

土地所有權의 制限에 관한 考究

金 斗 熙

序 言

土地는 人間의 生活과 生産活動의 터전으로서 土地 없이는 人間은 단 하루도 生活할 수 없다. 또한 土地는 一般商品과는 달리 有限性, 非代替性, 位置의 固定性, 再生産不能性, 輸入不可能性, 不變性, 連續性등과 같은 特殊한 性質의 것이기 때문에 土地所有權은 社會的 制約을 받지 않을 수 없으며 따라서 土地의 公概念¹⁾이라는 用語가 나오게된 理由도 바로 土地의 特殊性에 基因된 것이라 할 수 있다.

그런데 우리 나라는 1960년대後半부터 經濟의 高度成長에 따라 人口의 都市集中으로 말미암아 交通, 住宅, 公害등의 都市問題, 解決을 爲하여 土地所有權을 비롯하여 其他의 私權에 대하여 法的規制를 加하지 않을 수 없게된 것은 우리 나라에 있어서 뿐만 아니라 世界的인 共通的 現象이라 할 수 있다.

특히 우리 나라는 國土面積이 약 9萬 8千平方km(北韓除外)에 不過한 狹少한 땅위에 約 3,700만의 人口가 살고 있어서 1平方km當 人口密度는 世界 第2位를 占하고 있는 實情이다. 뿐만 아니라 國土의 66%가 山林이고 나머지 34%의 좁은 土地위에 道路 鐵道와 같은 公共施設과 農業用地 및 工業등의 産業用地를 비롯하여 宅地등을 確保하지 않으면 아니될 狀況에 놓여 있다.

이와 같이 우리의 國土가 限定된 國民의 貴重한 資源임에도 不拘하고 一部 財벌과 물지자한 土地投機者들의 土地 買占으로 말미암아 地價의 暴騰을 초래하여 公共施設用地나 産業用地 그리고 一般 庶民들의 宅地確保가 困難하게 되어 國家의 經濟開發과 福祉社會의 計劃執行에 많은 支障을 초래하고 있다.

1) 土地所有權의 公概念에 關하여는 徐元宇, “土地所有權의 公概念” 第2回 不動產세미나 主題-1, 社會法人 全韓國不動產聯合會, 參照.

이상과 같은 深刻한 土地問題의 解決을 爲하여는 土地의 보다 效率的이며 合理的인 利用을 爲한 土地私權에 대한 法的規制를 加하지 않을 수 없다.

우리 나라는 1960년대부터 始作된 經濟開發 5個年計劃의 效率的인 執行과 土地秩序의 確立을 爲하여 土地所有權을 制限하는 많은 法律이 制定되었고 또한 앞으로도 土地所有權을 制限하는 法律이 많이 制定될 것으로 豫想된다.

그런데 土地所有權이 그 特殊性으로 因하여 法的規制가 不可避하다 할지라도 所有權은 憲法에 保障된 私有財産權이므로 土地私權을 어떻게 保護할 것이냐가 問題된다. 即, 土地所有權에 대하여 法的制限을 加하는 경우에 社會公益과 私權의 保護와의 關係를 如何히 調和시킬 것이냐 하는데 關한 理論的인 問題가 提起된다.

그러므로 本稿에서는 近代의 土地所有權觀念과 그 觀念의 變遷過程을 概觀하고 다음에 우리 나라의 土地所有權을 制限하고 있는 現行 實定法規의 態樣을 檢討함과 아울러 土地所有權의 制限과 私權의 保護와의 關係에 關한 몇가지 問題점에 關하여 考察하여 보기로 한다.

Ⅱ 近代의 土地所有權觀念과 그 變遷

西歐中世 封建社會에 있어서의 土地는 領主 貴族등의 特權階級이 獨占的으로 所有하여 農民은 土地의 附屬物으로써 土地와 같이 所有의 客體였다. 農民은 耕作하고 있는 自己의 土地에 대하여 一應 「利用(耕作)所有權」이 認定되고 있는 경우에도 領主, 貴族등의 管理所有權이 上層所有權으로 存在 하고 있었기 때문에 自由로운 處分權이 認定되지 않았다. 이와 같이 土地는 法學上 「下級所有權」(Untereigentum)이라고 稱하는 利用所有權과 「上級所有權」(Obereigentum)이라고 稱하는 管理所有權으로 나누어지고 이들을 合하여 「分割所有權」(Geteiltes Eigentum)이라고 稱하였다. 이 分割所有權이 中世封建社會의 土地所有權의 基本形態였다.

이러한 中世의 土地所有關係가 封建의 拘束을 벗어나고 近代의 土地所有權制度가 確立하게 된 것은 1789년의 佛蘭西革命이었다. 即 佛蘭西 人權宣言은 第2條에서 「所有權의 自由는 安全 및 壓制에의 抵抗의 權利와 같이 自然法上的 權利로서 이러한 權利를 保全하는 것을 目的으로 하여 國家가 形成된다」는 것을 宣言하고, 同宣言 第17條는 「所有權은 不可侵이며 또한 神聖한 權利이므로 法律에 의하여 公共性 必要性이 明確히 認定되고 또 미리 正當한 賠償을 支給하는 條件하에서가 아니면 이 權利를 빼앗을 수 없다」고 하였고, 이어 1804년에 制定된 佛蘭西民法 第544條는 「所有權은 法律 또는 規則에 의하여 禁止된 使用을 하지 않은 限 絕對

無制限으로 物件을 收益 處分하는 權利이다²⁾」라고 하여 「所有權絕對自由」의 原則을 規定한 것이다. 이와 같이 佛蘭西에서는 人權宣言 및 民法典에 있어서 所有權은 個人的 財產權이며 抽象性 絕對性 無制約性을 內容으로 하는 權利로서 法令에 依한 土地所有權의 使用, 收益, 處分の 制限도 最少限度로 制限하였으며 法令에 依하지 않은 使用, 收益, 處分の 自由를 박탈하는 것은 絕對로 許容될 수 없다고 하였고 土地所有權에 있어서도 行使의 自由性이 保障되므로써 近代的 土地所有權觀念이 確立되었다.

그런데 獨逸에 있어서도 18世紀後半부터 19世紀 前半에 걸쳐 個人主義的 所有權觀念이 定着되어 所有權의 性質로서 無制約性, 圓滿性, 完全支配性, 彈力性, 排他性이 主張되었으나 19世紀末에 이르러 로마法學者인 Jhering이 土地投機, 土地買占, 地價의 上昇, 高額家賃의 劣惡住居, 家主에 의한 借家人의 追放의 橫行과 같은 社會的 狀況에 處하자 絕對的 不可侵의 個人的 所有權을 批判하는 한편 社會的 所有權論(Gesellschaftliche Eigentum)을 展開하였으며³⁾ 또한 Gierke도 當時 個人主義的 法原理에 立脚하여 起草된 獨民法 第一案案에 대하여 맹렬한 批判을 加하였다.⁴⁾ 특히 Gierke는 「地球의 一部를 안산이나 구루덜치페와 같이 個人에게 獨占시키는 것은 文明의 進歩에 逆行하는 것이다」라고 하여 土地所有權의 社會性을 主張 하였다.⁵⁾

이러한 思想의 影響을 받아 1996년에 制定된 獨逸民法은 第903條에서 「物件의 所有者는 法律 또는 第三者의 權利에 抵觸되지 아니하는 限 任意로 그 所有權을 處分하고 他人의 一切의 干渉을 排除할 수 있다」고 規定하고 同法 第226條에 權利濫用의 禁止에 關한 一般的 規定을 두었으며 佛蘭西 人權宣言에서와 같은 所有權의 無制約性이나 不可侵性을 強調하는 것과 같은 18世紀의 文句를 볼 수 없는 것은 역시 佛蘭西革命으로 부터 百年이 經過하는 동안의 社會的 經驗의 成果가 아닌가 생각된다.⁶⁾

한편 19世紀末부터 産業資本主義의 高度化에 隨伴하여 人口의 都市集中과 이에 따르는 交通, 住宅 등의 都市問題를 비롯하여 經濟的 社會的 弱者인 都市勤勞者 및 小作農民의 生存을 危脅하는 現象이 나타나게 되었다. 따라서 所有權의 絕對不可侵性과 自由性을 認定하는 近代市民法 體系로서는 勞動者나 小農民의 生存權問題를 解決할 수 없게 됨에 따라 所有權의

2) La propriété est le droit de jouir et disposer des de la monière absolue, pourv quón nèn fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les reglements.

3) Jhering, Das Zweck im Recht 1887, s. 510.

4) Gricke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Deutsche Recht 1889, s. 323.

5) Gierke, Die soziale Augabe des Privatrecht 1889, s. 16.

6) 篠塚昭次, 論爭民法學 3, p. 298.

絶對性を 制限해야 한다는 法思想으로서 生存權思想 乃至 社會立法思想이 나타나게 되었다.

특히 19世紀末의 다마스케를 中心으로 한 土地改革運動⁷⁾을 契機로 하여 世界 第1次大戰後에 이르러서는 法律思想이나 法制度에 많은 變化를 가져왔고 所有權의 觀念도 變化하였다. 第1次大戰을 고비로 하여 自然法的 思想은 拂拭되고 所有權은 他自由權과는 달리 前國家的인 自由를 前提로 하는 權利가 아니라 所有權 乃至 財產權의 存在自体가 國家法秩序에 의한 承認을 기초로 하는 것으로 생각되었으며 憲法에 있어서의 保障은 이러한 意味에서 財產權에 대한 것이라고 생각하게 되었다.⁸⁾

所有權 및 財產權의 性格轉換에 決定的 影響을 준 것은 1919년에 制定된 Waimar 憲法이다. 同憲法 第151條는 「經濟生活의 秩序는 모든 사람에게 人間다운 生活을 保障하는 것으로 正義의 原則에 合致되지 않으면 안된다. 이 限界內에서 個人的 經濟的 自由는 保障된다」라고 하고 同憲法 第153條에서 「所有權은 憲法에 의하여 保障된다. 所有權의 內容과 限界는 法律에 의하여 定한다. 公用收用은 公共福利만을 위하여 또한 制定法의 根據에 依하여서만 行한다. 그 收用은 獨逸國의 法律에 別段의 規定이 없는 限 相當한 補償을 支給하여야 한다. 所有權은 義務를 진다. 所有權의 行使는 同時에 公共福利에 適合하도록 하여야 한다」⁹⁾고 하여 所有權의 內容과 限界를 明示하였을 뿐만 아니라 所有權의 社會性 公共性を 認定하였다. 그리고 同憲法 第155條에서 「土地의 分配」및 利用은 獨逸國과 州가 監督하고 그 濫用을 防止하며 또한 모든 獨逸人에 健康한 住居를 提供하고 모든 獨逸人의 家族 特別히, 子息이 많은 家族에게 그 必要에 應하여 家庭을 充足시킬 수 있는 家屋을 갖도록 努力하지 않으면 안된다. 土地의 取得이 住居의 需要를 위하여 必要한 경우에는 그것을 收用할 수 있다. 世襲財產은 廢止한다. 土地所有者는 公共을 위하여 土地를 개간하고 利用할 義務를 진다. 勞力 또는 資本에 依하지 아니하고, 생긴 土地價格의 增加는 公共을 위하여 利用하지 않으면 안된다」고 規定

7) 篠塚昭次, “借地借家の基本問題” p.187참조.

8) 水本浩, 土地問題上所有權, pp.204~205.

9) Waimar 憲法 第153條:

①Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet Sein Inhalt und Seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.

②Eine Enteignung kann zum Wohle der Allg.meinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden, Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten soweit Rechtsgesetz anderes bestimmen Einteignung durch das Reich gegenüber den Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen.

③Eigentum verpflichtet, Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für des Gemeine Beste.

하여 土地의 再分配의 原則을 宣言하고 있다.

이 바이말憲法의 制定으로 土地所有權을 비롯한 其他 所有權의 公共性, 社會性이 承認되었으며 所有權의 內容과 限界의 理論으로서 獨逸公法學界의 通說인 「制度的 保障의 理論」(die Lehre von der institutionelle Garantien, Einrichtungsgarantien)이 導入되었다.¹⁰⁾

이 理論은 自然法思想에 대신하여 法律의 優位, 即 私有財產權을 法律에 의하여 廢止하는 것을 無條件, 無制限으로 認定하는 것이 아니고 財產의 私的所有를 認定하는 法制度는 憲法上 保障된다는 것을 內涵으로 하는 것으로 所有權의 社會性의 內容이 社會主義로 넘어가는 것을 견제하고 資本主義體制의 限界內에서 社會化를 實現하기 위한 法思想의 根據가 된 것이다.

第二次大戰後 西獨基本法은 所有權 一般을 保障하고 있는 한편(第14條 1項), 土地에 대하여는, 天然資源 및 生産手段과 함께 社會化의 목적을 위해 補償의 條件下에 公有· 또는 其他의 公共經濟의 形態로 옮길 수 있음을 規定하고 있는 바(第15條), 이 基本法이 保障하고 있는 所有權, 그 중에서도 土地所有權의 性質에 關하여, 論議가 展開되고 있는데, 그 하나는 基本法에 있어서의 財產權以外的 他基本權의 法律의 留保는, 말하자면, 이미 存在하는 무엇인가를, 法律이 外在적으로 制限, 規制(regeln)하는 것에 지나지 않은데 대하여, 財產權의 경우에는, 基本權의 內容을 決定하는 것(bestimmen) 自体가 法律에 맡겨져 있다고 主張하는 것이고¹¹⁾ 다른 하나는 基本法에 있어서의 財產權의 內容은 이미 憲法에 의해 定해져 있는 것으로 보는 見解이다.¹²⁾ 그러나 土地所有權에 關한 限學說, 判例는 첫째의 見解가 支配的인 것 같다.¹³⁾

英國에 있어서의 土地所有權觀念은 大陸法系와는 크게 다르므로 19世紀를 中心으로 하여 英國의 土地所有權觀念을 土地法制와 關聯하여 概觀하기로 한다.

英國에서는 市民革命에 의하여 莊園의 封建土地制度¹⁴⁾인 國王의 上級所有權이 廢止되고 上

10) Vgl. Carl Schmitt, *Freiheitsrechts und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931) in: *Verfassungsrechtlichen Aufsätze*, 1958.

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發行, 1977, p.19 참조.

11) H. P. Ipsen, “Enteignung und Sozialisierung”, *VVDSTRL*, Heft 10(1952), s. 85.

12) E. Forstthoff, “Begriff und Wesen der sozialen Rechtsstaat” in: *Forstthoff Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl., 1976, s. 47. Vgl. Forstthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd., 1, 10 Aufl., 1973, s. 336,

13) 金南辰, 前揭論文, p.21 참조.

14) 英國의 莊園의 封建土地制度에 있어서의 所有權은 論理的으로도 法律的으로도 君主에 있었고 人民은 다만 각각의 程度에 따라 土地를 保有하고 있었다. 먼저 君主가 있고 다음에 上位借地人, 다음에 耕作人이 있었다 (Gras, *A History of Agriculture in England and America*; 管菊太郎 譯書, p.299; 徐希源, 英美法, p.160)참조.

地所有權은 自由土地保有權(freehold)으로 轉化하였다. 그리하여 英國의 土地所有權制度가 法形式上으로는 近代的 所有權으로 轉換되었다고 볼 수 있으나 實質적으로는 새로운 所有者의 地位를 차지한 것은 舊領主(貴族)이고 農民의 大部分이 保有하고 있던 贖本保有權(copyhold)은 그대로 封建的 保有制로 남아 새로운 地主的 土地所有者는 借地農에 대하여 支配力을 가지게 되었고 또한 地主들은 議會의 政治權力을 장악하여 地代增收을 위한 大土地所有를 目的으로 議會에 의한 包圍法(Inclosure Act)의 制定으로 18世紀 後半부터 19世紀 前半에 걸쳐 從來의 農民의 共同利用地(入會權)를 剝奪함과 同時에 農民의 贖本保有權에 대해서도 土地上的 權利를 인정하지 않고 定期賃借權(lease hold)으로 強制的으로 轉換하였다.

그 結果 1845년 부터 1875년 까지 英國의 耕作可能地의 半以上이 Inclosure에 依하여 地主의 私有化로 되어 大土地所有制가 成立되어 三分割制(地主 資本家的 借地農 賃勞動者)가 形成되었다.

自由土地保有權과 定期賃借權은 大地主와 資本家的 借地農과의 關係로서 法形式上은 從來의 保有關係로 부터 賃借權이라는 새로운 利用權으로 전환 되었는데, 土地所有權은 所有와 利用으로 分離되어 自由土地保有權의 絕對性이 契約이라는 自律的 規制에 의하여 近代化의 形態로 變化하였으나 19世紀初에는 地主는 借地農에 대하여 法律的 關係 以外에 社會經濟的 地位를 背景으로 實質적으로는 人的 支配關係에 서서 強制力을 가지고 있었다. 그러나 19世紀 中半에 이르러 借地權이 強化되기 始作하여 私的 土地所有權으로서의 農地借地權의 近代化의 徵兆가 나타났으나 實質적으로는 貴族의 大土地所有로서 資本家的 借地農이 붙은 絕對的 支配權을 가지는 大地主制이었다.

19世紀後半에 이르러 一連의 農地賃借法이 成立되어 1883년의 農地法에서는 借地農의 土地改良費償還請求權을 強制法規로 하여 이에 違反한 契約을 無効로 하였다. 이것은 社會化의 理念에 의한 地主의 契約의 自由의 制限, 即, 土地所有權의 自由의 制限에 처음으로 國家法이 介入한 것으로 重要한 意味가 있다.

農業改良期(1940—1960)에 있어서의 借地人의 權利保護는 地主, 借地人間의 個人的 現實的 事情에 依存하고 當事者間의 自己規律로서 處理되었으며 따라서 土地所有權의 絕對的 制限도 國家에 依한 制限이 아니고 common law上的 制限으로 생각되었으며 生活妨害(nuisance), 即 權利濫用の 法理에 依한 制限이 加해졌다.

農業不況期(1870—1890)에 있어서는 一連의 不動產賃借立法에 의하여 農地賃借地의 利用權이 強化되었으며 實質적으로는 所有權과 同一하게 되고 또 贖本保有權도 自由化의 길이 트이게 되었다. 이 時期에는 유럽에 나타난 社會化의 理念下에 地主의 土地所有權에 대한 國家의 規制가 加해졌으며 土地所有權의 自由性의 制限이 強化되고 따라서 社會的 土地所有權의

觀念이 形成되었다.

英國에 있어서의 近代的 土地所有權이 法形式上 確立된 것은 普通 1925년의 財産法大改正의 時期라고 보는 것이나, 實質的으로는 훨씬 그 以前에 이루어졌다. 1925년의 一連의 財産法의 大改正에 依하여 土地所有權은 單純絕對不動產權(fee simple absolute possession)과 絕對定期不動產權(term of years absolute)라고 하는 近代的 形式으로 整備되었으며 이 시기에는 資本主義의 獨占段階에 當面하게 되어 土地所有權은 社會化의 理念에 依하여 私法的 制限의 強化, 國家의 制定法에 依한 公法的 制限이 加하여지게 되었다.

要컨대 現在 英國에 있어서의 土地所有權은 觀念的 權利로서 基本的으로는 大法法系와 同一하나 土地所有權의 制限이라는 觀點에서 檢討한다면 實質的으로는 大陸法과는 큰 差異가 있다. 그 理由로서는 英國法의 歷史的 連續性을 背景으로 한 特殊性을 指摘할 수 있는데, 첫째는 近代土地所有權의 基本構造의 相違(土地自体에 대한 嚴格성과 土地를 여러 개의 利用, 收益權으로 細分化하는 것을 許容하는 柔軟성과 結合한 German型의 相對的 權利構造), 둘째는 土地에 대한 觀念이다.(土地의 權原은 最終的으로는 國王에 歸屬하여 國民은 保有에 依하여 利用權만을 가진다는 思考). 勿論 現代에 있어서는 이러한 法構造를 取하고 있지 않으나 現實的으로는 利用權能을 所有權의 本体로 理解하는 傾向이 強하다.¹⁵⁾ 셋째는 法の 支配(rule of law)라고 하는 傳統的인 權利保障의 制度를 들 수 있다. 即 財産權은 天賦의 人權이 아니라, common law 및 制定法에 依한 制限이 따르는 權利로서 法律에 依하여는 어떠한 形態로든 制限할 수 있으며 土地所有權을 制限하는 法律(議會의 立法權)의 濫用을 견제하는 憲法上의 保障은 國民의 輿論에 있다는데 大陸法系와는 다른 特有的 觀念을 가지고 있는 것이다.¹⁶⁾

우리 나라에 있어서의 近代的 土地所有權의 成立過程은 西歐諸國의 그것과는 다른 樣相을 띠고 있다.

即, 高麗時代나 李王朝時代의 封建社會에 있어서의 土地制度는 國有制를 原則으로 하였으며 貴族이나 官僚에게 支給한 土地도 所有權을 준 것이 아니라 收租權을 委讓한 것이며 農民도 耕作權만을 가지고 있을 뿐이었다. 即 우리 封建社會에 있어서는 直接耕作者인 農民과 國家와의 사이에 收租權者인 貴族, 官僚가 中間에 介在함으로써 土地에 대한 上級所有者의 行勢

15) 英國에서는 landownership(土地所有權)이라든가 absolute ownership(絕對的所有權), 또는 due ownership(眞正所有權)이라는 法律用語는 지금까지 判例나 學說가운데서 發見할 수 없으며 오히려 占有(possession)이라든가 占有할 權利(right to possess)를 所有權이라는 意味로 使用하는 것 같다.

16) 英國의 土地所有權思想의 變遷에 關하여는 土地所有權之比較法의 研究, 日本土地法學會編, 有斐閣 發行, pp. 30~43 참조.

를 하여 왔다. 다시 말하면 國家는 最高의 處分管理權能에 의하여 土地를 支配하였고 貴族, 官僚은 田主로서 收租權能에 의하여 土地를 支配하였으며 農民인 佃客은 耕作權能에 의하여 土地를 支配하였다. 그리고 大多數 農民의 土地支配關係는 언제나 貴族 地主들의 隸屬하에 있었다.

그러므로 過去 封建時代に 있어서는 土地에 대한 近代的 所有權 觀念은 없었고 오히려 土地는 國王의 것이라는 王土思想이 支配의이었다.¹⁷⁾ 이와 같은 封建社會에 있어서의 土地에 대한 權利는 收益性이라는 現實의인 것으로 理解한 것이며 觀念의인 權利는 생각할 수 없었다. 土地에 대한 權利라면 收租하는 權利, 아니면 耕作하는 權利¹⁸⁾에 不過하였으나 收租權을 가진 貴族, 官僚가 田主로서 下級所有者인 耕作者에 대하여 優勢한 上級所有權을 享有하고 地主로서의 地位를 누리고 왔던 것이다.

그런데 李朝中期 以後부터 經濟的, 社會的으로 相當한 內在的 變化를 일으켜 封建的 束縛의 解弛와 貨幣의 全國的인 流通과 더불어 土地所有關係에 있어서도 重大한 變化를 가져오게 된 것이다. 即 從來의 收租權者는 地主라는 地位로 내려오고 耕作者는 隸屬農民으로 부터 小作人의 地位로 올라감으로서 地主 對 小作人 間의 契約關係로 되어가는 것을 볼 수 있는데 이 現象은 1894년의 甲午更張의 階級打破, 奴婢解放 등의 革新으로 일단 法形式的으로도 確立되어 私的 所有의 觀念이 싹트기 始作하였으나 그것은 支配勢力의 大土地私有라는 現象만으로 發展하여 農民의 零細化와 小作農을 增加시키므로써 비록 身分에서 오는 隸屬은 打破되었다고 하지만 實質的으로는 의연히 封建社會의인 隸屬的 土地所有形態에서 脫皮하지 못하였던 것이다.¹⁹⁾

韓日合邦後 1912년의 韓鮮民事令에 의한 依用民法 其他 法令의 施行에 따라 우리 나라에 있어서도 近代的 所有權이 形式的 法制度的으로는 完成하였다고 볼 수 있으며 土地에 대한 私所有의 觀念도 封建的 土地所有의 觀念으로 부터 近代的 土地所有權觀念으로 轉換한 것이

17) 韓國 封建社會에 있어서의 土地國有 要否에 關하여는 다음 資料 參照. 白南雲, 朝鮮封建社會經濟史(上); 朴克采, “期許. 封建社會의 停對的 本質”(李朝社會 經濟史所載); 李北滿, 李朝社會 經濟史研究, 同 朝鮮經濟史; 全錫淡, 李朝農民經濟史(李朝社會 經濟史所載); 朴秉濠, 韓國近世의 土地所有權에 關한 研究(一), 서울대학교 法學 제8권 1號 所載 등이 있는데 오늘날 大多數의 見解는 國有 否定論인 것 같다. 否定하는 見解는 土地國有의 原則은 觀念的 또는 理念的인 것에 不過하며 政治倫理的 또는 法藥制的인 것으로 보고 있다.(金容圭, “韓國의 近代的 土地所有權의 成立에 關한 考察” 法學의 諸問題, 韓國法學教授會, 1969, p.132 참조).

18) 우리 封建社會에 있어서는 收租權과 耕作權을 所有로 보았으며 특히 李朝社會에 있어서는 土地의 收租權者를 有田者로 보았을 뿐만 아니라 耕作者인 佃客도 有田者 無田者로 부른 例가 많았다(金容圭, 前揭論文, p.137).

19) 金容圭, 前揭論文, pp.141~142 참조.

다. 이러한 事情은 프랑스가 革命을 契機로 하여 從來의 封建的 土地所有를 近代의 所有權 概念으로 轉換시킨 것과 흡사하다 할 것이다. 그러나 우리나라의 경우 그 內容에 있어서는 프랑스와는 根本적으로 다르다. 프랑스에서는 革命前에 이미 完全히 성숙한 農民的 土地所有가 있었고 거기에다가 革命을 契機로 農民的 土地所有를 眞正한 土地所有權으로 認定하여 프랑스 民法上의 土地所有權者로 한데 대하여 우리의 경우에는 農民的 土地所有에 代身하여 寄生地主的 半封建的 土地所有形態의 實質을 가진 近代의 土地所有權에 대하여 日帝는 在來의 觀念에 쫓아 土地調査事業을 施行하여 地主에게 申告케 함으로써 封建 地主들의 土地를 私의 所有權으로 確認하고 朝鮮民事令에 의하여 依用 民法上의 土地所有權者로 認定했기 때문에 韓日合邦後의 近代法制度下에서도 封建的 殘滓를 拂拭하지 못하였고 近代의 土地所有權을 保障할 수 있는 近代의 土地所有權 制度의 成立은 이루어지지 못했다고 해야 할 것이다.²⁰⁾

그러므로 우리 韓國에 있어서의 名實相符한 近代의 土地所有權의 成立은, 1945년의 8.15解放 以後에 期待할 수 밖에 없었다. 解放後 美軍政의 民主化 政策에 따라서 그 基本的인 方向이 決定되었고 나아가서 1948년 7월 17일 大韓民國 憲法이 制定 公布됨에 따라 同憲法「第15條 第1項에 國民의 財產權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로써 定한다 第2項 財產權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야 한다. 第三項 公共必要에 依하여 國民의 財產權을 收用 使用 또는 制限함은 法律의 定하는 바에 依하여 相當한 補償을 支給함으로써 行한다」고 規定하여 憲法上 國民의 財產權은 保障하되 그것은 過去의 18世紀에 있어서와 같은 絕對的, 無制約的인 權利가 아니라 前記한 바이말 憲法에 있어서와 같이 財產權의 社會性 公共性을 認定하고 同時에 財產權은 公共福利를 爲하여 制限할 수 있다는 것을 宣言하는 한편 同憲法 第86條에 「農地는 農民에게 分配하며 그 分配의 方法, 所有權의 限度, 所有權의 內容과 限界는 法律로써 定한다」고 規定하여 過去의 寄生地主的 封建的 土地所有制度를 否認하고 實質의 所有者이며 耕作者인 農民에게 土地를 分配한다는 것을 宣言하였다. 이어 農地分配의 具體的 實現을 爲하여 1950년에 農地改革法과 其他 關係法令이 制定 公布 施行됨에 따라 日帝時의 封建的 殘滓가 內包된 近代의 土地所有權觀念이 拂拭되고 名實相符한 近代의 土地所有權觀念이 確立하게 된 것이다.

20) 金容圭, 前揭論文, p.167 참조.

Ⅱ 土地所有權制限의 態樣

이미 考察한 바와 같이 프랑스 人權宣言을 契機로하여 成立한 個人主義의 近代的 所有權은 資本主義의 急速한 發展을 가져온 반면 19世紀末부터 獨占資本主義의 폐단이 나타남에 따라 많은 社會問題가 야기되었고 이러한 問題의 解決을 爲하여 私有財産權에 대하여 國家權力에 의한 積極的인 干涉을 하게 되었다.

1919년 Weimar 憲法에서 所有權의 社會性, 公共性을 宣言하는 規定을 두게 되었고 그 後에 制定된 各國의 憲法에서도 同一한 規定을 두게 됨에 따라 所有權은 他基本權과는 달리 社會的 制約을 받는 것으로 觀念하게 되었다.

우리 現行憲法에서도 第20條 제1항 「모든 國民의 財産權은 保障된다. 그 內容과 限界는 法律로써 定한다 제2항 「財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야 한다. 제3항 公共必要에 의한 財産權의 收用, 使用 또는 制限 및 그 補償의 基準과 方法은 法律로써 定한다」고 規定하여 所有權의 社會性 公共性을 認定하였으며 이 憲法의 規定을 根據로 하여 土地所有權을 制限하는 諸法律이 制定되어 있고 또한 앞으로는 土地所有權을 規制하는 立法이 強化될 것이 豫想된다.

土地所有權을 制限하는 우리 나라의 現行實定法의 態樣은 私法上的 制限과 公法上的 制限으로 나눌 수 있다. 그런데 私法上的 制限이나 公法上的 制限은 다 같이 土地所有權의 行使를 制限하고 있는 點에서는 同一하나 그 機能面에서는 다르다는 것을 알 수 있다. 即, 公法上的 制限은 土地所有權의 權利內容을 直接的으로 制限하는 것이며 그 規制法規에 違反할 때에는 行政廳이 그 行爲를 禁止 또는 停止命令을 發할 수 있고 또한 罰則에 依하여 處罰할 수 있다. 그러나 私法上的 制限은 他人으로부터의 權利行使가 있으므로써 相隣關係나 權利濫用의 法理에 의한 不法行爲의 成立 또는 妨害排除請求權이나 損害賠償請求權을 發生시키는 것이므로 間接的인 制限에 不過하다. 다음에서 土地所有權에 關한 制限法規를 概觀하여 보기로 한다.

1. 私法上的 制限

民法은 「所有權은 法律의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 權利가 있다(第211條)」고 하고 「土地의 所有權은 正當한 利益이 있는 範圍內에서 土地의 上下에 미친다(第212條)」고 規定하고 있으므로 所有權은 法律에 의하여 制限할 수 있으며 所有權의 一種인 土地

所有權도 無制約的인 權利가 아니라 法律에 依하여 制限을 받는 權利이다. 私法上的 制限으로는 土地所有權의 範圍의 制限, 權利濫用に 依한 制限, 相隣關係에 의한 制限, 利用權強化에 의한 制限, 特別私法에 의한 制限등을 들 수 있다.

(1) 土地所有權의 範圍의 제한

佛蘭西 民法은 「土地所有權은 그 上下의 所有權을 包含한다」(同法 第552條)고 規定하였으나, 獨逸 民法은 土地所有權의 効力은 土地의 上下에 미치는 것을 原則으로 하나 「所有者는 排除하는 데 아무런 利益이 없는 높이 또는 깊이에서 行해지는 干涉을 禁止할 수 없다」(906條)고 하였으며 또한 瑞西 民法은 「土地所有權은 그 行使에 關하여 利益이 있는 限度內에서 空中 및 地中에 미친다」(667條)고 規定함으로써 土地所有權이 미치는 範圍가 처음부터 利益이 있는 範圍內로 限定된다는 構成을 取하였는데 우리 民法 第212條는 瑞西 民法을 본 받아 「土地의 所有權은 正當한 利益이 있는 範圍內에서 土地의 上下에 미친다」고 規定한 것은 妥當한 立法이라고 본다.²¹⁾ 그러므로 土地所有權의 効力이 미치는 範圍가 처음부터 利益이 있는 限度에 限定된다는 構成을 取하였다.

(2) 權利濫用に 依한 制限

法院은 權利濫用の 法理나 信義誠實의 原則에 依해서 所有權의 行使를 消極的으로 制限하고 있다. 로마法에서는 「自己의 權利를 行使하는 者는 누구에 대하여서도 不法을 行하는 것이 아니다」라는 法諺이 表現하는 바와 같이 權利行使의 自由가 認定되었으며 다만 「他人을 害할 目的만으로 하는 權利의 行使는 許容되지 않는다」는 法諺에 의하여 例外的으로 權利行使의 自由가 制限되었다. 그런데 1855년과 1856년에 佛蘭西의 Comar法院과 Lyon法院에서의 두 判決에서 처음으로 權利濫用の 法理를 認定하였다.²²⁾ 이 두 判決을 嚆矢로 하여 佛蘭西에서

21) 舊民法 第207條는 土地所有權은 「法令의 範圍內에서 그 土地의 上下에 미친다」고 規定하여 佛蘭西民法과 獨逸民法의 中間的構成을 取하였으나 그 해석은 瑞西民法과 같이 하고 있었다.

22) 1855년의 Comar法院의 判決; 사이가 나쁜 이웃의 一方이 相對方을 미워한 나머지 이웃의 塲面하여 日光을 차단하게끔 煙突을 故舊로 세웠는데 화가 난 이웃 사람은 그것을 撤去하도록 要求하였으나 相對方은 自己의 土地를 使用하는 것은 自由라고 하며 거절하였다. 그리하여 結局 裁判하게 되었는데 이 事件에 대하여는 Comar法院은 煙突의 設置는 正當한 土地利用의 限界를 넘는 行爲로서 철거를 命하는 判決을 하였다. Lyon法院의 判決: 어느 사람의 宅地에 鉾泉이 湧出되었는데 사이가 나쁜 이웃사람이 그 鉾泉을 시기한 나머지 隣地의 鉾泉이 나오지 못하도록 하기 위하여 自己의 土地에 井戸를 깊이 파버린 結果 隣地의 鉾泉이 고갈되어 버리자 鉾泉의 地主는 損害賠償을 請求하였는데 Lyon法院은 土壁를 깊이 파 行爲는 不法行爲에 準한 行爲라고 볼 수 있으므로 損害를 賠償하라고 判決하였다.

는 實定法上の 規定은 없었으나 判例 學說을 통하여 權利濫用禁背를 肯定하는 理論이 確立되었다.

1896년에 制定된 獨逸 民法에서는 權利濫用に 關한 規定을 明文化하여 「權利의 行使는 그것이 他人에게 損害를 加할 目的만으로 하는 것은 許容되지 않는다」(第226條)라고 規定하였으나 19世紀末까지의 權利濫用に 關한 判例, 學說이나 實定法上の 規定은 權利行使의 自由를 原則으로 하고 그 制限은 어디까지나 例外的인 것으로 取扱하였다.

權利濫用禁止의 原則이 權利의 公共性, 社會性에 立脚한 修正原則으로 確立된 것은 20世紀初의 1907년에 制定된 瑞西民法이다. 同法 第2條 第2項은 「權利의 明白한 濫用은 法の 保護를 받지 못한다」고 規定하였는데 이 規定은 過去の 權利濫用禁止나 實定法上の 規定이 權利者의 加害目的이라는 主觀的 要件을 要한 데 대하여 瑞西民法에서는 그 主觀的 要件을 排除하였다는 데 劃期的인 立法이라 할 수 있다.

舊民法은 權利濫用禁止에 關한 規定을 두지 않았으나 判例, 學說은 所有權의 行使에 있어서 權利濫用禁止의 原則은 認定하였다.²³⁾

現行民法은 瑞西民法을 본 바아 第2條 第1項에서 「權利의 行使와 義務의 履行은 信義에 좇아 誠實히 하여야 한다고 하고 第2項에서 權利는 濫用하지 못한다」고 規定하여 信義誠實의 原則과 權利濫用禁止의 原則을 民法의 基本原理로써 規定하였으나 이 規定은 一般的, 抽象的 規定이기 때문에 權利濫用을 具體的인 事件에 適用하는 데는 權利濫用의 限界가 무엇이나 는 問題가 提起된다.

從來의 判例는 隣接權이나, 生活妨害(nuisance)에 대하여 土地所有權行使의 濫用으로서 不法行爲를 認定하였다. 그러나 隣接權이나 生活妨害의 大部分은 土地所有權의 行使로 부터 發生하는 被害라기 보다는 土地上的 工作物의 使用으로 부터 發生하는 被害가 많으므로 權利濫用이라 할지라도 土地所有權行使의 濫用이라 할 수 없는 경우가 많다. 그래서 最近 日本學界에서는 權利濫用의 法理를 受忍限度의 法理로 發展시키고 있다.

이 受忍限度의 法理는 侵害가 被害者側에서 社會通念上, 受忍해야 할 限度를 受忍限度라고 하고 이 受忍限度를 넘을 때에 비로소 그 侵害는 妨害排除나 損害賠償의 대상이 된다는 것이 受忍限度論이다. 이와 같은 受忍限度論은 加害者의 利益과 被害者의 利益을 比較하는 所謂 利益衡量의 方法論이다.²⁴⁾

23) 日本判例, 宇奈月温泉事件, 日大判 昭和 10年 10月 15日 民集 14卷, p.195.

24) 野田愛子, “騒音, 振動判例についての法的論点の推移” JURIST 390號; 野村好弘, 談路剛久, “日照妨害と放送受信の法的規制” JURIST 309號 등 참조.

(3) 相隣關係의 法理에 의한 制限

民法 第215條 乃至, 第244條는 相隣關係에 關하여 規定하고 있으나 이들 規定 모두가 所有權制限의 機能을 가지는 것은 아니다. 그러나 이러한 相隣規定中에는 自由로운 土地所有權의 行使가 制限되거나 土地所有權者는 自己의 土地를 相隣者가 利用하는 것을 忍容하여야 하는 경우가 있는데 그러한 限度內에서는 土地所有權에 基한 妨害排除請求權의 行使가 制限되는 몇 개의 規定이 있다.

이러한 土地所有權을 制限하는 相隣規定을 所有權의 絕對性의 例外로써 좁게 해석할 것이냐 또는 所有權의 社會性의 立場에서 넓게 해석할 것이냐의 問題는 所有權觀念의 變遷과 더불어 달라질 수 있는 것이냐 近來의 通說은 所有權觀念의 社會性과 結付하여 相隣關係의 適用範圍를 넓게 해석하는 傾向에 있다고 볼 수 있다.²⁵⁾

相隣關係規定中에서 土地所有權의 行使의 制限으로써 問題가 되는 것은 民法 第217條의 隣地 侵越 乃至 生活妨害에 關한 規定인 데, 우리 民上의 制定에 영향을 주었던 隣地 侵越에 關한 獨逸民法 第906條의 規定이 1960년에 改正되어 크게 補完되었음을 留意해야 할 것이다.²⁶⁾

(4) 土地利用權의 強化에 의한 制限

日本에서는 建物保護法(明治 42 年制定), 借地法(大正 10 年 制定, 昭和 16 年, 41 年改正)과 같은 特別法을 制定, 土地利用權인 借地權을 強化하여 相對的으로 土地所有權의 地位를 弱화하여 土地所有權의 絕對性을 制限하고 있으나 우리 나라에서는 단지 民法 第622條에서 「建物 의 所有를 目的으로한 土地賃借은 이를 登記하지 아니한 경우에도 賃借人이 그 地上建物을 登記한 때에는 第三者에 대하여 賃借의 効力이 있다」고 規定하여 借地權을 物權化 함으로써 土地賃借에 의한 土地所有權의 絕對性을 制限하고 있을 뿐이다.

2. 公法上的 制限

土地所有權의 公法上的 制限은 實定上法으로는 行政法分野에 있어서의 公用負擔²⁷⁾에 屬한

25) 水本浩, 前掲書, p.143; 東孝行, “所有權의 私法的制限”에 關する一考察(その三)—相隣關係を中心として, 神戸法學雜誌—五卷.

26) 郭潤直, 全訂 物權法(民法講義) 法文社, p.280 참조

27) 從來의 行政法學에서는 公用負擔의 概念은 「特定한 公益事業을 위하여 個人에게 制限的으로 課해 지는 經濟的 負擔이라고 一般的으로 定義하여 왔으나 最近에 와서는 公用負擔을 環境(生活空間)整

다. 따라서 公用負擔法의 傳統的 分類에 따라 土地所有權의 公法上的 制限을 系列別로 分類하면 대략 公用制限, 公用收用, 公用換地로 大別한 수 있다.

公用收用은 土地所有權, 其他 私權이 直接 公益事業에 供하기 위하여 國家의 公權力에 依하여 強制的으로 取得하는 것인데²⁸⁾ 대하여 公用制限 및 公用換地는 公共의 福利를 維持 增進하기 위하여 土地所有權 其他의 私權을 認定하면서 土地의 利用이나 私權의 處분에 一定한 制限을 加하는 點에서 公用收用과 大別할 수 있다. 그러나 公用換地는 私權의 目的物에 變更을 加하는 點에서 公用制限과 다르다. 다음에서 公用制限과 公用收用に 關한 現行實定法規를 概觀하기로 한다.

(1) 公用制限에 의한 土地所有權의 制限

公用制限에 속하는 法律은 많으나 여기서는 國土建設綜合計劃法의 施行法으로 制定된 國土利用管理法에 規定된 土地利用計劃에 依한 用途地域, 用途區域 안에서 土地所有權의 行爲 制限을 中心으로 檢討하기로 한다.

① 用途地域안에서의 行爲制限

(a) 都市地域안에서의 行爲制限 · 都市地域에 關해서는 都市計劃法上的 都市計劃에 依하여 당해 地域의 建設, 整備, 改良등을 施行하도록 되어 있는데 (國土利用 管理法 제6조 1호), 都市計劃法에 依하면 都市計劃이 決定告示된 후에는 都市計劃區域(都市計劃法 제17조와 제18조가 規定하는 각종 地域, 地區와 特定施設制限地域, 開發制限地域, 都市開發豫定地域 등) 안에서는 市長 또는 郡守의 許可없이 土地의 形質變更등의 一定한 行爲를 할 수 없고 (다만, 大統領令으로 정하는 경미한 行爲에 대하여는 例外), 許可를 받지 아니하고 위의 行爲를 한 者에 대하여 그 土地의 原狀回復을 命할 수 있다(都市計劃法 제4조). 그리고 都市計劃地域, 地區안에서의 行爲制限은 建築法 其他 法律에서도 適用하도록 되어 있다(都市計劃法

序, 公共施設 運營등 公益事業 其他의 福利行政上的 需要를 充足하기 위한 手段으로서 法規에 의거하여 強制的으로 國民에게 課하는 一切의 人的 物的負擔을 말한다고 定義하여 그 概念이 變하고 있다(金道稔, 全訂 一般行政法論(下), 靑雲社, 1976, p. 396 참조).

28) 外國에서는 公共用地的 強制取得方法으로서 公用收用외에 先買權(Vorkaufsrecht)이라는 制度가 있다. 先買權이라 함은 都市計劃事業, 土地區劃整理事業등을 成功的으로 수행하기 爲하여 計劃決定이나 事業決定이 있는 事業豫定地, 事業地의 區域內에 있는 土地 또는 建物の 權利를 양도하는 경우에 起業者가 同一豫定 價格을 支給하고 우선적으로 買收할 수 있는 權利로서 西獨의 聯邦建築法(Bundesbaugesetz)上的 先買權制度, 프랑스에 있어서의 長期整備地域(ZAD), 優先市街地化地域(ZUP)에 대한 先買權制度, 日本의 都市計劃法(제57조, 제17조)에 의한 先買權制度등이 있다.

第19條 1項).

(b) 農業地域內에서의 行爲制限(農地의 保全 및 利用에 關한 法律이 適用된다).

農地保全을 위한 制限·一定한 範圍의 農地(同法 제4조 1호 乃至 5호에 規定된 區域, 地區, 地域等)을 除外하고 農地를 轉用함에 있는 農林部長官의 許可를 받아야 한다(同地제4조제1항).

農地의 利用義務農地의 所有者, 利用者는 그 用途에 쫓아 農作物의 耕作, 牧草의 栽培등을 誠實하게 하여야 할 義務를 과하고 있으며(同法 제8조), 農地所有者, 또는 利用者가 疾病이나 轉業등의 事由로 農地를 놓리게 될 때에는 市長, 洞長 또는 邑 面長에게 申告하여야 하고(同地 제9조), 또한 郡守는 所有者가 分明한 遊休農地나 所有者가 分明하지 아니한 遊休農地와 災害 其他 不可抗力地인 事由없이 2년以上 계속하여 最低基準收穫量에 未達한 農地에 대하여 그 所有者 또는 利用者에 가름하여 代理耕作者를 指定할 수 있다(同法 제10조 제1항).

(c) 山林地域內에서의 行爲制限(山林法이 適用된다).

山林經營計劃에 依하지 아니하고 山林內에서 立木의 벌채, 山林의 개간 또는 落葉의 採(區廳長, 郡守가 指定하는 山林에서의 採取는 除外) 行爲는 區廳長, 市長, 郡守의 許可를 取받아야 한다(同法 제10조).

保安林, 採種林內의 行爲制限; 保安林 採種林地域內에서는 立竹木의 伐採, 土石, 木, 樹根, 草, 落葉, 松樹皮의 採取 또는 採掘, 家畜의 放牧 또는 개간, 其他 土地의 形質變更은 山林廳長의 許可를 받아야 한다(同法 제24조, 제32조).

山林所有者의 義務; 山林開發法에 의하면 一般 山林地域이 指定되면 그 안의 山林所有者는 開發事業을 施行하여야 한다. 다만 그가 指定하는 者로 하여금 開發事業을 代執行케 할 수 있다(同法제 15조 1항). 만약 山林所有者가 着手時期로 부터 1년내에 開發事業을 施行하지 아니할 때에는 山林廳長은 山林組合으로 하여금 代執行케 할 수 있다(同法 제15조 2항). 이밖에 山林所有者의 費用辨償(同法 제18조 1항), 山林所有者와 代執行者間의 分割取得契約締結, 代執行者에의 法定地上權의 設定등의 義務가 과해진다(同法 제16조 2항, 제18조).

(d) 工業地域안에서의 行爲制限·工業地域안에서는 工場(工場의 運用 또는 管理用 建築物 包含) 및 그 工場의 社宅과 大統領令으로 定하는 施設, 建築物 其他 工作物以外의 것은 設置(增築포함)할 수 없다. 工業地域 안에서 工場, 施設, 建築物 및 工作物을 設置하고자 하는 자는 그 立地에 關하여 道知事의 許可를 받아야 한다(國上利用管理法 제15조 4항 5항). 이밖에 產業基地開發促進法(제5조), 工業團地管理法(제9조), 地方工業開發法(제2조, 제7조)등에 의해서도 個別的으로 規制를 받고 있다.

(e) 自然 및 文化財保全地域에서의 行爲制限 · 自然 및 文化財保全地域은 自然環境保全地域, 文化財保全地域, 觀光休養地域, 海岸保全地域, 水産資源保全地域 등 다섯가지 地區로 分類되며(國土利用 管理法 제9조 1항 4호), 自然環境保全地域 안에서의 行爲制限에 關하여는 公園法 제16조의 規定을, 文化財保全地域 안에서의 行爲制限은 都市計劃法 제19조 3항 1호의 規定을, 觀光休養地域 안에서의 行爲制限에 關하여는 觀光事業振興法 제16조 6항 및 同法 제16조의 3의 規定등을 각각 準用하며, 海岸保全地域 안에서는 道知事의 許可없이는 土石, 砂礫의 採取 및 立木의 伐採, 工作物의 新築, 改築 및 増築, 工作物의 掘鑿, 切土, 盛土등 土地의 形質變更을 할 수 없으며 水産資源保全地域 안에서는 水産資源의 保護에 支障이 있는 工場의 設置, 有毒物, 動物의 死體, 人糞 및 汚物을 버리는 行爲, 家畜의 放飼등의 行爲를 할 수 없으며, 大統領令으로 定하는 種類 및 規模以上の 施設, 建築物 其他 工作物을 設置하고자 하는 者는 道知事의 許可를 받아야 한다(國土利用管理法 제16조 6항 -11항).

② 用途地區 안에서의 行爲制限(國土利用管理法 제15조 6항제 16조).

위에서 보아 온 여러가지 用途地域안에서 用途地區가 指定된 때에는 그 地區안에서의 行爲制限에 關하여는 國土利用 管理法에 特別한 規定이 있는 경우에는 그 規定을 適用한다(同法 제15조 6항).

國土利用管理法 제16조에 의할 것 같으면 이미 위에서 指摘한 自然 및 文化財保全地域등의 다섯개 地區안에서의 行爲制限에 關한 規定 이 외에 다음과같은 行爲制限에 關한 規定을 두고있다.

(a) 農業地域의 聚落地區안에서의 行爲制限 · 農業地域의 聚落地區안에서는 公害의 危險이 있는 工場, 油類貯藏所, 火藥貯藏所등 大統領令으로 定하는 施設, 建築物 其他 工作物을 設置할 수 없다(다만 聚落地區의 指定目的에 현저히 위배되지 아니하는 것은 道知事의 許可를 받아 設置할 수 있다).(國土利用管理法 제16조 1항).

(b) 山林地域안의 開墾促進地區 안에서의 行爲制限 · 山林地域의 開墾促進地區 안에서는 大統領令으로 定하는 規模이상의 住宅事業 및 工業用地造成 事業을 施行코자 하는 者는 道知事의 許可를 받아야 한다.

(c) 工業地域의 準工業地區 안에서의 行爲制限; 工業地域의 準工業地區안에서는 火葬場, 納骨堂 및 묘지의 設置, 建築法 제32條 4항에 계기한 建築物의 建築, 大統領令으로 定하는 業種 및 規模以上の 製造工場으로서 公害危險이 큰 것의 建築을 하여서는 아니된다. 準工業地區에서 이상에서 든 것 이외의 行爲로서 大統領令으로 定하는 規模以上の 工業用地造成事業

및 住宅用地造成事業과 大統領令으로 定하는 種類와 定規模이상의 施設, 建築物 其他 工作물을 設置코자 하는 자는 道知事の 許可를 받아야 한다(國土利用管理法 제16조 제3항 4항).

(d) 文化財保全地區, 觀光休養地區 및 水産資源保全地區가 農業地域 또는 山林地域안에 指定되는 경우에는 당해 地域안에서의 行爲制限에 關한 規定을 함께 適用하도록 하고 있다(國土利用管理法 제15조 6항 단서).

③ 其他의 制限·改正國土利用管理法에서는 日本國土利用計劃法(제15조 乃至 35조)에서와 같이 土地등의 去來行爲를 規制하고 있는데 그 內容을 要約하면 다음과 같다.

(a) 規制區域내에 있는 土地등의 去來契約을 締結하고자 하는 當事者는 共同으로 大統領令이 定하는 바에 依하여 管轄 道知事の 許可를 받아야 하며(同法 제21조의 3제 1항), 大統領令이 定하는 用途別 面積以下の 土地에 대한 土地등의 去來契約에 대하여는 當事者가 그 契約을 締結 한후에 管轄市長, 郡守, 區廳長에게 申告하여야 한다(同法 제21조의 8의 2項), 第1項의 規定에 依한 許可를 받지 아니하고 締結한 土地등의 去來契約은 그 效力을 發生하지 아니한다(同法 제 21條의 3제 3항).

(b) 規制區域외에 있는 土地등의 去來契約을 締結하고자 하는 當事者는 共同으로 大統領令이 定하는 權利의 種類, 面積, 用途, 契約豫定金額등 契約內容과 그 土地의 利用計劃등을 道知事에게 申告하여야 하고(同法 제21조의 7제 1항), 道知事は 合理的인 土地利用을 도모하는데 顯著한 支障이 있다고 認定되는 때에는 申告人에게 당해 土地등의 去來契約의 中止 其他 申告內容에 關하여 必要한 措置를 取할 것을 勸告할 수 있다(同法 제21條의 8 제1항).

(c) 道知事は 去來契約 許可를 받았거나 土地등의 去來契約 申告를 하고 取得하거나, 權限을 設定한 土地가 一定한 要件에 해당된다고 認定될 때에는 土地所有者에게 그 土地가 遊休地임을 通知할 수 있고(同法 第21條의 10 제1항), 遊休地의 通知를 받은 所有者는 一定한 期間내에 그 遊休地의 開發, 利用計劃書 또는 處分計劃書を 作成하여 道知事에게 提出하여야 한다(同法 제21條의 11 제1항), 道知事は 그 遊休地의 開發, 利用計劃書 또는 處分計劃書を 提示한 者에게 그 土地의 有効適切한 開發이나 利用의 促進에 關하여 助言할 수 있으며 一定한 事由가 있다고 認定될 때에는 그 계획의 變更을 勸告할 수 있다(同法 제21조의 11 제3항), 道知事は 國家, 地方自治團體, 土地開發公社, 其他 公共團體가 遊休地의 買收를 願할 때에는 買收할 者를 指定하여 遊休地의 所有者와 協議買收할 것을 그 遊休地 所有者와 買收할 者에게 通知할 수 있다(同法 제21條의 12 제1항), 協議買收할 者로 指定된 者는 당해 遊休地의 所有者와 遊休地의 買收에 關한 協議를 하여야 하며 遊休地 所有者는 正當한 理由가 없는 限

買收協議를 拒否하여서는 아니된다(同法 제21조의 제1항).

(d) 道知事は 土地등의 去來契約 許可 申請이나 去來契約 申告가 있는 土地에 대하여 國家 其他 公共團體가 公益事業에 使用하기 위한 公共用地 確保를 위하여 買收를 願할 때에는 이들 中에서 先買者를 指定하여 당해 土地를 協議買收하게 할 수 있으며 先買者로 指定된 者는 土地所有者와 買收에 關한 協議를 하도록 되어 있다(同法 第21조의14 제1항).

以上の 條項 以外에도 土地分割의 制限(同法 第21條의 16)등 많은 條項이 改正 또는 新設되었다.

그런데 改正國土利用 管理法는 1979년 1月 1日부터 施行되고 있으나 同法 第3章의2(同法 第21條의 2 乃至 15)의 土地등의 去來契約許可 條項등은 아직 施行되지 않고 있다. 同條項의 施行期日은 大統領令으로 定하도록 되어 있다.

(2) 公用收用に 依한 土地所有權의 制限

公用收用に 關한 一般法으로는 土地收用法이 있고 그밖에 여러종류의 特別法에 의하여 起業者에게 土地收用權을 認定하고 있는데 그 中에서 重要な 法條項을 들면 다음과 같다.

① 都市計劃法에 의하여 市長, 郡守, 또는 建設部長官이 指定한 者에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第23條). ② 都市再開發法에 의하여 事業施行者(地方自治團體, 大韓住宅公社, 特殊法人, 土地所有者, 또는 再開發組合)에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第38條 第39條). ③ 住宅建設促進法에 의하여 國家 또는 地方自治團體, 大韓住宅公社, 其他 事業施行者에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第17條의2). ④ 道路法에 의하여 道路管理廳(建設部長官, 서울 特別市長, 釜山直轄市長, 其他 行政者)에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第49條의2). ⑤ 山林開發法에 의하여 開發地域內에서의 人道開設, 電柱가설 또는 水路를 新設하고자 하는 者에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第59條). ⑥ 農地擴大開發 促進法에 의하여 事業施行者(개간 許可를 받은者)에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第21條). ⑦ 農村近代化促進法에 의하여 農地改良事業, 農家住宅 改良事業의 施行者에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第154條 第155條). ⑧ 草地法에 의하여 農林部長官에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第16조). ⑨ 産業基他開發促進法에 의하여 事業施行者(國家, 地方自治團體, 産業基地開發公社)에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第10條). ⑩ 地方工業開發法에 의하여 工場設置經營者에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第9條). ⑪ 輸出産業工業團地開發助成法에 의하여 工業團地開發公團에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第20條). ⑫ 石油化學工業育成法에 의하여 石油化學工業支援者에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第13條).

⑬ 觀光團地開發促進法에 의하여 事業施行者(國家, 地方自治團體, 國際觀光公社)에게 土地收用權을 認定하고 있다(同法 第10條), 이밖에 測量法(第12條), 鑛業法(第28條), 航空標識法(第30條)등에서도 土地收用權을 認定하고 있다,

以上에서 考察한 바와 같이 우리 나라의 公用收用法의 特徵은 公事益業의 範圍의 擴大 그리고 收用主体 또는 起業者로써 國家, 地方自治團體 以外에 特殊法人, 公益法人 그리고 事業施行者인 私인에 대해서도 土地收用權을 認定하고 있다는 것이다.

Ⅳ 土地所有權의 制限과 私權保護

헌법에 保障된 財産權인 土地所有權을 制限함에 있어서 必然的으로 야기되는 問題는 憲法상의 財産權의 保障과의 關係이다. 即 公共의 利益과 私權의 保護라는 問題의 調整에 대한 法理論의 作業이 要請된다. 그런데 이러한 法理論의 作業은 公法分野에서 主로 다루어야 할 性質의 것이며 私法을 專攻한 筆者로서는 能力밖의 課題라 생각됨으로 여기서는 다만 土地所有權의 制限과 私權保護와의 關係에서 發生되는 몇가지 問題點에 限하여 考察하기로 한다.

1. 土地所有權制限의 根據 및 限界

土地所有權制限의 理論的 根據가 무엇이냐 하는 問題는 憲法에 保障된 財産權의 本質을 어떻게 볼것이냐 하는 問題와 直結된다.

憲法에 保障된 國民의 財産權은 絕對不可侵의 權利가 아니고 憲法上 「所有權의 制度」 即 私有財産制度가 認定되므로써 存立하는 것이므로 所有權의 保障은 身體의 自由나 思想의 自由와 같은 基本權과는 다르다는 것이 公法의 一般論이며 各國의 憲法에서도 所有權은 神聖 不可侵의 權利가 아니라는 것을 宣言²⁹⁾ 하고 있을 뿐만 아니라, 우리 憲法에서도 「第20條 第1項 國民의 財産權은 保障된다. 그 내용과 限界는 法律로서 定한다 第2項 財産權의 行使는 公共福利에 適合하도록 하여야 한다. 第3項 公共 必要에 의한 財産權의 收用,

29) 前掲, Waimar憲法 제153조, 西獨基本法 第14條, 日本憲法 第29條, 瑞西憲法 第31條의 2의 4항 등, 自由中國憲法 第143條는 「中華民國의 領土內의 土地는 本來的으로 全國民에 歸屬한다. 正當하게 取得한 土地所有權은 이것을 保障한다. 土地所有權者는 그 土地가 가지는 價格에 따라 納稅의 義務를 진다. 政府는 이 價格으로 土地를 構入할 수 있다. 投資의 結果 생기는 土地의 增價分에 대해서는 政府는 國民全體의 福利를 위하여 土地增價稅를 課할 수 있다고 規定하고 있다.

메키시고 憲法 第27條에서는 陸地 및 水域의 所有權은 原始的으로 國家에 屬하며 支配權은 私인에게 移轉함으로써 所有權을 구성한다고 規定하고 있다.

使用 또는 制限 및 그 補償의 基準과 方法은 法律로서 定한다」고 規定하여 財産權을 制限할 수 있는 根據를 明示하고 있다. 그러므로 國民의 財産權을 無償으로 박탈한다 든가 또는 財産權의 私有制度를 否認하는 것은 私有財産制度 그 自体를 根本적으로 否定하는 것이 되므로 許容할 수 없지만 私有財産制度를 根本적으로 否定하지 않은 限 憲法이 保障하고 있는 財産權이 어떠한 固定的인 內容을 가진 것이 아니고 時代의 變遷에 따라 法律에 의하여 定하여지는 것이므로 다른 財産權과는 달리 特히 엄격한 社會的 制約에 따라야 할 性格을 가진 土地所有權이 어떤 內容의 것이냐는 것도 立法權의 載量에 맡겨져 있다고 한다.³⁰⁾ 이 見解는 前述한 制度的 保障의 理論이 우리의 學界에 있어서도 매우 깊은 뿌리를 박고 있다고 볼 수 있다.³¹⁾

일찌기 英國의 Bentham(1743—1832)은 「財産은 法律과 같이 誕生하고 또한 法律과 같이 死亡하였다. 法律이 制定되기 이전에는 財産은 存在하지 않는다. 法律을 廢止하여 버리면 財産은 消滅하여 버린다」고 하였고, 19世紀末에 獨逸의 Jhering이나 Gierke도 社會的 所有權論을 主張하였으며 美國의 하버드大學 法科大學 教授인 C. M. Haar氏도 「自由社會에 있어서의 土地法」에서 「法律에 基한 制度가 없으면 土地所有權은 없다」고 하였다.³²⁾ 그리고 Hedemman은 그의 著書에서 「法律이 長期間에 걸쳐서 土地에 關한 權利를 가진 者에 대하여 認定되어온 利己主義的 見解는 바뀌야 할 時期가 到來하였다」고 我妻榮教授는 紹介하고 있다.³³⁾

土地所有權에 關하여 西獨의 聯邦憲法 法院은 「土地는 늘일 수 없는 것이기 때문에 그 利用은 自由로운 힘에 맡겨서는 아니되며 個人的 恣意에 맡겨서도 適當하지 않다. 法과 새로운 秩序社會는 土地에 關하여 強하게 全體의 利益을 貫徹할 것을 要求하고 있다. 土地는 經濟的으로나 社會的으로 다른 財産과 같이 다루어질 性質의 것이 아니다」라고 判示하고 있으며³⁴⁾ W. Weber는 「所有權은 他自由權과는 달리 前國家的인 自由를 전체로 하는 것이 아니고 所有權 乃至 財産權의 存在自体가 國家法秩序에 의한 承認에 基礎하는 것이라」하였다.³⁵⁾

오늘날 憲法에서 保障된 國民의 財産權은 過去 18世紀의인 自然法의 思想에 근거하여 認定되었던 絕對的 不可侵의 權利가 아니라 公共의 利益을 爲하여 制限할 수 있는 權利라는 特異

30) 金南辰, 前揭論文, pp. 26—27; 徐元宇, 前揭論文, pp. 50—51.

31) 葛奉根, 維新憲法論 1976, p/179; 金哲洙, 憲法學概論 1977, p. 241; 文홍柱, 韓國憲法1975, p./241; 朴一旼, 新憲法1977, p. 213; 韓泰淵, 憲法學 1977, p. 348 등 參照.

32) 法律時報 47卷 7號 6月號 通卷 第567號, p. 19 參照.

33) 我妻榮, 民法研究Ⅲ 參照

34) BeschI, d. BVerFG von, 12, 1, 1967, EBVerFG, Bd. 21, s. 73, u. a. s. 82—83.

35) W. Weber, Eigentum und Enteignung, in; Grundrechte, Bd. 22, aufl., 1968, s. 333.

論이 없다.

그러하여 우리 憲法 第20條에서도 財産權의 社會性, 公共性이 認定되었고, 特히 土地에 關하여는 特別規定을 두고 있다. 卽 第117條 2項에 「國土와 資源은 國家의 保護를 받으며 國家는 그 均衡있는 開發과 利用을 위한 計劃을 樹立한다」고 하고 第118條에 「國家는 農地와 山地 其他 國土의 效率的인 利用, 開發과 保全을 嚮하여 法律이 定하는 바에 의하여 그에 關한 必要한 制限과 義務를 課할 수 있다」고 規定하였고 民法 第211條에서 「所有者는 法律의 範圍內에서 그 所有物을 使用, 益, 處分할 權利가 있다」고 規定하고 있다. 이러한 憲法과 民法의 規定을 근거로 하여 土地所有權을 制限하는 많은 法律이 制定되어 施行하고 있다. 特히 우리 나라에서는 1960년대 後半부터 經濟의 高度成長에 수반하여 交通 住宅 公害 등의 都市問題를 비롯하여 工業 및 農業用地的 確保問題 그리고 地價 및 土地投機 등의 問題解決을 爲한 手法으로 土地所有權에 대한 法的 規制가 強化되고 있을뿐만 아니라 土地所有權에 대한 制限의 必要性이 各方面에서 要請되고 있다.

公共必要에 의하여 土地所有權을 制限할 수 있다 할지라도 社會公益이라는 概念은 抽象的 概念이기 때문에 社會公益의 具體的 內容이 무엇이나 하는 것이 土地所有權을 制限하는 경우에 私權保護와의 關係에서 理論적으로 定立되어야 할 것이다.

土地所有權이라는 것을 社會實態的인 面에서 考察한다면 社會法的 生存權的인 財産權으로써 國民이 所有하고 있는 것이 있는 反面에 市民法的 資本財으로써 資本家가 가지고 있는 土地가 있는데 이 두 形態의 土地所有權을 等質적으로 取扱하여 同一하게 法的 規制를 加할 수 있느냐 하는 것이다.

現代社會에 있어서의 所有權은 自己의 個人的 勞動에 의한 勤勞의 成果로서의 所有權과 他人의 勞動이나 資本을 支配하는 資本主義的 所有權을 區別하여 前者는 이를 尊重하고 後者は 이를 制限하여야 한다는 思考를 가져야 하는데 一般적으로 法律學에 있어서는 兩者를 區別하지 않고 制限할 수 있는 것처럼 論하고 있기 때문에 現實적으로는 勤勞의 成果로서의 生存權의 所有權이 制限되고 資本財的 所有權을 尊重한다는 逆의 結果를 容認하는 結果를 초래하게 되는 것이다.³⁶⁾

그러므로 國民의 財産權 特히 人間生活의 基礎이 되고 있는 土地所有權을 制限함에 있어서는 所有權의 社會實態的인 面을 考慮하여 私權의 保護와 社會公益이 調和될 수 있는 方向으로의 立法이 要請된다.

이러한 觀點에서 土地所有權에 대한 社會的 制約이 程度는 土地所有의 社會實態的 狀況에 따라 同一하게 取扱될 수 없으며 最少限의 垆地나 農地와 같은 生存權的 權利로서의 土地所有

36) 渡邊洋三, “所有權의 思想”, 現代法 13, p. 135以下.

權은 이를 最大限으로 尊重하여야 할 것이며 資本財로서의 土地 또는 投機의 對象이 되고 있는 土地所有權은 이를 嚴格하게 規制하여야 할 것이다.

그리고 憲法上 土地所有權制限의 制約으로서 財產權侵害에 대한 補償의 原則(憲法 第20條) 經濟的 自由主義의 原則(憲法 第116條 6項), 平等의 原則(憲法 第9條), 比例의 原則(憲法 第32條, 遡及 立法의 禁條(憲法 第11條)와 같은 것이 있다는 것을 看過할 수 없다.

2. 公用收用과 補償

우리 나라 憲法 第20條 3項에 「公共必要에 의한 財產權의 收用使用 또는 制限 및 補償의 基準에 關하여는 法律에 留保하고 있기 때문에 憲法의 解釋에 있어서 相當補償說³⁷⁾과 完全補償說³⁸⁾로 나누어져 있으나 結局 補償은 財產權侵害의 前後를 通하여 財產의 價値에 變動이 없게 해 주는데 있으므로 收用으로 因하여 發生한 不平等한 損失의 全部에 대해서 各 損失의 全部를 充當할 수 있는 完全한 額으로 해석하는 것이 妥當하다.³⁹⁾

1) 補償의 基準 · 補償의 一般의 基準으로는 土地收用法(第45條, 第46條 1.2項)에서 「土地를 收用 또는 使用함으로써 發生한 損失額에 대한 算定은 그 裁決 當時의 去來價格 또는 地料, 借賃등을 考慮하여 適正價格으로 결정할 것을 規定하여」 裁決時의 去來價格에 의한 補償을 하도록 되어 있으나 實祭로 補償이 行해지는 경우의 補償額은 一般去來 價格에 훨씬 未達되는 價額으로 收用되고 있는 것이 現實的인 實情이다. 勿論 國防이라든가 天災地變과 같은 緊急한 事變이 發生하였을 때에는 國家財政의 形便上 完全補償이 아닌 補償이 不可避한 경우도 있겠으나 一般의인 경우에 一般去來價格 보다 훨씬 未達되게 補償한다는 것은 憲法 第20條의 財產權의 保障의 趣旨에 違反된다고 아니 할 수 없다. 그러므로 우리 憲法精神에 立却하여 現實的으로 完全補償을 할 수 있도록 補償의 基準에 關하여 合理的이며 客觀的인 補償制度의 確立이 要請된다.

2) 地價告示制에 依한 補償 · 土地收用法(第16條의 2의 2項,) 國土利用管理法(第29條 1.2項) 都市計劃法(第55條 1.2.3.6項) 건축법(第33條의 3의 5項) 등에서 地價告示制를 採擇하여 이 告示된 價格을 基準地價로 해서 그 基準地價에 裁決時까지의 地價變動率(物價上昇率) 고

37) 金哲洙, 前掲書, p.245.

38) 全基範, 韓國憲法, p.224; 金伊烈, “土地所有權과 補償”, “土地所有權과 公共福利” 韓國行政科學研究所 發行 p.100.

39) 金伊烈, 前掲論文, p.100.

려함)을 乘한 額을 合算한 金額으로 補償額을 算定하도록 하고 있다. 이 制度는 地價와 土地投機를 抑制하고 開發利益이나 起業利益의 土地所有者에의 歸屬을 排除하기 위한 政策的立法이라고 볼 수 있으나 補償金의 算定期와 關係에서의 基準地價告示制과 補償金의 通正性과의 關係에서 被收用者가 信賴할 수 있는 客觀的이며 合理的인 土地評價制度가 確立되어야 할 것이다.

3) 補償의 方法 · 우리 土地收用法은 金錢補償을 原則으로 하고 있다(第46條, 第61條), 그런데 金錢補償의 경우에 實際問題로서 同種程度의 土地의 地價의 算定은 困難하며 被收用者가 收用後 直時 代替地를 確保하기가 어렵고 同一水準 繼續의 補償基準을 立法한다든지 또한 行政裁決한다는 것도 正確을 期하기 어려울 것이다. 뿐만 아니라 被收用者가 土地를 生業의 手段으로 삼고 있는 경우에는 土地收用으로 말미암아 生活基盤을 붕괴하게 되는 경우가 많으므로 被收用者의 財産所有程度를 考慮하여 開發利益에의 參與, 代替地의 給付와 같은 現物補償, 離職補償과 就業斡旋등과 같은 生活補償이나 生活再建措置등의 方法⁴⁰⁾을 강구하여 주는 것이 憲法의 生活權保障의 精神(제30조 1항)에도 부응하는 것이라 하겠다.

現行法인 公共用地의 取得, 및 損失補償에 關한 特例法 第8條, 産業基地開發促進法 第25條 26條 27條, 觀光開發促進法 第17條 18條에서 移住對策樹立, 移住對策에 대한 支援, 移住者에 대한 租稅 免除등을 規定하고 있는데 이러한 規定은 直接 財産權喪失에 대한 補償이 아닌 生活再建措置로써 妥當한 立法이라 하겠다.

4) 收用土地의 第三者에의 讓渡問題 · 從來의 古典的 收用原則에서는 收用目的이 公益事業에 限定되고 收用主体가 계속해서 收用土地를 利用하는 경우에 限하여 許容되었으나 最近에는 公益事業의 概念이 擴大되어 土地利用計劃에 의한 計劃的인 土地利用을 위하여 起業者가 土地를 收用하고 이 土地를 第三者에의 讓渡나 賃貸등을 할 수 있도록 되어 있는 法律이 있다.⁴¹⁾

그러나 이러한 土地收用이 法理論의으로 可能하다 할지라도 道路나 港灣과 같은 直接的인 公共施設이 아닌 産業用地나 宅地등의 確保를 爲하여 土地收用이 必要한 경우에는 資本財나 投機的 對象土地가 아닌 限 收用의 手法에 依하지 말고 土地所有者에게 所有權을 留保하여 處

40) 金伊烈, 前揭論文, p.104; 劉京春, “行政上的 損失補償”, 法律行政論集(제16집) 高麗大學校法律 行政研究所, pp.183-190.

41) 輸出自由地域設置法(제19조, 제7조), 石油化學工業育成法(제13조, 제8조), 輸出産業 工業團地開發助成法(제20조, 제23조), 地方工業開發法(제9조, 제7조), 産業基地開發促進法(제10조, 제16조의 1항), 觀光團地開發促進法(제10조, 제9조), 住宅建設促進法(제17조의2, 제20조 同施行令 第21조)등 參照.

分權能과 地代收取權能을 認定하고 起業者나 第三者에게는 法定地上權과 같은 利用權만을 設定케 한다든가 또는 收用, 整理後에 原所有者에게 再讓渡하거나, 또는 優先 買收權을 認定하는 方向으로 立法하는 것이 바람직하다.⁴²⁾ 새로운 私的 所有를 創設하지 않은 것이 私有財産權의 保護와 公益과의 調和를 도모하는 데도 合理的이라고 생각된다.

3. 公用制限과 補償⁴³⁾

周知하는 바와 같이 財産權은 社會性 公共性的 理念에 근거하여 制限할 수 있으나 私有財産權은 憲法上으로 保障되어 있으며 그 內容과 限界는 法律로써 定하도록 되어 있기 때문에 土地所有權의 利用을 制限 乃至 規制하는 경우에 公共的 要請과 私權의 保護라고 하는 法理論的인 問題가 提起된다. 土地所有權의 利用 制限과 私權의 保護와의 關係에 關하여 考究하여야 할 問題點은 많으나 여기서는 主로 土地利用規制에 대한 補償問題에 關하여 小見을 제시하여 보기로 한다.

1) 補償의 要否 · 우리 憲法 제20조 3항은 「公共必要에 의한 財産權의 收用, 使用 또는 制限 및 그 補償의 基準과 方法은 法律로써 定한다」고 規定함으로써 土地利用制限과 같은 財産權의 制限에 대한 補償의 要否와 그 基準과 方法등을 個別的인 實定法에 留保하고 있다. 그런데 우리나라의 國土利用管理法이나 都市計劃法 등에서 規定하고 있는 用途地域, 用途地區에서의 行爲制限에 關하여는 補償에 關한 아무런 規定을 두고 있지 않다. 그러나 山林法에 의한 保安林內에서의 行爲制限에 대해서는 補償에 關한 規定을 두고 있어서(同法 제25조) 同一性質의 規制에 關하여 立法上의 統一性이 缺如되어 있기 때문에 補償의 要否에 關한 理論的 定立이 要請된다.

補償의 要否에 關하여 從來의 行政法에 있어서는 財産權의 侵害 乃至 制限이 財産權 自体의 內在的 制約의 限度를 넘어서 이른바 「特別한 犧牲」(Sonder Opfer)에 해당될 때에는 損失補償은 當然히 相伴되는 것으로 볼 것이며 이러한 경우 補償規定을 두지 아니한 法律은 違憲이 될 것이며 被害者는 違憲을 理由로 行政法上의 損害賠償을 請求할 수 있는 것으로 解釋하는

42) 佛蘭西의 公的土地取得法制에서는 私인에게 再讓渡를 目的으로 하는 用地에 대해서도 收用 또는 先買權을 行使할 수 있도록 되어 있다. 獨逸에서는 地方自治團體가 收用 先買權의 行使 또는 土地所有者的 買收請求에 의하여 取得한 土地를 그 取得目的이 實現될과 同時에 私인에게 再讓渡하지 않으면 안되도록 되어 있다.(聯邦建築法 29조 89조 都市建設促進法 25조 59조 참조).

43) 이 問題에 關하여는 徐元宇, “計劃制限과 私權保護” 法學 17卷 1號, 서울大學校 法學研究所 發行 參照.

것이 支配的인 見解이다.⁴⁴⁾

그리고 特別한 犧牲이 없고 財產權의 社會性 公共性에 따르는 財產權自体에 內在하는 社會的 制約 즉 用途地域, 用途地區의 實施등의 計劃制限에 대하여는 補償이 없다는 것이 公法의 一般理論이며 外國에서도 이와 같은 理論이 實定法에 明文化하고 있는 것이다.⁴⁵⁾

그런데 우리 國內學者들은 特別犧牲說⁴⁶⁾을 取하고 있으며 어떠한 損失을 特別한 犧牲으로 볼 것인가에 대해서는 大體로 形式說과 實質說의 折衷說⁴⁷⁾을 取하고 있는 것 같으나 補償을 要하는 損失로서의 特別한 犧牲과 要치 않은 特別한 犧牲의 限界가 從來의 形式說만 가지고는 不分明하다는 批判을 免할 수 없다.

그래서 最近에는 目的背反說과 私的 効用說이 紹介되고 있다.⁴⁸⁾

目的背反說은 「財產權을 侵害하는 行爲가 從來의 認定되었던 것과는 다른 目的을 위해 利用되는 行爲인가 아닌가」에 따라서 補償을 要하는 侵害인가 補償을 要치 않은 侵害인가를 區別하고 있다.⁴⁹⁾

私的 効用說은 財產權의 박탈 또는 制限이 그 財產權의 本來의 效用發揮을 妨害하는 것과 같은 侵害에 대해서는 財產權者에게 이를 受忍할 만한 理由가 없는 以上 당연히 補償을 要하는 것이라고 해석하는 것이며, 그 程度에 이르지 않은 財產의 規制에 대하여는 그 財產의 存在가 社會共同生活上 調和를 維持하기 위해서 必要하다고 認定되는 경우에는 財產權에 內在하는 社會的 拘束의 表示로서 補償을 要치 않은 것으로 해석하는 것이며(例, 建築法에 의한 建築物의 制限), 其他 特定の 公共目的을 위해서, 당해 財產權의 本來의 社會的 效用과는 關係없이 偶然히 주게되는 制限인 경우에는(例, 重要文化財의 環境保全 때문에 特定土地에 대하여 開發制限을 하는 경우) 補償이 必要하다고 보는 것이다.

따라서 補償을 要치 않은 財產權의 社會的 拘束과 補償을 要하는 財產權侵害의 區別은 行爲의 外形을 가지고 區別할 수 없는 것이며, 財產權保障의 目的에 의해서 前記한 基準에 의하여 區別할 수 밖에 없다고 한다.⁵⁰⁾

44) 金道稔博士는 特別, 偶然한 財產權侵害를 規定하면서 補償規定을 두지 아니한 法律이 違憲임을 認定하면서 이에 대한 行政上의 損害賠償 以外에 당해 侵害行爲의 無效確認까지도 請求할 수 있는 것으로 說明하고 있다.(金道稔, 前掲書(上), pp. 402-493).

45) 金伊烈, 增補改訂 土地公法, 建設研究社 1977, p. 400 註⑤ 參照.

46) 金道稔 前掲書(上), p. 403; 尹世昌, 行政法(上), 博英社 1975, p. 304; 李尙圭, 新行政法論(上), 法文社 1976, p. 360.

47) 金道稔, 前掲書(上), p. 404; 尹世昌, 前掲書(上), p. 304; 李尙圭, 前掲書(上), p. 361.

48) 金南, 行政法, 華學社 1974, pp. 232-233.

49) 松島淳吉, “新都市計劃法と 損失補償の問題” *ジュリスト* 403號; 1968, 8, 1, p. 320.
金伊烈, 前掲論文, pp. 96-97.

50) 金伊烈, 前掲論文, p. 97; 今村成和, “損失補償” 行政法講座 第3卷, 有斐閣 1965, p. 360.

然컨데 目的背反說이나 私的 効用說은 目的과 効用을 가지고 說明하고 있는 점이 다를 뿐 기능離脫이나 効用妨害를 補償의 要因으로 하고 있다는 點에서 그 本質의 內容은 同一한 것으로 理解할 수 있으며 補償의 要否를 判斷하는 기준으로서는 다른 學說에 比하여 그 內容이 明白하다 할 수 있다.⁵¹⁾

생각컨대 土地所有權의 利用制限인 地域, 地區制에 있어서의 補償의 要否는 그 地域 地區에 土地所有權을 가지고 있는 者가 社會公共의 利益을 爲하여 社會共同生活上 不得已 制約을 받아야 할 경우에는 當然히 그것을 受忍하여야 할 義務가 있는 것이며 따라서 補償을 要치 않은 것으로 보며 受忍義務의 限界를 넘어서 効用發揮를 妨害할 程度 以上으로 制限을 加할 경우에는 補償을 要한다고 보는 것이 妥當하다. 이러한 點에서 目的背反說이나 私的 効用說이 妥當하다고 생각된다.

3) 補償의 基準·補償의 規定이 定立되어 있는 경우에도 補償이 거의 行해지지 않고 있는 實情이므로 補償規定의 實効性을 期하기 爲하여서는 補償의 要否를 論하는 것에 끝이지 말고 土地利用制限에 있어서의 補償의 意義를 明白히 하고 客觀的인 補償基準 即, 被補償者의 範圍, 補償의 原因이 되는 侵害行爲의 態樣, 補償額의 算定基準, 補償金의 支拂時期, 支拂方法 등에 關하여 具體的인 法規定이 定立되어야 할 것이다.

그러나 土地收用의 경우와는 달라서 地域, 地區制에 依한 土地利用制限의 경우 그 損失을 金錢的으로 評價한다는 것은 대단히 困難한 경우가 많을 것이므로 私權保護를 爲하여 補償 以外에 代替地의 給付, 租稅減免, 買收請求權制度⁵²⁾의 採擇등 金錢補償 以外의 生活補償을 爲한 立法措置가 강구되어야 할 것이다.

改正國土利用管理法(제21條의15 제1항)에서는 土地등의 去來契約, 許可申請을 한 者가 不許可의 處分을 받은 경우에는 道知事에 대하여 當該土地등의 買收를 請求할 수 있도록 規定하고 있는데 이것은 私權保護를 爲한 規定으로서 妥當한 立法이라고 생각된다.

V 結 言

土地所有權은 그 特殊性으로 말미암아 다른 財産權과는 달리 社會的 法的 制約을 받아야 한다는 것이 오늘날 一般的인 原則이 되어 있으며 우리 憲法에 있어서도 土地에 대하여는 特別規定을 두어 嚴格한 法的 規制를 加할 수 있는 根據를 마련하고 있다. 反面에 土地所有權은

51) 金伊烈, 前掲論文, pp. 97-98 참조.

52) 우리나라 都市計劃法 第54條, 改正國土利用管法 제21조의15 제1항, 日本國土利用計劃法 第19條 등 참조

憲法이 保障하고 있는 國民의 財產權이므로 이를 尊重하지 않으면 안된다. 여기서 土地所有權의 制限과 私權保護에 關聯되는 몇가지 意見을 提示하면서 끝을 맺을까 한다.

첫째 土地所有權을 制限하는 경우에 그 基準이 되는 것은 무엇이냐는 데 대한 理論的 設定이 있어야 할 것이다. 그런데 이 問題는 憲法學, 行政法學, 民法學에 關聯되는 것이므로 共同 研究에 依한 綜合的인 아프로취가 이루어져야 할 것이다.

둘째 土地는 人間生活에 있어서 必要不可缺한 物質의 기반이 되는 것이므로 어느 特殊層에 依한 買占이나 投機의 對象이 되어서는 안되며 모든 國民이 生活을 營爲하는 데 必要한 最少限의 土地를 所有 할 수 있도록 하는 方向으로의 土地再分配를 爲한 立法措置가 講究되어야 할 것이다.

셋째 土地所有權에 대한 制限은 對象土地의 實態的인 狀況에 따라 程度를 달리하여야 한다. 卽, 市民法的, 資本財로서의 土地나 投機의 目的으로 所有하고 있는 土地에 대하여는 보다 더 嚴格하게 規制를 加해야 할 것이며 社會法的 生存權的인 土地所有權에 대하여는 私權을 最大限으로 尊重하여 公共에 必要한 最少限度에 끝나야 할 것이다.

넷째 土地所有權의 制限으로 因하여 私權을 侵害當하는 者에 대한 正當한 補償을 할 수 있도록 補償關係法의 再整備가 要請된다. 現行土地規制 關係法에서는 補償의 要否에 關한 統一的인 基準이 있으며 補償額에 있어서도 一般去來 價格보다 훨씬 未達되게 補償하고 있는 實情이므로 憲法의 私有財產權保障의 精神에 立却한 客觀的이며 合理的인 補償關係法의 整備가 이루어져야 한다.

다섯째 土地의 收用이나 制限으로 因하여 生活기반을 상실한 者에 대한 社會政策的 生活保障措置가 制度的으로 마련되어야 한다.

이밖에 私權保護와 關聯하여 한 가지 더 追言하고 싶은 것은 土地所有權의 規制로 因하여 權利를 侵害당했을 경우에 簡便하고 신속하게 權利를 救濟받을 수 있도록 行政上, 司法上의 審査制度의 確立이 要請된다.

— Summary —

A Study on Restriction of Landownership

Kim Doo-hee

We should recognize the necessity to restrict landownership for public purposes. But landownership is the right of private property protected by the Constitution.

Therefore, we can not help raising the legal problems about the protection of private property in restricting landownership.

This study aims to discuss the problem of restriction of landownership with respect to the protection of private right and the following contents:

1. Introduction.
2. The conception of modern landownership and its changes.
3. The aspects of restriction of landownership.
 - (1) The restriction by private law.
 - (2) The restriction by public law.
4. The restriction of landownership and protection of private rights.
 - (1) The base and limitation of restriction of landownership.
 - (2) The expropriation of land and compensation.
 - (3) The restriction of land utilization and compensation.
5. Conclusion.