

現行 土地法의 再評價*(上)

—土地에 관한 私益과 公益의 調整을 中心으로—

徐元宇**·金相容***

I. 序 論

1. 土地의 特殊性

土地는 人類의 歷史를 通하여 人間과 가장 密着되어 있는 資源이다. 土地는 個人의 所有物이면서, 동시에 國土의 一部이며, 人間生活의 터전이면서 동시에 本源的 生産要素이기도 하다. 이러한 土地는 그 性質, 機能 및 價格形成에 있어서 다른 財貨와는 區別되는 特殊性을 지니고 있다.

먼저 性質에 있어서의 特殊性은 첫째로 土地는 自然的 財貨이며, 둘째로 再生産이 不可能한 그 量이 有限한 財貨이다. 셋째로 土地는 場所的 不移動性으로 인하여 代替性이 인정되지 않으며, 넷째로 土地는 隣接하고 있는 土地 相互間에 있어서 利用上의 便宜를 提供하는 相隣性이 強하며, 다섯째로 土地는 한 世代만의 消費物이 아닌 後世代를 위해서도 利用되어야 하는 恒久性을 지니며, 여섯째로 土地는 生産性을 갖는다.

그리고 土地는 그 機能에 있어서, 특히 資本主義의 展開과 더불어 첫째로 本源的인 生産手段으로서, 둘째로 富의 蓄積이나 價値의 貯藏手段으로서, 셋째 때로는 社會的 및 政治的 힘의 源泉으로서, 넷째로 혹은 經濟的 身分의 상징으로서 중추적인 機能을 수행하여 왔다. 오늘날에 와서는 土地는 人間의 生活條件으로서 環境資源으로서의 機能이 강조되고 있다.

나아가서 土地는 그 機能이 複合的이다. 특히 土地의 利用에 있어서는 同一한 土地라 하더라도 여러가지의 機能을 수행하고 있다. 예컨대 都市近郊의 農地는 農地 本來的 機能도 갖지만, 都市近郊의 綠地空間으로서도 함께 機能하며, 都市의 擴大에 따라 潛在的인 宅地로서의 機能도 遂行하고 있다.⁽¹⁾

이와 같이 土地는 어느 時代, 어느 社會에 있어서나 정도의 차이는 있을지라도 私的財貨

* 이 論文은 峨山社會福祉事業財團의 研究費支援에 의하여 이루어진 것임.

** 서울大學校 法科大學 教授

*** 漢陽大學校 法科大學 助教授

(1) 權五乘, 土地所有權의 法的 性質, 現代民法學의 諸問題(晴軒金曾漢博士華甲記念論文集, 博英社, 1982), 264面.

로서의 機能과 同時에 公的財貨로서의 機能을 수행하여 왔고 현재도 그러하다. 그리고 土地는 商品으로서 그 價格의 形成이 매우 人爲的이다. 마샬(Alfred Marshall: 1842~1924)이 지적한 대로 土地는 需要에 의해 供給이 創造될 수 없는 人間의 原初的인 商品이기 때문에 需要와 供給의 영원한 不均衡 關係에서 그 價格이 自由市場經濟原理에 따라 形成되지 못한다. 交換價値를 追求하는 商品으로서의 土地는 土地商品의 需給不均衡으로 인하여 크든 적든, 또한 潛在的이든, 顯在的이든 간에 投機的 傾向을 內包하고 있다.⁽²⁾

이와 같이 土地는 個人的 것이면서 동시에 全國民의 것이면 兩面的 性格을 갖고 있는 財貨이다.

2. 土地에 관한 私益과 公益의 衝突

土地는 私的財貨이면서 동시에 公的財貨이기 때문에 土地에 대한 個人的 私的利益과 國家 내지 全體 社會가 갖는 公的利益은 歷史的으로 서로 對立 衝突하면서 調整이 이루어져 왔다. 때로는 公的利益이 強調되기도 하고, 때로는 私的利益이 강조되기도 하면서 政治, 經濟, 社會의 變化에 맞추어 調整이 이루어져 왔다. 個人은 土地財產權을 기초로 하여 土地를 自由로 사용, 收益, 處分할 權利를 最大限 享有하고자 하며, 國家는 公共福利를 위하여 個人的 土地財產權에 負擔 또는 義務를 課하고자 하였다.

歷史的으로 거슬러 살펴보면 古代에는 대체로 總有的 土地所有形態를 취하여 土地의 管理·處分의 權限은 共同體가, 利用·耕作權은 共同體의 構成員이 가짐으로써 土地에 관한 公·私益은 調和를 이루었다고 보여진다. 中世에 있어서는 分割所有權의 形態로 上級所有權者인 領主는 下級所有權者인 領民을 土地所有라는 手段을 통하여 支配하게 되었다. 中世에 있어서는 領民의 土地에 대한 利益이란 利用權이라 말할 수 있지만, 公的負擔을 갖는 利益이었다. 그래서 中世에는 公益—정확히는 領主의 個人利益—이 우세한 時代였다고 말할 수 있을 것이다.

近世에 와서는 당시의 時代思想이었던 個人主義, 自由主義思想에 의하여 土地에 관하여 私益의 絕對性이 인정되고 保障되었다. 土地所有權은 無制約의·絕對的인 權利로서 土地에 관한 私益이 公益에 우선하는 時代이었다. 이러한 私益의 絕對的인 保障은 近代憲法 및 民法에서 法的으로 확인되었다.

그러나 現代에 와서 産業化, 都市化와 함께 土地의 有限性에 대한 自覺이 있고 부터는 私益을 保障하면서, 한편으로 公益的 側面에서 規制 내지 義務賦課를 시작하였다.

그래서 私益과 公益의 調和, 衡平을 위한 制度的 뒷받침을 하게 되었다. 따라서 바이마르憲法⁽³⁾과 본基本法⁽⁴⁾에서 土地所有權의 義務性을 규정하게 되었고, 우리 憲法도 第22條

(2) 金南辰, 土地所有權의 法的 性質, 土地所有權과 公共福利(韓國行政科學研究所, 1977. 12), 17面.

(3) Art. 153, Abs. 1 WRV: Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Art. 153, Abs. 3 WRV: Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste.

(4) Art. 14, Abs. 2 GG: Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der

第2項에서 財產權 行使의 公共福利 適合義務를 규정하여 土地에 대한 私益의 絶對的 保障 내지 優位에서 公益과의 調和, 均衡에로의 方向을 提示하였다.

특히 우리나라에서는 最近에 와서 土地에 관한 私益과 公益의 衝突問題의 解決을 公益을 私益에 優先시켜야 한다는 새로운 土地法 理論이 주장되고 있다. 즉 土地所有權의 公概念이 주장되고 그 內容의 一部는 立法⁽⁵⁾으로 反映되었다. 土地所有權의 公概念理論은 土地財產權은 다른 財產權보다도 엄격한 公的規制下에 두어야 한다는 것을 內容으로 하고 있다. 土地所有權의 公概念下에서는 土地에 관한 公益이 私益에 우선함을 肯定한다.

생각컨대 土地에 관한 公益과 私益은 歷史的으로 그 強弱의 정도가 變遷해 온 것은 事實이지만, 自由民主主義를 國家構成의 基本原理로 하고, 私所有財產制를 制度的으로 보장하고 있는 現代國家에서는 優劣의 關係에 있는 것이 아니라 同位의 關係에 있다고 하여야 할 것이다. 그러므로 土地에 관한 私的利益의 追求는 그것이 동시에 公共福利에 이바지할 수 있도록, 즉 적극적으로 公益에 이바지하도록 행사되어야 할 關係에 있다고 보아야 할 것이다.⁽⁶⁾

土地에 관한 私益內에서도 다시 土地의 所有 내지 占有의 目的에 따라 私益追求에 대한 法的保護의 정도는 달라질 수 있을 것이다. 즉 단순히 資産으로만 所有하느냐, 生存의 最少限의 基礎로서 所有 또는 占有하느냐, 그렇지 않으면, 企業活動의 基礎로서 所有 또는 占有하느냐에 따라서 私益이라 하더라도 그 保護의 程度는 달라질 수 있다.

이와 같이 土地는 그 特殊性으로 인하여 私益의 對象이면서 동시에 公共性 내지 社會性을 갖는 物件이다. 이러한 兩面的 性格을 갖는 土地를 圍繞한 公·私益의 對立·衝突은 끊임없이 變化를 거듭해 왔으며, 앞으로도 계속 변화해 갈 것이다. 現時點에서의 公·私益의 對立·衝突은 同位的인 關係에서 調整되어야 할 課題이기도 하다.

3. 土地觀의 變遷

土地를 어떠한 視角에서 보고 法的規律을 하여야 할 것인가? 土地觀 내지 土地思想의 根本前提가 確立되지 않는 한, 土地法은 그 時代의 土地를 適切히 規律할 수 없다. 土地觀도 歷史的으로 變遷해 왔다. 또한 각 民族, 國家마다 固有한 土地觀 내지 土地思想이 形成되어 發展해 왔다.

概略的으로 土地觀의 變遷을 歷史的으로 거슬러 올라가 살펴보면, 古代社會에서는 土地는 人間의 生存基礎로서 土地에 대한 私的인 利益追求보다는 人間 모두의 共存을 위한 基礎로 理解되었다. 그러나 점차 特定 勢力家가 등장함에 따라 個人的인 土地가 擴大되고 끝내는 1인에게로 所有가 集中되는 現象을 빚었다. 그것이 바로 中世의 封建社會이었다. 封建時代에는 國王 또는 領主가 자기 支配下의 모든 土地는 自己의 所有物로 認識하였다. 國

Allgemeinheit dienen.

(5) 國土利用管理法 第1條의 2(1978.12.5. 新設).

(6) Felix Weyreuther, *Situationsgebundenheit des Grundeigentums* (Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1983), S. 45.

민도 領主도 모두 土地의 從屬物로서 人間支配의 하나의 手段으로 土地가 利用되었다.

近世에 들어 오면서 大陸諸國에서는 로마法을 繼受하여 自由로운 絶對的 土地所有權概念의 形成과 함께 土地는 보통의 物件과 다름이 없는 하나의 商品으로 보게 되었다. 그리하여 近世에서는 個人은 土地를 自由로이 使用, 收益, 處分할 수 있도록 商品所有權으로서 土地所有權을 法制化하였으며, 土地는 그 量이 有限하지 않는 物件으로서 繼續的으로 供給 가능한 것으로 생각되었다.

그러나 現代社會에 와서는 人口의 增加로 可用土地의 不足現象을 빚고서 부티는 土地는 그 量이 有限한 物件으로서 現在世代만의 것이 아니라 後世代를 위한 하나의 資源이라는 觀念과 意識이 싹트게 되었다. 그리하여 土地는 完全히 個人에게만 맡겨둘 수는 없는 것이고 國民 모두의 生存을 위한 資源으로서 國家의 干涉이 있어야 하는 物件으로 理解되고 있다.

우리나라도 歷史的으로 王土思想이란 土地觀 내지 土地思想이 支配하고 있었다. 王土思想의 內容에 관해서는 學說上의 對立⁽⁷⁾이 있지만 일용 土地란 國民 모두의 것이라는 認識이 그 속에 具現되어 있었다. 그후 西洋의 近代의 土地所有權 概念이 導入된 後 土地는 하나의 商品으로 理解되었다. 商品所有權 觀念은 經濟發展에 일익을 담당했으나 그것이 가져다 준 副作用은 너무나 컸다. 土地投機, 亂開發, 無秩序한 利用 등 社會全體의 利益에는 符合하지 않는 面을 보여주었다. 그리하여 다시금 土地는 國民 모두의 生存과 生活을 위한 基本的인 資源이라는 意識이 점차 싹트게 되었다.

생각전대 土地는 商品으로서의 性質도 갖고 있음을 否認할 수 없다. 그러나 土地는 모두가 합쳐져서 國土를 이룬다는 事實을 看過해서는 안된다. 그러므로 土地는 資源으로서의 性質도 갖는다. 따라서 우리의 土地觀은 土地를 商品이면서 同時에 資源으로 把握하는 見地에서 樹立되어야 하고, 土地는 個人의 것이면서 동시에 國民全體의 것이라는 것을 看過해서는 안될 것이다.

4. 土地法의 構成 및 性質

土地財產權을 規律하고 있는 모두 法을 총칭하여 土地法(land law: Bodenrecht)이라 한다. 이 土地法體制는 法의 性格에 따라, 또 規律內容에 따라 多樣하게 分類해 볼 수 있다.

먼저 法의 性格에 따라 憲法과 土地公法 그리고 民法으로 區分해 볼 수 있다. 憲法은 土地財產權을 制度的으로 保障하면서 土地財產權에 관한 각종 規制의 根據 및 規制의 限界를 提示하고 있으며(憲法 第22條, 第121條 第1項, 第122條, 第123條), 民法에서는 土地財產權의 具體的인 內容을 담고 있고, 수많은 土地公法은⁽⁸⁾ 土地財產權에 대한 각종 規制法律들로 構成되어 있다.

民法에서 土地에 대한 私益을 保護하고, 土地公法에 의해서는 公益의 保護를 위해 私益

(7) 王土思想의 內容에 관해서는 그것이 土地國有制의 表現으로 보는 견해도 있고, 단지 國家의 土地管理 내지 規制의 表現으로 보는 견해도 있다.

(8) 현재 우리나라에서 土地財產權에 관한 公的 規制法律은 110個가 넘는다.

을 制限하고 있다. 憲法에서는 이러한 公·私益의 衝突의 調整에 基準이 될 수 있는 基本方向을 抽象的으로 提示하고 있다. 民法과 土地公法의 具體的인 內容은 계속해서 詳述할 것이므로 憲法上의 土地財産權에 관한 規定을 살펴보면, 먼저 私有財産制를 制度的으로 保障하고(憲法 第22條 第1項), 財産權行使의 公共福利適合義務를 規定하고(憲法 第22條 第2項), 그리고 第9章의 經濟의 章에서는 國土의 均衡있는 開發, 利用, 保全에 관한 計劃樹立 및 農地 및 山地에 대한 特別한 私所有權의 制限과 義務를 課할 수 있는 根據를 提供하고 있다(憲法 第121條 第2項, 第122條, 第123條).

土地法을 그 內容에 따라 分類해 보면 民法에서는 使用, 收益, 處分の 3方面으로 나누고 있다(民法 第211條). 그러나 土地公法에서는 土地의 所有, 利用, 開發, 去來, 收益, 課稅, 情報 등으로 더욱 細分化해서 規律하고 있다. 現代는 土地活動 내지 不動產活動이 매우 多樣해 졌다. 그래서 土地法의 構成도 그에 따라 多樣해 졌다.

本稿에서는 公·私益의 調整을 中心으로 考察하고자 하므로 民法上의 內容分類를 中心으로 하고 土地公法上의 分類를 加味해서 살펴보고자 한다. 끝으로 公·私兩法으로 構成된 土地法의 法的性質은 여러가지의 私益과 公益의 衝突을 調和롭게 調整하는 衝突法規(Kollisionsregeln)이다.⁽⁹⁾ 왜냐하면 土地는 여러가지의 目的을 위한 多機能性(Multifunktionalität)을 갖기 때문에 그러한 目的遂行을 위해 피할 수 없는 衝突을 解決해 주는 것이 바로 土地法의 使命이기 때문이다.

5. 民法 第211條와 國土利用管理法 第1條의 2의 比較

土地는 한 필지 한 필지가 합해져서 國土를 形成하고 있다. 그러므로 한 필지의 土地는 個人의 所有物임과 同時에 國土의 一部이다. 土地는 私的財産이면서 동시에 公的인 財貨이다. 나아가서 한 필지의 土地에는 私益과 公益이 함께 支配하고 있으며, 두 利益 相互間에는 때로는 調和를 이루기도 하지만 때로는 충돌하기도 한다.

土地에 관한 私益과 公益의 內容을 보다 자세히 分析해 보면, 土地에 關한 私益이라 함은 私人的 立場에서 享有하는 利益으로서, 이에는 다시 土地의 利用目的에 따라서 所有利益, 資本利益, 生存利益으로 나누어 볼 수 있다. 所有利益이란 土地의 所有者가 스스로 耕作이나 作業 등을 위해 土地를 利用(用益)함이 없이 단지 土地를 所有하고 있는데서 發生하는 利益이다. 이는 小作料, 價格上昇利益 등의 利得을 所有者가 私有하는 것이다. 資本利益이란 自己所有의 土地이건 他人所有의 土地이건 이를 資本家の 營業의 過程으로 利用하는 데서 發生하는 利益이다. 生存利益은 住宅이나 生業用住宅(併用住宅)으로서 자기 所有의 土地이건 他人所有의 土地이건 關係없이 生存을 위해서 이를 利用함으로써 얻는 利益이다.

이러한 私益에 대해서 公益이라 함은 公共의 利益을 위해 他人所有의 土地나 他人利益의 土地를 國家나 公共團體가 取得하거나 利用, 기타 土地活動을 規制할 必要性이 있는 期待

(9) Weyreuther, a.a.O. S. 12.

이익을 가르킨다.⁽¹⁰⁾ 이와 같이 土地와 관련된 利益은 公益과 利益이 충돌하고, 私益相互間에도 서로 충돌하게 된다.

法學이란 것이 利益法學의 立場에 서지 않는다 하더라도 利益과 利益의 충돌을 調整하는 指標을 設定하거나(立法論), 個別的 具體的인 利益충돌을 解決하는(法解釋學) 學問이다. 그러므로 土地法學도 土地財產權을 둘러싼 公益과 私益, 私益相互間的 충돌을 土地政策의 원만한 遂行을 위해서 調整함과 동시에, 調整을 위한 基準을 提示하지 않으면 안된다. 土地를 위한 公·私益保護에 관한 基本的인 法規定은 私益에 관해서는 民法 第211條이며, 公益에 관한 基本的인 規定은 國土利用管理法 第1條의 2라고 생각된다.

民法은 土地財產權에 관하여 土地所有權을 一次的으로 保護하고, 土地利用權은 用益物權과 不動產賃借權으로 나누어 所有와 利用의 私益相互間的 충돌을 調整하고 있다. 民法은 土地所有權中心으로 構成되어 있다. 그러므로 私益保護의 根本規定은 所有權의 內容을 規定하고 있는 民法 第211條라 생각된다. 民法 第211條는 “所有者는 法律의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 權利가 있다.”라고 規定하고 있다.

民法 第211條의 成立背景을 歷史的으로 考察해 보면, 中世에는 土地所有權이 管理·處分權을 內容으로 하는 上級所有權과 耕作·利用權을 內容으로 하는 下級所有權으로 分割되어 下級所有權者인 農民은 上級所有權者인 領主에 대해서 各種의 公的負擔을 지고 있었으며 土地所有權은 負擔附所有權이었다.

近世에 들어오면서 自由主義와 個人主義의 支配下에 負擔附土地所有權은 負擔이 없는 自由로운 所有權으로 바뀌고, 土地所有權은 그것을 構成하고 있는 權能에 따라 分割所有될 수 있는 것이 아니라, 使用, 收益, 處分權이 渾一되어 있는 완전한 物權으로 制度化되었다. 이러한 歷史的 緣由로 인하여 土地所有權을 使用, 收益, 處分할 權能을 內容으로 하는 완전한 物權으로 轉換하였다. 그리고 近代民法은 그 基本原理의 하나로 私所有權 絕對의 原則이 인정되었으므로 土地所有權은 비록 法律에 의해서 制限될 수 있다고 하더라도 民法의 基本原理에 입각하여 土地所有權에게 制約없이 歸屬될 것이 요청되었다.

우리 民法 第211條도 이러한 歷史的 背景下에서 近代民法의 基本原理에 충실한 規定이라 해석된다. 따라서 民法 第211條는 私所有權 絕對의 原則을 바탕으로 해서 土地所有權은 가능한 한 最大限度로 土地를 使用, 收益, 處分할 수 있도록 허용하고 있다고 보아진다.

公益에 관한 基本規定인 國土利用管理法 第1條의 2는 1978년 12월 5일에 비로소 規定된 것으로서 土地所有權의 公概念의 部分的 內容을 立法化한 것으로 생각된다. 國土利用管理法 第1條의 2가 新設되기 까지의 經過를 一瞥해 보면 1970年代 初中半에 나타난 극심한 土地投機現象을 規制할 理念의 根據로 먼저 土地所有權의 公概念이 등장하였다. 이러한 土地投機現象으로 인한 社會問題를 해결하기 위해서는 土地所有權이 絕對權에서 公共福利를

(10) 水本浩著, 柳海雄譯, 土地問題와 所有權(汎論社, 1985), 104面.

위해 制限될 수 있는 權利, 즉 絕對 無制約의 近代的 土地所有權에서 法律로 制限할 수 있는 現代的 土地所有權으로 轉換하긴 했으나 그것으로서는 土地問題를 해결할 수 없다고 판단되었다. 그리고 土地는 단순한 商品이 아니라 人間의 生活과 生存을 위한 불가결한 基盤이기 때문에 그 土地가 지니는 適性이나 機能 혹은 地域에 따라 公共福利를 위해 가장 값지고도 가장 效率的으로 利用하지 않으면 안되며, 이를 위해서 적절한 規制가 행해져야 하기 때문에 다른 財產權보다는 강한 公的規制下에 있어야 한다는 思想이 일어나게 되었다. 그리고 다른 一般商品은 産業發達에 따라서 쉽게 擴大 再生産이 가능하지만, 土地는 그 量이 有限하고 再生産이 불가능하며 現在世代 뿐만 아니라 將來世代를 위해서도 利用, 保全되어야 하기 때문에, 다른 財產權보다는 더 강한 公的管理下에 있어야 한다는 認識이 漸増되어 왔다.

이러한 時代事情下에서 土地財產權에 대한 보다 강한 公的規制를 가능케 할 수 있는 土地所有權의 公概念이란 理論의 道具가 形成되게 되었다. 土地所有權의 公概念은 土地의 國有化나 公有化를 의미하는 것이 아니며 土地를 商品 내지 投資의 對象으로 파악하는 土地觀 자체를 轉換하고, 土地를 人間生活이나 生存의 基盤으로 파악하는 土地觀을 확립하고자 함에 있으며, 土地財產權의 公共性·社會性을 보다 強調한 概念이다.⁽¹¹⁾

이러한 土地公概念의 一部가 8·8措置後 立法화된 것이 바로 國土利用管理法 第1條의 2이다. “國土는 모든 國民의 福利增進을 위한 有限한 資源이며 共通基盤임에 비추어 그 利用에 있어서는 公共福利를 우선시키고 自然環境을 保全함과 아울러 地域的 諸條件을 충분히 考慮하여 土地가 合理的으로 利用되고 適正하게 去來되도록 함으로써 良好한 生活環境의 확보와 國土의 均衡있는 發展을 圖謀함을 基本理念으로 한다”라고 規定하여 國土利用의 基本理念을 밝히고 있다. 비록 同條는 土地의 利用面에서만 公概念을 立法化했으나 실제로 있어서는 土地에 대한 各種規制의 理念的 根據가 되고 있다.

그런데 土地利用에 있어서는 公共福利를 우선시킨다는 것은 再考해 볼 必要가 있다고 보아진다. 土地에 관한 公益과 私益은 相互衝突하지만 相互對等한 關係⁽¹²⁾에서 調整되어야 할 性質의 것이지 公益이 私益에 우선한다고는 볼 수 없다.^{(13) (14)}

(11) 徐元宇, 土地公概念導入에 따르는 問題點과 對策, 論說集 第1輯(法務部 法務諮問委員會, 1978. 12), 2面.

(12) 私法學者들 중에는 土地利用에 있어서 公共福利를 우선 시킨다는 것은 바로 全體主義的 思考에서 출발한 것이며 私所有權을 制度的으로 보장하고 있는 우리 法秩序下에서는 허용될 수 없는 違憲的 立法이라는 견해가 있다. 金曾漢, 私所有權의 保障은 基本權중의 基本權이다. —全體主義思想을 경계하며, 司法行政(1978. 12), 3面 참조.

(13) 筆者의 생각으로는 土地利用은 소극적인 公共福利適合義務 보다는 좀 강하고, 公共福利를 우선 시켜야 한다는 것보다는 좀 약한 그 중간정도인 적극적으로 公共福利에 이바지할 수 있도록 (dem Wohle der Allgemeinheit zu dienen) 行使할 것을 규정하는 것이 바람직하지 않을까 생각한다.

(14) Weyreuther, a.a.O., S. 45.

이상에서 살펴본 바와 같이 土地에 관한 私益保護에 관한 基本規定인 民法 第211條는 土地所有者로 하여금 當該 土地로 부터 最大限의 利益을 享有케 하고자 하고 있는데 反해, 國土利用管理法 第1條의 2는 土地利用에 있어서는 私益보다는 公益이 우선 한다고 宣言하고 있고, 그것을 결국 土地財產權의 모든 內容에 걸쳐서 公益이 私益에 우선 할 수도 있다는 可能性을 提示하고 있다고 보아진다. 따라서 現行 우리 土地法에서는 公益과 私益이 調整된 狀態라기 보다는 충돌상태에 있다고 判斷된다.

II. 우리나라의 土地法史

1. 時代區分

우리나라의 土地法制의 變遷에 관한 時代區分은 濟經發展과 관련하여 經濟開發 5個年計劃期間에 따라 區分해 볼 수 있다. 왜냐하면 대부분의 土地法은 經濟開發을 위하여 制定 또는 改正되었기 때문이다.

이와 같이 土地法制의 變遷을 經濟開發計劃에 따라서 時代區分해 볼 수도 있으나, 다른 한편으로는 오히려 土地를 보는 視角의 變化, 土地所有權의 法的性質의 變化, 그리고 土地에 관한 公·私益의 衝突過程을 따라서 法制史의 側面에서 時代區分을 함이 土地法制의 變遷內容과 우리 土地法史를 통해 본 土地政策의 變化와 特徵을 보다 명확히 理解하고 앞으로의 課題를 定立하는데에 有益할 것으로 생각된다.

法制史의 側面에서 살펴볼 때 日帝에 의해 처음으로 近代的 土地所有權이 定立된 以後 지금까지 크게 3期로 나누어 볼 수 있을 것 같다.

第一期는 日帝에 의한 土地調査,⁽¹⁵⁾ 朝鮮民事令⁽¹⁶⁾에 의한 日本民法의 依用, 不動產登記令,⁽¹⁷⁾ 不動產證明令⁽¹⁸⁾에 의하여 近代的 土地所有權이 定立되어 1962年 第1次 經濟開發 5個年計劃을 實施하기 까지의 期間으로서 土地를 一般商品과 同一한 物件으로 觀念하고 土地所有權을 商品所有權으로 다루어온 土地私法中心의 土地法 時代이었다.

第2期는 第1次 經濟開發 5個年計劃을 施行한 年度부터 1978年 8月 8日 소위 8·8措置라고 불리어지는 「不動產投機抑制과 地價安定을 위한 綜合對策」을 發表하기 까지의 期間으로서 經濟發展을 위한 수많은 土地公法을 制定하여 私法的으로는 土地所有權을 商品所有權으로 보면서 한편으로는 公法的으로 規制를 한 土地私法과 土地公法間의 심각한 理念的 摩擦을 빚은 期間이었다. 한편으로는 經濟開發에 따른 副作用으로서 土地投機가 극심하여 土地觀의 變化와 土地法制의 根本的인 變化가 要請되었던 時期였다.

(15) 土地調査는 1910년에 시작하여 1917년까지 8年間에 걸쳐서 이루어졌다. 日帝는 制令 第2號로 土地調査令(1912. 8. 13)을 制定하여 土地調査의 法的 根據를 제공하였다.

(16) 朝鮮民事令은 制令 第7號(1911. 3. 18)로 制定되었다.

(17) 制令 第9號(1912. 3. 18).

(18) 制令 第15號(1912. 3. 22).

그리고 第3期은 8·8措置에 의하여 公表되었던 土地政策들이 立法으로 반영된 이후 지금까지의 期間으로서 우선 土地는 그 量이 無限한 一般物件과 同一한 商品이 아니라, 有限한 資源이라는 土地에 관한 根本的인 態도의 變化가 일어나고, 土地所有權은 다른 어떤 財産權보다도 公的規制를 더 많이 받아야 한다는 土地所有權의 公概念이 定立되어, 그것이 立法化되고, 非正常的인 土地去來를 規制할 수 있는 土地法制的 全般的인 改正과 制定이 있었던 土地政策의 安定期 내지 土地法制的 整備期라 할 수 있다. 이 第3期에는 土地公法の 制定 내지 改正도 있었지만 土地公法の 理念을 實現할 수 있도록 私法的으로도 關係法律이 改正 또는 制定되었다.

이러한 時代區分에 따라 그 各期の 土地를 圍繞한 公法과 私法の 衝突과 調和의 過程을 살펴보고자 한다. 그리고 各期別 重要土地法을 本章의 끝에 表로서 첨부하고자 한다.

2. 第1期(近代的 土地所有權 概念의 定立時부터 1961년까지)

土地調査令에 의하여 土地所有者로 申告한 者에게 所有權이 부여되고, 朝鮮不動產登記令에 따라서 그 土地所有權은 登記될 수 있었다. 그리고 朝鮮民事令에 따라 依用된 日本民法 第206條는 다시 土地所有權은 所有者가 自由로 行使할 수 있는 權利로 規定하였다.

이와 같이 日帝에 의해서 近代的 民法이 우리나라에서 施行됨으로써 비로소 近代的 土地所有權 概念이 定立되었다. 이러한 近代的 土地所有權 概念은 바로 土地를 一般商品과 同一하게 다루고, 土地所有權에 관한 特別한 制限을 알지 못하였다.

이러한 近代的 土地所有權 概念은 解放이 된 후에도 계속되었다. 그래서 1960年 現行民法이 施行되기 까지 이와 같은 自由로운 土地所有權 概念이 우리의 土地法制的 根幹이었다. 물론 現行民法은 第211條에서 舊民法 第206條와는 달리 土地所有權의 內容을 土地所有者가 自由로 行使할 수 있는 權利가 아니라 公共福利를 위하여 法律의 範圍內에서만 行使할 수 있는 權利로 規定하여 土地所有權의 社會性·公共性을 認定하고, 法律에 의해서는 土地所有權을 制限할 수 있도록 하였다. 그렇지만 根本的으로 土地를 하나의 商品으로 이해하고, 土地所有權도 다른 物件에 대한 所有權과 마찬가지로 다루었다. 또한 不動產登記法을 制定하여 土地가 보통 商品과 마찬가지로 去來될 수 있도록 圖謀하였다. 다시 말하면 土地의 商品化를 촉진하는 土地法制的 時期였다. 그러므로 土地法은 私法中心으로 이루어졌고, 따라서 土地에 관한 私益의 尊重時期였다고 할 수 있다.

公法的 側面에서는 憲法에서 土地財産權의 行使의 公共福利 適合義務를 規定하고, 한편으로 財産權의 使用, 收用 또는 制限을 함께 있어서는 相當한 補償을 支給하도록 하였다(制憲憲法 第15條). 그리고 1949年 6月 21日에는 農地改革法(法律 第31號)을 制定하여 農地改革을 斷行하였다. 耕者有田의 原則實現과 農民의 農地所有上限을 原則的으로 3町步로 定하였다. 그리고 日帝가 남기고 간 歸屬財産을 處理하여 産業復興과 經濟安定을 위하여 1949年 12月 19日에는 歸屬財産處理法(法律 第74號)을 制定하여 歸屬財産의 賣却과 管理를 하도

록 하였다.

이와 같이 第1期에는 土地에 관하여 특별히 關心을 쏟지 못하였다. 그것은 이 時期에는 土地開發이 활발치 못하였던 社會·經濟的 事情에 기인도 하지만, 解放後의 混亂, 6·25事變, 그후의 政治的 不安定 등으로 土地問題에 관해서 깊은 關心을 쏟을 機會가 없었던데 緣由하고 있다.

이상에서와 같이 第1期은 私法中心의 土地法制를 이루었고 土地에 관해서 私益이 最高度로 尊重된 時期였다. 또한 土地는 그 量이 有限하다는 認識이 이루어지지 않았으며, 보통의 物件과 동일한 하나의 去來商品으로 다루어졌던 時期이었다. 따라서 이 期間동안은 土地問題에 관한 限 牧歌的 時期였다고 할 수 있다.⁽¹⁹⁾

3. 第2期(第1次 經濟開發 5個年計劃實施부터 8·8措置까지)

第1次 經濟開發 5個年計劃의 實施年度부터 土地問題에 대하여 가장 劇的인 措置를 취하였던 1978年의 8·8措置까지의 期間을 土地法史에서는 第2期로 分類할 수 있을 것이다.

이 期間동안은 私法的으로는 近代의 土地所有權 概念을 그대로 認定하면서 동시에 公法的으로는 수많은 土地法들을 制定 또는 改正하여 土地所有權을 規制하였던 時期로서 土地에 관하여 公益을 지극히 強調하고 私益을 規制·制限한 土地公法과 土地私法의 葛藤期였다고 할 수 있다. 私法的으로는 土地所有權을 使用, 收益, 處分할 수 있는 완전한 物權으로 認定하면서, 公法的으로는 土地所有權의 本質的인 內容까지 侵害할 수 있는 法律들을 制定 또는 改正하여 土地所有權을 虛有權이라고 할 수 있을 정도로 規制一邊倒의 土地政策을 遂行한 時期였다. 보다 具體的으로 살펴보면 이 期間동안 私法的으로는 土地는 여전히 商品으로 理解되고, 土地所有權은 私權으로서 土地를 使用, 收益, 處分할 수 있는 완전한 物權이었다.

이 期間동안 특기할 만한 土地私法은 造林을 獎勵, 권장하고 樹木의 經濟的 價値를 높이기 위하여 立木에 관한 法律(1973.2.6. 法律 第2484號)을 制定하여 立木을 土地와는 獨立한 不動產으로 다루고 土地와는 별도로 登記⁽²⁰⁾할 수 있도록 하였으며, 또 地籍法(1975.12.31. 法律 第2801號)을 制定하여 土地管理와 土地所有權의 保護에 寄與하였다. 이 두 法律을 除外하고는 土地私法이 특별히 制限 또는 改正된 바는 없었다.

公法的으로는 經濟開發을 위하여 수 많은 土地法들을 制定 또는 改正하여 土地所有權을 規制·制限한 時期였다. 이 期間동안은 私權인 土地所有權이 土地公法에 의하여 극도로 制限을 받은 時期였으며, 한편으로는 經濟開發을 위하여 土地開發과 供給에 치우친 나머지 地價上昇의 招來로 土地投機가 激化되었던 時期였다. 이와 같이 이 期間동안 經濟開發을 위하여 土地의 計劃的 利用強化에 의한 土地所有의 相對的 萎縮을 가져왔을 뿐만 아니라,

(19) 盧隆熙, 環境과 都市(綠苑出版社, 1984), 612面.

(20) 立木登記簿를 별도로 편철하여 立木에 관한 所有權과 抵當權을 登記하도록 하였다.

土地公法內에서도 開發과 保全의 갈등, 開發에 따른 土地投機와 그 抑制 등 土地問題의 擡頭와 함께 土地法에서의 갈등기였다고 할 수 있다.

좀 더 자세히 이 期間동안의 土地法制의 變遷을 經濟開發에 따라서 그 特徵的인 內容을 살펴보면 먼저 第1次 經濟開發 5個年計劃期間동안은 經濟計劃의 實施를 위한 國土의 積極的인 開發에 대한 政策構想時代였다고 할 수 있다.⁽²¹⁾

이때는 國家再建非常措置法에 의하여 構成된 非常國務會議가 立法府의 機能을 擔當하였으므로 立法節次가 간소하여 土地政策에 關한 法律이 量產되었다. 1961年 10月에는 大統領에 의하여 國土開發計劃樹立指示가 있었고 이것을 始發點으로 하여 國土建設綜合計劃法, 都市計劃法, 建築法, 土地收用法, 道路法, 公有水面埋立法, 河川法, 山林法 등 土地政策의 根幹이 되는 重要한 土地關係法律이 制定되었다. 그러나 이 당시의 制定된 土地政策立法들은 革命時期의 立法들로서 現實에 잘 맞지 않는 理想에 치우친 立法들이었다.⁽²²⁾ 한편 이 期間동안에는 經濟建設을 위한 土地開發이 重要한 土地政策의 課題이었으나, 積極的인 土地開發에 따른 土地의 保全, 文化財의 保護에도 약간의 政策目標를 加味하여 砂防事業法, 公害防止法⁽²³⁾, 文化財保護法 등을 制定하였다.

그후 第2次 經濟開發 5個年計劃期間中에는 工業立國으로서의 經濟成長을 위한 各種 產業用地的 開發供給에 重點을 둔 時期였다. 그리고 工業振興과 社會間接資本投資를 위한 用地開發과 併行하여 農村의 開發, 林野의 開發에도 약간의 支援을 하였다. 따라서 工業立國을 통한 經濟開發에 重點을 두었던 관계로 土地公法도 地方工業開發法, 輸出自由地域設置法, 機械工業振興法⁽²⁴⁾, 電子工業振興法⁽²⁵⁾, 特定多目的법, 港灣法 등이 이 時期에 制定되었다. 이 期間中에 특히 注目할 만한 것은 都市地域에는 土地區劃整理事業法이 制定되어 宅地開發을 위한 財政의 貧困속에서 都市의 計劃的 開發을 誘導하려는 勞力의 흔적이 보였다는 점과 公園法⁽²⁶⁾, 酪農振興法, 草地法, 農業基本法, 地力增進法, 火田整理에 關한 法律을 制定하여 林野의 開發과 自然保護에 힘썼다는 점이다. 한편 이와 같은 經濟成長과 이를 위한 積極的인 土地開發에 따라 60年代末 부터는 不動產投機가 일기 시작하였다. 그리하여 紹介營業法을 制定하여 不動產仲介業者의 申告制를 實施하고 不動產投機抑制에 關한 特別措置稅法을 制定하여 不動產投機抑制稅를 新設하였다. 이와 함께 3次에 걸쳐서 金融機關이 所有하고 있는 非業務用不動產을 조속히 處分하도록 强구하였다.⁽²⁷⁾

(21) 金相容, 經濟發展과 土地, 法과 土地(韓國法學教授會編, 三英社, 1982), 153面.

(22) 盧隆熙, 前揭書, 612面.

(23) 公害防止法은 1978年 7月 1日 環境保全法の 施行과 同時에 廢止되었다.

(24) 機械工業振興法은 1986年 1月 8日 工業發展法(法律 第3806號)의 制定에 의해 廢止되었다.

(25) 電子工業振興法도 工業發展法 制定에 의해 廢止되었다.

(26) 公園法은 1980年 1月 4日 自然公園法과 都市公園法으로 分離하여 制定함에 따라 廢止되었다.

(27) 1970. 4. 16: 保險會社에 대하여 非業務用不動產處分促求, 新規土地取得抑制.

1970. 8. 20: 金融機關의 非業務用 土地處分方案 强구.

1971. 5. 12: 金融機關의 非業務用 不動產 조속처리지시.

第3次 經濟開發 5個年計劃期間中에는 經濟開發을 위한 開發志向의 土地政策에 대한 反省을 하기 시작한 時期였다. 즉 經濟發展을 이룩하기 위한 土地政策과 國土保全이라는 土地政策이 衝突하는 價値觀의 混亂期였다고 할 수 있다.⁽²⁸⁾ 이 期間 동안의 土地法制를 살펴보면 第3次 經濟開發 5個年計劃이 施行된 70年代의 前半期에는 各部門別 土地立法이 쏟아져 나왔다. 工業部門에서는 工業用地的 需要充足을 위하여 產業基地開發促進法, 工業團地管理法 등이 制定되었고 企業體의 非業務用土地의 買入을 위해서 土地金庫法⁽²⁹⁾을 마련하였으며, 農林分野에서는 山林開發法⁽³⁰⁾, 農地擴大開發促進法, 內水面漁業開發促進法 등이 開發爲主의 法律인 反面, 農地의 保全 및 利用에 관한 法律을 制定하여 絶對農地의 他用途로의 轉用을 禁止함에 이르렀다.

都市의 生活環境의 向上을 위하여 住宅建設促進法, 特定地域開發促進에 관한 特別措置法, 住宅改良促進에 관한 臨時措置法을 制定하고 農村의 農耕地整理와 住宅改良事業을 위하여 農村近代化促進法을 만들었으며, 軍部는 全面的 國土開發로 露出되어 가는 軍事施設을 保護하기 위하여 軍事施設保護法을 만들어 이에 맞서는가 하면, 稼得率이 높은 外貨獲得事業인 觀光振興을 위해 觀光團地開發促進法, 觀光事業法을 만들어 그 開發을 促進하였다. 國土利用管理法, 立木에 관한 法律, 公共用地的 取得 및 損失補償에 관한 特例法도 이 期間에 制定되었다. 그리고 都市計劃法을 改正하여 開發制限區域(green belts)에 관한 規定을 新設하고 全國土의 약 5.5%에 달하는 開發制限區域을 指定한 것도 이 時期의 일이다.

다시 말하면 이 時期는 經濟開發을 위하여 계속적으로 土地를 供給해야 하고 한편으로는 土地開發에 따르는 土地의 保全이라는 심각한 問題를 야기하였다. 그리고 보다 큰 問題는 土地問題가 社會問題로 심각해진 時期였다. 地價가 계속적으로 上昇하고, 土地投機가 일어나며, 企業은 非業務用土地를 擴大해 나가고, 個人은 空閑地를 늘려 나갔다. 이와 같은 土地問題에 대한 對策으로 空閑地稅를 新設하고 不動產投機抑制稅를 廢止하여 讓渡所得稅로 吸收하는 등 土地問題에 對處하고자 하였다.

第3次 經濟開發計劃이 끝나고 第4次 經濟開發計劃의 집행에 들어가는 時期에는 地價의 급격한 上昇에 따른 土地問題가 가장 심각한 社會問題로 대두되었다. 土地投機를 억제하기 위해 두차례에 걸쳐 特定地域告示를 하여⁽³¹⁾ 讓渡所得稅를 實去來價格에 肉迫하는 水準으로 算定徵收할 수 있도록 하였다. 또 한편으로는 經濟開發에 따른 土地資源의 積極的인 保護를 위하여 環境保全法을 制定하고, 工業의 適正한 配置를 위한 措置를 講究하기 위하여

(28) 盧隆熙, 前揭書, 613面.

(29) 土地金庫法은 1978年 1月 5日 韓國土地開發公社法을 制定하여 韓國土地開發公社의 設立登記를 完了한 날로 부터 廢止되었다.

(30) 山林開發法은 林產物團束에 관한 法律과 함께 1980年 7月 1日부터 山林法에 吸收됨으로써 廢止되었다.

(31) 1978. 2. 15. 第1次告示: 158個洞.
1978. 7. 19. 第2次告示: 205個洞.

工業配置法을 制定하였다.

이상에서 살펴본 바와 같이 經濟發展을 위한 土地政策을 構想·執行해온 관계로 第2期는 土地所有權을 規制하는 土地公法爲主의 土地法時代를 이루었으며, 開發과 保全의 갈등, 土地投機라는 심각한 社會問題를 야기케 한 時期였다. 그래서 根本的인 土地觀의 變化, 公私法의 調和, 土地問題에 관한 새로운 解決方案이 요청된 時期였다.

4. 第3期(8·8措置 이후 現在까지)

8·8措置가 있고 그것을 立法으로 반영한 후부터 지금까지를 第3期라 할 수 있다. 未曾有的 弊惡의 하나였던 地價의 非正常的인 上昇과 土地投機의 上昇作用으로 인하여 土地問題는 심각한 社會問題가 되었다. 이러한 土地投機는 어떠한 일이 있더라도 抑制되어야 한다는 社會的인 理解가 싹트기 시작하면서 土地와 土地所有權의 認識에 대한 根本的인 變化가 일어났다.

土地는 個人이 獨占的으로 利益을 취할 수 있는 보통의 商品과는 다르며, 國民 모두의 生存의 基礎이며, 그 量이 有限한 資源이라는 認識이 점차 擴散되어 갔다. 또한 土地所有權은 私權이긴 하지만 다른 財產權 보다는 더 엄한 公的規制를 받아야 한다는 土地所有權의 公概念에로의 土地所有權概念의 變化도 일어나게 되었다. 이러한 認識의 變化는 土地投機라는 지극히 왜곡된 土地去來를 體驗하고, 土地投機로 인한 土地問題의 深刻性을 깨닫고 나서 비로서 일어나게 되었다. 한편 8·8措置는 바로 이러한 認識의 變化를 促求하기도 하였다.

8·8措置 以後 지금까지의 변함없는 土地政策의 基調는 地價의 持續的 安定維持이다. 그리고 第5共和國의 시작과 함께 福祉社會의 建設이 하나의 國家目標가 됨으로써 이러한 福祉社會의 建設을 위한 土地政策의 遂行과 이를 위한 土地法의 制定·改正이 또하나의 土地法의 주된 內容으로 되었다. 이와 같은 變化는 먼저 土地公法에 의해서 반영되었으며, 私法의 측면에서도 土地公法上의 目標를 實踐하기 위하여 支援하게 되었다. 그래서 第3期에 와서 비로소 土地公法과 私法이 土地政策의 實現을 위한 共同의 努力을 다스간 기우리게 되었다.

보다 상세히 8·8措置 以後의 土地法의 變遷을 살펴보면, 8·8措置의 內容을 먼저 國土利用管理法을 改正하여 반영하였다. 土地投機를 抑制하기 위하여 土地去來許可制와 申告制를 立法하고, 土地投機의 原因이 되는 開發利益의 私有化를 막을 수 있는 開發利益의 還收와 開發負擔金의 徵收根據를 마련하고, 土地利用의 基本理念을 提示하여 土地所有權의 公概念을 立法으로 明定하였다. 나아가서 土地投機抑制를 위하여 土地稅制를 強化하고 土地去來의 正常化를 위하여 全國土에 걸쳐서 基準地價를 告示하는 한편, 土地去來仲介人의 資格制實施를 위한 不動產仲介業法을 制定하였다.

점차 地價安定을 위한 各種措置가 實效를 거두게 되고, 第5共和國의 시작과 함께 國家

의으로는 福祉社會의 建設, 國土計劃에 있어서는 國土의 均衡開發目標達成을 위하여 먼저 宅地開發의 圓滑化를 위한 宅地開發促進法の 制定, 低所得層을 위한 住居의 提供을 위하여 賃貸住宅建設促進法을 制定하고, 無許可建物の 整理 및 無許可建物 居住者の 住居生活의 安定을 위하여 特定建築物整理에 관한 特別措置法을 制定하였다.

首都圈의 異狀肥大現象을 整備하기 위한 首都圈整備法을 制定하고, 農漁村의 開發을 위한 農漁村所得源開發促進法을 制定하여 均衡있는 國土開發을 위한 法的 뒷받침을 하였다. 또 다른 한편으로는 經濟開發에 따른 土地資源의 積極的인 保護를 위하여 環境保全法을 制定하고, 工業의 適正한 配置를 위한 措置를 講究하여 工業配置法을 制定하였으며, 특히 産業化 都市化에 따른 우리 固有의 傳統建물이 급격히 사라져 가는 것을 막기 위하여 傳統建物保全法을 制定하였다. 그리고 國土의 科學的 管理를 위한 多角的인 措置들을 講究하여 왔다.

이상에서와 같이 이 期間 동안 公法的으로는 土地投機의 抑制를 土地政策의 根幹으로 하면서, 한편으로 福祉社會의 建設을 위하여 住宅建設, 首都圈의 整備, 農漁村의 開發 등을 위한 法的 措置를 취하고 都市化, 産業化에 따른 土地資源의 保全을 위한 措置도 함께 講究하여 왔다.

私法的으로도 重要한 法律의 改正 또는 制定이 이루어졌다. 먼저 土地利用權의 強化를 통한 住居生活의 安定을 위하여 住宅賃貸借保護法을 制定하고, 民法을 改正하여 傳貰權을 補完하였다. 그리고 地下 또는 地上 空間의 大規模 利用에 관한 法的 根據를 마련하여 區分地上權을 民法에서 規定하였다.

土地投機 抑制를 위한 公法的인 강력한 措置에 병행하여 不動產登記法에서도 官認契約書의 義務的使用, 保證書에 의한 登記申請時의 不實登記防止를 위한 補完措置를 취하였다. 또한 未登記土地의 登記를 促進하기 위하여 여러차례에 걸쳐 限時法⁽³²⁾으로 事實上的 土地所有者가 單獨으로 登記申請을 할 수 있도록 措置하였다. 무엇보다도 중요한 私法的 措置중의 하나는 集合建物の 所有 및 管理에 관한 法律을 制定하여 大量供給되고 있는 集合住宅에서의 區分所有權을 獨立한 所有權으로 規定하고 不動產登記法에서는 이것의 登記를 간편하게 할 수 있도록 하였다. 또 한편 假登記擔保 등에 관한 法律을 制定하여 假登記라는 變則的인 方法에 의한 土地擔保制度의 正常化를 위한 法的 뒷받침을 하였다.

이상에서와 같이 私法的으로도 未洽하긴 하지만 土地所有權保護中心에서 土地利用權을 強化하고, 그리고 不動產去來가 正常的으로 이루어질 수 있도록 不動產登記法을 補完하는

(32) 이러한 限時法으로는 分配農地所有權移轉登記에 관한 特別措置法(施行期間 1961. 5. 5~1965. 6. 30), 一般農地의 所有權移轉登記에 관한 特別措置法(1964. 9. 17~1965. 6. 30), 林野所有權移轉登記에 관한 特別措置法(1969. 6. 20~1971. 12. 19), 不動產所有權移轉登記 등에 관한 特別措置法(1978. 3. 1~1984. 12. 31), 收復地域內 所有者未復舊土地의 復舊登錄과 保存登記에 관한 特別措置法(1983. 7. 1~1988. 12. 31)이 있다.

등 土地投機의 抑制을 위한 土地政策遂行에 이바지하는 方向으로 약간의 變化가 일어나고 있다.

綜合的으로 考察해 보면 第3期는 土地觀에 관한 根本的인 合致에는 이르지 못하고 있으나 公法과 私法이 모두 土地去來의 正常化와 福祉社會建設을 위한 共同의 目標를 各各의 土地法에서 反映하고 實踐하고자 한 時期라 할 수 있다.

5. 土地法史에 나타난 土地法の 特徵 및 向後的 課題

日帝에 의하여 近代의 土地所有權이 우리나라에 確立된 이후 現在까지 우리의 土地法制는 私法的으로는 多小의 變化는 있었으나 近代의 土地所有權 概念을 持續的으로 維持해 왔다. 그러나 公法的으로는 經濟開發과 그것의 副作用으로 나타나는 土地問題를 解決하기 위하여 그때그때마다 수많은 土地法들을 制定 또는 改正하여 왔다.

그러므로 우리나라의 土地法制의 特徵은 確立된 土地에 대한 理念없이 必要에 따라 수시로 法律을 制定 또는 改正해 옴으로써 一貫性이 維持되지 못한 점이다. 그것은 根本的으로 土地所有權은 完전한 自由所有權으로 認定하려는 私法에서의 原則과 公共福利를 위하여 土地所有權을 制限하고자 하는 公法間的 衝突로 인한 결과이기도 하나, 土地는 公的財貨로서의 性格과 私的財貨로서의 兩面的 性格을 갖고 있음에 대한 충분한 檢討없이 一面的으로 土地를 다루어 온데도 그 理由가 있다고 보아진다.

다음으로 우리 土地法制의 特徵은 土地를 效率的으로 利用하고, 土地投機를 抑制하여 土地로 부터의 利益을 골고루 國民 모두가 享有할 수 있도록 하여야 한다는 土地政策에 있어서의 共同의 目標를 私法과 公法에서는 서로 달리 다룸으로써 公私法間的 矛盾現象을 빚고 있는 점이다. 가장 代表的인 예로 土地公法에서는 一家口一住宅의 實現, 讓渡所得稅의 適切한 賦課徵收로 土地去來의 安定化를 이룩하고자 하나, 私法的으로는 名義信託의 認定, 中間省略登記의 認定 등으로 이러한 公法上的 目的達成에 正面으로 반하는 結果를 초래하고 있다.

公法과 私法은 모두 國家理念의 實現, 社會秩序의 維持에 이바지해야 할 것임에도 불구하고 土地法에서는 이러한 矛盾되는 事例가 적지 않으리라 생각된다. 앞으로 土地法の 課題는 土地에 관한 基本的인 哲學을 定立해서 公法과 私法이 이를 調和있게 實現할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그러므로 무엇보다도 우선적으로 土地基本法을 制定하여 土地에 관한 基本的인 哲學을 분명히 하여야 할 것이다. 이러한 土地基本法의 理念아래 私法的으로는 所有와 利用의 均衡과 調和를 위한 法的 措置를 계속 講究하고, 所有權에서 開發權을 分離하는 土地所有權概念을 再定立토록 할 필요가 있으며, 不動產去來가 多樣하고 또한 安定的으로 이루어질 수 있는 法的 뒷받침을 계속하여야 할 것이며, 不動產의 擔保權인 抵當權의 流動化를 가능케 하여 不動產 金融의 원활화를 기해야 할 것이다.

公法的으로는 土地所有者에게 不勞所得으로 歸屬하게 되는 開發利益 還收制度를 보다 補

完하고, 한편으로 開發損失의 補償을 할 수 있는 새로운 技法을 開發하고, 불필요한 土地의 所有抑制를 위한 綜合土地稅制를 定着시키고, 土地를 국민 모두가 均等하게 享有할 수 있는 方案을 講究해야 할 것이다. 그리고 이러한 課題의 遂行을 위해서는 지금까지의 法的裝置를 改善하고 새로운 技法들을 開發하여 制度化해 나가야 할 것이다.

종합해 보면 土地는 公的인 側面과 私的인 側面이 있음을 認定하고, 그 兩側面이 서로 調和할 수 있는 새로운 技法의 模索이 무엇보다도 필요하다고 보여진다.

表-1. 土地法制的 變遷(解放--1986)

1987. 1. 28

時代 區分	主要 法律	主要 內容	
<p>第1期: 解放↔1961.</p> <ul style="list-style-type: none"> • 土地問題에 관한 牧歌的 時代 • 私法중심의 土地法時代 	<p>憲法(1948. 7. 17 公布)</p> <p>民法(1958. 2. 22 制定) (1960. 1. 1 施行)</p> <p>不動產登記法(1960. 1. 1 制定) (1960. 1. 1 施行)</p> <p>農地改革法(1949. 6. 21 制定)</p> <p>歸屬財產處理法(1949. 12. 19 制定)</p>	<p>近代的土地所有權 규정</p> <p>農地所有上限制, 農家단의 農地所有</p>	
<p>第2期:</p> <p>1962~1978</p> <ul style="list-style-type: none"> • 經濟發展을 위한 土地法爲主의 土地法時代 • 土地投機로 인한 土地問題의 深化時代 	<p>1962~1966 (國土開發을 위한 政策構想時代)</p>	<p>憲法(1962. 12. 26 5次 改正)</p> <p>農地擔保法(1966. 8. 3 制定)</p> <p>國土建設綜合計劃法(1963. 10. 14 制定)</p> <p>都市計劃法(1962. 1. 20 制定)</p> <p>建築法(1962. 1. 20 制定)</p> <p>土地收用法(1962. 1. 15 制定)</p> <p>山林法(1961. 12. 17 制定)</p> <p>徵發法(1963. 5. 1 制定)</p> <p>文化財保護法(1962. 1. 20 制定)</p> <p>公害防止法(1963. 11. 5 制定)</p>	<p>經濟의 章 新設</p> <p>農地抵當機關을 農業協同組合에 限定함.</p> <p>環境保全法(1977. 12. 31 제정)에 吸收廢止</p>
	<p>1967~1971 (産業用地開發 및 農村開發時代)</p>	<p>機械工業振興法(1969. 1. 28 제정)</p> <p>電子工業振興法(1969. 1. 28 제정)</p> <p>石油化學工業育成法(1970. 1. 1 제정)</p> <p>地方工業開發法(1970. 1. 1 제정)</p> <p>土地區劃整理事業法(1966. 8. 3 제정)</p> <p>特定多目的埠法(1966. 4. 23 제정)</p> <p>輸出自由地域設置法(1970. 1. 1 制定)</p> <p>港灣法(1967. 3. 30 제정)</p> <p>農業基本法(1967. 1. 16 제정)</p> <p>地力增進法(1966. 3. 15 제정)</p>	<p>工業發展法(1986. 1. 8 제정 1986. 7. 1 施行)에 吸收廢止</p> <p>都市計劃法에서 分離立法</p> <p>農地의 細分化 및 遊休化防止</p>

時 代 區 分	主 要 法 律	主 要 內 容
	草地法(1969. 1. 17 제정) 農村近代化促進法(1970. 1. 12 제정) 火田整理에 관한 法律(1966. 4. 23 제정) 農業災害對策法(1967. 1. 16 제정) 酪農振興法(1967. 1. 16 제정) 鳥獸保護 및 狩獵에 관한 法律 (1967. 3. 30 제정) 公園法(1967. 3. 3 제정) 外國人土地法(1961. 9. 18 제정) 紹介營業法(1970. 2. 26 제정) • 不動產投機抑制에 관한 特別措置稅法(1967. 11. 29 제정)	農地改良, 農家集團化 { 自然公園法(1980. 1. 4 제정 1980. 6. 1 시행) 및 都市公園法 (同日字)으로 分離廢止 不動產紹介業의 申告制 不動產仲介業法(1983. 12. 30) 制定에 의해 廢止 • 不動產投機抑制稅 신설 • 所得稅法改正(1974. 12. 24)에 의해 吸收廢止
1972~1978 開發志向의 土地 利用에 따른 土地 保全의 問題와 土 地投機深化의 時 代	國土利用管理法(1972. 12. 30 제정) 農地擴大開發促進法(1975. 4. 16 제정) 山林開發法(1972. 12. 30 제정) 產業基地開發促進法(1973. 12. 24 제정) 住宅建設促進法(1972. 12. 30 제정) 觀光園地開發促進法(1975. 4. 4 제정) 觀光事業法(1975. 12. 31 제정) 工業園地管理法(1975. 12. 31 제정) 公共用地取得 및 損失補償에 관한 特例法(1975. 12. 31 제정) 農地の 保全 및 利用에 관한 法律 (1972. 12. 18 제정) 都市計劃法改正(1972. 12. 30) 軍事施設保護法(1972. 12. 26 제정) 土地金庫法(1974. 12. 31 제정) 地籍法(1975. 12. 31 제정) 立木에 관한 法律(1973. 2. 6 제정) 鑑定評價에 관한 法律(1973. 12. 30 제정) 地方稅法改正(1973. 3. 12)	土地利用計劃, 基準地價告示 所有者的 開墾義務, 代執行開發 分收林制, 山林法改正(1980. 1. 4)에 의해 廢止 住宅建設事業자에게 土地收用權 인정 公共事業에 필요한 土地의 協議收用 및 使用 絕對農地의 告示, 農地轉用の 制限, 代理耕作制 開發制限區域指定根據 마련 企業의 非業務用土地買入 韓國土地開發公社法(1978. 12. 5 제정) 制定으로 폐지. 立木의 抵當 인정. 公認鑑定士制 法人의 非業務用土地에 대한 財産

時代區分	主要法律	主要內容
	<p>國民生活安定을 위한 大統領 緊急措置(긴급조치 第3號, 1974. 1. 10)</p> <p>所得稅法改正(1974. 12. 24)</p> <p>法人稅法改正(1974. 12. 21)</p> <p>都市再開發法(1976. 12. 31 제정)</p> <p>臨時行政首都建設을 위한 特別措置法(1977. 7. 23 제정)</p> <p>環境保全法(1977. 12. 31 제정)</p> <p>工業配置法(1977. 12. 31 제정)</p>	<p>稅賦課</p> <p>住居用土地에 대한 遞次稅率, 사치성 土地에 대한 財産稅증과, 공한지 및 법인의 非業務用土地에 대한 재산세 증과</p> <p>讓渡所得稅 신설</p> <p>土地讓渡등에 대한 法人稅 特別附加稅 신설</p> <p>都市計劃法에서 分離立法</p> <p>工場의 再配置</p>
<p>第3期: 1978~1986</p> <ul style="list-style-type: none"> • 土地投機抑制을 위한 土地法時代 • 福祉社會建設을 위한 土地法時代 • 土地公法과 土地私法의 調和를 위한 出發時期 	<p>憲法(1980. 10. 27 8次 改正)</p> <p>國土利用管理法改正(1978. 12. 5 改正)</p> <p>不動產仲介業法(1983. 12. 30 제정)</p> <p>首都圈整備計劃法(1982. 12. 31 제정)</p> <p>農漁村所得源開發促進法(1983. 12. 31 제정)</p> <p>特定建築物整理에 관한 特別措置法(1981. 12. 31 제정)</p> <p>賃貸住宅建設促進法(1984. 12. 31 제정)</p> <p>地下鐵道建設促進法(1979. 4. 17 제정)</p> <p>學校施設事業促進法(1982. 12. 31 제정)</p> <p>傳統建物保存法(1984. 12. 31 제정)</p> <p>溫泉法(1981. 3. 2 제정)</p> <p>停車場法(1979. 4. 17 제정)</p> <p>國土開發研究院育成法(1978. 12. 5 제정)</p> <p>韓國土地開發公社法(1978. 12. 5 제정)</p> <p>所得稅法改正(1978. 12. 5)</p> <p>法人稅法改正(1978. 12. 5)</p>	<p>經濟章에서 國土管理 根據 마련</p> <ul style="list-style-type: none"> • 土地利用의 基本理念 明示 • 土地去來許可申告制 • 開發利益選收 • 遊休地開發強制 • 先買協議制 • 基準地價를 土地去來時의 基準價로 定함 <p>公認仲介士制</p> <p>圈域의 指定</p> <p>農工地區의 指定</p> <p>無許可建物에 대한 竣工檢查畢證 交付</p> <p>保護區域指定</p> <ul style="list-style-type: none"> • 土地保有期間에 따라 讓渡所得稅 分離重課 • 土地讓渡등에 관한 法人稅特別附

時 代 區 分	主 要 法 律	主 要 內 容
	租稅減免規制法改正(1978. 12. 5) 住宅賃貸借保護法(1981. 3. 5 제정, 1983. 12. 30 改正) 民法改正(1984. 4. 10) 集合建物の 所有 및 管理에 관한 法律(1984. 4. 10 제정) 假登記擔保등에 관한 法律(1983. 12. 30 제정) 不動產登記法改正(1978. 12. 6; 1984. 4. 10) 不動產所有權移轉登記 등에 관한 特別措置法(1977. 12. 31 제정) 收復地域內의 所有者未復舊土地의 復舊登錄과 保存登記에 관한 特別措置法(1982. 12. 31 제정) 中小企業創業支援法(1986. 5. 12 제정) 工業發展法(1986. 1. 8 제정) 島嶼開發促進法(1986. 12. 31 제정) 農地賃貸借管理法(1986. 12. 31 제정) 都市交通整備促進法(1986. 12. 31 제정)	加稅를 保有期間에 따라 分離重課 • 企業의 非業務用土地를 住宅建設의 實需要者에게 賣却하고 그 買受者가 3年以內 建築을 하였을 경우에는 讓渡所得稅還給 • 韓國土地開發公社에 土地를 讓渡한 경우 讓渡所得稅輕減 • 住宅賃借權의 強化 區分地上權 신설 傳貰權의 強化 • 區分所有權을 獨立한 所有權으로 인정 變則擔保인 假登記擔保에 관한 규제 法律 • 官認契約書의 義務的 使用 • 區分所有權登記에 관한 根據 마련 • 所有者단독으로 登記申請인정. 限時法(1978. 3. 1~1984. 12. 31) • 所有者단독으로 登記申請. 限時法(1983. 7. 1~1988. 12. 31)

(未完)