

토지소유권의 상하효력범위에 관한 법제연구

2005. 11

토지소유권의 상하효력범위에 관한 법제연구

(A legislative study on perpendicular scope of
land ownership)

연구자 : 류 창 호(부연구위원)
Ryu, Chang-Ho

국 문 요 약

토지는 제한된 공급으로 인하여 지가의 지속적인 상승을 초래하고, 인구의 도시집중화로 인해 대도시 등 특정한 지역에서의 토지수요는 급증하고 있어 토지의 부족현상은 심화되고 있다. 또한, 지상의 조망이나 경관의 보호 및 환경보전 등의 이유로 지하공간과 공중공간을 적극적으로 활용하는 토지의 입체적 이용의 필요성은 점점 대두되고 있다. 그러나, 현재의 구분지상권과 토지수용제도는 토지소유권이 상하무한대로 미친다는 것을 전제로 하고 있어, 사실상 토지소유권의 행사가 불가능한 정도의 깊은 지하나 공중공간에 대해서도 과도한 비용이 발생하고 절차가 지연되는 등이 국책사업에 지장을 초래하는 경우가 빈번하다.

우리 민법은 제212조는 토지소유권의 범위에 관해 ‘토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다’라고 규정하고 있다. 그러나, 이 규정은 ‘정당한 이익’이라는 불명료한 개념의 사용으로 인하여 사실상 그 기능을 하고 있지 못하다. 또한, 도시철도법 등의 개별법에서는 주로 지하부분의 이용에 관한 보상, 허가 등의 관한 소수의 규정들을 두고 있을 뿐이다. 우리 민법은 제212조에서 ‘정당한 이익’이라는 기준에 의해서 토지소유권의 상하범위를 정하고 있으므로, 정당한 이익의 판단문제가 곧 토지소유권이 미치는 수직적 범위의 결정 기준이라고 할 수 있다. 그러나, 토지소유권을 정당한 이익을 기준으로 일정한 깊이와 고도에 따라 토지소유자의 소유권이 인정되는 영역과 부정되는 영역을 도식적으로 구분하는 것은 사실상 불가능하다고 할 수 있다.

따라서, 현행 민법 제212조에서의 ‘정당한 이익’을 토지소유권이 미치는 상하범위를 확정하는 기준으로 해석하기보다는 전술한 바와 같이 ‘정당한 이익’의 강도 또는 여부에 따라서 정당한 이익의 강도가 높은 영역에 대해서는 토지소유자에게 전면적인 소유권을 인정하고, ‘정당한

이익'의 강도가 낮은 영역에 대해서는 토지소유자가 갖는 권능 중 일부분을 국가에게 분리하는 방안을 고려할 수 있다. 이러한 영역을 한계심도와 대심도로 구분하여 한계심도에 대해서는 지표에서의 소유권과 동일하게 사용·수익·처분권능의 소유권을 구성하는 모든 권능이 토지소유자에게 귀속되는 반면, 대심도에 대해서는 처분권을 물건의 소비·변형·개조·파괴 등을 위한 사실적 처분권과 양도·담보설정 등을 위한 법률적 처분권으로 구분하고, 사실적 처분권을 개발권이라는 별도의 권능으로 분리하는 방안도 필요하다. 이에 의해, 대심도에서는 개발권을 국가에 귀속시켜 공공목적에 위한 사업주체에게 설정하는 방안을 제시할 수 있다.

이를 위해서는 토지소유권의 상하효력범위에 대한 기준설정은 각 개별법과의 조화와 일관된 정책수립을 위해서는 한계심도 및 대심도에 관한 구체적인 기본법 형식의 특별법의 제정을 통해서 가능할 것으로 보이며, 이러한 특별법에 의한 토지소유권의 상하효력범위를 설정하기 위해서는 현재의 민법 제212조의 '정당한 이익있는 범위내'를 '법률의 범위내'로 개정함으로써 소극적 제한주의에서 탈피하여 적극적 제한주의로 전환함으로써 특별법의 입법에 대한 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

이러한 특별법을 제정하는 외에도 장기적으로는 현행의 토지제도를 토지의 입체적 이용에 대비하여 정비할 필요가 있다. 특히, 현행 집합건물에 적용되는 구분소유권제도를 토지에 대해서도 적용함으로써 지하공간의 깊이에 따라 필지구분을 하여 각 필지별로 별도의 권원을 설정하고 이를 공시함으로써 지하공간에 대한 권리관계를 명확히 하여야 한다. 그 외에도 토지의 수직적 이용을 위하여 지하공간의 깊이에 따라 집합건물에 적용되는 구분소유권제도의 도입과 이를 위해서 현재 지적법에 의한 수평적 토지분필과 함께 지하공간에 대한 수직적 분필제도를 도입하는 방안도 장기적으로 고려할 필요가 있다. 또한, 지표에서 시설물이 설치된 지하공간으로의 통행을 위해서는 현재의 통행지역권과 유사한 지하지역권에 관한 규정도 신설할 필요가 있다.

현재 정부는 정부기관과 공공기관을 행정중심복합도시 또는 지역 혁신도시로의 이전을 추진하고 있다. 반면, 이러한 대규모 입지의 지하공간의 이용에 대한 적극적인 이용계획은 나와 있지 않는 것으로 보인다. 그러나, 기존의 지상시설의 개발이 전혀 이루어지지 않는 상황에서 지하에 대한 이용계획을 우선적으로 수립하고, 지상에 대한 개발에 착수하기 이전에 대규모의 혐오시설 등을 지하에 우선적으로 설치함으로써 향후 발생할 수 있는 방사물폐기장의 입지선정 등을 둘러싼 갈등요인을 사전에 예방할 수 있을 뿐 아니라, 각종 대규모 혐오시설의 설치를 위한 과도한 비용을 절감할 수 있을 것으로 생각된다. 또한, 행정중심복합도시 및 지역 혁신도시의 입지는 사유지와는 달리 국가나 공공기관이 소유권을 취득하게 되므로 지하공간의 이용에 있어서 소유권에 관한 문제가 발생하지 않으므로, 자유로운 지하공간에 대한 이용·개발이 가능하다는 점에서 국제적으로 지하공간에 대한 대규모 개발경험을 선점하여, 이에 대한 법·제도 및 엔지니어링기술을 해외에 전파 및 수출할 수 있고 또한, 정부가 혐오시설의 유치에 대해서 모범을 보여 안전성 등에 대한 국민의 우려를 불식시킴으로써 각종 지역에 대한 혐오시설의 유치 및 지하공간의 개발을 적극적으로 확산할 수 있는 계기로 삼아야 할 필요가 있다.

※ 키워드 : 소유권, 민법 제212조, 대심도, 한계심도, 지하공간

Abstract

As land supply is limited, a hike in price of and short of land have continuously become social problems. So, the necessity of practical use of underground is demanded, especially for the sake of environmental conservation and protection of scenery. But, present systems, for example Sectional Superficies(Korea Civil Act §289-2) and expropriation, premise that ownership of land extends both above and below its surface unrestrictedly.

So to speak, Korea Civil Act §212 prescribes that “Within the scope, where a justifiable profit exists, the ownership of land extends both above and below its surface”. But, because this article adopts vague standard like ‘where a justifiable profit exists’, it can’t carry out its own function.

To solve this problem, I propose that the scope of underground can be classified limited depth and unlimited depth. Unlimited depth is an owner of land can’t manage, use and control area and limited depth is an owner of land can manage, use and control area. Limited depth is located between surface and unlimited depth. In unlimited depth, an owner of land doesn’t have the right to use, take the profits of, and dispose of the land. So, in unlimited depth, I propose to establish ‘development right’. Development right is not legal disposition right, but realistic disposition right. In unlimited depth, development right belongs to state, and state can transfer or create development right to public corporations.

But, it's needed to legislate new act on concepts and basis of limited depth, unlimited depth and development right. And, to make a legislative ground on a new act, it's necessary to amend the phrase of 'where a justifiable profit exists' in Korea Civil Act §212 to 'where within acts'.

In addition, underground partitioned ownership, underground sectional superficies and underground sectional easement are necessary to be established in Korea Civil Act. And, in cadastral act, underground partition of lots system must be introduced.

In Korea, the government is propelling construction of a multifunctional administrative city in Yeongi-Gongju Area. But, it seems that the government doesn't plan to use and develop underground in this area. So, I propose that a large scale underground development in this area. As the government will take in this area, the ownership of this area will belong to the government. Therefore the government can use and develop underground of this area without compensation. For this large scale underground development, we need to amend relative acts and to enact new acts.

※ Keywords : ownership, Korea Civil Act §212, limited depth, unlimited depth, underground

목 차

국 문 요 약	3
Abstract	7
제 1 장 서 론	13
제 1 절 연구의 목적과 필요성	13
제 2 절 연구의 범위	15
제 2 장 토지 상하공간의 이용실태와 문제점	17
제 1 절 토지 상하공간의 이용가능성과 이용실태	17
1. 이용가능성	17
2. 이용실태	18
제 2 절 토지 상하공간의 이용상 문제점	21
1. 공중공간의 이용에 관한 문제점	21
2. 지하공간의 이용에 관한 문제점	24
제 3 절 토지 상하공간에 대한 권원설정의 문제점	25
제 3 장 토지의 상하이용에 관한 현행 법제	29
제 1 절 토지소유권의 상하범위에 관한 입법주의	29
1. 무제한주의	29
2. 제한주의	30
제 2 절 국 내	33
1. 개 관	33
2. 민법상 토지소유권의 범위	34
3. 구분지상권	45

4. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률	47
5. 도시철도법	47
6. 지하수법	49
7. 건축법	50
제 3 절 일 본	51
1. 일본 민법	51
2. 대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법	53
제 4 절 구 미(歐美)	55
1. 독 일	55
2. 프랑 스	56
3. 스 위 스	57
4. 영 미	58
제 5 절 소 결	59
제 4 장 토지의 상하공간에 대한 차별적 권원설정	61
제 1 절 토지 상하공간의 이용을 위한 선결문제	61
제 2 절 소유권 권능분화론	62
1. 의 의	62
2. 소유권과 개발권의 분화	63
3. 소유권과 건축권의 분화	64
제 3 절 대심도 지하공간에 대한 토지소유권의 효력범위	65
1. 개 설	65
2. 대심도지하의 정의	66
3. 대심도지하에 대한 소유권의 행사와 공적 사용	70
제 4 절 공중권(空中權)	71
제 5 절 법정밀도상한제	73

1. 의 의	73
2. 법정밀도상한제의 내용	74
제 6 절 개발권의 분리	76
1. 개발권의 의의	76
2. 토지소유권으로부터 개발권의 분리	77
3. 개발권분리제도의 도입가능성	83
제 5 장 입법제안 및 결론	85
◆ 부 록 1	
일본 대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법	91
◆ 부 록 2	
일본 대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 시행령	115
참 고 문 헌	123

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적과 필요성

토지는 유한한 자원으로서 양적 불변성을 가진다. 그러나, 토지가 갖는 생산잠재력을 고려한다면, 단지 투자수단으로서만이 아니라 생산수단으로서의 역할을 다할 수 있도록 토지의 기능적 사용을 촉진할 필요가 있다. 토지의 기능적 사용방법으로는 토지의 상하공간을 적극적으로 이용하기 위한 토지의 입체적 이용을 들 수 있다. 이러한 토지의 입체적 이용을 위한 선결문제가 바로 토지소유권의 효력이 미치는 상하범위의 결정기준이라고 할 수 있다.

토지소유권의 효력은 지상에서 천공(天空)까지, 지하는 지각(地殼)까지 미친다(*qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum*)라는 로마법상의 법언¹⁾은 과학기술과 토지의 경제적 가치의 변화에 따라 그 의미를 달리할 수 있다. 물리적 생산이 거의 불가능하고 위치가 고정되어 있는 특성을 가진 토지는 그 공급의 한계로 인해 지가의 지속적인 상승을 초래한다. 특히, 우리 나라의 면적은 25만km² 중 남한의 면적은 약 10만km²에 불과하고, 남한의 인구는 4천5백만명을 넘어서고 있어, 높은 인구밀도를 접하고 있다. 또한, 인구의 도시집중화로 인해 도시의 토지수요는 급증하여 토지의 부족현상은 심화되고 있다. 현대에는 지하철도·지하건물·지하도로 등 지하의 이용이 본격적으로 이루어지고 있으므로, 지하공간과 공중공간에 대해서 토지소유권이 미치는 범위를 어디까지 인정할 것인가에 관한 문제로 될 수 있다. 특히, 지하의 어느 정도까지를 토지소유자의 정당한 이익이 있는 범위로 인정할 것인가에 관해서는 토지소유권이 미치는 한계를 설정함으로써, 토지소유권이 미치는 상하범위와 그 외의 범위에 대한 차별적 권원 설정방법은 중요한 법적·정책적 문제이다.

1) Max Kaser, *Das roemische Privatrecht BdI*, 1995, S.344.

지하공간의 이용에 관한 법적 문제점에 관해서는 근래 우리 나라에서도 논의가 시작되고 있다.²⁾ 그러나, 이러한 연구결과의 대부분은 공법학의 분야에서 토지수용에 관한 논의를 그 대상으로 하고 있으며, 이러한 논의의 전제인 소유권의 상하효력범위에 관한 민사법적 연구는 미진한 편이다.

따라서, 이 연구에서는 지하공간에 대한 구분지상권이나 수용의 이론적 전제가 되는 토지소유권의 범위에 관한 민법 제212조의 해석론 및 토지소유권의 효력범위에 관한 차별적 권원설정방안을 중심으로 고찰하고자 한다. 특히, 민법 제212조 중 ‘토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다’라는 규정에서 ‘정당한 이익이 있는 범위’에 관한 기준을 모색하여 토지의 지상·지하공간의 이용을 위한 민사법적 근거를 제시할 필요가 있다. 즉, 현재 우리 나라에서 지하공간의 개발을 위해서는 주로 구분지상권의 설정이나 토지수용에 의하고 있으나, 이러한 방법은 개발대상공간을 토지소유권이 미치는 범위로 전제하여 이 소유권이 미치는 범위의 공간에 대한 용익권의 설정이나 소유권을 제한하는 방식을 주로 이용하고 있다. 그러나, 이러한 방법을 통한 지하공간의 개발에 관한 사법적 근거에 대해서는 명확하지 않다. 따라서, 어느 정도의 지하부분에 대해서까지 소유자와의 합의에 의한 구분지상권의 설정이나 소유권에 대한 정당한 보상을 요하는 토지수용을 하여야 하는가에 대한 사법적 기준설정이 필요할 것이다. 특히, 토

2) 이에 관한 연구성과로는 김동욱, “한국의 지하공간이용 현황과 법제도화 방향”, 『국토정보』 제147호, 1993. 12 ; 김민규, “지하공간개발에 관련된 법과 제도”, 『과학기술법연구』 제3집, 한남대 과학기술법연구소, 1997 ; 김상용, “토지의 입체적 이용을 위한 지하 및 공중에 관한 법리”, 『토지법학』 제13호, 한국토지법학회, 1998 ; 김상원, “지하에 대한 토지소유권의 범위”, 『토지법학』 제13호, 한국토지법학회, 1998 ; 김영훈, “지하공간이용에 관한 공법적 연구”, 『법학논총』 제11집, 숭실대 법학연구소, 1998 ; 류해웅, “지하공간의 이용과 보상에 관한 법적 고찰”, 『공법학의 제문제(김영훈박사 화갑기념)』, 1995 ; _____, “지하 및 공중공간의 사용과 등기에 관한 법적 고찰”, 『지하 및 공중공간사용에 관한 공법적 문제』, 한국토지공법학회 제16회 학술대회자료집, 1999 ; 심우감, “지하공간개발을 위한 법제적 기초”, 『지하공간』 제4호, 1995 ; 이수엽, “지하공간의 이용과 토지소유권”, 『대한변호사협회지』 제119호, 대한변호사협회, 1986 ; 이침석/박성기, “지하선 손실보상에 관한 연구”, 『토지법학』 제11호, 한국토지법학회, 1995 ; 함인선, “지하이용권의 설정과 보상문제(상)(하)”, 『법률신문』 제2739~2740호, 법률신문사, 1998년 11월 9일, 11월 12일자 등이 있다.

지수용은 토지의 상하 일부분을 사용하기 위해서 해당 토지의 전체에 대한 보상을 해야 한다는 점에서 비효율적이다.

이 연구에서는 토지소유권이 미치는 범위에 대한 기준을 민법 제212조의 ‘정당한 이익’의 해석과 소유권의 권능분화를 통하여 제시하고, 토지소유권의 효력범위를 지하의 깊이에 따라 구분하여 이에 대한 효율적인 권원취득방법 및 이용방안을 제시하고자 한다. 이를 통하여 지하공간의 개발과 이용을 위한 선결문제인 토지소유권의 수직적 범위에 대한 사법적 고찰을 통하여 지하공간의 이용에 관한 합리적인 정책수립의 자료로서의 활용을 목적으로 한다.

제 2 절 연구의 범위

현대에는 지하 및 공중공간에 철도·건물·도로의 건설 등 공중과 지하공간의 이용이 대규모로 이루어지고 있으므로, 수직적으로 토지소유권이 미치는 범위를 어디까지 인정할 것인가 하는 점이 문제로 된다. 특히, 지하의 어느 정도까지를 토지소유자의 정당한 이익이 있는 것으로 할 것인가에 관해서는 토지소유권이 미치는 범위에 대한 한계를 설정함으로써, 소유권이 미치는 범위와 그 외의 범위에 대한 차별적 권원취득의 방식을 설정하는 것은 중요한 법적·정책적 문제라 할 수 있다.

이에 반해, 토지의 이용에 관한 현행의 법제는 대부분 토지의 평면적 이용을 전제로 하고 있어, 토지의 상하공간에 대한 입체적 사용·수익 및 개발을 통한 토지이용의 효율성 제고라는 점에 있어서는 입법적 발상의 전환이 필요한 시기로 보여진다.

이러한 문제의 해결을 위한 사법적 측면의 접근을 위해서는 지하공간에 대한 구분지상권이나 토지수용의 이론적 전제가 되는 토지소유권의 상하범위에 관한 민법 제212조 및 토지소유권의 효력범위에 따른 차별적 권원설정방안이 강구될 필요가 있다. 특히 민법 제212조의 ‘토지소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다’라는 규정에서 ‘정당한 이익 있는 범위’에 관한 기준을 모색하여 토지의 지상·지하공간이용을 위한 민사법적 근거를 제시할 필요가 있다.³⁾

3) 민법 제212조의 기능과 관련하여 현대 과학 및 기술의 발전에 의하여 토지의 상

토지소유권은 사회성·공공성의 견지에서 국토의 균형적인 개발과 보전을 위하여 다른 재산권보다 엄격한 공적규제를 받고 있다. 특히, 토지소유권은 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 완전한 권리임에도 불구하고, 강한 공적 규제를 받는 결과, 이에 대한 반작용으로 토지소유자의 저항도 반사적으로 강한 편이다. 이러한 이유로 소유권의 권능을 분화시켜 토지의 이용권은 소유자에게 귀속시키고, 장래의 개발권은 국가나 지방자치단체 등의 개발주체에 귀속시켜 토지소유권의 제한에 대한 저항을 해결하려는 시도가 함께 나타나고 있다. 따라서, 어느 정도의 공중·지하부분에 대해서까지 소유자와의 합의에 의한 구분지상권의 설정이나 소유권에 대한 정당한 보상을 요하는 토지수용을 하여야 하는가를 위한 사법적(私法的) 기준설정이 요구된다.

이를 위하여 본 연구에서는 토지소유권이 미치는 범위에 대한 기준에 대해 민법 제212조의 해석론을 통하여 그 한계와 문제점을 검토하고, 토지소유권의 효력범위에 따라 그 공간에 대한 효율적인 권원취득 및 이용을 위한 민법 제212조의 개선방향 및 이에 따른 관련 개별법의 법제정비방향을 제시하고자 한다.

공과 지중(地中)을 이용하는 빈도가 잦아짐에 따라 외국의 입법례와 유사하게 민법에 일반규정을 둔 것으로서, 이 규정만 가지고는 충분치 아니하므로 여러 특별법의 제정이 요망된다는 견해가 있다(이영준, 『물권법(전정판)』, 박영사, 1996, 439면).

제 2 장 토지 상하공간의 이용실태와 문제점

제 1 절 토지 상하공간의 이용가능성과 이용실태

1. 이용가능성

현대에는 토목기술의 발달로 인하여 지하 1만 미터 이하를 시굴하는 경우도 있고, 해수면 아래 240m를 통과하는 해저터널도 개발되고 있는 실정이다. 또한, 일본의 경우에는 동경이나 오사카(大阪) 등의 대도시에서도 지하 1,000m를 초과하는 온천, 70~80m에 이르는 건물이나 교량의 기초말뚝 및 지하 40m에 이르는 지하실도 시공되고 있다.⁴⁾

이와 같이 대도시의 경우에도 상당히 깊은 곳까지 지하이용이 이루어지므로 가까운 장래에 있어서 대심도지하에 대해서도 사적인 개발이 진행될 가능성도 예상되고, 또한 지하공간에 지하철용 터널이 부설된 경우 지상으로의 소음·진동 등의 영향을 배제할 필요성 등을 고려한다면, 토지소유권자의 '정당한 이익이 있는 범위'는 상당히 깊은 곳까지 이르는 것으로 판단될 필요가 있다. 다만, 오늘날의 대도시에서 우물 등의 이용을 법적으로 보호할 필요성에 대해서는 의문의 여지도 있을 수 있으므로, 적어도 공적인 이용필요성이 있는 경우에 토지소유자가 우물로 이용할 가능성이 있다는 것을 이유로 공적 이용을 배제할 효력까지 인정하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다. 즉, 대심도지하의 이용에 있어서는 공적 이용과 토지소유자의 사적이익이 충돌하는 경우에 법적으로 보호되어야 하는 토지소유자의 지하이용은 건물의 기초 또는 지하실건축을 위한 정도에 그치므로, 이러한 사유 외에는 공적 이용을 우선시켜야 한다는 견해도 있다.⁵⁾

그러나, 이러한 경우에 문제로 되는 것은 건물의 기초나 지하실의 건축을 위해 필요한 깊이를 초과한 부분을 공적으로 이용하는 경우에 토

4) 상세한 것은 國土廳大深度地下利用研究會, 『大深度地下利用の課題と展望』, きょうせい, 1998, 7頁 이하 참조.

5) 鎌田薫, “大深度地下利用と土地所有權”, 『現代の都市と土地私法』, 有斐閣, 2001, 66頁.

지소유권이 미치지 않으므로 토지수용 등의 절차를 밟지 않고 자유롭게 이용할 수 있는가 또는 토지소유권이 미치고 있는 것을 전제로 하여 소유권을 제한하기 위한 법적인 조치를 필요로 하는가에 관한 점이다.

이에 관해서 근래에는 토지소유권이 지하 무한대로 미치는 것은 아니지만, 전술한 정도의 깊이에 해당하는 지하공간에 대해서 일률적으로 토지소유권이 미치지 않는 것으로 이해하는 것은 적절하지 않으므로, 대심도 지하공간을 지표나 얕은 심도의 지하공간과 같이 취급해야 한다는 것이 일반적인 견해라고 할 수 있다.⁶⁾ 이러한 견해에 의하면 대심도 지하공간에 대해서는 토지소유자의 이익이 일반적으로 근소하다는 점을 근거로 기존의 절차보다 간편한 절차를 통해 토지소유권을 제한하고, 공적 이용에 제공하는 것이 가능한 것으로 보고 있다.⁷⁾ 반면, 대심도 지하공간은 토지소유권이 미치는 범위를 초과한 것으로 보는 견해도 유력하게 주장되고 있다.⁸⁾

2. 이용실태

지하공간에는 지상공간에 비해 항온항습성, 내진성(耐震性), 차폐성(遮蔽性) 등에서 이점이 있다. 따라서, 지상에 설치하는 경우에 주위에 경관·소음·악취 등의 환경영향이 발생하거나 지상보다 안전하고 에너지절약의 차원에서 그 효용을 발휘할 수 있다.

근래에는 지하공간이 단순히 교통이나 공급처리시설과 같은 인프라시설을 설치하는데 그치지 않고, 상업·물류·문화·거주 등 각각의 분야에서 폭넓게 이용되고 있다. 특히, 도시의 집중화에 따른 건설안전, 도시미관의 유지·관리 용이성 등을 위하여 일정한 시설물을 지하나 공중공간에 설치하는 경향이 증가하고 있다.

6) 예를 들어 平松弘光, 『大深度地下利用問題を考える』, 公人社, 1997.

7) 鎌田薫, “大深度地下の公的利用と土地所有權(下)”, 『NBL 424号』, 1989, 25頁 이하 참조.

8) 阿部泰隆, “大深度地下利用の法律問題2”, 『法律時報』, 68卷 10号, 1996, 63頁 이하 ; 小澤英明, “國民共有財産としての大深度地下”, 『自研』, 74卷3号, 1998, 97頁 이하 등.

지하나 공중공간의 활용이 가능한 분야로는 상가나 지하철 외에도 산업시설용으로 지하원유나 LNG·LPG 등의 에너지 저장시설, 지하농수산물 등 식품저장시설, 지하발전소 및 지하 전력저장시설, 지하폐수 및 폐기물 처리장, 지하매설 상하수도관·가스관·통신선로·통신시설·송유관, 입체도로 등의 다양한 시설의 설치를 들 수 있다. 주거용으로서의 지하공간은 수십 조원 정도의 가치가 있지만, 2020년까지의 산업용 시설에 대한 시장규모를 예측하면 약 40조가 넘는다고 한다.

[2020년까지의 지하공간관련산업의 시장규모]

지하시설		시장규모	산 출 근 거
석유저장소		24천억원	2020년 예측소비량 1180배럴의 90일분 비축
LNG저장소		54천억원	2010년까지 49기 증설
식품저장소		5천억원	1995년 기준 950만톤에 인구증가율 0.7%를 적용
전력저장소		6조원	· 2020년 발전량 120GWH의 5%를 지하저장 · 2020년 발전량 120GWH의 발전소 중 10%를 지하화
지하발전소		12조원	
오수처리장		62천억원	· 92~96년 투자소요액 4조9천억원을 기준으로 2020년 필요한 폐수처리장시설의 1/3을 지하화 · 90년 산업폐기물처리량 2천만톤, GNP증가율 8%를 적용하며 건설비는 총비용의 30%를 가정하고 10%를 지하화
폐기물 처리장	산업용	36천억원	
	핵폐기물	4조원	
합 계		401천억원	

(출처 : 김민규, “지하공간개발에 관련된 법과 제도”, 『과학기술법연구』제3집, 한남대 과학기술법연구소, 1997, 149면)

그러나, 일반적으로 지하를 이용함에 있어서는 채광, 환기, 승강기 등 지상에 비해 역기능이 많고 건설비용과 유지관리비도 많이 소요된다. 그럼에도 불구하고 근래에는 지하공간이 활발하게 이용되고 있는 배경에는 토목건축기술의 발달에 의해 지하의 긍정적인 면을 활용할 수 있다는 점

이 부각되고 있다. 이러한 긍정적인 면으로는 공간의 확보, 경관·환경의 보전 등을 들 수 있다.⁹⁾ 이에 관해 구체적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 공간확보에 있어서는 상하수도나 지하철과 같은 연속된 공간을 필요로 하는 시설은 지상의 시설물을 방해하지 않고 지하에 설치할 수 있는 시설이다. 또한, 도시에 있어서는 새로운 용지의 취득은 곤란하고 고가이므로 빌딩의 지하나 도로의 지하공간의 활용이 필요로 된다. 이러한 점에서 지하공간을 적절히 활용하여 공간의 효율적 이용, 복합적인 이용을 도모하는 것으로 편리성을 높인 도시를 창조할 수 있다.

둘째, 경관·환경의 보전이라는 점은 체육관이나 대형 회의장 같은 대형시설, 하수처리장과 같이 주위 경관과 이질적인 경관을 가진 시설은 경관에 미치는 영향이 큰 것으로 판단되어 지하에 건설할 필요성이 있다.

셋째, 공학적인 면에서는 지하공간의 주위는 흙으로 덮혀 있으므로 지상에 비해 공학적으로 우수한 특성이 많다. 지하의 매장시설은 지하의 항온성, 단열성을 이용한 시설이다. 방음성은 도서관과 같이 외부로부터의 소리를 차단하여 정숙한 공간을 만드는 효과와 음악당과 같이 내부의 소리를 방출시키지 않는 양면성을 가진 특성이다. 격리성 및 차광성도 이와 같은 성질이라고 할 수 있다. 또한, 지하공간이 내진성의 측면에서 우수하므로 지진을 대비한 각종 창고나 시설을 설치하는 것도 가능하고, 외부로부터의 위해(危害)에 대한 방호시설로도 이용할 수 있다.

넷째, 지하에 있어서 인간심리의 이용이라는 측면은 지하에 대한 이미지는 어둡고 좁은 공간이라는 것이 일반적이지만, 공간을 적절히 활용함으로써 역으로 신비성이나 이차원성이라는 이미지를 창출할 수 있다. 이러한 이미지를 이용하여 미술관이나 종교시설이 지하에 건축되는 것도 고려할 수 있다. 상업시설이라면 부가가치를 증대할 수 있어 차별화를 도모하는 것도 가능할 것이다.

그러나, 지하를 이용함으로써 새롭게 발생할 수 있는 문제, 즉 지반·지하수 등의 지하환경에 대한 영향, 화재나 재난에 대한 안전성의 확보 등에 관해서도 충분한 고려가 필요하다.

9) 松尾稔·林良嗣, 『都市の地下空間』, 鹿島出版會, 1998, 17~18頁.

제 2 절 토지 상하공간의 이용상 문제점

1. 공중공간의 이용에 관한 문제점

우리 나라보다 먼저 도시공간의 입체적 이용을 위한 시도를 기울이고 있는 일본에서는 최근 미국법상의 공중권(air right)이나 ‘이전가능한 개발권(transferable development right)제도’에 대한 관심이 높아지고 있고 그 도입 여부에 관한 논의가 활발하게 진행되고 있다.¹⁰⁾

미국법상 공중권은 보통법에 기하여 판례에 의해 형성되었고, 몇 개의 주에서 순차적으로 법제화되었지만, 그 의미는 다의적이라고 할 수 있다. 일반적으로 공중권은 어떤 토지의 구획 내의 공중에 상하의 범위를 정해 그 정해진 공간을 포괄적이고 배타적으로 사용·지배하는 권리라고 할 수 있지만, 그 본질에 관해서는 지역권(easement), 타인의 토지 위에 취득한 비보유적 권리(non possessing right), 보유권(possesing right) 등 다양하게 파악되고 있다.¹¹⁾ 이러한 공중권은 타인이 보유한 토지·건물·공작물 등의 위에 건물 등을 건축하여 상부공간을 이용하는 경우,¹²⁾ 인접 토지의 건축물에 대해 일조·통풍을 확보하는 경우 등에 설정되지만, 전자는 구분지상권과 유사한 반면, 후자는 부작위지역권의 일종으로 볼 수 있다. 그 외에 비행장에 이착륙하기 위해 타인의 토지 위로 비행하는 지역권을 공중권이라고 하는 경우도 있다.

10) 일본에서 이에 관한 논의의 예로는 日本プロジェクト産業協會, 『都市開發と空中權 -國內事例の調査研究』, 1982 ; 高田壽史, “空中權と都市開發 -アメリカの事例から見た問題点と所見”, 『不動産研究 25卷1号』, 34頁 이하 ; ジェローム/G. 로즈 (青木蔚 譯), “アメリカの開発權について -オープンスペースを保持する方法としての開發權の分離と市場性についての提案”, 『不動産研究 17卷1号』, 18頁 이하 ; 竹中正子 譯, “空中權の研究”, 『不動産研究 8卷4号』, 73頁 이하 등이 있다.

11) 高田壽史, “空中權と都市開發 -アメリカの事例から見た問題点と所見”, 35頁.

12) 이러한 예로는 철도·역·도로 등을 포함하여 그 상공에 빌딩을 건축하고, 타인 소유의 토지 위에 건물의 일층을 기둥만 남기고 바람이 자유롭게 통하도록 하는 건축양식인 피로티(Pirotis)식으로 건축하여, 타인 소유의 건물 위에 접목식으로 건축하는 방식이 있다.

한편, 미국에서는 공중권과는 별도로 개발권(development right)을 타인에게 양도하는 것을 인정하고, 그 매수는 인접지 또는 다른 지역의 토지상에서 건축물의 할증용적을 인정하고, 이에 기하여 당해 토지 상공의 고도이용이 가능하다는 독자적인 견해가 주장된다. 이러한 견해를 ‘이전가능한 개발권론’이라고 하고, 이를 일반적으로 공중권이라고 부르는 경우도 있다.¹³⁾ 그러나, 공중권은 미국에서 보편적으로 활용되는 것은 아니고, 대역섯 개의 주에서 채택되고 있는데 불과하지만, 농지·자연환경·역사적 건축물 등의 보호·보전을 위해 이러한 토지·건물 등의 소유자에게 부과되는 권리행사의 제한에 대한 반대급부로 당해 소유자에게 그 토지의 용적율의 허용한도 중 미사용부분의 용적을 개발권으로서 타인에게 양도하는 것을 인정하고, 이를 매수한 자는 인접지 또는 다른 지역에서 법정상한용적의 할증을 인정하고 있다. 그러나, 이 제도는 재개발 등의 촉진책으로서 사용되는 것은 아니고, 보호·보전을 위한 보상적 조치로 사용되고 있다.¹⁴⁾

우리 나라에서 공중공간의 활용을 촉진하기 위해 이러한 미국에서의 공중권 및 이전가능한 개발권의 도입이 필요한가의 여부를 검토할 필요가 있다. 그러나, 첫째 미국법에서는 물권법정주의라는 원칙이 없으므로 각종의 물권적 권리가 필요에 의해 판례 및 각 주의 성문법에 의해 형성된다는 점, 둘째 토지이용이나 건축에 관해 공법·사법의 이원적 구별이 없는 점 등 기본적 조건에서 차이가 있음을 고려해야 한다.

그리고, 미국의 이전가능한 개발권제도는 실질적으로는 보호·보전을 위해 일종의 보상제도로서 기능하고 있지만, 보전목적을 위한 보상제도는 별도로 검토되어야 하고 공중의 이용권과는 직접적인 관계가 없는 것으로 볼 수 있다.

공중공간을 입체적으로 활용하는 대표적인 예로는 입체도로를 들 수 있다. 입체도로는 토지이용향상과 공익시설의 확충으로 공공복리를 증진시키기 위하여 도로상부공간 또는 고가도로 아래에 민간이 건축물을

13) 高田壽史, “空中權と都市開發 -アメリカの事例から見た問題点と所見”, 35頁 : ジェローム/G. 로즈(青木蔚 譯), “アメリカの開発權について -オープンスペースを保持する方法としての開發權の分離と市場性についての提案”, 18頁.

14) 成田頼明, 『土地政策と法』, 弘文堂, 平成元年, 20頁.

설치함으로써 동일한 토지의 지상·지하에 도로와 건물 등 2개 이상의 시설을 입체적으로 설치하는 것을 말한다.¹⁵⁾ 즉, 새로운 도로를 건설하거나 확장하는 경우 도로부지를 수용하지 않고 도로구역을 사유토지의 상하공간 일부에 대하여 입체적으로 건설하는 것으로, 종전의 토지 상하공간 전부에 적용되는 도로구역의 범위가 도로의 통행기능이 확보되는 최소한의 공간 일부에 한정하여 결정된다.¹⁶⁾ 따라서, 토지소유자의 입장에서는 도로의 입체적 구역 외의 공간은 도로구역의 범위에 포함되지 않으므로 건축 등 자유로운 소유권행사가 가능하게 된다.

도로공간을 입체적으로 활용하는 방법으로는 도로부지 내에 다른 시설을 설치하는 경우와 사유지의 일부를 도로로 이용하는 경우가 있다.

첫째, 도로부지 내에 다른 시설을 설치하는 방법으로는 기존 도로 위에 고가도로나 입체교차로, 노상주차장 등 교통관련시설을 설치하는 경우와 공공시설인 도로공간의 일부를 활용하여 민간이 건축물 등을 건축하는 경우가 있다. 이를 위해서는 우선 도로법 제40조에 의한 도로점용허가를 받아야 한다. 이와 같이 도로 위에 건축물을 건축한 사례로는 낙원상가, 세운상가 등이 이에 해당된다. 당사 낙원상가나 세운상가는 밀집된 주거지역으로 도로 등 도시기반시설이 매우 열악한 지역으로서, 도시미관을 향상시키며 주거와 상업기능을 확충하기 위해 도로부지 위에 상가와 아파트를 건설하였다.¹⁷⁾ 또한, 북부간선도로의 경우에도 건물 일부를 철거하고 건물 상부로 도로가 통과하도록 건설되었다. 그러나, 이러한 유형의 경우에는 도로부지 내 시설설치는 점용허가에 의하여 가능하지만 영구적인 시설물의 설치에 기부채납에 의해서만 가능하고, 건물이 준공됨과 동시에 기부채납이 이루어지므로 건물에 대한 소유권이 보장되지 않고 있다는 단점이 있다.

15) 이춘용 외, 『입체도로제도 도입방안 연구(국토연95-25)』, 국토개발연구원, 1995, 29면.

16) 도로구역의 입체적 활용하는 유형으로는 도로가 건물의 내부에 설치되는 건물관통형, 건물의 지하 또는 지하차도의 형태로 건설되는 터널형, 고가도로의 구조로 된 도로가 건물 옥상을 통과하는 고가형 등이 있다.

17) 낙원상가는 종전의 도로와 사유지를 포함하여 폭 40m 도로를 건설한 후 도로는 서울시에 기부채납하였다.

둘째, 사유지의 일부를 도로로 이용하기 위해서는 도로를 건설할 때 사유지를 전면 매입하지 않고 토지 상하공간의 일부만을 이용하여 도로를 설치할 수 있다. 고속도로의 경우 터널구간에서 터널입구와 출구의 토지굴착이 필요한 부분은 보상 후 용지를 취득하고 있으나, 터널내부의 공간에 대해서는 용지보상을 하지 않고 도로구역 결정고시 및 토지 소유자에게 통지하는 절차만을 취하고 있다. 그러나, 이러한 경우에도 사유지를 수용하지 않고 토지의 공간일부에 대해 용지보상 후 사용하는 예는 없으며 고속도로 터널 내부의 보상을 요구하는 민원이 증가하고 있고, 지하철과 같이 지하 40m 이상인 경우에는 보상이 이루어지지만 보상액이 과소하고 지역 주민들의 재산가치 하락 등의 이유로 민원이 상존하고 있다.

2. 지하공간의 이용에 관한 문제점

도시생활의 복잡화와 토목기술의 발전에 따라 지하공간의 입체적 이용은 경제의 고도성장기 이후 눈부신 발전을 이루었고, 오늘날 대도시에서는 지하거리, 지하철, 지하주차장 등의 형태에 의한 지하이용이 광범위하게 이루어지고 있다. 종래에는 이러한 지하이용은 사법적으로는 토지소유자와의 채권계약, 지상권설정, 지하부분에 있어서 지역권설정 등의 방법에 의해 이루어져 왔지만, 기존의 제도로는 토지의 중첩적 이용을 위한 권리관계가 불안정하다는 문제로 인하여, 1984년 민법 제 289조의2에 구분지상권제도가 신설되었다. 이 제도는 지하철건설 등의 지하이용에 넓게 활용되고 있다. 따라서, 구분지상권이 신설됨으로 인해 최소한 사법분야에서의 문제점은 다소 해결된 것으로 볼 수 있다.¹⁸⁾

대도시에서는 지하이용의 고도화와 함께 중층적인 지하이용이 혼합되어 있어, 이러한 현상을 그대로 방치한다면 지하이용의 난개발이 심화

18) 그러나, 공법상으로는 몇 가지의 문제점이 남아 있다. 예를 들어, 도로법 제5조는 '도로를 구성하는 부지, 옹벽, 기타의 물건에 대하여서는 사권을 행사할 수 없다'고 하여 도로에 대한 사권을 제한하고 있다. 따라서, 민간주체가 도로의 지하에 일정한 시설이나 공작물을 설치하고자 하는 경우에는 구분지상권을 설정할 수 없고, 점용허가(도로법 제40조)를 받아야 한다. 그러나, 이러한 도로점용허가의 경우에는 지하에 무한대로 미치고 있다는 것을 전제로 하고 있다.

될 수 있다. 지하에 매설된 수도관·가스관·하수도관 등의 시설물은 각각 행정조직상의 소관이나 감독관청이 다르므로, 통일적인 파악이 되고 있지 않다. 지하의 이용은 안전성·환경·지하수보전 등의 관점에서 각종의 부작용이 발생할 우려가 있으므로, 그 실태를 일원적으로 완전히 파악할 수 있는 시스템을 정비하는 것이 중요하다.

제 3 절 토지 상하공간에 대한 권원설정의 문제점

대도시의 지하공간은 건물의 지하실, 터미널 앞의 지하거리, 지하주차장, 상하수도, 지하철, 지하통로, 지하고속도로, 전력·전화의 지하케이블, 지하변전소 등 크고 작은 각각의 규모와 형태로 이용되고 있고, 도시기반의 정비에 있어서 중요한 공간으로 되고 있다. 또한, 간선도로뿐만 아니라 이면도로에 이르기까지 도로의 지하에는 상수도관, 하수도관 외 전력케이블, 전화케이블, 가스관 등의 ‘파이프라인’이 종횡으로 매설되어 있어 도시생활을 보이지 않게 지탱해주는 역할을 하고 있다.

전기·가스·전화·상하수도 등 지하공간을 장기간 계속적으로 이용하는 사업주체는 개별적인 법령의 규정에 따라 감독관청의 인허가를 얻어 터널이나 모든 시설의 건설공사를 시공하여 사업을 행한다. 그러나, 감독관청의 인허가를 받았다는 것만으로 직접적으로 지하에 터널을 건설하는 등의 공사가 가능한 것은 아니고, 그러한 공사를 위해서는 토지의 지하를 이용할 수 있는 권원, 즉, 당해 토지의 지하를 이용할 수 있는 법률상의 권리를 취득하여야 한다. 지하공간의 이용을 위한 권원취득의 효과를 발생시키는 법적 원인으로서 크게 계약에 의한 경우와 점용허가 또는 수용재결이라는 행정처분에 의한 경우가 있다.¹⁹⁾

타인 소유의 토지의 지하에 터널을 건설하는 경우에는 매매계약으로 그 토지의 소유권을 취득하던가, 임대차계약 또는 지상권설정계약을 체결하는 방법도 있지만, 통상적으로는 그 토지의 지하에 구분지상권을 설정하는 경우가 많다.²⁰⁾ 그러나, 구분지상권의 설정이나 토지수용의

19) 平松弘光, 『地下利用權概論』, 公人社, 1995, 14頁.

20) 이러한 구분지상권 중 공작물을 소유하기 위하여 지하공간에 상하의 범위를 한정하여 설정하는 구분지상권을 특히, ‘지하구분지상권’으로 구별하는 방안도 고려해

경우에도 토지소유권의 상하효력범위에 대한 선결문제가 여전히 남게 된다. 즉, 지하공간을 이용하기 위한 권원취득방법으로서의 지하구분지상권의 설정은 보편적인 방법이기는 하지만, 지하구분지상권을 설정하는 지하공간에 대해서도 여전히 토지소유권이 미친다는 점을 전제로 하고 있으므로, 토지소유권이 미치는 깊이보다 더 깊은 지하공간에 대해서는 지하구분지상권을 설정할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 그리고, 토지수용에 의한 지하사용의 경우에도 역시 당해 지하공간에 대해 토지소유권이 미치고 있음을 전제조건으로 하고 있다. 따라서, 토지소유권이 미치지 않는 깊이의 지하공간에 대해서는 구분지상권이나 토지수용의 절차를 필요로 하지 않는다고 할 수 있다. 그러나, 공공사업을 이유로 해서 토지소유권이 미치는 깊이를 초과한 지하공간에 대해서는 어떠한 권원설정도 없이 자유롭게 이용할 수 있는 것은 아니므로 이에 대한 새로운 법적 근거가 제시될 필요가 있다.

이를 위해서는 우선 한계심도와 대심도를 구분하여, 대심도지하의 이용을 위해 권원취득의 법적 수단에는 어떠한 것이 필요한가에 대한 검토가 필요하다. 이 경우에 기본적인 전제로 되는 것은 대심도지하와 토지소유권과의 관계이다. 이에 관해서는 대심도지하의 정의, 대상 지역 한정 여부, 구체적인 지정방법 등이 우선적으로 검토대상으로 되고, 이러한 선결문제가 해결됨으로써 대심도지하공간에 대해 토지소유권의 효력 여부가 주요 논의대상으로 된다.

이에 관해, 일본에서는 상세한 논의가 진행된 바 있다. 일본의 대심도 지하철 조사위원회의 보고에서는 이용가능성이 없는 지하공간의 범위를 법률로 정하고 행정청이 철도사업자에 대해 ‘터널부설권’을 설정할 수 있도록 하고 있다. 이에 따르면 대심도 지하공간을 토지소유권으로부터 단절하여 특별법에 의해 토지소유권자의 승낙이나 보상없이 행정청의 설권적 행정처분에 기해 새로운 공법상의 권리를 설정하는 것으로 된다.²¹⁾

볼 수 있다. 平松弘光, 『地下利用權概論』, 公人社, 1995, 14頁에서도 이를 지하구분지상권이라고 칭하고 있다.

21) 成田頼明, 『土地政策と法』, 283頁.

여기서의 ‘터널부설권’은 공기업특권의 일종으로 광업권·어업권과 같은 물권이 아니라, 오히려 공유수면매립권·유수점용권과 유사한 공법상의 권리로 보여지지만, 등기와의 관계, 이전성·양도성의 유무, 압류·가처분과의 관계, 저당권설정가능성 여부 등은 명확하지 않다. 또한, 이 권리를 설정하는 경우의 행정절차도 분명하지 않다.

또한, 대심도 지하철의 경우에도 공사 중 굴삭한 토사의 폐기나 지상으로부터의 출입구와 같이, 지상과 연결된 부분에 대해서는 당연히 소유권자와의 관계에서 새로운 권원의 취득이 필요하고, 지하철공사와 같이 지상에서 비스듬하게 지하로 파들여가는 경우에는 대심도에 달하기까지의 지하부분에 관해서 역시 종래와 동일하게 취급될 수밖에 없다는 문제도 있다. 또한, 이미 설정된 터널부설권의 위 또는 아래에 중층적으로 새로운 지하철을 부설하기로 하는 경우에, 기존의 부설권과의 상하관계의 조정문제를 어떻게 할 것인가도 고려되어야 한다.

그밖에 광업법상의 광업권설정의 출원방식과 같이 사업자의 출원에 의해 행정처분을 통해 대심도 지하공간에 물권과 유사한 지하이용권을 설정하는 방식도 고려될 수 있다. 광업법은 ‘국가는 미채굴광물에 대하여 이를 채굴하고 취득할 권리를 부여할 권능을 갖는다’라고 규정하고 있다(제2조). 이와 같이 일정한 깊이 이하의 지하에 대한 이용권을 부여한 권능을 국가에게 귀속시키는 방법을 통해 대심도 지하공간의 이용에 대한 법적 근거를 마련하는 것도 고려할 필요가 있다.

대심도 지하공간을 토지소유권으로부터 분리하여 국가의 독점적 관리권을 넓게 인정하는 경우에는 공공성이 높은 경우로 한정해야 하고 영리를 위한 이용은 제한되어야 한다. 따라서, 대심도 지하공간의 이용이 허용되는 것은 공공성이 높은 공익사업으로서 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제4조에서 정하고 있는 공익사업²²⁾에 해당되는 것으로 제한되어야 할 필요가 있다.

22) 동조에 의한 공익사업으로는 1. 국방·군사에 관한 사업, 2. 관계법률에 의하여 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항·항만·주차장·공영차고지·화물터미널·삭도·궤도·하천·제방·댐·운하·수도·하수도·하수종말처리·폐수처리·사방·방풍·방화·방조(防潮)·방수·저수지·용배수로·석유비축 및 송유·폐기물처리·전기·전기통신·방송·가스 및 기상관측에 관한 사업, 3. 국가 또는 지방자치단체가 설치하는 청사·공장·연구소·시험

또한, 지표부분에 도로·하천의 도로구역·하천구역 등이 있고, 그 지하의 대심도지하를 특정한 공익사업에 이용하는 경우에 도로법·하천법에 의한 행위제한이나 점용허가가 그 부분까지 미치는가 여부에 관한 문제도 있다. 종래의 해석에 의하면 공물관리권은 공법상의 물권적 지배권의 일종이므로 토지소유권과 동일하게 지상·지하에도 미친다고 하지만, 근래에는 공물의 관리를 위해 필요한 상하의 합리적인 공간범위로 공물관리권을 한정해야 한다는 견해도 제기되고 있다.²³⁾

소·보건 또는 문화시설·공원·수목원·광장·운동장·시장·묘지·화장장·도축장 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업, 4. 관계법률에 의하여 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 학교·도서관·박물관 및 미술관의 건립에 관한 사업, 5. 국가·지방자치단체·정부투자기관·지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택의 건설 또는 택지의 조성에 관한 사업, 6. 제1호 내지 제5호의 사업을 시행하기 위하여 필요한 통로·교량·전선로·재료적치장 그 밖의 부속시설에 관한 사업, 7. 그 밖에 다른 법률에 의하여 토지등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업이 있다.

23) 成田頼明, 『土地政策と法』, 287頁.

제 3 장 토지의 상하이용에 관한 현행 법제

제 1 절 토지소유권의 상하범위에 관한 입법주의

1. 무제한주의

무제한주의는 토지소유권의 상하범위를 무제한적으로 파악하는 로마법의 주석학파에 의해 주장되었다. 이 입법주의를 채택한 입법례로는 독일 보통법·프랑스법·오스트리아법 등이 있다.²⁴⁾

프랑스 민법은 제552조 제1항에서 ‘토지의 소유권은 지상 및 지하의 소유권을 포함한다’라고 규정하여 토지의 상하 무한대까지 토지소유권이 미치는 것으로 해석된다. 이는 토지소유권이라는 개념이 통상적으로 지표에 대한 소유권을 의미하므로 토지소유권이 지표에 대한 권리로 한정될 우려가 있음을 고려하여, 지상공간에 건축 또는 식재를 하고 지하공간에 건축 또는 굴삭공사를 할 수 있는 것을 당연한 것으로 보았다.²⁵⁾ 그러나, 토지의 구체적인 이용과 지배가능성에 대해서도 반드시 공중과 지하까지 포함하는 것은 아니라고 해석된다. 즉, 지하와의 관계에 있어서 광산에 대하여 프랑스 민법 제553조 제3항은 ‘소유자는 광산 및 경찰에 관한 법령에 의한 제한의 경우를 제외하고는 그 지하에서 적당한 공작물을 설치하고 발굴할 수 있으며, 발굴에 의하여 획득할 수 있는 모든 산출물을 채굴할 수 있다’라고 규정하여 토지소유권의 상하범위가 제한될 수 있음을 나타내고 있다.

또한, 프랑스는 1975년부터 토지개혁법을 제정하여 일정높이 이상의 지상부분을 공유화(公有化)하였다. 따라서, 토지소유권의 지상부분에 대한 범위는 무한대까지가 아니라, 동법이 정하는 높이로 한정된다. 이러한 지상 일정부분의 공유화조치는 바로 건축밀도상한의 法定과 밀도상한초과부담금제도에 의하여 이루어졌다. 즉, 일정한 한도 내의 건축

24) 로마법에서는 소유권은 토지의 상하에 미친다고 하였으나, 주석학파에 이르러 이를 극단적으로 확대하여 ‘위로는 천공(天空)까지, 아래로는 지핵(地核)까지 무한정 미치는 것으로 해석하였다(장경학, 『물권법』, 370면.

25) 김영훈, 앞의 논문, 114면.

권은 토지소유자에게 속하나, 그 일정한도를 초과하는 건축권은 토지소유자에게 속하는 것이 아니라, 공동체에 속한다는 논리에 입각하여 동법에서 법정건축밀도를 규정하고, 그 법정건축밀도 내의 건축권은 소유자에게 귀속시키고, 그 법정건축밀도를 초과하는 공간의 건축권은 지방자치단체에 귀속시켜, 법정건축밀도를 초과하여 건축을 하고자 하는 자는 지방자치단체의 허가를 받아야 하고, 법정건축밀도상한초과부담금을 납부하고 건축권을 매입하여 건축할 수 있도록 하였다.²⁶⁾

이와 같이 무제한주의에 의하더라도 토지소유권이 상하 무제한적으로 인정되는 것이 아니라, 특별법에 의해 결과적으로 토지소유권이 미치는 범위가 제한될 수밖에 없다. 따라서, 무제한주의의 입법례에서는 민법의 규정에 의해 소유권의 효력범위를 상하 무한대로 인정하는 것을 원칙으로 하고 있으나, 별도의 특별법에 의해 이러한 원칙에 대한 예외를 인정할 수 밖에 없다는 점에서 상하공간에 대한 무제한적 소유권을 인정하는 실익이 적은 편이다. 또한, 특별법에 의해 일정 범위의 상하공간에 대한 소유권을 제한하는 경우에도 민법의 소유권에 관한 규정에서 그 근거를 들 필요가 있다는 점에서 무제한주의는 이러한 소유권이 미치는 범위에 대한 제한을 두는 특별법의 근거가 미약해질 수 있다.

2. 제한주의

(1) 소극적 제한주의

제한주의는 토지소유권의 효력이 미치는 상하의 범위를 ‘이익이 있는 한도’로 제한하는 방식으로, 제한주의는 다시 소극적 제한주의와 적극적 제한주의로 구분할 수 있다.

소극적 제한주의는 본문의 규정에서 원칙적으로 토지소유권의 상하범위를 무제한적으로 인정하나, 단서규정을 통하여 예외적으로 이를 제한하는 입법방식이다.

26) 동법에서 건축밀도란 대지면적에 대한 연건축면적의 비율로, 우리 나라의 용적율에 비교될 수 있다. 프랑스에서 토지소유자에게 허용된 건축밀도의 법정상한은 파리시는 1.5, 기타 지역은 1.0이다. 이 법정밀도상한을 초과하여 건축하는 경우에는 건축밀도상한초과부담금을 지방자치단체에 납부하여야 한다.

독일민법은 제905조에서 ‘토지소유자의 권리는 지표의 상하공간에 미친다. 그러나, 소유자는 그 독점에 아무런 이익도 없는 높이의 지상 또는 그러한 깊이의 지하에서 행하여지는 간섭을 금지할 수 없다’라고 규정하여, 토지소유권이 미치는 범위에 내재적 제한이 있음을 명시하고 있다. 즉, 독일 민법 제905조의 본문은 토지소유권의 적극적인 이용가능성은 토지의 상하에 무제한적으로 미치므로 토지소유권 자체는 제한되지 않지만, 단서에서는 토지소유권의 소극적 내용을 규정하여 소유자가 소유권에 기해 갖는 제3자에 의한 방해제거청구권의 행사를 제한함으로써 결국 토지소유권의 상하범위에 제한을 가하는 입법방식을 취하고 있다.

소극적 제한주의는 무제한주의에 비해서 예외적으로 토지소유권의 상하범위에 대한 제한을 인정하고 있으나, 그 제한의 방식을 주로 토지소유자의 이익의 여부를 기준으로 하고 있다. 그러나, 토지소유자의 상하공간에 대한 이익 여부는 객관적으로 판단하기가 곤란할 뿐 아니라, 구체적인 사례를 통하여 개별적으로 해석가능하다는 점에서 지하공간의 적극적 이용을 위한 장치로서는 미비하고, 무제한주의와 마찬가지로 토지의 상하공간에 대한 소유권을 확정할 수 있는 특별법의 입법근거가 부족하다는 단점을 가지고 있다.

(2) 적극적 제한주의

적극적 제한주의는 독일 민법과 달리 토지소유권이 먼저 존재하고 그것이 제약되는 것이 아니라, 처음부터 토지소유권의 효력을 이익이 있는 한도만으로 인정하는 입법방식이다.

스위스 민법은 제667조 제1항에서 ‘토지의 소유권은 그 행사에 있어서 이익이 있는 한도 내에서 공중 및 지하에 미친다’라고 규정하여, 토지소유권의 효력이 미치는 상하의 범위를 제한하고 있다. 이 규정은 첫째, 토지소유권의 상하제한을 소유권 전반에 대하여 인정하는 것으로서 이익이 있는 한도 외에는 모두 소유권의 효력을 부정하는 것으로 볼 수 있으며, 둘째 소유권자는 제3자에 의한 방해를 저지하기 위해서는 이익이 있음을 입증해야 한다.

일본 민법도 제207조에서 ‘토지의 소유권은 법령의 제한에 있어서 그 토지의 상하에 미친다’라고 규정하여 적극적 제한주의를 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다. 동조는 토지소유권이 미치는 상하의 범위를 규정한 것으로 토지소유자의 이익과 공공의 이익의 조정을 도모하는 것에 그 의의가 있다고 한다. 따라서, 토지의 소유자는 지표뿐만 아니라 그 위의 공간과 지하를 지배할 수 있으나, 이러한 소유권의 행사에는 사물의 본성상 당연히 한계가 존재하고 또한 법적으로도 한계가 구분된다고 한다.²⁷⁾

일본 민법의 제정시에는 아직 지하공간을 이용하는 기술이 발달하고 있지 않았으므로, 입법자가 토지소유권이 미치는 범위를 제한할 필요성을 인식하지 못했으나, 그 후 항공기의 발달은 공중의 이용가치를 증대 시킴과 동시에 수력전기사업 등을 위한 토목기술의 발달은 지하에 관한 특수한 이익을 발생시켰으며, 이와 같은 수요를 충족시키기 위하여 학설은 토지소유권이 미치는 범위를 제한하여야 한다고 해석하게 되었다.²⁸⁾ 즉, 민법전이 제정된 명치 20년대에는 토지소유권은 지상·지하 무한대에 미친다는 무한정설이 유효했지만, 이러한 견해는 소화시대부터는 영향력을 잃고 현재 일본 민법학계의 통설은 지하의 중심까지가 아니라 이익이 미치는 한도로 제한하고 있다.

적극적 제한주의는 소유권의 상하범위에 관해서 원칙적인 제한가능성을 열어두고 있다. 그러나, 그 입법방식에 있어서도 ‘정당한 이익’ 또는 ‘법률의 범위’와 같은 상이한 기준을 적용하고 있다는 점에서 소극적 제한주의와 유사한 문제가 있다. 다만, ‘법률의 범위’를 제한기준으로 설정하는 경우에는 특별법의 입법을 위한 근거로 기능을 할 수 있다는 점에서 우리 민법에 수용 여부를 검토할 필요가 있는 것으로 생각된다.

27) 遠藤浩, 『基本法コメンタル(第三版 物權)』, 日本評論社, 1988, 83頁.

28) 現代不動産法研究會, “地下空間利用の法律問題”, 『ジュリスト』856号, 有斐閣, 1986. 3, 17頁(上原由起夫 집필부분).

제2절 국내

1. 개 관

민법상 토지는 소유권 등의 물권의 객체로서 물권의 객체인 물건에 대해 인정되는 일반적인 원칙인 특정의 원칙이 적용된다. 따라서, 토지의 경우에도 반드시 당사자의 의사에 의하여 하나의 물건의 지정되는 특정이 필요하다. 그러나, 토지는 물리적으로는 연속되는 지반으로 이루어져 있으므로 하나의 물건으로 인정받기 위해서는 이웃하는 토지와 법률적으로 구분될 필요가 있다.

이러한 토지의 횡적 구분은 지적법상의 경계측량에 의해 인위적으로 그 지표에 선을 그어 경계로 삼아 구획하고 토지대장 등의 지적공부(地籍公簿)에 등록함으로써 등록된 각 구역은 지번(地番)으로 표시되고 그 개수는 필(筆)로 계산되어 하나의 물건으로 독자성 및 특정성이 인정되며 한 필지의 토지에 대해 소유권이 미치는 범위가 정해지게 된다.

반면, 토지소유권이 미치는 상하범위를 확정하는 기준에 대해서 현행 법령에서는 명확한 규정을 두고 있지는 않는 것으로 보인다. 즉, 민법은 토지소유권의 범위에 관해서 일정 면적의 지면(地面)의 지표 및 정당한 이익이 있는 범위 내에서 지상 및 지하에 미친다고 규정하고 있으므로(제212조), 정당한 이익이 없는 공중 및 지하부분은 토지소유권의 범위에 속하지 않게 된다.²⁹⁾

따라서, 토지소유권이 미치는 상하범위에 대한 입법적 해결을 위해서는 우선적으로 현행 민법 중 소유권에 관한 규정을 비롯하여 토지의 공중공간 또는 지하공간에 대한 개발·이용·수용·사용 등에 관한 개별법의 관련 규정을 검토함으로써, 그 전제가 되는 토지의 상하에 대한 소유권이 미치는 범위의 설정을 위해 귀납적으로 접근할 필요가 있다.

29) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 박영사, 199, 166면(김상용 교수 집필부분).

2. 민법상 토지소유권의 범위

(1) 개 설

토지는 일정 범위의 지면에 정당한 이익이 있는 범위 내의 공중과 지하를 포함하는 연속하는 부동산으로서, 인위적으로 그 지표에 선을 그어 경계로 하여 구획하고 이를 지적공부에 등록하며 등록된 각 구역은 하나의 물건으로서 독자성이 인정되며 지번으로 표시되고 그 개수는 필(筆)로 계산된다.

우리 민법에서의 토지개념을 서구와 달리 일정 범위의 지면의 지하·지표·공중을 포함하는 독립한 부동산으로서 건물 기타 정착물과는 분리된다(민법 제99조 제1항). 반면, 서구에서는 건물 기타 정착물은 독립한 물건이 아니라 토지의 본질적인 구성부분으로 보고 있다.³⁰⁾ 이와 같이 토지의 개념에 따라서 토지소유권의 범위도 달라질 수 있다.

우리 민법상 토지소유권의 범위는 일정 면적의 지면의 지표 및 정당한 이익이 있는 범위 내에서 지상 무한대 및 지하 무한대까지 미치는 것으로 이해하고 있다.³¹⁾ 따라서, 정당한 이익이 없는 공중 및 지하공간은 토지소유권의 범위에 포함되지 않는다. 근래에는 지하가 대규모로 개발되어 이용되고 있고 공중의 이용도 활발하여 지하의 일정부분 및 공중의 일정부분을 토지소유권의 범위로 할 수 없는 경우가 발생하고 있다. 이러한 점에서 토지소유권의 범위는 지표를 중심으로 한 지표소유권으로 점차 축소되어 가는 경향을 띠게 될 것으로 예상하는 것도 가능할 것이다.

그러나, 여기서의 정당한 이익이 무엇인가와 정당한 이익의 판단기준에 대해서는 거의 논의가 되고 있지 않다. 정당한 이익에 관한 법적 해석은 지상이나 지하의 공간에 대한 토지소유자의 이익이 침해 또는 제한되었을 경우, 어느 범위에서 배상 또는 보상이 가능한가에 대한 선결적인 문제라고 할 수 있다.

30) 독일 민법 제94조, 스위스민법 제655조 참조.

31) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 166면(김상용교수 집필부분).

(2) 조문의 내용과 입법례

민법 제212조는 토지소유권의 범위에 관해 ‘토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 상하에 미친다’라고 규정하고 있다. 민법 제211조가 소유권의 내용을 규정하는데 대하여 제212조는 지표소유권의 지상공간 및 지하공간에로의 확장을 규정한 것으로,³²⁾ 정당한 이익이 있는 범위 내이더라도 토지의 상하에 대하여 독립된 소유권이 성립되는 것이 아니라, 지표소유권의 효력이 확장됨에 불과하다.³³⁾ 이 규정은 토지소유권이 미치는 수직적 범위에 관한 것으로, 이에 따라 토지소유권은 지상의 공간 및 지하의 토석과 지하수에 확장되고, 그 범위는 무한대로 미치는 것이 아니라 정당한 이익이 있는 범위 내로 한정된다.

로마법에서는 소유권은 토지의 상하에 미친다고 하였으나, 주석학파에 이르러 이를 극단적으로 확대하여, 위로는 천공(天空)까지(usque ad coelum), 아래는 지핵(地核)까지(usque ad inferos) 무한정 미치는 것으로 해석하였다. 프랑스민법은 단순히 ‘상하에 미친다’라고 규정하였고(제552조 제1항), 구민법은 ‘법령의 제한내에서’라는 제한을 두었다(제207조). 독일 민법은 이러한 제한을 구체화하여 ‘토지소유자의 권리는 지표의 상하공간에 미친다. 그러나, 소유자는 그 독점에 아무런 이익이 없는 높이의 지상 또는 그러한 깊이의 지하에서 행하여지는 간섭을 금지할 수 없다’고 규정하였고(제905조), 스위스민법은 원칙과 예외를 바꾸어 ‘토지소유권은 그 행사에 있어서 그 이익이 있는 한도에서 공중·지하에 미친다’고 추상적·포괄적으로 규정하였다(제667조 제1항). 따라서, 우리 민법의 규정은 스위스민법의 입법례와 유사한 것으로 볼 수 있다.

토지소유권은 토지의 완전한 이용을 보장하는 것이므로 평면적으로 지표에 대해서만이 아니라 그 목적을 달성하는데 필요한 범위 내에서 지상·지하에도 미치는 입체적인 개념이라 할 수 있다.³⁴⁾ 즉, 토지소

32) 이영준, 『물권법(전정판)』, 박영사, 1996, 439면.

33) Soergel-Siebert-Bauer, §905 RdNr. 1 참조.

34) 장경학, 『물권법』, 법문사, 1990, 370면.

유권은 토지의 효용을 완전히 향수(享受)하는 것을 보장하는 것이며, 토지를 완전히 이용하기 위하여서는 지표뿐 아니라 지상의 공간이나 지하의 지각(地殼)에도 소유권의 효력이 미치게 된다. 그러나, 현대 과학의 발전은 토지의 공중과 지하를 이용하는 필요성을 증대시켜가고 있고, 이에 따라 그러한 이용관계를 규율하는 법률도 늘어가고 있다. 따라서, 소유자의 이익을 침해하지 않는 공중과 지하에서의 타인의 이용을 금지하는 것은 허용되지 않는다는 것이 민법 제212조의 취지로 볼 수 있다.³⁵⁾

(3) 지하공간

1) 원 칙

토지소유권의 범위는 정당한 이익이 있는 한 일정 면적의 지표면의 수직으로 미친다. 그러나, 지하에는 광물이 매장되어 있을 수도 있고 지하수 또는 온천수가 흐르고 있는 경우도 있으며, 동굴이 있어서 지하에 일정한 공간이 있을 수도 있다. 또한 지하철건설, 지하건물, 지하통로 등 지하공간의 이용이 대규모로 이루어지고 있으므로, 이러한 모든 지하부분에 대해서도 토지소유권이 미치는 범위로 할 것인가에 관해서는 의문이 있다.

2) 광 물

미채굴광물은 국가가 이를 채굴·취득할 수 있는 광업권을 부여하는 권능을 보유하고 있으므로(광업법 제2조), 토지에 매장되어 있는 광물에 대해서는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 볼 수 있다. 미채굴광물의 법적 성질에 관해서는 이를 국유에 속하는 부동산으로 보는 견해와 국가의 배타적인 채굴취득허가권의 객체로 보는 견해가 있다.

전자의 견해에 의하면 역사적으로 광물은 토지소유권의 객체로 하지 않고 국왕 또는 국가의 배타적인 채굴권의 객체로 하여왔다는 점에서 미채굴의 광물은 토지소유권의 범위에 속하지 않는 국유의 부동산으로 보

35) 박윤직, 『신정판 물권법』, 박영사, 1997, 298면 ; 김상용, 『물권법(전정판)』, 법문사, 1999, 338면.

고 있다.³⁶⁾ 반면, 후자의 견해는 국가의 배타적인 채굴취득허가권의 객체로 보아 미채굴의 광물은 토지의 구성부분으로서 토지소유권자의 소유에 속하나 국가의 배타적인 채광취득허가권의 범위 내에서는 토지소유권의 행사가 제한되는 것으로 보고 있다.³⁷⁾

3) 지하수

민법은 지표를 흐르는 물에 관해서는 상린관계로 규율하고 있으나(제212조~제236조), 지하수의 효율적 이용과 관리를 위해 ‘지하수법’이 제정된 바 있다.³⁸⁾ 다만, 지하수의 사용을 보호하는 규정이 상린관계규정에 포함되어 있는 정도이다(제235조~제236조).

전통적으로 지하수는 토지의 구성부분으로 토지소유권의 범위에 속하는 것으로 인정되고 있다. 따라서 토지소유자의 지하수 이용은 토지소유권의 행사로 볼 수 있다. 그러나, 지하수는 다른 토지의 지하수와 맥을 이루어 흐르고 있으므로 특정 토지소유자가 지하수를 과다하게 사용하게 되면 다른 토지의 지하수가 고갈되거나 타인의 지하수 이용에 곤란을 초래할 수 있다. 따라서, 과다한 지하수의 이용에 의하여 타인의 지하수 이용을 방해하는 경우에는 토지소유권의 남용으로 권리남용이 된다고 한다.³⁹⁾

토지소유자가 아닌 자가 토지소유자와의 계약 또는 관행적으로 지하수 이용권을 갖는 경우가 있는데, 이러한 지하수이용권을 토지소유권과는 독립한 물권으로 인정할 수 있는가에 관해서는 관습법상의 원천(源泉)·수도사용권이라는 독립한 물권으로 보는 견해⁴⁰⁾도 있다. 이 견해에 의하면 지하수는 토지소유권의 객체가 아니라 원천·수도사용권의 객체로 보게 된다. 반면, 지하수 자체는 토지의 구성부분으로서 독립성이 없으며 원천·수도사용권이라는 토지소유권과는 독립한 물권은 인정할 수 없고 다만, 민법 제235조에 의한 상린자의 지하수이용권은 일종의 인역권(人

36) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 170면(김상용교수 집필부분).

37) 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1995, 901면.

38) 1993년 12월 10일 법률 4599호.

39) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 170면(김상용교수 집필부분).

40) 이영준, 『물권법(전정판)』, 468면.

役權)의 성질을 갖는다는 견해도 있다.⁴¹⁾ 또한, 지하수이용권의 물권성을 부정하고 지하수이용을 상린관계의 한 범주로만 보는 견해도 있다.⁴²⁾

지하수이용권을 독립한 물권으로 인정하는 견해는 지하수 또는 수도파이프는 지하에서 상당히 광범위한 지역에 걸쳐서 연결되어 있으므로 한 곳에서의 지하수의 사용이 다른 곳에서의 사용에 영향을 주는 바가 크며, 지하수이용권은 토지소유자가 아닌 자에게 속하는 경우도 있기 때문에, 이를 토지소유권과 별개의 권리로 파악하는 것이 타당하다고 한다.⁴³⁾ 반면, 독립한 물권성을 부인하는 견해는 지하수 소재지의 소유자가 자기의 토지에 관하여 인역권을 가진다는 것은 허용되지 않는다는 것을 근거로 하고,⁴⁴⁾ 다만 민법 제235조에 의하여 인정되는 상린자의 지하수이용권은 일종의 인역권의 성질을 가지는 것이라고 한다. 이에 대해, 지하수는 토지의 구성부분이므로 토지소유자의 지하수이용권은 토지소유권의 권능에 해당하며 토지소유자와의 계약 또는 관습법에 의한 상린자의 지하수이용권은 타인의 토지를 특정인의 편익에 제공하므로 인역권으로 인정할 수 있다는 견해도 있다.⁴⁵⁾

한편, 지하수법은 토지소유자에 대해서도 지하수를 개발·이용하고자 하는 자는 시장·군수의 허가를 받도록 하고 있고(제7조 제1항), 시장·군수는 지하수의 채취로 인하여 인근 지역의 수원의 고갈 또는 지반의 침하를 가져올 우려가 있거나, 주변 시설물의 안전을 해할 우려가 있는 경우 등에는 허가를 하지 않거나 취수량을 제한할 수 있도록 규정하고 있어(제7조 제3항), 자기의 토지의 물을 파서 그 지하수를 이용하는 경우와 같이 인공적으로 지하수를 용출케 한 때에는 토지소유자라도 타인의 지하수이용권을 침해하지 않는 한도에서만 허용된다.

4) 온천수

온천수도 지하수의 일종이지만 온천수의 성질상 특수성으로 인해 온천을 적절히 보호하고 효과적인 이용·개발을 위하여 온천법이 제정되어

41) 곽윤직, 『물권법(신정판)』, 301면.

42) 김용한, 『물권법론(전정판)』, 박영사, 1993, 263면.

43) 김증한/김학동, 『물권법』, 박영사, 1996, 339면.

44) 곽윤직, 『물권법(신정 수정판)』, 239면.

45) 김상용, 『물권법』, 339~340면.

있다. 동법에 의하면 온천은 지하로부터 용출하는 섭씨 25도 이상의 온수로서 그 성분이 인체에 해롭지 않은 물을 말하며(제2조), 온천을 굴착하고자 하는 자는 관할 시장·군수로부터 굴착허가를 받아야 한다(제8조 제1항). 그리고, 온천을 굴착하기 위해서는 굴착할 토지에 대한 소유권자 등 정당한 권리를 가지고 있는 자이어야 한다(제8조 제2항).

판례는 온천수에 관해서 온천수는 용출하는 토지의 구성부분에 불과하고 독립한 물권의 객체가 되지 않으므로 온천권·광천권 또는 온천수 이용권이라는 별도의 관습상의 물권 또는 준물권은 인정되지 않는다고 한다.⁴⁶⁾ 따라서, 온천수는 토지소유권의 범위에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

5) 일정 깊이 이하의 지하부분

토지소유권의 범위는 지하 무한대까지 미친다고 하는 것이 전통적인 견해이다. 그러나, 현대에는 지하부분에 대한 대규모의 이용이 증대됨에 따라 지하이용에 따른 보상문제가 대두되고 있다. 이러한 경향을 반영하여 각국에서는 일정한 깊이 이하의 지하부분에 대한 사용에 대해서는 보상을 하지 않는 방향으로 입법이 이루어지고 있다.

지하 일부만을 이용하는 경우에는 구분지상권을 설정하는 것이 일반적이라고 할 수 있으나, 완전한 권원의 취득을 위해서는 토지수용이 바람직하다. 그러나, 지하 일부분의 사용을 위해서는 해당 부분만을 수용하는 방안도 검토될 필요가 있다. 토지소유권의 전면성이라는 점에서는 지하 일부분만의 수용은 허용될 수 없다는 것이 지배적인 견해라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 반면, 지하공간을 하나의 국토자원으로 보아 국가가 지하공간의 개발권을 가져야 한다는 견해도 있다.⁴⁸⁾ 현행 도시철도법은 도시철도건설을 위한 지하부분의 보상기준에 관하여 대통령령에 의한 지하의 깊이 등에 따라 차등적으로 정하도록 규정하고 있다. 그러나, 이에 관해서는 일정한 깊이 이하 부분의 사용에 대하여 손실보상을 하지 않는 것은 단지

46) 대판 1970. 5. 26, 69다1239 ; 대판 1972. 8. 29, 72다1243.

47) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 172면(김상용교수 집필부분).

48) 박윤흔, “지하공간개발과 법적 대응”, 『사법행정』357호, 1990. 9, 한국사법행정학회, 13면.

토지소유권의 제한일 뿐이지, 토지소유권이 미치는 지하의 범위를 한정하는 것을 아니라고 한다.⁴⁹⁾

(4) 정당한 이익

법적 의미에서의 토지는 일정범위의 지면에 정당한 이익이 있는 범위 내의 고공과 지하를 포함하는 부동산,⁵⁰⁾ 또는 인위적으로 구획된 지면을 중심으로 하여 사람의 지배 및 이용이 가능한 범위 내에서 그 상하에 미치는 입체적 존재⁵¹⁾라고 할 수 있다. 이처럼 토지를 정의함에 있어서 지표뿐만 아니라, 일정한 이익이 있는 상하공간을 포함한다는 것이 일치된 견해이다.⁵²⁾ 즉, 토지는 물리적 의미로서의 지표가 아니라, 법률적 의미로서 연속하는 지표면에 인위적으로 선을 그어 구획하고 지적공부에 등록되어 그 등록된 각 구역이 하나의 물건으로서 독자성이 인정된다. 이와 같이 토지소유권의 상하범위를 인정하는 것은 토지의 효용을 완전히 향유하는 것을 보장하기 위한 것이며 토지를 완전히 이용하기 위해서는 지표뿐만 아니라, 지상의 공간이나 지하의 시설에도 소유권의 효력을 미치게 하여야 하기 때문이라고 한다.⁵³⁾

토지소유권의 상하범위에 관해서는 전통적으로 일정면적의 지표 및 정당한 이익이 있는 범위 내에서 지상무한대 및 지하무한대까지 미치는 것으로 이해하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나, 여기서의 정당한 이익이 무엇을 의미하

49) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 172면.

50) 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 1996, 325면.

51) 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 1995, 293면.

52) 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1997, 304면 ; 김민중, 『민법총칙』, 두성사, 1997, 336면 ; 김중환/김학동, 『민법총칙』, 240면 ; 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1995, 901면 ; 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 1997, 302면 ; 장경학, 『민법총칙』, 법문사, 1997, 370면. 다만, 이영준, 『물권법』, 439면에서는 ‘제212조는 지표소유권의 지상공간 및 지하토석에로의 확장을 규정한 것이다. 따라서, 정당한 이익이 있는 범위 내라 할지라도 토지의 상하에 대하여 독립된 소유권이 성립되는 것이 아니라 지표의 소유권의 효력이 확장됨에 불과하다’고 하여, 토지소유권의 범위는 원칙적으로 지표를 중심으로 하고 상하에 대한 소유권은 의제적인 확장으로 파악하는 것으로 보인다.

53) 곽윤직, 『물권법』, 298면.

54) 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 169면(김상용교수 집필부분).

능가와 정당한 이익의 범위의 판단기준에 관해서는 상세한 논의가 되고 있지 않다. 정당한 이익에 관한 법적 해석은 지상이나 지하공간에 대한 토지소유자의 이익을 침해했을 경우에 어느 범위에서 손해배상청구가 가능한가에 대한 선결적인 문제라고 할 수 있다.

우리 민법상의 토지소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서만 존재하는 것이기 때문에 정당한 이익의 의미가 무엇인가에 관한 이해가 필요하다. 이러한 정당한 이익의 개념은 일반적·추상적으로 정의할 수 있는 것은 아니고, 구체적인 거래관념에 따라 결정되어야 한다.⁵⁵⁾ 즉, 지하에서 소유권이 미치는 범위에 관해서 소유권은 이용이익이 존재하는 한도에서 토지의 상하에 미치는 것이지만, 해석상 일률적으로 그 범위를 정하는 것은 곤란하다고 한다.⁵⁶⁾

일본에서는 정당한 이익이 있는 범위에 관해 ‘공공용지의 취득에 따른 손실보상기준 요강’, ‘공공용지의 취득에 따른 손실보상기준’ 및 ‘공공용지의 취득에 따른 손실보상기준세칙’을 정하고 있는데, 여기서는 토지의 이용가치를 건물의 이용과 그 외의 이용으로 나누고, 그 외의 이용으로서 건물의 옥상보다 위 또는 건물의 이용보다 깊은 지하이용을 전제하고 있다. ‘공공용지의 취득에 따른 손실보상기준세칙’에서는 어느 정도의 높이 또는 깊이에서부터 이용가치가 없는 것인가에 관해서는 이용가치에 대한 경제적 손실의 집적을 기대하거나 또는 법제에 의해 승인(受認)의 범위를 정하는 것을 기대할 수밖에 없다고 하고 있다. 따라서, 실무상으로는 개별 토지의 지하에까지 미치는 이용가능성을 감안하여 이익이 미치는 한도를 모색할 수밖에 없을 것이다. 이러한 점에서 정당한 이익이 미치는 한도에 관해서는 토지소유자가 특수한 개인적 이용을 행사하는 것에 의해 발생하는 것이 아니라, 토지이용의 경제활동에 의해 통상 발생해야 하는 이익을 의미하는 것으로 이해될 수 있다.⁵⁷⁾

55) 일본에서도 토지소유권의 수직적 범위의 한계에 관해서는 구체적인 경우에 관해서 사실이익이 존재하는 범위에 한정된다고 해석하고 있다(山野目章夫, “時間・空間の限られた所有權”, 『ジュリスト』1126號, 有斐閣, 1998. 1, 106頁).

56) 石田喜久夫, “地下所有權の制限の可能性と限界”, 『ジュリスト』913號, 有斐閣, 1988. 7. 15, 10頁

57) 園部逸夫, “大深度地下鐵道の構想と法的課題”, 『ジュリスト』913號, 有斐閣, 1988.

우리 민법 제212조는 ‘토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다’라고 규정하고 있다. 이 규정은 두 가지의 의미를 가지고 있다. 첫째, 토지소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서만 인정되므로 토지소유자는 자신의 정당한 이익을 침해하지 않는 지상 또는 지하에 대한 타인의 이용을 금지할 수 없다는 의미와 둘째, 토지의 완전히 이용을 위해서는 지표뿐만 아니라 지상이나 지하에 대해서도 소유권의 효력이 미친다는 것이다. 이 두 가지는 현대의 소유권이론 자체가 역사적 산물이듯이 시대적·경제적 환경 등에 따라 초점을 달리할 수 있다는 것을 의미한다. 즉, 토지의 상하는 공중·지하에 무한정 확대되는 것이 아니므로, 항공기의 통과나 지하 깊은 곳을 터널이 통과하는 것을 소유자가 거부하는 것을 정당화 할 수 없다. 만일 소유자가 이러한 범위까지 정당한 이익이 없음에도 불구하고 타인의 이용을 금지하면서 무한대의 범위까지 소유권을 주장한다면 이는 신의성실의 원칙·공공복리에 반하여 권리남용이 된다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 즉, 현대와 같이 소유권의 공공성이 강조되는 경우 및 한정된 토지공급에 비해 폭발적으로 증가하는 개발 및 공간에 대한 초과수요라는 점에서 볼 때 첫 번째의 의미가 강조되고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나, 어떤 범위까지 정당한 이익이 있다고 인정될 것인가에 관해서는 구체적인 기준을 제시하고 있지 않아 개별적인 사례에서 거래관념에 따라 판단될 수밖에 없다.⁵⁹⁾ 이러한 경우 이익은 토지소유자가 그 부분을 현실적으로 사용할 의도를 갖고 있는가 또는 그 부분을 사용할 장비 및 기타 능력을 갖고 있는가 등의 주관적인 사정은 정당한 이익의 판단에 고려되지 않고,⁶⁰⁾ 거래관념에 따라 객관적으로 판단해야 한다.⁶¹⁾ 또한, 정당한 이익은 재산적 이해관계에 한정되지 않고, 미적인

7. 15, 7頁.

58) 김상용, 『물권법(전정판)』, 337면 ; 장경학, 『물권법』, 370면.

59) 고상룡, 『물권법』, 254면 ; 이영준, 『물권법(전정판)』, 440면.

60) 이은영, 『물권법』, 411면.

61) 이은영, 『물권법(개정판)』, 411면. 예를 들어, 고공으로 지나가는 안테나, 진동이나 붕괴의 위험이 없는 터널의 굴착이나 수도관의 매립 등에 대하여 원칙적으로 정당한 이익은 없다고 하나, 지표면의 수직하에 있는 동굴이나 지하수 등은 원칙적으로 정당한 이익에 해당한다고 한다(이영준, 『물권법』, 440면).

외관의 유지와 같이 비재산적인 가치도 포함된다.⁶²⁾ 정당한 이익에 관한 입증책임은 침해자가 부담한다.

한편, 판례는 정당한 이익이 미치는 범위를 ‘사람이 지배할 수 있는 한도’라고 판시하고 있다.⁶³⁾ 이 견해는 토지소유권이 미치는 상하범위를 지배가능성이 있는 한도로 파악하고 있다는 점에서 지배가능성설이라고 할 수 있다. 즉, 소유권이 목적물을 자유롭게 사용·수익·처분할 수 있는 권리라는 점에서 객체인 토지를 어떻게, 어느 범위까지 사용하는가는 소유자의 자유에 속하는 것으로, 이를 보장하기 위해서는 지상·지하의 범위를 한정해서는 안된다는 것이 기본적인 논거라고 할 수 있다. 그러나, 토지소유권의 지배가 무한히 지상과 지하에 미친다는 생각은 타당하지 않으므로, 민법상의 물건에 관하여 지배가능성의 요건이 규정되고 있는 점에서 명백히 하고 있는 바와 같이 토지소유권의 객체는 지배가능한 토지의 지면상의 상하라고 본다.⁶⁴⁾

그러나, 지배할 수 있다고 하여 확일적으로 정당한 이익이 있다고 말할 수 없고, 토지소유자의 이익과 공공의 이익과의 조정이라는 제212조의 취지에 비추어 정당한 이익의 의미를 탄력적으로 해석하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁶⁵⁾ 또한, 지하철건설에 관한 대법원은 ‘지하철도의 건설 및 운영에 관한 법률’ 제7조와 관련하여 ‘지하철도용지로 사용하는 토지에 대하여는 그 사용의 형태, 범위 및 사용기간과 기타 토지이용에 미치는 영향 등을 고려하여 토지수용법이 규정한 수용 또는 사용절차에 따라 그 토지의 소유권을 취득하거나 그 토지의 지상 또는 지하에 대하여 사용권을 설정하여야만 사용할 수 있다’고 판시한 바 있다.⁶⁶⁾ 이 판례는 지하철도용지로 사용되는 부분에도 당연히 소유권이

62) Soergel-Siebert-Bauer, §905 RdNr. 4. 이러한 예로는 고공으로 지나가는 안테나, 진동이나 붕괴의 위험이 없는 터널의 굴착이나 수도관의 매립 등에 대하여 원칙적으로 정당한 이익이 없다고 할 수 있으나, 지표면의 수직하에 있는 동굴이나 지하수 등은 원칙적으로 정당한 이익의 범위 내에 속한다고 한다(이영준, 『물권법(전정판)』, 441면).

63) 대판 1961. 10. 19, 4293 민상 2304.

64) 石田喜久夫, “地下所有權の制限の可能性の限界”, 『ジュリスト』913号, 有斐閣, 1988. 7. 15, 11~12頁.

65) 고상룡, 『물권법』, 254면.

66) 대판 1989. 10. 24, 88다카41.

미치므로 토지수용법에 의해 수용하거나 구분지상권을 설정할 것을 명시하고 있다. 그러면, 수용된 경우에는 어느 깊이까지 보상해야 하는가에 관해 ‘서울특별시 지하부분토지사용에 따른 보상기준에 관한 조례’에서는 보상대상지역의 현황여건, 개발잠재력 등 객관적인 상황을 고려하여 고층시가지, 중층시가지, 저층시가지, 주택지 및 농지·임지(林地)로 분류하고,⁶⁷⁾ 제8조에서는 16층 이상의 고층건물이 최유효이용으로 예상되는 중심상업지역과 일반상업지역 등의 고층시가지는 40m, 11~15층건물이 최유효이용으로 판단되는 고층시가지로 변화되고 있는 일반상업·근린상업·준주거지역 등의 중층시가지는 35m, 4~10층건물이 최유효이용으로 판단되는 저층시가지 및 주택지는 30m, 농지·임지가 유효이용인 녹지지역 등으로 사회·경제 및 행정적 측면에서 가까운 장래에 택지화가 어려운 지역인 농지와 임지는 20m를 한계심도로 정하여 현재 및 가까운 장래에 있어서 토지소유자에게 실질적으로 이익이 발생하는 것으로 판단될 수 있는 지하공간 내에서의 최대한의 깊이로 규정하고 있다.⁶⁸⁾

토지의 상하공간에 대한 침해로 인한 손해배상에 대해서는 정당한 이익이 없는 범위 내에서 토지소유자에게 손해가 발생한 경우에도 그 이용자는 불법행위로 인한 손해배상의무를 진다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.⁶⁹⁾ 이용자에게 고의·과실이 있는 경우에는 불법행위에 관한 민법 제750조를, 그렇지 않는 경우에는 공작물의 설치보존의 하자에 관한 민법 제758조가 유추적용된다. 다만, 이 경우 토지소유자는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이고 방해의 제거를 청구할 수는 없다. 그러나, 장래에도 동일한 방해가 발생할 염려가 있는 경우에는 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다고 한다(제214조 참조).⁷⁰⁾

토지의 상하공간에 대해 어느 범위에까지 정당한 이익이 있는 것으로 인정될 것인가는 구체적인 사례에서 거래관념에 따라 객관적으로 판단

67) 동조례 제3조 참조.

68) 그러나, 한계심도의 최대 깊이를 40m로 정하고 있는 것은 건설기술의 발달수준을 고려할 때 적절한 깊이인지의 여부와 소유권제한범위가 너무 크지는 않은가라는 문제점을 제기하는 견해도 있다(김상원, “지하에 대한 토지소유권의 범위”, 34면.).

69) 이영준, 『물권법(전정판)』, 441면 ; Soergel-Siebert-Bauer, §905 RdNr. 14.

70) 이영준, 『물권법(전정판)』, 441면.

될 수밖에 없다. 즉, 토지소유자가 그 부분을 현실적으로 사용할 의도를 갖고 있는가 또는 사용할 장비 및 기타 능력을 갖추고 있는가 라는 주관적인 사정은 정당한 이익의 판단에 고려되지 않지만, 그 이익은 재산적인 이익에 국한되지 않고 美的인 이익과 같은 모든 보호할 가치있는 이익을 포함하는 것으로 보고 있다.

3. 구분지상권

민법 제289조의2는 구분지상권에 관해 ‘지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물 기타 공작물을 소유하기 위하여 지상권의 목적으로 할 수 있다’라고 규정하고 있다.

도시에서 사유지의 지하를 제3자가 이용하기 위해서는 토지소유권의 취득 또는 임차권이나 지상권의 설정을 통해서도 가능하지만, 대개는 지하의 일정 범위의 지하공간을 대상으로 한 구분지상권을 취득하는 방법으로 권원을 취득하고 있다.

일반적으로 지상권은 설정계약에서 평면적으로 범위를 정할 수 있을 뿐 아니라, 토지소유권이 미치는 평면적 범위의 상하공간 전체를 그 객체로 하고 있다. 반면, 1984년 신설된 구분지상권은 건물이나 공작물의 소유를 위해 지표의 상하의 일부분에 대해서 수직적으로 구분하여 권리의 목적으로 하고 있다. 따라서, 지하공간을 목적으로 하는 지하구분지상권은 제3자가 임차권 등 토지의 사용수익권을 가지고 있더라도 제3자의 승낙이 있으면 지표는 제3자가 사용수익하고, 지하의 일정범위는 지하구분지상권자가 사용·수익할 수 있게 된다. 또한, 지하구분지상권은 한 필지의 토지에 중첩적으로 설정되는 것도 가능하다.⁷¹⁾

지하구분지상권은 토지소유자와의 설정계약을 통해 공작물 등의 소유를 위해 설정되고 등기를 통해 대항력을 갖게 되므로, 계약당사자인 토지소유자 뿐 아니라, 그 토지를 사용·수익할 권리를 가진 3자는 구분지상권자의 공작물소유에 관한 권리행사를 방해해서는 안된다(민법 제

71) 鈴木緣彌, 『注釋民法(7)』, 436頁에서는 구분지상권을 중첩적으로 설정하는 경우, 기존 권리자의 승낙은 필요로 하지 않는다고 한다. 반면, 平松弘光, 『地下利用權概論』, 29頁에서는 자연의 중력법칙을 고려한 한도에서 상하에 설정범위가 중복되지 않는다고 해도, 기존 권리자의 승낙은 원칙으로서 필요하다는 견해이다.

289조의2 제2항). 따라서, 토지소유자 및 제3자 등은 지하구분지상권의 설정범위에 해당하는 부분을 굴착하여 지하구분지상권의 행사를 직접적으로 방해해서는 안될 뿐 아니라, 지표에 대형 건물이나 공작물을 설치함으로써 지하구분지상권자가 소유하는 공작물 등을 파손하게 하는 등의 하중에 의한 침해나 지표의 형상을 대폭적으로 변경시켜 지하구분지상권의 행사를 간접적으로 방해해서는 안된다.⁷²⁾ 즉, 지표에 대한 굴착을 통해 지하구분지상권을 침해하는 것을 직접침해라고 한다면, 하중에 의한 침해나 지표의 변경에 의한 침해는 간접침해라고 할 수 있다.⁷³⁾

이러한 직접침해 또는 간접침해에 해당되는 행위에 대해서는 지하구분지상권에 기한 물권적 청구권의 행사, 특히 방해예방청구권이나 방해배제청구권의 행사가 인정될 수 있다.⁷⁴⁾ 결국, 지하구분지상권이 설정된 경우 토지소유자나 사용수익권을 갖는 제3자 등은 직접침해금지 또는 간접침해금지의 의무를 부담하는 범위 내에서는 토지소유권이나 사용수익권의 행사에 대해서 제한을 받게 된다. 이에 관해서 민법 제289조의2 제1항 후단에서는 ‘설정행위로써 지상권의 행사를 위해 토지의 사용을 제한할 수 있다’라고 규정하고 있으므로, 직접침해금지나 간접침해금지에 대해서는 설정계약서에서 이에 관한 약정을 둘 수 있다. 그러나, 설정계약에서 이러한 약정을 두지 않더라도 토지소유자나 제3자 등은 지하구분지상권의 행사에 필요한 최소한의 범위에서는 이러한 제한을 받는 것으로 볼 수 있다.

한편, 토지소유자에 대한 소유권행사의 제한 특히, 하중침해로 인한 간접침해금지의 성질에 관해서는 토지소유권과 지하구분지상권을 토지의 상하에 대한 상린관계로 이해하는 견해와 지하구분지상권이 설정된 부분을 요역지, 사용·수익이 제한되는 부분을 승역지로 보고, 그 상하에는 지역권과 유사한 공간역권관계가 성립하는 것으로 이해하는 견해도 있다.⁷⁵⁾

72) 예를 들면, 지하터널위의 지표의 흙을 과다하게 퍼내어서 지하터널의 안전성을 훼손하는 것과 같은 행위를 들 수 있다.

73) 平松弘光, 『地下利用權概論』, 31頁.

74) 鈴木緣彌, 『注釋民法(7)』, 428頁 이하 참조.

75) 상하의 상린관계가 발생하는 것으로 보는 견해는 鈴木緣彌, 『注釋民法(7)』, 433

4. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률

‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’은 공중 또는 지하공간의 활용에 관해서 지하매설물을 공동수용하기 위한 공동구(共同溝)에 관한 규정, 도시계획시설·기반시설의 설치에 관한 규정을 두고 있다.

동법은 미관의 개선, 도로구조의 보전 및 교통의 원활한 소통을 기하기 위하여 전기·가스·수도 등의 공급설비나 통신시설, 하수도시설 등 지하매설물을 공동 수용하는 공동구(共同溝)에 대한 규정(제2조 제9호)을 두어 지하공간이용의 확대를 도모하고 있고, 공동구가 설치된 경우에는 공동구에 수용되어야 할 시설은 빠짐없이 공동구에 수용되도록 하고 있다(제44조 제1항).

또한, 도시계획시설을 공중 또는 지하에 설치하는 경우에 그 높이나 깊이의 기준과 그 설치로 인하여 토지나 건물에 대한 소유권행사에 제한을 받는 자에 대한 보상 등에 관해서는 별도의 법률로 정하도록 하고 있다(제46조). 공중이나 지하에 기반시설⁷⁶⁾을 설치하고자 하는 때에는 그 시설의 종류·명칭·위치·규모 등을 미리 도시관리계획으로 결정하여야 한다(제43조 제1항).

5. 도시철도법

도시철도법(법률 제7678호)은 지하공간의 이용에 관하여 몇 개의 조문을 두고 있다. 우선 지하보상에 관하여 도시철도건설자가 도시철도의 건설을 위하여 타인 토지의 지하부분을 사용하고자 할 때에는 당해 토지의 이용가치, 지하의 깊이 및 토지이용이 방해되는 정도 등을 참작하여 보상하여야 하는 규정을 두고 있다(제4조의6).

頁 참조. 한편, 공간역권관계를 제창하는 견해는 篠塚昭次, “空中權·地中權の法理—新しい利用形態をめぐって”, 『ジュリト』 476号, 1971, 127頁 등이 있다.

76) 기반시설이라 함은 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설, 광장·공원·녹지 등 공간시설, 유통업무설비, 수도·전기·가스공급설비, 방송·통신시설, 공동구 등 유통·공급시설, 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설, 하천·유수지·방화설비 등 방재시설, 화장장·공동묘지·납골시설 등 보건위생시설, 하수도·폐기물처리시설 등 환경기초시설을 말한다(제2조 제6호)

지하부분의 보상대상은 도시철도 시설물의 설치 또는 보호를 위하여 사용되는 토지의 지하부분으로 하고 있고(동시행령 제5조 제1항), 보상금액은 지하부분의 면적과 수직으로 대응하는 지표의 적정가격에 도시철도 시설물의 설치로 인하여 당해 토지의 이용이 저해되는 정도에 따른 건물의 이용저해율, 지하부분의 이용저해율 및 입체이용저해율을 곱하여 산정하도록 하고 있다(동시행령 제5조 제2항).⁷⁷⁾ 지하부분사용에 대한 보상방법으로는 토지소유자에게 개인별·일시불로 지급하도록 하고 있고(동시행령 제5조의2 제1항).

또한, 동법은 지하공간의 이용을 위한 권원설정방법으로 도시철도건설자와 토지소유자간에 토지의 지하부분의 사용에 관한 협의가 성립된 경우에는 도시철도시설의 존속 시까지를 존속기간으로 하는 구분지상권을 설정 또는 이전하도록 규정하고 있다(동법 제5조의2).

도시철도는 그 특성상 많은 부분을 지하부분에 설치되고 있어, 도시 지하공간의 효율적 사용필요성이 큰 영역이라고 할 수 있다. 도시철도법에서는 지하공간의 이용방법으로 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’에 의한 수용 또는 사용, 구분지상권의 설정 또는 이전을 규정하고 있다. 그러나, 토지수용은 도시철도시설을 설치하는 지하 또는 공중공간 뿐 아니라 지표부분에 대한 토지소유권까지도 포함하는 소유권의 원시취득행위이므로, 이용가능공간에 비해 그 비용이 과다하다는 점에서 비효율적이라고 할 수 있다. 또한, 구분지상권은 사용대상 토지의 상하일정공간만에 대해서 지상권을 설정하고 지료를 지급한다는 점에서 토지수용에 비해 효율적인 측면은 있으나, 건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 때에는 그 존속기간이 최장 5년(민법 제280조 제1항 제3호)에 불과하다는 점에서 권원설정이 안정적이지 못하다는 단점이 있다.

77) 구체적인 보상액 산정방법에 관하여 동시행령 별표1에서는 토지의 입체이용분포를 구분하여 지상의 경우 건물지상층 이용가치와 통신시설·광고탑 또는 굴뚝 등 이용가치로, 지하부분은 건물의 지하층이용가치 또는 지하이용가치와 지하수사용시설 또는 특수물의 매설 등 이용가치로 구분하여 고도와 깊이에 따른 토지의 상하이용단계를 4단계로 부분하고 있다.

6. 지하수법

현행 지하수법(법률 제7569호)은 지하수의 적절한 개발·이용과 효율적인 보전·관리에 관한 사항을 규정하고 있다. 지하수의 개발은 지하공간이용의 대표적인 사례로서 지하수의 소유권 귀속은 그 전제로 될 수 있다. 즉, 지하수의 소유권이 누구에게 귀속되는가에 따라 지하수의 개발주체나 개발시의 권원설정 등이 문제로 될 수 있기 때문이다.

지하수의 소유권에 관한 근거는 역시 현행 민법 제212조를 들 수 있다. 토지소유권은 정당한 이익이 있는 범위에서 그 상하에 미치므로 토지의 지하부분에 부존하는 지하수는 토지의 구성부분으로서 토지소유권의 객체라고 할 수 있다. 그러나, 1997년 ‘지하수법’의 제정을 계기로 공수론(公水論)으로 전환되기에 이르렀다. 즉, 동법은 지하수개발·이용의 허가제도(제7조)를 규정함으로써 적극적인 지하수 공개념을 도입하였다. 이는 민법 공용수의 용수권에 관한 제235조에서 소극적으로 적용되어 왔던 공개념을 특별법인 ‘지하수법’에서 명문으로 규정한 것으로 볼 수 있다. 지하수법이 개정되기 전에는 지하수 이용권에 대하여 등록이나 허가 등의 제도가 없었기 때문에 민법의 해석에 의할 수밖에 없었다.⁷⁸⁾ 그러나, 지하수는 일종의 순환자원으로서 유동적 상태에 있는 물건이므로 사소유권이 성립할 수 있는가에 관해서는 지속적으로 논의의 대상이 되어 왔다. 한편, 민법 제212조의 해석에 의하면 지하수는 원칙적으로 토지의 구성부분으로서 토지소유자의 소유에 속한다는 사수론(私水論)이 주류를 이루었다. 이에 대하여 지하수는 만인의 공유물로서 유통할 수 없는 물건이므로 그 위에 소유권은 성립할 수 없다는 공수론(公水論)의 입장에서는 토지소유자가 지하수에 대해 갖는 권리는 소유권이 아니라 단지 지하수에 대한 사용권, 즉 수리권(水利權)에 불과하다고 주장하였다. 이러한 사수론과 공수론의 논쟁은 1997년 지하수법의 개정으로 그 양상을 달리하게 된다.

78) 민법에는 지하수의 소유 및 이용에 관한 명문규정은 없으나, 토지소유권의 범위에 관한 제212조, 지하수 이용권에 관한 제235조·제236조 등의 규정을 두고 있다.

1997년 개정된 지하수법은 지하수개발·이용의 허가제도(제7조)를 규정함으로써 적극적인 지하수 공개념을 도입하였다. 이는 민법 제235조와 제236조에서 소극적으로 인정하여 왔던 공개념을 특별법에서 명문화한 것으로 볼 수 있다. 그러나, 지하수법에 공개념을 도입한 이후에도 ‘과연 지하수는 누구의 것인가’는 명백하지 않다. 따라서, 민법상 지하수에 대한 권리와 지하수법상의 지하수 소유권 및 이용권에 관한 입법적 정비가 필요한 분야라고 할 수 있다.

7. 건축법

건축물의 지하층은 건축구조의 안전과 방공상 중요하고, 전시나 재해시에 피난장소로 활용할 수 있는 공간으로서 지하공간의 대표적 활용사례라고 할 수 있다. 건축법에서는 건축물의 용도나 규모에 따라 지하층의 규모나 구조를 규정하고 있다. 건축법은 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부속되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·차고·창고 등을 건축물이라고 정의하고(제2조 제2호), 건축물의 바닥이 지표면 아래에 있는 층으로서 그 바닥으로부터 지표면까지의 평균높이가 당해 층 높이의 2분의 1 이상인 것을 지하층으로 규정하고 있다(제2조 제4호). 건축물에 지하층을 설치하는 경우에는 그 구조와 설비를 건교부령이 정하는 기준에 적합하도록 하고 있다(제44조).⁷⁹⁾

한편, 민법은 우물을 파거나 용수(用水), 하수 또는 오물 등을 저치할 지하시설을 하는 때에는 경계로부터 2미터 이상의 거리를 두어야 하며 저수지, 구거(溝渠) 또는 지하실공사에는 경계로부터 그 깊이의 반 이상의 거리를 두도록 규정하고 있으나(민법 제244조 제1항), 건축법은 건축물의 건축과 건축설비의 설치를 위하여 지하를 굴착하는 경우에는 민법 제244조 제1항의 규정의 적용을 배제하는 예외규정을 두고 있다(건축법 제6조 제2항).

79) 과거에는 건축법에서 일정한 용도 및 규모의 건축물을 건축하는 경우에는 일정 면적의 지하층설치를 의무화하였으나, 현행법에서는 지하층설치 의무규정을 삭제하였다.

제3절 일본

1. 일본 민법

일본 민법 제207조는 토지소유권의 범위에 관하여 ‘토지의 소유권은 법령의 제한 내에서 그 토지의 상하에 미친다’라고 규정하고 있다. 일본 민법은 독일민법보다 먼저 제정되었지만, ‘법령의 제한내에 있어서’라는 유보를 붙이고 있는 외에 프랑스 민법전과 크게 다르지 않다. 구 민법에서는 재산편 제34조·제35조가 프랑스 민법 제552조 제2항·제3항에 해당하는 규정을 두고 있었지만, 동조 제1항이나 현행 일본 민법 제207조에 해당하는 규정은 존재하지 않았다.

즉, 현행 일본 민법이 구민법과 같이 토지소유자의 권리를 개별적으로 규정한 것은 필요한 경우의 전부를 포함하는 것이 가능하지 않으므로 원칙규정을 둔 것으로 보여진다. 이러한 범위 내에서는 일본 민법 제207조는 프랑스 민법 제552조를 승계한 것이라고 할 수 있다.

일본 민법 제207조는 토지소유권이 미치는 상하의 범위를 규정한 것으로, 토지소유자의 이익과 공공의 이익의 조정을 위한 규정이라고 할 수 있다. 토지의 소유자는 지표 뿐 아니라, 그 위의 공중공간과 지하공간을 지배할 수 있다. 그러나, 이에 대해서는 사물의 성질 및 법률상으로 당연히 한계가 그어진다. 주식학과와 같이 소유권은 하늘부터 지하 깊은 곳까지 미친다고 하는 견해도 있었고, 프랑스민법도 토지의 소유권은 그 상하의 소유권을 포함한다(제552조)는 규정을 두고 있지만, 일본 민법에 있어서는 ‘법령의 제한 내에서’라는 제한을 두고 있는데, 이러한 ‘법령의 제한’도 소유권의 범위에 대한 최소한·예외적인 제약이라는 것은 분명하다. 반면, 토지소유권이 미치는 범위에 관해서, 수리권 등의 이른바 관습법상의 권리가 수행해온 기능을 무시할 수 없다는 점도 있다.⁸⁰⁾

해수(海水)와 그 부지에서 구성된 바다나 해면하의 지반에 관해서는 해면 하의 토지에 관해서 소유권을 성립을 부정한 판례⁸¹⁾가 있는 반

80) 예를 들면, 수원지의 소유자는 그 물을 관개(灌溉)에 이용해왔던 사람이 갖는 유수사용권(流水使用權)에 의해 제약을 받게 된다.

면, 소유권의 성립을 긍정하는 판례도 있다. 옛날 그대로의 상태에 있다고 해도, ‘국가가 행정행위 등에 의해 일정 범위를 구획하고, 다른 해면으로부터 구별하여 이에 대한 배타적 지배도 가능하게 한 이상, 그 공용(公用)의 폐지’라는 조치를 한 경우에는 ‘당해 구획부분은 소유권의 객체인 토지에 해당하는 것으로 해석할 수 있다’고 하여 긍정한 판례도 있다.⁸²⁾

즉, 일본 민법 제207조의 해석에 있어서는 한층 진전되어 토지소유권은 이익이 존재하는 한도에 있어서 그 토지의 상하에 미치는 것으로 이해할 수 있다. 근래에는 일본 민법 제207조에 관한 학설은 여러 가지로 분류되지만 근래의 학설은 대부분이 토지소유자에 있어서 ‘이익이 존재하는 한도’⁸³⁾ 또는 ‘지배가능성’이 있는 범위 외에는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 이해하고 있다.⁸⁴⁾

이와 같은 일본 민법 제207조의 해석은 독일 민법⁸⁵⁾과 스위스민법⁸⁶⁾에서도 공통된다. 그러나, 공해 등의 병적 현상이 현저한 현재에 있어서는 ‘이익이 존재하는 한도’를 토지소유권의 범위로 하는 스위스 민법과 같은 규정이 반드시 발전된 것이라고는 할 수 없다고 한다.⁸⁷⁾ 현대에 있어서는 확실히 이익이 존재하는 한도 내에서의 소유권행사로 부터 많은 손해가 발생하고 있기 때문이다.

이러한 점에서 일본 민법 제207조와 같은 표현이 보다 타당성을 갖는 것으로 볼 수 있다. 물론, 현대에 있어서는 ‘법령의 제한’은 예전과

81) 大判大4・12・18・民錄二一輯二二七四頁 등.

82) 最判昭和61・12・16判時一二二一號三頁.

83) 이익이 존재하는 한도설에 관해서는 野村好弘, 『注釋民法(7)』, 234頁 ; 伊藤進, 『大深度地下空間に對する土地所有權の限界』, 法律論叢 61卷4・5合併号, 585頁 이하 ; 鎌田薫, 『大深度地下の公的利用と土地所有權(上)』, NBL 412号, 6頁 이하 ; 鎌田薫, 『大深度地下の公的利用と土地所有權(中)』, NBL 414号, 18頁 이하 ; 鎌田薫, 『大深度地下の公的利用と土地所有權(下)』, 29頁 이하 참조.

84) 鎌田薫, “大深度地下利用と土地所有權”, 63頁.

85) 독일 민법 제905조 전단에서 토지소유권의 효력은 토지의 상하에 미친다는 취지의 규정을 두고 있는 것에 계속하여 ‘그러나, 간섭이 소유자가 이를 배제함에 있어서 어떠한 이익도 없는 고도 또는 심도에 있어서 이루어진 때에는 소유자 이를 금지할 수 없다’고 규정하고 있다.

86) 스위스 민법 제667조 제1항은 ‘토지의 소유권은 그 행사에 관해서 이익이 존재하는 한도에서 공중 및 지하에 미친다’라고 규정하고 있다.

87) 遠藤浩=編, 『基本法コメンタル(第三版) 物權』, 83頁(齊藤博 집필부분).

같이 소극적인 것은 아니고, 토지소유자의 이익을 규제하는 형태의 적극적인 것을 말한다.⁸⁸⁾

근래에는 일본 민법 제207조에 관한 학설은 여러 가지로 분류되지만 근래의 학설은 대부분이 토지소유자에 있어서 ‘이익이 존재하는 한도’⁸⁹⁾ 또는 ‘지배가능성’이 있는 범위 외에는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 이해하고 있다.⁹⁰⁾

2. 대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법

일본은 2000년 5월 『대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법』(이하 ‘대심도지하이용법’이라 함)을 제정하여 대도시의 대심도지하에 있어서 공공사업을 행하는 경우에는 원칙적으로 무보상 및 소유자의 동의를 받지 않고 이를 실시할 수 있도록 하고 있다.

반면, 전술한 바와 같이 일본 민법 제207조에서는 ‘토지소유권은 법령의 제한내에서 그 토지의 상하에 미친다’라고 규정하고 있고, 또한 일본 헌법 제29조 제3항은 ‘사유재산을 공공을 위해 사용하는 때에는 정당한 보상을 하지 않으면 아니된다’고 규정하고 있다는 점에서 이 법은 토지소유권의 상하효력범위에 대한 중대한 한계를 설정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에서 ‘대심도지하이용법’의 입법취지는 다음과 같이 정리할 수 있다.⁹¹⁾

첫째, 일본의 대심도지역에 있어서는 지상부분의 토지이용은 그 한계를 드러내고 있어, 도로 등 공공용지의 지하부분을 이용하고자 하는 수요는 급증하고 있다는 점에서 공공시설물의 설치를 위한 용지의 확보가 곤란해지고 있다. 둘째, 대도시지역에서는 토지이용의 고도화 등으로 인해 토지소유자와의 권리조정애 애로가 있어, 공공사업의 효율적인 수

88) 遠藤浩=編, 『基本法コメンタル(第三版) 物權』, 83頁(齊藤博 집필부분).

89) 이익이 존재하는 한도설에 관해서는 野村好弘, 『注釋民法(7)』, 234頁 ; 伊藤進, 『大深度地下空間に對する土地所有權の限界』, 585頁 이하 ; 鎌田薰, 『大深度地下の公的利用と土地所有權(上)』, 6頁 이하 ; 鎌田薰, 『大深度地下の公的利用と土地所有權(中)』, 18頁 이하 ; 鎌田薰, 『大深度地下の公的利用と土地所有權(下)』, 29頁 이하 참조.

90) 鎌田薰, “大深度地下利用と土地所有權”, 63頁.

91) 鎌田薰, “大深度地下利用と土地所有權”, 60~61頁.

행이 곤란을 겪고 있다. 셋째, 대심도 지하공간은 통상적으로는 토지소유자 등 의한 이용이 거의 이루어지고 있지 않으므로, 이 부분을 공공사업을 위해 사용할 필요성이 있다. 넷째, 대심도 지하공간을 토지소유자의 의사와 관계없이 무상으로 공적 사용에 활용할 수 있는 경우에는 권리조정에 소요되는 기간을 단축할 수 있고, 입지나 경로의 선택이 자유로울 뿐 아니라 토지매입비용의 감소, 소음·진동의 경감 등의 이점을 기대할 수 있다.

‘대심도지하이용법’은 제1장 총칙·제2장 사업의 준비 등·제3장 사용의 인가·제4장 사업구역의 명도 등·제5장 잡칙·제6장 벌칙의 6개 장 총 56개 조문으로 구성되어 있다. 총칙에서는 대심도지하의 사용을 관한 요건·절차 등에 관해 규정함으로써 공공사업의 원활한 수행과 대심도지하의 적정하고 합리적인 이용을 목적으로 하고 있다(제1조). 이 법은 대심도를 ‘건축물의 지하실 및 그 건설의 용도로 통상적으로 제공되지 않는 지하의 깊이로서 정령으로 정한 깊이(40m) 또는 당해 지하를 사용하고자 하는 지점에 있어서 통상의 건축물의 기초를 지지하는 것이 가능한 지반으로서 정령에서 정한 것⁹²⁾ 중 가장 얇은 부분의 깊이에서 정령에서 정한 거리(10m)를 더한 깊이 중 어느 하나의 깊이 이상의 지하’라고 정의하고 있다(제2조). 또한, 대심도지하의 공공적 사용을 위하여 대상지역(제3조), 대상사업(제4조)을 규정하고 있으며 기본방침을 정하도록 하고 있다(제6조).

제2장 사업의 준비에 관해서는 사업의 준비를 위한 출입 및 그 손실보상에 관한 토지수용법의 준용에 관한 규정을 두고 있으며(제9조), 제3장에서 사용인가에 관한 장에서는 사업자가 사용인가를 받아 대심도지하를 사용할 수 있음을 규정하고 있고(제10조), 사용인가의 요건으로는 동법 제4조 각호의 규정에 의한 사업일 것, 대상지역의 대심도지하에서 시행될 것, 대심도지하를 사용할 공익상 필요가 있을 것, 사업수행에 대한 충분한 의사와 능력이 있을 것, 기본방침에 적합할 것 등을 들고 있다(제16조). 사용인가의 효과로는 사용인가의 고시가 있

92) 그 지반에 있어서 건축물의 기초 말뚝을 지지함에 의해 당해 기초 말뚝이 1평방미터 당 2,500킬로 뉴턴 이상의 허용지지력을 갖는 지반(지지지반)으로 한다(동시행령 제2조 제1항).

는 때로부터 인가를 받은 사업자는 고시된 사업기간 중 사업구역을 사용할 권리를 취득하고, 사업구역의 토지에 관한 그 밖의 권리는 인가사업자에 의한 사업구역의 사용을 방해하거나 당해 고시에 관한 시설 또는 공작물의 내력(耐力) 및 인가사업자에 의한 사업구역의 사용에 지장을 미치는 경우에는 그 권리의 행사를 제한하고 있다(제25조).

제4장 사업구역의 명도에 관해서는 인가사업자가 사업의 시행을 위하여 필요한 경우 사업구역 내에 물건을 점유하고 있는 자에 대해 명도를 청구할 수 있고(제31조), 이 경우 인가사업자는 사업구역의 명도에 따른 손실보상의무가 있다(제32조). 손실보상은 보상금을 지급하거나(제32조 제3항) 보상금의 공탁을 통해서 이루어진다(제33조). 또한, 인가사업자는 사용인가가 취소되거나 사업의 폐지 또는 변경 등에 의해 사업구역의 전부나 일부를 사용할 필요가 없게 된 때에는 해당 사업구역에 대한 원상회복의무가 있다(제38조).

제 4 절 구 미(歐美)

1. 독 일

독일 민법 제905조는 '토지소유자의 권리는 지표의 상하공간에 미친다. 그러나, 소유자는 그 독점에 아무런 이익도 없는 높이의 지상 또는 그러한 깊이의 지하에서 행해지는 간섭을 금지할 수 없다'라고 규정하고 있다. 즉, 독일 민법은 토지소유권의 효력을 이분하여 그 적극적인 효력(목적물을 법령의 제한 내에서 자유롭게 사용, 수익, 처분하는 효력)은 토지의 상부·하부로도 무한으로 미친다고 하지만, 그 소극적인 효력(간섭을 배제하는 효력)은 이익이 존재하는 범위에 한정하는 것으로 볼 수 있다. 따라서, 먼 상공을 비행기가 통과하는 경우에는 형식적으로는 소유권이 침해되고 것처럼 보이지만, 구체적인 손해는 발생하고 있지 않으므로 이러한 경우에는 소유권에 대한 침해를 근거로 하여 방해배제청구권을 행사할 수 없게 된다.

특히, 제905조 본문은 소유권의 이익의 범위와 관련하여 제1차적 관점은 수직적으로 공중과 지하에 대한 토지소유권의 확장과 유사하나,

단서에서 규정하는 금지권의 제한에 관해서는 토지소유자에게 공법적인 제한이 가해지고 있으므로 제905조는 점점 그 의미를 상실해가고 있다고 한다. 따라서, 제905조는 광범위한 공법적 침해에 의해 사법적인 준거로서의 의미만을 보유하고 있다고 한다.⁹³⁾

독일 민법의 본문규정에 의하면 토지소유권의 적극적인 이용가능성은 토지의 상하에 무제한적으로 미치므로 토지소유권 자체는 제한되지 않지만, 단서에서는 토지소유권의 소극적 내용을 규정하여 소유자의 제3자의 방해를 배제하려는 권능에 의해 상하범위에 제한이 있는 것으로 규정하는 방식을 취하고 있다.

2. 프랑스

최초의 근대적 민법전인 1804년의 프랑스 민법전은 로마법 이래의 ‘토지의 소유권은 天空에서부터 地核까지 미친다’라는 법언에 따라, ‘지표의 소유권은 지상 및 지하의 소유권을 포함한다’라고 포괄적인 규정을 두고 있다(제552조 제1항). 즉, 동조는 토지소유권이 지표에 대한 권리에 한정되는 것은 아니고, 지상공간에 있는 건물이나 수목 및 지하 공간에 있는 시설물이나 굴삭의 권리를 포함하는 것임을 확인하는 것이라고 볼 수 있다.⁹⁴⁾

이러한 프랑스 민법의 규정은 ‘물건의 유용성을 좀더 잘 인식하여, 이를 더 효율성이 높게 이용할 수 있는 것은 소유자 자신이므로, 소유자의 자유를 최대한 보장하는 것이 국민경제에 최대한의 효과를 발휘하는 것으로 된다’라는 개인주의적 자유주의사상을 기초로 한 것으로, 이는 동시에 ‘타인이 자신의 권리를 존중하지 않으면 안 되는 것처럼, 자신도 타인의 권리를 존중하지 않으면 안 된다’는 것, 즉 ‘소유자의 자유로운 사용수익에 맡기는 것이 공공의 이익에 적합하다고 할 수 없는 경우에는 소유권의 자유를 제한하는 것이 가능하다’는 것을 내용으로 한 것이다.

93) Staudinger Kommentar zum BGB, 12Auf., 1982, Rdnr. 1.

94) 鎌田薫, “大深度地下利用と土地所有權”, 62頁.

또한, 프랑스는 1975년 토지개혁법(1975. 12. 31 법령 제75-1326호)을 제정하여 일정한 높이 이상의 지상부분을 전부 공유화(公有化)하였다. 따라서, 토지소유권의 지상부분에 대한 범위는 토지 무한대까지가 아니라 동법이 정하는 높이로 한정되었다. 이러한 지상 일정부분의 공유화조치는 바로 건축밀도상한의 법정(法定)과 밀도상한초과부담금제도에 의하여 이루어졌다.

즉, 일정한 한도 내의 건축권은 토지소유자에게 속하나, 그 일정 한도를 초과하는 건축권은 토지소유자에게 속하는 것이 아니라, 공동체에 속한다는 논리에 입각하여 토지개혁법에서 법정건축밀도를 규정하고 그 법정건축밀도 내의 건축권은 토지소유자에게 귀속시키고, 그 법정건축밀도를 초과하는 공간의 건축권은 당해 지방자치단체에 귀속시켜 그 법정건축밀도를 초과하여 건축하고자 하는 자는 당해 지방자치단체의 허가를 받아야 하고, 법정건축밀도상한초과부담금을 납부하고 건축권을 매입하여 건축할 수 있도록 하였다.

프랑스에서 이와 같은 일정 높이 이상의 지상부분을 공유화한 것은 대도시의 과밀화 현상을 해소하고 인구와 산업의 지방분산을 유도함이 그 목적이었다. 동법에서의 건축밀도란 대지면적에 대한 연건축면적의 비율로서 우리 나라의 용적률과 유사하다. 그런데, 토지소유자에게 허용된 건축밀도의 법정상한은 파리는 1.5, 기타 지역은 1.0이다. 따라서, 이 법정밀도상한을 초과하여 건축하고자 할 때에는 건축밀도상한초과부담금을 당해 지방자치단체에 납부하여야만 한다.⁹⁵⁾

3. 스위스

스위스 민법 제667조 제1항은 '토지의 소유권은 그 행사에 관해서 이익이 존재하는 높이 및 깊이의 전역에 관해서 그 토지의 상하에 미친다'라고 규정하여, 소유자의 이용의 이익이 미치지 않는 지상공간 또는 지하공간에 관해서는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 하였다.

이에 관해, 독일 민법과 스위스 민법 사이에는 본질적인 차이는 없다는 견해도 있지만, 두 법전간에는 방해배제청구권의 경우 '이용의 이익'의

95) 박윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 173~174면(김상용 교수 집필부분).

입증책임에 관해 차이가 있다든가, 소유자에 의해 이용가능성이 없는 공간에 있어서 타인의 간섭이 있었던 경우에, 독일 민법에서는 방해배제청구권은 행사할 수 없지만 손해배상청구권의 행사는 가능한 것으로 볼 수 있다는 문제가 생기는데 대해, 스위스 민법전에서는 이러한 문제가 발생하지 않는다는 점에서 차이가 있는 것으로 볼 수 있다.

4. 영 미

영미에 있어서도 토지의 소유권은 그 지하와 상공에 미친다는 점은 커먼로(Common law)에서 일반적으로 인정되고 있다. 그러나, 토지 소유권의 상하범위에 관해서는 성문법에 의한 제한이 가해지는 경우도 있다. 즉, 영국에서는 석유생산법(Petroleum Production Act), 석탄법(Coal Act) 등에서 일정한 종류의 지하광물·원유 및 천연가스에 대해서는 국왕의 소유를 인정하고 있다. 또한, 공중에 대한 권리에 대해서도, 토지소유자의 공중에 대한 권리는 토지와 그 위의 건조물의 통상사용에 필요한 한도에서 인정되고, 이를 초과하는 공중에 대해서는 권리를 인정하고 있지 않다.⁹⁶⁾

물권법정주의를 채택하지 않는 영국에서는 지하공간을 수평·수직으로 구분하여 권리의 목적으로 할 수 있으며,⁹⁷⁾ 자유롭게 지하이용권을 설정하는 것도 가능하다. 또한, 토지 각 부분의 소유권을 각각 다른 사람에게 양도하는 것도 가능하고, 지하공간에 관해서도 별도의 소유권을 설정하는 것도 가능하다. 다만, 소유자에 의한 지표에서의 토지이용과 지하공간의 이용권과의 조정은 당사자의 날인증서에 의해 정해지고, 소유자의 지표에서의 토지이용을 제한하는 부작위약정은 토지부담등기부(Land Charge Registry)에 등기할 수 있다. 또한, 지하공간을 개발하는 경우에는 도시농촌계획법(Town and country planning Act)에 의한 계획허가가 필요하다.⁹⁸⁾

96) Bernstein of Leigh v. Skyviews & General Ltd. [1978] 1 Q.B. 479.

97) Commission for Railways v. Valuer-General [1974] A.C. 328.

98) Mary Forster v. Elvert Colliery Company [1908] 1 K.B. 629.

제5절 소 결

한정된 지표공간의 물리적 한계로 인해 공중공간이나 지하공간의 적극적 활용은 현재에도 진행되고 있고 장기간의 장래에 걸쳐 지속적으로 진행될 것으로 기대된다. 그러나, 전술한 국내법제의 예에서 보듯이 지하나 공중공간의 이용에 관해서는 각 개발주체별 또는 소관부처별로 개별법을 제정하고 있고, 그 입법내용도 주로 규제를 중심으로 하고 있다는 점에서 현재의 공중 또는 지하공간에 대한 법제는 체계성을 갖고 있지 못하며 공중 또는 지하공간의 적극적 활용을 위한 법적 근거로서의 역할도 미약한 것으로 생각된다. 이는 도시개발에 관한 현행 법제가 지표중심주의로 지상의 시설물을 대상으로 하고 있다는 점에서 찾을 수 있다.⁹⁹⁾

또한, 지하공간에 관한 현행 법제는 주로 토지소유자가 활용가능한 지표와 밀접하게 연결된 지하부분이나 한계심도를 대상으로 하고 있으므로, 아직까지는 대심도와 같이 일정 깊이 이하의 지하에 대해서 토지소유권이 미치는가의 여부에 관해서는 본격적으로 논의되고 있지 않고, 그에 대한 법적 근거도 찾아볼 수 없다. 그러나, 일본은 ‘대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법’을 제정하여 일정한 깊이 이하의 지하에 대해서는 공익목적에 위해 사용가능성을 열어두고 있다. 이러한 점에서도 우리 나라에서도 입체적 토지사용을 위해 일정 깊이를 초과하는 지하공간 및 일정 고도 이상의 공중공간의 사용을 위한 권원(權原)을 설정할 수 있는 방안 및 그 요건과 절차에 관한 구체적인 입법적 논의가 필요한 때라고 생각된다.

99) 김정순, 『지하공간 관련법제 정비방안』, 한국법제연구원, 1998, 29면.

제 4 장 토지의 상하공간에 대한 차별적 권원설정

제 1 절 토지 상하공간의 이용을 위한 선결문제

사유지의 지하 및 공중공간을 사용하는 경우에는 현행 법제에 의하면 다음과 같은 문제가 선결될 필요가 있다.

첫째, 민법의 지하구분지상권 등의 지하사용권과 토지소유권 등의 권리와 의 관계를 어떻게 조정할 것인가에 관한 점이다. 이에 관해서는 주로 토지소유권 등의 권리행사에 대한 제한이라는 측면에서 설명되지만, 사실은 토지에 있어서 권리의 상하관계 즉, 지상의 공간에 있어서 권리의 효력과 지하의 공간에 설정된 권리의 효력과의 조정의 문제로서 토지소유권을 입체적으로 파악할 수 있는가에 관한 문제로 된다. 그러나, 이 경우 토지의 상하의 공간관계에서는 자연법칙으로서의 중력법칙이 중요한 작용을 하고 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 즉, 토지를 입체적으로 이용하는 경우, 지표면에서의 권리행사에 의한 중력의 영향은 그 정도에 따라서는 지하공간의 권리행사를 현저하게 방해하는 경우도 있다. 지하공간의 권리행사를 인정하는 경우에는 지표면에서의 권리행사는 중력법칙에 따라 어느 정도의 규제를 부과하지 않을 수 없다.¹⁰⁰⁾ 이러한 점에서 토지의 입체적 이용에 대해서도 토지의 평면적인 이웃관계에서 확립된 상린관계의 법리를 그 정도 적용할 수 있는가의 여부를 검토할 필요가 있다.

둘째, 지표면의 권리행사를 규제하기 위해서는 지하에 설정된 권리의 존재를 공시할 필요가 있다. 민법의 지하구분지상권은 등기에 의해 공시되어 대항요건을 구비하고 있다. 그러나, 토지수용에 의한 지하사용권은 공법상의 사용권이므로 등기할 수 없게 된다. 지하이용을 목적으로 하는 민법의 지하구분지상권과 토지수용에 의한 지하사용권은 사법과 공법이라는 별개의 법리로 이해되어 발전되어 왔다. 따라서, 터널이 사유지의 지하를 통과하는 경우 설정계약을 통하여 지하구분지상권이 설정된 부분과 사용계절을 통하여 지하사용권이 설정된 부분이 상호 존재하는 경우, 권리의 공시방법에서는 지하구분지상권의 등기가 있는 부

100) 平松弘光, 『地下利用權概論』, 17頁.

분과 지하사용권에서 등기가 없는 부분이 혼재되어 지하공간의 설정된 권리관계를 일관되게 공시하는 것이 곤란하게 된다.

셋째, 지하이용에 따르는 손실보상의 문제이다. 토지소유자에 의해 직접 이용되지 않는 일정 깊이 이하의 지하에 대해서 토지소유권의 행사를 제한하는 경우에 보상이 필요한가라는 문제가 제기될 수 있다. 이른바, 대심도지하에 대해서는 무보상의 원칙이 가능한 것인가에 대한 이론적 규명 및 국민들의 법감정의 조사가 필요할 것이다.

이러한 문제제기를 기초로 하여 개별적인 법리를 통하여 발전되어 온 민법의 지하구분지상권과 토지수용에 의한 지하사용권을 통일적으로 파악하는 방안도 필요하다.¹⁰¹⁾

제 2 절 소유권 권능분화론

1. 의 의

토지소유권은 사회성·공공성의 견지에서 국토의 균형적인 개발과 보전을 위하여 다른 재산권보다 엄격한 공적 규제를 받고 있다. 이에 대한 반작용으로 토지소유권은 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 완전한 권리임에도 불구하고 강한 공적규제를 가한 결과 토지소유자의 저항도 반사적으로 강한 편이다. 이러한 이유로 소유권의 권능을 분화시켜 현재의 이용권은 소유자에게 귀속시켜 토지소유권에 대한 공법적 규제에 대한 저항을 해결하려는 시도도 있다.

전통적인 토지소유권이론에 의하면 토지에 대한 포괄적인 지배권인 소유권의 포괄성·혼일성으로부터 토지의 사용·수익·처분권이 도출되는 것임에 반해, 소유권의 권능분화론에 의하면 토지의 사용·수익·처분의 제권능은 각각 독립한 권리로 분리할 수 있는 것이며, 이러한 제권능이 하나로 결합되어 있는 권리(bundle of right)를 토지소유권으로 파악한다. 이러한 토지소유권의 권능분화를 토지소유권의 조용한 혁명(a quiet revolution)이라고도 한다.

101) 이러한 통일적인 개념을 위한 시도로서 지하이용권이라는 개념이 제기되기도 한다(平松弘光, 『地下利用權概論』, 19頁).

즉, 전통적 토지소유권이론에서의 개발권은 토지소유권에 내재하는 기능이며 토지소유권 자체에서 도출된 권리이다. 그러나, 분화론에서 개발권은 독립한 권리로서 사회에 의해서 창조되고 특정토지에 분배된 권리, 즉 개발권은 토지소유권에서 도출된 것이 아니라 국가로부터 허여된 권리로 이해한다. 또한, 토지소유권의 범위에서도 전통적 소유권이론은 법률로 제한하지 않은 것은 모두 토지소유권의 범위에 포함되는 것으로 파악하는 반면, 개발권의 분리론에서는 토지소유권을 법률로 허용된 것만을 행사할 수 있는 한정적 권리로 파악한다.

토지소유권의 권능의 분화현상은 영국에서는 소유권과 개발권의 분리 및 개발권의 공유화로, 미국에서는 개발을 소유권에서의 분리에 의한 개발권양도제(transfer of development right)로, 프랑스에서는 소유권에서 건축권의 분리로 이미 토지소유권에서 개발권을 분리하여 입법적으로 공유화하였거나 개발권에 시장유통성(marketability)을 부여하여 개발권만을 독립한 권리로 인정하는 경향도 있다.

2. 소유권과 개발권의 분화

개발의 정의에 대해서는 ‘지중·지표·지상 또는 지하에서의 건축행위, 토목행위, 기타 작업의 수행 및 토지용도의 상당한 정도의 변경 또는 특정시점에서의 토지의 현상변경행위’라고 할 수 있다. 즉, 건물을 신축한다던가 공작물을 설치하는 것과 같은 유형적인 행위뿐 아니라, 용도지역지구의 지정 또는 변경과 같은 무형적인 용도변경행위도 개발의 개념에 포함된다.

개발권분화론은 토지소유권자에게 현재의 토지이용권만 인정하고 장래의 개발권은 국가가 갖거나 독립한 권리로 양도될 수 있는 것으로 파악한다. 개발이익과 개발손실의 조정을 위한 개발권의 분리는 지가의 이동설(移動說)에 근거하고 있다. 지가는 현재이용가치와 개발가치로 구성되며, 개발가치는 모든 토지에 잠재적으로 기대되는 가치로서 모든 토지에 잠재해 있다가 특정토지에 개발이 있게 되면 그 토지에 이동하여 정착된다고 한다. 따라서, 개발토지의 지가는 상승하고 개발이 억제되는 토지의 지가는 하락하게 되어 개발계획에 따라 지가가 감소한 소

유자에게는 손실보상을 하고, 개발이익이 발생한 소유자에게 개발이익을 환수함으로써 전체로서의 지가는 변함이 없게 된다. 그러나, 이러한 방법은 동일한 토지소유권의 범위 내에서 지가의 이동이 가능할 때 적절한 것이므로, 토지의 국유화를 하지 않고서도 지가의 이동을 동일 소유권 내에서 이루어지게 하기 위해서는 개발권만을 공유화(公有化)하는 방법이 제기되었다.

미국에서의 개발권양도제는 토지이용규제, 토지개발의 촉진, 개발손실의 보상, 녹지의 보전 등을 위한 종합적인 토지정책수단으로서 창안되었다. 정부가 토지를 수용할 경우 수정헌법 제5조에 따라 정당한 보상을 지급해야 하므로 정부의 재정적 부담이 증가하게 된다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 정부의 재정부담없이 보상하는 방법으로 등장한 것이 바로 개발권양도제이다. 즉, 개발을 억제하여 보전하고자 하는 지역의 토지개발권을 개발이 가능한 토지의 소유자에게 매각할 수 있게 함으로써 개발이 억제당하는 토지소유자는 개발권의 양도대가로서 토지이용규제로 인하여 발생하는 손실을 보상받을 수 있다. 개발권양도제의 활용으로 토지의 용도에 따라 개발권을 정하여 배분함으로써 개발의 밀도, 토지의 용도 등을 규제할 수 있고, 개발을 촉진하고자 할 때에는 개발권의 매각을 용이하게 하고 개발을 억제할 때에는 개발권의 매각을 어렵게 함으로써 개발의 시기 및 속도를 조절할 수 있게 된다. 특히, 미국에서는 개발손실의 보상방법으로 개발권양도제를 활용하고 있다.

3. 소유권과 건축권의 분화

소유권에서의 건축권의 분화는 프랑스에서 입법화하여 시행되었다. 프랑스는 사소유권의 관념이 강하였음에도 불구하고, 1975년 제정된 토지개혁법에서 토지소유권의 내용의 일부인 건축권을 분리하여 건축권의 일부를 무상으로 공유화한 법정건축밀도상한제를 도입하였다. 법정건축밀도상한제는 토지소유자에게 허용될 수 있는 건축밀도를 법정하고 이를 초과하여 건축하고자 하는 자는 국가로부터 건축권을 매입해서 건축하도록 하였다.

건축밀도는 건축물의 연상면적(延床面積)을 건축물의 대지면적으로 나눈 수치로서 토지개혁법은 법정건축밀도를 파리시는 1.5로 하고, 기타 지역은 1로 하고 있다. 법정건축밀도를 초과하여 건축하고자 하는 자는 지방정부에 법정건축밀도상한초과부담금을 납부하고 건축허가를 받아야 한다. 이때 법정건축밀도상한초과부담금은 법정건축밀도를 초과한 연상면적에 당해 건축지 주변의 평균지가를 승(乘)하여 산정한 금액으로 한다.

이러한 법정건축밀도상한제는 토지의 지상이용권 중 토지소유가가 이용할 수 있는 사적 공간과 이 한계를 넘어선 공적 공간으로 구분한 것으로, 이러한 발상은 토지소유권 중 상당한 권리를 국가에 이양하고 그 나머지를 개인에게 남겨둔다는 것을 의미한다.

제 3 절 대심도 지하공간에 대한 토지소유권의 효력범위

1. 개 설

현행 민법의 규정에 의하면 토지소유권이 미치는 지하공간의 범위를 정하기 위해서는 토지소유자가 어느 정도의 깊이의 지하에까지 소유권에 의한 정당한 이익을 갖고 있는가를 판단해야하는 것이 선결문제로 된다. 아래에서는 이러한 판단을 위한 몇 가지의 해석론적 기초를 제시하고자 한다.

첫째, 토지소유권이 미치는 범위를 확정하는 기준인 ‘정당한 이익이 있는 범위’에 관해서는 전술한 바와 같이 독일 민법이 시사하고 있는 것처럼 적극적인 이익과 소극적인 이익의 양 측면에서 고려할 필요가 있다. 즉, 소유권이 미치는 범위를 일률적으로 확정하는 것이 아니라, 방해배제청구권의 행사 여부·소유권의 침해로 인한 손해배상청구권의 행사 여부·사용수익권의 여부 등과 같이 구체적인 쟁점에 따라 개별적으로 ‘정당한 이익’에 대한 판단을 함으로써 각각 결론은 다르게 될 수 있다.¹⁰²⁾

102) 이러한 주장을 하고 있는 견해로는 野村好弘, 『注釋民法(7)』, 234頁이 있다.

둘째, 지하공간에 대한 소유권의 효력범위를 판단함에 있어서 근래에 주장되고 있는 ‘사회적 기능으로서의 소유권론’을 주목할 필요가 있다. ‘사회적 기능으로서의 소유권론’은 법은 사회적으로 기대되는 기능을 영위하는 범위에서 소유권을 보호한다는 것으로서, 이에 따르면 ‘정당한 이익’의 판단은 소유권이 미치는 공간에 대해 법적 보호를 부여함에 있어서 가치가 있는가의 여부를 순수하게 사실적으로 판단하는 것을 의미한다.

셋째, 토지의 상하공간의 이용을 위해서는 토지소유자의 ‘정당한 이익’을 판단하는 시기를 언제로 할 것인가를 결정해야 한다.¹⁰³⁾ 즉, 토지소유자가 토지의 상하에 어느 범위까지 정당한 이익을 가지고 있는가는 소유자가 현재에 어떠한 이용을 하고 있는가에 관한 것이 아니라, 일반적으로 어떠한 이용가능성(최유효 이용가능성)을 갖고 있는가를 기준으로 판단할 필요가 있고, 최유효 이용가능성은 당해 토지가 현시점에서 놓여져 있는 구체적인 상황하에서 판단되어야 한다. 이는 토지매매의 경우 당시의 토지의 이용가능성 뿐 아니라, 각종 법령의 범위 내에서 당해 토지의 가장 유효한 이용가능성을 감안하여 가격이 결정된다는 점을 보더라도 분명하게 된다.¹⁰⁴⁾

2. 대심도지하의 정의

지하공간은 지표면 위의 지상공간과 지표면을 경계로 대칭을 이루고 있는 지중(地中)을 의미한다. 최근에는 토지소유자의 통상적 이용가능성과 일정한 깊이 이하를 기준으로 하여 지하공간을 대심도와 한계심도로 구분하고 있다.

이 견해는 통설과 같은 입장을 전제로 하여 ‘이익이 존재하는 한도’의 평가기준의 본연의 자세를 논하는 견해이고, 통설과 대립하는 견해로서 분류하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

103) 예를 들어, 초고층빌딩의 경우 기술적으로는 가까운 장래에 1000미터 높이의 건물을 건축하는 것이 가능하다고 한다. 따라서, 이러한 가까운 장래의 이용가능성을 기준으로 고려해야 하는가 또는 현재의 기술수준이나 법령상의 제한을 전제로 하여 고려해야 하는가에 따라서 어느 정도 범위의 지하까지 이용상의 이익을 갖는가의 판단은 차이가 나게 된다.

104) 이러한 예로는, 현재에는 나대지의 상태에 있더라도 도시계획상 개발가능성이 높은 토지에 대해서는 장래의 이용가능성을 감안하여 높은 가격이 형성되는 점을 들 수 있다.

대심도는 건축물의 지하실이나 건물의 기초가 미치지 않으며 토지소유자의 이용가능성이 거의 없는 지하공간 즉, 대도시지역의 지하의 내부와 지하실 등의 통상적인 깊이 중 법령으로 정한 깊이 또는 통상의 공작물을 지지하는 지반으로 법령으로 정한 요건을 만족하는 부분의 깊이가 아래의 지하구역으로서 지하실로 통상 이용할 수 있는 부분과 건축물의 기초 중 더 깊은 부분으로 토지소유자의 이용가능성이 거의 없는 지하공간을 말하고,¹⁰⁵⁾ 한계심도는 지하시설물의 설치로 인하여 일반적인 토지이용에 지장이 없는 것으로 판단되는 깊이로서 토지소유자의 통상적 이용행위는 예상되지 않지만, 이용가능성은 인정되는 지하공간이라고 정의된다.¹⁰⁶⁾ 따라서, 사실상 지하공간은 한계심도를 경계로 하여 그 아래와 위로 구분되어 지표의 사용에 불가분으로 결합되는 지표의 지하부분(건물의 기초, 지하실 등), 한계심도, 대심도라는 3개의 층으로 구분할 수 있다.

이러한 개념적 구분은 소유권이 미치는 효력범위를 축소해 보려는 의도와 토지소유자의 소유권문제와는 별개로 토지소유자의 동의나 보상없이 토지소유자 이외의 제3자가 지하공간을 이용할 수 있는 방안을 모색하려는 시도에 비롯된 것으로,¹⁰⁷⁾ 한계심도와 대심도의 법적 권원을 차별화하여 대심도에는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 하여 대심도 지하에 대한 이용상의 효율성을 부여하는데 그 의의를 찾을 수 있다.

대심도 지하공간은 대도시를 중심으로 그 지하에 공적인 사용을 원활하게 수행하기 위해 토지소유권이 미치는 강도를 토지의 깊이에 따라 구분하고자 하는 개념으로서, 사회적으로 승인되고 장래 기대가능성이 있는 건축물 또는 시설물을 건설하는 이용형태를 전제로 하여 토지소유자의 ‘이용이익’의 유무를 기준으로 하여 통상적으로 토지소유자의 이용이익이 없는 것으로 판단되는 깊이의 지하를 대심도지하라고 할 수 있다.¹⁰⁸⁾

105) 阿部泰隆, “大深度地下利用の法律問題1”, 『法律時報』68卷 9号, 1996.8, 63頁.

106) 阿部泰隆, “大深度地下利用の法律問題1”, 35頁.

107) 김영훈, “지하공간이용에 관한 공법적 연구”, 『법학논총』제11집, 숭실대 법학연구소, 1998, 112면.

108) 鎌田薫, “大深度地下利用と土地所有權”, 67頁.

지하 수십 미터에 이르는 지하의 사용에 관해서는 토지의 통상 이용 가능한 범위를 넘어선 것이고, 이른바 자유사용의 개념에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 따라서, 이 지하공간에는 토지소유자가 이익을 갖지 않으므로 토지소유자의 소유권이 미치지 않으므로, 민법 제252조 제2항의 규정에 따라 국가에 소유권이 귀속되는 것으로 볼 수 있다. 토지 소유권은 지상의 일반적인 토지이용이 방해받지 않는 정도 또는 지상의 권리자가 일반적으로 지하를 이용할 수 있는 정도까지는 소유권이 미친다. 따라서, 토지의 수직적 이용과 관련해서는 토지소유권과의 충돌이 발생하는 범위는 토지소유자의 소유권이 인정되는 한계심도로 좁혀진다. 즉, 국가나 공법인 등의 개발주체에게 개발이익이 있는 범위의 공간에는 소유자에게도 정당한 이익이 있다고 추정되기 때문이다. 따라서, 개발주체가 소유자에게 정당한 이익이 미치지 않는 이용가능성이 없는 공간이라고 하기 위해서는 개발주체가 이를 입증해야 할 것이다. 따라서, 토지의 수직적 이용의 문제는 토지소유권의 범위가 인정되는 한계심도의 범위에 대해서 개발주체와 소유자와의 개별적 합의에 의하거나, 토지소유권을 제한하는 방법으로 이루어지게 되고 대심도 지하공간에 대해서는 토지소유권과의 충돌을 발생시키지 않는다.

대심도 지하공간은 대부분의 토지소유자에게 현실적인 이용이익 또는 이용가능성이 없는 지하공간이므로, 대심도 지하공간에서의 소유권은 현실점에 있어서는 관념적·추상적인 보호가치의 필요성에 의문이 간다. 대심도 지하공간이 이처럼 현실적 이용이익이 없는 공간이라고 한다면, 공공의 필요가 존재하는 경우에 그 이용을 우선시키는 정책을 취하더라도 소유자는 구체적인 손실을 받을 우려는 없다고 할 수 있다. 이러한 대심도 지하공간은 토지소유자의 이용이익 및 이용가능성이 없으므로, 지하시설을 건설하여도 토지소유자에게 손실을 줄 염려가 없는 지하공간으로서 법률에 기해 구체적으로 규정할 수 있을 것이다.

지하의 깊은 부분인 대심도에 관해서는 이용가능성이 거의 존재하지 않는 공간이라고 할 수 있지만, 소유권이 미치고 있다는 것을 전제한 후, 이용가능성 또는 이용이익이 없다는 것을 입증하도록 하는 방법으로 접근하는 방안도 고려할 수 있다. 그러나, 소유권이 미치는 범위의 제한가능성에 관해 이용가능성이 없는 대심도 지하공간에 대한 제한은

공공목적이 존재하는 경우에는 법률에 의해 일정범위의 대심도 지하공간을 이용할 권리를 공적으로 부여하는 것은 가능하다고 할 수 있다.

한편, 일본의 '대심도지하이용법'에서는 지하실의 건설을 위해 통상적으로 이용되지 않는 깊이(40미터) 또는 현행법상 건축가능한 최대용적율의 건물하중을 지탱할 수 있는 지지층 상층부에 이격거리(10미터)를 더한 깊이 중 어느 하나의 깊이보다 더 깊은 곳 이상 지하를 '대심도지하'라고 규정하고 있다(동법 제2조 제1항 참조). 대심도 지하공간의 정의에 있어서 가장 핵심적인 요소는 토지소유자의 '이용이익'에 관한 것으로, 이에 관해서는 다음과 같이 좀더 구체적으로 검토할 필요가 있다.

첫째, 지하실이나 그 밖의 공작물 등의 설치를 위한 적극적인 이용이익을 판단할 필요가 있다. 현재에는 약 40m 깊이의 지하실도 존재하고 있고, 기술적으로는 이보다도 깊은 곳에 지하실을 건축하는 것도 가능하지만, 용적율의 제한이나 건설비용 등을 고려한다면 25m를 초과하는 지하공간에 지하실을 설치할 가능성은 그리 높지 않다고 한다. 따라서, 토지소유자가 이용가능한 최대한의 심도를 기준으로 정당한 정당한 이익이 있는 범위로 설정하는 방안도 모색해볼 수 있을 것이다.

둘째, 지표에 건물을 건축하기 위해 지하공간을 이용하는 경우에 있어서 그 깊이는 지반의 상태에 따라 다를 수가 있지만, 도시계획에 의해 인정되는 최대용적율에 의한 건물의 하중을 지탱할 수 있는 지지층까지의 지하공간이 건축물설치를 위해 필요한 깊이로 볼 수 있다.

셋째, 지표를 이용함에 있어서 장애(障害)를 초래하는 지하이용을 배제한다는 측면에서 소극적인 이익에 관해서도 고려할 필요가 있다. 토지소유자가 직접적으로 이용을 할 수 없는 깊이의 지하공간에 진동을 발생시키는 시설을 설치함으로써 지표에서의 토지이용이 방해받는 경우에는 역시 토지소유권자의 이익이 방해되는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나, 이러한 침해의 가능성은 일반적인 경우라고는 할 수 없고, 또 이러한 침해는 방해배제청구권 등 일반적인 소유권침해에 대한 구제방법으로 해결할 수 있으므로, 일률적으로 소유권이 미치는 깊이를 정할 필요는 없을 것으로 보인다. 다만, 대심도지하의 터널이 붕괴되는 경우에는 지상건물에도 영향이 미치므로 지하구조물과 지상건물 사이에 일정한 이격거리를 두는 것을 고려할 필요가 있다.

3. 대심도지하에 대한 소유권의 행사와 공적 사용

전술한 바와 같이 대심도지하는 토지의 이용 등에 있어서 토지소유자가 통상적으로 이익을 갖지 않는 공간이라고 할 수 있으므로, 논리적으로는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 생각할 수 있다. 그러나, 대도시에 있어서도 지하 수백m부터 1,000m를 넘는 깊이의 온천을 시추하거나, 실험용 시설 등을 설치한 예도 있다.

이러한 유형의 토지이용은 대도시에서는 일반적으로 기대할 수 있는 범위에서의 토지이용이라고는 할 수 없으므로, 이러한 유형의 토지이용을 근거로 하여 대심도지하에도 토지소유권이 미치는 것으로 단정할 수는 없지만, 이러한 시설을 설치할 권원(權原)은 일반적으로 토지소유권에 의해서 인정되므로, 대심도 지하공간에서의 토지소유권을 부정하는 것도 적절하지는 않다.¹⁰⁹⁾

또한, 전술한 바와 같이 토지소유권이 미치는 범위를 확정하는 경우에는 개별적인 사안별로 어떠한 이익이 존재하는가를 감안해야 하므로, 일률적이고 객관적인 기준을 정하는 것은 바람직하지 않다. 또한, 대도시지역에서 공공시설의 설치예정이 없는 토지에 대해서조차 확일적으로 소유권을 제한하게 된다면 토지소유권에 대한 과도한 제한이라는 비판에 직면할 수 있다. 즉, 공공시설의 설치에 관한 구체적인 계획이 없는 경우에도 전 국토를 대상으로 일률적으로 지표면 몇m 이하에는 토지소유권이 미치지 않는 것으로 제한하는 것은 토지소유권에 대한 본질적인 부분을 부정하는 결과로 된다. 따라서, 대심도지하에 대해서 토지소유권의 효력범위를 일률적으로 제한하는 것은 바람직하지 않다는 견해도 있다.¹¹⁰⁾

109) 한편, 일본에서는 일본 헌법 제29조 제2항 및 민법 제207조에 기해 ‘법률’ 또는 ‘법령이 정함’을 근거로 하여 대심도 지하공간에는 토지소유권이 미치지 않는다는 점을 분명히 하자는 견해도 있다(伊藤進, “大深度地下空間に對する土地所有權の限界”, 592頁). 이 견해는 구체적인 이용이익을 갖지 않는 토지소유자가 대심도 지하공간을 거래의 대상으로 하는 것을 피하고, 이를 공적으로 관리해야 한다는 주장을 펴고 있다.

110) 平松弘光, 『地下利用權概論』, 17頁도 지표면에서의 토지이용이나 지하이용의 태양, 매설된 시설물의 규모 등에 따라 사회통념에 비추어 개별적으로 판단해야 한다는 견해이다.

그러나, 대도시의 경우에는 그 지하부분에 대한 토지소유자의 이용이익은 상대적으로 적은 편이므로, 공익성을 갖는 사업에 의한 지하이용을 토지소유권에 우선시키더라도 토지소유권을 침해하거나 토지소유자에게 구체적인 손실을 발생시키는 경우는 적은 편이므로, 법률에 근거를 두고 소유권이 미치는 범위를 대심도보다는 얇은 깊이의 지하로 정하는 것은 고려할 필요가 있을 것이다.

일본의 ‘대심도지하이용법’은 정령(政令)에 의해 정해지는 대상지역(동법 제3조)의 대심도지하에서 공익성이 높은 사업(동법 제4조)을 실시하는 경우에는 토지수용절차보다 간이한 절차에 의해 사업자가 사전보상을 하지 않고도 공법상의 사용권의 설정 받을 수 있도록 하고 있다(동법 제16조, 제25조, 제37조 참조). 다만, 예외적으로 구체적인 손실이 있는 경우에는 사용권을 설정한 후에 토지소유자가 사업자에 대하여 손실보상을 요구할 수는 있다.

제 4 절 공중권(空中權)

공중권은 토지의 상부공간을 수평으로 구획하여 건축적으로 이용하는 권리 또는 일정구역 내에서 일정 높이나 그 이상의 공간을 포괄적으로 이용하고 지배하는 권리를 말한다.¹¹¹⁾

공중권의 법리는 영미법에서 발달된 것으로서 공중이용에 관한 문제를 대상으로 하고 있다. 공중이용과 관련된 구체적인 예로는 특정 토지 공중으로의 비행(飛行), 인근 토지 위의 고층건물의 건축으로 인한 통풍·태양·전파수신의 방해 등의 문제, 인공강우에 의한 기상조작 등의 문제가 공중권의 문제로 다루어지고 있다. 특히, 공중권의 법리는 조망권과 같이 공중 일부의 이용으로 인한 토지소유권의 침해의 문제로 다루어지고 있다.

영미 보통법에서는 ‘토지를 소유한 자는 지상 끝까지 소유한다(Cujus est solum, ejus usque ad coelum; He who owns the soils upward into heaven)’는 원칙이 확립되어 있다. 그러나, 항공시대의

111) 日本 建設省 空中權調査研究會編, 『空中權』, ぎょうせい, 1975, 4頁.

도래와 함께 이 원칙은 항공기의 비행에는 적용될 수 없게 되었다. 따라서, 토지소유자들은 항공기의 비행으로 인하여 토지이용의 방해가 있는 경우에는 국가가 소유하는 공항의 운영자를 상대로 역수용(逆收用, inverse condemnation)¹¹²⁾을 청구하는 소송을 제기할 수 있다.

공항 당국이 비행을 허락하면서 특정 토지의 상공을 직접 비행하게 하고 근접한 고도를 유지하도록 허용한 경우에 토지소유자는 불법침입(trespass)소송을 제기할 수 있고, 공항당국이 불법침입소송에서 면책될 수 있다면 토지소유자는 연방헌법에 규정된 수용(taking)을 근거로 보상을 청구할 수 있다. 실제로 미국 연방대법원은 특정 토지 위를 아주 낮은 고도로 직접 비행케 하여 그것이 토지소유자의 토지이용을 방해했다면 수용이 된다고 판결한 바 있다.¹¹³⁾ 이 판결에서 연방대법원은 ‘오늘날 토지소유자는 일반적으로 비행기의 최저고도 이상으로는 상공을 소유할 권리가 없으므로, 그러한 상공은 개인적 권리가 존재하지 않는 공공고속도로(public highway)로 된다. 실제로 상승과 하강을 위한 최대한의 항로를 이루기 위한 항해공간으로 요청되는 공중은 공공의 소유이다’라고 하여 토지소유권의 범위를 정하였다.¹¹⁴⁾

따라서, 항공기가 근접고도 밖을 비행한 때에는 불법침입이 인정되지 않지만, 불법행위 리스টে이트먼트에서는 비행기가 특정 토지의 근접고도 밖을 비행하였으나, 토지소유자의 당해 토지이용 및 향유를 불합리하게 방해한 때에는 인접방해(nuisance)가 된다고 한다.¹¹⁵⁾

항공기의 운항 이외에 공중권의 문제로 될 수 있는 경우로는 인근 토지에 고층건물을 건축함으로써 라디오 청취나 텔레비전의 시청이 방해

112) 역수용은 토지수용이 아니라 토지에 대한 용도지역지구의 지정 등에 의한 토지이용의 규제가 경찰권의 한계를 넘어서 수용에 해당될 때 당해 토지소유자가 일반적으로 손해배상을 청구하지 않고 국가에 대해서 당해 토지를 매수할 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다(김상용/정우형, 『토지법(증보판)』, 법원사, 2004, 356면).

113) U.S. v. Causby, 328 U.S. 256(1946).

114) Robert Irwin, *Real Estate*, Handbook, MacGraw-Hill, 1984, p.19.

115) §159, Restatement of Torts 2nd, Comment. 우리 나라에서는 김포공항 소음구역 거주자들의 항공기 소음으로 인한 손해배상청구에 대하여 김포공항에 대한 설치관리주체로서의 국가와 관리주체로서의 한국공항공사의 배상책임을 인정할 판례가 있으나(서울지법 2002. 5. 14, 2000가합6945), 이 판례는 정신적 피해 등에 관한 것이고 토지이용과는 관련성이 적다.

받는 경우에 인접방해가 되는가에 관해 외국에서는 이를 부정한 판례가 있다.¹¹⁶⁾ 인공강우에 의한 기상조작에 대해서 토지소유자는 공중의 기상조건에 관한 권리를 갖는가에 관해, 인공강우를 위해 당해 토지 위를 직접 비행하지 않는 한 토지소유자는 어떠한 소송도 제기할 수 없으나,¹¹⁷⁾ 당해 토지 위를 비행한 경우는 손해배상을 인정하고 있다.¹¹⁸⁾

제 5 절 법정밀도상한제

1. 의 의

프랑스는 1975년 12월 토지정책개혁법(Réforme de la Politique Foncière, 법률 제75-1328호)를 제정하여 법정밀도상한제(Plafond Légal de Densité : PLD)와 거래개입구역(Zone d'Intervention Foncière : ZIF)의 두 가지 토지정책수단을 법제화하였다.¹¹⁹⁾

법정밀도상한제는 토지소유권에서 건축권을 분리하여 건축권의 일부를 무상으로 국유화한 조치로서, 일정 한도 내에서는 건축권이 토지소유자에게 속해 있는 것이 아니라 공동체에 속하는 것이라는 논리에 입각하고 있다. 즉, 법정건축밀도를 초과해서 건축할 수 있는 기능을 구분하여 자치단체에 귀속시킴으로서 그 상한선을 초과하여 건축을 하고자 하는 자는 당해 자치단체의 허가를 받아야 하고, 동시에 일정한 건축밀도 상한초과부담금을 납부하게 하여 토지이용밀도를 법으로 제한한 것이다. 지가(地價)는 건축가능성의 대소에 따라 결정되므로, 개인이 고밀도로 건축할 수 있는 것은 국가나 자치단체가 공공시설의 설치비용을 부담하기 때문에 가능한 것으로 보아, 고밀도건축에 따른 이익도 이들에게 귀속되어야 한다는 논리가 전제되어 있다.

116) People ex. rel, Hoogasian v. Sears Roebuck & Co. 287, N. E. 2d 677 III, 1972.

117) Steven Emanuel, *Property*, 1980, p.490.

118) Southwest Weather Research Inc. v. Rounsaville, 320 S. W. 2d 211(Ccivil App. Tex 1958).

119) 이하의 프랑스 법정밀도상한제는 김상용 외, 『토지법(증포판)』, 법원사, 2004, 358~363면 ; 박헌주/서순탁/정우형, 『국토의 합리적 관리를 위한 개발권 분리방안 연구』, 국토연구원, 2000, 44~49면 및 141~188면을 정리한 것이다.

법정밀도상한제도는 법정건축밀도를 초과해서 건축할 수 있는 권능을 지방자치단체에 귀속시켜 그 상한선을 초과하여 건축을 하고자 하는 자는 당해 자치단체의 허가를 받아야 하고 동시에 일정한 건축밀도상한 초과부담금을 납부하는 제도라고 할 수 있다. 이 제도는 전국에 일률적인 법정밀도상한을 정하여 도심밀도를 억제하면서 고밀화에 대한 부당한 압력을 차단하고 동시에 용적율로 인한 토지가격의 불평등을 해소하는데 목적을 두고 있다. 그러나, 법정밀도상한제의 효과가 미비하자, 1986년 법률을 개정하여 법률의 일반적인 적용을 폐지하고 각 자치단체의 의결사항으로 남겨두었다. 그 결과, 법정밀도상한제는 지역의 용적율 제한수단으로 기능을 하고 있으나, 파리에서는 더 이상 법정밀도상한제를 적용하지 않고 있다.

2. 법정밀도상한제의 내용

프랑스의 도시계획법에서는 건축밀도규제로서 토지점용계수와 법정상한밀도를 규정하고 있다. 토지점용계수는 토지 1m²당 건축가능면적을 표시한다.¹²⁰⁾ 프랑스 대법원은 법정상한밀도에 대해 토지소유권에 대한 법률상 제한의 하나로 판결하여, 토지소유권으로부터 건축권을 분리하여 일정한도를 초과한 건축권은 더 이상 개인이 향유할 수 있는 권리가 아니라고 판결하였다.¹²¹⁾ 따라서, 용적율의 법정한도를 초과하여 건설하고자 하는 경우에는 초과토지면적에 상당하는 토지가격을 지불하지 않으면 건축허가를 받지 못한다. 법정밀도수치는 파리시가 1.5(용적율 150)이고, 그 외 지역이 1.0(용적율 100)으로 정해져 있어 1,000m²의 토지에서 건축이 가능한 건물연면적은 파리에서 1,500m², 기타 지방에서는 1,000m²으로 된다.

법정밀도상한제는 이를 초과하는 건축을 금지하여 도시의 용량을 정하는 것이 아니므로, 토지소유자는 토지점용계수 및 도시계획제한 범위

120) 즉, 토지점용계수가 0.4라는 것은 1,000m²의 부지에 400m² 용적율을 가진 건물의 건축이 가능하다는 것을 의미한다.

121) Geoges LIET-VEAUX et Andree THULLIER, Droit de la construction, Paris : Litec, 11e ed. 1994, p100(김상용 외, 『토지법(증보판)』, 360면 참조).

내에서 이를 초과하여 건축할 수 있다. 다만, 법정상한밀도를 초과하는 부분은 공공에 속하므로, 이를 초과하여 건축을 하고자 하는 자는 그 대가를 지불해야 한다. 초과부담금의 부과는 건축주체·용도·성질의 구분없이 전국의 모든 건축물에 일률적으로 적용되나, 주거지역 및 부과면제지역에서는 면제된다.

법정상한밀도를 초과하여 건축하는 자는 추가로 취득할 필요가 있는 토지면적에 준하는 금액을 지급해야 하는데, 이때 밀도상한초과부담금은 1m^2 당 용지가격 \times 법정상한밀도 초과건축면적이다.¹²²⁾ 초과부담금 산정을 위해 건축허가 신청자는 건축 예정지의 토지가격을 신고해야 하며, 신고된 지가가 낮다고 판단되는 경우 행정청이 평가할 수 있다. 행정청과 건축허가신청자간에 의견이 일치하지 않는 경우 일반 법원의 판단에 의해 결정된다.

법정밀도상한제의 운용을 통해서 발생한 재원은 원칙적으로 당해 지방자치단체에 귀속된다. 법정한도의 2배 이내의 초과건축에 의해 얻어지는 수입은 그 수입의 75%는 당해 지방자치단체에, 나머지 25%는 법정한도의 2배를 초과하는 부분에서 생기는 부담금과 함께 지방자치단체시설정비기금에 귀속된다.

법정밀도상한제는 그 적용범위가 한정되어 있어 실제 효과는 미미한 것으로 평가되어, 법정밀도상한제를 실질적으로 적용할 의의가 있는 곳은 몇몇 지방 대도시에 불과하다. 1976년부터 1985년까지 연간 35만건 내지 40만건의 건축허가 중에서 그 효과를 본 것은 약 2,000건 내지 3,000건에 불과하다고 한다. 이 제도는 용적율의 한도를 전국에 걸쳐 일률적으로 정함으로써 일차적으로는 토지소유자나 개발업자의 개발지향성 및 고층지향성을 제한했고, 이를 통해 도시중심부의 과밀화와 고층화를 방지하고 보다 인간적인 도시환경의 조성에 그 목적이 있었다. 그러나, 개발업자는 초과부담금을 지불하고서라도 고층건물을 세우거나 아예 적용을 받지 않는 지역에서 건축함으로써 이 지역의 난개발을 초래하였다.

122) 예를 들어, 파리시내에서 $1,000\text{m}^2$ 의 토지에서 연면적 $3,000\text{m}^2$ 의 건물을 짓고자 하는 경우에는 $1,500\text{m}^2$ 의 한도초과분이 발생하는데, 이 경우 추가로 취득할 필요가 있는 토지면적 $1,000\text{m}^2$ 에 상당하는 비용을 납부하여야 한다.

또한, 초과부담금을 피하기 위해 낡고 개성없는 건물의 투기적 재건축현상을 가속화시키기도 하였고, 법정밀도한도를 설정하여 밀도초과분에 대한 부담금을 지불하도록 하는 것이 지가안정에 기여한 것인가에 대해서는 회의적인 반응이 많은 편이라고 한다. 특히, 초과지불부분이 토지가격으로 흡수되거나 건설비에 흡수되어 결과적으로 실수요자가 부담하게 될 우려가 많았다는 점도 비판의 대상이 되었다.

제 6 절 개발권의 분리

1. 개발권의 의의

토지소유권은 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 권능으로 구성되어 있으나, 토지소유권은 국가가 부여한 용도에 따라 이용되어야 하고, 국가로부터 허가를 받아야 유형적인 변형을 가할 수 있다.

오늘날에는 토지의 용도를 특정하여 그 특정용도에만 이용케 함으로써 토지를 최고도로 이용하려는 경향이 강하다. 따라서, 토지의 용도를 특정함으로써 유형적인 변형이 활발한 토지도 있고, 물리적인 변형을 가하지 못하게 하여 자연 그대로 보전되는 경우도 있다. 따라서, 토지의 용도가 무엇인가, 어떠한 변형이 가능한가에 따라 그 토지가 갖는 재산적 가치는 많은 차이를 갖게 된다. 이와 같이 토지의 현재의 이용상태에 대해서 유형적 또는 무형적인 변형을 가하는 것을 토지의 개발이라고 할 수 있다. 즉, 토지개발은 토지에 대한 권리의 변경이 아니라 단순히 토지의 이용상태의 변경을 말한다.¹²³⁾ 또한, 이와 같이 토지의 이용상태를 변경할 수 있는 권리를 개발권이라고 한다. 즉, 무형적인 토지의 용도지정, 변경 또는 물리적·유형적인 변형권을 개발권이라고 할 수 있다.¹²⁴⁾ 이러한 개발권은 토지소유권의 한 권능으로서 토지소유자에게 귀속하던 또는 독립한 권리로서 국가나 공공단체에 귀속하던

123) 김상용 외, 『토지법(중보판)』, 218·220면

124) 이러한 개발권은 근대에서는 토지소유권의 한 권능으로 파악되어 토지소유자에게 귀속하는 것으로 이해되어 개발권이라는 독립된 개념조차 인정되지 않았다. 그러나, 현대에서는 토지문제가 제기되고 토지재산권에 대한 공적 규제가 강화됨으로써 개발권의 개념이 점차 정립되고 있으며 이를 토지소유권에서 분리하는 방안에 대해 논의가 되고 있다.

토지의 이용상태의 변경권으로서 그 행사에 의해 토지는 적성에 맞게 가장 유효하게 이용될 수 있다. 이러한 점에서 개발권은 현행의 토지이용권에 대립하는 개념으로서 장래에 있어서 토지의 이용상태의 변경권이라고 할 수 있으므로, 토지소유권은 현재이용권과 장래이용권으로 분리하여 생각할 수 있다.¹²⁵⁾

즉, 토지에 대한 사적 이익은 토지의 사용·수익·처분권으로 나타나며, 공적 이익은 토지의 관리 즉, 용도지정과 토지개발의 허가권의 형태로 행사된다. 이와 같이 토지의 이용상태를 기준으로 볼 때, 사소유자는 토지의 현재 이용권(current use right)를 갖고 있고, 토지의 용도부여 또는 유형적 변경권¹²⁶⁾ 즉, 장래 개발권(future development right)은 국가가 갖는 것으로 볼 수 있다.

그러나, 기존에는 이러한 개발권도 토지소유권의 한 권능으로서 토지소유자가 갖는 것으로 파악하였으며, 국가는 다만 토지에 대해서 공적인 규제를 가하는 것으로 이해되어 왔다. 그러나, 개발권을 중심으로 한 국가의 공적규제가 심화되어 단순한 규제를 넘어서 토지소유권의 한 권능을 취득한 것과 마찬가지로의 상태에 이른 것으로 볼 수 있다. 이에 각국은 토지소유권에서 개발권을 분리하여 공유화하기도 하고, 시장에 유통시키거나 토지소유권은 국가도 사소유자와 동시에 갖고 있으므로 토지소유권은 사인과 국가의 집단적 소유권(collective ownership)으로 보는 견해도 있다.¹²⁷⁾

2. 토지소유권으로부터 개발권의 분리

(1) 개발권 분리의 의미

전술한 바와 같이 개발권은 토지소유권의 한 권능으로 인정되나, 그 권능의 행사는 국가에 의한 공적 규제의 대상으로 되었고, 개발권행사

125) 김상용 외, 『토지법(증보판)』, 223면.

126) 녹지를 택지로 변경하거나 농지를 개발제한구역으로 지정하는 경우와 같이 특정한 토지에 특정용도를 부여하는 경우를 무형적 개발이라 하고, 이미 부여된 용도를 변경하는 경우와 같이 물리적인 변경을 초래하는 이용상태의 변경을 유형적 변경이라고 한다.

127) Robert H. Nelson, *Zoning and Property Right*, MIT Press, 1977, p.1.

에 대한 공적 규제는 심화되어 규제의 정도를 넘어서 개발권을 국가가 취득한 것과 마찬가지로의 결과에 이르고 있다. 따라서, 개발권을 단순한 공적 규제로 이해하는 것보다는 이를 토지소유권에서 분리하여 독립한 권리로서 국가에 귀속하는 방안을 검토할 필요가 있다.¹²⁸⁾

토지소유권에서 개발권의 분리는 토지소유자에게는 현재의 토지이용권만 인정하고 장래의 개발권은 국가에 귀속되거나 독립한 권리로 양도할 수 있는 것을 말한다.¹²⁹⁾ 전통적 토지소유권의 관념 하에서 개발권은 토지소유권에 내재하는 권능이며 토지소유권 자체에서 도출된 권리이다. 토지소유권으로부터 개발권을 분리한다고 할 때 개발권은 독립한 권리로서 사회에 의해서 창조되고 특정 토지에 분배된 권리를 의미하므로, 개발권은 토지소유권에서 도출된 것이 아니라 국가로부터 허용된 권리로 보고 있다.¹³⁰⁾

이러한 점에서 도시집중화의 문제를 해결하기 위해 부분적으로 소유권에서 개발권을 분리하고자 하는 연구와 입법이 진행되고 있고, 이러한 연구와 입법은 개발권을 공유화(公有化)하거나 개발권에 시장유통성(marketability)를 부여하는 방향으로 진행되고 있다. 영국은 가장 먼저 개발권을 분리하는 입법적 조치를 취한 바 있고, 영국과 프랑스가 그 뒤를 따르고 있다. 이들 국가는 전국의 토지를 대상으로 한 것이 아니라, 특수한 목적을 위해 특정한 지역에 한해서만 개발권을 분리하는 입법을 하였고, 이러한 개발권의 분리 또는 공유화는 결과적으로 토지소유권을 지표로 한정하는 효과를 발생시키고 있다.

(2) 영국에서의 개발권의 분리 및 공유화

영국은 1947년 도시농촌계획법에 의해 토지소유권에서 개발권을 분리하여 이를 공유화하였다. 따라서, 토지소유자에게는 현재의 토지이용

128) 이러한 이론에 따르면 현대의 소유권은 전통적인 소유권 중 개발권이 제외된 권리로 파악된다. 그러나, 주의해야 할 점은 모든 토지에 대해서 항상 개발권을 분리하는 것은 아니며, 개발이 극도로 제한되는 지역의 토지나 지하공간의 일정 구역에 대해서만 예외적으로 개발권을 분리한다는 점을 전제로 한다.

129) 김상용 외, 『토지법(증보판)』, 223면.

130) 박윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 55면(김상용교수 집필부분).

권만을 인정하고, 장래의 개발권은 국가에게 귀속시켰다. 영국에서의 이러한 조치는 녹지보전 및 토지에서 발생하는 개발이익과 개발손실의 조정을 위한 것이 주된 이유였다.

영국은 녹지보전을 위하여 그린벨트 내의 토지개발을 억제하여 녹지공간의 확보하기 위하여 노력하여 왔다. 이를 위해 지방정부가 토지를 매수하기도 하고, 중앙정부는 지방정부에 토지매수자금을 대어 해 주기도 하고 녹지공간 내의 토지소유자와의 계약에 의해 농지로만 이용할 것을 약정하기도 하였다. 이와 같은 녹지보전의 방법은 정부로 하여금 막대한 재정적 부담을 지게 하였으며 정부는 녹지보전을 위한 새로운 방법을 찾게 되었다. 이에 영국정부는 1947년 ‘도시농촌 계획법’에서 모든 토지의 개발은 정부의 허가를 받도록 하여 녹지보전을 위해 더 이상 토지를 매수할 필요가 없게 하였으며, 녹지로 보전할 필요가 있는 토지에 대해서는 토지개발허가를 거절할 수 있도록 하였다. 따라서, 토지소유자는 더 이상의 개발권을 보유하고 있지 않게 되어 개발허가가 거부되어도 그로 인한 손실보상을 청구할 수 없게 되었다.¹³¹⁾

영국은 개발권을 분리하여 공유화하면서 공유화(公有化, nationalization)라는 용어는 사용하지 않았으며, 개발권을 국가에 이전한다는 규정도 두지 않고 다음과 같은 방법으로 시행하였다. 첫째, 개발은 개발허가(planning permission)없이 행해질 수 없으며, 둘째 개발허가가 거절되더라도 토지소유자는 개발권을 더 이상 보유하고 있지 못하므로 토지소유자에게 보상을 인정하지 않았다. 셋째, 개발허가가 주어지면 토지소유자로부터 그 개발허가로부터 받은 이익을 포함한 토지가(土地價)와 현재 이용가(利用價)의 차액을 개발부담금(development charge)으로 징수하였다. 넷째, 토지가 강제취득될 때 그 보상은 현재 이용가에 한정하였다. 다섯째, 개발권의 상실에 대한 보상조치로서 3억 파운드의 기금을 조성하여 토지소유자는 정부로부터 단지 한번의 보상 청구권을 행사할 수 있도록 하였다.

131) 김상용 외, 『토지법(증보판)』, 232면.

(3) 미국에서의 개발권 분리 및 시장유통성

미국에서는 개발권양도제에 앞서 개발권선매제를 도입하였다. 개발권선매제는 정부가 개발권을 토지소유자로부터 미리 매입하는 제도로서, 우량농지의 보전을 위해 도입된 제도이다.¹³²⁾ 이 제도는 종래의 용도지역지구제에 의해 농지를 관리해 왔으나, 개발압력이 큰 대도시 주변지역의 우량농지보전에는 한계가 있어 이해당사자인 농민들과의 합의를 통해 개발권을 매입함으로써 우량농지를 보호하기 위한 제도이다.

개발권선매제는 농지보전의 영속성을 높이고 농민들의 재정적 안정에 크게 기여하였으나, 개발권매입에 소요되는 막대한 자금을 정부가 마련해야 한다는 점이 치명적인 약점으로 지적되었다. 또한, 협의에 의해 자발적으로 매입하기 때문에 보전지역 전체를 전부 매입하기가 어렵고, 보전대상 토지를 심사하는데 상당한 시일이 걸린다는 문제점이 있다.¹³³⁾

이러한 개발권선매제의 약점을 보완하기 위해 등장한 것이 개발권양도제(Transferable Development Right, TDR)이다. 개발권양도제는 개발권 매입에 소요되는 막대한 경비조달문제를 보완하고 토지이용규제를 받는 지역의 토지소유자가 당하는 재산상의 손실을 국민의 세금이 아닌 개발이익으로 보상하는 제도이다. 이 제도에 의하면 토지소유권에서 개발권을 분리하여 독립한 권리로 하고 있으나, 이를 공유화하지 않고 개발권에 시장유통성을 부여하고 있다.¹³⁴⁾ 이러한 개발권양도제는 기존의 용도지역지구제의 한계를 보완하는 제도로서, 도시성장과 환경보전을 동시에 추구할 수 있는 효과적인 정책수단 및 개발압력

132) 서순탁/정우형, 『개발권 분리구상에 관한 시론적 연구』, 26~30면.

133) 이정전, 『토지경제학』, 박영사, 1999, 491면.

134) 미국의 개발권양도제의 기본적인 아이디어는 영국의 ‘도시·농촌계획법(Town and County Planning Acts of 1937 and 1947)’에 기초를 두고 있으며 미국에서는 1970년대 초반부터 활용되기 시작하여, 토지이용규제·저소득층의 주거공간확보 등 토지개발의 촉진, 개발손실의 보상, 우량농지 및 녹지의 보전, 생태자원의 보호 등을 위한 종합적인 토지정책수단으로 사용하기 위하여 도입되었다.

을 처리하는 효율적인 토지이용규제기법¹³⁵⁾으로 평가받고 있다.¹³⁶⁾ 또한, 개발권양도제의 활용으로 토지의 용도에 따라 개발권을 정하여 배분하므로 개발의 밀도, 토지의 용도 등을 규제할 수 있다.

개발권양도제의 목적은 용도지역제의 단점을 보완하여 개발로부터 토지를 보전하는 기능을 수행하는데 있으므로, 시장기능에 의해 공급할 수 없는 공공재를 공급하는 것과 유사한 기능을 수행한다. 개발권양도제는 개발의 부정적인 영향을 감소시키고 특정지역에 개발을 집중시킴으로 공공투자비용을 감소시키는 효과가 있다. 따라서, 개발업자의 입장에서는 추가개발에 소요되는 토지의 비용보다 개발권의 비용이 낮다면 개발권을 사용하는 것이 유리하게 된다. 용도지역제가 본질적으로 형평성이 낮은 제도라고 한다면, 개발권양도제는 특정 토지소유자들에게 주어진 용도지역의 개발이익을 재분배하는 방법으로 형평성 문제를 해결하는 제도라고 할 수 있다.

특히, 미국에서는 개발손실의 보상방법으로 개발권양도제를 활용하고 있다. 용도지역지구제에 의한 토지이용행위는 토지의 수용과 달리 경찰권의 행사로서 그로 인하여 규제를 받는 토지의 재산가치의 손실에 대해서는 보상을 하지 않는 것이 원칙이다. 그러나, 토지소유권을 박탈하는 것이 아닌 경찰권행사에 의한 토지이용규제만으로도 토지의 재산가치가 하락하므로 정부가 토지이용규제를 계속하고자 하면 당해 토지를 수용해야 하고 그렇지 않으면 토지이용규제행위가 무효가 되어 합리적인 토지이용을 도모할 수 없다. 그리고, 정부가 토지를 수용할 때에는 수정헌법 제5조에 따라 정당한 보상을 해야 하므로 정부의 재정적 손실이 발생하게 된다. 이러한 문제를 극복하여 경찰권의 행사에 의한 토

135) 토지이용규제를 위해 미국은 용도지역지구제(zoning system)를 이용하였다. 그러나, 용도지역지구제는 토지의 이용규제방법으로 주로 열거적 금지조항체제(negative list system)을 취함으로써 현상유지적이며 토지이용규제에 신축성이 없는 것이 단점으로 지적되고 있다. 또한, 용도지역지구제는 행위규제의 내용에 따라 토지개발의 규제가 강하지 않은 토지소유자에게는 개발이익이 발생하고, 개발이익제되는 토지소유자에게는 상대적인 지가의 하락 뿐 아니라 경우에 따라 지가의 절대적 감소를 초래하기도 한다.

136) 김상용 외, 『토지법(증보판)』, 235면.

지이용규제를 계속하면서 그로 인한 손실을 정부의 재정부담 없이 보상하는 방법으로 개발권양도제가 활용된다.

또한, 개발권을 억제하여 보전하고자 하는 지역의 토지개발권을 개발이 가능한 토지의 소유자에게 매각할 수 있게 함으로써 개발이 억제당하는 토지소유자는 개발권의 양도대가로서 토지이용규제로 인하여 발생하는 손실을 보상받을 수 있다. 이는 곧 토지소유권에서 개발권을 분리하여 이에 대해 시장유통성을 부여하여 양도가 가능하도록 한 것이라고 할 수 있다.

(4) 독일에서의 처분소유권과 이용소유권의 분리에 관한 논의

독일에서는 토지소유권을 이용소유권(Nutzungseigentum)과 처분소유권(Verfügungseigentum)으로 분리하여 이용소유권은 사인(私人)에게 귀속되고, 처분소유권은 지방자치단체(Gemeinde)에 귀속시키는 것을 내용으로 하는 논의가 있다.¹³⁷⁾

이에 관한 구체적인 내용으로는 우선 처분소유권은 지방자치단체에 이전귀속하고 특정인에게는 이용소유권을 일정 기간동안 설정해주고, 이용소유권의 취득자와 토지이용의 형태, 이용방식, 이용기간, 이용대가 등을 합의할 수 있다.

처분소유권자는 토지를 스스로 이용할 수 없으며 점유할 권리도 갖지 않고, 제3자에 대한 소유물반환청구권도 갖지 않는다. 결국, 처분소유권에 의하여 토지에 관한 구체적인 목표설정은 이용소유권의 도움이 있어야만 수행될 수 있다. 지방자치단체는 처분소유권을 사적 권리주체에 게 양도할 수 없으며, 처분소유권을 거래 및 담보제공할 수도 없다.

이에 반하여, 이용소유권은 양도가능하며 제한물권의 설정이 가능한 사적 물권이다. 이용소유권은 토지를 점유·이용하고 특히 건축할 수 있는 권능을 가지고 있다는 점에서 처분소유권보다 더 완전한 소유권에 가깝다.¹³⁸⁾ 그러나, 이용소유권은 일정기간 동안에만 허용되는 것으

137) 이러한 주장은 1972년 포겔(Hans Jochen Vogel)이 “토지법과 도시개발”이라는 논문에서 처음으로 제기하였다. Hans-Jochen Vogel, “Bodenrecht und Städtenwicklung”, NJW, 1972, S.1544ff.

138) Der Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, *Neu und modifizierte Rechtsformen der Bodennutzung*, 1977, S.68.

로,¹³⁹⁾ 이용소유권자는 임의로 토지이용의 형태·건물의 종류를 결정할 수 있는 것이 아니라, 지방자치단체의 처분소유권에 의하여 구속된다. 이용소유권의 처분소유권에 의한 구속은 이용소유권자와 처분소유권자인 지방자치단체와의 계약에 의해서 이루어진다. 이 계약내용이 제 3자에 대하여 효력을 미치게 하기 위해서는 이용소유권의 제한내용이 물건화되도록 규정될 필요가 있다.¹⁴⁰⁾

3. 개발권분리제도의 도입가능성

우리 민법은 근대적 소유권개념을 도입하여 단일소유권제를 채택하고 있어, 소유권을 물건에 대한 전면적 지배권으로 파악하여 하나의 물건에 대하여 처분권과 용익권을 분할하는 것을 전제하고 있지 않다.¹⁴¹⁾ 따라서, 현행 민법에서는 토지소유권에서 개발권의 분리는 허용되고 있지 않다.

그러나, 이와 같은 전통적인 견해와는 달리 토지소유권으로부터 개발권을 분리하여 개발권에 관한 이론구성을 시도하는 견해도 있다. 즉, 토지소유권의 권능 중 처분권을 법률적 처분권과 사실적 처분권으로 구분하여 토지의 양도나 담보설정은 법률상 처분권, 토지의 변형이나 개조 등의 사실적 처분권으로 파악하고, 이러한 사실적 처분권을 개발권으로 이해하고 있다.¹⁴²⁾

이와는 달리, 토지소유권을 이용권(사용·수익권)과 가치권(처분권)으로 나누고, 이용권을 다시 현재 상대대로 이용할 수 있는 권리(유지이용권)와 장래 그 이용상태를 변경할 수 있는 권리(장래 현상변경권)

139) 이용소유권은 그 이용기간이 종료되면 이용소유권을 갱신하여 계속되거나 갱신되지 않는 경우에는 처분소유권자에게로 이전된다.

140) a.a.O., S.68.

141) 이은영, 『물권법(개정판)』, 429면. 한편, 소유권유보부 매매와 같이 특정한 경우에는 처분소유권과 이용소유권의 분할소유권관념을 인정하여 매도인에게는 처분소유권을, 매수인에게는 이용소유권을 인정하는 것이 실체에 부합한다는 견해도 있다(이영준, 『물권법(전정판)』, 438면).

142) 황적인 외, 『주석 물권법』, 법원사, 1990, 336면. 그러나, 이 견해에 대해서는 장래의 개발권만을 양도하는 개발권양도를 설명하기에는 한계가 있으며, 개발권을 매입하는 자가 본래 가지고 있었던 개발권과의 관계를 혼동으로 보아야 하는 어려움이 있다는 비판이 제기되고 있다(김상용 외, 『토지법(증보판)』, 257면).

로 구분하여 장래 현상변경권을 개발권으로 보는 견해도 있다.¹⁴³⁾ 그러나, 이 견해도 전통적인 토지소유권 관념의 수정을 전제로 하는 것으로 직접적으로 현행 민법의 해석론으로 도입하기에는 적절하지 않다. 그러나, 토지소유권의 개념은 논리필연적인 개념이 아니라 역사적 가변성이 있는 개념이며, 현재 용도지역제를 통한 토지이용규제는 규제강도가 점점 심해져서 단순한 제한의 정도를 넘어서 소유권의 박탈정도까지 가는 경우, 이를 해결하기 위한 수단으로서의 개발권 분리는 개발이 심하게 억제된 지역과 같이 제한된 지역에서 시행할 필요성도 제기된다.

소유권에서 개발권을 분리하는 경우에는 개발권의 법적 성질을 분명히 규명하는 것이 전제로 된다. 개발권은 그 자체로 사용·수익·처분할 수 있는 권리가 아니므로 별도의 소유권이라고 할 수는 없고, 개발권을 분리하여 매매하는 경우 이는 목적물을 일정한 목적을 가지고 이용하는 용익물권이나 교환가치를 지배하는 담보물권 같은 제한물권과는 법적 성질이 다르다. 개발권을 매도하거나 매수하는 것과 같이 행사하는 경우에는 한번 행사하면 다시는 행사할 수 없는 일회성에 그치므로, 개발권은 재산권의 일종이지만 다른 물권과는 달리 직접 지배성이 없으며, 전면성·탄력성·항구성도 갖고 있지 못하다. 또한, 소유권과 제한물권이 동일인에게 귀속되는 경우 혼일성에 의해 혼동이 되는데, 이 경우 개발권과 소유권과의 관계는 불명확한 상태에 놓이게 된다.¹⁴⁴⁾

이와 같이 토지소유권으로부터 개발권을 분리함에 있어서는 민법 제 211조 소유권의 내용과 그밖에 개발권에 관한 논의들은 현행 민법의 소유권제도 하에서는 쉽게 설명하기 곤란한 점이 있으며, 특별법과 같은 구체적인 입법을 통해서 해결되어야 할 문제이다.

143) 김상용 외, 『토지법(증보판)』, 257면.

144) 김상용 외, 『토지법(증보판)』, 258면.

제 5 장 입법제안 및 결론

토지는 제한된 공급으로 인하여 지가의 지속적인 상승을 초래하고, 인구의 도시집중화로 인해 대도시 등 특정한 지역에서의 토지수요는 급증하고 있어 토지의 부족현상은 심화되고 있다. 또한, 지상의 조망이나 경관의 보호 및 환경보전 등의 이유로 지하공간과 공중공간을 적극적으로 활용하는 토지의 입체적 이용의 필요성은 점점 대두되고 있다.

세계 각국은 이러한 경향에 대비하여 토지의 입체적 이용을 위한 각종 법제도를 마련하고 있다. 이러한 점에서 높은 인구밀도를 자랑하는 우리 나라의 입장에서는 조속히 토지의 입체적 이용에 관한 법제도의 정비를 공론화하고 이에 관한 구체적인 이론개발 및 법제화를 강구할 필요성이 크다고 할 수 있다. 우리 나라에서도 공법학 분야에서는 특히 지하공간의 이용에 관한 논의들이 활발하게 진행되고 있으나, 이러한 논의에 앞서 사법학의 분야에서 토지소유권의 효력이 미치는 상하범위에 관한 연구들은 미진한 편이다.

현행 법제에 의하면 토지의 상하공간의 이용을 위한 제도로는 구분지상권과 토지수용이 대표적이다. 그러나, 이러한 제도들은 토지소유권이 상하무한대로 미친다는 것을 전제로 하고 있어, 사실상 토지소유권의 행사가 불가능한 정도의 깊은 지하나 공중공간에 대해서도 지표의 이용에 상응하는 정도의 지료의 지급이나 보상이 필요한가에 대한 의문이 있다. 또한, 구분지상권의 경우에는 존속기간의 제한이 있고,¹⁴⁵⁾ 지상권설정자와 지상권자간의 설정계약이 성립되어야 한다는 점 등에서 많은 제한이 있다. 이러한 의문에 대한 선결문제로는 민법상의 토지소유권의 상하효력범위를 들 수 있다.

145) 구분지상권의 존속기간에 대해서는 지상권의 존속기간이 적용되는 바(민법 제 290조 제2항), 석조·석회조 등 견고한 건물이나 수목의 소유를 목적으로 하는 경우는 30년, 기타 건물의 소유를 목적으로 하는 경우는 15년, 건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 경우는 5년으로 규정되어 있다(민법 제280조). 따라서, 지하공작물이나 시설물을 소유하기 위해 지하의 일정 범위의 깊이에 구분지상권을 설정하는 경우에는 그 존속기간이 5년이라는 단기간이라는 점에서 문제가 있다.

우리 민법은 제212조는 토지소유권의 범위에 관해 ‘토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다’라고 규정하고 있다. 이 규정은 토지소유권의 상하효력범위를 토지소유자의 정당한 이익을 기준으로 한정될 수 있음을 전제로 하고 있으나, ‘정당한 이익’이라는 불명료한 개념으로 인하여 동조는 사실상 그 기능을 하고 있지 못한 것으로 보인다. 따라서, 본 연구에서는 정당한 이익의 해석가능성 여부를 모색해보고, 지하공간의 깊이에 따른 차별적 권원설정을 통해 토지의 입체적 이용을 위한 법제의 정비방향을 주요 연구대상으로 하였다.

우리 나라에서는 토지의 입체적 이용을 위해 민법상의 구분지상권제도 외에도 개별법으로서 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시철도법, 지하수법, 건축법 등에서 주로 지하부분의 이용에 관한 소수의 규정들을 두고 있다. 그러나, 이러한 법률은 원칙적으로 토지소유권의 범위에 대한 제한을 두지 않고 당해 사업을 위한 지하부분에 대한 보상, 개발·이용상의 허가제도 등을 두고 있는 정도에 그치고 있다.

이에 비해 외국에서는 조금 더 구체적인 제도를 두고 있다. 일본은 ‘대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법’을 제정하여 대도시의 대심도지하에서 공공사업을 수행하는 경우에는 원칙적으로 무보상 및 소유자의 동의없이 이를 실시할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 또한, 프랑스의 경우에도 토지개혁법을 제정하여 일정한 높이 이상의 지상부분을 공유화(公有化)할 수 있는 근거를 마련한 바 있다.

토지소유권이 미치는 상하효력범위를 구분하여 토지의 입체적 이용을 촉진하기 위해서는 지하의 깊이 또는 공중의 고도에 따른 차별적 권원설정이 선행되어야 한다. 이와 같이 깊이 또는 고도에 따른 차별적 권원설정을 위해서는 지하의 깊이에 따른 영역을 한계심도와 대심도로 구분하는 방안이 유력하게 제기되고 있다.

대심도는 건축물의 지하실이나 건물의 기초가 미치지 않으며 토지소유자의 이용가능성이 거의 없는 깊이의 지하공간을 말하고, 지표 및 지표와 불가분적으로 결합되어 있는 지하공간(건물의 기초, 지하실 등)을 제외한 공간과 대심도와는 중간영역을 한계심도라고 구분할 수 있다. 한계심도는 토지소유자의 이용가능성이 예상되는 깊이로서, 한계심도에

대해서는 현재와 같은 구분지상권의 설정이나 개발권의 분리 등의 이용 목적에 적합한 다양한 권원취득방법을 고안함으로써 적극적으로 활용할 수 있다.

우리 민법은 제212조에서 ‘정당한 이익’이라는 기준에 의해서 토지소유권의 상하범위를 정하고 있으므로, 정당한 이익의 판단문제가 곧 토지소유권이 미치는 수직적 범위의 결정기준이라고 할 수 있다. 또한, 토지소유권의 상하범위와 소유권의 절대성과의 관계에서 토지소유권의 절대성은 토지의 상하 무한대까지 소유권이 미친다는 의미가 아니라, 토지소유권은 ‘정당한 이익’이 있는 범위로 한정되지만, 그 범위 내에서는 소유권의 절대성이 인정된다는 의미로 이해된다. 즉, 토지소유권의 상하범위에 관한 문제는 소유권에 대한 제한이 아니라, 전면적 지배권으로서의 절대적 소유권이 미치는 범위의 결정문제인 것이다.

토지소유권을 정당한 이익을 기준으로 일정한 깊이와 고도에 따라 토지소유자의 소유권이 인정되는 영역과 부정되는 영역을 도식적으로 구분하는 것은 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 따라서, 현행 민법 제 212조에서의 ‘정당한 이익’을 토지소유권이 미치는 상하범위를 획정하는 기준으로 해석하기보다는 전술한 바와 같이 ‘정당한 이익’의 강도 또는 여부에 따라서 정당한 이익의 강도가 높은 영역에 대해서는 토지소유자에게 전면적인 소유권을 인정하고, ‘정당한 이익’의 강도가 낮은 영역에 대해서는 토지소유자가 갖는 권능 중 일부분을 국가에게 분리하는 방안을 고려할 수 있다. 이러한 영역을 한계심도와 대심도로 구분하여 한계심도에 대해서는 지표에서의 소유권과 동일하게 사용·수익·처분 권능의 소유권을 구성하는 모든 권능이 토지소유자에게 귀속되는 반면, 대심도에 대해서는 처분권을 물건의 소비·변형·개조·파괴 등을 위한 사실적 처분권과 양도·담보설정 등을 위한 법률적 처분권으로 구분하고, 사실적 처분권을 개발권이라는 별도의 권능으로 분리하는 방안도 필요하다. 따라서, 대심도에서는 개발권을 국가에 귀속시켜 공공목적을 위한 사업주체에게 설정하는 제도를 토지의 입체적 이용을 위한 방안으로 제시할 수 있다. 즉, 토지소유권의 권능을 분화하여 개발권을 소유자로부터 분리하여 이를 공유화하거나, 시장유통성을 부여하여 유통시

김으로써 토지의 상하공간의 원활한 이용 및 활성화를 도모할 수 있을 것이다.

현행 민법 제212조의 ‘정당한 이익’은 토지소유권의 상하효력범위에 대한 추상적인 기준으로서만 역할을 하고, 구체적인 토지소유권의 상하효력범위를 정하는 기준으로서의 역할을 하고 있지 못한 것으로 보인다. 또한, 민법의 일반규정에 의해서 토지소유권의 상하범위를 설정하는 것은 사실상 기대하기가 곤란한 점도 있다.

결국, 토지소유권의 상하효력범위에 대한 기준설정은 역시 지하공간의 개발 및 이용에 관한 규정을 두고 있는 각 개별법과의 조화와 일관된 정책수립을 위해서는 한계심도 및 대심도에 관한 구체적인 기본법형식의 특별법의 제정을 통해서 가능할 것으로 보이며, 이러한 특별법에 의한 토지소유권의 상하효력범위를 설정하기 위해서는 현재의 민법 제212조의 ‘정당한 이익있는 범위내’를 ‘법률의 범위 내’로 개정함으로써 소극적 제한주의에서 탈피하여 적극적 제한주의로 전환함으로써 특별법의 입법에 대한 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

이러한 특별법을 제정하는 외에도 장기적으로는 현행의 토지제도를 토지의 입체적 이용에 대비하여 정비할 필요가 있다. 특히, 현행 집합건물에 적용되는 구분소유권제도를 토지에 대해서도 적용함으로써 지하공간의 깊이에 따라 필지구분을 하여 각 필지별로 별도의 권원을 설정하고 이를 공시함으로써 지하공간에 대한 권리관계를 명확히 하여야 한다.¹⁴⁶⁾ 그 외에도 토지의 수직적 이용을 위하여 지하공간의 깊이에 따라 집합건물에 적용되는 구분소유권제도의 도입과 이를 위해서 현재 지적법에 의한 수평적 토지분필과 함께 지하공간에 대한 수직적 분필을 도입하는 방안도 장기적으로 고려할 필요가 있다.¹⁴⁷⁾

146) 토지의 지하부분을 깊이에 따라 세로로 구분하여 그 구분된 각 부분을 독립한 소유권의 객체로 취급하는 방법으로, 지표에서 지하로 통하는 통로와 같은 부분 등을 공용부분으로 하고, 구조상 및 이용상 독립성을 가진 부분을 전유부분으로 사용하는 방안을 고려할 수 있다. 이러한 지하공간에 대한 구분소유권은 토지의 수직적 분필 및 등기방법에 관한 제도적 정비와 상린관계에 관한 규정 등의 민법상의 소유권에 관한 규정을 적용하거나 개정을 통하여 보완가능할 것이다.

147) 소유권의 새로운 기능에 대해서는 추상적, 형식적 소유권개념을 지양하고, 사회연상에 따른 기능적 소유권개념의 필요성을 주장하는 견해도 있다. 이 견해에 따르면 소유권의 본질을 전면적, 포괄적 지배권으로 전제하여 소유권의 개념을 추상

토지이용의 문제는 단순히 그 토지소유자의 소유권행사에 관련된 문제뿐만 아니라, 지역주민 및 상린자와의 이해관계에 많은 영향을 미치고 있다. 그 예로서 방사물폐기장 후보지 선정문제와 관련하여 전국적으로 논란이 되었고, 이러한 경향은 특히 혐오시설의 입지선정과 관련하여 지속적으로 중앙정부와 지방정부 및 지역 주민들간의 갈등을 야기하는 요인으로 작용할 우려가 크다. 이러한 점에서 우리 나라는 혐오시설의 지하시설화를 적극적으로 추진할 필요가 있다. 특히, 현재 정부는 정부기관과 공공기관을 행정중심복합도시 또는 지역 혁신도시로의 이진을 추진하고 있다. 이를 위해서 행정중심복합도시 및 지역 혁신도시의 대상지역에 대한 토지수용을 통해 입지를 조성할 계획이다. 따라서, 이들 대상지역에는 대규모의 입지가 조성되고 철저한 계획에 의해 새로운 도시가 건설되게 된다. 그러나, 이러한 대규모 입지의 지하공간의 이용에 대한 적극적인 이용계획은 나와 있지 않는 것으로 보인다. 그러나, 행정중심복합도시와 지역 혁신도시는 우리 나라의 지하공간에 대한 본격적인 이용의 시발점으로 삼아야 할 필요가 있다. 기존의 지상시설의 개발이 전혀 이루어지지 않는 상황에서 지하에 대한 이용계획을 우선적으로 수립하고, 지상에 대한 개발 이전에 대규모의 혐오시설 등을 지하에 우선적으로 설치함으로써 향후 발생할 수 있는 방사물폐기장의 입지선정 등을 둘러싼 갈등요인을 사전에 예방할 수 있을 뿐 아니라, 각종 대규모 혐오시설의 설치를 위한 과도한 비용을 절감할 수 있을 것으로 생각된다. 또한, 행정중심복합도시 및 지역 혁신도시의 입지는 사유지와는 달리 국가나 공공기관이 소유권을 취득하게 되므로 지하공간의 이용에 있어서 소유권에 관한 문제가 발생하지 않으므로, 자유로운 지하공간에 대한 이용·개발이 가능하다는 점에서 국제적으로 지하공간에 대한 대규모 개발경험을 선점하여, 이에 대한 법·제도 및 엔지니어링

적·획일적으로 보아야할 역사적 근거는 없다고 하면서, 재화의 특성에 따라 독점성 없는 재화에 대한 소유권을 1차적 소유권, 독점성 있는 재화는 2차적 소유권으로 구분한다. 2차적 소유권에 대해서는 사회적 지배성을 법적 특징으로 인정하고, 소유권자가 현재의 용익상태를 유지할 수 있도록 허용하는 한 보상없이 제한할 수 있다고 한다(정해상, “이원적 소유권 개념의 필요성”, 『법학논문집』 제23집 제1호, 중앙대 법학연구소, 1998, 192~193면.

기술을 해외에 전파 및 수출할 수 있고 또한, 정부가 혐오시설의 유치에 대해서 모범을 보여 안전성 등에 대한 국민의 우려를 불식시킴으로써 각종 지역에 대한 혐오시설의 유치 및 지하공간의 개발을 적극적으로 확산할 수 있는 계기로 삼아야 할 필요가 있다.

부 록 1

일본 대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법

(평성 12년 5월 26일 법률 제87호)

최종개정 : 평성 15년 7월 24일 법률 제125호

제 1 장 총 칙

제 1 조 (목적) 이 법률은 공공의 이익으로 되는 사업에 의한 대심도지하의 사용에 관하여 그 요건·절차 등에 관해 특별한 조치를 강구함에 의해, 당해 사업의 원활한 수행과 대심도지하의 적정하고 합리적인 이용을 도모함을 목적으로 한다.

제 2 조 (정의) ①이 법률에 있어서 ‘대심도지하’는 다음 각호에 열거된 깊이 중 어느 하나의 깊이 이상의 깊이의 지하를 말한다.

1. 건축물의 지하실 및 그 건설의 용도로 통상적으로 제공되지 않는 지하의 깊이로서 정령으로 정한 깊이
2. 당해 지하를 사용하고자 하는 지점에 있어서 통상의 건축물의 기초를 지지하는 것이 가능한 지반으로서 정령에서 정한 것 중 가장 얇은 부분의 깊이에서 정령에서 정한 거리를 더한 깊이

②이 법에 있어서 ‘사업자’라 함은 제4조 각호의 사업을 시행하는 자로서 대심도지하의 사용을 필요로 하는 자를 말한다.

③이 법에 있어서 ‘사업구역’이라 함은 대심도지하의 일정한 범위에 있는 입체적인 구역으로서 제4조 각호의 사업을 시행하는 구역을 말한다.

제 3 조 (대상지역) 이 법률에 의한 특별한 조치는 인구의 집중도, 토지이용의 상황 그 밖의 사정을 고려하여 공공의 이익으로 되는 사업을 원활하게 수행하기 위해, 대심도지하를 사용할 사회적·경제적 필

요성이 존재하는 지역으로서 정령으로 정한 지역(이하 ‘대상지역’이라 한다)에 관해서 강구된 것으로 한다.

제 4 조 (대상사업) 이 법에 의한 특별한 조치는 다음 각호의 사업에 관해 강구된 것으로 하다.

1. 도로법(소화 27년 법률 제180호)에 의한 도로에 관한 사업
2. 하천법(소화 39년 법률 제167호)가 적용되거나 또는 준용되는 하천 또는 이러한 하천에 치수 또는 이수(利水)의 목적을 가지고 설치하는 수로, 저수지 그 밖의 시설에 관한 사업
3. 국가, 지방자치단체, 독립행정법인 녹자원기구 또는 토지개발구(토지개발구연합을 포함한다)가 설치하는 농업용도로, 용수로 또는 배수로에 관한 사업
4. 철도사업법(소화 61년 법률 제92호) 제7조 제1항의 규정에 의한 철도사업자(이하 ‘철도사업자’라 한다)가 일반의 수요에 응하는 철도사업의 용도로 제공되는 시설에 관한 사업
5. 독립행정법인 철도건설·운송시설정비지원기구가 설치하는 철도 또는 궤도의 사용에 제공되는 시설에 관한 사업
6. 궤도법(대정 10년 법률 제76호)에 의한 궤도의 사용에 제공되는 시설에 관한 사업
7. 전기통신사업법(소화 59년 법률 제86호) 제120조 제1항의 규정에 의한 인정전기사업자(이하 ‘인정전기사업자’라 한다)가 동항의 규정에 의한 인정전기통신사업(이하 ‘인정전기통신사업’이라 한다)의 사용에 제공되는 시설에 관한 사업
8. 전기사업자(소화 39년 법률 제170호)에 의한 일반전기사업, 卸 전기사업(전력회사가 발전한 전기를 사들이는 사업, 역자주) 또는 특정전기사업의 사용에 제공되는 전기공작물에 관한 사업
9. 가스사업법(소화 29년 법률 제51호)에 의한 가스공작물에 관한 사업
10. 수도법(소화 32년 법률 제177호)에 의한 수도사업자 또는 수도용수공급사업, 공업용수도사업법(소화 33년 법률 제84호)에 의한 공업용수도사업 또는 사수도법(소화 33년 법률 제79호)에 의한 공공

하수도, 流域하수도 또는 도시하수로의 사용에 제공되는 시설에 관한 사업

11. 독립행정법인 수자원기구가 설치하는 독립행정법인 수자원기구법(평성 14년 법률 제182호)에 의한 수자원개발시설 및 愛知縣(아이치현)豊川용수시설에 관한 사업
12. 전 각호의 규정에 의한 사업 외에 토지수용법(소화 26년 법률 제219호) 제3조 각호에서 규정한 것에 관한 사업 또는 도시계획법(소화 43년 법률 제100호)의 규정에 의해 토지를 사용하는 것이 가능한 도시계획사업 중, 대심도지하를 사용할 필요가 있는 것으로서 정령으로 정한 것
13. 전 각호의 규정에 의한 사업을 위해 필요한 도로, 철도, 궤도, 전선로, 수로 그 밖의 시설에 관한 사업

제 5 조 (안전확보 및 환경보전의 배려) 대심도지하의 사용에 있어서는 그 특성에 비추어 안전확보 및 환경보전에 특히 배려하여야 한다.

제 6 조 (기본방침) ①국가는 대심도지하의 공공적 사용에 관한 기본방침(이하 '기본방침'이라 한다)을 정하여야 한다.

②기본방침에 있어서는 다음의 사항을 정하는 것으로 한다.

1. 대심도지하에 있는 공공의 이익으로 되는 사업의 원활한 수행에 관한 기본적 사항
2. 대심도지하의 적정하고 합리적인 이용에 관한 기본적인 사항
3. 안전의 확보, 환경보존 그 밖의 다른 대심도지하의 공공적 사용에 관한 중요사항
4. 전 3호의 규정 이외에 대심도지하의 공공적 사용에 관한 중요사항

③국토교통대신은 기본방침의 안을 작성하여 각의의 결정을 구하여야 한다.

④국토교통대신은 전항의 규정에 의한 각의의 결정이 있는 때에는 즉시 기본방침을 공표하여야 한다.

⑤전 2항의 규정은 기본방침의 변경에 관해서 준용된다.

제 7 조 (대심도지하사용협의회) ①공공의 이익으로 되는 사업의 원활한 수행과 대심도지하의 적정하고 합리적인 이용을 도모하기 위해 필요한 협의를 하기 위해 대상지역 마다 정령에서 정한 바에 의해 국가의 관계행정기관 및 관계 都道府縣(이하 이 조에 있어서 '국가의 행정기관 등'이라 한다)에 의해 대심도지하사용협의회(이하 '협의회'라 한다)를 조직한다.

②전항의 협의를 위해 회의(제5항에 있어서 '회의'라 한다)는 국가의 행정기관 등의 장 또는 그가 지명하는 직원으로 구성된다.

③협의회는 필요가 있다고 인정되는 때에는 관계 시읍면(市町村) 및 사업자에 대해 자료의 제공, 의견의 개진, 설명 그 밖에 필요한 협력을 구할 수 있다.

④협의회는 특히 필요가 있다고 인정되는 때에는 전항에서 규정한 자 이외의 자에 대해서도 필요한 협력을 의뢰할 수 있다.

⑤회의에 있어서 협의가 이루어진 사항에 관해서는 국가의 행정기관 등은 그 협의의 결과를 존중하여야 한다.

⑥협의회는 사무는 국토교통성에서 처리한다.

⑦전항에서 정한 것 이외에 협의회의 운영에 관해 필요한 사항은 협의회가 정한다.

제 8 조 (정보의 제공 등) 국가 및 도도부현은 공공의 이익으로 되는 사업의 원활한 수행과 대심도지하의 적정하고 합리적인 이용에 이바지하기 위하여, 대상지역에 있는 지반의 상황, 지하이용상황 등에 관한 정보의 수집 및 제공 그 밖에 필요한 조치를 강구하도록 노력하여야 한다.

제 2 장 사업의 준비 등

제 9 조 (사업의 준비를 위한 출입 등 및 그 손실보상에 관한 토지수용법의 준용) 제4조 각호의 규정에 의한 사업의 준비를 위해 토지의

출입, 장애물의 제거 및 토지의 시굴 등 및 이러한 행위에 의해 생긴 손실의 보상에 관해서는 토지수용법 제2장 및 제91조 및 제94조의 규정을 준용한다. 이 경우에 있어서 동법 제11조 제1항, 제3항 및 제4항, 제14조 제1항 및 제3항, 제15조 제1항, 제91조 제1항 및 제94조 제1항 및 제2항 중 ‘기업자’는 ‘사업자’로, 동법 제91조 제1항 중 ‘제11조 제3항, 제14조 또는 제35조 제1항은 ‘대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 제9조에 있어서 준용하는 제11조 제3항 또는 제14조’로, ‘토지 또는 공작물’은 ‘토지’로, 동법 제94조 제1항 중 ‘전3조’는 ‘대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 제9조에 있어서 준용하는 제91조’로, ‘손실을 받은 자(전조 제1항에 규정하는 공사를 하는 것을 필요로 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에 있어서 동일하다)’는 ‘손실을 받은 자’로, 동조 제6항 중 ‘기업자인 자’는 ‘사업자인 자’로, 동조 제7항 중 ‘이 법률’은 ‘대심도지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법’으로 대체한다.

제 3 장 사용인가

제10조 (사용인가) 사업자는 대상지역에 있어서 이 장에서 정한 바에 따라 사용인가를 받아 당해 사업자가 시행하는 사업을 위해 대심도지하를 사용할 수 있다.

제11조 (사용인가에 관한 처분을 하는 기관) ①사업이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 국토교통대신이 사용인가에 관한 처분을 한다.

1. 국가 또는 도도부현이 사업자인 사업
2. 사업구역이 이 이상의 도도부현의 구역에 걸쳐 있는 사업
3. 하나의 도도부현의 구역을 넘거나 또는 道の 구역의 전부에 걸쳐 이해의 영향을 미치는 사업 그 밖의 사업으로 다음에 해당하는 경우가. 철도사업자가 그 철도사업(당해 사업에 관한 노선 또는 그 노선 및 당해 철도사업자 또는 당해 철도사업자가 그 노선에 관한

철도선로를 양도하거나 또는 사용할 철도사업자가 운송을 하는 중에 그 노선과 밀접하게 관련된 다른 노선이 하나의 都府縣의 구역 내에 그치는 것을 제외한다)의 사용에 제공되는 시설에 관한 사업

나. 인정전기통신사업자가 인정전기통신사업(그 업무구역이 하나의 都府縣의 구역 내에 그치는 것을 제외한다)의 사용에 제공되는 시설에 관한 사업

다. 전기사업자에 의한 일반전기사업(공급구역이 하나의 都府縣의 구역 내에 그치는 것을 제외한다)의 사용에 제공되는 전기공작물에 관한 사업

4. 전3호의 규정에 의한 사업과 공공으로 시행하는 사업

②사업이 전항 각호에서 규정하는 것 이외의 것인 때에는 사업구역을 관할하는 도도부현 지사가 사용인가에 관한 처분을 한다.

제12조 (사전의 사업간 조정) ①사업자는 사용의 인가를 받고자 하는 때에는 미리 국토교통성령에서 정하는 바에 의하여 다음 사항을 기재한 사업개요서를 작성하고, 전조 제1항의 사업에 있어서는 당해 사업을 소관하는 대신(이하 '사업소관 대신'이라 한다.)에게, 동조 제2항의 사업에 있어서는 도도부현 지사에게 이를 송부하여야 한다.

1. 사업자의 명칭
2. 사업의 종류
3. 사업구역의 개요
4. 사용의 개시의 예정 시기 및 기간
5. 그 밖에 국토교통성령으로 정한 사항

②사업자는 전항의 규정에 의하여 사업개요서를 송부한 때에는 국토교통성령으로 정한 바에 의하여 사업개요서를 작성한 취지 그 밖에 국토교통성령으로 정한 사항을 공고함과 동시에 사업구역이 소재하는 시읍면에 있어서 당해 사업개요서를 당해 공고일로부터 기산하여 30일간 자유롭게 열람할 수 있도록 하여야 한다.

③제 1 항의 규정에 의한 사업개요서를 송부받은 사업소관 대신 또는 도도부현지사는 신속하게 사업 구역이 소재하는 대상지역에 설치되어

있는 협의회의 구성원에게 그 사본을 송부하지 않으면 아니된다.

④전항의 규정에 의하여 사업개요서의 사본을 송부받은 협의회의 구성원(제4조 각호에 해당하는 사업을 관할한 행정기관에 한한다. 이하 이 항에서는 동일한다.)은 동조 각호에 해당하는 사업을 시행하는 자 중 당해 협의회의 구성원이 소관하는 것에 대하여 당해 사업개요서의 내용을 주지시키기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다.

⑤제2항의 규정에 의한 공고를 한 사업자는 동항의 열람 기간 내에 사업구역 또는 이에 근접한 지하에 있어서 제4조 각호에 해당하는 사업을 시행하거나 또는 시행하고자 하는 자로부터 사업의 공동화(共同化), 사업구역의 조정 그 밖에 사업의 시행에 관하고 필요한 조정의 신청이 있는 때에는 당해 조정에 노력하여야 한다.

⑥전항의 규정에 의한 조정의 결과, 제2항의 규정에 의한 공고를 한 사업자와 공동으로 사업을 시행하는 사업자에 관해서는 제1항 내지 제5항의 규정은 적용하지 아니한다.

제13조 (조석의 작성) ①사업자는 사용의 인가를 받고자 하는 때에는 미리 사업구역에 우물 그 밖의 물건이 있는가의 여부를 조사하고 당해 물건이 있는 때에는 다음에 각호의 사항을 기재한 조서를 작성하여야 한다.

1. 물건이 있는 토지의 소재 및 지번
2. 물건의 종류 및 수량 및 그 소유자의 성명 및 주소
3. 물건에 관하여 권리를 갖는 자의 성명 및 주소 및 그 권리의 종류 및 내용
4. 조서를 작성한 년월일
5. 그 밖에 국토교통성령으로 정한 사항

②전항의 조서의 양식은 국토교통성령으로 정한다.

제14조 (사용인가신청서) ①사업자는 사용의 인가를 받고자 하는 때에는 국토교통성령으로 정한 바에 의하여 다음 각호의 사항을 기재한 사용인가신청서를 제11조 제1항의 규정에 의한 사업의 경우에는 사

업소관 대신을 경유하여 국토교통대신에게, 동조 제 2 항의 사업의 경우에는 도도부현지사에게 제출하여야 한다.

1. 사업자의 명칭
2. 사업의 종류
3. 사업 구역
4. 사업에 의하고 설치한 시설 또는 공작물의 내력
5. 사용의 개시의 예정 시기 및 기간

②전항의 사용인가신청서에는 국토교통성령으로 정한 바에 의하여 다음 각호의 서류를 첨부하여야 한다.

1. 사용의 인가를 신청한 이유를 기재한 서류
2. 사업 계획서
3. 사업구역 및 사업계획을 표시한 도면
4. 사업구역이 대심도 지하에 있음을 증명한 서류
5. 전조의 규정에 의하고 작성한 조서
6. 전항 제 4 호의 내력의 계산방법을 명확하게 한 서류
7. 사업의 시행에 수반한 안전의 확보 및 환경의 보전을 위한 조치를 기재한 서류
8. 사업구역의 전부 또는 일부가 이 법률 또는 다른 법률에 의하여 토지를 사용하거나 또는 수용할 수 있는 사업의 용도로 제공된 때에는 당해 상업의 용도로 제공하는 자의 의견서
9. 사업구역의 이용에 관한 법령의 규정에 의한 제한이 있는 때에는 당해 법령의 시행에 관하여 권한을 갖는 행정기관의 의견서
10. 사업의 시행에 관하여 행정기관의 면허·허가·인가 등의 처분을 필요로 하는 경우에 있어서는 이러한 처분이 있었음을 증명할 수 있는 서류 또는 당해 행정기관의 의견서
11. 제12조 제5항의 규정에 의하여 조정의 신청이 있을 때는 당해 조정의 경과의 요령 및 그 결과를 기재한 서류
12. 그 밖에 국토교통성령으로 정한 사항

③제1항의 규정에 의하여 사용인가신청서를 제출받은 사업소관 대신은 지체없이 당해 사용인가신청서 및 그 첨부서류를 검토하여 의견을 붙여서 국토교통대신에게 송부하여야 한다.

④제1항 제3호 및 제2항 제3호의 규정에 의한 사업구역의 표시는 사업구역에 관계된 토지 또는 이에 정착하는 물건에 관하여 소유권 그 밖의 권리를 갖는 자가 자기의 권리에 관계된 토지의 지하가 사업구역에 포함되거나 또는 자기의 권리에 관계된 물건이 사업구역에 있음을 용이하게 판단할 수 있어야 한다.

⑤제2항 제8호 내지 제10호에서 규정한 의견서는 사업자가 의견을 구한 날로부터 3주를 경과하여도 이를 받을 수 없는 경우에는 첨부하지 아니하여도 된다. 이 경우 의견서를 받을 수 없었던 사정을 소명할 수 있는 서류를 첨부하여야 한다.

제15조 (사용인가신청서의 수정 및 각하) ①전조의 규정에 의한 사용인가신청서 및 그 첨부서류가 동조 또는 동조에 근거한 국토교통성령의 규정에 위반한 때에는 국토교통대신 또는 도도부현지사는 상당한 기간을 정하여 그 보정을 요구하여야 한다. 사용인가를 신청하는 경우에 제39조의 규정에 의한 수수료를 납부하지 않는 때 또는 지방자치법(昭和 22년 법률 제67호) 제227조의 규정에 의하여 수수료를 징수한 경우에 있어서 당해 수수료를 납부하지 않는 때에도 동일하다. ②사업자가 전항의 규정에 의하여 보정을 요구받았는가의 여부에 관계없이 정해진 기간 내에 보정을 하지 않은 때에는 국토교통대신 또는 도도부현지사는 사용인가신청서를 각하하여야 한다.

제16조 (사용인가의 요건) ①국토교통대신 또는 도도부현지사는 신청에 관한 사업이 다음 각호에 해당하는 때에는 사용인가를 할 수 있다.

1. 사업이 제4조 각호의 어느 하나에 해당할 것
2. 사업이 대상지역의 대심도지하에서 시행될 것
3. 사업의 원활한 수행을 위해 대심도지하를 사용할 공익상의 필요가 있을 것
4. 사업자가 당해 사업을 수행할 충분한 의사와 능력을 갖는 자일 것
5. 사업계획이 기본방침에 적합할 것
6. 사업에 의하고 설치된 시설 또는 공작물이 사업구역에 관계된 토

지에 통상의 건축물이 건축되어도 그 구조에 지장이 없는 것으로서 정령으로 정한 내력 이상의 내력을 가질 것

7. 사업의 시행에 따라 사업구역에 있는 우물 그 밖의 물건의 이전 또는 제거가 필요한 때에는 그 이전 또는 제거가 곤란 또는 부적당하지 않은 것으로 인정될 것

제17조 (사전인가의 조건) ①사용의 인가에는 조건을 붙이고, 이를 변경할 수 있다.

②전항의 조건은 사용의 인가의 취지에 비추어 보거나 또는 사용의 인가에 관한 사항의 확실한 실시를 위하여 필요최소한의 것이어야 한다.

제18조 (관계 행정기관의 의견청취) ①국토교통대신 또는 도도부현지사는 사용의 인가에 관한 처분을 하고자 하는 경우에 있어, 제14조 제5항의 규정에 의하여 의견서의 첨부가 없었던 때 그 밖에 필요가 있다고 인정될 때에는 동조 제2항 제8호의 규정에 의한 사업용으로 제공한 자 또는 신청에 관계된 사업의 시행에 관하여 관계가 있는 행정기관의 의견을 구하여야 한다. 단, 동호의 사업용으로 제공한 자에 관해서는 그 자를 확인할 수 없을 때 그 밖에 의견을 구할 수 없을 때에는 이에 해당하지 아니한다.

②신청에 관계된 사업의 시행에 관하여 관계가 있는 행정기관은 사용의 인가에 관한 처분에 관하여 국토교통대신 또는 도도부현지사에 대하여 의견을 말할 수 있다.

제19조 (설명회의 개최 등) ①국토교통대신 또는 도도부현지사는 사용의 인가에 관한 처분을 행하고자 하는 경우에 있어서 필요가 있다고 인정될 때에는 신청에 관계된 사업자에 대하여 사업구역에 관계된 토지 및 그 부근의 주민에게 설명회의 개최 등 사용인가신청서 및 그 첨부서류의 내용을 주지시키기 위해 필요한 조치를 강구할 것을 요구할 수 있다.

제20조 (사용인가의 절차에 관한 토지수용법의 준용) ①국토교통대신 또는 도도부현지사가 사용인가에 관한 처분을 하는 경우의 절차에 관해서는 전2조에서 규정한 것 외에 토지수용법 제22조 내지 제25조의 규정을 준용한다. 이 경우에 동법 제22조, 제23조 제1항, 제24조 제1항 및 제25조 제1항 중 ‘사업의 인정’ 및 동조 제2항 중 ‘인정’은 ‘사용의 인가’로, 동법 제23조 제1항 중 ‘경우에 있어서, 당해 사업의 인정에 관하여 이해관계를 갖는 자로부터 다음 조 제2항의 열람기간 내에 국토교통성령으로 정한 바에 의해 공청회를 개최해야 한다는 취지의 청구가 있는 때 기타’는 ‘경우에 있어서’로, 동조 제2항 및 동법 제24조 제2항 및 제4항 중 ‘起業者’는 ‘사업자’로, 동법 제23조 제2항 및 제24조 제1항 내지 제4항까지의 규정 중 ‘起業地’는 ‘사업구역’으로, 동조 제1항 중 ‘제20조’는 ‘대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 제16조’로, 동항 및 동조 제3항 중 ‘사업인정신청서’는 ‘사용인가신청서’로 한다.

제21조 (사용인가의 고시 등) ①국토교통대신 또는 도도부현지사가 제16조의 규정에 의하여 사용인가를 한 때는 즉시 그 취지를 당해 사용인가를 받은 사업자(이하 ‘인가사업자’라고 한다)에게 문서로 통지함과 동시에 다음 각호의 사항을 각각 관보 또는 당해 도도부현의 공보로 고시하여야 한다.

1. 인가사업자의 명칭
2. 사업의 종류
3. 사업구역
4. 사업에 의하여 설치한 시설 또는 공작물의 耐力
5. 사용의 기간

②국토교통대신은 전항의 규정에 의한 고시를 한 때에는 즉시 관계 도도부현지사에게 그 취지를 통지함과 동시에, 사업구역을 표시한 도면의 사본을 송부하여야 한다.

③도도부현지사는 제1항의 규정에 의한 고시를 한 때에는 즉시 국토교통대신에게 그 취지를 보고하고, 국토교통대신의 요구가 있는 경우에는 사용인가에 관한 서류의 사본을 송부하여야 한다.

④사용인가는 제 1 항의 규정에 의한 고시가 있는 날로부터 그 효력이 있다.

제22조 (사업구역을 표시한 도면의 장기열람) ①국토교통대신 또는 도도부현지사는 제16조의 규정에 의하여 사용인가를 한 때에는 즉시 사업구역이 소재하는 시읍면(市町村)의 장에게 그 취지를 통지하여야 한다.

②시읍면(市町村)의 장이 전항의 통지를 받은 때에는 즉시 제20조의 규정에 의하여 준용되는 토지수용법 제24조 제1항의 규정에 의하여 송부를 받은 사업구역을 표시한 도면을, 제29조 제4항에 의하여 준용되는 제28조 제6항 또는 제30조 제3항 또는 제4항(사업구역의 전부의 사용이 폐지된 경우에 한한다)의 규정에 의한 통지를 받는 날까지 열람을 허용하여야 한다.

③토지수용법 제24조 제4항 및 제5항의 규정은 시읍면(市町村)의 장이 제1항의 통지를 받은 날로부터 2주를 경과하여도 전항의 규정에 의한 절차를 행하지 않는 경우에 준용한다. 이 경우에 있어서 동조 제4항 중 ‘企業地’는 ‘사업구역’으로, ‘起業者’는 ‘사업자’로 한다.

제23조 (등록부)도도부현지사는 그 관할구역에 있어서 대심도 이하의 사용인가에 관한 등록부(이하 ‘등록부’라 한다)를 작성하여 공중에게 열람하게 하고 청구가 있는 때에는 그 사본을 교부하여야 한다.

②등록부의 작성, 열람 그 밖에 등록부에 관하여 필요한 사항은 국토교통성령으로 정한다.

제24조 (사용인가의 거부) 국토교통대신 또는 도도부현지사는 사용인가를 거부하는 때에는 즉시 그 취지를 신청에 관계된 사업자에게 문서로 통지하지 않으면 아니된다.

제25조 (사용인가의 효과) 제21조 제1항의 규정에 따른 고시가 있는 때에는 당해 고시를 한 날에 있어서 인가사업자는 당해 고시에 관한 사용기간 중 사업구역을 사용할 권리를 취득하고, 당해 사업구역에

관계된 토지에 관한 그 밖의 권리는 인가사업자에 의한 사업구역의 사용을 방해하고 또는 당해 고시에 관계된 시설 또는 공작물의 내력 및 사업구역의 위치에서 보아 인가사업자에 의한 사업구역의 사용에 지장을 미치는 한도에서 그 행사는 제한된다.

제26조 (점용허가 등의 특례) 전조의 규정에 따른 인가사업자에 의한 사업구역의 사용에 관해서는 도로법, 하천법 그 밖의 법령 중 점용허가 및 점용료의 징수에 관한 규정은 적용되지 아니한다.

제27조 (사용인가에 근거한 지위승계) 상속인, 합병 또는 분할에 의하여 설립된 법인 그 밖에 인가사업자의 일반승계인(분할에 의한 승계의 경우에는 당해 인가사업자가 시행한 사업의 전부를 승계한 법인에 한한다)은 피승계인의 사용인가에 근거한 지위를 승계한다.

제28조 (권리양도) ①사용인가에 근거한 권리의 전부 또는 일부는 제 11조 제1항의 사업에 있어서는 국토교통대신, 동조 제2항의 사업에 있어서는 도도부현지사의 승인을 받지 않은 경우에는 양도할 수 없다.
②전항의 규정에 의한 국토교통대신에 대한 승인신청은 사업소관 대신을 경유하여야 한다. 이 경우 사업소관 대신은 즉시 신청서를 검토하여 의견을 붙여서 국토교통대신에게 송부하여야 한다.
③제1항의 규정에 의한 승인신청서의 양식은 국토교통성령으로 정한다.
④제17조의 규정은 제1항의 규정에 의한 승인에 관하여 준용한다.
⑤국토교통대신 또는 도도부현지사는 제1항의 규정에 의한 승인을 한 때에는 각각 관보 또는 당해 도도부현의 공보로 고시하여야 한다.
⑥국토교통대신 또는 도도부현지사는 전항의 규정에 의한 고시를 한 때에는 즉시 그 취지를 사업구역이 소재하는 시읍면(市町村)의 장에게 통지함과 동시에 국토교통대신은 관계 도도부현지사에게 통지하고, 도도부현지사는 국토교통대신에게 보고하여야 한다.
⑦사용인가에 기한 권리의 전부 또는 일부를 양수한 자는 양도인이 가진 사용인가에 기한 지위를 승계한다.

제29조 (사용인가의 취소) ①국토교통대신 또는 도도부현지사는 인가사업자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 사용인가(전조 제1항의 규정에 의한 승인을 포함한다. 이하 이 조에서는 동일하다.)를 취소할 수 있다.

1. 이 법률 또는 이 법률에 기한 명령의 규정에 위반한 때
2. 시행하는 사업이 제16조 각호에서 규정한 요건의 어느 하나에 해당되지 않는 것으로 된 때
3. 정당한 이유 없이 사업계획에 따라 사업을 시행하지 않는 것으로 인정되는 때
4. 제17조(전조 제4항에서 준용하는 경우를 포함한다.)의 규정에 의하여 사용인가에 붙은 조건을 위반한 때

②국토교통대신은 전항의 규정에 의하여 사용인가를 취소하는 때에는 미리 사업소관 대신의 의견을 청취하여야 한다.

③국토교통대신 또는 도도부현지사는 제1항의 규정에 의하여 사용인가를 취소한 때에는 각각 관보 또는 당해 도도부현의 공보로 고시하여야 한다.

④전조 제6항의 규정은 전항의 규정에 의하여 고시를 한 경우에 준용한다.

⑤사용인가는 제3항의 규정에 의한 고시가 있던 날로부터 장래를 향하여 그 효력을 상실한다.

제30조 (사업의 폐지 또는 변경) ①제21조 제1항의 규정에 의한 고시가 있는 후, 인가사업자가 사업의 전부 또는 일부를 폐지하거나 또는 이것을 변경함으로써 사업구역의 전부 또는 일부를 사용한 필요가 없는 때에는 인가사업자는 즉시 국토교통성령으로 정한 바에 의하여 국토교통대신 또는 도도부현지사에게 그 취지(사업구역의 일부를 사용한 필요가 없어진 때에 있어서는 사용의 필요가 없는 사업구역의 부분 및 이것을 표시한 도면을 포함한다.)를 신고하여야 한다.

②국토교통대신 또는 도도부현지사는 전항의 규정에 의한 신고를 접수한 때에는 사업구역의 전부 또는 일부의 사용이 폐지된 것(사업구

역의 일부의 사용의 폐지에 있어서는 사용의 폐지에 관계된 사업구역의 부분을 포함한다.)을 각각 관보 또는 해당 도도부현의 공보로 고시하여야 한다.

③국토교통대신은 전항의 규정에 의한 고시를 한 때에는 즉시 사업구역이 소재하는 시읍면(市町村)의 장 및 관계 도도부현지사에 대하여 그 취지를 통지함과 동시에 사업구역의 일부의 사용의 폐지에 있어서는 사용의 폐지에 관계된 사업구역의 부분을 표시한 도면의 사본을 송부하여야 한다.

④도도부현지사는 제2항의 규정에 의한 고시를 한 때는 즉시 그 취지를 사업구역이 소재하는 시읍면(市町村)의 장에게 통지하고, 국토교통대신에게 보고함과 동시에, 사업구역의 일부의 사용의 폐지에 있어서는, 해당 시읍면(市町村)의 장에게 사용의 폐지에 관계된 사업구역의 부분을 표시한 도면의 사본을 송부하여야 한다.

⑤제3항 또는 전항의 통지(사업구역의 일부의 사용의 폐지에 관계된 것에 한한다. 다음 항에 있어서도 동일하다.)를 받았던 시읍면(市町村)의 장은 즉시 사용의 폐지에 관계된 사업구역의 부분을 표시한 도면을 제22조 제2항에서 규정한 날까지 열람을 허용하여야 한다.

⑥토지수용법 제24조 제4항 및 제5항의 규정은 시읍면(市町村)의 장이 제3항 또는 제4항의 통지를 받았던 날로부터 2주를 경과하여도 전항의 규정에 의한 절차를 행하지 않는 경우에 준용한다. 이 경우에 있어서 동조 제4항 중 ‘기업지’는 ‘사업구역’으로, ‘기업자’는 ‘사업자’로 한다.

⑦사용인가는 제2항의 규정에 의한 고시가 있던 날로부터 장래를 향하여 그 효력(사업구역의 일부의 사용의 폐지에 관계된 경우에는 사용의 폐지에 관계된 사업구역의 부분에 있어서 효력)상실한다.

제 4 장 사업구역의 명도 등

제31조 (사업구역의 명도) ①인가사업자는 사업의 시행을 위해 필요할 때에는 사업구역에 있는 물건을 점유하고 있는 자에 대하여 기한을 정하여 사업구역의 명도를 청구할 수 있다.

②전항의 규정에 의한 명도의 기한은 동항의 청구를 한 날의 익일부터 기산하여 30일을 경과하여야 한다.

③제1항의 규정에 의한 명도의 청구가 있는 물건의 점유자는 명도의 기한까지 물건의 인도 또는 이전(이하 이 장에서는 ‘물건의 인도 등’이라고 한다.)을 하여야 한다. 단, 다음 조 제3항의 규정에 의한 지급이 없는 때에는 이에 해당되지 아니한다.

④제1항에 규정한 처분에 관해서는 행정절차법(平成5년 법률 제88호) 제3장의 규정은 적용하지 아니한다.

제32조 (사업구역의 명도에 수반한 손실보상) ①인가사업자는 전조의 규정에 의한 물건의 인도 등에 의하여 동조 제1항의 물건에 관하여 권리를 갖는 자가 통상적으로 받는 손실을 보상하여야 한다.

②전항의 규정에 의한 손실보상은 인가사업자와 손실을 받은 자가 협의하여 정하여야 한다.

③인가사업자는 전조 제2항의 명도기한까지 제1항의 규정에 의한 보상액을 지급하여야 한다.

④제2항의 규정에 의한 협의가 성립하지 않은 때에는 토지수용법 제94조 제2항 내지 제12항까지의 규정을 준용한다. 이 경우 동조 제2항 중 ‘기업자’는 ‘인가사업자’, 동조 제6항 중 ‘기업자인 자’는 ‘인가사업자인 자’, 동조 제7항 중 ‘이 법률’은 ‘대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법’으로 한다.

⑤전항에 있어 준용한 토지수용법 제94조 제2항 또는 제9항의 규정에 의한 재결신청 또는 소의 제기는 사업의 진행 및 사업구역의 사용을 정지하지 아니한다.

제33조 (보상금의 공탁) ①제33조 인가사업자는 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 경우에 전조 제3항의 규정에 의한 보상금의 지급에 대신하여 이를 공탁할 수 있다.

1. 보상금을 받을 자가 그 수령을 거절한 때 또는 보상금을 수령할 수 없을 때

2. 인가사업자가 과실이 없이 보상을 받을 자를 확인할 수 없을 때
 3. 인가사업자가 수용위원회가 재결한 보상금액에 대하여 불복이 있는 때
 4. 인가사업자가 압류 또는 가압류에 의하여 보상금의 수령이 금지된 때
- ②전항 제3호의 경우에 있어서 보상을 받을 자의 청구가 있는 때에는 인가사업자는 자기의 견적금액을 지급하고, 재결에 의한 보상금액을 공탁하여야 한다.
- ③인가사업자는 선취특권, 질권 또는 저당권 또는 가등기 또는 환매특약등기에 관한 권리의 목적물에 관하여 보상을 지급을 한 때에는 이러한 권리자의 전부로부터 공탁하지 않아도 된다는 취지의 신청이 있는 때를 제외하고, 그 보상을 공탁하여야 한다.
- ④전3항의 규정에 의한 공탁은 사업구역 소재지에 있는 공탁소에 하여야 한다.
- ⑤인가사업자는 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 공탁을 한 때에는 즉시 그 취지를 보상을 취득할 자에게 통지하여야 한다.

제34조 (물상대위) 전조 제3항의 선취특권, 질권 또는 저당권을 갖는 자는 동항의 규정에 의하여 공탁된 보상금에 대해 그 권리를 행사할 수 있다.

제35조 (사업구역의 명도의 대행) ①제31조 제3항 본문의 경우에 있어서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 시읍면(市町村)의 장은 인가사업자의 청구에 의하여 물건의 인도 등을 하여야 할 자(이하 이 조 및 다음 조에서 '의무자'라 한다.)에 대신하여 물건을 인도하거나 또는 이전하여야 한다.

1. 의무자의 책임으로 귀속되지 않는 이유로 인하여 그 의무를 이행할 수 없는 때
 2. 인가사업자가 과실없이 의무자를 확인할 수 없는 때
- ②시읍면((市町村)의 장은 전항의 규정에 의하여 물건의 인도 등에 소요된 비용을 의무자로부터 징수하는 것으로 한다.

③전항의 경우에 있어서 시읍면((市町村)의 장은 의무자 및 인가사업자에게 미리 통지한 경우에 제1항의 규정에 의하여 시읍면(市町村)의 장이 물건의 인도 등에 소요되는 비용에 충당하기 위하여 그 비용의 범위 내에서 의무자가 인가사업자로부터 받아야 하는 제32조 제1항의 보상금을 의무자에 대신하여 받을 수 있다.

④인가사업자가 전항의 규정에 의하여 보상금의 전부 또는 일부를 시읍면(市町村)의 장에 지급한 경우에는 이 법률의 적용에 관해서는 인가사업자가 시읍면(市町村)의 장에게 지급한 금액의 한도에 있어서 제32조 제1항의 보상금을 지급한 것으로 간주한다.

⑤시읍면(市町村)의 장은 제2항에 규정한 비용을 제3항의 규정에 의하여 징수할 수 없는 때 또는 징수하는 것이 적당하지 않은 것으로 인정될 때에는 의무자에 대하여 미리 납부해야 할 금액·납부기한 및 장소를 통지하여 이를 납부시키는 것으로 한다.

⑥시읍면(市町村)의 장은 전항의 규정에 의하여 통지를 받은 자가 동항의 규정에 의하여 통지된 기한을 경과하여 동항의 규정에 의하여 납부해야 할 금액을 완납하지 않을 때는 독촉장에 의하여 납부하여야 할 기한을 지정하여 독촉하여야 한다.

⑦전항의 규정에 의한 독촉을 받은 자가 그 지정된 기한까지 제5항의 규정에 의하여 납부하여야 할 금액을 납부하지 않은 때에는 시읍면(市町村)의 장은 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다. 이 경우에 있어서 징수금의 선취특권의 순위는 국세 및 지방세의 후 순위로 한다.

제36조 (사업구역의 명도의 대집행) ①제31조 제3항 본문의 경우에 있어서 의무자가 그 의무를 이행하지 않는 때에, 이행하여도 충분하지 않는 때, 또는 이행하여도 명도의 기한까지 완료할 수 없을 때에는 도도부현지사는 인가사업자의 청구에 의하여 행정대집행법(昭和23년 법률 제43호)이 정하는 바에 따라, 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하도록 하게 할 수 있다.

②전조 제3항 및 제4항의 규정은 도도부현지사가 전항의 규정에 의한 대집행에 필요로 한 비용을 징수하는 경우에 준용한다.

제37조 (그 밖의 손실보상) ①제32조 제1항에서 규정하는 손실 외, 제25조의 규정에 의한 권리행사의 제한에 의하여 구체적인 손실이 발생한 때에는 해당 손실을 받은 자는 제21조 제1항의 규정에 의하여 고시를 한 날로부터 1년 이내에 한하여 인가사업자에 대하여 그 손실보상을 청구할 수 있다.

②전항의 규정에 의한 손실보상에 관해서는 제32조 제2항, 제4항 및 제5항의 규정을 준용한다.

제38조 (원상회복의 의무) 인가사업자는 사용인가의 취소, 사업의 폐지 또는 변경 그 밖의 사유에 의하여 사업구역의 전부 또는 일부를 사용한 필요가 없는 때에는 즉시 해당 사업구역의 전부 또는 일부를 원상회복 하거나 또는 해당 사업구역의 전부 또는 일부 및 그 주변에 있어서 안전의 확보 또는 환경의 보전을 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

제 5 장 잡 칙

제39조 (수수료) 제14조의 규정에 의하여 국토교통대신에 대하여 사용인가를 신청한 자는 국가에게 실비를 감안하여 정령으로 정한 액수의 수수료를 납부하여야 한다. 단, 그 자가 국가 또는 도도부현인 때에는 이에 해당되지 아니한다.

제40조 (감정인 등의 여비 및 수당의 부담) 제9조 또는 제32조 제4항 (제37조 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다.)에서 준용하는 토지수용법 제94조 제6항에서 준용하는 동법 제65조 제6항의 규정에 의한 감정인 및 참고인의 여비 및 수당은 사업자의 부담으로 한다.

제41조(행정절차법의 적용제외) 이 법률에 있어서 준용하는 토지수용법의 규정에 의하여 수용위원회 또는 그 회장 또는 지명위원이 하는 처분에 관하여서는 행정절차법 제2장 및 제3장의 규정은 적용하지 아니한다.

제42조 (도도부현지사가 한 처분에 대한 심사청구) 도도부현지사가 한 사용인가에 관하여 처분에 불복이 있는 자는 국토교통대신에 대하여 심사청구를 할 수 있다.

제43조 (불복신고에 대한 결정 및 재결) ①국토교통대신의 제11조 제 1항의 사업에 관한 사용인가에 관한 처분에 관해서의 이의신청 또는 심사청구에 대한 결정 또는 재결은 사업소관 대신의 의견을 청취한 후에 하여야 한다.

②국토교통대신은 사용인가에 관한 이의신청 또는 심사청구가 있었던 때에 있어서 사용인가에 이르기까지의 절차 그 밖의 행위에 관하여 위법이 있어도, 그것이 경미한 것이어서 사용인가에 영향을 미칠 우려가 없다고 인정한 때에는 결정 또는 재결로써 해당 이의신청 또는 심사청구를 기각할 수 있다.

제44조 (사용인가절차의 생략) 이의신청 또는 심사청구에 대한 결정 또는 재결에 의하여 사용인가가 취소된 경우에 있어서 국토교통대신 또는 도도부현지사가 재차 사용인가에 관한 처분을 하고자 하는 때에는 사용인가에 관해 이미 행하였던 절차 그 밖의 행위는 법령의 규정에 위반한 것으로서 당해 취소의 이유가 된 것을 제외하고는 생략할 수 있다.

제45조 (소송) 이 법률에 있어서 준용하는 토지수용법의 규정에 기한 수용위원회의 재결에 관한 소는 이를 제기한 자가 사업자인 때는 손실을 받았던 자를, 손실을 받았던 자인 때는 사업자를 각각 피고로 하여야 한다.

제46조(기간계산, 통지 및 서류송달의 방법에 관한 토지수용법의 준용) 이 법률 또는 이 법률에 근거한 명령의 규정에 의한 기간계산, 통지 및 서류송달의 방법에 관하여는 토지수용법 제135조 의 규정을 준용한다.

제47조 (대리인) 이 법률로 정한 절차 그 밖의 행위를 대리인이 할 때에는 당해 대리인은 서면으로 그 권한을 증명하여야 한다.

제48조 (권한위임) 이 법률에 규정한 국토교통대신 또는 사업소관 대신의 권한은 정령으로 정하는 바에 의하고, 그 일부를 지방지분부국(地方支分部局)의 장에게 위임할 수 있다.

제49조 (사무의 구분) 이 법률의 규정에 의하여 지방공공단체가 처리하는 사무 중, 다음 각호의 규정에 의한 사무(제11조 제1항의 사업에 관한 것에 한한다.)는 지방자치법 제2조 제9항 제1호의 규정에 의한 제1호 법정수탁사무와 제2호의 규정에 의한 사무(제11조 제2항의 사업에 관한 것에 한한다.)는 동법 제2조 제9항 제2호에서 규정하는 제2호 법정수탁사무라 한다.

1. 도도부현이 제9조에서 준용하는 토지수용법 제11조 제1항 및 제4항 및 제14조 제1항, 제20조에서 준용하는 동법 제24조 제4항 및 제5항 및 제25조 제2항, 제22조 제3항 및 제30조 제6항에서 준용하는 동법 제24조 제4항 및 제5항, 제23조 제1항, 제36조 제1항 및 동조 제2항에서 준용하는 제35조 제3항의 규정에 의하여 처리하는 것으로 되어 있는 사무
2. 시읍면(市町村)이 제9조에서 준용하는 토지수용법 제12조 제2항 및 제14조 제1항 및 제3항, 제20조에서 준용하는 동법 제24조 제2항, 제22조 제2항, 제30조 제5항 및 제35조 제1항 내지 제3항까지, 제5항 및 제6항의 규정에 의하여 처리하는 것으로 되어 있는 사무

제50조 (지정도시의 區에 관한 특례) 이 법률(제7조 제3항을 제외한다.)의 규정 중 시읍면(市町村)의 장에 관한 규정은 지방자치법 제252조의19 제1항의 지정도시에 있어서는 해당 시의 구 또는 구청장에게 적용한다.

제51조 (정령에게의 위임) 이 법률에서 정한 것 이외에 이 법률의 집행을 위해 필요한 절차 그 밖의 사항에 관해서는 정령으로 정한다.

제 6 장 별 칙

제52조 제9조 또는 제32조 제4항(제37조 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다. 이하 이 장에서는 같다.)에서 준용하는 토지수용법 제94조 제6항에서 준용하는 동법 제65조 제1항 제2호의 규정에 의하여 수용위원회에 출두를 명령받았던 감정인이 허위의 감정을 한 때에는 1년 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금에 처한다.

제53조 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 50만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조에서 준용하는 토지수용법 제11조 제1항에 규정한 경우에 있어서 도도부현지사의 허가없이 토지에 출입하거나 출입하게 한 사업자.
2. 제9조에서 준용하는 토지수용법 제13조의 규정에 위반하여 동법 제11조 제3항의 규정에 의한 출입을 거절하거나 방해한 자
3. 제9조에서 준용하는 토지수용법 제14조 제1항의 규정에 있어서 시읍면(市町村)의 장의 허가를 받지 않고 장애물을 제거하거나 또는 도도부현지사의 허가를 받지 않고 토지에 시굴(試掘) 등(동항에 규정한 시굴 등을 말한다)을 행한 자

제54조 제9조 또는 제32조 제4항에서 준용하는 토지수용법 제94조 제6항에서 준용하는 동법 제65조 제1항 제3호의 규정에 의한 실지조사를 거부·방해하거나 또는 기피하는 자는 20만원 이하의 벌금에 처한다.

제55조 법인의 대표자나 법인 또는 자연인의 대리인, 사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무에 관하여 전2조의 위반행위를

한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 그 법인 또는 자연인에 대해서 각각 본조의 형을 과한다.

제56조 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 10만엔 이하의 과태료에 처한다.

1. 제9조 또는 제32조 제4항에서 준용하는 토지수용법 제94조 제6항에서 준용하는 동법 제65조 제1항 제1호의 규정에 의하여 출두 명령을 받은 자가 정당한 사유가 없이 출두·진술하지 않거나 또는 허위의 진술을 한 때
2. 제9조 또는 제32조 제4항에서 준용하는 토지수용법 제94조 제6항에서 준용하는 동법 제65조 제1항 제1호의 규정에 의하여 자료의 제출명령을 받은 자가 정당한 사유가 없이 자료를 제출하지 않거나 또는 허위의 자료를 제출한 때
3. 제9조 또는 제32조 제4항에서 준용하는 토지수용법 제94조 제6항에서 준용하는 동법 제65조 제1항 제2호의 규정에 의하여 출두 명령을 받은 감정인이 정당한 사유가 없이 출두하지 않거나 또는 감정을 하지 아니한 때

부 록 2

일본 대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 시행령

(平成 12년 12월 6일 정령 제500호)

최종 개정 : 平成 17년 3월 24일 정령 제60호

내각은 대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법(平成 12년 법률 제87호) 제2조 제1항 제1호 및 제2호, 제3조, 제7조 제1항, 제16조 제6호, 제39조 및 제46조에서 준용하는 토지수용법(昭和 26년 법률 제219호) 제135조 제2항의 규정에 기하여 이 정령을 제정한다.

제 1 조 (건축물의 지하실 및 그 건설의 용도로 통상 제공되지 않는 지하의 깊이) 대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법(이하 ‘법’이라 한다.) 제2조 제1항 제1호의 정령에서 정한 깊이는 지표에서 40미터로 한다.

제 2 조 (통상의 건축물의 기초를 지지할 수 있는 지반 등) ①법 제2조 제1항 제2호의 통상의 건축물의 기초를 지지할 수 있는 지반으로서 정령으로 정한 것은 그 지반에 있어 건축물의 기초를 지지하는 것에 의하여 당해 기초가 1평방미터당 2500킬로 뉴턴 이상의 허용지지력을 갖는 것으로 된 지반(이하 ‘지지지반(支持地盤)’이라고 한다.)이라고 한다.

②전항의 허용지지력은 지반조사의 결과에 근거하여 국토교통대신이 정하는 방법에 의하여 산출한다.

③법 제2조 제1항 제2호의 정령으로 정한 거리는 10미터로 한다.

제 3 조 (대상지역) 법 제3조의 정령으로 정한 지역은 별표 제1과 같다.

제 4 조 (대심도 지하사용협의회) 법 제7조 제1항의 대심도 지하사용협의회는 별표 제2 상단에서 규정하는 대상지역과 함께 다음 각호의 행정기관 및 동표 하단에서 규정하는 도도부현에 의하여 조직한다.

1. 국토교통성
2. 법 제4조 각호에서 규정하는 사업을 관할하는 행정기관
3. 기본방침에서 정하여진 법 제6조 제2항 제3호 또는 제4호에서 규정한 사항에 관계된 행정기관

제 5 조 (설치한 시설 또는 공작물의 내력) ①법 제16조 제6호의 정령으로 정한 내력은 사업에 의하여 설치하는 시설 또는 공작물의 위치, 토질 및 지하수의 상황에 따라서 통상의 건축물의 건축에 의하여 작용하는 하중, 토압 및 수압에 대하여 당해 시설 또는 공작물이 안전하다는 것이 국토교통대신이 정하는 방법에 의하여 확인할 수 있는 최저의 내력으로 한다.

②전항의 통상의 건축물의 건축에 의하여 작용하는 하중은 그 건축에 의하여 지표에서 25미터의 깊이까지에서 배토하는 것으로 하는 경우에 있어서 증가하중이 1평방미터당 300킬로뉴턴으로 되는 건축물(당해 건축물을 통상의 건축물로 상정하는 것이 그 구역에 적용되는 법령의 규정에 의한 제한(건축물의 높이 제한 그 밖에 건축이 가능한 건물물의 하중에 영향을 미치는 제한에 한한다.)에서 보아서 적절하지 않은 구역으로서 국토교통대신이 지정한 구역에서는 당해 구역에 있어서 건축이 상정된 최대 하중의 건축물로서 별도로 국토교통대신이 정하는 하중의 건축물)이 시설 또는 공작물에 작용한 하중으로서 토질, 지하수의 상황 및 지지지의 위치에 따라 국토교통대신이 정하는 방법에 의하여 산출하는 것으로 한다.

제 6 조 (수수료) 법 제39조의 규정에 의한 수수료는 한 건에 관하여 다음과 같다.

1. 사업구역의 연장이 2킬로미터 이하의 경우 70만 8800엔(전자신청(행정절차 등에 있어서 정보통신기술의 이용에 관한 법률(平成 14년 법률 제151호) 제3조 제1항의 규정에 의하여 동항에서 규정하는 전자정보처리조직을 사용한 신청을 말한다. 다음 호에 있어서도 동일하다.)에 의한 경우에는 70만 6400엔)
2. 사업구역의 연장이 2킬로미터를 초과하는 경우 70만 8800엔(전자신청에 의한 경우는 70만 6400엔)에 사업구역의 연장의 2킬로미터를 초과한 부분이 1킬로미터에 이를 때마다 14만 4600엔을 가한 금액

제 7 조 (통지) ①통지는 서면에 의하여야 한다. 단, 법 제9조에서 준용하는 토지수용법 제14조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 통지는 구두로 할 수 있다.

②법 제9조에서 준용하는 토지수용법 제11조 제4항, 제12조 제2항 및 제94조 제5항, 법 제21조 제1항, 법 제24조, 법 제32조 제4항(법 제37조 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다.)에서 준용하는 토지수용법 제94조 제5항, 법 제35조 제3항(법 제36조 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다.) 및 법 제35조 제5항의 규정에 의한 통지는 통지하여야 할 자가 스스로 통지를 하지 않는 경우에는 임명한 직원을 통하여 통지를 받아야 하는 자에게 교부시키는 것 또는 등기우편 또는 민간사업자에 의한 편지의 송달에 관한 법률(平成 14년 법률 제99호) 제2조 제6항에서 규정하는 일반 우편으로 사업자 또는 동조 제9항의 규정에 의한 특정 우편으로 사업자가 제공하는 동조 제2항의 규정에 의한 우편의 역무 중 등기우편에 준한 것으로 하여 국토교통대신이 정하는 바에 의하여 통지를 받아야 하는 자에게 송부하여야 한다.

③민사소송법(平成8년 법률 제109호) 제102조, 제103조, 제105조, 제106조 및 제109조의 규정은 전항의 규정에 의하여 통지를 한 경우에 준용한다. 이 경우에 동법 제102조 제1항 중 ‘소송무능력자’는 ‘미성년자(독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우를 제외한다.) 또는

성년 피후견인'으로, 동법 제109조 중 '법원'은 '통지하여야 할 자'로 한다.

④전항에서 준용하는 민사소송법 제106조 제2항의 규정에 의한 통지가 된 때에는 통지할 의무가 있는 자가 임명한 직원은 그 취지를 통지를 받은 자에게 통지하여야 한다.

제 8 조 시읍면(市町村)의 장은 법 제35조 제3항의 규정에 의하여 통지를 하는 경우에 있어서 통지를 받아야 할 자의 주소, 거소 그 밖에 통지하여야 하는 장소를 확인할 수 없는 때 또는 전조 제3항의 규정에 의한 것이 가능하지 아니한 때에는 공시에 의한 통지를 할 수가 있다.

②공시에 의한 통지는 통지하여야 할 서류를 통지를 받아야 하는 자에게 관해서도 교부하는 취지를 시읍면(市町村)의 게시판에 게시하여 행한 것으로 한다.

③시읍면(市町村)의 장은 필요하다고 인정한 때에는 사업구역이 소재하는 도도부현의 지사에 대하여 공시에 의한 통지가 있는 취지를 도도부현의 게시판에 게시함과 동시에 도도부현의 공보에 게재한 것을 요구하고, 통지를 받아야 하는 자의 주소 또는 최후의 주소가 있는 시읍면(市町村)의 장에 대하여 공시에 의한 통지가 있는 취지를 게시할 것을 요구하거나 또는 공시에 의한 통지가 있는 취지를 관보에 게재할 수 있다.

④전항의 요구를 받은 도도부현지사 또는 시읍면(市町村)의 장은 각각 그 요구를 받은 날로부터 1주일 이내에 도도부현의 게시판에 게시함과 동시에 도도부현의 공보에 게재하거나 또는 해당 시읍면(市町村)의 게시판에 게시하여야 한다.

⑤시읍면(市町村)의 장이 제2항의 규정에 의한 게시를 한 때에는 그 게시를 시작한 날의 익일부터 기산하여 20일을 경과한 때에 통지가 있었던 것으로 간주한다.

제 9 조 전조의 규정은 법 제36조 제2항에서 준용하는 법 제35조 제3항의 규정에 의하여 도도부현지사가 통지를 한 경우에 준용한다. 이

경우 전조 제1항, 제3항 및 제5항 중 ‘시읍면(市町村)의 장’은 ‘도도부현지사’로, 동조 제2항 중 ‘시읍면(市町村)의 게시판에 게시하여’는 ‘도도부현의 게시판에 게시함과 동시에 도도부현의 공보에 게재하여’로, 동조 제3항 중 ‘소재하는 도도부현의 지사에 대하여 공시에 의한 통지가 있었던 취지를 도도부현의 게시판에 게시함과 동시에 도도부현의 공보에 게재할 것을 요구하여’는 ‘소재하는 시읍면(市町村)의 장 또는’으로, 동조 제4항 중 ‘전항의 요구를 받은 도도부현지사 또는 시읍면(市町村)의 장은 각각 그’는 ‘시읍면(市町村)의 장은 전항의’로, ‘도도부현의 게시판에 게시함과 동시에 도도부현의 공보에 게재하거나 또는 해당 시읍면(市町村)’은 ‘해당 시읍면(市町村)’으로, 동조 제5항 중 ‘게시를 하였다’는 ‘게시 및 게재를 하였다’로 한다.

제10조 전3조의 규정에 의한 그 밖, 토지수용법시행령(昭和 26년 정령 제342호) 제5조의 규정은 법 제9조 및 제32조 제4항(법 제37조 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다.)에서 준용하는 토지수용법 제94조 제5항의 규정에 의하여 수용위원회가 통지를 한 경우에 준용한다. 이 경우, 동시행령 제5조 제1항 중 ‘전조 제2항’은 ‘대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 시행령(平成 12년 정령 제500호) 제7조 제3항’으로, 동항 내지 동조 제3항까지의 규정 중 ‘공시송달’은 ‘공시에 의한 통지’로, 동항 중 ‘수용 또는 사용하고자 하는 토지(법 제5조에서 규정한 권리를 수용하거나 또는 사용하는 경우에 있어서는 당해 권리의 목적이거나 또는 당해 권리와 관계가 있는 토지, 하천의 대지, 해저, 물 또는 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착한 물건, 법 제6조에서 규정하는 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착한 물건을 수용하거나 또는 사용하는 경우에 있어서는 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착한 물건, 법 제7조의 규정에 의한 토사(土砂)를 수용한 경우에는 토사(土砂)가 속한 토지)’는 ‘사업구역’으로 한다.

제11조 (서류송달) 서류송달에 관해서는 토지수용법 시행령 제4조 제1항 내지 제3항까지 및 제5조의 규정을 준용한다. 이 경우 동조 제3

항 중 ‘수용하거나 또는 사용하고자 하는 토지(법 제5조에 언급한 권리를 수용하거나 또는 사용하는 경우에 있어서는 해당 권리의 목적이거나 또는 해당 권리에 관계가 있는 토지, 하천의 대지, 해저, 물 또는 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착한 물건, 법 제6조의 규정에 의한 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착한 물건을 수용하거나 또는 사용하는 경우에 있어서는 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착한 물건, 법 제7조의 규정에 의한 토사(土砂)를 수용하는 경우에 있어서는 토사(土砂)가 속한 토지)는 ’사업구역‘으로 한다.

제12조 (사무의 구분) 이 정령의 규정에 의하여 지방공공단체가 처리하는 사무 중, 다음 각호의 규정에 의한 사항(법 제11조 제1항의 사업에 관한 것에 한한다.)은 지방자치법(昭和 22년 법률 제67호) 제2조 제9항 제1호의 규정에 의한 제1호 법정수탁사무로, 제2호의 규정에 의한 사항(법 제11조 제2항의 사업에 관한 것에 한한다.)은 동법 제2조 제9항 제2호에서 규정하는 제2호 법정수탁사무로 한다.

1. 도도부현이 제8조 제4항, 제9조에서 준용하는 제8조 제1항 및 제3항 및 제10조 및 전조에서 준용하는 토지수용법 시행령 제5조 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 처리하는 것으로 규정된 사무
2. 시읍면(市町村)이 제8조 제1항 및 제3항, 동조 제4항(제9조에서 준용하는 경우를 포함한다.) 및 제10조 및 전조에서 준용하는 토지수용법 시행령 제5조 제4항의 규정에 의하여 처리하는 것으로 규정된 사무

[별표 제 1 (제 3 조 관련)]

대상지역의 명칭	대상지역의 범위
수도권의 대상지역	그 구역의 전부 또는 일부가 수도권정비법 (昭和 31년 법률 제83호) 제2조 제3항의 규정에 의한 기성 시가지 또는 동조 제4항의 규정에 의한 근교 정비지대의 구역 내에 있는 시 (특별구를 포함한다.) 및 읍촌의 구역

일본 대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법 시행령

대상지역의 명칭	대상지역의 범위
킨키(近畿)권의 대상지역	그 구역의 전부 또는 일부가 킨키권정비법 (昭和 38년 법률 제129호) 제2조 제3항에 규정한 기성 도시구역 또는 동조 제4항에 규정한 근교 정비구역의 구역 내에 있는 시읍면의 구역
중부권의 대상지역	그 구역의 전부 또는 일부가 중부권 개발 정비법 (昭和 41년 법률 제102호) 제2조 제3항의 규정에 의한 도시정비구역의 구역내에 있는 시읍면의 구역
비 고 : 이 표에서 규정하는 구역은 平成 13년 4월 1일자로 정해진 구역으로 한다.	

[별표 제2 (제4조 관련)]

대 상 지 역	도 도 부 현
수도권의 정비지역	이바라키현(茨城縣), 사이타마현(埼玉縣), 치바현(千葉縣), 도쿄도(東京都), 카나가와현(神奈川縣)
킨키(近畿)권의 대상지역	교토부(京都府), 오사카부(大阪府), 효우고현(兵庫縣), 나라현(奈良縣)
중부권의 대상지역	아치치현(愛知縣), 미에현(三重縣)

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 1995.
- 곽윤직, 『민법총칙(신정판)』, 박영사,
_____, 『신정판 물권법』, 박영사, 1997.
- 곽윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 박영사, 1992.
- 김민중, 『민법총칙』, 두성사, 1997.
- 김상용, 『물권법(전정판)』, 법문사, 1999.
_____, 『물권법』, 법문사, 2000.
- 김상용/정우형, 『토지법(증보판)』, 법원사, 2004.
- 김용한, 『물권법론(전정판)』, 박영사, 1993.
- 김정순, 『지하공간 관련법제 정비방안』, 한국법제연구원, 1998.
- 김증한/김학동, 『민법총칙』, 박영사, 1995.
_____, 『물권법』, 박영사, 1996.
- 박헌주/서순탁/정우형, 『국토의 합리적 관리를 위한 개발권 분리방안 연구』, 국토연구원, 2000.
- 서순탁/정우형, 『개발권 분리구상에 관한 시론적 연구』, 국토연구원, 1999.
- 이영준, 『물권법(전정판)』, 박영사, 1996.
_____, 『민법총칙』, 박영사, 1995.

- 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 1997.
- _____, 『개정신판 물권법』, 박영사, 2002.
- 이정전, 『토지경제학』, 박영사, 1999.
- 이춘용 외, 『입체도로제도 도입방안 연구』, 국토개발연구원, 1995.
- 장경학, 『물권법』, 법문사, 1990.
- _____, 『민법총칙』, 법문사, 1997.
- 황적인 외, 『주석 물권법』, 법원사, 1990.

2. 논문

- 공순진/김영철, “전자상거래의 민사법적 문제”, 『동의법정 제15집』, 동의대 법학연구소,
- 김동욱, “한국의 지하공간이용 현황과 법제도화 방향”, 『국토정보』제 147호, 1993. 12.
- 김민규, “지하공간개발에 관련된 법과 제도”, 『과학기술법연구』 제3집, 한남대 과학기술법연구소, 1997.
- 김상용, “토지의 입체적 이용을 위한 지하 및 공중에 관한 법리”, 『토지법학』제13호, 한국토지법학회, 1998.
- 김상원, “지하에 대한 토지소유권의 범위”, 『토지법학』 제13호, 한국토지법학회, 1998.
- 김영훈, “지하공간이용에 관한 공법적 연구”, 『법학논총』 제11집, 숭실대 법학연구소, 1998.
- 류해웅, “지하공간의 이용과 보상에 관한 법적 고찰”, 『공법학의 제문제 (김영훈박사 화갑기념)』, 1995.
- _____, “지하 및 공중공간의 사용과 등기에 관한 법적 고찰”, 『지하 및 공중공간사용에 관한 공법적 문제』, 한국토지공법학회 제16회

- 학술대회자료집, 1999.
- 박윤흔, “지하공간개발과 법적 대응”, 『사법행정』 제357호, 한국사법행정학회, 1990. 9.
- 심우갑, “지하공간개발을 위한 법제적 기초”, 『지하공간』 제4호, 1995.
- 이수엽, “지하공간의 이용과 토지소유권”, 『대한변호사협회지』 제119호, 대한변호사협회, 1986.
- 이침석/박성기, “지하선 손실보상에 관한 연구”, 『토지법학』 제11호, 한국토지법학회, 1995.
- 정해상, “이원적 소유권 개념의 필요성”, 『법학논문집』 제23집 제1호, 중앙대 법학연구소, 1998.
- 함인선, “지하이용권의 설정과 보상문제(상)(하)”, 『법률신문』 제2739~2740호, 법률신문사, 1998년 11월 9일, 11월 12일.

II. 외국문헌

1. 단행본

- Baur/Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, C.H.Beck, 1992.
- Bright, Susan, *Land Law*, Oxford Univ., 1998.
- Der Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, *Neu und modifizierte Rechtsformen der Bodennutzung*, 1977.
- Kurtz, Sheldon F, *American Property Law*, Thomson West, 2003.
- MacKenzie, Judith-Anne, *Land Law*, Oxford University Press, 2004.

참 고 문 헌

- Manfred Wolf, *Sachenrecht 18. Aufl.*, C.H.Beck, 2002.
- Mark A. Senn, *Commercial Real Estate Transactions Hand Book 3rd ed.*, Aspen law, 2000.
- Max Kaser, *Das roemischePrivatrecht BdI*, 1995.
- Nigel P. Gravells, *Land Law 2nd ed.*, Sweet & Maxwell, 1999.
- Robert Irwin, *Real Estate Handbook*, MacGraw-Hill, 1984.
- Robert H. Nelson, *Zonning and Proverty Right*, MIT Press, 1977.
- Schwab/Prütting, *Sachenrechtg 30.Aufl.*, C.H.Beck, 2001.
- Staudinger *Kommentar zum BGB, 12Aufl.*, 1982.
- Steven Emanuel, *Property*, 1980.
- United Nations, *Land for Human Settlements: Some legal and Economic Issue*, 1977.
- Westermann, *Sachenrecht*, C.F. Müller, 1998.
- 乾昭三, 『土地法の理論的展開』, 法律文化社, 1990.
- 國土廳大深度地下利用研究會, 『大深度地下利用の課題と展望』, ぎょうせい, 1998.
- 內田勝一 외, 『現代の都市と土地私法』, 有斐閣, 2001.
- 成田頼明, 『土地政策と法』, 弘文堂, 平成元年.
- 松尾稔・林良嗣, 『都市の地下空間』, 鹿島出版會, 1998.
- 遠藤浩, 『基本法コメンタル(第三版 物權)』, 日本評論社, 1988.
- 鈴木縁彌, 『注釋民法(7)』, 有斐閣, 1988.
- 野村好弘, 『注釋民法(7)』, 有斐閣, 1988.

- 日本 建設省 空中權調査研究會編, 『空中權』, ぎょうせい, 1975.
- 日本プロジェクト産業協會, 『都市開發と空中權-國內事例の調査研究』, 1982.
- 中村昌美, 『アメリカ不動産法の研究』, 信山社, 2002.
- 平松弘光, 『大深度地下利用問題を考える』, 公人社, 1997.
- , 『地下利用權概論』, 公人社, 1995.

2. 논 문

- Frank Schnidmann, “Transferable Development Right: An Idea in Search of Implementation”, *Land and water Law Review*, Vol. No. 2., Univ. of Wyoming, 1986.
- Hans-Jochen Vogel, “Bodenrecht und Stadtenwicklung”, *NJW*, 1972.
- Underground Space Center, “Legal and Administrative Issues in Underground Space Use : A preliminary Survey of ITA Member Nations”, *Tunnelling and Underground Space Technology*, Vol.6 No.2, Univ. of Minnesota, 1991.
- 鎌田薫, “大深度地下利用と土地所有權”, 『現代の都市と土地私法』, 有斐閣, 2001.
- 鎌田薫, “大深度地下の公的利用と土地所有權(上)”, NBL 412号, 商事法務, 1988.
- 鎌田薫, “大深度地下の公的利用と土地所有權(中)”, NBL 414号, 商事法務, 1988.
- 鎌田薫, “大深度地下の公的利用と土地所有權(下)”, NBL 423号, 商事法務, 1989.

참고 문헌

- 高田壽史, “空中權と都市開發 -アメリカの事例から見た問題点と所見”, 『不動産研究 25卷1号』,
- 山野目章夫, “時間・空間の限られた所有權”, 『ジュリスト』1126號, 有斐閣, 1998. 1.
- 石田喜久夫 “地下所有權の制限の可能性の限界”, 『ジュリスト』913号, 有斐閣, 1988. 7. 15
- 小澤英明, “國民共有財産としての大深度地下”, 『自研』, 74卷 3号, 1998.
- 阿部泰隆, “大深度地下利用の法律問題1”, 『法律時報』68卷 9号, 日本評論社, 1996. 8.
- 阿部泰隆, “大深度地下利用の法律問題2”, 『法律時報』, 68卷 10号, 日本評論社, 1996.
- 園部逸夫, “大深度地下鐵道の構想と法的課題”, 『ジュリスト』913號, 有斐閣, 1988. 7. 15.
- 伊藤進, “大深度地下空間に對する土地所有權の限界”, 『法律論叢』 61卷4・5合併号, 1989.
- 竹中正子 譯, “空中權の研究”, 『不動産研究 8卷4号』,
- 篠塚昭次, “空中權・地中權の法理—新しい利用形態をめぐって”, 『ジュリト』 476号, 有斐閣, 1971.
- 現代不動産法研究會, “地下空間利用の法律問題”, 『ジュリスト』856号, 有斐閣, 1986. 3. 15.
- ジェローム/G. ローズ(青木蔚 譯), “アメリカの開發權について -オープンスペースを保持する方法としての開發權の分離と市場性についての提案”, 『不動産研究 17卷1号』,