creative commons

COMMONS DEED

**저작자표시-변경금지 2.0 대한민국**

**이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게**

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

**다음과 같은 조건을 따라야 합니다:**

BY: **저작자표시**. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

= **변경금지**. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

**저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.**

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000236521

*2008*年 *8*月

博士學位論文

# 慣習法上 法定地上權에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 澯 洙

# 慣習法上 法定地上權에 관한 研究

*A Study on the Legal Superficies of Customary Law*

*2008* 年 *8* 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 澯 洙

# 慣習法上 法定地上權에 관한 研究

指導敎授　　朴　運　吉

이 論文을 法學博士學位 申請論文으로 提出함.

*2008* 年　*4* 月　　日

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

金　　澯　　洙

# 金濚洙의 博士學位論文을 認准함

| | | | |
|---|---|---|---|
| 委員長 | 檀國大學校 | 名譽敎授 | 印 |
| 委　員 | 淸州大學校 | 名譽敎授 | 印 |
| 委　員 | 朝鮮大學校 | 敎　授 | 印 |
| 委　員 | 朝鮮大學校 | 敎　授 | 印 |
| 委　員 | 朝鮮大學校 | 敎　授 | 印 |

*2008* 年　*6* 月　　日

朝鮮大學校 大學院

# 目　次

ABSTRACT

**제1장 序　論 ····· 1**

제1절 硏究의 目的 ····· 1
제2절 硏究의 範圍 및 方法 ····· 3

**제2장 慣習法上 法定地上權의 理論的 基礎 ····· 5**

제1절 慣習法上 法定地上權의 槪念 ····· 5
Ⅰ. 現行法上 法定地上權의 槪觀 ····· 5
Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 意義 ····· 8
제2절 慣習法上 法定地上權制度의 理論的 背景 ····· 9
Ⅰ. 우리 民法上 '建物'의 地位 ····· 9
Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 認定根據 ····· 22

**제3장 慣習法上 法定地上權의 成立과 內容 ····· 31**

제1절 慣習法上 法定地上權의 成立 ····· 32
Ⅰ. 慣習法上 法定地上權의 成立要件 ····· 32
Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 成立時期 ····· 57
제2절 慣習法上 法定地上權의 內容 ····· 60
Ⅰ. 土地用益關係의 範圍 ····· 61
Ⅱ. 存續期間 및 地料 ····· 62
제3절 慣習法上 法定地上權의 成立에 관한 判例의 檢討 ····· 70
Ⅰ. 慣習法上 法定地上權에 관한 判例의 態度 ····· 70
Ⅱ. 判例의 檢討 ····· 93

Ⅲ. 慣習法上 法定地上權의 問題點 ····· 95

**제4장 慣習法上 法定地上權의 讓渡와 讓受人의 法的 地位 ····· *100***

제1절 慣習法上 法定地上權의 讓渡 ····· 100
Ⅰ. 民法 第187條 但書 規定에 의한 讓渡 ····· 100
Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 讓渡에 대한 判例의 態度 ····· 101
제2절 慣習法上 法定地上權을 讓受人의 法的 地位 ····· 107
Ⅰ. 地上權登記(代位)請求 ····· 107
Ⅱ. 讓受人의 占有할 權利 ····· 110
Ⅲ. 建物讓受人에 대한 土地所有者의 建物撤去請求 ····· 111

**제5장 慣習法上 法定地上權에 관한 立法論議 ····· *114***

제1절 法定地上權의 立法過程 ····· 114
Ⅰ. 日本 民法의 法定地上權에 관한 立法背景 ····· 114
Ⅱ. 現行 民法의 法定地上權에 관한 立法背景 ····· 116
제2절 慣習法上 法定地上權의 立法論議 ····· 118
Ⅰ. 改正案의 趣旨와 條文化 過程 ····· 119
Ⅱ. 改正案의 檢討 ····· 123
Ⅲ. 立法論議 ····· 128

**제6장 結 論 ····· *135***

參考文獻 ····· 139

# *ABSTRACT*

## *A Study on the Legal Superficies of Customary Law*

Kim, Chan - Soo
Advisor : Prof. Park, Woon-Kil
Department of Law
Graduate School of Chosun University

This paper aims to suggest a new direction and review problem on form and effect of the Legal Superficies in Customary Law and investigate the legislation which is currently discussed and present a improvement program.

Under the Korean civic law contrary to laws of the Europe various country, the land and building are regarded as separate and independent real estate in the Legal Superficies as Customary Law(Clause 1, Art. 99 of the civil code, Clause 1, Art. 14 of the Real Estate Registration Law). And the building is a product which the judicial precedent make in order to secure the value of the building because the building has no ability as a structure if it does not accompany the use relationship of a certain land from the nature.

Although the Legal Superficies as Customary Law is established and recognized as even currently Supreme Court judicial precedent since the Chosun Supreme Court judgment, it is becoming the problem in various respects.

Especially, the criticism is proposed that recognition extend of the Legal Superficies as Customary Law which the judicial precedent recognizes covers so wide in comparison acknowledge the Legal Superficies only in case of execution of mortgage in the current civil law.

Despite of the fact that the case of a compulsion auction · the common property division by the court of justice · the public sale(forced sale) by disposition for failure in payment in national tax will be able to recognize unavoidably, there are a variety of problem like the unjust limitation about the land owner's ownership, the restriction of private autonomy and the infringement about safety of transactions to authorize to the extent of case of common property division by the trade · donation · discussion. Additionally, the doubt about ground such as the question about theoretical ground the doubt, the complexity of the law relations, the protective problem a third person in good faith by imperfection of a public notice and the indefiniteness of the conditions is proposed.

And the Civil Law Revision Special Section Committee meeting state a provision which codifies the Legal Superficies in Customary Law under 2 of Article 279 in a revised bill of Korea Civil Law because the legislation discussion on the Legal Superficies under Customary Law recently accomplished This paper would draw a conclusion from the opinion that a protection of the land usufructuary right for the ground building of the Legal Superficies as Customary Law does not damage the institutional significance and how the system is reconstructed.

First, it is valid to understand the special Property right as the foundation of the Legal Superficies as Customary Law extensively interprets the regulation of the Provision 366 of the Korean Civil Code.

Second, in case building owner is different from land owner with trade · donation must except from an essential condition of the Legal Superficies under Customary Law because it is not reasonable to force the land owner to sacrifice unjustly.

Thirdly, the registration is not necessary in compliance with the regulation of the Provision 187 of the Korean Civil Code since the Legal Superficies under Customary Law is formed by a customary law. Thus, The building

owner will be able to assert not only the land owner when acquiring the Legal Superficies but a grantee of a land ownership. Only, when disposes in this third person, the building owner must register in compliance with Article 187 a conditional clause

The fourth, since the building right of ownership and the Legal Superficies under Customary Law are the independent real right, both of them must announce publicly a registration separately.

The fifth, it is to solve the criticism legislatively about judicial precedent in the meantime to establish a revised bill 2 of Article 279(the Legal Superficies) as for legislation. Only, it is proper to amend a presumed provision-'regard'.

# 제1장 序 論

## 제1절 硏究의 目的

건물은 그 성질상 토지의 용익관계를 수반해야 하므로 건물을 독립한 부동산으로 인정하는 현행법의 특징상 그 가치를 확보하게 하려면, 토지이용권과 불가분의 관계를 갖지 않으면 안된다. 지상권은 타인의 토지에 건물, 수목, 기타 공작물을 소유하기 위하여 그 타인의 토지를 사용하는 토지용익권이다(제279조).

토지와 건물이 독립하여 소유권의 객체가 될 수 있기 때문에 동일인에게 속하였던 토지와 건물이 저당권의 실행이나 매매 내지 증여 등에 의하여 토지의 소유권자와 건물의 소유권자가 다르게 되는 경우, 건물의 소유권자에게 건물의 소유를 위하여 토지를 계속 사용할 수 있는 권원이 주어지지 않으면 아무런 권원없이 타인의 토지를 사용하는 것이 된다. 따라서 토지소유자가 건물의 철거를 주장한다면 건물의 소유자는 건물철거로 인하여 커다란 손실을 입게 되고, 사회경제적인 면에서 보더라도 큰 손실이라 하지 않은 수 없다. 이러한 점에서 건물의 소유자에게 그 토지를 직접 이용할 수 있도록 보호해 주는 것이 독립한 부동산으로 인정되는 건물의 가치를 유지한다는 사회경제적 이유와 부합한다고 볼 수 있다.

우리 민법은 토지와 지상건물이 저당권의 실행으로 소유자를 각각 달리하였을 경우에 건물소유자에게 법률상 당연히 발생하는 법정지상권을 인정하고 있다(제366조). 법정지상권은 건물을 토지의 본질적 구성부분으로 취급하는 다른 나라의 입법례[1]와는 달리 우리 민법은 토지와 건물을 별개의 독립한 부동산으로 인정하고 있기 때문에 발생하는 제도이다(제99조 제1항, 부동산등기법 제14조 제1항).[2]

그런데 우리 민법 제366조의 법정지상권은 저당권실행의 임의경매를 제외하고는 인정되지 않으므로 토지와 건물의 소유자를 달리하는 경우에는 보호받지 못하게 된다. 즉, 임의경매 이외의 매매·증여 또는 강제경매 등의 원인에 의하여

1) 독일 민법 제94조 제1항; 스위스 민법 제655조, 제667조 제2항; 프랑스 민법 제517조 이하.
2) 박운길, “관습법상 법정지상권”, 「법학논총」 제2집, 조선대학교 법학연구소, 1996, 69면.

토지와 지상건물이 각각 소유자를 달리하게 된 경우에는 현행 민법의 규정상으로 건물소유자의 보호가 인정되지 않는다. 또한 건물철거청구에 관한 판례[3]에 있어서 토지소유자의 건물철거청구 사안에서 신의성실의 원칙으로 해결한 것에 대한 부분에 있어서 많은 비판이 있다. 이러한 결함을 보완하기 위하여 일정한 요건이 충족되면 판례에 의하여 법정지상권이 인정되는데, 이의 해결방법으로써 관습법상 법정지상권이 나타나게 되었다.

관습법상 법정지상권은 조선고등법원판결[4] 이래로 현행 민법에 이르기까지 판례이론으로 확립되어 인정되고 있으나, 여러 가지 점에서 문제가 되고 있다. 특히, 현행 민법이 저당권의 실행으로 인한 경우에만 법정지상권을 인정하는 것에 그치고 있다 하더라도 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권의 인정범위가 너무 넓다는 비판과 강제경매·법원에 의한 공유물분할·국세체납처분에 의한 공매 등의 경우는 부득이한 경우로 인정할 수 있지만, 매매·증여·협의에 의한 공유물 분할 등의 경우까지 인정하는 것은 사적 자치의 침해, 거래의 안전에 대한 위협, 토지소유자의 소유권에 대한 부당한 제한 등 많은 문제가 있다. 또한 이론적 근거에 대한 의문, 성립요건의 불명확화, 공시의 불완전성으로 인한 선의의 제3자 보호문제, 법률관계의 복잡성 등 그 타당성에 의문이 제기되고 있다.

관습법상 법정지상권은 의용민법에 없는 규정을 해결하기 위하여 인정된 것이나, 민법을 제정하면서 공유하천용수권, 전세권과 같이 입법화하였더라면 이러한 문제가 없었을 것이다. 우리 민법이 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 취급하는 법제를 취하면서(제99조 제1항)도 '지상물은 토지에 속한다(Superficies solo cedit)'는 원칙에 입각한 법제인 독일의 용익권체제를 그대로 답습함으로써 발생하는 틀을 메우기 위하여 판례가 발전시킨 제도이다. 그런데 최근에 관습법상 법정지상권에 대한 입법논의가 이루어져서 민법개정특별분과위원회는 민법개정안 제279조의2에서 관습법상의 법정지상권을 법문화하는 규정을 두고 있다.

본 논문에서는 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권의 인정범위가 확대되고 토지소유자를 희생시키면서 건물소유자에 대해 지나친 보호를 하는 측면이 있다는 점에서 그 형태와 효력 등에 관한 문제점 등에 관하여 판례를 재검토하여 이

3) 대판(전) 1985. 4. 9, 84다카1131·1132 참조.
4) 조고판 1916. 9. 29, 조고판집 제3권, 722면.

에 대한 새로운 방향을 제시하고, 현재 논의되고 있는 입법론을 검토하여 관습법상 법정지상권제도를 개선하는 방안에 대하여 연구하는 것을 목적으로 한다.

## 제2절 硏究의 範圍 및 方法

판례가 인정하고 있는 관습법상의 물권은 관습법상 법정지상권과 분묘기지권이 있지만, 양자는 그 구체적인 내용이나 요건에 있어서 서로 다르다. 따라서 본 논문에서는 그 대상을 관습법상 법정지상권에 한정하고, 분묘기지권에 관하여서는 본 논문의 연구범위에서 제외하였다.

본 논문의 연구방법은 판례를 중심으로 연구하고, 국내외의 문헌을 참고함으로써 문헌적 연구방법과 법해석학적 연구방법을 병행하였다. 이러한 연구방법을 토대로 현재 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권의 문제점을 지적하고, 관습법상 법정지상권의 입법논의를 검토하여 이 제도의 문제점을 해결하는 방법을 모색하고자 한다.

본 논문에서는 총 6개의 장으로 구성되어 있다. 제2장에서 관습상의 법정지상권의 이론적 기초로써 그 의의 및 인정근거에 대한 학설의 태도, 관습법상 법정지상권제도를 발생하게 한 토지와 별개의 부동산으로서의 '건물'의 지위를 파악해 보고자 한다. 또한 우리 민법이 인정하고 있는 법정지상권은 무엇인가에 대해서도 살펴보고자 한다.

제3장에서 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권의 성립요건은 무엇이며, 그 내용은 무엇인가에 대해서 파악하고자 한다. 즉, 판례는 그 인정범위를 확장하고 있는 것에 반하여 학설은 이에 대해 반대하고 있는 이유가 무엇인가. 그리고 관습법상 법정지상권이 인정되면 그 당사자 사이에 약정하지 않은 것이 통상적인 토지용익관계가 미치는 범위, 존속기간, 지료 등에 관하여 어떻게 확정할 것인가에 대하여 살펴보고자 한다. 아울러 지금까지 관습법상 법정지상권에 관한 판례의 태도를 살펴보면서 그 타당성 여부를 판단하고자 한다.

제4장에서 관습법상 법정지상권의 양도와 양수인의 법적 지위 등과 관련한 문

제점은 무엇인가에 대해 살펴보면서 개선책을 제시해보고자 한다.

제5장에서는 관습법상 법정지상권의 연원 및 입법논의에 대하여 연구한 결과를 토대로 판례의 문제점과 입법론에 대하여 검토하고자 한다.

그리고 마지막 제6장 결론에서는 이상에서 살펴본 바를 종합적으로 검토하면서, 필자의 견해를 제시하고자 한다.

# 제2장 慣習法上 法定地上權의 理論的 基礎

## 제1절 慣習法上 法定地上權의 槪念

### Ⅰ. 現行法上 法定地上權의 槪觀

우리 민법은 외국의 입법례와는 달리 건물과 토지를 별개의 부동산으로 취급하고 있기 때문에 토지와 지상건물 등이 별개의 소유자에게 속하는 경우, 그 용익에 관한 법률관계가 문제된다. 지상권이란 타인의 토지 위에 건물 그밖의 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 토지를 사용하는 물권으로써(제279조) 타물권이며, 용익물권이다. 민법이 인정하고 있는 지상권에는 약정지상권(제279조-제290조), 법정지상권(제305조, 제366조) 및 구분지상권(제289조의2)이 있다. 구분지상권도 당사자의 약정에 의하여 설정되는 지상권이므로 약정지상권에 속한다. 그렇다면 지상권은 약정지상권과 법정지상권으로 구분할 수 있다.

#### *1.* 約定地上權

지상권은 타인의 토지에 대하여 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 토지를 사용할 수 있는 권리이다(제279조). 이러한 지상권은 토지소유자와 지상권자와의 지상권설정계약에 의하여 성립하는 것이 원칙이다.[5] 지상권설정계약에는 물권적 합의도 포함되는 것이 보통이므로 지상권의 설정을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기에 의하여 성립하고 그 효력이 생긴다(제186조 참조). 따라서 토지소유자의 건물건축을 위한 토지사용의 승낙만으로는 지상권이 설정되었거나, 관습상의 지상권이 발생하는 것이라 할 수 없다. 따라서 타인 소유의 임야위에 생립한 임목을 매수한 사실만으로 지상권설정계약도 없이 지상권취득의 요건을

5) 권용우, 「물권법」, 법문사, 2001, 357면; 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2007, 225면; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 427면; 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 471면; 김준호, 「물권법」, 법문사, 2007, 247면.

갖추었다고 할 수 없다.[6]

설정계약 이외에 법률행위에 의한 취득으로서는 토지소유자의 단독행위로서 유언과 지상권이전을 목적으로 하는 물권적 합의인 지상권의 양도에 의하여 지상권을 승계취득할 수 있고, 이 경우에도 법률행위로 인한 부동산물권의 변동이므로 등기하여야 효력이 생기는 것은 물론이다.

지상권의 존속기간은 당사자 사이의 설정계약에서 임의로 정하지만, 민법은 지상권의 효력을 강화하기 위하여 지상권존속기간의 최단기간을 규정하고 있으며(제280조), 존속기간을 정하지 않은 경우는 최단존속기간으로 한다(제281조).[7] 이러한 지상권존속기간 안에 그 임야 위에 자연적으로 나서 자란 임목들은 특별한 사정이 없는 한 임목 소유를 하는 지상권자의 소유에 귀속됨으로 봄이 상당하다 할 것이다.[8]

지상권자의 갱신청구에 대해 지상권설정자가 이를 거절한 때에는 지상권자는 지상물의 매수를 청구할 수 있다(제283조 제2항). 매수청구권은 형성권으로서 지상권자가 이를 행사함으로써 지상물에 관하여 매매계약관계가 성립된다고 할 것이고, 그 가격의 산출은 매매계약관계가 성립할 당시의 시가로 할 것인 바, 매수청구권의 대상이 공작물이 아니라 매년 성장하는 수목이라도 마찬가지다.[9] 건물에 대하여 저당권이 설정되어 있더라도 매수청구권의 행사를 부정할 수 없다.[10]

### *2.* 法定地上權

법정지상권이란 법률에 의하여 일정한 경우 지상권이 당연히 발생하는 경우를 말하며, 당사자의 약정에 의하여 설정되는 경우보다 더 많이 설정되고 있는 실정

6) 대판 1969. 8. 26, 69다91.
7) 최장존속기간에 관하여는 명문의 규정이 없으므로 이를 영구무한으로 볼 것이냐에 대하여 학설의 대립이 있다. 소유권은 전면적 지배권으로 탄력성을 가지고 있으며, 제한물권은 일면적 지배권으로서 그 내용과 기간에 있어서 한정되는 것이므로 부정하는 것이 타당하다(곽윤직, 전게서, 227면; 권용우, 전게서, 369면; 김증한・김학동, 「물권법」, 박영사, 1998, 370면; 홍성재, 전게서, 420면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2001, 607면; 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1993, 364면).
8) 대판 1966. 10. 9, 66다985.
9) 대판 1967. 12. 18, 67다2355.
10) 대판 1972. 5. 23, 72다341.

이다. 당사자간에 건물소유를 위하여 토지이용을 계속 할 것인지 여부에 관한 약정을 할 기회가 없었거나, 기회가 있었다 하더라도 아무런 약정을 하지 않은 경우에 건물취득자는 토지를 사용할 권원이 존재하지 않으므로 그 건물을 철거하는 것이 법원리상 당연하다. 그러나 건물이 철거하도록 방치하는 것은 건물소유자에게 가혹할 뿐만 아니라 사회경제적으로도 큰 손실이므로 건물소유자로 하여금 그 토지이용을 계속하도록 권리를 인정하고 있는 것이다.

법정지상권의 유형으로는 민법 제366조에 의한 법정지상권, 민법 제305조에 의한 법정지상권, 입목에 관한 법률 제6조에 의한 입목소유자의 법정지상권, 가등기담보 등에 관한 법률 제10조의 법정지상권 등의 네가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 그밖에 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하고 있다가 그 중 어느 하나가 매매 기타의 원인으로 각각 소유자를 달리하게 된 때에 그 건물을 철거한다는 특약이 없으면 건물소유자가 당연히 취득하게 되는 법정지상권이 있는데, 이를 관습법상 법정지상권이라고 한다.[11]

그리고 분묘기지권도 관습법상 일정한 조건하에 인정하고 있지만, 이는 지상권 유사의 물권이지만, 지상권 자체는 아니다.[12]

현행법이 인정하는 법정지상권을 개관하면 다음과 같다.

① 민법 제366조는 “저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다”고 규정하여, 경매로 인한 법정지상권을 인정하고 있다.

② 건물의 전세권과 관련하여 민법 제305조 제1항 본문은 “대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다”고 규정하여, 법정지상권을 인정하고 있다.

③ 입목에 관한 법률 제6조의 법정지상권은 입목에 관한 법률 제1조에 의하여 입목도 토지와 독립한 부동산으로 간주하여 입목소유자는 토지와 분리하여 입목을 양도하거나 저당권의 목적으로 할 수 있다. 입목소유자와 입목이 부착하고 있

---

11) 대판 1960. 9. 29, 4292민상944; 대판 1962. 4. 18, 4294민상1103; 대판 1992. 4. 10, 91다40610.

12) 대판 1955. 9. 29, 4288민상210; 대판 1973. 3. 26, 72다2454.

는 토지의 소유자가 경매 기타의 사유로 각각 다르게 되는 경우에 입목소유자를 보호하기 위하여 민법 제366조의 법정지상권과 유사한 관계가 발생하는 것으로 보고 있다.

④ 가등기담보 등에 관한 법률 제10조의 법정지상권은 토지와 그 지상의 건물이 동일소유자에게 속하는 경우에 그 토지 또는 건물에 대하여 가등기담보권 또는 양도담보권자가 소유권을 취득하거나(동법 제4조 제2항), 담보가등기에 기인한 본등기가 행하여진 경우에 그 건물의 소유를 목적으로 그 토지위에 설정된 것으로 보는 지상권이다.

## Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 意義

민법은 부동산을 「토지 및 그 정착물」로 구분하여 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루고 있다(제99조 제1항). 따라서 우리 법제하에서는 지상건물의 거래에 있어서 동일인에게 속하였던 토지와 지상건물이 각각 다른 소유자에게 속하게 되는 경우가 발생하고, 그 용익에 대한 법률문제가 발생한다. 이러한 경우 활용되는 토지용익권이 지상권이다(제279조). 지상권은 당사자의 약정에 의하여 발생되는 경우와 법률에 의하여 발생되는 경우가 있다. 전자를 約定地上權(제281조 제1항), 후자를 法定地上權(제305조 제1항, 제366조, 입목법 제6조, 가담법 제10조)이라 한다.

우리나라에서는 타인의 토지를 이용하는 경우에 물권인 지상권보다는 채권인 임차권을 더 많이 활용하고 있으므로, 지상권은 당사자의 약정에 의해서 인정되기 보다는 오히려 법률에 의하여 설정되는 법정지상권이 대부분이다. 전술한 바와 같이 법정지상권은 크게 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째, 일반법인 민법의 규정에 의한 법정지상권과 각 특별법의 규정에 의한 법정지상권이다. ① 민법상으로는 토지와 건물이 동일 소유자에게 속하는 경우에 건물에 대하여서만 전세권을 설정한 후 토지소유자가 변경된 경우(제305조)와 ② 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우(제366조), 특별법상으로 ③ 토지와 입목이 동일인에게 속하는 동안에 경매 기타의 사유로 토지와 입목의

소유자가 다르게 된 경우(입목에 관한 법률 제6조), ④ 토지와 그 지상건물이 동일인에게 속하는 동안에 그 토지 또는 건물에만 가등기담보권등이 설정된 후 담보권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우(가등기담보 등에 관한 법률 제10조) 등이 있다. 둘째, 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권이 있다.

이와 같이 법정지상권이란 일정한 요건하에 건물 또는 입목을 위하여 법률상 당연히 성립하는 지상권을 말하며, 관습법상 법정지상권이란 토지와 건물이 동일 소유자에게 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매각 또는 그 외의 원인으로 인하여 소유자가 다르게 된 때에 당사자 사이에 특히 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 당연히 토지소유자에 대하여 지상권을 취득하게 되는 것을 말한다.[13)]

## 제2절 慣習法上 法定地上權制度의 理論的 背景

### Ⅰ. 우리 民法上 '建物'의 地位

민법 제99조 제1항에서는 「토지 및 정착물은 부동산이다」라고 규정하고 있으나, 토지와 그 정착물의 일종인 건물과의 관계에 대하여는 침묵하고 있다. 그러나 민법전 속에는 토지와 건물이 각기 다른 소유자에게 귀속되는 것을 전제로 한 규정이 다수 존재하고 있다. 민법상의 법정지상권(제305조, 제366조)이나 관습법상 법정지상권, 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권이 소멸하는 경우에 건물소유자의 매수청구권(제283조 제2항, 제643조), 그리고 부동산등기시 토지등기부와 건물등기부의 준별(부동산등기법 제14조 등) 등에서 건물을 토지와 독립된 별개의 부동산으로 취급하고 있다. 우리 민법은 다른 대륙법계의 입법례와 달리 토지와 건물을 별개의 독립된 부동산으로 취급함으로써 토지와 건물의 소유자가 달라지는 경우에 그 이해의 조정을 위하여 관습법상 법정지상권을 인정하지 않을 수 없게 된 것이다.[14)]

---

13) 권용우, 전게서, 387면; 박운길, 전게논문, 71면.

### *1.* 建物의 獨立性과 慣習法上 法定地上權

건물은 토지의 이용관계를 수반하지 아니하고서는 있을 수 없으므로 건물을 건물로서 효용을 가진 독립된 부동산으로서의 가치를 인정하려면 토지의 이용관계는 건물을 위해서 불가분적 관계를 가지는 것으로 보아야 한다. 그리고 토지와 건물이 같은 소유자에게 속하고 있을 때에는 건물을 위한 토지의 이용관계는 토지소유권 내에 흡수되고 토지와 건물과의 이용관계를 분리하여 파악할 필요가 없지만, 양자의 소유권자가 다르게 되는 순간부터 양자의 합리적인 이용관계를 고려하여야 한다.

그런데 우리 민법은 건물과 토지를 분리하여 독립된 별개의 부동산으로서 인정하고 있고, 일정한 조건을 구비하면 법정지상권을 인정하고 있다. 또한 민법에서 규정하고 있지 않더라도 토지와 건물이 같은 소유자의 소유에 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매각 또는 그 외의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 될 때에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 당연히 건물소유자는 토지소유자에 대하여 관습에 의한 법정지상권을 취득하는 것을 인정하고 있다.

관습법상 법정지상권은 1916. 9. 29 조선고등법원에서 선고한 판결이 시초로 알려져 있다. 당시 조선에서는 "자기의 所有地에 권리없이 타인이 가옥을 건축한 경우에 토지소유자는 이것의 取拂을 청구할 수 없는 관습이 있는가?"라는 1910년(명치 43년) 5월 31일 평양지방재판소의 조회가 있었다. 이에 대하여 동년 6월 29일 "法典調査局回答"[15]은 "한국의 관례로는 가옥의 건설을 위하여 공지의 대여, 또는 매도를 구한 때에는 불가피한 경우 외에는 이를 거절할 수 없고 그 요구에 응하는 것이 보통이므로 타인의 지소에 소유자의 승낙을 얻지 않고 가옥을 건설한 것은 인용되지 않는 바이므로 불법행위가 된다고 하더라도 건설을 완료한 후에는 이것의 취불을 강요할 수 없다고 한다. 실제로도 그 지대를 요구할 수 있을 뿐이고 이것의 취불을 청구한 바 없다고 들었으므로 舊時의 관례에서는 가령 타인의 지소에 무단으로 가옥을 건설한 경우라도 이것의 취불을 강요할 수

---

14) 문홍안, "'관습상 법정지상권'의 입법화를 둘러싼 논의", 「일감법학」, 제9권, 건국대학교 법학연구소, 2004. 12, 81-82면.

15) 조선총독부 중추원, 民事慣習回答彙集, 1933. 24면.

없는 것으로 보여지더라도 수십년 이래 위의 관행은 점차 일반적으로 인정되지 않는 바가 되어 금일에서는 가옥건설을 위한 공지의 대여 또는 매도라도 이를 거절할 수 있고, 또한 타인이 무단으로 자기의 소유지에 가옥을 건설한 때에는 이것의 취불을 강요할 수 있게 되었다". 이러한 내용은 우리의 구관이 가옥에 대해서는 대지보다 특별한 취급을 했음을 보여주는 것이다.[16]

그런데 조선 종래의 관습으로는 가옥과 대지가 동일한 소유자에게 속하면 가옥의 양도 또는 전당은 당연히 대지에 미치는 것이다.[17] 이는 가옥과 대지를 함께 매매하는 풍습에서 마침내 가옥의 매매와 전당은 당연히 대지를 포함하는 것으로 보고 있었다. 그러므로 가옥만을 목적으로 하고 대지를 제외하는 매매나 전당에서는 특별히 그 취지를 계약서에 명기하는 것이 상례이다. 다만 조선은 1893년에 家契制度를, 1901년에 地契制度를 실시하였고, 1906년(광무 10년) 12월 「토지가옥증명규칙」의 시행 이후 토지와 가옥은 각각 별도로 증명을 하는 것으로 되었고,[18] 이로부터 이 관습은 점차 소멸되는 경향이 있다고 한다.[19] 이렇게 우리 관행은 원칙적으로 토지와 건물을 일체화하고 있었지만 일제 강점기의 제도의 移入으로 현재와 같이 토지와 건물을 별도의 독립된 부동산으로 법적 취급을 하고 있는 것이다.

## *2.* 民法上 '建物'의 地位

### (1) 民法 제99조 제1항에서 '建物'의 의미

16) 문홍안, 전게논문, 83-84면.

17) 우병창, 「조선시대재산법」, 세종출판사, 2006, 303면 이하 참조.

18) 가계는 가옥의 소유에 관한 관의 인증이며, 매매 등으로 가옥을 양도할 때에 발급되었고, 매매에 의하여 가계를 받은 자가 다시 매도하는 경우에는 구계를 제출하여 신계를 교부받아야만 소유자로 인정되었다. 지계는 가옥소유권을 증명하던 공문서인 가계에 상대되는 개념으로 소재・평수・매매사유를 기재한 토지의 소유권을 명기한 공문서를 말한다. 지계나 가계는 토지가옥에 대한 권리의 설정, 이전에 필요한 요건이었다고 볼 수 없지만, 지계나 가계를 소지한 자는 제3자에 대하여 자기의 권리를 주장하여 보호받을 수 있었다(김상용, 「한국법사 중심 법사와 법정책」, 한국법제연구원, 2007, 179면 이하; 이영래, 「한국근대토지제도사연구」, 보문사, 1968, 80면; 박홍기, "부동산등기제도의 개선에 관한 연구", 박사학위논문 조선대학교, 2007, 61-62면).

19) 조선총독부 사법부장관, 倉富勇三郎, 慣習調査報告書, 44-45면.

민법 제99조 제1항의 부동산은 토지와 그 정착물로 규정하였다. 건물도 정착물의 일종으로 보았기 때문에 토지와 독립한 별개의 부동산으로 취급하고 있다. 따라서 우리나라는 로마법상의 "지상물은 토지에 따른다(Supeficies solo cedit)"는 원칙이 적용되지 아니한다.[20] 일본 민법 제86조의 원안인 제87조는 富井政章의 기안에 의해 1894년(명치 27년) 2월 23일 「토지, 건물 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다. 기타의 물건은 이를 모두 동산으로 한다」는 것이었다. 첨부된 이유에서 '건물은 토지에 정착하여 이것과 일체를 이루는 물건으로 이를 부동산이라 한다'[21]고 함으로써 건물의 부동산성을 직접 규정한 것으로 그 독립성까지 인정한 규정은 아니었다. 토지에 정착되어 있는 건물도 토지와 일체를 이루기 때문에 부동산이라고 보았던 것이고, 토지의 정착물에 건물이 포함되므로 법조문에서 건물을 삭제한 것에는 특별한 의미가 없었다. 그런데 이 원안은 1894년(명치 27년) 12월 21일 개최된 民法整理會에서 '建物'이라는 말이 삭제되고 '토지 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다'고 수정되었다. 그 이유는 건물이 토지의 정착물이라고 하는 것은 말하지 않아도 당연하기 때문이라고 한다. 이후 민법정리회에서 富井政章은 원안 제89조에 추가로 "토지의 정착물은 별단으로 정한 경우를 제외하고 그 토지의 일부를 이루는 것으로 한다"는 새로운 제안을 하였다.[22] 富井政章은 저당권에 있어서 토지와 건물이 분리되고 있는 이유를 저권당의 경우는 특별규정이므로, 일반원칙으로서 건물은 토지의 일부를 이루는 것이라고 하였다. 그러나 민법정리회의 다른 위원들은 일본의 관습상 토지와 건물은 별개의 것으로 취급되어 왔다는 반대의견을 제시하였고, 그 결과 이 조문은 議長의 결정권 행사로 인하여 삭제되었다.[23]

---

20) 우리 민법 제99조 제1항은 서구법에서와 같은 원칙에 입각해 있다는 견해가 있다. 우리 민법 제99조의 모법인 일본 민법 제86조 제1항의 입법과정을 보더라도 우리 민법 역시 이런 서구법의 전통을 따르고 있음을 알 수 있다고 한다(제철웅, "물권의 객체로서의 물건-민법해석방법에 대한 약간의 문제제기를 겸하여-", 「법조」 528호, 132-135면 참조).

21) 廣中俊雄・星野英一, 「民法典の百年」, 有斐閣, 1988. 648면.

22) 토지에는 그 토지 위에 있는 건물도 포함된다는 것은 의심이 없지만 동조문이 적어도 저당권에 대해서는 건물이 토지의 일부를 구성한다는 원칙에서 벗어나 있다고 볼 수 있기 때문이라고 한다(廣中俊雄・星野英一, 上揭書, 648면).

23) 三好 登, "土地・建物間の法的構成について", 「法學論集」, 제19호, 早稻田大學大學院, 1979. 43面.

이와 같이 일본 구민법의 수정작업에서 민법 기초자들은, 건물은 토지에 부합하여 하나의 물건이 되는 것으로 생각하였지만,[24] 입법자들은 '일본 특유의 관습'을 강조하여 건물은 어느 경우에나 토지에 부합하지 않는다고 하여 건물을 토지와 구분되는 별개의 부동산으로 보았다. 이러한 입장이 일본 민법에 반영되었을 뿐만 아니라 우리 민법에도 그대로 영향을 미치게 되었고, 통설적 견해가 되었다.[25]

한편 서구의 다른 법제에서와 마찬가지로 지상물로서 토지와 별개의 부동산으로 취급되는 예외가 있다. 즉, 우리 민법 제366조는 건물이 별개의 부동산임을 전제로 하는 것으로 토지저당권의 효력이 건물에 미치지 않는다는 것이다. 즉, 민법 제358조의 부합된 물건에는 건물이 포함되지 않는다.[26] 또한 건물소유를 위한 법정지상권을 인정하는 것도 바로 여기에서 비롯된 예외적 현상이다. 그 밖에 법정지상권을 인정하고 있는 제305조, 가등기담보등에관한법률 제10조, 공장저당법 제31조 등도 건물은 토지와 별개의 독립된 부동산임을 분명히 하고 있다.

(2) 民法 제256조와 建物의 附合

附合(Verbindung, adjonction, incorporatio)이란 소유자를 각각 달리하는 2개 이상의 물건이 결합하여 1개의 물건을 구성하는 것을 말한다. 로마법에서는 「지상물은 토지에 따른다」부종주의의 원칙에 따라 건물·종자·식물 등은 건축·파종·이식 등에 의하여 토지와 일체가 되어, 독립한 존재로 인정되지 않았다. 또한 하천에 토사가 흘러 하구에 새로운 땅이 생기는 것도 부합으로 인정하였다. 그러나 게르만법에서는 물적 지배보다는 이용을 중시하였기 때문에 부합은 인정되지 않아서 재배식물은 토지에 부합하지 않았다.[27]

---

24) 瀨川信久, "不動産附合法の一考察(3)", 「法學協會雜誌」, 제94권 11호, 1977, 1670면 이하 참조.

25) 권용우, 전게서, 270면; 김기선, 「한국물권법」, 법문사, 1990, 242-243; 황적인, 「현대민법론」, 박영사, 1987, 222면; 문홍안, 전게논문, 84-85면; 제철웅, 전게논문, 136-137면; 엄동섭, "토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 대한 비판적 고찰", 「법조」, 제42권제8호(443호), 1993. 8, 47면.

26) 대판 1990. 10. 12. 90다카27969; 대판 1997. 9. 26, 97다10314.

27) 권용우, 전게서, 270면; 김상용, 전게서, 401면.

부합은 소유자의 변동이 발생하는 소유자확장법리인 첨부(accesio, accession)의 하나로 우리 민법은 부동산과 동산의 부합으로 나누어 규정하고 있다. 부동산 부합은 민법 제256조에서 규정하고 있는 바와 같이 부동산의 소유자가 그 부동산에 부합된 물건의 소유권을 취득하는 것을 말하며, 동산부합은 토지와 결합된 경제적 통일성(wirtschaftliche Einheit)을 유지하려는 데 있다.[28]

부합되는 물건, 즉 부합의 주물은 부동산이므로 토지와 건물 어느 것이라도 좋다. 부동산에 부합하는 물건은 동산에 한한다고 보는 것이 다수설이다.[29] 따라서 권원없이 타인의 토지에 건물을 신축한 경우, 그 건물은 토지에 부합하지 않는다고 보아야 하지만, 제256조의 법문의 '물건'에 건물이 포함되는지에 대하여 근거를 제시하지 않고 있다. 다만 제99조 제1항과 관련하여 토지와 건물은 별개의 부동산이기 때문에 토지에 부합하지 않는다는 점을 당연한 전제로 하고, 그밖에 동산 등이 '물건'에 포함되느냐 여부를 검토하고 있다고 보여진다.

민법 제256조의 물건의 개념 중 '독립된 물건'이라는 것은 부합 여부를 판단하기 위한 전제에 불과할 뿐, 건물의 '부합 불가능성'이라는 결론을 이끌어 낼 수 없고 부동산을 적극적으로 배제할 수 있는 합리적 근거를 제시하지 못하는 한 판례와 같이 부동산의 부합을 인정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[30] 즉, 타인의 토지 위에 축조된 건물을 소유한 경우라면 건물소유자는 제256조에 의한 부합에 의해 소유권을 잃게 된다. 그러나 소유권을 잃은 자는 토지소유자에 대하여 제261조에 의한 보상청구권을 행사할 수 있어 건물소유자의 이익은 어느 정도 보전될 수 있다. 만일 부합을 인정하지 않는다면 건물소유자는 토지소유자의 건물철거청구에 복종하지 않을 수 없을 것이다. 또한 제256조를 제99조 제1항과의 상호관련성을 인정하는 견해로써,[31] 제99조 제1항을 토지에 어떤 물건이 이미 정착되어 있는 사안을 규율하는 정적인 규정으로 이해하고, 제256조는 토지에 어떤 물건이 결합되어 정착하는 사안을 규율하는 동적인 규정으로 이해한다. 이 견해에 따르면 제99조 제1항과 제256조는 결국 같은 원리의 지배를 받는 것이므로 그 평가도 같아야 한다는 것이다. 그렇다면 토지와 그 지상물 전체가 하나의 부

28) Münchener Kommentar/Quack, BGB, 2.Aufl., §946 RdNr. 1. S.803.
29) 곽윤직, 전게서, 200-201면; 이영준, 전게서, 496면; 김상용, 전게서, 402면.
30) 엄동섭, 전게논문; 문홍안, 전게논문, 86면.
31) 제철웅, 전게논문, 136-137면.

동산이라고 해석할 근거가 될 수 있을 것이다.

그러나 판례는 부동산도 포함된다고 보고 있다. 즉, “건물이 증축된 경우에 증축부분의 기존건물에 부합 여부는 증축부분이 기존건물에 부착된 물리적 구조뿐만 아니라, 그 용도와 기능의 면에서 기존건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다”라고 하였고,[32] 나아가 “건물의 증축부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축부분의 소유권을 취득한다”고 판시하였다.[33]

생각건대 부합하는 물건은 대체로 동산이지만, 부동산의 경우도 있다. 예컨대 건물을 증・개축하는 경우에 그 중 증・개축의 부분이 건물에 부합하는 것과 하천에 토사가 흘러 내려 하구에 새로운 토지가 형성되는 것 등이 그것이다.

(3) 建物의 存在

토지위에 건설하여 사람이 주거하거나 그 밖의 목적에 쓰이는 공간을 구성하는 물체를 건축물(building)이라고 한다. 건축법상 건축물은 토지에 정착하는 공작물 중 지붕 및 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설(대문, 담장), 공중의 용도로 쓰이는 관람시설(경기장의 스탠드, 전망대), 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소, 공연장, 점포, 창고 등을 말한다. 또한 건축물 중 공작물과 구축물을 제외하여 흔히 건물이라고 한다. 건물(building, Gebäude, batiment)은 토지에 정착하고 있는 건조물로서 토지와는 완전히 별개의 부동산을 말하며, 토지등기부와는 따로 건물등기부를 두고 있다(제99조 제1항, 부동산등기법 제14조). 우리 나라에서는 건물은 토지와 완전히 독립한 별개의 부동산으로 권리의 객체가 되며, 그에 관한 물권의 득실변경은 원칙적으로 등기하여야 효력이 생긴

32) 대판 1992. 12. 8, 92다26772, 26789; 대판 1991. 4. 12, 90다11967; 대판 1988. 8. 23, 87다카600 등 참조.

33) 대판 2002. 10. 25, 2000다63110.

다(제186조).

이러한 건물에 대하여 법정지상권이 성립하는데 있어서 학설과 판례는 저당권설정 당시부터 토지위에 건물이 존재하는 경우에만 인정하고 있다. 저당권설정 이후에 세워진 건물에 대하여는 법정지상권이 성립되지 아니하므로 대지의 경락인은 건물소유자에 대하여 건물의 철거나 수거를 요구할 수 있게 되는바, 위와 같은 경우 건물이 철거됨으로 인한 사회·경제적 불이익은 민법 제365조의 일괄경매청구권에 의하여 어느 정도 제거될 수 있을 것이다.[34]

이에 대하여 저당권제도라는 것이 목적물의 소유자가 그대로 이용하면서 그 가치권만을 별도로 활용한다는데 장점이 있는 제도이고, 또 민법상 일괄경매청구권이 의무화되어 있지 아니하여 저당권자는 토지와 지상건물을 일괄경매청구할 수도 있고, 토지만에 대하여 경매를 청구할 수도 있으므로 저당권자가 토지만을 경매청구할 경우에는 저당권설정 후의 건물은 철거되어야 한다는 사회경제적 손실은 여전하므로 일괄경매청구를 하지 아니한 경우에 한하여 저당권설정 이후의 건물에 관하여도 법정지상권을 인정하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[35]

그러나 대법원은 건물 없는 토지에 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 위에 건물을 건축하였다가 그 후 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 경매로 인하여 그 토지와 지상건물이 소유자를 달리하였을 경우에는 민법 제366조의 법정지상권이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 관습법상 법정지상권도 인정되지 아니한다는 입장을 유지하고 있다.[36]

당사자 사이의 특약으로 법정지상권의 성립을 배제할 수 있을 것인가? 판례는 민법 366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상 이유로 인정된 것이므로 저당권설정 당사자간의 특약으로 법정지상권의 성립을 배제하더라도 그 약정은 무효라고 한다.[37] 다만, 건물소유자가 법정지상권을 취득한 후 토지소유자와 건물소유를 위한 임대차계약을 체결하고 임차권을 취득한 경우에는 법정지상권을

---

34) 이웅, “법정지상권의 요건 - 최근 판례에 나타난 사례중심 -”, 「대전지방변호사회지」창간호, 대전지방변호사회, 2000. 6, 125-126면 참조.

35) 박준서, “법정지상권”, 「사법논집」, 제5집, 법원행정처, 1974, 119-120면; 柚木 馨, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1958, 313-314면 참조.

36) 대판 1995. 12. 11. 95마1262

37) 대판 1988. 10. 25, 87다카1564.

포기한 것으로 보고 있다.[38]

1) 建物이 없는 경우

건물이 없는 토지에 저당권을 설정한 후에 저당권설정자가 저당권자로 부터 지상권의 성립을 인정한다는 양해를 얻어서 건물을 지어도 법정지상권은 성립되지 않는다. 물론, 위와 같은 경우 저당권자가 저당토지를 경락받았을 때는 지상권을 설정해 주어야 할 채무를 진다고 하여야 할 것이다. 건물이 없는 토지에 1번 저당권을 설정한 후에 건물을 짓고, 이어서 그 토지에 2번 저당권을 설정하여 2번 저당권자의 신청으로 경매가 있게 되더라도 건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다.[39]

그러나 이에 대하여 반대의 견해가 있다. 즉, 원래 저당권은 설정자에 의한 목적물의 사용·수익을 금하지 않기 때문에 토지소유자는 저당권을 설정한 후에도 그 토지위에 건물을 자유롭게 축조할 수 있는데 불구하고, 그 토지가 경락되었을 때에 건물을 철거하여야 한다고 하는 것은 모순이다. 또한 민법 제365조가 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후에 설정자가 그 토지위에 건물을 축조한 경우에 토지와 건물에 관하여 일괄경매를 인정하고 있는 이상 이러한 경우에 법정지상권의 성립을 부정할 이유가 없으므로, 제365조의 일괄경매로 토지와 건물이 소유자를 달리하게 된 때에는 법정지상권의 성립을 인정하는 것이 타당하다는 것이다.[40]

건물이 없는 토지의 경우에는 관습법상 지상권은 성립되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 반대하는 견해에 대해서도 건물철거의 모순성은 절대적인 이유가 되지 못하며, 또한 민법 제365조는 저당권의 환가권을 지상의 건물에까지 확장하여 건물의 존속을 꾀하는 취지로써 저당권의 보호를 목적으로 하는 것이지 이용권의 면에서 규정한 것은 아니므로 민법 제366조를 대신할 정도의 존재가치가 있는 것은 아니라고 할 것이다.[41]

---

38) 대판 1991. 5. 14, 91다1912.
39) 권용우, 전게서, 362면; 어인의, “저당권설정후에 토지 건물이 양도된 경우의 법정지상권의 성부”, 「법학논집」 제14집, 청주대학교 법학연구소, 1998, 101면.
40) 김용한, 전게서, 578면.

2) 建物의 滅失 또는 再建築

건물이 있는 토지에 저당권을 설정한 후에는 건물이 멸실되어서 재축되거나 朽廢 등의 사유로 개축된 경우에도 법정지상권은 성립한다. 판례는 법정지상권이 성립되려면 저당권설정 당시에 저당권의 목적이 되는 토지 위에 건물이 존재할 경우이어야 하는 바, 저당권설정 당시에 건물이 존재한 이상 그 이후 건물을 개축, 증축하는 경우는 물론 건물이 멸실되거나 철거된 후 재축, 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립한다 할 것이고, 이 경우 법정지상권의 내용인 존속기간, 범위 등은 구건물을 기준으로 하여 그 이용에 일반적으로 필요한 범위내로 제한되는 것이라고 한다.[42] 또한 건물이 신축 개축되는 경우 건물과 구건물의 동일성 여부에 관하여 판례는 동일성이 필요치 않으나 지상권의 내용은 구건물을 기준으로 하여야 한다는 입장이다.[43]

문제는 멸실·후폐된 건물을 재축, 개축하기 전에 저당권이 실행되면 어떻게 될 것인가인데, 이에 대하여 경매절차가 개시되기 전에 재축·개축되어 있어야 한다고 새기는 것이 타당하다.[44] 판례는 "법정지상권 취득 당시의 건물이 멸실되어 다시 신축·개축할 경우 양 건물의 동일성이 상실된 경우에는 법정지상권은 소멸한다"는 입장도 있었으나,[45] 최근에는 "법정지상권이 성립한 후에 건물을 증축·개축하는 경우는 물론 멸실·철거 후 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하나 다만 그 범위는 구건물을 기준으로 한다"[46]고 하여, 저당권설정 당시 지상건물이 존재하면 그 저당권의 실행 후의 건물의 신축·개축의 경우에도 법정지상권은 성립하고 다만 그 범위는 구건물을 기준으로 한다는 입장이다.

3) 抵當權 設定당시 建築 중인 建物

저당권설정 당시 건축 중인 건물에 관하여는 어떻게 될 것인가의 문제가 있다.

---

41) 권용우, 전게서, 363면; 장경학, "법정지상권", 「고시계」, 1979. 10, 92면.
42) 대판 1991. 4. 26, 90다19985.
43) 대판 1993. 6. 25. 92다20330.
44) 권용우, 전게서, 363면.
45) 대판 1985. 5. 14. 85다카13.
46) 대판 1997. 1. 21, 96다40080.

신축 중인 건물이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있을 정도에 이르렀을 경우에는 법정지상권이 성립될 것은 당연할 것이다.

판례는 "독립된 부동산으로서의 건물이라 함은 최소한의 기둥과 지붕, 주벽이 이루어지면 법률상 건물이라고 할 수 있다"고 하면서,[47] "민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물을 건축중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추면 법정지상권이 성립하며"라고 판시하였다.[48]

법정지상권의 요건으로서의 건물의 존재는 사회통념상의 건물의 개념보다는 넓게 보아 사회통념상 건물의 외관을 갖추지 않았다고 하더라도 저당권자가 완성될 건물을 예상할 수 있는 경우에는 사회경제적 관점에서 법정지상권의 성립을 인정하는 것이 판례의 입장이다.

#### 4) 地上權이 設定된 建物

법정지상권의 성립에 앞서 당사자 사이의 약정 등으로 이미 지상권이 설정되어 있는 경우에, 법정지상권을 인정할 것인가에 관하여 건물이 경매될 경우와 토지가 경매될 경우를 나누어 살펴보아야 한다.

(1) 저당권의 효력이 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다는 민법 제358조 본문을 유추하여 보면, 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물에 종된 권리인 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미치게 되므로 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 그 건물의 소유권을 취득하였다면 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건으로서 경매되었다는 등 특별한 사정이 없는 한, 경락인은 건물

47) 대판 1996. 6. 14. 94다53006.
48) 대판 2004. 6. 11, 2004다13533; 대판 2004. 2. 13, 2003다29043; 대판 1992. 6. 12, 92다7221.

소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라 등기없이 당연히 취득하게 된다.[49]

(2) 토지와 건물을 소유하고 있는 자가 대지에 대하여 저당권을 설정할 당시 저당권자를 위하여 동시에 지상권을 설정하여 주고 저당권자의 승낙없이는 건물의 건축 등을 하지 않기로 약정하였다고 하더라도 위 저당권설정 당시 이미 위 대지상에 건물을 소유하고 있었다면, 그 건물에 관하여 철거하기로 약정하는등 특별한 사정이 없는 한, 위 저당권자가 토지를 경락하여 위 지상권도 소멸할 경우 위 건물을 위하여 법정지상권이 성립한다고 한다.[50]

(3) 저당권설정 당시에 그 지상에 건물이 실제로 존재하고 있으면 되고, 미등기건물이거나 무허가건물이라 하더라도 법정지상권의 성립을 방해하지 않는다.[51] 대지소유자가 그 대지상에 무허가 건물을 축조하거나, 건물을 완공한 뒤 보존등기를 하지 못한 상태에서는 위 건물에 저당권을 설정할 수 없으므로 저당권설정자는 대지에 관하여만 저당권을 설정하게 되고 통상 대지에 관하여서만 경매가 되기 마련이다.

5) 未登記建物

지상건물이 미등기건물이고 저당권이 설정되어 있지 않더라도 그 대지의 저당권자는 민법 제365조, 민사집행법 제81조 제1항 제2호에 의하여 미등기건물에 관하여도 일괄경매를 청구할 수 있다. 즉, 민사집행법은 미등기건물 중 건축법에 의한 건축허가 또는 건축신고를 마쳤으나 사용승인을 받지 아니하여 보존등기를 마치지 못한 건물에 대하여 부동산집행의 방법으로 집행할 수 있도록 하고 있다.

구민사소송법 제602조 제1항 제2호에 의하면 등기부에 채무자의 소유로 등기되지 아니한 부동산에 대하여 경매를 신청할 때에는 즉시 채무자의 명의로 등기할 수 있음을 증명할 서류를 첨부하도록 하고 있었으나, 집행채권자가 증명서류를 첨부하는 것은 사실상 어려워 미등기건물에 대한 부동산집행의 방법은 거의 이루어지지 않았다. 판례도 미등기건물에 대하여 강제집행을 하기 위해서는 부동

49) 대판 1992. 7. 14. 92다527.
50) 대판 1991. 10. 11, 91다23462.
51) 대판 1991. 8. 13, 91다16631.

산등기법 제131조 소정의 서면을 첨부하도록 하였고,[52] 완성된 건물이 준공검사를 받지 아니하여 소유권보존등기를 경료하지 못한 경우[53]나 건축 중인 건물[54]은 유체동산의 집행이 되지 아니한다고 하여 미등기건물에 대한 사실상 집행이 불가능하였다.

일반적으로 부동산거래는 등기부등본에 의하고 있기 때문에 등기된 부동산만이 경매에 붙여지는 것이 보통이다. 건물과 대지가 모두 등기된 경우에는 저당권 설정이나 그 실행에 있어 절차를 같이 하는 것이 보통이다. 따라서 건물과 대지가 운명을 달리하는 법정지상권제도는 오히려 미등기 건물의 경우나 무허가 건물의 경우에 더욱 문제되고 판례상의 법정지상권의 사례도 미등기건물에 관한 것이 많은 실정이다.

### *3.* 集合建物과 土地와의 一體性

「집합건물의소유및관리에관한법률」 제2조 제1항에서 규정하는 구분소유권이란 일동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 공용부분을 제외한 전유부분에 대해서는 동법이 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있는 소유권을 말한다.

동법 제13조는 전유부분과 공용부분에 대한 지분의 일체성을 인정하여 개별적인 처분이 금지되고 있고,[55] 공용부분은 독립해서 등기할 수 없게 되어 있다. 특히, 동법 제20조에서는 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다고 하여 전유부분(건물)과 대지사용권(토지)의 일체성을 인정하고, 양자의 분리처분을 금지하고 있다. 즉, 공정증서나 규약으로 달리 정하지 아니한 한 대지사용권은 전유부분의 처분에 종속하고 개별적 처분이 금지되고, 단 위 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대

52) 대판 1995. 12. 11, 95마1262.
53) 대결 1994. 4. 12, 93마1933.
54) 대결 1995. 11. 27, 95마820.
55) 집합건물법 제13조
① 공유자의 공용부분에 대한 지분은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.
② 공유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 지분을 처분할 수 없다.
③ 공용부분에 관한 물권의 득실변경은 등기를 요하지 아니한다.

항할 수 없다고 하여 분리처분금지의 등기 즉 대지권등기 및 대지권인 취지의 등기를 제3자에 대한 대항요건으로 하고 있다.

이와 같이 전유부분과 대지사용권의 일체성을 제도화한 것은 거래관행과 관리의 실제를 고려한 입법이다.[56] 즉, 토지와 건물은 별개의 독립된 부동산으로 취급되지만 건물과 토지를 함께 거래하는 것이 일반화되어 있고, 건물과 토지는 일체로서 구분소유자 전원이 관리하는 것이 편리하기 때문이다.

말하자면, 구분소유권은 전유부분에 대한 소유권과 공용부분에 대한 공유지분 및 대지에 대한 소유권 내지 이용권으로 구성되어 있다고 할 수 있다. 구분소유건물과 단독주택의 차이는 전유부분의 존재는 당연 공통되나 건물의 공용부분 및 대지에 대한 소유권 내지 이용권이 구분소유권 중에 포섭되는 것이 구분소유권의 특징이라고 할 수 있을 것이다.

토지와 건물은 사회의식의 공감을 받게 되면 일체로서 거래될 수 있고, 이는 집합건물 뿐만 아니라 주택 등의 거래에 있어서도 마찬가지이다. 이러한 사회현실을 반영한 법적 취급에 있어서 굳이 이를 도외시할 필요는 없는 것이다. 따라서 대지에 대한 권리와 건물의 공용부분에 대한 권리는 공용적 부분에 대한 권리로서 일원적으로 파악하는 것이 가능하고, 또한 그 필요성이 있을 것이다.[57]

## Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 認定根據

민법 제185조는 「물권은 法律 또는 慣習法에 의한 외에는 임의로 창설하지 못한다」라고 규정하여, 物權法定主義를 선언하고 있다. 그런데 민법 제366조에 의하여 인정되는 법정지상권은 임의경매에 의하여 토지와 지상건물의 소유자가 각각 다르게 되었을 경우에 건물소유자에게 법정지상권을 인정하고 있을 뿐이다. 따라서 임의경매가 아닌 매매나 증여 등에 의하여 토지와 지상건물의 소유자가 다르게 되었을 경우에는 건물소유자는 민법 제366조의 법정지상권에 의한 보호

56) 김용한, “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”, 「개정민사법해설」, 한국민사법학회편, 한국사법행정학회, 1985. 6, 125-126면; 문홍안, 전게논문, 87면.

57) 양경욱, “건물의 구분소유에 관한 법률문제”, 「사법논집」, 제16집, 법원행정처, 1985, 12면.

를 받지 못하게 된다. 즉, 건물소유자는 아무런 권원없이 타인의 토지를 사용하는 것으로 되어 건물을 철거하여야 하는데, 이로써 건물소유를 위한 토지이용은 중대한 위협을 받게 된다. 이러한 결함에 대하여 판례는 일정한 요건이 갖추어지면 관습법상 법정지상권이 성립하는 것으로 보아 이를 보호하고 있다.[58]

일제시대 조선고등법원에서 최초로 관습법상 법정지상권을 인정하였고,[59] 대법원의 판례도 "동일인의 소유에 속하였던 토지 및 가옥이 임의매매로 인하여 각기 소유자를 달리하는 때에는 그 가옥매매에 있어서 이를 철거한다는 特約이 없는 한 가옥소유자는 그 가옥을 위하여 그 토지에 지상권을 취득하고 토지소유자는 소유권에 의하여 그 가옥의 철거를 강요할 수 없다고 할 것이다"라고 판시하여 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하였다.[60] 또한 "건물과 토지를 분리하여 독립된 하나의 부동산으로 인정하고 있는 우리 민법은 일정한 조건하에서의 법정지상권을 인정하고 있으나, 민법에서 규정하는 요건을 구비하지 아니하였다고 하더라도 토지와 건물이 같은 소유자에 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매각 또는 그 외의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 당연히 건물소유자는 토지소유자에 대하여 소위 관습에 의한 법정지상권(당사자의 합의에 의한 것이 아니라는 의미이다)을 취득하게 되는 것"이라고 판시하여[61] 조선고등법원의 견해를 그대로 채택하였다. 그리고 이 판결이 있은 후에 계속하여 이와 같은 판시를 하였고, 현재에도 이러한 태도가 계속 유지되고 있다.[62]

그런데 관습법상 법정지상권은 어떠한 법적 성질을 가지고 있으며, 그 인정근거는 무엇인가가 문제된다. 먼저 법적 성질에 대해서는 판례가 관습법상 법정지상권이라고 칭하고 있다는 점에서도 볼 수 있듯이 채권이 아니라 지상권의 일종인 물권임을 명백히 밝히고 있다.[63] 이러한 판례의 태도에 따라 토지소유권의

58) 권용우, 전게서, 358면; 박운길, 전게논문, 71면.
59) 조고판 1916. 9. 29, 조고판집 3권, 722면.
60) 대판 1960. 9. 29, 4292민상944.
61) 대판 1962. 4. 18, 4294민상1103. 이 판례는 특히 관습법상 법정지상권의 제도적 의미를 잘 설시하고 있다.
62) 판례는 매매, 증여, 강제경매 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이 국가로부터 불하받은 경우, 국세징수법에 의한 공매의 경우, 공유물분할의 경우까지 그 적용을 확대하여 관습법상 법정지상권을 인정하고 있다.

전득자에 대한 건물소유자의 대항력의 유무를 판별하는 경우 및 그 처분의 경우에 있어서 논의의 실익이 있다. 또한 당사자의 약정이 없더라도 일정한 사유가 있으면 당연히 발생하는 「법정」지상권이라는 점에서 당사자의 약정에 의해서 성립되는 「약정」지상권과도 구별된다.

이하에서는 관습법상 법정지상권의 인정근거에 대한 판례와 학설에 대하여 살펴보도록 한다.

### *1.* 慣習法論

관습법상 법정지상권은 글자 그대로 관습법에 그 근거를 두고 있으므로, 민법 제185조의 물권법정주의와 조화된다고 하는 견해이다.[64] 관습법상 법정지상권을 최초로 인정한 조선고등법원판결의 내용을 보면 "동일인의 소유에 속하는 토지와 가옥이 임의매매에 의하여 각 그 소유자를 달리하게 된 경우에 그 가옥을 取毁하여 이를 철거한다는 합의를 보지 않는 한 가옥의 소유자는 그 토지상에 지상권을 취득하고 토지의 소유자는 그 권리에 의하여 가옥소유자에 대하여 그 철거를 강요하지 못하는 것이 조선에 있어서의 일반관습이다. 이러한 경우의 그 지상권의 期限 및 地代 등에 대하여는 먼저 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정할 수 있으며 그 협의가 조정되지 않는 경우에 있어서 비로소 법원에 出訴하여 이의 확정을 구하는 것이 또한 조선의 일반적인 관습이다. 敍上 조선에서의 일반관습은 강제경매에 의하여 종래 동일소유자에 속하는 토지와 가옥이 각 別異의 소유자에 속하게 되는 경우에도 그 적용이 있다"고 판시하고 있다.[65]

여기에서 관습법상 법정지상권의 근거를 "조선에 있어서의 일반의 관습"이라고 함으로써 관습 내지 관습법에서 구하고 있다. 해방 이후의 대법원판결도 "피

---

63) 대판(전합) 1965. 9. 23, 65다1222.

64) 고선철, 「지상권의 이론과 실무」, 박영사, 2007, 160면; 서현석, "관습법상의 법정지상권에 관한 연구", 단국대학교 석사학위논문, 1981, 20면.

65) 조고판 1916. 9. 29, 조고판집 3권, 722면. 이 판결이 법정지상권의 관념을 선고한 최초의 판결로 알려지고 있다(이주성, "우리 판례가 인정하는 관습법상의 법정지상권과 그 양도에 관한 고찰", 「사법논집」제7집, 법원행정처, 1977. 10, 97면).

고의 지상권 취득요건의 존부를 심리 판단하여야 함에도 불구하고 지상권관습의 존부에 대한 입증이 없다 하여 배척하였음은 노상 지상권에 대한 관습법을 오해한 위법이 있다"고 판시하였고,[66] 또한 "관습법에 의한 부동산물권의 취득"[67]이라고 명언하고 있어서 우리나라의 지상권에 관한 관습을 인정하였다고 판시함으로써 이를 명확히 하고 있다. 나아가 "동일인의 소유에 속하는 토지와 가옥이 적법한 원인행위로 인하여 각기 소유자를 달리한 경우에 그 소유권이전에 관하여 특히 그 가옥을 철거할 합의가 없는 한 가옥의 소유자는 그 권리에 기하여 그 철거를 강요당할 수 없다는 관습은 매매 또는 강제경매의 경우뿐만 아니라 증여의 경우에도 해당한다고 해석함이 타당하다"고 판시하여[68] 매매·증여 및 강제경매 등에도 이를 인정하고자 하였다.

관습법상 법정지상권에 대한 판례의 태도를 살펴보면, 어떤 사유로 인하여 토지소유자와 건물소유자가 다르게 되면 그 순간부터 인위적으로 건물존립을 위한 토지의 용익관계를 수반시켜 주지 않으면 그 건물은 철거되어 사회경제적으로 불이익을 받게 된다는 점을 감안하여 인정하고 있는 것으로 보인다. 즉, 판례는 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 국민경제에 부합한다고 하였고, 관습법상 법정지상권을 「관습법에 의한 부동산물권 취득」이라고 하였다.

### *2.* 法院에 의한 法形成論

관습법상 법정지상권이 법원의 판례에 의하여 형성되었다는 견해이다.[69] 이 견해는 관습법상 법정지상권의 근거를 관습법에서 구하는 것은 법원의 합리성이나 국민 경제적인 요청에서 강행한 일종의 법창설행위를 민법 제185조의 물권법정주의를 규정한 취지와 조화시키기 위하여 관습의 이름을 빌린데 지나지 않은 것으로, 법원으로서 이를 인정함으로써 발생하는 제반 문제를 해결하기 위해서는 관습보다 합리성에서 그 근거를 찾아 스스로 해결해 나아가야 한다는 견해이다.[70] 즉, 건물의 가치를 유지하자는 국민경제상의 필요에 의하여 인정된 법원에

66) 대판 1960. 9. 29, 4294민상944.
67) 대판 1988. 9. 27, 다카279.
68) 대판 1963. 5. 9, 63다11.
69) 이주성, 전게논문, 98면.

의한 법형성이며, 다만 민법 제185조의 「물권은 법률 또는 관습에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다」는 규정에 의하여 법원 또는 당사자가 새로운 물권을 창설할 수는 없는 것이므로, 관습법이란 이름에 의탁한 것에 지나지 않는다는 것이다.

조선고등법원 및 대법원의 판결이 그 인정의 근거로서 관습이라는 것을 내세우고 있지만, 근본이념은 법원이 토지와 건물의 소유권을 양립시키기 위한 배려에서 나온 것이다. 즉, 토지의 이용관계를 수반하지 않는 건물을 가능한 한 유지함으로써 건물의 소유자를 보호하고, 건물의 철거로써 초래될 손실을 방지하고자 하는 사회경제적인 측면에서 유리하기 때문이다.

우리 법원이 과도하게 관습을 내세워 그와 같은 물권을 인정하는 태도를 취할 수 있었던 이유의 하나는 현행 민법과 달리 구민법은 「… 본법 기타의 법률…」이라고 규정하여 관습법을 물권인정의 법원으로 인정하지 않고 있었기 때문이다. 그러나 조선민사령 제12조는 우리 고유의 관습에 따른 물권을 인정하려는 취지에서 관습을 부동산물권의 종류나 효력에 관한 법원의 하나로 들고 있었던 것이다.[71]

판례는 원래 관습에 의한 법정지상권을 인정한 취지는 건물과 토지를 별개의 부동산으로서 취급하고 있는 우리 법제하에서는 건물과 그 건물이 서 있는 토지는 항상 별개의 부동산으로 거래되고 있으나, 실제에 있어서 건물은 그 성질상 토지의 이용없이는 건물로서의 효용을 할 수 없는 것이므로, 같은 소유자의 소유에 속하였던 건물과 그 대지 중 어느 하나가 매매 등에 의하여 그 소유자를 달리한 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한, 건물소유자는 그 대지에 대하여 지상권을 취득한 것으로 봄으로써, 그 건물로 하여금 건물로서의 가치를 유지케 하려는 국민경제상의 필요에 의하여 인정한 제도라고 설시하고 있다.[72]

### *3.* 民法 第*366*條의 擴張解釋論

70) 이주성, 상게논문, 98면; 김형수, “관습법상 법정지상권”, 「토지법학」 제18호, 한국토지법학회, 2002, 46-47면 참조.

71) 이주성, 전게논문, 98면; 윤황지, “관습법상의 법정지상권에 관한 소고”, 「논문집」, 제41집, 강남대학교, 2003, 3면.

72) 대판 1968. 8. 30, 68다1029.

관습법상 법정지상권의 인정근거를 민법 제366조의 “법정지상권”의 확장해석에서 찾는 견해가 있다.[73] 즉, 민법 제366조의 「경매」의 개념을 확장하려는 견해이다. 판례는 “법정지상권의 요건을 구비하지 않았다 하더라도 토지와 건물이 같은 소유자의 소유에 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매각 또는 그 외의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 될 때에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 당연히 건물소유자는 토지소유자에 대하여 소위 관습에 의한 법정(당사자의 합의에 의한 것이 아니라는 의미임)지상권을 취득하게 되는 것이다”라고 판시하였다.[74] 여기에서 “관습상의 법정지상권”의 “관습에 의한 법정”이라고 하는 것은 “당사자의 합의에 의한 것이 아니라는 의미”라고 설시하고 있고, 이는 관습법상 법정지상권이 민법 제366조의 규정으로부터 나오는 것이라고 한다.[75]

그러나 민법 제366조의 법정지상권은 예외규정이므로 이를 해석함에 있어서 제한적으로 해석하여야 하며, 함부로 확대해석할 것은 아니라고 하고 있다. 즉, 법정지상권의 경우 경매로 말미암아 건물소유자가 그 건물소유를 위하여 토지용익관계를 현실화할 수 있는 기회가 논리적으로 존재할 수 없음에 반하여, 매매에 의하여 동일인이 소유하는 토지와 가옥이 소유자를 달리하게 되는 경우 당사자는 충분히 사전의 계약에 의하여 그 용익관계를 현실화할 수 있으며, 그와 같이 행해지고 있는 것이 보통이다.

따라서 관습법상 법정지상권의 근거로서 민법 제366조의 확장해석은 스스로 일정한 한계가 있게 되는 것이다. 즉, 당사자가 자율적으로 토지용익관계를 현실화할 수 있는 경우, 매매·증여·당사자의 협의에 의한 공유물분할 등의 경우에는 스스로 불리하게 계약한 자는 그 불이익을 감수하여야 한다는 원칙이 관철되어야 하므로, 민법 제366조에 의한 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 무리이므로 매매·증여 등의 경우까지 민법 제366조를 끌어들이는 데에는 스스로 일정

73) 송덕수, 「민법강의(상)」, 박영사, 2004, 604면; 이영준, 전게서, 633-634면; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 617면; 윤상덕, “법정지상권에 관한 연구-민법 제366조를 중심으로-”, 청주대학교 박사학위논문, 2001, 79면; 오창수, “관습법상의 법정지상권에 관한 판례이론의 검토”, 「변호사」제21집, 1991, 183-184면.

74) 대판 1962. 4. 18, 4294민상1103.

75) 이영준, 전게서, 633-634면.

한 한계가 있다고 한다.[76] 그러나 당사자가 자율적으로 용익관계를 현실화할 수 없는 강제경매·법원에 의한 공유물분할·국세체납처분에 의한 공매·귀속재산의 불하 등의 경우에는 당사자의 의사에 의해 토지와 건물의 소유자가 변경된 것이 아니므로 토지용익관계의 합의가 이루어 질 수 없기 때문에 민법 제366조에 의하여 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 가능할 것이다. 예컨대 경매와 같이 법률행위 아닌 사유로 인하여 건물소유자와 토지소유자가 달라지게 된 경우에는 당사자간에 토지용익관계를 현실화할 수 있는 기회가 없었던 것이고, 따라서 그 건물소유자를 위하여 지상권이 설정된 것으로 하지 않으면 건물소유자는 아무런 권리도 없이 타인의 토지를 사용하는 결과가 되므로 잠재적인 토지이용권을 법률상 당연히 현실화시켜 주는 것이 건물을 독립한 부동산으로 취급하는 우리 법제의 특수성에서 생기는 결함을 바로잡게 된다는 것이다.[77]

민법 제366조가 저당권실행에 의한 경매에 관하여 법정지상권을 인정하는 취지는 강제경매·법원에 의한 공유물분할·국세체납처분에 의한 공매·귀속재산의 불하 등에 관습법상 법정지상권을 인정하는 것과 같은 취지라고 할 수 있다. 이와 같이 민법 제366조의 "법정지상권"에 있어서 「경매」의 의미를 확대해서 관습법상 법정지상권의 근거를 찾는 견해들은 대체적으로 매매·증여·협의에 의한 공유물분할 등에 대해서 관습법상 법정지상권을 인정한 판례에 대해서 비판적인 태도를 가지고 있고, 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권의 유형 확대에 반대하고 있다.[78]

### *4.* 民法 第*305*條 類推適用說

관습법상 법정지상권의 제도적 근거를 민법 제305조의 법정지상권에서 찾는 견해가 있다. 즉, "민법 제305조는 토지와 건물을 함께 소유하다가 건물을 남에게 전세한 자는 그 대지소유권을 아무 부담없이 제3자에게 양도할 수는 없고, 건물에 전세권을 설정한 자에 대하여 그 토지상에 건물의 존립을 인정할 의무를

76) 이영준, 전게서, 634-345면; 김증한·김학동, 전게서, 392면.
77) 곽윤직, 전게서, 226면; 이은영, 전게서, 617면.
78) 곽윤직, 상게서, 244면; 송덕수, 전게서, 604면; 이영준, 전게서, 633면; 이은영, 상게서, 617면 참조.

법률상 강제한 뜻이 된다. 그렇다면 토지와 건물을 함께 소유한 자로부터 제3자가 그 건물에 대하여 전세권을 취득한 것이 아니고 소유권을 취득하였다면 소유권을 전세권 이상으로 보호해야 함은 말할 나위조차 없으므로 이때에도 그 토지소유자는 특별한 사정이 없는 한 그 건물의 존립을 위한 지상권의 부담을 져야 함은 본조의 취지에 비추어도 당연한 귀결이며, 이때에는 건물전세권자와는 달리 제3자가 그 건물을 소유하게 되었으므로 그가 바로 법정지상권을 취득하게 되는 것이다. 따라서 본조는 우리 판례법이 인정하는 관습에 의한 법정지상권에 본조를 준용하여 일원화시키는 이론이 오히려 시도되어야 할 것이다"라고 설명하면서, 민법 제305조에서 관습법상 법정지상권의 근거를 찾고 있다.[79]

그러나 민법 제305조는 그 적용범위가 적어서 관습법상 법정지상권의 인정근거가 되기는 어렵다. 본조의 법정지상권은 건물소유자(전세권설정자)가 토지소유권을 처분하면서 지상권이나 임차권과 같은 토지용익관계를 취득하게 된 경우에는 인정되지 않는다. 이 경우에는 전세권이 당연히 그 권리에 미치기 때문이다(민법 제304조 제1항).[80]

그리고 실제 우리나라에 그러한 관습이 있었는지 의문이다.[81] 민법 제305조에 의한 법정지상권의 성립의 경우에도 대지와 건물의 소유권이 분리되는 원인을 그 법적 근거가 확고하지 못하던 관습법상 법정지상권을 뒷받침하기 위한 실정법적 근거로 평가할 수 있다.[82]

### *5.* 檢　討

이상에서 관습법상 법정지상권의 인정근거에 관한 학설들을 살펴보았다. 관습법상 법정지상권은 부동산에 관한 현대적 소유권 관념에 익숙하지 못했던 과도기에 있어서 사회경제적인 측면에서 복잡한 법률문제의 발생을 방지하고 권리구제에 있어서 유익한 역할을 하였다는 점에서 긍정적인 평가가 따라야 할 것이며,

---

79) 박준서, 전게논문, 128면 참조.
80) 동지 : 송덕수, 전게서, 615면; 이영준, 전게서, 677면 참조.
81) 박준서, 전게논문, 131면; 이주성, 전게논문, 93면; 이영준, 전게서, 633면; 이은영, 전게서, 615면; 김증한・김학동, 전게서, 392면.
82) 서민, "법정지상권의 성립과 양도", 「고시연구」, 1984. 1, 109면.

이는 어느 견해에 의하더라도 마찬가지라 할 수 있을 것이다.

관습법설은 판례가 관습법상 법정지상권의 인정근거를 관습법에서 찾고 있다고 하지만, 이를 조선고등법원 판결에서 인정한 관습과 동일한 의미를 갖는 우리의 관습으로 인정하기는 어렵다. 즉, 이 제도는 독특한 부동산법제를 가지고 있던 일본 민법을 수용하면서 발생한 것이라는 점, 조선민사령을 통해서 물권법정주의에 대한 예외로서 관습법에 의해 물권을 형성할 수 있다는 점, 관습조사의 신뢰도가 결여되어 있다는 점 등과 구한말의 관습에서 토지와 건물을 별도로 처분하였다는 관습은 보이지 않으므로 판례가 인정하고 있는 관습은 일제시대를 거치면서 만들어진 것이라 할 수 있다.[83] 또한 민법 제366조에 의한 법정지상권 등이 성립하면 민법 제305조에 의한 법정지상권이 성립할 여지가 없다. 민법 제305조는 토지의 소유자가 그 대지를 타인에게 처분하면서 건물의 소유를 위해 대지사용에 관한 계약을 체결하지 않은 경우에 그 적용이 있다. 즉, 민법 제305조의 법정지상권은 성립할 여지가 거의 없는 제도여서 관습법상 법정지상권을 인정하는 근거로 되기는 힘들다고 생각된다.[84] 또한 민법 제305조의 전세권과 법정지상권에 관한 판례는 아직까지 나오지 않았다.

생각건대 한 세기에 가까운 판례를 통하여 이론을 형성하면서 계속적으로 존속하고 있다는 점에서는 이를 관습법으로 볼 수도 있지만, 관습에서 그 근거를 찾으면서 그 유형을 확대하는 것은 타당하지 않다고 본다. 관습법상 법정지상권은 건물소유자가 미리 지상권을 설정할 수 없는 경우에 건물의 존립기반을 마련하고 잠재적인 토지이용관계를 현실화시켜 주는 구실을 하는 것이다. 따라서 관습법상의 법정지상권은 건물을 건물로서 가치를 유지하게 하자는 국민경제상의 필요에 의하여 토지용익관계를 현실화할 수 있는 기회가 논리적으로 존재할 수 없다는 점을 고려하여 민법 제366조의 규정을 유추하여 이끌어낸 특수한 물권이라고 할 수 있다.

---

83) 이영준, 전게서, 633면; 배성호, “법정지상권의 인정범위”, 「비교사법」제15호, 한국비교사법학회, 2001, 379면 참조.

84) 동지 : 김준호, 전게서, 674면; 이영준, 전게서, 676면.

# 제3장 慣習法上 法定地上權의 成立과 內容

관습법상 법정지상권은 성문법상 존재하지 아니하는 물권을 판례가 인정하는 것으로서 초기의 판례들은 그 요건을 엄격하게 해석하는 경향이 있었지만, 최근에는 그 요건을 완화하여 인정범위를 확대하고 있는 경향이다. 관습법상 법정지상권은 그것이 인정되는 근거가 관습법이고, 또한 그러한 관습법에 의하여 당연히 성립되는 것이라는 점만 제외하면, 보통의 지상권과 다른 것이 없다.

관습법상 법정지상권의 요건이 무엇인가에 대하여 명확하게 정리되어 있지 않다. 이에 관하여 판례를 살펴보면, 법정지상권이나 관습법상 법정지상권의 성립요건에 관하여 "민법 제366조의 법정지상권이나 관습상의 법정지상권은 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유로 있다가 그중 하나가 저당권의 실행이나 매매 등으로 그 소유자가 달라진 경우에 그 건물소유자에게 인정되는 것이고…"고 판시하였고,[85] 발생요건에 관하여는 "민법 제366조에 의한 법정지상권 또는 관습에 의한 법정지상권이 인정되려면 동일인의 소유에 속하는 토지와 그 위에 있는 가옥이 경매 기타 적법한 원인행위로 인하여 각기 그 소유자를 달리하는 경우에 발생하는 것이고…"[86], 철거특약이 없는 경우에는 "토지 또는 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 그 건물을 철거 한다는 조건이 없는 이상 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다"고 판시하였다.[87]

이와 같이 일반적으로 판례가 인정하고 있는 성립요건은, 첫째 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하였을 것, 둘째 건물이나 토지가 매매 등의 원인에 의하여 토지와 건물의 소유자가 달리 되었을 것, 셋째 매매 등에서 당사자간에 건물을 철거한다는 특약이 없을 것 등으로 요약해 볼 수 있다. 이러한 판례가 요구하는 요건은 민법 제366조의 법정지상권이 성립하기 위해서 요구되는 요건이기도 한다. 즉, 우리 판례는 성립요건에 대하여 민법 제366조의 법정지상권을 관습법상

85) 대판 1987. 12. 8, 87다카869.
86) 대판 1988. 9. 27, 88다카4017.
87) 대판 1984. 9. 11, 83다카2245.

의 법정지상권에 준용하고 있다.[88]

관습법상 법정지상권에 있어서는 그 당사자 사이에 토지 용익관계가 미치는 범위, 존속기간, 지료 등에 관하여 약정한 바가 없는 경우가 보통일 것이므로, 그 확정을 어떻게 하느냐가 특히 문제된다.[89] 아래에서는 이러한 점을 전제로 하고 관습법상 법정지상권의 내용을 알아본다.

## 제1절 慣習法上 法定地上權의 成立

### Ⅰ. 慣習法上 法定地上權의 成立要件

#### 1. 土地와 建物이 同一人의 所有에 속하였을 것

토지와 건물은 동일인의 소유에 속하고 있어야 한다. 토지와 건물의 소유자가 동일인이 아닐 경우에는 매매 기타의 원인으로 토지 또는 건물의 소유권이 달라진다고 하여도 이는 토지이용권의 대항력의 일반문제로 그 해결이 가능하므로 법정지상권의 문제는 발생하지 않는다.[90] 즉, 건물소유자에게 법정지상권으로서 보호해 주지 않더라도 토지의 용익관계에 대한 합의가 있는 것이 보통이며, 토지의 용익관계에 대한 합의가 없더라도 그 건물은 불법건물로서 보호해 줄 필요가 없는 것이므로 새롭게 법정지상권을 인정해 줄 필요가 없는 것이다.

현행 민법은 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있으므로 등기를 하여야만 소유권을 취득할 수 있다. 따라서 관습법상 법정지상권이 성립하기 위한 동일소

---

88) 대판 1968. 8. 30, 68다1029.

89) 이러한 문제들은 민법 제366조 법정지상권에 관하여도 동일하다. 따라서 법정지상권에 관한 설명이 대체적으로 여기에도 적용된다.

90) 대판 1966. 11. 29, 66다1213 등. 민법 제366조에 의한 법정지상권 또는 관습에 의한 법정지상권이 인정되려면 동일인의 소유에 속하는 토지와 그 위에 있는 가옥이 경매 기타 적법한 원인행위로 인하여 각기 그 소유자를 달리하는 경우에 발생하는 것이며, 토지와 그 위의 가옥의 소유자가 각각 달리하고 있던 중 토지 또는 가옥만이 경매 기타 원인으로 다시 딴 사람에게 소유권이 이전된 경우에는 인정할 수 없다고 하고 있다.

유자라 함은 지상권이 성립할 당시에 등기부상 토지 및 건물의 등기명의인이 동일인의 소유로 되어 있어야 한다는 것을 의미하므로, 토지와 건물이 각각 그 소유자를 달리하고 있는 때에는 관습법상 법정지상권은 성립할 여지가 없다.[91]

민법 제366조의 법정지상권의 경우에 있어서도 건물과 부지인 토지가 동일인의 소유임을 전제로 성립하는 것이므로, 관습법상 법정지상권의 경우에도 이를 달리 해석할 수는 없을 것이다.[92] 또한 동일소유자에 속하였던 토지와 건물이 동시에 처분되어 소유자가 달라지든지, 어느 한 쪽만이 처분되어 소유자가 달라지든지 관계없이 그 원인행위로 소유자가 달라지는 물권변동의 효력이 생기면 족하다고 할 것이다.[93] 그러나 토지와 그 지상건물이 각각 부와 처, 부와 자 등의 소유에 속하는 경우와 같이 가족간에 토지와 가옥을 별도로 소유하고 있는 경우에는 통상 토지에 대한 용익권을 설정하지 않는 경우가 일반적이지만, 가족이라고 하여도 이들은 동일인이 아니므로 관습법상 법정지상권은 성립하지 않는다.[94]

판례도 관습상의 법정지상권의 성립요건인 당해 토지와 건물의 소유권이 동일인에의 귀속함과 그 후의 각기 다른 사람에의 귀속은 법의 보호를 받을 수 있는 권리변동으로 인한 것이어야 하므로, 원래 동일인에게의 소유권귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 뒤 그 원인무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 경우에는 관습상의 법정지상권을 허용할 수 없다고 판시하였다.[95] 또한 미등기의 건물을 그 대지와 함께 양수한 사람이 그 대지에 관하여서만 소유권이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전받지 못하고 있는 상태에서 그 대지가 경매되어 소유자가 달라지게 된 경우에는, 미등기건물의 양수인은 그 건물을 처분할 수 있는 권리는 있을지언정 소유권은 가지고 있지 아니하므로 대지와 건물이 동일인의 소유에 속한 것이라고 볼 수 없어 법정지상권이 성립할 수 없다.[96]

---

91) 권용우, 전게서, 388면; 고선철, 전게서, 161면; 박운길, 전게논문, 72면

92) 대판 2004. 2. 13, 2003다29043; 대판 1995. 5. 23, 93다47318; 대판 1993. 6. 25, 92다20330; 대판 1991. 5. 28, 91다7200 등 참조.

93) 고선철, 전게서, 161면.

94) 김신, “지료연체와 법정지상권의 소멸청구”, 「판례연구」 제6집, 부산판례연구회, 1996, 101면; 박준서, 전게논문, 118면.

95) 대판 1999. 3. 26, 98다64189.

그리고 판례에 의하면 원소유자로부터 대지와 건물이 한 사람에게 매도되었으나 대지에 관하여만 그 소유권이전등기가 경료되고 건물의 소유명의가 매도인 명의로 남아 있게 되어 형식적으로 대지와 건물이 그 소유명의자를 달리하게 된 경우에 있어서는 그 대지의 점유와 사용문제는 매매계약 당사자 사이의 계약에 따라 해결할 수 있는 것이므로, 양자 사이에 관습에 의한 법정지상권을 인정될 수 없다고 판시하고 있다.[97]

이와 같이 판례는 토지와 건물을 함께 매수하여 사실상 같이 소유권을 행사한다 하더라도 그 어느 한 쪽에 대하여만 소유권이전등기를 경료하였다면 토지와 건물은 동일인의 소유에 해당하지 않는다고 보고 있다. 더 나아가 토지소유자의 승낙을 얻어 건축한 건물을 전전매수한 자는 토지에 대한 관습법상 법정지상권을 취득할 수 없으며,[98] 타인 소유의 토지 위에 그 승낙을 받아 건물을 건립한 경우에 건물소유자가 그 건물이 노후하여 멸실될 때까지 토지를 사용하는 것은 관습법상 법정지상권으로서 인정되지 않는다고 한다.[99]

아래에서는 토지와 건물의 동일소유에 있어서 문제되는 점에 관하여 살펴본다.

(1) 名義信託의 경우

명의신탁된 토지상에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우, 수탁자가 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부가 문제된다. 명의신탁의 해지시 토지소유권의 명의수탁자가 그 토지상에 신축한 건물의 경우에는 동일인의 소유에 해당한다고 할 수 없으므로, 관습법상 법정지상권을 취득할 수 없다고 할 것이다.

판례는 “토지소유권을 명의신탁하면서 수탁자의 임의처분을 방지하기 위하여 신탁자명의의 소유권이전등기청구권 보전의 가등기를 함께 경료해 둔 후 수탁자가 위 명의신탁 중 동 토지상에 건물을 신축하고 그 후 명의신탁이 해지되어 소유권회복의 방법으로 신탁자명의로 가등기에 기한 본등기가 경료된 경우, 명의수

96) 대판 1998. 4. 24, 98다4798.
97) 대판 1983. 7. 26, 83다카419, 420.
98) 대판 1971. 9. 28, 71다1561.
99) 대판 1971. 12. 28, 71다2124; 대판 1979. 6. 12, 79다438.

탁자는 신탁자와의 대내적 관계에 있어서 그 토지가 자기소유에 속하는 것이었다고 주장할 수 없고, 따라서 위 건물은 어디까지나 명의신탁자 소유의 토지 위에 지은 것이라 할 것이므로 그 후 소유명의가 신탁자명의로 회복될 당시 수탁자가 신탁자들에 대하여 지상건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 주장할 수 없다"[100]고 판시하였다. 민법 제366조의 법정지상권의 경우에도 판례는 "토지와 그 지상건물이 각기 소유자를 달리하고 있던 중 토지 또는 그 지상건물만이 경매에 의하여 다른 사람에게 소유권이 이전된 경우에는 법정지상권이 발생할 여지가 없으며, 또한 대지를 매수하였으나 그 명의로 소유권이전등기를 적법하게 마치지 아니하고 건물의 등기부상 소유명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 건물이 자기의 소유임을 주장할 수 없고, 따라서 그 건물과 부지인 토지가 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다"[101]고 판시하여, 명의신탁의 경우에는 대외적인 관계에서 토지는 수탁자가 소유자이므로 명의신탁자 소유의 건물과 명의신탁된 토지는 동일인의 소유로 볼 수 없으므로 관습법상 법정지상권이나 법정지상권의 성립을 인정하고 있지 않다.[102]

지상건물의 소유를 위한 관습상의 지상권을 취득하였는가의 여부는 명의신탁해지에 의하여 토지소유명의를 회복한 신탁자들과의 사이에 있어서 토지소유명의의 신탁을 받아가지고 있던 동안에는 그 토지가 자기의 소유에 속했던 것이라고 주장할 수 있었느냐의 여부에 따라 판단할 문제이며, 명의신탁자 이외의 제3자에 대하여 대외적으로 토지소유권을 주장할 수 있었다하여 좌우될 성질의 것이 못된다 할 것이다.

(2) 讓渡擔保의 경우

토지와 건물의 동일소유자가 특정인에게 양도담보를 설정한 후 토지 또는 건

100) 대판 1986. 5. 27, 86다카62.
101) 대판 2004. 2. 13, 2003다29043; 대판 1995. 5. 23, 93다47318; 대판 1991. 5. 28, 91다7200 등.
102) 박운길, 전게논문, 73면; 이승길, 이승길, "관습법상 법정지상권", 「중앙법학」제5집 제2호, 중앙법학회, 2003, 193면.

물의 어느 하나가 제3자의 소유로 된 경우에 판례는 “대지를 양도담보한 후에 채무자가 그 대지상에 건물을 지었을 경우에는 채권자의 승낙을 얻었다 하더라도 채무자는 그 대지상에 관습에 의한 지상권이나 또는 지상권유사의 물권을 취득한 것이라고는 볼 수 없다”고 판시하였다.[103]

양도담보의 경우에는 담보권자가 채무자로부터 담보목적물에 대한 소유권을 취득하지만, 담보의 목적에 의하여 채권적으로 제한을 받는데 불과하다 할 것이므로 채무자는 그 담보목적물인 대지의 소유권이 자기에게 있다고 주장할 수 없다할 것이므로 양도담보의 경우에는 관습법상 법정지상권이 성립할 여지가 없다. 즉, 양도담보물인 대지 위에 양도담보 설정자가 지은 건물은 그것이 처분될 당시 동일소유자에 속한 것이라고 볼 수 없기 때문이다.

(3) 假登記擔保의 경우

양도담보의 경우와는 달리 가등기의 경우에는 법정지상권의 성립에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다. 토지나 건물의 어느 한 쪽에 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기가 되어 있는 경우에는 그 자체만으로 물권변동의 효력이 발생하지 않으므로 여전히 동일인의 소유에 속한다고 보아야 할 것이나,[104] 본등기가 경료된 경우에는 이해관계인에게 불측의 손해를 줄 우려가 있으므로 관습법상 법정지상권이 성립되지 않는다고 보아야 할 것이다.

부동산등기법 제6조 제2항은 「가등기를 한 경우에는 본등기의 순위는 가등기에 의한다」라고 규정하고 있기 때문에 본등기의 효력이 가등기한 시점으로 소급하느냐의 여부가 문제된다. 학설은 본등기의 대항력 내지 물권변동의 효력이 가등기 당시까지 소급하여 발생하는 것이 아니고 단지 본등기의 순위만이 가등기의 순위까지 소급할 뿐이다. 따라서 가등기 후 본등기까지의 사이에 가등기의무자가 본등기된 가등기권리자의 물권변동에 저촉되는 다른 처분행위를 한 경우에는 가등기권리자는 그 본등기를 한 물권변동이 마치 가등기 당시에 본등기가 된 것처럼 제3자에게 주장할 수 있고, 다만 가등기의무자의 처분행위의 본등기

103) 대판 1966. 5. 17, 66다504.
104) 박운길, 전게논문, 74면.

전에 있어서의 사실상의 효력은 본등기가 이루어짐에 의하여 아무런 영향도 받지 않는다고 한다.[105]

판례도 강제경매절차가 진행 중에 그 이전에 이 사건 각 대지에 관하여 설정된 채권담보를 위한 위 가등기에 기하여 그 본등기가 경료된 사안에서, "원래 채권을 담보하기 위하여 나대지상에 가등기가 경료되었고 그 뒤 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축하였는데, 그 후 그 가등기에 기한 본등기가 경료되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 관습상 법정지상권을 인정하면 애초에 대지에 채권담보를 위하여 가등기를 경료한 사람의 이익을 크게 해하게 되기 때문에 특별한 사정이 없는 한 건물을 위한 관습상 법정지상권이 성립한다고 할 수 없다"고 판시하고 있다.[106]

이러한 판례의 태도는 민법 제366조의 법정지상권의 성립요건에서 저당권설정 당시에 건물이 존재하여야 된다는 취지와 같은 것이다. 즉, 건물이 존재하지 않던 토지에 저당권설정계약을 체결하고 그 후에 저당권설정자가 건물을 건축한 경우는 저당권자가 생각한 담보가치를 해하기 때문에 법정지상권을 인정할 수 없다고 하는 것이 다수설[107]과 판례[108]의 태도이다. 따라서 양도담보 및 가등기담보의 경우도 저당권과 마찬가지로 양도담보 또는 가등기담보권설정 계약 후에 건축된 건물에 대해서 법정지상권을 인정하게 되면 채권자(담보권자)에게 담보가치가 하락되는 예측할 수 없는 손해를 주기 때문에 법정지상권의 성립을 부정하여야 한다는 것이다.[109]

---

105) 곽윤직, 전게서, 166면; 송덕수, 전게서, 455면; 이영준, 전게서, 217-218면; 이은영, 전게서, 235면.

106) 대판 1994. 11. 22, 94다5458.

107) 곽윤직, 전게서, 470면; 김상용, 전게서, 725-726면; 김증한·김학동, 전게서, 532면; 이영준, 전게서, 826면; 이상태, 「요해물권법」, 법원사, 1996, 423면.

108) 대결 1995. 12. 11, 95마1262에서 "건물 없는 토지에 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 위에 건물을 건축하였다가 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 경매로 인하여 그 토지와 지상 건물이 소유자를 달리하였을 경우에는, 민법 제366조의 법정지상권이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 관습상의 법정지상권도 인정되지 아니한다"고 결정하였다.

109) 김준호, 전게서, 754면; 송덕수, 전게서, 679면.

(4) 未登記建物과 無許可建物의 경우

판례는 미등기의 건물을 토지와 함께 매도하였으나 토지에 관하여만 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 관습법상 법정지상권이 성립하는지 여부에 관하여 다음과 같은 입장을 취하였다. 그 내용을 보면, "관습상의 법정지상권은 동일인의 소유이던 토지와 그 지상건물이 매매 기타 원인으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 인정되는 것이므로, 토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있거나 토지소유자가 건물의 처분권까지 함께 취득한 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다 할 것이어서, 미등기건물을 그 토지와 함께 매도하였다면 비록 매수인에게 그 토지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 관하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 토지와 건물이 그 소유명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다"고 판시하였다.[110] 이 전원합의체 판결에 의하여 종전의 판례인 "토지와 그 지상의 미등기건물을 양도하여 토지에 관하여만 소유권이전등기를 경료하고 건물에 관하여는 소유권이전등기를 경료하지 못하고 있다가 양수인이 토지에 설정한 저당권의 실행에 의하여 토지의 소유자가 달라지게 된 경우에 그 저당권 설정 당시 양도인 및 양수인이 저당권자에게 그 지상건물을 철거하기로 하는 등의 특약을 한 바가 없다면 양도인이 그 지상건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다"는 견해를 표명한 판결은[111] 이에 저촉되는 한도 내에서 이를 폐기하게 되었다. 즉, 미등기건물과 토지를 매도한 경우처럼 형식적으로 토지와 건물의 소유가 달라졌을 경우에는 관습법상 법정지상권을 인정할 수는 없다는 것이 전원합의체 판결로 변경되었다.

무허가 미등기건물이 관습법상 법정지상권이 성립하는가에 대해서 판례는 "무허가건물인 미등기건물을 그 대지와 함께 양수한 甲이 위 대지에 대하여서만 소유권이전등기를 경료하고 건물에 대하여서는 등기를 경료하지 아니하였다면 甲

110) 대판(전) 2002. 6. 20, 2002다9660.
111) 대판 1972. 10. 31, 72다1515.

은 위 건물에 대하여는 소유권을 취득하였다고 할 수 없으므로 위 토지에 대하여 甲으로부터 전전하여 소유권을 양수한 乙에게 관습상의 법정지상권을 주장할 수 없다"고 판시하여,[112] 무허가 미등기건물과 대지의 동일소유자가 그 중 대지를 양도하였더라도 그 건물은 관습법상 법정지상권을 취득하지 못한다고 판시하였다. 그러나 "토지와 그 지상의 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 토지 또는 건물이 매매나 기타 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에는 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 지상권을 취득하게 되고, 그 건물은 반드시 등기가 되어 있어야만 하는 것이 아니고 무허가건물이라고 하여도 상관이 없다"고 판시하여 관습법상 법정지상권을 인정하였고, 또한 토지소유자가 미등기의 무허가건물을 신축한 경우에 대하여는 "동일소유에 속하였던 토지와 건물이 소유자를 달리하게 된 경우 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 그 건물의 소유를 위하여 그 부지에 관하여 관습상 법정지상권을 취득하는 것이고, 그 건물로서의 요소를 갖추고 있는 이상 무허가건물이거나 미등기건물이거나 가리지 않는다"라고[113] 판시하여, 관습법상 법정지상권을 인정하고 있다.[114]

(5) 土地 또는 建物이 共有인 경우

토지 또는 건물이 공유인 경우에는 그 관계를 나누어서 검토하여야 한다. 토지의 공유자 중 1인이 공유토지 위의 건물을 소유하고 있다면 건물만을 매도하는 경우 또는 토지의 공유지분을 양도하는 경우에 있어서 제3자가 관습법상 법정지상권을 취득할 수 있는가. 또한 단독의 토지소유자가 그 토지상 건물을 공유하고 있는 경우 그 지분을 양도하였을 때와 단독의 토지만을 양도하였을 때 관습법상 법정지상권의 성립이 가능한가 문제된다. 또한 구분소유적 공유관계의 경우에도 관습법상 법정지상권의 성립여부가 문제된다.

---

112) 대판 1987. 7. 7, 87다카634 ; 대판 1987. 1. 28, 87다카869; 대판 1989. 2. 14, 88다카2592; 대판 1991. 8. 27, 91다16730; 대판 1996. 6. 14, 94다53006.
113) 대판 1964. 9. 22, 63아62; 대판 1988. 4. 12, 87다카2404.
114) 대한법률구조공단, 「(알아두면 힘이 되는)생활법률」, 2000, 131면 참조.

이하에서 토지 또는 건물이 공유인 경우에 대해서 검토하기로 한다.

1) 土地만이 共有인 경우

예컨대 토지가 甲·乙의 공유이고, 그 토지 위에 甲소유의 지상건물이 있는 경우, 甲이 토지에 대한 자기의 지분이나 그 소유의 건물만을 제3자 丙에게 매도한 경우에 관습법상 법정지상권을 취득할 수 있는가.

이론상 丙은 甲이 가지고 있던 공유지분에 대하여 관습법상 법정지상권을 취득한다고 보아야 하나, 乙에 대한 관계에서는 법정지상권을 취득할 근거가 없으므로 결국 丙은 토지 전체에 대한 법정지상권을 취득할 수 없다. 즉, 취득한 공유자 중 한 명이 공유지상의 건물을 소유하고 있던 중 건물만을 매도하여 제3자가 대지 전체에 대해서 관습법상 법정지상권을 취득하는 것은 토지공유자 1인으로 하여금 다른 토지공유자의 지분에 대해서까지 지상권설정의 처분행위를 인정하는 것이 되어 불합리하게 된다.[115] 따라서 乙의 공유지분에 대해서는 건물의 소유자인 甲과 토지의 소유자가 동일한 경우로 볼 수 없으므로 토지 전체에 대한 관습법상 법정지상권을 취득할 수 없다고 할 것이다. 이에 대하여 관습법상 법정지상권의 성립을 일률적으로 부정할 것이 아니라 지분의 비율에 따라 즉, 공유토지 위의 건물을 소유하는 자의 지분이 과반을 넘는 경우에는 민법 제265조 본문을 적용하여 관습법상 법정지상권을 인정할 수 있다는 견해도 있다.[116] 또한 乙이 자기의 토지공유지분을 丙에게 양도한 경우에는 乙은 건물의 소유자가 아니므로 '토지와 건물이 동일인 소유일 것'이라는 요건을 충족하지 못한 것이므로 관습법상 법정지상권을 취득할 근거가 없다.

판례도 "토지공유자 중의 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만을 전매함으로써 단순히 토지공유자의 1인에 대하여 관습상의 법정지상권이 성립된 것으로 볼 사유가 발생한 경우에 있어서는 당해 토지에 관하여 건물

115) 박준서, 전게논문, 133-134면.

116) 이영준, 전게서, 639면. 그러나 "토지 공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습상의 법정지상권이 성립된 것으로 보게 된다면 이는 토지 공유자 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다"고 판시하고 있다(대판 1993. 4. 13, 92다55756 참조).

의 소유를 위한 관습상의 법정지상권이 성립될 수 없다"고 판시하였다.[117] 즉, 대지공유자가 공유물의 보존행위로서 그 지상에 권원없이 건립되어 있는 건물의 철거를 구한다고 하여 그것이 곧 대지공유자에게 위 대지를 사용·수익할 목적이 없는 것을 의미한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 건물이 주택으로 사용되고 있고, 설사 건물의 가액이 대지공유지분의 가액보다 높다고 하더라도 위와 같은 경우에는 대지공유자의 건물철거청구를 권리남용이 아니라고 하였다. 나아가, "당해 토지 자체에 관하여 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권이 성립된 것으로 보게 된다면, 이는 마치 토지공유자의 1인으로 하여금 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다 할 것이므로 위와 같은 경우에 있어서는 당해 토지에 관하여 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권이 성립될 수 없다"고 판시하였다.[118]

그러나 건물이나 지분의 전매가 아니고 건물이 서 있는 토지의 공유자들이 그 토지를 분할하여 그 건물부지를 공유자 중의 한 사람의 단독소유로 귀속된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 건물소유자는 그 건물을 위하여 관습법상 법정지상권을 취득할 수 있다고 할 것이다.[119] 왜냐하면, 공유자 1인의 처분행위에 의한 것이 아니므로 타 지분에 대한 침해를 우려할 필요도 없기 때문에 달리 취급하는 것이 타당하기 때문이다.[120]

2) 建物만이 共有인 경우

예컨대 건물이 甲과 乙의 공유이고 그 대지가 甲의 단독소유인 경우 甲이 건물에 대한 자기의 지분권만을 제3자인 丙에게 양도한 경우에 관습법상 법정지상권을 취득할 수 있는가?

토지소유자가 그 토지상 건물을 타인과 함께 공유하면서 그 단독소유의 토지만을 타인에게 처분한 경우에는 건물공유자들은 각기 건물을 위하여 토지 전부에 대한 관습법상 법정지상권을 취득하게 된다. 판례는 "건물을 철거한다는 조건

117) 대판 1987. 6. 23, 87다카140.
118) 대판 1987. 6. 23, 86다카2188.
119) 대판 1967. 11. 14, 67다1105.
120) 박준서, 전게논문, 134면.

이 없는 한 건물의 지분권자인 한 사람이 그 부지에 대하여서 한 소유권변동 행위는 자기의 이익, 즉 건물에 대한 자기의 법정지상권을 취득한 것일 뿐만 아니라 다른 공유자의 건물지분권을 위하여서도 법정지상권을 취득한 것으로 보아야 할 것이다"라고 판시하였다.[121]

3) 土地와 建物이 모두 共有인 경우

토지와 건물을 모두 甲과 乙이 공유하고 있고, 甲 또는 乙이 건물이나 토지의 지분을 제3자인 丙에게 양도한 경우 관습법상 법정지상권이 성립하는가. 판례는 공유지상에 수인의 소유건물이 있는 경우의 관습상의 지상권에 관하여 "공유지상에 공유자의 1인 또는 수인 소유의 건물이 있을 경우 위 공유지의 분할로 그 대지와 지상건물이 소유자를 달리하게 될 때에는 다른 특별사정이 없는 한, 건물소유자는 그 건물부지상에 그 건물을 위하여 관습상의 지상권을 취득한다"고 판시하였다.[122]

4) 區分所有的 共有關係의 경우

「집합건물의소유및관리에관한법률」의 적용을 받는 구분소유적 건물인 경우에는 입법적으로 법정지상권이 생길 수 없지만, 토지가 구분소유적 공유관계일 경우는 문제가 있다.

원고와 피고가 1필지의 대지를 구분소유적으로 공유하고 피고가 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하던 중 위 대지의 피고지분만을 원고가 경락취득한 경우, 피고의 관습상의 법정지상권 취득 여부에 대하여 판례는 "원고와 피고가 1필지의 대지를 공동으로 매수하여 같은 평수로 사실상 분할한 다음 각자 자기의 돈으로 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하여 왔다면 비록 위 대지가 등기부상으로는 원·피고 사이의 공유로 되어 있다 하더라도 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 따라서 피고 소유의 건물과 그 대지는 원고와의 내부관계에 있어서 피고의 단독소유로 되었다 할 것

121) 대판 1977. 7. 26, 76다388.
122) 대판 1974. 2. 12, 73다353.

이므로, 피고는 그 후 이 사건 대지의 피고지분만을 경락취득한 원고에 대하여 그 소유의 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다(이 사건 대지에 관하여 이미 위 경락 전에 소외 甲 앞으로 소유권이전등기가 되어 있었다 하더라도 위 경락은 가압류에 의한 강제경매에 의하여 이루어졌고, 위 甲 명의의 등기는 위 가압류 후에 이루어진 것이 분명하므로 위 경락에 의하여 말소될 운명에 있는 甲의 등기를 들어 피고의 소유권을 부정할 수 없으므로 경락 당시에 대지와 그 지상건물의 소유자가 동일인이 아니라고 할 수 없다)"고 판시하여[123], 구분소유적 공유관계의 경우 관습법상 법정지상권을 인정하고 있다. 또한 "종전 토지의 공유자들이 합의하에 환지예정지를 특정하여 구분소유하고 있는 상태에서 그 중 1인인 甲이 환지예정지 중 그 소유부분을 乙에게 양도하고 지분소유권이전등기를 경료하였는데, 그 당시 그 지상에는 甲이 건축 중인 건물이 외형이 모두 완성되고 일부 내부공사 등 마무리공사만 남겨 둔 상태였던 경우, 공유자들 사이의 합의에 의하여 각각 환지예정지를 구분소유하기로 한 이상 다른 공유자들은 그 내부관계에서 甲이 소유하기로 한 환지예정지에 관한 한, 종전 토지의 공유지분에 기한 사용·수익권을 포기하고 甲의 처분행위로 인하여 甲이나 제3자가 종전 토지에 관한 법정지상권에 기하여 당해 환지예정지를 사용·수익하는 것까지도 용인하였다고 볼 수 있으므로, 甲은 그 건물의 소유를 위하여 을 등의 공유인 종전 토지에 대하여 관습법상의 법정지상권을 갖는다"고 하였다.[124]

그러나 내부관계에 있어서 구분소유적 공유관계에 있는 자가 본인의 토지부분을 넘어서 건물을 신축한 경우에는 관습법상 법정지상권은 부정된다. 즉, "甲과 乙이 대지를 각자 특정하여 매수하여 배타적으로 점유하여 왔으나 분필이 되어 있지 아니한 탓으로 그 특정부분에 상응하는 지분소유권이전등기만을 경료하였다면 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 또한 구분소유적 공유관계에 있어서는 통상적인 공유관계와는 달리 당사자 내부에 있어서는 각자가 특정 매수한 부분을 각자의 단독소유로 되었다 할 것이므로 乙은 위 대지 중 그가 매수하지 아니한 부분에 대하여는 甲에게 그 소유권을 주장

123) 대판 1990. 6. 26, 89다카24094.
124) 대판 1997. 12. 26, 96다34665.

할 수 없어 위 대지 중 乙이 매수하지 아니한 부분의 지상에 있는 乙 소유의 건물부분은 당초부터 건물과 토지의 소유자가 서로 다른 경우에 해당되어 그에 관하여는 관습상의 법정지상권이 성립될 여지가 없다"고 하였다.[125]

## *2.* 賣買 등의 原因으로 土地와 建物의 所有者가 다르게 되었을 것

판례가 확립한 관습법상 법정지상권은 매매·증여·강제경매·귀속재산의 불하 등 토지와 건물의 소유자가 달라지게 되었을 경우에 발생한다. 다만 소유자가 달라지는 처분행위의 원인 중 임의경매로 인한 경우와 전세권이 설정되어 처분될 때에는 민법 제366조 및 제305조의 법정지상권이 성립되므로 관습법상 법정지상권이 성립될 여지가 없다.

이하에서는 판례에 의하여 관습법상 법정지상권이 인정되는 여러 경우를 살펴보기로 한다.

### (1) 賣買 기타의 原因

#### 1) 判例가 인정하고 있는 原因行爲

#### (가) 賣買·贈與·歸屬財産 拂下의 경우

판례는 "동일인 소유에 속하였던 토지 및 가옥이 매매로 인하여 각기 그 소유자를 달리 한때 그 가옥 매매에 있어 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 가옥소유자는 그 가옥을 위하여 지상권을 취득한다"고 판시하여,[126] 매매로 인하여 토지와 건물의 소유권이 다르게 된 경우에 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하였다. 또한 환매특약조건부매매 후 다시 채무자가 채권자로부터 환매한 경우도 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하였다.[127] 또한 판례는 증여의 경우 "동일인의 소유에 속하는 토지와 건물이 적법한 원인행위로 인하여 각각 그 소유자를 달리한 경우에 그 소유권이전에 관하여 특히 그 가옥을 철거한다는 합의가 없는

125) 대판 1994. 1. 28, 93다49871.
126) 대판 1968. 7. 31, 67다1759.
127) 대판 1981. 4. 14, 80다2637.

한 가옥의 소유자는 그 권리에 기인하여 그 철거를 강요할 수 없다는 관습은 매매 또는 강제경매 뿐만 아니라 증여의 경우에도 해당된다고 해석함이 타당하다"라고 하여 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하였다.[128]

판례는 귀속재산의 불하 문제에 있어서 "피고(대한민국)는 본건 토지와 그 위에 건립되어 있는 본건 건물을 소유하고 있다가 본건 토지만을 원고(대한중공업주식회사)에게 불하매각하고 그 위에 건립되어 있는 건물은 피고 자신이 소유하고 있음으로써 본건 건물은 피고의, 본건 대지는 원고의 소유가 되어서 양자의 소유자가 다르다는 것이요, 원고와 피고와의 사이에 본건 건물을 철거하기로 하였다는 특별한 약정이 있음을 발견할 수 없으므로 피고 소유의 본건 건물은 원고의 본건 토지 위에 위에서 말하는 관습에 의한 법정지상권이 있다"고 판시하였고,[129] 또한 "피고가 이 건 창고를 불하받아 소유권이전등기를 경료하였다면 피고는 이 건 창고부지에 대한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것"이라고 판시하고 있다.[130] 이와 같이 판례가 귀속재산의 불하의 경우 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 불하처분이 행정행위라 하더라도 그 실질은 매매이므로 매매의 경우 인정되는 관습법상 법정지상권과 다르지 않다는 것이다.[131]

(나) 强制競賣의 경우

조선고등법원의 1916년 9월 29일 판결 이후 대법원은 "동일한 소유자에게 속하는 토지와 그 토지 위의 건물이 매매에 의하여 각기 그 소유자를 달리하게 된 경우에는 특히 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 그 건물의 소유자는 그 토지 위에 그 건물을 위한 관습상 법정지상권을 취득하는 것이고, 이러한 관습은 동일한 소유자에 속하던 토지 및 그 토지 위의 건물이 강제경매에 의하여 각기 그 소유자를 달리하게 된 경우에도 존재하는 것이다"라고 판시하여,[132] 강제경매로 인하여 토지와 건물의 소유자가 달라질 경우에도 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하고 있다. 일본에서는 관습법상 법정지상권이라는 특수한 물권은 인정

128) 대판 1963. 5. 9, 63아11.
129) 대판 1962. 4. 18, 4294민상1103.
130) 대판 1975. 11. 25, 75다1170.
131) 대판 1986. 9. 9, 85다카2275.
132) 대판 1970. 9. 29, 70다1454; 대판 1973. 2. 12, 73다353.

하지 않지만, 강제경매의 경우에 일본 민법 제368조에서 명시된 '경매'를 확장 내지 유추적용하여 법정지상권을 인정할 것인가가 문제이다. 토지나 건물이 강제경매된 경우에는 유추적용하자는 학설이 있지만,[133] 일본의 최고재판소는 대심원의 종전 태도와 같이 강제경매의 경우의 경우에는 법정지상권의 성립을 부정하는 태도를 취하고 있다.[134]

판례가 강제경매의 경우에 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 타당하다.[135] 즉, 강제경매의 경우에는 당사자간에 토지용익관계를 설정할 만한 시간적 여유가 없는데 이 경우에, 건물을 경락받은 경락인에게 건물소유를 위한 관습법상 법정지상권을 인정하지 않는다면 건물의 경락인에게 부당한 피해를 주게 된다. 따라서 토지용익관계를 설정할 수 없는 강제경매의 경우에는 판례가 말하는 「부득이한 경우」로서 관습법상 법정지상권을 인정하는데 문제가 없다고 할 수 있다.

(다) 國稅徵收法上의 公賣

판례는 "동일인의 소유였던 대지와 지상건물이 공매에 의하여 다른 소유자에 속한 경우 건물소유자는 그 대지 위에 지상권을 취득한다"라고 판시하여,[136] 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하였다. 현행 국세징수법에는 공매처분에 대한 법정지상권에 관한 규정이 없기 때문에 강제경매의 경우와 마찬가지로 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 타당하다. 국세징수법에 의한 공매처분의 경우도 판례가 관습법상 법정지상권을 인정하면서 근거로 내세우는 것은 「부득이한 경우」에 해당한다. 강제경매의 경우와 마찬가지로 토지용익관계를 설정할 만한 시간적인 여유가 없는 것에 해당된다.

참고로 일본에서는 국세징수법에서 공매처분의 경우 법정지상권을 인정하지 않아 논란이 있었으나, 일본 민법 제388조에 상당하는 규정을 신설하여(국세징수법 제127조), 공매처분시의 법정지상권을 인정하였다.[137]

---

133) 我妻榮, 「民法硏究 Ⅳ-2(擔保物權)」, 有斐閣, 1967, 151面.
134) 最高判 1963. 6. 25, 35(オ)833; 最高判 1963. 10. 1, 35(オ)611.
135) 고상용, 「물권법」, 법문사, 2004, 459면; 이태철, "관습법상 법정지상권에 관한 판례의 동향", 「새정부의 부동산정책과 토지법」(2008년 동계토지법학술대회), 한국토지법학회, 2008. 1. 19, 7면.
136) 대판 1967. 11. 28, 67다1831.

(라) 共有物分割의 경우

토지나 건물이 공유인 경우에도 관습법상 법정지상권이 성립하는가에 관하여 대법원은 공유지분을 특정할 수 있느냐의 여부와 공유물분할 당시에 있어서의 건물부지의 이용관계에 대한 당사자의 의사 등의 제반사정들이 중요한 기준으로 반영되고 있다.[138]

건물이 있는 토지의 공유자들이 그 토지를 분할하여 그 건물부지를 공유자 중 한 사람의 단독소유로 귀속하게 한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 건물소유자는 그 건물을 위하여 관습법상 법정지상권을 취득한다.[139] 또한 "원고와 피고가 1필지의 대지를 공동으로 매수하여 같은 평수로 사실상 분할한 다음 각자 자기의 돈으로 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하여 왔다면 비록 위 대지가 등기부상으로는 원·피고 사이의 공유로 되어 있다 하더라도 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 따라서 피고 소유의 건물과 그 대지는 원고와의 내부관계에 있어서 피고의 단독소유로 되었다 할 것이므로 피고는 그 후 이 사건 대지의 피고지분만을 경락취득한 원고에 대하여 그 소유의 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다"고 판시하였다.[140]

그러나 공유토지위에 건물을 소유하고 있는 토지공유자중 1인이 그 토지지분만을 전매한 경우 관습상의 법정지상권이 성립하는지에 대하여 "토지의 공유자 중의 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만을 전매함으로써 단순히 토지공유자의 1인에 대하여 관습상의 법정지상권이 성립된 것으로 볼 사유가 발생하였다고 하더라도 당해 토지 자체에 관하여 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권이 성립된 것으로 보게 된다면 이는 마치 토지공유자의 1인으로 하여금 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다 할 것이므로 위와 같은 경우에 있어서는 당해 토지에 관하여 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권이 성립될 수 없다"고 판시하였

137) 이정래, "관습법상 법정지상권", 조선대학교 석사학위논문, 1997, 34면 참조.
138) 이태철, 전게논문, 7-8면.
139) 대판 1967. 11. 14, 67다1105.
140) 대판 1990. 6. 26, 89다카24094.

다.[141] 나아가 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 관습법상 법정지상권의 성립여부에 대하여 이를 인정하게 되면 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다고 하였다.[142]

2) 判例가 인정하고 있지 않은 原因行爲

(가) 換地處分의 경우

판례는 환지처분에 의하여 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우에는 관습법상 법정지상권의 성립을 일관되게 부정하고 있다. 즉, "환지로 인하여 새로운 분할지적선이 그어진 결과 동일인에게 속하였던 토지와 그 지상의 건물이 그 소유자가 달라진 경우에 환지의 성질상 건물부지에 관하여 소유권을 상실한 건물소유자가 그 환지된 토지에 대하여 건물을 위한 관습상 법정지상권을 취득한다거나 그 환지된 토지의 소유자가 그 건물을 위한 관습상 법정지상권의 부담을 안게 되었다고 할 수 없다"고 판시하고 있다.[143] 이와 같이 판례가 환지처분의 경우에 관습법상 법정지상권을 부정하는 이유는 환지받은 자는 종전 토지에 갈음하여 새롭고 완전한 소유권을 취득하여야 하기 때문이다.

최근에도 이와 같은 판례를 볼 수 있다. 즉, "환지로 인하여 새로운 분할지적선이 그어진 결과 환지 전에는 동일인에게 속하였던 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라졌다 하더라도 환지의 성질상 건물의 부지에 관하여 소유권을 상실한 건물소유자가 환지된 토지(건물부지)에 대하여 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다거나 그 환지된 토지소유자가 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권의 부담을 안게 된다고는 할 수 없다"고 판시하였다.[144]

(나) 立木을 買受한 경우

141) 대판 1987. 6. 23, 86다카2188; 대판 1988. 9. 27, 87다카140.
142) 대판 1993. 4. 13, 92다55756
143) 대판 1991. 4. 9, 89다카1305.
144) 대판 2001. 5. 8, 2001다4101.

판례는 “지상권은 토지의 사용을 위하여 지상권자와 토지소유자 사이에 지상권설정계약을 맺음으로써 취득하는 것이고 타인소유의 임야 위에 생존한 입목을 매수한 사실만으로는 지상권취득의 요건을 갖추었다고 할 수 없을 것인 바, 이 사건에 있어서 원고와 피고는 이 사건 임야의 사용을 위한 지상권설정계약이 맺어졌다고 인정할 만한 아무런 근거도 없을 뿐 아니라 지상에 생존한 입목을 매수한 경우에 매도인은 매수인을 위하여 당연히 지상권설정등기를 하여야 된다는 관습도 찾아볼 수 없다”고 판시하여,[145] 입목을 매수한 경우에는 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하지 않고 있다.

3) 原因行爲의 適法性 여부

판례는 “경매 또는 기타 적법한 원인행위로 인하여 각기 그 소유자를 달리하는 경우에 발생하는 것”이라고 판시하여,[146] 토지와 건물의 소유자가 다르게 되는 원인행위가 적법할 것을 요구하고 있다. 위에서 소유권변동의 유형으로 설시한 매매·증여·귀속재산의 불하·강제경매·공유물의 분할·공매 등은 모두 판례가 말하는「적법한 원인」의 형태이다. 이에 대해 토지와 건물의 소유자가 달라졌을 때 그 원인행위로서 토지와 건물의 소유자가 달라지는 물권변동의 효력만 생기면 족하고 적법요건은 구태여 따질 문제가 아니라고 주장하는 견해도 있다.[147]

(2) 土地와 建物의 所有者가 달라질 것

토지와 건물의 소유자가 다르게 되지 않는 한, 법정지상권의 문제가 일어날 여지가 없다는 것은 당연하다. 그러므로 토지와 건물의 소유자가 달라지는 일반적인 형태는 토지 또는 건물 중 어느 하나가 처분되는 경우일 것이다. 원인행위가 법률행위일 경우는 소유권이전등기를 경료해야 한다는 것은 당연하다. 따라서 매매·증여·협의에 의한 공유물분할 등의 경우에도 소유권이전등기를 경료하지

145) 대판 1969. 8. 26, 69다291.
146) 대판 1966. 11. 29, 66다1213.
147) 박준서, 전게논문, 134면.

아니하면 관습법상 법정지상권은 성립하지 않는다.

판례는 “피고가 건물을 소외 甲으로부터 매수하였다 하여도 이에 관한 등기를 거치지 않은 이상 甲으로부터 위 건물이 건립된 본건 대지를 매수하여 그 소유권이전등기를 거친 제3자인 원고에 대하여서는 피고는 위 건물에 관한 소유권에 대항할 수 없다 할 것이다. 따라서 피고로서는 본건 대지 위에서 위 건물을 소유하기 위하여 관습에 의한 법정지상권이 있다고 원고에게 주장할 수 없는 것”이라고 판시하였다.[148]

### *3.* 當事者間에 建物撤去 特約이 없을 것

판례가 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하는 본래의 취지는 당사자의 의사를 존중하고 사회경제상의 불이익을 방지하기 위하여 건물을 보존하는데 있다고 할 것이다. 이러한 이유로 아래 판례와 같이 건물부지이용권 또는 건물철거에 관하여 약정이 있는 때에는 관습법상 법정지상권은 인정될 수 없다.

아래에서는 건물철거특약 여부에 관해서 알아본다.

#### (1) 建物撤去 特約의 有無

##### 1) 慣習法上 法定地上權을 抛棄한 것으로 보는 경우

판례는 관습법상 법정지상권이 성립되기 위해서는 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없어야 한다고 하여, 그 성립요건의 하나로서 밝히고 있다. 즉, 판례는 “관습상의 법정지상권을 취득한 건물소유자가 토지소유자와의 사이에 건물소유를 위하여 그 토지에 관한 임대차계약을 체결하고 임차권을 취득하였다면 그와 동시에 위 취득한 관습상의 법정지상권은 이를 포기한 것으로 보아야 한다”고 판시하고 있다.[149]

관습법상 법정지상권을 포기한 것으로 보는 판결을 살펴보면, “원고는 1심 3차 변론에서 본건 토지를 피고 등에게 1963. 1. 1.부터 같은 해 12. 31.까지 임대하였

148) 대판 1966. 4. 26, 65다2530.
149) 대판 1988. 9. 27, 87다카279.

다가 기간만료와 동시에 계약해지를 통고하였다고 주장하고 있는 바, 만일 이것이 사실이라면 특별한 사정이 없는 한 피고는 본건 토지에 관한 원판시 관습상 법정지상권을 포기하였다고 보지 않을 수 없는 것이니 원심은 모름지기 이 점에 관하여 심리·판단하였어야 할 터인데 막연히 피고는 원판시와 같은 법정지상권을 보유한다고 단정하여 원고의 청구를 배척한 것은 심리미진이며 이유불비의 잘못이 있는 것이다"라고 판시하고 있다.[150] 토지와 건물의 소유자가 달라질 당시에는 당사자 사이에 토지용익관계에 관한 약정 내지 건물철거에 관한 약정이 없었으나, 그 후 건물소유자와 토지소유자 사이에 토지이용에 관한 임대차 계약을 체결한 경우에는 일단 성립한 관습법상 법정지상권을 포기한 것으로 본다는 판례이다.

또한 이와 관련된 판례로서 "원판결 이유에 의하면 원심은 본건 토지 및 건물은 원래 소외 甲의 소유였는데 동인은 1968. 7. 19. 원고에게 그 중 토지만을 매도하고 1972. 7. 6. 그 토지에 관하여 원고명의로 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 그 토지는 원고의 소유로 되고 위 건물은 계속 위 甲의 소유로 되어 동인은 위 건물의 소유를 위하여 관습상의 법정지상권을 취득하였는데 그 토지소유자인 원고와의 사이에 1972. 8. 16. 원고로부터 그 토지의 임대차기간을 원고가 위 토지의 소유권을 취득한 1972. 7. 6.부터 1974. 7. 5.까지로 차임을 월 60,000원으로 정하고 차임이 6개월 이상 연체되었을 때에는 계약을 무효로 하고 위 건물을 자진철거하고 위 토지를 인도하기로 하는 계약을 붙여 임차하는 계약을 체결하여 위 토지에 대한 임차권을 취득하고, 그 후 합계금 1,440,000원의 차임이 연체되어 위 甲과 원고 사이에 1974. 4. 30. 그 연체차임을 같은 해 7. 5.까지 지급하지 못할 때에는 같은 해 7. 10.까지 위 건물을 자진 철거하되 그 연체차임을 완불하면 위 임대차계약을 1년 간 더 연장갱신하기로 한 사실, 그런 중에 위 건물에 관하여 1972. 11. 17. 강제경매개시결정이 되고 그 절차에 따라 1974. 4. 24. 피고들의 피상속인인 소외 망 乙이 이를 경락 받아 1975. 2. 7. 그 명의로 소유권이전등기가 경료된 사실을 인정하고, 그렇다면 위 토지 및 건물의 원래 소유자인 위 甲은 원고가 그 토지의 소유권을 취득한 1972. 7. 6.에 위 건물의 소유를 위한

150) 대판 1968. 1. 31, 67다2997. 사안은 동일인에 속하였던 토지와 지상건물 중 건물만을 양도하면서 다른 건물을 위해 대지에 관한 임대차계약을 체결한 경우이다.

관습상 법정지상권을 취득하였다고 할 것이나 동인은 위와 같이 위 건물에 대한 경락은 물론 그 강제경매 개시결정이 있기 전인 1972. 8. 16. 원고와의 사이에 위 건물의 소유를 위하여 위 토지에 대한 임대차계약을 체결하고 그 임차권을 취득하면서 그 날로 위 관습상 법정지상권을 포기하였다고 보아야 할 것이므로 그 후인 1974. 4. 24. 위 건물을 경락받은 위 乙이 그 경락과 동시에 위 甲이 이미 포기한 위 법정지상권을 취득할 수 없고 피고들도 이를 상속할 수는 없다"고 판시하였다.[151] 이러한 판례의 태도는 당사자 사이에 임대차계약이 체결되었다면 관습법상 법정지상권을 포기한 것으로 보아야 한다는 것이다.

건물철거의 약정이 있는 것으로 본 판례는 "원판결 이유에 의하면 원심은 피고의 이 사건 건물에 관한 관습상 법정지상권 주장에 대하여 그 판결 적시증거들을 종합하여 소외 甲이 1960. 6. 27. 이 사건 건물과 토지의 소유자였던 피고로부터 토지만을 매수함에 있어 피고와의 사이에 이 건물은 피고가 철거하기로 하되 다만 그 철거시기를 당시 이 땅에 소방도로가 개설될 것으로 예상된 앞으로서 3, 4년 동안 유예하기로 합의를 하였다는 사실을 인정하고, 따라서 이러한 합의가 있었음을 전제로 한 피고의 관습상 법정지상권에 관한 주장은 그 이유가 없는 것이라 하여 이를 배척하고 있다. … 원심은 그 판례 설시에 의하여 명시한 바와 같이 이 사건에 있어서는 지상건물에 대한 철거의 특약이 있는 경우라 하여 피고의 이 사건 건물을 위한 관습상 법정지상권 취득을 부인한 것이지, 논지가 주장하고 있는 바와 같이 피고의 법정지상권 취득을 인정하고, 다만 그 존속기간을 앞으로의 3, 4년 동안이라고 설시한 것이 아님이 분명하므로 피고 소송대리인들이 지상권취득이 인정된 것임을 전제로 하여 이 건의 경우 원고가 그 존속기간에 관하여 주장한 사실도 없고 또 그 기간이 3, 4년이라고 인정한 근거가 없으니 이 사건에 있어서는 토지소유자와 건물소유자간에 따로 지상권의 존속기간을 정하여야 하고 적어도 존속기간의 약정이 없는 지상권존속에 관한 민법 제280조 제1항과 제281조가 적용되어야 한다는 논지는 채용될 수 없음이 명백하다 할 것이다"라고 판시하고 있다.[152]

---

151) 대판 1979. 6. 5, 79다572.

152) 대판 1974. 10. 22, 84다857; 대판 1974. 6. 11, 73다1766 판결 또한 건물철거를 약정하고 그 부지를 매수한 사안에서 동 지상권의 성립을 부인하였다.

그런데 이러한 판례의 태도에 대하여 무조건 법정지상권의 성립을 부정하여서는 안 된다는 견해도 있다. 즉 관습법상 법정지상권을 처음으로 인정한 조선고등법원 판결[153]이 관습법상 법정지상권의 경우에 지상권의 기간, 지료 등에 대하여 먼저 당사자간의 협의에 의하여 이를 정하고 그 협의가 이루어지지 않을 때에는 법원에 소송을 제기하여 이의 확정을 구하는 것이 우리나라의 관습이라고 판시한 점에 비추어, 그 시대 사용기간 등에 대한 약정이 관습법상의 법정지상권을 전제한 경우도 있을 수 있으므로 그러한 약정이 있었다고 무조건 법정지상권을 부정하여서는 안 된다고 주장한다.[154]

2) 慣習法上 法定地上權을 포기한 것으로 볼 수 없는 경우

이 사안에 관한 것으로서, 판례는 "원심은 이 사건 토지는 원래 피고의 소유이고 본건 창고는 원래 귀속재산이었으나 피고가 부산관재국장으로부터 불하받아 그 소유권이전등기를 경료함으로써 피고는 위 창고부지에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득하였으니 원고의 청구는 부당하다는 취지의 피고 소송대리인의 항변에 대하여, 피고는 위 창고를 불하받은 후 부산해운국장으로부터 창고부지에 대하여 사용허가를 받고 소정의 사용료를 지급하면서 이를 점유하여 온 사실이 인정되므로 관습상 법정지상권을 취득하였다고 할 것이고, 피고가 위 관습상 법정지상권을 포기한다는 명백한 의사표시가 없는 이상, 다만 창고부지의 사용에 관한 법적인 절차를 알지 못한 피고가 위 부지의 사용허가를 얻어 사용료를 납부한 적이 있다는 사실만으로 피고가 관습상 법정지상권을 포기하였다고 단정할 수 없을 것임에도 불구하고 원심이 위와 같이 판단한 조치는 권리포기에 관한 법리오해가 아니면 증거없이 사실을 인정한 위법사유가 있다 하겠으니…"라고 판시하였다.[155] 이는 판례가 단순히 토지사용료만을 납부한 사실만으로는 관습법상 법정지상권을 포기한다는 명백한 의사표시라고 볼 수 없다고 하는 것이다. 즉 판례는 건물소유자가 관습법상 법정지상권을 포기한 것으로 보기 위해서는 "관습상 법정지상권을 포기한다는 명백한 의사표시"가 있어야 한다고 밝힌 것이다.

153) 조고판 1916. 9. 26, 조고판집 3집 722면.
154) 박준서, 전게논문, 136면 참조.
155) 대판 1975. 11. 25, 75다170.

법정지상권의 포기는 지상권자의 일방적 법률행위이다. 그러나 법정지상권의 배제특약은 당사자 사이의 합의에 의하게 된다. 만약 당사자 사이에 법정지상권을 배제하는 특약이 있는 경우에는 법정지상권의 운명은 어떻게 되는가가 문제이다. 법정지상권의 배제특약이 있는 경우에 판례는 "민법 제366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상의 이유로 지상권의 설정을 강제하는 것이므로 저당권설정 당사자간의 특약으로 저당목적물인 토지에 대하여 법정지상권을 배제하는 약정을 하더라도 그 특약은 효력이 없다"고 판시하였다.[156]

3) 建物撤去請求와 信義誠實 原則

건물에 관해서만 등기를 마치고 법정지상권에 대해서는 등기를 마치지 아니하였다면 건물의 양수인은 관습법상 법정지상권을 취득할 수 없고, 다만 건물의 소유권이 법률의 규정에 의하여 이전된 경우에만 관습법상 법정지상권이 등기없이도 당연히 신소유자에게 이전된다.

종래 판례는 토지소유자는 법정지상권 성립 후 건물을 취득한 미등기인 법정지상권에 대하여 그 건물의 철거 및 토지의 인도를 청구 할 수 있다는 것으로 일관하여 왔다.[157] 종래의 판례가 건물취득자의 건물철거의무를 인정하는 근거로서는 법정지상권의 설정등기 및 이전등기가 없는 이상 새로운 건물취득자는 지상권을 취득하지 못한다는 점,[158] 새로운 건물취득자가 토지소유자에 대하여 법정지상권설정등기청구권을 대위행사할 지위에 있다고 하더라도 그것만으로는 토지의 점유를 정당화할 만한 적법한 권원이 되지 못한다는 점 등을 들고 있었다.[159]

그러나 대법원은 전원합의체판결로서 토지소유자는 건물의 철거나 토지의 인도를 청구할 수 없다고 판시하면서,[160] 종래의 판례를 변경한 후 계속 같은 취지의 판결을 내놓고 있다.[161] 위 전원합의체판결의 다수의견은 "법정지상권을 취득

156) 대판 1988. 10. 25, 87다카1564.
157) 대판 1970. 7. 24, 70다729; 대판 1973. 5. 22, 73다201; 대판 1976. 5. 25, 74다1287; 대판 1982. 10. 12 80다2667.
158) 대판 1965. 9. 23, 65다1222.
159) 대판 1982. 10. 12, 80다2667.
160) 대판(전) 1985. 4. 9, 84다카1131・1132.

할 지위에 있는 자에 대하여 토지소유자가 소유권에 기초하여 건물철거를 구함은 지상권부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다"고 함에 반하여, 소수의견은 "법정지상권을 아직 취득하지 못하고 그 이전등기청구권을 가진데 불과한 건물양수인에 대한 토지소유자의 건물철거청구를 획일적으로 신의성실의 원칙에 위반한다고 하여 배척하는 것은 타당치 않다"고 하면서, 그 근거를 다음과 같이 제시한다. ① 토지소유자는 당초의 건물소유자 이외의 자에 대해서는 특단의 사정이 없는 한 자기 토지의 용익권을 주장할 수 있다. ② 토지소유자가 부담하고 있는 지상권설정등기의무는 이미 유효하게 존속하는 법정지상권의 공시방법을 갖추어 준다는 의미만 있을 뿐이다. ③ 토지소유자는 건물양수인의 법정지상권 승계취득에 협력할 의무가 없으므로 그러한 토지소유자가 그 승계취득에 관한 건물양수인의 이익을 배려하지 않더라도 신의칙 위반이라고는 할 수 없다. ④ 다수의견처럼 해석하면 건물의 양수인은 전혀 등기하지 않고도 사실상 법정지상권의 배타적 효력을 향유하는 결과가 되어 부동산 공시의 원칙에 어긋난다. ⑤ 건물양수인은 법정지상권을 유효하게 취득함으로써 건물을 보호받을 수 있는 법적 수단을 가진 자이므로 이러한 법적 수단을 갖춘 경우에만 이해가 상충되는 토지소유자의 토지용익권에 우선할 수 있다고 보는 것이 토지용익관계의 조정상 공평하고 합리적인 해석이라고 하고 있다.[162]

이후에도 판례는 위와 같은 태도를 계속 유지하고 있다.[163] 그러나 위의 신의칙을 근거로 하는 판례에 대하여 다음과 같은 비판도 있다. 즉, 법정지상권을 취득한 건물소유자는 토지를 점유할 권리가 있고, 지상권자는 임의로 타인에게 그

161) 대판 1985. 9. 10, 85다607 ; 대판 1987. 5. 26, 85다카2203; 대판 1989. 5. 9, 88다카1538.

162) 대판 1985. 4. 9, 84다카1131, 1132.

163) 대판 1996. 3. 26, 95다45545 · 45552 · 45569. 동 판결은 "건물소유자가 건물의 소유를 위한 법정지상권을 취득하기에 앞서 건물을 양도한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 장차 취득하게 될 법정지상권도 함께 양도하기로 하였다고 보지 못할 바 아니므로, 건물양수인은 채권자대위의 법리에 따라 양도인 및 그로부터 그 토지를 매수한 토지소유자에 대하여 차례로 지상권설정등기 및 그 이전등기절차의 이행을 구할 수 있고, 법정지상권을 취득할 지위에 있는 건물양수인에 대하여 토지소유자가 건물의 철거를 구하는 것은 지상권의 부담을 용인하고 지상권설정등기절차를 이행할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다"고 판시하였다.

지상권을 양도하거나 그 토지를 임대할 수 있으므로(제282조) 법정지상권을 취득한 건물소유자가 토지의 점유를 제3자에게 이전하는 것은 토지소유자에 대한 관계에서도 허용되므로, 결국 건물소유권을 이전받은 자는 토지를「점유할 권리」가 있는 것이므로 토지소유자가 건물양수인에 대하여 하는 건물철거청구 등은 신의칙에 의해 허용되지 않는 것이 아니라 민법 제213조 단서에 의해 허용되지 않는다는 것이다.[164]

(2) 立證責任

판례는 "토지 또는 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등 특별한 사정이 없는 한 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 지상권을 취득하게 되고, 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등의 특별한 사정의 존재에 관한 주장입증책임은 그러한 사정의 존재를 주장하는 측에 있다"고[165] 판시하였고, 또한 "같은 사람의 소유에 속하는 토지와 가옥이 매매에 의하여 각각 소유자를 달리하였을 경우에 토지상의 가옥을 철거하여야 할 사정에 관하여서는 토지매수자에게 주장과 입증책임이 있고 그 주장과 입증책임이 없으면 가옥소유자는 그 토지 위에 관습법에 의한 지상권을 취득한다고 할 것이니…"라고 판시하여,[166] 관습법상 법정지상권의 성립이 배제되었다고 볼만한 특별한 사정에 관한 주장·입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다고 하였다. 이에 관하여는 이론이 없지만 덧붙여 언급하지 않을 수 없는 것은 앞에서 밝힌 바와 같이 토지와 건물의 소유관계의 모습, 원인행위의 종류 등 소유자가 달라지게 된 당시의 제반 사정에 따라 동 지상권의 성립을 배제하는 특약의 모습에 차이가 있는 것과 마찬가지로 이에 관한「입증의 정도」에도 큰 차이가 있다는 점이다.[167]

---

164) 김준호, 「민법판례」, 법문사, 2001, 350면.
165) 대판 1988. 9. 27, 87다카279.
166) 대판 1972. 7. 25, 72다893.
167) 대판 1974. 2. 12, 73다353 참조. 판례는 공유토지 위에 있는 공유자 1인 소유의 건물에 관한 부지이용권에 대하여 다툼이 있던 중 당사자의 협의에 의한 분할로 인하여 건물과 토지의 소유자가 다르게 된 경우에는 당사자 사이에 건물부지이용권에 관한 약정

관습법상 법정지상권의 존재 자체에 대하여는 이를 주장하는 자(보통 건물소유자가 될 것이다)가 그 입증책임을 부담함은 물론이다. 또한 대법원은 이와 유사한 주장이 있는 경우, 그것이 관습법상 법정지상권을 주장하는지를 석명하여 심리·판단하여야 한다. 이에 관한 판례에 의하면, "기록에 의하면 원·피고의 변론취지는 본건 토지와 건물은 모두 귀속재산인 바 본건 건물은 피고가 1953. 5. 30.에 불하계약을 하고 1957. 6. 18.에 대금전액을 납부하고 피고명의로 소유권이전등기를 마치고 원고는 본건 토지 92평을 1954. 1. 31. 불하를 받고 그 명의로 소유권취득등기를 마쳤다고 일치하여 진술하고 있으며, 피고는 본건 건물의 철거에 응할 수 없다고 일관하여 주장하고 있는 바이므로 피고의 이와 같은 변론취지가 관습법상 법정지상권을 주장하는 취지가 포함된 것이라고 못 볼 바 아니므로 원심으로서는 원고에게 위와 같은 법정지상권을 주장하는 것인지를 석명하여 심리·판단하여야 할 것임에도 불구하고 원심이 이에 이르지 아니하였음은 석명권행사를 게을리 함으로써 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이다"라고 판시하고 있다.[168]

## Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 成立時期

물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 현행 민법에 의하면 등기를 하여야만 소유권을 취득할 수 있다. 따라서 관습법상의 법정지상권이 성립하기 위하여는 지상권이 성립할 당시에 등기부상 토지 및 건물의 등기명의인이 동일인의 소유로 되어 있어야 한다.

### *1.* 同一所有의 時期

관습법상 법정지상권에 있어서 동일소유에 속하는 시기는 토지 또는 건물이

---

이 있는 것이 보통일 것이므로 그러한 약정의 존재 유무를 먼저 살펴 본 연후에 관습법상 법정지상권의 성립여부를 논할 것이고 동 지상권의 성립을 배제하는 특약에 관하여도 사실상 「입증의 현실적 필요의 전환」이 있거나 그러한 특약이 존재하지 아니하는 것으로 「사실상의 추정」이 가능하다고 한다.

168) 대판 1968. 7. 23, 68다968.

매매 기타의 원인으로 처분될 당시 동일소유자에게 속하고 있어야 한다는 의미이므로, 원시적으로 동일인의 소유이어야 할 필요는 없다. 판례도 "관습법상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 토지와 건물 중 어느 하나가 처분될 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하였으면 족하고 원시적으로 동일인의 소유였을 필요는 없다"고 하였다.[169] 또한 "토지와 건물이 동일인의 소유이었다가 매매 기타의 원인으로 그 소유자가 달라지게 된 경우에는 특히 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 이상 건물소유자는 토지소유자에 대하여 관습상의 법정지상권을 취득하게 되는 것이나, 토지의 소유자가 건물을 건축할 당시 이미 토지를 타에 매도하여 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담하고 있었다면 토지의 매수인이 그 건축행위를 승낙하지 않는 이상 그 건물은 장차 철거되어야 하는 운명에 처하게 될 것이고 토지소유자가 이를 예상하면서도 건물을 건축하였다면 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권은 생기지 않는다고 보아야 할 것이다"고 판시하여,[170] 건물이 장차 철거될 것임을 예상하면서 건축한 경우에는 관습상의 법정지상권을 취득하지 못한다고 하고 있다.

강제경매로 인하여 관습상의 법정지상권을 취득하기 위한 동일소유에 속하는 시기에 대하여 동일소유자에 속한 시점이 압류시·가압류시인가 또는 경락시인가, 압류가 있는 시점부터 경락에 이르는 기간 중 계속하여 동일소유자에게 속하여야 하는가 등의 논란이 제기될 수 있지만, 경락 당시에 토지와 건물이 동일한 소유자에 속하면 족하다고 할 것이다.[171] 판례도 "강제경매를 위하여 압류(가압류)가 있는 때로부터 경락에 이르는 기간 중 계속하여 그 토지 및 지상건물이 소유자를 같이하고 있음을 요하는 것이 아니고, 경락 당시에 동일한 소유자에게 속하면 족하다"[172]고 판시하고 있다.

귀속재산 불하의 경우에는 "피고가 국가로 부터 직접 본건 건물을 매수한 자일 것과 그 건물 매수 당시에 계쟁건물과 대지가 국가의 소유에 속하였을 것과 계쟁건물 매매에 있어서 특히 건물을 철거할 특단의 합의있음이 입증되지 않았을 것을 요하는 바, 원심은 피고가 본건 건물 매수시에 본건 계쟁토지와 건물이

169) 대판 1995. 7. 28, 95다9075, 9082; 대판 1970. 9. 29, 70다1454.
170) 대판 1994. 12. 22, 94다41072, 94다41089.
171) 이영준, 전게서, 637면
172) 대판 1971. 9. 28, 71다163; 대판 1970. 9. 29, 70다1454.

아직 국가 소유에 속한 사실(국가 소유명의로 등기되어 있는 사실), 국가로부터 직접 피고 앞으로 계쟁건물 소유권이전등기를 할 때에 국가와 피고사이에 직접 불하계약이 이루어진 사실을 확정하여야 한다"[173]고 판시하여, 동일소유의 시기를 경락 당시 또는 매수 당시에 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속할 것을 요구하고 있다.

### *2.* 登記의 여부

관습법상 법정지상권은 이상의 요건을 갖추게 되면 관습법에 의해 당연히 성립하는 것이므로 민법 제187조에 의한 부동산물권의 취득에 해당하여 등기를 요하지 않는다.[174] 즉, 관습법상 법정지상권은 관습법에 의한 부동산에 관한 물권의 취득이므로 등기를 필요로 하지 아니하고 지상권취득의 효력이 발생하는 것이며, 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 토지소유자나 이로부터 소유권을 전득한 제3자에게 대하여도 등기없이 주장할 수 있다.[175] 또한 관습법상 법정지상권이 있는 건물의 경락인은 경매시 경락 후 건물을 철거하기로 하는 등의 특약이 없는 한 건물의 경락취득과 함께 당연히 취득하는 것이므로 건물의 소유권을 이전받았다면 등기없이도 법정지상권을 당연히 취득한다는 것이 판례의 태도이다.[176]

이와 같이 판례가 인정하는 관습법상 법정지상권은 민법 제187조의 법률(관습법)의 규정에 의한 물권변동으로 보아 등기없이도 효력이 발생하므로 건물소유자는 이 법정지상권을 취득할 당시의 토지소유자는 물론 그 소유권의 승계취득자에 대하여도 관습법상 법정지상권을 주장할 수 있다.[177] 다만, 이를 제3자에게 처분하려면 민법 제187조 단서에 의하여 등기하여야 한다. 따라서 등기없이 건물을 처분한 때에는 건물의 전득자는 토지소유자에게 지상권을 가지고 대항하지 못한다.[178] 즉, 관습법상 법정지상권이 붙은 건물소유권을 양도하는 경우에, 그에

173) 대판 1966. 2. 22, 65다2223.
174) 곽윤직, 전게서, 243면; 권용우, 전게서, 389면; 김준호, 전게서, 264면.
175) 대판 1984. 9. 11, 83다카2245; 대판 1972. 7. 25, 72다893.
176) 대판 1991. 6. 28, 90다16214; 대판 1979. 8. 28, 79다1087.
177) 대판(전) 1965. 9. 23, 65다1222.

관한 등기가 없는 한 그 건물의 양수인은 토지소유자에 대하여 법정지상권을 주장할 수 없다.[179]

그리고 민법 제366조 법정지상권은 건물의 소유에 부속되는 종속적인 권리가 아니라 독립된 법률상의 물권이므로 건물의 소유자가 건물과 지상권중 한쪽만을 처분하는 것도 가능하므로, 판례는 "건물과 함께 미등기인 법정지상권을 가지고 있는 사람이 건물을 제3자에게 처분하고 그 명의의 소유권이전등기를 경료하면서도 법정지상권의 처분에 따른 이전등기 등을 하지 아니하였다면 그 법정지상권은 의연히 원래의 법정지상권자에게 유보되어 있는 것으로 파악하고 있다.[180] 한편 법정지상권부 건물을 양수한 자의 지상권설정등기청구권에 대하여 판례는 "저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 소유자를 달리하게 되어 토지상에 법정지상권을 취득한 건물소유자가 법정지상권 설정등기를 경료함이 없이 건물을 양도하는 경우에 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이므로 지상권자는 지상권설정등 기를 한 후에 건물양수인에게 이의 양도등기절차를 이행하여 줄 의무가 있다. 따라서 건물양수인은 건물양도인을 순차 대위하여 토지 소유자에 대하여 건물소유자였던 법정지상권자에의 법정지상권설정 등기절차 이행을 청구할 수 있다"고 한다.[181]

## 제2절 慣習法上 法定地上權의 內容

관습법상 법정지상권은 관습법에 의하여 인정되고 성립된다는 점을 제외하고는 통상의 지상권과 다를 바 없다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 그 내용에 관해서는 민법의 지상권에 관한 규정이 준용된다.[182]

178) 대판 1970. 7. 24, 70다729; 대판 1965. 1. 26, 64다1211 등.
179) 대판 1965. 7. 27, 65다864.
180) 대판 2001. 12. 27, 2000다1976; 대판 1980. 9. 9, 78다52.
181) 대판 1988. 9. 27, 87다카279; 대판 1981. 9. 8, 80다2873.
182) 대판 1968. 8. 30, 68다1029

## Ⅰ. 土地用益關係의 範圍

관습법상 법정지상권자가 지상건물을 위하여 토지 중 어느 범위까지 사용할 수 있느냐, 즉 그 범위를 결정하는 기준에 대하여 문제가 있다. 판례는 토지사용의 범위에 대하여 "특별한 사정이 없는 한 그 건물의 구조와 평수, 그 건물의 사용목적 등 그 건물이 서 있는 곳의 객관적 여러 가지 사정 등을 종합하여 그 건물을 사용할 수 있는 범위 내의 대지에 대하여 관습에 의한 법정지상권이 인정된다"라고 판시하여,[183] 관습법상 법정지상권자는 건물의 기반이 되는 토지를 사용할 권리를 가진다고 판시하였다. 다른 판례는 관습법상 법정지상권이 인정되는 범위에 대해서 "건물소유자의 관습에 의한 법정지상권은 특별한 사정이 없는 한 그 건물을 사용하는데 일반적으로 필요한 범위라고 인정되는 범위내의 토지에 한하여 인정된다"고 판시하였다.[184]

또한 다른 판례는 "지상건물이 법정지상권이 성립한 이후에 증축되었다 하더라도 그 건물이 관습상 법정지상권이 성립하여 법정지상권자에게 점유·사용할 권한이 있는 토지 위에 있는 이상 이를 철거할 의무는 없다"고 판시하였으며,[185] "민법 제366조의 소정의 법정지상권이 성립하면 저당권설정 당시 건물이 존재한 이상 그 이후 건물을 개축·증축하는 경우는 물론이고 건물이 멸실 되거나 철거된 후 재축·신축하는 경우에도 법정지상권이 성립하고 그 존속기간·범위는 구건물을 기준으로 하여 그 이용에 일반적으로 필요한 범위 내로 제한된다는 것이다"라고 판시하여,[186] 재축·신축까지 법정지상권의 효력범위를 확대하고 있다. 이러한 판례에 대하여 신축의 경우까지 법정지상권의 효력을 인정하는 판례의 입장은 지나치게 건물소유자를 보호하는 것으로 부당하다는 견해가 있다.[187]

관습법상 법정지상권의 효력이 미치는 토지의 범위를 결정하는 기준시기는 동

---

183) 대판 1966. 12. 20, 66다1884.
184) 대판 1966. 12. 20, 66다1844.
185) 대판 1995. 7. 28, 95다9075.
186) 대판 1990. 7. 10, 90다카6399; 대판 1991. 4. 26, 90다19985.
187) 이은영, 전게서, 606면에서 신축의 경우 법정지상권의 효력을 인정하는 것은 부당하다고 하면서 「건물을 신축하기 위하여는 토지소유자와의 사이에 약정지상권이나 임차권을 발생시키는 계약을 체결해야 할 것이다」라고 밝히고 있다.

지상권이 성립한 때, 즉 토지 내지 건물의 소유자가 달라진 시점이다. 따라서 그 이후에 동 지상권자(건물의 소유자), 예컨대 건물의 건축 등을 함으로써 건물부지의 면적이 확장되더라도 그것이 당초의 동 지상권이 미치는 범위를 초과하는 곳에는 관습법상 법정지상권의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면 관습법상 법정지상권이 성립될 당시 토지소유자는 건물이 존재하는 부분에 대하여만 토지용익관계를 인정한 것이지 그 이상의 부분에까지 인정한 것은 아니기 때문이다.[188]

## Ⅱ. 存續期間 및 地料

관습법상의 법정지상권은 당사자의 합의에 의하여 설정되는 것이 아니라는 점을 제외하고 그 내용은 법정지상권과 공통적이므로 관습상으로 인정된 법정지상권에 대하여는 다른 특별한 사정이 없는 한, 민법 규정의 지상권에 관한 규정을 준용된다고 할 수 밖에 없다.[189]

### *1.* 存續期間

관습법상 법정지상권을 인정한 최초의 조선고등법원판결은 “지상권의 기한에 대해서는 먼저 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정할 수 있으며 그 협의가 조정되지 않은 경우에 있어서 비로소 법원에 출소하여 이의 확정을 구할 수 있는 것은 조선에 있어서의 일반의 관습”이라고 하였다.[190] 즉, 당사자 사이에 존속기간에 관한 합의가 성립하지 않은 경우에는 당사자가 법원에 출소하여 법원이 존속기간을 정하도록 하였다.

그러나 이후의 대법원 판례는 법정지상권에 대하여 존속기간을 약정하지 않은 지상권으로 보고 있다.[191] 따라서 당사자간에 존속기간에 관한 합의가 이루어지

188) 이은영, 전게서, 607면 참조.
189) 대판 1968. 8. 30, 68다1029.
190) 조고판 1916. 9. 29, 조고판집 제3권 722면.
191) 대판 1963. 5. 9, 63다11.

지 않은 때에는 존속기간을 정하지 아니한 지상권으로 보아서 민법 제280조, 제281조에 의하여 그 기간이 결정된다.[192] 계약으로 지상권설정기간을 정하지 아니한 때에는 그 존속기간은 제280조 제1항 규정에 의한 최단존속기간으로 한다고 규정하고 있기 때문에 관습법상 법정지상권도 이에 의하는 것이 타당하다. 즉, 석조·석회조·연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물의 소유를 목적으로 하는 경우에는 30년,[193] 그 외의 건물의 소유를 목적으로 하는 경우에는 15년이 그 존속기간이 된다. 그리고 관습법상 법정지상권은 판례가 국민경제상의 필요에 의하여 인정한 제도이므로 다른 특별한 사정이 없는 한, 민법의 지상권에 관한 규정은 준용되어야 한다고 해석되므로 지상권의 존속기간이 만료되면, 민법 제283조의 규정에 의하여 지상물(건물)매수청구권은 발생하며, 지상물매수청구는 지상권자가 지료를 지급하여 왔느냐의 여부와는 별개의 문제이다.[194]

그렇다면, 구민법 시행 당시에 취득한 관습법상 법정지상권의 존속기간이 현행 민법 시행 당시까지 만료되지 않은 경우에는 그 존속기간은 어떻게 할 것인가? 이는 구민법상의 지상권의 최단존속기간이 현행 민법과 다르기 때문에 일어나는 문제이다. 이러한 경우에는 민법 부칙 제13조의 「본법 시행일전에 지상권설정행위로 정한 존속기간이 본법 시행당시에 만료하지 아니한 경우에는 그 존속기간에는 본법의 규정을 적용한다. 설정행위로 지상권의 존속기간을 정하지 아니한 경우에도 같다」라는 규정에 의하여 구민법 시행 당시에 취득한 관습법상 법정지상권 중 당사자의 협의에 의하여 존속기간이 정하여지지 않은 경우에는 민법 제281조 제1항, 제280조 제1항에 의하여 일응 15년 또는 30년이 그 존속기간이 된다고 보아야 할 것이다. 그리고 현행 민법은 구민법과 달리 당사자의 협의에 의하여 지상권 존속기간을 정했더라도 민법 제280조 제1항의 최단존속기간보다 짧게 정해진 경우에는 동조 제2항에 의하여 최단존속기간까지 연장된다고 본다.

---

192) 곽윤직, 전게서, 244면; 권용우, 전게서, 392면; 김준호, 전게서, 265면; 오창수, 전게논문, 190면.

193) 민법 제280조 제1항은 수목의 경우에도 지상권의 존속기간을 규정하고 있으나 단순한 입목에 대해서는 판례가 관습법상 법정지상권의 설정을 인정하지 아니하므로 관습법상 법정지상권에 관하여는 이는 아무런 의미가 없다고 하겠다. 그러나 「입목에 관한 법률」상의 법정지상권에 대하여는 위 민법규정이 준용될 것이므로 그 경우에는 수목을 위한 지상권의 존속기간도 의의를 갖게 된다.

194) 대판 1968. 8. 30, 68다1029.

판례는 구민법 시행 당시 목조건물소유자를 목적으로 하는 관습법상 법정지상권의 존속기간에 관하여는 민법 부칙 제2조 단서의 규정과 구민법 제268조[195]의 정신에 비추어 구민법 제268조의 최단존속기간인 20년보다 단기간일 수는 없는 것이어서 관습법상 지상권의 존속기간은 20년이 된다고 보았다.[196]

## 2. 地 料

관습법상 법정지상권은 건물을 사용하는데 필요한 범위의 토지를 사용하는 권리이므로 그 대가로서 그 범위의 토지에 대한 사용료, 즉 지료를 지급할 의무를 진다고 할 것이다. 따라서 관습법상 법정지상권을 취득한 자 내지 관습법상 법정지상권이 붙은 건물을 승계취득한 후 지상권이전등기를 하지 않은 취득할 자는 지료를 지급하여야 한다.

### (1) 當事者 사이의 合意

관습법상 법정지상권은 건물이용을 위하여 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리로 그 대가로서 부담하게 되는 지료채권은 동 지상권의 성립과 동시에 발생하며, 지상권에 관한 규정이 유추적용된다. 민법 제366조 단서의 규정은 「그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다」고 규정하고 있지만, 당사자의 합의를 배제하는 것은 아니다.[197] 따라서 지료는 먼저 당사자 사이의 합의에 의하며, 합의가 성립되지 않은 경우 또는 성립의 여지가 없다고 보이는 경우에는 민법 제366조단서를 준용하여 토지소유자 또는 지상권자가 법원에 지료의 결정을 청구할 수 있다.[198]

---

195) 구민법 제268조 “설정행위로 지상권의 존속기간을 정하지 아니한 경우에 별단의 관습이 없는 때에는 지상권자는 언제든지 그 권리를 포기할 수 있다. 그러나 지대를 지불하여야 할 때에는 1년분의 지대를 지불하여야 한다. 지상권자가 전항의 규정에 의하여 그 권리를 포기하지 아니한 때에는 재판소는 당사자의 청구에 의하여 20년 이상, 50년 이하의 범위 내에서 공작물 또는 죽목의 종류 및 상황 기타 지상권설정 당시의 사정을 참작하여 존속기간을 정한다”고 규정하고 있다.

196) 대판 1968. 2. 20, 67다1882.

197) 김상용, 전게서, 499면; 이은영, 전게서, 628면; 이태철, 전게논문, 14면.

198) 대판 1996. 2. 13, 95누11023. 그러나 지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니

관습법상 법정지상권에 의하여 건물부지를 점유하는 것은 정당한 것이므로 불법점유에 해당하지 않으며, 이 경우 지료가 지급되지 아니한 경우에도 토지소유자는 불법점유를 전제로 한 손해배상청구는 성립할 여지가 없고, 토지사용의 대가인 지료상당의 부당이득의 반환 내지는 지료(확정될 것을 전제로 한)의 지급을 청구하여야 할 것이다. 판례도 "…원판결이유에 의하면 원심은 본건 토지를 피고가 관습상의 법정지상권에 의하여 정당하게 점유하고 있으며, 원고의 손해배상청구는 피고가 본건 토지를 불법점거하고 있다는 이유로 이에 대한 임료상당의 손해배상을 구하고 있는 것이나 피고는 원고에게 본건 토지를 사용함으로써 그 지료를 지급할 의무는 있다 할지라도 임료상당의 손해배상지급의무는 없는 것이므로 원고의 이 점에 대한 주장은 이유 없다고 배척하였는바, 기록에 의하면 앞에서 본 바와 같이 피고의 본건 토지 점거는 관습상 법정지상권에 기한 정당한 것이고 그러하다면 원고가 피고의 위 토지의 불법점거를 전제로 한 손해배상청구는 성립할 여지가 없다고 할 것이므로 원판결은 정당하고 거기에는 손해배상청구에 관한 법리오해의 잘못이 있다 할 수 없어 논지는 채용할 수 없다"고 판시하였다.[199]

(2) 法院의 決定

지료의 결정은 법정지상권과 같이 민법 제366조 단서를 유추적용하여 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정할 수 있다. 그러나 이것은 지료의 결정에 있어서 당사자의 협의 자체를 금지하고 있는 것은 아니므로 먼저 당사자의 협의에 의하고 협의가 성립되지 않을 경우, 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정할 수 있다. 그리고 그러한 합의에 도달하기 위해서 합의가 반드시 필요한 것은 아니고, 협의 없이 바로 법원에 청구하여도 될 것이다. 그러나 지료액이나 그 지급방법이 결정되기 전의 지료채권은 미확정채권이므로 민사집행법상 집행권원의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.[200]

---

어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수는 없다(대판 1995. 2. 28, 94다37912).

199) 대판 1971. 9. 28, 71다1631.

200) 이정래, 전게논문, 52면 참조.

지료에 대하여 판례는 “자기의 소유의 건물을 위하여 그 토지소유자 甲의 토지 위에 법정지상권을 취득한 乙은 그 사용에 있어서 어떠한 제한이나 하자도 없는 타인 소유의 토지를 직접적으로 완전하게 사용하고 있다고 할 수 있고 이 경우에 乙이 甲에게 지급하여야 할 지료는 아무런 제한없이 甲소유의 토지를 사용함으로써 얻는 이익에 상당하는 對價가 되어야 하고 건물이 건립되어 있는 것을 전제로 한 임료상당 금액이 되어서는 안된다”라고 판시하였다.[201] 관습법상 법정지상권자가 토지소유자에게 지급하여야 할 지료는 적어도 그 토지에 대한 임료 상당금액 이상이어야 한다고 본다. 지상권자의 권리가 임차권자의 그것에 비하여 강력한 것에 비례하여 그 지료도 임료보다는 고액이어야 합리적일 것이기 때문이다.

지료는 “건물이 건립되어 있을 것을 전제로 한 임료 상당금액이 되어서는 안된다”고 하는 것도 바로 이런 취지를 밝히는 것이라고 본다. 또 판례는 법정지상권 「발생당시」의 제반사정을 참작하여야 한다고 하고 있으나, 지상권발생당시의 사정뿐만 아니라 지상권발생후부터 판결시까지 사이에 지료결정의 기준이 되는 사정변경이 있는 경우에는 그 변경된 사정도 아울러 참작하여야 할 것이다. 따라서 법원의 지료를 정하는 판결이 있은 후에는 당사자는 그 판결전에 변경된 사정을 들어 지료증감청구를 할 수 없다고 하겠다(제286조 참조). 그러나 법원의 지료결정판결이 선고된 후, 정확히는 그 판결의 사실심변론종결 이후의(기판력의 시적기준이므로) 변경된 사정을 들어 당사자가 지료증감청구를 하는 것은 무방하다고 할 것이다.[202]

최근의 지료에 관한 판례를 보면, “법정지상권 또는 관습에 의한 지상권이 발생하였을 경우에 토지의 소유자가 지료를 청구함에 있어서 지료를 확정하는 재판이 있기 전에는 지료의 지급을 소구할 수 없는 것은 아니고, 법원에서 상당한 지료를 결정할 것을 전제로 하여 바로 그 급부를 구하는 청구를 할 수 있다 할 것이며, 법원도 이 경우에 판결의 이유에서 지료를 얼마로 정한다는 판단을 하면 족한 것이고, 당사자가 급부판결만 구하여 왔음에도 불구하고 주문에 지료를 얼마로 정한다는 재판까지 할 필요는 없는 것”이라고 하였다.[203] 또한 토지소유자

201) 대판 1975. 12. 23, 75다2066.
202) 이정래, 전게논문, 52면 참조.

와 관습에 의한 지상권자 사이의 지료급부이행소송의 판결의 이유에서 정해진 지료에 관한 결정은 그 소송의 당사자인 토지소유자와 관습에 의한 지상권자 사이에서는 지료결정으로서의 효력이 있다고 보아야 할 것이고, 한편, 지료증감청구권에 관한 민법 제286조의 규정에 비추어 볼 때, 특정 기간에 대한 지료가 법원에 의하여 결정되었다면, 당해 당사자 사이에서는 그 후 위 민법규정에 의한 지료증감의 효과가 새로 발생하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 후의 기간에 대한 지료 역시 종전 기간에 대한 지료와 같은 액수로 결정된 것이라고 봄이 상당하다"고 판시하였다.[204] 즉, 판례는 특정기간에 대한 지료가 법원에 의하여 결정되고 당사자 사이에서 그 후 위 민법규정(민법 제286조)에 의한 지료증감의 효과가 새로 발생하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 후의 기간에 대한 지료 역시 종전 기간에 대한 지료와 같은 액수로 결정된 것이라고 판단한 것이다.

(3) 地料決定의 訴

당사자가 지료에 관한 협의를 거치지 않고 바로, 혹은 협의를 하였으나 합의가 이루어지지 않아 법원에 지료결정을 위한 소를 제기한 경우에 법원은 어떠한 기준에서 어떠한 범위로 지료를 결정할 것인가가 문제된다. 이에 관하여 판례는 "법정지상권을 인정하는 법의 취지가 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 각 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물이 철거되는 것과 같은 사회경제적 손실을 방지하려는 공익상 이유에 근거하는 것이고 당사자의 어느 한편의 이익을 보호하려는데 있는 것이 아니므로 법원이 그 지료를 정함에 있어서는 법정지상권설정 당시의 제반사정을 참작하고 또 당사자 쌍방의 이익을 조화하여 어느 한편에 부당하게 불이익 또는 이익을 주는 결과가 되어서는 안될 것이다. 그런데 원심은 다른 특수사정이 있음에 대한 아무런 설명도 없이 법정지상권으로 인하여 소유권이 제한을 받는다는 이유로서 일반임대료의 반액에도 미달하는 금액으로서 본건 토지의 지료로 정한다고 판시하였음은 부당하게 토지소유자에게 불이익을 주는 것으로서 원심판결은 본조의 법리를 오해하였다고 할 것이다"

203) 대판 1964. 9. 30, 64다528 참조.
204) 대판 2003. 12. 26, 2002다61934.

이라고 판시하였다.[205]

그리고 당사자가 법원에 제기하는 지료확정의 소는 확인의 소냐, 형성의 소냐, 즉 법원의 지료결정판결이 확인판결이냐 형성판결이냐에 관하여는 견해가 대립되고 있다.[206] 전자는 지료지급의무는 (관습법상의) 법정지상권의 성립에 의하여 당연히 발생하는 것이지 법원이 다만 지료지급의 권리관계를 발생하게 하는 것은 아니고 법원은 다만 지료지급의무의 발생을 전제로 하여 지료액을 정할 뿐이라는 견해이다. 후자는 지료는 지상권의 요소가 아니고 지료를 법원이 창설적으로 선언함으로써 비로소 지급의무가 발생한다는 견해이다. 이 문제는 지료지급의무와 지료액으로 나누어 고찰해야 한다.[207]

먼저 지료지급의무에 관하여 보건대, 즉 확인판결설에 의하면 아무리 지료가 (관습법상의 법정)지상권의 요소는 아니라고 할지라도[208] 오늘날과 같이 토지의 경제적인 가치가 중요시되고 있는 상황아래에서 타인의 토지를 이용하고 있는 자는 특약 기타 특단의 사정이 없는 한, 원칙적으로 그 토지의 이용대가로서의 지료를 토지소유자에게 지급할 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다. 따라서 건물의 소유자가 관습법상의 법정지상권이란 토지용익권을 취득하는 순간 그는 토지소유자에게 지료를 지급하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보아야 할 것이다. 그러하다면 결국 건물소유자가 토지소유자에게 지료를 지급할 의무가 있다고 선언하는 법원의 판결은 원칙적으로 건물소유자의 이 지료지급의무를 확인하는 확인판결이라고 보는 것이 타당할 것이라고 한다.[209]

그러나 지료액에 관하여는 문제가 다르다. 즉 형성판결설은 관습법상 법정지상권자가 토지소유자에게 추상적인 지료지급의무를 부담한다고 하더라도 그 구체

---

205) 대판 1966. 9. 6, 65다2587; 대판 1988. 8. 8, 88다카1854.

206) 확인판결설 : 박준서, 전게논문 143면 ; 형성판결설 : 이시윤, “판례를 중심으로 한 관습법상 법정지상권”, 「법학」 제14권 제1호, 서울대학교, 130면.

207) 판결주문이 이와 같이 확연하게 구분되는 것은 아니지만 이론상 이렇게 나누는 것이다.

208) 곽윤직, 전게서, 307면은 토지사용의 대가인 지료의 지급은, 지상권의 요소가 아니라고 한다(제279조, 제286조, 제287조 참조). 대부분의 경우에는 지료를 지급하게 되겠지만, 임차권과는 달라서, 무상의 지상권도 있을 수 있다고 한다(동지 이영준, 전게서, 615면).

209) 과거에 지료지급의무가 발생하였다는 것의 확인이 아니라, 과거에 발생한 지료지급의무가 현재도 존재한다는 것을 확인한 것이라고 한다.

적인 지료지급의무는 법원의 판결에 의하여 비로소 발생하는 것이고 또 법원이 이 지료액을 정함에 있어서는 당사자가 주장한 바에 하등의 구애를 받지 않고 자유로이 판단하여 이를 정할 수 있다. 그리고 그 지료지급방법에[210] 관하여도 적용할 아무런 법규가 없이 법원의 자유재량에 일임된 것이라는 점 등을 종합한다면 법원에 구체적인 지료액의 정함을 구하는 당사자의 소는 형성의 소, 그 중에서도 특히 형식적 형성의 소라고 보는 것이 옳다는 견해이다.

이렇게 보면 결국, 관습법상 법정지상권자가 토지소유자에 대하여 지료지급의무가 있음을 선언하고 나아가 그 구체적인 지료액을 확정하는 법원의 판결은 확인판결과 형성판결의 2가지 성질을 띤 성격을 가진다고 보아야 할 것이다. 법원의 지료확인판결의 성질을 이렇게 봄으로써만 지료확정판결이 관습법상 법정지상권발생 시에 소급하여 효력이 생긴다는 것을 설명하기 쉽다.[211]

한편, 당사자의 협의에 의한 지료이건 판결에 의한 지료이건간에 지료채무자가 그 지료를 2년 이상 지급하지 아니하는 때에는 토지소유자는 관습법상 법정지상권의 소멸청구를 할 수 있음은 물론이다(제287조 참조). 그러나 법원이 지료를 확정하는 경우 그 확정시까지의 지료미지급은 채무자의 귀책사유에 의하지 않은 이행지체이기 때문에 지료미지급을 이유로 하는 지상권소멸청구는 허용되지 않는다고 판시하여, 토지소유자는 법원에서 상당한 지료를 결정할 것을 전제로하여 바로 그 급여를 구하는 이행소송을 제기할 수 있고, 이 경우에 법원은 판결의 이유부분에서 지료를 얼마로 정한다는 판단을 하면 족하지 이를 주문에 꼭 설시하여야 하는 것은 아니라는 취지를 밝히고 있다.[212] 왜냐하면 지료확정판결의 성질을 순전한 형성판결로 본다면, 당사자가 바로 이행의 소를 제기할 수 있다고 하는 것을 설명하기가 곤란하기 때문이다.

---

210) 예컨대, 일시불로 할 것인가, 정기불로 할 것인가, 만일 정기불로 한다면 매년지급이냐 매월지급이냐의 문제이다.

211) 이시윤, 전게논문, 130면. 지료확정판결의 소급을 인정하는 것이 보통이라고 설명하고 있다.

212) 대판 1964. 9. 30, 64다528.

## 제3절 慣習法上 法定地上權의 成立에 관한 判例의 檢討

### Ⅰ. 慣習法上 法定地上權에 관한 判例의 態度

#### *1.* 認定한 判例

(1) 朝鮮高等法院의 判例

관습법상 법정지상권의 관념은 조선고등법원이 1916. 9. 29에 선고한 판결이 그 시초가 된 것으로 알려지고 있다. 당시 사안의 사실관계를 보면, 원고 X(피상고인)는 대정 4년 8월 27일 대지 2두락을 안동지청의 강제경매에서 경락허가결정을 받아 그 소유권을 취득하였는바, 피고 Y(상고인)는 하등 권한이 없음에도 불구하고 당해 지상에 가옥을 봉하고 있음으로써 재삼 그 수거를 요구함과 동시에 그 불법점거로 인하여 원고 X에게 생긴 1개월에 금 6원의 손해배상을 구하였지만 이에 응하지 않으므로 본소 청구에 이르렀다고 주장하였다. 피고 Y는 이에 대하여 본건의 대지 및 가옥은 원래 소외 A의 소유인바 강제경매의 결과 대지는 원고에게 가옥은 소외 B에게 각각 경매되어 피고 Y는 소외 B로부터 당해 가옥을 매수하여 그 소유자로 된 것이다. 원고 X는 위 대지경매 당시 지상에는 가옥이 존재한다는 것을 숙지하면서 이것을 경매한 것은 당시 원고 X의 의사는 가옥은 그대로 존속시키려했다는 것을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 고래의 조선에서는 가옥이 존재하는 토지를 매수하였다는 것은 가옥의 철거를 요구할 권리가 없고 가옥의 소유자는 여전히 당해 지상에 그 가옥을 보유할 권리를 갖는 관습이 존재한다는 뜻의 항변을 하고 있다.

이에 대하여 조선고등법원은 “동일인의 소유에 속하는 토지와 가옥이 임의매매에 의하여 각 그 소유자를 달리하게 된 경우 그 가옥을 취훼하여 이를 철거한다는 합의를 보지 않는 한 가옥의 소유자는 그 토지상에 지상권을 취득하고 토지의 소유자는 그 권리에 의하여 가옥소유자에 대하여 그 철거를 강요하지 못하는 것이 조선에 있어서 일반의 관습이다. 이러한 경우의 그 지상권의 기한 및 지

대 등에 대하여는 먼저 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정할 수 있으며 그 협의가 조정되지 않는 경우에 있어서 비로소 법원에 출소하여 이의 확정을 구하는 것이 또한 조선에 있어서의 일반적인 관습이다. 조선에서의 일반관습은 강제경매에 의하여 종래 동일소유자에 속하는 토지와 가옥이 각 별리의 소유자에게 속하게 되는 경우에도 그 적용이 있다"고 하여,[213] 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 전제에서 관습법상 법정지상권을 인정하고 있었다.

(2) 國家로부터 불하받은 土地

본 건은 관습법상 법정지상권의 성립요건에 관한 사안으로서 "토지와 건물이 동일한 소유자에 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 될 때에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다"고 판시하였다.[214]

(3) 구분소유적 공유대지의 건물을 공유자가 경락 취득한 경우

본 건은 원고와 피고가 1필지의 대지를 구분소유적으로 공유하고 피고가 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하던 중 위 대지의 피고지분만을 원고가 경락 취득한 경우 피고의 관습상의 법정지상권 취득여부에 관한 사안이다.[215]

1) 사실의 개요

구미시 원평동 571의3 대 43평(이하 이 사건 대지라 한다)에 관하여 1975. 5. 27. 원·피고 공동명의로 소유권이전등기가 경료된 후 1984. 11. 28. 그 중 피고 지분인 1/2지분에 대하여만 소외 한우삼 명의의 가압류가 경료되고 이어서 1985. 7. 25. 소외 김경한 명의로의 소유권이전청구권보전을 위한 가등기와 이어서 같

213) 조고판 1916. 9. 29, 조고판집 제3권 722면.
214) 대판 1966. 2. 22, 65다2223.
215) 대판 1990. 6. 26, 89다카24094.

은 해 12. 31. 소유권이전의 본등기가 경료되었으나 1985. 11. 20. 위 한우삼의 위 가압류에 기한 강제경매신청에 의하여 경매가 진행된 결과 원고가 1986. 2. 25. 피고지분을 경락하여 경락허가결정이 그 무렵 확정되었고, 같은 해 6. 23. 위 피고지분에 관하여 위 경락을 원인으로 원고 명의로 소유권이전등기가 경료되었다.

원고와 피고는 1977. 5.경 이 사건 대지를 공동으로 매수하여 같은 해 7월경 그 지상에 건립되어 있던 토조초즙건물을 헐고 대지부분을 같은 평수로 나눈 다음 각자 자기 돈으로 새로 건물을 짓기로 하여 피고는 이 사건 대지 중 각 주문기재부분에 각 주문기재와 같은 점포와 방, 부엌 및 창고 등을 축조하여 미등기인 채로 현재까지 이를 점유하는 반면 그 나머지 대지상에는 원고가 건물을 축조하여 점유하고 있다.

2) 판결요지

대법원은 "원고와 피고가 1필지의 대지를 공동으로 매수하여 같은 평수로 사실상 분할한 다음 각자 자기의 돈으로 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하여 왔다면 비록 위 대지가 등기부상으로는 원·피고 사이의 공유로 되어 있다 하더라도 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 따라서 피고 소유의 건물과 그 대지는 원고와의 내부관계에 있어서 피고의 단독소유로 되었다 할 것이므로 피고는 그 후 이 사건 대지의 피고지분만을 경락취득한 원고에 대하여 그 소유의 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다"고 판시하였다.

3) 대법원의 판단

제1점에 대하여, 원심은 원고의 이 사건 소제기는, 원·피고 사이의 부제소특약이 있었다는 피고의 주장에 대하여 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 배척하였는 바, 기록에 비추어 원심의 판단은 옳게 수긍이 가고 거기에 지적하는 바와 같은 채증법칙위배, 이유불비 등의 위법이 없다.

제2점에 대하여, 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 증거에 의하여 원고와 피고가 1977. 5.경 이 사건 대지 43평을 공동으로 매수하여 같은 해 7.경 그 위에

건립되어 있던 건물을 헐고 그 대지를 같은 평수로 특정하여 나눈 다음 각자가 자기 소유의 건물을 새로 건축하기로 하였고, 그에 따라 판시와 같이 피고가 이 사건 점포와 방 등을 건축한 사실을 인정하고서도 이 사건 대지가 원·피고의 공유이고, 토지의 공유자의 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만이 처분됨으로써 토지공유자의 1인에 대하여 법정지상권이 성립된 것처럼 보여지는 사유가 발생한 경우에 있어서도 당해 토지에 관하여 건물의 소유를 위한 법정지상권이 성립될 수 없다고 판시하여 피고의 이에 관한 주장을 배척하였다.

그러나 원심이 확정한 바와 같이 원고와 피고가 이 사건 대지를 공동으로 매수하여 같은 평수로 사실상 분할한 다음 각자 자기의 돈으로 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하여 왔다면 비록 위 분할협의 당시 위 대지가 등기부상으로는 원·피고 사이의 공유로 되어 있다 하더라도 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 따라서 이 사건 건물과 대지는 원고와의 내부관계에 있어서 피고의 단독소유로 되었다 할 것이므로 피고는 그 후 이 사건 대지의 피고지분만을 경락취득한 원고에 대하여 그 소유의 이 사건 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다.

또한 원심은 이 사건 건물을 피고의 구분소유로 본다 하더라도 그 대지는 경락 전에 이미 소외 김경한 명의로 등기가 되어 있어서 경락 당시에는 위 대지와 그 지상건물의 소유자가 동일인이 아니라는 이유로 이 사건 법정지상권의 성립을 부정하고 있으나, 원심이 든 증거에 의하더라도 위 경락은 이 사건 대지부분에 의한 가압류에 기한 강제경매에 의하여 이루어졌고 위 김경한 앞으로 된 위 등기는 그 가압류 후에 이루어진 것임이 분명하므로 위 경락에 의하여 말소될 운명에 있는 위 김경한 앞으로의 등기를 들어 피고의 소유권을 부정할 수 없을 뿐만 아니라 위 토지부분이 위 김경한 앞으로 양도되었을 때 그 지상건물을 위한 법정지상권이 성립되었다고도 보지 못할 바 아니다.

그런데도 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 관습에 의한 법정지상권의 성립을 부정한 것은 그에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미쳤다 할 것이다.

4) 검 토

이 사건이 판시하는 바는 구분소유적 공유관계에 있는 대지위의 건물에 관하여도 관습법상의 법정지상권이 성립하며, 그 요건으로 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하여야 한다고 한다.

판례가 인정하는 관습법상 법정지상권이 성립하기 위해서는 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타의 원인으로 양자의 소유자가 다르게 될 때에 특히 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 이상 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하는 것이므로,[216] 토지와 건물의 소유권이 매매, 경매 기타의 사유로 서로 다른 사람의 소유에 속하게 되는 때에 동일인의 소유에 속하여야 한다. 따라서 토지와 건물이 소유자를 달리하고 있던 중 토지 또는 건물만이 다른 사람의 소유로 된 경우에 관습법상 법정지상권이 성립하지 아니함은 당연하며, 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 우리 법체계상 등기에 의하여 동일인 여부가 판별된다. 다만 명의신탁된 토지상에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우, 명의수탁자는 신탁자와의 대내적 관계에 있어서 그 토지가 자기의 소유에 속한다고 주장할 수 없으므로 수탁자는 그 지상건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득할 수 없다고 하겠으나,[217] 이 경우에도 명의수탁자가 건물을 신축한 후 매매 등에 의하여 토지 또는 건물의 소유자가 바뀌면 명의신탁자의 대외적 효과에 의하여 건물의 소유자는 법정지상권을 취득한다고 할 것이다.

(4) 공유자토지를 공유자에게 양도할 당시 건축중인 건물

본 건은 종전 토지의 공유자들이 환지예정지를 특정하여 구분소유하고 있는 상태에서 그 중 1인인 甲이 그 소유부분을 乙에게 양도하고 지분소유권이전등기를 해 줄 당시 그 지상에 甲이 건축 중인 건물이 완성단계에 있었던 경우, 甲이 종전 토지에 관하여 관습법상 법정지상권을 갖는지 여부에 관한 사안이다.[218]

216) 대판 1980. 7. 8, 79다2000.
217) 대판 1986. 5. 27, 86다카62.

1) 판결요지

종전 토지의 공유자들이 합의하에 환지예정지를 특정하여 구분소유하고 있는 상태에서 그 중 1인인 甲이 환지예정지 중 그 소유부분을 乙에게 양도하고 지분소유권이전등기를 경료하였는데, 그 당시 그 지상에는 甲이 건축 중인 건물이 외형이 모두 완성되고 일부 내부공사 등 마무리공사만 남겨 둔 상태였던 경우, 공유자들 사이의 합의에 의하여 각각 환지예정지를 구분소유하기로 한 이상 다른 공유자들은 그 내부관계에서 甲이 소유하기로 한 환지예정지에 관한 한 종전 토지의 공유지분에 기한 사용·수익권을 포기하고, 甲의 처분행위로 인하여 甲이나 제3자가 종전 토지에 관한 법정지상권에 기하여 당해 환지예정지를 사용·수익하는 것까지도 용인하였다고 볼 수 있으므로, 甲은 그 건물의 소유를 위하여 乙 등의 공유인 종전 토지에 관하여 관습법상 법정지상권을 갖는다.

2) 사실관계

청구취지 기재의 울산시 중구 반구동 582의 3 대 244.3㎡(이하 이 사건 대지라고 표시한다)를 비롯한 현재의 같은 동 582의 1 대 224.6㎡, 582의 4 대 301.8㎡는 그 일대의 토지구획정리사업에 의하여 1989. 10. 31. 종전 토지인 같은 동 764의 2 답 1673㎡에서 환지된 것인데, 원고가 1983. 9. 3. 소외 김종순으로부터 위 종전 토지 중 16730분의 4612지분에 관한 소유권이전등기를 넘겨받음으로써 환지처분 당시 위 종전 토지에 관하여는 원고가 16730분의 4612지분, 소외 백남태가 16730분의 5682지분, 소외 김영석이 16730분의 4023지분, 소외 울산시가 16730분의 2413지분을 공유하는 것으로 각 지분이전등기가 경료되어 있었고, 그리하여 환지 후 이 사건 대지와 위 582의 1, 582의 4 토지들에 관하여도 원고는 1983. 9. 3.자로 16730분의 4612지분을 취득한 공유자로 등기되어 있다.

피고 윤희국은 위 김종순이 위 환지처분에 의하여 현재의 이 사건 대지로 환지확정되기 전의 환지예정지였던 울산시 중구 반구동 33블럭 2의 1놋트(토지구획정리사업 도중의 가지번) 지상에 1983. 3. 9.자로 건축허가를 받아 신축하는 청

218) 대판 1997. 12. 26, 96다34665.

구취지 기재 2층 건물의 공사를 도급받아 공사를 하던 중 위 김종순과 그의 남편인 소외 박순관이 1983. 5. 하순경 부도를 내고 잠적하자, 위 공사대금채권을 확보하기 위하여 1984. 1. 24.경 일부의 마무리 공사가 중단되어 있던 위 건물에 관한 울산시장의 기성고확인서 등을 첨부하여 위 건물에 대한 가입류신청을 함으로써 같은 날 위 건물에 관하여 가압류등기의 촉탁으로 인하여 위 김종순 명의의 소유권보존등기가 경료되고 이어 위 피고 명의의 가압류등기도 경료되었다.

그리고 피고 윤희국은 1984. 9. 11. 위 공사대금채권의 집행을 위하여 위 건물에 대한 강제경매를 신청하여 그 절차가 진행 중이던 1985. 5. 6. 위 건물을 경락받아 1985. 6. 10. 위 건물에 관한 그 명의의 소유권이전등기를 경료하고 위 건물의 마무리 공사를 마친 다음 피고 최상식에게 위 건물을 양도하고 1988. 12. 26. 그에 관한 소유권이전등기를 넘겨줄 때까지 위 건물의 소유를 위하여 그 부지인 위 33블럭 2의 1놋트 토지를 점유·사용하였으며, 한편 피고 최상식은 1988. 12. 26. 피고 윤희국으로부터 위 건물에 관한 소유권이전등기를 넘겨받은 후 현재까지 위 건물의 부지에 해당하는 이 사건 대지를 점유·사용하고 있다.

3) 대법원의 판단

원고가 김종순으로부터 환지예정지를 양수하고 종전 토지에 관하여 지분소유권이전등기를 경료할 당시 이 사건 건물이 위와 같은 정도로 건축되었다면 김종순은 이 사건 건물의 소유를 위하여 원고 등의 공유인 종전 토지에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다. 토지의 공유자 중의 1인이 공유 토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지의 공유지분만을 양도한 경우에는 당해 토지에 관하여 건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권은 인정되지 않는다.[219] 이러한 경우에 관습법상 법정지상권을 인정한다면 마치 토지 공유자의 1인으로 하여금 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다는 취지인 바, 이 사건의 경우에는 공유자들 사이의 합의에 의하여 각각 환지예정지를 구분소유하기로 한 이상 다른 공유자들은 그 내부관계에서 김종순이 소유하기로 한 환지예정지에 관한 한 종전 토지의 공유지분에 기

219) 대판 1993. 4. 13, 92다55756 등 참조.

한 사용·수익권을 포기하고, 김종순의 처분행위로 인하여 김종순이나 제3자가 종전 토지에 관한 법정지상권에 기하여 당해 환지예정지를 사용·수익하는 것까지도 용인하였다고 볼 수 있으므로, 위와 같이 이 사건 건물의 소유를 위하여 종전 토지에 관한 관습법상 법정지상권을 인정한다고 하여 종전의 대법원판결에 저촉된다고 할 수 없다.

원심은 위와 같은 사실관계를 기초로 하여, 김종순이 법정지상권을 취득한 후 이 사건 건물에 관한 강제경매절차에서 이를 경락받은 피고 윤희국과 그로부터 다시 이를 양수한 피고 최상식은 각각 그 전자를 차례로 대위하여 환지확정된 이 사건 대지의 공유자인 원고에 대하여 이 사건 건물의 최초 소유자인 김종순 앞으로 법정지상권설정등기의 이행을 구함과 아울러 그 전자에 대하여 차례로 법정지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있으므로, 이와 같은 법정지상권설정등기절차를 이행할 의무가 있는 원고가 이 사건 대지에 관한 공유지분권에 기하여 피고 윤희국에 대하여 이 사건 대지의 점유·사용으로 인한 차임 상당의 부당이득의 반환을 구하고, 피고 최상식에 대하여 이 사건 건물의 철거 및 이 사건 대지의 인도와 아울러 그 부당이득의 반환을 구하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 판단하였다.

4) 檢 討

대법원은 공유관계의 실질이 구분소유적 공유관계에 있는 경우에는 그 내부관계를 따져 법정지상권의 성립 여부를 판단하고 있다.[220] 즉, 공유로 등기된 토지의 소유관계가 구분소유적 공유관계에 있는 경우에는 공유자 중 1인이 소유하고 있는 건물과 그 대지는 다른 공유자와의 내부관계에 있어서는 그 공유자의 단독소유로 되었다 할 것이므로 건물을 소유하고 있는 공유자가 그 건물 또는 토지지분에 대하여 저당권을 설정하였다가 그 후 저당권의 실행으로 소유자가 달라지게 되면 건물소유자는 그 건물의 소유를 위한 법정지상권을 취득한다고 하고 있다. 본 판결에서는 다른 토지공유자가 지상권설정을 용인하였다고 볼 수 있는

220) 황문섭, "부동산의 공유와 법정지상권의 성부", 「사법논집」40집, 법원행정처, 2005. 12, 205-206면,

사정이 있는 경우에는 법정지상권의 성립이 인정될 수 있다는 것으로 본다.

공유자 상호간의 대내관계에 있어서는 공유자 중 1인이 소유하고 있는 건물과 그 대지는 단독소유에 속한 경우와 다름없으므로, 법정지상권의 성립을 위한 소유자 동일성 요건을 평가함에 있어서도 단독소유의 경우와 구별할 필요가 없이 법정지상권의 성립 여부를 따지면 족하다고 하고 있다.

(5) 원인무효로 건물과 토지소유자가 달라지게 된 경우

본 건은 원래 동일인에게의 소유권 귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 원인이 무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 건물과 토지의 소유자가 달라지게 되었을 때 관습법상 법정지상권이 성립하는가의 여부에 관한 사안이다.[221]

1) 판결요지

관습법상 법정지상권의 성립요건인 당해 토지와 건물의 소유권의 동일인에의 귀속과 그 후의 각기 다른 사람에의 귀속은 법의 보호를 받을 수 있는 권리변동으로 인한 것이어야 하므로, 원래 동일인에게의 소유권귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 뒤 그 원인무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 경우에는 관습법상 법정지상권을 허용할 수 없다.

2) 사실의 개요

별지목록 1 기재 토지는 원고의 소유이고, 피고는 위 토지 위에 같은 목록 2 기재 각 건물을 소유하면서 그 부지 등으로 위 토지를 점유하고 있다.

별지목록 1 기재 토지는 원래 소외 진양하씨지순공파종중의 소유였는데, 소외 유규옥이 1969. 4. 10. 소유권이전등기를 마친 후 소외 오대근, 유윤수를 거쳐 1979. 12. 31. 피고가 그 소유권이전등기를 경료하였다가 전주지방법원의 각 확정판결에 의하여 1987. 10. 5.과 1989. 5. 31.에 위 각 등기가 전부 말소된 후 1989. 7. 7. 원고가 위 종중으로부터 그 소유권이전등기를 경료받았다.

221) 대판 1999. 3. 26, 98다64189.

소외 유규옥이 위 토지의 이전등기를 경료한 후 같은 목록 2 기재 건물 중 가부분 건물을 신축하여 1969. 8. 6. 그 소유권보존등기를 경료하였고, 같은 목록 2 기재 건물 중 나부분 건물은 소외 유윤수가 신축하여 1972. 1. 18. 그 보존등기를 마쳤다.

3) 대법원의 판단

대법원은 관습법상 법정지상권은 토지와 건물이 동일인에게 속하였다가 그 중 어느 하나가 일정한 원인으로 소유자를 달리하게 되는 경우, 그 건물을 철거한다는 특약이 없으면 성립되는 것으로 토지와 건물을 각기 독립한 부동산으로 취급하는 우리 법제하에서 그 건물의 가치를 유지시키기 위한 필요에 의하여 관습법상 인정한 제도인 바, 토지소유권으로서는 그로 인하여 제한을 당하는 결과로 된다.

이와 같은 제도의 취지와 그 결과의 측면에서 볼 때, 그 당해 토지와 건물의 소유권의 동일인에의 귀속과 그 후의 각기 다른 사람에의 귀속은 법의 보호를 받을 수 있는 권리변동으로 인한 것이어야 할 것이므로 이 사건과 같은 경우에는 관습법상 법정지상권을 허용할 수 없는 것이다.

(6) 換買特約附賣渡

본 건은 토지소유자가 관습법상 법정지상권을 취득할 지위에 있는 동 토지상의 건물소유자에 대하여 하는 건물철거청구와 신의성실의 원칙에 관한 사안이다.[222]

1) 판결요지

토지소유자 甲이 그 지상건물소유자였던 乙에 대하여 그 건물에 관한 甲 명의의 소유권이전등기를 말소하여 줄 의무가 있고, 乙은 그 말소등기를 함으로써 관습법상 법정지상권을 취득할 지위에 있는 경우에 甲은 乙에 대하여 신의성실의

222) 대판 1981. 4. 14, 80다2637.

원칙상 그 건물의 철거를 구할 수 없다.

2) 사실관계

광주시 풍향동 2의 62 대 71평(이하 본건 대지라 한다)이 원고의 소유이고, 동 지상 연와조 세멘와즙 평가건 주택 1동 건평 13평 6홉(이하 본건 건물이라 한다)이 피고의 소유인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그런데 피고는 1968. 9. 30. 당시 원고가 매수한 본 건 토지상에 본건 건물을 신축하고 1971. 1. 26. 원고로부터 금원을 차용함에 있어서 그 담보로 본건 건물을 원고에게 환매특약부로 매도하여 소유권이전등기청구권보전의 가등기를 마친 후 1971. 8. 3. 원고 앞으로 소유권이전의 본등기를 경료하였다. 그 후 피고는 원고를 상대로 환매대금 및 차용금원에 대한 이자를 전부 지급하였음을 이유로 하여 본건 건물에 대한 소유권이전등기말소등기절차이행청구의 소를 제기한 결과 광주지방법원 1978. 7. 27. 선고 77나309 판결에 의하여 동 청구가 인용되어 그 판결이 확정되었다. 원고는 본건 건물을 위와 같이 환매특약부로 피고로부터 매수한 후인 1973. 4. 23. 매매를 원인으로 하여 본건 대지에 관하여 원고명의로 소유권이전등기를 마친 사실을 각 인정할 수 있다.

3) 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 기각하였다.

토지 및 그 지상건물이 동일인의 소유로 있다가 매매 등 행위로 인하여 그 건물과 토지가 소유자를 달리하게 되는 경우에 특단의 사정이 없는 한 건물소유자는 관습상의 법정지상권을 취득한다 할 것이며, 이러한 이론은 금전소비대차로 인한 채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 건물만을 채권자에게 환매특약부로 매도하는 형식으로 그 소유권이전등기를 경료한 후 그 채권자가 그 토지소유권까지 취득함으로써 그 토지 및 그 지상건물의 소유권을 모두 취득하게 된 경우에 있어서 그 채권자로부터 그 채무를 완제하고 다시 그 건물을 환매하여 그 소유권을 취득하는 경우에도 적용된다고 함은 위 원판시와 같다 할 것인 바, 기록에 의하면 피고는 위 원판시와 같이 원고에 대한 그 건물에 관한 소유권이전등

기말소청구의 소에서 그 승소판결이 확정된 바는 있지만, 상금 그 이전등기가 말소되지 아니하여 그 등기가 피고에게 회복되지 아니하고 있는 상태에 있으므로 피고는 아직 그 관습상의 법정지상권을 취득하지 못하였다 할 것이다. 그러나 원고는 피고에 대하여 그 건물에 관한 소유권을 말소하여 줄 의무가 있고, 피고는 그 말소등기를 함으로써 법정지상권을 취득할 지위에 있다 할 것이어서 이런 경우에 있어서는 원고는 피고에 대하여 신의성실의 원칙상 그 건물의 철거를 구할 수 없다 할 것이니 그렇다면 원판결은 위와 같이 그 표현에 있어 미흡한 점은 있으나 원심이 원고의 피고에 대한 본건 청구를 배척한 조치는 그 결론에 있어 정당하고 거기에 소론과 같이 관습상의 법정지상권의 법리를 오해함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

(7) 정화조의 법정지상권

본 건은 건물의 경락에 따라 그 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득한 자에 대한 건물철거청구의 가부에 관한 사안이다.[223] 이 사안을 보기 전에 판례는 주물이든 종물이든 건물로서의 요소를 갖추고 있다면 법정지상권성립에 장애가 되지 않는다고 보고 있다. 예컨대 “민법 366조는 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 보는 것인 바 이 경우에 있어서 그 지상건물은 반드시 등기를 거친 것임을 필요로 하지 아니하며 또 그 건물은 건물로서의 요소를 갖추고 있는 이상 무허가 건물이고 건평 5평에 지나지 아니한다 하여도 법정지상권 성립에 아무런 장애도 될 수 없다 할 것이니 이와 반대의 견해를 전제로 하여 원판결을 비난하는 논지는 채용할 수 없다”고 판시하였다.[224]

1) 판결요지

甲이 乙로부터 건물을 매수하면서 인접한 乙 소유의 대지 지하에 매설된 위 건물의 일부인 정화조를 철거하기로 한 특약이 없었다면 그 대지에 위 건물의

223) 대판 1993. 12. 10, 93다42399.
224) 대판 1964. 9. 22, 63아62.

소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다 할 것이고, 그 후 丙이 위 건물을 경락취득함으로써 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 법정지상권도 양도되었다고 봄이 상당하므로, 甲을 대위하여 乙에게 지상권설정등기를 청구할 수 있는 丙에게 위 정화조의 철거를 구함은 신의칙상 허용될 수 없다.

2) 사실관계

원고 소유의 전주시 덕진구 인후동 2가 1582의 13 대 10.7 평방미터(이하 이 사건 대지라 한다) 지하에 주문 제2항 기재와 같은 정화조가 매설되어 있는 사실을 인정할 수 있고 반증이 없으며, 한편 위 정화조는 이 사건 대지에 인접한 피고 소유의 전주시 덕진구 인후동 2가 1582의 6 지상 건물의 부대시설로 원고가 시설하여 현재 피고가 이를 점유·사용하고 있다.

원고는 위 정화조가 원고의 소유임을 전제로 피고에 대하여 위 정화조의 사용을 금하는 청구를 하고 있다. 원고는 1982. 3. 13. 원고 소유의 위 전주시 덕진구 인후동 2가 1582의 6 지상에 건물을 건축하고 1986. 2. 4. 이를 다시 증축하여 현재와 같은 철근콘크리트 및 시멘트 벽돌조 슬래브 지붕의 지하 1층, 지상 3층으로 된 건물을 축조하였으나, 위 건물의 사용에 필요한 부대시설인 정화조는 위 건물내에 설치하지 아니하고 별도로 위 건물 대지에 접해 있는 원고 소유의 이 사건 대지 지하에 앞에서 인정한 바와 같은 정화조를 설치하였다.

그 후 위 건물은 1986. 2. 14. 소외 김금례 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 후 1987. 10. 31. 전주지방법원의 경락허가결정으로 피고가 이를 경락받아 1987. 12. 9. 피고 앞으로 소유권이전등기를 경료한 사실 및 위 건물에 입주한 피고 및 세입자들은 모두 위 정화조를 사용하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

3) 대법원의 판단

정화조는 건축법시행령 제47조, 「오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률」 제2조 제5호에 따라 수세식 화장실에서 배출하는 오수의 정화처리를 위하

여 필수적으로 설치되어야 하고, 또 기록에 의하면, 이 사건 정화조가 위 3층 건물의 대지가 아닌 인접한 다른 필지의 지하에 설치되어 있기는 하지만 위 3층 건물 화장실의 오수처리를 위하여 위 건물옆 지하에 바로 부속하여 설치되어 있음을 알 수 있어 독립된 물건으로서 종물이라기 보다는 위 3층 건물의 구성부분으로 보아야 할 것이다.

따라서 위 김금례가 원고로부터 위 3층 건물을 매수하면서 그 일부인 위 정화조를 철거하기로 한 특약이 엿보이지 아니하는 이 사건에서 이 사건 대지에 위 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다 할 것이고, 그 후 피고가 위 건물을 경락취득함으로써 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 법정지상권도 양도되었다고 봄이 상당하다 할 것이므로,[225] 위 김금례를 대위하여 원고에게 지상권설정등기를 청구할 수 있는 피고에게 위 정화조의 철거를 구함은 신의칙상 허용될 수 없다 할 것이다.[226] 결국 원심판결에는 종물에 관한 법리를 오해한 나머지 관습상 법정지상권의 성립 여부에 대한 판단을 잘못한 위법이 있으며, 이는 판결에 영향을 미쳤다 할 것이다.

(8) 건물신축을 승낙한 것을 지상권설정의 합의로 볼 수 있는지의 여부와 매매계약이 해제된 경우

본 건은 매매된 토지의 대금완불 전에 당해 토지 위에 건물의 신축을 승낙한 것을 지상권설정의 합의로 볼 수 있는지 여부 및 당해 매매계약이 해제된 경우 관습에 의한 법정지상권의 성부에 관한 사안이다.[227]

1) 판결요지

토지의 매매에 수반하여 토지소유자가 매수인으로부터 토지대금을 다 받기 전에 그 토지위에 건물을 신축할 수 있도록 토지사용을 승낙하였다 하더라도 특별

225) 대판 1992. 7. 14, 92다527 참조.
226) 대판 1985. 4. 9, 84다카1131, 1132; 대판 1991. 5. 28, 91다6658 각 참조.
227) 대판 1988. 6. 28, 87다카2895.

한 사정이 없는 한 매매당사자 사이에 그 토지에 관한 지상권설정의 합의까지도 있었던 것이라고 할 수 없다 할 것이므로, 그 매매계약이 적법하게 해제된 경우에는 토지매수인은 비록 당초에 토지사용 승낙을 받아 그 토지 위에 건물을 신축 중이었다 하더라도 그 토지를 신축건물의 부지로 점유할 권원을 상실하게 되는 것이고 또 당초에 건물과 그 대지가 동일인의 소유였다가 경매 등의 사유로 소유자를 달리하게 되는 경우가 아닌 이상 관습에 의한 법정지상권도 성립되지 아니한다.

2) 사실관계

원고는 1979. 3. 28. 소외 강응대에게 원고소유인 경기 고양군 일산읍 일산리 587의 1, 2, 587, 586 등 대지 4필지를 매도하면서 우선 위 강응대가 위 대지위에 연립주택을 건축할 수 있도록 대지사용 승낙을 하여 주었다. 위 강응대는 연립주택공사 중 화재경보시설 형광등설치공사 어린이놀이터 및 담장공사 등을 제외한 전체공정의 90퍼센트가 완공된 상태에서 건축자금조달을 위하여 발행한 당좌수표가 부도되자 같은 해 10. 22. 토지매매계약을 해제하고 원고가 위 신축 중인 건물에 관한 위 소외인의 권리를 양수하기로 합의하여 이 사건 연립주택을 완공하였다. 그런데 위 강응대는 이 사건 연립주택을 신축하면서 원고 이외에도 소외 김병학, 같은 장도필, 같은 오관옥 등으로부터 건축자금조로 차용한 2, 3억원을 위 연립주택의 대물변제로 이중변제하여 그 채권자들이 원고에 앞서서 소유권보존등기가 이루어졌다.

따라서 원고가 소외 강응대에게 이 사건 대지를 매도하면서 연립주택의 신축에 따른 대지사용 승낙을 한 사실만으로 지상권설정의 합의가 있었다고 할 수 없고, 원고와 위 소외 강응대 사이에 이루어진 위 1979. 10. 22.자 합의에 따라 두사람 사이의 매매계약은 합의해제되어 소멸되었으므로 위 매매계약 당시 이루어진 대지사용 승낙 또한 그 효력을 상실하였다고 할 것이어서 피고들이 이 사건 대지를 점유할 권리가 있다고 주장한다.

3) 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 상고를 기각하였다.

토지의 매매에 수반하여 토지소유자가 매수인으로부터 토지대금을 다 받기 전에 그 토지 위에 건물을 신축할 수 있도록 토지사용을 승낙하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 매매당사자 사이에 그 토지에 관한 지상권설정의 합의까지도 있었던 것이라고 할 수 없다 할 것이므로, 그 매매계약이 적법하게 해제된 경우에는 토지매수인은 비록 당초에 토지사용 승낙을 받아 그 토지 위에 건물을 신축 중이었다 하더라도 그 토지를 신축건물의 부지로 점유할 권원을 상실하게 되는 것이고 또 당초에 건물과 그 대지가 동일인의 소유였다가 경매 등의 사유로 소유자를 달리하게 되는 경우가 아닌 이상 관습에 의한 법정지상권도 성립되지 아니한다.

(9) 토지와 건물소유자의 동일인 명의 보유시기

본 건은 매매로 인하여 관습상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 경락 당시에 토지와 그 지상건물이 소유자를 같이하고 있었다면 족하고 강제경매를 위한 압류가 있은 때로부터 경락에 이르는 기간 중 계속하여 그 소유자를 같이하고 있었음을 요하는 것은 아니라는 사안이다.[228]

1) 판결요지

강제경매로 인하여 관습상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 경락 당시에 토지와 그 지상건물이 소유자를 같이하고 있으면 족하고 강제경매를 위한 압류가 있은 때로부터 경락에 이르는 기간 중 계속하여 그 소유자를 같이하고 있음을 요하는 것은 아니다.

2) 대법원의 판단

동일한 소유자에 속하는 토지와 그 토지 위의 건물이 매매에 의하여 각기 그 소유자를 달리하게 된 경우에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 한, 그

228) 대판 1970. 9. 29, 70다1454.

건물의 소유자는 그 토지 위에 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하는 것이고, 이러한 관습은 동일한 소유자에 속하던 토지 및 그 토지 위의 건물이 강제경매에 의하여 각기 그 소유자를 달리하게 된 경우에도 존재하는 것이다. 강제경매로 인한 경우에 그 강제경매를 위한 압류가 있은 때로부터(또는 그 압류에 선행한 가압류가 있은 경우에는 그 가압류가 있은 때로부터) 경락에 이르는 기간 중 계속하여 그 토지 및 건물이 소유자를 같이하고 있었음을 요하는 것은 아니다. 원판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 대지는 소외 구삼준의 강제경매신청에 의하여 경매가 실시되었는데 그 경락 당시 위 대지와 그 지상의 이 사건 건물은 모두 피고의 소유였으나, 위 경매실시로 대지는 경락자인 원고의 소유가 되어 현재에 이르며, 건물은 여전히 피고가 소유하고 있다는 사실을 인정하고 있다. 그렇다면 특단의 사유가 없는 한 위 건물의 소유자인 피고는 원고소유의 대지 위에 관습상의 법정지상권을 취득하고 있다고 봄이 상당하다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심은 위 구삼준이 강제경매에 앞서 대지를 가압류한 당시의 위 대지의 소유자는 소외 이명순이었고 그 당시의 그 지상건물의 소유자는 소외 최병식이어서 대지와 그 지상건물의 소유자는 각각 다른 사람에게 속해 있다가 위 가압류 이후 대지와 건물의 소유권이 전전이전되어 경락 당시는 위 인정과 같이 그 소유권이 모두 동일인(피고)에게 속하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다고 설시하면서, 강제경매의 경우에는 경매목적물에 대한 압류가 효력을 발생하는 때 또는 이 사건의 경우와 같이 강제경매에 앞선 가압류집행이 있은 경우에는 그 가압류의 집행이 있은 때에 대지와 건물의 소유자가 동일인에게 속해 있다가 경락으로 인하여 소유자가 각각 달라지는 경우에만 관습상의 법정지상권이 발생하는 것이라는 견해를 취하고 있으며, 따라서 위 가압류 당시 이 사건 대지와 건물의 소유자가 동일인이 아니었던 이 사건에 있어서는 원고 소유의 대지 위에 건물의 소유자인 피고의 관습상의 법정지상권이 성립할 수 없다고 판시하고 피고는 위 건물을 그 대지상에 보유함으로써 원고의 대지를 불법점유하고 있다는 취지의 원고의 청구를 받아드렸는 바, 원판결의 이와 같은 판시는 이미 본 바 강제경매로 인한 관습상의 법정지상권 성립에 관한 법리를 오해한 것이어서 그릇된 것임을 면치 못할 것이다.

## 2. 認定하지 않은 判例

저당권설정 후의 건립건물에 대한 법정지상권의 성립에 대하여 판례는 "저당권설정 후에 그 지상에 건물을 건축하고 동대지가 제3자에게 경매된 경우에는 신축된 건물의 대지에 법정지상권이 성립되지 아니한다"고 일관되고 있다.[229]

(1) 구분소유적 공유관계에 있는 자가 자신의 소유가 아닌 부분에 신축한 경우

본 건은 구분소유적 공유관계에 있는 자가 자신의 특정 소유가 아닌 부분에 건물을 신축한 경우 관습상 법정지상권의 성립 여부에 관한 사안이다.[230] 이에 대하여 판례는 "甲과 乙이 대지를 각자 특정하여 매수하여 배타적으로 점유하여 왔으나 분필이 되어 있지 아니한 탓으로 그 특정부분에 상응하는 지분소유권이전등기만을 경료하였다면 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 또한 구분소유적 공유관계에 있어서는 통상적인 공유관계와는 달리 당사자 내부에 있어서는 각자가 특정매수한 부분은 각자의 단독소유로 되었다 할 것이므로, 乙은 위 대지 중 그가 매수하지 아니한 부분에 관하여는 甲에게 그 소유권을 주장할 수 없어 위 대지 중 乙이 매수하지 아니한 부분의 지상에 있는 乙소유의 건물부분은 당초부터 건물과 토지의 소유자가 서로 다른 경우에 해당되어 그에 관하여는 관습상의 법정지상권이 성립될 여지가 없다"고 판시하였다.

(2) 대지와 미등기건물을 양수한 후 건물에 대하여는 미등기상태로 두고 있다가 대지에 대하여 강제경매가 실시된 경우

본 건은 대지소유자가 그 지상의 미등기건물에 대하여 처분권은 있으나 소유권은 없는 경우, 그 대지가 경매로 인하여 타인의 소유에 속하게 된 때 법정지상권이 발생하는지 여부에 관한 사안이다.[231] 대법원의 이에 대하여 "甲의 소유인 대지와 그 지상에 신축된 미등기건물을 乙이 함께 양수한 후 건물에 대하여는

229) 대판 1973. 12. 26, 73다1485.
230) 대판 1994. 1. 28, 93다49871.
231) 대판 1989. 2. 14, 88다카2592.

미등기상태로 두고 있다가 이중 대지에 대하여 강제경매가 실시된 결과 丙이 이를 경락받아 그 소유권을 취득한 경우에는 乙은 미등기인 건물을 처분할 수 있는 권리는 있을지언정 소유권은 가지고 있지 아니하므로 대지와 건물이 동일인의 소유에 속한 것이라고 볼 수 없어 법정지상권이 발생할 여지가 없다"고 판시하였다. 즉, 원심이 확정한 사실에 의하면, 이 사건 대지와 건물은 원래 소외 조성술의 소유로서 건물은 동인이 신축한 미등기건물인데 피고가 함께 양수한 후 건물에 대하여는 미등기상태로 두고 있다가 이 중 대지에 대하여 강제경매가 실시된 결과 원고가 이를 경락받아 그 소유권을 취득하였다는 것인 바, 이에 의하면 피고는 미등기인 위 건물에 대하여 이를 처분할 수있는 권리는 있을지언정 소유권은 가지고 있지 않았음이 명백하다고 판단한 것이다.[232]

(3) 명의수탁자가 신축한 건물의 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우

본 건은 명의신탁된 토지상에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우, 수탁자가 관습상의 법정지상권을 취득하는지 여부에 관한 사안이다.[233]

1) 판결요지

토지소유권을 명의신탁하면서 수탁자의 임의처분을 방지하기 위하여 신탁자명의의 소유권이전등기청구권보전의 가등기를 함께 경료해 둔 후 수탁자가 위 명의신탁 중 동 토지상에 건물을 신축하고 그 후 명의신탁이 해지되어 소유권회복의 방법으로 신탁자명의로 위 가등기에 기한 본등기가 경료된 경우, 위 명의수탁자는 신탁자와의 대내적 관계에 있어서 그 토지가 자기소유에 속하는 것이었다고 주장할 수 없고 따라서 위 건물은 어디까지나 명의신탁자 소유의 토지 위에 지은 것이라 할 것이므로 그 후 소유명의가 신탁자명의로 회복될 당시 위 수탁자가 신탁자들에 대하여 지상건물의 소유를 위한 관습상의 지상권을 취득하였다고 주장할 수 없다.

232) 대판 1983. 7. 26, 83다카419, 420.
233) 대판 1986. 5. 27, 86다카62.

2) 사실관계

토지는 원래 소외 김성규의 소유였다가 1978. 9. 20. 소외 유용진, 서동준이 공동매수한 것인데, 당시 그 지목이 밭이어서 농지개혁법상 비농가인 위 유용진 등 앞으로 소유권이전등기를 경료할 수 없어 위 유용진 등이 편의상 위 매매를 소개한 소외 김노마에게 그 명의를 신탁하여 1978. 10. 26. 위 김노마 앞으로 소유권 이전등기를 경료하였고, 김노마가 이 사건 토지를 임의처분하는 것을 방지하기 위하여 유용진 등 앞으로 소유권 이전청구권보전의 가등기를 경료하였다.

그런데 위 김노마는 위 유용진 등으로부터 명의신탁받은 이 사건 토지가 그 소유명의로 되어 있던 1981. 5. 30.경 위 토지 지상에 건물을 신축하여 이를 점유·사용하던 중 1984. 6. 7. 이를 피고에게 매도함으로써 피고가 1984. 6. 23. 위 건물에 관하여 피고 명의의 소유권보존등기를 경료하였다.

3) 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기환송하였다.

건물소유를 위한 관습법상 법정지상권은 토지와 지상건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 매매 등으로 각각 그 소유자를 달리하게 된 경우, 그 건물소유자가 취득하게 되는 권리이므로 이 사건에 있어서 소외 김노마가 원판시 건물소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 할 수 있으려면 토지에 대한 소유권 이전등기가 그로부터 소외 유용진, 서동준 앞으로 경료된 1984. 6. 12. 이전에 토지와 그 지상건물인 원판시 건물이 동일인인 위 김노마의 소유에 속해 있었다고 볼 수 있어야만 할 것인 바, 원심이 확정한 바와 같이 토지에 대한 위 소외인(김노마) 앞으로의 소유권이전등기가 그 토지를 매수한 소외 유용진, 서동준 등의 명의신탁에 인한 것이었고 위 김노마로부터 명의신탁자인 소외 유용진, 서동준 앞으로 경료된 소유권이전청구권보전의 가등기가 명의수탁자인 위 김노마의 임의처분을 방지하기 위하여 마쳐둔 것이었다면, 명의수탁자인 김노마로서는 명의신탁자였다가 소유권을 회복한 소외 유용진, 서동준과의 대내적 관계에 있어서 그 토지가 자기소유에 속하는 것이었다고 주장할 수는 없을 법리이고, 따라서 원

판시 건물은 어디까지나 명의신탁자인 소외 유용진, 서동준 소유의 토지 위에 지은 것이라 할 것이므로 그 후 토지소유명의가 신탁자 앞으로 회복될 당시에 위 김노마가 신탁자들에 대하여 지상건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 주장할 수는 없다 할 것이다.

토지와 지상건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리하게 되는 경우에 성립하는 관습법상 법정지상권은, 그 경우 당사자 사이에 건물을 철거하기로 하는 등의 특별조건이 없다면 토지소유자는 지상건물소유자에게 그 건물소유를 위한 지상권을 설정하여 주기로 한 의사가 있었던 것이라고 해석하여 인정되는 권리이므로 소외 김노마가 이 사건 토지위에 원판시 지상건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득한 여부는 명의신탁해지에 의하여 토지소유명의를 회복한 신탁자들과의 사이에 있어서 위 소외인이 토지소유명의의 신탁을 받아가지고 있던 동안에는 그 토지가 자기의 소유에 속했던 것이라고 주장할 수 있었느냐의 여부에 따라 판단할 문제이며, 명의신탁자 이외의 제3자에 대하여 대외적으로 토지소유권을 주장할 수 있었다 하여 좌우될 성질의 것이 못된다 할 것이다.

원심이 그 판시와 같은 이유로 소외 김노마가 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 판단하여 원고의 청구를 배척한 점에는 관습법상 법정지상권의 취득요건에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있고, 이는 「소송촉진등에 관한 특례법」 제12조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하여야 할 법령위반에 해당한다 하겠으므로, 이 점에 관한 상고논지는 이유있다.

(4) 대지사용을 승낙한 경우

본 건은 관습법상 법정지상권에 관한 법리를 오해하고 있다고 판단된 사례이다.[234)]

1) 판결요지

234) 대판 1971. 12. 28, 71다2124.

피고 소유의 건물의 존립을 목적으로 하는 대지사용을 그 대지소유자인 원고가 승낙하였다고 하여도 그 사실만으로 그 건물이 노후되어 멸실될 때까지 그 대지를 사용할 수 있는 관습법상 법정지상권이 설정되었다고 볼 수는 없다.

2) 사실관계

본건 서울특별시 영등포구 영등포동 8가 57번지 대 220평 5홉, 동소 60번지의 1, 대 132평 9홉, 동소 58번지 189평 4홉, 동소 59번지 대 266평 2홉은 원래 일인의 소유였으나 해방 후 귀속농지로 취급되어 1958. 5. 5. 상환완료를 원인으로 원고 김준복 앞으로 소유권이전등기가 경유되고 1965. 5. 24. 매매를 원인으로 소외 김준모 앞으로 소유권이전등기가 경유되었다가 1965. 7. 2. 매매를 원인으로 원고 김준복 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다. 피고가 각 건물 중 동소 57번지 대 220평 5홉, 동소 60의 1 대 132평 9홉 및 동소 59 대 266평 2홉 지상에 도단즙 부록조 평가건 창고 1동을 1963. 9. 10. 그 이외의 건물을 1965. 5. 20.경 각 건축하여 그 시경부터 본건 각 대지를 점유하고 있다.

3) 대법원의 판단

원심은 그 판시에서 피고 소유의 건물의 존립을 목적으로 하는 대지사용을 그 대지 소유자인 원고측에서 승낙하였다면 피고는 그 건물이 노후되어 멸실될 때까지는 그 건물을 위하여 그 대지를 사용할 수 있는 관습법상 법정지상권이 설정되었다고 볼 것이라는 취지로 판시하고 있다. 그러나 위와 같은 사실이 있다고 하여 관습법상 법정지상권이 발생된다고 볼만한 근거는 없는 것이라 할 것이므로 필경 원심은 관습법상 법정지상권에 관한 법리를 오해하였다 할 것이다.

(5) 철거의 특약

대지와 건물이 모두 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 후 경매 기타 원인으로 인하여 대지와 건물의 소유자를 달리하게 되면 법정지상권이 발생한다. 그런데 이와 같은 경우에라도 법정지상권자가 건물을 철거한다는 의사표시가 있

든가 그밖에 관습상의 법정지상권을 포기한다는 합의가 있는 경우에 법정지상권이 성립하는가에 관한 문제이다. 예컨대 미등기건물을 대지와 함께 매도하였으나 대지에 관하여만 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 관습상의 법정지상권이 성립하는지 여부에 관한 사안을 살펴보면 다음과 같다.[235]

1) 판결요지

관습상의 법정지상권은 동일인의 소유이던 토지와 그 지상건물이 매매 기타 원인으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 인정되는 것이므로 토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있거나 토지소유자가 건물의 처분권까지 함께 취득한 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다 할 것이어서, 미등기건물을 그 대지와 함께 매도하였다면 비록 매수인에게 그 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 관하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 대지와 건물이 그 소유명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다.

2) 사실관계

피고는 구명회로부터 이양순을 거쳐 순차로 제1심판결 주문 기재 대지의 지분 및 그 지상의 미등기건물을 일괄하여 매수하였으나 위 대지의 지분에 관하여만 소유권이전등기를 경료받고 건물에 관하여는 이전등기를 경료받지 못하고 있다가 위 대지의 지분에 관하여 설정한 근저당권의 실행에 의한 경매로 위 대지의 지분의 소유권이 원고에게 이전되었다.

3) 대법원의 판단

관습상의 법정지상권은 동일인의 소유이던 토지와 그 지상건물이 매매 기타

235) 대판(전) 2002. 6. 20, 2002다9660.

원인으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 인정되는 것이므로 토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있거나 토지소유자가 건물의 처분권까지 함께 취득한 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다 할 것이어서, 미등기건물을 그 대지와 함께 매도하였다면 비록 매수인에게 그 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 관하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 대지와 건물이 그 소유명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다고 할 것이다.[236]

이와 달리, 대지와 그 지상의 미등기건물을 양도하여 대지에 관하여만 소유권이전등기를 경료하고 건물에 관하여는 소유권이전등기를 경료하지 못하고 있다가 양수인이 대지에 설정한 저당권의 실행에 의하여 대지의 소유자가 달라지게 된 경우에 그 저당권설정 당시 양도인 및 양수인이 저당권자에게 그 지상건물을 철거하기로 하는 등의 특약을 한 바가 없다면 양도인이 그 지상건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다는 견해를 표명한 대법원 판결[237]은 이와 저촉되는 한도 내에서 이를 폐기하기로 한다.

## Ⅱ. 判例의 檢討

판례가 관습법상 법정지상권을 인정하는 취지는 동일인에게 속하고 있던 토지와 건물 중 어느 하나가 다른 사람에게 귀속될 때에, 당사자가 건물소유자를 위하여 토지의 이용권을 설정할 수 있는 기회를 가지지 못한 경우, 이를 인정하여 건물소유자에게 그 토지를 적법하게 이용할 수 있는 기회를 줌으로써 건물의 철거를 막고, 건물로서의 가치를 계속 유지하는 것이 사회경제적으로 바람직하다는 데 있다함은 앞에서 언급한 바이다.

이러한 지상권은 토지소유자의 재산권에 대한 중대한 제한이 되는 것이므로

236) 대판 1987. 7. 7, 87다카634; 대판 1992. 4. 10, 91다40610; 대판 1998. 4. 24, 98다4798 등 참조.

237) 대판 1972. 10. 31, 72다1515.

부득이한 경우에만 인정되어야 할 것이며, 그 인정범위를 확대하는 것은 되도록 피해야 한다.[238] 그런데 판례가 관습법상 법정지상권을 인정하는 것들은 반드시 부득이한 경우에만 인정되는 것이라고는 할 수 없다. 관습법상 법정지상권을 매매·증여 등의 경우까지 인정하고 있으므로 인정범위를 넓게 보고 있다. 동일인에게 속하였던 토지·건물 중 어느 하나를 매매나 증여 등으로 양도할 경우, 건물을 철거하지 않고 존속시키려면 당사자는 임대차계약을 체결하거나 지상권을 설정하는 등의 방법으로 문제를 해결하여 관습법상 법정지상권의 발생을 막을 수 있다.[239] 즉, 이러한 방법으로 해결할 수 있음에도 불구하고 매매·증여 등과 같은 경우까지 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 토지소유자에게는 지나친 희생을 강조하고, 건물소유자에게는 지나친 특혜를 주는 결과가 되며 거래의 안전을 해하게 된다.[240] 다만 강제경매나 국세징수법에 의한 공매 등에 있어서는 건물소유를 위한 임대차계약이나 지상권을 설정할 여유가 없는 경우에 해당하므로 관습법상 법정지상권을 인정해야 한다고 하는 견해도 있다.[241]

앞의 견해들과 달리 판례상의 관습법상 법정지상권을 지지하는 견해도 있다.[242] 즉, 건물소유자와 토지소유자는 토지이용권에 관하여 임대차계약을 체결하거나 지상권을 설정할 시간이 있는 것은 사실이나 건물소유자가 지상권설정의 원하는 경우 토지소유자는 이에 응하지 않을 것이고, 또한 토지임차권은 토지이용권이 약하며, 임차권을 등기하지 않는 한 제3자에게 대항할 수 없다. 토지전득자가 언제나 건물철거를 청구할 수 있다면 이는 사회경제적으로 불이익하다고 한다. 그리고 토지소유권의 중대한 제한이라는 부분에 대해서는 법정지상권 약정이 있는 지상권이므로 민법 제280조·제281조에 의하여 최단기간동안 존속하고,

---

238) 곽윤직, 전게서, 333면; 이은영, 전게서, 596면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1987, 576면.

239) 곽윤직, 상게서, 334면 참조.

240) 고상용, 전게서, 458-459면; 김증한·김학동, 전게서, 392면; 장경학, 전게서, 576면; 이상태, 전게서, 305면; 이영준, 전게서, 635면.

241) 고상용, 상게서, 459면; 이상태, 상게서, 305면; 이은영, 전게서, 617면. 다만 이은영 교수는 토지이용권에 대한 합의를 할 수 없는 경우(강제경매, 공매의 경우)에 한해서 민법 제366조를 통해서 해결해야 한다고 한다. 또한 건물의 철거가 사회경제적으로 손실이 큰 경우에는 토지소유자의 건물철거청구에 대하여 권리남용의 법리에 의하여 권리행사(건물철거청구)를 금하는 것이 타당하다고 한다.

242) 김상용, 전게서, 503-504면.

토지사용에 대한 지료를 받을 수 있기 때문에 지나친 희생을 강요하는 것은 아니라고 하고 있고, 또한 관습법상 법정지상권은 모든 경우에 인정되는 것이 아니고, 토지와 건물이 동일인에게 있었을 경우만 인정되므로, 토지소유자는 지상건물을 위해 토지이용의 부담이 있는 토지소유권을 취득하였으므로, 스스로 그와 같은 부담을 용인한 것이므로 토지소유자를 지나치게 희생시키는 것은 아니라고 하면서 관습법상 법정지상권의 존재를 적극적으로 긍정하고 있다.

그리고 공시의 원칙을 따를 때 관습법상 법정지상권은 부정되어야 한다는 견해도 있지만, 토지 위에 서있는 건물 그 자체가 적절한 공시방법의 역할을 하기 때문에 이를 부정할 필요가 없다.[243] 거래의 실제에 있어서도 토지를 매수하려는 자는 토지의 형태, 위치, 건물의 존부 등을 살펴보는 것이 일반적이다. 따라서 민법 제305조와 제366조에 의한 법정지상권이 성립한 경우 그 등기없이도 토지전득자가 법정지상권의 부담을 안는 것은 이론이 없으며, 또한 건물소유자를 보호하려는 이념을 가진 관습법상 법정지상권의 경우에는 등기없이는 그 건물이 보호될 수 없다는 것은 타당하지 않다고 한다.[244]

그러나 대체적으로 관습법상 법정지상권에 대한 학설의 입장은 그 성립의 범위가 너무 넓고, 객관적인 요건이 명확하지 않다고 비판하고 있다. 이와 관련하여 관습법상 법정지상권에 관한 판례의 태도가 타당하지 않다는 논거, 즉 관습법상 법정지상권의 문제점에 대해서는 항을 바꾸어 살펴보고자 한다.

## Ⅲ. 慣習法上 法定地上權의 問題點

판례가 인정하고 있는 관습법상 법정지상권에 대하여는 그 이론적 근거가 명확하지 않고, 공시가 불완전하여 선의의 제3자를 해할 우려가 클 뿐만 아니라 법률관계를 복잡하게 할 폐단을 가지고 있다는 문제점으로 비판을 받고 있다.[245]

---

243) 그러나 관습법상 법정지상권은 그것이 설정된 때에도 그 공시방법에 대하여는 따로 인정하는 바가 없고, 다만 그 처분시에 등기를 하여야 한다고만 하고 있어서 외부에서 그 권리의 존부를 쉽게 파악할 수 없기 때문에 공시방법이 불충분한 물권을 인정한 것이며, 그로 인하여 거래의 안전을 위협하는 것은 부인하기 곤란한 문제이다.

244) 최문기, “지상권에 관한 판례 및 입법의 변천”, 「민법학의 회고와 전망」, 민법전시행 30주년기념논문집, 1993, 378면.

### *1.* 慣習의 不存在

판례는 법정지상권의 근거로서 관습법을 들고 있다. 조선고등법원판례가 한국에서의 일반관습을 근거로 법정지상권을 인정한 이래 현재에 이르기까지 이러한 일반관습이 존재하는지는 의문이다.[246] 전술한 바와 같이 우리나라의 종래 관습은 대지(토지)가 동일소유자에게 속한 때에는 건물의 양도 또는 건물의 전당(저당에 해당)은 당연히 대지까지 포함된 것으로 간주하였으며, 이러한 관습에서는 건물을 주물로 보고 토지를 종물로 보는 경향이 있었기 때문에 건물을 목적으로 하고 대지를 제외하는 매매·전당계약을 체결할 때에는 특히 그 뜻을 계약서에 명시하도록 하였다. 더욱이 조선시대의 수목거래에 있어서 집단적으로 산을 거래의 객체로 하여 매매하는 경우가 대부분이고 과목·원목 수백주를 밭·가옥과 함께 1장의 계약서상에 기재하여 매매하는 경우가 있었다고 한다.[247] 또한 1838년의 거래계약서에서는 밭·가옥·쌀통·가마솥 등을 모두 거래의 객체로 한 명문도 있다.[248]

다만 광무 10년(1906년) 12월 토지·가옥증명규칙을 시행한 이래 토지와 건물은 별개로 증명하도록 되어 있기 때문에 위와 같은 관습은 점차 사라졌다. 조선말기의 토지거래 관행을 보면 대체로 토지·가옥·밭 등을 모두 일괄매도하는 것을 보면, 우리의 관습은 일반적으로 토지와 가옥을 같이 매매하는 것이라고 할 것이다. 우리의 관습은 건물과 토지의 운명을 같이 하는 것으로 보아야 한다.[249] 따라서 일제시대의 조선고등법원이 설시한 「조선에서의 일반관습」이란 것은 우리의 관습이라고 인정하기 어렵다고 할 것이다.

현재에는 지상권설정을 하는 경우가 거의 없다. 따라서 관습법상의 법정지상권

---

245) 곽윤직, 전게서, 244면; 권용우, 전게서, 392면; 장경학, 전게서, 576면; 김용한, 전게서, 386면; 김증한·김학동, 전게서, 392면; 이은영, 전게서, 615-618면.

246) 김학동·김증한, 전게서, 392면; 이영준, 전게서, 634면; 이은영, 전게서, 615-616면.

247) 김재문, “조선왕조의 수목 및 동산거래계약서고(1)”, 「재산법연구」 제6권 제1호, 한국재산법학회, 1989, 31면.

248) 김재문, 상게논문, 39면.

249) 곽윤직, “현행 부동산등기법의 문제점”, 「법학」 제29권 1호, 서울대학교 법학연구소 1988, 93면.

도 그 인정범위를 제한하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

### *2.* 法理論的 問題

일반적으로 관습법상 법정지상권을 인정하는 법적 근거로서 민법 제366조의 유추해석을 들고 있다. 민법 제366조는 예외규정이므로 함부로 확대해석 할 것이 아니라, 법정지상권의 경우에는 경매로 말미암아 건물소유자가 그 건물소유를 위하여 토지용익관계를 현실화할 수 있는 기회가 논리적으로 존재할 수 없음에 반하여, 매매에 의하여 동일인이 소유하는 토지와 가옥이 소유자를 달리하게 되는 경우에는 당사자는 충분히 사전의 계약에 의하여 그 용익관계를 현실화할 수 있고 또한 하고 있는 것이 현실이다. 따라서 관습법상 법정지상권의 논거로 민법 제366조를 끌어들이는 데에는 스스로 일정한 한계가 있다. 즉, 당사자가 자율적으로 용익관계를 현실화 할 수 없는 경우(예를 들면 강제경매·법원에 의한 공유물분할·국세체납에 의한 공매·귀속재산의 불하 등)에는 민법 제366조에 의하여 이른바 관습상의 법정지상권을 인정하는 것은 무리이기는 하지만 가능하다. 그러나 자율적으로 현실화할 수 있는 경우(예를 들면, 매매·증여·당사자의 협의에 의한 공유물분할의 경우)에는 무리이다. 이 경우에는 스스로 불리하게 계약한 자는 그 불이익을 감수하여야 한다는 일반원칙이 관철되어야 한다.[250]

### *3.* 契約機會의 活用抑制

매매에 의하여 동일인이 소유하는 토지와 가옥이 소유자를 달리하게 되는 경우에 당사자는 사전에 계약을 체결하여 그 용익관계를 현실화할 수 있으므로, 이 경우 법정지상권을 인정할 필요는 없다. 오히려 법정지상권을 인정함으로써 당사자가 자발적으로 용익관계를 조정하는 임대차계약·지상권설정계약 등을 체결할 동기를 박탈하게 된다.[251]

당사자가 임대차계약이나 지상권설정계약 등을 체결할 기회가 있었음에도 불

250) 이영준, 전게서, 634-635면.
251) 이은영, 전게서, 616면; 배성호, 전게논문, 379면; 이승길, 전게논문, 14면 참조.

구하고 그러한 기회를 활용하지 않는 경우까지 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 인정한다는 것은 당사자간의 사적 자치를 지나치게 간섭하는 결과가 된다.[252]

### *4.* 要件의 不明瞭

관습법상 법정지상권을 인정하는 요건이 불명확하므로 법정지상권을 민법규정보다 확대적용할 경우 어느 범위까지 인정하여야 할 것인지 그 경계가 명료하지 못하다. 물론 판례에 의하여 성립요건이 확립되어 있기는 하지만, 성문법으로 인정된 것이 아니라 관습법에 의하여 인정된 것이기 때문에 그 요건들이 명확한 기준이라고 보기는 어렵다.

또한 판례는 점차 관습법상 법정지상권을 인정하는 범위를 확대하고 있는데 이것은 요건 특히 토지소유자와 건물소유자가 분리되는 원인의 범위를 확정할 수 있는 명확한 객관적 기준이 없다는 것에 기인한 것이다.[253]

### *5.* 土地所有者의 犧牲强要

판례가 인정하는 관습법상 법정지상권은 토지소유자에게 중대한 제한이 되므로 부득이한 경우에만 인정되어야 하는데 그 인정범위가 확대되고, 토지소유자를 희생시키면서 건물소유자에 대한 지나친 보호측면이 있기 때문에 문제이다. 당사자가 건물 또는 토지를 매매·증여·협의에 의한 공유물분할 등으로 처분할 경우 임대차계약·지상권설정계약을 맺을 기회가 있었음에도 그러한 조치를 취하지 않은 경우까지 염려하여 건물을 위한 토지사용권을 인정한다는 것은 건물소유자를 지나치게 보호하고 토지소유자에게 희생을 일방적으로 강요하는 것이므로 부당하다고 할 것이다.[254]

---

252) 이승길, 상게논문, 15면 참조.
253) 이영준, 전게서, 635면.
254) 곽윤직, 전게서, 244면; 이은영, 전게서, 616면; 장경학, 전게서, 576면.

### *6.* 去來의 不安

매매 등에 있어서 건물소유자는 등기가 없어도 관습법상 법정지상권을 취득하므로 법정지상권을 취득한 건물소유자는 매매 등으로 달라진 토지소유자는 물론 그 토지를 전득한 제3자에 대해서도 법정지상권을 주장할 수 있음으로 인하여 등기없이 인정되는 지상권을 광범위하게 허용함으로 인하여 토지양수인이 불측의 손해를 볼 우려 등 거래의 안전을 해할 수 있다는 문제가 발생한다.[255] 즉, 동일인의 소유에 속하는 토지와 그 위에 건립되어 있는 가옥 중 가옥만을 매수하는 자는 이른바 관습법상 법정지상권을 취득하게 되며, 이 지상권은 법정지상권이기 때문에 등기없이도 그 건물의 소유자는 토지를 전득하여 소유권이전등기까지 마친 제3자에 대하여 그 지상권을 주장할 수 있고, 제3자는 그 법정지상권에 의하여 제한을 받는 소유권을 취득하는 것에 불과하게 된다. 그러나 건물매매계약에 직접 관여하였던 토지소유자가 그러한 불이익을 받는 것은 당연한 결과이지만, 그러한 계약에 관여할 기회도 없었고, 등기만 보고 토지를 매수한 제3자로서는 그러한 사실 및 법정지상권의 존재를 예측할 가능성이 없는 것이므로 이러한 경우 토지전득자가 법정지상권의 제한 있는 토지소유권을 취득하는 것은 불합리하고 거래의 안전을 크게 해친다고 할 것이다.[256]

255) 이영준, 전게서, 635면; 이은영, 전게서, 616면; 이태철, 전게논문, 15면.
256) 이영준, 전게서, 635면; 이은영, 전게서, 616면; 이상태, 전게서, 305면; 이승길, 전게논문, 13면.

# 제4장 慣習法上 法定地上權의 讓渡와 讓受人의 法的 地位

건물소유권과 건물을 위한 관습법상 법정지상권은 각각 독립한 별개의 물권이다. 또한 물권이므로 임차권인 채권과는 달리 제한을 받지 않고 양도를 자유로이 할 수 있다. 그런데 관습법상 법정지상권은 건물을 위하여 토지를 이용할 수 있는 권리이기 때문에 건물소유권과 불가분의 관계에 있다.

이하에서는 관습법상 법정지상권의 양도에 대해서 구체적으로 살펴보고자 한다.

## 제1절 慣習法上 法定地上權의 讓渡

### Ⅰ. 民法 第187條 但書 規定에 의한 讓渡

민법 제187조에 의하면, 관습법상 법정지상권은 법률규정(관습법 포함)에 의한 물권취득이므로 등기를 하지 않아도 취득할 수 있다. 다만 관습법상 법정지상권을 처분하려면 미리 취득등기를 한 후 이전등기를 하여야 한다. 민법 제187조 단서에 따르면, 관습법상 법정지상권을 가진 건물을 양도할 때에는 관습법상 법정지상권을 등기하고, 다시 이 법정지상권의 양도가 있어야 건물양수인은 계속해서 지상권을 취득하여 토지를 이용할 수 있다. 그런데 문제는 관습법상 법정지상권이 있는 건물소유자는 법정지상권을 등기하지 않고 있다가 건물만 양도하는 경우가 있다. 이러한 경우 민법 제187조 단서를 적용하여 건물양수인은 법정지상권을 이전받지 못하였으므로 토지소유자에 대하여 법정지상권을 주장할 수 없다고 한다.[257] 즉, 민법 제187조 단서의 규정이 등기하지 않으면 그 처분은 효력이 없다고 보는 것이다.

그런데 민법 제187조 단서에 대하여 단속규정인지 효력규정인지에 대하여 논란이 있어 왔다. 민법 제187조 규정은 등기에 의하지 않은 부동산물권취득을 규

257) 김형수, 전게논문, 54면.

정한 스위스 민법 제656조 제2항을 계수한 것인데, 스위스 민법에서는 단서규정을 등기하도록 독려하기 위한 단속규정으로 보기 때문에 사전에 등기를 하지 않고 처분하여도 효력을 잃는 것은 아니라고 하였다.[258]

만약 민법 제187조 단서의 규정을 단속규정으로 본다면, 관습법상 법정지상권의 등기를 하지 않은 건물양수인도 토지소유자에게 이러한 지상권을 주장할 수 있다는 결론에 도달하고, 효력규정으로 본다면 상속·공용징수·판결 등 법률규정에 의하여 물권을 취득한 자가 그 등기 전에 이를 처분한 법률행위는 효력이 생기지 않고 무효로 된다는 것이다.[259] 그러나 우리 민법 제187조의 단서규정을 단속규정으로 본다면 민법이나 부동산등기법에 벌칙규정이 있어야 하는데, 이에 관한 어떤 규정도 없으며 부동산물권변동에 있어 공시의 원칙을 관철시키기 어렵고 사실상 동 단서규정은 사문화될 수 밖에 없다. 그러므로 민법 제187조 단서규정을 스위스 민법의 해석에 근거하여 이를 단속규정으로 정한다는 것은 어려움이 있기 때문에 효력규정을 전제로 한 판례의 입장이 우리 법에 관한 한 합당한 것이라고 한다.[260] 민법 제187조 단서를 효력규정으로 본다면 거래안전이 위협받을 가능성이 많은 것도 사실이지만, 그렇다 하더라도 민법규정의 올바른 적용을 통하여 법규정신에 어긋나는 거래행위를 올바른 방향으로 유도하는 것이 필요하다고 할 것이다.[261]

## Ⅱ. 慣習法上 法定地上權의 讓渡에 대한 判例의 態度

관습법상 법정지상권의 양도에 대하여 초기의 판례는 관습법상 법정지상권은 법률규정에 의한 물권취득이므로 등기를 하지 않아도 취득할 수 있으나, 이를 처분(양도)할 때에는 등기를 한 후에 양도해야 한다는 민법 제187조 단서 규정을 따랐다.[262] 그러나 판례는 점차 태도를 완화하여 건물양수인은 관습법상 법정지

258) 이시윤, “관습법상의 법정지상권”, 「법정」, 1966. 1·2, 30면.
259) 김형수, 전게논문, 55면.
260) 대판 1977. 3. 22, 76다2058 참조; 이시윤, 전게논문, 133면; 이영준, 전게서, 162면 참조.
261) 김형수, 전게논문, 55면 참조.
262) 대판 1970. 7. 24, 70다729; 대판 1973. 5. 22, 73다201; 대판 1976. 5. 25, 74다1287; 대

상권의 이전등기를 하지 않았더라도 토지소유자에 대하여 법정지상권설정등기청구를 건물양도인을 대신하는 채권자대위권을 행사하여 건물양도인을 거쳐 건물양수인에게 이전등기할 수 있도록 하였으며, 나아가 토지소유자의 건물양수인에 대한 건물철거의 주장은 그 지상권설정등기절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구로써 이는 신의성실의 원칙에 반하므로 건물철거청구를 할 수 없다고 판시하였다.[263]

이하에서 관습법상 법정지상권의 양도에 관한 판례의 태도를 토지만 양도된 경우와 건물 및 관습법상 법정지상권이 양도된 경우로 나누어 살펴보고자 한다.

### *1.* 土地만 讓渡된 경우

관습법상 법정지상권을 취득한 후 취득 당시의 토지소유자와 그 후 그 토지소유권을 전득한 제3자에 대한 관습법상 법정지상권의 지위문제이다. 이 경우는 경우를 나누어 볼 수 있을 것이다. 하나는 등기없이도 당시의 토지소유자는 물론 그 양수인인 제3자에게도 관습법상 법정지상권을 주장할 수 있다. 판례는 "관습상의 법정지상권은 관습법에 의한 부동산에 관한 물권의 취득이므로 등기를 필요로 하지 아니하고 지상권취득의 효력이 발생하는 것이며 이 관습상 지상권은 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 토지소유자나 이로부터 소유권을 전득한 제3자에게 등기없이 위 지상권을 주장할 수 있다"고 판시하였다.[264] 다른 하나는 토지만이 양도된 경우에 관습상의 법정지상권에 관한 경우이다. 즉, 대지만의 전전과 관습상의 법정지상권에 관하여 판례는 "미등기건물을 그 대지와 함께 양수한 甲이 위 대지에 대하여서만 소유권이전등기를 경료하고 건물에 대하여서는 등기를 경료하지 아니하였다면 甲은 위 건물에 대하여는 소유권을 취득하였다고 할 수 없으므로 위 토지에 대하여 甲으로부터 전전하여 소유권을 양수한 乙에게 관습상의 법정지상권을 주장할 수 없다"고 판시하였다.[265]

---

판 1982. 10. 12 80다2667 참조.

263) 대판(전) 1985. 4. 9, 84다카1131·1132.

264) 대판 1984. 9. 11, 83다카2245.

265) 대판 1987. 7. 7, 87다카634.

### 2. 建物 및 慣習法上 法定地上權의 讓渡가 있는 경우

건물소유권과 관습법상 법정지상권은 각각 별개 독립의 물권이므로 등기를 달리하여 공시하여야 한다. 그런데 관습법상 법정지상권은 법률규정에 의하여 등기없이 취득이 가능하지만 처분을 하기 위해서는 등기를 해야 한다. 그러므로 건물을 양도할 때에는 건물소유권의 양도와 더불어 관습법상 법정지상권을 등기하고 이 지상권을 양도하여야 건물양수인은 두 권리를 모두 양도받아 계속해서 건물을 위하여 토지이용권을 갖게 될 것이다. 그러나 문제는 양도시 관습법상 법정지상권을 가진 건물양도인이 이 지상권을 등기하고 있지 않다가 건물소유권만 양도하는 경우이다.

이러한 경우에 대한 판례의 입장은 "관습법에 의한 법정지상권도 등기를 하지 않으면 처분할 수 없다"[266]라고 하여, 민법 제187조 단서를 엄격히 적용하여 판시하였다.

또한 판례는 "관습법상 법정지상권을 취득한 자로부터 건물을 전득한 자가 건물을 위한 법정지상권의 설정등기 및 이전등기를 경료하지 못한 때에는 토지소유자에게 관습법상 법정지상권을 주장할 수 없다"하였으며,[267] "관습상의 법정지상권을 전득하려면 먼저 건물소유자가 그의 법정지상권의 등기를 하고, 그 다음에 이 지상권의 이전등기를 하여야 한다"고 하여, 계속 같은 입장을 취하였다.[268] 그런데 판례는 "건물과 함께 미등기인 법정지상권의 처분에 따른 이전등기를 하지 아니하였다면 그 법정지상권은 소멸되지 않고 원래의 법정지상권자에게 유보되어 있는 것으로 본다"고 판시하여[269] 건물의 원소유자가 처분한 후 이전등기를 하지 않은 경우 법정지상권이 소멸하지는 않는다고 보고 있다.

그러나 "건물이 경매에 의하여 소유권이 이전되었다면 경락인이 건물을 경락

---

266) 대판 1966. 10. 18, 66다1432; 대판 1970. 6. 30, 70다809.

267) 대판 1970. 4. 28, 70다221.

268) 대판 1968. 7. 31, 67다1759에서 "토지와 그 지상건물이 같은 소유자의 소유에 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매매되어 양자의 소유자가 다르게 될 때에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 한, 당연히 건물소유자는 그 토지 위에 소위 관습에 의한 법정지상권을 취득하게 되나 위 지상권양도에 있어서는 등기를 요한다"고 였다 (대판 1971. 7. 29, 71다1131; 대판 1974. 2. 26, 73다1394 참조).

269) 대판 1980. 9. 9, 78다52.

한 후 철거하거나 헐어버리거나 하는 등의 매각조건하에서 경매가 되는 등 특별한 사정이 있지 않은 경우에는 지상권도 건물의 이전과 불가분리관계에서 그에 따라서 이전되었다 할 것이고 이렇듯 경매에 의해서 이전된 지상권은 그에 대한 등기가 없어도 그 후의 그 토지전득자에 대하여도 당연히 유효하다"고 판시하여 경매에 의한 경우는 예외로 인정하고 있다.[270]

판례는 점차 태도를 완화하여 법정지상권의 등기없이 건물을 양도한 경우에 그 양도에 대하여 채권적 계약을 인정하고 건물양수인이 채권자대위권을 행사하여 그 지상권등기를 할 수 있도록 하였다. 즉, 판례는 "법정지상권에 관한 등기가 되어 있지 않은 건물을 양도한 경우에 그 양도에 대한 채권적 계약을 인정함이 상당하고, 그에 따라 양수인은 양도인에 대하여 등기청구권을 가지고 있을 뿐만 아니라 등기신청권을 보유하고 있어 채권자대위에 의거 이를 대위행사할 수 있다"고 판시하였다.[271] 또한 "건물양수인은 채권자대위의 법리에 의하여 토지소유자 및 건물양도인에 대하여 차례로 지상권설정등기 및 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다"고 하였다.[272]

그러나 건물양수인 명의로 지상권이전등기가 경료되지 않는 한 건물양수인은 지상권자가 될 수 없다고 한 판례를 보면, "비록 건물양수인이 법정지상권설정등

---

270) 대판 1976. 5. 11, 75다2338; 대판 1979. 8. 27, 79다1087. 이 판결에서는 "건물소유를 위하여 법정지상권을 취득한 자로부터 경매에 의하여 그 건물의 소유권을 이전 받은 경락인은 위 지상권도 당연히 이전받았다 할 것이고, 이는 그에 대한 등기가 없어도 그 후에 담보토지를 전득한 자에 대하여 유효하다"라고 판시하였다. 그리고 대판 1985. 2. 26, 84다카 1578, 1579. 이 판결에서는 "건물소유를 위하여 법정지상권을 취득한 자로부터 경매에 의하여 그 건물의 소유권을 이전 받은 경락인은 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건 하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 경락취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득한다"고 판시하였다.

271) 대판 1967. 11. 26, 67다카1718, 1831.

272) 대판 1988. 9. 27, 87다카279. 이 판결에서 판례는「관습상의 지상권은 법률행위로 인한 물권의 취득이 아니고 관습법에 의한 부동산물권의 취득이므로 등기를 필요로 하지 아니하고 지상권취득의 효력이 발생하고 이 관습상의 법정지상권은 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 토지소유자나 이로부터 소유권을 전득한 제3자에게 대하여도 등기 없이 위 지상권을 주장할 수 있다」고 판시하였다. ; 대판 1989. 5. 9, 88다카15338 이 판결에서「법정지상권자가 그 소유건물을 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이므로 건물양수인은 채권자대위의 법리에 의하여 토지소유자 및 건물양도인에 대해 차례로 지상권설정등기 및 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다」고 판시하였다.

기청구권을 채권자대위권에 의해서 대위행사할 수 있다고 하더라도 구체적으로 법정지상권설정등기 및 이전등기를 하여 그가 지상권자가 되지 않는 한 토지소유자에 대하여 그 토지에 대한 사용을 주장할 수 없으며, 건물양수인이 법정지상권설정등기청구권을 대위행사할 지위에 있다는 사정만으로 토지에 대한 점유를 정당화할 만한 적법한 권원이 되지 못한다는 판단 아래, 피고의 항변을 배척한 조치는 정당하고 거기에 법정지상권의 처분이나 채권자대위권행사에 대한 법리를 오해하였다는 논지는 이유 없다"고 판시하였다.[273] 이는 종래의 판례가 토지소유권자보다 건물양수인을 궁극적으로 보호해 온 입장에서 태도를 바꾸었다고 볼 수 있을 것이다. 이에 대하여 학설은 이 판례는 형식적이고 이론적으로는 옳은 판결이라고 할 수 있으나, 판례가 법정지상권의 물권성에만 눈을 돌려 그 독자성을 강조한 나머지 이 제도의 임무와 기능을 저버린 채 법정지상권을 본 결과, 건물의 존립과 불가분의 관계에 있는 법정지상권의 문제를 건물과 분리하여 검토하였기 때문에 그 결론이 구체적 타당성을 잃었을 뿐만 아니라 이론에도 맞지 않게 되었고, 또한 지상권설정등기의무자인 토지소유자가 스스로 의무를 부인하는 건물철거는 용인해서는 안 된다는 것이며, 적절한 이유를 찾지 못하면 채권자대위의 법리를 원용해서라도 건물과 함께 법정지상권을 양수한 양수인의 법적 지위를 보호해야 함에도 이와 다른 결론을 내린 본 판결은 위법하다는 비난을 면하기 어려울 것이라고 비판하였다.[274]

근래에 와서 판례는 위 판례의 입장을 변경하여 건물양수인이 법정지상권설정등기를 대위행사할 수 있는 한, 토지소유자는 건물양수인에 대하여 건물의 철거를 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 한다. 판례는 "법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도받기로 한 자는 채권자대위의 법리에 따라 前 건물소유자 및 토지소유자에 대하여 차례로 지상권설정등기 및 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다 할 것이므로, 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 토지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수

273) 대판 1982. 10. 12, 80다2667.
274) 서민, "법정지상권양수인의 법적 지위", 「민사판례연구」, 경문사, 1984, 67면.

없다"라고 판시하였다.[275]

이 판결에 대한 소수의견은 "토지소유자로서는 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하였을 뿐 아직 법정지상권을 취득하지 못하고 있는 건물양수인에 대하여 법정지상권의 승계취득에 협력할 의무를 부담하지 않고 있으며 그 의무는 법정지상권자에게 있을 뿐이므로 의무 없는 토지소유자에게 그 승계취득에 관한 건물양수인의 이익을 배려하라고 요구할 수는 없고 이를 배려하지 아니한 행위를 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버린 것이라 나무랄 수는 없어 토지소유자가 건물 양수인에 대하여 하는 소유권에 기한 건물철거청구를 획일적으로 신의칙 위반이라고 배척할 수는 없으며 건물양수인은 앞으로 법정지상권을 유효하게 취득함으로써 건물을 보호받을 수 있는 법적 수단을 가진 자이므로 이런 법적 수단을 갖춘 경우에만 토지소유자의 토지용익권에 우선할 수 있고 그렇지 않는 한 토지소유자의 철거청구에 대항할 수 없다고 보는 것이 토지용익관계의 조정상 공평하고 합리적인 해석이며, 또 현행 부동산공시제도의 원칙에도 합당하다"고 하였다. 또한 판례의 다수견해에 반대하는 견해는 민법의 대원칙인 공시원칙에 위배되고 있으며, 법정지상권은 미등기의 건물양수인을 지나치게 보호하여 여러 가지 부작용이 나타날 가능성이 있고, 특히 토지의 전득자에게 불측의 손해를 입히게 되며, 건물과 토지의 소유자가 다른 부동산의 경우 토지의 시가가 하락하고 거래가 위축되는 현상이 우려된다고 하였다.[276] 또한 이 판례의 다수견해가 신의성실의 원칙을 적용하였는데, 이는 토지소유자가 건물양수인에게 건물철거청구를 할 수 없는 근거를 구체적인 민법규정이나 논리적 이론의 뒷받침 없이 신의칙에서 찾았다는 점에서 그 합리적인 근거의 박약함을 보여주고 있다고 하였다.[277]

위의 판결의 입장은 건물양수인에게 관습법상 법정지상권의 양도가 없으면 토지소유자에 대하여 이 지상권을 주장할 수 없으며, 토지소유자의 건물철거에 응하여야 한다는 입장을 변경하여 토지소유자보다 건물양수인을 궁극적으로 보호

275) 대판(전) 1985. 4. 9, 84다카1131, 1132.
276) 위 전원합의체 판결에 대한 반대의견의 대법원 판사로는 유태흥, 강우영, 전상석, 신정철, 이회창, 김형기 등이다.
277) 김학수, "법정지상권의 양수인의 보호", 「판례연구」, 창간호, 대구지방법원판례연구회, 1987, 35-36면.

하려는 입장을 취하는 의도로 볼 수 있다.[278]

그 후 계속하여 판례는 법정지상권의 등기를 하지 않은 미등기의 건물양수인을 보호하기 위하여 토지소유자의 건물철거는 지상권의 부담을 용인하고 지상권 설정등기절차를 이행할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 것이어서 신의성실의 원칙상 허용할 수 없다는 입장을 취하고 있다.[279]

## 제2절 慣習法上 法定地上權을 讓受人의 法的 地位

관습법상의 법정지상권이 인정된 건물을 취득하고 건물에 관해서는 소유권이전등기까지 마쳤으나 법정지상권에 대하여는 등기를 마치지 않은 자의 법적 지위의 문제를 다음의 측면에서 살펴보면 다음과 같다.

### Ⅰ. 地上權登記(代位)請求

예컨대 甲소유의 토지와 건물중 토지가 乙에게 매각되어 이전등기가 된 후 丙이 건물을 양수하고 그 이전등기까지 마쳤으나, 법정지상권의 이전등기를 하지 못하고 있는 경우에 丙이 직접 甲에 대하여 법정지상권의 이전등기절차이행을 구하거나, 甲을 대위하여 법정지상권의 설정등기절차이행을 구하는 것이 허용되는 근거는 무엇인가.[280]

---

278) 김형수, 전게논문, 58면.

279) 대판 1987. 5. 26, 85다카2203. 이 판결은 “토지 위에 건물을 소유할 수 있는 법정지상권을 취득한 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권을 양수받기로 한 자는 채권자대위의 법리에 따라 토지소유자 및 전 건물소유자에 대하여 차례로 지상권 설정등기 및 그 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다 할 것이므로, 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 그 지상권의 부담을 용인하고 또한 그 설정등기절차를 이행할 의무가 있는 토지소유자가 오히려 그 토지소유권에 기하여 건물철거 및 토지인도 등을 구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다”고 판시하였다(동지 대판 1989. 5. 9, 88다카15338; 대판 1991. 5. 28, 91다6658; 대판 1992. 3. 10, 91누5211; 대판 1996. 3. 26, 95다45545, 45552, 45569).

280) 이에 대하여 오창수, 전게논문, 205면 이하; 배병일, “관습상의 법정지상권”, 「영남법

우선 민법 제187조 단서의 법적 성질과 관련하여 훈시규정설은 甲이 법정지상권의 설정등기를 하지 않은 채 건물을 丙에게 처분했다 하더라도 甲의 처분행위는 유효하고, 丙은 甲에 대하여 법정지상권의 이전등기청구권이 있고 그 청구권을 보전하기 위하여 甲을 대위하여 乙에게 甲명의의 지상권설정등기를 청구할 수 있다고 함에 대하여, 효력규정설은 甲의 법정지상권처분행위는 무효이므로 丙의 甲에 대한 청구나 甲를 대위한 乙에 대한 청구가 불가능하게 될 것이다.[281]

위의 사례에서 甲은 지상건물의 소유권을 상실하였으므로 법정지상권은 당연히 소멸되는 것인가. 민법 제404조는 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 여기에서 자기의 채권을 보전하기 위하여는 채무자의 무자력을 의미한다고 한다. 그러나 판례는 특정채권을 보전하기 위하여는 무자력이 필요하지 않다고 하고 이러한 특정채권으로는 등기청구권, 물권적 청구권, 임차권 등이 있다고 한다. 따라서 특정채권인 등기청구권을 채무자가 행사하지 않을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사할 수 있다.

법정지상권의 건물소유권에 대한 부종성을 강조하여 건물소유권이 이전되면 법정지상권도 이전되는 것으로 보는 견해도 있으나,[282] 법정지상권도 물권이므로 민법 제282조에 의하여 법정지상권자는 그 지상권을 타인에게 양도하거나 존속기간의 범위내에서 그 토지를 임대할 권능을 보유하고 있는 것으로 보아 법정지상권은 여전히 법정지상권 발생당시의 건물소유자에게 존속하는 것으로 볼 수 있고, 결국 위의 사례에서 丙은 甲에 대하여 법정지상권의 이전등기를, 甲을 대

---

학」제2권 제1·2호, 고 계당최해태박사 추모특집, 영남대학교 출판부, 1995, 216면 이하 참조.

281) 다만 효력규정설의 입장에서 위 단서의 「처분」에는 물권행위만 포함된다고 하여 위 단서에 위반한 처분행위라 하여도 그 원인이 되는 채권행위까지 무효로 되는 것은 아니라고 하면서 丙의 지상권등기청구를 허용하는 견해가 이론적인 면에서 문제가 있음은 앞서 본바와 같다.

282) 고상용, 전게서, 92면; 서민, "법정지상권 양수인의 법적 지위", 64면. 이 견해는 형식주의를 취하는 우리민법의 해석상 난점이 있다. 건물소유권의 양도에 수반하여 법정지상권이 이전되는 것도 법률행위에 의한 것으로서 건물소유권이전등기 외에 법정지상권이전등기가 있어야 할 것이며 특별한 법률상의 근거없이 해석에 의하여 공시원칙에 대한 예외를 인정하기 어렵다(윤진수, "법정지상권 성립후 건물을 취득한 자의 지위(상)", 「사법행정」, 1986. 5, 23면 참조).

위하여 乙에게 그 설정등기를 각 청구할 수 있다.[283] 판례도 "지상권이 설정됨으로 인정되는 건물을 양도하기로 한 경우에 건물철거 등 합의가 있는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도 양도하기로 한 것이어서 지상권자는 양수인에게 그 지상권의 설정등기를 한 후 이의 양도등기절차를 이행하여줄 의무를 부담한 것이라 해석되고, 지상권의 등기가 없었다고 하여 건물의 양도가 있을 경우에 특별한 사정이 없는 한 곧 그 지상권이 소멸된 것이라 인정할 수 없다"고 한다.[284] 다만 법정지상권성립후 대지의 소유자가 변동된 때에는 새로운 대지소유자를 설정등기절차의 이행의무자로 본다.[285]

이에 관하여 판례는 대지와 지상건물이 원래 모두 피고 을의 소유이었던 것을 국가가 국세징수법의 절차에 따라 공매한 결과 대지는 국가에 낙찰되어 취득등기를 경료하고 건물은 소외 丙에게 낙찰되어 취득등기가 경료되었다. 이어서 토지는 피고가 국가로부터 매수하고 건물은 원고 甲이 소외 丙으로부터 매수하여 취득등기를 경료한 사례에서 판례는 지상권이 설정된 것으로 인정되는 건물을 양도하기로 한 경우에 건물철거등 합의가 있는 것과 같은 특별한 사정이 없을 때에는 건물과 함께 지상권도 양도하기로 한 것이어서 지상권자는 건물양수인에 대하여 그 지상권의 설정등기를 한 후 이의 양도등기절차를 이행하여 줄 의무를 부담한 것이라 해석되고 위와 같은 사정하에서 특별한 사정이 없는 한 대지 및 건물소유자였던 피고 乙은 건물과 함께 지상권도 양도하기로 하였으나 그 지상권에 관한 등기가 없으므로 의연 지상권자라고 할 것이며 피고 乙은 소외 丙에게 그는 다시 원고에게 지상권을 양도하기로 한 채권적 계약이 있는 것으로 인정함이 상당하다. 원고는 채권자대위의 법리에 의거 피고에 대하여 피고 乙에게 지상권설정등기절차 이행을 구하고 피고 乙에 대하여는 소외 丙에게 그는 다시 원고에게 순차로 그 지상권의 각 이전등기를 구할 수 있다고 하였다.[286]

따라서 법정지상권자가 건물을 제3자에게 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 법정지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할

---

283) 일반적으로 이러한 결론을 인정한다. 박준서, 전게논문, 139면; 박우동, "관습법상의 법정지상권", 「사법행정」, 1977. 10, 15면; 이재성, 전게논문, 171면.
284) 대판 1967. 11. 28, 67다1831; 대판 1980. 9. 9, 78다52; 대판 1981. 9. 8, 80다2873.
285) 대판 1967. 11. 28, 67다1831.
286) 대판 1967. 11. 28, 67다1831.

것이고, 양수인은 양도인을 순차 대위하여 토지소유자 및 건물의 전소유자에 대하여 법정지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있고, 토지소유자는 건물소유자에 대하여 법정지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무가 있다.[287]

나아가 법정지상권이 붙은 건물의 양수인은 법정지상권에 대한 등기를 하지 않았다 하더라도 토지소유자에 대한 관계에서 적법하게 토지를 점유사용하고 있는 자라 할 것이고 따라서 건물을 양도한 경우라고 하더라도 지상권갱신청구권이 있고 건물의 양수인은 법정지상권자인 양도인의 갱신청구권을 대위행사할 수 있다.[288]

## Ⅱ. 讓受人의 占有할 權利

관습법상의 법정지상권자로부터 건물을 취득한 자는 토지를 점유할 권리를 갖는가. 이른바 점유자의 점유할 권리는 반드시 점유자가 소유자에게 직접 주장할 수 있는 물권이나 채권 등의 권리를 가지고 있는 때에만 인정되는 것이 아니라 그러한 권리를 가지고 있는 적법점유자로부터 점유를 이전받은 경우에도 인정된다고 볼 것이다.[289] 판례도 "부동산소유권이전등기의무자가 그 목적물을 제3자에게 양도하고 아직 그 소유권이전등기를 경유하지 않고 사망하였을 경우 소유권이전등기청구권을 가진 위 제3자로부터 매수하여 점유하는 자는 소유권 이전등기의무자의 상속인들에 대한 관계에서 불법점유라고 볼 수 없다고 한다"고 판시하고 있다.[290]

법정지상권자는 토지상의 건물을 사용하는데 일반적으로 필요하다고 인정될 수 있는 범위내의 토지에 대하여는 이를 점유할 권리를 가질 뿐만 아니라 토지소유자에 대한 관계에 있어서도 제3자에게 점유를 이전할 권리를 갖는다고 할 것이다. 따라서 법정지상권을 양수한 자는 아직 그 등기를 마치지 아니하였다 하

287) 대판 1985. 4. 9, 84다카1131, 1132; 대판 1989. 5. 9, 88다카 15338; 대판 1991. 9. 24, 91다21701; 대판 1995. 4. 11, 94다 39925.
288) 대판 1995. 4. 11, 94다39925.
289) 윤진수, 전게논문, 42면.
290) 대판 1984. 4. 10, 83다카1222.

더라도 토지소유자에 대하여 그 법정지상권이 미치는 범위내의 토지를 점유할 권리가 있는 적법한 점유자라고 봄이 타당하다. 위 전원합의체판결의 다수의견이 대지소유자의 건물철거청구는 의무있는 자가 권리자를 상대로 한 청구라고 하면서도 건물소유자에게 대지를 점유할 권리가 있다거나 그의 점유가 적법한 것이라고 명백히 밝히지는 않고 있지만 근본적으로는 건물소유자의 대지점유권을 인정한 것으로 볼 것이다.[291]

## Ⅲ. 建物讓受人에 대한 土地所有者의 建物撤去請求

종래의 판례는 "법정지상권있는 건물의 양수인이 그 대지에 대한 지상권설정등기청구권 또는 지상권이전 등기청구권을 대위행사할 수 있는 지위에 있다 하여도 건물양수인이 지상권등기를 취득하지 아니한 이상 위 사유만으로는 토지소유자에 대하여 그 토지를 점유할 정당한 권원이 있다고 주장할 수 없다"[292]고 판시하였다. 즉, 대지소유자는 법정지상권 성립 후 법정지상권의 등기가 없는 건물을 취득한 자에 대하여 건물철거 및 대지의 인도를 구할 수 있다고 하였다.

이 판결에 대하여 찬성하는 견해는[293] 건물의 철거를 구하는 대지소유자와 지상권의 이전을 구하는 건물양수인은 직접적인 당사자가 아니며 건물양수인은 어디까지나 양도인을 대위하여 대지소유자에게 법정지상권의 설정등기를 구할 수 있을 뿐이고 대지소유자는 건물의 전득자에게 아무런 의무가 없다고 한다.[294] 의무있는 자가 권리자를 상대로 한 청구는 허용되지 않지만 이때의 의무자나 권리자는 직접적인 의무자와 권리자에 한정된다. 법정지상권을 등기하지 아니하였다하여 건물소유자가 건물을 철거하여야 한다는 것은 건물소유자의 이익보호를 소홀히 하는 것이기는 하지만 등기를 할 수 있음에도 하지 않는 자는 권리위에 잠

291) 다만 법정지상권양수인이 적법한 점유자라는 것이 그가 등기없이도 당연히 법정지상권을 취득한다는 것이 아니므로 공시의 원칙과는 관계가 없다(윤진수, 전게논문), 43, 44면).
292) 대판 1970. 7. 24, 70다729; 대판 1982. 10. 12, 80다2667.
293) 박우동, 전게논문, 17면; 김용규, "법정지상권에 관한 판례연구", 「저스티스」, 1972. 12, 22면.
294) 박우동, 전게논문, 17면.

자는 자로서 보호할 필요가 없다고 한다.

반대하는 견해[295]는 건물취득자가 법정지상권자를 대위하여 대지소유자에게 법정지상권의 등기를 청구할 수 있다는 것을 토대로 하여 이론을 전개하고 있다. 즉 법정지상권의 설정등기절차를 이행하여야 할 지위에 있는 대지소유자가 그 이행을 청구할 수 있는 지위에 있는 건물취득자에게 건물의 철거를 청구하는 것은 취득시효기간의 경과로 소유권이전등기를 청구할 수 있는 자에 대하여 소유자가 인도를 청구할 수 없는 것과 마찬가지로 의무 있는 자가 권리자를 상대로 청구하는 것이므로 인용될 수 없다고 한다.[296] 또한 적법한 점유자로부터 적법하게 점유를 승계한 자의 점유는 적법한 점유이며 결코 불법점유가 될 수 없다고 한다.[297] 다만 건물의 소유권이 경매에 의하여 이전된 경우에는 법정지상권이 등기없이도 당연히 새로운 소유자에게 이전한다고 보아 예외를 인정하고 있다.[298]

그 후 대법원 전원합의체는 앞서의 판례를 변경하여 "법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도받기로 한자는 채권자대위의 법리에 따라 전건물소유자 및 대지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있다. 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행 할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다"[299]고 하여 토지소유자는 법정지상권의 등기가 없는 건물양수인에게 건물철거를 할 수 없다고 하였다. 이에 대한 6인의 소수의견은 첫째, 토지소유자는 법정지상권을 가진 당초의 건물소유자 아닌 자에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 자기의 토지용익권을 주장할 수 있다. 둘째, 토지소유자가 부담하는 지상권설정등기의무는 이미 유효하게 성립되어 있는 법정지상권의 공시방법을 갖추어 준다는 의미가 있을 뿐이고 취득시효의 경우처럼 그 등기에 의하여 건물소유자에게 새로운 권원을 창설하여

295) 박준서, 전게논문, 140면; 서민, "법정지상권 양수인의 법적 지위", 61면: 이주성, 전게논문, 109면: 고상용, "법정지상권 양수자의 법적 지위", 「법률신문」, 1985. 11. 11, 12면; 이재성, "법정지상권에 대하여", 「변호사」제16집, 서울변호사회, 175면.
296) 박준서, 전게논문, 140면; 이주성, 전게논문, 108면.
297) 서민, "법정지상권 양수인의 법적 지위", 66면.
298) 대판 1976. 5. 11, 75다2338.
299) 대판 1985. 4. 9, 84다카1131, 1132.

주는 것이 아니므로 이를 신의칙 위반의 근거로 삼을 수 없다. 셋째, 토지소유자는 당초의 건물소유자인 법정지상권자에 대하여는 그의 권리실현에 협력할 의무가 있으나 지상권이전등기청구권만을 가진 건물양수인에 대하여는 그 이익의 실현에 협력할 의무를 지지 않으므로 그러한 토지소유자가 건물양수인의 이익을 배려하지 않는다 하여 이를 신의칙위반이라 할 수는 없다. 특히 지상건물철거가 가능할 것으로 믿고 토지소유권을 취득한 자의 권리행사를 획일적으로 형평과 신뢰에 어긋나는 권리행사라고 할 수는 없다. 넷째, 다수의견과 같이 해석하면 건물양수인은 언제나 등기를 하지 않고도 사실상 법정지상권의 배타적 효력을 향유하게 되어 부동산공시제도의 원칙에 어긋난다. 다섯째, 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우의 토지이용관계의 조정에 있어서는 사회경제적 손실을 이유로 건물의 존립보호만을 우선시킬 수는 없는 것이고, 토지소유자의 권익과 공시제도의 원칙과를 고려하여 조정이 이루어져야 하는데 건물양수인은 자신의 권리를 보호할 법적수단(등기)이 부여되어 있으므로 이를 갖춘 경우에만 이해상충되는 토지소유자의 용익권에 우선할 수 있고 그렇지 못하면 토지소유자의 철거청구에 대항하지 못한다고 보는 것이 공평하고 합리적인 해석이다라고 다수의견을 비판하고 있다.[300] 이후 이러한 전원합의체 판결에 따르는 판례는 계속 나타나고 있다.[301]

300) 배병일, 전게논문, 218면 이하 참조.

301) 대판 1988. 10. 24, 87다카1604; 대판 1991. 5. 28, 91다6658; 대판 1991. 9. 24, 91다21701.

# 제5장 慣習法上 法定地上權에 관한 立法論議

## 제1절 法定地上權의 立法過程

관습법상 법정지상권제도의 타당성을 검토하기 위해서는 먼저 현행 민법 제305조와 제366조의 법정지상권의 입법과정을 살펴볼 필요가 있다. 즉, 구한말의 토지와 건물의 처분에 대하여 법정지상권에 관한 관습이나 법제가 어떻게 존재하였나를 살펴보고, 일제시대에 도입된 법정지상권제도에 대하여 검토하여 보아야 한다. 또한 현행 민법 초안시에 법정지상권에 대한 입법과정과 일본민법 제정시의 법정지상권에 대한 논의에 대하여도 알아본다.

### Ⅰ. 日本 民法의 法定地上權에 관한 立法背景

일본 민법의 기초자였던 梅謙次郎 박사가 제출한 원안(원안 제365조)[302]에는 현행 일본 민법 제388조 및 제389조에 해당하는 법정지상권의 규정이 없었다. 원안은 「토지와 분리되어 가옥이 존재할 수는 없다. 즉, 둘이 일체가 되어 있다는 의미이다」라고 하여 건물은 토지의 부가일체물이라고 하였다.[303] 그러나 민법안 심의위원들은 일본의 관습상 토지와 건물은 별개의 것이고, 토지에 저당권을 설정할 때 건물은 포함하지 않으며, 또한 토지와 건물의 등기부가 따로이 존재한다는 이유로 수정을 요구하였다.

이에 대하여 梅謙次郎은 토지임차인이 건물을 지을 경우는 당연히 토지에 대한 권리가 있을 것이기 때문에 이에 대해서까지 동조(원안 제365조)를 적용하여 일체로 한다는 것은 아니라는 점을 밝힌 후, 소유자가 지은 건물의 경우에는 원칙적으로 일체로 취급해야 한다고 하면서, 그렇게 하지 않으면 특히 저당권설정

302) 일본민법 원안 제365조「저당권은 그 목적부동산에 부가하여 그것과 일체인 물건에 미친다. 단 설정행위에 별도의 약정이 있거나 제419조에 의하여 채권자가 채무자의 행위를 취소하는 것이 가능한 경우에는 그러하지 아니하다」

303) 이창상, 전게논문, 144면; 배성호, 전게논문, 375면 참조.

후 건축된 가옥의 경우에 곤란한 문제가 발생한다고 하거나, 저당권설정시 가옥을 분별하여 별도로 하는 것은 무엇인가 이유가 있기 때문이고, 일반적으로는 일체로 하는 것이 좋다고 하여 다른 민법심의위원들의 의견을 반박하였다. 뿐만 아니라 가옥을 토지로부터 분리하는 것은 불편한 법제임을 분명히 하고, 등기부의 편성 역시 장래의 입법으로써 일원화할 것을 염두에 두고 있다고 하면서, 비록 건물등기부가 독립해 있어도 건물에 대한 저당권등기는 등기관리가 직권으로 하면 된다고 하였다.[304]

이후에 동조(원안 제365조)를 수정하여 「저당지 위에 있는 건물을 제외하고」라는 문언을 삽입하였다.[305] 일본 민법의 기초자들은 저당권의 효력이 미치는 목적물의 범위에 있어서는 양보하였지만, 그외 일반적으로는 토지와 건물이 일체를 이루어 한 개의 물건이라는 원칙을 지키고자 하였다.[306] 앞에서 전술한 일본 민법 원안 제87조(현행 민법 제86조)에도 이 내용은 그대로 나타나 있다. 富井政章는 원안 제87조의 이유서에는 "건물은 토지에 정착하여 이것과 일체를 이루는 물건이므로 이를 부동산으로 하였다"라고 하였을 뿐이지, 건물의 독립성을 인정하지는 않고 건물은 당연히 토지에 부합한다고 보았다.

과거 일본의 토지와 건물에 대한 德川時代의 관습은 토지와 건물을 일체로 거래하는 것이 일반적이었고, 다만 양자를 구별하여 거래할 수도 있었다고 한다.[307] 그러나 明治時代에 이르러 토지와 건물을 독립한 부동산으로 하는 것이 원칙으로 유지되었다고 한다. 즉, 일본민법 기초자들의 견해에 반대하며 관습을 내세운 주장들은 이러한 明治時代의 관습을 들어서 반대하였던 것이다.

이와 같이 건물을 토지에 부합한 것으로 볼 것인가에 대하여 많은 논의가 있었지만, 건물을 독립한 부동산으로 보고 그 흠결에 대처하기 위하여, 저당권실행시 토지와 건물의 소유자가 달라지는 문제에 대처하기 위하여 현행 민법 제388조 및 제389조에서 법정지상권의 규정을 신설하게 되었던 것이다.[308]

---

304) 이창상, 상게논문, 145면.
305) 배성호, 전게논문, 384면.
306) 이창상, 전게논문, 146면.
307) 이창상, 전게논문, 146면.
308) 梅謙次郎, 民法要義卷之二物權編, 新訂版, 1898, 570面.

## Ⅱ. 現行 民法의 法定地上權에 관한 立法背景

(1) 구한말 일본 민법이 의용되기 전까지는 우리 나라는 원칙적으로 토지와 가옥을 독립한 부동산으로 취급하지 않았다. 이는 조선총독부가 조사한 관습조사보고서에 의하면 토지와 가옥을 별개의 전당의 목적으로 하는 관습이 없었다는 것을 추측할 수 있다.[309] 예컨대, "…조선 종래의 관습으로서 가옥과 부지가 동일 소유자에게 속한 경우에는, 가옥의 양도 또는 전당은 당연히 부지에 미치는 것으로 하였다. 이 가옥과 부지를 함께 매매하는 풍습으로부터 마침내, 가옥의 매매 및 전당에는 당연히 부지를 포함한다고 간주하기에 이르고…",[310] "…단 광무 10년 12월의 토지가옥증명규칙의 시행 이후 토지와 가옥을 각기 달리 증명하게 된 것으로부터, 이 관습은 점차 폐감하게 될 것이다"고 한다.[311]

한편, 전당이 미치는 범위에 관한 관습조사에서는 현행 민법 제358조와 유사한 관습이 있었던 것처럼 보이기도 한다.[312] "토지가 전당의 목적인 경우, 그 위에 가옥 기타 건물이 있어도 저당권이 이것에 미치지 않는 것은 각지의 관습이 일치하는 바이다"[313]라고 하였고, 나아가 "부지와 건물의 소유자가 다르거나, 나대지에 전당이 설정된 후 건물이 건축된 경우, 부지 또는 가옥에만 저당권을 설정한 후, 저당권의 실행으로 부지와 가옥의 소유자가 다르게 된 경우에는, 건물소유자를 위하여 차지권을 인정하지 않을 수 없다"라고 하면서, 그 이유를 "…건물이 있는 차지는 누구도 거부할 수 없는 관습으로부터 나오는 것이 아닌가"[314]라고 하고 있다.

이와 같이 통일적이지는 않더라도 구한말 관습에서는 토지와 건물은 매매나 전당의 객체에서 별개로 하지는 않았던 것으로 보여진다.[315] 그러나 이후 조선에 일본의 영향이 강화되면서부터 일본의 법제가 유입되었다. 특히 1912년 3월 18일

---

309) 이창상, "지상권의 입법과정에 관한 소고", 「경성법학」, 제2호, 경성대학교 법학연구소, 1992, 141면.
310) 조선총독부, 관습조사보고서, 1912, 40면.
311) 조선총독부, 상게 보고서, 41면.
312) 이창상, 전게논문, 141면.
313) 조선총독부, 전게 보고서, 165면.
314) 조선총독부, 전게 보고서, 167면.
315) 이창상, 전게논문, 142면 참조.

조선민사령에 의하여 일본 민법이 의용되기 시작하였고, 동령 제12조[316]에 의하여 부동산물권의 종류와 효력은 제1조에서 정한 물권을 제외하고는 관습에 의하는 것으로 되었다.

(2) 1954년 국회에 제출된 민법안(정부안)을 보면, 제347조(현행 제358조)에서 「저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건에 미친다. 그러나 법률의 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다」고 하였을 뿐,[317] 일본 민법 제370조와 같이 건물을 제외한다는 구절은 존재하지 않았고 심의과정에서도 건물이 토지에 부합하는지 여부는 전혀 다루어지지 않았다. 부동산부합에 관한 원안 제246조(현행 제256조)와 부동산과 동산의 구별을 다루는 원안 제94조(현행 제99조)에서도 이 문제에 대한 언급은 없었다.[318]

민법안의 기초자인 김병로 前대법원장은 "…각국의 법률과 우리나라의 역사적 전통, 우리나라의 실상 … 일반적으로 관습법이라고 인정할 만한 유래의 관례이던 것을 … 참고하면서 개념을 냉철하게 생각하여" 민법안을 기초하였다고 한다. 즉, 기초자의 생각에는 건물과 토지를 별개의 부동산으로 취급하는 것이 우리의 관례·관습으로 보았던 것이다.[319]

현행 민법제정자들의 생각에서는 의용민법하에서 익숙해져 있었던 토지와 건물을 별개의 부동산으로 보는 법제에 대하여 별다른 문제의식을 가지고 있지 않았던 것으로 보인다.

이러한 민법 제정자들의 생각은 법정지상권에 대해서도 그대로 나타난다. 정부원안 제356조(현행 제366조)는 「저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 각 소유자에 속한 경우에는 건물소유자는 토지소유자에 대하여 지상권의 설정을 청구할 수 있다」라고 규정되어 있으며, 이때의 청구는 형성권이라고 보는데 의견이 일치하여 현행 민법 제366조와 동일한 문언으로 하는데 동의하게 되었다.[320]

그리고 정부 원안 제355조(현행 제365조)에서 규정하고 있는 저당권자의 일괄

---

316) 조선민사령 제12조 「不動産에 관ᄒᆞᄂᆞᆫ 物權의 種類及 效力에 대ᄒᆞ야ᄂᆞᆫ 第一條의 法律에 定ᄒᆞᆫ 物權을 除ᄒᆞᄂᆞᆫ 外慣習에 의홈」

317) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록(상), 1957, 214면.

318) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 상게 회의록, 67면.

319) 이창상, 전게논문, 143면 참조.

320) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 전게 회의록, 219면.

경매청구권은 그 입법취지가 저당권자를 보호하기 위한 것이라고 하고 있으며, 원안의 「필요한 경우에 한하여」 인정하는 것은 신속한 담보권실행을 방해하기 때문에 저당권자의 보호라는 입법취지에 반한다고 하고 있을 뿐 더 이상의 논의는 없었다.[321] 그 이후 학설[322]·판례[323]는 저당권의 설정 당시 건물이 존재할 것을 요건으로 하는데 거의 일치하고 있다. 현행 민법 제365조와 제366조는 의용민법을 거의 그대로 받아들인 것이라고 할 수 있다.[324]

이상에서 살펴 본바와 같이 토지와 건물을 별개의 물건으로 보는 것이 우리의 원래 관습이었다고 보기는 어렵고, 의용민법의 영향 때문이라고 할 수밖에 없다.

## 제2절 慣習法上 法定地上權의 立法論議

판례에 의해서 확립된 관습법상 법정지상권을 입법적으로 해결하기 위해서 법무부 민법개정특별분과위원회에서는 민법 제279조의2를 신설하는 것으로 하는 개정안을 내놓았다. 즉, 민법 제279조의 2는 관습법상 법정지상권을 명문화함에 있어서는 등기 없는 법정지상권의 인정을 최소화하고 당사자가 등기를 함으로써 공시방법을 갖추도록 유도하는 방향으로 하고 있다.

〈民法改正試案〉

第279條의 2(地上權의 設定)[325]

① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 법률행위에 의하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간을 정하지 아니한 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

② 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 저당물의 경매 이외의 경매

321) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 상게 회의록, 219면 이하 참조.
322) 곽윤직, 전게서, 470면; 이영준, 전게서, 824면.
323) 대판 1971. 9. 28, 71다1238.
324) 이창상, 전게논문, 143면 참조; 김상수, “저당권의 실행과 법정지상권의 성부”, 「고시연구」, 2003. 9, 77면 참조.
325) 법무부 민법개정특별분과위원회, 민법개정가안, 2001. 6. 24, 18면.

로 인하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 제366조를 준용한다.

## Ⅰ. 改正案의 趣旨와 條文化 過程

### *1.* 改正案의 趣旨

민법개정특별분과위원회는 '관습상의 법정지상권'의 명문화에 있어서, 법정지상권의 발생요건을 판례와 관습을 포함하여 종합적으로 정리하되 판례에서 인정되는 관습법상의 법정지상권을 일정하게 제한하기로 방침을 정하였다.[326] 즉, 개정안은 토지와 그 지상건물을 각각 별개의 부동산으로 유지한 채 종래 판례에 의하여 형성된 관습법상의 법정지상권을 전제로 조문화되었다. 한편, 관습법상 법정지상권의 논리적 근거에 대하여 판례는 "토지와 지상건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리하게 되는 경우에 성립하는 관습상의 지상권은 그 경우 당사자 사이에 건물을 철거하기로 하는 등의 특별조건이 없다면 토지소유자는 지상건물소유자에게 그 건물소유를 위한 지상권을 설정하여 주기로 한 의사가 있었던 것이라고 해석하여 인정되는 권리이다"라고 하여, 그 논리적 근거를 당사자의 추단된 의사에서 찾는다.[327] 최근의 판례는 이러한 경우 관습법상 법정지상권을 극히 제한적으로 인정하는 추세이며, 다수의 견해도 이러한 법정지상권의 확대적용에 대하여 비판적이다.[328] 이러한 바탕위에서 민법개정특별분과위원회는 종래 관습법상 법정지상권이 인정되어 온 경우에 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 효과만을 부여하는 개정안을 마련하였다.

그 개정의 당초 취지는 관습상의 법정지상권의 적용범위를 제한하는 것이었다.[329] 따라서 당사자는 그 추정된 지상권설정계약에 기해 지상권설정등기를 한 경우에는 물권적 효력을 인정받을 수 있게 될 것이고, 등기가 없는 경우에는 제3

326) 민법(재산편)개정자료집, 334면.
327) 대판 1986. 5. 27, 86다카62.
328) 김용한, 물권법론, 386면; 이영준, 전게서, 636-637면; 곽윤직, 전게서, 333-334면; 김증한·김학동, 전게서, 392면 등; 그러나 김상용, 물권법, 503면은 관습상 법정지상권에 대하여 인정할 실익과 타당성이 있다고 한다.
329) 민법(재산편)개정자료집, 336면, 340-341면.

자에 대한 관계에서 지상권의 효력을 주장할 수 없게 될 것이다.[330] 그러나 개정안의 성격을 두고 토지소유권을 강하게 보호하고 건물소유권과 토지이용권을 약하게 보호하고자 하는 것이라고 하면서, 이는 건물의 존속보호에 대한 사회적 가치와 토지이용권 중심의 복지사회에는 맞지 않는다는 견해도 제기되었다.[331] 그러나 이 개정안의 취지는 관습상 법정지상권이 너무 광범위하게 인정되고 있으므로 이를 제한하기 위해서 성립요건을 제한하려는 것이지만,[332] 개정안을 통하여 관습법상의 법정지상권을 제한할 필요성이 있는지 의문의 여지가 있고, 관습법상의 법정지상권을 성문화하자는 것이 아니라 당사자가 의도하지 않았던 강한 권리가 인정되는 것을 막아보자는 의도 등 다양한 견해가 표출되는 등, 궁극적으로는 판례가 인정한 관습법상의 법정지상권을 제한하기 위한 것임을 분명히 하고 있다.[333]

## *2.* 條文化의 過程

관습법상의 법정지상권의 명문화(김상용・백태승・소재선 위원)한 것과 법정지상권의 발생요건을 판례, 관습법을 포함하여 종합적으로 정리하여, 관습법상의 법정지상권에 판례 중 일부를 성문화할 필요성이 있음을 제기하였다.[334] 토의된 내용은 판례보다 좁은 범위에서 법정지상권으로 인정하는 규정을 신설하는 것으로 결정하여 "지상권의 설정"이라는 표제로 제279조의2에서 신설하기로 하였다. 개정안에서는 종래 관습법상 법정지상권이 인정되어 온 경우에 지상권설정계약

330) 민법(재산편)개정자료집, 335면.
331) 민법(재산편)개정자료집, 340면, 김상용 위원의 검토의견. 특히 김상용 위원은 가능한 한, 현재 판례의 태도를 살리면서 강제경매의 경우와 매매의 경우를 구분해서 입법화하려고 하는 취지를 살리려고 했다는 것을 분명히 하고 있다(개정자료집, 344면).
332) 민법(재산편)개정자료집, 341면, 윤진수 위원, 백태승 위원의 토의내용. 특히 백태승 위원은 요즘에는 판례가 관습법상의 법정지상권을 여러 유형으로 분류하면서 제한하려는 시도를 하고 있는데 수정안에 의하면 판례가 스스로 관습법상의 법정지상권을 제한하는 추세에 역행하여 공식적으로 관습법상의 법정지상권을 인정하는 결과가 되며, 협의에 맡겨두었다가 협의가 성립되지 않으면 협의가 성립된 것으로 간주하는 것은 민법에 이질적인 규정이라고 한다(개정자료집, 344면).
333) 문홍안, 전게논문, 88면 이하 참조.
334) 개정자료집, 335면(이은영).

이 체결된 것으로 추정하는 효과만을 부여하려 한다. 당사자가 그 추정된 지상권설정계약에 기하여 지상권설정등기를 한 경우에는 물권적 효력을 인정받을 수 있게 될 것이다. 그러나 등기가 없는 경우에는 제3자에 대한 관계에서 지상권의 효력을 주장할 수는 없게 될 것이다.

민법개정특별분과위원회는 [제1차 가안]을 중심으로 논의된 결과를 반영하여 가안을 작성하는 방법으로 4차의 가안을 작성·심의하여 최종안을 성안하였다. 그 진행과정을 보면 다음과 같다.

(1) 제1차 가안(1999. 9)

제279조의2(지상권의 설정) ① 토지와 그 위의 건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리하게 되는 경우에 그 건물소유자를 위해 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정된다.

② 제1항의 건물소유자는 그 지상권의 등기를 하여야 제3자에게 대항할 수 있다.

(2) 제2차 가안(2000. 9. 2)

제279조의2(지상권의 설정) 토지와 그 위의 건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리 하게 되는 경우에 그 건물소유자를 위해 기간의 약정이 없는 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

이 가안에 대하여 이영준 위원은, 판례는 관습법상의 법정지상권을 법률의 규정에 의한 물권변동으로 보고 있는데, 가안에 의하면 법률행위에 의한 물권변동으로 보게 되어 문제를 야기할 수 있음을 제기하고 있다.

(3) 실무위원회 제2차 회의(가안 2001. 6. 21)

제279조의2(지상권의 설정) 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간의 정함이 없는 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

(4) 제4차 가안(2001. 8. 27)

제279조의2(지상권의 설정) 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간을 정하지 아니한 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

민법 제281조의 "존속기간을 정하지 아니한"과 표현을 통일하여 실무위 가안 제279조의2의 "존속기간의 정함이 없는"은 "존속기간을 정하지 아니한"으로 수정하는 것이 바람직하며, 법정지상권을 규정하고 있는 제305조와 제366조에서는 존속기간에 관한 언급이 없고 지료에 관해서만 언급하고 있다. 따라서 지상권의 존속기간에 대해서는 제280조와 제281조가 규율하고 있으므로 존속기간에 관한 표현을 생략하고 오히려 지료에 관한 내용을 추가하는 것이 바람직하다는 견해가 있었다. 본 가안은 관습법상의 법정지상권의 적용범위를 제한하는 것이었는데, 가안과 같이 지상권의 성립에 관하여 지상권설정계약을 추정하는 방법(따라서 등기를 하여야 한다)과 관습법상의 법정지상권이 성립하는 영역을 제한적으로 규정하는 방법(예를 들면 강제경매의 경우에만 법정지상권의 규정을 준용하는 방법) 중 어느 방법을 택할 것인가에 대한 논의가 있었다. 여기에서 실무위 가안 중 "존속기간의 정함이 없는"을 "존속기간을 정하지 아니한"으로 수정하였다.

(5) 김상용위원 작성 가안(2002. 9. 13)

제279조의2(지상권의 설정) ① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자의 의사에 기하여 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 때에는, 건물소유자와 토지소유자는 건물의 유지를 위하여 토지이용에 관한 협의를 하여야 한다. 상당한 기간 내에 합의에 이르지 못한 때에는 지상권설정계약이 체결된 것으로 본다. 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다(또는 상당한 기간 내에 합의에 이르지 못한 때에는 당사자의 청구에 의하여 법원이 토지이용에 관하여 결정한다).

② 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자의 의사에 기하지 아니하고 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 때에는 제366조를 준용한다 (또는 강제경매, 공매, 기타 국가기관의 처분에 의하여 건물소유자와 토지소유자를 달리하게 된 때에는 제366조를 준용한다).

제33차 전체회의(2002. 8. 24.)에서 토의결과를 바탕으로 김상용 위원이 조문가안을 작성하기로 하였고, 매매, 증여 등의 경우와 강제경매, 공매의 경우로 나누어, 후자의 경우에는 제366조를 준용하는 것으로 수정하기로 하였다. 여기에서 강제경매, 공매도 그 본질은 매매임을 강조하였다. 그러면서 1) 지상권에 관한 규정에서 임대차 등의 협의에 관해서 규정하는 것이 체계상으로 어색하고 2) 종래의 관습법상의 법정지상권이 약정지상권과 법정지상권으로 나누어지는데, 그것이 타당한지는 의문이며 3) 소유자의 의사에 기하지 아니하는 환지처분으로 인하여 건물과 토지의 소유자가 달라지는 경우에는 관습법상의 법정지상권이 성립되지 아니한다는 것이 판례인데[335] 수정안과 같이 입법을 하면 환지처분으로 인하여 소유자가 달라지는 경우에 민법 제366조가 준용되어 법정지상권의 성립을 인정하는 불합리한 결과가 발생하는 문제가 있음을 지적하고 있다.

(6) 제5차 가안(최종 개정안)(2002. 9. 13)

제279조의2(지상권의 설정) ① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 법률행위에 의하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간을 정하지 아니한 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.
② 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 저당물의 경매 이외의 경매로 인하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 제366조를 준용한다.

## Ⅱ. 改正案의 檢討

개정 민법안은 판례이론을 바탕으로 관습법상 법정지상권에서 나타나는 문제

335) 대판 2001. 5. 8, 2001다4101.

점을 반영하여 입법화한 것으로 그 요지는 토지와 건물의 소유자가 다르게 되는 원인을 법률행위와 경매에 의하여 소유자를 달리하게 되는 경우에 따라 이원적으로 규율하도록 하고 있다.[336]

### *1.* 地上權設定契約으로 추정한다는 意味

당초의 개정안 초안은 동일한 소유자에게 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자를 달리하게 되는 때에 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하고 있었다. 그러나 이에 대하여는 민법개정특별분과위원회 뿐만 아니라 공청회, 민법개정안 연구회 등에서 많은 비판적인 의견이 제기되었다. 즉, 지상권설정계약의 추정이 매매나 증여 등 법률행위에 의한 부동산소유권변동의 경우에는 타당하지만 강제경매나 공매처분 등의 경우에는 추정이 부당하다고 하였다.[337] 또 지상건물만이 경매된 경우 당사자가 지상권설정계약을 체결한 것으로 추정하는 것은 무리라는 견해,[338] 매매나 증여 등과 같이 당사자의 의사에 기하여 소유자를 달리하는 경우에는 지상건물의 소유자가 토지사용관계를 결정할 기회가 있으므로 관습법상 법정지상권은 부인되어야 하나, 강제경매나 국세징수법에 의한 공매처럼 소유자의 의사에 기하지 아니하고 경매가 이루어진 때는 저당물이 경매된 경우와 같이 민법 제366조와 유사한 결과가 되도록 규정함으로써 결국 후자의 경우에 제366조를 확대적용하거나 유추적용하면 충분하다고 하였다.[339] 일반적으로 지상권설정계약이 체결되고 있지 않은 현실에서 법률이 강제적으로 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 것은 거래관념 내지 일반의 법의식에 어울리지 않고, 지상권설정에 추단적 의사를 찾을 수 없는 강제경매나 공매처분의 경우에도 추단을 넘어 의제하는 결과가 되어 판례의 법리를 지나치게 수정한다는 비판[340] 등이 있었다.

이러한 비판에 대하여 [제1차 시안]의 당초 의도는 당사자들이 지상권의 설정

336) 김준호, 전게서, 266면; 홍성재, 전게서, 581면.
337) 상게자료집, 337면(이동명 위원 개정의견).
338) 상게자료집, 338면(박영규 교수 의견).
339) 상게자료집, 338면(송덕수 교수 의견).
340) 상게자료집, 339면(홍성재 교수 의견).

에 대하여 약정할 수 있었던 경우에 한하여 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 것이며, 강제경매나 공매 등의 경우에는 저당권에 규정된 법정지상권과 유사하므로 이러한 규정이 유추적용될 수 있다는 것이 기본취지였다고 한다. 즉, 시안의 의도에 의하면 강제경매의 경우에는 이 개정안이 적용되지 않는다.[341] [김상용 위원 가안]은 이러한 논의를 바탕으로 매매나 증여 등 법률행위로 인하여[342] 토지와 그 지상건물의 소유자를 달리한 경우와 강제경매나 공매 등의 경우를 나누어, 전자의 경우는 일종의 약정지상권이 성립되는 것으로 추정하고, 후자의 경우에는 제366조를 준용하는 것으로 하여 법정지상권이 성립되는 것으로 수정하였다. 이 안에 대한 논의과정에서 기존의 가안 제1항이 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하였는데, 수정안이 간주규정을 둔 것에 대한 문제제기가 있었다. 즉, 합의에 이르지 못하면 지상권설정계약이 체결되었다는 추정이 깨질 수 있는데, 수정안은 이 경우 계약이 체결된 것으로 간주하게 된다는 이의가 있었다.[343] 또 제2항과 관련하여 '저당물의 경매 이외의 경매'에 대하여는 '담보권실행의 경매 이외의 경매',[344] '강제경매' 등의 의견개진이 있었는데, 그 적용대상을 열거하는 것이 필요하다는 지적도 있었다.[345]

경매에는 강제경매, 담보권실행을 위한 경매, 형식적 경매가 있는데, 국세징수법에 의한 경매는 형식적 경매에 포함되어 별 문제가 없고, 경매와 공매는 다르지만 매도인의 담보책임에 관한 제578조의 경매도 강제경매, 공매 등을 모두 포함하며 제187조의 경매도 모두 포함하므로 특별한 문제가 생기지 않는다고 하였다.[346] 최종 개정안 제1항에서 지상권설정계약으로 추정되는 것은 법률행위로 인

341) 상게자료집, 341면. 이영준 위원 토의내용: 동 개정자료집 342면. 이시윤 위원의 토의내용에 의하면, 강제경매를 통설과 판례는 매매로 보고 있으며 개정된 민사집행법에서 강제경매를 매각허가처분으로 바꾸어 거래행위로 보고 있으므로 개정안을 '거래행위'로 제한하더라도 강제경매를 거래행위로 볼 수 있다는 문제점이 있다는 것을 지적하면서, 강제경매와 공매를 제1항에서 분리하자는 의견을 제시하고 있다.

342) '법률행위에 의하여'에 대하여는 '거래에 의해서', '소유자의 의사에 기하여' 등의 의견이 제시되었다.

343) 상게자료집, 343-344면. 특히 이은영 위원은 협의가 '이루어지지 않으면 판례에서 관습법상의 법정지상권을 인정하지 않으며, 당사자의 합의가 추정되는 경우에만 관습법상의 법정지상권을 인정하고 있다'는 견해를 제시하고 있다.

344) 상게자료집, 346면(이시윤 위원 토의내용).

345) 상게자료집, 345면(윤진수 위원 토의내용).

346) 상게자료집, 345면(양창수 위원 토의내용).

하여 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라지는 경우에 한정되는 것으로 하고, 제2항에서 「저당물의 경매 이외의 경매」로 인한 경우에는 제366조를 준용하는 결과 법정지상권이 성립되는 것으로 규정함으로써 그간의 논란이 되었던 대부분의 의견을 입법에 반영하였다고 할 수 있다.[347]

그러나 개정안이 본인의 의사에 의하지 않고 건물과 대지가 소유자를 달리하는 경우에 초점을 맞추고 있다면, 제2항의 「저당물의 경매 이외의 경매」가 의미하는 내용을 두고 의문이 생길 수 있다. 제366조를 준용하는 경우에 개정안과 같은 포괄적인 규정은 판례가 일관하여 법정지상권의 인정을 부인하는 환지처분과 같은 경우[348]에도 이를 준용하는 결과가 되어 법정지상권을 인정하여야 할 불합리한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.[349]

### *2.* 地上權設定契約의 法的 性質

종래 판례가 인정한 관습법상 법정지상권은 법률의 규정에 의한 물권변동으로 민법 제187조에 의하여 등기없이 성립하는 물권이었다. 즉 토지소유자가 변경되는 경우에도 관습법상 법정지상권자는 새로운 토지소유자에게 대항할 수 있어 토지소유자에게 불리하였다. 그러나 개정안 제1항에 의한 관습법상 법정지상권은 법률행위에 의한 물권변동으로 민법 제186조에 의하여 지상권설정등기를 하여야 물권으로 보호되는 약정지상권이다. 따라서 지상권설정계약이 추정되는 경우라도 이를 등기하지 않으면 지상권을 주장할 수 없다는 것이 된다.[350]

이렇게 되면 종래 판례에 의한 관습법상 법정지상권은 다시 약정지상권으로 추정되는 경우와 제366조가 준용되는 경우로 나누어져, 관습법상 법정지상권이 복잡해지게 되는 문제가 있다. 또한 약정지상권으로 추정되는 지상권설정계약은 채권계약인가 물권계약인가가 문제되고, 채권계약이라면 채권법에 규정함이 타당하고 물권계약이라면 물권계약이 어떠한 법적 성질을 갖는가에 대한 이론구성에 다툼이 있는 실정이므로[351] 이러한 상태에서 입법을 한다는 것은 위험하다는 비

347) 문홍안, 전게논문, 92면.
348) 대판 2001. 5. 8, 2001다4101.
349) 민법(재산편)개정자료집, 345면(윤진수 위원 토의내용), 343면(김상용 위원 의견)
350) 상게자료집, 341면(이영준 위원 토의내용).

판이 있다.[352] 또 판례에 의한 관습법상 법정지상권을 명문화한다는 취지에서 개정안 제279조의2가 성안되었으나, 결과는 종래의 제도와는 다른 법정지상권이 되어 그 취지에 부합하지 않다는 문제가 있다. 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라지는 경우에 현실적으로 생기는 예외적인 경우를 인정하려다 보니 생겨난 관습법상 법정지상권을 굳이 명문화할 필요가 있는지 재고해 보아야 할 것이다. 매매 등을 하면서 건물의 소유자가 그 건물이 소재하는 토지에 대하여 아무런 조치를 취하지 않는 자가 임대차계약을 체결한 자보다 강한 법적 보호를 받는다는 것은 논리적으로 모순이다.

### *3.* 地上權設定請求權

종래 판례가 인정한 관습법상 법정지상권은 등기를 요하지 않는 법정지상권이었으나, 개정안 제279조의2 제1항에 의하면 등기하여야 지상권을 취득할 수 있다. 이 경우 토지소유자에게 지상권설정등기를 위하여 협조를 바라는 것은 기대할 수 없을 것이다. 종래 판례에 의한 경우와 같이 건물소유자에게 법정지상권이 인정된 것이 아니고, 또 건물소유자에게 지상권설정청구권이 인정되어 있는 것도 아니므로 토지소유자의 자발적인 협조없이는 지상권설정등기는 불가능하고, 건물소유자에게 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정될 뿐이다.[353]

이러한 사태는 지상권설정계약이 추정된 후 그에 따른 등기를 하기 전에 토지나 건물이 양도되는 경우, 종래 판례에 의한 관습법상 법정지상권의 경우와 다른 결론에 이르게 된다. 즉 판례는 관습법상 법정지상권이 성립할 당시의 건물소유자가 건물의 소유를 계속하는 한, 대지소유자는 물론 그 양수인에게도 등기없이 법정지상권을 주장할 수 있다고 하였다.[354] 그러나 개정안에 의하면 건물소유자가 지상권의 등기없이는 토지의 새로운 소유자에게 지상권설정계약의 효력을 주

351) 예컨대 추정되는 지상권설정계약을 물권계약이라고 한다면 물권계약이 추정된다는 것인데 이는 논리적으로 자연스럽지 못하다.
352) 민법개정안의견서, 민법개정연구회, 삼지원, 2002. 72면. 고상룡 교수 집필부분.
353) 민법개정안의견서, 72면(김진현 교수) 이에 의하면, 이러한 등기협조거부사실은 후에 지상권설정계약이 체결된 바 없다는 사실을 뒷받침하는 증거방법으로서 기능하여 계약체결의 추정을 전복하는 반대사실의 증거로서 활용될 소지마저 있다고 한다.
354) 대판 1984. 9. 11, 83다카2245; 대판 1972. 7. 25. 72다893 등.

장할 수 없으며, 따라서 토지양수인은 건물의 소유자에게 지상권설정을 해 줄 수 없다.[355] 그렇다면 토지의 새로운 소유자는 건물의 철거를 청구할 수 있을까, 아니면 신의칙상 철거청구가 부당하다고 할 것인가가 문제된다. 건물의 철거가 부당하다면 지상권설정등기는 어떻게 하여야 할지 문제된다.[356] 한편 건물이 제3자에게 양도된 경우에는 통상적으로 건물과 함께 지상권을 양도하기로 하는 채권적 계약이 있는 것으로 볼 수 있으므로 건물의 양수인은 건물의 양도인을 대위하여 토지소유자에 대하여 채권자대위권에 기한 지상권설정등기청구권을 주장할 수 있을 것이다.[357]

## Ⅲ. 立法論議

개정안에서는 종래 관습법상 법정지상권이 인정되어 온 경우에 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 효과만 부여하여 하고 있다. 당사자가 그 추정된 지상권설정계약에 기하여 지상권설정등기를 한 경우에는 물권적 효력을 인정받을 수 있게 되는 것이다. 등기가 없는 경우에는 당사자 사이에서만 토지의 이용계약의 존재를 주장할 수 있고, 제3자에 대한 관계에서 지상권의 효력을 주장할 수는 없게 된다. 따라서 등기 이전에 토지소유권이 제3자에게 양도된 경우에는 건물소유자는 그 지상권설정계약의 효력을 주장할 수 없게 된다.[358]

개정안의 신설규정에 의하면 건물소유자를 위하여 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정되므로, 토지소유자 측에서 그 추정을 깨뜨릴 수 있는 약정이나 사실

355) 임성권, “개정안의 법정지상권 규정에 대한 연구”, 「아세아여성법학」 제5호, 2002.6, 358면.

356) 민법개정안의견서, 74면(송덕수 교수 집필부분).

357) 김재형, 민법(재산법)개정공청회자료, 153면; 홍성재, 민법(재산편)개정자료집, 339면; 그러나 임성권, “개정안의 법정지상권 규정에 대한 연구”, 358면에서 건물의 양수인이 건물의 양도인을 대위하여 토지소유자에 대하여 지상권설정등기절차의 이행을 청구할 수는 없다고 한다. 건물양수인으로서는 자기가 건물을 사용하기 위한 방책을 건물을 양수할 때에 강구하여야 하는 것이고 당사자가 스스로 권리를 찾기 위한 노력을 하지 않는데도 이를 사후에 법이 다른 방법을 통하여 보호하는 것은 타당하지 않기 때문이라고 한다.

358) 이은영, “물권법 개정안에 관한 주제발표”, 민법(재산편)개정 공청회 회의록, 법무부, 2001, 93~94면.

관계의 존재를 증명하여 지상권의 설정을 부정할 수 있다. 당사자 사이에 건물철거의 약정이 있었다거나 토지소유자가 건물철거청구를 했다는 등의 사실이 이에 해당할 것이다. 따라서 반증이 없으면 건물소유자를 위하여 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정되지만 그것만으로는 물권적 효력을 인정받을 수는 없다.[359]

아래에서 입법론에 관한 견해에 대하여 살펴보기로 한다.

### *1.* 立法肯定論

토지와 건물은 각각 독립된 부동산이지만 양도에 있어서는 일체로서만 가능하게 하거나 자기지상권을 인정함으로써 관습법상 법정지상권이 발생할 여지를 봉쇄하는 것이 관습법상 법정지상권과 같은 이질적인 요소를 과감하게 배제하는 길이라고 하면서, 입법을 적극적으로 찬성하는 견해가 있다.[360]

일제시대의 조선고등법원이 「조선에서의 관습」[361]이라고 하여 이를 인정한 이래,[362] 실무는 계속해서 관습법상 법정지상권 또는 관습지상권을 긍정하여 왔다.[363] 조선고등법원판결 이후 대법원판례가 인정하는 관습법상 법정지상권은 동일인의 소유에 속하였던 토지와 그 지상건물이 매매·증여·강제경매 기타의 원인으로 그 소유자가 다르게 된 경우에는 그 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물의 존립을 위하여 존속기간을 약정하지 아니한 지상권이 인정된다는 내용이다. 그러나 과연 애초에 그러한 「조선의 관습」이 있었는지도 의문이 있고,[364] 적어도 현재 그러한 관습법을 인정할 수 없음은 명백하다고 한다.

---

359) 이은영, "물권법 개정안에 관한 주제발표", 전게 회의록, 94면.

360) 이영준, 전게서, 635면.

361) 조선민사령 제12조는 부동산물권의 종류 및 내용에 관하여는 「관습」에 따르도록 정하고 있었다.

362) 조선고등법원은 이미 1916년 9월 29일 판결(조고록 3권, 722면)에서 매매 및 강제경매로 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 대하여 「조선에 있어서의 일반의 관습」에 기하여 건물소유를 위한 법정지상권을 인정하고 있다.

363) 물권법정주의를 정하는 민법 제185조는 관습법에 의하여 물권이 창설되는 것 자체를 정면으로 긍정하고 있다.

364) 곽윤직, 전게서, 334면은 「전통사회의 법을 버리고 하루 아침에 생소한 서구의 법제를 도입한 데서 오는 국민 대다수의 법지식의 부족과, 그에 따른 혼란을 생각한 것이라면 〔그러한 관습을 「상감」하는 것에 대하여 혹〕 이해도 할 수 있다」고 하면서도, 「그러한 사정이 없어진 오늘날에 있어서도 이러한 제도를 유지할 것인지는 깊이 생

예컨대 건물만을 매매하는 계약에서 당사자들이 장차의 토지 용익관계에 유념하여 임대차계약을 체결하였으면 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는다고 하는데,[365] 그와 같은 계약상 처리가 없었으면 그보다 훨씬 강력한 지상권이 인정된다는 것도 이해하기 어렵다고 한다.

개정안 제279조의2 규정의 입법은 관습법상 법정지상권의 입법화에 대하여 여러 모로 고심하였다고 한다. 결국 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 규정을 둠으로써, 당사자들이 실제로 지상권설정계약을 체결하지 아니한 것이 증명되면 지상권의 성립이 부인되도록 한다는 것으로 귀착되고, 이는 실무의 태도를 입법적으로 변경 또는 폐지하는 적절한 일례라고 한다.[366]

개정안 제279조의2 규정은 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다고 하여 판례에 의하여 인정된 관습법상 법정지상권을 취득한 자의 지위(물권자의 지위)를 지상권설정계약자의 지위(채권자의 지위)로 약화시킨 것이라고 하는 견해가 있다. 즉, 대법원판례에 의하면 토지의 소유자가 변경되어도 건물소유자는 지상권을 주장할 수 있으나, 개정안에 의하면 주장할 수 없게 되고, 따라서 지상권자는 신속하게 지상권설정등기를 경료하여 등기와 실질관계를 일치시킬 것이므로 등기의 공시기능을 강화할 수 있다고 한다. 다만 이 견해는 매매·증여 등의 경우에는 개정안처럼 추정하는 것이 타당하지만, 강제경매·공매처분 등의 경우는 민법 제366조의 경매와 달리 볼 것이 없으므로 개정안처럼 추정하는 데에는 의문이 있다고 하고 있다.[367]

위와는 달리 개정안 제279조의 2보다 제289조의 3을 신설하자는 견해가 있다. 즉 민법 제666조〔수급인의 목적부동산에 대한 저당권설정청구권〕규정을 참고하여 민법 제289조의 3〔건물소유자의 지상권설정청구권〕으로 규정하여야 한다는 견해이다.[368]

---

각할 문제라 하겠다」고 한다.

365) 대판 1968. 1. 31, 67다2007; 대판 1979. 6. 5, 79다572; 대판 1992. 10. 27, 92다3984 등은 일관하여 그러한 경우에는 당사자가 법정지상권을 포기한 것으로 보아야 한다는 태도를 취한다.

366) 양창수, "최근의 한국민법전개정작업", 민법연구 제7권, 박영사, 2003, 26면.

367) 이동명, "물권법 개정안에 관한 검토의견", 전게 회의록, 131면.

368) 강태성, "용익물권에 관한 민법개정방향", 황적인외 29인, 민법개정안의견서, 삼지원, 2002, 153~154면.

민법 제289조의 3〔건물소유자의 지상권설정청구권〕

① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 정착건물이 그 소유자를 달리하게 된 때에는, 건물소유자는 그 당시의 토지소유자에 대하여 지상권의 설정을 청구할 수 있다.

② 제1항에 의한 지상권의 존속기간은 제280조 제1항의 최단존속기간으로 한다.

③ 제1항과 제2항은 당사자의 의사표시에 의하여 적용되지 않을 수 있다.

이 견해에 의하면 관습법상 법정지상권은 특수지상권임에도 개정안 제279조의 2의 제목〔지상권의 설정〕이 본문의 내용을 제대로 반영하고 있지 않다고 한다. 그리고 관습법상 법정지상권은 구분지상권과 같이 특수지상권이므로 조문의 위치상 구분지상권을 규정하고 있는 제289조의 2 다음에 제289조의 3으로 규정하는 것이 타당하다고 한다.[369]

## *2.* 立法否定論

이러한 민법개정시안에 대하여 적절하지 않다는 견해도 있다. 민법 제279조의 2는 매매나 증여뿐만 아니라 공매처분, 강제경매 등에도 적용되기 때문에, 이러한 공매처분이나 강제경매와 민법 제366조의 경매를 달리 취급하는 것이 되어, 유사한 물권변동 원인에 대하여 법의 적용을 달리하는 것이므로 법의 통일성이라는 개정원칙에 부합하지 않는다는 견해가 있다.[370]

또 다른 견해는 관습법상 법정지상권은 사회 속에서 관습법으로서 생성·발전된 법으로서 「살아있는 법」이며 이상적인 법이라고 하면서, 이처럼 아무런 문제없이 법정지상권이 인정되고 재판규범으로 실용되고 있다면 이를 입법화할 이유가 없고, 또한 이를 성문화한다면 오히려 경직된 규범이 되어 사회현실과 동떨어지는 결과를 초래할 염려가 있다고 한다. 따라서 관습법으로 인정되는 권리는 그 관습법에 따라 행사·처리하는 방법이 타당하다고 한다. 그리고 민법개정가안 제279조의 2(지상권의 설정)의 내용은 판례상 인정되고 있는 법정지상권보다 훨

369) 강태성, “용익물권에 관한 민법개정방향”, 상게 민법개정안의견서, 153면.
370) 윤철홍, “물권법개정안에 대한 검토”, 전게 민법개정안의견서, 286면.

씬 후퇴하고 있으며, 「지상권계약이 체결된 것으로 추정한다」는 것 자체가 애매모호하다고 한다. 또한 「지상권설정계약」이 체결된 것으로 추정된다는 경우, 그 계약이 채권계약이라면 채권편에 신설할 것이고, 물권계약이라면 물권계약의 법적 성질이 명확히 규정되어 있지 않은 실정에서 이러한 입법조치는 매우 위험한 것이라고 한다. 「추정한다」에 있어서도 결국 반대사실이 입증되면 그대로 번복되어, 민법개정가안 제279조의 2(지상권의 설정)의 규정은 의미가 없어지므로 동조의 신설은 부적절하다고 한다.[371]

민법개정시안 제279조의 2(지상권의 설정)를 삭제하고, 종래 판례에 의하여 관습법상 법정지상권 성립이 인정되는 경우 가운데 통상의 강제경매나 국세징수법에 의한 공매처럼 소유자의 의사에 기하지 않고 경매가 이루어지는 때는 저당물이 경매된 때에 관한 민법 제366조와 유사한 결과가 되도록 규정을 마련하고, 나아가 분묘기지권도 적절한 범위 내에서 명문화할 필요가 있다고 한다. 그리고 민법 제185조의 물권법정주의에서 「또는 관습법」을 삭제해야 한다는 견해도 있다.[372]

이 견해는 관습법상 법정지상권은 인정되지 않아야 한다고 한다. 즉, 지상건물 소유자를 너무 광범위하게 보호하여 토지소유자에게 지나친 희생을 강요하는 것이라고 한다. 다만 강제경매나 공매의 경우에 있어서만 확대적용하거나 유추적용하면 충분하고 관습법상 법정지상권을 인정할 필요가 없다고 한다. 그런데 민법개정시안 제279조의 2(지상권의 설정)는 판례가 인정한 모든 경우를 보호하려고 한다.

더 나아가 입법부정론자의 견해 중에는 개정시안에 대하여 아래와 같은 비판을 하고 있다.[373] 첫째, 통상의 강제경매의 경우와 국세징수법에 의한 공매의 경우에는 분명히 지상권설정계약의 합의가 없다. 따라서 동 규정의 추정을 받을 수 없게 되어, 보호받기 어려워진다. 둘째, 동 규정에 의하면 현재 판례의 태도와는 달리, 건물지상권의 등기가 없이는 토지전득자에게 토지사용권을 가지고 대항할 수 없게 된다. 셋째, 물권계약추정의 규정이 무엇인가에 대한 의문이 있다. 넷째,

371) 고상용, 상게 민법개정안의견서, 71～72면.
372) 송덕수, 전게 민법개정안의견서, 73면.
373) 송덕수, 상게 민법개정안의견서, 73～74면.

동 규정에 의하면 매매 등을 하면서 토지문제를 의식하여 토지임대차계약을 체결한 자가 아무 것도 하지 않은 자보다 덜 보호받게 된다. 마지막으로 실무적인 검토가 더욱 많이 필요하다고 하고 주장하고 있다.

위와 같이 부정론의 견해는 대체로 민법개정시안 제279조의 2에 대해서 반대하고 있다. 추정규정으로 보는 것에 대해서 애매모호하다는 견해,[374] 관습법상 법정지상권 성립이 인정되는 경우 중 부득이한 경우는 제366조와 유사한 내용으로 규율되도록 규정을 두는 것이 바람직하다고 하면서 그런 후에 민법 제185조에서 「관습법」을 삭제해야 한다는 견해,[375] 또는 이는 입법적으로 해결할 것이 아니라 이 문제의 조정은 판례·학설이 몫이라는 견해[376] 등이다.

또한 개정안에 의하면 소유자를 달리하게 된 원인이 매매 등 어떠한 것이든지 간에 동조의 적용을 받게 되는데 강제집행·공매처분에 의해 성립하는 관습법상 법정지상권에 까지 동조의 추정을 받는 것으로 하는 것은 문제라고 한다. 또한 개정안의 규정은 민법 제366조의 법정지상권 규정과도 충돌하는 경우가 발생한다고 하는 지적도 있다.[377]

### *3.* 檢 討

관습법상 법정지상권의 입법이 필요하다고 생각한다. 다만 개정안 279조의 2와 같이 판례가 인정한 모든 경우에까지 지상권설정계약의 합의가 있는 것으로 추정하여 매매·증여 등의 경우까지 법정지상권이 성립하는데는 찬성하지 않는다. 매매·증여 등의 경우에는 관습법상 법정지상권의 성립을 부정하고 당사자간의 계약의 기회를 활용하여 토지용익관계를 설정하는 것이 타당하다. 그러나 강제경매, 공매처분 등의 경우에는 개정안 제279조의 2가 말하는 지상권설정계약의 합의가 없다. 그러므로 본조의 지상권설정계약 합의의 추정을 받을 수가 없다. 그

374) 고상용, 상게 민법개정안의견서, 72면.
375) 송덕수, 상게 민법개정안의견서, 74면.
376) 홍성재, 상게 민법개정안의견서, 76면.
377) 김재형, "물권법 개정안에 관한 검토의견", 전게 회의록, 154면. 하지만 이러한 견해에 대해서 강태성 교수는 민법 제366조는 개정안(강태성 교수는 제289조의3 신설을 주장)의 특별 규정이 될 것이므로 충돌이 없을 것이라고 반박하고 있다(강태성, "용익물권에 관한 민법개정방향", 상게 민법개정안의견서, 155면).

렇다면 진정 보호받아야 할 경우에 보호할 수 없는 경우가 발생할 것이다. 따라서 이러한 경우는 민법 제366조의 저당권실행에 의한 법정지상권과 같은 규정을 신설하여 강제경매·공매처분 등과 같이 부득이하게 토지와 건물의 소유자가 달라지는 경우를 해결하는 것이 타당하다.

# 제6장 結 論

관습법상 법정지상권은 우리 민법이 유럽 여러 나라의 법제와는 달리 토지와 건물을 독립한 별개의 부동산으로 취급하고 있으며, 그리고 그 건물은 성질상 어느 토지의 이용관계를 수반하지 아니하고서는 건물로서의 기능을 다할 수 없으므로 그 건물의 가치를 확보하기 위해서 판례가 안출한 산물이다. 그리고 이는 동일인의 소유에 속하였던 토지와 건물이 매매 기타의 사유로 인하여 그 소유자를 달리한 때에 건물소유자로 하여금 토지위에 지상권을 취득한 것으로 봄으로써 그 건물소유자에게 토지를 적법하게 이용할 수 있도록 보장하였다. 이로써 토지와 건물이 별개의 독립한 부동산이라는 법의식이 성숙하지 못하였던 시대적 상황에서 야기된 법적 문제를 해결할 수 있었으며, 또한 지상건물이 철거되는 것을 막음으로써 사회·경제적으로 크게 공헌하였다. 그럼에도 불구하고 판례가 인정한 관습법상 법정지상권에는 계약기회의 활용억제·요건의 불명료·법이론적 근거의 불명료·토지소유자의 희생강요·거래의 불안 등의 문제점이 내재되어 있다는 의문이 제기되고 있다.

이 논문에서는 이와 같이 제도적 타당성에 관하여 긍·부의 양면성을 지닌 관습법상 법정지상권에 관한 그간의 판례의 문제점이 무엇인가를 검토하고, 현재 논의 중에 있는 입법론을 살펴보았다. 이하에서는 이를 토대로 하여 관습법상 법정지상권의 지상건물을 위한 토지용익권의 보호라는 제도적 의의를 훼손하지 않으면서 그 제도가 어떻게 재정립되어야 하는가에 관한 견해를 밝힘으로써 결론으로 삼고자 하였다.

첫째, 조선고등법원이 관습법상 법정지상권의 인정근거를 '조선에 있어서의 일반의 관습'에서 구하고 있었으며, 그 후 대법원판례도 이를 따르고 있는데, 우리나라에 그러한 관습이 있었는지 또 현재에 있는지에 간하여 의문이 없지 않다. 따라서 관습법상 법정지상권의 근거를 관습 내지 관습법에서 구하는 것은 타당하지 못하다고 생각된다. 따라서 민법 제366조의 규정을 확장 해석하여 이끌어낸 특수한 물권으로 이해하는 것이 타당하다.

둘째, 관습법상 법정지상권의 성립요건을 최소화하여야 한다. 판례는 토지·건

물 중의 하나가 매매·증여로 인하여 토지소유자와 건물소유자가 다르게 된 경우에는 관습법상 법정지상권의 성립을 인정하고 있는데, 이 경우에는 건물을 철거하지 아니하고 존속시키려면 당사자는 임대차계약을 맺거나 지상권을 성절할 수 있는 기회가 얼마든지 있다. 따라서 이러한 경우까지 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 인정함으로써 토지소유자의 희생을 강요하는 것은 옳지 않으므로 매매·증여로 인하여 토지소유자와 건물소유자가 다르게 되는 경우에는 관습법상 법정지상권의 성립요건에서 제외하여야 한다.

셋째, 관습법상 법정지상권은 법률(관습법)에 의하여 당연히 성립하는 것이므로 민법 제187조의 규정에 의하여 등기를 요하지 않는다. 따라서 건물소유자는 이 법정지상권을 취득할 당시의 토지소유자에 대하여서는 물론이고, 그로부터 토지소유권을 양수(전득)한 자에 대하여서도 역시 등기없이 관습법상 법정지상권을 주장할 수 있다.

넷째, 관습법상 법정지상권의 취득은 위에서 보는 바와 같이 민법 제187조 본문에 의한 것이므로 등기를 요하지 않으나, 이를 제3자에게 처분하려면 동조 단서에 의하여 등기하여야 한다. 따라서 관습법상 법정지상권이 존재하는 건물소유권이 양도된 경우에 그에 관한 등기가 없으면 그 건물의 양수인은 토지소유자에 대하여 그 법정지상권을 주장할 수 없다.

다섯째, 건물소유권과 관습법상 법정지상권은 별개의 독립된 물권이므로 등기를 달리하여 공시하여야 한다. 그런데 위에서 본 바와 같이 관습법상 법정지상권은 민법 제187조 본문에 의하여 등기를 요하지 않으나, 처분하기 위해서는 등기를 하여야 한다. 그러므로 건물을 양도할 때에는 건물소유권의 양도와 함께 관습법상 법정지상권을 등기한 후에 이를 양도하게 된다. 따라서 건물소유자가 건물양도시에 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 등기없이 이를 양도하였다면 건물을 양수받은 자는 토지소유자에 대하여 그 법정지상권을 주장할 수 없다.

그런데 종래의 판례는 "관습법상 법정지상권을 취득한 자로부터 건물을 양수받은 자가 그 건물을 위한 법정지상권의 설정등기 및 이전등기를 경료하지 아니한 때에는 토지소유에 대하여 그 지상권을 주장할 수 없다"[378]고 하였다. 그러나

378) 대판 1965. 1. 26, 64다1211; 대판 1966. 10. 18, 66다1432; 대판 1970. 7. 24, 70다729 등.

이러한 판례는 근래에 와서 변경되었다. 즉, “법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양수받기로 한 자는 채권자대위의 법리에 따라 前건물소유자 및 토지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있다 할 것이므로 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 토지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다”고 판시하였다.[379] 이 변경된 판결은 토지소유자의 희생을 강요하면서 건물양수인을 궁극적으로 보호하려는 의도로 보이는데, 이 판결의 논거에 의문이 없지 않다.

생각건대 토지와 그 지상건물의 소유자가 다르게 된 때에 건물소유자가 취득한 법정지상권은 법률(관습법)에 의한 취득이므로 건물소유자는 등기없이도 법정지상권을 누구에게나 주장할 수 있으나, 그 처분은 민법 제187조 단서의 적용을 받게 되므로 등기를 갖추어야만 한다. 따라서 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수받은 자는 법정지상권의 이전등기를 하지 않는 한, 법정지상권을 취득할 수 없다. 그러므로 법정지상권을 아직 취득하지 못하고 그 이전등기청구권을 가진 데에 불과한 건물양수인에 대한 토지소유자의 건물철거를 가리켜 신의성실의 원칙에 반한다고 판시한 변경된 판례는 타당하지 못하다.

여섯째, 입법론으로는 관습법상 법정지상권의 성문화에 찬성한다. 다만, 개정안 제279조의2와 같이 종래의 판례가 인정한 모든 경우까지 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는데에는 반대한다.

매매·증여의 경우에는 건물을 철거하지 않고서 존속시키려면 당사자 사이의 계약에 의하여 토지용익관계를 설정하면 될 것이므로 관습법상 법정지상권의 성립을 부정하는 것이 옳다고 생각한다. 그리고 국세징수법에 의한 공매·민사집행법상의 통상의 강제경매 등의 경우에는 당사자 사이의 계약에 의한 토지용익관계를 설정할 기회가 없을 수 있으므로 이 경우에 한하여 개정안 제279조의2에 의한 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하면 될 것이다.

이와 같은 입법을 통하여 현실과 법률의 괴리현상을 좁혀 나가는 것이 합리적

379) 대판 1985. 4. 9, 84다카1131, 1132.

인 방법이라고 생각한다. 이는 종래 구관습상으로 널리 성행해 오던 채권적 전세를 1958년 민법의 제정과 함께 '전세권'이라는 이름의 물권으로 창설한 것(제303조 이하)이나, 판례가 관습상의 물권으로 취급하였던 공유하천용수권 등을 성문화한 것(제231조 이하)과 궤를 같이 한다.

일곱째, 개정안 제279조의2 제1항에 「…지상권 설정계약이 체결된 것으로 추정한다」라고 규정하고 있는데, 그러하다면 이 규정에 의하여 지상권설정계약이 추정된 후 그에 따른 드익를 하기 전에 토지나 건물이 양도되면 건물소유자는 지상권을 취득할 기회를 잃게 된다. 따라서 '지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다'를 '지상권이 설정된 것으로 본다'로 수정하는 것이 바람직할 것이다. 이와 같이 수정하면 종래의 판례가 인정한 관습법상 법정지상권과 그 성질이 동일한 법률의 규정에 의한 지상권으로 되어 건물소유자가 보호받게 될 것이다.

또 '지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다'라고 하게 되면, 이 규정에 의한 지상권은 설정등기를 한 경우에만 물권적 효력을 인정받게 되고 등기가 없는 경우에는 당사자 사이에서만 토지이용계약이 존재할 뿐이다. 그렇게 되면 건물소유자에게 지상권설정청구권이 인정되어 있다고 하더라도 토지소유자의 협력이 없는 한 지상권설정등기는 불가능한 것이 되고 만다. 그래서 건물소유자가 가지는 지상권설정청구권의 법적 성질을 어떻게 이해할 것이냐의 문제도 제기될 수 있어서 당사자 사이의 법률관계를 복잡하게 만드는 결과를 낳게 된다.

따라서 입법론으로서는 개정안 제279조의2(법정지상권)를 신설하되, 그 제1항의 '법률행위에 의하여'를 '국세징수법에 의한 공매·민사집행법상의 통상의 강제경매에 의하여'로 수정하고, '지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다'를 '지상권이 설정된 것으로 본다'로 수정하는 것이 타당할 것이다. 이와 같이 개정안 제279조의2 제1항을 수정하면 종래의 판례가 인정하던 관습법상 법정지상권의 범위를 당사자가 건물소유를 위하여 토지용익관계를 설정할 수 있는 기회를 가지지 못한 경우에만 인정하는 것으로 되어 그동안 판례에 대한 비판도 입법적으로 해결하게 될 것이다.

# 參考文獻

## ▣ 國內文獻

### *1.* 單行本


고상용. 「물권법」. 법문사, 2004.

고선철. 「지상권의 이론과 실무」. 박영사, 2007.

곽윤직. 「물권법」. 박영사, 2007.

권용우. 「물권법」. 법문사, 2001.

김기선. 「한국물권법」. 법문사, 1990.

김상용. 「물권법」. 법문사, 2006.

———. 「한국법사 중심 법사와 법정책」. 한국법제연구원, 2007.

김용한. 「물권법론」. 박영사, 1993.

김준호. 「물권법」. 법문사, 2007.

김준호. 「민법판례」. 법문사, 2001.

김증한・김학동. 「물권법」. 박영사, 1998.

송덕수. 「민법강의(상)」. 박영사, 2004.

우병창. 「조선시대재산법」. 세종출판사, 2006.

이상태. 「요해물권법」. 법원사, 1996.

이영래. 「한국근대토지제도사연구」. 보문사, 1968.

이영준. 「물권법」. 박영사, 2001.

이은영. 「물권법」. 박영사, 2006.

장경학. 「물권법」. 법문사, 1987.

홍성재. 「물권법」. 대영문화사, 2006.

황적인. 「현대민법론 Ⅱ」. 박영사, 1987.

대한법률구조공단. 「(알아두면 힘이 되는)생활법률」, 2000.

민법개정안의견서. 민법개정연구회. 삼지원, 2002.

조선총독부 중추원. 民事慣習回答彙集, 1933.
조선총독부 사법부장관. 倉富勇三郎, 慣習調査報告書.

## 2. 研究論文

강태성. “용익물권에 관한 민법개정방향”. 「민법개정안의견서」. 삼지원, 2002.
고상용. “법정지상권 양수자의 법적 지위”. 「법률신문」, 1985. 11. 11.
곽윤직. “현행 부동산등기법의 문제점”. 「법학」 제29권 1호. 서울대학교 법학연구소, 1988.
김상수. “저당권의 실행과 법정지상권의 성부”. 「고시연구」, 2003. 9.
김 신. “지료연체와 법정지상권의 소멸청구”. 「판례연구」 제6집. 부산판례연구회, 1996.
김용규. “법정지상권에 관한 판례연구”. 「저스티스」, 1972. 12.
김용한. “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”. 「개정민사법해설」. 한국민사법학회편. 한국사법행정학회, 1985. 6.
김재문. “조선왕조의 수목 및 동산거래계약서고(1)”. 「재산법연구」 제6권 제1호. 한국재산법학회, 1989.
김학수. “법정지상권의 양수인의 보호”. 「판례연구」. 창간호. 대구지방법원판례연구회, 1987.
김형수. “관습법상 법정지상권”. 「토지법학」 제18호. 한국토지법학회, 2002.
문홍안. “‘관습상 법정지상권’의 입법화를 둘러싼 논의”. 「일감법학」. 제9권. 건국대학교 법학연구소, 2004. 12.
민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회. 민법안심의록(상), 1957.
박우동. “관습법상의 법정지상권”. 「사법행정」, 1977. 10.
박운길. “관습법상 법정지상권”. 「법학논총」 제2집. 조선대학교 법학연구소, 1996.
박준서. “법정지상권”. 「사법논집」. 제5집. 법원행정처, 1974.
박홍기. “부동산등기제도의 개선에 관한 연구”. 박사학위논문 조선대학교, 2007.
배병일. “관습상의 법정지상권”. 「영남법학」 제2권 제1·2호. 고 계당최해태박사 추모특집. 영남대학교 출판부, 1995.

배성호. “법정지상권의 인정범위”. 「비교사법」 제15호. 한국비교사법학회, 2001.
법무부 민법개정특별분과위원회. 민법개정가안, 2001. 6. 24.
서 민. “법정지상권양수인의 법적 지위”. 「민사판례연구」. 경문사, 1984.
———. “법정지상권의 성립과 양도”. 「고시연구」, 1984. 1.
서현석. “관습법상의 법정지상권에 관한 연구”. 단국대학교 석사학위논문, 1981.
양경욱. “건물의 구분소유에 관한 법률문제”. 「사법논집」. 제16집. 법원행정처, 1985.
양창수. “최근의 한국민법전개정작업”. 민법연구 제7권. 박영사. 2003, 26면.
어인의. “저당권설정후에 토지 건물이 양도된 경우의 법정지상권의 성부”. 「법학논집」 제14집. 청주대학교 법학연구소, 1998.
엄동섭. “토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 대한 비판적 고찰”. 「법조」. 제42권제8호(443호), 1993. 8.
오창수. “관습법상의 법정지상권에 관한 판례이론의 검토”. 「변호사」 제21집, 1991.
윤상덕. “법정지상권에 관한 연구-민법 제366조를 중심으로-”. 청주대학교 박사학위논문, 2001.
윤진수. “법정지상권 성립후 건물을 취득한 자의 지위(상)”. 「사법행정」, 1986. 5.
윤황지. “관습법상의 법정지상권에 관한 소고”. 「논문집」. 제41집. 강남대학교, 2003.
이승길. “관습법상 법정지상권”. 「중앙법학」 제5집 제2호. 중앙법학회, 2003.
이시윤. “관습법상의 법정지상권”. 「법정」, 1966. 1・2.
———. “판례를 중심으로 한 관습법상 법정지상권”. 「법학」 제14권 제1호, 서울대학교.
이 웅. “법정지상권의 요건 - 최근 판례에 나타난 사례중심 -”. 「대전지방변호사회지」 창간호. 대전지방변호사회, 2000. 6.
이은영. “물권법 개정안에 관한 주제발표”. 민법(재산편)개정 공청회 회의록. 법무부, 2001.
이재성. “법정지상권에 대하여”. 「변호사」 제16집, 서울변호사회.

이정래. “관습법상 법정지상권”. 조선대학교 석사학위논문, 1997.

이주성. “우리 판례가 인정하는 관습법상의 법정지상권과 그 양도에 관한 고찰”. 「사법논집」 제7집. 법원행정처, 1977. 10.

이창상. “지상권의 입법과정에 관한 소고”. 「경성법학」. 제2호. 경성대학교 법학연구소, 1992.

이태철. “관습법상 법정지상권에 관한 판례의 동향”. 「새정부의 부동산정책과 토지법」(2008년 동계토지법학술대회). 한국토지법학회, 2008. 1. 19.

임성권. “개정안의 법정지상권 규정에 대한 연구”. 「아세아여성법학」 제5호, 2002. 6.

장경학. “법정지상권”. 「고시계」, 1979. 10.

제철웅. “물권의 객체로서의 물건-민법해석방법에 대한 약간의 문제제기를 겸하여-”, 「법조」 528호.

최문기. “지상권에 관한 판례 및 입법의 변천”. 「민법학의 회고와 전망」. 민법전시행 30주년기념논문집, 1993.

황문섭. “부동산의 공유와 법정지상권의 성부”. 「사법논집」40집. 법원행정처, 2005. 12.

## ▣ 外國文獻

廣中俊雄・星野英一. 「民法典の百年」. 有斐閣. 1988.

瀨川信久. “不動産附合法の一考察(3)”. 「法學協會雜誌」. 제94권 11호. 1977.

梅謙次郎. 民法要義卷之二物權編. 新訂版. 1898.

三好 登. “土地・建物間の法的構成について”. 「法學論集」. 제19호. 早稻田大學大學院. 1979.

我妻榮. 「民法研究 Ⅳ-2(擔保物權)」. 有斐閣. 1967.

柚木 馨. 「擔保物權法」. 有斐閣. 1958.

Münchener Kommentar/Quack. BGB. 2.Aufl.. §946 RdNr. 1. S.803.