투고일('14. 4. 30.), 심사일('14. 5. 26.), 게재확정일('14. 5. 30.)

독일법상의 경계확정소송

Litigation for Determination of Boundary under German Law

이춘원*
Lee, Choon-Won

초 록

'토지의 경계에 관한 소송'에 관하여 우리나라 법에는 규정이 없다. 따라서 그 성질, 소송요건, 판단기준 등에 있어서 학설상 논란이 되고 있으며, 향후 이에 관한 법률규정 마련이 필요하다. 이를 위해서는 이에 관한 규정이 완비된 다른 나라의 법률을 비교법적으로 고찰할 필요성이 있다.

본 고에서는 그 첫 번째 작업으로서 로마법 및 중세법 등의 경계확정소송의 연혁을 살펴보고, 나아가 경계확정소송에 대한 법률규정이 비교적 완비된 독일법을 소개한다. 독일법에서는 통상의 소유권소송과는 별도로, 경계의 입증곤란 혹은 불능을 전제로 하여, 인접 토지의 소유권 분쟁이라고 하는 특수한 장소를 고려한 소송절차로서 경계소송을 규정하고 있다. 이 소송은 1차적으로 진정한 경계를 밝히는 것을 목적으로 하고, 이것이 불가능한 경우에 독일민법(BGB) 제920조의 법정 기준에 따라서 경계를 재량으로 창설한다. 이는 '본래 있는 경계의 발견'만이 아니고, 판결에 의하여 토지소유권의 범위의 창설이 인정되는 것이다. 양자는 법원의 판단작용에서 서로 다른 것이지만, 이 양자를 하나로 포섭한 것이 독일의 경계확정소송이다.

우리 법제에서도 이러한 생각을 참고로 하여 서로 다른 2가지 판단작용을 하나의 소송유형 속에 포함시키는 이론 구성이 필요하다.

주요어: 경계확정소송, 토지의 경계, 경계의 창설, 경계의 발견

* 광운대학교 법과대학 교수(E-mail : lcw@kw.ac.kr).

ABSTRACT

There is no provision regarding the 'litigation on land boundary' under the Korean laws. Therefore, there are disputes in theory with respect to its nature, requirements for litigation, criteria for determination, etc., and it is necessary to establish the provisions of the law on this issue in the future. For this legislation, it is necessary to conduct a comparative consideration on laws of other countries which have completed the relevant provisions.

This study, as a first step, researches a history of litigation for determination of boundary under the Roman law and medieval law, and furthermore introduces the German law which has relatively completed legal provisions on litigation for determination of boundary.

In addition to common ownership litigation, the German law has established a provision on litigation for boundary as a judicial procedure considering a special place, called as a dispute on ownership of adjacent land, on the assumption that it is difficult or impossible to prove the boundary.

The primary purpose of this litigation is to clarify a true boundary, and if such clarification is impossible, a boundary is discretionally created in accordance with the statutory standards under Article 920 of the German Civil Act (BGB). It means creation of the scope of land ownership by operation of decision, not only by the 'discovery of original boundary'. Both cases are different from each other in the aspect of judicial decision, but embracing them into one is a lawsuit for determination of boundary under the German law.

Under the Korean legislation, it is necessary to make a theory containing two different criteria for determination into a single type of litigation, considering such aspects.

Keywords: Litigation for determination of boundary, Land boundary, Creation of boundary, Discovery of boundary

1. 서론

토지의 경계에 관한 분쟁이 발생한 경우에 이와 관련한 소송으로는 소유권확인의 소와 경계확정의 소가 있다. 소유권확인의 소는 특정 토지의 소유권이 원고에게 속한다는 것을 확인하는 소로서, 소유권의 주체를 명확히 하는 기능을 한다. 그러나 토지소유권의 횡적 범위와 관

련하여 인접지의 소유자와 분쟁이 발생한 경우에, 그 범위를 정하여 확인을 구하는 방법으로 토지의 경계를 명확히 할 수 있다. 경계확정의 소는 서로 인접하는 토지의 경계에 다툼이 있는 경우에, 소송절차에 의해 경계를 창설적으로 확정하는 소이다. 한편, 우리 법제상 경계확정의 소에 관한 명문규정이 없기 때문에, 그 성질 및 요건, 판단기준 등이 전적으로 학설 및 판례에 맡겨져 있다. 현재 경계확정소송의 지배적인 견해는 일본 학설의 영향을 받아 공법상의 경계를 그 대상으로 하며, 실질은 비송이지만 형식적 형성소송이라는 입장을 취하고 있다. 판례[1]도 경계확정소송은 공법상의 경계를 확정대상으로 하는 형식적 형성소송[2]으로 보고 있으며, 비송사건성의 입장에서 심리원칙을 보이고 있다.

학설은 기본적으로 경계확정소송에는 변론주의가 적용되지 않아 당사자는 특정한 경계를 주장 및 입증할 필요가 없고, 법원은 반드시 어떤 경계를 설정해야 하는 점에서 공통점을 가진다. 그러나 이 특수한 형태의 소송을 확인소송 또는 형성소송의 어느 유형으로 볼 것인지에 관해서는 견해가 대립된다. 확인소송설은 경계의 사실성이나 변론주의의 적용배제라고 하는 특징을 설명하기 어렵고, 형성소송설에서는 형성요건의 결여가, 형식적 형성소송설에 있어서는 그 비송성을 설명하기 어렵다. 여기서 경계확정소송은 형성요건이 부족하기 때문에 실질적으로 비송사건인 것이 관행상 민사소송절차에서 처리되는 형식적 형성소송이라고 보는 것이 통설이다. 통설은 이러한 실질적 비송성의 설명을 위해 공법상의 경계라고 하는 개념을 채용하였다. 그러나 사인 간의 소송에 의해서 국가가 정한 공법상의 경계확정을 구한다는 이론구성은 조금 부자연스러운 면이 있다. 이는 통설, 판례가 예정하는 경계확정소송과 분쟁 당사자가 기대하는 것이 차이가 나기 때문이다. 그 차이의 원인을 분석하여 경계확정소송을 보다 실효성 있는 소송유형으로 하기 위한 방향을 찾는 것이 필요하다. 토지경계분쟁 문제의 해결을 위해서는 입법적으로 경계확정소송에 관한 명문규정을 두는 것이 필요한데,[3] 이를 위해서는 경계확정소송의 성질, 대상을 고려한 비교법적 고찰이 필요하다. 본 고에서는 그 첫 번째 작업으로서 경계확정소송의 연혁을 살펴보고, 경계확정소송에 대한 법률규정이 비교적 완비된 독일법을 소개하고자 한다. 차후 여건이 허락되면 프랑스, 미국 등 다른 나라의 법제도 비교 분석하여 경계확정소송에 대한 검토를 마무리하고자 한다.

---

1) 대법원 1991.4.9. 선고 90다12649 판결; 대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결 등.

2) 형식적 형성소송에서는 법원이 당사자가 주장하는 내용이나 범위에 구속되지 않고 재량으로 판단할 수 있어, 처분권주의가 배제되며 불이익변경금지의 원칙도 적용되지 않는다. 또한 어떠한 형식으로라도 법률관계를 형성하여야 하므로 원고의 청구를 기각할 수 없다(이시윤(2014), 민사소송법, 박영사, 196-197면; 송상현·박익환(2014), 민사소송법, 박영사, 196면; 정동윤·유병현(2014), 민사소송법, 법문사, 67-68면). 경계확정소송에서 항소법원은 제1심판결이 정한 경계가 정당치 않다고 인정할 때는 정당하다고 판단되는 경계를 정할 수 있으며 그 결과 항소인에게 불리하게 되어도 무방하다(이시윤, 앞의 책, 859면).

3) 차상근(1972), '토지경계확정의 소', 사법행정 13권 6호, 29면; 한광세(1976), '토지경계확정소송에 관한 고찰', 사법논집 제7집, 420면, 433면 등.

2. 연혁

2.1. 로마법

로마법에서 인접한 토지의 경계확정을 위한 소송으로 actio finium regundorum이 있었으며,[4] 이 소는 rei vindicatio[5]을 대신하는 것이지만, 이와는 구별되는 대인소송이다.[6] 로마 고법에서는 actio finium regundorum은 controversia de fine과 controversia de loco의 2종류가 있었다.[7] controversia de fine은 경계 자체에는 다툼이 없이 계표의 설치만을 목적으로 하는 소송으로, 그 경계를 확정하는 것은 측량기술을 가진 중재인(aribitri)이며, 당사자는 소유권에 대한 취득시효를 주장할 수 없다. controversia de loco은 경계에 관하여 다툼이 있는 경우 이를 명확히 하고, 계표의 설치를 목적으로 하는 소송이다. 이것은 법에 따라 판사가 경계를 확정하며, 측량자는 이 소송에서 감정인으로서의 지위밖에 없고, 또 당사자는 취득시효의 주장이 가능하다.

제정시대에는 controversia de fine과 controversia de loco의 구별이 사라졌다. 경계에 관한 소송은 경계 자체에 대한 다툼 없이 계표의 설치를 목적으로 하는 것이거나, 경계에 대한 다툼이 있어 경계의 발견과 계표의 설치를 목적으로 하는 것이거나 그 종류를 불문하고, 모두 법률에 따라 판사가 판단하게 되었다.

Digesta 제10권 제1장에 의하면 actio finium regundorum은 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째로, actio finium regundorum는 대인소송으로,[8] 양 당사자가 서로 원고임과 동시에 피고이기도 한 '쌍방의 소(actio duplex)'[9]의 성격을 가진다.[10] 또한 소송당사자 적격은 소유자에 한하지 않으며 용익권자 등에게도 인정된다.[11]

둘째로, 분쟁당사자 사이에 경계에 관한 합의를 할 수 있다. 소송에서 당사자사이의 합의가 원용되었을 경우에는 그 합의 내용에 따라 새로

4) Fellmeth/Horwitz(2009), Guide to Latin in International Law, Oxford University Press 참조.

5) rei vindicatio(소유권소송)는 ius civile에서 파생되었으며, 로마시민만이 제기할 수 있었다. 이 소송은 순수한 대물소권으로서, 원고의 물건을 피고가 점유하는 경우에 반환을 구하는 소이다. 원고가 물건을 소유하는 경우에만 할 수 있으며 피고는 어떤 방법으로든 원고의 점유를 방해하여야 한다. 원고는 피고를 벌하기 위해 actio furti을 제기할 수 있으며, 물건을 회수할 수 없는 경우에 condictio furtiva에 의해서 피고로부터 손해배상을 받을 수 있다. 또한 원고는 actio legis Aquiliae에 의하여 피고로부터 손해배상을 구할 수 있었다.

6) 경계확정소송은 소유물을 되찾기 위함이지만 대인소송이다.

7) Rönnberg(1896), Die Grenzscheidungsklage nach römischem und gemeinem Recht sowie nach den Entwürfen eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 11, S. 133.

8) Digesta 제10권 제1장 제1절 Pauls 고시주해 제23권. 이하의 Digesta는 江南義之·鈴木康文「デゲスタ邦訳(第10巻)」神奈川法学 9巻 1号을 참조하였다.

9) 쌍방의 소(actio duplex)는 피고가 반소를 제기하지 않아도, 원고 및 피고는 각각 서로에게 소를 제기한 것으로 되어, 원고는 피고로서의 지위를 가지고 동시에 피고도 원고의 지위를 가지는 소송형태이다.

10) Digesta 제10권 제1장 제1절 Julianus 법학대전 제51권. 공유물분할, 가산분할, 경계확정의 심판절차는 각 당사자가 원고임과 동시에 피고가 되는 쌍방적 권리를 성질상 가지고 있다.

11) Digesta 제10권 제1장 제4절 Pauls 고시주해 제23권 §9. 경계확정소송은 공납의무농지 상호 간에서도 용익권자 상호 간에 있어도, 혹은 용익권자와 인접지 소유권의 사이라도, 또 질권에 의한 점유자 상호 간이라도 공동으로 실행할 수 있다.

운 경계가 정해진다.[12]

셋째로, 이 소송에서는 조정적 판결이 허용된다. 즉, 증거에 의해서 경계를 확정할 수 없는 경우에 판사는 재량으로 경계를 정할 수 있으며, 종래의 경계가 불명확한 경우에는 종전과 다른 경계를 정하는 것도 허용된다.[13] 또한 판사는 분쟁대상인 토지를 재량으로 당사자 일방에게 줄 수 있으며, 이 경우에는 상대방에게 일정 금액을 지급하도록 할 수 있다.[14]

요컨대, 로마법에서 경계란 토지소유권 상호간의 경계이며, 경계확정소송은 증거에 의해서도 경계를 확정할 수 없는 경우에 법관이 형평에 따라 경계를 정하여 계쟁 토지를 각각 당사자 쌍방의 소유물로 인정할 수 있는 재량을 가지고 있는 점에 특색이 있다. 이러한 로마법상의 경계확정소송에 대한 기본적인 사고는 중세법 및 독일 보통법을 거쳐서 BGB에 이르기까지 공통되고 있다.

2.2. 중세법

작센슈피겔[15] 및 바이에른 부족법전의 규정을 중심으로 하여 경계분쟁에 관한 중세법의 입장을 살펴보기로 한다.

Sachsenspiegel Lehnrecht §70[16]에서 촌락 간의 경계에 관한 다툼이 있는 경우에 다음과 같이 규정한다. 2개의 촌락사이에서 경계에 대한 다툼이 있을 때는 그 2개의 촌락과 가장 가까이 있는 제3의 촌락이 경계를 재판한다. 그 판정은 증거를 우선으로 하여야 하며, 증거가 심하게 다투어져 경계를 확정할 수 없는 경우에는 제21조[17]에 의하게 된다. 제21조에 따르면 다음과 같이 해결된다. 동일한 소송에서 하나의 재물을 2명이 서로 다투어 동시에 청구하면 각각 그 마을 또는 이웃마을에 사는 진정한 이웃을 증인으로 하여 자기의 권리를 증명하여야 한다. 이 경우에

12) Digesta 제10권 제1장 제12절 Pauls 해답록 제10권. 소유권의 심리에 관한 일이지만, 양쪽 모두의 토지의 소유자가 그 한 편을 매각할 경우에 그가 명시한 토지의 경계야말로 주의받아야 하는 것이다. (매도전에 양 토지를) 각각 단락 짓고 있던 경계를 지켜질 필요는 없고, 인접하는 토지 소유자의 증명이 이 양 토지사이에서 새로운 경계를 정하기 때문이다.

13) Digesta 제10권 제1장 제2절 Ulpianus 고시주해 제19권 §1. 경계를 구분할 수 없는 경우에는 경계확정소송의 심판인에게 재정권한부여의 표시에 의해서 분쟁을 해결하는 것이 허용된다. 나아가 만약 심판인이 종래부터의 불명료함을 제거할 목적으로, 다른 경계를 확정하려면, 그는 이것을 재정권한부여라는 판결권한부여의 표시에 의해서 할 수 있다. Hoffmann(1848), Ueber das Wesen der actio finium regundorum, namentlich in ihrem Unterschied von der rei vindicatio, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 31, S. 512.

14) Digesta 제10권 제1장 제3절 Gaius 속주고시주해 제7권. 재정권한에 의해서 당사자 일방의 농지를 타방에게 주어야 할 경우 재정에 의해 토지의 부여를 받는 당사자는 그 대상으로 해서 타방의 당사자에게 일정 금액을 지불하도록 유책판결을 받는다.

15) Sachsenspiegel은 Eike von Repgow가 각 지방의 재판소에서 참심원(參審員)으로서 일한 경험을 바탕으로 작센 지방의 관습법을 성문화한 것이다. 작센슈피겔은 라틴어로 기록되었으나, 오늘날 전해지는 것은 라틴어에서 Low German (Middle Saxon) language로 번역한 것이다. 기록연대는 1205년에서 1235년 사이일 것으로 추측된다. 이 법서는 서문과 란트법(Landrecht), 레엔법(Lehnrecht)으로 나누어져 있으며 재산법, 가족법, 소송법, 형법 등에 관한 규정이 있다. 이 법서는 매우 널리 보급되어 중세 이후 독일인의 법생활에 크게 영향을 주었다.

16) 작센슈피겔에 대하여는 Dobozy(1999), The Saxon Mirror: A Sachsenspiegel of the Fourteenth Century, University of Pennsylvania Press 참조.

17) 제21조는 동일한 소송으로 하나의 재물을 2명이 서로 다투어 청구하는 경우를 규율하는 일반규정으로서, 종래부터 일반법 중에서 기술되어 있었다.

보다 많은 증인을 확보한 사람이 물건을 획득하지만, 증인의 수가 같은 경우에는 그 물건은 당사자 사이에 분할된다(§21 ①). 어느 쪽에 권리가 있는지 이웃들에게 명료하지 않는 경우 즉, 증명할 수 없는 경우에는 수심(Trial by Water)[18]으로 판결할 수 있다. 혹은 당사자 쌍방이 자기 주장의 정당함을 맹세해야 한다. 당사자 쌍방이 맹세했을 경우에는 그 물건은 양 당사자에게 균등하게 분할된다(§21 ②). 요컨대, 경계분쟁에서 먼저 경계의 증명을 하도록 하고 증명이 되면 그에 따르고, 증명이 되지 않으면(증인의 수가 같거나 완전히 증명될 수 없는 경우를 포함) 계쟁 토지를 분할하여 분쟁을 해결하는 방법을 취하고 있다.

다음으로 바이에른 부족법을 살펴보면, 바이에른 부족법전 제12장에 경계분쟁에 관한 규정을 두고 있다. 경계에 대한 분쟁이 발생했을 경우에는 경계 판정자는 먼저 토지의 경계 표시를 위해 종전부터 명확히 설정된 밭의 경계를 이루는 둑 혹은 표석, 나무에 표시된 십자표식을 통하여, 진실된 경계를 발견하도록 하고 있다.[19] 이런 명확한 표시에 반하는 시효취득은 주장할 수 없다. 양 당사자가 서로 중복하여 소유범위를 주장하고 명확한 표시 및 다른 증거가 없는 경우에 결투재판을 할 수 있으며, 그 승자에게 계쟁부분은 속하게 된다.

2.3. 독일보통법

경계분쟁에 관한 소송형태에서, 독일 보통법은 로마법의 actio finium regundorum을 계수하였다. 로마 고법처럼 2종류의 경계소송, 즉 '경계 자체에는 다툼 없고 계표의 설치만을 목적으로 하는 소송'과 '경계에 대해 다툼이 있는 경우에 그 경계의 확정을 목적으로 하는 소송'으로 구별하였다. 후자의 소송, 즉 경계확정소송에 대해 당시 통설[20]은 그 성질을 로마법의 rei vindicatio의 한 변형이라고 해석하였다. 이 소송의 목적에 대해서는 "혼란한 소유권 및 진실된 경계의 발견 즉, 소유권의 조사에 목적을 가지는 것이다."[21]라고 하였다. 여기에서 경계의 확정과 소유권의 관계는 밀접 불가분인 것으로 파악되어, 경계의 확정은 소유권의 한계를 정한다고 생각되었다. 통설은 로마법과 마찬가지로 이 소송을 쌍방의 소(actio duplex)로 해석한다. 따라서 원고의 청구가 인용되지 못하는 경우에도 청구를 기각하여 소송을 종결시키지 못하고, 어떤 경우든지 법원은 판결로써 경계를 확정하여야 한다.[22]

실제 소송에서 법원은 먼저 당사자의 주장에

18) 혐의가 있는 사람을 강이나 호수에 넣어, 가라앉으면 무죄, 뜨면 유죄라는 심판방법이다. 자세한 것은 Bartlett(1986), Trial by Fire and Water, Oxford University Press 참조.

19) 世良晃志郎(1977), バイエルン部族法典, 創文社, 285頁.

20) Hoffman(1848), a. a. O., S. 518ff.; Hesse(1861), Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, Bd. 2, Schöne, S. 484, 494.; Rönnberg(1896), a. a. O., S. 161; Ludwig/Friedberg(1861), Pandekten, Tauchnitz, S. 288; Windscheid/Kipp(1906), Pandekten, Bd. 2, Leipzig, §450; Ugo Mattei(2000), Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction, Greenwood Press, pp.183.

21) Rönnberg(1896), a. a. O., S. 121ff.

기한 소유권에 관한 경계를 정하고, 소유권 상태가 증명될 수 없는 경우는 점유상태를 고려하여 정한다. 점유상태도 분명하지 않는 경우에는 경계에 관해 다툼이 있는 이른바 계쟁 토지 부분을 당사자의 공유지로 간주하여, 당사자 사이에 분할한다.[23] 독일 보통법의 이러한 입장은 BGB 919조, 920조가 규정하는 경계소송의 기본구조를 형성하게 된다.

3. 현행 독일법

독일 보통법 시대에는 rei vindicatio의 변형인 경계확정소송의 특수성(쌍방의 소로서 파악하는 것 등)은 인식되었으나, 경계확정소송을 이행소송의 범주에서 해석하였다. 그러나 그 후 법률관계가 점차 복잡해짐에 따라, 이행소송 외에 새로운 소송유형이 등장하게 되었다. 1877년에 제정된 ZPO(Zivilprozessordnung)는 법률관계 또는 권리의 존부 및 증서의 사실 여부에 대한 확인판결을 구하는 소송유형, 즉 확인소송을 도입하였다(구 §231 ZPO).[24] 20C가 되어 일정한 법률요건의 존재를 전제로 하여 법률관계의 발생, 변경, 소멸을 선언하는 판결을 구하는 소송유형, 즉 형성소송의 개념도 점차 밝혀지기에 이르렀다. 이와 더불어 BGB §919 및 §920의 제정에 따라 경계확정소송의 성질에 관한 논의도 다양하게 논의되었다. BGB도 기본적으로는 보통법시대의 2종류 경계소송을 전제로 하였다. 이하에서는 현행 독일법상 경계 관련 소송을 살펴보기로 한다.

3.1. 계표설치 소송

3.1.1. 독일민법 제919조

BGB §919(Grenzabmarkung)는 제1항에서 '토지의 소유자는 인접한 토지 소유자에 대하여 견고한 경계표의 설치 및 경계표의 위치가 이동되었거나 인식할 수 없게 된 경우에는 그 복구에 협력할 것을 청구할 수 있다(Der Eigentümer eines Grundstücks kann von dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks verlangen, dass dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.)'고 하여 계표설치소송을 규정하고, 제2항에서 계표설치 방법과 절차는 란트법을

22) Dernburg(1896), Pandekten Ⅰ, 5. Aufl., Berlin, S. 537.

23) Rönnberg(1896), a. a. O., S. 166f.; Windscheid/Kipp(1906), a. a. O., §450.

24) 현재 §256 ZPO에 해당한다. §256 ZPO (Feststellungsklage) (1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. (2) Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

따르고, 란트법에 규정이 없을 때는 토지 관행에 따르도록(Die Art der Abmarkung und das Verfahren bestimmen sich nach den Landesgesetzen; enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit) 하고 있다. 제3항에서는 계표설치비용은 법률관계로부터 달리 해석되지 않는 한, 관계자가 균등으로 부담해야 할 것(Die Kosten der Abmarkung sind von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis sich ein anderes ergibt)으로 규정하고 있다.

3.1.2. 요건

BGB §919는 제1초안 제851조에 규정되었는데, 그 이유서를 보면[25] 계표설치소송은 경계의 위치에 대해 인접자 사이의 다툼이 없는 것을 전제로 한다.[26] 독일의 통설[27]은 BGB §919 Abs. 1의 청구는 인접 토지소유자 사이에 그 경계를 다투지 않는 것을 전제로 하며, 경계에 대해 다툼이 있는 경우에는 BGB §920가 적용된다고 본다.

BGB §919 Abs. 1의 청구를 위해서는 견고한 경계표가 존재하지 않거나, 현재 존재하는 경계표시가 불명확하여야 한다. 이러한 경계표의 부존재 및 불명확을 야기한 원인은 묻지 않는데, 그 이유는 경계표에 의한 경계의 보전이 이루지지 않은 원인이 중요하지 않기 때문이다.[28]

BGB §919 Abs. 1은 모든 종류의 토지에 적용되며, 이 청구의 당사자 적격은 토지소유자에게만 인정된다.[29] 또한 BGB §1011[30]에 의해 공유자는 단독으로 소를 제기할 수 있지만, 소는 모든 공유자에 대해서 제기되지 않으면 안 된다.[31]

3.1.3. 방법

소의 제기는 원고가 설치하려는 방법에 따르지만, 경계표설치에 대한 협력은 ZPO §887[32]에

25) 이유서에서는 852조를 경계분쟁해결을 위하여 둔 규정으로서, 소유권에 관한 소송의 특칙이라고 한다(Motive, Bd. 3, S. 268).

26) 그러나 Rönnberg는 제851조는 경계의 위치에 대해 다툼이 있는 경우도 포함하는 규정이며, 그 결과 §920 BGB로 발전하는 제1초안 제852조는 제851조의 특칙이라고 한다(Rönnberg(1896), a. a. O., S. 275, 278).

27) Meisner/Stern/Hodes(1970), Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin, 5. Aufl. J. Schweitzer, S. 88, 91; Roth(2002), Staudingers Kommentar zum BGB, Sellier, RN 2 zu §919, RN 7 zu §920; Meisner/Ring(1972), Nachbarrecht in Bayern, 5. Aufl., Schweitzer, §5 Ib.

28) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 90.

29) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 88.

30) §1011(Ansprüche aus dem Miteigentum) Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des §432.

31) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 89; Säcker(2004), Münchener Kommentar zum BGB, RN. 4 zu § 919; Palandt(2014), BGB, 73. Aufl., Beck, 2a zu §919.

32) §887(Vertretbare Handlungen) (1) Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. (2) Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht. (3) Auf die Zwangsvollstreckung

의해 집행 및 대체할 수 있는 행위이므로,[33] 소제기에서 인접 토지소유자에게, 설치에 대한 협력 및 설치비용의 균분부담을 구하는 것은 당연하다. 보통의 경우는 공동비용으로 관할 토지등기소 혹은 공적으로 임명된 측량기사에 의해 토지구획이 확정될 것을 제기한다.[34] 경계확정이 되면, 인접 토지소유자는 확정된 경계의 정당성을 승인한 것으로 간주한다. 또, 이 확정에 의하여 소유관계의 변동은 생기지 않으나, 확정된 때 소유권이 어디까지 미치는가 하는 점에 관해서는 결정적 증거방법이 된다.[35] BGB §891[36]의 추정은 토지대장의 경계(Katastermäβige Grenze)에도 미치지만,[37] 이와 대립하는 구획의 확정에 의해서 이 추정은 깨진다. 이에 반하여, 법률행위에 의한 취득은 BGB §892[38]에 의한 등기부의 공신력에 의해, 이것과 대립하는 구획의 확정에도 우선한다.[39]

3.2. 경계확정소송

3.2.1. 독일민법 제920조

독일민법은 제919조와 별개로 경계에 대하여 다툼이 있는 경우와 관련하여 제920조를 두고 있다. 즉, BGB §920(Grenzverwirrung) 제1항에서는 "경계가 혼동되어 진정한 경계를 알 수 없는 경우에는 점유상태가 경계 결정의 기준이 된다. 점유상태를 확정할 수 없는 때에는 다투고 있는 지면을 각각의 토지에 균등하게 배분하여야 한다(Lässt sich im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maβgebend. Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzuteilen.)" 고 하고, 제2항에서는 "제1항에 따라 행하여지는 경계의 결정이 확정된 제반 사정, 특히 확정된 토

zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen sind die vorstehenden Vorschriften nicht anzuwenden.

33) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 91; Palandt(2014), a. a. O., 2b §919.

34) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 92.

35) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 95.

36) §891(Gesetzliche Vermutung) (1) Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe. (2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht bestehe.

37) Roth(2002), Staudinger-Kommentar zum BGB, RN. 18 zu §919; Meisner/Ring(1972), a. a. O., §5 IV.

38) §892(Öffentlicher Glaube des Grundbuchs) (1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. (2) Ist zu dem Erwerb des Rechts die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach §873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

39) Palandt(2014), a. a. O., 3c zu §919; Roth(2002), Staudinger-Kommentar zum BGB, RN. 19 zu §919.

지 면적과 부합하지 아니한 결과를 가져오는 경우에는 그 한도에서 이러한 사정을 고려하여 형평에 맞게 경계를 결정하여야 한다(Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnis führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht.)"고 한다. 즉, 경계를 확정하는 기준으로는 첫째로 점유상태, 다음으로 계쟁지 균등분할, 다음으로 쌍방의 면적 등이 있다. 이 3단계를 고려하여 공평하게 배분하도록 규정하고 있다.

3.2.2. 경계확정소송의 성질

BGB §920에 의한 경계확정소송의 성질과 관련하여 학설사적으로 다양한 논의가 진행되었다. Rönnberg는 ZPO 제정 후 BGB 제정 전에 경계확정소송의 성질을 기본적으로 확인소송으로 보았다.[40] 이 견해는 확정의 대상은 '매우 법적이지만 사실인' 경계를 해석하는 것이므로, ZPO가 인정하는 순수한 확인소송에는 해당하지 않는 특수한 확인소송이라고 본다.[41] 따라서 경계확정소송은 객관적으로 존재해야 할 사실인 경계의 확인을 목적으로 하는 소송으로서, 경계가 객관적으로도 명확하지 않는 경우 즉, 증명이 이루어질 수 없는 경우에는 경계확정소송이 아니라 비송사건절차에 따라야 한다고 한다. 이와 같이 경계확정소송을 확인소송의 일종으로 보는 이상, 당연히 그 심리절차도 확인소송의 방법에 따르게 된다. Rönnberg에 의하면, 소제기에서 원고는 경계로서 '일정한 선'을 표시하여야 하며, 그것을 표시하지 않는 경우에는 패소가 된다고 하여 변론주의를 적용하면서, 이러한 '일정한 선'의 변경은 소의 변경이 아니고 청구의 확장 내지 축소라고 한다.[42] 이 견해는 경계확정소송을 로마법 및 독일 보통법에서 쌍방의 소(actio duplex)라고 보는 것에 대하여, 쌍방의 소는 비송사건의 성질을 가지는 것으로서 경계확정소송의 성질로 볼 수 없다고 한다.[43] 나아가 소유권확인과 경계확정의 관련성도 인정하지 않는다. 요컨대, Rönnberg의 견해는 확인소송이라는 소송유형에 충실한 이론구성으로서, 경계확정청구라는 실제상 요청을 해결하는 수단으로는 적합하지 않다는 비판을 면하기 어렵다.

Planck도 경계확정소송을 확인소송이라고 하며, 쌍방의 소는 아니라고 한다.[44] 다만, Rönnberg가 이 소송을 사실인 경계를 확인하는 특수한 확인소송이라고 하는데 반하여, Planck는 이 소송의 법률상의 원인은 토지 소유권이라고 한다. 그리

40) Rönnberg(1896), a. a. O., S. 255.
41) Rönnberg(1896), a. a. O., S. 255.
42) Rönnberg(1896), a. a. O., S. 258.
43) 1900년에 BGB가 불명확한 경계의 확정기준으로서 제920조를 규정한 이후에, Rönnberg의 견해는 변용되어 경계확정청구의 본질은 비송사건이지만 BGB §920의 형성권에 근거한 형성소송이라는 견해가 나오게 된다.
44) Planck(1920), Kommentar zum BGB, Bd. 3, Gryter, §920 I.

고 이 소송은 소유권 자체의 확인을 구하는 소송은 아니지만, 원고는 그 주장하는 범위까지의 토지가 자기의 소유지라는 것을 이유로 소를 제기하고, 그 경계를 정하는 판결도 소유권에 근거해서만 내려진다고 한다. 또 당사자가 소를 제기할 때 '일정한 선'을 주장할 필요는 없지만, 법원은 확정된 구체적인 경계선을 표시하여야 한다. 요컨대 Planck은 Rönnberg와 마찬가지로 경계확정소송를 확인소송으로 보았으나, 경계확정소송의 기초가 소유권이라는 발상을 하였다. Staudinger는 경계확정소송을 특수한 구조를 가지는 형성소송으로 해석하였는데, 이후 많은 지지를 얻어 현재 독일에서 통설적 지위를 차지하게 되었다. 현재 독일의 통설은 BGB §920에 근거하는 경계확정소송을 특수한 형성소송으로 본다.

이하에서는 Staudingers Kommentar[45] 중심으로 형성소송설을 살펴보기로 한다.[46] 경계분쟁에서, 당사자는 자기가 주장하는 일정한 선까지의 소유권을 증명할 수 있는 경우에는 그것은 BGB §920에 근거하는 소송은 아니고 통상의 소유권확인소송이다. 경계확정소송은 당사자가 경계를 증명할 수 없는 경우에 하는 것으로서, 이 소송은 소유권확인소송에 대한 보충적 기능을 하는 것이다.[47] 따라서 이 소송은 본래 비송사건적 청구를 기초로 하는 특수한 소송으로, 그 성질은 이행소송도 확인소송도 아니고 그 판결은 형성적 성질을 가지는 것이다.[48] 계쟁 토지의 소유권은 이 판결에 의해 확정된 경계에 따라 양당사자에게 분배되어 확정된다.[49] 그리고 이러한 소의 제기에서 일정선의 주장은 당연히 필요하지 않다.[50] 경계확정소송을 소유권소송의 보충으로 보는 Staudinger의 견해에 의하면 소유권확인소송을 수행하던 당사자가 구두변론 종결시에 이르러 권리객체로서의 토지의 범위(경계)를 증명할 수 없는 경우에는 소의 기각이 예정된다. 소유권소송으로부터 경계확정소송에의 이행은 소의 변경으로서 허용되고, 경계확정소송의 보조적 제기도 허용된다.[51] 그러나 토지소유자의 소유권확인청구에서 경계확정소송이 당연히 예비적으로 포함된다고 해석되지는 않는다. 또, 당사자가 처음부터 소유권 소송이 아니라, BGB §920의 경계확정소송을 한 경우, 법관이 진실한 경계를 발견했을 경우에는 그 판결은 확인판결로 된다.[52] 소유권소송에 의할 것인지, 경계확정소송에 의할 것인지의 판단은 구체적인 경계까지 소유권의 입증가능 여부에 대한 당사자의 판단에 맡기게 된다. 경계확

45) Staudingers Kommentar 2002년판은 Roth가 집필하였으나, 종전의 Staudingers 견해를 그대로 따랐다. 이하에서는 Staudingers Kommentar 2002년판을 참고로 설명한다.
46) Staudinger(2002), Kommentar zum BGB, §920.
47) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 363.
48) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 367.
49) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 363.
50) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 364.
51) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 363.
52) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 364; Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., §6.

정소송이 제기된 후에도 법관은 진실한 경계의 발견을 위하여 노력해야 한다.

소유권소송 이외에 BGB §920에 의한 경계확정소송이라는 소송유형이 인정되는 이유는 다음과 같다. 토지의 범위에 관한 분쟁은 토지의 경계에 관한 분쟁이기 때문에, 토지소유자가 토지의 범위에 관한 분쟁을 인접 소유자와 해결해야 한다면, 그 상황은 2가지 성격을 가진다.[53] 그가 경계가 현상대로라고 가정했을 경우에는, 권리 주장에 있어서 부동산을 그의 소유물로서 정확하게 특정하고, 실정법에 따라 소유권 소송, 소유권확인소송, 소유권 방해소송(Eigentumsstörungsklage)을 제기하여야 하며, 여기서는 경계불명(grenzverwirrung)이라고 하는 것은 청구원인으로서도 소의 동기로서도 존재하지 않는다.[54] 그러나 일반적으로 경계분쟁에서는 당사자에게도 경계가 불명확하기 때문에, 이 경우는 위와 같은 계쟁 부동산의 경계의 정확한 표시를 요구하는 소송은 적절하지 않다. 경계가 불명확한 경우에 만약 이러한 소송을 이용하려고 하면, 원고는 어느 특정 경계를 진술하는 유혹에 휩싸이거나 어느 정도까지는 소송상의 허위를 강제 당한다.[55] 또한 경계에 관한 그의 주장이 적절하지 않으면, 바로(적어도) 부분적인 소 각하를 받게 된다. 따라서 법은 이러한 것을 고려하여, 소유권소송과 함께 특별한 청구, 즉 BGB §920의 소를 인정하고 있는 것이다.[56] 원고는 청구원인으로서 단지 경계의 불명을 주장하면, 특정한 경계의 주장 및 입증을 면하게 된다.[57] 여기서 경계 불명이란 진실한 경계[58]가 전부 또는 부분적으로 판명되지 않는 것이다. 따라서 객관적으로 올바른 경계의 입증이 행하여진 경우에, 당사자 사이의 단순한 의견의 불일치가 있는 경우는 경계 불명이 아니다.[59]

또한 원고가 소유권소송을 제기하면서 경계의 입증을 할 수 없는 경우에는 그 소는 각하되고 직권으로 BGB §920의 경계확정소송으로 이행되어서는 안 되지만, 원고가 소유권 소송과 함께 경계불명을 이유로 하는 경계확정소송을 예비적으로 제기할 수는 있다.[60]

생각건대, Rönnberg나 Planck처럼 소송 유형을 확인소송으로 보면, BGB §920의 자리 매김이 매우 어렵다. 즉, 확인소송으로 보면 BGB §920는 법관이 불명확한 경계를 확정하는 경우 즉, 사실 인정을 하는 경우의 그 판단 기준을 정한 것으로 해석해야 하는 것이 아닌가하는 의문이 남는다. 형성소송설처럼 BGB §920을 형성소송인 경계확정소송의 형성요건으로 정한 규

53) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 98.
54) Staudinger(2002), a. a. O., S. 363; Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 99; Münchener Kommentar, §920.
55) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 99.
56) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 368; Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 100.
57) Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 364. 이 이유로부터 원고가 만일 제기한 일선이 부당한 것임이 밝혀졌을 경우에도 지장이 없다고 여겨진다. 이것에 대해, 이러한 경우에 소 각하를 요구하는 것으로서 Planck(1920), a. a. O., 4a zu §920.
58) 소유관계와 일치하는 경계를 의미한다.
59) Soergel(2002), BGB-Kommentar, Stuttgart, §920.
60) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 103; Staudinger(2002), a. a. O., §920, S. 363.

정이라고 해석하는 경우에는 문제가 없다.

3.2.3. 관할

ZPO는 경계확정소송에 관한 규정으로서 제24조에 토지상의 전속 재판적을 정해 두고 있다.

즉, ZPO §24(Ausschließlicher dinglicher Gerichtsstand) Abs. 1에서 "부동산에 관한 소유권, 물권적 부담 또는 그 면제를 주장하는 소, 경계의 소, 분할의 소 및 점유의 소는 해당 부동산이 존재하는 지역의 법원이 전속 관할권을 가진다(Für Klagen, durch die das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Teilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.)"고 하여, 부동산에 관한 일정한 소송은 그 부동산 소재지 법원의 전속관할로 하는 취지의 규정이 있다. 그리고 이러한 소송 중에는 경계의 소(grenzscheidungsklage)도 포함시키고 있는데, 해석상 이러한 경계의 소에는 BGB §920의 경계 확정의 소 이외에도, §919의 계표설치의 소도 포함된다고 한다.[61]

3.2.4. 경계확정의 2가지 단계

경계확정소송에서 경계의 확정은 2단계로 진행된다.[62] 즉, 제1단계로 경계가 명확하지 않는 경우에 법관은 진실한 경계를 발견하여야 하고, 그것이 불가능할 경우에는 제2단계로 제920조의 기준에 따른 경계의 창설이 예정되어 있다. 이처럼 법은 법관의 활동을 2가지로 엄격하게 구분하고 있다.

1) 제1단계

경계불명이 주장되었을 때 제1단계는 올바른 경계의 조사이다. 법관은 당사자의 진술을 근거로 조사하여 단순히 발견할 뿐만 아니라, 증명할 수 있는 진실한 경계를 발견하여 확정하여야 한다.[63] 이 경우에 판결에 표시된 경계는 객관적으로 올바른 것으로 확인하여 표시하는 것으로서,[64] 이것을 확인소송으로 보고 있다. 따라서 ZPO §308[65]가 적용되어, 법관은 원고가 주장하는 것을 넘어 인정할 수는 없다.[66]

제1단계에서 하는 법관의 조사활동은 객관적으로 올바른 경계의 발견을 목적으로 한다. 일반적인 증거방법과 함께, 설치된 경계표(Grenzabmarkung)나 토지대장(Kataster)과 토지등기부(Grundbuch)가 매우 중요하다. 설치된 경계표는 경계를 아는 데 결정적인 증거이

61) Lorenz(2008), Erman BGB, 12 Aufl., §919, S. 3710.
62) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 103; Staudinger(2002), a. a. O., S. 514.
63) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 101.
64) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 101.
65) §308(Bindung an die Parteianträge) (1) Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen. (2) Über die Verpflichtung, die Prozesskosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.
66) Soergel(2002), a. a. O., S. 230; Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 101.

며, 경계는 경계표가 지시하는 곳에 있는 것으로 간주할 수 있다.[67] 따라서 이 경계의 정당성을 다투는 사람은 그 경계를 넘은 정확한 범위의 토지에 관하여 자기의 소유권을 증명하는 방법을 취하여야 한다.[68]

또한 토지대장과 토지등기부는 올바른 경계의 조사에 있어서 매우 중요한 보조수단이다. 독일에서는 BGB §892[69]에 의해 토지등기부에 공신력이 인정되기 때문에, 경계분쟁에 있어서의 그 역할은 우리와 그 양상이 다르다. 즉, 토지등기부는 소유권에 관하여 신뢰할 가치가 있는 기재(Angabe)를 주는 것이므로 소유권의 구체적 대상의 범위에 대해서도 증명해야 한다. 따라서 부동산의 토지구획에 관한 표제부의 기재는 필연적으로 부동산의 범위에 대해 공신력을 미치게 된다. 경계확정소송에 있어서 어떤 토지를 법률행위에 의하여 취득한 것이라는 사실을 증명하는 당사자에 대해서는 등기부에 기재된 경계까지 그의 토지의 경계라고 간주한다.[70] 따라서, 토지등기부의 현상의 기재(Bestandangabe)는 경계분쟁을 종료시키는 데에 결정적인 영향을 미친다.[71] 그리고 등기부의 현상목록(Bestand_sverzeichnis) 즉 표제부는 부동산의 일련 번호, 토지 대장으로부터 뽑아낸 경계에 관한 표시, 필지번호, 해당 필지가 표시되어 있는 지적도(Karte), 이용·경작방법, 위치, 부동산의 면적, 부동산 소유권과 결합한 권리가 표시되기 때문에, 경계에 관한 등기부의 기재는 구체적으로는 토지 대장의 기재를 의미하게 되는 것이다.[72] 한편, 소유권 이전 및 이에 관한 BGB §892가 적용되지 않는 경우에도, 등기부의 등기는 BGB §891에 의해 정당성이 추정된다.

그러나 토지등기부 표제부 제4단의 표시가 토지대장과 다르다는 것이 증명되었을 때에는 토지대장으로 되돌아와야 하고, 토지등기부와 토지대장이 일치할 경우에는 토지대장의 잘못만 증명하면 된다.[73] 요컨대, 경계확정소송의 제1단계에서는 위와 같은 광범위한 보조수단에 의

67) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 104.

68) Meisner/Ring(1972), a. a. O., §6 I; Staudinger(2002), a. a. O., RN. 3 zu §920.

69) §892(Öffentlicher Glaube des Grundbuchs) (1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. (2) Ist zu dem Erwerb des Rechts die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach §873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

70) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 111.

71) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 109.

72) 한편, 취득자가 등기신청 전에 토지대장상의 경계와 자연상태에서 경계가 다른 것을 알고 있을 경우에는 이 한도에서, 또 계약의 양 당사자가 그 대상으로서 토지 대장상의 구획을 표시하고 있어도 그 대상물은 의사표시의 해석의 문제로서 반드시 토지대장상의 경계에서 구획되는 토지라고는 할 수 없는 등의 문제가 있다(이에 대해서는 Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 109. 참조).

해서 정당한 경계의 조사가 이루어진다.

2) 제2단계

경계표가 사라졌거나 정당한 경계를 확인할 수 없는 경우에, 경계확정소송의 제2단계로 진행된다. 당사자의 진술 및 법관의 조사에서 올바른 경계의 발견이 충분하지 못한 경우에, 법관은 BGB §920의 3가지 기준을 근거로 하여 경계를 창설해야 한다. 점유상태에 의한 경계확정, 계쟁지의 균등분할, 판명된 사정에 근거하여 공평한 경계확정이 그것이다. 이 경계확정소송의 제2단계에서 확정되는 경계는 본래의 올바른 경계가 아니고, 말하자면 올바른 경계의 의제이다.[74]

제2단계에서 경계를 확정하기 위해서는 먼저 점유상태가 기준이 된다. 어느 시점의 점유를 가지고 경계확정의 기준으로 할 것인지에 관해서 법률상 규정은 없다. 학설은 과거의 점유가 아니라 현재의 점유를 기준으로 하며, 소를 제기한 때가 아니라 판결 선고의 시점을 기준으로 한다고 한다.[75] BGB §854[76]에서 점유자란 물건에 대하여 사실상의 지배권을 행사하는 사람이라고 하는 데 반하여, 경계확정소송에서는 일반적으로 토지에 영향을 미치는 모든 행위를 점유행위로 고려하며, 이러한 영향의 결과로서 사실상의 지배관계가 존재하는지 아닌지는 상황에 따라 결정된다.[77] 점유행위의 구체적인 예로서 경계표, 울타리, 사람의 침입을 막기 위한 수풀, 경고판 등의 설치, 밭의 경작 등을 들 수 있다.[78] 또 경우에 따라 토지의 전부에 미치지 않거나 실질적으로 완전한 지배권을 가지지 않아도, 객체를 자유롭게 처리하기 위한 행위자격을 생기게 하는 영향력만으로 충분하다고 여겨지기도 한다.[79] 이러한 점유상태가 있으면 소유권이 추정되지만, 이러한 소유권의 추정은 이 경우에서만 토지에 대한 점유로서 인정되므로 일반화할 수는 없다.[80] 이와 같은 점유상태가 확정될 수 없을 때는 그 점유가 증명되지 않는 토지의 부분은 당사자 쌍방의 토지에 균등하게 분할된다. 이것은 미개간 토지처럼 점유하지 않는 경우뿐만 아니라, 계쟁 토지에 대하여 양 당사자가 동시에 점유하면서 점유상태의 확정이 불

73) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 118.

74) 이 점에 대해 제1초안 제852조는 "올바른 경계가 증명되지 않을 때는 점유상태에 일치하는 선을 올바른 경계로 간주한다. 이러한 점유상태도 증명되지 않을 때는 그 선에 의해 계쟁지가 등분 비율로 되는 선을 올바른 경계로 간주한다."고 하여, 진실한 경계의 소급적 의제를 명확히 하고 있었다(Staudinger(2002), a. a. O., S. 367). 이 점에 대하여 BGB §920는 명확하지 못한 표현을 하고 있다는 지적도 있다(Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 102).

75) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 119.

76) §854(Erwerb des Besitzes) (1) Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. (2) Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

77) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 120.

78) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 121.

79) 구체적인 예로서 연못에서 낚시나 원료의 채취를 들 수 있고 있다(Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 119-120).

80) Staudinger(2002), a. a. O., S. 365.

가능한 경우도 포함된다.[81] 토지의 가치나 토질은 배려되지 않고, 인접 토지사이의 면적비율도 고려되지 않는다. 경계선의 모양도 제한되지 않기 때문에 균등하게 나눌 수 있으면, 상황에 따라 자유롭게 정할 수 있다.[82] 진실된 경계를 발견하지 못한 경우의 경계확정은 이상과 같은 방법으로 하지만, BGB §920 Abs. 2은 그 예외를 정하고 있다. 즉, 제1항에 따른 경계의 확정이 판명된 사정, 특히 토지의 확정된 면적과 일치하지 않는 결과가 되는 경우에, 이러한 사정을 고려하여 경계는 공평하게 되도록 하여야 한다는 규정이다. 토지의 면적이 확정되어 있는 경우에는 입법자는 다음과 같은 사항을 고려하고 있어야 한다. 예컨대 한쪽의 토지가 100㎡, 다른 쪽이 200㎡인 것이 확실한 경우에는 점유상태를 기준으로 하거나 균등 분할에 의해 경계를 결정할 수 있으나, 상린자가 의심할 여지 없이 그들의 소유에 속하는 면적분의 토지를 얻도록 결정해야 한다.[83] 이러한 고려는 이론상으로 타당하지만, 실제로 대부분의 경우에 그다지 중요하지 않다고 지적한다.[84] 경계가 불명인 대부분의 경우에는 각각의 토지 면적도 확정될 수 없기 때문이다. 또, 확증된 면적의 경우 이외에 BGB §920 Abs. 2의 규정 내용은 매우 불명확하다.[85] 현실적으로 제2항은 크게 기능하지 못한다.

3.2.5. 소송 당사자 적격 및 소송비용

경계확정소송의 당사자 적격은 소유권자에 한하여 인정된다.[86] 이것은 토지의 경계 즉, 소유권의 범위라는 전제를 취하는 이상 당연한 것이다. BGB §1011[87] 및 §432[88]에 따라, 원고적격은 개별 공유자에게 인정되지만, 피고적격은 항상 모든 공유자가 필요적 공동소송자로서의 피고적격을 가진다.

소송비용은 원칙적으로 피고의 부담이지만 피고의 반소 제기가 있으면 원고와 피고가 공동으로 부담한다.[89] 이 청구는 피고의 행위나 부작위를 구하는 것이 아니고 법원에 대해 경계의

81) Meisner/Stern/Hodes(1970) a. a. O., S. 121.
82) Staudinger(2002), a. a. O., S. 365; Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 121.
83) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 121-122.
84) Staudinger(2002), a. a. O., S. 365; Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 121; Planck(1920), a. a. O., 2c zu §920.
85) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 122.
86) Staudinger(2002), a. a. O., S. 364; Rönnberg(1896), a. a. O., S. 90.
87) §1011(Ansprüche aus dem Miteigentum) Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des §432.
88) §432(Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung) (1) Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Jeder Gläubiger kann verlangen, dass der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert. (2) Im Übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.
89) Staudinger(2002), a. a. O., RN. 20 zu §920.

설정을 요구하기 때문이다. 따라서 이러한 설정을 구할 권리는 원고에게 있어서와 마찬가지로 피고에게도 인정된다.

3.2.6. 소송물 및 판결

경계확정소송은 소유권을 기초로 하는 소송이기 때문에, 소제기 시 양 토지사이에 어디까지 경계가 불명한지, 어디까지 다툼이 없는지를 명확하게 하여야 한다. 계쟁토지의 범위를 명확하게 하지 않으면 소는 각하된다.[90]

경계확정소송에서 법원은 토지의 경계를 명확히 밝혀내어야 한다. 그러나 그 경계확정은 판결 이유를 형성하는 것뿐이므로, 기판력이 생기지 않는다.[91] 판결이 확정되면, 그것은 토지등기부의 정정을 위한 증거(nachweisen)를 형성한다.[92] 이 정정에는 관계 소유자나 타물권자의 승낙을 필요로 하지 않는다.[93] 이 측량에 의한 경계의 설정과 등기부 등의 정정은 승소 당사자에 의해서 행해지는 것이 원칙이지만, 이것이 당사자의 임의대로 되면 불합리하기 때문에, 최근에, '등기소는 당사자에 대해 일정기간 내에 측량을 하여야 할 취지 및 그 기간 이후에 당사자의 비용으로 등기소가 그것을 행하는 취지를 통지하며, 또 이 소송의 판결은 직권으로 과세대장 및 토지등기부에 받아들여지도록 할 것'이라는 규정을 두도록 하는 것이 일반적이다.[94] 이 소송의 결과를 등기부 등에 반영시켜 항상 사실과 공시방법을 일치시킨다고 하는 배려는, 등기부에 공신력을 인정하는 이상 당연한 것이라고도 생각된다.

3.2.7. 경계확정계약(Grengscheidungsvertrag) 및 소송상의 화해

불명확한 경계를 정하는 방법은 BGB §920의 소송에 한정되지 않는다. 당사자는 경계 확정계약이나 소송상의 화해에 의해 분쟁을 해결할 수 있다.

경계확정계약은 양 당사자가 단지 현재의 불확정 상태의 제거를 바라는 경우는 물론이고, 일방당사자가 증명이 가능한 동시에 그의 소유인 토지를 타방에 양도하는 경우에도 할 수 있다. 단, 전자의 경우는 BGB §313의 방식이 요구되지 않는데, 후자의 경우는 BGB §313의 방식이 요구된다는 차이가 있다.[95]

이 효과는 형성적이고 사후적으로 진실한 경계가 판명되어도, 그 합의에 대해 이의를 주장할 수 없다.[96] 또 소송상의 화해에 의한 경계의 설정도 가능하며, 현실적으로 많이 이용된다고 한다.[97]

---

90) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 124; Staudinger(2002), a. a. O., S. 366.
91) Meisner/Stern/Hodes(1970), a. a. O., S. 123.
92) Staudinger(2002), a. a. O., S. 368.
93) 소유자에 관해 Staudinger(2002), a. a. O., S. 368; Planck(1920), a. a. O., 4b zu §920; Meisner/ Stern/ Hodes(1970). a. a. O., S. 125. 다른 물권에 관해 Staudinger(2002), a. a. O., S. 367; Meisner/ Stern/Hodes(1970), a. a, O., S. 125.
94) Meisner/Stern/Hodes(1970), a, a. O., S. 126.
95) Soergel(2002), a. a. O., S. 230; Staudinger(2002), a. a. O., S. 368.
96) Soergel(2002), a. a. O., S. 230; Staudinger(2002), a. a. O., RN. 23 zu §920.

4. 결론

독일법에서는 통상의 소유권 소송과는 별도로, 경계의 입증곤란 혹은 불능을 전제로 하여, 인접 토지의 소유권 분쟁이라고 하는 특수한 장소를 고려한 소송절차로서 경계소송을 규정하고 있다. 광의의 경계소송에는 경계 자체에 다툼이 없이 계표의 설치를 구하는 것과 경계 자체에 다툼이 있어 그 확정을 요구하는 것 2종류의 소송이 있다. 전자는 BGB §919에서 규정하고, 후자는 BGB §920에 근거한다. BGB §920에 기한 협의의 경계확정소송은 경계를 확인할 수 있는 경우와 경계를 확인할 수 없어 재량적으로 정해지는 경우로 나눌 수 있다.

소유권확인소송을 위해서는 원고가 토지의 범위를 명확하게 주장 입증해야 하는데, 경계불명의 경우에는 당사자에게 BGB §920에 기하여 소구할 수 있다. 이 소송은 제1단계로 진실한 경계를 발견하고, 제2단계로 제920조가 정하는 기준에 의해 경계를 설정한다. 즉, 1차적으로 진정한 경계를 판명하고, 이것이 불가능한 경우에 법정 기준에 따라서 경계를 재량으로 창설한다. 이는 '본래 정해져 있는 경계의 발견'만이 아니고, 판결에 의한 소유권 범위의 형성이 인정되는 것이다. 양자는 법원의 판단작용에서 서로 다른 것이지만, 이 양자를 하나로 포섭한 것이 독일의 경계확정소송이다. 일반적으로 판결은 재판 이전에 객관적으로 존재하는 것에 대한 판정이다. 경계확정소송에서도 토지의 고유한 경계의 발견이라는 판단 작용을 하여야 하지만, 경계분쟁의 해소라는 면에서 결단적 작용을 인정할 필요가 있다. BGB §920은 확실히 해결하기 어려운 곤란을 단번에 해결하기 위한 특별한 방책[98]인 것이다. 우리 법제에서도 이러한 생각을 참고로 하여 서로 다른 2가지 판단작용을 하나의 소송유형 속에 포함시키는 이론 구성이 필요하다. 그리고 경계확정 기준에 대하여 실정법의 규정을 두지 않은 우리나라의 경계확정소송에 있어서는 그동안 축적된 판례로부터, 그 확정기준을 추출하여 유형화하는 작업이 필요하다. 토지 관행의 지역적 특성 때문에 이 작업은 상당히 어려움이 있을 것이나, 향후의 과제로 남겨두고자 한다.

덧붙여 경계확정소송을 어떤 소송으로 구성할 것인지는 현실의 경계분쟁해결에서 어떤 소송으로 구성하는 것이 보다 적합할 것인지를 고민하는 방향으로 나아가야 한다. 또한 소송유형으로부터 그 특성을 도출하는 것이 아니라, 이 소송의 특성으로부터의 귀납적으로 소송구조를 이론 구성할 필요가 있다.

【감사의 글】

이 논문은 2013년도 광운대학교 교내연구비 지원으로 작성되었습니다.

97) Soergel(2002), a. a. O., S. 230.
98) Staudinger(2002), a. a. O., S. 368.

[참고문헌]

- 이시윤(2014), 민사소송법, 박영사.
- 송상현·박익환(2014), 민사소송법, 박영사.
- 정동윤·유병현(2014), 민사소송법, 법문사.
- 차상근(1972. 6.), '토지경계확정의 소', 사법행정 13권 6호, 한국사법행정학회.
- 한광세(1976), '토지경계확정소송에 관한 고찰', 사법논집 제7집, 법원도서관.
- 江南 義之, 鈴木 康文(訳), デゲスタ(Interpretatio Digestorum in linguam Japonicam) 第10巻, 神奈川法学 9巻 1号.
- 世良晃志郎(訳)(1977), バイエルン部族法典, 創文社.
- Bartlett(1986), Trial by Fire and Water, Oxford University Press.
- Dernburg(1896), Pandekten Ⅰ, 5. Aufl., Berlin.
- Dobozy(Translator)(1999, The Saxon Mirror: A Sachsenspiegel of the Fourteenth Century, University of Pennsylvania Press.
- Erman(2008), BGB, 12 Aufl., Otto Schmidt KG.
- Fellmeth/Horwitz(2009), Guide to Latin in International Law, Oxford University Press.
- Hesse(1861), Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, Bd. Ⅱ, Schöne.
- Hoffmann(1848), Ueber das Wesen der actio finium regundorum, namentlich in ihrem Unterschied von der rei vindicatio, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 31.
- Ludwig/Friedberg(1861), Pandekten, Tauchnitz.
- Mattei(2000), Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction, Greenwood Press.
- Meisner/Ring(1972), Nachbarrecht in Bayern, 5. Aufl., Schweitzer.
- Meisner/Stern/Hodes(1970), Nachbarrecht im Bundesgebiet(ohne Bayern) und in West-Berlin, 5. Aufl., J. Schweitzer.
- Motive, Bd. 3.
- Münchener Kommentar zum BGB(2004), Beck.
- Palandt(2014), BGB, 73. Aufl., Beck.
- Planck(1920), Kommentar zum BGB, Bd. 3, Gryter.
- Rönnberg(1896), Die Grenzscheidungsklage nach römischem und gemeinem Recht sowie nach den Entwürfen eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 11.
- Staudinger(2002), Kommentar zum BGB, Sellier.
- Soergel(2002), BGB-Kommentar, Stuttgart.
- Windscheid/Kipp(1906), Pandekten, Bd. 2, Leipzig.