

# 자본주의 사적 토지소유의 역사적 한계와 대안적 토지 재산권의 구성\*

## The Historical Limits of Capitalist Private Landed Property and Alternatives for Land Property Right

김용창\*\*

Kim, Yongchang

### Abstract

This paper investigates the historical limits of modern property rights and capitalist landed property which can not escape the clutches of modern thoughts of property right, and suggests alternative forms of land property rights on the viewpoint of individual property based on co-operation and the possession in common of the land and of the means of production. At first modern thoughts of property right is explored from the point of view of labor theory and economic analysis of property rights. Second, this paper argues the historical limits of capitalist private property according to transformation to commons-based peer production, network society, and anticommons. Third, the conceptual differences between the property rights of the Constitution and the private ownership of Civil Law are identified. Also this paper identifies major issues around the land problems in Korea in terms of property rights as a basic human rights, property rights formation and guarantees, public use of land and social obligations. Finally, this paper suggests that property rights based on personhood and basic right for subsistence, and common-property resource management, property-owning democracy are required for the new alternatives of future landed property.

**키워드** 토지 소유, 재산권, 토지공개념, 공유제, 마르크스 토지론  
**Keywords** Landed Property, Property Right, Public Use of Land, Commons, Marx's Theory of Land

### 1. 머리말

오늘날 우리가 직면하고 있는 토지문제는 다양한 층위에 걸쳐 발생하고 있다. 현상적으로는 모두 같은 토지문제로 보이지만 자본과 토지 소유 사이 모순처럼 자본주의 경제체제에 근본적인 문제도 있고, 부동산중심의 자산보유구조나 서울 강남지역의 주택 문제처럼 시대와 지역에 국한된 문제도 있다. 이처럼 토지문제는 시대를 초월하는 영속적인 범주가 아니라 역사적 한도를 갖는 범

주이기 때문에 우리 시대의 토지문제 역시 기본적으로 자본주의 토지문제라는 역사적 한도의 관점에서 파악할 필요가 있다(靑木孝平, 1986).

도시개발이나 도시계획에서도 토지의 사적 소유와 사유재산권 보호가 늘 논란의 한가운데 있다. 그리고 인간본질 및 생존과 연관된 문제를 오랫동안 민법상 소유권 차원의 사소하고도 협소한 사법 영역 문제로 다루는 경향이 많았다. 그러나 최근 논의들은 편익과 부담을 배분하는 핵심적인 사회제도로써 사적 소유와 그

\* 이 논문은 2017년도 정부재원(교육부)으로 한국연구재단 한국사회과학연구사업(SSK)의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2017S1A3A2066514).

\*\* Professor, Department of Geography and Institute for Korean Regional Studies, Seoul National University (kimyc@snu.ac.kr)

정당성 문제를 다루고 있다. 사적 소유는 단순한 사법적 영역의 문제가 아니라 분배와 정의의 문제이고, 정치의 문제라는 것이다 (Waldron, 1988).

그동안 재산권과 소유권 제도, 토지 사적 소유 범주 자체는 국토계획과 도시계획 분야의 논의와 정책수단에서 내생변수로 취급되기 쉽지 않았고, 일종의 주어진 환경으로 간주하는 경향이 많았다. 그에 따라 토지정책 분야에서 재산권과 소유권 제도 자체의 변경에 대한 계획가와 계획의 역할이 상대적으로 제한적일 수밖에 없었다. 아울러 실물공간과 전자공간의 융합, 지능 공간으로 변화처럼 공간 성격이 근본적으로 변함에 따라 전통적인 소유 및 소유권 개념 역시 변하고 있음에도 불구하고 계획 분야가 능동적으로 대처하지 못하고 있다. 그만큼 도시·지역 정책에서 계획적 유연성을 높일 수 있는 기반을 축소시켰다. 사회경제 성격도 전통적인 소유경제 시대에서 공유경제, 구독경제(subscription economy)시대로 바뀌고 있기 때문에 전통적인 배타적 소유권을 전제로 이루어지는 도시·지역정책과 계획수단도 바뀌어야 한다. 즉 도시·지역계획 분야도 재산권(소유권) 범주를 기존의 주어진 것으로 간주하던 태도에서 벗어나 재산권 제도 자체는 물론, 대안적 소유형태를 계획수단의 영역 안으로 끌어들여야 한다. 아울러 재산권 또는 소유권 형성은 자원 배분의 효율성과 부(富)의 분배를 결정하는 양면성을 띠는 것임에도 불구하고 그간의 도시계획이나 도시개발 논의는 효율성 측면에만 주로 초점을 맞추었다. 그러나 이제 도시계획 차원에서도 토지자원의 배분과 합리적 공간형성에서 사적 소유(private property)의 적합성 여부에 대해 근본적인 문제 제기가 필요하다.

여기서 논문의 전개상 재산권, 소유권 개념 및 용법에 대한 정리가 필요하다. 재산권, 소유권과 관련한 단어는 영어의 property, 독일어의 Eigentum이며, 우리나라는 19세기 말 일본에서 주로 소유권으로 번역한 것을 받아들였다. 외국에서도 재산권 관련 용어의 의미와 사용법이 명확히 정의된 것은 아니다. 영미의 법학적 의미에서도 property라는 단어는 물건(物件, things), 객체(objects), 재산권 또는 재산법(property rights or property law)을 의미하는 등 용법이 명확하지 않기 때문에 종종 맥락에 따라 그때그때 적절하게 구분하여 사용한다. 일반적으로 영미법에서 재산권은 법으로 뒷받침하는 모든 경제적 이익을 일컬으며, 대륙법상 재산권 개념보다 더 포괄적인 동시에 비체계적이다. 일본의 경우도 property에 대한 번역어로 소유권과 재산권을 모두 사용하고 있으며, 재산권의 경우는 협의의 소유권뿐만 아니라 사용권, 채권을 포함한 넓은 의미로 사용한다. 독일어의 Eigentum도 통상 소유권으로 번역하지만 재산권, 소유, 재산 등을 뜻하는 상당히 다의적 의미로 사용된다(Ramaekers, 2017; 高村学人, 2014; 田中英司, 2005; 김서기, 2012; 문홍안, 2016).

우리나라의 실정법에서도 재산권이나 소유권에 대해 분명한 정의를 내리고 구분하여 사용하는 것은 아니다. 통상적인 사용법

을 보면 재산권은 헌법의 개념, 소유권은 민법의 개념으로 이해하거나 사용하는 경향을 보인다. 헌법에서 말하는 재산권은 일체의 경제적 가치가 있는 권리를 포함하며, 민법의 소유권보다 넓은 개념으로 이해한다. 이 논문에서도 재산권을 헌법적 의미로 사용하며, 소유권은 민법상의 의미로 사용한다. 따라서 소유권은 재산권을 대표하는 권리 가운데 하나이면서 사유재산제도의 핵심을 이루는 권리가 된다. 소유권은 물권의 대표적 재산권이며, 민법상 소유권은 사적 소유권을 의미한다.

이 논문에서는 먼저 현대 자본주의 공간형성의 토대를 제공한 근대 재산권과 사상의 기본 성격을 검토한다. 근대 재산권 사상과 제도는 해방적 효과와 파괴적 효과의 모순적 종합으로 구성되어 있다는 점을 규명한다. 그리고 일부 사회성을 강화하기는 했지만 기본적으로 근대 재산권의 특성을 벗어나지 못한 채, 이러한 모순적 종합의 폐해를 드러낸 것으로서 자본주의 토지 사적 소유권의 역사적 한계를 밝힌다. 이와 같은 인식을 통해 자본주의 토지 재산권을 불변의 주어진 것이 아닌 도시지역 정책이나 도시계획 수단의 하나로 간주함으로써 계획의 유연성 제고에 기여할 수 있음을 보인다. 그리고 계획 유연성 제고의 한 방향으로서 '공동점유에 기초한 개인적 소유'라는 관점에 기초하여 대안적 토지 재산권 구성의 기본 방향을 제시하고자 한다.

## II. 근대 토지재산권 사상과 성격

### 1. 근대 토지재산권 이론의 전개와 특성

#### 1) 노동기반 재산권 이론

근대 재산권에 대한 이론은 크게 점유이론, 노동이론, 시장가치 이론, 재산권 이론 등으로 구분할 수 있다. 이하에서는 근현대의 대표적 재산권 이론인 노동이론과 재산권 경제학 이론을 살펴본다(Panesar, 2000; Krier, 2009; 김태오, 2011). 재산권 사상 가운데 지금까지 가장 큰 영향을 끼친 것은 노동이론이다. 주지하다시피 자본주의에 가장 적합한 재산권과 소유개념은 로크(Locke)로부터 본격 기원한다. 로크는 재산권을 정부의 존재 및 개입 여부와 상관없이 자연 상태에서 이미 존재하는 개인의 자연권, 즉 인간에 내재하는 본래적 권리인 신성불가침의 자연권으로 설정하였다. 이처럼 자유를 갖는 근대 개인의 탄생을 뒷받침하는 이념적·실체적 기반으로서 사유재산권을 설정하였고, 그 정당화 근거(소유의 근거)를 자기 자신의 소유물인 신체의 작용에 해당하는 '노동'에서 찾았다. 신이 생존과 삶을 위해 선물한 공유물인 토지를 대상으로 개인소유인 신체의 활동, 즉 노동을 부가함으로써 배타적 소유물로 바꾸고, 토지에서 배타적 소유권이 발생한다는 논리를 확립하였다. 사적 소유권을 '사회의 동의'가 아니라 '자연 상태'의 노동에서 발생한다고 전제하기 때문에 소유권의 무제한적 획득이라는 문제가 발생한다. 이 때문에 로크는 충분한계(잔존

공유물의 충분성), 부패한계(손상한계, 양질성), 노동한계(소유물의 향유가능성) 등과 같은 소유에 대한 자연적 한계를 두었지만 화폐의 도입을 통해 유명무실하게 된다(로크, 2017; Hamilton, 1932; Macpherson, 1962; 박창열, 1999; 권경휘, 2015).

따라서 화폐 도입 이후 소유권 획득의 한계를 없애는 로크의 소유론은 불가피하게 부의 불평등을 낳게 되고, 무제한적 자본축적을 옹호하는 논리라는 비판을 받는다. 대표적으로 Macpherson (1962)은 로크가 소유의 자연적 한계를 무너뜨리고, 불평등한 재산 소유와 무제한적 개인 전유(소유)를 자연권으로 정당화시켰다고 비판한다. 로크의 논리에 따르면 소유권은 어떠한 사회적 의무도 지지 않아도 되고, 무제한적인 자본축적 역시 어떠한 도덕적 제약도 받지 않게 된다는 것이다. 그러나 맥퍼슨의 이러한 정동적 해석에 반대하는 입장에서는 로크가 사적 소유는 물론, 무제한적 전유도 정당화한 것이 아니라고 본다. 대신에 사적 소유와 공동소유가 상호 배타적인 것이 아니라 상호관련 되어있는 시스템이며, 사적 소유권(private ownership)은 공동체의 공동소유를 개별화하는 수단이면서 모든 다른 구성원의 청구권에 의해 제약되는 것으로 본다(Tully, 1980; Gronow, 2016).

이처럼 자연법적 전통과 노동이론에 근거한 경험주의 접근으로 자유로운 독립 개인의 재산권(소유권) 이론을 정립한 사람이 로크이다. 이에 비해 칸트는 자연법사상의 기본 가치관, 노동이론을 유지하면서도 경험주의뿐만 아니라 봉건적 속박, 성경해석과 신학적 근거 등의 요소를 철저히 배제하고, 근대 이성법 개념에 근거하여 소유권(재산권)이론을 전개한다. 칸트는 소유권을 노동이나 물리적 점유(시공간상의 사물에 대한 물리적 점유)와 같은 경험적 근거에 의거해 성립하는 것이 아니라 선험적인 근거위에서 확립하는 범주로 보았다. 토지와 같은 외적인 사물에 대한 배타적 소유권을 확립시키는 선험적이고 종합적인 법의 명제가 어떻게 가능한가라는 질문에 답한 것이 칸트였다. 이를 위해 모든 사람들의 토지점유는 그들의 모든 법적 행위에 선행하는 것으로서 근원적 공동점유를 설정한다. 공동점유 상태에서 사적 소유권을 획득하는 일이 어떻게 가능한가를 칸트는 세 단계로 설명한다. 즉 사물에 대한 취득행위, 취득 대상에 대한 권리표명(나의 점유상태에 있음을 선언하는 행위), 객관적 타당성을 확보하려는 권리확보(전유)로써 공동체의 승인을 받는 보편적 입법 의지의 행위(확정적인 법적 관계)를 거쳐 토지의 소유권 획득이 가능한 상태가 된다고 설명한다. 칸트의 이러한 소유이론에 대해 무력 원칙에 따라 점유하고 있는 것을 비준하는 강자의 원칙에서 있다는 비판도 받는다. 칸트의 소유론은 순수하게 이성적 자연법으로 사적 소유를 정당화하려는 근대적 시도라고 할 수 있다(칸트, 2012; 김수배, 2013; 김준수, 2014).

칸트의 논의를 공허한 형식주의로 비판하면서 부르주아 소유 개념을 완성한 사람은 헤겔(Hegel)이다. 상호인정이라는 보편성에 근거한 소유는 필연적으로 사적 소유의 성격을 띤다고 주장하

였다. 헤겔의 사적 소유이론은 근대의 다양한 재산권 사상을 종합한 것이다. 즉 헤겔의 소유이론을 구성하는 핵심요소는 노동으로부터 소유권을 존재론적으로 정립하려는 노동이론, 소유권을 비롯한 모든 권리의 성립 근거를 공동체 전체의 보편적 법질서의 수립과 규정에서 찾는 법정이론, 인격자의 자유로운 의지라는 개념으로부터 소유권을 도출하는 관념론적 선점론이다. 자연권 사상과 노동 논리에 기초하여 사적 소유의 필연성을 논의한 로크 등 이전의 사고와 달리 정치 질서를 전제하였다는 데 헤겔의 특징이 있다. 소유권 주체로서 인간과 인격은 단순한 자연인이 아니라 실천을 거친 법적 주체이며, 소유권은 자연 상태가 아니라 자유의지의 이성적 통제, 정치질서와 국가의 확립을 통한 법적 형성권을 통해 보장받는 권리임을 확립한 것이다. 헤겔은 칸트의 근원적 공동점유를 부정하며, 사적 소유의 원리를 추방시킴으로써 소유공동체를 통한 소유의 평등을 실현하려는 주장을 비판한다. 헤겔에게 봉건적 소유에서 근대적 소유로 이행은 해방적 성격을 지닌 것으로 간주되며, 긍정적 발전으로 평가된다. 헤겔은 소유를 자유로운 인격과 외부적 세계와의 관계로 파악하고 있다(헤겔, 2008; Hidalgo, 2013; 김준수, 2015; 나종석, 2006).

이처럼 헤겔은 개별 행위 주체가 자신의 자유의지를 투영시켜 생산조건과 생산물(객체, 대상)에 대해 '나에게 고유한 것'(eigen)으로 관계를 맺는 것을 '소유'(Eigentum)라고 규정한다. 헤겔의 관점에서 볼 때, 개별 주체의 자유의지는 소유라는 형태를 통해서 비로소 외부세계에 자신을 객관적으로 드러내고, 현실적인 것으로 존재하게 된다. 이렇게 플라톤에서 유래하는 공동소유를 부정하고 사적 소유를 필연으로 하는 헤겔의 논의는 로크로 대표되는 '소유적 개인주의' 계보와 일정한 관련을 맺는다(Munzer, 1990; 齋藤純一, 2009). 헤겔은 봉건시대와는 구분되는 존재로서 근대 개인은 소유를 통해서만 자신의 존재를 비로소 대외적으로 객관적인 형태로 드러낸다고 본 것이다. 헤겔에게 사적 소유는 인격의 연장으로서 자신의 존재와 행복을 보장하는 관념적·법률적 완성 형태이다.

이렇게 인격 실현을 위해 자의로 토지소유자가 되어야 한다는 헤겔의 논리에 대해 마르크스는 가스롭기 이를 데 없으며, 타자의 의지에 반하여 자신의 의지로만 사물의 소유권을 주장할 수 없다고 비판한다. 법률적 토지 소유 개념을 절대적인 것으로 생각하는 헤겔의 오류라고 본다. 헤겔에게 사유재산은 자유의 원인이지만 마르크스에게는 프롤레타리아의 자유를 억압하고, 소외를 낳은 원인이다. 마르크스에게 자본주의적 "소유는 이제 자본가의 편에서 타인의 부블노동 또는 그 생산물을 전유할 권리가 되는 것으로 나타나고, 노동자의 편에서는 그 자신의 생산물을 전유할 수 없는 불가능성으로 나타난다. 노동으로부터 소유의 분리노동과 소유의 동일성에서 나온 것처럼 보이는 법칙의 필연적 결과"로 되고, 근대 재산권 사상이 공통적으로 강조하는 소유와 노동의 동일성은 깨지게 된다. 그리고 노동과 소유의 분리를 통해

서 자본주의적 잉여가치 생산메커니즘이 작동하게 된다(Marx, 1954; Marx, 1959; Hidalgo, 2013).

## 2) 재산권 경제학 이론

근대의 재산권을 경제학 분석의 내생변수로 끌어들이는 이론이 재산권 이론이다. 재산권 경제학은 거래비용과 사회적 후생효과 및 재산권 형태 결정 사이의 관계를 주로 분석한다. 경제학의 재산권 이론에서 의미하는 '재산권' 개념은 물질·인적 자산에 대한 통제권을 의미하는 것으로 법학의 '재산권'이나 '물권'이라는 개념보다 그 사용범위가 넓다고 할 수 있다. 즉 재산권 소유자에게는 이익으로 작용하고, 재산권자가 아닌 자에게는 불리하게 작용할 수 있는 특정 행위를 할 수 있는 법적 권한으로 이해한다. 재산권 경제학의 관점에서는 다양한 유·무형의 재산권을 경제주체들에게 명확하게 부여하고, 효율적으로 관리하는 것이 거래비용을 줄이는 최상의 방법으로 간주한다. 재산권이 분명하지 않거나 재산권 제도의 지속성이 불확실하면 약탈, 암시장, 자원 오남용 등 지속가능성이 없는 경제행위가 일어나고 자원 배분의 효율성이 사라진다(Coase, 1960; Ostrom, 1990; 원동철, 1998; 김태오, 2011).

이처럼 경제학적 관점에서 재산권 쟁점은 희소자원 배분을 위한 재산권 시스템의 설계와 보장, 즉 제도비용의 효율성 문제이다. 재산권에 대한 경제 분석은 주로 희소자원 배분과 합리적 행동, 자기 이익을 좇는 개인선택, 희소자원 지배를 위한 경쟁과 게임 규칙, 잘 정립된 재산권 및 교환에 따른 이익 증진 등에 초점을 맞춘다(Demsetz, 1967; Anderson and Huggins, 2003).

일찍이 코즈(Coase)는 재산권을 경제 분석대상에 포함시켰다. 재산권의 설정과 할당은 단순히 법적 관계만의 문제가 아니라 사회 전체의 경제적 비용과 효율성을 고려해야 한다고 제시한 것이다. 특정 자원에 대한 소유권(재산권)이 명확하게 확립되어 있고, 계약이나 권리행사 등을 위한 모든 거래비용이 0이라면 토지와 같은 자원이용의 경제적 효율성은 재산권을 가진 사람과는 상관없이 극대화된다. 따라서 정부의 개입도 필요 없고, 모든 경제자원을 대상으로 경제주체들에게 재산권만 확립시켜주면 된다. 즉 코즈정리는 당사자 사이 협상 과정에 소요되는 비용이 없다면 자발적인 거래를 보장하는 재산권 제도의 확립으로 효율적인 자원 배분이 이루어진다는 것이다. 이처럼 코즈의 재산권 경제학은 정부개입을 최소로 하는 자유주의 사고와 맞닿아 있다. 재산권 이론은 기본적으로 규제를 옹호하는 것이 아니라 탈규제를 강조하는 관점에서 선다(Coase, 1960; Lai, 2016; 倉林義正, 2001).

재산권 설정은 비용이 들어가는 제도이기 때문에 재산권 확립에 따른 편익이 비용보다 커야 잘 작동한다. 이해당사자와 정부 사이에 정보 비대칭이 있거나 효율성을 결정하는 정보수집 및 이용에 비용이 들면 재산권 도입으로도 외부성을 해결할 수 없다. 특히 우리나라의 부동산가격공시제도처럼 정부 스스로가 왜곡된

가격정보를 생산하는 경우, 재산권 도입이나 과세 제도를 통해서 자원 배분의 왜곡을 막을 수 없게 된다.

거래비용이나 정보 불확실성 아래서 코즈 협상은 일반적으로 재산권의 효율적 분배에 기여하지 못한다. 거래비용이 있는 경우는 재산권을 누구에게 부여하는가에 따라 사회적 후생의 크기가 달라진다. 거래비용이 자원 배분에 영향을 미칠 경우, 재산권 형태의 결정에 필요한 정보, 재산권 형태의 구성과 부여방법에 대해서는 다양한 견해가 존재한다. 그러나 통상 재산권 경제학의 관점에서는 자발적 거래를 가능하게 하는 재산권 제도는 정부규제보다 분산된 정보를 보다 효율적으로 활용할 수 있는 제도적 장치라고 간주한다. 거래비용 때문에 협상을 통해 외부효과를 효율적으로 배분할 수 없다면 재산권을 효과적으로 보호할 수 있는 제도의 도입이 필요하게 된다. 구체적으로는 물권원리(property rules), 배상원리(liability rules), 양도불가의 원리(inalienability rule) 등이 제시된다(Calabresi and Melamed, 1972; 원동철, 1998; 김태오, 2011).

이러한 재산권 경제학의 관점은 다양한 내용의 재산권과 그 보호 범위를 설정할 수 있는 기반을 제공한다. 전통적인 민법상 소유권 중심의 재산권 논의의 한계를 극복하고, 개방적이면서 차별화된 유연한 재산권 개념을 설정할 수 있게 해 준다. 그러나 어떠한 재산권 원리를 적용할 것인가와 관련하여 판단기준을 비용-편익의 관점, 화폐적 가치에만 둔다는 한계가 있다. 피해 자체의 성격이 인격적·환경적으로 절대 발생해서는 안 되는 경우에는 이러한 원리의 적용 자체가 무의미한 것이기 때문이다. 또한 교육, 건강, 직업선택, 일자리, 거주 장소에 대한 청구권도 모두 재산권 이론에 따른 분석대상이 되면서 재산권 이론의 재산권은 인권이라고 할 수 있을 정도로 범위가 확대된다는 비판을 받는다(김태오, 2011). 따라서 재산권을 설정하여 사회경제적 효율성을 높이려면 거래비용 관점에서 재산권을 설정하기에 적합한 대상이어야 한다. 또한 재산권 대상으로서 적합성은 자연법으로 영구히 주어지는 것이 아니라 사회경제 체제의 발전에 따라 달라진다는 것도 인식할 필요가 있다.

## 2. 근대 토지재산권의 성격

도시개발이나 도시계획에서 사유재산권이 자주 논쟁이나 담론의 대상이 되고 있지만 재산권 본질과 실제 및 정당성 자체에 대한 논의는 부족한 채 당연히 보호해야 할 권리로 간주되고 있다. 근대 재산권 사상의 의의는 재산권을 개인의 권리로 확립하고, 그러한 권리 설정의 정당화 기반을 제공한 것이다. 재산권의 실제와 내용구성에 대한 정의(定義)는 사유재산권 침해와 관련한 사법적 판결에서 중요한 판단기준이 된다. 영미법 계열에서 재산권은 보통 권리묶음(bundle of rights)으로 인식한다. 학자에 따라서는 재산권의 권리체계를 다면권, 권리 묶음, 인터페이스로

연계된 모듈 등 다양하게 구성한다. 예컨대 호펠드(Hohfeld)는 재산권을 청구권, 자유권, 형성권, 면제권이라는 다면권(multital rights) 체계로 설명한다. 재산권은 타인에 대한 방해배제청구권, 물건을 사용할 자유권, 양도·증여할 수 있는 형성권, 타인이 본인 동의 없이 물건을 팔거나 처분하려는 것에 대한 면제권이 결합된 것으로 구성한다. 이처럼 재산권을 권리 묶음의 체계로 구성하려고 시도하지만 물건에 대한 권리인지, 물건을 다루는 실무 관행(practice)인지, 사람에 대한 관계인지 등 여전히 재산권 개념이 명확하지 않기 때문에 재산권은 확정하기 어려우며, 재산권의 실체가 위기(property's identity crisis)를 맞고 있다고 말하기도 한다(Ramaekers, 2017; Hohfeld, 1913; Waldron, 1988; Penner, 1997; 김연미, 2007; 이춘원, 2007).

이처럼 영미법 계열에서는 독일법 계열을 따르는 한국처럼 물권법정주의( numerus clausus)가 인정되지 않고, 권리들의 위계 질서를 세밀하게 구분·설정하지 않기 때문에 소유권을 제외하면 판례법에서 물권적 지위 개념도 모호하다(김연미, 2007). 그러나 이렇게 재산권을 권리의 묶음으로 볼 수 있다면 역으로 재산권을 구성하는 다양한 권능을 분리하여 별도의 정책대상으로 삼을 수 있다. 도시계획과 토지이용에서 정책적 유연성 제고를 위해 토지 소유권에서 개발권을 분리하는 것도 가능하다고 할 수 있다. 영미법 계열의 재산권 구성방식에서는 이론상으로 새로운 형태의 물권적 지위 형성이 비교적 자유롭기 때문이다(Merrill and Smith, 2000).

재산과 소유대상을 권리관계로 형상화하는 것은 사람들 사이의 '관계'를 '재산'이라는 매개체를 통하여 여러 권리 묶음의 관계들로 전환시킨다는 것을 의미한다. 그런데 권리관계로서 재산권 논의에는 구조적 한계가 있다. 재산권이 명목상 누구나 재산을 획득할 수 있는 기회권이라는 점에서는 보편적 권리에 해당한다. 그러나 현실적으로는 자본주의적 소유 집중에서 잘 나타나듯이 제한된 사람들이나 집단만이 원하는 재산을 취득하기 때문에 재산이 취득된 이후의 관점에서 보자면 보편적 권리가 될 수 없다는 것이다. 이것이 근대적 재산권 사상의 한계이며, 후술하는 바와 같이 생존적 기본권으로서 재산권을 포괄할 수 있도록 개념의 확장을 요구하는 것이다(Waldron, 1988; 김연미, 2007; 김용창, 2012; 김용창, 2017).

다음으로 근대법의 재산권 규정상 특성은 소유자가 해당 물건을 실제로 점유하지 않더라도 법적 근거에 따라 직접적이고 배타적인 지배권을 인정한다는 것이다. 이 때문에 재산권은 관념적인 권리이자 절대적인 권리로 간주된다. 한마디로 근대적 재산권(소유권)은 물건에 대한 배타적·관념적·절대적인 사적 지배를 그 내용으로 하는 것이며, 상품교환 관계를 매개로 한 물질·인적 관계이다. 소유물은 추상적이고 일반적인 물건으로서 주체에게 관념적으로 귀속되고, 상품교환경제와 그에 상응하는 법체계가 성립한다. 이러한 관념성에 근거하여 직접적인 물건지배나 점유와는

상관없이 하나의 재산권으로서 자유로이 거래·등기 할 수 있는 시스템이 발달하게 되었다(甲斐道太郎 외, 1979; 田中英司, 2005; 齋藤純一, 2009; 高村学人, 2014). 오늘날 단순히 주택이나 토지의 소유권 거래만을 통해서 가치변동의 이익을 수취하는 행위가 만연하게 된 것은 바로 재산권의 이러한 관념성이라는 특징에 기인한다.

소유는 어떤 물건을 지배하는 관계를 의미하기 때문에 사람과 물건의 관계를 나타내는 동시에 물건지배를 매개로 다른 사람과의 인적 관계를 포함하는 사회관계이기도 하다. 재산권을 단순히 대물적 권리로 보는 사고는 역사성을 상실한 관념의 산물이다. 재산권 할당은 모든 개인들이 타인과 상호작용에서 준수해야 하거나, 준수하지 않을 때 비용을 부담하는 행위규범을 구체화하는 것이다. 따라서 지배적인 재산권 체계는 희소자원의 활용 관점에서 각 개인들의 위상을 규정하는 사회경제적 관계들의 집합이라고 말할 수 있다(Furubotn and Pejovich, 1972). 근대 재산권의 본질은 사람과 사람 사이 관계를 사람과 물건 사이의 관계로 나타내게 만드는 물상화에 있다. '관계'로서 근대 재산권은 재산권에 내재하는 사적 요소와 사회적 요소, 즉 '사람과 물건의 관계(대물적 성격)' 및 '사람과 사람의 관계(대인적 성격)'가 물권(재산권)과 계약(채권)으로 분열·대립하는 것을 특징으로 한다. 따라서 전통적인 법학의 관점에서 특히 소유권을 물건에 대한 개인의 배타적 지배권으로 정의하는 것은 소유권의 대인적 관계를 은폐하는 기능, 즉 착취 관계를 은폐하는 기능을 수행한다(甲斐道太郎, 1979; 高村学人, 2014; 이춘원, 2007). 이처럼 소유권(재산권)을 사람과 물건의 관계로만 보게 되면, 사람들 사이 관계가 가려져 착취 관계가 드러나지 않기 때문에 그저 해당 물건의 오남용 문제만 부각되고, 그에 따른 도덕적 비난만 있게 된다.

근대적 소유는 인간존재의 성격과도 밀접한 관련을 맺는다. 소유는 헤겔이 말하는 것처럼 외적 대상에 대한 소유권만이 아니라 내면적인 자아를 소유한다는 자기 소유권(self-ownership)도 의미한다. 자기 소유권 원리란 개개인이 자신의 신체와 능력에 대한 정당한 소유자이고, 이로부터 각자는 다른 사람에 대해 그 능력을 공격적으로 이용하지 않는다면 마음대로 행사할 자유가 있다는 것을 말한다. 이러한 자기 소유권은 소유하는 자기와 소유되는 자기 또는 지배하는 자아와 복종하는 자아로 나눌 수 있다. 시장지상주의의 소극적 자유를 넘어 적극적 자유의 향유란 전자가 후자를 통제함으로써 인격의 향상을 가져올 때 이루어진다. 따라서 근대 재산권 사상이 말하는 것처럼 자기실현으로서 소유를 실제적으로 실천하기 위해서는 로크의 소유적 개인주의를 넘어 재산권의 대인적 성격과 사람들 사이 관계에 기초하면서 소유를 통해 인격의 구체적 실현에 기여하는 소유적 인격주의를 검토해야 한다(松井暁, 2006; 塩野谷祐一, 2004). 현대의 자본주의적 토지 소유와 그 생산물의 한 형태로서 주택소유 시스템은 시장지상주의에 근거한 소유적 개인주의 단계에 불과하고, 소유적 인격

주의를 실현하기에는 결함이 있는 시스템이라고 할 수 있다.

세 번째로 근대 재산권 사상의 중요한 특징은 자유의지를 갖는 근대 개인의 탄생과 독립기반을 재산권이 제공한다고 본 것이다. 중세 봉건사회의 해체는 기본권으로서 자유의 쟁취와 사적 개인의 탄생으로 이어지며, 자유주의와 개인주의는 근대 사회와 자본주의의 기반이 되었다. 사적 소유권을 성립시키는 자연권과 그 보장을 위한 자연법사상이 이러한 변화의 핵심이었다. 그만큼 해방과 진보의 기능을 사적 소유권이 수행하였다. 마르크스도 『경제학철학수고』에서 원시 공동소유제 사고는 사적 소유제도보다 더 열악하고 나쁘며, 사적 소유 문명 수준에도 이르지 못한다고 비판한다(Marx, 1975). 특히 근대적 사적 토지 소유는 역사적으로 중요한 진보적 성과를 낳았다. 사적 토지소유권의 정립은 봉건제나 왕정, 수도원, 귀족제의 토지 소유와 왜곡된 토지공유를 타파하고, 신분적 속박을 벗어나 개인의 독립과 자유를 실현시킬 수 있는 물적 기반을 제공하였다(Dagan and Dorfman, 2017; Howard-Hassmann, 2013; 하태규, 2015).

그러나 이러한 해방 효과와 더불어 근대 사적 토지 소유는 삶의 토대를 파괴하기도 한다. 배타적 소유 권능에 해당하는 처분과 판매의 자유는 개인의 자유뿐만 아니라 타자와 관계도 전제하기 때문에 삶의 기본조건에 대한 처분과 박탈도 초래한다. 소유형태와 개인발전간의 관계로 보자면, 노동과 소유가 미분리된 인격적 예측 단계에서 사물적 예측관계에 기초한 인격적 자립을 거쳐, 자유로운 개인들의 연합으로서 공동점유에 기초한 개인적 소유로 발전한다는 것이 마르크스가 제시하는 역사발전 방향이다. 여기서 신분적 예측을 벗어나 개인의 독립과 인간 개성의 출현은 노동과 소유의 분리라는 자본주의적 사적 소유를 바탕으로 비로소 확립되는 것이다. 그에 따라 고향의 대지나 자신의 주된 생활근거지에서 추방되어 공장이나 대도시 주변 지역의 열악한 주거환경에서 거주에 불안정에 시달려야 하는 것은 사적 소유의 병폐이자 파괴효과이다(Marx, 1975; 한승완, 2006).

### III. 자본주의 토지재산권의 역사적 한계

#### 1. 재산 불평등 심화와 개인의 자유·독립기반 훼손

근대 재산권 사상의 탄생에서부터 주류 정치·법철학, 재산권 경제학에 이르기까지 재산권, 특히 사유재산권은 무엇보다도 개인의 자유와 독립(해방)의 물적 토대로 간주하였다. 지금까지 지배적인 재산권 사상은 사유재산제도가 개인에게 프라이버시와 자율성 기반을 제공하며, 권력을 분산시킴으로써 억압 가능성을 줄이고, 사람들에게는 자신들이 자유로워지는데 필요한 자원에 대한 접근성을 제공한다는 것에 이의를 제기하지 않는다. 따라서 사유재산권에 대한 간섭은 자율과 자유에 대한 간섭으로 간주한다(Buchanan, 1993; Barros, 2009). 우리나라 헌법재판소도 재

산권은 기본권의 주체로서 국민 각자가 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해주는 기능을 한다고 인정한다. 그러므로 재산권 보장은 곧 국민 개인의 자유 실현을 위한 물질적 바탕을 의미한다고 볼 수 있고, 자유와 재산권은 상호 보완관계이자 불가분의 관계에 있다고 판결하였다(헌법재판소, 1998; 1999).

문제는 개인의 자유와 독립을 보장하는 근대 재산권이 여전히 그 역할을 수행할 수 있는가이다. 마르크스의 말처럼 “대체로 사적 소유의 지배는 토지 소유로부터 시작된다. 토지 소유는 사적 소유의 토대이다”(Marx, 1975). 그리고 근대에 들어서 자본과 토지 소유 및 노동 사이 분리는 자본주의 생산양식에게 필수적이고 본질적이지만, 자본과 달리 노동자에게는 아주 불리하고 치명적인 분리로 나타난다(Marx, 1975).

MacPherson(2002)은 오늘날 우리에게 익숙한 재산권(소유권) 개념으로 확립되기까지 아리스토텔레스 이래 역사적으로 네 단계의 개념적 변화를 거쳤다고 분석한다. 첫째, 광의의 재산권 개념이 시장사회가 중심이 되면서 물건(material things)이나 수익형태(revenues)만을 소유의 대상으로 삼는 개념축소가 일어났고, 소유대상은 물질적 재산만으로 축소되었다. 둘째, 보다 급격한 개념축소에 해당하는 것으로서 재산권 개념이 시장교환을 배경으로 ‘배제할 권리’로만 협소해졌다. 원래는 배제할 권리와 공동사용(common use) 대상에서 ‘배제당하지 않을 권리’를 모두 포함하는 권리개념이었다. 셋째 사용·수익으로부터 배제할 권리에 사용·수익·처분으로부터 배제할 권리로 더욱 축소되면서 양도성을 강조하게 되었다. 넷째 수익에 대한 권리에 물건에 대한 양도 가능한 권리로 더욱 좁게 변화하였다. 이렇게 하여 근대적 재산권 개념이 물건을 사용·수익·처분할 수 있는 배타적인 개인의 권리(사적 소유권)로 확립되었다는 것이다.

배타적 사적 소유권으로 재산권 개념의 축소와 더불어 근대 자연법사상과 법이념은 자기 노동에 기초하여 소유권의 정당화 근거를 찾는다. 마르크스 역시 소유의 근거를 자기 노동에서 찾았지만 착취의 관점에서 소상공인(petty industry)과 같이 개인적인 자기 노동에 기초한 사적 소유와 타인 노동에 기초한 자본주의적 사적 소유를 구분하였다. 즉 축적으로 추가되는 소유는 추가 인력에서 자본화된 잉여가치이며, ‘타인의 부분노동’에서 유래한다고 본 것이다. 자본주의 발전에 따라 자기 노동에 기초한 개인적인 사적 소유는 형식적으로 자유로운 다른 노동의 착취에 따른 자본가적 사적 소유로 전환되는 것이다(Marx, 1954; 青木孝平, 1986).

이는 로크의 재산권 사상에서 화폐도입 이후의 상황과 유사한 것이다. 그러나 로크는 타인 부분노동의 전유메커니즘을 인식하지 못하고 화폐를 통한 축장을 정당한 것으로 간주하였다. 그는 화폐도입 이후 소유 확대를 자기 노동의 연장으로 보았기 때문에 정당한 것으로 본 것이며, 현상 측면에서만 인식했기에 자본주의

적 소유 불평등을 인식하지 못한 한계를 드러낸 것이다. 중요한 점은 우리나라 헌법재판소가 개발이익의 사회공동체적 성격을 인정하고 있다는 것이다. 헌법재판소는 “개발이익이 토지소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생한 것이 아니며, 형평의 관념에 비추어 볼 때, 토지소유자에게 당연히 귀속되어야 할 성질의 것은 아니고, 궁극적으로는 국민 모두에게 귀속되어야 할 성질의 것”으로 판결하였다(헌법재판소, 1990). 이러한 해석은 비록 사용하는 용어가 다르지만 토지가격의 상승에 따른 자본이득이 바로 자기 노동에 의한 소유가 아니라 타인 부불노동에 근거한 것, 즉 잉여가치의 전유에 해당하는 것으로 본 것이다. 이처럼 마르크스의 소유론은 자신의 노동에 배타적으로 기초하고 있는 것처럼 보이는 자본주의 사적 소유가 어떻게 소외된 노동의 생산물 전유에 기초하고 있는지를 이해할 수 있게 해 준다. 이와 같은 마르크스의 해석은 교환의 보편화와 계약자유 원리를 바탕으로 착취하는 자본주의 경제 양식의 본질이 위장되어 나타난다고 제시하며, 그 바탕을 사적 소유가 제공한다고 보는 것이다.

앞서 살펴본 대로 근대 개인의 자유와 독립을 이루는데 밑바탕이자 근대 자본주의 출발의 핵심이 토지재산권과 사적 소유권이였다. 그러나 토지재산권 사상의 기본 정당화 논리였던 노동과 소유의 동일성은 역설적이게도 자본주의가 발전할수록 깨지고, 오히려 재산 소유 불평등은 더 커진다. 자신의 근원을 부정해야만 발전하는 자본주의적 토지소유의 모순적 특성이 잘 드러나는 것이다. ‘운동하는 가치’로서 자본은 잉여가치의 생산에 토대를 두어야 하고, 이는 노동과 소유의 분리 및 부불노동의 사적 전유를 통해서만 가능한 것이다. 그런데 재산권의 정당화 기반은 노동과 소유의 동일성을 전제하는 노동이론에서 찾아야 하기 때문에 자본주의적 토지 소유와 재산권의 노동이론은 본래적으로 모순 관계일 수밖에 없는 것이다. 이제 자유와 인격을 갖춘 개인의 토대였던 사적 소유는 근대 자본주의 발전과 더불어 빈부격차와 불평등의 토대로 바뀌었다. 개인 독립기반은 더욱 훼손되면서 해방과 진보의 수단이 억압의 물적 토대로 변한 것이다.

지구적 현상으로 전개되고 있는 금융위기와 부동산 투기는 타인의 거주 생활과 거주조건을 악화시키는 것을 넘어서 부동산가격의 불균등한 상승을 통해 타인의 부를 상대적으로 재편한다. 이러한 효과 때문에 재산권과 배타적 사적 소유권이 합법을 가장하여 사실상 타인 재산을 강탈·착취하는 매개체로 작동하고 있다. 예컨대 2007년 글로벌 주택금융위기는 자본주의적 소유에 대해 근본적 물음을 제기한다. 헤겔 관점처럼 주택소유는 개인 의지를 외부세계로 확장하는 도구로 기능한다. 그러나 중산층의 상징이었던 주택소유가 가격변동 때문에 불안정과 두려움, 위기의 근원이 되었다는 것은 사적 소유가 그 역사적 소임을 다 했다는 것을 보여준다. 나아가 수많은 주택을 압류와 방기 상태로 몰아넣고, 주택소유자가 하루아침에 길거리에 나앉는 상황이 발생했다는 것은 사적 소유의 정당화 근거였던 근대 개인의 자유 실현과

독립기반은 물론 경제 효율성도 충족시키지 못한다는 것을 여실히 보여준다(Davidson, 2012; 김용창, 2015; 김용창, 2017).

근대 토지 재산권의 역사적 한계를 극명하게 보여주는 또 다른 사례는 최근 미국 도시 재생에서 빈번하게 발생하는 사적공용 수용(private-public taking)이다. 오코너(O'Connor) 대법관은 2005년 미연방대법원의 유명한 Kelo 사건 판결을 통해 현대 도시 재생의 강탈적 속성을 신랄하게 비판한다. 도시 재생은 대기업이나 개발회사와 같이 큰 영향력을 행사하는 주체들이 혜택을 독점하고, 정부는 적은 자원을 가진 사람으로부터 보다 많은 자원을 가진 사람에게 재산을 이전시키는 면허증(license)을 발급하고 있다고 비판한다. 이러한 공용수용의 남용을 용인하는 재산권 제도는 결과적으로 가난한 사람의 재산을 빼앗아 부자에게 돌려주는 ‘뒤집어진 로빈훗’으로 기능하는 시스템인 것이다(김용창, 2012). 이처럼 근대 재산권과 자본주의적 토지 사적 소유가 불평등 및 갈등의 본질적 원인을 제공한다면 영원한 범주로 성립할 수 없고, 역사적 한계를 갖는 범주가 될 수밖에 없다.

## 2. 사회경제적 변화와 배타적 사적 소유권의 한계

### 1) 접속과 공유의 시대

마르크스는 “각 역사적 시기마다 소유는 각각 다르게 발전해왔고, 일련의 전혀 다른 사회적 관계 아래서 전혀 다른 모습을 보여준다. 소유를 독립된 관계, 고립된 범주, 영속적인 관념으로 정의하는 것은 단지 형이상학이나 법률학의 환상일 뿐이다”(Marx, 1984)라고 말한다. 이것이 의미하는 바는 토지 소유를 구체적인 사회적 관계로서, 즉 자본주의적 토지 소유라는 관점에서 분석해야 한다는 것이다.

오늘날 근대적 재산권과 사적 소유제도에 대한 지금까지 신념이 지속되기 어려운 사회경제적 환경변화가 나타나고 있다. 정보통신기술의 발달로 지구 공간이 하나의 네트워크 체계 속에서 흐름의 공간으로 연결되고 있으며, 사물인터넷처럼 실물공간과 네트워크 속성의 결합은 배타적 점유에 기초한 근대 자본주의적 공간 소유와 소유권의 성질을 바꾸고 있다. 배타적 소유의 시대에서 소유의 종말이라 일컬어질 정도로 공유와 접속의 시대로 전환하고 있으며, 실물공간의 지능화 및 접속의 시대에서 소유의 의미와 중요도는 지금까지와는 다르게 현저하게 퇴색할 것이다(Rifkin, 2001).

생산방식의 경우, 네트워크 사회에서는 배타적 소유권을 전제하지 않는 공유제 기반 동료생산(communs-based peer production)으로 바뀐다. 동료생산방식은 시장 논리나 기업의 통제에서 벗어난 독립 개인들이 탈 중심성과 세분성(modularity)을 바탕으로 서로 동등한 위치에서 자발적으로 협력하는 생산 모델을 말한다. 이러한 사회경제의 변화는 물권개념과 배타적 사적 소유권 개념에 기초한 생산과 소비양식보다는 네트워크와 접

속, 사용 중심의 생산과 소비양식으로 전환을 유발하게 된다 (Benkler, 2006; Benkler and Nissenbaum, 2006). 이러한 사회에서는 소유권(ownership)에 대한 욕구로부터 벗어나 비소유권(disownership)의 삶을 중시하기 때문에 근대적인 사적 소유권 중심의 사회체제는 한계를 맞는다. 배타적 점유와 교환보다는 네트워크를 통한 재산임대와 사용료를 징수하는 시대가 접속의 시대이기 때문에 근대적 재산권과 사적 소유권은 자원관리 제도로서 효율성이 떨어질 수밖에 없다. 완전한 배타적 소유보다는 필요할 때마다 간편하게 접근하는 방식이 보다 효과적인 시대이다.

이처럼 자본주의 발전 때문에 역설적이게도 공간 재산권의 중심지위를 차지하던 배타적 사적 소유권의 위상이 약화되고 있다. 자본주의의 물질 토대 변화가 배타적 사적 소유권이라는 외피와 점점 어울리지 않게 된 것이다. 플랫폼 경제의 발전은 배타적 사적 소유권보다는 공동점유권을 중시하게 되었고, 복지국가 체제로 전환은 소유권보다는 국민연금수급권 등 공법상 채권이 재산권의 중요한 부분을 차지하게 만들었다(김서기, 2012). Macpherson(2002)은 재산권 개념이 자본주의 체제의 발전에 따라 다음과 같이 변하고 있다고 말한다. 재산권은 크게 보아 물건에 대한 권리와 수익(지대, 임대료)에 대한 권리로 크게 구분할 수 있는데, 점차 공공의료 서비스수급권, 택시면허 등 수익에 대한 권리로 전환 중이다. 둘째, 자원과 노동 배분에 대한 국가의 개입이 커지면서 배타적인 권리로써 소유권보다는 접근권처럼 배제당하지 않을 권리의 중요성이 커지고 있다. 세 번째로 기술발전에 따른 노동 절감으로 노동수단으로서 소유권보다는 생활수단에 대한 소유가 더 중요하게 되었다.

오늘날 유엔 해비타트 III, 데이비드 하비, 앙리 르페브르 등이 새로운 도시정책이나 실천 운동으로 주창하는 '도시에 대한 권리'(right to the city)는 이러한 역사적 변화를 반영하는 것이다. 근대적 배타적 소유권 중심의 자원 배분체제는 일상적인 생존을 위협하거나 품위 있는 생활을 어렵게 만들기 때문에 도시자원 배분과 소유권 개념에서 변화 필요성을 실천적으로 이론화하는 것이라고 볼 수 있다.

## 2) 반공유재의 비극

근대적 토지 재산권의 역사적 한계를 드러내는 또 다른 중요한 쟁점은 사적 소유권이 발달하면서 공유재(common, common pool resource)의 비극 못지않게 반공유재(anticommons)의 비극이 커다는 것이다. 주지하다시피 공유자원의 관리에 대한 전설적 설명은 하딘(Hardin)의 '공유지 비극론'이다. 신자유주의가 대두하기 시작하던 무렵 하딘의 논의는 새로이 큰 반향과 논쟁을 불러일으켰다(Hardin, 1968; Feeny et al., 1990).

공유재에 대한 재산권 경제학의 분석은 비싼 집행비용, 비배제성, 외부효과 또는 무임승차의 속성과 더불어 편의 감소성(경합성, subtractability) 때문에 과다사용과 혼잡의 문제가 발생한다

는 것이다. 따라서 재산권의 구체적인 획정과 배분이 없으면 공유자원의 황폐화를 면치 못한다(Ostrom et al., 1994; Euler, 2018). 공유자원에서는 사적 한계비용과 사회적 한계비용의 괴리 때문에 사회적 과다사용이 일어나고, 황폐화 비용의 내부화 방법으로 해결하고자 하는 것이 통상적인 사유재산권 도입 논리이다.

그러나 불명확한 재산권의 대안 형태이자 공유지 비극의 유효한 해결책이 사적 소유권인가에 대해서는 많은 논란이 있다. Michelman은 일찍이 1982년 사적 소유의 효율성을 전제하는 논리에 도전한다. 아무도 배제권을 갖지 못하는 자연 상태와 대비되는 것으로서 극단적 조정이 필요한 집단주의 형태(regulatory regime)를 상정하면서 사실상 반공유재와 같은 의미의 개념을 도입하였다. 이 형태의 소유권은 모든 사람이 특정 자원에 대한 권리를 갖기 때문에 결과적으로 어느 누구도 타인의 허락을 받지 않는 한 사용할 수 없는 상태를 의미한다(Michelman, 2004).

이러한 사고를 더욱 일반화시킨 Heller(1998)는 소유권의 파편화와 비경제적 남용을 보다 구체적으로 설명하기 위해 '반공유재의 비극'이라는 개념을 제시하였다. 개념상 공유재는 다수의 소유자들이 주어진 자원을 이용할 특권을 부여받아서 어느 누구도 다른 사람을 배제할 권리를 갖지 못하는 상태이다. 반공유재는 다수의 소유자들이 희소자원에 대해 타자를 배제할 권리를 부여받아서 어느 누구도 효과적으로 해당 자원을 사용할 수 없는 상태를 의미한다. 해당 자원의 사용을 다른 사람들이 금지할 권리, 즉 비토권이 존재하는 자원으로써 다른 사람들의 허가를 받지 않고서는 사용할 수 없는 상태이다. 좀 더 일반적으로 말하면 너무 많은 소유권을 창출하여 너무 많은 의사결정자들이 자원이용에 관여하기 때문에 과소이용에 따른 사회적 불이익을 초래하는 상황을 말한다. 공유재의 비극이 남용의 비극이라면 반공유재의 비극은 과소이용의 비극이다. 이처럼 지나치게 파편화된 소유권이 경제 활동을 오히려 방해하고 새로운 부의 창출을 가로막는 현상을 '그리드락'(gridlock)이라고 부른다.

이외에도 과도한 소유권 설정이 가져오는 외부불경제효과와 반공유재 비극의 결과를 지지하는 연구 성과들이 많이 제출되었다. 사적 소유권의 지나친 난립에 따른 반공유재는 도시개발에서 '알박기'(hold out)와 같은 부정적인 외부효과를 초래하며, 오히려 이익의 과소 보호 현상이 발생한다(Buchanan and Yoon, 2000; Schulz et al., 2002; Fennell, 2004).

이와 같이 현대의 변화된 경제체제에서 사적 소유권은 불평등의 기원만이 아니라 자원의 효율적 이용관점에서도 전통적인 사고와는 달리 많은 문제를 유발한다는 것이다. Michelman(2004)은 합리성과 효율성은 이상적인 재산법 형태를 구성하는데 불충분한 전제이며, 사적 소유의 효율성은 하나의 가설일 뿐이라고 말한다. 예컨대 재정비축진지구, 가로주택정비사업 등에서 나타났듯이 이익 극대화를 위해 토지소유권이 지나치게 세분되어 소유자들이 서로 방해함으로써 토지가 아예 활용되지 못하거나 그

잠재적 가치가 충분히 활용되지 못하는 상황이 자주 발생한다. 사적 소유권의 절대적 보호와 소유권의 파편화에서는 도시공간의 비효율적 이용사례가 빈번하게 유발되고, 헌법에 보장된 재산권의 법적 형성권에도 불구하고 입법적 대응을 어렵게 만든다. 공유자원의 비극은 왜 사물이 쪼개지기 쉬운지 알려주고, 반공유재의 비극은 왜 이들을 다시 합치기가 그리 어려운지를 설명해준다. 사유화가 지나치면 부를 생성하기는커녕 파괴하는 지경에 이른다(헬러, 2009; Fennell, 2004).

## IV. 한국의 토지재산권 특징과 토지공개념 사고

### 1. 헌법의 재산권과 민법의 소유권 성격의 변화

헌법에서 말하는 재산권의 범위는 민법상의 재산권 개념보다 훨씬 더 포괄적으로 인식하지만 헌법 규정 자체에서 보호하는 재산권의 대상이 무엇인지를 명시적으로 밝히지는 않는다. 다만 헌법재판소 판례를 통해서 확인할 수 있는 헌법상 재산권은 “사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산 가치가 있는 구체적 권리”이며, “헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다. 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산 가치가 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산 가치가 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적 기회 등은 재산권에 속하지 아니한다.”(헌법재판소, 2010; 헌법재판소, 2012).

본질적으로 헌법상 재산권은 개인이 최대한 독립적인 삶을 살 수 있도록 뒷받침하는 기능을 수행한다. 전통적으로 ‘물권’은 국가에 의존하지 않고 개인 스스로가 자신의 삶을 형성할 수 있게 해 주는 주된 수단이었으며, 헌법은 물권을 전형적인 재산권으로 보호하였다. 그러나 현대사회는 전통적인 재산권에 해당하는 물권만이 이러한 기능을 수행하는 것은 아니다. 연금수급권, 실업급여수급권 등 재산 가치가 있는 공법상의 권리를 헌법상의 재산권 개념과 보장대상에 포함시키는 추세이다. 이러한 변화는 전통적인 자유주의 사상 기반의 재산권 개념에 일대 전환이 일어나고 있다는 것을 의미한다. 사회경제의 발전에 따라 정태적 재산권 개념으로부터 벗어나 유연하게 개념 확대가 일어나고 있는 것이다(정하중, 1998; 김태오, 2014).

이때 헌법상 재산권으로 보호되는 공법상 권리는 민법상 소유권과 같은 정도의 속성을 지녀야 하는 것으로 규정한다. 공법상 권리가 헌법상 재산권으로 승인받기 위해 헌법재판소가 제시하는 요건은 ① 재산권의 개념징표로서 사적 유용성 및 원칙적인 처분 권한이 존재해야 하고(재산권성의 형식적 기준), ② 자신의 노력 또는 금전적 대가를 치르고 얻어야 하며(재산권성의 실질적 기준), ③ 경제적 가치가 있는 권리여야 한다. 헌법상 재산권의 보

호 영역을 구체적으로 확정할 때, 헌법 독자적으로 그 보호 영역을 정하는 것은 거의 불가능하다. 따라서 헌법상 재산권의 구체화는 사법(私法) 특히, 민법의 역할이 중요하다. 헌법은 민법보다 효력상 우위를 점하고 있지만, 적용상 우위를 추구하지는 않는다(김태오, 2014; 이장희, 2016; 이부하, 2017).

한편 물권으로서 소유권은 민법에서 규정하고 있다. 해방 이후 시작된 민법 제정 작업은 한국전쟁 속에서도 진행되어 1958년 2월 22일 법률 제471호로 공포되었다. 민법 가운데 재산 편은 친족 편, 상속 편과 달리 거의 개정되지 않고 제정 당시 모습을 그대로 유지하고 있다. 그동안의 급격한 사회경제 변화에도 불구하고 자본주의를 경제체제로 받아들인 이래 재산권의 근본구조에 대해서는 큰 문제 제기가 없었다는 것이다. 특히 우리나라 민법의 소유권 관련 조항은 처음 제정된 이래 한 번도 바뀌지 않았다. 즉 물건의 정의, 부동산과 동산의 정의, 물권의 종류, 소유권의 내용, 토지소유권의 범위에 대한 규정은 해당 조항과 내용 모두 개정되지 않고 현재에 이르고 있다.

우리나라 민법의 소유권은 제211조에서 소유권의 내용에 대해 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.”고 규정하고 있다. 이러한 소유권의 내용 규정은 로마법에서 유래한 소유권의 3가지 주요한 권능을 구체적으로 제시한 것이다. 물론 이 세 가지 권능을 대표적으로 열거한 것이며, 이외에도 점유, 보존, 관리 등을 포함하여 모든 면에서 물건에 대한 배타적·전면적·포괄적인 지배권이다. 이때 소유권이라는 권리의 객체란 권리의 내용 또는 그 목적 실현을 위한 대상으로서 특정된 물건을 말한다(이춘원, 2007; 윤철홍, 2011). 그리고 일물일권주의(一物一權主義)의 원칙에 따라 같은 물건에 대해 여러 개의 소유권이 성립하지 못한다. 즉 물건의 일부분, 구성 부분에는 물권이 성립할 수 없다(대법원, 2000).

현행 민법은 재산권을 물권과 채권으로 구분하며, 가장 강력하고 절대적인 물권으로서 소유권을 두고 있다. 민법의 소유권 규정 체계에서는 소유자와 소유물 사이 대물적 성격, 소유자와 타인 사이 대인적 성격을 모두 갖는 것으로 되어있다. 대물적 측면은 물건의 사용·수익·처분권능이라는 적극적 측면으로 나타나고, 대인적 측면은 소유자의 권능 행사를 방해하지 않아야 한다는 소극적 측면으로 나타난다. 이러한 민법 체계는 앞서 맥퍼슨이 분석한 재산권 개념의 축소 경향을 반영하고 있다. 역사적으로 물권법이 채권법에 앞서 발달하였고, 소유권과 물권 우선 원칙을 고수하며, 배제당하지 않을 권리는 소유권의 대상으로 간주하지 않는다. 그러나 자본주의 경제의 발전과 금융자본의 발달로 채권(법)의 사회적 작용이 커지면서 소유권과 결합한 채권 관계가 타인을 지배하는 경향이 나타나고 있다. 이처럼 대인적·대물적 권리가 복합된 혼합적 권리(hybrid rights)의 성격을 띠고 있기 때문에 재산법(물권법, property law)과 채권법(law of obligations) 사이 경직적인 이분법은 복잡한 현대사회에서 한계가 있

다(Ramaekers, 2017; 青木孝平, 1986; 이춘원, 2007; 김서기, 2012).

우리의 민법상 소유권 규정은 극히 개인주의적이고 자유주의적 성격을 띠고 있던 의용민법인 일본 민법<sup>1)</sup>과 달리 '자유로이'를 삭제하고, 법률에 따른 소유권 제한이 가능하도록 하여 소유권에 대한 사회성과 공공성을 강조한 것이다. 따라서 민법상 소유권의 본질도 공법상의 제한을 고려한 유동적인 개념인 것이다(윤태영, 2018). 그리고 민법 제정 당시부터 제2조 제2항에 "권리는 남용하지 못한다."고 통칙 부분에 규정하여 소유권의 남용을 금지해야 된다는 견해를 반영하였다. 자신의 소유권 행사라 하더라도 남용할 수 없다는 것이 민법상의 소유권 기본철학으로 볼 수 있다. 아울러 '법률의 범위 내'라는 조건에 따라 공·사법을 총괄하는 다양한 특별법에 기초해서도 소유권 행사에 제한을 가할 수 있다.

그리고 헌법과 민법상의 재산권과 소유권, 토지소유권의 범위에 대한 규정이 갖는 기본 이념에 대해 헌법재판소는 기본권으로서 재산권과 사유재산제도를 보장하지만 "절대 무제한으로 목적물을 이용하고 처분할 권리라든가, 하고 싶은 대로 이용하는 권리라는 내용으로 규정하고 있지 않은 것이며, 재산권의 악용 또는 남용으로 인한 사회공동체의 균열과 파괴를 방지하고 실질적인 사회정의를 구현하겠다는 국민적 합의의 표현"이라고 판결하고 있다(헌법재판소, 1989).

## 2. 토지재산권 쟁점과 토지공개념

### 1) 자유권적 기본권 속성과 사회성

우리나라 헌법 제23조 제1항에서는 "모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다."고 규정하고 있다. 헌법상 재산권 쟁점은 기본권으로서 재산권의 형태, 재산권의 형성과 보장이다. 먼저 전자와 관련하여 헌법이 보장하는 것은 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 의미와 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법 제도로서 사유재산제도를 보장한다는 이중적 의미이다. 헌법재판소는 우리나라 헌법이 사유재산제도와 경제활동의 사적 자치 원칙을 바탕으로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 한다고 밝히고 있다. 이러한 재산권 보장이 자유와 창의를 보장하는 지름길이고, 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법으로 간주한다. 헌법이 보장하는 재산권은 국민이 자기 책임 아래 인간다운 생활을 구현하는데 필수불가결한 경제적 조건이며, 물질적 기초를 형성하는 것으로 보고 있다. 따라서 헌법상 자유권적 기본권과 재산권은 상호 보완관계이면서 불가분의 관계에 있다고 하면서 재산권의 자유권적 기본권 보장 기능을 강조하고 있다(헌법재판소, 1989; 헌법재판소, 1993; 헌법재판소, 1998; 헌법재판소 1999).

이러한 판례는 재산권을 국가권력의 침해에 대한 방어기능과 보호청구권을 갖는 자유권적 권리로 간주하는 태도라고 볼 수 있

다. 자유권이 개인의 모든 생활영역에서 스스로 책임지는 활동을 보장하는 것이라면, 재산권은 그러한 활동을 통해 획득한 재산의 존속을 보호하는 것이다. 따라서 재산권은 자유권에 대한 필연적인 보완이며 개념적인 한 쌍을 이루는 것으로 인식한다(정하중, 1998). 그러나 자유권을 뒷받침하는 재산권, 즉 독립적 생존 근거의 기반으로 재산권 보장이 반드시 사적 소유권일 필요는 없는 것이다. 후술하는 대안적 재산권 형태에서 논의하듯이 공유경제 기반에서도 자기 책임 아래 생활형성이 가능한 것이다. 오히려 기초생활을 보장받으면서 보다 나은 단계의 독립적 생활을 구현할 수도 있는 것이다.

다음으로 재산권은 통념의 인식처럼 절대적·무제한적 불변의 권리가 아니다. 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 근거하여 만들어지는 권리이자, 의무를 수반하는 상대적 권리이다. 그리고 헌법 23조는 별도의 입법 지침이나 기준을 두지 않은 규정이기 때문에 구체적인 재산권 형성을 입법자에게 전적으로 맡겨두는 형식이다. 즉 헌법상의 재산권 규정은 다른 기본권 규정과 달리 국회가 제정하는 법률이 재산권의 내용과 한계를 정하기 때문에 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다(헌법재판소, 1989; 헌법재판소, 1993; 헌법재판소, 2000). 그리고 헌법 23조 재산권 조항은 시대 상황에 따라 항상 새롭게 현실화되는 균형 관계로 규정하는 것이다. 탄력적인 재산권 개념에 따라 새로이 재산권의 내용과 한계를 규정할 수 있는 것이다. 따라서 재산권 개념은 입법적 재산권 개념과 자연법적 재산권 개념 어느 한쪽에 치우치지 않고 지속적인 변화를 반영하고, 항상 새로운 사상에 적응해야 한다. 헌법은 어떠한 고정적인 재산형태와 재산개념을 정의한 것이 아니며, 절대적인 재산권 개념은 존재하지 않기 때문에 재산권의 내용과 한계를 결정하는 것은 입법자의 일이다. 그렇기에 입법자는 재산권이 갖는 사회적 의무의 내용 및 범주와 관련하여 그 시대의 사상과 사회 통념에 토대를 두어야 하는 것이다. 특히 토지 재산권의 내용과 한계를 규정하는 것이 그렇다(정하중, 1998; 이장희, 2016).

이처럼 우리나라 헌법재판소는 재산권 형성에서 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유를 부여하고 있다. 입법자가 재산권의 내용과 한계를 구체적으로 형성할 때, 사적 재산권의 보장과 함께 사회적 제약을 고려하여 두 법익이 균형을 이루어야 한다고 일관되게 판결하고 있다. 기초연금수급권과 같은 사회적 기본권 성격을 갖는 권리도 법률에 근거하여 구체적으로 만들어지는 권리이다. 국가의 재정 능력과 전반적인 사회보장 수준을 고려하여 그 내용과 범위를 정하는 폭넓은 입법형성의 자유가 인정된다고 판결한다(헌법재판소, 2000; 헌법재판소, 2005; 헌법재판소, 2015; 헌법재판소, 2016).

따라서 헌법에서 말하는 재산권의 보장과 내용은 기본적으로 역사성을 초월하는 것이 아니라고 볼 수 있지만 사유재산제도에 대한 헌법재판소 해석에서는 양면성을 보인다. 우리 헌법은 제23조

제1항, 제13조 제2항, 제119조 제1항에 근거하여 사유재산제도와 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하는 체제임을 선언한 것이라고 해석한다. 따라서 입법부라고 하더라도 사유재산권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 이때 본질적 침해로 보는 것은 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등이다. 동시에 사유재산제도의 보장은 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체 생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위 내에서 보장임을 천명한다. 국토의 균형 있는 이용과 개발(헌법 제122조), 소작금지(제121조)에 대한 조항은 헌법 제23조의 일반적인 재산권 규정에 대한 토지 특별규정이라고 해석한다. 특히 122조에서는 국토의 대표적 효용을 '생산기반'과 '생활기반'으로 구분하고, 효율적·균형적인 이용·개발·보전을 위해 필요한 제한과 의무를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 이 때문에 토지 재산권에 대해서는 다른 재산권보다 더 엄격하게 규제할 필요가 있고, 다른 기본권에 비해 입법부의 재량권이 넓다고 본다(헌법재판소, 1989).

헌법재판소는 토지에 대해 다른 재산권 보다 더욱 강하게 사회공동체의 이익을 관철할 것을 요구하는 근거로서 토지의 특성을 다음과 같이 해석한다. "토지의 수요가 늘어난다고 해서 공급을 늘릴 수 없기 때문에 시장경제의 원리를 그대로 적용할 수 없고, 고정성, 인접성, 본원적 생산성, 환경성, 상린성, 사회성, 공공성, 영토성 등 여러 가지 특징을 지닌 것으로서 자손만대로 향유하고 함께 살아가야 할 생활터전이다. 때문에 그 이용을 자유로운 힘에 맡겨서도 아니 되며, 개인의 자의에 맡기는 것도 적당하지 않은 것이다."(헌법재판소, 1989). 흥미로운 것은 후술하는 것처럼 마르크스가 자본론 3권에서 말한 "대지를 개량하여 다음 세대에 계 물려주어야 한다."는 인식을 토지의 기본 성격으로 공유하고 있다는 것이다.

## 2) 사회적 기속성과 토지공개념

재산권의 공익성에 기초하여 토지자원 이용에 대한 제한을 체계적으로 둔 헌법은 1919년 바이마르 헌법이다. 제153조 제3항에서 토지소유권 행사의 공공복리 적합성, 제155조에서는 토지의 분배 및 이용에 대한 국가의 감독, 제156조 1항에서는 사회성이 강한 사적 기업에 대한 공유와 공공경제 원칙을 규정하였다. 특히 제155조 제1항에서는 "토지의 분배 및 이용은 국가가 감독하고 그 남용을 막으며, 또한 모든 독일인에게 건강한 주거를 제공하고, 모든 독일의 가족 특히 다수의 자녀를 가진 가족에게 그 수요를 충족하는 주거와 가산을 갖게 한다."고 규정하였다. 이처럼 바이마르 헌법은 근대 재산권의 특징인 자연권 성격, 즉 인권의 성격을 상대적으로 격하시키고, 재산권의 사회적 기속성과 재산권의 사회화 관념을 부여한 최초의 헌법이 되었다. 현재 우리나라 헌법의 토지자원에 대한 규정들도 기본적으로 이러한 사상적 기반 위에 있다.

현대에 이르러서도 독일 기본법은 제15조에서 "토지, 천연자원 및 생산수단은, 사회화를 목적으로, 보상의 종류와 범위를 규정한 법률에 의하여 공유 재산화 또는 기타 유형의 공동경제화할 수 있다."고 규정하면서 사회화라는 성격을 부여하고 있다. 그리고 바이에른주 헌법 제161조 제2항에서는 "노동과 자본의 투입 산물이 아닌 토지 가치의 상승은 공공을 위해 이용가능하게 할 수 있다"고 규정하고 있다.

토지공개념은 바로 이러한 토지의 공공성과 사회적 기속성 사고에 기반하고 있다. 사회적 기속성은 재산권의 절대적 보장에서 나오는 역기능을 통제하고, 사유재산제도의 유지 존속을 전제로 한 재산권의 일정한 자기희생을 말한다. 헌법재판소는 토지 재산권의 사회적 기속성(의무성)에 대해 "헌법 또는 법률에 의하여 일정한 행위를 제한하거나 금지하는 형태로 구체화될 이치이나 (토지)재산의 종류, 성질, 형태, 조건, 상황, 위치 등에 따라 달라질 것이다."라고 판결하고 있다. 그리고 재산권이 사회적 관련성과 사회적 기능을 가지면 가질수록 재산권의 내용과 한계를 결정하는 입법자의 형성 권한은 넓다고 인정한다(헌법재판소, 1989; 헌법재판소, 2012).

우리나라에서 토지공개념이 구체화된 것은 1978년 제2차 부동산가격상승국면에 대응하기 위해 발표한 「부동산투기억제 및 지가안정을 위한 종합대책」이었다. 이른바 「8·8조치」에 따라 「국토이용관리법」을 개정하면서 토지공개념을 도입하였다. 그러나 본격적으로 토지공개념 제도를 도입한 것은 10년 후인 1988년 8월 10일 부동산종합대책을 발표하면서이다. 토지공개념연구위원회 활동을 토대로 1989년 12월 「택지소유상한에 관한 법률」, 「개발이익 환수에 관한 법률」, 「토지초과이익세법」이 국회를 통과함으로써 토지공개념의 확대도입이 이루어졌다.

다소 긴 인용문이지만 헌법재판소는 자본주의 경제체제가 초래한 빈부격차와 착취체계의 한계를 치유하고, 생존권 보장을 위해 토지의 특수성에 입각하여 절대성에 대한 제한으로서 토지공개념을 다음과 같이 정의하고 있다. 사적 소유권으로서 토지재산권에 대한 가장 급진적 해석이라고 볼 수 있다.

"개인주의·자유주의에 바탕을 둔 자본주의도 초창기의 기대, 즉, 모든 사람을 평등한 인격자로 보고 그 자유로운 계약 활동과 소유권의 절대성만 보장해주면 개인적으로나 사회적으로 무궁한 발전을 기약할 수 있다는 이상(理想)이 노동을 상품으로 팔 수밖에 없는 도시노동자나 소작민에게는 아무런 의미가 없고, 계약자유의 미명아래 '있는 자, 가진 자'로부터 착취당하여 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 됨에 따라 대폭 수정되기에 이르렀으니, 모든 사람들에게 인간으로서의 생존권을 보장해주기 위하여서는 토지소유권은 이제 더 이상 절대적인 것일 수가 없었고, 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변화되었으며, 토지소유권은 신성불가침의 것

이 아니고, 실정법상의 여러 의무와 제약을 감내하지 않으면 안 되는 것으로 되었으니 이것이 이른바, 「토지공개념(土地公概念) 이론」인 것이다.”(헌법재판소, 1989).

그러나 이후 토지공개념 제도는 IMF 외환위기를 계기로 사실상 폐기되었다. 그러나 최근 헌법 개정이 쟁점으로 대두하면서 2018년 3월 26일 대통령이 발의한 개헌안에 기존의 헌법과는 달리 주거권과 토지공개념 조항을 명시적으로 도입하였다. 헌법 개정안 제35조 제4항에 “모든 국민은 쾌적하고 안정적인 주거생활을 할 권리를 가진다.”라는 내용으로 주거권을 규정하고 있다. 그리고 제128조 제2항에 “국가는 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에만 법률로써 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다.”는 내용을 담아 토지공개념 추진 의지를 명확히 했다.

## V. 마르크스의 토지재산권 구상과 대안적 재산권의 구성 방향

### 1. 마르크스의 대안적 토지재산권 구상

통념적 사고와 달리 마르크스는 소유 자체를 폐지해야 한다고 보지 않는다. 정확하게 보자면 근대 부르주아적 사적 소유의 계급성과 착취 관계가 폐지대상이다. 『공산당선언』에서 마르크스는 대안적 소유형태는 소유 일반을 폐지하는 것이 아니라 부르주아적 소유의 폐지라고 말한다. 이때 폐지대상 소유형태는 계급대립 즉, 소수에 의한 다수의 착취에 기반하고 있는 근대 부르주아 사적 소유이다. 개인의 자유와 독립의 토대가 되는 소유(재산, property)에 대한 권리를 폐지하는 것이 아니라 자본처럼 임노동을 착취하는 그런 종류의 소유를 폐지하는 것이다. 따라서 자본이 공통소유(common property), 즉 모든 사회구성원의 소유(재산)가 된다고 해서 개인적 소유(personal property)가 사회적 소유로 바뀌는 것이 아니라고 말한다. 단지 부르주아 소유의 계급적 성격만 잃어버린다는 것이다(Marx and Engels, 1984).

즉 소유형태의 관점에서 볼 때, 공산주의는 인간이 사회의 생산물을 전유할 권리를 박탈하는 것이 아니라 이러한 전유를 이용하여 타인의 노동을 지배하는 힘을 박탈하는 것이다. 부르주아적 소유를 지양하기 위한 사회운동 과정에서 토지소유의 폐지 및 모든 토지지대의 공공목적으로 전용이 유용한 대안이 된다고 보고 있다. 그리고 그 주체는 일시적이지만 프롤레타리아 독재와 국가가 될 수 있다고 제시한다(Marx and Engels, 1984). 『국제노동자협회 창립선언』에서는 고용 관계에 기초하는 노동을 넘어서 자발적인 정신에 기초한 연합노동이 지배하는 협동조합의 전면화가 대안적 소유형태가 될 수 있다고 보았다(Marx, 1985).

자유로운 생산자들의 연합으로 사회가 발전하기 위해서는 토지의 국민적 소유형태, 즉 토지의 공유화(nationalization)가 필요하다고 주장한다. 반면 소규모 토지의 사적 소유는 ‘소유권에

대한 광신적인 애착심’을 부여하기 때문에 토지 공유화의 최대 걸림돌로 간주한다. 작은 필지로 분할 소유하는 소토지 소유는 사회적 진화를 저해한다고 본 것이다. 따라서 마르크스는 국가 소유와도 다르고 소토지 소유도 아닌 토지의 국민적 공유화를 대안적 토지 소유형태로 제시한 것이다(Marx, 1988).

마르크스가 대안적 소유형태로 사적 소유와 공산주의 관계를 비교적 자세하게 논의한 것은 『경제학-철학 수고』이다. 여기서 그는 국가 소유제나 공동소유제는 개인의 자유를 말살하는 제도라고 맹렬히 비판한다. 마르크스는 사적 소유제도의 대안을 구상할 때, 단순한 관념적 공산주의 형태가 아니라 역사의 객관적인 물질 발전을 바탕으로 그 모순을 지양할 수 있는 발전형태로서 소유형태를 구상하였다. 즉 원시 공동체나 봉건제의 소유형태가 갖는 개인의 자유와 재능실현의 역압이 아니라 자본주의 소유형태가 이룬 해방과 진보의 성격을 내포하면서 그 모순을 극복한 발전형태로서 대안 소유형태를 의미한다. 현실의 역사적 전개를 무시한 단순한 추상적·관념적 제도로서 공산주의적 토지 소유형태는 마르크스의 사고형태가 아니다. 마르크스는 폭력적 방식으로 재능을 도외시하고 인격을 완전히 부정하는 원시 공산주의를 조야한 공산주의이자 파렴치한 사적 소유의 현상 형태로 규정한다. 대안적 소유형태로서 공산주의는 바로 인간의 자기소외를 바탕으로 한 사적 소유의 실증적 지양 형태를 말한다. 소외가 지양되고 인간적 삶이 회복되며, 개인의 자유가 신장되어 사회적 현존재로 복귀가 이루어지는 상태를 말한다(Marx, 1975).

마르크스는 근대 부르주아 사적 소유의 폐단을 잘 분석하였지만 그 대안적 소유형태를 구체적으로 분석하거나 설계하지는 못했다. 마르크스는 소유권의 역사적 발전형식에 대해 별다른 신경을 쓰지 않다가 오이겐 듀링의 비판에 대응하기 위해 자본론 1권 제32장 「자본주의적 축적의 역사적 경향」에서 짧게 전개한다. 마르크스가 제시하는 3단계 소유형태 발전은 자기 노동에 기초한 사적 소유(영세 소상공인), 타인 노동의 착취에 기초한 자본주의적 소유를 거쳐 공산주의로 일컬어지는 사회적 소유로 전환을 말한다. 이 마지막 단계가 대안적 소유형태에 해당한다(Marx, 1954).

마르크스가 제시한 대안적 소유형태는 아주 짧은 문장으로 제시되어 있지만 토지와 생산수단의 공동점유에 근거한 개인적 소유라고 명확히 밝히고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 소유형태를 구체적으로 완전하게 제시한 것은 아니지만 몇 가지 특징을 정리하면 다음과 같다.

먼저 개개 독립노동자의 사적 소유는 대안이 될 수 없다. 마르크스는 자신의 노동으로 획득한 사적 소유는 타인 노동의 착취에 입각한 자본주의적 소유에 의해 축출된다고 말하면서 경제학이 판이한 두 종류의 사적 소유를 혼동하고 있다고 비판한다. 예컨대 도시자영업적 소유와 같은 영세한 소유는 미래의 대안적 형태가 아니라 역사적으로 자본주의적 소유형태에 의해 부정되는 소유형태일 뿐이다. 후자는 전자의 무덤 위에서만 성장한다는 것이다(Marx, 1954).

둘째 자신의 노동에 기초한 이러한 개인적 사적 소유(individual private property)의 첫 번째 부정으로서 자본주의적 사적 소유(capitalist private property)의 재차 부정이 대안적 소유형태이다. 즉 “토지와 생산수단의 공동점유 및 협동에 기초한 개인적 소유”(individual property)로서 자본주의 시대에 성취한 것을 바탕으로 한 것이다(Marx, 1954).

셋째 마르크스는 소유권의 무제한적 행사가 공동체에 끼치는 해악을 방지하기 위해 소유와 점유의 분리를 주장한다. 토지에 대한 소유권은 특정 개별 인간이 아니라 미래 세대를 포함한 인류 전체가 대지의 소유자로서 용익권만 가져야 하고, 타인의 용익권을 박탈하거나 침해하지 말아야 한다고 제시한다. 즉 토지(대지, 지구, the globe)에 대한 개개인의 사적 소유는 인간에 대한 인간의 사적 소유(노예제)와 마찬가지로 불합리한 것으로 간주하였다. 우리는 다만 땅(지구)의 점유자, 이용자일 뿐이며 선풍한 가장으로서 땅을 개량하여 다음 세대에 물려주어야 한다고 말한다.<sup>3)</sup> 소유권은 생산 관계에 의해 창조되는 것으로서 생산 관계가 자신의 외피를 벗어버리지 않을 수 없는 지점에 이르면 바로 그 소유권의 물질적 기반과 소유권에 바탕을 둔 거래 관계도 사라질 것으로 보았다(Marx, 1959). 또한 토지의 소유와 사용에서는 공동점유와 개인소유가 성립해도 노동으로 생산된 생산수단과 달리 생태학적 의무를 추가로 부과한 것이다(황태연, 1992). 사용과 수익도 마르크스 표현으로는 개선된 지구를 후손에게 물려주어야 하는 한도 내에서 권리로 행사할 수 있는 것이다. 토지공개념 사상은 바로 이러한 정신을 담고 있는 것이다.

넷째 개인적 소유는 자본주의 생산양식과 더불어 생산력을 사회적으로 발전시키면서 개인의 생존과 자유를 보장하는 소유를 말한다. 즉 자본주의 시대에 이미 도달하여 성취된 것에 바탕을 둔 공동점유에 기초한 소유이다. 개인적 소유의 의미에 대해서는 몇 가지 견해가 있지만 소비수단에 대한 개인적 소유로 보는 견해가 다수이다. 그러나 자본주의 사회에서도 소비대상의 개인적 소유가 이루어지는 점을 감안할 때, 대안적 소유형태의 개인적 소유를 소비수단으로 한정하는 것은 한계가 있다. 그래서 토지와 생산수단에 대한 배타적이고 무제한적 사용, 수익, 처분권이 아니라 공동사용, 공동수익에 근거한 개인적 처분권으로 해석하기도 한다(황태연, 1992; 하태규, 2015).

## 2. 대안적 토지재산권 구성의 기본 방향

### 1) 생존적 기본권으로서 재산권 보장

자연법사상에 기초한 천부인권으로서 재산권 확립이 근대의 출발이었다. 그러나 바이마르 헌법에 이르면 인권 성격은 상대화되고 토지의 사회성이 강조되었다. 오늘날에는 재산권이 불평등 심화의 토대가 되는 경우가 있기 때문에 생존적 재산권을 인권으로서 재산권 범주에 포함시키고, 자본주의적 재산권은 인권과 구

분하여 자본소유권으로 구성할 필요성이 대두되고 있다(原田純孝, 1996; 田中英司, 2008; 이계수, 2011).

현재 헌법에서 인간의 자유와 존엄성을 위한 권리를 강조하고 있지만 간접적인 조항 일부를 제외하면 현실 공간에서 실제적으로 구현하기 위한 재산권적 기반의 보장은 불충분하다. 헌법재판소 판례에서 우리 헌법의 기본 정신으로 제시하고 있는 사유재산 제도의 한계를 극복하기 위해서도 생존적 기본권 보장은 중요하다. 이러한 사고는 소유 또는 재산권을 인격(personhood)의 관점에서 해석할 것을 요구하는 것이다. 인격주의적 관점은 인간이 한 개인으로서 적절한 자아발전을 위해 외부환경 자원에 대한 일정한 통제를 필요로 한다는 것이다. 이때의 재산권 보장이란 인격성과 관계에서는 물건의 보장보다는 권리주체를 보장하고, 인권관점에서는 재산의 존속보장을 추구하는 것이다(Radin, 1982).

그리고 물건이나 대상의 속성과 무관하게 단일한 소유형태와 소유 관계를 대안으로 상정하기보다는 속성에 따라 다양한 소유형태를 구성할 수 있을 것이다. 즉 모든 물건이나 대상을 배타적 사적 소유의 대상으로 전제할 것이 아니라 소유대상에 따라 소유형태를 달리할 수 있어야 한다. 구조적으로 사유대상이 못 되는 재산, 사회적 효율성과 형평성을 위해서 사유대상이 되어서는 안 되는 재산 등을 구분해야 할 것이다. 재산권의 대상이 갖고 있는 성격과 사회경제적 발전 수준에 따라 배타적 사적(개인적) 소유권, 지역공동체 또는 입회권 기반의 공유권, 무제한적 개방적 공유권 등 다양한 소유형태를 적용·집행하는 것이 자원의 효율적·효과적·포용적 이용을 위해 필요하다(Waldron, 1988). 토지의 가치가 끊임없이 새로 발굴되고 공간의 성격이 변화하는 시대에 서 근대 사회와 사유양식에 기초한 배타적 사적 소유권을 자원 배분과 관리에서 중심원칙으로 삼을 이유가 없는 것이다.

예컨대 임대차는 한국과 일본에서는 기본적으로 제삼자 대항력이 없는 채권 관계이지만 독일의 경우는 연방헌법재판소 판결을 통해 임차인의 점유권을 재산권의 범주에 포함시켰다. 이러한 사고의 연장에서 토지와 공간의 소유권자는 아니지만 재산권 개념의 확장을 통해서 임차인을 민법상의 소유권처럼 엄격한 형태가 아니더라도 헌법상 재산권자로 인정할 수 있다. 보다 일반적으로는 생존에 필요한 토지 이용권을 인권으로 규정하는 것이다.

헌법재판소는 20여 년 전 이미 “주거생활의 안정은 국민의 인간다운 생활에 가장 기본이 되는 요소임을 생각해 볼 때, 국민들의 주거생활 안정이라는 이익은 임차주택의 소유자, 후순위권리자 등 이해관계인의 이익보다 훨씬 더 크다”고 판결한 바 있다(헌법재판소, 1998). 그러나 임차인의 재산권을 명시적으로 인정한 판례는 없다. 독일 연방헌법재판소는 주거공간을 임차할 수밖에 없는 상황에서 임차인의 점유권이 사적 소유권이나 재산권의 궁극적인 기능과 목적인 국민의 생계 보호 및 인간의 존엄보장과 마찬가지로 기능을 수행한다고 판시함으로써 임차인에게 재산권자의 지위를 명시적으로 인정하였다(田中英司, 2008; 김태오, 2011;

이계수, 2011). 프랑스 헌법재판소 역시 1995년 ‘품위 있는 주거를 향유할 권리’(logement décent)가 헌법적 가치의 목적이며, 재산권도 이 권리와 조화를 이루어야 한다는 점을 인정하였다. 더 나아가 2000년에는 지역의 상업적 다양성 보호를 보장하려는 노력은 공익적 목적에 부합한다고 결정하였다(한동훈, 2014).

## 2) 재산 소유 민주주의와 공유자원 강화

이러한 생존적 기본권 보장 사고를 확대하면 재산 소유 민주주의를 하나의 대안적 사회경제체제로 구상하게 된다. 최근 재산 소유 민주주의(property-owning democracy) 사상이 빈곤, 실업, 경제 불안정, 사회경제적 불평등 확대에 대처하는 진보적인 사회자유주의적(progressive social liberal) 대응의 핵심으로 등장하였다. 이러한 관점에서는 최근 더욱 심화되고 있는 사회경제적 문제들을 기존의 복지국가 자본주의 제도로는 어느 하나도 효과적으로 해소할 수 없다고 본다. 기존의 전통적인 자유민주주의는 병들고 빠져들었으며, 사적토지 소유제는 가난한 자와 억압받는 자에 대한 부자와 권력자의 체계적이고 강압적인 자원추출을 심화시킬 뿐이라고 본다(Kerr, 2017).

대안적 소유체제와 관련하여 롤즈(Rawls)의 정의론이 지향하는 체제는 복지국가 자본주의보다는 재산 소유 민주주의에 해당한다. 보수주의의 해석을 넘어서 진보적 전환을 도모한 것이다. 롤즈가 보기에 복지국가 자본주의는 이미 형성된 기득권 체제를 사후적으로 보정하는 체제이다. 반면에 재산 소유 민주주의는 재산의 분산·향유를 통해 이러한 기득권 체제를 해체하는 데 중점을 둔다. 이의 연장 선상에 토지문제에 보다 중점을 두고 토지시대, 즉 불로소득의 고른 분배를 통해 롤즈의 원칙이 더 잘 실현될 수 있다는 주장도 제기되고 있다. 토지시대의 사회화를 통한 민주주의는 헨리 조지 등의 고전적 토지기반 자유주의(geoclassical liberalism)를 보다 일반적으로 전개하는 자산기반 평등주의(asset-based egalitarianism)를 옹호한다(O'Neill and Williamson, 2012; Kerr, 2016; Kerr, 2017; 堀川哲, 2015; 정태욱, 2016).

현대사회에서 창출하는 재화나 자원, 특히 도시공간의 경우는 공공재를 포함하여 외부효과와 지리적 인접성 효과로 인해서 배타적 사적 소유의 대상으로 삼기에는 부적합한 것들이 많다. 재산권의 본질은 그 재산의 내용이 무엇인지에 따라 자연권적 속성의 정도가 매우 다양한 것이다. 특히 토지의 특수성에 기초한 사회적 지속성과 사회적 의무를 강조하는 논의는 극단적인 양면성을 갖는다.

먼저 전체주의적 속성이 잘 나타난 것으로는 ‘피와 땅’(Blut und Boden)이라는 표어 아래 토지소유의 사회적 의무를 민족주의와 결합시켜 극단적으로 강조한 나치즘 시기의 토지법제이다. 한국에서도 헌법과 구 국토이용관리법의 공공복리를 우선한다는 조문은 나치가 이 슬로건으로 전체주의를 굳혔기 때문에 삭제하는 것이 마땅하다는 주장이 제기되었다(김중환, 1978). 미국의 대

자본 중심의 도시재생사업에서 공익을 가장한 채 광범위하게 일어나고 있는 사회적 약자의 사유재산에 대한 강제적 박탈은 역설적으로 미국에서 전체주의적 공익해석의 전형을 보여준다.

다른 한편에서는 토지자원이 본래적으로 띠고 있는 공공성과 사적 소유권의 한계에서 출발하여 대안적 재산권 체계의 도입을 추구한다. 바이마르 헌법 제154조 3항에서는 “토지의 경작 및 충분한 이용은 공공에 대한 토지소유자의 의무이다. 토지에 대한 노동이나 자본의 투입이 없이 발생한 토지가격의 상승은 전체의 이익을 위하여 이용되어야 한다.”라고 규정하여 토지소유의 의무와 불로소득의 공공적 이용을 명확히 하였다.

공유지에 대한 하딘의 모델은 통찰력이 컸지만 불완전하다. 그의 공유지 비극이라는 결론은 공개접근(open access), 개별행동에 대한 제약 부재, 수요가 공급을 초과하는 특수조건, 규칙을 변경할 능력이 없는 자원사용자들이라는 다수의 가정이 있어야 성립할 수 있다. 그러나 실제 현실에 있는 공유자원 상황은 이러한 조건들을 모두 충족시키는 경우는 거의 없다(Feeny et al., 1990). 이후 다양한 공유자원 관리 모델이 제시되었다. 접근방법에 따라서는 피구조세방법, 거래비용 접근방법, 제도주의 접근 등이 해결책으로 나타났고, 행위 주체에 따라서는 국가적 해결, 시장 중심 해결, 공동체 해결방식 등이 제시되었다. 아울러 다양한 지역과 자원 및 재화를 대상으로 많은 경험적 연구들이 축적되어 있다(Ostrom, 1990).

Schlager and Ostrom이 공유자원의 관리와 관련하여 국유, 사적 소유, 공동소유 등 전통적인 소유형태 접근방법을 넘어서 다양한 권리들의 묶음이라는 관점에서 공유자원을 관리할 수 있는 개념 도식을 개발한 이래 자원관리의 소유형태에 대한 다양한 접근이 연구되고 있다. 최근에는 이러한 개념 도식을 더욱 발전시킨 다양한 차원의 권리접근방법이 이론적·실증적으로 강구되고 있다. 예컨대 자연자원 관리를 위해 8개의 재산권 유형을 구분하는 틀이 그것이다. 구체적으로는 편익의 향유와 관련한 사용권(직접적·간접적 편익의 이용), 사용권의 범위를 결정하는 통제권(관리, 배제, 거래, 모니터링), 통제권을 규정하는 권한권(규정, 할당)에 중점을 두고 자연자원 관리의 개념적 틀을 제시하고 있다(Schlage and Ostrom, 1992; Agrawal and Ostrom, 2001; Benda-Beckmann et al., 2006; Fennell, 2011; Sikor et al., 2017).

이러한 권리기반 접근은 공유자원 관리에서 배타적인 사적 소유권 접근을 벗어나야 한다는 것은 물론(Schlage and Ostrom, 1992), 공유자원 관리에 대한 접근에서도 새로운 차원이 필요함을 제시한다. 그동안 공유자원 이론은 지나치게 자원의 고갈 측면만을 연구하였으나 인센티브 관점 또는 대안적인 소유형태나 권리를 도입하여 새로운 공유자원 가치를 창출하는 도구의 측면에서 공유자원 이론을 전개할 필요도 있다. 전자가 소극적 측면의 공유자원 접근이라면 후자는 적극적 측면에서 배타적 사적 소

유권 기반의 사적재화와 자원생산 중심 사회에서 공유자원생산 중심의 사회로 전환할 필요성을 제기하는 것이다. 우리가 이러한 연구 성과를 받아들인다면 토지자원 역시 사적 소유권을 당연히 전제하는 접근이 아니라 공유자원 관리 대상으로서 토지를 상정하고, 그 최적 이용을 위한 재산권 인센티브 차원으로 접근하는 발상의 완전한 전환이 필요하다.

## VI. 결론

재산권이 사회에서 수행하는 기능은 무엇인가를 근본적으로 질문할 때이다. 사회경제적 환경의 변화에 따라 재산권의 새로운 기능이 발굴되어야 하고, 그 기능에 맞게 새로운 유형의 재산권이 뒤따라야 한다. 현대의 도시문제와 사회 불평등의 심화를 고려할 때, 토지의 배타적 사적 소유권은 그 기능적 한계를 인식하고 변경을 도모해야 할 가장 대표적 재산권이다. 재산권이 단지 '사적 소유권' 자체를 보장하는 것이 아니라 임차권을 비롯한 생존적 기본권을 포함하여 권리주체로서 '사인의 재산권'을 보장하는데 충실해야 한다(김용창, 2012; 김용창, 2017).

오늘날 사적 소유의 폐단으로 생존공간의 확보조차 어려워지자 사적 소유기반의 도시화에 저항하기 위한 사회운동으로서 대대적인 점거 운동이 세계적으로 일어나고 있다. 또 다른 방향에서는 소유기반 정주적 생활양식이 아니라 점유와 이용기반 유목민적 생활양식으로 전환이 일어나고 있다. 이와 같은 유목과 점거 현상들은 근대적 토지 사적 소유제도가 현대의 도시발전에 장애로 작용하고 있다는 것을 실천적으로 보여주는 현상이다. 지금까지는 일반적으로 재산권의 불가침성 관념이 지배하고 있지만 토지 소유에는 의무가 따른다는 것을 기본 이념으로 하는 도시·지역 정책의 전개가 필요하다(高村学人, 2014). 재산권이나 소유권 사상과 제도에서도 이제는 '권리'에서 '의무'의 시대로 거대한 전환이 필요하다. 또한 사회경제활동과 인간존재의 기반이 연결과 접속의 시대로 전환하고 있다는 것은 근대의 전통적인 실물공간에 대한 배타적인 점유에 근거한 자본주의 사적 소유제는 그 소명을 다했다는 것을 보여준다. 자본주의 스스로의 발전에 의해 사적 소유는 자기지양을 길을 가고 있는 것이다.

재산권과 소유권은 역사의 한 시기에서는 혁명적 기능을 수행하였다. 바로 신성불가침의 인권과 자연권으로서 개념을 정립함으로써 봉건적 구속을 부정하고 자유로운 개인으로 독립을 촉진하는 기능을 수행하였다. 그러나 이러한 혁명성을 띠었던 소유권 또는 재산권이 배타성을 핵심으로 하는 사적 소유권과 같게 취급되면서 인류 진보의 장애가 되었다. 토지 재산권 역시 변화하는 사회경제체제에서 근대적 토지 소유형태의 역사적 한계를 벗어나 새로운 역사적 소명을 해야 할 때이다. 대안적 토지 재산권 논의에서는 사적 소유권의 행사가 인간보편의 생존권 해소에 종속되어야 한다는 원칙을 확고히 하는 것이 필요하다. 대안적 체제

로서 마르크스가 말하는 공동점유에 근거한 개인적 소유를 구체적으로 실현할 수 있는 절차적·제도적 방법을 모색하는 연구는 본 논의의 범위를 넘어서며 후속 과제로 남겨둔다.

- 주1. 우리의 민법이 시행되기 전에 1912~1959년까지 조선민사령(朝鮮民事令) 제1조에 근거하여 일본 민법전이 그대로 시행되었다. 한국에 의용되었던 일본민법전(日本民法典)을 현행 민법과 대응시켜 구민법(舊民法), 의용민법(依用民法)이라고 부른다. 한국 민법전은 프랑스 민법적 요소가 강한 일본 민법전과는 달리 독일 민법적인 요소가 주류를 이루었다. 현행 일본 민법 제206조에서는 "소유권은 법령의 제한 내에서 자유롭게 소유물의 사용, 수익 및 처분을 행하는 권리를 갖는다."고 규정하였다. 일본 구민법(명치 23년, 1890년) 제30조에서는 "소유권은 자유롭게 물건의 사용, 수익 및 처분을 하는 권리를 말한다. 이 권리는 법률이나 합의 또는 유언이 아니면 이를 제한할 수 없다."고 규정하였다.
- 주2. 『자본론』 1권의 판본에 따라서는 공동점유를 공동소유라고 기록하거나 번역하기도 하였다.
- 주3. 『자본론』 3권에 다음과 같이 서술되어 있다. "보다 높은 경제적 사회구성체의 입장에서 보면 대지(the globe)에 대한 개인의 사적소유는 인간에 대한 인간의 사적 소유와 꼭 마찬가지로 불합리한 것으로 나타날 것이다. 한 사회 전체, 한 국가, 심지어 동시대의 사회 모두를 합쳐서도 이들이 대지의 소유자는 아니다. 이들은 다만 대지의 점유자, 이용자일 따름이며, 선량한 가장으로서 대지를 개량하여 다음 세대에 물려주어야만 한다."(Marx, 1959).

## 인용문헌 References

1. 게오르크 헤겔, 2008. 「법철학」, 임석진 역, 경기, 파주: 한길사. Hegel, G., 2008, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Translated by Lim, S.J., Gyeonggi, Paju: Hangilsa.
2. 권경휘, 2015. "로크의 재산권 이론", 「법철학연구」, 18(3): 185-218. Kwon, K.H, 2015. "Locke's Theory of Property", *Korean Journal of Legal Philosophy*, 18(3): 185-218.
3. 김서기, 2012. "재산권 개념의 변화: 맥퍼슨의 이해를 중심으로", 「법조」, 61(6): 189-224. Kim, S.K., 2012. "Changes in the Concept of Property Right: Based on Macpherson's Theoretical Analysis", *Lawyers Association Journal*, 61(6): 189-224.
4. 김수배, 2013. "로크와 칸트의 소유 이론: 자연의 법으로부터 자유의 법으로", 「칸트연구」, 32: 61-92. Kim, S.B., 2013. "Eigentumstheorie bei Locke und Kant: Vom Gesetz der Natur zum Gesetz der Freiheit", *Kant Studies*, 32: 61-92.
5. 김연미, 2007. "재산권의 권리관계: 법철학적 단상들", 「공법학연구」, 8(3): 261-284. Kim, Y.M., 2007. "The Right Relations to Property Rights: Fragmental Ideas in Legal Philosophy", *Public Law Journal*, 8(3): 261-284.
6. 김용창, 2012. "미국 도시개발 사업에서 사적이익을 위한 공용수용: 연방 및 주 대법원 판례를 중심으로", 「국토연구」, 74: 127-148.

- Kim, Y.C., 2012. "Eminent Domain for Private Gains in the U.S. Urban Development Projects", *The Korea Spatial Planning Review*, 74: 127-148.
7. 김용창, 2015. "신자유주의 도시화와 도시 인클로저(i): 이론적 검토", *대한지리학회지*, 50(4): 431-449.  
Kim, Y.C., 2015. "Neoliberal Urbanization and Urban Enclosure (I): A Theoretical Intervention", *Journal of the Korean Geographical Society*, 50(4): 431-449.
8. 김용창, 2017. "지구적 금융위기 일상화에 대응하는 토지주택은행: 미국 사례를 중심으로", *공간과 사회*, 27(2): 12-53.  
Kim, Y.C., 2017. "Land and Housing Bank to Cope with New Normal of Global Financial Crisis: Focusing on US Cases", *Space and Society*, 27(2): 12-53.
9. 김준수, 2014. "근원적 공유의 이념", *사회와 철학*, 27: 1-42.  
Kim, J.S., 2014. "Die Idee der Ursprünglichen Gemeinschaft", *Society and Philosophy*, 27: 1-42.
10. 김준수, 2015. "헤겔의 소유론의 세 가지 구성 요소", *사회와 철학*, 30: 71-112.  
Kim, J.S., 2015. "Drei Komponenten der Hegelschen Eigentumslehre", *Society and Philosophy*, 30: 71-112.
11. 김중환, 1978. "사소유권의 보장은 기본권 중의 기본권이다: 전체주의 사상을 경계하며", *사법행정*, 19(12): 3.  
Kim, J.H., 1978. "The Guarantee of Private Property is the Basic Right of Fundamental Rights: Wary of Totalitarianism", *Judicial Administration*, 19(12): 3.
12. 김태오, 2011. "현대적 재산권의 본질과 한계에 관한 연구", 서울대학교 대학원 박사학위논문.  
Kim, T.O., 2011. "Eine Studie über das Wesen und Grenzen des Modernen Eigentums", Ph. D. Dissertation, Seoul National University.
13. 김태오, 2014. "경제적 가치 있는 허가과 새로운 재산권 법도그마틱", *공법연구*, 42(4): 313-342.  
Kim, T.O., 2014. "Die Wirtschaftlich Wertvollen Erlaubnisse und eine Neue Eigentumsdogmatik", *Public Law*, 42(4): 313-342.
14. 나종석, 2006. "헤겔의 소유이론과 그 몇 가지 문제에 대하여", *사회와 철학*, 11: 35-64.  
Na, J.S., 2006. "Hegel's Theory of Private Property and Its Several Limits", *Society and Philosophy*, 11: 35-64.
15. 마이클 헬러, 2009. 「소유의 역습 그리드 락」, 윤미나 역, 경기, 파주: 웅진지식하우스.  
Heller, M., 2009. *The Gridlock Economy*, Translated by Yoon, M.N., Gyeonggi, Paju: Woongjin.
16. 문홍안, 2016. "반공유재의 비극: 그 서론적 고찰", *일감법학*, 35: 157-186.  
Moon, H.A., 2016. "Tragedy of the Anticommons: Isagogics", *Ilkam Law Review*, 35: 157-186.
17. 박창열, 1999. "근대 자연법 사상과 경제적 자유주의", *경제학연구*, 47(3): 355-381.  
Park, C.Y., 1999. "Modern Natural Law Thought and Economical Liberalism", *The Korean Journal of Economic Studies*, 47(3): 355-381.
18. 원동철, 1998. "재산권분배의 경제학", *한국경제연구*, 1: 75-110.  
Won, D.C., 1998. "Economics of Property Distribution", *Journal of Korean Economic Studies*, 1: 75-110.
19. 윤철홍, 2011. "소유권의 내용(민법 제211조)에 관한 개정론", *토지법학*, 27(2): 1-24.
20. 윤태영, 2018. "토지공개념에 대한 민법적 고찰", *토지법학*, 34(1): 1-28.  
Yoon, T.Y., 2018. "The Public Concept of Land from the Perspective of the Civil Law", *Land Law Review*, 34(1): 1-28.
21. 이계수, 2011. "주거권의 재산권적 재구성", *민주법학*, 46: 13-55.  
Yi, K.S., 2011. "Eigentum und Rekonstruktion des Rechts auf Wohnen", *Democratic Legal Studies*, 46: 13-55.
22. 이부하, 2017. "헌법상 재산권과 민법상 재산권과의 통섭", *법과 정책연구*, 17(4): 327-349.  
Lee, B.H., 2017. "Consilience of Constitutional Property Rights and Civil Law Property Rights", *Journal of Law and Politics Research*, 17(4): 327-349.
23. 이장희, 2016. 「재산권의 개념과 변화」, 서울: 헌법재판연구원.  
Lee, J.H., 2016. *The Concept and Change of Property Rights*, Seoul: Constitutional Research Institute.
24. 이춘원, 2007. "소유권의 구조에 관한 일고찰", *민사법학*, 35: 463-496.  
Lee, C.W., 2007. "Zur Struktur des Eigentums", *The Korean Journal of Civil Law*, 35: 463-496.
25. 임마누엘 칸트, 2012. 「윤리형이상학」, 백종현 역, 서울: 아카넷.  
Kant, I., 2012. *Die Metaphysik der Sitten*, Translated by Paek, C.H., Seoul: Akanet.
26. 정태욱, 2016. "존 롤즈의 정의론과 '재산소유 민주주의론'", *법학연구*, 27(3): 11-41.  
Jung, T.W., 2016. "Rawls' Theory of Justice and Property-owning Democracy", *Chungnam Law Review*, 27(3): 11-41.
27. 정하중, 1998. "헌법재판소의 판례에 있어서 재산권보장", *헌법논총*, 9: 277-341.  
Jung, H.J., 1998. "The Protection of Property Rights in the Constitutional Court's Cases", *Journal of Constitutional Court of Korea*, 9: 277-341.
28. 존 로크, 2017. 「통치론」, 강정인·문지영 역, 서울: 까치.  
Locke, J., 2017. *Two Treatises of Government*, Translated by Kang, J.I. and Moon, J.Y., Seoul: Ggachi.
29. 하태규, 2015. "마르크스의 대안적 소유개념", *경제와 사회*, 106: 142-170.  
Ha, T.G., 2015. "Marx's Concept of the Alternative Society's Property", *Economy and Society*, 106: 142-170.
30. 한동훈, 2014. "프랑스 헌법상 재산권", *공법연구*, 43(1): 213-236.  
Han, D.H., 2014. "Le Droit de Propriété en France", *Public Law*, 43(1): 213-236.
31. 한승완, 2006. "맑스의 사적소유 비판과 공동체 사상의 전통", *철학연구*, 72: 29-48.  
Han, S.W., 2006. "Marx's Kritik des Privateigentums und die Idee der Gemeinschaft", *Philosophical Studies*, 72: 29-48.
32. 황태연, 1992. "사회주의권 변화와 맑스 소유권 사상의 재검토", *정세연구*, 36: 132-175.  
Hwang, T.Y., 1992. "Changes of Socialist Regimes and Reexamina-

- tion of Marx's Property Right Thoughts", *Situation Research*, 36: 132-175.
33. Agrawal, A. and Ostrom, E., 2001. "Collective Action, Property Rights, and Decentralization in Resource Use in India and Nepal", *Politics & Society*, 29(4): 485-514.
  34. Anderson, T.L. and Huggins, L.E., 2003. *Property Rights: A Practical Guide to Freedom & Prosperity*, Stanford, California: Hoover Institution Press.
  35. Barros, D.B., 2009. "Property and Freedom", *New York University Journal of Law & Liberty*, 4(1): 36-69.
  36. Benda-Beckmann, F.V., Benda-Beckmann, K.V., and Wiber, M.G., 2006. "The Properties of Property", in *Changing Properties of Property*, edited by Benda-Beckmann, F.V., Benda-Beckmann, K.V. and Wiber, M.G., 1-39, Oxford, New York: Berghahn Books.
  37. Benkler, Y. and Nissenbaum, H., 2006. "Commons-based Peer Production and Virtue", *Journal of Political Philosophy*, 14(4): 394-419.
  38. Benkler, Y., 2006. *The Wealth of Networks*, New Haven, Connecticut: Yale University Press.
  39. Buchanan, J.M., 1993. "Property as a Guarantor of Liberty", in *Property Rights and the Limits of Democracy*, edited by Rowley, C.K., Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Press.
  40. Buchanan, J.M. and Yoon, Y.J., 2000. "Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons", *Journal of Law and Economics*, 43(1): 1-13.
  41. Calabresi, G. and Melamed, A.D., 1972. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85(6): 1089-1128.
  42. Coase, R., 1960. "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, 3: 1-44.
  43. Dagan, H. and Dorfman, A., 2017. "The Human Right to Private Property", *Theoretical Inquiries in Law*, 18(2): 391-416.
  44. Davidson, N.M., 2012. "Property and Identity: Vulnerability and Insecurity in the Housing Crisis", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 47: 119-140.
  45. Demsetz, H., 1967. "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, 57(2): 347-359.
  46. Euler, J., 2018. "Conceptualizing the Commons", *Ecological Economics*, 143(C): 10-16.
  47. Feeny, D., Berkes, F., McCay, B.J., and Acheson, J.M., 1990. "The Tragedy of the Commons: Twenty-Two Years Later", *Human Ecology*, 18(1): 1-19.
  48. Fennell, L.A., 2004. "Common Interest Tragedies", *Northwestern University Law Review*, 98(3): 907-990.
  49. Fennell, L.A., 2011. "Ostrom's Law: Property Rights in the Commons", *International Journal of the Commons*, 5(1): 9-27.
  50. Furubotn, E.G. and Pejovich, S., 1972. "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature", *Journal of Economic Literature*, 10(4): 1137-1162.
  51. Gronow, J., 2016. "John Locke, Adam Smith and Karl Marx's Critique of Private Property", in *On the Formation of Marxism*, edited by Budgen, S., Edwards, S., Grigera, J., van der Linden, M., and Thomas, P., 225-251, Leiden, Netherlands: Brill.
  52. Hamilton, W.H., 1932. "Property: According to Locke", *Yale Law Journal*, 41(6): 864-880.
  53. Hardin, G., 1968. "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162(3859): 1243-1248.
  54. Heller, M., 1998. "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, 111(3): 621-688.
  55. Hidalgo, D., 2013. "Ownership and Private Property from the Perspectives of Hegel and Marx", *The Agora*, 3(2): 139-147.
  56. Hohfeld, W.N., 1913. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, 23(1): 16-59.
  57. Howard-Hassmann, R.E., 2013. "Reconsidering the Right to Own Property", *Journal of Human Rights*, 12(2): 180-197.
  58. Kerr, G., 2016. "Predistribution, Property-owning Democracy and Land Value Taxation", *Politics, Philosophy and Economics*, 15(1): 67-91.
  59. Kerr, G., 2017. *The Property-owning Democracy: Freedom and Capitalism in the Twenty-First Century*, London: Routledge.
  60. Krier, J.E., 2009. "Evolutionary Theory and the Origin of Property Rights", *Cornell Law Review*, 95(1): 139-159.
  61. Lai, L.W.C., 2016. "As Planning is Everything, It is Good for Something! A Coasian Economic Taxonomy of Modes of Planning", *Planning Theory*, 15(3): 255-273.
  62. Macpherson, C.B., 1962. *The Political Theory of Possessive Individualism*, London, Oxford: Oxford University Press.
  63. Macpherson, C.B., 2002. "Human Rights as Property Rights", in *Property Rights and Duties of Redistribution*, edited by Wellman, C., 84-89, London: Routledge.
  64. Marx, K. and Engels, F., 1984. "Manifesto of the Communist Party", *Karl Marx Frederick Engels: Collected Works*, 6, Moscow: Progress Publishers.
  65. Marx, K., 1954. *Capital: I*, Moscow: Progress Publishers.
  66. Marx, K., 1959. *Capital: III*, Moscow: Progress Publishers.
  67. Marx, K., 1975. "Economic and Philosophic Manuscripts of 1844" *Karl Marx Frederick Engels: Collected Works*, 3, Marx, K. and Engels, F., Moscow: Progress Publishers.
  68. Marx, K., 1984. "The Poverty of Philosophy", *Karl Marx Frederick Engels: Collected Works*, 6, Marx, K. and Engels, F., Moscow: Progress Publishers.
  69. Marx, K., 1985. "Inaugural Address of the Working Men's International Association", *Karl Marx Frederick Engels: Collected Works*, 20, Marx, K. and Engels, F., Moscow: Progress Publishers.
  70. Marx, K., 1988. "The Nationalization of the Land", *Karl Marx Frederick Engels: Collected Works*, 23, Marx, K. and Engels, F., Moscow: Progress Publishers.
  71. Merrill, T.W. and Smith, H.E., 2000. "Optimal Standardiza-

- tion in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, *Yale Law Journal*, 110(1): 1-70.
72. Michelman, F.I., 2004. “Ethics, Economics, and the Law of Property”, *Tulsa Law Review*, 39(3): 663-690.
73. Munzer, S.R., 1990. *A Theory of Property*, Cambridge: Cambridge University Press.
74. O’Neill, M. and Williamson, T., 2012. *Property-owning Democracy: Rawls and Beyond*, Hoboken, New Jersey: Wiley-Blackwell.
75. Ostrom, E., 1990. *Governing the Commons*, Cambridge: Cambridge University Press.
76. Ostrom, E., Gardner, R., and Walker, J., 1994. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press.
77. Panesar, S., 2000. “Theories of Private Property in Modern Property Law”, *Denning Law Journal*, 15: 113-138.
78. Penner, J.E., 1997. *The Idea of Property in Law*, Wotton-under-Edge, United Kingdom: Clarendon Press.
79. Radin, M.J., 1982. “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, 34(5): 957-1015.
80. Ramaekers, E., 2017. “What is Property Law?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(3): 588-617.
81. Rifkin, J., 2001. *The Age of Access*, New York: TarcherPerigee.
82. Schlager, E. and Ostrom, E., 1992. “Property-rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis”, *Land Economics*, 68(3): 249-262.
83. Schulz, N., Parisi, F., and Depoorter, B., 2002. “Fragmentation in Property: Towards a General Model”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 158(4): 594-613.
84. Sikor, T., He, J., and Lestrelin, G., 2017. “Property Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis Revisited”, *World Development*, 93(C): 337-349.
85. Tully, J., 1980. *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries*, Cambridge: Cambridge University Press.
86. Waldron, J., 1988. *The Right to Private Property*, London, Oxford: Oxford University Press.
87. 青木孝平, 1986. “法のフェティシズム批判としての資本論”, 『法社会学』, 38: 133-139.  
Aoki, K., 1986. “DAS CAPITAL as a Criticism Legal of Fetishism: A Reappraisal of Marx’s Theory of Property”, *The Sociology of Law*, 38: 133-139.
88. 甲斐道太郎, 稲本洋之助, 戒能通厚, 田山輝明, 1979. 『所有権思想の歴史』, 日本, 東京: 有斐閣.  
Kai, M., Inamoto, Y., Kaino, M., and Tayama, T., 1979. *History of Landed Property Thought*, Tokyo: Yuhikaku.
89. 倉林義正, 2001. “所有権と経済理論: 一つの試論的考察”, 『文化経済学』, 2(3): 1-6.  
Kurabayashi, Y., 2001. “Property Rights in the Light of Economic Theory: An Attempt to Review Some Basic Concepts”, *Cultural Economics*, 2(3): 1-6.
90. 齋藤純一, 2009(1992). “소유”, 『헤겔사전』, 이신철 역, 서울: 도서출판 b.  
Saito, J., 2009(1992). “Property”, *Hegel Dictionary*, Translated by Lee, S.C., 2009, b Publication.
91. 塩野谷祐一, 2004. “所有的個人主義と所有的人格主義”, 『季刊家計経済研究』, 63: 74-75.  
Shionoya, Y., 2004. “Possessive Individualism and Possessive Personalism”, *Research on Household Economics*, 63: 74-75.
92. 高村学人, 2014. “過少利用時代からの土地所有権論史再読”, 『政策科学』, 21(4): 81-131.  
Takamura, G., 2014. “Reconsidering Land Property Theories from the Era of Underuse of Real Estates”, *Policy Science*, 21(4): 81-131.
93. 田中英司, 2005. “ドイツにおける民法上の所有権の概念・内容と所有権と不動産利用権との法的関係”, 『西南学院大学法学論集』, 37(4): 43-67.  
Tanaka, E., 2005. “Concept and Contents of Private Ownership of the German Civil Code, and the Legal Relationship between Property Ownership and the Right to Use Real Estate”, *The Seinan Law Review*, 37(4): 43-67.
94. 田中英司, 2008. “住居をめぐる所有権と不動産利用権との法的関係の一断面(四)”, 『西南学院大学法学論集』, 41(1・2): 81-113.  
Tanaka, E., 2008. “Legal Relationship between Housing Property and the Right to Use Real Estate”, *The Seinan Law Review*, 41(1-2): 81-113.
95. 原田純孝, 1996. “都市の土地所有(権)と法社会学”, 『法社会学』, 48: 42-53.  
Harada, S., 1996. “Urban Land Property and Sociology of Law”, *The Sociology of Law*, 48: 42-53.
96. 堀川哲, 2015. “財産所有制民主主義と自由のリベラリズム ローレンズの政治哲学によせて”, 『経済と経営』, 45(2): 49-64.  
Horikawa, T., 2015. “Liberalism of Property-owning Democracy and Liberty: On Rawls Political Philosophy”, *Economy and Business*, 45(2): 49-64.
97. 松井暁, 2006. “マルクスと自己所有権原理”, 『立命館経済学』, 55(2): 56-188.  
Matsui, A., 2006. “Marxism and Self-ownership”, *Ritumeikan Economic Review*, 55(2): 56-188.
- 대법원, 2000. 10. 27. 선고2000다39582.  
Supreme Court of Korea, 2000, October 27. Decision 2000Da39582.
- 헌법재판소, 1989. 12. 22. 선고88헌가13.  
Constitutional Court of Korea, 1989, December 22. Case No. 88Hun-Ga13.
- 헌법재판소, 1990. 6. 25. 선고89헌마107.  
Constitutional Court of Korea, 1990, June 26. Case No. 89Hun-Ma107.
- 헌법재판소, 1993. 7. 29. 선고92헌바20.  
Constitutional Court of Korea, 1993, July 29. Case No. 92Hun-Ba20.
- 헌법재판소, 1998. 2. 27. 선고97헌바20.  
Constitutional Court of Korea, 1998, February 27. Case No. 97Hun-Ba20.
- 헌법재판소, 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78.  
Constitutional Court of Korea, 1998, December 24. Case No. 89Hun-Ma214, 90Hun-Ba16, 97Hun-Ba78.
- 헌법재판소, 1999. 4. 29. 94헌바37, 66.  
Constitutional Court of Korea, 1999, April 29. Case No. 94Hun-Ba37, 66.

헌법재판소, 2000. 6. 29. 선고98헌마36.  
 Constitutional Court of Korea, 2000, June 29. Case No. 98Hun-Ma36.  
 헌법재판소, 2005. 7. 21. 선고2004헌바2.  
 Constitutional Court of Korea, 2005, July 21. Case No. 2004Hun-Ba2.  
 헌법재판소, 2010. 4. 29. 선고2007헌바40.  
 Constitutional Court of Korea, 2010, April 29. Case No. 2007Hun-Ba40.  
 헌법재판소, 2012. 3. 29. 선고2010헌마443, 2011헌마362.  
 Constitutional Court of Korea, 2012, March 29. Case No. 2010Hun-Ma443, 2011Hun-Ma362.

헌법재판소, 2012. 10. 25. 2011헌마307.  
 Constitutional Court of Korea, 2012, October 25. Case No. 2011Hun-Ma307.  
 헌법재판소, 2015. 3. 26. 2014헌바202.  
 Constitutional Court of Korea, 2015, March 26. Case No. 2014Hun-Ba202.  
 헌법재판소, 2016. 2. 25. 선고 2015헌바191.  
 Constitutional Court of Korea, 2016, February 25. Case No. 2015Hun-Ba191.

Date Received 2018-11-19  
 Date Reviewed 2018-12-10  
 Date Accepted 2018-12-10  
 Date Revised 2018-12-12  
 Final Received 2018-12-12