

독일 민법에서의 경계를 넘어 건축된 건물에 관한 연구

임 형 택*

목 차

I. 서 론	6. 이의의 제기
II. 월경건물에 관한 우리 판례의 분석	IV. 월경건물에 관한 독일 민법 제912조의 효과
III. 월경건물에 관한 독일 민법 제912조의 요건	1. 수인의무
1. 개 관	2. 월경된 토지부분의 소유권
2. 건물의 건축	3. 월경건물의 소유권
3. 원토지 소유자에 의한 월경건물	4. 월경건물에 있어서의 지료
4. 경계의 침범	V. 결 론
5. 경과실	

I. 서 론

(I) 토지의 소유자가 인접 토지의 경계를 넘어 건물이나 기타 공작물을 건축한 경우¹⁾에, 그 경계를 침범한 건물 등을 둘러싼 분쟁은 실무상으로 빈번하게 접할 수 있는 문제이다. 그러나 이러한 문제를 해결할 수 있는 명문 규정이 없었던 우리 민법에서는 이를 종래 권리남용의 법리(우리 민법 제2조 제2항)에 따라서 해결하여 왔다. 즉, 판례는 경계를 침범한 상대방이 그 침범된 건물 등의 철거를 원하는 경우, 상대방이 정당

* 법학박사, 건국대학교 법학연구소 전임연구원

1) 이하에서는 경계를 넘어 건축된 건물을 월경건물(越境建物)이라고 약하기로 한다.

한 이익이 없음에도 오직 경계를 침범한 자를 해하거나 고통을 가할 목적으로 권리를 행사하는 것이 아닌 한(시카아네 금지의 원칙; Schikaneverbot), 상대방의 권리행사를 인정함으로써, 이미 건축되어 있는 건물 등의 철거를 인정하여 왔다.

(2) 근본적으로 소유권 절대의 원칙을 인정하고 있는 우리 법체계에 비추어 볼 때(헌법 제23조 제1항 전문 참조), 소유자가 소유권의 침해로부터 법적 보호를 받아야 한다는 것은 너무나 당연하다고 할 수 있다. 그러나 소유권 절대의 원칙 역시 예외는 존재한다. 특히 우리 민법은 제216조 이하에서 소유권의 상린관계에 관하여 규정함으로써, 인접한 토지의 합리적인 소유관계를 위해서, 소유권의 내용을 확장하거나 제한하고 있다. 이 중에서도 주위토지통행권은 어느 토지가 공로로의 통행을 위해서, 인접 토지 소유자의 의사와는 관계없이, 그 인접 토지를 사용할 수 있는 권리를 규정하고 있는데(우리 민법 제219조 참조), 이는 합리적인 근거가 있다면, 소유권의 내용이 제한될 수 있거나 소유권 보호의 방법이 손해보상 등의 방법을 통해서 규율될 수도 있다는 것을 명확하게 보여주는 것이다.

(3) 물론 이러한 소유권의 제한은 법률에 규정이 있는 경우에 한해서 인정되는 것이기 때문에(헌법 제23조 제1항 후문, 동법 제37조 제2항, 우리 민법 제211조 참조), 이에 관한 명문 규정이 없는 종래의 상황에서는, 월경건물의 문제를 권리 남용의 문제로 해결할 수밖에 없었던 것도 사실이다.

그러나 권리남용의 금지 규정이 갖는 일반 조항으로서의 성질 때문에, 이를 근거로 대립되는 당사자의 첨예한 이익관계를 규율하기에는 적지 않은 한계가 있었다고 생각된다.²⁾ 또한 종래의 판례가 이에 관한 최선의 해결책을 제시하여 준 것도 아니었다고 생각된다. 왜냐하면 월경건물

자체는 상대방이 적극적으로 활용하고 있지 않던 토지 부분에 건축되는 것이 일반적인 현상일 것인데, 경계를 침범하였다는 이유만으로 그 철거를 쉽게 용인한다는 것은 경계를 침범한 자뿐만 아니라, 국가경제 측면에 비추어 볼 때도 크나 큰 손실을 야기할 수 있기 때문이다. 즉, 해당 토지를 적극적으로 활용하고 있지 않던 상대방의 이익을 보호하기 위해 치러야 할 희생이 너무 큰 것이다.

특히 월경건물을 건축한 자가 무과실이나 경과실에 의한 선의로 그 건물을 건축한 경우에도, 상대방에게 그 건물의 철거를 인정하는 것은 그 건축을 한 자에게 너무 가혹한 것이라고 할 수 있다. 이와 관련해서는 상대방이 그 건축을 수인하면서 이에 따른 보상을 요구하는 것을 기대해 볼 수도 있지만, 이는 상대방의 임의에 달린 문제일 뿐만 아니라, 이미 건물을 철거할 수 있는 권리가 있는 상대방은 그 수인의 대가로서 매우 과도한 보상을 요구하는 것이 엄연한 현실이었던 것이다.

(4) 이러한 현상은 현재 양 당사자의 이해관계가 조화롭게 해결되고 있지 않다는 것을 의미한다. 그러나 그 이해관계의 조정은 소유권에 대한 제한으로 될 수도 있기 때문에, 이러한 문제는 입법을 통해 해결하는 것이 가장 바람직할 것이다.

이러한 이유에서 우리 민법 개정안 제242조의2는 ‘경계를 침범한 건축’이라는 표제 아래, 제1항에서 “건축된 건물이 그 건축시행자 또는 그 건물의 소유권을 취득하는 자의 고의 또는 과실 없이 이웃 토지의 경계를 침범한 경우에 이웃 토지의 소유자나 그 밖의 권리자는 경계가 침범된 사실을 안 날로부터 3년 또는 그 침범된 날로부터 10년 내에

2) 예컨대 대판 2003. 2. 14. 2002다62319, 62326은 “[전략] 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 각 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다.”고 판시하고 있는데, 이는 개별적이고 구체적인 사안에 있어서의 권리남용의 여부를 확정하기 위한 기준이 명확하지 않다는 것을 의미한다.

그에 대하여 이의를 제기하지 아니한 때에는 이를 인용하여야 한다. 그러나 그 건물의 완성 후 제280조 제1항에서 정한 기간(존속기간을 약정한 지상권)이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하였다. 또한 동조 제2항은 “제1항 본문의 경우에 이웃 토지의 소유자는 건물의 소유자에게 경계가 침범된 토지부분에 대하여 지료상당의 보상 또는 그 매수를 청구할 수 있다.”고 정하고 있다.

이러한 우리 민법 개정안 제242조의 2는 독일 민법 제912조 이하를 참조한 규정이다.³⁾ 즉, 독일 민법 제912조 제1항은 “토지의 소유자가 고의나 중대한 과실 없이 이웃의 경계를 넘어 건물을 건축하였다면, 그 이웃은 경계를 넘은 건물을 수인하여야 한다. 그러나 경계의 침범 전이나 침범 후 즉시 이의를 제기한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 “이웃은 지료의 지급에 의한 보상을 받을 수 있다. 지료의 액수는 침해시를 기준으로 한다.”고 규정하고 있다. 나아가 독일 민법 제915조는 지료에 대한 권리자가 언제든지 그 의무자에 대해서 경계를 넘은 토지부분에 대한 소유권을 양도하면서 경계를 침범한 시점의 가액으로 그 부분에 대해 (매매의 규정에 따라) 보상해 줄 것을 청구할 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 우리 민법 개정안 제242조의2는 그 요건 중, 토지의 소유자에게 중과실뿐만 아니라 경과실을 포함하는 과실이 없는 경우에 상대방이 수인의무를 부담한다는 점⁴⁾과 상대방의 이의 제기 기간에서의 차이

3) 법무부, 『민법(재산편)개정자료집』, 2004, 308면 이하 참조.

4) 독일 민법 제1조안 제857조(현행 독일 민법 제912조의 원형)는, 우리 민법 개정안 제242조의2와 같이, 경계를 침범한 자에게 고의나 과실이 없는 경우에 상대방이 그 월경건물을 수인한다고 규정되어 있었다. 그러나 제2조안 제826조(현행 독일 민법 제912조)를 만드는 과정에서 경계를 침범한 자에게 고의가 있는 경우에는 상대방에게 수인의무가 발생하지 않지만, 단지 과실만이 있는 경우에는 상대방에게 수인의무가 발생하여야 한다는 주장이 제기되었고, 그 논의과정에서 경계를 침범한 자에게 고의나 중과실이 없는 경우에는 상대방에게 수인의무가 발생한다는 내용으로 정리되었다. 이에 관해서는 Protokolle II-3, S. 3553ff.=Mugdan 3, S. 588f.

는 존재하지만, 그 전체적인 내용은 대체로 독일 민법 제912조 이하로부터 직접적인 영향을 받은 규정이라고 할 수 있다.

(5) 본고에서는 우리 민법 제242조의2에 직접적인 영향을 미친, 독일 민법 제912조가 독일에서 일반적으로 어떻게 해석되고 있는지를 살펴보고자 한다. 다만, 우리 민법 개정안의 입법화가 지연될 뿐만 아니라, 그 통과와 전망 역시 불투명한 현재에 있어서는 우선 우리나라에서 월경건물에 관하여 판례가 어떠한 입장을 취하여 왔는지를 살펴봄으로써, 그 문제점을 검토하고, 이를 통해 향후에 있어서도 이에 관한 입법의 필요성을 밝히고자 한다.

II. 월경건물에 관한 우리 판례의 분석

우리 판례 중, 권리남용에 관한 사건에서 그 권리남용을 부정하였던 판례는 일관되게 “권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐, 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것”⁵⁾이며, “이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 입을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없는 것이다.”고 판시하여 왔다.⁶⁾

5) 대판 1962. 4. 18. 4294민상1512; 대판 1986. 7. 22. 85다카2307; 대판 1987. 9. 8. 87다카924; 대판 1988. 12. 27. 87다카2911; 대판 1990. 5. 22. 87다카1712; 대판 1991. 6. 14. 90다10346, 10353; 대판 2002. 9. 4. 2002다22083, 22090; 대판 2003. 2. 14. 2002다62319, 62326; 대판 2006. 11. 23. 2004다44285.

6) 대판 1986. 7. 22. 85다카2307; 대판 1987. 9. 8. 87다카924; 대판 1990. 5. 22. 87다카1712;

이에 비해 그 권리남용을 인정하였던 판례는⁷⁾ 권리남용에 있어서 객관적 요소와 주관적 요소가 필요하다는 점에 있어서는 권리남용을 부정하였던 판례와 동일한 입장을 취하였지만, 대체로 권리행사를 통해 권리 행사자가 얻는 이익과 상대방이 입을 손해를 비교 형량하는 형태를 취했다는 점에서 권리남용을 부정하였던 판례들과 뚜렷이 구별된다.

예컨대 권리남용을 인정하였던 판례는, (i) 토지가의 약 7배에 해당하는 건물의 철거를 요구하는 경우,⁸⁾ (ii) 토지 취득 당시 그 토지 위에 초등학교가 세워져서 교사로 사용되고 있다는 점을 알면서도 이를 취득하여 그 교사의 철거를 청구하는 경우,⁹⁾ (iii) 토지소유자가 10층 아파트 건물 중 12.9m² 및 그 필수적인 부대시설인 분뇨탱크, 관리실 및 출입통로 등에 대한 철거 및 인도를 청구하는 경우,¹⁰⁾ (iv) 계쟁토지가 0.3m²에

대판 1991. 6. 14. 90다10346, 10353; 대판 2002. 9. 4. 2002다22083, 22090; 대판 2003. 2. 14. 2002다62319, 62326; 대판 2006. 11. 23. 2004다44285.

7) 대판 1964. 11. 11. 64다720; 대판 1978. 2. 14. 77다2324, 2325; 대판 1991. 10. 25. 91다27273; 대판 1992. 7. 28. 92다16911, 92다16928; 대판 1992. 11. 10. 92다20170; 대판 1993. 5. 11. 93다3264; 대판 1993. 5. 14. 93다4366; 대판 1999. 7. 9. 97다53632; 대판 1999. 9. 7. 99다27613; 대판 2003. 11. 27. 2003다40422; 대판 2005. 3. 24. 2004다71522, 71539.

8) 대판 1964. 11. 11. 64다720.

이에 비해 대판 2003. 2. 14. 2002다62319, 62326은 2억 1천만 원에 경매를 통해 토지를 낙찰 받은 경락인이 그 토지 위의 시가 7억의 건물에 대한 철거를 청구한 사건에서, 철거로 인한 피고의 이익과 원고의 손해 사이에 현저한 차이가 있다는 사정만으로 권리남용이 될 수 없다고 판시하였다.

9) 대판 1978. 2. 14. 77다2324, 2325; 대판 1992. 11. 10. 92다20170(다만 이 경우에는 교사부지로 사용하는 토지의 소유자가 20년 가까이 그 인도청구를 하지 않았다는 특수한 사정이 존재하였던 사건이다).

이에 비해 1988. 12. 27. 87다카2911은 고등학교 부지의 한가운데에 있는 교사로 사용되고 있는 토지임을 알면서 이를 매수한 매수인이 그 지상에 건축된 교사 건물의 철거를 청구한 사건에서, 원고에게 아무런 이익이 없는 경우가 아니라면, 그 철거를 허용할 수 있다고 판시하였다.

10) 대판 1993. 5. 11. 93다3264.

이에 비해 대판 1991. 6. 14. 90다10346, 10353은 지적공부상으로 토지가 분할되면서 측량기술상의 오류로 인하여 그 지적공부와 등기부의 면적이 상위하게 된 경우, 지적공부상의 토지의 소유자가 그의 토지의 일부를 침범하여 건축된 지하 1층,

불과하며 철거비용이 과다하게 들고, 철거 이후의 잔존 2층 건물로는 그 건물의 효용이 크게 감소하는 경우,¹¹⁾ (v) 한국전력공사가 정당한 권원에 의하여 토지를 수용하여 그 토지 위에 변전소를 건축하였으나, 토지소유자에게 손실보상금을 공탁함에 있어 착오로 부적법한 공탁이 되었고, 이로 인해 수용재결이 실효됨으로써 한국전력공사가 토지에 대한 점유 권원을 상실하게 된 경우에 있어서 토지소유자가 그 변전소의 철거와 토지의 인도를 청구하는 경우,¹²⁾ (vi) 송전선로의 철거에 대한 소송에 있어서, 송전선이 침해하는 토지가 51m²에 불과하고, 그 토지의 가격이 낮으며, 피고가 그 토지의 손실보상을 시도하였던 적이 있었던 점(여기서의 토지 51m²의 감정가격은 1,887,000원이었고, 피고는 송전선로가 위치하는 곳 및 그 수평거리 3m를 보상대상으로 하여

지상 3층 건물의 철거를 청구한 사건에서, 비록 그 권리의 행사로 인하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로 권리남용이 인정되는 것은 아니고, 원고가 후일 그 철거된 부분에 새로운 건물을 축조할 가능성이 있기 때문에, 그 권리남용은 인정되지 않는다고 판시하였다. 그러나 이 사건은 그 철거의 결과 원고 건물과 피고 건물 사이에 단지 폭 1.9m(이 중 0.5m는 법정이격거리임), 면적 15m²의 공간이 생길 뿐이며, 원고와 피고의 경계를 재조정하게 되면 지적공부상으로 문제가 있는 원고와 피고의 건물에 인접하고 있는 다른 건물들 역시 연쇄적으로 철거될 위험이 있는 사건이었다.

11) 대판 1993. 5. 14. 93다4366.

이에 비해 대판 1987. 9. 8. 87다카924는 비록 그 침해부분이 건물 1, 2층의 각 7m²로 대판 1993. 5. 14. 93다4366의 0.3m²에 비해서는 상당히 넓지만, 그 침해부분을 철거하더라도 건물 자체가 당장 붕괴된다고는 할 수 없고, 단지 건물구조에 영향을 미쳐 그 수명이 단축될 뿐이라는 점을 논거의 하나로 제시하면서, 이에 대한 철거를 인정하였다. 이는 대판 1993. 5. 14. 93다4366이 철거비용이 과다하게 들고 철거 이후의 잔존 2층 건물로는 그 건물의 효용이 크게 감소한다는 점을 이유로 침해부분의 건물 철거에 대한 청구가 권리남용이라고 판시하였던 것과는 대비되는 부분이다.

12) 대판 1999. 9. 7. 99다27613.

이에 비해, 이미 살펴본, 대판 1991. 6. 14. 90다10346, 10353은 측량기술상의 오류로 지적공부와 등기부의 면적이 상위하게 된 경우에 있어서, 그 지적공부상의 토지소유자가 해당 토지 위의 건물에 대한 철거를 청구하는 것을 인용하였다. 이는 대판 1999. 9. 7. 99다27613에서 공탁의 오류의 경우에는 토지소유자가 해당 토지 위의 건물에 대한 철거를 청구하는 것이 권리남용에 해당한다고 판시하였던 점과는 대비되는 부분이다.

148m²에 대한 1,531,000원을 보상가격으로 제시한 바 있음) 및 송전선의 이설을 위해서는 막대한 비용이 예상되는 경우¹³⁾ 등에 있어서, 원고와 피고의 이익관계를 비교 형량하여, 이에 대한 권리의 행사가 권리남용이 된다고 판시하였다.

결국 우리 판례는 권리 남용에 있어서 권리 행사자의 주관적 악의와 객관적인 사회질서 위반을 요하는 점에 있어서는 대체로 동일한 입장을 취하였지만, 구체적으로 권리 행사자의 이익과 권리를 침해한 자의 손해를 비교하여 고려할 것인가의 여부에 대해서는 판례가 서로 상반되는 입장을 취해 온 것으로 이해될 수 있다. 또한 동일한 사건에서도 상급심과 하급심의 판결 내용이 서로 상반된 것 역시 다수 발견된다.¹⁴⁾

이와 같이 유사한 사례에 대한 대법원의 견해가 적지 않게 상반될 뿐만 아니라, 동일한 사건에서 하급심과 상급심의 판결 내용 역시 상이한 결과로 나타나는 경우가 적지 않다는 것은 법적 안정성의 측면에서 상당한 문제점을 노출하는 것이라고 생각된다. 그리고 이러한 불안정성은 경계를 넘어 건축된 건물에 관한 문제를 권리남용이라는 다소 막연한 일반조항을 통해서 해결함으로써 나타나는 필연적 현상이라고 할 수 있다.

13) 대판 2003. 11. 27. 2003다40422.

이에 비해 대판 1996. 5. 14. 94다54283; 대판 2001. 2. 23. 2000다65243; 대판 2005.3.25. 2003다5498; 대판 2006. 11. 23. 2004다44285(이 사건에서 송전선로는 3필지의 토지 중, 제1토지에서 10m², 제2토지에서 71m²를 침범하여 설치되었고, 제3토지인 2,099m²의 지상공간을 송전선이 지나가는 사건임)는 송전선로와 관련한 분쟁으로서, 각각의 보상비용이 고액인 경우이기는 하지만, 대판 2003. 11. 27. 2003다40422에서 권리남용이 인정되기 위해서 제시되었던 논리가 대부분이 인정되지 않았던 사건들이다. 이들의 경우에는 송전선로의 철거에 대한 원고의 청구가 인정되었다.

14) 이러한 판례 중, 하급심에서는 권리남용을 인정하였지만, 대법원에서는 권리남용을 부정하였던 판결로는 대판 1962. 4. 18. 4294민상1512; 대판 1964. 7. 14. 64아4; 대판 1986. 7. 22. 85다카2307; 대판 1988. 12. 27. 87다카2911; 대판 2006. 11. 23. 2004다44285.

한편 하급심에서는 권리남용을 인정하지 않았지만, 대법원에서 권리남용을 인정하였던 판결로는 대판 1964. 11. 11. 64다720; 대판 1978. 2. 14. 77다2324, 2325; 대판 1993. 5. 14. 93다4366; 대판 1997. 1. 24. 95다33566; 대판 2003. 11. 27. 2003다40422.

따라서 이하에서는 이에 관한 명문 규정을 두고 있는 독일 민법 제912조를 검토함으로써, 우리 민법으로의 시사점을 찾고자 한다.

III. 월경건물에 관한 독일 민법 제912조의 요건

1. 개 관

독일 민법 제912조 제1항¹⁵⁾은 “토지의 소유자가 고의나 중대한 과실 없이 이웃의 경계를 넘어 건물을 건축하였다면, 그 이웃은 경계를 넘은 건물을 수인하여야 한다. 그러나 경계의 침범 전이나 침범 후 즉시 이의를 제기한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정함으로써, 일정한 요건 하에서 경계를 침범한 자의 상대방의 수인의무를 인정하고 있다. 또한 동조 제2항은 “이웃은 지료의 지급에 의한 보상을 받을 수 있다. 지료의 액수는 침해시를 기준으로 한다.”고 함으로써, 수인의무를 지는 상대방의 금전보상청구권을 인정하고 있다.

이와 같이 제912조는 일정한 요건 하에서 상대방이 월경건물을 수인하면서, 단지 금전보상청구권을 행사할 수 있다는 점에 그 주된 특징이 있다. 이 규정은 공공의 이익의 관점에서 건물의 철거를 가급적 막으려는 데에 그 근본적인 목적이 있다.¹⁶⁾ 독일 민법에서는 이러한 제912조의 적용을 받는 월경건물과 그렇지 않은 월경건물을 구별하기 위해, 월경건물을 크게 적법한 월경건물, 면책되는 불법 월경건물과 면책되지 않는 불법 월경건물의 3가지로 구별하면서,¹⁷⁾ 단지 면책되는 불법 월경건물만이 제912조의 적용대상이 되는 것으로 해석하고 있다.

15) 이하에서는 별도의 표시가 없는 한, 독일 민법의 조문을 의미한다.

16) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 1.

17) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 4.

이 중 적법한 월경건물(*der rechtmäßige Überbau*)은 상대방(이웃)의 허락을 받아 건축된 월경건물이다. 양 당사자의 합의에 의해서 건축되는 이러한 월경건물은 사적 자치의 원칙에 의해서 인정되는 것으로서, 이에 관해서는 제912조 이하의 규정 내용이 적용되지 않는다. 독일의 판례와 다수설은 월경건물뿐만 아니라, 건물 전체가 타인의 토지 위에 건축된 경우에도 당사자의 합의가 있는 이상, 제912조가 아닌 사적 자치제도의 원칙에 따라서 이를 인정할 수 있다고 한다.¹⁸⁾ 다만 여기서의 이웃의 허락은 사전적 동의만을 의미하는 것이며, 사후적 동의(추인; *Genehmigung*)에 의해서는 불법한 월경건물이 적법한 월경건물로 되지 않는다.¹⁹⁾ 왜냐하면 적법과 불법의 구별은 법질서에 의해 판단되는 것일 뿐, 상대방의 추인을 통해서 불법이 적법으로 될 수는 없기 때문이다.

다음은 면책되는 불법 월경건물(*der entschuldigte unrechtmäßige Überbau*)²⁰⁾ 및 그 유추적용이 가능한 경우로서, 제912조는 이 경우에 적용된다. 즉, 이 경우에는 월경건물을 건축한 자가 자신의 무과실이나 경과실에 의해서 상대방의 권리를 침해하였지만, 상대방이 그 침해에 대해서 즉시 이의를 제기하지 않은 것을 전제로 해서, 침해자의 면책을 인정한다. 다만 이 경우의 면책은 침해한 건물을 철거하지 않아도 된다는 것을 의미하는 것일 뿐, 그 침해자에게 침해부분에 대한 보상의무조차 발생하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다(제912조 제2항 참조).

18) BGHZ 62, 141, 145f; Weitnauer, die Tiefgarage auf dem Nachbargrundstück, ZfBR 1982, S. 102ff.

19) LG Leipzig Rpfelger 1999, 272.

20) Glaser, Der Grenzüberbau, ZMR 1985, S. 145는 제912조가 적용되는 경우에는 법규정이 존재하기 때문에, 그 월경건물이 면책되는 불법 월경건물이 아니라 이 역시 면책되는 적법한 월경건물이라고 표현한다. 이러한 표현방법의 차이는 제912조가 월경건물의 객관적 위법성을 요건으로 하는지의 여부와 관련된 문제이기도 하다. 이에 관해 독일의 다수설은 비록 면책은 된다고 하더라도 월경건물은 위법한 것이며, 제912조는 단지 어떠한 정당한 법적 근거도 없는 월경건물에 대한 수인의무의 근거가 될 뿐이라는 입장이다.

한편 침해를 한 자에게 중과실 내지 고의가 있거나, 또는 그의 경과실의 경우라 할지라도 이웃이 이의를 제기하였다면, 이는 면책되지 않는 불법한 월경건물(*der unentschuldigte unrechtmäßige Überbau*)이다. 이 경우에 상대방은 소유권에 기한 방해배제청구권(제1004조 제1항)을 행사하여, 침해자의 비용으로 그 침해된 부분의 제거를 청구할 수 있다.

면책되는 불법 월경건물과 면책되지 않는 불법 월경건물의 구별과 관련해서 주로 문제되는 것은 양 당사자가 담을 공동으로 사용하면서, 이에 연결해서 건물을 건축하는 경우이다. 즉, 상대방이 침해자가 이미 건축한 담에 연결해서 집을 건축하였거나 또는 그 담의 건축과 동시에 이에 연결해서 집을 건축하였던 경우, 그 담의 건축이 면책되는 불법한 월경건물이라면, 각 토지소유자가 1/2의 비율로 그 담을 공유하게 된다.²¹⁾ 이에 비해 그 담이 면책되지 않는 불법한 월경건물이라면, 담의 소유권은 토지 경계의 수직선에 의해 정해지기 때문에 상대방의 소유로 된다.

2. 건물의 건축

제912조는 상대방의 경계를 침범하여 건물을 건축한 경우에 적용된다. 이 경우에 있어서의 건물은 벽 등으로 둘러싸여진 독립한 공간만을 의미하는 것이 아니다. 제912조는 본래 사회경제적 측면에서 이미 건축되어 있는 건축물의 가치를 유지하려는 것을 그 근본목적으로 삼고 있기 때문에, 경우에 따라서 건물에 대한 개념을 확장하거나 또는 축소할 필요가 있다. 예컨대, 거대한 안테나나 교량 등과 같이, 일반적으로 건물의 개념에 포함되지 않는 거대한 건축물도 그 가치를 유지할 필요가 있다면 제912조의 적용영역에 포함된다.²²⁾ 이에 반해 곳간이나 정원에

21) BGHZ 27, 197ff.

22) LG Meiningen OLG-NL 1996, 281, 283.

건축하는 조립식 정자건물 등은 비록 독립한 건물로 볼 수 있지만, 경제적 가치의 파괴 없이 이를 쉽게 지표로부터 분리할 수 있기 때문에, 제912조의 적용영역에 포함되지 않는다.²³⁾

또한 여기서의 건물은 단일물이어야 한다.²⁴⁾ 즉, 단일물을 건축하면서 그 건물의 전부나 일부가 상대방 토지의 경계를 침범하였어야 한다. 여기서의 단일물은 그 물건의 부분적인 파손이나 본질적인 변경이 없는 분리될 수 없는 경우를 의미한다(제93조 참조). 따라서 단일물에 포함되지 않는 부속물이 경계를 넘은 경우에는 제912조의 적용을 받지 않는다. 이를 위해서는 건축기술상의 성질 외에 건물의 기능적 통일성이 중요한 기준이 될 수 있지만, 구체적인 경우에 있어서는 거래관념이나 자연적 고찰방법에 따라서 그 결과가 다소 다르게 나타날 수도 있다. 즉, 건물에 부착되어 있는 양로시설이나 폐기물 처리시설 등은 비록 기술적으로 그 분리가 쉽게 가능할지라도, 단일성이 부정되지 않는다. 한편 울타리, 판자로 된 담장, 스포츠에서의 골문, 개집, 배수시설 및 집 벽에 붙여 지은 지붕과 기둥만 있는 간이 차고 등은 여기서의 건물에 포함되지 않는 주된 유형이다.

이 외에도 제912조의 적용을 받는 건물은 그 건물의 일정한 지속성과 고정성이 요구된다(제95조 참조). 따라서 가건물은 제912조에 의해서 보호될 수 없으며, 용익임차인에 의하여 건축된 월경건물 역시 임대차기간이 만료됨과 동시에 그 철거를 청구할 수 있다.

한편 제912조는 문제되는 건물이 아직 완공되지 않은 경우에도 적용된다. 즉, 건물이 건축 중이라고 할지라도, 그 경계를 넘어 건축되어 있는 부분의 제거가 경제적 관점에서 비합리적이라고 할 수 있는 경우에는 동 조항이 적용된다. 이때에는 이미 지표 위로 월경건물의 일정부분이 건축되어 있는 경우에 동 규정이 인정되는 것이 일반적이지만, 고층건물

23) Glaser, a.a.O., S. 145.

24) BGHZ 110, 298, 301; BGH NJW-RR 1989, 1039; NJW 1982, 756.

등과 같이 기초공사를 위해서 막대한 비용이 드는 경우라면, 기초공사만 진행되어 있는 경우에도 동 규정의 적용이 인정된다.

3. 원토지 소유자에 의한 월경건물

제912조는 공유자를 포함하여 경계를 침범한 토지의 소유자²⁵⁾가 건물을 건축한 경우에 적용된다. 다만 장기간의 지상권자나 선순위 상속권자가 월경건물을 건축한 경우에도 동조는 적용되는 반면, 임차인의 경우에는 그러하지 아니하다. 왜냐하면 제912조에서의 월경건물의 경우에는 원토지 소유자가 지료 지급의무를 부담하게 되는데, 사용기간이 짧은 임대차의 경우에 있어서는 계속적인 지료 지급의 안정성을 확보하기 어렵기 때문이다. 동일한 이유로 원토지 소유자가 아닌 점유자에 의한 월경건물 역시 상대방이 자신의 소유권에 기한 방해배제청구권(제1004조 제1항)을 행사해서 이를 철거할 수 있다. 다만 원토지 소유자 외의 (점유자를 포함한) 제3자에 의해서 월경건물이 건축되었지만, 그 소유자가 이를 사후적으로 추인하였다면, 이는 원토지 소유자 자신이 월경건물을 건축한 것으로 다루어진다. 무권리자의 처분은 권리자의 추인을 통해 유효한 처분으로 될 수 있기 때문이다(제185조 참조).²⁶⁾

한편 직접 건축을 한 자가 누구인지는 중요한 문제가 아니며, 그 건물이 해당 소유자(Geschäftsherrn)의 이름으로 건축되었다는 것이 결정적인 기준이다. 이는 거래관념 및 그 건물과의 객관적 관련성에 의해서 결정된

25) 이하 이를 원토지 소유자라고 표시함.

26) 이에 반해 Säcker/ Munch.Kom. § 912, 3. Aufl., 1997, Rn. 11은 점유자에 의한 월경건물도 제912조의 적용대상이 된다고 주장하면서, 월경건물의 건축은 처분권과는 관련이 없이 단지 동 건물의 가치를 유지할 필요성이 있는지의 여부가 중심적인 문제라고 기술하고 있다. 그러나 점유자에 의한 월경건물이 직접적으로 제912조의 적용대상이 되는 것은 아니지만, 토지소유자가 이를 동의하는 경우에는, 무권리자에 의한 처분행위도 권리자의 추인이 있으면 유효한 처분행위로 된다는 제185조를 근거로, 제912조가 적용될 수 있을 것이다.

다. 예컨대 자기의 이름과 계산으로 건축에 관련된 사무를 행하는 건축중계사(Baubetreuer)가 자신의 이름으로 건물을 건축하였지만 그 건축이 제3자의 경제적 이익을 위한 것이었다면, 여기서의 소유자는 그 이익이 되는 자이다. 다만 직접적으로 건축에 관계하지 않았으면서도 소유자임을 주장하는 자는 이를 위한 중요한 사실들을 입증하여야 한다. 이 경우에 상대방의 사후적인 행위는 간접증거로서의 효력이 있다.²⁷⁾

4. 경계의 침범

가. 원토지

월경건물은 자신의 토지의 경계를 넘어 타인의 토지를 침해한 건물이다. 이 경우에 경계를 침해하는 토지를 원토지(Stammgrundstück)라고 한다. 제912조는 ‘타인의 토지’를 침해한 경우에 적용되기 때문에, 이를 위해서는 어느 토지가 경계를 침해하는 원토지이고, 어느 토지가 경계를 침해당한 타인의 토지인지를 결정할 필요가 있다.

이러한 원토지의 결정을 위해서는 원칙적으로 상대방 토지의 부담이 되는 시점에서의 해당 소유자의 의도와 경제적 이익이 중요한 기준이 되며, 월경건물 부분의 크기나 경제적 중요성 및 건축 당시의 건축 장소 등이 중요한 것은 아니다.²⁸⁾ 그러나 구체적인 경우에 있어서는 그 구별이 곤란한 경우도 있고, 이러한 원칙이 예외 없이 적용될 수 있는 것도 아니다. 따라서 독일의 판례는 원토지를 크게 3가지의 경우로 구별해서 정하고 있다.

이 중 첫째의 경우는 가장 일반적인 경우로서, 그 건물이 서로 다른 소유자의 토지 위에 건축되어 있는 경우이다. 이 경우에는 건축을 한 해당 소유자의 의도와 경제적 이익이 중요한 기준이 된다. 이러한 의도

27) BGH NJW 1983, 2023, 2024.

28) BGHZ 110, 298, 301.

는, 경제적 이익관계, 월경건물의 목적성 및 입구를 통한 공간적 추정 등과 같은 객관적인 연결점을 통해서 큰 어려움이 없이 입증될 수 있을 것이다.²⁹⁾

둘째의 경우는 그 건물이 본래 단일 토지 위에 건축되었지만, 사후에 토지가 분할된 경우이다. 이 경우는 2필지가 아닌 단일 토지 위에 건축을 하였기 때문에, 건축을 한 자에게 어느 토지를 원토지로 하려는 의도 자체가 애초에 없었던 경우이다. 따라서 여기에서는 건축을 한 자의 의도를 확정하는 것 자체가 불가능하며, 그 기준은 단지 객관적으로 결정하여야 한다.³⁰⁾ 결국 이 경우에는 건물이 건축되어 있는 크기, 위치나 경제적 중요성에 비추어 보아서 명백히 중요한 건축부분이 속해 있는 토지가 원토지로 된다.³¹⁾

셋째는 인접한 두 필지의 토지의 소유자가 그 중 하나의 토지 위에 건물을 건축하면서 다른 토지의 경계를 넘어서 건물을 지었고, 이후 서로 다른 사람이 각각의 토지에 대한 소유권을 취득한 경우이다. 이 경우에는 본래 건축을 한 자의 의도가 중요하지만, 그 의도는 본질적이며 객관적인 연결점을 통해서 추론되어야 한다.

나. 침범의 종류와 범위

제905조 제1항은 토지소유자의 권리는 지표의 상하 공간에 미친다고 규정하고 있기 때문에, 그 경계를 지표에 결합하여 침범하고 있는지, 또는 단지 상층공간이나 하부공간만을 침해하고 있는지를 구별하는 것은 원칙적으로 중요한 문제가 아니다. 다만 제905조 제2항은 “소유자는 그 독점에 아무런 이익도 없는 높이의 지상이나 그 이익이 없는 깊이의 지하에서 행하여지는 간섭은 배제할 수 없다.”고 규정하고 있으

29) BGH WM 1961, 716.

30) BGHZ 110, 298.

31) BGHZ 64, 333, 337f.

므로, 이러한 높이나 깊이의 경계를 넘은 침범은 불법한 침범으로 되지 않는다. 결국 제905조 제2항이 적용되는 경우에는 제912조가 적용될 필요도 없이, 상대방이 수인의무를 부담하게 되는 것이다.

또한 경계를 침범한 범위 역시 제912조의 적용을 위해서 중요한 문제가 아니다. 즉, 월경건물이 원토지보다 침범된 토지에서 보다 넓게 위치하고 있어도 제912조는 적용된다. 또한 월경건물이 상대방의 토지의 대부분이나 전부분에 건축되어 있어도 상관없다.³²⁾ 다만 어느 토지가 원토지이며 어느 토지가 침범을 당한 토지인지는 확정될 수 있어야 하기 때문에, 자기의 토지로부터 건축되지 않고, 전체³³⁾나 대부분³⁴⁾이 타인의 토지 위에서 건축된 경우에는 월경건물이 아니다.

다. 시 점

제912조의 수인의무는 ‘건물의 건축의 시점’에 그 경계를 침범하였을 것을 요건으로 한다. 따라서 발코니나 덧창문 등과 같은 사소한 부분이 사후적인 개축³⁵⁾으로 경계를 넘은 경우에는, 건물의 건축 이후의 경계 침범이기 때문에, 제912조의 요건을 충족하지 못한다.³⁶⁾ 그러나 건물의 사후적인 개축에 있어서 그 개축되는 부분이 독립된 건물로서 인정될 수 있다면, 그 개축된 건물의 일부 경계 침범은 이와 다르게 해석된다. 즉, 이 경우에는 제912조의 확대해석을 통해 이를 동조의 적용을 받는

32) BGH MDR 1960, 482.

33) RGZ 160, 166, 183.

34) OLG München HRR 1939 Nr.837; 다만 Munch.Kom. § 912, Rn. 9 Fn 23은 이에 대한 판단을 유보하고 있다.

35) 독일에서는 건물의 개조와 관련해서 Anbau와 Aufstockung이라는 용어가 사용되고 있는데, 전자는 본래 건물에 대한 큰 변화 없이 약간을 새롭게 수선하는 것을 말하며, 후자는 층을 높이는 것을 포함해서 기존 건물을 상당히 변화시키는 것을 의미한다. 본고에서는 이를 구별하기 위해서 전자를 ‘개축’이라고 표현하고, 후자를 ‘증축’이라고 표현하고자 한다.

36) RGZ 169, 172, 178; LG Kassel ZMR 1999, 713, 714.

월경건물로 볼 수 있다.³⁷⁾ 이를 위해서는 확장된 건물이 원토지와 침해된 토지 위에 건축되어야 한다. 예컨대 베란다나 차고의 사후적 건축에 있어서 그 일부분이 상대방의 경계를 침범하는 경우가 그러하다.

한편 이미 존재하는 월경건물이 이후 그 월경된 부분을 기초로 해서 2층 이상이나 지하로 확장되는 경우, 이전의 월경부분의 수인의무가 그 확장되는 부분에게까지 영향을 미치는 것은 아니다. 왜냐하면, 이는 원토지 소유자가 원토지로부터 경계를 넘어 건축하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 월경된 부분의 확장이 필요하다는 것조차 상대방이 수인해야 하는 것도 아니기 때문이다. 즉, 상대방의 수인의무는 이미 월경된 부분에 한해서 발생하며, 그 월경된 부분을 기초로 해서 새로이 침범을 확장하는 것까지 수인해야 하는 것은 아니다. 상대방은 단지 침범된 건물이 존재하는 토지와 그 사용을 위해 필요로 하는 범위에서의 공간에 대해서만 그의 권리가 제한될 뿐, 이 외에 있어서는 여전히 상대방이 토지에 대한 권리를 행사할 수 있다. 따라서 상대방이 이미 수인하였던 월경건물이라고 해서, 원토지소유자가 이를 임의로 개축할 수 있는 것은 아니다. 다만 이러한 개축은 상대방의 소유권에 대한 새로운 침해가 되기 때문에, 제912조의 요건을 새로이 갖추는 경우에는 새로운 월경건물로서 다루어지게 된다. 이러한 경우가 아니라면, 이미 존재하는 월경건물에 대한 개축은 제1004조 제1항에 따라 철거될 수 있다.

5. 경과실

제912조는 경계를 침범한 시점에 월경건물을 건축한 자에게 과실이 없거나 경과실이 있는 경우에 적용된다. 이에 반해 그 경계 침범이 고의나 중과실에 의한 것이라면, 상대방은 비록 이에 대해서 이의를 제기하였

37) RGZ 169, 172, 178; BGH LM Nr. 9.

던 적이 없더라도, 제1004조 제1항에 의해서 그 월경된 부분의 제거를 청구할 수 있다. 또한 그 경계 침범이 경과실에 의해서 발생한 경우에도, 상대방이 이에 대해서 경계 침범 전이나 침범 후 즉시 이의를 제기하였다면, 월경건물은 제거될 수 있다. 여기서의 경과실은 경계를 침범한 시점을 기준으로 판단하며, 건축을 한 자에게 그 건축의 권한이 있었는지의 여부 역시 이때를 기준으로 한다.

가. 개별 문제

원토지 소유자가 그 경계를 침범하였다는 점과 자신에게 이러한 권한이 없다는 점을 알았다면, 제912조의 의미에서의 고의가 존재한다. 이에 비해 원토지 소유자가, 고의나 중과실이 없이, 그에게 건축에 대한 정당한 권리가 있다고 생각했었다면, 단지 경과실이 존재하게 된다. 이는 위법성의 인식이 고의라는 민법상의 고의이론에 상응하는 것이다.

중과실은 여하한 방법으로도든 경계 침범의 원인이 되는 행위에 대한 특별한 부주의를 의미한다.³⁸⁾ 특히 원토지 소유자는 건축사나 건축업자에게 모든 것을 맡겨서는 안 된다. 오히려 경계 부분에 건축을 하는 자는 항상 경계 침범에 대해서 조사해야 할 의무가 있다.³⁹⁾ 이 의무를 준수하지 않거나, 또는 상응하는 토지의 경계를 확정하였음에도 불구하고 그 경계를 넘어 건축하였다면, 일반적으로 중과실이 인정될 수 있다.

한편 경계의 침범에 대해서 원토지 소유자뿐만 아니라 상대방에게도 과실이 있는 경우라고 할지라도, 과실상계(제254조)는 인정되지 않는다. 예컨대 상대방이 본래 침해를 당한 토지뿐만 아니라 원토지의 소유자이기도 하였는데, 이 중 원토지를 새로운 원토지 소유자에게 매도하면서 그 경계를 잘못 고지함으로써, 원토지 소유자가 경계를 침범한 월경건물을 건축하게 된 경우라 할지라도, 과실상계는 인정되지 않는다. 왜냐하면

38) Säcker/ Munch.Kom. § 912, 3. Aufl., 1997, Rn. 15.

39) KG ZMR 2000, 331, 333.

원토지 소유자는 건물을 건축하면서 항상 그 경계를 조사할 의무가 있기 때문이다. 다만 이 경우에는 보통 원토지 소유자의 중과실이 인정되지 않을 뿐이다.

고의나 중과실이 없다는 것은 월경건물을 건축한 자가 입증하여야 한다.⁴⁰⁾ 다만 상당한 시간이 경과된 뒤에 경계를 침범한 것이 발견되었다면, 올바른 경계선이 상당히 오랜 기간 동안 발견되지 않았다는 것 자체로부터 이를 면책될 수 있는 착오라고 할 수 있다.⁴¹⁾

나. 보조자의 책임

독일의 판례는 대리행위의 하자에 관한 제166조(우리 민법 제116조 참조)를 유추 적용하여, 건축업자(Architekt)의 과책을 건축을 한 자에게 귀책시킨다.⁴²⁾ 그런데 제166조는 본인의 면책에 대하여 별다른 규정을 하고 있지 않기 때문에, 이러한 판례에 따르면 건축업자의 고의나 중과실의 경우에 건축을 한 자는 그 면책의 가능성이 없이 언제나 이에 대해서 책임을 져야 한다.

그러나 이러한 판례에 대해서는 법률행위에 적용되는 대리에 관한 규정을 법률행위와 관련 없는 건축행위에 적용시키는 문제점이 있다는 비판이 제기되고 있다. 따라서 학설은 이를 채권법에서의 이행보조자 책임(제278조)이나 불법행위법에서의 사용자 책임(제831조)의 문제로 해결하려고 한다. 이 중 이행보조자 책임을 주장하는 견해⁴³⁾는 건축을 한 자와 침해를 당한 토지의 소유자인 상대방과의 관계는 상린관계로서, 이는 채권관계와 매우 유사한 특수한 관계라고 주장한다. 이 견해는 이러한 주장을 기초로 건축업자를 임명한 건축을 한 자에게는 최소한

40) BGHZ 42, 63, 68.

41) Motive 3, S. 284=Mugdan 3, S. 157.

42) BGHZ 42, 63, 69.

43) Medicus, Bürgerliches Recht, 19 Aufl., Carl Heymanns Verlag 2002, S. 556f.

제278조에 따른 이행보조자 책임을 인정해야 한다고 주장한다. 그러나 이 학설에 대해서는 다시 건축을 한 자와 상대방 사이에는 상린관계만이 존재할 뿐, 이것이 (이행보조자 책임의 전제가 되는) 채권관계일 수는 없다는 비판이 제기된다. 나아가 이러한 비판을 제기하는 견해⁴⁴⁾는 이 문제를 불법행위법에서의 사용자 책임의 문제로 해결하려고 한다. 왜냐하면 면책적 월경건물은 불법한 것이고, 면책될 수 없는 월경건물 역시 위법한 것이므로, 월경건물은 본질적으로 불법행위에 속하는 것이기 때문이다. 그러나 이 견해에 대해서는 건축업자에게 강한 독립성이 있게 되면, 건축을 한 자가 제831조에 따른 피용자 책임을 지지 않게 되는 경우도 발생할 수 있다는 비판이 제기된다.

한편 건축업자의 과책의 경우와는 반대로, 건설회사(Bauunternehmer) 및 그의 보조자(현장감독)의 고의나 과실은 건축을 한 자에게 귀책되지 않는다. 판례 역시 제166조를 유추 적용하지 않는다.⁴⁵⁾ 이 경우에는 제278조나 제831조의 적용 역시 부정되는데, 이는 건설회사가 건축을 하는 자로부터 매우 강한 독립성이 있으므로, 그 피용자로서의 성상이 존재하지 않기 때문이다. 다만 이 경우에도 상대방은 제912조 제2항에 따라 이의를 할 수 있으며, 그렇지 않은 경우에도 최소한 지료를 받을 권리는 있다.

6. 이의의 제기

경계를 넘어 건축을 한 자가 무과실이나 경과실이라고 할지라도, 상대방이 적시에 이의를 제기하였다면 상대방의 수인의무는 발생하지 않는다. 이에 반해 이러한 이의를 제기하지 않는 경우에는 일종의 법정추인으로 제912조 제1항에 의해 수인의무가 발생한다.⁴⁶⁾ 이 경우에는 이의를

44) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 27.

45) BGH NJW, 1977, 375.

제기하지 않았다는 사실만이 중요하며, 상대방이 경계 침범을 인식하였는지의 여부 및 인식가능성이 있었는지의 여부는 중요한 문제가 아니다. 예컨대 그 장소에 부재함으로써 경계 침범을 알지 못하였더라도 상관없다.⁴⁷⁾ 이의를 제기하지 않는 것이 의사표시인 것은 아니기 때문에, 어떠한 이유로도 이의를 제기하지 않은 것을 취소할 수 없다.⁴⁸⁾

이의는 특별한 방식을 요구하지 않는 상대방 있는 단독행위이며, 이를 명시적으로 할 수도 있고 묵시적으로 할 수도 있다.⁴⁹⁾ 또한 이의는 건축되고 있는 건물을 수인하지 않겠다는 의사를 표명하는 것만이 요구될 뿐이고, 이에 대한 특별한 근거를 제시할 필요도 없다. 따라서 상대방이 비록 이의를 하기 위한 어떠한 근거를 제시한 경우라고 할지라고, 그것이 사실인지 아닌지의 여부는 중요하지 않다. 또한 이의는 전체의 월경건물 중 일정한 범위에 한정해서 제기할 수도 있다. 한편 이의를 제기하지 않은 경우와는 달리, 이의의 철회는 허용된다.⁵⁰⁾

가. 이의권자와 상대방

이의를 할 수 있는 자는 제912조 제1항에서의 상대방이다. 여기에는 우선 이웃토지의 소유자가 포함된다. 이 외에 제916조는 그 범위를 지상권자나 지역권자 등으로 확대하고 있다. 공유자(제1011조), 다가구 중의 한 가구소유자나 부분소유자(가구소유에 관한 법률 제3조) 및 장기거주권자(가구소유에 관한 법률 제31조: 토지 위에 건축되어 있거나 앞으로 건축할 건물에서 그 토지의 소유자를 배제하고 일정한 가구에 거주할 권리가 있는 자) 역시 여기서의 소유자와 동일시할 수 있다. 그러나 저당권자는 점유자(예컨대 임차인 등)와 마찬가지로 이의권이 없다.

46) BGHZ 59, 151, 153.

47) BGHZ 92, 292, 294.

48) RGZ 83, 142, 147.

49) BGHZ 59, 191, 194.

50) OLG Posen OLG 15, 350.

다만 점유자는 점유방해에 관한 소를 통해 이의를 할 수 있다. 또한 임차인은 소유자의 대리인이나 사무관리의 형식으로 이의를 제기할 수도 있다. 다수가 이의권을 가지고 있는 경우에 그 중의 하나가 이의권을 행사하면, 그의 의사표시는 다른 자들을 위해서도 효력이 발생한다. 어느 한 이의권자의 이의권 행사는 공유자와 합유자 외에 소유자와 지상권자를 위해서도 효력이 있다.

이의권은 원칙적으로 경계를 침범한 토지소유자나 그의 대리인에 대해서 표시되어야 한다. 다만 침해를 한 건물이 다수에 의해서 건축되었다면(예컨대 공동으로 상속을 받은 자들의 경우), 그 중의 한 명에 대해서만 이의를 제기하여도 된다. 그러나 건축 작업을 하는 자에 대해서 이의를 제기하는 것으로는 충분하지 않다.

나. 적시성

제912조 제1항에 따르면, 이의는 경계 침범 전이나 또는 그 후에 즉시 제기되어야 한다. 여기서의 ‘즉시’는 제121조에서의 ‘지체 없이’를 의미하는 것이 아니다. 단지 이미 경계를 침범한 건축 부분이 상당한 파괴 없이 다시 제거될 수 있을 때까지 이의를 제기하였다면, 이는 적시에 제기된 이의이다.⁵¹⁾ 따라서 건축을 시작한 후 곧바로 건축이 중단된 경우에는 15개월 이후에 제기된 이의도 적시에 제기된 것이라고 할 수 있다.⁵²⁾ 또한 측량을 시작한 때처럼, 외부적으로 건축을 인식할 수 있는 시점에, 이후의 건축을 통해 경계를 침범할 위험이 있다면, 이때의 이의의 제기 역시 유효하다. 즉, 제912조 제1항은 경계 침범 이전에 이미 이의를 제기하는 것도 가능하다고 규정하고 있다. 경계 침범에 대해서 적시에 이의를 제기하였다는 사실은 경계를 침범 당한 상대방이 입증하여야 한다.

51) Motive 3, S. 284f.=Mugdan 3, S. 157f.

52) BGHZ 59, 191, 196.

IV. 월경건물에 관한 독일 민법 제912조의 효과

면책될 수 있는 불법한 월경건물의 경우에는 이웃이 그 월경건물을 수인하여야 하지만, 지료의 지급을 통해 손해배상을 받을 수 있다. 그러나 월경건물 및 월경건물이 위치하는 원토지의 소유권에 관한 문제는 제912조에 의해서 규율되지 아니한다.

1. 수인의무

월경건물이 세워진 토지의 소유자(제916조에 의한 이웃토지의 지상권자나 지역권자 포함)에게는, 법률에 의한 소유권 제한(제903조)인, 제912조 제1항에 의해서 수인의무가 발생한다. 이 경우에는 소유권에 기한 물권적 청구권(제1004조)이 인정되지 않는다. 이러한 수인의무는 법률에 의해 발생하며, 등기부에 등기할 수 없다.

수인의무는 월경건물을 건축한 자의 수인청구권과 상응한다. 따라서 월경건물을 유지하려는 권리는 소유권의 일부분을 구성한다. 즉, 월경건물을 유지하려는 권리는 지역권과는 관계없이, 제96조에 의해서 원토지의 소유권과 결합된 토지의 구성부분이다. 이러한 수인의무는 해당 토지를 강제경매에 의해서 취득한 자에게도 발생한다. 이는 수인에 대한 권리가 강제경매 절차에서 예고되어 있지 않았던 경우에도 마찬가지이다.⁵³⁾

수인의무와 제912조 제2항의 지료가 지급되었는지의 여부는 별개의 문제이다.⁵⁴⁾ 즉, 지료가 지급되지 않은 경우에는 그 지료에 대한 청구 및 강제집행이 문제되는 것이지, 이로 인하여 수인의무가 소멸하는 것은 아니다. 수인의무는 단지 그 건물이 멸실됨으로써 종료한다. 이때 그

53) RGZ 160, 166, 182.

54) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 35.

건물의 멸실 원인이 무엇이었는지는 중요한 것이 아니다(예컨대, 벼락, 철거 등). 다만 그 건물이 완전히 소멸되어야지 수인의무가 종료하는 것은 아니다. 오히려 경계를 침범한 건물 부분이 더 이상 독자적으로 경제적 중요성을 갖지 않는다면, 제1004조 제1항에 따라 경계를 침범한 부분의 제거를 청구할 수 있다. 경계를 침범한 건물 부분의 제거 후에 여전히 남아 있는 그 밖의 침해에 대해서도 마찬가지이다. 그러나 경계를 침범한 건물부분이 여전히 경제적 중요성을 유지하고 있다면, 그 월경건물의 재건축 역시 수인하여야 한다. 수인의무자가 임의로 월경건물을 제거하였다면, 수인권리자는 불법행위 규정인 제823조 제1항 및 원상회복을 원칙으로 하는 손해배상 규정인 제249조 제1항에 의하여 새로운 건축을 요구할 수 있다. 이는 경계 침범 이후의 침해를 한 자의 임의적인 월경건물의 평면적 확대, 증축이나 지하로의 심굴과는 다른 문제이다.

한편 수인의무자는 월경건물에 대한 안전의무를 부담하지는 않는다.⁵⁵⁾ 그 안전의무는 오히려 월경건물을 건축한 자가 부담한다. 따라서 비록 법의 명문 규정은 없지만, 월경건물을 건축한 자는 월경건물의 수리나 외벽 페인트 칠 등을 하기 위해 이웃토지에 들어갈 수 있는 출입권이 인정될 수 있다. 이러한 출입권은 소유권에 기한 상린관계에 의해서 인정되는 것으로 해석된다.

2. 월경된 토지부분의 소유권

월경건물을 수인한다는 것이 경계가 침범된 토지의 소유권 자체를 인정한다는 것은 아니기 때문에, 월경건물이 존재하는 토지에 대한 소유권은 여전히 상대방에게 있다.⁵⁶⁾ 또한 월경건물의 사용에 필요한 상하의 범위 외의 공간에 대한 지배권 역시 여전히 상대방에게 있다. 한편 월경

55) BGH VersR. 1964, 975.

56) RGZ 169, 172, 175; BGHZ 64, 273, 274.

된 토지부분의 소유권이 상대방에게 있음에도 불구하고, 상대방이 소유권에 기한 방해배제청구권(제1004조 제1항)이나 소유물반환청구권(제985조)을 행사할 수 없는 이유는 월경건물이 그 침해된 토지부분의 점유권과 결합되어 있기 때문이다. 또한 수인의무는 부당이득반환청구권(제812조)에서의 ‘법률상의 원인’에 해당하기 때문에, 상대방이 원토지 소유자에게 부당이득반환청구권을 행사할 수도 없다.

3. 월경건물의 소유권

이웃의 토지 위에 건축된 건물부분은 경계를 침범하여 건축한 자의 소유로 된다. 독일의 판례는 “타인의 토지에 대한 권리행사로 그 권리자가 토지에 부착시킨 건물 기타의 공작물은” 토지의 구성부분에 해당하지 않는다는 제95조 제1항을 그 근거 규정으로 이해하고 있다.⁵⁷⁾ 독일 민법의 입법자 역시, 다수설과 마찬가지로, 이 경우에는 제95조 제1항 2문을 직접 적용하려고 하였다.⁵⁸⁾

한편 판례는 이를 경제적 통일체의 소유권 통합성 원칙에 따라 설명하고 있다. 그런데 이러한 소유권 통합성의 원칙은 서로 모순되는 법률 규정 사이에 충돌이 일어나게 된다. 즉, 한편으로는 토지와 그 위에 존재하는 건물 사이에 법적 통일성이 있어야 한다는 것(부합의 원칙: 제94조 제1항 1문, 제93조)과 다른 한편으로 건물의 일정 부분 간에 법적 통일성이 있어야 한다는 것(제94조 제2항)의 관계가 그러하다. 이와 관련해서는 건물의 각 부분이 경제적 단일체를 이루는 경우에는 그 각 부분의 토지에 부합되고, 전체가 하나의 경제적 단일체를 이루는 경우에는 동산의 부합에 관한 제947조를 유추하여 주된 부분이 존재하는 토지에 전체가 부합되어야 한다는 주장도 있지만,⁵⁹⁾ 이는 심각한 법적

57) BGHZ 27, 204, 206; BGHZ 64, 333, 336; BGHZ 110, 298, 300.

58) Motive 3, S. 287=Mugdan 3, S. 158f.

불안정을 야기할 수 있기 때문에, 언제나 후자가 전자에 비해서 우위를 갖는 것으로 해석하여야 한다.⁶⁰⁾

이와 같이 월경건물을 건축한 자가 전체 건물의 소유자이기 때문에, 원건물의 소유자는 그 건물을 임의로 사용할 수 있다(제903조). 단지 증축, 심굴이나 평면적 확장과 같은 건물의 확장만이 금지될 뿐이다. 또한 비록 이웃토지의 소유자에게는 상당한 침해가 될지라도, 수익의 형태를 변경할 수도 있다.

월경건물에는 이웃 토지에 건축된 월경건물의 지하실 및 담이 포함된다. 다만 담의 경우에는 특수한 문제가 발생할 수 있다. 즉, 비록 월경건물의 소유권이 원토지 소유자에 있다고 하여도, 상대방이 건축하였거나 건축하고 있는 (상대방의 경계 내에 설치된) 담과 연결해서 월경건물을 건축한 경우에는, 그 소유권이 담에까지 미치는 것은 아니다.

4. 월경건물에 있어서의 지료

가. 시 점

제912조 제2항에 기한 지료 청구권은 손해배상청구권이 아니라, 소유자로부터 박탈된 토지부분의 가치보상에 관한 청구권이다. 따라서 제912조 제2항은 해당 부분을 사용할 수 없게 된 것에 대한 이익조정으로서의 성격을 갖는다.⁶¹⁾ 제912조 제2항 2문에 의하면, 지료는 언제나 경계 침범의 시점을 기준으로 정하게 된다. 입법자는 이후의 가치변화는 고려하지 않도록 하였다. 그 근거는 지료를 일정한 시점을 기준으로 정함으로써, 지료의 지급에 관한 법률관계를 명확히 할 수 있고, 침해된 영역의 가치의 변화에 따른 계속되는 분쟁을 예방할 수 있기 때문이라고 한다.⁶²⁾

59) Säcker/ Munch.Kom. § 912, 3. Aufl., 1997, Rn. 43.

60) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 42.

61) BGHZ 65, 395, 398.

따라서 지료의 결정에 있어서 경계 침범 이후의 해당 토지의 가치상승이나 하락은 중요한 문제가 아니다. 이는 사용수익 형태가 변하는 경우(개축의 경우)뿐만 아니라, 순수하게 가치만 변하는 경우에도 마찬가지이다. 지료의 산정을 위한 기준 시점을 입증할 의무는 상대방에게 있다.⁶²⁾

나. 지료의 액수

지료의 액수를 결정하기 위해서는 경계 침범 시점에서의 침범된 영역의 통상적 거래가치가 조사되어야 한다. 이때 기준 시점에 법적으로 건축이 가능한 토지였다면, 이러한 법적 건축 가능성은 일반적으로 거래 가치에 반영된다. 특히 월경건물의 건축 시점에 이미 이웃의 구체적인 건축 계획이 세워져 있었다면, 사실상 건축이 불가능하게 된 것을 가치로 환산하여 고려할 수 있다.⁶⁴⁾

또한 지료 청구권에 대해서는 이익의 결여를 주장하는 항변(제905조 2문)이나 제254조에 따른 공동과실을 주장하는 항변도 가능하지 않다. 예컨대, 공용도로에 대한 경계 침범 등에서 볼 수 있는 것같이, 거래가치가 결정될 수 없다면, 통상의 수익비용이 그 기준이 될 수 있을 것이다.

다. 상린적 보상청구권과 손해배상청구권

경계 침범에 관해서 보상이 이루어지는 한, 제912조 제2항에서의 지료 외에 건축을 한 자의 불법행위에 의한 손해배상청구권(제823조)은 원칙적으로 인정될 수 없다.⁶⁵⁾ 제912조 제2항은 이 범위에서 특별규정으로서의 의미가 있다. 그러나 제912조의 적용영역에서의 월경건물을 건축한 자는 위법하게 행동한 것이기 때문에, 불법행위에 기한 청구권 역시

62) Motive 3, S. 287=Mugdan 3, S. 158f.

63) BGHZ 97, 292, 298.

64) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 47.

65) Roth/ Staudingers Komm, §912, 13. Bearb., 1996, Rn. 49.

항상 배제되는 것은 아니다. 즉, 경계를 넘는 건축을 통해 소유권의 광범위한 침해가 있거나, 제912조 제2항을 통해서 보상되지 않는 기타의 상린권이 과실로 인해 발생하게 된 경우에는 불법행위에 기한 손해배상 청구권이 인정될 수 있다.

또한 건축의 목적으로 구입한 토지에서 면책적인 월경 건물을 발견한 경우, 매수인이 매도인의 담보책임에 기해 행사할 수 있는 손해배상청구권(제437조)은 제912조 제2항의 규정에 의해서 배제되지 않는다.⁶⁶⁾ 이는 권리의 하자가 아니라, 물건의 하자에 관한 문제로 이해되고 있다.

V. 결 론

종래 우리의 판례는 소유권 보호라는 정신에 입각하여, 월경건물에 대해서 상대방에게 어떠한 귀책사유가 있었는지의 여부와는 관계없이, 권리자의 권리행사가 특별히 권리남용이 되지 않는 경우에는 그 권리의 행사를 인정할 수 있다는 입장을 취해왔다. 그러나 그 결과는 상대방에게도, 또한 사회 전체의 경제적 측면에서도 가혹한 것이었다. 예컨대 시가 약 6천만 원의 토지의 권리를 인정하기 위해, 건물과 급수시설을 포함한 약 2억 원의 급수를 위한 가압장을 철거하고 그 이후의 막대한 이전비용을 감수해야 할 뿐만 아니라, 그 가압장의 이전으로 인해 약 6,153세대 주민들의 상수도 공급이 중단되는 것도 인정될 수 있다는 것⁶⁷⁾이 과연 합리적인 것인지에 대해서는 의문이다.

그 합리성의 문제 외에도 종래의 우리 판례에서 나타나는 가장 큰 문제는 법적 안정성과 관련한 문제라고 할 수 있다. 이미 살펴본 바와 같이, 유사한 사례에서 권리남용의 인정 여부에 대한 대법원의 판결

66) BGH NJW 1981, 1362.

67) 대판 1991. 9. 24. 91다21664.

내용이 서로 상이하거나,⁶⁸⁾ 특히 동일한 사례에서 상급심과 하급심이 전혀 상반된 판결을 내리는 경우가 매우 빈번하게 발생하였다는⁶⁹⁾ 점은 월경건물에 관한 분쟁을 권리남용의 법리에 따라 해결하는 것이 재판규범으로서도 불완전할 뿐만 아니라, 행위규범으로서도 그 기능을 다하지 못하였다는 판단을 가능하게 한다.

이러한 상황에서 소유권 행사의 자유와 제한이라는 극한 대립의 조정을 위한 입법적 해결은 당면한 요청이었다고 할 수 있고, 민법 소유권 편지 상린관계에서의 월경건물에 관한 새로운 입법인 우리 민법 개정안 제242조의2의 신설은 환영할 만한 것이라고 생각된다.

본고에서는 이러한 우리 민법 개정안 제242조 2에 직접적인 영향을 미친 독일 민법 제912조의 규정 내용을 살펴보았다. 이러한 독일 민법의 규정은 원칙적으로 경계를 침범한 자의 주관적 요건을 기준으로 상대방의 수인의무 여부를 정하였으며, 상대방의 수인의무가 인정되는 경우에는 이를 금전적인 보상의 문제로 해결하려고 하였다는 점에서 가장 큰 특징이 있다. 또한 독일 민법 제94조가 건물을 토지의 본질적 구성부분으로 규정함으로써, 경계 내의 건물과 월경건물은 각각 그 토지의 본질적 구성부분이어야 함에도 불구하고, 이러한 원칙과 상반되는 제912조를 규정한 것은 공공의 이익의 관점에서 건물의 철거를 가급적 막으려는 데에 그 근본적인 목적이 있다. 이는 우리 민법에서의 종래의 판례가 경계를 침범당한 자의 주관적 요소를 기준으로 그의 수인의무 여부를 결정함으로써, 경계를 침범당한 자의 청구에 의한 건물의 철거가 상대적으로 용이하게 인정되는 것과 비교되는 부분이다.

향후 우리 민법 개정안 제242조의 2가 발효된다면, 월경건물을 둘러싼 분쟁은 주로 지료의 액수나 상대방의 매수청구에 있어서의 그 매매금액과 관련해서 발생하게 될 가능성이 크다. 이에 관해서 종래 판례의 권리

68) 각주 8) ~ 13) 참조.

69) 각주 14) 참조.

납용의 법리에 의하는 경우에는 월경건물의 상대방이 우월적 지위에서 폭리에 가까운 치료나 매매 가격을 요구하는 것이 현실의 상황이었지만, 동 규정이 발효하게 되면 그 액수를 합리적인 범위로 조정할 수 있게 될 것이다. 즉, 원칙적으로 양 당사자의 합의에 의하여 그 액수를 정하되, 합의가 되지 않는 경우에는 법원이 이에 관한 적정한 액수를 정할 수 있게 되는 것이다.

특히 법원이 치료나 매매 가격을 정하는 경우에 있어서는 월경건물이 타인의 권리에 대한 침해로부터 야기된 보상의 문제라는 점을 고려하여, 그 액수를 보통의 시가보다는 높게 정할 필요가 있을 것이다. 종래와 같이 월경건물의 상대방이 폭리에 가까운 이득을 얻게 되는 것도 문제지만, 그 치료나 매매 가격을 시가나 법정공시지가를 기준으로 결정하는 것 역시 월경건물의 상대방이 그의 권리를 자유로이 처분할 수 없었던 것에 대한 보상으로서의 미약한 부분이 있다고 생각된다. 만일 그 보상액수를 시가나 법정공시지가를 기준으로 정하는 경우에는, 비록 고의에 의한 월경건물의 철거가 인정되기는 하지만 그 주관적 요건의 입증에 용이한 것은 아니기 때문에, 토지의 소유자가 매도를 원하지 않는 경우에 매수를 원하는 자가 불법적으로 건물을 건축하게 되는 일이 빈번하게 발생할 위험도 있다. 따라서 그 액수는 시가 이상의 적당한 가격으로 정해져야 할 것이다. 이러한 관점에서 우리 민법 개정안 제242조의2가 상대방의 매수청구의 경우에 그 매매대금을 월경건물의 경계침범시의 가액에 따라서 정하도록 되어 있는 독일 민법 제915조 제1항을 도입하지 않은 것은 타당한 결정이었다고 생각된다.

마지막으로 월경건물에 관한 우리 민법 개정안 제242조의2의 신설은 반드시 필요하다고 생각되지만, 그 발효 여부가 불분명한 현재의 상황에서는 종래 월경건물에 관한 판례의 입장이었던 권리 남용 금지의 원칙을 보다 적극적으로 해석할 필요도 있다고 생각된다. 즉, 고의나 중대한 과실이 없이 월경건물을 건축한 자가 시가 이상의 상당한 금액으로

지료나 매매가격을 제시함에도 불구하고, 그 철거만을 원하는 경우에는 권리 남용이 된다고 이론 구성하는 것 역시 고려해 볼 수 있을 것이다. 다만 이는 소유권의 제한에 관한 부분이기 때문에, 입법을 통해 이를 해결하는 것이 보다 합리적인 해결책일 것이다.

(투고일 2007년 7월 24일, 심사일 2007년 8월 6일, 게재확정일 2007년 8월 6일)

주제어 : 월경건물, 권리남용 금지의 원칙, 수인의무, 지료, 매수청구

[Zusammenfassung]

Ein Studium über den Überbau im BGB

Hyung-Taek Lim*

Baut der Eigentümer eines Grundstückes bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenz, so kann der Eigentümer des überbauten Grundstückes nach der Rechtssprechung im KBGB die Besetzung des störenden Überbaus verlangen, es sei denn, dass die Ausübung seines Rechtes nur den Zweck haben kann, dem Überbauenden Schaden zuzufügen(vgl. §2 KBGB). Es geht dabei also um Schikaneverbot.

Die Rechtsunsicherheits würde dabei eine natürliche Erscheinung sein, weil sein konkrete Inhalt bleibt offen. Auf diesem Grund bestimmt § 242-2 KBGB zum Modernisierungsgesetz(zit: KBGBzM):

1. Hat der Eigentümer eines Grundstückes bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenz gebaut, ohne dass ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, es sei denn, dass er in Widerspruch erhoben hat, in drei Jahren von dem die Kenntnis erlangenden Zeitpunkt von der Grenzüberschreitung an oder ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zehn Jahren an.

2. Der Nachbar kann eine Geldrente oder die Wertersetzung der überbauten

* Dr. jur. an der Universität Konkuk; Wiss. Assistent an Institut für Rechtswissenschaft der Universitäten Konkuk

Teil verlangen.

§ 242-2 KBGBzM nimmt sich augenscheinlich den §§ 912, 915 BGB zum Vorbild. Es ist deswegen unentbehrlich, genauer auf den Inhalt der §§ 912ff. BGB einzugehen.

Stichwörter : Überbau, Schikaneverbot, Duldungspflicht, Überbaurente, Abkauf