

# 철도신설계획에 따른 지하공간 보상 및 사용권의 법률적 한계 -급행고속철도를 중심으로-



| 문 정 균 |  
(주) 한국철도기술공사  
차장



| 김 유 형 |  
(주) 한국철도기술공사  
상무



| 신 동 원 |  
(주) 한국철도기술공사  
이사

## 1. 서론

수도권의 복잡한 교통난을 완화하기 위해 정부는 최근 경기남부에서 서울로 이어지는 광역교통망확충차원에서 지하40m~50m에 건설되는 대심도 고속철도구상 및 계획을 발표하였다.(2008. 12. 15) 이는 도심구간에서의 토지보상에 따른 비용증가를 최소화하고 민원을 최소화하기 위함이며 건설비용을 40%이상 절감할 수 있다. 그러나 법률적 측면에서 민법 212조에 의하면 “토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.” 라고 규정되어있어 소유권한계에 대한 이해가 충돌하고 있는 현실이다. 물론 이는 절대적 권리가 아니며, 공공의 복리와 조화를 이루는 범위 내에서 이루어져야 한다. 이와 관련하여 현행 보상규정을 살펴보면 각지자체 및 사업추진기관에서 조례 및 규정을 제정하여 운용하고 있으며 서울시의 경우 “서울특별시 도시철도의 건설을 위한 지하부분토지의 사용에 따른 보상기준에 관한 조례 9조”에서 그 보상기준을 정하고 있다. 그러나 이 규정은 지하심도 40m 내의 보상기준이며 그 이상의 심도에 대한 명확한 규정에 의한 보상보다 감정 및 협의에 따라 보상이 이루어지고 있다. 이에 대해 불복할 경우 소유자는 소송에 의한 법률적 판단을 구하고 있다. 따라서 본 연구에서는 급행고속철도 신설에 따른 노선계획 및 검토시 관련 기존 법제를 살펴보고 이를 반영하여 향후 도심의 급행고속철도 계획 및 건설에 따른 문제점을 최소화하고 지하공간취득 및 보상에 관해 법률

적 제도(지침 및 규정)를 신설·보완하기 위한 기초자료로 활용하고자한다.

## 2. 본론

### 가. 도심 급행고속철도 계획 및 건설의 특성

#### (1) 급행고속철도

대도시권을 중심으로 신도시 개발로 수도권 전역에 걸쳐서 극심한 교통난이 발생하고 있으며, 수도권의 외형적 팽창으로 인한 교통권의 광역화로 장거리 통행량이 지속적으로 증가하고 있다. 수도권 주변의 지속적인 난개발은 2000년대의 “선계획 후개발”이라는 국토계획의 원칙을 태동시켰으나 도로교통위주의 계획으로 새로운 교통혼잡을 야기하고 있다. 또한 도로위주의 비효율적인 광역교통체계는 지역간 통행시간, 유류비 증가로 사회·경제적비용을 증가시키고 있다. 이러한 문제점을 해결하고자 수도권 도심 및 부도심을 거점으로 현재의 표정속도”보다(35 km/h) 두배이상 빠른 직선의 고속철도망이 계획중이며 이를 급행고속철도라고 한다. 이는 기존의 대중교통 시설을 이용할 경우 60분~90분이 소요되는 거리를 30분 이내로 단축할 수 있으며 도심에서의 철도건설산업에 있어 가장 큰 문제가 되고 있는 토지보상비용을 최소화 하고자 대심도(大深度)로 계획 및 설계를 하고 있으며 이러한 방법은

지장물, 편입면적 및 보상비, 공사비, 환경 및 민원을 최소화함으로써 정부의 경제적 부담을 경감할 수 있다.

(2) 대심도(大深度)

대심도(大深度)란 법률적 용어는 존재하지 않는다. 다만 철도분야에서의 工學 및 技術분야의 용어로서 지하 40m 이상 깊이에서 철도를 설계, 건설하는 방식을 말하며 대심도(大深度)의 정확한 깊이가 정의되어 있는 것은 아니다. 토질 및 지반의 안정성과 지하깊이 증가에 따르니 방재안전성을 고려 工學 및 技術 전문가의 판단을 기초로 안전이 담보되는 한계를 말하는 것으로 설계 및 현장여건을 고려할 때 대심도(大深度)의 깊이는 증감할 수 있다.

나. 관련 법제의 理念 및 문제점 검토

(1) 토지재산권에 대한 특별희생 여부

지하공간의 공적이용에 있어 토지소유자에 대한 특별희생 여부를 전제할 손실보상과 관련하여 여러 개별법에서 그 근거규정을 두고 있다. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 “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”고 규정하고 있으나, 그에 관한 법률은 아직 제정되어 있지는 않다. 地下空間의 공적이용과 관련된 一般법적 지위를 가지는 국토계획법제가 아직 후속 法律을 제정하지 아니한 사정은 입법적 미비로 지적할 수밖에 없다. 다른 한편 대도시 지역의 지하철도의 건설이 지속적으로 추진되면서 地下공간에서도 철도시설건설에 따른 토지보상 문제를 본격적으로 해결하기 위해서 1986년에는 지하철도의 건설 및 운영에 관한 법률이 있는바 “지하철도건설자의 지하부분의 사용에 따른 보상은 당해 토지의 이용실태, 입지조건, 토지의 이용제한 등을 고려하여 당해 시, 도지사가 정하는 기준에 의하되 지표면으로부터 10m까지의 지하부분에 대하여는 당해 토지보상가격의 100분의1 이상으로 한다.”고 규정하였다.<sup>2)</sup>

이 법은 1990년 도시철도법으로 명칭이 개정되어 동 조

항은 제 4조의 6에 그대로 규정되었으나, 지하부분의 보상의 대상, 기준 및 방법에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다.<sup>3)</sup>

이에 따라 동법시행령은 지하사용보상의 범위를 도시철도시설물의 설치를 위하여 사용되는 토지의 지하부분의 면적과 수직으로 대응하는 지표면의 면적에 당해 토지의 이용가치 등을 고려한 깊이까지로 하고 있으며,<sup>4)</sup> 입체이용저해율 및 지하사용보상에 필요한 기준은 당해 토지 및 인근토지의 이용실태, 입비조건 기타 지역적 특성을 고려하여 관할 시,도의 조례로 정하도록 하고 있다. 그리고 도시철도법은 지하공간에 대하여 토지소유권이 미치는 범위를 벗어나는 한계심도 이하를 시,도의 조례로 정하도록 위임하고 있다.<sup>5)</sup>

이상과 같은 法的 근거에 따라 현재 서울, 부산 대구광역시 등에서 제정되어 있는 ‘지하공간 사용에 따른 보상조례’ 들은 토지이용의 현황, 개발잠재력 등을 고려하여 고층시가지, 중층시가지, 저층시가지 및 주택지, 농지, 임지 등으로 분류하고 토지의 지하공간의 공적 이용시 보상이 책정 기준으로 삼고 있다. 토지의 이용상황, 지역계획상의 이용잠재력 등에 따른 보상액 산정제도를 두고 있다. 이러한 보상조례 등에서 토지의 이용현황에 따른 보상액 기준을 마련하는 데 있어 매우 중요한 고려요소가 토지의 이용현황별로 지하공간의 공적 이용에 따른 토지소유자들에 미치는 영향 여부에 관한 기준이라 아니할 수 없다. 지하공간의 이용에 따라 초래되는 재산권자에 대한 침해정도는 각 개별 토지에 따라 상이할 것이지만, 그 침해정도에 관한 대체적인 기준을 마련하는 것은 보상 실무상 큰 의미가 있다고 할 것이기 때문이다.

서울, 부산 등 대도시의 지하공간사용에 따르는 보상조례들에 의하면, 현재 보상가능 한계심도기준으로 지하 1층 높이를 4.5m로 하고 그 깊이로부터 하부 지하공간 이용시 영향을 받지 아니할 최소이격거리를 20m로 잡고 있다. 이 기준을 적용하면 고층시가지에서의 최대유효 지하 이용층수는 4층, 중층시가지는 3층, 주택지는 1층으로 인정되는데 주택지의 경우는 지표와의 최소이격거리는 약 25m가 된다. 이와 같은 지하공간의 공적 이용시 보상기준의 의미는 그 공적 이용으로 인하여 토지소유자에게 미칠 것으

로 인정되는 침해 내지 특별희생의 존재를 인정하는 기준이 된다는데 있다고 할 것이다.<sup>6)</sup>

이러한 조례의 보상근거규정은 실질적으로 대도시의 지표 및 지하공간의 이용 상황에 따라 그 이하 지하공간의 공적 이용으로 초래될 재산권자에 대한 재산권에 대한 침해 정도를 표준화한 것이라 할 것인데, 이는 대도시 토지이용 상황의 변동에 따라 유동적으로 바뀌어 진다는 것을 전제로 한다. 이와 같은 현행 제도는 개별 토지별로 지하공간의 공적이용이 가져다줄 재산권침해상황을 일일이 조사, 평가하여야함을 뜻한다.<sup>7)</sup>

다른 한편 일정한 한계심도 이하의 지하공간이나 한계심도 이상의 공중공간은 토지소유자에게 실질적으로나 현실적으로 이용되고 있지 아니한 공간이지만, 현행의 법률(민법 및 기타 특별법)에 따라 관념적으로 토지소유권이 미치고 있기 때문에 다른 개인이 이를 이용하는 경우에는 그 이용을 위한 권원의 설정이 필요함은 물론이다. 그 이유는 공공의 필요에 의해 행해지는 공용부담에 따른 법률관계가 아닌 한, 개인간의 관계에 있어서는 각 토지의 미실현 상태의 이익 역시 당해 토지 소유자에게 배타적으로 보호되어야 할 것이기 때문이다.<sup>8)</sup>

## (2) 토지재산권의 사회적 제약범위 내에서의 영향만 미치는 경우

일정한 한계심도 이하의 지하공간에 대한 공공필요상의 이용(예를 들어 공공시설물의 건설 등)이 토지소유자에게 어떤 영향을 미친다고 해도 토지소유자에 대한 특별한 희생을 초래하지 아니하는 경우에는 손실보상의 필요성이 없다고 할 것이다.<sup>9)</sup>

일정한 한계심도를 넘는 지하공간(대심도지하공간)은 당해 토지와 상하로 물리적으로 연계되어 있을 뿐 토지소유자가 지표면 및 그에 연접된 地下 및 地上空間에 대한 기존의 이용목적이나 사적 효용 내지 사적 이용의도 등에 별다른 침해를 야기 시키지 않는 경우, 즉 깊은 지하나 高空의 공간을 公的으로 사용하여도 지표면 등에서 개인이 자기의 所有 토지의 사회상규적 일반적 사용에 별다른 제약을 받지 아니하는 경우가 그러하다고 할 것이다.<sup>10)</sup>

## (3) 대심도 지하공간을 사유권의 내용으로부터 除外하는 법제

일정한 한계심도를 넘는 지하공간을 재산권의 범위에서 근본적으로 除外시키거나 公物로 선언하는 法制도 상상할 수가 있다. 대심도 지하공간을 사유재산권의 범위에서 배제하는 법률의 정당성은 향후 지하공간의 공적 이용을 원활히 하기 위한 공공의 필요성에서 찾을 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 일정한 심도를 넘는 지하공간은 사실적으로 볼 때 개인의 사적 이용이 거의 이루어지지 않는 공간으로 인정된다는 점도 실제적 근거가 된다. 일정한 한계심도 이하의 지하공간을 국유로 하거나 公物로 인정하는 법제가 비례의 원칙이나 과잉금지원칙 등에 저촉될 수 있다는 지적도 제기될 수 있다. 전 국토에 걸쳐 이와 같은 법제라도 입하기 보다는 토지의 입체적 이용이 요구되는 대도시지역 등 일정한 지역범위를 정하여 제한적으로 도입할 수도 있을 것이다.

토지재산권의 공간적 내용범위에 관한 현행 법제는 “지표의 소유자가 그 지표의 상하공간을 지배한다”는 내용의 오랜 관습법적 요소가 투영되어 있는 것이다. 우리나라의 현행 법제 역시 근본적으로 이와 같은 사고를 바탕으로 한다. 민법 제 212조는 토지소유권에 관하여 “정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다”고 규정하고 있는데,<sup>11)</sup> 이는 토지소유자의 정당한 이익이 있는 한, 토지소유권의 범위는 무한계적인 것임을 뜻하는 것이지만 다른 한편으로는 토지소유자의 정당한 이익이 없는 지하공간은 그 소유권이 미치지 아니한다는 점을 부각시키고 있다고 할 것이다. 문제는 ‘正當한 利益이 있는 범위’의 여부가 토지의 위치, 이용도, 지하공간 개발기술의 발전정도 및 토지소유자의 개발의사에 따라 매우 유동적이기 때문에 토지의 수직적 공간의 범위를 명확히 구분하고 있지 못하고 지하공간의 공적 이용에 애로를 수반하는 것이다. 이와 같은 민법의 규정은 정당한 이익의 범위를 어떻게 책정 또는 인정하는가에 따라 그 재산권의 범위가 달라지고, 토지의 공적 이용시에 손실보상의 인정 여부 내지 보상액의 크기가 상이하게 되는 복잡한 문제가 수반된다고 할 것이다.

일본에서는 일정한 한계심도 이하의 地下 내지 공중공간의 公的이용을 원활히 할 수 있는 전향적인 立法이 마련

되어 있다. 일본 민법 제 207조는 “토지소유권은 법령의 범위 내에서 그 토지의 상하에 미친다.”고 규정하고 있는데, 이와 같은 규정은 지하 또는 공중공간에 대한 다른 법률상의 규정여하에 토지소유권의 범위가 결정되도록 하는 전향적인 입법이라고 평가된다. 일본 민법은 일정한 심도 이하의 토지공간에 대한 사유재산권성을 배제할 수 있는 근거를 마련해두고 있는 것이다. 개별법의 규정을 통해 민법상 중요한 물건인 토지재산권의 범위를 정할 경우에 그에 부응할 수 있는 장점이 있다고 생각된다. 일본에서 대심도지하공간은 “대도시지역에서 가장 깊은 지하공간을 이용하고 있는 건축물의 지하실을 기준으로 통상적으로 이용되지 아니하는 공간”이라고 정의되고 있는데, 이와 같은 공간은 대도시지역에서 통상적으로 허용되는 지하실 깊이인 25m와 이를 보호하며 안전성을 확보할 수 있는 이격거리 15m를 제외한 40m를 넘는 지하공간을 상정하고 있다.<sup>12)</sup>

일본에서 한계심도 이하의 지하공간의 이용과 관련하여 이 공간을 하천이나 호수의 경우와 같이 私的 소유권으로부터 완전히 분리하여 公物로 간주하자는 방안과 함께 이와 같은 공간에 대해서는 토지소유권과는 분리된 새로운 지하이용권을 국가가 개인의 신청에 따라 이를 부여하자는 방안이 제기되고 있다.<sup>13)</sup>

대심도 지하공간을 사유재산권 배제는 지하광물의 국유제도에 비유될 수 있다.

#### (4) 기존 지하공간 이용자에 대한 보상문제

(가) 헌법상 재산권보장의 의의와 토지재산권의 내용적범위  
재산권은 양심의 자유나 거주이전의 자유와 같은 다른 천부적인 기본권과는 달리 국가의 법규범에 의해 그 내용 범위가 정해지는 특수성을 가진다. 우리 헌법은 재산권의 내용과 범위에 대하여 법률에서 정할 것을 위임하고 있다. 헌법 제 23조 제 1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 선언하면서도 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고 있는 것이다. 이는 재산권의 구체적인 내용은 여타의 자유권적 기본권과는 달리 시대와 국민생활관계의 변화에 따라 가변적일 수 있다는 것을 그 배경으로 하는 것이다.<sup>14)</sup>

(나) 재산권 형성적 내용규정과 그 헌법적 규율한계

재산권의 내용은 현행 법규범에서 인정되고 확정되어야 하는 특성을 가진다. 이러한 점에서 재산권은 법질서(Rechtsordnung)의 형성물이라고 이해할 수 있다.<sup>15)</sup>

독일연방헌법재판소(BVerfG)가 우리 헌법 제 23조와 유사한 내용인 독일 기본법 제 14조가 법률로써 재산권의 내용을 정하도록 한 것을 재산권 형성적 법률유보라고 지칭하고 있는 것은 바로 이와 같은 측면에서 이해할 수 있다.<sup>17)</sup>

이때 제기되는 의문은 입법자가 행사할 재산권 형성적 법률제정에 있어서 아무런 제한은 없는 것인가? 하는 점이다. 만약 어떠한 제한이 있다면 그 내용은 무엇인가 하는 점이 짚어져야 할 것이다. 헌법이 입법자에게 재산권의 내용을 확정할 것을 위임하면서도 스스로 재산권의 내용에 대한 일정한 규범적 한계를 설정하고 있다고 보는 것은 헌법의 문맥적으로 이해되기 어려운 듯하지만, 다른 한편으로 보면 개별 법률에서 규율되어 구체화되고 보장되어왔던 어떤 재산권이 그 후 다른 법률에 의해 그 재산권성을 박탈당하는 상황을 생각하면 과연 헌법이 법률로 정해진 재산권을 보장한다고 할 수 없을 것이라는 점에서, 헌법은 최소한 어떤 법률에서 인정된 재산적 가치가 별다른 정당한 이유와 대가없이 그 재산권성을 박탈당하지 않도록 하는 규범력을 내포하고 있다고 보는 것이 옳을 것이다.<sup>18)</sup>

이와 같은 논지는 독일연방헌법재판소가 그 유명한 자갈채취판결에서 소위 ‘손실보상을 요하는 재산권내용규정’이라는 법리의 바탕이다. 이와 같은 기존 재산권에 대한 보장<sup>19)</sup>이라는 헌법적 규범력은 법률에 의해 인정된 기존 재산권의 존속 내지 그 가치를 담보하는 것에서 찾아질 수 있는 것이다.<sup>20)</sup>

#### (다) 헌법상 재산권 보장 · 존속보장과 가치보장

헌법은 재산권이 가지고 있는 그 자체의 社會的 제약성을 인정하고 있다. 토지의 상린관계에서 초래되는 이용상의 제약이 바로 그 대표적인 것이다. 뿐만 아니라 어떤 재산권에 대한 公的인 제한의 경우에도 마찬가지이다. 그러므로 어떤 재산적 가치가 기존의 법제도에서 재산권으로 인정되었으나 새로운 법률에 의해 재산권으로 인정되지 못하거나 그 가치가 제한되는 경우에도 그것이 당해 재산적 가치가 지니는 사회적 제약의 범위내인 경우에는 별다

른 보장이 요구되지 아니한다.<sup>21)</sup>

그렇지 아니하고 새로운 법률의 규정으로 인하여 당해 재산적 가치에 대한 사회적 제약의 범위를 넘는 경우에는 헌법상 재산권 보장규정으로부터 그 가치손실에 대한 전보가 요구되는 것이다. 바로 이러한 경우에 독일연방헌법재판소(BVerfG)는 '손실보상을 요하는 재산권내용규정(entschaedigungsbeduerftige Inhaltsbestimmung)'이라고 지칭하고 있다.<sup>22)</sup>

독일연방헌법재판소는 법률에 의해 확정된 재산권의 내용규정이 헌법상 보장된 개인의 재산권에 대해 사회적 제약을 넘는 특별희생을 야기하는 경우인데, 이와 같은 경우에 입법자가 당해 재산권에 대한 특별희생을 보전하는 제도적 장치를 두지 아니하였다면 위헌적인 것으로 보는 입장을 취하였다.<sup>23)</sup>

주지하는 바와같이 독일연방헌법재판소의 자갈채취사건판결(Naßauskiesungsurteil)에서 헌법상 인정된 재산권의 제한한계(소위 재산권의 사회적 제약)를 넘는 침해에 있어서 법률에 손실보상규정이 없는 경우에는 반드시 위법한 침해행위 그 자체의 취소를 구하는 소송을 제기하여야 하며, 그렇지 아니하고 손실보상을 선택적으로 청구할 수 없다는 입장을 견지한 것이 그것이다.<sup>24)</sup> 즉 독일연방헌법재판소는 수용유사침해범리의 적용을 부인하였다.<sup>25)</sup>

일정한 한계심도를 지하공간을 사유재산권으로부터 제외하는 법률을 제정함에 있어서는 그로 인해 기존의 재산권, 즉 어떤 개인이 소유하고 있는 토지의 지표와 지하공간의 이용상 특별한 희생이 초래될 경우를 상정하여 보상근거규정을 둘 경우에는 전술한 분리이론과 경계이론에 입각한 손실보상 여부의 문제는 발생하지 않을 것이다. 단지 이와 같은 이론적 논의는 입법시 손실보상 근거규정을 둘 것인가의 여부에 대한 고려시에 참고가 될 수 있으면 족할 것이다.

## 다. 지하공간보상방법 및 문제점

### (1) 토지의매수

어떤 지하공간에 대한 이용을 위해서는 당해 토지의 법적 권원을 취득하여야 하는데 토지소유자로부터 당해 토

지를 매수하여 토지소유권을 취득하는 방법이 있음은 물론이다. 私法적인 매매행위나 공공의 필요에 의한 사업인 경우에 토지보상법에 의한 토지의 협의매수방법이 그 법적 형식이라고 할 수 있다. 현행의 법제는 토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 한 당해 토지의 상하에 미치므로 토지의 매수는 지하공간의 이용을 위한 권원의 취득으로 가장 확실한 방법이다.<sup>26)</sup>

### (2) 구분지상권(區分地上權) 및 임대차

민법은 지하 및 공중공간의 원활한 이용을 가능하게 하기 위하여 구분지상권제도를 도입되고 독자적인 등기목적물로 인정하고 있다. 민법 제 289조 ①지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물 기타 공작물을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있다. 이 경우 설정행위로서 지상권의 행사를 위하여 토지의 사용을 제한할 수 있다. 그리고 ② 제1항의 규정에 의한 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수 있다. 이 경우 토지를 사용·수익할 권리를 가진 제3자는 그 지상권의 행사를 방해하여서는 아니된다. 이 제도는 지하 및 공중공간의 별개의 물건으로 하여 지상권을 설정할 수 있는 제도이다. 구분지상권의 설정은 토지보상법에 의한 사용협약이 성립된 경우에는 가능하다. 또한 도시철도법 역시 토지의 지하부분에 관한 사용협약이 성립된 경우에 구분지상권을 설정하여 등기하도록 명문화하고 있다. 그러나 이러한 구분지상권 설정제도는 지하공간에 대한 반영구적인 이용에 관한 법적제도로서 적절하지 아니한 면이 있다.<sup>27)</sup>

### (3) 土地의 受用 및 私用財結

토지수용법에 의한 사용재결은 그 본질상 공법상의 사용권의 설정을 내용으로 하고 구분지상권과 같은 권리의 취득을 내용으로 할 수 없는 것이어서 위 규정이 말하는 구분지상권의 취득을 내용으로 하는 수용 또는 사용재결이란 토지수용법에 의한 수용재결만을 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이고, 그에 따라 도시철도법에 의한 구분지상권등기처리규칙 제2조 제1항은 토지수용법에 의한 수

용재결에 의하여서만 구분지상권등기를 신청할 수 있다고 규정하고 있는 것이므로, 토지수용법에 의한 용재결을 등기원인으로 하여 구분지상권설정등기를 신청할 수는 없다. 토지보상법에 의한 용재결 역시 본질적으로 비영구적인 내지 일시적인 사용관계를 위한 제도라고 할 것이므로 지하철도의 건설이나 지하공동구의 설치와 같은 반영구적인 공적 시설물의 건설에 있어서는 적절한 제도를 보기 어렵다. 이와 같은 난점을 극복하기 위하여 도시철도법은 “구분지상권의 존속기간은 민법 제 281조의 규정에 불구하고 도시철도시설의 존속시 까지로 한다”고 규정하고 있는데 이와 같은 특별규정은 본질적으로 구분지상권 제도와 부합된다고 할 수는 없을 것이다. 이와 같은 경우는 지하공간을 지표와 분리된 물권으로 하고 이를 개별적으로 수용하는 방식의 법제도가 바람직하다.

헌법은 제23조 제1항에서 재산권보장을 선언하면서도 재산권의 사회적 제약성을 인정하고(제23조 2항), 재산권에 불가피한 침해의 경우를 상정하여 “공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규율하고 있다.(헌법 제23조 제3항) 현행 법제상 개인의 재산권에 속하는 것으로 인식되는 지하공간에 대한 공적인 이용행위가 손실보상을 요하는 특별희생에 해당하는지의 여부에 관해서만 짚어보고자 한다. 지하공간에 대한 공적이용이 토지 소유자에 대한 특별희생을 초래하는지의 여부는 일괄적으로 말할 수 없을 것이다. 이는 지하공간의 이용목적, 그 영향 및 당해 지하공간이 속한 토지의 기존 이용 상태 등을 개별적으로 파악하여 판단할 수밖에 없다. 다만 지하공간의 이용 상황에 따라 몇 가지 유형으로 나누어 그 특별희생 여부를 논의할 수 있을 것이다.

#### (4) 지적(地積)등록과 기준

최근 도심내 급행철도의 계획 및 민자역사개발 등으로 도시계획측면에서 고밀도 개발과 동시에 밀집화된 (Compact) 토지이용계획이 계획되고 있다. 동시에 환승 및 역세권형성 등의 필요성으로 토지의 지하공간 활용이 증가하고 있다. 그로인한 토지의 지하공간 관리 및 보상, 활용에 있어 향후 많은 문제점이 예상된다. 명확한 보상근

거와 실질적 현황을 확인하여 제공하여야 하나 현재로서는 공신력 있는 자료를 제공하지 못하고 있는 것이 현실이다. 따라서 이를 실현하기 위한 우선적으로 고려해야 하는 관련법제가 지적법에 의한 지적공부로의 지적(地籍) 등록이다. 지적(地籍)이란 국가기관이 국토의 전체를 필지 단위로 구획하여 토지에 대한 물리적 현황과 법적 권리관계 등을 등록 공시하고 변동사항을 연속적으로 등록, 관리하는 국가의 제도를 말하는 것이며, 이를 위한 토지의 조사, 등록은 지적법 제3조에서 규정하고 있다.

“제3조, 국가는 이 법이 정하는 바에 의하여 모든 토지를 필지마다 토지의 소재·지번·지목·면적·경계 또는 좌표 등을 조사·측량하여 지적공부에 등록하여야 한다. 또한 지적공부에 등록하는 지번·지목·면적·경계 또는 좌표는 토지의 이동이 있는 때에 토지소유자(법인·아닌 사단이나 재단)의 경우에는 그 대표자나 관리인을 말한다. 이하 같다)의 신청에 의하여 소관청이 결정한다. 다만, 신청이 없는 때에는 소관청이 직권으로 조사·측량하여 결정할 수 있다.” 또한 지적측량의 목적과 대상과 관련규정은 제32조에서 정하고 있다. “제32조, ① 지적측량은 토지를 지적공부에 등록하거나 지적공부에 등록된 경계점을 지상에 복원할 목적으로 소관청 또는 지적측량수행자가 각 필지의 경계 또는 좌표와 면적을 정하는 측량으로 한다.”

여기서 살펴보아야 할 것은 그 등록 대상과 목적물이 이 2차원 평면형태의 토지라는 것이다. 즉 X, Y 의 평면 형태를 말한다. 현행 어떤 법제에서 높이(Z)에 대한 등록이 사실상 존재하지 않는다. 따라서 지하공간의 토지의 보상과 이를 관리하기위해 제도적 대안을 제안하는 동시에 등록을 위한 기술적기준이 확립되어야한다. 이를 위해 두 가지가 선행되어야 할 것이다.

첫째, 등록의 주체이다. 현행 지적등록은 국가에서 하고 있다. 그러나 전 국토의 지하공간을 국가가 인력과 예산을 들여 등록해야만 하는가? 의 당위성이다. 따라서 지하공간을 활용하기위한 주체 및 개인이 지적측량 및 소관청에 제의 등록할 수 있는 방안을 동시에 강구할 필요가 있다. 둘째, 높이기준의 기술적 정립이다. 현재의 높이의 기준을 정하고 있는 관련 법률은 측량법이다. 측량법 제5조에서 우리나라의 높이의 기준을 평균해수면(26.6871)을 기준으

로 정하고 있으나 지적법상 토지의 지하심도는 저해면 및 일반지하 그리고 고지대의 지하공간등 다양한 형태로 나타날 수 있다. 따라서 등록에 필요한 기준이므로 면밀한 검토와 연구를 바탕으로 정립되어야 할 것이다.

(5) 지하공간의 안전 및 환경평가-진동 및 소음 적용기준  
대심도 철도계획 및 건설을 위해선 무엇보다, 터널굴착의 증가와 함께 발파진동에 의한 직접적인 피해를 받으므로 이를 고려해야 할 것이다. 일반적으로 진동에 대한 단위로는 진동속도(cm/sec)를 사용하며, 발파에 의한 허용진동 기준치는 각각의 국가와 관련 기관마다 적용에 있어 차이가 있다. 우리나라의 경우 국토해양부 와 노동부 표준작업

지침을 살펴보면 다음과 같다.

발파 굴착시 진동뿐만 아니라 소음에 대해서도 많은 민원이 증가하고 있다. 이에 따른 분쟁으로 인해 공사 진행에 어려움을 겪는 경우가 많다. 일반적으로 터널 굴착시 발파에 의한 소음은 터널입구 부분이 가장 크므로 터널입구에 보안물건이 가까이 위치하는 구간에 대한 소음영향 및 저감대책을 검토한다. 발파진동과 달리 발파음은 주택이나 구조물에 피해를 주는 일은 극히 드물기 때문에 인체감응에 대한 대수 척도는 소음기준(Level, 데시벨, dB)을 적용한다. 국토해양부 소음·진동규제기준(2009.01.01) 29조의 2항 및 3항에서 규정하고 있다.

이처럼 발파기준 및 소음진동기준은 관련법규에 의해 규

표 1-1. 구조물 손상기준 발파진동허용치, 철도설계기준, 터널설계기준, 국토해양부

구분	구조물	진동에민 구조물	조적식(벽돌, 석재 등) 벽체와 목재로 된 천정을 가진 구조물	지하기초와 콘크리트 슬래브를 갖는 조적식 건물	철근콘크리트 골조 및 슬래브를 갖는 중소형 건축물	철근콘크리트, 철근골조 및 슬래브를 갖는 대형 건축물
진동속도	문화재 등	재래가옥, 저층 일반가옥 등	저층양옥, 연립주택 등	중, 저층아파트, 중소상가 및 공장	내진구조물, 고층아파트, 대형건물 등	
허용진동치 (cm/sec)	0.3	1.0	2.0	3.0	5.0	

표 1-2. 발파작업 표준안전 작업지침, 노동부 고시 제2001-17호, 제5조 4항

건물분류	문화재	주택, 아파트	상가(곰아 없는 상태)	철골 콘크리트 빌딩 및 상가
건물기초에서의 허용진동치(cm/sec)	0.2	0.5	1.0	1.0~4.0

표 1-3. 소음·진동규제기준: 생활소음·진동의규제기준(제29조의2제3항관련)(2009년1월1일부터 적용)

대상 지역	소음원	시간별			
		아침 시간 (05:00-08:00, 18:00-22:00)	낮 (08:00-18:00)	밤 (22:00-05:00)	
주거 지역, 녹지 지역, 관리 지역중 취약 지구 및 관광·휴양 개발 진흥 지구, 자연환경 보전지역, 그밖의 지역안에 소재한 학교·병원·공공 도서관	확성기	옥외설치	70 이하	80 이하	60 이하
		옥내에서 옥외로 소음이 나오는 경우	50 이하	55 이하	45 이하
		공장·사업장	50 이하	55 이하	45 이하
		공사장	60 이하	65 이하	50 이하
그 밖의 지역	확성기	옥외설치	70 이하	80 이하	60 이하
		옥내에서 옥외로 소음이 나오는 경우	60 이하	65 이하	55 이하
		공장·사업장	60 이하	65 이하	55 이하
		공사장	65 이하	70 이하	50 이하

표 2. 심도에 따른 보상비율

토피 (m)	한계심도초과		
	20이내	20~40이내	40이상
보상비율	1.0	0.5~0.2	0.2이하

제되고 정의되어있다. 그러나 공사 진행에 따른 심리적 피해척도 및 현행한계심도의 기준을 만족하는 경우라도 위의 기준을 충족하지 못할 수 있다. 이에 대한 기술적 검토 및 보완이 병행되나 현재의 일률적인 한계심도의 규정과 이를 상호비교하기에는 보다 세밀한 기준의 정립이 필요하다.

(6) 지하공간의 개발 과 가치

지하공간을 이용하여 상업시설, 위락시설, 교통시설 등으로 많이 활용되고 있다. 우리나라와 같이 국토면적의 70%가 산지로 되어 있어서 사용할 수 있는 대지가 제한을 받고 있는것이 현실이다. 그러나 지하공간을 개발하는데 있어서는 신중한 접근이 필요하다. 특히 지하는 한번 개발되면 원래의 상태로 결코 복원될 수 없으며, 그개발된 주변의 지상과 지하의 모든 사용에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 그에 대한 향후 문제점을 면밀히 살펴보아야 할 것이다. 급행철도와 관련하여 살펴보면 최근의 도시계획은 역세권 중심의 복합개발 형태이며 대중교통중심 도시개발(TOD; Transit-Oriented Development)<sup>28)</sup> 형태이다. 따라서 도심을 중심으로 밀집된 도시(Compact city)로 그 중심은 그 이용과 이용자의 밀도가 매우 높게 나타난다. 따라서 이러한 도심에서의 지하공간의 활용은 경제적 가치 측면에서 매우 높게 나타날 수 있으며 특히 향후 이러한 개발의 형태는 가속화 될 것으로 전망된다. 따라서 이러한 경제적 가치의 변화와 환경적 요인으로 인한 가치의 기준을 어떻게 설정하며 보상기준으로 제시하는가 하는 문제에 대해 깊이 연구해야 할 것이다.

다. 도심 급행고속철도 계획 및 건설에 따른 지하공간 보상 및 사용권

지하보상비는 「도시철도법 시행령」제 5조의 규정에 의하여 산정하되 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」제 28조의 규정에 의한 감정평가법인에 의뢰하여 평가

한다. 즉 보상비는 토지의 단위면적당 적정가격× 입체이용저해율 × 구분지상권설정면적(개정 2006.10.04)로 정의된다. 다만 한계심도를 초과하여 지하시설물을 설치하는 경우에는 다음 보상 비율을 기준으로 보상비를 산정한다. 단 토지여건상 지하의 광천수를 이용하는 특별한 사유가 인정되는 경우에는 별도 보상비를 산정할 수 있다. 심도에 따른 보상비율은 표 2와 같다.

3. 맺음말

지하공간은 철도 및 교통시설 부지를 중심으로 활성화 되어가고 있으며 도시계획 측면에서도 역세권 개발 및 민간사업 확대로 보다 활발히 이용되어질 것으로 예상된다. 민법 제212조는 「토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 상· 下에 미친다」고 규정하고 있다. 토지 소유권의 효력이 지하의 어느 범위까지 미치는가에 대하여는 실제적인 수요나 사회적으로 적당하다고 인정되는 범위로 한정하려는 것이 일반적이다. 여기서 문제되는 것은 「정당한 이익이 있는 범위」를 어떻게 한정할 것인가이다. 또한 「정당한 이익이 있는 범위」에서 「이익」이란 구체적으로 어떠한 이익을 의미하는가가 문제가 된다. 지배적인 견해는 보호할 가치가 있는 모든 이익을 포함한다 한다.

지하에 있어서 토지소유권이 미치는 범위는 개별토지마다 지하에 미치는 이용가능성을 감안하여 이익이 미치는 한도를 찾아야 할 것이다. 이 때 이익이 미치는 토지 소유자의 특수한 개인적 이용을 행함으로써 발생하는 주관적 이익이 아니라 토지이용의 경제적 활동에 의해 통상 발생하는 이익을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 우리나라는 민법상 一物一權主義를 원칙으로 하고있다. 물론 구분지상권과 같은 예외를 가지고 있다.

그러나 구분지상권의 경우 지상과 지하를 엄격히 구분



하여 그 기준과 한계를 명확하여야 하나 그 기준이 모호한 것이 현실이다. 일본은 구분지상권의 신설시에 부동산등기법을 개정하여서 구분지상권의 등기를 신청할 때에는 신청서에 보통지상권의 기재사항 이외에 「지상권의 목적인 지하의 상하의 범위를 기재」하도록 하고 있다. (동법 제 111조 2항참조) 이러한 「지하공간의 상하의 범위」에 대해서는 「평균해면 또는 지상권을 설정하려고 하는 토지의 특성의 지점을 포함하는 수평면을 기준으로 하여 상하의 범위를 명백히 하는 방법」에 의하도록 하고 있다. 이는 우리에게 시사하는바가 크다.

현재 구분지상권의 등기에 있어서 지하 또는 공간의 상하의 범위는 평균 해면 또는 지상권을 설정하는 토지의 특정지점을 포함한 수평면을 기준으로 하여 이를 명백히 하여야 하지만, 도면을 등기신청서에 첨부할 필요는 없고, 계

층적 구분건물의 특정계층의 구분 소유를 목적으로 하는 구분지상권의 설정등기는 할 수 없다. (등기예규 제1040호 2001.11.19 개정) 이러한 문제는 입체 지하공간을 사유재산으로 의 편입여부를 논의 후 지적목적물의 재정립, 등기관련법규의 개정 등이 함께 병행되어야 할 것이다.

이와 함께 지하공간이용의 보상제도 체계화에 대한 각 기관의 관련규정의 제정이 요구된다. 현행 철도계획 및 건설관련 도시철도법이 그 기준이 된다. 이 기준에 따르면 현재 보상기준을 시도지사에게 위임하고 있다. 이를 감안할 때 보상에 대한 구체적인 방법과 내용을 합리적으로 개발하여 시도별 보상방식의 동일성을 유지할 필요성이 있다. 또한 도시철도법을 근간으로 한 보다 세부적인 지침의 제정 및 개정이 필요할 것이다. ☺

◆ 참고 문헌 및 주석

1. 표정속도(表示速度 commercial speed)운전구간의 거리를 도중 정차 시분을 가산한 전 소요시간으로 나는 속도
2. 동법 제 7조 제 1항 단서, 동법시행령 제 5조 제 1항
3. 도시철도법 제 4조의 6 제 2항
4. 도시철도법시행령 제 5조의 2
5. 이와 같은 사실상 지하공간의 공적이용에 있어서 손실보상이 요구되지 아니하는 공간의 범위(사실상은 개인의 토지소유권의 공간적 범위를 조례로 정하도록 위임하는 것은 의화유보의 원칙에 비추어 적지 아니한 문제점이 있다고 할 것이다.
6. 독일에서의 경우 주요도시의 지하공간에 대한 공적 이용시 손실보상 기준으로는 일반적으로 지하 10m까지는 지가의 5%, 10-15m까지는 4%, 25m 미만까지는 1%의 보상금을 지급하며, 문헌시의 경우는 지하 15m를 기준으로 지가의 15%-20%까지의 보상액을 지급하고 그 이하 1m마다 3%씩 가치감소율을 적용하여 30m이하의 경우 보상을 하지 않고 있다. 이에 관해서는 교통개발연구원, 자상 및 지하권 토지 이용보상연구, 19900. 10, 41면 참조
7. 김상용, 민법주석 V, 박영사, 2005, 171면; 이경원, 한계심도 이하의 지하공간 보상에 관한연구, 건국대 박사학위논문, 2005, 35면
8. 류창호, "관계적 소유권론의 검토, 외법논집 제 6집, 한국외대법학연구소, 1999, 24면 이하
9. 이와같은 입장은 일본에 있어서도 所有者의 同意 없이 그리고 無補償으로 사용할 수 있는 地下空間의 개념이 주장되고 있다. 일본문수성의 大深度地下鐵道の整備에 관한 調査研究報告書, 유해용, 수용보상법론, 168면 참조
10. 김해룡, 토지공법연구 제39집 2008. 02 地下空間 利用 活性化를 위한 法制와 財産權保護 法理 에 관한 연구
11. 독일의 경우 "토지의 소유권은 그 지표상의 공간 및 그 지표 아래 지각까지 미친다. 다만 소유자는 하등의 이익이 없는 높이와 깊이에서 행해지는 타인의 건설을 배제할 수 없다"
12. 日本國土廳, 1999, 大深度地下利用: 日本運輸省 산하 大深度地下鐵道整備に關する 調査研究委員會, 大深度地下鐵道整備に關する 調査研究について, 1988, 311 참조
13. 成田輝明, 地下の高層利用, 收用, シクリスト, 913號, 1988, 7, 17면
14. 김해룡, 토지공법연구 제39집 2008. 02 地下空間 利用 活性化를 위한 法制와 財産權保護 法理 에 관한 연구
15. Schwerdtfeger, Eigentums-garantie, a.a.O., S. 13; Dirk Ehlers, Eigentums-schutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, in: VVDStRL 51(1992), S. 214.

16. 獨逸聯邦憲法裁判所(BVerfG)는 "하나의 先驗的이고 總體的인 財産權 개념(einen vorgegebenen und absoluten Eigentumsbegriff)"은 존재하지 않으며 오직 합헌적인 법률(verfassungsmäßigen Gesetze)을 통하여 형성된 財産權인 이 財産權保護의 대상이 된다고 판시한 바도 동일한 맥락에서 평가할 수 있다.
17. 헌재결 1993. 7. 29. 92 헌바 20; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2005, 475면 이하
18. 이는 재산권 형성적인 法律留保를 너무 넓게 인정하는 경우, 재산권의 사회적 구속의 한계를 너무 넓게 잡는 것을 허용하는 것을 의미하고, 그 결과 보상없는 재산권 침해가 허용되는 것이므로 그 자체가 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 보는 견해와 동일한 입장이라 할 것이다. 허영 상계서, 475면 참조
19. 비록 손속보장이 아니라 가치보장으로 만족한다고 하더라도
20. Hans-Jürgen Papier, Eigentums-garantie des Grundgesetzes im Wandel, Heidelberg 1984, S. 18 f.
21. 재산권의 내용과 그 범위는 시대와 사회적 상황에 따라 달라질 수 있다는 점에서 입법자가 그 재산권의 내용확정율함에 따라 내용이 제한된 경우는 그로 인해 개인에게 어떤 손실이 있더라도 일반적으로 그것은 단지 당해 재산적 가치의 社會的 衡平의 限으로 인정된다.
22. 財産權의 內容制限의 範圍를 넘는 侵害이지만 손실보상규정이 없는 경우에는 독일연방헌법재판소와 독일연방통상법원의 견해가 갈린다. 독일연방재판소는 이를 위헌규정으로 보아 침해배제규정을 위한 행정소송을 제기할 수 있을 뿐, 손실보상청구를 부인한 반면(소위 분리이론적 입장), 독일연방통상법원(BGH)은 재산권에 대한 침해 사유가 무엇인지를 불문하고, 그 침해가 특별한 화생을 야기한 경우라면 수요유사침해법리를 적용하여 손실보상하여야 한다는 입장에서(소위 경계이론)를 취하였다.
23. 김문현, 재산권의 구성성과 공용수용의 체계에 대한 검토, 공법연구 제 32집 2004, 13면
24. BVerfG 1981.7.15일자 판결 BVerfGE 58, 300
25. 위헌적인 형상적 법률에 의해 야기된 재산권에 대한 침해는 법관의 판단에 의해 이루어지는 책임진보제도(Haftungsinstitute)의 틀속에서 해결될 수 없다는 논지이다.
26. 김해룡, 토지공법연구 제39집 2008. 02 地下空間 利用 活性化를 위한 法制와 財産權保護 法理 에 관한 연구
28. 대중교통중심 도시개발(이하 TOD로 부름) : Calthorpe(1993)의 저서인 The Next American Metropolis에서 처음 정립된 바 있다. 이것은 지하철이나 전철역으로부터 반경 2,000ft(610m)의 보행 또는 자전거 통행거리 내에 상업 및 고용 중심지를 형성하고 그 외곽에 공공공지와 주택을 배치함으로써 자동차 통행 없이도 직장 및 상가-주택 간을 대중교통, 보행, 자전거로 통행하도록 하는 토지개발 형태이다.