

[3강] 법정지상권

1. 지상권 개관

- 1-1. 타인의 토지위에 건물을 짓는 방법은?
- 1-2. 지상권의 개념 및 성질
- 1-3. 지상권의 취득
 - 가. 법률행위에 의한 취득(약정지상권)
 - 나. 법률의 규정에 의한 취득(법정지상권)
- 1-4. 경매에 있어서 선순위 (약정)지상권의 사례
- 1-5. 법정지상권의 의의와 종류

2. 저당권에 의한 법정지상권

- 2-1. 요건
 - 가. 저당권 설정 당시 건물이 존재하였을 것
 - 나. 저당권 설정 당시 토지와 건물이 동일인 소유였을 것
 - 다. 경매의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라질 것
- 2-2. 특성과 내용
- 2-3. 법정지상권의 존속과 양도
 - 가. 법정지상권 성립 후 건물을 재건축한 경우
 - 나. 법정지상권 성립 후 건물을 타인에게 양도한 경우
 - 다. 법정지상권 성립 후 토지가 양도된 경우

3. 관습법상의 법정지상권

- 3-1. 요건
 - 가. 토지와 건물이 동일인 소유에 속할 것
 - 나. 경매 등으로 인하여 토지소유자와 건물소유자가 다르게 될 것
 - 다. 철거의 특약 등 별도의 특약이 없을 것
- 3-2. 취득과 효력
 - 가. 취득과 등기

나. 존속기간과 범위, 지료

다. 관습상 법정지상권이 있는 건물의 양도

4. 전세권에 의한 법정지상권

4-1. 의의와 요건

가. 의의

나. 요건

4-2. 효과

5. 분묘기지권과 입목 · 담보가등기에 의한 법정지상권

5-1. 분묘기지권

가. 의의와 성질

나. 요건

다. 효과

5-2. 입목에 관한 법률에 의한 법정지상권

5-3. 가등기담보 등에 관한 법률에 의한 법정지상권

6. 사례연습

1. 지상권 개관

1-1. 타인의 토지위에 건물을 짓는 방법은?

우리가 건물을 처음 건축하고자 하는 경우, 토지에 대한 소유권을 취득한 후 그 지상에 건축을 하는 것이 보편적인 모습이 될 것이다. 즉, 토지와 건물이 동일 소유자에 속하는 것이 가장 흔한 형태일 것인데, 우리 법제는 토지와 건물을 별개의 물건으로 취급하기 때문에 타인 소유의 토지 위에도 건물을 소유하는 것이 가능하다. 이 경우 타인 소유 토지를 사용할 수 있는 권리¹⁾를 취득한 후 그 지상에 건축을 하는 형태가 될 것이다. 아래 사례를 통해서 타인 소유 토지에 건물을 짓는 여러 가지 방법에 대해서 알아보자.

갑돌이는 서울의 찌든 생활을 잠시 잊고자 무작정 드라이브를 하다가 청평호반에 차를 세우고 원두커피 한 잔을 마시면서 북한강을 내려다보니 모든 스트레스가 다 날아가는 것 같았다. 갑돌이는 사방을 둘러보다가 숲과 나무가 어우러져 있고, 탁 트인 전망에 시원한 강줄기가 보이는 평평한 을순이 소유의 토지 1필지를 발견하였다. 그래서, 갑돌이는 을순이를 찾아가 이 토지를 자신에게 팔 것을 제시하였으나, 을순이는 팔 수는 없고 대신 이 토지에 집을 짓는 것은 동의해 줄 수 있다고 한다. 갑돌이가 위 토지에 그림 같은 전원주택을 지을 수 있는 방법은 어떤 것이 있을까?

갑돌이가 을순이의 토지 위에 전원주택을 지을 수 있는 방법은 ① 을순이와 토지에 관한 지상권설정계약을 체결하고 지상권설정등기를 경료한 후 건축을 하는 방법, ② 을순이 토지에 관한 전세권설정계약을 체결하고 전

1) ‘타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 취득했다’함을 조금 더 전문적(?)인 표현으로 바꾼다면 ‘타인의 토지를 점유할 정당한 권원이 있다’고 표현할 수 있을 것인데, 이는 철거청구에 대한 항변사유로 기능한다.

세권설정등기를 경료한 후 건축을 하는 방법, ③ 을순이와 토지에 관한 임대차계약을 체결하고 임차권설정등기를 경료한 후 건축하는 방법, 마지막으로 ④ 을순이와 토지에 관한 임대차계약을 체결하였으나, 임차권설정등기를 경료하지 않은 채 건축을 하는 방법이 있다.

위 4가지 방법 중 ①과 ②의 방법은 (용익)물권의 취득이므로 반드시 등기를 필요로 하므로 을순이 토지등기부의 을구에 전세권 또는 지상권의 설정등기가 필요할 것이다. ③과 ④의 방법은 민법상의 임대차계약이라는 채권에 의한 방법이다. 단, ③은 채권이긴 하지만 등기²⁾라는 후속조치를 통하여 제3자에게 대항할 수 있는 일종의 물건화 효과를 가지며, ④는 순수한 채권에 불과한 권리이긴 하지만 민법 제622조(건물등기 있는 차지권의 대항력)에 따라 일정한 경우 대항력이 인정된다.

6강의 주제인 ‘법정지상권’을 명확히 이해하기 위해서 우선 ‘지상권’의 개념 및 성질, 취득에 대하여 살펴보기로 한다.(나머지 3가지 주제에 대해서는 관련되는 파트에서 설명한다.)

1-2. 지상권의 개념 및 성질

가. 지상권은 타인의 토지에서 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 물권이다.³⁾ 지상권의 객체가 되는 토지는 1필의 토지가 보편적일 것이지만, 1필의 토지의 일부라도 무방하다.⁴⁾ 또, 지상권의

2) 민법 제621조 및 부동산등기법 제3조 8호

3) 민법 제279조

4) 부동산등기법 제69조 6호

효력이 미치는 범위는 지표 뿐만 아니라 공중과 지하에도 미치게 되는데, 1층 건물의 옥상 위에 건물을 소유하기 위한 지상권설정계약에 대하여 대법원은 1층의 건물 옥상 위에 새로운 건물을 소유하기 위한 지상권설정계약은 그 대지에 지상권을 설정하기 위한 계약으로 판단하였다.⁵⁾ 한편, 토지의 지하 또는 지상의 공간을 상하의 범위를 정하여 이용할 수 있게 하는 지상권도 인정되는데, 이를 구분지상권이라 한다.⁶⁾ 주위에서 흔히 볼 수 있는 구분지상권의 예로는 지하철 역세권에 위치한 아파트의 대지 등기부에 설정되어 있는 구분지상권이 있다.(물론 이 경우 집합건물등기부에는 토지별도등기가 기재되어 있을 것이다.)

나. 지상권의 성질은 ‘지상물을 소유하기 위한 토지사용권으로서 타물권’이라고 표현할 수 있다.

(1) ‘지상물을 소유하기 위한 것’이라는 의미는 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위한 것이다. 여기서 공작물이라는 것은 건물 외에 교량, 탑, 터널 등 인공적인 설비로서 지상공작물 외에 지하공작물도 포함한다. 수목은 식목의 대상이 되는 것을 의미하는데, 여기서 문제가 되는 것은 농업의 대상이 되는 것(예컨대, 벼, 보리, 채소 등)도 여기에 포함되느냐 여부이다. 즉, 농업 목적의 지상권설정이 가능한가 이다. 왜냐하면, 농지법 제23조에서는 농지에 대한 임대차를 제한하고 있고, 민법 제303조 제2항에서는 농지에 대한 전세권설정을 금지하고 있는데, 이렇게 농지에 대한 농지법과 민법의 취지를 고려하여 농지에 대한 지상권설정이 가능한가에 대하여는 찬반의 의견이 대립하고 있다.

5) 대판 1978. 3. 14. 77다2379

6) 민법 제289조의2

(2) ‘토지사용권’이라는 의미는 지상권은 타인의 토지를 사용하는 권리라는 것이다. 지상권은 토지에 대한 사용권이므로 현재 지상물이 없더라도 성립할 수 있고, 존재하던 지상물이 멸실하더라도 존속할 수 있다. 즉 지상권은 지상물을 소유하는 것을 본질적 내용으로 하는 것이 아니라 타인의 토지를 사용하는 것을 본질적 내용으로 한다.⁷⁾ 또, 지상권자와 지상물의 소유자가 반드시 일치하여야 하는 것도 아니다.⁸⁾

(3) ‘타물권’이라는 의미는 타인의 토지에 대한 물권이라는 것이다. 이처럼 지상권은 토지를 직접 지배할 수 있는 물권이므로, 양도성을 가지는 데 이러한 양도의 자유를 제한하는 특약으로도 배제할 수 없다.⁹⁾ 또, 타인의 토지에 대한 권리이므로 지상권과 토지소유권이 동일인에게 귀속하면 지상권은 혼동에 의해 소멸하는 것이 원칙이다.

(4) 지상권은 지료(토지사용의 대가)를 그 요소로 하지 않으므로 당사자가 지료에 관한 약정을 하지 않으면 무상의 지상권으로 본다.¹⁰⁾ 단, 법정지상권의 경우에는 지료지급의무가 있다.

1-3. 지상권의 취득

가. 법률행위에 의한 취득(약정지상권)

지상권취득의 일반적인 모습으로 토지 소유자와 그 토지를 이용하려는 자 사이에 지상권설정계약과 지상권설정등기(민법 제186조)를 통해서 이루어진다. 이를 우리는 특별히 약정지상권이라 하기도 한다. 물론 이렇게

7) 대판 1996. 3. 22. 95다49318

8) 대판 2006. 6. 15. 2006다6126, 6133

9) 민법 제282조, 제289조

10) 대판 1999. 9. 3. 99다24874

새로이 지상권을 설정하는 경우 외에 이미 성립한 지상권을 양수하는 경우도 있을 것이다. 이미 건물이 있는 토지 위에도 지상권 설정이 가능한데,¹¹⁾ 불법건축물이 존재하는 토지에 대한 지상권 설정도 그 불법건축물의 철거를 전제로 하는 것으로 유효하다.¹²⁾ 또, 지상권은 지상물에 종된 권리가 아니기 때문에 지상물과 분리하여 양도하는 것도 가능하다.¹³⁾

나. 법률의 규정에 의한 취득(법정지상권)

(1) 약정지상권과 달리 일정한 요건을 갖춘 경우 법률 또는 관습법에 의하여 당연히 인정되는 지상권이 있는데, 이를 우리는 법정지상권이라 부른다. 이 경우 취득에 있어서는 등기가 없어도 되지만, 이를 처분하기 위해서는 등기하여야 한다.(민법 제187조)를 요하지 않는다. 그리고, 시효취득에 의해서도 지상권을 취득할 수 있는데, 그 중에서 점유취득시효에 의한 경우에는 등기가 있어야 한다.

(2) 흔히, 법정지상권이 단일한 성립요건과 효과를 가지는 것으로 잘못 이해하고 있는 경우가 많은데, 그 발생유형에 따라서 성립요건과 효과에 있어서 차이점이 있는 부분이 있으므로 구별하여 이해하는 것이 필요하다.

(3) 법정지상권은 민법과 민사특별법, 그리고 관습법에 의하여 인정되는데 그 유형은 ① 대지와 건물이 동일한 소유자에게 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 후 그 대지 소유자가 변경된 경우,(민법 제305조) ② 대지와 건물이 동일한 소유자에게 속한 경우에 대지나 건물의 어느 한쪽 또는 양쪽에 저당권이 설정된 후 저당권의 실행으로 대지와 건물의 소유자가

11) 대판 1978. 3. 14. 77다2379

12) 대판 1970. 5. 12. 69다1537

13) 대판 2006. 6. 15. 2006다6126, 6133

다르게 된 경우,(민법 제366조) ③ 대지와 건물이 동일한 소유자에게 속한 경우에 대지 또는 건물에 가등기담보권 · 양도담보권 또는 매도담보권이 설정된 후 그 담보권의 실행으로 대지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우,(가등기담보 등에 관한 법률 제10조) ④ 입목(토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유권에 대해서 등기를 받은 것)과 토지가 동일인게 속하고 있다가 경매 기타의 사유로 토지와 입목이 각각 다른 소유자에게 속하게 된 경우, (입목에 관한 법률 제6조) ⑤ 타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자가 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득하는 경우,(관습법상의 분묘기지권¹⁴⁾) ⑥ 토지와 건물이 동일인에게 속하였다가 매매 기타 원인으로 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우(관습법상의 법정지상권¹⁵⁾)가 있다. 6장에서는 이러한 6가지 유형의 법정지상권에 대해서 살펴볼 것이다.

1-4. 경매에 있어서 선순위 (약정)지상권의 사례

아래 등기부와 같은 권리관계에서 경락을 받은 경우 지상권의 운명이 어떻게 될 지 살펴보자.

[] (소유권에 관한 사항)				
순위 번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	소유권이전	2004년9월10일 제4228호	2002년10월30일 매매	소유자 갑돌이 620101-1***** 서울 양천구 목동 11
2	임의경매개시 결정	2009년8월1일 제8545호	2009년8월1일 서울중앙지방법원 의 경매개시결정 (2009타경****)	채권자 주식회사H은행 110111-***** 서울 중구 남대문로 111

14) 대판 1962. 4. 24. 4294민상1451

15) 대판 1960. 9. 29. 4292민상944

[을 구] (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위 번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	지상권설정	2007년2월1일 제5744호	2007년2월1일 설정계약	목적 건물 기타 공작물이나 수목의 소유 범위 토지의 전부 존속기간 2007년 2월 1일부터 만30년 지상권자 을순이 610101-2***** 경기도 광명시 하안동 11
2	근저당권설정	2008년1월17일 제7072호	2008년1월17일 설정계약	채권최고액 금39,000,000원 채무자 갑돌이 서울 양천구 목동 11 근저당권자 주식회사H은행 110111-***** 서울 중구 남대문로 111

가. 위 경매사건에서 홍길동이 경락을 받아 대금을 지급한 경우 이 물건의 등기부는 아래와 같이 정리될 것이다.

[갑 구] (소유권에 관한 사항)				
순위 번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	소유권이전	2004년9월10일 제4228호	2002년10월30일 매매	소유자 갑돌이 620101-1***** 서울 양천구 목동 11
2	임의경매개시 결정	2009년8월1일 제8545호	2009년8월1일 서울중앙지방법원 의 경매개시결정 (2009타경****)	채권자 주식회사H은행 110111-***** 서울 중구 남대문로 111
3	소유권이전	2009년12월1일 제9000호	2009년11월1일 임의경매로 인한 매각	소유자 홍길동 770101-1***** 서울 송파구 문정동 1
4	2번임의경매개시 결정 등기 말소	2009년12월1일 제9000호	2009년11월1일 임의경매로 인한 매각	

[을 구] (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위 번호	등 기 목 적	접 수	등 기 원 인	권리자 및 기타사항
1	지상권설정	2007년2월1일 제5744호	2007년2월1일 설정계약	목적 건물 기타 공작물이나 수목의 소유 범위 토지의 전부 존속기간 2007년 2월 1일부터 만30년 지상권자 을순이 610101-2***** 경기도 광명시 하안동 11
2	근저당권설정	2008년1월17일 제7072호	2008년1월17일 설정계약	채권최고액 금39,000,000원 채무자 갑돌아 서울 양천구 목동 11 근저당권자 주식회사H은행 110111-***** 서울 중구 남대문로 111
3	2번근저당권설정 등기 말소	2009년12월1일 제9000호	2009년11월1일 임의경매로 인한 매각	

나. 이 사건에서 말소기준등기는 주식회사H은행의 근저당권이 될 것이고, 을순이의 지상권은 이 근저당권 보다 선순위이기 때문에 홍길동은 을순이의 지상권을 인수하게 된다.

경매로 인한 매각과 함께 인수 되는 권리와 소멸되는 권리의 판단에 있어서 원칙은 ① 금전권리는 소멸하고, ② 비금전권리가 금전권리 보다 후순위이면 소멸하지만, 금전권리 보다 선순위이면 인수한다는 것이다.(예외 두 가지가 있음.) 이 원칙에 따라 금전권리인 근저당권은 소멸하고, 비금전권리인 지상권이 금전권리(근저당권) 보다 선순위이기 때문에 소멸하지 않고 경락인이 인수하게 되는 것이다.

금전권리는 교환가치를 그 목적으로 하는 권리인 반면, 비금전권리는 교환가치가 아니라 이용가치를 그 목적으로 하는데, 지상권이라는 것은 지상물의 소유를 목적으로 토지를 사용하는 권리인 용익물권이므로 비금전권리인 것이다.

다. 이 사건에서 홍길동이 을순이의 지상권을 인수한다는 것은 어떤 의

미일까? 홍길동은 지상권의 존속기간 동안 을순이에게 지료를 청구할 수 없다. 왜냐하면, 약정지상권에서 당사자가 지료에 관해서 정한 바가 없으면 무상으로 보기 때문이다.¹⁶⁾ 반면에 법정지상권은 법률의 규정으로 지료를 청구할 수 있다. 홍길동은 을순이의 지상권 존속기간 동안에는 꿈쩍없이 자신의 소유권을 제한 당하게 된다. 다만 존속기간이 지나면 홍길동은 을순이의 지상물에 대하여 철거청구등 원상회복청구를 하거나, 또는 상당한 가액을 제공하여 지상물의 매수를 청구할 수 있다.(민법 제285조) 다만 을순이 역시 홍길동이 계약갱신을 불응하는 것을 이유로 하여 지상물의 매수를 청구할 수 있다.(민법 제283조) 위와 같이 선순위 약정지상권이 인수되는 토지가 경매사건에서 우리는 어떻게 접근해야 할까? 사건으로는 지료청구가 가능한지를 파악하고,(지료를 정함이 있다면 지료는 등기사항임) 무상의 지상권이 라면 지상권만료기간이 임박하여야 가치가 있을 것이다.

1-5. 법정지상권의 의의와 종류

법정지상권이란, 지상권설정이라는 당사자간의 법률행위가 없어도 일정한 요건을 갖춘 경우 법률 또는 관습법에 의하여 당연히 인정되는 지상권을 말한다. 법정지상권은 민법 제187조에 의하여 취득에 있어서는 등기가 없어도 되지만, 이를 처분하기 위해서는 등기하여야 한다. 다만, 시효취득에 의해서도 지상권을 취득할 수 있는데, 그 중에서 점유취득시효에 의한 경우에는 등기가 있어야 취득한다.

법정지상권은 당연히 법률 또는 관습법에 근거하여야 하므로, 그 근거에 따라 법정지상권의 종류는 ① 저당권에 의한 법정지상권(민법 제366조)

16) 대판 1999. 9. 3. 99다24874

② 전세권에 의한 법정지상권(민법 제305조) ③ 가등기담보권 등에 의한 법정지상권(가등기담보 등에 관한 법률 제10조) ④ 입목에 적용되는 법정지상권(입목에 관한 법률 제6조) ⑤ 관습법상의 법정지상권¹⁷⁾ ⑥ 관습법상의 분묘기지권¹⁸⁾이 있다. 이하에서는 이 여섯 가지를 나누어서 설명하기로 한다.

17) 대판 1960. 9. 29. 4292민상944

18) 대판 1962. 4. 24. 4294민상1451

2. 저당권에 의한 법정지상권

민법 제366조 (법정지상권)

❶저당물의 경매로 인하여 ❷토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 ❸토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

2-1. 요건

- (1) 저당권 설정 당시 건물이 존재하였을 것
- (2) 저당권 설정 당시 토지와 건물이 동일인 소유였을 것
- (3) 경매의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라질 것

가. 저당권 설정 당시 건물 존재하였을 것

토지에 저당권 설정 당시 건물이 존재해야 한다.(만약, 토지에 여러 개의 저당권이 설정된 경우에는 최선순위 저당권 설정 당시 건물이 존재하여야 한다.) 건물이 없는 토지에 저당권이 설정된 후 그 지상에 건물이 건축되었다가, 저당권 실행에 의한 경매로 그 토지와 건물이 소유자가 달라지게 된 경우에는 민법 제366조의 법정지상권 뿐만 아니라 관습법상의 법정지상권도 인정되지 아니한다.¹⁹⁾ 하지만, 저당권 설정 당시 건물이 존재하기만 하면 되고 그 건물이 무허가 · 미등기 건물이어도 상관없다.²⁰⁾ 또, 저당권 설정후 기존 건물이 (동일성을 유지하며) 증·개축된 경우 기존 건물의 범위 내에서 법정지상권이 인정된다.²¹⁾

19) 대결 1995. 11. 21. 95마1262

20) 대판 1964. 9. 22. 63아62

21) 대판 1997. 1. 21. 96다40080

그렇다면, 토지에 저당권 설정 당시 그 지상에는 건물이 없었으나, 설정 당시 저당권자가 토지 소유자에게 건물의 건축에 동의한 경우는 어떠할까? 이 경우 대법원은 근저당권자의 건축 동의라는 그러한 사정은 주관적이고 공시할 수도 없는 것이어서 토지 낙찰자로서는 알 수도 없는 것이어서 그와 같은 사정만으로 법정지상권을 인정하게 되면 토지 낙찰자의 법적 안정성을 해치게 되므로 이 경우에는 법정지상권이 인정할 수 없다고 한다.²²⁾

또, 토지에 저당권 설정 당시 토지 소유자가 건축 중이었던 경우에는 그 건물이 사회 관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에는 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모와 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 진전된 경우에는 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라지면 법정지상권이 인정될 수 있다.²³⁾ 단, 이 경우 경매로 토지가 매각될 당시에는 그 건물이 완성되지 않는 않아도 독립한 건물로서의 요건(최소한의 기둥과 지붕, 주벽)은 갖추어야 한다.²⁴⁾

문제는 토지 저당권 설정 당시 존재하던 건물을 철거하고 새로운 건물을 신축한 경우다. 이 경우 판례는 ① 토지에 대해서만 저당권을 설정한 경우와 ② 토지와 그 지상건물에 공동저당권이 설정된 경우로 나눌 수 있다. ①의 경우, 저당권 설정 당시 건물이 존재한 이상 그 이후 건물을 증·개축하는 경우는 물론이고 멸실 후 재축, 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하고 그 범위 및 존속기간 등은 구건물을 기준으로 한다.²⁵⁾ ②의 경우에는 그 지상건물이 철거되고 새로운 건물이 신축된 후 그 신축건물에 대해 토지와 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 그 신

22) 대판 2003. 9. 5. 2003다26051

23) 대판 1992. 6. 12. 92다7221

24) 대판 2003. 5. 30. 2002다21592, 21608

25) 대판 1991. 4. 26. 90다19985

축건물을 위한 법정지상권은 인정되지 않는다.²⁶⁾ 이 때 만약, 신축된 건물에 대하여 저당권을 설정받지 못한 경우 토지 저당권자는 민법 제365조에 의하여 그 토지와 신축건물의 일괄경매를 청구할 수 있다.²⁷⁾

민법 제365조 (저당지상의 건물에 대한 경매청구권)

토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 대하여 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다.

나. 저당권 설정 당시 토지와 건물이 동일인 소유였을 것

대법원 1999. 11. 23. 99다52602 판결

토지에 저당권을 설정할 당시 토지의 지상에 건물이 존재하고 있었고 그 양자가 동일 소유자에게 속하였다가 그 후 저당권의 실행으로 토지가 낙찰되기 전에 건물이 제3자에게 양도된 경우, 민법 제366조 소정의 법정지상권을 인정하는 법의 취지가 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상 건물이 각 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물이 철거되는 것과 같은 사회경제적 손실을 방지하려는 공익상 이유에 근거하는 점, 저당권자로서는 저당권설정 당시에 법정지상권의 부담을 예상하였을 것이고 또 저당권설정자는 저당권설정 당시의 담보가치가 저당권이 실행될 때에도 최소한 그대로 유지되어 있으면 될 것이므로 위와 같은 경우 법정지상권을 인정하더라도 저당권자 또는 저당권설정자에게는 불측의 손해가 생기지 않는 반면, 법정지상권을 인정하지 않는다면 건물을 양수한 제3자는 건물을 철거하여야 하는 손해를 입게 되는 점 등에 비추어 위와 같은 경우 건물을 양수한 제3자는 민법 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다.

토지 저당권 설정 당시 토지와 건물이 동일인 소유에 속하였으면 되고, 저당권의 실행으로 토지가 낙찰되기 전에 건물이 제3자에게 양도되었

26) 대판(전합) 2003. 12. 18. 98다43601

27) 대판 1998. 4. 28. 97마2935

어도 법정지상권은 인정된다.²⁸⁾ 토지 저당권 설정 당시 존재하였던 건물을 토지에 대한 경매 전에 건물을 타인에게 양도하면 일단 후술하는 관습법상의 법정지상권이 성립하는데, 그 후 토지에 대한 저당권실행의 경매가 되면 그 관습법상의 법정지상권은 경락으로 소멸할 것이지만, 민법 제366조의 법정지상권은 성립할 것이다.

무허가 · 미등기 건물에 대해서도 법정지상권이 인정된다는 것은 전술한 바와 같다. 하지만, 대지와 그 지상의 미등기 건물을 함께 매수한 사람이 대지에 대해서만 소유권이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전받지 못한 상태에서 대지에 대하여 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행으로 대지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우는 어떨까? 이 때에는 저당권 설정 당시에 대지와 지상의 건물이 각각 다른 사람의 소유에 속한 것이므로 민법 제366조의 법정지상권이 성립할 여지가 없다.²⁹⁾ 그 이유를 생각건대, 대지 소유자가 그 지상에 미등기 건물을 신축하게 되면 보존등기를 하지 않더라도 대지 소유자는 그 미등기 건물을 원시취득한 소유자이지만, 그로부터 그 미등기 건물을 매수한 매수인은 이전등기를 받지 못하는 한 그 건물의 소유자라고 할 수 없기 때문일 것이다. 참고로, 대지와 그 지상의 미등기 건물을 매수하고 대지에 대해서만 소유권이전등기를 받은 경우에 형식적으로 대지와 건물의 소유자가 달라지게 되었다 하더라도 매도인에게 관습법상의 법정지상권도 인정되지 아니한다.³⁰⁾

그러나, 토지 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 대지와 지상의 미등기 건물 중 건물만 양도하였으나 그 건물이 미등기여서 건물양수

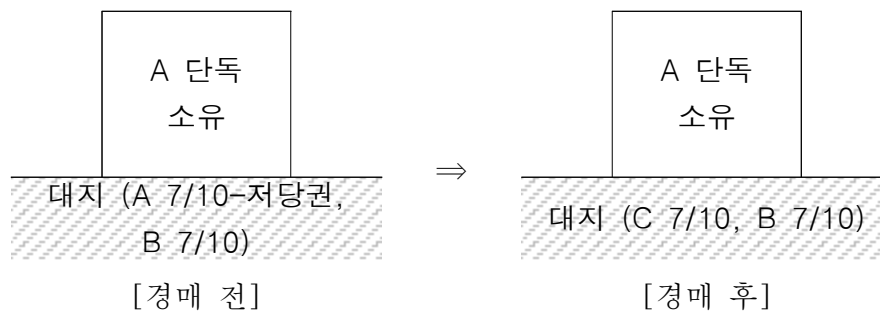
28) 대판 1999. 11. 23. 99다52602

29) 대판 2002. 6. 20. 2002다9660

30) 대판 2002. 6. 20. 2002다9660

인이 이전등기를 받지 못하고 있는 상태에서 토지 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라지게 되면 건물 양도인이 법정지상권을 취득한다. 이 때 그 건물 양수인은 채권자대위의 법리에 따라서 양도인 및 그 대지를 매수한 대지소유자에 대해서 순차적으로 지상권설정등기 및 그 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다.³¹⁾

아래 그림과 같은 상황에서 대지에 대한 A지분(7/10)에 대해서만 저당권이 설정되고 그 후 저당권의 실행 경매로 C가 대지 지분 7/10을 매수하게 된 경우는 어떨까?



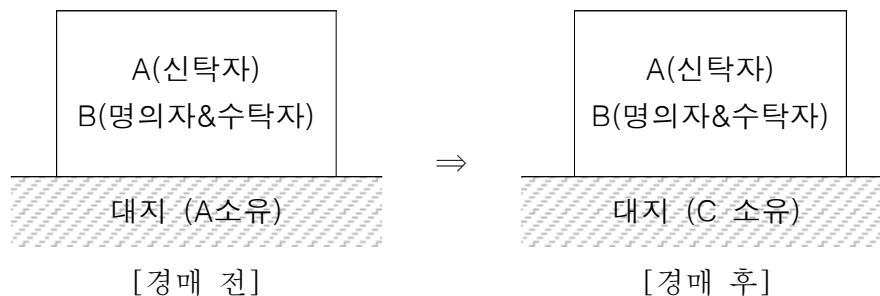
이 때에도 법정지상권을 인정하게 되면, 토지 공유자의 1인으로 하여금 다른 공유자의 지분에 대하여서 까지 지상권 설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되므로 이러한 경우에는 당해 토지에 관하여 건물의 소유를 위한 법정지상권이 성립될 수 없다.³²⁾ 이러한 유형의 경매 물건을 종종 볼 수 있는데, 이때 유념할 것은 법정지상권이 인정되지 않는다고 하여 그것이 곧 대지 공유지분 매수인에게 지상 건물철거청구권이 인정된다는 의미는 아니라는 것이다. 즉, “건물철거청구권 인정 → 법정지상권 부인”은 성립할 수 있으나, “법정지상권 부인 → 건물철거청구권 인정”은 아니라는 것이다. 굳이 표현하자면 “대지를 점유할 정당한 권원 없음 → 건물철거청구권 인정”으로 생각하여

31) 대판 1991. 5. 28. 91다6658

32) 대판 2004. 6. 11. 2004다13533

야 한다. 대지를 점유할 정당한 권원의 여러 가지 방법으로는 전술한 ‘지상권 개관’편과 공유에 관한 법리를 참고하면 될 것이다.

A가 토지와 그 지상 건물을 소유하던 중 건물만 B에게 명의신탁한 상황에서 토지에만 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행에 의해 토지 소유권이 C에게 이전된 경우에는 A는 C에게 그 건물이 자신의 소유임을 주장할 수 없고 따라서 그 건물을 위한 법정지상권도 취득할 수 없다.³³⁾ 이를 그림으로 표현하면 다음과 같다.



다. 경매의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라질 것

민법 제366조에 의한 법정지상권이 성립하기 위해서는 저당권 실행의 경매로 토지와 건물의 소유자가 달라져야 한다. 즉, 법률행위로 인하여 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우에는 민법 제366조가 아니라, 관습법상의 법정지상권이 인정될 수 있을 뿐이다. 다만, 후술하는 전세권에 의한 법정지상권(민법 제305조)의 경우는 법률행위에 의해 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우도 포함한다. 또, 저당권 실행 경매가 아니라, 강제경매로 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우도 민법 제366조의 법정지상권이 아니라 관습법상의 법정지상권 인정 여부를 따져야 한다.³⁴⁾ 국세징수법에 의한 공매 또한 관습법상의 법정지상권 인정여부의 문제이다.³⁵⁾

33) 대판 2004. 2. 13. 2003다29043

34) 대판 1970. 9. 29. 70다1454

2-2. 특성과 내용

가. 민법 제366조 법정지상권의 특성으로는 ① 건물의 소유자가 건물과 법정지상권 중 어느 하나만을 처분하는 것도 가능한 독립된 권리라는 점과,³⁵⁾ ② 저당권설정 당사자간의 특약으로 저당목적물인 토지에 대하여 법정지상권을 배제하는 약정을 하여도 효력이 없다는³⁶⁾ 강행규정성을 들 수 있다.

나. 민법 제366조의 요건을 충족한 경우 법정지상권은 건물 소유자가 취득하게 되는데, 이는 당연히 사실상의 소유자가 아닌 법률상의 소유자를 의미한다. 따라서, 미등기건물의 양수인이 이전등기를 하지 못한 사이 저당권이 실행되면 건물양도인이 법정지상권을 취득하게 됨은 앞서 설명한 바와 같다.(요건 (2)항 참조) 존속기간은 기간의 정함이 없는 지상권으로 보아 민법 제281조 소정의 최단존속기간에 관한 규정을 적용하며,³⁷⁾ 법정지상권이 미치는 범위는 반드시 그 건물의 기지에 한정되는 것이 아니라 그 건물의 사용에 필요한 범위내의 일정한 토지에 미친다.³⁸⁾

다. 지료는 당사자가 협의로 정할 수도 있을 것이나, 협의가 되지 않을 경우에는 법원이 결정한다.(민법 제366조 단서) 지료산정은 법정지상권이 설정된 건물이 건립되어 있음으로 인하여 토지의 소유권이 제한을 받는 사

35) 대판 1967. 11. 28. 67다1831

36) 대판 2001. 12. 27. 2000다1976

37) 대판 1988. 10. 25. 87다카1564

38) 대판 1992. 6. 9. 92다4857

39) 대판 1977. 7. 26. 77다921

정을 참작하여 평가해서는 안되며, 토지에 건물이 없는 상태를 전제로 한 토지사용료를 기준으로 하여야 한다.⁴⁰⁾ 지료가 결정되기 전에는 2년의 지료연체를 이유로 지상권소멸을 청구할 수도 없으며,⁴¹⁾ 지료가 확정되지 않은 때에는 지료청구권의 소멸시효를 따질 수도 없음은 당연하다.⁴²⁾

2-3. 법정지상권의 존속과 양도

가. 법정지상권 성립 후 건물을 재건축한 경우

법정지상권이 성립된 후 건물을 증·개축하더라도 동일성이 유지되는 한 법정지상권은 존속하는데, 기존의 건물을 허물고 새로운 건물을 신축하여 그 동일성이 상실된 경우에도 법정지상권이 존속하는가? 이에 대하여 대법원은 동일성을 요구함으로써 법정지상권이 소멸한다는 판례도 있으나, 동일성과 무관하게 기존 건물을 기준으로 법정지상권의 존속을 인정하는 판례도 있다.(아래 상자의 판례 참조) 보기 드문 경우이기는 하나 결국 양 판결의 사실관계를 면밀히 파악한 후 입찰하고자 하는 경매사건의 사실관계와 객관적으로 비교하여 판단해야 할 것이다.

40) 대판 1995. 9. 15. 94다61144

41) 대판 1994. 12. 2. 93다52297

42) 대판 1969. 5. 27. 69다353 참조

대법원 1985. 5. 14. 85다카13 판결

법정지상권 취득당시의 건물이 멸실되어 다시 신축하거나 건물의 독립성을 인정할 수 없을 정도로 훼손된 것을 새로운 독립된 건물로 개축하여 양 건물이 동일성이 상실한 경우에는 건물소유를 위한 법정지상권은 소멸하나 기왕의 건물의 일부를 증, 개축하여 그 면적에 다소의 증감이 있었거나 지붕이나 구조에 일부 변동이 있는 사실만으로는 건물의 동일성을 상실한다고 볼 수 없으므로 그 건물의 소유를 위한 법정지상권은 여전히 존속한다.

대법원 1997. 1. 21. 96다40080 판결

민법 제366조 소정의 법정지상권이나 관습상의 법정지상권이 성립한 후에 건물을 개축 또는 증축하는 경우는 물론 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하나, 다만 그 법정지상권의 범위는 구건물을 기준으로 하여 그 유지 또는 사용을 위하여 일반적으로 필요한 범위 내의 대지 부분에 한정된다.

나. 법정지상권 성립 후 건물을 타인에게 양도한 경우

법정지상권자가 제3자에게 건물을 양도한 때에는 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 봄이 상당하다.⁴³⁾ 즉, 법정지상권을 취득한 건물소유자가 법정지상권 설정등기를 하지 않고 건물을 양도한 경우, 특별한 사정이 없는 한 지상권 양도계약(채권)도 있었다고 할 것이므로 건물양도인이 법정지상권 설정등기 후 이전등기절차를 이행하지 않을 때에는 건물양수인은 건물양도인을 순차 대위하여 토지 소유자에 대하여 건물양도인의 법정지상권설정등기절차의 이행을 청구할 수 있다.⁴⁴⁾ 물론 법정지상권이 붙어 있는 건물의 양수인이 대위청구가 가능하다는 사실만으로도 (법정지상권 등기

43) 대판 1996. 4. 26. 95다52864

44) 대판 1988. 9. 27. 87다카279

전에) 토지 소유자에게 법정지상권을 주장할 수는 없다. 그러나, 법정지상권
등기 전이라 하더라도 토지 소유자의 건물철거청구는 신의칙에 반하므로 허
용되지 않는다.⁴⁵⁾

다. 법정지상권 성립 후 토지가 양도된 경우

법정지상권은 민법 제187조에 의한 취득이므로 법정지상권자는 이
를 취득할 당시의 토지소유자 뿐만 아니라 이로부터 토지소유권을 전득한
제3자에 대하여 등기없이 그 지상권을 주장할 수 있다. 다만 등기하지 아니
하면 처분할 수 없을 뿐이다.⁴⁶⁾

45) 대판(전합) 1985. 4. 9. 84다카1131, 1132

46) 대판 1965. 9. 23. 65다1222

3. 관습법상의 법정지상권

동일인의 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 기타 원인으로 인하여 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없는 한 건물소유자는 관습법에 의하여 등기 없이도 당연히 법정지상권을 취득한다.

3-1. 요건

- ① 토지와 건물이 동일인 소유에 속할 것
- ② 토지소유자와 건물소유자가 달라질 것
- ③ 철거 등의 특약이 없을 것

가. 토지와 건물이 동일인 소유에 속할 것

(1) 건물의 존재

당연히 건물이 존재하여야 하는데, 건물로서의 요건을 갖추고 있는 이상 그 건물이 무허가 이거나 미등기건물이어도 상관없다.⁴⁷⁾ 다만, 앞서 살펴본 민법 제366조 소정의 법정지상권과 마찬가지로 대지와 그 지상의 미등기 건물을 함께 매도하였다면 비록 매수인에게 그 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 대하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 대지와 건물이 그 소유 명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권이 인정되지는 않는다.⁴⁸⁾

47) 대판 1988. 4. 12. 87다카2404

48) 대판 2002. 6. 20. 2002다9660

(2) 소유

법률상의 소유권

법률상의 소유권을 의미하며, 사실상의 처분권한(사실상의 소유) 등은 제외된다. 예컨대, 토지를 매수하였으나 이전등기를 하지 않은 상태에서 그 지상에 건물을 신축하여 건물의 소유권을 취득하였다고 하더라도 이러한 상태에서 건물에 관한 강제경매절차에 의하여 토지와 건물의 소유자가 다르게 되었다 하더라도 건물을 위한 관습상의 법정지상권은 성립하지 않는다.⁴⁹⁾

또, 토지를 제3자에게 매도하고 이전등기를 하기 전에 토지 매도인이 건물을 신축한 경우에는 토지 매수인이 그 건축행위를 승낙하지 않은 이상 그 건물은 장차 철거되어야 할 운명에 처하게 될 것이고, 토지 매도인(소유자)은 이를 예상하면서도 건물을 건축하였다면 이러한 경우에도 관습상의 법정지상권은 성립하지 않는다.⁵⁰⁾

가등기

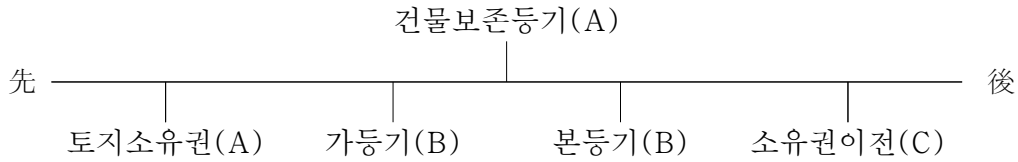
나대지상에 채권을 담보하기 위하여 가등기를 설정한 후 대지 소유자가 그 지상에 건물을 신축하였는데, 그 후 가등기에 기한 본등기가 종료되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우에는 담보가등기권자의 이익을 보호해야 하기 때문에 특별한 사정이 없는 한 관습상의 법정지상권은 인정되지 않는다.⁵¹⁾

그렇다면, 청구권보전을 위한 가등기가 아래 그림처럼 설정된 경우는 어떨까?

49) 대판 1994. 4. 12. 93다56053

50) 대판 1994. 12. 22. 94다41072, 41089

51) 대판 1994. 11. 22. 94다5458



이러한 경우에는 담보가등기와는 달리 A는 C에게 관습상의 법정지상권을 주장할 수 있다. 이에 대하여 대법원은 청구권보전가등기는 그 성질상 순위보전의 효력만이 있으므로 후일 본등기가 경료된 때 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 실효될 뿐이고, 본등기에 의한 물권변동의 효력이 가등기한 때로 소급하는 것은 아니라고 한다.⁵²⁾ 즉, B의 본등기로 인한 토지소유권이전이라는 물권변동의 효력이 발생하는 시점은 가등기 시점이 아니라 본등기 시점이므로 A가 건물의 원시취득자가 된 시점의 토지 소유자는 A이므로 특별한 사정이 없는 한 A에게 관습상의 법정지상권이 인정되는 것이다.

한편, 토지와 건물은 원시적으로 동일인의 소유여야 할 필요는 없고 토지와 건물 중 하나가 처분될 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하였으면 충분하다.⁵³⁾ 또, 강제경매로 인하여 관습상의 법정지상권이 성립하기 위하여는 경락 당시에 토지와 그 지상건물이 소유자를 같이하고 있으면 족하고 강제경매를 위한 압류가 있는 때로부터 경락에 이르는 기간중 계속하여 그 소유자를 같이하고 있을 필요는 없다.⁵⁴⁾

대지의 구분소유적 공유

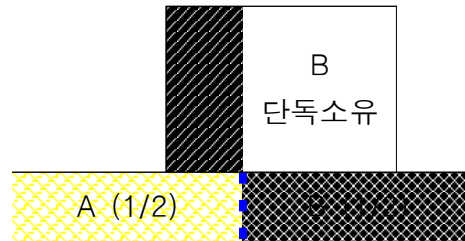
① A와 B가 대지의 일정 부분을 각자 특정 매수하여 배타적으

52) 대판 1982. 6. 22. 81다1298, 1299

53) 대판 1995. 7. 28. 95다9075, 9082

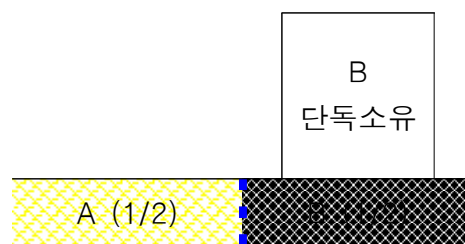
54) 대판 1970. 9. 29. 70다1454. 이와 달리 민법 제366조 소정의 법정지상권은 지당권 설정 당시 토지와 건물이 동일인에게 속하여야 한다.

로 점유하면서 지분이전등기를 경료하고, 타인이 지배하는 부분을 침범하여 건축한 경우



위와 같이 A와 B가 토지에 대해 각 1/2 지분 이전등기를 경료한 토지 위에 B가 단독 소유의 건물을 신축하였는데 그 건물의 일부분(빨간색 빗금친 부분)이 A가 배타적으로 점유하는 토지 부분을 침범한 경우, 대법원은 구분소유적 공유관계의 당사자 내부에서는 각자가 특정매수한 부분에 대해서 단독소유로 되었다 할 것이므로 B가 당초 매수하지 아니한 부분 지상에 있는 건물 부분에 대해서는 관습상의 법정지상권이 성립할 여지가 없다고 한다.⁵⁵⁾

② A와 B가 대지의 일정 부분을 각자 특정 매수하여 배타적으로 점유하면서 지분이전등기를 경료하고, 본인이 지배하는 부분에 건물을 건축한 경우



위와 같이 A와 B가 각 1/2 지분 이전등기를 경료한 토지 중에서 B가 자신이 지배하는 대지 부분에 건물을 신축한 이후 B의 토지 지분을 A가 경락으로 취득하였다면 B는 그 소유 건물을 위한 법정지상권을 취득한다.⁵⁶⁾

55) 대판 1994. 1. 28. 93다49871

56) 대판 1990. 6. 26. 89다카24094

명의신탁의 경우

① A는 자신의 토지를 B에게 명의신탁한 후 그 지상에 건물을 신축하였는데, 그 후 토지의 소유권이 B에게서 C로 이전되었다면 A는 C에게 관습상의 법정지상권을 주장할 수 없다.⁵⁷⁾

② A가 자신의 토지를 B에게 명의신탁 하였는데, B가 그 지상에 건물을 신축한 후 토지에 대한 명의신탁이 해지되어 A 소유로 이전등기가 된 경우, 토지명의신탁의 대내적 관계에서는 그 소유권이 B에게 속하는 것이라고 할 수는 없으므로 B는 그 소유 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득할 수는 없다.⁵⁸⁾

나. 경매 등으로 인하여 토지소유자와 건물소유자가 다르게 될 것

(1) 소유자가 달라지게 된 원인으로는 강제경매, 매매, 증여, 국세징수법에 의한 공매, 공유물분할, 귀속재산의 불하, 환매, 담보가등기 설정 후 대물변제조로 행한 본등기를 포함한다. 그러나, 환지로 인하여 새로운 분할지적선이 그어진 결과 환지 전에는 동일인에게 속하였던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우에 환지의 성질상 건물의 부지에 관하여 소유권을 상실한 건물소유자가 그 환지된 토지(건물부지)에 대하여 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다거나 그 환지된 토지의 소유자가 그 건물을 위한 관습상 법정지상권의 부담을 안게 된다고는 할 수 없다.⁵⁹⁾

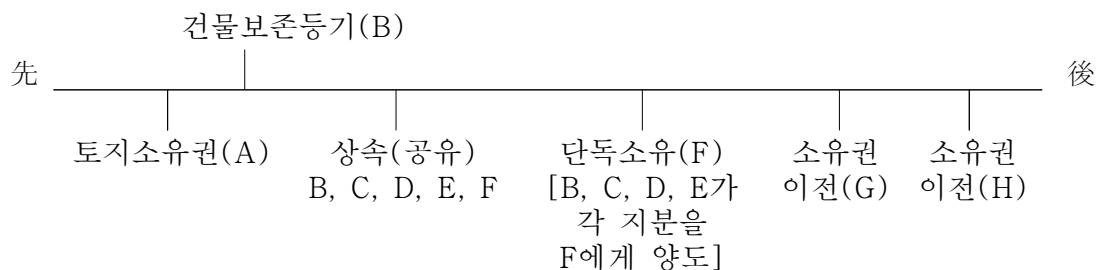
(2) 토지공유물 분할의 경우

57) 대판 1975. 3. 11. 74다1935

58) 대판 1986. 5. 27. 86다카62

59) 대판 1991. 4. 9. 89다카1305

① 협의분할에 의한 경우는 법정지상권을 긍정하는데, 그 예로는 수인이 공유하던 토지 지상에 그 중 1인이 건물을 소유하던 중 토지공유자들의 협의분할로써 그 중 한 사람의 단독소유로 귀속되어 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우가 있다.⁶⁰⁾ ② 그러나, 토지지분을 공유자가 각자 개별적으로 그 중 1인에게 양도한 경우는 법정지상권이 부정된다. 대법원은 토지의 공유자중의 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 없다고 한다.⁶¹⁾ 이 판결의 사실관계는 다음과 같다.



결국 이 사례에서 B는 H에게 법정지상권을 주장할 수 없다는 것이다. ③ 공유물분할을 위한 경매의 경우에는 법정지상권이 부정된다. 즉, 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지 공유자 중 1인의 토지공유물분할청구에 따른 경매절차에서 경락되어 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습법상의 법정지상권이

60) 대판 1967. 11. 14. 67다1105

61) 대판 1987.6.23. 86다카2188

성립되는 것으로 보게 되면 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다.⁶²⁾

다. 철거의 특약 등 별도의 특약이 없을 것

(1) 이는 민법 제366조 소정의 법정지상권이 강행규정인 것과 달리 관습상의 법정지상권은 임의규정의 성격을 가진다는 뜻이다. 즉, 당사자 사이에 그 건물을 철거하기로 하는 약정이 있는 경우에는 건물 소유자가 토지 소유자에 대하여 관습상의 법정지상권을 취득할 수 없다.

(2) 구체적인 사례

① 토지나 건물 중 하나만을 처분하면서 건물 소유를 위한 토지임대차계약을 체결한 경우에는 관습상의 법정지상권을 포기한 것이며,⁶³⁾ ② 건물과 토지의 소유자가 토지만 매도하면서, 토지매수인에게 제한없이 토지를 사용할 수 있도록 하겠다는 취지의 약정을 하였다면 그 약정이 이행되지 못하였어도 관습상의 법정지상권은 성립하지 않지만,⁶⁴⁾ ③ 토지와 건물의 소유자가 토지만을 타인에게 증여한 후 현재 건물을 철거하되, 그 지상에 자신의 명의로 건물을 다시 신축하기로 합의한 경우에는 그 건물철거의 합의가 건물 소유자가 토지의 계속적인 사용을 포기하기로 한 합의로 볼 수 없기 때문에 관습상의 법정지상권을 배제하는 특약으로 볼 수 없다.⁶⁵⁾

62) 대판 1993.04.13. 92다55756

63) 대판 1992. 10. 27. 92다3984

64) 대판 2008.2.15. 2005다41771,41788

65) 대판 1999. 12. 10. 98다58467

3-2. 취득과 효력

가. 취득과 등기

관습상 법정지상권의 성립요건을 갖추면 등기 없이도 지상권을 취득한 것이므로, (민법 제187조) 등기를 경료하지 않은 관습상의 법정지상권자는 취득 당시의 토지소유자 뿐만 아니라 전득자에게도 주장할 수 있고 지상권설정등기를 해줄 것을 청구할 수 있다.⁶⁶⁾

나. 존속기간과 범위, 지료

대법원은 관습상 법정지상권에 대하여 다른 특별한 사정이 없는 한 민법의 지상권에 관한 규정을 준용하여야 한다고 한다.⁶⁷⁾ 따라서, 관습상 법정지상권의 존속기간은 기간의 약정이 없는 지상권으로 보아 건물의 종류에 따라 민법 제281조에 의하여 정해진다.

또, 법정지상권은 성립 당시를 기준으로 하여 지상 건물의 유지 및 사용에 필요한 범위내의 인접토지를 그 범위로 한다.⁶⁸⁾

지료는 민법 제366조가 준용되므로, 당사자의 청구에 의하여 법원이 결정하게 될 것이고,⁶⁹⁾ 그 기준은 아무런 제한이 없는 토지의 사용을 전제로 한 임료 상당액이 된다.⁷⁰⁾

다. 관습상 법정지상권이 있는 건물의 양도

관습상 법정지상권의 취득에 있어서는 등기를 요하지 아니하나, 그

66) 대판 1988. 9. 27. 87다카279

67) 대판 1968.8.30. 68다1029

68) 대판 1974. 2. 12. 73다353

69) 대판 1996. 2. 13. 95누11023

70) 대판 1975. 12. 23. 75다2066

지상권을 양도하기 위해서는 설정등기 후 이전등기를 하여야 한다.(민법 제 187조)

그렇다면, 법정지상권이 있는 건물을 양도하면서 법정지상권의 이전등기가 없는 경우 법정지상권의 운명은 어떻게 될까? 관습상 법정지상권이 붙은 건물의 소유자가 건물을 제3자에게 처분한 경우에는 법정지상권에 관한 등기를 경료하지 아니한 자로서는 건물의 소유권을 취득한 사실만 가지고는 법정지상권을 취득하였다고 할 수 없어 대지소유자에게 지상권을 주장할 수 없고 그 법정지상권은 여전히 당초의 법정지상권자에게 유보되어 있다고 보아야 한다. 그러나, 법정지상권자가 건물을 제3자에게 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 법정지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이며, 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 할 것이므로, 법정지상권이 붙은 건물의 양수인은 법정지상권에 대한 등기를 하지 않았다 하더라도 토지소유자에 대한 관계에서 적법하게 토지를 점유사용하고 있는 자라 할 것이다. 그리고, 건물을 양도한 자라고 하더라도 지상권갱신청구권이 있고 건물의 양수인은 법정지상권자인 양도인의 갱신청구권을 대위행사할 수 있다.⁷¹⁾

71) 대판 1995.4.11. 94다39925

4. 전세권에 의한 법정지상권

민법 제305조 (건물의 전세권과 법정지상권)

- ① 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.
- ② 전항의 경우에 대지소유자는 타인에게 그 대지를 임대하거나 이를 목적으로 한 지상권 또는 전세권을 설정하지 못한다.

4-1. 의의와 요건

가. 의의

동일소유자에 속하던 대지와 건물 중 건물에만 전세권이 설정된 후 전세권설정자가 대지를 타인에게 처분하여 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 전세권설정자의 법정지상권이 성립한다.

나. 요건

(1) 대지와 건물이 동일인의 소유여야 한다.

(2) 건물에만 전세권이 설정되어야 한다.

(3) 대지가 타인에게 양도되어야 한다. 그 양도의 원인은 따지지 않으므로 매매 등 법률행위에 의한 것이든 경매(강제, 임의)에 의한 것이든 묻지 않는다. 그렇다면, 대지가 아닌 (전세권이 설정된) 건물이 양도되거나 경락됨으로써 대지와 건물의 소유자가 달라지게 된 때에는 어떨까? 개인적인 견해를 밝히자면 이 경우에는 관습상의 법정지상권 또는 민법 제366조 소정

의 법정지상권의 법리로 해결해야 할 것이다.

4-2. 효과

가. 전세권자가 아닌 건물소유자(전세권설정자)가 법정지상권을 취득한다. 다만, 건물전세권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권에도 미치므로,(민법 제304조 제1항) 건물전세권자가 토지에 대한 사용이 가능해 진다.

나. 민법 제305조 소정의 법정지상권은 그 취득에 등기를 요하지 아니하며,(민법 제187조) 그 존속기간은 민법 제281조에 따르고, 지료에 관한 합의가 없으면 당사자의 청구에 의하여 법원이 결정한다. 그리고, 이 법정지상권이 성립하는 경우 대지소유자는 타인에게 그 대지를 임대하거나 이를 목적으로 한 지상권 또는 전세권을 설정하지 못한다.

다. 토지와 건물을 함께 소유하던 A가 건물에 대하여 B에게 전세권을 설정하여 주었는데 그 후 토지가 C에게 경락되어 A가 민법 제305조 제1항에 의한 법정지상권을 취득한 상태에서 A가 다시 건물을 D에게 양도한 경우, 그 건물을 양수하여 소유권을 취득한 D는 특별한 사정이 없는 한 법정지상권을 취득할 지위를 가지게 되고, 다른 한편으로는 B와의 전세권 관계도 이전받게 되는바, 민법 제304조 등에 비추어 D가 토지 소유자 C와의 관계에서 전세권자 B의 동의 없이 법정지상권을 취득할 지위를 소멸시켰다고 하더라도, D 또는 C는 그 사유를 들어 B에게 대항할 수 없다.⁷²⁾

72) 대판 2007.8.24. 2006다14684

5. 분묘기지권과 입목·담보가등기에 의한 법정지상권

5-1. 분묘기지권

가. 의의와 성질

분묘기지권이라 함은, 타인의 토지 위에 분묘를 소유하기 위하여 관습법에 의해 인정되는 지상권 유사의 물권을 말한다. 지상권 유사의 물권이므로 물권적 청구권 행사도 가능하다.

나. 요건

(1) 분묘기지권이 성립하는 유형

① 타인의 토지에 토지 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우에 인정된다. 이처럼 그 토지 소유자가 분묘소유자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지(토지)에 대하여 분묘소유자를 위한 지상권 유사의 물권(분묘기지권)을 설정한 것으로 보아야 하므로, 이러한 경우 그 토지소유자는 분묘의 수호·관리에 필요한, 상당한 범위 내에서는 분묘기지가 된 토지부분에 대한 소유권의 행사가 제한될 수밖에 없다.⁷³⁾

② 자신의 토지 위에 분묘를 설치한 후 분묘철거의 특약이 없이 토지소유권을 이전한 경우에 인정된다.⁷⁴⁾

③ 타인의 토지에 승낙 없이 분묘를 설치한 후 20년간 평온·공연하게 분묘기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효취득하는 경우에 인정된다.⁷⁵⁾

73) 대판 2000. 9. 26. 99다14006

74) 대판 1967. 10. 12. 67다1903

75) 대판 1996. 6. 14. 96다14036. 단, 이 경우 분묘기지권의 시효취득이고, 토지

(2) 인식가능성과 시신의 안장 유무

분묘기지권이 성립하기 위하여는 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있어야 하고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 분묘기지권이 인정되지 아니한다. 또, 분묘란 그 내부에 사람의 유골, 유해, 유발 등 시신을 매장하여 사자를 안장한 장소를 말하고, 장래의 묘소로서 설치하는 등 그 내부에 시신이 안장되어 있지 않은 것은 분묘라고 할 수 없으니⁷⁶⁾ 그 소유를 위하여 지상권 유사의 물건인 분묘기지권이 성립할 수 없다.

다. 효과

(1) 분묘기지권을 취득하는 자는 분묘의 관리자가 아닌 분묘의 소유자이다.⁷⁷⁾ 그런데, 분묘의 소유자는 제사주재자에게 속하므로(민법 제 1008조의 3) 분묘기지권도 제사주재자에게 귀속하게 된다. 다만, 종중이 실질적으로 분묘를 수호하고 관리해 왔다면 분묘의 수호관리권 내지 분묘기지권은 종중에 귀속한다.⁷⁸⁾

(2) 분묘기지권이 미치는 범위는 분묘의 기지에 국한되는 것은 아니고, 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 그 기지 주위의 공지를 포함한 지역까지 포함한다.

(3) 그 존속기한은 민법 지상권의 규정을 적용하는 것이 아니고, 당사자 사이의 특별한 약정이 없다면 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그

소유권의 시효취득은 아니다.

76) 대판 1991.10.25. 91다18040

77) 대판 1959. 4. 30. 58다182

78) 대판 2007. 6. 28. 2005다44114

분묘가 존속할 때까지로 한다.⁷⁹⁾

(4) 취득한 분묘기지권의 그 효력이 미치는 범위내에서도 새로운 분묘를 설치하거나 원래의 분묘를 다른 곳으로 옮길 수는 없다.⁸⁰⁾ 단, 동일 종손이 소유·관리하는 여러 기의 분묘가 집단설치된 경우에 인정되는 분묘기지권은 그 집단된 전분묘의 보전수호를 위한 것이므로, 그 분묘기지권에 기하여 보전되어 오던 분묘들 가운데 일부가 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 이장되었다면, 그 이장된 분묘를 위하여서도 그 분묘기지권의 효력이 그대로 유지된다고 보아야 할 것이고, 다만 그 이장으로 인하여 더이상 분묘수호와 봉제사에 필요 없게 된 부분이 생겨났다면 그 부분에 대한 만큼은 분묘기지권이 소멸한다.⁸¹⁾

(5) 분묘기지권의 지료에 관하여 타인의 토지에 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우(유형①)에는 당사자의 약정에 따르면 될 것인데, 유형②의 경우에는 아직 판례가 없어 명확한 결론을 내릴 수 없다. 다만, 시효취득으로 인한 분묘기지권의 경우(유형③) 대법원은 ‘지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면, 분묘기지권을 시효취득하는 경우에도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석함이 상당하다’고 판시하고 있다.⁸²⁾

5-2. 입목에 관한 법률에 의한 법정지상권

79) 대판 1982. 1. 26. 81다1220

80) 대판 2007. 6. 28. 2007다16885

81) 대판 1994.12.23. 94다15530

82) 1995.2.28. 선고 94다37912 판결

입목에 관한 법률(입목법) 제6조 (법정지상권)

- ① 입목의 경매나 그 밖의 사유로 토지와 그 입목이 각각 다른 소유자에게 속하게 되는 경우에는 토지소유자는 입목소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.
- ② 제1항의 경우에 지료에 관하여는 당사자의 약정에 따른다.

가. 수목은 토지와 분리되면 동산이지만, 토지에 부착되어 있는 상태에서는 원칙적으로 토지의 구성부분이므로 독립한 물건이 아니다. 그러나, 수목이 입목⁸³⁾이 된 경우에는 별개의 독립한 부동산으로 다루어진다.(입목법 제3조 제1항)

나. ‘입목’과 유사한 개념으로 ‘명인방법(예컨대, 표찰 부착 등)을 갖춘 수목 또는 그 집단’이 있는데, 전자는 등기라는 공시방법으로, 후자는 관습법상의 공시방법을 갖춘 것으로서 토지와 별개의 독립한 물건으로 취급된다. 하지만, 전자는 법정지상권이 인정되고 저당권도 설정할 수 있지만, 후자는 법정지상권이 인정되지 않으며,⁸⁴⁾ 저당권을 설정할 수도 없다.

83) “입목”이란 토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유자가 입목법에 따라 소유권보존의 등기를 받은 것을 말한다.(입목법 제2조 제1항 1호)

84) 이에 대하여 항소심이긴 하지만, 광주고법 2005. 10. 14. 선고 2004나9304 판결은 “입목에 관한 법률 제6조 제1항은 「입목의 경매 기타 사유로 인하여 토지와 그 입목이 각각 다른 소유자에게 속하게 되는 경우에는 토지소유자는 입목소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다」 고 규정하고 있다. 그런데, 위 법 제2조 제1항은 「이 법에서 “입목”이라 함은 토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유자가 이 법에 의하여 소유권보존의 등기를 받은 것을 말한다」 고 규정하고 있고, 피고가 위 수목에 관하여 위 법률에 따른 소유권보존등기를 마치지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 피고가 위 법률에 의하여 위 각 토지에 관한 지상권을 취득한 것으로 볼 여지는 없다. 나아가, 위 수목의 소유권에 관하여 명인방법이 갖추어졌다고 보기 어려울 뿐 아니라, 명인방법이 갖추어졌다고 하더라도, 위 법률에 따라 소유권보존등기를 마치지 않은 수목의 경매 등으로 인하여 토지의 소유자와 수목의 소유자가 달라진 경우 수목의 소유자가 그 토지에 관하여 당연히 지상권을 취득한다고 볼 수 있는 근거는 없다(관습법상의 법

다. 경매의 대상이 된 토지 위에 생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 토지의 구성 부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로 그 수목의 가액을 포함하여 경매 대상 토지를 평가하여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하고, 다만 입목법에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지 평가에 포함되지 아니한다.⁸⁵⁾

5-3. 가등기담보 등에 관한 법률에 의한 법정지상권

가등기담보 등에 관한 법률 제10조 (법정지상권)

토지와 그 위의 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우 그 토지나 건물에 대하여 제4조 제2항에 따른 소유권을 취득하거나 담보가등기에 따른 본등기가 행하여진 경우에는 그 건물의 소유를 목적으로 그 토지 위에 지상권이 설정된 것으로 본다. 이 경우 그 존속기간과 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 정한다.

가등기담보 등에 관한 법률 제4조 (청산금의 지급과 소유권의 취득)

② 채권자는 담보목적부동산에 관하여 이미 소유권이전등기를 마친 경우에는 청산기간이 지난 후 청산금을 채무자등에게 지급한 때에 담보목적부동산의 소유권을 취득하며, 담보가등기를 마친 경우에는 청산기간이 지나야 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 있다.

요건과 효과는 저당권의 실행에 의한 법정지상권과 유사하므로 2.항을 참고하면 될 것이다.

정지상권은 건물의 소유자에 대하여만 인정된다.)"고 판단하였다.
85) 대판 1998. 10. 28. 98마1817

6. 사례연습

6-1. D가 아래 경매사건에서 경락받을 경우 권리관계는?

A 소유권(갑구) → B 지상권(을구, 등기사항 : 지상권기간 30년, 지상권범위 전 부, 지료에 대한 언급이 없음) → C 근저당권(을구) → C 임의경매개시결정(갑구)

위 권리관계에서 말소기준등기는 근저당권(C)이다. 따라서 아래와 등기부의 모습이 되면서 경락인 D는 B의 지상권을 인수하게 된다.

A 소유권(갑구) → B 지상권(을구, 등기사항 : 지상권기간 30년, 지상권범위 전 부, 지료에 대한 언급이 없음) → ~~C 근저당권(을구)~~ → ~~C 임의경매개시결정(갑구)~~

D가 B의 지상권을 인수한다는 의미는 무엇일까?

D는 B에 대하여 지료를 청구할 수 없다. 약정지상권은 원칙적으로 지료는 무상이기 때문이다.(반면에 법정지상권은 법률의 규정으로 지료를 청구할 수 있게 되어 있다) D는 B의 지상권 존속기간에는 꿈쩍없이 자신의 소유권을 제한 당하게 된다. 다만 그 기간이 지나면 D는 B의 지상물에 대하여 철거청구 등 원상회복청구를 하거나, 또는 상당한 가액을 제공하여 지상물의 매수를 청구할 수 있다.(민법 285조) 다만 B 역시 D에 대하여 계약갱신을 불응하는 것을 이유로 하여 지상물의 매수를 청구할 수 있다.(민법 제283조)

6-2. 일반건물과 대지를 소유하고 있는 A의 대지만 매각물건(건물은 제시외)으로 하여 강제경매가 진행되었다. 위 매각물건에 대한 권리관계가 아래와 같다면 매각 후 건물소유자 A와 경락자 D와의 법률관계는 어떠한가?

A 소유권(갑구)→ B 가압류(갑구) → B 강제경매(갑구) → C 지상권(을구)

위 사례는 A가 대지와 건물을 소유한 후 건물만 강제경매로 매각되었으므로 D가 대금을 납부하는 즉시 A는 대지에 관하여 관습상법정지상권을 취득하게 된다. 따라서 D는 A의 건물에 대하여 철거청구를 할 수 없고 다만 지료청구권만 발생하게 된다.

6-3. 토지와 건물을 소유하고 있는 A가 2000. 5. 8. 사정상 건물(콘크리트조)을 B에게 매도하였고, 2000. 6. 30. B는 건물에 관하여 소유권이전등기를 경료하였다. 이후 2008. 6. 6. A의 채권자인 C는 A의 토지에 대하여 강제경매를 신청하였고, D가 경락을 받고, 2009. 5. 7. 매각대금을 완납하고 2009. 6. 10. 소유권등기를 경료하였다. 이 경우 D는 B에 대하여 어떠한 권리를 행사할 수 있는가? 또한 B는 D에 대하여 행사할 수 있는 권리가 있는가?

가. 위 사례의 논점은 경락자 D가 건물소유자 B에 대하여 언제 어떠한 권리를 취득하는지, 반면에 B는 D에 대하여 행사할 수 있는 권리가 있는지, 있다면 무엇인가 이다.

나. D의 B에 대한 권리 고찰

(1) 철거청구권 여부

토지에 대한 경락자 D가 건물 소유자인 B에 대하여 건물철거청구권을 행사하려면 을순이에게 토지를 사용할 수 있는 어떠한 권원(소유권, 임차권, 지상권, 법정지상권 등)도 없어야 한다. 위 사례에서는 B는 토지와 건물을 소유하고 있던 A로부터 건물만을 매수하고 2000. 6. 30. 소유권이전 등기를 경료하였으므로 바로 이 시점에서 관습상 법정지상권을 취득한다.(B와 A 사이에 철거특약이 없다고 가정함) 따라서 D는 B의 관습상 법정지상권으로 말미암아 그 기간 동안(콘크리트조는 30년)은 건물의 철거 및 자신의 토지를 인도하라는 청구를 하지 못한다.

(2) 지료청구권 또는 지료상당의 부당이득금반환청구권 여부

지료청구권과 지료상당의 부당이득금반환청구권의 차이점은 무엇인가? 지료청구권이란 계약상, 법률상의 근거에 의하여 토지사용권을 취득하는 대신에 반대급부로서 지료를 지급한다는 내용이 있는 경우에 청구하는 권리이고, 지료상당의 부당이득금반환청구권이란 권원 없이 남의 토지를 사용하고 있는 동안에는 그 부당이득금을 산정하는데 있어 지료 상당의 금원을 지급할 것을 청구하는 권리를 말한다. 즉, 전자는 건물소유자가 정당한 권원을 가지고 있을 때 그 권원을 발생시킨 원인서류(계약서)나 법률규정에 지료를 청구할 수 있다는 내용이 있는 경우에 토지소유자가 건물소유자에게 청구하는 권리이고, 후자는 건물소유자가 어떠한 권원을 가지고 있지 않은 경우에 행사하는 권리이다. 따라서 위 사례에서는 D는 B에게 지료청구권을

행사하게 된다. 참고로 관습상 법정지상권은 저당물의 경매로 인한 법정지상권(민법 제366조)을 유추적용하는 것이 통설 · 판례이다. 민법 제366조는 토지소유자가 건물소유자에 대하여 지료를 청구할 수 있다고 규정한다.

주의해야 할 점은 약정에 의한 지상권은 무상이 원칙이므로 지상권설정등기 내용에 지료가 공시되어 있지 않다면 토지소유자는 건물소유자인 지상권자에게 지료를 청구할 수 없다.

다. B의 D에 대한 권리 고찰

(1) 관습상 법정지상권에 기한 지상권설정등기청구권 여부

B는 A로부터 건물에 대한 소유권을 취득한 시점부터 토지소유자인 A에 대하여 관습상 법정지상권을 취득한다. 즉 30년간 갑돌이의 눈치를 안보아도 건물을 사용, 수익하는데 있어 A의 토지를 사용할 정당한 권리가 있는 것이다.

그렇다면 B는 A로부터 경락 받아 소유권을 취득한 D에 대하여도 A와 마찬가지로 관습상 법정지상권을 주장할 수 있는가? 주장할 수 있다면 어떠한 이유때문인가? 관습상 법정지상권은 약정지상권과는 달리 판례(관습법)에서 인정되는 지상권의 일종으로 물권이다. 물권은 어느 물건을 배타적으로 지배하는 권리이므로 모든 자에게 주장할 수 있다는 점에서 필연적으로 절대성을 가진다. 따라서 B는 A로부터 토지 소유권을 이전 받은 D에 대하여도 관습상 법정지상권을 주장할 수 있다.

관습상 법정지상권을 취득한 B는 등기 없이도 토지 소유자에게 물권을 행사할 수 있다고 하였다. 관습상 법정지상권은 일정한 요건(토지, 건물 동시존재, 동일소유자, 토지건물 소유자 분리, 철거의 특약이 없음, 매

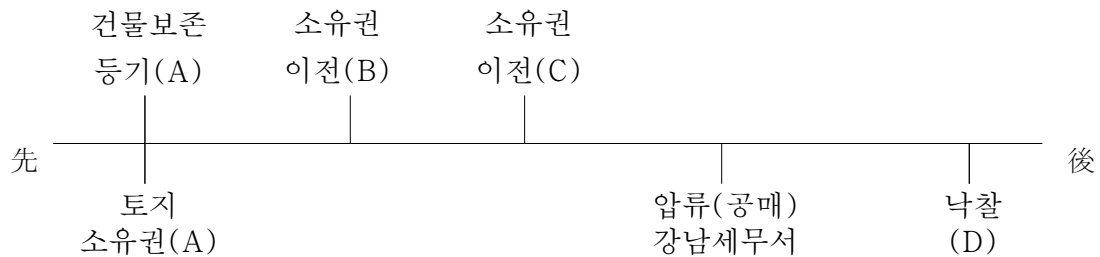
매, 강제경매, 공매 등의 원인)이 성립하면, 취득하는 것이지 등기함으로써 취득하는 것이 아니다. 따라서 관습상 법정지상권이 있더라도 등기를 못할 바가 아니다. 민법 제187조 단서는 관습상 법정지상권을 처분하려면 반드시 등기를 요한다고 규정하고 있으니, 이는 등기를 하지 아니하여 제3자가 불측의 손해를 방지하는 취지에도 부합하는 것이다. 결국 관습상 법정지상권자는 물권적 효력으로써 토지소유자에게 지상권등기를 해달라고 요청할 수 있고, 토지소유자는 마땅히 지상권설정등기를 경료해 주어야 할 것이다. 물론 토지소유자는 건물소유자에 대하여 소정의 지료청구를 할 것이다.

그런데 현실은 어떠한가? 필자는 관습상 법정지상권에 기하여 지상권등기를 한 예를 등기부등본에서 본 적이 없다. 아마도 양질의 법률서비스를 받을 수 있는 문턱이 여전히 높아서 일 것으로 생각된다.

한번은 관습상 법정지상권을 취득한 지인이 토지소유자로부터 지료청구를 당하였다고 하소연하자, 필자는 반소로써 지상권설정등기청구권을 행사하라고 일러준 적이 있다.(물론 이에 선행하여 피보전권리를 지상권 설정청구권으로 하는 처분금지가처분신청을 하면 좋을 것이다) 가처분 당한 토지소유자는 지레 겁을 먹어 지인은 아주 저렴한 가격으로 토지를 매수하였다.

6-4. A는 토지와 건물(단층 일반건물, 철근콘크리트조)을 신축하고 1983. 5. 5. 소유권보존등기를 한 후 사정상 1983. 6.. 8. 건물을 B에게 매도하였다.(이때 건물철거 특약은 없음) B는 1983. 8. 22. 건물에 관하여 소유권이전등기를 경료한 후, 1986. 7. 7. 위 건물에 관하여 C에게 소유권이전등기를 경료하여 주었다. 이때 B는 A의 토지에 지상권등기를 하지 않았고, B와 C와의 사이에 건물에 대한 매매계약만 체결하였을 뿐 지상권양도계약은 체결하

지 않았다. 한편 강남세무서는 2003. 4. 5. 고액의 체납자인 A의 위 토지에 압류를 하고 한국자산관리공사에 위탁하여 공매를 실시하였는데, 위 토지에 대하여 D가 공매를 받고 2005. 8. 20. 매각대금을 납부하였다.



가. 위와 같은 경우 토지소유자인 D와 전 건물소유자 B, 현 건물소유자 C의 법률관계는?

B가 관습상 법정지상권을 취득하는지, 취득한다면 그 시점은 언제 일까? 관습상 법정지상권은 민법규정에 의한 것이 아니고, 판례가 인정하는 권리로 이것을 관습법이라고 부른다. 또한 관습상 법정지상권은 당사자의 의사에 의하여 설정되는 권리가 아니므로 취득에 있어서 등기를 요하지는 않으므로, 그 취득시점은 토지와 건물의 소유자가 분리되는 시점이라고 볼 수 있는데, 그렇다면 B가 건물등기를 경료한 시점(1983. 8. 22.)이 될 것이다. 주의할 점은 민법 제187조에 의한 물권변동의 시점은 등기할 때가 아니고, 일정한 사실이 완성될 때라는 점이다. 강제경매, 공매로 인한 소유권이전은 매각대금을 납부한 시점에,(민사집행법, 국세징수절차법 참조) 법정지상권, 관습상 법정지상권은 토지와 건물소유자가 다르게 되는 시점에 발생한다.

나. C는 B와의 사이에 건물에 관한 매매계약만 체결하였는데, 그 계약으로 지상권양도 계약도 체결하였다고 볼 수 있는지, 또한 B가 관습상 법정 지상권을 처분(양도)하려면 민법 제187조에 의하여 등기를 한 후 양도하여야 할 것인데, 위 사례에서는 지상권등기를 하지 않았으므로 C는 지상권을 취득하였다고 볼 수 없는지?

“건물 소유자가 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, 건물 양수인은 채권자대위의 법리에 따라 양도인 및 그로부터 그 토지를 매수한 대지 소유자에 대하여 차례로 지상권설정등기 및 그 이전등기절차의 이행을 구할 수 있고, 법정지상권을 취득할 지위에 있는 건물 양수인에 대하여 대지 소유자가 건물의 철거를 구하는 것은 지상권의 부담을 용인하고 지상권설정 등기절차를 이행할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 것이어서 신의 성실의 원칙상 허용될 수 없다.”

[대법원 1996. 3. 26. 선고 95다45545,45552,45569 판결]

다. 위 사례에 비추어 보아 (관습상)법정지상권을 분석할 때 주의할 점은 경매 당시의 토지 및 건물 소유자만을 기준으로 분석하면 안된다는 것이다. 토지와 건물의 소유자가 일치하는 곳까지 아니 보존등기시까지 거슬러 올라가서 (관습상)법정지상권 여부를 분석해야 할 것이다. 위 사례 처럼 (관습상)법정지상권을 승계받는 자가 나올 수도 있기 때문이다.

라. 위 사례에서 현재 건물 소유자 C는 언제까지 지상권을 주장할 수

있을까? 관습상 법정지상권의 존속기간은 법정지상권에 관한 규정을 유추적용 한다는 것이 판례의 입장이므로 철근콘크리트조의 경우에는 30년이라 할 수 있다. 이때 30년의 기간은 B가 관습상 법정지상권을 취득한 시점부터 기산한다. 즉 C는 B의 지상권을 승계받는 것이므로 C가 건물을 취득한 시점부터 기산할 수 없다. 따라서 B가 관습상 법정지상권을 취득한 1983. 8. 22. 부터 2013. 8. 22.까지라고 할 것이다. 위 기간이 도과하면 토지 소유자 D는 지상권계약을 갱신하지 아니하고 건물철거청구권을 행사할 수 있고, 위 건물철거청구권의 행사에 대하여 C는 건물매수청구권을 행사할 수도 있다. C가 건물매수청구권을 행사하면 D는 법원이 지정한 감정인의 감정평가자료를 기초로 하여 법원의 판결에 의한 금액으로 위 건물을 매수하여야 한다.