

## 〈判例研究〉

# 立稻 기타의 農作物의 所有關係에 관한 判例研究

郭 潤 直\*

### Ⅰ. 머 리 말

土地에 심은 植物이나 또는 그것에 생기는 果實은 土地에 附屬하는가? 이 문제에 대하여 어떠한 해답을 주느냐는 우리 나라의 특수한 사정에 비추어 대단히 중대한 결과에 관계된다. 經濟적으로 우리 나라는 예로부터 農業國家였을 뿐만 아니라, 지금도 農業은 중요한 의의를 가지고 있다. 한편 農地의 所有者와 耕作者가 분리되는 이른바 小作關係가 지난날에 대단히 많았고, 그것이 커다란 社會問題를 이루고 있었음은 우리가 잘 아는 사실이다. 여기서 農地를 耕作者인 農家에게 分配하고 農地의 小作을 全적으로 부인함으로써 「耕作有田」의 이상을 실현하고자 1949年에 農地改革法의 制定을 보았고, 또한 現行憲法이 農地의 小作制度를 금지하고 있음은 周知의 사실이다(憲法 第113條). 그런데 法律上으로는 小作制度가 금지되어 있다고 하지만, 사실상으로는 지금도 여전히 적지 않은 不在地主를 낳고 있음은 우리가 시인하지 않을 수 없는 슬픈 현실이다. 이러한 여러 사정은 土地와 그 위의 農作物 특히 立稻와의 관계, 바꾸어 말하면 農地의 所有者와 耕作者가 서로 다르고 특히 耕作者가 그 土地를 耕作할 權原이 없는 경우에 耕作된 立稻 기타의 農作物의 所有關係를 法律적으로 어떻게 보며 또한 理論構成하느냐에 따라서 초래되는 결과에 있어서 차이가 대단히 중요한 것임을 말하여 준다.

이 문제에 관하여 大法院은 아주 특수한 理論을 展開하고 있으며, 그것이 判例로서 確定되어 있음은 주목할 사실이 아닐 수 없다. 本稿는 그러한 判例理論을 분석·검토하려는 데 그 목적이 있다.

이 곳에 아울러 적어 둘 것은 本稿는 筆者가 「서울大學校民事判例研究會」의 1968年 11月の 모임과 1969年 6月の 모임에서 발표한 것을 기초로 하여 정리한 것이라는 점이다.

\* 서울大學校 法科大學教授·法學博士

## II. 大法院의 判例

立稻의 所有關係에 관한 大法院의 判決로서 筆者가 찾은 것이 넷이고, 立稻 이외의 農作物에 관한 것이 하나 있다. 조사 부족으로 찾아내지 못한 것이 또 있을런지 모르나, 이들 다섯 判決은 우리의 문제에 관한 大法院의 태도 내지 判例를 아는데 충분하다고 생각한다. 차례로 소개하기로 한다. 소개에 앞서서 한 가지 諒解를 求할 것이 있다. 각 事件의 소개에 있어서 「事實」의 摘示는 이를 하지 않기로 한다. 原審判決을 얻을 길이 없었고, 判決과 上告理由만으로 事實을 파악하여 적는다면 正確性を 벗어날 위험을 느꼈기 때문이다. 또한 事件에 따라서는 上告理由도 이를 얻지 못한 것이 있다. 그러나 우리의 論點을 다루는 데는 이하의 소개만으로서 충분할 것이다.

[A] 1963년 2월 21일 판결<62 다 913 입도소유권확인>——파기환송

### [判決要旨]

權原없이 타인의 土地를 耕作하였다 하더라도 그 立稻가 상속하여 독립한 物件으로서의 존재를 갖추었으면 立稻의 所有權은 耕作자에게 귀속하고, 土地使用의 法律關係는 이를 별도로 처리하여야 한다. 土地所有權자가 그 土地에 附屬한 物件이 아닌 것까지도 그 所有權을 취득한다는 法理는 있을 수 없기 때문이다.

### [判決理由]

원판결은 본건 입도에 관한 원고의 정구를 배척하는 이유로서 가사 원고가 본건 입도를 경작한 것이라 할지라도 원고는 본건 토지의 소유권을 취득한 사실이 없으므로 이는 타인의 토지를 권원없이 경작한 것이 되므로 본건 입도의 소유권도 없다고 할 것이다 라고 판시하였다. 그러나 원고가 과연 본건 토지 위에서 경작행위를 하여 본건 입도가 상속하여 독립된 물건으로서의 존재를 갖추었다면 이에 관한 소유권은 응당 원고에게 귀속되어야 할 것이요, 토지사용에 대한 법률관계는 이를 별도로 처리되어야 할 것이고 토지소유권자가 그 부동산에 부합한 물건이 아닌 것까지도 그 소유권을 취득한다는 법리는 존재할 수 없다. 원심은 모름지기 원고가 본건 토지를 경작하게 된 경위 내용 기간 입도의 상속정도 기타 문제점을 좀더 조사하였어야 할 더인데 토지에 대한 소유권이 원고에게 없으니 가사 원고가 본건 토지를 경작하였다 하여도 이는 타인의 토지를 권원없이 경작한 것이 되므로 본건 입도의 소유권은 원고에게 없다고 판단한 것은 심리비진 이유불비의 위법이 있고 논지는 이유 있다.

### [上告理由]

原審判決은 理由後段에 假使 原告가 本件土地를 耕作하였다 하더라도 權限없이 耕作한 것이 되므로 立稻에 對한 所有權이 없다 判示하였으나 原告의 本件農地에 對한 耕作行爲가 其立稻가 成熟하여 別個의 動産이 되기 以前에 中斷되었다면 其立稻는 農地의 一部를 構成하는 것이므로 農地所有者에 歸屬된다 할 수 있을 것이나 原告의 耕作行爲가 繼續되어 原告의 費用과 努力으로서 其立稻가 成熟하여 社會觀念上 其農地와 別個의 獨立된 動産이 된 以上 其動産은 耕作者 即 原告의 所有라고 보는 것이 一般社會觀念과 法律感情에 符合된다 할 것인 바 原審은 此點에 對하여 何等의 究明이 없이 漠然히 原告에게 所有權이 없다 認定한 것은 審理未盡 理由不備 乃至 法律違背의 誤判인.

[B] 1965년 7월 20일 판결<65 다 874 업무방해금지가처분>——파기환송

[判決要旨]

(1) 農地를 適法히 買受하여 所有權을 취득하였으나 아직 그 引導를 받지 못하고 있는 買受者가 그 農地를 종래 占有·耕作해오고 있는 者의 占有를 侵犯하여 違法한 耕作行爲를 하였고, 한편 종래의 占有者도 자기에게 耕作權이 있다하여 계속 耕作한 때에는, 그 共同耕作으로 생산된 立稻는 특별한 사정이 없는 한 그들 양인의 共有에 속한다.

(2) 河川敷地의 使用權을 그 處分權없는 者로부터 양도받았다고 하더라도 그 讓受는 無效일 뿐만 아니라 아직 그 引導를 받지 못하고 있음에도 불구하고 그 土地를 占有하는 者의 占有를 侵犯하여 違法한 耕作行爲를 하였고, 한편 종래의 占有者는 자기에게 耕作權이 있다하여 계속 耕作한 경우에는, 이 共同耕作으로 생산된 立稻는 특별한 사정이 없는 한 그들 양인의 共有에 속한다.

[判決理由]

원판결에 의하면 원심은 피신청인은 1963. 10. 10. 신청의 김○○로부터 그 소유인 본건 논 2,161평을 매수하여 소유권 이전등기를 완료하였다는 사실, 본건 하천부지 885평은 소외李××(위 김○○의 배연의 부)이 당국으로부터 농경을 위하여서의 점유허가권을 얻은 토지인 바 피신청인이 1963. 3. 19. 위 김○○로부터 그 점유권을 양수하였다는 사실, 위 논과 하천부지 점유권을 피신청인이 매수 또는 양수하였다 하여도 아직 그 인도를 못하고 위 매매당시 실지 점유 경작하고 있는 위 李××이가 여전히 위 양수토지를 경작하였다는 사실, 1964년도에 피신청인은 본건 토지들을 자기가 매수 또는 양수하였다 하여 李××이가 점유하고 있는 본건 토지에 불법침입하여 “묘관”을 설치하고 이식을 하므로 李××은 자기에게 경작권이 있다 하여 자기 점유중에 있는 본건 토지를 또 경작하여 결국 본건 토지를 위 李××과 피신청인이 공동경작을 하였다는 사실, 李××은 1964. 10. 1. 본건 토지 위의 입도를 신청인에게 금 75,000원으로 매도하였다는 사실을 인정하였다.

그렇다면 위와 같이 피신청인이 본건 논 2,161평을 적법히 매수하여 소유권을 취득하였다 하여도 아직 인도를 받지 못하였고, 본건 하천부지는 그 처분권이 없는 자로부터 사용권을 양수하였다 하여도 그 양수는 무효라 아니 할 수 없을 뿐 아니라 아직 그 인도를 받지 못한 피신청인이 본건 토지를 점유하고 있는 李××의 점유를 침범하여 “묘관”을 설치하고 이식을 하는 등의 경작행위가 가사 위법된 행위라 하여도 그 경작으로 인하여 생긴 입도는 경작자인 피신청인의 소유에 귀속된다 할 것이며 (대법원 1963. 2. 21. 선고, 62 다 913 판결참조), 또 李××은 본건 논 2,161평에 대하여 소유권이 없으므로 그 경작이 가사 불법경작에 해당된다 하여도 매수인은 아직 인도를 받지 못하고 여전히 李××의 점유중에 있는 이상 자기점유중에 있는 본건 토지를 경작하여 생긴 그 입도는 역시 李××의 소유라고 아니할 수 없으므로 결국 본건 토지들을 피신청인과 李××이가 공동경작을 하므로서 생산된 본건 입도는 특별한 사정이 없는 한, 위 양인의 공유에 속한 것이라 할 것이며, 공유자의 한 사람인 李××으로부터 본건 입도를 매수하였다는 신청인의 주장은 그 공유물의 분할이 없는 한, 그 지분을 매수하였음에 불과하다 할 것인 바, 원심이 본건 입도 전부를 신청인이 매수하였다는 전제하에 본건 가처분신청을 허용하였음은 피신청인과 소외 李××간의 본건 입도에 대한 공유관계 여부, 그 분할 여부, 공유물 관리에 관한 사항들을 심리하므로써 신청인의 본건 피보전채권 유무를

심리 판단하여야 함에도 불구하고 원심이 이와 같은 조치를 취하지 아니한 심리미진의 위법이 있다 아니할 수 없으므로 그 외의 논지에 대한 판단을 생략하고 원판결은 부당하다 하여 파기하기로 하고 원심으로 하여금 다시 심리판단케 하기 위하여 관여법관 전원의 일치된 의견으로서 주문과 같이 판결한다.

[C] 1967년 7월 11일 제 1부 판결<67 다 893 손해배상>—파기환송

[判決要旨]

타인의 農地를 權原없이 경작하였다 하여도 그 경작으로 생긴 立稻는 耕作者の 소유에 돌아가고, 피차 자기에게 경작권이 있다하여 동일한 농지를 서로 경작함으로써 결국 共同耕作을 한 경우에는 그 立稻에 대한 所有權은 그들 共同耕作者の 共有에 속한다는 것이 大法院의 判例이다.

[判決理由]

원심이 인정한 사실은 다음과 같다. 즉, 본건 토지는 농지개혁법 실시전에 소외 박도원, 박인빈, 박재웅 3인 공동소유였던 것을 원고가 1965. 6. 3. 매수하여 소유권 이전등기를 하였다는 사실, 소외 김병기는 위 토지 중 도로에 면하고 있는 일부분을 매지로 만들어 가옥을 건축하여 매지로서 점유하고, 나머지 토지는 농지로서 경작을 하였으나, 농지개혁법 실시후에도 농지분배를 받은 바 없이 계속 경작을 하여 오다가 위 김병기는 위의 매지부분의 토지를 1951년도부터 논으로 개답하여 농지로 경작을 함으로써 (위의 가옥은 6·25 사변당시 소실되어 그 매지를 개답한 것이다) 위의 토지 전부를 경작하여 오던 중 이를 자기 소유라 하여 소외 김수술에게 매도하고, 김수술은 소외 김상술에게, 김상술은 소외 백재문에게, 또 백재문은 1958년 1월 6일(음력 11월 28일) 피고의 부친 김전응에게 각각 매도하여 피고의 부친은 적법히 인수한 후 계속 경작을 하여오던 중 원고는 위에서 말한 바와 같이 1965. 6. 3. 소유권 이전등기를 한 후 자기 소유라 하면서 피고 부친이 경작하고 있는 본건 농지에 침입하여 “드문드문” “모”를 심어 농자, 피고는 다시 “모”를 제대로 심고, 원피고는 서로 경작을 방해하면서, 서로 “김”을 매고, “시비”를 하여 왔던 바, 피고는 1965년 가을, 위의 토지에서 수확된 나락 33두를 자기 소유라 하여 수확하여 갔다는 것이다.

타인의 농지를 가사 권원없이 경작을 하였다 하여도 그 경작으로 인한 입도는 그 경작자의 소유에 귀속되고, 피차 자기에게 경작권이 있다 하여 동일한 농지를 서로 경작함으로써 결국 동일한 농지를 공동경작을 한 경우에는 그 입도에 대한 소유권은 위의 공동경작자의 공유에 속한다고 함이 종전 본원의 관례이므로(1965. 7. 20선고, 65 다 874 사건 판결) 본건에 있어서 원심이 인정한 바와 같이 본건 농지를 원피고가 서로 경작권이 있다 하여 서로 “모”를 심고, 서로 풀을 매며, 시비를 함으로써 공동경작을 하였다면, 피고가 수확을 하여간 나락 33두는 원피고의 공동소유에 속한다고 하여야 할 것임에도 불구하고, 원심이 피고가 적법히 매수한 것으로 믿고 점유 경작한 것이라 할 것인즉, 본건 나락은 선의인 피고의 소유에 귀속된다고 하여야 할 것이라는 취지로 판단하였음은 위에서 말한 바와 같은 법리를 오해한 위법이 있다 아니할 수 없으므로 그외의 상고이유에 대한 판단을 생략하고, 원판결은 부당하다 하여 파기하기로 한다.

[上告理由]

소개할 가치가 없으므로 省略함.

[D] 1968년 3월 19일 제 1부 판결 <67 다 2729 정조인도>——상고기각

[判決要旨]

農地所有者가 타인에게 그 農地를 경작할 것을 승락하여도 특별한 사정이 없는 한, 그 小作契約는 無效이나, 그에 의거한 경작으로 인한 立稻의 所有權은 그 農地에 대한 所有權과는 별도로 耕作者의 所有에 귀속한다.

[判決理由]

원심이 확정한 사실은 다음과 같다. 즉 본건 농지에 대하여 부산지방법원 66 다 457로 임의경매절차가 진행중(채권자이며, 경매신청인은 소외 A, 본건 농지의 소유자는 소외 B) 1966. 7. 18 원고에게 경락되어 그 경락허가결정이 있었고, 위 결정은 1966·7·26 확정되었으며, 원고는 1966·8·5 경락대금을 납부하므로써 1966·8·22 원고명의로 소유권 이전등기가 되었다는 것이며, 피고는 본건 농지에 대하여 전 소유자인 소외 C의 승락을 얻어 1966년 봄에 “모”를 심고 “김”을 맨 후 가을에 본건 입도를 추수를 하였다는 것이다.

그렇다면 원심이 본건 경조에 대한 소유권은 경작자인 피고에게 귀속되었다 할 것이고, 원고가 위에서 말한 바와 같이 본건 농지에 대한 소유권을 취득하였다 하여도 그 위에 있던 입도에 대한 소유권을 원고가 당연히 취득하였다고는 할 수 없다는 취지로 판단하였음은 정당하고, 가사 소론과 같이 농지개혁법에 의하여 농지에 대한 소작은 허용될 수 없고, 농지소유자가 타인에게 경작할 것을 승락하였다 하여도 특별한 사정이 없는 한, 무효라 하여도 「정당한 권원없이 타인의 농지를 경작한 자라 하여도 그 경작으로 인한 입도에 대하여서의 소유권은 그 농지에 대한 소유권과는 별도로 그 경작자의 소유에 귀속된다」고 함이 종래 본원의 판례취지이므로 (1965·7·20 선고 65다874 판결 참조), 이와 반대된 견해로서 원판결을 공격하는 논지는 독자적 견해로서 채용할 수 없다.

[上告理由]

原判決은 競賣法과 農地改革法 第17條 및 民法 第102條를 無視한 判決이다.

即 本件 係爭目的物인 正租는 根抵當權實行으로 인한 任意競賣農地上에 栽培된 作物이며 同競賣는 모심기 即後인 1966·7·18(慶南地方의 모심기는 夏至무렵인 6·20頃에 始作하여 初伏무렵인 7·19頃에 마칠) 競落許可決定되고 同月26日 確正되어 同年 8月5日 代金納付하고 同月 22日 所有權移轉登記를 畢한 것이며, 原告는 그 競賣에 있어서 法院의 競賣記錄을 閱覽하고 그 記錄上 表示와 執達吏의 貸貸借 有無의 調査報告書 記載事項을 信憑하고 이를 競落한 것인 바, 그 競賣目的物上에 栽培된 未成熟 未分離果實은 當然 競落者인 原告의 所有에 歸한 것이며 同競賣事件에 있어서 何等의 利害關係者申告나 執達吏의 貸貸借 有無의 調査報告書上에도 나타난 바 없는 被告가 突然 出現하여 競落日의 物地上에 栽培된 地上物을 그 所有라 主張하고 이를 收穫하였던 것임.

그런데 原審은 叙上 事理에 不當한 一審證人 ○○○ 原審證人 ○○○의 證言을 믿고 위 正租는 被告가 前所有者 C로부터 耕作權의 承認을 얻어 그해 봄에 모를 심고(慶南地方은 봄에 모를 심지 않음) 김을 맨뒤에 이를 가을에 秋收한 것이므로 被告의 所有라 認定한 것이나,

이는 農地改革法 第17條의 規定에 依하여서도 小作이나 貸貸, 使用貸借, 委託經營等 一切의 所有者 아닌 他人耕作을 認定할 수 없는 것이며 假令 위와 같은 強行法規를 違反하고 前所有者와 被告間에 使用貸借 乃至 委託耕作한 事實이 있었다고 假定하더라도 競賣時 未分離地上物에 對한 價値도 考慮하여 價格을 呼價하는 것인 바, 一段 元物이 競落된 以上 未分離果實이 當然 競落者의 所有에 歸한

다 함은 吾人의 常識이며 判例도 그렇게 認定해온 것인 바 競落을 當하는 物件所有者와 耕作者間의 利害關係는 그들끼리 解決할 問題이며 이를 들어 善意이며 過失없이 取得한 競落者에 對抗할 何等의 法的根據가 없는 것이다. 따라서 原審이 採用한 證據나 事實認定은 모두 뒤에서 든 諸點을 看過하고 한 違法이 있다.

[E] 1968년 6월 4일 제 1부 판결<68 다 613, 614 손해배상(본소, 반소)>—상고기각

[判決要旨]

남의 土地에 대하여 이를 사용·수익할 權限없이 함부로 약초·양파·마늘·고추 등의 農作物을 경작한 경우에 그 農作物의 所有權은 여전히 耕作者에게 있는 것이며, 따라서 그 수확도 耕作者만이 할 수 있고, 이들 農作物이 그 基地의 所有者에게 귀속되는 것은 아니다.

[判決理由]

피고들 대리인의 상고이유를 본다.

(1) 본소청구에 대한 제1, 2, 4점과 반소청구에 대한 제 1점에 관한 것을 함께 본다. 원심은 다음과 같은 사실을 인정하고 있다. 즉 원고는 그 남편인 李○○의 도움을 받아서 1966년도에 경북 대구시 소유인 밭 750여평(경북 달성군 화원면 화원 유원지부근) 중 450여평에는 소자(약초)를, 80여평에는 양파를, 30여평에는 마늘을, 50여평에는 고추를, 100여평에는 보리를 심고 있었는데, 피고들이 1966·4·22 함부로 위의 밭에 들어와서 파헤치고 위의 재배물들을 못쓰게 만들었다 한다.……(中略)

(2) 본소청구에 대한 상고이유 제 1점에 대하여, 실사 논지가 주장하는 것처럼 이 사건의 원고가 대구시 소유의 남의 토지에 대하여 이것을 사용, 수익할만한 권한이 없이 함부로 농작물을 경작한 경우라 할지라도 원고가 심은 소자, 양파, 마늘, 고추 따위의 소유권은 여전히 원고에게 귀속되는 것이요, 따라서 그 수확도 원고만이 할 수 있고, 이것들이 그 기지의 소유자에게 귀속되는 것은 아니라 할 것이다(대법원 1967· 7· 11 선고, 67 다 893 참조). 이러한 취지로 판단한 원심판결은 정당하고, 원심판결에는 악의의 점유자의 과실취득에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

[上告理由]

(前 略)

第 3 點. 原判決은 惡意의 占有者의 果實取得에 관한 法理를 誤解한 違法이 있습니다.

即 原告는 그 主張의 耕作地를 法律上 아무런 權限없이 占有하고 있었으므로 惡意의 占有者라 할 것입니다. 土地를 惡意로 占有하였던 者는 그 土地를 耕作하여 生하는 果實인 農作物을 受得할 수 없음은 民法 第 201 條第 2 項에서 規定하고 있는 바 證人 成○○ 同 田×× 및 被告 申○○의 本人訊問 結果에 依하면 被告等이 會員이 되어 있는 城山洞 4 H俱樂部에서 大邱市로부터 花園遊園地內의 土地의 管理委任을 받아 1962년에 桑田을 造成하려 할 때 原告와 原告以外的 從前耕作者는 被告等에게 自己의 耕作土地를 引渡하여서 桑田을 造成케 하고 1963年과 1964年의 兩年間은 原告가 耕作하지 아니하였다가 1965년부터 桑田에 任意로 間作을 하였든 事實을 認定할 수 있으므로 原告는 從前 土地를 被告等에게 引渡하였던 以上 그後 다시 土地를 占有耕作하려면 被告等으로부터 土地의 引渡를 받아 어떠한 權原을 가지고 占有하여야 할 것이며 이러한 權原없이 占有를 한다면 이는 不法耕作으로서 惡意의 占有임이 分明하니 原告는 同土地의 果實을 取得할 權利가 없습니다. 따라서 假使 被告等이 原告主張과 같은 不法行爲를 하였다 하더라도 原告에 對하여 農作物의 收穫으로 얻을 收益金을

損失하였음을 理由로 同損害로 認定하여 支給을 命한 原審判決은 위의 法理를 誤解한 違法이 있다 아니할 수 없습니다. ……………(後略)

### Ⅲ. 研 究

(1) 앞에서 소개한 判決들을 통해서 大法院의 「判例」로서 확정된 것으로 이해되는 것들을 들어 보면 다음과 같다.

우선 A·B·C·D의 여러 判決은 「立稻」에 관한 것이나, 判決 E는 立稻에 관한 大法院의 判例理論을 널리 農作物에까지 확대·적용한 것임을 알 수 있다. 그리하여,

(i) 他人의 土地를 權原없이 耕作하였다 하여도 그 경작으로 생긴 成熟한 立稻 기타의 農作物의 所有權은 耕作者에게 속한다.

(ii) 그 이유는 「土地所有權者가 그 土地에 附屬한 物件이 아닌 것까지도 그 所有權을 취득한다는 法理는 있을 수 없기 때문」이라고 한다(判決 A 참조). 바꾸어 말하면 成熟한 立稻나 기타의 農作物은 「土地에 附屬하지 않는다」는 것이 그 法的根據이다.

(iii) 「權原없이」 타인의 土地를 경작하더라도 그 耕作行爲로 생긴 立稻 기타의 農作物은 耕作者에게 귀속한다는 法理는, 타인의 土地의 이용에 관한 法律關係가 無效인 경우(判決 D 참조)에는 물론이고, 설사 그 耕作行爲가 違法한 行爲일 때에도 아무런 制限없이 그대로 적용된다(判決 B 참조).

(iv) 立稻 등이 그 경작에 관한 權原을 다투는 자들의 共同耕作으로 생산된 것일 때에는 특별한 사정이 없는 한, 생산된 立稻 등은 耕作者들의 共有에 속한다.

(v) 耕作된 立稻 기타의 農作物이 土地所有者가 아닌 耕作者에게 귀속하는 경우에 그 土地의 使用關係는 별도로 처리하여야 한다.

이상이 上記의 여러 判決을 통해서 확정되어 있는 大法院의 判例라고 말할 수 있겠다. 이 大法院判例를 검토해 볼 때에 그 理論의 기초가 되어 있는 것은 立稻 기타의 農作物은 그것이 상속하여 獨立한 物件으로서의 存在를 갖추게 되면 土地에 附屬하지 않는다는 데에 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 立稻 등의 農作物의 土地不附屬의 理論을 전개하게 된 데에는 여러 이유가 있겠지만, 農作物의 所有權은 그것을 生産한 耕作者에게 귀속시키는 것이 우리 나라의 實情에 비추어 정당하다는 데서 그러한 理論을 구성하고 전개한 것으로 짐작된다. 어쨌든 이 判例의 妥當性을 평가하는 것은 立稻 등의 土地不附屬論이 과연 理論적으로 성립할 수 있는 것이며, 또한 옳은 것이냐에 있다고 할 수 있다. 그러므로 이 研究도 주로 이러한 면에서 문제를 다루기로 한다.

(2) 不動產의 附屬, 특히 土地에 植栽한 植物 또는 그로부터 생기는 果實이 土地에 附屬하느냐에 관하여는 法史上 대립하는 입장을 찾아볼 수 있다. 「게르만」法에서는 附屬이 있더라

도 그것이 物權狀態에는 영향을 미치지 않았다. 그리하여 土地에 심은 植物은 그것이 土地에 결합되어 있는채로 독립한 所有權의 客體가 되었고 土地所有者가 附合한 植物의 所有權을 취득하지는 못하였다. 이에 반하여 「로오마」法에서는 이른바 「地上物은 土地에 따른다」(Superficies solo cedit)는 原則이 지배하였으며, 그 결과 主物(즉 土地)에 대한 所有權이 그에게 附合된 것(즉 植物)에까지 미치고, 附合된 것은 독립한 所有權의 客體가 되지를 못하였다. 이들 두 대립하는 立法主義가운데서 近代法은 대체로 後者 즉 「로오마」法の 附從主義(Akzessionsprinzip)에 기울어진 立法들을 하고 있다. 獨逸民法은 그 좋은 例라 하겠다. 同法第 94 條는 第 1 項에서, 「土地의 定着物 특히 建物과 土地와 결합한 土地의 產出物은 이물 土地의 本質的構成部分(wesentlicher Bestandteil)으로 한다. 種子는 播種하는 때에, 그리고 植物은 植栽하는 때에, 土地의 構成部分이 되는 것으로 한다」고 규정하고, (1) 다시 第 946 條에서 「動産이 土地와 附合하여 그 土地의 本質的構成部分으로 될 때에는 土地所有權은 그 動産에 미친다」고 규정한다. (2) 不動産의 附合에 관한 우리 民法의 규정 즉 第 256 條도 그 本文에서 「不動産의 所有者는 그 不動産에 附合한 物件의 所有權을 取得한다」고 함으로써 근본적으로는 위와 같은 獨逸民法을 그 모범으로 하고 있다. 다만 그 但書에서 「他人의 權原에 의하여 附屬된 것은 그러하지 아니하다」는 例外를 인정하고 있다. 이 例外가 어디에 유래하느냐를 생각할 때, 우선 現行民法 第 256 條는 舊民法(現行 日本民法) 第 242 條와 대체로 같다. (3) 특히 그 但書는 꼭 같다. 그런데 舊民法 第 242 條의 但書에 관하여는 佛蘭西民法의 例(同法 第 553 條)에 따른 것이라고도 하고, (4) 또는 日本의 固有의 思想을 규정한 것이라고도 한다. (5) 이렇듯 不動産의 附合에 관한 民法 第 256 條는 舊民法 第 242 條와 같으며, 따라서 그 解釋論에 있어서도 별로 이렇다 할 차이를 찾아 볼 수 없다. 그러므로 먼저 몇가지의 점에 관하여 舊民法下에서의 學說·判例를 보고 나가는 것이 有益할 것이다.

우선 不動産에 附合하는 경우에 해당하는 例로서 判例에 나타난 것을 몇개 들어 본다면, (ㄱ) 土地에 播種된 小麥(日本大判 大正 10年 6月), (ㄴ) 土地에 심어놓은 稻苗(日本大判 昭和 6年 10月 30日 民集 10卷 982面 등 多數있음), (ㄷ) 土地에 植栽된 罌나무(日本大判 大正 9年 12月 16日 法律新聞 1826號 20面) 등이 있다.

- (1) BGB §94 I—Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.
- (2) BGB §946—Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sie das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache.
- (3) 依用民法(現行 日本民法) 第242條——「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. 但 權原에 依하여 그 物을 附屬시킨 他人의 權利를 妨害하지 아니한다」.
- (4) 川島武宜, 「所有權法の理論」, 184・185面 참조.
- (5) 原田慶吉, 「日本民典の史的素描」, 108面 참조.



그러하여 이들 여러 경우에 附屬된 物件의 所有權은 原則적으로 그것이 附屬한 土地의 所有者가 이를 취득한다(舊民 242條 本文, 現民 256條 本文). 다만 例外的으로 그 附屬한 物件이 「權原에 의하여」 附屬된 것일 때에는 土地所有者的 所有가 되지 않고, 그것을 附屬시킨 者의 所有가 된다(舊民 242條 但書, 現民 256條 但書). 여기서 權原이라 함은 地上權 賃借權 등과 같이 他人의 不動產에 자기의 物件을 부속시켜서 그 不動產을 이용하는 權利를 의미하는 것으로 해석하는데 異說이 없다. 이러한 通說·判例에 의하면 이른바 「權原없이」 他人의 土地를 占有하여 모(稻苗) 등의 農作物을 耕作하여도 그 立稻나 農作物의 所有權은 耕作者에게 귀속하지 않고, 土地所有者的 所有에 돌아간다는 것이 된다(日本大判昭和 6年 10月 30日, 民集 10卷 12號 982面 등).

요컨대 舊民法의 解釋論으로서의 稻苗 또는 立稻 등의 農作物은 土地에 附屬한다는 것이 日本의 通說·判例의 태도라고 말할 수 있다. 舊民法下에서의 우리 나라의 學說과 大法院의 태도는 어떠하였을까? 學說은 日本의 通說과 같은 결과를 인정하였고, 그것에 반대되는 見解를 볼 수 없었다. 한편 大法院의 判例도 日本에서의 그것과 같은 태도였다. 이를 實證하는 判決을 몇 개 들어보면, 農地에서 收穫되는 農產物의 所有權의 귀속에 관하여 自耕農地에서 收穫되는 農產物은 그 農地所有者的 所有로 推認되는 것이고, 實地 耕作者 如何에 따라 所有權에 變動이 없다 할 것이다(大法 1959年 10月 8日 判決, 1959年 民上 第108號)라고 하였고, 한편 他人所有地에 심은 뽕나무의 苗木의 所有權에 관하여, 「不動產에 附從하는 것으로서 附屬한 物件이 權原에 의하여 他人이 附屬시킨 것이 아닌 이상 그 不動產所有者가 이를 取得함은 民法(舊) 第 242條의 規定하는 마이나, 權原에 의하여 附屬시킨 것에 대하여서는 所有權을 取得할 수 없다 할 것이다(大法 1959年 11月 26日 判, 1959年 民上 第585號)라고 判示하고 있다.

그러면 日本民法(舊民法)의 解釋上 土地에 심어놓은 稻苗에 관하여는, 「稻苗의 정착은 그 자체가 목적이요, 土地使用은 오히려 그 수단에 지나지 않으므로, 稻苗를 土地에 從으로서 附屬한 것이라고 생각하는 것은 不合理하다」는 見解와, (6) 「土地에 심어진 農作物 특히 벼(稻)의 立毛와 같은 것은 오늘날 獨立한 物件으로서 去來되고 있으므로, 附屬에 의한 所有權取得을 인정하는 것은 妥當하지 않다」고 새기는 說이 있다. (7) 그러한 少數說에 대하여서는 그러한 稻苗나 稻立毛에 관하여서도 附屬을 인정하고, 다만 「權原」에 의한 경우에만 獨立한 所有權을 인정하는 것이 至當하다는 것이 支配的見解라고 할 수 있겠다. (8)

다음에는 現行民法 第 256條의 解釋上 稻苗 내지 立稻 또는 農作物은 土地에 附屬하느냐에 관한 學說을 본다면 舊法時代의 少數說과 같은 說은 이를 아직 볼 수 없다. 결국 舊法下에서의 通說과 같이 立稻 등의 農作物은 土地에 附屬하며, 다만 權原에 의하여 附屬케 한

(6) 末弘嚴太郎博士의 昭和 12・3・1 日本大判(民集 313面)에 대한 評釋(判例民事法 23) 참조.

(7) 末川 博, 「物權法」, 303面 참조.

(8) 我妻 榮, 「物權法」, 205面, 舟橋諄一, 「物權法」, 366面 등 참조.

때에만 附屬시킨 자의 所有로 된다는 것이 현재의 通說이며 異說이 없다고 할 수 있겠다. 그러나 大法院의 判例는 이러한 學說과 종래의 判例와는 다르게 立稻는 土地에 附屬하지 않는다고 判示하고 있음은 이미 자세히 본 바와 같다.

이러한 大法院의 判例는 舊法時代의 少數說의 영향을 받은 것이라고 할 수 있다. 그러나 다음의 점은 특히 留意하여야 한다. 즉 大法院의 判例는 오직 「成熟한 立稻」에 관하여 그것이 獨立한 物件으로서의 存在를 갖춘 경우에 土地에 附屬하지 않는다는 理論을 구성하고 있는 점이다. 여기서 「稻苗 즉 『모』나 아직 성숙하지 않은 立稻」는 어떻게 되는가? 이들도 처음부터 土地에 附屬하지 않는가? 또는 일단 土地에 附屬하나 후에 그것이 성숙하여 독립한 존재를 갖추게 될 때에 비로소 法律上 당연히 權原의 유무와는 관계없이 土地로부터 分離獨立된 財産으로 轉化한다고 보느냐? 이 점에 관하여는 이미 소개한 判決들을 통해서 알 수 있는 것과 같이 大法院은 이를 명백히 밝혀주고 있지 않다.

(3) 이상에서 立稻 기타의 農作物은 土地에 附屬하지 않으며 耕作者의 所有에 돌아간다는 大法院의 判例가 확정되기까지의 舊法時代부터의 學說·判例의 변천을 보았다. 종래의 通說과 判例를 깨뜨리는 결과가 된 大法院의 判例는 타당한 것일까? 私見에 의하면 그것은 타당하다고 할 수 없으며, 찬성하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

이른바 「不動產의 附屬」은 動產이 不動產에 「附屬하는 것」을 말한다. 여기서 「附屬한다」는 것은 附着·合體가 일정한 정도에 이르는 것을 말한다. 즉, 附屬하는 動產이나 附屬되는 主物인 不動產을 毀損하거나 또는 過多한 비용을 支出하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 附着·合體하는 것을 말한다. 그런데 이러한 不動產의 附屬에는 이를 자세히 고찰하면 다음과 같은 두 경우가 있게 됨을 알 수 있다. 그 하나는 木材를 建物の 一部에 사용한다든가 또는 土地에 肥料를 뿌리는 경우와 같이 附屬하는 動產이 완전히 不動產의 構成部分을 이루어서 전혀 獨立性이 없는 경우이다. 다른 하나는 土地에 심은 草木과 같이 不動產에 附着한 物件이 不動產의 構成部分으로 되는 정도가 완전하지 못하여 慣習上 또는 社會觀念上 여전히 別個의 하나의 獨立한 物件으로 생각되는 경우이다. 前者의 附屬이 있는 경우에는 第256條本文에 의하여 不動產의 所有權이 그 附屬된 構成部分에 擴張되고, 後者의 附屬이 있는 경우에는 不動產所有者가 社會觀念上 獨立한 別個의 動產으로 생각되는 것의 所有權까지도 취득하는 것이다. 그리고 第256條但書의 적용이 있는 것은 오직 後者의 경우 뿐이며, 前者의 경우에는 同條但書는 그 적용이 없게 된다. 물론 前者의 경우 즉 附屬된 物件이 不動產의 構成部分으로 되는 때에도 「附屬」은 성립하지만, 獨立性을 識別할 수 없는 까닭에 그 위에 獨立한 所有權을 인정하는 것은 적당하지 않기 때문이다.

이와 같이 附屬에는 두 경우가 있게 되는데, 立稻 기타의 農作物은 이들 두 경우 가운데의 어느 하나에 해당하는가, 또는 그 어느 경우에도 해당하지 않는가? 大法院判例는 이미

본 바와 같이 성숙한 立稻나 기타의 農作物은 도대체 土地에 附屬하지 않는다고 한다. 왜 土地에 附屬하지 않느냐에 관하여는 아무런 言及이 없어 알 길이 없으나, 종래 立稻 등이 비록 土地의 定着物이긴 하지만 土地와는 따로이 獨立해서 去來의 目的이 되어 왔고 또한 이를 인정하는 것이 判例라는 점을 前提로 하고 있는 것이 아닌가라고 추측된다. 물론 어떤 추측을 한다는 것은 위험한 일이지는 않지만, 만일에 그것이 이유라면 그것은 옳지 않다고 생각한다. 왜냐하면 立稻 등의 農作物의 土地에의 附屬을 인정한다고 해서 그것이 곧 立稻 등이 土地와는 분리해서 따로이 去來되지 못한다는 것을 의미하지는 않는 까닭이다. 附屬은 어디까지나 物件의 歸屬에 관한 것에 지나지 않으며, 그 附屬되는 物件과 獨立해서 去來의 客體가 될 수 있느냐의 與否까지를 결정하는 것은 아니다. 그렇다면 立稻 등의 農作物은 그 地盤인 土地에 附屬하는가? 肯定하여야 한다고 생각한다. 생각컨대 벼(稻)나 기타의 農作物은 보통 種子를 뿌린 후 그것이 성숙하여 收穫할 수 있게 될 때까지 不過 數個月을 넘지 않는다. 즉 微小한 種子들을 土地에 뿌렸을 때에는 그 獨立性을 識別할 수 없고 土地의 構成部分이 되어 獨立한 所有權의 客體가 되지 못하며, 既述한 附屬의 두 경우 가운데서 이른바 「前者의 경우」에 해당하여 완전한 附屬이 성립한다. 그러나 그 種子는 짧은 期間內에 성숙하여 獨立性을 識別할 수 있을 뿐만 아니라 社會觀念上 내지 慣習上 獨立한 物件으로 생각된다. 말하자면 既述한 附屬의 두 경우 가운데의 이른바 「後者の 경우」에 해당하게 된다. 또한 그렇기 때문에 第256條但書를 적용할 수 있게 되어 獨立한 所有權의 客體가 된다. 즉 農地를 耕作할 權原있는 자가 처음에 種子를 뿌렸을 때부터 그 種子는 「權原에 의하여」 土地에 부속케 한 것이어서, 본래는 그 耕作者에게 귀속되어야 할 것임에도 불구하고 그 種子가 土地의 構成部分이 되어 獨立性을 識別할 수 없게 됨으로써 부득이 土地所有者에게 귀속시켰으나, 潜在的으로는 여전히 耕作者의 所有에 귀속하는 것으로 보아야 하며, 따라서 그것이 성장하여 獨立性을 識別할 수 있게 된 때에는 (반드시 성숙하고 있어야 할 필요는 없으며, 稻苗 등으로 된 때에도) 潛在的所有權이 表面化하여 성장한 農作物에 관하여 耕作者(權原있는)의 所有權이 인정된다고 理論構成할 수 있다. 이렇듯 벼(稻)나 기타의 農作物은 이와 같이 附屬의 두 경우 중 우선 第一段階로서 이른바 「前者의 경우」가 생기고, 이어서 第二段階로서 이른바 「後者の 경우」가 있게 된다. 이와 같이 두 段階에 걸친다는 점을 생각한다면 判例와 같이 附屬에 의한 所有權取得을 인정하지 않는 것은 옳다고 생각되지 않으며, 역시 附屬을 인정하고 다만 「權原」에 의한 경우에만 獨立한 所有權을 인정하는 것이 적당할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 立稻 등의 農作物의 土地에의 附屬을 인정하지 않는 것은 적어도 理論上으로는 不當하나, 한편 社會經濟的으로는 判例와 같은 태도가 타당할 것 같이 보이기도 한다. 土地에서 生産되는 農作物이나 果實은 勞動에 대한 보수(verdientes Gut)로서 勞力과

費用을 들인 자에게 귀속시키는 것이 正義의 觀念에 부합하다고 생각할 수 있기 때문이다. 그러한 생각은 獨逸의 古法에서도 찾아 볼 수 있다.<sup>(9)</sup> 옛 格言에 「씨를 뿌린 자가 거둔다」(Wer säet, der mähet.)는 말이 있는 것과 같이 農作物은 그 씨를 뿌리고 가꾼 자가 그 勞動의 代價로서 이를 차지하는 것이 素朴한 正義觀에는 부합한다. 그러나 이는 한 面을 보고 다른 面을 보지 못한 생각이다. 土地의 生産物은 단순히 投下한 勞力과 費用의 結果는 아니다. 土地의 生産力을 度外視할 수는 없다. 여기서 耕作者和 土地所有者가 서로 다른 경우에 그 農作物을 누구에게 귀속시키느냐는 문제는 「勞動」과 「所有權」의 對立에 있어서 어느 쪽을 더 重視하느냐에 따라서 左右된다. 「所有權」보다는 「勞動」의 값을 더 무거운 것으로 보아야 한다는 생각에 의한다면 生産된 農作物은 耕作者が 이를 所有하고, 土地所有者는 耕作者에게 土地使用料를 요구할 수 있을 뿐이라고 할 것이다. 그러나 「所有權」의 絶對性을 주장하는 견해에 의한다면 반대 的 結果를 인정하게 될 것이다. 즉 農作物은 그 地盤인 土地의 所有者에 귀속되며, 다만 양자 사이의 公平을 위하여 耕作者에게 그의 勞力과 費用의 補償을 인정하게 될 것이다. 어느 극단에 흐르지 않고 公平·妥當한 타협점을 찾으려는 입장에 선다면 좀 다른 解決策을 취하게 될 것이다. 이러한 觀點에서 본다면 判例의 태도는 生産者의 勞動을 所有權보다 더 重視하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 한편 通說의 通說에 의한다면 民法은 勞動과 所有權의 對立에 있어서 所有權을 더 重視한다고 말할 수 있다. 그러나 한편으로는 耕作者의 權原의 有無에 따라 生産된 農作物의 歸屬이 달라진다고 함으로써 상당히 妥協的이다. 즉 耕作者에게 土地를 경작할 權原이 있는 경우에는 그 경작으로 生産된 農作物은 耕作者에게 돌아가나(第256條 但書), 그러한 權原이 없는 경우에는 耕作物을 차지하지는 못하나, 그가 投下한 勞力과 費用을 不當利得의 法理에 의하여 補償받게 된다(民法 第261條 참조). 이상과 같은 判例와 通說이 생각하는 民法의 태도를 비교할 때에 역시 通說이 보는 民法의 태도가 타당하며, 判例의 태도는 지나친 것으로 밖에 생각되지 않는다. 判例를 두둔하는 입장에서는 土地所有者에게 土地使用料를 인정하므로 크게 不當하지 않다고 주장할런지 모른다. 다시 나아가서는 一部の 學者들이 주장하는 것처럼 오늘날 土地所有權은 「地代徵收權」으로 化하고 있으며, 따라서 判例의 입장은 바로 그러한 見解에도 부합하는 것이라고 辯解할런지도 모른다. 그러나 土地所有權이 地代徵收權으로 轉化하고 있다는 것은 所有者가 그의 土地를 타인에게 빌려주고 그 使用料를 받는데 만족하려고 하는 때에는 현실의 使用者가 누구이냐에 대하여는 별로 관심이 없고 확실하게 그 使用料를 받을 수 있게 되는 데에만 관심이 있다는 것 뿐이며, 所有者 스스로 직접 土地를 이용하겠다는 경우에는 전혀 문제가 되지 않을 필이다. 요컨대 判例의 理論은 그 妥當性을 인정받을만한 근거를 가진 것이 되지 못한다고 생각한다. 오히려 크게 不當한 結果를 다른 面에서 判例는 스스로

(9) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 587 Anm. 3.

인정하고 있다. 그것은 이미 지적한 바와 같이 判例가 「權原없이」 타인의 土地를 경작하더라도 그 耕作行爲로 생긴 立稻 기타의 農作物은 耕作者에게 귀속한다는 法理는 타인의 土地의 이용에 관한 法律關係가 無效인 경우(判決 D 참조)는 물론이고, 설사 그 耕作行爲가 「違法한 行爲」일 때에도 아무런 制限없이 그대로 적용된다고 (判決 B 참조) 判示하고 있는 점이다. 이와 같이 違法하게 타인의 土地를 경작하는 경우에도 그 生産物은 여전히 耕作者에게 돌아간다는 것은 素朴한 古代法에서도 결코 이를 인정할 바 없다. 즉 所有權 내지 物權보다도 勞動의 값을 더 무겁게 보아서 씨를 뿌리고 收穫할 때가 오면 農作物은 勞力을 投下한 자에게 돌아간다고 하였던 古代「게르만」法에서도 경작한 權利가 있는 자 또는 그러한 權利가 있다고 善意로 믿었던 자만이 그 生産物을 취득할 뿐이고, 故意로 또는 訴提起 후에 타인의 土地에 勞動力을 投下한 자는 그 播種과 勞力(Aussaat und Arbeit)을 잃었던 것이다.<sup>(10)</sup> 바꾸어 말하면 耕作者는 그가 현실적으로 가지고 있는 權利를 행사하여 일하거나 또는 경작할 權利가 있다고 믿고서 그것을 행사하고 있다는 생각밑에 일한 경우에만 후에 그 경작으로 생산된 것의 所有權을 地盤인 土地의 所有關係를 떠나서 취득하였던 것이다.<sup>(11)</sup> 그런데 大法院의 判例는 素朴한 古代法에서도 正義에 부합하지 않는 것으로서 除外되었던 故意 또는 違法行爲에 의한 경작으로 생산된 것에 관하여서도 耕作者가 이를 취득하는 것을 인정하면서 그것은 정당한 것이라고 한다. 이는 무엇을 의미하며, 또한 어떠한 결과를 초래하게 될까? 극단의 예로서 힘이 강한 경작할 土地를 갖지 않은 자가 힘이 弱한 土地所有者로부터 土地의 占有를 빼앗아서 경작하여도 그 農作物은 여전히 耕作者에게 돌아가고, 土地所有者는 土地使用料를 요구할 수 있을 뿐이라는 것이 된다. 가장 強力하고 또한 완전한 權利이며 物權이라고 생각되어 있는 所有權이 실질적으로는 使用料徵收權 밖에 아니라는 것이 된다. 憲法에 의하여 보장된 所有權을 이렇게 하여도 좋다는 것일까? 大法院判例는 도저히 그 妥當性을 주장할 수 없는 不當한 것이다. 百步를 양보하여 判例가 옳다고 하더라도 거기에는 일정한 制限을 두었어야 할 것이다. 耕作行爲가 違法行爲이더라도 상관없다는 大法院判例는 素朴한 古代의 獨逸法만도 못한 理論이다. 理論이라기보다는 오히려 橫暴라고 생각된다. 만일에 大法院判例가 立稻 기타의 農作物에 관하여 民法 第 256 條가 通說과 같이 적용된다고 하고, 다만 耕作者가 그에게 權原이 있다고 믿은 경우 즉 權原에 관하여 善意인 때에도 第 256 條但書의 적용이 있다고 하는 것이었다면 많은 찬성을 얻을 수 있었던 것이라고 생각한다. 그러나 그 반대의 방향으로 나간 判例의 결과는 도저히 찬성할 수 없는 것이다.

(10) Gierke, a.a.O., S. 586 ff.

(11) Mitteis-Lieberich, Deutsches Privatrecht, S. 100.

이상 論한 바와 같이 立稻 기타의 農作物에 관한 大法院判例는 理論的으로나 또는 그 具體的妥當性에 있어서나 결코 淸정할만한 것이 되지 못하며, 하루 속히 변경되어야 할 殊로 생각한다.