

現行 土地法の 再評價*(下)

—土地에 관한 私益과 公益의 調整을 中心으로—

徐 元 宇**·金 相 容***

Ⅲ. 土地에 관한 公益과 私益의 衝突 및 調整

1. 所有面에서의 公·私益의 衝突과 調整

(1) 所有의 量的上限制

土地는 富의 源泉이고 가장 훌륭한 價値貯藏手段이기 때문에 特定人에게 集中될 수 있음은 歷史적으로 自明한 일이다. 또 近代民法에서 所有權의 絶對的 保障과, 契約自由의 原則에 의해 經濟力이 강한 者는 土地를 獨占적으로 取得·所有할 수 있었다. 土地의 獨占的 所有로 결국 經濟的 弱者의 生存의 基礎인 土地를 잃게 하는 社會問題가 提起되었다.

土地의 獨占的 所有가 빚은 社會問題는 農地에서 부터 出發하였다. 農地의 獨占的 所有는 零細農民의 地主에게의 隸屬을 強要하게 되는 結果를 招來하였다. 다음으로 都市化와 産業化의 급속한 伸張에 따른 地價의 上昇으로 因하여 不勞所得을 取하려는 者들의 開發利益의 私有化를 노린 遊休土地의 獨占的 所有에 대한 規制의 問題가 提起되었다.

그래서 우리나라는 먼저 農地所有의 集中化를 防止하고 零細農民이 一部地主에게 經濟的으로 隸屬되는 것을 防止하기 위하여 獨立自營小農을 保護하려는 目的에서 農地의 所有上 限을 設定하였다. 1949年 農地改革을 斷行하면서 一般農地로서 自耕 또는 自營하는 一農家當 總面積 3町步 以上の 農地所有를 禁止하였다.

그러나 農地所有를 家口當 3町步로 制限하는 것은 規模의 經濟的 面에서나 營農의 機械化를 어렵게 하는 것이라는 見地에서 農地所有上 限線을 높여야 한다는 主張이 繼續해서 일고 있으며, 農地의 賃貸借도 許容할 計劃으로 알려져 있다.⁽³³⁾

農地의 所有上 限制는 經濟的 弱者인 零細農民의 保護와 社會正義의 實現을 위해 實施하

* 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

(33) 農地賃貸借管理法의 制定으로 결국 農地賃貸借을 양성화 하였다.

였다.

外國의 예를 살펴보면 臺灣은 10人家口가 生計를 維持할 만한 面積을 農地所有上限으로 規定하고 있으며⁽³⁴⁾, 日本은 처음에는 3町步로 하였다가 6町步로 上限線을 높였다가 이제는 所有上限을 廢止하였다.⁽³⁵⁾

農地의 所有上限은 土地量 그 自體의 量的上限이다. 그러나 다른 한편으로 土地의 利用보다는 開發利益의 私有化를 꾀하는 投機的 土地所有를 抑制할 目的으로 農地의 所有上限에서의 같은 直接的인 規制는 아니지만 一定面積以上の 土地所有를 規制하는 制度가 出現하였다. 그것이 바로 1978년에 法制화된 遊休地의 所有上限이다.

國土利用管理法 附則 第3條는 遊休地의 所有上限을 規定하고 있다. ① 規制地域과 都市計劃法에 의한 市街化調整地區에 있어서는 1,000m² ② 그 이외의 都市計劃區域에서는 2,000m² ③ 기타 規制地域 및 都市計劃區域以外的 區域에서는 5,000m²를 넘는 遊休地에 대해서 道知事가 土地所有者에게 遊休地일을 通知하고 協議買收하거나 先買할 수 있다. 특히 法人의 非業務用土地가 위의 上限을 超過할 경우에는 他에 優先하여 先買할 수 있다.

遊休土地에 관해서 所有上限을 法制화한 것으로서 가장 典型的인 例는 印度의 1976年「都市土地上限 및 規制에 관한 法」(The Urban Land (Ceiling and Regulation) Act)이다. 이 法律에 의하면 印度의 11個州와 聯邦領에 있어서 都市內의 空閑地의 所有는 다음과 같이 그 上限을 超過할 수 없다. 즉 ① A級都市地域(Dehli, Calcutta)에서는 500m², ② B級都市地域에서는 1,000m² ③ C級都市地域에서는 1,500m² ④ D級都市地域에서는 2,000m²이다. 이 法律에 의해서 이상과 같은 上限을 超過하는 面積을 單一地域 또는 여러지역을 합해서 所有하는 者는 그 位置와 價格을 州政府에 申告하도록 하고 政府는 必要한 경우에 그 超過土地로 부터의 收益에 따라서 補償을 하고 買受할 수 있도록 規定하고 있다.

그리고 우리나라에서는 一定面積以上の 所有宅地에 대한 財産稅重課도 매우 間接적이긴 하지만 일종의 宅地의 所有上限으로 볼 수 있다.^(36,37) 또 工場用地의 過多所有를 抑制하기 위하여 工場用地 原單位制의 實施도 넓은 意味에서는 土地所有上限制의 範疇에 넣을 수 있을 것이다.

이러한 所有上限法制을 一瞥해 보면 비록 民法에서는 所有의 量的制限을 알지 못하지만 山地를 除外한 거의 모든 土地, 다시 말하면 人間生存을 위한 必須不可缺한 土地는 私人이 無限히 所有할 수 있는 것이 아니라, 生存에 必要한 適正範圍內에서만 所有가 許容될 수 있는 對象이라는 것을 發見할 수 있다.

(34) 土地法施行令 第7條.

(35) 國土開發研究院, 各國의 土地政策(1980), 28-29面.

(36) 地方稅法 第188條 第1項 第1號(1) 참조.

(37) 臺灣은 土地稅法에서 地價稅 및 土地增價稅를 都市計劃區域內에서는 3a, 기타 地域에서는 7a까지 單純低率課稅하고 그 초과부분에 대해서는 累進稅率을 적용하고 있다.

(2) 開發利益의 還收

오늘날의 土地問題는 根源的으로 開發利益의 獨占의 所有化에서 부터 出發하고, 土地政策의 中心課題는 이 開發利益을 어떻게 社會로 還收하느냐에 集中되어 있다. 開發利益의 還收가 土地에 관한 公·私益의 衝突이 가장 深刻한 分野가 되었다.

農業이 주된 經濟活動分野이었을 때에는 土地問題는 農地의 量的 獨占의 所有로 빚어졌다. 農地의 價値 즉 價格은 큰 問題가 아니었다. 그러나 都市化, 工業化가 가져온 土地問題는 土地所有의 量的인 問題가 아니라 土地價値의 質的인 問題로 轉換하였다. 그러므로 오늘날은 土地를 그 量에 있어서 어느 정도로 所有하고 있느냐도 問題이지만, 根本的으로 어느 정도의 土地價値를 享有하느냐에 있다.

地價는 그 價格形成이 人爲的이라는 것을 이미 論述하였다. 그러므로 地價는 土地所有者의 努力 즉 土地所有者 個人의 開發投資에 의해서도 上昇하지만, 地價上昇幅의 큰 部分은 都市計劃的 決定이나 用途變更, 國家, 地方自治團體 및 公共機關의 開發投資에 의해서, 그리고 一般的인 經濟發展이 要因이 되고 있다. 그래서 地價의 增加要因은 크게 土地所有者의 投資에 의한 要因과 土地所有者의 投資에 의하지 않은 要因으로 나누어 볼 수 있다.

地價上昇分中 土地所有者의 努力에 의하지 않은 增加分을 開發利益(betterment, windfalls)이라 하고, 土地所有者는 이 開發利益을 私有化하고자 하며, 國家는 이를 還收하고자 하는 것이다. 土地問題의 根源은 바로 開發利益을 私有하고자 하는데서 發生하고 있다. 이것이 바로 오늘날의 土地問題의 樣相이다.

開發利益은 土地所有者에게는 不勞所得이다. 또 한편 不當利得이 된다. 이 開發利益은 土地所有者 個人이 享有할 利益이 아니라 社會全體가 이를 享有하여야 할 性質의 것이다.

바로 이 開發利益을 둘러싼 公·私益의 對立은 土地所有者의 努力에 의한 增加는 土地所有者가 이를 享有하고 土地所有者의 努力에 의하지 않은 增加는 社會가 還收하는 方法으로 調整이 이루어지고 있다.

그러나 理念的으로는 開發利益은 社會로 還收되어야 할 것이라는 것이 肯定되지만 地價는 現在利用價(current use value)와 開發價(development value)가 하나의 土地에 結合되어 있기 때문에, 즉 私益의 價値와 公益의 增價가 하나의 土地에 結合되어 있기 때문에 어떻게 그것을 分離할 것이며, 어떠한 方法으로 還收할 것인가가 技術的으로 매우 어렵다.

우리나라에서는 開發利益의 還收에 관하여 그 還收에 관한 根本原則을 國土利用管理法에서 規定하고(同法 第3條의 2) 還收方法에 관해서는 課稅의 方法과 非課稅의 方法으로 나누고, 다시 <表-2>에서와 같이 個別法이 開發利益이 實現되었을때(realized development value)와 實現되지 않았을때(unrealized development value)로 나누어서 規定하고 있다.

가장 重要한 開發利益의 還收方法은 역시 讓渡所得稅이다. 그런데 讓渡所得稅는 그 徵收 實績에서 알 수 있듯이 開發利益을 충분히 還收하고 있지 못하다. 왜냐하면 開發利益이 實

〈表-2〉 現行開發利益의 發生類型과 還收制度 概觀

對象利益 事業區分		未實現된 利益		實現된 利益		
		非租稅的 方法		租稅的 方法		
有形的 事業	都市計劃事業	減步	受 益 者 負 擔 金 開 發 負 擔 金 開 發 利 益 金	財 產 稅 都 市 計 劃 稅 消 防 共 同 施 設 稅	土 地 收 用 補 償 時 開 發 利 益 의 排 除	讓 渡 所 得 稅, 法 人 稅 特 別 附 加 稅
	道路事業					
	産業基地開發事業					
	都市再開發事業					
	河川事業					
	公園事業					
	特定地域事業					
	特定多目的「댐」事業					
農地改良事業						
無形的 事業	用途地域地區의 指定 /變更	減步	開 發 利 益 金	財 產 稅 都 市 計 劃 稅 消 防 共 同 施 設 稅	看 做 取 得 稅	
	住宅團地의 指定					
	工業團地의 指定					
	新都市 開發地域指定					
	土地形質變更許可					
複 合 的 業	減步, 受 益 者 負 擔 金 開 發 負 擔 金, 開 發 利 益 金.					
		國公有地 貸貸制				

現되었다 하더라도 中間省略登記에 의해 未登記轉賣者를 正確하게 찾아낼 수 없는 登記制度上的 問題點이 있기 때문이다.

그리고 開發負擔金 賦課徵收에 관해서는 根據法律은 制定되어 있지만 아직 施行하지 않고 있으며, 受益者負擔金도 道路法에 의한 道路受益負擔金 以外에는 具體的으로 徵收하지 않고 있다.

開發利益을 全面的으로 還收하기 위한 包括的인 制度로서 우리나라는 土地開發方法으로 소위 公營開發의 方法을 많이 活用하고 있다. 國家, 地方自治團體 또는 公法人이 開發豫定 土地를 大量으로 買入하여 스스로 開發한 後 再賣買함으로써 그 差益 즉 開發利益을 全面

的으로 還收하고자 한다.

그러나 開發利益의 全面的인 還收는 土地所有者로 하여금 開發動機를 抹殺하는 結果를 招來하므로 이것의 是正을 위한 새로운 土地開發方法이 模索되어야 한다. 그래서 近者에는 土地所有者와 國家 또는 專門開發者가 共同으로 土地를 開發하여 開發利益을 配分하는 方法들인 信託開發, 借地開發, 等價交換開發 등이 研究되고 있다.

土地政策의 目標中の 하나로 土地配分の 衡平性을 들고 있다. 이 土地配分の 衡平性은 土地를 量的으로 公平하게 나누어 所有하는 內容보다는 土地價値의 公平한 享有를 內容으로 한다. 그래서 英國에서는 土地社會主義의 立場에서 勞動黨 政府가 꾸준히 開發利益을 還收할 수 있는 開發土地稅⁽³⁸⁾ (Development Land Tax)등을 立法하였으며, 臺灣은 土地增價稅(Land Value Increment Tax)를 통하여 開發利益을 還收하여 國民全體의 利益을 위해서 쓰고 있다.⁽³⁹⁾ 유명한 土地改革論者인 H. George도 土地의 公有化를 主張하면서 그것은 土地所有權 그 自體를 公有로 하는것이 아니라 開發增價를 社會가 還收하는 것을 內容으로 하고 있다. 그는 單一土地稅(Single Land Tax)에 의해 開發增價를 社會가 還收하여야 한다고 主張하였다.⁽⁴⁰⁾

이와같이 土地는 物理的인 面에 있어서만 公·私益이 衝突되는 對象을 넘어, 그 價値에 있어서도 公·私益이 對立되는 存在임이 確認되고 있다. 지금까지의 土地所有上限制를 量的上限制라고 하면, 開發利益의 還收는 土地의 質的 所有上限制라 할 수 있다.

(3) 所有權과 開發權의 分離

土地所有權은 使用, 收益, 處分權能이 渾一되어 있다. 大陸의 不動產物權法에 의하면 土地所有權은 單一性을 가지며, 이 土地所有權으로 부터 使用, 收益, 處分權能이 流出되는 것으로 把握되고 있다. 그러나 英美의 不動產法에 의하면 土地所有權은 土地에 대한 各各獨立인 權利인 使用權, 收益權, 處分權이 하나로 묶여져 있는 權利(a bundle of rights)로 理解된다. 그러므로 土地所有權은 언제나 그것을 構成하고 있는 獨立된 權利들로 分割될 수 있는 것으로 理解되고 있다.

그래서 所有權과 開發權의 分離는 英美法에서 부터 먼저 主張되고 部分的으로 立法化되었다. 土地를 物理的인 形態의 側面에서 살펴보면 自然狀態 그대로 利用하다가 必要가 있는 경우에는 開發을 하여 그 用途가 變更되어 간다. 이러한 土地形態의 變化를 따라 土地所有權의 內容을 分離해 보면 自然狀態 그대로의 利用을 現在利用權(current use right)이라 할 수 있고, 將來에 開發을 하여 用途를 變更하거나 利用度를 높이는 行爲를 將來의 開發權(future development right)이라 할 수 있다.

(38) 勞動黨政府는 開發利益을 적극적으로 환수하고자 하였지만 保守黨政府는 勞動黨 政府時 制定한 土地法을 폐지하는 악순환을 계속하여 왔다.

(39) 臺灣은 教育費의 상당부분을 土地增價稅로 調達하고 있다.

(40) Henry George, *Progress and Poverty* (1877).

이와같이 土地所有權을 現在利用權과 將來開發權으로 나누어 現在利用權은 個人인 土地所有者에게 歸屬시키고 將來開發權은 國家에 歸屬시키거나 또는 土地市場에 流通케 하는 法理를 所有權과 開發權의 分離라 하여, 土地法에서는 조용한 革命(a quiet revolution)으로 評價되고 있다.

왜 所有權에서 開發權을 分離하여 이 開發權을 國家가 管理하고자 하는가? 그것은 나라마다 多小間 差異가 있으나 根本的으로는 開發權의 行使에 의해 地價가 上昇하고, 地價의 上昇은 갖가지 土地問題를 惹起하므로 이 開發權의 國家管理를 通해서 土地問題를 解決하고자함에 있다. 분명히 所有權에서의 開發權의 分離는 土地所有權 概念의 큰 變化이며 土地의 公·私益의 衝突을 土地所有權 그 自體를 公的인 것과 私的인 것으로 나누어 各各 國家 및 個人에게 歸屬시키고자 하는 것으로 理解될 수 있다.

英國은 1947년에 이미 開發權을 所有權에서 分離하여 公有化하였다. 美國은 開發權을 分離하여 그 開發權에 市場流通性(marketability)을 賦與하여 去來의 對象이 되고 있다. 프랑스는 1975年 土地改革法에서 開發權의 一部分인 建築權을 公有化하였다. 독일은 아직 立法化하지는 않았으나 土地所有權을 利用所有權(Nutzungseigentum)과 處分所有權(Verfügungseigentum)으로 나누어 利用所有權은 個人에게 處分所有權은 國家에 歸屬시키고자 하는 努力이 繼續되고 있다.

우리나라에서도 다른 外國에서와 같이 所有權에서 開發權을 完全分離를 하지 않은채 微弱하나마 開發權 分離의 意志를 立法的으로 보이고 있다.

즉 農地의 代理耕作制(農地의 保全 및 利用에 관한 法律 第10條, 第11條) 山地의 分收林制(山林法 第14條) 草地의 代理造成制(草地法 第14條)는 土地所有者에 意思에 의하지 않고 國家權力에 의해 開發利用權을 他人에게 줌으로써 一種의 開發權의 分離로 볼 수 있다. 한편 우리나라의 이와같은 制度들을 土地의 法定地上權, 法定賃貸借등으로 說明할 수 없는 바는 아니지만 오히려 所有權에서 開發權의 分離試圖로 봄이 보다 妥當하리라 생각된다.

開發制限區域이나 市街化調整地區에서와 같이 土地開發이 極도로 制限되어 있는 土地에 대해서는 所有權에서 開發權의 分離로 理論定立을 하고 土地利用規制의 正當性을 開發權의 國家歸屬에서 찾아 봄직도 하다.

생각컨대 開發權의 分離 및 國家管理를 通해서 土地利用도 合理的으로 規制할 수 있고, 開發利益의 還收와 開發損失의 補償을 위한 法的手段으로 活用할수도 있을 것이다.

(4) 公用取得과 損失補償

公共事業에 必要한 土地를 收用이나 協議買收에 의하여 國家, 地方自治團體 또는 公共機關이 公的으로 取得하는 것을 公用取得이라 한다. 公用取得을 할 때에는 土地所有者 및 利害關係인에게 그로 인한 損失을 補償하여야 한다.

公用取得은 土地에 關하여 公益을 위한 私有財産權의 剝奪이며 그로 인한 公·私益의 對

立은 金錢에 의한 補償에 의해서 調整되고 있다. 公用取得의 方法에 있어서 過去에는 公權力에 의하여 私人の 土地財産權을 強制的으로 剝奪하는 土地收用의 方法에서, 점차 非權力的, 非強制的인 方法인 協議買收의 方法으로 옮겨 왔다. 土地收用은 土地收用法에 의해서 協議買收는 「公共用地的 取得 및 損失補償에 관한 特例法」에 의하여 規律되고 있다. 近來에는 公共事業의 80~90%가 收用節次를 거치지 않고 協議買收를 통해서 公用取得이 이루어지고 있다.⁽⁴¹⁾

그러나 公用取得의 對象이 되는 公益事業의 範圍는 점차 擴大되고 있다. 土地收用法 第3條는 「營利目的을 위한 宅地造成 또는 住宅建設事業」까지 公益事業으로 規定하여 소위 私人的인 土地收用까지 許容하고 있다. 물론 私企業體가 起業者가 되지 않더라도 私企業體가 宅地를 確保할 수도 있다. 즉 土地開發 또는 建設을 위한 公法人이 土地를 收用 또는 買入해서 다시 私企業體에 分讓하는 方法에 의할 수도 있다.

아무튼 公益事業의 範圍를 擴大認定하므로 因하여 公益이 私益을 壓倒하는 面을 보이고 있음을 否認할 수 없다.

그리고 公用取得에 있어서 土地備蓄 내지 開發準備를 위한 超過收用(excess condemnation)을 許容하여야 할 것이라는 主張이 提起되고 있다.⁽⁴²⁾ 本來 公用取得은 當該 公益事業目的遂行을 위한 最小限의 土地取得이어야 한다. 그러나 土地의 取得 및 開發로 因하여 周邊地價의 上昇을 招來하고, 그것은 결국 開發利益의 取得을 위한 土地問題를 惹起하기 때문에 將來의 開發必要性에 對備하여 事전에 미리 土地를 確保해 두어야 한다는 것이다.

土地收用法에서는 公益事業 目的範圍를 넘어선 收用은 殘餘地收用請求權만을 認定하고 있다(同法 第48條). 그러므로 超過收用은 우리 土地收用法이 許容하고 있지 않다. 그러나 實際에 있어서는 事業認定을 받을때 事業目的을 超過하는 土地를 取得할 수 있도록 取得對象土地의 範圍를 넓게 認定받고 있는 것 같다.

公用取得에 있어서 가장 中心된 課題는 損失補償이다. 損失補償範圍에 관한 學說로는 正當補償說, 相當補償說, 社會的 相當補償說등이 主張되고 있다. 우리 憲法 第22條 第3項 後文은 「補償은 公益 및 關係者의 利益을 正當하게 衡量하여 法律로 定한다」라고 規定하고 있다. 憲法의 規定에 의하면 公用取得으로 因한 損失補償은 社會的 相當補償說에 의한 것으로 解釋할 수 있다.

그러나 損失補償에 있어서의 論爭 내지 民怨의 所在는 開發利益을 損失補償에서 排除하는데 있다. 土地收用法 및 公共用地的取得 및 損失補償에 관한 特例法에 의하면 開發利益은 損失補償額에서 除外하도록 하고 있다(土地收用法 第46條 第2項, 特例法 第4條 第2項).

(41) 企劃團, 土地制度의 改善方案(1978), 125面.

(42) 上揭書, 125面.

開發利益은 土地所有者의 投資에 의한 增價가 아니기 때문에 損失補償額에서 除外함은 理論적으로는 正當하지만 取得당하지 않는 周邊의 土地所有者는 開發利益을 享有하고 있으므로 取得당하는 者와 取得當하지 않는 者 間의 違和感을 甞을 소지가 있다.

公用取得 및 損失補償에 있어서 公·私益衝突의 解決을 위한 理想은 取得當하는 者가 받은 損失補償金으로 取得當하기 前과 같은 狀態의 土地를 다시 取得할 수 있도록, 다시말하면 取得當하기 前의 生活狀態가 取得當한 後에도 繼續될 수 있는 程度에서 調整하는데 있다고 보여진다.

2. 土地利用에 있어서 公·私益의 衝突과 調整

(1) 序

土地資源의 效率的 利用은 土地政策의 가장 基本的인 目標中의 하나이다. 그런데 公共福利를 위해서, 土地利用의 效率性을 極大化하기 위해서는 私所有權의 制限이 必須不可缺하다. 그러므로 土地法에 있어서 公·私益이 가장 銳角적으로 衝突하는 分野가 바로 土地利用規制法이다.

土地의 所有와 利用의 調和와 均衡 즉 私所有權의 保障과 公共福利를 위한 利用制限은 土地法이 언제나 不斷히 追求해야 할 最大의 課題이다. 그런데 우리나라의 土地法에 있어서는 經濟發展을 위한 國土의 效率的인 利用에 重點을 둔 關係로 가장 完全한 權利인 土地所有權이 虛有權으로 變換 느낌마저 없지 않다.

또한 土地의 利用을 論함에는 土地의 保全(conservation)도 함께 考慮하여야 한다. 土地資源은 現在世代의 生存의 基礎일 뿐만 아니라 未來世代의 삶의 터전이기도 하다. 그러므로 土地를 最大로 利用한다는 것은 未來世代를 위해 保全하는 內容도 포함되는 것이다. 따라서 土地의 利用이라는 것은 當該土地를 그 特性에 맞게 高度로 活用하는 것을 말하며, 特性에 맞지 않은 利用은 抑制하고, 때로는 훗날을 위해 保全하는 것도 포함하는 概念이다.

우리 나라 私法에서는 民法 第211條에서 土地所有權은 土地를 使用, 收益, 處分할 수 있는 完全한 物權으로 規定하고, 第212條에서 土地所有權은 正當한 利益이 있는 範圍內에서 土地의 上下에 미친다고 規定하고 있다. 한편 土地公法에서는 수많은 土地利用規制法律⁽⁴³⁾이 制定되어 土地利用을 規制하고 있다.

한편 우리 憲法 第22條 第2項에서는 財產權行使의 公共福利 適合義務를 規定하고, 國土利用管理法 第1條의 2에서는 土地利用의 基本理念을 規定하여 土地利用에 있어서는 公共福利를 優先시킴을 宣言하고 있다. 그리하여 우리나라에서는 土地利用에 있어서는 公益이 언제나 優先하고 私益은 制限받는 程度가 지극히 심한 편이다.

(43) 土地利用規制法律은 모두 70餘個의 法律이 있는 것으로 알려져 있다.

土地利用에 있어서 國家規制는 私인에 의한 合理的인 土地利用이 이루어지지 못할 때 矯正的으로 國家가 干涉하여야 하는 것이다.⁽⁴⁴⁾ 그래서 우리나라에서도 종래까지는 國家가 規制一邊倒로 土地利用을 誘導해 왔으나 昨今에는 土地市場의 自律的인 規制에 맡기려는 脫規制(deregulation)로 轉換해 감을 보이고 있다.

本節에서는 우리나라에서 現行 土地利用規制의 方法과 內容을 살펴보고, 그 問題點을 分析한 뒤, 公益과 私益을 調和시킬 수 있는 새로운 技法 내지 方案을 模索해 보고자 한다.

(2) 土地利用規制方法

가. 用途地域地區制

1916年 美國에서 처음으로 利用된 用途地域地區制(zoning)는 土地利用規制의 가장 一般的인 方法으로 活用되고 있다. 用途地域地區制는 土地를 地域, 地區, 區域 또는 圈域등으로 나누어 각각의 地域地區內的 用途를 指定하여 그 指定된 用途에 맞도록 利用하게 함으로써 全國土를 效率的으로 利用하고자 하는 技法이다.

우리나라는 現在 70餘個의 法律에 의하여 170個가 넘는 用途地域地區가 指定되어 있다.

用途地域地區는 먼저 國土建設綜合計劃法에 의하여 國土綜合開發計劃을 樹立하고⁽⁴⁵⁾, 이 計劃을 實踐하기 위한 土地利用에 있어서 都市地域에 대해서는 都市計劃法이, 都市地域이 외의 地域에서는 國土利用管理法에 의하여 地域地區가 指定된다.⁽⁴⁶⁾ 그외에 特別法에 의하

(44) Robert H. Nelson, *Zoning and Property Rights* (Cambridge, Massachusetts; London, England, MIT Press, 1977), p. 112.

(45) 현재 施行되고 있는 第2次 國土綜合開發計劃은 1982년부터 1991년까지 10個年 計劃으로 樹立되었다.

(46) 都市計劃法 및 國土利用管理法에 의한 地域地區는 다음과 같다.

法 律 名	地 域·地 區 等	法 律 名	地 域·地 區 等
國土利用管理法	1. 都市地域	都市計劃法	· 採石地區
	2. 聚落地域		· 採土地區
	· 住居地區		· 集團墓地地區
	· 生産施設地區		· 施設用地地區
	· 綠地地區		10. 留保地域
	3. 耕地地域		□ 地 域
	4. 山林保全地域		1. 住居地域
	5. 工業地域		· 住居專用地域
	6. 自然環境保全地域		· 住居地域
7. 觀光休養地域	· 準住居地域		
8. 水産資源保全地域	2. 商業地域		
9. 開發促進地域	3. 工業地域		
· 農地開發地區	· 專用工業地域		
· 宅地開發地區	· 工業地域		
· 草地開發地區	· 準工業地域		
· 工業用地地區	4. 綠地地域		
· 採鑛地區			

여서도 地域地區가 指定된다.

이러한 用途地域地區의 指定은 全國土에 걸쳐서는 國土利用計劃審議會의 審議를 거쳐 建設部長官이 行하고, 都市地域에 대해서는 中央都市計劃審議會의 審議를 거쳐 역시 建設部長官이 行한다.

나. 遊休地 開發命令制

土地를 用途에 맞게 利用할 目的이 아니라, 地價上昇에 따른 不勞所得을 取할 目的으로 土地를 保有하고 있을 때에는 그 土地를 遊休地로 指定하고, 遊休地로 指定받은 土地所有者에게는 開發計劃書를 提出케 하고, 또 開發計劃書를 提出하지 않은 土地所有者에게는 그 土地를 賣却케 하는 制度가 바로 遊休地 開發命令制이다. 이 制度는 1978년에 國土利用管理法을 改正하면서 立法化한 것으로서 土地投機가 豫想되는 지극히 制限된 地域에서만 活用하고 있는 土地利用規制方法이다.⁽⁴⁷⁾ 이러한 用途地域地區는 單純히 土地의 用途만을 指定하고 있는데 反하여, 遊休地開發命令制는 用途에 맞게 積極적으로 利用케 하는데 그 特徵이 있다.

다. 代理耕作, 分收林, 代理造成制

遊休農地의 積極的利用, 造林事業의 積極的 推進 및 草地造成의 촉진을 위하여, 耕作 가능한 農地, 造林 가능한 山地, 草地造成이 가능한 土地所有者가 積極적으로 耕作하지 않거나, 造林하지 않거나, 草地造成을 하지 않을 때에는 國家가 다른 사람으로 하여금 耕作케 하거나, 造林케 하거나, 草지를 造成케 함으로써 土地를 積極적으로 利用케 하는 方法이 바

法 律 名	地 域·地 區 등	法 律 名	地 域·地 區 등
	<ul style="list-style-type: none"> · 生産綠地地域 · 自然綠地地域 <p>□ 地 區</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 風致地區 2. 美觀地區 <ul style="list-style-type: none"> · 第 1 種 美觀地區 · 第 2 種 美觀地區 · 第 3 種 美觀地區 · 第 4 種 美觀地區 · 第 5 種 美觀地區 3. 高度地區 <ul style="list-style-type: none"> · 最低 高度地區 · 最高 高度地區 4. 防火地區 5. 教育 및 研究地區 6. 業務地區 7. 臨港地區 		<ol style="list-style-type: none"> 8. 空地地區 <ul style="list-style-type: none"> · 1種 空地地區 · 2種 空地地區 · 3種 空地地區 9. 保存地區 10. 特定街區整備地區 11. 停車場整備地區 12. 空港地區 13. 自然環境保全地區 14. 아파트地區
		都市計劃法	<p>□ 區 域</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 特定施設制限區域 2. 市街化調整區域 3. 開發制限區域 4. 都市開發豫定區域

(47) 현재 濟州道의 일부지역에 지정된 바가 있고, 開發 붐이 일고 있는 大田地域에서는 政府가 遊休地를 調査한 바 있다.

로 遊休農地의 代理耕作, 代理造林에 의한 分收林 草地의 代理造成制이다. (農地의 保全 및 利用에 關한 法律 第10條, 第11條, 山林法 第14條, 草地法 第14條) 이와같이 代理耕作, 分收林, 代理造成을 한 때에는 土地所有者는 收穫量의 10分の 1만을 取得하고, 나머지는 代理耕作 作者등이 取得한다. 이러한 制度는 所有權에서 開發權이 分離된 경우이기도 하고, 또 한편으로 土地所有者의 意思에 의하지 않은 一種의 法定地上權 또는 土地賃貸借이기도 하다.

遊休地 開發命令制는 土地所有者로 하여금 그 遊休地를 積極的으로 利用케 하는 方法인데 反해, 代理耕作制등은 土地所有者 이외의 者로 하여금 土地를 利用케 함으로써 土地를 活用하는 方法이기도 하다.

라. 空閑地 및 法人의 非業務用土地에 대한 財産稅 重課

個人이 所有하고 있는 空閑地와 法人이 所有하고 있는 非業務用土地에 대한 財産稅 重課 方法⁽⁴⁸⁾도 間接적으로나마 土地利用을 強制하는 한 方法으로 機能하고 있다.

(3) 土地利用에 있어서 公·私益의 衝突

가. 衡平性의 破壞

土地利用規制方法으로서의 用途地域地區制의 가장 큰 問題點은 각 土地間의 衡平性(equity)의 破壞이다.⁽⁴⁹⁾ 用途地域地區制는 重複指定, 指定機關의 分散, 指定節次에 있어서 住民參與의 排除 등 技術的인 問題가 있지만 그것보다도 用途地域地區의 指定 또는 變更에 따라 당해 土地의 價格이 上昇하기도 하고 下落하기도 한다. 例컨데 商業地域 또는 住民地域으로 指定된 경우에는 地價가 上昇하지만 開發制限區域(green belts), 軍事施設保護區域, 市街化調整地區등으로 指定된 경우에는 地價가 上昇하지 않거나, 오히려 下落할 수 있다. 다시말하면 用途地域地區의 指定 또는 變更에 의하여 開發利益(development gains)이 發生하기도 하고 開發損失(development loss)이 發生하기도 한다. 그러므로 土地의 用途가 다름에 따라서 土地所有者는 利益을 取하기도 하고, 損失을 입기도 하므로 土地價値의 衡平性이 破壞된다.

開發利益의 還收(recapture)에 관해서는 어느정도 그 制度가 마련되어 있으나 開發損失은 아직 전혀 補償(compensation)되지 않고 있다.

나아가 土地所有者는 指定된 用途地域地區를 解除시킬수 있는 司法的 救濟手段 조차도 없다. 美國에 있어서는 用途地域地區의 指定 또는 變更에 대해서 法院의 禁止命令(injunction)을 구해서 用途地域地區 指定 또는 變更을 無效化시킬 수 있으나⁽⁵⁰⁾, 우리나라에서는

(48) 地方稅法 第188條 第1項 第1號(3) 참조.

(49) Andrey Moore, *TDR as the Basic Land Use Control Mechanism: TDR as a Solution to Failings of Existing Land-Use Controls* (Fairfax, Virginia), p.28.

(50) *Transferable Development Rights*: Report delivered at the Alfred Bettman Symposium held in conjunction with the 1974 ASPO National Planning Conference in Chicago, p.1.

오로지 國家만이 用途地域地區를 指定 또는 變更할 수 있고 土地所有者는 그에 대한 救濟方法을 전혀 갖고 있지 못하다.

또 한편 土地所有權은 私所有權으로서 私인이 獨占的으로 利益을 享有할 수 있는 權利인데도 불구하고, 用途地域地區가 指定되어 國家가 個人的 私所有權을 극히 規制함으로써 國家가 土地所有權의 一部內容을 享有하는 結果를 招來하였다. 즉 用途地域地區의 指定을 통해서 土地所有權은 私인과 國家가 共同으로 所有하는 一種의 集團的 所有權(collective property rights)으로 發展해 가고 있다.⁽⁵¹⁾

이와같이 土地利用規制에 의하여 開發利益이 發生하는 土地는 私益이 增進되기도 하지만 開發損失이 發生하는 土地는 私益이 侵害를 받게 된다. 나아가서 用途地域地區제에 의해서 私所有權인 土地所有權이 集團的 所有權으로 變貌해 나감은 私益이 侵害되는 것이라 아니 할 수 없다.

나. 기타

公益의 增進을 위한 遊休地開發命令制, 空閑地, 非業務用土地에 대한 財産稅重課, 代理耕作制 등은 私益도 結果的으로 增進하는 面도 없지 않다. 여기에서 發見할 수 있는 것은 土地利用을 規制함에 있어서도 公益을 增進시키고 동시에 私益도 함께 保護할 수 있는 技法을 創案하여야 한다는 點이다.

3. 土地收益面에서의 公·私益의 衝突 및 調整

(1) 序

土地收益에 있어서도 公·私益은 對立하고 있다. 收益面에 있어서의 公·私益對立은 먼저 公用收用の 경우 損失補償의 範圍를 어떻게 決定할 것인가 하는 問題를 中心으로 해서 始作되었다. 그러나 近者에 이르러서는 土地價가 非正常的으로 上昇하고, 開發利益의 還收(recapture of windfalls)가 社會的 課題로 登場함으로써 收益面에 있어서 公·私益의 對立은 尖銳化해 가고 있다.

民法 第211條는 土地所有者는 法律의 範圍內에서 收益할 權利를 갖는 것으로 規定하고 있다. 또 土地所有權은 絕對權이기 때문에 당해 土地로 부터 發生하는 收益은 모두 取得할 수 있는 權利이다.

그러나 土地公法에서도 非正常的인 地價上昇의 抑制을 위해서 地價를 規制하고 開發利益의 還收를 강력히 推進하고 있고, 各種 土地課稅를 통해서 收益을 制限하고 있으며, 生存配慮 내지 人間다운 生活의 保障을 위하여 住宅, 農地 등의 賃借料를 統制함으로써 土地所有者의 收益을 制限하고 있다. 그리고 公用收用の 경우 補償의 範圍에 관해서는 正當補償說, 相當補償說, 社會的 相當補償說 등 學說의 對立이 있고, 現實의으로도 開發利益을 損失補償에서 除外하고 있다.

(51) Nelson, op. cit., p. 1.

開發利益의 還收와 公用收用に 의한 損失補償은 所有面の 節에서 다루었으므로 本節에서는 地價規制, 賃借料規制, 土地課稅를 中心으로 한 收益制限을 살펴 보고자 한다.

(2) 地價規制

우리나라에서 土地價는 一物一價의 法則이 適用되지 않고 적어도 一物六價의 法則이 適用되고 있다. 同一 筆地라 하더라도 地價는 그 地價決定의 目的에 따라 各各 다르다.

먼저 私人間의 去來에 의해서 形成될 수 있는 一般市價, 土地去來許可·申告時의 許可決定 또는 申告의 基準價이자 一般時價를 先導하는 機能을 遂行하고 있는 基準地價, 財産稅課稅의 基準價인 課稅時價標準額, 投機가 심하거나 憂慮되는 地域에 國稅廳이 課稅時價標準額에 一定倍率을 곱하여 決定하는 基準時價, 收用補償時의 補償價⁽⁵²⁾, 土地를 擔保로 하여 金融貸出을 받고자 할때 算定되는 擔保價格 이 모두가 한 필지의 同一土地에 대해서 각각 다를 수 있다.

이러한 6가지의 地價中에서 가장 重要的 地價는 基準地價이다. 本來 基準地價는 土地收用に 의한 損失補償의 基準價로 하기 위해서, 즉 開發利益을 損失補償額에서 控除하기 위해서 立法化되었다. 그러나 1978年 8·8措置에 의해 土地去來許可·申告制를 制度化하면서 그해 末 國土利用管理法 改正에 의해 基準地價는 土地去來許可·申告時의 許可決定 및 申告의 基準價格으로 삼도록 改正하였다. 基準地價告示地域도 당초에는 土地收用豫想地域 및 그 周邊地域을 中心으로 告示하였으나 지금은 全國의 算定告示하고 있고⁽⁵³⁾, 처음에는 한번 告示로 永續的 性質을 認定하였으나 지금은 地價上昇에 맞추어 現實에 맞게 再告示하고 있다. 이 基準地價는 이제는 土地去來許可·申告制의 實施로 一般市價를 先導하고, 收用補償時의 補償額算定の 基準價로서 그 機能을 遂行하고 있다.

생각컨대 地價는 土地所有者의 開發投資에 의해서 上昇하기도 하지만 土地의 不移動性, 不增性, 連續性이란 特殊性에 의해서 당해 土地 또는 周邊土地에 대하여 國家에 의한 都市計劃 또는 公共事業의 決定에 의해서도 地價가 上昇하고, 具體的으로 公共投資가 이루어짐으로써도 上昇한다. 한편 地價는 지극히 下方硬直的이기 때문에 한번 上昇한 地價는 下落하지 않는 性質을 갖고 있다.

바로 地價의 決定要素가 所有者 自身の 投資와 公共機關의 計劃決定 및 投資로 이루어져 있기 때문에 土地所有者는 所有者 自身の 投資에 의한 地價단을 取得하게 된다. 따라서 土地所有者는 收益에 있어서 重大한 制限을 받게 된다.

收益面に 있어서 公·私益의 衝突은 특히 收用補償價算定에 있어서 심하게 나타난다. 國

(52) 收用對象土地에 대해서 基準地價가 告示되어 있을 때에는 基準地價를 기준으로 해서 補償價를 算定하고, 그렇지 않을 때에는 開發利益을 控除하고서 補償價를 算定한다.

(53) 현재 基準地價告示는 接敵地域 島嶼地域을 除外한 全國土의 93%에 해당하는 92,049km²에 대해서 완료되었다.

家나 公共機關은 開發利益을 控除한 補償價로 補償額을 決定한다. 그에 비해 土地所有者들은 開發利益을 포함한 現時價로 補償額을 算定해 주길 要求한다. 그래서 收用補償에 있어서 土地所有者는 私益이 극도로 侵害당했다고 생각한다.

民法에서는 土地所有權은 土地의 使用價値와 交換價値를 完全히 享有할 수 있는 完全한 物權, 즉 完全支配權으로 把握되고 있다. 그러나 公法에서는 土地所有者의 投資에 의한 土地價단이 私所有權의 支配範圍이고, 그렇지 않은 殘餘의 地價는 社會에 還元되어야 할 部分으로서 土地所有者에게 남아 있을 뿐이라고 본다. 基準地價는 바로 土地所有者에게 歸屬되어야 할 土地價値에 대한 土地所有權의 支配範圍를 決定하는 基準으로 收益面에서의 公·私益의 調整基準으로 機能케 하고자 하는 尺度이다.

地價規制를 통한 收益에 있어서의 公·私益의 調整은 外國의 경우에도 많이 찾아 볼 수 있다. 日本은 公示地價를 통해서, 臺灣은 申告地價를 통해서, 獨逸은 價格先例集(Preissammlungen)을 통해서 調整하고자 한다. 특히 注目할 만한 地價規制의 方法은 土地去來가 있을 때마다 그 土地價를 申告하여 그것이 集積됨으로써 다음의 去來時 參考케 하여 自然스러운 土地價 形成을 可能케 하는 獨逸의 方法이 理想的이다.

基準地價가 우리나라에서는 가장 重要한 地價의 한 種類이나, 모든 公的인 地價의 基準이 되지 못하여 自然스러운 地價의 形成이 이루어지지 못하고 있다. 公的인 地價를 基準地價 하나로 一元化함으로써⁽⁵⁴⁾ 自然的인 地價形成을 통한 公·私益의 調整이 必要할 것이다.

(3) 土地課稅

土地에 關聯된 租稅는 土地의 流通段階에 따라서 取得課稅, 保有課稅, 讓渡課稅로 나누어 볼 수 있다. 이러한 土地課稅를 그 土地의 流通段階에 따라서 分類해 보면 <表-3>에서와 같다. 그 중에서 가장 代表的인 土地課稅를 살펴보면 取得課稅로서는 取得稅와 登錄稅가 있고, 保有課稅로는 財產稅, 讓渡課稅로서는 讓渡所得稅와 法人稅特別附加稅가 있다.

이와같이 土地에 대해서 여러가지 課稅를 함으로써 土地所有權을 圍繞한 公益과 私益의 衝突이 일어나고 私益의 防禦를 위하여 脫稅라는 社會問題가 發生하게 된다. 土地課稅로 인한 公·私益의 衝突은 바로 土地價 중에서 開發利益을 누가 가져갈 것인가를 圍繞한 對立·衝突이다.

보다 자세히 살펴보면 土地形質變更으로 인한 取得稅(소위 看做取得稅)를 除外하고는 取得稅와 登錄稅는 開發利益의 還收制度로서는 機能하지 못한다. 그러나 保有課稅와 讓渡課稅는 바로 開發利益의 社會的 還收制度로 機能한다. 즉 保有課稅는 未實現된 開發利益(unrealized development value)을 讓渡課稅는 實現된 開發利益(realized development value)의 還

(54) 韓國土地開發會社, 地價體系改善方案의 運用, 妥當性 調査(1985), 3面 이하.

〈表-3〉 土地住宅 流通段階別 租稅

生産・流通段階(行爲)		國 稅	地 方 稅	準 租 稅
土	買 入	防 衛 稅 印 紙 稅	取 得 稅 登 錄 稅	
	保 有 (建築準備)	防 衛 稅	財 產 稅 郁 市 計 劃 稅	
地	建 築	法 人 稅(所得稅) 附 加 價 值 稅	取 得 稅 登 錄 稅	國 民 住 宅 債 券 地 下 鐵 債 券
		防 衛 稅 印 紙 稅	財 產 稅 都 市 計 劃 稅 免 許 民 稅	
住	取 得	有償承繼	防 衛 稅 印 紙 稅	國 民 住 宅 債 券
		無償承繼	相 贈 稅 防 衛 稅	
宅	保 有・運 用	所 得 稅 資 產 再 評 價 稅 防 衛 稅	財 產 稅 都 市 計 劃 稅 共 同 施 設 稅 住 民 事 業 所 稅	
		讓 渡 所 得 稅 (法 人 稅 特 別 附 加 稅) 防 衛 稅	住 民 稅	

收를 위한 制度이다. 그러므로 保有課稅, 讓渡課稅는 바로 公益에 의한 私益의 制限이라 볼 수 있다. 다시 말하면 土地課稅는 土地所有者로 하여금 土地價値의 完全한 取得을 制限하는 것이다.

土地課稅를 통해서 土地價중 國家 또는 地方自治團體가 차지하는 比率 즉 稅率을 살펴보면 取得稅는 取得價의 1,000分の 20, 登錄稅는 取得價의 1,000分の 30으로 하고(地方稅法 第112條, 第131條) 財產稅는 宅地와 其他 土地로 나누어 宅地에 대해서는 그 面積에 따라 課稅時價標準額에 1,000分の 3에서 1,000分の 50으로 하고, 空閑地와 企業의 非業務用土地에 대해서는 保有期間에 따라 1,000分の 50에서 1,000分の 100으로 하고 있다.⁽⁵⁵⁾

나아가서 讓渡所得稅는 讓渡差益에 대해 30~75%의 稅率을 適用하면서 彈力稅率을 併用하고 있다.⁽⁵⁶⁾(所得稅法 第70條 第3項, 第9項)

(55) 地方稅法 第188條 참조.

(56) 彈力稅率은 100分の 15를 加減한 범위 안에서 大統領令으로 調整할 수 있게 하고 있다. 현재는

課稅를 통한 私益의 制限은 다른 外國의 경우도 마찬가지이다. 가장 대표적인 例는 臺灣의 土地增加稅(Land Value Increment Tax)와 英國의 開發土地稅(Development Land Tax)를 들 수 있다. 이러한 稅는 바로 開發利益을 社會로 還收하기 위해서 創案實施하고 있는 土地課稅이다.

(4) 賃借料 統制

土地, 住宅의 賃貸借契約에 있어서 借賃의 決定은 市民法的 原理에 의하면 契約自由의 原則에 의하여 當事者가 自由롭게 決定할 事項이다. 그러나 福祉社會의 建設과 無住宅 庶民의 住居生活의 安定 등 社會正義의 實現을 위해서 借賃을 統制하기에 이르렀다.

土地所有者는 자기의 所有土地를 他人에게 賃貸하여 收益을 取할 수 있으나 그 收益額을 規制받기에 이르러 公益과 衝突하기에 이르렀다. 그런데 우리나라는 借賃의 統制를 私益과 公益의 衝突로 理解하고 있으나 獨逸 등 先進諸國에서는 이미 民法에 社會的 要素를 받아들임으로써 借賃의 統制가 公益에 의한 私益의 制限이 아니라 市民法的 社會法的 原理에 의한 당연한 修正으로 理解되고 있다.

現在 우리나라에서 實施되고 있는 借賃統制의 內容을 살펴보면 住宅賃貸借保護法에서 借賃의 增額을 約定한 借賃의 20%의 1의 金額을 超過할 수 없도록 하고 있으며(同法 第7條, 同法施行令 第2條 第1項), 增額請求도 賃貸借契約 또는 約定한 借賃의 增額이 있는 後 1年 以內에는 이를 할 수 없도록 하고 있다.(同法施行令 第2條 第2項)

그리고 傳賃權設定에 있어서도 傳賃金의 增額請求는 大統領令으로 정한 比率을 超過할 수 없도록 統制하고 있다(民法 第312條의 2). 나아가서 農地의 代理耕作, 山地의 分收林의 경우에도 代理耕作者 등은 土地所有者에게 收穫量의 100%의 10으로 借賃을 支給하도록 制限하고 있다.(農地의 保全 및 利用에 關한 法律 第10條 第3項, 山林法 第30條) 草地의 代理造成의 경우에는 賃借料를 土地價의 100%의 1의 範圍內에서 當事者의 合意로 定하고, 合意가 이루어지지 않으면 100%의 1로 하도록 하고 있다.(草地法 第14條 6項)

農地改革法에 의하면 農地의 賃貸借가 禁止되고 있지만(農地改革法 第17條 本文) 앞으로 農地의 賃貸借를 許容하면서, 그 賃借料는 역시 收穫量의 100%의 10으로 할것을 構想中에 있다.⁽⁵⁷⁾

一種의 法定賃貸借인 代理耕作 등에 있어서는 借賃決定에 별 문제가 없으나 住宅賃貸借나 不動產傳賃權設定에 있어서는 最初의 借賃, 傳賃金에 대한 統制規定은 없고 다만 增額請求에 있어서만 統制를 하고 있다. 이와같은 借賃統制方法은 土地 또는 住宅所有者로 하여금 賃借期間, 傳賃期間이 滿了했을 때는 既存의 賃借人과 傳賃權者와 賃貸借契約, 傳賃權設定

-15% 탄력세율을 적용하고 있다(所得稅法 施行令 第121條의 3).

(57) 새로 제정된 農地賃貸借管理法에서는 賃借料 上限을 大統領令의 기준에 따라 지역별, 농작물별, 농지 등급별로 市郡의 條例로 定하도록 하였다.

契約을 更新하지 않고 새로운 賃借人, 傳賃權者와 새로운 賃借契約 傳賃權設定契約을 締結케 함으로써 경제적인 弱者를 오히려 困窮케 할 염려가 있다. 또한 借賃의 統制는 建物の 建築意欲을 低下시킴으로써 오히려 傳賃金增額의 原因이 될 수 있고, 傳賃金 또는 借賃條項을 隱蔽할 염려도 없지 않다.⁽⁵⁸⁾

그러므로 公益의 保護를 위한 私益의 制限은 자칫 잘못하면 오히려 公益의 制限을 가져오는 結果를 招來하게 된다.

4. 土地開發에 따른 公·私益의 衝突과 調整

土地開發이 있게되면 그것이 土地所有者에 의한 投資에 의한 경우이든, 公共投資에 의한 경우이든, 土地價가 增加하게 된다. 이러한 土地開發과 關聯한 土地增價의 配分을 둘러싸고 公·私益이 對立하게 된다. 이러한 對立을 調整하기 위하여 새로운 土地開發方法이 繼續적으로 講究되고 있다.

土地의 最有效한 利用을 위해서는 그 土地의 適性에 맞도록 有形·無形의 開發行爲가 있어야 한다. 이같은 開發行爲로는 都市計劃的 決定과 같은 無形의 開發行爲와 土地區劃整理事業, 土地形質變更, 一團의 住宅地開發事業, 都市再開發事業등의 有形的開發行爲를 列擧해 볼수 있다. 이러한 開發行爲에 따른 土地所有者와 公共의 地價增價分의 配分을 둘러싸고 公益과 私益은 衝突하게 된다.

먼저 都市計劃的 決定에 의한 用途地域地區의 指定으로 인한 地價의 增加分에 대해서는 地目變更이 있을때 取得稅를 賦課徵收하며(地方稅法施行令 第7條 第8項), 土地形質變更의 경우에도 增價에 대해 取得稅를 賦課하고, 土地區劃整理事業의 경우에는 減步를 통해서 開發增價를 還收하고 있다. 一團의 住宅地造成事業의 경우에는 全地域의 土地를 基準地價로 還收하여 公共機關이 開發한 後 一般에게 分讓을 함으로써 買入價와 分讓價의 差額中 開發費를 控除한 나머지 開發增額을 公共이 還收하고 있다.

都市再開發의 경우에는 여러가지의 開發方法의 變遷이 있었으나, 最近에는 土地所有者와 開發業者間的 合同開發方式에 의해 公益과 私益을 開發始作段階부터 調整하고 있다. 사실 土地開發로 인한 增價는 그 金額이 엄청나게 많아 土地開發로 인한 私所有權의 侵害는 일찍부터 많은 問題點을 內包하고 있었다. 그래서 近者에는 이러한 公·私益의 衝突을 事前에 防止하기 위하여 合同開發의 方法이 크게 關心을 끌고 있다.

合同開發이란 土地所有者와 資本과 技術을 가지고 있는 公共 또는 民間開發主體가 共同으로 宅地開發事業에 參考하여 住宅, 公共施設, 商業施設등을 建設하고 土地所有者의 土地評價額과 公共 또는 民間企業의 建設投資額을 기준으로 兩者가 當해 土地를 持分만큼 所有하고 建築物은 區分所有하는 土地開發方法이다.

(58) 金容漢, 民法 一部改正의 背景과 內容, 改正民事法解説(韓國民事法學會 編, 韓國司法行政學會 刊, 1985), 60面.

이와같이 土地所有者와 開發主體가 合同으로 土地開發을 하여 土地의 最有效한 利用을 圖謀하고, 開發增價를 土地所有者와 社會公共이 나누어 享有함으로써 公·私益의 事前的 調整을 이룩하고자 하는 方案은 서서히 土地를 圍繞한 公·私益의 調和를 위한 合理的인 試圖로 評價될 수 있다.

그외에도 受益者負擔金徵收에 의해서도 私益은 公益에 의해 規制 받는다. 여러개의 法律⁽⁵⁹⁾에서 土地所有者에게 受益者負擔金을 賦課徵收할 수 있도록 하고 있으나, 現在는 道路法 第66條에 의한 道路受益者負擔金만이 賦課徵收하고 있다. 道路受益者負擔金은 道路工事로 인하여 周邊土地의 地價가 上昇한 때에 當해 工事費用의 全部 또는 一部를 利益을 받은 者로 하여금 負擔케 하는 制度이다.

지금까지의 土地政策은 開發爲主로 推進되어 왔다. 이러한 土地開發過程에 있어서 公共은 開發財源의 不足을 土地所有者를 犧牲시킴으로써 填補하고자 하였다. 그러므로 土地所有者의 意思도 소홀히하고 土地所有權의 完全支配權으로서의 法的性質은 開發行政앞에 無視되다시피하였다. 그러나 合同開發方式에 의해서 점차 土地所有者의 意見을 收斂하고 私所有權을 多小間 保護하는 方向으로 轉換해 감을 感知할 수 있다.

5. 土地處分面에서의 公·私益의 衝突과 調整

(1) 序

傳統的으로 土地의 處分에 대해서는 公的으로 別 制限을 하지 않았던 領域이었다. 그러나 都市化, 産業化가 급속히 進行됨에 따라 都市土地, 産業用土地의 地價가 급격히 上昇하여 開發利益의 私有化를 노리는 土地投機가 盛行함으로써 土地去來秩序가 紊亂해 졌다. 이와같은 非正常的인 地價上昇을 抑制하고 土地去來秩序를 바로잡기 위한 公的規制措置가 차차 攄해지게 되었다.

民法上の 土地所有權은 自由로운 處分을 그 內容으로 한다. 그리고 一般商品의 去來에 있어서는 契約當事者의 自由로운 意思에 의해 契約相對方 및 內容決定, 契約方式을 決定할 수 있다. 그러나 土地去來에 있어서는 各方面에서 公的인 規制를 加하고 있다. 相對方 選擇에 있어서는 一定한 制限을 두고 있으며, 內容決定 그중에서도 地價의 決定은 지극히 不自由스러우며, 方式도 一定한 公的인 樣式에 따라서만 행해지도록 規制를 하고 있다.

土地處分面에서 土地에 대한 公·私益의 衝突은 土地觀의 根本的인 差異에서부터 出發한 것이다. 土地所有者는 土地를 보통의 商品으로 把握하고 一般商品과 마찬가지로 契約自由의 原則에 따라 處分할 수 있기를 바란다. 그러나 公的인 側面에서는 土地는 一般商品이 아닌 資源으로서, 資源의 去來를 一般商品의 去來法 原理에 맡길 수 없다는 土地觀에 基礎하고 있다.

우리나라는 8·8措置를 契機로 하여 土地去來規制를 위한 강한 制度를 法定하였다. 土地

(59) 道路法등 10個의 法律이 受益者負擔金을 징수할 수 있도록 하고 있다.

去來許可·申告制, 先買協議制度, 遊休地處分強制, 官認契約書의 義務的 使用, 企業이 所有하고 있는 裸地를 擔保로 하는 貸出抑制, 農地證明등 土地所有權의 處分權能을 크게 制限하고 있다.

(2) 土地去來許可·申告制

가. 土地去來許可制

土地去來許可制는 土地의 投機的去來가 盛行하거나 盛行할 憂慮가 있고, 地價가 급격히 上昇하거나 上昇할 憂慮가 있는 地域으로서 規制區域으로 指定된 地域內의 一定面積以上⁽⁶⁰⁾의 所有權, 地上權, 기타使用, 收益을 目的으로 하는 土地去來는 管轄道知事의 許可를 받아야 하는 制度로서, 許可를 받지 아니고 締結한 土地去來는 그 效力이 發生치 않게 되는 土地處分規制方法이다. (國土利用管理法 第21條의 2 내지 第21條의 6)

規制地域은 5年の 期間을 定하여 建設部長官이 國土利用計劃審議會의 審議를 거쳐 指定한다. (同法 第21條의 2 第1項, 第2項) 그리고 道知事는 規制區域이 指定된 때에는 신속히 都市計劃 기타 土地의 利用에 관한 決定 또는 土地의 利用에 관한 事業의 實施 등의 措置를 講究함으로써 당해 規制區域의 適正하고 合理的인 土地利用을 圖謀하여야 한다. (同法 第21條의 6)

許可對象이 되는 土地去來는 土地에 관한 所有權, 地上權 기타 使用, 收益을 目的으로 하는 權利로서 有償으로 移轉 또는 設定하는 契約을 締結하는 경우이며(同法 第21條의 3 第1項), 對價가 隨伴되지 않는 權利의 移轉이나 設定은 許可를 要하지 않는다.

許可對象이 되는 權利를 移轉 또는 設定하고자 하는 者는 그 契約을 締結하기 前에 當事者 共同으로 許可申請書에 權利의 種類, 面積, 用途, 契約豫定金額등의 契約內容과 그 土地의 利用計劃등을 기재하여 許可權者의 許可를 받아야 한다.

道知事는 許可申請書를 받은 날로부터 25日內에 許可, 또는 不許可의 處分을 하고 그 申請人에게 許可證을 交付하거나, 不許可處分事由를 書面으로 通知하도록 하고 있다. (同法 第5項)

土地去來許可對象土地에 대한 登記申請時에는 반드시 이 許可證을 提出하여야 한다. (不動產登記法 第40條 第1項 第4號) 그러므로 不許可處分을 받은 때에는 登記申請을 할 수 없고 결국 그 去來契約은 效力을 發生하지 않는다. 따라서 許可對象土地에 대한 去來契約은 許

(60) 허가대상 토지면적

용 도 지 역	거래허가 대상토지	거래후신고 대상토지
주거전용, 상업, 준공업, 생산녹지지역	200m ² 초과 (60평)	200m ² 이하
주거, 준주거 지역의 지정이 없는 구역	90m ² 초과 (27평)	90m ² 이하
전용공업, 공업지역	330m ² 초과 (100평)	330m ² 이하
자연녹지지역	600m ² 초과 (180평)	600m ² 이하

可處分이 있을 때까지는 流動的으로 效力이 없다⁽⁶¹⁾(schwebend unwirksam). 許可處分이 있게 되면 契約締結時부터 確定的으로 有效하며, 不許可處分을 받게 되면 契約締結時부터 無效로 보아야 할 것이다.

許可基準은 여러가지가 規定되어 있지만(同法 第21條의 4), 그 중에서도 가장 重要的 基準은 地價와 土地利用目的이다. 그래서 當事者의 去來豫定價格은 基準地價에다 一定한 適正事項을 考慮한 地價를 超過할 수 없으며 土地利用의 目的은 公共의 各種 土地利用計劃에 符合하여야 한다.

土地去來許可의 法的性質이 무엇이냐에 관하여는 行政法上的 許可이나, 그렇지 않으면 認可이나에 관하여 論難이 되고 있다. 去來契約許可는 法文에 許可라는 用語를 使用하고 있으나 그 要件의 대부분은 認可의 性質을 갖고 있다. 즉 國土利用管理法에서는 規制區域을 指定, 公告하고 그 區域안에서 土地등의 去來契約의 締結은 許可를 받도록 하고 있을 뿐이고 禁止하지는 않으며 許可를 效力發生要件으로 規定하고 있으며, 申請에 의하여 許可가 행하여지도록 하고 있기 때문이다. 다만 去來契約의 締結을 要許可事項으로 規定하고 違反行爲에 대해서는 處罰과 強制執行이 행하여지는 것이 許可의 性格이다. 그러나 規制法 가운데는 認可를 받을 것을 義務로 規定하고 그 違反에 대한 罰則을 두는 경우도 있는데 이와같이 하나의 行政行爲가 許可와 認可의 두가지 性質을 가지는 경우도 있다. 이렇게 볼 때 土地등의 去來契約許可는 認可와 許可의 性質을 아울러 가지고 있는 하나의 行政行爲라 볼 수 있다는 견해가 있다.⁽⁶²⁾

그러나 土地去來許可는 認可로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 土地去來契約 그 自體는 當事者가 締結하고 다만 그 有效性은 土地去來許可에 의해 賦與되는 것이며, 土地去來契約 締結自體가 禁止되어 있어서 許可에 의해 비로소 當事者가 去來契約를 締結할 수 있는 것은 아니기 때문이다. 즉 土地去來許可는 私人間의 去來契約에 대한 有效性의 賦與이지, 去來契約締結에 대한 禁止의 解除는 아니라고 보아야 할 것이다.

土地去來의 許可制度에 의한 處分規制에 있어서 私權, 즉 私益의 保護를 위해 몇가지의 特別規定을 두고 있다. 즉 土地등의 去來契約許可申請에 있어 許可權者의 處分에 異議가 있는 者는 그 處分을 받은 날로부터 1月內에 土地利用審査委員會에 異議를 申請할 수 있다.(同法 第21條의 5 第1項) 그리고 去來契約許可申請을 하였으나 不許可의 處分을 받은 土地등의 所有者는 道知事에 대하여 當土地등에 대한 權利의 買受를 請求할 수 있도록 하고 있다.(同法 第21條의 15 第1項) 이 土地所有者의 買受請求는 形成權이 아니라 請求權으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 土地所有者가 買受請求를 하였다 하더라도 請求의 相對方은 許可權者인데 反해 구체적인 買受의 相對方은 許可權者가 指定하는 公共機關이며, 그 公共機

(61) Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* 10. Aufl. (1978), S. 196.

(62) 金在德, 土地所有權制限의 理論, 經營文化院, 1983, 310-311面.

關도 豫算의 範圍內에서 당해 不許可處分土地를 買受할 수 있도록 하고 있으므로 公共機關은 豫算의 不足을 理由로 買受를 拒絶할 수 있다고 解釋될 수 있기 때문이다.

不許可處分을 받은 土地所有者의 保護라는 立場에서는 그의 買受請求權을 形成權으로 보아야 할 必要性이 있으나 國土利用管理法 第21條의 15의 解釋으로는 形成權으로 理論構成하기가 어렵다고 보아진다.

獨逸에서도 部分的으로 土地去來認可制가 實施되고 있다. 土地去來法(Grundstücksverkehrsgesetz: 1961. 7. 28)에 의한 農地나 山地의 賣買 및 聯邦建築法(Bundesbaugesetz: 1960. 6. 23)에 의한 建築詳細計劃區域(Gebiet des Bebauungsplans)內的 土地去來는 地方自治團體(Gemeinde)의 認可(Genehmigung)를 받도록 하고 있다. 그런데 獨逸에서의 土地去來認可는 우리나라와는 달리 土地投機抑制를 위하여 實施하는 것이 아니라, 土地의 細分化를 防止하는데 그 目的을 두고 있다.⁽⁶³⁾

나. 土地去來申告制

土地의 投機的去來가 盛行할 憂慮가 있고 地價가 급격히 上昇할 憂慮가 있는 區域을 5年內의 期間을 定하여 土地去來申告區域으로 指定된 地域內의 一定面積以上⁽⁶⁴⁾의 土地에 대하여 所有權, 地上權에 대한 去來契約을 締結하고자 할때에는 그 契約豫定金額, 土地利用目的등에 관하여 管轄道知事에게 申告하여야 한다. (國土利用管理法 第21條의 7) 이러한 去來申告를 한 者는 申告日로부터 25日 以內에는 申告土地에 대한 土地등의 去來契約을 締結하여서는 안된다. (同法 第21條의 7 第4項) 道知事は 申告內容이 土地去來許可基準이 되는 地價, 各種의 土地利用計劃등에 비추어 당해 土地를 包含한 周邊地域이 適正하고도 合理的인 土地利用을 圖謀하는데 현저한 支障이 있다고 認定되는 때에는 申告人에게 당해 土地등의 去來契約締結의 中止, 기타 必要한 措置를 勸告할 수 있다. (同法 第21條의 8)

申告없이 去來契約을 締結하였거나 申告處理期間이 經過하기 前에 契約을 締結한 경우 處罰이나 遊休地로 處理될 수 있는 것은 別論으로 하고 그 去來契約自體는 有效하다. 즉

(63) Baur. a.a.O. SS. 248-258.

(64) 신고대상 면적

구	역	용도지역	면적
도시계획구역	市	주거·상업지역	330m ² 이상 (1백평)
		공업지역	1,000 이상 (303평)
		녹지지역	660 이상 (200평)
	군·面	주거·상업지역	660 이상 (200평)
		공업지역	2,000 이상 (605평)
		녹지지역	1,320 이상 (400평)
도시구역 계획밖		농지	5,000 이상 (1,513평)
		임야·초지	10,000 이상 (3,025평)
		기타	1,000 이상 (303평)

無申告나 申告違反은 土地去來契約에 대한 物權變動의 效力을 否認하는 것은 아니다.⁽⁶⁵⁾ 우리나라는 現在 中部地方의 상당히 광범위한 地域에 대해 申告制가 施行되고 있다.

日本에서도 土地去來申告制가 實施되고 있다. 日本의 國土利用計劃法(1974)에는 土地去來許可制와 申告制를 모두 規定하고 있으나 具體的인 實施는 申告制만 實施하고 있다. 日本에서의 土地去來許可申告制 역시 地價抑制 및 合理的인 土地利用의 目的을 위해서 規定되었다.

(3) 先買協議制 및 遊休地買收協議制

가. 先買協議制

本來 先買權 내지 先買制度(Vorkaufsrecht)는 土地의 賣買에 대한 去來當事者間의 去來契約內容을 國家機關에 許可申請 또는 申告를 한 경우 그 土地가 公共利用을 위하여 必要한 때 또는 國公有地의 擴大를 위하여 必要한 경우 一般人的 私的 去來에 優先하여 公的機關이 그 土地를 優先하여 買收할 수 있는 制度이다. 즉 公的利用主體에게 그 土地의 取得에 優先權을 賦與하는 制度이다.⁽⁶⁶⁾

우리나라는 土地去來許可·申告制와 關聯하여 公共機關에 先買權을 賦與한 것이 아니라 先買協議權을 賦與하고 있다. 그 內容을 살펴보면, 土地등의 去來契約의 許可申請이나 去來契約申告가 있을 경우에 당해 土地에 관하여 一定한 公共機關⁽⁶⁷⁾이 公益事業에 使用하기 위한 公共用地 確保를 위하여 先買를 願하는 때에 道知事는 이들 중에서 土地를 買收할 者를 指定하여 당해 土地를 協議, 買收할 수 있도록 하고 있다.(國土利用管理法 第21條의 14 第1項) 道知事が 先買者를 指定한 때에는 당해 先買者와 土地所有者에게 通知하여 買收에 關한 協議를 하도록 하여야 한다.(同法 第21條의 14, 第2項)

先買者가 先買對象의 土地를 買收하는 경우, 그 價格은 당해 土地의 去來契約許可申請書 또는 去來契約申告書에 기재된 契約豫定金額以上으로 하되 許可基準價格과 당해 土地의 取得管理와 所要된 費用의 元利金 合計額의 範圍內에서 先買者와 土地所有者間에 協議하여 定하도록 하고 있다.(同法 第21條의 14, 第3項)

土地所有者와 先買者間에 先買에 대한 協議가 이루어지면 契約締結의 效果가 發生한다. 따라서 先買한 土地에 대해서는 土地利用計劃, 都市計劃 기타 土地의 利用에 關한 計劃에 따라 당해 土地를 有效適切하게 利用할 義務가 加해진다.(同法 第21條의 14 第4項) 따라서 協議가 成立되지 않으면 當初의 去來契約當事者의 契約締結이 可能해진다.

나. 遊休地買收協議制

(65) 金在德, 前掲書, 316-317面.

(66) 金在德, 上掲書, 307面.

(67) 구체적인 公共機關은 國家, 地方自治團體, 韓國土地開發公社, 기타 大統領令으로 定하는 政府投資機關 및 公共團體를 말한다.

遊休地⁽⁶⁸⁾로 通知받은 土地所有者가 그 通知를 받은 날로부터 3個月內에 그 遊休地의 開發計劃書 또는 處分計劃書를 提出하여야 한다. 그런데 그 期間內에 그 遊休地所有者가 開發 또는 處分計劃書를 提出하지 않거나, 이미 提出한 處分計劃 또는 開發計劃에 대한 變更勸告를 따르지 아니한 때에 道知事는 遊休地의 買收를 원하는 公共團體를 指定하여 당해 遊休地의 所有者와 買收協議를 하게 할 수 있다.

協議買收者로 指定된 公共團體는 協議할 것을 通知받은 날로부터 2個月內에 土地所有者와 買收를 위한 協議를 하여야 하며, 이때 遊休地所有者는 正當한 理由없이 당해 遊休地의 買收에 關한 協議를 拒絶해서는 안된다. (同法 第21條의 12 第1項 第2項)

協議에 의한 遊休地의 買收價格 역시 土地去來許可基準價格의 範圍內로 하여, 遊休地를 買收한 者는 그 遊休地를 당해 土地에 關聯된 各種의 土地利用計劃에 따라 당해 土地의 有效適切한 利用을 圖謀해야 한다. (同法 第21條의 12 第3項 第4項)

(4) 農地證明

農地의 耕者有田의 原則과 土地所有上限制의 貫徹을 위해서 農地賣買의 경우에는 管轄所在地官署의 農地證明을 要한다. (農地改革法 第19條 第2項) 이러한 所在地官署의 證明書를 添附하여야 農地를 買收한 者는 登記申請을 할 수 있다. (不動產登記法 第40條 第1項 第4號) 證明을 要하는 農地의 去來는 法文에서는 賣買에 관해서만 規定하고 있으나 判例는 交換과 贈與⁽⁶⁹⁾, 賣渡擔保 및 代物辨濟⁽⁷⁰⁾, 競賣⁽⁷¹⁾ 등의 경우에도 證明이 必要하다고 한다.

證明이 없는 農地賣買의 效力에 關하여 判例는 많은 변천을 겪어 왔다. 처음에는 證明을 賣買의 效力發生要件으로 보고 證明없는 農地賣買는 그 效力을 發生할 수 없다고 判示하였다.⁽⁷²⁾ 그러나 그 후에는 農地改革法 第19條 第2項의 賣買는 物權的賣買를 意味하는 것이고, 債權的賣買는 아니라고 하여 所在地官署의 證明이 없더라도 賣買自體의 效力에는 影響이 없는 것으로 보았다.⁽⁷³⁾ 즉 證明이 없으면 所有權移轉이라는 物權變動의 效果는 發生하지 않으나 農地賣買契約 自體의 效力에는 影響이 없다고 判示하여 現在에 이르고 있다.⁽⁷⁴⁾

(5) 官認契約書의 義務의 使用

(68) 遊休地의 概念에 관하여도 國土利用管理法 第21條의 10 참조. 遊休地는 空閑地와 非業務用土地와 다른 概念이다.

(69) 大判 1956.8.9. 4289 民上 249.

(70) 大判 1959.9.10. 4291 民上 577.

(71) 大判 1959.10.26. 4292 民再抗 223.

(72) 大判 1958.5.8. 4290 民上 540; 大判 1962.4.18. 4294 民上 1603.

(73) 大判 1964.9.15. 64 다 617.

(74) 이러한 判例에 대해 批判하는 見解에 의하면 農地改革法 第19條 第2項의 賣買는 債權契約으로 보아야 하며 判例에 의하면 證明이 없더라도 當事者사이의 賣買契約은 有效하고 다만 所有權移轉登記를 할 수 없다는 結果가 되는데 이는 非農家에 의한 農地의 買受와 그에 의한 占有, 收益을 가능케 하고 나아가서는 禁止된 小作制度를 사실상 盛行케 하는 要因이 될 것이다 라고 한다. 郭潤直, 債權各論 (博英社, 1979), 29-30面 참조.

1978年 不動産登記法の 改正에 의하여 賣買 또는 交換으로 인하여 不動産의 所有權移轉登記를 申請할 때에는 官認契約書を 提出하도록 함으로써⁽⁷⁵⁾ (不動産登記法 第40條 第2項) 不動産去來契約은 반드시 官認의 書面을 使用할 것이 強制되고 있다.⁽⁷⁶⁾ 官認契約書의 義務的 使用은 不動産去來價로 實去來價格을 記載케하여 投機抑制의 效果를 達成하기 위해서 規定되었다.

(6) 不動産擔保貸出의 規制

金融機關은 金錢을 貸出해 주면서 그들의 債權回收를 위하여 가장 確實한 不動産을 擔保로 提供받고 있다. 그러므로 個人이나 法人은 貸出을 받기 위해서는 擔保를 위해 不動産을 取得하려고 하게 된다. 그와 동시에 土地의 利用보다는 所有에 重點을 둠으로써 空閑地나 非業務用土地가 늘어나고, 開發利益의 私有化 問題도 提起된다. 특히 企業은 擔保를 위해, 또 開發利益의 取得을 위해 不必要한 土地所有를 하는 사례가 많아지고 그것은 결국 企業精神의 薄弱과, 生産品의 競爭力 弱화를 招來케 하였다.

이러한 問題를 解決하기 위해서 1980年 9月 27日 政府는 「企業體質強化對策」을 發表하여 企業이 所有하고 있는 不動産을 業務用과 非業務用으로 나누어 主去來銀行에 申告케 하고, 非業務用不動産은 自進 賣却토록 勸獎하였다. 그리고 企業이 新規로 不動産을 買入하고자 할 때에는 事前에 主去來銀行에 申告토록 하였으며, 裸地, 林野 등 非業務用不動産은 金融貸出을 위한 擔保로 利用하지 못하도록 하였다. 이러한 規制措置는 지금도 部分的으로 계속되고 있다.

6. 土地情報面에서의 公·私益의 衝突과 調整

(1) 序

正確한 土地情報의 基礎위에서만 土地政策의 圓滿한 樹立과 推進이 可能하다. 土地에 關한 情報에는 여러 種類가 있다. 우선 登記, 地籍에 의한 土地에 關한 權利關係의 情報, 地形, 地質 등 土地의 形質에 關한 各種 情報, 土地利用規制에 關한 各種情報, 地價狀況, 土地課稅의 內容에 關한 各種資料 등 수많은 種類의 土地情報가 있다. 이러한 土地情報의 蒐集, 管理, 利用이 土地問題가 深刻한 社會問題로 提起된 요즘에는 그 어느때보다도 그 重要性이 크게 認識되고 있다.

이렇게 重要하고 또 수많은 土地情報를 既存의 手作業에 의해서 正確히 處理할 수 없는 段階에 이르렀기 때문에 土地情報의 電算化(Computerization)가 이루어 지고 있다. 우선 地籍의 電算化는 거의 全國의으로 이루어졌으나, 登記簿의 電算化는 登記樣式의 標準化가 이루어져 있지 않기 때문에, 전혀 이루어지지 못하고 있다. 그의 各種 土地情報를 綜合的

(75) 官認契約書의 提出은 慣行의 賣渡證書를 登記原因書類로 보는 것이 아니라 賣買契約書を 登記原因書類로 보는 것 같다.

(76) 官認契約書의 具體的인 使用은 大統領令으로 定하도록 하였으나 (不動産登記法 附則 (1978.12.6), ① 但書), 지금까지 施行日字를 定하지 않아 施行치 못하고 있다.

으로 蒐集, 管理, 處理할 情報시스템을 開發하는 研究가 現在 進行中에 있다.⁽⁷⁷⁾

本來 土地情報는 土地로 부터 徵稅하기 위한 情報로 始作되었다. 農業이 主된 經濟活動의 部門을 이루고 있던 時代에는 土地稅의 徵收를 위해서 地籍을 中心으로 한 土地情報를 必要로 하였다. 그후 점차 登記制度가 利用됨으로써 不動產權利關係의 公示가 可能해지고, 私人間的 不動產物權去來의 安全은 물론, 土地情報의 重要한 手段으로 登場하게 되었다.

그래서 土地에 關한 權利關係의 情報는 登記와 地籍이 主된 手段으로 되었다. 그러므로 本節에서도 登記와 地籍을 中心으로 한 土地情報體制로 論述하고자 한다.

그런데 投機的 土地去來를 抑制하기 위한 強力한 公的規制措置로 인하여 土地情報에 대한 歪曲現象이 일어나고 있으며, 公的規制와 正確한 土地情報의 蒐集, 管理와의 調和를 圖謀하여야 할 時期에 와 있다.

(2) 私法上의 土地情報體制

가. 登記, 地籍의 機能

私法上 土地에 關한 權利關係를 公示하는 公的制度가 바로 不動產登記制度和 地籍制度이다.

不動產登記制度는 登記라고 일컬어 지는 特殊한 方法으로 不動產에 關한 物權을 公示하는 制度로서 그것은 不動產物權의 去來安全에 이바지 할 수 있도록 近代法이 創案한 매우 훌륭한 法技術的 制度이다.⁽⁷⁸⁾ 不動產登記制度는 不動產物權을 公示하는 制度로서 土地에 關한 權利關係의 內容을 公示하는 土地情報手段이다.

不動產登記制度는 각 나라마다 약간의 差異가 있다. 獨逸과 우리나라의 登記 및 Torrens 登記制度는 不動產物權變動의 成立要件으로 하고 있고, 佛蘭西나 日本은 登記를 不動產物權變動의 對抗要件으로 하고 있다. 美國에서 利用되고 있는 레코딩 시스템(Recording System)은 不動產權利의 移轉이 있었다는 事實은 一般에게 單純히 알리기만 하는 機能을 갖고 있다.

또 登記籍의 編綴方法도 나라마다 다르다. 獨逸과 우리나라는 登記簿라는 帳簿를 筆地別 物的으로 編成하여 不動產去來의 內容을 記入(Buchung)하는 方式을 取하며, 佛蘭西의 登記 및 레코딩시스템에서는 土地去來의 書面, 즉 去來契約書 또는 捺印證書⁽⁷⁹⁾(deed)를 年代的 順序에 따라서 편철하는 方法을 취한다. Torrens 登記制度에서는 登記所에서 發行하는 權原證書(certificate of title)로 登記簿를 만들고 있다.

또 한편 特異한 制度로서는 대부분의 나라에서는 登記를 國家가 管掌하고 있으나, 美國

(77) 國土開發研究院에서 數年前부터 研究해 오고 있다.

(78) 郭潤直, 不動產登記法(大旺社, 1979), 1面.

(79) 捺印證書는 不動產에 關한 權利를 讓渡하는 公證의 書面으로서 이것을 登錄所에 비치하는 方法으로 레코딩 시스템은 구성되어 있다.

에서는 國家에서도 管掌하지만 그것보다도 私的 保險會社인 權原保險會社(title insurance company)나 專門的인 權原調査機關인 權原要約會社(title abstract company)가 登錄所에 登錄되어 있는 不動產去來書面으로 自體의 登錄簿라 할 수 있는 title plant⁽⁸⁰⁾를 만들어 그것이 土地去來에 重要的 機能을 擔當하고 있다.

우리나라에서는 1912年 3月 18日 制 第9號「朝鮮不動產登記令」에 의하여 近代的登記制度가 導入되었다. 舊民法時代에는 登記를 不動產物權變動의 對抗要件으로 하였으나 現行民法에서는 成立要件으로 轉換하였다. 登記簿에는 不動產의 種類에 따라서 土地登記簿, 建物登記簿, 立木登記簿로 나누어져 있고, 登記는 去來當事者의 共同申請에 의하여 행하여진다.

登記簿는 모두 4部로 나누어 있다. 登記番號欄, 標題部, 甲區, 乙區로서 標題部에는 그 土地의 地番, 地積, 地目등 土地의 形狀에 관한 事項을 記載하며, 甲區에는 所有權變動에 관한 事項을, 乙區에서는 所有權以外의 權利關係의 變動을 記載하도록 되어있다. 登記의 固有機能은 不動產物權의 公示를 통해서 不動產去來의 安全에 이바지함에 있다. 이러한 固有機能을 충분히 발휘하기 위해서는 登記의 公信력이 認定되어야 한다. 이 登記의 公信력 認定을 登記制度의 理想의 하나로 보는 見解도 있다.⁽⁸¹⁾ 그러나 登記制度運營의 未備로 인하여 登記의 公信력 認定은 가까운 將來에는 기대할 수 없다.⁽⁸²⁾

地籍制度는 土地의 位置, 形態, 種類 및 所有權의 限界를 밝히는 制度로서 土地의 現況을 公示하는 機能을 遂行하고 있다. 地籍制度는 土地에 대한 有形的 側面的 觀察로서 土地表象의 事實關係에 置重한 制度이며, 土地의 權利關係의 公示가 中心機能인 不動產登記制度和 함께 2大 公示制度이다.

地籍은 바로 土地의 形狀을 公示하는데 그 中心機能이 있다. 地籍公簿로는 土地臺帳, 林野臺帳, 地籍圖, 林野圖, 數值地籍簿의 5種類가 있다. 우리나라는 特異하게 土地에 관한 地籍臺帳이 土地臺帳과 林野臺帳으로 나누어 졌다. 그것은 다음과 같은 歷史的 理由에 기인한다. 日帝에 의해 먼저 土地調査事業이 행해지고 (1910~1917) 그것을 基礎로 해서 土地臺帳을 만들었다. 그런데 土地調査事業에서는 土地稅의 賦課가 可能한 田, 畓, 宅地등이 中心이었고, 一部の 林野도 調査되긴 했으나 大部分의 林野가 除外되어 있었다.

그래서 다시 林野調査(査定 1917~1924. 裁決 1919~1935)事業을 실시하여 그 調査結果를 바

(80) Title plant는 연대순으로 편철되어 있는 登錄所의 捺印證書를 權原保險會社가 이를 物的으로 逐筆地別로 再構成한 것이다. 金相容, 美國不動產法論(三知院, 1986), 61面 이하 참조.

(81) 金容漢, 登記原證書의 公證論議에 관한 討論, 民事法改正意見書(韓國民事法學會編, 博英社, 1982), 13面.

(82) 金容漢, 李珣澈, 抵當債權 流動化에 관한 研究: 住宅金融 效率化를 위한 比較法的 考察(韓國住宅銀行調査部論, 1984. 12), 155面.

탕으로 해서 林野臺帳이 만들어져 現在에 이르고 있다.⁽⁸³⁾

이와같이 登記와 地籍은 모두 土地에 關한 公의 公示制度이나 登記는 土地에 關한 物權變動의 內容을, 地籍은 土地의 物理的인 現況을 公示하는 것을 각각의 機能으로 하고 있다.

나. 登記와 地籍과의 關係

地籍과 登記는 密接不可分の 關係에 있다. 그것은 土地의 現狀變動은 地籍을 基礎해서 登記簿의 標題部에 記載되며, 權利關係의 變動은 登記를 基礎해서 地籍簿를 整理하게 된다. 예컨대 土地所有權保存登記申請에 있어서는 반드시 土地臺帳謄本을 添附하여야 하고, 또한 土地狀況이 變動되어 이를 登記할 때에는 먼저 土地臺帳을 變更登錄한 다음에 變更登記를 하여야 한다. 그러나 그와는 反對로 이미 登記된 不動產에 物權變動이 생긴 경우에는 登記簿를 基礎해서 土地臺帳의 內容이 變動된다.(地籍法 第36條)

이와같이 地籍制度는 不動產活動 즉 去來, 利用, 開發등에 目的物의 現況을 公示하는 制度로서 登記簿上 土地의 現況을 表示하는 表題部의 內容과는 不可分の 關係에 있다. 그러나 그 不一致가 허다하며 그것이 不實登記의 要因이 되고 있다.

다. 不實登記, 登記와 地籍의 不一致

不動產登記制度가 不動產去來의 安全을 위해 충분히 機能하기 위해서는 登記簿에 登記된 不動產의 實體가 登記簿의 記載와 實際로 一致할것과 그러한 不動產위에 設定된 여러가지 權利가 어떻게 變動되어 나가느냐하는 物權變動의 過程이 登記簿에 正確하게 그리고 漏落 없이 記載될 것이 要請된다.⁽⁸⁴⁾ 다시 말하면 登記는 實體의 權利關係와 一致해야 하고, 物權變動過程을 正確히 公示하고 있을때 不動產의 去來安全이 이룩될 수 있는 것이다. 그렇지 못할 때 不實登記가 發生하고, 不實登記가 행하여질 때에는 不動產登記制度는 不動產의 去來安全에 이바지 하지 못한다.

地籍과 登記는 土地의 物理的 現況 및 權利關係를 公示함으로써 私權을 保護하고 正確한 土地情報를 提供해 주어 理想的인 土地政策의 遂行에 이바지 할 수 있다. 그러나 우리 나라에서는 登記와 地籍의 二元化로 인한 登記地籍의 不一致와 不實登記의 發生으로 가장 重要한 土地情報手段인 兩制度가 그 正確성과 信賴성이 理想的인 水準에 未達하고 있다.

우선 地籍과 登記가 不一致하는 가장 重要한 原因은 地籍과 登記의 二元化에 있다고 보아진다. 登記簿의 表題部로 地籍公簿를 갈음할 수 있는데도 不拘하고 二元化되어 있으므로 不一致의 制度的 素地를 안고 있다. 地籍과 臺帳의 一致를 위해 地籍法에서는 年1회이상 臺帳所管廳이 地籍帳簿와 不動產登記簿의 符合與否를 管轄登記所의 登記簿閱覽에 의하여

(83) 郭潤直, 不動產登記法(大旺社, 1979), 50面.

(84) 郭潤直, 不動產物權變動에 관한 研究(博英社, 1969), 141面.

調査確認하여야 하며, 符合하지 아니하는 事項을 發見한 때에는 土地所有者 기타 利害關係人에게 그 符合에 必要한 申請等 行爲를 要求할 수 있도록 하고 있으나(地籍法 第36條 第3項), 實際로 實施되기가 어렵다. 그리고 地籍과 登記의 不一致의 重要한 原因은 登記의 當事者申請主義에도 그 原因이 있다고 생각된다. 地籍事項에 變動이 있다 하더라도 當事者가 登記所에 變更申請을 하지 않으면 地籍과 登記는 一致할 수가 없다. 물론 臺帳所管廳에서 土地異動이 있을 때 職權으로 囑託登記할 수 있는 경우가 있으나(同法 第41條), 土地異動의 모든 경우에 囑託登記가 이루어지는 것은 아니다.

登記自體도 實體關係와 登記가 不一致하는 不實登記가 發生할 素地를 안고 있다. 그것은 私法上の 原因도 있고, 너무 강한 公的인 土地去來, 또는 收益의 規制로 인하여 發生하기도 한다. 公的規制로 인한 登記制度의 歪曲現象은 다음의 項에서 살펴보기로 하고, 本項에서는 登記制度自體의 未備點으로 인한 不實登記 發生의 原因을 考察해 보기로 한다.

먼저 民事實體法上の 原因으로는 우리 民法 第186條가 登記를 物權變動의 成立要件으로 하고 있기 때문에 當事者사이에 物權이 移轉하는 過程에서 契約을 締結한 후 登記를 하지 않더라도 賣買契約 그 自體는 여전히 有效하다. 그 結果 不動產買受人은 登記를 移轉받지 않으면 所有權은 取得하지 못하지만 賣買契約은 有效하므로 계속 登記請求權을 가지면서 買受人이 目的不動產을 占有하여 使用, 收益할 수 있다.

그리고 그 登記請求權은 消滅時效에 걸리지도 않는다.⁽⁸⁵⁾ 결국 買受人은 登記를 하지 않더라도 별 支障없이 使用, 收益할 수 있고, 願할 때에는 賣渡人을 상대로 登記請求權을 行使하여 登記를 移轉받을 수 있게 된다.⁽⁸⁶⁾

또 中間省略登記를 判例가 認定하므로 未登記轉賣를 可能케 하고 合法化시켜주고 있으므로 登記가 잘 勵行되지 않는다.

不實登記가 發生할 수 있는 節次上 즉 不動產登記法上の 原因으로는 첫째 登記申請主義이다. 이 登記申請主義에 의하면 當事者가 自進해서 登記를 申請하지 않는 限 登記簿에 物權變動의 內容이 登載하지 않는다.

그러므로 우리나라 不動產登記法은 登記申請主義를 取하고 當事者는 不動產物權變動을 登記하여야 그 效力이 發生한다는 것은 알고 있더라도 故意로 登記를 懈怠할 수 있는 것이다.⁽⁸⁷⁾ 둘째로 登記公務員의 登記申請書類에 대한 形式的 審査主義도 不實登記의 原因이 되고 있다.

이러한 形式的審査主義로 인한 不實登記의 防止를 위해 登記原因書類를 公證케 한다면 다소 除去할 수 있을 것이다. 그러나 우리나라에서는 登記原因書類의 公證이 強制되지 못

(85) 大判 1976.11.6. 76 다 148 全員會議體 判決.

(86) 黃迪仁, 登記義務主義의 必要性, 民法學論叢 (厚巖郭潤直教授華甲記念論文集, 博英社, 1985), 159面.

(87) 黃迪仁, 上揭論文, 160面.

하고 있다.

(3) 土地에 대한 公的規制의 強化와 不實登記의 發生

가. 序

土地에 대한 公法的 規制의 強化, 특히 土地所有權의 收益, 또는 處分에 대한 制限의 強化는 登記를 回避하는 結果를 招來하여 그것은 결국 實體關係와 登記의 不一致를 招來하고 있다.

讓渡所得稅의 重課, 土地去來許可制의 實施로 土地所有權에 대한 收益, 處分の 制限은 登記를 回避하게 하거나 名義信託 등과 같은 變則的인 登記를 發生케하고 있다.

不實登記의 發生은 合理的인 土地政策의 遂行을 어렵게 하고 있다. 특히 中間省略登記의 認定에 의해 脫稅, 投機가 可能하며, 讓渡所得稅가 不合理하게 賦課徵收될 수 있다. 그리고 綜合土地稅의 施行을 어렵게 하고 있다.

나. 土地課稅의 強化와 不實登記의 發生

土地에 關聯한 租稅에는 여러가지가 있음을 이미 살펴 보았다. 그 중에서 土地의 讓渡人 및 取得者가 登記를 하는 경우에는 4가지의 租稅 즉 登錄稅, 取得稅, 財産稅 및 讓渡所得稅를 納付하여야 하기 때문에 稅金을 물지 않기 위하여 故意로 登記申請을 하지 않는 것이다.

그리고 讓渡所得稅는 一家口一住宅에 限해서 非課稅이기 때문에 여러개의 住宅을 所有하고서 登記를 하는 경우에도 名義信託의 方法에 의하여 讓渡所得稅를 納付하지 않을 수도 있게 된다.

이와같이 土地投機抑制을 위한 課稅強化는 逆으로 登記를 回避하도록 助長하는 結果를 招來하고 있다. 한편으로 그와같은 回避를 私法的으로는 中間省略登記 및 名義信託理論에 의하여 合法化 시켜주고있다.⁽⁸⁸⁾

다. 土地去來許可·申告制와 不實登記의 發生

土地去來許可·申告를 回避하기 위하여 土地를 賣買하고도 移轉登記를 하지 않고, 買受人名義로 假登記를 하거나 또는 賣買契約書를 公證하는 등 變則的인 去來方法이 發生하게 되어 登記와 實體的인 權利變動과는 일층 더 符合하지 않을 수 있게 되었다. 때로는 中間省略登記⁽⁸⁹⁾에 의하여 中間者들이 許可, 申告를 回避할 수도 있다.

특히 登記를 하지 않은 中間轉賣를 막기 위하여 1979年 2月 1日 印鑑證明法施行令 第13

(88) 그러나 未登記轉賣의 事實이 發見되었을 때에는 高率의 讓渡所得稅가 重課된다. 筆者의 拙見에 의하면 公法上의 土地政策의 實現을 위해서 私法的으로는 그것을 뒷받침해 줄 필요가 있을 것으로 생각된다. 그래서 가능한 한 中間省略登記의 有效性 인정을 制限하는 것이 바람직하다고 생각되나 우리 判例는 일단 中間省略登記가 이루어지면 그것을 無效로 하는데 正當한 理由가 없으면 最終登記를 抹消할 수 없다고 하므로 中間省略登記를 폭넓게 인정하고 있다.

(89) 中間省略登記는 日大判 1916.9.12, 朝高判 1918.3.5 判決을 시작으로 그 有效性이 인정되어 왔다.

條 第 4 項을 改正하여 印鑑證明書가 不動產賣渡用인 경우에는 그 有效期間을 一個月로 短縮하여 未登記로 轉賣할 時間의 餘裕를 주지 않으려고 하였으며, 한편 未登記轉賣의 경우 그것이 發見되었을 때에는 讓渡所得稅를 重課하도록 하였다(所得稅法 第70條 第3項).

Ⅳ. 現行 土地法制的 問題點 分析 및 評價

1. 土地觀의 定立 缺如

土地는 다른 財貨와는 다른 特殊한 性質을 갖고 있는 財貨라는 것은 여러 차례 指摘하였다. 또 土地는 公益도 私益도 어느 한쪽으로만 기울어질 수 없는 公·私益의 衡平性이 계속적으로 維持되어야 하는 財貨이다.

그런데 우리의 土地法制은 土地私法은 私益만을, 土地公法은 私益을 거의 무시한채 公益만을 追求하는 一面的 規定을 함으로써 土地에 關한 價値觀의 定立을 어렵게 하고 있다.

그것은 土地法의 形成過程이 古代 및 中世까지는 公益中心으로 土地法이 構成되어 오다가 近世에 들어와 個人主義와 自由主義의 影響으로 土地法중 公法的인 要素는 全部 捨象하고 오로지 私法만으로 土地法을 定立하였다. 특히 獨逸의 판덱텐法學에서 資本主義的 經濟發展을 위해 公法的 要素는 土地法에서 거의 除去해 버렸다.

現代에 와서 비로소 Weimar 憲法을 始作으로 해서 土地에 關한 權利의 公共性·社會性이 實定法的으로 規定되기 始作하여 지금은 土地에 關한 公益이 私益을 壓倒하는 정도에 이르게 되었다.

이와같이 土地法의 歷史가 土地를 둘러싼 公·私益의 適切한 調整위에서 土地觀의 確實한 定立을 어렵게 하는 面도 없지 않았지만, 특히 우리나라에서는 日帝에 의해 近代의 土地所有權이 確立된 이후 日帝時代에는 日帝의 榨取대상이 되었고,⁽⁹⁰⁾ 解放以後 지금까지는 그때 그때 社會·經濟的 必要 및 土地問題의 解決을 위해 土地에 關한 根本的인 價値觀의 定立없이 土地法들을 量產해 왔다.

그리고 土地에 關한 重要한 法律들은 專門家의 意思聽取나 國會內에서의 充分한 論議도 없이 非正常的인 立法機關에서 制定되었다. 그러므로 土地法 相互間에 重複, 矛盾點이 없지 않고, 土地法의 上下體系가 이륙되지 못한채 雜多한 土地關係法律들의 集合으로만 存在하게 되었다.

우리의 傳統社會에서는 적어도 土地는 王土思想에 의하여 土地는 百姓 모두의 것이라는 理念이 支配하였다고 생각된다. 물론 王土思想에 대해서는 단순히 國家가 私所有權을 規制

(90) 日帝에 의한 近代의 土地所有權의 確立은 實質的으로는 한국에서 土地가 唯一한 經濟侵略의 源泉이었기 때문에 그 目的을 達成하기 위하여 土地의 封建的 制限이나 束縛으로 부더의 解放 즉 私의 土地所有權의 確立을 통한 處分의 自由, 抵當의 自由를 통해서 土地收奪의 法的 土臺로 삼고자 함이었다.

할 수 있는 理念的 根據에 불과하다는 主張도 있지만 筆者의 見解로는 王土思想은 理念的 으로는 土地는 國王이 所有하고 耕作利用은 百姓이 할 수 있다는 宣言으로 파악된다.

그런데 우리의 傳統社會의 理念과는 다른 西洋의 個人主義와 自由主義 및 그것을 基礎로 한 法制度가 他律的으로 들어오고, 그러한 土地法制의 運營過程에서 土地收奪을 일삼음으로써 土地觀의 歪曲現象이 潜在的으로 뚜렷하게 되었다. 解放以後에도 農地改革, 그후 經濟開發을 위한 大量的의 公的土地取得過程에서 公益 앞의 私益의 無視, 그리고 土地投機對策으로서의 土地法의 運用過程에서 土地를 가진자와 갖지 못한者 間의 갈등이 적지 않았으며, 國家는 이러한 葛藤을 調整할 수 있는 確實한 土地觀의 提示없이 土地法을 量產해 왔다.

물론 土地觀의 定立은 土地法 自體에서만 解決될 수 있는 課題는 아니다. 政治, 社會, 經濟, 文化등 全方面에 걸쳐서 確實한 價値觀의 定立과 併行해서 決定될 수 있는 問題이다.

土地에 關한 確實한 價値觀의 設定 위에서만 土地의 所有와 利用의 調整은 이루어질 수 있고, 公的規制과 私所有權의 調和와 均衡을 圖謀할 수 있는 것이다.

참고로 土地法制가 잘 整備되어 있는 臺灣의 경우를 살펴보면 土地觀이 分明함을 發見할 수 있다. 憲法 第10條에서 土地는 人民全體의 것임을 宣言하고 있고, 耕者有其田(Land-to-the-tiller)의 原則과 地權의 均等化(Equalization of land rights)의 原則의 基礎위에서 土地法, 土地稅法, 平均地權條例 등의 法律이 制定되었다.

2. 土地利用規制에 있어서의 問題點

(1) 用途地域地區制의 非彈力性

現在 우리나라에서 가장 一般的인 土地利用規制手段은 用途地域地區制이다. 用途地域地區는 土地의 特性에 맞게 그 用途를 指定하여 그 用途에 맞게 利用토록 하는 土地利用의 效率化 制度이다.

그러나 用途地域地區制는 한번 用途를 指定하면 다른 用途로의 轉換이 容易하지 않은 非彈力的인 性質을 가지고 있다. 根本的으로 用途地域地區制는 土地利用方法의 原則이 아니고, 하나의 短期的인 方案내지 技法에 不過하다. 原則은 持續的이며 廣範圍하게 適用할 수 있는 것인데 反하여 技法은 社會的 必要와 狀況의 變化에 따라 끊임없이 檢討되고 修正되어야 하는 것이다.⁽⁹¹⁾

그런데 우리의 土地利用法制는 用途地域地區를 土地利用의 原則으로 하여 制定되어 狀況의 變化에 適應하지 못하는 短點이 있다. 또한 用途地域地區制는 한번 用途가 指定되면 既得權을 發生시키는 現狀維持의 效力이 發生하여 積極的인 開發을 誘導할 수 있는 彈力성이 없는 것이 問題이다.

(2) 用途地域地區의 過多, 重複, 矛盾等

用途地域地區에 관하여 都市地域은 都市計劃法에서, 기타 地域에 대해서는 國土利用管理

(91) 國土開發研究院, 土地利用效率化를 위한 用途地域地區制의 改善方向에 관한 研究 (1980), 39面.

法에서 規定하고 있다. 그리고 그의 70여개의 特別法에 의해서 用途地域地區를 指定할 수 있도록 하고 있다.

用途地域地區라 하더라도 그 用語使用에 있어서는 地域, 地區, 區域, 圈域等 統一的인 位階秩序가 없을 뿐만 아니라, 同一한 土地위에 2중 3중으로 重複指定할 수 있고, 實際에 있어서도 그렇게 重複指定된 事例가 적지 않다. 그리하여 同一한 土地에 관한 用途地域地區가 相互矛盾되어 어떠한 土地利用도 어려운 事例가 없지 않다. 때로는 用途地域地區를 指定함에 있어서 그 指定範圍가 막연할 때가 적지 않다. 公園地區, 上水道保護地區, 軍事施設保護地區등과 같은 用途地域地區指定에 있어서는 그 境界가 明確하지 않아 土地利用의 困難을 招來하는 일도 적지 않다.

이와같이 土地利用의 效率性 提高를 위해 用途地域地區를 指定할 수 있음에도 不拘하고, 오히려 反對로 用途地域地區의 過多와 重複, 矛盾등으로 인하여 土地利用을 沮害하는 事例 또한 적지 않다. 예를 들어 보면 新規會社의 設立으로 工場을 짓기 위해서는 수많은 土地利用規制法의 節次를 다 거쳐야 하므로 새로운 事業의 始作이 지극히 어렵다. 이러한 問題의 解決을 위해 特別法을 制定하여 당해 法律에 의한 許可는 다른 여러 法律의 規定에 의한 許可나 認可를 取得한 것으로 본다는 規定을 둬으로써⁽⁹²⁾ 過多, 重複指定으로 인한 複雜性을 克服하기도 한다.

이러한 立法態度는 用途地域地區制에 대한 계속적인 事後管理 및 評價를 하지 않으므로 인한 問題點을 解決해 보고자 하는 지극히 行政便宜의인 方法이다. 오히려 土地利用規制에 관한 持續的인 事後管理를 通하여 全般的으로 調整함으로써 合理的인 用途地域地區制를 運用하도록 해야 할 것이다.

(3) 開發損失補償制度의 未備

우리나라는 開發利益의 還收에 관해서는 적잖은 制度가 마련되어 있다. 그러나 開發損失의 補償에 관해서는 制度가 缺如되어 있다. 用途地域地區의 指定으로 인하여 地價가 上昇할 수도 있지만, 오히려 下落할 경우가 있다. 대표적으로는 5年以上 20年以內의 期間동안 市街地造成事業을 할 수 없는 市街化調整地區(都市計劃法 第20條의 2, 同法施行令 第19條의 2), 그리고 軍事施設保護區域, 開發制限區域 등을 例로 들수 있다. 開發利益의 還收와 함께 開發損失의 補償方法이 강구되어야 한다.

그리고 用途地域地區指定과 함께 그 指定用途에 맞는 事業을 實施하여야 함에도 不拘하고 長期間事業을 實施하지 않으므로 土地所有者들은 土地利用을 制限받게 된다. 예컨대 公園地區로 指定된 경우에는 公園으로서의 機能을 遂行하기 위한 施設을 갖추어야 한다. 그런데도 불구하고 이러한 必要事業을 長期間 放置함으로써 發生하는 土地所有者의 損害에

(92) 中小企業創業支援法에 의하면 同法에 의한 事業計劃의 승인을 얻은 때에는 13가지 다른 法律의 申告, 許可, 解除, 認可, 免許, 同意 또는 決定등의 處分을 받으므로 본다(同法 第22條).

대해서는 補償을 하여야 하는 것으로 생각되거니와, 실제로는 어느 하나도 補償이 이루어지지 않고 있다.

우리 法務部는 開發制限區域指定으로 인한 地價下落에 대한 補償請求에 대해 開發制限區域의 指定은 土地所有權의 本質的 侵害가 아니므로 補償을 要하지 않는다고 하고 있으나,⁽⁹³⁾ 開發利益과 開發損失의 利害得失을 公平하게 調整하기 위해서는 補償을 하여야 할 것이다.⁽⁹⁴⁾

美國에서도 警察權에 의한 土地利用規制가 土地收用에는 해당하지 않더라도 價格減少說(diminution in value test)에 입각하여 補償을 하도록 聯邦大法院이 判決한 바 있다.⁽⁹⁵⁾ 생각컨대 用途地域地區指定으로 인한 地價의 下落, 또는 長期的인 施設義務의 不履行으로 인한 土地所有權 行使의 制限에 대해서는 開發利益의 還收와의 公平性を 維持하기 위해서 損失補償을 하여야 할 것으로 생각된다. 그리고 用途地域地區指定으로 인한 地價의 下落으로 土地의 賣買가 어려운 土地所有者에게 國家에 대한 當해 土地의 買受請求權 認定도 考慮해 보아야 할 것이다.

3. 地價의 多元化

自由競爭原理가 支配하는 市場에서의 價格決定은 一物一價의 法則이 支配한다. 그러나 土地는 그 特殊性으로 인하여 언제나 需要에 供給이 미치지 못하므로 一物一價의 法則이 適用되지 못하고, 우리나라에서는 적어도 一物六價 現象이 빚어지고 있다

一般市價, 基準地價, 基準時價, 鑑定價, 補償價, 課稅時價등 그 價格決定의 目的과 適用範圍가 다르고, 管理機關도 다르고, 各地價의 鑑定評價機關도 相異하다. 또한 그 價格相互間의 差異도 적지 않다. 물론 基準地價가 一般土地去來價의 先導地價로서의 機能을 遂行하도록 하고 있으나, 다른 모든 土地價 決定에 基準으로서의 機能을 담당하지 못하고 있다.

地價의 多元化는 地價決定의 恣意性을 招來하고, 眞實한 地價決定을 어렵게 하고 있다. 土地所有者로서는 土地稅 부과의 基礎가 되는 地價는 될 수 있는 한 低價로, 補償이나 용자를 위해서는 될 수 있는 한 高價로 評價決定되기를 願한다. 그것은 결국 地價決定을 둘러싼 是非를 낳게 하고, 自然스러운 土地價決定을 어렵게 만든다. 적어도 公的地價 즉 國家나 地方自治團體가 課稅, 補償, 鑑定등을 위하여 決定되는 地價는 하나로 統一되어야 할 것이다.

基準地價가 全國의으로 評價告示되어 있고, 地價變動에 따라 수시로 再評價告示하고 있으므로 公的地價는 基準地價로 統一한다 하더라도 큰 問題는 없을 것이다.⁽⁹⁶⁾

그리고 此際에 土地所有者의 參與에 의한 地價의 決定方案에 관해서도 정책적인 모색이

(93) 法務, 法 810-5289 (1971.3.24) : 건설부질의를 대한 법무부 해석.

(94) 補償에 관하여도 徐元宇, 現代行政法論(上) (博英社, 1979), 726-732面 참조.

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

(96) 韓國土地開發公社, 地價體系改善方案의 運用妥當性調査 (1985), 3面.

必要하다고 생각한다. 다시 말하면 國家機關에 의한 一方的 土地價決定은 地價體系의 混亂만 야기하므로 國家와 土地所有者의 協力에 의한 合理的인 地價決定體系를 모색해 볼 必要가 있다고 생각된다.

臺灣에서는 申告地價가 地價決定에 重要的 機能을 하고 있으며, 獨逸은 土地所有者가 去來時에 申告한 地價로 價格先例集을 만들어 둠으로써 그것이 다음 土地去來時의 基準價로 作用을 하게 되어 國家의 強制力에 의하지 않고서도 자연스럽게 土地所有者와 國家의 協力에 의해 地價가 形成되고 있다.

우리나라에서도 土地去來가 있을 때 地價를 申告하여 自然스럽게 地價가 形成될 수 있는 制度는 마련되어 있으나 具體的인 施行은 아직 이루어지지 않고 있다. 즉 不動產登記法 第40條 第2項에 의하면 賣買 또는 交換으로 인하여 所有權移轉登記를 申請할 때에는 市長, 郡守 또는 그 權限의 委任을 받은 者의 檢認을 받은 用紙에 의한 賣買 또는 交換契約書 즉 官認契約書を 提出하도록 하고 있다. 이 官認契約書에는 實去來價格을 記載하도록 할 예정이므로 이와같은 實去來價格의 申告가 誠實하게 이루어지고 그것을 集積해서 定期的으로 公示한다면 土地所有者와 國家의 協力에 의한 自然的인 土地價의 形成이 可能的인 것이다.

지금까지는 公的側面에서 一方的으로 地價가 評價決定되었으나 私的側面에서의 考慮와 協力이 必要하다고 생각된다.

4. 土地所有者의 參與에 의한 土地開發, 土地利用制度의 未備 및 開發利益 配分の 公平性 問題

우리나라에서 土地制度 및 土地法의 運營은 거의 官主導로 이루어지고 있고, 土地所有者의 土地行政의 參與기회가 충분히 보장되어 있지 못하다. 國家에 의한 각종 土地規制로 인한 制限은 土地所有者가 이를 감수하여야 함에도 불구하고 土地所有者로부터 同意를 얻지 않은 상태에서, 좀 더 具體的으로 살펴보면 土地利用規制에 있어서 用途地域地區의 기초가 되는 각종 國土計劃, 또는 土地利用計劃의 수립과정에 住民參與의 機會가 충분히 확보되어 있지 않으며, 計劃執行에 대한 異議制度도 충분치 못하다.

그리고 土地開發에 있어서도 公營開發로 代表되는 土地開發方法을 취하므로 土地所有者는 자기 所有土地위의 開發計劃에도 排除되어 國家機關에 의한 一方的인 開發이 單方面로 이루어지고 있다. 土地所有者의 創意와 스스로 選好하는 建築을 하게 함으로써 住宅의 多樣化를 이루지 못하고 劃一的인 建築樣式을 量產하고 있는 실정이다. 물론 土地所有者는 開發過程에서 排除되므로 開發利益의 部分的인 私有도 排除되고 있다.

가장 가까운 例로서는 都市再開發을 둘러싼 民怨은 바로 土地所有者의 主導와 創意를 排除하고 官主導의 一方的인 開發이 이루어짐으로써 開發과정에서의 公·私益의 對立은 調整되지 않고 있는 실정이다.

그래서 土地所有者가 開發에 參與할 수 있고, 또 誘導할 수 있는 土地開發方法들이 강구

되어야 할 課題를 안고 있다. 代表的인 例로 借地開發, 等價交換開發, 信託開發등이 土地所有者를 土地開發과정에서 참여시킬 수 있고, 또 촉진할 수 있는 制度라 생각된다.

그리고 開發利益의 還收에 있어서도 분명히 국가가 還收해야 할 開發利益이 있다. 그러나 국가는 가능한 한 土地所有者로 하여금 스스로의 投資에 의하여 土地價値의 增大에 힘쓰도록 開發利益의 公平한 配分에 관한 指針을 세워야 할 것이다. 土地開發을 國家主導로 하면서 土地所有者로 부터는 開發利益을 전부 환수해 가는 것은 土地가 가져야 할 私的財貨로서의 機能을 과소평가한 制度라 아니할 수 없다. 土地所有者에게 창의성과 개발의욕을 주면서 그로인한 開發利益의 公平한 配分을 추구하여야 할 것이다.

바로 土地는 個人的 所有權의 客體이면서 公共福利를 위해 이바지해야 할 課題를 안고 있는 재화이다. 그리고 私有權制度는 적어도 人間의 所有本能을 그 本質의 要素로 삼고 있는 것이다.⁽⁹⁷⁾ 이러한 人間本能을 극도로 制限하는 土地法制은 점차 完化되어야 하며, 土地所有者가 스스로 利用, 開發할 수 있도록 자극하는 方案이 모색되어야 할 것이다.

5. 公的規制的 강화로 인한 土地法의 歪曲現象

土地에 대한 公的規制的 強化는 土地所有者로 하여금 그것을 回避할 수 있는 방안을 찾게 만들어, 結果的으로 土地法의 歪曲현상을 빚고 있다.

예를 들어 살펴보면, 양도소득세의 증가와 一家口一住宅에 대한 양도소득세의 면제는 名義信託이란 우리나라에서 固有한 信託의 한 종류를 낳게 하였다. 진실한 所有者가 아니면서 名義만 빌려주는 關係가 바로 名義信託이며, 그것은 결국 양도소득세를 免脫하기 위한 方法으로 利用되고 있고 우리 法院은 判例로 이를 승인하고 있다. 또한 一家口一住宅에 대한 양도소득세의 면제는 大型住宅을 선호하게 하고 있다.

土地去來許可制, 土地去來申告制의 실시로 인하여 登記를 回避하는 현상을 초래하고 있다. 登記를 회피한다 하더라도 中間省略登記에 의해 中間者의 登記를 省略하고 最終取得者 명의로 登記할 수 있는 길이 있으므로, 登記制度의 理想이자 使命인 不動產去來過程의 精確한 公示를 阻害하고 있다.

또 住宅賃貸借保護法의 制定으로 인하여 住宅賃借權의 最低存續기간을 1년으로 하고, 住宅의 占有와 住民登錄移轉만으로 對抗力을 인정하는 등 住宅賃借權의 보호를 강화함으로써 인하여 賃借料(傳賃金)의 急激한 상승을 招來하여 賣買價格에 압박하는 수준으로 상승하고 있다. 한편 借賃增額을 一定範圍로 제한하므로 인하여 (住宅賃貸借保護法 第7條) 最初借賃의 인상을 招來하고 있다.

이러한 土地法의 歪曲現象은 土地에 관한 公法的 側面과 私法的 側面을 綜合的으로 고려하지 못한 結果로 보여진다.

(97) 鄭權燮, 韓國土地體制에 관한 史的 考察, 現代法學의 諸問題(晴軒金曾漢博士華甲紀念論文集, 博英社, 1982), 254面.

6. 綜合土地情報體制의 未備와 綜合土地政策手段의 未完成

土地에 關한 情報은 모두 分散되어서 管理되고 있다. 登記는 法院, 地籍은 內務部, 土地課稅情報은 內務部와 國稅廳, 土地의 形質등에 關한 物理的 情報은 建設部가 이를 管理함으로써 綜合的인 土地情報體制가 마련되어 있지 못하고, 이로 인하여 充分的인 情報提供위에서 土地政策이 수립되지 못하고 있다. 土地政策의 수립과 집행 그리고 이를 위한 法的 뒷받침은 正確한 土地政策의 基礎위에서만 可能하다.

이와같이 綜合的인 土地情報體制가 마련되어 있지 못한 現在의 狀況을 극복하기 위한 研究가 進行은 되고 있지만, 우선 적어도 地籍과 登記에 關한 情報만이라도 綜合的으로 管理할 수 있는 方案이 강구되었으면 한다.

登記와 地籍은 土地에 關한 私權과 公的規律을 위한 基礎資料로 삼을 수 있으므로 이 두가지 土地情報體制만이라도 統合管理될 수 있다면 土地政策의 수립 및 土地法의 整備에 큰 裨益이 될 것이다.

現在 地籍의 電算化作業은 거의 全國的으로 마무리 되어가고 있으므로 현재 物的으로 편성되어 있는 地籍臺帳이 人的編成의 機能을 遂行할 수 있게되어 보다 實效性있는 土地政策樹立이 可能할 것으로 생각된다.

그리고 또한 綜合的인 土地政策手段이 마련되어 있지 못하다. 部分的으로 所有, 利用, 去來, 收益등을 規制할 수 있는 手段들은 開發, 實施되고 있으나 이 모두를 解決할 수 있는 보다 포괄적인 政策手段의 開發이 必要하다고 생각된다. 그 例로 綜合土地稅制로 考慮해 볼 수 있을 것이다. 그런데 綜合土地稅制는 그 구상단계에서는 全國의 모든 土地에 대해 適用, 賦課하고자 했으나, 점차 遊休土地에만 適用하려고 範圍를 縮小시키고자 하더니 그것마저도 연기하고자 하고 있다.

土地의 公益과 私益을 考慮한 綜合的인 政策手段은 確實히 必要하다고 생각된다. 部分的인 手段을 使用함에 있어서는 그 한 手段이 다른 여러가지의 土地가 갖는 特性을 考慮하지 못하는 短點이 있기 때문에, 할 수만 있다면 回避하려는 現象을 招來하였다. 보다 포괄적인 土地政策手段을 開發하여 土地가 公的으로도 私的으로도 調和있게 機能할 수 있도록 하여야 할 것이다.

7. 山地에 대한 土地對策 未備

土地別 土地問題의 震源池는 農地에서부터 出發하여, 都市化·産業化로 인한 都市土地를 거쳐 앞으로는 山地로 옮겨갈 展望이다.

農地問題는 農地改革에 의해 일단 해결을 보았다. 都市土地에 대해서는 各種의 규제조치에 의해 어느정도 鎮靜의 기미를 보이고 있다. 앞으로 土地問題는 山地에서 일어날 전망이다.

山地는 人口의 增加, 餘暇空間의 필요, 草地開發의 필요등 그 需要가 가일층 높아질 展

望이며, 이에 따라 山地의 地價가 上昇할 가능성이 있다. 그런데 山地問題를 해결할 土地法制는 충분치 못한 실정이다. 農地처럼 所有上限制度로 適用될 수 없고 遊休地로 指定해서 開發이나 處分을 強制할 수도 없으며, 土地去來許可나 申告의 對象이 된다 하더라도 許可 또는 申告對象에서 除外되는 面積이 넓기 때문에 事實상에 있어서는 許可를 받지 않거나, 申告를 하지 않고서는 去來할 수 있는 가능성이 있다. 그러므로 山地問題에 관한 한 對策의 不在狀態나 마찬가지이다. 그런데 都市近郊 또는 觀光休養山地는 都市의 遊休資金이 흘러들어가 앞으로 投機的 去來가 일어날 가능성도 있다.

그 외에도 山地에 관하여 登記가 眞實대로 이루어져 있지 못한 점이 또한 중요한 문제이다. 登記와 眞實한 所有關係와를 一致시키기 위하여 限時法으로 登記에 관한 特別措置法을 여러번 制定하여 事實上的 所有者로 하여금 單獨으로 登記를 申請할 수 있도록 하여 登記와 眞實한 權利關係를 一致시키도록 하였다. 그런데 特別措置法에 의한 登記는 現제 所有者라고 하는 者의 단독신청에 의해 이루어져 있으므로 앞으로 山地價가 상승하고, 開發이 이루어지면 그것이 不實登記로 判明될 潛在的危險性을 內包하고 있다. 그것은 都市土地에 있어서 地價上昇과 土地訴訟事件과의 關係推移에 비추어 보면 自明한 일이다.

V. 土地法制의 整備

1. 整備基本方向: 段階的 整備

土地法은 憲法을 비롯해서 土地私法과 土地公法으로 구성되어 있다. 이미 지적했듯이 현행 우리나라의 土地法은 土地에 관한 根本哲學의 定立없이 그때 그때에 필요한 部分的인 法律들로 구성되어 있어서 上下의 體系 및 土地法 相互間的 矛盾, 衝突이 調整되지 않은 채 무수한 法律들의 集積인 상태로 운영되고 있다. 그리고 무엇보다도 土地에 관한 公·私益의 계속적인 比較評價를 하여 調整할 수 있는 制度的 裝置가 缺如되어 있으므로 한번 制定된 土地法은 時代事情의 變化에 適應하지 못하는 短點이 없지 않다.

이제 土地法은 土地私法과 土地公法 어느 한 쪽에서만 관찰할 수 있는 時代는 지났으며 公私兩法의 兩側面에서 同時에 綜合的으로 파악되고, 또 운영되어야 한다. 土地政策의 遂行 및 土地問題의 解決을 위해서는 土地의 公私兩法이 같은 理念과 目的 아래서 調和있게 相互補完機能을 수행하도록 調整되어야 한다. 그래서 土地法은 私法과 公法의 한 部分으로 이해되던 時代를 지나 하나의 새로운 獨立한 法領域으로 파악되고 獨自的인 土地法 理論이 구축되어야 할 段階에 와 있다.

土地法의 理論形成을 위해서는 法學의 範疇內에서만 연구될 수 없고, 土地가 갖는 特殊性으로 인하여 政治, 經濟, 社會, 歷史등 다른 法外的 要因에 대한 깊은 研究를 필요로 한다. 그래서 우리나라의 風土에 맞는 土地法이 구축되어야 한다. 土地法은 土地가 움직일

수 없는 物件이기 때문에 어느 法分野보다도 固有法의 색채가 강한 分野이다.

土地法의 整備에 있어서는 制度 自體만을 整備할 것이 아니라, 잘 가꾸어진 國土, 모든 國民이 公平하게 土地를 享有할 수 있는 社會, 가장 有效하게 利用할 수 있는 土地, 去來와 課稅가 公正하고 公平하게 이루어지고 賦課되는 理想的인 土地秩序를 想定하고서 그러한 理想的 實現을 위하여 현실여건을 고려하면서 단계적으로 이루어 나가야 할 것이다. 이미 發生한 土地問題에 대한 事後處方的 운영에서 벗어나 事前 豫防의이면서 잘 정돈된 土地法秩序의 구축을 위해 段階的으로 整理, 整備해 나가야 할 것이다.

그래서 第1段階로는 土地法 全般에 대한 檢討와 함께 우리의 歷史와 現實與件에 비추어 본 現行 土地法의 調和有無를 검토하고 다음으로 土地哲學의 形成과 함께 國土의 未來像을 담은 土地基本法을 制定하도록 하여야 할 것이다. 第2段階로는 이 土地基本法을 바탕으로 해서 土地의 所有, 利用, 開發, 處分, 收益, 課稅, 情報등 個別分野의 土地法整備를 하여야 할 것이다.

이러한 個別 土地法分野의 整備에서는 各 用途別 土地의 특수성을 충분히 부여하도록 하여야 할 것이다. 마지막 第3段階로는 個別 土地法分野의 政策手段을 綜合해서 綜合的인 土地政策手段을 開發하도록 하여야 할 것이다. 그렇게 되면 土地基本法과 함께 이러한 綜合 土地政策手段 및 個別 土地政策手段으로 土地法의 理想的 構造를 이룩할 수 있을 것이다.

2. 土地基本法의 構想

우리나라의 現行 土地法 體系에 있어서는 土地基本法이 不在한 상태이다. 國土利用管理法이 土地利用에 있어서는 基本法의 性格을 가질 것 같으나 자세히 검토해 보면 都市土地에 대해서는 都市計劃法에 委任하여 버렸기 때문에 基本法으로서의 位置가 매우 약한 편이다.

此際에 土地의 公法과 私法의 基本法일 수 있는 土地基本法의 構想과 制定이 필요하다고 생각된다. 土地基本法에는 먼저 土地 내지 國土秩序의 理想을 提示하여야 할 것이고, 土地는 國民 모두의 것이라는 理念을 宣言하여야 할 것이다. 이러한 理想과 理念으로 부터 所有와 利用의 調和, 開發과 保全의 調和, 公益과 私益의 調整, 地價, 地稅, 土地調査, 및 土地 情報에 관한 基本方向을 提示하여야 할 것이다. 그리고 土地法에 대한 계속적인 事後管理를 擔當할 假稱, 土地法評價委員會의 設置에 관한 규정을 두어야 할 것이다. 이러한 土地基本法이 구상, 제정되지 않는 한 土地法은 基本方向없이 土地問題에 대한 部分的 事後解決法의 水準에서 벗어날 수 없을 것이며, 矛盾, 衝突은 해소되지 않을 것이다.

참고로 臺灣에 있어서는 土地基本法이라 할 수 있는 土地法에서는 먼저 地權에 관한 규정을 두어 中國의 土地는 中國人民 全體에 歸屬하는 것임을 宣言하고(土地法 第11條), 다음으로 地籍과 登記, 土地利用, 土地稅에 관해서 규정하고 있다. 獨逸에서는 聯邦建築法이 土地의 基本法의 性格을 갖는 法律이라 생각된다. 同法을 制定한 過程을 살펴보면 滿 10年 間에 걸쳐 심의한 후 分散되어 있는 67個의 法律을 統合해서 制定하였다. 聯邦建築法은 土

地利用, 土地去來, 建築, 都市計劃, 地價評價, 土地區劃, 整理事業, 土地收用등에 관한 統一的인 土地基本法이라 할 수 있다.

3. 土地法評價委員會의 構成

아무리 理想的인 法體制라 할지라도 時間의 흐른에 따라 變質되게 마련이다. 土地法도 例外가 될 수 없다. 오히려 法外的 要因의 강한 영향을 받는 土地는 다른 法體系보다 더 빨리 變化를 강요당하게 된다.

그래서 土地에 관련된 分野의 專門家들로 구성된 假稱 土地法評價委員會를 構成하여 卽시로 時代事情의 變化에 따라 現行 土地法의 事後管理를 계속적으로 할 수 있도록 할 必要성이 있다. 國土計劃專門家, 經濟界, 文化界, 法學界, 史學界등의 전문가로 土地法과 現實事情과의 調和有無를 계속적으로 檢討評價하여 土地法이 時代事情에 符合할 수 있도록 끊임없는 補完이 이루어져야 할 것이다.

4. 個別 土地法分野에서의 整備構想

土地基本法 構想의 구체적인 내용이 확정된 후 2段階로 이루어야 할 課題는 部門別 土地法에서의 整備案이다. 보다 자세한 內容은 다음 研究機會로 미루고 구상할 수 있는 大綱의 補完方向만을 정리해 보면, 開發利益 配分에 있어서 私所有者에게도 어느 정도 配分될 수 있도록 調整되어야 할 것이며, 이를 위해서 土地利用計劃의 樹立이나 土地開發에 土地所有者가 적극적으로 참여할 수 있도록 하여야 할 것이며, 아울러 開發損失의 補償을 위한 制度마련이 필요하다고 생각된다.

地價는 基準地價로 統一해 나가며, 地價의 決定, 形成에 土地所有者가 參與하여 實效性 있는 地價決定이 이루어지도록 하여야 할 것이다.

土地에 대한 過重한 規制는 土地秩序의 歪曲現狀을 招來함을 인식하여 適正水準으로 규제토록 할 것이며, 綜合的인 土地情報管理體制를 마련하도록 하여야 할 것이다.