

分割土地所有權의 生成, 發展 및 解體에 관한 小考

金 相 容*

目 次

- | | |
|---------------------|-------------------|
| I. 分割所有權의 意義 및 生成背景 | IV. 分割所有權의 解體 |
| 1. 意義 | 1. 概說 |
| 2. 生成背景 | 2. 社會, 經濟的 原因 |
| II. 分割所有權의 內容 | 3. 政治的 原因: 農民解放運動 |
| 1. Lehen制의 內容 | 4. 法的 뒷받침 |
| 2. 下級所有權의 內容 | V. 分割所有權에 대한 平價 |
| III. 分割所有權의 立法 | |

I. 分割所有權의 意義 및 生成背景

1. 意義

分割所有權은 中世封建社會¹⁾에서 土地所有形態로서 土地所有權의 權能이 管理·處分權과 使用·收益權으로 分離되어 前者의 權能을 內容으로 하는 土地所有權을 上級所有權(Obereigentum)이라하고, 後者の 權能을 內容으로 하는 土地所有權을 下級所有權(Untereigentum)이라하여 兩所有權이 分離되어 있는 土地所有形態이다.

中世는 莊園經濟體制를 維持하고 있었기 때문에 上級所有權은 領主가 갖고,

* 延世大學校 法科大學 教授

1) 封建社會 내지 封建主義(Feudalismus)라는 用語는 프랑스語의 Feodalite로부터 시작되었으며, 17세기에 처음으로 사용되었다. 中世社會를 封建主義라고 稱한 것은 18세기 몽테스키외가 舊體制의 構造를 설명하기 위하여 그렇게 표현하였다(Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte(HRG), II. Band (1978), S. 1725).

下級所有權은 領民이 가졌다. 이와 같은 分割所有權에 있어서 上級所有權과 下級所有權이 相互 獨立의인 關係에 있었던 것은 아니며, 上級所有權과 下級所有權은 使用·收益을 內容으로 한다고 하지만 그 使用·收益權은 權利로서 보다는 義務로서의 性質을 가졌다. 그래서 下級所有權은 耕作義務를 內容으로 하는 所有權이었다. 또한 下級所有權者였던 領民들은 農奴의 身分으로서 領主의 隸屬下에 있었으므로 土地가 主物이고 農民들은 從物에 해당되어 農民들은 土地를 떠나서 생활할수 없었고 土地에 結縛되어 있었다.

그리고 下級所有權은 土地를 耕作할 義務만을 지는 것이 아니라 上級所有權者인 領主에 대해 各種의 役務를 遂行하여야만 되었다. 戰爭의 遂行, 領主直轄地의 耕作, 領主의 各種行事에 참여등 土地耕作義務 이외에 과다한 부담을 지고 있었다. 農民은 農奴라는 身分때문에 領主에 隸屬되어 半奴隸의인 생활을 하였다. 그래서 中世封建社會는 身分의 차이가 인정된 階級社會이었으며, 그러한 關係는 土地所有權에도 반영되어 下級所有權은 身分拘束의인 社會이었으며, 土地所有權은 身分拘束의 負擔附所有權이었다.

中世封建社會에서는 上級所有權은 領主 個人에게 속하고 그 上級所有權의 행사에 의해서 領主가 領民을 拘束할 수가 있었다. 그러므로 身分社會였기 때문에 領民(農民)은 身分拘束의 負擔附所有權을 가졌으므로 農民에게는 土地의 私有가 許容되지 않았다.

2. 生成背景

分割所有權이 생성되어 中世를 통하여 계속될 수 있었던 原因은 政治·經濟的 原因과 法的原因으로 나누어 살펴 볼 수 있다.

(1) 政治, 經濟的 背景

政治, 經濟的 原因으로는 古代社會는 氏族 내지 部族社會로서 國家權力의 形成이 극히 미미 하였다. 그러므로 사람들은 그 각자가 외부로부터의 侵入을 방지하면서 살아가기 위해서는 自然的, 血緣의으로 뭉쳐진 氏族 내지 部族으로 결

집하여 살아 갈 수밖에 없었다. 그래서 氏族 내지 部族 그 자체가 하나의 生活單位가 되고 法的으로 하나의 權利主體가 되어 살아왔다.

古代를 지나 中世에 들어와서도 中央集權의인 國家權力의 形成은 미진하였다. 그러므로 個人이 살아가기 위해서는 힘있는 者를 중심으로 해서 일정 地域內의 사람이 相互結合하여 외부로 부터의 浸入을 排除하면서 自主의인 生活을 하지 않을 수 없었다. 古代社會에서 보다는 그 生活單位가 좀더 확대되고, 몇몇 氏族 내지 部族이 한 사람의 實力있는 者를 중심으로 뭉칠 수 있게 되었다. 그러므로 힘있는 指導者는 자기의 支配領域內에 있는 사람들은 保護를 받는 사람들은 그들의 指導者에 대해서 忠誠과 奉仕를 하는 關係를 결합하게 되었다.

이와 같은 關係를 Lehen制라 하고 中世의 國家는 Lehen關係로 이루어져 있으므로 Lehen國家(Lehenstaat)라 한다. 그러므로 中世의 國家는 近世의 中央集權國家와는 달리 레엔國家라 한다. 中世封建社會의 政治, 經濟的 構造는 Lehen制(Lehenwesen)라 할 수 있다.

Lehen制는 領主 내지 主君(Herr, Senior)이 領民 내지 從士(Vasallen)에게 繼續的 收益이 가능한 것을 授與하여 領民 내지 從士가 領主 내지 主君의 保護에 대한 反對給付로서 領主 내지 主君에게 忠誠과 奉仕를 다하는 것이었다. 이러한 Lehen에 의하여 中世社會가 유지되어 왔다.

Lehen이라는 것은 繼續的 收益이 가능한 財貨(Gut)로서, 領主 또는 主君이 領民 또는 從士에게 그의 奉仕와 忠誠(Dienst und Treue)에 대한 對價로서 一定期間 동안 授與하는 것이었다.²⁾ Lehen으로서 가장 중요한 것은 土地였다. 土地 이외에도 天然資源, 城門을 通過할때 通行稅를 받는다는가, 租稅를 徵收할 수 있는 權限등과 같이 계속적 收益이 가능한 것이면 Lehen이 될 수 있었다.

이와같이 中世의 Lehen國家에서는 領民 또는 從士에게 土地를 授與하는 것이 가장 일반적이고, 이때 授與받은 土地의 所有權은 完全한 所有權이 아닌 下級所有權이었다. 土地를 授與받은 領民 또한 從士는 그 對價로서 領主 또는 主君에

2) Mitteis / Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Aufl.(1978), S. 66

게 忠誠과 奉仕를 다하였다.

이러한 Lehen의 授與와 忠誠과 奉仕의 誠實義務는 Lehen契約에 의하여 이루어졌다. Lehen契約은 近代에서와 같은 平等契約이 아니었고 不平等契約이었다. Lehen契約은 두가지의 關係로 나누어 진다. 그 하나는 Lehen의 授與 즉 土地의 授與로 이루어지는 物權的 關係이고, 다른 하나는 忠誠과 奉仕로 이루어지는 人法的 關係이다. 前者를 恩給制(Benefizium)라 하고, 後者를 從士制 또는 家士制(Vasallität)라 한다. 그러므로 Lehen制는 두가지의 要素로 構成되어 있다. 즉 人法要素로서는 家士制이며, 그것은 從士의 主君에 대한 忠誠과 奉仕를 內容으로 하며, 物的要素로서는 恩給制이며, 그것은 主君의 從士에 대한 土地授與를 內容으로 하였다.

이와 같이 中世의 封建社會는 中央權力이 미약한 Lehen國家形態를 이루고 있었고, 그것은 主君이 從士(家士)에게 계속적으로 收益하는 財貨인 Lehen을 授與하고, 從士(家士)는 그것에 대한 對價로서 主君에 대해 忠誠과 奉仕를 다하는 關係로 이루어져 있었다.

이와 같이 中世封建社會에서 한사람의 實力者인 領主를 중심으로 하여 領民과의 Lehen制를 形成하게 된 根源的인 原因은 軍隊와 行政에 있었다.³⁾ 領主와 領民은 모두가 외부로부터의 침입에 대해 保護해 줄 수 있는 中央權力인 國家가 없으므로 戰爭의 遂行을 위한 軍隊의 組織을 위해서 이와 같은 Lehen關係로 相互結合하지 않을 수 없었으며, 또한 Lehen國家에서의 行政遂行을 위해서 從士로부터의 各種의 役務를 확보하지 않으면 아니되었다. 이처럼 中央集權的 國家가 形成되지 못한 상태에서는 領主는 자기의 독자적인 支配領域의 확고한 유지를 위해서, 그리고 領民은 生存을 위해서 Lehen制를 취할 수 밖에 없었던 것이다. 그러므로 中世의 Lehen國家는 古代의 民族 내지 部族單位의 生活에서 近世의 강력한 中央集權的 國家의 形成에 이르는 過渡期的 形態의 國家形態라 할 수 있다.

3) A. a. O., S. 67.

그래서 中世 封建社會의 있어서의 Lehen契約은 憲法的 意味를 가졌다.⁴⁾ Lehen 國家의 形成은 각 지역마다 實力者를 중심으로 이루어진 國家形態이다. 따라서 특히 司法의 封建化가 이루어져 領主는 자기 支配領域內에서는 司法權 즉 領主 裁判權을 갖고 있었다.

이와 같은 Lehen제에 관한 法이 Lehen法(Lehenrecht)이었다. Lehen法은 英國이나 佛蘭西에서는 一般法이 되었으나 獨逸에서는 一般法으로 발전하지 못하고 하나의 法圈(Rechtskreis)에 머물러 있었다. 그것은 英國이나 佛蘭西에서와는 달리 中央權力이 극히 미미하였기 때문이다.⁵⁾

이러한 Lehen제는 프랑크時代⁶⁾(5世紀中葉 民族大移動에서 9세기 Karl大帝時까지)에 成立되어⁷⁾ 15世紀末내지 16世紀初까지의 中世期間동안 계속하였다.⁸⁾

(2) 法的背景

分割所有權의 生成은 政治·社會的으로는 Lehen제를 그 背景으로 하고 있지만 法的으로 이를 뒷받침해 주지 않았다면 存續할 수 없었다.

分割所有權의 生成과 存續의 法的背景은 게르만法과 로마法에 그 뿌리를 두고 있다. 게르만法에서는 本權과 占有權의 확실한 區分을 하지 못하였으며, 本權도 完全物權인 所有權과 制限物權의 區分을 하지 못하였다. 占有權을 意味하는 Gewere는 本權과 결합된 所有權이었으며, 所有權과 制限物權의 차이는 엄격하지 않았으며 物件(특히 土地)에 대한 利用權이 있으면 모두 所有權으로 이해하였다. 그래서 制限物權도 역시 所有權으로 이해되었으며, 본래의 의미의 所有權과는 이용의 強弱의 정도의 차이가 있는 것에 불과하였다.

4) A. a. O., S. 67.

5) A. a. O. S. 146.

6) 프랑크時代는 Merowinger王朝時代(481-751)와 Karolinger王朝時代(751-887)로 構成되어 있다.

7) 黃迪仁, 로마法·西洋法制史(博英社, 1981), 92, 99面.

8) 中世는 東西프랑크의 分裂以後부터 帝室法院令이 制定(1495年)되고 그후 農民解放戰爭(1525年)이 일어난 以前까지를 말한다. 본래는 中世라 하면 Frank時代를 포함해서 말하나 Frank時代를 區分하여 別途의 時代로 區分하는 것이 일반적이다.

이에 반해 로마法에서는 먼저 本權과 占有를 확연히 구분하여 本權을 *dominium* 또는 *proprietas*⁹⁾라 하고 占有를 *possessio*라 하여 兩者를 확연히 구분하였다. 그리고 本權은 다시 所有權과 制限物權으로 구분하였다. 이와같이 로마法에서는 本權 특히 所有權을 의미하는 用語로 *dominium* 또는 *proprietas*가 使用되었다.

그런데 分割所有權의 概念構成은 利用權이 있으면 모두 所有權을 인정하는 게르만法에 로마法을 學問적으로 연구한 註釋學派(Glossatoren)는 이러한 訴權의 구별을 所有權에 적용하여 地上權(*superficies*), 永借權(*emphyteusis*)과 같은 制限物權을 準所有權(*dominium utile*)이라 하고, 本權의 所有權을 固有所有權(*dominium directum*)이라고 하여 兩者를 對立시켰다.

이와 같이 註釋學派에 의해 定立된 二重所有權理論은 12세기에 이미 獨逸에 繼受되어 *Lehen*제에 適用을 하게 되었다. 그래서 領主가 갖는 本權의 所有權은 固有所有權으로서 上級所有權이 되고, 領民이 갖는 利用權은 準所有權으로서 下級所有權으로 정립되게 되었다. 이와 같이 *Lehen*제에 의하여 領主에 의하여 授與된 領民의 土地利用權도 所有權으로 인정될 수 있었던 것은 바로 註釋學派에 의한 二重所有權理論의 *Lehen*제에의 적용에 있었다.

이처럼 分割所有權의 生成은 政治, 社會의 必要에 의해서 成立된 *Lehen*제에 로마法과 게르만法의 交錯으로 이를 法的으로 理論定立해 줌으로써 可能하였고 存續할 수 있었다. 이러한 分割所有權은 近世의 자유롭고 완전한 渾一的인 所有權이 生成되기까지, 즉 18世紀末까지 存續하였다.

9) *Dominium*은 본래 家長이 그 家族構成員에 대한 支配權을 意味하였다. 그러나 物件에 대한 支配自體의 意味로 *dominium*과 *proprietas*가 사용되었는데, 兩者의 區別은 명확하지 않다. 이 *dominium*과 *proprietas*는 *possessio*에 對比되는 本權 특히 所有權을 意味하였다.(Siehe, Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*(1982), S. 116).

參考로 獨逸語로 所有權을 意味하는 *Eigentum*은 *Eigen*에서부터 출발하였다. *Eigen*의 본래의 意味는 占有를 意味하였으나, 점차 *Lehen*과 *Erbe*에 反對되는 財產의 意味로 발전되었다. 즉 授與되지 않은 財產 내지 相續에 의하지 않고 法律行爲에 의하여 取得된 財產의 意味로 使用되었다.

近世에 와서야 비로소 *Eigentum*과 *dominium*이 所有權을 意味하는 用語로 명확하게 되었다.

II. 分割所有權의 內容

分割所有權은 Lehen制에 의하여 形成된 土地所有形態임을 이미 설명하였다. 獨逸에서 이 Lehen制는 Frank時代의 Karolinger王朝時에 形成되어¹⁰⁾ 中世를 거쳐 近世에 드리워서 1806년에 神聖로마帝國이 滅亡함으로써 制度的으로 完全히 사라지게 되었다.¹¹⁾ 分割所有權의 內容을 이해하기 위해서는 Lehen制에 관한 이해가 선행되어야 한다. 그러므로 Lehen制에 관하여 보다 깊이있게 고찰한 다음, 分割所有權에 있어서 下級所有權의 內容을 중점적으로 살펴보기로 한다.

1. Lehen制의 內容

Lehen制는 이미 설명한 바와 같이 Lehen契約(Lehenvertrag)에 의하여 성립하며 從士制(Vasallität)와 恩給合(Benefizium)로 構成되어 있다. Lehen契約時에는 從士는 主君에 대하여 忠誠과 奉仕를 다할 것을 誓約하는 忠誠宣誓를 하고, 主君은 從士에게 Lehen을 授與하였다.

從士制度는 두가지 制度에 뿌리를 두고 있는데 그 하나는 로마法上の Kommendation이고, 다른 하나는 게르만 法上の Gefolgschaft였다.¹²⁾ 이와 같은 Lehen制度下에서 從士는 적극적으로는 主君이 필요한 모든 것을 하여야 하고, 소극적으로는 主君에게 損害가 되는 것을 하지 말아야 하였다. 主君도 역시 소극적으로는 從士에게 損害가 되는 行爲를 하여서는 아니되며, 또한 적극적으로 從士를 保護하고, 扶養하여야 하였다. 主君의 從士扶養은 Lehen을 授與하는 것으로 이루어졌다. 그리고 이러한 Lehen關係는 初期에는 Lehen契約을 締結한 主君과 從士의 當代에만 인정되고 相續이 인정되지 않았으나 점차 Lehen關係의 相續이 인정되었다. 그래서 主君이 死亡하면 從士의 相續人은 Lehen關係의 更新을 申請하였으며, 從士가 死亡하면 그의 相續人이 Lehen關係의 更新을 求할 義

10) HRG. II. B, S. 1727.

11) HRG. II. B, S. 1738.

12) Mitteis/Lieberich, a. a. O., S. 67.

務가 있었고, 更新을 拒絕할 수 없게 되었다.¹³⁾ 農奴의 後裔가 다른 職業을 가질려면 領主의 許可를 받아야만 가능하였다.¹⁴⁾ 從士가 사망하면 그의 아들, 그 다음은 孫子 順으로 男子가 相續을 하였다. 그러나 특별한 경우에는 補充的인 相續人으로서 從士의 婦人, 家系의 後孫이 相續하는 경우도 적지 않았다.¹⁵⁾

主君도 역시 消極的으로 從士에게 損害가 되는 行爲를 하여서는 아니되며, 또한 積極的으로 從士를 保護하고, 扶養하여야 하였다. 主君의 從士扶養은 Lehen을 授與하는 것으로 이루어졌다. 그리고 從士가 背信을 하면 主君은 Lehen關係를 終了시킬 수 있었다. 그러나 이때에는 Lehen法院에서 終了가 宣言되어야만 하였다.¹⁶⁾ 그리고 主君이 背信하는 경우에는 Lehen은 從士에게 歸屬하였다. 從士는 事前에 豫告(Aufsage)없이 武裝할 수 없었으며 主君의 다른 從士에게 暴力을 행사하여서는 아니되었다. 그리고 從士는 主君에 대하여 Lehen事件 이외는 法院에 訴를 提起할 수 없었고, 證人이 될 수도 없었다.

Lehen關係의 紛爭은 Lehen法院이 管掌하였으며, Lehen法院의 長은 主君이었다. 主君이 訴를 接受하고 判決을 하였다.

Lehen關係는 主君이 둘, 셋이 되는 경우가 있었다. 이때 主君의 義務의 配分은 授與된 Lehen의 量에 따라 配分되었다.¹⁷⁾

이러한 Lehen制의 內容과 기타 Lehen慣習法등은 法書(Rechtsbücher)에서 자세히 설명되고 있다. Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, 리부리아法典(Libri Feudorum) 등에서 Lehen關係에 관하여 kasuistisch하게 설명되어 있다.¹⁸⁾

2. 下級所有權의 內容

下級所有權은 所有權이라 하지만 義務이었다. 分割所有權下에서는 權利中心이

13) HFG, II, B., S. 1735.

14) Horst Welkoborsky, "Die Herausbildung des Bürgerlichen Eigentumsbegriffs", Die Entstehung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus (1976), S. 46.

15) A. a. O., S. 1735

16) A. a. O., S. 1735.

17) HRG. I. B. (1971), S. 1725.

18) A. a. O., S. 1735.

아니라 義務中心으로 構成되어 있었으므로 下級所有權도 權利라기 보다는 義務가 主된 內容이었다.

下級所有權은 耕作義務를 內容으로하고, 領民이 단순히 領主로부터 授與받은 土地를 耕作하는 것에 그치지 않고, 領主에 대하여 各種의 役務를 提供하여야만 하였다. 耕作義務이외의 主된 義務는 軍役의 遂行(Heerfahrt)과 主邸參勤(Hoffahrt)이 있다. 領民은 戰爭을 遂行하여야 하였고, 領主의 邸宅에 가서 勤務할 義務가 있었다.

그래서 下級所有權은 分身拘束的인 負擔附所有權이었다. 그리고 領民은 領主의 直轄地에 가서 勤勞를 하여야 할 義務를 졌다. 封建制度가 公古해짐에 따라 領民(즉 農民)의 負擔은 점차 加重되어 갔으며, 農民들은 자기들의 生計를 위해서 授與받은 土地의 耕作은 밤에 하여야 할 정도로까지 되었다. 또한 領主에게 納付하여야 할 公課金은 이루 헤아릴 수 없었다. 따라서 農民들의 役務는 無限大였다. 또한 役務의 內容은 領主의 뜻대로 決定되었다.¹⁹⁾

領主는 土地를 支配하였을 뿐만 아니라 裁判權을 支配하고 있었다. 이 領主에 의해 支配되는 莊園裁判所(Patrimonialgerichtsbarkeit)와 警察이 또한 領民을 支配하였다. 이와같은 過多한 負擔은 프로이센一般州法에서는 領民의 役務를 時間, 場所, 範圍를 정하여 부과하도록 하였으나 이 때는 이미 分割所有權에 있어서의 下級所有權은 단순한 土地에 대한 耕作義務가 아니라 下級所有權者인 領民의 人的負擔이 함께 賦課되어 있는 負擔附所有權이었다.

한편 分割所有權을 公法的 側面에서 살펴보면 그것은 近世의 土地에 대한 支配關係와는 달리 封建主義下에서의 財政(Finanz), 軍事(Heerwesen), 司法(Justiz) 및 土地에 대한 所有秩序(Eigentumsordnung)를 포괄하는 하나의 統治秩序이었다.²⁰⁾

19) Horst Welkoborsky, a. a. O., S. 46.

20) Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, S. 15.)

Ⅲ. 分割所有權의 立法

分割所有權에 관한 內容은 Sachsenspiegel, Schwabenspiegel 등의 法書에 기록되어 있고, 또한 成文法이었던 리부리아法典에도 規定되어 있었다. 이러한 分割所有權에 관하여 規定하고 있는 法을 封建法(Lehenrecht)이라 한다. 이 封建法이 中世獨逸에서 하나의 法圈을 이루고 있었음에 관해서는 이미 설명하였다.

分割所有權에 관한 代表的인 立法은 1794년에 制定된 프로이센一般란트法(Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: ALR)과 1811년에 制定된 오스트리아民法典(Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich: ABGB)이었다. ALR은 第1編 第8章(Teil I, Titel 8)分割所有權을 規定하였다. 그 第1條에서는 “物權 또는 權利의 實體에 관하여 第3者를 排除하고서 자기의 힘으로 스스로 또는 第3者를 통하여 處分할 權利를 가진者는 所有者이다”(Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts, mit Ausschließung anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen)라고 規定하고, 第10條에서는 “物件의 實體를 處分할 수 있는 權利를 所有權이라 한다”(Das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen, wird Proprietät genannt)라고 規定하고 있다. 그리고 第16條에서는 “物件의 所有權은 概念上 여러가지의 權利가 여러사람에게 歸屬하고 있는 때에는 分割된다.”(Das Eigentum einer Sache ist geteilt, wenn die darunter begrifflichen verschiedenen Rechte verschiedenen Personen zukommen)고 規定하고 있다. 第19條에서는 “利用權을 갖지 않고 物權의 所有權을 가진 者만을 所有者라 한다”(Wer nur die Proprietät der Sache, ohne das Nutzungsrecht hat, wird eigener genannt)고 規定하고, 第20條에서는 “所有權을 가지고 있으면서 동시에 利用權을 가지고 있는者, 그 者에게는 物件의 利用所有權에 의하여 規律된다”(Wer Miteigener der Proprietät ist, dem wird ein nutzbares Eigentum der Sache beygeregelt)고 規定하여 分割所有權에 관하여 明定하고 있었다.

ALR의 分割所有權의 立法에 대해서 農民들로부터의 抵抗이 있었으나 理論的으로는 아무런 저항이 없었다. 1804년에 制定된 佛蘭西民法典에는 分割所有權을 規定하지 않았다. 佛蘭西에서는 1789년 大革命이 일어남으로써 分割所有權이 完全히 없어지게 되었다. 分割所有權의 廢止過程에 관해서는 자세히 후술하기로 한다.

佛蘭西에서 革命이 일어나 中世의 封建的 拘束關係를 打破하는 革命的인 立法이 이루어지고 있는 동안에 프로이센에서는 여전히 土地에 대한 封建的 拘束이 지속되고 있었다. 그 이유는 皇帝의 權力은 弱하고 封建貴族(土地貴族)의 土地支配는 強하게 存續하고 있었기 때문이었다. 封建貴族들의 土地支配는 土地, 農奴, 裁判權²¹⁾의 支配를 포함하고 있었다.²²⁾

프로이센一般란트法이 分割所有權을 그대로 인정하고 유지하고자 立法한 目的은 당시 현존하던 封建的인 土地所有, 權力關係를 凍結시키고자하는데 있었다.²³⁾ 그러나 프로이센 一般란트法은 補充的 效力을 가졌다. 즉 각 地方의 成文法과 不文法이 優先하였다. 따라서 ALR은 封建的인 土地支配關係를 그대로 표현하고 있었다.

ALR에서는 農地의 賣買를 禁止하였다. 그러나 實際는 행하여지고 있었다. 즉 ALR에서는 領主의 許可를 얻어 領民이 下級所有權을 處分, 相續, 讓渡할 수 있도록 規定하였다. 또한 農民은 領主의 許可를 받고 土地를 떠날 수 있었다. 물론 이때에는 解放金(Loslassungsgeld bzw. Abzugsgeld)을 지급하여야만 하였다. 解放金의 金額은 地方의 慣習에 따라 결정되었다. 農奴 그 自身은 물론 그 後孫도 領主의 許可없이는 婚姻할 수 없었다.²⁴⁾ 또한 農奴의 後裔가 다른 職業을 가질려면 역시 領主의 許可를 받아야만 되었다. 그러나 農民에게 가장 혹독하였던 것은 負役(Frondienst)이었다. 이 負役은 領主의 뜻대로 결정하였다. 또한 負役은

21) 이 領主裁判權(Patrimonialgerichtsbarkeit)에 의하여 領主는 領民을 支配하였다.

22) Welkoborsky, a. a. O., S. 45.

23) A. a. O., S. 45.

24) A. a. O., S. 46.

農奴 뿐만 아니라 그의 아이들에게도 賦課되었다. 그래서 ALR에서는 負役은 時間, 場所, 範圍를 정하여 賦課하도록 하였다.²⁵⁾ 그리고 下級所有權者인 農民은 上級所有權者에게 世襲永借料(Erbzins)를 支給하였다.

오스트리아 民法에서도 分割所有權을 規定하였는데 同法 第357條에서는 分割所有權을 다음과 같이 規定하였다. 第357條에서는 “物件의 客體에 관한 權利와 用益權이 동일한 사람에게 合體되어 있는 경우에는 그 所有權은 完全하고 不可分이다. 그러나 物件의 實體에 관한 權利만이 어느 사람에게 속하고, 당해 物件의 用益의 관한 排他的인 權利가 다른 사람에게 속하면 그 所有權은 分割되어 있는 것이고 兩者가 不完全의이다. 前者를 上級所有權者라 하고, 後者를 用益所有權者라 한다”고 規定하고, 第359條에서는 “客體에 관한 權利와 用益에 관한 權利의 分離는 한편으로는 所有權者의 處分에 의하여, 다른 한편으로는 法律의 規定에 의하여 성립한다. 上級所有權者와 用益所有權者 사이에 介在하는 事情의 相違性을 고려하여 구분하여 所有權이 구분되어 있는 財産은 封土財産, 永小作財産 및 世襲借地料財産으로 나누어 진다. 그러나 封土財産은 종래의 封土法에서 그리고 永小作財産과 世襲借地料財産은 永續契約(Bestandvertrag)의 規定에 의한다.”라고 規定하고 있다.²⁶⁾

25) A. a. O., S. 46.

26) § 357 ABGB: Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in einer und derselben Person vereinigt ist, so ist das Eigentumsrecht vollständig und ungeteilt. Kommt aber einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache, dem andern dagegen nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigentumsrecht geteilt und für beide unvollständig. Jener wird obereigentümer; dieser Nutzungseigentümer genannt.

§ 359 ABGB: Die Absonderung des Rechts auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen entsteht teils durch Verfügung des Eigentümers; die teils durch gesetzliche Verordnung. Nach Verschiedenheit der zwischen dem Ober- und Nutzungseigentümer obwaltenden Verhältnisse werden die Güter, worin das Eigentum geteilt ist, [Lehen-,], Erbzinsgüter genannt. Von [dem Lehen wird in dem besonders bestehenden Lehenrecht; von] den Erbpacht- und Erbzinsgütern aber in dem Hauptstücke von Bestandverträgen gehandelt.

IV. 分割所有權의 解體

1. 概說

中世의 封建社會도 歷史의 變遷과 함께 그 矛盾이 극대화되고 따라서 封建社會를 지켜준 分割所有權도 서서히 解體되어 近世의 自由롭고, 完全하고, 渾一의 人 所有權으로 그 모습이 바뀌어 왔다.

分割所有權의 解體의 背景은 政治, 經濟的 原因과 함께 分割所有權의 不當性에 대한 法的究明으로 나누어 살펴볼 수 있다. 이러한 分割所有權의 解體는 佛蘭西에서 가장 강하고, 革命的 方法으로 일어났으며, 獨逸은 조금 뒤졌다.

分割所有權의 解體는 下級所有權이 上級所有權을 흡수하여 完全하고 單一한 所有權으로 발전하는 것이었다. 이를 Appropriation이라 한다.

먼저 中世의 封建社會를 무너뜨린 社會, 經濟的 背景은 都市의 成長과 貨幣經濟의 出現이었으며, 政治的으로는 新興市民階級の 出現과 農民解放運動이었으며, 法的으로는 分割所有權의 잘못이라는 究明에 있었다. 이에 관하여 자세히 살펴보기로 한다.

2. 社會, 經濟的 原因

中世封建經濟體制는 莊園經濟體制로서 自給自足的인 폐쇄적인 經濟體制이었다. 農民인 農奴는 土地에 隸屬되어 있었고, 土地의 耕作義務 이외에 各種의 과중한 負役을 遂行하여야만 하였다. 이러한 封建經濟體制를 붕괴시킨 첫째의 原因은 都市의 성장이었다. 中世의 莊園經濟體制가 拘束的이고 不自由스러운 體制인데 反해, 中世의 都市는 自由로운 商去來와 手工業을 영위할 수 있는 獨立된 經濟體制를 이루었다. 中世都市에도 여러 유형이 있었지만 그 중에서도 自由市는 自治的으로 手工業과 商去來를 할 수 있어서 自由로운 經濟體制를 유지하였다. 그래서 “都市의 공기는 自由롭다(Stadtluft macht frei)”, “농촌의 공기는 自由롭지 못하다(Luft macht unfrei)”라는 法諺에서 나타나듯이 이 都市의 成장은 崩

쇄적인 農業中心의 莊園經濟體制에 영향을 주었다. 이러한 都市의 成長으로 인하여 農奴들이 都市로 도망을 와서 手工業者가 되기도 하므로 莊園經濟는 서서히 變化를 하지 않을 수 없었다. 또한 中世의 都市는 獨立한 法 즉 都市法(Stadtsrecht)을 발전시켰다. 都市法에서부터 생성된 새로운 法制度들로서는 自由世襲借地權(freie Erbleihe), 賃借權(Miete), 抵當權(Hypothek), 어음(Wechsel), 定期金賣買(Rentenkauf), 商事會社(Handelsgesellschaft), 夫婦共有財產制(Gütergemeinschaft)등 商去來와 그것을 가능케 하는 自由로운 활동을 保障하는 法制度들을 創案하였다.²⁷⁾ 그리고 近代의 不動產登記制度도 시작되었다. 그것이 바로 都市帳簿(Stadtbücher)이었다.

둘째는 貨幣經濟의 出現이다. 莊園經濟體制下에서는 自給自足の 經濟體制였으므로 領主와 領民들이 계산해서 합리적으로 經濟活動을 하지 아니하였다. 貨幣經濟의 出現은 새로운 經濟感覺을 生成하게 하였다. 즉 計算하는 思考(合理的思考)가 나타나 오랜 傳統을 몰아내기 시작하였다.²⁸⁾

3. 政治的 原因：農民解放運動

都市의 成長, 貨幣經濟의 出現은 封建的 莊園 經濟體制에 變化를 가져온 原因인데 반하여, 農民解放運動(Bauernbefreiungsbewegung)은 직접적으로 分割所有權을 타파하기 위한 農民들의 組職의이고 集團의인 運動이었다.

分割所有權에서 統一의이고 單一한 所有權을 이루기 위한 運動이 바로 農民解放運動이었다. 다시 말하면 農民解放運動은 政治的으로는 中世의 封建體制下에서 農民이 領主에게 바쳐야했던 給付와 負擔의 除去였다.²⁹⁾ 대체로 農民解放運動은 1525년부터 시작된 것으로 이해되고 있다. 그러나 分割所有權이 法的으로 完全히 廢止된 것은 그 후 오래기간이 지난후에서야 이루어졌다.

農民解放의 모습은 나라마다 매우 多樣하게 展開되었다. 上級所有權者에게 補

27) 黃迪仁, 로마法·西洋法制史(1981), 107面; Mitteis/Lieberich, a.a.O., S. 169.

28) Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Aufl. (1978), S. 164.

29) Hans Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts(1982), S. 123.

償을 하고서 完全所有權을 取得하는 경우도 있었고, 補償없이 完全所有權을 취득하는 경우도 있었다. 國家가 중간에서 補償을 위해 財政의 支援을 한 경우도 있었고, 農民이 主君에게 土地의 일부를 주는 방법도 있었으며, 革命的인 方法에 의한 나라도 있었고, 漸進的인 方法으로 이룬 나라도 있었다. 主君의 自發的인 意思에 의해서 이루어진 경우도 있었고, 主君에 대한 抵抗으로 이루어진 경우도 있었다. 또한 農民들의 強制奪取에 의한 方法도 있었고, 農民들의 開化에 의한 경우도 있었다.³⁰⁾ 代價를 支給하고 完全所有權을 취득하려고 하는 경우에는 그 代價가 엄청나게 비쌌다. 主君 내지 領主의 支配下에 있을 때 보다 代價支給의 짐이 더 컸던 것이 일반적이었다.³¹⁾ 그래서 農民이 土地를 보다 많이 所有하고자 했을 때에는 그 代價支給의 負債가 놀랄 정도에 이르렀다.

이와 같이 다양하게 이루어진 分割所有權의 타파의 類型을 佛蘭西와 獨逸을 중심으로 하여 살펴보면 佛蘭西는 革命的인 方法으로, 獨逸은 漸進的인 方法으로 이루어졌음을 살펴볼 수 있다. 佛蘭西는 大革命 以前에 그 인구구성이 貴族과 僧侶가 대체로 30~40%, 農民이 35~40% 그리고 新興有産階級이었던 市民層이 20~30%를 차지하고 있었다.³²⁾ 본래는 階級構造가 貴族과 農奴로 구성되어 있었으나 金融資本家, 貿易 및 工業資本家, 手工業者, 小商人, 醫師, 法律家 등의 새로운 中間階層이 생겼는데 이를 제3身分의 市民階層이라 한다. 이 市民階層은 中世의 封建體制를 타파하고 近代市民社會를 연 중심세력이었다.

封建體制가 점점 모순현상을 빚게 되고, 그 중에서도 특히 國庫의 枯渴이 심가가여 增稅를 위해 國民議會(Generalständerversammlung)를 소집하였다. 이 國民議會에서 國王은 分割所有權을 主張하고, 따라서 農民들은 보다 많은 負擔을 背야했으며, 그렇게 함으로써 國庫의 枯渴問題를 해결하고자 하였다. 그러나 國民議會는 이를 거절하여 결국 大革命으로 발전하게 되었다. 그것이 大革命 直前이었다. 이 國民議會에서는 稅金은 收入에 따라서 골고루 負擔하여야 한다고 함

30) A. a. O., SS. 123-124.

31) A. a. O., S. 124.

32) Welkoborsky, a. a. O., S. 20.

으로써 封建制度의 타파를 主張하였다. 또한 貴族, 增侶, 市民의 모든 特權을 없앨 것을 國民議會에서 合意하였다. 그러나 國王은 이를 받아들이려 하지 않았다. 그러나 결국 國王은 1789년 8월 11일 勅令에 의해 封建的 特權을 철폐하고, 領主裁判權을 폐지하였다. 이 勅令에 의해서 分割所有權에 의해서 인정되었던 身分拘束的인 負擔(人的負擔)이 제거되었다. 그러나 租稅의 納付 등 物的負擔은 계속 유지되었다. 그래서 封建的인 所有權은 私法的인 所有權과 公法的인 所有權으로 分離되고, 公法的인 所有權은 領土高權으로 발전되었다.³³⁾ 즉 上級所有者가 갖던 裁判權, 搾取, 稅金徵收權은 國家의 領土高權으로 발전하고, 農民들은 身分上의 拘束이 없는 物的負擔만을 지는 所有權을 갖게 되어서 새로운 所有權概念이 形成되게 되었다.

이러한 새로운 所有權概念의 形成에 의해서 부르조아지들은 商業의 自由, 國家로부터의 自由를 保障받게 되었다. 이러한 새로운 所有權概念은 佛蘭西人權宣言 第17條에 規定되게 되었다.

1789년 佛蘭西革命이 일어나고, 1804년 佛蘭西民法에서 자유로운 所有權을 規定하기까지의 中間立法期間동안 完全하고 自由로운 所有權이 定立되기까지의 過程을 살펴보면, 1789년 勅令에 의해 人的負擔은 제거되었지만, 物的負擔은 여전히 계속되었으므로 1791년에는 農業法을 制定하여 農地去來의 自由를 인정하고, 生産物의 自由處分을 인정하였다. 그러나 이러한 革命의 中間期間동안 이루어진 封建的 土地制度의 廢止는 法律의 規定上으로만 그러하였지 실제로는 上級所有者의 利益이 그대로 維持되었다. 그 내용은 農民들은 過去의 封建的 負擔을 對價를 지급하고서 비로소 土地를 취득하도록 함으로써 農民들에게는 과중한 負擔이 되었다. 그래서 이 中間期間 동안은 法律的으로는 農民들이 所有權을 취득할 수 있다고 하였지만 실제로는 封建的 負擔에 대해서 對價를 支給하여야 하였으므로 이 中間期間 동안의 封建的 土地制度의 廢止를 法律革命이라고 한다.³⁴⁾

33) A. a. O., S. 30.

34) 강금실 譯, 甲斐道太郎 著, 소유권사상의 역사 (돌베개, 1984), 100면

1793년의 憲法에서는 所有權은 土地의 使用·收益을 保障하며, 自由로이 處分할 수 있도록 規定하였다. 그 후 1793년 7월 17일 勅令에 의해 모든 土地文書(封建的 土地文書)를 불살라 버리도록 함으로써 農民들은 아무런 補償없이 完全한 所有權을 취득할 수 있게 되었다.³⁵⁾ 이로써 佛蘭西에서는 封建制度가 사라지게 되었다.³⁶⁾ 그리고 한편으로는 國有地를 賣却하였다. 이러한 國有地 賣却의 基本政策은 國有財産을 賣却함으로써 ①國家의 財政需要에 應當하고, ②새로운 土地所有農民을 만들어 내어 革命支持勢力을 증대시키는데 있었다.³⁷⁾ 封建制度의 틀 속에서 생활을 계속하던 獨逸(당시의 Preussen)에서는 佛蘭西의 革命은 천둥과 같은 충격이었다. 1806년에 佛蘭西에 對抗하였으나 獨逸이 失敗함으로써 農民들이 自由地域으로 도망가게 되었다. 그러므로 자연히 農民들로부터 封建的 役務를 확보할 수 없었다. 農民들은 東요하고, 公課金과 役務提供을 거절하였다. 그래서 1807년에 農民解放令을 制定하여 農奴의 身分을 解除하고 土地處分의 自由를 인정하였다. 이에 따라 農民들의 身分의 拘束은 解除하였으나 農民들이 完全한 所有權을 갖지는 못하였다.

그 후 1811년 勅令에 의하여 農民들은 補償을 지급하고 土地를 所有할 수 있도록 하였다. 補償을 하고 취득한 土地는 自由로이 處分하고 擔保設定도 할 수 있었다. 1848년 3월 革命에 의해 農民들의 封建的 負擔으로 남아있던 物的負擔의 物納은 金錢으로 지급할 수 있도록 하고, 金納으로 補償을 받은 地主들은 당시의 銀行이었던 Rentenbank에 그 補償金을 예금하여 農民에게 꾸어 주는 債權者가 되었다.³⁸⁾

이와 같이 佛蘭西는 補償없이 下級所有權에 上級所有權을 흡수시킨 데 반하여, 獨逸은 補償을 하고 兩者를 합하여 하나의 完全所有權으로 만들어 나갔다. 그리고 먼저 下級所有權의 身分의 負擔을 제거하고, 그 다음에 物的負擔을 補償

35) Welkoborsky, a. a. O., S. 39.

36) A. a. O., SS. 50-51.

37) 강 금실 譯, 前揭書, 106面.

38) Welkoborsky, a. a. O., S. 59.

없이 또는 補償을 하고 제거하였음을 알 수 있다.

이러한 農民解放運動에 의해서 비로소 分割所有權은 渾一의인 單一所有權으로 극복되었다. 그리고 負擔附所有權이 自由所有權으로 전환되었다.

4. 法的 뒷받침

分割所有權을 解體함에 있어서 최종적으로는 法的으로 이를 뒷받침하였다. 즉 分割所有權에 있어서 農民이 갖고 있던 下級所有權이었던 準所有權(dominium utile)과 主君에 歸屬되어 있던 上級所有權인 固有所有權(dominium plenum)을 合一하여 單一한 하나의 所有權을 인정하자면 分割所有權論이 法的으로 아무런 根據가 없었다는 것이 立證되어야만 하였다.

그런데 19世紀初에 이미 公法的으로는 分割所有權이 없어졌다. 그것은 分割所有權에서 인정되었던 各種의 公法的 拘束이 解除되었기 때문이었다. 그러나 民法上에서는 分割所有權이 그대로 존속하고 있었다. 그래서 分割所有權論에 관한 學問的인 論爭이 일어나기 시작하였다. 그러한 分割所有權論에 관한 學問的 論爭의 結果, 分割所有權은 法的 根據를 갖고 있지 못하다는 主張이 提起되었다.

이와 같이 分割所有權은 아무런 法的 根據를 갖지 못한다고 究明한 者가 바로 Thibaut (Anton Friedrich Justus Thibaut: 1722 - 1840)였다. Thibaut는 그의 論文 “固有所有權과 準所有權에 관하여”(Über dominium directum und utile)에서 分割所有權은 로마法大全을 잘못 이해하여서 비롯 되었다고 主張하였다.³⁹⁾

그는 主張하기를 中世의 註釋學派의 法學者들은 dominium과 actio 즉 權利(所有權)와 訴訟刑態를 서로 混同하였다고 하였다. 中世의 法學者들이 그 당시의 領主와 領民間의 法律問題를 밝히기 위해서 로마法大全을 잘못 解釋·適用한 것 이라고 하였다. 그는 더 나아가서 所有權은 完全權(vollrecht)이기 때문에 다른 사람의 物件에 대한 權利와는 區分된다고 하였다. 그래서 Thibaut는 당시에 존재 하던 農業構造 즉 分割所有權關係에 대한 支持를 거절하였다. 農民의 領主에 대한 關係를 歷史的으로는 이해할 수 있으나 學問的(즉 法的) 正當性이 없는 단순

39) Hattenhauer, a. a. o., S. 123.

한 傳統일 뿐이라고 하였다.⁴⁰⁾ 이와 같이 分割所有權은 法的 正當性이 없는 所有 形態이므로 農民에게 完全한 所有權이 歸屬되어야 함을 法的으로 뒷받침하였다.

이처럼 社會·經濟的 變化, 政治的 運動, 그리고 法的 뒷받침이 모두 함께 작용하여 分割所有權은 解體되고 單一所有權으로 轉換될 수 있었다. 이러한 變化的 根底에는 人間的 自由의 認定과 尊重思想이 흐르고 있었다.

V. 分割所有權에 대한 評價

土地所有權은 歷史的으로 變遷하는 것이라는 것은 歷史가 이를 證明해 주고 있다. 分割所有權도 中央集權的 國家權力이 미약하고 일정한 지역중심의 莊園體制下에서 힘을 가진 領主와 生存의 保障을 받고자 하는 農民의 利害關係가 일치하여 形成된 所有形態이었다. 領主의 領民에 대한 支配는 土地需要와 領主裁判權에 의하여 유지되었고, 領民은 領主의 保護에 대한 對價로서 各種의 役務를 負擔하였다.

그래서 分割所有權은 所有權이 단순히 土地에 대한 支配가 그 內容이 되어야 함에도 불구하고 土地支配 이외에 領主의 領民에 대한 身分의 支配(人的支配)로 나타났다. 逆으로 領民의 所有權(下級所有權)은 身分拘束의인 負擔을 그 內容으로 하였다.

이렇게 形成된 分割所有權도 社會·經濟的 變化和 人間的 本性이 自由임에도 불구하고 自由를 抑壓함으로써 自由에 대한 覺醒이 이루어짐으로써 점점 解體되어 갔다. 分割所有權의 解體過程 역시 힘을 가진 上級所有權者와 自由를 갈망하는 下級所有權者間의 鬭爭을 통해서 비로소 이루어진 것이다. 새로운 所有形態의 形成은 자연히 이루어 지는 것이 아니라 社會, 經濟, 政治의 變化에 따라 갖지 못한 者의 가진 者에 대한 抵抗의 結果로 이루어 짐을 알 수 있다. 단순히 가진 者의 善한 良心에 의해서 손쉽게 이루어 지는 것이 아님을 歷史를 통해 알 수 있다.

40) A. a. O., S. 123.