

韓國法上 土地와 建物과의 關係¹⁾

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

I. 서론	4. 지상권의 효력
II. 건축 도중의 공작물의 성질과 소유권귀속	5. 지상권의 소멸
1. 문제의 제기	IV. 토지와 그 지상건물의 소유권 분리
2. 건축 도중의 공작물의 법적 성질	1. 법정지상권
3. 건축 도중의 공작물이 완성된 경우의 소유권귀속	2. 관습법상의 법정지상권
III. 지상권	3. 저당토지 위의 건물에 대한 일괄경매권
1. 의의	V. 결론
2. 지상권의 취득	參考文獻
3. 지상권의 존속기간	SUMMARY

I. 序 論

우리나라는, 건물을 토지와 독립한 부동산으로 다루고 있지 않는 西洋과는 달리, 건물을 토지로부터 독립한 별개의 부동산으로 다루는 법제를 취하고 있다. 즉, 건물은 그것이 서 있는 토지와 부합이 되어서, 토지의 구성부분 내지 일부가 되는 것이 아니고, 토지와 별개의 독립한 부동산이 되는 것이다. 동일인이 토지와 그 토지

1) 이 논문은 2004년 7월 12일 연변과학기술대학에서 발표한 논문임.

위에 건물을 소유하고 있는 경우이더라도 토지와 건물이 각각 독립된 별개의 소유권 및 그 밖의 권리의 객체가 된다. 또한 등기와 관련하여서도 토지에 대한 등기제도 이외에 건물에 대한 등기제도를 별도로 두고 있다. 이는 건물이라는 정착물이 있는 토지에 대한 권리가 이전·설정·압류되었다고 하더라도 그 정착물에는 효력이 미치지 않는다는 것을 의미한다.

그런데 일찍이 로마법학자는 “지상물은 토지에 따른다(superficies solo cedit)”는 법리에 따라 모든 지상물을 토지의 구성부분으로 파악하여 지상물을 토지에서 독립한 물권의 객체로 구성하지 않았다. 따라서 로마법에서는 건물은 토지에 부합되어 토지소유자에게 귀속하게 된다. 그리고 대부분의 서양에서는 로마법의 체계에 따르고 있다.

그러나 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루는 우리 法制 아래에서는, 토지와 건물을 一體의 것으로 하는 로마법계의 국가와는 서로 다른 법현상을 일으키게 된다. 그 가운데 중요한 것 몇 가지를 들면 다음과 같다.

첫째, 건축 도중의 공작물은 어떠한 성질을 가지며, 나아가 건물이 완성되었을 때 누가 그 건물에 대한 소유권을 취득하는가의 문제가 일어난다.

“지상물은 토지에 따른다”라는 로마법 이래의 원칙에 따라서 이론을 구성한다면, 토지소유자가 직접 자신의 토지에 건물을 짓거나 혹은 토지이용에 아무런 권원이 없는 자가 무단으로 타인의 토지 위에 건물을 짓는 경우에 있어서, 건축 도중의 공작물은 토지의 정착물로서 토지에 부합하고, 토지의 일부 내지 구성부분이 될 것이다.

그러나 건물이 완성되었을 때에는, 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루고 있는 우리 법제에서는, 로마법의 원칙에 따르는 법제에서는 일어나지 않는 문제가 발생한다. 즉, 토지소유자가 직접 자신의 토지에 건물을 완성하게 되면, 건물 부분에 대한 소유권이 토지소유자에게 새로이 탄생되게 된다. 그리고 토지이용에 대하여 아무런 권원이 없는 자가 무단으로 타인의 토지 위에 건물을 완성한 경우에도, 건물 부분에 대한 소유권이 토지로부터 분리되어서 새로이 탄생되게 되는 것은 물론이지만, 이때 탄생되는 건물에 대한 소유권이 토지소유자에 귀속 하는가 그렇지 않으면 무단건축자에게 귀속하게 되는가의 문제가 다시 일어난다. 한편, 토지이용에 대하여 아무런 權原이 없는 무단건축자에 의해서 건물이 축조된 경우에는, 이외에도 또 다른 문제점이 있다. 로마법원리에 따른다면 그 건축 도중의 공작물은 토지에 부합하는 것으로 되어서, 그것은 토지소유자에게 귀속하고, 그 무단건축자에게 소유권이 인정될 여지가 없다. 그렇다면 건축 도중의 공작물의 소유권을 가지고 있는 토지소유자가 무단건축자에 대하여 그 공작물의 철거 내지 수거청구를 할

수 없게 되고, 무단건축자도 공작물에 대한 철거 내지 수거의무를 지지 않는다는 결론이 나온다. 그러나 이러한 결론은 불합리하고 수긍할 수 없는 것은 물론이다.

이러한 의미에서 토지와 건물을 별개의 객체로 하는 우리 법제 아래에서는, 건축도중의 공작물이 토지에 부합한다고 이해하는 것은 체계적으로 맞지 않는다. 그렇다고 한다면, 이 법체계상의 차이를 충분히 인식하면서, 그곳에서 생기는 모순을, 우리 민법의 해석론을 통하여 解消하지 않으면 안될 것이다. 그러기 위해서는 건축의 여러 공정을 통하여 건물이 토지에 부합한다고 하는 로마법적 관념으로부터 한번 해방되어 이 문제를 생각할 필요가 있을 것으로 생각된다.

본고에서는 건축도중의 공작물이 토지에 부합하지 않으며, 또한 토지와는 별개의 독립한 동산으로 파악하고자 한다. 그리고 그렇게 하기 위한 이론구성을 시도해 보고자 한다.

둘째, “지상물은 토지에 따른다”라는 원칙을 취하는 서양의 법제에서는, 지상권은 지상물을 토지에 부합시키지 않고 토지소유자 이외의 사람에게 귀속시키는 법적 기술로서 고안된 것이다. 즉, 지상권은 지상물을 소유하는 권리로 이해되고 있다. 그러나 우리나라에서는 건물도 토지와 별개의 부동산이고 또한 수목의 집단도 토지로부터 독립한 권리의 객체로 다루어질 수 있기 때문에, 지상권은 지상물을 소유하는데 의미가 있지 않고, 지상물을 타인의 토지 위에 소유하기 위하여 타인의 토지를 사용하는 데에 의미가 있다. 즉, 지상권은 지상물을 위해 토지를 사용하는 권리로 파악된다.

본고에서는 토지와 건물을 독립한 부동산으로 파악하는 우리 법제에서는, 지상권을 어떻게 규정하고 있으며, 그 특징과 내용이 어떠한지를 살펴보고자 한다.

셋째, 토지와 건물을 독립한 부동산으로 파악하는 우리 법제에 의하면, 토지소유권자와 건물소유권자가 서로 다른 사람인 경우도 얼마든지 발생할 수가 있다. 그런데 동일인이 토지와 그 지상의 건물을 소유하고 있다가 어떤 이유 또는 원인에 의하여 양자의 소유권자가 달라지게 되었을 때, 가능한 한 건물을 철거하지 않는 것이 국가 사회경제적으로 유익한 바, 우리 법제에서는 이 경우에 건물의 철거를 방지할 수 있는 법적 제도가 마련될 필요가 있다.

그러한 법적 제도로써, 법정지상권제도, 관습법상의 법정지상권제도, 저당토지위의 건물에 대한 일괄경매권제도 등이 마련되어 있다.

본고에서는 이러한 제도들의 특징과 내용을 살펴보고자 한다.

II. 建築 도중의 工作物의 性質과 所有權歸屬

1. 문제의 제기

실제로 건물을 건축함에 있어서 토지소유자를 비롯하여 건축업자·하수급인·재료제공자 등 많은 사람이 관여할 뿐만 아니라 그 관여의 형태도 매우 다양하다. 그런데 우리나라는, 건물을 토지와 독립한 부동산으로 다루고 있지 않는 西洋과는 달리, 토지와 건물을 독립한 부동산으로 다루는 법제를 취하고 있기 때문에, 건물이 완성된 경우에 과연 이렇게 많은 관여자 가운데 누구에게 그 소유권이 귀속하는가가 법적으로 큰 문제가 되고 있다. 완성건물의 소유권이 누구에게 귀속하는가의 문제는 건축관여자들의 이해관계에 중대한 영향을 미침은 물론이고 그 관여자들의 채권자에도 큰 영향을 주기 때문이다.

“지상물은 토지에 따른다”라는 로마법 이래의 원칙은, 우리나라에서는 건물 이외의 지상물에 대해서는 그대로 적용되고 있다. 그러나 토지 위의 건물에 대해서는 이 원칙이 적용되지 아니하며, 지상건물은 토지와 별개의 부동산으로 다루지고 있다²⁾. 그런데 이와 같이 토지와 지상건물을 각각 별개의 독립한 부동산으로 다루는 우리의 法制 아래에서는, “지상물은 토지에 따른다”는 원칙을 예외 없이 건물에도 적용하는 로마법계의 국가에 있어서는 발생되지 아니하는 법현상들이 나타난다. 그러함에도 불구하고 이러한 법현상에 관한 구체적이고 특별한 입법적 조치가 강구되지 않고 있어, 해석론 상 어려운 문제가 발생하고 있는 것이다.

무릇 건물을 토지와는 별개의 독립한 것으로 한다고 하더라도, 토지와는 독립한 부동산인 건물에 대하여 증개축·修理 등의 공작에 의해서 소유자를 달리하는 동산이 결합하는 경우에 있어서, “부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다.”라는 民法 제256조 본문에 의하여, 그 건물에 결합된 타인의 동산은 부동산인 건물에 부합한다고 하는 점에 대해서는 異論이 있을 수가 없다고 생각된다.

그런데 곤란한 법률문제가 발생하는 것은, 부동산인 건물에 아직 이르지 않은 공

2) 부동산 부합에 관한 종래 우리나라의 관습에 의하면, 가옥과 부지(토지)가 동일 소유자에게 속하는 경우, 가옥의 양도 또는 典當은 당연히 부지에 미쳤다고 한다. 이 점에서는 가옥을 주물로 보고 부지를 종물로 보았다고 할 수 있다. 그러므로 가옥만을 목적으로 하고 부지를 제외하는 賣買·典當에서는 특별히 그 취지를 계약서에 명시하는 것이 보통이었다. 다만 光武 10년(1906년) 12월 土地家屋證明規則을 시행한 이래 토지와 건물은 별개로 되었기 때문에 우리의 관습은 사라졌다고 한다(정우형, 부동산부합에 관한 연구, 한양대학교 법학박사 학위논문, 1996, 216면).

작물, 즉 건축 도중의 공작물에 대하여, 타인의 동산이 결합되거나, 혹은 그것과 함께 工作이 가해진 경우이다. 같은 문제는, 건물이 부동산이라 할 수 없을 정도로 해체되고 있는 도중에 그것에 대하여, 다시 타인에 의해서 工作이 附加된 경우도 일어난다. 이러한 경우, 그것에 의해서 부동산인 건물의 단계에 달한 때 혹은 건물로서 완성된 때에, 그 건물의 소유권은 과연 複數의 관여자들 가운데 누구에게 귀속하게 되는가가 문제된다.

나아가, 이러한 문제를 해결하기 위해서는, 그 전제로서 현재 건축 도중에 있는 공작물의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가, 즉 토지의 일부로서 부동산으로 볼 것인가, 토지와는 일용 독립한 동산으로 볼 것인가가 논의되어야 한다.

아래에서는 건축 도중의 공작물의 법적 성질을 먼저 살펴본 후, 그것에 다시 공작이 가해져 건물로서 완성되었을 때 누구에게 완성건물의 소유권이 귀속되는지를 고찰해 보기로 한다.

2. 建築 途中의 工作物의 法的 性質

문제는 아직 부동산인 건물에 이르지 아니한 단계에 있는 건축 도중의 공작물의 법적 성질을 어떻게 보아야 할 것인가이다. 이 점에 대하여는 종래 우리나라에서 적극적으로 논의가 되고 있지 아니하나, 다음과 같은 생각을 해 볼 수 있을 것이다.

먼저 “지상물은 토지에 따른다”라는 로마법 원칙에 가장 충실히 따라서 이론을 구성한다면, 토지소유자가 직접 자신의 토지에 건물을 짓든 또는 토지이용에 아무런 권원이 없는 자가 무단으로 타인의 토지 위에 건물을 짓든, 건축 도중의 공작물은 토지의 정착물로서 토지에 부합하고(256조 본문 ; 아래에서 법명의 언급이 없는 것은 民法의 조문을 말한다) 토지의 일부 내지 구성부분이 된다고 생각해 볼 수가 있다. 그러나 예컨대 지상권자처럼 토지이용에 정당한 권원이 있는 자가 타인의 토지 위에 자신의 건물을 짓는 경우에는, 정당한 ‘권원’에 의한 것이므로 건축 도중의 공작물은 토지에의 부합이 일어나지 않는다고 해석할 수 있다(256조 단서).

그러나 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루고 있는 우리 법제에서는, 로마법의 원칙에 따르는 법제에서는 일어나지 않는 현상이 발생한다. 즉, 토지소유자가 직접 자신의 토지에 건물을 짓는 경우를 보면, 건축 도중의 공작물은 로마법의 원칙에 따라 일단 토지에 부합하고 토지소유자의 소유권의 범위 내에 들어가게 되지만, 그것이 일단 건물로서 완성되게 되면 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루는 우리 법제 아래에서는 건물 부분에 대한 소유권이 토지로부터 분리되

어서 새로이 탄생하게 된다. 더구나 토지이용에 아무런 권원이 없는 자가 무단으로 타인의 토지 위에 건물을 짓는 경우라면, 건축 도중의 공작물이 토지에 부합하여서 그 공작물이 일단 토지소유자의 소유권의 범위 내에 들어가지만, 무단 건축자가 일단 건물을 완성하게 되면 건물에 대한 소유권이 토지소유권으로부터 분리되어서 새로이 탄생되는 현상이 역시 발생하는데, 여기서 이때 새로이 생겨나는 건물소유권이 토지소유자에 귀속하는가 그렇지 않으면 무단건축자에게 귀속하게 되는가의 문제가 다시 발생한다. 나아가 이 이외도 또 다른 문제점이 있다. 즉, 權原이 없는 무단건축자에 의해서 건물이 축조되는 경우에, 만약 로마법원리에 따른다면, 그것은 토지에 부합하게 되고 그 건축 도중의 공작물의 소유권은 토지소유자에게 귀속하게 되므로, 그 무단건축자에게는 소유권이 인정될 여지가 없다. 이와 같이 건축 도중의 공작물의 소유권이 토지소유자에게 귀속하게 된다면, 무단건축자에 대하여는 토지소유자가 그 공작물의 철거 내지 수거청구를 할 수 없게 되고, 무단건축자도 공작물에 대한 철거 내지 수거의무를 지지 않는다는 결론이 나온다. 그러나 이러한 결론은 불합리하고 수긍할 수 없는 것은 물론이다.

그렇다면 건축 도중의 건축물이 토지에 부합한다고 하는 로마법적 관념으로부터 한 번 해방되어서 고찰할 수는 없는지 생각해 보기로 한다. 여기서 건축 도중의 공작물을 동산으로 하는 생각은 성립할 수 없는가. 그런데 건축 도중의 공작물을 토지와는 별개의 동산이라고 하기 위한 이론구성의 한 방법으로서, 건축 도중의 공작물이 토지의 정착물이 아니라고 파악하는 것을 생각해 볼 수가 있다³⁾. 건축 도중의 공작물을 가건물이나 판자집처럼 임시적이고 토지에 충분히 정착되지 않는 물건으로 파악한다면, 그것을 동산으로 볼 수는 있을 것이다. 그러나 이렇게 파악하는 것에는 無理가 있다. 확실히 로마법 이래 위와 같은 의미에서의 가건물 등은 토지에 부합하지 않는다고 하고 있다. 그렇지만 건물의 건축을 목적으로 하여 토지 위에 짓고 있는 건축 도중의 공작물은, 그 건물 자체가 일시적 목적의 것이 아닌 한, 오히려 사회관념 상 그 토지에 항구적으로 또는 상당기간 계속적으로 부착된 상태에 있어서 사용되는 것이 의도되어 있다고 하겠으며, 가건물 등과는 그 성질을 달리 파악하여야 할 것이다.

그러면 문제는 건축 도중의 공작물의 동산성을 어디서 찾을 것인가에 있다. 그것은 건축 도중의 공작물이, 그것 자체로서, 거래 상의 가치가 인정되는가의 여부에서 찾아야 할 것으로 생각된다⁴⁾. 예컨대 현실에 있어서 건축 도중의 공작물이 기성

3) 우리 民法은 “토지 및 그 정착물”을 부동산으로 정의하고 있다(99조).

4) 독립하여 거래의 객체가 되는 것의 대표적 예로서 송신용 철탑, 정원석이나 정원수, 벽돌이나 용기를 굽는 가마, 주유소의 급유기 등을 들 수 있다. 또 입목법에 의한 등기가 되지 아니하는 立木도 이에 해당한다고 한다. 판례에 의하면, 건물의 屋蓋部分·난독·시설부지에 정착된 레일 따위는 독립

고에 따라 평가되어 거래의 대상이 되어 매매의 대상이 되고 있으며, 또 토지이용권을 설정하면서 이것을 타인에게 양도하는 것도 일반적으로 가능하다고 볼 수 있기 때문에, 건축 도중의 공작물에 대하여 토지와는 별개의 객체성을 전면적으로否定할 수는 없다고 하겠다⁵⁾. 그런데 여기서 권리의 객체인 물건이 되기 위해서는 '하나의 독립한 존재'를 가지는 것이어야 하는데, 과연 건축 도중의 공작물이 여기서 말하는 독립한 존재인가가 문제되지만, 독립성의 유무는 경제거래의 실태에 즉응하여 사회통념 또는 거래관념에 따라서 판단하므로, 건축 도중의 공작물이 그것 자체로서 거래상의 가치가 인정된다면, 비록 토지에 정착되어 있다고 하더라도 독립성은 인정될 수 있으리라고 생각된다. 그리고 무엇보다도 장소적 移轉性의 면에서 동산성을 충족하는가 어떤가라는 또 다른 문제가 일어나지만, 우리 法上 토지·건물·입목이 등기라는 공시방법을 갖추면 부동산으로 인정되고 있는 이상, 아무런 공시방법이 마련되지 않고 있는 건축 도중의 공작물을 부동산이라 할 수는 없고, 동산으로 해석할 수밖에 없는 것일까 생각된다.

3. 建築 途中의 工作物이 완성된 경우의 所有權 歸屬

이어서, 건축 도중의 공작물에 대하여 다시 타인에 의해서 공작이 가해져서, 부동산인 건물로 되거나 혹은 건물로서 완성된 경우에, 그 법률관계를 어떻게 파악할 것인가라는 문제가 다시 일어난다. 먼저 우리의 학설과 판례의 입장을 살펴보고, 이를 검토를 해 보기로 한다.

(1) 學說

건축 도중의 공작물을 타인이 완성한 경우 우리나라의 학설은 간단히 동산과 동산의 부합의 문제로 파악하고 있다. 즉, 우리 민법은 동산과 동산이 부합하여 새로운 동산이 된 경우만을 규정하고 있고(257조) 동산과 동산이 부합하여 부동산(예컨대 건물)이 된 경우에 관해서는 아무런 규정이 없지만, 이 경우에 관하여도 이 규정을 유추적용 하여도 불합리하지 않다고 한다⁶⁾.

하여 거래의 객체가 될 수 없고, 果木·植栽된 植木·임야 내의 자연석을 조각하여 제작한 石佛 등은 독립하여 거래의 객체가 될 수 있다. 홍기태, “미완성건물에 대한 강제집행의 방법”, 민사판례연구회 편 민사판례연구 XIX(박영사, 1997), 521-513면.

5) 홍기태, 상계논문, 513면에서는, “현실적으로도 미완성의 건물은 기성고에 따라 평가되어 거래의 대상이 되어 매매가 이루어지고 있고 …”라고 한다.

6) 金容漢, 物權法(博英社, 1985), 305면; 金相容, 物權法(法文社, 1999), 405面.

(2) 判例

타인이 건축하던 건축물을 引渡받아 나머지 공사를 마치고 완공한 경우, 그 완성된 건물의 소유권귀속에 관한 判例의 입장은, 공사중단 당시의 건물상태를 기준으로 하고 있다. 이에 의하면, 공사중단 당시에 미완성이지만 사회통념상 독립한 건물이라는 형태와 구조를 갖추고 있어 독립한 부동산으로서 소유권의 객체가 될 수 있는 정도에 이르고 있었다면, 나머지 부분을 다른 사람이 이어 받아 잔여공정을 마치고 완공하더라도, 원래의 건축자가 소유권을 원시취득 한 것으로 판단한다.

그러나 공사중단 당시에 아직 사회통념상 독립한 건물이라는 형태와 구조를 갖추고 있지 못한 경우에는, 나중에 이를 이어 받아 건물로서 완공한 사람이 완성건물의 소유권을 원시취득 한다고 하는 것이 判例의 입장이다⁷⁾.

결국 판례의 이러한 해석은 이 경우를 民法 제256조의 부동산에의 부합의 문제로 파악하고 있다고 볼 수 있다.

(3) 檢討

위와 같이 공사중단 당시를 기준으로 하여 사회통념 상 독립한 건물로 볼 수 있는지의 여부에 따라 소유권의 귀속을 판단하는 判例의 입장에 의하면 다음과 같은 난점이 있다. 즉 예컨대 A가 70% 내지 80%의 공정을 마치고 B가 이를 인수받아 나머지의 공정을 끝내어 건물을 완공하였다 하더라도, A가 공사를 중단할 당시의 기성고가 독립한 건물로 볼 수 있을 정도가 아니라면, 완성건물의 소유권은 B가 취득한다. 이러한 결론은 상식에 어긋난다. 그런데 심지어 ‘大判 1997. 5. 9, 96다 54867’의 판결에서는, 공정이 전체의 45% 내지 50% 정도에 이른 것에 불과한 때에도 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추었다고 보고서 원래의 건축자가 이 건물의 소유권을 원시취득 하였다고 인정하고 있어서, 그 결론에 쉽게 납득되지 않는 점도 있다.

그렇다면, 이와 같은 경우에 해결할 수 있는 방법으로서 두 가지를 생각해 볼 수가 있다고 하겠다. 하나는 前述한 우리의 학설에서와 같이 동산 간의 부합으로 해결하는 방법이고, 다른 하나는 가공으로 해결하는 방법⁸⁾이다.

7) 大判 1984. 6. 26, 83다카1659 ; 同 1984. 9. 25, 83다카1858 ; 同 1993. 4. 23, 93다 1527·1534 ; 同 1995. 3. 3, 93다50475 ; 同 1997. 5. 9, 96다54867 ; 同 1998. 9. 22, 98다 26194 등.

8) 일본의 최고재판소 판결은 가공에 의한 해결방법을 택하였다(日本 最高裁判所 判決 1979. 1. 25, 昭和 53年(オ) 第872號<民集 33卷 1號 26面> ; 民法判例百選 I., ジェリスト No. 136(有斐閣,

먼저 동산 간의 부합으로 해결하는 방법으로 이론을 구성해 보자. 즉, A가 건물 건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권귀속은 주된 공정을 수행한 자가 소유권을 취득하나, 主從을 구별할 수 없을 때에는 부합 당시의 가액의 비율로 그 건물을 共有한다는 결론이 나온다. 물론 주된 공정을 수행한 자가 소유권을 취득하더라도 從된 공정을 수행한 자에게 補償하여야 한다(261조).

다음으로 가공으로 해결하는 방법으로 이론을 구성해 보자. 즉, 아직 독립한 부동산에 이르지 아니한 건축 도중의 공작물을 제3자가 이어 받아 이것에 재료를 제공하여 공사를 시행하여, 독립한 부동산인 건물로 만든 경우, 재료에 대하여 시공된 공작이 특별한 가치를 가지고 완성된 건물의 가격이 원재료의 그것보다 상당한 정도 증가하는 때에는, 오히려 민법 제259조9)의 가공의 원리에 따라 소유권의 귀속을 결정하게 된다. 예컨대 A가 건물건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권은 원칙적으로 원재료의 소유자인 A에게 귀속하지만, B의 공사로 인하여 완성된 건물의 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자인 B의 소유로 된다. 물론 이 경우에도 소유권을 취득하지 못하는 자가 입는 손해는 소유권을 취득하는 자에게 보상을 청구할 수 있다(216조).

그런데 가공의 이론에 의하면, 위의 예에서 B의 공사로 인하여 완성된 건물의 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자인 B의 소유로 되지만, 그렇지 않는 한, 건축을 중단한 자 A가 항상 완성건물의 소유권을 취득하는 난점이 있다. 따라서 동산과 동산 간의 부합의 원리에 따라서 해결하는 것이 가공에 의하여 해결하는 것보다 더 나은 방법이라고 생각된다.

Ⅲ. 地 上 權

다음으로 건물은 토지와 별개의 독립한 부동산으로 파악하고 있는 우리 법제에 있어서 취하고 있는 지상권의 내용을 고찰해 보기로 한다.

1906. 4), 154面 以下).

9) 民法 제259조[加工] “① 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다. ② 가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 전항의 증가액에 가산한다.”

1. 意義

우리의 地上權은 타인 소유의 토지에서 건물 기타 공작물 또는 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용할 수 있는 用益物權을 말한다(279조). 1984년의 民法改正으로 종래의 지상권 외에 地上 또는 地下의 일정한 區分層만의 이용을 목적으로 하는 區分地上權이 새로이 입법되었다(289조의2).

“지상물은 토지에 속한다”는 원칙이 지배하는 로마法에서는 지상물을 토지에 附屬시키지 않고 토지소유자 이외의 자에게 귀속시키는 법적 기술로서 案出된 것이 지상권제도이다. 즉, 지상권이란, 타인의 토지에 건물을 건축하고, 이것을 그의 소유자처럼 이용하기 위하여, 地代를 지급하고 영구 또는 특정된 기간, 보통으로는 99년간이라는 장기간, 타인의 토지를 사용하는 권리이었다. 法務官은 地上權保護의 特示命令과 地上權行使妨害禁止의 特示命令으로 지상권자의 권리를 침차 보호했다. 유스티니아누스帝法에서는 지상권의 법적 보호가 더욱 강화되어, 지상권은 토지소유자와의 채권적 법률관계가 아니라 타인의 토지 위에서 건물을 배타적으로 용익할 수 있는 물권관계로 인정되었으며, 토지소유자를 포함한 모든 제3자에게 대항할 수 있는 準對物訴訟으로도 보호받게 되었다. 그러나 지상권에 대하여 물권적 성질이 주어지더라도, “지상물은 토지에 따른다”는 법리에 따라, 지상권자가 지상에 축조한 건물은 그의 소유에 돌아가는 것은 아니고, 토지소유자의 소유로 돌아간다. 따라서 지상권은, 타인의 토지에서 타인의 건물을 마치 소유자처럼 가지는 타인의 물건에 대한 권리, 즉 용익물권으로 분류되었다.

이러한 “지상물은 토지에 따른다”는 로마법의 입장은 현재 독일·프랑스 민법 등 유럽법이 채택하고 있다. 여기서의 지상권은 타인의 토지 위에 지상물을 세우는 경우 그 지상물을 타인의 토지소유권으로부터 분리시켜서 지상물을 소유하는데 의미가 있다. 이러한 입법주의 아래에서는, 타인의 토지에 건물을 세웠더라도 지상권을 가지고 있어야 건물의 소유자로서 인정받을 수가 있다. 그렇지 아니하면 건물은 타인의 토지소유권에 흡수되어 버리기 때문이다. 이와 같은 지상권은 건물 등의 지상물의 소유를 가능하게 하는 기능을 수행한다. 따라서 지상권이 소멸하면 건물 등의 지상물의 소유권도 소멸하고, 지상물은 토지에 부합되어 토지소유권에 흡수되어 버린다¹⁰⁾.

10) 독일에서는 지상권인 세습건축권(Erbbaurecht)을 매우 불완전하게 규정한 민법규정을, 1919년 제정된 세습건축권법(Verordnung ueber das Erbbaurecht)에 의하여 폐지하고, 토지소유자와 세습건축권자, 그리고 세습건축권 위의 담보권자 및 임차권자 상호간을 조화있게 규정하여, 주택부족문제 해결에 크게 기여하였다. 이러한 세습건축권은 건축물의 소유를 목적으로 타인의 토지를 이용하는 용익물권으로서, 건축물의 소유와 토지이용권을 합한 권리이며, 부동산과 마찬가지로 다루어진다(同

그런데 우리 나라에서는 건물은 토지와 별개의 부동산이고 또한 수목의 집단도 토지로부터 독립한 권리의 객체로 다루어질 수 있기 때문에, 지상권은 지상물을 소유하는 데에 의미가 있지 않고, 지상물을 타인의 토지 위에 소유하기 위해 타인의 토지를 사용하는 데에 의미가 있다. 따라서 우리의 지상권은 지상물을 타인의 토지 위에 소유하기 위하여 타인의 토지를 이용하는데 의미가 있다. 지상권이 소멸하더라도 지상물의 소유권은 그대로 존속한다.

이러한 우리의 지상권의 성질을 분석하면 다음과 같다.

(1) 他人의 土地에 대한 制限物權

지상권의 객체는 타인의 토지이다. 원칙적으로 1필의 토지이어야 하지만, 1필의 토지의 일부라도 상관없다(不登法 136조). 지상권과 토지소유권이 동일인에게 귀속하면, 混同으로 지상권이 소멸한다.

(2) 土地使用權

타인의 토지를 사용할 수 있는 것을 본질적 내용으로 하는 권리이다. 따라서 ① 현재 공작물이나 수목이 없는空地에도 지상권은 성립한다. ② 또 타인의 토지를 점유할 수 있는 권리를 포함한다. ③ 地表뿐 아니라 地上·地下의 사용을 내용으로 할 수 있다. ④ 지상물이 점거하고 있는 부분뿐만 아니라 그것을 소유하는 목적을 달성하기 위한 주위의 적당한 범위의 토지에까지 효력이 미친다. ⑤ 사용의 조화를 꾀하는 상린관계에 관한 규정이 준용된다(290조).

(3) 地上物の 所有를 위한 權利

타인의 토지 위에서 건물 기타 공작물 또는 수목을 소유하기 위한 용익물권이다. 기타 공작물은 연못·電柱·TV탑·기념비·교량·고가도로 등 지상공작물과 지하철·터널·우물·파이프관 등 지하공작물을 포함한다. 수목의 종류에는 제한이 없다.

(4) 地料支給의 不問

法 11조). 그리하여 지상권자는 건축물에 대하여 소유권을 갖고, 토지에 대하여는 이용권을 갖는다. 이와 같이 지상건축물은 세습건축권의 본질적 구성부분이 된다.

지료의 지급은 지상권의 요소가 아니며¹¹⁾, 무상의 지상권도 인정된다.

2. 地上權의 取得

(1) 法律行爲에 의한 取得

보통은 토지소유자와 지상권자와의 지상권설정계약에 의한다. 즉, 지상권의 설정을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기에 의해 취득된다¹²⁾.

그러나 유언·지상권의 양수에 의해서도 지상권이 승계취득된다. 모두 법률행위에 의한 물권변동이므로, 등기하여야 효력이 발생한다(186조).

(2) 法律行爲에 의하지 않는 取得

다른 부동산물권과 마찬가지로 상속·판결·경매·공용징수·취득시효 기타 법률의 규정에 의해 취득될 수도 있다. 이때 등기를 요하지 않으나(187조), 다만 취득시효의 경우에는 등기함으로써 효력이 생긴다(245조).

기타 법률상 당연히 취득되는 법정지상권과 관습법 상의 법정지상권이 있다.

3. 地上權의 存續期間

(1) 設定行爲로 期間을 정한 경우

(가) 最短期間

지상권의 존속기간을 약정하는 경우에는, 다음의 年限보다 단축하지 못한다(280조 1항). 이는 적극적으로 지상권자를 보호하기 위한 것이다¹³⁾.

11) 독일의 세습건축권에 있어서도 마찬가지로 지료의 지급은 요소가 아니다.

12) 독일의 세습건축권은 토지소유자와 세습건축권자 사이의 물권적 합의와 세습건축권등기부에 등기함으로써 설정된다. 이것은 건축물을 소유하기 위해서만 설정할 수 있고, 수목을 소유하기 위해서는 설정할 수 없다. 건축물은 세습건축권 설정 후에 건축되는 것이 일반적이지만, 설정 시에 이미 건축물이 건축되어 있어도 상관없다(세습건축법 12조 1항 1문). 세습건축권은 언제나 1순위로만 설정할 수 있고, 그 순위는 변경할 수 없다(同法 10조 1항 1문). 또한 세습건축권은 토지소유자가 단독으로 설정할 수도 있다고 해석된다.

13) 독일의 세습건축권의 존속기간에 관해서는 법률에 특별한 규정을 두지 않고, 당사간의 합의로 정

(a) 石造·石灰造·煉瓦造 또는 이와 유사한 견고한 建物이나 樹木의 소유를 목적으로 하는 때에는 30년.

(b) 그 밖의 建物の 소유를 목적으로 하는 때에는 15년.

(c) 건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 때에는 5년.

만일 위의 기간보다 짧은 기간을 정한 때에는 위의 최단기간까지 연장한다(同條 2항).

判例는 법정최단기간을 정하고 있는 제280조의 적용범위를 축소해석 한다. 즉, 同條는 건물 등을 신축하거나 수목을 식재할 목적으로 지상권이 설정된 경우에만 적용되고, 지상권설정자 소유의 건물 등을 사용할 목적으로 지상권이 설정된 경우에는 적용되지 않는다고 한다¹⁴⁾.

(나) 最長期間

지상권의 최장기간에 관하여는 民法은 아무런 규정을 두지 않고 있기 때문에, 永久無限으로 정할 수 있는가에 관하여는 논의가 있다.

영구무한으로 해석하지 않는 것이 소유권과 제한물권을 구별하는 民法의 이론적 체계에 적합할 뿐 아니라 그렇게 해석하더라도 지상권자에게 갱신청구권·지상물매수청구권이 인정되어 있으므로 특별히 지상권자에게 불리하지 않다. 그러나 判例는 영구무한으로 존속기간을 정할 수 있다고 한다¹⁵⁾.

(다) 契約의 更新과 存續期間

(a) 契約에 의한 更新

지상권의 존속기간이 만료하는 경우에, 법률에 특별한 규정이 없더라도, 계약자유의 원칙상 당사자가 계약으로써 지상권설정계약을 갱신할 수 있음은 물론이다.

(b) 地上權者의 更新請求權

당사자가 위와 같은 갱신계약을 체결하지 않는 경우에도, 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는, 지상권자가 일방적으로 지상권설정계약의 갱신을 청구할 수

하도록 하고 있다. 그러나 실제로는 대체로 66년, 70년, 90년으로 약정하고 있으며, 때로는 건축물이 존속하는 동안으로 약정하기도 한다. 金相容, “우리 나라의 地上權과 獨逸의 世襲建築權과의 比較”, 民事法研究(2), 法元社, 1997, 226면.

14) 大判 1992.6.9, 92다4857.

15) 大判 2001.5.29, 99다66410.

있는 권리가 인정된다. 그러나 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는, 지상권자는 상당한 가액으로 그 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다(283조).

(c) 存續期間

이러한 계약갱신의 경우에 지상권의 존속기간은 역시 제280조에 정한 기간보다 길어야 한다(284조). 제280조의 기간보다 짧게 존속기간을 정한 때에는 제280조에 정한 기간까지 연장된다(280조 2항 참조).

(라) 強行規定

지상권의 존속기간과 갱신에 관한 규정(280조 내지 284조)은 강행규정으로서, 이에 위반되는 계약으로 지상권자에게 불리한 것은 효력이 없다(289조).

(2) 設定行爲로 期間을 정하지 않은 경우

(가) 最短存續期間

地上物の 종류와 구조에 따라, 제280조에 정한 최단존속기간을 그 지상권의 존속기간으로 한다(281조 1항).

(나) 工作物の 未定

지상권 설정 당시에 工作物(樹木은 제외, 樹木의 경우는 언제나 존속기간이 30년임)의 종류와 구조를 정하지 않은 경우에는, 그 지상권의 존속기간은 15년이다(281조 2항).

4. 地上權의 效力

(1) 地上權者の 土地使用權

(가) 範圍

지상권자는 설정행위에서 정해진 목적(지상권의 목적은 등기함. 不登法 136조)의

범위 내에서 토지를 사용할 권리를 가진다(279조). 토지에 영속적인 손해를 일으키게 하는 변경은 가할 수 없음은 물론이다.

地表面 아니라 地上·地下의 사용을 내용으로 할 수 있으며, 지상물이 점거하고 있는 부분뿐만 아니라, 그것을 소유하는 목적을 달성하기 위한 주위의 적당한 범위의 토지에까지 효력이 미친다는 것은 前述하였다.

(나) 土地所有者の 義務

토지소유자는 지상권자의 토지사용을 방해해서는 아니되는 消極的인 忍容義務를 지며, 특약이 없는 한, 토지를 사용하기에 적합한 상태에 둘 적극적인 의무는 없다. 따라서 토지소유자는 補修義務를 지지 아니한다.

(2) 地上權의 處分

지상권자는 타인의 토지 위에 공작물을 세우고 수목을 식재하는 등 많은 자본을 들일 뿐 아니라 그러한 상태는 상당히 오랫동안 계속하기 때문에, 지상권자로 하여금 자기의 투자자본을 회수할 수 있도록 보장할 필요가 있다. 民法은 그것을 회수하는 가장 효과적인 방법으로서 지상물을 지상권과 함께 處分(양도·임대·담보제공)(282조, 371조 1항)하는 자유를 인정하고, 기타 地上物收去權(285조)과 地上物買受請求權(283조 2항)을 인정하고 있다¹⁶⁾.

(3) 地料支給義務

(가) 約定에 따른 支給

지료의 지급은 지상권의 요소가 아니나, 당사자가 약정을 하면 지료지급의무가 생긴다. 지료는 定期給이든 一時給이든 무방하며, 반드시 금전일 필요는 없다.

지료액 또는 그 지급시기 등의 지료에 관한 약정은 등기하여야 제3자에게 대할 수 있다(不登法 136조).

16) 독일의 세습건축권도 양도 임대가 가능하다. 또 이에 대하여 저당권 등을 설정할 수 있다. 그 담보권은 1순위로만 설정한다(세습건축권법 18조). 피담보채권액은 세습건축권의 가액, 즉 건물가액에 임대료수입을 합한 액의 반을 초과할 수 없다(同法 19조).

(나) 地料增減請求權

地料額은 당사자의 약정으로 정해지는 것이 원칙이다. 그러나 지상권의 존속기간이 상당히 長期이기 때문에, 지료가 토지에 관한 租稅 기타 負擔의 증감이나 地價의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는, 당사자에게 그 증감청구권이 인정되어 있다(286조)¹⁷⁾.

(다) 地料滯納의 效果

지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 때에는, 지상권설정자는 지상권의 소멸을 청구할 수 있다(287조)¹⁸⁾.

(라) 强行規定

제286조(지료증감청구권)·제287조(지상권소멸청구권)는 강행규정으로서 지상권자에 불리한 약정은 무효이다(289조).

5. 地上權의 消滅

(1) 消滅事由

(가) 一般的 消滅事由

토지의 멸실·존속기간의 만료·혼동·소멸시효·지상권에 우선하는 지당권의 실행에 의한 경매·토지수용 등에 의해 지상권은 소멸한다.

(나) 特別한 消滅事由

(a) 地上權設定者の 消滅請求

17) 독일의 세습건축권에 있어서는 지료증액청구권을 엄격한 요건 아래 인정하고 있다(세습건축법 9a 조 참조).

18) 독일의 세습건축권에 있어서는, 지료의 연체 총액이 2년분에 달한 때에는 토지소유자는 세습건축권을 자기에 귀속시켜 줄 것을 세습건축권자에게 청구할 수 있다(세습건축법 9조 3항).

定期的 地料을 지급하여야 하는 지상권자가 그의 귀책사유로 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하는 때에는, 地上權設定者는 장래에 향하여 지상권의 소멸을 청구할 수 있다(287조). 이는 일종의 해지에 관한 특별규정이다.

제287조는 강행규정으로서, 이에 위반하여 지상권자에게 불리한 약정은 무효이다(289조).

(b) 地上權의 拋棄

無償의 지상권은 존속기간의 약정 유무를 불문하고 지상권자는 자유로이 지상권을 포기할 수 있다. 다만 지상권이 저당권의 목적인 때에는 저당권자의 동의가 있어야 포기할 수 있다(371조 2항).

정기적으로 지료를 지급하는 지상권에 관하여는, ① 포기에 의하여 토지소유자에게 손해가 생길 때에는 그 손해를 배상하여야 하고(153조 2항 단서 참조), ② 지상권이 저당권의 목적인 때에는 역시 저당권자의 동의가 있어야 포기할 수 있다(371조 2항).

(c) 約定消滅事由

소멸사유를 약정한 경우에는 그러한 사유가 발생한 때에 지상권이 소멸한다. 이러한 事由는 登記하여야 제3자에게 대항할 수 있다. 그러나 이러한 약정사유가 존속기간·지료체납 등에 관하여 지상권자에게 불리한 것인 때에는 그 효력이 없다(289조 참조).

(2) 地上權消滅의 效果

(가) 地上物收去權

지상권이 소멸한 때에는, 지상권자는 건물 기타 공작물이나 수목을 收去하여 토지를 원상에 회복하여야 한다(285조 1항). 지상물의 수거와 토지의 원상회복은 권리인 동시에 의무이다. 그런데 예컨대 地盤을 돌아서 높였거나 排水施設을 한 경우처럼 사실상 수거가 불가능하거나 토지의 가격이 증가한 경우에는 收去·原狀回復義務는 없고, 토지소유자에 대하여 비용상환을 청구할 수 있다고 하겠다. 토지소유자가 買受請求權을 행사한 때에는 收去權은 소멸한다¹⁹⁾.

19) 독일의 세습건축권의 존속기간이 만료되면, 건축물은 토지에 부합되어 토지의 구성부분이 된다. 따라서 세습건축권자에게 건축물의 수거권이 인정되지 아니한다. 이때 토지소유자는 세습건축권자에게 그 건축물에 대한 보상금을 지급하여야 한다. 보상금의 한도, 지급방법 및 지급면제 등에 관하여는 세습건축권설정계약에 합의되어 있어야 한다. 세습건축권이 무자산자의 거주지역의 주택난 완화를 위해 설정되는 경우에 있어서는, 보상금액은 건축물이 세습건축권의 존속기간만료 당시 가

(나) 地上物買受請求權

(a) 地上權設定者の 買受請求權

토지소유자인 지상권설정자가 상당한 가액을 제공하여 지상물의 매수를 청구하는 경우에는, 지상권자는 정당한 이유 없이 거절할 수 없다(285조 2항).

지상물수거로 인한 지상권자의 손실 및 나아가 사회적·경제적 손실을 방지하기 위한 규정이다.

(b) 地上權者の 買受請求權

지상권자가 제283조 제1항의 규정에 의한 更新請求를 하였으나 지상권설정자가 거절한 경우에는, 지상권자도 상당한 가액으로 지상권의 목적물인 건물 기타 공작물이나 수목의 買受를 청구할 수 있다(283조 2항). 이 경우의 매수청구권의 성질도 지상권설정자가 행하는 매수청구권의 경우와 같다.

지상권자의 지료연체를 이유로 토지소유자가 그 지상권소멸청구를 한 결과 지상권이 소멸된 경우에는, 제283조 제2항의 규정이 적용되지 아니하고, 지상권자는 지상권의 목적물의 매수를 청구할 수 없다.

(다) 有益費償還請求權

지상권자가 유익비를 지출한 경우에는, 지상권이 소멸한 때에, 토지소유자의 선택에 좇아 지상권자가 그 토지에 관하여 지출한 금액이나 또는 현존하는 증가액의 상환을 청구할 수 있고, 法院은 토지소유자의 청구에 따라 상당한 기간을 허여할 수 있다(626조 2항의 유추해석).

그러나 토지소유자는 지상권자가 토지를 이용할 수 있는 상태를 적극적으로 유지할 의무를 부담하지 아니하므로, 지상권자는 토지소유자에 대하여 필요비상환은 청구할 수 없다.

VI. 土地와 그 地上建物の 所有權 分離

토지와 건물을 독립한 부동산으로 다루고 있는 우리 법제에서는 토지소유자와 건물소유자가 달라지는 경우를 될 수 있는 대로 방지하기 하기 위하여 특별한 제도

지는 통상가격의 3분의 2를 내려 올 수는 없다(세습건축권법 27조 1항 2항).

를 마련하고 있다. 아래에서는 그 제도들의 내용을 살펴보기로 한다.

1. 法定地上權

(1) 趣旨

우리 법제는 토지와 건물을 각각 독립한 부동산으로 다루고 있으므로, 토지와 건물이 소유자를 달리 하게 되는 경우가 자주 발생할 수 있다. 그런데 이러한 경우 가운데에는 건물소유자와 토지소유자와의 사이에 건물에 대한 토지이용관계에 관하여 협의를 할 수 없는 부득이한 경우가 있다. 이때 토지소유자가 건물소유자에 대하여 토지이용에 대한 권원이 없음을 이유로 건물의 철거를 요구하는 것은 사회경제적으로 보아 매우 불리하기 때문에, 법률은 몇 개의 경우에 건물의 철거방지를 위해 건물소유자에게 당연히 법정지상권이 성립되는 것으로 하고 있다(民法 305조 1항·366조 1항, 假登記擔保등에관한法律 10조, 立木에관한法律 6조). 물론 이러한 법정지상권의 성립에는 지상권설정등기를 요하지 않는다(187조).

(2) 抵當物의 競賣와 法定地上權

(가) 意義

同一人의 소유에 속하는 土地와 그 地上建物이 따로 혹은 함께 저당권의 목적이 되었다가 競賣의 결과 각기 소유자를 달리 하게 된 때에, 건물소유자에게 당연히 인정되는 地上權을 말한다(366조).

이와 같이 법원의 경매에 의하여 토지와 건물의 소유자가 달라지게 되는 경우에, 경락인과 토지소유자 또는 건물소유자 사이에 토지이용관계에 관한 合意가 성립하기는 어렵다. 따라서 지상건물의 존립근거를 마련해 주어 철거를 막고 사회경제상의 불이익을 방지하려는 公益的 理由에서 법정지상권이 인정된다.

(나) 要件

(a) 抵當權設定 당시 建物의 存在

저당권설정 당시에 지상에 건물이 존재하고 있어야 한다. 만약 저당토지 위에 건물이 존재하지 않았다면 저당권자는 토지의 담보가치를 높게 평가하였을 것이므로,

저당권설정 후에 세워진 건물에 대하여도 법정지상권이 인정된다면 토지의 담보가치가 저하되어 저당권자에게 피해를 주게 되기 때문이다.

判例는 특히, 토지저당권설정 당시에 그 지상에 토지소유자가 건물을 건축 중이었고 그것이 사회관념상 독립한 건물로 볼 수 있을 정도에 이르지 않았다 하더라도 그 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있는 경우에는, 법정지상권이 인정된다고 한다²⁰⁾.

건물이 없는 토지 위에 저당권이 설정된 후, 저당권자의 양해 아래 건물이 건축되더라도 법정지상권은 인정되지 않는다. 다만 이 경우에 저당권자가 경락인이 된 때에는, 신의성실의 원칙에 기하여 약정지상권을 설정하여 주겠다는 채권계약이 존재하는 것으로 해석되는 경우가 있을 수 있다.

그러나 건물이 없는 토지에 1번저당권을 설정한 후 건물을 짓고, 다시 그 토지에 2번저당권이 설정되고 그 2번저당권자의 신청으로 경매가 되더라도, 1번저당권자의 보호를 위하여 건물을 위한 법정지상권은 인정되지 아니한다. 여기서 토지저당권설정 당시에 건물이 존재하면 족하고, 그 건물에 보존등기가 되어 있을 필요는 없다.

(b) 所有者의 同一性

저당권설정 당시에 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하고 있어야 한다. 설정당시에 이미 각각 소유자를 달리 하고 있다면, 건물의 이용에 대한 법률관계가 존재하고 있을 것이고, 그렇지 않다고 하더라도 법정지상권을 인정할 필요가 없기 때문이다.

미등기부동산을 그 대지와 함께 매수한 사람이 그 대지에 관하여만 소유권이전등기를 넘겨 받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전받지 못하고 있다가, 대지에 대하여 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행으로 대지가 경매되어 다른 사람의 소유로 된 경우에는, 그 저당권설정 당시에 이미 대지와 건물이 각각 다른 사람의 소유에 속하고 있었으므로, 법정저당권이 성립될 여지가 없다²¹⁾.

(c) 抵當權의 設定

토지·건물 중 어느 하나에 또는 양자 모두에 저당권이 설정되어야 한다. 어느 한 쪽에도 저당권이 설정되어 있지 아니하면 慣習法上的 法定地上權이 성립될 수는 있지만, 제366조의 法定地上權은 성립할 수 없다.

(d) 競賣로 인한 土地·建物の 歸屬分離

저당목적물의 競賣에 의하여 토지와 지상건물의 소유가 분리되어야 한다. 여기의

20) 大判 1992.6.12, 92다7221.

21) 大判<전합> 2002.6.20, 2002다9660.

경매는 담보권실행경매만을 의미한다. 통상의 강제경매의 경우에는 관습법상의 법정지상권이 인정되므로 건물의 존속을 보호할 수 있다.

토지와 건물에 저당권이 설정되었으나 兩者가 동일인에게 경락된 경우에는 법정지상권은 성립하지 않는다.

(다) 成立과 公示

(a) 成立時期

법정지상권의 성립시기는 경매로 인하여 토지나 지상건물이 경락인에게 이전하여 토지와 건물의 소유자가 달라진 때이다. 그런데 경매에 있어서 경락인이 경매목적물에 대해 소유권을 취득하는 시기는, 경락허가결정이 확정된 후 대금을 완납하였을 때이다(民事執行法 268조·135조).

(b) 公 示

법정지상권의 취득은 법률행위에 의하지 않은 부동산물권변동이므로, 제187조가 적용된다. 따라서 그의 취득에는 설정등기를 요하지 아니하나, 처분하기 위해서는 등기하여야 한다. 그런데 법정지상권을 취득한 건물소유자가 법정지상권의 설정등기를 하지 않고 건물을 양도하는 경우에 관한 判例의 法理는 후술하는 관습법상의 법정지상권의 경우와 같다²²⁾.

(라) 效 力

법정지상권은 법률의 규정에 의해 성립된다는 점을 제외하고는, 그 내용 내지 효력이 일반지상권과 다르지 않다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 지상권에 관한 民法의 규정에 따른다.

당해 건물의 敷地는 물론이고 그 건물의 유지·사용에 필요한 범위 내의 인접토지에 대하여 법정지상권의 효력이 미친다.

지료의 액이나 지급방법은 토지소유자와의 협의에 의할 것이나, 협의가 이루어지지 아니하면 당사자의 청구에 의해 法院이 결정한다(366조 단서).

존속기간에 관하여는, 당사자 사이에 약정이 없는 경우를 예상하여 이를 보충하기 위한 규정이 民法 제281조이므로, 법정지상권의 경우에도 이를 유추적용하는 것이 지상건물을 존속시키기 위한 제366조의 취지에 어긋나지 않는다고 하겠다.

22) 大判 1980.9.9, 78다52 ; 同<전합> 1985.4.9, 84다카1131-1132 ; 同 1989.5.9, 88다카15338.

(3) 建物傳貰權과 法定地上權

(가) 意義

垆地와 建物이 동일한 소유자에 속한 경우에, 건물에 전세권을 설정한 때에는, 그 대지소유자의 특별승계인은 전세권설정자(즉 건물소유자)에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다(305조 1항 본문).

이것도 건물을 토지로부터 독립한 부동산으로 취급하는 우리 法制의 특수성을 고려하여, 건물과 그 대지의 불가분적 이용관계를 법적으로 보장해 주려는 취지의 제도이라 하겠다.

(나) 要件

(a) 전세권설정 당시 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하였을 것.

이미 토지와 건물의 소유자가 상이하였다면, 건물을 위한 대지이용관계가 당사자의 약정에 의해 따로 조정되어 있을 것이고, 그렇지 않다고 하더라도 그러한 사정을 알면서 건물에 전세권을 취득한 자에게까지 보호할 필요가 없을 것이기 때문이다.

(b) 그 후 대지소유권의 변동으로 대지와 건물의 소유자가 다르게 되었을 것.

대지소유권의 변동원인은 특별승계를 의미하고 포괄승계는 제외된다. 포괄승계의 경우에는 대지와 건물의 소유권이 동일인에게 귀속할 것이므로, 따로 법정지상권을 인정할 필요가 없다.

(c) 건물에 관하여 전세권이 설정되었을 것

전세권은 설정등기를 마친 물권으로서의 전세권을 의미함은 물론이다. 따라서 건물에 관하여 소유권보존등기가 행해져 있을 것을 전제로 한다.

(라) 效果

(a) 成立時期

이 경우 법정지상권이 성립하는 시기는 대지의 소유권이 이전하는 때이다. 법정지상권의 취득은 제187조에 의한 물권변동이므로 그 취득에 법정지상권의 등기는 필요 없다.

(b) 取得者

법정지상권을 취득하는 자는 전세권자가 아니라 건물소유자이다. 지상권은 원래 지상물을 소유하기 위한 권리이기 때문이다. 전세권자는 건물소유자가 취득한 법정 지상권에 대하여 제304조 제1항에 의해 전세권의 효력확장을 주장하게 된다.

(c) 範圍

법정지상권의 범위는 그 건물의 대지뿐 아니라 건물이용을 위하여 필요한 隣地를 포함한다.

(d) 地 料

지료는 당사자의 약정에 의하나, 약정이 없는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 法院이 정한다(305조 1항 단서).

(e) 存續期間

기간약정이 없는 지상권의 존속기간에 관한 民法 제281조에 의할 것이다.

(f) 垜地所有者的 義務

법정지상권이 성립한 경우에 대지소유자는 타인에게 그 대지를 임대하거나 그 대지를 목적으로 하는 지상권 또는 전세권을 설정하지 못한다(305조 2항).

2. 慣習法上的 法定地上權

(1) 意 義

토지와 건물이 同一人에게 속하였다가 그 중 어느 하나가 매매 기타 원인으로 인하여 각각 소유자가 다르게 된 경우, 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 以上, 건물소유자가 건물의 소유를 위하여 관습법상 당연히 취득하게 되는 法定地上權을 말한다.

이것은 舊依用民法時代의 조선고등법원이 한국에 있어서의 관습이라고 인정한 것을 효시로²³⁾, 大法院이 역시 이를 따르면서 인정한 이래²⁴⁾ 현재 확고한 관습법으로 형성되어 있다.

토지와 건물의 소유자가 달라지는 경우, 두 당사자가 토지이용에 관한 협의를 할 수 없는 부득이한 때에는, 건물의 철거를 막기 위하여, 법률상 당연히 지상권이 성립되는 것으로 규정하고 있음(民法 305조 1항·366조 1항, 假登記擔保등에관한法律 10조, 立木에관한法律 6조)은 前述하였다.

그런데 判例는, 이와 같은 4가지 경우 이외에, 매매·증여 기타 원인에 의해서 건

23) 朝 高 判 1916.9.29.

24) 大判 1960.9.29, 4292민상944.

물소유자와 토지소유자가 분리되는 경우에도 일정한 요건 하에 관습법상의 법정지상권을 인정한다. 그 이유는 역시 국민경제에 부합한다는 것이다.

(2) 成立要件

(가) 土地·建物の 同一人 所有

매매 등이 있을 당시에 토지와 건물이 동일인의 소유에 속하고 있어야 한다. 그러므로 예컨대 건물이 토지소유자의 승낙을 얻어 타인의 토지 위에 세워진 것이라면, 그 건물이 양도되더라도 양수인은 관습법상의 지상권을 취득하지 아니한다.

동일인의 소유라 하기 위해서는 이전등기까지 갖추고 있어야 함은 물론이다. 따라서 垆地와 建物を 모두 매도한 후 垆地만에 관하여 이전등기가 경료된 경우에는 관습법상의 법정지상권이 성립하지 않는다²⁵⁾. 垆地와 建物を 양수하고 대지에 관하여만 소유권이전등기절차를 경유하고 있다가 다시 대지를 양도하여 이전등기를 경료하고 그 뒤에 건물에 관하여自己 명의의 소유권이전등기를 경유하여도 관습법상의 법정지상권은 성립되지 않는다²⁶⁾.

그리고 미등기건물이 그 대지와 함께 매도된 경우, 비록 매수인에게 그 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 관하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 대지와 건물이 그 소유자명의를 달리하게 되었다 하더라도 토지소유자가 건물의 처분권까지 함께 취득하였으므로, 매도인에게 관습법상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다²⁷⁾.

(나) 賣買 기타 原因에 의한 歸屬의 分離

(a) 原因

토지와 건물 중 어느 하나가 매매 기타 원인으로 인하여 각각 소유자가 다르게 되었어야 한다. 判例가 들고 있는 사유로서는, 매매²⁸⁾·증여²⁹⁾·강제경매³⁰⁾·공유물분할³¹⁾·국세채납처분에 의한 公賣³²⁾·귀속재산의 拂下³³⁾ 등이다.

25) 大判 1983.7.26, 83다카419.

26) 大判 1975.3.25. 75다175.

27) 大判<전합> 2002.6.20, 2002다9600.

28) 大判 1960.9.29, 4292민상944 ; 同 1962.4.18, 4294민상1103.

29) 大判 1963.5.9, 63다11.

30) 大判 1970.9.29, 70다1454.

31) 大判 1974.2.12, 73다353.

32) 大判 1967.11.28, 67다1831.

(b) 法定地上權의 發生時期

위와 같은 원인으로 하여 소유권이 이전된 때(즉, 매매 등의 법률행위에 의한 경우에는 소유권이전등기를 한 때, 법률의 규정에 의한 경우에는 해당 규정에 따라 소유권이전의 효력이 생기는 사유가 발생한 때)에 관습법상의 법정지상권이 성립한다.

(다) 撤去約定의 不存在

당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없어야 한다. 그러한 특약이 없다는 것은 건물소유자로 하여금 계속 토지를 사용하게 하려는 묵시적 합의가 있다고 볼 수 있는 전제가 되기 때문이다. 그리하여 동일인에게 속하였던 垆地와 建物 중 건물만을 양도하면서 따로 건물을 위해 대지에 대한 임대차계약을 체결한 경우에, 건물의 양수인은 관습법상의 법정지상권을 포기한 것으로 본다³⁴⁾.

그리고 토지를 타인에게 매도하여 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담하고 있는 자가 건물을 건축한 경우에, 토지의 매수인이 그 건축행위를 승낙하지 않는 이상 그 건물은 장차 철거되어야 할 운명에 놓이게 될 것이고, 그가 이를 예상하면서도 건물을 건축하였다면 그 건물을 위한 관습법상의 법정지상권은 생기지 않는다³⁵⁾.

그런데 토지와 건물의 소유자가 토지만을 타인에게 증여한 후 구 건물을 철거되 그 지상에 자신의 이름으로 건물을 다시 신축하기로 합의한 경우, 그 건물철거의 합의는 건물소유자가 토지의 계속 사용을 그만두고자 하는 내용의 합의로 볼 수 없어, 관습법상의 법정지상권의 발생을 배제하는 효력이 인정되지 아니한다³⁶⁾.

(라) 登記 要否

(a) 取得에는 登記 不要

관습법상의 법정지상권은 관습법에 의하여 당연히 성립하는 것이므로, 民法 제 187조에 본문에 의하여 등기를 요하지 않는다. 따라서 건물소유자는 이 법정지상권을 취득할 당시의 토지소유자에 대하여서는 물론이고, 그로부터 토지소유권을 전득한 제 3자에 대하여서도 등기 없이 이 법정지상권을 주장할 수 있다.

(b) 處分에는 登記 必要

33) 大判 1986.9.9, 85다카2275.

34) 大判 1968.1.31, 67다2007 ; 同 1991.5.14, 91다1912.

35) 大判 1994.12.12, 94다41072-41089.

36) 大判 1999.12.10, 98다58467.

그러나 이 법정지상권을 제3자에게 처분하려는 경우에는 제187조 단서에 의하여 먼저 이 법정지상권을 등기하여야 하며, 등기 없이 이 법정지상권이 붙어 있는 건물을 처분한 때에는 건물의 양수인은 토지소유자에게 법정지상권을 주장할 수 없다³⁷⁾. 그러나 이러한 법정지상권이 붙어 있는 건물의 소유권을 경매를 통하여 경락 받은 者는, 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건이 있는 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 이 법정지상권의 등기 없이도 당연히 관습법상의 법정지상권을 취득한다³⁸⁾.

(c) 法定地上權 있는 建物の 讓受人의 地位

이에 관한 判例의 法理는 다음과 같다. ① 관습법상의 법정지상권을 취득한 건물 소유자가 법정지상권의 설정등기를 하지 아니하고 건물을 양도하는 경우에는, 그 법정지상권은 당초의 법정지상권자에게 유보되어 있다³⁹⁾. ② 그리고 그와 같은 경우에는 특별한 사정이 없는 限 건물과 함께 그 법정지상권도 양도하기로 하는 채권 계약이 있었다고 할 것이므로, 당초의 법정지상권자는 이 법정지상권의 설정등기를 한 후에 건물양수인에게 이 법정지상권의 이전등기절차를 이행하여 줄 의무가 있고, 따라서 건물양수인은 건물양도인을 代位하여 법정지상권의 설정등기절차이행을 청구할 수 있다⁴⁰⁾. ③ 관습법상의 법정지상권이 붙어 있는 건물을 양수하였지만 그 법정지상권의 등기를 이전받지 않은 者에 대하여는, 토지소유자가 건물철거 및 토지인도청구를 할 수 없다. 그 이유로서 이러한 경우에 토지소유자가 관습법상의 법정지상권을 취득할 지위에 있는 건물양수인에 대하여 건물의 철거를 구하는 것은 “지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 者가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다”는 점을 들고 있다⁴¹⁾. 그러나 이러한 者라 하더라도 지료 또는 임료상당의 부담이득의 반환의무는 진다⁴²⁾.

(3) 效 力

관습법상의 법정지상권은 관습법을 근거로 하여 성립된다는 점 이외에는 그 내용 내지 효력은 성문법상의 일반지상권과 다르지 않다. 따라서 특별한 사정이 없는

37) 大判 1965.7.27, 65다86.

38) 大判 1976.5.11, 75다2338 ; 同 1979.8.28, 79다1087.

39) 大判 1980.9.9, 78다52.

40) 大判 1981.9.8, 80다2873.

41) 大判<전합> 1985.4.9, 84다카1131·1132.

42) 大判 1988.10.24, 87다1604 ; 同 1995.9.15, 94다61144.

한, 지상권에 관한 民法의 규정에 따른다.

존속기간에 관하여 判例는 '기간을 정하지 아니한 지상권'으로 본다⁴³⁾, 따라서 民法 제280조·제281조에 의해 존속기간이 정해진다. 지상에 건립된 건물이 존속하는 한 법정지상권이 존속하는 것이 아니다.

지료의 액이나 지급방법은 토지소유자와의 협의에 의할 것이나, 협의가 이루어지지 아니하면 당사자의 청구에 의하여 法院이 결정한다(366조 단서).

3. 抵當土地 위의 建物에 대한 一括競賣權

(1) 意 義

토지를 목적으로 저당권을 설정한 후, 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는, 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있는 일괄경매권을 갖는다(365조).

토지에 저당권이 설정되더라도 설정자는 토지를 계속 사용·수익할 수 있으므로, 특히 건물을 축조하는 경우가 많다. 이 경우 경매의 결과 토지와 건물의 소유자가 다르게 되더라도 民法 제366조의 법정지상권이 인정되지 않으므로, 토지의 경락인은 건물의 소유자에 대하여 건물의 撤去 또는 收去를 요구할 수 있어, 사회경제적으로 매우 불이익하게 된다. 여기서 일괄경매권의 인정은 토지와 건물을 동일인에게 귀속시켜서 건물을 계속 존속하도록 함으로써 사회경제적 불이익을 제거할 수 있게 한다. 아울러 토지의 교환가치도 충분히 확보할 수 있도록 함으로써 토지저당권의 실행을 용이하게 한다.

이와 같이 일괄경매권은 용익권과 가치권의 조화를 위해 가지는 의미가 크다.

(2) 要 件

(가) 土地抵當權設定 後의 建物築造

저당권설정 후 저당토지에 건물이 신축된 경우에 한하여 일괄경매권이 인정된다. 토지저당권설정 전에 이미 건물이 존재하는 경우에는 前述한 法定地上權(366조)의 문제가 된다.

토지저당권설정 당시에 이미 제3자 소유의 건물이 존재한 경우에, 비록 저당권

43) 大判 1986.9.9, 85다카2275.

설정자가 그 건물을 양수하였다 하더라도 저당권자는 일괄경매를 청구할 수 없다.

(나) 土地抵當權의 設定者에 의한 建物築造와 所有

토지저당권설정 후 제 3 자가 건물을 축조한 경우나 토지저당권의 설정자가 건물을 축조한 후 제 3 자에게 건물을 양도한 경우에는, 일괄경매권이 인정되지 아니한다. 일괄경매권을 제 3 자의 소유물에까지 미치게 하는 것은 환가권의 지나친 확대를 가져오기 때문이다.

(다) 一括競賣에 대한 自由選擇

토지만 경매할 것인가 또는 토지·건물을 일괄하여 경매할 것인가는, 권리남용에 해당하는 특별한 사정이 없는 한, 저당권자의 자유 선택에 맡겨져 있다.

上述한 일괄경매권의 인정취지에 비추어 보면, 토지만을 경매하여 그 대금으로부터 충분히 피담보채권의 변제를 받을 수 있다 하더라도 일괄경매권은 인정된다고 하겠다. 따라서 이때의 일괄경매는 民事執行法 제102조⁴⁴⁾가 금지하고 있는 과잉경매에 해당하지 아니한다⁴⁵⁾.

(3) 效 力

일괄경매를 하는 경우에도 저당권의 우선변제적 효력은 건물에 관하여는 미치지 아니하므로, 토지저당권자는 토지의 경매대금으로부터만 우선변제를 받을 수 있고, 건물의 경매대금으로부터는 우선변제를 받을 수 없다(366조 단서). 다만 다른 저당권자나 일반채권자가 없는 경우에는, 저당권자는 일반채권자의 지위에서 건물의 경매대금으로부터도 변제를 받을 수 있음은 물론이다. 그런데 건물의 철거를 방지하려는 것이 일괄경매권의 취지이므로, 토지와 건물이 동일인에게 競落되는 것이 바람직하다.

44) 民事執行法 제102조[남을 가망이 없을 경우의 경매취소] “① 법원은 최저경매가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정한 때에는 압류채권자에게 이를 통지하여야 한다.”

45) 大決 1967.12.22, 67마266 등.

V. 結 論

로마법이 “지상물은 토지에 따른다(superficies solo cedit)”는 법리를 취한 이래 서양의 대부분의 나라들이 이 입장을 취하고 있다. 이에 의하면 건물을 포함한 모든 지상물을 토지의 구성부분으로 파악하여 지상물을 토지에서 독립한 물권의 객체로 구성하지 않았다.

그러나 우리 법제는 “지상물은 토지에 따른다”는 법리를 취하면서도, 건물에는 예외를 인정하여, 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루고 있다.

그런데 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루는 우리 法制 아래에서는, 토지와 건물을 一體의 것으로 하는 로마법계의 법제에서 일어나지 않는 법적 현상들이 일어난다.

첫째, 건축 도중의 공작물은 어떠한 성질을 가지며, 나아가 건물이 완성되었을 때 누가 그 건물에 대한 소유권을 취득하는가의 문제가 일어난다.

본고에서는 건축 도중의 공작물이 토지에 부합하지 않으며, 또한 토지와는 별개의 독립한 동산으로 파악하여야 하고, 그것이 완성된 경우에는 동산간의 부합에 관한 원리에 의하여 해결하는 것이 바람직함을 살펴보았다.

둘째, “지상물은 토지에 따른다”라는 원칙을 고수하는 서양의 법제에 있어서와, 건물에 대하여 예외를 인정하는 우리의 법제에 있어서, 지상권에 관한 의미가 서로 달라지게 된다.

서양의 지상권은 건물을 토지에 부합시키지 않고 토지소유자 이외의 사람에게 귀속시키는 법적 기술로서 고안된 것으로서, 지상권은 지상물을 소유하는 권리로 파악되고 있다. 그러나 우리나라에서는 지상권은 지상물을 소유하는데 의미가 있지 않고, 지상물을 타인의 토지 위에 소유하기 위하여 타인의 토지를 사용하는 데에 의미가 있음을 살펴보았다.

셋째, 토지와 건물을 독립한 부동산으로 파악하는 우리 법제에 의하면, 토지와 건물의 소유자가 각각 달라지는 경우를 대비하여, 서양의 법제에서는 필요가 없는 제도들, 즉 법정지상권제도, 관습법상의 법정지상권제도, 저당토지 위의 건물에 대한 일괄경매권제도 등을 마련하고 있는 특징을 갖는다.

그러나 특히 관습법상의 법정지상권은 토지소유권에 대하여 중대한 제한이 되는 것이므로, 건물소유자가 대지이용권을 설정할 수 있는 기회를 가질 수 없는 부득이한 경우에 예외적으로 인정되어야 할 성질의 제도임에도 불구하고 당사가 자율적으로 용익관계를 현실화시킬 수 있는 경우(예 : 매매·증여·당사자의 협의한 공유물분할

의 경우)에까지 이러한 법정지상권을 인정하는 것은 합당하지 못한 점이 있다.

또 심지어 判例는 이 법정지상권이 붙어 있는 건물을 양수한 者가 이 법정지상권의 이전등기를 하지 않고 있는 경우라 하더라도, 토지소유자로부터 토지를 전득한 제3자는 이 법정지상권에 의하여 제한을 받는 소유권을 취득한다고 하고 있는 바, 이는 거래의 안전을 크게 해치는 것이 된다.

결국 앞으로 이러한 법정지상권이 인정되는 原因에 관한 합리적이고 객관적인 기준이 마련되어야 할 것이며, 거래의 안전을 도모하는 법리의 구성이 요망된다.

결론적으로 우리 법제가 건물을 토지와는 별개의 독립한 부동산으로 다루고 있는 독특한 입장을 취하였지만, 그로부터 발생하는 여러 법적 문제에 대하여는 대비를 충분히 하고 있지 못하다고 하겠다. 이에 관한 법적 대비가 필요하다고 하겠다.

< 參 考 文 獻 >

- 강태성, 물권법, 대명출판사, 2000.
- 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
- 곽윤직, 물권법, 박영사[신정수정판], 1999.
- 김상용, 물권법[전정판], 법문사, 1999.
- 김상용, “우리 나라의 지상권과 독일의 세습건축권과의 비교”, 민사법연구(2), 법원사, 1997.
- 김용한, 물권법, 박영사, 1985.
- 김증한 · 김학동, 물권법[9판], 박영사, 1997.
- 이상태, 물권법, 법원사, 2004.
- 이영준, 물권법[신정판], 박영사, 2001.
- 이은영, 물권법[개정신판], 박영사, 2002.
- 이상태, “건축 중 공작물이 제3자의 공사에 의해 건물로 완성된 경우 소유권 귀속”, 일감법학 4권, 건국대학교 법학연구소.
- 정우형, “부동산부합에 관한 연구”, 한양대학교 법학박사 학위논문, 1996.
- 홍기태, “미완성건물에 대한 강제집행의 방법”, 민사판례연구회 편 민사판례연구 XIX, 박영사, 1997.
- Hans-Georg Knothe, Das Erbbaurecht-Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Untersuchung(Habilitationsschrift, Universitaet zu Koeln), Alfred Metzner Verlag, 1987.
- Eckart Maß, Verordnung ueber das Erbbaurecht, in : Bamberger/Roth, Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band 2., 2003.

SUMMARY

A Study on the Relation Between Land and Building in Korean Law

Lee, Sang-Tae

(Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

All most of western countries take the principle of "superficies solo cedit"(things attached to land become part of it) which had been established in the Roman Law. Thus if a building is erected or a chattel is affixed to land, it will itself become part of the land. Namely, it will become the property of the owner of the land, unless otherwise granted or conveyed.

But the Korean legal system only makes an exception of building, although it takes the principle of "superficies solo cedit" as a general rule. According to the Korean legal system, building is treated as an immovable independently of the land.

By the way, in the Korean legal system where land and building are treated as an independent immovable respectively appear some following legal phenomena which do not come into existence in the western legal system that treats land and building as one body.

Firstly, the legal problems whether an unfinished building - a structure being under construction attaches to land and to whom the completed building belongs in the case where some one stops to build and a third party takes over and completed it. In regard to these problems, it is concluded in this theses that a structure being under construction does not attache to land and the problem to whom the completed building belongs in

the case various persons are involved in constructing is to settled by the principle of attachment among movables.

Secondly, the real right of "superficies" has different meaning between the Korean legal system and the western legal system. Concerning with this problem, following is scrutinized in this theses : That right in the western system has the meaning in owning the building which is built on other's land, because it is devised for not attaching building to land and for making it belong to a third party excepting the landowner. However, that right in the Korean system has the meaning in using other's land in order to own the building on other's land.

Thirdly, in the Korean legal system some institutes need to be introduced in order to prevent from removing building from land. In this theses is examined the content of those institutes, namely legal superficies, legal superficies by customary law, and mortgagee's claim for selling building by official auction together with land.

Collectively in this theses it comes to a conclusion that the Korean legal system does not take full measures to meet some problems which do not arise in the western legal system, although the Korean legal system takes the principle that building does not attaches to land and therefore legislative supplementations are needed.