

## 현행토지규제법제와 헌법상의 재산권보장

김승조

I. 서

II. 토지재산권 제한의 기초

1. 이념적 기초

2. 현실적 기초

III. 우리나라에 있어서 토지재산권에 대한 규제법제

1. 토지재산권에 대한 규제법제의 변천

2. 토지재산권 규제에 관한 현행법

IV. 현행법상 토지재산권에 대한 제한의 형태

1. 소유에 대한 제한

2. 이용에 대한 제한

3. 수익에 대한 제한

4. 처분에 대한 제한

V. 토지소유권의 제한의 한계

VI. 결

I. 서

근대입헌주의적 헌법에 있어서 토지재산권은 자유·평등과 함께 천부불가침의 권리로 관념되었다. 따라서 근대적 토지소유권 관념에 따를 때, 토지재산권의 보장은 사적 토지소유권에 대한 국가적 간섭 내지는 제한의 배제를 의미했다. 소유권의 신성불가침을 선언하고 공공의 필요가 명백히 요구하는 경우에 사전적인 보상을 전제로 해서만 사적 소유권을 수용할 수 있다고 규정한 프랑스인권선언 제17조가 그 고전적 표현이다. 그러나 20세기에 들어와서 자본주의의 발달에 따라 재산을 가진 자와 재산을 갖지 못한 자와의 사이에 갈등의 대립이 심화되자 개인주의적인 토지소유권의 절대성이 수정되지 않을 수 없게 되었다. 헌법상 소유권을 보장하면서, 소유권의 내용과 한계를 법률로 정하고 소유권을 공공의 복리에 적합하도록 행사할 의무를 부여한 바이마르헌법이 이를 대변하고 있다.

물론 어떠한 시대에서도 토지소유권은 그 시대에 상응하는 사회적 제약을 받을 수 밖에 없다. 소유권의 절대성이 보장되었던 시대에도 소유권에 대한 규제는 존재했다. 그러나 이 시대에는 토지에 대한 규제는 예외적인 존재였으며, 토지소유권자의 이익을 위하여 허용되었다(주석1). 그러나 20세기에 들어오면서 경제구조와 사회구조의 변화에 의하여 인구와 산업이 도시에 집중되고 이와 함께 무질서하고 무계획적인 토지의 이용으로 말미암아 국토의 불균형한 개발, 도심지의 과밀, 도시의 무제한한 확대, 교통잡체(주석2), 주택지의 부족, 도로울의 저하, 통근권의 확대, 공공시설과 공공시설용지의 부족, 생활용지의 부족과 생활환경 개선의 필요성, 토지에 대한 투기의 항상화 등의 문제가 발생하게 되었다. 이러한 문제들을 해결하기 위하여 국토계획, 도시 주위에 대한 개발제한구역의 설치, 기존시가지의 재개발, 도시기능의 분산, 도시내 용도지역의 지정·강화, 도시시설의 계획적 정비, 토지이용 계획의 수립, 투기억제를 위한 개발규제, 거래제한, 소유제한 및 과세정책 등 토지를 최대한으로 이용하려는 여러 가지 법제도를 마련하였다. 이에 따라 토지재산권에 대한 규제의 양상이 복잡하게 되었을 뿐만 아니라 종래와는 다른 사회적 제약을 당연한 것으로 받아 드리게 되었다(주석3). 이와 동시에 토지재산권에 대한 제한의 범위와 그 한계가 중요한 문

제로 등장하게 되었다. 이하에서는 토지재산권에 당연히 따르는 사회적 제약과 토지재산권에 대한 제한의 한계에 대하여 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 토지재산권 제한의 기초

### 1. 이념적 기초

토지는 단순한 상품이 아니다. 토지는 인간의 생존과 생산을 위한 불가결한 기초이다. 이러한 토지는 유한하며, 공간적으로 고정되어 있어 위치나 지리적 조건이 변하지 않는 한 항구적이며, 공간적으로 연속되어 있으므로 일정 지역의 토지를 특정한 용도로 이용하면 연속된 주변토지는 반드시 일정한 영향을 받게 된다. 또한 토지는 토질·지형 또는 지리적 조건등이 상이하므로, 다른 것으로 대체할 수 없다. 그럼에도 불구하고 인구의 증가, 산업화 및 경제의 발전에 따라 토지의 수요는 필연적으로 증대할 수 밖에 없다. 따라서 토지는 일반 재산권보다 한층 강한 사회적 구속을 받게 된다.

토지재산권에 대한 제한의 기초는 단순히 위와 같은 토지의 특성만이 아니다. 오히려 토지재산권에 대한 제한의 이념적 기초로서는 사회국가의 원리를 들 수 있다. 사회국가의 원리는 현대산업사회가 안고 있는 제모순과 문제점을 사회혁명이 아닌 사회개혁을 통하여 해결함으로써 사회정의와 모든 국민의 복리를 실현하려는 원리를 말한다(주석4).

사회국가의 원리는 1919년의 바이마르헌법을 거쳐 1949년의 기본법에서 헌법의 구성적 원리의 하나가 되었다. 물론 Bonn기본법에는 사회국가의 원리에 대하여 명확한 규정을 피하고 사회적 법치국가, 사회적 연방국가라는 불확정적 개괄규정을 사용하고 있다(주석5). 이 때문에 사회국가원리의 법적 성격에 관해서는 이를 실효성이 없는 단순한 선언적 규범원리라는 견해(주석6)도 없지 않으나, 다수의 견해는 국가에 대하여 사회적 형성활동을 위임한 일종의 국가목적규정으로 이해하고 있다(주석7).

우리 헌법도 사회복지국가를 헌법적 원리로 선언하고 있다. 복지국가라 함은 모든 국민에게 기본적인 수요를 충족시켜 줌으로서 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 하는 것이 정부의 책임인 동시에, 그것이 국민의 권리로서 인정되어 있는 국가를 말한다(주석8).

국가가 사회국가 또는 복지국가(주석9)를 구체적으로 실현하는 방법에는 여러 가지가 있다. 그러나 사회국가조항은 단지 사회적 대립의 조정과 정의로운 사회질서의 확립이라는 목적만을 규정하고 있을 뿐, 그 목적의 달성을 위한 방법에 대해서는 입법자에게 재량의 여지를 부여하는 광범위한 형성의 여지를 인정하고 있다. 여기에서 입법자는 사회국가 실현의 한 수단으로서 재산권에 대하여 제한을 가할 수 있다. 그러나 입법자의 재량에 의한 재산권에 대한 제한이라고 하더라도 헌법이 정하고 있는 재산권의 범위를 침해해서 재산권을 제한 할 수 없다.

대한민국 헌법은 사유재산제의 보장, 자유경쟁시장경제의 유지 및 사회정의의 지향을 내용적 특징으로 하는 사회적 시장경제질서를 경제질서의 원칙으로 삼고 있다. 따라서 새로운 경제질서를 위한 가치기준으로서 부분적 사회화를 의미하는 사회정의를 지향할 수는 있으나 사유재산권의 전면적 부인은 허용되지 않는다(주석10).

사회화는 법학적으로는 「소유·경제 및 사회체제를 부분적으로 수정하는 헌법 형성적 행위」를 의미한다(주석11). 따라서 여기에는 개인소유의 재산일반을 합법적 수단에 의하여 초개인적인 공동관리경제로 이관하는 것이 포함된다.

### 2. 현실적 기초

토지재산권에 대한 제한은 위에서 본 바와 같이 토지의 특성과 그 이념적 토대에서 뿐만 아니라

현실적인 이유에서도 요구된다.

우선 토지는 수요에 의해 공급이 창조될 수 없기 때문에 그 가치가 시장의 원리에 따라 형성되지 못한다. 토지는 그 특수성으로 인해 한정된 토지이용을 둘러싼 경쟁과 대립이 격심해지면 한정된 토지에 대한 획득의 욕구는 심각해지고 그만큼 지가의 상승은 현저해진다. 그리고 이러한 지가 상승이 예상되는 한 토지는 투기의 대상이 되기 쉽고, 도시화·공업화의 진전과 함께 토지에 대한 투기의 경향은 현저해진다(주석12). 따라서 토지재산권에 대한 투기적 이익추구의 자유를 통제하기 위하여 토지재산권에 대한 제한이 가해진다.

둘째, 토지이용권 상호간의 질서조절을 위하여 토지재산권에 제한을 가할 필요가 있다(주석13). 셋째, 국토를 계획적으로 이용·관리하기 위하여 토지재산권에 제한을 두지 않을 수 없다. 국가는 한정된 국토의 효율적이고 합리적인 이용과 관리를 위하여 보다 적극적으로 종합적이고 전체적인 계획하에 국토의 이용과 관리를 행함으로써 국토이용의 질서와 체계를 세울 것이 요청된다(주석14). 이는 국토자원의 유한성에서 오는 불가피한 요청이다.

이와 같이 토지의 투기억제, 토지이용권의 조정과 통제, 국토이용의 합리화 등이 토지재산권의 자유를 제한하는 현실적 요소이다. 이와 같은 문제의 해결은 도시계획, 토지이용계획, 토지개발계획 등과 같이 국가나 공공단체가 적극적으로 계획행정을 전개함으로써 한정된 국토의 토지이용은 전국적 차원에서 계획적으로 질서지우는 방향이 지배적인 것이 된다(주석15). 이와 같은 경우 일정한 종류의 토지이용을 규제하거나 금지하기도 하며, 다른 종류의 토지이용을 조장하고 장려하기 위하여 여러 가지의 토지정책이 수립되고 그에 따라 법제도적 조치가 마련되게 한다(주석16).

### Ⅲ. 우리나라에 있어서 토지재산권에 대한 규제법제

#### 1. 토지재산권에 대한 규제법제의 변천

우리나라에서 근대적 토지소유권제도가 토지소유권이 성립된 것은 1945년 해방과 더불어였다. 1948년 7월 17일 대한민국 헌법이 제정 공포됨에 따라 헌법상 국민의 재산권을 보장하게 되었다. 제헌헌법에서는 농지를 제외하고는 헌법 규정상 토지소유권을 일반재산권과 같이 공공복지를 위한 사회적 제약을 전제하고 있을 뿐 별도의 규정을 두지 않았다. 이러한 헌법 규정을 바탕으로 토지소유권을 제한하는 법률을 제정하기는 하였으나 일반적으로 토지소유권을 전제로 한 예외적인 것이었다(주석17).

그러나 1960년 후반부터 급속한 도시화·공업화의 진전은 토지투기와 무차별한 토지개발의 현상을 야기하였고, 토지이용의 혼란과 지가의 앙등을 가져왔다. 이에 따라 토지를 그 적성이나 기능·지역에 따라 공공복리에 적합하도록 가장 효율적으로 이용하기 위하여 토지소유권에 대한 강한 규제의 필요성이 인식되고 이에 따라 기존의 법률을 개정하고 새로운 법률을 제정하여 토지문제에 대한 대책을 마련하고자 했다. 우선 1960년 대에는 국토건설종합계획법, 도시계획법, 건축법, 공유수면매립법, 토지수용법, 하천법, 산림법, 사방사업법과 같은 토지정책의 근간이 되는 중요법이 제정되었다.

한편 1964년을 전후하여 우리나라에서 부동산투기가 대형화, 본격화되었다(주석18). 이에 대응하기 위하여 정부를 소개영업법을 제정하여 부동산중개업자의 신고제를 실시하고, 부동산투기억제에 관한 특별조치법을 제정하고 부동산투기억제세를 신설하였다(주석19). 그 내용은 토지의 양도차액에 대해 50%의 세율로 과세한다는 것과, 공지로서 2년 이상 방치하면 과제대상으로 하고 건물에 딸린 토지 면적이 건축물 면적의 10배를 넘는 경우도 과세한다는 것이었다(주석20).

70년대에는 새로운 토지 정책과 함께 많은 토지관련법규가 제정되었다. 공업부문에서 토지수요의

총족을 위한 입법으로서 수출자유지역설치법, 지방공업개발법, 산업기지개발촉진법, 공업단지관리법 등이 제정되었고, 도시의 생활환경 향상을 위하여 주택건설촉진법, 특정지구개발촉진에 관한 임시조치법, 주택개량촉진에 관한 임시조치법 등이 제정되었다.

한편 이 시기에는 지가가 지속적으로 상승하였고, 기업은 비업무용 부동산을 확대시켰고, 개인은 공휴지를 늘려나갔다. 이러한 토지문제에 대한 대책으로 공유지세가 신설되었고, 기준지가고지세가 마련되었다. 이 기시의 지가대책으로서 가장 극적인 조치는 1978년 8월 8일 발표된 「부동산투기 억제와 지가안정을 위한 종합대책」이었다. 중동건설경기가 정점에 이르러 이로 인한 자금분출이 미증유의 부동산투기로 이어지자 소위 8.8조치가 나오게 되었다(주석21). 이 8.8조치는 토지거래신고제의 도입과 토지과세의 강화(주석22)를 그 주요내용으로 하고 있다.

80년 이후 투기가 잠잠해지는 대신 주택공급이 부진해지자, 정부는 1981년 1월 4일, 5월 28일, 6월 26일 세차례 걸쳐 주택경기 활성화 조치를 취하였다. 여기에서는 양도소득세율이 다시 완화되고 취득세와 등록세를 감면해 주는 등 주택수요를 고무하는 정책들이 실시되었다. 그러나 잠복했던 투지가 되살아나기 시작한 1983년 2월 16일, 4월 18일, 9월 5일의 투기억제대책 등을 통하여 부동산소개업의 허가제와 채권입찰제의 실시가 발표되었다.

그러나 1987년경부터 올림픽 이후의 지가상승의 기대심리, 경기호조에 힘입은 유동 자금의 부동산에의 투입 등이 원인이 되어 전국에 걸쳐 토지·건물 등 부동산 가격이 급속히 상승하였다. 이에 정부는 부동산투기의 발본세원을 목표로 1988년 8월 10일 부동산투기억제종합대책을 발표하였다. 그 주요 내용은 종합토지세제의 실시, 개발이익환수제의 실시, 주택보유상한제의 도입, 재산세율의 점진적 인상, 양도세의 누진과세, 등기의 의무제, 토지센서스의 실시 등을 그 골자로 하는 것이었다.

정부는 위와 같은 내용의 정책을 집중적으로 연구·검토하기 위해 토지공개념연구 위원회를 설치하였다. 동 위원회는 토지소유상한제, 토지거래규제, 개발이익환수, 기업의 토지투기억제 및 총괄을 담당하는 5개의 분과위원회로 구성되었다.

1989년 4월 20일에는 세종문화회관에서 「토지공개념도입을 위한 국민대토론회」라는 명칭의 연구 발표를 겸한 공청회가 개최 되었다. 이러한 과정을 거쳐 위의 「8.10부동산종합대책」은 일련의 법률로서 결정되었다. 여기에 해당하는 것이 1989년 12월 30일에 공포된 주택소유상한에 관한 법률, 개발이익환수에 관한 법률, 토지초과이익세법, 토지관리 및 지역균형개발특별회계세법이다.

## 2. 토지재산권 규제에 관한 현행법

재산권 일반에 대하여 현행 헌법은 제23조에서 「①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다」고 규정하고, 토지재산권에 대해서 헌법 제120조제2항에서 「토지와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 필요한 계획을 수립한다」고 규정하고 있고, 제121조에서 「①국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다. ②농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다。」고 하고 있다. 또 제122조에서는 「국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 업무를 과할 수 있다」고 규정하고 있다.

이러한 헌법규정에 근거하여 제정된 법률로서 국토건설종합계획법, 국토이용관리법, 수도권정비계획법, 특정지역개발촉진에 관한 특별조치법, 도시계획법, 도시재개발법, 토지구획정리사업법, 주택건설촉진법, 택지개발촉진법, 산업기지개발촉진법 농지의 보전 및 이용에 관한 법률, 농지확대개발촉진법, 농지근대화촉진법, 초지법, 산림법, 산림개 법, 건축법, 토지수용법, 택지소유상한에 관한 법률, 개발이익환수에 관한 법률, 토지관리 및 지역균형개발 특별회계법, 토지초과이득세법 등이 있다.

#### IV. 현행법상 토지재산권에 대한 제한의 형태

##### 1. 소유에 대한 제한

###### (1) 토지소유상한제

우리나라는 인구에 비하여 국토면적이 협소할 뿐만 아니라, 인구증가와 경제성장으로 인하여 공장용지, 주택용지 및 공동용지 등의 수요가 계속 증가되고 있다. 그러나 이렇게 제한된 토지마저도 일부 계층에 편중되어 수급의 불균형은 더욱 심화되고 있다.

단 한 평의 토지라고 갖고 있는 사람은 전체 인구의 25%에 지나지 않으며 소유자중 상위 5%가 전체 토지의 65.2%를 소유하고 있으며, 전국민의 약 1.27%가 전체 사유지의 65.2%를 소유하고 있다(주석23).

이처럼 제한된 토지마저도 일부 계층이 독점함에 따라 토지수요의 증가는 토지가격의 상승으로 직결되지 않을 수 없다. 이와같이 토지의 독점적 소유에 의하여 토지의 수급이 왜곡되고 개발이익이 사유화되는 것을 막고, 토지가 국민주거생활의 기초가 될 수 있게 하기 위하여 토지소유의 상한을 설정할 필요가 있다. 현재 택지소유상한에 관한 법률과 농지개혁법에 의하여 택지와 농지에 대하여 소유상한이 설정되어 있다.

택지소유상한에 관한 법률은 원칙적으로 도시계획법 제2조에 의한 도시계획구역 내의 택지에 대하여 적용되는데 일가가 소유할 수 있는 택지를 서울특별시와 직할시의 경우에 660㎡, 기타 시의 경우 990㎡, 기타 지역의 경우, 1,320㎡호 제한하고 있다. 개인(주석24)은 주택외의 건축물을 건축하기 위하여 택지를 취득하는 경우, 주택건설업자 또는 택지조성업자가 택지를 조성하거나 주택을 건설하여 이를 타인에게 처분 또는 임대하기 위하여 취득하는 경우, 택지를 소유하지 아니한 자가 주택이 건축되어 있는 택지를 취득하는 경우, 10인이상의 근로자를 사용하는 자가 종업원의 주거용으로 사용하기 위하여 1호당 85㎡ 이하의 사택지, 종업원 1인당 14.3㎡ 이하의 기숙사·합숙소를 위한 택지를 취득하는 경우 및 도시계획법에 의한 도시계획사업을 위하여 택지를 취득하는 경우에는 허가를 얻어 가구별 소유상한을 초과하여 택지를 취득할 수 있다. 개인의 허가를 얻지 아니하고 소유상한을 초과하여 소유하는 택지에 대해서는 연간 택지가격의 4% 내지 11%에 해당하는 초과소유부담금이 부과된다.

택지상한에 관한 법률에서 택지라 함은 지목에 관계없이 주택이 건축되어 있는 토지, 지목이 다른 토지 중 영구적인 건축물이 건축되어 있지 아니한 토지 및 관계법령에 의하여 건축용으로 개발된 택지를 말한다.

현재 이 법은 서울특별시와 직할시에서만 시행되고, 기타 지역에는 시행이 유보되고 있다. 농지개혁은 농가에 한하여 1농가당 농지를 3정보까지 소유할 수 있으며 농지를 매매할 때에는 읍·면장의 농지매입증명을 받도록 하고 있다(12조, 19조)(주석25). 다만 농지개혁법이 공포된 당시까지 미완성한 개간지, 간척지 또는 법이 공포된 후 개간 혹은 간척한 농지에 대해서는 이 법을 적용하지 않는다(제25조의2)고 하여 공유수면매립법에 의한 간척지와 농지확대개발촉진법에 의한

개간농지에 대해서는 소유상한을 인정하지 않고 있다. 판례는 상속으로 인한 농지의 승계취득의 경우에는 3정보 상한제가 적용되지 않는다고 하였다(주석26).

그외 간접적으로 소유상한을 규제하는 효과를 지닌 것으로는 일정면적 이상의 유희토지의 소유를 규제하는 유희지제도, 토지의 과다보유에 대하여 세금을 중과하는 종합토지세 및 공장용지의 과다보유를 억제하기 위한 공장용지원단체 등이 있다(주석27).

## (2) 토지수용

위의 소유상제제의 경우는 일정면적이상의 토지소유를 제한하는 것인데 반하여 토지수용은 보상을 전제로 개인의 토지소유권을 강제로 박탈하는 것이다. 토지수용에 대한 일반법으로는 토지수용법이 있다. 토지수용법은 특정한 이익사업이나 공공의 복리를 위하여 개인의 토지소유권을 강제적으로 취득하는 것이다. 오늘날에는 토지수용의 대상이 되는 공익사업의 범위가 점차 확대되고 있는데, 무주택자에게 주택을 공급하기 위한 토지수용과 같이 다수의 사인을 위한 토지수용이 여기에 해당된다(주석28).

토지수용에 있어서는 손실보상이 가장 중요한 과제이다. 손실보상의 정도는 토지를 수용당한 자가 수용당한 토지와 같은 상태의 토지를 다시 취득하여 수용 이후에도 종전과 같은 생활상태를 영위할 수 있는 정도가 되는 것이 이상적이다(주석29)(주석30).

## 2. 이용에 대한 제한

### (1) 용도지역제

토지의 이용을 제한하는 가장 일반적인 방법으로는 용도지역제가 있다.

용도지역제는 토지를 그 위치와 성격에 따라 구분하여, 적절한 용도를 부여한 후 이 용도와 부합하지 아니하는 토지의 이용을 규제함으로써 무질서한 토지이용으로 인한 혼란을 방지하고 합리적이고 능률적인 토지이용을 유도하여 쾌적한 생활환경을 유지하려는 제도이다(주석31). 따라서 용도지역제는 토지이용의 적정성을 도모하려는 것이지만, 개인의 토지재산권에 대한 중대한 제한으로 기능한다.

용도지역제를 규정하고 있는 대표적인 법률로서는 국토이용관리법과 도시계획법이 있으며, 그 외에도 공업배치법, 문화재보호법, 군사시설보호법 등이 있다.

국토이용관리법에 의해 결정 고시되는 국토이용계획은 국토의 종합적인 이용관리를 위하여 토지를 그 기능과 적성에 따라 도시지역, 취락지역, 경기지역, 산림보전지역, 공업지역, 자연환경보전지역, 관광휴양지역, 수산자원보전지역, 개발촉진지역, 유보지역 등 10개의 용도지역으로 지정·고시된다. 용도지역안에서 토지소유자는 그 토지를 당해지역의 지정목적에 적합하도록 이용하여야 하고, 행정기관의 장은 토지이용행위를 허용할 때에는 국토이용관리법의 범위안에서 이를 행하여야 하며, 당해 지역에 대한 개발·정비 및 보전에 필요한 조치를 강구하여야 한다.

도시지역은 도시계획법에 의거하여 ①주거지역, 산업지역, 공업지역, 녹지지역 등 4개 지역, ②풍치지구, 미관지구, 고도지구, 방화지구, 교육 및 연구지구, 업무지구, 임항지구, 공지지구, 보존지구, 특정가구정비지구, 주차장정비지구, 자연환경보전지구, 아파트지구 등 14개 지구, ③특정시설제한구역, 시가화조정구역, 개발제한구역, 도시개발예정구역 등 4개 구역으로 구분된다.

도시계획에 의하여 용도지역 등으로 결정·고시되면 도시계획구역 안에서 도시계획 실시에 지장이 되는 모든 행위는 시장·군수의 허가를 받아야 하는 일반적 제한이 가해지고, 각지역·지구의 지정 목적에 따른 토지이용제한이 가해진다.

### (2) 토지이용강제제도

용도지역제는 당해 토지의 용도에 적합하지 아니한 토지의 이용행위를 제한하는 소극적 규제방식인데 반하여, 토지이용강제제도는 토지를 그 용도에 적합하게 이용하도록 강제하는 적극적 규제방식이다(주석32). 토지이용강제제도로는 유휴지제도, 대리개발제, 대리경작제, 시업대집행제도(산림법 제14조), 대리조성제(조치법 제14조) 및 대리건축제가 있다.

### 3. 수익에 대한 제한

토지의 이용을 제고시키기 위하여 토지는 공적으로 개발되지 않을 수 없다. 그런데 우리나라의 토지는 일부계층에만 소유되어 있기 때문에 토지의 공적 개발로 인한 개발이익은 한정된 소수의 인간에게 귀속된다. 뿐만 아니라 자신의 노력과는 상관없이 공적 개발로 인하여 받게 되는 이익은 불로소득에 해당되므로 이 이익을 사유화시킨다는 것은 사회정의에도 어긋나며 지가의 급격한 상승과 토지투기를 야기시키는 근본 원인이 된다. 따라서 사회정의의 실현, 지가의 안정 및 지역투기를 방지하기 위하여 개발이익은 환수되어야 한다.

현행법상 개발이익의 환수를 목적으로 제정된 법률로서는 토지초과이득세법과 개발이익환수에 관한 법률이 있다. 그외 개발이익환수제도로서의 성질을 지니는 것으로서는 토지보유에 대한 재산세, 종합토지세 및 도시계획세와 토지형질변경에 대한 간주취득세 그리고 토지이전에 대한 양도소득세 등이 있다.

토지초과이득세법은 유휴지역 및 비업무용토지와 같이 주로 지가상승이익을 기대하여 보유하고 있는 토지의 지가가 공공사업의 시행, 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 지가가 정상지가를 초과하여 상승한 경우 그 소유자가 얻는 초과지가이익을 환수함을 목적으로 한다. 이 법은 양도이득세가 실현된 개발 이익만을 과세대상으로 함에 따른 개발이익환수제도로서의 한계성을 보완하고, 지가상승으로 인한 불로자본이익에 대한 과세를 강화하여 경제·사회적 공정성과 형평성을 제고하고, 토지의 가격안정과 토지의 이용의 효율성을 제고하려는 법이다(주석33).

지가초과이득세법은 개발사업 주변 지역의 토지소유가 얻게되는 개발이익을 그 과세대상으로 한다. 토지초과이득세법에서는 유휴토지의 지가상승분 중 정상지가상승분을 초과한 부분의 50%를 토지초과이득세로 징수하도록 하고 있다.

한편 개발이익환수에 관한 법률은 국가 또는 지방자치단체로부터 개발권은 부여받은 자가 개발사업을 시행하여 당해 개발사업으로 인해 획득한 개발이익을 환수하기 위한 법이다. 개발이익환수에 관한 법률에서는 개발이익의 50%를 개발부담금으로 징수하도록 하고 있다.

위에서 언급한 개발이익의 환수를 위한 법제도 외에 토지재산권으로부터 획득하는 수익을 제한하는 제도로서는 임대료를 통제하는 제도가 있다.

임대차계약에 있어서 임대료의 결정은 계약자유의 원칙에 의하여 계약의 당사자가 자유로이 결정할 사항이며, 토지재산권으로부터 도출되는 당연한 결과이다. 그러나 주택임대차보호법은 무주택서민의 임대료를 제한하고 있다. 즉 주택임대차보호법에 의하면 임대료의 증액은 약정한 임대료를 5%를 초과할 수 없으며, 임대차계약이나 임대료의 증액이 있을 후 2년 이내에는 증액청구를 할 수 없도록 하고 있다. 그러나 임대계약의 해지 등과 같은 수단을 사용하여 임대료를 증액시킬 수 있는 가능성이 개방되어 있을 뿐만 아니라 임차인의 약한 경제적 지위로 인하여 이 법의 실효성에 대해서는 의문이 제기되고 있다.

### 4. 처분에 대한 제한

토지재산에 대한 처분을 제하는 현행의 법제도로서는 토지거래허가제와 토지거래신고제가 있다. 국토이용관리법 제21조의2는 투기나 급격한 지가상승이 있는 경우에 국가는 토지의 거래를 규제

할 수 있는 규제지역을 5년의 기한으로 정할 수 있고, 제21조의3은 이 규제지역 내에서 토지의 거래는 국가의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 또 제21조의4는 신고가격이 기준지가에 기준 대상지역공고일로부터 도매물가상승률 등을 합한 표준지가에다 대통령령이 정하는 적정율을 곱한 금액과 취득에 소요된 비용을 합한 액을 초과한 경우에는 그 거래를 허가하지 않는다고 한다. 그의 토지의 이용용도가 국토이용계획이나 규제지역을 포함한 지역의 취득면적이 토지의 이용목적에 적합하지 아니한 경우에도 그 토지거래를 허가하지 않는다. 나아가 국토이용관리법은 허가없이 체결한 토지의 거래계약은 무효로 하며, 토지를 거래하거나 허위로 허가를 받은 경우에는 형사처벌까지 가능하도록 하고 있다(법 제31조의2).

이러한 토지거래허가제에 대해서는 위헌의 문제가 제기되었다(주석34).

토지거래허가제를 위헌이라고 하는 견해는 그 근거를 다음과 같이 제시한다(주석35). 즉, ①토지투기로 인한 지가의 급격한 상승을 막기 위하여 채택된 토지거래허가제는 아무리 그 목적이 정당하다 하더라도, 그 목적달성을 위한 방법의 선택 면에서 헌법이 보장하는 재산권의 침해가 너무 클 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 거주이전의 자유와 직업선택의 자유까지도 제약을 받아야 하는 등 헌법상의 기본권제한의 한계원칙인 과잉금지의 원칙을 위반한다. 토지거래허가제에 의하여 달성하려는 토지투기로 인한 지가상승억제라는 공익목적은 예컨대 토지거래신고의 확대실시, 등기제도와 조세제도의 확대실시, 등기제도와 조세제도의 개선·보완등 국민의 재산권과 자본주의 경제질서에 너무 심한 충격을 주지 않는 보다 가벼운 방법으로도 충분히 그 성과를 기대할 수 있기 때문이다. ②행정청의 허가를 받지 아니하고 토지거래를 하는 경우 그 거래자체를 무효로 하는데 그치지 아니하고, 거리자를 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 벌칙규정까지 마련하고 있는 것은 이익목적을 위한 필요한 최소한의 기본권 제한이라고 볼 수 없다. ③토지거래불허가때 토지소유자가 도지사를 상대로 행사할 수 있는 토지매수청구권은 그 법형식상 권리로서의 성격과는 관계없이, 매수자로 지정된 기관이 예산상의 이유를 내세워 매수를 기피할 수 있고, 또 매수에 응한다 하더라도 매수가액의 결정이 시가기준이 아니고 표준지가기준으로 되어 있어서 토지소유자가 너무 큰 재산상의 손실을 받을 수 밖에 없어, 실질적으로 허구적이고 실효성이 없는 권리구제수단에 지나지 않는다. 이 점도 기본권 침해시에 효과적인 권리구제를 필수적으로 요구하는 법치주의 정신에 위배된다.

이에 대하여 합법론의 근거는 다음과 같다. ①우리 헌법은 민주국가원리, 법치국가원리 외에 사회국가원리도 기본적 법원리로 채택하고 있으며, 사회국가원리에 근거하여 토지재산권에 대하여 제한을 가할 수 있다(주석36). ②토지거래허가제는 처분권능을 제한하는 것이기는 하지만 실질적으로는 수익의 제한인 것이며, 처분금지를 그 직접적인 내용으로 하는 것이 아니다(주석37). ③토지란 단순한 상품이 아니라 토지가 가지는 기능 내지 적성 혹은 위치에 따라 공공복리를 위해 값지게 이용되지 않으면 아니되며, 그를 위해 적정한 유도·규제가 가해지는 것이다(주석38).

헌법재판소는 국토관리법 제21조의3제1항, 제31조의2의 위헌여부에 대한 심판에서 토지거래허가제는 다음과 같은 근거에서 헌법에 위반하지 않는다고 판단했다. 즉 사유재산제도의 보장은 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위 내에서 보장되는 것이며, 토지재산권의 본질적인 수용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻한다. 그런데 토지거래허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 그 제한의 한 형태이고 토지의 투기적 거래의 억제를 위하여 그 처분을 제한함은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적인 침해가 아니며, 헌법상의 경제조항에도 위배되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 제한수



단의 선택이 헌법상의 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다. 또 벌금형과 선택적으로 징역형을 정함은 부득이한 것으로서 입법재량의 문제이고 과잉금지의 원칙에 반하지 않으며, 그 조성요건은 그 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석으로 법문의 의미가 구체화될 수 있으므로 죄형법정주의 명확성이 원칙에도 위배되지 아니한다.

#### V. 토지소유권의 제한의 한계

우리 헌법은 재산권의 보장과 동시에 그 재산의 가능성을 규제하면서도 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 하여(헌법 제37조 제2항) 토지재산권을 제한하는 경우에는 토지재산권의 핵심 본질적인 내용은 법률로서도 제한할 수 없음을 밝히고 있다.

문제는 토지재산권의 핵심 본질적인 내용이 무엇인가 하는 것이다.

재산권의 본질적인 내용의 대해서도 다양한 개념의 정의가 내려지고 있으며, 특히 독일에서는 본질적인 내용(Wesensgehalt)의 개념에 대하여 상당한 논란이 행해지고 있다.

헷세에 의하면 본질적 내용이란 허용된 제한 가능성에 해당되지 않는 부분이라고 하고(주석40), 헤벨레에 의하면 기본법 제19조제2항의 본질적 내용의 보장은 선언적 의미만을 갖는다고 한다(주석41). 그러나 기본법 제19조제2항의 의미는 과소평가되어서는 아니된다(주석42).

본질적인 내용에 대한 견해는 다양하게 나타나고 있는데, 이를 구분해 보면 절대적 본질내용설(주석43), 상대적 본질내용설(주석44) 및 절충설(주석45)로 나눌 수 있다(주석46).

이에 대하여 우리나라의 학자들은 대개 재산권의 보장과 관련하여 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것으로 보는 것이 일반적이다(주석47).

재산권의 본질적인 핵심은 사유재산제도 그 자체라고 할 수 있다. 이렇게 보면 재산권보장의 본질은 사유재산제도 그 자체가 폐지되어서는 아니된다는 제도적 보장이며, 법률에 의해 개인이 개별적 재산권의 내용은 일응 제한할 수 있게 된다. 따라서 사유재산제도의 제도적 보장과 함께 그 속에서 개인의 향유하는 개별적 재산권이 보장된다. 이러한 재산권제한의 한계와 관련하여 헌법재판소는 「입법부라고 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며 사유재산의 본질적인 내용을 침해할 수 있는 입법을 할 수 없음은 물론이다」라고 하면서 「토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다」라고 한다(주석48). 또 헌법 제23조가 보장하는 구체적인 사유재산권은 일종의 재산 가치보장이라고 할 수 있으므로 재산가치의 회복이 없는 사유재산권의 제한은 재산권의 본질적인 내용의 침해라고 할 수 있다(주석49). 결국 사유재산권의 궁극적인 한계는 손실보장에 의한 재산가치의 회복이다. 따라서 개별적 재산권의 본질적인 내용을 보장하는 궁극적인 의미를 손실보장에서 찾는 견해도 많다(주석50). 그러나 손실보상에 의하기만 하면 모든 사유재산권을 제한할 수 있는 것은 아니다. 사유재산권의 제한은 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙 및 법치주의의 원칙에 합치해서만 가능하다. 특히 공공의 복리를 위하여 재산권을 제한하는 경우에는 공공의 이익과 재산권의 보장간에 비례의 원칙에 따르지 않으면 아니된다(주석51).

#### VI. 결

토지는 국민생활의 생산의 기초이며, 한 나라의 토지제도는 그 나라의 정치·경제·사회·문화에 미치

는 영향이 매우 크다. 따라서 토지를 인간생활의 기초로 파악하는 토지관을 확립하기 위하여 토지정책과 토지법제가 재검토되어야 하리라 생각된다. 다만 새로운 토지정책의로의 전환은 재산권의 보장을 규정한 헌법과의 관련 아래에서 검토되어야 할 것이다.

이와 함께 토지이용의 합리성을 제고시키거나 토지투지의 억제를 위하여 사유재산권에 대한 성급한 규제는 오히려 정상적인 법질서의 유지·운영에 역효과를 가져온다는 사실이 망각되어서는 아니된다.

(법제연구담당관)

주1) 金鐵容, 「現行土地規制法制的 問題點」, 公法研究, 第8輯, p.56. 1980

주2) 文通滯帶는 文通의 흐름이 연속되지 못하고 중단되어 文通의 帶症이 일상화하는 것을 말한다.

주3) 名國의 土地所有權思想의 변천과 現行土地法制에 관해서는 日本土地法學會 編, 土地所有權의 比較法的研究, 有斐閣 1978年 및 鄭泰容·金南長 共著, 不動產關係法規 참조

주4) Badura, P., Auftrag und Grenzen der Verwaltung in sozialen Rechtsstaat DoV, S. 446. 1968

주5) Bonn基本法上の 社會國家의 原理에 관해서는 閔京植, 西獨基本法에 있어서의 社會化에 관한 研究, 서울大學校 博士學位論文 1987年 2月 참조.

주6) E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in; ders(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S.166.ff 1968

주7) 西獨聯邦憲法裁判所도 社會國家는 社會的 대립의 조정과 정의로운 사회질서를 확립할 의무를 부담하고 있는 국가라고 판시했다.(BVerfGE, 5, 85)

주8) 權寧星. 憲法學原論 p.112

주9) 社會國家에 대해서는 다양한 용어가 사용되고 있다. 즉 福祉國家, 文化國家, 給付國家, 社會國家 등으로 불리하고 있다(丘秉朔, 新憲法原論, 博英社 1989. p73). 福祉國家와 社會國家는 동일한 개념으로 사용되는 경우가 많다. 그러나 이 양자를 개념적으로 구분하는 견해도 있다(許營, 憲法理論과 憲法(上), 博英社, p.264). 여기에서는 福祉國家와 社會國家를 概念的으로 구분하여 사용하지 않았다.

주10) 權寧星. 憲法學原論 p.113참조

주11) 閔京植, 土地公概念에의 憲法的 接近人權과 正義(대한 변호사협회지) 제155호 p.27.

주12) 劉京春, 土地利用의 公法的 規制에 관한, 高大 博士學位論文(1988), p.27

주13) ibid. p.28

주14) ibid. p.30

주15) 徐元宇, 土地에 대한 公法的 規制, 公法的 諸問題, p.731, 1978.

주16) 劉京春, ob, cit, p.30

주17) 金在德, 土地所有權制限의 理論, p.79, 경영문화원. 1983.

주18) 곽세현, 한국독점자본의 성장과 부동산투기, p.11~13. 한겨레회보 제11호, 1989

주19) 金相容, 經濟發展과 土地, 韓國法學教授會 編, 法과 土地, p.154, 삼영사, 1982

주20) 허석렬, 土地所有秩序와 社會階層의 갈등, 土地公概念과 土地政策, 法務部法務資料 제118집, p.99

주21) 남우규, 한국사회발전과 토지정책에 관한 연구, 연대 행정대학원 석사논문, p. 61. 1988

주22) 土地課稅의 강화는 미등기 전매시 양도소득세를 100%하는 것으로 나타났다.

주23) 內務部 土地記錄 電算資料(89)

주24) 法이 따로 정하는 경우를 제외하고는 法人은 宅地를 소유할 수 없다. 다만 事業者가 종업원의 住居用으로 사용하기 위하여 社地·寄宿舍·合宿所 등의 건축물을 취득하거나 건축하기 위하여 일정 면적 이하의 宅地를 취득하는 것은 예외적으로 인정된다. 이 法의 시행당시 이미 宅地를 소유하고 있는 法人은 法의 시행일로부터 3個月 이내에 宅地使用計劃書를 제출하도록 되어 있다.

주25) 政府는 농지소유 상한선을 현재 3ha에서 상한선을 아예 없내는 방안을 적극 추진하고 있다.(한겨레신문 1991년 7월 10일 ) 다만 정부는 농지상한선을 완화 또는 철폐할지의 여부는 공청회를 열어 최종 방침을 확정한다고 밝히고 있으나, 농민과 농민단체 및 학계는 농지상한선이 폐지될 경우 비농민에 의한 농지투기가 급속도로 확산될 것을 우려해 반대하고 있다.

주26) 大判, 1966年 9月 29日 선고. 66다. 1002판결

주27) 鄭泰容, 不動產關係法規, p.38. 1990

주28) 金南辰, 行政法Ⅱ, p.428. 1989.

주29) 金相容, 土地法 p.123. 汎論社, 1988.

주30) 損失補償의 대상은 역사적으로 변화를 거듭하여 현재에는 生活安定을 補償의 대상으로 하는 生活補償도 이 정신의 구현이라 할 수 있다.

주31) 鄭泰容, 都市計画法, p.146 법령편찬보급회, 1988.

주32) 鄭泰容, 不動產關係法規, p.38. 1990

주33) 土地超過利得稅는 실현되지 아니한 所得에 대한 課稅이다. 따라서 아직 실현되지 아니한 未實現利益을 收益으로 인식하여 이에 대하여 課稅하는 것은 收益의 인식에 대한 근본적 도전이다(金容撤, 土地公概念에 관한 소고, 國際法律經營, 1990년 봄호, p148). 그러나 유희토지를 보유하여 발생하는 불로소득에 대하여 과세하는 것은 사회정의를 실현한다는 점에서 적절한 것이다. 이와 유사한 未實現收益에 과세한 제도로는 資產再評價稅를 들 수 있다.

주34) 國土利用管理法 第21條의3第1項, 제31條의2의 違憲審判 事件(1989년 12월 22일, 88헌가 3)

주35) 許營, 國土利用管理法 第31條의2第2號 및 第21條의3의 違憲與否에 관하여, 憲法裁判에 관한 參考人陳述, 憲法裁判所, p.49. 1898.9.

주36) 金南辰, 行政法 I, p.58.

주37) 石琮顯, 土地公法의 問題點과 그 課題, 考試研究(1988.11.), p.55.

주38) 徐元宇, 土地所有制度和 利用/開發權의 再定立, 黃明燐 編, 土地政策論, p.70. 경영문화원, 1985.

주39) 현재, 88헌가 13.

주40) K. Hesse, Grundzüge der BRD.. 15Aufl.

주41) P. Haberle, Wesensgehaltsgarantie des Art 19. Abs 2, des Grundgesetz.

주42) B. Schmidt-Bleibten/F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6 Aufl. S. 393. 1983.

주43) BVerfGE 35,35(39) ; 34, 238(245) ; E. Stein, Staatsrecht, 1971. S. 257. §24 III3.

주44) K.Hesse, a.a. O,15 Aufl. S. 393. 1983

주45) BVerwGE.. 47, 330(358)

주46) Ingo um Munch, Grundgesetz Kommentar, Bd. I. 3. Aufl. S. 782. 1985

주47) 金哲洙, 憲法學概論, p.274. : 權寧星, 憲法學原論. p.464

주48) 憲法裁判所, 1989.12.12. 결정(88헌가 13)

주49) 許營, 韓國憲法論, p.471

주50) 藤田宙靖, 財産の公法上の保障, 基本法學 3. p161.

주51) G. heibholz und H.J.Rink, Grundgesetz, 2Aufl. (Koln Meridnburg Verlag Dr. Ott Schmidt kg.  
1996) SS. 191~192