

# 부동산부합에 관한 연구

(A Study on the 'Verbindung mit einem Grundstück')

장창민\*

I 序說	III 부합의 범위와 기준
II 부동산부합의 근거에 관한 제학설	1. 부동산 부합의 범위
1. 傳統的 通說(제1설)	2. 부동산부합의 기준
2. 去來觀念說(제2설)	IV. 토지와 건물의 부합
3. 去來安全說(제3설)	1. 의의
4. 修正說(제4설)	2. 토지에의 건물의 부합
	V 結論

## I. 序說

소유권의 변동을 가져오는 첩부의 일종인 부합이란 물건과 물건의 결합에 의하여 소유권을 취득하는 제도이다. 이러한 부합제도의 취지는 2개 이상의 물건이 결합하여 사회의 거래관념상 분리하는 것이 불가능하거나, 원상회복이 비록 물리적으로 가능하다 하더라도 사회경제상 대단히 불이익하므로 복구를 허용하지 않고서 그것을 하나의 물건으로서 특정인의 소유에 귀속시키는데 있다<sup>1)</sup>. 이러한 부합제도는 로마법<sup>2)</sup> 이래 서구의 많은 입법들이 로마법을 이어 받아 독자적인 소유권취득의 한 유형으로 규정<sup>3)</sup> 하고 있다.

우리 민법의 체계상 부합은 이른바 '법률행위에 의하지 않은 물권변동'의 한 원인이 되어 물권변동에 있어서는 당사자의 효과의사나 행위능력이 문제가 되지 않는다<sup>4)</sup>.

\* 창원대학교 법학과 강사, 법학박사

1) 鄭照根, "附合의 法理", 부산여대 논문집 제24집, 1987, 243면.

2) 玄勝鍾·曺圭昌, 게르만法, 博英社, 1989, 356면.

3) 프랑스민법 제552-564조, 독일민법 제946조, 스위스민법 제752조 등.

부합을 2개 이상의 물건의 「결합」이 있는 경우 1개의 물건으로 취급하는 소유권 확장법리의 소산이라고 한다면, 순수히 물건자체의 입장에서 보아 어떠한 경우를 물건과 물건의 결합이라 할 것인가를 생각해 볼 수 있다. 예컨대, 부동산부합의 결합형태에 대해서 살펴보면, 2개 이상의 물건이 대등한 위치에서 결합이 되는 것이 아니고 기존물건에 대하여 그 물건의 사용편익을 도모하기 위하여 부착된다는 종된 위치로서의 결합 즉 부속적 결합형태에 속한다. 부속적 결합형태 즉 부합의 형태는 주된 물건에 대하여 부착된 것을 말한다<sup>5)</sup>.

부동산부합에 관하여 우리 민법은 제256조에서 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다고 규정하고 예외적으로 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다고 규정하여, 同條의 ‘부합한 물건’에는 동산뿐 아니라 부동산도 포함되는 지에 대한 해석상의 문제가 제기 될 수 있다<sup>6)</sup>. 그리고 民法 제256조의 附合은 동산간의 부합에 관한 규정인 민법 제257조와는 달리 부합의 구체적인 기준을 제시하지 않음으로써 부동산에의 부합은 동산간의 부합과 그 정도를 달리하는 것인가라는 의문을 야기하기도 한다.

우리 사회에서는 아파트를 비롯한 다양한 형태의 공동주택이 다량으로 건축됨에 따

4) 뿐만 아니라 여타의 법률행위에 의하지 않은 물권변동(예컨대 시효취득)의 경우와 달리 당사자의 소유의 의사, 선의, 악의, 및 과실의 유무조차 고려되지 않고, 어디까지나 물건의 객관적인 상태(단일물 또는 새로운 물건의 성립)에 따라 물권변동이 이루어 진다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 嚴東燮, “민법상의 添附制度(附合, 混和, 加工)에 관하여”, 厚巖 郭潤直 先生 古稀紀念民法學論叢 第二, 박영사, 1995, 135면.

5) 金基洙, “附合의 法律關係”, 考試界, 80 12 12면

6) 우리 민법(제99조)과 일본 민법(제86조)은 건물 등을 토지에 정착된 물건이라는 의미에서 독립된 부동산이라고 규정한다 반면에 독일 민법(94조)을 비롯한 프랑스 민법(제553조), 스위스 민법(제671조), 이탈리아 민법(제934조) 등 서양의 민법에서는 건물, 식물 등을 토지의 본질적 구성부분(wesentlicher Bestandteil)이라고 규정하고 있다 즉 前者는 건물등을 토지의 정착물로 인정하나, 後者는 건물 등을 토지의 구성부분이라고 규정한다. 토지의 정착물로서 건물 등을 인정하고 있는 것은 결국 토지를 부동산의 주체적 구성물로 한다는 의미인 동시에 그 이외의 정착물은 별도의 토지 의제물로 본다는 것이다 즉 우리 민법은 건물을 土地擬制物로 토지화하려는 것이고, 독일 민법은 정착된 구성부분으로 보아서 토지에 흡수시키는 입장이다. 부동산 부합의 해석을 둘러싼 학설의 대립, 판례의 불투명성의 원인은 토지와 건물을 별개의 소유권의 객체로 하는 법제를 이루고 있으며, 그것에 상응하는 조치가 입법상 이루어 지지 않았다는데 있다. 鄭憲衡, “不動產 附合의 認定範圍에 관한 小考”, 姜東湖 教授 停年退任 記念 特輯 「法學研究」, 第6輯(1997), 慶尙大學校 法學研究所, 83면.

라 집합건물의소유및관리에관한법률이 제정됨으로서 토지와 건물을 별개의 독립된 부동산으로 하는 법규정과 자유로운 소유권개념에 대한 중대한 변화가 일어났다. 즉 집합건물의 대지는 법적으로는 건물과는 독립한 부동산이지만 구분건물과 함께 처분하도록 하여 사실상 있어서는 대지와 건물이 별개의 부동산이 아니고, 하나의 부동산으로 다루어지게 하였다.

이는 건물은 독립된 부동산이기 때문에 토지에 부합하지 않는다는 종래의 통설을 결과적으로 무의미하게 만들었다고 할 수 있을 것이다.

한편으로 구분소유건물의 등기만 있으면 대지는 별도의 등기를 하지 않아도 됨으로써 로마법상 「지상물은 토지에 따른다」는 원칙을 뒤바꾸어 놓았으며, 건물에 토지가 부합하는 새로운 형태의 부합유형을 만듦으로써 부합이 확장되는 결과를 가져왔다고 할 수 있을 것이다<sup>7)</sup>.

이하에서는 이러한 의문을 해결하기 위하여 종래의 부동산부합에 관한 民法 제256조를 중심으로 부동산 부합의 근거와 부합의 범위 그리고 그 기준에 대한 논의들을 재검토하여 후일 부동산부합에 관한 활발한 논의전개를 위한 방향을 제시하는데 그 목적이 있다

그런데 부합의 근거에 대해서는 우리 학계에서 그리 활발하게 논의가 되고 있지 않은 관계로 우리 민법과 같은 규정을 두고 있는 일본에서의 학설을 통하여 그 근거를 살펴보고<sup>8)</sup>, 부합물에 부동산도 포함되는지의 문제와, 부합물에 부동산이 포함된다면 토지와 건물의 부합관계에 관해서 살펴보고자 한다.

## II. 부동산부합의 근거에 관한 제학설

부합제도는 물건과 물건의 결합에 의하여 소유권을 취득하는 것이어서, 때로는 야

7) 鄭愚衡, 前掲論文, 84면.

8) 일본에서는 건물이 토지에 부합하는가에 대해서 민법전제정시 민법기초자들에 의한 논란이 있었으나, 「일본 종래의 관습」, 「일본 특유의 관습」에서는 건물은 토지로부터 독립해 있고 따라서 부합하지 않는다고 하는 주장이 일본 민법전에 그대로 수용되었다는 것이다. 이러한 관습의 배경에는 근대초 일본의 지주·소작인 관계가 단지 농촌의 사회질서에 그치지 않고 도시에 확대된 것에서 비롯되었고 한다. 또한 건물이 구조상으로 용이하게 수거될 수 있었고, 건물 등이 없는 빈땅이 그 용도를 한정하지 않으므로 가격상으로도 최고의 상품으로 된다는 것이 사회의 통념이었다고 한다. 稻本洋之助, 借地制度の再檢討, 日本評論社, 1986, 13면

만적인 제도라고 비난되기도 하였고, 때로는 사회전체의 이익이라고 하는 숭고한 목적에 봉사하는 제도로 예찬되기도 하였다<sup>9)</sup>. 이와 같이 역사적으로 비난받기도 하고 예찬되기도 하였던 부합제도의 목적에 관하여 종전에는 두 가지 견해가 있었다.

제1설은 2개 이상의 물건이 결합된 것을 분리복구하는 것은 사회경제적 손실을 초래하므로, 이처럼 사회적 손실을 가져오는 일방의 소유자가 행사하는 분리복구의 청구를 부정하는 것이 필요하다고 본다<sup>10)</sup>.

제2설은 일물일권주의의 요청에 의하여 1개의 물건 위의 일부분은 독립물서 취급할 수 없으므로 2개이상의 물건이 결합되어 거래관념상 1개 독립물로 형성된 이상 일방의 소유권의 존속을 부인하는 것이 일물일권주의의 법리에 적합하다고 본다<sup>11)</sup>.

양자의 학설은 원래 소유권을 달리하는 수 개의 물건이 결합되어 사회관념상 분리, 복구시키는 것이 불가능하거나 곤란한 것은 아니지만 그것을 원상으로 분리복구하는 것에 대하여 전자는 사회경제상 불이익하므로 그리고 후자는 외형상 독립물로서 일물일권주의의 관철에 있다고 할 것이다. 구체적으로 어느 학설에 따라야 할 것인가의 문제는 결국 구체적인 사정에 따라 판단할 수밖에 없다<sup>12)</sup>.

그러나, 오늘날에는 부합에 관하여 다른 시각에서 분류할 것을 요구하고 이러한 시각에 의하면 각 학설이 상정하는 구체적인 사정에 따라서 학설을 분류하여야 할 것이다. 그러므로, 이하에서는 전통적인 분류방법 외에 다른 시각에 따라 부합에 관한 학설을 고찰하기로 한다.

## 1 傳統的 通說 (제1설)

이 학설은 부합제도의 근거를 결합된 물건의 분리가 사회적 불이익에 있다는 것에서 구하여 현행민법제정 이래 오늘날에 이르기까지 통설적 지위<sup>13)</sup>를 가지고 있으며, 판례<sup>14)</sup>의 입장이기도 하다.

부동산의 부합이 생기기 위해서는 동산의 부합(제257조)과 동일하게 훼손이나 과

9) 瀨川信久, 不動産附合の研究, 有斐閣, 1981, 1면

10) 郭潤直, 物權法, 博英社, 1997, 346면, 李英俊, 物權法, 博英社, 1996, 467면

11) Westermann, BGB-Sachenrecht, 7. Aufl(1987), §52 I 1, 李英俊, 前掲書, 470면

12) 金基洙, 前掲論文, 14면

13) 郭潤直, 前掲書物, 350면; 金容漢, 物權法論, 博英社, 1985, 303면, 金曾漢, 物權法, 博英社, 1982, 161면, 李英俊, 前掲書, 466면

분한 비용없이 분리할 수 없을 정도의 결합이 필요하고 그 훼손의 유무는 분리될 부분의 어느 일방에도 생길 수 있다고 한다. 부합의 기준으로서의 훼손의 유무, 혹은 과분한 비용의 유무라고 하는 기준은 「公益」, 「國民經濟的 利益」이라고 하는 제도적 취지로부터 연역되고 제256조와 유사한 기준을 정한 독일민법 제93조가 부동산의 부합에도 적용된다는 것을 기초로 한다<sup>15)</sup>.

이상에 대하여 附屬의 예외인 제256조의 단서에 대하여는 충분한 설명을 하지 못한다. 근원에 대해서도 타인의 부동산을 부속시켜 그 부동산을 이용할 권리로서 지상권, 전세권, 사용대차권, 임차권 등을 들고 있다<sup>16)</sup>.

부합의 구체적인 효과로서는 부착한 물건의 분리의 금지를 생각하고 있다. 그러나 보다 구체적으로 부착물의 원소유자와 부동산의 소유자간의 분쟁에 있어서 분리를 금지하는 것을 생각하고 있다고 말하는 것이고, 이 이외의 관계자간이 분쟁은 민법 제261조에 의해서 처리된다고 생각하고 있기 때문이다<sup>17)</sup>.

위와 같이 256조의 本文에 의해서 附屬된 경우는 부착물의 원소유자는 부동산소유자에 대하여 보상청구권만 인정될 뿐 그 분리반환을 청구할 수 없고, 단서의 경우(구체적으로는 부동산의 이용권자가 부착한 경우)에는 분리반환을 청구할 수 있다고 해석하여 본조와 부동산이용권자의 수거권에 관한 제조문(지상권의 경우 285조)과의 관계가 문제된다<sup>18)</sup>.

이상과 같은 제도하에서 구체적으로 어떤 물건이 부합한다고 해석하는가에 대해서는 단서의 근원이 없는 한 벽토·칠창(벽에 칠하는 회반죽)·용재가 건물에, 비료·종자·

14) 대법원 1985.11.12. 선고, 85다카 246 판결, 대법원 1989.4.11. 선고, 88다카 8460·8477 판결, 대법원 1988.2.23. 선고, 87다카 600 판결

15) 瀨川信久, 前掲書, 8면

16) 鄭照根, 前掲論文, 245면.

17) 梅謙二郎, 民法要義 卷之二, 1954, 164면 그러나 보다 구체적으로 말하면 부착물의 원소유자로부터 부동산소유권자에 대한 분리청구의 금지를 생각하면 부동산소유자로부터 제거청구의 금지는 생각할 수 없다고 본다. 왜냐하면 부합의 예외인 256조 단서의 효과로서 부착물의 원소유자로부터 분리반환을 청구하는 것만을 설명하고 있기 때문이다

18) 傳統的通說은 이 관계를 다음과 같이 설명한다. 收去權에 관한 諸條文을 256조 但書에 의하여 收去權이 인정되고 있는 것을 前提로 하고 그 收去의 실체는 原狀回復義務를 도모하는 것으로 定하고 있다. 또한 매수청구권의 규정은 제256조 단서에 의해 수거권이 있을 때에도 지상권의 경우에는 지주가 매수를 청구함으로써 수거를 저지할 수 있다는 것이다 梅謙二郎, 前掲書, 125면.

초목이 토지에 부합하는 것에는 이론이 없다. 그러나, 무권원자에 의한 건축물이 토지에 부합하는가는 당초부터 다투어졌다. 일본 민법 기초자들에 의하면, 일본에는 서양과 달리 토지건물을 관습상 별개로 취급하였으나 현행민법전에는 특별규정(일본민법 제370조, 제388조, 제399조, 부동산등기법 제14조)이 없는 한 원칙으로 일체로 된다<sup>19)</sup> 따라서, 건물은 토지에 부합하는 것이라고 하였다<sup>20)</sup>.

이에 대해서 우리나라의 학설<sup>21)</sup>은 건물은 토지로부터 독립되고 부합하지 않는다고 주장한다. 그 근거로서는 첫째, 건물이 토지소유자 이외의 자에 의해 건축된 경우(소유권의 취득원인인 부합은 이 경우에 관한 한)에 건물의 독립성을 인정할 사정이 있기 때문이고, 둘째는 건물이 토지와 동일소유자에 속할 경우(이것은 본래의 부합의 경우는 아니다.)를 포함하여 일반적으로 독립성이 강조되어 이것이 부합의 경우까지 확장된다는 것이다<sup>22)</sup>

## 2. 去來觀念說(제2설)

이 학설은 종래의 통설을 비판하는 견해로서 그의 실천적 성격의 이유가 부합의 근거를 명확히 기술하지 못하므로 오직 거래관념상의 독립성이라고 하는 부합의 기준을 강조한다<sup>23)</sup>.

이 기준은 민법 제256조 본문이 민법 제257조의 문언과 다르며, 또한 3가지의 약간 다른 분쟁유형을 생각할 수 있기 때문이다.

첫째의 분쟁유형은 부착부분인 지상물건이 독립하여 거래될 수 있는 것에서 생긴 분쟁이다. 즉 이 說은 지붕의 기와는 거래관념상 독립성이 없으나, 콘크리트 건물이 독립성을 가진다는 것을 보면 훼손의 유무라고 하는 부합의 기준은 타당하지 않고 토지의 부착물은 독립하여 거래되는 한 독립의 가치를 가지고 독립하여 법적 보호의 가치가 있다고 주장한다<sup>24)</sup>

19) 梅謙二郎, 「土地と建物との關係」法學志林八卷八號 十號(明治三九年)(前掲, 瀨川信久, 14면에서 再引用); 瀨川信久, 前掲書, 10면.

20) 梅謙二郎, 民法要義 卷之二, 1954, 173면

21) 金容漢, 前掲書, 303면. 郭潤直, 前掲書, 301면.

22) 鄭照根, 前掲論文, 247면

23) 末弘嚴太郎, “不動産の附合について”, 法學協會雜誌50卷11号(1932), 32면, 末川博, 物權法, 1956, 301면; 加藤正男, “農作物の附合”, 判例演習物權法, 1963, 137면

제2의 분쟁유형은 도묘, 입도의 소작관계에서 발생한 분쟁이다. 일본의 判例를 통하여 보는 바와 같이 당시의 상황<sup>25)</sup>에서 지주로부터의 소작계약의 해제로 인한 토지명도에 대한 임차소작인을 보호하기 위하여 또는 무단전차소작인의 농작물을 지주가 압류하는 데 있어서 전차소작인을 보호하기 위하여 무권원자에 의한 농작물(주로 도묘, 도묘)을 독립된 것으로 볼 것인가가 문제되었다. 거래관념상의 독립성이라고 하는 기준을 부합일반의 기준으로 하고, 더욱이 거래관념상 독립한 물건은 권원의 유무에 관계없이 부합하지 않는다고 설명한다<sup>26)</sup>.

제3의 분쟁유형은 차가인의 증개축에 대한 별개의 권리를 부정한 判例이다. 學說은 이 판결을 비판하여 임차인은 타인의 부동산에 동산을 부속하여 그 부동산을 이용할 권리가 있고 일본민법 제242조 단서가 적용된다고 해석할 수 있기 때문에 이 판결을 바로 부합이론에 맞추어 넣을 수가 없다고 하였다.

전통적 통설은 당해증개축부분과 같이 구성부분인 물건은 소유권의 당연한 효과로서 주된 물건에 속하고 당초 일본민법 제242조(우리民法 256조)가 적용되지 않는다고 이론구성하기도 하였다<sup>27)</sup>. 거래관념설은 부착의 정도가 강한 것에 제256조를 적용하지 않는 것은 비상식적이라고 비판하면서 거래관념상 독립성을 잃은 물건은 권원의 유무에 관계없이 256조 단서의 적용을 받을 수 없다고 이론구성하였다. 이 설의 기준형성에 있어서는 이상의 분쟁유형에 더하여 당시 독일에서 주장되고 있던 거래관념(verkehrsanschaunung)이라고 하는 기준이 영향을 준 것 같이 생각된다. 독일에서도 이 기준은 그때까지 공장에 부합되어 있던 機械를 독립시키기 위하여 강조된 것이다<sup>28)</sup>.

### 3. 去來安全說(제3설)

24) 末弘嚴太郎, 前掲書, 32면

25) 일본의 소작인보호를 위한 쟁의가 활발했던 1920년대

26) 농작물의 독립성의 근거를 그것이 독립하여 거래될 것은 필요 없고, 종으로서 부합되지 않는데서 구하는 설도 있다. 즉 농작물을 위하여 토지가 이용되는 것이므로 주된 것은 작물이라는 것이다 이 설은 농작물 거래의 필요·편의라고 하는 생각보다는 소작인 보호라고 하는 배려가 보다 강하다고 볼 수 있다 대판 1962 2 21 선고 62다913 판결 鄭照根, 前掲論文, 248면.

27) 我妻榮, 民法講義(物權), 1952, 202면.

28) 鄭照根, 前掲論文, 248면.

이 학설은 통설로부터는 외형적 확실성(부합할 때의 제사정을 고려하지 않는)과 강행법규성이라고 하는 관념을 받고, 거래관념설로부터는 거래관념상의 독자성이라고 하는 기준을 계승하여 근대 소유권의 법사회학적 고찰이라는 새로운 부합이론이다<sup>29)</sup>.

즉, 부동산의 소유자는 부합된 물건을 자유로 처분·훼손할 수 있으므로 부합은 반드시 사회경제적 가치의 보존을 보증할 수 없어 전통적 통설은 타당하지 못하다는 것이다<sup>30)</sup>.

부합의 근거는 오히려 근대적 소유권(상품소유권)의 객체의 물질적 통일성, 즉 일물일권주의에 있다고 하면서 「하나의 물건의 부분에는 소유권은 성립할 수 없다」고 하는 법명제에서 구하고 있다. 그것은 구체적으로는 去來의 安全에 있다. 상품으로서의 소유권은 상품의 교환가치에 대한 독립적 배타적인 지배를 그 내용으로 하고 있기 때문에 그 객체의 범위는 항상 객관적으로 명확할 것과 더욱이 항상 하나일 것을 필요로 한다.

물건의 부분에 대한 독립된 소유권의 존재는 그 물건의 유체적 존재 전부를 포괄한 소유권의 존재와 모순되어서는 안 된다. 물건의 부분에 대한 소유권을 인정하면 이미 소유권의 범위는 외부적으로 인식·확정할 수 없게 되어 거래안전을 해치는 결과를 가져 올 수밖에 없다. 여기서 이 설이 부합의 제도취지를 독일법에서 유래하는 一物一權主義(Eine Sache, Ein Recht)에서 구한다<sup>31)</sup>. 일물일권의 내용으로서 거래의 안전을 생각하고, 거래의 안전에 대하여 독일 민법 제1초안 이유서를 원용하고 있다.

부합제도의 취지를 위와 같이 생각하므로 이 설은 부합의 일반기준으로서 물건의 외형적·물질적 상태만을 보고서 하나의 물건으로서의 통일성 속에 흡수될 것인가 아닌가, 거래사회의 통념이 독립된 하나의 물건으로서 인정할 것인가 어떤가하고 하는 기준을 설명한다. 또한 이 거래의 안전이라고 하는 취지로부터 기준의 외관적 확실성 부합법규의 강행법규성을 설명한다.

#### 4. 修正說(제4설)

29) 好美清光, “稻苗と附合”, シェリスト(民法の判例二版), 1979, 72면

30) 瀬川信久, 前掲書, 21面

31) 一物一權主義는 하나의 물건위에는 동일한 내용의 물권은 一箇만 존재하며, 하나의 물권의 객체는 하나의 물건이어야 한다 따라서 1개의 물건이 일부에는 독립된 물권이 존재할 수 없고, 수개의 물건에 대해서도 1개의 물권이 존재할 수 없다

전통적통설은 이상의 학설로부터의 비판과 그 후의 판례를 고려하여 몇 가지 점에서 自說을 수정하였다.

첫째, 훼손의 유무라고 하는 부합기준에 거래관념상이란 것을 가미하고 기준의 엄격성을 완화하였다. 예를 들면, 훼손의 여부, 분리가능의 여부, 분리하는데 과도한 비용을 요하는 경우에는 항상 민법 제256조의 적용하에 두었다.

둘째, 차가인에 의한 개축부분에 대해서는 거래관념설로부터의 비판을 받아들여 그에 대한 별개의 소유권을 부정하기 위하여 다음과 같은 이론구성을 시도하였다. 민법 제256조의 부합물에는 구성부분과 비구성부분의 2종이 있고 그 중에서 비구성부분만이 단서가 적용된다. 이 구성부분·비구성부분의 구별은 그 후 동체적 구성부분, 비동체적 구성부분, 강한 부합, 약한 부합이라고도 표현되어서 널리 받아들여지고 있다.

셋째, 농작물에 대해서 권원자의 파종, 식재된 미성숙의 묘는 일단 부합되지만 성숙하여 거래상 독립된 재산으로 되면 「잠재적 소유권이 현재화하여 그 권원자에 귀속한다」고 생각하고 독립성을 약간 널리 인정한다. 그러나 무권원자가 부착한 농작물에 대하여는 미성숙한 때는 물론 성숙된 후에도 토지소유자에 속한다고 판단한 판례를 원용하여 고수하고 있다.<sup>32)</sup>

넷째, 도입모에 관한 판결을(大判 昭和 17.2.24, 日民集21卷151面)계기로 단서에 의하여 소유권을 제3자에게 권리주장을 하기 위하여는 대항요건을 구비하여야 할 필요가 있는가 라고 하는 문제가 논의되었다. 학설은 최초 그 判決의 영향도 있어서 대항요건이 불필요하다고 해석하였으나 후에는 입목에 관한 많은 재판례에 따라서 권원의 대항요건 혹은 부착물의 명인방법이 필요하다고 해석하였다.

이러한 수정이론의 치밀화에도 불구하고 전통적 통설은 기본적인 점에서 거래관념설, 거래안전설과 대립되었다. 그러나 60년대에 들어서면서 배태된 실익론적 사고를 중심으로 새로운 학설이 등장하였다. 이 설의 직접의 동기는 도입모의 부합에 있어서 전통설의 입장을 변호하는 데에 있고 이 설을 修正說이라고 부르게 된다<sup>33)</sup>.

이 新통설은 먼저 거래안전설이 설명한 부합이 근거와 기준에 대해서 다음과 같은 의문을 던진다. 거래의 안전은 공시공신의 원칙에 의해서 보호되는 것이고, 부합의

32) 我妻榮, 前掲書, 205면

33) 原島重義, “添附”, 民法演習Ⅱ物權, 1958, 106면 以下 ; 石田喜久夫, “無根源者の植栽と附合” *ジュリスト* 300號(1964), 136면 , 好美清光, “稻苗と附合” *ジュリスト民法研究*, 1967, 76면 ; 新田敏, “附合(稻苗)”, 別冊*ジュリスト民法判例* 百選 1, 1974, 162면 以下, 同, “無根源者の播種と附合” *ジュリスト民法の判例*, 1979, 81면.

근거에 달린 것이 아니지 않는가?

일본 민법 제242조 단서 (우리민법 제256조 단서)는 부합의 외관적 확실성 강행 법규성이 모순되는 것이 아니라고 한다. 그러나 신통설은 부합의 일반적 근거·기준을 논의하지 않는다. 그 관심은 오로지 지주, 경작자간의 농작물에 대한 분쟁을 어떻게 타당하게 해결하기 위한 법적 구성을 어떻게 할 것인가에 집중한다. 그래서 이 점에서는 거래안전설을 비판하고 근원이 없는 한 농작물은 부합한다는 전통적 통설을 옹호한다<sup>34)</sup>.

### Ⅲ. 부합의 범위와 기준

#### 1. 부동산 부합의 범위

부동산부합의 경우, 부동산부합의 범위에 대한 문제는 부동산에 부합되는 건물의 범위를 어떻게 한정할 것인가의 문제이다. 즉 건물이 단지 토지의 구성부분이 아니라 하나의 정착물로서 독립된 부동산인가에 대한 검토문제를 들 수 있다. 다시 말하면, 건물이 토지에 부합하는가 아니면 건물은 토지에 부합하지 않는가 하는 것이다. 로마법의 전통을 따른 독일, 프랑스, 스위스, 이탈리아, 영국 등 서양에서는 건물은 토지의 구성부분으로 독립성을 가지지 않았으며, 우리 나라, 일본, 중화민국 등 동양에서는 건물은 토지와 별개의 부동산으로 보고 있다<sup>35)</sup>. 종래부터 우리 나라의 학설과 판례는 이에 대한 구체적인 검토없이 토지와 건물은 별개의 부동산이라는 데 인식을 같이 하였다<sup>36)</sup>. 위에서 살펴본 바와 같이 서구의 법제와는 달리 부동산부합에 관한 우리 민법 제256조는 '부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다'라고만 규정하고 있다. 따라서 민법 제256조의 '부합한 물건'에는 동산뿐 아니라 부동산도 포함되는 지에 대해서 학설과 판례는 각각 다른 입장을 취하고 있다.

##### 1) 학설

34) 鄭照根, 前揭論文, 252면

35) 新田 敏(共著), 民法講座3, 物權(3), 有斐閣, 1984, 29면

36) 鄭愚衡, 前揭論文, 83면.

민법 제256조의 '부합한 물건'의 범위를 동산에 한정해서 볼 것인지 아니면 부동산도 포함하는 것으로 볼 것인지에 대해서 견해가 대립되고 있다.

(1) 민법 제256조의 '부합한 물건'은 동산만을 의미한다는 설

이 견해는 현재의 다수설의 입장<sup>37)</sup>이라고 할 수 있는데 그 근거로서는 다음의 두 가지를 들고 있다. 즉 "토사가 밀려 하구에 새로운 땅이 생긴 경우에도 흘러 내려온 흙은 동산으로 보아야 할 것"<sup>38)</sup> 또는 "끝어다가 건물에 부합시킬 수 있을 정도의 변소, 작은 창고라면 이를 부동산으로 보기는 어려울 것"<sup>39)</sup> 등을 그 첫 번째 근거로 삼고 있으며, 독일 민법 제946조<sup>40)</sup>는 부합하는 물건을 동산에 국한시키고 있다는 점<sup>41)</sup>이 그 두 번째의 논거로 들고 있다.

(2) 민법 제256조의 '부합한 물건'은 부동산도 포함한다는 설

위의 다수설의 근거에 대해서 비판을 제기하는 유력설<sup>42)</sup>이 있다. 이 유력설은 다수설이 첫 번째의 논거에서 실시하는 사례들에 대해서는 그것들(흙이나 작은 창고)을 동산으로 파악해도 무방할지도 모르지만, 그러나 거기서 곧장 민법 제256조의 '부합한 물건'에는 동산만이 포함되며 일체의 부동산은 제외된다는 결론은 타당하지 않다고 비판한다. 예컨대 건물의 증개축의 사례에 있어서 종래의 통설·판례에 따르면 일정한 경우를 제외하고는 그 증개축 부분은 단순한 동산의 집합에 불과한 것으로 보게 되므로 이는 지나치게 의제적인 이론구성으로 논리적인 비약이 아닐 수 없다고 비판한다. 독일 민법이 부합하는 물건을 동산에 한정시키고 있다는 사실을 두 번째 근거로 삼는 다수설의 주장에 대해서는, 우리 민법 제256조의 해석에 있어서 큰 의미를 가지지 못한다. 왜냐하면 독일민법(제94조1항)<sup>43)</sup>은 토지만을 부동산으로 취급하며,

37) 郭潤直, 物權法, 博英社, 1992, 348면 ; 金相容, 物權法, 法文社, 1993, 430면 ; 金容漢, 物權法論, 博英社, 1985, 321면 ; 李英俊, 物權法, 博英社, 1992, 465면 ; 張庚鶴, 物權法, 法文社, 1987, 480면.

38) 金相容, 前掲書, 430면

39) 李英俊, 前掲書, 465면.

40) 독일 민법 제946조 ---동산이 토지의 본질적 구성부분이 될 정도로 토지에 부합한 경우에는, 그 토지의 소유권은 이 물건(동산)에도 미친다.

41) 李英俊, 前掲書, 465면

42) 嚴東燮, 前掲論文, 137면.

독립 건물조차도 토지(또는 지상권)의 본질적 구성부분에 불과한 것으로 다루는 결과, 제946조에서 부동산(토지)에 부합하는 물건을 동산에 국한시킬 수 있지만, 우리 민법상으로는 토지 이외에 건물이나 立木 등도 토지와는 별개의 부동산으로 취급되고 있으므로 이러한 존재들과 토지와와의 부합이 오히려 일차적으로 문제시될 수 있기 때문이다. 따라서 이처럼 부동산에 부합하는 물건을 동산으로 축소해서 해석할 수 있는 합리적인 근거를 발견할 수 없는 이상, 민법 제256조의 '부합한 물건'의 개념에는 부동산도 당연히 포함된다고 해석하여야 한다면서 다수설을 비판하고 있다<sup>44)</sup>.

## 2) 판례

“... 구민법 제242조(현행 민법 제256조)는 부동산의 소유자는 그 부동산의 종으로 그에 부합한 물건의 소유권을 취득한다고 규정하고 있는 바 그 입법취지로 보아 부합한 물건은 동산에만 한정하는 것은 아니고 부동산도 포함한다고 해석된다...”<sup>45)</sup>고 하여 본조의 '부합한 물건'은 부동산도 포함함을 밝히고 있다. 그리고 그 후의 또 다른 판례<sup>46)</sup>에서도 “...임차인이 임차한 건물에 그 근원에 의하여 증축한 경우에 증축된 부분이 부합으로 인하여 기존의 건물의 구성부분이 된 때에는 증축된 부분에 별개의 소유권이 성립할 수 없으나, 증축된 부분이 구조상으로 기존 건물과 구분되는 독립성이 있는 때에는 구분소유권이 성립하여 증축된 부분은 독립한 소유권의 객체가 된다...”고 하여 증축한 건물일지라도 독립성이 인정될 정도가 아니면 기존의 건물에 부합되어 독립된 소유권의 객체가 될 수 없음을 밝히고 있다. 또 다른 판례<sup>47)</sup>에서도 “...건물이 증축된 경우에 증축부분의 기존 건물에 부합여부는 증축부분이 기존 건물에 부착된 물리적인 구조뿐만 아니라, 그 용도와 기능면에서 기존 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다...”고 하여 증축된 건물의 경우 물리적인 구조나

43) 독일민법 제94조 1항 -- 토지에 고착된 물건, 특히 건물, 그리고 토지와 결합하고 있는 동안의 토지의 산출물은, 토지의 본질적 구성부분에 속한다. 씨앗은 파종에 의해, 수목은 식재에 의해 토지의 본질적 구성부분이 된다

44) 嚴東燮, 前揭論文, 137면

45) 大判 1962 1 31, 4294민상445

46) 대법원 1999 7 27 선고 99다14518 판결

47) 대법원 1996 6 14 선고 94다53006 판결, 대법원 1994 6 10 선고 94다11606 판결.

기능면에서 기존 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 객체가 될 수 있는지의 여부에 따라 독립된 건물로 인정할 것인지를 결정할 수 있다고 하였다.

요컨대 판례는 일관되게 부동산 즉 증축한 건물의 경우 부합의 대상이 됨을 분명히 하고 있다

### 3) 결어

건물의 증개축 부분 특히 증축한 부분도 공시가 가능하다는 점과 건물과 토지를 별개의 부동산으로 취급하는 우리 민법의 태도로 볼 때, 민법 제256조의 '부합한 물건'의 개념에는 부동산도 포함해서 해석해야 한다는 판례와 유력설이 타당하다고 생각한다.

따라서 이처럼 부동산에 부합하는 물건을 동산으로 축소 해석할 수 있는 합리적인 근거를 발견할 수 없는 이상, 민법 제256조의 '부합한 물건'의 개념에는 부동산도 당연히 포함된다고 해석하여야 할 것이다. 그리고 이와 같이 우리 민법상으로는 부동산과 부동산간의 부합도 가능하다고 할 경우에는, 종래에는 거의 논의되지 않았던 다음과 같은 문제들이 전면에 등장하게 된다. 즉 1)부동산과 부동산의 부합의 경우에 있어서는 어느 부동산의 소유자가 건물전체의 소유권을 취득하는가의 문제, 2)건물도 만약 그것이 아무런 권원 없이 타인의 토지 위에 세워진 것이라면 그 건물은 토지에 부합하느냐의 문제 등이 바로 그것이다.

## 2. 부동산부합의 기준

민법 제256조는 부동산부합을 규정하면서 민법 제257조의 동산부합의 경우와 같이 '毀損하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우'라고 하는, 보다 구체적인 기준은 제시하고 있지 않고 단순히 '부합한' 물건이라고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 우리 민법은 부동산부합과 동산부합의 기준을 달리 하는지의 여부에 관해서 학설이 대립하고 있다.

### 1) 민법 제256조와 제257조는 동일한 기준이라는 견해

이 견해는 부동산부합 역시 민법 제257조에서 제시되고 있는 기준에 따라 판단되어야 한다는 것으로 부동산부합의 요건을 동산부합의 요건과 굳이 달리 파악해야만 할 어떤 적극적인 필요성을 발견하기는 어렵다는 것이다. 종래의 통설<sup>48)</sup>로서 판례<sup>49)</sup>

의 입장이기도 하다. 그리고 독일민법의 경우는 부동산부합의 경우(제946조)와 동산부합의 경우(제947조)<sup>50)</sup> 두 경우 모두 ‘本質的 構成部分’(wesentlicher Bestandteil)이라는 同一한 기준에 따라 부합의 성립여부를 판단하도록 하고 있다. 그리고 다시 독일 민법은 제93조에서, 본질적 구성부분이란 “한 개의 물건의 구성부분으로서, 어느 한 부분 또는 다른 부분을 파괴하거나 그 본질을 변경시키지 않고 서로 서로 분리될 수 없는 구성부분”이라고 정의한 다음, 이러한 본질적 구성부분은 별개의 객체가 될 수 없다고 규정하고 있는 점을 들어 부동산부합 역시 동산부합과 마찬가지로 민법 제257조의 기준에 따라 판단되어야 한다고 하는 것이다<sup>51)</sup>.

## 2) 민법 제256조와 제257조는 별개의 기준이라는 견해

이 견해는 먼저 제256조와 제257조의 문언을 비교하면서, 전자의 경우에는 “그 부동산에 부합한 물건”의 소유권을 취득한다고 하고, 후자의 경우에는 동산과 동산이 부합하여 “훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과도한 비용을 요할 경우” 주된 동산의 소유자가 그 합성물의 소유권을 취득한다고 한다. 후자는 전자와는 달리 부합-물건과 물건의 견고한 결합이라는 의미-만이 아니라, 추가적인 요건-훼손하지 않으면 분리가 불가능하거나 분리에 과도한 비용을 요할 경우-이 있어야 비로소 부합의 종된 물건의 소유권이 상실됨을 분명히 하고 있다. 이런 문언의 차이를 무시하고 양자를 균등하게 설명하기 위해서는 별도의 설명이 있어야 한다<sup>52)</sup>.

비교법적으로 보더라도 동산의 부합과 부동산의 부합은 달리 취급되고 있다. 가령 독일 민법 제94조는 토지에 견고하게 결합된 물건(die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen)은 그것이 제93조<sup>53)</sup>의 요건을 충족시키지 않더라도 토지의 소유권이 그 물건에도 미치게 한다<sup>54)</sup>. 따라서 독일 민법은 제94조의 요건이 갖추

48) 郭潤直, 前掲書, 348면 ; 金容漢, 前掲書, 144면 ; 金曾漢, 物權法(上), 眞一社, 1970, 348면 ; 李英俊, 前掲書, 538면

49) 대법원, 1962 1.31 4294민상445

50) 독일민법 제947조(1) 동산들이 어떤 단일한 물건의 본질적 구성부분이 될 정도로 서로 결합한 경우에는, 종래의 소유자들은 이 물건(단일한 물건)의 공유자가 된다. 그 지분은 그 물건들이 부합시에 가지고 있었던 가치에 비례하여 결정된다. (2)그 물건들 가운데 하나가 주된 물건으로 인정될 때에는 그 물건의 소유자는 단독소유권을 취득한다

51) 嚴東燮, 前掲論文, 139면

52) 諸哲雄, “토지에의 부합과 그 예외”, 고시연구, 2000 11, 32면.

어진 경우에는 제93조의 요건이 갖추어지지 않더라도 부동산에의 부합을 인정한다<sup>55)</sup>.

또한 우리의 통설은 특별한 사정이 없으면 수목은 그 식재로 토지의 일부로 된다고 하는데<sup>56)</sup>, 그것은 부동산에의 부합을 인정하는 언명이다. 토지로부터 수목을 분리하는 것은 토지 또는 수목을 훼손하지 않고도 가능하고, 과도한 비용이 들지도 않는다. 이 사례에서도 알 수 있듯이 부동산에의 부합은 동산의 부합보다 그 요건이 완화되어 있다고 할 것이다<sup>57)</sup>.

### 3) 부합이분론

우리 민법상 부동산부합의 例外條項이라고 할 수 있는 제256조 단서의 적용과 관련하여 '附合二分論'이 일부학자에 의해 주장되고 있다<sup>58)</sup>. 이에 의하면 부동산부합에는 '강한 부합'과 '약한 부합'이라는 두 종류가 있는데, 前者의 경우는 건물이 벽을 이루는 벽돌이나 벽면에 부착된 창틀처럼 부합한 물건이 더 이상 물건으로서의 독립성을 가지지 않는 경우인 반면, 後者の 경우는 건물을 훼손하지 않고도 비교적 용이하게 수거할 수 있는 덧문이나 차양과 같이 부합한 물건이 부합 이후에도 어느 정도의 독립성을 유지하고 있는 경우라고 하며, 민법 제256조 단서는 약한 부합에 대해서만 적용되고 강한 부합의 경우에는 그 적용이 없다고 한다. 나아가 이 주장은 이처럼 강한 부합과 약한 부합을 구별하는 것은 임대차 종료시에 임차인이 단순히 유익비상환청구권만 갖는가 아니면 부속물매수청구권까지도 갖는 가라는 문제와 관련해서도 그 실익

53) 독일 민법 제93조 [본질적 구성부분]

물건의 다수의 구성부분이 그 중 하나를 훼손시키거나 그 중 하나의 본질을 변경하지 아니하면 서로 분리될 수 없는 경우에는("본질적 구성부분), 이들은 별도의 권리의 목적이 될 수 없다

54) MunchKomm/Holch, BGB, 3 Aufl.(1993), §94 Rn 1.

55) MunchKomm/Quack, BGB, 3 Aufl.(1997), §946 Rn.4 물론 제93조의 요건을 갖춘 경우 부동산에의 부합을 인정하는 것은 자명하다

56) 郭潤直, 前掲書, 275면; 李英俊, 前掲書 539면; 李銀榮, 前掲書, 481면 참조. 대판 1980 9 30, 80도1874, 대판 1989 7 11, 88다카9067도 수목이 토지에 부합하는 것을 전제로 하고 있다

57) 同旨; 김중환/김학동, 물권법, 1997, 167면

58) 嚴東燮, 前掲論文, 139面

이 있다고 하며<sup>59)</sup>, 우리 민법 제256조가 본문에서는 ‘부합’이라는 표현을 사용하는 반면 단서에서는 ‘附屬’이라는 용어를 굳이 구별하여 쓰고 있는 것도, 바로 이러한 부합이분론에 기인하고 있는 것이라고 한다<sup>60)</sup>.

또 일부학자는 위의 ‘강한 부합’ ‘약한 부합’이라는 표현대신 부동산에 부합하는 물건이 그 부동산의 ‘본체적 구성부분’이 된 경우와 그렇지 않은 경우(이른바 ‘비본체적 구성부분’이나 ‘외양적 구성부분’으로 된 경우)로 나누어<sup>61)</sup>, 후자의 경우만을 제256조 단서의 적용이 있다고 한다<sup>62)</sup>. 그런데 이러한 견해 역시 그 표현방식만 다를 뿐 위의 부합이분론과 그 내용에 있어서는 같은 것이라고 할 수 있다<sup>63)</sup>.

59) 그밖에 강한 부합과 약한 부합의 구별은 임대차 종료시 임차인이 단순히 유익비상환청구권만을 가지는가 아니면 부속물매수청구권까지 갖는가라는 문제와 관련하여 차이를 낳게 된다는 점에 대해서는, 부합이분론자 스스로가 그것은 그다지 큰 의미가 없을 지적하고 있다 前掲 民法註釋(V) 497면 주(30) 참조

60) 郭潤直(編), 民法計解(V), 1992, 495면, 497면

61) 이영준, 44면 이하는 물건의 구성부분을 본체적 구성부분(wesentliche Bestandteile), 비본체적 구성부분(unwesentliche Bestandteile), 외양적 구성부분(Scheinbestandteile)으로 구분하고, 최초의 것에 대해서는 물권은 언제든지 본체적 구성부분에 관해서도 그 효력이 미치고, 이것은 강행규정이라고 한다 비본체적 구성부분은 결합정도가 본체적 구성부분보다 느슨하여 물건에 대한 물권의 효력은 법적으로 비본체적 구성부분에 미치기는 하지만, 당사자의 약정에 의하여 그 물권의 효력을 달리 정할 수가 있다고 한다. 외양적 구성부분은 외부로부터 부동산의 일부로 보이지만 이와 독립된 물건이라고 한다 제256조 단서가 적용되는 附屬은 비본체적 구성부분이거나 외양적 구성부분으로 되는 결합이어야 한다는 것이다 이영준, 470면 이하 한편 이에 대해서, 諸哲雄교수는 상기의 설명을 독일 민법 및 학설을 인용한 것으로 보면서, 다음과 같이 밝히고 있다 즉 물건이 구성부분인가, 또는 거기에 독립한 소유권이 인정될 수 있는가를 재판적 기준에 의하여 판정할 경우에는 가령 독일 민법 제93조 내지 제94조의 요건을 갖춘 이른바 본체적 구성요건과 그렇지 않은 비본체적 구성요건만이 의미가 있다 이른바 외양적 구성부분은 재판적으로 보면 본체적 구성부분의 요건을 갖춘 경우라 할지라도, 그것에 대해서 독자의 물권을 인정하여야 할 경우에 해당하는 것이다 독일의 학설을 이렇게 이해한다면, 물건의 결합이 비본체적 구성부분이면 당연히 부합이 인정되지 않고, 제256조 단서가 적용될 여지가 없다 또한 외양적 구성부분이어야 제256조 단서가 적용될 수 있는 것이 아니라 제256조의 단서가 적용되어야 비로소 구성부분이라고 명명될 것이라고 밝히고 있다 諸哲雄, “토지에의 부합과 그 예외”, 고시연구, 2000.11, 34면.

62) 李英俊, 前掲書, 468면

63) 애당초 이러한 부합이분론은 일본 민법 제242조 단서의 해석을 둘러싼 일본 민법학상의 논의에서 유래된 것으로 여겨진다. 그리고 일본 민법학의 초기단계에서는 오늘날의 ‘강한

그런데 이러한 부합이분론은 다음과 같은 점에 대해서 의문점이 있다. 즉 부합의 기준에 관한 통설의 입장에 따라 '훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우'에만 부합을 인정할 경우, '약한 부합'도 부합의 일종으로 볼 것인지의 문제이다. 왜냐하면 부합이분론자들의 주장에 의하면, 건물의 훼손 없이 비교적 쉽게 수거할 수 있는 덧문이나 차양 등이 이른바 약한 부합에 해당하게 되고<sup>64)</sup> 부합의 기준에 따른 위의 통설에 의하면 이러한 경우는 애당초 부합의 범위 밖이라고 보아야 할 것이기 때문이다. 나아가 부합이분론을 따르더라도 그러한 '약한 부합'이 아무런 '권원'없이 이루어진 경우에는 민법 제256조 단서가 적용되지 않으며, 이에 따라 부동산의 소유자가 이른바 '약한 부합물'의 소유권을 취득하게 되는데 이러한 결론은 역시 납득할 수 없다. 왜냐하면 부합제도의 목적이 '부합에 따른 사회경제적 손실의 방지'에 있다고 한다면, 그러한 손실이 생길 여지가 없는 이른바 '약한 부합'의 경우에 대해서까지, 단순히 그 부속에 근원이 없다는 이유만으로, '약한 부합물'의 소유자의 소유권을 박탈하는 것은 정당하다고 여겨지지 않기 때문이다<sup>65)</sup>.

이상에서 살펴본 바와 같이 이른바 '부합이분론'은 그 이론구성이나 결과에 있어서 논의할 실익이 없다고 여겨진다. 따라서 부합의 기준에 관한 종래의 입장을 관철하여 부합을 일원적으로 파악할 경우에는, 종래의 부합이분론에서 말하는 이른바 '강한 부합'만을 부합이라고 하여야 할 것이다. 그리고 그럴 경우 민법 제256조 단서에 의해 부합의 예외가 인정될 수 있는 물건의 범위는, 이른바 부합이분론에 있어서처럼 물리적 결합의 정도에 따라서가 아니라, 그 부속물이 독자적인 공시방법을 갖출 수 있는 존재인지의 여부에 따라 결정된다고 생각한다. 즉 권원자에 의해 부동산에 '부속된' 물건이 '훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할' 정도로 그 부동산과 물리적으로 강하게 결합하고 있기는 하지만 독자적인 공시방법을 갖추면 개별의 권리의 객체가 될 수 있는 경우에는, 그 부속물의 소유자의 소유권이 그대로 유지될 수 있다는 것이 민법 제256조 단서의 의미라고 생각된다. 그리고 건물의 증개축에 관한 종래의 통설·판례의 입장은 바로 이러한 해석을 전제로 하고 있다고 여겨진다.

부합'과 '약한 부합'의 구별에 대응하여, '同體的 構成部分'과 '非同體的 構成部分'이라는 구별이 주로 행하여 졌다고 한다 이에 대한 상세한 것은 新田 敏, "附合", 民法講座 3, 1984, 1-31면 참조.

64) 이른바 비본체적 구성부분이나 외양적 구성부분이 성립한 경우에만 민법 제256조 단서가 적용된다고 하는 입장은 외양적 구성부분의 한 예로서 토지 속에 시설된 가스, 수도관을 들고 있다 李英俊, 前掲書, 44면

65) 同旨, 新田敏, 前掲論文, 20면, 嚴東燮, 前掲論文, 140면

## IV. 토지와 건물의 부합

### 1. 의의

현대 사회에서는 아파트를 비롯한 새로운 구조의 공동주택이 다량으로 건축되고 있다. 이에 따라 '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률'이 제정됨으로서 토지와 건물을 별개의 독립된 부동산으로 하는 법규정과 자유로운 소유권개념에 대한 중대한 변화가 일어났다<sup>66)</sup>. 구분소유권의 일체성에 원리에 의하여 집합건물의 대지에 대한 사용권은 구분소유권과 일체로 해서 처분할 수 있도록 하였다. 즉 집합건물의 대지는 법적으로는 건물과는 독립한 부동산이지만 구분건물과 함께 처분하도록 하여 사실상에 있어서는 대지와 건물이 별개의 부동산이 아니고, 하나의 부동산으로 다루어지게 하였다<sup>67)</sup>.

이와 같이 토지와는 별개로 다루어지던 건물이 하나의 부동산으로 다루어진 것은 종래 건물은 독립된 부동산이기 때문에 토지에 부합하지 않는다는 종래의 통설을 결과적으로 무의미하게 만들었다고 할 수 있을 것이다. 인위적인 정착물이 구조상이나 이용상으로 보아 독립성이 인정된다면 토지 또는 건물에 부합하지 않는다는 종래의 부합이론은 변화할 필요가 있을 것이다. 한편으로 구분소유건물의 등기만 있으면 대지는 별도의 등기를 하지 않아도 됨으로써 로마법상 「지상물은 토지에 따른다」는 원칙을 뒤바꾸어 놓았으며, 건물에 토지가 부합하는 새로운 형태의 부합유형을 만들으로써 부합이 확장되는 결과를 가져왔다고 할 수 있을 것이다<sup>68)</sup>.

### 2 토지에의 건물의 부합

토지와 건물은 다른 별개의 부동산으로 건물은 토지에 부합되지 않는다고 하는 것은 단지 연혁상 이유에 의한 토지소유권구조의 차이 또는 부합이론의 차이만 보이는

66) 金相容, 物權法, 1993, 法文社, 375면

67) 건물을 토지의 본질적 구성부분으로 보는 독일에서는 1951 3.15 「주거소유권과 계속적 주거권에 관한 법률(Gesetz über das Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht)」을 제정하였다. 여기서 주거소유권은 건물의 부분건물에 대한 단독소유권과 대지의 공유부분이 결합된 소유권을 말한다. 즉 거주소유권의 객체는 구분소유물과 대지부분을 합친 것이다. 金相容, 前掲書, 376면

68) 鄭憲衡, 前掲論文, 84면

것이 아니라 오늘날 토지 이용에도 심각한 장애를 야기하고 있다.

특정지역의 토지가격이 그 이용상 채산가능한 액을 초과하여 등귀한 결과, 토지수익보다도 투기적 이익을 목적으로 하는 토지취득이 일반화하여 구체적 이용과는 관계 없는 토지보유의 비중이 상대적으로 증대하고 있다. 토지투기를 하고자 하는 자는 토지에 부합되지 않는 건물의 신축이나 농작물의 경작을 기피하는 현상이 두드러진다<sup>69)</sup>.

이와 같이 토지의 효율적인 이용이라는 면에서 볼 때, 민법 제256조의 단서와 관련하여 아무런 권원없이 타인의 지상에 세워진 건물의 경우에 건물은 토지에 부합하지 않는다고 보는 통설의 입장은 재고되어야 할 것이다.

우선 통설은 그 논거로서 우리 민법상 토지와 건물이 '별개의 부동산'임을 들고 있지만, 이는 그다지 설득력이 없다고 생각된다. 왜냐하면 민법상의 부합이란 원래 '수개의 물건이던 것이 그 물건상호간의 특수한 관계로 인하여 한 개의 물건으로 되는 것을 의미하는 까닭에, 우리 민법상의 건물의 '독립물건성'은 부합여부의 판단을 위한 전제에 불과하며, 곧장 거기서 물건의 '부합불가능성'이라는 결론을 이끌어 낼 수는 없기 때문이다.

따라서 만약 우리가 건물의 부합불가능성이라는 결론을 굳이 인정하자고 한다면, 민법 제256조의 '부합한 물건'이란 동산만을 의미하며 건물과 같은 부동산은 여기에 포함되지 않는다고 해석하거나, 아니면 토지와 건물간의 부합을 인정하는 것이 그 결과에 있어서 바람직스럽지 못하다는 점을 그 논거로 제시하지 않으면 안 될 것이다.

다음으로, 아무런 권원 없이 타인의 토지 위에 축조된 건물에 대해서까지 부합을 인정치 않는 경우 생겨나는 실제적인 결과에 대해서 검토해 보면, 이러한 입장을 통해 일견 건물소유자의 소유권이 보장되는 것처럼 보인다. 그렇지만 이 경우의 건물소유자는 그 토지를 이용할 수 있는 아무런 권원도 가지고 있지 않기 때문에 결국 토지소유자의 건물철거청구에 복종할 수밖에 없고, 따라서 적어도 철거된 건물재료를 가지고 다른 곳에서 다시 짓기는 사실상 불가능한 한, 건물소유자가 종래의 건물에 대해서 가지고 있던 이익은 심한 타격을 입게 된다. 반대로 이 경우 토지와 건물간의 부합을 인정하고, 토지와 건물간의 부합의 경우에는 항상 토지소유자가 건물의 소유권을 취득한다고 해석하면, 종래의 건물소유자는 건물의 소유권을 잃게 되지만 다른

69) 왜냐하면 토지를 가장 적기에 좋은 조건으로 전매하기 위하여 건물이나 농작물로부터 자유로운 상태에 두어야 하기 때문이다. 그 결과 도시주변의 녹지대뿐만 아니라 중심부에 있어서도 상당한 면적의 토지가 빈터 그대로 방치되고 있는 것이다.

한편으로는 토지소유자에 대해서 민법 제261조의 보상청구권을 행사할 수 있고, 이를 통해서 종래의 건물소유자의 이익은 어느 정도 보전될 수 있다. 그리고 이러한 해석은, '분리에 의한 사회경제적 손실의 방지'라는 부합제도의 목적에도 상응하는 것이다.

따라서 우리 민법상 토지와 건물은 별개의 부동산으로 취급되고 있음을 이유로, 아무런 권원 없이 타인의 토지 위에 건물이 축조된 경우에 있어서까지 토지와 건물간의 부합을 인정치 않은 통설의 입장은 부당하며, 오히려 그러한 경우에는 그 건물을 철거하여 다른 곳에서 다시 짓는 것이 불가능한 한 부합이 인정된다<sup>70)</sup>고 해석해야 마땅할 것이다<sup>71)</sup>. 그리고 그럴 경우에는 토지와 건물 가운데 어느 부동산의 소유자가 토지와 건물 모두에 대한 소유권을 취득하는지의 문제가 등장하게 되는데, 이 경우 동산간의 부합에 관한 규정이 민법 제257조를 유추 적용하기는 하되, 토지는 영속적인 존재인 반면 건물은 유한한 존재라는 점에서 항상 토지가 주된 물건이라고 여겨지므로, 언제나 토지소유권자가 건물에 대한 소유권까지 취득하게 된다고 생각한다<sup>72)</sup>.

## V. 結 論

모든 법의 해석은 해당분쟁의 이익상황과 法史的 環境과 이들 배경에 있는 社會 歷史的 시각에 따라 문제를 충분히 인식하고 해석하여야 한다. 따라서 附合理論에 있어서도 예외일 수는 없다고 생각한다 그러나, 附合理論이 혼란하게 된 것은 법해석에서 피할수 없는 위와 같은 사실을 명확하게 인식하지 못한 데서 연유된 것으로 생각된다.

70) 단 이 경우 부합이 인정되더라도 우리 민법상 토지와 건물은 별개의 물건으로 취급되기 때문에, 토지와 건물 전체에 대한 한 개의 소유권이 성립하지는 않는다 이 경우의 부합은 토지소유자와 건물소유자가 일치하게 되는 것을 의미하며, 통상의 부합의 경우처럼 한 개의 물건이 성립하는 것은 아니다 그렇지만 실질적으로는 양자간에 어떤 차이를 발견하기는 쉽지 않다

71) 참고로 우리 민법과 마찬가지로 건물을 독립한 부동산으로 파악하고 있는 일본 민법학상의 논의를 살펴보면 역시 건물의 독립물건성을 이유로 부합을 인정치 않은 입장이 통설적 위치를 차지하고 있다 그렇지만 최근에는 통설을 따를 경우 생겨나는 '국민경제적 손실'의 관점에서 통설에 대한 강한 의문이 제기되고 있으며(曾田厚, "附合の認定基準", 「民法の争点 I」(1985), 140-141면), 나아가 본 논문의 입장처럼 일정한 경우에는 토지와 건물간의 부합을 인정해야 한다는 학설(瀬川信久, 「不動産附合の研究」(1981), 328면)도 등장하고 있다 그리고 하급심판결이기는 하지만, 이러한 입장을 따르는 판례도 나타나고 있다(동경고등재판소 1986.12.24 제12민사부판결 ㄱ760(ネ) 제831호, 제1097호)

72) 嚴東燮, 前掲論文, 143면

따라서, 附合의 法理를 해석함에 있어서도 각 구체적인 분쟁에 따라야 하나, 現行 民法 제256조를 어떻게 해석할 것인가의 일반적 해석에 있어 문제되는 것은 附合의 根據, 基準, 法的 性質을 설명해야 할 것이다.

이를 위해서 우선 부합의 근거를 살펴봄에 있어서, 2개 이상의 물건의 결합을 분리 복구하는 것이 사회경제적 손실을 초래하기 때문에 부합을 인정해야 한다는 견해와 일몰일권주의를 관철하기 위해서 부합을 인정한다는 견해가 그것이었다. 그러나 오늘날에는 부합에 관하여 다른 시각에서의 접근을 요구하고 있고 이러한 요구에 따라 부합의 근거를 설명하는 다양한 학설로서는, 결합된 물건의 분리가 사회적 불이익하므로 부합을 인정해야 한다는 전통적통설과, 거래관념상의 독립성을 인정하기 위해서 부합을 인정해야 한다는 거래관념설, 물건의 부분에 대한 소유권을 인정하면 거래안전을 해치게 되므로 거래안전을 위해서 부합을 인정해야 한다는 거래안전설, 마지막으로 전통적통설의 문제점을 수정·보완한 수정설 등이 부합의 근거를 새로운 시각에서 설명하고 있음을 살펴보았다.

부합의 근거를 전통적 통설에 의하면 사회경제적 가치의 보존이라고 하고 있지만, 우리 나라의 현실에 볼 때 私的利盆의 조화에 두는 것이 타당하다고 볼 수 있으며, 부합의 기준은 분할가능성에서 구하지만 문제되는 경우에 따라서 생각하여야 할 것이다.

다음으로는 부동산부합의 범위에 대해서는 판례의 입장은 부동산도 부합의 범위에 포함한다고 하는 것을 알 수 있었고, 다만 학설은 다수의 견해가 부동산은 부합의 범위에 포함되지 않는다고 하였지만, 이들이 주장하는 논거는 그다지 설득력이 없고, 부합된 부동산도 공시가 가능하며, 건물과 토지를 별개의 부동산으로 보는 우리 민법의 태도를 볼 때, 부동산부합의 범위는 판례와 마찬가지로 부동산도 포함된다고 볼 수 있음을 살펴보았다. 결론적으로 우리 民法 제256조는 “物件”을 제한하지 않고 있다.

부동산부합의 기준에 대해서는 민법 제256조는 민법 제257조의 동산부합에서와 같이 “훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우”라고 하는 구체적인 기준을 제시하고 있지 않아서 우리 민법은 부동산부합과 동산부합의 기준을 달리하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수도 있지만, 부동산부합 역시 동산부합의 경우와 마찬가지로 민법 제257조의 기준에 따라 판단되어야 함이 타당함을 보았다. 제256조 附合의 基準은 그와 같은 합의나 관습이 없는 경우에 적용되는 것이며, 당사자 사이에 계약관계가 있을 때에는 명확한 합의가 없어도 묵시의 합의가 있으면 묵시의 합의, 혹은 관습을 탐구해서 그 계약관계에 입각한 해결을 모색하여야

한다. 제256조 但書의 적용에 있어서는 附屬의 規定이 任意規定이므로 이 但書는 動產의 原所有者가 합의나 관습에 의하여 그 所有權을 유보하는 경우에 관한 것이라고 할 것이다.

한편 우리 민법상 부동산부합의 예외조항이라고 할 수 있는 제256조의 단서의 적용과 관련하여 일부학자들에 의해서 강하게 주장되고 있는 이른바 '부합이분론'은 이미 살펴본 바와 같이 그 이론구성이나 결과에 있어서 논의할 실익이 없음을 알 수 있었다.

특히 토지와 건물과의 관계에 있어서는 '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률'이 제정됨으로서 집합건물의 대지는 법적으로는 건물과는 독립한 부동산이지만 구분건물과 함께 처분하도록 하여 사실상에 있어서는 대지와 건물이 별개의 부동산이 아니라 하나의 부동산으로 다루어지게 한 점은 결국 건물이 토지에 부합된다는 법해석상의 가능성을 열어 둔 것으로 볼 수 있을 것이다.

附屬의 性質은 부합당사자 간의 이해를 조정하는 것이기 때문에 절대적인 것은 아니다. 附屬은 附屬의 成否의 점에서나 생긴 물건 귀속의 점에서도 任意法規로 해석한다. 이와 같은 附屬法은 任意法規이기 때문에 부착물의 귀속에 대해서 명시·묵시의 합의가 있는 경우에는 그 합의에 의하고, 부착물의 귀속에 대해서 관습이 있고 당사자가 그에 의존할 의사를 가질 수 있는 것이라 인식될 때에는 그 관습에 의하여 분쟁을 해결하여야 할 것이다



### 장창민

소유권 결합 부동산부합 동산부합 부합의근거 부합의범위  
강한부합 약한부합.

[Abstract]

## A Study on the 'Verbindung mit einem Grundstück'

Jang Chang Min\*

This essay investigates 'Verbindung mit einem Grundstück'(or Land Adjunction) in Korea civil law. Adjunction is Adding, affixing or attaching to another. Act of adjoining. In civil law, the attachment or union permanently of a thing belonging to one person to that belonging to another. The right to all which one's property produces, whether that property be movable or immovable; and the right to all which is united to it by accession, either naturally or artificially. The right to own things that become a part of something already owned; e.g. riparian owner's right to abandoned rivet beds and rights of alluvion by accretion and reliction.

In order to investigate 'Verbindung mit einem Grundstück'(or Land Adjunction), this paper discusses a principle derived from the civil law, a basis, a scope.

---

\* Lecher, Changwon National University.