

발간등록번호

11-1270000-000489-01

개성공업지구 토지이용권 보호방안 연구

2008. 1

법무부

發 刊 辭

북한이 2002년 11월 13일 개성을 특별경제구역으로 지정한 이래 개성공업지구는 남한의 자본과 기술, 북한의 노동력과 토지가 결합되어 남북공동번영을 도모하는 대표적인 남북경제협력사업으로서 남북 모두에게 경제적으로 도움이 될 뿐만 아니라 한반도와 이를 둘러싼 국제적 긴장관계를 해소할 대표적 평화사업으로 자리매김하였습니다.

지난 2007 남북정상회담에서도 남북 정상이 개성공업지구의 이와 같은 중요성을 깊이 인식하고 개성공업지구의 발전을 위한 철도, 통행, 통신, 통관 등의 문제들을 해결하기 위한 합의를 한 바 있습니다.

이제 개성공업지구에는 2008년 1월 현재 가동 중인 65개 기업을 비롯하여 총 221개의 우리 기업들이 활발히 생산활동을 하게 될 것이며, 그에 따라 우리 기업들의 재산권을 비롯한 권리를 보호할 법제 및 법리에 대한 연구를 늦출 수 없는 상황이 되었습니다.

이러한 필요성에 따라 법무부는 이번에 「개성공업지구 토지이용권 보호방안」을 연구하여 자료집을 발간하게 되었습니다. 이 자료집은 법무부가 2007년 초 연세대학교 법과대학 김상용 교수님에게 의뢰한 연구용역 결과를 바탕으로 하여 작성되었습니다. 이 자리를 빌어 연구용역을 맡아 힘써 주신 김상용 교수님에게 감사를 드립니다.

이 자료집이 개성공업지구의 토지이용권 등 부동산 법제에 대한 이해의 폭을 넓히고 개성공업지구 내 우리 기업들의 재산권 보호를 위한 법적 인프라 구축에 일조하여 현재 개성공업지구에 입주한 기업뿐만 아니라 새로이 개성공업지구에 진출하고자 하는 기업들로 하여금 투자의 예측가능성을 보장함으로써 개성공업지구의 발전은 물론 남북경제협력 전반의 발전에 조금이나마 보탬이 되기를 바랍니다.

2008년 2월

법무부 법무실장

목 차

I. 서 론	1
II. 북한 사회주의 토지제도 및 토지이용권 개요	4
1. 소유권 개념의 역사성과 사회주의 토지제도의 생성	4
2. 사회주의 토지제도 하에서의 토지소유권의 유형과 토지이용권의 생성	6
3. 북한 사회주의 토지제도의 실행과 확립	7
4. 북한 사회주의 토지제도의 변화 : 토지이용권의 인정	9
5. 개성공업지구의 지정, 개발, 분양 및 토지이용권의 설정과 양도 개관	11
6. 남북한의 토지법에서 개성공업지구의 토지이용권의 중요성	14
III. 사회주의 국가의 토지제도	17
1. 사회주의 국가의 변화 및 토지제도의 변화	17
2. 중국의 토지제도	18
3. 베트남의 토지제도	60
4. 몽골의 토지제도	73
IV. 북한의 사회주의 토지제도에서의 토지이용권의 인정과 발전	75
1. 북한 사회주의 토지제도의 현실	75
2. 토지이용권의 인정과 발전	78
3. 토지점유	107
4. 건물소유권과 건물이용권	107
5. 토지이용권에 대한 평가와 운용상의 문제점	108
V. 개성공업지구의 현황, 적용법률 및 토지이용권의 실상	118
1. 개성공업지구의 현황	118
2. 적용법률 및 남북한법의 충돌	120
3. 토지이용권 설정 및 유동화의 실상	124

VI. 개성공업지구에서의 토지이용권 관련 법적 문제 및 보호방안 ...	127
1. 토지이용권의 2중 내지 2번 설정의 문제	127
2. 토지이용 시기(始期)의 차이와 토지이용권 존속기간의 상충 문제 ..	131
3. 토지이용권 존속기간 만료 시 잔존가치의 보상 문제	132
4. 공공용지에 대한 토지이용권 귀속 문제	133
5. 토지이용권의 남한에서의 보호 문제	133
6. 저당목적 토지이용권의 실행과 경락인의 보호 문제	134
7. 개성공업지구 내의 재산에 대한 가집행, 가처분, 강제경매에 관한 법제의 부재 문제	135
8. 국가재정으로 취득한 개성공업지구 내 재산의 국유재산 확보 문제	135
9. 토지이용권 거래의 중개, 가액의 평가, 실행상의 제문제	136
10. 입주업체에 토지이용권 임대방식 대신 양도방식을 취하는 것의 문제점	137
11. 토지의 무단점유에 대한 보호 문제	137
12. 토지이용권의 법적성질 및 내용에 관한 북한법률 미비의 문제 및 관련 법령의 정비방안	138
13. 법률용어의 정비 및 법치주의 확립 문제	139
VII. 결 론	141
<참고문헌>	143
[부록 : 관련 북한 법령]	151
1. 개성공업지구법	153
2. 개성공업지구법 부동산규정	157
3. 북한 민법	163
4. 북한 토지법	183
5. 북한 토지임대법	189
6. 북한 외국인투자법	193

I. 서 론

개성공업지구는 남북경제협력 활성화의 기틀이라는 점에서 매우 중요한 의의를 가지며, 특히 한반도 통일 이후 북한의 경제발전을 위한 거점도시 또는 개발모델이 될 수 있다는 측면에서 그 개발의 중요성을 간과할 수 없다. 또한 개성공업지구는 비무장지대를 오고가는 사업인 만큼 남북간 군사신뢰가 반드시 수반되어야 하므로 군사긴장 완화 측면에서도 매우 중요하다.

개성공업지구는 남북한이 각각 비교우위가 있는 생산요소인 남한의 자본과 기술, 북한의 노동과 토지가 결합되어 시너지효과를 발휘함으로써 남북한 산업간 분업을 활성화할 것으로 기대되는 남북경제협력의 모델케이스이다. 결국 개성공업지구 사업은 남한에게는 고비용 저효율 구조에 직면해 있는 국내 경제 활성화를, 북한에게는 1990년대 초 이후 극심한 경제 침체에서 벗어나 경제회생의 기회를 주는 데 크게 기여할 것이다.

남한은 원자재 및 노동임금 상승 등과 같은 경영환경악화 등으로 인해 개성공업지구를 공장 이전의 대안으로 선호하고 있다. 개성공업지구가 성공적으로 추진됨에 따라 남북한의 경제적 상호 의존성을 증가시킴으로써 남북경제통합으로의 길을 앞당기는 작용을 하고 있다. 개성공업지구는 남북간의 대규모 경제협력을 통해 한반도의 평화를 만드는 데 기여하고 이렇게 만들어진 평화가 다시 남북관계 진전과 남북의 경제기반을 다지게 하는 선순환 과정을 촉진시키는 핵심적인 남북경협사업으로서의 의미를 지니고 있다. 또한 북한이 자유시장 경제에 대해 직간접적으로 체험하고 학습할 수 있는 좋은 모델이 되고 있으며, 이는 향후 남북통일 이후까지도 긍정적인 효과로 작용할 것이다.

개성공업지구에는, 2004년 6월 14일 시범단지 입주업체 15개 기업이 선정된 이래 2005년 9월 21일 본단지 1차단지 입주업체 24개 기업이 선정되고, 2007

2 개성공업지구 토지이용권 보호방안 연구

년 6월 25일 본단지 2차단지 입주업체 182개 기업이 선정됨으로써 2008년 1월 현재 가동 중인 65개 기업을 포함하여 총 221개의 우리 기업들이 생산활동을 눈 앞에 두고 있다. 2008년 1월 현재 개성공업지구에서 근무하는 북한 근로자 수는 23,000명을 넘어서고 있으며, 남한 근로자도 800명을 넘어선다.

개성공업지구는 여타의 남북경제협력사업과는 차원이 다른, 진정한 의미의 남북간 윈-윈 프로젝트로서 개성공업지구에 진출한 우리 기업들에게 많은 장점과 기회를 제공한다. 개성공업지구는 2천만 명의 거대한 소비시장 및 커다란 구매력을 보유한 수도권 시장 인근에 위치해 있고 서울에서 불과 60킬로미터 떨어진 지리적 인접성이라는 이점이 있다. 그리고 중국 노동자의 월 임금 수준이 평균 150달러인데 비해, 북한 노동자의 월 급여는 57.5달러로써 저임금의 우수한 노동력을 활용할 수 있으며, 특히 북한 노동자는 고등학교까지의 무교육을 받고 언어가 통하기 때문에 질적인 수준이 높다고 할 수 있다 또한 개성공업지구는 북한의 개혁·개방의 일환으로 개발된 경제특구이기 때문에 공단에 진출한 남한 기업들은 북한 정부의 여러 가지 정책상의 혜택을 받을 수 있으며, 인위적인 규제와 장벽이 상대적으로 적은 이점이 있다는 점도 부인할 수 없다.

이러한 이점에도 불구하고 개성공업지구는 원산지 표기 문제, 전략물자 반출 문제 등 해결해야 할 문제들이 아직 많이 남아있다. 그 중에서도 개성공업지구의 전력, 용수, 도로, 통신 등 물적 인프라의 구축 속도에 비하여 법제도적 인프라가 더디게 구축되고 있다는 점은 개성공업지구 입주기업의 자유로운 기업활동에 장애가 되고 있다. 북한지역인 개성공업지구에서 사업을 하는 우리 기업으로서는 북한 법제에 대한 무지, 북한 법제의 미비 및 법치주의에 반하는 행정 등에 대한 불안 등으로 인하여 개성공업지구에 투자한 재산권의 보장 및 투자이익의 환수에 관해 법적으로 보장받지 못하고 있다고 느낄 수밖에 없다. 따라서 북한의 체제와 법제에 관해 연구하고 개성공업지구의 법제 인프라를 구축하는 일은 개성공업지구의 투자의 안정성 보장과 발전을 이루는 데

매우 중요하다. 특히 우리 기업들에게 생소하지만 필연적으로 접할 수 밖에 없는 북한의 사회주의 토지제도와 개성공업지구 등 북한의 경제특구에서 인정되고 있는 토지이용권 제도에 대한 연구는 더 이상 늦출 수 없는 현실적인 문제로 다가온 실정이다. 이에 본 자료집에서는 북한의 사회주의 토지제도, 중국 등 사회주의 국가의 토지제도, 북한에서의 토지이용권 제도의 인정과 발전, 개성공업지구에서 토지 이용과 관련하여 우리 기업들이 직면하게 될 것으로 예상되는 분쟁 등 제반 법적 문제들 및 그 해결방안 등을 살펴보기로 한다.

II. 북한 사회주의 토지제도 및 토지이용권 개요

1. 소유권 개념의 역사성과 사회주의 토지제도의 생성

우리 민법상의 소유권은 물건이 갖는 사용가치와 교환가치의 전부를 지배할 수 있는 완전물권으로서, 소유물을 사용, 수익, 처분할 수 있는 권리이다(민법 제211조). 이러한 우리 민법상의 소유권을 자본주의적 자유사소유권(自由私所有權)이라 하며, 자유사소유권 제도에서는 생산수단인 토지를 상품으로 다루며, 토지에 대해서도 역시 자유사소유권을 인정한다. 이러한 자유사소유권은 근대 자본주의 시민사회의 근대민법에서 비로소 인정되었다.

소유권의 개념은 사회, 경제, 정치의 변화에 따라서 역사적으로 변천하여 왔다. 그리하여 게르만법학자였던 오토 폰 길케(Otto von Gierke: 1841-1921)는 소유권의 개념은 논리적 범주에 속하는 것이 아니라 역사적 범주에 속하는 가변적인 것이라고 하였다.¹⁾ 칼 막스(Karl Marx: 1818-1883)도 역시 토지소유권은 생산양식의 변화에 따라서 변화하는 역사성을 갖는다고 하였다.²⁾ 이와 같이 소유권, 그 중에서도 토지소유권의 개념은 그 시대, 그 국가의 사회, 경제, 정치 및 사상을 반영하는 역사적인 범주에 속하는 가변적인 것이다. 그러므로 소유권, 특히 토지소유권은 그 시대의 산물(ein Kind seiner Zeit)이라 할 수 있다.³⁾

사회주의적 토지소유권의 개념도 역시 역사성을 갖는 개념으로서 생산수단에 대한 자본주의적 자유사소유권이 계약자유와 결합하여 초래한 사회적 병리

1) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd II(1905), S. 348, Fußnote 2.

2) 김상용, 토지소유권 법사상(대우학술총서: 인문사회과학 87, 민음사, 1995), 33~34면

3) Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch(Kommentar), B5 (1978), S. 197.

현상인 생산수단을 가진 자가 생산수단을 갖지 못한 자를 합법적으로 지배하는 사회적 모순을 극복하기 위한 대안으로서 주장되고 생성된 것이다. 이와 같은 사회주의적 토지소유권은 생산수단을 갖지 못한 자가 생산수단을 가진 자의 사소유권을 통한 예속으로부터 해방되기 위하여, 생산수단에 대한 자본주의적인 사소유권을 일시에 혁명적 방법으로 폐지하고, 생산수단을 전인민의 공동소유로 옮겨놓을 것을 내용으로 주장되고 생성되었다. 그리하여 사회주의 하에서는 자본주의적 사소유권을 착취적인 소유권으로 이해하고 이를 부인하는 사회주의 토지소유권을 인간적인 소유권이라 한다.⁴⁾

이와 같은 사회주의적 토지소유권은 생산수단인 토지에 대한 사소유권을 부인하고, 생산수단을 모두 전인민의 소유로 옮겨놓는 것으로서, 토지에 대해서는 국가소유권이나 사회협동단체소유권만을 인정하는 소유제도이다. 이러한 사회주의적 토지소유권은 1917년 제정러시아에서의 볼셰비키 혁명에 의하여 1918년에 처음으로 구체적으로 실행이 되었으며, 거의 대부분의 사회주의국가에서 생산수단인 토지에 대한 사소유권을 부인하고, 이러한 사회주의적인 소유제도를 실행하여 유지하였다.

이러한 사회주의적 토지소유권은 자본주의적 사소유권을 일시에 혁명적 방법으로 없애고, 생산수단인 토지를 국가소유나 사회협동단체소유로 옮겨놓은 토지소유제도이다. 그러므로 상품으로서의 토지의 성질을 전적으로 부인하고, 토지에 대한 유동화를 금지하며, 개인은 국가경제계획에 따라 배분되는 토지를 이용할 수 있을 뿐이었다. 주민의 토지이용도 그것이 권리인 이용권으로 인정되기 보다는 경작의무로서 이해되거나 단순한 점유의 효력으로서의 이용에 불과할 뿐이었다.

4) 자본주의적 사소유권이 초래한 사회적 문제를 극복하기 위한 또 하나의 대안은 생산수단에 대한 자유 사소유권을 부인하지는 아니하고 이를 인정하면서, 사소유권에 대하여 강한 공법적 규제를 가하는 개량주의적 토지소유권으로의 발전이었다.

2. 사회주의 토지제도 하에서의 토지소유권의 유형과 토지이용권의 생성

사회주의적 토지제도는 생산수단인 토지에 대한 사소유권을 전적으로 부인하고, 토지는 인민의 공동소유로서 국가소유와 사회협동단체소유의 2가지만을 인정한다. 생산수단이 아닌 소비재에 관해서는 개인소유권(personal ownership)을 인정한다. 개인소유권은 그 본질에 있어서는 사소유권(private ownership: Privateigentum)과 동일하지만, 사소유권을 착취적인 소유권으로 이해하기 때문에 소비재에 대한 사적인 소유권을 사소유권이라 하지 아니하고 개인소유권이라 한다.

사회주의적 토지소유권은 다시 전인민을 대표하여 국가가 소유하는 국가소유권과 사회협동단체의 전구성원을 대표하여 사회협동단체가 소유하는 사회협동단체소유권으로 나누어진다. 그러므로 사회주의적 토지제도에서는 개인에게 사적인 토지의 소유권을 전혀 인정하지 아니한다.

그러므로 사회주의 토지제도 하에서는 개인이 토지를 경작, 이용하고 있다고 하더라도 그 이용 상태는 법적인 권리가 아니라 토지에 대한 단순한 점유에 불과하다. 게다가 점유에 대하여 점유권이라는 권리도 인정할 수 없으며, 점유의 사실에 대하여 일정한 법적인 효과가 부여되고 있을 뿐이다. 따라서 사회주의적 토지소유제도하에서는 국가나 사회협동단체가 토지를 소유하고 개인이 토지를 이용하고 있지만 그 이용은 권리로서의 토지이용권의 행사가 아니라 단순히 토지점유의 사실에 대하여 부여된 일정한 법적인 효과일 뿐이다. 그리고 개인의 토지이용도 토지소유자인 국가 또는 사회협동단체와 계약에 의한 이용이 아니라 국가 또는 사회협동단체의 일방적인 처분행위인 토지배분에 의한 이용이다.

따라서 사회주의적 토지제도에서의 토지이용은 오늘날 인정되고 있는 사회주의 공유제 하의 권리로서의 토지이용권 내지 토지사용권과는 구별된다. 전

자의 토지이용은 토지에 대한 단순한 점유의 효력에 불과하고, 후자의 토지이용은 권리로서의 토지이용권 내지 토지사용권의 행사이다.

사회주의 토지제도 하에서 권리로서의 토지이용권을 인정한 것은 중국이 그 시초이다. 중국은 토지에 대한 단순한 점유의 효력으로서의 토지이용이 아니라 권리로서의 토지사용권을 1980년대 초에 가장 먼저 인정하였다. 이러한 토지사용권은 생산수단인 토지에 대한 소유권은 국가 또는 집합체가 갖고 그 사용권은 개인이 갖는 것으로서, 생산수단에 대한 사회주의적 토지제도를 유지하면서 토지의 유통화를 가능케 하는 제도이다. 사회주의 공유제의 국가에서 토지에 대한 사용권을 권리로서, 그것도 물권으로서 인정한 것은 바로 토지소유권의 역사성을 반영하고 있는 사회주의 토지소유권의 변화이다.

3. 북한 사회주의 토지제도의 실행과 확립

북한은 사회주의적 토지제도를 실행하기 전에 먼저 토지개혁을 단행하여 무상으로 토지를 몰수하여 이를 무상분배하는 조치를 취하였다. 구체적으로 북한은 1946년 3월 5일 북조선임시인민위원회가 “토지개혁에 관한 법령”을 발표하여 즉시 토지개혁을 단행하고, 1946년 3월 8일에는 “토지개혁법령에 관한 세칙”을 발표하여 1946년 3월말까지 토지개혁을 완료하도록 하였다.

이러한 1946년 북한의 토지개혁 시에는 토지에 대한 사소유권을 부인하지 않았다. 즉, 5정보이상의 소유토지만을 무상으로 몰수하고 이를 무상으로 분배하였으며,⁵⁾ 분배받은 토지는 분배받은 농민의 소유로 하였다. 그리고 소유토지가 5정보 이상이더라도 자경하지 아니하고 소작을 준 토지는 몰수하였으며,

5) 북한이 토지개혁의 방법으로 무상몰수조치를 취하였으나 무상분배를 취하였느냐에 관하여는 자세한 검토가 필요하다. 형식상으로는 무상분배를 취하였다. 그러나 북한은 토지개혁 후에 곧바로 1946년 6월 27일 “농지현물세에 관한 결정서”를 제정, 시행하여 분배받은 농지에 대하여 년 수확량의 25%를 농지현물세로 징수하였다(북한 법제개요, 법제자료 제157집(법제처, 1991), 418면). 그리하여 북한은 사실상 무상몰수 유상분배의 방식으로 토지개혁을 단행하였다. 이 농지현물세는 1966년 4월 29일 “농업현물세제를 완전히 폐지할 데 대하여”의 제정, 시행에 의하여 폐지되었다.

5정보를 초과하여 소유하더라도 소작을 주지 않고 자경한 경우에는 몰수대상에서 제외하였다. 그러므로 몰수하여 분배한 토지에 대해서는 분배받은 농민의 소유권을 인정하였으며, 몰수하지 않은 토지에 대해서는 종전의 소유자의 소유권을 그대로 인정하였다. 그리하여 북한은 토지개혁 시에 사회주의적 토지제도를 실행한 것은 아니었다.

북한에서는 토지개혁에 의해 몰수하여 분배한 토지에 대하여 토지개혁에 관한 법령 제5조에서 “몰수한 토지 전부를 농민에게 무상으로 영원한 소유로 양여”한다고 하여 분배받은 농민에게 소유권을 부여하였다. 그러나 동법령 제10조에서는 “농민에게 분양된 토지는 매매하지 못하며, 소작주지 못하며, 저당하지 못한다”고 규정하여 토지의 유동화를 금지하였다.

이와 같이 북한은 분배농지에 대한 매매, 소작, 저당에 의한 소유권 행사를 금지하다가 1954년부터 1958년까지의 기간동안 진행된 농업의 협동화 작업에 의하여 분배받은 농지를 완전히 국가소유 또는 협동단체소유로 전환함으로써 북한에 사회주의적 토지소유제도를 실행하였던 것이다. 따라서 토지개혁에 의하여 농민들은 그들이 경작하는 토지에 대한 사소유권을 인정받을 수는 있었지만, 사소유권을 한 번도 행사해보지 못한 채 경작만 하였을 뿐이었다. 이처럼 북한에서는 농업의 집단화 작업에 의하여 농민의 사소유권이 박탈되고, 토지에 대한 소유권은 모두 국가 또는 협동단체로 넘어갔다. 1954년부터 시작된 농업의 집단화 사업이 1958년에 완성됨으로써 비로소 북한에서는 토지에 대한 사소유권을 완전히 없애고 사회주의적 토지제도가 확립되었다.

이와 같이 북한은 농업의 집단화 작업에 의하여 사회주의적 토지제도를 먼저 실행하고 나중에 이를 법적으로 추인하였다. 그리하여 법적으로는 1963년에 와서야 비로소 토지법⁶⁾을 제정하여 이러한 사회주의적 토지제도를 추인하고 1972년에는 북한의 사회주의헌법에서 이를 다시 한번 헌법적으로 추인하였다. 그리고 나서 북한은 다시 1977년에 토지법을 제정하여 토지를 혁명의 고

6) 1963년의 토지법은 북한이 이를 공포하지 아니하여 동법의 구체적인 내용을 알 수가 없다.

귀한 전취물로 규정하고(북한토지법 제1조), 모든 토지는 국가 및 협동단체 소유로 규정하고(북한토지법 제9조 제1항), 토지에 대한 매매를 금지하였다(북한토지법 제9조 제2항). 그리고 1990년에 제정된 북한민법에서는 토지에 대한 국가소유권과 협동단체소유권⁷⁾만을 규정하고, 토지의 유동화를 위한 토지의 용익 및 담보로서의 활용에 관해서는 전혀 규정을 두지 않았다.

이처럼 북한의 사회주의적 토지제도 하에서 토지에 대해서는 오로지 국가소유권과 사회협동단체소유권만이 인정되며, 토지를 경작하거나 이용하는 북한주민은 토지를 점유하고 있을 뿐, 토지에 대한 권리를 전혀 갖고 있지 못하고 있다. 북한주민의 토지에 대한 점유는 단순한 사실에 불과하며, 점유권이라는 권리도 인정되지 않는다고 이해된다. 북한주민이 토지를 경작하고 있지만, 그것은 권리에 기초하여 경작하는 것이 아니라 경작의무에 가깝다고 해석된다.

그러므로 북한주민의 토지의 이용과 경작은 1992년 외국인투자법에서 처음으로 설정의 근거가 마련된 권리로서의 토지이용권과는 다른 것이다. 전자는 국가나 사회협동단체로부터 분배받은 토지에 대한 단순한 사실로서의 점유에 불과하며, 후자는 국가와의 계약에 의하여 취득한 법적으로 보호받는 권리이다.

4. 북한 사회주의 토지제도의 변화 : 토지이용권의 인정

북한이 농업의 집단화 과정을 거치고, 이를 법적으로 추인하는 방법으로 사회주의적 토지소유제도를 확립하였지만, 구 소련과 구 동구사회주의국가들이 존속하고 있었던 기간 동안은, 북한도 구 사회주의국가들로부터의 지원과 교역으로 사회주의 계획경제를 유지할 수가 있었다. 그러나 구 사회주의국가들의 경제가 어려워지고 결국에는 구 사회주의국가들이 몰락함에 따라서, 북한은 그들 구 사회주의 국가들로부터의 지원을 받을 수 없게 되었다. 이러한 구 사회주의국가들의 경제사정의 변화에 따라서 북한은 1975년부터 외채상황이

7) 1999년 민법개정에 의하여 협동단체소유권은 사회협동단체소유권으로 그 명칭이 바뀌었다.

어렵게 되었다. 그리하여 북한은 북한의 채무변제의 부담이 없는 외국으로부터의 직접투자를 유치하여 북한의 사회주의 계획경제를 유지할 수 있는 방안의 마련이 필요하였다.⁸⁾

그 결과, 북한은 외국인, 외국기업의 북한에의 직접투자를 유치하기 위하여 1984년에 합영법을 제정하고, 1985년에는 합영법시행세칙 등을 제정하였다. 그리고 1991년에는 나진, 선봉지역을 자유경제무역지대⁹⁾로 지정하고, 나진, 선봉, 청진을 자유항으로 지정하였다. 그리고 1992년에는 외국인투자법과 합작법을 제정하였다.

이러한 북한경제의 어려움 때문에 외국자본의 북한투자유치를 위하여 북한도 중국을 모범으로 하여 외국인투자법(구체적으로는 동법 제15조)에서 외국투자자와 외국투자기업에 토지를 최장 50년간 임대하여 준다는 규정을 입법하였다. 그리고 이 외국인투자법에 근거하여 북한은 1993년 10월 27일에 토지임대법을 제정하였다. 이 토지임대법은 사회주의적 토지제도를 유지하면서 외국자본의 북한에의 직접투자를 유치하기 위하여 토지이용권을 설정하여 줄 수 있는 근거법이 되었다. 토지임대법에서 북한은 토지이용권의 설정을 토지임대라고 명명하였다. 그러나 그 실질은 토지임대가 아니고 토지이용권의 설정이다. 더욱더 북한은 토지이용권의 설정을 받는 자에게 그 토지이용권을 양도, 임대, 저당하거나 상속할 수 있도록 허용하였다.

이와 같이 북한은 구 사회주의국가들의 경제 곤란과 붕괴로 인한 북한의 계획경제체제의 위기 속에서도 이를 유지하면서 상환의 부담이 없는 외국자본의 북한에로의 투자유치를 위하여 토지이용권의 설정을 인정한 것이었다. 토지임대법에서 북한은 북한의 전역에서 외국의 투자기업 및 개인투자자를 위하여 토지이용권을 설정할 수 있도록 하였으나 실제로는 북한의 변방인 나진선봉경

8) 북한의 대외경제정책의 변화를 살펴보면, 1960년대까지는 사회주의국가들과의 소극적인 무역정책을, 1970년대에는 선진 자본주의국가로부터의 차관도입정책을, 1980년대에는 합영법에 의한 외국투자 유치정책을, 1990년대에는 경제특구에 의한 외자유치정책을 실시하여 왔다.

9) 1999년에는 이를 나선경제무역지대로 개칭하였다.

제무역지대에 한해서 설정하도록 하였으며, 북한의 주민에게는 토지이용권의 설정을 인정하지 아니하고, 북한의 기관, 기업소, 단체에게도 합영기업이나 합작기업에 출자하는 경우에 한하여 토지이용권을 설정해 줄 수 있도록 제한하였다.

북한이 나진선봉에 경제특구인 자유경제무역지대를 설치하여 외국투자기업 및 외국투자자들에게 토지이용권을 설정해 주고 외국자본의 북한투자를 유치하였으나 별 성과가 없었으며, 그로 인하여 북한경제는 극히 어려워지게 되었다. 그 결과 북한은 그들의 사회주의 계획경제에 시장경제의 요소를 폭넓게 도입할 필요성과 남한으로부터의 투자유치가 북한경제의 회생에 절대적임을 인식하기 시작하였다. 그로 인하여 북한은 2002년 7월 1일에 소위 7.1경제관리 개선조치를 취하고, 같은 해에 역시 북한의 경제특구로 신의주특별행정구, 금강산관광지구, 개성공업지구를 지정하고 동 경제특구에서 각 특구법인 신의주특별행정구기본법, 금강산관광지구법, 개성공업지구법에 의하여 토지이용권을 설정할 수 있도록 하였다. 그러나 신의주특별행정구의 개발은 전혀 그 진전이 이루어지지 못하고 있으며, 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 남한기업에 토지이용권을 설정해 주어 극히 제한된 지역에 한정되기는 하지만 남한기업이 토지를 개발하고 그 토지이용권의 양도, 저당까지 이루어지고 있는 상태이다. 특히 개성공업지구에서의 토지이용권의 설정, 양도, 저당이 북한의 사회주의 토지소유제도하에서의 가장 대표적인 토지유통화의 사례가 되어 있다.

5. 개성공업지구의 지정, 개발, 분양 및 토지이용권의 설정과 양도 개관

개성공업지구는 북한이 지정한 경제특구로서 남한기업이 개발, 분양하고, 남한의 제조기업을 입주업체로 모집하여 그 입주업체가 공장을 건설하고, 북한의 주민을 근로자로 고용하여 제품을 생산하고 있다. 개성공업지구는 북한에

12 개성공업지구 토지이용권 보호방안 연구

소재하고 있지만, 남한의 기업이 북한으로부터 토지이용권을 설정받아 개발하고, 남한의 입주기업이 토지이용권을 양수하여 공장을 건설하여 제품을 생산하고 있다.

개성공업지구는 총 2,000만평(65.7km²)에 달하는 면적이며, 그 중에서 800만평은 공단으로 개발하고, 나머지 1,200만평은 배후단지로서 주거, 상업 지역 등으로 개발할 예정이다. 공단지역 800만평은 3단계로 나누어 개발할 예정이다. 1단계 100만평은 부지개발이 완료되었으며, 2단계 250만평, 3단계 450만평으로 나누어 순차적으로 개발할 예정이다. 배후단지 1,200만평 중에는 개성시까지 400만평이 포함되어 있으며, 대체적인 지역이 지정되어 있을 뿐 구체적인 구역경계가 확정되어 있는 것은 아니다.

현재까지 공단지역 800만평 중에서 100만평(이를 본단지라 한다)에 대해서는 1단계로 개발이 완료되어 2007년 6월 30일 준공을 하였다. 1단계의 100만평 중 시범단지로 28,000평을 가장 먼저 개발한 다음에 이를 분할하여 입주업체에 분양하고 각 분양된 토지에 대한 토지이용권을 입주업체에 양도하였다. 그리고 1단계 1차로 50,000평의 토지에 대하여 입주업체를 모집하여 부분적으로 공장이 건설되었거나 건설 중에 있다. 1단계 2차로 530,000평에 대한 입주업체를 모집 중에 있다. 그리고 입주업체들 중에는 공장건설 및 운영자금을 남북경제협력자금의 용자를 받고 이를 담보하기 위하여 입주업체들이 양수하여 취득한 토지이용권과 입주업체들이 건축한 공장건물을 담보로 하여 남북경제협력자금을 수탁관리하는 한국수출입은행에 대하여 근저당권을 설정해 주었다.

이러한 개성공업지구의 지정과 개발 및 분양의 역사적 과정을 살펴보면, 2000년 8월 22일에 현대측과 북한의 조선아시아태평양평화위원회와의 사이에 개성공업지구건설운영에 관한 합의서가 체결되고, 현대측이 개성공단의 개발에 한국토지공사의 참여를 요청하여 2000년 11월 10일에는 현대와 한국토지공사간에 한국토지공사의 개성공단개발참여에 관한 합의가 이루어졌다. 그리고 북한은 2002년 11월 20일에 개성공업지구법을 제정·공포하여 발표시키고,

2002년 12월 4일에는 남한의 현대아산(주)과 한국토지공사 그리고 북한의 조선아시아태평양평화위원회와 민족경제협력위원회의 4기관간에 남한의 현대아산과 한국토지공사가 공동으로 개성공단의 개발을 맡기로 하는 합의를 체결하였다. 그 합의에 기초하여 2002년 12월 23일에 북한은 현대아산과 한국토지공사를 공동의 토지이용권자로 하는 개성공업지구 1단계 100만평에 대한 토지이용증을 발급해 주었다. 한편으로 같은 날 현대아산은 개성공업지구 2,000만평에 대한 토지이용증을 북한측으로부터 수여받았다.¹⁰⁾ 그러므로 개성공업지구 1단계 100만평에 대해서는 현대아산과 한국토지공사가 2중으로 토지이용권을 설정받게 되고, 현대아산은 100만평에 대하여 2번에 걸쳐서 토지이용권을 설정받는 결과가 되었다.

그리고 2002년 12월 26일에 현대아산과 한국토지공사간에 현대아산이 갖고 있는 100만평에 대한 토지이용권의 지분을 한국토지공사에 이전하는 합의를 체결하였다. 그러나 2004년 4월 13일 북한의 중앙특구개발지도총국(즉, 중앙공업지도기관)과 개성공업지구 1단계 100만평에 대한 구체적인 토지임대차계약을 체결함에는 현대아산과 한국토지공사가 공동으로 참여하였다. 그렇지만 토지임대료는 한국토지공사가 전액 지급하였다.¹¹⁾ 이와 같이 개성공단 1단계의 100만평에 대하여 북한으로부터는 공동으로 토지이용권을 설정받았으나 내부적으로는 현대아산이 토지이용권의 지분을 한국토지공사에 이전하는 약정을 하여 한국토지공사가 단독으로 토지이용권자로 되어 있다. 그리고 개성공업지구관리위원회에 토지이용권을 등록함에는 먼저 현대아산과 한국토지공사 공동명의로 하였다가 다시 한국토지공사 단독명의로 변경되었다. 이와 같이 개성공단 100만평에 대한 토지이용권의 설정절차는 관련법상의 규정과는 반대로 먼저 설정받고 나중에 설정계약을 체결하고 설정료를 지급하는 절차로 진행되

10) 북한의 현대아산에 대한 개성공업지구 2,000만평에 대한 토지이용증의 발급과 수여는, 현대아산이 북한측과 구체적으로 토지이용권 설정계약(북한법에 의하면 토지임대차계약)을 체결하고, 현대아산이 북한측에 토지이용권 설정금(북한법에 의하면 토지임대료)을 지급하고 이루어진 것이 아니었다.

11) 토지임대료 총액은 1,600만 미국달러(US\$)였다.

었으며, 설정자측인 북한과의 관계에서의 토지이용권자와 대내, 입주업체 및 개성공업지구관리위원회와의 관계에서의 토지이용권자가 서로 다른 현상을 빚고 있다.

개성공단의 1단계 개발은 2004년 4월 23일에 시작되어 2007년 6월 30일에 완료되었다. 그리고 시범단지, 1단계 1차, 2차의 순으로 입주업체에 분양이 이루어지고, 한국토지공사는 입주업체에 대하여 토지이용권을 분할하여 분양토지별로 분할된 토지이용권을 양도하였거나 양도하고 있다. 그리고 입주업체들 중에는 양수한 토지이용권과 건물을 공동목적물로 하는 근저당권 설정계약을 한국수출입은행과 체결하고 개성공업지구관리위원회에 저당권설정등록을 함으로써 토지이용권에 대하여 저당권을 설정하였다.

개성공업지구의 공단 800만평 중 2, 3단계의 700만평의 개발에는 한국토지공사가 적극적으로 참여할 것을 계획하고 있으며, 배후단지 1,200만평의 개발은 현대아산이 개발할 계획인 것으로 알려져 있다. 그러나 구체적으로 개발하기 위해서는 북한측과 토지임대차계약(토지이용권 설정계약)을 체결하고, 임대료(토지이용권 설정료)를 지급하여야 하지만 아직은 임대차계약도 임대료 지급도 이루어지 않은 상태이다. 공단 700만평의 개발에 대하여는 2000년 11월 10일의 4자간의 합의에 따라서 토지이용권을 북한측으로부터는 현대아산과 한국토지공사가 공동명의로 설정받고, 현대아산과 한국토지공사간의 내부적으로는 현대아산이 토지이용권의 지분을 한국토지공사에 이전하여 한국토지공사가 단독으로 갖는 형식을 취하게 될 것으로 예상된다. 그리고 배후단지 1,200만평을 구체적으로 개발하기 위해서는 북한측과 토지임대차계약을 체결하고 토지임대료를 지급하여야 가능할 것으로 예상된다.

6. 남북한의 토지법에서 개성공업지구의 토지이용권의 중요성

개성공단의 개발은 북한과 남한에 있어서 양자 공히 정치적, 경제적, 사회적

으로 이익이 되는 역사적 사업이며, 특히 토지의 유동성을 전적으로 부인하고 있는 북한의 사회주의 토지제도에서 토지의 유동화를 실현하는 중요한 역사적 의의를 갖는 사업이다. 우선 북한으로서는 남한의 자본을 유치하여 그들의 열악한 경제상태의 회생을 위한 자본과 기술을 도입할 수 있는 기회로 삼을 수 있으며, 북한의 계획경제에 시장경제의 요소를 도입하는 시험장이기도 하다. 한편으로 북한은 남한의 자유민주주의 사상과 시장경제의 전면적 침투를 방지하기 위하여 남한과의 경계지역에 제한적으로 개성공단 개발을 시작한 것이다. 그리고 북한은 남한이 아닌 다른 외국으로부터의 자본과 기술의 유치는 북한이 사회주의 체제를 고수하는 한 지극히 어렵다는 사실을 깨달을 수 있는 기회이기도 하다.

한편으로 남한으로서는 개성공단의 개발을 통하여 북한경제의 회생을 지원하고, 북한으로 하여금 시장경제를 경험토록 하는 기회로 삼을 수 있게 되었다. 그리고 남한의 자본과 기술 및 인적 자원에 의한 개성공단의 개발은 개성공업지구관리위원회가 제정하는 각종의 개성공단의 개발과 관리 및 운영의 준칙을 통하여 북한의 사회주의 법체계의 정비 및 변환을 지원할 수 있는 좋은 기회이기도 하다.

특히 토지제도와 관련하여 개성공단에서 토지이용권의 설정과 양도, 그리고 토지이용권을 목적으로 하는 저당권의 설정 및 생산수단인 공장건물에 대한 입주기업의 사적 소유권을 인정함으로써 토지의 유동화를 전적으로 부인하는 북한의 사회주의 토지제도의 근본적인 변화를 도모할 수 있다. 토지이용권을 통하여 북한의 사회주의 토지제도가 서서히 변화할 것이며, 궁극적으로는 자유 토지제도로의 변화도 기대할 수 있다.

북한은 북한주민에게는 토지이용권의 설정을 허용하지 않고 있으며, 외국의 투자기업과 개인투자자에게 설정해 주고 있으나, 북한의 변방에 위치하는 경제특구에서 이를 구체적으로 설정하고 있고 남한기업에 대한 개성공단과 금강산관광지구에서의 토지이용권의 설정이 가장 광범위하고 가장 활발하다. 그

중에서도 개성공단에서의 토지이용권의 설정과 양도, 저당을 통한 사회주의 토지소유제도의 유동화가 가장 강하게 이루어지고 있다. 개성공단에서의 토지이용권의 설정과 양도, 저당은 점진적으로 북한전역으로 확산될 것으로 기대된다.

이러한 토지이용권의 설정으로 인한 북한에서의 사회주의 토지제도의 변화를 남한에서 지원하여야 할 것이며, 토지이용권 보호를 위한 북한의 헌법, 민법과 토지관련법의 변화를 지원하여야 한다. 그리고 북한, 특히 개성공단에서의 토지이용권을 남한에서 어떻게 보호하여야 할 것인 지에 관하여도 깊은 검토가 있어야 한다.

이를 위하여 토지이용권을 가장 먼저 인정한 중국에서의 토지사용권에 관한 관련법의 내용과 운영상태에 관하여 살펴보고, 현재의 북한의 토지이용권, 특히 개성공단에서의 토지이용권의 내용 및 보호방안 등에 관해 검토한다.

III. 사회주의 국가의 토지제도

1. 사회주의 국가의 변화 및 토지제도의 변화

토지의 유동화가 부인되었던 사회주의적 토지제도에서도 소유권의 역사성으로 인하여 1980년대 초부터 변화가 초래되었다. 그러한 사회주의 토지제도의 변화는 2가지 방향으로 이루어졌다. 그 하나는 사회주의 토지제도, 즉 사회주의 토지공유제를 그대로 유지하면서 토지이용권의 설정을 허용하여 그 토지이용권의 양도, 임대, 저당, 상속의 인정으로 토지의 유동화를 이루고자 한 방법이었으며, 다른 하나는 사회주의 토지제도를 근본적으로 혁파하여 자본주의적 자유사소유제도로 전환하는 방법이었다.

전자의 토지이용권의 인정의 방법으로서의 변화는 중국이 가장 먼저 시도하였으며, 몽골, 베트남 등이 이어서 정치적으로는 사회주의체제를 그대로 유지하면서도 경제적으로는 시장경제로의 전환을 시도하였다. 그리고 후자는 사회주의체제를 완전히 버리고 자본주의로의 전환을 시도한 국가들에서의 변화로서, 러시아, 동유럽의 舊사회주의국가들이 취한 변화였다.

사회주의적 토지소유제도는 자본주의적 자유사소유제도가 초래한 사회적 모순을 극복하는 대안으로 주장되고, 그 초기에는 어느 정도 토지의 생산성의 향상을 도모하였다. 그러나 사회주의 체제국가의 관료주의에 의하여 토지의 생산성을 최대한으로 신장시킬 수가 없었다. 그것은 사회주의체제가 인간의 이성과 창의에 의한 자유로운 활동을 부인하기 때문이었다. 그리하여 사회주의 토지제도는 토지의 생산성의 향상을 위하여 변화하지 아니할 수 없었다. 그 변화를 가장 먼저 시도한 사회주의 국가가 중국이었으며, 그 변화의 방법이

바로 토지사용권의 인정과 토지사용권의 양도, 임대, 저당 및 상속의 인정이었다.

2. 중국의 토지제도

가. 토지사용권 인정의 배경과 변천

(1) 토지사용권 인정의 과정

중국은 1966년부터 1976년까지 문화대혁명의 혼란기를 겪고, 1978년 말에 중국공산당 중앙위원회에서 경제체제개혁방침을 천명함으로써 개혁과 개방으로 나아갈 것을 결정하였다.¹²⁾ 그리고 그 다음 해인 1979년부터 중국의 개혁과 개방을 위한 제도적, 법적 조치를 취하기 시작하였다.

중국은 개혁, 개방의 첫 조치로 외국기업의 투자유치를 위하여 1979년에 심천 등을 경제특구로 지정하고, 중외경영기업법을 제정하였다.¹³⁾ 그리하여 경제특구에 외국의 기업이 합영기업을 설립하는 방법으로 외국으로부터의 자본투자를 유치하는 일을 시작하였다. 그리고 중국측은 이 중외합영기업에 토지사용권을 현물출자할 수 있도록 하였다. 그러나 이 때의 토지사용권은 무상으로 분배(劃撥)된 것이었으며 양도성이 인정되지 않았다.

그리고 1980년 7월 26일에는 중국 국무원에서 “중외합영기업건설용지에 관한 잠정규정”을 제정·공포하여 중외합영기업이 승인, 제공받은 건설용지에 대하여 소유권은 취득할 수 없지만 사용권을 취득할 수 있도록 인정하였다.¹⁴⁾ 그러나 중국측이 현물출자한 토지사용권은 물론 중외합영기업이 취득한 토지사용권도 정부로부터 무상으로 분배된 것이었으며, 양도성이 인정되지 않았고, 사용기간에 대한 제한도 없었다. 그리고 중국에서의 토지사용권은 도시의 국

12) 小田美佐子, 中國土地使用權と所有權(日本, 京都, 法律文化社, 2002), 41面.

13) 김상용, 토지소유권 법사상(대우학술총서. 인문사회과학 87, 민음사, 1995), 238면.

14) 상계서, 242면.

유토지부터 인정되었다.

그 다음 해인 1981년에는 심천경제특구에서 “심천경제특구토지관리잠행규정(深圳經濟特區土地管理暫行規程)”을 제정하여 도시토지사용비를 징수하기 시작하였다.¹⁵⁾ 그리고 동법에서는 토지를 분배받아 사용하는 기업에게는 그 토지에 대하여 사용권을 갖는 것으로 인정하였으며, 매매, 임대를 금지하였다, 그리하여 그 당시의 심천에서의 토지사용권은 채권적인 권리로 이해되었다.¹⁶⁾ 그러나 1984년의 “하문경제특구토지관리규정(廈門經濟特區土地管理規程)”에서는 토지사용권자는 토지에 대한 소유권을 갖는 것은 아니나 확정된 기간 내의 토지사용권은 허가를 얻어 이를 양도할 수 있다고 규정하여, 토지사용권을 물권적인 권리로 이해하였다.¹⁷⁾ 그 후 1986년에는 상해시에서도 토지사용비를 징수하여 무상의 토지사용권이 유상의 토지사용권으로 전환이 되었다.

그리고 1986년 6월 25일에는 중국정부에서 토지관리법을 제정하여 토지사용권을 경제특구에만 한정하지 아니하고 전국의 모든 토지로 확대하고, 개인에게도 토지사용권을 인정하고, 국유토지의 유상사용권 제도를 실시할 수 있도록 하고, 토지사용권의 양도를 허용하였다.¹⁸⁾ 1987년 7월에는 토지관리법에 근거하여 심천에서 토지사용권의 유상설정과 유상양도를 실행하고, 동년 11월에는 상해, 천진, 광주, 해남도 등의 경제특구에서 토지사용권의 유상설정 및 유상양도를 인정하였다. 그리고 1987년 7월에 심천에서 처음으로 입찰에 의한 토지사용권의 유상설정(出讓)이 이루어졌다.¹⁹⁾ 토지관리법에서는 농촌토지에 대한 기한부 사용권인 토지승포경영권(土地承包經營權)도 함께 규정하였다. 이와 함께 1986년에는 중국이 민법통칙을 제정하여 그 제80조에서 국유토지의 토지사용권과 농촌토지의 토지승포경영권을 재산권으로 규정하였다. 그러나 토지사용권의 매매, 임대, 저당, 기타의 이전행위는 이를 허용하는 규정을 두

15) 백승기, “중국의 도시토지관리정책에 관한 연구”, 토지법학 제17호(한국토지법학회, 2001. 12), 146면.

16) 小田美佐子, 前掲 中國土地使用權と所有權, 68면

17) 상계서, 68면.

18) 김상용, 전계 토지소유권법사상, 238면.

19) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 43면.

지 아니하였다.²⁰⁾

이러한 경제특구에서의 토지사용권의 유상설정 및 유상양도의 경험을 기초로 하여, 1988년에는 중국헌법을 개정하여 토지사용권의 양도를 인정하는 규정(중국헌법(1988. 4. 12. 개정) 제10조 제4항)을 두어 토지사용권의 유상양도를 헌법적으로 보장하였다.²¹⁾ 이러한 헌법개정과 함께 1988년에 토지관리법을 개정하여 토지사용권의 유상설정, 양도를 전국적으로 실행할 수 있도록 하였다.

이러한 토지사용권은 점차 더 발전하여 1990년 5월 19일 국무원령으로 제정된 “중화인민공화국성진국유토지사용권출양급전양잠정조례(中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓及轉讓暫定條例, 中國都市土地使用權有償設定 및 有償讓渡 暫定條例)”에서는 토지사용권의 존속기간에 대하여 규정하고 토지사용권을 제한물권으로 그 법적성질을 규정하였다.²²⁾

그리고 1994년에 1992년부터 1993년에 걸쳐서 일어난 토지 붐을 억제하여 부동산시장질서의 유지관리를 위하여 도시부동산관리법을 제정하였다.²³⁾ 동법에서는 부동산시장의 관리의 관점에서 토지사용권의 양도, 임대, 저당에 관한 상세한 규정을 두었다.²⁴⁾ 그리고 1995년에는 중국에서 담보법을 제정하여 토지사용권의 저당에 관한 사법적 규정을 두게 되었다. 농촌토지의 사용권에 관하여는 민법통칙에 토지승포경영권을 입법하기는 하였으나, 보다 구체적, 종합적으로는 2002년에 농촌토지승포법(農村土地承包法)을 제정하여 농촌토지의 사용권인 토지승포경영권의 양도, 임대, 교환을 인정하였다. 그러나 토지승포경영권의 저당은 인정하지 않았다.

그리고 토지사용권을 유상으로 설정(出讓)함에 있어서 초기에는 협의의 방식으로 이루어졌으나, 1998년 7월에는 광둥성 정부가 “성진국유토지사용권초표박매관리변법(城鎮國有土地使用權招標拍賣管理弁法, 都市國有土地使用權의

20) 渠壽, “中國土地制度的 現況과 展望”, 土地法學 第20(增補)號(韓國土地法學會, 2005. 3), 48면.

21) 그러나 1982년의 중국헌법에서는 토지사용권의 설정 등의 토지임대제를 금지하고 있었다.

22) 김상용, 전계 토지소유권법사상, 239면.

23) 동법은 1995년 1월 1일부터 시행되었다.

24) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 43면.

競賣·入札에 관한 管理條例)”을 제정하여 상업적 목적의 토지사용권의 설정은 경매나 입찰을 통해서만 행하도록 하고, 협의 방식으로는 유상설정할 수 없도록 하였다. 그리고 2002년 5월 9일에는 중국의 국토자원부령으로 “초표박매패 패국유토지사용권출양규정(招標拍賣挂牌國有土地使用權出讓規程)”을 제정하여 경매, 입찰방식에 의한 토지사용권의 설정을 전국적으로 확대하였다.²⁵⁾ 2004년 3월 30일에는 중국의 국토자원부와 감찰부의 연합통첩(聯合通牒)²⁶⁾에 의하여, 2004년 8월 31일부터 상업적 목적의 건설용지사용권의 유상설정(出讓)은 협의의 방식으로 할 수 없도록 조치하였다.²⁷⁾ 중국의 중앙정부는 이미 1996년에 경매법(中華人民共和國拍賣法)을 제정하였으며, 1999년에는 입찰법(中華人民共和國招標投標法)을 제정하였다.

마지막으로 2007년 3월 16일에는 물권법을 제정하여²⁸⁾ 토지사용권을 도시국유토지에 대한 건설용지사용권, 농촌토지에 대한 토지승포경영권과 농가주택용지에 대한 택기지사용권(宅基地使用權) 3가지로 나누어 규정하고, 건설용지사용권 중 주택용지사용권은 그 존속기간이 만료하면 자동으로 그 존속기간이 연장되는 것으로 규정하였다.²⁹⁾³⁰⁾

이와 같이 중국의 토지사용권 제도에 관한 제도정비는 1986년을 기점으로 하여 그 전 기간은 토지사용권의 실험적 실행단계이었으며, 그 후의 기간은 토지사용권의 전면적 개혁단계라 할 수 있다.³¹⁾ 시행단계에서는 국가가 토지사용권을 국영기업 등에 무상으로 분배(劃撥)하고, 토지사용권을 수여받은 기업은 당해 토지를 점유하고 사용할 수 있을 뿐이었으며, 양도성은 인정되지

25) 조동제, 중국외국인투자기업 경영법률과 실무(한국재정경제연구소, 2007), 105면

26) 통첩의 명칭은, 關於繼續開展經營性土地使用權招標拍賣挂牌出讓情況執法監察工作的通知(71號 文件)이다.

27) 沈萍, “個人合作建房的立法內容設想(個人이 同業하여 주택을 건설하는데 관한 입법내용의 구상)”: 中國 重慶市 所在 西南政法大學 開催, 中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會(中國, 重慶, 2007. 4. 27) 發表論文, 9면.

28) 동법은 2007년 10월 1일 그 효력이 발생할 예정이다.

29) 그러나 주택용지사용권이 자동으로 그 존속기간이 연장되지만, 토지사용료를 계속 지급하여야 하는지, 지급하지 않아도 상관이 없는지에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다.

30) 참고로 주택에 대한 개인소유는 1981년부터 심천경제특구에서 인정되기 시작하였다.

31) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 41면.

않았다. 그리고 중외합영기업에 토지사용권이 현물출자되었다. 토지의 개발비는 국가가 부담하였다. 그러나 경제특구에서 부분적, 제한적으로 토지사용료가 징수되었다. 그렇지만 경제특구에서도 토지사용권의 설정금(出讓金)이 징수된 것은 아니며, 분배받은 토지의 사용료(토지임대료에 해당)가 징수되었을 뿐이었다. 그러므로 당시에는 경제특구에서도 토지사용권의 설정은 무상이었으며, 국가의 배분에 의하여 토지사용권이 주어졌으며, 토지사용권이 설정된 토지에 대한 사용료를 징수하였을 뿐이었다.

1987년부터의 토지사용권에 대한 전면적인 개혁단계에 들어와서는 1987년 심천과 상해에서 토지사용권의 유상설정(出讓)이 실행되고, 1988년 헌법개정에 의하여 중국헌법 제10조 제4항을 추가하여 “토지사용권은 법률에서 정하는 바에 따라 유상으로 설정할 수 있다”고 규정하였다. 이와 함께 1988년에 토지관리법을 개정하여 토지사용권의 유상설정, 양도를 전국적으로 실행할 수 있도록 하였다. 그리고 1990년의 잠정규정에서 토지사용권의 법적성질과 존속기간에 관하여 규정을 하였다. 그리하여 1990년에 와서야 토지사용권이 본격적으로 중국 전역으로 인정되고 설정될 수 있게 되었다.³²⁾

(2) 토지사용권 인정의 역사적 연원과 법제도적 근원

중국에서의 토지사용권은 그 역사적 연원을 청나라 시대의 2중소유권에 두고 있으며, 법제도적으로는 홍콩에서 시행된 영미재산법상의 토지보유권제도(land holding rights)에 그 뿌리를 두고 있다고 설명되고 있다.³³⁾

중국의 청조 말에는 한 필지의 토지에 소유자가 복수인 일전이주제(一田二主制)가 인정되었다. 일전이주제에 있어서는 토지의 원소유자가 소유권을 갖고 그 토지를 개간한 사람이 그 토지에 대해 강한 권리를 가졌는데, 그 개간

32) 상계서, 43면.

33) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, iii면; 渠濤, 전계 “中國土地制度的 現況과 展望”, 48면.

한 자의 권리는 소유권에 가까운 강한 권리로서 그것은 바로 아소유권(亞所有權)이었다.³⁴⁾ 지금의 토지사용권의 연원은 바로 일전이주제에서의 아소유권에 있다고 한다.

그리고 홍콩에서는 홍콩이 영국에 할양되면서부터 영국의 재산법이 홍콩의 토지법으로 적용되었다. 그리하여 홍콩에서는 토지의 소유권(land ownership)은 국왕에 속하고 토지의 보유권(land holding rights)은 개인에게 속하는 영미재산법에서의 토지보유제도가 시행되었다. 그런데 홍콩이 1997년 중국에 반환되기까지의 홍콩에 적용된 영국의 재산법은 외국법이었으나, 반환되고부터는 중국의 자국법으로 전환이 되었다. 그리하여 영미재산법상의 토지보유제도가 중국의 법제도로 수용될 수가 있었다.

영미재산법상의 토지보유제도에서는 토지의 소유권은 국왕이 갖고 개인은 토지보유권을 갖는 것이다. 개인이 갖는 토지보유권은 다시 자유보유권(freehold rights)와 임차보유권(leasehold rights)으로 나누어지고, 어느 보유권이나 토지를 자유롭게 사용, 수익할 수 있고, 양도 가능하며, 임차권과 저당권의 설정이 가능하고, 전대할 수 있으며, 수용의 경우에는 보상을 받을 수 있고, 토지보유권이 침해되면 보호를 법원에 청구할 수 있는 권리이다.³⁵⁾ 그러므로 국왕이 갖는 소유권은 이념적, 명목적 소유권에 불과하며, 실질적으로는 개인의 토지보유권, 특히 자유보유권이 소유권으로 기능하는 것이다. 자유보유권 중에는 특정인의 일생동안만 토지를 보유할 수 있는 생애부동산권(life estate)이 있다. 이 생애부동산권은 존속기간의 제한이 있는 토지소유권이라 할 수

34) 청조말의 아소유권은 조선조말의 도지권(賭地權)에 비교될 수 있다. 조선에서도 역시 한광지(閒曠地)를 개간한 경우에 그 개간한 자에게 강력한 이용권인 도지권이 인정되었다. 도지권은 강력한 물권적인 토지이용권으로서地主와 제3자에게 대항할 수 있었고, 소작인이 자유로이 이를 매매, 양여, 저당, 상속할 수 있었던 권리였다. 그리고 도지권을 가진 소작농이 아무리 장기간 소작료를 태납하여도 지주는 이를 이유로 도지권을 소멸시킬 수 없었다. 그러므로 도지권은 소작농지에 대한 소작자의 소유권의 일부였다.(김상용, 法史와 法政策: 韓國法史 중심(한국법제연구원, 2006), 112-113면). 이러한 조선조 말의 농민의 도지권은 일제가 역둔토조사사업(驛屯土調査事業)과 토지조사사업에 의하여 지주의 소유권만을 인정함으로써 모두 폐지되고 말았다(김상용, 상계서, 220면).

35) 영미재산법상의 토지보유권에 관한 상세한 내용은, 김상용, 미국부동산법론(三知院, 1986), 33~48면 참조.

있다. 중국의 토지사용권은 바로 이 생애부동산권과 유사한 내용의 권리이다.

나. 토지사용권 설정과 보호 관련 법령

중국은 토지사용권을 경제특구에서 실험하고 전국적으로 확대 실행하였으며, 도시의 국유토지에서 실험하고 농촌토지로 확대 실행하였다. 그리고 중외합영기업에의 현물출자 및 외국투자기업에 대해서 토지사용권을 설정하는 것을 시발로 하여 중국인 개인에게로 확대 실행하였다.

중국은 국가가 무상으로 토지사용권을 배분하는 것으로 출발을 하여 점차 계약에 의한 유상의 토지사용권의 설정으로 발전되었다. 중국의 법률용어에 의하면 획발(劃撥)에 의한 국가에 의한 무상배분의 방법으로부터 점차 출양(出讓)에 의한 국가와의 계약에 의한 유상설정 방법의 방법으로 발전되었다. 유상설정의 방법도 국가와의 협의방식에서 점차 경매, 입찰의 경쟁에 의한 방법으로 발전되고, 중국적으로는 상업용 토지에 대한 토지사용권의 설정은 협의방식을 불허하는 단계로 발전하였다. 그리고 토지사용권의 유상설정으로 인한 설정금(出讓金)의 징수는 도시의 도로, 상하수도 등의 사회간접자본의 건설을 위한 비용조달을 위하여 시작되었다.³⁶⁾

그리고 설정된 토지사용권의 유동화의 금지에서 점차 유동화의 인정으로 발전하였다. 초기에는 토사사용권의 매매, 임대, 저당을 금지하다가 점차 이를 인정하는 방향으로 발전하였다. 그리하여 토지사용권의 상품화가 실현되고, 주택에 대한 개인소유권의 인정 및 거래허용과 함께 부동산시장이 형성되기에 이르렀다.³⁷⁾

36) Zhu Yikun, China's Civil Law(Beijing, Law Press, 2003), p. 90.

37) 중국에서는 부동산시장을 1급시장, 2급시장, 3급시장으로 구분하고 있다. 부동산 1급시장은 토지사용권의 설정(出讓)시장으로서 정부와 개인과의 관계로 이루어지며, 부동산 2급시장은 토지사용권의 양도 시장으로서 건설업자가 건축을 한 다음에 토지사용권과 건물소유권을 양도하는 단계의 시장이며 개인과 개인간의 관계로 이루어진다. 그리고 부동산 3급시장은 토지사용권과 건물소유권의 임대 및 저당권설정 단계의 시장으로서 역시 개인과 개인간의 관계로 이루어진다.

이러한 일반적인 부동산의 3단계 시장 구분에 대하여, 다른 異說은 부동산시장을 1급시장과 3급시장

그리고 토지사용권의 법적성질과 보호에 있어서도, 초기에는 단순히 토지를 점유하여 사용하는 것으로 인정되었으나, 점차 재산권으로 인정되고, 재산권으로서의 토지사용권의 법적성질도 채권적인 권리로서 인정되다가, 중국적으로는 물권적인 권리로 인정되었다. 그리하여 1986년의 민법통칙에서는 토지사용권을 단순히 재산권이라고만 규정하였으나, 1990년의 국무원령인 잠정조례에서는 제한물권이라고만 규정하고, 2007년의 물권법에서는 용익물권으로 규정하였다.

이와 같은 중국에서의 토지사용권의 인정과 설정 및 유통의 허용은 단계적인 과정을 거쳐서 이루어졌으며, 모두 법적 뒷받침을 받아서 이루어졌다. 먼저 실행하고 사후에 법적으로 이를 추인한 것이 아니라, 법적인 조치를 취하고 다음에 실행하는 절차를 취하였다.³⁸⁾ 중국에서의 토지사용권의 설정 및 처분에 관한 법령은 매우 다기적이다. 중앙정부에서 지방정부에까지, 법령에서 행정지도까지에 걸쳐 있으며, 법령중에는 최고인민법원의 사법해석까지 포함되어 있다.³⁹⁾

중국에서의 토지사용권에 관련된 법령은 공법과 사법으로 나누어진다. 그러나 자본주의 국가에서와 같은 공법과 사법으로의 법령의 구분이 이루어지지 못한 상태이다. 그러나 공법에서는 토지사용권의 설정과 유통화를 위한 절차를 규정하고, 사법에서는 토지사용권의 내용 및 토지사용권을 기초로 한 권리의 설정 및 그 권리의 내용 등을 규정하고 있다.

구체적으로 중국에서의 토지사용권에 관한 중요한 법령으로서 공법은 헌법

으로만 구분하고, 부동산 1급시장은 토지사용권 설정시장으로서 정부와 개인간에 이루어지는 부동산 시장이며, 2급시장은 인정치 않고 부동산 3급시장으로서 토지사용권과 건물소유권의 양도, 임대, 저당 시장을 인정한다. 이 부동산 3급시장은 개인과 개인간에 이루어지는 부동산 시장이다.

이러한 부동산시장의 구분은 법률상의 제도로서의 구분은 아니며, 학자들이 이해의 편의를 위하여 구분하고 있는 것이다(中國 重慶市 所在 西南政法大學에서 개최된 韓中土地法學術大會(中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會: 2007. 4. 25~29)에서 확인).

38) 북한은 먼저 실행하고 사후에 법적으로 그 유효성을 추인하는 과정을 거치는 경우가 토지부문에서는 흔하게 일어나고 있다. 사회주의 토지소유제도의 확립과정이 특히 그러하다. 그리고 개성공단에서의 토지이용권의 설정과정도 그러한 절차의 진행이 발견되고 있다.

39) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 153면.

(1988), 토지관리법(1986), 도시국유토지사용권출양급전양잠정조례(都市國有土地使用權出讓及轉讓暫定條例, 國務院令: 1990), 도시부동산관리법(1994), 농촌토지승포법(2002)이 있으며, 사법으로는 민법통칙(1986), 합동법(계약법: 1993), 담보법(1995), 물권법(2007)이 있다. 그 이외에도 토지이용권 및 건물소유권의 등기에 관한 법령 및 도시계획법(1989)도 토지사용권의 이해에 중요한 법령들이다. 특히 중국에서는 1989년에 토지등기규칙을 제정·공포하여 전국적으로 토지사용권에 대한 등기가 행하여지기 시작하였다.

토지관리법은 사회주의적 토지공유제를 유지하면서 토지사용권을 전국적으로 확대 실행하기 위하여 중국 중앙정부가 제정한 법률이다. 도시국유토지에 대해서는 토지사용권을, 집체소유의 농촌토지에 대해서는 토지승포경영권을 인정하였다. 그리고 동법에서 토지사용권의 존속기간 및 구체적인 규칙은 국무원령으로 제정하도록 위임하여 그 위임에 근거하여 1990년에 국무원령인 “도시국유토지사용권유상설정 및 양도에 관한 잠정조례(都市國有土地使用權出讓及轉讓暫定條例)”가 제정되었다. 그리고 1988년에는 토지관리법을 개정하여 토지사용권의 유상설정 및 양도를 전국적으로 실행할 수 있도록 하였다. 그 후 도시부동산관리법에서는 토지이용권의 설정 및 유통이 이루어지는 부동산 시장관리를 위하여 토지사용권의 설정 및 유통에 관한 상세한 절차규정을 입법하였다.

민법통칙에서는 토지사용권을 재산권으로 규정하여 보호하였다. 그러나 토지사용권의 매매, 임대, 저당, 기타의 방법으로의 이전을 인정하지는 않았다.⁴⁰⁾ 그리고 담보법에서는 토지사용권을 객체로 하는 저당권의 내용에 관하여 규정하였다. 그리고 물권법에서는 토지사용권을 건설용지사용권, 토지승포경영권, 택지사용권의 3가지로 나누어 규정하고, 토지사용권을 용익물권으로 규정하였으며, 주택건설용지사용권의 존속기간이 만료했을 때에 자동적으로 그 존속기간이 연장됨을 규정하였다.

40) 渠壽, “中國土地制度的 現況과 展望”, 土地法學 第20(增補)號(韓國土地法學會, 2005. 3), 48면.

다. 토지사용권의 유형과 내용

(1) 도시국유토지의 건설용지사용권

(가) 건설용지사용권의 의의 및 법적성질

i. 의의

도시의 국유토지에 대한 건물의 건축을 위한 토지사용권이 건설용지사용권이다. 토지사용권이라 하면 일반적으로는 이 건설용지사용권을 가리킨다. 그리고 건설용지사용권이 중국에서 가장 먼저 설정되기 시작한 토지사용권이며, 토지유통화의 가장 중요하고 대표적인 토지사용권이다.

건설용지사용권은 도시의 국유토지에 한하여 인정된다. 집체소유의 농촌토지는 농촌토지 그 자체로서는 건설용지사용권을 설정할 수 없다. 그러나 농촌토지사용권을 국가가 보상을 하고 수용(徵用)하여 집체소유의 토지를 도시의 국유토지로 전환한 다음에야 비로소 건설용지사용권을 설정할 수 있다.⁴¹⁾

중국은 전통적으로 도시토지는 국유에 속하며 이에 대하여 건설용지사용권이 설정된다. 농촌토지와 도시의 교외 토지는 농촌주민의 공동소유, 즉 촌민들의 집체소유에 속하며, 촌민위원회에 의하여 토지승포경영권과 택기지사용권이 설정된다.⁴²⁾ 그러나 농촌의 토지와 도시교외토지라도 법률의 규정에 의하

41) 조동제, 전제 중국외국인투자기업 경영법률과 실무, 131면.

42) 중국에서는 도시토지는 국유에 속하고, 농촌토지와 도시교외의 토지는 집체소유에 속한다. 도시국유토지에 대해서 건설용지사용권의 설정이 인정되고, 농촌의 집체소유의 토지에 대해서는 토지승포경영권과 택기지사용권이 인정된다. 건설용지사용권은 양도, 임대, 교환, 저당, 상속이 인정되며(중국물권법 제143조), 토지승포경영권은 양도, 임대는 가능하지만 저당설정은 인정되지 않으며(중국물권법 제133조, 제184조 2호), 택기지사용권도 양도, 임대는 허용되지만 저당권의 설정은 인정되지 않는다(중국물권법 제153조, 제184조 2호).

사회주의 구 소련은 자국의 모든 토지를 국유화하는 조치를 취하여 모든 토지를 국가소유로 하였으나, 중국은 농촌토지는 이를 무상으로 몰수하여 인민공사의 소유로 하고, 도시토지는 이를 무상 또는 부분적으로는 일정한 보상을 하고 국가소유로 하였다. 이러한 역사적 연유로 인하여 중국에서는 도시토지는 국유이고, 농촌토지는 집체소유에 속한다. 그리고 도시교외의 토지(대부분의 도시교외의 토지는 농촌토지일 것임)도 역시 집체소유에 속하는 것으로 관련법에서 규정하고 있다. 농촌토지는 인민공사가 해체됨으로써 인민공사소유의 농촌토지가 향·진의 농민들로 구성되는 촌민위원회의 집단소유

여 국가에 귀속된 토지는 국가소유에 속한다(중국물권법 제47조 제2항).

국유토지는 국가가 이를 소유하며, 국무원이 국가를 대표하여 소유권을 행사한다(중국물권법 제45조 제2항). 그러나 구체적으로는 시·현 인민정부가 국유토지를 관리하고 소유권을 행사한다. 토지사용권의 설정, 양도, 저당 관련업무도 역시 시·현 인민정부의 토지관리부문이 이를 담당한다. 그러므로 국유토지의 소유권행사가 국가로부터 시·현 인민정부에 수권되어 있다.⁴³⁾

이와 같이 건설용지사용권은 도시의 국유토지에 설정되며, 건설용지사용권자는 당해 토지에 대하여 점유, 사용, 수익을 할 수 있으며, 당해 토지에 건축물, 구축물 및 기타 부대시설을 건설할 수 있다(중국물권법 제135조). 이처럼 건설용지사용권은 건물을 건축하기 위한 목적으로 설정되므로 주택, 상업용건물, 공장, 공공건물 등의 건축을 위하여 설정된다. 그 중에서도 가장 중요한 건설용지사용권은 설정금을 지급하고 설정되는 주택, 상업용 건물, 공장건물의 건축을 위한 토지사용권인 바, 유동화가 가장 발전되고 가장 폭넓게 그리고 가장 활발하게 이루어지고 있는 토지사용권이다. 일반적으로 토지사용권이라 하면 주택, 상업용 건물, 공장건물의 건축을 위한 유상으로 설정되는 건설용지사용권을 의미한다.

ii. 법적성질

① 토지사용권의 법적성질의 변천과 입법

로 전환이 되었다.

구체적으로 도시와 농촌의 구분기준을 어디에 둘 것인가에 관하여는 행정구역을 기준으로 한다는 견해와 건물이 건축되어 있는지 여부에 따라서 건물이 건축되어 있으면 도시토지이고 그렇지 않으면 농촌토지로 구분하여야 한다는 견해(이상욱, “중국의 토지사용권”, 토지법의 理論과 實務: 志巖李善永博士華甲紀念論文集(法元社, 2006), 645면)가 대립되고 있지만, 행정구역을 기준으로 하여 도시토지여부를 결정함이 타당하다. 따라서 特別市の 토지, 省에서의 市の 토지는 도시토지로서 국유이다. 그러나 특별시는 다시 下位の 區와 縣으로 행정구역이 나누어지며, 특별시에서의 농촌행정구역인 縣내의 토지는 집체소유이다. 그리고 省은 하위의 행정구역으로 市와 縣으로 나누어지며, 市の 토지는 도시토지로서 국유이고, 縣의 토지는 집체소유이다 (2007년 4월 27일에 개최된 韓國土地法學會와 中國 重慶市所在 西南政法大學(보다 구체적으로는, 中國西南政法大學 市場交易法律制度研究基地)간의 韓中土地法國際學術會議(中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會)에서 確認).

43) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 52면.

중국에서의 토지사용권의 법적성질에 관한 이해는 변천하여 왔으며, 입법적으로도 변천하여 왔다. 중국이 토지사용권을 인정하기 이전의 사회주의 토지제도하에서의 개인의 토지이용은 단지 국가의 토지분배에 의한 사실로서의 점유에 의한 사용에 불과하였다. 그러므로 개인이 토지를 점유하여 이용하고 있다고 하더라도 그것은 권리로서 사용권이 인정된 것은 아니었으며, 토지에 대한 사실상의 지배인 점유의 효과로서의 이용에 불과하였다. 경제특구에서 토지사용권이 무상으로 설정된 시기에 있어서도 국유토지의 토지사용은 권리가 아니라 사실인 점유의 효과에 불과하였다.

그러나 점차 토지사용자의 법적지위가 권리로서 인정되기 시작하였다. 그러나 초기에는 채권적인 권리로 받아들여지다가 곧이어 물권적인 권리로 인정되었다. 이러한 토지사용권의 채권적인 권리성의 인정은 토지사용료가 징수되었으나 토지사용권의 행사가 토지의 이용에 한정되고, 토지사용권의 양도, 저당은 금지되던 시기의 토지사용권에 대한 이해였다. 그러나 점차 설정기관의 허가를 얻어 토지사용권을 양도할 수 있도록 허용됨과 함께 토지사용권은 물권적인 권리성을 갖는 것으로 이해되었다. 채권적인 권리성에 기한 토지사용권의 입법은 1981년 심천의 “심천경제특구토지관리잠행규정”에서 이루어졌으며, 물권적인 권리성에 기한 토지사용권의 입법은 1984년의 하문의 “하문경제특구토지관리규정”에서 처음으로 이루어졌다.⁴⁴⁾

그 후 1986년의 민법통칙에서는 토지사용권을 재산권으로 규정하였다. 그러나 민법통칙에서는 토지사용권을 재산권으로 규정은 하였지만 재산소유권 규정의 장에서 소유권관련의 재산권으로 규정하였다(중국민법통칙 제80조). 물론 민법통칙에서는 소유권 이외의 제한물권에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하였다. 그렇지만 민법통칙에서는 토지사용권을 소유권에 관련된, 즉 토지소유권에 가까운 재산권으로 민법통칙 제정자들이 이해하였던 것으로 추론해 볼 수 있다. 그리고 1990년의 잠정조례에서는 토지사용권을 제한물권으로 규

44) 상계서, 68면.

정을 하고, 물권법에서는 그 제3편 용익물권의 편에서 지역권과 나란히 용익물권으로 규정을 하였다. 토지사용권을 용익물권으로 규정하면서 용익물권으로 가장 대표적인 물권인 지상권은 규정을 하지 아니하였다. 그러므로 중국에서는 토지사용권을 지상권과 유사한 용익물권으로 이해하고 입법한 것으로 추론된다.

② 중국의 토지사용권과 외국의 토지이용권과의 비교

중국의 도시국유토지사용권인 건설용지사용권은 국가로부터 유상 또는 무상으로 토지의 사용권을 설정받아 당해 토지를 점유하여 사용, 수익할 수 있고, 당해 토지에 건축물을 건축할 수 있으며, 유상으로 설정받아 취득한 토지사용권은 이를 매매, 교환, 임대, 저당할 수 있다(중국잠정조례 제28조 내지 제31조). 그러므로 중국의 건설용지사용권은 건물의 건축을 위하여 토지를 이용할 수 있는 권리이며, 토지사용권에 유동성이 인정되어 그 토지사용권을 매매, 교환, 임대, 저당할 수 있고, 상속될 수 있다.

이러한 중국의 토지사용권과 비교될 수 있는 외국의 토지사용권으로는, 독일의 세습건축권(Erbbaurecht), 영미재산법상의 생애부동산권, 우리 민법상의 지상권, 전세권 및 토지임차권 등을 들 수 있다.

먼저 독일의 세습건축권은 토지에 대한 이용권과 그 토지상의 건물에 대한 소유권이 결합된 물권이다. 독일에서는 지상건축물은 토지의 본질적 구성부분이기 때문에(§94 BGB), 타인의 토지에 건축을 하게 되면 건물은 토지에 부합되어 건물은 토지의 본질적 구성부분이 된다. 그러므로 타인의 토지에 건축, 특히 주택건설을 위한 투자를 하지 아니하는 사회적 문제점이 발생하였다. 독일의 세습건축권은 타인의 토지에 주택을 건축하게 하여도 건물이 토지에 부합되지 않도록 함으로써 주택부족문제를 해결하기 위해 활용되었으며, 그로 인하여 그 유용성이 크게 인정되었다. 세습건축권에 관하여는 본래는 독일민법전에 규정을 하였으나, 지금은 세습건축권령(Verordnung über das

Erbbaurecht: 1919)의 특별법으로 규정되어 있다.

이와 같은 세습건축권은 토지에 대한 이용권만이 아니라 토지의 이용권과 건물소유권이 결합되어 있는 권리이며, 보통 99년간의 장기간 또는 건물이 존속하는 동안 세습건축권이 존속한다는 방법으로 설정된다. 그러나 세습건축권의 존속기간이 종료하면 지상의 건물은 토지의 구성부분이 되어 건물소유권은 소멸하게 된다.

중국의 토지사용권은 오로지 토지에 대한 이용권이며, 당해 토지 위의 건물은 토지사용권과는 별개 독립의 소유권의 객체이다. 그러므로 토지이용권과 건물소유권의 결합인 세습건축권과는 다르다.

그리고 영미재산법상의 생애부동산권(life estate)은 특정인의 일생동안 토지를 보유할 수 있는 권리로서 그 자가 사망하면 그 토지는 소유자에게 복귀하게 된다. 생애부동산의 권리자는 당해 토지를 배타적으로 점유하여 사용, 수익할 수는 있으나 그 토지를 양도하거나 담보로 제공할 수 없다.⁴⁵⁾ 이러한 생애부동산권은 토지보유권으로서 토지소유권의 아종으로 이해된다. 중국의 토지사용권은 당해 토지를 사용, 수익할 수 있을 뿐만 아니라 토지사용권 그 자체를 매매, 임대, 저당할 수 있는 점에서 생애부동산권과도 다르다.

일본의 차지차가법(借地借家法, 1991)에서는 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권과 토지의 임차권을 합하여 차지권으로 규정하고 있다(2조 1호). 그러므로 일본에서는 건물의 소유를 목적으로 토지를 객체로 하여 설정된 물권인 지상권과 채권인 임차권이 차지권이라는 명칭으로 동법에 의하여 동일하게 규율되고 있다. 따라서 일본에서는 건물의 소유를 목적으로 하는 토지의 지상권과 임차권은 동일한 내용이며, 물권과 채권의 구별이 없어지게 되었다. 그러나 설정방법에 있어서는 차지권이 지상권으로 설정되면 유상으로든 무상으로든 가능하지만 임차권으로 설정되는 경우에는 유상으로만 가능한 차이점이 있다. 일본의 이러한 차지권도 건물의 소유를 위해 토지를 이용하는 것이 주된 목적

45) 김상용, 미국부동산법론(삼지원, 1986), 40면.

이지, 차지권의 유동화가 차지권제도의 주된 목적이 아니다. 그러한 점에서 일본에서의 차지권과 중국에서의 토지사용권은 차이가 있다.

우리나라에서의 지상권은 건물이나 수목의 소유를 위하여 타인의 토지를 이용할 수 있는 용익물권이며(한국민법 제279조), 그 지상권을 양도할 수 있으며 그 존속기간 동안 당해 토지를 임대할 수 있으며(한국민법 제282조), 저당권의 객체로 할 수 있다(한국민법 제371조). 그리고 지상권(구분지상권)은 지상 또는 지하의 일정부분에 대해서만 설정될 수도 있다(한국민법 제289조의 2). 또한 지상권의 존속기간에는 그 최장기간의 제한이 없으며, 최단기간에 대해서만 제한이 있다(한국민법 제280조). 중국의 토지사용권은 우리나라의 지상권과 유사성이 많다. 중국의 토지사용권도 지상 또는 지하의 일정부분에 대해서만 설정될 수도 있다(중국물권법 제136조). 그러나 중국의 토지사용권은 토지사용권 그 자체가 임대될 수 있는 데 반하여,⁴⁶⁾ 우리의 지상권에서는 지상권 그 자체가 아니라 지상권이 설정된 토지를 임대할 수 있을 뿐이다.

그리고 지상권과 토지사용권은 그 성질에 있어서 근본적으로 다르다고 해석된다. 지상권은 토지의 이용이 주된 성질의 물권이다. 지상권이 매매, 저당 등의 거래의 객체가 될 수 있는 것은 지상권의 본질적인 성질이 아니다. 이에 반해 토지사용권은 토지의 이용과 수익은 물론 토지사용권 그 자체가 매매, 저당 등의 객체가 될 수 있는 본질적인 성질을 갖고 있다. 토지사용권은 용익물권이라기 보다는 소유권에 가까운 물권이다.

우리의 전세권은 토지와 건물 모두에 설정되고 언제나 유상으로만 설정이 가능하고, 용익물권이면서 담보물권의 성질도 함께 갖고 있는 데 반하여 토지사용권은 오로지 토지에 대해서만 설정되며, 무상으로도 설정할 수 있는 점에

46) 중국의 계약법에서는 물건의 임대차만 허용하고 권리의 임대차는 허용되지 아니함에도 불구하고(중국 합동법 제212조), 잠정조례에서는 토지사용권을 그것이 권리임에도 불구하고 임대차의 객체가 될 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 중국물권법에서는 토지사용권의 임대에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 도시부동산관리법에서는 건물의 임대차에 관하여 규정하고 있다(중국도시부동산관리법 제52조 내지 제55조). 건물이 임대되면, 그 건물을 위한 토지사용권도 함께 임차인에게 임대되는 것으로 이해된다.

차이가 있고, 담보물권의 성질은 전혀 없다.

그리고 우리의 부동산임차권은 토지 및 건물에 대해서 설정할 수 있으며, 언제나 유상으로만 가능하고, 본질적으로는 채권이나 물권화 경향에 있는 권리로 이해되고 있다. 이에 반해 토지사용권은 토지만을 객체로 하며, 무상으로 설정이 가능하고, 채권이 아닌 물권인 점에서 차이가 있다. 그리고 부동산임차권은 저당권의 객체가 될 수 없음에 반하여 토지사용권은 저당권의 객체가 될 수 있다.

이상의 외국의 여러 가지 유형의 토지이용권과 중국의 토지사용권을 비교해 본 결과, 토지사용권은 지상권과 가장 유사하다. 그러나 지상권은 토지의 이용에 중점이 있으며, 지상권의 거래는 부차적인 성질이다. 그러나 토지사용권은 토지의 사용, 수익은 물론 토지사용권 그 자체가 매매, 교환, 저당의 객체가 될 수 있음이 본질적인 성질이다. 그러므로 토지사용권은 국가소유의 토지를 유동화시키고자 함이 주된 목적이므로 지상권과 그 내용에 있어서는 유사상이 있다고 하더라도 지상권 유사의 용익물권이 아니라 토지소유권의 변종 내지 아종으로 그 법적성질이 이해된다.

(나) 건설용지사용권의 설정기관

도시국유토지의 소유권은 국가가 갖고 그 행사는 국무원이 한다(중국물권법 제45조 제1항). 그러나 구체적인 토지소유권의 행사로서의 토지사용권의 설정은 시·현인민정부가 담당한다. 보다 더 구체적으로는 시·현인민정부의 토지관리부문이 담당한다. 그리고 시·현인민정부는 토지등기업무도 함께 담당하고 있다.

토지사용권 설정에 있어서 국가는 토지사용권 설정구역의 확정, 토지용도의 결정, 토지의 용도변경의 승인, 사용기간의 결정, 설정금액의 결정, 등기, 토지사용증의 교부 등의 업무를 담당하며, 이를 통하여 토지사용자에 대하여 엄한 제약을 가할 수 있도록 규정하고 있다(중국잠정조례 제10조, 중국도시부동산

관리법 제11조). 특히 토지이용권의 설정계약을 통하여 토지의 사용용도를 엄격히 규제하고 있다. 그리하여 토지소유자가 토지이용자에 대하여 우월적 지위에 있다.⁴⁷⁾

(다) 건설용지이용권의 설정방법과 설정절차

i. 유상설정과 무상설정의 2가지 설정방법

중국에서의 도시국유토지에 대한 건설용지이용권 설정은 유상설정인 출양(出讓)과 무상설정인 획발(劃撥)이 있다. 양자의 설정행위의 절차와 법적성격은 서로 다르며, 설정된 토지이용권의 효력에 있어서도 차이가 있다. 국유토지 중 상업(경영)용지에 대한 토지이용권은 유상으로 설정하며, 공익용지에 대한 토지이용권은 무상으로 설정한다.⁴⁸⁾ 경영용지이용권은 공업, 상업, 서비스업 등의 영리적 목적으로 하는 국유지에 대한 토지이용권이며, 공익용지이용권은 국가관리, 교육, 과학연구, 도시인프라, 교통, 수리, 국방 등의 비영리적 목적의 공공시설 및 공공복지시설 등의 건축을 위한 국유지에 대한 토지이용권이다.

전자의 유상의 토지이용권의 설정(출양)은, 국가와 토지이용권의 설정을 받고자 하는 자가 서면에 의하여 설정계약을 체결하고, 설정금을 지급한 후, 토지이용권 설정등기를 마치고 국가(구체적으로는 시·현 인민정부)로부터 토지이용증을 교부받는 절차를 거쳐 이루어진다. 그러므로 경영용지이용권의 설정은 국가와의 토지이용권 설정계약(出讓契約)에 의하여 이루어진다.

이에 반해 후자의 무상의 토지이용권의 배분(劃撥)은 국가가 관련기관에 토지를 배분해 주는 방법으로 이루어진다. 그러므로 무상설정은 국가의 일방적인 처분에 의하여 이루어지며, 무상이기 때문에 설정금의 지급이 없다. 그러나 무상사용에 있어서도 역시 서면에 의하여 설정계약을 체결하고, 토지이용권 등기를 한 후에 토지이용증이 수여된다. 무상사용의 설정은 계약의 형식을 취

47) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 140면.

48) 상계서, 54면.

하지만 그 실질은 국가에 의한 일방적인 토지배분 내지 토지할당으로의 성격이 강하다.

경영목적의 토지에 대한 사용권은 대체로 유상사용의 방법으로 이루어지지만 무상사용의 방법도 가능하고 실제로 무상사용의 방법으로 이루어지기도 한다. 공익목적의 토지에 대한 사용권은 무상사용이 일반적인 방식이다.

이와 같이 유상의 설정행위는 국가와 사인간의 계약이고 무상의 설정행위는 그 형식은 계약이지만 실질적으로는 행정처분의 성격이 강하다. 그리고 유상으로 설정된 토지사용권은 이를 매매, 교환, 저당할 수 있으나, 무상으로 설정 받은 토지사용권은 이러한 매매, 저당이 금지된다. 무상으로 취득한 토지사용권을 매매, 양도, 저당할 수 있기 위해서는 설정금을 지급하고 유상의 설정계약을 다시 체결하여야 한다. 그리고 유상으로 취득한 토지사용권에는 그 사용기간의 제한이 있다. 무상의 토지사용권에도 사용기간의 제한을 둘 수 있다. 그러나 법령에 의하여 제한되지 않는 한 원칙적으로 그 사용기간의 제한이 없다(중국도시부동산관리법 제22조 제2항). 도시국유토지에 대한 토지사용권의 유상설정과 무상설정의 내용을 간단히 비교해 보면 다음의 <표1>과 같다.

<표1> 중국의 도시국유토지의 토지사용권 설정방법의 비교

	유상설정	무상설정
용어	出讓	劃撥
설정목적	주택건설, 상업목적 등	공익목적
설정행위의 법적성질	민사법률행위적 성질이 강함	행정행위적 성질이 강함
존속기간	40-70년	원칙적으로 무기한
양도	가능	불허
임대	가능	불허
저당	가능	불허

ii. 유상설정(出讓)의 절차

유상설정이 토지사용권 설정방법의 가장 전형적인 방법이다. 도시국유토지에 대한 건설용지사용권은, 국가(구체적으로는 시·현 인민정부)와 토지사용권을 설정받고자 하는 자간에 토지사용권 설정계약을 서면에 의하여 체결하고, 설정금을 지급한 후 토지사용권 설정등기를 하고, 그 다음에 국가로부터 토지사용증을 발급받는 절차를 거쳐서 설정된다.

먼저 토지사용권 설정계약의 당사자로서 설정하는 자는 국가이고 설정받을 수 있는 자는 중국국내외의 회사, 기업, 기타의 조직 및 개인이 될 수 있다(중국잠정조례 제3조).

토지사용권 설정계약은 이를 서면으로 작성하여야 한다. 그러므로 토지사용권 설정계약은 요식행위이다. 토지사용권 설정계약서에는 토지설정금, 토지사용의 조건에 관한 합의내용을 기재하여야 한다. 특히 토지의 용도, 건축할 건물에 대한 내용, 존속기간 등에 관한 합의사항을 담아야 한다.

이러한 토지사용권의 설정계약에서는 토지사용의 용도가 명확히 정하여져야 하며, 그 용도에 따라서 설정금과 사용기간이 달라지고, 용도의 자의적인 변경은 엄격히 제한된다.⁴⁹⁾ 토지의 용도를 변경하려면 시·현 인민정부의 도시계획행정주관부문의 동의를 얻어야 하며, 토지사용권 설정계약을 변경하는 계약을 체결하여야 한다.⁵⁰⁾ 그리고 설정금도 조정하여야 한다.⁵¹⁾ 따라서 토지사용권의 행사는 토지에 대한 국가의 공법적인 규제에 따라야 한다.

토지사용권 설정금의 결정은 협의, 경매, 입찰의 방법에 의한다. 초기에는 협의방식에 의하여 설정금을 결정하였으나, 지금은 거의 대부분 경매, 입찰의 방법에 의하여 결정하고 있다. 특히 상업, 관광, 오락, 고급주택용지 등에 대한 토지사용권의 설정금은 경매나 입찰에 의하여 결정하여야 하며, 협의에 의한 설정금의 결정에 있어서는 국가가 정하는 최저가격을 하회해서는 안된다⁵²⁾(중

49) 상계서, 79면.

50) 상계서, 79면.

51) 상계서, 79면.

52) 상계서, 76면.

국도시부동산관리법 제12조 제3항). 2002년 5월 9일 중국 국토자원부에서는 국토자원부령 제11호로 “국유토지사용권의 입찰, 경매에 의한 출양에 관한 규정”을 제정(2002년 7월 1일 시행)하여 그 제4조에서 상업, 관광, 오락과 상품 주택 등 경영성 토지는 반드시 입찰, 경매 혹은 공시의 방식으로 출양해야 한다고 하였다. 그 후 2004년 3월 30일에는 중국의 국토자원부와 감찰부의 연합 통첩(聯合通牒)⁵³⁾에 의하여 2004년 8월 31일부터는 상업적 목적의 건설용지사용권의 유상설정(출양)은 협의의 방식으로는 할 수 없게 되었다.⁵⁴⁾ 경매의 진행은 시·현인민정부의 감독을 받으며 경매를 업으로 하는 기업법인인 경매원(競賣院) 소속의 경매사가 이를 담당한다. 내외국인간에 설정금의 차이가 인정된다.⁵⁵⁾ 그리고 토지사용권 설정금은 토지사용권 설정계약을 체결한 날로부터 60일 내에 그 전액을 지급하여야 한다.⁵⁶⁾

토지사용권 설정금을 전액 지급한 다음에 그 지급일로부터 30일 내에 당사자가 공동으로 토지사용권 설정등기를 신청하여야 한다.⁵⁷⁾ 등기는 시·현 인민정부의 토지관리부에서 담당한다. 토지사용권자는 서면에 의해서 설정계약을 체결하고, 설정금을 전액 지급한 다음에 등기를 하고, 토지사용증을 발급받음으로써 비로소 토지사용권을 취득한다(중국잠정조례 제16조). 그러므로 등기는 토지사용권 취득의 성립요건이다.⁵⁸⁾ 따라서 건설용지사용권은 이를 등기한 때에 성립된다. 잠정조례 제16조는 토지사용증을 발급받아야 건설용지사용권자가 토지사용권을 취득하는 것으로 해석될 수 있도록 규정하고 있으나, 토지사용증은 토지사용권의 증거방법에 불과하다고 해석된다.

53) 통지의 명칭은, 關於繼續開展經營性土地使用權招標拍賣挂牌出讓情況執法監察工作的通知(71號 文件)이다.

54) 沈萍, “個人合作建房的立法內容設想(個人이 同業하여 주택을 건설하는데 관한 입법내용의 구상)”: 中國 重慶市 所在 西南政法大學 開催, 中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會(中國, 重慶, 2007. 4. 27) 發表論文, 9면.

55) 상계서, 76면.

56) 상계서, 74면, 92면.

57) 상계서, 92면.

58) 중국에서는 등기가 때로는 부동산물권변동의 성립요건이며, 때로는 대항요건인 등기의 효력에 관하여 2원주의를 취하고 있다. 도시국유토지의 건설용지사용권과 양도 및 저당권의 설정에 있어서는 등기가 성립요건이며(중국물권법 제139조, 제145조, 제187조), 농촌토지에 대한 토지승용경영권의 설정과 양도 및 지역권의 설정에 있어서는 등기가 대항요건이다(중국물권법 제129조, 제158조).

이러한 해석과는 달리 등기를 토지사용권설정계약의 효력발생요건으로 이론 구성하는 견해⁵⁹⁾가 있다. 즉, 토지사용권설정계약의 체결에 의해 토지사용권 설정계약이 성립하고, 등기함으로써 토지사용권 설정계약이 효력을 발생하게 된다고 해석한다. 이와 같은 해석을 하게 되는 근거는 등기를 토지사용권 설정계약의 성립요건으로 하면 계약을 체결하고 등기를 하기까지의 기간동안에 계약의 이행을 거절하는 사례가 발생할 수 있기 때문이라고 한다.⁶⁰⁾ 따라서 토지사용권 설정계약을 체결한 다음에는 그 설정계약의 효력을 유지하게 하기 위해 등기를 토지사용권설정계약의 효력발생으로 하여야 한다고 한다.

그리고 토지사용권 설정계약을 체결하고 등기를 하지 않은 경우의 법적 효과에 관하여 최고인민법원의 사법해석(1995. 12. 17)은 토지사용권 설정계약이 무효가 되며, 등기를 하지 않은 것에 대하여 위약금을 지급하고 새로이 등기함으로써 그 무효인 설정계약을 추인하여 유효로 전환할 수 있다고 하였다.⁶¹⁾ 그러나 토지사용권 설정계약은 그 계약의 성립일에 효력이 발생하는 것으로 해석되어왔으며, 중국물권법에서는 이러한 해석과 동일하게 규정하고 있다(중국물권법 제15조). 그리고 토지사용권은 당사자 쌍방이 등기기관에 토지사용권 설정등기를 한 날로부터 설정된다(중국물권법 제14조). 그리하여 중국에서의 도시국유토지의 토지사용권은 채권행위인 토지사용권 설정계약과 등기에 의하여 설정된다.⁶²⁾ 채권행위와 등기의 2가지를 요건으로 하여 물권인 토지사용권이 발생하므로, 이와 같은 중국에서의 부동산물권변동의 법리를 채권형식주의라 한다.⁶³⁾

59) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 92면.

60) 상계서, 92면.

61) 상계서, 93면.

62) 상계서, 106면.

63) 이와 같이 채권행위와 등기를 부동산물권변동의 요건으로 하는 채권형식주의는 이미 오스트리아가 이를 취하고 있으며, 러시아와 헝가리도 역시 이러한 입법주의를 취하고 있는 것으로 알려져 있다(상계서, 102면).

iii. 무상설정(劃撥)의 절차

무상으로 도시국유토지에 대한 토지사용권이 설정되는 것은 주로 공익용 토지를 대상으로 하여 이루어지며, 설정금의 지급을 요하지 아니한다. 그러나 서면에 의한 설정계약의 체결, 등기, 토지사용증서의 수령의 절차는 유상으로 토지사용권을 설정하는 절차와 동일하다.

이와 같이 무상으로 설정받은 토지사용권은 유상으로 설정받은 토지사용권의 성질과 다르다. 유상으로 설정받은 토지사용권은 물권, 그 중에서도 용익물권으로서, 그것의 매매, 교환, 임대, 저당이 가능한데 반하여 무상으로 설정받은 토지사용권은 물권이 아니다.⁶⁴⁾ 그리하여 무상설정의 토지사용권은 양도, 임대, 저당의 목적으로 하지 못한다.⁶⁵⁾

(라) 건설용지사용권 설정행위의 법적성질

도시국유토지에 대한 건설용지사용권의 설정행위(정확하게는 설정계약)의 법적성질에 관하여는 견해가 대립되고 있다. 즉, 유상설정의 계약(출양계약)은 국가(구체적으로는 시·현 인민정부)와 토지사용권을 설정받고자 하는 자간의 계약으로서 서면의 작성을 요하는 요식계약이며, 쌍무, 유상계약이다.⁶⁶⁾

그런데 건설용지사용권의 설정의 일방은 국가이고, 토지사용권 설정계약에서 국가는 토지의 용도를 지정하고, 당해 토지 위의 건축에 관해서도 제한을 하는 등의 도시계획의 내용을 설정계약의 내용을 통하여 달성하고자 한다. 특히 토지사용권은 토지의 유효이용을 주된 목적으로 하고 있다. 그러므로 토지의 용도규제가 토지사용권 설정계약의 주된 내용을 이룬다.⁶⁷⁾

따라서 토지사용권설정계약이 순수한 민사법률행위 내지 민사계약인가, 아니면 행정처분(즉, 행정행위) 내지 행정계약인가, 아니면 민사계약의 성질도

64) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 61면.

65) 상계서, 61면.

66) 상계서, 88면.

67) 상계서, 142면.

행정계약의 성질도 함께 갖고 있는 계약인가에 관하여 견해가 나누어지고 있다. 이러한 견해의 대립은 1990년 잠정조례의 제정·시행이후에 격렬하게 논의 되었으나, 오늘날은 행정계약설을 극복하고 민사계약설로 정착이 되었다고 한다.⁶⁸⁾ 그러나 토지사용권의 유상설정이 민사계약의 성질이 강하지만, 행정처분의 성격을 완전히 극복하였다고는 보기 어렵다 할 수 있다. 특히 토지의 용도 제한, 건축제한 등의 계약내용은 국가가 우월적 지위에서 일방적으로 결정하며, 그러한 계약내용은 당해 토지와 함께 계속하는 합의⁶⁹⁾(covenants running with the land)로서 물권적 효력을 갖는다. 그리고 토지사용권 설정계약을 체결함에 있어서 국가가 순수한 사경제 주체로서의 설정계약의 당사자라고는 할 수 없다. 토지행정 및 국토도시계획의 집행자로서의 우월적인 지위에서 사인과 토지사용권 설정계약을 체결하고 있다고 봄이 적절하다.

그리하여 유상의 토지사용권 설정계약은 민사계약의 성질이 강하지만, 행정계약의 성질도 함께 갖고 있는 절충적인 성질의 계약으로 이해함이 타당하다. 이러한 양자의 성질이 있는 절충적인 계약으로 이해함이 사회주의시장경제 국가인 중국의 현실에 부합한다.⁷⁰⁾ 그러나 민사계약설로 발전해 나가고 있다.⁷¹⁾

그리고 무상설정행위는 그 형식은 계약의 형식을 취한다 하더라도 행정처분의 성질이 강하다. 그러므로 행정처분의 성질이 강한 계약이라고 함이 타당하다. 그리고 요식계약이지만 편무, 무상의 계약이다.

68) 상계서, 82~83면.

69) 영미재산법에서 인정되고 있는 토지와 함께 계속하는 특약(covenants running with the land)은 주로 토지이용제한에 관한 당사자간의 계약이지만, 보통의 계약과 같이 당사자만을 구속하는 것이 아니라, 추가적인 성질로서 당해 토지의 양수인들을 구속하며, 이를 위반한 양수인에 대해서 강제이행이 될 수 있다. 이러한 토지와 함께 하는 특약은 이를 등록하여야 하며, 등록하지 아니한 때에는 그 토지의 선의의 양수인을 구속하지 못한다(金相容, 美國不動產法論(三知院, 1986), 47~48면).

70) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 84면.

71) 상계서, 84면.

(마) 건설용지사용권의 설정금(출양금)의 결정방법, 배분 및 사용용도

i. 설정금의 결정방법

도시국유토지에 대한 토지사용권의 유상설정에 있어서 설정금(출양금)은 토지사용권의 값(代價)으로서, 그 금액의 결정은 협의, 경매, 입찰의 방법에 의한다. 협의에 의한 결정의 경우에도 국가가 정하는 최저가격을 하회하는 금액으로는 합의할 수 없다(중국도시부동산관리법 제12조 제3항). 토지사용권 유상설정의 초기에는 협의의 방식에 의하여 설정금이 결정되었다. 그러나 점차 협의 방식에서 경매, 입찰의 방식으로 전환하여 왔다. 그렇지만 아직도 대부분 협의 방식으로 설정금이 결정되는 것으로 파악된다.⁷²⁾⁷³⁾ 그리고 내외국인에 따라서 설정금의 차이가 있다.

협의방식에서 경매 입찰의 방법에 의한 설정금 결정방법의 전환은 1998년 7월에는 광둥성 정부가 상업적 목적의 토지사용권의 설정은 경매나 입찰을 통해서만 행하도록 하고 협의방식으로는 유상설정할 수 없도록 함으로써 시작되었다. 그 후 2002년 5월 9일에는 중국의 국토자원부령으로 “초표박매패패국유토지사용권출양규정(招標拍賣挂牌國有土地使用權出讓規程)”을 제정하여 경매, 입찰방식에 의한 토지사용권의 설정을 전국적으로 확대하고,⁷⁴⁾ 2004년 8월 31일부터는 중국의 국토자원부와 감찰부의 연합통첩에 의하여 상업적 목적의 건설용지사용권의 유상설정(출양)은 협의의 방식으로는 할 수 없게 하였다.⁷⁵⁾ 그

72) 상계서, 84면.

73) 이렇게 중국에서 협의의 방식으로 설정금을 결정하는 것은 중국 특유의 인맥주의 때문이라고 분석하는 견해(상계서, 76면)가 있다. 중국은 전통적으로 法治보다는 人治를 중시하여 왔다. 그 人治는 人間의 生來의 偉大性(inherent greatness of man)에 대한 신뢰를 강조하는 유교의 정치이론에 기초하고 있다. 유교에서는, 특히 지배계층은 자기절제 능력이 있는 높은 인격을 소유한 이상적인 인간으로 이해하였으며, 이러한 지배계층에게는 법이 불필요하다고 이해하였으며, 일반인은 이러한 지배계층을 자발적으로 따르도록 가르쳐 왔다. 그리하여 중국에서는 유교가 西歐에서와 같은 法治에 의한 민주주의보다는 人治 내지 사람에 의한 獨裁(personal dictatorship)의 길을 열어주었다(李廣輝, 宋永新, 法律英語(中國法制出版社, 2006), 2면).

74) 조동제, 전개, 중국외국인투자기업 경영법률과 실무, 105면

75) 沈萍, “個人合作建房的立法內容設想(個人이 同業하여 주택을 건설하는데 관한 입법내용의 구상)”: 中國 重慶市 所在 西南政法大學 開催, 中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會(中國, 重慶, 2007. 4. 27) 發表論文, 9면.

리고 중국의 중앙정부는 이미 1996년에 경매법(中華人民共和國拍賣法)을 제정하였으며, 1999년에는 입찰법(中華人民共和國招標投標法)을 제정하였다.

ii. 설정금의 배분

국유토지사용권의 설정금 소득은 원래는 지방정부가 독점하였다.⁷⁶⁾ 그러나 지금은 토지사용권의 설정으로 시·현 인민정부가 거두어들인 설정금을 중국의 중앙정부와 지방정부가 배분하고 있다. 배분비율은 초기에는 중앙정부에 40%, 지방정부에 60%를 배분한 것으로 알려졌으나,⁷⁷⁾ 지금은 중앙정부에 30%, 지방정부에 70%로 배분하는 것으로 알려져 있다.⁷⁸⁾ 그러나 지방정부에서는 지방에 더 높은 비율로 배분할 것을 중앙정부에 요구하고 있다고 한다.

iii. 설정금의 사용용도

중국의 잠정조례에서는 토지사용권 설정금은 전문기금(專門基金)으로 관리하여 도시개발 및 토지개발에 사용하도록 규정하고 있다(동잠정조례 제50조). 보다 구체적으로는 토지사용권 설정금은 도시 인프라시설의 건설자금, 농촌수리시설의 건설 및 유지보수비, 그리고 주택건설보조금으로 사용되고 있다. 특히 중소도시의 주택건설보조금으로 쓰이고, 주택공동기금(住房公積金)의 재원으로 사용되고 있다.⁷⁹⁾

(마) 건설용지사용권의 존속기간

중국의 도시부동산관리법 제13조는 토지사용권의 최장기간에 대해서 국무원

76) 渠濤, “中國土地制度的 現況과 展望”, 土地法學 第20(增補)號(韓國土地法學會, 2005. 3), 52면.

77) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 84면.

78) 渠濤, 전계논문 “中國土地制度的 現況과 展望”, 52면. 2007년 4월 27일 中國 重慶市 所在 西南政法大學에서 개최된 韓中土地法學術大會(中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會)에서 확인.

79) 2007년 4월 27일 中國 重慶市 所在 西南政法大學에서 개최된 韓中土地法國際學術大會(中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會)에서 확인.

이 정하도록 규정하고 있다. 그 하위법령인 국무원령인 잠정조례에서는 그 제 12조에서 토지사용권의 최장기간을 토지의 용도에 따라서 달리 규정하고 있다. 즉, 주거용토지는 70년, 공업용토지는 50년, 교육, 과학기술, 문화, 위생, 체육용지는 50년, 상업, 관광, 오락용지는 40년, 그리고 기타용지는 50년간으로 하였다. 이 기간은 토지사용권을 설정할 수 있는 최장기간으로서 당사자의 협의에 따라서는 이 보다 단기로 약정할 수 있다. 그러나 장기로는 합의할 수 없다.

이와 같은 장기의 최장존속기간의 인정은 지상건물의 감가상각기간을 고려하고, 토지의 수익성의 제고를 위한 토지정책도 고려하여 법정되었다.⁸⁰⁾ 그리하여 수익성이 높은 상업용 건물의 토지는 그 사용권의 존속기간을 짧게 하고, 수익성이 낮을 뿐만 아니라 정책적인 고려가 강하게 작용하는 주택건설을 위한 용지는 그 사용권의 존속기간을 장기로 하였다.

약정한 존속기간이 만료하면 주택건설용지의 토지사용권은 자동으로 연장이 된다(중국물권법 제149조 제1항). 그러나 중국물권법에서는 비주택용건설용지의 사용권이 만료되면 법률에 따라서 처리하도록 하고 있는데(동법 제149조 제2항), 잠정조례 제40조에서는 사용기간이 만료하면 국가가 토지사용권 및 그 토지상의 건축물과 기타 구축물의 소유권을 무상으로 취득한다고 규정하고 있다. 또한 토지사용권자는 토지사용증을 국가에 반납하고 말소등기를 하도록 하고 있다. 그리하여 중국에서는 토지사용권의 존속기간이 만료하면 지상물은 토지에 따른다는 원칙을 취하고 있다. 그러나 지상물의 잔존가치의 보상을 인정하지 아니하고 있다.

그리고 존속기간이 만료하였을 때에 토지사용권자는 토지사용권의 기간의 계속을 신청할 수 있다(중국잠정조례 제41조). 기간계속의 경우에는 토지사용권 설정계약을 다시 체결하고, 설정금을 다시 지급하고, 등기를 다시 하여야 한다(중국잠정조례 제41조).

80) 小田美佐子, 전계 中國土地使用權と所有權, 80면.

이와 같이 토지이용권의 기간만료의 경우에 주택건설용 토지에 대한 이용권은 자동연장되며, 비주택건설용지에 대한 이용권의 만료의 경우에는 당해 토지이용권과 지상건축물을 무상으로 국가에 반환할 것만을 규정하고 있을 뿐이다. 앞으로 잔존가치의 보상에 관한 제도를 정비하여야 할 것으로 보인다. 계속적으로 사용을 하고자 하는 경우에는 계속사용 신청을 하여 다시 토지이용권 설정의 절차를 거쳐야 한다.

건설용지를 무상으로 설정하는 경우에는 그 존속기간의 제한을 합의할 수도 있지만 공익용지 내지 공공용지에 대한 무상이용권에는 존속기간의 제한이 없는 무기한으로 설정하는 것이 일반적이다. 그리고 무상의 토지이용권자는 국가에 토지이용세를 납부하여야 한다(중국잠정조례 제43조 제2항).

(사) 건설용지이용권의 유동화

i. 양도

도시국유토지에 대하여 유상으로 설정된 토지이용권은 매매, 교환, 증여, 임대, 저당 및 현물출자의 목적물이 될 수 있다. 무상으로 설정된 토지이용권은 원칙적으로 매매, 증여, 임대, 저당이 허용되지 않는다(중국잠정조례 제44조). 그러나 예외적으로 일정한 경우에는 시·현 인민정부의 허가를 얻어 양도할 수 있도록 허용하고 있다(중국잠정조례 제45조). 따라서 유상설정의 토지이용권은 제한 없이 그 유동화가 인정되고, 무상설정의 토지이용권은 제한적으로 그 유동성이 인정된다.

유상설정의 건설용지이용권은 매매, 증여, 교환, 출자에 의하여 양도할 수 있다(중국물권법 제143조). 이러한 건설용지이용권의 양도를 위해서는 먼저 서면으로 양도계약을 체결하고(중국물권법 제144조 제1항), 등기기관에 변경등기를 하여야 한다(중국물권법 제145조). 이러한 양도에 의하여 양수인의 당해 토지의 이용권은 당사자의 합의로 정할 수 있으나, 본래 설정받은 토지이용권의

잔여기간을 초과할 수 없다(중국물권법 제144조 제2항).

이와 같이 토지사용권의 설정은 행정행위적인 성질이 있는 민사계약으로 그 법적성질이 이해되었으나, 설정 후의 양도, 저당 등의 처분행위는 순수한 사법상의 민사계약으로 파악된다. 또한 이러한 처분에 설정자인 국가의 허가나 인가는 그 요건이 아니다.

그리고 토지사용권을 양도할 때에 당해 토지에 건축물, 구축물 및 부대시설이 있는 때에는 이러한 지상정착물도 수반하여 함께 양도된다(중국물권법 제146조, 중국잡정조례 제23조). 그 반대로 지상의 건축물, 구축물 및 부대시설 등의 지상정착물을 양도, 교환, 증여, 출자할 때에는 그 지상정착물이 차지하고 있는 범위내의 토지사용권도 수반하여 함께 양도된다(중국물권법 제147조, 중국잡정조례 제24조). 이와 같이 중국에서는 토지와 그 지상의 정착물이 별개 독립의 물권이나, 그 법적 취급에 있어서는 일체로 다룬다. 따라서 중국에서는 토지건물일체원칙을 취하고 있다. 그리하여 중국에서는 건물소유권과 토지사용권이 동일인에게 귀속되도록 하는 부동산권리주체일체의 원칙을 취하고 있다.

이와 같이 중국에서 토지와 건물을 일체로 하여 처분하도록 하는 것은 토지이용권이 확보되면 그렇지 않은 경우보다 건물가격의 상승을 도모할 수 있기 때문이다. 그리하여 중국에서는 경제적인 목적에서 토지와 건물을 일체로 다루도록 하는 것이다.⁸¹⁾

토지사용권의 양도 시에는 건물도 함께 처분하고, 건물소유권의 이전을 위해서는 건물관리부문에 건물등기를 하여야 한다. 건물등기도 역시 건물소유권의 양도의 성립요건이다. 이와 같이 건물소유권양도의 성립요건으로서의 건물등기의 효력인정에 관하여는 도시사유건물관리조례(都市私有建物管理條例, 1983), 도시건물소유권적관리잡정변법(都市建物所有權籍管理暫定弁法, 1990)에서 이를 규정하고 있다.

81) 상계서, 135면.

그리고 토지사용권을 양도할 때에는 그 양도가격을 현금 이상의 지방인민정부에 신고하여야 한다(중국도시부동산관리법 제34조). 그리고 신고된 양도가격이 명백히 시장가격을 하회하는 경우에는 시·현 인민정부가 당해 토지사용권의 우선매입권을 가지며(중국잡정조례 제26조 제1항), 토지사용권의 시장가격의 상승이 불합리한 때에는 시·현 인민정부는 필요한 조치를 강구할 수 있다(중국잡정조례 제26조 제2항). 이와 같이 중국에서는 토지사용권의 양도에 국가가 적극적으로 개입할 수 있도록 하고 있다. 그리고 토지사용권 양도 시에 토지가격이 상승한 경우에는 일종의 양도소득세에 해당하는 토지증가비(土地增價費)가 부과된다.

무상으로 설정된 토지사용권은 원칙적으로 양도는 물론 임대, 저당을 할 수 없다(중국잡정조례 제44조). 그러나 예외적으로 법정의 요건을 갖춘 경우에는 지방인민정부의 허락을 얻어 양도할 수 있다(중국잡정조례 제45조). 구체적으로는, 무상으로 토지사용권을 취득한 자가 회사, 기업, 기타 경제조직 및 개인이고, 국유토지사용증을 수여받고, 지상건축물 기타 정착물에 대해 적법한 재산권의 증명을 갖고 있고, 토지사용권설정계약을 체결하고 설정금을 지급하거나 양도, 임대 및 저당으로 얻은 수익으로 설정금에 충당하는 때에는 시·현 인민정부의 허가를 얻어 무상의 토지사용권과 지상정착물을 함께 양도, 임대, 저당할 수 있다(중국잡정조례 제45조 제1항). 이러한 요건을 갖추게 되어 무상의 토지사용권을 양도할 수 있게 되었을 때에는 유상의 토지사용권의 양도와 동일한 법적보호를 받는다(중국잡정조례 제45조 제2항). 그러므로 결국 무상의 토지사용권은 설정금을 지급하고 유상의 토지사용권을 전환한 다음에 이를 양도할 수 있다는 결론에 이른다. 따라서 무상의 토지사용권 그 자체를 양도하는 것은 허용되지 않는다.

토지사용권의 양도가 있게 되면, 그 토지사용권의 설정계약서에 기재된 권리와 의무는 토지사용권에 수반하여 양수인에게 이전된다(중국도시부동산관리법 제41조). 그러므로 토지사용권 설정계약시의 합의사항은 그 토지사용권과

함께 계속된다.

한편으로 중국계약법에서는 매매의 목적물을 물건에 한하고 권리를 매매의 목적물이 될 수 없는 것으로 규정하고 있다(중국계약법 제130조, 제137조).

또 한편으로 경제특구에 따라서 토지사용권의 양도에 일정한 법정의 조건이 부가되기도 한다. 광둥성 내의 경제특구에서는 토지개발과 건설에 투입된 금액이 토지사용권 설정계약에서 약정한 총투자액의 25% 이상이 되었을 때에만 토지사용권의 양도를 허용하고 있다(廣東省經濟特區土地管理條例 제28조). 그리고 항주와 청도에서는 개발에 투입된 금액이 총투자액의 50% 이상, 해남 경제특구에서는 25% 이상이 될 때에만 양도를 허용하고 있다.⁸²⁾ 그리고 상해시에서는 토지사용권의 양도는 반드시 토지사용권 설정계약에 규정된 건축물을 완성한 후에야 가능하도록 하고 있다⁸³⁾(上海市土地使用權有償轉讓辦法 제26조).

ii. 임대

유상설정의 토지사용권은 지상정착물과 함께 이를 임대할 수 있다(중국잠정조례 제28조 내지 제31조). 그러나 중국물권법에서는 토지사용권의 임대에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 중국의 계약법에서는 임대차의 목적물을 물건에 한하는데(중국계약법 제212조), 권리인 토지사용권의 임대는 예외적인 현상이라 할 수 있다.

반대로 지상의 건물은 임대차가 가능하다. 그러므로 건물을 임대하면 토지 건물일체의 원칙에 의하여 토지사용권도 함께 임대된다고 해석된다.

그리고 무상설정의 토지사용권은 이를 임대할 수 없다(중국잠정조례 제44조).

82) 백승기, 중국의 도시토지관리정책에 관한 연구, 토지법학 제17호(한국토지법학회, 2001. 12), 152면.

83) 상계논문, 157면.

iii. 저당

유상으로 설정된 토지사용권은 이를 목적으로 하는 저당권을 설정할 수 있다. 그리고 토지건물일체의 원칙에 의하여, 지상건축물에 대하여 저당권을 설정하면 그 건축물이 차지하고 있는 범위 내의 토지사용권도 당연히 저당권의 목적물로 되며(중국물권법 제182조 제1항), 토지사용권에 대하여 저당권을 설정하면 그 지상의 건축물도 당연히 저당권의 목적물로 된다(중국물권법 제182조 제2항).

토지사용권에 대하여 저당권의 설정을 위해서는 먼저 서면으로 저당권 설정계약을 체결하고(중국물권법 제185조), 저당권설정등기를 하여야 한다(중국물권법 제187조). 저당권설정등기는 저당권의 성립요건이다.⁸⁴⁾ 따라서 저당권자는 저당권설정등기 시에 저당권을 취득한다(중국물권법 제187조).

그리고 저당권과 저당목적물에 대한 임대차와의 관계에 대하여 중국물권법에서는 저당권설정자가 저당계약을 체결하기 전에 저당목적물을 임대하였을 경우 그 임대차관계는 저당권에 영향을 주지 못하지만, 저당권이 설정된 후에 임대하였을 경우에는 그 임대차관계는 저당권에 대항하지 못하는 것으로 규정하고 있다(중국물권법 제190조). 이와 같이 중국에서는 건물임차권을 강하게 보호하고 있다. 이는 특히 주택임차인을 보호하기 위한 목적도 있지만, 일본의 임차인보호제도(일본민법 제605조)의 영향을 받은 것으로 이해된다.

그리고 저당기간 중에 저당권설정자는 저당권자의 동의를 얻어서만 저당권의 목적물을 양도할 수 있다(중국물권법 제191조 제2항 본문). 그러나 양수인이 채무를 변제하여 피담보채무를 변제한 때에는 양도할 수 있다(중국물권법 제191조 제2항 단서). 그리고 저당권자의 동의를 얻어 저당목적물을 양도한 때에는 양도로 얻은 대가로 저당권자에게 미리 변제하거나 공탁하여야 한다(중국물권법 제191조 제1항 1文).

84) 그러나 선박, 항공기에 대한 저당권은 저당계약만으로 성립하며, 등기는 제3자에 대한 대항요건이다(중국물권법 제188조).

또한 중국물권법에서는 유저당계약을 허용하지 않고 있다. 즉, 저당권자는 저당권의 피담보채무의 이행기가 도래하기 전에는 피담보채무의 변제가 없을 때에 저당목적물을 저당권자의 소유로 이전할 것을 내용으로 하는 계약을 저당권설정자와 체결하지 못한다(중국물권법 제186조). 그리고 저당권에는 부종성이 인정되어 피담보채권과 분리하여 이를 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다(중국물권법 제192조). 저당권의 순위의 변경, 포기가 인정되며, 피담보채권액의 변경도 허용된다(중국물권법 제194조).

저당권의 실행은 저당권자와 저당권설정자가 협의하여 저당목적물을 경매(拍賣)하거나 매각할 수 있다(중국물권법 제195조 제1항 1文). 저당권자와 저당권설정자간에 저당권 실현의 방식에 관하여 협의를 하지 않았을 경우에는 저당권자는 인민법원에 저당권의 실행을 청구하여 법원이 당해 저당목적물의 경매 또는 입찰을 진행하게 된다(중국물권법 제195조 제2항). 그리고 저당권이 설정된 토지사용권이 무상으로 설정된 경우 경매에 의한 저당권의 실행으로 얻은 경락대금은, 먼저 토지사용권 설정금에 상당하는 금액을 지급한 다음에 저당권자가 우선변제를 받을 수 있다(중국도시부동산관리법 제50조).

그리고 건설용지사용권을 목적으로 하여 저당권을 설정한 후에 그 토지에 새로 건축된 건축물은 저당권의 목적물이 되지 아니한다(중국물권법 제200조 제1항). 그러나 저당권을 실행함에는 지상건축물을 토지사용권과 함께 동시에 처분하여야 한다(중국물권법 제200조 제2항 본문).

저당권 실행의 방법으로서의 경매는 각 시에 설립되어 있는 중국회사법에 의하여 설립되어 경매활동을 업으로 하는 기업법인인 경매원에서 주관하며(중국경매법 제10조, 제11조), 구체적인 경매업무는 경매원 소속의 경매사가 진행한다(중국경매법 제14조). 경매원은 시·현 인민정부의 감독을 받는다(중국경매법 제5조).

iv. 상속

중국헌법 제13조는 국민의 합법적인 사유재산은 침해받지 않는다고 규정하여 개인의 사유재산권을 공공재산과 동등하게 법적으로 보호받도록 규정하고 있다. 그리고 민법통칙에서는 개인의 합법적인 재산권은 법에 의하여 보호됨을 규정하고(중국민법통칙 제75조 제2항 전단), 법에 의해 그 상속권(right of inheritance)을 보장함을 인정하고 있다(중국민법통칙 제76조). 그러므로 토지사용권은 재산권으로서 그 상속이 인정되고 법적으로 보호를 받는다.

(아) 건설용지사용권의 성립요건으로서의 등기와 부동산등기의 공신력 인정

i. 건설용지사용권 변동의 성립요건으로서의 부동산등기

중국에서는 부동산물권변동에 있어서 부동산등기에 두 가지의 효력을 인정하고 있다. 하나는 등기를 부동산물권변동의 성립요건으로 인정하는 것이며, 다른 하나는 부동산등기를 부동산물권변동의 대항요건으로 인정하는 것이다. 그러므로 중국에서는 부동산물권변동에 있어서 등기가 성립요건인 경우도 있고, 대항요건인 경우도 있다.

도시토지에 대한 건설용지사용권과 저당권의 설정 및 양도에 있어서는 등기가 성립요건이다. 그러나 농촌토지에 대한 토지승포경영권과 지역권의 설정 및 양도에 있어서는 등기를 대항요건으로 하고 있다. 이와 같이 중국에서 등기의 효력을 달리 하고 있는 것은, 도시지역에서는 등기부가 비교적 잘 정비되어 있으나, 농촌지역에서는 등기부가 제대로 정비되어 있지 아니하기 때문이다.

ii. 부동산등기의 공신력 인정

중국의 부동산등기에는 공신력이 인정된다. 중국계약법에서는 처분권한 없는 자의 처분행위는 처분권자의 추인(ratification)이 있거나 후에 처분권을 취

득하면 유효하다고 규정하여(중국합동법 제51조), 처분권한 없는 자의 처분행위는 무효이다. 그러나 중국물권법 제16조 제1항에서는, 부동산등기부는 물권의 귀속과 내용의 근거가 된다고 규정하고, 동법 제106조에서는 부동산소유권의 선의취득을 인정하여 무권리자가 부동산을 양수인에게 양도한 경우 양수인이 당해 부동산소유권을 선의로, 그리고 합리적인 가격으로 양도받고 등기한 때에 양수인은 당해 부동산의 소유권을 취득한다고 규정하고 있다. 그리하여 부동산등기에 공신력을 인정하고, 선의, 유상의 부동산소유권의 변동의 경우에 당해 부동산소유권의 선의취득을 인정한다.

이와 같이 중국에서 부동산등기의 공신력과 부동산소유권의 선의취득을 인정할 수 있는 전제조건은 등기기관이 등기신청서류에 대한 실질적 심사권을 갖고 이를 행사하도록 의무지우고 있기 때문이다(중국도시부동산관리법 제60조). 실질적 심사권의 구체적인 행사의 방법으로, 중국물권법에서는 등기기관은 등기신청자가 제출한 소유권증명과 기타 필요한 자료를 검사하여야 하며, 등기에 관하여 신청자에게 문의하여야 하며, 관련사항을 제때에 사실대로 등기하도록 하고 있다(중국물권법 제12조 1호 내지 3호). 그리고 추가증명이 필요한 경우에 등기기관은 신청자에게 보충자료를 요구할 수 있고, 현지를 확인할 수도 있도록 규정하고 있다(중국물권법 제12조 4호).

(자) 건설용지사용권의 중도 회수

건설용지사용권이 설정되어 있는 토지를 공공의 목적으로 사용하여야 할 필요가 있는 경우에는 소유권자인 국가는 토지사용권을 수용하거나 당해 토지를 회수할 필요가 있다. 그러나 토지사용권을 설정받은 자가 이미 당해 토지에 건축물을 건축한 경우에 그 재산권의 보상을 어떻게 할 것인가가 문제가 된다.

건설용지사용권의 존속기간이 만료하면 그 지상의 건축물과 토지사용권은

무상으로 국가에 귀속한다(중국잠정조례 제40조). 그러나 국가가 공공목적을 위하여 필요한 경우에는 토지사용의 기간, 토지개발 및 토지이용의 상황 등을 고려하여 상응한 보상을 하고 존속기간이 만료하기 전에 조기회수할 수 있다(중국잠정조례 제42조, 중국도시부동산관리법 제19조).

그리고 토지사용권자가 설정계약에서 부동산개발을 약정하고 그 착공을 1년을 초과하여 지체한 때에는 설정금의 20%에 해당하는 금액을 토지방치비로 징수할 수 있고, 2년을 초과하여 지체한 때에는 토지사용권을 무상으로 회수할 수 있다(중국도시부동산관리법 제25조).

(차) 건설용지사용권의 존속기간 만료시의 법적처리

건설용지사용권의 존속기간이 만료하면 주택토지사용권은 자동으로 연장되지만, 그 이외의 토지사용권은 지상건축물과 함께 무상으로 전부 국가에 귀속하게 된다. 주택토지사용권의 연장의 경우에도 토지사용료를 계속 지급하여야 하는지에 관하여는 지금까지 아무런 법적 결론을 내리지 못하고 있다.

존속기간이 만료하여 토지사용권이 국가에 귀속하면 말소등기를 하고 토지사용증을 국가에 반납하여야 한다(중국잠정조례 제40조).

잔존가치에 대한 보상을 전혀 하지 아니하고 국가가 무상으로 토지사용권과 지상건축물을 취득하는 것은 헌법 및 민법통칙상의 사유 내지 개인재산권 보호의 원칙에 부합하지 아니한다.

(2) 농촌토지의 토지도급(承包)경영권

(가) 토지도급경영권의 개념

중국에서의 토지사용권 중 농촌의 집체소유토지에 대한 농업, 임업, 목축업 등 목적의 토지사용권을 토지도급경영권이라 한다. 도시국유토지에 대한 건설

용지사용권은 건축물을 건축하기 위한 토지사용권인데 반하여, 토지도급경영권은 농경지, 임야, 초지 등의 농업, 임업, 목축업 등의 목적을 위하여 설정되는 농민을 중심으로 하는 비도시인을 위한 농지가 주된 대상이 되는 비도시토지의 사용권이다.

이러한 토지도급경영권에 관하여는 1986년의 민법통칙에서 이미 이를 재산권으로 규정하였으며(중국민법통칙 제80조 제2항), 2002년 농촌토지승포법에서 그 설정절차 및 양도에 관하여 규정하고, 2007년의 물권법에서는 이를 용익물권으로 규정하였다. 중국물권법에서는 토지승포경영권을 건설용지사용권보다 앞에 규정하고 있다. 이는 농민들의 농경지사용권을 도시민들의 건설용지사용권보다 더욱 강조한다는 의미로 해석된다.⁸⁵⁾

토지승포경영권은 농경지를 점유, 사용, 수익, 양도할 수 있는 권리로서 그 법적성질은 물권법에서 용익물권으로 규정하고 있지만, 일본민법상의 영소작권(永小作權)⁸⁶⁾에 비교될 수 있는 물권으로 이해된다.⁸⁷⁾ 그러나 우리나라에서는 토지승포경영권에 비교될 수 있는 농지에 대한 용익물권이 인정되지 아니한다.⁸⁸⁾

그리고 새로운 농민의 이주, 가족원의 증가 등의 경작농민의 증감에 대비하여, 중국에서는 새로운 토지승포경영권의 설정을 위하여 5% 정도의 예비농지를 유지하고 있다고 한다.

85) 지금 중국은 전체인구의 90% 이상이 농민이다.

86) 영소작권은 소작료를 지급하고 타인의 토지를 경작 또는 목축을 할 수 있는 용익물권이다(일본민법 제270조). 그리고 영소작권의 존속기간은 20년이상 50년이하로 한다(일본민법 제278조 제1항 본문). 영소작권은 지상권 다음에 규정되어 있다.

87) 梁慧星, “中國에서의 物權法 制定: 中國物權法的制定”, 中國의 民法典 制定에 관한 最近의 立法動向: 物權法을 中心으로(한국법제연구원, 2002), 70면.

88) 우리 민법 제303조 제2항에서는 농경지에 대한 전세권 설정을 금지하고 있다. 이는 구 농지개혁법상의 농지의 임대차를 금지하던 입법취지를 살리기 위한 법적조치였다. 그러나 농지개혁법이 폐지되고 농지의 임대차가 법적으로 널리 인정되고 있으며, 민법 제303조 제2항은 폐지되어야 한다. 그리고 민법 제303조 제2항의 규정취지에 비추어 농지에 대한 지상권 설정도 허용되지 않는다고 해석할 수 밖에 없다. 그리하여 농지에 대한 지상권의 설정은 농지의 임대차로 법률행위의 전환을 인정할 수 밖에 없다.

(나) 설정방법과 설정절차

토지도급경영권은 무상으로 설정함이 대부분이지만 예외적으로 유상으로 설정되는 경우도 있다. 특히 황무지에 대해서는 유상으로 설정되는 경우가 있다.

토지승포경영권은 농민과 농지의 소유자인 농민집체간의 설정계약에 의하여 설정된다. 농지소유자인 농민집체에는 촌집체경제조직과 농민으로 구성된 촌민위원회가 있다(중국농촌토지승포법 제12조 제1항). 토지승포경영권 설정계약은 건설용지사용권 설정계약과 같이 서면으로 작성하여야 한다(중국농촌토지승포법 제21조).

이러한 토지승포경영권은 설정계약에 의하여 성립되며, 등기는 토지승포경영권의 성립요건이 아니라 대항요건이다(중국물권법 127조, 제129조). 따라서 토지도급경영권은 토지도급경영권 설정계약의 효력발생 시에 설정되며, 현금 이상의 인민정부는 토지도급경영권자에게 경영권증, 임권증 또는 초원사용증을 발급하여야 하고, 등기를 한 후 토지도급경영권을 확인한다.

(다) 존속기간

토지도급경영권의 존속기간은 경작지는 30년, 초지는 30년 내지 50년, 임지는 30년 내지 70년이다(중국물권법 제126조 제1항 전단). 임지는 임업관리행정기관의 승인을 받아 이보다 더 장기로 설정할 수 있다(중국물권법 제1항 후단). 도급기간이 만료하면 토지도급경영자는 계속 설정계약을 갱신하여 도급받을 수 있다(중국물권법 제126조 제2항).

(라) 유동화 : 양도, 임대, 상속은 허용, 저당은 불허

토지승포경영권도 이를 양도, 교환할 수 있고, 임대할 수 있으며(중국물권법 제129조 전문), 상속이 허용된다(중국민법통칙 제76조). 그리고 양도, 교환, 임대의 경우에는 승포경영권발급자의 동의를 얻어야 한다(중국농촌토지승포법

제37조). 또한 양도, 교환, 임대계약은 이를 서면으로 작성하여야 한다(중국농촌토지승포법 제37조). 그리고 이러한 토지승포경영권의 양도도登記할 수 있다. 그러나 그 등기도 설정의 경우와 마찬가지로 역시 대항요건이다(중국물권법 제129조).

그리고 토지승포경영권의 저당은 허용되지 아니한다(중국물권법 제184조 2호 본문). 그러나 입찰, 경매, 공개협상의 방법을 취득한 황지(荒地)등의 토지도급경영권은 저당권의 목적으로 할 수 있다(중국물권법 제133조, 제180조 3호). 그리고 저당권 설정이 인정되는 토지승포경영권은 현물출자도 가능하다(중국물권법 제133조).

(마) 집체소유토지의 수용과 토지도급경영권 보상

농촌집체토지를 수용하여 도시국유토지로 전환할 때에는 토지도급경영권자에게 보상을 하여야 한다(중국물권법 제132조, 제42조). 그러나 저가보상으로 인한 농민의 불만이 적지 않은 것으로 보도되고 있다. 그리하여 중국의 도시의 번성은 농촌의 희생에 터잡고 있다고도 한다.⁸⁹⁾

(3) 농촌주택용지에 대한 택기지사용권(宅基地使用權)

농촌토지 중 농가주택을 건축하기 위한 토지사용권을 택기지사용권이라 한다. 택기지사용권은 집체소유토지에 대하여 농가주택을 건설하기 위한 토지사용권으로서, 당해 토지를 점유, 사용할 수 있으며, 농가주택 및 부대시설을 건축할 수 있다(중국물권법 제152조). 이러한 택지사용권은 집체토지상의 지상권으로서의 성질을 가지며, 농촌의 농민만이 취득할 수 있고, 한 가구당 하나의 주택기지를 가질 수 있을 뿐이다.

89) Li Li, "Property Law: Dawning of Private Property Rights", Beijing Review(北京週報 英文版), Vol. 50, No. 9(Mar. 1, 2007), p. 21.

택기지사용권은 집체토지소유자로부터 설정받으며, 등기할 수 있다. 택기지사용권의 설정은 무상으로 이루어질 것으로 추론되며, 등기도 역시 대항요건으로 이해된다. 그리고 택기지사용권도 토지승포사용권과 마찬가지로 설정자의 동의를 얻어 이를 양도할 수 있는 것으로 이해된다. 그러나 저당의 목적으로는 할 수 없다(중국물권법 제153조, 제184조 2호 본문). 택기지가 자연재해 등으로 소실되면 새로운 택기지를 당해 농민에게 새로 분배해 주어야 한다(중국물권법 제154조).

라. 토지사용권의 상호비교

중국에서는 토지사용권과 관련하여 도시국유토지에 대해서는 건설기지사용권을 인정하고, 농촌집체소유토지에 대해서는 토지승포경영권과 택기지사용권을 각각 인정하고 있다. 건설용지사용권은 다시 유상의 건설용지사용권과 무상의 건설용지사용권으로 나누어지고, 토지승포경영권도 무상의 토지승포사용권과 유상의 그것으로 나누어진다.

토지사용권 중에서도 중심된 토지사용권은 도시국유토지에 대한 유상의 건설용지사용권이다. 토지사용권의 법리의 전개와 관련법의 정비는 주로 유상의 건설용지사용권을 중심으로 발전하여 왔다. 그러므로 중국의 토지사용권이라 하면 일반적으로는 유상의 건설용지사용권을 의미한다.

중국 토지사용권의 대체적인 내용은 <표2>에서와 같이 비교해 볼 수 있다. 그리고 유상의 토지사용권과 무상의 토지사용권을 비교해 보면 <표3>에서와 같다.

<표2> 중국의 토지사용권의 유형별 비교

	건설기지사용권	토지승포경영권	택지사용권
대상토지	도시국유토지	농촌토지 중 농경지	농촌토지 중 농가주택토지
설정방법	계약: 유상설정 분배: 무상설정	·농경지: 농촌경제조직, 또는 촌민위원회의의 분배결정(형식적으로는 설정계약), 무상 ·황무지 등: 유상으로도 설정될 수 있음(물권법 제133조) ·서면으로 계약체결(농촌 토지승포법 제21조)	농촌경제조직, 촌민위원회의의 분배결정(형식적으로는 설정계약). 무상
존속기간	주택용지: 70년 공장용지: 50년 상업용지: 40년 교육, 과학기술, 문화, 위생, 체육등의 용지: 50년	경작지: 30년 초지: 30-50년 임지: 30-70년	70년으로 추론(물권법에서 토지관리법등을 적용하도록 하고 있기 때문(물권법 제153조))
양도	유상설정: 가능 무상설정: 不許	설정기관의 동의를 얻어, 양도, 교환 허용(물권법 제129조, 농촌토지승포법 제32조, 제37조). 이 때에 등기는 대항요건(물권법 제129조 단서)	不許
임대	유상설정: 가능 무상설정: 不許	설정기관의 동의를 얻어 가능(농촌토지승포법 제37조)	不許
저당	유상설정: 가능 무상설정: 不許	·不許. ·입찰, 경매, 공개협상등의 방식에 의하여 황무지 등의 농촌토지에 대한 토지도급경영권은 저당 가능(물권법 제133조, 농촌토지승포법 제49조)	不許
상속	인정	인정 (농촌토지승포법 제31조)	인정
수용보상		보상을 받을 수 있음(물권법 제132조)	보상. 그리고 새로운 농촌주택용지를 배분해 주어야 함(물권법 제155조)

<표3> 중국에서의 토지이용권의 유상설정과 무상설정의 비교

	유상설정	무상설정
설정방법	계약	계약 또는 배당에 의한 분배
토지이용권의 유형	도시의 주택건설, 상업목적 등의 건설기지사용권	·도시의 공익목적의 건설용지사용권 ·농촌의 토지승포경영권 및 택기지사용권
존속기간	건설용지사용권: 토지용도별로 40-70년	·도시의 건설용지사용권: 무기한 ·농촌의 토지승포경영권: 30~70년 ·농촌의 택기지사용권: 70년으로 추론
設定金	지급	不支給 그러나 농촌의 황무지에 대한 토지승포경영권: 유상
양도, 임대	가능	不許 그러나 농촌토지승포권은 양도, 임대 허용
저당권 설정	가능	不許 그러나 황무지에 대한 토지승포경영권은 저당 가능

마. 평가

중국은 사회주의 토지소유제인 토지공유제를 유지하면서 토지이용권을 인정하고, 이 토지이용권을 양도, 임대, 저당, 상속을 인정함으로써 토지소유권의 유동화에 의해서가 아니라 토지이용권의 유동화를 통해서 토지의 유동화를 실현하고 있다. 그러므로 중국은 이념적으로는 사회주의적 토지제를 유지하면서, 토지이용권의 설정과 처분을 허용함으로써 실질적으로는 토지에 대한 사적 소유권을 인정하고 있다고 평가된다. 물론 전국의 토지에 대해서 예외 없이 이를 실현하고 있는 것은 아니지만, 토지이용권을 통하여 이를 실현해 나가고 있다. 그리하여 중국은 중국적 특색이 있는 물권제도를 운영하고 있다.

그리고 중국은 토지사용권을 지상권 내지 영소작권에 유사한 용익물권으로 이해하고 입법을 하였다. 그러나 이념적 내지 이데올로기적 원인에 의하여 토지사용권을 용익물권으로 인정한 것일 뿐, 토지사용권의 실질은 그 연혁적 근거 및 토지사용권의 내용에 비추어 볼 때 토지소유권의 유형인 것이다. 그리하여 중국에서는 지금 2중소유권을 유지하고 있다고 평가된다. 또한 그러한 이론구성은 토지사용권을 더 발전시켜 그것이 단일의 토지소유권으로 전환해 나갈 필요성이 있기 때문이다. 그리고 중국이 시장경제로 발전할 수 있도록 하기 위해서도 토지사용권을 토지소유권의 한 유형으로 파악할 필요가 있다.

특히 주택건설용지사용권의 최장 존속기간은 70년이고 기간만료시의 자동연장을 인정하고 있는데, 이는 존속기간의 제한이 없는 것이나 마찬가지이다. 그리고 주택건설용지사용권을 한 번 설정받으면 그 주택건설토지사용권자의 평생 동안 당해 토지를 사용할 수 있는 것이다. 그리고 유상의 주택건설용지사용권은 양도, 임대, 저당, 상속이 가능하다. 따라서 주택건설용지사용권은 규정형식상은 용익물권인 지상권이지만 그 실질 내용은 소유권인 것이다.

그런데 아직까지 중국에서 토지사용권을 물권법의 법리에 충실한 이론구성과 입법을 하였다고는 평가되지 아니한다. 먼저 토지사용권이 3가지 유형으로 나누어져 있을 뿐만 아니라 같은 유형의 토지사용권도 유상설정이나 무상설정이냐에 따라서 그 내용이 다르며, 설정행위의 법적성질도 동일하지 아니하다. 그리하여 이러한 다기한 토지사용권의 인정은 물권의 종류와 내용은 임의로 창설하지 못한다는 물권법정주의에 반한다고 이해된다.

그리고 중국에서의 토지사용권 설정과 유동화에 관련한 법령의 내용이 서로 모순, 충돌하는 경우도 있고, 그 법률체계가 매우 복잡하다. 그러므로 토지사용권의 내용을 단일하게 하고, 관련 법률도 단순하게 하는 방향으로 정비함이 적절할 것이다. 무엇보다도 토지사용권의 존속기간 만료시의 잔존가치의 보호를 위한 법제도의 보완·정비가 필요하다고 판단된다.

3. 베트남의 토지제도⁹⁰⁾

가. 토지사용권 인정의 배경 및 토지사용권 개관

베트남은 1980년 12월 18일에 선포된 헌법 제19조에서 처음으로 구 소련을 표본으로 하여 “토지, 산림, 강 등 자연자원은 전 인민의 소유이다”라는 취지의 헌법 조항을 두어 전면적인 토지의 국유제를 도입하였다. 그러나 토지 소유의 중앙집중화와 국가 중심의 토지 운용체제로 인하여 농업생산성이 크게 떨어지고 토지 소유제도의 개선을 통한 토지의 효율적 이용과 농업생산성의 제고가 무엇보다도 시급한 국가적 과제로 대두되었다. 따라서 1986년 도이모이(개혁·개방) 정책 추진 선언 이후 1987년 토지법을 제정하면서 토지사용권에 대한 대폭적인 법적 확장을 시도하면서 토지 사용의 효율성을 담보하고자 하였다. 그 결과 토지이용도 및 농업생산 등의 측면에서는 상당한 성과가 있었으나 일부 토지사용권 가격 급등, 빈부격차 확대 등 부작용도 일부 발생하였다.

1992년에는 이러한 개혁개방정책을 담은 헌법개정을 하였다. 베트남의 개혁개방정책은 사회주의계획경제에 시장경제의 원리를 도입하는 것이었다. 그 구체적인 내용은 개인소유를 허용하고, 시장을 활성화하고, 경제주체들의 자본과 재산을 국가가 보호하는 것들이었다.⁹¹⁾

이러한 개혁개방정책의 사회주의토지제도에서의 실현은 토지사용권 인정의 모습으로 나타났다. 그리하여 베트남은 1993년에 토지법을 제정하였으나 제정 당시에는 토지사용권을 인정하지 않았다. 그러나 1996년에 이르러서는 국가가 무상 또는 유상으로(베트남에서는 이를 토지임대로 표현함) 토지사용권을 설정할 수 있도록 인정하고, 1998년에 이르러서는 개인, 세대, 법인에 대하여 토

90) 남북교류협력 법제연구(Ⅱ)(법무자료 제276호, 법무부, 2007) 176~191면

91) Tran Huu Yen Loan, “베트남의 토지법 시행체계”, 토지법제를 중심으로 한 베트남 외국인투자법의 최근동향: 아시아법연구소 창립 3주년 기념심포지움 자료집(아시아법연구소, 2007. 6. 19), 45면.

지사용권의 재임대, 현물출자를 인정하였다.⁹²⁾ 2003년에 이르러서는 토지법을 다시 개정하여 토지사용권을 목적으로 하는 저당권의 설정을 인정하는 등 토지사용권의 유동화를 확대 인정하였다. 2003년의 개정토지법은 2004년 7월 1일부터 시행되었다.

베트남에서는 개인에게도 토지사용권이 인정되며, 토지사용권은 무상으로 국가에 의해 배분되기도 하고, 유상으로 토지임대되기도 한다. 무상으로 토지사용권을 취득한 자는 매년 토지사용세를 국가에 지급하여야 하며, 유상으로 취득한 자는 매년 정기적으로 또는 일시에 토지임차료 전액을 지급하여야 한다. 중국에서와 같이 토지사용권 그 자체의 대가인 설정금의 지급은 없는 것으로 판단되며, 토지사용권자가 토지사용세 또는 토지임차료를 정기적으로 국가에 지급하여야 하는 것으로 제도화되어 있다.

토지사용권은 주택지는 물론 모든 토지에 걸쳐서 인정된다. 그리고 토지사용권의 존속기간은 최장 50년이 원칙이다. 그러나 예외적으로 일년생농작물의 경작을 위한 농경지와 수산업, 제염업을 위한 토지의 사용기간은 20년이다(베트남토지법 제67조 1호). 그리고 자본회수가 장기인 사업, 경제·사회적 여건이 특별히 낙후된 지역에서의 사업의 실행을 위하여 보다 장기간이 요구되는 경우에는 70년까지 허용될 수 있다.⁹³⁾ 특별히 베트남 기업과 베트남인에게는 영구적으로 토지사용권이 설정될 수 있다.⁹⁴⁾ 그렇지만 외국기업 및 외국인에게는 이러한 영구적인 토지사용권 설정이 인정되지 아니한다.

토지사용권은 이를 양도(매매, 증여 등), 교환, 임대, 저당할 수 있고, 현물출자할 수 있으며, 상속할 수 있다. 그러나 토지사용권을 설정받아 임차료를 매년 지급하는 개인은 취득한 토지사용권을 양도할 수 있고, 저당권을 설정할 수 있을 뿐이다. 그러나 토지사용권의 존속기간의 임차료 전부를 사전에 미리

92) 상계논문, 46면.

93) 최득진, “베트남의 외국인 투자법: 토지관련규정을 중심으로”, 토지법제를 중심으로 한 베트남 외국인 투자법의 최근동향: 아시아법연구소 창립 3주년 기념심포지움 자료집(아시아법연구소, 2007. 6. 19), 28면.

94) Tran Huu Yen Loan, 전계논문, 46면

지급한 토지이용권자는 그의 토지이용권을 양도, 저당할 수 있음은 물론 임대할 수 있고, 현물출자도 할 수 있다.⁹⁵⁾ 따라서 임차료 지급의 방식에 따라서 토지이용권의 유동화의 범위에 차이가 있다. 그리고 토지이용권의 양도를 위해서는 국가의 인가 또는 승인을 받아야 하며, 토지이용목적에 위반하여 용도변경을 수반하는 양도는 허용되지 아니한다.⁹⁶⁾

토지이용권은 국가가 이를 회수하게 되면 소멸하게 된다. 국가가 토지이용권을 회수할 때에는 그 토지이용권자에게 당해 토지이용권의 가치를 보상한다. 보상금은 국가와 토지이용권자의 합의에 의하여 결정하도록 하고 있다.⁹⁷⁾

나. 베트남 토지제도의 변천

(1) 과거의 토지제도(Le Code⁹⁸⁾ 시기)

베트남의 과거 토지소유권은 ① 국가 등 공공 소유의 토지, ② 귀족과 관리들 소유의 토지, ③ 마을 등 공동체 소유의 토지, ④ 개인 소유의 토지 등 4가지 형태였다. 국가 등 공공 소유의 토지를 분배받은 자는 그 토지를 사용하거나 임대할 수는 있었지만 매도할 수는 없는 반면, 마을 등 공동체 소유의 토지는 마을의 모든 주민들이 공동으로 소유할 수 있었다. 베트남 전근대 토지제도의 특징은 30년간 토지를 사용한 후 소유자가 사용자 이익에 반하여 소유권을 주장할 수 없도록 하여 토지이용권을 대폭 보장하였다는 점이다.

95) 이병수, “베트남토지법 체제”, 토지법제를 중심으로 한 베트남 외국인투자법의 최근 동향: 아시아법연구회 창립 3주년 기념심포지움 자료집(아시아법연구소, 2007. 6. 19), 124면.

96) Tran Huu Yen Loan, 전계논문, 60면

97) 최득진, 전계논문, 31면.

98) Le Code는 봉건시대의 법률체계를 집대성한 법전으로 통일 Le 왕조시기(1428년~1527년)에 제정·시행됨

(2) 토지제도 변천과정 및 배경

(가) 개혁개방 이전시기(1986년 이전)

1980년 12월에 선포된 베트남 헌법을 통해 토지소유제도를 중앙집중화하여 국가가 모든 토지를 소유하고 국가 중심의 토지관리체제가 구축되었다. 1980년 베트남 헌법 제19조는 “토지, 산림, 강 등 자연자원은 전 인민의 소유이다”라고 명시하였는바, 전 인민의 소유는 결국 국가 소유형태로 구현될 수밖에 없었다. 이는 전형적인 소비에트 사회주의 형태의 토지제도로서 토지이용의 비효율성과 농업생산성의 저하를 야기하였다.

(나) 개혁개방 이후시기(1986년 이후)

개혁개방 이후 토지사용권에 대한 법적 확장을 도모하여 토지 사용의 효율성을 담보하고자 하였는바, 이는 토지국유제라는 기본 틀을 유지하면서도 토지사용권의 범위와 내용을 확대하여 토지이용의 효율성을 제고하고자 함이었다. 베트남은 1987년 이후 토지제도 개혁을 위하여 토지법 개정, 민법 제정 등 기본법 제·개정 및 약 400여 개의 정부 규정, 회보, 결정 등을 시행하였다.

1987년 12월 20일 도이모이 정책의 일환으로 농업생산성 향상과 시장경제체제로의 전환을 도모하기 위하여 토지소유권 및 사용권에 대한 권리와 의무를 규정한 토지법이 제정되었다. 1991년 6월 제7차 공산당 전당대회에서 토지에 대한 사용 활성화와 농업생산 발전을 위하여 “토지사용권에 대한 양도, 임대, 저당, 상속”이 가능하도록 토지제도를 개혁하여야 한다는 내용의 결정이 채택되었다.

1993년 토지소유권과 사용권을 법률적으로 명백히 구별하여 토지사용권의 실질적인 거래가 가능하도록 토지법을 개정하여 시장경제 메커니즘 내에서 영리 목적의 농업경제기반을 구축하는 계기를 마련하였다. 1993년 토지법에서는

주거용 및 생산용 토지에 대하여 토지사용권의 거래, 양도, 상속, 저당, 임대에 관한 권리를 법적으로 명시하여 시장경제체제 요소를 대폭 도입하였다.

2003년 11월 토지법을 다시 개정하여 토지 용도의 구체적 세분화, 토지 등록 절차, 보상 절차, 토지분쟁 해결절차 및 수단 등 토지와 관련된 제반 법적 문제점들에 대한 해결을 모색함으로써 보다 더 시장경제시스템에 부합되도록 토지제도를 개정하였다.

(다) 현행 토지제도의 특징

현행 베트남 토지제도는 토지소유권과 토지사용권을 분리하고 있다. 토지소유권은 전 인민(국가)에게 귀속되며, 토지사용권은 개인, 단체 등에게 귀속되어 있는 이중체제이다. 이는 추상적 개념으로서의 토지소유권은 국가가 보유하되, 개인, 단체 등이 구체적인 토지의 사용·관리·수익활동을 하는 일반적인 사회주의 국가의 토지제도와 유사하다.

또한 토지와 건물에 대한 소유제도가 분리되어 있어 개인 등이 토지를 소유할 수는 없지만 건물에 대하여는 소유할 수 있도록 하고 있다. 따라서 건물, 특히 주택의 부지가 되는 토지에 대하여는 사실상 개인 소유권이 인정되고 있는 현실이다. 토지법 제66조는 주거지 등에 대하여는 토지사용자가 장기간 안정적으로 토지를 사용할 수 있다고 규정하고 있어 주택이 멸실되지 않는 한(즉, 주거로서의 기능이 존속되는 한) 주거지에 대한 토지사용권을 법적으로 인정하고 있다.

개혁개방과정에서 토지사용권의 범위가 대폭 강화되고 있는데, 단순한 사용·수익권의 범위에서 상속권, 저당 설정권, 자본으로의 출자권한 등의 범위까지 인정하고 있는 추세이다. 따라서 개혁개방이 진행될수록 실제 토지제도 운용에 있어서는 토지사용권과 토지소유권과의 구별이 모호해지고 있는 실정이다.

다. 현행 토지제도의 구체적 내용

(1) 현행 토지제도 관련법령

(가) 헌법상 주요규정

베트남 헌법- 제17조는 “토지, 산림, 하천, 수자원 … 등은 국가의 재산이며 전인민의 소유에 속한다”고 규정함으로써 베트남은 사회주의 국가이므로 헌법에서 토지국유제 원칙을 명백히 표명하고 있으며, 여기서 “전인민”이란 관념적 개념이므로 실제 소유권을 행사할 수 있는 주체는 “국가”이다. 제18조에서는 “국가는 계획과 법률에 따라 전 토지를 통일 관리하며 올바른 목적과 효과적인 사용을 보장한다”고 규정하여 토지에 대한 관리권 역시 기본적으로는 국가의 임무라 할 수 있으며, 토지법 제2장 토지에 관한 국가의 권리와 관리에 그 구체적인 관리절차 및 방법이 구체적으로 규정되어 있다.

(나) 민법상 주요규정

베트남 민법 제690조는 “개인, 집단의 토지사용권은 국가로부터 토지를 교부 또는 임대받거나 다른 사람으로부터 이전받음으로써 성립한다”고 규정함으로써 토지사용권의 성립원인에 대하여 규정하고 있는데 개혁개방 이전에는 오로지 국가로부터 토지를 교부받은 경우에 한해 토지사용권이 성립되었으나 현재에는 원 토지사용권자로부터 임차 내지 양수 등을 통하여도 토지사용권을 취득할 수 있다. 제691조에서는 “토지사용권의 교환, 양도, 임대, 담보는 민법 및 토지에 관한 법률에 따라 계약을 통해 실현되며, 토지사용권 이전계약은 인민의회가 발급한 승인서가 있는 문서로 작성되어야 한다”고 규정하여 민사에 관한 기본법인 민법에 토지사용권의 범위를 명백히 규정하였으며, 토지사용권 양도양수에 대한 기본절차를 기술하고 있다. 제693조는 “개인, 가족은 법

률이 토지사용권 이전을 허가한 경우에만 토지사용권을 이전할 수 있다”고 규정하고 있는 바, 이는 토지사용권 이전의 한계를 규정한 조문으로서 국가의 허가를 전제로 이전이 가능한데, 실제로는 토지사용권 양도양수 시 국가기관에 신고하지 않은 채 임의 매매하는 경우가 많기 때문에 상당한 현실적 문제점을 내포하고 있다 제695조는 “토지사용권자는 토지사용의 목적, 기한, 계획에 부합되게 토지를 사용하여야 한다”고 규정하고 있다.

(다) 토지법상 규정체계

베트남 토지법은 전체의 토지 소유주를 대표하고 균등하게 토지를 관리하는 국가의 권한과 책임, 토지 관리와 사용에 관한 제도, 토지 사용의 권리와 의무 등에 대해 규정하고 있다(토지법 제1조). 제1장 ‘일반규정’은 토지에 관한 제반 개념과 용어를 정리하였으며, 제2장 ‘국가의 토지소유권과 토지관리’는 국가의 토지소유권에 대한 원칙을 천명하면서 국가의 토지 관리에 관한 제 원칙들을 설명하였고, 제3장 ‘토지사용제도의 분류’는 토지의 종류와 목적에 따른 토지 사용제도를 실시하였으며, 제4장 ‘토지사용자의 권리와 의무’는 토지사용자가 보유할 수 있는 제반 권리와 그에 따른 의무들을 상세히 설명해 놓았으며, 제5장 ‘토지관리와 사용절차’는 토지사용자가 토지를 어떻게 관리하여야 하는지와 토지사용권 취득절차 등에 대하여 기술하였고, 제6장 ‘토지분쟁해결절차’에는 토지사용권을 둘러싼 각종 분쟁에 따른 해결절차들을 규정하고 있다.

토지법의 적용대상은 ① 토지에 관한 균등한 국가 관리의 의무를 수행하고 권력을 행사하며 전체 토지 소유주들의 대표자로서 책임을 수행하는 국가기관, ② 토지이용자, ③ 그 밖에 토지관리와 이용에 관련된 대상들이다(제2조). 따라서 토지법의 주된 내용은 토지사용권의 범위와 토지사용자의 권리와 의무라 할 것이다.

(2) 토지소유제도

전체 토지는 전 인민의 소유이며, 전 인민을 대표하는 국가가 그 소유권을 구체적으로 행사한다. 따라서 토지의 관리도 국가가 하게 되며, 국가는 효율적인 토지관리를 위해 토지에 관한 투자정책을 도입하고 현대적이고 체계적인 토지관리체제를 구축하여야 할 의무가 있다. 전 국토의 소유권자인 국가는 ① 토지사용 목적을 결정하고 토지사용자의 토지사용 목적을 승인하며, ② 토지사용과 토지할당의 범위를 제한할 수 있고, ③ 토지할당과 임대, 토지복구, 토지사용 목적의 변경 등을 결정할 수 있으며, ④ 토지가격을 책정할 권한을 지닌다.

토지법상 토지는 농업용 토지와 비농업용 토지, 유휴지로 구별되며, 토지 분류는 국가기관의 결정 및 국가기관에 의해 승인된 토지이용계획과 이용 상황, 토지용도·목적의 변경 등에 의하여 결정되는 바, 그 구체적 분류는 아래와 같다.

- ① 토지법상 농업용 토지는 쌀 재배를 위한 토지, 축산업을 위한 목초지, 그 밖의 다른 일년생 농작물을 위한 토지 등을 위한 경작용 토지, 다년생 나무를 위한 토지, 삼림의 생산지 및 보호지, 수산업과 제염을 위한 토지 등이며,
- ② 비농업용 토지는 거주를 위한 토지, 사무실이나 비사업 시설을 위한 토지, 국토방어 또는 안보를 목적으로 이용되는 토지, 비농업용 생산과 사업을 위한 토지, 공공목적으로 이용되는 토지, 종교적인 설립에 의해 이용되는 토지, 공동주택, 사원, 성지, 작은 규모의 탐, 신성 지역, 조상신 사당 등으로 이용되는 토지, 공동묘지나 묘소로 이용되는 토지, 강, 시내, 운하, 도랑, 개울 또는 특별하게 이용되는 물이 있는 토지 등이고,
- ③ 유휴지는 아직 토지 사용목적이 지정되지 아니한 토지를 의미한다.

국가는 또한 토지 관련 재정에 대하여도 토지사용료를 징수하며, 토지사용권 양도양수과정에서 발생하는 소득을 기준으로 관련 세금을 부과할 수 있고, 토지 투기 방지를 위하여 토지사용권의 가격을 적절히 조정하는 제반 정책적 수단을 사용할 수 있다.

(3) 토지사용제도

(가) 토지사용권의 의의

토지사용권이란 국가기관의 행정적 결정에 의하여 일정기간 토지를 사용할 수 있으며 그 사용에 부가되는 권리를 행사할 수 있도록 국가가 토지사용자에게 부여하는 권리를 의미한다. 토지사용권은 국가의 토지이용계획에 의해 국가기관으로부터 일정한 면적의 토지를 할당받고 토지대장에 토지사용권 등록을 함으로써 성립하고, 타인에게 양도하거나 국가에 반납함으로써 소멸한다.

베트남 토지는 크게 경작지와 비경작지로 분류되는데, 경작지에는 ‘일년생 작물을 위한 토지, 다년생 작물을 위한 토지, 삼림자원 채취 토지, 임업 토지, 수산물 재배를 위한 토지’ 등이 포함되고, 비경작지에는 ‘주거지, 사무실 부지, 국방 관련 토지, 산업 토지, 공공목적의 토지, 종교시설을 위한 토지, 강·운하·개울’ 등이 포함된다.

토지 사용목적은 변경할 때에는 국가로부터 허가를 받아야 하는 경우와 국가기관에 신고를 하여야 하는 경우로 구별된다. 국가로부터 허가를 받아야 하는 경우는 쌀에서 다른 다년생 작물을 수확하기 위한 목적 또는 임업, 수산업으로 토지의 목적을 교체하기 위한 경우, 토지를 특별한 삼림이나 보호 삼림으로 변경하여 이용하기 위한 경우, 경작지를 비-경작지로 변경하는 경우, 무상으로 분배받은 비-경작지를 유상으로 전환하는 경우, 주거지가 아니었던 비경작지를 주거지로 변경하는 경우이며 위 사용목적 변경 이외의 경우에는 별도의 목적 변경 허가는 불필요하지만 사용목적 변경 사실을 해당 국가기관에

신고하여야 한다.

토지사용권의 기간은 토지의 종류에 따라 상이한데, 예컨대 거주를 목적으로 하는 경우(즉 택지인 경우)에는 장기적으로 지속되며, 일년생 나무 재배를 목적으로 하는 경우에는 그 기간은 20년으로 한정된다. 장기임대 대상토지에는 ‘보호삼림토지, 주거지, 생산설비 토지, 국방 관련 토지, 종교단체 사용토지, 공동주택 토지 등’이 있으며, 일년생 작물 경작지는 20년, 다년생 작물 경작지는 50년이 기준이고, 경제개발 프로젝트를 위한 토지 사용은 50년을 원칙으로 하고, 대형 프로젝트라 하더라도 70년을 초과할 수 없으며, 외교 기능을 수행하는 외국조직 건물의 부지는 90년이 최장 기간이다.

위 임대기간이 종료될 경우 토지사용 목적이 완료되지 아니하고 사용 필요성이 인정된다면, 국가는 사용기간을 연장할 것인지, 다른 토지로 대체할 것인지 결정할 수 있다.

토지사용료는 개인, 집단이 토지를 임차하여 사용하는 것에 대한 경제적 대가인 바, 토지 종류에 따라 토지사용료 유무 및 정도가 각각 다르며, 토지사용료 책정은 “성 또는 시의 협회가 공표한 가격, 경매, 당사자간 가격 협의” 등에 의하여 결정된다. 토지의 종류에 따라 토지사용료를 내야 하는 토지가 있고, 토지사용료를 내지 않아도 되는 토지가 있는데, 토지사용료가 면제되는 토지는 가정 또는 개인이 직접 농경, 임업, 수산업, 제염에 종사하거나, 토지법 제70조에 규정된 할당량 내에서 농업용으로 토지를 할당한 경우, 기관이 농업, 임업, 수산업, 제염업에 관한 연구나 테스트, 실험의 목적으로 토지를 이용하는 경우, 국가 방어, 보안과 더불어 농업, 임업, 수산업, 제염업을 위해 군대 조직이 토지를 할당 받는 경우, 기관이 국가의 프로젝트에 의한 재이주를 위해 거주지를 건설 목적으로 토지를 이용하는 경우, 농업협동조합이 협동조합 사무실, 건조지, 창고 등을 건설하기 위해 토지를 이용하거나, 직접적으로 농업, 임업, 수산업, 제염업을 위한 건물을 건설하기 위해 토지를 이용하는 경우, 사람들이 임업지를 보호하거나, 특별한 용도로 임업지를 사용하거나, 토지법

제88조에 의하여 사무실이나 비사업 시설의 건설을 위해 토지를 이용하는 경우, 또는 방어와 보안의 목적이나 교통, 개간을 위해 토지를 이용하거나, 문화, 의학, 교육, 훈련, 신체적인 훈련이나 공공의 작업, 스포츠 등 비사업적인 목적을 위한 공공시설의 건설을 위해 토지를 이용하는 경우, 무덤이나 묘소를 위해 토지를 이용하는 경우, 주민 공동체가 농업용 또는 토지법 제99조에 따라 비농업용 토지에 종교적 시설을 위해 토지를 이용하는 경우이다. 토지사용료를 납부하여야 하는 토지는 가정 또는 개인이 거주지로 토지를 할당 받은 경우, 경제기관이 매매나 임대를 목적으로 주거지 건설에 투자하기 위해 토지를 할당 받은 경우, 경제기관이 이전 또는 임대를 목적으로 인프라 건설에 투자하기 위해 토지를 할당 받은 경우, 경제기관이나 가정, 개인이 생산 또는 사업설립의 건설을 목적으로 토지를 할당 받은 경우, 경제기관이나 가정, 개인이 사업을 위한 공공시설의 건설을 목적으로 토지를 할당 받은 경우, 경제기관이 농업, 임업, 수산업, 제염업을 위해 토지를 할당 받은 경우, 해외거주 베트남인이 투자 프로젝트의 수행을 위해 토지를 할당받은 경우이다.

토지사용권은 기본적으로 해당 토지에 대한 점유와 그 사용에 대한 권리를 의미하는데, 여기서 점유와 그 사용의 범위는 토지를 할당받은 목적에 의하여 제한된다. 이는 우리 부동산도 일정한 목적에 한해서 토지를 이용·개발할 수 있다는 점에서 우리 제도와 크게 다를 바는 없다. 베트남에서 토지사용권은 이러한 토지의 점유와 사용뿐만 아니라 다음과 같은 6가지의 권리를 추가적으로 인정해 주고 있는데, 토지사용권을 교환할 수 있는 권리, 토지사용권을 양도할 수 있는 권리, 토지사용권을 저당설정 할 수 있는 권리, 토지사용권을 임대할 권리, 토지사용권의 가치를 자본금으로 출자할 수 있는 권리, 토지사용권을 상속할 수 있는 권리가 이에 해당한다.

그런데 이러한 토지사용자의 권리의 범위는 각각의 경우마다 상이한데, 국가에 의해 수여된 토지를 사용하는 토지 사용자는 이러한 6가지의 모든 기본권을 가질 수 있는 반면, 토지 임차인은 모든 권리가 아닌, 단지 몇 가지의 권

리만을 가질 뿐이며, 국가로부터 토지를 임차하거나 매년 임대료를 내는 개인은 오직 저당 설정할 수 있는 권리와 토지와 관련된 재산을 양도할 수 있는 권리만을 가진다. 그러나 전 임대기간에 대한 임대료 전부를 미리 지불한 경우에는 양도할 권리, 저당을 설정할 수 있는 권리, 전대(轉貸)할 수 있는 권리, 토지사용권을 자본으로 출자할 수 있는 권리를 가질 수 있다. 이와 같은 식으로 상업적인 목적을 위해 국가로부터 토지를 임차한 경제기관의 권리는 미리 임대기간에 대한 임대료 전부를 지불한 경우와 매년 임대료를 내는 경우와는 상당한 차이가 있는 바, 기본적으로 매년 임대료를 내는 기관은 오직 토지와 관련된 재산을 저당 잡히거나 양도할 수 있는 권리만을 가질 수 있다.

라. 현행 토지제도의 문제점

(1) 법제상 문제점

현재까지 베트남은 토지제도를 개혁하여 토지사용의 효율성을 극대화하고 시장경제질서를 도입·활성화하기 위하여 각종 법령을 지속적으로 제·개정하여 왔으나, 다음과 같은 문제점들이 노정되고 있다.

토지법이 1987년 제정된 이후 1993년, 2003년에 개정되었으며, 그에 따라 무수히 많은 토지법 관련 법령들이 제·개정되었으나, 이에 대한 체계적인 적용이나 해석, 사례 등이 확립되지 아니하여, 토지 관련 법령 상호간의 모순 및 충돌이 상당하다.

지속적인 법령 정비에도 불구하고 토지사용에 관한 조세제도, 토지사용권 거래로 발생한 소득에 대한 세금 부과체제, 토지사용권 임대에 관한 세부 법령, 토지법 위반행위에 대한 민형사상 제재수단 등에 대한 법령 정비가 미흡하다.

(2) 정책상 문제점

정부 정책상 가장 커다란 문제 중 하나는 베트남 전체 토지에 대한 사정(査定)작업이라 할 수 있는데, 현재 베트남 국토 중 25,160,000ha가 배분, 사용되고 있는 바, 그 중 17,300,000ha만이 조사되어 지도상에 표시되고 있을 뿐 나머지 7,860,000ha는 공식적으로는 그 토지상태에 대하여 파악조차 되고 있지 못하다. 그 결과 정부의 토지정책이 추진되더라도 일부 토지에 대하여는 그 실효성을 전혀 가지지 못하고 왜곡되는 현상이 발생하고 있다.

베트남 국토에 대한 측량이나 사정비율이 이와 같이 낮은 이유는 공산체제 하에서 토지에 대한 사적 권리가 특별한 법적·현실적 의미를 지니지 못하였기 때문에 그에 대한 조사작업이 장기간 방치된 점에 기하기도 하지만 다른 한편으로는 그 실사작업이 진행되기 어려운 산림집약지역이 상당한 비중을 차지하고 있기 때문이다.

따라서 정부의 국토에 대한 면밀하고 정확한 토지측량작업과 이에 기초한 사정이 이루어져야 현실적으로 적용가능한 토지정책이 가능할 것이다.

(3) 사회현실적 문제점

하노이, 호치민 등 대도시의 주택, 아파트 등 중심으로 토지가격이 급등하여 사회적 부의 분배 왜곡현상이 발생하기도 한다. 대도시의 부동산가격 급등은 관료들의 부패, 지하경제의 발달 등의 요소와 함께 베트남 경제에 대표적 문제로 부상하였다. 특히 토지사용권의 매매사실을 등록하지 아니하여 관련 세금 부과를 피하려는 현상이 빈발함으로써 지가 상승으로 인한 불로소득이 확대되고 있다.

4. 몽골의 토지제도

몽골은 1990년대부터 사회주의 계획경제체제에서 시장경제체제로 이행하기 시작하였다. 그리하여 1992년의 헌법에서 아시아 사회주의국가 중에서는 최초로 “사회주의 국가건설”을 삭제하고, 사유재산권을 인정하여 자유시장경제체제로의 전환을 헌법에서 천명하였다.⁹⁹⁾ 그리고 몽골에서는 2002년에 제정되고 2003년 1월 1일 시행된 토지법¹⁰⁰⁾에서 토지사용권을 인정하였다. 몽골에서는 독특하게 몽골국민, 사업체, 기관에 대한 토지사용권을 토지소유권이라 표현하고 있으며(몽골토지법 제27조 제2항), 국가로부터 허가를 받아야 하고, 사용기간은 15-60년간이며, 사용기간이 끝났을 때에는 40년간의 사용기간의 연장이 가능하도록 하고 있다(몽골토지법 제30조 제1항).

그리고 토지사용권은 국가의 허가를 받아 이를 양도, 저당할 수 있고, 전부 또는 일부를 임대할 수 있다. 토지사용권의 양도, 저당은 오로지 몽골의 국민, 사업체, 기관에만 가능하다(몽골토지법 제35조). 그리고 이러한 몽골국민, 사업체, 기관에의 기한부 토지소유권에는 그 소유한도가 법정되어 있다(몽골토지법 제29조). 즉, 가구당 택지는 0.07헥타르까지, 소채, 과일, 마초생산을 위한 토지는 0.1헥타르까지 그 사용권이 대가 없이(free of charge) 주어진다(몽골토지법 제29조 제1항 및 제2항). 또한 몽골국민 개인에게는 예외적으로 기간의 제한이 없는 토지소유가 인정되는 경우가 있으며(몽골토지법 제5조), 소유토지에 대해서는 처분의 자유가 인정된다(몽골토지법 제3조 제1항 2호). 그렇지만 초지(pastureland), 공유지(land for common tenure) 및 국가가 특별히 필요로 하는 토지(land for special state needs)이외의 토지에 대해서만 그리고 몽골 시민에게만 소유권이 인정된다.¹⁰¹⁾ 특히 초지는 몽골헌법에서 사유를 불허하

99) 아시아법연구소 편, 아시아 국가별 지역연구보고서 1(2005. 6), 236면.

100) 몽골에서는 2002년 토지법을 새로 제정하기 전에 1994년에 이미 토지법을 제정하여 시행을 하였다. 2002년에 새로운 토지법의 제정·시행으로 1994년의 토지법은 그 효력을 상실하게 되었다.

101) 몽골 전체의 국토 중 0.1%를 개인이 소유하고, 99%이상을 몽골국가가 소유하고 있다 (T. Sengedorj & S. Enkhmend, “체제의 이행 前後 몽골토지법의 동향과 당면과제” 한국·북한·몽골의 형사법, 국제

고 모두 국유로 하고 있다(몽골헌법 제6조 제3항).

그리고 외국인, 외국기관, 외국법인에게는 오로지 토지사용권만이 인정되고, 외국인에게는 토지소유권이 허용되지 아니한다(몽골토지법 제44조 제1항). 외국인에게 택지는 0.05헥타르까지, 소채, 과일 등의 재배를 위한 토지는 0.1헥타르까지 5년의 기간 동안 그 사용권이 주어질 수 있으며, 1회에 5년씩 연장될 수 있다(몽골토지법 제44조 제6항).

이와 같이 몽골에서는 외국인에게는 토지소유가 인정되지 아니하고 토지사용권만이 인정되며, 몽골인들에게는 기간의 제한이 있는 토지소유권(즉, 토지사용권)이 인정되거나 소유가 허용되고 있다고 파악된다. 그리고 몽골의 가용 토지의 대부분을 차지하고 있는 초지의 이용에 관하여는 여전히 전통의 관습법에 의하여 규율되고 있는 것으로 파악된다.¹⁰²⁾

법, 토지법의 변화: 몽골, 울란바토르 몽골국립법제센터에서 개최된 몽골법체제의 전환에 관한 한몽국제학술회의 자료집(북한법연구회, 한국토지법학회 편, 2007. 7. 5.), 222면).

102) 몽골의 초지는 몽골 전국토의 29.5%를 차지하고 있다(Sh. Batsukh, “몽골의 초지 현황”, 한국·북한·몽골의 형사법, 국제법, 토지법의 변화: 몽골, 울란바토르 몽골국립법제센터에서 개최된 몽골법체제의 전환에 관한 한몽국제학술회의 자료집(북한법연구회, 한국토지법학회 편, 2007. 7. 5.), 276면).

IV. 북한의 사회주의 토지제도에서의 토지이용권의 인정과 발전

1. 북한 사회주의 토지제도의 현실

(1) 토지와 건물에 대한 소유권의 유형

북한은 생산수단에 대한 사소유권을 전적으로 부인하는 사회주의적 토지소유제도를 유지하고 있다. 사회주의 토지소유제도에서의 토지소유의 유형으로는, 전 인민을 대표하여 국가가 소유하는 국가소유권과 사회협동단체의 전 구성원을 대표하여 사회협동단체가 소유하는 사회협동단체소유권¹⁰³⁾이 인정될 뿐이다. 그러므로 이념적으로 북한에서는 국가소유 토지는 전인민의 공동소유이며, 사회협동단체 소유의 토지는 사회협동단체구성원의 공동소유이다. 그러나 실제로는 공동소유의 이념을 실천하지 아니하고, 국가 및 사회협동단체가 토지를 독점적으로 지배하고 있는 것이다.

그러나 건물과 관련하여 생산수단인 건물에 대하여는 사소유권은 물론 개인소유권도 인정될 수 없지만, 생산수단이 아닌 살림집에 대해서는 개인소유권이 인정될 수 있다(북한민법 제59조). 그렇지만 금강산관광지구 및 개성공업지구에서의 건물에 대해서는 사소유권이 인정된다고 해석되며, 더욱이 개성공업지구에서의 공장건물에 대해서는 그것이 생산수단임에도 불구하고 사소유권이 인정된다고 해석된다.

103) 사회협동단체소유권은 1998년 헌법개정에 의하여 그러한 토지소유의 유형이 인정되었다(1998년 헌법 제20조). 그 전에는 협동단체소유권이라 하였다(1992년 헌법 제20조). 북한민법에서도 1999년 개정에 의하여 종전의 협동단체소유를 사회협동단체소유로 바꾸었다(북한민법 제53조 내지 57조).

(2) 토지이용에 관한 법률의 규정내용

사회주의적 토지소유권은 토지에 대한 사소유권을 부인하고, 국가나 사회협동단체가 소유하는 것이다. 국가나 사회협동단체가 토지를 소유하지만, 국가나 사회협동단체가 구체적으로 소유토지를 사용, 수익, 처분하는 것이 아니라 기관, 기업소, 단체나 개인에게 배분하여 사용토록 할 뿐이다. 그리고 사회주의적 토지소유제도에서는 토지에 대한 유동성을 전적으로 부인한다. 그리하여 북한에서는 토지에 대해서는 매매, 저당 등의 거래를 전적으로 봉쇄하고 있다.

북한헌법에서는 토지에 대한 사회주의적 토지소유제도를 선언하고, 그 사회주의적 토지소유권의 구체적인 권리내용에 관해서는 토지법과 북한민법에서 규정하고 있다. 그리하여 토지법(1977)에서는 토지의 매매를 금지하고 개인소유로 할 수 없도록 규정하고 있다(북한토지법 제9조 제2항). 그리고 북한민법에서는 소유제도에 관하여 규정하고 있을 뿐, 토지의 유동화를 위한 제한물권에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 그러므로 북한에서는 오로지 토지의 소유와 이용만이 있을 뿐이며, 토지의 활용에 관하여는 그 길을 봉쇄하고 있다.

그리고 토지의 이용도 권리로서의 이용권이 아니라 단순한 점유의 효과로서의 이용일 뿐이라고 해석된다. 북한민법에서는 국가가 지어준 북한주민의 살림집에 대하여 그 주민은 이용권을 갖는다고 규정하고 있고(북한민법 제50조), 국가가 협동농장에 배분한 기계, 기타 시설에 대해서 그 협동단체가 이용권을 갖는다고 규정하고 있다(북한민법 제49조). 그러나 토지에 대한 북한주민의 이용권은 이를 인정하고 있지 아니하다. 토지에 대해서는 단순한 점유를 하고 그 점유의 효과로서 토지를 이용하고 있을 뿐이라고 해석함이 타당할 것으로 이해된다.

(3) 토지이용의 유형과 그 법적성질

북한에서는 북한주민이 토지를 소유하지는 못하지만 점유하여 이용하고 있다. 그리고 점유하여 이용하고 있는 토지로부터의 수익에 관한 주민의 법적지위는, 주택지의 경우에는 택지의 단순한 이용에 불과하며 물권적인 이용권으로서의 법적성질은 전혀 인정되지 아니하며, 채권적인 이용권을 인정할 수 있을 지도 의문이다. 왜냐하면 북한 주민은 주택과 택지를 국가로부터 배분받았을 뿐이며, 단순히 점유하여 이용할 뿐이라고 해석된다. 다시 말하면 북한 주민은 주택과 택지에 대하여 점유권이 아닌 단순한 점유를 하고 있을 뿐이며, 점유의 효력으로서 주택과 택지를 이용할 뿐이라고 해석된다.

협동농장의 농경지에 대한 협동농장구성원의 경작, 이용도 그것이 권리가 아니라 경작의무 이행의 성격이 강하다고 해석된다. 경작으로 얻은 수확물에 대해서는 경작자인 주민의 소유가 아니라 협동농장의 소유이며, 경작주민은 경작노동의 대가로 수확물을 분배받을 뿐이기 때문이다.

그리고 협동농장내의 텃밭이용에 있어서는 그 수확물은 경작자의 개인소유로 되지만, 그 텃밭이용도 권리로서의 이용이 아니라 점유의 효과로서의 이용에 불과하다고 해석된다. 또한 북한주민이 불법으로 개간한 빼기밭의 경작이용과 관련하여 빼기밭의 개간행위는 불법행위이며, 북한주민의 빼기밭의 경작이용도 불법점유이고, 그것에는 적법한 점유의 효과도 전혀 인정되지 아니한다고 해석된다.

참고로 독일이 통일되면서 구 동독에서의 구 동독주민들의 몰수토지 및 몰수건물에 대한 구 동독민들의 점유, 이용은 불법이었다. 그러나 통독후의 구 동독민들의 주거안정과 생활의 계속을 보장하기 위하여 통일과 동시에 구 동독시절의 불법적인 점유를 독일민법상의 단순한 점유로 인정하였다(Art. 233 §1 EGBGB(독일민법시행법)). 그리고 1994년에 물권법정비법(Sachenrechtsbereinigungsgesetz)과 채권관계조정법(Schuldrechtsanpassungsgesetz)을 제정

하여 구 동독민들의 구 동독시절의 토지지배가 구 동독법에 의한 합법적인 점유이었던 경우에는 토지의 매수에 의하여 소유권을 취득하거나 토지소유자와의 세습건축권 설정에 의하여 세습건축권을 취득할 수 있도록 하고, 불법적인 점유이었던 경우에는 법률의 규정에 의하여 임차권으로 전환할 수 있도록 조치하였다.

2. 토지이용권의 인정과 발전

가. 토지이용권 인정의 배경과 과정

북한에서 권리로서의 토지이용권의 인정은 1992년 외국인투자법에서 외국투자기업 및 외국투자자에게 토지이용권을 설정해 줄 수 있는 근거 법규정을 마련하고, 1993년에 그것을 구체적으로 실행할 수 있는 토지임대법을 제정하고, 그 토지임대법에 근거하여 1991년에 북한의 경제특구로 지정된 나진선봉자유경제무역지대¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾에서 토지이용권이 구체적으로 설정된 때로부터라고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 그 이전의 북한의 기관, 기업소, 단체 및 개인의 토지이용은 권리가 아니라 단순한 토지지배의 점유에 불과하였다고 봄이 적절할 것으로 판단된다. 그리고 토지이용도 국가나 협동단체의 토지배분에 의하여 이루어졌으며, 국가나 협동단체와의 계약에 의하여 이루어진 것이 아니었다.

북한은 1970년대에 들어와서 선진 자본주의국가들로부터 차관을 도입하여 북한경제를 발전시키고자 하는 경제정책, 특히 대외경제정책을 추진하였다. 그

104) 나진선봉자유경제무역지대의 명칭은 1998년에 나선경제무역지대로 바뀌었다.

105) 나진선봉자유경제무역지대의 지정은 1992년에 시작된 유엔개발계획(UNDP: United Nations Development Programme)에 의한 두만강유역개발계획의 영향으로 이루어진 것으로 알려져 있다(이용중, “북한의 경제특별구역과 경제개혁에 대한 법적 분석”, 통일부 사이트 게재 논문). 유엔개발계획은 1995년 12월에는 한국, 북한, 중국, 러시아, 몽골로 구성된 5개 회원국의 지역공동사업체로 발전되었다.

106) 물론 토지임대법 시행전에 나선자유경제무역지대에서 외국투자기업에 배분된 토지이용은 토지임대법의 시행으로 소급하여 이를 토지이용권으로 인정하였을 것으로 생각된다. 그러나 그것에 관한 정확한 자료는 갖고 있지 못하다.

러나 북한은 곧바로 1975년대부터 외채상환불능이라는 문제에 직면하였다. 그리하여 북한은 1980년대에 들어와서는 외채상환의 부담이 없는 외자유치의 방법을 강구하였다. 바로 그 방법으로 1984년에 합영법을 제정하여 외국기업이 북한에 투자할 수 있는 법적장치를 마련하기 시작하였다.

북한은 외자유치를 위하여 중국의 경제특구를 모범으로 한 경제특구를 지정, 설치하는 방식을 취하였다. 그리하여 북한은 1991년 12월 28일에 나진과 선봉지역을 자유경제무역지대로 지정하고, 이와 함께 나진, 선봉, 청진을 자유무역항으로 지정하였다.¹⁰⁷⁾ 이 때도 역시 관련 근거법을 제정하지도 않은 채 자유경제무역지대를 지정하였던 것이었다.

이러한 북한의 경제운용방식의 변화, 특히 대외경제정책의 변화에 따라서 1992년 10월 5일에 외국인투자법을 제정하고, 그 법 제15조에서 외국투자자와 외국인투자기업에 대하여 토지를 최고 50년까지 임대하여 줄 수 있다고 규정하여 북한에서도 권리로서의 토지이용권의 설정이 이루어질 수 있는 근거법을 갖게 되었다. 또한 같은 날 북한은 상환의 부담이 없는 외자유치를 위하여 합작법(1992. 10. 5), 외국인기업법(1992. 10. 5)을 제정하였다. 이와 같이 북한은 토지이용권을 투자유인의 수단으로 활용하고자 하였다.¹⁰⁸⁾

그리고 1993년에는 자유경제무역지대법(1993. 1. 31)과 라선경제무역지대법(1993. 1. 31)을 제정하고,¹⁰⁹⁾ 1994년에는 자유무역항규정(1994. 4. 28, 정무원 결정)을 제정하여 이미 행한 나진, 선봉지역에 대한 자유경제무역지대의 지정을 사후에 추인하는 조치를 취하였다. 같은 해인 1993년에 북한은 토지이용권을 구체적으로 설정할 수 있는 절차와 토지이용권의 내용을 규정하는 토지임대법(1993. 10. 27)을 제정하였다. 그리고 그 다음 해인 1994년에는 정무원 결정으로 토지임대법시행규정(1994. 9. 7)을 제정하였다.

107) 최수영, “북한의 토지임대법”, 통일과 토지정책: 북한토지연구논문모음집(한국토지공사, 1997), 59면.

108) 趙泳照, “북한의 토지임대 및 저당제도”, 수은해외경제(한국수출입은행, 2002. 8), 99면.

109) 라진선봉자유경제무역지대에 관하여는 라선경제무역지대법이 특별법이고 자유경제무역지대법이 일반법이다. 그러나 현재까지 라진, 선봉이외에는 자유경제무역지대를 지정하지 않았다.

토지임대법에서는 외국투자기업과 외국투자개인에 대하여 토지이용권을 설정해 줄 수 있도록 하고(북한토지법 제1조 제2조), 북한의 기관, 기업소, 단체 대하여는 합영기업이나 합작기업에 토지를 현물출자하기 위해서만 토지이용권을 설정해 줄 수 있도록 규정하였다(북한토지법 제5조). 그러나 북한주민에 대해서는 토지이용권 설정을 허용하지 아니하였다.

그리고 북한의 토지이용권 설정의 근거법인 토지임대법은 그 규정형식에 있어서는 토지이용권을 전국적으로 설정할 수 있도록 하고 있으나, 실제로는 자유경제무역지대, 그것도 나진선봉자유경제무역지대에 한해서만 토지이용권 설정의 근거법으로 기능하고 있다.

북한은 토지임대법을 제정하여 토지이용권 설정의 경우와 절차 및 내용을 규정하고, 그것에 대한 보다 세부적인 내용에 관해서는 1994년의 토지임대법 시행규정을 제정하여 이를 보충하였다. 그리고 1995년에는 자유경제무역지대에서의 토지이용권의 양도, 저당에 관하여 정무원 결정으로 자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정(1995. 8. 30)을 제정하여 토지이용권의 유동화에 관한 법적 보충을 하였다. 그리고 토지이용권의 현물출자에 관하여는 1996년에 정무원결정으로 토지건물의 출자규정(1996. 12. 30)을 제정하여 이를 보충하였다.

이와 같이 북한에서의 토지이용권의 인정은 1992년 외국인투자법에서 이에 관한 근거를 제공하고, 1993년의 토지임대법에서 북한 전역에 토지이용권을 외국인투자개인과 외국투자기업, 합영기업 및 합작기업에 현물출자를 하는 북한의 기관, 기업소, 단체에 설정해 줄 수 있는 근거를 마련함으로써 이루어지게 되었다. 토지임대법에서 북한전역에 토지이용권을 설정할 수 있도록 하기는 하였으나 실제로는 자유경제무역지대, 그것도 나진선봉자유경제무역지대에서만 설정이 가능하며, 북한주민 개인에게는 토지이용권 설정을 허용하지 않고 있다.

이렇게 북한에서의 토지이용권 설정의 가능성이 법적으로 보장은 되었으나, 나진선봉자유경제무역지대에의 외국인 투자, 외국투자기업의 진출이 극히 부

진함으로써 사실상 북한에서의 토지이용권의 설정은 진전을 보지 못하고 말았다.¹¹⁰⁾

그 후 북한에서는 2002년 7월 1일에 소위 7.1경제관리개선조치¹¹¹⁾에 의하여 사회주의 계획경제의 변화를 추구하는 경제운용방법의 변화를 천명하고, 같은 해에 특별경제구역으로 신의주를 특별행정구로 지정하고(2002. 9), 금강산지역을 금강산관광지구로 지정하고(2002. 10. 23), 개성지역을 개성공업지구로 지정(2002. 11. 13)하는 조치를 취하였다. 그리고 역시 같은 해에 그 각 경제특구 지정의 근거법인 신의주특별행정구기본법(2002. 9. 12), 금강산관광지구법(2002. 11. 13), 개성공업지구법(2002. 11. 20)에서 토지이용권을 설정할 수 있는 근거규정을 두었다.

이와 같이 토지이용권은 북한의 변경지역인 특별경제구역에서 설정하게 되고 그 근거법도 각각 달리하게 되었다. 토지임대법은 토지이용권 설정에 관한 일반법으로서 북한전역에 토지이용권을 설정할 것을 예정하고 있으나, 실제로는 라선경제무역지대에서만의 토지이용권 설정의 근거법으로 기능하고 있으며, 신의주특별행정구와 금강산관광지구 및 개성공업지구에서의 토지이용권의 설정은 그 각각의 특구법이 근거법이고 토지임대법은 보충적인 근거법으로 기능하고 있다.

북한의 특별경제구역인 신의주특별행정구는 그 실행의 진척이 전혀 없는 상태이며, 라선선봉경제무역지대는 외국기업의 투자가 극히 부진한 상태이기 때문에 토지이용권의 설정과 운용이 거의 이루어지지 못하고 있다. 금강산관광

110) 나진선봉경제무역지대에서의 합영사업은 서방기업의 관심을 끌지 못하고, 조총련동포와의 소규모사업에 그치고 있는 것으로 알려져 있다(최수영, “북한의 토지임대법”, 통일과 토지정책: 북한토지연구 논문모음집(한국토지공사, 1997), 61면).

111) 북한은 2002년 7월 1일 소위 “7.1경제관리개선조치”를 통하여, 원가개념의 도입을 통한 물가의 현실화 및 이에 상응하여 임금을 인상하고, 환율을 현실화하고, 관세를 조정하며, 독립채산제의 강화와 연계하여 기업의 경영자율권을 확대하고, 성과급제를 확대하고, 능력급제를 도입하며, 식량, 생필품 등의 배급제를 단계적으로 폐지하고, 개인경작지를 확대하고, 화폐통용범위를 확대하는 등의 실용적 내지 실리적 방침으로 경제를 운용할 것을 발표하였다(신현운, “북한의 경제개혁: 개방 관련 조치와 법률을 중심으로”, 6.15이후 북한법의 변화와 전망: 아시아학술포럼시리즈 2003-4(아시아사회과학연구원, 2003. 12), 6면).

지구에서는 토지이용권의 설정이 이루어졌으나, 토지이용권의 유동화는 극히 제한적인 상태이다. 그러나 개성공업지구에서는 토지이용권의 설정은 물론 토지이용권의 유동화도 이루어지고 있고, 보다 상세한 법적인 보완을 필요로 하고 있다.

특히 개성공업지구는 남한의 자본투자에 의하여 이루어지고 있는 경제특구로서 그곳에서의 남한기업이 취득한 토지이용권에 대한 보다 상세하고 실효성 있는 법적 보호방안이 더욱 더 요청되고 있다.

나. 토지이용권 인정의 범위와 구체적인 토지이용권 설정 지역

북한토지임대법에서는 토지이용권을 설정할 수 있는 지역으로 북한전역을 예정하고 있으나 실제로는 북한의 변경지역에 위치하는 특별경제구역에 한정하고 있다. 그것도 남한기업이 투자한 금강산관광지구와 개성공업지구에 한정하고 있다. 외국의 기업이 북한에 투자하기 위해서는 그들의 자본투자와 사업의 안정을 보장할 수 있는 법적 제도적 뒷받침이 되어 있어야 함에도 불구하고 북한은 아직도 그러한 수준에 다다르지 못하고 있기 때문이다.

그리고 변경의 특별경제구역에서 토지이용권을 설정해줄 수 있도록 하는 근거법도 각 특별경제구역마다 법을 달리하여 나진선봉경제무역지대에서는 토지임대법이, 신의주특별행정구에서는 신의주특별행정구기본법이, 금강산관광지구에서는 금강산관광지구법이, 개성공업지구에서는 개성공업지구법이 그 근거법이다. 토지임대법이 토지이용권 설정의 일반법으로서 개성공업지구에 보충적으로 적용될지 여부에 관하여는 개성공업지구법 제9조의 해석과 관련하여 보충적용된다는 견해와 개성공업지구법의 해석을 위해 필요한 범위 내에서 개성공업지구법과 배치되지 않는 범에 한하여 참고할 수 있을 뿐이라는 견해의 대립이 있다.

그리고 토지이용권을 설정받을 수 있는 자는 외국과 남한의 투자자 및 투자

기업과 북한 내에서 합영기업 또는 합작기업에 토지를 현물투자하고자 하는 기관, 기업소, 단체이다. 그러므로 북한주민에게는 토지이용권 설정이 인정되지 않고 있다.

북한이 변경지역에 각 근거법률을 달리하여 토지이용권을 설정할 수 있도록 하는 것은 중국의 경제특구에서의 토지사용권 설정의 경험을 모범으로 하고 있기 때문이다. 그러나 중국에서는 각 경제특구에서의 토지사용권의 설정방법과 절차를 경제특구의 조례로 정하도록 위임한 데 반하여, 북한은 특별경제구역마다 근거법을 달리한다. 다만, 그 제정기관은 모두 북한의 최고입법기관이다. 각 특별경제구역에서의 경험을 통해 실험을 거친 후에 북한 전역의 토지이용권 설정의 일반법을 만들겠다는 계획인 것으로 해석되지만 북한은 근본적으로 사회주의체제의 유지를 최우선 국가과제로 하고 있기 때문에 중국에서와 같이 주민개인에게도 토지이용권을 설정해 주고 나아가 토지이용권 시장의 형성까지 허용할 지는 지극히 불명하다.

다. 토지이용권 설정 근거법령의 구성과 체계

북한에서의 토지이용권 설정 및 유동화에 관한 일반법은 토지임대법이다. 이 토지임대법은 1990년의 중국의 국무원령인 도시국유토지사용권출양급전양잠정조례(都市國有土地使用權出讓及轉讓暫定條例)를 모범으로 하여 제정되었다.¹¹²⁾ 그리고 북한에서는 특별경제구역마다 토지이용권의 설정 및 유동화에 관한 특별법을 제정하였다. 신의주특별행정구에는 신의주특별행정구기본법, 금강산관광지구에는 금강산관광지구법, 개성공업지구에는 개업공지구법 특별법이다. 그러나 나선경제무역지대에는 토지임대법이 적용되고 특별법을 제정하지 아니하였다.

북한헌법에서는 토지이용권의 설정 및 유동화에 관한 특별규정을 두고 있지

112) 김상용, 토지소유권 법사상: 대우학술총서 인문사회과학 87(민음사, 1995), 465면.

아니하다. 그리고 북한민법에서도 토지이용권에 관한 법적 규율을 전혀 하지 않고 있다. 토지이용권의 구체적인 내용과 관련하여 토지이용권 설정의 근거법에서 규정하지 아니한 내용은 대체법(Ersatzrecht)의 이론에 따라서 중국의 토지사용권에 관한 법규정의 내용을 고려하여 이와 유사하게 인정함이 타당하다는 견해가 있다.¹¹³⁾ 그러나 이러한 견해에 대하여 법해석의 방법으로 대체법 이론을 적용하는 것은 법해석의 범위를 넘는 새로운 입법행위가 될 수 있다고 비판하면서 중국의 토지사용권에 관한 법규정은 북한 법률의 내용을 해석함에 있어 참고하거나 입법취지를 추론하는 정도에 머물러야 한다는 견해가 있다.

북한에서는 토지이용권의 설정 및 유동화를 법률로 규정하고, 그 하위의 규정을 제정하여 보다 구체적인 내용을 규정하고 있다. 토지임대법시행규정(정무원 결정: 1994. 9. 7), 자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정(정무원 결정: 1995. 8. 30), 토지건물의 출자규정(정무원 결정: 1996. 12. 30), 개성공업지구부동산규정(최고인민회의 상임위원회 규정: 2004. 7. 29) 및 금강산관광지구부동산규정(최고인민회의 상임위원회 결정: 2004. 9. 21) 등이 토지이용권의 설정 및 유동화에 관하여 보다 세부적인 내용을 규정하고 있다. 그런데 이러한 세부적인 규정을 개성공업지구와 금강산관광지구에서는 정무원 결정으로 규정하지 아니하고 최고인민회의 상임위원회 결정으로 규정하고 있다.¹¹⁴⁾

그리고 각 근거법에 기초하여 토지이용권이 설정되고, 유동화의 내용인 매매, 임대, 교환에 의한 토지이용권의 양도, 저당권의 설정과 저당권의 실행절

113) 김상용 교수는 대체법이론에 관하여 동일법계에서 특정한 국가의 적용 법률이 없을 경우에 그 동일법계의 다른 나라의 법규정의 내용과 동일한 내용을 인정하는 법이론이라고 소개하면서, 북한은 사회주의법계에 속하고 토지이용권에 관한 내용은 중국의 물권법 및 관련 행정법규에서 비교적 자세히 규정하고 있으므로 북한의 토지이용권의 법적성질 및 내용에 관해서 북한의 관련법에서 특별히 규정하고 있지 아니한 경우에는 중국의 토지사용권에 관한 법률의 내용을 북한의 실정에 맞게 변용함이 타당하다고 주장한다.

114) 북한에서의 법령의 명칭은, 헌법, 부문법, 법령, 정령(政令), 결정, 명령, 지시 등으로 불리어지나, 위계질서는 명확하지 아니하다. 헌법의 상위에 노동당 규약, 결정이 있고, 그 위에는 김일성, 김정일의 교시가 있다.

차 등에 대한 세부적인 절차와 방법에 관하여는 오로지 개성공업지구 내에서만 그것에 관한 규정을 개성공업지구관리위원회의 준칙으로 제정하여 시행하고 있다. 구체적으로는 토지이용권의 설정등록, 건물소유권의 등록, 토지이용권 및 건물소유권의 양도, 임대, 저당의 등록에 관한 절차를 규정하고 있는 개성공업지구 부동산등록준칙(2004. 10. 20. 제정), 토지이용권에 대한 저당권의 실행방법과 실행절차에 관하여 규정하고 있는 개성공업지구 부동산집행준칙(2005. 9. 1 제정, 시행)이 제정, 시행되고 있다. 이 외에도 토지에 관련된 준칙으로 개성공업지구 지적준칙(2005. 3 제정, 2005. 9. 7 개정), 개성공업지구 토지계획 및 이용에 관한 준칙(2006. 2. 6 제정), 개성공업지구건축준칙(2004. 11. 1 제정)을 제정, 시행하고 있다.

이러한 토지이용권에 관련한 준칙은 그 내용이 모두 남한의 관련 법률을 기초로 하여 제정되어 그 내용이 남한의 관련 법률과 거의 동일하다. 부동산등록준칙은 남한의 부동산등기법을 기초로 구성되어 있으며, 부동산집행준칙은 남한의 민사집행법중 담보권등의 실행에 관련된 규정을 기초로 구성되어 있다. 그리고 지적준칙은 남한의 지적법을, 토지계획 및 이용에 관한 준칙은 남한의 국토의 계획 및 이용에 관한 법률을, 건축준칙은 남한의 건축법을 기초로 하여 구성되어 있다.

이처럼 개성공단의 토지에 관하여는 개성공업지구관리위원회의 부동산준칙을 통하여 남한의 관련 법률이 영향을 미치고 있다.¹¹⁵⁾

이와 같이 북한에서의 토지이용권에 관련한 법령의 체계는 법률과 규정으로 구성되어 있으나, 개성공업지구에서는 법률, 규정, 그리고 개성공업지구관리위

115) 이에 대해 김상용 교수는 남한법이 준칙을 통하여 북한에 침투해 들어가고 있다고 볼 수 있다고 주장하면서 법이란 어느 한 나라 또는 어느 한 지역에 고정되어 있지 못하고 항상 움직이는 법의 유동현상 또는 법의 돌아다님, 즉 법의 散步(Wanderung des Rechts)로 설명한다.(김상용, 비교계약법(법영사, 2003), 5면). 그러한 법의 유동현상은 개성공단을 중심으로 한 남북한법의 만남으로 나타나고 있으며, 이러한 남북한법의 만남을 통하여 남북한법의 동화 내지 접근이 이루어지게 되고, 법의 동화와 접근에 의한 법의 통합과정은 결국 그 내용이 인류보편적인 가치를 추구하고 사물의 이치와 인간의 본성에 합치되는 방향으로 이루어진다고 주장하면서 개성공단에서의 남북한법의 만남을 통해서 가장 인류보편적이고 가장 자연법적인 제3의 법으로 발전해 나갈 것을 기대한다고 서술한다.

원회의 준칙으로 구성되어 있다. 그리하여 개성공업지구 이외의 특별경제구역에서는 북한의 법령으로 토지이용권을 규율하고 있으나, 개성공업지구에서는 북한의 법령과 남한의 법령의 영향을 받은 준칙이 혼재하며 토지이용권을 규율하고 있다.

라. 토지이용권의 법적성질

토지이용권의 법적성질에 관하여 토지임대법에서는 이를 재산권으로 규정하고 있다(토지임대법 제7조). 그러나 금강산관광지구부동산규정과 개성공업지구부동산규정에서는 이를 부동산으로 규정하고 있다. 보다 정확하게는 토지이용권과 당해 토지의 지상정착물을 합하여 부동산으로 개념규정하고 있다(금강산관광지구부동산규정 제3조 3호, 개성공업지구부동산규정 제3조 3호). 그러므로 지상정착물이 없는 경우에는 토지이용권만으로 부동산이 된다.

토지임대법에서 토지이용권을 재산권으로 규정하고 있지만, 어떠한 재산권이냐에 관하여는 북한민법에서 규정하여야 하는데 북한민법에서는 토지이용권에 관한 아무런 규정을 두고 있지 아니하며, 북한주민에게는 토지이용권의 설정이 인정되지 않기 때문에 북한민법에서 토지이용권의 법적성질과 내용을 규정할 수도 없다.

법규정이 없는 경우 앞서 본 바와 같이 대체법 이론에 따라서 중국의 토지사용권에 관한 법규정의 내용으로 보충하거나 지역법(地域法) 이론¹¹⁶⁾에 따라서 남한민법상의 지상권에 관한 규정을 적용하는 방안을 주장하는 견해가 있으나 이에 반대하는 견해도 있다.

116) 김상용 교수는 소위 지역법 이론을 주장하면서 남한의 입장에서는 남한의 법은 남북한 지역을 포괄하는 한국의 전역에 적용되고, 북한지역에서는 북한법이 북한 지역의 지역법으로 인정할 수 있다고 한다. 그러므로 남한의 법이 북한에도 그대로 적용되지만 북한 지역에서는 북한법이 북한 지역의 지역법으로서 남한법에 우선하여 적용된다고 해석한다. 다만 토지이용권에 관한 북한법의 부재나 미비의 경우에 자본주의 시장경제의 남한민법을 사회주의 계획경제의 북한에 그대로 적용하는 것은 무리라고 해석한다.

중국의 토지사용권과 마찬가지로 북한의 토지이용권도 용익물권이 아닌 토지소유권의 한 유형으로, 적어도 아소유권(亞所有權)으로 인정할 수 있겠는가는 검토를 필요로 한다. 중국에서는 전국적으로 그리고 개인에게도 토지사용권이 설정되고 주택건설용지사용권은 존속기간이 만료하면 자동연장되도록 하고 있을 정도이다. 그러나 북한에서는 개인에게 토지이용권이 인정되지 아니한 상태이고, 오로지 남한기업 및 외국투자기업에 토지이용권이 설정되고 있고, 북한민법에서 토지이용권에 관한 아무런 법적규율을 하고 있지 아니하므로 북한의 토지이용권을 토지소유권으로 이론구성하기에는 시기상조로 보인다. 앞으로 토지이용권을 아소유권으로 인정할 수 있도록 이론구성과 입법을 기대할 뿐이다.

그리고 북한에서 토지이용권을 설정받은 자는 토지를 용도에 맞게 이용하며 토지를 적극 보호할 의미를 부담한다(금강산관광지구부동산규정 제14조, 개성공업지구부동산규정 제14조). 더욱더 토지이용권자는 북한의 법과 규정 및 토지이용권 설정계약에 따라서 설정받은 토지를 이용하여야 한다(토지임대법시행규정 제8조 제2항).

북한의 토지이용권 관련 법령에서 토지이용권을 재산권 또는 부동산으로 규정하고 있고, 토지이용권 설정계약을 토지임대차계약이라고 규정하고 있는 것은 토지이용권을 물권으로는 인정할 수 없고, 최소한 채권적인 이용권, 즉 부동산임차권 정도의 성질만을 인정하겠다는 의지의 표현으로 해석해 볼 수도 있다. 그러므로 북한은 철저히 사회주의 토지소유제도를 유지해 나가겠다는 것으로 이해된다. 그리고 북한에서의 토지이용권의 인정 정도는 중국에서의 초기의 경제특구에서의 토지사용권의 설정수준으로 평가된다.

마. 토지이용권 설정기관과 설정계약의 상대방

토지이용권의 설정기관은 특별경제구역에 따라 각각 다르다. 북한의 토지에

관한 최고 총괄행정기관은 내각의 국토환경보호성으로 토지이용권 설정에 관한 최고 정책결정기관이다.

그러나 구체적인 토지이용권의 설정은, 경제특별구역이외의 북한영역에서는 도(직할시)인민위원회가 담당하며(토지임대법 제4조 제2항 전단), 나선경제무역지대에서는 중앙무역지도기관이 담당한다¹¹⁷⁾(라선경제무역지대법 제10조). 그리고 신의주특별행정구에서는 북한당국이 설정한다(신의주특별행정구기본법 제14조). 금강산관광지구에서는 중앙관광지도기관이 설정하며(금강산관광지구법 제7조 제2항), 개성공업지구에서는 중앙공업지도기관이 설정한다(개성공업지구법 제11조 제2항).

그리고 토지이용권 설정계약의 상대방은 나선경제무역지대에서는 그 경제특별구역에 투자를 하고자 하는 외국투자가 및 외국투자기업이다(토지임대법 제1조). 그리고 나선경제무역지대에서 합영기업이나 합작기업에 토지를 출자하고자 하는 북한의 기관, 기업소, 단체에게도 토지이용권이 설정될 수 있다(토지임대법 제5조). 경제특별구역이외의 북한지역에서도 역시 외국의 개인투자자, 투자기업, 그리고 합영, 합작기업에 현물출자를 하고자 하는 북한의 기관, 기업소, 단체에게도 토지이용권이 설정될 수 있다¹¹⁸⁾(토지임대법 제1조, 제5조). 그리고 신의주특별행정구에서는 신의주특별행정구가 토지이용권 설정계약의 당사자이다(신의주특별행정구기본법 제14조). 금강산관광지구에서는 금강산관광개발업자가 설정계약의 상대방이 되며(금강산관광지구법 제7조), 개성공업지구에서도 역시 개성공업지구개발업자가 토지이용권 설정의 상대방이 된다(개성공업지구법 제11조). 그런데 금강산관광지구와 개성공업지구의 개발업자는 모두 남한기업이다.

북한주민은 토지이용권 설정의 상대방이 될 수 없다.

117) 토지임대법에서는 나선, 선봉시인민위원회 국토환경보호부서가 라선경제무역지대에서의 토지이용권 설정기관으로 규정하고 있다(토지임대법 제4조 제2항 前段).

118) 토지이용권의 현물출자를 위한 토지 및 당해 토지상의 건축물의 평가, 그 평가액의 부담자 등에 관하여는 정무원 결정의 토지·건물의 출자규정(1996. 12. 30)에서 그 세부적인 내용을 규정하고 있다.

바. 토지이용권 설정절차와 설정행위의 법적성질

(1) 설정절차

북한에서의 토지이용권의 설정은 설정계약의 체결, 설정금의 지급, 토지이용증의 교부, 토지이용권의 등록의 순서로 진행되는 것으로 예정하고 있다. 그러므로 북한에서 토지이용권을 설정받기 위해서는 설정기관과 설정받는 자(북한에서는 이를 토지임차희망자라 한다)간의 설정계약(북한에서는 이를 토지임대차계약이라 한다)에 의한다. 설정계약은 서면으로 체결할 것을 법적으로 강제하고 있지는 아니하지만(토지임대법시행규정 제17조, 금강산관광지구부동산규정 제6조, 개성공업지구부동산규정 제6조) 서면으로 체결함이 일반적일 것이다.

토지이용권 설정계약에서는 토지의 용도, 사용기간 등에 대한 합의내용을 담아야 하며, 특히 토지이용권자의 투자금액과 건설기간에 대한 합의를 하여야 한다(토지임대법 제10조).

그리고 설정금(북한에서는 이를 임대료라 한다)의 결정은 금강산관광지구, 개성공업지구, 신의주특별행정구에서는 근거법에서 특별규정을 두고 있지 아니하고, 실제 금강산관광지구, 개성공업지구에서는 협상의 방법으로 결정하였다. 그러나 북한에서의 토지이용권 설정금은 협상의 방법으로 이를 결정함을 원칙으로 하며(토지임대법 제9조 제1항), 나진선봉경제무역지대에서는 협상의 방법이외에 입찰, 경매의 방법으로도 결정할 수 있도록 하고 있다(토지임대법 제9조 제2항).

토지이용권 설정계약이 체결되면 토지이용권을 설정받고자 하는 자는 설정금을 설정자에게 지급하고, 설정기관은 설정희망자에게 토지이용증을 교부한다(토지임대법 제11조 4호, 제12조 8호, 제13조 3호, 토지임대법시행규정 제36조, 금강산관광지구부동산규정 제7조, 개성공업지구부동산규정 제7조).

그리고 토지이용권은 이를 등록하여야 한다(토지임대법 제11조 4호, 제12조

8호, 제13조 3호, 토지임대법시행규정 제37조, 금강산관광지구부동산규정 제9조, 개성공업지구부동산규정 제9조). 그런데 등록신청자와 관련하여 금강산관광지구와 개성공업지구이외의 기타 지역의 경우 토지임대법에서는 협상에 의해 토지이용권을 설정한 경우에는 설정기관이(토지임대법 제11조 4호), 입찰이나 경매에 의해서 설정한 경우에는 토지이용권을 설정받은 자가 등록신청을 하도록 규정하고 있으나(토지임대법 제12조 8호, 제13조 3호), 토지임대법시행규정에서는 협상에 의한 토지이용권의 설정의 경우에도 토지이용권을 설정받은 자가 등록을 신청하도록 하고 있다(토지임대법시행규정 제37조). 그러나 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 토지이용권 등록신청자를 명확히 규정하고 있지는 아니하나 토지이용권자를 신청자로 이해함이 타당할 것으로 생각된다.

토지이용권 등록기관은 금강산관광지구에서는 금강산관광지구관리기관¹¹⁹⁾(금강산관광지구부동산규정 제9조)이며, 개성공업지구에서는 개성공업지구관리위원회이다(개성공업지구부동산규정 제9조). 그리고 토지이용권자의 토지이용권의 취득시기에 관하여는 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 토지이용증을 발급받은 날을 취득일로 하며(금강산관광지구부동산규정 제7조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제7조 제2항), 기타 지역에서는 토지이용권을 등록한 날로 하고 있다(토지임대법시행규정 제37조 제2항). 그러므로 금강산관광지구 및 개성공업지구이외 지역에서의 토지이용권의 등록은 토지이용권의 성립요건인 반면에 금강산관광지구 및 개성공업지구에서의 등록의 효력은 그것이 대항요건인지 아니면 단순한 증거방법에 불과한지 명확하지 아니하다.

이와 같이 토지이용권의 설정계약을 서면으로 체결할 것을 법적으로 강제하고 있지 아니하고, 설정금의 결정도 전적으로 협상의 방법에 의존하고 있으며, 토지이용증의 교부에 관하여는 명확히 규정하고 있으나, 토지이용권의 등록에 관하여는 단독신청주의를 취하고 있고, 등록신청자를 통일적으로 규정하고 있지 못하며, 등록의 효력도 통일적이지 못하다. 특히 금강산관광지구와 개성공

119) 금강산관광지구관리기관은 아직까지 설치되지 아니하였다.

업지구에서는 등록이 대항요건인지 아닌지 명확하지 아니하다.

그러나 토지이용권의 설정 후 이를 양도, 저당할 때의 등록은 양도, 저당의 성립요건으로 하고 있다(금강산관광지구부동산규정 제24조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제25조 제1항). 그리고 토지이용권의 양도, 임대, 저당의 등록은 등록권리자와 등록의무자가 공동으로 신청하도록 하고 있다(개성공업지구 부동산등록준칙 제12조). 이와 같이 토지이용권을 처음 설정할 때의 등록신청인 및 등록의 효력과 설정된 토지이용권의 양도를 위한 등록신청인 및 등록의 효력이 동일하지 아니하다.

(2) 설정행위의 법적성질

토지이용권 설정기관과 토지이용권의 설정을 희망하는 자간의 토지이용권 설정계약은 유상계약이다. 그러나 북한의 기관, 기업소, 단체가 토지이용권을 취득하는 설정계약은 무상계약으로 해석된다.

그리고 설정계약이 순수한 사법계약이라고는 해석되지 아니하며, 공법상의 계약의 성질도 있는 계약으로 해석된다. 설정계약의 당사자인 국가기관은 순수한 사경제주체로서 토지이용권 설정계약을 체결하기 보다는 국토관리자로서의 지위가 여전히 강하게 나타난다. 따라서 토지이용권 설정계약에는 북한민법이 적용되지 아니하고, 토지이용권 관련 법률이 적용될 뿐이라고 해석된다.

또한 토지이용권 설정계약은 북한이 법률로 규율하고 있는 대외경제계약에 속한다고 해석함이 타당할 것으로 이해된다. 대외경제계약은 무역, 투자에 관한 계약으로서, 북한의 대외경제계약법(1995. 2. 22)이 이를 규율하고 있다. 그러므로 토지이용권 설정계약은 대외경제계약의 내용의 일부분으로 체결되는 계약이라고 이론구성함이 타당하다.

특히 북한민법에서는 부동산의 거래를 내용으로 하는 계약은 서면으로 이를 체결하고 공증을 받아야 효력이 발생한다고 하고 있다(북한민법 제94조). 그러

나 토지이용권 설정계약은 서면으로 체결할 것이 강제되고 있지 아니하며, 공증을 요하지도 아니한다.

사. 설정금의 결정 및 사용료의 면제

북한에서의 토지이용권의 설정은 유상설정만을 예정하고 있고, 무상설정은 예정하고 있지 아니한 것으로 해석된다. 그러나 북한의 기관, 기업소, 단체가 토지를 현물출자하기 위한 토지이용권의 설정은 무상으로도 가능할 것으로 생각된다. 그렇지만 남한의 기업, 외국의 개인투자자 및 투자기업에게의 토지이용권의 설정은 유상으로만 가능하도록 예정하고 있는 것으로 해석된다.

설정금의 결정은 협상, 경매, 입찰의 방법이 예상된다. 그런데 금강산관광지구 및 개성공업지구에서의 토지이용권 설정금의 결정방법에 관해서는 그 근거법에서 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 토지임대법은 설정금의 결정방법으로 협상의 방법을 원칙으로 하고(토지임대법 제9조 제1항), 나선경제무역지대에서의 설정금의 결정은 입찰과 경매의 방법으로 할 수 있도록 하고 있다(토지임대법 제9조 제2항).

이러한 토지임대법의 규정에 비추어 볼 때, 금강산관광지지구와 개성공업지구에서도 입찰, 경매의 방법에 의한 설정금의 결정도 가능한 것으로 해석된다. 그러나 실제로는 협상의 방법으로 설정금을 결정하였다.

북한에서는 토지이용권 설정금을 토지임대료라 한다. 그리고 토지이용권의 존속기간 동안의 토지이용료를 토지사용료라 하며, 개성공업지구에서는 개발업자에게 토지사용료를 부과하지 아니하고(개성공업지구부동산규정 제15조 제3항), 개발업자로부터 토지이용권을 양수한 자에게는 개발업자가 토지이용권을 취득한 날로부터 10년간 토지사용료 납부가 면제된다(개성공업지구부동산규정 제15조 제1항).

그리고 토지이용권 설정금은 토지이용권 설정계약의 체결일로부터 90일내에

전액 지급하여야 한다(토지임대법 제30조 제1항). 그러나 설정기관과의 협의에 의하여 5년 분할지급할 수도 있다(토지임대법 제30조 제2항 전문).

그리고 토지이용권을 설정받음에 있어서 토지이용권이 설정된 당해 토지의 농경을 하지 못함에 대한 농경지보상비, 농작물보상비, 당해 토지상의 건물에 대한 건물보상비, 기타 당해 토지에 부착된 물건에 대한 부착물보상비, 당해 토지의 경작이용자의 이주를 위한 이주보상비 등은 이를 모두 토지이용권자가 부담하여야 한다. 이러한 각종의 보상액의 산정기준과 관련하여 정무원 결정으로 임대토지부착물 이전보상 규정(1996. 12. 30)을 제정하였다.

아. 토지이용권의 존속기간

북한에서의 토지이용권의 존속기간은 토지 용도의 구분 없이 획일적으로 최장기간을 50년으로 제한하고 있다(외국인투자법 제15조, 토지임대법 제6조, 개성공업지구법 제12조). 그러나 금강산관광지구에서의 토지이용권의 존속기간에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니하며,¹²⁰⁾ 신의주특별행정구에서의 토지이용권의 존속기간은 2052년 12월 31일까지로 정하고 있다(신의주특별행정구기본법 제15조 제1항).

이와 같이 북한에서는 토지이용권의 최장존속기간에 관해서만 관련법에서 규정하고 있으므로 구체적인 토지이용권의 기간은 법정의 최장존속기간의 범위 내에서 당사자간의 협의에 의하여 결정하게 된다.

자. 토지이용권의 등록

북한의 설정기관과 토지이용권 설정계약을 체결하고 설정금을 지급하면 설정기관은 토지이용권자에게 토지이용증을 교부하여야 한다. 토지이용증은 토

¹²⁰⁾ 실제로는 현대아산이 50년간 토지이용권을 설정받았다.

지이용권의 설정을 입증하는 증거방법이다. 설정자가 토지이용권을 교부한 다음에는 관할기관에 토지이용권 등록을 하여야 한다.

토지이용권 등록은 등기에 해당되는 국가의 공증행위이다. 등록기관은 다기하여 금강산관광지구는 금강산관광지구관리기관이며(금강산관광지구부동산규정 제9조), 개성공업지구는 개성공업지구관리위원회이다(개성공업지구부동산규정 제9조). 그리고 양 지구 이외의 지역에서의 등록기관은 시·군국토관리기관이다(토지임대법시행규정 제37조 제1항).

그리고 등록의 신청자는 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 토지이용권 취득자이다(금강산관광지구부동산규정 제12조, 개성공업지구부동산규정 제12조). 그 이외의 지역에서도 역시 토지이용권 취득자가 신청자이다(토지임대법시행규정 제37조 제1항).

등록신청의무기간은 토지이용권 설정일 또는 설정계약에서 정한 날로부터 14일 내이다¹²¹⁾(금강산관광지구부동산규정 제12조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제12조 제1항). 그 외의 구역에서는 이러한 등록신청의 기간제한이 없다.

그리고 등록의 효력에 관하여는 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 토지이용증을 받은 날 개발업자인 토지이용권자가 토지이용권을 취득하고(금강산관광지구부동산규정 제7조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제7조 제2항), 등록은 대항요건도 아니다. 단지 토지이용권 설정의 증거방법에 불과하다고 해석된다. 그러나 그 이외의 지역에서는 등록이 토지이용권 취득의 성립요건이다(토지임대법시행규정 제37조 제2항).

북한은 토지이용권을 설정기관과의 설정계약에 의하여 취득하는 경우와 토지이용권을 설정받고 그 설정된 토지이용권을 양수하여 취득하는 경우를 구분하여 다루고 있다. 후자에 관하여는 상세히 후술하기로 한다. 그리하여 설정에 의하여 토지이용권을 취득하는 경우에는 설정계약을 체결하고 설정금을 지급

121) 동법에서의 14일의 기간은 본래 토지이용권을 설정받고 그 토지이용권의 매매, 증여, 교환 등에 의하여 토지이용권이 양도된 경우에 적용될 것을 예정한 기간이다. 그러나 이 기간은 토지이용권이 처음 설정되었을 때에도 역시 적용된다고 해석함이 타당하다.

하고 토지이용증을 교부받고 등록하는 절차를 거치게 되며, 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 설정계약 체결, 설정금 지급, 그리고 토지이용증의 교부에 의하여 토지이용권을 취득하고, 그 외의 지역에서는 그 외에도 등록까지 하여야 토지이용권을 취득한다.

차. 토지이용권의 유동화

(1) 토지이용권의 양도

토지이용권을 설정계약에 의하여 취득한 자는 취득목적에 맞게 당해 토지를 개발한 다음에 토지의 용도에 따라서 그대로 사용하거나 개발토지를 그대로 양도하거나 분양에 의하여 분할양도할 수 있다. 따라서 북한의 토지이용권에 대해서는 그 양도가 인정된다.

북한에서 토지이용권 양도의 방법으로는 매매, 교환, 증여 등이 인정되고 있다. 그리고 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 분양 또는 토지이용권 그 자체의 매매, 교환, 증여 등의 방법으로 양도할 수 있다. 그런데 양도의 개념에 관하여 토지임대법시행규정에서는 판매, 재임대, 증여, 상속을 모두 합하여 이를 양도로 정의 규정하고 있으나(토지임대법시행규정 제40조 제2항), 금강산관광지구부동산규정과 개성공업지구부동산규정에서는 매매, 교환, 증여, 상속으로 개념 정의하여(금강산관광지구부동산규정 제3조 6호, 개성공업지구부동산규정 제3조 6호) 재임대를 양도에서 제외하고 있다. 그러나 토지이용권의 양도행위로는 매매가 가장 중요한 행위이다. 매매는 토지이용권을 그대로 매매하는 경우도 있을 수 있고, 개발업자가 개발한 후에 분할하여 분양하는 방법으로 매매가 행하여질 수도 있다. 개성공업지구에서는 분양의 방법으로 개발업자가 입주기업에 토지이용권을 양도하였다.

토지이용권의 설정에 의하여 이를 취득한 자로부터 양수인에게 이전하기 위

한 양도절차는 각 특별경제구역마다 상이하다. 먼저 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 양도인과 양수인이 양도계약을 체결하고(금강산관광지구부동산규정 제29조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제30조 제2항), 각 지구관리기관에 양도등록을 하여야 한다(금강산관광지구부동산규정 제24조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제25조 제1항). 양도등록을 하였을 때에 토지이용권이 이전된다(금강산관광지구부동산규정 제24조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제25조 제1항). 관련법에서는 토지이용권을 등록하면 토지이용권 양도계약의 효력이 발생하는 것으로 규정하고 있으나, 등록은 토지이용권 양도의 성립요건으로 파악함이 타당하다. 그리고 금강산관광지구와 개성공업지구에서 매매로 인한 토지이용권의 양도의 경우에는 그 매매는 협상, 입찰, 경매의 방법을 선택적으로 활용할 수 있도록 하고 있다(금강산관광지구부동산규정 제30조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제31조 제1항).

양 지구 이외의 지역에서 토지이용권을 양도하기 위해서는 먼저 토지이용권자는 양수를 하고자 하는 자와 토지이용권 양도계약을 체결하고, 설정기관으로부터 양도승인을 받은 다음에(토지임대법시행규정 제40조 제1항), 해당 시·군국토관리기관에 명의변경등록을 하여야 한다(토지임대법시행규정 제50조). 라선경제무역지대에서의 토지이용권 양도의 승인기관은 토지이용권 설정기관인 중앙무역지도기관이나, 라선시인민위원회가 중앙무역지도기관에 양도승인을 제기한다(라선경제무역지대법 제12조 5호). 특히 매매에 의하여 토지이용권을 양도하는 경우에는 매매계약을 체결하고, 공증기관¹²²⁾으로부터 그 매매계약에 대한 공증을 받은 다음 설정기관으로부터 양도승인을 받아야 한다(토지임대법시행규정 제46조). 또한 토지이용권을 설정받은 자가 설정계약에서 약정한 투자와 건설을 하여야 그 토지이용권자는 자기의 토지이용권을 양도할 수 있다(토지임대법시행규정 제42조 3항). 그리고 명의변경등록을 하여야 비로

122) 북한에서는 국가행정기관의 하나인 국가공증기관에서 공증업무를 수행하며(북한공증법 제5조 제1항), 공증사업에 대한 지도는 재판소가 이를 담당한다(북한공증법 제7조). 북한에서의 공증제도에 관한 보다 상세한 내용은, 북한의 부동산법제(법원행정처, 1997), 386-394면 참조.

소 양수인은 토지이용권을 취득하게 된다(토지임대법시행규정 제50조 제3항). 따라서 어느 지역에서나 등록이 토지이용권 양도의 성립요건이다.

그리고 양도에 의하여 양수인이 토지를 이용할 수 있는 기간은 원토지이용권자가 설정받은 기간의 잔여기간이다(토지임대법시행규정 제41조 제1항, 금강산관광지구부동산규정 제34조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제35조 제2항). 또한 토지이용권을 양수한 자는 다시 그 토지이용권을 전매할 수 있다(토지임대법시행규정 제45조, 금강산관광지구부동산규정 제29조, 개성공업지구부동산규정 제30조).

그리고 토지이용권을 양도할 때 지상에 건축물이 존재할 때에는 그 지상건축물도 함께 양도하여야 한다(토지임대법시행규정 제44조, 금강산관광지구부동산규정 제26조, 개성공업지구부동산규정 제27조). 그리고 자유경제무역지대에서는 건물이 양도되면 토지이용권도 함께 양도된다(자유경제무역지대 건물양도 및 저장규정 제2조 제3항). 그러나 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 건물소유자와 토지이용권자가 동일인일 경우에는 건물양도에 의하여 토지이용권도 함께 양도되지만 토지이용권을 갖지 못한 건물소유자가 건물을 양도하고자 할 때에는 토지이용권자의 동의를 얻어야 건물소유권과 함께 양도된다(금강산관광지구부동산규정 제26조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제27조 제2항).

이와 같은 토지이용권 양도행위의 법적성질은 그 설정행위와는 달리 순수한 사법적 행위, 즉 사법적 계약으로 해석된다.

그리고 토지이용권이 양도되면 그 양수인은 양도계약에서 별도로 약정하지 아니하여도 양도자의 권리의무를 그대로 넘겨받는다(금강산관광지구부동산규정 제34조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제35조 제1항). 그리하여 토지이용권의 설정기관과 처음 설정받은 자 간의 토지이용권에 관련된 약정은 당해 토지와 함께 계속된다.

그리고 특히 토지이용권자가 토지이용권을 매매하는 경우에 그 토지이용권

설정기관은 그 토지이용권을 우선적으로 매입할 수 있다(토지임대법 제19조, 토지임대법시행규정 제51조 전문). 이 때에 토지이용권자는 매수인에게 제시한 매각조건을 수정하여 토지이용권 설정기관에 주장하지 못한다(토지임대법시행규정 제51조 후문). 이러한 설정기관의 우선매입이 가능할 수 있는 것은 토지이용권을 매각하기 위해서는 설정기관의 승인을 필요로 하기 때문이다(토지임대법시행규정 제40조 제1항). 그러나 금강산관광지구 및 개성공업지구에서는 토지이용권의 매각에 설정기관의 승인을 요하지 아니하기 때문에 설정기관이 우선매수권을 행사할 수 있는 기회가 제공되지 아니한다.

(2) 토지이용권의 임대

북한에서는 설정된 토지이용권의 임대를 허용하고 있다. 북한에서는 이를 재임대라 표현하기도 하고(토지임대법시행규정 제52조), 임대라고도 표현하고 있다(금강산관광지구부동산규정 제3조 11호, 개성공업지구부동산규정 제3조 11호). 임대의 객체에 관하여는 토지이용권이 설정된 토지라고 규정하기도 하고(토지임대법시행규정 제52조 제1항), 토지이용권 그 자체를 객체로 규정하기도 한다(금강산관광지구부동산규정 제3조 3호, 11호, 개성공업지구부동산규정 제3조 3호, 11호). 물론 금강산관광지구부동산규정과 개성공업지구부동산규정에서는 부동산을 토지이용권과 지상정착물을 합한 개념으로 규정하고 있기 때문에 건물부분의 임대의 객체는 물건이나 토지부분의 임대의 객체는 토지이용권이다. 그런데 북한민법에서는 임대차계약(북한민법에서는 이를 빌리기 계약이라 한다)의 목적물을 물건에 한하고 권리의 임대차는 이를 인정하지 아니한다(북한민법 제178조 내지 제184조).

먼저 금강산관광지구와 개성공업지구에서의 토지이용권의 임대는 임대차계약을 체결함으로써 성립하며, 이를 등록할 수도 있고 등록하지 아니할 수도 있다. 그러므로 북한에서의 토지이용권의 임대에는 기한 임차권에는 등록임차권

과 비등록임차권으로 나누어진다. 등록임차권은 이를 저당권의 목적으로 할 수 있지만(금강산관광지구부동산규정 제22조 제2항, 제44조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제23조 제2항, 제45조 제1항), 비등록임차권은 저당권의 목적이 될 수 없으며, 임대인과 임차인 사이에서만 효력이 있다(금강산관광지구부동산규정 제24조 제3항, 개성공업지구부동산규정 제25조 제3항).

등록임차권은 실제에 있어서는 남한의 전세권에 유사한 권리로 이해된다. 특히 그러한 법적 성질은 저당권의 실행의 경우에 나타난다. 즉, 등록임차인은 임대보증금을 반환받지 못하였을 경우에 토지이용권의 경매를 신청할 수 있다(금강산관광지구부동산규정 제43조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제44조 제1항). 그리고 임대보증금의 우선변제권이 인정되며, 등록임차권에 기한 경매 또는 저당권의 실행의 경우에 임대보증금반환채권과 저당권의 피담보채권의 우선변제의 순위는 임차권과 저당권 등록의 순위에 따라서 결정된다(금강산관광지구부동산규정 제43조 제2항, 제52조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제44조 제2항, 제53조 제1항).

그러나 금강산관광지구 및 개성공업지구 이외의 지역에서의 토지이용권이 설정된 토지의 임대차는 임대차계약을 체결하고 그 토지이용권 설정기관의 승인을 받아야 하며(토지임대법시행규정 제54조 제1항), 승인을 받은 후에 임차권등록을 하여야 한다(토지임대법시행규정 제56조 제1항). 등록절차가 모두 끝난 순간부터 임대차계약의 효력이 발생한다(토지임대법시행규정 제56조 제2항). 이와 같이 토지임대법시행규정에서는 오로지 등록임차권만을 예정하고 이를 규정하고 있다. 그리고 동시행규정에서는 등록임차권에 대한 저당권의 설정은 이를 인정하지 않고 있으며, 물론 임차보증금을 우선변제받기 위한 토지이용권의 경매도 인정하지 않고 있다.

이와 같이 북한에서의 토지임차권의 임대도 경제특별구역에 따라서 이를 달리하고 있다.

그리고 북한에서의 토지이용권의 임대기간은 설정받은 토지이용권 존속기간

의 잔여기간내로 하며(토지임대법시행규정 제41조 제1항, 금강산관광지구부동산규정 제34조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제35조 제2항), 토지이용권의 임대 시에는 건물도 함께 임대한다(토지임대법시행규정 제44조, 금강산관광지구부동산규정 제26조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제27조 제1항). 그리고 금강산관광지구, 개성공업지구 및 자유경제무역지대에서는 건물을 임대하면 토지이용권도 역시 수반하여 임대된다(금강산관광지구부동산규정 제26조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제27조 제1항, 자유경제무역지대 건물양도 및 저장규정 제2조 제3항). 그러나 그 외의 지역에서는 그러한 명시적인 규정을 두고 있지는 아니하나 그렇게 해석함이 북한의 토지이용권 유동화의 실정에 부합할 것으로 생각된다.

(3) 토지이용권의 저당

토지이용권은 저당권의 객체가 될 수 있다(토지임대법시행규정 제72조 제1항, 금강산관광지구부동산규정 제44조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제45조 제1항). 그리고 금강산관광지지구와 개성공업지구에서는 토지이용권의 등록임차권도 저당권의 객체가 될 수 있다(금강산관광지구부동산규정 제44조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제45조 제1항).

금강산관광지구와 개성공업지구에서의 토지이용권 및 등록임차권에 대한 저당권의 설정은 저당권설정계약을 맺고, 각 지구관리기관에 등록을 하여야 한다(금강산관광지구부동산규정 제44조 제2항). 그리고 등록신청인은 저당권자이다(금강산관광지구부동산규정 제44조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제45조 제2항, 개성공업지구부동산등록준칙 제12조 본문). 그러나 그 이외의 지역에서 저당권의 설정은 설정계약을 체결하고, 이에 대하여 공증기관으로부터 공증을 받아 시·군국토관리기관에 등록을 하여야 한다(토지임대법시행규정 제73조, 제74조 제1항).

그리고 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 토지이용권의 임대인이 그의 토지이용권에 대하여 저당권을 설정하였을 때에는 토지이용권의 임차인에 대하여 저당권 설정의 사실을 통지하여야 한다(금강산관광지구부동산규정 제46조, 개성공업지구부동산규정 제47조)

이러한 절차로 설정된 토지이용권에 대한 저당권은 등록일에 성립한다(토지임대법시행규정 제74조제2항, 금강산관광지구부동산규정 제24조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제25조 제1항).

이와 같이 토지이용권에 대하여 저당권을 설정하고자 할 때에는 당해 토지의 지상건축물에 대해서도 함께 저당권이 설정된다(토지임대법시행규정 제72조 제2항, 금강산관광지구부동산규정 제26조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제27조 제1항). 자유경제무역지대, 금강산관광지구 및 개성공업지구에서는 건물에 대해서 저당권이 설정되면 토지이용권도 함께 저당된다(자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제2조 제3항, 금강산관광지구부동산규정 제26조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제27조 제1항). 그러나 토지임대법시행규정에서는 그 외의 지역에서의 건물에 대한 저당권의 설정으로 토지이용권도 함께 저당된다는 규정을 두고 있지 아니하다.

동일한 토지이용권 또는 등록임차권에 대하여 수개의 저당권이 설정되었을 때의 그 순위는 저당등록의 순위로 결정한다(토지임대법시행규정 제74조제2항, 금강산관광지구부동산규정 제45조, 개성공업지구부동산규정 제46조).

금강산관광지구와 개성공업지구 및 자유경제무역지대에서의 저당권에는 물상대위가 인정된다(금강산관광지구부동산규정 제49조, 개성공업지구부동산규정 제50조, 자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제53조).

그리고 저당권의 실행은, 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 채무자가 변제기간 내에 피담보채무를 변제하지 아니하거나, 저당권설정자가 상속인 없이 사망한 경우에 각 지구관리기관에 경매를 신청하는 방법으로 이루어진다(금강산관광지구부동산규정 제51조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제52조 제

1항). 그러나 자유경제무역지대에서의 저당권의 실행은 저당권자에게 저당목적물을 자유로이 처분하는 방법으로 할 수 있도록 허용하고 있다(자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제55조 제1항). 금강산관광지구, 개성공업지구 및 자유경제무역지대외의 기타 지역에서는 채무자인 기업의 피담보채무의 이행지체, 해산, 파산이 저당권 실행의 사유이며(토지임대법 제24조), 저당권의 실행방법은 경매에 의함이 원칙이나, 저당권자가 수인인 경우에는 그들이 합의하여 실행방법을 정할 수 있도록 하고 있다(토지임대법시행규정 제79조 제1항).

금강산관광지구와 개성공업지구에서는 저당권을 실행하여 얻은 경락대금으로 최우선적으로는 세금, 수수료, 실행비용에 충당하며, 잔액으로 임차권 및 저당권의 등록순서에 따라서 등록임차인 및 저당권자에게 배당한다(금강산관광지구부동산규정 제42조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제53조 제1항). 등록임차인에게는 임대보증금을 우선변제하며, 저당권자의 우선변제의 범위는 원금, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 1년간의 지연손해로 한다(금강산관광지구부동산규정 제52조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제53조 제2항). 자유경제무역지대에서는 실행비용, 조세채권, 피담보채권의 순서로 충당하도록 하고 있다(자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제56조). 기타 지역에서의 저당권의 실행으로 얻은 경락대금으로는 피담보채권을 우선적으로 변제 받을 수 있다는 규정만 두고 있을 뿐이다(토지임대법시행규정 제79조 제2항).

금강산관광지구와 개성공업지구에서의 저당권의 실행으로 인한 경락인의 토지이용권 및 건물소유권의 취득은 경락대금을 완납한 때이다(금강산관광지구부동산규정 제53조, 개성공업지구부동산규정 제54조 제1항). 그러나 그 외의 지역에서의 저당권의 실행으로 인한 경락인의 토지이용권의 취득시기에 관하여는 관련법에서 명시적인 규정을 두고 있지 아니하다.

금강산관광지구와 개성공업지구에서는 독특하게 토지이용권자가 저당권이 설정된 토지이용권을 양도하고자할 때에는 미리 이를 저당권자에 통지하도록 하고 있다(금강산관광지구부동산규정 제47조 제2항, 개성공업지구부동산규정

제48조 제2항). 이러한 통지의무를 부과하고 있는 것은 저당권자가 저당권을 실행하지 아니하고 양도대금으로부터 저당권의 피담보채권을 변제받을 수 있게 하기 위함에 있는 것으로 해석된다.¹²³⁾ 그러나 다른 지역에서는 이러한 통지의무가 부과되지 않는다.

그리고 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 임대한 토지이용권을 목적으로 하여 저당권을 설정하고자 할 때에는 그 사유를 임차인에게 통지하여야 한다(금강산관광지구부동산규정 제46조, 개성공업지구부동산규정 제47조). 다른 지역에서는 물론 이러한 통지의무의 부담이 없다.

(4) 토지이용권의 상속

금강산관광지구, 개성공업지구 및 자유경제무역지대에서는 토지이용권의 상속이 인정된다(금강산관광지구부동산규정 제31조, 개성공업지구부동산규정 제32조, 자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제37조 제2항). 그러나 기타의 지역에서는 토지이용권의 상속 인정에 관하여 특별규정을 두고 있지 아니하다. 그러나 외국의 토지이용권자가 개인투자자일 때에는 상속이 인정된다고 해석함이 타당하다.

그리고 자유경제무역지대에서는 상속이 이루어지면 이를 건물의 임차인 및 저당권자에게 통지하여야 한다(자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제38조 제1항). 그러나 금강산관광지구와 개성공업지구에서는 상속의 경우에 이를 임차인에게 통지할 의무가 없다(금강산관광지구부동산규정 제33조 단서, 개성공업지구부동산규정 제34조 단서).

그리고 금강산관광지구와 개성공업지구에서의 상속에 관한 준거법은 사망당시 피상속인이 속하는 나라 또는 지역의 법으로 규정하고 있다(금강산관광지

123) 중국에서는 저당권자가 양도대금으로부터 우선변제를 받을 수 있도록 인정하고 있다(중국물권법 제191조 제1항 1文).

구부동산규정 제31조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제32조 제2항). 기타 지역에서의 상속은 북한의 상속법(최고인민회의 상임위원회 정령: 2002. 3. 13)이 준거법이 된다.

카. 토지이용권 양도, 임대, 저당의 취소

금강산관광지구와 개성공업지구에서는 토지이용권자가 사기, 강박에 의하여 토지이용권을 양도, 임대하였거나 저당하였을 경우 그 사유를 안 날로부터 3개월 내에 양도, 임대, 저당을 취소할 수 있다(금강산관광지구부동산규정 제27조, 개성공업지구부동산규정 제28조). 그러나 토지이용권을 양도, 임대, 저당한 날로부터 3년이 경과하였거나, 선의의 3자가 토지이용권을 전득하였거나 등록임차권을 취득한 경우에는 취소할 수 없다(금강산관광지구부동산규정 제28조, 개성공업지구부동산규정 제29조). 그리고 토지이용권 임대차계약의 해지도 인정된다. 그러나 북한에서는 해지도 취소라고 표현하고 있다. 임차인이 임대인의 동의 없이 토지의 용도를 변경하였거나, 3회 이상 임차료를 지급하지 아니한 경우, 기타 임대차계약에서 약정한 취소사유가 발생한 경우에 임대인은 그 임대차 계약을 취소할 수 있다(금강산관광지구부동산규정 제39조, 개성공업지구부동산규정 제40조). 그리고 임차인은 3개월의 유예기간을 두고 임대차계약의 취소 의향을 임대인에게 알리고 취소할 수 있으며(금강산관광지구부동산규정 제40조 제1항, 개성공업지구부동산규정 제41조 제1항), 임대인의 잘못으로 토지를 임대차계약에서 정한 용도로 사용할 수 없거나 임차인의 책임 없는 사유로 토지가 전부 또는 일부 멸실되어 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우, 기타 임대차계약에서 정한 임대인의 책임에 속하는 취소사유가 발생한 경우에는 즉시 취소할 수 있다(금강산관광지구부동산규정 제41조, 개성공업지구부동산규정 제42조).

그 외 토지이용권의 양도, 임대, 저당의 취소 등 별도의 법규정이 없는 경우

개성공업지구에서 북한 민법이 정하는 바에 따를지 여부에 관하여는 앞서 본 바와 같이 개성공업지구법 제9조의 해석과 관련하여 북한 민법을 보충적용하여야 한다는 견해와 개성공업지구법 해석을 위해 참고할 수 있을 뿐이라는 견해의 대립이 있다.

다. 토지이용권 존속기간 만료 시 법적처리

금강산관광지구와 개성공업지구에서 토지이용권의 존속기간이 만료되었을 때의 법적처리에 관하여는, 존속기간의 만료일로부터 10일 내에 토지이용증 및 토지이용권등록증을 지구관리기관에 반납하여야 하며, 6개월 내에 당해 토지를 원상에 복구하여야 한다(금강산관광지구부동산규정 제16조 제1항, 제2항 본문, 개성공업지구부동산규정 제17조 제1항, 제2항 본문).

그러나 토지이용권 존속기간은 이를 연장할 수 있으며, 토지이용권 설정기관은 부득이한 경우를 제외하고는 연장신청이 있는 경우에 이를 연장해 주어야 한다(금강산관광지구부동산규정 제17조 제1항 전문, 제2항, 개성공업지구부동산규정 제18조 제1항 전문, 제2항). 존속기간의 연장의 경우에는 토지이용권 설정계약을 다시 체결하고 토지이용증을 재발급받아야 한다(금강산관광지구부동산규정 제17조 제1항 후문, 개성공업지구부동산규정 제18조 제1항 후문).

그리고 존속기간의 만료 시에 지상건축물을 유상 또는 무상으로 북한측에 이관하거나, 북한측의 사정에 의하여 토지이용권이 회수되었거나, 토지이용권 설정기관이 토지이용기간의 연장을 거절하였을 경우에는 토지를 원상에 복구하지 않을 수 있다(금강산관광지구부동산규정 제16조 제2항, 개성공업지구부동산규정 제17조 제2항). 특히 설정기관이 토지이용기간의 연장을 거절하였을 경우에는 북한측이 지상건축물에 대하여 보상을 하도록 하고 있다(금강산관광지구부동산규정 제17조 제3항, 개성공업지구부동산규정 제18조 제3항).

기타 지역에서는 토지이용권의 존속기간이 만료하면 토지와 그 지상건축물

은 무상으로 북한측에 반환된다(토지임대법시행규정 제96조 제1항). 그러나 설정된 존속기간이 40년 이상이고, 지상건물이 토지이용권 존속기간이 만료하기 10년 내에 준공되고, 그 건물의 건축을 위하여 투입된 비용이 2,000만원 이상 일 때에는 그 지상건물에 대해서는 그 건물의 잔존가치를 보상받을 수 있다(토지임대법시행규정 제96조 제2항). 토지이용권 설정기관이 반환받기를 원하지 않는 시설물은 존속기간의 만료일로부터 30일 이내에 토지이용권자가 자기의 비용으로 철거하여 토지를 정리하여야 한다(토지임대법시행규정 제101조 제1항). 토지이용권자가 법정의 기간 내에 시설물을 철거하여 토지를 정리할 수 없는 경우에는 이를 설정기관에 통지하고, 토지이용권자의 비용으로 제3자에게 철거와 정리를 위탁할 수 있다(토지임대법시행규정 제101조 제2항).

물론 기타지역에서도 토지이용기간의 연장이 가능하며, 연장하고자할 때에는 새로 토지이용권 설정계약을 체결하고, 토지이용증을 재발급받고, 토지이용권 변경등록을 하여야 한다(토지임대법시행규정 제98조 내지 제100조).

과. 토지이용권과 건물소유권과의 관계

북한에서는 토지이용권과 건물소유권을 분리하여 별개의 권리로 하고 있다. 그러나 이상에서 살펴본 바와 같이 양자를 일체로 하여 처분하도록 하고 있다. 즉, 토지이용권 또는 건물을 양도, 임대, 저당할 때에는 건물소유권 또는 토지이용권도 함께 수반하여 양도, 임대, 저당되도록 하고 있다(토지임대법시행규정 제44조, 금강산관광지구부동산규정 제26조 제1항 전문, 개성공업지구부동산규정 제27조 제1항 전문). 그리고 양 권리에 대한 이전, 임대, 저당의 등록도 함께 동시에 한다(금강산관광지구부동산규정 제26조 제1항 후문, 개성공업지구부동산규정 제27조 제1항 후문). 그러므로 북한에서는 토지이용권과 건물소유권은 상호 수반한다.

3. 토지점유

북한에서는 국가 또는 사회협동단체가 토지를 소유한다. 북한주민 개인은 토지를 점유하고 이용할 뿐이다. 북한민법에서는 토지에 대한 북한주민의 점유를 인정하고 이를 법률로 규정하고 있다(북한민법 제42조, 제46조 제2항, 제47조, 제55조 등). 그러나 점유를 권리로서 인정하고 있지는 아니하다. 불법적인 토지지배도 이를 점유로 표현하고 있는 것(북한민법 제40조)에 비추어 보면 북한에서는 점유가 물건에 대한 단순한 사실적 지배를 의미하는 것으로 이해된다.

따라서 토지에 대해서는 오로지 국가 또는 사회협동단체가 소유권을 가지고, 토지에 대한 물건으로서의 오로지 소유권만을 인정하고 있을 뿐이다. 토지에 대한 기타의 권리는 극히 제한적으로 인정되고 있는 토지이용권 뿐이다. 북한은 토지에 대한 점유라는 사실상의 지배 상태를 인정은 하고 있지만, 그 사실상의 지배를 권리인 점유권으로 인정하지는 않는다. 점유에 기초하여 토지를 이용하고 있을 뿐이다. 그 이용도 권리인 이용권이 아니라 단순한 점유의 효과로서의 이용에 불과하다고 해석된다.

4. 건물소유권과 건물이용권

북한에서는 토지의 정착물인 건물을 토지와는 별개의 부동산으로 파악하고 있다. 사회주의 국가에서는 토지는 개인소유가 인정되지 아니하나, 건물에 대해서는 개인소유권이 인정된다. 그러나 개인소유가 인정되는 건물도 생산수단이 아닌 건물에 한한다고 해석된다.¹²⁴⁾ 그리하여 북한민법에서는 살림집에 대

124) 사회주의 구동독에서는 건물을 생산수단인 공장과 주거용인 주택은 토지와는 독립된 부동산으로서 건물등기부(Gebäudebuch)에 등기하고, 휴양시설, 차고등과 같은 생산수단도 아니고 주거용인 주택도 아닌 건물은 그것을 토지와는 독립된 물건이지만 부동산이 아니라 동산으로 다루어 건물등기부에 등기될 수가 없었다. 그러므로 구 동독에서는 건물등기부에 등기되어 부동산으로 다루어지는 건물

한 개인소유권을 인정하고 있다(북한민법 제59조).

북한주민은 생산수단인 건물에 대한 소유권은 물론 이용권도 갖지 못한다고 해석되며 단지 점유하고 있을 뿐이라고 해석된다. 그러나 생산수단이 아닌 살림집에 관하여는 그것이 국가나 사회협동단체로부터 배분받은 경우 주민이 그 살림집에 대한 이용권을 가지며, 그 이용권은 법적으로 보호받는다(북한민법 제50조). 이 때의 이용권도 물권으로서의 이용권이 아니라 채권으로서의 이용권에 불과하다고 해석된다.

그러나 금강산관광지구 및 개성공업지구에서는 생산수단인 공장건물에 대한 입주업체의 사소유권이 인정되며(금강산관광지구부동산규정 제21조, 제26조, 개성공업지구부동산규정 제22조, 제27조), 임차인의 건물이용권인 건물임차권도 인정된다(금강산관광지구부동산규정 제3조 3호, 제26조 제1항, 제24조 제3항 후문, 개성공업지구부동산규정 제3조 3호, 제27조 제1항, 제25조 제3항 후문). 특히 등록임차권은 건물에 대한 전세권과 동일하다고 해석되며, 비등록임차권은 채권적인 이용권으로 해석된다.

그리고 자유경제무역지대에서는 건물의 임차인은 건물의 매매가 있을 때에 최우선하여 당해 임차건물을 매수할 수 있는 우선매수권을 갖는다¹²⁵⁾(자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제24조 전문).

5. 토지이용권에 대한 평가와 운용상의 문제점

가. 토지이용권 인정에 대한 평가

북한은 극히 제한적으로 토지이용권을 인정하고 있다. 지역적으로는 북한

(Gebäude)과 등기될 수 없고 동산으로 다루어지는 건물(Baulichkeit)로 구별하였다. 그리하여 구 동독에서는 토지는 토지등기부(Grundbuch)에 생산수단인 건물과 주택은 건물등기부에 등기를 하였다. 그리고 건물중 생산수단도 주택도 아닌 건물은 동산으로 다루었다.

125) 건물임차인 다음으로 건물공동이용자, 건물관리기관, 건물저당권자의 순으로 당해 건물에 대한 우선매수권을 갖는다(자유경제무역지대 건물양도 및 저당규정 제24조 전문).

변방의 특수경제지역에 인정하고 있고, 인정목적은 외자유치에 한정하고 있다. 그리고 인정의 대상도 외국의 투자기업, 개인투자자, 합영 또는 합작기업에 토지이용권을 현물출자하는 기관, 기업소, 단체에 한정하고 있으며, 북한주민 개인에게는 전혀 인정하고 있지 아니다.

이와 같이 제한적으로 토지이용권을 인정함에 있어서도 그 각각의 특수경제지역의 토지이용권 설정의 근거법령을 달리하고 있고, 그 내용도 또한 동일하지 아니다. 이미 논술했지만, 북한의 특별경제구역별 토지이용권의 내용을 비교해 보면 <표4>와 같다.

<표4> 북한의 특구별 토지이용권 비교

	개성공업지구	금강산관광지구	라진선봉경제무역지대	신의주특별행정구	특구이외 지역
근거법률	<ul style="list-style-type: none"> · 개성공업지구법(2002) · 개성공업지구 부동산 규정(2004) · 토지임대법(1993) · 토지임대법시행규정(1994) 	<ul style="list-style-type: none"> · 금강산관광지구법(2002) · 금강산관광지구 부동산 규정(2004) · 토지임대법(1993) · 토지임대법시행규정(1994) 	<ul style="list-style-type: none"> · 라진선봉경제무역지대법(1993) · 자유경제무역지대법(1993) · 토지임대법(1993) · 토지임대법시행규정(1994) · 자유경제무역지대건물양도 및 저장규정(1995) 	<ul style="list-style-type: none"> · 신의주특별행정구기본법(2002) 	<ul style="list-style-type: none"> · 토지임대법(1993) · 토지임대법시행규정(1994)
설정방법	협의	협의	협의, 경매, 입찰		협의
존속기간	50년, 연장가능	50년, 연장가능	50년, 연장가능		50년
설정대상	남한기업, 해외동포, 외국기업, 외국개인투자자	특별규정을 두고 있지 않음	<ul style="list-style-type: none"> · 외국기업, 외국개인투자자 · 합영, 합작기업에 토지를 출자하려는 북한의 기관, 기업소, 단체 · 북한주민 개인에게는 不許 		<ul style="list-style-type: none"> · 외국투자기업, 외국개인투자자 · 합영, 합작을 위한 북한의 기관, 기업소, 단체. · 북한주민 개인에게는 不許

110 개성공업지구 토지이용권 보호방안 연구

	개성공업지구	금강산관광지구	라진선봉경제무역지대	신의주특별행정구	특구이외 지역
설정기관	중앙공업지구지도기관	중앙관광지구지도기관	중앙국토환경보호지도기관	법률	
토지이용권의 법적성질	부동산: 건물과 부착물을 포함 (개성공업지구부동산규정 제3조 3호)	부동산: 건물과 부착물을 포함 (금강산관광지구부동산규정 제3조 3호)	재산권(토지임대법 제7조)		
양도	제한없음		해당 중앙기관(토지이용권 설정기관)의 승인을 요함(토지임대법 제15조)	가능	해당 중앙기관(토지이용권 설정기관)의 승인을 요함(토지임대법 제15조)
양도절차			토지이용권 설정기관에 양도문건 제출-->설정기관으로부터의 양도 승인-->공증기관의 공증-->국토관리기관에 토지이용권 명의 변경 등록(토지임대법 제18조)		
임대			해당중앙기관(토지이용권 설정기관)의 승인을 요함(토지임대법 제15조)	가능	
저당	토지이용권 설정기관의 승인없이 가능	토지이용권 설정기관의 승인없이 가능	해당중앙기관(토지이용권 설정기관)의 승인을 요함(토지임대법 제15조)	가능	해당 중앙기관(토지이용권 설정기관)의 승인을 요함(토지임대법 제15조)
토지이용권과 건물소유권의 一體的인 처리여부	一體로 처리		一體로 처리		
토지사용료 감면			10년이내의 범위에서 감면 또는 면제		장려부문에 한하여 10년 이내의 범위에서 감면 또는 면제

	개성공업지구	금강산관광지구	라진선봉경제무역지대	신의주특별행정구	특구이외 지역
존속기간만료 후의 처리			토지이용권과 건물 및 지상 부착물을 무상으로 반환. 그러나 존속기간이 40년이 상인 경우에는 지상건물의 준공연한이 10년미만이고, 총건축비용이 북한 원 2,000만원이상인 때에 기본건물에 대해서는 해당 잔존가치를 보상받을 수 있음(토지임대법 제34조). 그러나 토지이용권 설정기관이 반환받기를 거절한 경우에는 건축물, 설비등은 토지이용권자가 자기비용을 철거하고 토지를 정리하여야 함(토지임대법 제37조)		

그리고 북한은 토지이용권의 설정과 유동화에 대한 실험을 하고 있는 중이며, 이를 사회주의 계획경제의 변화를 위한 수단으로 이용하고자 하지는 않고 있다. 물론 극히 제한적으로 토지이용권을 인정하는 그 자체가 사회주의 계획경제의 변화이기는 하지만, 계획경제인 북한의 경제를 회생시킬 수 있는 정도의 토지이용권의 설정과 유동화의 수준에 이르지 못하는 못하고 있다.

무엇보다도 북한이 경제의 어려움을 해결하기 위해서는 북한주민으로 하여금 창의적으로 일할 수 있는 제도를 마련하여야 한다. 그러기 위해서는 북한

주민에게 토지이용권이 인정되어야 한다. 특히 북한농민들에게 그들이 점유, 이용하고 있는 토지에 대한 권리로서의 이용권을 인정해 주어야 한다. 그리고 북한주민 개인의 택지이용권을 권리로서 인정해주어야 한다. 북한체제의 구성과 운영의 중심은 북한주민이다. 주민의 삶과 인격보호를 위한 목적의 토지이용권의 인정과 활용이 아닌 외자유치 목적의 외국인을 위한 토지이용권의 설정과 활용으로는 북한경제의 회생을 이루기는 힘들다.

중국의 유상설정의 토지사용권과 북한의 토지이용권의 구체적인 내용은 <표5>에서와 같은 차이점을 갖고 있다.

<표5>중국의 토지사용권과 북한의 토지이용권의 비교: 유상설정 중심

	중국의 토지사용권	북한의 토지이용권
설정의 용어	出讓	·임대: 토지임대법 ·취득: 금강산관광지구부동산규정, 개성공업지구부동산규정
설정의 범위	국내의 기업은 물론 개인에게도 허용	·외국의 투자자 및 투자기업에게 인정 ·개인에게 不許, ·북한의 기관, 기업소, 단체도 합영, 합작기업에의 출자를 할 때에 토지이용권 취득인정
설정방법	·협외, 경매, 입찰 ·부동산개발을 위한 토지사용권의 설정 시에는 경매나 입찰로만 가능	·협외원칙 ·라진, 선봉경제무역지대에서는 경매, 입찰 허용 ·신의주특별행정구에서는 동신의주 특별행정구기본에 의해 설정
설정절차	·서면에 의한 토지사용권 설정계약 체결 ·설정금 납부 ·토지사용권증 발급 ·토지사용권 등기	·토지이용권 문건 제출 ·토지관리기관의 승인 ·토지이용권 설정계약(토지임대차계약)의 체결 ·토지이용권료 지급 ·토지이용증 발급 ·토지이용권 등록
설정행위의 법적성질	민사법률행위적 성질이 강함	행정행위적 성질이 강함
건축물과의 통일적 처리 여부	통일적 처리	통일적 처리

	중국의 토지사용권	북한의 토지이용권
존속기간	주택용지: 70년 공장용지: 50년 상업용지: 40년 교육, 기술등의 용지: 50년	50년
토지이용권의 법적성질	용익물권으로 규정	재산권 또는 부동산으로 규정
매매(양도)	공증 不要 승인 不要	판매: 판매계약의 체결 후, 공증을 요함
교환	인정	허용하는 규정을 두고 있지 아니함
증여		인정 임대기관의 승인 필요 공증 불요
임대	토지사용권을 임대 설정기관의 승인을 불요	·토지를 임대: 토지임대법 ·토지이용권을 임대: 개성공업지구법 ·토지이용권 설정기관의 승인을 요함 ·공증은 불요
저당	토지사용권을 저당 지상건물도 함께 저당	토지이용권을 저당 저당권설정계약 체결 및 공증 지상건물도 함께 저당
상속	인정	인정 상속확인서의 공증 필요
국토관리기관 의 승인을 받아야 하는지 여부	不要	·판매, 재임대, 증여: 승인 필요 ·상속: 동의 필요 ·저당: 설정시는 승인 不要, 실행시는 승인 필요
등기 및 등록과 그 효력	등기는 효력발생요건	·등록: 효력발생요건 ·존속기간의 만료로 인한 반환: 국토관리 기관에 자동복귀
수용과 보상	·수용시 보상 ·조기회수시도 보상	조기회수시 보상
종료와 보상	·도시주택용지사용권: 자동연장 ·무상으로 토지사용권과 지상건물 소유권을 국가에 반환	·존속기간만료: 자동반환 ·무상반환이 원칙 ·토지이용권 기간이 40년 이상이고, 토지 이용권 기간이 만료되기 10년 이내에 준 공한 건물이고, 총투자액이 2,000만원이상 일 때에 그 잔존가치를 보상(토지임대법 제34조)
근거법률	·土地管理法(1986) ·中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓 及轉讓暫定條例(1990) ·城市房地產管理法(都市不動產管理法) (1994) ·農村土地承包法(2002) ·物權法(2007)	·토지임대법(1993): 일반법 ·자유경제무역지대법(1993): 자유경제무역 대에서만 적용 ·라진선봉경제무역지대법(1993): 라선 자 유경제무역지대에만 적용 ·신의주특별행정구기본법(2002) ·금강산관광지구법(2002) ·개성공업지구법(2002)

나. 토지이용권의 설정과 유동화 제도의 문제점

(1) 법령체계 및 내용의 혼란

북한은 그 법령체계가 복잡하고 상하의 질서가 명확하지 아니한데, 토지이용권에 관한 법령질서 역시 극히 혼란스럽다. 특수경제지역마다 토지이용권의 인정의 근거법이 다르고, 그 내용도 또한 다르다. 또한 법률용어의 사용이 통일적이지 못하고, 권리를 물건으로 규정하는 등의 오류가 발견되고 있다. 그리고 그 각각의 근거법에서 토지이용권 내용의 일부분을 규정하고는 있지만 보다 체계적이기 위해서는 북한민법에서 토지이용권에 관하여 그 내용을 상세히 규정하여야 한다.

북한이 토지이용권을 통하여 외자를 유치하려면 북한에 자본을 투자하고자 하는 외국인 및 외국기업에 장래에 대한 예측가능성과 투자자본의 회수에 관한 법적 안정성을 확실하게 보장해 주어야 한다. 무엇보다도 장기의 토지이용권이 계속되는 동안에 북한이 절대로 토지이용권을 중도에 회수하지 않겠다는 보장이 있어야 하고, 존속기간이 만료되었을 때에 잔존가치의 회수를 보장하여야 한다. 그러나 현행의 토지이용권 관련 법률에서는 이에 관한 명확한 규정을 하지 않고 있다.

(2) 토지이용권 설정방법의 문제점

북한은 토지이용권의 설정방법으로 유상설정방법만을 인정하고 있다. 그러나 북한의 기관, 기업소, 단체에게는 무상으로 배분해 줄 것으로 판단된다. 유상설정의 방법으로 경매, 입찰의 방법을 규정은 하고 있지만 실제로는 협의의 방법으로만 토지이용권을 설정하고 있다.

협상의 방법으로는 합리적인 토지이용권의 가격형성이 어렵다. 경매, 입찰을

통하여 토지이용권을 설정하여야 자연스럽게 토지이용권의 가격형성이 이루어지고 그 가격을 기초로 하여 저당권을 설정할 수 있을 것이다.

그리고 토지이용권의 설정절차에 있어서 법령에서는 토지이용권 설정계약을 체결하고, 설정금을 지급한 다음에 토지이용증을 발행·교부하고, 토지이용권을 등록하는 순서로 진행하도록 규정하고 있으나, 구체적인 토지이용권 설정계약을 체결함이 없이 토지이용증을 발행 교부하기도 한다. 이러한 일의 처리는 북한이 토지에 관한 한 먼저 실행하고 나중에 법령의 제정으로 추완하는 방법으로 진행한 과거 사례를 반복하는 것이다.

(3) 토지이용권 설정금의 사용목적 불명

북한은 토지이용권 설정료의 사용용도에 관하여 토지이용권 설정 근거법에서 특별규정을 두고 있지 아니하다. 토지이용권 설정금의 사용용도와 관련하여 북한경제의 회생을 위한 것임을 관련 근거법에서 명확히 하여야 한다. 중국에서와 같이 특별기금을 설치하고 그 재원으로 사용하고 그 기금으로는 북한의 경제회복을 위한 자금으로 사용하겠다는 것을 명확히 하여야 한다.

(4) 농지에 대한 토지이용권 설정 불인정의 문제점

북한에서 토지이용권 인정이 가장 필요한 토지는 농지이다. 농지에 대한 권리로서의 이용권이 농민에게 인정되어야 한다. 그리하여야 농지의 생산성을 향상시킬 수 있다. 농지개혁의 역사에 비추어 보아도 농지의 사적 소유를 인정하는 자본주의국가에서도 농지소유의 집중은 생산성의 저하를 가져왔으며, 사회주의국가에서의 농지에 대한 사적 소유권의 부인도 역시 농업생산성의 저하를 가져왔다.

농민의 농지에 대한 사용권 인정에 의해 농지의 생산성 향상을 도모할 수

있도록 하여 한다. 북한에서 토지이용권의 인정은 해외투자자를 위한 제도로 부터 북한 내 토지생산성의 향상을 위한 제도로서의 활용으로 전환될 필요가 있다.

(5) 북한주민 개인에게 토지이용권 설정 불인정의 문제점

북한은 북한주민 개인에게 토지이용권을 인정하여야 한다. 그것이 사회주의 토지소유제도의 이념이기도 하다. 그런데 토지의 소유자인 북한주민에게는 토지에 대한 소유권도 이용권도 인정되지 아니한다. 단지 사실상의 토지 지배인 점유와 점유의 효과로서의 토지이용이 허용되고 있을 뿐, 권리로서의 토지이용권은 전혀 인정되지 않고 있다. 토지이용권은 북한주민 개인에게 인정되고 설정되어 북한주민이 북한의 역사발전의 주체로서의 지위를 회복하여야 한다.

(6) 북한민법에서의 토지이용권에 관한 규율 부재의 문제점

북한민법에는 토지의 소유만을 규정하고 토지의 이용에 관하여는 전혀 규정하고 있지 아니하다. 그러므로 토지이용권에 관한 규정을 들 리가 없다. 그것은 토지법에서 토지의 유통화를 금지하고 있고, 북한헌법에서 사회주의적 토지소유제도를 천명하고 있기 때문인 것으로 추론된다.

중국은 1986년에 토지관리법을 제정하여 토지사용권에 관하여 규정하면서 동시에 민법통칙을 제정하여 토지사용권을 재산권으로 규정하였다. 북한에서는 토지이용권을 북한 전역에 설정할 수 있는 근거법으로서 1993년의 토지임대법을 제정하면서 북한 민법은 아무런 개정조치를 취하지 아니하였다. 물론 북한주민 개인에게 토지이용권을 인정하지 않은 상태에서 그들의 민법에서 토지이용권을 규정할 수는 없었을 것이다.

토지이용권을 통한 북한경제의 회생을 도모하기 위해서는 북한주민을 위한

토지이용권이 인정되어야 하고, 그들의 민법에서 토지이용권을 입법하고, 이를 보호하여야 한다.

V. 개성공업지구의 현황, 적용법률 및 토지이용권의 실상

1. 개성공업지구의 현황

개성공업지구는 2002년 11월 13일 특별경제구역으로 지정이 되었다. 그리고 2002년 11월 20일에는 개성공업지구법이 제정, 공포되어 당일로 시행에 들어갔다. 그리고 곧바로 2002년 12월 4일 남한의 현대아산(주)과 한국토지공사, 북한의 조선아시아태평양평화위원회와 민족경제협력위원회의 4자간의 협의에 의하여 현대아산과 한국토지공사를 개성공업지구 총 2,000만평 중 공단개발구역 800만평에 대한 공동개발업자로 결정하였다.

그 후 2002년 12월 23일에 북한이 현대아산에 대해서는 개성공업지구 2,000만평에 대한 현대아산 단독명의로 토지이용증을 교부하고, 한국토지공사에 대해서는 공단개발구역 800만평 중 1단계 100만평에 대한 현대아산과 한국토지공사 공동명의로 토지이용증을 교부하였다. 그리고 2002년 12월 26일에는 현대아산과 한국토지공사간의 합의에 의하여 현대아산이 취득한 100만평에 대한 토지이용권의 지분을 한국토지공사에 이양하기로 하여 남한 내에서는 한국토지공사가 단독으로 개성공단개발업자가 되고, 북측과의 관계에서는 현대아산과 한국토지공사가 공동으로 개성공단개발업자가 되는 현상이 발생하게 되었다. 그러므로 1단계 100만평에 대해서는 한국토지공사가 단독개발업자로 되고, 나머지 공단구역 700만평에 대해서는 남한에서는 한국토지공사가, 북한과의 관계에서는 현대아산과 한국토지공사가 공동으로 개발업자로 되며, 배후단지 1,200만평에 대해서는 현대아산이 단독개발업자로 되어 있는 상태이다.

그리고 2004년 4월 23일에 와서야 비로소 북한의 중앙특구개발지도총국(즉, 개성공업지구법상의 중앙공업지도기관)과 한국토지공사가 공단구역 1단계 100만평에 대한 토지이용권 설정계약(개성공업지구부동산규정에서는 토지임대차 계약이라 규정)을 체결하고 한국토지공사는 토지이용권 설정대금 1,600만 미국달러를 북한측에 지급하였다.

그 후 2004년 4월 23일에 한국토지공사가 100만평에 대한 공단개발에 착수하여 동년 6월 30일 시범단지 28,000평의 부지조성공사를 준공하고, 동년 9월 14일 시범단지 내에 공장건축을 착공하고, 동년 12월 15일에는 입주업체의 첫 제품이 생산되었다. 그리고 본단지 1차로 50,000평의 부지조성공사가 끝나 입주업체를 공모하였으며, 선정된 입주업체들이 부분적으로 공장건축을 한 상태이다. 그리고 2007년 6월 30일에는 1단계 100만평에 대한 공단의 부지조성공사와 하부구조시설물의 설치가 완료되어 준공이 되었다. 이와 함께 본단지 2차의 530,000평에 입주할 업체 공모가 2007년 4월 30일에 공고되어 입주업체의 신청을 받고 있다.

이러한 개성공업지구의 지정과 개발이 이루어지기까지 1998년 6월 16일에 현대그룹의 정주영 회장이 소떼를 몰고 북한에 갔으며, 2000년 8월 22일 현대와 북한의 조선아시아태평양위원회간에 개성공단개발에 관한 포괄적인 합의를 하였다. 그 후 개성공단의 구체적인 개발사업의 실행을 위해 2000년 11월 10일에는 현대와 한국토지공사 간에 개성공단개발에 공동으로 참여하기로 하는 합의가 있었다.

한국토지공사가 부지조성을 한 개성공단구역의 개발용지는 이를 각 입주업체에 분양하고, 각 입주업체에 각 분양토지의 토지이용권을 분할 양도하였다. 공단구역 800만평 중 100만평은 기반조성공사가 완료되었으나, 나머지 공단구역 700만평에 대한 토지이용권 설정계약이 체결되지 않은 상태이며, 배후단지 1,200만평에 대한 개발은 그 착수가 전혀 이루어지지 않은 상태이다. 그러나 개성공업지구법 제13조의 규정에 의한 개성공업지구 전체에 대한 개성공업지

구개발총계획을 현대아산이 단독으로 작성하여 2005년에 북한으로부터 승인을 받았다.

2. 적용법률 및 남북한법의 충돌

가. 개성공업지구에 적용되는 법령체계

개성공업지구는 북한지역에 위치해 있는 북한의 특별경제구역이다. 그러나 남한의 기업이 개발하고 있으며, 남한의 기업만이 입주해 제품을 생산하고 있다. 그러므로 개성공업지구는 북한의 특별경제구역이지만 남한의 투자를 유치하기 위한 특구이며, 남한의 전용공단으로 기능하고 있다.

그리고 개성공업지구에 관한 법령은 북한의 개성공업지구법을 주된 근거로 하지만, 그 하위에 북한의 각종 규정이 있고, 다시 그 하위에는 개성공업지구 관리위원회가 제정한 각종의 준칙으로 구성되어 있는데 이 준칙에는 남한의 관련 법률 내용이 반영되어 있다. 개성공업지구에서의 토지이용에 관련된 법령체계는 최상위에 북한의 최고인민회의 상임위원회 정령인 개성공업지구법을 근거법으로 하여 토지사용권의 설정 및 유동화에 관한 절차와 내용을 규율하고 있는 북한의 최고인민회의 상임위원회 결정인 개성공업지구부동산규정이 있고,¹²⁶⁾ 설정된 토지이용권과 그 유동화의 공시와 저장권의 실행절차를 규율하고 있는 개성공업지구관리위원회의 부동산등록준칙, 부동산집행준칙 등이 있다.

그리고 이처럼 개성공업지구에 관해 직접적으로 규율하고 있는 북한의 법령 외에도 남북한간의 합의서가 개성공단에 직접적으로 적용되고 있다. 토지이용권에 관한 남북한간의 직접적인 합의서는 없으나¹²⁷⁾ 간접적으로는 관련이 있

126) 북한의 법령명칭과 체계는 매우 복잡하다. 헌법, 부문법, 법령, 정령, 결정, 명령, 지시, 규정 등의 법령명칭이 사용되고 있으며, 그 상하의 위계질서 관계는 명확하지 아니하다.

127) 물론 남북한의 기업간의 합의는 있다. 그러나 기업간의 합의는 개성공업지구법 부칙 제2조에서 규정

다고 해석된다.

개성공업지구법 제9조는 그 제1항에서 개성공업지구에서의 경제활동에 관하여는 동법과 동법의 시행을 위한 규정에 의한다고 규정하고 있고, 그 제2항에서는 법규로 정하지 않은 사항은 북한의 중앙공업지도기관과 개성공업지구관리기관이 협의하여 처리한다고 규정하고 있는데, 이 해석과 관련하여 개성공업지구에 한정하여 제정된 북한의 법령이외의 북한법령이 보충적으로 적용될 수 있는가에 관하여 의견이 대립된다. 북한의 법령은 개성공업지구에 관하여 직접 규정하고 있는 법령에 대하여 보충적인 효력이 있는 것으로 이해하여 토지이용권에 관한 북한의 법령, 예컨대 토지임대법, 토지임대법시행규정 등은 개성공업지구에 보충적으로 적용된다고 해석하는 의견이 있는 반면, 북한의 법령은 개성공업지구법의 해석을 위하여 필요한 범위 내에서 개성공업지구법과 배치되지 않는 법에 한하여 참고할 수 있을 뿐 직접 적용되지는 않는 것으로 해석하는 것이 개성공업지구법 제9조의 문리와 입법취지에 부합한다는 주장이 있다.

남북한간 합의서의 개성공단에서의 적용은 남북한간의 합의에 기초하므로 그 적용상의 문제점이 없으나 남북한의 각각의 법의 개성공단 및 상대측 지역에서의 효력여부에 관해서는 논쟁의 여지가 있으며, 이에 관한 새로운 법리정립이 요청되고 있다.

이와 같이 개성공단에서는 법적용의 원칙이 정립되어야 할 과제를 안고 있다. 이는 남북한이 통일을 이룰 때까지의 대내적 상호관계인 잠정적 특수관계의 법적용에서의 구체화에 관한 법리정립이라 판단된다. 대외적인 국제관계에서는 섭외적 법률관계에 관하여 국제사법을 유추적용하여 해결할 수 있을 것이다.

하고 있는 “북남사이에 맺는 합의서”에는 포함되지 않는다고 해석된다. 동부칙 제2조에서의 합의는 남북당국간의 합의만을 의미하는 것으로 해석된다.

나. 개성공업지구법 제9조의 해석과 법적용에 관련된 법이론의 정립

개성공업지구법에서는 개성공업지구에서의 경제활동은 동법과 동법의 시행에 관한 규정에 의하여 규율하도록 규정하고, 법규로 정하지 아니한 사항은 북한의 중앙공업지구지도기관과 개성공업지구관리기관이 협의하여 처리하도록 규정하고 있다(개성공업지구법 제9조). 그리하여 개성공업지구에서의 경제활동에 관하여는 북한의 사회주의 계획경제 활동에 관한 법을 적용하지 않을 것을 밝히고 있다.

이러한 개성공업지구법 제9조의 해석에 있어서, 앞서 살펴본 바와 같이 개성공단에 북한 법령의 보충적 적용을 인정하지 않는 견해¹²⁸⁾와 북한 법령이 보충적으로 적용된다고 해석하는 견해¹²⁹⁾의 대립이 있다.

그리고 북한민법에서는 토지이용권에 관한 규정을 두고 있지 아니하고 토지이용권의 설정 및 유동화에 관한 특별법에서 약간의 규정을 두고 있다. 그러므로 북한에서의 토지이용권에 관한 법적 규율은 흠결이 생길 수밖에 없는 상황이다. 토지이용권에 관한 북한의 관련법의 흠결 시에 그 흠결을 보충할 수 있는 법은 어느 법인지에 관한 법이론 정립이 필요하다.¹³⁰⁾

다. 개성공업지구에서의 남한법의 적용

개성공업지구에 남북한 각각의 법령이 적용되느냐에 관하여는 논란의 여지가 있다. 특히 개성공업지구에 관련된 법적분쟁과 관련하여 남한 법원에 소가 제기되었을 때 어느 법령을 적용하여 분쟁을 해결할 것인가가 문제이다.

128) 개성공업지구 법규 및 제도해설 (법무법인 태평양 편, (주)로앤비, 2005), 5번).

129) 김상용 교수는 토지이용권과 관련하여 토지임대법과 토지임대법시행규정, 토지·건물의 출자규정(1996. 12. 30. 정무원결정)이 일반법으로서 개성공업지구에 보충적으로 적용된다고 해석한다.

130) 이와 관련하여 김상용 교수는 소위 대체법(Ersatzrecht)의 이론에 따라서 사회주의를 유지하면서 토지이용권의 설정 및 유동화를 인정하고 있는 북한과 가장 유사한 체제의 법인 중국의 토지사용권에 관련한 법으로 보충함이 타당하다고 주장한다.

그런데 남북한의 상호관계는 대내적으로는 국가와 국가의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 이루어지는 잠정적 특수관계이다. 그러므로 남북한은 대내적으로는 각각 완전한 독립국가로서의 국제관계에 있지 아니하고, 각각 상대방으로부터 국가로서도 인정되지 아니하는 잠정적 특수관계에 있다. 그러나 각각은 각각의 지역을 실효적으로 지배하고 있다.

그리고 남한의 헌법은 한반도와 그 부속도서를 대한민국의 영토로 규정(대한민국 헌법 제3조)하고 있기 때문에 북한지역도 한국의 주권이 미치며 남한의 법이 모두 북한에도 적용된다. 또한 헌법 제4조의 해석에 의하면 북한은 교류와 협력의 동반자로서의 법적지위가 인정될 수 있다. 그리고 북한 헌법도 그 연혁 및 해석에 의하면 남한지역을 역시 그들의 통치지역에 포함시키고 있는 것으로 해석된다. 그러나 남한법은 북한에 실효적으로 적용되지 못하고 있으며, 북한법은 남한지역에 역시 실효적으로 적용되지 못하고 있다.

이러한 상황에서 개성공업지구에 적용될 수 있는 남한법과 북한법의 관계정립과 구체적인 분쟁발생 시 어느 법을 적용하여 해결할 것인가는 중대한 현실적인 문제로 다가오고 있다. 그리고 남북한간의 잠정적 특수관계를 법의 영역에서는 어떠한 모습으로 구체화해 나갈 것인지에 대한 더 깊은 논의가 필요하다.¹³¹⁾¹³²⁾

131) 이와 관련하여 김상용 교수는 소위 지역법 이론에 따라서 개성공단에서 남한법이 그대로 적용되지만, 1차적으로는 남북한이 각각 승인한 법령과 남북간의 합의서의 내용이 적용되고, 2차적으로는 북한의 법령이 적용되고, 마지막으로 남한법이 적용된다고 해석한다. 개성공단에서의 법적분쟁이 남한법원에 소재기가 되었을 때에는 남북한이 각각 승인한 법령과 합의서를 적용하고, 그 법령과 합의서에 규율하지 아니한 내용은 북한법을 적용할 순서이지만, 북한법이 인류보편적 가치와 질서에 반하는 내용이 적지 아니하기 때문에 북한법을 그대로 적용하기 어려운 부분은 대체법의 이론에 따라서 법의 일반원칙을 적용하고, 그 다음으로 남한법을 적용함이 타당할 것이라고 주장한다. 아울러 이와 같은 지역법이론은 동서독이 통일된 후에 동독전의 구 동독의 사회주의법을 독일민법시행법에서 새로 구성된 구 동독지역의 州에서의 州法(Landrecht)으로서 그 효력을 인정한 사례(독일민법시행법(EGBGB) 제1조 제2항)에서 그 이론적 기초를 발견할 수 있다고 하며, 그리하여 남북한의 잠정적 특수관계의 법에서의 구체화의 하나로서 북한법을 한국의 지역법으로의 효력을 인정하는 지역법이론을 좀더 정치하게 전개할 필요가 있다고 주장한다.

132) 김상용 교수는 또한 위와 같은 사건에 입각하여 남한법인 개성공업지구 지원에 관한 법률의 내용 중, 개성공단지역에 근무하는 인력에 대한 남한 근로관계법의 적용에 관한 특별규정은 잘못된 입법이라 주장한다. 이와 같이 남한근로관계법을 개성공단에서 일하는 남한근로자에게 적용한다고 특별규정을 입법한 것은 남한법이 북한에는 적용되지 않음을 인정하는 것을 전제로 하고 있다고 해석되

3. 토지이용권 설정 및 유동화의 실상

개성공업지구 2,000만평(65.7 km²)에 대한 토지이용권은 현대아산이 단독으로 그 토지이용증을 2002년 12월 23일 교부받았다. 그런데 현대아산이 교부받은 토지이용증에는 구체적인 면적의 표시가 없고, 그 위치는 북한의 행정구역으로 표시되어 있다. 그러므로 2,000만평은 그 지역을 행정구역명으로 표시되어 있을 뿐 구체적으로 경계가 확정되어 있지 아니하다.

위 2,000만평에 대한 토지이용증은 개성공업지구법이 발효된 뒤에 발급받았으나, 동법에서 규정된 토지이용권 설정절차인 구체적인 토지이용권 설정계약이 서면으로 체결되지 않은 상태이었으며, 설정금(개성공업지구부동산규정에 의하면 임대료)의 이름으로 토지이용권 설정대금이 지급되지 않은 상태에서 이루어졌다. 물론 그 전에 현대아산이 북한측에 대해 토지이용권 설정을 요청하였고, 설정금이란 이름이 아닌 다른 이름으로 금전을 북한측에 지급한 것은 사실이다. 그리고 북한은 먼저 실행하고 나중에 법적으로 추인하는 방식으로 중요한 일을 처리하는 전례에 비추어 2,000만평에 대한 토지이용증의 법적성격의 구명은 여러 갈래로 검토될 수 있을 것이다.

그리고 2,000만평 중 공단구역 800만평내의 100만평에 대한 토지이용증도 역시 2002년 12월 23일 현대아산과 한국토지공사가 공동명의로 북측으로부터 발급받았다. 100만평에 대해서도 역시 먼저 토지이용증을 발급받고, 2004년 4월 13일에 와서야 한국토지공사와 북한의 중앙공업지도기관간에 토지이용권 설정계약(개성공업지구부동산규정에 의하면 토지임대차계약)을 체결하고 한국

고 입법과정에서 삭제된 조항이지만 남북한간에서의 사법적법률관계에 관해서는 국제사법을 그대로 적용하도록 한 규정은 명백하게 남한법의 적용범위를 남한지역으로 제한하는 것으로서 문제가 있다고 주장한다. 그리고, 개성공업지구관리위원회에 대하여 동법에서 법인격을 부분적으로 인정하는 규정을 둔 것은 남한의 법인관계법이 북한에서는 적용되지 않는다고 인정하고 있는 것이라 한다. 개성공업지구관리위원회에 대해서는 개성공업지구지원에 관한 법률이 제정되기 이전에 이미 남한이 남한에서도 그 법인격을 인정하였다고 해석된다고 하면서 그 이유는 개성공업지구법을 남한에서도 묵시적으로 승인하였다고 해석되기 때문이라고 한다.

토지공사가 단독으로 설정금 1,600만 미국달러를 북한측에 지급하였다.

그리고 현대아산과 한국토지공사가 공동명의로 100만평에 대한 토지이용증을 발급받은 후 2002년 12월 26일에 현대아산이 가진 토지이용권의 지분을 한국토지공사에 이전하는 양 회사간 합의가 있었다. 그리고 개성공업지구관리위원회에는 처음에는 현대아산과 한국토지공사 공동명의로 토지이용권 등록을 한 다음에 한국토지공사 단독명의로 변경등록을 하였다.

따라서 100만평은 경계가 확정되고, 그 지적이 정리된 토지였다. 그러나 그 100만평은 2,000만평내의 토지이므로, 토지이용증의 2중 발급 내지 2번 발급의 문제가 발생하였다. 그러므로 2,000만평에 대한 토지이용권과 100만평에 대한 토지이용권의 충돌의 문제가 발생할 수 있었으나, 현대아산이 100만평에 대한 토지이용권의 지분을 한국토지공사에 완전히 이전함으로써 문제가 현실화되지는 않았다.

그리고 공단구역 800만평 중 나머지 700만평에 대한 토지이용권 설정계약의 남한측 당사자가 어느 회사가 될 것인지와 관련하여 북한측과의 합의에는 현대아산과 한국토지공사가 공동개발업자로 하기로 되어 있기 때문에 북한측으로부터 공동명의로 토지이용증을 발급받은 후 다시 현대아산이 한국토지공사에 토지이용권의 지분을 이전하는 방식을 취할 것인지는 지켜보아야할 일이다. 그리고 공단구역 800만평을 제외한 나머지 배후지 1,200만평에 대한 토지이용증은 현대아산이 갖고 있다.

공단구역 1단계 100만평에 대한 공단개발의 진행과 함께 한국토지공사는 입주업체에 개발된 공단의 토지를 분할하여 분양을 하는 방법으로 각 입주업체에 분할취득한 토지부분에 대한 토지이용권을 양도하고, 수분양업체 명의로 개성공업지구관리위원회에 토지이용권이전등록을 하였다.

개성공단에서의 토지이용권의 유동화는 한국토지공사로부터 입주업체에게로의 토지이용권의 분할양도와 입주업체 중 일부업체가 한국수출입은행으로부터 남북경제협력자금을 융자받고 그 담보로 토지이용권과 지상의 건축물을 목적

물론 한 저당권의 설정으로 나타나고 있다. 입주업체가 남북경제협력자금 이외의 자금을 융자하고 이를 담보하기 위하여 토지이용권을 목적으로 하는 저당권이 설정된 사례가 있는지는 지금까지 확인되지 않고 있다. 그리고 저당권의 실행사례도 아직까지는 알려지지 않고 있다.

토지이용권의 유동화의 또 하나의 방법인 토지이용권의 임대는 이루어지지 않고 있다. 교환, 증여, 상속의 사례도 역시 알려지지 않고 있다.

VI. 개성공업지구에서의 토지이용권 관련 법적 문제 및 보호방안

1. 토지이용권의 2중 내지 2번 설정의 문제

개성공업지구 2,000만평에 대해서는 현대아산이 토지이용증을 교부받고, 2,000만평내의 공단구역 100만평에 대해서는 현대아산과 한국토지공사가 공동으로 토지이용증을 교부받고 최종적인 등록은 한국토지공사 단독명의로 이루어져 있다. 그러므로 100만평에 대해서는 토지이용증이 2중 발급되었다.

공단구역 100만평에 대한 토지이용권은 법규정의 순서와는 다른 절차를 거쳤지만 토지이용권 설정계약을 체결하고, 설정금을 지급하고, 토지이용증을 교부받고, 토지이용권 등록을 하였다. 그리고 토지이용권 이전등록을 하였으며, 입주업체에 분양의 방방으로 토지이용권을 분할양도하고, 입주업체 명의로 이전등록을 하고, 일부 입주업체는 토지이용권을 지상의 건축물과 함께 저당권을 설정하는 등 토지이용권을 정상적으로 활용하고 있다.

북한의 관련법에는 토지이용권의 법적성질에 관하여 규정하고 있지 않지만 토지이용권은 물권으로서 입주업체가 당해 토지를 점유, 사용하고 있으며, 저당권 설정의 처분행위도 하고 있다. 그리하여 100만평에 대한 토지이용권은 물권으로서의 그 성질이 충실히 실현되고 있다.

그런데 현대아산이 교부받은 2,000만평에 대한 토지이용증에 의한 토지이용권의 법적 성질과 그 보호방법에 대한 법리설정이 필요하다. 2,000만평에 대한 토지이용증은 개성공업지구법이 제정된 후에 발급받았으나 동법에서 규정하고 있는 토지이용권 설정계약 및 설정금의 지급이 이루어졌는지에 관하여는 논란

이 있을 수 있다. 그리고 2,000만평에 대한 개성공업지구관리위원회의 등록은 이루어지지 않은 것으로 파악되고 있다.

2,000만평에 대한 토지이용권의 법적성질의 구명이 선행되어야 할 것인 바, 이에 관하여는 몇 가지의 견해가 있을 수 있다. 그 첫째의 견해는 완전한 물권으로서의 성질이 인정되는 토지이용권이라는 것이다. 이 견해의 근거는 현대아산과 북한 간에 개성공업지구법이 제정·발효되기 전에 이미 토지이용권 설정의 합의가 있었고, 설정금이라는 이름은 아니지만 토지이용증을 교부받기 전에 이미 북한에 상당한 금액의 돈을 지급하였으며, 그것에 기초하여 토지이용증을 교부받았다는 것일 것이다. 그리고 북한이 먼저 실행을 하고 나중에 관련 근거법을 제정하는 일처리의 전례에 비추어 현대아산이 완전한 물권의 토지이용권을 취득하였다는 것일 것이다. 또한 개성공업지구부동산규정 제7조 제2항에 의하면 토지이용증을 받은 날을 개발업자의 토지이용권 취득일로 규정하고 있는데, 그 규정에 합치되게 현대아산이 토지이용권을 취득하였다는 것일 것이다.

그리고 2중 내지 2번 발급된 100만평에 대한 토지이용증에 의한 토지이용권은 2,000만평의 토지이용권의 구체화이며, 설정금의 지급(즉, 1,600만 미국달러)은 토지이용권 설정금이 아니라 당해 100만평에 대한 지상물, 이주비 등의 보상금이라는 것일 것이다.

그러나 이러한 견해는 2,000만평에 대한 토지이용권은 추상적인 물권이고, 100만평에 대한 토지이용권은 이를 구체적인 물권으로 보게 되는 문제점이 있다. 그리고 2,000만평의 토지는 그 대체적인 지역은 합의하였지만, 구체적인 경계가 확정되지 않은 상태이기 때문에 경계가 확정되지 않아 특정되지 않은 토지에 대한 완전한 물권이 설정될 수 있다는 결론에 도달하여 물권은 물건을 배타적으로 지배할 수 있는 권리라는 성질에 반하는 문제점이 있다.

두번째의 견해는 2,000만평에 대한 토지이용권을 물권적 기대권¹³³⁾으로 이

133) 물권적기대권에 관하여는, 김상용, 물권법(전정판 증보, 법문사, 2006), 179~186면 참조.

해하는 것이다. 2,000만평에 대한 토지이용권은 그 대상이 되는 토지의 경계가 확정되지 아니하여 물권이 설정될 수 있는 대상이 특정되지 않았기 때문에 물권성립의 완전한 요건을 다 갖추지 못하였으며, 장차 단계적으로 일정면적의 토지에 대해서 물권취득의 요건을 순차적으로 갖추어 나가는 과정에 있는 것이다. 따라서 100만평에 대한 토지이용권은 2,000만평에 대한 물권적 기대권 중에서 완전한 물권으로서의 요건을 다 갖춘 상태의 물권이라는 것이다. 그러므로 2,000만평을 장차 단계적으로 개발함에 있어서 그 단계별 개발대상토지에 대한 토지이용권 설정계약, 설정금의 지급, 토지이용증의 교부의 절차를 거쳐 물권적 기대권이 단계별로 완전한 물권으로 전환된다고 이론 구성하는 것이다.

이 견해는 양 토지이용권의 관계를 적절히 설명할 수 있는 장점이 있다. 그러나 물권적 기대권이 우리나라에서는 이론적으로 인정되고 있을 뿐이기 때문에 물권조차 인정되지 않고 있는 북한지역에 물권적 기대권을 인정할 수 있는냐는 현실적인 한계가 있다.

세번째의 견해는 2,000만평에 대한 토지이용권을 채권적인 토지이용권으로, 100만평에 대한 토지이용권을 물권적인 토지이용권으로 파악하는 것이다. 전자의 2,000만평에 대한 토지이용권은 물권으로서보다는 북한측에 대해서 경계를 확정하여 당해 토지를 이용할 수 있도록 하여 줄 것을 청구할 수 있는 채권적인 토지이용권, 보다 정확하게는 토지이용청구권으로 이해하며, 후자는 경계가 확정된 100만평을 직접 지배, 즉 점유, 사용할 수 있는 물권으로서의 토지이용권이라는 것이다.

이 견해는 2,000만평에 대한 토지이용권과 100만평에 대한 토지이용권의 충돌을 피할 수 있는 장점을 갖고 있다. 그러나 현대아산이 갖고 있는 토지이용권의 대상이 정확히 특정되어 있지는 않아도 그 대체적인 지역은 확정된 상태이고, 토지이용권 취득에 필요한 요건을 거의 모두 갖추고 있으며, 북한이 이미 토지이용권을 입증하는 토지이용증을 교부한 상태에서 그러한 토지이용권

을 채권적인 토지이용청구권으로 파악하는 것은 적절하지 못하다는 비판이 가능할 것이다. 2,000만평에 대한 토지이용권은 채권적인 토지이용청구권의 수준보다는 강한 권리이고, 완전한 물권보다는 낮은 수준의 권리라고 봄이 가장 적절한 설명이 될 것이다.

네번째의 견해는, 2,000만평에 대한 토지이용증은 개성공업지구에 대한 사업권을 증명하는 서면에 불과하고, 100만평에 대한 토지이용증은 물권으로서의 토지이용권을 입증하는 서면으로 파악하는 것이다. 그러나 개성공업지구 사업권은 현대아산과 북한측과의 합의서에 의하여 입증되는 것이며, 토지이용증은 개성공업지구의 토지에 대한 현대아산의 권리를 입증하는 것이므로 이 견해는 적절하지 못하다.

그리고 개성공업지구개발규정(2003. 4. 24. 최고인민회의 상임위원회 결정) 제19조 제1항에서는 개발권자에게 사업권이 있고, 그 사업권에는 토지이용권 외의 에너지공급사업, 수송사업, 광고사업 등도 포함되는 것으로 규정하고 있는데 토지이용증이 이러한 사업을 모두 포괄하는 증명서라고는 할 수 없다고 해석된다.

현대아산의 2,000만평에 대한 토지이용권은 토지에 대한 채권적인 권리로서의 정도보다는 강하고, 완전한 물권으로서의 정도보다는 약하다고 봄이 타당하다. 무엇보다도 2,000만평에 대한 토지이용증을 갖고 있다고 하더라도 경계가 확정되어 있지 아니하고, 구체적, 현실적으로 토지를 점유, 이용할 수는 없기 때문이다. 그리고 개성공업지구는 단계별로 개발이 되어야 할 것이므로 단계별로 경계를 확정하고, 구체적인 토지이용권 설정계약을 체결하고, 설정금을 지급하여야 한다. 그러면 현대아산이 취득한 2,000만평에 대한 토지이용권은 물권적 기대권으로 봄이 타당하며, 개발단계별로 완전한 물권으로 발전해 나간다고 봄이 타당하다. 따라서 100만평에 대한 토지이용권은 2,000만평에 대한 물권적 기대권 중에서 완전한 물권의 요건을 갖추어 발전된 물권으로 파악함이 타당하다.

그리고 2,000만평에 대해서 다른 기관이 북측으로부터 토지이용권을 설정받는다면 그것은 물권적 기대권의 침해행위로서 그러한 침해행위에 대해서는 물권적 청구권을 행사할 수 있으며, 또한 당연히 불법행위가 성립되어 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이다. 그리고 물권적 기대권의 완전한 물권으로의 발전에는 반드시 물권적 기대권자가 물권자로 되어야 하는 것은 아니며, 물권적 기대권자와의 합의에 의하여 제3자가 물권취득에 필요한 요건을 갖추어 물권(즉, 토지이용권)을 취득할 수도 있다고 할 것이다.

2. 토지이용 시기(始期)의 차이와 토지이용권 존속기간의 상충 문제

개성공단은 단계적으로 개발될 예정이다. 공단구역 100만평은 부지조성공사가 완료되었고, 다음 2단계로 250만평을 개발예정이고, 3단계로 450만평을 공단으로 개발할 예정이다. 이러한 단계별 개발에 따라서 각 개발단계마다 시간적 간격이 길 수밖에 없다. 그러면 2단계, 3단계의 각 개발단계마다 해당 토지의 토지이용권의 존속기간의 개시 시기가 동일하다고 볼 것인가, 아니면 각 개발시기마다 존속기간이 새롭게 개시된다고 할 것인가가 문제이다. 만약에 획일적으로 2,000만평에 대한 토지이용증 발급수령 시부터 50년의 기간이 기산된다면 후에 개발된 토지의 사용기간은 짧아지게 되고, 개성공업지구 전체의 개발이 모두 시작도 되기 전에 존속기간이 만료되는 상황이 발생할 수도 있다.

그리고 1단계 개발공단 100만평에 대한 토지이용권의 존속기간의 시기(始期)가 토지이용증에는 2002년 12월 1일로 되어 있으나 개발에 4년의 기간이 소요되었으며, 입주업체가 공장건물을 건축하여 공장가동을 함으로써 토지를 구체적으로 이용하기까지에 또 상당한 기간이 필요하다. 그러므로 100만평에 대한 50년의 존속기간의 개시 시기의 조정도 필요하다.

개성공업지구부동산규정 제7조 제2항에서는 토지이용증을 받은 날을 토지이

용권의 존속기간의 개시일로 정하고 있으므로 단계별 구체적으로 토지이용증을 받은 날로부터 각각 존속기간이 개시된다고 해석함이 타당하다. 그리고 개발의 시작으로부터 개발이 완성되어 구체적으로 토지를 이용할 때까지의 기간 동안 만큼 더 당해 토지를 이용할 수 있도록 하는 협의가 필요하다고 판단된다.

3. 토지이용권 존속기간 만료 시 잔존가치의 보상 문제

토지이용권의 존속기간이 만료하였을 때에는 존속기간을 연장할 수도 있지만(개성공업지구부동산규정 제18조 제1항), 토지이용권자가 연장을 하지 아니할 때에는 토지를 원상대로 정리하여 반환하여야 한다(개성공업지구부동산규정 제17조 제2항 본문). 그리고 토지이용권 설정기관이 토지이용권자의 연장신청을 거절한 때에는 잔존 건축물에 대한 보상을 하여야 한다(개성공업지구부동산규정 제18조 제3항). 그러나 토지이용권자가 연장을 원치 않을 때에는 지상건축물을 철거하여야 한다고 해석된다. 예외적으로 건축물을 복측에 무상으로 이관하거나 복한이 원하여 유상으로 이관하는 경우에는 토지를 원상대로 정리하지 아니할 수 있다(개성공업지구부동산규정 제17조 제2항 단서). 그러므로 토지이용권자가 연장을 원치 않을 때에는 철거할 수 있는 것으로 해석되나, 원칙적으로 보상을 받을 수는 없는 것으로 해석된다.

따라서 토지이용권자의 매수청구권 내지 보상청구권이 보장되지 아니한다. 이러한 매수청구권 내지 보상청구권이 인정되지 아니하면 존속기간의 만료시기가 다가올 경우 건축물에 대한 수선이나 새로운 건축물의 건축을 하지 않게 될 것이다. 그것은 결국 입주업체의 생산성을 저하시키는 결과를 초래하게 될 것이다.

토지이용권의 존속기간의 만료 시에는 토지이용권자가 연장을 원치 않을 경우에도 지상건축물의 잔존가치를 보상해 줄 수 있는 명확한 법규정을 두어야 할 것이다. 그리하여야 입주업체들이 존속기간의 만료 시까지 건축물의 유지·

관리에 투자를 계속하여 생산성의 고도화를 유지할 수 있을 것이다.

4. 공공용지에 대한 토지이용권 귀속 문제

개성공업지구부동산규정 제13조에 의하면 개발된 공장용지 중 도로, 공원 등에 제공된 토지의 이용권은 개성공업지구관리위원회가 갖도록 규정되어 있다. 그런데 1단계 공단 100만평 중 도로, 공원 등의 용지로 제공된 토지에 대해서도 한국토지공사가 그 이용권을 취득하였으며, 그 설정금도 역시 지급되었다. 그리고 100만평에 대한 토지이용권은 2002년에 설정되었으나 개성공업지구부동산규정은 2004년에 제정되어 소급입법에 의한 토지이용권의 부인이라는 결과가 되고 말았다. 그리고 혹시 공원용지를 공장용지나 다른 용도로 전용하여야할 필요가 있는 경우에는 복측은 결과적으로 2중의 설정금을 받게 되는 결과에 도달한다.

그러므로 공원용지에 대한 토지이용권을 북한의 법령에 의하여 개성공업지구관리위원회에 귀속토록 강제할 것이 아니라, 토지이용권자와 개성공업지구관리위원회간의 협의에 의하여 그 관리방법을 정하도록 동 부동산규정을 개정하도록 하여야할 것이다.

5. 토지이용권의 남한에서의 보호 문제

개성공단내의 토지이용권에 관한 분쟁이 남한법원에서 다루어질 수 있는가에 관하여는 견해의 대립이 있다. 개성공업지구 내 토지이용권에 관한 임의경매사건은 남한 법원의 관할에 속하지 않는다는 견해와 토지이용권에 대한 저당권의 실행과 집행에 관련한 사항은 남한의 법원에서 다루어질 가능성이 매우 높다는 견해가 있다.¹³⁴⁾

134) 김상용 교수는 개성공업지구의 토지이용권은 북한지역의 토지에 대한 이용권으로서 그 법적 규율은

개성공단의 토지이용권의 남한에서의 효력과 그 보호방법의 강구가 필요하다. 먼저 개성공단에서의 토지이용권도 물권으로서 남한에서도 인정되고 보호받으며, 개성공단내의 토지이용권의 남한에서의 질서가 확립되어야 한다.

개성공업지구의 2,000만평에 대한 토지이용권은 물권적 기대권으로 보호하여야 하며, 그것에 대한 침해는 당연 불법행위가 성립된다고 해석된다. 그러므로 2,000만평에 대해서는 토지이용권의 2중 설정 내지 2번 설정은 남한에서는 용납되지 않는다고 해석된다. 그리고 단계적, 구체적으로 완전한 물권으로 발전된 토지이용권은 남한에서도 물권으로서의 효력이 인정되며, 그 물권에 기한 물권적 청구권의 행사 및 불법행위의 법리에 따라서 남한에서 보호받을 수 있다.

6. 저당목적 토지이용권의 실행과 경락인의 보호 문제

개성공단 내의 토지이용권을 목적으로 한 저당권의 실행은 개성공업지구관리위원회에 의하여 진행된다. 그런데 개성공업지구 부동산집행준칙에서는 담보권 등의 실행에 관한 임의경매만을 규정하고 있으며, 일반채권자의 집행 권원에 기초하여 진행되는 강제경매에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 그러나 개성공단 내 입주업체에 의한 개성공단 내 입주업체의 개성공단 내의 재산에 대한 집행의 필요성이 인정된다.

이에 관하여 남북한간의 협의에 의하여 해결할 수 있도록 하고 있고(개성공업지구법 제46조 제1항), 협의로 해결할 수 없는 경우에는 남북한간의 상사중재로 해결할 수 있도록 하고 있다(개성공업지구법 제46조 제2항). 개성공단 내의 토지이용권에 대한 강제경매와 저당권 실행의 임의경매절차에서의 관리위원회의 결정에 대한 이의신청의 기관과 절차에 대한 상세한 규정을 준칙으로

1차적으로는 북한법에 의하여, 북한법의 규정이 없는 경우에는 대체법의 이론에 따라서 중국의 토지사용권에 관한 법리를 적용하고, 마지막으로 지역법이론에 따라서 남한의 관련법을 적용하여야 한다고 주장한다.

입법하여야 할 것이다.

7. 개성공업지구 내의 재산에 대한 가집행, 가처분, 강제경매에 관한 법제의 부재 문제

남한 내 채권자의 채무자인 개성공단 입주업체가 갖고 있는 개성공단 내의 재산에 대한 가압류, 가처분 등의 집행과 강제경매의 실행에 관하여도 아직까지 준칙이 마련되어 있지 아니하다. 남한 내 채권자의 채무자의 개성공단 내 재산에 대한 가압류, 가처분, 강제경매의 실행 등의 필요성은 충분히 인정된다.

이에 관하여도 개성공업지구관리위원회가 준칙을 제정하여야 할 것이다. 그러나 이는 남한 사법권에 기한 결정의 북한에서의 집행이라는 법리적 및 현실적인 문제가 제기된다. 남북한간의 협의와 개성공업지구관리위원회의 준칙제정으로 해결하도록 하여야 할 것이다.

8. 국가재정으로 취득한 개성공업지구 내 재산의 국유재산 확보 문제

개성공단 내에는 남북협력자금을 정부가 직접 집행하여 건축한 부동산이 있다. 예컨대 남북경제협력협회사무소, 직업훈련센터와 같은 건물이 그러하다.¹³⁵⁾ 개성공단 내에 건물을 건축하기 위해서는 토지이용권을 취득하여야 하므로(개성공업지구부동산규정 제21조 전문) 당해 건물의 토지에 대한 이용권도 역시 대한민국정부가 취득한 것이 된다. 그러나 대한민국정부 명의로의 등록은 아직 이루어지지 않고 있다. 이와 관련하여 개성공업지구부동산규정 제4조 제1항이 기업과 개인에게만 개성공업지구에서 토지이용권의 취득과 건물의 소

135) 김광길, “개성공단내 남한 투자자산에 대한 권리 확보 방안: 소유권, 지당권, 국유자산의 관리를 중심으로” 개성공단 지원을 위한 법·제도적 과제에 관한 학술대회 발표 논문집: 2007년도 춘계 남북경협 법제학술회의(북한법연구회, 2007. 5. 30), 123면.

유를 인정하고 있기 때문에 대한민국정부 명의 등록이 불가능하다는 견해와 위 규정을 예시적 열거로 해석하여 대한민국정부 명의로의 등록도 가능하다는 견해가 있다.

9. 토지이용권 거래의 중개, 가액의 평가, 실행상의 제문제

개성공업지구의 토지이용권은 이를 양도할 수 있고, 이를 목적물로 하여 저당권을 설정할 수 있다. 그러므로 개성공단의 토지이용권의 거래가 일어나고 저당권 설정을 위한 가액의 평가를 하여야 한다. 그리고 저당권의 실행을 위해서 토지이용권에 대한 과세를 위해서도 토지가치의 평가가 필요하다. 따라서 개성공단에서의 토지이용권의 가액의 평가가 요청되고 있다. 이를 위한 제도적 뒷받침이 필요하다.

개성공업지구에서의 토지이용권에 대한 값의 평가와 결정은 북한에서 토지의 값이 정해지는 것이므로 이에 대한 법적근거가 될 수 있는 준칙을 제정함이 필요할 것으로 생각된다.

참고로 통일독일에서 구 동독 지역의 토지거래가액의 평가와 인정의 사례를 살펴보면, 구 동독 지역에서는 나치정부에 의하여 1935년에 최후로 조사, 결정된 바 있는 재산세과표에 법정의 일정한 배율을 곱한 가격을 독일이 통일된 1990년 10월 3일의 토지거래가로 인정하고 그 가격을 보상 기준으로 하여 보상금을 산정하도록 하였다(§3 Entschädigungsgesetz). 동조에 의한 보상기준가는, 농지와 산지는 1935년 과표(Einheitswert)의 3배, 2가구 이상의 임대주택이 건축되어 있는 택지는 4.8배, 50% 이상이 주거목적인 다목적용 토지는 6.4배, 영업용 토지, 2가구의 임대주택지, 다목적용 토지로서 50% 이상이 주거목적인 다목적용 토지가 아닌 토지, 단독주택 및 기타 기(既)건축 토지는 7배, 미건축 토지는 20배의 배율을 곱한 가격으로 하도록 하였다. 그리고 몰수기업은 과표의 1.5배를 적용하도록 하였다(§4 Entschädigungsgesetz).

10. 입주업체에 토지이용권 임대방식 대신 양도방식을 취하는 것의 문제점

개성공단에서는 개발업자가 공단개발을 한 다음에 이를 분양하는 방법으로 토지이용권을 분할양도만 하고 임대하지는 않았다. 물론 개성공단에서의 입주기업의 생산성이 높아 경제성이 충분할 때에는 토지이용권의 가치도 상승할 것이므로 입주업체에 이익이 될 수 있기 때문에 토지이용권의 양도가 유리할 것이지만 토지이용권에 관한 북한측과의 분쟁발생의 경우에는 토지이용권자가 보다 강력할 때에 북한과의 협의에 유리할 수 있다. 그리고 토지이용권에 대한 등록임차권은 저당권의 객체가 될 수 있으므로 토지이용권의 임대도 실행해 볼 만한 거래방식이라 할 수 있다. 그러나 실제로는 전부 양도방식을 취하고 있다.

먼저 개발업자가 임대의 방식으로도 분양을 하는 방법을 고려해 봄직하다.

11. 토지의 무단점유에 대한 보호 문제

개성공단에서는 토지의 무단점유가 발생할 수 있다. 예컨대 개성공업지구에 입주한 업체가 자기의 토지에 이웃하는 토지를 무단으로 점유하고 물건을 적치하는 등의 방법으로 무단이용하는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 토지의 무단점유로 자기의 토지이용을 침해받는 자는 자기의 토지이용권에 기하여 물건권적 청구권을 행사할 수 있을 것이다. 그 결과, 무단점유로 토지이용권을 침해당하는 자는 무단점유하여 침해하고 있는 자를 상대로 토지명도청구소송을 제기할 수 있어야 할 것이며, 그 소송의 확정판결에 기해 집행할 수도 있어야 한다.

그리고 북한의 손해보상법(2001. 8. 22. 최고인민회의 상임위원회 정령)에 따라서 손해배상도 청구할 수 있을 것이다. 손해보상법에서는 토지이용권이 침

해된 경우의 손해배상에 관하여 열거하여 명시적으로 규정하고 있지는 아니하지만 동법 제2조의 과실 있는 자의 손해배상원칙 규정에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있다고 해석된다.

북한민법에서는 점유라는 용어는 사용하고 있으나 그것은 단순한 사실에 불과하고, 점유권이란 물권을 인정하는 것은 아니다. 그러나 적법한 점유에는 일정한 법적 효과가 인정될 수 있을 것이다. 점유에 어느 정도의 법적 보호가 주어질 수 있을 것인가는 중국물권법상의 점유보호규정이 참고가 될 것이다.

중국물권법에서는 점유에 관하여 규정하고 있으나 이는 사실로서 이에 일정한 법적효과를 인정할 뿐, 점유권으로 인정하고 있지는 아니하다. 그리고 회복자와 점유자 간의 법적 문제는 점유의 원인이 되는 계약에서 약정한 내용에 의하여 해결하고, 점유에 기한 법정의 효과는 그 계약에서 약정하지 아니하였거나 약정이 명확하지 아니한 경우에 한하여 보충적으로만 인정된다(중국물권법 제241조). 점유에 기한 점유물반환청구권과 방해제거청구권이 인정되며(중국물권법 제245조), 선의점유자는 점유한 물권의 사용으로 인하여 발생한 손해에 대하여 그 배상책임을 지지 아니한다(중국물권법 제242조). 그리고 점유자는 원물과 과실을 모두 반환하여야 한다(중국물권법 제243조 본문). 그러므로 선의의 점유자라도 과실을 수취할 수 없다. 그러나 선의점유자가 당해 점유물의 유지를 위하여 지출한 필요비용은 공제받는다(중국물권법 제243조 단서). 점유물의 멸실, 훼손의 경우에 악의점유자는 그 손해를 배상하여야 한다(중국물권법 제244조).

12. 토지이용권의 법적성질 및 내용에 관한 북한법률 미비의 문제 및 관련 법령의 정비방안

북한에서는 토지이용권을 인정하고 있으나 그 법적 규율은 미비하기 그지없다. 먼저 북한은 북한주민에게도 토지이용권을 인정하고, 북한민법에서 토지이

용권의 법적성질과 그 내용을 규정하여야 한다. 북한민법에서의 토지이용권의 세부적인 입법에는 중국물권법에서의 토지사용권에 관한 내용을 모범으로 할 수 있을 것이다. 북한민법에서의 토지이용권에 관한 규정을 하기까지는 중국물권법에서의 토지사용권에 관한 규정의 내용을 북한의 토지이용권에 변용함이 타당할 것으로 생각된다.

중국물권법에서와 같이 토지이용권을 용익물권으로 규정하지만 사실상에 있어서는 소유권과 거의 동일한 기능을 할 수 있도록 규정함이 바람직하다. 그리고 토지이용권의 유동화를 인정하고, 그 존속기간을 장기로 하도록 함이 적절하다.

이러한 토지이용권의 확대 인정, 존속기간의 장기화 등의 법적 규율을 통하여 북한주민의 토지지배가 가능하도록 함이 바람직하며, 통일 후에도 그 토지이용권을 그대로 인정하여 북한주민의 북한정착과 생활안정을 위하여 활용함도 고려해볼 수 있다.

13. 법률용어의 정비 및 법치주의 확립 문제

북한에서는 아직까지 법률용어의 선택과 사용이 적절하지 못한 것들이 적지 않다. 대표적인 사례들로서 토지이용권의 설정을 토지임대차로 표현하고, 토지이용권을 부동산으로 개념 정의하고, 토지이용권자를 토지이용권소유자로 표현하고 있으며, 무효, 취소, 해제, 해지의 개념을 구별하지 아니하고 모두 취소라고 표현하고 있다. 그리하여 북한에서는 법률용어 사용이 적절하지 못하고 혼란스럽다.

그리고 북한에서는 법적인 분쟁의 해결을 1차적으로는 협의에 의하도록 하고, 협의가 성립하지 아니할 때에 2차적으로 재판에 의하도록 함이 일반적이다(개성공업지구법 제46조, 손해보상법 제56조). 개성공업지구에서의 법적 분쟁은 1차적으로는 협의의 방법으로, 2차적으로는 중재 또는 재판에 의하여 이

를 해결하도록 하고 있다. 이는 인치를 원칙으로 하고 법치를 예외로 하고 있는 것이다.

이러한 인치에 의한 법적분쟁의 해결은 법적안정성을 해치며, 장래에 대한 예측가능성을 해한다. 특히 북한이 외자를 유치하고자 함에 있어서 이와 같은 인치에 의한 분쟁해결로는 결코 성공할 수 없다. 인류보편의 가치와 질서에 반하는 사회주의사상과 체제하에서의 인치에 의한 분쟁해결의 도모는 상대방으로 하여금 결코 신뢰를 갖게 하지 못한다. 북한은 인류보편적인 가치와 질서를 존중하고 추구하여 상대방에게 신뢰를 주어야할 뿐만 아니라, 그들의 법령을 인류보편적인 내용으로 구성하여 법치에 의한 분쟁해결로 전환해 나감이 그들의 경제회생의 전제조건이다.

VII. 결 론

북한의 사회주의 토지소유제도에도 변화가 일고 있다. 그 변화는 바로 북한의 특별경제구역에서의 토지이용권의 설정과 유동화의 실현이다. 그러나 이러한 북한에서의 사회주의 토지소유제도의 변화는 극히 제한적이다. 왜냐하면 오로지 외국의 투자기업과 개인투자자에게, 그리고 북한 내에서는 합영, 합작 기업에 현물출자로서만 토지이용권의 설정이 인정되고 있고, 북한의 변경에 위치하는 특별경제구역에서만 그 설정이 이루어지고 있기 때문이다.

무엇보다도 북한은 북한 전역에 그리고 북한주민에게도 토지이용권이 설정되도록 하여야 한다. 특히 북한 농민에게 토지이용권을 설정해주어 토지의 생산성을 제고하도록 하여야 한다. 무엇보다도 먼저 농지의 생산성 제고를 위한 농지에 대한 토지이용권의 설정에 의하여 북한은 부족한 식량을 확보할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 북한주민에게 주택에 대한 토지이용권을 인정하여 주거생활의 안정을 도모하도록 하여야 한다.

그리고 북한은 토지이용권의 설정에 따른 북한의 관련법령을 정비하여야 한다. 북한민법을 개정하여 토지이용권을 물권으로 규정하고, 토지이용권의 유동화가 가능할 수 있도록 법적뒷받침을 하여야 한다. 이를 위하여서는 지적의 정비가 필요하고, 등기제도를 실행할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 전반적이고 광범위한 토지이용권의 인정과 설정이 있어야 북한은 어려운 경제문제를 해결할 수 있다고 판단된다. 부분적이고 제한적인 토지이용권의 설정으로는 북한경제를 근본적으로 회생시킬 수 없다. 북한주민 전체가 변화를 추구할 수 있는 토지이용권의 확대 인정과 실행이 필요하다.

개성공업지구에서의 토지이용권의 설정과 유동화에 관해서는 토지이용권이 물권이기 때문에 그 질서가 확실하게 확립되어야 토지생산성을 제고할 수 있

다. 토지이용권의 2중 설정 또는 2번 설정 등의 토지이용권 질서를 문란케 하는 행위는 없어야 하며, 설정된 토지이용권을 침해하는 행위에 대해서는 물권 보호의 법리에 따라서 충실히 보호하도록 하여야 한다. 특히 남한의 기업들 간의 토지이용권 침해행위는 물권적 청구권 및 불법행위의 인정으로 이를 확실하게 보호하도록 하여야 한다. 그리고 개성공단의 단계적, 순차적 개발에 따라서 해당 토지의 이용권의 존속기간의 개시 시기도 개발 시기별로 이루어지도록 법리의 정립 및 북한과의 협의가 필요하다.

그리고 북한에서의 토지이용권에 관련한 법적분쟁도 이를 협의에 의한 인치적 해결방법보다는 법에 의한 해결방법으로 전환하여야 하고, 그것이 가능할 수 있도록 법적, 제도적 정비를 하여야 한다. 개성공업지구관리위원회 내에 분쟁해결을 전담하는 기관의 설치도 고려해볼 만하다고 생각된다.

북한에서 토지이용권의 설정과 활용이 확대된다면 통일 이후에도 토지이용권을 인정해주는 방안을 고려해볼 수 있다.

<참고문헌>

【저서】

- 江平, 中華人民共和國物權法 精解, 北京, 中國政法大學出版社, 2007.
- 개성공업지구 법규 및 제도해설, 법무법인 태평양 편, (주)로앤비, 2005.
- 高富平, 黃武双, 房地產法新論(第2版), 北京, 中國法制出版社, 2004.
- 郭明瑞, 擔保法 第2版, 北京, 法律出版社, 2004.
- 金相容, 美國不動產法論, 三知院, 1986.
- _____, 土地所有權 法思想: 大宇學術叢書·人文社會科學 87, 民音社, 1995.
- _____, 比較契約法, 法英社, 2002.
- _____, 法史와 法政策: 韓國法史 중심, 한국법제연구원, 2006.
- _____, 物權法, 法文社, 2006.
- _____, 債權法各論, 法文社, 2006.
- 金相容 著, 鄭愚衡 增補, 土地法, 法元社, 2004.
- 김용학, 국토, 통일 그리고 동북아, 도설출판 해원, 2003.
- 南路明, 肖志岳, 中華人民共和國房地產法律制度: 土地制度改革及土地使用權出讓轉讓, 北京, 中國法制出版社, 1991.
- 문준조, 중국의 입법관련제도 및 입법기준에 관한 연구, 한국법제연구원, 2002.
- 物權法及其相關規定對照手冊, 中國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室 編, 法律出版社, 2007.
- 박정원, 북한토지제도의 변화와 전망, 한국법제연구원, 2006.
- 符啓林, 房地產法(第3版), 北京, 法律出版社, 2004.
- 북한 남북경제협력법 분석: 법무자료 제275호, 법무부, 2006.
- 北韓司法制度概觀, 法院行政處, 1996.
- 북한의 부동산법제, 법원행정처, 1997.
- 謝哲勝, 常鵬翰, 吳春岐, 中國民法典立法研究, 第2版, 北京大學出版社, 2006.
- 社會主義國家 土地改革의 比較研究, 李廷植, 金原培, 鄭希男, 金昌縣 編, 國土開發研究院, 1996.
- 小田美佐子, 中國土地使用權と所有權, 日本, 京都, 法律文化社, 2002.

- 王甦明, 中華人民共和國 物權法 解讀, 北京, 中國法制出版社, 2007.
- 王小莉, 土地法: 房地產法理論與實務雙書, 北京, 法律出版社, 2002.
- 劉凱湘, 中華人民共和國物權法 知識問答, 北京, 人民出版社, 2007.
- 劉俊, 中國土地法理論研究, 北京, 法典出版社, 2006.
- 尹田, 趙萬一, 民法教程, 第2版, 北京, 法律出版社, 2006.
- 李廣輝, 宋永新, 法律英語, 中國法制出版社, 2006.
- 李昌麒, 吳越, 農業法教程, 北京, 法典出版社, 2007.
- 李昊, 常鵬翰, 時金強, 高潤恒, 不動產登記程序的制度 建構, 北京大學出版社, 2005.
- 2002년도 남북법제개선연구보고서, 법제처, 2002.
- 조동제, 중국외국인투자기업 경영법률과 실무, 한국재정경제연구소, 2007.
- 黃河, 馬治選, 王志彬, 李集合, 土地法教程, 北京, 中國政法大學出版社, 2005.
- Bodenrecht: Textausgabe, herausgegeben von der Humboldt-Universität zu Berlin Sektion Rechtswissenschaft, Bereich LPG-Bodenrecht, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1986.
- Bodenrecht, Autorenkollektiv unter Leitung von Prof. Dr. Günther Rohde, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1989.
- Eickmann, Grundstücksrecht in den neuen Bundesländern, 2. Aufl., Köln, Verlag Kommunikationsforum, 1991.
- Li Buyun, Constitutionalism and China, Beijing, Law Press, 2006.
- Zhu Yikun, China's Civil Law, Beijing, Law Press, 2003.
- _____, China's Procedural Law, Beijing, Law Press, 2003.

【논문】

- 渠濤, “中國土地制度的 現況과 展望”, 土地法學 第20(增補)號, 韓國土地法學會, 2005. 3.
- 김광길, “개성공단내 남측 투자자산에 대한 권리 확보 방안: 소유권, 저당권, 국유자산의 관리를 중심으로” 개성공단 지원을 위한 법·제도적 과제에 관한 학술대회 발표논문집: 2007년도 춘계 남북경협법제 학술회의, 북한

- 법연구회, 2007. 5. 30.
- 김기혁, 김광길, “개성공업지구 법제정비사업의 현황, 의의 및 과제”, 이화여자 대학교 통일학연구원, 법학연구소 공동주최, “남북한 통일법제 및 그 과도기적 과정”에 관한 학술대회자료집, 2005. 9. 28.
- 김상용, “中國에서의 民法典 制定作業의 經過와 民法典 草案內容의 檢討”, 아시아법제연구 제3호, 한국법제연구원, 2005.
- _____, “統一 後 北韓의 沒收財産의 處理方案”, 現代法學의 발자취와 새地平: 平光趙成國教授停年紀念論文集, 삼신문화사, 2006.
- _____, “開城工團에서의 不動産法制”, 국제고려학회 서울지회 발표, 고려대학교 인촌기념관, 2006. 8. 25.
- 金永基, “南韓과 北韓의 法的 基本關係와 統一前後의 私法適用에 관한 研究”, 明知大學校 大學院 法學博士學位論文, 2002. 6.
- 김영윤, “북한의 경제개발 전략과 과제”, 통일과 국토, 한국토지공사, 2006, 봄, 여름호.
- 南北韓 特殊關係의 法的性格과 運營方案, 民族統一研究院, 1994. 12.
- 盧靑錫, “중국의 토지소유권과 사용권”, 韓中土地法國際學術會議 발표, 中國, 靑島, 2005. 10. 10.
- 唐烈英, “中國個人住宅商品化改革過程簡介(중국개인주택상품화개혁과정에 관한 概要)”, 中國 重慶市 所在 西南政法大學 開催, 中韓住房保障法律制度比較 研究國際研討會(中國, 重慶, 2007. 4. 27) 發表論文.
- 문준조, “중화인민공화국 물권법의 제정”, 법령정보, 한국법제연구원, 2007. 4.
- 박상호, “中國의 土地制度에 관한 研究”, 土地法學 第22號, 韓國土地法學會, 2006. 12.
- 박인성, “중국 토지사용권 시장의 형성배경 및 구조”, 토지연구, 봄호, 한국토지공사, 2002.
- 배종렬, “북한의 경제특구개발현황에 대한 평가 및 전망”, 수은조사월보, 한국수출입은행, 1996. 5.
- 白承起, “中國의 都市土地管理政策에 관한 研究”, 土地法學 第17號, 韓國土地法學會, 2001. 12.
- _____, “라진-선봉지역 외자유치정책에 대한 평가와 전망”, 수은조사월보,

2000.

孫憲忠, “中國에서의 物權法 制定과 主要 爭點事項: 中國物權法立法的主要爭議”, 中國의 民法典 制定에 관한 最近의 立法動向: 物權法을 中心으로, 한국법제연구원, 2002.

宋成哲, “중국 한국계기업의 토지권리 및 토지분쟁”, 土地法の 理論과 實務: 志巖李善永博士華甲紀念論文集, 法元社, 2006

신현운, “북한의 경제개혁: 개방 관련 조치와 법률을 중심으로”, 6.15이후 북한 법의 변화와 전망: 아시아학술포럼시리즈 2003-4, 아시아사회과학연구원, 2003. 12.

沈萍, “個人合作建房的立法內容設想(個人이 同業하여 주택을 건설하는데 관한 입법내용의 구상)”, 中國 重慶市 所在 西南政法大學 開催, 中韓住房保障法律制度比較研究國際研討會(中國, 重慶, 2007. 4. 27) 發表論文.

양문수, “북한의 최근 경제상황과 향후 경제정책 변화 전망”, 통일과 국토, 한국토지공사, 2006, 봄, 여름호.

———, “북한의 2000년대 경제개발전략에 관한 연구”, 통일부 사이트 게재 논문, “中國에서의 物權法 制定: 中國物權法的制定”, 中國의 民法典 制定에 관한 最近의 立法動向: 物權法을 中心으로, 한국법제연구원, 2002.

엄수원, “중국의 토지·부동산관리제도”, 토지연구, 봄호, 한국토지공사, 2002.

柳炳兆, “中國의 擔保制度에 관한 研究”, 국민대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2007. 8.

유욱, “민족내부거래 관점에서 본 개성공단 관련법제 정비방안”, 개성공단 지원을 위한 법·제도적 과제: 2007년도 춘계 남북경협법제 학술회의 발표논문집, 북한법연구회, 2007. 5. 30.

윤문희, “中國 物權法에 관하여”, 연세대학교 대학원 법학과 발표논문, 2007. 5.3.

李廣輝, 宋永新, 法律英語, 北京, 中國法制出版社, 2006.

이병수, “베트남토지법 체제”, 토지법제를 중심으로 한 베트남 외국인투자법의 최근동향: 아시아법연구소 창립 3주년 기념심포지움 자료집, 아시아법연구소, 2007. 6. 19.

李相旭, “中國物權法(草案)上の 土地利用權”, 土地法學 第22號, 韓國土地法學

- 會, 2006. 12.
- _____, “중국의 토지사용권”, 土地法の 理論과 實務: 志巖李善永博士華甲紀念 論文集, 法元社, 2006
- 이상철, “남한기업의 개성공업지구 진출에 따른 법적고찰: 개성공업지구법을 중심으로”, 2002년도 남북법제개선연구보고서, 법제처, 2002.
- 이용중, “북한의 경제특별구역과 경제개혁에 대한 법적 분석”, 통일부 사이트 게재 논문
- 李孝元, “南北韓特殊關係論의 憲法學的 研究: 南北韓 交流協力에 관한 規範體系의 摸索”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2006. 2.
- _____, “개성공단지원의 북한적용 실효성 확보방안”, 개성공단 지원을 위한 법·제도적 과제: 2007년도 춘계 남북경협법제 학술회의 발표논문집, 북한법연구회, 2007. 5. 30.
- 정영화, “북한의 경제특구관련 입법동향과 과제”, 2002년도 남북법제개선연구 보고서, 법제처, 2002.
- _____, “北韓 經濟改革의 制度的 考察”, 現代法學의 발자취와 새地平: 平光趙成國教授停年紀念論文集, 삼신문화사, 2006.
- 정영훈, “중국 물권법과 북한 부동산”, 대한변협신문 제183호, 대한변호사협회, 2007. 4. 23.
- 趙成國, “北韓과 中國의 不動產所有權 및 使用權에 관한 研究”, 국민대학교 대학원 법학박사학위논문, 2001. 8.
- 趙泳照, “북한의 토지임대 및 저당제도”, 수은해외경제, 한국수출입은행, 2002. 8.
- _____, “개성공단의 현황 및 과제”, 수은해외경제, 한국수출입은행, 2003. 1.
- 조정찬, “남북한지역의 토지소유 및 관리제도의 변천과정에 관한 고찰”, 2002년도 남북법제개선연구보고서, 법제처, 2002.
- 趙紅梅, “中國의 物權法 制定과 土地法の 變遷”, 土地法學 第20(增補)號, 韓國 土地法學會, 2005. 3.
- 최득진, “베트남의 외국인 투자법: 토지관련규정을 중심으로”, 토지법제를 중심으로 한 베트남 외국인투자법의 최근동향: 아시아법연구소 창립 3주년 기념심포지움 자료집, 아시아법연구소, 2007. 6. 19.
- 최수영, “북한의 토지임대법”, 통일과 토지정책: 북한토지연구논문모음집, 한국

토지공사, 1997.

統一韓國의 經濟體制, 民族統一研究院, 1994. 12.

Amarkhuu O., “몽골에서의 초지법 조정의 현황과 과제”, 한국·북한·몽골의 형사법, 국제법, 토지법의 변화: 몽골, 울란바토르 몽골국립법제센터에서 개최된 몽골법체제의 전환에 관한 한몽국제학술회의 자료집, 북한법연구회, 한국토지법학회 편, 2007. 7. 5.

Batsukh Sh., “몽골의 초지 현황”, 한국·북한·몽골의 형사법, 국제법, 토지법의 변화: 몽골, 울란바토르 몽골국립법제센터에서 개최된 몽골법체제의 전환에 관한 한몽국제학술회의 자료집, 북한법연구회, 한국토지법학회 편, 2007. 7. 5.

Li Li, “Property Law: Dawning of Private Property Rights”, Beijing Review(北京週報 英文版), Vol. 50, No. 9, Mar. 1, 2007.

Sengedorji T. & Enkhmend S., “몽골에서의 체제전환전·후의 토지법의 과제: 토지관리체제를 중심으로”, 한국·북한·몽골의 형사법, 국제법, 토지법의 변화: 몽골, 울란바토르 몽골국립법제센터에서 개최된 몽골법체제의 전환에 관한 한몽국제학술회의 자료집, 북한법연구회, 한국토지법학회 편, 2007. 7. 5.

Tran Huu Yen Loan, “베트남의 토지법 시행체계”, 토지법제를 중심으로 한 베트남 외국인투자법의 최근동향: 아시아법연구소 창립 3주년 기념심포지움 자료집, 아시아법연구소, 2007. 6. 19.

【자료집】

개성공업지구법규집(Code of the Act and Regulations for the Gaeseong Industrial Complex), 개성공업지구관리위원회(Gaeseong Industrial District Management Committee) 편, 2007.

북한법령집, 장명봉 편, 북한법연구회 刊, 2005 및 2006.

民法與民事訴訟法: Civil Law & Civil Procedure Law, 中國法律出版社: Law Press China, 北京, 2004.

아시아국가별지역보고서 1: 중국, 싱가포르, 몽골, 베트남, 캄보디아, 亞細亞法研究所, 2005.

- 中華人民共和國物權法, 全國人民代表大會 通過, 2007. 3. 16.
- 中華人民共和國民法通則: General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China, 中國法制出版社: China Legal System Publishing House, 北京, 2000.
- 中華人民共和國民事訴訟法: The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, 北京, 外文出版社: Foreign Languages Press, 2000.
- 中華人民共和國立法法: Legislation Law of the People's Republic of China, 中國法律出版社: Law Press China, 北京, 20039.
- 中華人民共和國合同法: Contract Law of the People's Republic of China, 中國法制出版社: China Legal System Publishing House, 北京, 1999.
- 中華人民共和國合憲法: Constitution of the People's Republic of China, 中國法制出版社: China Legal System Publishing House, 北京, 2004.
- “헌법, 부문법, 법령, 정령, 결정, 명령, 지시, 규정의 개념”, 경남대학교 부설 극동문제연구소 제공, 2007.
- Essential Business Laws of Mongolia, National Legal Center, Mongolia, Ulaanbaatar, 2006.
- The Land Administration Law of the People's Republic of China: 中華人民共和國土地管理法, 中國, 北京, 外文出版社: Foreign Languages Press, 2000.
- Law on Land of Mongolia(translated into English), National Legal Center, Mongolia, Ulaanbaatar, 2006.

이 책자에 실린 내용은 집필자의 개인적 견해이며,
법무부의 공식견해가 아님을 밝힙니다.

개성공업지구 토지이용권 보호방안 연구

2008년 2월 일 인쇄

2008년 2월 일 발행

발행처 법무부 법무실 특수법령과

전화 (02)507-0314

팩스 (02)507-0315

인쇄 문중인쇄주식회사

전화 (02)503-7764~5

법무자료 280집

발간등록번호 11-1270000-000489-01