

**가압류의 처분금지효와 관습상 법정지상권**  
**-대법원 전원합의체 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 판결-**  
**Injunctive Effect of Provisional Seizure and Legal Superficies according to the Custom**  
**-Supreme Court Decision 2010Da52140 delivered on October 18, 2012-**

정구태  
조선대학교 법과대학

Ku-Tae Chung(ktchung@chosun.ac.kr)

**요약**

경매에 있어 압류등기가 행해지면 부동산에 대한 처분제한의 효력이 공시되고, 그 후의 부동산 소유자에 의한 처분행위는 압류채권자 및 경락인에게 대항할 수 없어 그에 대한 관계에서 효력을 잃게 되므로, 위 압류 또는 가압류에 대항할 수 없는 처분행위를 원인으로 한 등기는 직권말소된다. 따라서 가압류의 처분금지효에 의해 경락인에 대한 관계에서 상대적으로 소유권을 상실하는 승계인이 있는 경우, 관습상 법정지상권의 성립요건으로서 건물소유자와 토지소유자의 동일성은 가압류시점을 기준으로 판단하여야 한다. 실제로 부동산강제경매절차에 참여하는 이해관계인들도 가압류시점을 기준으로 하여 자신의 이해관계를 조정하므로, 假押留時가 아닌 競落時를 기준으로 관습상 법정지상권을 인정할 경우 토지소유자에게는 불측의 손해를 초래하고, 건물소유자에게는 망외의 이익을 안겨주는 불합리한 결과가 초래될 수 있다. 대상판결이 이와 같은 취지에서 관여 대법관 전원일치의 전원합의체 판결로서 假押留時說을 취하고, 이와 달리 競落時說을 취한 1990년 판결을 폐기한 것은 매우 타당하다.

■ **중심어** : | 관습상 법정지상권 | 가압류 | 처분금지효 | 상대적 효력 | 강제경매 |

**Abstract**

As the injunctive effect on the real estate gets announced in public once the seizure register gets exercised in terms of auction and the action of disposal by the real estate owner afterwards becomes nullified in the relationship with a seizure creditor or a successful bidder, the register performed by the cause of disposal action that cannot confront with the seizure or provisional seizure, becomes cancelled in virtue of a registration officer's office. Accordingly, in case of being a singular successor who relatively loses property in a relationship toward the successful bidder due to the injunctive effect of provisional seizure, the identity with building owner and land owner as the precondition of establishing legal superficies according to the custom must be decided based on the time of provisional seizure. The Supreme Court Decision 2010Da52140 delivered on October 18, 2012 has great significance from the fact that it has settled inconsistency in existing precedent cases with such purpose.

■ **keyword** : | Legal Superficies according to the Custom | Provisional Seizure | Injunctive Effect | Relative Effect | Forced Sale by Auction |

\* 이 논문은 2012년도 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

## I. 序言

관습상의 법정지상권이란, 토지와 건물을 독립된 부동산으로 다루는 우리 법제 하에서 동일인에게 속하던 토지 및 건물이 매매나 기타의 원인으로 소유권이 변동된 경우, 그 건물을 철거한다는 특약이 없으면 건물소유자가 토지소유자에 대하여 당연히 취득하게 되는 지상권이다. 민법과 민사특별법은 법정지상권이 인정되는 경우를 네 가지로 한정하고 있으나[1], 관습상의 법정지상권은 일찍이 조선고등법원 1916. 9. 29. 판결에서 인정된 것을 효시로[2], 대법원 1960. 9. 29. 4292민상944 판결에 의해 수용된 이래[3], 판례에 의하여 관습법에 의한 지상권으로서 인정되고 있다[4].

관습상의 법정지상권의 인정이유는 초기 판례인 대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1103 판결에 잘 나타나 있다. 同 判決은, “건물은 토지의 이용관계를 수반하지 않고는 있을 수 없으므로, 건물로서의 효용을 가진 독립된 부동산으로서의 가치를 인정하려면 토지의 이용관계는 건물을 위한 불가분적 관계라고 하지 않을 수 없는바, 토지와 건물이 같은 소유자에게 속하고 있을 때에는 건물을 위한 토지의 이용관계는 토지 소유권내에 흡수되고 토지와 건물과의 이용관계를 분리하여 생각할 실질적 이익과 필요가 없지만, 양자의 소유권자가 다르게 되는 순간 양자의 합리적인 이용관계를 생각하지 않으면 안 된다”고 하면서, “건물과 토지를 분리하여 독립된 하나의 부동산으로서 인정하고 있는 우리 민법은 일정한 조건하에서의 법정지상권을 인정하고 있으나 민법에서 규정하는 요건을 구비하지 않았다고 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 건물 소유자는 토지 소유자에게 대하여 소위 관습에 의한 법정(당사자의 합의에 의한 것이 아니라는 의미이다) 지상권을 취득하게 되는 것”이라고 판시하였다.

관습상의 법정지상권이 인정되기 위해서는 토지와 건물이 매매나 기타의 원인으로 소유권이 변동되기까지 토지와 건물이 동일한 소유자에게 귀속되어 있어야 한다(소유자의 동일성). 그런데 특히 강제경매의 실행

으로 소유권이 변동되기 전에 토지나 건물에 가압류가 설정되어 있는 경우, 가압류의 ‘처분금지효’를 고려하여 가압류시점을 기준으로 소유자의 동일성을 판단할 것인지(假押留時說), 아니면 가압류가 없었던 경우와 강제경매의 실행시점(競落時)을 기준으로 소유자의 동일성을 판단할 것인지(競落時說)가 문제된다.

연구대상판결 전에는 競落時說을 취한 판례(대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결)와 假押留時說을 취한 판례(대법원 1990. 6. 26. 선고 890다카 24094 판결)가 병존하고 있어, 부동산강제경매절차에 참여하는 이해관계인으로서의 부동산이 가압류된 경우 관습상 법정지상권이 성립할지를 예측할 수가 없었다. 결론부터 말한다면, 대상판결이 재판관 전원일치의 전원합의체 판결로서 假押留時說을 취함으로써, 競落時說에 입각한 종래의 판례를 폐기하고 이에 따른 원심판결을 파기환송한 것은 매우 타당하다고 생각한다.

이하에서는 먼저 대상판결의 사안의 개요 및 소송의 경과에 대해 소개한 후에, 競落時說을 취한 종래 대법원판례의 태도를 비판적으로 검토함으로써 假押留時說을 취한 위 1990년 대법원 판결과 대상판결의 타당성을 논증하고, 관련 문제에 대하여도 검토하고자 한다.

## II. 사안의 개요 및 소송의 경과

### 1. 사안의 개요

X(원고)는 2005. 6. 13. 甲, 乙로부터 그들 소유의 A 토지를 매수하여 2005. 11. 30. 자기(X) 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 한편, A 토지 위에 건립되어 있던 B 건물에 관하여 2003. 1. 3. 丙 명의의 소유권보존등기가, 2003. 10. 20. 丙의 채권자인 丁의 가압류등기가, 2004. 9. 18. 위 가압류에 기한 강제경매개시결정등기가 각 경료되었다.

X는 위 강제경매절차가 진행 중이던 2005. 11. 29. 丙 으로부터 B 건물을 매수하여 2005. 12. 12. 자기(X) 명의로 소유권이전등기를 경료하였으나, 경매절차에서 B 건물이 2006. 6. 9. Y(피고)에게 매각됨으로써 B 건물에 관하여 2006. 6. 15. X 명의의 위 소유권등기가 말소됨

과 동시에 Y 명의의 소유권등기가 경료되었다.

X는, Y가 B 건물의 소유권을 취득함으로써 X 소유인 A 토지를 권원 없이 점유하고 있으므로, Y는 X에게 B 건물을 철거하고 A 토지를 인도할 의무가 있다고 주장하였다. 이에 대해 Y는, A 토지와 B 건물이 모두 X 소유였다가 Y가 강제경매절차에서 B 건물만의 소유권을 취득함으로써 각 그 소유자가 달라지게 되었으므로 Y는 관습상의 법정지상권을 취득하였고, 따라서 Y는 B 건물의 대지를 점유할 정당한 권원이 있다고 주장하였다.

**2. 원심(광주지방법원 2010. 6. 10. 선고 2010나1926 판결)판결의 요旨: 請求 棄却**

“동일한 소유자에 속하는 토지와 그 토지 위의 건물이 매매에 의하여 각기 그 소유자를 달리하게 된 경우에는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 한 그 건물의 소유자는 그 토지 위에 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하는 것이고, 강제경매로 인한 경우에도 그 강제경매를 위한 압류가 있는 때로부터(또는 그 압류에 선행한 가압류가 있는 경우에는 그 가압류가 있는 때로부터) 경락에 이르는 기간 중 계속하여 그 토지 및 건물이 소유자를 같이 하고 있었음을 요하는 것은 아니고, 경락 당시에 그 토지와 그 토지상의 건물이 동일산 소유자에게 속하면 족하다고 할 것인바(대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결 참조), B 건물에 관하여 丁의 가압류등기나 강제경매개시결정등기가 경료될 당시에는 A 토지의 소유자는 X인데 B 건물의 소유자는 丙으로서 각기 그 소유자를 달리하고 있었으나, 이 사건 강제경매 진행 중 X가 B 건물의 소유권을 취득하여 Y가 B 건물을 경락받을 당시에는 A 토지와 B 건물의 소유권이 모두 동일인인 X에게 속하게 되었고, 그 후 Y가 이 사건 강제경매 절차에서 B 건물만을 경락받아 다시 토지와 건물의 소유자가 달라지게 됨으로써, 결국 Y는 B 건물의 대지에 관하여 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다.”

**3. 대법원 전원합의체 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 판결의 요旨: 破棄還送**

“강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소

유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다. 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 경매목적물의 소유권을 취득한 이른바 제3취득자는 그의 권리를 경매절차상 매수인에게 대항하지 못하고, 나아가 그 명의로 경료된 소유권이전등기는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호 참조) 매각대금이 완납되면 직권으로 그 말소가 촉탁되어야 하는 것이어서, 결국 매각대금 완납 당시 소유자가 누구인지는 이 문제맥락에서 별다른 의미를 가질 수 없다는 점 등을 고려하여 보면 더욱 그러하다. 한편 강제경매개시결정 이전에 가압류가 있는 경우에는, 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있다. 따라서 경매의 목적이 된 부동산에 대하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는, 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 한다.”

**III. 종래의 대법원판례에 대한 검토**

**1. 競落時說을 취한 판례(대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결)에 대한 검토**

**1.1. 사실관계**

甲은 A 토지에 대하여 가압류를 설정하였는데, 가압류 당시 A 토지의 소유자는 乙이었고, 그 지상에 건립된 B 건물의 소유자는 丙이었다. 이후 A 토지의 소유권과 B 건물의 소유권은 모두 Y에게 이전되었다. 이후 A 토지는 甲의 강제경매신청에 의하여 경매가 실시되어 X(원고)가 경락을 받았다.

X는 Y(피고)를 상대로 B 건물의 철거 및 A 토지의

인도를 청구하였다. 이에 Y는 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 항변하였다.

1.2. 원심판결(대구고등법원 1970. 6. 10. 70나24 판결)의 要旨: 請求 認容

“임의경매에 있어서 법정지상권의 발생이 저당권설정 당시에 대지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속해 있었을 것을 그 요건으로 하고 있는 바와 같이, 강제경매의 경우에는 경매목적물에 대한 압류의 효력이 발생하는 경매신청 당시 혹은 본건의 경우와 같이 강제경매에 앞선 가압류집행이 있는 경우에는 그 가압류 집행당시에 대지와 그 지상건물의 소유권이 동일인에 속해 있다가 경락으로 인하여 소유자가 각각 달라지는 경우에만 법정지상권이 발생한다고 해석할 것이므로, 강제경매에 앞선 가압류 집행 당시에 위 대지와 그 지상건물의 소유권이 각각 다른 사람에 속해 있었던 사실이 명백한 본건에 있어서는 경락 당시에 대지와 그 지상건물의 소유권이 동일인에게 속해 있었다는 사실만으로는 법정지상권이 발생할 여지가 없다.”

1.3. 대법원 1970. 9. 29. 70다1454 판결의 要旨: 破棄 遺送

“강제경매로 인하여 관습상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 경락당시에 토지와 그 지상건물이 소유자를 같이하고 있으면 족하고 강제경매를 위한 압류가 있는 때로부터 경락에 이르는 기간 중 계약하여 그 소유자를 같이하고 있음을 요하는 것은 아니다.”

1.4. 검토

부동산 가압류는 금전채권에 기하여 채권자가 채무자 소유 부동산에 대하여 하는 보전처분으로서, 법원의 가압류 명령을 받아 가압류 기입등기를 함으로써 효력이 발생한다. 부동산이 가압류되면 이에 저촉되는 처분행위가 있더라도 그 처분행위로 인한 법률효과는 민사집행절차에서 무시되어 그 처분의 효력을 집행절차에서의 권리자에게 대항할 수 없다. 그러한 의미에서 부동산 가압류에는 ‘처분금지효’가 인정된다[5].

1970년 대법원판결의 사안에서, A 토지의 소유자 乙

은 자신의 채권자 甲에 의해 A 토지가 가압류된 후에도 그 소유권을 Y에게 이전하였는바, 乙의 처분행위는 가압류의 처분금지효에 저촉되는 것으로서 A 토지에 대한 경매절차에서 그 효력이 부인되고, Y 명의로 경료된 등기는 경락인 X가 인수하지 않는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호) 경락대금이 완납되면 직권으로 말소되어야 한다.

따라서 1970년 대법원판결이 A 토지에 대한 Y 명의의 등기가 직권말소될 운명에 있다는 사실을 간과한 채, A 토지가 경락될 당시 A 토지와 B 건물의 등기명의가 모두 Y에게 있었다는 이유만으로, 강제경매에 의해 A 토지의 소유권을 취득한 X에 대해 Y가 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다고 본 것은 타당하지 않다. 假押留時說을 취한 원심판결이 지적한 바와 같이, 본건에서는 가압류 당시 A 토지의 소유권은 乙에게, B 건물의 소유권은 丙에게 귀속하여, ‘소유자의 동일성’이 인정되지 않으므로, 관습상의 법정지상권은 인정되지 않는다고 보아야 한다[6].

2. 假押留時說을 취한 판례(대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카 24094 판결)에 대한 검토

2.1. 사실관계

X(원고)와 Y(피고)는 A 토지를 공동매수한 후 그 위에 건립되어 있던 건물을 헐고 그 대지를 같은 평수로 특정하여 반으로 나눈 다음 각자 자기 소유 건물을 새로 신축하기로 하였고, 이에 따라 Y는 자신이 구분적으로 소유하기로 한 토지 위에 B 건물을 신축하였다.

한편, A 토지에 대한 Y의 지분에 대하여 Y의 채권자 甲이 가압류를 설정하였는데, 그 후 위 지분에 대한 소유권은 乙에게 이전되었다. 이후 甲의 가압류에 기한 강제경매절차가 진행되어, X가 경락을 원인으로 위 지분에 대한 소유권을 취득하였다.

X는 Y를 상대로 B 건물의 철거 및 Y가 구분적으로 소유하였던 토지 부분의 인도를 구하였다. 이에 대해 Y는 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 항변하였다.

2.2. 원심판결(대구고등법원 1989. 7. 28. 선고 87나1514 판결)의 요지: 請求 認容

“이 사건 대지는 X 및 Y의 공유였는데, 이 사건의 경우와 같이 토지의 공유자 중의 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만이 처분됨으로써 단순히 토지공유자의 1인에 대하여 관습상의 법정지상권이 성립된 것처럼 보여질 사유가 발생한 경우에도 당해 토지에 관하여 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권이 성립할 수는 없다(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카140 판결 참조). 가사 이 사건 대지와 그 지상건물에 관하여 구분소유적 공유관계에 있다 할지라도 그 경우 강제경매에 의한 관습상의 법정지상권이 성립하려면 경락 당시에 토지와 그 지상건물이 소유자를 같이 하고 있었음을 요하는 바, 이 사건의 경우 위 건물은 Y의 구분소유로 보더라도 그 대지는 乙 명의로 되어 있었으므로 경락 당시 위 대지와 그 지상건물의 소유자가 동일인이 아니다.”

2.3. 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카24094 판결의 요旨: 破棄 遺送

“X와 Y가 1필지의 대지를 공동으로 매수하여 같은 평수로 사실상 분할한 다음 각자 자기의 돈으로 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하여 왔다면 비록 위 대지가 등기부상으로는 X·Y 사이의 공유로 되어 있다 하더라도 그 대지의 소유관계는 처음부터 구분소유적 공유관계에 있다 할 것이고, 따라서 Y 소유의 건물과 그 대지는 X와의 내부관계에 있어서 Y의 단독소유로 되었다 할 것이므로 Y는 그 후 이 사건 대지의 피고지분만을 경락취득한 X에 대하여 그 소유의 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하였다고 할 것이다(이 사건 대지에 관하여 이미 위 경락 전에 乙 앞으로 소유권이전등기가 되어 있었다 하더라도 위 경락은 가압류에 의한 강제경매에 의하여 이루어졌고 위 乙 명의의 등기는 위 가압류 후에 이루어진 것이 분명하므로 위 경락에 의하여 말소될 운명에 있는 乙의 등기를 들어 Y의 소유권을 부정할 수 없으므로 경락 당시에 대지와 그 지상건물의 소유자가 동일인이 아니라고 할 수 없다.)”

2.4. 검토

(1) 우리나라 부동산거래에서는 1필의 토지 중 위치와 평수를 특정하여 매수하고도 분필절차의 어려움과 번거로움 때문에 분할등기를 하지 않고 1필지 전체 평수에 대한 매수 부분의 면적에 상응하는 공유지분등기를 하는 경우가 적지 않다. 그러나 공유지분은 본래 공유물 전부에 효력이 미치고 공유자가 공유물 중 특정부분을 배타적으로 사용할 수는 없기 때문에, 이 경우 보통의 공유지분등기에 의해서는 특정부분을 매수한 당사자의 목적을 이룰 수 없게 된다. 그리하여 판례는 특정부분을 배타적으로 소유하겠다는 당사자의 의사를 고려하여, 공유자 간의 내부관계에서는 공유자 각자가 특정부분을 단독소유하되 대외적으로는 공유하는 것으로, 따라서 그 공유지분등기는 각자의 특정매수 부분의 소유권에 관하여 상호명의신탁을 한 것으로 구성한다. 이러한 소유관계를 판례는 ‘구분소유적 공유’라고 칭한다[7].

1990년 대법원판결의 사안에서, X와 Y는 1필지의 대지를 공동으로 매수하여 같은 평수로 분할한 다음 각자 자기 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하여 왔는 바, 비록 위 대지가 등기부상으로는 X·Y 사이의 공유로 되어 있다 하더라도, 특정부분을 배타적으로 소유하겠다는 X, Y의 의사에 비추어 볼 때 그 대지의 소유관계는 구분소유적 공유관계에 있다고 보아야 하고, 따라서 Y 소유의 B 건물과 그 대지는 X와의 내부관계에 있어서는 Y의 단독소유가 된다. 이와 달리 이 사안의 법률관계를 단순한 공유관계로 본 원심판결은 타당하지 않다.

한편, Y는 자신의 채권자 甲에 의해 A 토지에 대한 자신의 지분이 가압류된 후에도 그 지분의 소유권을 乙에게 이전하였는바, Y의 처분행위는 가압류의 처분금지효에 저촉되는 것으로서 甲의 가압류에 기한 강제경매절차에서 그 효력이 부인되고, 乙 명의로 경료된 등기는 경락인 X가 인수하지 않는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호) 경락대금이 완납되면 직권으로 말소되어야 한다.

따라서 競落時說을 취한 원심판결과 달리, 1990년 대법원판결이 假押留時說에 입각하여, 甲이 Y의 지분을

가압류할 당시 토지소유자(Y)와 건물소유자(Y)가 동일하였다는 이유로, Y가 경락인 X에 대해 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다고 본 것은 매우 타당하다[8]. 다만, 1990년 대법원판결이 1970년 대법원판결에서 실시된 主論을 변경하면서도 전원합의체 판결의 형식을 거치지 않은 점은 온당하다고 할 수 없다.

(2) 다만, 이 판결에서 Y가 취득한 관습상 법정지상권의 성립 및 소멸과 관련하여서는 유의할 점이 있다. 이 판결에서 Y는 A 토지에 대한 자신의 지분이 甲에 의해 가압류된 이후 乙에게 지분권을 이전하였는바, 이때에도 토지와 건물에 대한 ‘소유자(Y)의 동일성’이 인정되므로, Y는 자신의 지분권이 乙에게 이전된 시점에 일단 乙에 대하여 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다고 보아야 한다. 1990년 대법원판결도 방론으로 “Y의 위 토지 부분이 乙 앞으로 양도되었을 때 그 지상건물을 위한 법정지상권이 성립되었다고도 보지 못할 바 아니”라고 판시하고 있다.

본래 ‘가압류의 처분금지효’란 처분 자체가 절대적으로 금지된다는 것이 아니라, 처분 자체는 유효하되 가압류채권자나 강제경매절차에서의 매수인에 대한 관계에서 상대적으로 그 처분의 효력을 주장할 수 없다는 것이므로[9], Y의 乙에 대한 지분권 이전이 일단 유효한 이상 Y가 그 시점에 乙에 대하여 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다고 보지 않을 수 없다. 오히려 이를 부정한다면, Y의 지분을 일응 유효하게 취득한 乙이 건물소유자인 Y를 상대로 B 건물의 철거를 구할 수 있게 되어 실제적으로 불합리하다.

그렇다면, 乙에게 Y의 지분권이 이전된 시점에 Y가 취득한 관습상의 법정지상권은 이후 진행된 甲의 가압류에 기한 강제경매절차에서도 여전히 존속한다고 볼 것인가?[10] 살펴건대, 민사집행법상 지상권은 가압류채권에 대항할 수 없는 경우 매각으로 소멸하기 때문에(제91조 제3항), Y가 乙에 대하여 취득한 관습상의 법정지상권은 가압류채권자 甲에 의한 경매절차에서 Y의 지분이 X에게 경락된 시점에 소멸하게 되고, Y는 이 시점에서 새로이 경락인 X에 대하여 B 건물의 소유를 위

한 관습상 법정지상권을 취득한다고 볼 것이다[11].

사안을 달리 하여, 만일 위 판결의 사안에서 Y의 채권자 甲이 Y의 토지 지분이 아닌 B 건물에 가압류를 설정하였는데, 이후 B 건물의 소유권이 乙에게 이전되었고 그 후 甲에 의한 강제경매절차에서 X가 건물을 경락받았다고 한다면 어떻게 될 것인가? 이때에도 건물 소유권이 Y로부터 乙에게로 이전된 시점에, 乙은 일단 토지소유자 Y에 대하여 B 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 취득한다. 그러나 이후 甲에 의한 강제경매절차에서 X가 건물을 경락받으면 가압류의 처분금지효에 따라 B 건물에 대한 乙 명의의 등기는 직권말소되는데, 마찬가지로 민사집행법 제91조 제3항에 따라 乙이 취득한 관습상 법정지상권은 소멸하고, 다만 X는 경락 시점에 토지소유자 Y에 대하여 B 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 새로이 취득한다고 볼 것이다.

이와 달리 一說은, 乙이 취득한 B 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 건물을 경락받은 X에게 승계된다고 본다[12]. 그러나 B 건물에 대한 가압류 이후 경료된 乙 명의의 등기가 그 시점에는 무효가 아니었다고 하더라도, 이후 가압류에 기하여 강제경매절차가 개시되어 乙 명의의 등기가 직권말소된 이상, 乙이 취득한 관습상의 법정지상권도 乙의 소유권에 종된 권리(민법 제100조 제2항)로서, 그 소유권이 소멸함과 동시에 함께 소멸한다고 보는 것이 타당하다. B 건물의 소유권은 乙 명의의 등기가 직권말소됨으로써 결과적으로 Y에게서 X에게로 이전된 것이지, 乙에게서 X에게로 이전된 것은 아니라는 점도 이러한 결론을 방증한다.

물론 사안에서 만일 가압류 후에 건물소유권이 乙에게 이전된 후 다시 丙에게 이전되었다면, 丙은 乙이 취득한 관습상 법정지상권을 승계할 수 있을 것이나, 그 후 가압류에 기한 경매절차에서 X가 건물을 경락받았다면 丙이 취득한 관습상 법정지상권은 X에게 이전되지 않고 소멸하고, X는 새로이 Y에 대하여 관습상 법정지상권을 취득한다고 볼 것이다.

#### IV. 대상판결 및 관련 문제에 대한 검토

## 1. 대상판결에 대한 검토

대상판결의 사안에서, 丙은 자신의 채권자 丁에 의해 자신 소유의 B 건물이 가압류된 후에도 그 소유권을 X에게 이전하였는바, 丙의 처분행위는 가압류의 처분금지효에 저촉되는 것으로서 丁의 가압류에 기한 강제경매절차에서 그 효력이 부인되고, X 명의로 경료된 등기는 B 건물의 경락인 Y가 인수하지 않는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호) 경락대금이 완납되면 직권으로 말소되어야 한다.

따라서 競落時說을 취한 원심판결과 달리, 대상판결이 假押留時說에 입각하여, 丁이 B 건물을 가압류할 당시 토지소유자(甲, 乙)와 건물소유자(丙)가 동일하지 않았다는 이유로, B 건물의 경락인 Y가 토지소유자 X에 대해 B 건물의 소유를 위한 관습상의 법정지상권을 취득하지 못한다고 본 것은 매우 타당하다.

丁이 丙 소유의 건물을 가압류할 당시 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하고 있지 않았다면, 그 건물에 대하여 이미 토지소유자에게 대항할 수 있는 용역권이 설정되어 있었을 것이므로 관습상 법정지상권을 인정할 이유가 없고, 반대로 그러한 용역권이 없었다면 용역권을 설정할 수 있었음에도 하지 않은 것이므로, 역시 법정지상권을 인정하면서까지 건물소유자를 보호할 필요는 없다[13].

본래 부동산강제경매절차에서 경락인의 법적 지위는 그 절차상 ‘압류의 효력이 발생하는 시점’을 기준으로 결정되고, 매수신청인·담보권자·채권자·채무자 기타 그 절차에 이해관계를 가지는 여러 당사자는 그와 같이 결정된 법적 지위를 전제로 하여 자신의 이해관계를 계산하며, 나아가 경매절차에의 참여, 채무이행, 대위변제 기타의 재산적 결정에 이르게 된다. 이는 토지와 지상 건물 중 하나 또는 그 전부가 경매의 목적물이 된 경우에 그 경매로 인하여 종국적으로 소유자가 달라지면 이제 토지가 건물의 소유를 위한 사용권의 부담을 안게 되고 건물은 계속 유지되어 존립할 수 있는지와 같이 이해관계인에게 중요한 의미가 있는 사항에 관해서도 마찬가지이다.

만일 건물에 가압류가 설정된 대상판결의 사안과 달

리, 나대지에 가압류가 설정되고 그 이후 토지소유자가 건물을 신축하였는데 가압류에 기한 강제경매절차가 실행되었다면, 競落時說에 의할 경우 건물소유자에게 관습상 법정지상권을 인정하게 되어 나대지로서의 교환가치를 확보할 것으로 기대한 가압류권자에게 불측의 손해를 입히게 된다. 대법원판례[14]가 지당권 설정 당시 건물과 토지가 동일한 소유자에게 속하였다면, 지당권 설정 이후 그 소유권이 변동되더라도 민법 제366조의 법정지상권이 인정된다고 보고 있는 것 또한 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다[15].

## 2. 관련문제에 대한 검토

가압류의 처분금지효와 관습상 법정지상권의 성립에 관한 논의는 가등기의 순위보전적 효력과 관련하여서도 적용될 수 있다. 가등기에 의한 본등기를 할 경우 본등기의 순위는 가등기의 순위에 따르게 되므로(부동산등기법 제91조), 소유권이전청구권 보전의 가등기가 경료된 후 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 가등기권리자는 현 소유자가 아닌 원소유자를 상대로 본등기청구를 할 수 있고, 본등기가 경료되면 제3자의 소유권등기는 직권말소된다[16]. 다만 물건변동의 효력은 본등기를 한 때에 발생하고 가등기시로 소급하는 것은 아니다.

甲이 자신 소유의 A 토지 위에 B 건물을 소유하고 있었는데, B 건물에 대하여 자신의 채권자 乙 앞으로 소유권이전등기청구권 보전의 가등기가 경료되었음에도 불구하고 건물의 소유권을 丙에게 이전하였고, 이후 乙이 B 건물에 대하여 가등기에 기해 본등기를 경료하였다고 하자. 이때 본등기시점을 기준으로 하면, A 토지의 소유권은 甲에게, B 건물의 소유권은 丙에게 귀속하여 ‘소유자의 동일성’이 인정되지 않으므로, 관습상 법정지상권은 인정되지 않는다. 반면에 가등기의 순위보전적 효력에 따라 가등기 시점을 기준으로 하면, A 토지의 소유권과 B 건물의 소유권은 모두 甲에게 귀속하여 ‘소유자의 동일성’이 인정되므로, B 건물에 대해 본등기를 경료한 乙은 토지소유자 甲에 대하여 B 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 취득하게 된다.

생각건대, 경매의 목적이 된 부동산에 대하여 가압류

가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는, 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 하는 것과 마찬가지로, 이 경우 역시 假押留時說과 같은 취지에서 ‘가등기 시점’을 기준으로 관습상 법정지상권의 인정 여부를 판단하여야 할 것이다[17].

## V. 結語

경매에 있어 압류등기가 행해지면 부동산에 대한 처분제한의 효력이 공시되고, 그 후의 부동산 소유자에 의한 처분행위는 압류채권자 및 경락인에게 대항할 수 없어 그에 대한 관계에서 효력을 잃게 되므로, 위 압류 또는 가압류에 대항할 수 없는 처분행위를 원인으로 한 등기는 직권말소된다. 따라서 가압류의 처분금지효에 의해 경락인에 대한 관계에서 상대적으로 소유권을 상실하는 승계인이 있는 경우, 관습상 법정지상권의 성립 요건으로서 건물소유자와 토지소유자의 동일성은 가압류시점을 기준으로 판단하여야 한다. 실제로 부동산강제경매절차에 참여하는 이해관계인들도 가압류시점을 기준으로 하여 자신의 이해관계를 조정하므로, 假押留時가 아닌 競落時를 기준으로 관습상 법정지상권을 인정할 경우 토지소유자에게는 불측의 손해를 초래하고, 건물소유자에게는 망외의 이익을 안겨주는 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

대상판결의 사안에서 2003. 10. 20. 丁의 가압류 당시 A 토지의 소유권은 甲·乙에게, B 건물의 소유권은 丙에게 있었으므로, 이후 진행된 경매절차에서 B 건물의 소유권을 취득한 Y는 토지소유자 X에 대하여 B 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 취득할 수 없다고 보아야 한다. 대상판결이 이와 같은 취지에서 假押留時說을 취하고, 이와 달리 競落時說을 취한 1990년 판결을 폐기한 것은 매우 타당하다.

종래 법정지상권에 관한 법리는 민법 제366조의 법정지상권과 관습상의 법정지상권으로 분리되어 전개되어 왔던바, 대상판결은 (가)압류된 경우를 저당권이 설정된 경우와 같이 취급하고 있다는 점에서, ‘저당권설정

당시 토지 위에 건물의 존재’라는 요건도 앞으로는 ‘저당권설정 내지 (가)압류 당시 토지 위에 건물의 존재’라는 요건으로서 통합적으로 파악되리라 판단된다.

다만, 대상판결의 타당성과는 별개로, 판례가 관습상 법정지상권에 관한 법리를 형성함에 있어, 매매와 같은 법률행위에 의해 토지와 건물의 소유권이 변동된 경우까지 관습상 법정지상권을 인정해 온 것은 결코 타당하다고 할 수 없다. 강제경매의 경우에는 당사자 사이에 건물과 토지의 사용관계를 현실화할 필요가 있음에도 불구하고 건물경락인이 사전 또는 사후 교섭을 통해 그 토지에 대한 사용권을 설정하기가 곤란하기 때문에, 판례가 건물의 존립을 위해 건물소유자와 토지소유자 간의 지상권설정을 의제하더라도 충분히 수긍할 수 있다.

그러나 소유관계의 분리가 소유자의 의사에 기하여 이루어진 경우에는 당사자가 지상권이나 임대차 등 사용권을 설정하여 사용관계를 현실화할 수 있는 충분한 여지가 있다. 따라서 이러한 경우까지 ‘관습법’이란 미명 하에 법정지상권을 인정하는 것은 오히려 당사자가 자발적으로 용익관계를 창설할 동기를 박탈하게 되고, 토지소유자의 희생을 강요하게 되며, 성립에 있어서 등기를 요하지 않는 관습상 법정지상권의 광범위한 인정에 의해 거래안전을 저해하게 된다[18].

입법론적으로는 강제경매의 경우에는 민사집행법에, 공매의 경우에는 국제징수법에, 귀속재산의 경우에는 귀속재산처리법에 각각 민법 제366조와 같은 취지의 규정을 두고[19], 매매와 같은 법률행위에 의해 소유권이 변동되는 경우에는 당사자의 ‘의사표시 해석’에 의해 대지임차권의 성립을 인정함으로써 건물철거 방지라는 사회적 요청에 부응하는 것이 온당하리라 생각된다 [20].

## 【追記】

本稿에 대한 심사가 완료된 후, 대상판결의 법리에 기초한 대법원 2013. 4. 11. 선고 2009다62059 판결이 선고되었다. 이 판결은 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어

있다가 그 후 강제경매로 인해 그 저당권이 소멸하는 경우, 그 건물 소유를 위한 관습상 법정지상권의 성립 요건인 ‘토지와 그 지상 건물이 동일인 소유에 속하였는지’를 판단하는 기준 시기는 ‘그 저당권 설정 당시’라고 판시하였다. 이는 本稿와 같은 취지에 입각한 것으로서 타당하다고 생각된다. 그 판시내용은 다음과 같다:

“동일인의 소유에 속하였던 토지와 그 지상 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 취득한다. 그리고 관습상 법정지상권이 성립하려면 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 유효하게 변동될 당시에 동일인이 토지와 그 지상 건물을 소유하였던 것으로 족하다.

한편 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전되는 경우에는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 강제경매개시결정으로 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 토지와 지상 건물이 동일인에게 속하였는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 가려야 하고, 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 대하여 강제경매개시결정 이전에 가압류가 되어 있다가 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본 압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는 애초 가압류의 효력이 발생한 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하였는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하여야 한다(대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결 등 참조)..

나아가 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 그 후 강제경매로 인해 그 저당권이 소멸하는 경우에는, 그 저당권설정 이후의 특정 시점을 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인의 소유에 속하였는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하게 되면, 저당권 자로서는 저당권 설정 당시를 기준으로 그 토지나 지상 건물의 담보가치를 평가하였음에도 저당권 설정 이후

에 토지나 그 지상 건물의 소유자가 변경되었다는 외부의 우연한 사정으로 인하여 자신이 당초에 파악하고 있던 것보다 부당하게 높아지거나 떨어진 가치를 가진 담보를 취득하게 되는 예상하지 못한 이익을 얻거나 손해를 입게 되므로, 그 저당권 설정 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하였는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하여야 할 것이다.”

### 참고 문헌

- [1] 민법 제305조 제1항, 민법 제366조, 가등기담보 등에 관한 법률 제10조, 입목에 관한 법률 제6조.
- [2] 권재문, “관습법상 법정지상권의 인정근거와 필요성에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구, 제37호, pp.103-107, 2008은, 조선고등법원 1916년 판결이 “관습에 의한 대지 이용권이 인정되고, 그 법적 성질은 지상권”이라고 파악한 것은, 관습의 왜곡 또는 존재하지 않았던 관습의 창조라고 단정할 수는 없고, 오히려 당시의 관습을 “일본법의 용어를 빌려” 구체화한 것으로 이해하여야 한다고 본다. 그러나 우리나라에서는 古來로 그러한 관습은 존재하지 않았던 것으로 보이고, 조선고등법원이 인정한 관습상의 법정지상권은 동일한 소유자에게 속한 토지와 건물 중 하나가 매매에 의해 소유자를 달리하는 경우에 토지소유자와 건물소유자의 이해관계를 해결하는 법적 수단으로 의용민법상 법정지상권 규정(제388조)을 유추적용한 것이지, 당시 실재했던 관습상의 법정지상권을 확인한 것은 아니었다고 생각된다. 同旨: 강신웅, “관습법상 법정지상권에 관한 연구”, 법학연구, 제31호, 한국법학회, pp.101-107, 2008.
- [3] 권재문, 위 [2]의 논문, pp.107-113은, 1916년 조선고등법원 판결 당시에는 존재했던, “법률행위 사안의 경우에 지상권이 의제된다”는 관행은, 일제강점기를 거치면서 소멸하여 민법 제정 당시에 이미 더 이상 존재하지 않았다고 본다. 그러나 1916년 조선고등법원 판결부터 1960년 대법

- 원판결까지 관습상 법정지상권에 관한 판결이 한 건도 보이지 않는다고 하더라도, 공간된 판결 건수가 많지 않아 실제로 관습상 법정지상권에 관한 판결이 단 한 건도 선고되지 않았는지는 의문이므로, 반드시 관습이 소멸하였다고 단정할 수는 없을 것이다. 同旨: 배병일, “관습법상 법정지상권과 가압류”, 저스티스, 제129호, p.86, 2012.04.
- [4] 관습상 법정지상권에 관한 개괄적 논의로는 우선 전대규, “관습상의 법정지상권에 관한 학설과 판례의 동향”, 청연논총(사법연수원 교수논문집), 제10집, pp.57-110, 2013 참조.
- [5] 물론, 이무상, “부동산 가압류의 처분제한적 효력”, 법학논총, 제31권 제2호, 단국대학교 법학연구소, p.199, 2007이 적절히 지적하는 바와 같이, 부동산 가압류가 있더라도 부동산에 대한 처분 자체가 금지되는 것은 아니므로, ‘처분금지효’라고 표현하는 것은 적확하다고 할 수 없다. 그러나 이 점은 本稿의 주된 관심사가 아니므로, 여기에서는 관용된 표현으로서 종래의 ‘처분금지효’라는 용어를 그대로 사용하고자 한다.
- [6] 同旨: 배병일, 위 [3]의 논문, p.105; 황진호, “민법 제366조 소정의 법정지상권의 성립요건 -건물의 재건축과 소유자의 동일성 문제를 중심으로-, 판례연구, 제13집, 부산판례연구회, p.252 주79), 2002; 최문기, “구분소유적 공유관계와 법정지상권”, 민법판례해설III[물권법], 경세원, p.150, 1992; 지대운, “관습법상의 법정지상권”, 법률신문, 제1988호, p.11, 1990.6.26.
- [7] 구분소유적 공유의 법적 성질에 관하여 相互名義信託說을 취하는 판례의 법리에 반대하며, 이를 통상의 공유로 보아야 한다는 共有說의 입장으로서는 신국미, “구분소유적 공유관계의 법적 성질 -판례이론의 비판적 고찰-”, 청구법학, 제31권 제1호, pp.43-64, 2009; 최창렬, “구분소유적 공유법리의 재고”, 재산법연구, 제22권 제3호, pp.35-74, 2006; 박영규, “구분소유권적 공유 이론 비판”, 법률행정논집, 제12권, 서울시립대학교 법률행정연구소, pp.51-78, 2004. 拙見으로는, 共有說은 형식을 고려한 나머지 공유자들의 의사를 반영하는데 한계가 있는 반면, 相互名義信託說은 당사자의 의사를 존중한다는 점에서 오히려 구체적 타당성이 있다고 생각되어 판례에 찬동하는 바이다. 이에 관한 명문의 규정을 두어야 한다는 입법론도 있으나 관습법에 일임하는 현재의 판례의 태도가 보다 우월한 법리 구성이라 생각된다. 같은 취지로 김병두·배병일, “구분소유적 공유의 법적 구조에 관한 일고찰”, 법학연구, 제18권 제3호, 경상대학교 법학연구소, pp.189-232, 2010; 김병두, “구분소유적 공유의 법리 소고 -명의신탁을 중심으로-”, 경원법학, 제1권 제1호, pp.1-31, 2008. 판례법리에 대해 보다 상세한 것은 김병두, “구분소유적 공유의 성립 -대법원 2012. 4. 26. 선고2010다6611 판결-”, 민사법학, 제61호, pp.249-296, 2012.
- [8] 同旨: 위 [6]의 논문, 같은 면 참조.
- [9] 가압류의 상대적 효력에 관하여는 節次相對效說과 個別相對效說이 대립하고 있는바, 이에 대한 상세는 송인권, “가압류의 처분금지 효력에 관한 몇 가지 문제”, 법조, 제55권 제12호, pp.64-94, 2006; 이태영, “가압류의 상대적 효력”, 안암법학, 제24호, pp.83-110, 2007; 이무상, 위 [5]의 논문, pp.191-217; 이재석, “가압류의 처분금지적 효력이 배당관계에 미치는 영향”, 사법논집, 제53집, pp.345-462, 2011; 정성운, “가압류와 압류의 효력 -처분금지효와 개별상대효를 중심으로-”, 법학논총, 제30집 제1호, 한양대학교 법학연구소, pp.251-273, 2013; 부상준, “부동산가압류의 처분금지적 효력”, 청연논총(사법연수원 교수논문집), 제10집, pp.1-38, 2013 참조.
- [10] 1990년 판결은, 乙에게 Y의 토지 지분이 양도된 시점에 건물소유자 Y가 취득한 B 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이, 그 후 甲의 토지 가압류에 기한 강제경매절차에서도 여전히 존속하는지에 대해서는 언급하고 있지 않다.
- [11] 同旨: 배병일, 위 [3]의 논문, p.109.
- [12] 배병일, 위 [3]의 논문, p.96.
- [13] 同旨: 김범진, “강제경매로 인한 관습상 법정지상권 성립여부 판단시점”, 법률신문, 제4085호, p.13, 2012.12.6.

[14] 대법원 1999. 11. 23. 선고 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.”

[15] 同旨: 신용호, “부동산강제경매로 인하여 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하기 위해서 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하였는지 여부를 판단할 기준시점”, 민사재판의 제문제, 제21권, 민사실무연구회, p.655, 2012.

[16] 대법원 전원합의체 1962. 12. 24. 선고 4294민재형675 판결.

[17] 同旨: 지대운, 위 [6]의 논문, p.11.

[18] 최수정, “지상권의 개정방안”, 민사법학, 제60호, pp.73-74, 2012.

[19] 同旨: 강신웅, 위 [2]의 논문, p.115. 한편, 김재형, “2012년 분야별 중요판례분석 민법(상)”, 법률신문 제4104호, p.13, 2013.2.21은, 민법을 개정하여 강제경매나 공매의 경우에 민법 제366조를 준용하는 규정을 신설하여야 한다고 한다.

[20] 同旨: 권재문, 위 [2]의 논문, pp.117-122; 장창민, “관습법상 법정지상권에 관한 일고”, 성균관법학 제24권 제3호, pp.301-304, 2012. 이와 달리, 최수정, 위 [18]의 논문, pp.76-83은 지상권

설정청구권으로의 입법화를 도모한 2004년 민법 개정안 제279조의2와 동일한 개정안을 제안하고 있다. 그러나 당사자 사이에 별로 이용되지 않는 ‘지상권’을 설정한 것으로 추정하는 것은 거래질제와도 괴리가 있음은 물론, 지상권이 설정된 것으로 추정하면 관습상 법정지상권에 대한 비판으로 언급되어 온 ‘대지소유권에 대한 지나친 제약’이란 문제를 고스란히 안고 가게 된다. 임차권을 인정하더라도 건물소유자는 건물을 등기하면 토지임차권에 대한항력을 취득하게 될 뿐만 아니라(민법 제622조), 임차권을 인정할 경우에는 그 존속기간 역시 의사표시 해석에 의해 신축적으로 결정할 수 있다는 이점이 있다. 한편, 이진기, “관습법상 법정지상권의 문제”, 비교사법 제18권 제3호, pp.773-814는, 관습상 법정지상권에 관한 판례법리를 강하게 비판하면서, 법이론으로서의 법정지상권을 그 건물의 편익을 위하여 토지를 사용하는 建物役權으로 재구성하고, 이를 위하여 민법 제291조 이하의 ‘토지’를 ‘부동산’으로 확대해석함으로써 지역권 규정을 유추 적용하는 것이 바람직하다고 한다.

### 저 자 소 개

정 구 태(Ku-Tae Chung)

정희원



- 2001년 2월 : 고려대학교 법과대학(법학사)
- 2003년 2월 : 고려대학교 대학원 법학과(법학석사)
- 2010년 2월 : 고려대학교 대학원 법학과(법학박사)

▪ 2010년 9월 ~ 현재 : 조선대학교 법과대학 조교수  
<관심분야> : 민법, 가족법, 친족법, 상속법, 물권법