

민법적 측면에서 토지공개념과 재산권의 관계*

배 성 호**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 토지공개념의 등장과 전개
- III. 민법적 측면에서 토지공개념과 재산권의 관계 : 소유권의 개념과 그 제한을 중심으로
- IV. 결론

I. 서론

근래 토지공개념이라는 단어가 새삼 화두가 되고 있다. 토지공개념이란, 토지는 사유재인 동시에 공공재적 성격을 갖고 있으므로 그 이용을 공공복리에 적합하도록 토지재산권에 대한 정부의 규제가 불가피하다는 것을 의미한다. 즉 토지에 대한 사적 소유권을 인정하면서도, 토지가 갖고 있는 공공적 목적을 전제로, 토지의 사용에 대한 정치적, 제도적 보완을 목적으로 일정한 제한을 둔다는 개념이다.¹⁾ 이와 같이 토지공개념은 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 토지의 소유와 이용은 적절히 제한할 수 있다²⁾는 것이다.

사실 우리 나라에서 토지공개념은 새로운 개념은 아니다. 현재 재건축과 관련하여 초과이익환수제, 다주택자 양도세 중과, 부동산 보유세 인상 등이 논란이 되고 있는데, 이것과 그 맥이 닿아 있다.

* 본 연구는 2019학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 토지공개념연구위원회, 「토지공개념연구위원회 연구보고서」, 1989, 5면, 27면.

2) 헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 결정.

우리 나라에서는 일찍이 1950년 시행된 「농지개혁법」에 토지공개념 개념이 반영되어, 농사를 짓지 않는 자의 소유를 제한한 바 있으며, 이후 1976년에는 ‘토지공개념’ 용어가 정책에서 논의되기 시작했고, 1987년 개정 헌법에 이에 대한 근거가 포함되었다. 88올림픽 등을 거치면서 사회적 부의 증대로 인하여 서울 등 수도권에서 토지 및 아파트 가격의 상승으로 인한 부동산 투기 열풍이 불었고, 이로 인해 야기되는 사회적 부의 편중, 사회적 불평등의 심화 등의 문제에 대응하고자 1987년 개정 헌법을 바탕으로 1989년 소위 토지공개념 3법, 즉 「토지초과이득세법」, 「택지소유상한에 관한 법률」 그리고 「개발이익 환수에 관한 법률」 등이 제정되었다.

2018년 3월 대통령에 의해 제안된 헌법 개정안에는 토지투기 규제법률의 제정을 위한 헌법적 근거를 마련하기 위하여 토지공개념을 강화하려는 내용이 반영되어 있다. 경제적, 사회적 불평등 해소를 위해 필요한 경우 특별한 제한을 하거나 의무를 부과하겠다는 내용을 헌법에 명확하게 반영하겠다는 것인데 재산권 침해와 관련하여 논란이 되고 있다.

토지공개념에 의한 재산권 침해 문제는 민법상 소유권의 제한, 더 나아가 소유권의 침해 문제와 깊은 관련이 있다. 따라서 본 연구에서는 토지공개념과 재산권의 관계를, 특히 민법의 견지에서 소유권의 개념과 소유권의 제한을 중심으로 그 의미를 되새겨 보고자 한다.

아래에서는 먼저 우리나라에서 토지공개념의 도입배경 및 전개된 양상을 살핀다(Ⅱ). 다음으로 헌법 제23조 재산권 보장 조항 및 토지공개념 논의와 관련하여 민법에서 가장 밀접한 관련을 갖는 민법 제211조의 성립에 관한 제안이유와 그 사상적 배경 등의 고찰을 통하여 소유권의 개념 및 그 제한의 관계 등에 관하여 살펴봄으로써(Ⅲ), 토지공개념과 재산권의 관계에 관하여 궁구해 보고자 한다.

Ⅱ. 토지공개념의 등장과 전개

1. 토지의 공공성 개념의 연원

토지공개념에 대한 근대적 논의는 미국의 경제학자 헨리 조지(Henry

George: 1839-1897)의 저서 「진보와 빈곤(Progress and Poverty)」(1879)에서 비롯되었다고 한다. 헨리 조지는 토지소유로 인한 불로소득의 사회환수를 주장한다.

헨리조지는 부가 증가하는 데도 빈곤이 심화되고, 생산력이 커지는데도 임금이 억제되는 이유는 모든 부의 근원이자 모든 노동의 터전인 토지가 독점되어 있어 지대의 증대로 인하여 임금과 이윤을 잠식하기 때문에 이러한 현대 문명에서 명백히 나타나고 있는 부정의하고 불평등한 부의 분배에 대한 해결책은 토지를 공동소유 해야 한다고 하면서, 토지공유제를 실현하기 위하여 토지를 독점적으로 소유하는 지주들에게서 토지의 이용대가인 지대(rent)를 조세로 징수하는 지대조세제(land value tax)³⁾⁴⁾를 주장한다.⁵⁾

그리고 토지의 사유에 대하여 공공적 목적에서 벗어나는 이익을 세금으로 징수하도록 하여 사실상 토지가 공공적 개념에 의해 사용되도록 해야 한다고 하면서, 지대를 징수하여 공공경비에 충당함으로써 토지가 가져오는 사회적인 부를 전체 사회에 유용하게 사용할 수 있고, 그 대신 토지가치 이외의 대상에 대

3) 헨리조지·김윤상 옮김, 「진보와 빈곤」, 비봉출판사, 2016, 334-335면, 410면.

4) 헨리조지는 소유권의 근거를 인간의 자기 자신에 대한, 자기 힘의 사용에 대한, 그리고 자기 노력의 결실을 향유할 수 있는 것에서 찾는다. 인간의 노력에 의해 생산된 모든 것에는 이를 배타적으로 보유하고 향유할 수 있는 명백하고 다룰 수 없는 권원이 발생한다. 이러한 권원은 자연법상의 권리를 가진 원래의 생산자에서 유래된 것이므로 정의와 완전히 합치된다고 하면서, 어떠한 소유에 대한 모든 정당한 권원도 모두 생산자의 권원과 인간의 자기 자신에 대한 자연권에서 도출된 것이라고 한다. 이것이 헨리 조지의 토지공유제와 지대조세제의 사상적 배경이라고 할 수 있다.(위의 책, 340-341면; 헨리조지·김윤상 옮김, 「간추린 진보와 빈곤」, 경북대학교출판부, 2012, 158-159면.) 이러한 헨리조지의 사상은 자연법이론의 영향을 받은 로크(John Locke)와 밀(John Stuart Mill)의 사상과 관련된다. 로크는 “각자가 보유할 수 있는 토지면적은 자기 직접 경작하고 개량할 수 있는 노동의 의하여 결정된다”고 하였고(John Locke: Thomas Hollis ed., Two Treatises of Government, Book II, §45, Liberty Fund, Inc, 1689), 밀은 지주의 소득은 불로소득이므로 국가가 그러한 불로소득의 일부를 환수하더라도 사유재산원리에 위배되지 않는다고 하면서, 지주는 “어떤 노동, 위험부담, 노력도 없이 잠자고 일어나면 점차 불로소득을 얻기 때문에 지대의 상승분에 대해서는 특별세금으로 환수해야 한다”고 하였다(John Stuart Mill, Principles of Political Economy BookII, pp182-185).

5) 헨리 조지는 노동을 투입하여 부를 생산하기 위하여 토지가 반드시 필요하기 때문에 노동에 필요한 토지를 장악하면 노동의 열매 중에서 노동자의 생존에 소요되는 부분을 제외한 나머지를 전부 장악하게 되고, 부의 분배가 불평등한 큰 원인은 토지소유의 불평등이라고 한다. 토지소유는 인간의 사회적·정치적 상황 그리고 그 결과로 나타나는 지적·도덕적 상황을 궁극적으로 결정하는 기본이 되는 요인이며, 어느 시대, 어느 나라, 어느 민족을 막론하고 토지소유는 귀족층의 근거이자 거대한 재산의 기초이며 권력의 원천이라고 한다. 헨리조지·김윤상 옮김, 앞의 「간추린 진보와 빈곤」, 119-120면.

한 모든 조세를 철폐하자(To abolish all taxation save that upon land values)고 하면서 토지단일세를 주장한다.⁶⁾ 이를 통하여 토지소유가 누구의 명의로 되어 있건 토지소유량이 얼마 되건 간에 토지는 실질적으로 공동재산이 되며 사회의 모든 구성원이 토지소유의 이익을 공유할 수 있고 생산성의 향상을 가져올 수 있다고 한다.⁷⁾⁸⁾

헨리조지의 토지개혁 사상의 영향을 받아, 중국의 孫文(1866-1925)은 평균지권사상을 주장하였다. 손문의 평균지권 사상은 사회정의의 토지부분에서의 실현을 위한 불로소득인 개발이익의 사회환수와 사회환원을 그 내용으로 한다.⁹⁾

평균지권 사상의 성립의 역사적 배경은, 산업혁명 후에 토지가치의 증대는 토지소유자의 노력에 의하지 아니하고 사회발전에 따라서 발생하는 부분이 적지 않음에도 불구하고, 토지소유권의 절대성에 의하여 토지소유자가 자기의 노력이나 투자에 의하지 아니하고서 사회발전에 의하여 발생하는 토지증가분까지도 토지소유자가 독점적으로 사유함으로써 인본주의적 사회문제의 해결을 위하여 주장된 토지사상이었다.¹⁰⁾

6) 헨리조지가 토지에 대한 지대 이외의 모든 조세를 철폐하자는 이유는 현대 정부가 수입을 얻기 위해 부과하는 대부분의 조세는 정도의 차이는 있으나 모두 생산 역제의 효과가 있기 때문에 절대로 부과해서는 안 되며 토지는 독점적이기 때문에 토지에만 세금을 부과해야만 한다고 하였다. 그러면서 문명국가에서 반복적으로 발생하는 산업불황의 근본 원인은 물론 다른 원인도 있지만 주원인은 토지 가치의 투기적 상승으로 인해 노동과 자본의 소득이 깎이고 생산이 제약된다. 토지 투기가 반복적 산업 불황의 주원인으로 토지 가치의 투기적 상승이 경작 내지 생산의 한계를 그 정상적인 범위 밖으로 밀어 내는 경향이 있으며 이 때 노동과 자본은 더 적은 대가로 만족하거나 생산을 중단할 수밖에 없다. 인구가 증가하고 기술이 아무리 발달해도 토지 가치는 미래에도 계속해서 상승할 것으로 기대되며 이 때 토지 가치는 현재의 생산조건 하에서 노동과 자본에 대한 통상의 대가를 지불할 수 없을 정도로 상승하고 이러한 원인으로 생산중단이 시작되고 불황이 시작된다는 것이다. 헨리조지·김윤상 옮김, 앞의 「진보와 빈곤」, 410면; 임용진·이창석, “다산 정약용과 Henry Georgy의 토지사상에 관한 비교 연구”, 『부동산학보』 55호, 한국부동산학회, 2013, 80-81면.

7) 헨리조지·김윤상 옮김, 앞의 「진보와 빈곤」, 410면 ; 헨리조지·김윤상 옮김, 앞의 「간추린 진보와 빈곤」, 134-135면.

8) 헨리조지의 「진보와 빈곤」을 번역한 김상운 교수는 헨리조지의 토지사상을 地公主義라고 명명하면서, 지공주의의 토지원리 중 토지소유로 인한 특별이익을 환수한다는 조건을 충족시키기 위한 이상적인 수단은 지대세이지만, 토지소유가 정착된 현실에서는 지대이자차액세, 일명 ‘국토보유세’를 도입하는 것이 좋다고 한다. 앞의 「간추린 진보와 빈곤」, 229-230면.

9) 김상용, “평균지권 사상의 헌법에의 반영-토지공개념의 헌법에의 규정 의견과 관련하여-”, 『한국토지법학회 2018년 춘계학술대회 자료집』, 한국토지법학회, 2018, 5면.

이러한 평균지권 사상은 토지에서의 개발이익의 사회환수를 내용으로 하는 토지사상으로 정립되어 주장되었고, 1919년 바이마르 헌법에 반영되었다. 바이마르 헌법 제153조 제1항에서는 토지소유권은 보장되지만, 제155조 제3항에서는 불로소득적인 토지증가부분은 사회로 환수한다는 내용으로 규정되었다.¹¹⁾

2. 우리 나라에서 토지공개념의 등장과 전개

우리 나라에서 토지공개념은 1950년 시행된 「농지개혁법」이 그 효시라고 할 수 있다. 가구당 보유할 수 있는 농지의 규모를 제한하여, 소수의 지주가 다량의 농지를 소유하고 소작농에게 이를 소작하도록 한 후 과다한 소작료를 받아 실제 농민들이 빈곤을 벗어나지 못하는 상황을 개혁하기 위한 목적이었다. 이 법은 1996년 「농지법」이 대체 법안으로 제정되면서 폐지되었다. 하지만 농지법에도 토지공개념이 반영되어 있어, 토지의 목적에 따른 권리 행사의 제한이 필요함을 밝히고 있다.¹²⁾

이후 '토지공개념'이라는 용어가 본격적으로 거론되기 시작한 것은 1976년 당시 건설부(지금의 국토교통부)장관이 "토지를 절대적 사유물로 인정하기 어려운 우리나라의 실정에 비추어볼 때 토지공개념의 도입이 필요하다"라고 발표하면서였다.¹³⁾ 당시 부동산 시장의 과열로 이에 대한 대책의 도입을 설명하는 가운데 나온 말이다.

정부는 부동산 투기 근절을 목적으로 개인의 토지 소유·개발·이용·처분 등에 대해 법적인 제한을 가할 수 있는 토지공개념의 입법화를 추진했다. 1978년 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 토지거래허가제 및 신고제가 도입되었다. 1987년 개정된 헌법 제23조 제2항,¹⁴⁾¹⁵⁾ 제3항¹⁶⁾ 및 제121조,¹⁷⁾ 제122조¹⁸⁾

10) 위의 논문, 5면.

11) 위의 논문, 5-6면.

12) 농지법 제3조(농지에 관한 기본 이념) ① 농지는 국민에게 식량을 공급하고 국토 환경을 보전하는 데에 필요한 기반이며 농업과 국민경제의 조화로운 발전에 영향을 미치는 한정된 귀중한 자원이므로 소중히 보전되어야 하고 공공복리에 적합하게 관리되어야 하며, 농지에 관한 권리의 행사에는 필요한 제한과 의무가 따른다. ② 농지는 농업 생산성을 높이는 방향으로 소유·이용되어야 하며, 투기의 대상이 되어서는 아니 된다.

13) 윤철홍, "토지공개념의 사법적 고찰", 「한국 민사법학의 현대적 전개」, 배경숙교수 화갑기념논문집, 박영사, 1991, 490면.

등은 토지공개념이 반영된 조항이라고 할 수 있다.

1988년에는 정부가 급격히 상승하는 부동산 가격에 대한 부동산 종합대책을 발표하면서 토지공개념을 바탕으로 하여 토지제도를 근본적으로 개혁하기로 하고 국토개발연구원에 토지공개념연구위원회를 설치하여 토지공개념의 도입방안을 검토하도록 했다.

당시 정부는 토지공개념 도입이 불가피하다고 판단한 근거를 다음과 같이 들고 있다.¹⁴⁾ ① 토지공급의 제한: 도시화, 산업화로 토지수요가 급증하는 데 비해 토지공급이 제한되어 주택 등 건축가능한 1인당 평균대지가 점차 줄어들고 있다는 점, ② 지가승수와 토지투기: 지가가 지나치게 상승하여 이로 인한 소득 불균형이 심화되고 공공사업비가 증가하며 물가불안도 커진다는 점, ③ 개발이익의 사유화: 토지개발에 따른 지가의 급격한 상승으로 개발이익이 발생하는데, 이것이 토지소유주 개인의 사익으로 변질되고 있다는 점, ④ 토지소유의 편중: 토지소유자 중 상위계층 5%가 전국사유지의 65.2%를 소유하고, 상위계층 5%가 토지소유분포의 59.8%, 사유임야의 84.1%를 소유함으로써 소수에 집중되어 있는 점이였다.

이에 따라 1989년 4월 토지공개념 연구위원회 주최로 '토지공개념 확대도입을 위한 국민토론회'가 개최되었으며, 그 결과 토지공개념의 핵심이 되는 3개 법안인 「토지초과이득세법」, 「택지소유상한에 관한 법률」, 「개발이익 환수에 관한 법률」이 1989년 정기국회에서 통과되었다. 이를 통하여 토지초과이득세, 택

14) 헌법 제23조 ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

15) 재산권은 개인의 생존과 생활에 필수적인 재산이면서 아울러 공동체의 존립과 유지에도 큰 의미를 가진다. 재산권의 사회적 구속성은 이러한 재산권의 특징을 표현하고 있다. 김광수, “헌법 개정과 토지공개념”, 「토지법학」 제34권 제1호, 한국토지법학회, 2018, 48면.

16) 헌법 제23조 ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

17) 헌법 제121조 ① 국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다. ② 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.

18) 헌법 제122조 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.

19) 토지공개념연구위원회, 앞의 책, 1-4면, 6-9면.

시소유상한제, 개발이익부담금 3가지가 도입되어, 지가의 급등에 따른 토지자본의 불로소득의 환수와 토지시장의 거래행위를 규제하고자 하였다.²⁰⁾²¹⁾ 그리고 토지관련 제반 조세와 부담금의 산정기준을 위하여 「지가공시및토지등의평가에 관한법률」이 제정되었다.²²⁾

토지가 사유재인 동시에 공공적인 특성을 가지므로 공익을 우선으로 하여 토지소유를 제한하여 토지소유를 적정화하고, 토지거래를 규제하여 실수요자의 토지소유를 지원하고, 개발이익을 불로소득으로 환수하고, 기업의 과다토지 보유를 억제하여 토지이용의 효율성을 높이고자 하는 것이 토지공개념 도입의 취지였다.²³⁾ 즉 토지공개념은 자유시장경제 하에서 토지의 효율성을 증대하고 사회계층 간의 불평등 요인을 해소하는 것이 목표이었다.²⁴⁾

-
- 20) 이후 토지공개념 3법은 헌법재판소의 위헌 혹은 헌법불합치 판결에 의하여 택지소유상한에 관한 법률(헌재 1999.4.29. 94헌바35: 동 법률은 1가구가 200평 이상의 토지를 보유하면 초과소유 부담금을 물게 해 개인의 토지 보유를 제한하는 제도로 위헌 판결을 받았다.)은 1998년 9월, 토지초과이득세법(헌재 1994.7.29. 92헌바49,52(병합): 동 법률은 개인의 유휴토지나 법인의 비업무용토지의 가격 상승에 따른 초과이득에 세금을 매기는 제도로 헌법재판소의 헌법불합치 결정을 받고 폐지되었다.)은 1998년 12월 폐지되었으며, 개발부담금(토지초과이득세법은 토지로부터 발생하는 개발이익을 환수하여 적정하게 배분함을 목적으로 하는 제도로, 납부의무자의 재산권 제약과 위입입법의 한계를 일탈하였다는 점에서 위헌판결을 받았다.: 헌재 1998.6.25. 95헌바35)은 1999년까지 면제되는 등으로 인하여 제대로 기능을 다하지 못하였다.
- 21) 이에 대하여 1990년 초반 도입된 토지공개념의 입법조치들은 정치적 결정을 합리화할 뿐, 헌법적 쟁점에 대해 검토가 미진했던 까닭으로 당시 헌법불합치 결정으로 막을 내렸고, 불명확한 토지공개념은 논자의 입장에 따라 자유민주주의와 시장경제를 위협하는 사유재산에 대한 사회주의적 사회화에 해당함으로써 위헌이라고 하거나 사회국가적 공적 제한이므로 합헌이라고 주장한다고 하는 견해도 있다(정영화, “토지공개념의 헌법적 쟁점과 전망”, 『한국토지법학회 2018년 춘계학술대회 자료집』, 한국토지법학회, 2018, 15면).
- 22) 토지공개념 이론은 재산권의 사회적 구속성 내지 공공복리적합의무라는 재산권에 관한 헌법상의 일반이론에 대하여 토지의 특수성을 강조하기 위한 이론이다. 토지공개념 이론은 전통적인 재산권 일반에 대한 국가적 규제와 조장보다 훨씬 더 강력한 규제와 제한을 가할 수 있다는 논리적 기초를 제공해 준 것임에 틀림없다. 성낙인, “재산권보장과 토지공개념 실천법제”, 『행정법연구』 제18호, 행정법이론 실무학회, 2007, 508면.
- 23) 토지자산은 시장의 수요와 공급의 경제적 요인에 의하여 지가 폭등의 폐해를 유발하는 등 국민경제에 중대한 영향을 미치고 있다. 경기의 흐름에 따라 주기적으로 나타난 토지투기는 토지소유권의 편중과 개발이익의 사유화로 인하여 빈부의 격차가 심화되고, 지가 상승에 따른 물가와 임금 상승으로 인플레이션을 초래하여 경제적 불안정이 가중된다. 사실 1990년대 초반 토지공개념은 토지 및 부동산 시장안정을 꾀하여 심각한 부동산 투기로 인한 정치사회적 불안정을 해소하기 위한 목적에서 관련 입법조치를 마련하였다. 토지공개념의 가장 핵심 정책은 지가의 급등에 따른 토지자본의 불로소득을 환수하는 것이었다. 정영화, 앞의 논문, 15면, 25-26면.
- 24) 토지공개념연구위원회, 앞의 책, 47-48면.

2018년 3월 대통령이 발의한 헌법 개정안 제128조 제2항에는 “국가는 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에만 법률로써 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다.”고 하여 토지공개념의 내용이 강하게 반영되어 있다.²⁵⁾ 그 제안이유는 토지공개념은 해석상 인정되어 있으나, 개발이익환수 등 토지공개념과 관련된 정책에 대해 끊임없이 논란이 있어 왔고, 사회적 불평등 심화 문제를 해소하기 위해 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에만 법률로써 특별한 제한이나 의무를 부과할 수 있도록 토지공개념의 내용을 명시한다고 한다.

3. 토지공개념의 내용

앞서 언급한 바와 같이 토지공개념이라는 용어가 우리 나라에서 처음으로 사용된 것은 1976년 건설부 장관 발언이후 1978년 8·8조치가 그 시초가 되었으며, 이것이 하나의 제도로 체계화된 것은 토지공개념위원회가 구성되고 연구보고서를 통해 법안의 기초가 마련되면서부터이다.

토지공개념위원회 보고서에 의하면, 토지정책의 목표는 토지자원의 효율적 이용촉진, 다양한 토지수요에 대한 원활한 공급과 이를 통한 지가의 안정, 토지보유의 저변확대로 모아진다.²⁶⁾ 그런데 토지자원의 효율적 이용촉진이란 부족한 토지자원의 제약성을 극복하기 위해 토지 이용의 효율화와 이에 따른 관리를 철저히 한다는 것이며 토지보유의 저변확대는 사회정책적 차원에서 개인간, 계층간 왜곡된 부와 소득의 분배를 수정하는 기능도 포함해야 한다는 것이다.²⁷⁾

그리고 국가가 치중하는 토지정책의 기본 측면은 토지수요와 공급을 통한 지가의 안정이라 할 수 있는데, 지금까지의 정책이 공급일변도로 토지이용의 생산성을 극대화하는데 치중했다고 평가하면서 토지에 대한 불필요한 가수요를 없애는 등 수요측면의 조절을 강조하고 있다. 또한 토지의 특수한 성격 때문에 토지자원의 사회적 최적배분이 어렵다고 보고, 이러한 시장의 실패가 토지시장

25) 헌법개정안 제128조 ① 국가는 국민 모두의 생산과 생활의 바탕이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률로 정하는 바에 따라 필요한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다. ② 국가는 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에만 법률로써 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다.

26) 토지공개념연구위원회, 앞의 책, 25-26면.

27) 위의 책, 25-26면.

에 대한 공공개입의 당위성을 제공한다고 파악한다.²⁸⁾

이러한 토지정책에 대한 인식에 기초하여 토지공개념의 실시 방향도 토지에 대한 사유재산제를 근간으로 하되, 토지이용규제, 토지세, 제한적 수용 등을 통한 시장기구의 원활한 기능 활성화에 두어진다. 따라서 공익확보라는 전제 아래 토지소유자와 잠재적 토지소유자, 곧 공급자의 수요자의 권리에 대한 부분적 제한 및 이와 같은 시장개입과 권리제한을 정당한 것으로 수용하는 사회적 합의 내지 가치관을 토지공개념이라 규정²⁹⁾하고 있다.³⁰⁾ 여기에서 헌법재판소 결정을 참고하면 “모든 사람들에게 인간으로서의 생존권을 보장해 주기 위하여서는 토지소유권은 이제 더 이상 절대적인 것일 수가 없었고 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변화되었으며, 토지소유권은 신성불가침의 것이 아니고 실정법상의 여러 의무와 제약을 감내하지 않으면 안되는 것으로 되었으니 이것이 이른바, “토지공개념(土地公概念) 이론”인 것이다.”³¹⁾라고 한다.³²⁾

28) 위의 책, 26-28면.

29) 위의 책, 27면.

30) 토지공개념을 이해하기 위해서는 개량주의적 토지사상을 살펴볼 필요가 있다. 토지공개념은 한국적 토지상황에서의 개량주의적 토지사상의 표현이라고 할 수 있다. 토지공개념은 토지는 단순한 상품이 아니라 인간이 생활과 생산을 위한 불가결의 기반이기 때문에 그 토지가 지니는 적성이나 기능 혹은 지역에 따라 공공복리를 위해서 가장 값지게, 그리고 가장 효율적으로 이용하지 않으면 안 되며, 이를 위하여 적절한 규제가 가해지지 않으면 안 된다는 것을 의미하는 토지철학이다. 개량주의적 토지사상은 토지를 상품으로서의 성질과 함께 자원으로서의 성질도 함께 갖고 있는 것으로 파악하고, 토지에 대한 사유를 인정하되 불노소득적 증가분은 토지소유자의 것이 아니라 사회전체의 것으로 파악하여 이것의 사회환수를 주장하며, 토지의 자유로운 거래를 보장하지만 투기적인 비정상적인 거래에 대해서는 국가가 규제를 가하며, 토지소유권이 갖는 사용·수익·처분에 대해서는 국가가 규제를 가하여 토지소유자에게 적정한 수익과 정상적인 거래는 철저히 보장하고 투기적·자산증식적 소유와 거래에 대해서는 엄격한 규제를 가하여 토지자원의 공평한 배분과 토지이용의 효율성 제고, 토지거래의 정상화를 이룩하고자 하는 것이다. 개량주의적 토지사상은 사유재산제를 바탕으로 하면서 사유재산제가 갖는 문제점을 국가의 조정과 규제를 통해서 시정하여 토지자원배분의 형평성과 토지이용의 효율성과 토지거래의 정상화를 집진적으로 이룩하여 이상적인 토지질서를 이룩하자는 토지사상이다. 박윤직 집필대표, 『민법주해 V』 물권(2), 박영사, 2007, 148-150면(김상용 집필부분) 참조.

31) 헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 결정.

32) 이와 관련하여 “토지에 관하여 사개념이 있고 공개념이 있다는 이론은 부적절하다고 생각된다. 따라서 토지공개념이라는 슬로건도 그 용어가 적절치 못하다고 생각된다. 토지공개념이 토지투기억제를 위하여 주장된 슬로건이었지만, 그것을 토지사상으로 승화·발전시켰어야 할 일이었다. 그러나 정부에서는 토지투기 내지 부동산투기가 극심하였을 때에는 토지공개념을 주장하고 그것에 기하여 토기규제입법을 하다가, 나라경제가 어려우면 토지공개념 관련 법률의 효력을 상실시키는 조치를 취하여 토지공개념이 토지사상으로

이러한 토지공개념에 입각한 정책 법안으로는 택지소유 상한에 관한 법률, 개발이익 환수에 관한 법률, 토지초과이득세법 등이 있으며, 토지관리 및 지역 균형개발 특별회계법, 종합토지세법, 지가공시 및 토지 등의 평가에 관한 법률 등도 포함시킬 수 있다.

Ⅲ. 민법적 측면에서 토지공개념과 재산권의 관계 : 소유권의 개념과 그 제한을 중심으로

1. 서

토지공개념의 핵심적 쟁점은 시민법질서에 기초한 사유재산제도의 수정·변경을 어느 정도 용인할 수 있는지 여부이다.³³⁾ 헌법 제23조 재산권 보장 조항³⁴⁾ 및 토지공개념 논의와 관련하여 민법에서 가장 밀접한 관련을 갖는 것은 민법 제211조라고 할 수 있다.

민법 제211조(소유권의 내용)는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.”고 규정하여, 소유권의 내용을 구체화하고 있다. 이 규정은 소유권의 본질적 내용은 무엇이며, 법률을 통하여 어느 범위까지 제한 가능한가라는 매우 근본적인 문제와 맞닿아 있다. 우리 민법전은 이 규정 외에도 소유권에 관하여 다양한 규정을 두고 있지만, 소유권의 개념을 직접적으로 규정하고 있는 규정은 존재하지 않는다.³⁵⁾

정립되지 못하고 오늘에 이르고 있다”는 견해(김상용, 앞의 논문, 4면), 토지공개념이란 토지의 사유재산제를 전제로 토지사유재산제에 대한 공적 규제 가능성의 총괄적 표현(정권섭, 「토지소유권법」, 법원사, 1995, 323면)이라고 하거나, 토지재산권에는 공적요소와 공공성이 내재되어 있다는 표현상의 문제(정권섭, 「부동산법총론」, 법원사, 1992, 61면)라는 견해 등 토지공개념에 대한 정의는 다양하게 존재한다.

33) 토지공개념연구위원회, 앞의 책, 34-35면.

34) 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 규정하고 있다. 재산권의 보장은 국민의 기본권이자 또한 제도보장으로서의 이중적인 성질을 가진다. 헌법 전문에 나타나는 ‘자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서’라는 표현은 재산권의 보장과 밀접한 관계를 맺고 있다. 재산권은 개인이 갖는 부와 물질적 조건을 헌법과 법률로 보장한다는 뜻이다. 김광수, 앞의 논문, 46면.

35) 윤태영, “토지소유권의 제한과 토지공개념”, 「한국토지법학회 2018년 춘계학술대회 자료집」, 한국토지법학회, 2018, 76면에 의하면 “독일 민법에서도 우리나라와 마찬가지로 소유권에 대한 정의규정을 두고 있지 않고 소유권의 내용으로서 행사방법을 규정하고 있는데,

아래에서는 민법 제211조의 성립에 관한 제안이유와 그 사상적 배경 등의 고찰을 통하여 소유권의 개념 및 그 제한의 관계 등에 관하여 살펴보고자 한다.

2. 민법 제211조의 성립 및 그 내용

민법 제211조의 초안(1953년 7월) 제199조는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정하고 있는데, 이는 의용민법 제206조와 동일한 취지이다. 이와 관련하여 민사법연구회의 민법안의견서를 참조하면, 그 제안이유를 다음과 같이 들고 있다.³⁶⁾

“의용민법 제206조에 해당하는 원안 제199조는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.”라고 규정하여 의용민법의 ‘법령의 제한’을 법률의 범위로 수정하여 여기에는 명령을 포함하지 않는다는 종래의 해석론을 명확히 하였다. 그리고 ‘제한 내’를 ‘범위 내’로 함으로써 의용민법상 해당조문의 ‘자유로이’를 삭제하면서 소유권에 관한 법률사상에 대한 오늘날의 진화를 한층 더 명백히 하였다고 볼 수 있다. 프랑스민법(제544조)이 소유권은 객체를 절대적으로 이용하는 권리라고 규정한데 대하여, 독일민법(제903조)은 그 제1원안에서 ‘nach Willkür’로 이용하는 권리라고 규정한 것을 고쳐서 ‘nach Belieben’으로 규정하고 스위스민법(제641조)도 이에 따랐는데 비하여 한층 더 진전한 것이라고 할 수 있다. 즉 명문에 의한 제한이 없을 경우에 소유권의 행사는 언제나 자유인가라는 문제에 대하여 최근의 정세 하에서는 이 자유는 본래 사회적인 제한을 내포하고 있다는 사상이 우세하고 있으며, 특히 권리남용의 법리에 기하여 소유권의 남용을 금지해야 된다는 입장이 지배적이다. 민법원안 제2조에도 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 할 것과 권리는 남용하지 못할 것을 규정하게 되었는데 원안 제199조는 이러한 사상을 표현하고 있는 것으로 본다.”

소유권이 다양한 제한을 전제로 하는 본질적인 한계를 가지고 있기 때문에 그런 것이 아닌가...그리고 민법 제정 당시부터 소유권에 대한 공법상 제한을 소유권의 내용을 정하는데 염두에 두고 있음을 확인할 수 있다.”라고 한다.

36) 민사법연구회, 「민법안의견서」, 일조각, 1957, 84면(최식 교수 집필부분) 참조.

참고로 의용민법 제206조는 “소유자는 법령의 제한 내에서 자유로이 그 소유물의 사용, 수익 및 처분할 권리가 있다.”고 규정하고 있는데,³⁷⁾ 원안은 만주민법 제203조와 같이 ‘자유로이’를 삭제하였다. 이에 대해 만주민법을 사실상 기초했던 我妻榮 교수는 이를 민법 제2조의 신의성실의 원칙이 반영된 것이라고 설명한다.³⁸⁾ 또한 이는 소유권절대원칙으로부터 많은 제한을 내포하고 있는 소유권으로 변천하는 과정을 보여준 것³⁹⁾ 이다.⁴⁰⁾

의용민법의 기초가 된 일본 구민법 재산편 제30조⁴¹⁾는 프랑스민법의 영향을 강하게 받았기 때문에 ‘자유로이’라는 단어가 들어간 것처럼 보이지만, 이처럼 우리 민법이 기초로 삼은 의용민법에서는 ‘자유로이’라는 용어를 사용하여 마치 소유권이 절대적인 것처럼 보이는 것과 같은 인상을 줄 수도 있으나 오히려 소유권에 대한 제한을 넓게 인정하고 있는 것을 확인할 수 있다.⁴²⁾

이러한 민법 제211조의 입법취지를 고려할 때, 소유권에 대한 사회성 내지 사회적 제약이 강조되고 있다고 할 수 있다. 특히 소유권의 제한은 본래 사회적인 제한을 내포하고 있는 것으로 새기자는 것이 입법 당시 지배적인 견해였다.⁴³⁾ 입법 당시에도 소유권은 공법상 제한을 전제로 하고 있고, 심지어 소유권

37) 의용민법 제206조의 규정취지는 다음과 같다. “구민법에서는 소유권이 법률이나 합의 또는 합의 등으로 특히 이를 제한하는 것 같은 의미로 규정하고 있다. 그러나 원래 권리의 범위는 모두 법률에 의해 정해지며 단지 법률의 제한 내에서만 존재할 수 있는 것으로서 소유권이라도 역시 그 성질이 다르지 않다. 단지 소유권은 각종 권리 중 가장 넓고 큰 것에 불과하므로 본안에서는 ‘법령의 제한 내에서 자유로이’라고 표현하여 이 취지를 명확하게 하였다.”, “원문에는 법률이라고 한 것을 법령으로 고쳤다. 그 이유는 종종 경찰명령과 같은 것으로 소유권의 작용을 제한할 필요가 있기 때문이다. 단지 법률이라고 하더라도 해석에 의해 그 중에 법률과 명령의 양자를 포함해야만 하는 것은 이미 헌법에 의해 법률이라는 용어에 일정한 의의를 부여한 이상 양자는 명백하게 그것을 구별할 것을 요하지 않는다.”(廣中俊雄 編著, 民法修正案前三編の理由書, 有斐閣, 1987, 242-243면)

38) 我妻榮, 滿洲國民法典の公布, 民法研究 IX-2, 有斐閣, 1971, 507면.

39) 윤철홍, “소유권의 내용(민법 제211조)에 관한 개정론”, 『토지법학』 제27권 제2호, 한국토지법학회, 2011, 8면.

40) 가령 1804년의 프랑스민법 제544조가 소유권을 절대적인 지배권으로 규정한 데 대하여, 1896년의 독일민법 제903조와 1907년의 스위스민법 제641조에서는 절대적인 지배권으로 간주함과 동시에 제한을 포함하는 것으로 규정하였다. 위의 논문, 8면.

41) 일본 구민법 재산편 제30조 ① 소유권은 자유로이 물건의 사용, 수익 및 처분할 권리를 말한다. ② 이 권리는 법률이나 합의 또는 유언이 아니면 이를 제한할 수 없다.

42) 윤태영, 앞의 논문, 71면.

43) 제26차 정기국회 속기록 제29호 민법안 제안설명(장경근위원장); 동 제32호, 14-15(현석호 의원 발언); 민사법연구회, 앞의 책, 84면.

의 본질도 공법상의 제한을 감안하여 유동적인 개념을 가지고 있는 것을 확인할 수 있다.⁴⁴⁾

또한 헌법에서의 “공공복리의 사상”과 궤를 같이하여, 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 민법전 서두의 통칙에 규정되어, 소유권에도 적용됨에 따라 소유권에 대한 사회성이 강조되었다.⁴⁵⁾ 특히 민법 제정시부터 권리남용의 법리에 기하여 소유권의 남용을 금지해야 된다는 지배적인 견해에 따라 통칙부분에 규정된 것이다.⁴⁶⁾

3. 소유권의 개념과 그 제한과의 관계

1) 소유권의 개념

일반적으로 소유권은 더 이상 제한되지 않는 개인적인 물건의 지배권으로 표현되는 것이 아니라, 사회기능의 전달자로서 나타나는 것인데 사회의 변화와 관련하여 고찰되어야 하는 역사적인 개념으로 이해되고 있다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾

원래 경제나 사회의 변화가 있음에도 불구하고 소유권의 개념이 변하지 않는다는 것은 결국 소유권의 내용과 개념의 분리를 의미하게 된다. 즉 추상적인 소유권의 개념에는 변화가 없고, 사회적인 변화에 따라 소유권의 내용만 변한다는 것이다. 소유권의 개념에 이러한 태도는 경제·사회적인 관계의 변화에도 불구하고 변하지 않는다는 것을 의미하는 철저한 로마법적 사고에서 연유하는 것이다.⁴⁹⁾ 이러한 소유권에 대한 태도는 절대적인 지배권이라는 관점에서 의무 없는 소유권이 존재한다는 것을 전제하는 것이다.⁵⁰⁾

그러나 소유권이라고 해서 의무 없는 권리를 부여받는 것은 아니며,⁵¹⁾ 오히

44) 윤태영, 앞의 논문, 76면.

45) 윤철홍, 앞의 “소유권의 내용(민법 제211조)에 관한 개정론”, 8면.

46) 민사법연구회, 앞의 책, 84면.

47) 윤철홍, 「소유권의 역사」, 법원사, 1995, 194-195면 참조.

48) 소유권 개념은 역사와 더불어 변천해 온 것이다. 그것은 이론적 범주에 속하는 것이 아니라 역사적 범주에 속한다. 소유권의 관념 내지 그의 법률적 구성은 시대에 따라 또는 사회제도에 따라서 다르다. 김상용, 「물권법」 전정판 증보, 법문사, 2003, 313면.

49) 윤철홍, 앞의 책, 195-196면.

50) 위의 책, 196면.

51) 현대적 토지소유권의 사회적 의무성의 역사적 원유는 게르만법상의 소유권의 의무사상에서 찾을 수 있다. 게르만법상의 소유권은 사법상의 권리인 동시에, 공법적 요소를 포함하

려 소유권은 법질서의 제한된 범위 내에서 지배권을 행사해야만 하기 때문에, 소유권에 대한 개념과 내용의 분리에 따라 소유권개념을 정의하는 것은 잘못된 것이라고 할 것이다.⁵²⁾ 우리 민법도 제211조의 “법률의 범위 내에서”와 제212조의 “정당한 이익이 미치는 범위 내”에서 등 소유권의 조항이나 제2조의 신의성실의 원칙과 권리남용의 금지 등을 고려해 보면 법률이나 법률의 해석에 의해서 제한할 수 있음을 알 수 있다.⁵³⁾

결국 소유권이란 동시대의 경제적·정치적·사회적인 요소에 따라 변천되는 유동적인 것일 수밖에 없고, 소유권의 본질을 구성하는 가장 핵심적인 요소는 소유권에 대한 제한문제라고 할 것이다.⁵⁴⁾

2) 소유권 제한의 필요성과 본질

1804년 제정된 프랑스민법 제544조에 의해 구체화된 소유권절대원칙과 계약자유 원칙 등을 통하여 그 결과로 획득된 자유롭고 절대적인 소유권은 개인의 자유와 평등을 기초로 한 포괄적인 물건의 지배를 확립하려는 것이었다.

그러나 자본주의 경제의 발달로 이러한 계약자유 원칙과 소유권절대의 원칙은 구체적인 거래 현실에서 나타난 인간 존엄과 관련하여 오히려 개인의 부자유와 불평등을 낳게 되었다.⁵⁵⁾ 즉 개인주의, 자유주의에 바탕을 둔 자본주의도 초창기의 기대인 모든 사람을 평등한 인격자로 보고 그 자유로운 계약활동과 소유권의 절대성만 보장해주면 개인적으로나 사회적으로 무궁한 발전을 기약할 수 있다는 이상이 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화되는 사태에 이르게 됨에 따라 대폭 수정되기에 이르렀다.

모든 사람들에게 인간으로서의 생존권을 보장해 주기 위하여서 토지소유권은 이제 더 이상 절대적인 것일 수가 없었고, 공공의 이익 내지 공공복리의 증진

는 권리이었다. 즉 게르만법에 있어서는 공법·사법의 구별이 없어, 소유권은 사법상의 지배권일 뿐만 아니라, 공법적 의무가 소유권의 내용에 포함되어 의무사상이 현저히 나타났다. 따라서 소유권은 남용될 수 없었으며, 정당한 이용에만 허용되었다. 그리고 소유권의 내용은 절대적인 것이 아니었으며 공공에 대한 의무를 지고 있었다. 김상용, 앞의 책, 316면, 326면.

52) 윤철홍, 앞의 책, 196면.

53) 위의 책, 196면.

54) 윤태영, 앞의 논문, 75면; 윤철홍, 앞의 책, 196면.

55) 김상용, 앞의 책, 331면; 윤철홍, 앞의 책, 213면.

을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변환되었다.⁵⁶⁾ 즉 개인 재산을 사회공공적 측면에서 조절해야 할 필요성이 대두되었는데, 그 소유권제한의 근거로서 소유권의 사회적·공공성이 인정되기에 이른 것⁵⁷⁾이다.

19세기 후반에 들어서면서 인간의 존엄과 가치를 증진시키기 위한 차원의 공공복리의 원칙에 따른 소유권의 제한의 필요성이 대두되었고, 재산권의 내용과 한계를 법률로 정할 수 있도록 하고, 의무를 수반하는 상대적 권리로 규정하고 있다.⁵⁸⁾ 재산권의 사회적 제약을 강조하는 것은 재산권의 절대적 보장에서 배제되는 사회적 폐단을 최소화함과 아울러 사유재산제도의 기본이념을 보호하려는 것으로서 사유재산제도의 유지존속을 위한 사유재산제도의 최소한의 양보다고 할 수 있다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

1919년 제정된 바이마르헌법 제153조 제3항의 “소유권은 의무를 진다. 소유권의 행사는 동시에 공공의 복리에 대한 봉사이어야 한다.”는 규정을 계기로 소유권은 무제한적이고 절대적인 것이 될 수 없었다. 이러한 입법정신을 거의 모든 나라의 헌법에서 채택하여 소유권에 대한 제한은 예외적으로 인정되는 수준을 넘어서고 있다.⁶¹⁾

헌법 제23조뿐만 아니라 제120조 내지 제122조에서는 토지소유자의 소유권 행사에 많은 제한을 가하고 있고, 민법 제211조 및 기타 조항에 의하여 제한되고 있는 것들은 단순한 예외적인 정도를 넘어, 소유권의 개념을 좌우할 정도에 이

56) 김상진, “토지재산권과 토지공개념에 관한 재론”, 『법학연구』 제21권 제3호, 경성대학교 법학연구소, 2013, 8면.

57) 김상용, 앞의 책, 331면.

58) 김상진, 앞의 논문, 8면.

59) “재산권 행사의 사회적 의무성을 헌법 자체에서 명문화하고 있는 것은 사유재산제도의 보장이 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위 내에서의 보장임을 천명한 것으로서 재산권의 악용 또는 남용으로 인한 사회공동체의 균열과 파괴를 방지하고 실질적인 사회정의를 구현하겠다는 국민적 합의의 표현이라고 할 수 있으며 사법영역에서도 신의성실의 원칙이라든가 권리남용 금지의 원칙, 소유권의 상관관계 등의 형태로 그 정신이 투영되어 있는 것이다.”(헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 결정). 그러나 “토지재산권은 강한 사회적, 공공성을 지니고 있어 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한가 의무를 부과할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례성원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니 된다.”(헌법재판소 1998.12.24. 선고 89헌마214 결정).

60) 김상진, 앞의 논문, 9면.

61) 윤철홍, 앞의 “소유권의 내용(민법 제211조)에 관한 개정론”, 10-11면.

르고 있다. 따라서 이러한 점을 고려하면 소유권 개념 자체에 소유권의 제한을 포함하고 있는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다.⁶²⁾

3) 소유권의 개념과 그 제한과의 관계

소유권의 개념을 정의하려는 경우에 크게 문제가 되는 것은 소유권의 제한을 어떻게 이해할 것인가 하는 점이다.

우리 민법 제211조에 따르면 법률에 의해 소유권의 제한이 가능하고, 제3자의 권리에 의해서도 제한이 행해질 수 있다. 더 나아가 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙 등을 규정하고 있는 민법의 일반 규정들에 의해서도 제한이 가능하다. 따라서 소유권의 개념을 정의하고자 할 때, 이렇게 다양한 형태의 소유권제한들을 소유권의 개념과는 관계가 없는 소유권의 내용에 대한 제한으로 이해할 것인가, 아니면 소유권 혹은 소유권개념 자체에 이러한 제한들이 내재되어 있는 것으로 이해할 것인가가 문제된다.⁶³⁾

이러한 논쟁은 19세기말 독일민법전의 편찬시부터 시작된 것이며, 아직도 계속되고 있다. 다수의 학자들은 소유권자에게 부과된 의무를 소유권에 대한 제한으로 이해하고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 견해에 의하면 법질서의 제도로서 소유권은 필연적으로 공공의 필요에 의해 개개인의 자유영역을 제한하게 되는 소유권의 제한과 관련된다. 이러한 제한은 개개의 법률적으로 이해되는 자유와 개개의 실제상의 권리에 내재한다는 것이다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

그리고 이러한 내재적 제한이 소유권에 내재하는 것이냐 아니면 외부로부터 가해지는 예외적인 것이냐가 문제된다.

62) 윤태영, 앞의 논문, 74-75면; 윤철홍, 앞의 논문, 11면.

63) 윤철홍, “소유권의 개념과 그 제한의 법리”, 『토지법학』 제24권 제2호, 한국토지법학회, 2008, 2면.

64) 윤철홍, 앞의 책, 197면.

65) 위의 책, 197면.

66) 이영준, 『물권법 민법강의Ⅱ』 신정판, 박영사, 2001, 384면에 의하면 “소유자는 그 소유권 행사에 관하여 불가피하게 일정한 제한을 받는다. 이것이 소유권의 내재적 제한 또는 소유권의 사회적 구속이라고 하는 것이다. 그러므로 헌법 제23조 1항은 소유권을 보장한다고 규정하면서도 그 내용과 한계에 관하여는 법률로써 정한다고 규정함에 의하여 입법자에게 이러한 제한을 일임하고 있고 민법 제211조도 법률의 범위내에서 그 소유권을 보장하는 것이다.”라고 한다.

인류의 법사 속에서 소유권의 모습을 고찰해 볼 때, 소유권은 어떤 시대에도 제한이 없는 절대적인 권리로서 인정된 적은 없었고, 소유권을 가장 절대적이고 추상적인 권리로 이해했던 로마법에서도 소유권의 행사에 제한이 존재했다.⁶⁷⁾ 오늘날 소유권에 대한 제한은 예외가 아니라 하나의 원칙적 모습이 되었고,⁶⁸⁾ 지금 이 시대 우리 사회에서 문제되는 토지공개념⁶⁹⁾ 또한 그러한 것의 하나라고 할 수 있다.

또한 헌법 제23조나 민법 제211조가 모두 법률에 의한 제한 가능성을 처음부터 예정하고 있는 만큼 이러한 소유권에 대한 제한은 소유권의 개념에 내재하고 있는 것⁷⁰⁾이라고 해야 할 것이다.

그러나 소유권에 대한 제한이 소유권에 내재한다고 하여도 이는 어디까지나 예외라는 것이다. 즉 소유자가 소유물을 임의로 사용·수익·처분할 수 있다고 하는 자유는 대전제로서 존재하는 것이므로 어떠한 소유권에 대하여 어떠한 제한을 하려 하는 경우에는 반드시 이를 정당화할 수 있는 이유가 존재하여야 한다.⁷¹⁾ 이것은 바로 우리 헌법과 민법이 추구하고 있는 사유재산제도로부터 당연히 도출되는 것이다.⁷²⁾ 그리고 이러한 정당화할 이유의 존부는 비례의 원칙을 고려하여 소유권의 침해의 정도, 침해의 대상인 소유권의 기능, 국민의 다른 기본권 등 여러 측면에서 합리적으로 규명하여 신축성 있게 결정하지 않으면 아니된다. 따라서 소유권에 대한 침해의 정도가 강하면 강할수록 이 침해를 정당화할 이익이 그만큼 크지 않으면 이를 제한할 수 없는 것이다.⁷³⁾

67) 윤철홍, 앞의 책, 2면.

68) 이영준, 앞의 책, 384면에 의하면 “우리 헌법과 민법질서하에서는 사소유권의 자유는 원칙이고 사소유권의 내재적 제한 또는 사회적 구속은 어디까지나 예외…소유자가 소유물을 임의로 사용·수익·처분할 수 있다고 하는 자유는 대전제로서 존재하는 것이므로 어떠한 소유권에 대하여 어떠한 제한을 하려 하는 경우에는 반드시 이를 정당화할 수 있는 이유가 존재하여야 한다.”고 한다.

69) 윤태영, 앞의 논문, 77면에 의하면 “사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등 소유권의 본질적인 내용에 대한 침해는 허용될 수 없다.…헌법개정안에서 도입하고자 하는 토지공개념이 토지투기를 억제하기 위한 것으로서, 사유재산제를 유지하면서 그로 인한 부작용을 방지하는 범위에서 토지정책을 추진하기 위한 것이라면, 적어도 민법이 보장하는 소유권과는 충돌되지 않는다”라고 한다.

70) 윤철홍, 앞의 책, 199면.

71) 이영준, 앞의 책, 384면.

72) 위의 책, 384면.

73) 위의 책, 384면.

IV. 결론

소유권이란 그 시대의 경제적·정치적·사회적인 요소에 따라 변천되는 유동적인 것이다. 소유권의 본질을 구성하는 가장 핵심적인 요소는 소유권을 어떻게 제한할 것인가이다.⁷⁴⁾ 인류의 법사 속에서 소유권은 어떤 시대에도 제한이 없는 절대적인 권리로서 인정된 적은 없었다. 소유권을 가장 절대적이고 추상적인 권리로 이해했던 로마법에서도 소유권의 행사에 제한이 존재했다.⁷⁵⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 우리 헌법 제23조나 민법 제211조가 모두 법률에 의한 제한 가능성을 처음부터 예정하고 있는 만큼 이러한 소유권에 대한 제한은 소유권의 개념에 내재하고 있는 것⁷⁶⁾이라고 해야 할 것이다.

오늘날 소유권에 대한 제한은 예외가 아니라 하나의 원칙적 모습이 되었고, 지금 이 시대 우리 사회에서 거론되는 토지공개념 또한 그러한 것 중의 하나라고 할 수 있다. 그러나 소유권의 제한과 관련하여 보면 오늘날 토지공개념을 적극적으로 고려하여 토지이용의 공공성을 강조한다고 하여도 사유재산권의 침해를 합리화하는 도구로서의 전략은 경계하여야 할 것⁷⁷⁾이다.⁷⁸⁾

74) 윤철홍, 앞의 책, 196면.

75) 위의 책, 2면.

76) 위의 책, 199면.

77) 이영준, 앞의 책, 391-392면에 의하면 “토지의 공개념이라고 하는 것은 그 개념 자체가 명료하지 아니할 뿐 아니라 위와 같은 의미에 있어서의 토지공개념은 자유세계 어느 곳에서도 주장되고 있지 않다. 뿐만 아니라 토지공개념에 의하여 방법론적으로 얻는 것이 없다. 헌법 자신이 공익을 위하여 광범위하게 소유권을 제한할 수 있는 길을 열어 놓고 있고 여러 특별법에 의하여 사소유권을 광범위하게 제한하고 있으므로 여기에 더하여 공개념을 도입하는 것은 필요하지 않다. 뿐만 아니라 토지공개념을 주장하는 학자들이 지나치게 공공복리를 강조하는 것도 타당하지 아니하다. 우리 헌법과 민법 질서하에서는 모든 국민의 재산권을 보장한다고 하는 헌법 제23조 제1항이 원칙규정이고 재산권의 공공복리에 적합한 행사를 규정하고 있는 동조 2항 및 정당한 보상을 지급함으로써 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 규정하고 있는 동조 3항은 이의 예외규정이기 때문이다. 개인의 존엄과 가치를 보장하고 그의 창익에 의하여 경제질서를 확립하고자 하는 헌법의 이념과 이에 터잡아 사적 자치에 의하여 법률관계를 규율하는 민법의 근본이념에 배치되는 것은 물론이다. 소유를 개인에게 그대로 두고 이용만을 사회화하려는 것은 결국 소유권의 공유·국유화를 결과할 뿐이기 때문이다.”(일부 생략된 부분 있음)라고 한다. 그러면서 392면에서는 “문제는 투기 등 부당한 방법에 의하여 토지소유권이 취득하여 반사회적인 축재를 일삼은 악덕자에 의하여 토지사소유권이 악용된다고 하는 점이다. 이러한 자에 대하여는 국가는 강력한 조세권을 발동하여 엄정하고 정당한 조세를 과함으로써 이들이 토지를 스스로 처분하고 이들이 취한 부당이득을 사회에 환원하도록 할 것이요 이를 이유로 하여 일률적으로 토지에 관하여 공개념을 적용시킬 것은 아니다.”(일부 생략된 부분 있음)라고 한다.

토지공개념이 토지의 특수한 자원으로서의 성격으로 인하여 법만으로 이상적 체계를 구비하는 데는 한계가 있다.⁷⁹⁾ 오늘날 토지공개념의 규범체계로의 적극적인 수용의 경우에도 국민들의 충분한 이해와 지지, 장기적이고 종합적인 계획, 다른 법률과의 조화와 규범의 체계정합성 등의 고려가 필요⁸⁰⁾하다.

투고일 : 2019.4.25. / 심사완료일 : 2019.6.7. / 게재확정일 : 2019.6.11.

78) 정영화, 앞의 논문, 37면에 의하면 “토지공개념의 헌법조항이 매우 포괄적인 토지재산에 대한 규제조치를 수권하는 헌법적 근거가 될 경우에 현행 헌법의 재산권보장의 내용은 형해화될 수밖에 없…만약 토지공개념의 내용과 범위를 어디까지 확장할 것인지에 대해서도 의문이 제기될 수 있다. …토지공개념의 도입을 통해서 사회계층 간의 경제적 격차를 해소하여 인간의 존엄권과 인간다운 생활을 보장하는 민주주의를 구현하고자 한다면 법치주의원리에 위배될 수 있음을 유념해야 할 것”이라고 한다.

79) 김광수, 앞의 논문, 55면.

80) 위의 논문, 55면.

[참고문헌]

- 곽윤직 집필대표, 「민법주해 V」 물권(2), 박영사, 2007.
- 김광수, “헌법 개정과 토지공개념”, 「토지법학」 제34권 제1호, 한국토지법학회, 2018.
- 김상용, “평균지권 사상의 헌법에의 반영-토지공개념의 헌법에의 규정 의견과 관련하여-”, 「한국토지법학회 2018년 춘계학술대회 자료집」, 한국토지법학회, 2018.
- _____, 「물권법」 전정판 증보, 법문사, 2003.
- 김상진, “토지재산권과 토지공개념에 관한 재론”, 「법학연구」 제21권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2013.
- 민사법연구회, 「민법안의견서」, 일조각, 1957.
- 성낙인, “재산권보장과 토지공개념 실천법제”, 「행정법연구」 제18호, 행정법이론실무학회, 2007.
- 이영준, 「물권법 민법강의Ⅱ」 신정판, 박영사, 2001.
- 임용진 · 이창석, “다산 정약용과 Henry Georgy의 토지사상에 관한 비교 연구”, 「부동산학보」 55호, 한국부동산학회, 2013.
- 윤태영, “토지소유권의 제한과 토지공개념”, 「한국토지법학회 2018년 춘계학술대회 자료집」, 한국토지법학회, 2018.
- 윤철홍, “토지공개념의 사법적 고찰”, 「한국 민사법학의 현대적 전개」 배경숙교수 화갑기념논문집, 박영사, 1991.
- _____, “소유권의 내용(민법 제211조)에 관한 개정론”, 「토지법학」 제27권 제2호, 한국토지법학회, 2011.
- _____, “소유권의 개념과 그 제한의 법리”, 「토지법학」 제24권 제2호, 한국토지법학회, 2008.
- _____, 「소유권의 역사」, 법원사, 1995.
- 정권섭, 「토지소유권법」, 법원사, 1995.
- _____, 「부동산법총론」, 법원사, 1992.
- 정영화, “토지공개념의 헌법적 쟁점과 전망”, 「한국토지법학회 2018년 춘계학술대회 자료집」, 한국토지법학회, 2018.
- 토지공개념연구위원회, 「토지공개념연구위원회 연구보고서」, 1989.
- 헨리조지 · 김윤상 옮김, 「진보와 빈곤」, 비봉출판사, 2016.
- _____, 「간추린 진보와 빈곤」, 경북대학교출판부, 2012.

John Locke: Thomas Hollis ed., Two Treatises of Government, Book II,
Liberty Fund, Inc, 1689.

John Stuart Mill, Principles of Political Economy Book II.

廣中俊雄 編著, 民法修正案前三編の理由書, 有斐閣, 1987.

我妻榮, 滿洲國民法典の公布, 民法研究 IX-2, 有斐閣, 1971.

[국문초록]

민법적 측면에서 토지공개념과 재산권의 관계

배 성 호*

소유권이란 그 시대의 경제적·정치적 상황에 따라 변화되는 유동적인 것이다. 소유권의 본질을 구성하는 가장 핵심적인 요소는 소유권을 어떻게 제한할 것인가이다. 인류의 법사 속에서 소유권은 어떤 시대에도 제한이 없는 절대적인 권리로서 인정된 적은 없었다. 소유권을 가장 절대적이고 추상적인 권리로 이해했던 로마법에서도 소유권의 행사에 제한이 존재했다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리 헌법 제23조나 민법 제211조가 모두 법률에 의한 제한 가능성을 처음부터 예정하고 있는 만큼 이러한 소유권에 대한 제한은 소유권의 개념에 내재하고 있는 것이라고 해야 할 것이다.

오늘날 소유권에 대한 제한은 예외가 아니라 하나의 원칙적 모습이 되었다. 지금 이 시대 우리 사회에서 거론되는 토지공개념 또한 그러한 것 중의 하나라고 할 수 있다. 근래 토지공개념이라는 단어가 새삼 화두가 되고 있다.

토지공개념이란, 토지는 사유재인 동시에 공공재적 성격을 갖고 있으므로 그 이용을 공공복리에 적합하도록 토지재산권에 대한 정부의 규제가 불가피하다는 것을 의미한다. 즉 토지에 대한 사적 소유권을 인정하면서도, 토지가 갖고 있는 공공적 목적을 전제로, 토지의 사용에 대한 정치적, 제도적 보완을 목적으로 일정한 제한을 둔다는 개념이다. 이와 같이 토지공개념은 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 토지의 소유와 이용은 적절히 제한할 수 있다는 것이다. 사실 우리 나라에서 토지공개념은 새로운 개념은 아니다. 현재 재건축과 관련하여 초과이익환수제, 다주택자 양도세 중과, 부동산 보유세 인상 등이 논란이 되고 있는데, 이것과 그 맥이 닿아 있다.

토지는 특수한 자원이기 때문에 이와 관련된 토지공개념이 법만으로 이상적 체계를 구비하는 데는 한계가 있다. 오늘날 토지공개념의 규범체계로의 적극적 수용의 경우에도 국민들의 충분한 이해와 지지는 물론이고, 장기적이고 종합적인 계획, 다른 법률과의 조화와 규범의 체계정합성 등의 고려가 반드시 필요하다.

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

주제어 : 토지공개념, 재산권, 소유권, 소유권 제한, 재산권 보장

[Abstract]

The Relationship between Public Concept of Land and Property Rights*

Bae, Sung-Ho**

Ownership is a fluid thing that changes according to the economic and political situation of the period. The most important element of the essence of ownership is how to limit ownership. In the history of human law, ownership has never been recognized as an absolute right without restrictions in any age. In Roman law, which understood ownership as the most absolute and abstract right, there was a limit to the exercise of ownership. As mentioned above, as Article 23 of our Constitution or Article 211 of the Civil Law all set the possibility of restriction by law from the beginning, the limitation of such ownership should be inherent in the concept of ownership.

The public concept of land means that the government's regulation on land property rights is inevitable to suit the use of land property rights because the land is both private property and public property. In other words, it is the concept that a certain limit is placed for political and institutional supplementation of the use of land, on the premise of the public purpose of the land, while recognizing the private ownership of the land. In this way, the land public concept can be appropriately limited to the ownership and use of land in order to promote public interest or public welfare. In fact, the land public concept is not a new concept in our country. Currently, there is controversy about the excess profit return system, the multi-home transfer tax, and the increase in the real estate holding tax.

Since land is a special resource, there is a limit to the fact that the public concept of land related to it has an ideal system by law alone. In the case

* This work was supported by research fund of Yeungnam University 2019.

** Professor, Yeungnam University Law School.

of active acceptance as a norm system of land public concept today, it is necessary to consider long-term and comprehensive plans, harmony with other laws, and system integration of norms as well as sufficient understanding and support of the people.

Key words : Public Concept of Land Use, property rights, ownership, the Limitation of Land-Ownership, property rights guarantee

