

「민법」 제256조 단서에 관한 해석과 입법에 대한 비판* **

명 순 구***

◆ 목 차 ◆

- | | |
|----------------------------|------------------------------|
| I. 서 설 | 3. 부합의 효과의 강행규정성 |
| II. 부동산의 범주 | IV. 제256조 단서에 대한 분석 |
| 1. 신축적 개념의 독립성 요건 | 1. 제256조의 입법 취지 |
| 2. 부동산의 두 부류: 토지와
토지정착물 | 2. 제256조 단서에 관한 해석론과
그 한계 |
| III. 선결문제: 부합에 관한 기초 개념 | 3. 제256조 단서의 무용성 |
| 1. 부합 개념의 일원화 또는 이원화 | V. 맺음말 |
| 2. 부동산의 부동산에의 부합 | |

* 이 논문은 연세대학교에서 열린 “2016 고려대 법학연구원-연세대 법학연구원 공동학술대회”(2016. 5. 12.)의 발표문을 정리한 것입니다. 학문의 길에서 “같이하는 것”의 귀한 가치를 실천한 연세대학교 법학연구원장 이철우 교수님과 고려대학교 법학연구원장 김제완 교수님께 경의를 표합니다. 그리고 학술대회 발표에 대한 지정토론에서 귀한 말씀을 주신 연세대 백태승 교수님과 박동진 교수님, 고려대학교 법학연구원 이혁 연구교수님께도 깊이 감사드립니다.

** 학술대회 발표문의 제목은 “「민법」에 숨어있는 推舟於陸”이었으나 이 제목이 학술논문의 제목으로는 다소 명확성이 덜하다고 판단하여 수정하였다. 推舟於陸(추주어륙)이란 땅에서 배를 민다는 뜻의 고사성어이다. 장자(莊子) 천운편(天運篇)에 다음과 같은 문구가 있다: 夫水行莫如用舟(무릇 물길을 가는 데는 배를 이용하는 것 만한 것이 없고), 而陸行莫如用車(육지를 가는 데는 수레를 이용하는 것 만한 것이 없다), 以舟之可行於水也而求推之於陸(배는 물에서만 갈 수 있는데 이를 육지에서 밀고 가려 한다면), 則沒世不行尋常(평생을 가도 불과 얼마를 못 갈 것이다).

*** 고려대학교 법학전문대학원 교수

I. 서 설

「민법」의 규정을 세밀하게 들여다보면 「민법」의 토대 내지 체계와 어울리지 않는 조문들이 있다. 그 원인은 어디에서 찾을 수 있을까? 대한민국 「민법」 제정 사업이 형식적인 기간으로는 약 10년이 소요되었지만¹⁾, 그 기간이 온전히 「민법」 제정에 집중된 것은 아니었을 뿐더러 민법학의 수준도 미미한 수준²⁾이었다는 점을 생각해 보면 「민법」에 그런 조문이 존재하는 것은 불가피했던 것 같기도 하다. 게다가 1958년 「민법」은 물권변동에 있어서 의사주의에서 형식주의로의 전환, 계약성립에 있어서 낙성주의의 관철³⁾, 사회적 약자 보호⁴⁾ 등 중요한 부분에서 의용민법과 입법정책의 기초를 달리한 부분도 적지 않다. 이들 입법정책의 전환은 이와 관련된 제도 또는 조문들의 연계적 조율이라는 면밀한 후속작업을 요구하는데, 당시의 여건은 이런 수요를 충족시키기에는 역부족이었다.

「민법」의 토대 내지 체계와 어울리지 않는 조문은 「민법」 체계의 정합성을 방해하고 체계적 해석에 악영향을 미친다. 이에 해당하는 것으로 이미 잘 알려진 것이 물권변동에 관한 형식주의와 어울리지 않는 규정들이다(예: 제48조, 제330조, 제386조, 제587조⁵⁾ 등⁶⁾). 이 글은 이에 해당하는 조문들을 망라하여 분석하는 데에 목적이 있는 것이 아니다. 이 글에서는 지금까지 비교적 잘 알려지지 않은 규정 하나를 들어 그 폐해를 밝히고 그에 대한 해결책을 찾고자 한다. 이런 시각에서 부합에 관한 규정의 하나인 제256조 단서에 유의하고자 한다. 제256조 본문(“부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다”)에 이어 제256조 단서는 “그러나 타인

- 1) 「法典編纂委員會職制」(1948. 9. 15. 대통령령 제4호)에 근거하여 법전편찬위원회(위원장: 金炳魯)가 구성되어 「민법」 등의 제정 사업을 시작한 이후 약 10년이 지난 1958년에 「민법」(1958. 2. 22. 법률 제471호)이 공포되었다. 「민법」 제정 과정의 개략적 설명은 명순구, 『실록 대한민국 민법 1』, 법문사, 2008, 1-60면 참조.
- 2) 兪鎮午, “韓國法學界의 回顧와 展望”, 고대신문, 1954년 11월 24일자.
- 3) 의용민법은 소비대차, 사용대차, 임치를 요물계약으로 규율했으나 1958년 「민법」은 이들 계약을 모두 낙성계약으로 구성하여 계약법 분야에서 낙성주의의 기초를 강화했다.
- 4) 제104조(불공정한 법률행위), 제606조(대물대차), 제607조(대물반환의 예약), 제608조(차주에 불이익한 약정의 금지) 등의 신설이 그 예이다.
- 5) 제587조의 입법배경에 대해서는 이흥민, “민법 제정과 그 성과 분석”, 고려대학교 박사학위논문, 2011, 188-191면 참조.
- 6) 아래에서 「민법」의 조문은 법률 명칭 없이 조문만을 표시한다.

의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다”라고 정하고 있다. 제256조 단서에 대하여 입법론은 물론 해석론의 시각에서 지금까지 특별한 문제가 제기된 적은 없다. 그런데 제256조 단서는 토지와 토지정착물을 각각 별개의 부동산으로 보는 우리 민법 질서와 어울리지 않는다는 생각이 든다. 가령, 타인 소유의 토지 위에 건물을 신축한 경우에 그 토지에 대하여 사용권원이 있든 없든 상관없이 건물에 대한 소유권이 토지소유권에 부합되지 않는 것이 논리에 부합하며, 다만 건물 철거의 문제가 남을 뿐이다. 아래의 논의를 통해 우리는 제256조 단서가 권리객체 및 부합이론에 관한 일반원칙에 어긋나는 내용을 담고 있으며, 이로 인한 폐해가 결코 적지 않음을 인식할 수 있을 것이다.

이를 위하여 우선 부동산의 범주를 검토하고(II), 제256조 단서에 관한 본격적인 논의를 위한 선결문제로서 부합에 관한 기초 개념을 정리한 후(III), 제256조 단서의 해석에 관한 종래의 학설·판례 및 입법상의 문제점을 지적하면서 새로운 해결방안을 제시하고자 한다(IV).

II. 부동산의 범주

1. 신축적 개념의 독립성 요건

「민법」은 물건을 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”(제98조)으로 정의하고 있다. 학설은 물건의 요건을 관리가능성, 비인격성, 독립성으로 정리하고 있다.⁷⁾ 여기에서는 이 글의 주제와 직접 연관되는 독립성 요건에 대하여 생각해 본다.

독립성 요건에 관한 종래 통설의 설명은 다음과 같다: 물건이기 위해서는 물건의 일부 또는 구성부분이어서는 아니 되고, 또한 다수의 물건의 집합이어서도 아니 된다.⁸⁾ 그런데 이 설명은 원칙론적인 서술일 뿐이며 실제로 있어서는 예외적인 상황이

7) 박윤직/김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013, 220-223면; 金曾漢/金學東, 『民法總則』, 博英社, 2013, 266-269면; 李英俊, 『民法總則』, 博英社, 2013, 986-988면; 金相容, 『民法總則』, 화산미디어, 2014, 298-300면; 池元林, 『民法講義』, 弘文社, 2016, 148-149면; 명순구, 『민법총칙』, 법문사, 2007, 267-269면 등 참조.

8) 박윤직/김재형, 위의 책, 222면; 金曾漢/金學東, 위의 책, 269면; 李英俊, 위의 책, 988면; 金相容, 위의 책, 300면; 白泰昇, 『民法總則』, 집현재, 2011, 278면 등 참조.

적지 않다. 토지의 일부에 대한 지상권(「부동산등기법」 제69조 제6호), 승역지의 일부에 대한 지역권(「부동산등기법」 제70조 제5호), 부동산의 일부에 대한 전세권(「부동산등기법」 제72조 제1항 제6호) 등은 물건의 일부가 권리객체로 인정되는 경우이다. 명인방법을 갖춘 미분리의 천연과실과 수목의 집단은 물건(즉 토지)의 구성부분에 불과한 물체가 권리객체로 인정되는 경우이다. 또한, 일정한 물건의 집단(즉 집합물)에 대하여 하나의 권리를 인정하는 경우도 있다(예: 「공장 및 광업재단 저장법」).

이런 사정들은 독립성에 대한 판단은 융통성을 가지고 신축적으로 판단할 필요가 있음을 보여준다. 이와 같은 시각에서 종래의 학설과 판례는, 독립성에 대한 판단은 물리적 형태에 따라 확일적으로 정해지는 것이 아니고 거래관념에 따라 정해진다고 말한다.⁹⁾ 이러한 입장은 독립성 판단에 있어서 물리적 형태가 결정적인 기준으로 작용하지 못한다는 점을 우회적으로 표현한 것이다. 학설 중에는 물건의 요건으로서의 독립성을 자연적 독립성과 인위적 독립성으로 구분하여 설명하는 견해도 있다.¹⁰⁾ 경제적 가치를 유지하면서 물리적 분리가 가능한 경우에 인정되는 독립성을 자연적 독립성으로, 자연적 독립성은 없지만 입법정책이나 관습 기타 거래관념에 따라 독립적 거래 단위로 인정되는 독립성을 인위적 독립성으로 보자는 것이다. 그런데 이 견해는 ‘자연적 독립성’과 ‘인위적 독립성’이라는 용어를 추가했을 뿐으로, 독립성 요건은 물리적 형태만으로 정할 것이 아니라 거래관념에 따라 판단해야 한다는 설명과 내용상 차이가 없는 것 같다.

요컨대, 어떤 학설에 의하든 독립성 요건의 판단에 있어서 가장 결정적인 기준은 물체의 물리적 형태보다는 거래관념이며, 그 결과 독립성은 매우 신축적인 개념으로 된다. 이러한 관점은 동산보다는 부동산의 경우에 더욱 현저한데 이에 대해서는 항을 바꾸어서 살펴보기로 한다.

2. 부동산의 두 부류: 토지와 토지정착물

제98조는 물건을 정의하고, 이어서 물건을 부동산과 동산으로 구분하는 기초 위에

9) 박윤직/김재형, 위의 책, 222면; 金曾漢/金學東, 위의 책, 269면; 李英俊, 위의 책, 988면; 金相容, 위의 책, 300면; 白泰昇, 위의 책, 278면 등 참조.

10) 김천수, “정착, 부속, 부합 - 그 용어와 개념의 정리를 중심으로 -”, 『한국민법의 새로운 전개(고상룡교수 고회기념 논문집)』, 법문사, 2012, 229면.

서 부동산을 우선 정의하면서(제99조 제1항) 부동산이 아닌 것을 동산으로 규정한다(제99조 제2항). 제99조 제1항은 부동산을 토지와 토지 위의 정착물로 정의한다. 이러한 입법태도는 “Superficies solo cedit” 또는 “Omne quod inaedificatur solo cedit” 등의 법언으로 표현되는 바와 같이 토지정착물은 토지에 속하는 것으로 보는 유럽의 여러 법제(대륙법계 법제와 코먼로 법제 동일)와 극명하게 대비된다.¹¹⁾ 제99조 제1항은 의용민법 제86조를 그대로 이어받은 것인데¹²⁾, 의용민법 제86조 제1항의 입법정책에 대하여 일본의 학설은 부정적인 평가가 지배적이다.¹³⁾ 토지정착물을 토지와 별개의 부동산으로 할 것인가의 문제에 대하여 일본민법 제정위원들의 의견이 가부동수로 갈려 위원장이 결정했을 정도로 논란이 많았다.¹⁴⁾ 1958년 대한민국 「민법」의 제정 과정에서는 토지정착물을 토지와 별개의 부동산으로 보는 전제 위에서 입법이 진행되어 별다른 논란이 없었다. 토지정착물을 토지와 별개로 규정한 제99조 제1항에 대해서는 우리나라의 학설도 비판적인 입장이 지배적이다.¹⁵⁾ 특히 제99조 제1항은 우리나라의 전통 관습과도 거리가 있다.¹⁶⁾ 그런데 이 글에서는 제99조 제1항의 입법 정책 자체에 관해서는 논의하지 않기로 한다.

제99조 제1항의 문언대로 한다면 부동산은 토지와 토지정착물이다. 그리고 부동산

- 11) 제99조 제1항의 “토지 및 그 정착물은 부동산”이라는 문언은 그 각각이 부동산이라는 의미가 아니라, 토지의 정착물이 토지의 일부로 취급된다는 것을 표현하고자 하는 것이라는 주장이 있다(제철웅, “물권의 객체로서의 물건 - 민법해석 방법에 대한 약간의 문제제기를 겸하여 -”, 『중앙법학』 제2호, 2000, 20면. 그러나 이는 현 법상상황과는 거리가 먼 견해로 보인다.
- 12) 제99조의 입법경위와 의용민법과의 관계에 대해서는 명순구, 앞의 책(주1), 297-299면 참조.
- 13) 토지정착물을 토지와 독립된 부동산으로 규율한 일본민법의 입법태도에 대하여 일본 학설은 “토지제도 최대의 과오”, “입법시 기술적 실수”, “과도기 입법 특유의 조잡성” 등 부정적인 견해가 지배적이다(이승우, “토지와 건물과의 일체성에 관한 일고찰”, 『법학논총』 제25집, 2005, 127면 참조).
- 14) 이에 대해서는 특히 尹大成, “土地와 그 定着物의 關係 - 土地와 建物이 別個의 不動産으로 된 沿革을 중심으로 -”, 『成均館法學』 제16권 제2호, 2004, 187-192면 참조.
- 15) 이에 대해서는 尹大成, 위의 글, 198-200면 참조.
- 16) 전통적 관습은 이러하였다. 즉 나대지의 경우에는 토지가, 건물이 세워져있는 경우에는 그 대지인 토지를 포함하여(즉 대지는 건물의 중물) 건물이 한 개의 부동산으로 다루어졌다(郭潤直, “우리 不動産登記制度의 現在와 將來”, 『不動産去來의 諸問題』, 經營文化社, 1979, 251면; 尹大成, 위의 글, 193면).

은 권리객체인 물건의 하부개념이므로 토지정착물은 물건의 요건(즉 관리가능성, 비인격성, 독립성)을 갖추어야 하는 것이 논리에 부합할 것 같다. 그런데 토지정착물을 모두 부동산으로 하자는 것이 입법취지는 아닐 것이고, 또한 매우 다양한 토지정착물을 토지와 독립된 부동산으로 관념하는 것은 매우 비효율적이다. 이와 같은 인식에 따라 종래 부동산과 토지정착물의 관계에 대해서는 학설상 논의가 있다.

다수설은 토지정착물을 모두 부동산으로 관념하면서 토지정착물을 다시 토지와 별개의 독립한 부동산과 그렇지 않은 부동산으로 세분한다. 다수설은 부동산을 다음 세 가지 부류로 구분한다.¹⁷⁾

- ① 독립정착물: 토지와 언제나 독립된 것으로 다루어지는 토지정착물(예: 건물, 「입목에 관한 법률」에 의한 입목);
- ② 종속정착물: 토지의 구성부분으로 다루어져 항상 토지와 일체로 거래되는 토지정착물(예: 도로의 포장, 교량, 담 등);
- ③ 반독립정착물: 성질상으로는 토지의 구성부분이지만 공시방법을 갖추는 것을 전제로 토지와 독립된 것으로 다루어지는 토지정착물(예: 명인방법을 갖춘 수목 또는 미분리의 과실, 농작물).

다수설은 기본적으로 토지정착물을 모두 부동산으로 관념하는데 이에 대해서는 찬성하기 어렵다. ‘부동산’이라는 것은 권리객체로서 물건의 요건(특히 독립성)을 구비한 것이어야 하며, 따라서 토지정착물 중 토지의 구성부분에 불과한 것(통설에서 말하는 ‘종속정착물’)은 애초부터 부동산으로 볼 수 없는 것이다. 또한 토지정착물과 부동산을 혼용하는 것도 지양해야 할 부분이다. 제99조 제1항의 토지정착물이란 토지 외의 어떤 물체가 부동산으로 평가되기 위한 하나의 필요조건을 정한 것으로 보는 것이 논리적이라고 생각한다.

다수설과 동일한 결과이기는 하나 시각을 달리하는 견해로서 모든 토지정착물은 원칙적으로 토지의 구성부분이지만, 예외적으로 법률에 특별규정이 있거나 등기 기

17) 高翔龍, 『民法總則』, 法文社, 1999, 287-291면; 金相容, 앞의 책(주 7), 309면 등 참조. ‘반독립정착물’의 부류를 따로 인정하지 않고 이를 ‘독립정착물’에 포함시켜 독립정착물과 종속정착물의 두 부류로 구분하는 학설도 있으나(白泰昇, 앞의 책(주 8), 286면) 이것도 내용상 차이는 없다.

타 일정한 방식으로 공시가 가능한 경우에는 토지와 별개의 부동산이라는 견해가 있다.¹⁸⁾ 다수설의 ‘종속정착물’을 부동산의 범주에 포함시키지 않는다는 점에서 공감이가 가는 견해이다.

한편 통설과 시각이 크게 다른 소수설로서 토지정착물이기 위해서는 토지와 독립된 것이어야 한다는 견해가 있다.¹⁹⁾ 이 견해는 통설에서 말하는 종속정착물을 토지정착물의 범주에서 아예 배제하자는 것이다. 제99조 제1항의 문언을 그렇게 해석할 여지도 없지 않으나 다소 편협하다는 생각이 든다. 가령 유사한 형태로 구성된 두 개의 수목집단이 있다고 가정해 보자. 두 수목집단 중 하나는 명인방법을 구비했고 다른 하나는 구비하지 못했다면, 전자는 토지정착물이고 후자는 토지정착물이 아니라고 해야 할 것인데 이는 실재하는 두 존재의 정체를 정확하게 평가한 것으로 보기 어렵다. 만약 나중에 나머지 수목집단도 명인방법을 갖추었다면 이 견해는 토지정착물이 아니었던 것이 토지정착물로 되었다고 해야 할 것인데 아무래도 논리가 어색하다.

요컨대, 토지정착물 중에는 부동산인 것도 있고 부동산으로 볼 수 없는 것(즉 토지의 구성부분)도 있으며, 통설의 ‘독립정착물’과 ‘반독립정착물’은 부동산이지만 ‘종속정착물’은 애당초 부동산의 범주에 포함되지 않는다고 생각한다.

III. 선결문제: 부합에 관한 기초 개념

이 글은 제256조 단서가 토지정착물을 토지와 별개의 부동산으로 보는 우리 법제에 어울리지 않는다는 점을 밝히기 위한 것이다. 제256조 단서는 부합에 관한 규정이며, 일반적으로 부합이란 소유자를 각각 달리하는²⁰⁾ 수 개의 물건이 결합하여 한 개의 물건으로 되는 것이라고 설명한다.²¹⁾ 그러나 세부적으로 들어가 보면 부합의

18) 홍성재, 『민법총칙』, 대영문화사, 2009, 411면.

19) 金基善, 『韓國民法總則』, 法文社, 1991, 200면.

20) 실무계에서는 각 물건의 소유자가 동일한 경우에 대해서도 ‘부합’이라는 용어를 사용하는데(예컨대, 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다6345 판결 참조), 이러한 용어 사용에 대하여 무게를 둘 것은 아니라고 생각한다.

21) 곽윤직/김재형, 『물권법』, 박영사, 2014, 276면; 金相容, 『物權法』, 화산미디어, 2014, 380-381면; 송덕수, 『민법강의』, 박영사, 2016, 691면 등 참조.

개념 및 요건에 관하여 학설상의 대립점이 적지 않다. 이 글의 논의 전개에 필요한 사항을 중심으로 부합이론 관련 주요 이슈를 살펴보기로 한다.

1. 부합 개념의 일원화 또는 이원화

부동산에의 부합(제256조)과 동산 간의 부합(제257조)에서 부합의 개념을 일원적으로 할 것인가 아니면 이원적으로 할 것인가에 대하여 학설이 대립한다.²²⁾ 소수설은 부동산에의 부합(제256조)은 동산 간의 부합(제257조)보다는 요건이 완화된 것이라고 한다.²³⁾ 다수설은 제256조와 제257조의 부합의 개념을 일원적으로 파악한다.²⁴⁾ 판례도 다수설과 같은 입장이다.²⁵⁾ 이 논쟁의 원인은 다음 두 가지에서 찾을 수 있을 것 같다.

첫째, 민법 규정의 문언상의 차이이다. 부동산에의 부합에 관하여는 민법이 “그 부동산에 부합한 물건”이라고만 규정함에 반하여(제256조 본문), 동산 간의 부합에 관하여는 “부합하여 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 이에 과다한 비용을 요할 경우”라고 규정한다.

둘째, 우리 「민법」에 있어서 토지정착물 중 토지에 부합되지 않고 토지와 별개의 부동산으로 인정되는가의 판단은 토지로부터 해당 토지정착물을 분리할 수 없거나 분리를 위하여 과다한 비용이 드는가에 있지 않고 토지와 별개의 독립적인 공시(등기

22) 제256조와 제257조는 각각 의용민법 제242조와 제243조에 대응하는데, 이들 두 조문의 문언이 다른 이유는 분명하지 않다(박인환, “일본 메이지민법(물권편:소유권취득·공동소유)의 입법이유”, 『민사법학』 제62호, 2013, 461면).

23) 金曾漢/金學東, 『物權法』, 博英社, 1997, 167면; 제철웅, 앞의 논문(주 11), 23-24면 등 참조.

24) 곽윤직/김재형, 앞의 책(주 21), 276면; 金相容 앞의 책(주 21), 382면; 金俊鎬, 『物權法』, 法文社, 2007, 195면 등 참조.

25) 대법원 1962. 1. 31. 선고 4294민상445 판결 참조. 2000년 이후로는 “어떠한 동산이 부동산에 부합된 것으로 인정되기 위해서는 그 동산을 훼손하거나 과다한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 부착·합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조, 용도와 기능면에서 기존 부동산과는 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 여부 등을 종합적으로 판단”한다는 내용의 판결을 들 수 있다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2003다14959,14966 판결; 2007. 7. 27. 선고 2006다39270,39278 판결; 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결 등).

또는 명인방법)의 대상인가를 결정적 기준으로 한다. 가령 동일한 종류의 수목집단이 라도 명인방법을 갖춘 때에는 토지에 부합되지 않지만 그렇지 않은 수목집단은 토지에 부합된다.

부합의 개념을 설정함에 있어서는 바로 위에서 말한 두 번째 원인에 특별히 유의할 필요가 있다고 생각한다. 우리의 모법인 독일·프랑스와 달리 한국민법에 있어서는 토지와와의 밀착 정도를 가지고 부합 여부를 판단할 일이 아니다. 부동산에의 부합에서 피부합물과 부합물의 밀착성을 말한다면 그것은 토지와 독립된 부동산으로 인정되지 않는 경우만을 대상으로 논의하는 것이 옳을 것이다. 그리고 이런 전제에서 말한다면 부합의 개념을 설정함에 있어서 제256조와 제257조를 달리 볼 것은 아니라고 생각한다. 그리고 법에서의 개념은 가급적 간명하고 일원적이어야 함도 아울러 지적하고자 한다. 요컨대, 부합의 개념에 대해서는 다수설과 판례의 입장이 타당하다.

2. 부동산의 부동산에의 부합

독일민법은 부합물이 동산에 한정되는 것으로 명문화하고 있다(제946조). 이는 지상물은 토지에 따른다는 원칙에서 볼 때 자연스런 맥락이다. 우리 민법 제256조가 예정하고 있는 전형적인 상황도 독일민법과 다르지 않다. 부동산을 토지에 국한하지 않는 우리 민법에서 부동산에 부동산이 부합할 수 있을까? 이에 대하여 학설이 대립한다. 다수설²⁶⁾은 부동산에 부합하는 것은 동산에 한정되는 것으로 해석한다. 다수설의 논거는 다음과 같다. 제260조의 문언은 “전 4조의 규정에 의하여 동산의 소유권이 소멸한 때에는…”으로 되어있어 부합의 대상이 되는 물건은 동산으로 한정할 수밖에 없다. 소수설²⁷⁾과 판례²⁸⁾는 부동산도 부합물이 될 수 있다고 주장한다. 피부합물이 토지인 경우와 건물인 경우로 나누어 종래 학설·판례를 평가해 보기로 한다.

첫째, 피부합물이 토지인 경우를 보자. 토지에 부동산이 부합할 수 있다면 그것은

26) 李英俊, 『物權法』, 博英社, 2009, 544면; 金容漢, 『物權法論』, 博英社, 1993, 304면; 張庚鶴, 『物權法』, 法文社, 1987, 480면; 곽윤직/김재형, 앞의 책(주 21), 276면; 金俊鎬, 앞의 책(주 24), 194면 등.

27) 金基善, 『韓國物權法』, 法文社, 1990, 242면; 高翔龍, 『物權法』, 法文社, 2001, 342면; 李相泰, 『物權法』, 法元社, 2000, 241면 등.

28) 대법원 1981. 11. 10. 선고 80다2757,2758 판결; 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다 11967 판결 참조.

건물 등과 같은 토지정착물일 수밖에 없다. 토지정착물 중 건물, 임목 등과 같이 토지와 독립된 부동산은 애당초 토지에 부합될 여지가 없다. 한편, 토지정착물 중에서 독립성을 갖추지 못한 것은 애당초 부동산으로 관념할 수 없어 여기에서 논의하는 “부동산에 부동산이 부합한 경우”로 볼 수 없을 것이다. 후자의 상황은 오히려 다수의 동산이 토지에 부합한 경우로 파악하는 것이 정확하지 않을까.

둘째, 피부합물이 건물인 경우를 보자. 제256조의 피부합물에 부동산도 포함된다는 학설은 화장실, 창고와 같은 부속건물이 주된 건물에 부합한다고 설명한다. 그런데 이러한 설명은 부합의 개념에 부합하지 않는다. 부합이란 복수의 물건이 결합하여 분리가 불가능하거나 분리에 과다한 비용이 드는 경우인데 종래 학설이 들고 있는 사례에서는 물건 사이의 결합이 아예 존재하지 않는다. 건물이 독립적으로 존재함에도 불구하고 이들의 법적 운명을 같이 하고자 한다면 중물이론(제100조)에 문의하는 것이 보다 적절한 해결책일 것이다. 요컨대, 부동산과 부동산의 부합은 일어나지 않는 것으로 보고자 한다.

3. 부합의 효과의 강행규정성

종래 학설은, 부합·혼화·가공을 포괄하는 첨부(accessio, accession)에 의하여 발생한 물건을 한 개의 물건으로 존속시키고 복구를 허용하지 않는 것은 첨부의 중심적 효과로서 강행규정이라고 설명하며²⁹⁾ 이에 대하여 종래 특별한 이견은 없다. 그런데 첨부의 효과에 관한 이 효과를 강행규정이라고까지 말할 수 있는가에 대해서는 의문이다. 가령 A 소유의 甲동산에 B 소유의 乙동산이 부합하여 丙동산이 된 상황에서 A와 B의 합의에 따라 원상으로 복구하기로 하는 합의를 무효로까지 보아야 할까?

강행규정이란 사적자치원칙에도 불구하고 당사자의 합의에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 규범이다. 위 사례에서 주된 동산이 甲이라고 가정할 때 민법 규정에 따르면, A가 丙동산의 소유권을 취득하고(제257조 제1문) 乙에 대한 소유권을 상실한 B는 乙의 가치 부분에 대하여 A에게 부당이득반환을 청구하여(제261조) 법률관계를 청산하게 된다. 그런데 상황이 이와 달리 전개되는 경우를 생각해 본다.

첫 번째는, 민법 규정과 달리 B가 많은 비용을 감수하고서라도 丙동산에서 乙

29) 예컨대, 김형배/김규완/김명숙, 『민법학강의』, 신조사, 2015, 595면; 池元林, 앞의 책(주 7), 598면; 송덕수, 앞의 책(주 241), 690면 등 참조.

부분을 분리해 가겠다고 주장하는 반면, A는 B의 주장을 받아들이지 않는 경우이다. 이 경우에 B의 주장은 제257조 제1문에 반하는 것으로 받아들여질 수 없다. 두 번째는, B의 주장에 대하여 A가 동의하는 경우이다. 이 경우에 A와 B의 합의를 무효로 할 이유는 없을 것이다. A의 동의는 丙동산의 소유권자로서 그 처분권한(제211조)의 범위 내에서 이루어진 것이기 때문이다. 요컨대, 침부의 효과(즉 침부에 의하여 발생한 물건을 한 개의 물건으로 존속시키고 복구를 허용하지 않는다)에 관한 규범을 단순히 강행규정이라고 볼 것은 아니라고 생각한다.³⁰⁾

IV. 제256조 단서에 대한 분석

제256조는 본문과 단서의 구조로 되어 있다. 제256조 본문은 “부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다”라고 규정하고, 제256조 단서는 “그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다”라고 규정한다. 우리 「민법」의 제정과정 등 여러 사정에 비추어 볼 때 「민법」의 용어나 문장이 엄정성과 정확성에 특별히 유의한 흔적은 없다.³¹⁾ 이런 점을 감안하더라도 제256조는 용어의 엄정성과 정확성의 측면에서 일반적인 수준에도 미치지 못하는 것 같다.

첫째, 제256조 본문은, 부동산에 다른 물건이 부합하여 합성된 때에는 부동산의 소유자가 그 합성물의 소유권을 취득한다는 취지이다. 그런데 “그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다”고 규정함으로써 부동산소유자가 취득하는 소유권의 대

30) 부합의 효과와 유사한 상황으로 변제충당에 관한 제479조 제1항을 들 수 있다. 비용·이자·원본의 지급이 문제될 때에는 당사자 일방이 제479조 제1항의 충당순서에 반하여 지정할 수는 없다. 그렇다고 하여 이 규정을 강행규정으로 볼 것은 아니다. 당사자 간의 합의가 있다면 그 적용을 배제할 수 있기 때문이다.

31) 「法典編纂委員會職制」(1948. 9. 15. 대통령령 제4호)에 의하여 구성된 법전편찬위원회에서 민법초안을 만드는 과정, 국무회의의 심의를 거쳐 1954년 10월 26일 정부안으로 민법안이 국회에 제출되어 국회에서 심의가 이루어지는 과정 어디에도 「민법」의 용어와 문장에 관하여 심각하게 고민한 흔적은 없다. 다만 1957년 12월 17일 정오 무렵 국회 본회의는 민법안을 통과시키면서 조문배열, 조문에 제목을 붙이는 일, 자구수정 등은 법제사법위원회에 위임했는데(명순구, 앞의 책(주 1), 60면 참조), 대통령이 법률 제471호로 「민법」을 공포한 것이 1958년 2월 22일이고 보면 그 후속작업에서 의미있는 작업을 하기에는 시간적으로 한계가 있었다.

상을 정확히 특정하지 못하고 있다. 이것은 법해석의 기법을 통해 충분히 선택할 수 있는 수준이기는 하다. 제257조와 같이 “합성물의 소유권”을 취득한다는 형식으로 규정하는 것이 좋았을 것이다.

둘째, 본문은 ‘부합’(附合)을 언급하고 있음에 반해 단서는 ‘부속’(附屬)을 언급하고 있다. 본문과 단서의 구조를 취하는 법조문에서 단서는 본문에 관한 예외에 해당하는 것이 일반적이다. 이런 시각에서 볼 때 제256조 본문이 부합을 규율하는 것이라면 단서도 같은 사항을 규율하는 것이어야 한다. 그런데 제256조 단서는 부합이 아닌 ‘부속’을 언급하고 있다. 이 문제는 이 연구의 핵심 사항 중 하나로서 아래에서 상세하게 검토하기로 한다.

1. 제256조의 입법 취지

우리 「민법」의 입법자는 제256조를 의용민법 제242조와 같은 취지로 입법하였다. 제256조의 근원을 알기 위해 의용민법 제242조³²⁾의 입법 배경을 알아보기로 한다.

1890년에 공포된 일본 구민법(이른바 ‘보아소나드 민법전’)은 재산취득편 제7조³³⁾에서 부합을 정의하고 구체적인 경우를 제8조부터 제11조에 걸쳐 매우 상세하게 규정하였다. 보아소나드 민법전 재산취득편 제8조부터 제11조는 프랑스민법전 제553조, 제554조, 제555조를 계수한 것이다. 보아소나드 민법전(1893. 1. 1. 시행 예정)은 시행되지 못했고, 이를 대체하여 현행 일본민법전(이른바 ‘메이지 민법전’)이 제정·시행되었다(1898. 7. 16. 시행). 1912년 「朝鮮民事令」에 의하여 한국에 의용된 것은 바로 이 메이지 민법전이다.

메이지 민법전의 부합에 관한 입법 형식은 보아소나드 민법전과 극명하게 대비된다. 보아소나드 민법전 재산취득편의 5개 조문(제7조~제11조)을 1개 조문으로 통합하여 매우 간명하게 정리하였다. 그 조문이 바로 메이지 민법(즉 의용민법) 제242조

32) 의용민법 제242조는 다음과 같다: “不動産의 所有者는 그 不動産의 從으로 이에 附合한 物의 所有權을 取得한다. 權原에 因하여 그 物을 附屬시킨 他人의 權利를 방해하지 아니한다.”

33) 일본 구민법 재산취득편 제7조는 프랑스민법전 제551조(“물건에 결합되어 합체된 것은 아래 규정에 따라 그 물건의 소유자에게 속하는 것으로 한다.”: “Tout ce qui s’unit et s’incorpore à la chose appartient au propriétaire suivant les règles qui seront ci-après établies.”)를 계수한 것이다.

이다. 매이지 민법이 부동산에의 부합에 관한 입법형식을 대폭 전환한 이유는, 보아 소나드 민법전과 같이 부합에 관한 규정을 상세히 하려다가 오히려 결루(缺漏)에 빠질 우려가 있고 새로운 상황이 발생할 경우에 적용이 어렵게 되는 경우가 있으므로 포괄적인 규정을 두고 그 구체적인 운용은 학설과 판례에 맡기고자 한 것이다.³⁴⁾ 말하자면 의도적 법률흠결에 해당한다. 그리고 의용민법 제242조 단서에 대해서는 토지의 소유자가 아닌 자가 침부의 사실을 발생시킨 경우에 그 소유권을 토지 소유자에게 귀속시키는 것은 온당치 않다는 정도의 설명이 있을 뿐 구체적 의미에 대해서는 충분한 검토 없었던 것으로 보인다.³⁵⁾

이제는 현행 「민법」 제256조의 입법 배경에 대하여 살펴본다. 현행 「민법」 제256조는 정부가 국회에 제출한 민법원안 제246조에 해당하는데, 민법원안 제246조는 다음과 같다: “부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권한에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.” 민법원안 제246조가 의용민법 제242조와 비교할 때 단서의 ‘權原’을 ‘權限’으로 변경한 것 외에 특별한 변경은 없다.

민법원안이 의용민법의 ‘권원’을 ‘권한’으로 변경한 이유에 대해서는 문헌에 나타나지 않아 알 수 없다. 민법원안 제246조에 대응하는 의용민법(제242조)과 만주민법(제234조)이 모두 ‘권원’이라는 용어를 사용하였다. 또한 의미상으로도 ‘권원’이라는 용어가 적합함에도 불구하고 민법원안이 ‘권한’으로 변경한 것은 합리성이 없는 선택이었다 할 것이다. 민법안 심의과정에서 국회법제사법위원회 민법안심소의위원회³⁶⁾는 ‘권한’을 권원으로 환원했고 이것이 현행 「민법」 제256조가 되었다.

³⁴⁾ 박인환, 앞의 글(주 22), 460면, 각주48 참조.

³⁵⁾ 川島武宜·川井健 편/五十嵐清·瀨川信久 집필, 『新版注釋民法(7)』, 有斐閣, 2007, 398면 참조. 또한 박인환, 위의 글, 461면, 각주51도 참조.

³⁶⁾ 민법안심소의위원회를 주도한 장경근(張暲根)은 국회 본회의에서 다음과 같이 의견을 피력하였다(명순구, 『실록 대한민국 민법 2』, 법문사, 2010, 202면 참조): “법률용어로서 ‘권한’과 ‘권원’, ‘권능’과 ‘권리’... 이런 것들은 구별해서 사용하고 있기 때문입니다. 법인의 기관이 그 법인의 행위로서 행동을 한다든지 대리인이 본인을 위해서 행동했을 때에 권한이 있어서 효력을 발생하게 됩니다. 이와 달리 임차인이 자기가 임차한 건물에 부속물을 설치한다든가 토지의 지상권자가 그 토지에 식목을 하는 것과 같이 어떤 행위를 정당화하는 근거를 ‘권원’이라고 합니다. 독일민법에서도 ‘권한’은 ‘콤포텐츠’(Kompetenz)라고 했고 ‘권원’은 ‘레히트티텔’(Rechtstitel)이라고 해서 구별하고 있습니다.

위의 논의를 통해 보건대, 제256조는 의용민법 제242조를 그대로 수용한 것이며, 의용민법 제242조는 최소한 면밀한 입법계획의 결과는 아니다.

2. 제256조 단서에 관한 해석론과 그 한계

(1) 제256조 단서의 ‘권원’의 의미

부동산에 다른 물건이 부합하여 생성된 합성물의 소유권은 해당 부동산의 소유자에게 귀속한다는 제256조 본문에 이어 제256조 단서는 “그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다”라고 규정한다. 통설·판례는, 여기에서의 ‘권원’이란 지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리라고 한다.³⁷⁾ 즉 타인 소유의 부동산에 사용권원을 가진 사람이 해당 부동산에 다른 물건을 부속시킨 때에는 그 물건에 대한 소유권을 그대로 보유한다는 것이다. 권원의 의미에 대해서는 이와 달리 해석될 가능성은 없다고 본다.

(2) 제256조 본문과 단서의 관계

제256조는 얼핏 보면 특별한 문제가 없는 것처럼 보인다. 게다가 종래 학설은 제256조에 관해서 별다른 이견 없이 해석론을 전개해 왔다. 그러나 세심하게 들여다보면 제256조 단서는 딜레마를 내포하고 있다. 아래에서는 형식과 내용의 두 가지 시각에서 이를 논증해 보기로 한다. 아울러 물건의 요건인 독립성에 관해서도 재고해 보고자 한다.

1) 형식의 측면: 규정 형식의 부조화

제256조 단서의 “그러하지 아니하다”의 의미는 무엇일까? 본문과 단서의 형식으로 구성된 법조문의 통상적인 예에 따르면 다음과 같은 논리가 자연스러울 것이다. 부동산에 어떤 물건이 부합하여 합성물이 생성되었다면 그 합성물의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속한다(제256조 본문 부분); 그러나 해당 부동산에 대하여 사용권

³⁷⁾ 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카9067 판결 등 참조.

원을 가진 사람이 그 부동산에 물건을 부합시킨 경우에는 그 합성물의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속하지 않는다(제256조 단서 부분). 즉 부동산에 대하여 사용권원을 가진 사람이 사용권의 대상인 부동산 외의 부분에 대하여 소유권을 주장할 수 있다는 의미이다. 이는 부동산에 대한 사용권원 유무에 따라 부합이 되기도 하고 부합이 되지 않기도 한다는 것이다. 그런데 이러한 논리는 부합의 개념과 어울리지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다. 왜냐하면 부합이란 각각 별개인 복수의 물건이 결합하여 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하는 상태 그 자체로 보아야 하기 때문이다. 가령 부동산에 동산이 결합되어 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하는 상태가 되었다면 그것으로 이미 부합이 일어난 것으로 보아야 할 것이다.

제256조 본문과 단서가 서로 의미있게 연관되기 위해서는 본문이 적용되어야 할 사안 중 일부에 대해서는 본문이 적용되지 않아야 한다. 즉 단서는 부동산에의 부합의 요건이 충족되기는 하지만 부합이 인정되지 않는 경우를 규율하는 것이어야 한다. 그런데 부합의 개념적 특질상 부합의 요건을 갖추고 있기는 하지만 부합이 인정되지 않는 경우란 존재할 수 없다는 점에 유의해야 한다. 종래의 학설·판례도 이와 같은 문제점을 인식하고 있다. 이 문제에 대해서는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

2) 내용의 측면: 부합 개념의 변용

제256조 본문과 단서의 조화로운 해석을 위해 종래 통설³⁸⁾과 판례가 채택한 것은 단서의 문언 중 ‘부속’에 무게를 두는 해석론이다. 이러한 시각에서 대법원은 일찍이 다음과 같은 취지로 판시하고 있다: 부합물에 관한 소유권 귀속의 예외를 규정한 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건을 분리하여도 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지이지 분리하여도 경제적 가치가 없는 경우에는 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속하며, 이 경제적 가치의 판단은 부속시킨 물건에 대한 일반 사회통념상의 경제적 효용의 독립성 유무를 기준으로 한다.³⁹⁾ 이 설명을 쉽게 풀어 본다면 제256조 단서는 ‘부합’

³⁸⁾ 박윤직/김재형, 앞의 책(주 21), 277면; 金相容, 앞의 책(주 21), 382면; 송덕수, 앞의 책(주 21), 691면 등 참조.

³⁹⁾ 대법원 1960. 3. 31. 선고 4292민상574 판결; 대법원 1975. 4. 8. 선고 74다1743 판결; 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다26772,26798 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고

이 아닌 ‘부속’의 경우를 규율하고 있다는 것이다. 그런데 만약 통설·판례와 같이 “제256조 단서가 적용되기 위한 요건으로서 부속된 물건이 부동산과의 관계에서 독립된 경제적 효용을 가지고 있어야 한다고 말한다면 제256조 단서의 규범내용은 제256조 본문에 대한 단서의 형식으로 규율할 것이 아니라, 조문을 달리하든가 혹은 최소한 항을 달리했어야 마땅한 것 아닐까? 왜냐하면 부속된 물건이 부동산과의 관계에서 독립된 경제적 효용을 가지고 있다면 이와 같은 상황은 부합과는 아무 관련이 없는 것이기 때문이다.

통설·판례의 타당성 검증을 위해서 우선 ‘부속’이라는 용어의 다양한 쓰임새를 살펴보자. 우리 「민법」 규정 중 ‘부속’이라는 용어를 포함한 것은 제100조 제1항(주물, 종물), 제215조 제1항(건물의 구분소유), 제256조 단서(부동산에의 부합), 제316조 제1항과 제2항(전세권에서 원상회복의무, 매수청구권), 제615조 제2문(사용차주의 철거권), 제646조 제1항과 제2항(임차인의 부속물매수청구권), 제647조 제1항과 제2항(전차인의 부속물매수청구권), 제648조(임차지의 부속물, 과실 등에 대한 법정질권), 제650조(임차건물 등의 부속물에 대한 법정질권)이다. 이들 규정에서 사용된 ‘부속’의 용어는 ‘부합’과 대비되는 용어로 사용된 것이라기보다는 어떤 물건에 다른 물건을 결합시켰다는 포괄적인 의미로 그때그때의 상황에 따라 다양한 뜻으로 사용되고 있다. 위의 규정들에서 ‘부속’이라는 용어가 대부분 다른 물건과의 관계에서 독립성을 가지는 경우에 사용되기는 했으나 꼭 그런 것도 아니다. 가령 제215조 제1항⁴⁰⁾에서의 ‘부속물’은 건물과 독립된 물건에 한정되지 않는다. 위의 사정으로 미루어 볼 때 제256조 단서의 ‘부속’을 입법자의 용의주도한 용어선택의 결과로 평가할 수는 없을 것 같다. 게다가 제256조의 모법의 해당하는 의용민법 제242조가 면밀한 입법계획에 의한 것이 아니라는 사실도 앞에서 확인하였다.

제256조 단서에 관한 통설·판례의 입장은 “부동산에 다른 물건에 부합되어 하나의 합성물이 생성되었다면 그 합성물은 이제 하나의 물건으로서 부동산의 소유자에게 소유권이 귀속된다고 말할 수밖에 없는데, 아무리 부동산에 대하여 사용권원이 있다 한들 어떻게 구성요소에 불과한 부분이 독립된 소유권의 대상이 될 수 있는가?”

99다14518 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2003다14959,14966; 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다39270,39278 등 참조.

40) “수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물 중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정한다.”

를 설명하기에는 편리한 점이 있다. 그리고 이런 배경에서 심지어는 입법자가 제256조 본문에서는 ‘부합’이라는 용어를, 단서에서는 ‘부속’이라는 용어를 용의주도하게 구별하고 있다고 평가하기도 한다.⁴¹⁾ 또한 이러한 시각은 제99조 제1항의 정착물을 세 부류로 구분하는 입장에도 긴밀하게 연계되어 있다. 즉 중속정착물은 토지의 구성 부분으로서 토지와 ‘강한 부합’이 인정되는 경우이고, 반독립정착물은 토지와 ‘약한 부합’이 인정되는 경우로서 원칙적으로는 토지소유권에 귀속하지만(제256조 본문) 토지 소유자가 아닌 사람으로서 토지사용권을 보유한 사람이 정착시킨 것이라면 토지소유권에 귀속하지 않는다는 것이다.⁴²⁾ ‘강한 부합’, ‘약한 부합’이라는 용어 대신 독일법의 용어를 차용하여 ‘본체적 구성부분’(wesentlicher Bestandteil), ‘비본체적 구성부분’(unwesentlicher Bestandteil)이라는 용어를 사용하는 학설도 있다.⁴³⁾

‘강한 부합’과 ‘약한 부합’이라는 용어를 동원한 통설·판례의 설명에 따르면, 제256조 본문과 단서가 모두 부합을 규율하는 것으로 되어 본문과 단서의 규정형식으로서의 어색함은 일단 사라지게 된다. 그런데 ‘강한 부합’과 ‘약한 부합’의 구별 및 그 용어가 과연 타당한 것인가 하는 보다 근본적인 의문이 든다. ‘강한 부합’은 우리 민법학에서 일반적으로 인정하는 부합의 개념(즉 복수의 물건이 결합하여 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 이에 과다한 비용을 요할 경우)을 달리 표현한 것에 불과하지만, ‘약한 부합’이라는 용어는 사정이 전혀 다르다. ‘약한 부합’은 제256조 단서를 본문과의 관계에서 조화롭게 해석하기 위하여 고안된 용어에 불과하다. 제256조 단서는 부동산에 부속시킨 물건을 분리하여도 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 적용된다는 것이고 이것을 ‘약한 부합’으로 표현한 것인데, 분리하여도 경제적 가치가 있는 경우라면 애당초 부합이 성립하지 않은 것으로 보는 것이 옳을 것이다. ‘약한 부합’이라는 용어에는 ‘부합’이라는 용어가 포함되어 있지만 실제로 있어서

41) 郭潤直 편집대표/權五坤 집필, 『民法注解(V)』, 博英社, 1996, 495면 참조.

42) ‘강한 부합’과 ‘약한 부합’의 구별을 채택하면서 이에 대하여 설명하는 문헌으로는 郭潤直 편집대표/金炳宰 집필, 『民法注解(II)』, 博英社, 1996, 47-48면 등 참조. ‘강한 부합’과 ‘약한 부합’의 개념은 일본민법 제242조(한국민법 256조에 해당) 단서를 설명하기 위한 일본의 학설에서 연유한 것이며, 일본 학설의 개관에 대해서는 川島武宜·川井健 편/五十嵐清·瀬川信久 집필, 앞의 책 『新版注釋民法(7)』, 398면 참조.

43) 金曾漢/金學東, 앞의 책(주 21), 167면. ‘본체적 구성부분’, ‘비본체적 구성부분’은 각각 ‘강한 부합’, ‘약한 부합’에 상응하는 것으로 내용상 특별한 차이가 없으므로 아래에서는 후자의 용어를 사용하기로 한다.

는 부합이 아닌 것이다.

3) 물건의 요건인 독립성과 권리객체성의 관계

제256조 단서에 관한 해석에 있어서 통설·판례는 부동산에 결합된 물건이 결합 후에도 부동산과의 관계에서 독립된 경제적 효용을 가지고 있어야 한다고 말한다. 통설·판례의 전반적 취지를 고려해 볼 때 여기에서 “독립된 경제적 효용”이란 앞에서 논의한 물건의 요건으로서의 독립성과 같은 의미로 이해된다. 독립성 요건의 의미를 물권법 분야의 일물일권주의(一物一權主義)에까지 연계하여 설명하는 입장이 통설의 견해이기는 하나⁴⁴⁾ 그것은 원칙에 불과할 뿐 실재에 있어서는 다수의 예외적 상황(물건의 일부 또는 물건의 집단에 대하여 하나의 물권을 인정하는 상황)이 있음을 밝혔다.

여기에서 보다 근본적인 시각에서 물건의 요건인 독립성과 권리객체성의 관계를 생각해 보고자 한다. 독립성이 인정되어야 비로소 권리객체로 인정할 수 있는가? 종래 학설은 이 질문에 긍정적으로 답변할 것이다. 사실 대부분의 경우에 있어서 독립성은 곧 권리객체성을 의미한다. 그런데 독립성과 권리객체성이 늘 일치하지는 않는다는 점에 유의할 필요가 있다. 가령 타인의 토지에 수목을 식재하여 소유하기 위해 지상권을 설정한 경우를 가정해 보자. 수목이 현존하는데 지상권이 존속기간의 만료로 소멸하고 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 않으면 지상권자는 수목에 대하여 매수를 청구할 수 있다(제283조 제2항). 이 매수청구권은 형성권으로서 지상권자의 의사표시만으로 수목에 대하여 매매계약이 성립한다. 여기에서 매매의 목적물인 수목에 주목해 보자. 수목은 「입목에 관한 법률」에 따른 입목이거나 명인방법을 갖추지 않으면 물건으로서의 독립성이 인정되지 않는다(즉 토지정착물을 3분하는 다수설의 용어로는 이른바 ‘중속정착물’에 해당함). 그런데 제283조의 매수청구권의 대상인 수목은 토지와 관계에서 독립성이 인정되는 경우로 제한되지 않는다. 요컨대, 물건의 요건인 독립성이 구비되지 않았다 하여 권리객체가 될 수 없는 것은 아니다.

위에서의 논의를 통해 부합의 개념에 충실하고자 하면 본문과 단서의 관계가 깨지

⁴⁴⁾ 예컨대, 곽윤직/김재형, 앞의 책(주 7), 222-223면; 金曾漢/金學東, 앞의 책(주 7), 269면; 李英俊, 앞의 책(주 7), 988면; 金相容, 앞의 책(주 7), 300면 등 참조.

고, 본문과 단서의 관계에 충실하고자 하면 부합의 개념이 깨지는 딜레마 상황을 확인할 수 있었다. 제256조가 단서가 면밀한 입법계획에 의한 것이라면 절충과 우회 등 적절한 방법으로 딜레마를 극복해야 할 것이지만 그런 정도의 의미를 가지는 상황도 아니다. 제256조 단서는 소유권의 취득원인 중 하나인 부합 분야에서 推舟於陸에 해당하는 셈이다.

3. 제256조 단서의 무용성

위에서 우리는 제256조 단서가 본문과 마찰을 일으킬 뿐만 아니라 부합이론에 어울리지 않는다는 점을 확인했다. 그렇다면 제256조 단서는 삭제하는 것이 바람직하다. 제256조 단서의 삭제 제안의 설득력을 높이기 위하여 아래에서는 제256조 단서가 없더라도 이해관계 당사자의 법률관계를 정리하는데 아무런 문제가 없음을 논증해 보기로 한다. 부동산에 물건을 결합시켜 부합이 된 경우와 부합이 되지 않은 경우로 구분하고, 이들 각 경우를 다시 부동산에 물건을 결합시킨 사람(‘결합자’⁴⁵⁾)에게 부동산에 대한 사용권이 있는 경우와 없는 경우로 구분하여 설명한다. 부동산 소유자와 결합자 사이에서 문제될 수 있는 주요 법률관계는 두 부류로 구분할 수 있다. 한 부류는 결합자의 부동산 소유자에 대한 권리로서 다음과 같은 것이 이에 해당한다: 제261조에 의한 부당이득반환청구권(①); 비용상환청구권(②); 결합물에 대한 수거권(③). 다른 부류는 부동산 소유자의 결합자에 대한 권리로서 다음과 같은 것이 이에 해당한다: 합성물에서 결합부분을 분리하라는 방해제거청구권(④), 불법행위에 기한 손해배상청구권(⑤).

(1) 부합이 된 경우

통설·판례에 의할 때 제256조 단서는 부합이 성립하지 않은 경우에 한하여 적용되므로 부합이 성립한 때에는 제256조 단서가 아무런 작용을 하지 못한다. 위에서 열거한 5개 권리가 어떻게 되는지를 결합자에게 권원이 있는 경우와 없는 경우로 구분하여 검토한다.

45) 설명의 편의를 위하여 다른 사람 소유에 자기 소유의 물건을 결합시킨 사람을 가리켜 아래에서 ‘결합자’로 표현한다.

1) 결합자에게 권원이 있는 경우

이 경우의 권리상태는 아래와 같다.

- ①: 제261조에 의한 부당이득반환청구권이 성립할 수 있다.
- ②: 비용상환청구권이 성립할 수 있다. 전세권(제310조), 임대차(제626조)와 같이 비용상환청구권에 관한 명문규정이 있는 경우뿐만 아니라 해당 권원에 관하여 명문규정이 없더라도 제203조에 의하여 비용상환청구권을 행사할 수 있을 것이다.
- ③: 결합물을 수거할 수 없다. 부합이 성립했으므로 결합자는 부동산 소유자와의 합의 없이는 합성물에서 자기가 결합한 부분을 분리하여 수거할 수 없다.⁴⁶⁾
- ④: 방해제거청구권을 행사할 수 없다. 부합이 성립했으므로 소유자도 결합자와의 합의 없이는 방해제거청구를 할 수 없다.
- ⑤: 불법행위가 성립하지 않는다. 결합자에게 권원이 있어서 위법성 요건이 충족되지 않으며 손해 및 귀책사유 요건을 충족하기 어렵기 때문이다.

2) 결합자에게 권원이 없는 경우

이 경우의 권리상태는 아래와 같다.

- ①: 제261조에 의한 부당이득반환청구권이 성립할 수 있다. 다만 부동산 사용권원이 없어서 부동산 소유자가 결합자에 대하여 행사할 수 있는 권리(특히 ⑤의 불법행위 손해배상청구권)에 의해 권리 내용이 축소될 가능성이 있다.
- ②: 비용상환청구권이 성립할 수 있다. 결합자에게 부동산 사용권원이 없으므로 제203조에 의하여 비용상환청구권을 행사할 수 있다. 다만 이때에도 부동산 사용권원이 없어서 부동산 소유자가 결합자에 대하여 행사할 수 있는 권리(특히 ⑤의 불법행위 손해배상청구권)에 의해 권리 내용이 축소될 가능성이 있다.
- ③: 결합물을 수거할 수 없다. 그 이유는 결합자에게 권원이 있는 경우와 같다.
- ④: 방해제거청구권을 행사할 수 없다. 그 이유는 결합자에게 권원이 있는 경우와 같다.

⁴⁶⁾ 만약 부합의 결과로 생성된 합성물을 분리할 수 없다는 규범을 강행성이 있는 것으로 해석한다면 합의에도 불구하고 분리할 수 없을 것이다. 그러나 그 규범을 강행성이 있는 것으로 할 이유가 없다는 점을 위에서 설명했다.

⑤: 결합자에게 권원이 있는 경우와 달리 불법행위가 성립할 가능성이 있다.

(2) 부합이 되지 않은 경우

1) 결합자에게 권원이 있는 경우

이 경우의 권리상태는 아래와 같다.

- ①: 제261조에 의한 부당이득반환청구권이 성립할 수 없다. 제261조는 부합이 성립한 경우에만 적용될 수 있기 때문이다.
- ②: 비용상환청구권이 성립할 수 없다. 부동산 소유자에게 적극적·소극적 이득이 없을 뿐만 아니라, 부합이 성립하지 않아 결합물이 독립성을 유지하고 있어 부속물매수청구권은 몰라도 비용상환청구권은 성립할 수 없다.
- ③: 결합물을 수거할 수 있다. 지상권(제285조), 전세권(제316조), 임차권(제654조, 615조) 등에 명문규정이 있으며, 이때의 수거권은 권리와 의무로서의 성질을 동시에 가진다.⁴⁷⁾
- ④: 방해제거청구권을 행사할 수 없다. 결합자는 부동산에 대한 사용권원을 보유하고 있기 때문이다.
- ⑤: 불법행위가 성립하지 않는다. 결합자에게 권원이 있어서 위법성 요건이 충족되지 않으며 손해 및 귀책사유 요건을 충족하기 어렵기 때문이다.

2) 결합자에게 권원이 없는 경우

이 경우의 권리상태는 아래와 같다.

- ①: 제261조에 의한 부당이득반환청구권이 성립할 수 없다. 그 이유는 결합자에게 권원이 있는 경우와 같다.
- ②: 비용상환청구권이 성립할 수 없다. 그 이유는 결합자에게 권원이 있는 경우와 같다.
- ③: 결합물을 수거할 수 있다. 결합자의 결합물 수거는 바로 뒤에서 설명하는 부동산 소유자의 방해배제청구권(④)과 상호 연관되어 있다.

47) 郭潤直 편집대표/梁彰洙 집필, 『民法注解(IV)』, 博英社, 1996, 416면 등 참조.

- ④: 방해제거청구권을 행사할 수 있다. 부동산 소유자의 방해제거청구권은 바로 앞에서 설명한 결합자의 수거권(③)과 상호 연관되어 있다.
- ⑤: 결합자에게 권원이 있는 경우와 달리 불법행위가 성립할 가능성이 있다.

제256조 단서의 제정 배경을 보건대, 그 규범목적은 부합 불성립의 경우에 결합자에게 부동산에 대한 사용권원이 있는 경우와 없는 경우를 차별하자는 것이다. 통설·판례의 해석론의 목표 또한 그와 다르지 않다. 그리고 위의 사항별 분석에 잘 나타난 바와 같이 부동산에 대한 사용권원이 있는 결합자를 우대하는 것은 결합자에게 수거권(③)을 인정하는 한편 결합자에게 불이익(부동산 소유자의 방해제거청구권(④) 및 불법행위에 기한 손해배상청구권(⑤))을 주지 않는 것이다. 그런데 이러한 결론은 제256조 단서가 없어도 충분히 달성할 수 있는 것이다.

V. 맺음말

이 글에서는 제256조 단서에 대한 해석과 입법에 대하여 비판적으로 검토를 했다. 그리고 그 논의를 위한 전제 사항을 논의하는 계기에 민법학의 여러 관련 논점에 대하여 종래의 학설과 다른 시각을 제안했다. ‘토지정착물’과 ‘부동산’의 용어를 혼용하는 것의 부당성, 물건의 요건으로서의 독립성의 정확한 개념(특히 독립성과 권리객체성의 구별), 부합의 효과의 강행규정성 문제 등이 그것이다.

제256조 단서는 본문과의 관계에서 딜레마 요소를 포함하고 있다. 내용적인 면을 맞추고자 하면 형식의 측면에서 부조화가 발생하고, 형식적인 면을 맞추고자 하면 내용의 측면에서 부조화가 발생하게 된다. 게다가 제256조 단서는 면밀한 입법계획에 기초한 규정도 아니다. 심하게 평가하자면 경솔한 입법에 해당하는 것으로 보인다. 제256조 단서가 달성하고자 하는 목적은 그것이 없이도 충분히 달성할 수 있다. 게다가 제256조 단서의 모범에 해당하는 의용민법 제242조 단서의 입법 과정을 보면 입법자는, 규정의 문언 하나하나에 무게를 두었다기보다는 부동산에 다른 물건이 부합된 경우에 그 부동산에 대하여 사용권원이 있는 사람이 사용권원이 없는 사람에 비하여 불이익한 상황에 빠지지 않도록 유의하였고, 구체적인 내용은 후세의 해석에

일임한 사실을 관찰할 수 있다. 그런데 후세의 법률가들은 그 규정의 문언에 지나치게 얽매어 마땅히 갔어야 할 길을 가지 못한 것 아닌가 하는 생각도 든다. 선학들의 기대에 부응하지 못한 것이다.

제256조 단서는 뱀을 그리고 나서 다리를 그려놓은 畫蛇添足(화사첨족)과 다르지 않다. 그리고 제256조 단서에 대하여 종래의 통설과 판례는 문언에 지나치게 얽매인 나머지 이 규정이 과연 민법의 기본관념과 어울리는 것인지에 대하여 깊은 고민을 하지 않았던 것 같다. 입법론적 시각에서 제256조 단서를 전면 삭제할 것을 제안한다.

【 참고문헌 】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 高翔龍, 『民法總則』, 法文社, 1999
 _____, 『物權法』, 法文社, 2001
 곽윤직/김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013
 郭潤直 편집대표/權五坤 집필, 『民法注解(V)』, 博英社, 1996
 郭潤直 편집대표/金炳宰 집필, 『民法注解(II)』, 博英社, 1996
 郭潤直 편집대표/梁彰洙 집필, 『民法注解(IV)』, 博英社, 1996
 金基善, 『韓國民法總則』, 法文社, 1991
 _____, 『韓國物權法』, 法文社, 1990
 金相容, 『民法總則』, 화산미디어, 2014
 _____, 『物權法』, 화산미디어, 2014
 金容漢, 『物權法論』, 博英社, 1993
 金俊鎬, 『物權法』, 法文社, 2007
 金曾漢/金學東, 『民法總則』, 博英社, 2013
 _____, 『物權法』, 博英社, 1997
 김형배/김규완/김명숙, 『민법학강의』, 신조사, 2015
 명순구, 『민법총칙』, 법문사, 2007
 _____, 『실록 대한민국 민법 1』, 법문사, 2008
 _____, 『실록 대한민국 민법 2』, 법문사, 2010
 白泰昇, 『民法總則』, 집현재, 2011
 송덕수, 『민법강의』, 박영사, 2016
 李相泰, 『物權法』, 法元社, 2000
 李英俊, 『民法總則』, 博英社, 2013
 _____, 『物權法』, 博英社, 2009

張庚鶴, 『物權法』, 法文社, 1987

池元林, 『民法講義』, 弘文社, 2016

홍성재, 『민법총칙』, 대영문화사, 2009

2. 논문

郭潤直, “우리 不動產登記制度의 現在와 將來”, 『不動產去來의 諸問題』, 經營文化社, 1979

김천수, “정착, 부속, 부합 - 그 용어와 개념의 정리를 중심으로 -”, 『한국민법의 새로운 전개(고상룡교수 고회기념 논문집)』, 법문사, 2012

박인환, “일본 메이지민법(물권편:소유권취득·공동소유)의 입법이유”, 『민사법학』 제62호, 2013

尹大成, “土地와 그 定着物의 關係 - 土地와 建物이 別個의 不動產으로 된 沿革을 중심으로 -”, 『成均館法學』 제16권 제2호, 2004

이승우, “토지와 건물과의 일체성에 관한 일고찰”, 『법학논총』 제25집, 2005

이흥민, “민법 제정과 그 성과 분석”, 고려대학교 박사학위논문, 2011

제철웅, “물권의 객체로서의 물건 - 민법해석 방법에 대한 약간의 문제제기를 겸하여 -”, 『중앙법학』 제2호, 2000

3. 자료

俞鎮午, “韓國法學界의 回顧와 展望”, 고대신문, 1954년 11월 24일자

II. 외국문헌

川島武宜·川井健 편/五十嵐清·瀨川信久 집필, 『新版注釋民法(7)』, 有斐閣, 2007

<국문요약>

「민법」 제256조 단서에 대한 해석과 입법에 대한 비판

명 순 구

땅에서 배를 밀어 움직이려는 것(推舟於陸)과 같이 민법의 기본체계에 어울리지 않은 민법 규정이 있다. 이러한 규정은 체계의 정합성을 방해하고 체계적 해석에 악영향을 미친다. 이런 시각에서 유의하고자 하는 것이 「민법」 제256조 단서이다. 이 논문은 제256조 단서가 타당한 이유도 없이 권리객체 및 부합이론에 관한 일반원칙에 어긋나는 내용을 담고 있으며, 이로 인한 폐해가 결코 적지 않음을 논증한다.

물건의 요건인 독립성의 판단에 있어서 가장 결정적인 기준은 물체의 물리적 형태 보다는 거래관념이며, 그 결과 독립성은 매우 신축적인 개념으로 된다. 부동산의 범주와 관련하여 다양한 학설이 있다. 특히 토지정착물에 관한 설명이 혼란스럽기까지 한데, 토지정착물이라 하여 모두 부동산으로 볼 것은 아니며, 토지정착물 중에는 부동산인 것도 있고 부동산으로 볼 수 없는 것(즉 토지의 구성부분)도 있다고 보아야 한다. 그리하여 통설의 ‘독립정착물’과 ‘반독립정착물’은 부동산이지만 ‘종속정착물’은 애당초 부동산의 범주에 포함되지 않는다고 보아야 한다.

부합의 기초개념과 관련하여 동산에의 부합과 부동산에의 부합의 개념을 일원적으로 파악하는 다수설과 판례의 입장이 타당하다. 그리고 부합물의 범위에 관하여 학설이 대립하나 부합물은 동산에 한정되는 것으로 해석해야 한다. 특히 건물이 토지에 부합하는가의 논의는 부합이론이 아닌 종물이론에 문의해야 할 일이다.

「민법」 제256조 단서는 토지정착물을 토지와 별개의 부동산으로 보는 우리 민법체계에 어울리지 않으며, 딜레마를 야기한다. 부합의 개념에 충실하고자 하면 제256조 본문과 단서의 관계가 깨지고, 본문과 단서의 관계에 충실하고자 하면 부합의 개념이 깨진다. 제256조가 단서가 면밀한 입법계획에 의한 것이라면 절충과 우회 등 적절한 방법으로 딜레마를 극복해야 할 것이지만 그런 정도의 의미를 가지는 상황도 아니다. 제256조 단서는 우리 민법 질서와 어울리지 않는다. 제256조 단서는 면밀한 입법계획

에 기초한 규정도 아니다. 심하게 평가하자면 경솔한 입법에 해당하는 것으로 보인다. 제256조 단서가 달성하고자 하는 목적은 그것이 없어도 충분히 달성할 수 있다. 게다가 제256조 단서의 모법에 해당하는 의용민법 제242조 단서의 입법 과정을 보면 입법자는, 규정의 문언 하나하나에 무게를 두었다기보다는 부동산에 다른 물건이 부합된 경우에 그 부동산에 대하여 사용권원이 있는 사람이 사용권원이 없는 사람에 비하여 불이익한 상황에 빠지지 않도록 유의하였고, 구체적인 내용은 후세의 해석에 일임한 사실을 관찰할 수 있다. 그런데 후세의 법률가들은 그 규정의 문언에 지나치게 얽매어 가야할 길을 가지 못한 것 같다.

핵심어 : 침부, 부합, 약한 부합, 강한 부합, 부동산의 부류, 토지정착물, 독립정착물, 종속정착물, 반독립정착물, 민법 제256조 단서, 권리객체(물건)의 요건

<Abstract>

A Critique of the Interpretation and Legislation of the Proviso of Article 256 of the Korean Civil Act

MYOUNG, Soon-Koo^{*}

Trying to push a boat on the ground is an incongruity. As such, an incongruous provision in the Korean Civil Act hinders its consistency and frustrates the interpretation of the whole legal system. The proviso of Article 256 is such a provision. This paper reveals the inappropriateness and harmful consequences of the proviso of Article 256 which goes against the general principles regarding the object of law and the theory on attachment.

In determining the conditions of independence of a thing the most important criterion is the notion of transaction, not the physical form of a thing. As a result the condition of independence is a flexible concept. There are various doctrines regarding the categorization of immovables, most notably things affixed to land. Not all things affixed to land are considered to be immovables, since some are seen as immovables while others are viewed as forming a part of an immovable. Therefore according to the predominant doctrine, independent things affixed to land and semi-independent things affixed to land are considered to be immovables, while subordinate things affixed to land are not.

The approach taken by the prevalent doctrine and case law towards annexing in respect of movables and immovables based on the fundamental concept of annexing can be said to be appropriate. Although there is dispute as to the scope of affixed things, it should be limited to movables. Whether a building is affixed to land should be a matter of accessories, not affixed things.

The proviso of Article 256 is incongruous with our civil law which views things affixed to land as a separate immovable than land. As a result the provision creates a dilemma.

^{*} Professor, Korea University School of Law

Maintaining the concept of annexing frustrates the relationship between the main provision and the proviso of Article 256, whereas focusing on the relationship makes it difficult to uphold the concept of annexing. Had the proviso of Article 256 been the result of meticulous legislation a solution to the dilemma may have been possible to find. However this is unlikely. The proviso of Article 256 is an incongruity in the realm of annexing, one of the causes of acquiring ownership. The proviso of Article 256 is not the result of meticulous legislation. The purpose of the proviso of Article 256 can be achieved without this provision. Moreover, the purpose of the proviso of Article 242 of the Borrowed Civil Act (which is the origin of the proviso of Article 256 of the Korean Civil Act) was to avoid instances where the person with the title to the immovable to which things were affixed may be in a less favorable position vis-a-vis persons without such a title. The provision was not prepared in a word-for-word manner. Rather it was meant to be the subject of flexible interpretation. However posterity has been tied down by the wording of the provision, thereby failing to achieve the purpose of the provision.

Key Words : Annexing, Attachment, Weak Attachment, Strong Attachment, Categories of Immovables, Things Affixed to Land, Independent Things Affixed to Land, Subordinate Things Affixed to land, Semi-independent Things Affixed to Land, Proviso of Article 256, Conditions of Objects of Law(things)
