

土地去來 許可制 違憲論 是非

Is the Permit System for the Land Transaction Unconstitutional?

李 春 燮

(建國大 不動產學科 教授)

〈目 次〉

- I. 序 論
- II. 土地 去來 許可制의 內容
- III. 違憲論 및 合憲論의 根據
- IV. 合憲論 및 違憲論의 批判
- V. 價格 統制의 合憲性
- VI. 刑罰條項의 違憲여부
- VII. 用途面積을 理由로 不許可하는 경우
- VIII. 宅地上限制를 土地去來許可制로 運營하는 경우
- IX. 結 論

I. 序 論

우리 社會에서는 한동안 土地 公概念을 導入 내지 認定해야 한다 하더니, 요즈음은 公概念의 強化, 擴大라는 말이 빈번히 使用되고 있다. 그리고 그때마다 土地制度가 劃期的으로 變化해

왔다. 70年代 後半에 建設部長官이 土地公概念의 導入을 紙上에 主張하더니, 地價를 統制하고 使用用途를 유통단계에서 規制하는 土地去來許可制가 立法되었다.¹⁾ 작년에 大統領이 公概念 強化를 研究토록 指示한 後에 얼마 前에 政府는 所有上 限制를 골자로하는 公概念 擴大方案을 發表했다. 골자는 投機地域에 一時的으로만 適用되는 土地去來 許可制를 全國의 都市에 繼續的으로 擴大 施行하면서 宅地 取得을 許可 받도록 해서 一定面積 이상의 取得을 禁止시키겠다는 것이다. 그러나, 年初에 地方法院에서는 土地去來許可制가 違憲의 疑心이 있다고 憲法 裁判을 提起해 놓고 있다. 土地去來許可制는 財產權의 大案을 이루는 土地의 去來에 대한 새로운 強度의 制限이고 源泉의 生産手段인 土地에 대한 價格 統制인 점에서 違憲여부를 가르는 것은 그 意義가 매우 중요하

1) 申炯植 前建設部長官이 土地의 私有개념은 是正되어야 한다는 發言을 하고, 건설부에서는 土地의 公概念에 입각한 土地政策을 입안중에 있음이 '78年2月에 보도된바가 있다.

다.
뿐만 아니라, 政府構想대로 宅地上限制중 土地去來許可制 속에 편입시켜서 運營하는 경우에는 土地去來 許可制가 違憲이 되면 上限制의 運營方式 역시 再考해야 할 것이다.

本考가 現行 土地去來許可制의 違憲여부를 생각 하는 理由들이라고 하겠다.

그러면, 土地去來許可制의 內容은 무엇인가?

II. 土地去來許可制의 內容

國土利用管理法 21條 2는 投機나 급격한 地價上昇이 있는 경우에 國家는 規制 地域을 5年內의 期間으로 定할 수 있고, 21條3은 이 規制地域의 去來는 12條의 許可를 받아야 한다고 한다. 21條4는 申告價格이 基準地價에 基準 對象地域公告日로부터 都賣物價上昇率등을 합한 標準地價에다가 大統領令이 定하는 適正率를 곱한 全額과 取得에 소요된 費用을 합한 額을 초과한 경우에는 不許可한다고 한다. 요컨대 價格統制를 規定하고 있다.

둘째, 用途가 國土利用計劃이나 規制地域을 포함한 地域의 健全한 發展을 위하여 不必要한 경우에도 不許可한다.

셋째, 取得面積이 土地의 利用 目的으로 보아 適合하지 아니한 경우 不許可한다.

이렇게해서 不許可되면 그 效力은 發生되지 아니한다. 또 許可없이 契約하거나 虛僞로 許可를 받은 경우에는 刑事處罰까지 가능하다.(法31條2)

앞의 세가지 사유 중 現實的으로 다루어 지는 것은 價格을 理由로 制限하는 경우다. 그 중에서도 效力이 否認되는 경우를 주로 대상으로 한다. 刑事處罰 하는 경우도 논의가 된다.

그러면, 價格을 理由로 效力을 부인하는 違憲論의 論據는 무엇인가?

III. 違憲論 및 合憲論의 根據*

A. 違憲論의 根據

東亞日報 '89年 1月 16日 紙面에 의하면 서울지법 남부지원 金熙泰 판사는 '89年 1月 土地去來許可制는 財産權의 주된 內容인 處分の 自由를 制限하므로 私有財産權을 보장한 憲法 제 23條에 위배된다고 한다. 財産權 행사를 制限하는 경우에도 處分の 自由등 그 本質的인 內容을 侵害할 수 없다는 憲法 37條에도 위배된다고 본다.

그런데, 같은 趣旨의 見解를 이미 10年 前 本法이 制定되던 당시에 辯護士會가 밝혔다. 土地去來許可制는 處분에 대한 禁止로서 이제까지의 使用, 收益에 대한 制限과 달리 所有權의 本質을 侵害한다고 한다. 시골에서 땅을 팔고 서울에 가서 벌이를 하려고 해도, 땅이 팔리지 않으면 살아가는 돈이 없는 사람이 대부분이므로 결과적으로 居住移轉의 自由, 職業選擇의 自由마저 侵害하는 결과가 된다고 한다. 그리고, 이제까지도 所有權의 使用, 收益에 대한 權利가 심하게 制限되어 왔는데, 유일하게 남아있는 處分權마저 制限하면 所有權이란 完全히 虛權化하게 된다고 한다.

그 결과, 自由로운 所有權과 같은 制度의 保障을 內容으로 하고 있는 私有 財産制度 역시 虛構化되어서 社會主義國家의 國有財産制度和 實質的 區別이 안된다고 한다. 따라서 우리 憲法이 보장하고 있는 私有財産制度의 本質的 侵害라고

* 根據資料의 많은 部分을 國土開發研究院 柳海雄 首席 研究員으로부터 도움을 받았다.

한다. 이번 南部支院의 判斷理由가 10年前 辯護士會의 主張과 같은 것을 알 수 있다. (그러나, 그 對象에 있어서는 重大한 差異가 있으니 10年前 政府草案에는 日本과 달리 規制地域 期間에 있어서 制限이 없었고, 不許可의 경우에 國家의 買收制度가 없었다. 따라서, 10年前的 辯護士會의 主張에는 日本처럼 制度를 補完해 달라는 建議가 초점이었다. 이번에는 制度가 補完된 후에도 여전히 違憲이라고 주장된 것이 다르다.)

10年前 立法당시의 違憲論爭을 할 때 金哲洙 教授께서는 租稅로 投機 抑制은 充分히 될 수 있고, 許可制에 의한 官僚의 統制는 오히려 非效率만 초래할 것이므로 違憲의 感이 농후하다는 見解를 發表하였다.²⁾

金駿洙 변호사는 特定地域에 대해서만 規制地域으로 指定함은 憲法상의 平等原則에 위배되어 違憲이라고 했다.³⁾

B. 合憲論의 根據

合憲論은 거의 大部分이 憲法 23條가 財産權의 內容과 限界는 法律로 定할 수 있다고 되어 있고, 土地는 그 性質上 公共福利에 의한 強度의 制限을 받으므로 合憲이라는 것이다. 독일의 土地去來法(Grundstückverkehrsrecht) 判例에 그 根據가 잘 說明되어 있다.

土地去來法이란 農地 賣買가 農地의 小規模化를 초래하거나, 賣買價格이 地價에 비하여 현저하게 不適當한 경우에는 不許可할 수 있는 法이다. 判例는 財産權의 內容과 限界는 法律로 定한다고 하는 뜻은 立法權者가 自由롭게 政策을 形

成할 수 있다는 것을 意味하는 데, 土地는 再生産不可機能등 그 特性上, 더 많은 制限을 받는 것은 當然하며, 따라서 土地去來에 다른 資本去來보다 더 많은 制限을 誘함도 當然하다고 한다. 그리고, 司法府는 自由롭게 形成된 政策의 合目的性에 대해서는 審査 權限이 없다고 한다.⁴⁾

이러한 立張에서 最近에 金哲洙 教授는 原則의 所以로 合憲이고 다만 契約豫定金額이 標準地價를 초과하는 경우 不許可 함은 違憲의 소지가 있다고 한다고 한다.

한편, 李康燦 教授는 土地는 놓여있는 位置내지 狀況에 따라 차이가 있을 수 있다는 狀況拘束性 理論을 앞에서 언급한 土地 財産權의 特殊性, 財産權行事的 公共福利 조항과 合하여 合憲이라고 한다. 그리고, 土地의 公概念과 같은 것도 狀況拘束性的 背景에서 生成된 것이라고 한다.⁵⁾

石琮顯 教授는 土地去來許可制는 處分權能을 제한하는 것이긴 하지만 실질적으로 收益의 制限인 것이며, 處分 禁止를 그 직접적인 내용으로 하는 것은 아니다. 따라서, 私有財産權의 보장을 전제로 하면서 인정하는 處分權能의 제한이라는 점에서 合憲이라고 한다. 다만 土地去來 그 자체를 전면적으로 禁止하거나 모든 土地에 대하여 一般的 土地去來許可制를 채택하는 것은 自由經濟體制를 전면적으로 거부하는 것이기 때문에... 違憲이라고 하지 않을 수 없다고 한다.⁶⁾

그러나, 序論에서 言及한 바와 같이 土地 公概念이 土地 去來許可制 도입에 있어서 그 根據로 쓰였다는 점에서 土地 公概念의 主張도 合憲論이 검토되어야 한다.

2) 金哲洙, "土地財産權의 保障과 限界—上限制, 許可制, 申告制와 관련하여—" 「변협」, 78, 11, p. 33~38.

3) 金駿洙, "不動産去來規制立法의 검토" 「변협」, 78, 11, p. 13.

4) B Verf GE 21, 73 號 (1967, 1, 12 判決).

5) 徐元宇, 李康燦, 「憲法學연습」, 法文社, 1985, p. 266.

6) 石琮顯, "土地公法의 問題點과 그 課題", 「考試研究」, p. 55, 188, 11.

社會 일각에서는 社會主義의 土地 國有化로 誤解하는 見解도 없지 않으나, 일찍부터 公概念을 主唱하고 계신 徐元宇 教授는 “土地政策의 일대 轉換을 위한 前提로서, 土地란 단순한 상품이 아니라 土地가 가지는 기능 내지 適性 혹은 位置에 따라 公共福利를 위해 값지게…利用되지 않으면 아니되며, 그를 위해 적정한 誘導, 規制가 가해지는 것이라고 한다.”⁷⁾

事實上, 政府意見인 公概念研究委員會도 土地 公概念이란 私有財産制를 근본으로 하되, 市場機構의 취약점을 補完하는 것이라 한다. 그리고 土地 公概念이란 새로운 制度가 아니고 모든 國家의 統治에 反映되어 있다고 한다.⁸⁾

財産權에 대한 制限은 어디까지나 憲法 規定에 依해야 할 것인바, 概念만을 바꾼다고 해서 資本主義 憲法에서 쉽게 國有化를 主張할 수는 없을 것이다. 그렇건대 우리 憲法에서 앞과 같이 解하는 것은 當然하다고 하겠다.

그런데, 土地 公概念이 그 前부터 限定되던 當然한 것을 말하는 것이라면, '70年代 後半에 느닷없이 公概念을 導入해야 한다든가 하는 것이 이상해진다. 따라서, 公概念의 導入이 土地去來許可制의 導入과정에서 合憲의 根據로 쓰인 점에서, 土地去來許可制와 관련하여 사용되는 경우에는 특수하게 理解해야 할 것이다. 단순히 公共福利에 의한 制限을 더 많이 받는 것을 意味하는 것이 아니라 制限의 程度가 심한 土地去來許可制라 하더라도 公概念을 導入하면 合憲으로서 導入이 가능하다는 뜻으로 받아 들여야 할 것이다. 그러면 그 根據는 무엇인가?

土地 公概念을 선구적으로 주창하고 계신 徐元宇 教授는 財産權의 內在的 制約과 社會的 制約을 區別하고, “전자는 재산권자체가 본래적으로 지니고 있는 內在的인 제약이기 때문에 근대적 재산권보장제도의 대상이 될 수 없는 것이며, 따라서 그 制約에도 法律도 요하지 않고 損失補償도 필요없는 것으로 볼 수 있다. 이에 반하여 후자는 사회적 견지에서 제약이기 때문에 그 制約의 要件, 방법등은 憲法이 규정하는 바와 같이 ‘公共必要’라든가 ‘法律’에 의하지 않으면 안 된다”는 것이라고 할 수 있다.

그러나, 현실에 있어서는…어디까지가 …內在的 제약이고, 어디서부터가 사회적, 현대적 제약이 되는 것인가는 반드시 명확한 것은 아니다.” 그리고, 독일 基本法の 財産權保障에서 補償을 전제로 土地의 公共團體로의 이행을 규정한 社會化를 規定한 條項을 언급하고 “筆者는 그동안 여러 기회를 통하여 이른바 土地의 公概念의 意味를 다음과 같이 평가한바 있었다. 종래에는 재산권에 대한 規制는 例外的이며 외부적인 것으로 인식되었으나 오늘에 있어서는 土地 財産權 자체가 법 이전의 天賦的인 권리가 아니라 그 내용 자체가 법률의 産物이며, 限界 또한 법률에 의하여 내재적으로 규정되어진다고 하는 사회적 拘束性을…의미하는 데에 그 참뜻이 있는 것으로 생각”한다고 한다.⁹⁾

IV 合憲論 및 違憲論 批判

A. 合憲論 批判

7) 徐元宇, 土地所有制度와 利用/開發權의 再定立, p.

70. 黃明燦 編, 『土地政策論』, 경영문화원, 1985.

8) 土地公概念研究委員會, 前掲書, 1989, 4. p. 29.

9) 徐元宇, 前掲書 p. 68~70.

合憲論은 거의 大部分이 財産權의 內容과 限界는 法律로 定하도록 되어 있어 立法機關의 裁量이고, 土地는 그 特性上 強度의 制限을 할 수 있다는 것이다. 그런데, 違憲論이 이 事實을 부인하는 것은 아니다. 아무리 土地에 특별한 制限을 할 수 있고, 財産權 形成이 裁量이라 하더라도 憲法의 授權範圍를 넘어 法律로 侵害할 수 없는 私有財産制度를 侵害하였다는 것이다. 따라서 合憲論은 私有財産制度의 本質을 侵害하지 않았다고 論證하여야 할 것이나, 그런 論述이 보이지 않는다.

違憲論이 제기한 問題에 대한 論이 提示되지 않고 있는 狀況인 바, 立法 당시의 違憲 論爭이 있는지 10년이 지난 오늘 날 地方法院이 憲法裁判을 제기케 한 原因이 되었으리라 생각된다.

다만, 石 教授 혼자 土地去來許可制는 收益에 대한 制限으로 違憲論이 主張하는 것처럼 處分을 禁止한 것이 아니므로 合憲이라고 한다. 그러나 土地去來許可制가 收益에 대한 制限인 동시에 一定 金額 이상으로 팔려고 하는 경우에 處分을 制限하고 있는 事實을 外面할 수는 없다. 만일 審査 金額이하로 處分할 수 있으므로 處分の 制限이 아니라면, 建築法에서 禁止한 사항 이외에는 許可를 얻어서 쓸 수 있으므로 使用, 收益의 制限이 아니라는 것과 같다.

辯護士會가 使用, 收益에 대한 制限과 處분에 대한 制限을 크게 區別하고 前者는 私有財産制度의 本質을 侵害하지 않지만, 後者는 侵害한다는 主張과 그 前提를 같이 하고 있다. 그러나, 使用, 收益에 대한 制限이라 해도 Greenbelt制限은, 土地去來申告制와 같은 處분에 대한 制限보다 더 私有財産을 侵害하는 경우도 적지 않을 것이다. 따라서, 石 教授의 見解는 使用, 收益에 대한 制

限은 경미하고, 處分은 重하다는 前提도, 土地去來許可制는 收益에 대한 制限이므로 合憲이라고 하는 主張도 틀렸다고 생각한다.

그러면, 土地去來許可制導入때에 주장된 土地公概念 理論으로 土地去來許可制는 合憲이 될 수 있는가? 獨法의 社會化 規定에서 補償 條項을 意識하고 補償이 필요없는 內在的 制約의 擴大 傾向을 強調하였다면, 主張의 當否 向에 土地去來許可制와 관련된 說明인 줄은 알 수 있겠다. 그러나 土地去來許可制가 擴大된 內在的 制約으로 우리의 土地에 대한 概念을 바꾼다면 土地去來許可制를 規定하는 法律이 없이도 許可를 받아야 된다는 말인가? 전혀 가당치 않다. 土地去來許可制와 관련하여 土地公概念의 導入이 理論的 根據가 없음을 알 수 있다. 전혀 根據없이 土地公概念을 導入하면 土地去來許可制를 導入할 수 있을 것 같은 착각이나 불러 일으켰음을 알 수 있다. (이 점은 전로부터 憲法上 당연히 認定되던 이야기를 社會主義 國有化로 오해를 일으킬 用語를 사용하여 새로운 것인양 주장되는 土地公概念도 마찬가지다).

어쩌면, 앞의 公概念 論據는 土地去來許可制의 合憲성과 無關하다고 할런지 모른다. 그렇다면, 公概念을 主唱한 徐 教授가 李康燦 教授와 共著한 冊에서 明示적으로 土地去來許可制의 違憲여부를 論하고 있는 바, 그 論據는 무엇인가? 앞에서 言及한 內容 外에 土地의 位置狀況에 따른 拘束이 다를 수밖에 없다는 狀況拘束性說이 追加되었음을 前述한 바와 같다. 그런데, 狀況拘束性 理論은 Greenbelt規制 制限의 경우에 規制地域 内の 土地는 外部 土地에 비해서 位置的 特性에서 오는 制限이므로 補償이 없더라도 差別이 아니라는 理論이다. 이것과 土地去來許可制 違憲여부는 直

接적으로 아무 관련이 없는 바, 徐, 李 教授는 財產權 行使의 公共福利性, 土地의 特殊性, 狀況拘束性說을 합해서 생각하면 合憲쪽으로 결론이 난다고 하는 데, 無關하기는 土地 公概念의 경우와 비슷하다고 하겠다. (다만 狀況拘束性 理論은 土地去來許可地域의 土地가 그 바깥의 土地에 비해서 不利益을 입는 것에 관해서는 援用될 수도 있는 理論이다. 그러나, 실제 이분들이 이런 主張을 하고 있는 것도 아니다.)

以上에서 土地 公概念의 導入이 土地去來許可制 導入에 전혀 理論의 기초가 되지 못하고, 狀況拘束性說이라 불리는 것도 大回小異함을 보았다. 독일 判別의 見解과 가장 자세한 說明이 있으나, 그 당시 우리나라 辯護士會와 같은 式의 問題提起가 없었고, 따라서 그에 대한 答辯이 없는 것을 보았다. 그러면, 違憲論이 正當한가? 다음과 같은 理由로 틀렸다고 생각한다.

B. 違憲論 批判

辯護士會나, 이번 判事의 違憲論은 使用, 收益에 대한 制限과 處分에 대한 制限을 區別하고, 前者는 所有權의 輕微한 侵害고 後者는 重大한 侵害라고 보는 바, 이것이 根據없음은 前述한 바와 같다. 여기서는 辯護士會가 處分의 自由를 制限하면 居住移轉의 自由, 職業選擇의 自由가 侵害된다고 한 점에 대해서만 생각해 보고자 한다. 만일 辯護士會 측의 主張이 옳다고 하면, 租稅의 方法으로 投機利益을 回收하는 것도, 돈이 없어서 이사를 못 가는 것은 마찬가지로 일텐데, 居住移轉의 自由, 職業選擇의 自由를 侵害한다고 할 수 있을까? 그렇지 않을 것 임은 물론이다. 따라서, 一定 金額이상의 代價 내지 收益의 取得을 禁止하는 것이 事實에 있어서 居住移轉내지 職業選

擇의 自由를 制限하는 面이 있더라도, 그것을 理由로 使用, 收益과 달리 重大한 制限이라고 할 수 없음을 알 수 있다.

이점에 대해서 租稅는 處分 自體를 禁止하지 않는데 대해서, 土地去來許可制는 處分을 禁止하는 까닭에 租稅로 開發利益을 還收하는 것은 合憲이나 土地去來許可制로 開發利益 實現를 沮止하는 것은 違憲이라는 見解도 있을 수 있다. 그러나, 所有權 行使에 대한 禁止自體는 이내 地域 地區制의 行爲制限, 建築許可中에서 인정되고 있는 것이다. 建築許可 자체가 所有權의 使用, 收益에 대한 一般的 禁止를 前提로 하고 있음은 물론이다. 따라서, 所有權의 作用에 대한 禁止를 가지고 土地去來許可制가 違憲이라면 都市計劃法, 建築法의 行爲制限 規定이 모두 違憲이 되어야 할 것이다. 一般的 禁止를 理由로 租稅와 土地去來許可制를 區別하려는 것이 틀린것을 알 수 있다.

辯護士會는 違憲의 論理로써, 위의 主張에서 한 걸음 더 나아가 所有權의 使用, 收益에 대한 制限이 심한 데, 處分까지 制限하면 所有權이 虛權이 되고, 따라서, 所有權을 制度로서 保障하는 私有財產制度의 本質을 侵害한다고 한다. 處분이 특히 使用, 收益에 대한 制限보다 重하다는 주장이 틀리더라도 成立될 수 있는 별도의 論點이라고 하겠다.

事實 形式上 생각하면, 既存의 土地去來許可制에 의해서 使用, 收益기능이 制限되었는데 土地去來許可制에 의해서 處分기능이 制限되므로 所有權의 3가지 機能이 전부 制限되기는 한다. 그러나 具體的인 경우를 생각해 보면 앞의 主張이 根據 없음을 알 수 있다. 예컨대 서해안 林野를 林業을 經營하기 위해서 買入, 10年間 經營하다가

中共과의 交易 기대로 不動產 投機가 성행한 경우를 보자. 기존의 國土利用計劃上 用途가 山林地域으로써 土地의 使用, 收益이 制限되더라도 山林 經營家에게는 아무 損害가 없다. 또, 급격히 上昇된 地價는 投機 내지 開發利益으로 營林家에게 속하는 것도 아니다. 營林家は 投機 내지 開發利益을 不當하게 慾心내지 않는 한 언제든지 處分할 수 있음은 물론이다. 따라서, 남에게 속하는 投機 내지 開發利益을 所有者에게 주지 않아서 所有權 處分이 禁止됐다고 주장하는 것은 하늘에 지나가는 飛行機 때문에 자기 土地의 使用權이 傍害됐다고 하는 것과 같다. 현행 토지법규가 使用, 收益, 處分에 대한 制限을 強하게 하고 있지만 所有者에게 별 損害가 없음을 알 수 있다. 그러나 앞의 事例에서 工場을 하고자 林野를 取得했는데, 事後에 地域地區制가 變更되어서 禁止된 경우는 어떤가? 분명히 損害가 發生되고, 따라서 所有權은 虛權이 될 정도로 侵害가 된 것이 아닌가 하는 疑心이 생길 수 있다. 그러나, 이런 경우는 所有權 내지 私有財産制度의 既得權 보호의 정신에서 救濟가 理論上 認定된다. 事後에 自由와 創意的 結果인 財産에 被害를 끼치는 것은 바로 私有財産制度의 長點인 自由와 創意를 沮害하는 까닭이다. 使用, 收益에 대한 극도의 制限이 強해 지고 있지만은 私有財産制度의 本質 - 自由와 創意 - 이 잘 지켜지고 있는 것을 알 수 있다. 處分의 경우도 審査金額이 事前에 取得한 金額보다 적어서 不許可한 경우에는 實現이 沮止되는 것은 投機가 아니라 자기 資本이 投入된 正當한 財産權이다. 私有財産制度의 原則에서 이런 경우는 違憲이 됨을 알 수 있다. 앞에서 金哲洙教授께서 契約豫定全額이 標準地價를 초과하는 경우 不許可로 함은 違憲이라고하는 뜻일듯

싶다. 그런데 土地去來許可制는 投機 내지 開發利益의 實現을 沮止하려는 것이고, 따라서 이런 경우는 극히 例外的일 경우이다. 따라서 통상 이런 경우는 제외하고 土地去來許可制의 違憲여부를 생각해야 할 것이다. 앞의 例에서 現行 土地法制가 기존의 使用, 收益에다 處分까지 土地去來許可制에 의하여 制限한다 하더라도 별 損害가 없음을 보았다(處分の 制限은 비단 土地去來許可制에 의하여 처음 시도된 것은 아니다. 農地賣買證明등 處分權의 制限은 使用, 收益에 대한 制限과 함께 既存의 土地法制에서 있어 온 것이다. 따라서, 만일 使用, 收益, 處分の 3가지 機能을 現行 土地法制가 전부 制限하고 있으므로 所有權을 虛權化시킬 정도로 侵害하였다고 하면, 이미 土地去來許可制 以前부터 所有權은 虛權化 되어 있었다고 보아야 할 것이다. 土地去來許可制 이전부터 處分에 대한 制限이 있더라도 所有權이 虛權이 안되었음은 前述한 바에서 自明할 것이다. 앞의 例에서 營林家が 事後에 마음을 變更해서 工場을 하려는 경우에 營林家の 所有權이 補償도 없이 制限되는 것은 事實이다. 그러면 왜 이런 경우는 所有權의 實質的 侵害가 아닌가? 使用, 收益에 대한 制限이므로 輕微해서가 아니라, 取得할 당시 目的대로만 認定해주면, 去來安全 내지 個人的 自由와 創意를 沮害하지 않기 때문이다. 事實, 自由로운 使用, 收益, 處分을 內容으로 하는 所有權이나 이러한 所有權法制를 內容으로 하는 私有財産制度는 自由市場經濟秩序와 表裏의 관계에 있음은 주지의 사실이다. 所有權의 自由로운 使用, 收益, 處分없이 自由競爭市場이 存在할 수 없고, 自由市場없이 自由社會, 資本主義社會의 強點인 自由와 創意가 存在할 수 없음도 물론이다. 自由와 創意를 기준으로 私有財産내지 所有

權의 本質의 侵害여부를 區別하는 理由라고 하겠다. 따라서, 앞의 例에서 使用, 收益, 處分을 함께 制限하더라도 個人의 自由와 創意를 沮害하지 않는 것을 알았는데, 그렇다면, 그것은 同時에 自由로운, 所有權의 行使를 인정하는 法 趣旨—自由와 創意—를 侵害하지 않는 것을 알 수 있다. 例컨데, 實犯罪에 提供된 物件은 補償없이 沒收되는 데, 所有權 一般을 虛權化되었다고 하지도, 私有財產制度가 空虛化되었다고 하지도 않는다.

犯罪物件에 대한 所有權을 否認하더라도 個人의 自由와 創意가 沮害되지 않고, 따라서 私有財產制度를 인정한 趣旨에 어긋나지 않기 때문이다. 마찬가지로 使用, 收益, 處分에 대한 制限을 課하더라도 個人의 自由와 創意가 보장되는한, 私有財產制度 保障의 趣旨에 反하지 않기 때문에 所有權이 虛權화된 것도 아니고 私有財產制度의 本質이 侵害된 것도 아님을 알 수 있다.

以上에서 土地去來許可制가 處分の 禁止인 면이 있다 하더라도 所有權의 重大한 侵害이거나, 所有權을 虛權化시키는 것이 아니고, 私有財產制度의 本質을 侵害하지 않는 것을 알 수 있다. 요컨데 以上 制度的 保障으로서의 財產權制度의 本質을 國有財產制와 관련하여 밝혀 왔다. 물론 本質의 內容이란 보는 側面에 따라서 다양해질 수 있을 터인데, (예컨데 사람은 보는 측면에 따라서 여러가지 側面에서 本質을 이야기 할 수 있을 것이다). 徐元宇, 李康燦 教授는 독일 연방헌법재판소가 財產權의 私의 效果性, 處分可能性, 本體性(Substanz) 以上 國有財產制와 區別된 私有財產制度의 本質을 생각해 왔다. 그런데, 西獨聯邦憲法裁判所判例는 財產權의 私의 效果性, 處分可能性, 本體性(Substanz)를 法制度로서의 보장되고 있는 의미와 내용이라고 한다고 한다. 그

리고 그러한 의미라면 李康燦 教授는 개인이 자기의 財產을 자기가 쓰고 싶은대로 쓰고 任意로 護渡할 수 있음을 의미한다고 해석한다.¹⁰⁾(그리고, 그와 같이 해석한다면, 財產權의 護渡可能性을 禁止하는 土地去來許可制는 財產權保障에 違背될 수도 있다는 說明을 한다).

그런데, 앞의 判例는(著作權法, 住宅賃貸借法, 勞動者參與문제등)여러 경우에 具體의 正當性을 갖기 위해서 그 基準으로 提示된 것이다. 우리가 私有財產制度의 本質을 問題삼는 것은 國有財產制度와의 區別 선상에서다. 앞의 判例 內容이 별로 도움이 못 된다고 하겠다. 마치 刑法學의 대상으로서 人間의 自由意志와 관련하여 人間의 本質을 생각하는데, 經濟學에서의 利潤追究型의 人間本質이 無關한 것과 같다.

租稅로 投機抑制는 充分하므로 土地去來許可制는 違憲이라는 見解가 있다. 10年 전의 金哲洙 教授의 見解인바 現在 租稅 當국이 投機는 租稅로 抑制될 수 없다고 하는 見解에서 그 오류가 쉽게 드러난다. 설사, 租稅 當局의 判斷이 틀렸더라도, 政策의 선택에 관해서는 政策當局에 裁量이 있다고 보아야 할 것이다. 獨逸의 判例가 司法府는 立法 內容의 合目的性에 대해서는 審査할 수 없다고 하는 것은 마찬가지로 趣旨을 설명한 것으로 보인다. 現在 金哲洙教授의 見解는 전술한 바와같이 肯定하는 편으로 發展되어 있다.

規制地域 범위 外의 地域은 地價가 上昇하는데, 規制地域內의 地域이 地價가 抑制되므로 平等의 原則에 反한다는 見解가 있다. 그러나 자의가 아닌 合理的인 理由가 있을 때에는 差別이 許容되

10) 徐元宇, 李康燦, 前掲書, p. 264.

는데, 밖의 地域도 어떻게 하든지 護渡所得稅 등으로 開發利益을 흡수하려고 하는 것이고, 부득이하게 稅務 現實에서 差別이 생기고 있으나, 恣意가 아닌 점에서 合理的인 理由가 있다고 보아야 할 것이다. 아니면 잡힌 窃盜를 處罰코자 하는 경우에, 못잡고 있는 窃盜犯을 이유로 절도범 체포가 違憲이라고 하는 것과 같다.

土地去來許可制度가 違憲論이 주장하듯 私有 財產制度의 本質을 侵害하지 않았음을 보았다. 따라서 일은 立法形成權 內로 볼 수 있고, 그렇다면 合憲이 될 것이다. 그런데, 違憲論이나 合憲論이나 財產制度의 側面만을 보는 것은 問題의 한면만을 본 것 같다. 土地去來許可制는 地價를 統制하는 것이고, 따라서 우리나라의 經濟秩序에서 價格統制가 合憲인가? 하는 것이 實質的인 초점이 되어야 할 것 같다. 筆者가 地價格統制의 合憲論 여부를 생각하는 理由다.

V 價格 統制의 合憲性

辯護士會에서 土地去來許可制가 處分の 制限을 重視했는데, 自由市場(Free Market)을 侵害하는 面에서는 맞는 바가 있다. 所有權의 기능 중 處분이 市場에서 이루어 진다면, 使用, 收益은 相對적으로 市場 外에서 이루어 진다. 따라서, 處分の 制限은 使用, 收益과 달리 市場을 直接的으로 沮害한다. 一定 金額 이상의 處分 禁止가 市場과 연관됨은 土地의 건축制限과 같은 使用 收益의 制限과 比較가 안 될 것이다. 따라서, 處分の 制限을 權利내지 私有財產制度의 本質을 侵害하는 面보다는 市場機構를 侵害하는 각도에서 보았어야 할 것이다. 그렇다고 하면 所有權의 處分の 制限이든 收益의 制限이든지 間に 重要的

것은 價格 上限線을 統制한다는 것이다. 따라서, 價格統制의 合憲性이 核心이 되어야 한다.

그렇건대, 一時的으로 價格을 統制, 冬結하는 것은 여러 경우에 資本主義 國家에서 흔히 보는 일이다. 우리가 自由市場을 原則으로 하는 것은, 自由와 創意, 資源의 效率的 處分 등 市場機構의 長點때문이다. 그러나, 投機가 盛行하는 경우에는 이런 市場機能은 마비되고, 오히려 社會的으로 여러가지의 害惡만 초래한다. 例컨데, 앞서 본 西海岸 投機의 경우에 實사 價格이 急勝한다 하더라도, 西海岸 土地가 더 늘어나서 供給量이 증가하는 것도 아니고, 土地의 利用이 보다 創意的으로 되는 것도 아니다. 開發利益을 노려서 投機가 있는 地域들은 變하여 眞 國土計劃을 豫想하고 博博金이나 올라가고 土地의 利用은 個人的 創意와 無關한 것이 보통이다. 地價統制가 自由市場原則에 어긋나지 아니함을 알 수 있다. 土地去來許可制가 合憲인 理由이다.

그러나, 筆者는 土地去來許可制度가 投機 抑制에 效率的인 制度라고 생각지는 않는다. 投機는 利得을 目的으로 하는 것임으로 抑制의 本領도 利得을 回收하는 方案, 주로 租稅에 의존해야 할 것 같다. 이미 土地去來許可地域보다는 護渡所得稅가 重課되는 地域이 投資家에게는 더 무섭다는 이야기가 들리기도 한다. 賣買를 不許하거나 處罰하는 것으로는 그 目的을 達成할 수 없을 것 같다. 許可制는 國民에게 不便이나 주고 公務員이나 腐敗시킬 것 같다.

筆者는 開發利益을 완벽히 還收하는 正直하고 빠짐없는 계속적인 租稅執行이 投機抑制의 核心이라고 본다. 그러나, 政策的으로 許可制가 不當하다고 해서 司法的으로 違憲일 수는 없을 것이다. 明白 重大한 欠이 없는 한 合憲이라고 하여야

할 것인 바, 筆者가 土地去來許可制를 合憲이라고 보는 理由이다.

VI 刑罰 條項의 違憲 여부

이번에 違憲 提講을 한 判事는 違憲의 根據로서 私有財産의 本質을 侵害했다는 것 외에 刑事處罰까지 하는 것도 理由로 하고 있다. 許可받지 않은 경우에 私法上의 效力을 부인하면 그만큼 國民을 處罰하는 것은 너무 심하다고 본 것일 것이다. 金 南辰 教授 역시 比例原則에 비추어 違憲의 疑心이 있다고 한다.¹¹⁾ 現在 土地去來許可制에 의해서 效力만을 否認해도 投機가 抑制되고 있으므로, 刑事處罰까지 하는 것은 지나치다고 보는 것일 것이다.

그러나, 許可받지 않고 轉賣하더라도 效力만을 否認하여서 投機抑制의 目的을 達成할 수 있을까? 처음에 賣渡한 者가 許可를 省略한 者로부터 買收한 者에게 中間省略登記처럼 직접 賣買한 것처럼 許可를 받고, 이에 基해서 登記를 하고, 또 이 登記를 받고 계속 第3者의 登記가 行해진 경우에 效力을 否認할 수 있을까? 去來 安全上 그럴 수는 없을 것이다. (다만 中間省略登記와 달라서 許可를 省略한 者로 부터 護受한 者가 直接 처음에 賣渡한 者에게 許可申請書나 登記移行을 請求하는 경우에 그 協力을 안해주는 정도일 것이다). 그렇다고 하면, 이정도의 效力만 부인하는 것으로서는 이제까지 投機 抑制에 核心인 轉賣買의 露出이 不可함을 알 수 있다. 處罰條項의 當爲性을 알 수 있다.

虛僞로 金額을 기재하여 申請하는 경우도 이

것을 認定하여 주어서는 許可審査 자체의 存立 意義가 없음을 물론이다. 따라서 詐僞 기타 不正한 方法으로 許可를 받은 경우를 處罰코자 하는 것은 價格審査인 許可制度를 하는 이상 當然한 것 같다.

現在 이런 處罰을 하지 않아도 投機가 抑制되고 있으므로 공연한 주장이라고 할런지도 모른다. 그러나, 단순히 土地去來申告制만으로도 投機가 抑制되었던 때가 있었다. 그러나 申告制가 별것이 아님이 알려지자 效力을 잃게 되었는데, 虛僞로 過少 金額을 기재하든, 許可를 받지 않고 轉賣하든 效力만 부인하는, 그래야 中間省略登記와 달리 登記 請求에 協力을 거절할 수 있을 뿐인데 許可制로는 投機 抑制가 안될런지도 모른다. 사실, 지금 土地去來許可 申請에 기재하는 金額과 實際 金額의 괴리가 一般化되어 있다.

許可를 받지 않은 轉賣買 역시 적지 않을 것이다. 그래서 차라리 護渡所得稅가 附課되는 特別地域으로 指定되는 것을 더 두렵게 생각한다는 이야기가 있음도言及한 바가 있다. 效力만을 부인하는 許可制로 投機를 억제할 수 없게 되면, 刑事處罰이 本格的으로 動員될 수 밖에 없을 것이다. 아니 현재도 刑罰의 장치가 없어지면 申告制 差異가 없으니 投機가 일어 날런지도 모른다. 效力을 否認하는 土地去來許可制가 投機抑制에 效果的이라고 믿으면서 處罰條項은 違憲이라고 보기 어려운 理由들이다.

VII 用途面積을 理由로 不許可 하는 경우

A. 用途의 경우

이제까지 土地去來許可制의 違憲事由로 用途를 理由로 不許可하는 경우가 거론된 적은 없다.

11) 土地公概念 研究委員會, 前掲書, p. 106.

用途에 관해서는 地域 地區別에 의한 既存의 制限이 있기 때문인 것 같다. 그러나, 土地去來許可는 流通단계에서 規制하는 점에서 일단 取得된 所得權을 制限하는 地域地區制와 다르다. 그 根據로서 去來단계에서 事前에 買入者를 保護하고, 國家로서는 都市計劃의 實現을 保障하는 機能을 갖는다고 한다. 流通단계에서의 用途規制를 하는 '60年聯邦建築法 19條, '71年 都市建設促進法 (Gesetz über die Städtebauliche Sanierungs und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden) 第15條의 根據로서 하는 말들이다. 그러나, 독일에서는 '86建設法典에는 聯邦建築法の 規定이 삭제되고, 다만 都市建設促進法の 趣旨는 公式적으로 確定된 整備區域에서만 하도록 되었다. 삭제 축소한 理由는 地域地區制의 規制內容은 買入者가 알아보면 足한 것이고, 不必要하게 官廳에 의해서 恣意的으로 運用될 餘지가 많기 때문이라고 한다.¹²⁾ 私見 역시 전적으로 마찬가지다. 立法政策的으로 삭제가 요망이 된다고 하겠다.

B. 面積이 많은 경우

審査事由로 面積이 지나치게 많은 경우가 있다. 價格과 用途를 理由로 不許可하는 것은 日本法에도 있는 것이나, 面積을 理由로 하는 것은 우리法만의 특수한 사유다. 實需要面積 이상의 取得을 견제코자 하는 것이나, 그 基準이 法律에 없어서 違憲의 疑心이 있다. 現在는 行政指針으로서 運用하고 있으나 國民의 財產權이 法律의 委任없는 指針에 의해서 制約될 수 없음은 물론이다.

VIII 宅地上限制를 土地去來許可制로 運營하는 경우

政府는 全國都市에 土地去來許可制를 擴大하면서, 宅地上限制를 運用하겠다고 한다. 그렇게 되면 投機에 不問하고 都市 地域에 價格統制를 永久히 실시하게 될터인데 違憲이라고 생각한다. 그것은 실질적으로 大韓民國 土地를 價格기구 대신 政府가 統制하는 것이기 때문이다. 價格기구를 無視함에 따른 資源 낭비의 폐가 대단할 것이다. 土地가 全體 經濟秩序에서 차지하는 重要性에 비추어, 土地市場의 停止는 全體 經濟秩序를 현저히 創意와 自由에서 후퇴시킨다고 보아야 할 것이기 때문이다.

혹시 大韓民國 全都市 地域이 永久히 投機의 可能性이 있으므로 合憲이라고 할런지도 모른다. 그러나, 계속 地價가 上昇은 하겠지만, 市場기능을 계속 停止하는 것이 더 效率의 일 정도로 계속 投機 狀態에 있다는 것은 억지 일 것이다.

따라서, 上限制를 土地去來許可制로 실시하는 경우에 價格統制를 하는 경우와 上限制의 경우를 區別하여야 할 것이다. 後者は 都市 地域에 계속적으로 시행하더라도 前者는 價格 기구가 미비된 投機가 있는 극히 一部지역에 一時的으로만 시행되어야 할 것이다.

IX 結 論

土地公概念의 導入이라는 主張과 함께 導入된 土地去來許可制에 대해서 自由로운 所有權의 處分權을 制限한 權利의 本質的 侵害고, 國有財產制와 區別할 수 없게 하는 私有財產制度의 本質的

12) 土地公概念 研究委員會, 前掲書, p. 179~180.

侵害라는 주장이立法過程에서부터 있었다. 그러나,土地公概念을導入해서土地去來許可制를導入해야 한다고 하는土地公概念에 관한論據는所有權의內在的制約의擴大 경향을 말함이 고작이다.土地去來規制가法律의規定에 의해서만可能할진데,合憲論의根據가 전혀 못됨을알수있다.

여기에 나중에李康嫻教授가土地의位置狀況性を강조하는狀況拘束性說을追加하는경우에도立法에의한土地去來規制의정도가憲法の授權範圍를넘었다고하는論點에대해서답변이되지않음은마찬가지다.違憲논쟁당시金哲洙教授가소개한獨逸의判例가土地의公共福利에의한制限의特性을강조하고,立法에의한財産權의形成에있어서더강한制限을할수있음을밝힌것이가장具體적이고說得力이있는肯定論據였다.그러나이判例에는우리나라辯護士會가주장한것처럼所有權의處分제한이나私有財産制度의本質을문제삼지않았고따라서,그에대한判斷이없다.그리고,判例를소개한金教授부터가租稅로充分하므로違憲이라는편이었다.따라서문제에대한理論인답이法曹界에주어지지않은상태에서立法이된後,10년이 지나民主化의분위기속에서判事에의해違憲提請이있게된것이다.

그동안土地去來許可制는處분에대한制限이 아니라,收益에대한制限이므로所有權의本質이나私有財産制度의本質을侵害하지않았다는說도있었다.그러나,土地去來許可制가收益에대한制限이자處分을制限하는면이함께있음은부인할수없다.그리고,使用,收益에대한制限은輕微하고處分の制限은重要하다는辯護士會의主張을맞는것으로前提한것부터가틀린것

이다. Greenbelt는使用,收益의制限이지마는土地去來申告制보다더所有權내지私有財産制度를侵害하기때문이다.그러면,私有財産制度내지所有權의本質은무엇인가?本質은성질상여러가지로설명될수있겠으나,辯護士會가문제삼는것은國有財産管理制와의區別이안된다고한다.自由로운所有權과같은私有財産制度는經濟秩序에있어서自由市場(Free Market)이對應하는財産法상의制度로自由와創意를本質로하고있음은일반적으로認定되고있는바이다.따라서,土地去來許可制에있어서處分내지收益의制限이自由와創意를侵害하지않으므로自由로운所有權의本質이나이러한制度를法制度로서하는私有財産制度의本質을侵害하지않는것을알수있다.

따라서,合憲이라할수있겠으나,問題의또다른핵심은自由市場과의관계이다.處分の制限은私有財産制度보다는市場機構를直接的으로制限한다.

土地去來許可制는處分을制限함으로써또는그對價인收益을制限함으로써價格統制를하고자하는것이다.그러나,投機가盛行하는경우에는오히려價格機構가미비된경우이므로,오히려價格冬結조치가正常的인市場기능을回復시켜주기도한다.그러나,筆者는租稅의方法이야말로效率의인投機抑制제도라고생각한다.그러나,이것은政策決定에속하는사항으로政策當局의裁量에속하고,따라서明白,重大한잘못이아닌限,司法的으로違憲이라고할수없을것이다.

效力만을否認한現在도投機가抑制되고있으니處罰은不必要하게基本權을侵害하는것으로比例原則에어긋난다고볼수도있을것이

다. 그러나, 金額을 虛偽記載하거나, 또는 許可를 받지 않고 轉賣하는 것을 許容하여서는 土地去來許可制는 아무것도 아닌 것이 될 것이다. 따라서 效力만을 否認하는 것으로 부족한 경우에는 處罰을 할 수 밖에 없을 경우가 올 지도 모른다. 그리고 현재도 處罰條項이 빠지면, 土地去來許可制가 아무것도 아니므로 投機防止 구실을 못할 가능성도 높다. 違憲이라고 보기 어려운 理由들이다.

以上 價格을 理由로 不許可하는 경우를 보았는데, 用途를 理由로 流通단계에서 부터 規制하는 것은 明白히 不必要하고, 面積의 過大를 理由로 하는 것은 그 基準이 法上 없는 점에서 違憲이라고 생각한다. 그리고, 宅地上限制를 土地去來許可制의 面積을 理由로 하는 경우와 결부시키는 것은, 同時에 價格上限 統制를 永久히 全都市地域에 實施하겠다는 것이 되므로 違憲이라고 본다.