

‘관습상 법정지상권’의 입법화를 둘러싼 논의

文 興 安

(建國大學校 法科大學 副教授)

< 目 次 >

I. 입법화 논의의 배경	1. 개정안의 취지와 조문화 과정
II. 우리 민법상 '건물'의 지위	2. 개정안의 검토
1. 문제의 제기	IV. 결론
2. 토지와 독립된 '건물'	參考文獻
3. 집합건물과 토지와의 일체성	SUMMARY
III. 개정안 '제279조의 2'의 검토	

I. 입법화 논의의 배경

우리 민법은 시행 이후 모두 9차례의 개정이 있었으나 그 중 8차례는 친족상속편과 부칙의 개정이었다. 재산편 분야는 지난 '84년에 전세권과 구분지상권에 대한 부분적인 개정이 있었을 뿐이다. 그러나 우리의 일상생활이 인터넷에 의한 정보화 사회에 진입하면서 급변하는 사회 경제적인 현상을 규율하기 위한 민법개정의 필요성이 대두되었다. 마침 세계적으로는 "UN통일매매법" "UNIDROIT(로마기구)의 당사계약의 원칙" 등 국제적인 사법통일의 움직임이 민법개정 작업을 서두르게 하였다.

민법개정작업은 법무부가 주관하였다. 즉 법무부는 1999. 2. 5. [민법(재산법)개정특별분과위원회]를 구성하여 본격적인 개정작업에 돌입하면서, 대법원, 대한변호

사협회 등 21개 관련단체로부터 개정 제시의견을 취합하고, 한국민사법학회로부터 민법개정 착안점에 대한 의견을 수렴하였다. 이러한 의견을 토대로 [민법(재산법)개정특별분과위원회]는 2001. 6. 민법개정 초안을 마련하였으며, 2001. 11. 16. 민법개정 시안을 내놓게 되었다. 개정시안에 대하여 2001. 12. 13.-14. 공청회가 개최되었으며, 이 공청회에서 제시된 의견을 검토하여 개정시안을 확정하였으며, 2002. 12. 17. '민법중개정법률안'에 대하여 관계기관에 의견 조회를 하였다. 또한 2003. 11. 18. 민법개정안연구회의 의견을 수렴하는 등 [민법(재산법)개정특별분과위원회]는 2004. 5. 29. 마지막 회의까지 5년여에 걸친 신중한 검토를 통해 민법개정안을 확정하였고, 법무부는 동년 6. 2. 민법개정안을 공식발표함으로써 민법은 실로 46년만에 전면개정이 임박해 있다.¹⁾ 이제 법무부가 입법예고를 비롯한 절차를 밟아 이를 국회에 상정하여 통과되면 이 민법개정안은 확정·시행된다.

우리가 일본을 통하여 계수한 지상권제도는 독일법·프랑스법의 모태가 된 로마법에 있어서의 '지상물은 토지에 속한다'는 원칙의 예외로서 지상정착물의 소유권을 토지소유자 이외의 자에게 귀속(소유)시키려는 법적기술로 제도화된 것이다. 그러나 우리나라는 주지하는 바와 같이 토지와 건물을 별개의 물건으로 취급하는 법체계 속에서, 지상정착물을 타인의 토지 위에 소유하기 위하여 타인의 토지를 '사용'하는데 목표를 둔 특이한 체계를 취하고 있다. 그 결과 토지와 건물이 동일인에게 귀속되는 경우에는 별문제가 없지만 어떤 사유로 토지와 그 지상건물의 소유자가 서로 달라지는 경우에는 그 토지의 이용관계가 복잡해지게 된다. 이 경우 당사자들이 토지의 이용관계에 대하여 서로 협의를 할 수 있으면 특별한 문제가 생기지 않는다. 그러나 토지의 사용관계에 대하여 협의 할 기회가 없는 경우에 건물은 철거될 처지에 놓일 수 있어 경제적으로 큰 손실이 생길 수 있다. 이 경우 건물의 유지를 위하여 그 토지의 사용을 법률상 당연히 인정하는 제도가 법정지상권이다.²⁾ 그런데 우리나라는 민법이 규정하고 있는 법정지상권 이외에 판례에 의하여 인정된 '관습상의 법정지상권'도 관습법상의 물권으로 확고하게 자리 잡고 있는 실정이다.

법원에 의하여 인정된 '관습상의 법정지상권'은 토지와 건물을 별개로 취급하는

1) 민법개정의 경과에 대하여는 “민법(재산편)개정자료집(법무자료 제260집), 법무부, 2004. 11. 1면-8면 참조.

2) 현행 민법법상 법정지상권이 인정되는 경우는 ① 토지와 건물이 동일인에게 속하는 동안에 건물에 대하여만 전세권을 설정한 후 토지소유자가 변경된 경우(제305조) ② 토지와 건물이 동일인에게 속하는 동안에 어느 한쪽에만 저당권이 설정된 후 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우(제366조)가 있다. 특별법상의 것으로는 ① 토지와 임목이 동일인에게 속하는 동안에 경매 기타의 사유로 토지와 임목의 소유자가 다르게 된 경우(임목에관한법률 제6조) ② 토지와 그 지상건물이 동일인에게 속하는 동안에 그 토지 또는 건물에게만 가동기담보권 등이 설정된 후 담보권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우(가동기담보등에관한법률 제10조) 등이 있다.

우리 법제 속에서 토지와 건물의 일체성의 원칙에 기초한 독일의 지상권체제를 그대로 답습함으로써 발생하는 틈을 메우기 위한 현실적인 필요에서 인정된 건물의 보호를 위한 장치였다. 법원은 '관습상의 법정지상권'의 인정에 있어서 기존의 법정지상권과 당사자의 의사를 감안하여 엄격한 요건 하에 제한적인 운영을 해 오고 있다. 민법개정안 제279조의 2는 이 '관습상의 법정지상권'을 명문화함으로써 전면적으로 '관습상의 법정지상권'을 인정하는 것이 아닌가 하는 우려를 생기게 하고 있다.

이 논문에서는 민법개정안 제279조의 2가 생성된 배경을 법무부의 [민법(재산편)개정자료집]을 통해 알아보고, 그간 판례에 의하여 제한적으로 인정되던 '관습상의 법정지상권'을 새삼 명문화하여야 할 필요성을 재검토하고자 한다. 논리의 전개를 위하여 토지와 건물을 별개의 물건으로 인정하고 있는 우리 법제의 태도를 연혁적으로 규명하여 궁극적으로 토지와 건물을 별개로 취급함으로써 야기되는 문제점을 방지할 수 있는 방안도 강구해 보기로 한다.

II. 우리 민법상 '건물'의 지위

1. 문제의 제기

우리 민법상 건물이 그 기반인 토지로부터 독립된 별개의 부동산임을 밝히는 명문의 규정은 없다. 민법 제99조는 '토지 및 정착물은 부동산이다'라고 규정할 뿐, 토지와 그 정착물의 일종인 건물과의 관계에 대하여는 침묵하고 있다. 그러나 민법 전 속에는 토지와 건물이 각기 다른 소유자에게 귀속되는 것을 전제로 한 규정이 다수 존재하고 있다. 민법상의 법정지상권(제305조, 366조)이나 관습상의 법정지상권, 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권이 소멸하는 경우 건물소유자의 매수청구권(제283조 2항, 제643조) 그리고 부동산등기시 토지등기부와 건물등기부의 준별(부동산등기법 제14조 등) 등으로 미루어 우리 민법은 건물을 토지로부터 독립된 별개의 부동산으로 취급하는 것으로 확신할 수 있다. 이렇게 우리 민법은 다른 대륙법계의 입법례와 달리 토지와 건물을 별개의 독립된 부동산으로 취급함으로써 토지와 건물의 소유자가 달라지는 경우에 그 이해의 조정을 위해 관습법상의 법정지상권을 인정하지 않을 수 없게 되었다. 그렇다면 과연 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 것이 우리의 관습이라는 근거가 있는 것일까? 또 토지

와 건물을 독립의 물건으로 취급함으로써 야기되는 문제점을 규명해 본다.

2. 토지와 독립된 ‘건물’

(1) 건물의 독립성과 관습상의 법정지상권

대법원이 “건물은 토지의 이용관계를 수반하지 아니하고서는 있을 수 없으므로 건물을 건물로서의 효용을 가진 독립된 부동산으로서의 가치를 인정하려면 토지의 이용관계는 건물을 위하여 불가분적인 관계라고 하지 않을 수 없을 것이다. 그리고 토지와 건물이 같은 소유자에게 속하고 있을 때에는 건물을 위한 토지의 이용관계는 토지소유권내에 흡수되고 토지와 건물과의 이용관계를 분리하여 생각할 실질적인 이익과 필요가 없는 것이나 양자의 소유권자가 다르게 되는 순간 양자의 합리적인 이용관계를 생각하지 않으면 아니되게 된다. 그러므로 건물과 토지를 분리하여 독립된 부동산의 하나로 보고 있는 우리 민법은(밀줄은 인용자가 붙임) 일정한 조건하에서 법정지상권을 인정하고 있으나 민법에서 요구하는 요건을 구비하지 아니하였다고 하더라도 토지와 건물이 같은 소유자의 소유에 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매각 또는 그 외의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 될 때는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 당연히 건물소유자에 대하여 소위 관습에 의한 법정(당사자의 합의에 의한 것이 아니라는 의미이다.) 지상권을 취득하게 되는 것이다”라고 판시함으로써³⁾ 과거 조선고등법원에서부터 인정해 온 관습상의 법정지상권을 우리 민법 시행 후에도 법정지상권에 준하여 이를 인정한다는 것을 분명히 하고 있다. 즉 법정지상권의 관념은 조선고등법원이 1916.9.29에 선고한 판결이 그 시초가 된 것으로 알려지고 있다.

조선고등법원이 인정한 원판결의 사실관계를 보면, 원고 X(피상고인)는 대정 4년 8월 27일 대지 2斗落을 안동지청의 강제경매에서 경락허가결정을 받아 그 소유권을 취득하였는바, 1고 Y(상고인)는 하등 권한이 없음에도 불구하고 당해 지상에 가옥을 붓하고 있음으로써 채산 그 수거를 요구함과 동시에 그 불법점거로 인하여 원고 X에게 생긴 1개월에 금6원의 손해배상을 구하였지만 이에 응하지 않으므로 본소 청구에 이르렀다고 주장. 피고 Y는 이에 대하여 본건의 대지 및 가옥은 원래 소외 A의 소유인바 강제경매의 결과 대지는 원고에게, 가옥은 소외 B에게 각각 경매되어 피고 Y는 소외 B로부터 당해 가옥을 매수하여 그 소유자로 된 것이다. 원고

3) 대법판 1962.4.18 4294 民上 1103 대법원판결집 제10권 2집 149면. 이 판결이 비교적 관습상 법정지상권의 인정근거에 관하여 상세하게 설명하고 있으므로 그대로 인용한다.

X는 위 대지경매 당시 지상에는 가옥이 존재한다는 것을 숙지하면서 이것을 경매한 것은 당시 원고 X의 의사는 가옥은 그대로 존속시키려했다는 것을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 古來의 조선에서는 가옥이 존재하는 토지를 매수하였다는 것은 가옥의 철거를 요구할 권리가 없고 가옥의 소유자는 여전히 당해 지상에 그 가옥을 보유할 권리를 갖는 관습이 존재한다는 뜻의 항변을 하고 있다.

이에 대해 조선고등법원은 “동일인의 소유에 속하는 토지와 가옥이 임의매매에 의하여 각 그 소유자를 달리 하게 된 경우 그 가옥을 取毀하여 이를 철거한다는 합의를 보지 않는 한 가옥의 소유자는 그 토지상에 지상권을 취득하고 토지의 소유자는 그 권리에 의하여 가옥소유자에 대하여 그 철거를 강요하지 못하는 것이 조선에 있어서 일반의 관습이다. 이러한 경우의 그 지상권의 기한 및 지대 등에 대하여는 먼저 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정할 수 있으며 그 협의가 조정되지 않는 경우에 있어서 비로소 법원에 出訴하여 이의 확정을 구하는 것이 또한 조선에 있어서의 일반적인 관습이다. 조선에서의 일반관습은 강제경매에 의하여 종래 동일소유자에 속하는 토지와 가옥이 각 別異의 소유자에게 속하게 되는 경우에도 그 적용이 있다”고 하여, 토지와 건물을 별개의 물건으로 보는 전제에서 관습상의 법정지상권을 인정하고 있었다. 그렇다면 이러한 ‘일반적인 관습’의 근거를 찾는 일이 필요한 작업이다.

(2) 관습조사보고서 등

조선에서는 “자기의 소유지에 권리 없이 타인이 가옥을 건축한 경우에 토지소유자는 이것의 取拂을 청구할 수 없는 관습이 있는가?”라는 1910년(明治43년) 5월 31일 평양지방법판소의 조치가 있었다. 이에 대하여 동년 6월 29일 法典調査局回答은⁴⁾, 한국종래의 관례로는 가옥의 건설을 위하여 空地의 대여 또는 매도를 구한 때에는 이를 거절할 수 없고 불가피한 경우 외에는 그 요구에 응해야 하는 것이 보통이므로 타인의 地所에 소유자의 승낙을 얻지 않고 가옥을 건설한 것은 인용되지 않는 바이므로 그 불법행위가 된다고 하더라도 그러한 건설을 완료한 후에는 이것의 取拂을 강요할 수 없다고 한다. 실제로도 그 지대를 요구할 수 있을 뿐이고 그 이전에 이것의 取拂을 청구한 바 없다고 들었으므로 舊時의 관례에서는 가령 타인의 지소에 무단으로 가옥을 건설한 경우라도 이것의 取拂을 강요할 수 없는 것으로 보여 지더라도 수 십 년 이래 위의 관행은 점차 일반적으로 인정되지 않는 바가 되어 금일에서는 가옥건설을 위한 空地의 대여 또는 매도라도 이를 거절할 수 있고

4) 조선총독부 중추원, 民事慣習回答彙集, 1933. 24면.

또한 타인이 무단으로 자기의 소유지에 가옥을 건설한 때에는 이것의 取拂을 강요할 수 있게 되었다. 이러한 내용은 우리의 舊慣이 가옥에 대해서는 대지보다 특별한 취급을 했음을 보여주는 것이다.

한편 관습조사보고서에서 동산·부동산의 구별에 관한 내용에 대하여, 조선에서는 물건이라는 말은 보통 유체물에 대해 사용되고 또 물건이란 용어를 사용하는 예도 많다고 한다. 그리고 물건의 구별에 대해서는 십여 년 이래 점차 동산·부동산의 구별을 인정하기에 이르러 토지와 건물을 부동산이라 하고 그 외의 물건을 동산이라고 한다. 법령에서도 수년 전부터 이러한 구별을 채택하였지만 아직도 일반적으로 완전히 이해되지 않은 듯하다. (중략) 그런데 조선 종래의 관습으로는 가옥과 대지가 동일한 소유자에게 속하면 가옥의 양도 또는 전당은 당연히 대지에 미치는 것이다. 이는 가옥과 대지를 함께 매매하는 풍습에서 마침내 가옥의 매매와 전당은 당연히 대지를 포함하는 것으로 간주하게 된 것이다. 이러한 점에서 가옥을 주물로 보고 대지를 종물로 본 느낌이 있다. 그러므로 가옥만을 목적으로 하고 대지를 제외하는 매매나 전당에서는 특별히 그 취지를 계약서에 명기하는 것이 상례이다. 다만 1906년(光武10년) 12월 [토지가옥증명규칙]의 시행 이후 토지와 가옥은 각각 별도로 증명을 하는 것으로 되었고, 이로부터 이 관습은 점차 소멸되는 경향이 있다고 한다.⁵⁾ 이렇게 우리 관행은 원칙적으로 토지와 건물을 일체화하고 있었지만 일제 강점기의 제도의 이입으로 현재와 같이 토지와 건물을 별도의 독립된 부동산으로 법적 취급을 하고 있는 것이다.

(3) 민법상 '건물'의 자리매김

1) 민법 제99조 제1항의 해석

민법 제99조 제1항에 대한 통설의 입장은 토지뿐만 아니라 토지의 정착물(인 건물)도 토지와 독립한 별개의 부동산이라고 한다⁶⁾. 따라서 로마법을 근간으로 하는 서구법에서의 '지상물은 토지에 따른다'는 법원칙이 우리나라에는 적용되지 않는다고 한다. 그러나 유력한 견해는⁷⁾ 이를 부인하면서 우리나라에서도 제99조 1항은 서구법에서와 같은 원칙에 입각해 있다는 것이다. 우리 민법 제99조의 모법인 일본 민법 제86조 제1항의 입법과정을 보더라도 우리 민법 역시 이런 서구법의 전통을

5) 조선총독부 사법부장관, 倉富勇三郎, 관습조사보고서, 44-45면.

6) 박윤직, 제7판 민법총칙, 박영사, 2002, 175면.

7) 제철웅, 물권의 객체로서의 물건-민법해석방법에 대한 약간의 문제제기를 겸하여-, 법조 528호, 132-135면.

따르고 있음을 알 수 있다고 한다.⁸⁾ 일본 민법 제86조의 원안인 제87조는 富井政章의 기안에 의해 1894년(明治 27년) 2월 23일 “토지, 건물 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다. 기타의 물건은 이를 모두 동산으로 한다”는 것이었다. 첨부된 이유에서 ‘건물은 토지에 정착하여 이것과 일체를 이루는 물건으로 이를 부동산이라 한다’⁹⁾고 함으로써 건물의 부동산성을 직접 규정한 것으로 그 독립성까지 인정한 규정은 아니었다. 토지에 정착되어 있는 건물도 토지와 일체를 이루기 때문에 부동산이라고 보았던 것이고, 토지의 정착물에 건물이 포함되므로 법조문에서 건물을 삭제한 것에는 특별한 의미가 없었다. 그런데 이 원안은 1894년(明治 27년) 12월 21이 개최된 民法整理會에서 ‘건물’이라는 말이 삭제되고 ‘토지 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다’고 수정되었다.¹⁰⁾ 그 이유는 ‘건물이 토지의 정착물이라고 하는 것은 말하지 않아도 당연하기’ 때문이라고 한다. 그 후 富井政章이 民法整理會에서 원안 제89조에 추가로 “토지의 정착물은 별단으로 정한 경우를 제외하고 그 토지의 일부를 이루는 것으로 한다”는 새로운 제안을 하였다. 그 이유로서 ‘오직 토지라고 하면 그 토지 위에 있는 건물도 포함된다’는 것은 의심이 없지만 전에 저당권에 대해 논의할 때에 다른 의견이 있었고 다소 논란이 될 수 있기 때문에 이러한 조문을 제안합니다. (중략) 적어도 저당권에 대해서는 건물이 토지의 일부를 구성한다는 원칙에서 벗어나 있다고 보기 때문에 이런 조문을 제안 한 것’이라고 한다.¹¹⁾ 논의과정에서 저당권에 있어서 토지와 건물이 분리되고 있는 이유를 富井政章은 저당의 경우는 특별규정이므로, 일반원칙으로서는 건물은 토지의 일부를 이루는 것이라고 주장했다.¹²⁾ 하지만 民法整理會의 다른 위원들은 일본의 관습상 토지와 건물은 별개의 것으로 취급되어 왔다는 반대의견을 제시하였고, 표결결과 가부동수가 되었으나 民法整理會의 의장이 결정권을 행사하여 결국 이 조문은 삭제되었다.¹³⁾ 이렇게 일본 구민법의 수정작업에 있어서 입법자들은 그 기초자들과 달리 건물을 토지와 구분되는 별개의 부동산으로 보았고 이러한 입장이 일본민법에 반영되었다. 이러한 일본의 태도가 우리 민법에 그대로 영향을 미치고 있다.

한편 서구의 다른 법제에서와 마찬가지로 지상물로서 토지와 별개의 물건으로 취급되는 예외가 있고, 그 예외의 범위는 각 나라의 법률규정 등에 의해 차이가 있기 마련이다. 즉, 우리 민법 제366조는 건물이 별개의 부동산임을 전제로 하는 것

8) 제철웅, 앞의 논문, 135면.

9) 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年, 有斐閣, 1988. 648면.

10) 앞의 책, 648면.

11) 앞의 책, 648면.

12) 앞의 책, 649면.

13) 三好 登, 土地・建物間の法的構成について, 法學論集 第19號, 早稻田大學大學院, 1979. 43면.

으로, 토지저당권의 효력이 건물에 미치지 않는다는 것이다. 즉 민법 제358조의 부합된 물건에는 건물이 포함되지 않는다.¹⁴⁾ 또 건물소유를 위한 법정지상권을 인정하는 것도 바로 여기에서 비롯된 예외적 현상이다. 그 밖에 법정지상권을 인정하고 있는 제305조, 가등기담보등에관한법률 제10조, 공장저당법 제31조 등도 건물은 토지와 별개의 독립된 부동산임을 분명히 하고 있다.

2) 민법 제256조와 건물의 부합

통설적 견해는 제256조에 의하여 부동산에 부합하는 물건에는 건물과 같은 부동산은 포함되지 않는다고 한다. 그 결과 아무런 권원없이 타인의 토지에 건물을 신축한 경우, 건물은 토지와 독립된 부동산이므로 건물은 토지에 부합하지 않는다고 한다.¹⁵⁾ 그러나 제256조의 법문이나 학설의 주장 어디에도 ‘물건’에 왜 건물이 포함될 수 없는지 명쾌한 근거를 제시하지 않고 있다. 다만 제99조 1항과의 관련하여 토지와 건물은 별개의 부동산이기 때문에 토지에 부합하지 않는다는 점을 당연한 전제로 하고 그밖에 동산 등이 ‘물건’에 포함되느냐 여부를 검토하고 있다고 보여진다. 민법상의 부합이란 여러 개의 물건이 어떠한 상황에서 1개의 물건으로 되는 것을 의미하므로 건물의 ‘독립된 물건’이라는 것은 부합여부를 판단하기 위한 전제에 불과할 뿐, 곧장 거기서 건물의 ‘부합 불가능성’이라는 결론을 이끌어 낼 수 없다는 유력한 견해가 있다.¹⁶⁾ 따라서 제256조의 ‘물건’의 개념 가운데 부동산을 적극적으로 배제할 수 있는 합리적 근거를 제시하지 못하는 한, 판례¹⁷⁾와 같이 부동산의 부합을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.¹⁸⁾ 이러한 입장에 서는 경우, 타인의 토지 위에 축조된 건물을 소유한 경우라면 건물소유자는 제256조에 의한 부합에 의해 소유권을 잃게 된다. 하지만 이 자는 토지소유자에 대하여 제261조에 의한 보상청구권을 행사할 수 있어 건물소유자의 이익은 어느 정도 보전될 수 있다. 만일 부합을 인정하지 않는다면 건물소유자는 토지소유자의 건물철거청구에 복종하지 않을 수 없을 것이다.

다른 한편 제256조를 제99조 1항과의 상호관련성을 인정하는 유력한 견해가 있

14) 대법판 1990. 10. 12. 90다카27969; 동 1997. 9. 26. 97다10314.

15) 박윤직 재건정판 물건법, 박영사, 1985. 317면; 이영준, 신정판 물건법, 2001. 박영사, ???면; 김상용, 물건법, 서울대출판부 1991. 447면 등.

16) 엄동섭, 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 대한 비판적 고찰, 법조, 제42권 제8호(443호), 1993. 8. 45면.

17) 대법판 1962. 1. 31. 4294민상445(판례총합 2-2(A), 청림각, 554면.

18) 엄동섭, 앞의 논문, 46면.

다.¹⁹⁾ 이 견해에 의하면 제99조 1항을 토지에 어떤 물건이 이미 정착되어 있는 사안을 규율하는 靜的인 규정으로 이해하고 제256조는 토지에 어떤 물건이 결합되어 정착하는 사안을 규율하는 動的인 규정으로 이해한다. 이 견해에 따르면 제99조 1항과 제256조는 결국 같은 원리의 지배를 받는 것이므로 그 평가도 같아야 한다는 것이다. 그렇다면 토지와 그 지상물 전체가 하나의 부동산이라고 해석할 근거가 될 수 있을 것이다. 참고로 우리 민법과 같이 건물을 독립된 부동산으로 파악하고 있는 일본에서의 상황을 보면, 민법 기초자들은 건물은 토지에 부합하여 하나의 물건이 되는 것으로 생각하고 있었다.²⁰⁾ 그러나 그 뒤 일본 민법 입법자들의 '일본 특유의 관습'이 강조되어 건물은 어느 경우에도 토지에 부합하지 않는다는 것이 통설적 견해가 되었다.²¹⁾

3. 집합건물과 토지와의 일체성

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 1항은 '구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다'고 규정함으로써 전유부분(건물)과 대지사용권(토지)의 일체성을 인정하고, 이 양자의 분리처분을 금지하고 있다. 이렇게 전유부분과 대지사용권의 일체성을 제도화한 것은 거래관행과 관리의 실재를 고려한 입법이다.²²⁾ 토지와 건물은 별개의 독립된 물건으로 취급되지만 건물과 토지를 함께 거래하는 것이 일반화되어 있었기 때문이다. 또 관리상에 있어서도 건물과 토지는 일체로서 구분소유자 전원이 관리하는 것이 편리하기 때문이다. 이렇듯 토지와 건물은 사회의식의 공감을 받게 되면 일체로서 거래될 수 있다. 집합건물의 거래에서 뿐만 아니라 주택 등의 거래에 있어서 사회의식은 토지와 건물을 별도로 구별하지 않고 일체로 해서 거래하는 것이 일반적이다. 이러한 사회현실을 반영한 법적 취급에 있어서 굳이 이를 도외시킬 필요를 어디에서도 찾을 수 없는 것이 현실이다.

III. 개정안 '제279조의 2'의 검토

19) 제철웅, 위의 논문, 136-137면.

20) 瀨川信久, 不動産附合法の一考察(3), 法學協會雜誌 94卷 11號, 1977, 1670면 이하.

21) 엄동섭, 앞의 논문, 47면.

22) 김용한, 집합건물법상의 대지 및 대지사용권, 개정민사법해설, 한국민사법학회편, 한국사법행정학회, 1985. 6. 125-126면.

1. 개정안의 취지와 조문화 과정

(1) 개정안의 취지

민법개정위원회는 '관습상의 법정지상권'의 명문화에 있어서, 법정지상권의 발생 요건을 판례와 관습을 포함하여 종합적으로 정리하되 판례에서 인정되는 관습법상의 법정지상권을 일정하게 제한하는 정도로 하기로 방침을 정하였다.²³⁾ 즉 개정안은 토지와 그 지상건물을 각각 별개의 부동산으로 유지한 채 종래 판례에 의해 형성된 관습상의 법정지상권을 전제로 조문화 되었다. 한편 관습상 법정지상권의 논리적 근거에 대하여 판례는²⁴⁾ "토지와 지상건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리하게 되는 경우에 성립하는 관습상의 지상권은 그 경우 당사자 사이에 건물을 철거하기로 하는 등의 특별조건이 없다면 토지소유자는 토지건물 소유자에게 그 건물소유를 위한 지상권을 설정하여 주기로 한 의사가 있었던 것이라고 해석하여 인정되는 권리이다"라고 하여 그 논리적 근거를 당사자의 推斷된 意思에서 찾는다. 최근의 판례는 이러한 경우 관습법상의 법정지상권을 극히 제한적으로 인정하는 추세이지만, 다수의 견해는²⁵⁾ 이러한 법정지상권의 확대적용에 대하여 비판적이었다. 이러한 바탕위에서 민법개정위원회는 종래 관습법상 법정지상권이 인정되어 온 경우에 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 효과만을 부여하는 개정안 초안을 마련하였다.

그 개정의 당초의 취지는 관습상의 법정지상권의 적용범위를 제한하는 것이었다.²⁶⁾ 따라서 당사자는 그 추정된 지상권설정계약에 기해 지상권설정등기를 한 경우에는 물권적 효력을 인정받을 수 있게 될 것이고, 등기가 없는 경우에는 제3자에 대한 관계에서 지상권의 효력을 주장할 수 없게 될 것²⁷⁾이다. 하지만 개정안의 성격을 두고 토지소유권을 강하게 보호하고 건물소유권과 토지이용권을 약하게 보호하고자 하는 것이라고 하면서 이는 건물의 존속보호의 사회적 가치와 토지이용권 중심의 복지사회에는 맞지 않는다는 견해도²⁸⁾ 제기되었다. 그러나 이 개정안의 취

23) 앞의 '민법(재산편)개정자료집', 334면.

24) 대법원 1986. 5. 27 86다카62 판결.

25) 김용한, 물권법론, 386면; 이영준, 신정판 물권법, 636-637면; 박윤직, 물권법, 333-334면, 김중환·김학동, 제9판 물권법, 392면 등; 그러나 김상용, 물권법, 503면은 관습상 법정지상권에 대하여 인정할 실익과 타당성이 있다고 한다.

26) 앞의 '민법(재산편)개정자료집', 336면, 340-341면.

27) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 335면.

28) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 340면, 김상용 위원의 검토의견. 특히 김상용 위원은 가능한 현재 판례의 태도를 살리면서 강제경매의 경우와 매매의 경우를 구분해서 입법화하려고 하는 취지를 살

지는 관습상 법정지상권이 너무 광범위하게 인정되고 있으므로 이를 제한하기 위해서 성립요건을 제한하려는 것²⁹⁾, 개정안을 통하여 관습법상의 법정지상권을 제한할 필요성이 있는지 의문의 여지가 있음³⁰⁾, 관습법상의 법정지상권을 성문화하자는 것이 아니라 당사자가 의도하지 않았던 강한 권리가 인정되는 것을 막아보자는 의도³¹⁾ 등 다양한 견해가 표출되었지만, 궁극적으로는 판례가 인정한 관습법상의 법정지상권을 제한하기 위한 것임을 분명히 하고 있다.

(2) 조문화 과정

민법개정위원회는 [제1차 가안]을 중심으로 논의된 결과를 반영하는 가안을 작성하는 방법으로 4차의 가안을 작성·심의하여 최종안을 성안하였다. 그 진행과정을 보면,

1) [제1차 가안](1999. 9)

제279조의 2(지상권의 설정) ① 토지와 그 위의 건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리하게 되는 경우에 그 건물소유자를 위해 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정된다.

② 제1항의 건물소유자는 그 지상권의 등기를 하여야 제3자에게 대항할 수 있다.

2) [제2차 가안](2000. 9. 2)

제279조의 2(지상권의 설정) 토지와 그 위의 건물이 동일인의 소유에 속해 있다가 각각 그 소유자를 달리 하게 되는 경우에 그 건물소유자를 위해 기간의 약정이 없는 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

리려고 했다는 것을 분명히 함(개정자료집, 344면).

29) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 341면, 윤진수 위원, 백태승 위원의 토의내용. 특히 백태승 위원은 '요즘에는 판례가 관습법상의 법정지상권을 여러 유형으로 분류하면서 제한하려는 시도를 하고 있는데 수정안에 의하면 판례가 스스로 관습법상의 법정지상권을 제한하는 추세에 역행하여 공식적으로 관습법상의 법정지상권을 인정하는 결과가 되며, 협의에 맡겨두었다가 협의가 성립되지 않으면 협의가 성립된 것으로 간주하는 것은 민법에 이질적인 규정'이라고 한다.(개정자료집, 344면).

30) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 341면, 하경효 위원 토의내용.

31) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 344면, 양창수 위원 토의내용.

3) [실무위원회 가안](2001. 6. 21)

제279조의 2(지상권의 설정) 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간의 정함이 없는 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

4) [제4차 가안](2001. 8. 27)

제279조의 2(지상권의 설정) 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간을 정하지 아니한 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다.

5) [김상용위원 작성 가안](2002. 9. 13)

제279조의 2(지상권의 설정) ① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자의 의사에 기하여 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 때에는, 건물소유자와 토지소유자는 건물의 유지를 위하여 토지이용에 관한 협의를 하여야 한다. 상당한 기간 내에 합의에 이르지 못한 때에는 지상권설정계약이 체결된 것으로 본다. 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다(또는 상당한 기간 내에 합의에 이르지 못한 때에는 당사자의 청구에 의하여 법원이 토지이용에 관하여 결정한다). ② 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자의 의사에 기하지 아니하고 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 때에는 제366조를 준용한다(또는 강제경매, 공매, 기타 국가기관의 처분에 의하여 건물소유자와 토지소유자를 달리하게 된 때에는 제366조를 준용한다).

6) [제5차 가안(최종 개정안)](2002. 9. 13)

제279조의 2(지상권의 설정) ① 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 법률행위에 의하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 그 건물소유자를 위하여 존속기간을 정하지 아니한 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정한다. ② 동일한 소유자에 속하는 토지와 그 지상건물이 저당물의 경매 이외의 경매로 인하여 그 소유자를 달리하게 되는 때에는 제366조를 준용한다.

2. 개정안의 검토

(1) 지상권설정계약으로 추정한다는 의미

당초의 개정안 초안은 동일한 소유자에게 속하는 토지와 그 지상건물이 그 소유자를 달리하게 되는 때에 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하고 있었다. 그러나 이에 대하여는 민법개정위원회 뿐만 아니라 공청회, 민법개정안연구회 등에서 많은 비판적인 의견이 제기되었다. 즉, 지상권설정계약의 추정이 매매나 증여 등 법률행위에 의한 부동산 소유권변동의 경우에는 타당하지만 강제경매나 공매처분 등의 경우에는 추정이 부당하다.³²⁾ 또 지상건물만이 경매된 경우 당사자가 지상권설정계약을 체결한 것으로 추정하는 것은 무리³³⁾, 매매나 증여 등과 같이 당사자의 의사에 기하여 소유자를 달리하는 경우에는 지상건물의 소유자가 토지사용관계를 결정할 기회가 있으므로 관습법상의 법정지상권은 부인되어야 하나, 강제경매나 국세징수법에 의한 공매처럼 소유자의 의사에 기하지 아니하고 경매가 이루어진 때는 저당물이 경매된 경우와 같이 민법 제366조와 유사한 결과가 되도록 규정함으로써 결국 후자의 경우에 제366조를 확대적용하거나 유추적용하면 충분하다³⁴⁾, 일반적으로 지상권설정계약이 체결되고 있지 않은 현실에서 법률이 강제적으로 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 것은 거래관념 내지 일반의 법의식에 어울리지 않고, 지상권설정에 추단적 의사를 찾을 수 없는 강제경매나 공매처분의 경우에도 추단을 넘어 의제를 하는 결과가 되어 판례의 법리를 지나치게 수정한다는 비판³⁵⁾ 등이 있었다.

이러한 비판에 대하여 [제1차 시안]의 당초 의도는 당사자들이 지상권의 설정에 대하여 약정할 수 있었던 경우에 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하는 것이며, 강제경매나 공매 등의 경우에는 저당권에 규정된 법정지상권과 유사하므로 이러한 규정이 유추적용될 수 있다는 것이 기본취지였다고 한다. 즉 시안의 의도에 의하면 강제경매의 경우에는 이 개정안이 적용되지 않는다.³⁶⁾ [김상용위원 가안]은

32) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 337면. 이동명 위원 개정의견.

33) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 338면. 민법개정안연구회 박영규 교수 의견.

34) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 338면. 민법개정안연구회 송덕수 교수 의견.

35) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 339면. 민법개정안연구회 홍성재 교수 의견.

36) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 341면. 이영준 위원 토의내용; 그러나 동 개정자료집 342면. 이시윤 위원의 토의내용에 의하면, 강제경매를 통설과 판례는 매매로 보고 있으며 개정된 민사집행법에서 강제경매를 매각허가처분으로 바꾸어 거래행위로 보고 있으므로 개정안을 '거래행위'로 제한하더라도 강제경매를 거래행위로 볼 수 있다는 문제점이 있다는 것을 지적하면서, 강제경매와 공매를 제1항에서 분리하자는 의견을 제시하고 있다.

이러한 논의를 바탕으로 매매나 증여 등 법률행위로 인하여³⁷⁾ 토지와 그 지상건물의 소유자를 달리한 경우와 강제경매나 공매 등의 경우를 나누어, 전자의 경우는 일종의 약정지상권이 성립되는 것으로 추정하고 후자의 경우에는 제366조를 준용하는 것으로 하여 법정지상권이 성립되는 것으로 수정하였다. 이 안에 대한 논의과정에서 기존의 가안 제1항이 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정하였는데 수정안이 간주규정을 둔 것에 대한 문제제기가 있었다. 즉 합의에 이르지 못하면 지상권설정계약이 체결되었다는 추정이 깨질 수 있는데 수정안은 이 경우 계약이 체결된 것으로 간주하게 된다는 이의가 있었다.³⁸⁾ 또 제2항과 관련하여 '저당물의 경매 이외의 경매'에 대하여는 '담보권실행의 경매 이외의 경매'³⁹⁾, '강제경매' 등의 의견 개진이 있었고 그 적용대상을 열거하는 것이 필요하다는 지적이 있었다.⁴⁰⁾ 생각건대 경매에는 강제경매, 담보권실행을 위한 경매, 형식적 경매가 있는데 국세징수법에 의한 경매는 형식적 경매에 포함되어 별 문제가 없고, 경매와 공매는 다르지만 매도인의 담보책임에 관한 제578조의 경매도 강제경매, 공매 등을 모두 포함하며 제187조의 경매도 모두 포함하므로⁴¹⁾ 특별한 문제가 생기지 않는다. 최종 개정안 제1항에서 지상권설정계약으로 추정되는 것은 법률행위로 인하여 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라지는 경우에 한정되는 것으로 하고, 제2항에서 저당물의 경매 이외의 경매로 인한 경우에는 제366조를 준용하는 결과 법정지상권이 성립되는 것으로 규정함으로써 그간의 논란이 되었던 대부분의 의견을 입법에 반영하였다.

하지만 개정안이 본인의 의사에 의하지 않고 건물과 대지가 소유자를 달리하는 경우에 초점을 맞추고 있다면 제2항의 '저당물의 경매 이외의 경매'가 의미하는 내용을 두고 의문이 생길 수 있다. 제366조를 준용하는 경우에 개정안과 같은 포괄적인 규정은 판례가 일관하여 법정지상권의 인정을 부인하는 환지처분과 같은 경우에도⁴²⁾ 이를 준용하는 결과 법정지상권을 인정하여야 할 불합리한 결과가 발생할 수 있기 때문이다⁴³⁾.

37) '법률행위에 의하여'에 대하여는 "거래에 의해서" '소유자의 의사에 기하여' 등의 의견이 제시되었다.

38) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 343-344면. 특히 이은영 위원은 '합의가 이루어지지 않으면 판례에서 관습법상의 법정지상권을 인정하지 않으며, 당사자의 합의가 추정되는 경우에만 관습법상의 법정지상권을 인정하고 있'다는 견해를 제시하고 있다.

39) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 346면. 이시윤 위원 토의내용.

40) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 345면. 윤진수 위원 토의내용.

41) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 345면. 양창수 위원 토의내용.

42) 대법판 2001. 5. 8. 2001다4101.

43) 위의 '민법(채산편)개정자료집', 345면. 윤진수 위원 토의내용; 같은 개정자료집, 343면. 김상용 위원 의견도 동일함.

(2) 지상권설정계약의 법적성질

종래 판례가 인정한 관습상의 법정지상권은 법률의 규정에 의한 물권변동으로 민법 제187조에 의하여 등기 없이 보호받는 물권이었다. 즉 토지소유자가 바뀌는 경우에도 관습상 법정지상권자는 새로운 토지소유자에게 대항할 수 있어 토지소유자에게 불리하였다. 그러나 개정안 제1항에 의한 관습상의 법정지상권은 법률행위에 의한 물권변동으로 민법 제186조에 의하여 지상권설정등기를 하여야 물권으로 보호되는 약정지상권이다. 따라서 지상권설정계약이 추정되는 경우라도 이를 등기하지 않으면 지상권을 주장할 수 없다는 것이 된다.⁴⁴⁾

이렇게 되면 종래 판례에 의한 관습상의 지상권은 다시 약정지상권으로 추정되는 경우와 제366조가 준용되는 경우로 나누어져, 관습상의 법정지상권이 복잡해지게 되는 문제가 있다. 또 약정지상권으로 추정되는 지상권설정계약은 채권계약인가 물권계약인가가 문제되고, 채권계약이라면 채권법에 규정함이 타당하고 물권계약이라면 물권계약이 어떠한 법적 성질을 갖는지 명확한 이론구성에 다툼이 있는 실정이므로⁴⁵⁾ 이러한 상태에서 입법을 한다는 것은 위험하다는 비판이 있다.⁴⁶⁾ 또 판례에 의한 관습상의 법정지상권을 명문화한다는 취지에서 개정안 제279조의 2가 성안되었으나 결과는 종래의 제도와는 다른 법정지상권이 되어 그 취지에 부합하지 않는다는 문제가 있다. 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라지는 경우에 현실적으로 생기는 예외적인 경우를 인정하려다 보니 생겨난 편법적인 재판규범인 관습상의 법정지상권을 굳이 명문화할 필요가 있는지 재고해 보아야 할 시점이다. 매매 등을 하면서 건물의 소유자가 그 건물이 소재하는 토지에 대하여 아무런 조치를 취하지 않는 자가 임대차계약을 체결한 자 보다 강한 법적 보호를 받는다는 것은 논리적으로 모순이다. 판례에 의해 인정되는 관습상의 법정지상권은 그 관습에 맡겨두는 것이 보다 합리적이라는 생각이다.

(3) 지상권설정청구권

종래 판례가 인정한 관습상의 법정지상권은 등기를 요하지 않는 법정지상권이었으나 개정안 제279조의 2 제1항에 의하면 등기하여야 지상권을 취득할 수 있다.

44) 위의 '민법(재산편)개정자료집', 341면, 이영준 위원 토의내용.

45) 예컨대 추정되는 지상권설정계약을 물권계약이라고 한다면 물권계약이 추정된다는 것인데 이는 논리적으로 자연스럽지 못하다.

46) 민법개정안의견서, 민법개정연구회, 삼지원, 2002. 72면. 고상룡 교수 집필부분.

이 경우 토지소유자에게 지상권설정등기를 위하여 협조를 기대하는 것은 기대할 수 없을 것이다. 종래 판례에 의한 경우와 같이 건물소유자에게 법정지상권이 인정된 것이 아니고, 또 건물소유자에게 지상권설정청구권이 인정되어 있는 것도 아니므로 토지소유자의 자발적인 협조 없이는 지상권설정등기는 불가능하고⁴⁷⁾, 건물소유자에게 지상권설정계약이 체결된 것으로 추정 될 뿐이다.

이러한 사태는 지상권설정계약이 추정된 후 그에 따른 등기를 하기 전에 토지나 건물이 양도되는 경우, 종래 판례에 의한 관습상의 법정지상권의 경우와 다른 결론에 이르게 된다. 즉 판례는 관습상의 법정지상권이 성립할 당시의 건물소유자가 건물의 소유를 계속하는 한, 대지소유자는 물론 그 양수인에게도 등기 없이 법정지상권을 주장할 수 있다고 하였다.⁴⁸⁾ 그러나 개정안에 의하면 건물소유자가 지상권의 등기 없이는 토지의 새로운 소유자에게 지상권설정계약의 효력을 주장할 수 없으며 따라서 토지 양도인은 건물의 소유자에게 지상권설정을 해 줄 수 없다.⁴⁹⁾ 그렇다면 토지의 새로운 소유자는 건물의 철거를 청구할 수 있을까, 아니면 신의칙상 철거청구가 부당하다고 할 것인가가 문제된다. 건물이 철거철가가 부당하다면 지상권설정등기는 어떻게 하여야 할지 문제된다.⁵⁰⁾ 한편 건물이 제3자에게 양도된 경우에는 통상적으로 건물과 함께 지상권을 양도하기로 하는 채권적 계약이 있는 것으로 볼 수 있으므로 건물의 양수인은 건물의 양도인을 대위하여 토지소유자에 대하여 채권자대위권에 기한 지상권설정등기청구권을 주장할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

IV. 결 론

개정안 제279조의 2는 판례에 의한 관습상의 법정지상권을 입법화하기 위한 시

47) 위의 민법개정안의견서, 72면, 김진현 교수 집필부분에 의하면, '더구나 이러한 등기협조거부사실은 후에 지상권설정계약이 체결된 바 없다는 사실을 뒷받침하는 증거방법으로서 기능하여 계약체결의 추정을 전복하는 반대사실의 증거로서 활용될 소지마저 있다'고 한다.

48) 대법판 1984. 9. 11. 83다카2245; 동, 1972. 7. 25. 72다893 등.

49) 임성권, '개정안의 법정지상권 규정에 대한 연구', 아세아여성법학 제5호, 2002. 6. 358면.

50) 송덕수 교수 집필부분, 앞의 '민법개정안의견서' 74면.

51) 같은 견해, 김재형, '민법(재산법)개정공청회자료', 153면; 홍성재, 앞의 '민법(재산편)개정자료집', 339면; 그러나 임성권, 앞의 '개정안의 법정지상권 규정에 대한 연구', 358면에서, '건물의 양수인이 건물의 양도인을 대위하여 토지소유자에 대하여 지상권설정등기절차의 이행을 청구할 수는 없다고 한다. 건물양수인으로서 자기가 건물을 사용하기 위한 방책을 건물에 양수할 때에 강구하여야 하는 것이고 당사자가 스스로 권리를 찾기 위한 노력을 하지 않는데도 이를 사후에 법이 다른 방법을 통하여 보호하는 것은 타당하지 않기 때문'이라고 한다.

도이다. 그런데 주지하다시피 관습상의 법정지상권은 우리 법제가 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루기 때문에 발생하는 현실적인 문제를 해결하기 위한 법원의 법형성 기능에 의해 인정된 특수한 물권이다. 하지만 이 제도는 그 이론적 근거가 매우 애매하다는 비판을 받고 있었다. 관습상의 법정지상권은 그 근거가 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루는 것을 우리의 관습이라는 전제 위에서 출발하였지만 연혁적인 검토를 통해 관습이 왜곡되었다는 것을 확인할 수 있었다.

토지와 건물을 소유하는 사람이 그 건물만을 또는 지상건물이 있는 채로 그 토지만을 아무런 조건 없이 매매한다든가 증여한다는 일 자체가 통상의 사정으로서 생각할 수 없는 일이다. 하지만 어떠한 이유에서든 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라지는 경우 법원의 노력으로 판례에 의한 관습상의 법정지상권이 인정되고 있고 재판규범으로 활용되고 있는 현실이라면 계속 판례에 맡기는 것이 탄력적으로 사회의 변화에 대처해 오고 있었다. 그러나 토지나 건물을 임의로 양도하는 경우에 당사자들이 스스로 토지의 이용을 위한 법률관계를 설정할 기회가 있었음에도 이를 하지 않고 양도한 경우 더구나 과거와 달리 토지와 건물이라는 부동산물권의 권리관계에 대한 관념이 널리 알려진 오늘날 여전히 법원이 스스로 나서서 그들 사이에 지상권설정의 의사가 있었던 것으로 추정하면서까지 관습상 지상권이라는 강력한 권리로서 보호하지 않으면 안 될 이유를 찾을 수 없다. 관습상 법정지상권의 개념은 이제 그 과도기적인 역할을 다한 것으로 보아 폐기할 시점에 이른 것이 아닐지 역시 법원의 판단에 맡기는 것이 좋다고 생각한다. 개정안 제279조의 2와 같이 이를 명문화하여 약정지상권화 한다는 것은 또 다른 혼란을 초래할 수 있다고 보아 명문화에 반대한다.

오히려 근본적인 해결을 위하여는 현실에 입각하여 토지와 건물을 일체적으로 법적구성을 하는 입법 노력이 필요하다고 생각한다.

< 參 考 文 獻 >

- 김용한, 전정판 물권법론, 박영사, 1993.
- 곽윤직, 전정증보판 물권법, 박영사, 1980.
- 김증한·김학동, 제9판 물권법, 박영사, 1995.
- 이영준, 신정판 물권법 박영사, 2001.
- 주해민법, 곽윤직대표집필, 박영사, 2000.
- 고현철, 민법 부칙 제10조와 관습상의 법정지상권, 대법원판례해설 제3호, 법원도서관, [1983. 2. 22.81다643 평석].
- 권혁중, 법정지상권의 이전과 미지급지료채무의 승계, 판례연구(전주지방법원) [1996. 4. 26. 95다52864 평석].
- 김 신, 지료연체와 관습상의 법정지상권의 소멸청구, 판례연구 제6집, 부산판례연구회, [1994. 12. 2. 93다52297 평석].
- 김관재, 대지에 관하여 근저당설정등기가 경료된 후에 그 지상에 신축된 건물을 위하여 법정지상권이 성립될 수 있는 것인지 여부, 대법원판례해설 제15호, 법원도서관, [1991. 4. 26. 90다19985 평석].
- 김명수, 건물을 철거하고 그 지상에 새로운 건물을 신축하기로 하는 내용의 합의가 관습법상의 법정지상권의 발생을 배제하는 '철거의 특약'으로 볼 수 있는지 여부(소극), 대법원판례해설 제34호, 법원도서관, [2000. 1. 18. 98다58696, 58702 평석].
- 김문수, 법정지상권 성립요건으로서의 건물의 존재, 판례연구 제6집, 부산판례연구회, 1993, [1990. 7. 10. 90다카6399 평석].
- 김상용, 구건물철거 후 신축한 경우의 민법 제366조에 의한 법정지상권 성립여부, 민사판례평석(1), 법원사, [1990. 7. 10. 90다카6399 평석].
- 김상용, 법정지상권에 관한 연구, 소봉김용한교수화갑기념논문집, 박영사, 1990.
- 김시승, 법정지상권을 취득할 지위에 있는 건물양수인에 대한 토지소유자의 건물 철거청구, 대법원판례해설 제4호, 법원도서관, [1985. 4. 9. 84다카1131,1132 평석].
- 김시현, 관습법상 법정지상권의 한계, 서울지방법변호사회 판례연구 6집, 서울지방법변호사회, [1991. 9. 24. 91다9756, 9763 평석].
- 박우동, 관습법상의 법정지상권, 사법행정 제18권 10호, 한국사법행정학회.
- 박운길, 관습법상 법정지상권, 조선대학교 법학연구소 법학논집 2집.

- 박준서, 법정지상권, 사법논집 제5집, 법원도서관.
- 배병일, 관습상의 법정지상권, 영남법학 2권 1·2호, 1995. 11.
- 백태승, 민법(물권법)개정안의 주요내용(Ⅱ), 백태승, 고시계, 2004. 7.
- 서 민, 법정지상권의 부종성, 민사판례연구, 제19집, 민사판례연구회.
- 송영민, 토지와 건물을 별개의 물건으로 취급하는 민법태도에 관한 법사학적 일고찰.
- 엄동섭, 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 대한 비판적 고찰, 법조, 제42권 제8호(443호), 1993. 8.
- 오창수, 관습법상의 법정지상권에 관한 판례이론, 서울제일변호사회, 변호사-법률실무연구, 21호.
- 윤 경, 공동저당의 목적인 건물을 재건축한 경우 법정지상권의 성부(1)(2), 경영법무, 제108호, 09호, 주)한국경영법무연구소.
- 윤대성, 법정지상권의 법리, 한국민사법학의 현대적 과제 (연은 배경숙교수화갑기념논문집), 1991.
- 윤진수, 법정지상권 성립 후 건물을 취득한 자의 지위, 민사재판의 제문제, 제5권, 한국사법행정학회, [1985. 4. 9. 84다카1131, 1132 평석].
- 이 용, 법정지상권의 요건-최근 판례에 나타난 사례중심-, 대전지방변회사회지, 창간호, 2000.
- 이균용, 공동저당권의 목적인 건물을 재건축한 경우에 법정지상권의 성부와 민법 제365조의 일괄경매의 가부- 일괄경매의 절차상의 문제에 대한 검토를 포함하여-, 사법논집 제3집, 법원도서관.
- 이동기, 관습법상 법정지상권에 관한 판례의 고찰, 부동산법학의 제문제(김기수 교수회갑기념논문집), 1992.
- 이승길, 관습상 법정지상권, 중앙법학 제5집 제2호.
- 이영준, 이른바 특수지상권, 고시연구, 1988. 7.
- 이은영, 물권법개정의 초안, 민사법학 제19호, 2001. 3.
- 이진성, 우리 판례가 인정하는 관습상의 법정지상권과 그 양도에 관한 일 고찰, 사법논집 제7집, 법원도서관.
- 임성권, 개정안의 법정지상권 규정에 대한 연구, 아세아여성법학(제5호), 2002.6.
- 제철웅, 물권의 객체로서의 물건-민법해석방법에 대한 약간의 문제제기를 겸하여-, 법조528호, 법조협회.
- 지대운, 관습법상의 법정지상권, 법률신문사, '90. 6.26.(1988호), (89다카24094 평석).

- 최상열, 법정지상권의 지료결정과 지료연체로 인한 소멸청구, 대법원판례해설:재판연구관 세미나자료, 2001년 상반기(통권 제36호), 법원도서관, [2001. 3. 13. 99다17142 평석].
- 황진효, 민법 제366조 소정의 법정지상권의 성립요건(건물의 재건축과 소유자의 동일성 문제를 중심으로), 판례연구 제13집, 부산판례연구회, [1999.11.23. 99다52602 평석].

SUMMARY

Study of Legitimization of Legal Superficies on Customary Law

Moon, Heung-Ahn

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

This paper is to present the object basis of legitimization of legal superficies on customary law. The argument starts from discussion about buildings. From this discussion, it is clear that there is no need to treat buildings separately and independently from land. At the same time, during examination of revised bill 279:2, it is confirmed that the purpose of legislation and the legal superficies set as customary law at the court are discordant. Thus for fundamental solution to this problem, this paper proposes include land and buildings in a single legal formation that would reflect the reality.

Revised bill 279:2 was a tryout to legislate the legal superficies on customary law by precedents. However, as known to all, the legal superficies on customary law is particularly acknowledged to supplement the legal vacuum in real life where land and buildings are respectively independent real estate. This system got a lot of critiques for its poor theoretical basis. Legal superficies on customary law got its premise on that treating land and buildings as different real estate has been our custom. However, through investigation of its development process, a bit of distortion on that custom is revealed.

It is hard to imagine someone possessing land and buildings respectively

sells or donates them. However, for some reasons, when the possessors of land and buildings are happened to be different people, the court admitted their ownership as the legal superficies on customary law. This law is still applied on the courts and the decisions of courts has been elastically deal with the change of society. Nonetheless, when people transfer land or buildings by their discretion, they do not make efforts to be in normal legal relation for existence of legal superficies on customary law. Moreover, since the concepts of legal relation in terms of real estate, land and buildings are widely known unlike past, it is unnecessary for courts to strongly protect people with legal superficies on customary law, automatically presuming the concerned parties intention to set up superficies between them. The idea of legal superficies on customary law seems to finish its function in the blank of legislation during the transitional period. Now the court needs to consider repealing it. In sum up, this paper firmly opposes making superficies the substantive enactment like Revised bill 279:2 for it may cause another confusion.