土地와 그 定着物의 關係

- 土地와 建物이 별개의 不動産으로 된 沿革을 중심으로 -*

尹大成**

Ⅰ 서 설	Ⅲ 토지와 그 정착물과의 관계
Ⅱ 민법 제99조의 입법과정과 외국입법례	1 개관
1 부동산에 관한 민법초안 제94조	2 법적 측면에서의 검토
2. 민법안의 입법과정과 입법의사	3 사회적 · 경제적 관점에서의 검토
3 민법초안과 외국입법례	4. 토지의 정착물로서의 건물
4 소결	Ⅳ 결 어

Ⅰ. 서 설

우리 민법 제99조는 부동산에 관하여 토지 및 그 정착물을 부동산이라고 규정하고 있다. 그러나 토지와 그 정착물과의 관계에 관하여 아무런 규정을 하지 않음으로써 토지에 정착된 물건을 토지의 구성부분으로 할 것임에도 그 정착물 가운데 건물이나 그 밖의 물건을 토지와 별개의 부동산으로 해석하고 있는 종래의 통설이나 판례에 의문을 제기하게 된다. 따라서 토지와 그 정착물의 관계를 규명하는 것이 연구목적이다.

이와 같은 연구는 지금까지 해석론으로 정착된 토지와 그 정착물로서의 건물을 일체화할 수 없음에 따른 문제점을 해결하기 위하여 연구의 필요성이 있다.

우리 민법 제99조의 입법에 관한 입법과정의 분석, 외국입법례의 분석 등을 통하여 우리 민법 제99조에 관한 종래의 통설에 관한 비판적 연구를 통하여 그 해결을 모색하는 것이 연구내용이다. 따라서 1. 서설, 2. 민법 제99조의 입법과정과 외국입법례, 3. 토지와 그 정착물과의 관계, 4. 결어로 논문을 구성하고자 한다. 특히 2.에서는 민법 제99조의 입법과정에서의 입법의사를 밝히고 입법과정에서 참고한 외국입법례 가운데 일본민법 제86조와 만주국민법 제96조의 입법과정 및 해석론을 분석하고 검토하여 토지와 그 정착물이 일체화되지 않게 된 경위를 밝히고자 한다. 그리고 3.에서 토

* 이 논문은 2004년도 창원대학교 연구비에 의하여 연구되었음.

** 창원대학교 사회과학대학 법학과 교수, 법학박사, 민법학

지와 그 정착물을 일체화하지 못함에 따른 문제점을 분석하고 검토함에 있어서 토지와 그 정착물인 건물을 일체화함에 따른 장점과 단점을 분석하고 검토하는 것이 주요 내용이 된다.

이 연구는 먼저 2. 민법 제99조의 입법과정과 외국입법례에 관하여는 문헌조사방법과 비교법적 방법에 의하여 연구하고, 3. 토지와 그 정착물과의 관계에 관하여는 토지와 그 정착물인 건물의 일체화에 관한 각국의 입법태도를 분석하고 검토하기 위하여 문헌조사방법에 의하여 문제점과 해결방법을 연구하고자 한다.

지금까지 국내에서는 토지와 그 정착물에 관하여 종래의 통설을 기정사실로 받아드려서 별로 논의를 하고 있지 않았으나, 최근에 이에 관한 관심을 보이고 있다. 특히 집합건물의 대지권, 법정지상권에 관한 문제와 함께 부합의 문제를 논의함에 있어서 간헐적인 문제제기를 하고 있다.

외국에서는 서구법(독일, 프랑스)은 토지와 그 정착물을 하나의 토지로 다루고 있기 때문에 별 다른 논의가 없다 그러나 우리의 입법과 유사한 일본에서는 이에 관한 논의가 제기되고 있다. 그 밖에 싱가폴, 말레지아, 홍콩, 중화인민공화국 등에서 토지와 건물을 중심으로 서구법과 같이 취급하려는 입법이 이뤄지고 있는 것은 주의할 점이라 할 것이다.

II. 민법 제99조의 입법과정과 외국입법례

1. 부동산에 관한 민법초안 제94조

(1) 남조선과도정부의 「조선임시민법전편찬요강」

남조선과도정부 법전기초위원회에서 마련한 조선임시민법전편찬요강[1]은 총칙요강과 물권법요강만을 발견할 수 있다

그 가운데 총칙요강의 자료에 의하면, "朝鮮臨時民法을 制定함에 있어서 大陸法系의 시스템을 취하며, 주로 獨逸民法에 근거한 現行民法 總則編의 규정을 基礎로 하되 現下 世界文明各國의 立法 及 學說과 우리나라의 實情에 鑑하여 우선 필요한 限度에 있어서 左와 如히 規定을 改正 又는 新設함을 要함."이라고 하였다.[2] 이를 보면 조선

1) 자료, "朝鮮法制編纂委員會起草要綱(3)", 「法政」 제3권 제8호(1948 8) 41면; 尹大成, "美軍政時代(1945-1948)의 韓國民法典編纂事業과 로빈기어의 〈韓國民法典草案〉에 관한 硏究"(1)", 「比較私法」, 제4권 제1호(韓國比較私法學會,1997.6), 410면 이하.

2) 尹大成, 전게논문, 410면.

임시민법전편찬은 대륙법계의 시스템을 취한다는 것을 선언하고, 독일민법에 근거한 일본민법의 규정을 기초로 하지만 당시 세계 문명국가의 입법 및 학설과 우리나라의 실정에 비춰서 우선 필요한 한도에 국한하여 개정 또는 신설을 하고자 함을 알 수 있다.

그 총칙요강의 내용을 보면, 민법전체에 걸친 대원칙(통칙), 행위무능력자제도, 동시사망제도, 법인, 법률행위의 해석, 의사표시, 공동대리, 소멸시효와 취득시효에 관한 것으로 나눠진다.[3] 따라서 부동산에 관한 요강의 내용은 없었다.

(2) 초안규정

민법초안은 제93조에 물품의 정의를 규정하고, 이어서 부동산과 동산에 관하여 제94조[4]에 규정하였다. 즉 부동산은 토지 및 그 정착물이라고 규정하였던 것이다.

(3) 제안이유

초안 제94조에 관한 제안이유는 아무런 언급이 없다.

(4) 현행법 및 판례, 학설의 현황

초안 제94조에 대한 현행민법(구민법; 일본민법-필자주)과 판례 및 학설의 현황에 관하여 "현행민법 제86조와 동일한 취지이나 현행법 제3항 무기명채권을 동산으로 보는 규정이 삭제되었다"고 설명하고 있을 뿐이다.

(5) 외국입법례

초안 제94조에 관한 외국입법례로서, 중국민법 제67조(동산이라 칭함은 전조에 부동산이라 칭한 이외의 물건을 말한다.)와 만주민법 제96조(초안과 동일하다.)를 들고 있을 뿐이므로, 초안 제93조와 달리 서구민법을 참조하지 않은 것을 확인할 수 있다.

(6) 국내입법의견 및 비판

초안 제94조에 관한 국내의 입법의견이나 비판이 없었다.[5]

---

3) 尹大成, "美軍政期(1945-1948)의 民法學", 「民事法의 實踐的 課題(閑道 鄭煥淡교수화갑기념논문집)」, (법문사, 2000), 1-23면.
4) 민법 제94조(부동산 동산) 토지 및 그 정착물은 부동산이다 부동산이외의 물건은 동산이다
5) 이에 대하여 민사법연구회, 「民法案意見書」, (일조각, 1957)에서도 "물건"이나 "부동산"에 관하

(7) 심의경과

초안 제94조에 관한 심의경과를 보면 다음과 같다

오직 현행법(구민법- 필자주) 제86조 제3항을 삭제한 문제(무기명채권)에 관하여, "현행법 제86조 제3항은 무기명채권을 동산으로 규정한 결과 동산점유에 관한 규정이 적용되고 따라서 현행법 제162조(취득시효), 제178조(대항요건), 제192조(즉시취득) 등이 적용되는 것이 중요한 것인바 이에 대치하기 위하여 제517조 이하의 무기명채권에 대한 특별규정을 설치하였다. 그러나 현행민법 제178조에 대응한 규정으로서는 초안 제514조의 규정이 있으나 민법 제612조 동 제192조에 대응하는 규정은 없으므로 초안에서 무기명채권은 동산으로 보지 않는 결과 즉시취득(수형법 제16조 제2항 참조)과 취득시효에 관한 규정은 적용 받지않는 결과를 생한다."고 하였다. 그리고 그 결과 원안에 합의하였다.[6]

(8) 결

그렇다면 초안 제94조는 일본민법 제86조를 그대로 입법하되 동조 제3항만을 삭제한 것으로 볼 수 있다. 이와 함께 외국입법례는 결국 일본민법 제86조, 중국민법 제67조 및 만주민법 제96조를 참조한 것을 알 수 있다.

2. 민법안의 입법과정과 입법의사

(1) 민법안 제1독회의 심의과정

1957년 11월 5일 제29차 회의의 의사일정 제3항에 민법안 제1독회가 있어, 민법안에 대하여 제1독회가 시작되었다.

이 회의에서 법제사법위원장대리 장경근 의원은 민법안심의를 실제로 담임한 민법안심의소위원회의 위원장으로서 민법안심의결과를 보고하는 과정에서, 재산편에 관한 보고 가운데 제1편 총칙중 민법전체를 통한 원칙으로 민사에 관하여 법률에 규정이 없는 경우에는 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의하도록 명문의 규정을 설정하는 것과 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 법리를 성문으로써 규정한 것을 들고 있을 뿐 물건이나 부동산에 관한 규정에 대하여

여 아무런 의견을 제시하지 않았다.

6) 이상에 대하여는 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 「民法案審議錄」, 上卷, (1957), 67-68면

아무런 언급을 하지 않았다.[7]

이어서 정부측의 제안설명이 배영호 법무부차관에 의하여 이뤄졌지만, "민법안제안설명"[8]에서도 민법안의 중요내용 가운데 "물건"이나 "부동산"에 관한 것은 전혀 언급되지 않았다.

1957년 11월 6일 속개된 민법안 제1독회에서 법전편찬위원회 김병노 위원장이 민법안에 대한 기초취지를 설명하게 되었다. 그는 "이 민법에 있어서는 혹은 초안을 읽어 보신이가 이러한 생각을 하실는지 모르겠습니다. 어째 일본법에 공통되는 똑같은 조문이 많다 혹은 이러한 생각을 하실는지 모릅니다마는 그것은 결단코 처음 기안할 때에 일본법이라는 것은 덮어놓고 사실은 그것도 한 다른 나라법과 같이 참고로밖에는 보지 않았습니다. 그러나 일본법이라는 법자체가 민법이 불란서법 독일법 그것을 태반하 갖다가 그대로 번역한 것이라 말이에요, 또 근래에 참고로 하는 제일 가깝게 제정되었다는 중국법 또는 만주국법 이것도 전부 일본사람이 가서 다 기안하고 일본사람이 한 것이라 그말이에요, 그럼 인제 여기서 독일것이나 불란서것이나 설혹 중국것이나 만주국것이나 어느것을 가서 참고하고서 우리나라에 이와같은 조문이 적당하다고 생각할 수 있는 그것이 자연적으로 일본것하고 보통에 있어서는 합치되는 조문이 많습니다."[9]라고 설명을 하고 있으면서, 물건이나 부동산에 관한 설명은 한 마디도 하지 않고 있다.[10]

(2) 민법안 제94조에 관한 입법의사

국회에서의 민법안 심의과정을 통하여 살펴볼 때에 민법안 제94조에 대하여 일본민법 제86조 가운데 제3항을 삭제한 내용으로 만주국민법 제96조와 동일한 입법을 하고자 하였음을 알 수 있다. 그렇다면 일본민법 제86조와 만주국민법 제96조는 어떻게 입법되었는가에 대하여 검토하지 않을 수 없다.

3. 민법초안과 외국입법례

(1) 일본민법 제86조

(가) 입법과정과 입법의사

---

7) 국회사무처, 「제26회 國會定期國會速記錄」, 제29호, (1957. 11. 5,), 1면 및 8면.
8) 국회사무처, 앞의 속기록, 14-17면
9) 국회사무처, 「제26회 國會定期國會速記錄」, 제30호, (1957. 11. 6,) 5-6면.
10) 국회사무처, 앞의 속기록, 4-12면

1) 보아소나드의 민법초안

보아소나드(Boissonade Gve)에 의한 일본민법초안(Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon)에서 물건에 대하여 Des Biens과 Des Chose를 분류하면서 로마법(Les droit romain)에 따르고 있다.[11]

보아소나드 초안은 물건, 특히 부동산에 관하여 상세히 규정하였다 이에 대한 콤멘탈(주석)에서, 보아소나드는 특히 부동산과 동산의 구별에 관한 제7조에 대하여 다음과 같이 주석을 하고 있다.

즉, 물건을 동산 또는 부동산으로 구별하거나, 또는 단순히 동산 또는 부동산으로 구별하는 것은 서구에서 더욱 중요하고 일본에서도 마찬가지이다. 그것들은 이미 용어에 의하여 분명하다 먼저 물건의 성질에서 구별되고 또한 그에 대한 권리에서 영향을 미치게 된다. 그 물건의 가치에서도 다르다. 사회의 발전과 함께 물질적 가치의 목적에서도 더욱 분명히 다르고 사회적으로 중요성이 인정된다. 그러나 부동산은 역시 농업의 발전에서 더욱 중요시된다 그렇지만 같은 관점에서 동산도 부동산과 마찬가지이다.[12]

또한, 제7조는 세 가지 원인에 의하여 동산과 부동산의 성질을 물건에 주게 되고, 이들 원인은 하나의 나눠진 조문 속에 부동산을 동산과 구별하여 비교하게 하는 것이다.[13]

2) 중의원의안 = 일본민법수정안(1)

일본 정부로부터 중의원에 제출된 "민법중수정안"에 의하면, 민법 제86조 제1항은 "토지 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다."[14]로 하였다.[15]

이에 대한 중의원 민법중수정위원회 속기록을 보면, 민법 제86조 가운데 제3항

11) Art 1er, Les Biens sont les droits composant le patrimoine, soit des partienliers ou des corporations, soit de l'Etat, des departments, des communes ou des etablissements publics Ils sont de deux sortes les droits reels et les droit personnels 이하생략

12) Boissonade, Gve, Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Livre II, p 34.

13) Boissonade, Gve, Ibid, Livre II, p 35.

14) 第八十六條① 土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス。이에 대한 입법과정에서 수정안의 기초자는 처음에 서구의 입법례와 같이 건물을 포함한 정착물은 전부 토지의 일부로 생각했었으나(「주사회속기록」 6권, 35) 이하), 그 후 정리회에서 "토지의 정착물은 별단의 정함이 없는 한 토지의 일부가 된다."고 추가 제안하였다 그러나 건물은 물론 산림의 입목도 토지와는 별개의 물건이라는 강력한 반대의 의견으로 채택한 결과, 가부동수가 되어서 결국 의장의 권한으로 이와 같이 된 것이다(「정리회속기록」 1권, 67) 이하). 高翔龍, 「民法總則」(법문사, 2003), 276면

15) 廣中俊雄 編著, 「第九回帝國議會の民法審議」, (東京 有斐閣, 1986), 278면

"무기명채권은 이를 동산으로 간주한다."를 중심으로 木村格之輔가 "무기명으로 된 것은 부동산으로 볼 수 없는가, 어떠한가."를 들어 논의를 하고, 정부위원인 富井政章은 "무기명으로 된 채권은 물건이 아니며 권리인 것이다. 무기명채권일지라도 명문이 없으면 물건이 아니고, 권리이기 때문에 물건이 되는 것은 아니다. 이와 함께 무기명채권은 유체물과 동일하게 취급하면 불편하기 때문에 이 규정을 두는 것이고 그 밖의 권리는 모두 물건이 되는 것이다." 등의 논의가 있을 뿐이다.[16] 부동산이란 무엇인가 또는 정착물이 무엇인가, 토지와 그 정착물은 별개의 부동산인가 등에 대하여 아무런 언급이 없다[17]

3) 귀족원의안 = 일본민법수정안(2)

중의원에서 귀족원에 송부된 "민법중수정안"은 중의원의 안인 일본민법수정안과 동일하였다.[18]

(나) 일본민법 제86조 제1항의 해석론

1) 정부위원인 富井政章의 견해

부동산이라 함은 "변경할 수 없는 위치에 있는 물건"을 말한다. 다만 타력으로 위치를 변경할 수 있는 물건이더라도 그 변경이 곤란하거나 또는 이를 변경하는 것이 불능 또는 곤란한 물건으로 부착되어서 이를 부동산으로 보는 경우가 있다.[19]

민법에는 정착물의 정의 및 종류를 표시하지 않았으므로 자주 의문을 생기게 한다. 이점은 각종의 부동산을 열기한 구민법(보아소나드 민법) 등과 그 취지를 달리하는 바이다. 토지의 정착물이라 함은 본래의 목적에 따라 계속하여 토지에 고착하는 물건을 말하므로 정착물에는 다음과 같은 성질을 갖추어야 한다. 즉,

① 토지에 고착된 물건이어야 한다 여기에서 정착물은 토지에 고착된 물건임을 요하므로 토지에 접촉된 것만으로는 족하지 않다 따라서 이 표준 아래에서 그 부착의 정도를 결정하여야 함은 부득이 사실문제임으로 법관의 인정에 위임할 수밖에 없다. 반드시 그 물건을 훼손하지 않고서는 이를 토지로부터 분리하거나 다른 곳으로 이전

16) 廣中俊雄 編著, 前揭書, 28면
17) 廣中俊雄 編著, 「衆議院民法中修正案委員會速記錄」, 明治29年(1896) 3月3日(第3號), 28면.
18) 廣中俊雄 編著, 前揭書, 278면.
19) 富井政章, 「民法原論①總論」, (東京 有斐閣, 1985(復刻板)), 333면.

할 수 없는 경우에 한하지 않으며, 또 부착의 사실은 자연적으로 생기거나 인공적으로 이뤄진 것을 묻지 않는다. 정착은 하나의 사실상태이므로 당사자의 의사에 의하여 이를 좌우할 수 없다. 오직 사실상 정착물이 토지와 분리되어 독립의 존재를 갖게 될 때에 비로소 부동산인 성질을 잃게 되는 것이다. 예컨대 붕괴된 건물 또는 입목의 매매와 같은 것은 부동산의 매매라고 말할 수 없다.[20]

② 계속적으로 토지에 부착된 물건이어야 한다 이 성질도 역시 정착이라는 문자에 포함되는 것이므로 정착물이 되는 것에 빠져서는 안 될 하나의 요건이다. 그러므로 일시 사용에 제공할 목적으로 토지에 부착된 물건, 즉 예컨대 건축용의 소옥, 지주, 족장 등 또는 가식된 초목과 같은 것은 아무래도 토지의 정착물이라 말할 수 없을 것이다.[21]

③ 본래의 목적에 따라서 토지에 부착된 물건이어야 한다. 예컨대 지중에 매장된 금, 은, 보석과 같이 소위 물건의 용법에 따르지 않고 부자연적으로 토지에 부착된 물건은 정착물이라 할 수 없다.[22]

④ 정착물은 토지의 일부인가. 이상 열거한 요건 외에 "토지의 정착물은 토지와 별개의 존재를 갖는 부동산이므로" 그 주요한 하나의 성질이 되는 것을 통설로 한다. 이미 정착물 가운데 건물 및 입목은 별개 독립의 부동산인 것이라는 것을 의심하지 않을지라도 이에 대한 입법의 취지가 명료하지 않다. 일본 민법 제86조는 정착물이 동산이 아님을 언명하였지만 모두 별개 독립의 부동산이 되는 것을 표시한 규정이라고 단언할 수 없을 것이다. 그렇다면 일반적으로 이를 토지의 구성부분과 구별하여 별개의 존재를 갖는 것으로 하는 것 같다. 아무래도 토지에 정착하였으므로 이를 부동산으로 한 이상 그 사실을 무시하고 전혀 별개의 물건으로 작용할 수 없다고 할 것이다. 즉 건물 및 입목 이외의 정착물은 그 성질을 잃으면 토지와 분리되어 단독으로 소유권 또는 저당권 등의 목적물이 될 수 있다고 풀이한다. 결국 토지의 구성부분 이외에 정착물이 된 것을 인정할 필요가 없다는 것에 귀착되더라도 이 점은 입법론의 범위에 속하는 것이다.

토지의 정착물에 관한 규정은 다른 나라의 법제와 크게 다르다. 즉 일본 민법은 토지 이외에 구체적으로 부동산의 종목을 들지 않은 점에서 프랑스법계의 입법례와 그 취지를 달리하고, 또 독일민법주의를 채용함에서도 다르다. 독일민법에서는 부동산은 토지에 한하는 것이고 따로 물건의 구성부분이 되는 것을 인정하여 건물 및 식물과

20) 富井政章, 前揭書, 334-335면.
21) 富井政章, 前揭書, 336면.
22) 富井政章, 前揭書, 336면.

같은 것은 토지와 분리되더라도 이를 토지의 구성부분으로 간주하여 철저히 이 주의로써 일관하고 있다. 이 제도는 로마법 이래의 관념에 터 잡아 일체의 지상물 특히 건물을 토지의 일부로 보는 점에서 일본 구래의 관습에 적합하지 않다. 이것이 일본 민법에 이를 채용하기에 이르지 않게 된 이유가 된다. 그렇더라도 오늘날 입법문제로서 생각할 때에 일본 민법에 있어서 정착물의 규정은 의문이 생기지 않을 수 없다. 그러므로 모두 토지 및 건물을 부동산으로 하고, 그 어느 것에 정착된 물건은 이를 구성부분으로 간주한다는 규정으로 개정하여야 한다. 즉 건물을 별개 독립의 부동산으로 하는 이외에 독일민법에 규정한 바와 같은 제도를 채택하여 간명하게 할 수 있는 것을 말한다[23]고 하였다.

2) 기초위원인 梅謙次郎의 견해

자연히 움직이거나 인공적으로 움직일 수 없는 물건은 토지뿐이다 그럼에도 불구하고 토지와 밀착하여 거의 분리할 수 없게 된 물건은 역시 이를 부동산으로 인정하지 않으면 실제로 불편이 적지 않다. 그러므로 일본 민법 제86조에서는 토지 이외에 이에 정착된 물건도 함께 이를 부동산으로 하였다. 이것은 각국의 법률 모두가 한 가지이다. 오직 어떠한 물건을 정착물로 할 것인가는 매우 곤란한 문제에 속한다. 아무래도 본조에서는 모두 이를 사실문제로 하고 법문으로써 그 정의를 내리고 그 적례를 드는 것을 하지 않았다. 사실상 정착물이라 할 수 있는 물건을 가정하여 이를 정착물로 간주하는 것 같이 한 것은 일본 신민법이 취한 바이다. 그러므로 정착물의 자의에 대하여 다소의 의문을 생기게 함은 면할 수 없지만 이를 피하여 세목규정을 들어서 그 각목에 대하여 의문을 생기지 않도록 할 수 있을 것이다. 따라서 그 의의는 결국 앞에서 든 부동산의 정의에 지나지 않는다고 믿는다. 오늘날 정착물의 현저한 예로써, ① 건물, ② 식물(식물은 이를 토지로부터 분리하면 곧 훼괴되는 것을 말할 수 있음), ③ 건물 또는 식물에 부착된 것으로 용이하게 분리할 수 없는 물건 등이다.[24]

3) 건물이 토지의 일부로 되지 않은 경위

먼저 현행 일본 민법 제86조의 원안은 다음과 같은 형식에 의하여 기초심의에 상정되었다. 즉 "토지, 건물 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다. 그 외의 물건은 모두 동산으로 한다."[25]로 되었었다. 즉 주사회에서는 제87조, 총회에서는 제89조로서

23) 富井政章, 前揭書, 337-339면.
24) 梅謙次郎, 「民法要義①總則編」, (東京 有斐閣, 1985(復刻板)), 185-186면.

동일 문언인 것이 상정되었었다. 이 단계에서는 "건물"은 명시되어 있었다. 한편 현행 제86조 3항에 상당한 조항은 찾아볼 수 없다. 원안이 최초로 제출되었던 주사회에서 논의가 없었다. 원안 제출자인 富井政章에 의하면, 부동산과 동산을 구별하는 것에 대하여 프랑스 민법 기타 많은 국가의 민법은 열거법을 채용하지만, 독일민법초안은 부동산이라 함은 토지를 말하므로 건물 또는 식물은 토지의 구성부분이고, 건물에 정착된 부속물은 건물의 구성부분으로서 간접적으로는 부동산으로 된다. 그래서 특히 독일식의 입법은 이론상 당연할지 모르지만, 법문으로서 되는 체제가 적절치 못하여 채용하지 않았고, 또 일본 구민법(보아소나드 민법)은 재산편 제7조 이하 수개 조로 된 동산, 부동산의 정의를 들고 또한 예시하였지만 그것은 법문을 복잡하게 하고, 예시라고 하지만 그 열거에 빠져서 후일에 이르러 부동산이 되는 물건을 동산으로 인정하지 않을 수 없게 되고, 그것에 입법방침으로서도 필요하지 않은 정의나 예시는 될 수 있는 한 들지 않기로 하였으므로, 규정을 단순화하여 오직 동산과 부동산을 식별하는 표준을 제시하려 한 것이었다[26][27] 따라서 건물에 대하여는 토지에 정착하여 토지와 일체가 되는 물건이므로 부동산이 된다고 설명된다. 심의과정에서는 수목원에서 팔려서 식재된 수목은 동산인가 무엇인가라는 질문에 대하여 정착물의 "정"에 의미가 있고, 그러므로 가식중인 식물은 "정"에 속하지 않으므로 부동산이라 말할 수 없다고 말하는 답변 등이 있다[28]

(2) 만주국민법 제96조

(가) 입법과정과 입법의사

만주국민법 제96조는 우리 민법초안 제94조와 동일하다.

(나) 제96조의 해석론

부동산이라 함은 "토지 및 그 정착물"을 말한다. 토지를 부동산으로 하는 것은 동서에 걸쳐 통칙이지만, 건물 기타 토지에 부착된 것의 취급은 동서양에 따라서 이를 다르게 한다. 즉 서양의 여러 나라에서는 "지상물은 토지에 속한다."(superficies solo

25) 土地, 建物及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス。此他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス。米倉 明, 「民法講義總則(1)」, (東京 有斐閣, 1984), 290면.
26) 「法典調査會民法主査會議事速記錄」, 第六卷, 12-13면
27) 米倉 明, 前揭書, 290면
28) 米倉 明, 前揭書, 290-291면

cedit)는 법언이 보여주는 바와 같이 건물 기타 지상물은 토지의 일부로서 독립된 부동산으로 취급되지 않는다. 따라서 지상권은 타인의 토지에서 예외적으로 공작물을 "소유"하기 위한 권리로 되어 있다 그러나 동양에서는 옛부터 건물은 토지와 독립된 부동산으로 보았으며 따라서 그 지상권도 타인의 토지에서 오로지 자기의 공작물 등을 소유하기 위하여 그 토지를 "사용"하는 권리로 되어 있다. 즉 일본, 만주, 중국의 민법은 토지와 건물과는 별개 독립의 부동산이 되고 있다.[29]

따라서 토지등록부에 1필의 토지로 되어있는 것이 1개의 부동산이 된다[30]

여기에서 정착이라 함은 상당하지 않게 많은 노력 내지 비용을 쓰지 않으면 분리할 수 없거나 분리에 상당하지 않은 훼손이 따르는 정도의 결합상태를 말한다. 그 결합상태가 계속적이고 일시적이 아니면 이를 묻지 않는다. 건축물은 물론 돌담, 개골창, 급수관, 배수관, 대나무 등은 거의 이에 속하지만, 기계 등과 같은 것은 통상 토지의 정착물이 아니다.[31]

그러나 건축물은 통상 토지와는 독립된 부동산으로서 취급된다. 특별한 등록부가 있어서 그 권리의 법률행위로 인한 득실변경은 이에 등록하지 않으면 그 효력이 생기지 않는다(제177조). 여기에서 소위 "건축물"은 일본부동산등기법에서 소위 "건물"과 같은 의미이다. "공작물"보다도 좁다. 무엇을 건축물로 하느냐는 사회관념에 의하여 결정하지만, 토지의 정착물인 요건을 구비하여야 하므로, 용이하게 이동할 수 있는 소가옥 같은 것은 소위 건축물로써 부동산으로 취급되지 않는다.[32]

4. 소결

종래의 우리나라의 구 관습(일본 민법을 통하여 서구법이 계수되기 이전의 관습)에 의하면, 건물을 독립한 부동산으로 보기는 하였지만 그럴 경우에 그 대지인 토지는 가옥의 종물로 취급되었다.[33] 다시 말하면 나대지인 경우에는 토지가, 건물이 세워져 있는 경우에는 그 대지인 토지를 포함하여 건물이 한 개의 부동산으로 취급되었던 것이다. 그러므로 우리 민법이 굳이 토지와 그 위의 건물을 별개의 부동산으로 규정하게 된 이유는, 구민법 즉 일본 민법이 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 보고

29) 柚木 馨, 「滿洲國民法總論(II)」, (東京:有斐閣, 1942), 247면
30) 柚木 馨, 前揭書, 248면.
31) 柚木 馨, 前揭書, 248-249면.
32) 柚木 馨, 前揭書, 250-251면
33) 郭潤直, "우리 不動産登記制度의 現在와 將來", 民事判例硏究會 편, 「不動産法來의 諸問題」, (경영문화사, 1979), 251면

있었기 때문에, 우리 민법의 제정 당시의 기초자들의 견해 혹은 일반 국민의 법의식도 역시 이미 건물은 토지와는 독립된 부동산이라고 생각하고 있었던 것에 기인한다고 볼 수 있다.[34]

그러나 일본의 경우에 특유의 건물 구조 및 역사적 배경을 전제로 하고 있는 것임을 알 수 있다. 따라서 이를 달리하는 우리나라에 있어서는 현행 민법의 제정시에 토지와 건물의 관계를 한 번이라도 진지하게 검토해 보았어야 할 것이다 이를 간과하였다는 점에서 이미 현행 민법은 졸속이라는 비난을 면하기 어려울 것이다. 그리고 현행 민법의 이러한 입법태도를 변호한다면, 일제지배기의 우리나라에서 일본 민법이 의용되었던 결과 현행 민법의 제정 당시 드물기는 하지만 토지와 건물의 소유자가 각기 달리 된 경우를 예상할 수 있었다. 따라서 만약 건물을 토지의 일부로 규정한다면 종래의 건물소유자의 이익을 고려하는 조치를 취해야만 하는 입법상의 어려움이 뒤따르게 되었을 것이라는 점을 들 수 있다. 그러나 현행 민법에 있어서 건물을 독립된 부동산으로 취급하는 결과로 발생하는 문제점들에 비추어 보면, 현행 민법의 제정 당시 이미 우리 사회의 거래관행이라든가 건물을 토지의 일부로 하는 경우에 있어서의 장·단점 등에 관하여 충분한 검토가 이루어졌어야 마땅할 것이다.[35]

III. 토지와 그 정착물과의 관계

1. 개관

지금까지 우리나라의 부동산법제에서 토지와 그 정착물인 건물과의 관계를 어떻게 구성하였는가에 대하여 밝히기 위하여 민법제정에 있어서 입법과정과 입법의사를 분석하면서 입법과정에 참고한 외국입법례를 분석하고 검토하였다.

결국 우리나라에서 토지와 그 정착물인 건물과의 법률적 관계를 볼 때에 여러 외국 가운데 일본의 부동산법제와 같이 양자를 별개로 한 구성이 참고되었음을 확인할 수 있다.

그러나 별개로 하는 구성을 하더라도 개별적 구성만의 경우와 일체적 구성과 병존하는 경우(다시 말하면 원칙은 일체적 구성을 하지만 예외적으로 개별적 구성도 인정하는 것)에서 개별적 구성의 차이를 충분히 고려할 필요가 있다.

따라서 건물(소유권)과 토지(대지) 이용권과의 법률구성을 유형화하여 본다면 다음과

---

34) 嚴東燮, "土地와 建物을 別個의 不動産으로 取扱하는 現行 民法의 態度에 대한 批判的 考察", 「法曹」, 42卷 8號(1993. 8), 42면 이하

35) 嚴東燮, 전게논문, 44면.

같이 생각할 수 있다.

① 우리나라의 민법이 채용하고 있는 건물과 대지이용권은 모두 별개의 것으로 하는 구성방법이다. 그러므로 구분소유권에 있어서 전유부분과 대지이용권을 분리하여 처분할 수 없는 것으로 하였다(집합건물소유및관리에관한법률 제20조 2항) 중국에서도 건물과 토지이용권과의 관계에 대하여 논의가 있지만,[36] 일본과 같이 토지소유권과 대립하지 않으므로 일본에서와 같은 문제가 일어나지 않는 것 같다 이와 같이 중국에서의 논의가 우리나라에서 건물과 토지이용권과의 관계를 구성함에 참고가 될 수 있지 않을까 생각된다.

② 독일법에서와 같이 건물을 대지이용권(이 경우는 지상권 Erbbaurecht)의 구성부분으로 구성하는 방법이다.

③ 토지와 건물의 일체적 구성을 의사 기타에 의하여 저지하는 것이라는 구성으로서 건물과 대지이용권을 다루려는 구성방법도 있다. 프랑스의 지표권(droit de superficie)의 구성이 그것이다.

이와 같이 볼 때에 토지와 건물의 법적 구성에 대하여는 국가에 따라서 또는 시대에 따라서 다른 것을 알 수 있다. 그 가운데 우리나라는 토지와 그 정착물인 건물을 별개의 것으로 함으로써 여러 가지의 문제가 일어나고 있는 것이다. 그렇다면 만약 우리나라에 있어서 토지와 그 정착물인 건물을 일체로 하는 구성을 채용한다면, 어떠한 문제가 해결되고, 어떠한 문제가 그대로 남는가, 또한 이와 반대로 어떠한 문제가 발생하는가에 대하여 분석하고 검토하고자 한다. 이 경우에도 예외적 구성을 인정하는 경우와 인정하지 않는 경우를 생각할 수 있다. 여기에서는 예외적 구성을 인정하지 않는 것으로써 토지와 그 정착물인 건물을 일체로 하는 구성을 고찰하고자 한다.

이 문제에 대하여 두 가지의 관점에서 검토할 필요가 있다 하나는 법적 측면에서의 검토이고, 다른 하나는 사회적 · 경제적 관점에서의 검토이다.

2. 법적 측면에서의 검토

(1) 토지와 그 정착물인 건물의 일체적 구성의 장점

토지와 그 정착물인 건물이 법적으로 분리(다른 소유자에게 귀속)한다는 가능성이 없지 않다 따라서 건물만의 소유를 위하여 타인의 토지를 이용하여야 한다는 것은 우리나라의 현행법에서와 같은 토지이용권(지상권, 토지전세권, 토지임차권, 대지사용권 등)이 없어서는 안 될 것이다. 그러나 이와 같은 토지와 그 정착물인 건물의 일체적 구성이라는 현상은 일본에 있어서도 차지제도에 관한 여러 문제를 원칙으로 소멸하게 할 것이다. 그렇지

36) 佐藤七重, "中國の住宅制度改革における家屋所有權の問題", 「早稻田法學」, 75卷2號, (2000), 377면 이하

만 차지권에 대신하여 토지와 그 정착물인 건물의 일체물로서의 이용권이 존재하게 됨으로써 그 이용권의 내용이나 성질이 문제되고 있다 예컨대 존속기간, 대항력, 대가, 양도전대의 자유성, 방해배제예방청구권 등의 문제가 그것이다. 일본의 현행법 아래에서도 이러한 문제는 차지의 경우와 차가의 경우를 나누고 있지만, 토지와 그 정착물인 건물을 일체적으로 구성하면 이와 같은 것은 하나로 되는 것이라고 한다. 물론 일본에서도 이와 같은 이용권의 법적성질은 어떠한 것인가에 대하여 지상권과 같은 물권인가, 아니면 임차권과 같은 채권인가의 문제가 있다고 한다. 그러나 지상권의 존재는 적어도 부동산임차권의 성질을 갖는 물권이므로 차지권 또는 차가권에 유사한 이용권이라고 할 수 있다고 한다.[37]

그렇다면 우리나라의 현행 부동산법제에서 임차한 토지 위에 있는 그 정착물인 건물을 임대차한 경우에는 어떻게 될 것인가. 이 경우에 건물임차권, 건물소유권, 토지이용권, 토지소유권과 같은 4가지의 권리가 중첩되지만, 토지와 그 정착물인 건물이 일체로 되면 토지와 건물의 소유권과 토지와 건물의 이용권으로 되고, 그 권리관계가 간소화되며, 그에 관한 여러 문제는 원칙으로 소멸하게 된다.

그리고 토지와 그 정착물인 건물이 일체물로 되면 각각 별개로 양도되거나 상속되는 일이 없고, 각각 담보에 제공되는 일이 없으므로 거래에 있어서도 또는 담보제도에 관한 여러 제도, 예컨대 법정지상권제도, 저당권에 있어서 그 밖의 여러 제도, 종물이론 등에 관한 문제가 생기지 않게 됨으로써, 법률관계가 단순화되어질 것이다.

이와 같은 것은 여러 민사특별법에도 영향을 주게 된다. 부동산등기법에 있어서 토지등기부와 건물등기부가 하나의 등기부로 되는 것이 가능하게 된다. 그렇지만 그 경우에 건물부분의 공시를 어떻게 할 것인가, 또한 토지와 건물 이용권의 등기를 어떻게 할 것인가와 같은 새로운 문제가 발생할 것이다. 그뿐만 아니라 그 정착물이 건물이 아니더라도 지상물이라는 것으로써 입목에관한법률에 있어서 입목과 토지와의 관계에도 영향을 미칠 것이다.

한편 구분소유권의 구성도 변화한다. 집합건물의소유및관리에관한법률에 있어서 전유부분과 공용부분 및 대지사용권과의 관계가 간략화될 것이다. 좀더 자세한 검토가 필요하겠지만 서구의 여러 국가에서 구분소유권을 어떻게 구성하고 있는가를 참고하여야 할 것이다.

(2) 토지와 그 정착물인 건물의 일체적 구성의 문제점

그렇다면 토지와 건물 이용권의 내용을 어떻게 할 것인가. 현행법에서의 권리로서

37) 三好 登, "土地と建物との關係", 「現代の都市と土地私法」, (東京:有斐閣, 2001), 53면.

건물임차권인가, 토지임차권과 지상권을 포함한 차지권인가, 또는 순수한 지상권인가. 아니면 새로운 권리를 창설할 것인가. 채권적 권리로 할 것인가 또는 물권적 권리로 할 것인가. 현행법에서의 개별적 구성으로부터 일체적 구성으로 바꿀 수는 없는가 등이 문제된다.

3. 사회적 · 경제적 관점에서의 검토

(1) 토지와 그 정착물인 건물의 일체적 구성의 장점

사회적 또는 경제적 관점에서 보면 일체적 구성이 장점이 있다고 생각하는 것은 어떠한 이유일까. 도시에 있어서 토지는 그 위에 지상물(건물 등)을 건축하면 그 토지의 존재가치가 증가되는 것으로써, 토지만을 소유하여 건물을 건축할 것인가 아닌가의 자유를 담보하는 토지와 건물의 비일체적 구성은 곧 해소되어 일체적 구성으로 옮아가게 될 것이고, 바로 그것이 도시기능을 충분하고 만족하게 하는 법적 구성이 된다는 견해가 있다[38]

오직 권리관계는 일체적 구성이 간명하다. 그러므로 도시에서 토지를 소유하면서 임차한 토지 위에 건물을 건축하게 하고 그 토지에 대한 차임수입만을 취득하는 기능을 하는 토지소유가 있다는 것에 문제가 있다는 것은 충분히 이해가 된다. 그러나 일체적 구성 아래에서는 자기소유지에 건물을 건축할 자력이 없는 토지소유자는 다른 사람의 자력으로 충당할 방법이 없으면 토지를 임대하여 건물을 건축하게 하고 그 건물을 자기의 소유물로 하여 임대함으로써 그 차임을 받을 수 있는 것이다. 그러나 개별적 구성 아래에서는 토지만을 임대하여 토지에 대한 차임으로 받던가, 아니면 스스로 건물을 건축하여 건물의 차임을 받는 것이 된다. 이점에 있어서는 일체적 구성도 개별적 구성도 거의 다름이 없다고 생각된다.

다만 우리나라와 같이 개별적 구성에 의하면 토지임대차가 소멸한 때에 토지임차인은 건물매수청구권을 행사하지 못하면 건물을 철거하여야 하지만, 일체적 구성을 하게 되면 건물이 철거됨으로써 사회 · 경제적 손실이라는 문제는 발생하지 않는 장점이 있다. 따라서 자기의 것이 아닌 건물을 토지소유자가 그것을 철거하지 못하는 것과 같이 된다.

---

38) 稻本洋之助 外 編, "借地制度の再檢討", 「借地·借家制度の比較硏究」, (東京·東京大學出版會, 1987), 17면, 46면, 81면 및 163면

(2) 토지와 그 정착물인 건물의 일체적 구성의 문제점

오늘날과 같은 우리나라의 사회적 · 경제적 상황 아래에서 토지와 그 정착물인 건물이 일체로 되는 것은 토지와 건물의 이용권에 비교하여 토지와 건물의 소유권이 강하지 않게 되지 않는가 하는 걱정이 있다. 물론 건물임차인과 토지소유자와의 사이에 토지임차인이라는 중간층이 없어지게 됨으로 토지와 건물의 소유자와 토지와 건물의 이용자가 직접 부딪치는 것은 없고 토지와 건물의 이용권 강화라는 경향에서나 이용권의 강화라는 길을 택하게 되면, 무리해서라도 토지와 건물을 손에 넣는 것이 됨으로써 결과적으로 소위 대지(토지)와 건물을 소유하는 계층이 증가하게 되지 않을까 생각한다 그렇다면 특히 도시에서 채권적 이용권을 갖지 않는 사람들이 증가하게 될 것이다. 이렇게 한다면 토지와 건물의 이용권과 토지와 건물의 소유권이 양극으로 분화가 이뤄질 것이다.

4 토지의 정착물로서의 건물

우리 민법 제99조 1항은 토지 및 그 정착물은 부동산이라고 규정하고 있을 뿐 토지와 건물이 각각 별개의 부동산이라고 말하고 있지는 않다. 즉 토지와 그 정착물의 관계를 구체적으로 명시하고 있지 않아서 토지와 그 정착물이 각각 별개의 부동산인지, 아니면 토지와 그 정착물을 포함하여 하나의 부동산인지가 분명하지 않다. 따라서 결국 이는 토지와 그 정착물인 건물의 일체성을 분명하게 하지 않아서 부동산의 일체적 구성이 되지 아니하므로 인하여 발생하는 문제이다.

부동산이라 함은 그 주체적 구성은 토지이다. 우리 민법과 일본 민법은 건물 등을 토지에 정착된 물건이라는 의미에서 독립된 부동산이라고 규정한다[39] 그 반면에 독일을 비롯한 프랑스, 스위스, 이탈리아 등 서구 국가의 민법에서는 건물, 식물 등을 토지의 본질적 구성부분(wesentlicher Bestandteil)이라고 규정하고 있다.[40] 즉 전자는 건물 등을 토지의 정착물로 인정하나, 후자는 건물 등을 토지의 구성부분이라고 규정한다. 토지의 정착물로서 건물 등을 인정하고 있는 것은 결국 토지를 부동산의 주체적 구성물로 한다는 의미인 동시에 그 이외의 정착물은 별도의 토지의제물로 본다는 것이다. 즉 우리 민법은 건물을 토지의제로 토지화 하려는 것이며, 독일 민법은 정착된 구성부분으로 보아서 토지에 흡수시키는 입장이다.[41] 토지의 정착물 특히 건물과

39) 우리 민법 제99조 ; 일본 민법, 제86조.
40) 독일민법 제94조; 프랑스 민법 제553조; 스위스민법 제671조; 이탈리아민법 제934조.

의 관계에서 건물이 단지 토지의 구성부분이 아니라 하나의 토지의 정착물인가에 대한 검토가 문제이다. 즉 건물이 토지의 구성물인가, 아니면 건물은 토지의 구성물이 아니고 독립된 권리의 객체인가 하는 것이다. 로마법의 전통을 따른 독일, 프랑스, 스위스, 이탈리아, 영국 등 서구에서는 건물은 토지의 구성부분으로 독립성을 가지지 않았으며, 우리나라, 일본, 중화민국 등 동양에서는 건물은 토지와 별개의 부동산으로 보고 있다.[42] 종래부터 우리나라의 학설과 판례는 이에 대한 구체적인 검토 없이 토지와 건물은 별개의 부동산이라는 데 인식을 같이 하였다. 이러한 무의식적인 일본 민법의 계수와 몰이해는 오늘날까지 계속되고 있다.

또한 로마법에서의 "지상물은 토지에 따른다."(superficies solo cedit)는 원칙에 따라서 건물은 건축에 의하여 토지와 일체가 되어 독립한 존재로 인정되지 아니하였다. 이는 로마에서의 건물은 석조로 되어 있었으며 석조 건물은 대지(토지)와 같은 재질이므로 토지와 건물은 하나의 일체감을 주었기 때문이었다.[43]

그러나 게르만법에서는 물건을 사회·경제적인 의미에 따라 구별하여 목조 건물을 동산으로 다루었다고 한다. 목조 건물을 동산으로 본 것은 장기간에 걸친 이주생활로 인하여 유목민과 마찬가지로 간편한 천막생활이 불가피했으며 외적이 침입할 경우 철거 또는 방화하고 신속하게 피해야 했던 게르만 민족이동기의 가옥 관념이 농경지에 정착한 이후에도 계속 유지되었기 때문이다. 또한 일정한 지역에 정착한 농민도 경지가 척박해지면서 새로운 농경지를 개척하기 위하여 끊임없이 이주해야 했으므로 목조 건물을 해체하여 개관지에서 재조립·사용함에 따라 목조 건물은 장소적 이동이 가능한 동산이라는 관념이 지배했다고 한다.[44]

또한 건물을 토지의 구성부분으로 하는 국가에서 이에 대한 공시방법을 살펴보면 다음과 같은 것에 주목하여야 할 것이다. 독일에서는 토지등기부 이외에 다른 등기부는 존재하지 않기 때문에 건물에 대해서는 토지와 분리하여 등기할 방법이 없다. 독일에 있어서 건물의 거래는 세습지상권(Erbbaurecht)이라는 토지용익물권의 등기(이것은 1991년의 지상권령 제14조에 기초한 지상권등기부에 기재된다)에 의해 공시된다.[45] 또한 프랑스의 경우에도 토지등기부와 건물등기부라는 구별은 없다.[46]

---

41) 金基洙, "不動産仲介業法制定의 背景에 관한 考察," 「論文集」, (漢陽大學校, 1985), 35-36면
42) 그러나 사회주의 국가에서는 토지는 국가소유 또는 집단소유로 하고, 건물은 개인의 소유가 허용되지만 이것은 생산수단인 토지를 임차하여 건축한 경우이다
43) 高翔龍, "樹木의 附合與否", 「考試界」, 1990 8, 165면
44) 玄勝鍾/ 曺圭昌, 「게르만法」, (박영사, 1989), 184면
45) 瀬川信久, 「不動産附合法の研究」, (東京.有斐閣 1981) 12면 및 208면
46) 星野英一, "フランスにおける不動産物權公示制度の沿革の關係", 「民法論集」 2卷, (東京.有斐閣, 1983), 94면

프랑스에 있어서는 임차인이 임차한 토지 위에 있는 건물을 제3자에게 양도하고 그것을 등기(transcription)하는 것은 토지소유자가 첨부권을 포기하고 임차인에게 지상권을 설정하는 효과를 가진다 그것은 건물소유권 내지는 건물저당권으로서 등기되지만 토지와 같은 용지, 장부에 기입하는 것이다[47]

그리고 스위스의 경우에도 토지등기부와 건물등기부의 구별은 없고 독일의 지상권에 해당하는 건축권(Baurecht)(스위스 민법 제943조)[48]을 등기하기 위한 등기용지가 우리의 건물등기부와 같은 작용을 한다[49]

이와 같이 우리 민법 제99조 1항의 토지의 정착물에 관한 해석이 분명치 않다면 서구 제국에서와 같이 토지의 구성물로 해석함으로써 토지와 그 정착물인 건물을 일체적으로 취급하여도 무리는 없을 것이다.

IV. 결 어

지금까지 우리 민법 제99조 1항에서 부동산에 관한 규정을 함에 있어서 토지와 그 정착물과의 관계에 관하여 분명하게 규정하지 않음으로써 종래의 통설과 판례는 토지와 그 정착물인 건물을 별개의 부동산으로 취급함에 일치하였다. 그러나 이에 대한 의문을 제기하면서 민법 제99조의 입법과정과 입법의사를 분석하고 입법과정에 참고한 외국입법례를 분석하고 검토함으로써 민법 제99조 1항의 토지의 정착물에 관한 해석이 분명하지 않다면 서구의 여러 국가에서와 같이 토지의 정착물을 토지의 구성물로 해석함으로써 토지와 그 정착물인 건물을 일체적으로 취급하여도 무리가 없다는 결론에 이르렀다.

이와 같이 토지와 그 정착물을 일체적으로 법률구성을 함으로써 개별적으로 법률구성함에 따른 여러 가지의 법률문제를 해결할 수 있을 뿐만 아니라 현대 도시에서의 토지와 건물에 관한 소유와 이용의 문제를 해결할 수 있는 사회적, 경제적인 장점이 있다는 것을 확인할 수 있었다.

그렇지만 토지와 그 정착물인 건물을 일체적으로 법률구성을 하기 위하여 무엇보다

47) 瀨川信久, 前揭書, 12면 및 84면

48) 建築權은 役權으로 建築役權(Baurechtsdienstbarkeit)이 設定되는 경우에는 他人의 土地上에 建築된 경우라고 하더라도 土地所有者가 아닌 者가 완전하고 계속적으로 建築物을 所有할 수 있는 것이다. Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band IV 5. Aufl 1981 S. 31.

49) 郭潤直, 전게논문, 215면.

지금까지 토지와 그 정착물인 건물을 별개의 부동산으로 취급하여 온 법의식의 전환이 요구되고, 앞으로 이를 뒤받침 할 수 있는 부동산법제의 정비가 이뤄져야 한다고 본다. 그 모델로 싱가폴이나 말레지아 또는 홍콩의 예[50]를 들 수 있을 것으로 본다.

이 연구결과는 입법적으로 토지와 그 정착물에 관하여 특별한 규정을 하지 않은 법제 아래에서 해석론으로 종래의 통설로 인정하여 온 토지와 그 정착물인 건물을 별개의 부동산으로 취급함으로써 야기되는 법적 문제를 해결하는 데 기여할 것으로 본다. 특히 민법 및 민사특별법의 개정 제정에 있어서 토지와 그 정착물인 건물과의 법적 관계를 해결하는 데 활용될 것으로 기대한다.

윤대성

부동산(real estate) 토지(land(s)) 정착물(fixture(s)) 건물(building)

민법 제99조(Article 99 Korean Civil Code)

일본민법 제86조(Article 99 Japanese Civil Code)

50) 全秉煥, "不動産의 一元化에 관한 硏究", 박사학위논문,(창원대학교 대학원, 2002.12.), 60-63면.

[ABSTRACT]

The Relationship of Lands and their Fixtures

- Focusing on the history of real estate where lands and buildings are separately treated -

Yoon, Dae-Sung*

According to Article 99 [Real Estate Provisions], Korean Civil Code, lands and their fixtures are regulated as real estate. Though fixtures on lands should belong to those lands, however, it has no provision about the relationship of lands and their fixtures. Until now, there have been various doubts on traditional theories and judicial precedents which interpret buildings etc. as real estate separated from the lands it belongs to. Therefore, the purpose of this research is to reveal the relationship of lands and their fixtures.

The content of this research is to search methods to settle current contradictions, by analyzing the legislation processes of Article 99, Korean Civil Code, and foreign legislation cases, and by critical researches on the traditional interpretations regarding Article 99, Korean Civil Code. The composition of this research is,

1. Preface,

2. The legislation processes of Article 99, Korean Civil Code, and foreign legislation cases,

3. The relationship of lands and their fixtures,

4. Conclusion.

In particular, in Section 2, the reasons for lands and their fixtures not being treated integrally will be studied by analyzing and reviewing legislation intentions in the legislation processes of Article 99, Korean

* Prof., PhD of Dept. of Law(*Civil Law*), Changwon National University.

Civil Code, and, in the legislation processes and interpretations of, among foreign legislation precedents, Article 86, Japanese Civil Code, and Article 96, Manchurian Civil Code, which had been referred to in the legislation of Korean Civil Code. In Section 3, issues regarding the fact that lands and their fixtures are separately treated will be analyzed and reviewed to show merits and demerits of this separation.

As a conclusion, if interpretations on Clause 1, Article 99, Korean Civil Code, can't be clearly defined after analyzing and reviewing the legislation processes and its intentions in Article 99, Korean Civil Code, lands and their fixtures had better be integrally treated by interpreting fixtures on lands as the components of those lands such as in the legislation cases of the West