다음 각호의 경우에는 사전에 국방부장관 또는 관할부대장과 협의하여야 한다. 국가 또는 공공단체가 행하는 사업의 경우에도 또한 같다. <개정 1981.11.23, 1992.12.2, 2004.1.20>

1. 비행안전구역안에서 제8조제2항·제3항 및 제11조의 규정에 저촉될 우려가 있는 건축물·구조물의 설치나 변경·식물의 재배 또는 등화의 설치나 변경에 관한 허가 기타 처분을 하고자 할 때
2. 기지보호구역안에서의 무선통신시설의 설치 전파발사에 관한 허가 기타 처분을 하고자 할 때

2. 검토 의견

과잉금지의 원칙에 따른 검토

- 과잉금지의 원칙 : 입법과정에서의 과잉금지의 원칙이라 함은 "국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 실사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교교량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다는 법치국가의 원리에서 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙"을 의미하는 것(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 등).
- 육군항공기지법의 관련 조문들이 과잉금지의 원칙을 지키고 있다고 전제하는 것이 당연한 것이며, 그렇다면 위의 과잉금지원칙에 설명되고 있듯이, 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하면서 작성된 것이라고 전제할 수 있다. 그렇다면, 이 조문들은 비행안전구역 밖에서의 적용을 배제하고 있다고 보아야 한다.)

1) 관련 판례로는 서울고법 1989.2.15. 선고 88구10178 제3특별부판결 【건축허가처분취소】 : 확정

[하집1989(1).517]

【판시사항】

육군참모총장 공관 보안구역이란 이유로 건축허가를 하지 않은 처분의 적부

【관결요지】

육군참모총장 공관 보안구역이라는 것은 군사시설보호법 소정의 군사시설보호구역에 해당하지 아니하여 아무런 법률상의 근거가 없으므로 위 공관보호구역이라는 이유로 그 인접대지 소유자들에 대하여 건축허가를 하지 아니하거나 건축법규가 정하는 규제 이외에 다른 조건을 부처 건축을 허가하는 것은 위법하다 할 것이고 위법한 행정처분이 수차례에 걸쳐 반복적으로 행하여졌다 하더라도 그러한 처분이 행정관례 내지 행정준칙으로서 행정청에 대하여 구속력을 갖게 된다고 할 수 없다.

사건 당시의 군사시설보호법, 제3조 (군사시설보호구역의 설정등 <개정 1981.12.31>)

① 국방부장관은 군사시설을 보호하기 위하여 필요한 때에는 각군참모총장의 상선에 의하여 군사시설보호구역(이하 "보호구역"이라 한다)을 설정하거나 이를 변경할 수 있다.

<개정 1981.12.31>

② 국방부장관은 제1항의 보호구역내에 보호되어야 할 군사시설이 철거되거나 기타의 사유로 이 법에 의한 보호구역으로 유지할 필요가 없게 된 때에는 지체없이 보호구역의 설정을 해제하여야 하며, 이 경우에는 지체없이 관계행정기관의 장에게 통보하여야 한다.

<신설 1981.12.31>

③ 제1항의 보호구역의 범위는 접적지역에 있어서는 적과의 대치선으로부터 27킬로미터 기타의 지역에 있어서는 군사시설의 최외곽경계선으로부터 1킬로미터 이내로 한다. <개정 1981.12.31>

건축법 건축법

제2장 건축허가제한권 발동의 적절성 문제

다음으로 고려될 수 있는 고층건축물의 고도 제한 조치는 건축법에 따라 건축허가

第5條 (建築許可)

① 都市計劃區域·國土利用管理法에 의하여 指定된 工業地域 및 聚落地域와 大統領令이 정하는 區域안에 있어서의 建築物과 기타 區域안에 있어서의 延面積 200제곱미터이상이거나 3層이상인 建築物을 建築(增築의 경우에는 그 增築으로 인하여 당해 建築物의 延面積이 200제곱미터상이 되거나 3層 이상이 되는 경우를 포함한다)하거나 大修繕하고자 하는 者는 미리 市長 또는 郡守의 許可를 받아야 한다. 이 경우 市長 또는 郡守는 建築士法 第23條의2의 規定에 의하여 미리 建築士의 調査 및 檢査를 받아 許可를 申請한 것에 대하여는 建設部令이 정하는 바에 따라 그 調査 및 檢査調書에 의하여 이를 許可할 수 있다.<改正 1982·4·3, 1982·12·31, 1984·12·31>

② 第1項의 規定에 의한 許可對象建築物이라 하더라도 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 이를 미리 市長 또는 郡守에게 申告함으로써 許可에 갈음한다. 이 경우 申告節次에 관하여 필요한 사항은 建設部令으로 정한다.<新設 1982·4·3, 1984·12·31, 1986·12·31>

1. 바닥面積의 合計가 50제곱미터이내의 增築·改築·再築 또는 大修繕

2. 이미 建築許可를 받은 建築物로서 바닥面積의 合計가 50제곱미터이내의 바닥面積의 增減을 위한 設計變更이나 大修繕에 해당하는 設計變更

3. 農·漁業을 영위하기 위하여 필요한 小規模住宅·畜舍 또는 倉庫로서 大統領令이 정하는 地域 및 規模의 建築物의 建築 또는 大修繕

4. 第48條의 規定에 의한 用途變更에 있어서 建築物의 垜地·構造 및 設備을 크게 달리하지 아니하는 범위안에서 用途를 變更하는 경우로서 建設部令이 정하는 用途變更

③ 市長 또는 郡守는 第1項 또는 第2項의 規定에 의하여 許可를 하거나 申告를 接受한 때에는 建設部令으로 정하는 바에 따라 建築物臺帳에 이를 記載하고 保管하여야 한다.<新設 1975·12·31, 1982·4·3>

④ 第1項 또는 第2項의 規定에 의하여 許可를 받았거나 申告를 한 事項을 變更하고자 할 때에도 第1項 또는 第2項과 같다. 다만, 大統領令이 정하는 輕微한 事項의 變更은 이를 許可 또는 申告없이 할 수 있다.<改正 1980·1·4, 1982·4·3>

⑤ 市長 또는 郡守는 大統領令으로 정하는 用途·規模·構造의 建築物 또는 設備을 가진 建築物의 建築(大統領令으로 정하는 規模이하의 增築·改築을 除外한다)을 許可하고자 할 때에는 미리 建設部長官의 承認을 얻어야 한다.<新設 1975·12·31, 1982·4·3>

⑥ 建築物을 建築 또는 大修繕하고자 하는 者가 第1項 또는 第2項의 規定에 의한 許可를 받거나 申告를 한 때에는 다음 各號의 許可를 받거나 申告등을 한 것으로 본다.<新設 1982·4·3>

1. 第47條第2項에 의한 工事用 假設建築物의 築造申告

2. 道路法 第40條에 의한 道路의 占用許可

3. 下水道法 第24條에 의한 排水施設의 設置申告

4. 汚物清掃法 第15條에 의한 污水淨化施設 및 同法 第16條에 의한 糞尿淨化槽의 設置申告

⑦ 市長 또는 郡守는 第1項의 規定에 의한 許可를 받은 者가 許可를 받은 날로부터 1年 이내에 工事に 着手하지 아니하거나 竣工이 불가능하다고 인정될 때에는 그 許可를 取消하여야 한다. 다만, 정당한 사유가 있다고 인정될 때에는 3月の 범위안에서 1회에 한하여 그 工事의 着手期間을 연장할 수 있다.<新設 1986·12·31>

제한권이 발동되는 것이다.) 본장에서는 동 제한권의 적정성에 관해서 그 사례에 기초해서 검토해보도록 하겠다.

제1절 관련 사례

1. 건축물 제한 사례

정부는 1991년에 수도권 및 인구 30만 이상의 시에 대한 대형공동주택의 신축제한을 건축허가제한을 통해서 실행한 바 있다. 특정 기간, 특정 지역에 대해서 특정 규모의 건축물 신축허가를 제한하는 것이 주요 내용이었다.

다음은 수도권 및 30만 이상의 시에 대한 상업용 건축물 허가제한 조치 연혁이다.

o 제1차 허가제한조치('90.5.15)

- 제한기간 : '90.5.15-'90.9.30

2) 건축법은 다음과 같이 규정하고 있다.

제12조 (건축허가의 제한 등<개정 2005.5.26>) ①건설교통부장관은 국토관리상 특히 필요하다고 인정하거나 주무부장관이 국방·문화재보존·환경보전 또는 국민경제상 특히 필요하다고 인정하여 요청하는 경우에는 허가권자의 건축허가나 허가를 받은 건축물의 착공을 제한할 수 있다. <개정 1997.12.13, 1999.2.8, 2005.5.26>

②시·도지사는 지역계획 또는 도시계획상 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 시장·군수·구청장의 건축허가나 허가를 받은 건축물의 착공을 제한할 수 있다. <개정 2005.5.26>

③제1항 또는 제2항의 규정에 따라 건축허가 또는 건축물의 착공을 제한하는 경우 그 제한기간은 2년 이내로 한다. 다만, 1회에 한하여 1년 이내의 범위에서 그 제한기간을 연장할 수 있다. <신설 2005.5.26>

④건설교통부장관 또는 시·도지사는 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 건축허가 또는 건축물의 착공을 제한하는 경우에는 그 목적·기간, 대상건축물의 용도 및 대상구역의 위치·면적·구역경계 등을 상세하게 정하여 허가권자에게 통보하여야 하며, 통보를 받은 허가권자는 지체없이 이를 공고하여야 한다. <개정 1997.12.13, 1999.2.8, 2005.5.26>

⑤시·도지사는 제2항의 규정에 의하여 시장·군수·구청장의 건축허가 또는 건축물의 착공을 제한한 경우에는 즉시 건설교통부장관에게 보고하여야 하며, 보고를 받은 건설교통부장관은 제한의 내용이 과도하다고 인정하는 경우 그 해제를 명할 수 있다. <개정 1997.12.13, 2005.5.26>

- 제한대상 : 위락시설.숙박시설.판매시설(대규모소매점)
- 제한행위 : 상이용도의 신축 및 증축(용도변경 포함)

o 제2차 허가제한 확대조치('90.6.5)

- 제한기간 : '90.6.5-'90.9.30
- 확대대상 : 업무시설(중규모소매점), 판매시설
- 제한행위 : 상이용도의 신축 및 증축(용도변경 포함)

o 제3차 허가제한 확대조치('90.10.10)

1) 기존 허가제한 연장조치

- 연장기간 : '90.10.1-'90.12.31
- 제한대상 : 현재 제한대상인 위락시설.숙박시설.판매시설.업무시설
- 제한행위 : 상이용도의 신축 및 증축(용도변경 포함)

2) 제한대상 확대조치

- 제한기간 : '90.10.10-'90.11.30
- 확대대상 : 근린생활시설 및 창고시설
(1000 제곱미터 미만의 점포 포함)
- 제한행위 : 상이용도의 신축 및 증축

o 제4차 허가제한 연장조치('90.12.28)

- 용도별 연장기간(대전시 및 제주도 제외)
 - . 위락시설 : '91.1.1 - 인력난 해소시까지
 - . 관광숙박시설 : '91.1.1-'91.6.30
 - . 일반숙박시설 및 백화점 : '91.1.1-'91.3.31

o 제5차 허가제한조치('91.3.16)

- 일반숙박시설 및 백화점에 대해서 '91.6.30일까지 제한기간 연장
- 일반업무시설로서 지상11층 이상이거나, 연면적 1만제곱미터 이상의 건축물에 대하여

'91.1-2월중 허가분 : '91.7월 이후 착공하고

'91.3-6월중 허가분 : '91.8월 이후 착공

o 제6차 허가제한조치('91.5.6)

(1) 제한기간연장

- 위락시설 : 인력난 해소시까지(당초와 같음)
- 숙박시설 : '91.12.31일까지
- 판매시설중 백화점 : '91.12.31일까지

(2) 제한대상 확대('91.5.6일부터)

- 근린생활시설(연면적 660제곱미터 이상) : '91.9.30일까지
- 일반업무시설(연면적 5,000제곱미터 이상 또는 6층 이상)
: '91.9.30일까지
- 판매시설(대규모소매점중 쇼핑센터 및 대형점) : '91.12.31일까지
- 근린생활시설중 안마시술소 : 인력난 해소시까지
- 연립주택(세대당 전용면적 50평 이상) : 공고일 - '91.12.31일까지
(나대지에 신축하는 경우에 한함)
- 다세대 및 다가구주택(세대당 전용면적 40평 이상)
: 공고일 - '91.9.30일까지
(기존주택을 철거하고 재건축하는 경우에 한함)

(3) 미착공건축물의 착공연기 : '91.9.30일까지

사업용 건축물중 건축허가제한대상으로서 이미 허가를 받았으나, 제한 일 현재 미착공한 건축물

2. 한강수계상수원 보호를 위한 건축허가제한 사례 (1999년)

건설교통부는 "한강수계상수원 수질개선 및 주민지원에 관한 법률"에 따라 환경부가 지정할 예정인 한강수변구역 안에서 구역지정 이전이라도 동 대책의 차질없는 시행을 위해서 건축허가를 제한하여 달라는 환경부장관의 요청에 부응하여 폐수배출 시설 등에 대한 건축허가를 제한한 바 있다.

제한지역은 팔당호, 남한강, 북한강 및 경안천 양안중 특별대책지역안에서는 당해 하천, 호소의 경계로부터 1km 이내의 지역을, 특별대책지역 밖에서는 당해 하천, 호소의 경계로부터 500m 이내의 지역을 대상으로 하되 상수원보호구역, 개발제한구역, 군사시설보호구역, 하수종말처리시설 설치, 운영지역, 공공하수도 설치인가된 하수처리예정지구, (준)도시지역중 기존 취락지역에 대하여는 이미 제한에 상응되는 조치가 되어 있으므로 제한지역에서 제외되며, 제한대상은 폐수 및 축산폐수 배출시설대상 건축물과 식품접객업, 숙박업, 목욕장업, 관광숙박업 해당 건축물로서, 그 신축, 증축 및 용도변경(재, 개축 및 대수선, 수선 제외)의 행위가 제한된 바 있다.

이 제한은 "한강수계상수원 수질개선 및 주민지원에 관한 법률"(99.2.8 제정)에 따라 금년 9월 이전에 환경부가 수변구역으로 지정하여 오염우려 시설을 제한하게 될 경기도강원도충청북도 일원에 대한 잠정적인 예방조치로서, 환경부가 건축법 제 12조에 의한 건축허가 제한을 요청하게 됨에 따라 이루어졌었다.

제한기간은 1999.4.22부터 9.30까지(기간내에 수변구역이 지정, 고시되는 경우에는 그 전일까지)였으며, 경기도 양평군 양평읍 오빈리, 양근리, 창대리, 희현리 강상면 신화리, 세월리, 화양리, 병산리, 교평리 등이 제한구역이었으며, 다만 이 구역중에서 제외되는 지역은 다음과 같았다.

- 제외지역

- . 수도법 제5조 제1항의 규정에 의한 상수원보호구역
- . 도시계획법 제21조 제1항의 규정에 의한 개발제한구역
- . 군사기밀보호법 제5조 제2항의 규정에 의한 군사시설보호구역
- . 하수도법 제2조 제5호의 규정에 의한 하수처리 구역으로서 하수종말처리시설 설치, 운영중인 지역

- . 하수도법 제6조의 규정에 의하여 공공하수도의 설치인가를 받은 하수처리 예정지구
- . 국토이용관리법 제6조 제1항.제2항의 규정에 의한 도시지역 및 준도시지역 등 기존 취락지역

제2절 건축허가 제한 조치가 적절인가에 관한 검토

건축허가제한은 개별 건축물의 안전을 보장하기 위한 정부의 감독의무에 속하기 보다는 도시 공간의 합리적 이용을 위한 계획 행정에 속한다고 보는 것이 일반적이다. 지금까지의 사례에서도 특정 건축물의 제한을 목표로 한 것이 아니라, 지역을 목표로 하고 있다는 점에서 그러한 주장이 근거를 갖게 된다.

도시계획은 일정한 지역내 모든 토지소유자에 대한 建築許可要件을 일반추상적으로 정하고 있다는 점에서, 그에 후행하는 개별처분, 즉 建築許可가 국민의 건축행위를 개별·구체적으로 허용하거나 금지하는 것과는 대조를 보인다.

건축허가는 도시계획의 효력을 담보하는 기능을 갖게 된다. 그리고, 도시계획에 후속하여 도시계획의 결정내용을 실현하기 위한 행정청의 個別的處分은, "구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사"에 해당되고(행정소송법 제2조 제1항 제1호), 당연히 행정소송법상 취소소송의 대상이 된다.

그러나 건축허가거부처분·토지수용재결 등 개별적 처분들은 이미 도시계획에서 결정된 사항을 집행하는 성격을 갖고 있으므로, 도시계획을 그대로 집행하는 한 개별처분이 위법한 경우는 드물다. 예컨대, 만약에 롯데월드 건축을 제한하기 위한 건축허가 제한이 취해지는 경우, 그에 대한 건축허가거부 처분에 대한 소송이 개시되더라도, 원고가 승소할 가능성은 높지 않다. 특히 "선행하는 도시계획이 위법하다 하여도 그 하자가 중대 명백하여 당연무효가 아닌 한, 도시계획의 위법사유를 들어 후행하는 개별처분의 취소를 구할 수는 없다"는 것이 대법원의 확고한 견해이고 보면, 국민이 개별처분의 취소소송을 통해 권리를 구체받을 수 있는 길은 매우 제한적인 것이다. 설사 이러한 난관을 뚫고 원고가 승소해 취소판결을 받아낸다 하여도 개별처분의 근거인 포괄적 도시계획은 여전히 효력을 가지고 있어서 또 다른 개별처분의 근거가 될 수 있다(즉 다른 건축허가를 거부하는 경우에도 소송은 제기될 수 있다).

이러한 점에서, 국민의 권리를 효과적으로 보호하기 위해서는, 분쟁의 원인을 배태(胚胎)하고 있는 도시계획 자체를 다투어야 할 실질적인 필요성이 매우 높으며, 달리

말하면 국민이 그러한 계획 자체에 대해서 자신의 권리를 주장하고 보전할 수 있는 제도의 수립이 필요하다는 주장이 비등하다.

현재는 도시계획을 취소소송의 대상으로 다룰 수 있는가하는 소송요건의 문제에 대한 논의와 도시계획의 위법성 차원에서 그 취소를 인정하는 것이 정당한가 또는 정당하지 않은가 하는 實體判斷과 관련된 논의로 집약된다.

먼저 소송 요건이 충족되지 않으면 소송은 不適法却下된다고 보아야 한다.

위법성 차원의 경우에는 소가 理由 없음을 이유로 棄却됨으로서 소송이 종결되는 것이다.

둘째, 도시계획을 위법하게 만드는 하자의 경우를 볼 필요가 있다, 하자는 크게 두 가지의 관점에서 검토되어야 한다.

첫째는 계획을 수립하는 수립주체에게 주어져 있는 광범위한 형성의 자유와 관련된 計劃裁量의 문제이고, 둘째는 計劃樹立節次가 매우 복잡하여 그 違反의 효과가 다양하게 나타난다고 하는 문제이다.

우선 계획은 종합적, 전문적, 기술적 판단을 기초로 하여 형성되는 복합적인 행정 작용으로 그 형성에 재량의 여지가 많다고 하는 특성 때문에 법원이 그 형성의 전과정을 내용적으로 통제할 수 없다는 한계를 갖는다. 달리 말하면 계획의 수립 과정에서 어떤 것이 법리상 위반이고, 어떤 것은 아니라고 판단하는 것이 법 적요에 관한 기본적인 원리상 상당히 어렵다는 것이다. 예컨대, 우리의 대법원은 "도시재개발법에 의한 도시재개발구역의 지정 및 변경 또는 도시재개발사업계획의 결정은 관계 행정청이 법령의 범위내에서 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진을 위한 도시정책상의 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 그 '재량에 의하여' 이루어지는 것이므로 그 재량권의 일탈 또는 남용이 없는 한 그 처분이 위법하다고 할 수 없다"라는 기본 입장을 가지고 있다. 즉 행정청이 재량의 범위내에서 도시계획을 형성한 결과, 그로 인해 초래된 구체적 도시계획에 대하여는, 법원이 그 내용에 개입할 수 없다는 것이다.

다른 한편 도시계획이 위법해지는 경우로서 계획수립절차에 관한 규정이 위반된 경우가 상정될 수 있다. 즉, 내용상의 하자가 아니라 절차상의 하자가 해당된다. 절차상의 하자 문제는 計劃裁量, 形成의 自由라고 하는 면보다는 기성사실의 보호 및 계획의 다단계성을 고려하여야 본다고 볼 수 있다. 즉, 어떠한 절차를 거쳐서 적정한 내용의 계획이 수립된 것인가를 보는 것인 바, 국민 누군가의 권리나 사실상의 이익이 존재하고 있다면, 이를 보호하거나 적어도 고려하여야 하는 합리적인 절차가 있었는가를 보는 것이다. 그러한 점에서 절차상의 하자는 보다 쉽게 찾아질 수 있을 것이라

고 보기도 하지만, 대법원은 절차상의 하자가 있으면 계획이 위법한 것으로 보고 절차상의 하자를 계획의 취소사유로 보지만, 그것만으로 도시계획이 당연무효가 되는 것은 아니라는 기본적 입장을 보이고 있다. 예컨대, 롯데월드 건축물에 대한 건축허가제한권의 발동시에 절차상의 하자가 있는 이는 단지 취소사유에 해당하는 것이지, 당연히 그 제한권이 무효가 되는 것은 아니라고 보는 것이다.

이러한 점을 고려하여 볼 때에, 롯데월드 건축물의 신축에 대해서 건축허가 제한권이 적절하지 않은 이유는 다음과 같다.

건축허가 제한권은 일반 공법학자들의 견해나 그 동안의 발동 사례로 보았을 때에, 개별 건축물이나 개별 건축물의 신축 허가에만 관한 것이 아니라, 일정한 범위의 지역을 대상으로 허가처분의 단일 행정이 아니라, 계획으로서 취해지는 성격을 갖는다. 문제는 행정계획의 경우에 피해자가 자신의 권리를 주장하고 보전하는 것이 허가거절 등의 행정처분의 경우보다 어렵고, 법리상 사실상 불가능하다는 점에서 발생한다.³⁾ 즉, 롯데월드의 경우에 이미 건축신청이 개시된 상태에서 법률상 구제가 어려운 행정계획에 의해서 이를 규율하려는 것은 국민이 재산권을 향유하는데에 당연히 필요한 권리의 구제 가능성을 막은 상태에서 규율하는 것이기에 적절하지 않다. 달리 말하면, 허가거절의 경우에는 당사자가 행정소송을 통해서 권리를 보전할 기회를 갖게 되나, 이미 신청이 개시된 건축물에 대해서 행정계획에 의해서 규율하는 것은 권리 보전의 기회를 막는 것이기에 부당하다고 보아야 한다. **결론적으로 현 시점에서 건축허가제한권을 발동하는 것은 정부행정의 예측가능성을 통한 국민의 재산권 향유 기회의 증진 차원에서 부적절한 것이고, 국민의 권리 주장의 기회를 담보하면서 공권력에 의한 규율을 도모하는 기본적인 공법 운용의 법리 차원에서 부적절하다.**⁴⁾

3) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결 【주택건설사업계획사전결정불허가처분취소등】 [공1998.6.1.(59),1511] : 도시계획은 도시정책상의 전문적·기술적 판단에 기초하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준을 설정하는 것으로서 재량행위라 할 것이므로 재량권의 일탈·남용이 없는 이상 그 도시계획결정을 위법하다고 할 수 없다.

4) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결 【주택건설사업계획사전결정불허가처분취소등】 [공1998.6.1.(59),1511] : 행정주체가 구체적인 도시계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 계획재량을 갖고 있지만, 여기에는 도시계획에 관련된 자들의 이익을 공익과 사익에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 한다는 제한이 있는 것이므로, 행정주체가 도시계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 하

제3장 법경제학 이론에 따른 모색

공역의 이용자와 고층건축물을 짓고자 하는 자들 모두 법률주체로서 권리와 의무의 주체일뿐만 아니라, 그들간에는 일정한 거래 관계가 존재한다고 보아야 한다. 그것은 법률에서 정한 권리와 의무의 경합일 수도 있고, 충돌일 수도 있고, 물론 조정 내지는 조화를 이룬 관계일 수도 있다. 그 모든 것을 포괄적으로 파악하고 분석하되 그 분석의 목적을 사회 전체의 편익 최대화 내지는 경제적 효율성의 달성에 두고자 하는 것이 법경제학의 다양한 이론들이다.

본장에서는 크게 보아서 두가지 시각에서의 방법론을 적용해 보고자 한다. 하나는 공역 이용자와 지상의 경제 주체들간의 관계를 상호 외부효과 관계로서 파악하는 것이다. 두 번째는, 그들간의 권리 배분을 통해서 재산권 충돌에 따른 비효율성을 막고자 하는 것이다.

제1절 외부효과론을 이용한 재산권 충돌 해결 방식

1. 외부효과의 의의와 개념 적용

가. 외부불경제의 존재

공역이용자와 고층건축물간의 관계는 서로간의 법률관계가 설정되고 있지 않는한, 일종의 "외부효과" 관계로 파악된다. "외부효과"란 예컨대, 입시준비를 하고 있는 학생의 공부에 이웃집에서 행해지는 공사 소음은 영향을 주게 된다. 공사를 발주한 이웃집 주인과 공사 시공자 사이에는 계약 관계가 수립되어 있는 것이고, 그에 따라 일정한 보상이 주어지는 것이라면, 이러한 공사 주체와 이웃집 학생간에는 그러한 관계가 없는 것이다. 즉, 공사주체간의 계약관계가 그들간에 내부화되어 있는 것이라면, 그러한 계약관계의 외부에 속하는 문제가 그러한 소음에 따른 문제인 것이다. 이러한 의미에서 소음, 진동으로 인해 이웃집 학생에게 주는 유해한 영향을 "외부효과"라고

지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라 할 수 있고, 또한 비례의 원칙(파잉금지 원칙)상 그 행정 목적을 달성하기 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고 또한 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며 아울러 그 수단의 도입으로 인한 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 아니 된다.

칭한다.

특히, 남에게 나쁜 영향을 주는 외부효과를 외부불경제라고 부르기도 하는데, 서울 공항의 운용 때문에 성남시가 고도 제한을 받고 있다면, 성남시로서는 서울공항이 외부불경제의 효과를 부파하고 있는 것임

나. 외부불경제의 효과와 대처

일반적으로 외부불경제는 다음과 같은 이유에서 전체 사회에 안 좋은 것임

- 서울시에 위치하고자 하는 특정 건물의 신축이 서울공항 때문에 고도 제한을 받는다면, 이는 기본적으로 시 발전을 저해하는 것임. 이때 그러한 고도 제한의 이유가 국방이라는 보다 더 큰 공익을 위해서 필요한 것이고, 국민의 재산권보다는 국방이 더 중요하다는 비용/편익 분석이 근거가 된다면, 그나마 다행인 것임
- 외부불경제를 다루는 이론에서 지적하는 것은 건축물이 고도 제한을 받더라도, 서울 공항의 운용에 필요한 만큼만 받으면, 달리 말하면, 필요한 한도내에서 항공기를 운용하는 서로가 만족할 수 있는 최적의 타협점을 찾는 것이 필요하다는 것임
- 그러한 타협점이 바람직한 이유는 다음과 같음 :
 - 고도제한에 의해서 건물을 신축하지 못하면 그만큼 국민의 재산권이 저해되기 때문에 사회적으로 자원의 효율적 배분이 안 이루어지는 것이고,
 - 공군측은 필요한 것보다 더 많은 자원(즉 공역 자원)을 확보하는 것이기 때문에, 국민의 재산권 행사를 통한 전체 사회의 부의 증대분, 공군측이 필요한 만큼만 공역 자원을 사용하기에 얻어지는 사회의 부의 증대 분의 총 합계가 기대될 수 있다는 것임

2. Coase식 해결 방안

경제학자 Coase는 가해자와 피해자가 존재하는 관계, 즉 외부 불경제가 존재하는 관계에서 양 당사자가 서로 교섭을 하여서 타협점을 찾아서 서로의 이익을 조절하는 것이 전체 사회의 부의 증대 차원에서 가장 바람직하다는 전제에서 출발한다.

외부비용은 한 사람에게 의해서가 아니라 상대에 의해서 창출되는 것이다. 대부분 모든 경우에 있어서 외부 비용의 크기와 실체는 양측의 결정에 의해 산출된다. 만약 갑의 강철 공장에서 아황산가스를 배출하지 않는다면 을 본인 자신에게는 아무 관련 없

을 것이다. 하지만 갑의 강철 공장에서 내뿜는 매연이 바람을 타고 을에게 날아와 영향을 준다면 문제는 다르다. 바로 이런 측면에서 양측의 결정이 필요한 것이다. 즉 한 주체가 매연을 배출하고 다른 주체가 사는 곳을 오염시켰으니 그에 대한 비용을 산출해야 한다는 것이다. 만약 상대가 오염에 의한 내 손해에 대해 책임이 없다면, 내가 그 마을에 살 것인 이상 오염에 대한 비용을 부담해야한다. 하지만 상대가 책임이 있다면 상대의 책임으로 인해 공기가 오염된 마을에 살고있고, 앞으로 계속 살기로 결정을 내린 나로서는 오염 제거를 위해 상대에게 비용을 부가시킬 수 있는 것이다.

가) 당사자 거래에 의한 해결 방식 (거래비용이 존재하지 않는 경우)

갑의 강철 공장이 오염으로 인해 연 2십만의 손실-피구식 세금-을 보고있다고 가정하여보자. 그 비용은 공장이 오염을 최대한 줄인다면-오염 조절 비용-연 십만 달러로 낮출 수도 있을 것이다. 그리고 주변의 땅주인인 을이 여름 휴양지를 오염과는 거리가 먼 산림지로 대체한다는 가정을 세워보자.

먼저, 산림지로의 대체 비용을 5만이라고 가정한다면, 만약 강철 공장에 오염 배출비를 부과하지 않아 강철 공장이 계속 오염을 시킨다면 주인은 여름 휴양지를 산림지로 대체해 문제를 해결할 수 있다. 그 경우 연비는 5만에 불과할 것이다. 아니면, 일년에 2십만의 오염 배출비를 지불하는 강철 공장은 오염을 중지함으로써 오염비용을 십만 달러로 줄일 수 있는 것이다. 여기서 피구식 세금의 비효율성이 도출된다. 즉 문제는 비용을 가능한 한 최소까지 줄이는 것에 있다고 볼 수 있기 때문이다. 이것이 코오스의 논리이다.

또 다른 예를 들어보면, 두 개의 인접 지역의 경계를 이루는 대지를 가지고있는 땅주인은 20년 동안이나 이웃으로부터 아무런 불평 없이 공장을 운영해왔다. 그때 구매자가 땅을 사 그의 공장 바로 인근에 레코딩 스튜디오를 세웠다. 공장은 별다른 소음을 내지 않았지만 2피트 떨어져 있는 레코딩 스튜디오에게는 소음이 너무 크게 다가왔다. 스튜디오의 주인은 공장의 문을 닫거나 또는 손해 비용을 지불해 달라고 청구한다. 이 경우에는 공장이 레코딩 스튜디오의 바로 옆에서 운영된 관계로 외부비용이 창출되는 것이다. 하지만 효율적인 해결안은 공장 문을 닫느니 스튜디오를 공장 근처가 아닌 공장에서 멀리 떨어진 대지에 짓게 하는 것이다.

코즈의 첫 번째 관점은 외부 비용이란 오염자와 희생자의 공동 부담이므로 한 측을 고소하는 등의 법적인 행위로 올바른 결과가 온다는 피구의 주장, 즉 한 측에 비용적 손실을 전가하면 된다는 식의 문제 해결 방안은 옳지 않다는 것이다. 정부 관리나 법

원 등에 의해 어느 한쪽이 책임을 전가받는다고 해도, 결과는 양측에게 다 비효율적인 것으로 사전 예방을 하는 것이 양측에게 유리한 가장 최적의 해결안임에도 불구하고 호미로 매꿀 것을 가래로 매꾸는 격이다.

코즈의 주장은, 양측이 꾸준히 상호 이익을 위해 계약을 하고, 그 내용을 실행하는 한 직접적인 규제나 또는 효율적인 소득을 얻기 위한 피구식 조세방식이 아무런 효과를 발휘하지 못한다는 것이다. 이 경우 확실한 것은 누가 어떤 일을 행할 권리가 있는지에 대한 정의를 분명히 내리는 것으로, 그 경우 시장이 자동으로 문제를 해결하게 된다는 것이다.

소음을 내는 공장과 인근 병원의 예를 들어보자. 공장 소음으로 인한 병원의 피해는 100이고, 소음 방지시설을 설치하는데 드는 비용은 70이라고 가정해보자. 여기서 병원에게 손해배상 청구권을 인정하여 주면, 공장은 100을 손해배상하는 것보다는 소음 방지시설을 설치하기 위한 70을 쓰는 편이 낫다고 판단할 것이다. 반대로, 공장에게 우선적 권리를 주고 병원에서 손해배상 청구권을 인정하여 주지 않으면, 병원측은 100의 피해를 보는 것보다는 공장에 70이 소요되는 소음 방지시설을 설치해 주고자 할 것이다. 따라서, 어느 경우에도 100보다는 70이 소요되어서 사회 전체적으로 보아서 30이 절약되는 효율적인 결과가 기대된다.

코즈의 주장은 그러한 합리적인 거래가 가능하지만, 실제적으로 거래가 이루어지기 위해서는 어느 한 쪽에 권리를 우선 부여하는 것이 필요하다는 것이다.

나) 거래비용이 존재하는 경우

앞에서의 예는 양 당사자가 그러한 거래를 통해서 자신들의 재산권 행사를 조절함으로써 재산권 충돌에 따른 효율성 저하가 억지되는 경우이다. 그러나, 실제로는 당사자들간의 거래 자체가 안 이루어지는 경우가 많다. 이를 “거래비용”이 많이 들기 때문에 거래가 안 이루어진다고 말한다.

거래비용의 개념은 어떤 경우가 거래비용이 크기에 거래가 안 이루어지는가를 분류하여 보면 쉽게 알 수 있다.

하나는, 다수의 문제이다. 거래 당사자가 다수여서 거래조건에 대한 전원의 합의 도출이 용이하지 않은 경우이다.

다른 하나는, 소수의 문제가 존재하는 경우이다. 거래 당사자는 두 사람이고, 서로가 상대를 제외하고는 대안(alternative)이 없는 경우를 말한다. 즉, 상대방 이외에는 다른 사람과 거래, 협의하여야 할 사항이 없는 경우이다. 이를 쌍방독점 관계라고 말하

기도 한다. 이 경우에 거래비용이 큰 이유는 서로가 보다 유리한 거래 결과를 얻기 위해서 전략적인 행동을 한다는데에 있다.

앞의 공장과 병원의 예를 들어보면 다음과 같다. 공장과 병원은 서로가 합리적인 해결책이 무엇이라고는 인지하고 있으나, 이 거래를 누가 먼저 시작할 것인가에 대해서 전략적인 행동을 취할 가능성이 크다. 예컨대, 병원의 이사회는 공장의 이전이 장기적으로 보아 바람직하다는 막연한 기대를 주장하는 이사들 때문에 의견 합치를 보지 못하는 경우가 그것이다. 결국 합리적 해결 방식을 알고 있는 병원의 실무자들은 내부적으로 그들을 설득하고, 외부적으로는 협의를 시작하기 위한 노력을 하여야 한다. 이를 거래비용이라고 하고, 그것이 40이 든다고 가정하자.

만일 병원측에 손해배상청구권을 인정하여 주면, 공장은 70이 소요되는 소음 방지 시설을 설치하려고 할 것이다. 그러나, 공장측에 우선적 권리를 인정하여 주면, 병원이 공장측과 협의하여 그 시설을 설치하기 위해서 소요되는 비용은 거래비용 40이 추가되어서 110이 된다. 이는 사회 전체로 볼 때 비효율적인 결과다.⁵⁾ 즉, 병원측에 권리를 인정하여 주면, 비용이 70만 소요되지만, 공장측에 권리를 인정하여 주면 110이 소요되기 때문에 비효율적인 것이다. 또는 병원이 거래 자체를 시도하지 않을 것 이기에 100이라는 피해가 발생하게 된다.

따라서, 이러한 경우에는 어느 한 쪽에 우선적 권리를 주는가에 따라서 사회 전체의 효율성 측면에서의 결과가 다르다.

만약에 병원이 40인데 비해서 공장측이 부담하는 거래 비용은 20이라면 결과가 달라진다. 병원에 권리를 주면, 공장측은 20의 거래비용을 부담하더라도 90(거래비용 20+설치비 70)의 비용을 들이는 것이 병원에 손해배상 100을 지급하는 것보다 낫다. 공장측에 권리를 주면, 여전히 병원은 피해를 감수하는 편을 선택할 것이다.

여기서 얻어지는 결론은 거래비용이 존재하는 경우에 누구에게 우선적 권리를 부여하는가에 따라서 사회 전체 차원에서의 비용 효율성이 달라질 수 있다는 점이 하나이고, 두 번째는 거래비용이 일정 규모 이상일 경우에는 거래 자체가 안 일어날 수 있다는 점이다. 세 번째로는 거래 비용의 규모가 양 당사자간에 서로 다른 경우에 누구에게 권리를 부여하는가에 따라서 사회 전체의 효율성 측면에서 서로 다른 결과가 나온다는 점이다.

5) 이 경우 병원측은 100의 피해를 보는 것이 낫다고 생각하고, 거래를 개시하지 않고 피해를 감수할 것을 선택할 수 있다.

제2절 현행 법령과 코우즈식 해결방안의 접목

대한민국 헌법은 국민의 재산권을 인정하고 그 토대위에서 우리나라는 시장경제를 기본으로 한다 하더라도 개인의 모든 재산권이 무한정 보장되는 것은 아니다. 공공의 목적을 위하여 재산권의 침해가 불가피한 경우가 있다. 재산권간의 충돌이 발생하면, 누군가의 권리는 보장하고 다른 사람의 권리를 부인하여야 한다. 또한 시장에 의한 자원공급이 공공목적에 부합하지 않을 경우에는 재산권을 규제할 필요성이 있다. 이에 따라 우리 헌법도 재산권 행사에 대한 한계를 정하고 있다. 헌법 23조 2항에 「재산권 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다」고 규정하고 있다.

하지만 우리 헌법은 정부의 경제개입을 광범위하게 인정하고 있어서 공공의 복리를 이유로 과도한 재산권 침해가 발생할 소지가 크다. 우리 헌법은 ‘사회적 시장경제’를 지향한다고 할 만큼 정부의 책무가 많다. 따라서 공용 재산권 침해에 대한 제한이 이루어지면 정부에 의한 과도한 재산권 침해가 발생할 수 있다.

정부의 과도한 재산권 침해를 막기 위한 헌법적 장치가 본질적 내용의 침해 금지, 과잉금지의 원칙, 그리고 정당한 보상의 규정이다. 헌법 제 37조 2항에 의하면 비록 공공의 복리를 위한 경우에도 재산권의 ‘본질적인 내용’을 침해할 수 없다. 헌법 재판소에 따르면 비록 재산권의 본질적 내용을 침해하지 않았더라도 과잉금지의 원칙에 어긋나면 입법권의 한계를 벗어난 것이다. 그리고 헌법 23조 3항에 의하면 「공공 필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다」고 정하고 있다.

본질적 내용의 침해 금지와 과잉금지의 원칙은 공용 재산권 침해를 허용할 것인가를 정하는 기준이다. 그리고 정당한 보상의 원칙은 공용재산권 침해가 발생하였을 때, 보상여부를 정하는 기준이다. 법리적으로 재산권의 사회적 구속성을 넘어선 특별한 희생에 대하여 정당한 보상을 하도록 하고 있다. 6)

과잉금지의 원칙이란 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성 그리고 법익의 균형성이라는 4가지 기준으로 구성되어 있다. 7)

여기에서 목적의 정당성 원칙이란 헌법과 법률의 체계 내에서 정당성을 인정받을

6) “공용 침해의 법리에 대한 경제적 검토”, 정기화, 지역개발연구 제34권 제2호

7) 권영성, p. 323.

수 있어야 한다는 것을 뜻한다. 우리 헌법은 국가의 책무를 광범위하게 규정하고 있다. 헌법 제 119조 2항에 따르면 「국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.」 또한 헌법 제 122조에 의하면 「국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용 개발과 보존을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.」 그밖에 정부는 농어업의 보호 육성, 지역간 균형발전, 중소기업 보호, 소비자 보호 등의 책무를 지고 있다. 헌법재판소는 재산권 침해의 목적이 정당한가에 대하여 입법자 또는 정책입안자의 광범위한 재량을 허용하고 있다. 예를 들어 주거생활의 안정을 위한 재산권 침해는 입법을 통해 추구할 수 있는 정당한 공익이자, 국가의 의무라는 것이다.⁸⁾ 따라서 ‘공공복리’, ‘적정한 소득분배’, ‘경제의 민주화’, ‘국토의 효율적이고 균형 있는 이용과 보존’ 등의 목적에 부합하면 법률을 통하여 재산권에 대한 침해나 규제는 정당한 것이다.

그리고, 방법의 적정성 원칙이란 제한의 방법이 효과적이고, 적절한 것이어야 한다는 것이다. 즉, 사적재산권을 제한하는 여러 수단 중에서 효과적이고, 적절한 방법이 선택되어야 한다. 다만 헌법재판소는 수단의 선택은 입법재량에 속하는 문제라는 입장을 취하면서,⁹⁾ 다른 수단으로 정책목표를 달성하기 어려우리라는 예측이 가능하고, 명백하게 입법자의 판단이 잘못되지 않은 이상 수단의 적정성이란 벗어나지 않는 것으로 판단된다.¹⁰⁾

9) ‘(택지 소유의 상한을 제한하는 것은) 실수요자가 아님에도 지가상승을 기대하고 토지투기 등을 목적으로 토지를 필요이상으로 보유함으로써 실수요자의 토지소유와 이용을 가로막는 사회적 국민 경제적으로 유해한 행위를 방지하여 궁극적으로 택지의 적절한 공급을 가능하게 하고, 이로써 국민의 주거생활의 안정을 피하고자 하는 것이다. 위와 같은 입법 목적은 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익이자 헌법 제 35조 제 3항에 규정된 국가의 의무’ (1999. 4. 29. 94 헌바 37)

10) 토지거래 허가제에 대한 위헌 심판에 있어서 토지의 투기적 거래 억제라는 목적달성을 위하여서도 한가지 또는 여러 가지의 조치나 수단을 취할 수 있다고 할 것이고, 그 방법의 선택은 현실의 토지의 상태, 투기적 거래의 상황, 정도 등 여러 가지 요인들에 의하여 결정될 성질의 것이며, 이는 입법권자의 입법재량에 속하는 문제라고 할 것이다(1989. 12. 22. 88 헌가 13).

11) 과거 우리의 경험에 비추어 위와 같은 제도만으로는 입법목적을 달성하기 어려우리라는 예측이 가능하고, 법 제정 당시의 심각한 현상을 극복하기 위하여서는 택지소유 상한이라는 강력한 처방이 필요하다는 입법자의 판단이 명백히 잘못되었다고 볼 수 없으므로 택지소유제도 그 자체는 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 조치라고 말할 수 없다(1989. 12. 22. 88헌가 13)

피해의 최소성 원칙이란 재산권 침해가 입법목적상 정당하더라도 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요 최소한의 것이 되게 하여야 한다는 것을 요구한다. 이 경우에도 헌법재판소는 피해를 줄일 수 있는 다른 수단이 쉽게 찾을 수 없거나 제시되어 있지 않다면 피해의 최소성 기준을 위배하는 것이 아니라는 입장을 취하고 있다.¹¹⁾ 달리 말하자면 피해를 최소화할 수 있는 방법이 있고 그것이 쉽게 찾아질 수 있는 것인데도 불구하고 다른 방법이 취해진다면 그것은 과도한 재산권 침해가 된다는 것이다.

마지막으로 법익의 균형성 원칙이란 재산권 제한의 정치 경제 사회적 유용성과 그 제한에 의하여 야기되는 국민적 사회적 손실을 비교 형량하여 양자간에 합리적인 균형관계가 성립하여야 할 것을 요구한다. 여기에서 손실이란 단순히 재산상의 손실만을 뜻하지 않는다. 재산권의 침해로 다른 권리의 행사에 제약이 가쳐다주면 이것도 손실에 포함된다.¹²⁾

이와 같은 원칙 및 그에 관련된 헌법재판소의 태도 등을 고려하여 보면, 비용보다 편익이 큰 것을 추구하는 경제학적 의미에서의 효율성이 재산권 제한 원칙에서 추구되고 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 문제가 되는 것은 비용과 편익을 법원이 어떻게 평가할 수 있는냐는 것이다. 다만 편익은 수혜자가 지불하고자 의도하는 액수로 평가할 수 있고 비용은 피해자가 재산권 침해를 막기 위하여 얼마나 지불하고자 의도하는 액수로 평가할 수 있다는 전제에서, 양자간의 시장 거래를 통해서 근사치가 얻어질 수 있다.

마찬가지로 고층건축물과 군 공항간에 법익의 균형성을 판단하기는 쉽지 않다. 군 공항이 가져오는 편익은 국방이라는 공공재서비스에 속하는 것이고, 제량화할 수 없는 특징을 갖고 있어서, 고층건축물이 가져오는 편익과 비교되기가 어렵기 때문이다.

그러나, 고층 건축물의 신축으로 인해서 발생하는 편익은 반드시 있을 것이고, 그것은 건축주만이 갖는 수익만이 아니라, 국민 경제에 긍정적으로 미치는 편익이기도 할 것이다. 반면에 그러한 건물로 인해서 군 공항의 운용이 지장을 받는다면, 그에 따

12) '최소 침해의 요구를 충족시킬 수 있는 최선의 방법이 제시되어 있다거나 아니면 쉽게 찾을 수 있다거나 함과 같은 사정변경이 없는 상황에서는 토지거래허가제를 비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.' (89 헌마 214.)

13) 소유상한을 지나치게 낮게 설정하는 것은 택지의 강화된 사회적 의무성에도 불구하고 개인의 자유실현의 물질적 바탕으로서의 택지 재산권의 기능을 충분히 고려하지 않았기 때문에 재산권 침해의 효과와 소유상한을 통하여 달성하려는 적절한 택지공급이라는 공익 사이의 합리적인 비례관계를 명백히 벗어났다고 판단된다(1999. 4. 29. 94 헌마 37)

른 피해 내지는 피해를 줄이기 위한 노력과 비용이 소요된다는 것도 분명하다.

이에, 편익과 손실을 계산하여 비교하는 것이 어렵지만, 가장 가까운 값을 얻어내서 비교하거나, 그것마저 안된다면 편익과 손실의 주체들간에 거래가 일어나도록 하는 방법이 차선책으로 강구될 수 있다. 즉, 그럼으로써 최소한의 경제적 효율성이 신장되도록 하는 것이다.

이를 위해서 강구될 수 있는 방안은 다음과 같다.

1안) 편익을 갖는 당사자에게 편익을 갖기 위한 대가를 지불하도록 하는 방안이다. 즉, 고층 건축물로 인하여 발생하는 편익의 수혜자는 그로 인해서 손해를 보는 당사자에게 적절한 대가를 지불하도록 하게 함으로써, 양자간에 적절한 가치의 배분과 거래가 일어나도록 하는 방안이다. 예컨대 고층 건물 건축주가 군 공항의 항로절차 변경에 따른 비용을 지불하는 방안이다.

2안) 1안에서와 마찬가지로 양 당사자간에 거래가 일어나도록 하고 그 과정에서 적절한 가치가 찾아져서 교환되게 하는 방안이지만, 그러한 거래 자체가 현실적으로 어려운 경우에 생각할 수 있는 방안이 강구되어야 한다. 현실적으로 고층건물 건축주가 군 공항에게 특정한 형식의 대가를 지불하는 절차나 방식은 제도화되어 있지 않다는 점이 고려되어야 한다. 이에 건축주가 대가를 지불하지 않는다면, 그만큼의 편익이 줄어들도록 하는 방안이 생각될 수 있다. 예컨대 군 공항의 항로 절차를 수정하지 않는다면, 고층 건축물은 항공기의 충돌 위험을 감수하여야 한다. 이 때 건축주가 취할 수 있는 방법은 항로 절차를 수정하는데에 소요되는 비용을 지원해주거나(1안), 아니면 충돌 가능성을 최소화하기 위해 자신의 비용과 노력을 사용하는 것이다. 이 경우에 건축주가 충돌에 대비한 보험에 가입해서 자신의 비용 부담을 줄일 수 있는 가능성을 막는 것이 더 효과적인 방안이 될 수 있다. 왜냐하면, 건축주가 실제로 자신이 얻을 편익만큼의 대가를 산정하도록 할 수 있기 때문이다. 미국의 경우, 군 공항 주변의 특정 건축물에 대해서는 보험을 통한 위험 관리 기회를 막고 있으며, 그 논리도 이와 유사하다고 보인다.

초 록

현행 군용항공기지법에 따라서 설정된 비행안전구역 밖에 위치한 건축물에는 동법령이 적용될 수 없다. 또한 건축물의 허가제한조치는 특정 건축물을 대상으로 취해지는 조치가 아니라, 특정 지역이나 구역을 대상으로 계획행정의 차원에서 이루어지는 것이기 때문에, 특정 건축물에 대해서 허가제한조치를 발동하는 것은 여러 가지 차원에서 적절하지가 않다. 현행 법령의 규정만으로는 양 당사자간의 권리 충돌을 조정할 수가 없다고 보아야 하며, 건축하려고 하는 자가 적정한 대가를 지불하게 하는 방식 등을 통해서 비용과 편익의 비교가 가능하게 되는 방식을 모색하는 것이 바람직하다.

주제어 : 군용항공기지법, 비행안전구역, 고층건축물, 고도제한, 코우즈

Abstract

It should be noted that current rules and provisions of the law, such as the act of military air base and the act of the construction, do not provide a fairly good solution regarding the conflict between the company and the air force. The act of military air base does not have the jurisdiction on the matters occurring outside the edge of the flight safety zone. Freezing measure about the construction permit is not suitable for this case. A sort of policy or revision of the law will be needed to foster the transaction between parties in question which may be useful for enhancing overall efficiency.

Key Word : The act of military air base, the flight safety zone, high elevation building, altitude limitation, Coase