

開發制限區域과 損失補償

(Compensation on the Korea Greenbelt)

李 周 熙

(內務部 地方行政研修院 教授)

〈目 次〉

- I. 問題의 提起
- II. 開發制限區域의 意義 및 行爲制限
- III. 損失補償의 判斷基準 및 對象
- IV. 損失補償의 方法 및 手段
- V. 結語

I. 問題의 提起

우리나라의 開發制限區域은 都市計劃制限手段의 一種으로서 都市計劃法上 가장 강력한 토지이용규제 수단으로 인식되고 있다. 이에 同區域안에 위치하고 있는 私有地에 대한 建築自由의 制限등이나 利用制限은 헌법 23條의 3項의 규정과 관련하여 손실보상의 要否가 논의되고 있는 것이다. 요컨대 도시계획법에 社會的 制約의 수준을 넘는 특별한 희생을 요구하는

財産權의 侵害를 규정하고 있음에도 불구하고 보상규정이 없는 점에 대하여 違憲無効說은 이러한 재산권 침해행위는 不法行爲이므로 損害賠償의 청구가 가능하다는 것이고, 直接效力說은 보상근거를 헌법 第23條 3項에서, 또는 헌법 23조 1항 및 제11조에 의해 직접 보상을 청구할 수 있다고 보기도 한다. 이들 학설들은 다같이 損失補償을 전제로 하기 때문에 都市計劃制限에 따른 損失補償의 근거로 삼는 데는 차이가 없는 셈이다. 다만 都市計劃法에서 社會的 條約을 넘는 都市計劃制限을 허용하면서도 보상규정을 두지 않고 있어서 보상을 청구하는 節次와 方法이 다를 뿐이다.

따라서 본 연구는 都市計劃制限中에서 특히 開發制限區域의 指定決定에 따른 재산상의 손실을 보상해야 할 대상과 範圍, 方法等의 制度的 장치를 마련하는데 要請되는 法理에 관하여 고찰함을 目的으로 한다.

이를 위하여 本研究은 첫째, 開發制限區域의 內容 및 效果는 무엇인가? 둘째, 開發制限區域中

에서 손실보상을 해야 할 대상과 範圍는 어디까지 인가, 셋째 開發制限區域안의 土地에 대한 손실의 보상수단은 무엇이며 그에 대한 立法論으로는 어떻게 접근하는 것이 合理的인가를 重點的으로 고찰하고자 한다. 따라서 본 연구에서는 同區域에 대한 손실보상의 相關문제중 보상액 산정(評價) 方法, 補償請求節次 및 方法에 대해서는 論外로 하였다.

본 연구의 결과는 開發制限區域의 指定으로 인하여 發生하는 소위 「특별한 희생」에 대한 도시계획법상의 보상규정을 마련하거나, 헌법규정에 의거 손실보상을 직접청구함에 있어서 실질적인 보상방법을 검토하는데 참고가 될 수 있을 것으로 본다.

II. 開發制限區域의 意義 및 行爲制限

1. 意義

일찌기 英國의 Greenbelt에서 유래를 찾을 수 있는 開發制限區域은 1971년 12월 30일 법률 제2435號로 확립된 도시계획법상 도시계획제한의 一種이다. 同區域은 「建設部長官이 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 保全하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여, 또는 國防部長官의 요청이 있어 保安上 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때에는 도시개발을 제한할 구역의 指定을 도시계획으로 결정함으로써 성립한다(同法 제21조). 이에 따라 政府가 全國 14개 권역에 지정한 개발제한구역은 國土面積의 5.5%를 차지하고 있는 바, 현재 同區域안의 土地의 地目

을 보면 林野가 57.9%, 農耕地가 28.0%, 垜地가 5.5%이고, 잡종지 및 기타가 8.0%¹⁾이며 이 구역안에 거주하는 人口는 약 130만명으로 추산되고 있다. 1977년 여수·여천지역을 마지막으로 지정된 후 1990년 현재까지 수천건의 행위위반 사례²⁾가 있었으나 대규모 사업은 주로 정부 스스로의 결정에 의하여 形質變更하고 있는 실정이다. 그러나 同區域이 도시환경보전의 차원에서는 국민적 지지를 받고 있는 것이 사실이다. 그러나 同區域안에 財產權 行使나 利用制限을 20년 가까이 받아온 토지이해관계자들의 권리회복의 요구는 6共和國에 들어와서 도시계획해제의 집단민원사항으로 제기되어 있는 상태이다.

2. 行爲制限의 內容

開發制限區域에서는 그 區域指定의 目的에 違背되는 建築物의 建築, 工作物의 설치, 土地의 形質變更, 垜地面積의 分割 또는 都市計劃事業을 施行할 수 없다고 規定하고 있다. 다만 開發制限區域 指定 當時 이미 關係法令의 規定에 의하여 建築物의 建築, 工作物의 設置 또는 土地의 形質變更에 관하여 許可를 받아(關係法令에 의하여 許可를 받을 필요가 없는 경우를 포함) 工事 또는 事業에 착수한 자는 대통령령이 정하는 범위 안에서 건설부령으로 정하는 바에 의하여 이를 계속 施行할 수 있도록 하고 있다(都市計劃法 제21조 제2항, 제3항). 이에 따라 同區域內에서는 (1) 100m²이하의 住宅 또는 附屬建築

1) 金儀遠, 韓國國土開發史研究院(大學圖書, 1983), 855面.

2) 金尙永, '禁斷의 땅' 그린벨트 20年, 新東亞(1990. 8), 522面 참조

物的 개축 및 대수선 (2) 300m²이하의 축사, 우마사, 퇴비사, 화장실, 싸이로 등의 建築物의 경미한 개축 및 대수선은 市長 또는 郡守에게 허가를 받아서 행할 수 있도록 하고 있다(동법령 제20조 1항, 동규칙 제7조 3항 참조). 이러한 완화 조항에도 불구하고 開發制限區域은 우리나라 都市計劃體制下에서의 土地利用規制가 가장 엄격한 것으로 評價되고 있다.

3. 法的 性質

都市計劃의 法的 性質에 관하여 法規說 執行規範說, 行政行爲說, 異物說 등이 주장³⁾되고 있으나 이를 토대로 하여 開發制限區域決定의 法的 性質을 살펴보면 여타 用途地域이나 地區와는 다른 측면이 있음을 알 수 있다. 즉 開發制限區域의 行爲制限 期間은 無制限이고 규제완화 지역을 都市計劃法 施行令에서 구체적으로 명시하고 있을 뿐만 아니라, 都市計劃樹立指針(建設部)에서는 變更不可를 前提로 하고 있음을 用途地域 및 地區의 上位規範으로 존재한다고 해도 과언이 아니다. 실제로 개발제한구역으로 지정된 土地에 대해서는 用途地域이나 地區가 指定되지 않고 건축법에서 별도로 정한 建蔽율 및 용적율, 垜地面積의 最小限度를 정하고 있다. 따라서 開發制限區域의 決定은 一般處分임에는 분명하나⁴⁾ 이것이 지적고시가 있을 경우에는 伸制的인 처분으로 보여지는 집행규범으로 보아

약할 것이다.⁵⁾

4. 行爲制限에 따른 財産權 侵害의 態樣

開發制限區域의 指定에 따른 行爲制限의 效果로는 본래 목적의 하나인 도시주변의 自然環境 保全은 물론이고 대도시 주변의 不動産投機 抑制에 큰 몫을 해오고 있을 뿐만 아니라, 대도시와 주변위성도시의연담회를 抑制하는 등에⁶⁾ 대해서는 매우 긍정적인 평가를 받고 있다. 따라서 同區域의 存置之 必要性에 대해서는 國民的인 共感帶가 이미 形成되어 있다고 해도 過言이 아닐 것이다.

그러나 대도시 주변지역에 開發制限區域의 指定은 都市土地의 급격한 用途轉換을 막아 土地의 「剝製化」, 「分裁化」 또는 「禁治産化」에 비유 될 수 있을 정도로 土地의 用途를 현재 수준으로 동결 해버리는 作用을 하고 있다. 특히 다음과 같은 사례에서 區域指定의 行爲制限의 效果가 公益을 위한 社會的인 부담을 私人的 부담으로 강요하고 있다고 하지 않을 수 없다.

첫째, 開發制限區域의 境界선에 의하여 하나의 마을이 두개로 나뉘어 區域에서 벗어난 한쪽은 운택하게 발전할 수 있지만 실로 우연히 區域안에 속하게 된 다른 한쪽은 成長이 中止되어 초라한 20년 전의 모습으로 남게 됨으로써 「地域 共同體」는 이미 해체된지 오래다. 심한 경우에는 그 境界선에 의해서 같은 건물이나 대지가 두동강으로 나뉘고 있는 경우조차 있으니 당해 주민들의 생활에 막대한 지장을 초래하고, 이로 인한 경제적·사회적 손실은 당사자의

3) 李周熙, 「行政計劃의 法的 性質에 관한 考察—都市計劃을 中心으로—」 地方行政研究, 第5卷 第1號(1990. 2), 71~73面 참조.

4) 李滄圭, 「行政計劃과 損失補償」, 考試研究(1982. 5), 167面 참조.

5) 李周熙, 前揭論文, 82면 참조.

6) 金儀遠, 前揭書, 854面 참조.

土地가 갖은 「內在的 制的」으로만 돌릴 수만은 없을 것이다.

둘째, 同區域안에서의 住居用 建築物은 改築 및 대수선만 가능하고 신축은 봉쇄되고 있는 관계로 비좁은 주택에 4代가 함께 살아야 하는 가 하면, 같은 촌락에서는 分家로 수요되는 住宅 供給이 이루어지지 않아 生業의 터전과 住宅空間이 인위적으로 분리되어 버리는 경우도 적지 않다. 따라서 이 지역 주민들의 생활환경의 質은 시간이 갈수록 저하되고 있는 실정이다.

셋째, 同區域을 大都市 주변에 설정하였을 경우 그 대도시의 위성도시의 成長을 억제하는 결과가 초래되어⁷⁾ 自治時代에 피해지역 주민의 강력한 저항을 받을 것이며, 간단없는 민원의 발생이 예상되고 나아가 소위 「都市計劃의 政治化」⁸⁾ 현상까지 우려되고 있는 실정이다.

넷째, 政府는 同區域內에 있는 私有土地의 利用權은 엄격히 制限 단속하면서도 同區域의

指定目的에 부합된다고 볼 수 없는 他用途로 形질변경(예, 골프장⁹⁾ 공공시설의 설치¹⁰⁾등)을 허용함으로써 이해관계자의 눈에는 同制度가 國家등의 土地使用·收用의 편의를 도모하기 위한¹¹⁾ 편법적 수단으로 비춰지고 있는 것도 사실이다. 이러한 目的이라면 도시계획법상의 「市街化調整區域」制度를 活用하여야 마땅하고, 開發制限區域은 그 指定目的에 따라 충실하게 관리되어야 공공행정에 대한 신뢰가 확보될 것이다.

다섯째, 都市內 無許可 不法建築物에 대해서는 「都市 低所得住民의 住居環境改善을 위한 臨時措置法」(1989년)을 制定하여 社會福祉法 次元에서 이를 현실화하면서도, 同區域 안에서의 불법건축행위는 형사처벌까지 받게 되므로 극도로 不良化된 建築物과 도로 등 기반시설의 정비가 여전히 제한되어 있음¹²⁾은 形평에 어긋난 立法政策이 아닐 수 없다는 것이다.

여섯째, 80년대 중반부터 시행되고 있는 土地 法未許可制¹³⁾의 여파로 인하여 당해 土地는 매도조차 어려운 상태이고, 매매 계약이 성립되더라도 인근유사지역의 토지가격과 비교하여 10~

7) 개발제한구역은 14個, 都市圈에 指定되어 있으나 그중에서 서울, 부산, 인천, 대구, 광주, 대전 근교에 접하고 있는 郡이나 市(36개 시군)의 경우는 개발이 저해되고 있어서 自治時代에는 갈등의 소지가 없지 아니하다.

8) 특히 개발제한구역만으로 행정구역이 지정된 부산의 강서구등 4개의 自治團體는 개발제한구역의 해제공약이 등장하고 있어서 본래의 지정목적에는 상관없이 주민생활상 불편의 해소에 정치가 개입될 소지가 없다.

9) 우리나라의 골프장은 1990년 10월 현재 49개가 개설되어 있는데 그 중 23%인 11개가 그린벨트가 포함되어 있거나 그 안에 위치하고 있다. 따라서 골프장에서 쓰는 농약 및 나오는 오물등으로 환경오염의 폐해가 뒤따르고 있는 바, 이는 개발제한구역 지정의 본래 목적에 반하는 것이라 하지 않을 수 없을 것이다.

10) 교육기관, 연수원, 연구원, 공공병원 등의 설치목적으로 개발제한구역의 形질변경을 허용함으로써 본래목적인 자연환경보전에 저해되는 결과를 초래할 우려가 있다.

11) 1986년 경기도 시화지구 개발사업부지에 450만명의 개발제한구역을 포함함으로써 동구역울 사실상 해제를 한 것이며 토지보상비는 낮게 책정함으로써 편법적 수단으로 동구역울 활용하고 있다는 비난이 있다 (동아일보, 1989. 10.3. 제1면 "시화지구 편법개발"참조).

12) 同法 第8條를 보면 공원부지, 풍치지구의 무허가 불법건축물은 지원금 1200만원까지 용자해주고 불하하여 양산화 조치후 일반 주거지역으로 용도변경을 허용하면서 合法的인 자연부락가옥은 계속 그린벨트를 묶어 유지하게 하고 있다.

13) 國土利用管理法 제21조의 2에 의하면 규제구역내에서 일련구포 이상 면적의 土地를 去來할 때에는 市·道知事의 許可를 받도록 하고 있다.

30%수준 밖에 미치지 못한다. 또한 90년대에 들어와서는 土地公概念, 立法의 하나인 土地所有上制限의 실시로 인하여 종래 農村이 都市의 行政區域으로 편입되면서 大都市의 所有上限인 200평 이상인 경우는 드물지 않아 당해 住民들은 規制上의 不利益을 받고 있는 실정이다(宅地所有上限에 관한 法規 第7條 참조).

이상과 같이 開發制限區域의 指定行爲는 同區域안에 거주하고 있는 住民들의 生活上 불편과 土地利用規制의 영향으로 야기되는 財産의 價値의 下落 등으로 인하여 결과되는 經濟的 損失은 시간이 흐를수록 누적되고 있는 현실에서 볼 때 區域保全의 명분과 정부의 財政力의 한계¹⁴⁾ 등의 이유만으로 이를 간과할 수 없는 상태에 도달한 것이다. 그러나 이러한 당해구역 내의 주민들의 財産權, 生存權, 平等權 등의 기본권 침해가 있음에도 불구하고 同區域을 해제하는 것은 또 다른 公益을 저버리는 결과를 초래하게 되므로 이해관계자들의 권리를 調整 補償하는 것이 제도의 목적에 건주어 볼 때 형평에 부합된다 할 것이다.

Ⅲ. 損失補償의 判斷基準 및 對象

1. 損失補償의 判斷基準

(1) 外國學說의 概觀

開發制限區域을 포함한 都市計劃制限에 대한 손실보상의 논의는 그것이 갖는 土地財産權의 利用에 대한 규제가 「특별한 희생」에 해당하는

가 여부에서 찾으려 하고 있는 점은 英美法系統이나 大陸法系統이 크게 다르지 않다.

都市計劃制限에 대한 損失補償의 논의는 都市計劃制限이 갖는 土地財産權의 利用에 대한 規制의 정도에서 찾으려 하고 있는 점은 英美法系統이나 大陸法系統이 크게 다를 바 없다.

첫째, 英美法系統중 특히 미국에서는 計劃에 의한 土地利用權에 대한 制限을 警察權(police power)의 내용으로 볼 것이냐 收用權의 내용으로 볼 것이냐로 나누어 前者에 대해서는 補償의 지급이 不必要하다고 하고, 後者에 대해서는 補償의 지급이 필요한 것으로 파악하고 있다. 그러나 이 양자의 구별, 合意性 및 判斷基準에 관한 學說과 判例가 다양하여 一定한 定說은 아직까지 존재하지 않는다.

그러나 政府가 土地利用權을 制限하는 정도에 따라 어디까지를 警察權의 行使로 볼 것이며, 어디서 부터 收用으로 볼 것인가에 대하여 聯邦大法院의 명확한 基準을 정립하지 못하고 있으나¹⁵⁾ 兩者의 구분에 관하여 D.Mandelker 교수는 (1) 收用條項理論(Theories of the taking Clause) (2) 企業仲裁理論(The Enterprise Arbitration Theory) (3) 損害/利益理論(The Harm Benefit Theory) (4) 經濟的損失理論(Economic Loss Theories) (5) 法益數量理論(The Balancing Test) 등으로 나누고 있다.¹⁶⁾

地方自治團體나 州에 의한 土地利用規制가 聯邦憲法 수정5조나 수정14조에 合意性 判斷基

14) 建設部長官의 國會답변내용(1987. 11.3. 국회의원회답 참조) 후술 3가(2) 나 참조.

15) "Comment: Use of Zoning Restriction to Reprain Property Owners from Altering or Destroying Historic Landmarks, Duke Law Journal, 999.1002(1975).

16) See D.R. Mandelker, Land Use Law, 'Michie Company(1982), pp.18~21.

準으로서(3)의 損害利用基準이나(2)의 企業—仲裁基準 및 波及效果 基準이 가장 肯定的인 平價를 받고 있다고 보여진다.¹⁷⁾

그러나 收用要件으로서 ‘公用’要件이 完화되고 警察權의 目的이 ‘一般福祉의 增進’에까지 확대됨으로써 土地利用計劃등으로 인한 都市計劃制限이 收用權行使¹⁸⁾에 의한 것인지 警察權行使에 의한 것인지 판단하기 어렵다. 이 경우 ‘警察權에 의한 土地利用計劃과 收用權에 의한 土地利用計劃의 混合/金融現象’¹⁹⁾이라 할 수 있는데 이를 警察權行使라는 이유로 補償의 지급을 부인하는 것은 아니다. Mandelker에 의하면 收用權과 警察權의 混合/金融現象으로 收用權과 警察權을 구별하기 어려울 때 政府企業理論(The Enterprise Arbitration Theory)과 損害/利益理論(The Harm Benefit Theory)은 구별기준이 된다고 한다.²⁰⁾ 收用權과 警察權이 구별되어 財產權侵害가 警察權行使에 의한 것이라 판명되었을지라도 피해가 클 경우 ‘보너스의 부여’로써 補償하여야 한다는 것이다.²¹⁾

美國의 收用法理인데 補償與否의 기준으로 經濟的 損失理論(Economic Loss Theories)이 등장하였다. 計劃制限의 정당성의 판단기준으로는 法益數量理論(The Balancing Test)이 대두되었는데²²⁾ 이에 의하여 計劃制限(公權力行使)

이 正當하다 할지라도 犧牲者가 자신이 부담해야 할 몫 이상의 부담을 하는 경우 補償하여야 한다는 것이다.

둘째, 大陸法系統에 있어서는 소위 ‘社會的 制約’과 ‘特別한 犧牲’의 區別基準에 대한 學說과 判例가 다양하다. 우선 西獨에 있어서는 土地收用權 發動에 따른 損失補償의 對象에 관한 判斷基準으로써 形式的 標準說과 實質的 標準說로 나누어지는데 實質的 標準說은 다시 受忍期待可能性說, 保護價值說, 目的違背說, 私의效果說, 狀況拘束性說등으로 學說이 갈린다.

특히 計劃損失(plaungsschaden)의 補償에 관하여 西獨建設法(Baugesetzbuch)제41조에서는 私의效用說(Privatnutzbarkeitstheorie) 또는 目的違背說(Zweckentfremdungstheorie)의 입장에서 地區詳細計劃의 決定執行으로 인하여 土地所有者가 土地를 종래의 方法으로 利用하는 것이 經濟的으로 이미 기대할 수 없는 경우를 補償要件으로 정하고 있다.²³⁾

이와같은 입장은 土地利用에 一定한 公法上的 制限이 가해지더라도 그 土地가 종전과 같은 利用이 아직 가능한 동안은 補償을 요하는 侵害라고 볼 수 없다는 前提에 선 것이라고 할 수 있다. 따라서 公法上的 制限이 가해진 결과 土地를 종래의 方法이나 목적으로 利用할 수 없게된 때에는 보상을 인정함으로써 다른 나라의 경우에 비해서 매우 前向的인 규정이라고 보여진다.

17) 徐元宇, “美國法에 있어서의 土地利用規制(I)” ‘법학 제22조 3호(서울대학교, 1982)’, 60면 참조.

18) Muglen U.Kansas, 123 U.S. 623(1987)

19) 寺尾美子, “アメリカ 土地利用計劃法の 發展 財產權 保障(2)” 法學協會雜誌 제100권 제10호, 1818면 참조.

20) See Mandelker, Supra note 16) at 17~23.

21) 寺尾美子, 前掲論文, 1820면 참조.

22) 俞熙一, 計劃制限과 私權保護에 관한 연구(법학박사 학위논문, 성균관대학교, 1988), 19면 참조.

23) 地區詳細計劃(Bebauungsplan)에 의하여 (1) 形質變更의 禁止가 4년 이상 계속될 때 (2) 公共施設用費로 指定된 경우 (3) 本행권, 車行權, 導管敷設權 등 負擔으로 制約을 받을 경우 (5) 植樹義務, 樹木/潮沼의 保存義務 등의 正해진 경우등은 보상요건을 갖춘 것으로 본다.

한편 日本學界의 의견은 서독의 학설을 기초로 하여 展開되고 있어서 양국의 학설은 大同小異하다. 다만 「內在的 制的」인 경우는 無補償이라 하고 그 구체적인 내용을 보면 (1) 自然的, 地域的 特性 내리 計劃에 근거한 制限²⁴⁾ (2) 人間이 社會生活을 영위하기 위하여 필요한 制的으로써 이를 現제화한 財産權制限은 누구나가 受忍하지 않으면 안되는 制約²⁵⁾ (3) 재산권의 본래적 효용을 유지하기 위한 拘제를 內在的 制約²⁶⁾ (4) 土地利用規制가 현상의 이동상황을 固定하는데 그치는 경우와 이러한 현상동결이 가까운 장래에 확실한 이용폐지나 變更을 초래하지 않는 것을 條件으로 해서 보상이 필요하다²⁷⁾等 견해가 多樣하다.

그러나 다양한 土地利用規制에 대한 損失補償의 與否를 個別的 / 具體的으로 검토하는 경우에는 각각의 規制의 目的, 대양, 정도, 社會的 需要, 金錢補償에 대신하는 代償措置 등의 각종의 行政措置가 있는 方法과 기타 國家, 地方財政에 대한 고려등을 첨가하게 되는 경우도 있을 수 있다. 즉 이상의 一般論은 결국 하나의 傾向, 색채를 나타내는 지도이념으로 하고 個別的, 具體的으로는 그 事案 마다의 특수성에 대한

음미가 필요하다는 것이다.²⁸⁾

(2) 우리나라의 學說

우리나라에서의 토지수용에 대한 消失補償與否를 결정짓는 '特別한 犧牲'의 基準은 形式的 標準說이나 實質的 標準說 양쪽 다 一面的 타당성만이 認定된다고 하면서 대체로 절충적인 입장을 취하고 있다고 할 수 있다. 즉 우선 實質的 標準으로서 財産權의 內在的 制約 이상의 것이라고 認定할 만한 것이냐를 標準으로 하고, 다음 形式的 標準으로서 侵害行爲가 一般的 이나 個別的 이냐를 참작하여 그에 대한 補償與否, 즉 特別한 犧牲의 有無가 결정되어야 한다고 한다.²⁹⁾ 문제는 이러한 토지수용의 대상을 판단하는 기준을 計劃制限에 원용함에 있어서 具體的으로 어떤 경우에 '特別한 犧牲'이 있다고 보아 損失補償을 인정할 것인가, 이에 대한 立法의 태도는 통일되어 있지 않다. 즉 法律에 그에 관한 規定을 두고 있는 경우(예, 철도법 등)도 있으나 대부분 그러한 規定을 두고 있지 않다. 이것은 都市計劃制限의 內容에 따라 財産權의 制約의 정도가 다르고 目的이 달라서 社會的 制約이나 特別한 犧牲으로 분류하는 適用基準이 다를 수 있기 때문에 當然한 귀결일는지도 모른다. 때문에 학자들은 計劃制限에 대한 損失補償與否에 관한 一般的 基準만을 제시하거나 事案

24) 詳細는 遠藤博也 '計劃行政法'(學陽書房, 1980), 210-12면 참조할 것.

25) 藤田宙晴, "財産權制限의 補償의 與否", '憲法의 爭點'(1980)', 98~9면.

26) 小奇剛, "公用制限と 損失補償" '法學雜誌'(28권 3호)'(大阪大學校法學會, 1982), 98~9면.

27) 鹽野宏, "國土開發", '未來社會法', (1976), 213~14면; 成典外, "自然的 公園法における 公用制限의 補償(2)" '補償研究' 65號(1968), 21面; 大阪高制(1974)9.11 判時 766號 35面. 同旨; 最判 1775. 4. 11. 判時 777號 35面. 東京地判. 1983. 5. 31. 判時 1047號 73面; 遠藤前掲書. 211面.

28) 荒秀 "土地利用規制と 補償", 雄川一部外 2人 共編 '現代行政法大系(6)' 國家補償(有斐閣, 1982), p.22~3面.

29) 金道稔, 行政法論(下), (青雲社, 1985), 438面; 李尙圭, 新行政法論(上), (法文社, 1986), 482面; 徐元宇, 現代行政法論(上), (博英社, 1988), 720面; 박운혼, 行政法請義(上), (國民書館, 1985), 471面; 李鳴九 行政法論, (大明出版社, 1989) 403-405面 참조.

에 따라 判斷基準을 달리해야 한다고 주장하고 있을 뿐이다. 前者에 속하는 학자들은 첫째, 當該 計劃制限이 社會的 制約에 불과하여 損失補償을 요하지 않는 경우는 計劃制限으로 인해서 그 土地利用이 制限, 禁止되더라도 종전과 같은 土地利用을 계속하는 것이 가능하고, 또한 그것이 客觀的으로 보아 當該土地의 본래의 機能에 반하지 않는 경우라고 하고 둘째, 當該 計劃制限이 「特別한 犧牲」을 요하며 損失補償을 필요로 하는 경우는 土地利用規制가 종전대로의 利用을 계속할 수 없게 되는 경우이거나, 이미 客觀的으로 현실화 된 開發行爲를 저지하게 된 경우라고 한다.³⁰⁾ 이는 목적위배설이나 私的 效用說에 기초로 두고 있는 것으로 보인다.

한편, 後者 요건대 個別的인 計劃制限 類型에 따라 判斷基準을 해야 한다는 견해는 다음과 같이 그 ニュ앙스를 달리하고 있다.

金南辰 교수는 社會的 制約의 정도를 넘어 犧牲을 초래하는 計劃制限인 경우에 關係法律에 보상 規定을 두지 않았을 때, 첫째 計劃主體가 違法, 無責行爲로 인하여 발생한 損失에 대한 責任問題에 관해서는 「收用類似的損害」로, 둘째로는 適法한 行爲의 비의욕적인 結果責任이 성립되는 경우는 「收用的 侵害」로 분류하고 이들에 대해 손실보상을 긍정하고 있다.³¹⁾

한편 石琮顯 교수는 앞서 본 바와 같은 西獨의 學者說을 소개하고서 각 學說들의 全面的 妥當性을 부인하고 個別的인 計劃制限에 대하여 特別한 犧牲의 判斷基準을 個別的으로 判斷하여

損失補償을 긍정할 필요가 있다고 한다. 그러나 個別的이고 具體的 보상판단기준에 대해서는 더 이상 언급하지 않고 있다.³²⁾

2. 損失補償의 具體的 對象의 理論的 檢討

우리나라의 開發制限區域 指定에 의한 土地利用規制의 정도에 따라 손실보상의 대상과 方法이 都市計劃法上에 明示되어 있지 아니므로 학설·判例에 기대할 수밖에 없다. 보상에 대하여 우리나라 학자들의 견해는 크게 부정적인 입장과 부분적인 긍정론으로 나눌 수 있으며 그 論旨는 다음과 같다.

(1) 否定論的 立場

우리나라에서도 계획제한의 정도를 놓고 '사회적 제약'과 '특별한 희생'으로 구분하여 후자를 손실보상의 대상으로 할 때 대체로 目的 違背說이나 私的 效用說에 근거를 두고 開發制限區域안의 土地에 대하여 발생한 손실의 보상을 부인하는 입장이다. 즉 徐元宇 교수는 "開發制限區域의 指定으로 인한 開發行爲制限의 內容과 범위가 이 區域안에서의 土地의 本來的 機能인 농촌·어업자로서의 機能遂行을 위한 利用·收益·處分에 저촉되지 않는 것이라면 그것은 결코 土地의 본래의 機能을 박탈하는 것이라 할 수 없고, 오히려 이 開發行爲의 原則的인 禁止에 의한 財產權의 制限은 불합리하고 無計劃的인 도시팽창으로 土地가 마구 침식될 우려가 있는 현상을 고려할 때 이들 土地에 대해서 그 權利가 保障된 농촌·어업자로서의 本來的 機能이 確保되게끔 規制한 것이라고도 할 수

30) 金道稔, 前掲書(下), 438面; 박윤훈, 前掲書(下), 472面; 李鳴九, 前掲書, 765面; 李尙圭, 前掲書(下), 564面 前掲書(上) 588面; 石琮顯, 前掲書(下), 532面.

31) 金南辰, 前掲書 II, 435-40면, 石琮顯「一船行政法」(하), 532面 참조.

32) 石琮顯, 上掲書(下), 537面 참조.

있는 것이다. 따라서 이러한 地域에 있어서 開發行爲가 許可되지 않았다 하더라도 그것은 반드시 財産權의 本質적 侵害라 할 수 없고 동시에 그것은 一般的으로 特別한 犧牲에 해당되는 것이 아닌 財産權에 當然히 內在하는 社會的 制約의 범위내의 制限이라 할 수 있다. 그러므로 憲法上 補償이 반드시 주어져야 하는 것은 아니다"라고 주장한다.³⁵⁾ 이는 목적위배설에 기초한 것으로서 원래 목적으로 이용가능한 한 보상은 不要하다고 하며 그 반대의 경우만 보상이 필요하다는 것으로 확대해석할 수 있을 것이다.

둘째, 行政府의 見解 또한 부정적이다. 직접적인 見解로는 건설부 질의에 대한 법무부의 해석인 바, 開發制限區域內의 行爲制限에 대한 損失補償의 與否에 관한 질의를 한 결과 그 답변은 부정적인 것이었다. 즉, 開發制限區域內에서는 현상유지의 범위내에서의 使用/收益이나 處分이 가능하고 다만 都市計劃 事業만을 실시할 수 없는 것으로서 이와같이 法令에 의한 건설부장관의 開發制限區域의 指定에 의하여 使用制限이 되는 것은 財産權의 本質을 侵害한 것이라고 볼 수 없을 뿐더러, 나아가 開發制限區域의 指定이 있다 하더라도 同區域內의 財産權 특히 土地所有權은 그대로 認定되고 계속 使用, 收益할 수 있으며 다만 현상을 현저히 바꾸는 行爲만을 制限하는 것이므로 이러한 경우를 憲法 제20조 제3항(現行 憲法 제23조 제3항)이 말하는 '財産權의 收用, 使用 또는 制限'이라 볼 수 없다. 따라서 補償의 問題는 일어나지 않는다고 할 것이다"라고 하였다.³⁴⁾

또한 간접적으로는 국방부질의를 대한 법무부 해석도 이 범주에 들 수 있을 것이다. 즉 民有地가 開發制限區域에 포함됨으로써 그 價格이 현저히 下落한 경우에 國家에서 同 民有地를 買收하는 때에는 下落한 價格으로 함이 적당하다고 하였다. 또한 開發制限區域內의 土地財産權의 利用制限에 대하여 '財産權의 內容에는 社會성과 義務性이 내포되어 있다는 것이다.'³⁵⁾ 그리고 제5공화국 憲法規定上 제22조 3항에서 '...補償을 公益 및 關係者の 利益을 정당하게 衡量하여...'라는 規定을 들어 "公益을 위한 制限에 그 정도는 土地의 所有者가 受忍하여야 할 社會的 制約"이라 하였으며³⁶⁾ 당국은 주민들의 補償要求에 대하여 都市計劃決定 등에 의하여 財産權이 直接制限 되는 경우(예컨대, 公園용지, 도로용지 등)에도 政府의 財政形便上 補償을 못하고 있음을 전제, 犧牲程度가 상대적으로 경미하다는 것 등의³⁷⁾ 이유로 損失補償을 外面하고 있는 것이다.

셋째, 우리나라 고등법원의 결정중에도 부정적인 견해를 보이는 것이 있다. 동 결정의 이유에 의하면³⁸⁾ 요컨대 開發制限區域을 規定한 都市計劃法 제21조의 規定에 대한 違憲提請申請사건에서 開發制限區域에 대한 行爲制限은 '財産權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다'는 憲法 제23조 제2항의 規定에 따른 財産權의 內在的 制約의 범위내에 속한 一般的인 制限으로서 누구도 그 制限은 受忍하지 아니하면 아니

33) 徐元宇 前掲書(上) (博英社, 1988), 730面 참조.

34) 810-5289(1971. 3. 24. 건설부질의에 대한 법무부해석).

35) 810-6458(1973. 3. 25. 국방부질의에 대한 법무부해석).

36) 국회건설위원회, 1987. 10. 18. 회의록.

37) 국회회의록 1987. 11.3.

38) 서울고등법원. 1989. 8. 23. 89부 102 위헌제청사건 결정.

되는 것이고, 이와같은 同法條 소정의 制限規定은 特定人에 대하여 特別한 財産上의 犧牲을 강제하는 것이라고 볼 수 없으므로 이와 같은 制限을 부과함에 있어서는 이에 대한 損失補償을 요건으로 할 필요는 없다 할 것이다'라고 하면서 本件 違憲提請申請을 기각한 바 있다.

(2) 肯定論의 立場

우리나라 학계의 긍정적인 견해는 두가지로 나눌 수 있을 것 같다. 첫째가 開發制限區域 안에서 모든 행위제한에 대해서 보상을 긍정하는 것이 아니라 개별적으로 판단하여 보상의 필요성을 인정하고 있는 것이 다수의 견해이다. 예컨대 同區域指定 前에 건축을 위하여 垜地를 조성하였으나 건축 전에 당해지역에 同區域으로 指定되어 건축하지 못한 사안 같은 경우는 그로 인해서 발생한 손실은 보상이 필요하다는 것이다.³⁹⁾ 둘째는 收用類似的 侵害 및 收用的 侵害理論을 개발제한구역 토지의 보상의 근거를 원용하고자 하는 견해로써⁴⁰⁾ 손실보상대상의 범위를 매우 넓히고자 하는 것 같다. 그것은 開發制限區域 유지관리를 위한 행정작용에도 앞에서(2의 다항에 열거된 사항) 본 바와 같이 收用的 侵害를 발견할 수 있기 때문이다.

(3) 私 見

開發制限區域에 대한 손실보상의 일반적인 견해는 開發計劃에 따라 私有地의 利用行爲가

制限禁止 되더라도 從前方法에 의한 土地利用의 계속이 가능하고 또한 그 制限이 객관적으로 보아 당해토지 본래의 기능에 반하지 않는 한 보상이 필요하다고 한다.⁴¹⁾ 그러나, 이는 다음과 같은 사실을 간과함으로써 지나치게 目的違背說이나 私的 效用說에 집착하여 보상대상을 극히 한정적으로 제한하는 결과가 된다.

첫째, 都市土地의 환경은 시간이 흐름에 따라 변하는데도 불구하고 개발제한구역은 영구적인 토지의 족쇄라고 할 수 있다. 경험적으로 都市成長의 패턴⁴²⁾이나 都市生態論的 觀點⁴³⁾에서 보아 地價는 都心으로부터 멀어질 수록 低價를 나타낸다. 한편 都市는 평면적 확산이 이루어지고 나면 일단 內破의 현상이 일어나 立體化에 의한 고밀화가 이루어지고, 그 결과로 나타난 혼잡과밀은 다시 地價가 비교적 싼 주변지역으로 開發이 확산된다. 여기서 도시주변지역에 指定된 開發制限區域안의 土地도 종래 목적(예컨대 농경지)이 아닌 보다 생산성이 높은 用途로 전환하는 것이 합리적인 利用行爲가 된다. 그러나 開發制限區域의 지정으로 인하여 개발이 제한을 받기 때문이 同區域을 뛰어 넘어(이른바

41) 金道程, 前掲書(下), 438面

42) B.E.Newling "Urban Growth and Spatial Structure" Geographical Review, vol.56(1966), pp.213-25.

43) 都市의 토지는 특정지역(도심지)이 여타지역에 대하여 支配性(dominance)을 가질 수 있고 그 지배성은 그 특정한 지역으로부터 거리가 멀어질수록 약해지는 경사성(gradient)을 나타낸다. 따라서 시나 도시기능은 도심에 집중(centralization)하게 되거나, 분산(decentralization)하는 과정을 통해서 기존의 토지이용으로 바뀌어 가는 계승(succession) 현상이 나타난다는 사실을 경험적으로 연구한 이론이다. [E.W.Burgess(1929), H.Hoqat(1939년), C.D.Harris; E.L.Ulman(1945년)등].

39) 박운흔, 前掲書, 472面; 李尙圭, 前掲書(下), 564面, 그리고 前掲書(上), 588면; 金道程 前掲書(下), 438面 참조.

40) 金南辰, 前掲書(下) 440面; 石琬顯, 前掲書(下), 532面 참조.

飛地開發 : Leap frogging development) 다시 평면적 확산을 거치게 되어 都心으로부터 개발 제한구역보다 더 멀리 떨어진 신개발구역의 地價가 훨씬 더 높게 형성된다. 따라서 同區域안의 土地所有者는 종래의 一次的 利用目的(농업지)보다는 土地의 最有效利用原則(Principle of Highest and Best use)에 입각하여⁴⁴⁾ 토지를 利用하고자 하지만 「개발제한구역」 안에서는 불가능하게 된다. 따라서 목적위배설에서의 종래목적은 同區域의 지정당시나 준거기준이 될지언정 시간이 상당히 경과한 개발제한구역에서는 적용하기 어려운 이론이 아닐 수 없다.

둘째, 개발제한구역은 公共財(Public goods)로서 都市住民全體가 收益者이므로 이로 인해 발생하는 社會的 費用은 公共負擔이어야 한다. 다시 말하면 開發制限區域이 아닌 都市行政區域 일종의 要役地라 할 수 있으며 同區域은 都市의 承役地가 되어 이는 公用地役權(Public case-ment)의 설정과⁴⁵⁾ 같은 것으로서 要役地 住民이 承役地 住民의 경제적 손실을 補償하는 것은 당연하다.

셋째, 開發制限區域의 土地는 收用보다 더 심한 財産權侵害를 無期限으로 받게 되므로 보상이 필요하다. 土地收用法에 의한 土地收用은 금전보상을 받음으로써 문제가 짧은 시일에

일단락 되며 더구나 生活補償까지 실시하고 있는 현재로서는 開發制限區域이 앞서(2의 나) 본 바와 같이 收用보다도 人間의 定住生活權(주거의 자유, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유 등)을 侵害하는 것이 아닐 수 없으므로 손실보상의 범위를 擴大하는 것이 公평의 원칙에 부합하는 것이다.

넷째, 土地公概念의 擴大로 開發利益이 遷收⁴⁶⁾되고 있음을 開發損失 특히 計劃損失은 보상되는 것이 社會的 衡평을 기하게 될 것이다.

以上에서 살펴 본 바와같이, 개발제한구역의 土地에 대하여 손실보상의 판단기준을 目的違背說에만 둘 때 公平負擔이 되지 아니하고 재산권 보장의 본질을 外面한 결과가 초래되므로 목적위배설의 확장이 필요하다. 다시 말하면 첫째, 都市空間은 人口 및 産業이 집중됨으로써 自然環境이 열악 해짐에 따라 從前의 方法에 의한 土地利用이 현재는 不可能할 수도 있으며, 기술의 진보, 交通·통신의 발달로 인하여 종래의 이용 방법은 아주 비효율적인 局面에 처하게 되는 경우도 있을 수 있는 것이다. 예컨대 각종 公害物質로 인한 개발제한구역내의 廢農 불가피 현상, 同區域내의 축사가 있었던 土地가 都市計劃區域으로 편입되어 축사로 이용할 수 없게 되는 경우, 동구역 주변(밖)의 완전한 택지화 등을 들 수 있다.

오컨대 목적위배설은 한계가 있다. 즉 목적위배설에서의 '목적은 계획제한 결정시점을 기준으로 하고 있으나 그럴 것이 아니고 주변 유사 지역의 토지이용이나 이용가능성 여부를 기준으로 하는 것이 합당하다. 다시 말하면 土地가 장래에 이용폐지나 변경이 초래되지 않을 것으

44) 土地는 市場의 需要에 대응하며 다양하게 이용되는 것을 그 特徵으로 한다. 洪古成, 『不動產鑑定平價論』(凡論社, 1985), 40面 및 156面 참조.

45) 都市計劃制限을 가하는 財産權에 대하여 地役權을 설정하는 경우가 土地를 買收하는 것보다 보상비에 있어서 훨씬 저렴하다는 日本의 사례연구가 있다.(日下正基, 『琵琶湖流域における 自然環境保全のため 土地利用管理モデル 都市計劃』: 별책 학술연구는집 제21호 (일본도시계획학회, 1986) 349이하 참조.

46) 開發利益遷收到에 관한 法律(1990. 12.30) 제3조 참조.

로 객관적 조건으로 하여 補償不要라 하고, 條件違反의 경우는 보상을 要하는 것으로 판단하는 것이 합리적일 것이다.

IV. 損失補償의 方法 및 手段

1. 範 圍

우리나라 憲法 第23條 第3項은 ‘...補償은 法律로서 하되, 正當한 補償을 지급하여야 한다’고 하여 補償의 範圍, 즉 補償項 算出基準은 法律에 委任하고 있다. 따라서 損失補償基準에 관한 論議는 憲法 解釋論으로써 構成할 것이 아니고 앞으로는 立法論으로 행해질 것이 바람직하지만, 本稿上의 문제는 法에 규정이 없는 都市計劃制限에 대한 損失補償이 주요내용이므로 여전히 憲法 解釋論에도 依存하지 않을 수 없다. 특히 開發制限區域의 行爲制限에 따른 손실보상과 관련시켜 볼 때 (1) 엄격한 의미에서의 土地收用이 결코 아니며 (2) 憲法 第23條 第2項에 의거하여 財產權 行使의 公共福利 適合義務規定과 (3) 당해 土地가 갖는 地域的·社會的 拘束性的의 性質상 (4) 1989년부터 특히 강화되고 있는 소위 土地 公開發念 (5) 損失補償의 근거로 특별한 犧牲의 解釋上 (6) 都市財政의 限界 등의 이유때문에 計劃損失의 完全한 補償만을 고집할 수 없는 것이라고 생각한다.⁴⁷⁾

47) 原田尙彦 公用制限における補償基準 公法研究 29號 (1967), 179-80面; 宇賢克也, ‘公用制限と損失補償(上), (下)-自然公園法 中心; No.944(1988. 11.1), 18-25면, No.945(1989. 11. 15), 89~96면 참조.

한편 都市計劃制限에 따른 損失補償의 具體的 範圍와 관련하여 公用制限에 따른 損失補償에 대하여는, 相當因果關係說, 地價低落說, 積極的 實損補償說의 대립이 있지만,⁴⁸⁾ 여기서 相當因果關係說은 逸失利益을 포함할 수 있는 것으로서 原告에게 보다 유리하고 積極的 實損補償說은 被告에게 더욱 유리하다고 이해되고 있다. 그러나 積極的인 實損補償說은 설득력이 낮고 相當因果關係說은 위에서 열거한 都市計劃制限의 本質과 狀況으로 보아 技術的으로 적용하기 곤란하다.

다만 地價低落說은 都市計劃制限에 따른 地價의 低落分을 補償金의 기초로 한다는 것은 사실상의 補償이라고 할 수 있기 때문에 그만큼 현실성이 높아 설득력이 있어 채택하기 어렵지 않다고 할 것이다.

2. 方 法

(1) 개요

開發制限區域의 指定 結果로 발생한 社會的 制約의 한계를 넘는 財產權 侵害에 대한 손실보상의 수단은 收用의 경우와 마찬가지로 금전보상이 원칙이 되어야 할 것이다. 政府의 財源만 풍부하다면 公共財인 開發制限區域의 全 土地를 公有化하는 것도 바람직하지만 우리의 재정형편은 그렇지 못하다. 따라서 次善策으로 外國에서 처럼 土地所有權에서 利用權을 분리하여 보상의 수단으로 活用할 수 있을 것이다. 즉 美國에서의 경우처럼 開發權移讓(Transfer of Development

48) 同旨, 徐元宇, ‘現代行政法論(上), (博英社, 1988), 722~23면 劉京春 ‘土地利用의 立法的 規制에 관한 연구(법학박사학위논문, 고려대학교 1988. 12), 264面.

Rights)⁴⁹⁾이라든가, 空中權(Air Rights)의 去來⁵⁰⁾ 또는 利益關係者에 대한 地下開發權의 認定, 西獨의 一部 州에서의 國家 및 公共團體 등에 의한 土地所有者로부터의 地役權(Easement)의 公用買入(公用地役權의 設定)⁵¹⁾ 등을 補償手段으로 活用되고 있다. 그러나 우리나라에서는 이와같은 적극적인 보상수단 보다는 소극적인 정책적 보상수단이라고 할 수 있는 조세감면, 보조금 교부, 誘導地域制(Incentive Zoning)⁵²⁾ 등이 약간 活用되고 있을 뿐이다.

그런데 開發制限區域안의 土地에 대한 보상은 당해 土地의 주어진 여건이나 형상에 따라 가치 판단의 색채가 짙으므로 재산권 침해의 정도가 어떤 한계를 넘으면 完全한 補償, 受忍限界안에 있으면 無補償이라는 식의 全部 아니면 全無

(all or nothing)의 해결은 오히려 不公平을 낳게 할 우려가 있으므로 앞에 기술한 여러 보상수단을 組合함으로써 負擔의 平衡化를 도모하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 具體的인 경우에 있어서 보상방법

첫째, 開發制限區域內的 원주민에게는 指定 決定後 종래의 토지이용이 현저히 제약을 받게 되는 경우 土地 및 건물에 대한 財産稅 등을 감면하여야 한다. 왜냐하면 개발제한구역은 시민전체에 대하여 쾌적성을 영구적으로 제공하는 公共財이기 때문에 과세특례는 당연하다고 하겠다. 이점과 관련하여 현재는 同區域內이지만 軍事施設保護區域에 대해서는 非課稅하고 있는 바, 이를 開發制限區域 全域으로 확대하며 實施하는 것이 公平負擔의 原則에 合當한 것이라고 생각한다.

둘째, 開發制限區域 지정 전에 이미 조성된 宅地가 同구역 지정으로 인하여 건축허가를 못 받아 아직도 남아 있다면 그것들에 대해서는 현상유지가 목적이라면 地價下落分을 택지소유자에게 보상하여야 할 것이다. 왜냐하면 이는 私的效用說이나 目的違背說에 비추어 볼 때 전혀 妥當하지 않고 建築許可權의 남용이기 때문이다. 그에 따른 財政的 負擔이 크다면 해당 宅地는 建築의 自由를 원상으로 회복하여 주어도 開發制限 區域指定가격으로 처분하였으나, 그후 區域이 變更됨으로써 損失을 입은 자는 補償請求權者가 될 것이다. 現實的으로는 이들의 損失을 補償하기란 쉽지 않을 뿐만 아니라 그러한 補償이 전제 되었을 때에는 計劃의 탄력성이 크게 저해 받게 되므로 이 경우에는 일정한 要件이 구비됨을 조건으로 하여야 할 것이다.

49) T.D.R.은 도시계획등에 의해서 건축제한을 받는 건물의 소유자가 用途地域(Zoning)규제상 허용된 개발한도에서 현재의 용적율을 除한 나머지 용적율을 타인에게 양도하는 것이 허용되는 제도로서 이는 土地利用을 규제하면서도 그로부터 야기되는 손실을 정부의 부담 없이 보상할 수 있는 제도이다. 이는 1961년 Gerald Uogday 에 의하여 최초로 제안되었으며 후에 Chavoshian, Norman, Nieswand, Costanis 등에 의하여 정교하게 발전되었다. 현재 미국에서 T.D.R.을 利用하고 있는 경우 뉴욕주등 10여개주 25여개 도시가 있다.

기타 상세한 것은 拙稿, “都市計劃制限과 損失補償”(박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1989. 12) 214-225面 참조할 것.

50) 1927년 Illinois 주에서 최초로 立法化된 제도로 우리나라에도 철도부지위의 공중현을 실제로 活用하고 있다. 기타 상세한 것은 土地拙稿 226~231面 참조할 것.

51) 상세한 내용은 上揭拙稿 231~233面 참조할 것.

52) 인센티브 굴넣은 bonus-zoning 또는 bonus system. bonus-incentive system으로 불리어지고 있는데 이는 1960년대 초기부터 미국의 각도시에 전통적인 Zoning을 보완하기 위해 마련한 장치이다.

내째, 補償金支拂의 效果와 관련하여 일정한 行爲의 禁止에 대하여 일단 補償金을 지급 받은 者에 의한 동일한 行爲의 許可는 불가능한 것으로 새겨야 한다. 그러나 개발제한구역이 해제결정되어 재차 許可 신청을 할 때에는 신청자는 이미 받은 補償金을 그때까지의 加算하여 반환함이 마땅하다. 향후 동 許可申請이 거부 되었을 경우에는 새롭게 補償을 請求할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

V. 結論

開發制限區域안의 土地中 社會的 制約을 넘는 「特別한 犧牲」에 대한 損失補償은 都市計画法의 立法的 不備로 學說·判例에 의하여 보상이 논의되고 있을 뿐이다. 본고에서는 都市計画法의 제21조에 대해 違憲無効說이나, 헌법규정 근거 의하여 보상청구권이 직접 발생한다는 직접 효력설에 상관없이 計劃制限中 「특별한 희생」에 대한 손실 補償에 대한 보상대상과 기준, 방법(수단) 등에 대하여 고찰하였다. 開發制限區域안의 土地中에서 「특별한 희생」을 강요

받고 있는 토지를 판단하는 기준으로서 多數說이라고 할 수 있는 目的違背說을 擴大受容하여 지정 당시의 토지이용목적이 장래에는 불가능할 경우에도 보상을 하여야 할 것이다. 이는 日本에서 一部 주장되는 「현상동결」이 가까운 장래에 확실한 이용폐지, 변경을 초래하지 않는 것을 조건으로 하자는 견해에 동의하고, 서독의 地區詳細計劃(Bebauungsplan)이 집행됨으로써 경제적으로 이미 기대할 수 없는 利用인 경우를 보상요건으로 하고 있는 점을 감안 할 때, 비교적 합리적인 기준이라고 생각한다. 또한 개발제한구역은 公共財로서 영구히 기능을 담당한다는 점에서 「특별한 희생」을 하고 있는 土地所有者에 대한 보상방법은 計劃制限其間의 단계에 따라 소극적 정책보상(예, 조세감면, 보조금지급 등)으로서 적극적 大權補償(예, T.D.R., 公共地役權의 設定등) 및 특별한 경우에는 금전보상이나 매수청구제도를 立法化할 것을 제안하였다.

이와같은 여러 내용은 도시계획법의 개정을 통하여 立法的으로 해결하는 것이 憲法 제23조 및 헌법 제11조의 기본권보장에 만전을 기할 수 있을 것으로 생각된다.