

법정지상권

김현수* 조학래**

Legal Superficies

Hyun-soo Kim*, CHO HAK-RAE**

요약

민법상의 법정지상권은 대지 내지 건물에 저당권이 설정되어 저당권의 실행으로 경락된 때 혹은 건물에 전매권이 설정된 후 대지의 소유자가 바뀔 때에 성립하는 것이나 관습법상 법정지상권은 이러한 경우 외에 동일한 소유자에 속하였던 대지와 건물의 소유자가 바뀌게 된 일반적인 경우에 성립하는 것이다. 이는 동일인에게 속하였던 대지와 그 지상건물이 임의경매 이외의 원인에 의하여 그 소유자를 각기 달리한 경우에 건물의 소유를 위하여 대지를 사용하는 권리이며 당사자의 의사에 의해서가 아니라 관습에 의해서 설정된 것으로 보는 지상권이란 점에서 당사자의 합의에 의하여 설정되는 통상의 지상권(약정지상권)과는 그 차이가 있다.

(ABSTRACT)

I generalized and analyzed the Supreme Court's judgements sentenced form Cho Sun High Court of Jus-tice to the present. Moreover I tried to establish the system of a theory for surface rights from the viewpoint of the conventional law and present the direction in law-making political side.

1. The legal surface rights from the viewpoint of the conventional law have not been admitted by the usage. Therefore I studied in detail its history, examples of foreign law-making, recognition authority and application object.

* keyword : 지상권(legal superficies), 분묘권(the right of the tomb), 민법(civil law)

* 제1저자 : 김현수 ** 교신저자 : 조학래

투고일 : 2012. 9. 28, 심사일 : 2012. 11. 10, 게재확정일 : 2012. 12. 12.

경북대학교. 대구보건대학교

1. 서설

민법상의 법정지상권은 대지 내지 건물에 저당권이 설정되어 저당권의 실행으로 경락된 때 혹은 건물에 전매권이 설정된 후 대지의 소유자가 바뀔 때에 성립하는 것이나 관습법상 법정지상권은 이러한 경우 외에 동일한 소유자에 속하였던 대지와 건물의 소유자가 바뀌게 된 일반적인 경우에 성립하는 것이다. 이는 동일인에게 속하였던 대지와 그 지상건물이 임의경매 이외의 원인에 의하여 그 소유자를 각기 달리한 경우에 건물의 소유를 위하여 대지를 사용하는 권리이며 당사자의 의사에 의해서가 아니라 관습에 의해서 설정된 것으로 보는 지상권이란 점에서 당사자의 합의에 의하여 설정되는 통상의 지상권(약정지상권)과는 그 차이가 있다.

그러나 관습법상 법정지상권의 구체적 내용은 특별한 사정이 없는 한 민법상의 법정지상권 내지 약정지상권에 규정이 준용된다고 볼 수 없으며 판례도 이를 명백히 하고 있다[1]. 나아가 민법상의 지상권 뿐만 아니라 법정지상권에 관한 해석이나 판례도 그 성질이 허용하는 한 관습법상 법정지상권에 준용된다고 보아야 할 것이다. 이하에서는 이러한 점을 전제로 하고 관습법상 법정지상권의 내용을 살펴보기로 한다.

한편, 관습법상 법정지상권에 의하여 건물을 점유하는 것은 정당한 권원에 의한 것이므로 불법점유가 아니다. 따라서 그 지료가 지급되지 아니한 경우에도 대지소유자는 불법점유를 이유로 한 지료상당의 손해배상청구는 구할 수 없고 지료 상당의 불법이득의 반환 내지 지료 (확정될 것을 전제로 한) 의 지급을 구하여야 할 것이다[2]. 관습법상 법정지상권에 있어서는 그 당사자 사이에 지대이용권이 미치는 범위, 지료, 존속기간 등에 관하여 약정한 바가 없는 경우가 보통일 것이므로 그 확정을 어떻게 하느냐가 특히 문제로 된다[3]. 이와 관련된 판례는 다음과 같다. 즉, 관습법상으로 인정된 법정지상권에 대하여는 다른 특별한 사정이 없는 한, 민법규정의 지상권에 관한 규정을 준용하여야 한다고 해석되므로 지상권의 기간이 1963. 10.3.에 만료된 것이라면 민법 제 283조의 규정에 의하여 지상권자는 토지소유자에 대하여 본건 건물의 매수를 청구 할 수 있다고 할 것이며 위와 같은 지상물 매수청구는 지상권자가 지료를 지급하여 왔느냐의 여부와는 별개의 문제이다(그러나, 지상권자가 당사자의 합의에 의하여 지료를 지급하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 지급하지 아니한 관계로 토지소유자가 지상권 소멸청구를 한 경우에는 예외로 할 것이다).

2. 범위

관습법상 법정지상권자가 건물을 소유하기 위하여 대지를 이용할 수 있는 범위는 구조와 평수, 그 본래의 사용목적, 건물이 서 있는 객관적인 여러 사정 및 거래 당시의 당사자의 의사 등을 종합하여 건물과의 사이에 일체성이 있다고 인정되는 대지 즉 사회 통념에 비추어 건물을 사용하는데 일반적으로 필요하다고 인정되는 대지라 할 것이다. 따라서 그 범위는 건물 그 자체만이 서있는 부지만에 한정되는 것이 아니라, 객관적으로 보아서 건물 사용에 필요한 부속대지에도 미친다[4]. 따라서 건물소유자가 관습법상 법정지상권을 취득한 이상 건물을 사용하는데 필요한 범위내의 토지에 대하여는 불법점유를 전제로 한 손해배상청구를 할 수는 없다고 하겠으며[5], 다만 이 범위 밖의 토지에

대해서까지 점유를 한다면 그 부분에 대해서는 토지소유자의 손해배상청구권이 성립한다 할 것이다.

관습법상 법정지상권이 효력이 미치는 대지의 범위를 결정하는 기준시기는 동 지상권이 성립한 때 즉, 대지 내지 건물의 소유자가 달라진 시점이다. 따라서 그 이후에 동 지상권자(건물 소유자)가 예컨대 건물의 건축 등을 함으로써 건물부지의 면적이 확장되더라도 그것이 당초의 동 지상권이 미치는 범위를 초과하는 한 거기에는 관습법상 법정지상권의 효력이 미치지 아니한다. 이와 반대로 동 지상권이 성립한 이후에 건물의 전부 또는 일부가 멸실된 경우에는 어떻게 되는가와 관련하여 건물이 전부 멸실된 경우에는 동 지상권 또한 더 이상 존속 할수 없는가 또는 건물의 일부가 멸실된 경우에 동 지상권의 효력이 미치는 대지의 범위가 그만큼 축소되는 것인가 등의 문제가 있다. 이에 대하여 학설로는 민법 제366조가 「지상권을 설정한 것으로 보인다」고 규정하였을 뿐이고 그 지상권의 내용이나 효력에 관하여 따로 규정을 두지 아니하고 있으므로 약정에 의한 지상권의 규정에 따를 수밖에 없다는 점에 주목하여 기존건물의 훼손은 법정지상권 소멸의 원인이 되지 않는다는 견해[6]와 법정지상권의 목적이 원래 기존건물의 보호에 있었고, 그것 때문에 토지소유자가 희생을 강요당하고 있었다는 점을 생각하면 법정지상권은 기존 건물의 훼손으로 인하여 소멸한다는 견해[7]가 있다. 대법원은 「민법 제366조의 소정의 법정지상권이나 관습법상의 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 범위내의 대지 부분에 한정된다」[8]고 판시하였다. 또한 대법원은 「법정지상권 취득 당시의 건물이 멸실되어 다시 신축되거나 건물의 독립성을 인정할수 없을 정도로 훼손된 것을 새로운 독립된 건물로 개축하여 양 건물이 동일성이 상실한 경우에는 건물소유를 위한 법정지상권은 소멸하거나 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[9].」고 판시하였다. 생각건대 약정지상권의 경우에는 이러한 건물의 멸실 여부가 지상권의 존속 내지 그 범위에 어떠한 영향을 주는 것이 아님이 명백한 것이나 관습법상 법정지상권의 경우에는 건물의 존립을 전제로 하여 그 부지 이용권을 확보하여 주려는 그 본래의 취지에 비추어 볼 때 건물의 동일성 상실은 동 지상권의 효력에 영향이 있다고 할 것이다. 따라서 건물의 전부 또는 일부가 멸실 된 이후 상당한 기간이 경과하도록 동 지상권자가 건물을 건축하지 아니하였을 뿐 아니라 이와 함께, 예컨대 약정된 지료를 지급하지 아니하거나 멸실 된 부분만큼 지료를 감하여 지급하기로 하는 등의 사정이 있을 때에는 동 지상권을 포기한 것으로 혹은 건물이 멸실 된 부분만큼, 동 지상권의 범위가 축소되는 것으로 볼 수 있을 것이다. 다만 건물이 멸실 된 후 상당한 기간 내에 개축되어 그 전후의 동일성이 유지되는 한, 동 지상권의 효력에는 영향이 없다고 볼 것이다.

3. 관련판례

1) 대판 2003.12.18. 98다43601 전원합의체 판결

(1) 사건의 개요

X대지 위에는 단층주택이 건축되어 있었는데, 위 대지 및 단층주택을 매수하여 소유권을 취득한 피고 甲은 1989. 2. 11. 위 대지 및 단층주택을 공동담보로 제공하여 개봉단 위농업협동조합 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐 주었다가, 그 후 1991. 12. 5. 위 근저당권의 실행에 의하여 위 대지 및 단층주택에 관한 임의경매절차가 개시된 사실, 그런데 피고 甲은 그 전인 1991. 9. 30.경 피고 乙에게 위 단층주택의 철거와 이 사건 3층 주택의 신축공사를 도급 주었는데, 피고 乙은 1991. 10.경 위 단층주택을 철거하고 이 사건 3층 주택의 신축공사를 시행하여 1992. 3.경 완공하였으나, 준공검사를 받지 못하고 있고, 이 사건 신축건물은 피고들이 일부씩 나누어 점유하고 있는 사실, 한편, 위 임의경매절차에서는 위 단층주택이 이미 철거되었다는 이유로 위 단층주택에 대한 경매절차는 취소되고, 이 사건 대지에 대한 경매절차만이 속행되어 1992. 4. 23. 丙이 이 사건 대지를 경락 받은 사실, 그 후 이 사건 대지의 소유권은 위 丙으로부터 丁를 거쳐 1994. 10. 11. 원고에게로 순차 이전된 사실, 원고는 1994. 9. 6. 피고 乙로부터 이 사건 신축건물을 대금 1억 3,800만 원에 매수하기로 약정하고 계약금 2,000만 원을 피고 乙에게 지급한 후, 이 사건 신축건물이 피고 甲의 소유라는 취지의 이 사건 제1심 판결이 선고되자 다시 1997. 12. 18. 피고 甲으로부터 이 사건 신축건물을 대금 1억 4,400만 원에 매수하기로 약정하고 계약금 1,500만 원을 피고 甲에게 지급한 사실을 인정하였다.

원심은 위와 같은 사실관계에 터 잡아, 원고의 피고 甲에 대한 청구에 대하여는, 이 사건 신축건물의 소유자가 피고 甲인 점에는 당사자 사이에 다툼이 없다고 전제한 후, 저당물의 경매로 인하여 저당권설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 그 지상건물이 각각 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에는 그 지상건물 소유자는 민법 제366조에 따라 법정지상권을 취득하고 이는 저당권설정 당시 존재하던 건물이 철거되고 새로운 건물이 신축된 경우에도 마찬가지라는 이유로 피고 甲의 법정지상권에 기한 항변을 받아들여 원고의 주위적 청구인 건물철거 및 대지인도청구를 배척한 다음, 이 사건 신축건물에 관한 매매계약의 이행으로서 그 매매잔대금의 지급과 상환으로 이 사건 신축건물의 명도와 이 사건 대지의 인도를 구하는 원고의 예비적 청구를 인용하였고, 원고의 피고 乙에 대한 청구에 대하여는, 이 사건 신축건물은 피고 乙이 원시 취득한 것이라고 판단한 후, 피고 甲에 대한 판단에서와 같은 법리로 이 사건 신축건물을 위한 법정지상권이 성립한다고 보아 원고의 주위적 청구인 건물철거 및 대지인도청구와 이 사건 신축건물에 관한 매매계약의 불이행으로 인한 원상회복 및 손해배상청구를 모두 배척하고, 이 사건 신축건물에서의 퇴거를 구하는 제1 예비적 청구도 배척한 다음, 원고와 피고 乙 사이의 이 사건 신축건물에 관한 매매계약의 이행으로서 그 매매 잔대금의 지급과 상환으로 이 사건 신축건물의 명도와 이 사건 대지의 인도를 구하는 제2 예비적 청구를 인용하였다

이에 원심판결을 전부 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

(2) 다수의견

동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다고 해석하여야 하는바, 그 이유는 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 경우에는, 처음부터 지상 건물로 인하여 토지의 이용이 제한 받는 것을 용인하고 토지에 대하여만 저당권을 설정하여 법정지상권의 가치만큼 감소된 토지의 교환가치를 담보로 취득한 경우와는 달리, 공동저당권자는 토지 및 건물 각각의 교환가치 전부를 담보로 취득한 것으로서, 저당권의 목적이 된 건물이 그대로 존속하는 이상은 건물을 위한 법정지상권이 성립해도 그로 인하여 토지의 교환가치에서 제외된 법정지상권의 가액 상당 가치는 법정지상권이 성립하는 건물의 교환가치에서 되찾을 수 있어 궁극적으로 토지에 관하여 아무런 제한이 없는 나대지로서의 교환가치 전체를 실현시킬 수 있다고 기대하지만, 건물이 철거된 후 신축된 건물에 토지와 동순위의 공동저당권이 설정되지 아니 하였는데도 그 신축건물을 위한 법정지상권이 성립한다고 해석하게 되면, 공동저당권자가 법정지상권이 성립하는 신축건물의 교환가치를 취득할 수 없게 되는 결과 법정지상권의 가액 상당 가치를 되찾을 길이 막혀 위와 같이 당초 나대지로서의 토지의 교환가치 전체를 기대하여 담보를 취득한 공동저당권자에게 불측의 손해를 입게 하기 때문이다.

(3) 다수의견에 대한 보충의견

민법 제366조가 '저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에게 속한 경우'라고 규정하여, 마치 경매 당시에 건물이 존재하기만 하면 법정지상권이 성립할 수 있는 것처럼 규정하고 있지만 위 조문의 해석상 법정지상권이 성립하기 위하여 저당권 설정 당시 토지 상에 건물이 존재하여야 하고, 따라서 나대지에 저당권설정 후 설정자가 그 지상에 건물을 신축 후 경매로 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에는 그 신축건물을 위한 법정지상권의 성립을 부정하는 것이 판례·통설인바, 이는 이러한 경우에도 건물보호라는 공익적 요청을 고려하여 법정지상권의 성립을 허용하면 당초 건물 없는 토지의 교환가치를 기대한 저당권자의 기대 내지 의사에 반하기 때문에 이러한 당사자의 의사를 고려한 것으로 볼 수 있고, 이를 미루어 보아 법정지상권제도가 당사자의 의사를 전혀 도외시한 채 건물보호라는 공익적 요청에 의한 것이라고만 할 수는 없으며, 단독저당, 공동저당 어느 경우나 원칙적으로 저당권설정 당시 존재하던 건물이 헐린 후 재축된 신건물에 대하여는 물권법정주의의 원칙상 법정지상권이 성립될 수 없지만 예외적으로 그 성립을 인정하여도 저당권자의 의사 내지 기대에 반하지 아니하는 경우(단독저당이 여기에 해당한다)에 국한하여 건물보호를 위하여 법정지상권의 성립범위를 확장 해석하는 것은 법정지상권의 성립요건의 객관성이나 강제성과는 관련이 없다.

일반적으로 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축한 사람이 그 건물의 소유권을 원시 취득하는 것이지만, 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물

을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보일 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다.

(4) 반대의견

민법 제366조가 법정지상권제도를 규정하는 근본적 취지는 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물이 철거됨으로써 생길 수 있는 사회경제적 손실을 방지하려는 공익상 이유에 있는 것이지 당사자 어느 한편의 이익을 보호하려는 데 있는 것이 아니고, 법정지상권은 저당권설정 당사자의 의사와 관계없이 객관적 요건만으로써 그 성립이 인정되는 법정물권인바, 저당권자가 그 설정 당시 가졌던 '기대'가 어떤 것이었느냐에 의하여 법정지상권의 성립 여부를 달리 판단하는 다수의견은 법정지상권 성립요건의 객관성 및 강제성과 조화되기 어렵고, 토지와 건물 양자에 대하여 공동으로 저당권이 설정된 경우, 원칙적으로 그 공동저당권자가 토지에 관하여 파악하는 담보가치는 법정지상권의 가치가 제외된 토지의 가치일 뿐이고, 건물에 관하여 파악하는 담보가치는 건물 자체의 가치 외에 건물의 존속에 필요한 법정지상권의 가치가 포함된 것이며, 법정지상권은 그 성질상 건물에 부수하는 권리에 불과하므로 구건물이 멸실되거나 철거됨으로써 건물저당권 자체가 소멸하면, 공동저당권자는 건물 자체의 담보가치는 물론 건물저당권을 통하여 파악하였던 법정지상권의 담보가치도 잃게 되고, 이에 따라 토지 소유자는 건물저당권의 영향에서 벗어나게 된다고 보는 것이 논리적으로 합당하다. 그러므로 토지 소유자는 그 소유권에 기하여 토지 위에 신건물을 재축할 수 있고, 그 후 토지저당권이 실행되면 신건물을 위한 법정지상권이 성립하며, 다만 그 내용이 구건물을 기준으로 그 이용에 일반적으로 필요한 범위로 제한됨으로써 공동저당권자가 원래 토지에 관하여 파악하였던 담보가치, 즉 구건물을 위한 법정지상권 가치를 제외한 토지의 담보가치가 그대로 유지된다고 보아야 하고, 이것이 바로 가치권과 이용권의 적절한 조절의 모습이다.

(5) 본 판결의 검토

토지와 건물에 공동저당이 설정된 후 건물은 재건축 되고, 토지는 경매된 경우 특별한 사정이 없는 한 법정지상권이 성립되지 않는다는 대법원 판결이 나온 것은 물권법정주의에 입각한 조문의 엄격한 해석에 의하면 경매로 인하여 건물과 토지 소유권이 분리될 때까지 당초의 건물이 그대로 존재할 경우에만 그 건물을 위한 법정지상권이 성립될 수 있고, 구건물이 헐린 후 신건물이 신축되더라도 그 신건물은 설정당시 존재하던 건물이 아니어서 원칙적으로 그 신건물을 위한 법정지상권이 성립될 수 없다고 판시한 것으로 보인다.

단독저당의 경우와 공동저당의 경우를 달리 해석하는 것이 당사자 특히 저당권자의 기대 내지 의사를 고려하면서 건물보호라는 공익적 요청을 달성하려고 하는 법정지상권 제도의 입법취지에도 부합한다고 본다. 단독저당, 공동저당 어느 경우이나 공익상 이유로 저당권설정 당시 존재한 바 없는 신건물에 대하여까지 법정지상권이 성립한다고 해석하는 것은, 마치 내대지에 저당권설정 후 건물이 신축된 경우에 공익상 이유로 신축건

물을 위한 법정지상권의 성립을 인정하여야 한다고 주장하는 것처럼 물권법정주의와 정면으로 배치된다고 생각한다.

4. 존속기간

조선고등법원 1916.9.29 판결은 「지상권의 기간에 대해서는 먼저 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정할 수 있으며 그 협의가 조정되지 않을 경우에 있어서 비로소 법원에 출소하여 이의 확정을 구할 수 있는 것은 조선에 있어서의 일반의 관습」이라고 하고 있으나 현행법상 이를 그대로 따를 수는 없다. 민법 제281조 제1항은 「계약으로 지상권의 확정기간을 정하지 아니한 때에는 그 존속기간은 동법 제280조 소정의 최단존속기간으로 한다」고 규정하고 있기 때문에 관습법상 법정지상권에 관하여도 우선 존속기간에 관한 합의가 없는 경우에는 위 민법 제281조 제1항의 존속기간의 정함이 없는 것으로 보는 것이 타당하다. 대법원도 이런 견해를 취하고 있다[10]. 즉 이런 경우에는 민법 제281조 제1항에 의하여 석조 또는 연와조 이와 유사한 견고한 건물의 소유를 목적으로 하는 때에는 30년, 그 외의 건물의 소유를 목적으로 하는 때에는 15년이 그 존속기간이 되는 것이다. 당사자 사이의 존속기간에 관한 합의가 성립하지 않았다고 하여 위 조선고등법원 판결과 같이 당사자가 법원에 출소하여 법원이 존속기간을 정할 수 없는 것으로 볼 것은 아니다.

구민법 시행당시에 취득한 관습법상 법정지상권의 존속기간이 현행민법시행당시까지 만료되지 않는 경우에는 그 존속기간을 얼마로 할 것인가? 이는 구민법상의 지상권의 최단존속기간이 현행민법상의 그것과 다르기 때문에 발생하는 문제이다. 대법원은 「구민법 시행당시 목조건물소유를 목적으로 한 관습법상 법정지상권의 존속기간에 관하여 민법 부칙 제2조 단서규정과 구민법 제268조의 정신에 비추어 구민법 제268조의 최단존속기간인 20년보다 단기간일 수는 없는 것이어서 결국 20년으로 보아야 한다」[11]고 판시 하였다.

판례는 나아가 「관습법상 법정지상권의 경우에도 그 존속기간이 만료되었을 때에는 지상권자는 토지소유자에게 매수청구권을 가지며 이는 지료의 지급여부와 관계가 없다」[12]고 판시하고 있다.

최근의 판례는 민법 제280조 제1항 제1호가 석조석회조연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물이나 수목의 소유를 목적으로 하는 지상권의 경우, 그 존속기간은 30년보다 단축할 수 없다는 규정은 지상권자가 그 소유의 건물 등을 건축하거나 수목을 식재하여 토지를 이용한 목적으로 지상권을 설정한 경우에만 그 적용이 있고, 기존의 건물을 사용하기 위한 지상권의 경우에는 이보다 단축할 수 있다고 해석한다[13].

5. 지료

판례는 민법 제366조 단서를 유추적용한다. 따라서, 당사자 간의 합의로써 결정하고, 합의가 안 되면 법원에 청구하여 법원이 결정한다. 지료액의 정도는 다른 사람의 토지를 사용함으로써 얻는 이익에 상당하는 대가이다[14].

관습법상 법정지상권은 건물이용을 위하여 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할

수 있는 권리로 그 대가로서 부담하게 되는 지료채권은 동지상권의 성립과 동시에 발생한다. 이러한 지료는 당사자의 협의에 의할 것이나, 만약 협의가 성립되지 않은 경우 내지 협의 성립의 여지가 없다고 보이는 경우에는 토지소유자 또는 동 지상권자가 법원에 지료의 결정을 청구할 수 있다. 또한 관습법상 법정지상권을 가진 자는 정당한 권원에 의해 타인의 토지를 점용하게 되므로 불법행위를 이유로 하는 손해배상의 대상이 되지 않으며 토지소유자는 토지사용의 대가인 지료를 청구할 수 있을 뿐이다. 이와 관련된 판례를 소개하면 다음과 같다. 원판결의 이유에 의하면, 원심은 본건대지를 피고가 관습법상 법정지상권에 의하여 정당하게 점유하고 있으며 원고의 손해배상청구는 피고가 본건대지를 불법점유하고 있다는 이유로 이에 대한 지료상당의 손해배상을 구하고 있는 것이나 피고는 원고에게 본건 대지를 사용함으로써 그 지료를 지급할 의무는 있다 할지라도 지료상당의 손해배상지급의무는 없는 것이므로 원고의 이 점에 대한 주장은 이유없다고 배척하였는 바, 기록에 의하면 앞에서 본 바와 같이 피고의 본건 대지점거는 관습법상 법정지상권에 기초한 정당한 것이고, 그러하다면 원고가 피고의 위 대지 불법점거를 전제로 하여 제기한 손해배상청구는 성립할 여지가 없다고 할 것이므로 원판결은 정당하다.

① 민법 제366조 단서가 「지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다」라고 규정하고 있다. 그러나 이것은 당사자의 협의 자체를 금지하고 있는 것은 아니다. 따라서 지료는 먼저 당사자의 협의에 의하고 성립되지 않을 경우 당사자의 청구에 법원이 이를 정할 수 있다. 그리고 그러한 합의에 도달하기 위해서 합의가 반드시 필요한 것은 아니고, 협의 없이 바로 법원에 청구하여도 될 것이며, 위 민법 제 366조 단서 규정은 관습법상 법정지상권에도 유추적용된다고 보아야 할 것이다. 또한 당사자는 지료에 관한 분쟁에 관하여 법원에 소송을 제기하는 방법 외에 차지차가조정법 제2조에 따른 조정신청도 할 수 있다. 지료액이나 그 지급방법이 결정되기 전의 지료채권은 미확정채권이므로 민사소송법상의 전부명령의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.

그런데, 당사자가 지료에 관한 협의를 거치지 않고 바로 혹은 협의를 하였으나, 합의가 이루어지지 않아 법원에 지료 결정을 위한 소를 제기한 경우에 법원은 어떠한 기준에서 어떠한 범위로 지료를 결정할 것인가? 이에 관하여 판례[15]는 법원이 그 지료를 정함에 있어서는 법정지상권의 발생당시의 설정사정을 고려하여 그 당사자 쌍방의 이익을 조화하여 어느 한쪽에 부당하게 불이익 또는 이익을 주는 결과가 되어서는 안될 터인데도 원심은 다른 특수사정에 대한 아무런 이유설명도 없이 다만 법정지상권으로 인하여 소유권이 제한을 받는다는 이유로서 일반임대료의 반액에도 못 미치는 금액을 지료로 정한 것은 부당하다고 판시한 바가 있다. 한편, 이 경우의 지료는 건물소유자가 아무런 제한 없이 타인의 토지를 사용함으로써 얻는 이익에 상당하는 대가이어야지 결코 건물이 건립되어있는 것을 전제로 한 임료 금액이 되어서는 안 된다고 판시하고 있다 [16].

생각건대, 관습법의 법정지상권자가 토지소유자에게 지급하여야 할 지료는 적어도 그 토지에 대한 지료 상당금액의 이상이어야 한다고 본다. 지상권자의 권리가 임차권자의 그것에 비해 강력한 것에 비례하여 그 지료도 임료보다는 고액이어야 합리적일 것이기 때문이다. 판례가 지료는 「건물이 건립되어 있는 것을 전제로 한 임료상당금액이 되어서는 안된다」고 하는 것도 바로 이런 취지를 밝히는 것이라고 본다. 또 판례는 법정지상권 「발생당시」의 제반사정을 참작하여야 한다고 하고 있으나 지상권발생당시의 사정

뿐만 아니라 지상권발생후부터 판결시까지 사이에 지료결정의 기준이 되는 사정변경이 있는 경우에는 그 변경된 사정도 아울러 참작하여야 할 것이다. 따라서, 법원의 지료를 정하는 판결이 있는 후에는 당사자는 그 판결전에 변경된 사정을 들어 지료증감청구(민법 제286조)를 할 수 없다고 하겠다. 그러나 법원의 지료결정판결이 선고된 후, 정확히는 그 판결의 사실심변론종결 이후의(기판력의 시적기준이므로) 변경된 사정을 들어 당사자가 지료증감청구를 하는 것은 무방하다고 할 것이다.

이 사건에서처럼 임의경매에 의하여 자기소유(피고)의 건물을 위하여 그 기지소유인 원고의 대지 위에 법정지상권을 취득하였으면 피고는 그 사용에 있어서 어떠한 제한이나 하자도 없는 원고소유의 토지를 직접적으로 완전하게 사용하고 있다고 할 수 있고, 그 건물을 위하여 건물이 건립되어 있는 상태의 원고소유의 토지를 이용하고 있는 것은 아니다. 따라서 이 경우에 피고가 원고에게 지급하여야 할 지료는 아무런 제한 없이 원고 소유의 토지를 사용함으로써 얻는 이익에 상당하는 대지가 되어야 마땅 할 것이요, 결코 건물이 건립되어 있는 것을 전제로 한 지료 상당금액이 되어서는 안 된다고 할 것이다.

②당사자가 법원에 제기하는 지료 확정 소는 확인의 소나, 형성의 소나, 즉 법원의 지료 결정판결이 확인판결이나 형성판결이나에 관하여는 견해가 대립되고 있다[17] 전자는, 지료 지급의무는(관습법상의) 법정지상권의 성립에 의하여 당연히 발생하는 것이지만 법원이 다만 지료 지급의 권리관계발생을 발생케하는 것은 아니고 법원은 다만 지료 지급의무의 발생을 전제로하여 지료액을 정할 뿐이라는 견해이고 후자는, 지료는 지상권의 요소가 아니고 지료를 법원이 창설적으로 선언함으로써 비로소 지급의무가 발생한다는 견해이다. 생각건대, 이 문제는 지료 지급의무와 지료액으로 나누어 고찰해야 한다고 본다(물론, 판결주문이 이와 같이 확연히 구분되는 것은 아니지만 이론상 이렇게 나누어 보는 것이다). 먼저 지료 지급의무에 관하여 보건대 아무리 지료가(관습법상의 결정) 지상권의 요소는 아니라고 할지라도[18] 오늘날과 같이 토지의 경제적인 가치가 극히 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 것이고, 따라서 건물의 소유자가 관습법상의 법정지상권이란 토지 이용권을 취득하는 순간 그는 토지소유자에게 지료를 지급하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보아야 할 것이다(과거에 지료 지급의무가 발생하였다는 것의 확인이 아니라, 과거에 발생한 지료 지급의무가 현재도 존재한다는 것의 확인이다).

그러나, 지료액의 관하여는 문제가 다르다. 관습법상 법정지상권자가 토지소유자가 추상적인 지료 지급의무를 부담한다고 하더라도 그 구체적인 지료 지급의무는 법원의 판결에 의하여 비로소 발생하는 것이고 또 법원이 이 지료액을 정함에 있어서는 당사자가 주장한 바에 하등의 구속을 받지 않고 자유로이 판단하여 이를 정할 수 있으며 그 지료 지급방법에 관하여도 준거할 아무런 법규가 없이 법원의 자유재량에 일임된 것이라는 점 등을 종합한다면(이 점에 있어서 공유물처분판결과 비슷하다)법원에 구체적인 지료액의 정함을 구하는 당사자의 소는 형성의 소, 그 중에서도 특히 형식적 형성의 소라고 보는 것이 옳을 것이다[19]. 이렇게 보면 결국, 관습법상 법정지상권자가 토지소유자에 대하여 추상적 지료 지급의무가 있음을 선언하고 나아가 그 구체적인 지료액을 확정하는 법원의 판결은 확인판결과 형성판결의 2가지 성질을 띤 야누스의 머리라고 하겠다. 법원의 지료 확정판결의 성질을 이렇게 봄으로써만 지료 확정판결이 관습법상 법정지상권

발생시에 소급하여 효력이 생긴다는 것을 설명하기가 용이할 것이다.

판례는 관습법상의 법정지상권이 발생한 경우에 토지소유자가 지료를 청구함에 있어서 지료를 확정하는 재판이 있기 전에는 지료를 청구할 수 없다는 것은 아니고, 법원에서 상당한 지료를 결정할 것을 전제로 하여 바로 그 급부를 구하는 청구를 할 수 있다. 이 경우에 법원도 판결의 이유에서 지료를 얼마로 정한다는 판단을 하면 족하다[20].

토지소유자와 관습법상의 지상권자 사이의 지료급부이행소송의 판결이유에서 정해진 지료에 관한 결정은 그 소송의 당사자인 토지소유자와 법정지상권자 사이에서는 지료결정으로서의 효력이 있다. 그러나, 법원에 의한 지료의 결정이 당사자의 지료결정청구에 의하여 형식적 형성소송인 지료결정판결로 이루어지면, 제3자에게도 그 효력이 미친다[21].

지료증감청구권에 관한 민법규정 제 286조에 비추어 볼 때, 특정기간에 대한 지료가 법원에 의하여 결정되었다면 당해 당사자 사이에서는 그 후에 위 민법규정에 의한 지료증감의 효과가 새로 발생하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 후 기간에 대한 지료 역시 종전 기간에 대한 지료와 같은 액수로 결정되는 것이라고 보아야 한다[22].

6. 문제점과 개선방향

법정지상권의 성립요건과 관련하여 어떤 경우에 인정하고 또한 어떤 경우에는 그 성립을 배제할 것인가와 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대한 토지소유자의 건물철거청구에서 법정지상권과 신의성실의 원칙은 어떤 법리에서 관련성이 있는가 등의 난제들이 있다. 이런 문제점을 해결하기 위해서는 물권의 대원칙인 공시의 원칙과 건물의 존립 내지 토지이용권의 확보라고 하는 상반되는 이해의 조정을 꾀하는 방향으로 동 제도가 운영되어야만 할 것이다.

이런 문제점의 해결 방안을 제시하면 우선 토지와 건물은 각각 독립된 재산권이지만 그 양도시에는 일체로서만 가능하게 하거나, 또한 강제경매·법원에 의한 공유물분할·국채납처분에 의한 공매·귀속재산에 대한 귀속의 경우처럼 당사자의 의사에 기초하지 않고, 토지와 건물의 소유자가 달라지는 경우에는 법정지상권을 인정한다는 명문규정을 두는 것이 옳다고 생각한다.

〈참고 문헌〉

- [1] 대법원 1968.8.30. 선고 68다1029 판결.
- [2] 대법원 1971.9.28. 선고 71다1631 판결은 「…원판결이유에 의하면 원심은 본건 대지를 피고가 관습상의 법정지상권에 의하여 정당하게 점유하고 있으며, 원고의 손해배상청구는 피고가 본건 대지를 불법점거하고 있다는 이유로 이에 대한 임료 상당의 손해배상을 구하고 있는 것이나 피고는 원고에게 본 건대료를 사용함으로써 그 지료를 지급할 의무는 있다 할지라도 임료 상당의 손해배상지급의무는 없는 것이므로 원고의 이점에 대한 주장은 이유 없다고 배척하였는바, 기록에 의하면 앞에서 본 바와 같이 피고의 본건 대지 점거는 관습상 법정지상권에 기한 정당한 것이고 그러하다면 원고가 피고의 위대지의 불법점거를 전제로 한 손해배상청구는 성립할 여지가 없다고 할 것이므로 원판결은 정당하고 거기에는 손해배상청구에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없어 논

지는 採用할수 없다」고 판시한다.

[3] 이러한 문제들은 민법상의 법정지상권에 관하여도 동일하다. 따라서 법정지상권에 관한 설명이 대체적으로 여기에도 적용된다.

[4] 대법원 1966.12.20. 선고 66다1884 판결. 이 판례의 사안은 대지의 평수가 163평인데 반하여 건평이 불과 15평 밖에 안 되는 건물인 경우인데 대법원은 이때 그 대지 전부가 그 건물을 사용하는데 필요한 범위 내에 속하는가에 대해서 의문을 표시하면서 이 점은 마땅히 사실심에서 심리판단했어야 한다고 판시하고 있다.

[5] 대법원 1971.9.28. 선고 71다1631 판결을 소개하면 「원판결의 이유에 의하면, 원심은 본건 대지를 피고가 관습상 법정지상권에 의하여 정당하게 점유하고 있으며 원고의 손해배상청구는 피고가 본건 대지를 불법점유하고 있다는 이유로 이에 대한 임료 상당의 손해배상을 구하고 있는 것이나 피고는 원고에게 본건 대지를 사용함으로써 그 지료를 지급할 의무는 있다 할지라도 임료상당의 손해였는 바, 기록에 의하면 앞에서 본 바와 같이 피고의 본건대지점유는 관습법상 법정지상권에 기초한 정당한 것이고, 그러하다면 원고가 피고의 위 대지 불법 점유를 전제로 하여 제기한 손해배상청구는 성립할 여지가 없다고 할 것이므로 원판결은 정당하다」고 판시하였다.

[6] 이영준, 대한민법론[물권편], 박영사, 2004, p.696은 이러한 취지라고 보여진다. 이에 대하여 민법 제366조의 법정지상권은 건물이 멸실되어 재건축되는 경우에 인정하지 않으면서[이영준, 상계서, p.905]. 관습법상의 법정지상권에서는 인정하는 것은 논리의 일관성이 결여된 것이라 하며 반대하는 견해도 있다.[강태성, 상계서, p.761].

[7] 강태성, 물권법, 대명출판사, 2004, p.761; 이재성, 이재성판례평석집8권, p.423.

[8] 대법원 1997.1.21. 선고 96다40080 판결. 이와 같은 취지의 판례로는 대법원 1993.6.25. 선고 92다20330 판결; 대법원 1991.4.26. 선고 90다19985 판결; 대법원 1990.7.10. 선고 90다카6399 판결 등.

[9] 대법원 1985.5.14. 선고 85다카13 판결.

[10] 대법원 1963.5.9. 선고63다11 판결.

[11] 대법원 1968.2.20. 선고67다1882 판결.

[12] 대법원 1968.8.30. 선고 68다1029 판결.

[13] 대법원 1996.3.22. 선고 95다49318 판결.

[14] 강태성, 전계서, p.760.

[15] 대법원 1966.9.6. 선고 65다2587 판결.

[16] 대법원 1975.12.23. 선고 75다2066 판결, 대법원공보 제529호.

[17] 확인판결설: 박준서, “법정지상권”, 사법논집, 제5집, 법원행정처, 1974, p.143.

[18] 박윤직. 물권법, 박영사, 2004, p.366 참조.

[19] 형식적 형성의 소에 관하여는 방순원 전정판 민사소송법(상) p.186; 이영준 신민사소송법(상) p.224를 각 참조.

[20] 대판 2003.12.26. 2002. 다 61934.

[21] 대판 2001.3.13. 99 다 17142.

[22] 대판 2003.12.26. 2002. 다 61934.