

財産權保障의 思想的·理論的 基礎

고 헌 환*

목 차

- I. 序論
- II. 財産權의 思想的·理論的 基礎
- III. 檢討
- IV. 結論

국문초록

재산은 인간이 삶을 영위하기 위한 필수적 요소이다. 재산의 중요성과 그 위에 형성되는 권리는 자본주의 발달과 사회국가원리의 도입으로 공공의 원리가 싹트면서 절대적 권리에서 상대화 되어 사회적 구속성, 그리고 손실보상의 문제가 대두되었다. 재산권의 사회적 구속성은 공공의 이익을 위하여 개인의 재산권 제한하는 사회적 제약을 의미한다.

사회적 구속성의 법률적 근거가 오늘날 각국의 헌법에 규정되어 있지만, 개인의 절대적 기본권으로서의 재산권의 침해가 공공복리를 위해서 상대화되기까지 재산권의 개념에 대한 많은 변천이 있었다.

따라서 본고에서는 재산권 개념의 변천에 관하여 고대에서부터 현대에 이르기 까지 학자들의 재산권보장의 사상적·이론적 기초에 관하여 검토함으로써 재산권 보장과 사회적구속성 그리고 손실보상에 시사하는 바를 도출 하고자 한다.

주제어 : 재산권, 재산권보장, 사회적구속성, 손실보상, 공공복리, 자본주의

논문접수일 : 2008.01.28 / 심사완료일 : 2008.02.11 / 게재확정일 : 2008.02.11

* 제주대학교대학원 법학과 박사학위과정

1. 序 論

재산은 역사적 개념이며¹⁾ 사회의 변천과 더불어, 그 개념과 중요성에 대하여 많은 변화를 거듭하였다. 원시사회에서는 재산의 중요성을 인식하지 못한 채 삶의 수단으로서의 재산적 가치를 가지지 못하였다. 그러나 국가가 성립 하면서 재산에 대한 인식은 삶의 수단으로서의 중요성을 점차 부각 시키면서, 재산의 소유와 분배에 대하여 사상적 이념이 대두되었다. 이러한 재산은 계몽주의와 공리주의 철학적 사상을 바탕으로 근대국가에서의 재산권으로서의 권리를 인정하게 되었고 자유와 재산은 어느 쪽도 소홀히 할 수 없는 불가분의 관계에 놓여지게 된다. 재산권²⁾은 봉건주의가 몰락하고 시민혁명을 계기로 절대적 권리로 보장받게 되었다.³⁾

그러나 자본주의 발달과 사회국가의 발전과 더불어 재산권에 대한 새로운 접근방식이 필요함에 따라 재산권의 자율성을 인정하면서 적절한 제한과 규제를 가해야 한다는 인식이 싹텄다. 즉, 재산권은 절대적일 수 없고 상대화 되어 공공복리를 위하여 재산권의 절대성은 부정되고, 사회적 제약 내지 사회적 구속성, 그리고 재산권의 침해에 따른 보상이 논의되기에 이르렀으며, 이에 국민의 재산권을 보장하기 위하여 1919년 바이마르 헌법을 효시로 재산권의 보장과 사회적 구속성에 관하여 각국의 헌법에 수용하였다.

재산권보장에 관하여 독일은 연방기본법 제14조⁴⁾에 미국은 수정헌법 제5조와 제14

- 1) 루돌프는 재산은 상이한 사회적 여건 하에서 시대와 사회의 변화에 따라 상이하게 발전해왔으며 하나의 독립된 관계로서의 추상적이고 불변의 개념인 재산권의 개념규정의 시도는 형이상학적 혹은 법학적 환상에 불과하다고 말하고 있다. Rudolf, Die Bindngen des Eigentums. Tübingen. 1960. S. 1.
- 2) 현행 헌법이 보장하고 있는 재산권이란 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 말한다. 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2007. p.543. ; 허영, 「한국 헌법론」, 박영사, 2006. p.455 ; 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2006. p.587 ; 그리고 헌법재판소에 의하면 “공법상의 권리가 헌법상 재산권으로 보호받기 위한 요건에 대하여 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 익을 위하여 이용 가능해야 하며, 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며, 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다. 즉 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는 경우에 한하여 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함되는 것이다” 라고 정의하고 있다. 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289.
- 3) 프랑스 「인권과 시민의 권리선언」 제17조에서는 「신성불가침이고 신성한 재산권은 법률적으로 인정된 공용이 요청되고 정당한 사전보상의 조건하에서 이루어지지 않는 한 어느 누구도 박탈될 수 없다.»라고 규정 하고 있다.
- 4) 독일기본법 제14조는 제1항에서 「재산권 및 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.» 제2항에서 「재산권에는 의무가 따른다. 그 행사는 동시에 공공의 복리에 적합하여야 한다.» 제3항에서 「공용수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는

조에 규정⁵⁾하고 있으며, 일본은 헌법 제27조⁶⁾에 그리고 우리나라는 헌법 제23조에 규정하고 있다.⁷⁾ 이러한 재산권보장에 관한 헌법적 수용은 국민 개개인의 권리보장과 함께 재산권의 사회적 구속성⁸⁾을 강조함으로써 헌법이 추구하고 있는 사회국가 이념과 재산질서의 조화를 꾀하고 있다.⁹⁾ 또한 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극적으로는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이며, 재산질서에 관한 헌법적 표현으로서 국가 내에 있어서의 개인의 지위와 전체로서의 사회질서를 위해 가장 중요한 의미를 지니고 있다.

이와 같이 재산권 보장의 헌법적 수용은 재산권보장과 사회적 구속성에 관한 취지를 명확하게 파악하기 재산권의 사상적·이론적 기초에서 근거하였으며, 또한 이를 전제로 하였다. 재산권의 사상적·이론적 기초는 재산권의 사익과 공익의 조화, 재산권의 사회적 구속성의 범위, 재산권의 사회적 구속성과 공용수용의 구별 등에 영향을 미쳤으며, 이를 이해하기 위한 필수적 요소인 것이다.

따라서 본고에서는 사회국가의 이념추구의 일면으로서 재산권의 사상적·이론적 기초 내용을 살펴보고, 검토함으로써 재산권 보장과 재산권의 사회적 구속성의 관계를 정립하고 이에 대하여 시사하는 바를 도출하고자 한다.

법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량 하여 정해져야 한다. 보상 때문에 분쟁이 생길 경우에는 정규법원에 재소할 길이 열려 있다.»고 규정하고 있다.

- 5) 미국의 재산권보장에 관하여 1791년 제정된 미국연방수정헌법 제5조에서 「법률에 정당한 절차에 의하지 않고는 생명·신체 및 재산이 박탈되지 않으며, 또한 정당한 보상 없이는 공공을 위하여 사유재산은 수용당하지 않는다.»라고 규정하고¹⁾ 있으며, 또한 제14조 제1항에 「어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 지배권 안에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못 한다.»라고 규정하고 있다.
- 6) 일본헌법 제29조 제1항 「재산권은 이를 침해하여서는 아니 된다.」 제2항에서는 「재산권의 내용은 공공복리에 적합하도록 법률로 이를 정한다.」 제3항에서는 「사유재산은 정당한 보상 하에 이를 공공을 위하여 이용할 수 있다.」라고 규정하고 있다.
- 7) 헌법 제23조 제1항은 「모든 국민의 재산권은 보장 된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.」 제2항은 「재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다.」 제3항은 「공공의 필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.」고 규정하고 있다.
- 8) 재산권의 사회적 구속성(Sozialbindung des Eigentums)이라 함은 공공복리를 위하여 재산권의 주체가 그 재산에 관하여 무 보상으로 일방적인·적절한, 그리고 기대 가능한 갖가지 제한을 받게 되고 또 받게 될 수 있음을 의미하며, 재산권의 약용이나 남용 등 재산권의 무제한적 행사로 말미암아 초래되는 사회적 폐단을 최소화하고 사유재산제의 기본이념을 수호하려는 것이며, 사유재산제의 유지·존속을 위한 최소한의 자기희생 내지양보를 의미하는 것이다. Leisner, Sozialbindung des Eigentum. Berlin. 1972. S. 10. : 현재 2005. 5. 26. 2004헌가10. 참조
- 9) 강정인, “로크사상의 현대적 재조명”, 『한국정치학회보』, 1998. p.53. : 최윤오, “조선후기 토지공개념과 토지개혁론”, 『역사비평』, 2004. p.40.

II. 財産權의 思想的 · 理論的 基礎

1. 플라톤(Platon)과 아리스토텔레스(Aristoteles)의 思想

근대가 최초의 계급사회였고 사유재산권이 발생한 시기였다면 고대는 공적 소유에서 사적 소유로의 시발점의 의미를 갖는다. 따라서 이 시대에 대표적인 사상가이며 이론가인 플라톤과 아리스토텔레스의 논쟁을 통해 재산권의 공유로부터 사유로의 이행 과정을 살펴보자.

플라톤은 그의 저서 “공화국”에서 인간의 욕구를 필요한 욕망과 소비적이며 불필요한 욕망으로 구분하였다. 그에 따르면 전자는 인간의 본성상 불가결한 것이며, 삶에 유익한 것이지만 후자는 무익하거나 해를 주는 것이다. 따라서 훈련으로 절제돼야 한다고 구분하여 설명한다. 그는 필요한 욕망을 생존을 위한 재산으로서 의·식·주 라고 하는 한편, 진정으로 행복한 사람이란 참다운 의미의 부자로서, 절제와 덕을 갖춘 사람이며 가장 무지하고 불행한 사람이란 부에 대한 탐욕을 가진 사람이라고 한다. 이렇게 볼 때 플라톤은 재산과 소유에 대해 부정과 비판만을 한 것이 라고 볼 수 있다. 그렇다면 어떻게 그는 부와 소유에 대해 부정적인 태도를 지녔는가? 이런 부정적인 태도는 인간의 정신과 영혼을 우위에 두는 그의 형이상적 태도로부터 기인하는 것 같다. 그는 “재산과 명예가 과분하지 않게 적절한 상태를 유지하는 것이 좋으며, 국민 간에 극단의 빈부의 차이가 존재하면 국가 내에 공동체와 연대감이 파괴 된다”고 주장한다. 극단적인 빈부의 차이는 이것으로 끝나지 않고 점차 타락하여 유산자는 무산자가 되고, 유산자는 더욱 자신의 소유에 집착하여 사회의 불안과 혼란이 고조되어 종국에 가서는 국가의 전복과 혁명에 이른다고 한다. 따라서 이러한 개인의 타락과 국가의 몰락을 방지하기 위해서는 어쩔 수 없이 가족과 재산을 공유하고, 일체의 사적 소유를 폐지하는 것이 이상국가의 상태라고 생각했다. 그러나 그것이 현실적으로 어렵기 때문에 토지와 재산을 국민에게 골고루 분배하여 사용하게 하며, 국가의 소유로 하는 것이 최선의 방법이라고 주장하였다.

그러나 그의 제자인 아리스토텔레스는 자연적인 충동에서 성립된 최초 결사(結社)인 가족을 기초로 생존을 위한 가장 포괄적이며, 정치적으로 최고 단계의 결사인 국가에서 인간생활이 완성된다고 하였다.¹⁰⁾ 따라서 최종단계로서 국가는 가족에 뒤따르는 것

10) Barker/ Ernest. *The Politics of Aristotle*. 나종일 역, 「정치학」, 1992, pp.42~43.

이지만 윤리적 목적에 선행하는 것이다. 그렇다고 해서 가족을 부차적으로 취급하지는 않고 오히려 국가의 기초 구성단위로서 유기적 관계가 있다고 파악하여 “모든 가족은 국가의 일부이며 부모와 자식들의 세계는 모두 가정의 일부이다. 이 모든 부분의 선은 전체의 선과 연관되어 생각해야 한다.”고 하였다. 그런 이유로 그는 국가와 마찬가지로 생존과 자연적 충동에 의한 결사인 가족에 대해 설명을 시작하는데 이때 “재산은 생활을 영위하는 목적을 위한 도구로써 가족의 일부이며, 재산을 획득하는 기술은 가정운영의 일부”라고 하였다. 그렇다면 그는 여기서 한 가족의 생존과 생활을 위해 필요한 재산의 유용성을 옹호하는 한에 있어서는 개인의 사적 소유에 대한 명백한 지지를 하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 그의 이러한 주장이 곧, 재산에 대한 무제한의 사적 소유의 추구를 옹호했다고는 볼 수 없다. 그는 화폐의 유통수단 기능이 전도되어 돈 버는 일에 몰두하는 것을 비난하면서 향락을 위한 수단이 아닌 올바른 형태의 재산획득 방법으로서 생산적인 농업과 목축을 예로 들었다.¹¹⁾ 그는 이상적인 국가에 대해 물질적 조건이 구비될 때 실천 가능한 것이라고 주장한다. 국가의 토지와 재산에 대해 “국가 영토는 두 부분으로 나누어져 있는 게 좋은데 그 한 부분은 공유재산이며 다른 부분은 사적인 소유자들에게 속하게 될 것이다.”라고 하면서 이 때만이 국가내의 평등과 정의가 구현되고 국가간 전쟁 시 국민의 단결로 공공의 이해를 달성할 수 있다고 하였다. 그리고 시민들은 누구나 생계수단을 가질 수 있도록 국가가 도와주어야 하며 정치가는 국민의 극도의 빈곤을 방지하고 개인의 재산 소유는 사유로 하되 전체의 좋은 삶을 위해 그 사용은 공동으로 해야 한다고 하였다.¹²⁾

한편, 고대는 기술한 바와 같이 사적 소유의 시발점이었다면, 증세는 토지와 정원을 매개로 농노, 농민과 영주 간, 영주와 대 영주 또는 국왕간의 주종관계를 기초로 한 봉건적 신분사회이다. 따라서 이때의 권리와 의무의 관념은 신분에 고착, 매몰되어 있기 때문에 증세는 소유권 사상이 전면적으로 전개될 조건을 결여하고 있었다. 이러한 증세 봉건제도도 차츰 무역과 지대의 금납화, 상업무역의 확대, 자급자족 경제의 붕괴, 시장의 확대 등 생산력의 발전에 따른 상품 교환관계가 확대되면서 차츰 내부적으로 붕괴되기 시작하였다. 거기에다 인간의 정신적 자유의 모든 영역을 관장하던 교회와

11) 공정가격을 위반한 상행위를 반사회적인 것으로 경멸하였고 고대의 사상가들은 사인을 생산자, 소비자 양 쪽에서 이윤을 획득하는 비생산적인 계급으로 경멸하였음

12) 토마스 아퀴나스도 공유의 경우보다 사유일 때 재산취득에 있어 보다 주의를 하게 된다고 하고 이렇게 개인이 특정물건에 대해 주의를 기울이는 것이 인간행동에 있어 질서를 유지할 수 있게 한다고 하였다. 그리고 대부분의 스킨라학과 들은 재산권의 공유는 분쟁을 야기하나, 사적소유의 인정은 이러한 분쟁을 제거할 수 있다고 보고 있다. 김문현, “재산권의 사회구속성에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1994, p.53.

종교적 권의가 종교개혁을 통해 무너져 정신적 자유의 확대가 됐고, 증세 최대의 토지 소유자인 수도원의 영지를 몰수하는 경제적 개혁이 단행되게 되었다. 그러나 무엇보다 소유권 사상과 더불어 증세 봉건소유 관계를 변화시키는데 결정적 기초를 제공한 것은 근대 자연법사상과 노동가치설이었다. 이제 근대의 재산권 사상에 있어 대표적 자유주의자로 평가할 수 있는 로크와 그 밖의 사상가들의 논의를 통해 자유주의적 입장에서 재산권 사상을 살펴보기로 한다.

2. 존. 로크(J. Locke)의 財産權과 思想

(1) 로크의 재산권사상

로크의 재산에 관한 그의 철학은 영원한 구상에 의해 쓰여진 정치 철학이기 보다는 시대적 현상을 예견하고, 이를 반영한 실천적 이론이다. 그는 절대적인 자의적 권력으로부터 자유의 필요성과 인간은 생존을 위해 사적 지배권을 신으로부터 부여 받았다는 주장을 함으로써 만인이 소유권의 주체가 될 수 있음을 역설하였다.¹³⁾

로크의 이론은 소유의 근거를 생존의 필요나 동료의 동의에서 구하고 있던 당시의 재산론과는 달리 소유권의 근거를 노동에서 찾은 점에 그 중요성을 둘 수 있다. ¹⁴⁾“재산권의 보전이야 말로 사람들이 서로 결합하여 국가를 형성하고 정부의 통치에 따르는 주된 목적이다.” “그의 몸을 통한 노동과 손에서 하는 일은 바로 그 자신의 재산이다.”라는 주장에 나타 있듯이 재산을 생명, 자유, 자산이라는 말로 포괄적으로 사용하고 있다.

13) Locke, *The Second Treatise of Government*, edited by. J. W Gough, Oxford, 3rd 1996, pp.3~4. 존 로크는 노동가치설(Labour theory of value)에 입각하여 사소유권을 옹호하였다. 로크는 그의 「이정부론」(Two Treatises of Government)에서 토지는 본래 자연이 인간 모두에게 준 은혜의 선물로서 자연 상태에서는 인류 모두의 공유에 속하였다고 전제하고 다만 개인이 토지에 대해 투자를 하여 새로운 가치를 창조할 때 그 개인이 소유할 수 있다고 옹호하였다. 이에 대하여 헨리 조지(Henry George)는 토지는 창조주의 선물로서 모든 인간에게 귀속하는 것이다. 인간은 단지 토지의 수탁자로서 점유를 하고 있을 뿐이다. 소유권이 설정될 수 있는 것은 오로지 노동의 생산뿐이다. 그러므로 토지는 노동의 산물이 아니기 때문에 소유권이 성립될 수 없다고 토지사유제도의 문제점을 지적하고 있다. Bishop, "The Message of Henry George : A Social Philosophers Indictment of Monopoly and Privilege as of Property", *The American Journal of Economics and Sociology*, 1985, p.137.

14) 재산권의 소유를 노동에서 찾는 학자들은 로크 이외에도 Marx 등의 사회주의학자들에 의해서도 주장되었다. 한편 노동가치설을 주장하는 경제학자들은 노동에 의한 재산권 취득을 주장하는 것은 아니지만 노동이 상품의 교환가치를 결정한다고 보는데, 예컨대, Smith는 노동이 모든 물품의 교환가치의 진정한 척도라고 하였다. Hunt, *Social logical Movement in Law*, Philadelphia, 1978, p.88.

로크는 주권자가 존재하지 않는 자연 상태를 가정한다. 그리고 그는 그러한 자연 상태의 거주자들이 어떤 종류의 정부를 합리적으로 수립할 수 있는지를 논의한다. 홉스처럼 로크도 국가라는 것이 존재하지 않는다면 우리가 그것을 만들 필요가 생길 것이라고 주장한다. 홉스에게서 자연 상태는 “만인에 대한 만인의 투쟁 상태”로 묘사 된다. 그러나 로크의 자연 상태는 모든 인간은 평등하고 독립적이며 누구도 남의 생명·건강·자유, 혹은 재산을 범할 수 없는 상태이다. 인간의 자연 상태는 다른 사람의 허가를 받는다든가 혹은 다른 사람의 의사에 따르는 일이 없이 자연법의 범위에서 스스로 적당하다고 생각하는데, 따라서 자신의 행동을 규제하고, 또한 자기의 소유물과 자기의 몸을 마음대로 처리할 수 있는 완전히 자유로운 상태이다.¹⁵⁾

그리고 로크는 자연 상태의 합리적 인간은 사유재산 제도를 만들 것이라고 주장한다. 국가를 성립시키는 사회 계약의 조건중 하나가 국가는 시민의 사유 재산을 보호해야 한다는 것이다. 로크는 “세계는 인간의 이익을 위해 창조된 창고라고 주장한다. 또한 사람들은 자기들이 사용하기 위해 창고 속의 재화를 소유할 수 있으며 이 소유의 수단은 노동이다.”라고 주장하였다.

그러므로 자연에 있는 그대로의 상태에서부터 끄집어 낸 것은 무엇이든 간에 그가 자신의 노동을 섞은 것이며, 무엇인가 자신의 것을 결합한 것이기 때문에 그것을 자기의 소유물로 하게 된다고 주장한다. 로크에 따르면 공유물로서의 자연의 산물이 적어도 다른 사람에게 충분하게 여겨질 정도로 언제나 많은 양이 남겨져 있을 경우에만 마음껏 자기의 소유로 사유화 할 수 있는 것이다. 타인을 위해 충분하고 똑 같은 좋은 것들이 남아 있는 한, 축적될 수 있는 소유물의 양은 문제 삼지 않고 썩을 수 있는 물건을 축적하는 것을 문제 삼음으로써 재산 소유자를 규제한다.

토지의 일부를 개량함으로써 자기 것으로 점유하는 일은 조금도 다른 사람에 대하여 어떤 침해가 되지 않는다. 왜냐하면 아직도 토지를 손에 넣지 못한 자들이라 할지라도 마음껏 이용하고도 남을 만한 정도의 토지가 충분하게 남아 있기 때문이다. 따라서 실제로 누군가가 자기 자신을 위하여 공유지를 울타리로 둘러싸서 점유한다 할지라도 다른 사람의 몫으로서의 남겨진 토지가 조금이라도 감소되는 것은 결코 아니다. 따라서 한 사람의 소유물이 썩지 않고 타인들에게 자신들의 소유물을 축적할 수 있는 기회와 자유가 있는 한, 한 사람이 획득할 수 있는 양에는 제한이 없다. 로크는 부의 평등주의적 분배를 옹호하기 위하여 사유재산의 축적에 규제를 가할 수도 있었지만 자연 상태 속에 불평등을 도입했고 이에 의거하여 시민 사회의 불평등을 정당화 했다. 사람

15) Locke. *op. cit.* p.4.

들마다 능력과 기타의 제반 조건들, 심지어 행운의 측면에서조차 다르기 때문에 불평등이 나타난다. 이러한 차이가 불평등한 소유를 낳게 되고, 그 불평등은 국가에 넘겨 오게 되었다.

로크에게 있어 국가의 역할은 소극적이다. 이 권리는 필요한 재화와 용역을 제공하라는 의무를 타인에게 부과하지 않고 단지 각자가 자신을 위하여 이러한 재화와 용역을 마련하는 것을 방해하지 말라는 의무만 부과 한다. 국가는 복지의 제공자가 아니라 심판관의 소극적 역할만을 가진다. 로크적인 국가는 각 시민이 자신의 복지를 자유롭게 추구하는 과정에서 타인의 동일한 자유로운 계획을 방해하지 않도록 하는 심판관이다. 라고 주장한다.

3. 노직의 財產權 思想

(1) 역사적 소유권리론

로크의 입장을 계승하고 있는 노직(Nozick)은 로크에게서 이론적으로 충분히 논의되지 않았던 자연 상태와 이후 상태 사이에서의 정당한 재산소유의 문제를 해결하려고 하였다. 이를 위해 역사성과 정형성이라는 두 기준을 제시하였다. 그는 역사성과 정형성을 조합하여 네 개의 상이한 모델을 이끌어 내었다. 그는 자신의 입장을 역사적·비정형적 모델로 특징짓는다. 이 입장은 소유권리가 정당한 역사적 과정과 절차를 거쳐 획득되었는지의 여부만을 고려하며, 사회의 구조 전반에 대한 어떤 정형을 설정하지 않는다. 그는 자유주의적 입장의 틀 내에서 재산 소유와 관련된 문제를 절차의 틀을 통해 해소하려고 하였다.

노직은 역사적 정의 원리와 그가 종교상대적 원리라고 부르는 비역사적 정의 원리를 구별한다. 분배에 관하여 역사적 접근 방법의 옹호자는 상황의 정의성 여부를 평가함에 있어 재화가 어떻게 분배되는가를 보는 것만으로는 충분하지 않다고 주장한다. 그 재화가 어떻게 생산되었고 분배가 어떻게 이루어져 왔는가를 또한 보아야 한다고 주장한다. 비역사적 이론은 윤리적으로 관련성이 있는 역사적 상황을 등한시하기 때문에 정의 이론으로서 결함이 있다는 것이 노직의 주장이다. 노직에게 있어서 개인의 소유물에 대한 소유권은 절대적인 것이다. 일단 정당하게 취득한 소유물에 대해서는 그로부터 파생하는 모든 것에까지 그 소유권이 인정된다. 따라서 각 개인은 그의 신체를 정당하게 소유하고 있으며, 정당하게 소유권을 가지고 있는 육체의 노동에 의해 발생하는 모든 이익도 그 소유주에게 귀속된다. 이러한 논리로부터 노직은 “근로소득에 대

한 과제는 강제 노동과 동등한 것이다.”라고 주장한다. 그에게는 이러한 재분배 행위는 기본적으로 개인의 인권을 침해하는 것이며 도덕적으로 잘못 것이 된다.¹⁶⁾ 그렇다면 노직은 왜 이렇게 주장하는가? 그 이유는 근본적으로 노직이 자유시장주의자로서 노동력을 포함하여 정당하게 취득한 개인의 소유물에 대해서는 절대적 소유권을 인정할 뿐 아니라, 이렇게 정당하게 소유권리를 가지고 있는 것으로부터 파생되는 것 역시 그 개인에게 절대적으로 소유권이 있는 것으로 보기 때문이다. 이러한 그의 논리는 “소유권리론”에서 잘 드러난다. 일부 철학자들은 노직의 “소유권리론”을 분배적이며 경제적 정의의 문제를 다루는 정의론과는 차원을 달리하는 독특한 권리 지향적 정의론이라고 말하기도 한다. 즉, 이 이론이 개인권의 권리를 중심으로 한 자유시장형의 자본주의적 정의론을 정당화한다는 것이다.¹⁷⁾ 노직은 소유물과 관련하여 다음과 같은 차원에서 논의하고 있다.

첫째, 소유물의 취득(the original acquisition of holdings) 즉, 소유되지 않은 것들의 사물화이다. 이것을 취득에서의 정의 원리라 부른다. 여기서 문제가 되는 것은 우선 소유제도가 생기기 이전의 자연 상태에 대한 설정이다. 이상태가 신이 만들었다는 의미에서 하나의 피조물로서 만인이 공유하는 상태인가 아니면 노직의 상정처럼 소유주가 없는 무소유주의 상태인가 하는 점이다. 획득에 있어서의 재화의 점유는 실제로 최초의 주장자의 권리로 까지 올라 갈 수 있다. 로크가 주장하였듯이 단순히 소유만으로는 소유권리가 발생하지 않으며, 거기에는 자기의 노동이 흡입 되어야 한다. 노직도 로크의 노동흡입론에 따라 “사람들은 무소유주의 물건에 대해 자기의 노동을 섞음으로서 그 사물에 대한 소유권을 가진다.”고 주장 한다. 물론 노직은 토지를 대상으로 해서 거기에 노동을 가해 개간했을 때 그 토지에 대한 소유권리가 생긴다고 한 로크의 견해를 좀더 환화하여 “가치를 발생 시킨다.”라고 부연 설명하고 있지만, 노직이 로크의 이러한 이론을 그대로 받아들이고 있는 것은 아니다.¹⁸⁾

둘째, 한 사람으로부터 다른 사람으로의 소유물 이전이다. 이것은 어떤 과정을 통해서 자신의 소유물을 다른 사람에게 이동할 수 있는가? 어떻게 하여 물건들을 이의 소유자로부터 취득할 수 있는가?에 관련된 문제이다. 이를 “이전에서의 정의의 원리”라 부른다. 이 이전에 있어서의 정의의 핵심은 소유물의 이전은 그것이 자발적일 때 오직

16) 황경식, 「개방사회와 윤리」, 철학과 현실, 1996, p.143. : 황경식 교수는 이러한 노직의 경향을 우파적 자유주의라고 하면서 다음과 같이 주장한다. “노직이 대변하는 우파적 자유주의는 그러한 전제와 더불어 자기를 소유하는 사람은 외적 자원의 불평등한 소유에 대해서도 마찬가지로 강한 사적 소유권을 갖는다고 말한다.”

17) 신일철, 「현대사회의 철학과 사상」, 문예출판사, 1997, p.57

18) Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, inc. Publishers, 1996, p.175.

그러한 경우에 만 정당하다는 것이다. 노직은 비정형적인 이론이 옳다고 주장하는데 그 근본적인 이유는 정형적인 이론이 제시하는 분배상태가 자발적인 개개인의 선택에 의해서 항상 깨질 뿐 아니라, 이러한 정형을 지속적으로 유지하기 위해서는 자발적인 소유물의 이전을 지속적으로 통제하여야 하고 이러한 통제는 개인의 자유를 침해하는 것이기 때문이다. 노직은 이렇게 최초 취득과 이 소유물의 이전에 관하여 두 정의를 제시한다. 이렇게 구성된 소유권리론은 이 두과정의 반복에 의해서 완성된다, 즉 어떠한 한 사람도 첫째와 둘째의 과정의 반복적으로 거치지 않고서 그 소유물에 대한 정당한 소유권을 가질 수 없다. 그리하여 노직이 제시하는 분배적 정의의 완결된 원리는 "한 분배가 정의로울 충분조건은 그 분배 하에서 모든 사람들이 자신들이 소유하고 있는 것에 대한 소유권리를 소유 함이다."라는 식으로 표현될 수 있다.

4. 맥퍼슨의 財產權 思想

맥퍼슨(Macpherson)은 재산권 개념에 관한 오해를 지적하면서 그 같은 오해가 생겨나게 된 역사적 배경을 설명하였다. 재산권처럼 변화하는 개념을 정의하는 일은 쉽지 않다. 그러나 그는 두 가지 난점이 있음을 지적한다. 하나는 재산권이라는 말의 통상적 용법과 모든 법체계들, 그리고 이 주제에 대한 철학자, 법률가, 정치사회 이론가들의 논의들에서 재산권이 가지는 의미가 일치하지 않는다는 사실이다. 오늘날 통상적 의미에서 재산이란 사물을 의미한다. 그리고 법률가나 학자들은 재산이란 사물뿐만 아니라 사물대한 권리도 포함하고 있다.¹⁹⁾ 그는 먼저 재산은 사물이 아니라 권리라고 주장한다. 어떤 사회이든 관습, 협약에 의해서건 재산과 단순한 물리적 점유를 구분 하는 순간 그 사회는 결과적으로 재산을 권리로서 인정하게 된다. 그리고 원시 사회조차도 이 같은 구분을 한다. 이 구분은 공동재산인 토지나 목축, 포획물 및 여러 사유재산에 공통적으로 타당하다. 두 경우에 모두 재산을 가진다 함은 어떤 것의 사용이나 이익에 대한 강제력을 지닌 요구라는 의미에서 권리를 가짐이며 이는 어떤 공동 자산에 대한 참여권이든 특정 사물에 대한 개인적 권리가든 무관하게 타당하다. 재산권을 단순히 잠정적 점유와 구분하는 것은 재산권이 하나의 요구이고 이 요구가 사회국가에 의해서 그리고 관습, 협약, 법에 의해 강제될 것이라는 점에 있다. 만약 이 같은 구분이 없다면 재산권 개념은 필요 없게 될 것이다. 단순한 점유나 잠정적인 물리적 획득 이외의 다른 개념은 불필요할 것이다. 철학자, 법률가, 정치 사회 이론가가 재산을 사물로

19) Macpherson. *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford : Oxford University. press. 1977. pp.9~10.

서가 아니라 권리로써 다루어 왔던 것은 의심할 바 없이 바로 이런 이유에서였다. 그리고 여기서 권리란 어떤 것의 사용이나 수익에 대한 요구라는 의미이다. 재산권은 그것이 강제력을 수반하는 요구이기 때문에 권리로 여겨지는 것이 아니라, 현행의 유력한 윤리 이론이 그것을 필수적 인간 권리라고 생각하기 때문에 그리고 그러한 한에서 강제력을 수반하는 요구라고 생각한다.

맥퍼슨은 재산권이 강제력을 수반하는 요구라고 정의할 때 그것이 가지는 논리적 함축에 주목한다. 즉, 재산권이란 사람들 사이의 정치적 관계라는 점이다. 재산권이 정치적이라는 점은 분명하다. 강제력을 동반하는 요구라는 관념은 그것을 강제할 어떤 조직체가 있어야함을 함축한다. 그것을 강제할 수 있을 만큼 충분히 강력한 유일한 조직체는 전체 사회 자체이거나 그것의 특수한 기구 즉, 국가이다. 그래서 재산권은 정치적 현상이다. 재산권이 사람들 사이의 정치적 관계라는 사실도 마찬가지로 명백하다. 왜냐하면 어떤 주어진 재산 제도도 각 사람들의 타인들에 대한 권리체계가기 때문이다. 그것은 어떤 것으로부터 타인을 배제하는 나의 권리이다. 그러나 그것은 어떤 것으로부터 배제되지 않을 각 개인의 권리인 모든 종류의 공동재산에도 마찬가지로 타당하다. 공동재산의 이념이 우리 시야에서 실질적으로 사라진 것은 17세기에 들어와 우리가 근세 자본주의 시장사회로 들어선 이후였다. 그 때 이후 공동재산이라는 말은 모순개념으로 보이게끔 되었다. 이것은 사정의 변화를 반영한 것이다. 16세기와 17세기 이래로 토지와 정착지의 보다 많은 자원들은 사유재산화 되었으며, 실제로 오늘날까지도 그렇듯이 사유재산은 양적으로 무한정하고 사회적 기능의 수행에서 무계약적이며, 자유롭게 양도될 수 있는 것으로 되어갔다.

근대에서도 사유재산을 사용 할 때 어떤 제한을 받는다. 법은 보통 어떤 이가 토지나 건물을 공중에게 피해가 되도록 사용하거나 자신의 어떤 재화든 타인의 생명에 위태롭게 사용하는 일들을 금지한다. 그러나 근대의 재산권은 그것에 선행한 봉건적 권리와 비교해 보면 두 가지 면에서 절대적이라고 볼 수 있다. 그것은 사용권일 뿐 아니라 처분하고 양도할 수 있는 권리이다. 그리고 그 권리는 소유자가 수행하는 사회적 역할 여하에 제약받지 않는다. 물론 이것은 바로 자본주의 시장경제가 기능하도록 하기 위해 필요한 종류의 재산권이다. 시장이 자유롭고 완전하게 기능하려면, 그리고 시장이 노동과 자원을 필요로 하는 곳에 배분하는 일을 제대로 수행하려면, 모든 노동이나 자원들이 이 같은 종류의 재산으로 전환되어야 한다. 자본주의 시장경제는 지반을 마련하고 성장함에 따라 이 배분의 과업 대부분을 떠맡도록 기대되었고, 실제로 떠맡았다. 그리고 그것이 그 역할을 수행함에 따라 재산개념이 사물에 대한 개인이나 법인의 배타적이고 양도 가능한 절대적 권리라는 의미에서 사유재산으로 환원되어야만 했

던 것은 자연스러운 일이었다. 그러나 이제 사정이 다시 변화하고 있다. 가장 자본주의적인 나라들에서조차도 시장적 배분이 모든 일을 하도록 기대되지는 않게 되었다. 사회가 전제로서 혹은 그것의 가장 영향력 있는 부분이 배분의 업무를 수행하게끔 되었다. 이 경우 국가는 복지국가 또는 전쟁 수행국가로서 기능하게 되는데 어떤 경우이든 이 국가는 규제적 국가이다. 재산에 대한 적극적인 사회적 압력은 가장 선진된 사회들에서 시장 기능이 가져온 불편한 난국의 아주 직접적인 결과로 현재 점증하고 있다. 이 같은 압력 가운데 가장 인상적인 것은 대기 및 수질오염 위협에 대한 점증하는 공공 의식으로부터 오고 있다. 지금까지는 거의 재산으로 의식하지 않았던 공기와 물이 공동재산으로 인식되고 있으며, 깨끗한 물과 공기에 대한 권리는 그로부터 어느 누구도 제외되어서는 안 될 재산권으로 간주하게 되었다.

(1) 소유적 개인주의와 자유민주주의

맥퍼슨은 자유민주주의가 계급 분열 사회를 승인하고 그것에 기초하여 민주주의적인 구조가 적합하도록 시도한 전통을 가지게 되었다고 주장한다. 그는 자유민주주의가 성립된 이후에도, 자유경쟁의 시장원칙이라는 사회조직의 원리는 확고히 유지되었다고 주장하였다. 나아가 이 시장구조는 개인에게까지 확대되었다는 점을 강조하고 있다. 이러한 맥락에서 맥퍼슨은 자유민주주의가 기반하고 있는 자본주의 시장사회를 “소유적 시장사회”²⁰⁾ 라고 칭하고 있다.

소유적 시장사회는 노동이나 보수의 배분이 권위적으로 이루어지며, 토지와 노동의 시장이 없는 “관습·신분사회”(Customary or Status Society)와 구별된다. 또한 상품과 용역의 생산과 분배가 시장에 의해 조정되어 노동이나 보수의 배분이 권위적으로 이루어지지 않으나 생산물 시장이 노동 시장으로 확대되지 않는 “단순 시장사회”와도 다르다.

소유적 시장사회에서는 다수의 노동수단을 소유하지 못한 사람들은 생계를 얻기 위해 다른 개인들과의 경쟁 하에 자신의 노동력을 상품으로서 시장에 지속적으로 내놓아야만 한다. 따라서 소유적 시장사회는 자본과 토지를 소유하는 자들과 그렇지 못한 자들의 계급분할을 초래한다.²¹⁾ 특히, 노동수단을 소유하지 못한 다수는 노동생산물과 동

20) 맥퍼슨은 “소유적 시장사회”라는 개념은 Marx, Weber, Sombart 등이 사용하는 부르주아사회 또는 자본주의사회의 개념과 유사한 것으로서 노동력시장의 존재여부가 자본주의의 준거이며, 소유적 시장사회를 포함한 이들의 개념이 근대 유럽사회에 근접하는 모델. 또는 이념형의 하나로 구성되었다는 점에서 동일하다고 말한다. 그러나 소유적 시장사회의 개념은 그 사회의 기원과 발전에 관한 특별한 어떤 이론을 필요로 하지 않는다는 점에서 그들의 개념과 다르며, 시장관계의 지배와 양도성소유물로 노동의 인정이라는 그 사회의 본질적 특징을 강조하는 장점을 가진다고 말한다.

일한 양의 임금을 받을 수 없게 된다. 반면에 자본과 토지를 가진 사람들은 다른 사람의 노동을 고용함으로써 다른 사람의 힘의 일부를 자신의 것으로 하게 되는 “순수전이”를 실현할 수 있게 된다. 이와 같은 “힘의 전이(transfer of power)”는 맥퍼슨의 소유적 시장사회 분석의 중심적 개념이다. 이러한 힘의 전이는 생산과 동시에 발생하는 것으로서 지속적인 성격을 갖는 것이라고 한다. 그러므로 소유적 시장사회는 토지나 자본의 비소유자로부터 소유자에게로 지속적인 힘의 전이를 낳는 사회라고 할 수 있다.

힘의 전이 개념을 통해 소유적 시장사회의 내재적 불평등을 밝히고, 자유민주주의 이론의 전제로서의 소유적 개인주의의 가정을 통해 자유민주주의가 지닌 한계를 구명한 맥퍼슨의 분석은 자발적 순종에 의해 유지되고 있지 못한 자유민주주의의 문제점을 인식하고, 공존원칙으로서의 자유민주주의의 체내화가 진행된다 해도 자유민주주의 자체가 지닌 공존원칙으로서의 내용상의 결점으로 인해 순조로운 공존이 어렵다고 본다. 따라서, 자유민주주의의 실제적 기반이 되는 소유적 시장사회의 논리적 가정들인 소유적 개인주의와 그것의 근원인 인간관에 대한 새로운 전제를 바탕으로 공존 주체로서의 인간본성에 입각한 공존원칙을 규명하고자 하는 노력이 필요하다. 이런 문제를 해결하기 위해 맥퍼슨은 개인의 재산권의 범위를 확장하려 한다. 재산권은 항상 개인적인 권리여야 하지만 그것이 자유주의 이론이 한정하는 것처럼 어떤 것에 대한 사용이나 수익에서 타인을 배제하는 배타적 권리로 제한될 필요가 없다는 것이다. 오히려 그 사용이나 수익으로부터 타인에 의해서 배제되지 않을 동등한 개인적 권리일 수 있다는 것이다. 재산권이 이처럼 이해될 때 자유민주주의 이론의 문제점은 더 이상 재산권에 어떤 한계를 설정하는 데 있는 것이 아니라, 타인을 배제하는 개인적 권리를 타인에 의해 배제되지 않을 권리로 대체하는 문제가 된다. 어떤 것으로부터 배제되지 않을 권리는 타인을 배제하는 권리에 못지않은 개인적 권리이다. 두 가지 모두 사회나 국가에 의해 주어진 것이며, 양자의 어떤 것도 다른 방식으로 생겨날 수 없다. 두 가지 모두 재산권의 본질적 요건을 충족시키는데, 왜냐하면 둘 다 어떤 것의 이용이나 수익에 대한 강제력을 수반하는 개인의 요구이기 때문이다. 어떤 공동 소유자로부터도 배제되지 않을 개인의 권리는 배제하는 권리에 못지않은 개인적 재산이다. 이렇게 재산권의 개념을 넓히는 것에 대해 맥퍼슨은 어려움이 없음을 주장한다.

민주사회에서의 재산권 개념은 타인을 배제하는 개인의 권리뿐만 아니라, 타인에 의해 배제 당하지 않을 권리를 첨가한 것으로 확대되어야 한다는 것이다. 미래사회에는 기술적 발전으로 요구되는 노동량은 현재보다 감소할 것이고, 그렇게 된다면 물질적

21) Macpherson. The Political Theory of Possessive Individualism : Hobbes and Locke. Oxford University. press. 1962. p.55.

생산에 기여한다는 좁은 의미에서의 노동수단에 대해 접근할 권리로서 재산권 개념은 장차 시대에 뒤떨어진 것이 되리라는 것이다. 그렇기에 재산권 개념이 참된 민주 사회와 양립 가능한 것이기 위해서는 노동수단에 접근할 권리에서 인간다운 삶에 요구되는 수단들에 접근할 권리로 변화되어야 한다는 것이다.

Ⅲ. 檢 討

1. 플라톤과 아리스토텔레스의 사상에 대한 검토

플라톤의 재산과 소유에 대한 태도는 그것을 인간의 정신적인 가치의 하위에 두고 있지만 일단 필요한 것으로 인정했다고 볼 수 있다. 인간의 타락과 탐욕에 기인한 물질적인 욕구나 지나친 사유재산의 추구가 한쪽의 부의 집중과 다른 쪽의 빈곤을 가져다주게 된다. 이것은 정치·사회체제를 위협하는 근본적인 요인이 되므로 사적 소유권에 대한 급진적인 제한이라는 처방을 가져오게 한 것이었다. 따라서 그는 부와 소유 자체에 대한 부정과 적의를 가졌다가 보다는 그에 대한 증용과 절제를 통해 개인과 집단간의 질서와 평화를 유지하려는 제안을 했다고 볼 수 있다.

아리스토텔레스의 재산에 대한 태도와 주장은 그가 공유제의 여러 가지 난점과 부당성을 지적했음에도 불구하고, 농경 생활적인 집단적, 공동소유적 잔재를 완전히 벗어나지 못한 것으로 평가된다. 비록, 지나친 재산의 불평등은 한쪽의 탐욕과 사치, 다른 쪽의 빈곤과 궁핍을 가져오므로 국가의 교육과 훈련을 통해 재산보다는 사람의 무한한 욕망을 평준화 시켜야 하며, 절제와 증용의 덕을 갖추게끔 정치·사회화 되어야 할 것으로 파악하였다. 그러나 더욱 중요하게 주목해야 할 것은 인간의 재산에 대한 욕구를 보편적이며 자연적인 것으로 간주, 사적 소유를 정당화 해준 데 있다고 할 수 있다.

2. 로크의 사상에 대한 검토

자연 상태가 재산권의 정당화 논변에서 갖는 의의는 무엇인가? 한 사회의 재화분배 상태에 영향을 미칠 수 있는 요인들은 소위 천부적 자산으로 간주 되는 개인의 신체적 건강, 지적 능력이다. 이러한 능력을 통해 혹은 기타의 방법으로 재화를 획득할 수 있는 기회를 제공하는 사회적 우연들이다. 자연 상태를 출발점으로 삼아 개인의 재산권을 정당화하고자 하는 논변은 재산권 취득 과정에서 나타날 수 있는 사회적 상황의 우

연성을 무력화시키는 강점이 있다. 결국, 최초의 자연 상태에서는 사회적우연이 개입할 여지가 없다. 그렇다면 자연 상태 초기 개인들의 재산 취득 과정에 영향을 줄 수 있는 요소들은 개인들이 출생과 더불어 지니게 되는 자연적인 자산뿐이다. 이 때의 재산은 개인의 노력의 대가가 아니며, 전적으로 그것은 자연적 우연의 소산이다. 또한 개인이 우연으로 획득한 천부적 능력에 대해 재산권으로 인정한다는 것은 재산권 취득 과정에서 최초의 출발점을 불평등한 상태로 규정하게 되는 것이다. 이때의 불평등은 무시해도 상관없는 정도로 미미한 것일 수 있다. 그러나 출발점에서의 미미한 차이는 이후의 재산권의 규모에서 엄청난 불평등을 야기하고, 최초의 원인을 제공한다. 이점으로 인해 사회적 우연을 배제하고자 고안된 자연 상태로는 자연적 우연까지도 배제하지 않았을 경우, 엄격한 의미에서 실질적인 기회균등의 요구를 수용한다고 볼 수는 없다.²²⁾ 이에 대한 논의에는 평등의 개념에 대한 충분한 논의가 뒷받침 되어야 하겠으나 분명한 것은 평등의 개념은 모든 사람이 완전히 똑 같은 경우를 말하지 않는다는 점이다. 이럴 경우 이것이야말로 가장 불평등한 상황이 될 것이다. 어떤 경우에 있어서도 우리 인간들 모두가 똑같은 신체와 능력과 환경을 갖지 못한다. 따라서 최소한의 불평등은 인정할 수밖에 없으며, 로크의 자연 상태에서의 불평등은 재산권의 보장을 도모하는 적극적인 개념으로 이해해야 할 것이다. 로크의 주장이 논리적으로 그리고 화폐경제가 발달된 오늘날의 상황에서는 무리가 있음을 인정하지만 그럼에도 불구하고 재산권의 개념을 자연권의 일부로 규정하였고 노동을 통한 재산권의 정당성을 확보하였다. 이런 것에 있어서는 상당 부분 아직 유효한 이론이며, 현재의 재산권 이론의 논의에서 꼭 필요한 것이다.

3. 노직의 사상에 대한 검토

노직의 소유권이론은 취득의 원리, 이전의 원리, 교정의 원리로 구성되어 있다. 이러한 소유권이론의 특성은 3가지로 정리 될 수 있다.

첫째, 배분적 정의 원리를 거부하는 것이다. 노직은 자신의 소유권이론을 통해 각 개인들이 소유 권리의 절대성을 이야기하고 개인이 가지고 있는 절대적 소유권을 침해하는 강제적 재분배 행위는 도덕적으로 잘못된 것임을 강조 하였다. 즉 소유권이론에 의하면 사회적 정의는 그 사회 안에서 전체적인 부와 권력이 분배되는 방식과는 전혀 무관하며, 오직 사람들이 현재 가지고 있는 소유물의 정의에만 관계한다.

22) Honore, "Ownership". Oxford Essays in Jurisprudence: A Colletive Work. ed. A Guest Oxford University. Press. 1971. p.108.

둘째, 그것이 역사적 또는 절차적 정의관이라는 것이다. 노직은 자신의 소유권리론만이 역사적이며 비정형적인 이론이라고 주장한다. 이러한 그의 이론은 또한 절차적 정의관의 성격을 띠는데 한사회의 소유물의 상태가 정의롭다면 그것이 합법적인 절차이기만 하다면 어떠한 것이든 상관없이 이를 거쳐 이전된 소유물에 대해서는 합법적이며, 정당한 소유권리가 인정된다고 말한다.

셋째, 소유권적 권리라는 개념이다. 노직이 명시하는 원리들에 따라 취득한 재산에 대해서는 각 개인은 누구에게도 양도할 수 없는 절대적 권한을 가지게 된다. 불우한 이웃이나 장애인을 돕기 위한 경우라 할지라도 개인의 자발적인 동의 없이 강제적으로 그 개인의 재산의 일부를 취하는 것은 개인의 인권을 직접적으로 침해하는 것이며 도덕적으로 옳지 않다. 이러한 특징을 가지고 있는 소유권리론에 따르면 취득하게 된 물건에 대해서는 정당한 소유 권리가 인정되며, 이 물건을 정당하게 합법적인 절차에 따라 이전하게 된다면 이러한 이전에 의해 물건을 전해 받은 사람에게 합법적인 소유 권리가 인정된다. 그리고 이러한 두 원리의 반복적인 적용에 의하지 않고서는 어떠한 경우에도 정당한 소유권리가 발생하지 않는다. 그러나 모든 소유 권리가 이런 방식으로 일어나는 것은 아니며 이 때에 교정의 원리가 작동된다. 과거의 불의에 의해 현재의 분배 상태가 결정되었다면 최대한 이 불의가 발생하지 않았을 상황과 가깝게 이 불의를 교정해야 한다. 노직은 교정의 원리를 적용하고 이를 통해 실제적인 교정이 이루어지기 위해서는 단기적으로 볼 때 보다 포괄적인 국가 즉, 최소 이상의 국가인 복지 국가의 형식이 필요함을 인정하고 있다. 교정의 여러 가지 문제를 해결하기 위해서는 국가에 의존할 수밖에 없게 된다는 결론에 도달하게 된다. 물론 문제가 아주 복잡할 경우에는 국가조차도 그 관계를 모두 파악해 내기 힘들 수도 있지만 우리는 그 이상 더 나은 해결책을 찾기 힘들 것이므로 역시 국가에 의존하게 될 것이다. 이에 대해 노직도 “단기적으로 이러한 교정의 원리를 적용시키기 위한 최소 이상의 복지국가도 필요할지도 모른다.”라는 것을 인정하였다. 하지만 교정의 원리는 장기, 지속적으로 적용되어야 한다. 그 이유는 교정 원리의 단기적용은 사회적으로 통제해야 할 문제에 대한 실제적인 통제력을 상실케 하는 것 외에 교정해야 할 문제가 끊임없이 계속해서 발생하기 때문이다. 게다가 나날이 세계가 복잡해지고 있는 현실에서 이러한 문제는 더욱 심각해 질 수밖에 없다. 교정의 원리가 장기적으로 지속적으로 작용해야 한다는 것은 또한 국가의 개입이 장기·지속적으로 이루어져야 한다는 것을 뜻하며 국가가 실제적인 강제력을 가지고 교정의 원리에 따라 사회적 재화의 재분배를 적극적으로 해야 한다는 것을 뜻하는 것이기도 하다. 그렇다면 국가가 개입하고 통제하는 부분은 어디까지여야 하는가? 국가는 우선 가장 합리적이며 최대 다수가 합의할 기준을 정해야 하며

이 기준을 제시하여 지켜질 수 있도록 강제할 수 있다. 이 기준을 정하는 국가 역시 자의적이며 임의적으로 기준을 정할 수 있지 않는가? 하는 반론이 있을 수 있지만, 어떤 존재가 가장 합리적이며 객관적인 기준을 제시할 수 있으며, 그리고 이를 한 지역의 모든 사람에게 동등하게 강제할 수 있는가라는 문제에 대한 대안으로 우리는 국가를 선택할 수밖에 없는 것이다. 그러나 국가의 지나친 간섭은 개인의 인권을 유린하고 개인을 정치의 수단으로 만드는 위험이 내포되어 있으므로 국가의 통제는 국민의 합의와 감시 하에 이루어져야 할 것이다. 이를 위한 국민적 합의의 도출을 위한 노력도 아울러 필요할 것이다. 노직은 복지의 권리가 자유권과 충돌할 경우 복지의 권리를 무시할 뿐만 아니라 전적으로 없애 버린다. 이러한 관점은 상당한 옹호적인 논변이 필요한데 이것에 대한 제시가 이루어지지 않았다. 자유권과 복지권의 충돌은 자유와 평등의 상호 대립적인 측면에 빚어지는 결과라 할 수 있다. 재산권의 인정과 정당성에 있어서도 이 두 개념은 매우 중요하다. 한 개념의 강조는 다른 개념을 무시하거나 소홀하게 취급하게 된다. 모든 사람이 인정하는 형태의 원리는 도출될 수 없을 것이며 이에 대한 대안으로 흔히 “자유와 평등의 조화”라는 개념을 사용한다. 그러나 이 또한 현실의 상황에서 한계와 범의, 방법을 찾기가 쉽지 않다.

이제 이 문제는 선택의 문제로 남게 될 것이다. 한 사회의 역사적·문화적 전통과 사회적 합의, 기타 여러 가지 조건을 바탕으로 재산의 취득과 사용에 있어 자유권을 강조하느냐, 복지권을 강조하느냐를 결정하는 것이다.

4. 맥퍼슨의 사상에 대한 검토

재산권을 정의의 기본 주제로 삼는 사회에서 재산권 개념을 손상시키지 않으면서도 국가가 재분배 정책을 추진할 수 있는 합법적 방도가 있을 수 있음을 보이고자 함에 있어, 맥퍼슨의 재산권에 대한 개념은 시사하는 바가 크다. “타인으로부터 배제되지 않을 권리”로서의 재산권의 개념정의는 그 동안 관심 밖에 있었던 물과 공기에까지 재산의 범위를 확대할 수 있는 토대를 제공하고 있다. 이를 위해 그는 먼저 재산권의 범위를 확장하려 한다.

재산권은 항상 개인적인 권리여야 하지만 그것이 자유주의 이론이 한정하는 것처럼 어떤 것에 대한 사용이나 수익으로부터 타인을 배제하는 배타적 권리로 제한될 필요가 없다는 것이다. 그리고 이렇게 하는데 어려움이 없다고 주장한다. 자유주의 이전 시대에 절대성을 요구하였던 주장은 인간의 선천적 불평등에 대한 가정이었으며, 자유주의 시대에는 인간의 노동이 각자 스스로의 것이라는 가정이 그 자리를 차지했다. 각각

의 가정은 각기 그 시대에 지배적인 생산 관계 혹은 소망된 체제를 옹호하고 정당화하기 위해 필요했다. 이전 시대에는 농노제와 노예제가, 그리고 그 이후 시대에는 자유시장 경쟁 체제가 그것들이었다. 그러나 어느 가정에 의해 그 협소한 패러다임이 성립되었든 그것은 인간답기 위해 필요한 것에 대한 권리로서의 재산권의 부정을 유도했다. 시장경제는 완전한 자유경쟁 체제가 아니다. 많은 시장경제하에서 행해지고 있는 정부의 시장개입과 그에 대한 정당성의 확보가 이를 증명하고 있는 것이다. 이제 맥퍼슨의 재산권에 관한 새로운 패러다임에 대한 몇 가지 의문점을 살펴보자.

첫째, 새로운 재산권 개념이 합당한가? 하는 문제이다. 이에 맥퍼슨은 플라톤에서부터 보댕에 이르기까지 재산권은 배타적 개인의 권리로 제한되지 않았으며 새로운 패러다임은 배타적 개인권리로서의 제한된 자유주의적 재산권 개념에 전적으로 배치되지도 않는다. 그것은 모순 되는 것이 아니라 배타적 권리가 자유민주주의적 윤리와 일치하는 한에서 그것을 포괄한다는 것이다.

둘째, 제기되는 문제점은 새로운 재산권 패러다임의 수용이 오늘날의 자유민주주의와 적절히 들어맞는가 하는 문제이다. 자유민주주의 사회는 배타적 재산권 개념으로부터 멀어지고 있다. 기업가들은 재산권을 개인의 노동과 연관될 필요가 없는 소득, 즉, 개인의 배타적 노동으로부터 도출되지 않은 소득에 대한 권리로 보는데 익숙해져 있다. 그리고 정치가는 소득에 대한 권리가 현재의 노동의 산물이기보다는 점점 더 기술의 산물이 되어가는 연간 산출액에 대한 배당의 권리로 간주되어야 한다는 점을 깨달아 가고 있다고 주장한다. 이런 흐름을 감안할 때 배타적 권리라는 협소한 개념은 여러 가지 문제를 발생시키게 될 것이다. 그러나 맥퍼슨이 제시하는 민주 사회의 모형은 정의의 객관적 여건으로 간주되는 재화의 적절한 부족 상태가 해소된 상황으로 보인다. 재화가 적절히 부족한 상태를 넘어선 경우 굳이 노동에 대한 적극적인 동기 제공을 해야 할 필요가 없다. 따라서 재산권의 기능은 유인으로서가 아니라, 자기실현의 수단으로 간주될 것이다. 그러나 이것은 앞으로의 역사 전개에 따라 될 수도 안 될 수도 있다. 따라서 재화의 부족이라는 객관적 여건이 지속되는 한, 재산권이 노동에 대한 유인으로서 지닌 기능은 쉽게 벗어나지 못할 것으로 보인다.

IV. 結 論

이상과 같이 재산권의 사상적·이론적 기초에 관하여 살펴보았다. 재산과 재산권에 대하여 철학자들의 사상을 정리하여 보면, 플라톤은 사유재산제도를 전면적으로 부정

하여, 재산과 소유를 인간의 정식적인 가치의 하위에 두어 재산의 소유를 중요한 것으로 인정하지 않고 공유를 주장하였으며, 한편 아리스토텔레스는 이에 대하여 개인의 재산소유는 사유로 하되 전체의 조화를 이루기 위하여 사용은 공동으로 하여야 한다고 주장하여, 이때부터 공공복리의 개념, 즉 사회적 구속성의 개념이 싹트었다고 볼 수 있다. 이러한 사상 하에 근대에 이르러 존 로크는 재산권사상의 근거를 노동에서 찾았고 노동을 투자해서 얻은 재산이야말로 진정한 재산권으로서의 의미를 부여할 수 있고, 타인의 재산을 침해할 수 없고 그리고 불평등을 해소하기 위하여 사유재산의 축적에 규제를 가할 수 있음을 주장하고 있다. 로크는 재산권의 개념을 자연권의 일부로 규정하였고 노동을 통한 재산권의 정당성을 확보 하였다는 점에서 재산권이론에 공헌하였다고 할 수 있다. 노직은 로크의 노동 흡입론에 따라 재산권에 대한 소유권의 개념보다는 가치를 발생시킨다고 주장하여 로크의 재산권의 소유개념을 완화시켰다. 그리고 재산권의 정형적인 이론 입장에서는 재산권의 분배가 개인의 선택에 의해서 깨어지고 이러한 정형을 유지하기 위해서는 지속적으로 통제하여야 하고 개인의 자유를 침해하기 때문에 비정형적 이론을 주장하여 개인의 재산권의 보장 측면을 강조하였다고 할 수 있다.

맥퍼슨은 재산을 사물이 아니라 재산권이라고 주장하면서 재산권은 국가에 의해 제약을 받을 수 있으나 재산권의 본질적 내용²³⁾은 제약할 수 없다고 주장하고 있다. 이러한 점에서 맥퍼슨의 재산권 사상은 아리스토텔레스의 재산의 공유화, 로크의 재산권 규제에 대해 진일보한 사상으로 개인의 재산권을 국가에 보장을 요구하는 재산권보장으로서 요구라고 볼 수 있다.

이와 같이 재산권에 대한 사상적·이론적 기초는 오늘날 재산권의 사회적 구속성과 재산권보장의 법리에 시사하는 바가 크다.

23) 재산권의 본질적 내용이란 당해 기본권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하는 것으로서 그 구체적 내용은 개별 기본권 마다 다를 수 있다. 헌법재판소는 재산권의 본질적 내용도 재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하는 것으로 파악하고 구체적으로는 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 재산권의 본질적인 내용으로 보면서, 토지재산권의 경우에도 같은 입장을 취하고 있다. 이러한 재산권의 본질적 내용을 침해하는 경우는 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화 되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르게 되는 경우라고 하며, 그 예로 사유재산제도의 전면적 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등을 든다. 김철수, 전거서, p. 356. : 헌재 1993. 7. 29. 97헌바 20.; 헌재 1989. 12. 22. 88헌가 13.

참고문헌

- 강정인, “로크사상의 현대적 재조명”, 『한국정치학회보』, 1998.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007.
- 김문현, “재산권의 사회구속성에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1994.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2006.
- 신일철, 『현대사회의 철학과 사상』, 문예출판사, 1997.
- 허영, 『한국 헌법론』, 박영사, 2006.
- 황경식, 『개방사회와 윤리』, 철학과 현실, 1996.
- 최윤오, “조선후기 토지공개념과 토지개혁론”, 『역사비평』, 2004.
- Barker/ Ernest, *The Politics of Aristotle*, 나종일 역, 『정치학』, 1992.
- Bishop, “The Message of Henry George : A Social Philosophers Indictment of Monopoly and Privilege as of Property”, *The American Journal of Economics and Sociology*, 1985.
- Honore, “Ownership”, *Oxford Essays in Jurisprudence: A Colletive Work*, ed. A Guest Oxford University. Press, 1971.
- Hunt, Alan, *Social logical Movement in Law*, Philadelphia, 1978.
- Leisner, *Sozialbindung des Eigentum*, Berlin, 1972.
- Locke, *The Second Treatise of Government*, edited by, J. W Gought, Oxford, 3rd 1996.
- Macpherson, *The Life and Times of Liberal Dmocracy*, Oxford : Oxford University, press, 1977.
- Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism : Hobbes and Locke*, Oxford University, press, 1962.
- Nozick, *Anachy, State and Utopia*, New York: Basic Books, inc, Publishers, 1996.
- Rudolf, *Die Bindnngen des Eigentums*, Tübingen, 1960.

[Abstract]

The Ideological · Theoretical Foundations of Guarantee Property Rights

Ko, Heon-hwan

Ph. D. Candidate, Dept. of Law, Cheju National Univ.

The Properties are historical concepts that many changed. The property rights guaranteed to absolute rights chance to a citizens revolutions. but absolute of property rights contradicted with together development of capitalism, discuss to social restriction and compensation, according to, for guarantee of peoples property rights accepted to many nations constitution.

The property rights acceptance based on the ideological · theoretical foundations of property rights and have an effect on social restriction of property rights different from takings or the ideological · theoretical foundations of property rights is a vital element understand to social restriction, takings, compensation. According to, on this study concenter to the ideological · theoretical foundations of property rights, should to draw guarantee of property rights, social restriction, compensation.

As arrange to philosopher ideology about property rights, Platon declared public ownership not private ownership, otherwise Aristoteles declared public ownership. chance to that can know conception of public. Locke declared that property rights founded labour. this declare contribute to property rights theories. Nozick declared that guarantee of property rights of individual.

Macpherson declared as that properties is property rights not things, property rights could restriction by the nations but do not infringe substantial matters of property rights.

Thus, the ideological · theoretical foundations of property rights effect on legal theory of guarantee of property rights, social restriction, takings, compensation in today.

Key words : property rights, capitalism, social restriction, compensation, guarantee property rights, taking.