

# 반공유재의 비극\*

## -그 서론적 고찰-

# Tragedy of the Anticommons

## -Isagogics-

문 흥 안\*\*  
Moon, Heung-Ahn

### 목 차

- |                  |                           |
|------------------|---------------------------|
| I. 처음에           | III. 반공유재 비극의 현황과 해소방안 모색 |
| II. 반공유재의 등장과 본질 | IV. 결론                    |

이 논문은 현재진행형이며 미래에도 지속될 가능성이 많은 ‘반공유재의 비극’을 법리적으로 이해하기 위한 서론적 고찰이다. 공유재에 관한 이론은 인간의 탐욕이 공유재를 남용하게 되어 비극적인 상황에 빠질 수 있으므로 이를 회피하기 위한 한 방안으로 사유화를 제시한다. 이렇게 사유화된 토지가 소유자의 의지와 관계없이 활용할 수 없는 상황에 처한다는 것은 그 토지에 내재하는 제한이나 법률-특히 민법이나 행정법규에 의한 제한이라는 것이 이제까지의 논의의 태도이다. 하지만 이 논문에서는 사유화된 토지소유권의 세분화로 많은 토지소유자들이 서로를 방해함으로써 토지가 활용되지 못하고 그 가치가 사장(死藏)되는 현상을 Michael Heller교수의 명명에 따라 ‘반공유재의 비극’이라 부르며 이에 대한 극히 기초적인 법리를 밝히고자 하였다.

공유재에 대한 사유화가 확대되고 여러 소유자에게 분할되는 경우가 많아지면서 토지는 점차 세분화된다. 결국 일정 규모의 토지에 소유자가 지나치게 많아지고 이들이 서로를 방해하는 일이 발생되면서 자원을 활용하지 못하는 상황이 된다. 이를 공유재와 상반되는

투고일 : 2016. 8. 31. / 심사완료일 : 2016. 9. 20. / 게재확정일 : 2016. 10. 13.

\* 이 논문은 2010학년도 건국대학교의 연구년교원 지원에 의하여 연구되었음(This paper was written as part of Konkuk University's research support program for its faculty on sabbatical leave in 2010).

\*\* 건국대학교 법과대학 교수

Professor, College of Law, Konkuk University.

의미로 반공유재라 한다. 사유화는 남용의 문제를 해결할 수 있겠지만 사유화의 도가 지나치면 그 가치가 사장되는 부작용이 발생할 수 있으므로 사유화가 문제의 종국적인 해결이 아닐 수도 있다.

이렇게 반공유재 개념의 핵심은 세분화된 소유권이고, 이를 다시 합치지 못함으로써 각 세분화된 토지소유권이 제 기능을 다하지 못하는 상태가 반공유재의 비극이다. 현행민법은 토지소유권의 분할을 예정한 여러 규정을 두고 있다. 공유물의 분할청구(민법 제268조), 현물분할의 원칙(민법 제269조 제2항), 상속재산의 분할(민법 제1013조) 등이다. 이렇게 토지에 대한 분할허용은, 현행 법규가 이를 전혀 예정하지 않았다 해도 향후 토지의 세분화를 피할 수 없게 한다. 세분화된 부동산을 다시 모을 수 있는 장치를 두지 않은 한, 세대를 거치면서 토지는 점점 더 작게 분할되어 세분화될 수밖에 없을 것이다.

세분화된 다수의 토지소유자가 각자 소유권을 주장함으로써 발생하게 되는 부동산의 ‘미활용’ 혹은 ‘불충분한 활용’ 사례는 사적인 분야에 속하기 때문에 잘 드러나지 않아 사회적 문제로 공론화되기 어렵다. 따라서 반공유재 상황을 적극 발굴하여 이를 가시화하는 것이 중요하다. 반공유재 상황을 가시화하여 인식을 공유하여야 반공유재의 비극을 벗어날 수 있는 협력이 시작될 수 있기 때문이다.

한편 반공유재에 관한 개념은 UN 안전보장이사회의 운영, 특허풀이나 집단저작권제도, ‘내셔널트러스트’운동, 공유숙박업인 ‘airbnb’ 등과 같이 때로는 완전히 다른 제도적인 구조들의 핵심적인 특징을 이해하는 수단이 될 수 있으므로 이에 대한 이해가 필요하다고 생각한다.

**[주제어]** 공유재, 공유재의 비극, 반공유재, 반공유재의 비극, 토지분할, 사유화, 공유지, 토지소유권, 재산권, 공유지의 사유화, 토지의 세분화, 농지법, 미활용, 남용, 사유재산

## I. 처음에

2008년 Columbia Law School의 Michael Heller교수의 저서 『The Gridlock Economy』<sup>1)</sup>을 통해 ‘반공유재의 비극’(Tragedy of Anti Common)이라는 용어를 처음 접했다. Heller는 자신의 사유재산을 활용할 수 없는 경제적 정체 상태에 갇힌 현상을 ‘반공유재의 비극’이라고 명명하고, 이러한 현상을 벗어나도록 하는 것이 궁극적으로 사유재산의 활용을 증진시킬 수 있다고 주장하였다. 마침 2009년에는 Elinor Ostrom교수가 “공유의 비극을 넘어-공유자원관리를 위한 제도의 진화-”<sup>2)</sup>를 통하여 노벨경제학상을 수상하는 등 공유

1) Michael Heller, *The gridlock economy*(How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives)(이하 “The gridlock economy”이라 한다), Basic Books(NY), 2008.

2) Elinor Ostrom, 윤홍근/안도경 옮김, *공유의 비극을 넘어-공유자원관리를 위한 제도의 진화*, 랜덤하우스, 2010, 오스트롬 교수는 특히 공공재에 관한 경제 거버넌스 분석으로 노벨경제학상을 수상하였다.

재와 반공유재에 대한 국제적인 관심이 높아지고 있었다. 우리나라에서 ‘공유재’ 혹은 ‘공유재의 비극’ 등은 주로 정치학, 행정학, 경제학적 관점에서 많은 논문이 소개·발표되는<sup>3)</sup> 것을 보면서, 토지를 소재로<sup>4)</sup> 하여 ‘반공유재의 비극’을 민사법적 관점에서 연구해 보고 싶었다. 공유재에 관한 이론은 인간의 탐욕이 공유재를 남용하게 되고 공유재의 비극적인 상황에 빠질 수 있으므로 이를 회피하기 위한 한 방안으로 사유화를 제시한다. 이렇게 사유화된 재산은 소유권의 절대적 보호의 차원에서 다루어진다. 이제 사적소유권의 대상인 토지가 소유자의 의지와 관계없이 활용할 수 없는 상황에 처한다는 것은 그 토지에 내재하는 제한이나 법률·특히 민법이나 행정법규에 의한 제한이라는 것이 이제까지의 논의의 태도이다. 그런데 사유화된 토지소유권의 세분화로 많은 토지소유자들이 서로를 방해함으로써 토지를 활용하지 못하고 그 가치가 사장되는 현상이 발생할 수 있고 이에 대한 법리적 규명은 없었다. 따라서 이러한 현상을 Michael Heller교수의 명명에 따라 ‘반공유재의 비극’이라 부르며 이에 대한 기초적인 법리를 밝히고자 한다.

‘반공유재의 비극’이라는 용어를 접하면서 1999년 IMF사태 당시 전국적으로 국민들의 적극적인 호응이 있었던 ‘금 모으기 운동’이 떠올랐다. 개인들이 장롱 속 깊이 보관하고 있던 반지, 목걸이 등의 패물을 모으자는 자발적 국민운동은 대외부채 변제에 도움이 되었을 뿐 아니라 국가부도위기를 헤쳐 나갈 수 있다는 국민적 자신감을 불러일으키며 정치적·경제적으로 중요한 역할을 했다. 이와 마찬가지로 잘게 세분화된 토지소유권을 큰 비용을 들이지 않고 한군데 모을 수 있는 방안이 있다면, 각종 부동산개발과 관련된 크고 작은 갈등을 해결할 수 있을 뿐만 아니라, 한정된 자원인 부동산의 효율적 이용을 도모할 수 있겠다는 생각이 들었다. 최근 우리나라에서 특허 및 지적재산권 분야 등에서 이러한 관점의 연구결과가 발표되는 것을 보면서<sup>5)</sup> 우선 법률용어로서 공감할 수 있는

3) 안도경, “시장-정부 이분법에 대한 비판적 검토-R.H. Coase와 E. Ostrom의 제도 연구 방법을 중심으로”, 정부학연구 제17권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 2011, 35쪽 이하; 강은숙/김종석, “공유재의 딜레마상황을 극복하기 위한 또 하나의 길: E. Ostrom의 기여와 남겨진 연구과제들”, 한국행정논집 제25권 제2호, 한국정부학회, 2013, 25쪽 이하; 김미숙, “공유재로서 야생동물의 남획, 보호, 활용-일본 홋카이도 쿠시로시의 에조시카를 중심으로-”, 전남대 대학원 박사학위논문, 2015; 윤성순/박수진/신철오, “공유수면매립지 소유권 분리 제도화를 위한 고찰”, 수시연구보고서, 한국해양수산개발원, 2013; 김윤상, “공유지의 비극과 사유화의 비극”, 토지+자유연구 2010-3호, 토지+자유연구소, 2010. 등 많은 문헌이 있음.

4) 동산에 관한 소유관계는 이미 수렵시대 이래 성립되고 있었기 때문에 동산소유권에 대한 역사적 발전을 논할 실익이 없지만, 토지에 대하여는 제3장에서 보는 바와 같이 역사적 상황에 의하여 형성되는 역사적 현상임과 동시에 하나의 가치개념이기 때문이다. 박윤직, 대륙법, 박영사, 1962, 166쪽; 김상용, 물권법, 박영사, 2003, 313-316쪽; 김상용, 토지소유권 법사상, 민음사, 1995, 33쪽; 윤철홍, 소유권의 역사, 법원사, 1995, 167쪽 등 참조.

5) 신흥균, “소유권의 파편화와 입법의 대응: 정보통신시장 사례를 중심으로”, 국민대 법학연구소 학술발표대회

개념의 이해를 위하여 ‘토지소유권’을 소재로 반공유재에 대한 개념정립의 필요성을 느꼈다. 한 가지 부기할 것은, 이 논문에서 사용하는 ‘소유권’, ‘재산권’ 등은 ‘공유재’ 혹은 ‘반공유재’를 논하면서 등장하는 영미법상 “Property” 혹은 “Property Right”을 번역한 것으로, 이는 대륙법계의 법률용어로서의 ‘소유권’ 개념에 완전히 일치하지 않는 경우도 있다. 반공유재의 비극을 논하는 외국 논문에서의 사용례도 ‘Property’를 특정한 재화에 대한 소유권을 지칭하거나 혹은 특정 재화에 대한 여러 권리의 묶음인 재산권을 의미하기도 하여,<sup>6)</sup> 이 논문에서도 이러한 개념을 혼용하여 사용하고 있음을 밝힌다.

## II. 반공유재의 등장과 본질

### 1. 공유재 비극의 배경

공유재란<sup>7)</sup> 일반적으로 소유권이 어느 특정한 개인에게 귀속되지 않고 사회 전체에 속하기 때문에 누구에게나 무상으로 그것의 사용이나 활용이 보장되지만, 한 개인이 그 재화를 사용하면 다른 사람이 사용할 수 있는 양이 줄어드는 성질을 지닌 재화나 서비스를 말한다.<sup>8)</sup> 이러한 공유재에는 하천, 국공유지, 공기, 산림, 초지, 자연경관, 야생 동물, 어류 등 자연적으로 형성된 것뿐만 아니라 도로, 항만, 공중화장실, 전파 등 공공의 목적에 제공되는 것도 포함된다.

공유재의 사용과 관련하여 발생하는 사회적 갈등은, 합리적이고 이기적인 개인이 공유재를 사용함으로써 타인들에게 일정한 비용을 발생시키고 있지만 이로 인해 발생한 비용에 대해서 이용자 중 누구도 책임을 부담하지 않는다는 것에 기인한다.<sup>9)</sup> 이러한

---

발표문, 국민대학교 법학연구소, 2015, 1-18쪽; 이두갑, “유전자와 생명의 사유화, 그리고 반공유재의 비극: 미국의 BRCA 인간유전자 특허 논쟁”, 과학기술학연구 제12권 제1호, 한국과학기술학회, 2012, 1-43쪽; 김경돈/류석진, “비배제성과 경합성의 순차적 해소를 통한 공유의 비극의 자치적 해결방안 모색: 제주도 동일리 해녀의 자치조직 사례를 중심으로”, 한국정치연구 제20권 제3호, 서울대학교 한국정치연구소, 2011, 163쪽 이하 참조

6) 신흥균, 앞의 발표문, 1쪽 참조.

7) 공유재는 ‘commons’를 번역한 것으로, 이외에도 공유자원, 공유지, 공공재 등 다양하게 번역된다.

8) 강은숙/김종석, 앞의 논문, 533쪽.

9) 강은숙/김종석, 위의 논문, 533면; 이 경우 납세자의 입장에서는 비용이 당연히 세금에 포함되어 있다고 생각할 수 있다.

공유재의 딜레마에 대하여, 1968년 개릿 하딘(Garrett Hardin)이 ‘공유재의 비극’이라는 논문을<sup>10)</sup> 발표한 이후, 이 용어는 특정자원이 다수에 의하여 공유될 경우 언제나 과도하게 사용된다는 현상을 설명하는 데 이용되어 왔다.<sup>11)</sup> 사람들은 공동자원을 보호하기보다는 과도하게 개발함으로써 그들 공동의 장기적 자산을 낭비해버리는 경향이 있다.<sup>12)</sup> 즉, ‘공유재의 비극’은 다수의 사람들이 희소한 자원을 공동으로 이용할 때 예측되는 환경의 악화를 상징한다.<sup>13)</sup> 하딘은 누구에게나 개방되어 있는 공유지인 목초지를 예로 들어 비극적인 상황을 설명한다. 즉 합리적인 목동 각자는 자신이 목초지에 풀어 놓은 가축들로부터 직접적인 이익을 얻지만 과잉 방목으로 인한 손실은 당장 눈앞에 나타나지 않으므로, 목동들은 가능한 한 많은 가축을 목초지로 내보낸다. 그 결과 많은 가축이 과도하게 목초를 섭취함으로써 그 목초지는 황무지가 되고 결국 그 피해는 모든 사람들에게 돌아가게 된다. 아리스토텔레스는 이러한 딜레마에 최초로 주목한 사람 중의 하나이다. 그는 “가장 많은 사람들이 공유한 것이 가장 소홀히 관리된다. 주로 자기 이익만 생각하고 공동의 이익은 생각하지 않기 때문이다. 어쩌다 생각한다 하더라도 자기와 관련이 있는 경우에만 그렇게 한다.”<sup>14)</sup>라고 주장한다. 이렇게 공유재 남용의 비극은 개인들이 합리적인 선택에 근거하여 희소한 자원을 소비할 때 일어난다. 사람들은 자신들의 합리적인 결정이 합쳐지면 자원이 완전히 파괴된다는 사실을 잘 알면서도 그렇게 한다.<sup>15)</sup>

## 2. ‘공유재 남용’의 해결 방안

### 2.1 정부의 규제와 사유화

공유재의 남용으로 인한 비극을 회피하기 위한 방안으로는 크게 정부의 규제와 사유화가 주장되었다.<sup>16)17)</sup> 우선 정부의 규제를 중시하는 입장은, “공유재의 비극 때문에

10) Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science* vol.162, AAAS, 1968, SS. 1243-1248.

11) [http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic\\_view.php?num=653&page=7&term\\_cate=&term\\_word=&term\\_key=&term\\_auth=](http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic_view.php?num=653&page=7&term_cate=&term_word=&term_key=&term_auth=), 검색일: 2016.5.6.

12) <http://www.economist.com/node/21596942/print>, 검색일: 2014.2.22.

13) Elinor Ostrom, 윤홍근/안도경 옮김, 앞의 책, 23쪽.

14) Michael Heller, op. cit., S. 16, 각주50) 참조.

15) *ibid.*, S. 16. 예컨대 이산화탄소 배출이라는 환경오염과 지구온난화를 걱정하면서도 자가용 출퇴근을 계속하는 경우 등이다.

16) *ibid.*, S. 17; G. Hardin, “Political Requirements for Preserving our Common Heritage” *Wildlife and America*, H.P.

환경 문제는 자발적 협동으로 해결될 수 없다. 강제력을 행사하는 정부라는 명분은 절대적이다”라는 오펔스의 주장,<sup>18)</sup> “인구과잉의 세계에서 파국을 피하기 위해서는 사람들이 각자의 정신세계 외부에 존재하는 강제력에 의할 수밖에 없다”는 하딘의 주장,<sup>19)</sup> “공적인 통제 장치 없이는 공용 목초지의 황폐화, 어장에서의 어획고 감소는 피할 수 없으므로 경제적 효율성을 얻기 위해서는 중앙집권적 통제가 필요하다”는 캐루서스와 스톤어의 주장<sup>20)</sup> 등이 있다. 이러한 중앙집권적 정부의 규제에 공유재의 남용을 해결할 수 있다는 입장에 대하여, 정부는 현명하지만 공유자원의 이용자들은 모두 근시안적이며 자기이익 중심적이라는 것을 가정한 이론이라는 비판이 있다.<sup>21)</sup>

한편 자연자원과 같은 공유재에 대하여, 공유재의 남용을 피할 수 있는 유일한 길은 공유체계를 종식시키고 사유재산권 체계를 확립하는 것이라는 견해가 있다.<sup>22)</sup> 특히 스미스는 우리가 자원을 공유재산으로 다루기 때문에 자원의 남용이 불가피하므로 사유재산권 설정이 필요하다고 주장한다.<sup>23)</sup> 웰치도 과잉 방목의 비효율성을 회피하기 위해서는 완전한 사유재산권의 설정을 해결책으로 제안하였다.<sup>24)</sup> 성격은 약간 다르지만 공기업개혁의 핵심은 민영화라는 주장,<sup>25)</sup> 현재 일부 무료로 운영되는 서울외곽순환고속도로의 일부 구간에 대한 통행료 징수를 촉구하는 것도<sup>26)</sup> 이러한 맥락의 주장이다.

---

Bokaw, Washington D.C.:Council on Environmental Quality, 1978, S. 314. 에 의하면, Hardin도 공유재의 비극을 해결하는 유일한 방안이 사유화 또는 사회주의라고 역설한다.

- 17) 김미숙, 앞의 논문, 1쪽에 의하면, 이러한 전통적인 방안 이외에도 오스트롬은 광범위한 공유재의 딜레마와 그 해결방안들을 조사하여, 지역주민들의 자발적이고 자치적인 관리방안으로도 공유재의 딜레마를 해결할 수 있다고 한다. 이 논문의 주제를 벗어나므로 더 이상의 논의를 생략한다.
- 18) W. Ophuls, “Leviathan or Oblivion”, *Toward a Steady State Economy*, Freeman, 1973, S. 228.
- 19) G. Hardin, “Political Requirements for Preserving our Common Heritage”, *Wildlife and America*, Council on Environmental Quality, Washington D.C., 1978, S. 314.
- 20) I. Carruthers and R. Stoner, “Economic Aspects and Policy Issues in Groundwater Development”, *World Bank staff working paper No.496*, Washington D.C., 1981, S. 29.
- 21) P. G. Stillman, “The Tragedy of the Commons: A Re-Analysis”, *Alternative* 4, 1975, S. 15.
- 22) Elinor Ostrom, 윤흥근/안도경 옮김, 앞의 책, 38-39쪽.
- 23) R. J. Smith, “Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife”, *Cato Journal Vol.1, Issue2*, Cato Institute, 1981, S. 465.
- 24) Elinor Ostrom, 윤흥근/안도경 옮김, 위의 책, 39쪽; W. P. Welch, “The Political Feasibility of Full Ownership Property Rights: The Cases of Pollution and Fisheries”, *Policy Sciences Vol.16 No.2*, Springer, 1983, S. 171.
- 25) 김종윤, “공유지의 비극, 공기기업의 비극”, 중앙일보, 2013.12.1.
- 26) 김경한, “공짜점심과 공유재의 비극”, *Transportation Technology and Policy* 제10권 제5호, 대한교통학회, 2013, 4-5쪽.

## 2.2 공유지의 사유화와 반공유재

공유지의 사전적 정의는, “개방된 공공토지”(open public land)로, “모든 사람이 이용할 수 있도록 허용된 토지”로 정의된다.<sup>27)</sup> 역사적으로 볼 때, 공유지에 관한 법률은 잉글랜드와 초기 북아메리카에서 발달하였다. 잉글랜드의 오래된 정의에 따르면, 공유지는 공유권(rights of common)이 행사될 수 있는 토지로 묘사된다. 공유권은 1명 또는 여러 명이 다른 사람의 토지의 일부를 차지하거나, 그 위에서 생산물을 채취하거나 야생동물을 수렵할 수 있는 법적 권리(legal right)이다.<sup>28)</sup>

공유지(common land)의 기원은 영국에서 장원제도(manorial system)가 도입되었던 1066년 노르만정복(Norman Conquest)으로 거슬러 올라간다.<sup>29)</sup> 장원의 경작지에서 매년 수확이 끝난 뒤에 공한지(open field strips)와 목초지(hay meadows)들은 장원에 살면서 일하는 모든 사람들이 소유하는 동물들을 위한 공동의 방목용(common grazing)으로 제공되었다고 한다.<sup>30)</sup> 이렇게 공유지는 누군가에 의하여 소유되지만 다른 사람들이 특정한 방법으로 이를 이용할 수 있는 공중의 접근이 허용되는 토지이다.<sup>31)</sup> 이 지역들은 가축을 자유롭게 방목하는데 있어 공유지에 크게 의존하였다.

영국에서 산업혁명으로 모직사업이 당시 최고의 부가가치산업으로 등장하면서 양모의 수요가 급증하자 농부들은 양을 경쟁적으로 사육하기 시작하였다. 그런데 당시 초지는 마을 공동소유(commune)였기 때문에 관리하는 사람은 없고 급격히 늘어난 양의 수요에 맞출 수 없어 결국 초지는 황폐화되었다. 그러자 마을 사람들이 이 문제를 해결하기 위하여 찾은 방법은 공동소유 초지를 분할하고, 각자의 초지에 울타리를 치는 것이었다. 이것이 바로 울타리를 친다는 뜻의 ‘enclosure movement’이다.<sup>32)</sup> enclosure는 개인의 재산권 확립을 의미하는 것으로서, 이로써 농부는 자신의 책임 하에 양의 숫자를 조절하거나 초지를 가꾸는 등의 노력을 하게 되었다.<sup>33)</sup> 이렇게 사유화는 정부의 규제보다 효과적이

27) [https://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_land](https://en.wikipedia.org/wiki/Common_land), 검색일: 2014.2.22.

28) <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/C/CommonLand.aspx>, 검색일: 2013.12.18.

29) 박홍래, 미국재산법, 전남대학교 출판부, 2004, 22쪽에 의하면, 정복자인 윌리엄은 자신에게 대항했던 사람들로부터 빼앗은 토지를 자신을 도운 영주들에게 수여했다. 토지를 수여받은 영주들은 왕에게 충성을 맹세하고 왕의 군대를 위하여 일정한 수의 기사를 제공하면서 장원제도가 정착되었다.

30) 윤성순/박수진/신철오, 앞의 자료 25쪽.

31) 윤성순/박수진/신철오, 위의 자료 26쪽.

32) [http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic\\_view.php?num=653&page=7&term\\_cate=&term\\_word=&term\\_key=&term\\_auth=](http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic_view.php?num=653&page=7&term_cate=&term_word=&term_key=&term_auth=), 검색일: 2016.5.6.

기 때문에 공유재의 사유화는 공유재의 비극을 해결할 수 있는 것으로 이해되었다.<sup>34)</sup> 공유재를 사유화하면 개인들은 합리적인 선택을 하게 됨으로 비경제적인 남용을 피할 수 있다고 믿기 때문이다.

그런데 공유재에 대한 사유화가 점차 확대되고 여러 권리자에게 분할되는 경우가 많아지면서 토지는 점차 세분화되고 토지소유자도 많아진다. 일정 규모의 토지에 소유자가 지나치게 많아지고 이들이 서로를 방해하는 일이 발생되면서 토지 등 자원이 활용되지 못하는 상태가 발생하게 된다. 이것은 너무 많은 소유권 행사로 토지 등 귀중한 자원을 서로서로 방해하기 때문에 활용하지 못하는 상태로 이를 공유재와 상반되는 의미로 반공유재라 한다.<sup>35)</sup> 구글에서 “반공유재”로 검색해 본 결과 약 6,060개<sup>36)</sup>가 검색되었는데 비해 “공유재”는 약 1,750,000개<sup>37)</sup>에 달해 ‘반공유재’가 일반적으로 ‘공유재’에 비해 아직은 생소한 용어임을 알 수 있다.

### III. 반공유재 비극의 현황과 해소방안 모색

#### 1. 사유화의 의미는 무엇일까<sup>38)</sup>

공유재의 비극을 회피하기 위한 중요한 방안으로서 사유화를 주장하는 것은 인간의 이기적인 탐욕으로 공유재가 남용(over use)될 수밖에 없다는 것을 전제로 한다. 이미 앞의 II. 1.에서 살펴본 바와 같이 공유지를 이용하는 모든 사람들은 이성적이고 합리적으로 행동하고 있지만, 개개인의 합리적인 행동의 결과는 순식간에 집단적인 재앙으로 변한다. 이러한 현상이 공유재의 비극적인 상황이다.<sup>39)</sup>

33) 위의 전자문헌, 검색일: 2016.5.6.

34) Michael Heller, op. cit., S. 17.

35) Michael A. Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”, *Harvard Law Review Vol.111 No.3*, The Harvard Law Review Association, 1998; *ibid.*, S. 18.

36) <https://www.google.co.kr/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#newwindow=1&q=%EB%B0%98%EA%B3%B5%EC%9C%A0%EC%9E%AC>, 검색일: 2016.1.19.

37) <https://www.google.co.kr/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#newwindow=1&q=%EA%B3%B5%EC%9C%A0%EC%9E%AC>, 검색일: 2016.1.19.

38) Michael Heller, op. cit., S. 24에 의하면, 공유재의 비극을 해결하기 위한 방안으로는 공유재의 사유화 이외에도 이해관계자들의 협력이나 정부의 규제 등이 있지만, 여기에서는 ‘반공유재’의 본질 규명에 초점을 맞추기 위하여 토지의 ‘사유화’를 통하여 비극이 회피될 수 있는지를 비판적으로 검토한다.

여기서 공유재의 비극을 사유화로 회피할 수 있다는 견해는, 공유재에 사유재산권을 부여함으로써 공유 체제를 사유재산제로 전환하는 방안이다.<sup>40)</sup> 공유지에 대한 사적재산권의 설정이란 토지를 분할하여 각 소유자에게 개인적인 권리를 부여하여<sup>41)</sup> 시장에 맡기는 방식이다.<sup>42)</sup>

한편 종래부터 존재하고 있는 공유지에 대한 사유화와 달리 새로 생겨나는 토지에 대한 소유권 귀속도 문제된다. 원칙적으로 모든 토지를 국유화 하는 방안, 일단 국유화한 이후 일정한 요건 하에 사적소유권을 부여하는 방안, 국가주도하에 사적소유권을 부여하는 방안<sup>43)</sup> 등을 생각해 볼 수 있다. 우리나라에서는 무주부동산을 국유화하는 것을 원칙으로 하고(민법 제252조 제2항), 일정한 경우 국가가 주도하여 사적소유권을 부여하기도 한다. 예컨대 공유수면을 매립하여 매립지에 대한 소유권을 이전하는 경우 등이다. 매립되기 이전의 수면은 공유재로서의 상태를 유지하다가 매립이 되면서 특정 주체의 소유로 귀속된다.<sup>44)</sup> 국가는 입찰을 통해서 최고액의 응찰자에게 소유권을 귀속시킬 수도 있고, 특정인에게 허가(이권)를 통하여 소유권을 넘겨 줄 수도 있을 것이다. 그렇다고 이러한 방법이 공정하다거나 능률적이라는 것을 의미하는 것은 아니다.<sup>45)</sup> 어떤 식으로 사유화하더라도 모든 사람들에게 개방하는 것 보다는 훨씬 잘 관리될 가능성이 높다.<sup>46)</sup> 소유권(사유재산)의 출현 이유를 이러한 보존효과에서 찾기도 한다.<sup>47)</sup>

## 2. 사유화로 공유재의 비극이 해결될 수 있을까

공유재를 사유화하면 비경제적인 남용의 비극을 피할 수 있는 경우가 많다. 그러나

39) Ibid., SS. 23-24.

40) W.P. Welch, op. cit., S. 171; H.W. Sinn, "Common Property Resources, Storage Facilities and Ownership Structures: A Cournot Model of the Oil Market", *Economica* Vol.51, London School of Economics, 1984, SS. 237-238.

41) Elinor Ostrom, 윤흥근/안도경 옮김, 앞의 책, 41쪽.

42) 김윤상, 앞의 논문, 5쪽.

43) 인터넷의 도메인처럼 온라인 등록기관에 제일 먼저 등록한 사람에게 이름을 사용할 수 있는 권리를 부여하는 것이 이러한 범주에 속한다.

44) 윤성순/박수진/신철오, 앞의 자료 15쪽에 의하면, 공유수면매립은 수면을 토지화 하고 특정 주체의 소유로 인정하는 행정적 과정이라고 할 수 있다.

45) Michael Heller, op. cit., S. 24.

46) ibid., SS. 24-25.

47) ibid., S. 25; Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review* Vol.57 No.2, American Economic Association, 1967, SS. 347-359.

전혀 예상하지 못한 정반대의 상황도 생길 수 있다. 공유재의 남용이 비극적 결과를 가져오기 때문에 사유화가 필요하다면, 사유화로 즉 소유권의 부여로 이제 그 재화는 남용이 아닌 상태, 즉 남용의 반대인 상태가 되어야 한다. 여기서 ‘남용’의 사전적 의미는 일정한 기준이나 한도를 넘어서 함부로 쓰거나, 권리나 권한 따위를 본래의 목적이나 범위를 벗어나 함부로 행사하는 것이다.<sup>48)</sup> 그렇다면 남용의 반대 개념은 본래의 목적이나 범위 내에서 적정하게 사용하거나 일상적으로 늘 사용함으로서 현상을 유지하는 것을 말하는 것으로 ‘상용’(常用)에 해당한다. 좋아하는 운동에 열중하다 발생하는 통증 중에 ‘과사용 증후군’(overuse syndrome)이라는 것이 있다. 과도한 운동으로 근육에 무리를 주었다는 것이다. 이 경우 대개 의사들은 과도한 운동을 삼가고 일상적으로 적당히 꾸준한 운동을 할 것을 권한다. 이 적당한 운동이 ‘상용’이다. 이렇게 ‘남용’과 ‘상용’은 이제까지 양자택일적인 명제였다.<sup>49)</sup> 통증이 있더라도 운동을 계속하든가(남용), 적당하게 하든가(상용) 하는 둘 중 하나를 선택하는 문제로 보았다. 그 결과 (공유재의) ‘남용’이 피해야 할 상황이라면, (사유화하여) ‘상용’하는 것이 비극적인 상황을 회피하는 길이라고 본 것이다.

자본주의 사회는 토지를 동산과 같이 상품화<sup>50)</sup>·추상화하여 개인의 사적소유권을 절대적으로 보호하고 있기 때문에, 토지소유권을 토지의 상용과 연계시킬 수 없다. 그렇기 때문에 현행법의 체계에서 농지법에 의한 농지의 경우를<sup>51)</sup> 제외하고 토지의 상용을 전제로 하는 사례를 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 이를 강제하는 것은 자칫 사적소유권의 침해가 될 수 있다. 따라서 소유권절대의 원칙을 민법의 기본원리의 하나로 보호하고 있는 현행법제 하에서 상용과 상용이 아닌 상태를 굳이 구별하여야 할 필요성이 없을 것이다. 상용을 하든 방치하든 모두 소유권절대의 원칙이라는 범주에서 보호받기 때문

48) [http://dic.naver.com/search.nhn?dicQuery=%EB%82%A8%EC%9A%A9&query=%EB%82%A8%EC%9A%A9&target=dic&ie=utf8&query\\_utf=&isOnlyViewEE=](http://dic.naver.com/search.nhn?dicQuery=%EB%82%A8%EC%9A%A9&query=%EB%82%A8%EC%9A%A9&target=dic&ie=utf8&query_utf=&isOnlyViewEE=), 검색일: 2016.5.19.

49) Michael Heller, op. cit., S. 33.

50) 김형식 집필, 민법주해(V)[곽윤직대표편집], 박영사, 1992, 19쪽; 甲斐道太郎 외, 강금실 옮김, 소유권사상의 역사, 돌베개, 1984, 116쪽.

51) 예컨대, “농지법 제6조(농지소유 제한) ① 농지는 자기의 농업경영에 이용하거나 이용할 자가 아니면 소유하지 못한다.” 또 “농지법 제10조(농업경영에 이용하지 아니하는 농지 등의 처분) ① 농지 소유자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 되면 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 해당 농지(제6호의 경우에는 농지 소유 상한을 초과하는 면적에 해당하는 농지를 말한다)를 처분하여야 한다.

1. 소유 농지를 자연재해·농지개량·질병 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 자기의 농업경영에 이용하지 아니하거나 이용하지 아니하게 되었다고 시장(구를 두지 아니한 시의 시장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)·군수 또는 구청장이 인정한 경우” 등이 있다.

이다. 그렇다면 문제는 ‘공유재의 비극’ 다시 말해, 공유재의 남용을 회피하기 위한 방안으로서의 사유화는 남용의 문제를 해결할 수 있겠지만, 그 가치가 사장되는 부작용이 발생할 수 있으므로 사유화가 문제의 중국적인 해결이 아닐 수도 있겠다는 점이다. 사유화의 정도가 지나치면 결국 자원은 낭비될 수도 있기 때문이다.<sup>52)</sup> 이러한 문제는 토지라는 특성에서 연유하는 것이기도 하지만, 그 전제가 공유지를 사유화하기만 하면 토지소유자는 그 토지를 잘 활용하기 때문에 효율성을 갖출 수 있을 것으로<sup>53)</sup> 맹신한데 있는 것은 아닐까.

### 3. 상용(常用) 상태가 아닌 사유화를 어떻게 이해하여야 할까

공유지는 남용되기 때문에 이를 피하기 위하여 사유화한다 하더라도 전혀 사용이 없는 상태라면 이를 ‘상용’이라고 할 수 없을 것이다. 이러한 상황을 표현하는 어휘는 아직 일반화된 용어로서 정립되지 않은 듯하다. 외국에서의 용례를 따라 *under-use*, 미활용, 불충분한 사용, 미활용 이라고 해 보지만 누구에게나 공감할 수 있는 용어로 와 닿지 않는 것은 우리가 아직 이러한 상황에 크게 문제의식을 갖지 않았기 때문이다. 그렇다면 사유화 되어 있음에도 불구하고 ‘상용’되지 못하는 상태에 대한 사회현상에 대한 인식과 이를 표현할 수 있는 적당한 용어를 정하는 일이 필요해 보인다. 남용과 상용의 세계에서는 낭비 아니면 효율, 나쁜 것 아니면 좋은 것과 같이 2분법적이고 명쾌하지만, ‘불충분한 사용’, ‘미활용’ 등이 자리할 공간은 없었다.<sup>54)</sup> 그런데 공공정책의 논의과정에서 비용·편익분석의 역할이 중요해지면서 ‘최적 사용’이라는 개념이 등장하게 된다.<sup>55)</sup>

그렇다면 우리가 자원을 남용하고 있는지 최적사용하고 있는지 혹은 미활용하고 있는지 어떻게 측정할 수 있을까? 수돗물 불소농도조정사업을 통해 개념을 정리해 본다. 이 사업은 수돗물의 불소이온농도를 적정수준으로 유지하여 치아우식증(충치)을 예방하는 “좋은 물 만들기 사업”이다.<sup>56)</sup> 이런 문제가 제기되면 대개의 경우 비용·편익을 분석

52) Michael Heller, op. cit., S. 37.

53) 甲斐道太郎 외, 강금실 옮김, 앞의 책, 112-113쪽에 의하면, 근대적 토지소유권의 발아기(나폴레옹법전 제2초안 제70조)의 토지소유권은 이용권으로서의 소유권으로 재화의 常用을 염두에 둔 사유화였다.

54) Michael Heller, op. cit., S. 35.

55) ibid., S. 35.

56) 수돗물 불소농도조정사업 기술지원단 (<http://www.fluoride.or.kr>, 검색일: 2016.5.19.)에 의하면, 우리나라는 수

하여 경제성을 입증한다.<sup>57)</sup> 이러한 과정을 통하여 최적사용을 산출하게 되고,<sup>58)</sup> 이렇게 최적수준을 찾아내기 위해 필요한 개념이 ‘미활용’, ‘불완전한 사용’이다.<sup>59)</sup> 최적사용의 개념을 도출하기 위해서는 필연적으로 최적사용이 되지 못하는 상태를 상정할 수밖에 없다. 최적사용이 되지 못한 것은 결과적으로 불충분한 사용 혹은 미활용(underuse)일 것이기 때문이다. 이를 달리 표현하자면 “남용(되는 공유재산) ↔ 최적사용(되는 사유재산) ↔ 미활용(되는 사유재산)”의 연결고리가 만들어진다. 이러한 연결고리는 “공유재 ↔ 사유재산 ↔ 반공유재”를 전제로 하는 것이다. 그 결과 (공유재의) 남용을 회피하기 위해서는 단순히 (공유재의) 사유화만으로는 부족하고, 사유화된 재산이 최적사용 되어야 한다는 것을 알 수 있다.

#### 4. 반공유재가 비극인 이유는 무엇일까

‘반공유재’를 공유재와 대척점에 위치하고 있는 활용되지 못하는 사유재산이라고 보았다. 공유재가 자원이 남용되는 비극이라면, 반공유재는 자원이 이용되지 못하는 비극이다.<sup>60)</sup> ‘가로주택정비사업’을 두고 한 동네를 구성하는 이웃 주민간의 격렬한 반대에 부딪쳐 오래되고 낡은 주거지역이 수년간 방치되는 사태를 종종 목격한다. ‘반공유재의 비극’은 바로 이렇게 주민들 서로가 서로를 방해하는 소유권의 충돌로 결국 소유권이 활용되지 못하는 비경제적인 미활용을 염두에 둔 용어이다.<sup>61)</sup>

여기서 한 가지 의문이 드는 것은 공유재는 모두 비극적이 되고, 반공유재도 역시 중국적으로는 비극적일까 하는 점이다. ‘공유재’는 특정 재화의 사용을 허가(승인)할

---

돛물의 불소이온 농도를 0.8ppm(물 1L당 0.8mg에 해당하는 양)으로 조정하여 공급하고 있다.

57) 투여될 불소 비용을 추산하고 치아와 관련된 국민건강보험금의 변동추이를 분석하여 그 효과에 대한 가치를 환산하고, 불소수돛물을 공급함으로써 나타나는 부정적인 효과를 계산한다.

58) 수돛물 불소농도조정사업 기술지원단 (<http://www.fluoride.or.kr>, 검색일: 2016.5.19); 기타 공중보건관련 자료집 (보건복지부, 대한치과의사협회, 구강보건사업지원단 등)에 의하면, 수돛물 불소농도조정사업에서는 연간 1인당 200~300원의 불소농도조정으로 평생 건강한 치아를 유지할 수 있다고 한다. 개인 치과의원에서 불소 도포를 1년에 한차례 시행하여도 1회당 최소 2만원이 소요되어, 수돛물 불소농도조정에 비해 100배 이상의 비용이 소요된다고 한다. 우리나라에서 수돛물 불소농도조정의 비용·편익은 소아마비 백신에 이어 두 번째로 높다고 한다. 이 사업의 의한 비용절감 효과는 100원을 사용하면 12,000원 정도의 진료비용이 절감되는 것으로 추산되므로, 인구 1천만인 서울특별시에서만 이 사업을 통하여 매년 1,200억원의 진료비를 절감할 수 있다고 한다.

59) Michael Heller, op. cit., S. 37.

60) 신흥균, 앞의 논문, 2쪽.

61) Michael Heller, op. cit., S. 26.

사람이 없기 때문에 누구나 자유롭게 특정 재화를 사용할 권리가 있는 재화이다. 이에 대해 ‘반공유재’는 누군가의 소유에 속한 재화이기 때문에 그 사람만이 배타적 지배를 할 수 있다. 그런데 공유재에 해당하는 재화의 활용에 있어서도 제한된 사람들이 서로 협력하여 재화의 효율적 이용을 도모하는 경우를 많이 볼 수 있다. 예컨대 송이버섯 채취관행에 의하면,<sup>62)</sup> 주민들은 마을규칙으로 송이버섯을 채취할 수 있는 자격을 정해 놓고, 해석상 논란이 있는 경우에는 마을회의에서 정하는 방법으로 국유림 등에서 오랫동안 평온하게 송이버섯을 채취하여 임업소득을 올리고 있다.<sup>63)</sup> 이렇게 공유재라고 모두가 비극적인 상황을 맞는 것이 아니다. 위의 사례와 같이 일정한 사람들이 자원을 제한적으로 공유함으로써 남용의 비극적 상황을 회피할 수 있는 경우라면, 공유재를 사유화하지 않더라도 ‘공유재의 비극’은 발생하지 않을 것이다. 그렇다면 ‘공유재의 비극’은 재화를 활용하는 사람들이 아무런 제한 없이 완전공유 됨으로서 남용되는 경우의 상황이라고 볼 수 있다.

반공유재의 상황도 이와 같은 방법으로 생각해 볼 수 있다. 부분공유에 대응하는 반공유재의 모습은 여러 소유권자들이 서로를 방해할 수 있지만 일정부분 상호 협조하여 재화의 미활용이나 불충분한 활용의 늪에서 벗어나 재화를 활용하는 상황(부분배제)이다. 이웃한 주민들이 상호 협의하여 낡은 주택단지를 재개발하여 주거생활을 계속하는 것 등이다. 민법은 이미 이러한 반공유재의 상황을 염두에 둔 다수의 규정을 두고 개인들의 사유재산 활용을 조정하고 있다. 예컨대 민법 제215조는 당시의 주거상황을 모델로 공유자들의 이해관계를 조정하였고,<sup>64)</sup> 아파트 등 집합건물이 주거용 건물의 주류를 이

62) 문흥안, “송이버섯 채취 관행에 관한 연구”, 일감법학 제6권, 건국대학교 법학연구소, 2001, 80-81쪽, 이 송이버섯 채취관행은 우리나라의 주요한 송이산지로 꼽히는 강원도 양양지역 특히 현북면 [어성전1리] 일대의 관행을 중심으로 살펴보았다.

63) 문흥안, 위의 논문, 80-83쪽의 마을규칙을 살펴보면, 마을 공동산에서 송이버섯을 채취할 수 있는 자격이 있는 사람은 사유림이 없는 사람으로 마을로 이사 온지 3년이 경과되어야 한다. 또 한 가구당 1명만이 공동산에서 송이버섯을 채취할 수 있고, 이 사람이 다른 사정으로 입산할 수 없다하더라도 다른 사람으로 대체할 수 없다고 한다. 즉 송이버섯을 채취하기 위하여 첫날 입산한 사람이 끝까지 채취하도록 하고 있다. 공동산에 입산할 수 있는 구성원은 매년 바뀔 수 있다. 마을 회의록에 의하면 가가호호마다 1세대당 1명의 남자만이 입산하는 것을 원칙으로 하고 세대주가 여자일 경우에는 예외로 여자도 입산할 수 있도록 하고 있다. 또 자녀들이 타지에서 세대주로 있다가 부모와 [어성전1리]에서 동거할 경우에도 이들을 합해 1세대로 간주하고 있다. 타지에서 [어성전1리]로 이주해 오는 사람이 임차인인 경우에도 3년이상 주민등록을 이전하고 실제로 거주하고 있다면 입산할 수 있는 자격을 주는 등 자율적인 조정을 통하여 공유재를 활용하고 있음을 알 수 있다.

64) 민사법연구회, 김증한 집필, 민법안의견서, 일조각, 1957, 86쪽에 의하면, 이 규정이 좌우로 긴 건물을 종적으로 분할하는 경우를 예상한 경우라 하면서, 당시 독일이나 일본에서의 상황과 달리 우리나라에서는 아직 고층건

루자 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’에서 ‘규약 및 집회’(동법 제28조~제42조의2)의 규정을 두고 (구분)소유자들의 보호 및 긴밀한 이해·조정 지침으로 삼고 있다. (구분)소유자들이 자신의 소유권만을 주장하는 것이 아니라 일정 부분-부분배제-에 대하여는 유연하게 협력하는 방안을 통하여, ‘소유하고 있는 재화’(반공유재)의 활용에 방해가 되는 장애를 제거할 수 있는 방안을 마련해 두고 있다.

한편 소유자들이 다른 사람들의 사용을 배제할 수 있는 권리를 가지고 서로를 완전히 차단하는 것은 ‘완전배제’의 모습이다. 이러한 경우 각자의 재화는 다른 방법으로는 활용될 수 없기 때문에 재화가 사장(死藏)되는 미활용(불충분한 활용) 상태에 빠지고, 이 때 반공유재의 비극적 상황이 비로소 모습을 드러낸다. 달리 말한다면 재산권이 지나치게 잘게 나뉘어져 있을 때(세분화) 발생하는 비극이다.<sup>65)</sup>

세분화된 각각의 소유자들이 자원을 이용하지 못하게 다른 사람을 방해한다면 아무도 그 자원을 이용할 수 없게 된다.<sup>66)</sup> 특히 그 자원이 토지와 같이 서로 보완재적 성격을 가지고 있을 때 협조는 더욱 어려워질 수 있다.<sup>67)</sup> 사람들은 다른 사람들과 동일한 사용 권리를 가지고 있을 때보다 다른 사람들을 방해할 권리를 보유하고 있을 때 협력에 소극적이라고 한다.<sup>68)</sup> 즉 세분화된 소유자들이 많고 세분화된 권리들이 모이면 이익이 발생할 수 있는 보완관계에 있는 반공유재 현상에서<sup>69)</sup> 협상이 실패할 가능성이 높다.<sup>70)</sup> 이렇게 반공유재 개념의 핵심은 세분화된 소유권이고, 이를 다시 합치지 못함으로써 각 세분화된 토지소유권이 제 기능을 다하지 못하는 상태가 반공유재의 비극이다. 세분화된 소유자가 많아지면 합리적인 개인들이 선택한 결정의 총합은 어느 시점에서 집단적인 비극이 된다.<sup>71)</sup>

---

물에 대한 입법적 규제가 절실히 요청되지 않기 때문에 현행규정과 같이 상세한 규정을 두지 않은 입법에 찬성한다는 것이다; 민의원 법제사법위원회, 민법안심의록(상권), 1957, 135-136쪽 참조.

65) Michael Heller, op. cit., S. 45; 신흥균, 앞의 논문, 2015, 3쪽.

66) ibid., S. 45. 한편, 구별하여야 할 것으로, 미활용은 단독 소유자가 자원이용을 차단하는 독점환경에서도 생겨날 수 있다. 이것은 비극적인 결과를 초래할 수 있지만 반공유재는 아니다.

67) 경제학에서 말하는 대체재와 보완재의 경우를 생각해 보자. 아무리 ‘소수’이지만 자신의 소유권이 협력을 하지 않는다면 아무리 거대한 프로젝트라 하더라도 그 사업이 진행될 수 없는데 자발적인 협력을 기대하기는 쉽지 않다. 이 경우에는 경쟁보다는 독점이 유리할 수 있다.

68) Ben W. Depoorter and Sven Banneste, “Putting Humpty Dumpty Back Together: Pricing in Anticommons Property Arrangements” *Journal of Law, Economics and Public Policy*, Antonin Scalia Law School, 2004, SS. 4-52.

69) Lee Anne Fennell, “Common Interest Tragedies”, *Northwestern University Law Review Vol.98, Issue3*, Northwestern University School of Law, 2004, S. 971. 신흥균, 위의 논문, 3-4쪽.

70) Michael Heller, op. cit., S. 44.

여기서 구별하여야 할 개념으로 소위 ‘알박기’라는 것이 있다. 개발이 예정된 곳에 미리 토지를 구입하고 개발사에 비싼 가격에 구입할 것을 요구함으로써 결국 개발사업의 진행을 악의적으로 방해하는 것이다.<sup>72)</sup> 알박기로 개발지를 활용할 수 없는 상태에 있지 만 이를 반공유재의 비극이라고 하지 않는다. 또 개발사업지의 특정소유자가 개발사업 이 진행 중인 토지의 매각을 거부하고 버티거나, 개발사측의 토지보상액이 너무 적어 버티는 경우 등도 어느 독점 소유자로 인하여 발생하는 문제이지<sup>73)</sup> 이 논문에서 말하는 다수의 소유자로 인한 미활용인 반공유재의 비극적인 상황은 아니다.

## 5. 반공유재의 비극을 벗어날 수 있는 방안은 무엇일까

### 5.1 세분화에 대한 재인식

‘반공유재 비극’의 핵심은 세분화된 소유권이다.<sup>74)</sup> 프랑스대혁명을 통해 근대적 소유 권을 성립시킨 프랑스민법전은 제정 당시 토지소유를 해체되어야 하는 것으로 설정하고 그 해체를 촉진하기 위한 특별규정의 하나로 상속분할 규정을 두었다고 한다.<sup>75)</sup> 즉 상속 과 같이 계약적 법리가 작동될 수 없는 특수한 재산권이전에 토지소유의 분할이라는 정책적 목표에 맞게 국가법으로 결정하였다는 것이다.<sup>76)</sup> 18C 근대화 과정에서 토지에 대한 사적소유권을 가능한 많은 농민들에게 부여하기 위한 정책적 목적에서 도입된 토지분할이라는 정책기조는 21C 현재의 민법전에도 그대로 유지되고 있다.<sup>77)</sup> 즉, 현행 민법은 토지소유권의 분할을 예정한 여러 규정을 두고 있다. 공유물의 분할청구(민법 제268조), 현물분할의 원칙(민법 제269조 제2항),<sup>78)</sup> 상속재산의 분할(민법 제1013조) 등 이 있다. 또 농지법도 농지를 상속받은 상속인<sup>79)</sup>에게 농지의 소유를 예외적으로 인정하

71) *ibid.*, S. 131.

72) <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%95%8C%EB%B0%95%EA%B8%B0>, 검색일: 2016.1.20.

73) 우리는 이러한 독점소유자로 인해 발생하는 미활용에 대하여는 오래 전부터 문제를 해결할 수 있는 방법을 나름대로 터득하고 있다. Michael Heller, *op. cit.*, S. 48.

74) *ibid.*, S. 26.

75) 甲斐道太郎 외, 강금실 옮김, 앞의 책, 118쪽.

76) 甲斐道太郎 외, 강금실 옮김, 위의 책, 118쪽.

77) 예컨대, 공유물의 분할청구(민법 제268조), 현물분할의 원칙(민법 제269조 제2항), 농업경영을 하지 아니하는 상속인의 농지소유의 상한으로 인한 분할(농지법 제7조 제1항) 등이 있다.

78) 법원은 토지를 매각하여 그 매각대금을 공동소유자들에게 분할 할 수 있다.

79) 농업인이 아닌 상속인을 말한다. 이 경우 상속인에게 한 유증(遺贈)도 포함한다.

나(농지법 제6조) 농업경영을 하지 아니하면 1만㎡까지만 소유할 수 있도록 농지소유의 상한을 정하고 있다(농지법 제7조 제1항).<sup>80)</sup> 이러한 상속토지의 분할은 상속인들에게 토지측량비용과 감정비용 등을 부담시키면서 상속토지의 세분화를 가중시키고, 장기적인 관점에서 보면, 상속토지에 대한 ‘주관적인 가치’<sup>81)</sup>를 훼손할 가능성이 매우 높다. 또 “공유토지분할에 관한 특례법”(일명, 공유토지분할법)<sup>82)</sup>에 의하여 일정한 요건 하에 공유토지를 분할할 수 있게 함으로써<sup>83)</sup> 토지는 더 적은 면적으로 분할 될 수 있다.

이렇게 토지에 대한 분할허용은, 현행 법규가 이런 결과를 전혀 예정하지 않았다고 해도<sup>84)</sup> 향후 토지의 세분화를 피할 수 없게 한다. 토지는 합치기보다 분할이 훨씬 쉽다. 세분화된 부동산을 다시 모을 수 있는 장치를 두지 않은 한, 세대를 거치면서 토지는 점점 더 작게 분할될 수밖에 없을 것이다. 아래 <표 III-1>에서 보는 바와 같이 2009년-2015년 사이 우리나라 국토면적 대비 지번(필지)의 변동추이를 보면, 2009년부터 7년 동안 전체 국토면적은 2009년 대비 0.398% 증가한 반면, 필지수는 동일기간 동안 1.734% 증가하여 토지의 세분화 증가율이 높았음을 보여주고 있다.<sup>85)</sup> 이러한 추세는 향후에도 계속되어 필지수는 점점 더 늘어나고 더욱 세분화될 것임을 쉽게 예측할 수 있다.<sup>86)</sup>

80) 농지법의 이러한 농지소유 제한은 식량생산의 기반이 되는 농지의 효율적 활용을 도모하기 위한 것이지만, 농지법 제22조를 둔 취지를 감안하면 논리적인 모순으로 거시적인 정책적 결단이 필요해 보인다.

81) 상속토지를 둘러싼 가족의 결속력을 잃을 수도 있고 토지수용으로 가족의 명예가 손상되는 등 실질적인 비용이 발생한다.

82) ‘공유토지분할법’은 공유토지에 대한 소유권행사와 토지의 이용에 따르는 불편을 해소하고 적절한 토지관리제도의 운영을 목적으로 2012. 5. 23. 부터 한시법으로 제정·운용되고 있다. ‘공유토지분할법’은 이미 1986-1991, 1995-2000, 2004-2006까지 이미 3차에 걸쳐 운영되었고, 현재 4차 시행으로 2017. 5. 까지 운영될 예정이다. 김우중, “현행법상 공유관계 해소방법의 문제점과 개선방안”, 민사집행법연구 제9호, 한국민사집행법학회, 2013, 145쪽; 이상천, “공유토지분할에 관한 특례법의 기능론적 구조에 관한 비판적 검토”, 법학논총 제32권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2015, 237쪽.

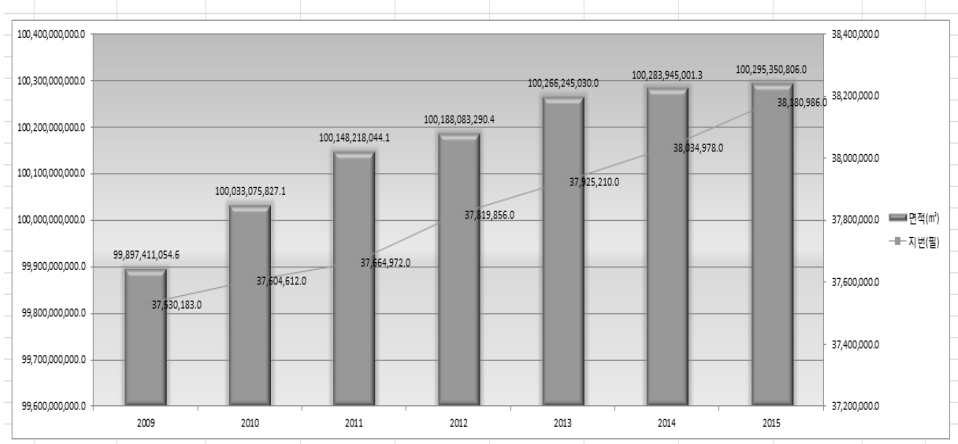
83) ‘공유토지분할법’에 의한 공유토지분할은, 공유자 1/3이상이 지상에 건물을 소유하며 1년 이상 점유하는 경우에는 공유자 1/5 이상 또는 20인 이상의 동의를 얻어 공유물분할을 신청할 수 있도록 하였다.

84) 법은 한 번 만들어지면 그 자체로 생명력을 갖게 되고 만든 사람의 의도를 벗어나 통제가 아주 어렵기 때문이다.

85) 같은 견해로, 최청인, “토지세분화 실태와 토지합병정리에 관한 연구”, 한국지적학회지 제17권 제1호, 한국지적학회, 2001, 52쪽에 의하면, 1970년부터 1999년까지 30년 동안 총 필지수가 26,394천 필지에서 34,752천 필지로 31.7%가 늘어남으로서 평균 매년 1%씩 늘었으며, 필지당 면적은 1970년 3,721㎡이던 것이 1999년은 2,861㎡로 매년 약 0.8%씩 줄어들어 세분화 비율이 높게 나타나고 있다고 한다.

86) 필지수가 많아졌다고 하여 토지소유자가 늘어났다고 단언하기에는 아직 관련 통계에 대한 분석이 부족하다. 이에 대한 추가적인 연구조사와 분석은 다음 기회로 미룬다.

〈표 III-1〉 국토면적 대비 필지수의 변동추이

출처:국토교통부, 지적통계<sup>87)</sup>

전체 국토면적 대비 필지당 면적변화의 추이를 살펴보면, 아래 <표 III-2>에서 보는 바와 같이 전체 국토면적은 꾸준히 증가하는데도 불구하고 필지당 평균면적은 2009년 2,662㎡였던 것이 매년 꾸준히 줄어 2015년에는 2,627㎡로 2009년 대비 1.3%가 축소된 것으로 나타났다. 이는 전국의 필지는 늘어나면서 필지당 단위면적은 줄어들어, 토지가 보다 더 잘게 세분화되는 추세라고 볼 수 있을 것이다.

〈표 III-2〉 국토면적 대비 필지면적의 추이

| 지목 | 항목    | 2009 년  | 2010 년   | 2011 년   | 2012 년   | 2013 년   | 2014 년   | 2015 년   |
|----|-------|---------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| 계  | 면적(㎡) | 99,897천 | 100,033천 | 100,148천 | 100,188천 | 100,266천 | 100,283천 | 100,295천 |
| 계  | 지번(필) | 37,530천 | 37,604천  | 37,665천  | 37,820천  | 37,925천  | 38,035천  | 38,181천  |
| 계  | 평균면적  | 2,662㎡  | 2,660㎡   | 2,659㎡   | 2,649㎡   | 2,644㎡   | 2,637㎡   | 2,627㎡   |

출처:국토교통부, 지적통계

또 대지의 전체 필지도 아래 <표 III-3>에서 보는 바와 같이 2009년 7백6만여 필지에서 2015년 7백2십7만여 필지로 꾸준히 증가하였고, 2009년 대비 2.939% 증가한 것으로 나타나 위 <표 III-1>에 나타난 전체 국토의 필지 증가율 1.734%를 훨씬 뛰어넘어 더욱 세분화되고 있음을 알 수 있다. 이러한 세분화 추세는 지속될 전망이다.

87) [http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT\\_MLTM\\_1246&conn\\_path=13](http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT_MLTM_1246&conn_path=13) 에서 재편집 (검색일: 2016. 7.26), 논문에 인용된 통계의 편집을 맡아 준 박현균(박사과정)에게 감사드린다.

〈표 III-3〉 전체 대지면적 대비 필지면적의 추이

|   |       | 2009년      | 2010년      | 2011년      | 2012년      | 2013년      | 2014년      | 2015년      |
|---|-------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| 대 | 면적(㎡) | 2,705,756천 | 2,743,527천 | 2,784,671천 | 2,826,573천 | 2,872,100천 | 2,929,544천 | 2,983,051천 |
| 대 | 지번(필) | 7,064,176  | 7,091,677  | 7,119,276  | 7,151,893  | 7,183,739  | 7,227,392  | 7,271,830  |
|   | 평균면적  | 383 ㎡      | 387 ㎡      | 391 ㎡      | 395 ㎡      | 400 ㎡      | 405 ㎡      | 410 ㎡      |

출처: 국토교통부, 지적통계

다만 특이한 점은 위 <표 III-3>에서 보는 바와 같이 전체 대지 필지수 대비 필지면적의 증감 추이를 보면, 필지수는 2007년 이래 매년 꾸준히 증가하고 있고 필지당 평균면적도 2007년 383㎡에서 매년 꾸준히 늘어나 2015년에는 410㎡가 되었다는 점이다. 추측컨대 2007년 이래 대지면적은 꾸준히 증가하고 있고 특히 2007년 대비 2015년의 대지면적이 10.248% 대폭 증가하였음을 알 수 있다. 총대지면적은 대폭적으로 증가하였음에 비하여 필지수는 2009년 대비 2.939% 증가하는데 그쳐 대지필지 당 평균면적이 2009년 대비 7.049% 증가한 것이 아닌가 생각한다. 특히 전국적으로 주거형태가 단독주택에서 집합 건물로 바뀌어 가면서 공동주택 부지의 토지합병과<sup>88)</sup> 관계가 있을 것으로 추론해 볼 수 있지만, 이에 대한 추가적인 연구는 다음 기회로 미룬다.

그렇다면 일정규모의 토지에 대하여 분할을 금하는 것은 어떨까. 현실에 있어서도 토지분할은, 일정한 경우 개발행위허가를 받아야 하거나(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조 등), 일정 면적 이하로의 토지분할을 할 수 없다는 등 여러 법령상의 제한이 있다.<sup>89)</sup> 예컨대 건축물이 있는 대지의 경우, 주거지역 60㎡, 상업지역 150㎡, 공장지역 150㎡, 농지 200㎡, 이 이외의 지역 60㎡ 이상의 규모를 유지하도록 하는 것 등이다(건축법 제57조, 동 시행령 제80조).<sup>90)</sup> 이렇게 분할을 금지하는 규정을 두어 규제하면 결과적으로 세분화가 줄어들 것이다.<sup>91)</sup> 하지만 과도한 토지분할의 금지는 건물 공급이 줄게 된다는 것을 의미하는 것이어서 무허가건물 및 허가받지 아니한 사실상의 분할을 조장하

88) “공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률” 제80조(합병 신청) ② 토지소유자는 「주택법」에 따른 공동주택의 부지, 도로, 제방, 하천, 구거, 유지, 그 밖에 대통령령으로 정하는 토지로서 합병하여야 할 토지가 있으면 그 사유가 발생한 날부터 60일 이내에 지적소관청에 합병을 신청하여야 한다.

89) 즉 일반주거지역의 경우에는 90㎡ 미만, 상업지역은 150㎡ 미만, 공업지역은 200㎡ 미만, 집합건물 등은 분할할 수 없었다. 김우중, 앞의 논문, 109쪽.

90) 이와 같은 토지의 분할제한은 궁극적으로는 해당 토지의 난개발을 막으면서 효율적 이용을 위한 제한이다.

91) 예컨대 대지분할을 제한한다면 건물공급이 줄게 된다는 것을 의미하는 것이며, 건물가격의 상승을 부추길 것이다. 그 결과 기존의 토지이용은 더욱 과밀해지고 무허가건물 및 허가받지 아니한 사실상의 분할이 늘어나 토지이용관계를 매우 복잡하게 할 수 있다는 부작용이 생길 수 있다.

여 토지이용관계를 매우 복잡하게 할 수 있다.<sup>92)</sup> 소유권의 세분화를 해결한다고 토지분할에 부담을 전가시키는 것은 바람직한 해결방안이 아니다.<sup>93)</sup> 토지분할은 토지소유권 보장의 차원에서 사법상 분할의 자유가 인정되어야 할 것이고 공법상의 제한이라도 재산권의 본질적 내용을 침해하지 않아야 할 것이다. 사적소유권의 보호에 충실하려면 토지분할은 쉽고 저렴해야 한다.<sup>94)</sup>

## 5.2 소유권을 쉽게 모을 수 있는 방안의 모색

현행 법제하에서 토지의 세분화가 불가피하다면 일정한 부지를 개발하려는 경우 여러 필지의 소유권을 쉽게 모을 수 있는 방안을 제공하여야 할 것이다. 토지소유권을 쉽게 모을 수 있는 가장 전통적인 방법은 사적인 매매계약이다. 일반적으로 토지를 개발하고자 하는 개발자들은 토지소유자들의 협조거부나 매수가격의 상승을 염려하여 은밀하게 토지를 사 모으려고 오랜 기간 동안 노력한다. 그러나 토지소유자들이 부지개발을 위하여 매입한다는 사실을 알게 되면 그간 진행되던 협상은 대부분 중단된다. 토지소유자는 다른 소유자들이나 사회 전체에 미치는 비용을 고려할 필요가 없기 때문이다. 토지소유자들은 ‘공정한 시장가격’ 이외에 개발이익을 포함한 엄청난 가격을 요구할지도 모른다. 또 토지소유자들은 다른 소유자들을 서로 견제함으로써 개발을 무산시킬 수 있다. 자발적인 계약이 불가능한 것은 아니지만, 계약이 성립되어 부지개발이 순조롭게 이루어지는 일은 매우 드물다.<sup>95)</sup>

지역공동체 회복과 도시경쟁력 제고를 위한 차원에서 「토시 및 주거환경정비법」(주택재개발·재건축법), 「도시재정비촉진을 위한 특별법」(뉴타운법), 「도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법」(도시재생법) 등을 제정하여 시행하고 있지만,<sup>96)</sup> 사업의 목적을

92) 예컨대, 13필지에 70여명의 소유자들이 구분소유적 공유를 하고 있는 등 우리 주위에서 이러한 사례를 많이 접할 수 있다.

93) 서옥하/신동휘/임상열, “토지분할 규제 정책의 한계에 관한 연구-춘천시를 사례로-”, 한국지적학회지 제29권 제1호, 한국지적학회, 166-170쪽에 의하면, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령」 제56조 제4항에 의거 각 지방자치단체는 토지개발행위허가운영지침을 제정하여 토지분할을 억제함으로써 토지의 분할필지수를 감소시키는 효과를 거두었지만 토지분양업체 등은 토지를 분할하지 않고 지분만 쪼개서 분양하는 새로운 거래수법을 사용하는 것으로 적응하였다고 한다.

94) 토지분할에 관한 논의에는 여러 쟁점이 있지만 이 논문의 핵심주제가 아니므로 여기에서는 문제제기만 하고, 자세한 논의는 지면관계상 차후의 연구로 미룬다.

95) Michael Heller, op. cit., S. 113.

96) 이창호, “도시재생사업의 추진현황과 개선과제”, 국회입법조사처 현안보고서(제254호), 2015, 5-7쪽 참조.

달성하기 위해서는 신속하게 세분화된 토지를 합쳐 사업성을 확보하는 문제가 관건이다. 당사자의 사적자치를 통해서 토지거래를 유도하는 것이 공정하겠지만, 많은 시간과 노력이 들어도 사업의 불확실성이 너무 크다는 문제가 있다.<sup>97)</sup>

물론 제도적 목적은 다르지만 토지수용제도를 통하여 세분화된 토지를 한군데 모을 수 있는 장치가 있기는 하다. 자발적인 부지개발이 소수 토지소유자가 협조하지 않음으로서 실패할 위험이 있다면, 토지수용권은 소수의 횡포 덕분에 성공할 위험이 있다. 그러나 토지수용은 협조를 거부하는 소수 토지소유자의 횡포를 해결할 수 있지만 부패 및 부당한 부의 재분배라는 좋지 않은 결과로 귀결될 수 있다.<sup>98)</sup> 토지를 수용당하는 소유자의 입장에서 보면 도심재개발사업을 위하여 재산을 빼앗기면 분노를 참지 못한다. 여러 법적수단을 동원하여 ‘공정한 보상’이라 하여도 이를 그대로 받아들이는 것은 매우 어려울 것이다.<sup>99)</sup> 보상가격의 산정시 개인적이고 주관적인 가치를 평가하여 이를 보상하는 경우는 전혀 없다.<sup>100)</sup> 설사 금전적으로 완전한 보상을 하더라도 토지소유권을 처분하라고 강요한다면 오히려 반발하는 것이 사람의 심리이기도 하다.<sup>101)</sup> 어쩌면 법원은 토지수용권의 남용에 제동을 걸 수 있을지 모른다. 하지만 그 결과가 모든 사람을 만족시켜 줄지 의문이다.<sup>102)</sup>

### 5.3 토지소유자들의 협력과 정부의 규제

어떤 토지가 그 누구도 이를 이용할 수 없는 반공유재의 비극적 상황에 놓여있다면 이를 해결하는 길은 다시 이해당사자들의 협력과 정부의 규제밖에 없다.<sup>103)</sup> 토지와 같은 한정적이고 보완적인 재화공급에 있어서, 재화공급자인 토지소유자들은 개혁이나 혁신

97) Michael Heller, op. cit., S. 108.

98) ibid., S. 114.

99) 박현균, “송전설비건설 갈등해소 방안에 관한 연구(미간행)”, 2016. 13쪽에 의하면, 송전설비 건설을 위한 토지수용에 있어서 보상체계는 전기사업법과 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 집행이 되고 있는 바, 주요기준은 공시지가가 되고 있는데 이는 주민이 생각하고 있는 보상의 기준과 너무 큰 차이를 보이고 있다고 한다. 이러한 보상금액의 차이가 주로 송전설비 건설과 관련된 갈등의 주요쟁점이 되고 있다고 한다.

100) Michael Heller, op. cit., S. 115.

101) Nicole Stelle Garnett, “The Neglected political Economy of Eminent Domain”, *Michigan Law Review Vol.105 No.1*, University of Michigan Law School, 2006; ibid., S. 114.

102) Michael Heller, op. cit., S. 115.

103) 이는 공유재의 비극을 해결하기 위한 방안과 같다.

의 필요성을 느끼지 않기 때문에 이들 상호간의 협조를 유도하기가 매우 어렵다. 이 경우에는 오히려 독점을 유도할 수 있는 정책이 필요해 보인다.<sup>104)</sup> 이런 시각에서 본다면 농지법은 아직 완벽하지 않지만 농지의 세분화 방지를 위하여 어느 한 농업인이 농지를 일괄적으로 상속·증여 받을 수 있도록 국가와 지방자치단체가 필요한 지원을 할 수 있도록 함으로서(동법 제22조),<sup>105)</sup> 반공유재의 비극적 상황에 대처하기 위한 선제적 대응을 하고 있다고 평가할 수 있다. 일부 지방자치단체에서 소위 지자체공모형개발사업을 통하여 원주민 등의 이해관계가 복잡하게 얽혀 있어 사업의 진척이 없는 특정부지를 개발하는 것도 반공유재의 비극적 상황에 현명하게 대처하는 사례라 할 수 있다.<sup>106)</sup>

다른 한편, 우리 사회에서는 늘 새로운 재산권이 만들어지고 있다.<sup>107)</sup> 정부는 재산을 만들어낼 때마다 반공유재의 유혹을 받을지도 모른다.<sup>108)</sup> 규제 당국은 많은 사람이 파이 조각 하나씩을 가질 수 있다면 그들(혹은 우리)에게 좋은 일이라고 생각할지 모른다.<sup>109)</sup> 일단 권리들이 설정되고 나면 그 주위로 여러 제도와 이권이 자리를 잡고 미활용은 고착되기 때문에<sup>110)</sup> 처음으로 재산권을 정의할 때 이러한 반공유재의 틀에 갇히지 않도록 특히 주의를 기울여야 한다. 자원이 일단 반공유재의 틀에 갇히고 나면, 정부와 시장이 다시 사용 가능한 권리묶음을 모으기는 매우 어렵기 때문이다. 따라서 공유수면매립이나 국가산업단지의 조성 등에 있어서 공유재의 비극을 회피하기 위한 방안으로 부동산의 사유화를 추진한다면, 사유화된 이후에 해당 부동산이 반공유재의 틀에 갇히지 않도록 예방할 수 있는 시스템을 구축하는 일도 필요하다.<sup>111)</sup>

104) 우리는 이미 제공되는 재화가 대체할 수 있는 상품이거나 서비스인 경우 재화공급자의 독점의 유혹을 감시하여 공정한 거래를 보장하고 소비자를 보호할 시스템으로 공정거래위원회에 시장감시국을 두고 사무를 관장한다. 이에 반해, 보완재는 개혁혁신의 의지가 없고 협조가 안 됨으로, 독점을 지향하여야 하므로 오히려 ‘독점국’을 두어 독점할 수 있는 방안을 강구하여야 한다는 등 협력을 위한 새로운 패러다임이 필요한 것이 아닐까. 현재 공정거래위원회는 그 성격상 독점을 조장·유도하는 조직을 설치한다는 것은 논리적 모순이겠지만, 특허법나 저작권법 등에서는 공공저작물 자유이용에 대한 논의가 활발하다; Michael Heller, op. cit., S. 185

105) 한국농어촌공사 및 농지관리기금법 제18조(농지매매사업 등) 등에 따른 농지규모화사업, 농지매입·비축사업 등이 있다.

106) 조성근, “수도권 유망지역 ‘지자체 주택사업’ 뜬다”, 한국경제, 2016.8.4, 동 기사에 의하면, 지자체공모형개발사업이란 이해관계가 복잡한 토지개발을 위하여 사업을 수행할 민간사업자를 공모한 뒤 민간과 공공이 공동으로 프로젝트회사를 설립해 토지를 개발하는 방식이다.

107) Michael Heller, op. cit., S. 189; 우리나라에 인터넷은행이라는 새로운 형태의 은행업을 허가하는 경우를 생각해 볼 수 있다.

108) ibid., S. 163.

109) ibid., S. 164.

110) ibid., S. 164.

## 5.4 반공유재 현상의 발견

반공유재 현상은 공유재의 비극적인 상황보다 발견하기도 이를 해결하기도 어렵다.<sup>112)</sup> 대개의 경우 다수의 소유자가 각자 자신들의 소유권을 주장함으로써 발생하는 부동산의 ‘불충분’하거나 ‘미활용’ 사례는 사적인 분야에 속하기 때문에 잘 드러나지 않아 사회적 문제로 공론화되기 어렵다. 그 결과 반공유재의 비극적인 늪에 빠져있으면서도 정작 당사자들은 이를 인지하지 못하는 경우가 많다. 주택가격이 턱없이 비싸도 정작 그 원인을 찾아보려는 노력에 소홀하다. 미활용이나 불충분한 활용 등 반공유재 상황은 경제적·사회적·법적인 결함이나 공백 혹은 실수 등에 기인한 인위적인 것이다.<sup>113)</sup> 따라서 반공유재에 갇힌 상황을 적극 발굴하여 이를 가시화하는 것이 중요하다. 반공유재 상황을 가시화하여 인식을 공유하여야 반공유재의 비극을 벗어날 수 있는 협력이 시작될 수 있기 때문이다.

## IV. 결론

19세기 판덱텐 법학자들은 자연법 및 계몽주의와 경제적 자유주의의 영향 하에 근대적 토지소유권을 무제약적인 개인적이며 완전한 지배권으로 발전시켜 헌법 기타 법률에 규정케 하였다.<sup>114)</sup> 이러한 소유권절대의 원칙을 명확하게 선언한 것은 프랑스인권선언(1789.8.27.)과 그 뒤를 이는 프랑스헌법과 민법이다.<sup>115)</sup> 상품화·추상화된(토지)소유권은 이제 명확한 재산권을 대상으로, 소유자들이 자유로이 사용, 수익, 처분할 수 있도록 보장하고 있다. 그러나 자원을 가치있게 사용하고 부를 생성하기 위하여는 명확한 권리와 자유로운 시장만으로 충분하지 않고, 소유권의 명확성 만큼이나 그 내용도 중요하다.

이 논문은 현재진행형이며 미래에도 지속될 가능성이 많은 ‘반공유재의 비극’을 법리적으로 이해하기 위한 서론적 고찰이다. 제2장에서, 공유재의 남용을 회피하기 위한

111) 예컨대 국가산업단지 등 특정한 목적을 위하여 토지를 분양한 후 오랜 세월이 경과하여 해당 산업단지를 재개발하여야 할 필요가 있는 경우 ‘반공유재의 비극’적인 상황이 발생할 가능성이 많다.

112) Michael Heller, op. cit., S. 187.

113) ibid. S. 187.

114) 김황식 집필, 앞의 책, 17쪽.

115) 김황식 집필, 위의 책, 18쪽.

방안 중의 하나인 사유화가 다시 반공유재의 등장을 어떻게 초래하였는지 살펴보았다.

제3장에서는 근대화 과정에서 봉건영주의 토지소유를 해체하여 많은 농민에게 토지 소유권을 부여하려는 정책적 목적에 따라 토지분할을 촉진하기 위한 규정이 오늘날의 민법전에 그대로 이어져 토지의 세분화를 촉진하고 있음을 보았다. 그 결과 토지를 사유화하는 것만으로 공유재의 비극을 해결할 수 없고, 재화의 가치가 사장되는 현상이 다시 발생할 수 있음을 알 수 있다. 토지가치의 매몰은 ‘불충분한 사용’ 혹은 ‘미활용’에 기인하는 것이다. 미활용은 토지소유권이 세분화 될 수밖에 없는 법률규정, 이를 다시 합칠 수 있는 시스템을 제대로 갖추지 못한 때문인 것이다. 예컨대 공유물의 분할청구(민법 제268조), 현물분할의 원칙(민법 제269조 제2항), 상속재산의 분할(민법 제1013조) 등이다. 지난 2009년부터 2015년 사이 우리나라 국토면적 대비 필지의 변동추이나 대지의 필지 증가율이 이러한 현상을 보여주고 있음을 알 수 있다. 그 결과 토지는 세월이 경과할 수록 점점 세분화되어 반공유재의 늪에 갇힐 위험이 크다. 하지만 이들 토지는 사적영역에 속해 있기 때문에 해당 토지가 반공유재의 늪에 갇혀있는지 여부를 쉽게 알기 어렵다. 따라서 이 논문에서는 소유자들의 상호 비협조로 토지가 활용되지 못하는 현상의 가시화를 비극적 상황을 벗어나기 위한 출발점으로 보았다. 그 다음, 세분화된 토지를 다시 합칠 수 있도록 토지소유자들의 협의를 도출할 수 있는 시스템의 구축 혹은 입법적 노력이 필요함을 강조하였다. 이러한 시각에서 보자면 농지법 제22조는<sup>116)</sup> 그 입법목적이나<sup>117)</sup> 구체적 시행여부를 떠나 세분화로 인한 폐해를 줄이기 위한 선제적 입법으로 평가할 수 있다.

반공유재는 때로 완전히 다른 제도적인 구조들의 핵심적인 특징을 이해하는 수단이

116) 제22조(농지 소유의 세분화 방지) ① 국가와 지방자치단체는 농업인이나 농업법인의 농지 소유가 세분화되는 것을 막기 위하여 농지를 어느 한 농업인 또는 하나의 농업법인이 일괄적으로 상속·증여 또는 양도받도록 필요한 지원을 할 수 있다.

② 「농어촌정비법」에 따른 농업생산기반정비사업이 시행된 농지는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 분할할 수 없다. <개정 2009.5.27., 2011.4.14.>

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시지역의 주거지역·상업지역·공업지역 또는 도시·군계획시설부지에 포함되어 있는 농지를 분할하는 경우
2. 제34조 제1항에 따라 농지전용허가(다른 법률에 따라 농지전용허가가 의제되는 인가·허가·승인 등을 포함한다)를 받거나 제35조나 제43조에 따른 농지전용신고를 하고 전용한 농지를 분할하는 경우
3. 분할 후의 각 필지의 면적이 2천제곱미터를 넘도록 분할하는 경우
4. 농지의 개량, 농지의 교환·분합 등 대통령령으로 정하는 사유로 분할하는 경우.

117) 농지의 세분화로 규모의 영농을 실현하기 위한 어려움을 극복하기 위한 목적으로 보인다. 오호성, “농업구조 정책과 농지제도”, 농업경제연구 21, 한국농업경제학회, 1980, 참조.

될 수 있다. 예컨대 국제정치적으로 UN 안전보장이사회가 러시아, 미국, 영국, 중국, 프랑스에게 거부권을 준 것은 반공유재를 긍정적으로 사용한 사례로 볼 수 있다.<sup>118)</sup> 또 반공유재에 대한 논의는 신약개발을 위한 특허분야나 지적재산권분야에서 무형의 재산권이 활용되지 못하고 사장되는 것을 방지하기 위한 노력으로 특허풀이나 집단저작권 등의 결과를 도출하고 있다.<sup>119)</sup> 보존가치가 높은 자연환경과 문화유산을 확보하여 시민소유로 영구히 보존·관리하기 위한 ‘내셔널트러스트’(National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty)도 반공유재를 활용한 사례이다. 최근, 전 세계에 흩어져 있는 부동산을 가상공간을 통하여 집단화함으로써 새로운 부를 창출하는 공유숙박업인 ‘airbnb’ 등과 같은 혁신적이고 창의적인 활용도 반공유재의 틀로 이해할 수 있을 것이다. 반면 다른 나라에 뒤떨어져 있는 드론산업은 일정부분 반공유재의 틀에서 벗어나기 위한 방안을 찾지 못한데도 그 원인이 있다.

특히 향후 자유통일 한국을 위한 논의에서 북한의 부동산문제는 중요한 주제 중 하나이다. 북한에서 토지소유권은 자본주의 사회에서와 다른 원리에 의하여 운영되기<sup>120)</sup> 때문이다. 북한에서 새로운 부동산 시장을 조성하려는 경우 북한지역 부동산의 사유화 내지 활용에 대한 창의적인 법리구상을 위해서 반공유재에 대한 논의는 매우 중요하다고 생각하지만, 지면관계상 구체적인 논의는 다음 기회로 미룬다.

118) Michael Heller, op. cit., S. 48에 의하면, UN안전보장이사회는 각자 독자적으로 안보를 위협할 수 있는 능력을 갖추고 있는 5대 상임이사국들에게 각각 보완재적 위치에서 거부권을 행사할 수 있는 권능을 부여함으로써, 이들 강대국이 각자 독자적인 선포는 행동으로 세계안보에 위협을 가하는 행위를 미연에 방지하고 있다고 한다.

119) 예컨대 권남훈, “복잡해지는 특허전쟁과 공정경쟁”, 디지털타임스, 2014.2.9, 23쪽에 의하면, 다수의 특허권자가 저마다 권리를 주장하며 높은 로열티를 요구할 경우 로열티 과적(royalty stacking) 현상으로 결국 제조업체가 감당하기 어려운 수준으로까지 높아질 수 있다고 하고 이를 경제학 용어로 반공유재의 비극이라고 한다.

120) 북한당국은 모든 건물을 소유하고 있지만 행정상의 이유로 토지와 무관하게 관리하며, 건물사용권을 국가기관들에게 부여하고 있어 재산의 경계가 불분명하고 법률상의 의미가 불명확하다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 곽윤직, 대륙법, 박영사, 1962.
- \_\_\_\_\_, 물권법, 박영사, 1978.
- 김려수, 법률사상사, 박영사, 1980.
- 김상용, 토지소유권 법사상, 민음사, 1995.
- \_\_\_\_\_, 물권법, 박영사, 2003.
- \_\_\_\_\_, 정우형(증보), (증보판)토지법, 법원사, 2004.
- 김용한, (재전정판) 물권법론, 박영사, 1993.
- 김운상, 지공주의-새로운 토지 패러다임, 경북대학교출판부, 2011.
- 김일태/이상호, 기업, 시장 그리고 법, 전남대학교 출판부, 1998.
- 김황식 집필, 민법주해(V)[곽윤직편집대표], 박영사, 1992.
- 민사법연구회, 김증한 집필, 민법안의견서, 일조각, 1957.
- 민의원 법제사법위원회, 민법안심의록(상권), 1957.
- 박병호, “근세의 토지소유권에 관한 연구”, 한국법제사고, 법문사, 1974.
- 박윤덕 집필부분, “혁명 전 프랑스 농촌의 경작체계와 사회구조”, 프랑스 구체제의 권력 구조와 사회, 한성대학교 출판부, 2009.
- 박홍래, 미국재산법, 전남대학교 출판부, 2004.
- 윤철홍, 소유권의 역사, 법원사, 1995.
- 이영협, 한국근대토지제도사연구, 보문각, 1968.
- 최갑수 외, 프랑스 구체제의 권력구조와 사회, 한성대학교 출판부, 2009.
- 최 식 집필, 민법안의견서(민사법연구회), 일조각, 1957.
- Elinor Ostrom, 윤홍근/안도경 옮김, 공유의 비극을 넘어-공유자원관리를 위한 제도의 진화-, 랜덤하우스, 2010.
- F. 뒤레, D. 리세, 김웅중 옮김, 프랑스 혁명사, 1990.
- Michael Heller, *The gridlock economy*, Basic Books(NY), 2008.
- Michel Vovelle. 최갑수 외 옮김, 왕정의 몰락과 프랑스혁명 1787-1792(프랑스혁명 200주년기념 총서(1)), 일월서각, 1987.

甲斐道太郎 외, 강금실 옮김, 소유권사상의 역사, 돌베개, 1984.  
水本浩, 유해웅 옮김, 토지문제와 소유권, 범론사, 1985.

## 2. 학술지

- Ben W. Depoorter and Sven Banneste, “Putting Humpty Dumpty Back Together: Pricing in Anticommons Property Arrangements” *Journal of Law, Economics and Public Policy*, Antonin Scalia Law School, 2004, SS. 4-52.
- Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science vol.162*, AAAS, 1968, SS. 1243-1248.  
\_\_\_\_\_, “Political Requirements for Preserving our Common Heritage”, *Wildlife and America*, Council on Environmental Quality, Washington D.C., 1978.
- Harold Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review Vol.57 No.2*, American Economic Association, 1967, SS. 347-359.
- H.W. Sinn, “Common Property Resources, Storage Facilities and Ownership Structures: A Cournot Model of the Oil Market”, *Economica Vol.51*, London School of Economics, 1984, SS. 235-252.
- I. Carruthers and R. Stoner, “Economic Aspects and Policy Issues in Groundwater Development”, *World Bank staff working paper No.496*, Washington D.C., 1981
- Lee Anne Fennell, “Common Interest Tragedies”, *Northwestern University Law Review Vol.98, Issue3*, Northwestern University School of Law, 2004, SS. 907-990
- Michael A. Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”, *Harvard Law Review Vol.111 No.3*, The Harvard Law Review Association, 1998, SS. 621-688.
- Nicole Stelle Garnett, “The Neglected political Economy of Eminent Domain”, *Michigan Law Review Vol.105 No.1*, University of Michigan Law School, 2006, SS. 101-150.
- Philippe Dupichot(필립 뒤삐쇼), 송재일 옮김, “프랑스법에서 소유권, 자주점유 및 소지”, 민사법학 제67호, 한국민사법학회, 2014, 537-556쪽.
- P. G. Stillman, “The Tragedy of the Commons: A Re-Analysis”, *Alternative 4*, 1975.
- R. J. Smith, “Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife”, *Cato Journal Vol.1, Issue2*, Cato Institute, 1981, SS. 439-468.

W. Ophuls, “Leviathan or Oblivion”, *Toward a Steady State Economy*, Freeman, 1973.

W. P. Welch, “The Political Feasibility of Full Ownership Property Rights: The Cases of Pollution and Fisheries”, *Policy Sciences Vol.16 No.2*, Springer, 1983, SS. 165-180.

### 3. 학위논문

김미숙, “공유재로서 야생동물의 남획, 보호, 활용-일본 홋카이도 쿠시로시의 예조시카를 중심으로-”, 전남대 대학원 박사학위논문, 2015.

송재일, “농지거래에 관한 법적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위청구논문, 2010.

이상영, “토지분할의 문제점과 제도개선 방안연구”, 서울시립대학교대학원 석사학위논문, 2010.

### 4. 자료집 및 보고서

신홍균, “소유권의 파편화와 입법의 대응: 정보통신시장 사례를 중심으로”, 국민대 법학연구소 학술발표대회 발표문, 2015.

심의기, “조선시대의 토지법과 토지소유관계”, 박병호환갑기념논문집(Ⅱ), 박영사, 1991.

윤성순/박수진/신철오, “공유수면매립지 소유권 분리 제도화를 위한 고찰”, 한국해양수산개발원(수시연구 2013-6), 2013.

이창호, “도시재생사업의 추진현황과 개선과제”, 국회입법조사처 현안보고서(제254호), 2015.

### 5. 신문기사

권남훈, “복잡해지는 특허전쟁과 공정경쟁”, 디지털타임스, 2014.2.9.

김종윤, “공유지의 비극, 공기업의 비극”, 중앙일보, 2013.12.1.

조성근, “수도권 유망지역 ‘지자체 주택사업’ 뜬다”, 한국경제, 2016.8.4

### 6. 전자문헌

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/C/CommonLand.aspx>, 검색일: 2013.12.18.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_land](https://en.wikipedia.org/wiki/Common_land), 검색일: 2014.2.22..

<http://www.economist.com/node/21596942/print>, 검색일: 2014.2.22.

<https://www.google.co.kr/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#newwindow=1&q=%EB%B0%98%EA%B3%B5%EC%9C%A0%EC%9E%AC>,  
검색일: 2016.1.19.

<https://www.google.co.kr/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#newwindow=1&q=%EA%B3%B5%EC%9C%A0%EC%9E%AC>, 검색일: 2016.1.19.

<https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%95%8C%EB%B0%95%EA%B8%B0>, 검색일: 2016.1.20.

<http://www.fluoride.or.kr>, 검색일: 2016.5.19.

[http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic\\_view.php?num=653&page=7&term\\_cate=&term\\_word=&term\\_key=&term\\_auth=](http://www.kapa21.or.kr/epadic/epadic_view.php?num=653&page=7&term_cate=&term_word=&term_key=&term_auth=), 검색일: 2016.5.6.

[http://dic.naver.com/search.nhn?dicQuery=%EB%82%A8%EC%9A%A9&query=%EB%82%A8%EC%9A%A9&target=dic&ie=utf8&query\\_utf=&isOnlyViewEE=](http://dic.naver.com/search.nhn?dicQuery=%EB%82%A8%EC%9A%A9&query=%EB%82%A8%EC%9A%A9&target=dic&ie=utf8&query_utf=&isOnlyViewEE=), 검색일: 2016.5.19.

[http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT\\_MLTM\\_1246&conn\\_path=I3](http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT_MLTM_1246&conn_path=I3), 검색일: 2016.7.26.

## [ Abstract ]

**Tragedy of the Anticommons**

## —Isagogics—

Moon, Heung-Ahn\*

This is introductory studies to understand the tragedy of the anticommons from legal point of view that is still ongoing and will highly likely to be continued.

As one of the ways to avoid tragic situation of abusing the common properties by avaricious human beings, the study on the commons suggests the privatization of those common properties. The stance of the existing debate on the situation wherein such privatized land is being unusable regardless of owners' will so far has been that it is due to the limitations inherent in the land or by the law, especially civil law or administrative regulations. This paper uses the term "tragedy of the anticommons" as defined by Professor Michael Heller to refer to the situation of the fragmented and privatized land being wasted of its value, and attempts to determine the very basic legal principles behind it.

As privatization and divided ownership of common properties spread, the land is becoming more segmentalized. Eventually, it is left with too many owners, and each other's interruption on use of the land is led to the failure of proper deployment of resources. This kind of land is what is being called anticommon property as in an opposed concept to the common property. While the privatization could be the solution to abuse of the common properties, it also bears the adverse effect of making them of no use once it exceeds a certain bounds.

The key to the anticommon property concept is fragmentized ownership. And, the state of this fragmented land ownership causing inability to serve its original function is the tragedy of the anticommons. The current civil law has multiple sections prearranging the fragmentized land ownership such as the claim for division of common property in Civil Act Article 268 (Demand for Partition of Article Jointly Owned), the partition in kind in sub-section 2 of Civil Act Article 269 (Methods of Partition), the division of inherited property in Civil Act

---

\* Professor, College of Law, Konkuk University.

Article 1013 (Division by Agreement) and etc. Even if there is no predefined terms in the laws in force, the permission of land fragmentation would have been unavoidable in the society hereafter. Unless we are equipped with an institutional strategy to combine those fragmented land, we will see more divided land into smaller and smaller pieces over the generations.

The issue of unused or under use of the land due to multiple owners of the fragmented property would be hard to come under the spotlight as a legitimate social issue since it belongs to the private sector. This is why it becomes even more important to actively discover the tragic situations of the anticommons. Only after the tragic situations are acknowledged in the society, shall the efforts to cooperate to get out of that tragedy be followed. It cannot be emphasized enough for the need of establishment of social system or legislative adjustment to draw the consensus among land owners to combine the fragmented land.

**[Key Words]** common property, tragedy of the commons, anticommon property, tragedy of the anticommons, segmentation of land, privatization, common land, land ownership, property right, land privatization, land fragmentation, Agricultural Land Act, underuse, abuse, private property