

## 土地의 私的 利益과 社會的 利益의 兩面性에 관한 考察

색인어 : 토지법제, 토지의 사적 이익, 토지의 사회적 이익, 토지소유권, 토지의 공공성과 사회성, 토지의 특성

류해웅(Hai-Woong Yoo)(법학박사, 국토연구원 선임연구위원)

K C I

## 土地의 私的 利益과 社會的 利益의 兩面性에 관한 考察

색인어 : 토지법제, 토지의 사적 이익, 토지의 사회적 이익, 토지소유권, 토지의 공공성과 사회성, 토지의 특성

K C I

## I. 시작하는 말

토지의 소유는 과거 자본주의와 공산주의라는 이념적 토대에 따라 그 기본구조를 달리해 왔다. 자본주의의 이념 아래서 토지는 사소유의 원천으로 하였으나 공산주의의 이념 아래서는 국가 내지는 전 인민의 소유로 하였다. 그러나 90년대 이후 동구권이 시장경제로 전환됨에 따라 이 지구에서 공유(共有)를 바탕으로 하는 공산주의의 토지소유는 그 의미를 상실하였다 해도 과언이 아니다. 중국의 경우 토지는全民所有制(全民所有制)와 집체소유제(集體所有制)를 내용으로 하는 사회주의 공유제(公有制)를 실시하고 있으나(중화인민공화국 토지관리법 제2조 제1문), 1978년 개혁·개방이후 토지사용권을 부여함으로써 그 실질에 있어서 공유제는 크게 후퇴하였다.<sup>1)</sup>

자본주의 국가는 토지를 사소유의 기초가 하고, 다른 어떤 재화보다 중요한 사소유권의 대상으로 하고 있다. 이를 위해 민법은 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 권리가 있다”(제211조)고 규정하여 사소유권을 절대·불가침의 권리로 하고 있다. 그러나 소유권이 절대·불가침의 권리라 하더라도 토지에 대하여 그대로 타당할 것인가에 대하여는 의문이 제기될 수 있다. 그것은 토지소유권의 역사적 전개과정을 볼 때 제약을 수반하는 권리임에 틀림이 없기 때문이다.

토지가 천부(天賦)의 것이고, 우리 모두가 살아가는 기반이기에 제약을 수반하지 않을 수 없다. 토지가 갖는 특성은 곧 토지의 공공성·사회성을 인정할 수밖에 없다는 것을 말해준다. 따라서 우리 헌법은 재산권의 보장과 함께 공공복리를 위해 제한할 수 있음을 명백히 규정하고 있고, 이에 따라 많은 개별법률은 토지재산권에 관한 제한규정을 두고 있다. 토지재산권에 관한 규제는 70년대 이후 도시화·산업화의 진전에 따라 늘어가 이제 한 필의 토지라도 토지소유자가 자의적으로 개발하고 이용할 수 없다해도 과언이 아니다.

토지는 사적 이익(私益)과 사회적 이익(公益)이 항상 갈등관계에 놓여 있다 해도 과언이 아니다.<sup>2)</sup> 왜냐하면 토지는 사회적 제도로서 사유재산제를 채택하고 있으나, 토지의

1) 토지사용권은 중국의 민법통칙과 토지관리법의 관련 규정에 의하면 법인 또는 개인이 법에 의해 국유토지 또는 집체소유토지에 대해 향유하는 점유·사용·수익의 권리라고 규정하고 있다. 토지사용권의 설정이란 특정한 국유토지 또는 집체소유토지 위에 토지사용권을 설정하는 것을 말한다(류해웅 외 2인, 2001. 「개혁·개방 이후 중국의 토지정책에 관한 연구」, 경기 : 국토연구원, p56).

2) 토지를 둘러싼 이익관계는 일반적으로 공익과 사익이라는 말로 표현되고 있다. 그러나 공익과 사익은 그 의미의 근원이 개인과 사회공공에 있기 때문에 사적 이익과 사회적 이익이라는 말이 그 본성을 더욱 잘 나타낸다. 사유재산제를 표방하는 자본주의 국가에서 토지는 사소유의 대상이 되고, 이를 소유하는 자는 사적 이익을 위해 사용·수익·처분할 권리를 갖기 때문에 사적 이익이 전형적이다. 반면에 토지는 그 특성에 비추어 공공성·사회성을 아울러 갖기 때문에 사회적 이익을 앞세울 수 없다. 따라서 토지는 사적 이익과 사회적 이익이 갈등관계에 놓여있으며, 이를 어떻게 조화롭게 할 것인가에 대해 논할 때 공익과 사익이 조정되어야 한다고도 한다. 이 논문은 토지의 본질과 제도적 관점에서 공익과 사익이라는 말 대신에 사적 이익과 사회적 이익이라는 용어를 사용하도록 한다.

특성상 사회성·공공성을 갖기 때문이다. 그러나 경우에 따라서는 지나치게 사적 이익만을 앞세운 나머지 토지의 공공성·사회성을 저버리는 경우도 없지 않고, 경우에 따라서는 공적 목적만을 앞세워 사소유권의 본질적 내용을 침해하는 경우도 없지 않다. 그러므로 토지는 이와 같은 양면성을 어떻게 조화롭게 조정해 나갈 것인가를 과제로 하고 있다.

이 글은 이러한 관점에서 토지가 갖는 사적 이익과 사회적 이익의 양면성에 관하여 고찰하는 것을 주안점으로 한다. 이를 위해 먼저 한편으로는 토지의 사소유권에 관하여, 다른 한편으로는 토지의 공공성과 사회성을 내용으로 하는 사회적 이익에 관하여 살펴본다. 그 다음 이와 같은 양면성을 바탕으로 이의 대립을 적정하게 조절하기 위한 토지법제의 전개방향을 고찰하도록 한다.

## II. 土地의 私的 利益을 위한 所有權의 展開

### 1. 私的 利益을 基礎로 하는 所有權의 成立

#### 1) 近代의 所有權의 成立

프랑스 국민의회는 1789. 8. 26 「인간과 시민의 권리선언」(Declaration des droits de l'homme et du citoyen)을 채택하였다. 인권선언은 인권·민족·계급·성별을 초월하여 인간을 보편적인 인류사회의 일원으로 보고 그 권리를 존중할 것을 호소한 것으로 계몽사상의 산물이었다. 따라서 인권선언은 계몽사상에 입각하여 높이 계양된 인류의 이상이고 정치의 근본원칙이었으며,<sup>3)</sup> 자연권으로서 자유·소유·안전 그리고 압제에 대한 저항을 담고 있었다.<sup>4)</sup> 자유는 단순히 정치상의 자유뿐만 아니라 소유·영업·생활의 자유와 같은 실질적인 뜻을 가졌다.

그리고 인권선언에 자유와 별개로 추가된 소유(propriété)는 단지 '소유의 자유'를 의미하는 것이 아니라 보다 인간에게 고유한 본원적 권리임을 의미하는 것이었다. 이에 사상적 영향을 준 것은 인신·행위·노동·재산을 포괄하는 개념으로서 시이에스(Sièyès)의 소유권론이며, 이들을 포함하는 경제적 자유는 자연권사상이 바탕을 이루는 것이었다.<sup>5)</sup> 이와 같은 포괄적인 소유관념은 역시 록크(Locke)의 광의의 소유권에 대한

3) 프랑스혁명이 채용한 사회구조의 원리를 비롯한 철학적 내용에 대하여는 Bernhard Grodthuisen, *Philosophie de la Révolution française*(井上堯裕 역, 1977. 프랑스革命의哲學. 東京 : 法政大學出版局)을 참조.

4) 인권선언 제1조는 “인간은 자유로운 존재로서 태어나고 머물며 또한 권리에 있어서 평등하다”고 규정하고 있었다.

5) 甲斐道太郎 외 3인, 1979. 「所有權思想の歴史」. 東京 : 有斐閣 pp81~ 83 참조.

관념과 유사한 것이다.

인권선언은 이러한 기본적 관념과 함께 제17조에서 “소유는 신성불가침의 권리이므로 누구도 법률로써 공공필요를 위하여 명백히 요구되는 경우가 아니면, 그리고 정당한 보상이 지급되는 조건이 아니면 박탈할 수 없다”고 규정함으로써 소유권의 개념을 구성하였다. 이는 소유권을 인간의 본성(nature humaine)으로부터 도출하여 인간의 불가침(不可讓)이며 소멸하지 않는 자연권(droit naturel)이라 하여 실정헌법상 ‘신성불가침의 권리’(droit inviolable et sacré)로 인정한 것에 가장 큰 의의를 지닌다.

이러한 신성불가침의 원칙에 의거한 소유권은 절대적 무제한의 권리로 이해되었다. 따라서 소유권은 소유자가 원칙적으로 자유로이 취득·사용·처분할 수 있는 무제한적 권리로서 보장되는 것이었다. 자유로운 소유권의 관념은 1791년 프랑스헌법과 1804년 프랑스민법전에 승계되어 공법과 사법의 원칙으로 인정되기에 이르렀고, 여러 나라의 헌법과 민법에 영향을 미치게 되었다.

## 2) 所有權의 意義와 內容

소유란 물건이나 재산에 대한 인간의 지배를 가리키는 말이다. 인간이 재산을 지배하고 자기의 생각대로 할 수 있는 상태에 있을 때 그 대물적 지배가 소유이고, 사적 소유 또는 그 이익보호를 위한 법적 관념 내지 법적 표현을 소유권이라 한다.<sup>6)</sup> 소유권은 특정인과 특정물건과의 관계로서 대물지배권이고, 또한 실정법상의 개념으로 유체물을 소유하고 있는 권리 즉, 동산 및 부동산의 소유에 관한 권리를 말한다.<sup>7)</sup>

소유권은 인간과 물건간의 귀속관계를 나타내는 중심적인 개념이며, 소유권이 인정된다는 것은 사유재산제도가 법적으로 인정된다는 것을 의미하는 것이다. 소유권을 소유자가 법률의 범위 내에서 자유로이 그 소유물을 사용·수익·처분할 수 있는 물권으로 보는 것은 이러한 의미의 표현이다.<sup>8)</sup> 따라서 사적 소유를 보호하기 위한 기준으로서 정형화된 것이 소유권이다.<sup>9)</sup>

실용법학적 정의에서 나타나는 소유권의 본질은 ① 소유권은 인간과 물건과의 관계로서 구성되고, 인간과 인간의 여러 관계(예를 들면 채권이나 친족법상의 소위 신분권 혹은 단체법상의 제 권리 등)에 대립하며, ② 여러 정의에 나타나는 개념은 순수하게 논리

6) 소유와 소유권을 구별하여 소유권은 법률학상의 개념이고, 소유는 경제학상의 개념이라는 견해도 있다 (甲斐道太郎. 1967. 「土地財産權と近代化」. 東京: 有斐閣. p6).

7) 水本 浩. 1978. “土地所有權の規制” 「ジュリスト・民法の争點」. 東京: 有斐閣. pp120~123 참조.

8) 이와 같은 소유권의 내용은 ① 사용이란 물체의 용도에 따라 쓰는 것, ② 수익이란 물건으로부터 과실(果實)을 수취하는 것, ③ 처분이란 물질적 처분 및 거래상의 처분을 의미한다(金容漢 1975. 「物權法」. 서울: 博英社. p252).

9) 郭潤直. 2000. 「物權法」. 서울: 博英社. p229.

적 혹은 법률적이라는 것을 그 특징으로 하고 있다.<sup>10)</sup>

현행 민법에서는 소유권이 점유권과 엄격히 대립하고 있다.<sup>11)</sup> 민법상 소유권은 현실적인 물건의 지배사실과는 관계없이, 관념적으로 물건의 지배를 정당하게 하는 법률상의 근거 즉, 권원(title)에 의거하여 물건지배를 보호하는 것이다. 이에 반하여 점유권은 현실적인 지배사실에 의거하여 물건지배를 보호하는 것이다. 따라서 후자의 권리는 현실적 지배를 요소로 하는 현실적인(real) 것임에 반하여 전자의 권리는 단지 관념적 지배만을 요소로 하는 관념적인(ideal) 것에 불과하다. 그러므로 소유권의 관념은 논리적으로 파악할 수 있는 것이 아니며, 그 때 그 때의 사회에서 고유한 재산제도로 규정되는 역사적인 것이라 할 수 있다.

민법은 소유권의 내용과 관련하여 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 권리가 있다”(제211조)고 규정하고 있다. 이 때 사용·수익이라 함은 목적물을 물질적으로 사용하거나 또는 목적물로부터 생기는 과실(果實)을 수취하는 것으로, 물건이 가지는 사용가치를 실현하는 것을 말한다. 따라서 소유자 자신이 사용·수익할 수 있음은 말할 것도 없고, 임대차관계를 설정하여 타인에게 그 권한을 위양(委讓)할 수도 있다. 그리고 처분이라 함은 물건이 가지는 교환가치를 실현하는 것이다. 처분에는 물건의 소비·변형·개조·파괴 등의 사실적 처분과, 양도·담보설정 기타의 법률적 처분이 있다. 이와 같은 소유물에 대한 권리는 “법률의 범위 내”에서 지닌다고 하여 소유권의 내용을 법률로써 제한할 수 있는 것으로 하고 있다.

## 2. 土地의 私的 利益을 內容으로 土地所有權의 構成

### 1) 土地所有權의 意義

토지소유권은 토지에 대한 소유권으로, 소유권 가운데서 가장 중요한 위치를 차지하고 있다. 토지소유권은 토지의 소유자가 이를 전면적으로 지배하여 사용·수익·처분할 수 있는 완전한 권리이다. 따라서 민법은 수직적이고 절대적인 토지소유권을 규정하고 있다.<sup>12)</sup> 이와 같은 토지소유권의 개념은 근대적 토지소유권에서 비롯되었으며, 토지를 객체로 하는 사용가치와 교환가치를 전면적으로 향유할 수 있는 완전물권이다. 따라서 토지소유권은 현대 헌법에서 규정하고 있는 재산권의 내용에 포괄되면서도 이와는 구별되는 개념으로 의식되는 경향이 있다.

근대법의 소유권은 일반적으로 ‘절대성’이 기본적인 특질이라 일컬어지고 있다. 그러

10) 川島武宣. 1981. 「所有權」. 東京 : 岩波書店 . p8.

11) 상계서 . p316.

12) 荻塚昭次. 1978. 「論爭民法學 4」. 東京 : 成文堂. p139 참조

나 이 절대성이라는 말은 아주 다의적(多義的)이어서 그 의미를 한 마디로 말하기 어렵다. 이 의미는 다음과 같은 세 가지의 뜻으로 사용되고 있는 것으로 파악하기도 한다.<sup>13)</sup>

첫째, 봉건적인 영주의 제 권리(상급소유권)에 의한 제한으로부터 이탈하였다고 하는 점이다.

둘째, 소유권자의 자유스런 의사에 의한 목적물의 전면적 지배가 국가에 의해 최고도로 존중되어 강력히 보장된다고 하는 성격이다.

셋째, 소유권 이외의 물권의 내용인 물건지배는 일정한 제한된 범위의 것임에 반해 소유권의 내용에는 이와 같은 제한이 없다고 하는 점이다.

이 주장에서 이들 세 가지의 의미는 상호 관련을 갖지만 근대적 소유권의 다른 측면을 잘 나타내고 있다. 그러나 근대적 소유권의 절대성은 전면적 지배권성과 불가침성의 두 가지 의미로 사용되고 있음에 틀림이 없다. 민법에서 규정하고 있는 소유권은 본래 적어도 이 두 가지 의미에서 절대성을 특질로 하고 있으므로 토지소유권을 제한하는 법제는 이와 같은 의미의 절대성을 고려할 필요가 있다.

## 2) 土地所有權이 미치는 範圍

민법은 토지소유권의 범위와 관련하여 “토지소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다”(제212조)고 규정하고 있다.<sup>14)</sup> 민법이 이와 같은 규정을 하고 있는 것은 토지소유권이 토지의 효용을 완전히 향수하도록 보장하는 것이며, 토지를 완전히 이용하기 위해서는 지표뿐만 아니라 지상의 공간이나 지하의 지각(地殼)에도 소유권의 효력이 미치게 하여야 하기 때문이다. 그렇지만 토지소유권이 미치는 범위로서 “정당한 이익이 있는 범위”란 매우 추상적인 표현에 불과하여 실제 이를 결정하는 것이 쉽지 않다. 또한 토지소유권은 정당한 이익있는 범위 내에서만 인정되는 것이기 때문에 소유권의 제한을 명시하는 법률에도 불구하고 소유자의 어떠한 이익도 침해하지 않는 범위에서 지상 또는 지하에서 타인의 이용을 금지한다는 것은 허용될 수 없는 것이다.<sup>15)</sup>

오늘날 과학과 기술의 발전에 따라 토지의 상공과 지중(地中) 만을 이용할 필요성이 증대하고 있어 정당한 이익이 미치는 토지소유권의 범위는 확대되는 경향을 보이고 있

13) 甲斐道太郎. 1986. 「不動産法の現代的展開」. 大阪 : 法律文化社. pp111~ 112.

14) 프랑스민법은 “토지소유권은 그 상하의 소유권을 포함한다”(제552조)고 규정하였으나, 그 후 독일민법은 토지소유권의 효력은 토지의 상하에 미치는 것을 원칙으로 하나, “소유자는 배제하는데 아무런 이익이 없는 높이 또는 깊이에서 행하여지는 간섭을 금지할 수 없다”(제905조)고 하였으며, 다시 스위스민법은 “토지소유권은 그 행사에 관하여 이익이 있는 한도에서 공중 및 지중에 미친다”(제667조)고 규정함으로써 토지소유권의 효력이 미치는 범위가 처음부터 이익이 있는 한도에 한정된다는 구성을 취하였다. 우리 민법은 스위스民法을 본받은 것으로 파악되고 있다(郭潤直, 전게서. p236).

15) 金容漢. 전게서. p238.

다. 그러나 산업의 발전과 도시화의 진전에 따라 공적 토지이용의 수요가 늘어나면서 토지소유권의 범위와 충돌하는 경우가 많아지고 있다(예를 들어 사유지를 통과하는 지하철의 건설). 따라서 토지소유권의 침해가 부득이하게 되는 경우 이로 인한 권리의 조정이 문제로 되지 않을 수 없다.

### Ⅲ. 土地의 社會的 利益을 위한 土地所有의 變遷

#### 1. 近代 資本主義의 發展과 土地의 所有

근대시민사회는 절대적인 소유권의 보장을 계기로 자본주의의 급속한 발전을 가져왔다. 그러나 개인주의·자유주의에 바탕을 둔 자본주의가 초창기의 기대와는 달리 많은 제약을 수반하지 않을 수 없게 되었다. 모든 사람을 평등한 인격자로 보고 자유로운 계약활동과 소유권의 절대성만 보장해 주면 개인적으로나 사회적으로 무궁한 발전을 기약할 수 있다는 이상이 깨어졌다. 이와 같은 이상은 노동을 상품으로 팔 수밖에 없는 도시노동자나 소작인(小作人)에게는 아무런 의미가 없고, 이들은 계약자유의 미명아래 “있는 자, 가진 자”로부터 착취를 당하여 결국에는 빈부의 격차가 현격해 졌을 뿐만 아니라 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 되었기 때문이다.

이에 따라 근대시민사회의 절대적인 사소유권은 대폭 수정되게 되었다. 모든 사람에게 인간으로서의 생존권을 보장해 주기 위해서는 토지소유권은 이제 더 이상 절대적인 것일 수 없게 되었다. 이에 따라 토지소유권은 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변모되었으며, 토지소유권은 신성불가침의 것이 아니라 실정법 상 여러 가지 의무와 제약을 수반하는 것으로 전환되었다.

#### 2. 現代 資本主義의 發展과 土地의 所有

##### 1) 바이마르憲法과 所有權

예링(Rudolph von Jhering)<sup>16</sup>과 기에르케(Otto von Gierke)<sup>17</sup>가 주장한 토지소유권의

16) 예링은 소유권(Eigentum)의 본질과 관련하여 소유권의 역사적인 연원이며 도덕적인 정당화 근거를 노동에서 찾고 있다. 그리고 소유자가 자기의 이익뿐만 아니라 사회의 이익에 적합한 방식으로 권리를 행사할 때에 비로소 소유권은 본분을 다하게 되는 것이라 하여 소유권의 사회성을 강조하였다. 소유권의 이념(idée)은 사회의 이념과 모순되어서는 도저히 존재할 수 없다고 하였다. 그는 “만일 경작할 수 있는 넓은 벌판이 소유자가 개으른 밭으로 개간되지 아니한 채 내팽개쳐져서 오목이 무르익을 장소에 잡초만 무성하다거나, 또는 단순한 심심풀이를 위한 수렵지로 제공되었다면 사회는 이 사태를 팔짱만 끼고 구경만 해서 되겠는가. 그러므로 사회는 그 소유자에게 경작을 명령하고 그래도 경작하지 않는다

사회화는 1919. 8. 11 바이마르(Weimar)헌법으로 나타났다. 이는 바이마르기에 등장한 절대적 소유권에 대한 대항의 결과로 나타난 사회화(Sozialisierung) 현상이었다.

바이마르헌법은 제5장의 경제생활에 관한 장을 두고, 제153조<sup>18)</sup>에서 소유권은 보장과 함께 의무를 수반하고 공공복리를 위해 그 제한이 가능함을 규정하였다. 이 조문에 대한 해석론은 대체로 세 가지 방향으로 정리되고 있다.<sup>19)</sup> 첫째, 제153조의 국가에 의한 소유권제한은 국가가 상급소유권을 가지고 있다는 것에 그 근거를 찾는 견해이다. 그러므로 물건은 소유자만이 아니라 전체에 봉사하지 않으면 안된다고 한다(H. Goldsmidt, J. W. Hedemann). 둘째, 사회국가적 사상을 관철하려고 하는 입장으로, 국가는 비자본주의적 동기에서 소유권의 제한이 가능하고 소유권의 사회적 구속을 위한 입법화가 가능하다는 주장이다(O. 길히하이머). 그리고 셋째, 전면적인 사회화를 반대하는 점에서는 첫번째의 경향과 같으나 국가에 대한 소유의 강화를 주장하는 입장이다(M. Wolf).

볼프는 소유권의 제도적 보장을 역설하였으며, 그의 수용에 대한 이론은 법원에서 채용되었다. 그래서 법원은 수용만이 아니라 소유권의 단순한 제한까지도 수용개념에 넣음으로써 수용개념의 확대를 피하고 보상을 필요로 하는 범위를 확대하였다.<sup>20)</sup>

바이마르헌법은 소유권의 보장을 강조하였다. 그러나 소유권의 내용과 제한은 법률이 정하는 바에 따른다는 유보조항을 두고 있었기 때문에 사적 소유권은 절대적으로 보장되어야 한다는 견해에 입각하고 있지는 않았다. 오히려 공공복리를 위해 사적인 사용·수익이 법률에 의해 침해될 수 있음을 인정하고 있었다. 그리고 라이히법률에 의한 때 보상을 지급하지 않고 수용도 가능한 것으로 규정하고 있었다.

바이마르헌법은 소유권의 보장을 강조함과 동시에 사회화에 관한 조항을 두고 있었다.

---

면 보다 유익하게 토지를 이용할 만한 사람에게 소유권을 이전시켜 주어야만 한다"고 하였다(甲斐道太郎 외3인, 전게서. p127).

- 17) 기에르케에 의하면 단체소유권에는 게르만사회의 촌락공동체적 토지소유관계인 총유권과 중세 게르만 사회에 있었던 조합적인 단체소유관계인 합유가 있다고 하였다. 그리고 그는 소유권은 그 개념 속에 제약을 내포하고 있으며, 무제약적인 권리가 아니라 하고, 소유권을 물건에 대한 절대적 지배권이라는 견해를 논리적으로 부정하였다(상게서. pp132~133 참조).
- 18) 바이마르헌법은 제153조 제1항에서 "소유권은 헌법에 의해 보장된다. 소유권의 내용과 한계는 법률로 정한다"하고, 제2항에서 "공용수용(Enteignung)은 법률이 정하는 바에 의하여 그리고 공공복리를 위해서만 실시할 수 있다. 공용수용은 라이히법률에 별도의 규정이 없는 한 적절한 보상에 의해 실시된다. 보상액에 관하여 다툼이 있을 때에는 라이히법률에 별도의 규정이 없는 한 통상법원에 청구하는 권리구제수단이 인정된다. 란트 시·읍·면 및 공공단체에 대하여 행하는 라이히의 수용은 보상에 의해서만 실시될 수 있다"하며, 제3항에서 "소유권은 의무를 수반한다. 소유권의 행사는 동시에 공공복리에 봉사하지 않으면 안된다"고 규정하고 있었다.
- 19) 丸山英氣, 1978. "ドイツ所有權法思想の發展" 日本土地法學會. 「土地所有權の比較法的研究」. 東京: 有斐閣. p65.
- 20) 라이히재판소는 처음에 주거강제를 위한 경제상의 침해를 수용이라 보았으나 그 후 봉건적 권리의 포기(lippische Rente)도 수용이라 하였다. 그 대상은 모든 소유권 봉건적 권리이더라도- 으로 되었으며, 행정행위만이 아니라 입법까지 확대되어 있었다(상게논문. p25).

그러나 사회화에 관한 제156조<sup>21)</sup>의 규정은 소유권의 보장과 실질적으로 대립하는 규정이었다. 이 경우에도 수용의 경우와 마찬가지로 보상을 지급하지 않고 실시할 수 있도록 하였다. 사회화의 방법에 대하여는 세 단계로 나누어 규정하고 있었다. 가장 철저한 사회화단계는 수용과 공동소유권(Gemeineigentum)으로의 이행이다. 다음 단계는 반관반민(半官半民)의 기업으로 이행이다. 말하자면 라이히 사기업의 관리와 운영에 참가하고 그렇지 않으면 주(州)나 게마인테를 참가시키는 방법이다. 사회화의 가장 완전한 방법은 사기업을 법률에 의하여 통합하고, 그 관리와 운영에 노동자도 참가시켜서 공동경제의 원칙에 부합하도록 규제하는 방법이라 하였다.

그리고 소유권사상과의 관련에서 간과할 수 없는 조항은 토지제도에 관한 조항이라고 부르는 제155조<sup>22)</sup>이며, 이는 여러 가지의 법률 내지 법 제도에 의해 실현되었다

## 2) 財産權의 現代的 展開

근대적 소유권은 신성불가침의 원칙을 채용하고 있었으므로 인권으로서의 소유권이 그 핵심을 이루고 있었다. 이는 현대 헌법의 재산권보장조항에서도 근간을 이루는 관념이며, 인격의 자유가 재산권의 중핵을 이루는 것으로 보고 있다. 따라서 재산권의 중핵이 되는 부분은 그 보장이 강조되는 한편, 그렇지 않은 부분은 입법자에 의해 그에 대한 규제가 허용되고 있다.<sup>23)</sup>

21) 제156조는 제1항에서 “라이히는 법률에 의한 공용수용을 유추적용하여 사회화(Vergesellschaftung)에 적합한 사경제기업은 보상을 지급하고 사회적 공동소유로 이전할 수 있다. 란트 또는 시·읍·면은 경제기업 및 경제연합체의 관리에 참가하고, 또는 그밖의 방법으로 그 관리에 결정적인 영향력을 확보할 수 있다”하고, 제2항에서 “라이히는 나아가 긴급한 필요가 있는 경우에는 공동경제(Gemeinwirtschaft)의 목적을 위하여 생산에 종사하는 모든 국민계층의 협력을 확보하고, 사용자와 피고용자를 관리에 참가시키며, 또한 경제체의 생산·제조·분배·소비·가격형성 및 수출입을 공동경제의 원칙에 따라 규제하기 위한 목적으로 법률에 의하여, 자치를 기초로 경제기업과 연합체를 통합할 수 있다” 하며 제 3항에서 “협동조합(Die Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften)과 그 연합회는 스스로 청구하는 바에 따라 그 제도 및 특성을 고려하여 공동경제에 편입된다”고 규정하고 있었다.

22) 제155조는 제1항에서 “국가는 토지의 분배와 이용을 감시하여 그 남용을 방지하고 모든 독일인에게 건전한 주거를 확보하고 아울러 모든 독일의 가족, 특히 자녀가 많은 가족이 그 수요에 상응하는 주거가 산지 및 농업가산지를 확보하도록 노력한다. 전쟁참가자는 가산지법(Heinstäffenrecht)을 제정함에 있어서 특별히 고려된다”하고, 제2항에서 “토지소유(Grundbesitz)는 주거의 수요충족을 위하여 내지식민(內地植民)과 개간을 촉진하기 위하여, 또한 농업의 향상을 위하여 그것을 취득할 필요가 있을 때에는 공용수용할 수 있다. 세습재산(Fideikomisse)은 폐지된다.”하며, 제3항에서 “토지의 경작 및 충분한 이용은 토지소유자의 사회에 대한 의무이다. 부동산에 대한 노동 특히 자본을 투자하지 않고 생기는 지가의 증가분은 사회전체를 위하여 이용된다”하고, 제4항에서 “모든 지하자원과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국가의 감독을 받는다. 사적 특권(Private Regale)은 입법을 통하여 국가로 이전된다”고 규정하고 있었다.

23) 栗城壽夫, 1989. “憲法と財産權” 「公法研究」 제51호 pp67~68 참조

이와 같이 재산권보장은 자연법론이 주장하는 바를 헌법에 구체화·실정법화하였다 하더라도 헌법이 제정된 이상은 자연법론의 주장이 그대로 실현되는 것은 아니며, 오히려 헌법 독자의 논리가 작용함을 부정할 수 없다.<sup>24)</sup> 헌법논리는 비 재산권자를 포함한 모든 사람의 국정참가를 요청한다고 하는 의미에서 민주정원리를 요청하고, 또한 비 재산권자를 포함한 모든 사람의 인권의 실효적 향수와 행사를 요청한다고 하는 의미에서 사회국가원리를 요청하는 것이었다. 따라서 재산권에 대한 헌법 독자의 논리를 인정하는 견해에 의하면 재산권에 대한 최적의 보장이란 민주정원리와 사회국가원리를 기본원리로 하고 있는 헌법 아래서는 이들 원리를 근거로 천부불가침(天賦不可侵)의 인권(人權)으로 하는 자연법론을 중시한다. 반면에 재산권의 제한은 이들 원리에 의해 재산권을 외제적으로 제약하는 것이 아니라 재산권의 보장 가운데 처음부터 내재하는 것으로 이해하고 있다

따라서 현대 헌법에서의 재산권보장은 전(前) 국가적 자유에서만 아니라 국가법질서의 승인아래 놓여지게 되었으며, 이러한 재산권의 자유권적 성격의 변화는 바이마르헌법의 영향에 의거하는 것으로 재산권의 사회성이 강조되는 특성으로 나타나고 있다. 사회국가원리의 실현을 위한 재산권의 제한이 정당화되고 또한 시대의 변천과 더불어 그 강도가 점점 더해가고 있는 것은 이러한 점을 반영한 것이라 할 것이다. 특히 토지재산권은 그 특수성으로 인해 다른 재산권과는 달리 그 제한이 강조되고 있다. 현대 헌법의 제규정에서 미루어 볼 때 재산권에 대하여는 사회국가원리를 실현하기 위하여 국가의 적극적인 개입이 허용되고 있으며, 이를 통해 경제질서의 확립을 의도하고 있음을 알 수 있다.

19세기말 이래 점차로 늘어간 소유권의 제한은 제2차 대전이 일어나기 전까지만 해도 전체가 통일적으로 파악되고 있지는 않았다. 그것이 처음으로 나타난 것은 제1차 대전이 일어난 때이며, 모든 시책이 군사력의 강화라는 단일적인 목표를 중심으로 하였기 때문이다. 그러나 전후 전시경제가 평화경제로 바뀌면서 토지재산권의 지도이념으로 사회화 내지는 사회성이 제창되어 오늘날에 이르고 있다. 그리고 소유권의 사회성을 강조하는 정도는 제2차 대전이후 한층 더 고조되었으며 이 이념은 마야흐로 전 세계를 휩쓸고 있다고 할 수 있다.<sup>25)</sup>

1945년 독일은 패전 후 총통원리에 의거한 나치스의 법 체제가 전면적으로 붕괴되었다. 그러나 나치스의 법 체제 그 자체가 바이마르의 법 체제의 승계였던 것과 같이 전쟁 후 서독의 법 체제도 나치스의 법 체제와 전혀 무관한 것으로 재출발한 것은 아니었다.

24) 상계논문. pp68~70 참조

25) 金曾漢. 1981. 「物權法」. 서울: 博英社. p228.

1949년에 제정된 독일연방공화국의 기본법이 채택한 소유권에 관한 조항은 바이마르 헌법의 중요한 조항을 승계하였다. 기본법 제14조제1항은 “소유권 및 상속권은 보장된다. 그 내용과 제한은 법률에 의해 규정된다”하고, 제2항은 “소유권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 제3항은 “공용수용(Enteignung)은 공공복리를 위해서만 허용된다. 수용은 보상의 방법 및 정도를 규정하는 법률에 의거하여 또는 관련 법률에 의거할 경우에만 허용된다. 보상은 공공의 이익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 결정하도록 한다. 다툼이 있을 때는 보상을 이유로 하는 것에 대하여는 통상재판소에 제소하는 길이 열려 있다”고 규정하고 있다. 이와 아울러 동법 제15조제1항은 “토지, 천연자원 및 생산수단은 사회화(Vergesellschaftung)의 목적을 위해 보상의 방법과 정도를 규정하는 법률에 의해 공동소유(Gemeineigentum) 또는 그 밖의 공동경제(Gemeinwirtschaft)의 형태로 이행할 수 있다...”고 규정하고 있다. 따라서 바이마르헌법 제5장 경제생활의 중요한 부분은 이 두 개의 조문에 집중적으로 승계되고 있다.

이 영향을 받은 각 국의 헌법은 재산권의 보장과 함께 법률로써 이를 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 근대의 절대적 소유권은 많은 발전과 변화의 과정을 거쳐 현대법으로 탈바꿈하였으며, 그 제한의 강도가 점점 강해지는 사회화현상을 엿볼 수 있다. 이래서 오늘날 소유권은 절대적 무제한의 지배권으로 생각할 여지가 전혀 없어진 것은 명백한 사실로 되었다. 소유권은 사회협동생활을 위해 많은 제한을 받는 것이며, 동시에 의무를 수반하고 있는 것이다.

#### IV. 土地에 대한 社會的 利益의 根據와 公共性·社會性의 強化

##### 1. 土地에 대한 社會的 利益의 根據

##### 1) 土地의 特性을 통한 社會的 利益의 導出

토지는 인간의 생활·생산활동의 불가결한 기초를 이루고, 다른 재화와는 다른 다양한 특성을 지니고 있다.<sup>26)</sup> 토지의 특성은 자연적 특성과 인문적 특성으로 구분할 수 있으며, 이들 특성으로 말미암아 토지는 복잡한 문제를 야기시키고 이의 해결을 위해 다양한 정책수단이 요청되고 있다.

토지의 자연적 특성은 비 노동생산성, 유한성, 고정성, 영속성으로 요약된다.

26) 稻本洋之助·眞砂泰輔. 1981. 「土地法の基礎」. 東京: 青林書院新社 pp8~9면 甲斐道太郎 전개서(不動産法の現代的展開). pp112~113; 金庚烈 외. 「韓國의 土地政策」. 경기: 建設部 pp17~18.

첫째, 토지의 비 노동생산성이다. 토지 그 자체는 인간의 노동생산물이 아니라 인간에게 있어서 자연적 소여(所興)이다. 토지는 인간이 현실로 이용(자본과 노동을 투하하는)함으로써 비로소 인간에게 가치있는 것이지만 이용상의 필요에 따라 새롭게 만들어지는 것이 아니고, 또한 이용에 의해 소멸하는 것도 아니다.

둘째, 토지의 유한성(量的 不增性)이다. 토지는 그 절대면적을 인위적으로 증가시킬 수 없는 특징이 있다. 공유수면매립이나 간척사업 등에 의하여 증가시킬 수 있다하나 이는 근본적인 증가가 아니고, 설령 다소 증가가 가능하다 하더라도 많은 비용과 장기간을 요할 뿐만 아니라 그 양도 아주 적어 토지의 증가에는 한계가 있다. 이러한 토지의 특성은 결국 토지공급의 비 탄력성을 초래하여 수요자의 경쟁을 야기시키고, 토지에 대한 인간의 지배로서 토지소유는 한정적인 지표에 대한 사적 독점으로 나타난다. 따라서 한정된 토지의 이용을 둘러싸고 경쟁과 대립이 불가피적으로 발생한다.

셋째, 토지의 지리적 위치의 고정성(不動性)이다. 토지는 위치를 그 본질적 속성으로 한다. 더구나 토지는 지표의 특성에 따라 강도의 개성을 갖고 대체성이 없는 것이기 때문에 토지이용의 자연적 조건은 크게 제약되고 있다. 토지의 이러한 자연적 속성은 토지에 대한 사적 지배의 독점적 성격을 한층 강하게 하여 토지이용을 둘러싼 경쟁과 대립을 심각하게 한다. 토지는 자연적으로 지리적 위치가 고정되어 있어 아무리 좋은 토지라 하더라도 필요한 장소에 인위적으로 옮길 수 없기 때문에 토지의 유용성이 크게 제한되고 있다. 따라서 토지에 관한 모든 활동은 국지화(局地化)되어 수급의 경쟁이 치열한 토지와 그렇지 않은 토지가 있게 되므로 같은 용도의 토지라도 위치에 따라 지가 수준은 큰 차이가 나타나게 된다.

넷째, 토지존재의 영속성(不變性)이다. 토지는 아무리 사용하더라도 소모되거나 마모되지 않는다는 특징을 지니고 있다. 홍수 등 천재지변에 의하여 그 형상이나 토질에 다소의 변동은 있을 수 있으나, 이것은 무시하여도 좋을 정도로 미미하므로 근본적으로는 불변이라고 보아야 한다. 따라서 삶의 터전으로서 토지의 이용 내지 수익성은 영속적으로 지속되는 것이다.

한편 토지의 인문적 특성은 상린성, 사회성, 용도의 다양성, 가변성으로 요약된다.

첫째, 토지의 상린성(相隣性)이다. 토지는 원칙적으로 사방에서 다른 토지와 인접하고 있는 특성을 지닌다. 따라서 어떤 토지이용은 불가피적으로 인근의 토지이용에 어떠한 영향을 미치지 않을 수 없고, 하나의 토지이용은 다른 토지이용으로부터 절대적으로 자유·독립의 것일 수 없게 된다. 토지는 인접하는 토지와 상린성으로 말미암아 설령 용도지역·용도지구 등의 지정에 의해 규제를 받더라도 무 보상으로 이해된다.

둘째, 토지의 사회성이다. 토지는 다양한 토지이용의 사회적 가치를 통해 고도로 사회적인 성격을 지니고 있다. 동일한 토지라 하더라도 토지이용의 가치는 한편으로는 그

용도에 따라 다른 사회적 기능을 담당함과 동시에 다른 한편으로는 그 직접적 이용자를 넘어 다른 인간에게도 다양한 사용가치를 지니고 있다. 예를 들어 도시주변의 농지는 식량을 공급하는 농민의 농업경영의 장소임과 동시에 도시주민에게는 녹지로서의 자연 환경이고 보전된 공간이다. 산림의 경우에는 그 복합적 가치는 더욱 광범한 것이 된다.

셋째, 토지용도의 다양성이다. 하나의 토지는 주거용지·공업용지·공공용지 등 다양한 용도로 이용될 수 있어 용도의 전환이 가능하고 용도의 경합이 일어날 수 있다. 그러므로 각종 토지이용계획에서는 토지의 기능과 적성에 따라 적절한 용도를 부여하기도 하고, 합리적으로 이용되도록 공법상의 규제를 가하기도 한다. 이는 유한한 토지를 감안할 때 효용성이 가장 높은 이용방법을 선택하여야 하므로 최우효이용의 원칙이 준수되어야 하기 때문이다.

넷째, 토지의 사회적·행정적·경제적 위치의 가변성이다. 인구의 이동이나 사회의 발전으로 인하여 동일한 용도의 토지라도 그 효용도가 변할 수 있고, 국토이용계획·도시계획과 각종 규제 등 토지정책의 변화에 따라 그 입지의 성격이 달라질 수 있다. 또한 토지는 경제발전·소득의 증가에 따라 이용 및 거래활동이 달라질 수 있으므로 지가의 급격한 변동이나 투기적 거래를 유발하기도 한다.

이상에서 살펴본 바와 같이 토지는 다른 재화와는 구별되는 특성을 지니고 있다. 이와 같은 토지의 특성은 근대 민법에서도 전혀 간과되고 있었던 것은 아니다. 예를 들어 유럽제국의 경우 토지소유권의 자유가 강조된 시기에도 그 자유는 오히려 토지의 특성 때문에 일정한 사회적 제약에 따를 수밖에 없다고 하는 관념이 동시에 존재하고 있었다.

토지는 자연적 특성과 인문적 특성을 통해 그 속성을 다음과 같이 요약할 수 있다.<sup>27)</sup>

첫째는 토지가 자본주의, 보다 넓게는 인간의 토지이용을 위해 자연적으로 주어진 한정된 것이라는 점이다. 천부(天賦)의 토지가 인간에게 주어진 것이야말로 내재적 제약을 수반하지 않을 수 없다.

둘째로는 이 토지가 동시에 다른 재화에 비하여 훨씬 강한 사회적·공공적인 성격을 가지며, 이와 같은 토지를 사인이 배타적으로 독점하는 것은 실로 그 사실자체가 불합리한 것이 된다. 토지가 갖는 사회적·공공성이라는 속성은 토지소유의 자유를 제약하지 않을 수 없는 논거임에 틀림이 없다.

이와 같은 토지의 두 가지 속성은 사소유권과 양립하는 관계에 놓이게 된다. 그로 말미암아 토지의 사소유권은 공공성·사회성과 이중구조성 내지는 양면성을 갖게 되고, 양자의 충돌을 어떻게 조화롭게 조정해 나갈 것인가가 과제로 된다. 사소유권이 보다 중시되는 환경아래서 토지의 공공성·사회성은 약화될 수밖에 없고, 토지의 공공성·사

27) 稻本洋之助·眞砂泰輔. 상계서. p9.

회성이 강조되는 환경아래서 토지의 사소유권은 제약이 많아질 수밖에 없다. 어떠한 자본주의 발전에 수반하여 도시나 공업의 발전·인구의 집중·비농업적 토지이용의 확대에 따라 자유스런 토지소유권의 존재는 생산활동이나 사회생활의 발전에 대한 제약요인으로 작용하게 된다. 이제 토지에 대한 사소유권은 내재적 내지는 사회적 제약을 수반하는 권리로 전환되어 오늘에 이르고 있다해도 과언이 아니다.<sup>28)</sup>

## 2. 土地의 社會的 利益을 위한 公共性·社會性的의 強化

### 1) 土地의 共有財産性

우리는 70년대 이전만 해도 농업에 온 국민이 매달려 살아야만 했다. 그러한 나머지 우리들의 뇌리에 깊이 뿌리를 내리고 있었던 것은 두말할 것도 없이 토지에 대한 집착이었다. 이는 옛날부터 전해 내려오는 “돈만 있으면 땅에 묻어라”는 말만 보더라도 잘 알 수 있다. 그러나 산업이 발전하고 경제적 여건이 비교가 되지 않을 만큼 좋아진 오늘에도 토지에 대한 집착이 여전한 것은 어떤 연유에서 비롯되는 것일까? 그것은 “토지가 가장 유리한 자산이다”거나 “지가가 상승하면 상승된 이익은 당연히 토지소유자의 것이 된다”는 의식에 바탕을 두고 있기 때문이다. 이러한 관념이 깊게 뿌리를 내리고 있는 것은 국민의 토지에 대한 잘못된 인식에 의거하는 것임에 틀림이 없다.

일반적으로 토지라 하면 자연적으로 존재하는 대지(大地)와 이를 실제 이용할 목적으로 다듬어 놓은 택지, 농지 등을 포함한다. 자연적으로 존재하는 토지는 공기나 물과 같이 천부(天賦)의 것으로서 인간의 노동에 의한 생산물이 아니다. 토지는 새롭게 만들어 낼 수 없는 유한의 것이다. 그러기 때문에 토지는 보통의 재화나 상품과는 본질적으로 달라 이를 사유화하거나 상품으로서 이윤의 대상으로 할 성질의 것은 아니다.

그리고 이용하기 위한 목적으로 제공되고 있는 택지나 농지는 인간이 조성한 것으로 생존에 절대 필수 불가결한 기반을 이루는 것이다. 생활의 기반을 이루는 토지에 인간이 살아간다는 것은 천부의 인권인 것이다. 그러기에 우리의 생활을 유지하는 토지는 강한 사회적·공공적 성격을 지닐 수밖에 없는 것이다.

이와 같은 특질을 갖는 토지는 본래 국민전체, 즉 인류의 공유재산이라 할 것이다. 그러기에 농지는 농경을 위해 사용되고, 택지는 생활을 위한 주거의 기반으로 이용에 제공될 때 그 기능을 다하게 된다. 그러나 사유재산제를 기초로 하는 자본주의 사회에

28) 재산권의 행사는 그 자체가 본래 내재적으로 갖는 내재적 제약과 공공복리에 적합하게 행사하여야 할 헌법적 한계로서 사회적 제약(사회적 기속성)을 기본으로 한다. 따라서 내재적 제약과 사회적 제약은 사유재산제도를 전제로 하는 재산권에 대한 제한의 논거라 할 수 있다 (柳海雄, 2000. 「土地公法論」. 서울 : 三英社. p219).

서는 공공적 성격을 갖는 토지가 법제도상 사적인 권리의 대상으로 되어 사유재산으로서 강하게 보호되고 있다. 그 결과 토지는 이윤추구를 위해 상품화하고, 농지도 경작하기 보다 지가상승을 기대하여 보유하며, 기업은 매점(買占)한 토지를 기업 자산화하는 경향이 강하게 나타나고 있다.

## 2) 土地의 公共性·社會性

토지는 국가영역을 형성하는 토대가 되고 국민 모두의 공통적 생활기반이 되므로 비록 사유재산이라 할지라도 다른 재화보다 그 이용에 있어서 공공성이 강조되어야 한다. 오늘날에는 사회·경제적 구조의 변화에 따라 공공성은 더욱 강화되는 추세에 있다. 따라서 도시화·산업화의 진전에 따라 공공복리를 우선한 이용원칙을 준수하면서 합리적 이용과 적정한 거래가 이루어지도록 하고 생활환경의 보전 및 지역간 균형발전을 도모하기 위해서는 사유재산권의 본질을 침해하지 않는 범위에서 규제하는 것이 불가피하다.

토지는 다른 재화와는 달리 생산과 생활을 위한 제 활동의 공통기반임과 동시에 현재 및 장래에 있어 국민을 위한 한정된 자원이다. 토지의 가치는 사회간접자본시설의 정비 등 외부적 요인에 의해 증대되는 특성을 지니고 있다. 우리나라는 좁은 국토공간에 밀집하여 사회·경제활동을 영위하고 있을 뿐만 아니라 토지의 희소성으로 인해 급격히 증대되고 있는 수요를 충족할 수 없어 토지의 공급에 한계성을 지닌다.

이와 같은 토지의 특성과 토지를 둘러싼 사회적·경제적 배경에 비추어 볼 때 토지에 대하여는 공공복리의 관점에서 다른 재산권보다 강력한 제약이 과해질 것을 요청하는 것은 당연하다. 토지가 개인의 재산이지만 태양·물·공기와 같이 어떤 한 사람의 전유물이 될 수 없는 성질의 것임을 생각할 때 고도의 공공성과 사회성을 갖는다는 기본인식이 무엇보다 먼저 확립되어야 한다.

이와 같은 기본원리는 토지공법의 저변에 흐르는 이념으로, 헌법상 공공복리에 적합한 재산권의 행사(제23조제2항)와 공공필요에 의한 재산권의 침해(동조제3항), 민법상 법률의 범위 내에서 소유물을 사용·수익·처분할 권리(제211조)를 토지에 대하여 보다 명확히 한 것으로 해석할 수 있다. 토지의 공공성·사회성은 다른 기본원리의 상위에 위치하는 가장 기본이 되는 원리로 기능하고 있다.

## V. 土地의 私的 利益과 社會的 利益의 對立과 調整

### 1. 土地所有를 둘러싼 私的 利益과 社會的 利益의 對立

토지는 모든 인간의 생활·생산활동의 절대 불가결한 기초를 이룬다. 농업이라든가 임업은 물론 어떤 자본제적 기업도 또한 인간의 거주 그 자체도 토지를 취득하여 이용하지 않고서는 성립할 수 없다. 이런 의미에서 토지는 인간의 생존에 있어 자연적 조건이지만, 자본주의사회에서는 토지도 사유재산으로서 사적 지배·사적 소유권의 객체로 되어 있다. 그래서 토지소유권은 근대민법, 특히 대륙법계의 모든 법률에서 다른 물건의 소유권과 구별됨이 없이 민법상 소유권 규정에 함께 묶여 왔다.

이는 토지도 하나의 상품이라는 것을 의미한다. 근대시민사회는 모든 시민이 상품소유자로서 상품의 교환을 통해 자기의 생존을 유지·확보하는 상품교환사회이다. 따라서 상품소유권은 시민의 생존·독립·자유의 근거를 유지하는 신성불가침의 권리로서 헌법상 보장됨과 동시에 민법에서도 절대적, 즉 물건에 대한 직접적·배타적 그리고 포괄적 지배권으로 구성되어 있다. 그래서 토지도 물건의 일종으로서 소유권의 객체가 되어 하나의 상품으로 취급되어 왔다.

현대 사회는 토지소유의 사적·독점적 성격과 토지 본래의 특성에서 비롯되는 고도의 사회적·공공적 성격은 모순이 한층 심화되어 나타나고 있다. 오늘날 사회·경제적 제 문제(예를 들어, 주택·교통 등의 도시문제, 산업입지, 공해·환경문제, 농업문제 등)의 바탕에는 토지문제가 잠재해 있거나 전면에 나타나게 된다. 이의 해결은 공익 내지는 공공성을 앞세워 토지소유권에 대한 제약을 가하지 않을 수 없는 상황에 이른다. 그래서 산업화·도시화의 과정에서 토지소유권을 규제하는 많은 토지관계법률을 제정해 왔고, 그 결과 토지에 대한 사회적 이익이 점차 크게 부각되고 있다. 그러나 이러한 사회적 요청은 토지에 대한 사적·배타적 지배가 인정되고 있는 한 토지에 대한 사인의 사적 이익과 부단히 모순·충돌하지 않을 수 없다.<sup>29)</sup> 그래서 토지소유를 둘러싼 사적 이익과 사회적 이익간의 대립은 심각한 상황에 처해있고, 그 조정이 크나 큰 과제로 되어 있다.

## 2. 土地의 社會的 利益을 위한 土地所有權 規制의 論據

사회적·공공적 이익에 의거한 사적 토지소유권의 규제는 토지의 특수성이나 제 속성에 대응하여 다양한 국면에서 행해지고 있으며, 그 논거는 다음과 같이 요약할 수 있다.<sup>30)</sup>

첫째, 토지의 투기적 이익추구의 자유에 대한 규제가 요구된다. 자본주의의 발달에 수

29) 稻本洋之助·眞砂泰輔. 전게서. p11.

30) 渡辺洋三. 1980. 「土地と財産權」. 東京: 岩波書店. p93 이하; 稻本洋之助·眞砂泰輔. 상게서. p11 이하 참조.

반하여 도시화·산업화가 진행되고, 토지의 비 농업적 이용의 확대는 토지가격을 상승시키고, 이로 말미암아 토지투기가 나타난다. 유한하고 비 대체적인 자연적으로 주어진 토지를 사적으로 독점하는 상품소유권으로서 토지소유권은 실로 그 본래적 기능으로서 기생적(寄生的)·투기적 경향 그 자체가 주택용지, 공장용지 등 사회적인 토지이용의 필요에 대한 큰 장애로 되는 것은 말할 나위 없다. 19세기 중엽이후 이러한 관점에서 토지소유권의 자유에 대한 통제, 특히 투기적 이익추구의 자유에 대한 통제가 토지이용권보장의 중요한 과제로 등장하였다. 따라서 토지의 투기적 현상은 토지소유의 비생산적 성격으로 말미암아 유효한 토지이용을 저해하는 것이고, 국민의 생활권 확보라는 측면에서 볼 때 강력한 규제가 요청된다.<sup>31)</sup>

둘째, 토지이용을 둘러싼 경쟁과 대립의 격화는 토지이용 상호의 관계에서 새로운 문제를 발생시키므로 규제가 필요하다. 농업적 토지이용과 도시적 토지이용, 도시주민의 토지이용과 대기업 혹은 중소기업의 토지이용 등 같은 종류 또는 다른 종류의 토지이용이 경합하는 경우 이를 자유스런 경쟁에 맡기게 되면 경제적 강자에 의해 약자는 배제된다. 그 결과 경제적 강자는 우등지를 독점하게 되어 농업적 토지이용과 도시적 토지이용 상호관계에서 혹은 도시적 토지이용 내부의 관계에서 무질서한 토지이용이 진행되고, 합리적인 도시형성이나 농촌의 발전을 방해하게 된다. 더구나 개별적 토지이용간의 부정부적 경쟁은 토지소유의 투기적 경향을 조장하게 된다. 그러므로 현대사회에서는 토지소유권의 상품적 기능의 규제와 함께 토지이용권 그 자체의 규제나 토지이용의 내부적 편성의 통제가 과제로 된다.

셋째, 도시화·산업화의 진전에 수반하여 사방에서 다른 토지와 인접하는 토지의 속성이 토지소유권에 대한 새로운 사회적·공공적 규제를 요청하고 있다. 한편으로는 산업·기술의 발전에 수반하여 어떤 토지이용이 주변의 토지이용자에게 주는 영향은 아주 크고 심각할 정도이다. 다른 한편으로 거대과밀의 도시에서 전형적인 다양한 도시문제(환경, 주택, 일조, 재해 등)가 지역주민의 생활·생존을 위협하기에 이른다. 어떤 토지이용이 불가피적으로 다른 토지이용에 영향을 미친다고 하는 토지의 공공성에 대응하여 사인간의 개별적 분쟁조절의 법리로서 상린관계나 권리남용의 이론이 옛날부터 존재하였다. 그러나 이들 이론이 사회·경제적 환경변화에 대처하지 못하여 불가피적으로 공법적 규제와 함께 생존의 보장을 위한 사법적 조치가 요청되고 있다(예, 공해규제입법, 일조권이나 환경권의 법리, 국토계획법제 등).

### 3. 土地의 私的 利益과 社會的 利益의 調整을 위한 土地法制의 展開方向

31) 下山瑛二. 1975. “土地所有權の限界と土地利用” 『法律時報』 제567호. p19이하 참조.

## 1) 土地法制의 傾向

오늘날 토지문제는 토지의 사회적·공공적 성격과 사적 소유권과의 대립, 사적 이익 상호간의 대립관계에서 비롯된다. 한편 현대 토지공법의 체계는 자연발생적으로 이들 이익대립의 조정과는 달리 개별적 토지이용간의 무질서한 경쟁을 부정하고, 토지소유권 및 토지이용권을 종합적·계획적으로 규제하고 질서있게 하는 토지이용계획법제를 구성하고 있다. 그래서 사적 독점으로서 토지소유가 토지의 사회적 기능에 종속되는 법 제도로 체계를 이루고 있다. 따라서 현대 토지공법은 이들 서로 대립하는 권리관계를 사회적 이익에 따라 조절하기 위한 토지재산권의 규제법제를 어떻게 구성할 것인가가 과제로 되고 있다.

토지는 사적 이익과 사회적 이익, 사적 이익 상호간에 개별·구체적으로 충돌되는 국면에서 그 해결·조정을 위한 구체적 판단기준의 확립이 요청되고 있다. 그러나 이제까지 우리의 토지법제는 이러한 과제를 해결하기 위해 토지에 대한 기본이념이나 정책방향에 관해 구체적으로 논의한 바 없다. 단지 70년대 이후 도시화·산업화의 진전에 따라 토지에 대한 사회적 요구를 고려하여 많은 규제입법을 강행해 왔을 따름이다. 그러한 나머지 토지에 대한 규제내용이 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 사례도 없지 않았다.

이와 같은 정부의 규제입법은 80년대 후반까지 이 사회에 깊게 뿌리를 내려 토지소유자가 자의적으로 개발하거나 이용할 수 있는 자유를 크게 제한하였다. 그러나 민주화의 물결과 함께 사소유권에 대한 권리의식도 많은 변화를 가져왔다. 그로 말미암아 토지의 공공성·사회성은 인정하지만 공익을 위한 사익의 침해는 인용할 수 없다는 인식이 팽배하게 되었다. 이러한 인식은 정부의 규제완화와 함께 더욱 고조되어 토지이용규제를 둘러싸고 많은 민원이 제기되기 시작하였다. 이와 때를 같이 하여 정부는 규제개혁의 일환으로 토지에 대한 불필요한 규제를 완화하기 위해 유희지제도와 토지거래신고제를 폐지하였다. 그리고 1997년 IMF구제금융 이후 택지소유상한제와 토지초과이득세제가 폐지됨에 따라 토지공개념제도는 크게 후퇴하였다. 또한 헌법재판소가 연이어 개발제한구역의 지정과 장기미집행 도시계획시설부지에 대해 헌법불합치결정을 함에 따라 무보상에 의한 토지이용규제는 한계에 부딪치게 되었다.

이러한 일련의 과정을 거쳐 최근 토지의 공공성·사회성은 크게 후퇴하였다 해도 과언이 아니다. 토지에 대한 사소유권이 존중되어야 하지만 토지의 특성에 비추어 볼 때 토지는 공공성·사회성이 강조되지 않을 수 없다. 헌법재판소의 헌법불합치결정이나 규제개혁에 따른 토지의 규제완화는 다시 토지문제를 불러올 우려가 있다. 토지에 대한

규제완화는 국토의 계획적인 이용과 관리를 저해하여 난개발과 환경과괴를 초래하고, 국지적으로 지가상승과 투기를 유발하여 토지시장을 혼란에 빠뜨릴 가능성이 있기 때문이다.

## 2) 土地法制의 展開方向

우리가 당면하고 있는 과제는 토지의 공공성·사회성의 강화와 함께 사유재산제도로 보장되고 있는 토지재산권의 사익보호라는 양면성을 어떻게 해결할 것인가에 있다. 이를 위해서는 세 가지 유의점을 고려하여 향후 토지법제를 전개해 나가도록 하여야 할 것이다.<sup>32)</sup>

첫째, 토지재산권 규제의 기본적 이념의 문제이다. 사회공공의 이익을 위한 사적 토지재산권의 규제가 불가피하다 하더라도 실현되어야 할 사회적·공공적 이익의 내용이 그로 인해 침해되는 사적 이익의 구체적 내용과 조화를 이루어야 한다. 토지소유를 둘러싼 사적 이익은 다양하게 존재한다. 토지를 단지 소유함으로써 발생하는 이익과 이용함으로써 발생하는 이익이 서로 다르고, 토지이용으로부터 발생하는 이익이라 하더라도 자본가적 이용과 국민의 생활·생존의 기초를 이루는 이용이 서로 다르다.

토지소유권과 토지이용권과의 관계에서는 토지이용권의 보장이 토지제도의 기본적 전제이지만, 현대사회에서는 다른 종류간 토지이용이 대립하는 국면에서 무어라 해도 주민의 생활·생존을 위한 토지이용권의 보장이 우선되어야 한다.<sup>33)</sup> 또한 토지를 둘러싼 사회적 이익의 내용도 궁극적으로는 국민의 생활·생존권의 확보를 위한 것이므로 광범한 국민의 생존권적 토지이용을 확보하고 그 권리를 보장하는 것이야말로 오늘날 토지공법이 추구해 나가야 할 기초적 이념이라 할 수 있다.<sup>34)</sup>

둘째, 토지소유권 중심주의의 전환이다. 우리나라의 토지제도는 토지소유를 중심으로 형성되어 있기 때문에 토지이용권의 보장보다는 토지소유권의 보장에 토지관계법의 중점이 두어져 있다. 이를 소유권 중심주의의 법체계라 부르고 있다.<sup>35)</sup> 아직 우리 사회에서는 토지소유권 중심주의의 사상이 뿌리깊게 자리하고 있다. 해방 후 농지개혁에 의해서도 토지소유권 중심주의가 바뀌지 않았다. 그 결과 토지소유권 중심주의, 토지소유권 존중주의의 법이념은 우리의 토지관계법률에 그대로 이어져 있고, 그 반면 토지이용권

32) 稻本洋之助·眞砂泰輔. 전게서. pp13~14 참조.

33) 미즈모토 교수는 토지에 관한 이익을 소유이익, 자본이익, 생존이익 그리고 공공이익으로 나누고, 소유이익 보다는 자본이익이 우선하고, 자본이익 보다는 생존이익이 우선하여야 한다고 주장한다(水本浩. 1973. 「土地問題と所有權」. 東京 : 有斐閣). 또한 다른 교수는 근대적 토지소유권에 대해서 사회적 토지소유권론을 전개하고 있다(荻塚昭次. 1974. 「土地所有權と現代」. 東京 : 日本放送出判協會).

34) 渡辺洋三. 전게서. pp99~101.

35) 상게서. p102.

이 경시되어 이의 보장이 아직 확립되어 있지 않다. 그러므로 아직도 우리 사회에서는 토지소유권을 가장 소중한 것으로 다루고 있다. 따라서 앞으로는 이와 같은 토지소유권 중심주의의 전통적 법 제도를 근본적으로 변혁하는 것이 필요하다.

토지소유권 중심주의의 법체계를 유지하려고 하는 요인으로는 농지개혁이나 정부의 토지 및 주택정책의 결과 옛날보다는 많은 국민이 토지소유자로 되어 있다는 점에서도 찾아볼 수 있다. 국민의 토지소유에는 일부 대(大) 토지소유가 존재하지만, 대부분은 영세 혹은 소규모의 토지소유이다. 그래서 대부분의 토지소유는 스스로 생활·생존을 위해 토지를 이용하고 있다고 하는 의미에서 생존권적 재산권으로서의 성질을 지닌 것에 불과하다.

토지소유권 중심주의의 법체계 아래서는 토지를 이용하는 국민도 단지 이용권을 가질 뿐만 아니라 소유권을 취득하는 것이 생활·생존에 유리하다고 생각하여 토지소유자로 되려고 하는 일반적 경향을 지니고 있다. 그래서 국민적 토지소유도 잠재적으로는 상품소유로서의 성질을 아울러 지니고 있다. 광범한 국민적 토지소유는 생존권적 토지소유와 자산적 토지소유의 복합형태를 이룬다. 그러나 생존권적 토지이용이 후퇴하고, 자산적 토지소유가 현저하게 되어 토지소유의 자산화 경향이 촉진되고 있다. 그래서 상품소유권으로서 자산적인 토지소유권의 광범한 존재가 토지소유권 존중주의의 사회적 기반을 이루고 있다.

이러한 경향은 토지소유권에 중점을 두고 토지이용권 보장을 경시해 온 전통적 정책 및 토지관계법의 역사적 소산이다. 이와 같은 정책이나 법 제도를 전환시키지 않으면 토지의 자산화 경향은 계속될 것이다.

셋째, 규제법제는 비례원칙을 전제하여야 한다. 독일의 연방헌법재판소는 사적(史蹟)보호법과 관련하는 사건에서 재산권제약과 조정의무에 대하여 판시한 바 있다.<sup>36)</sup> 이 법에 의하면 문화사적의 철거는 공적인 이익을 위해서만 허가되고(동법 제13조제1항 제2문), 소유권자의 이익은 이 때 무시된다. 단, 주(州)는 사적보호조치로 인해 소유권자가 토지를 종래대로 사용할 수 없고, 경제적인 이용가능성이 중대한 제한을 받을 때는 소유권자에 대해 보상하여야 한다(동법 제31조)고 규정하고 있다. 따라서 이 법은 사적보호조치로 인해 토지소유자에게 손실이 발생한 경우 상당한 보상을 예정하고 있다.

이와 관련하여 연방헌법재판소는 “입법자는 재산의 내용 및 한계를 정하는 경우 재산권자의 보호되어야 할 이익과 공공복리의 이익을 공정하게 조정하고, 양자의 관계가 균형이 취해지도록 하여야 한다. 이 때 입법자는 특히 헌법상의 비례성의 원칙 및 평등원칙에 구속된다”고 한다. 그리고 “재산권의 제한은 재산의 사회적 구속성(기본법 제14조

36) 1999. 3. 2 독일 연방헌법재판소 제1법정결정, 연방헌법재판소 판례집 제100권 226면 이하(BVerfGE 100, 226, Beschluß des Ersten Senats vom 2. März 1999).

제2항)의 표현으로서 원칙적으로 무 보상으로 받아들여야 한다. 입법자가 재산의 내용을 정할 때 공공복리의 범위를 일탈하는 경우 그 규정은 무효이고, 이에 의거한 제약 혹은 부담은 제1차적 권리보호의 방법으로 배제될 수 있다'는 것이다.

연방헌법재판소의 이 판결은 사적 이익과 사회적 이익이 조화를 이루도록 토지제도의 입법이 이루어져야 하고, 사회적 이익의 강조로 말미암아 사적 이익이 침해되었을 때 마땅히 권리구제적 조치가 강구되어야 함을 명백히 한 것이라 할 것이다. 이 경우 권리구제적 조치는 규제의 폐지나 완화는 물론 사전적 구제로서 주민참가와 사후적 구제로서 발생손실의 보상 및 이의 대체적 조치 등을 포괄한다. 사전적 권리구제로서 주민참가는 단지 민주적 절차에 의한 합의의 도출을 통해 민원을 최소화하고 정책의 원활화에 이바지할 따름이다. 그러므로 사적 이익과 사회적 이익의 조정은 대부분 규제의 폐지나 완화, 발생손실의 보상이나 대체적 수단으로서 매수청구권의 부여에 주안점이 두어지게 된다.

## VI. 맺는 말

토지는 한편으로 사유재산제도의 체계 속에 구성된 사적 재산으로서의 성격을 가지면서, 다른 한편으로 공공재적 성격을 지닌다. 그러므로 토지는 사적 재산으로서 사용·수익·처분할 권리가 부여되어 있고, 동시에 공유재산성이 강조됨으로써 토지 본래의 용법에 따라야 한다는 서로 대립하는 두 가지 측면을 지니고 있다. 따라서 토지는 이와 같은 양면성을 어떻게 조정해 나갈 것인가를 당면과제로 하고 있다.

천부(天賦)의 토지는 그 속성상 공공성·사회성이 강조되지 않을 수 없다. 70년대 이후 도시화·산업화의 과정에서 토지소유권을 규제하는 많은 토지공법의 제정과 1989년 토지공개념 3법의 제정이 이를 반영하고 있다. 그러나 90년대 후반부터 규제개혁이나 IMF구제금융 이후 부동산시장의 활성화를 위해 규제법률을 폐지 내지는 완화함으로써 토지의 사회적 성격은 크게 후퇴하였다. 또한 헌법재판소가 토지공개념제도와 토지이용규제제도에 대한 헌법불합치결정을 함으로써 토지의 개인적 이익이 크게 부각되기에 이르렀다.

토지는 그 특성상 사회적 이익이 강조될 수밖에 없고, 이로 인해 침해된 사적 이익이 수인(受認)의 범위를 넘는다면 어떠한 방법으로든지 구제되는 것이 마땅하다. 이는 토지가 갖는 사적 이익과 사회적 이익의 양면성을 어떻게 조화롭게 하는가의 문제이다. 토지소유자가 생활과 생산의 공통기반인 토지에 대해 사적 이익만을 앞세울 때 국민생활은 극도로 불안상태에 빠지고 말 것이다. 반대로 공공이 지나치게 사회적 이익만을 추구할 때 토지소유권은 무시되어 재산권보장과 사유재산제도의 보장이 유명무실하게 될

것이다. 따라서 토지에 대한 사적 이익과 사회적 이익이 적정하게 조정될 때 사유재산권이 철저히 보장됨과 동시에 보다 넉넉하고 안정된 국민생활을 지향해 나갈 수 있을 것이다.

토지에 대한 사적 이익과 사회적 이익의 조정은 다양한 방법에 의해 구현될 수 있다. 무엇보다도 먼저 고려해야 할 것은 사회적 이익만을 앞세운 규제가 필요하지 않을 때는 폐지하고, 그 정도를 넘을 때는 완화하여야 한다. 사회적 이익을 위해 꼭 필요한 규제라면 부득이 사적 이익은 희생이 강요되지 않을 수 없으며, 이 때 불공평을 해소하기 위한 방안이 강구되어야 한다. 양자의 조정을 위한 전형적인 방법은 발생한 손실을 보상하는 것이며, 정책적으로 이의 대체적 수단으로 매수청구권제도가 널리 채용되고 있다. 그러나 사적 이익은 사후적 권리구제 이외의 방법에 의해서도 보호될 수 있는 제도정비가 요구된다.

#### <참고문헌>

- 郭潤直. 2000. 「物權法」. 서울 : 博英社  
金庚烈 외. 「韓國의 土地政策」. 경기 : 建設部  
金容漢. 1975. 「物權法」. 서울 : 博英社  
金曾漢. 1981. 「物權法」. 서울 : 博英社  
柳海雄. 2000. 「土地公法論」. 서울 : 三英社  
柳海雄 외2인. 2001. 「改革·開放 以後 中國의 土地政策에 관한 研究」. 경기 : 國土研究院  
井上堯裕 역. 1977. フランス革命の哲學 東京 : 法政大學出版局  
栗城壽夫. 1989. “憲法と財産權” 「公法研究」 제51호  
稻本洋之助·眞砂泰輔. 1981. 「土地法の基礎」. 東京 : 青林書院新社  
筱塚昭次. 1974. 「土地所有權と現代」. 東京 : 日本放送出判協會  
甲斐道太郎 외 3인. 1979. 「所有權思想の歴史」. 東京 : 有斐閣  
甲斐道太郎. 1967. 「土地財産權と近代化」. 東京 : 有斐閣  
甲斐道太郎. 1986. 「不動産法の現代的展開」. 大阪 : 法律文化社  
川島武宣, 所有權, 岩波書店, 1981  
下山英二. 1975. “土地所有權の限界と土地利用” 「法律時報」 제567호 筱塚昭次. 1978. 「論爭民法學 4」. 東京 : 成文堂  
丸山英氣. 1978. “ドイツ所有權法思想の發展” 日本土地法學會. 「土地所有權の比較法的研究」. 東京 : 有斐閣  
水本 浩. 1978. “土地所有權の規制” 「ジュリスト·民法の爭點」. 東京 : 有斐閣  
水本浩. 1973. 「土地問題と所有權」. 東京 : 有斐閣  
渡辺洋三. 1980. 「土地と財産權」. 東京 : 岩波書店

## A Study on the Dual-faces of Land Rights, Individual and Public Interests

Hai-Woong Yoo

Key Words: land laws, individual interests of land, public interests of land, landownership, socialization of land, land characteristics

Land rights have dual-sides of interests, i.e., individual interests and public interests. These interests are often confronted with each other. And land laws basically are to coordinate these conflicts. This paper is to review the dual-sides of land rights and to suggest the future directions of land laws to mitigate the landed conflicts.

The individual interests of landownership have rooted in the belief of so-called the sacred and inviolable property ownership, which were claimed in the French Declaration of Human Rights in 1789. Landownership had been regarded as one of the sacred and inviolable rights. This concept had been the cornerstone of the modern ownership, which have been reflected in the Constitution and Civil Law in most countries. Landownership, thus, have been accepted as a bundle of rights to pursue the whole interests in using, renting and disposing activities.

As modern society evolved, this concept of the sacred and inviolable landownership had been changed gradually. The ideas that ownership of landed property have to serve the increment of public welfare have spreaded widely. The tenet of the Germany's Weimar Constitution in 1919 have influenced the ideology of many other countries' Constitution, i.e., to protect private ownership and also to promote public interests. Many public burdens have been levied upon the landowners in order to increase the welfare of the whole society.

In fact land is naturally given to the whole society. Land has many unique characteristics which makes land different from other properties. It requires more publicity for the welfare of the whole society. Individual interests of landowner are restricted by land laws which impose of many regulations on the landowner. Conflicts between individual and public

interests embedded in landownership are getting severe.

The urgent tasks in these days are how to harmonize these conflicts, i.e., how to coordinate the dual functions of protecting private interests in the one hand and increasing social welfare in the other. Land laws need to emphasize the publicity of land. Nevertheless, even if infringement on private ownership is inevitable for the public welfare, adequate rescue or compensation should be made, too.

K C I