

法定地上權과 地上物所有權의 關係

- 대판 1985. 4. 9, 84다카1131·1132의
이론적 문제점과 새로운 해결책의 모색 -

明 淳 龜*

《목 차》

- I. 事實關係와 原審判決
 - 1. 事實關係 概要
 - 2. 紛爭內容과 事實審의 經過
- II. 大法院의 判示內容
- III. 大法院 判決에 대한 評價
 - 1. 問題의 所在
 - 2. 法定地上權者의 法的 地位
 - 3. 建物所有權과 法定地上權의 關係: 相互獨立性
 - 4. 建物讓受人의 土地에 대한 占有權原
- IV. 맺음말: 해석론적 대안

* 高麗大學校 法科大學 教授.

I. 事實關係와 原審判決

1. 事實關係 概要

事實審에 의하여 확정된 사실관계를 간략하게 요약하면 다음과 같다.

土地所有者 A는 자신 소유의 土地 위에 1967년 12월경에 建物을 신축하였으나 아직 保存登記를 하지 않고 있던 중, 1970년 3월 30일 그의 債權者 B를 위하여 垡地만에 대하여 根抵當權을 설정하였다. 한편 X는 1970년 9월경에 A와 垡地와 建物에 대한 賣買契約을 체결하고 未登記인 채로 占有·使用하다가 1970년 10월 1일 垡地에 대하여만 所有權移轉登記를 경료하였다. 그 후 垡地에 대한 根抵當權者인 B는 그의 擔保權을 실행하였고, 競賣節次에서 그 자신이 경락받아 1973년 3월 13일 당해 垡地에 대한 所有權移轉登記를 경료하였다. 垡地所有者 B는 Y와 垡地에 대한 賣買契約을 체결하였고 이를 원인으로 Y는 1978년 6월 26일 所有權移轉登記를 마침으로써 垡地所有權을 취득하였다. 그런데 X는 아직까지 미등기인 채로 남아 있었던 建物에 대하여 1978년 3월 20일 A를 代位하여 A 명의로 所有權保存登記를 하고 다시 X 자신의 명의로 所有權移轉登記를 경료하여 地上建物에 대한 소유자가 되었다.

2. 紛爭內容과 事實審의 經過

垡地所有者 Y는 현재의 建物所有者 X의 垡地占有가 權原 없는 것이라는 것을 이유로 建物の 撤去 및 垡地の 引渡를 청구하였다.¹⁾ 이에 대하여 X는 다

1) 本訴의 原告 Y의 청구내용은 이뿐만이 아니라 건물소유자 X와의 質貸借契約에 의하여 당해 건물의 일부를 사용하고 있던 두 賃借人에 대한 退去를 구하는 것도 포함되어 있으나 이 글에서의 핵심사항이 아니므로 생략하기로 한다.

음과 같이 주장하며 反訴를 제기하였다. 즉 垡地가 B에게 경락될 당시에 원래의 建物所有者 A가 당해 垡地에 대하여 法定地上權을 취득하였으므로 X는 이 法定地上權을 양수하였다고 보아야 하며, 더 나아가 X는 Y에게 대하여 法定地上權者 A를 대위하여 地上權設定登記節次의 이행을 청구하였다.

이에 대하여 제1심 법원²⁾은 Y의 本訴請求는 모두 기각하고 X의 反訴請求만을 인용하였으며, Y에 의한 抗訴에 대하여 제2심 법원³⁾은 本訴의 原告 Y의 항소를 기각하였다.

원심인 제2심 판결의 판시내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 사안에서 문제되고 있는 垡地와 建物은 垡地에 대한 B 명의의 根抵當權設定 당시에는 모두 동일 소유자에게 속해 있다가 垡地가 다른 사람에게 경락됨으로써 대지와 건물의 소유자가 각각 달라진 경우이므로 건물소유자 소외 A는 민법 제366조에 의하여 사건 垡地 위에 法定地上權을 취득한다. 따라서 대지소유자 B로부터 垡地所有權을 양수한 本訴의 原告 Y는 A의 法定地上權에 의하여 제한을 받는 소유권을 취득한 것이다.

둘째, 지상건물에 대한 원래의 소유자 A와 그로부터 地上建物에 대한 所有權을 양수한 본소의 피고 X 사이의 건물매매계약에는 A의 법정지상권까지 양도하기로 하는 債權契約이 포함되어 있었던 것으로 보아야 한다. 따라서 X로서는 A를 대위하여 Y에게 A명의로의 地上權設定登記節次의 이행을 청구할 수 있고 그 후에 다시 A를 상대로 地上權移轉登記節次의 이행을 구할 수 있다.

원심법원은 이와 같은 이유를 적시한 다음, 본소의 원고 Y가 사건 垡地에 대하여 地上權을 취득할 자의 지위에 있는 본소의 피고 X에게 건물의 철거를 구하는 것은 地上權의 부담을 용인하고 그 설정등기를 이행해야 할 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구로써 신의성실의 원칙상 인정할 수 없다는 결론에 도달하고 있다.

2) 서울민사지방법원 1983. 7. 6, 82가단5234-6915, 83가단1052 판결.

3) 서울민사지방법원 1984. 4. 25, 83나1505-1506-1507, 84나255 판결.

II. 大法院의 判示內容

원심에서의 패소자 Y에 의하여 제기된 上告審은 全員合議體로서 심리되었는데, 이 판결에서 다수의견(대법관 13인 중 7인)은 상고를 기각하였다. 다수의견의 판시이유는 원심의 그것과 동일한 것이었는데, 그 주된 내용은 다음과 같다.

“…… 이 사건 대지와 건물은 위 근저당권설정 당시는 동일인인 소외 A의 소유에 속하였다가 그 후 대지의 경매로 인하여 대지와 건물이 다른 소유자에게 속하게 된 것이니 위 건물의 소유자인 소외 A는 민법 제366조에 의하여 이 사건 대지에 대하여 건물의 소유를 목적으로 하는 법정지상권을 취득하였다 할 것이고, 법정지상권자는 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 대지소유자나 이로부터 소유권을 전득한 제3자에 대하여도登記 없이 위 지상권을 주장할 수 있는 것이므로 소외 A는 위 대지의 전득자인 원고에 대하여 지상권설정등기청구권이 있다 할 것이며, 위 법정지상권을 양도받기로 한 피고 X는 채권자대위의 법리에 의하여 원고 및 소외 A에 대하여 차례로 지상권설정등기 및 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다……. 그리고 이와 같이 이 사건 대지에 대한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 위 피고에 대하여 원고가 대지소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 또한 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다 할 것이다.”

III. 大法院判決에 대한 評價

1. 問題의 所在

현행 민법은 土地와 그 위의 建物을 각각 별개의 不動產으로 다루고 있다. 따라서 토지와 건물은 서로 독립적으로 거래대상이 될 수 있다. 그런데 건물은 그 본질적 특성상 토지의 사용을 수반하는 것이어서, 만일 어떤 사람이 토지사용에 대한 권한 없이 당해 토지에 있는 건물에 대하여 적법한 소유권을 가진다고 하더라도 이러한 建物所有權은 극히 불안정한 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 土地所有者 등은 당해 토지에 대한 使用權의 침해를 이유로 物權的 請求權을 행사하여 문제된 건물의 철거를 요구할 수 있기 때문이다. 그러므로 타인의 토지 위에서 건물을 소유하고자 하는 자는 사전에 그 토지에 대한 사용권을 확보해야 할 필요가 있다. 이러한 토지사용권으로서 대표적인 것이 地上權과 賃借權이라 할 수 있다. 그런데 건물소유자가 사전에 토지사용권을 확보하지 못한 채 타인의 토지 위에 건물을 소유하게 되었다면 건물철거를 주장하는 토지소유자의 요구에 복종하여야 한다는 결과가 된다. 그러나 이렇게 된다면 이미 충분한 경제적 가치를 지니고 있는 물건이 발휘할 수 있는 사회적 이익을 전적으로 부정하는 결과가 될 수 있다. 우리 민법은 이러한 현상을 간과하고 있지 않으며, 이에 대한 해결책의 하나로 타인 소유의 토지 위에 건물을 소유하는 자에게 법률상 당연히 지상권이 인정되는 경우를 규율하여 건물소유자의 토지사용권을 인정해 주고 있다.

이 사안에서 기본적으로 문제되는 사항도 바로 민법 제366조에 의하여 인정되고 있는 法定地上權에 관한 것이다. 토지와 건물을 독립된 부동산으로 다루고 있는 우리 법제에서 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우에 건물의 철거를 배제하는 것은 물론 의미있는 일이다. 그러나 이러한 규범조치는 일정

한 한계를 가질 수밖에 없다고 보아야 한다. 왜냐 하면 토지소유자가 당해 토지에 대하여 가지는 완전하며 포괄적 권리로서의 토지소유권은 보다 더 원칙적인 보호의 대상이 되어야 하기 때문이다(헌법 제23조 1항 본문, 민법 제211조, 제212조). 현행 법질서에 있어서 원칙적인 보호대상은 個別的 土地所有權인 것이며, ‘建物所有權의 維持’라는 社會經濟的 利益은 아닌 것이다. 건물소유권의 유지는 法律의 規定 또는 正當한 法理的 理由가 있는 경우에 한하여 인정될 수 있다고 보아야 한다.

1985년 4월 9일 대법원 전원합의체 판결은 法定地上權者로부터 건물소유권만을 취득한 사람에 대하여 土地所有者가 물권적 청구권을 행사한 경우의 법률관계에 관하여 대법원이 입장을 명확하게 하였다는 점에서는 의미가 있다. 그러나 이 판결이 위에서 말한 원칙론적인 요구를 충족하고 있는가에 대하여는 의문이 있다.

2. 法定地上權者의 法的 地位

이 사안에서 문제되고 있는 法定地上權은 그 본질에 있어서 物權이며, 특히 민법 제366조라는 법률의 규정에 의하여 당연히 성립하는 것이다. 따라서 土地에 대한 直接支配權을 가지고 있는 法定地上權者로서는 法定地上權 취득 당시의 토지소유자뿐만 아니라 그로부터 토지소유권을 轉得한 자들에게 대하여도 자신의 地上權을 주장할 수 있으며, 또한 이 권리는 민법 제187조 본문이 말하는 ‘法律의 規定에 의한 不動產에 관한 物權의 取得’에 해당하므로登記 없이도 당연히 성립한다.

이러한 사항은 이 사안에서의 다수의견과 소수의견이 입장을 같이하는 것일 뿐만 아니라, 이전의 대법원 판례⁴⁾가 오래 전부터 거듭 판시하고 있는 것

4) 1965년 9월 23일 大法院 聯合部 判決(65다1222)은 다음과 같이 판시하고 있다: “…… 민법 제366조에 의하여 인정되는 이른바 법정지상권은 법률행위로 인한 물권의 취득이 아니고 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득이므로 등기를 필요로 하지

이며 법이론상으로도 의문이 없는 것이라 할 수 있다. 따라서 이 사안에서 문제된 토지와 건물의 원소유자 A가 민법 제366조에 의하여 법정지상권을 취득하였으며, A는 누구에게 대하여도 그의 권리를 주장할 수 있다는 판시내용은 일단 정당한 것이다. 즉 문제의 토지에 대한 현재의 소유자 Y는 최소한 A에 대하여는 토지소유권에 기한 物權的 請求權을 주장할 수 없다. 왜냐 하면 A는 민법 제213조 단서가 규정하고 있는 ‘物件을 占有할 權利’가 있는 자에 해당하기 때문이다.

3. 建物所有權과 法定地上權의 關係：相互獨立性

이 사안에서 문제의 건물 소유자 A의 매매계약 상대방인 X가 건물에 대한 소유권을 유효하게 취득했다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없다. 문제는 과연 X가 Y 소유토지에 대한 사용권한이 있는가에 있다. 이는 건물소유권의 양도와 법정지상권의 양도와의 관계로 환언할 수 있는데, 이 문제에 대하여는 우선 민법 제187조의 규범내용으로부터 해결의 실마리를 찾아야 할 것이다.

제187조 단서는 등기 없이도 부동산물권을 취득할 수 있는 경우라 하더라도 당해 물권의 내용을 등기하지 않으면 처분하지 못하는 것으로 규정하고 있다. 이 규정을 문제된 사안에 적용하면 다음과 같은 결과가 된다. 즉 法定地上權者 A는 그의 地上權을 등기하지 않으면 지상권을 처분할 수 없다. 그런데 사안에서 A는 지상권등기를 한 사실이 없으므로 A의 거래상대방인 X는 지상권을 취득하지 못한다고 보아야 할 것인가?

아니하고 지상권 취득의 효력이 발생하는 것이며 이 법정지상권은 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 토지소유자나 이로부터 그 토지소유권을 전득한 제3자에게 대하여도 등기 없이 위 지상권을 주장할 수 있다…….” —— 이와 같은 취지의 판결로는 대판 1963. 1. 17, 62다737; 대판 1967. 6. 27, 67다698; 대판 1972. 7. 25, 72다893; 대판 1984. 9. 11, 83다카2245; 대판 1988. 9. 27, 87다카279 등이 있다.

(1) 판례의 입장

법정지상권의 양도에 한정하여 말한다면, 이에 대한 판례의 입장은 명백하다고 생각된다. 소위 慣習上의 法定地上權이 문제된 사안에서 대법원 1966년 9월 27일 판결⁵⁾은 “국유재산인 이 사건 대지와 건물 중 대지만이 먼저 원고에게 불하되어 원고가 그 소유권을 취득한 경우에 국가는 이 대지상에 아직 불하되지 않은 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득하게 되나, 이 법정지상권은 등기하지 않으면 타에 처분할 수 없는 것이므로, 피고들이 그 후 이 건물을 국가로부터 불하받아 그 소유권을 취득하였다 하여도, 당연히 국가의 법정지상권까지 양수한다고 할 수 없고, 법정지상권의 등기를 마쳐야만 원고에 대하여 이를 주장할 수 있는 것이다”고 판시하고 있다.⁶⁾ 즉 법률행위에 의하지 않고 부동산물권을 취득한 경우라 하더라도 이를 처분하기 위하여는 등기를 요한다는 것이다. 그리고 최고법원의 이러한 입장은 이 글에서의 평가대상인 1985년 4월 9일의 전원합의체판결에서는 물론 그 이후에 이 판결과 맥을 같이 하는 판결들⁷⁾에 있어서도 여전히 일관되게 유지되고 있다. 왜냐 하면 이들 판결들은 모두 건물양수인은 채권자대위의 법리에 의하여 토지소유자 및 건물양도인에 대하여 차례로 지상권설정등기 및 이전등기절차의 이행을 구할 수 있다는 취지로 판시하고 있는데, 이는 건물소유자이며 법정지상권자로부터 건물 소유권을 양수한 자라 하더라도 지상권등기 없이는 지상권자의 지위에 설 수 없음을 전제로 한 것이다.

한편 판례에 따르면, 건물소유권을 취득한 원인이 競賣인 경우에는 지상

5) 대판 1966. 9. 27, 66다1433.

6) 이와 같은 취지의 판결로는 대판 1965. 7. 27, 65다864; 대판 1966. 9. 20, 66다1434; 대판 1966. 10. 18, 66다1432; 대판 1968. 7. 31, 67다1759; 대판 1970. 7. 24, 70다729; 대판 1971. 1. 26, 70다2576; 대판 1981. 9. 8, 80다2873; 대판 1982. 10. 12, 80다2667; 대판 1988. 9. 27, 87다카279; 대판 1989. 5. 9, 88다카15338 등 참조.

7) 예를 들면, 대판 1985. 9. 10, 85다카607; 대판 1988. 9. 27, 87다카279; 대판 1989. 5. 9, 88다카15338; 대판 1991. 5. 28, 91다6658; 대판 1991. 9. 24, 91다21701; 대판 1992. 6. 12, 92다7221 등.

권등기 없이도 지상권자의 지위에 서는 것으로 이론구성하고 있다.⁸⁾ 경매에 의하여 건물소유권이 이전되는 경우를 법률행위에 의한 법정지상권 이전의 경우와 차별하고 있는 이유에 대하여 종전의 판결들은 명확한 이유를 보여주지 못하였으나 1992년 7월 14일 판결⁹⁾에서는 민법 제187조에 의한 물건변동으로 보아 등기를 요하지 않는 것으로 판시하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 판례의 입장의 타당성에 대하여 학설은 대체로 의문을 제기하고 있다. 즉 法定地上權이 競落人에게 登記 없이도 당연히 이전되었다고 하기 위하여는 建物에 대한 所有權뿐만 아니라 法定地上權 자체도 競賣의 목적이 되었어야 할 것인데, 법정지상권 자체

8) 대판 1976. 5. 11. 75다2338은 다음과 같이 판시하고 있다: “…… 원래 건물은 토지의 이용 없이는 존재할 수 없는 것이므로 건물과 건물의 소유를 위한 지상권은 경제적으로는 불가분의 동일체적인 관계로서 재산적 가치를 가지게 되는 것이라고 할 것이어서 법적으로도 특별한 사정이 없으면 그 처분에 있어서 동일체적인 관계에서 취급하는 것이 타당하다고 할 것이므로…… 건물이…… 경매에 의하여…… 그 소유권이 이전되었다면 경락인이 건물을 경락한 후 철거하거나 헐어버리거나 하는 등의 매각조건하에서 경매가 되는 등 특별한 사정이 있으면 별 문제이지만 그렇지 않은 경우에는 지상권도…… 건물의 경매에 의해서 당연히 건물과 같이 그에 부수해서 이루어지는 것이므로 그 이전에 등기를 요한다고 할 수 없고 이렇듯 경매에 의해서 이전된 지상권은 그에 대한 등기가 없어도 그 후에 당해 토지의 전득자에 대하여도 당연히 유효하다……” —— 이와 같은 취지의 판결로는 대판 1979. 8. 28, 79다1087; 대판 1985. 2. 26, 84다카1578·1579; 대판 1991. 6. 28, 90다16214; 대판 1992. 7. 14, 92다527 등.

9) 대판 1992. 7. 14, 92다527.

10) 이와 관련하여 1992년 7월 14일 판결은 다음과 같이 판시하고 있다: 즉 “경락인이 그 건물의 소유권을 취득하였다면 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매도 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 건물소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라 등기 없이 당연히 경락인이 취득……”한다고 실시하여 민법 제187조를 법칙 근거로 제시하고 있다. 이러한 최고법원의 판시내용은 이 판결 이전에 학설들에서 추측하던 것과 일치하는 것이다: 예: 金容圭, “法定地上權에 관한 判例研究,” 「저스티스」, 제14권 1호, 1977. 12, p. 15; 朴禹東, “慣習法上の 法定地上權, 그 問題點,” 「司法行政」, 1977. 10, p. 16; 李容勳, “法律의 規定에 의한 不動產物權變動,” 「司法論叢」 제8집, 1977, p. 45; 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(中),” 「司法行政」, 1986. 6, 23~24; 朴在允, 「民法注解」, 第VI卷, 物權(3), 博英社, 1986, p. 113.

에 대한 登記가 없었음은 물론 押留登記 및 價額評價 등의 절차가 전혀 없었으므로 법정지상권이 경매의 대상이 되었다고 볼 수는 없지 않은가¹¹⁾ 하는 것이다. 바로 이러한 이론적 문제점이 있기 때문에 1976년 5월 11일 대법원 판결은 “…… 원래 건물은 토지의 이용 없이는 존재할 수 없는 것이므로 건물과 건물의 소유를 위한 지상권은 경제적으로는 불가분의 동일체적인 관계로서 재산적 가치를 가지게 되는 것이라고 할 것이어서 법적으로도 특별한 사정이 없으면 그 처분에 있어서 동일체적인 관계에서 취급하는 것이 타당하다……”고 판시하고 있다고 보여진다.

그러나 이러한 이론구성은 다음과 같은 이유에서 문제가 있다고 생각한다. 첫째, 건물과 건물의 소유를 위한 지상권은 경제적으로는 불가분의 동일체적인 관계로서 재산적 가치를 가지게 되는 것이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 그런데 건물과 건물의 소유를 위한 지상권이 경제적으로 불가분의 동일체적인 관계에 있다고 보게 되면 건물소유자의 소유권을 공고히 할 수는 있게 되나, 그 반면에 토지소유자의 소유권의 내용을 본질적으로 제한되는 결과가 된다는 보다 원칙론적인 문제에 접하게 됨을 유의할 필요가 있다. ‘建物과 地上權의 經濟的 同一體 關係’라는 단순한 사실상황은 토지소유권의 내용을 제한할 수 있는 타당한 법리적 이유가 될 수는 없다고 보아야 한다. 둘째, 건물과 건물의 소유를 위한 지상권이 상호 경제적 불가분의 동일체적 관계에 있다는 것을 전제로 한 일련의 판결은 判例矛盾現象의 원인이 되고 있다는 점이다. 대법원은 1976년 5월 11일 판결 이후로 일면으로는 이와 동일한 입장을 견지¹²⁾ 하면서, 다른 한편으로는 이와 상치되는 판결도 내놓고 있기 때문이다. 즉 1980년 9월 9일 판결¹³⁾에서 대법원은 민법 제366조의 法定地上權은 건물의 소유에 부

11) 李容勳, “法律의 規定에 의한 不動產物權變動,” 「司法論集」, 제8집, 1977, p. 45; 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物を 取得한 者의 地位(中),” 「司法行政」, 1986. 6, p. 24 등.

12) 대판 1979. 8. 28, 79다1087; 대판 1985. 2. 26, 84다카1578-1579; 대판 1991. 6. 28, 90다16214 등.

13) 대판 1980. 9. 9, 78다52: “민법 제366조 소정의 법정지상권은 토지와 그 토지상의 건물은 같은 사람의 소유에 속하였다가 그 중의 하나가 경매 등으로 인하여 다른 사

속되는 종속적인 권리가 아니라 독립된 법률상의 물권이므로 建物에 대한 所有權을 타인에게 양도하면서도 法定地上權의 처분에 따른 移轉登記를 하지 않았다면 그 법정지상권은 여전히 법정지상권자에게 유보되어 있는 것으로 보아야 한다고 판시함으로써 건물에 대한 소유권과 건물 소유를 위한 법정지상권의 상호 독립성에 기초한 판결을 하고 있다. 1976년 5월 11일 판결 및 이와 같은 취지의 일련의 판결과 1980년 9월 9일 판결은 명백히 그 기본입장을 달리하고 있는 것이다. 게다가 建物所有權을 취득한 원인이 競賣라고 하는 사실이 이러한 대법원의 입장차이를 정당화시켜 줄 수 있는 이유도 되지 못한다고 생각한다. 왜냐 하면 위에서 살펴본 바와 같이, 이들 사안에 있어서 경매의 대상이 된 것은 建物所有權인 것이지 法定地上權은 결코 아니었기 때문이다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 競賣로 인한 建物所有權 移轉의 경우를 기타의 경우와 차별하고 있는 대법원의 입장은 정당하다고 볼 수 없다.

요컨대, 법정지상권과 건물소유권은 서로 독립적인 것이라는 점에서 1980년 9월 9일 판결의 입장이 타당하고, 따라서 이와 모순관계에 있는 1976년 5월 11일 판결 및 이와 같은 취지의 일련의 판결¹⁴⁾은 변경되어야 할 것으로 생각된

랍의 소유에 속하게 된 경우에 그 건물의 유지, 존립을 위하여 특별히 인정된 권리가기는 하지만 그렇다고 하여 위 법정지상권이 건물의 소유에 부속되는 종속적인 권리가 되는 것이 아니라 하나의 독립된 법률상의 물권으로서의 성격을 지니고 있는 것이기 때문에 건물의 소유자가 건물과 지상권 중 하나만을 처분하는 것도 가능할 것이다. 그러나 건물과 함께 미등기인 법정지상권을 가지고 있는 사람이 건물을 타인에게 처분하여 그 타인에게 건물에 관한 소유권이 전등기를 경료하였다고 하여도 이로써는 그 법정지상권이 소멸되는 것은 아니고 법정지상권의 처분에 따른 이전등기나 그 밖의 법정지상권의 이전사유가 수반되지 않았다면 그 법정지상권은 여전히 당초의 법정지상권자에게 유보되어 있는 것으로 보아야 할 것이다.”

- 14) 속 대판 1979. 8. 28, 79다1087; 대판 1985. 2. 26, 84다카1578-1579; 대판 1991. 6. 28, 90다16214 등을 말한다. 특히 대법원의 이러한 입장은 1985년 4월 9일 전원합의체 판결 이후에 행해진 대판 1991. 6. 28, 90다16214에서도 그대로 유지되고 있다. 1991년 6월 23일 판결은 다음과 같이 판시하고 있다: “원심은 이 사건 토지와 건물이 소외 윤희보 소유였다가 그 중 위 토지에 관하여 양도담보권의 실행으로 1972. 8. 8. 소외 우정희, 이의선 명의로 소유권이전등기가 경료된 사실을 인정한 다음, 이 사건 토지와

다. 그리고 이러한 결론을 대법원 1985. 4. 9, 84다카1131·1132 전원합의체 판결에 대입하여 보면 다음과 같이 말할 수 있다. 즉 建物에 대한 所有權은 本訴의 被告 X에게 이전되었으나 法定地上權은 원래의 건물과 토지의 소유자인 A에게 귀속하고 있다.¹⁵⁾

(2) 학설의 내용

우리는 위에서 法定地上權과 建物所有權은 서로 독립적인 것으로 보는 것이 판례의 원칙적 입장임을 알 수 있었다. 그러나 일부 학설 중에는 이와 다른 견해를 주장하고 있는 것이 있는데, 다음에서는 이들 학설의 주장내용과 그 타당성을 검증해 보기로 한다.

첫째, 건물이 멸실되면 지상권이 소멸하는 것과 같이 법정지상권자가 건물소유권만을 제3자에게 양도했다면 법정지상권은 소멸된다고 보는 견해이다.¹⁶⁾ 이러한 주장에 대하여는, 건물의 소유권만이 양도된 경우에는 새로운 소유자에게 법정지상권을 취득할 수 있게 함으로써 건물이 지니는 경제적 가치를 계속 유지시키는 것이 법정지상권제도의 목적에 비추어 합리적이고 따라서 법정지상권은 소멸하지 않는다고 보는 것이 타당하다는 취지의 비판이 있다.¹⁷⁾ 법정지상권자가 건물소유권만을 제3자에게 양도했다면 법정지상권도 소멸한

건물이 소유자를 달리하게 됨으로써 위 윤회보는 위 건물을 위하여 관습에 의한 법정지상권을 취득하였고, 피고들은 1987. 5. 22. 위 건물에 대한 경락을 받아 소유권이 전등기를 경료하였으므로 경매시에 경락 후 위 건물을 철거하는 등의 매각조건 아래 경매되었다는 등 특별한 사정이 없는 한 피고들은 위 건물의 경락취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득하였다고 할 것이니, 피고들은 위 지상권으로써 이 사건 토지에 대한 소유권을 취득한 원고에게 대항할 수 있다고 판단하였다. 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고 소론과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 관습에 의한 법정지상권의 승계취득 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

15) 1985년 4월 9일 판결도 법정지상권이 A에게 있다는 것을 전제로 하고 있으며, 이 점을 정당한 法解釋이라고 생각한다.

16) 李在性, “法定地上權에 대하여,” 『辯護士』, XVI, 서울지방변호사회, 1987, p. 181.

17) 특히 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(中),” 『司法行政』, 1986. 6, p. 23.

다는 주장은 문제가 있다. 그리고 그에 대한 비판론도 일면 타당성이 있다. 그러나 법정지상권자가 건물소유권만을 제3자에게 양도했다면 법정지상권은 소멸한다는 주장에 대한 보다 본질적이며 법리적 관점에서의 비판점은 다음에 있다고 보아야 할 것이다. 즉 法定地上權의 目的物은 建物이 아니라 土地이므로¹⁸⁾ 이 경우에 目的物의 滅失로 인한 物權의 消滅을 말할 수 없을 뿐만 아니라, 특히 地上權의 獨立的 權利性에 반한다는 것이다.¹⁹⁾

둘째, 地役權에 관한 민법 제292조 제1항을 유추적용하여 법정지상권은 별도의 공시방법을 갖추지 않더라도 당연히 건물소유권 양수인에게 이전된다는 방향으로 이론구성하는 견해이다.²⁰⁾ 즉 법정지상권은 그 기능에 있어서 건물소유권이 부종하는 것이므로 제292조 제1항을 유추적용할 수 있고 이렇게 되면 이 경우의 물권변동은 법률의 규정에 의한 것이므로 등기 없이도 지상권이 이전된다는 것이다. 그러나 이 견해는 法解釋의 범위를 일탈한 것일 뿐만 아니라, 특히 지상권의 獨立的 權利性²¹⁾에도 반한다. 제292조 제1항은 타인의 토지를 자기의 토지의 편익을 위하여 사용하는 地役權에 특유한 규정으로 이러한 지역권과 본질적으로 구별되는 지상권의 경우에 유추적용될 수 있는 규정이 될 수 없다고 보아야 한다.

18) 특히 우리 민법상의 지상권은 地上物의 所有보다는 土地의 使用에 보다 무게가 실린 법체계를 가지고 있다.

19) 종래 판례도 이러한 입장을 견지하고 있다. 특히 1967년 11월 28일의 대법원 판결은 건물소유권과 지상권의 독립성을 부인하는 취지의 원심판결에 대하여 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기하고 있다: “동일인의 소유였던 대지와 지상건물이 공매에 의하여 다른 소유자에 속한 경우 건물소유자는 그 대지 위에 지상권을 취득한다 할 것 인바 그 지상권자는 그 대지의 소유자가 변경되었을 때 그 지상권의 등기 없이도 그 대지의 신소유자에게 대하여 지상권을 주장할 수 있다 할 것이며 지상권의 등기가 없었다고 하여 건물의 양도가 있을 경우에 특별한 사정이 없는 한 곧 그 지상권이 소멸된 것이라 인정할 수 없다”(1967. 11. 28. 67다1831).

20) 徐敎, “法定地上權의 成立 및 讓渡,” 「考試研究」, 1984. 1, p. 126.

21) 이 입장에서 바라본다면 “地上權者는 他人에게 그 權利를 讓渡하거나 그 權利의 存續期間內에서 그 土地를 賃貸할 수 있다”는 민법 제282조의 규정은 무의미한 것이 되고 만다

셋째, 민법 제100조 제2항을 유추적용하여 문제를 해결해 보고자 하는 견해이다.²²⁾ 즉 종래의 일치된 학설에 의하면, “從物은 主物의 處分에 따른다”는 민법 제100조 제2항은 주된 권리와 종된 권리 사이에도 유추적용될 수 있는데,²³⁾ 건물소유권과 법정지상권은 서로 主된 權利와 從된 權利의 관계에 있기 때문에 제100조 제2항을 유추적용하게 되면 建物所有權 讓受人은 法定地上權이라는 從된 權利도 함께 취득한다는 것이다. 제100조 제2항이 권리 상호간에도 유추적용될 수 있다는 점에 대하여는 원칙적으로 찬성한다. 그러나 어떠한 權利가 단순히 主從關係에 있다는 사실만으로 主物·從物理論이 그대로 관철될 수는 없으며 일정한 요소에 의하여 제한될 수 있다는 점에 유의해야 할 필요가 있다. 그 制限要素의 대표적인 예로 ① ‘債權의 相對性’ 및 ② ‘物權의 公示性’을 들 수 있다. 권리 상호간에 대한 主物·從物理論의 유추적용이 이들 요소에 의하여 제한되는 경우를 판례를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

우선, 채권의 상대성과 관련하여 1968년 7월 31일²⁴⁾ 대법원은 민법 제622조 제1항의 규범의미에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다: “……민법 제622조 제1항의 규정취지는 건물소유를 목적으로 한 토지의 임대차에 있어서는 그 임대차권에 관한 등기를 하지 않을 경우라도 그 건물을 등기한 때에는 그 토지의 전득자나 기타 토지에 관하여 권리를 취득한 제3자에 대하여 토지의 임차인이 그 임차권을 가지고 대항할 수 있다는 것을 규정한 취지임에 불과하고 토지임차권자인 건물의 소유자로부터 그 건물을 양수한 자가 건물의 讓受事實만을 가지고서 당연히 그 건물의 전소유자의 임차권을 토지의 소유자에게 대항할 수 있다는 것까지 규정한 것이라고는 볼 수 없다.” 대법원은 1993년 4월 13일 판결²⁵⁾에서 제622조의 규범의미를 보다 구체적으로 실시하고 있는데, 그 내용

22) 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(中),” 「司法行政」, 1986. 6, p. 25.

23) 李英俊 「民法總則」, 博英社, 1987, pp. 909~910; 金相容, 「民法總則」, 法文社, 1995, p. 339 등 참조.

24) 대판 1968. 7. 31, 67다2126.

25) 대판 1993. 4. 13, 92다24950.

은 다음과 같다: “……건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 건물에 대한 소유권을 취득한 때에는 특별한 다른 사정이 없는 한 건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임차권도 건물의 소유권과 함께 경락인에게 이전된다. ……그러나 이 경우에도 민법 제629조가 적용되기 때문에 토지의 임대인에 대한 관계에서는 그의 동의가 없는 한 경락인이 그 임차권의 취득을 대항할 수 없다……”고 판시하고 있다. 이들 일련의 판결은 건물소유권 양수인은 건물소유권과 함께 이에 부종하여 임차권도 취득하기는 하나 債權의 相對性에 기초한 제629조의 적용에 의하여 건물양수인은 토지임대인에게 임차권을 가지고 대항할 수 없다는 것이다.²⁶⁾

다음으로는 物權의 公示性에 의하여 권리 상호간에 있어서 主物·從物理論의 유추적용이 제한될 수 있는 경우를 보기로 한다. 이에 관하여 대법원은 1992년 7월 14일 판결²⁷⁾에서 주목할 만한 판시를 하고 있다. 지상권자가 타인의 토지 위에 건물을 소유하고 있었는데 건물에 근저당권이 설정되었고 이 근저당권이 실행되어 경락인이 건물소유권을 취득하였는데, 경락인이 그 건물을 제3자에게 양도한 사안에서 대법원은 이 경우에 민법 제358조의 유추적용에 의하여 건물에 대한 근저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 하는 地上權에도 미치며, 또한 이 경우에 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 보아야 하므로 건물양수인은 지상권이전등기청구권을 보전하기 위하여 경락인을 대위하여 종전의 지상권자에게 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다고 판시하고 있다. 판시내용 대부분은 건물소유권 양도와 건물소유를 위한 지상권의 관계에 관한 그간의 대법원의 입장과 같은 맥락으로 볼 수 있는데, 반면에 이 판결의 판시부분 중 민법 제358조의 유추적용에 의하여 건물에 대한 근저당권의 효력이 그 건물의 소유를 목적으로 하는 地上權에도 미친다고 본 부분은 物權의 公示性, 특히 抵當權에 있어서의 公示의 原則 및 地上權의

26) 같은 취지의 판결로는 대판 1974. 5. 28, 71다212; 1975. 7. 30, 74다2023 등이 있다.

27) 대판 1992. 7. 14, 92다527.

獨立的 權利性의 관점에서 볼 때 문제가 있다고 생각한다.

셋째 민법 제187조 단서를 效力規定이 아닌 團束規定으로 보고 건물의 전득자가 법정지상권을 등기하지 않아도 이를 주장할 수 있다는 취지의 주장을 하고 있다.²⁸⁾ 이 견해에 따르면, 법률의 규정에 의하여 부동산물권을 취득한 자가 등기를 하지 않고 당해 물권을 처분했다 하더라도 당해 물권행위의 사법상의 효력에는 영향이 없고 다만 일정한 처벌 또는 불이익을 받을 뿐이라는 결과가 된다.

그러나 이 견해에 대하여는 다음과 같은 이유에서 찬성하기 곤란하다. 첫째, 제187조는 民法典의 物權編의 第1章 總則에 위치하는 것으로서 제186조와 함께 不動產物權變動에 관한 일반규정 중의 하나인데, 이 조문을 사법상의 효력과는 관계 없는 규정으로 보는 것은 법체계적 관점에서 승인될 수 없다. 둘째, 일반적으로 단속규정이라 함은 行政上의 목적을 위하여 일정한 행위를 금지하거나 제한하는 범규정을 말하는 것인데, 제187조의 규범내용은 이러한 단속규정의 의미와는 거리가 멀다. 특히 제187조 단서는 이 조문 본문에 의하여 등기 없이 부동산물권을 취득하였다 하더라도 그 권리자가 이를 법률행위에 의하여 처분하기 위하여는 물권의 취득을 등기하고 그 후에 법률행위를 원인으로 하는 등기를 하여야 한다는 것으로 제186조가 규율하고 있는 현행 민법상의 부동산물권변동에 관한 원칙상 당연한 것이라고 보아야 한다.²⁹⁾

이상의 논의로부터 우리는 법정지상권자로부터 지상물에 대한 소유권만을 양수한 자에게 건물에 대한 소유권과 함께 토지에 대한 物權的 用益權까지 귀속시키고자 하는 어떠한 학설상의 노력도 법률체계상 또는 법이론상 타당성을 확보할 수 없다는 것을 확인할 수 있었다. 法定地上權과 建物所有權은 서로 독립적인 권리가기 때문이다.

28) 朴駿禧, “法定地上權,” 『司法論集』, 제5집, 1974, p. 116.

29) 李在洪, 『民法注解』 第4卷, 物權(1), 博英社, 1996, p. 181.

4. 建物讓受人의 土地에 대한 占有權原

문제된 사안에서 건물양수인 X가 유효한 매매계약과 이를 원인으로 한 소유권이전등기를 함으로써 건물소유권을 취득하였다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없다. 문제는 그에게 土地를 점유할 수 있는 권리, 즉 대지에 대한 점유권원이 있는가의 문제이다. 만일 X에게 점유권원이 있다면 대지소유자 Y의 X에 대한 건물철거청구는 용인될 수 없을 것이다. 이는 1985년 4월 9일 대법원 전원합의체 판결의 다수의견의 주요 판시부분 중의 하나인 “지상권의 부담을 용인하고 또한 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자”라는 표현과도 밀접한 관련이 있는 문제이다. 이에 대하여 다수의견을 지지했던 분 중의 하나인 尹一永 대법관은 이 표현이 새로운 건물소유자를 적법한 점유자로 본 것이라는 견해를 피력하였다 한다.³⁰⁾

만일 건물양수인 X에게 토지에 대한 적법한 점유권원이 있다고 한다면 Y의 X에 대한 건물철거청구는 1985년 4월 9일 판결의 다수의견에서와 같이 굳이 신의성실의 원칙을 원용하지 않고도 같은 결론에 이를 수 있었을 것이다.³¹⁾ 학설 중에도 X에게 적법한 점유권원이 있다는 방향에서 문제를 해결하고자 하는 견해³²⁾가 있어 주목되는데, 다음에서는 이 학설의 내용과 문제점을 살펴보고자 한다.

이 학설은 占有者의 占有할 權利란 직접적인 권리의무관계에서만 나올

30) 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(下),” 「司法行政」, 1986. 7, p. 44. 後記 참조.

31) 만일 1985년 4월 9일 판결의 다수의견이 새로운 건물소유자를 적법한 점유자로 본다는 의미로 “지상권의 부담을 용인하고 또한 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자”라는 표현을 사용했다면 이는 불필요한 우회이며, 신의성실의 원칙이라는 일반규정에도 도피라는 비판을 면하기 어렵다 할 것이다.

32) 특히 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(下),” 「司法行政」, 1986. 7, pp. 41~44.

수 있는 것인가 하는 데에 대하여 의문을 제기하고 占有者와 所有者 사이에 직접적인 권리의무관계가 없더라도 현재의 점유자에게 점유를 넘겨준 자가 소유자에 대한 관계에 있어서 점유할 권리가 있고, 또 당해 점유를 넘겨준 자가 타인에게 점유를 이전할 수 있는 권한이 있다면 그로부터 점유를 이전받은 현재의 점유자 또한 소유자에 대하여 점유할 권리를 가진다³³⁾고 한다. 이러한 입론을 기초로 이 학설은 계속하여 다음과 같은 주장을 한다. 즉 法定地上權者는 대지상의 건물을 사용하는 데에 일반적으로 필요하다고 인정될 수 있는 범위 내의 대지에 대하여는 이를 점유할 수 있는 권리를 가지며, 뿐만 아니라 지상권자는 임의로 그 권리를 타인에게 양도하거나 토지를 임대할 수 있으므로 대지소유자에 대한 관계에 있어서도 제3자에게 점유를 이전할 수 있는 권한을 가진다³⁴⁾는 것이다.

만일 이 학설의 주장내용이 정당한 것이라면 垆地所有者가 土地所有權에 기하여 法定地上權者로부터 지상물에 대한 소유권만을 취득한 자에 대하여 지상물철거청구를 하는 경우와 관련하여 그간 학설과 판례에서 문제되어 온 사안들에 있어서 債權者代位法理, 信義誠實의 原則 등에 의하지 않고도 간명하게 해결할 수 있는 길이 열리게 될 수 있을 것이다. 그러나 위 학설은 다음과 같은 몇 가지 점에서 수긍하기 어려운 면이 있다고 생각한다.

첫째로, 이 견해의 주장내용 중 점유자의 점유할 권리란 반드시 占有者가 所有者에게 직접 주장할 수 있는 物權이나 債權 등의 권리를 가지고 있는 때에만 인정되는 것이 아니라 그러한 권리를 가지고 있는 適法占有者로부터 점유를 이전받은 경우에도 인정될 수 있다는 점에 대하여 보기로 한다. 이와 관련하여 우선 지적하여야 할 것은 물권과 채권의 본질적 차이에 관한 것이다. 채권도 원칙적으로 양도성이 있다(민법 제449조 제1항 본문 참조). 그러나 對人的

33) 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(下),” 「司法行政」, 1986. 7, p.

40.

34) 尹眞秀, “法定地上權 成立後 建物을 取得한 者의 地位(下),” 「司法行政」, 1986. 7, pp. 42~43.

權利인 채권의 양도성은 채권이라는 권리 자체의 본질로부터 도출되는 개념은 아니라고 보아야 한다(민법 제449조 제1항 단서 및 제2항 본문 참조). 반면에, 물권은 對人的 權利가 아니라 權利客體인 物件 자체에 대한 직접지배를 내용으로 하는 권리로서 物權의 讓渡性은 이러한 물권의 본질로부터 직접 도출되는 것이라는 점에서 차이가 있다. 物權에 있어서는 債權關係에서와 같은 의미의 구체적인 의무자가 없는 것이다. 따라서 예컨대, 지상권자가 그의 지상권을 타인에게 양도한 경우에 새로운 지상권자는 토지사용권이 있는데, 이 토지사용권은 지상권양수인이 물권자의 지위에서 당연히 행사할 수 있는 것이지 토지소유자가 그에게 토지사용을 용인할 의무가 있고 그 의무의 이행으로 인한 것이 아님에 유의해야 할 것이다. 타인으로부터 토지에 대한 용익권을 양수받은 자에게 토지용익권이 있는가의 문제는 당해 용익권이 채권적 권리인가 아니면 물권적 권리인가에 따라 큰 차이가 있으며, 만일 그 권리가 물권적 권리라면 용익권을 양수한 자와 토지소유자 사이에 무슨 직접적인 권리의무관계가 있어야 점유할 권리를 취득하는 것은 아니며, 용익권자의 물권적 지위 자체가 토지점유를 정당화하는 요소가 되는 것이다.

둘째로, 민법 제192조 제1항에서 규정하고 있듯이 점유라는 것은 물건에 대한 사실상의 지배이다. 그리고 어떤 자가 점유자로부터 물건에 대한 사실상의 지배를 이전받았다면 그도 점유자임에 분명하며, 따라서 점유권에 기한 효과를 주장할 수 있다는 점에는 의문의 여지가 없으며, 물권자가 그의 '占有할 權利'를 제3자에게 양도할 수 있다는 점에도 의문이 있을 수 없다. 문제는 점유를 이전받은 자가 물건에 대한 사실상의 지배뿐만이 아니라 점유할 수 있는 원원, 즉 민법 제213조 단서에서 말하는 '占有할 權利'까지도 함께 이전받았는가 하는 점이다. 그런데 1985년 4월 9일 판결에서의 본소의 피고 X는 토지를 '占有할 權利'인 地上權을 양도받은 바 없으며, 따라서 그에겐 토지를 점유할 권리는 없다고 보아야 한다. 이러한 측면에서 볼 때, 적법한 점유자가 소유자에 대한 관계에 있어 점유를 제3자에게 이전할 권한이 있다면 그로부터 점유를 이전받은 자도 적법한 점유자가 된다고 주장³⁵⁾하는 것은

받아들일 수 없는 견해이다. 어떤 사람이 점유할 권리가 있는 자로부터 점유를 이전받았다는 것과 그가 점유할 권리까지도 이전받았는가 하는 것은 전혀 별개의 문제이다.

垆地에 대한 용익권을 양수함이 없이 건물소유권만을 양수한 자는 토지를 점유할 수 있는 권리를 가지고 있지 않다고 보아야 한다. 그렇다면 1985년 4월 9일 판결의 다수의견이 취하고 있는 것으로 추측되는 바와 같이 건물양수인이 지상권등기이전청구권이 있다는 사실이 그의 토지점유를 정당화시켜 줄 수 있겠는가 하는 문제를 생각해 보기로 한다.

건물양수인이 그의 거래상대방인 법정지상권자에 대한 법정지상권이전청구권을 보전하기 위하여 법정지상권자를 대위하여 토지소유자에게 대하여 지상권설정등기청구권을 행사할 수 있다는 것 자체는 이론적으로 가능한 것이기는 하나 그렇다고 하여 이러한 상황이 건물양수인의 토지에 대한 점유권원이 될 수는 없는 것이며,³⁵⁾ 따라서 건물양수인에게 채권적 권리인 등기청구권이 있다는 사실만으로는 토지소유자에 의한 물권적 청구권의 행사를 저지할 수 없다.

35) 尹眞秀, 「法定地上權 成立後 建築物 取得한 者의 地位(下)」, 『司法行政』, 1986. 7, pp. 40~41.

36) 특히 이와 관련하여 1985년 4월 9일 판결의 소수의견은 “예컨대 법정지상권이 설정된 후 그 등기가 되지 않은 채로 건물의 소유권이 여러 사람에게 전전양도되고 토지 소유권 또한 여러 사람에게 전전양도된 경우를 생각해 볼 때, 건물의 최종소유자는 언제든지 전자를 순차 대위하여 법정지상권의 이전등기청구권을 행사할 수 있으므로 현재의 토지소유자의 권리행사는 항상 신의칙위반으로서 배척되고 말 것이며, 이렇게 되면 건물소유권과 토지소유권이 아무리 전전양도 되었다고 하여도 건물의 양수인은 전혀 등기를 하지 않고도 사실상 법정지상권의 배타적 효력을 향유하는 결과가 되어 동시제도의 원칙의 본래취지에 어긋난다고 보지 않을 수 없는 것이다”고 주장하고 있는데, 이러한 소수의견의 입론은 설득력이 있는 것으로 생각된다.

IV. 맺음말 해석론적 대안

앞에서의 논의를 통하여 다음과 같은 두 가지 사항을 확인할 수 있었다: 즉 i) 法定地上權은 建物所有權에 부속된 종된 권리는 아니며 원칙적으로 양자는 서로 독립된 별개의 권리라는 점, ii) 法定地上權者로부터 건물만을 양수한 자가 貸地用益權, 즉 토지를 점유할 수 있는 권리를 당연히 취득할 수는 없다는 점이 그것이다. 그렇다면 토지소유자는 건물양수인에게 대하여 언제나 건물철거를 요구할 수 있다고 보아야 할 것인가? 민법은 어떤 자가 토지용익권에 기하여 그 토지 위에 지상물을 건축하고 소유하다가 당해 토지에 대한 용익권의 존속기간이 만료하게 되면 토지용익권설정자 또는 지상물소유자에게 更新請求權, 買受請求權 등을 부여하여 그 지상물이 철거되지 않고 그대로 유지될 수 있는 것을 내용으로 하는 규범조치를 마련하고 있다. 그런데 이러한 규범의 취지는 지상물의 철거를 방지함으로써 건물소유자의 개별적 이익을 보호한다는 데에 취지가 있는 것이 아니라 건물의 철거가 사회경제상 이익이 되지 않는다는 데에서 그 취지를 찾아야 한다. 물론 이와 같이 사회경제상의 이익이 고려됨으로써 개별 용익권자의 이익이 보호되는 결과가 될 수는 있으나 이는 사회경제상의 이익이 고려됨으로 인하여 발생하는 반사적 효과에 불과한 것으로 보아야 한다. 그리고 이러한 상황은 법정지상권의 경우에도 마찬가지이다.³⁷⁾ 이와 같은 법정지상권 등의 인정근거에 비추어 볼 때, 건물양수인에게 토지에 대한 점유권원이 없다는 이유만으로 토지소유권자가 토지소유권에 기한 물권적 청구권으로서의 건물철거를 요구하는 때에 언제나 이를 용인한다는 것도 언뜻 관형을 잃은 감이 든다. 그렇다고 사회경제상의 이익을 내세워 토지

37) 이와 같은 취지에서 대판 1966. 9. 6, 65다2587은 다음과 같이 판시하고 있다: “법정지상권을 인정한 취지는 …… 당사자의 어느 한편의 이익을 보호하려는 데에 있는 것이 아니다.”

소유자의 소유권의 내용을 본질적으로 제한할 수 있다는 것도 현행 법질서에 비추어 볼 때 문제가 있다.

문제의 핵심은 토지소유자의 권한을 제한할 수 있는 법리적 근거가 있는가 하는 점이다. 이에 관한 종래의 이론은 한결같이 과연 현재 대지를 점유하고 있는 건물소유자에게 점유할 권원이 있는가의 관점에서 논의해 왔으며, 이들 이론의 한계 및 부당성에 대하여는 이미 설명한 바와 같다. 이 문제에 대한 올바른 해결을 도모하기 위하여 시각의 전환이 필요한 시점이 아닌가 생각한다. 여기에서는 1985년 4월 9일 판결과 관련하여 간단하게나마 종래와는 다른 각도에서의 새로운 해석론적 대안을 위한 기본방향을 제시하고자 한다. 대지소유자가 토지소유권에 기하여 물권적 청구권의 내용으로 건물의 철거를 주장할 수는 없다. 대지소유자의 토지사용권은 당해 토지에 대하여 이미 정당한 점유권원을 가지고 있는 자의 용익권, 즉 법정지상권에 의하여 제한되기 때문이다. 그런데 대지소유자의 토지사용권을 제한하는 법정지상권자는 누구인가 하는 점에 이 새로운 시각의 특징이 있다. 대지소유자의 토지사용권을 제한하는 법정지상권은 여전히 사안에서의 A에게 있다고 보아야 한다. 왜냐 하면 A가 민법 제363조라는 법률규정에 따라 건물소유를 위한 법정지상권을 취득하였고 이 법정지상권은 건물소유권이 X에게 이전되었음에도 불구하고 그에게 이전된 바 없으며, 또한 이 법정지상권이 소멸된 바도 없기 때문이다. 요컨대, Y의 X에 대한 건물철거청구가 부인되는 것은 X가 Y 소유 토지에 대하여 점유권원이 있기 때문이 아니라 Y의 토지소유권은 유효하게 성립하였고 여전히 존속하고 있는 A의 對世的 權利로서의 法定地上權 때문인 것으로 보아야 한다는 것이다. 건물소유권의 양도에도 불구하고 법정지상권은 원래의 법정지상권자에게 유보되어 있는 것으로 보아야 한다는 것은 이미 대법원이 확인하고 있는 사항이다.³⁸⁾ 이러한 판결을 기초로 한다면 1985년 4월 9일 판결의 다수의견과

38) 예컨대, “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 유

같이 굳이 신의성실의 원칙을 언급하지 않고도 동일한 결과에 이를 수 있었을 것이다.³⁹⁾

법률의 규정에 의하여 취득된 法定地上權은 물론 시효소멸의 대상이 될 수 있다(민법 제162조 2항). 법정지상권이 시효로 인하여 소멸하면 토지소유자의 건물철거청구는 인용될 수 있을 것이다. 그러나 법정지상권자로부터 건물소유권만을 취득한 자가 시효취득의 요건을 갖추었다면 지상권을 시효취득할 수 있는 가능성도 있을 것이다(민법 제248조 참조). 1985년 4월 9일 판결에서와 같이 시효제도가 문제되지 않는 상황에서 토지소유자가 현재의 건물소유자에게 건물철거라는 물권적 청구권을 행사하는 경우에 이 청구는 여전히 유효하게 존속하고 있는 법정지상권으로 인하여 용인될 수 없을 것이며, 건물소유자로서는 채권자대위법리⁴⁰⁾에 따라 순차적으로 또는 중간생략등기의 형태로 지

보되어 있는 것으로 보아야 한다”(대판 1980. 9. 9, 78다52). 1985년 4월 9일 판결의 소수의견은, “법정지상권은 건물의 존립을 위하여 토지를 이용하는 권리이긴 하나 건물의 소유권과는 독립한 별개의 물권이며 건물소유권에 부종하여 건물소유권의 이전에 따라 같이 이전되는 것이 아니므로 건물소유권이 이전되었다고 하여도 법정지상권에 관하여 별도로 공시방법을 갖춘 유효한 처분행위가 없는 한 그 권리는 당초의 건물소유자에게 남아 있는 것이다”고 하여 이와 동일한 취지이다.

- 39) 1985년 4월 9일 판결의 다수의견이 “법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다”고 판시한 것은 법리적 관점에서 부당하다고 보아야 한다. 왜냐 하면 의무자가 권리자에게 일정한 행위를 청구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다는 것 이전에 아예 불가능한 것으로 보아야 하기 때문이다.
- 40) 법정지상권자로부터 건물소유권만을 양수받은 자가 채권자대위법리에 따라 지상권 등기를 할 수 있다는 것은 판례와 학설이 일반적으로 승인하고 있는 사항이며, 이러한 위론은 타당하다고 생각한다. 그런데 이 문제와 관련하여 특히 생각해 보아야 할 사항은 다음이다. 건물소유권과 토지사용을 위한 법정지상권이 경제적 동일체를 구성하고 있다는 점은 법정지상권자와 그로부터 건물소유권을 취득한 자 사이의 법률행위의 해석에 영향을 줄 수 있다는 것이 그것이다. 즉 특별한 사정이 없는 한 이들 사이의 건물매매계약 속에는 건물이 위치하는 대지사용권도 이전한다는 내용도 포함되어 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이 지상권양도계약상의 채권적 권리는 대지소유자가 혼자 건물소유자에게 대하여 행사하는 토지소유권에 기한 물권적 청구권을

상권이전등기를 완료하여 건물에 대한 소유권을 공고히 할 수 있다는 결과가 된다.

법정지상권자로부터 건물소유권만을 이전받은 자에 대한 토지소유자의 물권적 청구권의 허용 여부를 판단함에 있어서는 법정지상권과 건물소유권의 상호 독립성을 기초로 한 문제해결이 요망된다 할 것이다.

저지시킬 수 있는 효력을 가지지는 못하지만 건물소유자의 지상권등기청구권의 근거로서의 기능을 한다고 볼 수 있는 것이다.