

농업진흥지역에 대한 보상 — 한국과 미국에서의 비교를 중심으로 —*

금태환**

국문초록

이 논문은 한국에서의 농촌진흥지역에 대한 보상의 문제를 다루면서 미국의 농업지구에 대한 보상을 검토하여 그 시사점을 얻으려 한다. 농업진흥지역에서는 농지의 보전을 위하여 지구를 지정하고 원칙적으로 농업관련시설 만을 건축하게 한다. 이는 구 도시계획법 제21조가 정하는 녹지 보전을 위한 개발제한지구의 제한과 비슷하다. 그리하여 이 논문은 먼저 헌법재판소의 구 도시계획법 제21조에 대한 위헌 소원 사건을 분석한다. 헌법재판소가 현재와 같이 경계론의 입장을 계속 유지할 경우, 농지법이 농업진흥지역에 대한 보상을 규정하지 않기 때문에 농업진흥지역 토지 소유자가 그 재산권의 제한이 과도하다고 하여, 보상을 청구할 수 없으며 위헌의 문제만을 발생시킨다고 분석한다. 농업진흥지역이 대지와 잡종지, 공장용지를 모두 포함하고 있으며, 이러한 토지 소유자들에게 엄격하게 농업관련 시설만을 건축하게 하는 것은 농업용 시설이 매우 한정적이기 때문에 비례의 원칙과 평등의 원칙을 위배할 가능성이 있다고 지적한다. 또한 농업진흥지역 지정이 시행규칙이나 훈령에 의해 이루어지지 않았으며, 그 해제나 변경이 정기적인 기초조사에 근거하고 있지 않고, 임의적이고 수시적이며, 정치적인 요소에 의해 영향을 받을 수 있고, 농업진흥지역의 지정 비율이 지역에 따라 크게 차이가 나는 점 등은 헌법이 정하고 있는 적법절차를 위배할 가능성이 있다고 지적한다. 이어 농지법이 정하고 있는 농업진흥지역 내의 농지 소유자들이 가지는 매수청구권은 형성권이 아닌 청구권이고, 농업진흥지역 내의 농지소유자만이 가지는 것이므로 위헌적 요소를 해결할 수 있는 조절적 보상이 되기에는 부족하다고 분석한다.

미국의 농업지구에 대한 보상은 농업지구의 지정으로 “규제적 수용이 발생하는가” 하는 문제인데, 농업지구의 지정으로 행위제한이 가해지고 그로 인하여 지가가 하락한다고 하더라도 규제적 수용이 발생하지 않는다는 Penn Coal 판결, Lucas 판결을 분석한다. 미국에서도 농업지구의 지정이 현저하게

* 이 논문은 2013학년도 영남대학교 학술연구조성비 지원에 의한 것임. 또한 이 논문은 2013. 6. 19. 영남대학교 법학전문대학원에서 “농지의 보전과 전용”이라는 주제로 개최된 학술대회에서 발표한 논문을 수정 보완한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수, 영남대학교 부설 한국 농업·식품법 연구소 소장

합리성을 잃은 경우 적법절차 위배라고 선언된 농업지구 지정도 있다. 이어 미국에서 논의 되고 있는 개발권매수제의 장점과 단점을 논의하며, 현재 미국에서 광범위하게 이용되고 있는 보존지역권에 대하여 검토한다. 개발권매수제나 보존지역권은 소유권으로부터 개발권을 영구적으로 분리시켜야 하는데, 한국 법제로는 소유권과 개발권의 분리가 불가능하여, 그 제도가 추구하는 내용인 실질적인 보상과 세제지원의 정신을 받아들여야 한다고 주장한다.

그리하여 현재 농업진흥지역 토지 소유자들만이 지고 있는 농지 보전의 부담을 사회구성원 모두가 공평하게 나누어 가져야 하며, 그 방법으로는 농업진흥지역 제도의 정기적인 재정비, 현재보다 한층 강화된 농업진흥지역 토지 소유자들에 대한 보상과 농업진흥지역 토지 소유자들만에 대한 세제지원을 주장한다.

주제어: 농업진흥지역, 손실보상, 적법절차, 규제적 수용, 개발권양도, 보존지역권

목 차

- I. 서
- II. 한국에서의 농업진흥지역에 대한 보상
- III. 미국에서의 농업지구(agricultural zoning)에 대한 보상
- IV. 결론

I. 서

농지법은 농지가 농업진흥지역으로 지정된 경우 농업생산 또는 농지개량과 직접적으로 관련되지 아니한 토지 이용행위를 할 수 없는 등 소유자의 행위를 제한하고 있다.¹⁾ 이는 헌법이 정하고 있는 “공공필요에 의한 재산권의 제한”이며, 그에 대한 보상은 법률로서 하되 정당한 보상을 지급해야 한다.²⁾ 그러나 농지법은 농업진흥지역 지정으로 재산권의 제한을 받는 소유자에 대하여 보상을 규정하지 아니하고 있으며, 다만 농업진흥지역 농지 소유자는 한국 농어촌공사에 그 농지의 매수를 청구할 수 있다.³⁾ 농업진흥지역으로 지정된 토지는 대부분의 개발행위가 억제되는 만큼 비 진흥지역 토지에 비해 상대적으로 가격이 하락하여 소유자가 입는 경

1) 농지법 제32조.

2) 헌법 제23조 제3항.

3) 농지법 제33조의2.

제적 손실이 적지 않다.⁴⁾ 그렇다면 농업진흥지역 지정은 손실보상을 요하는 공용제한인가, 손실보상을 정하고 있지 않은 농지법의 효력을 어떠한가 하는 점을 다루는 것이 이 논문의 첫 번째 목적이다. 두 번째 목적은 이러한 문제가 미국 연방헌법에서는 어떻게 다루어지고 있으며, 미국의 제도가 우리에게 주는 시사점을 무엇인가를 살피는 것이다.

II. 한국에서의 농업진흥지역에 대한 보상

1. 공용제한 보상과 관련한 두 가지 입장

가. 헌법 상 손실보상이 요구되는데도⁵⁾ 손실보상을 규정하지 아니한 공용제한 입법에 대하여 그 입법을 위헌으로 할 것인가 아니면 그러한 입법에도 불구하고 손실보상을 인정할 것인가 하는 견해의 대립이 있다. 이는 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하게 하는 헌법 제23조 제1항과, 재산권의 제한에 대한 보상을 정하고 있는 헌법 제23조 제3항과의 관계에 관한 소위 분리론과 경계론의 대립과 직결된다.

나. 분리론에 따르면 재산권의 내용과 한계는, 재산권의 제한에 대한 보상과는 엄격히 분리되는 것으로, 재산권의 제한이 일반적인 공익을 위하여 일반적·추상적으로 재산권을 새롭게 정의하려는 목적을 가진 경우에는, 재산권의 내용과 한계에 속하며 입법권의 형성의 자유에 속한다고 한다. 그러한 입법이 재산권의 침해정도가 과도한데도 불구하고 보상입법을 정하지 않은 경우 그러한 입법은 과잉금지의 원칙 및 평등원칙에 어긋나서 위헌이다. 다만 그러한 위헌은 비금전적 조치인 조절적 보상에 의해서도 구제될 수 있다. 분리론에 따르면 보상을 요하는 수용은 개인재산에 대하여 고권적인, 완전 또는 부분적 박탈이지만, 여타의 제한 규제는 재산권의 내용과 한계에 관한 입법적 형성이다.⁶⁾ 이와 달리 경계론에 따르면 재산권의 내용과 한계의 문제와 보상의 문제는 단순한 경계의 문제이며, 공공필요에 의한 재산권의 제약이 재산권에 내재하는 사회적 제약을 넘는 경우에는 바로 보상의 문제를 발생시킨다.⁷⁾ 입법이 재산권의

4) “농지규제의 개선방향: 농업진흥지역 지정제도를 중심으로”, 경기개발연구원, 『정책연구보고서』, 2007. 2. 24면, 44면. 김수석 외 2인, “농지보전과 농업진흥지역제도 개선방안”, 한국농촌경제연구원, 2009. 11. 21면(농업진흥지역 안팎의 농지가격 차이는 수도권인 경기도에서 가장 크게 나타나고 그 다음이 충남이며, 전남과 경남 등에서는 미미한 것으로 나타났다고 한다. 전국의 평균으로는 농업진흥지역 농지는 지역 외 농지의 76-77%에 이른다)

5) 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다.(헌법제 23조 제3항)

6) 박균성, 전계서, 548면.

침해정도가 과도한데도 불구하고 보상입법을 정하지 않은 경우 분리론에 따르면 위헌의 문제를 발생시키는데 비하여 경계론에 따르면 바로 보상의 문제를 발생시키는 점에서 근본적인 차이가 있다.

2. 공용제한에 관한 헌법재판소의 태도

가. 헌법재판소는 개발제한구역을 지정하고 그 구역에서 일정한 행위를 제한하는 구 도시계획법 제21조⁸⁾에 대하여 분리론에 입각한 결정을 하였으며,⁹⁾ 이후에도 같은 취지에 입각한 결정을 하여 오고 있다.¹⁰⁾ 구 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 사건에서 헌법재판소 다수의 견은 다음과 같다.

개발제한구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항, 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정인바, 토지재산권은 강한 사회성, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례

7) 같은 책, 549면.

8) 도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것) 제21조(개발제한구역의 지정) ①건설교통부장관은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보존하여 도시민의 건전한 생활환경을 확보하기 위하여 또는 국방부장관의 요청이 있어 보안상 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 때에는 도시개발을 제한할 구역의 지정을 도시계획으로 결정할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 지정된 개발제한구역 안에서는 그 구역지정의 목적에 위배되는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토지면적의 분할 또는 도시계획사업의 시행을 할 수 없다.

9) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고, 89헌마214 결정.

10) 자연공원 중 자연환경지구에서의 건축행위 제한에 관하여 규정한 자연공원법 제23조 제1항 제1호 중 제23조 제2항 제1호에 의한 제18조 제2항 제2호 적용부분에 관한 위헌소원(헌법재판소 2006. 1. 26. 선고, 2005헌바 18 결정).

초·중·고등학교 및 대학교 경계선으로부터 200미터 내로 설정된 학교환경위생정화구역 안에서 여관시설 및 영업행위를 금지하고 있는 학교보건법(2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정된 것) 제6조 제1항 제11호에 관한 위헌소원(헌법재판소 2006. 3. 30. 선고, 2005헌바 110 결정).

국토해양부장관, 시·도지사가 도시관리계획으로 ‘역사문화미관지구’를 지정하고 그 경우 해당 지구내 토지소유자들에게 지정목적에 맞는 건축제한 등 재산권제한을 부과하면서도 아무런 보상조치를 규정하지 않고 있는, 구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2005. 3. 31. 법률 제7470호로 개정되고, 2008.

2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제37조 제1항 제2호 등에 관한 위헌소원(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고, 2009헌바 328 결정)

성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니 된다.

개발제한구역 지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에, 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.

개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아야 한다. 자신의 토지를 장래에 건축이나 개발목적으로 사용할 수 있으리라는 기대가능성이나 신뢰 및 이에 따른 지가상승의 기회는 원칙적으로 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다.

입법자가 도시계획법 제21조를 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권 제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.

나. 이러한 결정은 독일의 분리이론을 그대로 따른 것이며, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 경우에도 그 법률의 위헌의 문제만을 발생시킬 뿐, 그 것과 별도로 보상의 문제를 발생시키지는 않는다고 본다.¹¹⁾ 또한 공용제한이 위헌의 문제를 발생시키지 않는 경우는 “공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 것”이거나, 그것이 과도하더라도 “매수청구권 등의 조절적 보상”을 규정하고 있는 경우라고 한다.

¹¹⁾ 위헌으로 보더라도 과실이 없어 국가배상이 어렵고, 공용제한의 경우는 헌법 제23조 제3항에 의해 해결되어야 하므로 재산권의 과도한 침해에 대하여는 보상을 인정해야 한다는 유력한 반대설이 있다.(김동희, 『행정법I(14판)』, 563면)

3. 농업진흥지역에 대한 보상가능성

가. 헌법재판소의 결정과 같은 분리이론에 입각해 보면 처음부터 보상규정이 없는 한 보상은 불가능하며, 농업진흥지역 재산권에 대한 제한이 공익적 요청에 따른 사회적 제약을 구체화하지 않는 것이거나, 소유자가 과도한 재산권침해를 받고도 조절적 보상 규정이 없는 경우 관련 규정은 위헌의 문제를 발생시킨다.

나. 농업진흥지역 지정의 공익적 요청

농업진흥지역은 “농지를 효율적으로 이용·보전함으로써 농업의 생산성을 도모하기 위하여” 1990. 4. 7. 제정된 농어촌발전특별조치법으로부터 시작하였으며, 농업진흥지역이 최초로 고시된 것은 1992. 12. 이었다. 농업진흥지역은 종래의 필지별 보전방식에서 권역별 보전 방식으로의 전환을 의미하며, 이러한 권역별 보전방식은 ①지역특성에 맞는 효율적인 농지보전이 가능하며, ②국토이용계획과 농지보전방식을 일원화시킬 수 있으며, ③보전권역을 지정하고 취락, 도로, 하천, 농업생산기반 등을 종합적으로 정비함으로써 토지이용의 실효성이 제고된다고 한다.¹²⁾ 농업진흥지역 제도는 1996. 1. 1. 농지법이 시행되면서도 이어졌으며, 현행 농지법도 농업진흥지역을 농지를 효율적으로 이용하고 보전하기 위함이라고 하고 있다.¹³⁾ 도시화가 진행되면서 발생되는 무계획적인 농지전용으로부터 농지를 보전하고 우량농지를 보전하여 식량안보에 기여하며, 농업용 수질환경 보전을 위하여 농업진흥지역을 지정하는 것이 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 규정한¹⁴⁾ 헌법취지에도 부합한다고 할 수 있다.

다. 농업진흥지역 제도의 내용

농업진흥지역¹⁵⁾은 ①농업용으로 이용하고 있거나 이용할 토지가 집단화되어 있는 지역인 농업 진흥구역과, ②농업환경을 보호하기 위하여 필요한 지역인 농업보호구역으로 나누어지며,¹⁶⁾ 농업진흥지역의 지정은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 녹지지역·관리지역·농림지역 및 자연환경보전지역을 대상으로 하고,¹⁷⁾ 시·도지사가 농림축산식품부의 승인을 받아 농업진흥지역을 지정한다.¹⁸⁾ 시·도지사는 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 농업진흥지역 또는

12) 김수석, 전개보고서, 11면.

13) 농지법 제28조.

14) 헌법 제122조.

15) 2012년 말 전체 경지면적은 173만ha이며, 농업진흥지역 안의 경지는 81만ha이다.(2013. 6. 19. 위 학술대회 농림축산식품부 발표자료, 68면)

16) 농지법 제28조.

17) 농지법 제29조.

18) 농지법 제30조.

용도구역을 변경하거나 해제할 수 있으며,¹⁹⁾ 농업진흥지역을 지정·변경 및 해제하려고 하는 경우에는 주민의견청취절차를 거쳐야 한다.²⁰⁾

라. 농업진흥지역 재산권에 대한 제한이 공익적 요청에 따른 사회적 제약을 구체화하고 있는지 여부 및 그것이 과도한 제한인지 여부

농업진흥지역으로 지정되면 농업진흥구역의 경우 일정한 예외를 제외하고는 농업생산 또는 농지개량과 직접적으로 관련되지 아니한 토지이용행위를 할 수 없으며, 농업보호구역의 경우 그보다는 넓지만 비슷한 제한을 받는다.²¹⁾ 그러나 농업진흥지역 지정 당시 관계법령에 따라 인가·허가 또는 승인 등을 받거나 신고하고 설치한 기존의 건축물·공작물과 그 밖의 시설에 대하여는 이러한 제한을 받지 않는다.²²⁾

농업진흥지역이 농지의 보전을 위한 제도라는 점에서 농업생산 또는 농지개량과 직접 관련되거나 토지이용행위를 하거나 농업관련 시설 등만을 설치하여야 하는 의무를 부과하는 것은 농지소유권자의 사회적 제약을 구체화하는 것이라고 볼 수 있다.

그런데 문제는 농업진흥지역에는 농지 외에 잡종지, 대지, 공장용지 등이 포함되어 있다는 점이다.²³⁾ 이는 1992년 농업진흥지역이 지정되면서 종래의 필지별 보전방식에서 권역별 보전방식으로 바뀌면서 일어난 현상이다. 권역별 보전방식은 농지와 취락 등을 종합적으로 정비하고자 하는 목적에서 시작된 것이며, 1ha 미만의 구역 내에 10호 미만 밀집된 자연부락도 농업진흥지역 지정대상이 될 수 있다.²⁴⁾ 이러한 자연부락이 농업진흥지역으로 지정되면 1992년 이전에 설치된 기존의 건축물을 제외하고는, 모두 농업관련 건축 예를 들어 주택이라면 농업인 주택이어야 하며 양도도 농업인에게 이루어져야 한다.

헌법재판소는 위 도시계획법 위헌 소원 사건에서 “구역지정으로 인하여 예외적으로 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지의 소유권은 이름만 남았을 뿐 알맹이가 없는 것이므로 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다”라고 하면서, “나대지의 경우 신축이 금지되는 결과를 가져오고”, “주변 상황의 변화로 인하여 지정당시에 행사된 용도대로의 사용이 불가능한 경우” 조절적 보상이 없다는 이

19) 농지법 제31조.

20) 농지법 제31조의2.

21) 농지법 제32조 제1항·제2항.

22) 농지법 제32조 제3항.

23) 1992년부터 2005년까지 농업진흥지역 중 논 밭이 아닌 면적은 5.7%에서 8%에 이른다. [경기개발연구원, 정책연구보고서(농지규제의 개선방향: 농업진흥지역 지정제도를 중심으로), 2007. 2. 21면]

24) 농림축산식품부 훈령 제176호 제5조 제2호.

유로 위 구도시계획법 제21조에 대하여 헌법불합치결정을 하였다.

농업진흥지역내에 기존의 건축물이 있는 대지, 잡종지에 대하여 종래의 목적으로 사용할 수 있는 것은 사실이고, 또 나대지의 경우 농업관련 목적으로 사용할 수 있기 때문에 토지의 사용·수익의 길이 없는 것은 아니라 할 것이다. 그러나 토지 특히 대지와 잡종지의 농업관련 목적은 매우 한정적이므로 그러한 토지가 나대지로 있는 경우 사실상 토지목적대로 사용하기는 매우 어려울 것이다. 또한 종래의 농업인 주택으로 건축된 것이더라도 사정변경에 따라 일반주택도 될 수 있어야 하는데 현행 농지법상 그러한 유연성을 전혀 인정하고 있지 않다.²⁵⁾ 이러한 점에서 현행 농업진흥지역이 대지와 잡종지, 공장용지를 포함한 것은 농업진흥지역 토지 소유자에 대한 “최소한의 침해”를 넘은 과잉침해라고 할 수 있다. 농업진흥지역은 농지의 보전을 위해(농업진흥구역), 용수원 확보나 수질보전 등 농업환경을 보호하기 위한(농업보호구역) 제도이다. 대지나 잡종지가 농업진흥지역이 된 것은 결국 농업환경을 보호하기 위한 것이라고 볼 수 있는데, 굳이 그러한 토지가 농업관련시설이나 농업인 주택의 부지 등으로만 사용되어야 할 필요는 없을 것이다. 그렇게 하는 경우 오히려 “1ha 미만의 구역 내에 10호 미만 밀집된 자연부락”的 발전만을 저해할 것이고, 농촌의 도시민 정주공간화를 방해할 것이다. 대지나 잡종지 등이 농업진흥지역이 되는 경우는 농업보호구역이 되는 경우 뿐인데,²⁶⁾ 대지나 잡종지가 용수원 확보나 수질보전 또는 농업환경과 관계되는 경우는 매우 드물 것이다. 이러한 점에서 권역별 보전을 이유로 농업진흥지역에 대지와 잡종지를 포함시키는 것은 헌법이 금지하고 있는 기본권 제한의 과잉이라 볼 수 있다.

헌법재판소는 기본권의 제한이 비례의 원칙을 벗어나 과도한 것이 된다고 하더라도 적절한 조절적 보상이 있으면 위헌의 소지를 없앨 수 있다고 한다. 농업진흥지역 지정에 대한 조절적 보상은 2012. 1. 17. 신설된 농업진흥지역 내의 농지매수청구권이다.²⁷⁾ 농업진흥지역 내의 농지 소유자들은 한국농어촌공사에 농지의 매수를 청구할 수 있고 한국농어촌공사는 감정평가 금액 기준으로 그 농지를 매수해야 한다. 농업진흥지역 내의 농지가 그 밖의 농지보다 상대적으로 가격이 낮고 그 점에서 재산권의 침해를 받고 있으므로 농지매수청구권을 인정하는 것 자체가 조절적 보상이 될 수 있는 것은 사실이지만, 그 제도의 운영실제가 농지매수청구권 행사를 사실상 가능하게 해야만 명실상부한 조절적 보상이 될 수 있을 것이다. 현재의 농지매수청구권은 형성권이 아니어서²⁸⁾ 농지 소유자의 청구가 있다고 하더라도 반드시 매수된다는 보장도 없다. 또한 현재까지 민원의 대상이 되고 있는 농업진흥지역 내의 대지와 잡종지에 대하여 매수청구

25) 농지법 제32조 제4항.

26) 농업진흥지역관리규정 별표2에 따르면 농업진흥구역 지정 대상은 농지·과수원 뿐이다. 동 규정 별표 3에 따르면 농업보호구역 지정 대상은 농업진흥구역에 필요한 수원공(저수지등)의 직접유역안에 있는 모든 토지, 농업진흥구역으로 둘러싸인 잡종지 또는 임야, 기타 녹지지역 등이다.

27) 농지법 제33조의2.

28) 농지법 제33조의2 제2항은 한국농어촌공사의 매수를 재량사항으로 하고 있다.

권이 인정되지 않는 것은 제도의 결함이고, 농업진흥지역 지정의 위헌성을 구제하는 조절적 보상이 되기에는 부족할 것이다.

마. 경계론에 따를 때

헌법재판소의 견해와는 달리 과도한 재산권의 침해가 있을 때 바로 손실보상이 가능하다는 것이 경계론의 입장이다. 문제는 어떠한 경우에 농업진흥지역 지정으로 인하여 토지 소유자가 비례의 원칙을 벗어나 수인하기 어려운 특별한 희생이 있는가 하는 것이다. 일반적으로 공용제한으로 인하여 토지가격의 상대적 하락이 있다고 하여도 그것은 수인해야 할 재산권의 사회적 제약 범위 내에 있는 것으로 본다. 농업진흥지역의 지정으로 토지의 가격이 하락하였다고 하더라도 그것을 특별한 희생이라고 할 수는 없을 것이다. 다만 토지 소유권에 대한 제한으로 말미암아 그 소유권이 유명무실하게 되었다고 할 수 있는 경우 바로 손실보상청구가 가능할 것이다.

4. 농업진흥지역 지정과 적법절차²⁹⁾

가. 적법절차원리는 형사절차 뿐 아니라 입법, 행정 등 모든 공권력 작용에 있어서 지켜야 할 기본원리이며,³⁰⁾ 헌법재판소와 대법원도 이를 인정하고 있다.³¹⁾

나. 농업진흥지역은 1992년 농어촌발전특별조치법에 따라 지정되었으며, 당시 서울특별시장·직할시장 또는 도지사가 시·도농어촌발전심의위원회의 심의를 거쳐 농림수산부장관의 승인을 얻어 진흥지역을 지정하고, 농업진흥지역을 지정한 때에는 자체 없이 고시하고 일반이 열람하게 하였다.³²⁾ 농업진흥지역의 변경절차도 마찬가지이었다.³³⁾ 1996년부터 시행된 농지법도 2012. 1. 17.까지는 마찬가지의 절차를 거치게 하고 있었다.³⁴⁾ 가장 큰 문제는 농업진흥지역이 한번 결정되면 행정부가 임의로 변경하기 전까지는 언제까지라도 그대로 있다는 것이다. 이점은 일본의 농업진흥지역정비에 관한 법률이 5년마다의 기초조사를 의무화하고 있는 점³⁵⁾과 큰

29) 적법절차 위배가 적법한 행정작용을 전제로 하는 손실보상과 직접 관계되는 것은 아니지만, 적법절차 위배로 인한 위헌이 발생하면 국가배상 내지 수용유사침해가 발생한다는 설에 의하면 적법절차 위배도 넓은 의미의 손실전보 원인에 포함시킬 수 있다.

30) 김철수, 『헌법 학개론 15전정판』, 507면.

31) 헌법재판소 1992.12. 24. 선고, 92헌가 8 결정. 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 판결.

32) 농어촌발전특별조치법(1990.4. 7. 제정 법률 제4228호) 제42조.

33) 동법 제43조.

34) 농지법 제30조-제31조.

35) 일본 농업진흥지역정비에 관한 법률 제12조의2.

차이가 있다. 농업진흥지역 토지 소유자들에게 개별적인 변경신청권을 인정하는 것이 가장 적절하지만³⁶⁾ 거기까지는 못가더라도 행정부의 정기적인 검토 작업이 의무화되어야 하는 것은 적법절차의 최소한의 요구라 할 것이다. 2012. 1. 17. 개정된 농지법은 농업진흥지역을 지정·변경 및 해제하려는 때에는 미리 해당토지의 소유자에게 그 내용을 개별통지하고 해당 지역주민의 의견을 청취하도록 하도록 하고 있다.³⁷⁾ 이때까지도 토지소유자의 의견 제출 기회는 있었지만,³⁸⁾ 토지소유자에게 개별 통지 의무를 부과한 점에서 한층 진전된 입법이다. 그러나 그것도 행정부가 임의로 지정 또는 변경하는 경우에 한하기 때문에 행정부의 임의적 지정·변경이 아닌 정기적이고 실질적인 검토 작업이 선행되어야 헌법상 요구되는 적법절차의 요건을 준수하였다고 할 수 있을 것이다.

다. 농업진흥지역은 1992년 당시 농업진흥공사 농어촌 개발처에서 선긋기 작업을 담당하였으며, 지정면적은 1992년 이후 2004년까지 계속 증가하다가 2004-2006년의 정체상태를 거쳐 2007-2008년의 지정해제로 크게 감소하였다.³⁹⁾ 2008년 현재 시도별 농업진흥지역 현황은 다음과 같다.

<표 1> 시도별 농업진흥지역 현황(2008)⁴⁰⁾

단위: 천ha,%

구 분	광역시	경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주	계
전체농지	70.5	187.8	113.1	121.9	241.9	208.5	311.1	280.6	166.7	56.7	1,758.8
농업진흥지역 면적(비율)	20.8 (29.5)	114.4 (60.9)	49.6 (43.9)	57.7 (47.3)	175.6 (72.6)	141.3 (67.8)	224.3 (72.1)	153.3 (54.6)	96.5 (57.9)	0 (0)	1,033.5 (58.7)
진흥지역내 농지(비율)	16.9 (24.0)	91.8 (48.9)	39.7 (35.1)	43.6 (35.8)	138.6 (57.3)	114.6 (55.0)	167.6 (53.9)	125.1 (44.6)	77.6 (46.6)	0(0)	815.5 (46.3)

36) 농업진흥지역 토지 소유자가 농업진흥지역 해제를 청구할 권리는 없다.(농업진흥지역해제거부처분취소청구, 농림부 02-08576, 2003. 2.10. 경상남도지사). 그러나 농업진흥지역 내의 부지, 잡종지, 공장용지의 소유자는 특별하게 예외적으로 농업진흥지역으로 지정되어 있으므로 해제 청구권을 인정해야 할 것이다.

37) 농지법 제31조의2.

38) 농업진흥지역관리규정 제7조.

39) 김수석, 전계보고서, 16면.

40) 같은 책, 17면. 이는 5년 전의 통계이지만 2008년 이후에는 대규모의 해제가 없었기 때문에 현재도 상황은 거의 비슷하다.

이 표를 보면 시도별 전체 농지 대비 농업진흥지역 지정비율이 크게 차이가 나는 것을 알 수 있다.⁴¹⁾ 또한 진흥지역내의 농지 비율이 매우 적은 것을 알 수 있고 많은 부분이 임야 등의 농업보호구역이라고 짐작할 수밖에 없다. 시도별로 전체농지가 집단화된 비율이 거의 비슷 하다면⁴²⁾ 농업진흥지역 면적 비율도 비슷하여야 할 것이다. 시·도별로, 시·군별로 지정비율이 너무 현격하게 차이가 나는 것은 그 지정과 해제의 객관성이 적다고 볼 수 있다. 실제 지방자치단체장들은 관내의 농업진흥지역 해제를 강력하게 추진하고 있고, 국회의원들도 이에 동조하고 있다.⁴³⁾ 이와 같이 농업진흥지역의 해제가 정치적인 이유로 이루어진다면 농업진흥지역 지정의 객관성, 공정성이 담보된다고 보기 어려우며, 헌법이 정하고 있는 실체적·절차적 적법절차를 준수하고 있다고 보기 어렵다.

라. 1992년 농업진흥지역 지정당시 용도구역 별 세부지정요령에 관하여는 농림수산부장관이 정하도록 하였는데,⁴⁴⁾ 당시 시행규칙이 정해진 적이 없고, 또 훈령인 농업진흥지역관리규정도 2007. 9. 4.부터 시행되어 농업진흥지역의 지정은 법규명령이나 행정규칙의 제정없이 이루어졌다고 할 수 있어, 이점도 실체적·절차적 적법절차를 준수하였다고 보기 어렵게 하는 요소 중의 하나가 되고 있다.

5. 농업진흥지역에 대한 손실보상 외의 혜택

가. 손실보상은 엄격한 요건 하에 이루어지는 법률적 보상이다. 농업진흥지역 내의 토지와 그 밖의 토지가 개발가능성의 차이로 상당한 가격차이가 나는 데도, 현재의 손실보상 이론이 이를 해결하지 못함으로써 사회적 불평등이 발생하게 된다. 헌법재판소는 구 도시계획법 제21조에 대항 위헌 소원 사건에서 “구역의 지정으로 인한 토지재산권의 제한이 비록 헌법적으로는 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범위 내라 할지라도, 구역의 지정이 도시민의 건전한 생활환경을 위한 것임에도 불구하고 수익자인 도시민은 최소한의 부담도 하지 아니하고 오로지

⁴¹⁾ 이 점은 전국 시군별 통계로서도 잘 들어난다. 경지면적별 농업진흥지역 비율은 공주시의 64.4%에서 강진군의 98.5%까지 현저한 차이를 보이고 있다.(박석두, 농업진흥지역관리방안연구, 농촌경제연구원, 2006.11. 49면)

⁴²⁾ 농업진흥구역관리규정 별표 1, 2에 따르면, 평야지는 집단화규모 10ha이상인 지역, 중간지는 7ha이상인 지역, 산간지는 3ha이상인 지역이 농업진흥구역이 되며, 농업보호구역은 농업진흥구역의 농업환경을 보호하기 위한 지역이다. 또한 기준 이하의 소규모 농지집단지역이라도 인접농지와 종합하여 집단화도를 측정한다. 이렇게 지역에 따른 집단화 정도 규모를 달리 한 것은 지역 간의 형평을 고려한 것일 것이다.

⁴³⁾ 조선일보 2013. 4. 16. 김문수 경기도 지사, “농부 부족해 농지 남는다”...농업규제완화 주장, 2008. 7. 21 경기도 “규제완화에 여당 도움 절실” 기사 참조.

⁴⁴⁾ 농어촌발전특별조치법 시행령([시행 1992.12.24.] [대통령령 제13785호]) 제46조 제3항.

구역 내의 주민과 토지 소유자들에게만 그 부담을 전가하는 것은 형평과 사회정의의 요청에 반하므로, 구역 내의 주민이나 토지소유자들에게는, 예컨대 각종 세금의 감면 등 다양한 혜택을 부여하는 한편 수익자로부터는 개발이익을 환수하는 방법을 통하여 구역 내 주민의 부담을 완화하고 형평을 회복하는 등의 조치를 취하는 것이 바람직하다 할 것이다”라고 한다. 이러한 논리는 농업진흥지역 토지 소유자들에게도 너무나 당연하고 필수적이라 할 것이다.

나. 농업진흥지역 토지 소유권자들이 받게 되는 제한은 식량안보, 농지보전, 농업용수보전 등의 공익적 요청에 의해 발생한 것이고 재산권의 제한, 개발가능성의 배제, 그로 인한 토지 가격의 하락 등의 부담을 농업진흥지역 토지 소유자들에게만 돌리는 것은 형평과 사회정의의 요청에 어긋나는 것은 두말할 나위가 없다.

현재 농업진흥지역 토지 소유자에게 주어지는 혜택은 ①높은 쌀 고정직불금이 책정되고 (2013년 농업진흥지역 농지에 대하여는 1㏊당 85만 127원, 그 밖의 농지에 대하여는 68만 102 원임), ②농업진흥지역에 대한 개발투자 확대 및 우선지원이 농지법에 규정되어 있는 정도다.⁴⁵⁾ 현재 농지에 관하여는 취득세, 중여세, 양도소득세 등의 감면 등이 규정되어 있지만,⁴⁶⁾ 농업진흥지역만에 대하여는 특별한 조세감면이 규정되어 있지 않다. 또한 농업진흥지역만에 대한 개발투자 확대도 뚜렷하지 않은 점을 감안하면 현재의 농업진흥지역에 주어지는 혜택은 고정직불금이 다른 농지에 비해 상대적으로 많다는 것 정도에 불과하다.⁴⁷⁾

6. 소결론

현재의 헌법재판소 태도에 따르면 농업진흥지역에 대한 손실보상은 새로운 입법에 의해서만 가능하다. 손실보상을 규정하지 않은 농지법이 농지에 대한 매수청구권을 인정함으로써 농지에 대한 농업진흥지역 지정이 위헌이 될 소지도 없어졌다. 다만 농업진흥지역 내의 대지나 잡종지에 대하여는 그 재산권에 대한 제한이 과도하다고 인정되는 경우 위헌이 될 여지도 남아 있다.

45) 농지법 제33조. 이에 따라 농업진흥지역내의 농지규모화 사업을 지원하고, 농지매수를 지원하며, 배수개선, 다목적용수개발사업을 우선 지원한다고 한다(2013. 6. 19. 위 학술대회 농림축산식품부 발표자료 81면).

46) 김보남 외 1인, “농지에 대한 조세제도의 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 『조세연구』 제10-1집(2010), 216-257면.

47) 박석우, 전계보고서, 46면(고정직불금 외에도 농업진흥지역 농지보전직불금 도입, 경영이양직불금의 차등 도입, 영농규모화사업과 농지은행사업은 농업진흥지역에서만 시행, 기반정비, 농지임대수탁제도는 농업진흥지역에서만 가능 등의 제도 개선을 제안하고 있다). 2013년 현재 쌀소득 보전직불금을 제외한 농업진흥지역에 대한 직접적인 혜택은 “경영이양 전 3년 이상 계속하여 농업진흥지역 내 농지소유자에 대하여 경영이양직불금을 지급하는 것”이다.(그러나 요건이 엄격할 뿐 농업진흥지역 외 농지소유자가 경영이양직불금을 받지 못하는 것은 아니다. 농산물의 생산자를 위한 직접지불제도 시행규정 제6조)

손실 보상법 이론에 따른 보상은 불가능하다 하더라도 사회적 형평의 견지에서 농업진흥지역에 대한 혜택이 주어져야 하는데도 현재까지 인정된 혜택은 미미하다.⁴⁸⁾

III. 미국에서의 농업지구(agricultural zoning)에 대한 보상

1. 개요

미국의 농업지구는 1970-1980년대 널리 퍼졌으며 주로 지방정부(local government) 차원에서 이루어지고 있다. 농업지구 지정은 “농지의 이용 목적에 대한 법률적 구속”이며, 그것은 개발의 형태, 정도, 위치를 포함한다. 농업지구 지정은 행정관청에 의해 이루어지나 임의적이며 대부분의 농지는 농업지구로 지정되어 있지 않다.⁴⁹⁾ 농업지구는 전용 농업지구(exclusive agricultural zoning)와 비전용 농업지구(non-exclusive agricultural zoning)으로 나누어진다.⁵⁰⁾ 전자는 부속건물이나 창고 등 농업관련 예외적인 시설 건축을 제외하고는 농업 이외의 토지 사용이 금지되어 있다. 후자는 비농업적 사용 특히 주거용 건축을 허용하지만 밀도의 제한을 통하여(예를 들어 40에이커에 주거용 건물 하나, 혹은 160에이커에 주거용 건물 하나 등) 농업적 사용을 유도한다. 이러한 농업지구는 토지소유자의 개발권을 제한하는 것이고 그로 인하여 토지 가격이 하락하며 그 부담은 토지소유자가 지는 셈이 된다.

이러한 농업지구에 대한 보상 가능성의 문제는 두 가지 측면에서 검토된다. 하나는 농업지구 지정이 수정헌법 제5조⁵¹⁾가 규정하는 수용에 해당할 것인가 하는 문제, 다른 하나는 농업지구에 대하여 보상이 없을 때 그 근거법률이 적법절차를 규정하는 수정헌법 제5조, 제14조에 위반하지 않는가 하는 문제가 그것이다. 전자는 물리적 점유 없이 규제 규정으로 인하여 수용의 결과가 발생할 수 있는가 하는 규제적 수용의 문제이고, 후자는 근거법률이 위헌이 되면 행위의 금지 등을 청구할 수 있는가 하는 문제이다.

농업지구의 지정 외에 농지보전 정책수단으로 사용되는 것이 개발권 양도와 보존지역권 등이 있다.

48) 박석두, 전계보고서, 8면.

49) Margaret Rosso Grossman et. al., *Agrarian Land Law in the Western World*, 1992, p.177.

50) Mark W. Cordes, *Agricultural Zoning: Impacts and Future Directions*, 22 N.Ill.L.Rev. 419, 422(2002).

51) 누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이, 자유 재산이 공공용으로 수용당하지 아니한다.(미국 수정헌법 제5조)

2. 농업지구 지정과 규제적 수용

가. 규제적 수용의 의의

규제적 수용이란 재산에 대한 물리적 방법이 아닌 규제에 의해서 발생하는 수용으로서, 규제가 수용의 정도에 이른 경우를 말한다. 주로 지구제한 등 토지 이용규제, 토지의 이용허가거부, 자연 등과 관련하여 이러한 사실을 수용으로 볼 수 있는가 하는 문제이다.⁵²⁾

규제적 수용이 처음으로 인정된 것은 1922년의 Penn. Coal 판결⁵³⁾이었다. 이 판결은 “정부가 어느 정도까지는 보상 없이 재산의 가치를 감소시킬 수 있으나, 그것이 정도를 넘어서면(goes too far) 규제적 수용이 발생하며 정부는 보상을 해야 한다”고 판결하였다. 이어 1978년에 이르러 Penn Central Transp. Co. 판결⁵⁴⁾에서 규제적 수용을 인정할 수 있는 기준이 제시되었는데 ①정부행위의 성질, ②경제적 영향, ③투자기대에 대한 방해정도를 고려해야 한다고 하였다. 그리하여 토지에 대한 이용규제는 “그것이 실질적 공적 목적의 실현에 합리적 필요성이 없는 경우, 혹은 소유자의 재산이용에 대하여 부당하고 잔혹한 영향을 주는 경우에는 수용이 되는 경우가 있다”고 하였다. 이러한 판결을 종합하면 규제로 인하여 재산의 가치가 정도를 넘어서거나 부당하고 잔혹한 영향을 받는 경우 수용이 발생하고 보상하여야 한다고 볼 수 있다.

나. 농업지구 지정으로 인한 수용의 발생여부

미국에서 거의 대부분의 법원은 농업지구 지정이 규제적 수용을 발생시키지는 않는다고 한다.⁵⁵⁾ 법원은 일반적으로는 농업지구로 지정되었다고 하더라도 농업목적으로 사용할 수 있고, 경제적 가치가 남아 있으면, 토지 가격 하락이 상당하더라도 규제적 수용은 발생하지 않는다고 한다.⁵⁶⁾ 미국 법원은 “토지의 취득 시에 농업지구의 제한이 있는 것을 알았느냐, 토지의 취득 후에 농업지구의 제한이 있었느냐⁵⁷⁾, 농업지구의 지정이 건전한 계획에 입각하고 있느냐,⁵⁸⁾”라고 하는 것도 고려 요소로 하고 있다. 미국의 법원이 “농지 소유권이 규제당할 위험에 노출”되어 있다는 것도 이채롭다. Lucas 판결에서 법원은 “토지 소유자들은 주 경찰권의 합법적인 행사로서 새로이 시행되는 여러 조치에 의해서 수시로 그 재산권의 행사가 제한받을 수 있을

⁵²⁾ 규제적 수용론에 관하여는 금태환, “미국 연방대법원 Lingle v. Chevron 판결의 의미”, 『행정법연구』 제20호, 6면 이하.

⁵³⁾ Pennsylvania Coal v. Mahon, 260 U.S. 393.(1922)

⁵⁴⁾ Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S.104.(1978)

⁵⁵⁾ Mark, 전 게논문, 427면.

⁵⁶⁾ 예를 들면 Jafay v. Bd. of County Comm'r's of Boulder County, 848 P.2d 892.(Colo.1993)

⁵⁷⁾ 533 U.S. 606(2001)

⁵⁸⁾ Harris Bank of Hisdale v. County of Kendall, 625 N.E. 2d 845(1993)

것이라고 예상하고 있는 것으로 보인다”⁵⁹⁾라고 한다.

미국에서 농업지구 지정이 수용으로 되는 경우는 극히 예외적이지만 “주의깊은 계획에 따른 것이 아니어서 임의적이거나⁶⁰⁾, 특정한 소수의 토지소유자에게만 적용되는 경우⁶¹⁾”이다.

3. 개발권 양도(TDR: Transfer of Development Right) 혹은 개발권 구입(PDR: Purchase of Development Right)

가. 의의

개발권 양도(TDR) 혹은 개발권 매수(PDR)는 개발의 저조가 예상되는 지역(송출지역) 토지의 소유권 중에서 개발권을 분리하여 개발의 필요가 절실한 지역(수용지역)의 토지 소유자에게 양도시키는 제도이다.⁶²⁾ 이것은 미국의 일부 도시에서 시행되고 있으며⁶³⁾, 한국에서의 논의도 활발하다.⁶⁴⁾ 미국에서도 많은 학자들에 의해 주장되고 있지만, 현실적인 난점으로 인하여 미국에서도 시행되는 곳은 많지 않다.⁶⁵⁾ 개발권 양도가 성립하기 위해서는 먼저 종합적인 계획에 의하여 개발권을 송출하는 지역과 수용하는 지역이 결정되어야 한다. 어느 정도의 밀도로 개발될 것이나 하는 소위 개발의 밀도는 계획부서에 의해 결정된다. 개발권의 양도는 시장에서의 거래에 의해서 이루어지기 때문에 송출지역과 수용지역 간에 거래가 이루어질 정도의 시장성이 있는 개발권이 예측되고 매매되어야 한다.

⁵⁹⁾ Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1027(1992)

⁶⁰⁾ Twigg v. County of Will, 627 N.E. 2d 742(III. App.Ct.1994)

⁶¹⁾ Harris Bank of Hisdale v. County of Kendall, 625 N.E. 2d 845(1993)

⁶²⁾ 개발권 양도의 전체적 내용으로는 Tom Daniels & Deborah Bowers, Holding Our Ground: Protecting America's Farms and Farmland(1997). Jeanne S. White, Beating Plowshares into Townhomes: The Loss of Farmland and Strategies for Slowing its Conversion to Non Agricultural Uses, 28 Envtl. L. 113(1998). John J. Costonis, Development Rights Transfer: An Exploratory Essays, 83 Yale L.J. 75(1973). Julian Conrad Juergenmeyer et. al., Transferable Development Rights and Alternatives after Suitum, 30 Urb. Law, 441(1998)

⁶³⁾ 예를 들어 Montgomery County in Maryland, the Pinelands in New Jersey.

⁶⁴⁾ 김갑성 외 4인, “개발권양도제도의 도입을 통한 농업진흥구역 보전의 타당성 분석: 김포지역 사례를 중심으로”, 『지역연구』 제21권 2호, 2005. 8. 김인희, “시급한 도시계획상의 개발권양도제 도입”, 『정책리포트』 제17호, 2008.7. 1면 이하. 최대식 외 1인, “개발제한구역의 사회적 순익조정을 위한 개발권양도제 보의실험”, 『한국지역개발학회지』 제21권 제1호, 2009.3. 129면 이하. 김수석, 전계보고서, 102면(여기서는 “보전농지의 개발권을 소유권으로부터 분리하여 개발권을 국가가 매입하는 방식으로 개발행위 제한을 보상”하는 방안을 보전농지에 대한 지원 방안으로 제시한다)

⁶⁵⁾ Mark, 전계논문 455면.

나. 장점

개발권의 양도는, 농업지구의 지정으로 소유자에게 경제적 손실이 발생하는 데도 규제적 수용이 되는 경우가 매우 희박하므로 인하여 발생하는, 사회적 불공평을 해결할 수 있다. 개발의 제한으로 인한 경제적 손실을 제한 지역 소유권자만이 부담한다는 것은 불공평하고 개발권의 양도로 그 불공평은 완화될 수 있다. 또한 개발권의 양도가 당사자의 의사 및 시장에 의해 이루어지므로 보존목적을 좀 더 효율적으로 달성할 수 있다.⁶⁶⁾ 개발권의 양도가 특정 지구 예를 들어 소규모의 농업지구라면 지구체계화와 함께 시행되면 제한 목적을 달성하는데 도움이 된다.

다. 단점

개발권의 양도는 수용지역이나 송출지역의 개발에 대한 지속적인 안정성이 필요하다. 어느 쪽이던 개발의 필요성이 쉽게 달라질 수 있으면 송출지역과 수용지역의 안정성이 무너진다. 현실적으로는 한 지역의 개발필요성이나 보존의 필요성이 시간에 따라 많이 달라질 수 있다. 개발권의 양도는 상세하고 철저한 계획에 따라 집행될 수 있는데, 이것은 모두 인위적인 계획에 따를 수밖에 없고 그 제도의 성공여부는 계획의 완전성에 달려 있다.⁶⁷⁾ 여기에 시장기능이 제대로 기능하지 않으면 송출지역과 수용지역의 조정은 모두 인위적인 것이 된다.⁶⁸⁾ 송출지역의 개발밀도를 어느 정도 할 것인가 문제인데, 너무 심하면 헌법상의 수용이 될 수 있고,⁶⁹⁾ 평등의 원칙에 어긋날 수 있게 된다.⁷⁰⁾ 한국에서 농업진흥지역 보전을 위해 개발권양도제를 도입하기에는 개발권의 규모가 너무 커서 김포지역만 하더라도 무리가 있다는 연구결과가 있다.⁷¹⁾

4. 보존지역권(conservation easement)

가. 의의

현재 미국에서는 농지의 보전이나 공한지(open space)의 보전을 위하여 주로 보존지역권이 사용된다. 보존지역권은 특정의 토지관리 목적을 위하여 부분적인 소유권적 이익을 누리는(less than fee ownership interest) 권리이다.⁷²⁾ 이것은 주로 토지가 개발 용도로 사용되는 것을 방지

⁶⁶⁾ Julian, 전계서, 444면.

⁶⁷⁾ Jerome G. Rose, Legal Foundation of Land Use Planning, 2012, p.484.

⁶⁸⁾ Mark, 전계서, 455면.

⁶⁹⁾ John, 전계논문, 112면.

⁷⁰⁾ 같은 논문 117면. Anthony, Avoiding Constitution Challenges to Farmland Preservation Legislation, 24 Gonz.L.Rev.475(1988), 488.

⁷¹⁾ 김갑성, 전계논문, 185면.

하기 위한 소유권의 공유(shared ownership)이며 매매나 증여, 교환에 의해 발생한다. 소유권의 공유란 한국 민법에서 규정하는 공유라는 개념과는 다르다. 한국 민법에서의 공유는 공유권자는 모두 소유물에 대하여 전적으로 동일한 권리를 행사하나, 미국에서의 보존지역권은 지역권자가 일정한 권리를 가질 뿐이고 소유자는 그 제한을 받은 채로 소유물에 대하여 그 외의 권리를 행사한다. 한국 민법에서의 지역권은 인접 토지 소유자가 자신의 토지의 편익을 위하여 다른 토지를 사용하는 권리를 말하나 미국에서의 보존지역권은 지역권자가 인접토지 소유자가 아닌 공공의 기관 내지 사설 신탁법인들이다. 미국에서의 보존지역권은 미국에서의 임대차(lease)와도 다르다. 임대차는 토지 전부를 일시적으로 사용하는 것임에 반해 지역권은 토지의 일정 사용권을 제한한다. 미국에서의 보존지역권은 조세 관계 법규에서 소득 공제가 이루어지는 원인행위의 하나로 규정되고 있다. 그 형태는 다양하나 조세법이 정하는 요건을 갖추어야 소득공제가 된다.⁷³⁾ 지구지정(zoning)은 계약에 의해 성립하는 것이 아니지만 광범위한 지역에 걸쳐 일정한 제한을 지속시킨다는 점에서 “강제적인 보존 지역권”이라 하는 학자도 있다.⁷⁴⁾

나. 내용

특정의 토지 관리 목적은 계약에 따라 다양하며, 어떤 행동을 전적으로 금지하거나 현재의 이용 방법을 변화시키거나 새로운 이용방법을 도입하게 할 수도 있다. 보존지역권이 설정되면 토지소유자가 원래 가지고 있던 권리는 지역권의 조건에 따라 항구적으로 제약을 받게 된다. 지역권은 주로 삼림, 농지, 초지, 습지, 희귀 장소를 보전하기 위한 목적으로 사용된다.

여기서 지역권을 설정하는 자(grantor)와 지역권자(grantee)가 있을 수 있는데, 지역권자는 정부기관이나 사설 토지 신탁법인이며 지역권을 설정하는 자는 토지소유자이다. 소득공제가 될 수 있는 지역권의 형태는 다양하나 조세법이 정하는 요건을 갖추어야 소득공제가 된다. 지역권을 설정하는 자는 재산세, 소득세, 상속세를 감면받을 수 있다. 약정의 정확한 내용은 계약에 따라 정해진다. 지역권자는 계약 내용에 따라 토지 사용을 제한하거나 토지를 사용할 수 있으며, 그러한 내용을 조사하고 위반 시에 그 복구를 요구할 수 있다. 농지보존을 위한 지역권은 농지 개발의 제한이 주된 내용이며, 개발 외에도 토사, 광물 등의 채취가 금지될 수 있다.

5. 소결론

미국의 농업지구에 대한 보상은, 농업지구 제한으로 인한 재산가치의 하락이 일반적으로는

⁷²⁾ Steven Bick, Conservation Easements, p.2.

⁷³⁾ 26 USC § 170 (h)에서 세금을 공제받을 수 있는 보존 지역권에 대하여 규정하고 있다.

⁷⁴⁾ Steven Bick, Conservation Easements, p.10.

수정헌법 제14조가 정하는 “수용”이 되어서가 아니라, 보존지역권과 개발권 양도, 세금 감면 등으로 이루어지고 있다고 할 수 있다. 농업지구의 설정으로 개발이 제한되고 경제적 가격이 하락한다고 할지라도 “규제적 수용”이 될 수 없다고 하는 것은 한국에서의 사정과 크게 다를 것이 없다고 보인다. 농업지구의 지정이 정당한 계획이나 절차에 의하여 이루어지지 않은 경우 위헌으로 될 수 있음도 비슷하다. 한국과 미국에서 농지와 농업지구 보상에 있어서 크게 다른 것은 미국에서 농지에 대한 보상이 “수용의 인정”으로 인한 보상”이 아니라 “사회적 형평의 견지에서” 실질적인 보상이 이루어지고 있다는 것이다. 개발권의 양도는 흔하지 않지만 보존지역권의 광범위한 시행으로 개발이 제한되는 대신, 그에 상응한 혜택이 세금 감면의 형태로 시행되며, 이것은 가장 현실적인 방법으로 보상이 이루어진다고 할 수 있다.

미국에서 운영되고 있는 개발권의 양도나 보존지역권 등을 소유권으로부터 개발권을 따로 떼어낼 수 없는 한국의 법제상⁷⁵⁾ 바로 도입될 수 없을 것이다. 소유자와 권리자 간에 이와 유사한 계약이 성립할 수 있으나 소유자의 변동이 있으면 그 효력이 유지되지 못한다. 그러나 미국의 위와 같은 제도가 사실은 농지 보전에 대한 보상 차원에서 이루어지고 있고, 그 금액이 상당하고, 또 세금 감면이 주된 내용이라는 측면에서 보면 한국도 그 취지를 충분히 도입할 수 있을 것이다.

IV. 결론

농업진흥지역의 지정으로 인한 재산권 제한으로 다소의 경제적 가치가 감소한다고 하더라도 헌법 제23조 제3항이 규정하는 손실 보상의 문제가 발생한다고 볼 수는 없다. 그 제한이 농지라는 규제와 조정이 강하게 과하여 질 수 있는 대상의 특질에서 나온 것이기도 하고, 그 제한의 공익적 요청이 너무 강하기 때문이다. 현재의 헌법재판소의 재산권 제한에 관한 태도에 비추어보면, 농업진흥지역 지정이 되었고 그로 인한 개발행위가 제한된다고 하더라도 그것은 재산권의 내용과 한계라고 볼 것이며, 손실보상 규정이 없더라도 위헌은 아니라고 할 것이다.

그러나 재산권의 제한이 비례의 원칙에 어긋나거나 적법절차에 어긋나는 경우 그러한 제한은 위헌의 문제를 발생시킬 것인데, 현재의 농업진흥지역 지정제도는 ①농지의 보전과는 직접 관계가 없는 대지와 잡종지, 공장용지 등이 포함되어 있는 점, ②대지와 잡종지, 공장용지 등에 대하여 매수청구권이 인정되지 않는 점, ③정부의 일방적 결정에 의한 지정과 해제가 이루어지고, 어떠한 정기적인 기초조사도 없는 점, ④전체 농지 대비 지정의 면적 비율이 전국 시도 간에 현저한 불균형이 존재하고, 해제가 정치적인 고려에 의해 이루어지는 점에서 헌법이 정하고

⁷⁵⁾ 한국은 엄격하게 물권은 법으로 정해진 것에 한한다는 제한이 있다(민법 제185조).

있는 과잉금지의 원칙이나 적법절차의 원칙을 준수하고 있다고 보기는 어려울 것이다. 현행 농업진흥지역은 이점에 관한 재검토가 필요하다.

또한 농업진흥지역 지정으로 인한 다소의 경제적 가치의 감소가 헌법이 정하고 있는 손실보상이나 위헌의 문제를 발생시키지 않는다 하더라도 “농지의 보전”이라는 공익적 요청을 농지 소유자들만이 부담한다는 것은 사회적 정의와 형평에 맞지 않는 것도 사실이다. 현재 농업진흥지역 토지 소유자에게 들어나는 혜택은 쌀 농사에 대한 고정 직불금의 상향 조정뿐인데, 이것은 농업진흥지역 농지 소유자들에게 미미한 혜택일 뿐만 아니라, 농지외의 토지 소유자들에게는 어떠한 혜택도 없다. 미국에서 농지 보전이 다양한 혜택 특히 지역권 설정으로 인한 상당한 보상과 세금 감면 등을 통한 방법으로 이루어지고 있는 점을 감안하면, 한국에서는 농업진흥지역 토지 소유자의 일방적 희생 속에서 농업진흥지역 제도가 운영되고 있다고 볼 수 있다. 한국에서도 하루 빨리 현실적으로 가능한 “농업진흥지역 토지 소유자에 대한 실질적인 혜택 및 감세 지원”이 확대되어야 할 것이다.⁷⁶⁾

이러한 점이 시정되지 않으면 한국의 농업진흥지역 제도는 지나친 공익 우선의 제도라고 평가받을 것이다. 농지 보전의 목적은 농지 소유자의 자발적 참여와 자발적 수용 속에서 이루어지는 것이 가장 효율적이라 할 것이고, 이러한 참여와 수용은 그 내용과 방법이 적법절차에 맞고, 공평하다는 인식에서 출발할 것이다. 한국의 농업진흥지역 제도는 이러한 적법절차와 사회적 형평성을 제고시켜야 그 원래 목적을 효과적으로 달성할 수 있을 것이다.

(투고일 2013. 6. 28. 심사완료일 2013. 7. 22. 게재확정일 2013. 7. 23.)

⁷⁶⁾ 박석두, 전계 보고서, 47면(농업진흥지역에 대한 농지 양도시 취득세·등록세·면허세가 면제되어야 한다고 한다). 그러나 더 나아가서 재산세·소득세까지도 감면되어야 할 것이며 일반 농지 소유자와 차별화가 이루어져야 할 것이고, 농업진흥지역내의 농지외의 토지 소유자에게도 상응한 혜택이 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

단행본

농지규제의 개선방향: 농업진흥지역 지정제도를 중심으로, 경기개발연구원, 정책연구보고서, 2007.2.
김수석 외 2인, 농지보전과 농업진흥지역제도 개선방안, 한국농촌경제연구원, 2009.

Tom Daniels & Deborah Bowers, Holding our Ground: Protecting America's Farms and Farmland, 1997.

Steven Bick, Conservation Easements, 2001.

Margaret Rosso Grossman et. al., Agrarian Land Law in the Western World, 1992.

Angela Sydenham et. al. Essential Law for Landowners & Farmers, 4 ed, 2002.

Rachelle Alterman, Takings International, 2010.

Jerome G. Rose, Legal Foundation of Land Use Planning, 2012.

논문

김갑성 외 4인, 개발권양도제도의 도입을 통한 농업진흥구역 보전의 타당성 분석, 지역연구 제21권 2호, 2005. 8.

박석두, 농업진흥지역관리방안연구, 농촌경제연구원, 2006.11.

금태환, 미국 연방대법원 Lingle v. Chevron 판결의 의미, 행정법연구 제20호, 2008.4.

김인희, 시급한 도시계획상의 개발권양도제 도입, 정책리포트 제17호, 2008.7.

최대식 외 1인, 개발제한구역의 사회적 손익조정을 위한 개발권 양도제 모의실험, 한국지역개발학회지 제21권 제1호, 2009.3.

김보남 외 1인, 농지에 대한 조세제도의 문제점 및 개선방안에 관한 연구, 조세연구, 제10-1집 (2010).

John J. Costonis, Development Rights Transfer: An Exploratory Essays, 83 Yale L.J. 75(1973).

Anthony, Avoiding Constitution Challenges to Farmland Preservation Legislation, 24 Gonz. L. Rev. 475(1988).

Jeanne S. White, Beating Plowshares into Townhomes: The Loss of Farmland and Strategies for Slowing its Conversion to Non Agricultural Uses, 28 Envtl. L. 113.(1998).

Julian Conrad Juergenmeyer et. al., Transferable Development Rights and Alternatives after Suitum, 30Urb. Law, 441(1998).

Mark W. Cordes, Agricultural Zoning: Impacts and Future Directions, 22 N.Ill.L.Rev. 419(2002).

<Abstract>

Compensation for the Agricultural Zoning

Taehwan, Kum*

This article discusses about Korean compensation for the agricultural zoning, comparing it with American compensation. Agricultural zoning is made for the conservation of farm land and set some strict restrictions upon a land owner's right to use the land for non-agricultural purpose. Constitutional Court of Korea decided the issues on whether a clause in the City Planning Act which restricted the land owner's right to develop for the conservation of green space was against the Constitution. The Court held that some restraints for the public interest could not be against the Constitution and does not constitute unconstitutional taking as long as the land is suitable for original use and economically viable. If they are not proportionate to the public needs, there should be any measures to mitigate the owner's damage including monetary compensation, but not limited to that.

From this view point, the agricultural zoning according to the Farm Land Law doesn't raise taking issues or unconstitutional issues, even if it involves a substantial economic burden on the landowners. However, in some aspects, it does. First, to include a building site, a miscellaneous land, and a factory site into the agricultural zoning land, and to require those land to be used for only agricultural facilities are unnecessary. Second, it does not have a periodic review procedure, in spite of that it was established without administrative rulemaking. Third, its cancellation or change might depend upon political powers which support the opinion of those who live near Seoul. Fourth, the total area of agricultural zoning is sharply different upon each Province, which might reflect arbitrary designation of agricultural zoning.

As in Korea, American agricultural zoning is recognized not to constitute an unconstitutional taking of property if the economic impact of land use regulation is not so severe. Even if there is not a taking issue or a due process issue, the U.S. uses Transfer of Development Right or Conservation Easement which serves the equitable solution of practical inequity of land owners who have a great burden for public interest without compensation.

Korean agricultural zoning has to develop the methods to solve the practical inequity than

* Professor, Yeungnam University School of Law. Director, Korean Agricultural & Food Law Institute

ever. Those could be the increased payment for each farm land owner in agricultural zoning for his sacrifice, and tax reduction in every tax field because of the very reason that his land belongs to the agricultural zoning area.

Key words: agricultural zoning, compensation for agricultural zoing, due process of law, regulatory taking, transfer of development right, conservation easement