

## 인권과 재산권의 관계 \*

정태욱

영남대학교 법과대학 조교수

### <요 약>

이 글은 현대 한국사회의 인권의 질서를 형성하는 데에 있어 인권과 재산권의 상호관계에 대한 정확한 인식이 중요하다는 전제 하에 인권과 재산권의 변증법적 관계를 규명하는 데에 초점을 맞추고 있다. 인권과 재산권의 관계에서 기본적으로 승인되어야 할 것은 칸트와 헤겔이 강조하듯이 근대 재산권의 정신은 바로 개인의 자유와 인격을 위한 것이라는 점이다. 즉 재산권은 그 바탕에서 인권적 본질을 가지고 있는 것이다. 그러나 주지하듯이 그 재산권이 제도화되면서 특히 자본주의 체제하에서는 인권의 실현이 아니라 오히려 다수의 인권의 제한과 축소로 연결되고 있다. 재산권의 불평등의 고착화에 따라 재산권의 정신인 자유와 인간의 존엄의 가치가 다수의 가난한 이들로부터 소외되고 있는 것이다. 특히 군부 정권이 종식되고 문명시대로 접어든 우리 나라에서, 인권의 질서를 확립하기 위하여 가장 절실한 과제는 바로 자본주의의 재산권의 횡포를 제어하는 일이라고 여겨진다. 물론 그렇게 재산권의 횡포를 제어하는 것은 재산권을 부정하는 것이 아니라 재산권의 원래의 정신인 자유와 인간의 존엄의 가치를 회복하는 것으로 그리고 재산권과 인권의 평화공존의 질서를 지향하는 것으로 이해되어야 할 것이다. 필자는 그러한 질서를 위하여 새삼 고전적 사회민주주의를 우리 현대 사회가 나아가야 할 대안으로 고려하여야 한다고 본다.

## Zusammenhang zwischen Eigentum und Menschenrecht.

Chung, Tae-uk

Professor of Law at Yeungnam University

### <Zusammenfassung>

Das Thema dieses Aufsatzes ist es, darzustellen den dialektischen Zusammenhang zwischen Eigentum und Menschenrecht. Eigentum beruht auf Menschenrecht. Wie Hegel dargestellt hat, macht man im Eigentum seinen Willen als Einzelner objektiv, und wird als Person wirklich. Als sich Kapitalismus entwickelt hat, sind die Verhältnisse anders geworden. Daß wirtschaftliche Macht zu Lasten der Freiheit vieler Menschen gehen kann, kann heute fast schon als allgemein Einsicht bezeichnet werden. Eigentum bietet seinem Eigentümer Freiheit von der Arbeit und die Verfügungsgewalt über die Arbeit anderer. In der gegenwärtigen Gesellschaft Koreas ist der Übermaß der Herrschaft des Eigentums die größte Gefahr bei der Durchhaltung der Menschenrechtsordnung.

Eigentum muß mit Menschenrecht vereinbar sein. Der Bereich der Wirtschaft sollte gerecht geregelt werden und die Eigentumsordnung sollte auch als Freiheitsordnung in dem Sinne gestaltet werden, daß jedermanns Freiheit so weit wie möglich gewahrt oder, falls verloren, wieder hergestellt wird. Ich bin der Meinung, die sozialdemokratische Verfassung gilt als angenehme Lösung der Aufgabe des gerechten Zusammenhangs des Eigentums mit Menschenrecht.

## I. 문제의식

인권과 재산권은 일견 서로 어울리지 않는 것으로, 나아가 대립하는 것으로 여겨진다. 그러나 다른 한편 인권과 재산권은 서로 결부되어 있으며, 나아가 재산권은 가장 기본적인 인권으로 여겨지기도 한다. 이 양자의 관계는 이론적으로 뿐만 아니고, 실제적으로도 아주 중요한 문제이다.

인권과 재산권의 관계를 설명하기에 앞서, 보다 일반적인 차원의 문제로서 '인권'의 성격, 특히 '인권'과 '기본권'과의 관계에 대해 생각해 볼 필요가 있다. 이에 대해 자연법론자와 법률실증주의자들은 서로 다른 견해를 나타내고 있다. 전자는 인권을 선형적이고, 보편적인 자연권으로 보는 반면에, 후자는 인권이라는 개념을 도외시키고 단지 기본권의 개념으로 충분하다고 본다.<sup>1)</sup>

자연법론과 법률실증주의 각각의 실천적인 중요성을 염두에 둔다면, 문제는 인권이 자연법적인 것인가, 아니면 제도화된 실정법상의 권리인가 하는 양자택일의 성질의 것은 아니

\* 이 글은 1999년 9월 29일 울산대학교 법학과 창설 10주년 기념 심포지움 - 『현대 한국 사회의 인권 : 현황과 과제』에서 발표한 글을 약간 수정한 것이다. 이계수 교수를 비롯하여 토론을 해 주신 여러 선생님들께 감사드린다.

1) 이 두 입장의 차이는 과학적 인식에서의 차이에 있다기보다 인간과 세계의 질서를 어떻게 해 나갈 것인가라는 실천적인 방법론상의 차이에서 나오는 것이라고 할 수 있다. 자연법론은 인간이 규정하는 실정법 이전에 그리고 그것을 넘어서는 보편적인 근본원칙을 중시한다. 그리고 그러한 자연법을 인간 사회의 규범질서의 기준과 원천으로 보며, 실정법은 바로 그것에 토대를 두어야 하며, 또 그것을 실현시킬 의무가 있다고 본다. 반면에 법률실증주의자들은 자연법을 배제하고 실정법을 중심에 놓는다. 실정법상 인정되지 않는 인권은 단지 주관적인 도덕적 주장일 뿐으로 법적 중요성이 없다고 본다. 오직 실정법의 형식을 갖춘 권리 즉 기본권만이 법적으로 의미있는 인권이라고 본다.

라고 할 것이다. 인권이 가진 근원적 의미는 자연법론에서 잘 부각되고 있는 반면, 인권 보장의 실제상의 조건들은 법률실증주의에서 잘 표현되고 있다. 자연법론은 근원적 원리를 강조하여 실정법을 개선하고 비판하는 데에 유용하며, 법률실증주의는 법질서의 안정과 형식성을 강조하여 추상적 원리를 제도화하는 데에 유용하다.

그런 관점에서 인권과 기본권의 관계를 보자. 우선 인권은 시원적이며, 보편적이며, 절대적인 자연권이라고 할 수 있다.<sup>2)</sup> 물론 인권은 그 자체로는 그 내용이 혼돈에 싸여 있으며, 실천적으로도 불확실한 것이다. 따라서 인권은 제도적으로 형태를 갖추어야 비로소 현실에서 실현될 수 있는 것이다. 기본권은 인권의 구체적 제도화 및 현실화라고 말할 수 있다. 그러한 제도화 및 현실화를 통하여 인권은 실증적인 힘을 얻게 되지만, 다른 한편 그 보편성과 절대성에서는 축소되지 않을 수 없다. 기본권은 국가의 제도로서 실정화된 것이다. 기본권은 그 인권적 유래로 돌아가지 않는 한, 그 자체로는 제도화된 실정법규에 따라서만 그리고 한 국가 내에서만 주장될 수 있을 따름이다. 반면에 같은 내용이라고 하여도 인권은 실정법에 근거가 없이도, 모든 국가들 즉 인류에 공통적인 효력을 주장할 수 있게 된다. 또한 심각한 문제는 제도화된 기본권이 인권의 전부를 말해주지는 못하며, 경우에 따라서는 인권의 실현이 아니라 인권의 제약이라는 성격을 띠기도 한다는 점이다.<sup>3)</sup>

필자는 인권과 재산권의 일반적 관계도 그런 관점에서 보고자 한다. 재산권도 기본적으로는 주체의 생존과 자유라는 인권에서 유래한 것으로서, 그 현실화와 제도화를 위하여 실정법상 기본권으로 정착되었는데, 그러한 정착과 함께 재산권의 인권적 성격은 축소되고, 반대로 인권제약적 요소가 발생하였다고 보는 것이다. 이러한 문제는 특히 물질적 부가 놀랍게 증대된 자본주의 체계에서 두드러진다고 말할 수 있다. 그리고 이는 바로 현재 한국 사회의 문제이기도 한 것이다.

한국의 현대 사회를 여러 가지로 규정할 수 있지만, 자본주의라는 표현보다 포괄적이고 적합한 말은 없는 것 같다. 그 동안 우리 사회의 인권은 꾸준히 신장되어 왔다. 군사정권 시절의 암울했던 역사를 뒤로 한 채, 인권의 정신이 높이 펼쳐지고 있다. 그러나 여전히 인권의 이면에 쪼그리고 앉아 있는 이들이 많다. 그리고 인권을 구가하는 이들도 종종 인권이 어느 덧 '상품화'되었다는 것을 깨닫고는 우울해 진다. 이 시대 인권의 크기는 곧 그 사람의 '소유'의 크기와 같아져 버린 것이다. 그리하여 한편에서 재산권은 너무 부족하여 주체의 존립과 자유라는 인권의 제약을 초래하고, 다른 한편으로는 너무 넘쳐서 타자의 인

2) 인권은 일반적으로 모든 인간들에게 선형적으로 요청되는, 적어도 한 사람의 인간으로서 그것을 부정하는 것은 곧 자기부정의 논리적 모순에 빠지게 되는, 원리라고 할 수 있다. 그리고 인권은 국가라는 제도를 전제하지 않고, 오히려 국가라는 제도가 그것을 위해서 존재하는 시원적 원리라고 할 수 있다. 그리고 또 인권은 인류 사회의 문화와 전통의 차이를 넘어서 전체 인류에 보편적으로 승인될 수 있는 인류 공동체의 기본적 원리라고도 할 수 있다. 인권의 근본성에 대한 고찰로는, 심헌섭, 「인권의 법철학적 의의」, 『대학신문(서울대학교)』, 1987년 제1207호 7면 참조하기를 바란다. 그리고 인권에 대한 일반적 설명으로 카렐 바삭(박홍규 역), 『인권론』, 1986, 실천문화사, 유네스코한국위원회 편, 『인권이란 무엇인가』, 1995, 오름, 그리고 추천할 만한 외국서적으로 Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca and London, 1989를 들 수 있다.

3) 이러한 인권과 기본권의 관계 즉, 인권의 제도화에서 나타나는 괴리 및 모순의 현상을 최근에 많이 회자(膾炙)되고 있는 하버마스(Habermas)의 용어를 빌어 설명하자면 다음과 같이 말할 수 있다: 인권은 생활세계(Lebenswelt)의 자연권이며, 기본권은 그것의 체계(System)내적(內的) 형식이다. 그리고 그 양자는 변증법적인 이행과정으로 연결되어 있다. 즉 인권은 생활세계의 자연권에서 시작하여 체계의 제도적 권리로 정착되지만, 그것이 체계적인 기본권으로 정착되면서 인권은 다시 위협받게 된다. 즉 체계에 의한 생활세계의 식민화(Kolonisierung)가 발생한다. 체계는 자립적인 것이 되는 순간 그 뿌리인 생활세계를 종속시키려는 필권을 행사한다. 그러나 그 안에서 생활세계는 언제나 체계에 대한 비판적 척도를 제공하는 원천을 이룬다.

권의 축소 및 침범을 야기하고 있다.

필자는 현대 그리고 미래의 한국사회의 인권의 문제에서 가장 중요한 점이 여기에 있다고 본다. 즉 재산권과 인권의 평화공존이라는 과제에 우리 세대와 후손들의 삶의 질과 평화 가 걸려 있다고 해도 과언이 아니라고 생각한다. 그러나 필자가 과묵한 탓인지는 모르나 아직까지 우리 법학계에서 인권과 재산권의 상호관계가 어떤 뚜렷한 문제의식으로 부각된 적은 없었던 것 같다. 하지만 이 문제는 이제 더 이상 늦출 수 없는 시급한 과제이며, 따라서 보다 치열한 탐구와 논의의 교환이 있어야 될 줄로 믿는다. 필자는 이 글을 통해서 앞서 언급한 바와 같은 인권과 재산권의 상호관계에 대한 명확한 인식을 촉구하고자 하며, 그런 차원에서 첫째, 재산권의 인권적 의의, 둘째, 자본주의 재산권의 인권과의 거리, 셋째, 인권과 재산권의 평화공존의 순서로 논의를 전개해 보고자 한다.

## II. 재산권의 인권적 의의

필자는 이미 서두에서 재산권은 기본적으로 인권에서 유래하며, 다만 그것이 제도화, 특히 자본주의에서 제도화되면서 인권과 대립하는 양상을 보였다고 하였다. 따라서 우리가 자본주의의 재산권을 비판한다고 하여도, 기본적으로 재산권에 인권적 성격이 있다는 점은 무시할 수 없다. 재산권이 인권과 적대적인 관계에 있다고 단적으로 규정하는 것은 옳지 않다.

재산권에 내포된 인권적 의미를 살펴보기 이전에, 우선 자본주의 재산권 제도를 정당화하는 일반적인 문제를 언급해 보자. 자본주의적 재산권 제도를 정당화하는 방법은 크게 둘로 나누어 볼 수 있다. 하나는 경제학적 효율성의 차원이고, 다른 하나는 자연권론의 차원이다. 전자는 전통적으로 공리주의적 관점과 최근 법경제학에서 특히 강조되는 입장이다.<sup>4)</sup> 이러한 효율성의 논의도 인권의 관점과 무관한 것은 아니다. 효율성은 사회 전체의 부를 증대시키고, 결과적으로 보다 많은 인구를 부양할 수 있게 해 준다. 즉 보다 많은 사람들의 생존이라는 기본적 인권을 담보해 주는 것이다. 하지만 사회적 부가 늘어난다고 하여 직접적으로 모든 이들의 생존의 자원이 증가되는 것은 아니다. 극단적으로 사회의 모든 부가 오직 한 사람에게만 집중될 수도 있는 것이다. 따라서 이 효율성의 논의는 직접적으로 인권을 말해주는 것은 아니라고 할 수 있다.

재산권이 인권적 성격을 띠고 있다거나 혹은 재산권이 인권보장의 기본적 제도라는 주장은 역시 후자 즉 자연권론에서 이해될 수 있다. 서론에서도 언급하였듯이 대표적으로 로크의 소유권이론은 자본주의적 재산권제도가 기본적으로 개인의 인격과 개인의 자유에 바탕을 두고 있음을 잘 말해주고 있다. 주지하다시피 로크는 소유권의 개념 자체에 이미 자유와 생명을 포함하여 이해하고 있다. 사실 서구권의 소유권의 개념(property, Eigentum, propriété)은 모두 “그 자신의 (고유한) 것”이라는 뜻을 담고 있다. 즉 소유권이 단지, 재산적 의미에서만 아니라 인격권적 의미에서 이해되고 있는 것이다. 이는 로크에서는 구체적으로 노동이론으로 나타난다. 자신이 노동을 투여하여 나온 결과물은 바로 자신이 취할

4) 공리주의와 법경제학의 차원에서 사소유권은, 생산의 인센티브를 제공한다, 사소유권의 침해는 생산과 근로의 의욕을 저하시킨다, 희소한 자원을 둘러싼 분쟁과 거래비용의 감소를 위해서는 사소유권의 확정이 필요하다, 공유로 할 경우 비용의 외부화가 발생하여 사회적 부가 낭비될 수 있다는 등의 근거에서 정당화된다. 사소유권에 대한 법경제학적 설명은 박세일, 『법경제학』, 박영사, 1995, 150면 이하 등 참조.

수 있어야 한다는 것이다. 그것이 바로 인격과 자유를 보장하는 길이라는 것이다. 이러한 자기소유권이론은 오늘날 노직(Nozick)에 의하여 계승되고 있다. 노직은 롤즈(Rawls)<sup>5)</sup>의 재분배적 복지국가의 원리에 반대하여 철저히 개인의 선택과 개인의 책임을 강조한다. 자신의 신체를 자신이 마음대로 활용하듯이 자신의 재산에 대하여도 마음대로 처분할 수 있다는 것이다. 그리고 나아가 그것은 개인에게 고유한 자유로서 보장되지 않으면 안된다는 것이다. 물론 그 결과에 대하여는 바로 그 자신이 책임을 지도록 하는 것이다.

보다 세밀히 구분해 보자면, 소유권을 비롯한 재산권에 인권적 측면이 있다는 것은 다음과 같은 두가지 차원에서 말할 수 있다. 첫째는 사람이 자신의 신체와 재능을 쏟고 활용하여 얻은 결과는 그의 것으로 보장하여야 한다는 이른바 ‘가치창조’의 논변이고, 둘째는 사람은 자신의 삶을 어떻게 영위할 것인지 스스로 결정하고, 또 방해받지 않고 실천할 수 있다는 ‘자유’의 논변이다. 전자는 특히 로크에 의하여 강조된 것으로 보통 노동(가치)이론으로 알려져 있다. 그러나 최근에는 육체적 노동만이 아니라 정보의 발견과 가공을 통한 부가가치의 창조도 그에 포함되는 것으로 이해되고 있다. 그리고 나아가 기업주의 위험을 부담하는 투자행위도 그런 차원에서 이해되고 있다.<sup>6)</sup> 후자는 칸트와 헤겔을 대표로 하는 독일 관념철학에서 강조된 것이다. 여기서 재산권은 개인의 자유의 영역으로서 이해된다. 개인의 존엄과 자기결정 혹은 자율성의 권리는 소유권이 없이는 생각할 수 없다는 것이다. 특히 헤겔에서 소유권은 인간의 자유의지의 실현이며, 소유권은 단지 욕망의 충족이 아니라 이성적 인격의 성립이라는 차원에서 이해되고 있다.<sup>7)</sup>

이처럼 소유권 및 재산권에는 개인의 인격과 자유에 대한 존중과 보장이라는 인권적인 요소가 들어 있다. 따라서 재산권은 인권에 반한다거나 혹은 프루동(Proudhon)과 같이 “모든 재산은 절도다”라는 식의 주장은 일면적인 것이며, 또 모든 사소유권을 폐지하는 것과 같은 제도는 그 실현가능성은 차치하고라도, 인권의 측면에서도 바람직한 것은 아니라고 할 것이다. 역사적으로도 전체주의와 전체주의에서 사소유권이 크게 제약되었다는 점은 시사하는 바가 많다.<sup>8)</sup>

5) 롤즈는 개인이 타고난 재능 혹은 주어진 환경의 좋고 나쁨은 규범적 관점에서 자의적이며 우연적인 것으로, 그로 인하여 소득과 사회적 지위가 달라지는 것은 정의롭지 못하다고 본다. 개인에게 부여된 것, 즉 재산이나 재능은 그 개인에게 배타적으로 귀속되고, 향유되는 것에 반대하는 것이다. 롤즈(황경식 역), 『사회정의론』, 서광사, 1985, 94면. 따라서 롤즈는 복지국가적 재분배정책을 강력하게 요구하게 된다. 이는 다만 국가적 차원의 제도의 문제만이 아니라, 각 개인에 의무로 부과된다. 좋은 재능과 여건을 타고난 이들은 그 이점을 단지 자신만이 아니라, 모두에 이익이 될 수 있게끔 활용하여야 할 의무를 지게 된다. 따라서 그들이 이룩한 성과는 단지 그 자신에게 귀속되는 것이 아니고, 사회 전체 특히 그 사회에서 가장 열악한 처지에 있는 이들을 위해서 쓰여져야만 한다. 그러나 노직은 이에 대하여 반대한다. 개인이 타고난 재능과 특성은 바로 그 자신의 것으로서 존중되어야 한다는 것이다. 롤즈 이론에 대한 노직의 비판은 R. Nozick, *Anarchy, State, Utopia*, New York, 1974, 183면 이하 참조.

6) 이에 대하여 그러면 노동자들의 노동의 결과는 어째서 자본가들의 것이 되는가하는 의문이 제기될 수 있다. 자본주의의 재산법체계를 존중하는 이들은 이에 대하여 고정자산에 대한 자본가의 원래의 소유권 및 투자라는 위험부담 행위, 그리고 자본가와 노동자 사이의 계약이라는 ‘의사의 자유’ 등으로써 대답하고 있다.

7) 헤겔(임석진 역), 『법철학』, 지식산업사, 1989, §44 및 §45 참조.

8) 절대왕정시대의 법질서의 핵심 가운데 하나는 이른바 왕도사상이다. 군주권론은 그 영토의 모든 재산에 대하여 군주가 소유권자가 된다는 뜻을 포함하고 있었다. 이러한 이념에 의거하여 절대군주들은 예컨대 의회의 동의 없이 마음대로 과세를 부과할 수 있었던 것이다. 현대의 파시즘적 소유권체계의 대표로는 나찌의 경우를 들 수 있다. 나찌는 이전의 자유주의적 재산법체계를 폐지하고, 이른바 “공익이 사익에 우선한다”는 원칙에 입각하여 새로운 소유권질서를 수립하였다. 예컨대 토지의 경우, 이제 더 이상 토지소유권자는 존재치 않고, 오직 그 공적 직분에 따라, 농민, 경영자, 종사자, 고용인, 상인들만 존재하게 되었다. 권리로서의 소유권은 사라지고, 오히려 의무로서의 소유만 남게 되었다고도 할 수 있다. 민주주의가 확립되지 못한 상황에서 재산의 공공성과 소유권의 의무성을 강조하는 것은 자칫 파시즘을 낳

### III. 자본주의의 재산권 : 인권과의 거리

재산권에 포함된 자유의 가치는 재산권이 제도화되면서 타인을 배척하는 배타성과 공동의 목적에 구애받지 않는 자의성 쪽으로 변질되어 간다. 그러한 점은 특히 자본주의 체제의 재산권에서 두드러지게 된다. 자본주의적 재산권의 개념은 소유권을 핵심으로 한다. 그리고 그 소유권을 보장하고 또 활용하기 위한 다른 권리들이 존재한다. 이를 우리 민법에서는 총괄적으로 물권과 채권으로 표현하고 있다. 재산권의 핵심인 소유권이란 ‘물건에 대한 배타적이고 전면적인 지배권’으로 이해된다. 여기서 ‘배타적’과 ‘전면적’이라는 말에 주의할 기을 필요 있다. 소유자는 자신의 소유물을 다른 사회적 필요나 도덕적 요청 기타 다른 사람들 혹은 자연의 사정에 구애받음 없이 마음대로 사용하고 처분할 수 있는 것이다.<sup>9)</sup>

소유자는 자신의 소유권을 방해하는 어떤 시도에 대하여도 소유권자로서의 권한을 행사할 수 있다. 우선 소유물에 대한 침해에 대하여 물권적 청구권으로, 즉 반환청구권과 방해배제 혹은 방해예방의 청구권을 행사할 수 있다. 그리고 소유권이 이미 침해당하고 그 원상회복이 직접적으로 불가능할 경우, 손해배상 혹은 손실보상으로서 소유권을 만회할 수 있다. 그리고 가장 강력하게는 소유권 질서를 확실히 하기 위하여 형법상 여러 가지 재산범죄가 규정되어 있다.

나아가 소유권은 그 활용과 처분의 자유를 포함한다. 그 활용과 처분은 사실적인 행위로 이루어질 수도 있으나, 대부분의 경우, 법률행위 즉 계약 등으로 이루어진다. 그 자유로운 의사표시 즉 법률행위는 곧 자신의 신체와 소유물에 대한 활용 혹은 처분의 의사표시이다. 따라서 법률행위 자유의 원칙은 곧 소유권행사의 자유의 원칙으로 읽혀질 수 있다. 자유로운 법률행위에 의하여 소유권은 또 다른 재산권으로 변하여 활용된다.

유체물이나 금전의 소유권을 활용하고 처분하는 계약을 하는 경우, 소유권은 다른 소유권 혹은 물권 또는 채권의 형태로 변환된다. 소유권이 다른 물권 특히 담보물권으로 그리고 채권 특히 지시채권으로 변환될 수 있다는 사실은 자본주의에서 아주 중요하다. 그러한 전변을 통하여 재산권은 스스로를 역동적으로 발전시켜 재산의 자기증식을 꾀할 수 있다. 담보물권은 자본의 투자에 대한 확실한 보장이 된다. 담보물권의 우선변제권은 그것을 말해 주고 있다. 또한 채권도 비록 물권보다는 약하지만, 역시 강제소구력을 갖추어 다른 방해요소들을 물리칠 수 있다. 이러한 과정을 통하여 자본주의의 자본의 증식이 원활하게 수행될 수 있다.

미흡하지만 현재 자본주의의 재산법체계와 재산권의 효력은 위와 같이 설명할 수 있다고 본다. 여기서 전면적이고 배타적인 지배권이라고 하는 소유권의 개념 그리고 그로부터 변전된 담보물권의 우선적 효력이나 채권의 구속력 등, 다른 방해요소들을 물리치고 스스로를 관철시킬 수 있는 재산권의 힘에 주목해 보자. 자본주의의 재산권의 특성은 바로 여기에 있다. 이러한 특성은 예컨대 고드윈(Godwin) 식의 주장, 즉 그 물건을 가장 잘 활용할 수 있는[즉, 가장 큰 효용을 낼 수 있는] 이에게 그 물건을 사용할 수 있는 우월적

을 수도 있다. 나찌 시대의 소유권론에 대하여는 윤철홍, 『소유권의 역사』, 법원사, 1995의 「제7장 나찌 스 하의 소유권」 참조.

9) 독일의 민법에는 이를 nach Belieben이라고 표현하고 있다. 임의로 처분할 수 있는 것이다. 독일의 1888년의 독일민법 제1초안에는 더 나아가 nach Willkür(자의적(恣意的)으로)라고 표현되어 있었다. 프랑스 혁명의 1789년의 인권선언 제17조에서 소유권은 신성불가침의 것으로 규정되었다.

권리를 부여하자는 주장<sup>10)</sup> 등과 비교하면 보다 잘 이해될 수 있다. 예컨대 하나의 빵에 대하여 누가 우월한 권리를 가지는가라는 문제에서 고드윈은 그로부터 더 큰 효용을 얻을 수 있는 이, 예컨대 굶어 죽기 직전의 사람에게 그 권한이 주어져야 한다고 보는 것인데 반하여, 자본주의의 재산법체계는 이를 소유권자의 자유로운 처분에 맡겨야 한다고 보는 것이다. 자본주의 법체계에서는 굶어 죽기 직전의 사람이라고 하여도 그 빵에 대한 어떤 권한을 갖지 못한다.

이는 우선 물권의 종류와 내용을 강행규정으로 한정해 놓은 자본주의 재산법의 물권법정주의 때문이며, 다음으로 재산의 활용은 재산의 소유자의 자유의사에 따른다고 하는 법률행위 자유의 원칙 때문이다. 자본주의의 물권법정주의는 소유권 및 그것을 중심으로 하는 제한물권을 제외하고는 원칙적으로 다른 물권의 창설을 금지하고 있다. 배고픈 이라고 하여도 빵에 대한 어떤 물권적 지배권을 주장할 수는 없다. 또한 빵의 처분에 관한 빵의 소유자의 법률행위(예컨대 매매나 증여 혹은 포기)가 없는 이상 그 소유자에게 어떠한 청구도 할 수 없다. 이와 같은 물권과 채권의 법리에 의하여, 설사 배고픈 이의 요청이 도덕적으로 정당한 주장이라고 하여도, 또 인정에 호소할 수 있을지언정, 법적으로는 강제력이 없다. 오히려 소유권자가 그러한 주장을 배척할 법적 권능을 갖게 된다. 우리 법체계에서 생존권을 위한 물권이나 공공의 이익을 위한 물권 혹은 다른 도덕적 물권은 인정되지 않는다. 단적으로 말하자면 그러한 물권을 인정하는 것은 자본의 원활한 활용과 증식에 중대한 장애를 일으킬 수 있는 것이다.

이처럼 자본주의의 재산법체계의 특성은 단순히 소유권 하나의 개념만이 아니라 물권법정주의, 즉 배타적 소유권과 배치되는 여타의 권리를 배제시키는 물권법정주의에서 보다 명확히 나타난다고 말할 수 있다. 물론 채권도 중요한 재산권이지만, 앞서 논한 대로 채권은 원칙적으로 소유권자가 자신의 소유물을 활용하여 나오는 권리로서 물권의 활용 혹은 그 결과로 이해할 수 있다. 나아가 물권과 채권이 상충할 경우, 물권이 우월하다.<sup>11)</sup> 따라서 재산권 가운데 물권이 핵심적이며, 또 그 물권을 제한하고 강제로 정해놓은 물권법정주의가 재산법체계의 핵심이라고 말할 수 있는 것이다. 물권법정주의, 이는 재산법체계를 규정하는 핵심 틀이다. 흔히 민법의 체계를 사적자치의 체계라고 한다. 하지만 그 바탕은 물권법정주의에 의한 강행법체계이다. 거듭 말하지만 자본주의는 배타적인 사소유권에 방해가 되는 물권을 배제하는 물권법정주의를 기초로 한다.<sup>12)</sup>

10) 윌리엄 고드윈(박한승 역), 『정치적 정의』, 형설출판사, 1994, 478면 이하.

11) 이러한 채권에 대한 물권의 우월성은 대표적으로 소유물의 이중매매의 유효성 혹은 담보물권 등의 우선변제권에서 잘 나타난다.

12) 물권법정주의의 의의에 대하여 학자들은, 물권은 물건에 대한 처분권과 지배권을 뜻하므로 그것은 일정하게 정해져 있어야 분쟁을 줄일 수 있으며, 또 분쟁을 용이하게 해결할 수 있고, 또 일반적으로 거래비용(transaction cost)을 줄일 수 있다는 식으로 설명한다. 그러나 이러한 설명은 물권법정주의라는 강제적인 재산법체계가 필요하다는 것만 말할 뿐 그것이 어째서 현재와 같은 형태의 것, 즉 배타적 사소유권 중심의 물권법정주의가 되었는가를 말해주는 것은 아니다. 다른 한편 근대의 물권법정주의는 소유권에 대한 봉건적인 계약을 배제하려는 것이라는 이유도 거론되고 있는데, 많은 교과서에서 이는 단지 대수롭지 않은 연혁적인 것으로 치부되고 만다. 하지만 필자는 그 역사적 이유에 바로 자본주의 재산법체계의 특질이 숨어 있다고 본다. 중세의 봉건적 소유권질서는 지금과 달랐다. 물론 그 때에도 물권법정주의는 있었을 것이다(물론 실정법보다는 관습법이 보다 중요하게 고려되었을 것이다). 하지만 거기서 규정된 소유권 혹은 재산권의 내용과 종류는 지금과 다르다. 당시 소유권은 단일 소유권이 아니다. 일반적으로 영주의 상급소유권과 농민의 하급소유권으로 되어 있었으며, 또 공동소유(현재에는 총유에 해당함)도 많았다. 농지의 궁극적인 소유권자는 영주이었으나, 농민도 소유권에 준하는 권리를 가지고 있었다. 그리고 그 양자의 권리는 동시에 의무와 연결되어 있다. 영주는 농민을 보호하여야 하는 의무를 지녔고, 농민은 영주에 노역을 제공할 의무를 졌다. 영주의 소유권은 현재와 같은 자의적인

위와 같은 자본주의적 재산권의 체계는 인권과 상당히 멀리 떨어져 있다. 이는 오직 재산 소유자의 자의적인 자유만을 긍정할 뿐 인도주의적 요청이나 도덕적 원리와는 친숙하지 않다. 다시 말하면 인권적 요청은 물권법정주의에 막혀 소유권을 넘어 설 수가 없다. 나아가 현대 자본주의 시대에 인권의 보장과 실현의 수단은 어느 덧 상품화되어서 시장에서 거래의 대상이 되고 있다. 결과적으로 인권이 자의적으로 '처분할 수 있는' 대상으로 전락한 것이다. 바야흐로 민법상 권리능력 평등의 원칙의 형식은 재산의 많고 적음에 따른 인권의 불평등의 원칙이라는 실질로써, 그리고 법률행위 자유의 원칙이란 형식도 부자의 자유와 빈자의 부자유라는 실질로써 채워지고 있다.

#### IV. 인권과 재산권의 평화공존

이미 언급한 대로 배타적인 사소유권 중심의 물권법정주의는 재산권자에게 다른 어떤 도덕적 요청이나 사회적 필요성 등을 물리칠 배타적 힘을 부여해 준다. 인권의 주장은 재산권의 자유 앞에서 무기력하다. 하지만 이는 재산권의 뿌리에 놓인 자유의 정신을 왜곡시키는 것이다. 자본주의에서 배타적 지배권으로서의 소유권이 절대화되면서 재산권의 근저에 놓인 인권의 가치는 소외되고 만 것이다. 물론 재산권은 그 주체의 인격과 자유를 위해서 존중되어야 한다. 그러나 그 재산권이 타인의 인격과 자유를 해치고 수탈하는 것이라면 이는 무제약적으로 주장될 수 없다. 이제 자본주의 체제에서 비대해진 소유권의 힘을 순화하고, 그 인권에 대한 재산권의 월권적 폐단을 다스려야만 할 때에 이른 것이다. 이렇게 하여 다시 참으로 인권으로서의 재산권을 회복시켜야 한다.

물론 필자는 현재의 재산법체계를 근본적으로 뜯어고치자는 주장을 하는 것은 아니다. 모든 법적 관계에서 형식적 재산권보다 생존권적 필요, 공공의 이익, 도덕적 요청등을 우선시한다면 이는 엄청난 법적 혼란과 부작용을 발생시킬 것이다. 이는 곧 사소유권의 원칙적 폐기라는 사회주의로 귀결되는데, 이는 이미 세계사적으로 검증된 바처럼 또 다른 인권의 파국을 낳을 공산이 크다. 때문에 필자는 사소유권과 법률행위자유라는 사적 영역을 없애는 것이 아니라 그것을 유지하되, 그에 맞서는 공적 영역을 구축할 것을 요구하는 것이다. 즉 사회의 부를 이룰때면 반분하여 한 쪽은 사소유권체계로 규율하고, 다른 한 쪽은 사람들의 기본적인 생존과 인권을 위한 그리고 다른 정신적 가치를 위주로 하는 체제로 재편하자는 것이다.

물론 이는 새로운 것은 아니다. 자본주의에 대한 사회민주주의적 대안에 흐르고 있는 기본발상이 바로 그것이라고 생각한다. 그리고 이는 이미 우리의 법체계에 내재되어 있고, 또 한국사회의 발전에 더불어 보충되어 온 법리와 법률들 속에서 부분적으로 구현되어 있다. 우선 재산법 자체의 자기수정이 그것이다. 우리 헌법은 소유권에 대하여 공공복리 적

---

배타적인 지배권이 아니었다. 물론 이때에 소유권은 동시에 인신적 지배권까지(예컨대 영주채판권)의 미하여 그 억압성은 현재보다 더할지도 모르지만, 하여튼 영주는 자신의 토지를 마음대로 처분할 수 없다. 그리고 영지의 소유자로서 동시에 농민들의 생존에 대하여 기본적인 의무를 부담하게 된다. 분할소유권체계는 단지 역사 속의 봉건적인 유물만은 아니다. 현대 독일에서도 토지에 관하여 처분소유권과 이용소유권을 나누어 소유권체계를 재조정하려는 안이 사민당(SPD)에서 검토된 바 있다. 이러한 예는 영국과 프랑스에서도 있었는데, 이를 봉건적인 분할소유권과 구분하여 기능적 분할소유권이라고 한다. 이에 대한 자세한 설명은 윤철홍, 『소유권의 역사』, 법원사, 1995의 「제2장 중세의 분할소유권론」, 「제8장 2차대전 후의 유럽의 기능소유권」 참조.



합의 의무를 부과하고 있다. 그리고 민법에는 권리남용과 신의성실의 원칙이 규정되어 있고, 반사회 질서행위와 폭리행위를 무효로 하고 있다. 그리고 소유권 특히 물권의 배타성을 억제하기 위하여 여러 특별법들이 만들어졌다. 주택임대차보호법에서의 주택임차보증금에 우선변제권, 근로자들의 임금과 퇴직금에 우선특권을 인정하고 있다. 특히 토지소유권에 대한 강력한 제한인 토지 공개념의 입법들, 그리고 독점의 방지와 공정한 경쟁을 위한 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 공정한 계약자유의 원리의 보장을 위한 약관규제법 등의 입법들도 있다. 한편 이러한 재산법의 수정은 단지 입법적으로만 수행되는 것이 아니라 판례법 적으로도 나타나고 있다. 그 대표적인 영역이 불법행위법이다. 대기업 등 사회경제적으로 우월한 주체들에 보다 무거운 입증책임을 지우는 입증책임의 수정 그리고 사용자책임의 면책조항을 사문화시켜 사실상 무과실책임으로 만들어 버린 것 등을 예로 들 수 있다. 그러나 무엇보다도 자본주의의 수정의 원리는 사회복지 정책에서 구할 수 있을 것이다. 우리의 경우도 이제 사회복지의 여러 측면들에서 많은 발전을 보았다. 즉 사회보험에서 실업보험, 의료보험, 산재보험, 국민연금의 체계가 갖추어져 있고, 사회보호에서도 재해구조, 의료보호, 생활보호의 체계가 갖추어져 있다. 그러나 민사법상의 재산권의 제한은 여전히 부수적이며 지역적인 규정이며, 거대 자본에 대한 제한은 그 실효성에서 큰 한계를 안고 있고, 사회복지 등 재분배체제는 아직 미미한 수준에 그치고 있다. 나아가 헌법재판소에 의하여 퇴직금의 우선 특권의 규정이 헌법불합치로 결정되어 이제 우선 특권의 적용 범위가 퇴직금의 일부로 축소되었고, 또 토지 공개념 법률의 하나인 토지초과이득세법도 헌법불합치로 결정되었다.

한국 사회의 자본주의는 여전히 옳게 규율되거나 조정되지 못하고 있다고 평가하지 않을 수 없다. IMF사태 등이 말해 주듯이 우리의 자본주의는 여전히 사회적 약자들에 대하여 횡포를 내두르고 있다. 오히려 이제 다시 시작한다는 자세로 우리의 법질서 전체에 대한 새로운 성찰이 필요한 때인지도 모른다. 여기서 나는 새삼 사소유권은 결코 절대적인 것이 될 수 없으며, 인권이라는 보다 보편적이고 시원적인 권리의 체계 속에서 그 조화로운 위상을 찾아야 하며, 자유시장경제 또한 그 자체로 절대적인 가치가 될 수 없으며, 사회 전체의 가치와 필요에 맞게 공정한 경쟁의 상태로 항상 규율되어야 하는 현재진행형의 과제라는 점을 강조하는 바이다. 그리고 사회보장 등 인권적 차원에서 비중을 두어 새롭게 구축되는 법체계는 결코 기존의 자본주의적 법질서의 사생아가 아니라 자본주의적 법질서의 역사적 채무까지도 기꺼이 떠안는 정당한 승계자임을 지적하고자 한다. 자본주의의 재산법체계는 역사적으로 인권과 정의에 적지 않은 빛을 저왔다. 자본주의의 보충으로 나온 사회보장과 사회적 시장경제는 이를테면 자본주의의 부정의를 시정하는 역할을 한다. 그러한 복지원리와 재분배의 원리는 자본주의에서 부당하게 대우를 받고, 부당하게 재산권을 박탈당해 온 이들에 대하여 법체계 전체적인 관점에서 부당이득과 손해배상의 반환이 이루어지는 것으로 파악할 수 있다. 이는 노직 등 자유지상주의자(libertarian)들이 염려하는 바와 같은 일종의 강제노역, 즉 소유권 혹은 개인의 자유를 부당하게 제한하고 억압하는 것은 아니다. 그러한 시정과 교정은 오히려 소유권의 인권적 의의인 '자유'의 정신을 회복하는 것으로 이해할 수 있다.

사적인 영역에 대한 공적인 영역의 구축은 개인의 자유를 참으로 보존하고 고양하는 길 이 된다. 현대 무제약적인 시장원리 하에서 개인들은 단기적인 이익에 대한 집착과 편협한 이기심 그리고 의지의 박약성 등으로 인하여 그 자유가 개인의 존엄과 책임성에 값하기보다 오히려 개인적으로나 사회적으로 자기파괴적인 결과를 초래하는 경우가 많다. 21세기를

코 앞에 두고 있는 지금 우리는 나라 안팎에서 다시 야만이 발호하고 있는 것을 목격한다. 인류가 험난한 역사의 산맥을 통하여 이룩한 정신적 가치와 인간의 존엄을 지켜내기 위해서는 개인들의 자의적인 자유에 의해서 침범될 수 없는, 그리고 오히려 개인들이 자신의 삶을 결정하기 위하여 의지할 필요가 있는 보편적 지지대를 마련하는 것이 시급한 일일지도 모른다. 이를 위해 현대 언어공동체에서 특히 사회의 의사소통의 구조와 흐름이 결코 사소유권의 상품시장의 원리에 의하여 지배되지 않도록 하는 것이 중요하다고 본다.

끝으로 만약에 그러한 공적 영역의 구축이 없이 여전히 배타적 사소유권의 우월성에 입각한 법질서가 유지된다면 이는 인권에 있어서 참으로 치명적인 결과를 낳을 것이라는 점을 다시 한 번 강조하고 싶다. 자본주의는 곧 다른 가치와 요구에 대하여 재산, 그것도 큰 재산의 우월성으로 특징지을 수 있다. 이러한 자본주의의 비극적 성격은, 자본주의란 소수의 자본계급이 “모든 인민의 생에 설정해 놓은 저당권과 같다”는 장 조레스의 비유에서 잘 나타난다.<sup>13)</sup> 재산, 즉 사소유권은 그것이 소유자의 인격의 실현과 유지라는 차원에 있는 한 참으로 인권의 하나라고 보지 않을 수 없다. 하지만 조금 더 나아가면 소유권은 타인의 소유권에 대한 수탈과 인격에 대한 지배권으로 변질된다. 자본주의에 대한 사회민주적 대안 혹은 사회민주적 재구성은 바로 그러한 소유권의 폭력적 성격을 순화하고, 사회의 부를 소수의 이익이 아니라 보편적 이익으로 되돌리는 작업이라고 할 수 있을 것이다.

## V. 결 어

인권과 재산권의 평화공존이라는 과제는 전체 법질서에 걸쳐 있는 문제이고, 우리 체제의 근본적인 재조정을 요구하는 문제이다. 필자는 본문에서 사회민주적 대안에 대하여 언급하였지만, 그에 대하여 아직 명확한 비전을 갖고 있지는 못하다. 사실 그 책무는 단지 필자의 몫만이 아니라 이 시대 지식인들 모두에게 부여된 것이라고 할 수 있다. 우리 모두 민법상의 재산법질서, 상법상의 기업질서, 금융법상의 거래질서 등에 대해 새로이 성찰하고 구체적인 대안을 제시하기 위해 노력하지 않으면 안 된다고 생각한다. 그러나 그러한 실질적 문제에 천착하기에 앞서 인권과 재산권의 개념적 관계를 명백히 해 두는 것이 또한 필요하다고 생각하며, 이 글의 주된 목적도 그 점을 밝히는 데에 있다고 할 수 있다. 요컨대 현대 한국 사회의 인권의 과제는 헤겔 식의 용어로 말하자면 ‘재산권의 인권적 지양’에 있다고 말할 수 있다.

재산권은 즉자적(an sich) 상태에서 자기보존과 자기실현의 인권적 의미가 있다. 그러나 그것이 대자적(für sich)으로 이행하면서, 즉 외화(外化: Äußerung)되면서, 본래의 것과 대립을 이룬다. 즉 소외(疏外: Entfremdung)된다. 따라서 이제 그 소외된 것을 다시 원래의 것으로 되돌리는, 그리하여 즉자대자적(an-und-für sich)인 것으로 만드는 지양(止揚: Aufheben)이 우리의 과제로 남는 것이다. 즉 추상적인 차원의 소유권의 합리적 본질을 유지하되, 재산의 부당한 지배와 월권을 철폐하여, 소유권이 바로 보편적 인권의 구체화로서 자리매김될 수 있도록 하여야 하는 것이다. 인간의 오만함을 다스리지 못한다면, 자유는 어느 덧 방종으로 빠질 것이며, 영원한 보편적 가치는 찰나적이며 편협한 이기적 이익에 의하여 축출될 것이다.

13) 장 조레스, 「인권에서 사회주의로」, 양호민 편역, 『사회민주주의』, 종로서적, 1985, 84면.