

土地所有權의 現代的 意義와 그 制限에 관한 研究

申 鍾 澈* · 金 仁 猷**

Eine Forschung zum Grundstückseigentums im gegenwärtigen Begriff und der Beschränkung

Jong-Cheol Shin · In-Yu Kim

Zusammenfassung

Diese Abhandlung beschäftigt sich mit dem Wechsel des Grundstückseigentums und dem Grundstückseigentums im gegenwärtigen Begriff.

Das Grundstückseigentums im gegenwärtigen Begriff ist in allen Kapitalistischen Ländern einerseits schrankenlos Recht, andererseits kann eine soziale Bindung des Grundstückseigentums bestehen zur Förderung des gemeinsamen Bestens und Realisierung des Wohlfahrtsstaats.

Method der sozialen Bindung des Grundstückseigentums sind ausbau der sozialen Sicherung, recht auf Existenz Grundrechtssicherung und Teilungsberechtigung des Einkommens.

Zur Realisierung des Wohlfahrtsstaats ist es auf Grund der Probleme des beschränkt vorhandenen Bodens, der Industrialisierung, der Urbanisierung und der Vermehrung der Bevölkerung notwendig, die Wirtschaftsstruktur zu rationalisieren und die soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen.

Es ist jedoch unbestritten, daß das Grundstückseigentums verpflichtet, daß sein Gebrauch dem Wohle der Allgemeinheit zu dienen hat und für öffentliche Vorhaben enteignet werden kann. Somit kann der Staat jederzeit im Rahmen der Sozialbindung des Grundstückseigentumsbeschränkung vornehmen.

Das gegenwärtige Grundstückseigentums hat die Sozialität und Öffentlichkeit als Charakteristika des Grundstücks, so ist es ein Recht, daß es mehr Beschränkung hat.

* 韓國海洋大學校 人文社會科學大學 法學科 教授, 法學博士

** 韓國海洋大學校 人文社會科學大學 法學科 講師

I. 序 論

1. 研究의 目的

인간생활의 자연적 요소로서의 토지는 일반적인 상품과는 다른 독특한 특성을 갖는다. 첫째 土地는 지리적 위치의 고정성을 지니고 있다는 것이다. 이 때문에 土地의 물리적 특징은 지리적 위치의 固定性과 不動性을 들 수 있다. 土地의 不動性이라 함은 土地의 지리적 위치의 絶對性을 말한다¹⁾. 그리고 이와 같은 特性을 土地의 非移動性이라고도 한다.

둘째 土地는 永續性을 가진다²⁾. 土地는 일반적인 소모품과는 달리 所有權者와 利用權者의 사용수익에 의하여 消失되지 않는 영구불변의 自然財로서 인류 및 지상에 생존하는 모든 생물의 생활터전이 된다.

세째 土地는 不增性을 가진다³⁾. 土地는 다른 생산재처럼 원료·기술·노동이 결합하여 임의로 창출될 수 있는 물건이 아니다⁴⁾. 그 때문에 土地는 양적으로 한정되는 特性을 갖게 된다. 그러나 이와 같은 特性을 土地利用이라는 측면에서 볼때 택지의 조성이나 수면의 매립 등을 통하여 다소 그 용도에 적합한 土地를 증감시킬 수는 있으나 이것은 실질적으로는 土地利用의 전환에 불과하며 그 절대면적에 근원적인 영향을 주지는 못한다.

네째 土地는 不代替性을 가진다. 土地는 어느 특정된 위치에 결부되어 있는 자원이기 때문에 특정위치의 선정을 목적으로 하는 경우에는 그 대체성이 인정되지 않는다. 따라서 土地는 동일지점에 하나의 물건이 존재할 수 밖에 없으며 일반적으로 土地用途에 있어서도 어느 특정지점과 위치를 확정하게 되면 다른 土地로서 대체될 수 없는 상태에 놓이게 된다.

土地의 自然的 特性은 土地가 원초적으로 가지는 特性임에 비하여 人文的 特性은 土地가 인간이나 제도와 어떤 관계를 가질때에 나타나는 特性⁵⁾으로 개인·기업·정부 등의 힘으로 변화되는 特性이다.

첫째 용도의 多樣性이다. 즉 土地는 농·공·상업용지 등으로 이용될 수 있어서 그 용도가 다양한 性質을 가지고 있다. 둘째 併合·分割의 可能性이다. 즉 일물일권주의의 원칙상 구획되어 그 각각이 所有權의 객체가 되나 이를 변경할 수 없는 것이 아니고 이용자의 뜻에 따라 다시 분할하거나 병합할 수 있다. 세째 行政的 位置의 可變性⁶⁾이다. 土地去來는 정부의 정책으로 土地去來가 위축·둔화·신장·활성화되어 그 가격이 영향을 받음으로써 土地去來를 정부가 조정할 수 있다.

이러한 토지의 특성중에서 무엇보다도 양적으로 한정되어 있는 不增性때문에 그 토지를 누구에게 귀속시킬 것인가 하는 중요한 문제가 발생하는데, 이를 토지의 소유권문제라 한다.

1) 金榮鎮, 不動產學 概論, 建設研究社, 1976, 112면.

2) 鄭權燮, 「土地所有權 公概念」, 考試界, 1988.12.

3) 金榮鎮, 前掲書, 113면.

4) 水本浩, 土地問題と所有權, 有斐閣, 1980, 25면.

5) 鄭權燮, 土地所有權法, 法元社, 1995, 128면.

6) 姜台星, 「土地所有權의 本質」, 慶南大 法政論輯 第5輯, 1987, 32면.

土地所有權은 역사의 흐름에 따라 많은 변화를 가지며 발전해 왔다. 즉 古代의 土地所有權思想은 總有的 所有權이었고, 中世封建社會에서는 所有權이 上級所有權과 下級所有權으로 분할된 것으로 이해되었다. 그후 近代的 土地所有權은 前國家的 神聖不可侵의 權利로서 그 소유자에게 絶對的·排他的 支配가 인정되었다. 이러한 近代的 土地所有權 概念은 계약자유 원칙, 과실책임의 원칙과 함께 자본주의의 비약적인 발전을 가져온 긍정적인 면도 있었으나, 土地의 특수성을 무시한 土地에 대한 자유방임으로 여러가지 土地問題 및 社會問題를 야기시켰다. 이리하여 現代에 있어서는 諸問題를 해결하기 위하여 所有權을 그 社會性·公共性에 입각하여 많은 制限을 수반하는 權利라함과 동시에 특히 土地所有權에 대해서는 土地의 특수성으로 인하여 더욱 더 많은 제한을 가하고 있다.

따라서 本稿에서는 土地所有權의 本質 및 土地所有權思想의 역사적 흐름에 따른 思想變遷을 考察하고, 나아가 土地所有權의 現代的 意義를 定立함에 그 目的이 있다.

2. 研究의 方法 및 範圍

토지소유권의 현대적 의의를 정립함에 있어서는, 토지소유권의 시대적 흐름에 따라 고대, 중세, 근대, 현대의 토지소유권사상의 고찰이 선행되어야 한다. 따라서 본고에서는 특히 고대 로마법상의 토지소유권사상으로 부터 현대에 이르기까지 비교법적으로 토지소유권사상을 고찰한 후에 현대의 토지소유권의 제한 가능성에 대한 국내외의 논의를 검토하고, 토지소유권의 현대적 의의를 정립시키고자 한다.

II. 土地所有權의 性質

1. 土地所有權의 意義

우리 민법 제211조에서, 土地所有權은 土地의 소유자가 법률의 범위내에서 그 土地를 사용·수익·처분할 수 있는 權利라고 규정하고 있다. 여기서 사용·수익이라함은 목적물인 土地를 실질적으로 사용하거나 또는 목적물로부터 생기는 과실을 수취하는 것으로서, 말하자면 그것은 土地가 가지는 사용가치를 실현하는 것이다. 土地所有者 자신이 사용·수익할 수 있음은 물론이며, 대차관계를 설정해서 타인에게 그 권한을 委讓해도 좋다⁷⁾. 처분이라함은 土地가 가지는 교환가치를 실현하는 것이다. 이와 같은 土地所有權者의 權利는 「法律의 範圍內」에서 할 수 있다.

소유권은 재산권의 基柱를 이루며, 소유권절대의 원칙 또는 사유재산권절대의 원칙이라고 하여 契約自由의 原則과 더불어 近代私法의 基本原理를 이루고 있으나⁸⁾, 자본주의의 발달과 고도의 경제성장으로 市民社會成員間에 과생되는 빈부의 차이로 소유에 관한 절대권은 공공복

7) 郭潤直, 物權法 [民法講義II], 博英社, 1992, 289면

8) Dulkeit, G Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Berlin, 1951, §2ff.

리를 위한 의무를 수반하게 되어 現代의 所有權은 다양한 제한과 수정을 가하게끔 되었다.

특히 토지가 갖는 사회경제적 특성으로 인하여 他財產權보다는 훨씬 많은 사회적 상황에 따른 구속을 받고 있는데, 이에 관한 特別法으로서는 국토이용관리법, 토지수용법, 도시계획법 외에 농지개혁법, 농지의 보전 및 이용에 관한 법률, 산림개발법 등이 土地所有權의 여러 權能을 制限하고 있다. 이러한 규제는 그 限界와 私有財產制의 自由, 統制體制와의 關係에서 중요한 문제가 제기될 수 있다.

2. 所有權一般에 共通的인 性質

1) 私有財產制度의 法的 表現

所有權은 인간과 재화간의 귀속관계를 나타내는 중심적인 개념으로서 반드시 私有財產 制度가 인정되는 곳에서만 사용될 수 있는 말은 아니지만⁹⁾ 우리가 흔히 사용하는 所有權은 私所有權을 의미하는 것으로서, 이러한 所有權은 개인의 재산권중에서도 가장 중심적인 것이다. 따라서 私所有權은 私有財產의 근간을 이루므로 법적으로 所有權이 인정된다는 것은 私有財產制度가 법적으로 인정된다는 것, 즉 所有權은 私有財產制度의 法的 表現인 것으로 볼 수 있다. 따라서 人類 歷史上 공산주의를 비롯하여 私有財產制度를 부정하는 견해들이 없지 않았음은 사실이나 우리의 헌법체제가 사회주의나 공산주의를 배척하고 私有財產制度를 보장하는 자유민주주의를 지향하고 있는 이상 土地所有權은 私有財產制度의 근간으로서 즉 私有財產制度의 法的 表現으로서 당연히 보장되어야 할 것이다.

2) 所有權의 法的 性質

① 所有權의 內容

우리 민법 제211조는 所有權의 내용을 「소유자는 법률의 범위 내에서 소유물을 사용·수익·처분할 權리가 있다」고 규정하고 있다. 그런데 所有權의 내용은 위 3가지 권능에 국한되는 것은 아니고, 기타의 권능, 즉 점유·보존·관리 등의 포함은 의문이 없다.

② 所有權의 性質¹⁰⁾

所有權은 物件에 대한 全面的 支配權으로서 다음과 같은 性質을 가지고 있다.

i) 觀念性

오늘날 所有權은 소유자가 현실적으로 물건을 지배하고 있느냐 없느냐와는 관계없이 인정되고 있기 때문에 所有權의 물건에 대한 지배는 관념적인 것에 지나지 않는다. 이것을 所有權의 觀念性이라고 한다.

ii) 絕對性

所有權은 특정의 상대방에게만 주장할 수 있는 것이 아니라 모든 자에 대하여 주장할 수 있

9) 李太載, 「所有權의 法理」, 民事法學 第2號, 1979, 8면.

10) 郭潤直, 前掲書, 288면.

는 性質이 있는 바 이를 所有權의 絕對性이라고 한다.

iii) 全面性(完全性)

所有權은 그 객체인 물건을 지배함에 있어 특정한 방향에 한정되지 않고 어떠한 방향에서나 할 수 있다. 즉 所有權은 全面的 내지는 포괄적인 支配權이다. 그러므로 물건에 대한 제한물권과 구별되고 이러한 소유권을 전부 논거할 수는 없고 민법 제211조는 使用, 收益, 處分權을 나열하고 있지만, 民法上 所有權 內容은 그 성질상 전부 지적할 수 없을 만큼 다양한 權能을 포함하고 있다¹¹⁾.

iv) 渾一性(統一性)

오늘날의 所有權 內容이 사용·수익·처분의 권능은 물론 점유·보존·관리의 권능도 포함함은 물론이나 그렇다고 하여 所有權이 위의 諸權能의 총화 내지 집합은 아니다. 왜냐하면 所有權은 이러한 모든 권능을 낳게하는 혼일된 원천적인 支配權이기 때문이다. 이것을 渾一性이라고 한다.

v) 彈力性

소유물에 대해 제한물권이 설정되더라도 所有權의 全面的 支配性을 상실케 하는 것은 아니므로 제한물권이 소멸하면 所有權은 당연히 본래의 원만한 상태로 복귀하게 되는 바 이를 所有權의 彈力性이라 한다.

vi) 恒久性

所有權의 물건에 대한 全面的 지배성은 시간적으로 무제한함으로 처음부터 존속기간을 정한 所有權이란 존재할 수 없고 또한 所有權은 소멸시효에도 걸리지 않는 性質을 恒久性이라한다.

3) 所有權의 自然權性 與否

이는 所有權이 自然權이나 實定權이나의 문제이다. 즉 所有權은 국가의 實定法에 선재하는 인간으로서의 權利인가 아니면 국가의 實定法이 所有權을 인정하기 전에는 所有權이라는 權利는 없었으므로 實定法에 의하여 비로소 창설된 것인가의 문제이다. 여기에 관해서는 다음과 같은 세가지 견해로 대별할 수 있다.

즉 자연법론자의 견해와 법실증주의자의 견해 및 他自由權의 自然權性은 인정하면서도 所有權은 自然權이 아닌 實定法上의 權利라는 견해가 그것이다.

첫째의 견해는 所有權의 본질을 神으로 부터 주어진 것이라거나 인간의 본능인 지배욕 혹은 물질적 욕구에서 온 것이라 하기도 하고 또는 자유권은 自然權인바 재산권도 자유권의 일종이라하면서 所有權의 自然權性을 긍정하나, 둘째의 견해는 權利의 본질은 법률적 산물로 보는 결과 그 일종인 所有權 역시 自然權이 아니라 實定權이라고 한다. 셋째의 견해는 所有權의 社會性·公共性을 全面的으로 인정된 Weimar 헌법이하의 現代的 所有權概念에 있어서는 所有權의 보장보다는 所有權의 제한이 부각되게되었으며 이에 따라 所有權의 근거로서 종래부터 강

11) 金容漢 物權法論, 博英社, 1988, 253면, Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachen-rechts, Berlin-Koln, 1900, §10, kpt II, a. ff; Medicus, R. Bürgerlichenrecht, Muchen 1975, S. 27; Westermann, M. Lehrbuch des Sachenrechts, München, 1973, S. 49; Wolf, E Lehrbuch des Sachenrechts, Koln-München, 1971, S. 41ff.

력하게 내려오던 自然法思想으로부터의 所有權의 自然權性이 제1차세계대전을 고비로 하여 불식됨으로써 所有權은 다른 자유권과는 달리 전국가적인 자유를 전제로 하는 것이 아니라 財產權 내지 所有權자체가 국가법질서에 의한 승인에 기초한 것이라고 하는 바 이는 결국 오늘날의 所有權이 近代的인 無制限한 自然權의 權利에서 공공의 이익을 위하여 제한을 받는 實定法的, 相對的 權利로 변화하였음을 나타낸다 할 것이다.

개인의 所有權은 인간의 본성에 의거한 즉 인간으로서 가지는 權利이므로 국가의 實定法에 의해서 비로소 창설될 수 있는 權利가 아니라 그 이전에도 존재할 수 있는 權利 즉 自然權의 일종이라 할 수 있을 것이다. 그러나 所有權이 自然權의 일종이라고 해서 전적으로 신성불가침인 것은 아니며 공익 내지 공공의 필요에 의해서 법률로서 제한할 수 있음은 근대나 현재나 다를바가 없다.

그리고 所有權의 自然權性的인정여부에 따라서 所有權에 대한 법률상 제한의 性質이 달라지는 바 所有權의 自然權性을 인정할 때에는 그 제한을 외부적 제한이라고 보게 되나 부정할 때에는 내재적 제한이라고 보게된다¹²⁾.

3. 土地所有權에 固有한 性質

土地는 공간적으로 한정되어 있어서 위치가 변함이 없고 지리적 조건이 쉽게 변하지 않는 항구성을 가지며, 인간행위의 공동의 장소와 공동의 생활환경을 제공해 주는 공익성 및 土地는 그 내부에 자연자원을 가지고 있을 뿐만 아니라 동식물이 자랄 수 있는 생존조건인 공간을 제공해 주는 생산성을 갖는다. 또한 불가역성 즉 土地를 한번 잘못 이용하면 경제적이나 사회적으로 이를 바로 잡기가 매우 어렵다.

1) 封建的 土地所有權

封建的 土地所有權의 性質로서는 拘束性和 現實性을 들 수 있다. 封建的 土地所有는 단순한 경제적·사적 지배관계가 아니라 정치적·공적 지배관계를 내포하고 있으므로 여러가지 정치적·신분적인 부담과 제한을 수반한다. 따라서 封建的 土地所有에 있어서는 土地와 결합된 의무로서 軍事的 役務의 부담과 土地에 대한 처분의 금지나 제한 등의 각종 부담과 구속이 따랐다.

봉건사회에 있어서는 물건의 사실상의 지배를 존중하며 현실적인 점유가 있어야 權利로서 보호를 받는다. 즉 封建的 土地所有權은 近代的 土地所有權이 관념적인데 비하여 土地支配의 현실성과 불가분적으로 결합되어 있는 權利인 것이다.

2) 近代的 土地所有權

봉건사회를 무너뜨리고 성립한 近代社會는 개인주의와 자유주의라는 당시의 時代思想을 배경으로 하여 개인을 封建的인 여러 구속으로부터 해방하고 모든 사람을 평등하게 다루며 그

12) 劉京春·徐光民, 「國土의 效率的 利用과 管理를 위한 土地所有制度의 研究」, 江原大 論文集 第13輯, 1979, 134면

자유로운 활동을 보장하는 것을 지도원리로 삼았다. 이러한 지도원리에 입각하여 土地에 예속된 신분이라고 하는 신분구속적 土地關係에서 해방됨으로써 近代的 土地所有權은 부담이 없는 자유롭고 완전한 개인 所有權으로 되었다. 이리하여 近代的 土地所有權은 일물일권주의의 원칙하에 소유자가 목적물을 全面的·獨占的·排他的으로 지배하기에 이르렀다.

近代的 所有權의 特質은 각국의 태도가 반드시 일치하지는 않지만, 독일을 비롯한 대륙법계 국가에서는 물건에 대한 全面的 支配性, 게르만법의 Gewere적 소유와 달리 점유와 분리된 觀念性, 使用·收益·處分의 권능에 있어 그 총체가 아닌 源泉으로서의 渾一性, 存續期間, 消滅時效 등에 구애됨이 없는 恒久性 등이 인정되고 있다¹³⁾.

근대사회의 성립초기에는 재산에 대한 소유가 시민의 생활에 대한 기초이고, 그것이 흔들리게 되면 생활자체가 파괴될 위험이 있었기 때문에 所有權의 保障은 基本的人權保障의 中心이었으며, 所有權의 自由와 不可侵은 시민적 자유의 根底를 지탱하고 있었다¹⁴⁾.

그러나 자본주의가 본격적으로 전개되어 농민층이나 시민자영업자의 계층분화가 결정적으로 진행하여 소유와 노동이 분리하게 되면서 생산수단소유자의 소유권과 생산수단을 소유하지 않은 노동자 및 농민의 生存權이 명백하게 對立되어 자본주의적 소유권은 人權의 對立物로 변하게 되었다¹⁵⁾.

3) 現代的 土地所有權

19세기말에 이르러 산업자본주의가 고도화됨에 따라 近代的 土地所有權이 생산자본과 결합하여 계약자유 원칙과 더불어 현실적으로 사회적·경제적 약자인 도시노동자나 소작농민의 생활이익을 압박하게 되었다. 近代的 土地所有權은 그 주체를 추상적인 인격체로 파악함으로써 자유롭고 평등하다고 보았으나 현실적인 구체적 인간은 결코 자유롭고 평등하지 못하다는 사실을 발견하게 됨으로써 個人主義的인 自由主義 法思想을 수정하지 않을 수 없게 되었다.

이리하여 독일민법 제1초안(1888)에서는 소유권을 恣意的으로(nach Willkür) 이용할 수 있는 권리라 하였던 것을 任意로(nach Belieben)라고 고치고, 다시 法律의 制限內에서라는 제약을 두어 동법 제903조는 소유권의 내용을 「물건의 소유자는 법률 또는 제3자의 권리의 제한내에서 任意로 그의 소유물을 처분하고 또한 타인의 一切의 간섭을 배제할 수 있다」라고 규정하였는데, 이는 확실히 독일민법상의 소유권은 개인주의에 기초하고 있으며, 자유주의적·자본주의적 시대의 표현으로 통한다¹⁶⁾.

한편 Weimar헌법 제153조는 「所有權은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률에 의하여 이를 정한다. 所有權은 의무를 포함한다. 그 행사는 동시에 공공의 복리를 위하여 행함을 요한다」고 규정함으로써 종래 所有權의 무제한적인 자유를 법률로서 제한할 수 있는 길을 열어 놓았다. 그리고 동법 제155조에서는 특별히 土地所有權에 대하여 규정하기를 「土地의 분배 및 이용은 그 남용을 방지하도록 국가가 감독하며……」라고 하여 국가로 하여금 土地所

13) 高島平藏, 近代的物權制度の展開と構成, 成文堂, 1969, 4~5면.

14) 權五乘, 「土地所有權의 法的 性質과 制限」, 法과 土地, 三英社, 1982, 41면.

15) 渡邊洋三, 土地と財産權, 岩波書店, 1977, 84면.

16) Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., München, 1978, 208면

有權에 대한 직접적 관여를 가능하게 하였다.

土地所有權의 불평등과 불균형을 시정하여 모든 인간에게 인간다운 생활을 향유하도록 하기 위하여 土地所有權의 社會化思想이 대두되었으며, 이 思想은 土地政策上的 現代的 課題인 土地所有權의 公法的 제한에 대한 근거를 마련해 주고 있다.

Ⅲ. 土地所有權思想의 變遷

1. 序 言

所有權思想은 시대와 사회에 따라 變遷하여 왔고 또한 變遷하고 있다. 그러므로 오늘날 우리가 당면하고 있는 土地所有制度를 바르게 파악하기 위해서는 所有權思想의 역사적 발전과정을 살펴볼 필요가 있다.

본래 물건에 대한 완전한 支配權으로서의 所有權은 처음에는 動産에 대해서만 인정되었으며, 부동산에 대해서까지 所有權이 인정되게 된 것은 훨씬 이후의 일이었다. 즉 동산에 대한 소유관계는 유목시대 가축에 대한 지배에서 시작되었고, 또한 그때부터 성립하였다고 한다¹⁷⁾. 그러나 所有權의 역사적 발전에 있어서 動産所有權은 큰 의의가 없고 所有權의 역사적 발전은 土地 즉 부동산을 대상으로 논의되어 지고 있다. 土地所有權은 인간이 일정한 곳에 정착하여 농업을 경영하는 시대에서 비롯하기 시작하였다. 그러나 초기에는 택지에만 所有權이 인정되었고 농경지에는 씨족단체 또는 촌락주민의 總有에 속하는 것이었다.

2. 所有權思想의 變遷

1) 古代의 土地所有權思想

① 원시시대의 土地所有權은 이를 뒷받침할 만한 충분한 자료는 없지만 가족공산제, 즉 씨족공산의 개념이었던 것처럼 보인다. 그리고 근대법과 연결되어 연구의 가치가 있는 입장은 되지 못하지만 각종의 종교법전과 특히 12표법¹⁸⁾은 土地所有權에 관한 별단의 규정을 두고 있다. 그런데 古典的 土地所有權思想이 近代의 土地所有權의 형성에 영향을 미치고 또한 그 思想의 바탕이 됨은 부인할 수 없다.

② 로마법상의 所有權

로마법에서의 所有權(Dominium)은 목적물을 全面的·排他的으로 지배하는 영구적 性質의 物權이었다. 유스티니아누스는 “물건에 있어서 완전한 권력”(Plenain re potestas)이라 하였고, 로마법에서는 이로부터 使用(uti)·收益(frue)·處分(abuti) 등의 諸權能이 나온다고 보았

17) 郭潤直, 前掲書, 287면.

18) 12표법은 로마법중에서 일상생활에 가장 중요한 法條文을 압축하여 열두장의 판자에 새겨진 기원전 451년 및 450년에 ‘10인의 立法委員’에 의해서 制定되었다.

다. 그러나 로마인은 이 여러 권능을 종합한 것이 所有權이라고는 생각하지 않는다. 그러므로 법의 규정 또는 당사자의 의사로 所有權에 제한을 가하더라도 所有權의 본질상의 무제한성을 다치는 것은 아니고, 다만 그 행사를 제한하는 것이기 때문에 제한이 철폐되면 당연히 所有權은 그 본래의 완전성으로 돌아간다¹⁹⁾.

이러한 土地所有權의 보장은 訴權에 의한 보장이었고 實定法上的 것은 아니었다. 아울러 이러한 所有權의 내용은 완전한 것으로서 양도금지의 특약을 위반하여 양도하는 경우까지 유효하였다. 단지 거기에 대한 손해배상의 문제가 제기될 뿐이다. 그리고 존속기간의 영속성, 그 행사의 絶對性 및 無限性을 가지며 土地上下에 무한대로 미친다.

그런데 당시의 權利가 全面的·排他的인 支配權으로 관념되었지만 無制限한 權利는 아니었으며, 상린관계에 따른 경작관계에 의해서 뿐 아니라 公法的 制限도 받았다²⁰⁾.

2) 中世 封建社會의 土地所有權思想

중세 봉건시대에 들어오면서 봉건제도가 확립되어 감에 따라 촌락공동체의 土地總有制는 崩壞²¹⁾하여 가고 고대의 촌락공동체가 가졌던 土地에 대한 관리·처분의 권능을 그 내용으로 하는 團體的 權利는 봉건영주의 수중에 귀속하였고, 고대 촌락주민의 土地에 대한 자유로운 利用權은 영주에게 소작료 기타 각종의 貢課 또는 貢租를 지급해야하는 負擔附利用權으로 변하였다. 이 경우 게르만 古法은 영주의 土地所有權을 上級所有權(obereigentum), 부담이 있는 농민의 土地利用權을 下級所有權(untereigentum)이라고 한다²²⁾. 게르만법에 있어서는 로마법과는 달리 動產所有權과 不動產所有權을 구별되었으며, 계급적으로 구분된 上級所有權과 下級所有權에 있어서 下級所有權은 封建的 신분상의 구속, 즉 상급소유자인 영주에 대한 의무를 포함하고 있었다. 이러한 중세의 土地所有關係가 모든 封建的 拘束을 벗어난 근대의 個人所有權으로 성립하는 계기가 된 것은 12세기부터 발달하기 시작한 도시문화의 발흥이었다. 도시가 발달하고 그것이 상업의 중심지가 되자 도시에서는 신분적 예속관계라든가 또는 그것을 기반으로 하는 土地所有關係는 사회관계의 기반이 될 수 없고, 인간의 의사의 활동, 즉 개인과 개인의 자유의사에 기한 결합이 사회관계의 기반이라고 생각하게 되었으며, 여기서 모든 사람은 평등한 관계에서 거래할 수 있게 되었다. 그리하여 도시영주의 上級所有權은 영구적인 土地負擔으로서 地代請求權으로 변하여 갔으며 이 地代請求權도 18세기이후에 없어져 자유롭게 부담 없는 완전한 個人所有權으로 될 수 있었다.

3) 近代社會의 土地所有權思想

封建的 예속관계로부터 벗어나 인간의 자유와 평등을 실현하려는 근세의 자유주의 思想은 自然的으로 所有權觀念에도 미쳤다. 즉 자유주의 운동은 개인의 자유로운 활동에 대한 장애요

19) 玄勝鐘, 로마法, 一潮閣, 1992, 104면.

20) 玄勝鐘·曹圭昌, 로마法, 法文社, 1996, 532면

21) 我斐榮, 現代民法의 基礎理論, 有斐閣, 1969, 21면

22) 郭潤直, 前掲書, 287면

인으로 생각되었던 所有權에 있어서의 많은 구속을 배제하고 자유로운 所有權을 필연적으로 요구하게 되었다. 이러한 近代所有權思想은 中世의 封建的 所有權制度에 대한 반항으로 나타났다. 개인의 자유로운 所有權의 수호에 그 목적을 두었던 것이다. 이리하여 近代的 土地所有權制度가 확립하게 된 것은 1789년의 프랑스 혁명이었다. 즉 프랑스 인권선언 제2조에서 「所有權의 자유는 안전 및 압제에의 저항의 權利와 같이 자연법상의 權利로서 이러한 權利를 보전하는 것을 목적으로 하여 국가가 형성한다」는 것을 선언하고, 제17조는 「所有權은 불가침이며 또한 신성한 權利이므로 법률에 의하여 公共性·必要性이 명백히 인정되고 또 미리 정당한 보상을 지급하는 조건하에서가 아니면 그 權利를 빼앗을 수 없다」고 규정하였다. 한편 1804년에 제정된 프랑스 민법 제544조는 「所有權은 법률 또는 규칙에 의하여 금지된 사용을 하지 않는 한 절대무한으로 물건을 수익·처분하는 權利이다」라고 하여 “所有權絕對自由의 原則”을 규정하였고, 그 후의 각국의 근대민법은 대체로 같은 규정을 두고 있다.

近代的 所有權이 성립하는 과정에서 중요한 역할을 한 것은, 첫째로 근세초기의 啓蒙思想과 自然法思想이다. 즉 근세자연법은 국가나 法以前에 역사적으로나 논리적으로 선행되는 인류의 자연상태를 상정하여 그 곳에서의 인간의 자유, 평등을 승인하고 국가에 의해서도 그것은 제한될 수 없는 것이라고 했다. 둘째로 근세초기에 있어서의 로마법의 繼受이다. 로마법의 계수는 近代的 所有權의 법이론 구성을 가능하게 하였다²³⁾. 그런데 近代的인 所有權을 보장하고 있는 위의 法規範들에 대해서 유의할 것은 이들이 절대군주로부터 所有權을 보장하기 위해 所有權의 神聖 不可侵을 강조하면서도 「공공의 필요」가 법률에 의하여 인정되고 「正當한 事前補償」을 하는 경우에 所有權은 제한될 수 있음을 밝히고 있는 점이다. 이와 같이 土地所有權에 있어서 행사의 자유성이 보장됨으로써 近代的 土地所有權觀念이 확립되었다.

3) 現代社會의 土地所有權思想

개인주의와 자유주의를 기조로 한 所有權絕對의 原則은 인간을 封建的인 구속으로부터 해방하고 近代 資本主義經濟의 급격한 발전을 가져온 원동력이 되었으나 19세기말기 부터 산업자본주의의 고도화에 수반하여 인구의 도시집중과 이에 따르는 교통, 주택 등의 도시문제를 비롯하여 경제적·사회적 약자인 도시노동자 및 소작농민의 생존을 위협하는 현상이 나타나게 되었다. 따라서 所有權의 절대불가침성과 자유성을 인정하는 근대시민법 체계로서는 노동자나 소농민의 생존권 문제를 해결할 수 없게 됨에 따라 所有權의 絕對性を 제한해야 한다는 法思想으로서 生存權思想 내지는 社會立法思想이 나타나게 되었는데 대표적인 것이 1919년의 Weimar헌법이다.

현대에 이르러 土地문제가 대두된 근본적인 원인은 공업화·도시화의 진전에 따라 국민경제에 있어서 농업의 지위가 상대적으로 저하되었고 土地問題가 농업의 범주를 넘어서서 상품으로 자리잡게 되고 土地의 상품화가 자본주의적 地料法則을 벗어나 거래차익을 목적으로 한 투자대상으로 轉化하였다²⁴⁾. 그러므로 私法理論의 상린관계, 권리남용금지, 신의성실의 원칙과 함께 자본주의 독점단계초기에 시민생활의 균형적 이익을 위하여 나타난 思想이 所有權의 社

23) 郭潤直, 前掲書, 291면.

24) 趙相根, 「財産法研究」 “土地利用權強化에 관한 研究”, 韓國財産法學會, 1990, 28면.

會化 思想이다.

이리하여 소유이익·자본이익·생존이익·공공이익 등의 所有權의 내용중 생존이익 우선의 이론을 창출하여 土地賃借權과 같은 利用權이 所有權에 대립하여 강력하게 대두됨으로써 賃借權의 社會化 경향이 나타났다²⁵⁾.

따라서 계약자유의 원칙이 과실책임의 범위를 넘어 계약의 社會性을 인정하게 되었고 이 원리가 생존권적 보호를 위한 새로운 법리로 부각되었다. 그러므로 所有權의 社會化가 私權의 보호와 사회이익의 조화라는 기반에서 조절되고 운영됨으로써 自由權的 所有權의 수정적 토대를 구축하였다.

이와 같이 現代的인 土地所有權은 사회적 의무가 강조되고 所有權은 前國家的·自然的 權利가 아니라 법률의 범위 내에서 인정되는 實定法的·相對的 權利로 轉換한 것이다.

IV. 土地所有權의 現代的 意義

1. 現代的 土地所有權概念

1) 근대에 있어서의 土地所有權을 비롯한 기타 所有權絕對의 原則은 계약자유의 원칙·과실책임의 원칙과 더불어 개인의 경제활동에 대한 국가의 개입을 금지하여 개인의 자유를 보장함으로써 자유경쟁에 의한 생산력의 비약적인 증가와 부의 경이적인 증대를 가져와 산업자본주의의 비약적인 발전의 원동력이 되었다. 즉 18세기에 영국에서 시작된 산업혁명이 각국에 파급됨으로 인한 19세기의 산업자본주의가 눈부시게 발전할 수 있었던 것은 개인의 자유로운 활동을 보장하는 자유스럽고 絕對的인 私所有權이 法的으로 保障된 데에 힘입은 바가 크다²⁶⁾. 그러나 19세기말에 이르러 산업자본주의의 고도화에 따라 소유와 노동이 분리되어 財產權의 個人性과 社會性이 일치하지 않는 결과가 나타났다. 이에 따라 所有權絕對의 原則과 契約自由의 原則 등은 심각한 문제를 제기하였는데 ① 경제적 측면에서 대기업의 설립으로 인한 자본의 집중·실업·공황 등의 현상이 나타났고, ② 사회적 측면에서는 빈부의 격차로 資本家와 勞動者·有產者와 無產者사이의 階級鬭爭이 격화되어 사회적 불안상태가 조성되었으며, ③ 法律的 측면에서는 대지주·대기업가들의 所有權 濫用이 문제되었으며, ④ 국제적으로는 시장쟁탈로 인하여 세계평화가 위협당하였다.

이리하여 所有權의 절대적 자유를 강조하는 思想은 타인의 노동의 지배와 착취를 공인하고 타인의 생활을 위협하는 자유를 옹호하며, 국제평화 파괴의 자유를 보호하는 것으로 인식되게 되었다.

2) 이러한 폐단을 시정하기 위하여 종래의 所有權絕對의 원칙을 시정해야 한다는 思想이 지

25) 第三者에 대한 對抗力, 存續期間의 保障, 債權의 讓渡 및 賃借物의 轉貸, 賃借權의 擔保化의 自由, 必要費, 改良費, 運營費 등의 償還請求權을 포함한 賃借權의 強化를 意味한다.

26) 金載鎬, 「土地財產權에 대한 公法的 規制」, 忠南大 論文集, 第8輯, 1981, 71면.

배적인 조류가 형성되었으며, 제1차 세계대전 이후에 자유민주주의국가에서는 所有權의 社會性·公共性의 인정이 일반화 되었다. 즉 서독기본법 제14조·이탈리 憲法 제42조·日本 憲法 제29조 등이 그것이다. 우리 나라에서도 制憲以來 이러한 조류에 따르고 있다. 즉 制憲憲法 제15조는 「財産權은 보장된다. 그 內容과 限界는 法律로 정한다. 財産權의 행사는 公共의 福利에 적합하도록 해야 한다」고 규정하였고, 많은 개헌에도 불구하고 現行憲法 제22조 이르기까지 동일한 내용이 유지되고 있다. 特記할 것은 財産權의 社會性·公共性을 인정하는 현대국가의 大多數憲法이 土地所有權에 대해서는 그 特殊性으로 인한 더욱 「 강한」 社會性·公共性을 인정하는 특별규정을 두고 있다는 것이다. 즉, 바이마르憲法 제155조·서독기본법 제14조·이탈리憲法 제44조 등에서 土地에 관한 특별규정을 두고 있다.

한편, 우리나라에서도 制憲憲法에서 제9차 개헌에 이르기까지 구체적인 내용상의 차이는 있었지만 土地所有權의 강한 社會性·公共性을 인정하는 특별규정을 두고 있다. 즉, 制憲憲法은 「농지분배(제86조)」를 규정하였고²⁷⁾, 제3공화국 憲法은 「농지의 소작제도 금지(제119조) 및 국토의 효율적 이용(제114조)」의 규정을 두었고²⁸⁾, 제4공화국 憲法은 여기에 「국토개발에 관한 규정(제117조 제2항)」을 추가하였다. 그리고 제5공화국 憲法은 「국토와 자원에 대한 국토의 적절한 규제와 조정(제121조 제2항)」, 「국가의 土地에 대한 이용·개발·보전의 의무(제123조)」, 「농지에 대한 소작 등의 원칙적 금지(제124조)」, 「환경권과 환경보전의무(제33조)」를 규정하고 있다.

결국 자유민주주의 국가에서의 現代的 土地所有權은 土地의 特殊性으로 인한 강한 社會性·公共性을 가지며 이에 따라 많은 制限을 수반하는 權利라고 할 것이다.

2. 土地所有權의 社會化思想

土地所有權은 본래 다른 權利에 비해서 그 사회적 작용을 달리하고 있을 뿐만 아니라 그 物權的 特殊性에 비추어 보아도 그 사회적 기능의 特殊性을 무시할 수 없다²⁹⁾. 더욱이 1919년 독일 Weimar憲法 제153조에서 「所有權은 憲法에 의하여 보장된다. 그 內容과 限界는 法律에 의하여 이를 정한다. 그 행사는 동시에 公共의 福利를 위하여 행함을 요한다」고 규정함으로써 종래 所有權의 本質인 無制限의 自由를 法律로서 制限 할 수 있게 그 길을 터 놓아 전통적인 所有權 絕對主義思想에 새로운 변혁을 가져오게 되었다. 아울러 同法 제155조에서 특별히 土地所有權에 대해서 규정하기를 「土地의 分配 및 利用은 국가가 감독하고 그 濫用이 禁止된다」고 하여 국가가 土地所有權에 대한 직접적 관여를 할 수 있게 하고, 同 제2항에서 「土地를 개척하고 이용하는 것은 土地所有자가 公共에 대하여 진 의무이다」고 하여 土地所有者에 대하여 土地利用權의 公共性 내지 社會性을 인정하도록 촉구하고 나아가서는 개발의 강제성까지도 부과하고 있는 실정이라 하겠다.

27) 同法 第86條 : 農地는 農民에게 分配하며 그 分配의 方法, 所有의 程度, 所有權의 內容과 限界는 法律로 定한다.

28) 同法 第119條 : 農地의 小作制度는 法律이 정하는 바에 의하여 禁止된다. 同法 第114條 : 國家는 農地와 土地의 效率的 利用을 위하여 그에 관한 必要한 制限과 義務를 課할 수 있다.

29) 鄭權燮, 土地所有權法, 法元社, 1995, 42면.

이른바 土地所有權의 社會性이 강조되고 自然法的 絕對主義思想은 퇴화되기에 이르렀으며, 土地所有權의 내용에서 그 社會性의 유보를 인정하게 되었다. 그리하여 독일의 공법학자들이 土地所有權에 대한 自然權的 思想의 代替理論으로써 制度的 保障³⁰⁾理論을 도입하여 설명하려고 하는 입장이 통설적 견해로 받아 들여 지고 있다. 이 설은 法律의 우위를 강조하고 私有財產權의 法律에 의한 制限은 無條件 또는 無制限으로 인정되는 것이 아니며, 財產權의 私的 權利는 法律이나 憲法上 보장되어 있는 것을 내용으로 하는 것으로서 所有權에 대한 社會性의 내용이 사회주의 제도에 이르는 것을 억제하여 자본주의 체제의 限界內에서 社會化를 실현하기 위한 法思想의 根據를 마련했다.

所有權의 社會化思想은 私法理論에 있어서 相隣關係, 權利濫用, 信義誠實의 法理와 함께 자본주의 독점단계의 초기에 출현되어 시민생활의 균형적 이익을 도모하기 위한 법적 수단으로 대두하게 된 것이며, 이 이론이 토대가 되어 土地所有權에 대한 공법적 制限의 根據가 마련되게 된 것이다. 이에 따라 국토개발을 위한 土地의 입체적 이용과 도시개발을 위한 종합적 계획 및 농지개혁을 위한 국가적 관여가 가능하게 되고 그와 더불어 土地의 效率的 利用을 위한 綜合的 計劃이 이루어 지게 된 것이다.

3. 土地所有權의 公概念問題

우리나라에서 토지소유권의 공개념이 대두된 것은 1977년 8월 3일 당시의 건설부장관이 한국경제인 연합회에서 “토지에 대한 공개념의 도입의 필요성”에 대한 발언을 한 것이 처음이다. 이러한 발언후 토지소유권의 공개념에 대한 개념정립은 커녕 그 용어자체도 土地所有權의 公概念³¹⁾, 土地의 公概念³²⁾, 土地資源의 公概念³³⁾, 土地의 公的 概念 등 여러가지로 불리고 있는데, “土地所有權의 公概念”이란 용어가 가장 많이 사용되고 있는 것 같다.

토지소유권의 공개념의 등장이후 이에 대한 否定論은 그것을 토지의 국유화 내지 공유화 또는 토지소유상한제나 토지소유권의 二元化制度³⁴⁾를 의미하는 것으로 속단하고 있으며, 肯定論은 토지재산권이 지닌 특수성을 강조하여 국토의 효율적 이용과 계획적 관리라는 차원에서 토지소유권의 공개념의 정의를 「토지란 단순한 상품이 아니라 인간의 생활과 생산활동을 위한 불가결의 요건이므로 그것이 농지이든 주택지이든 그 토지가 가지는 기능·적성·위치 등에 따라 공공복리를 위하여 가장 값지게 이용되어야 하며, 가장 효율적으로 이용되기 위해서는 적정한 규제가 가해지지 않으면 안됨을 의미한다」³⁵⁾고 定立하고 있다.

이러한 토지소유권에 대한 개념의 전환이 요청된 이유는 한정된 국토자원의 효율적·계획적

30) 制度的 保障 理論은 Weimar헌법의 財產權 規定과 관련하여 M. Wolff가 창안한 것으로 나중에 C. Schmitt에 의하여 체계화된 理論이다. 制度的 保障이란 국가 자체의 존립의 기초가 되는 客觀的 制度(私 有財產制, 地方自治制, 複數政黨制, 職業公務員制)를 헌법에 규정함으로써 당해 제도의 本質을 헌법이 보장하는 것을 의미한다.

31) 徐元宇, 「土地所有權의 公概念」, News Letter(韓國土地開發公社), 1980. 2.

32) 金鐵容, 「土地의 公概念에 관한 檢討」, 大韓辯護士協會誌, 1978. 10.

33) 法制處, 憲法研究班報告書, 1980, 559면.

34) 曹圭昌, 土地公概念의 模糊性, 月刊考試, 1985. 1. 69면 以下.

35) 徐元宇, 「土地의 公概念」, 法과 土地, 1982, 11면.

이용을 도모하여 인간생활의 기반으로 토지를 인간의 존엄에 상응하는 쾌적한 생활공간으로 개발하거나 형성하여야 할 필요성 때문에 토지이용 상호간에 있어서의 대립과 갈등을 공권적 개입에 의하여 조성할 필요가 인정된 까닭이다³⁶⁾.

이상에서 본바와 같이 토지소유권의 공개념은 당해 토지가 지니는 기능·적성·위치 등에 따라 공공복리를 위하여 가장 효율적 이용을 도모하기 위한 공권적 규제라 정의할 수 있는데, 이는 토지소유권을 사용·수익·처분권능으로 구분하여 그 권능에 상응하는 규제를 그 내용으로 하게 되므로 소유권개념의 포괄성과 상반되는 이론상의 문제가 발생한다.

V. 土地所有權의 制限

1. 概 說

18·19세기의 所有權絕對의 原則은 20세기 전후를 통하여 자본주의의 발전으로 드러난 모순의 격화로 말미암아 수정을 겪게 되었다. 특히 자본 내지 기업이 대규모화함에 따라서 독점 자본이 주는 사회적 영향이 현저하여 감에 따라 재산을 개인의 사적 지배에 맡김으로써 초래되는 폐단이 지적되고 개인재산을 사회공공적 관점에서 조절하여야 할 필요성이 생긴다. 여기서 所有權의 制限이라는 現代의인 課題가 등장하게 되었고, 私有財産權의 行使는 公共의 福利에 따라야 한다든가, 權利를 濫用해서는 아니 된다는 法思想이 생겼다³⁷⁾.

서독은 1930년대에 이미 사회개발과 경제개발을 병행하여서 생활개발부문과 사회개발부문에 다소의 차이는 있으나 국토의 효율적인 관리와 운영의 종합적인 계획과 확립이 이루어졌으며, 또 시행되었다³⁸⁾.

2. 制限의 必要性

土地所有權이 一般財産權에 대해서와는 다른 강력한 법규제가 필요한지에 관해서 살펴보면, 첫째로 土地投機現狀을 들 수 있고, 둘째로 국토자원의 有限성과 관련하여 국가에 의한 적극적인 계획적인 국토의 이용·관리에서 오는 불가피한 규제, 셋째로 土地利用 相互間에 있어서의 조절의 필요성이다. 넷째로 特定土地의 利用이 他土地에 미치는 영향을 들 수 있다. 土地는 連續해 있어서 어떤 土地의 이용이 인접해 있는 他土地의 이용에 영향을 미친다는 의미에 있어서의 土地의 公共性도 어느 사회에 있어서든지 문제가 될 수 있다. 權利濫用의 法理, 相隣關係의 法理, 生活妨害(民法 제217조)의 法理 등도 이러한 관점에서 일찍부터 발달한 土地所有權 制限의 法理이다.

36) 林正平 外5人, 「土地公概念과 私有財産制와의 法的 葛藤에 관한 研究」, 壇國大論文集, 第20輯, 1986. 332면.
37) 郭潤直, 前掲書, 291면.

38) Wolany, J Vom Sozialstaat und sozialen Recht, Köln, 1950, S.144.
Bielenberg, W. Raumordnungsgesetz des Bundes Kommentar, 1950, kpt. II, §4ff.

그런데 도시화나 공업화되기 이전의 농촌사회 내지 전원사회에 있어서의 土地利用의 대립은 그렇게 심각한 것은 아니었기에 土地所有權의 制限의 方法도 예외적으로 발생하는 분쟁을 개별적으로 처리하는 私法的 規制에 그쳤으나, 도시화·공업화가 진전됨에 따라 공해현상 등 以前에 볼 수 없었던 위험성을 안고 있어 이에 대처하기 위해 公法的·私法的 措置가 불가피하게 되었다.

3. 制限의 根據

1) 理論的인 根據

土地所有權에 대한 理論的인 根據에 대한 문제는 憲法上 財產權의 本質問題와 관련지워지게 된다. 憲法에 보장된 국민의 財產權은 絕對不可侵의 權利가 아니라 憲法上 사유재산제도가 인정됨으로써 존립하는 것으로서 他自由權과는 다르다는 것이 일반론이며, 各國 憲法에서도 所有權은 神聖不可侵의 權利가 아니라는 것을 宣言³⁹⁾하고 있다.

2) 實定法上的 根據

① 憲法上的 根據

우리 憲法 제23조 제1항 「모든 국민의 財產權은 보장된다. 그 內容과 限界는 法律로 정한다」, 제2항 「財產權의 行使는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다」, 제3항 「공공의 필요에 의한 財產權의 收用·使用 또는 制限 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되 相當한 補償을 지급하여야 한다」고 규정하여 財產權을 制限할 수 있는 根據를 마련하고 있다. 그러므로 私所有財產制度를 根本的으로 부정하지 않는 한 憲法이 보장하고 있는 財產權이 어떠한 고정적인 내용을 가진 것이 아니고 시대의 변천에 따라 法律에 의하여 정하여 지는 것이다.

憲法 제122조에서 「국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 法律이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 制限과 의무를 課할 수 있다」, 同 제121조에서 농지의 소작제도를 금하는 규정을 명문화하였으며, 同 제120조에서 천연자원의 採取·開發 또는 利用을 特許하도록 하여 그 관리 및 이용을 국가의 積極的인 統制下에 두게 되었다.

오늘날 憲法에서 보장된 財產權은 18·19세기적, 絕對的 不可侵의 權利가 아니라 공공의 이익을 위하여 制限할 수 있는 權利라는 데에 異論이 없다.

39) ·Weimar憲法 제153조 「所有權은 헌법에 의하여 보장된다 그 내용과 한계는 법률로서 정한다 所有權은 義務를 수반한다 그 행사는 동시에 公共福利에 이바지하여야 한다」

·西獨基本法 제14조에서 所有權의 보장과 그 법률에 의한 제한성을 규정함과 동시에 所有權은 義務를 수반한다는 조문을 두어 권리와 의무의 동위성을 선언하게 되었고 所有權의 行使를 公共福祉와 관련하여 규정하고 있다

·中華民國憲法 제143조에서는 중국영토내에 있는 土地는 국민전체에 속한다고 규정하고 人民이 취득하는 土地는 法律이 정하는 바에 의해서 그 固有權의 保障과 制限을 받는다고 規定하고 있다.

② 私法上的 根據

우리 民法 제211조에서 「所有者는 法律의 범위내에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 權利가 있다」고 하고, 同 제212조에서 「土地의 所有權은 正當한 이익있는 범위내에서 土地의 上下에 미친다」고 하고 있을 뿐만 아니라 同 제2조에서 所有權의 행사는 信義誠實의 原則에 따라야 하고, 이에 반할 때에는 權利濫用으로써 그 행위가 금지된다고 규정하고 있다.

③ 特別法上的 根據

憲法 제120조 제2항에서 「국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다」고 규정하고 있어 이에 根據한 국토개발종합계획, 농지개혁, 기타 도시계획, 교통계획, 항만계획, 공항계획, 통신계획, 주택수급계획, 상수도계획, 하수도계획, 전국용수 수급계획, 다목적댐 계획, 4대강유역 개발계획 등⁴⁰⁾ 特別法으로써 所有權을 制限하는 根據가 되고 있다.

4. 制限의 限界

1) 憲法上的 經濟秩序 範圍 內일 것

우리 憲法上 土地所有權은 公共福利의 增進, 국민경제의 균형있는 발전, 국토이용의 극대화 내지 효율화, 국방상의 불가피한 필요 등을 위해서 法律에 의해서 制限 될 수 있다. 그러나 그러한 경우에도 土地所有權의 制限에는 일정한 限界가 있는 것이며 無制限의인 것은 아니다. 따라서 土地所有權의 制限은 우리 憲法의 경제질서의 범위내에서만 허용된다. 우리 憲法의 경제질서는 사유재산제도를 기초로 한 자본주의를 원칙으로 하면서도 국민의 人間다운 생활의 확보를 위하여 또 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위내에서 경제에 관한 制限과 調整을 할 수 있는 이른바 수정자본주의에 입각하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 土地所有權에 대한 法律에 의한 制限은 憲法의 경제질서의 범위 내에서만 허용되는 것이다.

2) 土地所有權의 本質的인 內容 侵害禁止

우리 憲法의 경제질서의 범위내에서 土地所有權에 대한 制限이 가능한 경우에 있어서도 이른바 기본적 인권으로서의 土地所有權의 本質的인 내용을 침해할 정도의 制限은 불가능하다. 우리 憲法 제10조에서 「모든 국민은 人間으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 權利를 가진다. 국가는 개인이 가지는 不可侵의 基本의 人權을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」, 동 제37조 제2항에서 「法律로 制限하는 경우에도 자유와 權利의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」라고 규정하고 있으므로 기본적 인권으로서의 土地所有權은 최대한 보장을 받아야 하고 制限하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하는 制限은 허용될 수 없다.

40) 鄭權變, 前揭書, 70면

3) 土地所有權의 制限과 利益較量

土地를 그 성질별로 보면⁴¹⁾, 첫째 土地는 자연적 재화이고, 둘째 土地는 양적으로 有限하다, 셋째 土地는 어느 특정된 지면에 인위적으로 구획을 정하고, 그 所有權을 특정인에게 許與하게 되면 그 地面은 배타적 지배성이 인정되는 독점성을 가진다. 넷째 土地는 代替性이 인정되지 않는다. 다섯째 土地는 연대성이 강하다. 따라서 서로 인접하고 있는 土地 사이에 있어서 상호이용상 편의를 제공하지 않으면 안된다. 여섯째 土地는 항구성을 갖는다. 일곱째 土地는 생산성을 가지는 것이다. 그러므로 土地는 영구적으로 생산에 공헌하는 자연자원일 뿐만 아니라 인류생존의 터전이기도 하다. 이와 같은 특성에 비추어 土地는 개인적 소유의 대상물임과 동시에 인류공존을 위한 생활권적 보장수단으로서의 특성을 지닌다.

따라서 土地所有權의 制限으로 인한 이익분배와 균점 및 균형있는 경제 발전 등과 土地所有者의 私權의 행사에 대한 제재를 통해서 얻어지는 이익이 사회에 재배분됨으로써 직접적으로는 제재를 당하는 당사자들의 이익을 위하여 배분됨으로써 그들의 손실을 절감시키는 결과를 가져오게 되고 간접적으로는 사회의 분배적 질서를 확립하여 사회정의의 구현이 이루어 질 수 있도록 되는 것이다. 그렇기 때문에 종래의 공익과 사익이 충돌되는 경우에 공익우선 또는 국익우선이라고 하는 전체주의적 사고방식에 根據한 이익교량의 방법이 아니라 시민사회의 이익균점, 즉 피해자가 수익자로 되도록 하는 이익교량적 방법이 土地利用計劃에 의해서 制限되는 權利者의 이익보호와 이익균점이라고 하는 사회정의의 실현에 그 制限의 限界를 찾는 것이다.

5. 制限의 態樣

土地所有權을 制限하는 우리의 현행 실정법의 태양은 公法上の 制限과 私法上の 制限으로 나눌 수 있다. 그런데 公法上の 制限이나 私法上の 制限은 다같이 土地所有權의 행사를 制限하고 있는 점에서 동일하나 그 기능면에서는 다르다는 것을 알 수 있다. 즉 公法上の 制限은 土地所有權의 權利 내용을 직접적으로 制限하는 것이며, 그 규제법규에 위반할 때에는 행정청이 그 행위를 금지 또는 정지명령을 발할 수 있고 또한 벌칙에 의하여 처벌할 수 있다. 그러나 私法上の 制限은 타인으로부터 權利行使가 있으므로써 相隣關係나 權利濫用의 法理에 의한 불법행위의 성립 또는 방해배제청구권이나 손해배상청구권을 발생시키는 것이므로 間接的인 制限에 불과하다. 以下에서 土地所有權에 관한 制限法規를 고찰해 보면 다음과 같다.

1) 公法上の 制限

土地所有權의 公法上の 制限은 실정법상으로는 행정법분야에 있어서의 公用負擔法에 속한다. 公用負擔이란 특정한 공익사업 기타의 공익목적을 위하여 또는 일정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인에게 강제적으로 課하여 지는 公法上の 경제적 부담을 뜻한다고 할 수 있다⁴²⁾.

41) 都市行政資料 V, 都市의 地價對策에 관한 研究, 內務部 韓國都市行政協議編, 1968, 35~38면.

42) 李尙圭, 新行政法論(下), 法文社, 1990, 544면; 同旨 金道稔, 一般行政法論(下), 靑雲社, 1985, 430면.

公用負擔法의 분류에 따라 土地所有權의 公法上의 制限을 분류하면, 公用制限, 公用收用, 公用換地로 대별할 수 있다.

公用收用은 土地所有權 기타 私權이 직접 공익사업에 공하기 위하여 국가의 공권력에 의하여 강제적으로 취득되는 것인데 대하여, 公用制限 및 公用換地는 公共의 福利를 유지·증진하기 위하여 土地所有權 기타의 私權을 인정하면서 土地의 이용이나 私權의 처분에 일정한 制限을 가하는 점에서 公用收用과 구별된다. 그러나 公用換地는 私權의 목적물에 변경을 가하는 점에서 公用制限과 다르다. 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

① 公用制限에 의한 制限

公用制限이란(öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung)이란 특정한 공익사업 기타의 福利行政의 수행을 위하여 또는 일정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인의 財産權에 가하여지는 公法上의 制限을 말한다⁴³⁾.

公用制限은 人的 公用負擔에 있어서와 같이 특정인에 대한 일정한 행위를 요구하는 부담처분이 아니라 공익사업에 필요한 어느 특정한 財産權에 固着된 權利行爲를 制限하는 데 그 본질이 있는 것이므로 物的 公用負擔에 속한다. 公用制限의 대상인 財産權에는 土地 등의 부동산과 동산에 대한 것뿐만 아니라 無體財産權도 포함되나 그 중에서 가장 중요하고 일반적인 대상은 土地所有權이다. 종래에는 公用制限의 목적을 특정한 공익사업의 需要를 충족하기 위하여 필요한 경우로 한정하였으나 오늘날에는 보다더 포괄적이고 종합적인 복리목적에 기여하는 행정수단으로 그 개념이 변하고 있다. 公用制限의 하나로서 행정계획에 따라 그 목적을 달성키 위해 財産權에 가하여진 制限으로 計劃制限이 있다. 오늘날 특히 土地利用計劃의 등장에 따라 計劃制限은 그 중요성이 크다고 생각된다. 土地利用計劃制限은 국토의 효율적 이용, 産業立地의 합리화, 지역사회개발 등 경제기반과 생활환경의 정서를 위한 행정계획에 의한 土地所有權制限을 뜻한다. 公用制限에 관한 法律로는 국토이용관리법, 도시계획법, 도로법, 하천법, 산림법, 철도법 등이 있다.

② 公用收用に 의한 制限

公用收用(Compulsory acquisition, Enteignung)이란, 국가 또는 공공단체의 행정권이 공익사업 또는 복리목적에 위하여 개인의 土地所有權 기타 재산을 강제적으로 취득하는 物的 公用負擔을 말한다⁴⁴⁾. 公用收用은 일명 公用徵收라고도 한다⁴⁵⁾. 公用收用은 財産權에 관한 權利行使의 制限을 내용으로 하는 公用制限과 다르며, 공익사업을 위하여 재산의 所有權者가 매도를 원하지 않는다면 기타의 이유로 民事上의 방법으로는 財産權을 취득할 수 없는 경우에 특정한 공익사업의 신속하고 효과적인 수행을 도모하기 위하여 權利者의 意思如何에 관계없이 그 財産權을 취득하지 않으면 아니될 경우에 대비하여 인정된 제도이다. 이에 관한 一般法으로는 土地收用法이 있고, 그 밖에 여러가지 종류의 特別法에 의하여 起業者에게 土地收用權을 인정하고 있다. 우리나라의 公用收用法의 특징은 공익사업의 범위의 확대, 그리고 收用主體 또는

43) 李尙圭, 前掲書, 561면.

44) 金道稔, 前掲書, 436면.

45) 韓泰淵, 憲法學, 法文社, 1976, 283면

起業者로서 국가, 지방자치단체 이외에 특수법인, 공익법인 그리고 사업시행자인 私인에 대해서도 土地收用權을 인정하고 있다는 점이다.

③ 公用換地에 의한 制限

公用換地(Zusamunglegung)란 土地의 효용을 증진하기 위하여 일정한 구역 안에 있는 土地의 區劃 또는 形質을 변경함으로써 強制的으로 土地所有權 기타의 權利를 交換·分合하는 것을 말한다⁴⁶⁾.

公用換地는 특정한 공익목적을 위하여 본인의 의사와는 관계없이 강제적으로 土地에 관한 물권적 변동을 가하는 점에서 物的 公用負擔의 일종이다. 그러나 公用換地는 土地의 구획 또는 형질을 변경하여 그것과 同價値의 다른 土地와 교환하는 것을 본직으로 하며, 오직 거기에 過不足이 있는 경우 등에 한하여 금전에 의한 청산을 예외적으로 인정하고 있는 경우 등에 한하여 금전에 의한 청산을 예외적으로 인정하고 있는 데 그치는 것이므로, 土地所有權 등의 취득에 대한 금전보상을 원칙으로 하는 公用收用 및 權利의 단순한 制限에 그치는 公用制限과 다르다⁴⁷⁾. 우리 나라의 현행법상 인정되고 있는 주된 公用換地의 예로는 農村近代化促進法(1970년 1월 12일 法律 2199호)에 의한 농지개량사업과 土地區劃整理事業法(1966년 8월 3일 法律 1822)에 의한 土地區劃整理事業 및 農地擴大開發促進法(1975년 4월 11일 法律 2767호)에 의한 농지개발사업의 세가지가 있다.

2) 私法上的 制限

① 土地所有權의 範圍의 制限

우리 民法 제212조 「土地의 所有權은 正當한 이익 있는 범위 내에서 土地의 上下에 미친다」고 규정함으로써 土地所有權은 土地의 효용을 완전히 향수하는 것을 보장하는 것이며, 土地를 이용하기 위하여서는 지표 뿐만 아니라 지상의 공간이나 지하의 지반에도 所有權의 효력이 미친다. 다만 同條에서 土地所有權의 효력이 미치는 범위가 처음부터 “正當한 利益이 있는 限度”에 한정된다는 것이다⁴⁸⁾.

② 相隣關係에 의한 制限

인접하고 있는 부동산의 所有者 상호간의 이용을 조절하기 위하여 그들 사이의 權利關係를 民法 제215조 내지 제244조에서 규정하고 있는데, 이를 相隣關係라고 한다⁴⁹⁾. 이는 인접한 부동산의 所有者가 각자의 所有權을 無制限的으로 주장한다면 그들 부동산의 완전한 이용은 도저히 바랄 수 없게 된다. 여기서 각 所有者가 가지는 權利를 어느 정도까지 制限하고 각 所有者에게 협력의 의무를 부담케함으로써 인접하는 부동산 상호간의 이용의 조절을 꾀하려는 것이다. 따라서 相隣關係의 규정은 所有權의 制限이라고 할 수 있으며, 반면 各 所有者는 각자의 所有權의 행사를 그 범위 밖에 까지 미칠 수 있고, 또한 타인의 협력도 요구할 수 있는 것이

46) 大判 1972 2 29, 71누 155 : “...원래 土地區劃整理事業은 당해구역 내의 토지의 效用增進과 公共施設의 整備를 그 목적으로 하고 있어서 종전 토지의 交換·分合 등이 당연히 수반된다”

47) 李尙圭, 前掲書, 621면.

48) 郭潤直, 前掲書, 298면.

49) 郭潤直, 前掲書, 302면.

므로 이러한 의미에서는 所有權의 확장이 된다. 따라서 이러한 所有權 內容의 擴張과 制限이 相隣關係의 內容이라고 볼 수 있다.

相隣關係 규정중에서 土地所有權 행사의 制限으로써 문제가 되는 것은 民法 제217조의 生活妨害(Immission 임밋치온)에 관한 규정인데, 이는 煤煙·熱氣體·液體·音響·振動 기타 이에 유사한 것이 다른 土地로 부터 發散·流入하여 土地의 사용을 방해하거나 또는 거주자의 생활에 고통을 주는 것을 말한다. 「임밋치온」이 타인의 土地의 이용을 침해하는 것이라면 형식상 그것은 所有權의 침해라고 하여야 한다. 그러나 법은 임밋치온이 공동생활에서 보통 생기는 정도의 것이면 所有者가 이를 忍容하여야 하는 것으로 하고 임밋치온을 방산케 하는 土地利用者는 그 정도가 넘지 않도록 하는 규정을 두게 된 것이다.

③ 權利濫用に 의한 制限

民法 제2조 제1항에서 「權利의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다」고 하고, 제2항에서 「權利는 남용하지 못한다」고 규정하여 信義誠實의 原則과 權利濫用禁止의 원칙을 民法의 기본원리로서 규정하였다. 그러나 이 규정은 일반적, 추상적 규정이기 때문에 權利濫用을 구체적인 사건에 적용하는 데에는 權利濫用의 限界가 어떤 것이냐는 문제가 제기된다. 종래의 판례는 임밋치온이나 生活妨害에 대하여 土地所有權行使의 濫用으로서 不法行爲를 인정하였다. 그러나 임밋치온이나 生活妨害의 대부분은 土地所有權의 행사로부터 발생하는 침해라기 보다는 土地上的 공작물의 사용으로부터 발생하는 피해가 많으므로 權利濫用이라 할지라도 土地所有權行使의 濫用이라 할 수 없는 경우가 많다. 그래서 일본 학계에서는 權利濫用法理를 受忍限度의 法理로 발전시키고 있다. 이 受忍限度의 法理는 침해가 피해자측에서 사회 통념상 受忍해야할 限度를 受忍限度라 하고 이 受忍限度를 넘을 때에 비로서 그 침해는 生活妨害나 損害賠償의 대상이 된다는 것이 受忍限度論이다⁵⁰⁾.

④ 土地利用權 強化에 의한 制限

民法은 임대차와 용익물권제도를 두어 타인의 土地를 이용할 수 있게 하고 있다. 그러나 法構造上으로는 임대차는 채권법으로 구성하고 용익물권은 물권법으로 구성하고 있다. 따라서 土地를 이용함에는 임차인의 지위는 용익물권자에 비하여 훨씬 열악한 지위에 놓여 있다.

일본에 있어서는 建物擔保法, 借地法과 같은 特別法을 제정하여 土地利用權인 借地權을 強化하여 상대적으로 土地所有權의 지위를 약화하여 土地所有權의 절대성을 制限하고 있다. 우리 民法 제622조도 「건물의 소유를 목적으로 한 土地賃貸借는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 있다」고 규정하여 借地權을 물권화함으로써 土地賃借權에 의한 土地所有權의 절대성을 制限하고 있다.

VI. 結 論

인류의 역사는 人間과 土地와의 關係史라는 말이 나타내는 바와 같이 人間の 모든 생활활동

50) 李尙圭, 新行政法論(下), 法文社, 1990, 568면

은 土地를 무대로 하여 행해지고 있으므로 土地는 人間이 사회적·경제적·문화적 생활을 영위하는데 있어서 제일의 기본적 요소이다. 이러한 土地와 人間과의 귀속관계를 나타내는 중심적 개념이 土地所有權이다. 以上에서 土地所有權理論의 變遷過程 및 그 現代的 意義에 관해서 살펴보았다.

특히, 현대국가에 있어서 성립된 土地所有權의 概念은 所有權 그 자체를 부정하는 것이 아니라 所有權의 社會性·公共性을 강조하여 所有權은 權利인 동시에 의무라는 것을 확인한 것이다. 이것은 경제에 대한 국가권력의 관여로 경제적 약자를 보호하여 人間다운 삶을 보장하고 所有權의 사회적 책임을 강조하여 公共福利의 증진과 실현이라는 福祉國家理念을 그 논리적 배경으로 하고 있다.

現代 福祉國家는 개인의 자유권 보장을 위한 법치국가적 요청과 人間다운 삶을 보장하는 사회적 법치국가의 이념을 동시에 실현하는 데에서 그 뜻이 있고 또한 가능한 것이다. 오늘날 私有財産權을 인정하는 것은 財産權 保障의 守護에 그치는 것이 아니라 이를 적극적으로 활용하여 公共福利를 증진하는데에 土地所有權의 現代的 意義가 있다고 하겠다.

土地는 존재하는데 가치가 있는 것이 아니라 공익을 위하여 이용하는데 그 가치가 향상되는 것이므로 所有權의 自由라는 이유로 土地의 公共性·社會性을 중시하는데에 소홀하기에는 현실적으로 보아 이미 土地問題가 긴급한 社會問題로 대두되어 있는 것이다. 따라서 土地所有權에 대한 合理的인 制限없이는 所有權에 있어서의 社會性의 의미는 없는 것이며 土地에 대한 합리적인 制限이나 規制를 통하여 생활공간의 개발, 환경보존, 생활향상을 강구하는 것은 현대국가의 의무이다.

결국, 現代的 土地所有權은 土地의 特殊性으로 인한 강한 社會性·公共性을 가지며 이에 따라 많은 制限을 수반하는 權利라고 할 것이다.

參 考 文 獻

- 郭潤直, 物權法 [民法講義Ⅱ], 博英社, 1992.
 金道昶, 一般行政法論(下), 靑雲社, 1985.
 金相容, 土地法, 汎論社, 1988.
 金榮鎮, 不動產學 概論, 建設研究社, 1976.
 金谷漢, 物權法論, 博英社, 1988.
 李尙圭, 新行政法(下), 法元社, 1990.
 鄭權燮, 土地所有權法, 法元社, 1995.
 韓泰淵, 憲法學, 法文社, 1976.
 玄勝鐘, 로마法, 一潮閣, 1992.
 玄勝鐘·曹圭昌, 로마法, 法文社, 1996.
 姜台星, 「土地所有權 概念의 變遷」, 慶南大 法政論輯 第5輯, 1987.
 權五乘, 「土地所有權의 法的 性質과 制限」, 法과 土地, 三英社, 1982.
 金載鎬, 「土地財産權에 대한 公法的 規制」, 忠南大 論文集, 第8輯, 1981

- 金鐵容, 「土地의 公概念에 관한 檢討」, 大韓辯護士協會誌, 1978. 10.
- 劉京春·徐光民, 「國土의 效率的 利用과 管理를 위한 土地所有制度의 研究」, 江原大 論文集 第13輯, 1979.
- 徐元宇, 「土地所有權의 公概念」, News Letter(韓國土地開發公社), 1980. 2.
- , 「土地의 公概念」, 法과 土地, 1982.
- 李太載, 「所有權의 法理」, 民事法學 第2號, 1979.
- 林正平 外5人, 「土地公概念과 私有財産制와의 法的 葛藤에 관한 研究」, 壇大論文集, 第20輯, 1986.
- 鄭權燮, 「土地所有權·公概念」, 考試界, 1988.12.
- 曹圭昌, 土地公概念의 模糊性, 月刊考試, 1985. 1.
- 趙相根, 「土地所有權 概念의 變遷과 土地利用權 強化에 관한 研究(1)」, 大田大 論文輯 第8卷 第2號, 1987.
- , 「土地利用強化에 관한 研究」, 財産法 研究 韓國財産法學會, 1990.
- 都市行政資料V, 都市의 地價對策에 관한 研究, 內務部 韓國都市行政協議編, 1968.
- 高島平藏, 近代的物權制度の展開と構成, 成文堂, 1969.
- 渡邊洋三, 土地と財産權, 岩波書店, 1977.
- 水本浩, 土地問題と所有權, 有斐閣, 1980.
- 我妻榮, 現代民法の基礎理論, 有斐閣, 1969.
- Bielenberg, W. Raumordnungsgesetz des Bundes Kommentar, 1950.
- Dulkeit, G. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Berlin, 1951.
- Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., München, 1978.
- Medicus, R. Bürgerlichenrecht, München 1975.
- Westermann, M. Lehrbuch des Sachenrechts, München, 1973.
- Wolany, J. Vom Sozialstaat und sozialen Recht, Köln, 1950.
- Wolf, E. Lehrbuch des Sachenrechts, Köln-München, 1971.
- Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, Berlin-Köln, 1950.