

로마법에 있어서의 土地·建物 간의 法的 構成

이 상 태*

目 次

翻譯文 序文

翻譯文 本文

I. 들어가는 말

II. superficies solo cedit

III. superficies

IV. 뗏는말

【翻譯文 序文】

우리 민법이 토지와 건물과는 별개·독립한 부동산으로 파악하고 있다고 하는 것이 정설(定說)이다. 그러나 이것을 직접적으로 명시하는 규정은 존재하지 않는다. 다만 토지와 건물이 각각 다른 소유자에게 귀속하게 되는 경우를 전제로 하는 민법상의 법정지상권에 관한 규정(민법 제305조, 제366조)과 판례상 인정되고 있는 관습법상의 법정지상권 제도, 또한 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권 또는 토지임차권이 소멸한 경우 건물소유자에게 매수청구권을 인정하는 민법의 규정(민법 제283조 제2항, 제643조) 등은 이와 같은 법적 구성을 전제로 하고 있다고 생각된다. 나아가, 부동산등기법이 토지와 건물은 별개의 등기부에 각각 기재하도록 규정하고 있는 것도(부동산등기법 14조) 그 근거의 하나가 된다.

이와 같이 우리 법이 토지와 건물과는 별개·독립한 부동산으로 파악

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

하고 있다고는 하고 있지만, 그 이유나 근거 등에 대해서는 반드시 명확하지 않다. 그런데 권리의 객체로서의 부동산, 그 가운데서도 특히 토지 및 건물은 우리 인간의 생활에 있어서 필요 불가결한 것이기 때문에, 지금까지도 이들과 관련한 수많은 법률적 문제를 일으키고 있는 것이다. 그 가운데, 토지에 대하여서는, 고래부터 토지소유권 또는 토지이용권의 법적 성질을 둘러싸고 많은 문제가 제기되고 있다. 그리고 민법전 제정 이래 사회적 경제적 상황의 변화와 함께, 건물에 관하여 해결하기 곤란한 법적인 여러 문제가 산적해 있으며, 오늘날 그것이 다시 증가하는 경향에 있다. 따라서 우리들은 토지·건물로부터 발생하는 여러 법적 문제들을 발본적·종합적으로 해결하기 위하여, 건물에 관한 권리 및 그 건물과 그것이 존재하는 전제로 되는 토지와의 관계에 대하여 보다 넓은 시각 아래에서 재검토를 할 필요가 있다고 하겠다. 여기서 토지와 건물과의 사이를 법적으로 어떻게 구성할 것인가 라고 하는 점이 중요한 문제로 클로즈 업(close up)되는 것이다.

주지하듯이, 우리 민법은 유럽 여러 나라 특히 독일·프랑스 양국의 민법전을 계수한 것임에도 불구하고, 토지·건물 간의 법적 구성에 대해서는 이러한 나라가 취하고 있는 구성을 답습하지 않고, 다른 구성을 채용하고 있다. 즉, 이러한 유럽의 대부분의 나라들은 로마법상의 「지상물은 토지에 따른다」(superficies solo cedit)는 원칙을 기초로 하여 원칙적으로 건물을 토지의 구성부분으로 파악하고 있다. 그러나 우리나라는 일본과 마찬가지로 적어도 토지와 건물과의 관계에 관해서는 이들 나라와 다른 독특한 법체계를 구성하고 있는 것이다.

그런데 민법 제정 이후 건물건축의 기술과 재질의 변화 및 이에 따른 국민의 의식의 변화 등 우리의 사회적·경제적 상황이 엄청나게 변화하고 진전하여 왔다. 이를 지적하면서 최근 토지와 건물을 별개·독립한 부동산으로 파악하는 원칙은 현행법의 해석론상 많은 문제점을 안고 있을 뿐 아니라 토지·건물과 관련되어 발생하는 법적 문제를 적절하게

해결하는 기능을 수행하고 있지 못하다는 비판이 대두되고 있다. 따라서 현행의 토지·건물 간의 법적 구성은 과연 적절한 법적 기능을 가질 수 있는가. 만일 그렇다고 한다면, 그것에 갈음하는 새로운 법적 구성으로서는 어떠한 것을 채택할 수 있을 것인가를 생각해 보지 않을 수 없다. 여기서 먼저 유럽 여러 나라에서 채택하고 있는 법적 구성에 관한 역사적 연혁을 고찰하고, 나아가 그것과 다른 독자적인 구성이 채용된 근거·이유에 대하여 다시 한 번 재검토하여 볼 필요가 있다고 생각된다. 그 첫 단계로서 우선 로마법에 있어서의 토지와 건물 간의 법적 구성이 어떠하였는지를 고찰해 보는 것은 우리의 토지·건물 간의 법적 구성을 재검토함에 있어서 매우 유익한 시사점을 얻을 수 있을 것으로 사료된다.

이러한 의미에서 본고에서는 일본 三好 登교수의 저서인 土地·建物の法的構成』(成文堂, 2002) pp.21-42에 기술되어 있는 「ローマ法における土地·建物間の法的構成」을 번역하여 게재하기로 하였다. 부디 이 분야에 관하여 관심이 있는 연구자에게 많은 도움이 되었으면 한다. 다만, 용어의 번역이나 첨가가 필요한 부분에 대해서는 [역자 주:]라는 표시를 하여 두었음을 첨언한다.

끝으로 이 부분에 대한 번역과 게재에 대해서는 저자인 三好 登교수로부터 2009년 5월 14일 허락 메일을 받았고 그 메일을 이 글 제일 뒤에 첨부하고 있음을 첨언하여 둔다.

[翻譯文 內容]

로마법에 있어서의 土地·建物 간의 法的 構成

I. 들어가는 말

우리들이 생활을 하여 감에 있어서 필요 불가결한 건물과, 그 부지인 토지와의 사이를 법률적으로 어떻게 구성 하는가 라고 하는 점에 대하여, 각 나라 각 시대의 법제도는 반드시 똑같지는 않다. 예컨대, 주지하듯이, 일본의 민법에서는 토지와 건물은 별개·독립한 물건이라고 하는 법적 구성이 채택되어 있으며, 따라서 부지(敷地)이용권의 존재를 전제로 하여, 타인의 토지 위에 자기의 건물을 소유하는 것이 가능하다. 그러나 이와 같은 구성은 일본에 독특한 것이고 보편적인 것은 아니다. 일본 민법은 유럽 여러 나라, 특히 독일과 프랑스 두 나라의 민법을 계수하였음에도 불구하고, 이 토지와 건물 간의 법적 구성에 대해서는 별개의 길을 선택한 것이다. 여기서 일본민법의 모법이라고도 할 수 있는 유럽 여러 나라의 법제도에 있어서의 토지·건물 간의 법적 구성 및 그 기능에 대하여 대체적인 개관을 하여 보는 것은 쓸모없는 것은 아니라고 생각된다. 왜냐 하면 이와 같은 기초적인 작업은, 장래 일본에 있어서는 어떠한 법적 구성이 보다 적절한가 라고 하는 입법론적 문제를 생각함에 있어서 상당히 유익한 시사를 줄 수 있을 터이기 때문이다. 여기서 유럽 여러 나라의 각 시대에 있어서의 법적 구성과 그 기능에 대해서 검토하여야 할 것이지만, 먼저 그 제1단계의 작업으로서, 로마법의 그것을 개관하여 보고자 한다. 이렇게 하는 것은, 로마법이 그 후의 유럽 여러 나라의

법제도에 있어서 단지 시대적으로 선행한다고 하는 이유에서만은 아니고, 로마법이 그 이후의 세계의 법제도 및 법이론에 미친 영향의 크기 때문이다. 로마법은 모든 유럽 사람에게 있어서 Privilegié한 법체제이다. 왜냐 하면 그것은 실정법의 어떤 측면에 있어서는 그 열쇠(鍵)(clef)가 되기 때문이다.¹⁾ 따라서 로마법연구의 목적의 하나는, 단적으로 그리고 다소 과장된 표현을 한다면, 로마법을 가지고 근대(현대)법을 말하는 것, 즉 로마법을 소재(素材)로 하여, 그 이후의 법제도 및 법이론을 고찰하는 것이다. 그리고 여기에서는 항상 후세의 법과의 관련, 대비, 비교검토가 행해지지 않으면 안 된다. 또한 반대로, 로마법을 계수한 나라들의 법제도 및 법이론을 검토함으로써 보다 정확하게 로마법의 그것들을 이해할 수도 있을 것이다. 다만 그와 같은 경우에는, 계수법 자신의 사회적 배경이 법제도 및 법이론에 반영되어 있다고 하는 사실이 있기 때문에, 그것을 추적하면서 고찰을 진행하지 않으면 안 된다.

토지와 건물 간의 법적 구성에 관한 규범으로서, 로마법에 superficies solo cedit(지상물은 토지에 따른다)²⁾라고 하는 원칙·법언(法諺)이 있었던 점, 그리고 이 원칙·법언은 현재에도 또한 유럽 여러 나라에 있어서 그 기능을 계속 수행하고 있는 점은 주지하는 바와 같다. 여기서 본고에서는, 이 원칙·법언에 의거하게 된 근거·이유·원인 등은 무엇이었는가, 또한 그 법적 구성·효력·기능 등은 어떠한 것이었는가, 그리고 그것들이 때에 따라 어떻게 변용(變容)되고 있었는가 등을 살펴보고자 한다. 그것과 동시에, 동일한 토지와 건물 간의 법적 구성에 관련된 제도로써, 이른바 superficies(지상권)[역자 주: superficies는 지상물로도 지상권으로도 번역된다]의 존재를 간과할 수는 없다. 왜냐 하면 이 제도가 후세 유럽 여러 나라의 법제도에 있어서의 토지·건물 간의 법적 구성에 어떻게 관계되고 있는가 라고 하는 것은, 그 나라에 있어서의 토지·건물

1) Jean Carbonnier, *Sociologie Juridique*(Paris, A. Colin, 1972), 23쪽.

2) Gaius, Inst. 2. 73, D. 43. 17. 3. 7.

간의 법적 구성에 대한 역사적 연혁을 살펴봄에 있어서 상당히 중요한 검토대상이 되는 것으로서, 그 법적 구성과 그 기능의 정확한 파악은 역시 필요하다고 생각되기 때문이다. 따라서 본고에서는 로마법에 있어서의 토지·건물 간의 법적 구성을 이들 2개의 제도를 중심으로 개관하여 보기로 한다.

Ⅱ. superficies solo cedit

로마법에 superficies solo cedit(Omne quod inaedificatur solo cedit)라는 원칙·법언(이하 원칙이라 한다)이 존재하는 것은 많은 문헌이 보여주는 바이다. 그러나 이 원칙의 유래, 그것을 성립시키고 또한 존속시킨 사회적 경제적 이유, 나아가서는 그것이 로마제국에 있어서 어느 정도의 강행규범성을 가지며, 어떠한 기능을 수행하였는가 라고 하는 것과 같은 점에 대해서는 거의 밝혀져 있지는 않다. 확실히 유스티니아누스 황제의 법전 중에도 그 적용법문은 상당히 기재되어 있지만³⁾, 이 원칙의 통칙성에 대해서는 다시 검토의 여지가 있는 것은 아닌가. 로마법이 캐주이스틱한 것이었던 것은⁴⁾ 잘 알려져 있는 바로서, 이것을 근대법의 특징의 하나인 체계적인 시각에서 직접 패러프레이즈(paraphrase)하는 것은 문제가 있다고 생각된다. 따라서 개개의 구체적 해결을 증시하는 로마법의 자세와 체계화·추상화를 기본으로 하는 근대법의 그것과의 편차를 고려하면서, 이 원칙이 가지는 법적 내용을 살펴보고자 한다.

superficies solo cedit(지상물은 토지에 따른다)라고 하는데, 그 cedit(cē dō, 따른다)라 함은 어떠한 구성을 의미하는가. 이 cedit(cēdō)라고 하는

3) Biermann, Superficies solo cedit, Jherings-Jahrbuch, Bd.34(1895), 169-180쪽 중에 있는 여러 인용법문 참조.

4) 原田慶吉, 로마법의 원리, 110쪽 이하.

단어는 이 원칙을 설명함에 있어서 여러 가지로 번역되고 있지만, 엄밀한 법개념으로서, 지상물은 토지의 「종물」(Zubehör)이 아니라, 「구성부분」(Bestandteil)이 된다고 하는 점에 대해서는 여러 사람의 견해가 일치하고 있다. 그리고 이 객체의 소유권은 지상물의 소유자가 아니라 토지의 소유자에게 귀속한다고 하는 점도 이론(異論)은 없다.

그렇다면, 다음으로, 이 원칙에서 말하는 superficies(지상물)이라 함은 무엇인가. 먼저 토지에 파종(播種)된 식물은 파종과 동시에 토지소유자에게 귀속한다.⁵⁾ 또한 타인의 토지에 세워진 건축물은 토지소유자에게 귀속한다.⁶⁾ 이것에는 주택(Wohnhäusern), 목욕탕(Bädern), 가건물·노점(Buden)⁷⁾ 및 포도밭의 지주(支柱)(Weinbergspfähle)⁸⁾ 등이 포함된다. 따라서 이러한 것들이 공유지(公有地)에 있다면 그것들은 국가나 지방도시(municipium)의 것으로 된다.⁹⁾ 곡창(穀倉)(granaria)은 종물이지 토지의 구성요소는 아니다.¹⁰⁾ 또한 제사(祭祀) 시에 세워진 원형극장(Amphitheater) 등의 일시적인 건축물에는 이 원칙은 적용되지 않는다.¹¹⁾ 이들은 건축자의 소유권의 객체이고, 그것을 허무는 것은 자유이었다.¹²⁾ 나아가 지중(地中)에 매몰된 상하수도관은 토지소유자에게는 귀속하지 않는다고 하고 있었다.¹³⁾ 요컨대 로마인은 토지와 결합한 물건은 모두 토지소유자에게 귀속한다고 설명한 것은 아니고, 단지 식재물(植栽物), 건축물 및 그 유사물, 나아가 포도밭의 용구(用具)(Weinbergsutensilien) 등에

5) Biemann, 앞의 책, 169쪽.
 6) Biemann, 위의 책, 171쪽.
 7) Biemann, 위의 책, 172쪽.
 8) Biemann, 위의 책, 176쪽.
 9) Biemann, 위의 책, 172쪽.
 10) Biemann, 위의 책, 172쪽.
 11) Biemann, 위의 책, 187쪽.
 12) Biemann, 위의 책, 187쪽.
 13) Biemann, 위의 책, 180쪽.

한정되어 있었던 것이다.¹⁴⁾ 여기에서도 로마법의 캐주이스틱한 성격의 일단(一端)이 엿보인다고 하겠다.

그러면, 이와 같은 원칙을 취한 근거, 이유, 원인은 무엇이었을까. 가이우스는 “자연법(Jure naturali)에 의하여”¹⁵⁾라고 기재하고 있지만, 그가 말하는 자연법이라 함은 자연의 섭리(naturalis ratio)라고도 말할 수 있는 것이어서, 이 원칙의 근거로서는 매우 막연하게 말하고 있다. 후세의 법학자 가운데에는 종교적 원인에 돌리는 사람,¹⁶⁾ 로마법학자의 아카데미한 현학벽(衒學癖)의 소산이라고 하는 사람 등¹⁷⁾ 몇 개의 견해가 보여지고 있지만, 어느 것도 추측의 영역을 벗어나지 못하고 있는 것처럼 생각된다. 그러나 적어도 이 원칙이 로마법에서의 소산(所産)인 것은 거의 틀림이 없다.¹⁸⁾ 그 근거나 이유에 대하여 명해(明解)한 설명이 그다지 존재하지 않는 이유로서는, 일반적으로 로마인은 개개의 사례에 대하여 결론의 구체적 타당성이 만족된다면 그것으로 족하였고, 그 이유 설명에 대해서는 그다지 관심을 주지 않았다고 하는 점이 지적되고 있으며,¹⁹⁾ 이는 그것과 부합하는 바가 있는 것은 아닌가 생각된다. 따라서

14) Biemann, 앞의 책, 181쪽.

15) Gaius, Inst. 2. 73.

[역자 주: Gaius, Inst. 2. 73.의 원문은 다음과 같다. Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. 어떤 사람이 우리들의 토지에 건축한 물건은, 그 사람이 자신의 이름으로 건축하였다고 하더라도, 자연법에 의하여 우리들의 것으로 된다. 왜냐하면 지상물은 토지에 따르기 때문이다.]

16) Hams-beter Friedrich, *Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentum in der Schweiz*(1995), 26쪽; 丸山英氣 서독에 있어서의 주거소유권법(Wohnungseigentumsgesetz) 성립사 각서 早稻田法學會誌 18권, 5쪽.

17) Fritz Schulz, *Classial Roman Law*(1951), 364쪽; 乾昭三, 부합에 관한 일 고찰(1) 民商法雜誌 36권 5호, 47쪽. 다만, Schulz는 식물의 경우에 대하여 언급하고 있다.

18) Wenger도 Schulz도, 이 원칙과 유사한 법문(法文)이 그리스의 Ptolemaic regulation의 가운데에 존재한다고 하더라도, 이 원칙이 그곳으로부터 가져온 것은 아니라고 하는 점에 대해서는 견해의 일치를 보고 있다(Schulz, *Principles of Roman Law*(1956), 128쪽).

이 원칙도 이론적인 면에서부터 보더라도, 당시 현실의 사회적 경제적 이해관계 가운데서부터 생겨난 것은 아닌가 라고 추측할 수 있다.²⁰⁾

그렇다면, 이 원칙을 성립·존속시킨 사회적 경제적 요인이라 함은 무엇이었는가. 먼저, 로마제국에 있어서의 토지라고 하는 것의 중요성이다. 즉, 「로마인이 토지소유자에게 부여한 절대적 힘」²¹⁾이다. 그리고 자신의 토지소유권을 가지고서, 자신의 보유면적을 확대하여, 이른바 대토지소유제(latifundium)에 있어서의 토지소유자로 된 것은, 주로 정치적 유력자인 귀족 또는 당시 번성하게 된 상업에 의하여 부유하게 된 기사(equites)계급의 사람이었다.²²⁾ 그들은 자기 소유지 위의 거의 모든 물건을 직접 지배할 수 있고, 이 지상물은 토지에 따른다는 원칙은 그것을 법적으로 보장하는 것이었다. 그리고 로마법조(法曹)에는 주로 부유한 귀족계급 내지 기사계급이 속하고 있으며, 그들은 자신의 계층을 위하여 법률구성을 하였다고 언급되고 있는 점도,²³⁾ 이것을 뒷받침한다고 하겠다. 또한 이 원칙의 이론적인 근거가, 만일, 가령 필요하였던 것이라면, 다분히 그들은 그리스 철학 특히 스토아학파의 「물건과 그 구성부분」에 관한 개념을 이용하였을 것이 아닌가 라고 역측(臆測)되기도 하는 것이다.²⁴⁾ 그러나 그와 같은 토지소유권의 강대(強大)함 때문에, 혹은 일반적으로 사람들이 다른 물건과 비교하여 토지는 항상 주요한 물건(principal)이라고 하는 의식을 가지고 있었다고 하여도, 그것으로부터 직접 지상물을 토지의 구성부분으로 본다는 것이 도출되는 것은 아니다. 예를 들면, 지상물을 토지와는 별개의 물건, 예컨대 「종물」로 하는

19) 原田, 앞의 책, 115쪽.

20) 川島武宜, 소유권법의 이론, 184쪽.

21) クランジュ・明比達郎 역, 고대프랑스토지제도론 상(上), 8쪽.

22) 星野英一, “부동산임대차법의 연원”, 민법논집 제3권 제2호, 292쪽.

23) 星野, 앞의 책, 331쪽.

24) 로마인이 법의 분야에 있어서도 그리스철학을 이용한 것은 일반적으로 인정되고 있다(cf. Michel Villey, *Le Droit romain*, 71쪽).

것도 불가능한 것은 아니었을 터이다. 그럼에도 지상물은 왜 토지의 구성부분이 되는 것인가. 그것에 대해서는 아래와 같은 사실이 약간의 시사(示唆)를 주며 또한 이 원칙을 성립시킨 하나의 원인으로도 볼 수 있는 것은 아닐까. 즉, 여기서 말하는 지상물의 물리적 성질과 그것에 대한 사람들의 의식, 특히 당시의 건축물의 구조·재질 및 그것에 대한 사람들의 의식이다. 예컨대 폼페이의 유적이 보여주고 있는 것과 같이, 로마제국에 있어서의 건축물은 주로 콘크리트, 돌 및 연와(煉瓦)에 의하여 축조되고 있었고,²⁵⁾ 그 때문에 당시의 사람들 의식으로서, 그것에 토지와 유사성을 인정하고 있었다고 생각되지 않는 것도 아니다. 당시의 건축물은 위에서 언급한 소재(素材)를 주된 재료로 하고 있고, 나아가 지중해성 기후의 온난(溫暖)·소우(小雨)의 이유도 있어서, 주로 기둥이 늘어 서 있는 복도를 에워싸고 있는, 지붕이 없는 중정(中庭)(atrium)을 중심으로 하여 그 주위를 벽으로 구획된 작은 방이 둘러싸는 형식의 것이 많았고, 그리고 그 바닥은 대리석 또는 연와(煉瓦), 석재(石材)에 의하여 직접 대지(大地) 위에 구축되고 있었던 것이다. 따라서 집밖과 집안의 경계²⁶⁾나 건물과 토지와의 구별은 매우 불명확하게 될 수밖에 없고, 이들이 각각 별개의 물건이라는 인식을 얻는 것은 상당히 어려웠던 것은 아닐까 라고 생각된다. 그리고 나아가 다음과 같은 물리적 사실을 인식하는 것도 불가능하지는 않았을까. 즉, 그 재질이나 구조로부터, 한번 구축된 기둥이나 벽을 움직이는 것은, 단적으로 말하여 단순히 기와조각이나 조약돌로 산을 만드는 것과 같고, 「토지는 기둥(건물)이 없어도 존재할 수 있지만, 기둥(건물)은 토지가 없으면 존재할 수 없다」²⁷⁾라고 하는 것처럼, 결국 그것들은 토지를 떠나서는 존재할 수 없다.

25) 小林文次/藤島亥治郎/堀内清治/桐敷眞次郎, 西洋建築史 新訂建築學大系(5), 67쪽.

26) 다만, 공공물로서의 도로나 사적 소유물인 건물과의 경계는 상당히 명확하게 구획되어 있었던 것 같다.

27) William Hunter, *Introduction to Roman Law*, 9th ed.(1934), 62쪽; R. J. Pothier, *Traité de Droit Civil et de Jurisprudence*, t. 4, 405쪽.

그리고 그의 재질(材質)은 사람의 손이 가해지고 있다고는 할 수 있지만, 본질적으로는 토지와 같은 자연물이고, 기둥·건물 어느 것이든 토지로 환원될 수 있는 것이다. 이는 또한 토지에 파종된 식물의 종자가 토지로부터 분리됨으로써 말라 버리고, 그 존재가치를 잃어버리는 경우에도 타당하다고 하겠다. 이러한 점에서 볼 때, 건축물의 주요부분인 기둥·벽 등은 확실히 토지의 일부분을 구성하는 것이라고 생각되며, 나아가 법적으로도 이것을 승인하는 구성이 성립할 수 있었던 것은 아닐까. 따라서 이 원칙은 일단 구축된 지상물을 보호하고, 그 경제적 가치의 유지를 목적으로 하는 것이라고 하는 견해²⁸⁾도 수긍할 수 없는 것은 아니다. 이와 같이, 건축물의 구조·재질 및 그것들에 대한 사람들의 의식이 토지·건물 간의 법적 구성에 영향을 준 것은 있지 않을까 라고 하는 추측은, 반대로 그의 재질이 목조로서, 주로 단독건물이 대부분이었던 지역·시대에 있어서는 토지와 건물이 별개의 물건으로 관념되고 있었다고 하는 사실로부터도 도출될 수 있는 것은 아닐까. 즉, 목조건물이 주류를 이루고 있었던 영국이나 독일의 중세 초기,²⁹⁾ 그리고 일본의 경우³⁰⁾에는 토지와 건물은 별개의 물건으로 관념되고 있었던 것이다.

이상과 같은 점들이 이 원칙의 성립이유로 추측되는 것이지만, 그렇다면 실제로 이 원칙이 문제가 되는 것은 어떠한 경우일까. 토지소유자가 자기의 재료로 건물을 자기 소유지 위에 건축하거나, 자기의 식재물(植栽物)의 종자(種子)를 자기의 소유농지에 파종하는 것과 같은 경우에는 토지와 그들의 물건이 일체이든 별개이든 거의 문제는 없다. 그곳에

28) Biermann, 앞의 책, 181쪽; Carbonnier, *Droit Civil*, t. 3, 249쪽. 이와 같은 생각은 근대법에 있어서도 주장되고 있다(Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2 Aufl.(C. H. Beck, 1972), 232쪽). 그러나 여기서 토지소유자가 그 지상물을 자기의 소유물로서 보존할 의사를 가지는 경우를 전제로 하지 않으면 안된다.

29) 鈴木祿地, 借地法6 上卷, 69쪽, 74쪽 이하.

30) 鈴木, 위의 책, 85쪽; 福島正夫, “明治 初年の 건물거래제도와 家券”, 法律時報 2권 7호, 28쪽; 樞梯次, 물권법(1), 31쪽.

서는 이 원칙의 기능은 잠재화하고 있어서 표면에는 나타나지 않는다. 그러나 그 이외의 경우, 즉 토지소유자가 타인의 재료로 자신의 토지 위에 건물을 세우는 경우라든가, 타인이 토지소유자의 토지에 건물을 세우는 것과 같은 경우에는, 그 건물의 소유자는 누구인가, 그리고 만일 그의 소유권이 인정된다고 한다면 그 소유권의 효력은 어디까지 미치는가 라는 문제가 제기된다(식재물 등에 대해서도 똑같은 문제가 있지만, 여기서는 주로 건축물을 고찰의 대상으로 한다).

이와 같이, 객체에 대한 소유권자 및 그 소유권의 효력이 미치는 범위가 문제로 되는 것은 본인 이외의 타인이 등장한 경우이고, 여기에서 이 원칙의 기능이 현재화(懸在化)한다. 그리고 이 원칙이 적용된다면 당사자 간에 불형평성이 일어난다는 점이 생각된다. 여기서 이 양자의 관계를 법적으로 어떻게 처리하는가의 문제, 즉, 이 원칙으로 인하여 권리를 취득하는 자와 권리를 상실하는 자와의 관계³¹⁾를 어떻게 규율하는가의 문제가 일어나는 것이다. 보다 구체적으로는, 재료소유자 또는 건축자에 대한 토지소유자로부터의 보상의 문제이다. 이 점에 관한 최초의 규범으로서의 12표법은 다음과 같이 해석되는 법문(法文)을 두고 있다. 즉, 「토지소유자가 타인의 재료로 건축한 때에는 토지소유자는 재료소유자의 청구에 따라 재료의 2배액을 지불하여야 한다(actio de tigno iuncto)」.³²⁾ 이와 같은 것은 근대법에 있어서는 이른바 「부당이득」의 문제로 나타나게 된다.³³⁾

다음으로, 그러면 이 원칙은 로마제국 내에 있어서 어떠한 기능을 수행한 것일까. 자기의 건물을 자기 소유지 위에 세우는 것과 같은 형태

31) 乾昭三, 앞의 논문, 46쪽.

32) Hunter, 앞의 책, 62쪽; Biemann, 앞의 책, 181쪽; Max Kaser, *Die römische Privatrecht*, 1 Abschn.(1955), 362쪽; 船田亨二, 로마법 제2권 328쪽.

33) Code Civil § 554, § 555; BGB. § 951. 프랑스법에 관해서는, 稻本洋之助, “프랑스법에 있어서의 부당이득제도”, 谷口知平교수 還曆記念·부당이득·사물관리의 연구 (1) 75 쪽, 독일법에 관해서는 大木雅夫, “토지와 건물”, 독일판례백선, 106쪽 참조.

가 일반적이었던 시대에는 이 원칙의 적용은 그다지 문제를 발생시키는 것은 아니었을 것이다. 그러나 로마제국의 사회적 경제적 발전이 도시에 있어서의 토지이용관계를 변화시켜 가게 된다면, 이 원칙의 영향이 현현화(顯現化)하여 간다. 즉, 현실사회의 변모에 수반하여 이 원칙과 사회의 요청과의 사이에 어긋남이 생겨가는 것은 충분히 생각되는 점이다. 그리고 이 원칙이 엄격히 적용되는 경우에는 토지의 소유자가 아닌 자는 건물을 소유할 수는 없기 때문에, 그는 항상 차가인(借家人)(토지와 건물은 일체이기 때문에 차가인이라면 동시에 차지인도 된다)밖에 되지 못한다. 즉, 이 원칙 아래에서는 사람들은 토지·건물 소유자 계층과 차가인 계층으로 나누어져 버리는 것이다.³⁴⁾ 로마제국의 최성기(最盛期)에는 상업이 발달하고, 로마나 오스티아 등의 도시에서는 무산자(無產者)가 유입하고, 이들의 유민(流民)이 스스로 토지 및 주택을 구입하여 소유할 수 있는 자력(資力)을 가지고 있지 않았던 것³⁵⁾과 이 원칙의 엄격한 적용³⁶⁾은 로마제국에 있어서의 가옥임대차관계를 증가시키고, 거기에서는 그 힘관계에 의하여 이른바 *locatio conductio rei*라고 하는 채권적인 법률구성이 사용되었던 것이다.³⁷⁾ 그리고 차가인은 그 열악한 계약조건에 어려움을 겪었던 것이다.³⁸⁾ 나아가 이 원칙의 존재는 로마법에 있어

34) 후일 지상물, 특히 건물이라고 하는 것이 로마시대보다는 훨씬 중요한 경제적 가치를 가지게 된 때, 이 원칙 아래에서 이와 같은 계층분리는 보다 심각한 대립을 가져오게 된다. 영국, 독일, 프랑스 등의 근대법에 있어서의 이 원칙이 자본주의의 발달에 있어서 어떠한 기능을 수행하였는가는 흥미 있는 문제이다.

35) 星野, 앞의 책, 293쪽.

36) 이 원칙이 로마제국 내에 있어서 어느 정도 엄격하게 적용되었는가는 문제이다. 그리스·이집트 등에서는 이 원칙의 예외적 구성이 인정되고 있었지만(John Crook, *Law and life of Rome*(1967), 143쪽; 柚木馨, “비교법에서 본 건물의 구분소유권”, 民商法雜誌 44권 1호, 5쪽), 로마에 있어서는 엄격하게 적용되었다고 한다(Crook, 위의 책, 143쪽). 일반적으로 로마법에 있어서는 예외적 구성이 인정되고 있었다고 하는 견해도 적지 않다(Schulz, 앞의 책, 154쪽; 川島, 앞의 책, 186쪽).

37) Kaser, 앞의 책, 317쪽[역자 주: *locatio conductio rei*는 물건임대차로 번역된다].

38) Kaser, 위의 책, 317쪽, 361쪽; Schulz, 위의 책, 154쪽.

서의 계층소유권(*Stockwerkseigentum*)의 성립도 저해하였던 것이다. 그러나 이 대단히 *rationelle*한 원칙은 차츰 실제적 필요성의 앞에 길을 양보하여 가게 되었다.³⁹⁾ 로마제국의 분열·몰락 후, 중세 유럽사회에 있어서는 이 원칙은 거의 고려되지 않았던 것이다. 그러나 이 원칙이 다시 나타나는 때가 온다. 즉, 로마법 계수의 독일보통법 및 근대법으로서의 독일·프랑스의 각 민법 및 기타의 유럽 여러 나라의 법전에서, 이 원칙이 명문으로 규정되었다.⁴⁰⁾

III. superficies

로마법에 있어서의 *superficies*[역자 주 : 지상권]는 *superficies solo cedit*와는 어떠한 관계에 서 있는 것일까. 그 법적 구성과 기능을 중심으로 검토하여 보기로 한다.⁴¹⁾ 로마법에 관한 문헌의 대부분이 이 *superficies*에 대하여 언급하고는 있지만, 그 세부에 대한 설명은 반드시 동일하지 않다. 그러나 그 최대공약수적 설명으로서 아래와 같은 기술이 허용될 수 있을 것이다.

첫째, 그 기능에 대하여.

고대에는, 토지소유자는 그의 소유지를 이용할 뿐이고 타인의 토지를 빌려서까지 이용하는 경우는 그다지 없었을 것이고, 더구나 타인의 토지를 빌려서 건물을 건축한다고 하는 것은 거의 없었다고 생각된다. 그런데 로마제국이 지중해 세계를 정패(征覇)하고, 그 최성기(最盛期)를 맞

39) Paul Ourliac et J. de Malafosse, *Historie du Droit privé*, 2, Les Biens, 86쪽.

40) BGB § 94, Code Civil § 553, Código Civil Español § 350, Codice civile § 934, etc.

41) 로마법의 *superficies*에 대해서 논한 일본의 논고는 비교적 적다. 독일의 *Erbbaurecht*와의 관계에 있어서 그 기능적 특질을 논한 것으로, 篠塚昭次, 借地借家法の 기본문제, 183쪽 이하; 同 민법세미나 V 借地借家法, 15쪽, 부동산임대차법의 역사적 연혁의 일환으로서 논한 것으로, 星野, 앞의 책, 295쪽 이하, 323쪽 이하가 있다.

이한 공화정 시대가 되면, 주요 도시에서는 상업을 중심으로 한 경제적 변영이 전개된다. 그리고 그 경제적 발전은 도시에서의 인구 유입을 가져오고, 그것은 필연적으로 도시의 주택난을 발생시킨다. 그런데 주택 건설을 하려는 자가 있어도 superficies solo cedit의 원칙 아래에서는, 토지를 소유하고 있지 않다면 건물을 지어서 그것을 소유할 수가 없다.⁴²⁾ 따라서 토지를 지니지 않는 자는 그것을 구입할 필요가 있다. 그리고 가령 토지를 구입할 정도의 경제력이 있다고 하더라도, 공유지는 국가 또는 지방도시의 소유이기 때문에 그것을 구입할 수가 없다.⁴³⁾ 그렇다고 한다면, 도시에 있어서 주택난을 완화하기 위해서는 이러한 공유지의 이용을 생각하지 않을 수 없게 되며, 여기서부터 나온 것이 이 superficies이다. 결국 주택난을 완화하기 위하여 국가는 건물이 세워져 있지 않은, 도시의 공유지를 보유하면서도 사인(私人)의 건설의욕을 촉진시킬 필요가 있었던 것이다.⁴⁴⁾ 이것이 이 새로운 법적 수단의 목적이다. 따라서 superficies의 원형(原型)은, 국가 또는 지방도시와 사인(私人)과의 사이의 관계 가운데서 찾을 수 있다. 이 제도에 의하면, 공유지에 건물을 세우는 자는 토지구입비를 절약할 수 있고, 한편 국가 또는 지방도시는 그 소유지를 그대로 보유하면서 건축비용을 절약할 수 있고, 또한 일정한 수입(solarium)을 얻을 수 있기⁴⁵⁾ 때문에, 양자 모두 그 이해가 일치하는 것이다. 그리고 이 superficies는 후에는 사유지에도 설정될 수 있게 된다.⁴⁶⁾ 그러나 이 제도도 로마제국이 동서로 분열한 후에는 거의 사용되지 않게 되고, 「황제 유스티니아누스도 이 제도에 흥미를 잃고 있었다. 왜냐 하면 당시의 경제적 상황에 대하여 superficies는 그 기능을 잃고

42) R. W. Lee, *Elements of Roman Law*, 3ed.(1952), 170쪽.

43) Gabriel Lepointe, *Droit romain et ancien droit français(biens)*, 1958), 148쪽.

44) Ourliac, Malafosse, 앞의 책, 86쪽.

45) Ourliac, Malafosse, 위의 책, 372쪽.

46) Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*(1953), 725쪽, Ar. superficies.

있었기 때문이다. 요컨대 택지는 결핍되어 있었다고 하기 보다는 풍부하였던 것이다.⁴⁷⁾

둘째, 그 법적 내용 및 법적 구성에 대하여

로마법에 있어서의 superficies의 법적 내용은 처음부터 정해져 있었던 것은 아니다. 애초에는 건축자가 토지소유자의 동의를 얻어서 자기의 재료로 건물을 건축하였다고 하여도 그 건물은 토지소유자의 소유로 되어 버리고, 그는 타인의 것으로 되어 버린 건물(superficies solo cedit의 원칙 아래에서는 토지와 건물은 일체물이기 때문에 당연히 그 부지인 토지도 포함된다)을 빌리는 형태가 되고, 그 경우에 빌리는 자와 빌려주는 자와의 관계는 locatio conductio rei⁴⁸⁾로서, 빌리는 자의 권리는 droit personnel⁴⁹⁾이었다. 이것은 가령 공유지에 건설이 허락된 경우라도 같으며, 건축물은 공유물(公有物)이 되는 것이다.⁵⁰⁾ 그러나 그 후 이러한 빌리는 자의 권리는 차츰 강화되어 간다. 이러한 강화는 2개의 측면에서 행해졌는데, 하나는 빌려주는 자인 토지·건물소유자와의 관계에 대해서이고, 다른 하나는 제3자와의 관계에 대해서이다. 이 강화가 어떻게 진행되었는가는 그렇게 상세하게 알려져 있지는 않다. 그 권리의 실질적 내용이 어떻게 강화되었는가 라는 것은, 그 권리가 어느 정도 보호받게 되었는가 라는 것에 달려 있으며, 로마법에 있어서는 그것은 어떠한 소권이 인정되고 있었는가에 좌우된다. superficies의 내용 및 소권에 대한 공통항적(共通項的)인 설명은 아래와 같다.

토지·건물소유자와의 관계에서는, 장기성(長期性)⁵¹⁾·상속⁵²⁾ 및 양

47) Ernst Levy, “West Roman Vulgar Law”, *The Law of Property*(1951), 81쪽.

48) Berger, 앞의 책, 725쪽.

49) Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I(1970), 445쪽[역자 주: droit personnel은 대인권으로 번역된다].

50) Levy, 위의 책, 50쪽.

51) Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Recht*, 3 Aufl.(1949), 152쪽; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6 éd.(1918), 392쪽; Monier, 위의 책, 445쪽; Berger, 위의 책, 725쪽;

도가능성⁵³⁾이 부여되었으며, 그 한에 있어서 토지·건물소유권은 형해화(形骸化)하여 갔다. 그러나 토지·건물소유권자는 여전히 지대(地代)(solarium)징수권을 가지고 있었다. 제3자에 대한 관계에서는 *interdictum uti possidetis*와 유사한 *interdictum de superficiebus*에 의한 보호가 주어졌다⁵⁴⁾. 나아가 법무관에 의하여 *actio in factum(cognita causa)*이 부여되었다고 하는 견해도 적지 않다.⁵⁵⁾ 이렇게 하여 *superficiarius*(지상권자)에게는 소유권과 거의 같은, 또는 대단히 유사한 권리가 부여되었던 것으로 되고,⁵⁶⁾ 유스티니아누스 황제의 법문에서는, 지상권자는 *superficies*에 기하여 지상물에 *interdictum utile*[역자 주: 사용특시명령]나 *actio utile*[역자 주: 사용소권]가 인정되는 *servitude*(역권)를 설정할 수 있기까지 되었다고 기술하고 있다.⁵⁷⁾ 이리하여 로마법에 있어서의 *superficies*는 많은 로마법학자들의 손을 거쳐, 결국 「地代를 지불하고 타인의 토지에 건물을 건설한 자가 『지상물은 토지에 따른다』라는 원칙에 의하여 토지소유자의 소유에 귀속한 건물을 마치 소유자와 같이 사용·수익하는 타물권이다」⁵⁸⁾라고 하게 되었던 것이다. 그러나 이와 같은 설명으로 낙착되었

Lee, 앞의 책, 170쪽.

52) Berger, 앞의 책, Girard, 앞의 책, 393쪽.

53) Jörs-Kunkel-Wenger, 앞의 책, 152쪽; Girard, 앞의 책, Kaser는 어디까지 양도성이 인정되었는가는 의문스럽다고 한다(Kaser, 앞의 책, 383쪽).

54) 이 점에 대해서는, 학설은 완전히 일치하고 있다. Buckland, *A Textbook of Roman law from Augustus to Justinian*(1921), 275쪽; Kaser, 위의 책, 393쪽; Jörs-Kunkel-Wenger, 위의 책, 152쪽; Girard, 위의 책, 392쪽; Monier, 앞의 책, 445쪽; D. Pesl, *Das Erbbaurecht* (1910), 8쪽[역자 주: *interdictum uti possidetis*는 부동산점유보유 특시명령으로 번역되며, *interdictum de superficiebus*는 지상권에 관한 특시명령으로 번역된다].

55) Girard, 위의 책, 393쪽; Monier, 위의 책, Lepointe, 앞의 책, 148쪽, etc[역자 주: *actio in factum(cognita causa)*는 사실소권(事實訴權)으로 번역된다].

56) Lepointe, 위의 책, Pesl, 앞의 책, 7쪽.

57) Monier, 위의 책, 445쪽.

58) 柴田光藏, 로마법의 기초지식, 120쪽; 同旨, 原田慶吉, 로마법 개정판, 133쪽; 同, 일본 민법전의 사적 소묘, 112쪽; 船田, 로마법입문, 146쪽; 同 로마법 제2권, 585쪽.

다고 하더라도, 그것은 바로 뒤에 기술하듯이 주로 동로마제국의 법학자의 견해에 기한 것이고, 그 실제의 법적 구성이 어떠한 것이었는가에 대하여 현재의 법학자 간에도 의론(議論)이 있을 수 있는 것은 상상하기 어렵지 않다. 실제 이 superficies에 대해서는 법원(法源)도 비교적 적고,⁵⁹⁾ 그리고 그 법적 내용은 시대에 따라서, 또한 개개의 구체적 사례에 따라서 다르며, 그 실체를 통일적으로 파악하는 것은 곤란하다.⁶⁰⁾ Levy는 이 superficies가 전술과 같은 법적 구성으로 낙착된 추이(推移)에 대해서 다음과 같이 기술하고 있다. 「유스티니아누스는 superficies에 관하여 전혀 언급하고 있지 않다. 그가 상속가능한 건물의 권리에 관하여 논하는 때에는, 그것을 emphyteusis[역자 주: 영차권(永借權)]로 생각하였다. 그것 때문에 그가 superficies를 타물권(ius in re aliena)으로서 확립하였다고 하는 의견에는 찬성하기 어렵다. superficies에 대한 이 설명(해석)은, 특히 D 43.18.1에 의하여 지지되는 것이지만, 그것은 아마도 초기의 동로마제국의 법학자, 보다 정확하게는, 그들 중의 어느 그룹에 그 공(功)을 돌릴 수 있다. 마찬가지로 Digest에 몇 개의 흔적을 남긴 다른 그룹은 superficies에 대하여, 그것이 독자적인 성질을 가지는 하나의 권리(right sui generis)인 점을 부정(否定)한 것처럼 생각된다. 그리고 그들은 이것에 emphyteusis보다 오히려 servitus[역자 주: 역권]의 규칙을 적용하려고 하였다. 그러나 이들 3개의 사고방법 가운데 어느 것도 건물에 대하여 건축자의 소유권이 존재한다는 것을 전제로 하는 것은 아니었다. 어떠한 superficies와 dominium[역자 주: 소유권]의 기본적인 antithesis는 Corpus iuris 가운데 명확히 확립되었던 것이다」⁶¹⁾라고 한다. 그러나 최종적인 superficies의 실질적 내용은 소유권과 거의 같은 권리이고, 사실상 2개의

59) 原田, 앞의 책, 133쪽.

60) 예컨대 황제 율리아누스는 이 superficies에 관하여 건축자에게 소유권을 부여하였지만 다른 황제들은 의견을 달리 하였다고 한다(Levy, 앞의 책, 50-51쪽).

61) Levy, 위의 책, 80-81쪽.

소유권으로 보아도 좋다고 하는 설도 있다.⁶²⁾ 결국, 후세의 학자의 superficies에 대한 견해는, 빌리는 자인 지상권자에게 부여된 superficies의 내용과 superficies의 존재에 의하여 제한을 받는 빌려주는 자의 소유권의 내용을 어떻게 보는가에 달려 있다. 구체적으로는, 로마법에 있어서의 dominium과 iura in re aliena의 구별을 어떻게 생각하는가, superficies에 인정된 소권과 소유권의 그것과를 어디까지 동시(同視)할 수 있는가, 지대지불의무와 소유권과의 관계를 어떻게 보는가,⁶³⁾ 나아가서는 로마법에 있어서의 공유(condominium)나 이른바 상대적 소유권⁶⁴⁾ 또는 분할소유권⁶⁵⁾에 대한 생각방법과 관계가 있는 것으로 생각된다.

여기서 이와 같은 superficies의 물권적 혹은 소유권 유사의 효력을 인정한다고 하여도, 그러면 이 superficies의 효력이 미치는 범위는 어디까지인가. 즉, 건물에 대한 superficies의 효력은 토지에까지 미치는가 어떤가, 반대로 토지소유권자의 소유권의 효력은 그대로 건물에 미치고 있는 것인가. 즉, 전술과 같은 내용을 가지는 superficies가 존재하는 때에도 토지와 건물은 일체라고 하는 superficies solo cedit의 원칙은 그대로 적용되는 것인가 어떤가. 이것은 결국 superficies의 객체가 무엇인가 라고 하는 문제이다. 예컨대 superficies가 superficies solo cedit의 원칙 아래에 있다고 한다면, 그 효력이 가령 소유권과 동시(同視)되었기 때문이라

62) Barry Nicolas, *An introduction to Roman law*(1965), 149쪽.

63) 공화정 시기제 있어서의 공유지(公有地)상의 superficies에 관하여, 그 지대(solarium)지불의무가 세금적 성격을 가지고 있는 점이 있다면, 이 점에서도 지상권자는 완전한 소유권을 가지는 것은 아니라고 하게 될 것인가(吉野樗, 로마법과 그 사회, 119쪽 이하)

64) 로마법에 있어서의 상대적 소유권에 관해서는, 吉野, 로마소유권법사론 참조.

65) 일반적으로 분할소유권(geteiltes Eigentum, domaine divisé)이라는 것은 중세 봉건사회 특유의 토지소유권형태를 지칭하는 것이고, 그곳에서의 객체는 주로 평면적 농지이다. 이와 같은 분할소유권에 대해서는, 片岡輝夫 “프랑스에 있어서의 분할소유권의 역사적 연구”(1)-(3) 國家學會雜誌 64권 10·11·12호 참조. 여기에서는 아래에서 기술하듯이, 그 객체가 문제로 되는 것이다.

고 하여, 반대로 건물에 대한 토지유자의 권리가 소멸하는 것은 아니다. 예컨대 그것이 superficies에 의하여 변용·형해화된 것이어도 토지소유권은 그대로 건물에까지 효력을 미치고 있다고 생각할 수 있다. 그리고 상대방인 지상권자도 토지·건물 쌍방에 대하여 superficies의 효력을 가진다고 한다면, 이들 양자의 권리를 어떻게 부를 것인가는 별론으로 하고, 그 2개의 권리가 하나의 객체(즉, 토지·건물 일체물)에 병존하는 것으로 된다. 이것은, 말하자면, 토지·건물 일체물에 대하여 분할소유권 혹은 상대적 소유권이 성립하고 있다고 보는 것도 가능하지 않는 것은 아니다. 한편 superficies의 효력은 건물에만 미치고 그 부지인 토지에는 미치지 않는다고 한다면, 그곳에서는 토지와 건물과의 사이의 법적 관계가 문제로 되어 버린다. Pesl은 superficies에 관하여, 「어느 사람이 토지에 대한 소유권(Eigentum)을 가지고, 상대방이 그 위에 세워진 건축물에 대한 소유권을 가진다. 건물이 세워져 있는 토지는 제외되고, 그 건물만이 어떤 사람에게 귀속한다 라고 하는 해석은, 항상 엄격하게 superficies solo cedit의 원칙에 고집하고 있는 고대 로마법에 대한 하나의 새로운 창조물(Neuschöpfung)이다. 따라서 superficies의 내용은 타인의 토지에 대한 무제한의 사용권이다」⁶⁶⁾라고 한다. 이 견해는 전술한 견해⁶⁷⁾와 같은 취지의 「지상권은 물권적 성질이 주어지더라도, 권리자가 지상에 축조한 건물은 그의 소유에 귀속하는 것은 아니다. 지상물은 토지에 따른다는 원칙에 의하여, 토지소유자의 소유에 귀속한다. 지상권은 타인의 토지에 타인의 건물을 마치 소유자처럼 소유하는 타물권이다」⁶⁸⁾라고 하는 설과 대립한다. 빈트샤이트도 「superficies는 타인의 물건(토지 및 그 위의 건물)에 있어서의 권리이다」[역자 첨가: Die Superficies wird zu einem Recht an fremder Sache(Grundstück mit der darauf befindlichen

66) Pesl, 앞의 책, 7쪽.

67) Ⅲ. (주 18) 참조.

68) 船田, 로마법 제2권, 585쪽.

Anlage]⁶⁹⁾라고 하여, 후자의 견해에 가담하고 있다고 할 수 있을 것이다.

그 외의 문헌은 이 점에 관해서는 매우 애매하고, 어느 쪽이라도 판별하기 어려운 기술이 적지 않다. 따라서 어느 견해가 정곡(正鵠)을 찌른 것인가를 끝까지 확인하는 것은 곤란하다. 다만, 일본의 로마법 학자는 후설을 지지한다.⁷⁰⁾ 여기서 가령 이 후자의 견해를 전제로 한다면, 그 경우에 엄격한(형식적?)인 법적 구성의 면만을 보면 superficies도 역시 superficies solo cedit의 원칙 아래에 있으며, 따라서 지상권의 효력은 토지·건물 쌍방에 미친다고 하게 된다(다만, 토지의 어디까지 미치는가는 문제이기는 하지만). 그리고 superficies에 대한 이와 같은 구성을 승인한다고 한다면, 로마법의 superficies는 토지와 건물을 별개의 물건으로 파악하는 법적 구성의 카테고리에는 넣을 수 없게 된다. 그리하여 일본에서 똑같이 지상권이라고 하는 명칭으로 불리워지고 있는 독일의 Erbbaurecht, 프랑스의 droit de superficie, 그리고 일본의 지상권과는 그 법적 구성에 있어서 명확히 다르다고 하게 된다. 후일, 다른 기회에, 이들의 여러 제도에 대하여 비교검토를 할 예정이지만, 여기에서는 로마법의 superficies의 구성을 생각함 있어서 어떠한 시사를 줄 수 있을 것으로 생각되는 프랑스법의 droit de superficie의 구성에 대하여 다루어 보고자 한다.⁷¹⁾

프랑스법의 droit de superficie에 관한 설명 가운데 「프랑스의 droit de superficie는 공유(共有)(indivision, copropriété)가 아니라 토지소유자와 지상권자는 별개의 물건에 대하여 소유권을 갖는다」⁷²⁾라고 하는 것이

69) Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 4 Aufl.(1875), Bd.1, 711쪽.

70) Ⅲ. (주 18) 참조.

71) 프랑스법에 있어서의 droit de superficie는 민법전에 명문의 규정은 없고, 모두 판례·학설에 의하여 그 법적 내용이 형성되어 온 것이다.

72) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, t. 2, 4 éd. par Michel de Juglart, 73쪽; Alex Weill, *Droit Civil, les biens*(1970), 574쪽; Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. 1(1915), 777쪽; Ripert, Boulanger, *Traité de Droit Civil*, t. 2(1957),

있다. 만일, superficies solo cedit의 원칙에 따른다고 한다면, 지상권자가 건축한 건물은 토지소유권에 흡수되어 버릴 터이다. 그런데 droit de superficie에서는 그러하지 않다고 하는 것이다. 즉, 건물에 대한 지상권자의 소유권은 소멸하지 않는 것이다. 그렇다고 한다면, 토지와 건물과는 일체라는 원칙 아래에서는 건물소유권의 효력은 토지에까지 미치고, 반대로 토지소유권의 효력은 건물에 미치는 것으로 되며, 그리하여 어쨌든 근대법에 있어서의 완전·원활한 소유권이라고 한다면, 결국 동일목적물에 대하여 2개의 소유권이 병존한다고 하게 된다. 여기서 로마법의, 그 원칙 아래에 있다고 하는 설에서의 superficies의 궁극적인 법적 구성을 상기(想起)해 보자. 토지·건물 일체물에 대하여 병존하는 2개의 권리, 이것을 분할소유권적인 것으로 보는가, 공유라고 보는가의 차이는 있지만, 여기서 유사성을 찾는 것도 불가능한 것은 아니다. 그러나 여기서 말하는 「공유」의 객체가 로마법의 그것과 동일하다고는 할 수 없다. 어쨌든 프랑스법의 droit de superficie는 그 원칙의 예외를 이룬다고 하는 것이 바로 전술(前述)의 설명이다. 즉, 토지와 건물은 별개의 물건으로 구성하고 있는 것을 보여주고 있는 것이다. 그렇다면, 로마법을 계수하고, 그리고 superficies solo cedit의 원칙도 계수한 프랑스법이 그 droit de superficie에 대하여 왜 이와 같은 구성을 채택하게 되었는가. 이 점에 대해서는 원고를 달리하여 논할 예정이지만, 그 해명의 실마리로 될 수 있는 몇 개의 요인만을 열거한다면, superficies solo cedit의 원칙의 강행규범성의 완화(프랑스 중세의 관습법의 영향을 받았다고 생각된다)라든가, 근대법에 있어서의 공유제도의 법적 성질과 그 기능(근대법에서는 일물일권을 원칙으로 한다) 및 분할소유권의 존재불가능성(근대적 토지소유권은 분할소유권의 부정 위에서 성립한다) 등이 생각된다.

그렇다고 하여도, 로마법에 있어서의 superficies의 법적 구성의 설명이 애매한 것에 대한 원인은 무엇인가. 하나는, 그것이 주로 공유지(公有

地)에 설정되었기 때문에 국가 또는 지방도시와 사인(私人) 간의 법적 관계 때문에 사법상의 문제로서 보다는 공법상의 문제로서 취급되었던 것같고,⁷³⁾ 그곳에서는 지상권자와 토지소유자는 사법적 관계에 있어서 대립하는 것이 없었기 때문에 그 법적 구성의 엄밀화(嚴密化)가 그만큼 필요하지 않았던 것은 아닌가. 그렇다고 한다면, 이와 같은 법적 구성에 관한 기술이 법문상에 나타나는 것은 있을 수 없고, 그리고 전술과 같이 superficies에 관한 법원(法源)이 비교적 적었다고 하는 점도 이것에 박차를 가하였을 것이다. 그러나 그것만일까. 혹은 나아가 법률가의 의식이라고 하는 것에도 관계가 있는 것은 아닌가. 즉, 원칙으로서 토지와 건물을 일체적 구성으로 하는 유럽사회와 토지·건물을 별개의 물건으로 구성하고 그 때문에 토지·건물 간의 법적 구성에 관심을 쏟지 않을 수 없는 일본에서는 법률가의 연구의식에도 차이가 있는 것은 아닌가. 그러나 이 점에 대해서는 단순한 억측에 지나지 않고, 그 검증은 장래의 검토에 맡긴다.

IV. 맺는말

이상에서 superficies solo cedit의 원칙과 superficies의 법적 구성 및 그 기능, 그리고 이 양자의 관계에 대하여 개관하여 왔지만, 마지막으로 로마제국의 전(全) 시대를 통하여 이 양자가 어떻게 소장(消長)하였는가를 하고 하는 점을 간단히 정리함으로써 본고의 결어에 갈음하고자 한다.

명확하지 않기는 하지만, superficies solo cedit의 원칙은 로마제국의 상당히 이른 시기부터 존재하였는 듯하고, 가이우스는 12표법의 「가옥 또는 포도나무헛대(架)에 사용된 들보(梁木)를 파괴해서는 아니된다」(T

73) 船田, 앞의 책, 584쪽.

abula VI.7.)고 하는 부합에 관한 법문(法文)을 이 원칙을 전제로 하여 주해(註解)하고 있다⁷⁴⁾. 고전법 시대에는 이 원칙이 적용된 법문이 상당히 존재하는 한편, 그것과 나란히, 타인의 사유지에 건물을 세운 선의의 건축자는 그가 들인 비용이 상환될 때까지 그 건물을 보유(keep)할 수 있었다든가, 건축자는 선의·악의에 관계없이 그가 들인 비용에 대한 권리를 가지고 있었다든가, 토지소유자의 허가를 얻어서 건물을 세운 때는 그 건물은 토지소유자에 속하지 않고서 건축자에 속하였다고 하는 것과 같은 것도 없는 것은 아니었던 것 같다.⁷⁵⁾ 또한 공유지(公有地)에 있어서의 superficies의 활용도 행해져서, 결국 이 양자는 원수정(元首政) 시대를 통하여 병존하였던 것이다. 그러나 후기제정(後期帝政)에 이르면 superficies solo cedit의 원칙도, 또한 superficies도 그 기능을 제대로 수행하지 못하게 되어 버렸던 것이다. 왜냐 하면 로마제국에 있어서의 경제적 활동의 정체(停滯)는 사람들의 활발한 토지이용에 대한 의욕을 침묵시켰기 때문이다. 한편 비속법(Vulgarrecht)에 있어서는 소유권(dominium)과 타물권(iura in re aliena)의 준별이 애매하게 되고, superficies에 관해서도 마찬가지로 애매하게 되었다. 즉, 공유지(公有地) 위의 지상권 설정자의 지위도, 비속화된 소유권의 병존으로 생각하는 것이 가능하게 되었다.⁷⁶⁾ 그러나 superficies에 대하여 비속법의 법률가는 거의 관심을 보이지 않았던 것 같다.⁷⁷⁾ 요컨대 유스티니아누스 황제의 일련의 법전편찬에 종사한 법학자들은 원수정 시대에 이 양자가 존재하고 있다는 이유만으로 이들을 법전에 기재한 것이다.⁷⁸⁾ 나아가, 시대가 지나서, 서로마

74) 佐藤篤士, LEX VII TABULARUM, 118쪽 이하.

75) Levy, 앞의 책, 53-54쪽.

76) Levy, 위의 책, 67쪽; 吉野, 앞의 책, 263쪽.

77) Levy, 위의 책, 49쪽.

78) 동로마제국의 법학자들은 superficies가 소유권의 indivisibility(불가분할성)에 저촉한다는 것을 인정하고 있었지만, 그것을 이론적으로 정리하기를 지체하였던 것이다. 여기서 그들은 단지 그것을 독자적인 제도(institution sui generis)로 방치하는 것으로 만족하

제국이 쇠퇴·몰락하고, 게르만 민족국가가 건설되면, superficies solo cedit의 원칙 자체가 강행규범성을 잃고, 사람들이 원한다면 토지와 건물이 다른 사람에게 귀속하는 것이 가능하게 되었던 것이다.⁷⁹⁾ 그리고 유럽은 드디어 중세 봉건시대를 맞이하게 되는데, 거기에 있어서의 토지·건물 간의 법적 구성은 일단 그대로 두고서, 다시 이 superficies solo cedit의 원칙 및 그 예외적 구성이 함께 햇빛을 보게 된 것은 독일보통법·독일민법·프랑스민법 등에 있어서이다. 이들 여러 법에 있어서의 superficies solo cedit의 원칙과 예외적 구성의 관계 및 그 예외적 구성의 제도가 로마법의 superficies과 어떠한 관련성이 있는 것인가, 그리고 그것들이 어떠한 기능을 수행하였는가. 여러 국가에 있어서의 그것의 생성과 발전은 로마법에 있어서의 superficies의 그것과는 상당히 다른 양상을 보이는데, 그에 관해서는 다음 기회에 논하고 싶다.

끝으로 한마디 붙인다면, 이와 같이, superficies solo cedit의 원칙이 의거하게 된 근거가 토지 및 지상물의 물리적 성질과 이것에 대한 사람들의 의식에 힘입은 바가 크다면, 토지와 건물 간의 법적 구성을 결정하는 하나의 요인으로서 권리의 객체의 구조, 재질(材質) 그리고 그것들에 대한 권리의 주체인 사람들의 의식이라고 하는 것이 생각된다. 이것은 로마시대이든 현대이든 기본적으로는 다를 바가 없을 것이다. 따라서 객체의 구조 및 재질이 변하여 간다면, 당연히 사람들의 그것들에 대한 의식도 변화하여 갈 것이다. 그렇다고 한다면, 현대에서 가까운 장래에 걸쳐서, 보다 합리적으로 타당성을 가지는 토지·건물 간의 법적 구성을 생각하는 경우에도 이 점을 충분히 고려하지 않으면 안될 것이다.⁸⁰⁾

었던 것이다(Nicholas, 앞의 책, 157쪽).

79) Levy, 앞의 책, 95쪽.

80) 현대의, 고층빌딩으로 대표되는 도시의 건축물은 반영구적으로 그 독립존재성(identity)을 상실하지 않는 철강, 유리, 기타의 화학합성물로 이루어지며, 그것은 바로 인공물(人工物)이다. 예컨대 그 건축물이 붕괴하였다고 하여도 대지(大地)에 환원되는 것은 아니다. 따라서 목조건물은 토지의 영구성에 비하여, 쉽게 소실(消失)하여 버린다고

그러나 현대사회에 있어서는, 그러한 점들만으로부터 단순히 결론을 도출하는 것은 아니된다. 왜냐 하면 거기에는 또한 고려되어야 하는 많은 사회적 경제적 요인이 존재하고, 또한 그들과의 상호관계에 있는 법제도가 다수(多數) 존재하기 때문이다. 따라서 앞으로 법적 구성을 생각함에 있어서는, 권리의 객체의 물리적 성질 및 그것에 대한 사람들의 의식뿐만 아니라, 그것이 사회의 요청에 합치하는가 어떤가,⁸¹⁾ 그리고 그 사회가 지향하는 목적을 실현시키기 위한 하나의 수단으로서의 법에 있어서의 합리성, 타당성, 정합성(整合性)을 어디까지 만족시킬 것인가 라고 하는 관점을 부가하여 검토하지 않으면 안될 것이다. 현대에는 모든 사회현상에 대하여 법의 개입이 불가피하게 되어 있고, 이는 장래 점차 증대하여 갈 것이기 때문에, 다소 객체의 물리적 성질이나 그것에 대한 사람들의 의식에 저촉 또는 대립하는 것과 같은 것이 있을 지라도, 전술(前述)한 목적을 실현하기 위해서는 그 수단으로서의 법적 측면을 보다 중시하지 않으면 안되는 점도 있을 것이다. 여기서, 해결곤란한 법적 문제의 발생을 미연에 방지하고, 또한 발생할 법적 문제를 가능한 한 합리적으로 처리하기 위한 기술(技術)로서의 법적 구성이 필요하게 되는 것이다.

(투고일 2009년 5월 15일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 가이우스, 분할소유권, 상대적 소유권, 소유권, 역권, 유스티니아누스, 지상권

하는 점에서 토지와 건물은 별개의 물건이라고 하는 일반사회통념이 있다고 한다면, 반대의 의미에 있어서, 즉 현대의 건축물은 영구적으로 대지라고 하는 자연물에 환원되는 것은 아니라는 의미에 있어서, 토지와 건물은 별개의 물건이라고 하는 사회통념이 인정될 가능성이 있는 것은 아닐까.

그리고 이것은, 현대 및 장래의 토지와 건물 간의 법적 구성을 생각함에 있어서, 역시 중요한 시사를 준다고 할 수 있을 것이다.

81) 로마시대에 있어서의 superficies의 생성, 발전, 쇠퇴도 이 사회의 요청에 의한 것이다. Pesl, 앞의 책, 7쪽.

[Abstract]

The Legal Relation between land and building in the Roman Law

Sang-Tae Lee*

Almost of western countries take the principle of “superficies solo cedit” (things attached to land become part of it) which had been established in the Rome Law. Thus if a building is erected or a chattel is affixed to land, then it will itself become part of land, unless otherwise granted or conveyed.

But the Korean legal system, as well as the Japanese legal system, makes an exception of building, although it takes the principle of “superficies solo cedit” as a general rule. According to the Korean legal system, building is treated as an immovable independently of land.

By the way, since the Korean Civil Act has been enacted, technology of construction and materials of buildings was extravagantly changed and developed. So a question arises whether the Korean legal system where building is treated as an immovable independently of land appropriate until now. In order to answer this question, it would be very useful to scrutinize history of the principle which most western countries have taken.

In this theses, as a part of that scrutinization, one article, the title of which is “The Legal Relation between land and building in the Roman”,

* Professor, Law School, Konkuk University.

is translated. That article is a part of the book, which was written by Miyoshi Noboru, Japanese Professor in the year of 2002.

Key Words : Gaius, Divided Ownership, Relative Ownership, dominium, servitude, Justinianus, superficies

Dear Prof Sang-Tae, Lee

I am very glad to receive your mail.

It is my great pleasure to give you my permission of translation of my works.

I am so happy to be of service.

If you have any question about my works, Please contact to me.

When your works will be published, Please send to me one.

Yours Sincerely.

Prof. Noboru Miyoshi

----- Original Message -----

From: 이상태

To: nmiyoshi@hakuoh.ac.jp

Sent: Tuesday, May 12, 2009 5:01 PM

Subject: 三好 登

Dear Prof. 三好 登(Miyoshi Noboru)

I am very glad to write this letter to you.

I am professor of Konkuk University(建國大學校) at Seoul in South Korea.

My major is the Civil Law(民法), especially Property Law(物權法).

As it is my interest sphere, with a deep impression I have read your book of “土地·建物の法的構成”, which was published by Seibundo Publishing Co.(成文堂).

By the way, I have made up my mind to translate a part of your book

into korean in order to spread out your writings widely.

So I have already translated a part of your book(p.21-42), 「ローマ法における土地-建物間の法的構成」, into Korean, as it is attached here with.

If I can obtain your approval, I am going to publish it on the Law Review of my University.

It would be highly appreciated that I could get your permission.

Sincerely yours

Sang-Tae, Lee.

Attached File

1. 履歷書(Curriculum Vitae)

1. 翻譯 原稿