

慣習上の 法定地上權

裴 炳 日*

I. 序說

慣習上の 法定地上權이란 建物を 土地와 독립된 所有權의 객체로 하는 우리 법제상 土地와 建物이 賣買 또는 그 이외의 原因으로 인하여 所有權者가 달라지는 경우 建物所有權者를 위하여 발생하는 土地利用權을 말한다. 여기에서 관습에 의한 것이란 當事者의 합의에 의한 것이 아니라는 의미이다.¹⁾

우리 民法은 土地와 그 定着物을 不動產으로 하고 있다(법 제99조 제 1 항). 定着物중에서 가장 중요한 것은 建物이다. 土地와 建物を 별개의 不動產으로 취급하는 것은 우리나라와 일본뿐이다. 로마법에서는 지상물은 土地에 따른다(superficies solo cedit)는 원칙이 지배하였다. 이에 따라 獨逸民法은 動產(bewegliche Sache oder Fahrnis)과 土地(Grundstück)를 대립시키고 建物 수목등의 定着物은 土地의 본질적 구성부분(wesentlicher Bestandteil)을 이룬다고 하고(BGB 94조), 본질적 구성부분은 권리의 목적이 되지 못한다. 스위스民法도 독일법과 동일하다(법 655조, 667조 참조). 프랑스民法은 土地와 일체를 이루는 建物등은 성질에 의한 不動產(immeuble par nature)이라 하여 독립한 不動產으로 보지 않는다.

* 嶺南大學校 法科大學 副教授, 法學博士

1) 대판 1962.4.18, 4294 민상 1103.

또한 土地에 종속하는 물건(우리의 종물에 해당)은 용도에 의한 不動産(immeuble par destination)이라고 하여 역시 독립한 不動産으로 보지 않는다(법 517조 이하). 이와 같은 법제하에서는 建物이 土地에 대하여 별개의 독립한 물건으로서 거래 될 수 없고 따라서 土地와 그 地上建物이 각기 所有者를 달리할 수 없기 때문에 建物の 所有者를 위한 法定地上權의 문제는 일어날 수 없다고 할 것이다.

이에 비하여 우리나라와 일본은 특이하게도 土地와 建物を 별개의 독립한 不動産으로 보기 때문에 建物の 所有者를 위한 法定地上權의 문제가 제기되고 특히 우리나라는 일본과 달리 判例를 중심으로 형성되어 온 慣習上の 法定地上權을 폭넓게 인정하고 있어 앞으로 研究되어야 할 과제가 많다고 할 것이다. 또한 학문적으로 그 성격이 분명하게 규명되지 않았음에도 불구하고 民法 제정당시 과거 判例에 의하여 인정되어 온 다른 慣習上の 物權 예컨대 공유하천용수권이나 전세권등의 경우와는 달리 여전히 입법화 단계에서 제외됨으로서 많은 문제가 제기될 수 있다.

이와같은 法定地上權은 먼저 民法에서는 土地와 建物이 동일한 所有者에 속한 경우에 建物에 전세권을 設定한 때에는 그 垞地所有權의 특별승계인은 傳世權設定者에 대하여 地上權을 設定한 것으로 본다. 그러나 地料는 當事者の 請求에 의하여 법원이 이를 정한다(民法 제305조 제1항). 전항의 경우에 垞地所有者는 타인에게 그 대지를 임대하거나 이를 목적으로 한 地上權 또는 전세권을 設定하지 못한다(民法 제305조 제2항). 또한 저당물의 경매로 인하여 土地와 그 地上建物이 다른 所有者에 속한 경우에는 土地所有者는 建物所有者에 대하여 地上權을 設定한 것으로 본다. 그러나 地料는 當事者の 請求에 의하여 법원이 이를 정한다(民法 제366조)고 규정하고 있다. 한편 假登記擔保등에 관한 法律에서는 土地 및 그 지상의 建物이 동일한 所有者에게 속하는 경우에 그 土地 또는 建物에 대하여 제4조 제2항의 규정에 의한 所有權을 取得하거나 擔保假登記에 기한 本登記가 행하여진 경우에는 그 建物の 所有를 목적으로 그 土地위에 地上權이 設定된 것으로 본다. 이 경우에 그 存續期間 및 地料는 當事者の 請求에 의하여

법원이 정한다(법 제10조)고 규정하고 있다. 마지막으로 입목에 관한 法律에서는 입목의 경매 기타 사유로 인하여 土地와 그 立木이 각각 다른 所有者에게 속하게 되는 경우에는 土地所有者는 입목所有者에 대하여 地上權을 設定한 것으로 본다(법 제6조 제1항). 전항의 경우에 地料에 관하여는 當事者の 약정에 따른다(법 제6조 제2항)고 규정하고 있다.

慣習上の 法定地上權을 인정하게 된 이유에 대하여 법원은 그와 같은 권리를 인정하는 것이 우리나라의 일반적인 관습이라고 하고 있지만,²⁾ 그러나 오늘날과 같은 의미의 所有權이나 地上權이라는 개념은 모두 1910년 전후에 도입된 개념이고 우리나라에 그 이전부터 그와 같은 관습이 있었는지는 매우 의심스럽다고 할 것이다.³⁾

그럼에도 불구하고 법원이 관습에서 근거를 찾고 있는 이유는 당시 우리나라에 시행된 조선민사령 제 12조에서 관습을 不動產物權의 종류나 효력에 관한 법원으로서 인정하고 있어 우리 고유의 습속에 따른 物權을 인정하려는 취지에 있는 것이 아닌가라는 추측이 가능하다고 할 것이다.⁴⁾

그렇다면 인정의 근거를 어디에서 찾을 것인가. 土地와 建物の 所有者가 달라지게 되었을 때에 현재의 우리 법제하에서는 特約이 없는 한 결국 土地所有者는 建物所有者에 대하여 建物撤去를 요구할 수 밖에 없다. 그러면 국민경제적인 측면에서 불필요한 낭비가 있을 수 있다. 이에 따라 土地와 建物の 이용관계의 합리성이나 국민경제적인 요청에 따라 이를 인정하게 되었다고 하는 것이 훨씬 타당하다고 할 것이다.

判例도 建物로 하여금 建物로서의 가치를 유지케 하자는 국민경제상의 필요에 의하여 인정한 제도라고 한다.⁵⁾

2) 조선고등법원 判決 1916.9.29.

3) 朴駿精, 法定地上權, 사법논집, 제 5집, 131면; 李泰成, 우리 判例가 인정하는 慣習上の 法定地上權과 그 讀解에 관한 고찰, 사법논집, 제 7집, 93면.

4) 李泰成, 前掲論文, 98면.

5) 대판 1968.8.30.68 다 1029.

II. 慣習上의 法定地上權의 成立要件

慣習上의 法定地上權의 成立要件으로 크게 들 수 있는 것으로는 첫째 土地와 建物이 同一人의 所有에 속하였을 것이고 둘째 土地와 建物이 賣買 기타의 原因으로 인하여 所有者가 달라질 것이 필요하고, 셋째 當事者 사이에 建物を 撤去한다는 特約이 없어야 한다는 것이다.

1. 土地와 建物이 同一人의 所有에 속할 것

物權變動에 관하여 형식주의를 채택하고 있는 우리 民法하에서는 登記가 효력발생要件이므로 당연히 동일 所有者의 登記가 필요하다. 따라서 垞地 所有者의 승락을 얻어 건축한 建物を 讓渡받은 자는 法定地上權을 取得할 수 없다.

또한 대지와 建物이 원래 同一人의 所有였다가 이를 매도한 후 建物에 관하여서는 所有權移轉登記를 하지 않고 土地에 관하여서는 所有權移轉登記를 한 경우 형식적으로 垞地와 建物이 그 所有名義者를 달리하게 된 것 이라면 垞地와 建物の 占有使用問題는 賣買契約 當事者 사이의 계약에 다 라 해결할 수 있으므로 慣習上의 法定地上權을 인정할 필요가 없다⁶⁾고 한 다.

동일 所有의 시기는 土地나 建物이 賣買 기타의 原因으로 處分될 당시에 동일한 所有者에게 속하여야 한다는 의미이다. 그렇지만 土地所有者가 建物を 건축할 당시 이미 土地를 他人에 매도하여 所有權을 이전하여줄 의무를 부담하고 있었다면 土地의 매수인이 그 建築行爲를 승락하지 않는 이상 그 建物は 장차 撤去되어야 하는 운명에 처하게 될 것이고 土地所有者가 이를 예상하면서도 建物を 건축하였다면 그 建物を 위한 慣習上의 法定地上權은 생기지 않는다고 한다.⁷⁾

6) 대판 1993.12.28.93 다 26687.

7) 대판 1994.12.22.94 다 41072, 41089.

讓渡擔保를 設定한 대지위에 讓渡擔保設定者가 建物을 건축한 후 讓渡擔保權者가 대지를 제3자에게 매도한 사례에서 讓渡擔保의 경우에는 擔保權者가 目的物에 대한 所有權을 取得하되 다만 讓渡目的에 의하여 채권적으로 제한을 받는데 불과하므로 債務者로서는 그 擔保目的物인 대지의 所有權이 자기에게 있다고 주장할 수 없고, 제3자인 매수인에게도 擔保設定者는 대지가 讓渡擔保期間중 자기의 所有였다고 주장할 수 없다. 따라서 擔保設定者는 建物을 자기 土地위에 지은 것으로 주장하지 못하고 擔保權者의 土地위에 지은 것이 된다⁸⁾고 하여 慣習上の 法定地上權을 부정하고 있다. 그러나 1983년 12월 30일에 제정된 假登記擔保등에 관한 法律 제4조 제2항에서는 債權者는 擔保不動産에 관하여 이미 所有權移轉登記가 경료된 경우에는 청산기간 경과 후 청산금을 債務者들에게 지급한 때에 目的不動産의 所有權을 取得한다고 규정하고 있다. 이에 따라 讓渡擔保의 법적성질에 관하여 종래의 다수설 내지 判例의 입장인 信託의 讓渡說을 더 이상 유지할 수 없게 되었고 擔保物權說이 통설로 되었다.

그렇다면 讓渡擔保設定者는 讓渡擔保權者로부터 청산기간 경과 후 청산금의 지급을 받기 전까지는 擔保目的物에 대한 所有權을 가지고 있다고 할 것이고 따라서 讓渡擔保設定者는 讓渡擔保기간 중에도 자기가 所有權을 가진다고 본다면 위와 같은 동일한 사례에서는 慣習上の 法定地上權을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

共有土地의 경우는 공유자 중의 한 사람이 다른 공유자의 동의를 얻어 建物을 건축한 후 土地와 建物의 所有者가 달라지더라도 慣習上の 法定地上權이 成立하지 않는다.⁹⁾

그러나 建物이 서있는 대지의 공유자들이 그 대지를 분할하여 그 建物敷地를 공유자 중의 한사람의 單獨所有나 여러 명 所有로 귀속된 경우에는 建物所有者는 그 建物部分을 撤去한다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한 그 建物所有者는 그 建物의 유지 및 사용을 위하여 관습에 의한 地上權을

8) 대판 1966.5.17.66 다 504.

9) 대판 1993.4.13.92 다 55756.

取得한다고 한다.¹⁰⁾

여러 명이 대지를 각각 특정하여 매수한 후 배타적으로 占有하여 왔으나 분필이 되어 있지 아니하여 그 특정부분에 상응하는 持分所有權移轉登記만을 경료하는 이른바 區分所有의 공유관계에 있어서는 자기가 배타적으로 占有하고 있는 부분에 있는 土地와 建物이 所有權者가 달라진 경우에는 慣習上の 法定地上權이 成立하지만,¹¹⁾ 자기가 특정 買受하지 않은 부분에 있는 자기의 建物は 당초부터 土地와 建物の 所有者가 다른 경우에 해당되므로 慣習上の 法定地上權이 成立되지 않는다.¹²⁾

명의신탁한 土地위에 신탁자가 建物を 신축한 경우 수탁자로부터 土地를 매수한 제 3자에 대하여 신탁자는 慣習上の 法定地上權을 주장할 수 있는가. 土地에 대한 명의신탁자는 수탁자로부터 土地를 매수한 제 3자에 대하여 土地가 자기 所有임을 주장할 수 없기 때문에 慣習上の 法定地上權을 주장할 수 없다.¹³⁾ 또한 土地에 대한 명의수탁자가 그 土地상에 建物を 신축한 경우에 있어서는 명의수탁자는 신탁자와 대내적 관계에서 그 土地가 자기所有에 속하는 것이었다고 주장할 수 없으므로 명의신탁 해지시 慣習上の 法定地上權이 成立하지 않는다.¹⁴⁾

未登記建物を 양수한 자 또는 登記된 建物を 양수한 자라도 아직 所有權移轉登記를 경료하지 않은 때에는 法定地上權의 成立을 부정하고 있다.¹⁵⁾

다만 垆地所有者가 당해 建物を 신축한 경우에는 당해 建物を 原始取得하였다고 할 것이므로 建物は 建物로서의 要件을 갖추고 있는 이상 무허가 建物이거나 未登記建物이라도 慣習上の 法定地上權을 取得한다.¹⁶⁾ 나아가 土地에 관하여 저당권이 設定될 당시 그 지상에 建물이 그 土地所有者에 의하여 건축 중이었고 그것이 사회관념상 독립된 建物로 볼 수 있는 정도

10) 대판 1967.11.14.67 다 1105;동 1974.2.12.73 다 353.

11) 대판 1990.6.26.89 다카 24094.

12) 대판 1994.1.28.93 다 49871.

13) 대판 1975.3.11.74 다 1935;동 1991.5.28.90 다 7200.

14) 대판 1986.5.27.86 다카 62.

15) 대판 1987.12.8.87 다카 869;동 1989.2.14.88 다카 2592.

16) 대판 1964.9.22.63 아 62;동 1988.4.12.87 다카 2404.

에 이르지 않았다 하더라도 建物の 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있는 경우에는 저당권자는 완성될 建物を 예상할 수 있으므로 불측의 손해를 입는 것이 아니며 사회 경제적으로도 建物を 유지할 필요가 인정되기 때문에 法定地上權의 成立을 인정할 수 있다¹⁷⁾고 한다.

抵當權設定당시에 建물이 존재하는 이상 그 이후에 建物を 개축, 증축하는 경우는 물론이고 建물이 멸실되거나 撤去된 후 재축, 신축하는 경우에도 法定地上權이 成立한다. 이 경우 法定地上權의 內容인 存續期間, 범위 등은 舊建物を 기준으로 한다.¹⁸⁾

2. 土地와 建물이 賣買 기타의 原因으로 所有者가 달라질 것

判例가 慣習上の 法定地上權의 成立을 인정하고 있는 原因行爲로는 賣買,¹⁹⁾ 증여,²⁰⁾ 공유물의 분할,²¹⁾ 강제경매,²²⁾ 귀속재산의 불하,²³⁾ 국세滯納處分에 의한 공매²⁴⁾ 등이 있다. 그러나 환지處分,²⁵⁾ 입목의 매수²⁶⁾의 경우에는 慣習上の 法定地上權의 成立을 부정하고 있다. 물론 이러한 原因行爲는 적법하여야 한다.

또한 原因行爲로 인하여 所有者가 달라져야 한다. 즉 所有權移轉登記를 경료하여야 한다. 다만 공유지분을 이전한 경우에는 慣習上の 法定地上權이 成立하지 않는다.²⁷⁾

17) 대판 1992.6.12.92 다 7221.

18) 대판 1990.7.10.90 다카 6399; 동 1991.4.26.90 다 19985; 동 1992.6.26.92 다 9388.

19) 대판 1960.9.29.4292 민상 944.

20) 대판 1963.5.9.63 다 11.

21) 대판 1967.11.24.67 다 1105.

22) 대판 1970.9.29.70 다 1454.

23) 대판 1986.9.8.85 다카 2275.

24) 대판 1967.11.28.67 다 1831.

25) 대판 1971.5.22.71 다 552.

26) 대판 1969.8.26.69 다 291.

27) 대판 1988.9.27.87 다카 140.

3. 當事者 사이에 建物を 撤去한다는 特約이 없을 것

土地나 建物중에 어느 하나가 讓渡될 때에 當事者간에 建物撤去의 特約이 없었다면 반대해석으로 土地나 建物の 所有者가 각각 달라진 이후에도 建物を 위해 土地를 이용하게 하려는 목시의 의사 합치가 있는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 當事者간에 대지에 관한 임대권이 設定된 경우에는 慣習上の 法定地上權을 포기한 것으로 본다.²⁸⁾ 建物を 撤去하기로 하는 합의가 있었다는 등의 특별한 사정의 존재에 관한 주장입증책임은 그러한 사정의 존재를 주장하는 쪽에 있다.²⁹⁾

慣習上の 地上權은 法律行爲로 인한 物權의 取得이 아니고 慣習法에 의한 不動產物權의 取得이므로 登記를 필요로 하지 아니하고 地上權取得의 효력이 발생한다.³⁰⁾

4. 慣習上の 法定地上權의 內容

1) 存續期間

慣習上の 法定地上權은 存續期間을 정하지 않은 地上權으로 본다.³¹⁾ 따라서 연와조, 석조, 석회조 또는 이와 유사한 建物は 그 存續期間이 30년이고 기타의 建物は 15년이 된다(民法 제281조, 282조). 그러므로 분묘기지권과 같이 그 지상에 건립된 建物が 존속하는 한 法定地上權도 존속하는 것이라 할 수 없다.³²⁾

慣習上の 法定地上權의 存續期間이 만료되었을 때에는 地上權者는 土地所有者에 대하여 買受請求權을 가지며, 이는 地料의 지급여부와 관계없다.³³⁾

28) 대판 1968.1.31.67 다 2007.

29) 대판 1988.9.27.87 다카 279.

30) 대판 1988.9.27.87 다카 279.

31) 대판 1963.5.9.63 아 11:동 1986.9.9.85 다카 2275.

32) 대판 1992.6.9.92 다 4857.

33) 대판 1968.8.30.68 다 1029.

2) 地料

慣習上の 法定地上權者は 建物を 이용하는 데 필요한 범위의 土地를 사용하는 권리를 가지게 되므로 그 대가로서 土地에 대한 사용료 즉 地料를 지급할 의무를 부담한다.

地料는 원칙적으로 建物所有者와 土地所有者간의 협의에 의하여 결정한다. 물론 當事者간의 협의를 거치지 않고 바로 법원에서 상당한 地料를 정할 것을 전제로 하여 그 급부를 請求할 수 있다.

當事者の 地料請求소송에 대한 법원의 地料決定은 형성의 재판으로 보는 見解와 확인의 재판으로 보는 見解가 있다. 법원이 地料決定方法에 대하여 준거할 법규가 없고 따라서 법원의 自由裁量行爲에 일임되어 있기 때문에 이론상으로는 형성의 재판에 해당한다. 그러나 실무에서는 직접 이행의 訴인 地料支給請求소송의 형태로 請求하여도 무방하다고 한다.

法定地上權者라고 할지라도 土地所有者에게 地料를 지급할 의무는 있는 것이고 法定地上權을 取得할 지위에 있는 자 역시 地料 또는 임료상당이득을 土地所有者에게 반환할 의무를 면할 수는 없는 것이므로 이러한 임료상당 부당이득의 반환請求까지도 信義誠實의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.³⁴⁾

法定地上權에 관한 地料가 결정된 바 없다면 法定地上權者가 地料를 지급하지 아니하였다고 하더라도 地料지급을 지체한 것으로는 볼 수 없으므로 法定地上權者가 2년이상의 地料를 지급하지 아니하였음을 이유로 하는 土地所有者의 地上權消滅請求는 이유가 없다.³⁵⁾

地上權設定당시의 제반사정을 참작하여 當事者 쌍방의 이익을 조화하여 어느 한쪽에 부당하게 불이익 또는 이익을 주어서는 안된다. 따라서 대지가 法定地上權의 제한을 받는다고 하여 그 地料를 일반 임대료보다 저렴하게 할 수는 없다.³⁶⁾

法定地上權者가 지급할 地料를 정함에 있어서 法定地上權 設定당시의 제반사정을 참작하여야 하나 法定地上權이 設定된 建물이 건립되어 있음으로

34) 대판 1988.10.24.87 다카 1604.

35) 대판 1994.12.2.93 다 52297.

36) 대판 1965.9.6.65 다 2587.

인하여 土地所有權이 제한을 받는 사정은 이를 참작하여 평가하여서는 안 된다고 한다.³⁷⁾

그러므로 法定地上權을 取得한 자는 그 土地사용에 있어 어떠한 제한이 나 하자도 없는 土地를 직접적으로 완전하게 사용하고 있다고 할 수 있고 그 建物을 위하여 建물이 건립되어 있는 상태의 土地를 사용하고 있는 것은 아니므로 그 法定地上權者가 土地所有者에게 지급할 地料은 아무런 제한이 없이 다른 사람의 土地를 사용함으로써 얻는 이익에 상당하는 대가이어야 한다.³⁸⁾

5. 慣習上の 法定地上權의 成立과 土地의 讓渡

1) 從來의 判例

從來의 判例는 舊民法이 시행되고 있는 동안에 取得한 慣習上の 法定地上權은 白民法상의 物權變動에 관한 對抗要件主義에 따라 地上權取得당시의 土地所有者와 建物所有者 사이에는 登記없이 慣習法상의 法定地上權을 對抗할 수 있으나 그 후 土地所有者나 建物所有者의 變動이 있는 경우에는 登記 없이 對抗 할 수 없다³⁹⁾고 하였다(이에 대하여 현행 民法 시행전에 取得한 慣習上の 法定地上權은 民法 제 187조에 의하여 登記를 요하지 아니하고 효력을 보유하며 이로써 제 3자에 대하여 地上權者의 권리를 주장할 수 있다⁴⁰⁾는 判例도 있다).

또한 民法 시행후에도 마찬가지로 관습에 의한 法定地上權이 成立한 후에 代지所有權의 讓渡가 있는 경우 뿐만 아니라 法定地上權이 붙은 建物の 所有權讓渡가 있는 경우에도 그 法定地上權에 대한 登記없이 建物の 양수자가 土地所有者에 대하여 法定地上權을 주장할 수 없는 것이다⁴¹⁾라고 하고 있다.

37) 대판 1989.8.8, 88 다카 18504.

38) 대판 1975.12.23, 75 다 2066.

39) 대판 1962.7.5, 4294 민상 233; 동 1963.9.26, 63 다 444.

40) 대판 1963.1.17, 62 다 737.

41) 대판 1965.7.27, 65 다 864.

즉 民法 시행전후를 불문하고 慣習上の 法定地上權의 讓渡에는 登記가 필요하다고 하고 있다.

2) 全員合議體 判決

그러다가 民法 제366조의 法定地上權은 法律行爲로 인한 物權의 取得이 아니고 法律의 규정에 의한 物權의 取得이므로 登記를 필요로 하지 아니하고 地上權의 효력이 발생하며, 따라서 地上權을 取得할 당시의 所有者나 이로부터 土地所有權을 전득한 제 3자에 대하여 登記없이 地上權을 주장할 수 있다. 다만 地上權을 處分할 때에는 登記를 필요로 한다⁴²⁾로 判例를 변경한 후 慣習上の 法定地上權의 경우에도 적용하기에 이르렀다.⁴³⁾

따라서 慣習上の 法定地上權은 法律行爲로 인한 物權의 取得이 아니기 때문에 登記없이도 地上權取得의 효력이 발생하고, 또한 物權으로서의 효력에 의하여 地上權 取得당시의 土地所有者나 이로부터 所有權을 전득한 제3자에게 대하여도 登記없이 地上權을 주장할 수 있다.

6. 慣習上の 法定地上權의 成立과 建物の 讓渡

1) 從來의 判例와 民法 제187조 但書

종래의 判例는 慣習上の 法定地上權이 成立된 후에 建物所有權이 이전된 경우에 建物の 讓受人은 法定地上權의 取得登記(地上權設定登記) 및 그 移轉登記를 경료하지 않는 한 建物の 所有權을 取得한 사실만으로는 土地所有者에 대하여 地上權을 주장하지 못한다고 하였다.⁴⁴⁾

이와 같은 判例의 입장은 民法 제187조 단서의 규정과 어떻게 관련되는가에 대하여 논의가 있었다.

먼저 民法 제 187조 단서의 연원은 스위스 民法 제656조 제2항에서 온

42) 대판 1965.9.23.65 다 1222 全員合議體.

43) 대판 1971.1.26.70 다 2576:동 1984.9.11.83 다카 2245.

44) 대판 1965.1.26.64 다 1211:동 1965.9.23.65 다 1222:동 1966.10.18.66 다 1432:동 1970.7.24.70 다 729:동 1980.9.9.78 다 52:동 1995.4.11.94 다 39925.

것이고 그 성질은 효력규정이 아니고 가급적登記되지 않은 物權이 존재하는 것을 막기 위하여 규정한 것으로서登記의 독려를 위한 단속규정이라고 한다.⁴⁵⁾

그런데 民法 제 187조 단서 규정이 만일 단속규정이라면 民法이나 不動產登記법에 벌칙규정이 따로 있을 법한데 우리 법제 하에서는 이에 관한 아무런 규정이 없다. 따라서 우리 법제하에서 단속규정으로 보게 되면 不動產物權變動의 공시의 원칙을 관철시키기 어려워질 뿐더러 사실상 이 단서의 규정은 사문화되지 않을 수 없게 될 것이다. 그러므로 입법제보만을 참작하여 단속규정으로 단정하기는 어렵다고 할 것이며 효력규정임을 전제로 한 判例의 입장이 온당하다고 한다.⁴⁶⁾

이에 대하여 取得한 권리의 處分이라 함은 곧 法律行爲로 인한 物權變動을 의미한다고 할 것이고 이를 取得의 면에서 본다면 바로 法律行爲로 인한 物權의 取得을 말하는 것이니 登記없이 物權取得의 효력이 생기지 아니하는 것은 구태여 民法 제187조 단서의 규정을 기다릴 필요도 없이 民法 제 186조의 규정에 의하여 명백하므로 그것을 설사 효력규정으로 본다고 하더라도 불필요한 중복된 규정을 둔 것에 지나지 않는다고 한다.⁴⁷⁾

2) 慣習上의 法定地上權의 登記가 없는 建物の 讓渡

建物所有權만 이전되었을 뿐 法定地上權에 관하여는 設定 및 移轉登記가 경료되지 않은 경우에 法定地上權의 운명은 어떻게 되는가.

判例는 建物과 함께 미登記인 法定地上權을 가지고 있는 자가 建物を 타인에게 處分하여 그 타인에게 建物에 관한 所有權移轉登記를 경료하였다고 하여도 이로써 그 法定地上權이 소멸되는 것은 아니고 法定地上權의 處分에 따른 移轉登記나 기타 法定地上權의 이전사유가 수반되지 않았다면 그 法定地上權은 의연히 당초의 法定地上權者에게 유보되고 소멸되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 法定地上權者가 그 建物の 所有權을

45) 최중길, 判例에 의한 不動產의 物權變動, 서울대 법학, 6권 1호, 103면.

46) 李時潤, 判例를 중심으로 한 慣習上 法定地上權, 서울대 법학, 14권 1호, 133면.

47) 李秉成, 前揭論文, 105-106면.

회복하면 다시 土地所有者에게 法定地上權을 주장할 수 있다.

3) 慣習上の 法定地上權의 登記가 없는 建物の 讓受人의 地上權設定 登記請求權

慣習法상의 法定地上權의 登記가 없는 建物の 讓受人은 讓渡人의 代地所有者에 대한 地上權設定 登記請求權을 代位行使하여 建物の 讓渡人에게 그 移轉登記를 구할 수 있는가.

대지와 지상建물이 원래 모두 피고 올의 所有이었던 것을 국가가 국세징수법의 節次에 따라 공매한 결과 대지는 국가에 낙찰되어 取得登記를 경료하고 建物は 소의 병에게 낙찰되어 取得登記가 경료되었다. 이어서 土地는 피고 동림산업이 국가로부터 매수하고 建物は 원고 갑이 소의 병으로부터 매수하여 取得登記를 경료한 사례에서 判例는 地上權이 設定된 것으로 인정되는 建物を 讓渡하기로 한 경우에 建物撤去등 합의가 있는 것과 같은 특별한 사정이 없을 때에는 建物과 함께 地上權도 讓渡하기로 한 것이어서 地上權者는 建物讓受人에 대하여 그 地上權의 設定登記를 한 후 이의 讓渡登記節次를 이행하여 줄 의무를 부담한 것이라 해석되고 위와 같은 사정하에서 특별한 사정이 없는 한 대지 및 建物所有者였던 피고 올은 建物과 함께 地上權도 讓渡하기로 하였으나 그 地上權에 관한 登記가 없으므로 의견 地上權者라고 할 것이며 피고 올은 소의 병에게 그는 다시 원고에게 地上權을 讓渡하기로 한 채권적 계약이 있는 것으로 인정함이 상당하다. 원고는 債權者代位の 법리에 의거 피고 동림산업에 대하여 피고 올에게 地上權設定登記節次 이행을 구하고 피고 올에 대하여는 소의 병에게 그는 다시 원고에게 순차로 그 地上權의 각 移轉登記를 구할 수 있다⁴⁸⁾고 하였다.

따라서 法定地上權者가 建物を 제 3자에게 讓渡하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 建物과 함께 法定地上權도 讓渡하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이고, 讓受人은 讓渡人을 순차 代位하여 土地所有者 및 建

48) 대판 1967.11.28.67 다 1831; 동 1980.9.9.78 다 52; 동 1981.9.8.80 다 2873; 동 1995.4.11.94 다 39925.

49) 대판 1967.11.28.67 다 1831.

物の 前所有者에 대하여 法定地上權의 設定登記 및 移轉登記節次履行을 구할 수 있고, 土地所有者는 建物所有者에 대하여 法定地上權의 부담을 용인하고 그 設定登記節次를 이행할 의무가 있다.⁵⁰⁾

주지하다시피 民法 제 404조에서는 債權者는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다고 하고 있고 자기의 채권을 보전하기 위하여라는 것은 債務者의 무자력을 의미한다고 한다. 그러나 判例는 特定債權을 보전하기 위하여는 무자력이 필요하지 않다고 하고 이러한 特定債權으로는 登記請求權, 物權의 請求權, 임차권등이 있다고 한다. 따라서 特定債權인 登記請求權을 債務者가 행사하지 않을 때에는 債權者는 債務者를 代位하여 債權者代位權을 행사할 수 있다.

4) 慣習상의 法定地上權의 登記가 없는 建物讓受人의 地上權 更新請求權

法定地上權이 붙은 建物の 讓受人은 法定地上權에 대한 登記를 하지 않았다 하더라도 土地所有者에 대한 관계에서 적법하게 土地를 占有사용하고 있는 자라 할 것이고 따라서 建物を 讓渡한 경우라고 하더라도 地上權更新請求權이 있고 建物の 讓受人은 法定地上權者인 讓渡人의 更新請求權을 代位行使할 수 있다.⁵¹⁾

5) 慣習상의 法定地上權의 登記가 없는 建物讓受人에 대한 土地所有者의 建物撤去請求

중래의 判例는 法定地上權있는 建物の 讓受人이 그 대지에 대한 地上權 設定 登記請求權 또는 地上權이전 登記請求權을 代位行使할 수 있는 지위에 있다 하여도 建物讓受人이 地上權登記를 取得하지 아니한 이상 위 사유만으로는 土地所有者에 대하여 그 土地를 占有할 正當한 權原이 있다고 주장할 수 없다⁵²⁾고 하고 있다. 따라서 代地所有者는 法定地上權 成立후 法

50) 대판 1985.4.9.84 다카 1131, 1132; 동 1989.5.9.88 다카 15338; 동 1991.9.24.91 다 21701; 동 1995.4.11.94 다 39925.

51) 대판 1995.4.11.94 다 39925.

52) 대판 1970.7.24.70 다 729; 동 1982.10.12.80 다 2667.

定地上權의 登記가 없는 建物을 取得한 자에 대하여 建物撤去 및 대지의 인도를 구할 수 있다고 하였다.

이러한 判決에 대하여 學說은 찬성하는 見解⁵³⁾와 반대하는 見解⁵⁴⁾로 대립되었다.

찬성하는 見解는 建物의 撤去를 구하는 地主所有者와 地上權의 이전을 구하는 建物讓受人은 직접적인 當事者가 아니며 建物讓受人은 어디까지나 讓渡人을 代位하여 地主所有者에게 法定地上權의 設定登記를 구할 수 있을 뿐이고 地主所有者는 建物의 전득자에게 아무런 의무가 없다고 한다.⁵⁵⁾ 의무있는 자가 권리자를 상대로 한 請求는 허용되지 않지만 이 때의 의무자나 권리자는 직접적인 의무자와 권리자에 한정된다. 法定地上權을 登記하지 아니하였다 하여 建物所有者가 建物을 撤去하여야 한다는 것은 建物所有者의 이익보호를 소홀히 하는 것이기는 하지만 登記를 할 수 있음에도 하지 않는 자는 권리위에 잠자는 자로서 보호할 필요가 없다고 한다.

반대하는 見解는 建物取得者가 法定地上權者를 代位하여 地主所有者에게 法定地上權의 登記를 請求할 수 있다는 것을 토대로 하여 이론을 전개하고 있다. 즉 法定地上權의 設定登記節次를 이행하여야 할 지위에 있는 地主所有者가 그 이행을 請求할 수 있는 지위에 있는 建物取得者에게 建物의 撤去를 請求하는 것은 取得시효기간의 경과로 所有權移轉登記를 請求할 수 있는 자에 대하여 所有者가 인도를 請求할 수 없는 것과 마찬가지로 의무 있는 자가 권리자를 상대로 請求하는 것이므로 인용될 수 없다고 한다.⁵⁶⁾ 또한 적법한 占有者로부터 적법하게 占有를 승계한 자의 占有는 적법한 占有이며 결코 不法占有가 될 수 없다고 한다.⁵⁷⁾

다만 建物의 所有權이 경매에 의하여 이전된 경우에는 法定地上權이 登

53) 朴禹東, 慣習法상의 法定地上權, 사법행정, 1977.10, 17면; 金容圭, 法定地上權에 관한 判例研究, 저스티스, 1972.12, 22면.

54) 朴駿緒, 前掲論文, 140면; 徐敏, 法定地上權 讓受人의 法的地位, 民事判例研究 6, 1984.61면; 李泰成, 前掲論文, 109면; 高翔龍, 法定地上權 讓受人의 法的地位, 法律新聞, 1985.11.11, 12면; 李在性, 法定地上權에 대하여, 辯護士(14), 서울辯護士會, 175면.

55) 朴禹東, 前掲論文, 17면.

56) 朴駿緒, 前掲論文, 140면; 李泰成, 前掲論文, 108면.

57) 徐敏, 前掲論文, 66면.

記없이도 당연히 새로운 所有者에게 이전한다고 보아 예외를 인정하고 있다.⁵⁸⁾

그 후 大法院 全員會議體는 앞서의 判例를 변경하였다. 즉 法定地上權을 가진 建物所有者로부터 建物を 양수하면서 法定地上權까지 讓渡받기로 한 자는 債權者代位の 법리에 따라 前建物所有者 및 垆地所有者에 대하여 차례로 地上權의 設定登記 및 移轉登記節次履行을 구할 수 있다. 이러한 法定地上權을 取得할 지위에 있는 자에 대하여 垆地所有者가 所有權에 기하여 建物撤去를 구함은 地上權의 부담을 용인하고 그 設定登記節次를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 請求라 할 것이어서 信義誠實의 原則上 허용될 수 없다⁵⁹⁾고 하여 土地所有者는 法定地上權의 登記가 없는 建物讓受人에게 建物撤去를 할 수 없다고 하였다.

이에 대하여 6인의 소수의견이 있는 데 이를 살펴 보면 첫째 土地所有者는 法定地上權을 가진 당초의 建物所有者 아닌 자에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 자기의 土地용익권을 주장할 수 있다. 둘째 土地所有者가 부담하는 地上權設定登記義務는 이미 유효하게 成立되어 있는 法定地上權의 공시방법을 갖추어 준다는 의미가 있을 뿐이고 取得시효의 경우처럼 그 登記에 의하여 建物所有者에게 새로운 權原을 창설하여 주는 것이 아니므로 이를 신의칙 위반의 근거로 삼을 수 없다. 셋째 土地所有者는 당초의 建物所有者인 法定地上權者에 대하여는 그의 권리실현에 협력할 의무가 있으나 地上權移轉登記請求權만을 가진 建物讓受人에 대하여는 그 이익의 실현에 협력할 의무를 지지 않으므로 그러한 土地所有者가 建物讓受人의 이익을 배려하지 않는다 하여 이를 신의칙위반이라 할 수는 없다. 특히 地上建物撤去가 가능할 것으로 믿고 土地所有權을 取得한 자의 권리행사를 확실히 형평과 신뢰에 어긋나는 권리행사라고 할 수는 없다. 넷째 다수의견과 같이 해석하면 建物讓受人은 언제나 登記를 하지 않고도 사실상 法定地上權의 배타적 효력을 향유하게 되어 不動產公示制度의 원칙에 어긋난다.

58) 대판 1976.5.11.75 다 2338.

59) 대판 1985.4.9.84 다카 1131,1132.

다섯째 土地와 建物の 所有者가 달라진 경우의 土地이용관계의 조정⁶⁰⁾에 있어서는 사회경제적 손실을 이유로 建物の 존립보호만을 우선시킬 수는 없는 것이고, 土地所有者의 권익과 공시제도의 원칙과를 고려하여 조정이 이루어져야 하는데 建物讓受人은 자신의 권리를 보호할 법적수단(登記)이 부여되어 있으므로 이를 갖춘 경우에만 이해상충되는 土地所有者의 용익권에 우선할 수 있고 그렇지 못하면 土地所有者의 撤去請求에 對抗하지 못한다고 보는 것이 공평하고 합리적인 해석이다라고 다수의견을 비판하고 있다.

이후 이러한 全員合議體 判決에 따르는 判例는 계속 나타나고 있다.⁶⁰⁾

60) 대판 1988.10.24.87 다카 1604:동 1991.5.28.91 다 6658:동 1991.9.24.91 다 21701.