

浦落의 法理의 再考

崔 彰 烈*

차 례

- I. 序論
- II. 地球溫暖化에 따른 環境的 影響
- III. 浦落의 法理
- IV. 浦落된 土地의 所有權과 그 歸屬
- V. 結論

I. 序論

지구온난화는 인간이 화석연료를 태울 때 대기 중으로 발생하는 온실가스의 증가로 지구의 온도가 지속적으로 상승하는 것으로 온실가스에 의한 온실효과(green house effect)에 의해 발생한다. 온난화의 원인으로 자연적 요인으로 태양활동의 변화, 지구공전궤도의 변화 등도 거론되지만 도시화와 산업화에 따른 이산화탄소, 프레온가스, 탄산가스 등의 온실가스에 의한 인위적 요인이 주범으로 지적된다. 이에 대한 2개의 중요한 증거로서 유엔 정부간기후변화위원회(Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC)가 1970년에서 2004년의 기간에 걸쳐 관찰한 기후변화¹⁾와, 찰스 킬링(Charles Keeling)이 하와이 마우나로아산에서 이산화탄소의 농도를 관측한 결과를 근거로 제시한 킬링곡선을 통한 기후변화²⁾를 통해서 알 수 있다.³⁾ 이러한 지

* 東國大學校 法科大學 副教授, 法學博士

1) IPCC, Climate Change 2007: Synthesis Report p. 30 ff.

2) Süddeutsche Zeitung vom 29./30. März 2008, S. 24 „Eine Kurve verändert die Welt“.

3) Detlef Czybulka/ 金鈺峻 譯, 유럽과 독일의 기후변화대책법- 배출권거래제도 이외의 법제도를 중심으로 -,

구온난화에 대한 자연의 반작용으로 나타나는 지역적 영향은 우리나라의 아열대 기후 후화, 태풍이나 해일의 증가, 게릴라성 폭우나 홍수의 빈발이란 현상을 체험적으로 알 수 있다.

이와 같이 하천의 홍수나 해일 등의 자연환경의 변화로 인하여 토지가 수면 아래로 몰입되어진 경우에 그 토지의 소유권은 누구에게 귀속되어야 하는가? 부동산등기법은 토지가 멸실되었을 경우에는 멸실등기를 하여야 하지만, 토지라는 것이 무엇인지에 대하여 定義규정이 존재하지 않는다. 토지와 그 정착물을 부동산으로 한다는 규정(민법 제99조)과 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이 물건이라는 규정(민법 제98조)이 있을 뿐이다. 육지는 筆로 구획하여 특정할 수 있으므로 부동산등기법상의 토지로 소유권의 객체가 될 수 있으나 물리적으로 육지에 연속되어 있으나 그 위에 해수로 채워져 있는 바다(海)는 소유권의 객체인 토지가 될 수 있는지 여부 문제가 된다. 바다는 공유수면관리법 제2조에서 공유수면으로 규정하고 있으며 공유수면매립법에 의해 매립면허를 받은 매립자에게 매립공사의 준공인가를 받으면 소유권을 귀속시키는 있고, 海水와 그 토지인 海床이 통일체로서 공공의 용도에 사용되는 공공용물이므로 국가의 공법적 지배관리 아래에 있다. 우리 대법원은 일제시대 이래로 육지에 속하던 토지가 자연현상의 변화로 하천 또는 해변 아래로 몰입되어진 경우에 우리 그 소유권은 영구히 소멸하고 무주물로서 국가에 귀속되어 공유수면매립이나 자연환경의 변화로 재성토화되더라도 종전소유자에게 귀속되지 않는다고 하는 浦落의 法理를 일관하여 판시하고 있다.⁴⁾

그러나 이와 같은 자연환경의 변화로 토지의 수몰에 의해 소유권의 객체로서의 토지가 멸실된 것으로 보아야 할 것인지 의문이 제기된다. 토지가 육지에 연속되어 해변 아래에 매몰되어 존재하고 있는 것이므로 절대적으로 소멸한 것은 아니기 때문이다. 토지가 해변 아래에 존재하더라도 日月星辰에서처럼 지배가능성을 상실하여 물건이 아니므로 소유권이 소멸한다고 볼 수도 있다. 그러나 오늘날 자연과학의 발달에 따라 하천이나 근해의 바다는 지배가능성이 전혀 없다고 볼 수 없다. 더 더구나 포락에 의해 소멸된 토지가 다시 성토화되어 지배가능성을 회복한 후에도 소유권은

기후변화에 대한 환경법적 대처방안(제91회 한국환경법학회 국제학술대회 발표문), 2008, 183면.

4) 朝高判 1911. 7. 16; 朝高判 1916. 5. 9. 民集3. 555면; 大判 1965. 3. 30. 64다1951; 大判 1979.8.28. 선고 79다726 ; 大判 1992.4.10. 선고 91다31562; 大判 2002. 6. 14. 2002두1823.

부활되지 않는다고 한다. 이와 같이 자연환경의 변화로 인한 토지가 공유수면 아래로 몰입되었을 경우에 소유권이 소멸한다고 하는 포락의 법리는 헌법상 보장된 재산권보장규정에 반하는 것은 아닌지도 의문이다.

이하에서는, 위와 같은 문제의식을 바탕으로 먼저 地球溫暖化에 따른 環境的 影響에 대하여 살펴보고 나서(II), 浦落 法理의 내용과 형성과정과(II), 공유수면하의 土地所有權과 그 歸屬(III)에 대하여 구체적으로 검토하고자 한다.

II. 地球溫暖化에 따른 環境的 影響

기후변화에 대응하기 위한 비용이 천문학적으로 증가됨에 따라⁵⁾ 기후변화의 원인에 대하여 최종적으로 제기되는 의문은 기후변화가 과연 지구 온난화 때문이라는 과학적 근거가 있는가라는 것이다. 이에 대하여 IPCC 4차보고서(2007)는 관측된 증거에 의하면 기후시스템의 온난화는 명백하며, 인간 활동이 지구온난화에 미친 영향은 높고⁶⁾, 결과적으로 21세기 기후변화의 정도는 매우 커진다고 한다.⁷⁾ 그리하여 모든 지역에서 물리·환경시스템에 나타난 변화의 89% 이상이 온난화와 관련되어 있다고 한다.⁸⁾ 기후 온난화에 따른 환경적 영향으로 지역별 기후대의 변화, 생태계변화와

5) 파비엔 구보디망 세계미래학회 회장(WFSF)회장은 지구온난화의 문제가 인류가 당면한 가장 시급한 문제라고 하면서 온난화의 문제는 첨단과학이나 기술로 풀 수 있는 문제가 아니라고 지적한다. 왜냐하면, 사회적인 협력의 필요성에 대한 느낌이 점점 사라지고 이기적으로 변하고 있어 지구촌의 협력을 요하는 이 문제의 해결이 낙관하기 어렵기 때문이라고 한다(Science Times 2007. 4. 4.)

6) 산업혁명 이후 대기중의 이산화탄소의 농도는 280ppm에서 2005년 379ppm으로 변화되었고, 현재의 추세라면 30-40년 후엔 550ppm에 달하게 되어 자연수준의 2배에 이르는 대재앙을 초래한다고 한다(IPCC 4차 보고서(2007) 우리나라에서의 이산화탄소 농도측정은 비교적 최근에서야 이루어지고 있는데 태안반도에서 관측된 연평균 이산화탄소농도는 1991년에 360ppm이었으나 매년 1.4~1.5ppm씩 증가하여 1997년에 368.7ppm을 나타냈는데, 이 같은 상승수치는 미국해양기상청(NOAA)이 측정한 세계 49개 공식관측지점 중 가장 높은 상승치를 기록한 것이다(조광우/김지혜/정희철, 지구온난화에 따른 한반도 주변의 해수면변화와 그 영향에 관한 연구II, 한국환경정책·평가연구원, 2002, 15면.)

7) 21세기 내에 북극의 빙하가 완전히 녹을 것이며, 이상기상현상으로 폭염, 집중호우, 태풍, 홍수 등은 보다 빈발하고 위력은 강화될 것이라고 예상하였다.

8) 국회예산정책처, 「기후변화협약 종합대책」 평가, 2007. 10., 1면.

생물다양성 변화⁹⁾, 전염병의 증가, 수자원의 부족과 지역적 편차심화¹⁰⁾, 농업생산지역의 변화, 남북극의 해빙에 따른 해수면상승, 강수량변화와 홍수 등에 의한 강수환경변화 등이 거론된다. 그 중에서 해면포락과 하천포락의 주요원인이 되는 海水面上昇과 降水環境의 變化에 대하여 구체적으로 살펴본다.

1. 地球 溫暖化

태양으로부터 지구로 전달되는 빛에너지(복사선 342W/m²)의 약34%는 대기중의 구름이나 먼지 등에 의해 반사되고 지표면에는 약44%인 150W/m²가 도달한다. 지구는 태양에서 도달한 빛에너지 중 적외선과 같은 長波長 에너지를 재방출 할 때 대기 중의 이산화탄소, 메탄 등과 같은 온실가스가 적외선을 일부 흡수한다. 적외선을 흡수한 온실가스 분자들은 들뜬 상태가 되고 안정된 상태를 유지하기 위하여 에너지를 방출하고 이 에너지로 인하여 지구는 평균15℃의 일정온도를 유지하게 되는데, 마치 온실의 유리와 같은 기능을 하므로 이를 자연적인 온실효과(natural greenhouse effect)라고 한다. 이와 같은 자연적 온실효과가 없다면¹¹⁾ 지구의 평균온도는 -18℃까지 내려가 지구의 생명체가 생존하는데 부적절한 조건이 된다.¹²⁾ 이와 같이 온실 가스는 지구생태계를 유지하기 위해 꼭 필수적인 것이지만 대기 중의 온실가스의 농도가 증가하여 자연적인 균형상태 이상으로 증가하는 경우에는 흡수되는 복사열의 양이 증가하여 지구표면의 온도가 상승하는 효과가 발생하는데 이를 強化된 溫室效果(enhanced greenhouse effect) 또는 地球溫暖化(global warming)라고 한다.¹³⁾ 그리

9) IPCC 4차보고서(2007)에 의하면 지구평균기온 1℃상승(2020년 예상)시 양서류의 멸종, 산호의 백화현상, 생물종다양성의 변화를 겪고, 3℃상승(2080년 예상)시엔 전 지구 생물의 대부분이 멸종한다고 한다.

10) IPCC 4차보고서(2007)에 의하면 지구평균기온 1℃상승(2020년 예상)시 4~17억명이 물부족에 영향을 받는다고 한다.

11) 달의 표면은 태양이 비추는 쪽은 100℃가 넘고, 반대쪽은 -200℃까지 되는 이유는 대기가 없어 자연적인 온실효과현상이 없기 때문이다.

12) <http://www.cdrs.re.kr/information/7.htm>(교육과학기술부 산하 CO2저감 및 처리기술개발사업단 홈페이지) 참조(20080817방문).

13) 윤서성, 「교토」 의정서와 한국의 에너지 및 환경, 한국에너지법저널 제11권(2001. 12.), 한국에너지법연구소, 2001, 9면.

고 대기 중에 존재하면서 방출된 열을 흡수하여 온실효과에 기여하는 기체를 온실가스(greenhouse gases:GHGs)라고 한다. 기후변화협약의 당사국총회(Conference of Parties=COP)¹⁴⁾에서 결정한 6대 온실가스에는 이산화탄소(CO₂), 메탄(CH₄), 아산화질소(N₂O), 수소불화탄소(HFCs), 불화탄소(PFCs), 불화유황(SF₆) 등이 있다. 이중 지구온난화지수(Global Warming Potential=GWP)¹⁵⁾는 수소불화탄소(HFCs)·불화탄소(PFCs)·불화유황(SF₆)이 1,300~23,900GWP정도임에 비하여 이산화탄소(CO₂)는 1GWP로 매우 낮지만, 규제가능한 가스(Controllable Gas)로서 국내 전체 온실가스배출량의 88.6%를 차지하고 있기 때문에 온실가스 기여도는 55%를 차지하여 가장 중요한 온실가스로 분류되고 있다.¹⁶⁾ 이산화탄소는 우리가 숨을 내 쉴 때에도 배출되지만, 석유와 석탄과 같은 화석연료가 탈 때에 방출되어 대기 중에 100년 이상 머무른다. 자연계에서의 이산화탄소는 식물이 광합성작용을 할 때에도 사용되고, 바다에도 흡수되고 남는 양이 지구에 계속 쌓이게 된다. 지구 온난화의 자연적인 원인은 태양복사에너지의 변화, 지구 공전궤도의 변화, 화산활동, 기후변화시스템의 자연적 변동가능성도 지적되지만, 산업혁명 이후¹⁷⁾의 化石燃料使用의 增加¹⁸⁾와 森林破壞¹⁹⁾로 인한 지구 자정능력 약화²⁰⁾를 가장 직접적인 요인으로 지목하고 있다.²¹⁾ 그

14) 1992년 6월 브라질 리우환경회의에서 지구온난화에 따른 이상 기후현상을 예방하기위한 목적의 기후변화에 관한 국제연합기본협약(1994년 발효되었고, 2004년 기준 188개국이 가입)의 최고기구로 협약이행상황을 정기적으로 검토 및 협약의 효과적인 이행에 필요한 조치를 결정하는 주요기구로서 특별한 사안이 없는 한 매년 1회 개최된다. 우리나라는 1993년 47번째로 동 협약에 가입하였다.

15) 일정기간(100년)동안 이산화탄소 1Kg의 적외선 흡수능력에 대한 다른 온실가스의 적외선 흡수능력의 비율
16) <http://www.cdrrs.re.kr/information/7.htm>(20080817방문).

17) 지구의 이산화탄소 농도는 10만 년 동안 거의 변화가 없다가 1800년대 산업혁명 이후 200년 만에 30%나 증가했다

18) IPCC 4차보고서(2007)에 의하면 지구온난화 원인의 90%가 화석연료의 영향이라고 한다(IPCC 3차보고서(2001)에서는 66%로 발표하였음)

19) 러시아 극동지방의 북방한대림이나 수마트라 섬의 저지 삼림, 아마존과 콩고의 열대우림 등 생태학적으로나 경제적으로 귀중한 삼림이 불법 벌목과 농경지 확보 작업으로 빠르게 사라져가고 있어, 유엔은 1990년대에 해마다 1천400만 헥타르의 삼림이 소멸되고 520만 헥타르가 새로 조성돼 전 세계에서 매년 940만 헥타르의 삼림이 없어졌고 한다.

20) 나무는 탄소동화작용을 통하여 대기 중의 이산화탄소를 흡수·고정시켜 나무속에 저장하는 吸收源(sinks) 역할을 하는 반면, 삼림을 파괴하여 태우거나 썩히면 저장되어 있던 이산화탄소를 대기 중에 배출하여 온실가스의 排出源(sources)이 된다. 지구가 탄생할 무렵에는 생물은 없고 공기 중 97%가 이산화탄소여서 대

런데 우리나라는 세계 경제규모 12위의 경제협력개발기구(OECD) 회원국인데다, 이산화탄소 배출량 세계 9위, 에너지 소비량 10위, 1990년대 이산화탄소 배출증가율 1위 국가여서 2013년 이후부터는 감축의무를 지게 될 것이 거의 확실시되고 있다. 특히 우리 산업은 정유나 철강과 같이 이산화탄소를 많이 배출하는 중화학공업이 큰 부분을 차지하기 때문에 문제의 심각성이 있다고 할 수 있다.²²⁾

2. 海水面 上昇

지구온난화는 해양의 온도상승에 따른 해양의 열팽창²³⁾, 육상빙하 및 빙모의 해빙, 남극 및 그린랜드 빙상의 용해²⁴⁾를 통하여 해수면을 상승시킨다.²⁵⁾

IPCC 4차보고서(2007)에 의하면 지구의 온난화로 인하여 지구의 평균기온이 100년간(1906-2005) 0.74°C가 상승하였다고 한다.²⁶⁾ 기후변화에 관한 향후의 전망에 관하여, SRES배출 시나리오의 범위²⁷⁾ 내에서 향후 20년 동안 0.2°C/10년의 비율로 상

기온도가 굉장히 높았으나, 식물이 발생하고 중생대에 양치류가 번성하면서 이들이 이산화탄소를 흡수해 땅 속에 묻히면서 석유나 석탄의 형태로 저장함으로써 대기 중의 이산화탄소의 농도를 산업혁명 이전의 수준인 280ppm을 유지하여 생물이 살기에 적합한 온도를 유지할 수 있었으나 화석연료를 태우고 산림을 파괴하면서 이산화탄소의 농도를 증가(380ppm)시켜 온난화를 촉발시켰다.

21) 19세기 산업혁명이 있기 전에는 오직 자연적 요소만이 지구의 대기환경에 영향을 주었으며, 이에 따라 지구에는 빙하기와 간빙기가 교체되어 왔던 것이다. 그런데 산업혁명 이후 탄산가스의 방출은 증가하였는데 이를 흡수하는 삼림은 오히려 감소하였기 때문에 지구의 온실화 현상이 불가역적으로 진행되고 있는 것이다(李相敦, 全地球的 環境問題에 대한 國際社會의 對應 —지구의 대기 환경의 위기, 특히 오존층의 파괴에 대처하기 위한 국제협약을 중심으로—, 저스티스 제22권, 한국법학원, 1989, 182면).

22) [http://www.cdrs.re.kr/information/4_view.htm?page=1&number=83&tablename=pds&sn=&st=&mode=3\(20080817방문\)](http://www.cdrs.re.kr/information/4_view.htm?page=1&number=83&tablename=pds&sn=&st=&mode=3(20080817방문))

23) 해양의 밀도변화는 수온과 염분의 변화에 의존하는데, 수온이 상승하면 해양의 밀도가 변하여 체적이 변하고 이로 인하여 해수면의 상승하는데 이를 海洋의 熱膨脹(thermal expansion, steric sea level rise)이라고 한다.

24) 남극 및 그린랜드 빙상에 함유되어 있는 물의 양은 해수면 70m에 해당하는 방대한 양으로 이들 빙상의 해빙에 의해 해수면상승에 큰 영향을 미칠 수 있다.

25) 조광우/김지혜/정휘철, 전계보고서, 17-19면.

26) IPCC 4차보고서(기상청, 기후변화 2007 종합보고서(SYR), 4면)

27) SRES배출 시나리오는 IPCC 배출시나리오에 관한 특별보고서(2000)에서 설명된 시나리오로서 현재의 기후 정책외의 추가정책은 포함하지 않고 사회경제적 요소, 인구 통계적 요소, 기술적 요소를 감안하여 4개의 시나리오(A1, A2, B1, B2)에 따라 예측하기 위한 모델이다.

승할 것으로 예측되고, 1980-1999년에 비하여 21세기 말(2090-2099)의 100년간의 지구평균기온은 1.1~6.4℃가 상승할 것으로 전망하였다.²⁸⁾ 그러나 온실가스와 에어로솔 농도를 2000년 수준으로 유지한다고 하더라도 각각 0.2℃/10년(20년 동안), 100년간 지구평균기온은 0.3~0.9℃ 상승할 것으로 예측된다. 이러한 기온상승은 지구 전체에 광범위하게 나타나고 있는데 북반구 고위도로 갈수록 최대이고, 남극대륙근처와 북대서양북부에서 최소일 것으로 예측한다.²⁹⁾ 또한 향후 온실가스의 농도가 안정화되더라도 기후과정과 피드백에 관련된 시간범위로 인해 기후변화는 수세기 동안 계속되어 2200년까지 지구평균기온은 0.5℃의 추가상승이 예상된다고 한다.³⁰⁾ 빙하기 이후 1만년동안 대기온도가 평균2℃ 상승한 반면, 지난 100년간(1906-2005) 0.74℃가 상승하였다는 것을 보면 그 상승속도가 비약적임을 알 수 있다.

우리나라는 1912년(약12℃)에서 2000년(약13.5℃)까지 평균기온이 1.5℃상승하였는데 여기서 都市化의 效果가 30%라고 가정하더라도 0.9℃가 상승한 것이 된다. 특히, 여름보다는 겨울의 최저기온이 크게 상승하였을 뿐 아니라 1920년대에 비하여 겨울기간도 약 한달 정도 짧아지고 여름은 기간이 길어졌다.³¹⁾

이와 같은 기온상승에 따라 빙하와 빙산이 녹아내려 지구 전체의 해수면 상승하였다. 즉, 1961~2003년에는 연평균1.8mm상승하였는데³²⁾ 1993년~2003년의 10년간의 연평균상승속도는 3.1mm였다. 눈과 얼음의 범위도 비례하여 축소되었는데 북극 해양빙의 경우 1978년 이후 2.7%/10년당 감소하였고, 1990년 이후에는 북반구에서 7%/10년당 감소한 것이 확인되고 있다.³³⁾ 해수면상승의 향후의 전망에 관하여, SRES배출 시나리오의 범위 내에서 1980-1999년에 비하여 21세기 말(2090-2099)의 100년간의 해수면상승은 0.18~0.59m가 상승할 것으로 전망된다.³⁴⁾ 온실가스의 농

28) 전계 IPCC 4차보고서, 47-48면), IPCC 3차보고서(2001)에서는 1.4~5.8℃상승할 것으로 예측한 것보다 더 높아진 수치이다.

29) 상계 IPCC 4차보고서, 48면.

30) 상계 IPCC 4차보고서, 49면.

31) 국회예산정책처, 전계보고서, 3면.

32) 알프스의 빙하는 1850년에 비하여 절반으로 줄어들었고, 해수면도 1세기전보다 25cm가 상승하였다(김의곤, 국제환경문제의 현황과 문제점 The Problems and Prospects of International Environmental Issues, 社會科學研究所 論文集 제17집, 인하대학교, 인하대학교 사회과학연구소, 1999, 505면).

33) 전계 IPCC 4차보고서, 32면.

34) 상계 IPCC 4차보고서, 47-48면.

도가 안정화되더라도 열팽창³⁵⁾만으로도 2300년까지 1980~1999년에 비하여 0.3~0.8m 상승시킬 것으로 예측한다. 이로 인하여 2080년경에는 해수면의 상승으로 수백만 명의 사람들이 매년 홍수를 겪게 되고, 특히 아시아와 아프리카의 인구밀도가 높고 저지대에 속한 메가델타 지역과 섬지역³⁶⁾이 더욱 취약하게 될 것이다.³⁷⁾ 그 결과 동아시아와 남아시아, 남동아시아에서 풍토병의 발생률과 홍수와 가뭄과 관련된 설사병으로 사망률의 증가할 것으로 예상된다.³⁸⁾

우리나라에서 대기 중의 이산화탄소의 농도가 2배가 되는 시점(2070년)에 한반도의 평균기온은 1~4°C가 상승할 것으로 예측되고, 상승률은 10년에 0.15°C~0.50°C이라고 한다.³⁹⁾ 최근 3년간 발생한 변칙적인 여름철 고온현상은 이 같은 것의 전조증세로도 파악되고 있다.⁴⁰⁾ 기온상승에 따른 해수면이 상승하게 되면 섬이나 바닷가의 낮은 저지대지역이 물에 잠기게 되어 사람은 물론 생물종의 생존자체를 직접적으로 위협하게 되는데 3면이 바다로 둘러싸여 있고 섬들이 많은 우리나라도 많은 지역이 물에 잠기게 된다. 한반도 주변에 23개 지점에 대하여 평균관측기간 24년 동안 관측한 결과에 따르면 동해는 0.568mm/yr, 남해는 3.125mm/yr, 서해는 2.638mm/yr로 상대적으로 남해와 서해의 해수면상승률이 높게 나타났다.⁴¹⁾ 한편 제주지역은 연간 0.5Cm 상승하여 43년간(1964-2006년)동안 21.9Cm가 상승하여 가장 많이 상승하였고, 부산지역도 34년(1973-2006)간 7.8Cm가 상승하였다.⁴²⁾

한편, 한반도에서 지구온난화에 따라 해수면이 1m 상승할 경우 1,917Km²의 침수가 예상되고 침수면적은 동해안, 남해안, 서해안의 순으로 예측되는데⁴³⁾, 특히 인구

35) 열을 심해로 전달하는데 소요되는 시간 때문에 열팽창은 수세기동안 계속될 것으로 본다.

36) 해수면의 상승으로 범람, 폭우, 해변침식, 산호백화 등의 영향으로 생활시설을 유지하는 거주지나 시설이 위협받을 것으로 예상되고, 21세기 중반까지는 카리브 해와 태평양상의 작은 섬들은 갈수기 동안 물 수요를 충족시킬 수 없을 정도로 수자원이 감소한다(전계 IPCC 4차보고서, 56면).

37) 해수면이 1m 상승할 경우 네덜란드 국토의 6%, 방글라데시는 17.5%가 수몰될 것으로 예상되고 이로 인해 광대한 해안평야가 염해를 입고 농지가 상실돼 기아인구가 10억 명 이상 생길 것으로 추정되고 있다.

38) 전계 IPCC 4차보고서, 53면.

39) 조광우/김지혜/정휘철, 전계보고서, 2002, 16면.

40) 한국경제신문, 2008. 7. 14. 7면.

41) 조광우/김지혜/정휘철, 전계보고서, 25면.

42) 국회예산정책처, 전계보고서, 2면.

가 밀집한 목포, 군산, 아산만일대와 북한의 남포, 신의주 일대가 높은 침수위험지역으로 나타났다. 한편, 해수면 상승에 따른 침수가능인구는 해수면이 1m 상승할 경우 960,000명으로 나타났고 조석과 해일 태풍을 함께 고려할 경우 1,255,180명에 이를 것으로 예상된다.⁴⁴⁾

이와 같이 기후온난화에 따라 해수면의 침수와 태풍과 해일의 증가로 인하여 사적 소유권의 대상이 되는 토지가 해수면으로 변화하는 현상이 증가하게 되었다.

3. 江水環境의 變化

지구 온난화는 지표기온의 상승만 초래하는 것이 아니라 강수환경에도 큰 변화를 초래하였다. 기후변화는 강수량의 시기, 강도, 지역적 양상의 변화를 가져와, 사막지역은 더욱 사막화되고 습지지역은 더욱 강수량이 많아지는 양극화현상이 나타나게 된다. 지난 100년(1906-2005)간 집중호우의 빈도⁴⁵⁾가 대부분의 지역에서 증가하였다.⁴⁶⁾ 동아시아와 남동아시아의 인구가 많은 지역을 포함하여 고위도와 일부 아열대 지역에서 21세기 중반까지 강수유출량⁴⁷⁾이 10~40%까지 증가하는 것에 비하여, 중위도의 일부 건조지역과 건조한 열대지역에서는 강수량의 감소와 증발률의 증가로 인하여 유출량이 10~30% 감소할 전망이다. 유출량이 증가할 것으로 예상되는 지역 뿐 아니라 감소될 것으로 예상되는 지역에서도 집중호우의 비율이 늘어나 홍수위험도가 증가될 것이라고 한다.⁴⁸⁾ 아울러 온도가 2℃상승함에 따라 10%의 강수량감소가 나타나서 전체적인 물공급이 1/3로 감소됨에 따라 물분쟁도 심화되게 된다.⁴⁹⁾

우리나라에서도 최근 여름 강수량이 25%감소에서 35%증가까지 변화폭이 커서 극심한 가뭄과 홍수의 발생이 빈발하고 있다. 계절별로는 비가 많이 내리는 6~9월 사이에 연 강수량의 2/3를 차지하고 있고 10~3월 사이에는 1/5수준으로 강수의 편중현상이

43) 조광우/김지혜/정휘철, 전계보고서, 2002, 63면.

44) 조광우/김지혜/정휘철, 전계보고서, 68-70면.

45) 총강수량에서 폭우가 차지하는 비율

46) 전계 IPCC 4차보고서, 32면.

47) 물의 가용성 비율(%).

48) 전계 IPCC 4차보고서, 58면.

49) 윤서성, 전계논문, 26면.

심하여 하계에는 집중호우로 홍수가 자주 발생하고 동계에는 가뭄으로 수자원관리의 어려움이 초래된다.⁵⁰⁾ 한편, 강수비중만 놓고 보면 1997년부터 2005년까지 연평균강수량과 여름철 강수량은 그 이전시기보다 크게 늘었지만, 장마철 이후에 국지성 호우가 잦게 내리고 있어 여름철의 강수비중은 오히려 줄어들었다. 또는 겨울은 짧아지고 여름과 봄이 길어져 한반도 기후 자체가 아열대기후의 특징을 보이고 있다.⁵¹⁾

이와 같은 강수환경의 변화에 의해 지역별·시기별로 집중호우가 변칙적으로 내림에 따라 홍수와 범람이 빈발하여 하천수류의 변화를 초래하여 기존의 사유지가 하천부지로 편입되고 기존의 하천지역에는 새로운 토지가 생겨나는 현상(泥生地)이 발생하게 된다.

Ⅲ. 浦落의 法理

1. 判例에 나타난 浦落의 法理

우리 대법원은 「토지소유권의 상실 원인이 되는 포락이라 함은 토지가 바닷물이나 적용 하천의 물에 개떡어 무너져 바다나 적용하천에 떨어져 그 원상복구가 불가능한 상태에 이르렀을 때를 말하고, 그 원상회복의 불가능 여부는 포락 당시를 기준으로 하여 물리적으로 회복이 가능한지 여부를 밝혀야 함은 물론, 원상회복에 소요될 비용, 그 토지의 회복으로 인한 경제적 가치 등을 비교 검토하여 사회통념상 회복이 불가능한지 여부를 기준으로 하여야 하는 것으로서, 복구 후 토지가액보다 복구공사비가 더 많이 들게 되는 것과 같은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 그 원상복구가 불가능하게 되었다고 볼 것이며, 또한 원상복구가 가능한지 여부는 포락 당시를 기준으로 판단하여야 하므로 그 이후의 사정은 특별한 사정이 없는 한 이를 참작할 여지가 없다」 라고 일관되게 판시하여 포락을 인정하고 있다.⁵²⁾ 또한 「하천 또는 해면에 인접한 토지가 홍수로 인한 하천유수의 범람이나 해일 등으로 침수되어

50) 조광우/김지혜/정휘철, 전계보고서, 16면.

51) 국회예산정책처, 전계보고서, 3면.

52) 大判 1978. 12. 26. 78다1296,1297; 大判 1992. 4. 10. 91다31562; 大判 1995. 8. 25. 95다18659; 大判 2000. 12. 8. 99다11687; 大判 2002. 6. 16. 2002두1823.

토지가 황폐화되거나 물밑에 잠기거나 항시 물이 흐르고 있는 상태가 계속되고 그 원상복구가 사회통념상 불가능하게 되면 소위 포락으로 인하여 그 소유권은 영구히 소멸되는 것」이라고 한다. 53) 그리고 「포락한 토지가 재차 성토화 하였을 경우 포락한 토지에 대한 종전소유자의 소유권은 영구히 소멸되고 그 성토화 한 토지에 대한 소유권을 다시 취득하지 못한다」고 한다. 54)

대법원 판례에서 나타나는 浦落의 法理의 주요 내용은 다음과 같다. ① 토지가 바닷물이나 적용하천의 물에 侵蝕되어 原狀回復이 不可能한 상태이어야 함, ② 원상회복가능성은 포락당시를 기준으로 物理的 回復可能性과 經濟的 價値를 고려하여 사회통념에 따라 결정함, ③ 포락된 토지의 所有權은 영구히 消滅하고, 再成土化되더라도 종전 소유자의 소유권은 復活하지 않는다는 것이다. 1999. 2. 8. 개정된 공유수면관리법에서는 「浦落地라 함은 지적공부에 등록된 토지가 물에 侵蝕되어 수면 밑으로 잠긴 토지를 말한다」라고 규정하고 있다(공유수면관리법 제2조 3호).

(1) 토지가 바닷물이 適用河川의 물에 개먹어 원상회복이 불가능

대법원에서 포락을 인정하는 유형은 공유수면관리법의 적용을 받는 바다의 포락(이하 海面浦落이라 한다) 55)와 하천법의 적용을 받는 適用河川의 浦落(이하 河川浦落이라 한다) 56)에 한하여 인정한다. 따라서 적용하천이 아닌 準用河川 57)이나 사실상의 하천(普通河川)에 대하여는 포락을 인정하지 않는다. 58) 물에 개먹는다는 것은 바

53) 大判 1983. 12. 27. 83다카1561; 大判 1981. 6. 23. 80다2523.

54) 大判 1965. 3. 30; 64다1951; 大判 1965. 6. 22. 65다349; 大判 1976. 11. 9. 76다593.

55) 공유수면관리법상의 공유수면이라 公有水面이라 함은 바다와 바닷가, 그리고 河川·湖沼·溝渠 기타 公共用으로 사용되는 水面 또는 水流로서 國有인 것으로(공유수면관리법 제2조), 다만, 하천에 관한 법률의 적용 또는 준용을 받는 공유수면과 「농어촌정비법」 제2조 제6호의 規定에 의한 農業生產基盤施設안의 公有水面, 항만법 제2조 제6호의 規定에 의한 港灣施設과 「어촌·어항법」 제2조 제5호의 規定에 의한 港灣施設 등은 공유수면관리법의 적용이 배제된다(동법 제3조).

56) 適用河川이라 함은 지표면에 내린 빗물 등이 모여 흐르는 물길로서 공공의 이해에 밀접한 관계가 있어 제7조제2항 및 제3항에 따라 국가하천 또는 지방하천으로 지정된 것을 말하며, 하천구역과 하천시설을 포함한다(하천법 제2조 1호).

57) 준용하천이란 적용하천 이외의 하천과 하천에 유입하거나 이로부터 분지되는 水流를 말한다.

58) 大判 1989. 2. 28. 88다1295, 88다카8743(탄천사례); 大判 1992. 2. 14. 91다260899(동막천 사례); 대판 1992. 4. 28. 92다3793.

다나 하천의 토사가 물에 닿아 닳거나 해지는 것을 말한다.⁵⁹⁾

(2) 원상회복가능성은 浦落當時를 기준으로 物理的 回復可能性과 經濟的 價値를 고려하여 社會通念에 따라 결정

원상회복의 판단시점은 포락당시를 기준으로 하여야 하고 그 후에 자연적으로 자연상태의 변화나 제방축조 등으로 토지가 드러난 이후를 기준으로 판단할 수 없다는 것이다. 또한 포락당시의 물리적 상황과 경제적 가치를 고려하여 사회통념에 따라 원상회복가능성을 판단한다. 경제적 가치는 원상회복비용과 복구후의 경제적 가치를 비교하여 판단하거나⁶⁰⁾, 매매 등 경제적으로 거래된 사실의 유무⁶¹⁾, 심지어는 종전 소유자의 경제적 능력⁶²⁾에 의해 판단하는 경우도 있다.

(3) 포락된 土地의 所有權은 영구히 消滅

해면포락의 경우에는 종전소유자의 소유권은 영구히 소멸하여 공유수면이 되고, 그 후 공유수면 매립 등에 의하여 재 성토화되면 그 소유권은 매립권자에게 귀속된다. 이에 비하여 하천포락은 종전소유자의 소유권은 소멸하지만, 관리청이 종전소유자에게 하천법 및 하천구역 편입 토지 보상에 관한 특별조치법에 의하여 보상하도록 하고 있다는 점에 차이가 있다.

2. 浦落의 法理의 形成過程

1) 日帝時代의 浦落의 法理

일본은 근대적 토지제도를 시행한다는 명분하에 1910년부터 1918년에 걸쳐 광범위한 범주에서 토지조사사업을 실시하였고, 종래 농민의 관습적 소유지로 인정되고 있던 河川邊의 空地, 浦落地, 泥生地을 조선총독부의 소유지로 강제로 편입하였다.

59) 개떡다의 사전상의 의미는 「개개에서 닳다」라는 의미이다(이근술/최기호 엮음, 토박이말 쓰임사전, 동광출판사, 2001, 81면).

60) 大判 1995. 8. 25. 95다18659; 大判 1995. 11. 7. 93다25585.

61) 大判 1972. 9. 26. 71다2488; 大判 1978. 12. 26. 78다1296.

62) 大判 1971. 3. 9. 70다2756; 大判 1973. 1. 16. 72다2015; 大判 1977. 5. 24. 76다2648; 大判 1980. 2. 26. 79다2094; 대판 1994. 9. 27. 94다1250.

그런데 조선고등법원의 판례를 통하여 포락지에 대하여는 본래의 토지소유자의 소유권은 소멸시키면서도 포락 후에 그 자리에 이생지를 이룬 경우나 포락 후 對岸에 이생지를 이룬 경우에는 본래의 소유자에게 이생지의 소유권을 인정하는 慣習을 인정하고 있어 일본의 토지정책과는 상호 모순되는 모습을 보이고 있다.⁶³⁾

조선시대의 하천의 포락과 이생지의 소유권귀속에 관하여 1720년에 간행된 量田登錄에는 「뭍곡이 심한 하천연안에는 한쪽은 流水에 깎이고(浦落), 그 반대편에 토사가 쌓여 삼각주가 형성되는(泥)일이 많다. 이럴 경우 포락지의 소유자는 이생지의 소유권을 취득한다」 라고 기록한다.⁶⁴⁾ 이로 인하여 조선시대 하천을 넘어서까지 행정구역상의 관할권이 미치는 경우가 발생하였다. 즉, 강변에서 수해를 입은 토지의 稅는 면세되지만, 건너편 강변에 새로운 가경기가 생기면 그 토지는 기존의 토지소유자가 소유하므로 과세대상이 되기 때문이었다.⁶⁵⁾ 續大典 戶典 收稅條에는 「유실지를 이미 면세하였으면 반대편의 이생처를 조사하여 다시 등록하여야 한다」 라고 한다.⁶⁶⁾

조선총독부가 1910에서 1913년에 걸쳐 간행한 관습조사보고서에서도 「하천·沿岸의 토지가 유실되고 반대편에 砂洲가 생긴 경우에는 이를 ‘此邊浦落 彼邊泥生’이라고 하는데, 流失地의 소유자는 사주의 소유자로 되는 관습이 있다」 라고 한다.⁶⁷⁾

1933년 조선총독부 중추원에서 펴낸 民事慣習回答彙集에는 1909년부터 1932년까지 법원등의 요청에 대하여 조선총독부 취조국, 참사관실, 중추원이 조선의 관습에 대하여 조사하여 답변한 내용을 수록하고 있다.⁶⁸⁾ 이에 나타난 하천의 포락에 관한 내용은 다음과 같다.⁶⁹⁾

토지가 江落하면 그 소유권을 잃고 이는 납세를 하여도 마찬가지이지만, 동일한 장소에 재차 이생지를 이룬 경우에는 그 소유권은 강락지소유자에 귀속하고 타인이 경작하고 납세하여도 소유권을 취득할 수 없다.⁷⁰⁾ 이생이 함락 후 몇 년 내에 생겨

63) 宋榮珉, 朝鮮高等法院判例에 나타난 土地所有權 問題: 土地의 浦落을 중심으로, 法史學研究 28號, 韓國法史學會, 2003, 35면.

64) 沈養基, 韓國法史研究-土地所有와 共同體-, 영남대학교 출판부, 1992, 202면.

65) 조석곤, 한국 근대토지제도의 형성, 해법, 2003, 48면.

66) 정공식, 國譯 慣習調查報告書, 한국법제연구원, 1992, 158면.

67) 정공식, 上揭書, 158면.

68) 鄭肯植, 韓國近代法制史攷, 박영사, 2002, 234면.

69) 이에 관한 자세한 내용은 宋榮珉, 전계논문, 38-41면 참조.

70) 1914. 12. 9. 政務總監回答(朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 昭和8(1933), 212면).

야 한다는 제한이 없으므로 수 십년을 경과한 후 이생지를 이룬 경우에도 합락지 소유자에게 소유권이 귀속하며, 타인이 관의 허가를 얻어 측량 경작하더라도 소유자로 되는 관습은 없다고 한다.⁷¹⁾

한편, 하변의甲지가 홍수 때문에 강락하여 그附近 또는對岸 丙지에 流着하여 乙지를 이룬 경우에 乙지가 하천의 流域인 경우에는 甲지의 소유자에게 귀속되고, 乙지를 이룬 어느 한부분이 하천이더라도 이전에 丙지가 陷落한 흔적이 있는 경우에는 乙지는 丙지 소유자에게 귀속된다. 또한 乙지를 어느 한부분이 하천으로서 소유자의 토지가 합락한 흔적이 없고 동시에 有主의 토지가 합락한 이토가 유착한 것이 아닐 때에는 국유에 속한다.⁷²⁾

하천포락에 관한 조선고등법원의 판례는 「조선에 있어서 하천에 연한 토지가 홍수로 인하여 陷落하여 부근 또는 대안에 이생지가 생기고, 그 장소가 하천의 유역 내에 있는 때에는 이생지는 당연히 홍수로 인하여 합락한 통지의 면적에 응하여 그 소유자의 소유에 歸한다는 관습이 있다」고 판시하고 있다.⁷³⁾

해면의 포락에 관한 관습에 관하여 民事慣習回答彙集에서는 「구한국시에 沿海의 토지소유자가 그 토지에 접속하는 海濱(해빈) 또는 해상의 소유권을 갖는 관습은 없다」라고 한다.⁷⁴⁾ 아울러 1921년 제정된 공유수면매립법 제1조는 「면법에서 공유수면이라고 하는 것은 河, 海, 湖, 沼 기타 공공의 用에 供하는 水流 또는 水面으로서 국가의 소유에 속하는 것을 말한다」라고 규정하여 하천이나 해면이 국유임을 명시하고 있다.

해면포락에 관한 조선고등법의 판례는 「토지와 해면의 분계는 最高滿潮時에 있어서의 분계선을 가지고 그 표준으로 할 것이고 토지가 일시적인 현상이 아니고 최고 만조시에 있어서 조수의 침입을 被蒙(피몽)하게 되었을 때에는 해면으로 변하고 동시에 사인의 소유권의 객체로서의 적격을 상실하는 것」⁷⁵⁾이다. 또 사인의 소유토지가 지형이 변하여 영속적인 상태에서 海, 湖, 河川으로 된 때에는 이로 인하여 소유권은 소멸한다.⁷⁶⁾라고 판시하였다.

71) 1911. 2. 28. 取調局長官回答(朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 昭和8(1933), 90면).

72) 1911. 4. 24. 取調局長官回答(朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 昭和8(1933), 49면).

73) 朝高判 1911. 7. 16.; 朝高判 1911. 7. 17.; 朝高判 1915. 4. 23.; 朝高判 1919. 3. 14.

74) 1920. 12. 7. 中樞院書記官回答(朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 昭和8(1933), 388면).

75) 朝高判 1916. 5. 9. 民集3. 555면.

76) 朝高判 1932. 5. 24.

포락의 법리를 인정한 조선고등법원의 판례는 하천포락의 경우와 해면포락의 경우 그 유래에 차이가 있다. 하천의 포락은 조선고유의 관습으로부터 유래한 것으로 볼 수 있다. 量田登錄이나 續大典에서 이미 포락의 법리에 관한 내용이 나타나고 있고, 토지조사사업이 시행되는 초기시점부터 포락의 관습에 관한 조회가 집중적으로 나타나고 있다.⁷⁷⁾ 이 당시 일본의 大審院民事判決錄 全輯(1885. 1.~1921. 12.)에는 하천의 포락이나 이생지의 문제가 전혀 나타나고 있지 않다. 따라서 하천의 포락에 의한 포락지의 소유권 소멸문제나 이생지의 소유권귀속에 관한 조선고등법원 판결은 일본 대심원 판결이나 관습에 영향을 받은 것은 아니라고 할 수 있다.⁷⁸⁾ 이에 비하여 해면포락의 경우에는 일본 대심원 판결록에는 1896년 부터 3건의 판결이 나타나고 있는데, 특히 일본 대심원 1915. 12. 28판결에서 해면하의 지면의 토지성을 부정하는 입장을 분명히 하고 있다.⁷⁹⁾ 조선고등법원의 1916. 5. 19.판결은 시기적으로도 유사하고 내용에 있어서도 동일한 맥락의 판결이라고 볼 수 있고, 현재까지 거의 변함없이 이어지고 있다.⁸⁰⁾

77) 民事慣習回答彙集에 나타난 324건의 조회건수 가운데 하천포락이나 이생지에 관한 조회건수가 9건이나 나타나고 있다(1909. 3.26, 1909. 8. 5., 1911. 4. 24., 1911. 2. 28., 1911. 12. 11, 1913. 8. 25., 1914. 12. 9., 1915. 4. 13., 1915. 4. 26. 民事慣習回答彙 回答)

78) 宋榮珉, 전계논문, 53면.

79) 대표적인 판례로 日大判 1915. 12. 28. 民錄 21輯卷247頁이 있다. 이에 따르면 「공유수면 자체는 소유권의 목적이 될 수 없고 원래 해면은 그 자체의 상태에서 1개의 부동산으로 된다고 할 수 없고, 그러므로 국가의 영해에 속하는 해면에 대하여는 그 국가의 법규에 기한 행정관청처분에 의해 일정한 구역을 한정하여 이것을 사용하고 혹은 매립 간척하는 등의 권리를 취득할 수 있다고 하더라도... 고래로부터 해면 그 자체가 소유권의 목적이 될 수 있다는 것을 인정하는 법규는 없고 오히려 부동산등기법과 같은 곳에서는 해면을 부동산으로 간주하지 않으므로 그 등기방법을 정할 수 없다는 것은 정당하고, 특히 동법 제 79조 내지 제 81조에서 토지가 멸실한 경우에 대한 멸실등기를 해야 한다는 절차를 규정하고 있고 그래서 동조에서 소위 토지의 멸실이라고 하는 것에는 토지가 붕괴하여 유실침수 등에 의해 해면으로 변환 경우를 포함해야 하는 것은 당연하다는 관점에서 보면 동법은 토지라고 하더라도 一朝海面으로 변환 때에는 부동산으로서의 성질을 잃고 그러므로 소유권의 목적이 될 수 없으므로 해면이 부동산이라고 칭할 수 없는 점 및 소유권의 목적이 될 가능성이 없는 점은 토지가 변하여 해면으로 된 경우와 원래의 해면과의 관계에서 다른 이유가 없을 뿐 아니라 오히려 후자의 경우에 있어서 더욱 그렇다고 해야 한다」고 판시하고 있다(大審院民事判決錄(縮刷版), 第7卷 21輯 2280-2291頁).

80) 宋榮珉, 전계논문, 55면.

2) 民法 制定後의 判例

광복 후의 초기 판례는 「포락 조성된 토지라 할지라도 후일 그 지반에 토사가 누적되거나 수로가 변경됨으로 인하여 다시 토지로 이용할 수 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 종전의 토지소유권자의 권리를 부정할 수 없는 것」⁸¹⁾이라거나, 「토지가 沼溜地의 敷地로 되어 그 함락지가 현존한다는 사유만으로 그 토지소유권자가 소유권을 상실한 것이라고 추정할 수 없다」⁸²⁾라고 하여 포락이 되더라도 토지 소유권은 소멸하지 않는다고 하였다.⁸³⁾

그런데 1965년에 들어 「포락한 강변의 토지가 재차 성토화되었을 때 종전의 소유자가 당연히 소유권을 취득한다는 우리나라의 관습이 토지사정전에는 있었으나 토지사정이 종료한 때부터 이러한 관습이 사라졌으므로 포락한 토지에 대한 종전소유자의 소유권을 영구히 소멸하다」라고 판시하기에 이르렀다.⁸⁴⁾ 이 판결의 사실관계는 해면포락에 관한 사항이지만 일제시대부터 인정해 왔던 하천포락에서 종전 소유자에게 소유권을 인정하던 관습이 1918년 토지사정종료시점에서 이 사라졌다고 보아 판례의 태도를 변경하였다는 점이 특징이다.⁸⁵⁾ 이 판결의 근거로 추측되는 것이 1924년의 조선고등법원판례조사회의 결의이다.⁸⁶⁾ 이에 따르면 「조선에 있어서 하천에 의한 토지가 홍수로 인하여 함락하여 부근 또는 對岸에 泥生地를 생하게 한 때에는 함락지의 종전소유자가 당연히 이생지의 소유권을 취득한다는 관습은 토지사정이 종료한 대정 7년경부터 폐멸에 귀한 것이다」라고 한다.⁸⁷⁾ 이 판결 이후 하천포락이나

81) 大判 1957. 6. 13. 4290민상127.

82) 大判 1964. 12. 29. 64다1201.

83) 裴炳日, 土地의 浦落, 司法行政 제378호(1992. 6.), 한국사법행정학회, 1992, 48면.

84) 大判 1965. 3. 30. 64다1951.

85) 이에 대하여 종전 대법원판례의 변경이므로 전원합의체를 통한 판례변경절차를 밟지 않은 것은 문제가 있다(金容晉, 浦落된 土地가 다시 成土化된 境遇의 所有權 歸屬, 判例研究 1輯(1968. 12.), 서울辯護士會, 1968, 43-44면).

86) 이는 조선고등법원 판사들에 의해 조직된 판례연구회의 결의로서 법적구속력이 있는 결의라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 결의 자체도 토지사정에 의거하여 토지소유자의 권리를 확정시켜 어느 정도 구체적 타당성을 떠나 토지에 대한 분쟁을 일률적으로 해결하지는 다분히 정책적 이유가 다분히 개재되어 있다고 한다(崔鍾吉, 浦落한 土地의 成土化와 所有權의 歸屬, 法曹 第17卷 第4號(1968. 4.), 法曹協會, 1968, 47-48면).

해면포락이든 모두 토지가 포락되어 海面化 또는 河床化되면 종전의 토지소유권은 영구히 소멸한다고 일관되게 판시하고 있다.⁸⁸⁾

IV. 浦落된 土地의 所有權과 그 歸屬

포락의 법리에 의하면 공유수면 아래의 토지의 사적 소유권을 인정할 수 있는가에 대하여 그 대상이 하천이든 바다가든 불문하고 그 소유권이 소멸된다고 한다. 토지의 소유권은 정당한 이익이 미치는 범위내에서 토지의 상하에 미치고, 헌법상 재산권은 보장되는데 자연현상의 변화로 공유수면의 경계가 변화했다고 하여 그 아래에 있는 토지소유권이 소멸하고 公有化된다고 하는 것이 타당한가? 또 환경의 변화나 인위적인 공유수면의 매립결과 재성토화된다면 그 소유권은 원소유자에게 복귀할 수 있는가 문제가 된다. 이와 같은 점을 살펴보기 위하여 먼저 일본에서의 논의상황을 먼저 살펴본 다음, 우리 나라에서의 공유수면하의 소유권과 귀속관계에 관하여 검토해 보고자 한다.

1. 日本에서의 論議

일본에서는 1915. 12. 28. 판결 이래 해면하의 토지소유권을 부정하는 입장에 있었지만, 1950년대 후반부터 고도성장에 따른 공장용이나 주택용의 부지수용의 증가나 과학기술의 비약적 진보에 의해 해안선주변에 토지조성이 활발하게 이루어짐에 따라 해면하의 토지소유권을 긍정하는 판결이 증가하고 있으나, 일본대심원이 大正4(1915). 12. 28판결⁸⁹⁾이 부정설의 입장을 확고히 한 이래, 일본 법무성에서도 1956년 춘분과 추분의 만조수위를 기준으로 해면과 육지를 구별하여 해면하에 있는 토지에 대하여 일률적으로 멸실등기를 해야 한다는 입장을 취하였다. 그리고 해면하의 토지에 대한 사적 소유권의 객체성을 원칙적으로는 인정하면서도 이를 인정할지의

87) 大正 13年(1924). 9月會議 司法協會會議錄 回答輯錄(昭和7年(1932). 7. 30.發行), 제315면.

88) 大判 1979.8.28. 선고 79다726 ; 大判 1992.4.10. 선고 91다31562; 大判 2002. 6. 14. 2002두1823

89) 日大判 大正4(1915). 12. 28. 民錄 21輯, 247頁.

여부는 입법정책의 문제로 보고 일본민법의 해석상으로는 해면하의 토지소유권이 인정되지 않는다는 1987. 12. 16.판결⁹⁰⁾을 계기로 이에 관한 찬반 논란이 활발하게 전개되었다. 일본에서의 해면하의 토지소유권이 문제가 되는 유형은 4가지가 있다고 한다.⁹¹⁾ ①원래 육지로서 사법상의 소유권의 대상으로 되던 토지가 지반침하, 태풍, 해일 등 자연현상, 혹은 어떠한 불가항력의 원인에 의하여 붕괴, 유출, 침수되어 최고 만조수위시에 해수에 의해 덮여진 自然海沒地, ②육지로서 사법상의 소유권의 대상이 되던 토지가 掘込港灣⁹²⁾, 養殖池, 貯水場 등으로 사용할 목적으로 掘削 또는 浸水시킨 결과 인공적으로 해몰되 人工海面, ③舊幕府時代나 明治初期에 해면인 채로 재정적 확보를 목적으로 불하된 拂下海面, ④불하받음이 없이 종래부터 해면인 상태 대로 사적 지배의 대상이 되는 사유해면이 있다고 한다.

인공해면은 토지를 조성하여 해면으로 사용하는 그 자체가 토지이용의 한 형태로써 육지가 해수에 대한 容器的 役割을 하고 있는 것이다. 즉, 인공해면은 해면과 토지를 일체로 이용하는 것으로서 權原에 기초하여 인공적으로 해수를 끌어 바다와 같은 상태를 만든 것이므로 육지의 일 구획으로 볼 수 있어 토지소유권은 당연히 인정되기 때문에 해면하의 토지에 대한 사적 소유권의 소멸문제는 발생하지 않는다. 불하해면의 소유권유무는 그 당시의 법과 제도가 그것을 인정한지의 여부에 의한다고 한다. 또 일본에서 현실적으로 사유항으로 인정되는 경우는 新湯港의 臨港海運所屬地域, 福岡縣 大牟田市の 三池港, 新戶港이 있다. 일본의 판례에서 해면하의 토지소유권이 문제가 되었던 경우는 자연해몰지와 불하해면에서이다.⁹³⁾

90) 日最判 昭和61(1986). 12. 6. 昭5546(行ツ) 判例時報1221호號 3頁.

91) 東海林邦彦, 海面下土地の所有權が認められた事例, JURIST 臨時増刊 No.743(1981.06):昭55年度 重要判例解説, 有斐閣, 1981, 75頁; 幾代 通, 海面下の土地と所有權: 田原灣訴訟最判 昭和61-12-16, JURIST No. 882 (1987. 4.) 有斐閣, 1987, 91頁.

92) 굴입항만(掘込港灣, excavated harbor)은 자연적인 항만의 조건을 갖추지 못한 지역에서 외해의 파도를 막기 위하여 방파제를 만들고 육지를 굴착하여 항로와 부두를 만든 인공항만으로 우리나라에서는 동해항(북평항이라고도 함)이 대표적인 예이다.

93) 우리나라에서는 불하해면이나 사유해면이 존재하지 않으므로 자연해몰지에서만 해면하의 소유권의 인정여부만이 문제가 될 수 있다.

1) 判例

자연해물지의 해면하의 토지소유권이 문제가 된 사례로는 釜江灣事件이 대표적이다. 이에 대한 지방재판소의 판례⁹⁴⁾의 내용은 다음과 같다.

「간조시에 지반이 노출되든가 적어도 물이 얇게 흐르는 장소에 관하여는 사인 간에 매매거래가 이루어져 이용가치가 높은 점을 생각하면 상당한 재산적 가치가 있으므로 이와 같은 자연해물지를, 해물상태가 단순히 일시적이 아니라는 이유로 사인의 소유권이 소멸한 것으로 하여 곧바로 무상으로 국가에 귀속시키는 것은 많은 의문이 존재한다고 하여야 한다. 따라서 자연현상에 의하여 사인이 소유하는 토지가 해물된 경우에도 소유자가 당해 토지에 대하여 사회통념상 자연적인 상태로 지배가능성을 가지고 또 재산적 가치가 있다고 인정되는 경우에는 당해 토지에 대한 사인의 소유권은 여전히 상실되는 것은 아니라고 해석하는 것이 상당하다」 라고 판시하였다.⁹⁵⁾

拂下海面의 토지소유권이 문제가 된 사례로서 해면하의 토지소유권을 인정한 유일한 사례가 된 것이 羽田國際空港二重登記事件⁹⁶⁾로서 그 내용은 다음과 같다.

「항무지불하규칙에 기한 불하에서 ‘불하 당시에 官民이 함께 해수가 상시 침수하는 장소에 있더라도 개간의 목적에 사인에게 양도하는 것을 고려한 것’이라는 원심판결의 사실인정은 정당하다. 이 사실관계에 기초한 본건 불하의 대상은 국가가 그 다음에까지 가지고 있던 불하 장소에 대한 배타적 총괄적 지배권이 있고 당시의 법체에 의하면 해수가 상시 침수하는 곳이라도 이것을 불하하여 사인이 취득하는 권리의 대상이 된다고 해석되는 것으로부터 본건 불하에 의해 취득한 권리는 배타적이고 총괄적인 지배권으로서 민법상의 토지소유권에 해당한다」 고 판시하였다.⁹⁷⁾

그리고 불하해면의 토지소유권을 하급심에서는 인정하였으나 최고재판소에서 부

94) 鹿兒島地裁判 昭和51(1976) 3. 31. 판결, 昭和46(ワ)373.

95) 이에 대한 평석으로는 篠塚昭次, 満面下の土地所有權が認められた事例, 判例時報 850號(1977. 7), 127頁 參照.

96) 日最判 昭和52(1977). 12. 12. 昭和51(オ)1183號 判例時報 878號 65頁.

97) 이 판결에 대한 평석으로는 水邊芳郎, 明治4年8月大藏省達第39號 「荒無不毛地拂下ニ付一般ニ入札セシム」 により海岸寄洲及び海面として拂下を受けた地域について民法上の土地所有權が認められた事例: 羽田國際空港二重登記事件, 判例時報 No.896(1978. 1.), 判例時報社, 1978, 138頁 以下 參照

정한 대표적인 사례로는 田原灣 事件이 있다. 이 사건을 계기로 일본에서 해면하의 토지소유권문제가 활발하게 논의되었던 점을 고려하여 그 판결내용을 구체적으로 살펴본다. 이에 대한 지방재판소의 판례⁹⁸⁾의 내용은 다음과 같다.

「해면하의 토지도 사소유권의 대상으로 될 수 있는 것이고, 그것이 해몰로 인하여 법률상 멸실한 것으로 볼 것인가 어떤가는 단순히 춘분 추분의 만조시에 해면하의 토지로 된 것인가 아닌가에 따라 결정할 것은 아니고 당해 토지가 해면하로 된 경위, 현상, 소유자등의 의도, 과학적 기술수준 등을 종합고려하여 그 지배가능성과 재산적 가치의 유무를 판단하여 멸실인가 여부를 결정하여야 한다.」 전제하여 불하해면은 그 당시의 법제하에서 상시 해수가 침입하는 장소에 관하여도 불하에 의하여 사인의 취득할 수 있는 권리의 대상으로 하였고, 지조대장, 토지대장 등에 등재되어 지조와 고정자산세를 징수하였으며 다른 해면과 구획구별되어 있는 사정이라면 그 지배가능성과 재산적 가치가 있어 사소유권이 인정된다는 취지이다.⁹⁹⁾

이 사건에 대한 제2심외의 판결요지¹⁰⁰⁾는 다음과 같다.

유권의 객체로서 토지는 어디까지나 법률적 개념으로서 자연적·물리적인 개념은 아니므로 토지의 정의에 관한 특별한 규정이 존재하지 않는 현행법 하에서는 법률상 소유권의 객체로 될 수 있는 성질을 가진 물건인지의 여부는 결국 토지의 개념을 결정하는 요소로서 포착하여야 한다. 그렇다면 그 의미에서 토지의 요건으로는 사람의 의한 지배가능성과 경제적 가치를 가지는 지표면이면 족하고, 해면하의 지반이라 하더라도 위와 같은 요건을 충족하는 한 법률상 소유권의 객체로 될 수 있는 토지라고 인정함을 방해하지 않는다고 해석함이 상당하고, 그것이 해몰로 인하여 법률상 멸실한 것으로 볼 수 있을 것인지 여부는 단순히 춘분과 추분의 만조 시에 해면하의 토지로 되는 것인지 여부에 따라 결정할 것은 아니고 당해 토지가 해면으로 된 경위, 현상, 소유자의 의도, 과학기술수준 등을 종합 고려하여 그 지배가능성과 재산적 가치의 유무를 판단하여 멸실 여부를 결정하여야 한다는 것이다.¹⁰¹⁾

98) 名古屋地裁判 昭和51(1976). 4. 28.名古屋地裁 昭46(行ワ) 行裁集 27卷 4號 643頁.

99) 이에 대한 평석으로는 阿部泰隆, 海面下土地所有權再論, JURIST 臨時増刊 No.616 (1976. 7.), 有斐閣, 1976, 85면 이하 참조.

100) 名古屋高裁判 昭和55(1980). 8. 29.名古屋地裁 昭46(行コ) 高民集 33卷 3號 17頁.

101) 이에 대한 평석으로는 阿部泰隆, 전개논문(註99), 85면 이하 참조; 甲斐道太郎, 春分秋分には海没する干潟と所有權の客體適格, 判例タイムズ 臨時増刊 32卷 14號(439)(1981.06) : 昭和55年度 民事主要判例解説,

이 사건에 대한 일본 최고재판소의 판결요지¹⁰²⁾는 다음과 같다

원칙적으로 부동산등기법에 의한 등기의 대상으로 되는 토지는 사법상 소유권의 객체인 물건으로서의 토지를 말하고, 소유권의 객체인 물건은 사람이 사회생활에 있어서 독점적, 배타적으로 지배하여 이용할 수 있는 것을 요한다. 바다는 사회통념상 해수의 표면이 最高 高潮面에 달한 때의 水際線으로서 육지와 구별되기 때문에 바다는 古來로부터 자연상태대로 일반 공중의 공동사용에 제공되어 온 이른바 공공용물로서 국가의 직접적인 공법적 지배관리에 복종하고, 특정인에 의한 배타적 지배가 허용되지 않는 것이므로, 그 자연상태로는 소유권의 객체인 토지에 해당하지 않는다. 그러나 예외적으로, 바다도 사람의 지배가 미치지 아니하는 深海를 제외하고, 그 성질상 당연히 사법상의 소유권의 객체가 될 수 없는 것은 아니고 국가가 행정행위 등에 의하여 일정범위를 구획하여 다른 해면과 구별하여 이에 대한 배타적 지배를 가능하게 한 후 그 공용을 폐지하여 사인의 소유권에 귀속시키는 것이 불가능한 것도 아니다. 이는 입법정책의 문제로서 이러한 조치를 취한 경우에는 당해 구획부분은 소유권의 객체인 토지에 해당될 수 있다. 현행법으로는 바다의 일정범위를 구획하여 이것을 사인의 소유에 귀속시키는 것을 인정하는 법률은 없고, 오히려 공유수면 매립법이 공유수면을 매립할 수 있는 자에게 매립면허를 부여하여 그 매립공사의 준공인가에 의하여 매립지를 매립면허를 받은 자의 소유에 귀속시키는 점을 보면, 현행법은 바다에 대하여, 해수에 의하여 덮여 있는 그대로의 상태에서 일정범위를 구획하여 이것을 사인의 소유에 귀속시키는 제도를 채용하고 있지 않음이 분명하다. 사유의 육지가 자연현상에 의하여 해몰한 자연해몰지의 경우에 대하여도 당해 해몰지의 소유권이 당연히 소멸한다는 취지의 입법은 현행법상 존재하지 아니하므로 당해 해몰지는 사람에 의한 지배이용의 가능성이 있고, 동시에 다른 해면과 구별하여 인식이 가능한 한 소유권의 객체인 토지로서의 성격을 상실하지 아니한다」고 판시하였다.¹⁰³⁾

1981; 7頁; 東海林邦彦, 前掲論文, 74頁 參照.

102) 日最判名 昭和61(1987). 12. 6. 昭和55年46(行ッ) 判例時報1221호號 3頁.

103) 이에 대한 평석으로는 幾代 通, 前掲論文, 86頁 이하; 阿部泰隆, 海面下に没する干潟の所有權の有無: 最高裁昭和61. 12. 16判決の檢討, 法學セミナー Vol. 32 No.4(388號) (1987. 4.), 日本評論社, 1987, 15頁 이하; 新田 敏, 海面下の土地所有權, JURIST 臨時増刊 No 887(1987. 6.): 昭和61年度 重要判例解説, 有斐

이와 같은 판례의 입장을 살펴볼 때 일본에서의 판례의 입장은 해면하의 토지도 특정이 가능하다면 사법상의 소유권의 객체가 될 수 있다는 전제하에, 해면에 대한 공용을 폐지하여 사적소유권의 대상으로 할 것인지의 여부는 입법정책상의 문제로 파악하여 공유수면매립법 등에 비추어 볼 때 해면하의 토지소유권을 인정하지 않는다고 본다. 사유의 육지가 해몰된 경우에 당연히 토지소유권이 소멸하는 것이 아니라 객체범위의 확정가능성이 있으면 소유권성을 상실하는 것은 아니라는 것이다.

2) 學說

(1) 否定說

토지는 통상 육지를 지칭하는 것으로 그 장소가 종래 육지로서 사권의 대상이 되었다고 하더라도 해일이나 자연환경의 변화 등으로 침수에 의해 춘분과 추분시의 최고만조시의 해면 아래로 들어가게 되면 종전소유자의 소유권은 소멸하고, 다만, 토지가 해면 아래로 몰입된 경위가 천재 등에 의한 것으로서 그 상태가 일시적인 경우에는 예외적으로 사인의 소유권은 소멸하지 않지만, 그 예외에 해당하는 경우에도 극히 엄격하게 인정해야 한다는 입장¹⁰⁴⁾으로 일본의 종래의 판결¹⁰⁵⁾과 행정 실무례¹⁰⁶⁾에서도 이 입장을 취하고 있다.

그 논거를 살펴보면, 해면은 그 자체로 사람의 소유로 할 수 없다는 것은古今을 통한 당연한 條理라고 한다. 또는 로마법 이래의 관념상 물건의 성질에 기초하여 공공물로서 전체의 사용에 제공되어지는 것¹⁰⁷⁾, 누구라도 전유할 수 없는 것¹⁰⁸⁾으로서

關, 1987, 65頁 以下 參照.

104) 津島安秋, 海没にめる土地の滅失, 不動産登記先例百選(ジュリスト 別冊 No.30(1970.12)), 有斐閣, 1970; 慶田康男, 海没にめ土地の滅失, 不動産登記先例百選 2版(ジュリスト 別冊 No.75(1982.1.)), 有斐閣, 1982. 參照新田 敏교수도 公正설에서 말하는 지배가능성의 중심적 내용은 현상에서의 이용가능성이 될 수밖에 없고, 결국은 해면하의 토지로서 이용할 수 있는 것인가와 그것을 법적으로 보호하기 위한 객체로서 범위 확정이 가능한가라는 점에 의문이 있고, 재산적 가치라고 하는 것은 결국 매립되면 토지로 된다는 매립권으로서의 가치가 아닌가 라고 하여 소극적 입장을 취하고 있다(新田 敏, 前掲論文, 67頁).

105) 日大判 大正4(1915). 12. 28. 民錄 21輯, 247頁; 日最判 昭和61(1987). 12. 6. 소화55년46(行ッ) 判例時報 1221호號 3頁

106) 昭和31(1956). 11. 10. 民甲 제2612호 法務省 民事局長 事務代理 回答.

107) 岡松參太郎, 民法理由 上卷, 有斐閣, 明治30(1897) 43頁.

직접 해면하의 토지를 소유한다고 의식하지 않는다는 것을 들고 있다. 또 해면은 사적 소유권의 객체가 될 수 없고 이에 따른 논리적 귀결로서 해면하의 토지소유권은 성립하지 않는다. 권리의 객체로서의 지배성을 강조하여 사람이 지배할 수 없는 것은 권리의 객체로서의 물건에서 제외하여야 한다거나 권리의 객체가 되기 위한 요건은 배타적인 지배이용할 수 있는 것을 지적하여 누구라도 자유롭게 지배·이용할 수 있어 독점적 이용이 허용되지 않는 물건은 법률상의 물건이 아니라는 것이다.¹⁰⁹⁾

(2) 肯定說

해면하의 토지소유권을 부정하는 일본의 최고재판소의 판례입장이나 법무성 민사국 등의 행정실무에서 춘분과 추분의 만조수위를 기준으로 하여 해면 하에 있는 토지에 대하여 일률적으로 멸실에 의한 말소등기를 하여야 하는 것에 대하여 의문을 제기하고, 전통적으로 해면은 공공물이라는 견해와의 조화에 주안점을 두어, 자연해몰지는 지배가능성과 재산적 가치가 있는 경우에는 소유권의 대상이 되고, 인공해면은 명확하게 육지의 일부이며, 불하해면은 그 불하시기의 법제도가 소유권을 인정하였는지에 따라 정하여야 고 주장한다.¹¹⁰⁾

그 논거를 살펴보면, ①공유수면하의 토지소유권이 문제가 되는 하천에서와 대비하여 볼 때 수면하에 있을 때에는 양자 모두 공공의 용도에 제공되기 때문에 冬眠하는 토지소유권이라 볼 수 있고, ②자연해몰지는 그 자연적 사실에 의해 공공의 필요에 의한 부담을 지는 것과 해저지반의 소유자의 소유권을 인정하는 것은 모순이 아니라 양립가능하며, ③경제적 가치와의 관계에서 행정실무에서 문제가 되는 경우에서 자연해몰지가 사인간에 매매가 되고, 국가기관에 의해서 보통재산으로 불하가 되고, 매수가 되는 것으로부터 이미 재산적 가치가 있다고 볼 수 있는 것이며, ④해몰지 소유자를 보호하는 관점에서 보면 이와 같이 재산적 가치가 있는 것을 무상으로

108) 富井政章, 民法原論 第1卷: ; 總論, 有斐閣, 明治41(1908), 266頁.

109) 幾代 通, 前掲論文, 86면; 阿部泰隆, 前掲論文(註99), 83頁; 東海林邦彦, 前掲論文, 74頁; 甲斐道太郎, 前掲論文, 7頁; 水邊芳郎, 前掲論文, 138頁; 浦野雄幸, 『海』と所有權: 最判 昭和61年 12月16日, 登記研究 478號 (1987. 11.), 1987, 3頁.

110) 新田 敏, 海面下の土地所有權の問題と海面埋立權, 民事研修 No. 272 (1979. 12.), 法務綜合研究所, 1979, 13-14頁 參照.

국유화하는 것은 헌법상의 재산권보장에 위배되는 것이다. 더 나아가 바다로서의 공용이 폐지되는 경우에 구소유자에게 반환하지 않는 것은 불합리하다. 더더욱, 한쪽에서는 지방세의 과세대상으로 삼는 것에 대하여 법무성이 그 소유권을 부정하는 것은 부당하다는 것 등을 들고 있다.¹¹¹⁾

2. 우리나라에서의 論議

1) 否定說

하천 또는 해면에 인접한 토지가 홍수로 인한 하천유수의 범람이나 해일 등으로 침수되어 토지가 황폐화되거나 물밑에 잠기거나 항시 물이 흐르고 있는 상태가 계속되고 그 원상복구가 사회통념상 불가능하게 되면 소위 포락으로 인하여 그 소유권은 영구히 소멸되는 것¹¹²⁾이고, 포락한 토지가 재차 성토화 되었을 경우 포락한 토지에 대한 종전소유자의 소유권은 영구히 소멸되고 그 성토화 한 토지에 대한 소유권을 다시 취득하지 못한다¹¹³⁾는 우리 판례의 입장과 궤를 같이하는 입장이다.¹¹⁴⁾ 포락된 토지의 소유권은 소멸한다고 하면서도 원소유자에게 너무 가혹하므로 재성토시에 우선권을 부여하지는 입장¹¹⁵⁾이나 원소유자나 제방공사를 한 연고자에게 독일에서 인정되는 관습법상의 先占權(gewohnheitsretliches Aneignungsrecht)를 인정하지는 입장¹¹⁶⁾도 수면하의 토지소유권을 부정한다는 점에서는 부정설에 속한다.

2) 肯定說

바다에 몰입된 토지라 하더라도 개인의 지배가능성이 있고 또한 재산적 가치가 있다고 인정될 경우에는 사적 소유권의 객체가 될 수 있는 토지라고 한다. 바다로 일정한

111) 新田 敏, 上掲論文, 18-19頁 參照.

112) 大判 1983. 12. 27. 83다카1561; 大判 1981. 6. 23. 80다2523.

113) 大判 1965. 3. 30.; 64다1951; 大判 1965. 6. 22. 65다349; 大判 1976. 11. 9. 76다593.

114) 李益雨, 公有水面埋立의 法律關係, 司法論集 第10輯(1979. 12.), 법원행정처, 1979, 661면.

115) 崔鍾吉, 전계논문, 1968, 52면.

116) 李英俊, 物權法, 博英社, 2004, 492-493면.

범위를 구획하여 권리의 객체로 된 해면은 물건이라고 할 수 있으므로, 바다라는 이유만으로 해면하의 토지가 당연히 사권의 객체가 될 수 없다는 것에 의문을 제기한다. 따라서 해양공학, 매립기술의 발달로 바다에 대한 지배가능성이 확대되어 가는 오늘날에 있어서 해면하의 토지소유권을 부정하는 것을 재검토하여야 한다고 한다.¹¹⁷⁾ 또, 토지가 포락되어 본래의 용도대로 사용할 수 없게 되었다고 하더라도 소유자가 주관적으로 경제상 필요한 용도로 사용하려는 의사를 가지고 또 객관적으로 그러한 목적으로 사용할 수 있는 것이라면 이를 토지의 멸실이라고 보아서는 안 되며, 소유자가 다른 목적으로 사용할 수 있느냐의 여부는 문화와 생산력의 발달도, 사회의 관습, 통념 내지 조리를 통해서 판단하자는 견해¹¹⁸⁾도 긍정설의 입장이라고 할 수 있다.

3. 檢 討

1) 公有水面下の 土地所有權

우리나라 판례의 일관된 입장은 포락된 토지의 소유권은 영구히 소멸한다고 한다. 소유권이 소멸하는 방법은 두 가지가 있다. 첫째는 권리주체의 변경 즉, 상대적 소멸이다. 그런데 증전소유자에게서 국가로의 소유권을 이전하였다고 볼 수 있는 어떠한 權原도 없으므로 상대적 소멸이라고 볼 수는 없다. 둘째는 권리객체의 소멸로 인한 절대적 소멸이다. 소유권이 소멸하는 경우는 목적물의 멸실, 소멸시효, 권리의 포기 등을 상정하여 볼 수 있는데 가장 근접하는 이유는 목적물의 멸실을 생각해 볼 수 있다. 왜냐하면, 소유권은 소멸시효의 대상이 될 수 없고(민법 제162조 2항), 자연환경의 변화로 인한 침수는 권리를 포기했다고 볼 수는 없기 때문이다. 그런데 기후변화나 환경변화로 인한 홍수나 해일 등에 소유권의 대상이 되는 토지가 지구상에 존재하지 않게 된 것은 아니라 단지 침수에 의해 개떡어서 물속으로 들어간 상태에 불과하므로 이를 목적물의 멸실로 인한 소유권의 영구적 소멸이라고 말할 수 있을지 의문이다. 그리하여 구민법시대의 조선고등법원 판례¹¹⁹⁾와 일본의 판례¹²⁰⁾는 토지의

117) 高翔龍, 民法總則, 法文社, 2005, 278면.

118) 金容晉, 전계논문, 40면.

119) 대표적으로 朝高判 1916. 5. 9.

物件性 여부에 집중하고 있다. 즉, 공유수면하의 토지가 소유권의 객체로서의 물건성을 갖고 있느냐의 여부를 판단하기 위해 지배가능성과 재산적 가치의 유무에 의해 소유권의 소멸여부를 정하고자 한다. 그러나 토지의 물건성의 여부에 의해서 공유수면하 토지의 소유권의 귀속문제를 정하고자 하는 시도는 여러 가지 점에서 의문을 자아내게 한다.

첫째, 과거에는 해면하의 토지를 포함한 바다(海)는 日月星辰과 지배가능성이 없는 존재로 여겨 소유권의 대상이 된다고 인식하지도 않고 당연하다고 여겨 소유할 수 없는 것을 고금을 통한 당연한 條理라고 할 수 있을지 모르지만²¹⁾, 오늘날과 같이 해양공학, 매립기술의 발달로 바다에 대한 지배가능성이 확대되어 가는 오늘날에 있어서 해면하의 토지소유권을 부정하는 것에 의문을 품는 것은 당연하다고 할 수 있다.¹²²⁾ 바다와 육지의 경계를 구분과 구분시의 만조시의 수제선이라고 보기 때문에 深海라면 몰라도 바닷물에 조금이라도 잠긴 해면하의 토지¹²³⁾가 지배가능성이 없다고 하는 것은 설득력이 약하다고 볼 수 있다. 토지가 침수에 의해 원래의 농경지 등 원래의 용도로 사용할 수 없다고 하더라도 염전이나 양식장 등 다른 용도로 사용하는 것이 가능¹²⁴⁾하므로 지배가 불가능하다고 보기 어렵다. 더구나 조수의 간만의 차이에 의해 발생하는 간석지(干潟地)¹²⁵⁾의 경우는 간조시에는 지상으로 드러나는 토지이므로 육지의 토지와 유사하므로 사회통념상 지배가능성이 없다고 인식하기는 어렵다.

둘째, 따라서 소유권의 객체가 될 수 있는 물건성을 구비하기 위해 해면하의 토지는 지배가능성 외에 재산적 가치(경제성)이라고 하는 또 다른 요건을 요구하고 있다. 우리 민법상 물건은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말하므로(민법 제 98조), 지배가능성 외에 경제성은 물건의 요건이라고 볼 수 없다. 육지에서 지배가능

120) 대표적으로 田原灣 事件에 관한 2심 판결(名古屋高裁判 昭和55(1980). 8. 29. 名古屋地裁 昭46(行コ) 高民集 33卷 3號 17頁).

121) 더더구나 하천포락의 경우에 하천수류의 변경에 의해 물속에 잠기게 되었다고 하여 지배가능성이 없게 되었다고 보는 것은 자연스럽지 않다.

122) 高翔龍, 民法總則, 法文社, 2005, 278면.

123) 실제로 우리 판례에서 문제가 되는 대부분의 경우는 자연환경의 변화로 해변의 수위가 1m-3m정도 잠긴 상태에서 소유권의 소멸을 다투는 것이다(大判 1971. 3. 9. 70다2756; 大判 1994. 9. 24. 94다12500; 大判 1995. 12. 22. 95다44382 등)

124) 金容晉, 전계논문, 40면 참조.

125) 간석지는 만조수위시선으로부터 간조수위시선까지의 토지이다(공유수면 관리법 제2조 4호).

성이 있다고 하더라도 경제적 가치가 없다고 하여 소유권이 소멸한다고 할 수는 없다. 예를 들어, 강원도 산간의 험난한 산악지역에 고랭지 농업을 위한 농지로 개발하는데 있어서 경제적 부담이 많다고 하여 소유권의 객체로서의 물건성을 상실하였다고 하여 소유권을 소멸시킬 수 없는 것과 같은 이치이다.

셋째, 해수의 침수에 의해 물건성을 상실한다는 논리를 극단적으로 따를 경우 최고 만조수위선을 기준으로 하여 사적 소유권의 객체가 되는 토지가 일시적으로 침수되어도 목적물의 멸실에 의한 소유권이 소멸하고 무주물이 되어 국가에 귀속된다고 하여야 이는 매우 어색한 논리이다. 예를 들어 해일에 의해 5일 동안 물속에 잠겨 있었다고 할 때 지배가능성이나 경제성은 일시적으로 상실되었다고 보아야 하기 때문이다. 아무리 일시적 소멸이라도 물건성을 상실하는 것은 사실이므로 물건성에 기초하여 소유권의 귀속을 정하는 것은 의문이 제기된다. 물론 소유권의 소멸을 가져올 포락이 되기 위한 목적물의 멸실은 영구적이어야 하므로 일시적 해몰은 제외된다고 볼 수는 있다. 그러나 해몰된 토지가 자연환경의 변화나 공유수면 매립 등에 의해서도 다시 성토화되는 것을 보면 영구적 목적물의 소멸도 아니지만, 이는 물건성에 의한 판단이라기보다는 별개의 기준에 의한 것이다.

넷째, 육지로서 사법상의 소유권의 대상이 되던 토지가 굴입항만, 양식지, 저수장 등으로 사용할 목적으로 굴삭 또는 침수시킨 결과 인공적으로 해몰된 인공해면은 토지를 조성하여 해면으로 사용하는 그 자체가 토지이용의 한 형태로서 육지가 해수에 대한 容器의 役割을 하고 있는 것으로서, 인공적으로 해수를 끌어 바다와 같은 상태를 만든 것이므로 토지소유권은 당연히 인정된다. 그러나 물건성 따라 소유권의 귀속을 정하게 되면 동일하게 바닷물에 의해 잠겨 있는 해면이 홍수나 해일과 같은 자연적 원인에 의해 포락된 것인지, 인공적으로 해면을 조성한 것인지에 따라 그 귀속이 달라지게되는 모순이 발생하게 된다. 포락도 사적 소유권의 대상이었던 토지로서 공적장부에 등재된 토지이므로 인공해면과 같이 객관적 범위획정이 가능하고, 지배가능성을 갖는 경우도 있으므로 물건성을 갖고 있으므로 인공해면과 소유권귀속이 달라지는 이유를 설명하기 어렵다.

따라서 포락되어 해면에 있는 토지라고 하더라도 물건성을 상실하는 것은 아니라고 보아야 한다. 그러면 해면으로 몰입되어진 토지의 소유권을 여전히 소유권을 완전하게 보유한다고 볼 수 있을까? 오히려 포락되어 해면으로 몰입되어진 토지는

배타적 지배가능성의 상실된 것이라고 보아야 할 것이다. 즉, 부동산등기법에 의해 등기의 대상이 되는 토지는 사법상의 소유권의 객체인 물건이어야 할 수 뿐 아니라, 소유권의 객체인 물건은 타인을 배제하여 독점적으로 지배할 수 있는 있는 토지이어야 한다. 그러나 바다는 사회통념상 해수의 표면이 최고만조시의 수제선을 기준으로 육지와 구별되기 때문에 예로부터 자연상태대로 공중의 공동사용에 제공되어온 공공용물¹²⁶⁾이므로 국가의 직접적인 지배관리에 복종하고 특정인의 배타적 독점적 지배를 허용하지 않으므로 사적 소유권의 대상이 되지 않는 것이다. 따라서 田原灣 事件에서 일본최고재판소도 바다를 공용으로 할 것인지 일정한 구획을 정하여 사적 소유권의 대상으로 할 것인지는 立法政策上的 問題라고 한다.¹²⁷⁾ 일본에서도 일정한 토지를 구획해서 사적 소유권을 인정하는 법제는 없지만, 섬나라의 특성을 반영하여 비교적 폭넓게 바다의 사적 소유를 인정하고 있다.¹²⁸⁾ 우리나라에서는 하천이나 호소 구거등은 공 국유인 것에 한하여 공유수면으로 인정하고 있지만(공유수면관리법 제2조 1호 가), 바다의 소유권 귀속에 관하여 명문으로 규정하지는 않고¹²⁹⁾, 공유수면매립권이나 어업권의 객체로 삼을 뿐이다. 그러나 공유수면매립법이 공유수면을 매립할 수 있는 자에게 매립면허를 부여하여 그 매립공사의 준공인가에 의하여 매립지를 매립면허를 받은 자의 소유에 귀속시키는 점이나 국유재산법상의 공공용재산인 점에 비추어 바다(海)는 최고만조수위를 기준으로 海水와 그 토지인 海床으로 구성된 통

126) 국유재산법 제4조 2항 2호는 이를 행정용재산이라 하여 國家가 직접 公共용으로 사용하거나 사용하기로 決定한 財産으로 국유재산의 한 형태이다. 해면, 호소와 같은 자연적 공공공물은 이미 공공용에 제공할 수 있는 형태를 갖춘 것으로서 자연상태에서 일반공중은 누구나 타인의 사용을 방해하지 않는 범위에서 자유롭게 사용할 수 있고, 통상적인 범위를 벗어나 특별한 목적을 위하여 사용할 경우에는 허가나 인가등을 요한다.

127) 日最判名 昭和61(1987). 12. 6. 昭和55年46(行ツ) 判例時報1221호號 3頁 參照.

128) 舊幕府時代나 明治初期에 해면인 채로 재정적 확보를 목적으로 불하된 拂下海面이 존재하고, 新陽港의 臨港海運所屬地域, 福岡縣 大牟田市の 三池港, 新戶港와 같은 事由海面의 존재를 인정한다.

129) 1921년 제정된 공유수면매립법 제1조에서는 공유수면을 河, 海, 湖, 沼 기타 공공의 용에 공하는 수류 또는 수면으로서 국가의 소유에 속하는 것 이라고 하여 海인 공유수면의 소유권이 國有임을 명시하였다. 건국 후 1961. 12. 19. 제정된 공유수면관리법에서도 河, 海, 湖, 沼 기타 공공의 용에 공용되는 國有的 하는 수류 또는 수면으로서 하천에 관한 법령의 적용 또는 준용을 받지 아니하는 것을 말한다고 하여 국유임의 명시하였다. 그러나 1999. 2. 8. 개정된 공유수면관리법에서는 공유수면에 대하여 河川, 湖沼, 溝渠에 대하여는 국유임을 명시하고 있으나 바다와 바닷가는 국유임을 명시하지 않았다.

일체로서의 자연의 상태 그대로 공공의 이용에 제공되는 자연공물로서 국가의 직접적인 지배 관리 아래에 있게 된다. 따라서 바다는 그 자체로서 배타적·독점적인 사적 소유의 대상이 아닌 것이다.

그러면 사적 소유권의 대상이 되던 토지가 포락되어 바다에 해몰된 경우 경우에는 이를 어떻게 파악해야 할까? 바다가 공적 성격을 강하게 가지고 있는 점은 부정할 수 없다고 하더라도 그렇다고 하여 일종의 자연공물인 해수가 존재함으로 인하여 그 장소가 각종의 공법적 규제를 받는 것은 당연하지만 그로 인하여 사적 소유권이 소멸된다고 볼 필요는 없다. 오히려 그 장소도 일종의 공용부담을 지는 토지로 본다고 하더라도 도로가 사권의 객체로 될 수 있는 것과 마찬가지로 전혀 불합리하지 않다.¹³⁰⁾ 포락된 해몰지는 현실적 지배가능성은 없다고 하더라도 장래 또는 사회적 조건의 변화가 발생할 때에는 潛在的 支配可能性은 존재하는 것이다. 사적 소유권이 인정되는 도로부지의 도로라고 할지라도 공용의 폐지가 있을 수 있는 가능성이 있는 것처럼 자연공물이라 할 수 있는 해면은 그 장소가 그 후 육지로 된 경우에는 자동적인 공용 폐지가 있었던 것으로 볼 수 있다. 따라서 공공의 용도에 제공되고 있는 동안은 소유권이 冬眠하고 있는 것에 불과하고¹³¹⁾ 그 후 자연환경의 변화는 토지의 매립 등으로 수면위로 드러나면 자연공물의 자동적 공용폐지에 의해 소유권이 되살아난다고 보아야 할 것이다.¹³²⁾ 따라서 포락으로 해몰된 토지의 소유권은 소멸되는 것이 아니라 공공의 용도에 제공되는 동안은 배타적 지배가능성이 잠재화되어 있는 潛在的 所有權이라고 보아야 할 것이다.

2) 再成土된 土地所有權의 歸屬

포락에 의해 수몰되었던 토지가 자연환경의 변화로 저절로 육지의 토지로 변화하

130) 阿部泰隆, 前掲論文(註99), 86頁; 新田 敏, 海面下の土地所有權の問題と海面埋立權, 民事研修 No. 272 (1979. 12.), 法務綜合研究所, 1979; 18-19頁.

131) 新田 敏, 上前掲論文, 18-19頁.

132) 水邊芳郎, 土地の海没と土地の所有權の歸趨, 不動産登記の諸問題上, 325頁; 水邊芳郎, 明治4年8月大藏省 達第39號 「荒無不毛地拂下ニ付一般ニ入札セシム」 により海岸寄洲及び海面として拂下げを受けた地域について民法上の土地所有權が認められた事例: 羽田國際空港二重登記事件, 判例時報 No.896(1978. 1), 判例時報社, 1978, 140頁; 45頁.

거나 하천포락에서 附近이나 對岸에 이생지를 형성하거나 공유수면의 매립허가를 얻어 재성토되었을 경우의 소유권은 누구에게 귀속되어야 하는가? 우리 대법원이 인정하는 포락의 법리에 따라 종전소유자의 토지소유권이 영구히 소멸한다고 하면 다음과 같은 의문이 든다.

첫째, 헌법 제23조에 의해 모든 국민의 재산권보장을 규정하고 재산권의 내용과 한계를 법률에 의해 정하도록 하는 법정주의를 취함과 아울러, 재산권의 제한을 위해서는 공공의 필요가 있는 경우에 법률의 형식을 통해 정당한 보상이란 요건을 갖추었을 때만이 공용침해로서 정당화 될 수 있다.¹³³⁾ 그런데 포락에 의해 해몰된 토지의 소유권이 소멸되어 무주의 부동산이 되어 국가에 귀속된다고 하는 것은 정당한 보상이 결여된 재산권의 박탈이라고 볼 수 있다.¹³⁴⁾ 또한 사유재산권도 사회적 구속성이 있어 공공복리에 적합하게 사용하여야 하며 공공의 필요에 의해 제한 될 수 있지만 재산권의 본질적인 내용을 침해해서는 안 되고 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙을 지켜야 한다.¹³⁵⁾ 여기서 재산권의 본질적 내용의 침해란 그 침해로 말미암아 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제가 形骸化되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 것을 말한다.¹³⁶⁾ 그러나 포락에 의해 해면하의 토지가 됨으로써 종전소유자의 소유권 자체가 소멸된다고 하는 것은 재산권의 본질적 침해로서 비례의 원칙을 벗어나 재산권의 제한 한계를 일탈한 것이라 할 것이다.

둘째, 포락의 법리에 따라 종전소유자의 소유권은 소멸한 것으로 보고 다만 연고자로서의 재성토시에 우선권을 부여하는 입장이나 독일에서 인정되는 관습법상의 先占權을 인정하지는 입장¹³⁷⁾도 종전 소유자에 대한 구제를 도모한다는 점에서는 의미가 있으나 미봉책으로서 소유권의 본질적 내용을 침해한다는 점에서는 대법원의 포락법리와 차이가 없다고 본다.

셋째, 오늘날 각종 온난화를 비롯한 기후변화로 인한 홍수, 해일, 해수면 상승의

133) 成樂寅, 憲法學, 法文社, 2008, 618면.

134) 河川浦落의 경우에는 하천법 제76조에 따라 공용부담으로 인한 손실보상을 한다.

135) 洪性邦, 憲法學, 현암사, 2006, 530면.

136) 憲裁決 1989. 12. 22. 88헌가13.

137) 崔鍾吉, 전계논문, 52면; 李英俊, 전게서, 492-493면.

문제가 심각하고 국제적 공동대처의 필요성이 커가는 요즘, 국가는 자연환경보전을 위한 적극적으로 노력할 의무와 책임이 막중함에도 불구하고 해수면상승으로 인하여 해몰된 토지 소유권이 국가에게 귀속된다는 것은 환경보전책임을 종전소유자에게 轉嫁하는 결과가 되는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

따라서 자연환경의 변화로 수면하의 토지로 포락된 토지가 그 후에 다시 성토화되었을 경우에는 공공의 필요에 의해 공유수면으로 이용되는 동안 잠재화되어 있던 토지소유권이 부활하여 종전의 소유자에게 다시 귀속된다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 포락된 토지가 매립 등에 의해 종전소유자에게 귀속되는 것으로 인하여 국가적 필요에 의한 간척사업 등의 국가정책수행을 위축시킨다는 의문이 제기될 수 있다. 천문학적 비용이 드는 공유수면매립사업을 개인이 수행하기 힘들기 때문이다. 그러나 국가가 간척사업 등의 공공의 필요가 있다면 토지소유자에게 정당한 보상을 지급하고 해당 토지를 수용하는 등의 절차를 거쳐야 한다. 또 타인의 공유수면 매립 등에 의해서 해몰되었던 토지가 재성토되어 토지가치의 향상 등의 반사적 이득을 얻게 되었다면 이는 매립자와 부당이득반환청구의 문제로 해결하여야 할 것이다.

V. 結論

하천변의 토지가 홍수에 의해 하천으로 변하거나 해변의 토지가 해일 등에 의해 바닷물에 잠기게 되면 그 토지의 소유권은 소멸한다는 것이 대법원 판례의 태도이다. 더 나아가 이러한 토지가 하천의 흐름이 바뀌거나 간척사업 등에 의해 다시 토지가 만들어지더라도 종전의 토지소유자는 그 소유권을 회복할 수 없다고 한다. 이것이 일제시대부터 법원이 판례를 통해 인정해 온 浦落의 法理이다. 하천이나 바닷물은 공유(公有)이므로 그 아래에 있는 토지는 사적 소유권의 객체가 될 수 없으므로 하천화나 바다화가 되면 그 순간 소유권은 영구히 소멸한다는 것이다.

육지의 토지도 공공복리를 위해 제한되는 경우도 많고 제한되는 경우에는 정당한 보상을 이루어져야 하는데, 유독 바다가 공유수면이라는 이유로 그 아래에 있는 토지

에 대하여 어떠한 보상도 없이 소유권이 소멸된다고 할 수 있을까? 포락의 법리에서 종전소유자의 토지소유권이 소멸하는 근거는 바다나 하천은 일월성신과 같이 지배가능성이 없기 때문에 물건성을 상실한다고 보았다. 즉, 소유권의 객체로서의 자격인 물건성을 갖추기 위해서는 관리가능한 유체물이어야 하므로 지배가능성이 없는 바다나 하천은 소유권의 객체가 될 수 없어 소유권이 소멸한다는 것이다. 오늘날 자연과학기술의 발전을 논하지 않더라도 하천이나 최고만조시의 수제선을 기준으로 한 해면하의 토지에 대하여 정도의 차이는 있을 지라도 지배가능성이 있다고 할 수 있다.

그렇다면, 해면하의 토지가 여전히 종전소유자의 완전한 소유라고 해야 하는가? 해면하의 토지는 유체물로서 구획을 정하여 객관적 범위를 확정할 수 있었던 토지로서 지배가능성이 있으므로 물건성을 갖추고 있지만, 자연의 상태 그대로 공공의 이용에 제공되는 자연공물로서 국가의 직접적인 지배 관리 아래에 있으므로 배타적·독점적인 사적 소유의 대상이 아닌 것이다. 사적 소유권의 대상이 되던 토지가 해면하의 토지로 포락된 경우에는 일종의 자연공물인 해수가 존재함으로 인하여 그 장소가 각종의 공법적 규제를 받는 것은 당연하지만 그로 인하여 사적 소유권이 소멸된다고 볼 필요는 없다. 포락된 해물지는 현실적 지배가능성은 없다고 하더라도 장래 또는 사회적 조건의 변화가 발생할 때에는 潛在的 支配可能性은 존재하는 것이다. 사적 소유권이 인정되는 도로부지의 도로라고 할지라도 공공의 폐지가 있을 수 있는 가능성이 있는 것처럼 자연공물이라 할 수 있는 해면은 그 장소가 그 후 육지로 된 경우에는 자동적인 공용폐지가 있었던 것으로 볼 수 있다. 따라서 포락으로 해몰된 토지의 소유권은 소멸되는 것이 아니라 공공의 용도에 제공되는 동안은 배타적 지배가능성이 잠재화되어 있는 潛在的 所有權이라고 보아야 할 것이다. 따라서 자연환경의 변화로 수면하의 토지로 포락된 토지가 그 후에 다시 성토화되었을 경우에는 공공의 필요에 의해 공유수면으로 이용되는 동안 冬眠하고 있던 토지소유권이 부활하여 종전의 소유자에게 다시 귀속된다고 보아야 할 것이다.

參考文獻

- IPCC 4차보고서(기상청, 기후변화 2007 종합보고서(SYR), 2007
- 甲斐道太郎, 春分秋分には海没する干潟と所有權の客體適格, 判例タイムズ 臨時増刊 32卷 14號(439)(1981.06) : 昭和55年度 民事主要判例解説, 1981.
- 慶田康男, 海没にめ土地の滅失, 不動産登記先例百選 2版(ジュリスト 別冊 No.75 (1982.1.)), 有斐閣. 1982.
- 慶田康男, 海没にめ土地の滅失, 不動産登記先例百選 2版(ジュリスト 別冊 No.75(1982.1.)), 有斐閣. 1982.
- 具旭晝, 土地의 海面性(海没, 浦落)으로 인한 所有權喪失 判斷基準, 대법원판례해설 제17호(1992상반기), 1992.
- 국회예산정책처, 「기후변화협약 종합대책」 평가, 2007
- 幾代 通, 海面下の土地と所有權 : 田原灣訴訟最判 昭和61·12·16,ジュリスト No. 882 (1987. 4.) 有斐閣. 1987.
- 金容晉, 浦落된 土地가 다시 成土化된 境遇의 所有權 歸屬, 判例研究 1輯(1968. 12.), 서울辯護士會, 1968.
- 金在協, 기업자가 토지가 포락되었다고 판단하여 수용절차나 보상 없이 공사를 시행하는 도중에 토지가 포락된 것이 아니라는 판결이 확정되자 비로소 이를 수용하게 되어 수용 재결 당시에는 당해 공공사업으로 토지현상 및 용도지역이 변경된 경우 손실보상액의 산정기준시기, 대법원판례해설 第33號 (1999. 하반기), 2000.
- 來生 新, 地券下付海面と土地所有權, 法學教室 79號 (1987. 4), 有斐閣, 1987
- 東海林邦彦, 海面下土地の所有權が認められた事例,ジュリスト 臨時増刊 No.743 (1981.06) : 昭和55年度 重要判例解説, 有斐閣, 1981.
- 裴炳日, 土地의 浦落, 司法行政 제378호(1992. 6.), 한국사법행정학회, 1992.
- 宋榮珉, 朝鮮高等法院判例에 나타난 土地所有權 問題 : 土地의 浦落을 중심으로, 法史學研究 28號, 韓國法史學會, 2003.
- 水邊芳郎, 明治4年8月大藏省達第39號 「荒無不毛地拂下ニ付一般ニ入札セシム」 により 海岸寄洲及び海面として拂下げを受けた地域について民法上の土地所有權

- か認められた事例：羽田國際空港二重登記事件, 判例時報 No.896(1978. 1), 判例時報社, 1978.
- 水邊芳郎, 海没している土地の所有權, 法社會學 第28號(現代社會と法), 日本法社會學會 編, 1975.
- 新田 敏, 海面下の土地所有權, ジュリスト 臨時増刊 No 887(1987. 6.) : 昭和61年度重要判例解説, 有斐閣, 1987.
- 新田 敏, 海面下の土地所有權の問題と海面埋立權, 民事研修 No. 272 (1979. 12.), 法務綜合研究所, 1979.
- 阿部泰隆, 海面下土地所有權再論, ジュリスト 臨時増刊 No.616 (1976. 7.), 有斐閣, 1976.
- 阿部泰隆, 海面下に没する干潟の所有權の有無：最高裁昭61.12.16判決の検討, 法學セミナー Vol.32 No.4(388號) (87.04), 日本評論社, 1987.
- 윤서성, 「고토」 의정서와 한국의 에너지 및 환경, 한국에너지법저널 제11권(2001. 12.), 한국에너지법연구회, 2001.
- 李東俊, 海水에 의한 土地 浦落과 그 所有權喪失의 判斷基準, 法曹 제46권 3호, 法曹協會, 1997.
- 李性龍, 私權의 대상인 土地가 準用河川의 河川區域으로 된 경우 私權保有者의 救濟方法, 人權과 正義 제183호(1991. 11.), 대한변호사협회, 1991.
- 李益雨, 公有水面埋立의 法律關係, 司法論集 第10輯(1979. 12.), 법원행정처, 1979.
- 李益雨, 民法上の 附合의 原則과 公有水面埋立法 第 26條3項과의 關係, 대법원판례해설 第1卷 第2號 (1980. 1), 司法研修院, 1980.
- 조광우/김지혜/정휘철, 지구온난화에 따른 한반도 주변의 해수면변화와 그 영향에 관한 연구Ⅱ, 한국환경정책·평가연구원, 2002.
- 津島安秋, 海没にめる土地の滅失, 不動産登記先例百選(ジュリスト 別冊 No.30 (1970. 12)), 有斐閣. 1970.
- 崔鍾吉, 浦落한 土地의 成土化와 所有權의 歸屬, 法曹 第17卷 第4號(1968. 4.), 法曹協會, 1968.
- 浦野雄幸, 「海」と所有權：最判 昭和61年 12月16日, 登記研究 478號 (1987. 11.), 1987.

<Abstract>

Judicial Reconsideration of Porak

Choi, Chang Ryeol

If any land around a river shifts to the river by flood, or any land around a beach is submerged to the sea water by a seismic sea wave, then the land's ownership is extinct, which is the attitude of the supreme court leading case. Furthermore, the case rules that if such a land turns to the land again by the change of the river flow or a land reclamation project, the original land can't recover its prior ownership.

This is the legalistic principle having been recognized through the leading case of a court since the Japanese imperialism. The primary reason is that a river or a sea water is jointly owned, so the land under it can't become the property of a private ownership that as soon as it gets united to the river or the sea, its ownership comes to be extinct forever.

However, a lot of land is publicly restricted for public good, but it is doubtful to perfectly deny the ownership of the land under the river or the sea mainly because it is a co-owned water surface. The article 98, the civil law provides that what can be an object for ownership includes manageable material things. Nevertheless, requiring manageability and economic value as well in Porak is groundless. And the ownership was recognized to the original owner if Porak in a river was recovered to land in Japanese Imperialism, which had been a consistent practice law since Joseon Dynasty, so it is problematic that the supreme court changed the leading case saying such a practice was extinct from 1918, when the land survey project was terminated.

Currently, if the land around a river loses its ownership because it turns into the river, the nation compensates for that, while if the land near a sea beach turns to the sea, the land ownership turns extinct, and the nation doesn't compensate for that. And it grants a

* Professor of Law College Dongguk University

new ownership to the person reclaiming the sea. Such a legalistic principle of Porak has no choice but to be regarded as national policy goal to simplify a dispute on land ownership after a land reclamation project. But saying that the land becoming the ownership object can't be the object of ownership only because it is submerged under a river or a sea is contrary to the nature, and runs counter to the practice law having been continuing since Joseon Dynasty. Thus the judicial principle of Porak should be looked into again.

主 題 語 地球溫暖化, 海面上昇, 氣候變化, 浦落, 江落, 氣候變化, 環境變化, 物件, 支配可能性,
自然海沒地, 人工海沒地, 潛在化, 海面下의 土地所有權