

관습법상 법정지상권의 문제점과 개선방안

- 미완성 건물의 소유권 귀속을 중심으로 -

- A Study on the Primitive Acquisition of Unfinished Buildings -

홍 동 순*

전 장 현**

* 단국대학교 특수대학원 특수법무학과 법학석사과정, (주저자)

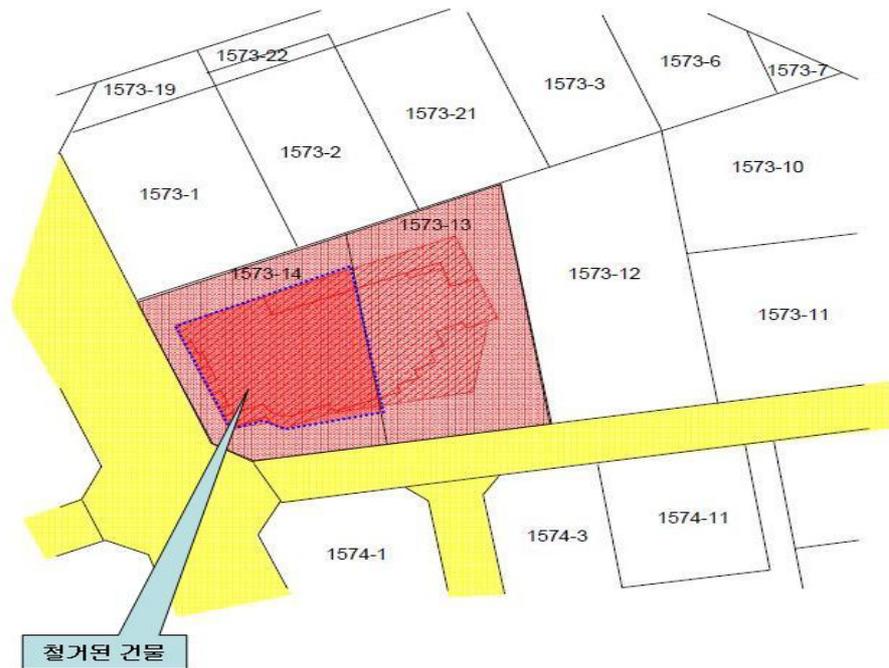
** 단국대학교 법무행정학과 학과장, 특수대학원 특수법무학과 주임교수(교신저자)

건물 사진



<출처 <https://www.hankyung.com/realestate/article>>

지적 개황도



<출처 <https://cafe.daum.net/learnauuction>>

목 차

I. 서 론

1. 지상권의 의의
2. 법정지상권의 개념
3. 관습법상 법정지상권의 개념

II. 사례의 개요 및 쟁점

1. 사실개요
2. 사실요지
3. 주요쟁점

III. 판결의 요지

IV. 문제점 및 개선방안

1. 문제의 제기
2. 학설 및 판례의 경향
 - 1) 학설의 경향
 - 2) 판례의 태도
3. 개선방안
 - 1) 건물의 독립성 요건 개선
 - 2) 건물의 기성률 평가 조정
 - 3) 지하층 기성률 가치 확대
 - (1) 지하층의 기성률
 - (2) 지하층의 기여율
 - (3) 지하층의 일체성
 - (4) 지하층의 기능성
 - 4) 동일인의 범위 완화

V. 결 론

참고문헌

ABSTRACT

국문요약

법정지상권은 건물 기타 공작물, 수목을 소유하기 위해 타인의 토지를 사용하는 권리인데, 독일, 프랑스, 영국 등은 건물을 토지의 구성부분으로 보아 건물은 토지의 처분에 수반하므로 법정지상권이 문제 되지 않으나, 우리나라 민법은 토지와 건물을 별개의 독립된 부동산으로 취급하기 때문에 어느 하나가 처분될 경우 건물의 소유를 위하여 토지사용권이 요구되는 바, 일찍이 조선고등법원이 1916. 9. 29. 강제경매와 관련된 판결¹⁾에서 “한국에 있어서의 관습”이라고 하여²⁾ 관습에 의한 법정지상권을 인정한 이래 우리의 민법 제305조와 제366조, 가등기담보 등에 관한 법률 제10조, 입목에 관한 법률 제6조 등에서 일정한 요건을 규정하여 법정지상권을 인정하는 외에 다수의 판례가 관습법상의 법정지상권이라 하여 그 범위를 점점 확대함으로써 확고한 판례법을 형성하고 관습법으로 인정해 온 것이며, 근래에는 그 관습법의 존재 여부, 법정지상권 성립의 인정 및 필요성 등에 대하여 의문이 제기되고 있다.³⁾

본고에서는 5년간 이어진 건물철거 소송에서 관습법상 법정지상권이 인정되지 않아 수백억 원대의 건물 일부가 두부 잘리듯 철거⁴⁾된 사례와 관련하여 살펴본다. 그리고 건물신축도급계약에 따라 신축된 건물의 소유권 귀속에 관한 법리를 판단한 대법원의 판결⁵⁾ 및 기성률을 바탕으로 신축건물의 독립성 요건과 원시취득 여부를 판단한 사실심의 판결 이유를 고찰한다. 그렇게 함으로써 신축건물이 독립한 부동산으로서의 요건을 갖추었는지 여부를 판단할 당시에 변화하는 건축공법과 공정 등의 다양한 상황을 적절히 반영하였는지, 건물의 특성에 따라 실질적으로 기성률을 판단하였는지 여부 등을 검토하고, 건물의 소유를 위한 측면에서 법리적 개선방안을 모색하여 관습법상 법정지상권 성립요건을 더욱 구체화하고자 한다.

주제어 : 관습법, 법정지상권, 기성률, 원시취득, 직능별 전문법관제도

1) 곽윤직, 물권법, 박영사, 1986, 399면.

2) 김준호, 물권법, 법문사, 2007, 263면.

3) 김상용, “법정지상권에 관한 고찰”, 김용한화갑기념논문집, 1990; 박희만, “법정지상권”, 법조 33권 10호, 1984; 윤대성, “법정지상권의 법리”, 배경숙교수화갑기념논문집, 1991.

4) 본고 속표지 건물사진 및 지적개황도 참고.

5) 대법원 2008. 7. 10. 2008다15421 판결.

1. 서론

우리 민법은 제99조 제1항에서 “토지 및 그 정착물은 부동산”이라고 하여 토지에 정착한 건물을 독립된 부동산으로 구분하면서, 타인의 토지에 정착한 건물의 소유와 관련하여 제279조 내지 제290조에 지상권설정계약과 등기를 하여야 성립하는 이른바 ‘약정지상권’의 내용을 성문화하였는데, 이러한 약정지상권보다는 법률의 규정에 의해 성립하는 ‘법정지상권’이 더 많이 발생하고,⁶⁾ 그 밖에도 관습법⁷⁾에 의하여 성립하는 ‘관습법상 법정지상권’과 ‘분묘기지권’ 등이 지상권으로 인정되고 있다.

본고에서는 건물의 독립성을 기준으로 미완성 건물에 대한 원시취득의 인정 여부를 판단한 판결의 이유를 통해 지상권에서의 지상 및 토지의 개념을 정리하고 건축공법, 공정 등에 따른 기성물의 개념, 건물의 일체성, 법정지상권 성립요건 중 ‘동일인’의 범위 등 관습법상 법정지상권 성립요건과 관련한 문제점을 검토하여 이에 대한 개선 방안을 제시해보고자 한다.

1. 지상권의 의의

지상권이란 “타인의 토지에서 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위해 그 토지를 사용할 수 있는 용익물권⁸⁾이며, 토지의 소유자와 지상권설정계약을 체결하고 등기를 하여야 성립하는 약정지상권이 원칙이다. 한편 법정지상권은 토지와 그 토지 위의 건물 등이 동일인에게 속하고 있다가 어떤 사정으로 토지와 그 지상 건물 등이 각각 소유자를 달리하게 된 때에, 당사자 사이에 지상권의 설정 계약이 없었음에도 건물 등의 소유자를 위하여 법률 또는 관습법에 의하여 당연히 인정되는 권리이며, 건물 등의 철거를 방지하고 소유를 보장하는 건물 등 전반에 대한 토지사용권이다.

6) 김준호, 전거서, 243면.

7) 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활 규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다. 관습법은 당사자의 주장 입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정…(대법원 1983. 6. 14. 80다3231 판결).

8) 타인의 토지 또는 건물을 일정한 목적을 위해 사용·수익(收益)할 것을 내용으로 한 물권(物權)의 총칭(總稱)이다. 사용권(使用權), 이용권(利用權)이라고도 한다. 또한 소유권과 같은 전면적·포괄적 권리가 아니고 한정된 범위 내에서의 지배권이라는 점에서 담보물권(擔保物權)과 함께 제한물권(制限物權)에 속한다. 민법에서는 지상권·지역권·전세권이 용익물권(用益物權)에 해당하며 모두가 부동산을 객체로 하고 있다. [네이버 지식백과] 용익물권(用益物權); 이병태, 법률용어사전, 법문북스, 2016.

2. 법정지상권의 개념

1) 의 의

토지와 건물 또는 입목이 동일한 소유자에게 속하는 경우에, 건물에 대한 전세권이나 토지 또는 건물에 대한 저당권, 토지 또는 건물에 대한 담보가등기 등이 설정되고, 위 물건이 각각 다른 소유자에 속하게 되면 법률이 규정하는 법정지상권을 취득하는데, 민법 제366조의 법정지상권 성립 여부가 주된 분쟁의 대상이 되고 있다.

2) 민법 제366조의 법정지상권 성립요건

민법 제366조에 의한 법정지상권 성립요건은 저당권 설정 당시에 건물이 존재하고 토지와 건물이 동일인 소유일 것, 토지 또는 건물 중 어느 하나에 저당권이 설정되어 있을 것, 저당권이 설정된 토지나 건물 중 하나가 저당물의 경매로 인하여 소유자를 달리할 것⁹⁾ 등으로 나누어 볼 수 있다.

3. 관습법상 법정지상권의 개념

1) 의 의

법정지상권이 성립하는 경우로서 민법 및 민사특별법에서 정하는 것 외에 관습에 의한 법정지상권의 성립을 인정하는 것이 판례의 확고한 입장이다. 즉, 일찍이 조선고등법원이 1916. 9. 29. 판결에서 “한국에 있어서의 관습”이라고 하여 인정한 것을 효시로 대법원에서 최초¹⁰⁾로 이를 받아들인 이래 이에 관한 다수의 판례법리가 형성되어 있으며,¹¹⁾ 일정한 요건에 의하여 건물소유자가 당연히 취득하는 권리이다.

2) 성립요건

관습법상 법정지상권은 토지와 건물 중 어느 하나가 처분될 당시에 토지와 건물이 동일인의 소유이었을 것, 토지나 건물이 매매 기타의 원인으로 각각 소유자가 달라질 것, 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없을 것¹²⁾ 등을 요건으로 하여 성립한다.¹³⁾

9) 김재권, “법정지상권, 분묘기지권 깨트리는 법”, 한국경제신문사, 2017, 64면.

10) 대법원 1960. 9. 29. 4292민상944 판결.

11) 김준호, 전거서, 263면.

12) 전장헌, 민법연습, 법론사, 2011, 63면.

13) 대법원 2013. 9. 12. 2013다43345 판결; 대법원 1984. 9. 11. 83다카2245 판결 등 참조.

II. 사례의 개요 및 쟁점

1. 사실개요

1) 건물 서울 갑구 을동 1573-13, 1573-14 지하3층 지상5층

1989. 05. 04. 도급계약 둘째 VS 'C기업주식회사'
1989. 05. 11. 건축허가 둘째
1989. 10. 12. 허가변경 S법인
1990. 06. 30. 건물완공
1990. 07. 04. 준공검사
1990. 07. 09. 보존등기 S법인
2006. 03. 09. 철거소송 1573-14 위
2011. 02. 10. 철거확정 1573-14 위

2) 토지 서울 갑구 을동 1573-13, 1573-14

(1) 1573-13 (545.6㎡)

1974. 11. 27. 이전등기 둘째
1988. 01. 26. 대물변제 셋째(미등기)
1996. 03. 25. 상속개시 배우자, 자1, 자2
2004. 08. 13. 상속등기 배우자, 자1, 자2
2004. 08. 13. 이전등기 셋째

(2) 1573-14 (547.5㎡)

1974. 11. 27. 이전등기 둘째
1996. 03. 25. 상속개시 배우자, 자1, 자2
2002. 09. 18. 상속등기 배우자, 자1, 자2
2005. 11. 10. 공매낙찰 B개발주식회사
2006. 01. 19. 대금완납 B개발주식회사(소유권 취득)¹⁴⁾¹⁵⁾
2006. 01. 31. 이전등기 B개발주식회사

14) 국제징수법 제91조(매수대금납부의 효과) ① 매수인은 매수대금을 완납한 때에 공매재산을 취득한다.

15) 민사집행법 제135조(소유권의 취득시기) 매수인은 매각대금을 다 낸 때에...(중략)...권리를 취득한다.

2. 사실요지

삼형제 중 둘째와 셋째가 각각 소유¹⁶⁾하고 있던 두 필지 토지에 둘째의 명의로 건축허가를 받아 한 동의 건물을 신축하다가 첫째가 대표인 S법인 명의로 건축허가를 변경하여 건물을 완공한 후 S법인 명의로 건물의 소유권보존등기를 마쳤는데, 둘째가 사망하였고 둘째의 상속인들이 거액의 상속세를 체납하자 국세청은 둘째가 소유했던 상속 토지에 대하여 한국자산관리공사에 압류재산 공매¹⁷⁾를 위임하였다.

토지 권리관계를 분석한 A씨 등 37명은 감정가 6,570,000,000원인 위 토지에 공동투자를 하기로 약정하고, 2005년 11월 B개발주식회사 명의로 4,610,000,000원에 낙찰받은 다음 이를 S법인 등에게 다시 매도하기 위하여 협상하였으나 이루지 못하자 2006. 3. 9. S법인을 상대로 건물철거등 소송을 제기하여 1심, 2심에서 승소판결을 받았고, 대법원의 파기환송을 거쳐 심리한 2심에서도 승소하였다. S법인은 파기환송 후 2심에 대하여 재상고를 하고 재심까지 청구하였으나 패소하여 소송이 종결되었다.

3. 주요쟁점

사례의 주요쟁점은 건물신축도급계약에 따라 신축된 건물의 소유권 귀속 주체와 관습법상 법정지상권의 성립 여부이다. 즉, 둘째가 1989. 5. 4. 자신의 명의로 소유한 두 필지의 토지에 건축을 하기 위해 C기업주식회사와 사이에 기성고 20%를 달성할 때마다 공사대금을 지급하고 신축건물의 소유권을 자신에게 귀속시키겠다는 합의하에 신축건물에 대한 공사도급계약을 체결한 후 1989. 5. 11. 자신의 명의로 건축허가를 받아 신축에 착공하였으나, 1989. 10. 12. 건축허가 명의를 자신으로부터 S법인으로 변경하여 건물을 완공한 다음 1990. 7. 9. S법인의 명의로 보존등기를 마친 것인데, B개발주식회사가 위 두 필지 중 한 필지의 토지를 공매로 취득하여 건물철거 소송을 제기하자 S법인은 둘째가 신축건물을 원시취득하여 S법인에 증여하였으므로 건물에 대한 관습법상 법정지상권이 성립한다고 주장하였는 바, 둘째의 사정으로 건축공사가 중단되었던 미완성의 건물을 S법인이 인도받은 시점에 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추어 둘째가 건물의 소유권을 원시취득하였는지에 따라 관습법상 법정지상권의 성립 여부가 달라진다고 할 것이다.

16) 한 필지(1573-13)는 둘째가 셋째에게 대물변제하였으나 소유권이전등기는 하지 않았다.

17) 물건관리번호 2005-17048-001

Ⅲ. 판결의 요지

1심,¹⁸⁾ 2심¹⁹⁾ 법원은 “둘째가 1989. 5. 11.경 건물 신축공사에 대한 건축허가를 받은 사실만으로는 건물을 원시취득하였음을 인정하기에 부족하고, 건물 신축공사의 건축주 명의를 1989. 10. 12.경 둘째에서 S법인으로 변경된 후 1990. 6. 30.경 거의 완공되어 1990. 7. 4. 준공검사를 받아 1990. 7. 9. S법인 명의로 소유권보존등기를 마친 이상 신축 건물은 S법인이 원시취득하였다고 봄이 상당할 뿐”이라면서, 원고인 B개발주식회사의 건물철거청구를 인용하였다.

대법원 상고심²⁰⁾은 “건축허가는 행정관청이 건축행정상 목적을 수행하기 위하여 수허가자에게 일반적으로 행정관청의 허가 없이는 건축행위를 하여서는 아니된다는 상대적 금지를 관계 법규에 적합한 일정한 경우에 해제하여 줌으로써 일정한 범위의 건축행위를 하여도 좋다는 자유를 회복시켜 주는 행정처분일 뿐 수허가자에게 어떤 새로운 권리나 능력을 부여하는 것이 아니므로, 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 특별한 사정이 없는 한, 건축허가가 타인 명의로 된 여부에 관계 없이 소유권을 원시취득하고, 한편 건축주의 사정으로 건축공사가 중단되었던 미완성의 건물을 다른 사람이 인도받아 나머지 공사를 마치고 완공한 경우, 건물이 공사가 중단된 시점에서 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추었다면, 원래의 건축주가 그 건물의 소유권을 원시취득하며, 최소한의 기둥, 지붕, 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 하므로, 사례의 건물에 관한 건축허가 명의를 1989. 10. 12. 둘째로부터 S법인으로 변경되었다고 하더라도, 그 당시 건물이 독립한 부동산으로서의 요건을 갖추고 있었다는 점 및 둘째와 S법인 그리고 C기업주식회사 사이에 건물의 신축비용을 S법인이 부담하고 건물의 소유권을 S법인에게 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 있었다는 점 등이 전제되지 아니하는 한, S법인이 건물에 관한 건축허가 명의자로 되었다는 사정만으로는 건물의 소유권이 S법인에게 이전되었다거나 S법인이 그 소유권을 원시취득하였다고 단정할 수 없다고 할 것”이라고 하여, 공사가 중단된 건물의 소유권을 둘째가 원시취득한 후 S법인에게 이전하였으므로 관습법상 법정지상권을 인정할 수 있는지, 아니면 S법인이 원시취득하였으므로 관습법상 법정지상권을 인정할 수 없는지에 대하여는 건축허가 명의자를 기준으로만 판단할 것이 아니라는 취지로 2심판결을 파기 환송하였다.

18) 서울중앙지방법원 2007. 2. 9. 2006가합20684 판결.

19) 서울고등법원 2008. 1. 11. 2007나31169 판결.

20) 대법원 2008. 7. 10. 2008다15421 판결.

환송 후 2심²¹⁾ 법원은 “S법인의 대표이사인 첫째가 1989. 9. 9. C기업주식회사 직원과 1차기성금액을 정산하고 1989. 9. 11. C기업주식회사에게 건축기성고 조정 내역서를 발송하는 등 1989. 9. 9.경부터 건물신축공사에 직접 관여한 것으로 보이는 점, 건축허가 명의를 S법인으로 이전하기 얼마 전인 1989. 9.경 신축공사의 기성고는 20.7%(건축공사 19.24%) 정도였고, 지상1층 바닥스라브 형틀 작업 중이었던 사실을 인정할 수 있을 뿐이며, 가사 지상 1층의 바닥콘크리트 타설 및 2층 형틀 작업까지 마쳐졌다고 하더라도, 지하3층, 지상5층 규모로 예정된 건물의 신축공사 중 그 정도 작업이 마쳐진 상태에서 S법인이 공사를 이어받아 건물을 완공하였다면, 그 구조와 형태가 원래의 설계 및 건축허가의 내용과 동일하다고 인정되는 건물 전체를 하나의 소유권의 객체로 보아 S법인이 그 건물 전체의 소유권을 원시취득한다고 보는 것이 옳고, 건축허가를 받은 구조와 형태대로 축조된 건물 전체 중에서 건축공사가 중단될 당시까지 완성되어 있던 층만을 분리해 내어 그 부분만의 소유권을 종전 건축주였던 둘째가 원시취득하였다고 볼 것이 아니라…”는 이유로, S법인의 관습법상 법정지상권 성립 주장을 배척하였다.

S법인이 환송 후의 2심판결에 불복하여 재상고를 하였으나 기각²²⁾되었고, 거듭 대법원에 재심을 청구하였으나 역시 기각²³⁾되었다.

IV. 문제점 및 개선방안

1. 문제의 제기

본고에서 고찰한 사례는 미완성의 건물에 대한 관습법상 법정지상권 성립요건과 관련하여 치열한 법적 공방으로 건물의 독립성 여부를 주장하면서 첨예하게 대립한 기성률을 근거로 건축허가 명의 변경 당시의 미완성 건물에 대한 둘째의 원시취득을 인정하지 않아 결국 건물이 철거되기에 이르렀다. 따라서 일반적인 기성률을 근거로 미완성 건물의 독립성을 판단하여 관습법상 법정지상권 취득 여부를 결정함에 있어 법적 타당성을 부여할 수 있는지 의문을 제기하면서, 법률 규정이 없는 경우 부득이 관습법에 의존하여 판단할 수 밖에 없는 법정지상권의 성립요건 문제에 관한 학설 및 판례의 경향을 살펴보고자 한다.

21) 서울고등법원 2009. 12. 4. 2008나64715 판결.

22) 대법원 2010. 4. 15. 2010다5960 판결.

23) 대법원 2011. 2. 10. 2010재다274 판결.

2. 학설 및 판례의 경향

1) 학설의 경향

관습법상 법정지상권의 법리를 확립한 판례의 태도에 관하여 학계에서는 관습법을 근거로 인정하는 견해,²⁴⁾ 민법 제366조 또는 제305조 규정을 유추해석하여 이끌어 낸 법관의 법형성에 의한 특수 물권이라고 보는 견해,²⁵⁾ 민법 제366조 규정을 유추적용하여야 한다는 견해,²⁶⁾ 등 타당하다는 견해와 부당하다는 견해,²⁷⁾가 있다.

관습법상 법정지상권의 법리가 타당하다는 견해에서도 강제경매 또는 체납 처분의 경우에는 인정되어야 한다는 견해,²⁸⁾ 건물의 소유를 위한 토지의 용익관계를 현실화 할 수 있는 기회가 있었던 경우에는 의사실현 내지 묵시적 지상권설정계약을 인정하고 현실화 기회가 없었던 경우에는 민법 제366조를 확장 해석하여 관습법상 법정지상권에 흡수하여야 한다는 견해,²⁹⁾ 법률행위에 의한 경우에는 인정할 필요가 없고 경매 등 법률행위에 의하지 않은 경우에는 민법 제366조 규정을 유추적용해야 한다는 견해³⁰⁾ 등이 있다.

관습법상 법정지상권을 인정하는 이상 어떤 견해를 취하더라도 성립요건이 현실화, 구체화되어야 한다고 생각한다. 본고의 사례는 둘째와 S법인의 법률행위에 의하여 공사가 중단된 건물을 양도한 경우인데, 대지에 관한 소유권 분쟁을 의식하여 S법인이 토지를 함께 양수한다고 하여도 그 당시 둘째가 건물의 소유권을 원시취득한 상태였다면 동일인의 요건과 관련한 또 다른 문제가 발생할 수도 있기 때문이다.

2) 판례의 태도

판례는 건물과 토지의 소유자가 매매나 증여 등 법률행위 또는 강제경매, 공매, 등에 의하여 달라지게 되는 경우에도 관습법상 법정지상권을 인정하고 있다.

24) 민법 제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.

25) 박우동, “관습법상의 법정지상권, 그 문제점”, 사법행정 18권 10호, 1977, 13면.

26) 이은영, 전거서, 617면.

27) 곽윤직, 물권법, 박영사, 2011, 244면; 김용한, 물권법론, 박영사, 1996, 386면.

28) 고상룡, 물권법, 법문사, 2001, 459면; 이상태, 물권법, 법원사, 2009, 321면; 강제경매, 법원에 의한 공유물분할, 국제체납처분에 의한 공매 등에 경우에는 임의경매에 준하여 당사자에게 자율적인 용익관계의 현실화를 기대하기 어려운 경우로 보고 매매, 증여, 당사자의 협의에 의한 공유물분할의 경우와 차이를 둘 여지도 있다(박우동, 상계논문, 13면).

29) 이영준, 물권법, 박영사, 2001, 689면.

30) 김증한 외, 물권법, 박영사, 1997, 392면.

미완성 건물이라 할지라도 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추었다면 관습법상 법정지상권을 인정하고 있다. 그러나 본고에서 고찰한 사례는 “기성고 20.7% 및 건축공사 19.24% 정도인 지상1층 바닥스라브 형틀 작업 중이었던 사실을 인정할 수 있을 뿐이며, 가사 지상 1층의 바닥콘크리트 타설 및 2층 형틀 작업까지 마쳐졌다고 하더라도 둘째의 원시취득을 인정할 수 없다.”고 판단한 환송 후 원심이 유지되었다.

관습법상 법정지상권에 관련된 사건은 아니지만, 토지에 저당권 설정 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물 ‘1층 바닥의 기초공사(콘크리트 타설공사)’를 마친 경우,³¹⁾ 지하 1층 슬라브 및 벽면 등 골조공사를 마무리한 경우³²⁾ 등의 사례와 관련하여서는 “토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물이 건축 중이었던 경우 그것이 사회 관념상의 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖춘 경우에는 법정지상권이 성립한다.”고 하였다.

장차 완성될 건물의 규모에 따른 공사 진행 정도와 기성률 등은 다르지만, 본고 사례에서 둘째가 공사를 중단했던 시점과 위 판결의 사례에서 토지에 저당권을 설정할 당시 건축 중이었던 건물은 지상1층 바닥스라브 형틀 작업 내지 1층 바닥의 기초공사를 마쳐 이들 건물의 외형상 시공상태는 비슷하다고 할 수 있고, 관습법상 법정지상권의 성립요건에서 토지와 건물의 소유자가 달라지는 시점과 민법 제366조의 법정지상권의 성립요건에서 토지에 저당권이 설정될 당시 토지와 건물이 동일인에게 속하여야 한다는 요건이 다르지 않기 때문에, 미완성 건물의 독립성 여부를 판단함에 있어 차이를 두어야 할 이유가 없다고 생각한다.

3. 개선방안

1) 건물의 독립성 요건 개선

미완성 건물의 독립성 여부를 판단한 대법원 판결³³⁾은 “사회통념상 독립한

31) 대법원 2004. 6. 11. 2004다13533 판결.

32) 대법원 2011. 1. 13. 2010다67159 판결.

33) 대법원 2002. 4. 26. 2000다16350 판결; 대법원 2008. 7. 10. 2008다15421 판결 등.

건물이라고 볼 수 있는 형태, 구조를 갖추었다면, 건축주가 건물의 소유권을 원시취득하며, 최소한의 기둥, 지붕, 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 한다.”는 기준을 확립했다. 위 대법원 판결 등이 실시하는 바를 구체적으로 살펴보면 ① 사회통념상 ② 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 ③ 최소한의 기둥, 지붕, 주벽의 시공이 이루어져야 하는데, 지표면을 다지고 주춧돌을 괴어 기둥을 세우고 건물을 짓던 전통적인 건축양식이 일반적이었던 사회의 통념과, 높이가 555m인 지상 123층 규모의 건물을 짓는 사회의 통념이 동일하다고 할 수 없고, 전통 목조, 목조와 흙벽돌, 시멘트벽돌, 철근콘크리트, 철골조 등 열거할 수 없이 다양한 구조에 따라 기둥과 지붕, 주벽의 시공순서나 방법 등이 동일하다고 할 수 없음에도 불구하고 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 일반화하여 동일하게 적용하는 것이 합리적이라고 생각하지 않는다. 건물 제각각의 특성에 따라서 현상이 달라질 것이므로, 이미 완성된 부분에 대하여 건물의 독립성 여부를 판단하는 요건이 획일적으로 적용되지 않도록 개선해야 할 것이다.

민법 제280조 제1항 제1호의 ‘견고한 건물’인지 여부에 대하여 대법원은 “건물이 갖고 있는 물리적, 화학적 외력, 화재에 대한 저항력 및 건물해체의 난이도 등을 종합하여 판단하여야 하는 바”,³⁴⁾ “건물 부분은 블럭조 스텔트지붕 구조의 상점 및 주택과 창고 등의 용도로 사용되는 건물로 상당한 기간의 내구력을 지니고 있고, 용이하게 해체할 수 없는 것”³⁵⁾이라면서 건물의 다양한 성질을 구체적으로 열거하고 있다. 이러한 근거는 미완성 건물의 독립성 여부를 판단에도 적용해야 할 것이다.

2) 건물의 기성률 평가 조정

기성고 비율을 말하는 기성률은 “이미 완성된 부분에 소요된 공사비에다가 미시공 부분을 완성하는 데 소요될 공사비를 합친 전체 공사비 가운데, 이미 완성된 부분에 소요된 공사비가 차지하는 비율”³⁶⁾을 의미한다. 대법원 판결이 실시하는 바와 같이 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 일반화하여 동일하게 적용하면서, 사례의 건물에 대한 기성률이 20.7% 정도였고, 지상 1층의 바닥스라브 형틀 작업이 마쳐진 상태에서는 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추지 못하여 원래의 건축주 둘째가 소유권을 원시취득할 수 없다고 단정한다면, 신축건물에 대한 전체 공사비가 동일하고, 이미 완성된 부분에 소요된 공사비가 전체 공사비 가운데

34) 대법원 1988. 4. 12. 87다카2404 판결; 1995. 7. 28. 95다9075, 9082 판결.

35) 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다40080 판결.

36) 대법원 1995. 6. 9. 94다29300, 94다29317 판결; 대법원 2003. 2. 26. 2000다40995 판결 등 참조.

차지하는 비율이 20.7% 정도인 동일한 두 개의 건물이 건축공법 또는 공정, 구조가 각각 달라 한 개의 건물은 최소한의 기둥과 지붕, 주벽이 이루어져 대법원 판결에서 요구하는 독립성의 기준을 충족하고, 한 개의 건물은 겨우 지상 1층 바닥스라브 형틀 작업이 마쳐진 상태여서 독립성의 기준을 충족하지 못하여 기성률이 동일한 두 개의 건물이 외형에 의하여 건물의 독립성에 대한 결과가 각각 달라질 것이므로, 건물의 독립성을 판단하는 기성률의 평가 기준을 현실적으로 조정해야 한다고 본다.

3) 지하층 기성률 가치 확대

(1) 지하층의 기성률

미완성 건물의 기성률은 전체의 공정에서 완성된 부분이 차지하는 공사비 비율을 수치로 표현한 '금전적 기성률'을 기준으로 평가하는 것이 일반적이다. 사례의 쟁점을 심리한 법원에서도 건물 공사비 비율을 인용하여 건축허가 변경 당시 건물의 기성률이 20.7% 정도였으며, 지상 1층의 바닥스라브 형틀 작업이 마쳐진 상태였다는 이유로 건물의 독립성 인정 여부를 판단하여, 관습법상의 법정지상권을 취득하였다는 S법인의 주장을 배척하였는 바, 이는 건물 지하층의 특성을 반영하지 않은 금전적인 기성률을 적용한 결과일 뿐이다. 건물 지하층은 특히 건물의 구조적 내력과 관련하여 건물을 보호하는 구성부분이며, 금전적인 기성률 수치로만 평가할 수 없는 실질적인 가치를 지니고 있어 건물에 기여하는 비중이 다르므로, 지하층의 '기여율'에 의하여 '실질적 기성률'을 인정해야 할 것이다. 따라서 건물 전체의 공사비를 기준으로 이미 완성된 부분의 공사비 비율을 표현한 금전적 기성률과 기여율에 의한 실질적 기성률 사이의 불균형을 해소하여, 미완성 건물 지하층의 기성률을 적절하게 평가할 수 있는 방법이 필요하다고 생각한다.

(2) 지하층의 기여율

사례의 건물은 지하3층과 지상5층 규모인데, 둘째로부터 S법인으로 건축주 명의 변경 당시 지상 1층 바닥스라브 형틀 작업 진행 중이었다면 비록 지표면에서는 관측할 수 없지만 건물 전체의 구조적 내력 및 안전에 기여하는 가장 중요한 부분의 공사를 마쳤다는 것인데, 금전적 기성률이 아닌 기여율로 평가하였다면 적어도 50% 이상은 되었을 것이라고 본다.

(3) 지하층의 일체성

지상권에 관한 지상의 개념, 토지의 개념, 건물의 일체성 등을 파악하려면,

지상권에서 말하는 ‘지상’은 단순히 지표면이 아니라 ‘정당한 이익 있는 범위 내에서 상하에 미치는 토지의 소유권’과 같은 개념의 ‘토지’라는 점, 지형 및 지세 등에 따라 건물의 구조와 형태가 다양하고 공법이나 공정이 다르다는 점 등을 고려해야 한다. 파기환송 후 2심 법원은 “지하3층, 지상5층 규모로 예정된 건물의 신축공사 중 지상 1층의 바닥스라브 형틀 작업이 마쳐진 상태에서 S법인이 그 공사를 이어받아 건물을 완공하였다면, 건물 전체를 하나의 소유권의 객체로 보아 S법인이 전체의 소유권을 원시취득한다고 보는 것이 옳고, 건축허가를 받은 구조와 형태대로 축조된 건물 전체 중에서 건축공사가 중단될 당시까지 완성되어 있던 층만을 분리해 내어 그 부분만의 소유권을 종전 건축주가 원시취득하였다고 볼 것이 아니라…”고 하여, 건물 전체의 일체성을 인정하였는 바, 일체성을 기준으로 본다면 지하3층, 지상5층 규모의 건물은 한 개 층의 비율이 12.5%인 전체 8층이라 할 수 있고, 그 중 지상 1층의 바닥, 즉 지하 1층의 천장스라브 형틀 작업이 마쳐진 상태였다면, 전체 8층 중 3층의 천장에 해당하므로, 일체성을 기준으로 평가한 기성률은 최소한 37.5% 이상이어야 하는데, 건물 전체의 일체성을 인정하면서도 기성률을 20.7% 정도라고 판단한 환송 후 2심 판결 및 이를 그대로 인정한 대법원 판결은, 건물 전체의 일체성에 대한 개념의 오류 내지 이유의 모순이라고 생각한다.

(4) 지하층의 기능성

지하층은 비록 미완성 건물이라 할지라도 장차 완성될 건물에 대한 외부의 힘에 저항하여 충격을 흡수하고, 건물의 중량을 지탱하여 붕괴를 방지하는 등 건물의 원형을 보존하기 위한 구조적 내력을 대부분 분담할 목적으로 설계되어 시공하므로 지하층의 기능을 고려하고, 주요 기반시설 등을 설치하는 공간으로서의 효용가치도 반영하여 기성률을 평가해야 할 것이다.

4) 동일인의 범위 완화

토지와 건물이 동일인 소유이어야 한다는 요건의 ‘동일인’의 범위를 다소 완화할 필요가 있다고 본다. 주택 임차인의 대항요건인 주민등록 또는 점유를 임차인 자신이 구비하지 않더라도 가족을 점유보조자라 하여 가족이 주민등록 또는 점유의 요건을 구비한 경우에 임차인의 대항력을 인정하는 것처럼, 가족 관계에서 대립하는 토지와 건물의 소유권에 관한 분쟁이 아니라면 토지와 건물이 가족의 소유이었다가 가족이 아닌 타인의 소유에 속하는 경우, 법률 규정에 의한 법정지상권이나 관습법상 법정지상권의 성립을 인정할 수 있도록 연구해보아야 한다.

V. 결 론

법은 정당한 권리를 행사하는 자를 위하여 그와 대립하는 자의 권리를 제한하거나 그에게 의무를 이행하도록 하여 목적을 수행한다. 상황에 따라서는 권리를 행사하는 자와 대립하는 자의 입장이 달라질 수도 있다. 사례에서 B개발주식회사가 법정지상권 성립 여부가 불분명한 건물을 낙찰 받았다면 S법인이 건물철거 소송을 제기하여 서로 다른 입장에서 치열한 법적 공방을 벌였을 것이다. 기성률 ‘20.7% 정도’라는 의미도 달라졌을 것이다. 이러한 갈등을 해소하기에는 법이 현실에서 한참 멀어져 있다.

1916. 9. 29. 조선고등법원 판결을 효시로 하여 1960. 9. 29. 대법원에서 관습법상 법정지상권을 인정한 이래 분쟁 대상인 건물의 형태와 기능이 다양해지고 건축기술도 고도화, 첨단화되었으나 관습법상 법정지상권의 성립요건은 100년이 지나도록 변함이 없다. 1960. 1. 1. 현행 민법이 시행되면서 제366조에 법정지상권을 규정한 후, 역시 변함이 없다. 공식처럼 ‘형해화된 몇 가지’ 성립요건을 기준으로 법정지상권의 분쟁을 해결하는 법원의 태도 또한 변함이 없다.

본고를 준비하면서 사례를 바탕으로 여러 가지 관련 자료를 검토하였으나 관습법상 법정지상권의 성립요건을 후련하게 정리할 수 있는 흐름을 찾지 못했다. 법 규정이나 판결, 법원의 태도가 오랜 시간 변함이 없는 데도 말이다. 법적 안정성이라는 명분으로 보수적일 수 밖에 없어 변화가 느리겠지만 외부의 자극을 외면하지 않도록 지속적인 두드림이 필요하다고 본다.

토지와 소유자를 달리하는 건물의 본질적 가치를 보호하고 경제적, 사회적 손실을 방지하기 위하여 앞에서 제시한 미완성 건물의 지하층에 대한 기성률의 개념 재고, 동일인의 범위 완화를 비롯하여 특별법 제정 또는 규정 신설, 직능별 전문법관제도의 시행 등 방안도 고려해야 할 것이다.

○ 토지임대부 분양주택의 토지사용권을 법률³⁷⁾로 인정하는 경우와 같이 관습법상 법정지상권 성립요건을 명시한 법률을 제정하거나 민법 등에 규정된 법정지상권 관련 조항을 개정 또는 신설³⁸⁾하여 건물의 가치를 보호할 필요가 있다.

37) 주택법 제78조(토지임대부 분양주택의 토지에 관한 임대차 관계)

① 토지임대부 분양주택의 토지에 대한 임대차기간은 40년 이내로 한다. 이 경우 토지임대부 분양주택 소유자의 75퍼센트 이상이 계약갱신을 청구하는 경우 40년의 범위에서 이를 갱신할 수 있다.

② 토지임대부 분양주택을 공급받은 자가 토지소유자와 임대차계약을 체결한 경우 해당 주택의 구분 소유권을 목적으로 그 토지 위에 제1항에 따른 임대차기간 동안 지상권이 설정된 것으로 본다.

○ 법리적 쟁점의 심리에 특수한 사실관계 등이 전제될 경우 특허법원, 회생법원, 행정법원 등과 같은 건설 관련 특별법원을 설치하거나 전문성을 고려하여 판단할 수 있는 재판부를 설치하여 건물에 대한 권리관계에서 발생하는 분쟁을 심리하게 할 수 있을 것이다.

○ 특별법원이나 전문재판부 등을 설치하여 상설적으로 운영하기 전에 현실적으로 시행이 가능한 제도를 검토할 수도 있겠다. 사례와 같이 기성률을 수치로 표현하여 건물의 원시취득 여부를 판단하는 것 보다는 건설 관련 분야의 전문법관을 양성하여 건물의 구조나 형태, 공법, 공정 및 토지의 형상 등을 종합적으로 검토하여 평가한 기성률을 바탕으로 관습법상 법정지상권 성립 여부를 판단하도록 하여야 할 것이다.

38) 2004년 민법중개정법률안은 제279조의2를 신설하여 매매 등 법률행위에 의한 관습상법정지상권을 법률행위에 의한 물건변동으로 규율하고, 법무부 2013년 민법개정시안의 제622조의2는 법률행위에 의한 관습상법정지상권을 법정임대차로 대체하고 그 외 관습상법정지상권을 법정지상권으로 흡수하여 사실상 관습상법정지상권을 폐지하는 것으로 규율(이영준, “관습상법정지상권을 폐지할 것인가”, 법률신문, 2015. 2. 9.)하는 등 입법론적 시도는 있었다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
- 곽윤직, 물권법, 박영사, 1986.
- 곽윤직, 물권법, 박영사, 2011.
- 김상용, 물권법, 법문사, 2006.
- 김용한, 물권법론, 박영사, 1996.
- 김재권, 법정지상권, 분묘기지권 깨트리는 법, 한국경제신문i, 2017.
- 김준호, 물권법, 법문사, 2007.
- 김증한 외, 물권법, 박영사, 1997.
- 이병태, 법률용어사전, 법문북스, 2016.
- 이상태, 물권법, 법원사, 2009.
- 이영준, 물권법, 박영사, 2001.
- 이은영, 물권법, 박영사, 2006.
- 전장헌, 민법연습, 법문사, 2011.
- 전장헌, 민법과 민사집행법의 관계, 법률정보센터, 2018.

2. 연구논문

- 김상용, “법정지상권에 관한 고찰”, 김용한화갑기념논문집, 1990.
- 박우동, “관습법상의 법정지상권, 그 문제점”, 사법행정 18권 10호, 1977.
- 박희만, “법정지상권”, 법조 33권 10호, 1984.
- 윤대성, “법정지상권의 법리”, 배경숙교수화갑기념논문집, 1991.

3. 기타자료

- 법무부, 민법(재산편) 개정자료집, 2004. 11.
- 권영준, 법무부 2013년 민법 개정시안 해설(민법총칙, 물권편), 2013. 9.
- 국가법령정보센터, <<https://www.law.go.kr>>.
- 대한민국 법원 종합법률정보, <<https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intsrch>>.
- 법률신문, <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info>>.
- <https://www.hankyung.com/realestate/article>.
- <https://cafe.daum.net/learnauktion>.

ABSTRACT

Problems and Improvements of Legal Superficies in the Common Law

- A Study on the Primitive Acquisition of Unfinished Buildings -

Hong, Dong Soon

Jun, Jang Hean

The right to the statutory superficies is the right to use the land of others to own buildings, other structures, and trees, Germany, France, and the United Kingdom see buildings as a part of the land, and buildings are accompanied by the disposal of land, so legal superficies are not a problem, since the civil law of Korea treats land and buildings as separate independent real estate, if any one is disposed of, land use rights are required to preserve the building, since the Chosun High Court recognized the right of legal superficies by custom as "custom in Korea" in the ruling related to forced auction in 1916. 9. 29. Article 305 and 366 of our Civil law, Article 10 of the Act on Suspension of Registration, etc., Article 6 of the Act on Standing Trees, etc, in addition to recognizing legal superficies by stipulating certain requirements, many precedents have been recognized as common law by forming a firm precedent law by expanding the scope of legal superficies under common law, recently, questions have been raised about the existence of the common law, the recognition and necessity of establishing a legal superficies.

In this paper, in a five-year-old building demolition lawsuit Court oversight is not recognized under common law In connection with the case of some buildings of tens of billions of won being demolished as tofu under a contract for building construction the Supreme Court's ruling on the legal principle of the ownership of a new building based on the established rate by examining the reason for the judgment of the factual judgment on the independence requirements and the raw acquisition of new buildings at the time of judging whether the new building meets the requirements as the independent real estate whether it carefully reflected various situations such as changing construction method and process, whether or not the building was actually determined according to the property of building review, in terms of the preservation of building the Legal improvement

* Master of Law at Dankook University Graduate School of Real Estate Auction Law.

** Professor at Dankook Univ. Dr. jur.

plans the requirements for the establishment of legal superficies under the common law are further specified.