

지하공간의 사용 및 보상에 관한 법리적 연구

김 동 련*

목 차

I. 들어가면서	1. 토지 지하공간의 이용가능성
II. 지하공간의 의의와 효력범위	2. 토지 지하공간의 이용전망
1. 지하공간의 개념	V. 지하공간의 사용과 손실보상
2. 지하공간이용의 필요성	1. 서 설
3. 지하공간에 대한 토지소유권의 범위	2. 실정법상 지하공간에 대한 보상제도
III. 지하의 사용방식 및 대심도 지하의 권원취득	3. 대심도이용과 손실보상
1. 구분지상권의 설정에 의한 사용	VI. 지하공간에 대한 범위 및 보상
2. 토지보상법에 의한 사용	1. 토지소유권의 범위
3. 공물사용권의 설정방식	2. 대심도 이하부분의 손실보상 부분
4. 터널부설권의 설정방식	3. 무보상의 사례
IV. 지하공간의 이용가능성과 이용전망	VII. 결 론

I. 들어가면서

우리는 지상과 지표 부분에 대한 관심을 많이 보이고 있다. 우리나라의 경우 현재 지표와 지상을 구분하여 사용하고 있다고 볼 수 있다. 하지만, 건설기술의 발달로 인하여 지하에 대한 부분도 많은 관심을 보이면서, 지하에 대한 권리도 주장되어지고 있다. 이에 따라서 1992년에는 사단법인 한국지하공간협회가 탄생하였으며, 많은 건설회사들이 회원사로 가입하기에 이르렀다.

* 건국대학교 박사과정 수료

우리는 일반적으로 지표부분을 이용하는 것으로 알고 있지만, 오늘날에는 터널, 지하철, 지하통로 등과 같이 지표의 이용을 수반하지 않는 지하이용이나 고압선, 모노레일(monorail),¹⁾ 수도 등과 같이 공중공간의 이용도가 점차 늘어가고 있는 실정이다.

우리나라의 경우 국토의 75%를 차지하는 산악지역이 북유럽의 국가들과 비슷하게 암석의 지질로 되어 있어 지하시설을 하는 것에 유리하다. 또한 현재는 우리나라의 인구 집중현상이 극심하기 때문에, 이제는 지하공간에 대한 시설 확보를 도모하고 있는 실정이다.

우리나라의 경우 지하는 임차권이나 구분지상권을 설정하거나, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’이라 한다)에 의해 사용협의를 의하여 사용할 수 있으나, 토지소유자의 동의를 구할 수 없을 때에는 토지보상법에 의해 반영구적인 사용이 가능할 수 있는 명확한 제도적 장치가 요구된다.

본 논문은 증대되는 지하공간의 발달과 이용에 수반하여 제기되는 제반 문제 중 지하공간이용의 필요성, 지하공간에 대한 범위, 설정방식, 손실보상 문제 등과 관련하여 공법적인 고찰을 하고자 한다.

II. 지하공간의 의의와 효력범위

1. 지하공간의 개념

지하공간이라 함은 지표면의 윗부분인 지상공간과 지표면을 경계로

1) 모노레일이란 종래의 철도가 일정한 간격으로 된 2개의 강철레일 위를 강철제 바퀴를 가진 차량이 주행하는 데 대하여 모노레일은 높은 지주 위에 콘크리트제 빔(beam)을 설치하고, 이것을 주행로로 하여 세로 방향으로 복렬의 고무타이어 바퀴를 장비한 차량이 주행하는 것이다. 또 빔 위에 다시 레일을 고정시키고 그 위를 강철제 바퀴가 굴러 주행하는 것도 있다.

대칭적으로 나타날 수 있는 지중을 의미한다.²⁾ 우리는 지하공간을 천심도, 중심도, 대심도로 나누는데, 이는 지하공간의 깊이에 따라서 구분하고 있다. 이 중에서도 대심도가 중점이 될 것이다. 대심도는 다른 말로 한계심도라고도 불리고 있는데, 우리 「서울특별시 지하부분 토지사용에 따른 보상기준에 대한 조례」 제2조 제4호에서 보면 토지소유자의 통상적 이용행위가 예상되지 않으며 지하시설물 설치로 인하여 일반적인 토지 이용에 지장이 없는 것으로 판단되는 깊이로 정의되어지고 있다. 이 규정에 의하여 일반적으로 한계심도를 경계로 하여 이를 위와 아래로 구분할 수 있다.³⁾

대심도는 물리적인 깊이의 정도와 소유권이 미치는 범위를 중심으로 개념이 정의되는 것이 일반적이다. 하지만 개념정립문제는 소유권이 미치는 효력범위를 축소해 보려는 의도와 토지소유자의 소유권 문제는 별개로 하고 소유권의 동의나 보상 없이 토지소유자 이외의 자가 이용할 수 있는 방도를 모색하려는 의도 등에서 제기되는 것이기 때문에 간단하고 획일적으로 정립하기는 어렵다.

2. 지하공간이용의 필요성

고도산업사회의 도래에 따라 도시화가 심화되고 이로 인하여 대도시 중심부에 있어서 토지이용의 고도화와 효율화가 필연적으로 요청되면서 지하공간의 적정한 이용, 특히 일정심도 이상의 지하부분의 공공적 이용의 필요성이 증대되고 있다. 공공목적에 위한 지상의 토지이용은 권리관계가 세분화되어 있고, 매수교섭 또는 수용절차에 있어서 많은 시간과 비용이 소요되어 어려운 점이 많다. 이에 대하여 대심도에 있어서

2) 류해웅, 「토지공법론」, 삼양사, 2004, 407-408면.

3) 동조례에선 “한계심도는 고층시가지는 40m, 중층시가지는 35m, 저층시가지 및 주택지는 30m, 농지·임지는 20m로 한다.”(제8조)에서 규정하고 있다.

는 용지취득을 위한 비용과 시간이 많이 소요되지 아니하고, 기술적으로 단기간에 필요한 공사를 진행시킬 수 있다. 철도에 있어서 교통계획상 최적의 장소에 직선코스를 설정할 수 있어 입지자유도가 확대되고 편리하며, 시간단축은 물론 경제적으로 유리한 것을 기대할 수 있다.⁴⁾

3. 지하공간에 대한 토지소유권의 범위

가. 개 념

토지란 일정한 범위에 걸친 지면에 정당한 이익이 있는 범위 내에서 그 상하를 포함하는 것이라 정의되고 있다.⁵⁾ 일반적으로 다른 유체물과 달리 인위적으로 구분된 범위를 소유권의 대상으로 하고 있으며, 지표면 뿐만 아니라 관념상으로는 무한의 지상공간과 지하부분을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 따라서 일반적인 소유권이 전면적으로 목적을 직접적이고 배타적으로 지배할 수 있는 권리라 한다면 토지에 대한 소유권은 구획된 지표면의 지상과 지하를 무한정으로 지배할 수 있는 내용을 갖게 된다.⁶⁾

하지만 이를 무제한 이용하게 한다면 비행기가 통과할 수 없으며, 천심도까지의 공간문제 등의 여러 가지 문제가 있을 것이다. 우리나라의 토지소유권의 객체는 단순히 토지가 아닌 “지배가능한 범위에서의 지표면의 상하”로 보아야 하기 때문에 여기서 대심도에서 보호되어야 할 토지소유자의 이용이익의 존재 여부, 지하부분의 어느 심도까지를 정당한 이익이 있는 것으로 볼 것인가, 타인에 의한 지하이용권의 설정 문제,

4) 김영훈, “지하공간이용에 관한 공법적연구”, 『승실대학교 법학논집』 제11집, 1997, 113면.

5) 박윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2000, 251면; 김용한, 『민법총칙론』, 박영사, 1997, 223면.

6) 한상훈, “지하공간의 사용과 보상체제에 관한 연구, 편리하고 안전한 지하도시공간 만들기”, 대한국토도시계획학회 토론회, 2003. 5, 31면.

지하사용에 대한 보상기준 문제 등과 관련하여 토지소유권의 범위에 대한 문제가 나타날 수 있다.

나. 민법 제212조 규정

『민법』 제212조는 “토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.”고 규정하고,⁷⁾ 토지소유권이 토지의 효용을 완전히 향수하는 것을 보장하고 있다.⁸⁾

이 규정에 의해 ‘정당한 이익 있는 범위’를 어떻게 한정할 것인가가 문제된다. 이는 소유권의 제한을 명시하는 법률의 존재 여부를 묻지 않고, 소유자의 어떠한 이익도 침해하지 않는 범위로 보고 있다. 그럼 어떠한 이익도 침해하지 않는 범위를 결정하는 것이 역시 문제일 수밖에 없다.

다. 학 설⁹⁾

(1) 무제한설

무제한설은 지하공간에서 사권이 지각까지 무제한적으로 미친다는 견해로, 이는 개인의 토지에 대한 권리가 무제한적으로 미친다고 한다. 이는 토지소유권의 상하범위를 무제한적으로 파악하는 것으로 로마법

7) 1804년에 제정된 프랑스 민법전은 제552조 제1항에서 “토지의 소유권은 지상 및 지하의 소유권을 포함한다.”라고 규정하고, 1888년의 독일 민법전 제1장 제849조에 서는 “토지소유권자는 권리는 지표상의 공간과 지표하의 지체로 확장된다.”라고 규정하였다. 그러나 1896년의 독일 민법전 제905조는 “토지소유자의 권리는 지표상의 공간과 지하의 지중에 미친다. 그러나 소유자는 간섭의 배제에 관하여 아무런 이익이 없는 높이 또는 깊이에서 행해지는 타인의 간섭을 금지할 수는 없다.”라고 규정하여 토지소유권이 미치는 범위에 내재적 제약이 있음을 명시하였다. 그 후 스위스 민법은 제667조에서 “토지의 소유권은 그 행사에 관하여 이익이 있는 한도 내에서 지상 및 지하에 미친다.”라고 규정하고 있다.

8) 이는 민법학자의 일반적인 견해이다. 박윤직, 앞의 책, 235-236면; 김용한, 앞의 책, 237면 등 참조.

9) 이는 류해웅의 앞의 책에 근거한다.

의 주석학과에 의하여 주장된 것으로 독일보통법, 프랑스법, 오스트리아법 등이 이에 해당한다.¹⁰⁾ 이 설은 현대의 토지소유권 개념으로서는 받아들일 수 없는 견해로서 전혀 지지를 받지 못하고 있다.

(2) 제한설¹¹⁾

(가) 인력한계설

사권이 미치는 지하의 범위와 관련하여 그 한계는 인간의 지배력이 미치는 것이 가능한 범위까지로 보는 견해이다.¹²⁾

(나) 이익한도설

사권이 지하에 미치는 범위는 그 행사에 대하여 이익이 존재하는 한도라는 견해로 사권행사에 대하여 이익이 존재하지 않는 깊이의 지하에는 사권이 미치지 않는다고 한다. 이 이익에 대하여는 정당한 이익이어야 한다는 주장과 이에 대하여 특히 언급하지 않는 경우도 있어 일치되고 있지 않다.¹³⁾

(다) 필요범위설

사권이 지하에 미치는 범위는 지표를 중심으로 토지이용에 필요한 범위라는 견해이다. 다시 말하면 통상의 토지이용에 필요하지 않는 깊이

10) 로마법에서는 소유권은 토지의 상하에 미친다고 하였으며, 프랑스 민법은 토지의 소유권은 지상 및 지하의 소유권을 포함한다고 규정하여 토지의 상하 무한대까지 토지소유권이 미치는 것으로 한다(류창호, “토지소유권의 지하범위에 관한 연구 — 지하공간에 대한 한계심도와 대심도의 차별적 권원취득을 중심으로 —”, 『외법논집』 제7집, 한국외대법학연구소, 1999, 658-659면).

11) 이 학설은 토지소유권의 효력이 상하의 범위를 “이익이 있는 한도”로 제한하는 견해이다. 이는 다시 인력한계설, 이익한도설, 필요범위설, 적당범위설로 나누고 있다.

12) 토지소유권 지배가 무한히 지상과 지하에 미친다는 생각은 타당하지 않으므로, 민법상의 물건에 관하여 지배가능성의 요건이 규정되고 있는 점에서 명백히 하고 있는바, 토지소유권의 객체는 지배가능한 토지의 지면상의 상하라고 본대(류창호, 앞의 논문, 각주 17 참조).

13) 송호열, “입체적 이용을 위한 토지소유권의 상하효력범위”, 『토지법학』, 한국토지법학회, 2006, 92-95면 참조.

의 지하에는 토지의 사권이 미치지 않는다는 것이다.

(라) 적당범위설

사권이 지하에 미치는 범위는 무제한이지 않고 적당한 범위에 한정된다고 하는 견해로 적당한 범위를 넘어서까지 사권이 지하에 미치지 않는다고 한다. 여기서 적당한 범위라는 말을 사용하지 않고 정당한 범위라든가 상당한 범위라도 같은 의미로 파악하여야 할 것이다.

(3) 소 결

우리는 토지소유자의 이용이 토지의 상하에 무제한적으로 허용된다고 보지는 않는다. 그렇다면 한계설이라고 할 수 있는데, 한계설에는 앞에서 보았듯이 4개의 견해가 있다.

우리나라의 「건축법」은 건축물의 높이 제한, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 ‘국토계획법’이라고 함)은 건폐율과 용적률을 통해 제한하고 있으므로 지상공간에서의 ‘정당한 이익 있는 범위’는 실질적으로 이에 의거한다고 할 수 있다. 하지만 지하에 대해서 일정한 기준도 두고 있지 않지 않을 뿐만 아니라 정량적이고 일률적으로 지하 몇 m로 한정하지도 않고 있다.

여기서 ‘이익’이란 재산적 이익에 한하지 않고 보호할 가치가 있는 이익까지도 포함하여야 하며, ‘정당한 이익이 있는 범위’는 일률적이고 추상적인 기준에 의하여 배타적이고 획일적으로 결정될 수 없다.

Ⅲ. 지하의 사용방식 및 대심도 지하의 권원취득

1. 구분지상권의 설정에 의한 사용

지하에 시설을 설치하기 위하여 사업시행자가 예정지의 토지를 취득

할 수도 있지만, 이를 토지소유자와 임대차계약을 체결하여 임차하거나 일반적인 지상권을 설정하여 사용할 수도 있다. 소유권과 지상권은 강한 효력을 지니고 있지만, 사용하지 않는 공간에 대한 권리까지도 취득하게 되기 때문에 합리적이지 않고, 임대차는 장기간에 걸쳐서 사회간접자본 시설을 정비하기 위한 권리로서는 효력이 약하며 토지소유자의 승낙을 얻기 어려운 점이 있다. 따라서 지하공간의 사용을 위한 소유권을 취득하거나 일반적인 지상권의 설정 또는 임대차를 활용하는 것은 부적절하다고 판단되었다.¹⁴⁾

이에 구분지상권이 도입되었으며, 토지를 상하로 구분하여 지하 및 공중공간을 하나의 객체로 하는 지상권의 설정을 가능하게 하고, 그 수직방향의 지하층과 지상층에 대하여 우선적으로 이용권을 갖게 하여 제3자와의 법률관계를 조정하고자 하였다. 구분지상권이 제도화됨에 따라 지하사용권이나 공중공간사용권이 독립된 권리로 인정되게 되었으며,¹⁵⁾ 향후 그 기능이 크게 기대되었다.¹⁶⁾

지하공간은 사용자와 토지소유자 간에 구분지상권의 설정계약을 체결하여 사용할 수 있으며, 당사자 간 민사계약에 의해 가능할 뿐만 아니라 「토지보상법」¹⁷⁾에 의한 사용협약이 성립된 경우에도 가능하다. 그리고 「도시철도법」은 “도시철도 건설자와 소유자 등과의 사이에 토지의 지하부분의 사용에 관한 협약이 성립된 경우에는 도시철도 건설자는 구분지상권을 설정 또는 이전하여야 한다.”(동법 제5조의2 제1항)고 규정하고 있다.

14) 한상훈·서충원, “지상공간의 대용공간으로서 지하공간 활용의 가능성과 과제에 관한 연구”, 『부동산학보』 제22권, 2003, 183면.

15) 김상용, 『물권법』, 법문사, 1993, 520면.

16) 이경원, “한계심도 이하의 지하공간 보상에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2003, 96면.

17) 이는 「토지수용법」과 「공공용지 취득 및 손실보상에 관한 특별법」을 통합하여 2003년 1월 1일 제정되었다.

2. 토지보상법에 의한 사용

가. 사용권의 설정

지하공간은 토지소유자와 구분지상권의 설정합의가 이루어지면 아무런 제약이 없이 사용할 수 있다. 그러나 토지소유자의 사용에 관한 권리설정의 합의가 이루어지지 않아 지하공간을 사용할 수 없게 되는 경우를 예상할 수 있다.¹⁸⁾ 이때 사업시행자는 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때 사용재결의 신청을 할 수 있다.

사용재결이 이루어지면 시행자는 당해 토지의 지하 또는 공중부분을 사용할 권리를 취득하게 되고, 당해 토지에 관한 그 밖의 권리가 사용기간 중 시행자의 지하 또는 공중에 대해 방해할 수 없는 제한을 받게 된다(토지보상법 제28조 제1항, 제2항).¹⁹⁾

대법원은 타인 토지의 지하부분을 지하철도 용지로 사용하려면 「토지수용법」의 규정에 의한 협의와 재결절차를 거쳐 사용권을 설정받아야 하고, 공사 장애물의 이전 기타 공사시행을 위한 일시사용의 경우와 같이 예정보상금의 공탁만으로는 바로 사용할 수 없는 것으로 해석하고 있다.²⁰⁾ 그러므로 지하철도 용지로 사용하는 토지에 대하여는 그 사용의 형태, 범위 및 사용기간과 기타 토지이용에 미치는 영향 등을 고려하여 「토지보상법」이 규정한 수용 또는 사용 절차에 따라 그 토지의 소유권을 취득하거나 그 토지의 지상 또는 지하에 대하여 사용권을 설정하여야만 이를 사용할 수 있다고 한다.

하지만 「토지보상법」에 의한 사용은 본래 일시사용을 예상하고 있는 것이기 때문에 반영구적인 사용에는 적합하지 않다.²¹⁾ 따라서 반영구적

18) 한상훈·서충원, 앞의 논문, 184면.

19) 한상훈, 앞의 논문, 36-37면.

20) 대판 1990. 3. 13. 88누8296.

21) 「민법」은 “계약으로 지상권의 존속기간을 정하지 아니한 때에는 그 기간은 전조의 최단존속기간으로 한다.”고 규정하고 있으며, 「도시철도법」은 “구분지상권은 존속

인 시설물의 설치를 하는 경우에 현행법상의 사용재결에 의하여 지하공간을 사용하는 경우 계약기간의 종료나 이전 등으로 인하여 계약이 해제된 경우에 타당성의 문제가 다시 제기될 수 있을 것이다.

나. 사용권 및 재결의 법적 성질

(1) 공용제한의 일종으로 보는 견해

『토지보상법』상 사용은 소유권에 새로이 그 목적물을 사용할 권리가 설정되고 그 결과 소유권의 내용이 제한되는 공용제한의 일종으로 보는 견해이다. 이때 사용재결에 의해 시행자가 취득한 사용권의 성질이 공법상 권리이나, 사법상 권리이나에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 공법상의 권리로 보는 견해는 지하사용이 등기가 없더라도 제3자에 대항할 수 있으므로 부동산등기법상 등기대상으로 되지 않는다는 점을 근거로 하고 있다. 이에 반하여 사법상의 권리로 보는 견해는 공법상 권리로 보는 데 문제가 있음을 지적하고 물권유사의 사권으로 해석할 여지가 있다고 한다. 또한 『토지보상법』은 공익사업을 전제로 하고 있고 재결에 의해 지하공간의 사용권이 설정되기 때문에 공법상 권리로 보는 것이 일반적이다.

(2) 민법상 지상권 유사의 것으로 보는 견해

지하공간의 사용권을 민법상의 지상권과 같이 보는 견해로서, 『토지보상법』상의 사용재결에 의해 사업시행자가 취득한 지하사용권을 용지실무상 민법상의 지상권과 같이 취득할 수 있는 것으로 파악한다.²²⁾ 지상권은 타인의 토지 위에 설정되는 권리이며, 공작물이나 수목을 소유하는 목적의 범위 내에서 토지의 상하를 배타적으로 사용하는 것을

기간은 「민법」 제281조의 규정에 불구하고 도시철도시설의 존속시까지로 한다.”(도시철도법 제5조의2 제4항)고 규정하고 있다.

22) 平松弘光, “都市の地下利用と土地收用”, 『法令解説資料總覽』 76호, 1988, 88면.

내용으로 한다. 따라서 지상권이 지표 내지 지상에 한하지 않고 지하의 사용도 그 내용으로 할 수 있는 것으로 본다.

(3) 재결의 효과

사용재결에 의해 시행자가 장기간 사용할 수 있는 지하사용권이 인정 될 경우 재결의 효과로서 토지소유자의 소유권에는 어떠한 제한이 발생 하는가이다. 『토지보상법』은 재결에 의해 사업시행자가 사용의 개시일 에 토지나 물건의 사용권을 취득하면, 그 토지나 물건에 관한 다른 권리 는 사용의 기간 중에는 행사하지 못한다고 규정하고 있다.

(가) 지상권적 지하사용설

지하사용의 경우라도 사업인정 행정청에 의하여 인정되는 대상의 사업시행지는 어디까지나 토지이다. 또한 사용권이 설정되는 것은 지하 를 포함한 토지 전체라는 것이다. 그러나 토지소유자는 사업시행자가 사업에 사용하지 않는 부분은 사업시행자의 지하사용에 방해를 주지 않는 범위 내에서는 권리행사가 가능하다고 본다.

(나) 구분지상권적 지하사용권

재결에 의한 지하사용은 당해 공공사업에 제공되는 지하의 일정부분 에 한정되고, 재결에 있어서는 구역의 표시와 사용의 범위를 함께 하여 입체적으로 지하사용권이 미치는 범위가 표시되게 된다는 것이다. 그래서 표시된 범위의 상·하에서는 사용권이 미치지 않기 때문에 지하사용 부분에 대한 상부로부터의 직접침해나 하중침해로 인해 사업시행자의 지하사용을 방해하지 않는 한 소유권을 행사할 수 있다.

(다) 소 결

현재 우리나라를 비롯한 대부분의 국가에서 고층의 건물들이 계속적 으로 늘어나고 있다. 이는 건축기술과 토목기술의 발전 덕분이지만, 그로 인하여 기존보다 더 깊은 곳의 사용이 가능해지고 있다. 따라서 이러한 지하에 대한 권리도 하나의 권리가 설정되어야 하는 것이 맞을

것이다. 이에 따라서 민법에 구분지상권제도가 도입되고 있고, 구분지상권적 지하사용설로 보는 것이 타당하다고 할 것이다. 조금 더 나아간다고 한다면 구분지상권으로서가 아닌 구분지하권으로서의 권리도 창출하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 공물사용권의 설정방식

국가가 대심도를 공물화하여 공물주체가 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하여 줌으로써, 대심도를 이용토록 하는 방식이다. 대심도는 이익이 미치지 않는 공간이기 때문에 소유권이 미치지 아니하는 공간이다. 따라서 저해울 0인 대심도에는 사적 토지소유권이 미치지 아니한다는 취지의 법률을 제정할 필요가 있다는 것이다.

4. 터널부설권의 설정방식(지하이용특권)

대심도를 토지소유자의 이용이익이 미치지 아니하는 지하공간으로 이해하고, 대심도의 공공적 이용을 위하여 행정청이 철도사업자에 대하여 ‘터널부설권’이라는 특권을 설정해 주는 방식이다.²³⁾ 다시 말하면 대심도를 토지소유권에서 분리하여, 특별법에 의해 토지소유자의 승낙이나 보상도 없이 행정청의 설권적 행정처분에 근거하여 새로운 공법상의 권리를 설정하는 것이다. 이러한 ‘터널부설권’은 공기업 특권의 일종으로 볼 수 있기 때문에 광업권, 채석권, 어업권과 같은 물권이 아니고 공유수면매립법, 하천법상의 유수점용권과 같은 공법상의 권리라고 생각된다. 하지만 등기관계, 이전성 및 양도성의 유무 등에 있어서 불분명하며, 특히 권리설정에 관한 행정절차의 방법이 명확하지 않다.

23) 이는 일본 운수성의 “大深度地下鐵道の整備에 관한 調査研究” 보고에서 제안하고 있는 방식이다.

이러한 터널부설권의 설정은 공기업 특권의 일종이기 때문에 철도사업자나 전력사업자 등의 특허사업자에 의한 지하이용에는 적합할지 모르지만, 도로, 하천, 방수로 등 국가나 지방공공단체, 특수법인이 행하는 공공사업에 반드시 적절하다고 할 수 없다.

IV. 지하공간의 이용가능성과 이용전망

1. 토지 지하공간의 이용가능성

현대에는 토목기술의 발달로 인하여 지하 1만m 이하를 시굴하는 경우도 있고, 해수면 아래 240m를 통과하는 해저터널도 개발되고 있는 실정이다. 또한 일본의 경우에는 동경이나 오사카 등의 대도시에서도 지하 1,000m를 초과하는 온천, 70~80m에 이르는 건물이나 교량의 기초말뚝 및 지하 40m에 이르는 지하실도 시공되고 있다.²⁴⁾

이와 같이 대도시의 경우에도 상당히 깊은 곳까지 지하이용이 이루어지므로 가까운 장래에 있어서 대심도 지하에 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 있어, 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

24) 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, 7면 이하 참조.

있어서는 공적 이용과 토지소유자의 사적 이익이 충돌하는 경우에 법적으로 보호되어야 하는 토지소유자의 지하이용은 건물의 기초 또는 지하실 건축을 위한 정도에 그치므로, 이러한 사유 외에는 공적 이용을 우선 시해야 한다는 견해도 있다

이러한 경우에 문제되는 것은 건물의 기초나 지하실의 건축을 위해 필요한 깊이를 초과한 부분을 공적으로 이용하는 경우에 토지소유권이 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.

2. 토지 지하공간의 이용전망

지하공간에는 지하공간에 비해 항온항습성, 내진성, 차폐성 등에서 이점이 있다. 따라서 지상에 설치하는 경우에 주위에 경관·소음·악취 등의 환경영향이 발생하거나 지상보다 안전하고 에너지 절약의 차원에서 그 효용을 발휘할 수 있다. 최근에는 지하공간이 단순히 교통이나

지하시설		시장 규모	산출 근거
석유저장소		24천억 원	2020년 예측소비량 1180배럴의 90일분 비축
LNG 저장소		54천억 원	2010년까지 49기 증설
식품저장소		5천억 원	1995년 기준 950만 톤에 인구증가율 0.7%를 적용
전력저장소		6조 원	2020년 발전량 120GWH의 5%를 지하 저장
지하발전소		12조 원	10%를 지하화
오수처리장		62천억 원	
폐기물	산업용	36천억 원	
처리장	핵폐기물	4조 원	10만 드럼용 25개소 건설
합 계		401천억 원	

출처: 김민규, “지하공간개발에 관련된 법과 제도”, 『과학기술법연구』 제3집, 한남대 과학기술법 연구소, 1997, 149면.

공급처리시설과 같은 인프라시설을 설치하는 경우에 그치지 않고, 상업·물류·문화·거주 등 각각의 분야에서 폭넓게 이용될 수 있다. 특히, 도시의 집중화에 따른 건설안전, 도시미관의 유지·관리 용이성 등을 위하여 일정한 시설물을 지하나 공중공간에 설치하는 경향이 증가하고 있다.

V. 지하공간의 사용과 손실보상

1. 서 설

공공필요에 의해 지하를 이용함으로써 당해 토지의 소유자 등에게 손실이 발생한 경우에 정당한 보상을 하여야 함은 당연한 것이다. 그런데 지하이용에 따른 손실의 발생 유무의 문제는 토지소유권의 효력이 지하의 어느 정도까지 미치는가 하는 문제와도 밀접한 관련이 있다.

일반적으로 토지는 통상 이용가능한 한계까지 토지이용권의 효력이 미치며, 그 지하부분까지 토지가격이 존재한다고 생각할 수 있기 때문에 그 범위까지의 지하이용은 당연히 손실이 발생하는 것으로 본다.²⁵⁾ 또한 지하의 일정부분을 사용함으로 인해 토지의 다른 부분 특히 지표의 이용에 영향을 미치는 경우에는, 그 지표 이용의 침해 정도에 따라 손실이 발생된다.

지하이용에 대한 보상은 지하에 설정된 이용권의 종류·내용 등에 따라 이용권 설정의 대가로서의 가격을 보상하고, 사용에 대한 보상은 자료로서 충당하며, 기타의 손실이 발생한 경우에는 병합하여 보상해야 한다. 그런데 대심도에 대하여는 토지소유자의 이익이 미치지 않는 공간

25) 류해웅, 『수용보상론』, 경록, 1997, 182면.

으로 보아 그의 이용에 있어서 손실보상을 하지 않아도 된다는 주장이 유력하게 전개되기도 한다.

2. 실정법상 지하공간에 대한 보상제도

가. 국토계획법상 보상제도

국토계획법상 “도시계획시설을 공중·수중·수상 또는 지하에 설치함에 있어서 그 높이 또는 깊이의 기준과 그 설치로 인하여 토지나 건물에 대한 소유권의 행사에 제한을 받는 자에 대한 보상 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.”(동법 제46조)고 규정하고 있으므로 당연히 지하공간의 사용으로 인하여 발생된 손실에 대하여는 보상이 행해져야 하는 것으로 이해할 수 있다.

나. 도시철도법상 보상제도

우리나라에서도 최근 지하철도의 건설을 계기로 지하공간의 이용과 보상에 대한 규정을 두기에 이르렀다. 현재 1990년 「도시철도법」에서 “도시철도 건설자가 도시철도의 건설을 위하여 타인 토지의 지하부분을 사용하고자 할 때에는 당해 토지의 이용가치, 지하의 깊이 및 토지이용이 방해되는 정도 등을 참작하여 보상”하여야 하며(제4조의6 제1항), “지하부분의 보상대상, 기준 및 방법에 관한 사항은 대통령령에서 정하”도록 하였다(제4조의6 제2항).

이에 따라 1991년 7월 25일 개정된 동법 시행령은 지하사용보상의 대상과 기준, 방법 등에 대하여 구체적인 규정을 두기에 이르렀다. 타인의 토지 지하부분의 사용에 대한 보상은 도시철도 시설물의 설치 또는 보호를 위하여 사용되는 토지의 지하부분이다. 이 경우 지하부분의 사용에 대한 보상금액은 당해 토지(지하부분의 면적과 수직으로 대응하는 지표의 토지를 말함)의 적정가격에 입체이용저해율을 곱하여 산정한

금액으로 한다. 입체이용저해율은 도시철도 시설물로 인하여 당해 토지의 이용이 저해되는 정도에 따라 건물의 이용저해율+지하부분의 이용저해율+기타의 이용저해율에 의해 산정된다(동법 시행령 제5조 제2항). 그러나 동법 시행령은 입체이용저해율의 산정에 필요한 입체이용가치·이용률 등의 구체적인 산정기준은 당해 토지 및 인근 토지의 이용실태·입지조건 기타 지역적 특성을 고려하여 서울특별시·광역시 및 도의 조례로 정하도록 하고 있다(동조 제4항). 또한 도시철도 건설자는 토지의 지하부분 사용에 따른 보상을 토지소유자에게 개인별·일시별로 지급하고(동법 시행령 제5조의2 제1항), 보상한 토지의 지하부분에 대하여는 토지소유자와 협의하여 구분지상권을 설정하도록 하고 있다(동법 제5조의2 제1항). 그리고 여기서 민법의 예외 규정으로서 「민법」 제281조의 지상권 존속기간에도 불구하고 도시철도시설의 존속시까지로 되어 있다(동조 제4항).

다. 토지보상법상 보상제도

「토지보상법」은 “사용하는 토지와 그 지하 및 지상의 공간의 사용에 대한 구체적인 보상액 산정 및 평가방법은 투자비용·예상수익 및 거래가격 등을 고려하여 건설교통부령으로 정한다.”고 규정하고 있다(제71조 제2항).

동법은 종래의 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」(이하 ‘공특법’이라고 함)과는 달리 구분지상권을 설정하여 사용하는 것이 아니라 공익사업을 위해 사용권을 설정하는 것으로 하고 있는 점에서 차이가 있다.²⁶⁾

26) 류해웅, 「신수용보상법론」, 부연사, 2005, 272면.

3. 대심도이용과 손실보상

대심도 지하공간의 이용문제는 일반적인 지하공간의 이용과 비교해 볼 때 토지소유권이 미치는 범위의 문제, 토지소유자의 이용이익의 존재 여부 등의 문제에 있어 견해가 나누어지며 따라서 손실보상의 문제에 있어서도 보상불요설과 보상필요설의 견해로 나누어진다.

가. 보상불요설

(1) 토지소유권의 적극적 한계설의 입장

토지의 소유권은 그 행사에 있어서 이익이 존재하는 한도 내에서 공중 및 지하에 미치기 때문에, 대심도 공간에는 토지소유자의 이익이 존재하지 아니하며 따라서 소유권의 효력이 미치지 아니하므로 대심도 공간의 이용자는 보상 없이 이를 사용할 수 있다.

(2) 토지소유자의 통상이용가능성 결여설

대심도공간은 토지소유자 등에 있어서 통상 이용가능성이 없는 공간이며, 대심도공간의 이용은 토지소유자의 소유권을 침해하는 것으로 생각되지 않기 때문에 수도시설의 정비와 같은 공공목적을 위하여는 무보상으로 이용할 수 있어야 한다고 일본 후생성의 보고서에서 주장되고 있다.²⁷⁾

일본 후생성은 보고서에서 대심도 지하공간은 현실적인 이용이나 장래의 이용의 가망이 없는 공간으로서, 대심도 지하공간에 대한 소유권은 어디까지나 관념적·추상적인 것에 지나지 않으며, 따라서 대심도 지하이용으로 인한 소유권의 제약은 일본 헌법 제29조 제2항에 의한 본래 재산권에 내재하는 제약으로서 보상은 필요하지 아니하다고 주장

27) 1989년 일본 후생성의 대심도 지하이용의 법제도 제안사항으로 “대심도수도관료구상에 대해서”를 보고서로 제출했다.

하고 있다.²⁸⁾

나. 토지소유권의 무한계설

토지소유자의 사권은 지상은 무제한, 지하는 지구의 중심까지 미친다고 해석할 수 있다는 견해가 있다.

토지소유자의 승낙을 받지 않고 소유자의 용익에 전혀 지장이 없는 심도의 공간을 이용하는 것은 실제 소유자의 이익을 침해하지 아니하고는 불가능하다. 따라서 토지소유자는 그 지하공간을 보다 깊게 이용할 수 있게 될지도 모른다. 이익이 미치는 범위라고 할 때 현재 향수하고 있는 이익만이 아니고 장래 이익의 향수 가능성이 있는 것으로 족하다고 본다. 대심도는 토지소유자가 이용하지 아니하는 공간이라고 하지만, 현실적으로는 대심도 지하공간도 이용할 수 있기 때문에, 토지소유자에게 이용의 이익이 없으므로 그 부분을 지하철의 부설 등을 위해 자유롭게 무상으로 이용할 수 있다고는 말할 수 없는 것이다.

VI. 지하공간에 대한 범위 및 보상

1. 토지소유권의 범위

민법에서는 토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다고 규정함으로써 토지소유권의 효력이 미치는 공간적 범위를 추상적으로 규정하고 있지만, 학설은 이를 이익이 있는 한도 내에서만 인정하는 것으로 그나마 한정적으로 이야기하고 있다. 그러나 공공사업을 위해 지하공간을 사용하고자 할 때 이익이 있는 한도와는

28) 재단법인운수경제연구센터 편, “대심도지하철도의 정비에 관한 조사연구보고서”, 재단법인운수경제연구센터, 1988, 69면.

관계없이 사용권을 설정하지 않으면 아니 된다. 따라서 우리는 어느 정도 기술의 발전과 관련하여 소유권의 범위를 정할 필요가 있다.

현재 서울시 조례에서 한계심도를 정하고 있다.²⁹⁾ 따라서 각 조례에서 이러한 일정 한계심도를 정하여야 하고 그 이하에 대해서는 토지소유권의 범위를 벗어난 부분이라고 생각해야 한다. 이를 조례에 정해 둠으로 인하여 재산권의 침해의 소지가 발생하기 때문에, 이를 법률로서 규정하는 것이 더욱 바람직할 것이다.³⁰⁾

2. 대심도 이하부분의 손실보상 부분

대심도 이하부분에 대해서는 손실보상으로 해결하는 것보다는 무보상으로 보상을 하지 않고 동의를 요하지 않는 것으로 생각해도 좋을 것이다.

그 이유는 토지소유자 등에 의한 통상의 건물이용을 저해하지 않을 때 보상의 대상이 되지 않는다고 한다. 말하자면 지하의 일정부분을 사용함으로써 지표면의 이용을 중심으로 하는 토지소유자의 이용에 영향을 줄 경우 그 지표의 이용이 파괴되는 정도에 따라 손실이 발생하는데 반하여, 대심도이용은 토지소유자의 이용에 영향을 주지 않는다면 손실도 발생하지 않는다고 생각된다.

또한 토지소유자 등에 의한 대심도이용을 저해하지 않을 때 보상의 대상이 되지 않는다고 한다. 토지는 통상 이용가능한 한도까지 토지이용권의 효력이 미치고, 그 지하부분까지 토지가격이 존재한다고 보아, 그 범위까지의 지하이용은 당연히 손실이 발생하는 것으로 이해하지만 그 한도를 넘는 대심도이용의 경우에는 결코 토지소유자의 지하이용도 저해하지 않으므로 손실도 발생하지 않는다는 것이다.³¹⁾

29) 각주 3) 참조.

30) 이경원, 앞의 논문, 191-194면.

3. 무보상의 사례

대심도 이하 부분에서의 무보상에 대한 예를 가지고 있는 나라는 스위스와 일본이 대표적이다. 이 중 일본은 2001년 4월 발효된 일본의 「대심도 지하의 공공적 사용에 관한 특별조치법」에서 일반적으로 사용되지 않는 40m 이상 지하에서 도로나 철도 등 공익사업을 할 경우 원칙적으로 토지소유자의 동의나 보상 없이도 가능하도록 규정하고 있다.

VII. 결 론

지하공간은 인류에게 있어서 마지막 남은 지구의 자원으로 불리워진다. 지하공간의 무한대까지 소유권이 미치고 있다는 로마시대의 법주석 학파적 소유권 관념은 지하의 공간이 불용의 재화라 생각되기보다는 지구가 평탄하다는 증명과 사고의 오류에서부터 그 이해를 구해야 할 것이다.

이에 따라서 21세기에 알맞은 소유권의 가치의식은 물론이요, 물리적인 측면까지도 다시 정립해야 옳을 것이다. 하지만, 지하공간 이용에 있어서의 손실보상 문제는 법적으로 쉽게 확정하기는 어려울 것이다. 40m가 한계심도, 즉 대심도라고 하지만 건축기술의 발달로 인하여 이 깊이는 변화할 수 있다고 보인다.

그렇다고 이를 무한정 방치한다면 공익사업을 시행하는 부분에 있어서 많은 지장을 초래할 수 있으며, 부분지상권 설정도 문제가 많을 것이다. 이에 따라 토지소유권의 범위를 규정할 수 있는 법률을 제정함이 바람직하다고 생각한다. 또한 그에 대한 권리의 설정도 해야 할 것이다.

31) 이경원, 앞의 논문, 189면.

우리의 경우 지상권과 지하권은 다른 것이라고 생각할 수 있기 때문에, 이에 대한 법적 성질의 규명도 확실히 이루어져야 할 것이며, 『도시철도법』과 『민법』의 지상권 존속기간에 차이가 발생하는데, 이 부분에서도 기간의 통일성을 가져야 할 것이다. 또한 보상체계에서도 토지소유권에 한정을 해 둠으로서 보상을 하지 않는 경우도 발생할 수 있을 것이다. 따라서 한계심도 이하의 부분에서 특히 공공사업을 목적으로 하는 경우에는 이를 사용하는 데 불편함이 없으며, 반영구적으로 사용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 현대 사회복지국가의 가치가 반영되는 현대적 가치의 소유권관이 정립되어야 하는 것이다. 인류 공동생활에 중요한 공공재로서 사회적 자산인 한계심도 이하가 토지재산권의 사회적 수인의 의무로서 사회적 함의가 모아진 국제적인 흐름과 시대요청에 부합하는 진단서로 조속한 입법의 치료가 필요한 시점이라 여겨진다.

(투고일 2007년 7월 29일, 심사일 2007년 9월 6일, 게재확정일 2007년 9월 8일)

주제어 : 한계심도, 구분지상권, 손실보상, 토지소유권

[Abstract]

A Legal Study on the Utility and Compensations of Underground-Space

Dong-Ryun Kim*

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.

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 the problem, the scope of underground can be classified limited depth and unlimited depth. In unlimited depth, development right belongs to state and state can transfer or create development right to public corporations.

So, it’s needed to legislate new act on concepts and basis of limited depth, unlimited depth and development right. And, limited depth needed to legislate new act on compensation and uncompensated. May not compensate that limit of land happens.

Key Words : ownership, Korea Civil Act § 212, underground, landownership, limited depth, unlimited depth, compensation, uncompensated

* Doctor Course, College of Law, Konkuk University Graduate School