

대 법 원

판 결

사 건 2017다236749 토지인도
원고, 피상고인 원고
피고, 상고인 피고 1 외 1인
피고들 소송대리인 법무법인 태일
담당변호사 고상현 외 3인
원 심 판 결 전주지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나663 판결
판 결 선 고 2022. 7. 21.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 전주지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 뒤에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 사건의 개요

1) 소외 1은 자기 소유의 이 사건 토지 위에 이 사건 각 건물을 신축하였다. 이 사건 각 건물은 현재까지 미등기 상태이다.

2) 소외 1이 1994. 9. 30. 사망하자, 처인 소외 2와 자녀인 피고들 등 소외 1의 공동 상속인들은 이 사건 토지를 소외 2의 단독소유로 한다는 내용의 상속재산 분할협의를 하였고, 소외 2는 2010. 7. 1. 이 사건 토지에 관하여 위 협의분할을 원인으로 소유권 이전등기를 마쳤다.

3) 소외 2는 2010. 8. 23. 피고 1에게 이 사건 토지를 증여하고 그 소유권이전등기를 마쳐 주었으며, 2012. 3. 12. 사망하였다.

4) 원고는 2014. 1. 21. 부동산 임의경매 절차에서 이 사건 토지를 매수하였다.

5) 원고는 피고들에 대하여 이 사건 각 건물의 철거와 이 사건 토지의 인도 및 부당 이득반환으로서 이 사건 토지의 차임 상당액의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

나. 쟁점

이 사건의 쟁점은 피고들이 이 사건 토지에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부이다.

2. 관습법상 법정지상권의 인정 여부

가. 대법원 판례

대법원은 오래 전부터 '동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등 기타 적법한 원인(이하 '매매 등'이라 한다)으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득한다'고 판시해 왔다(대법원 1960. 9. 29. 선고 4292민상944 판결, 대법원 1963. 5. 9. 선고 63아11 판결, 대법원 2013. 4. 11 선고 2009다62059 판결 등).

1) 관습법상 법정지상권은 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 취급하는 우리 법제에서 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물 중 하나가 다른 사람에게 귀속되고 그 당사자 사이에 대지의 사용관계에 관하여 아무런 합의가 없을 때 건물 소유자가 대지에 아무런 권리가 없다는 이유로 건물을 철거하도록 한다면 사회경제상의 불이익이 많으므로 이러한 불이익을 제거하기 위하여 건물 소유자에게 그 대지를 적법하게 이용할 수 있도록 함으로써 건물이 철거되는 것을 막기 위하여 인정된 제도이다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다26687 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006다54804 판결 등 참조). 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물 소유자로 하여금 대지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 볼 수 있기 때문이다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결 등 참조).

2) 다만 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었더라도, 건물 소유자가 토지 소유자와 토지에 관하여 건물 소유를 목적으로 하는 임대차계약을 체결한 경우에는 관습법상 법정지상권을 포기하였다고 볼 수 있고(대법원 1968. 1. 31. 선고 67다2007 판결, 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다3984 판결 등 참조), 대지의 사용관계에 관하여 건물 소유자와 토지 소유자 사이에 어떠한 약정이 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 관습법상의 법정지상권이 인정되지 않는다(대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다41771, 41788 판결 참조).

3) 한편 관습법상 법정지상권에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 민법의 지상권에 관한 규정이 준용되고(대법원 1986. 9. 9. 선고 85다카2275 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다43345 판결 등 참조), 건물의 공유자 중 1인이 그의 단독 소유였던 건물

대지의 소유권을 제3자에게 양도한 경우 건물 공유자들은 그 대지에 대하여 관습법상 법정지상권을 취득한다(대법원 1977. 7. 26. 선고 76다388 판결 참조).

4) 이와 같이 대법원은 관습법상 법정지상권을 우리 사회에 오랜 기간 지속되어 온 관습법의 하나로 인정해 옴으로써 민법 시행일인 1960. 1. 1.부터 현재까지 위와 같은 관습에 대한 사회 구성원들의 법적 확신이 확고하게 이어져 온 것을 확인하고 이를 계속 적용하여 왔다.

나. 관습법으로서 효력 소멸 여부

1) 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도, 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면, 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정된다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조).

하지만 대법원이 오랜 기간 사회 구성원들의 법적 확신에 의하여 뒷받침되고 유효하다고 인정해 온 관습법의 효력을 쉽게 부정하면, 관습법에 따라 오랜 기간 형성된 과거의 법률관계에 대한 효력을 일시에 뒤흔들어 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로, 관습법의 법적 규범으로서의 효력을 부정하기 위해서는 그 관습을 둘러싼 전체적인 법질서 체계와 함께 관습법의 효력을 인정한 대법원 판례의 기초가 된 사회 구성원들의 인식·태도나 그 사회적·문화적 배경 등에 의미 있는 변화가 뚜렷하게 드러나야 하고, 그러한 사정이 명백하지 않다면 관습법에 대하여 법적 규범으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 단정하여서는 아니 된다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292

전원합의체 판결 참조).

2) 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 각각 소유자를 달리 하게 되었을 때 그 건물 철거 특약이 없는 한 건물 소유자가 법정지상권을 취득한다는 관습법은 현재에도 그 법적 규범으로서의 효력을 여전히 유지하고 있다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 아래와 같다.

가) 민법 제185조는 "물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못 한다."라고 규정함으로써 관습법에 의한 물권의 창설을 인정하고 있다. 관습법에 의하여 법정지상권이라는 제한물권을 인정하는 이상 토지 소유자는 건물을 사용하는 데 일반적으로 필요하다고 인정되는 범위에서 소유권 행사를 제한받을 수밖에 없다(대법원 1966. 12. 20. 선고 66다1844 판결 참조). 따라서 관습법상 법정지상권을 인정하는 결과 토지 소유자가 일정한 범위에서 소유권 행사를 제한받는다든 사정은 관습법상 법정지상권의 성립을 부인하는 근거가 될 수 없다.

나) 우리 법제는 토지와 그 지상 건물을 각각 별개의 독립된 부동산으로 취급하고 있으므로, 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었을 때 토지 소유자와 건물 소유자 사이에 대지의 사용관계에 관하여 별 다른 약정이 없는 이상 일정한 범위에서 건물의 가치가 유지될 수 있도록 조치할 필요가 있다. 관습법상 법정지상권은 바로 이러한 상황에서 건물의 철거로 인한 사회경제적 손실을 방지할 공익상의 필요에 의해 인정되는 것이다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다26687 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006다54804 판결 등 참조). 민법 제305조의 법정지상권, 민법 제366조의 법정지상권, 「입목에 관한 법률」 제6조의 법정지상권, 「가등기담보 등에 관한 법률」 제10조의 법정지상권도 모두 동일인 소유이던 토지와 그

지상 건물이나 입목이 각각 일정한 사유에 의해 소유자를 달리하게 되었을 때 건물이나 입목의 가치를 유지시키기 위해 마련된 제도이다.

판례는 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었을 때 건물 소유자와 토지 소유자 사이에 대지의 사용관계에 관하여 어떠한 약정이 있다면 이를 우선적으로 존중하므로(대법원 1968. 1. 31. 선고 67다2007 판결, 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다3984 판결, 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다41771, 41788 판결 등 참조), 관습법상 법정지상권은 당사자 사이에 아무런 약정이 없을 때 보충적으로 인정된다고 볼 수 있다.

이러한 점을 고려하면, 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 아니하거나 그 정당성과 합리성을 인정할 수 없다고 보기 어렵다.

다) 관습법상 법정지상권에는 특별한 사정이 없는 한 민법의 지상권에 관한 규정이 준용되므로, 당사자 사이에 관습법상 법정지상권의 존속기간에 대하여 따로 정하지 않은 때에는 그 존속기간은 민법 제281조 제1항에 의하여 민법 제280조 제1항 각 호에 규정된 기간이 된다(대법원 1986. 9. 9. 선고 85다카2275 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다43345 판결 등 참조). 이에 따라 견고한 건물의 소유를 목적으로 하는 법정지상권의 존속기간은 30년이 되고(민법 제280조 제1항 제1호), 그 밖의 건물의 소유를 목적으로 하는 법정지상권의 존속기간은 15년이 되는 등(민법 제280조 제1항 제2호) 관습법상 법정지상권은 일정한 기간 동안만 존속한다. 토지 소유자는 관습법상 법정지상권을 가진 건물 소유자에 대하여 지료를 청구할 수 있는데, 그 지료를 확정하는 재판이 있기 전에도 지료의 지급을 소구할 수 있다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2002다

61934 판결 참조). 이와 같이 관습법상 법정지상권을 인정하는 것에 대응하여 토지 소유자를 보호하고 배려하는 장치도 함께 마련되어 있다.

라) 대법원이 관습법상 법정지상권을 관습법의 하나로 인정한 이래 오랜 기간이 지나는 동안 우리 사회에서 토지의 가치나 소유권 개념, 토지 소유자의 권리의식 등에 상당한 변화가 있었다고 볼 수 있다. 그러나 그렇다고 보더라도 여전히 이에 못지않게 건물의 철거로 인한 사회경제적 손실을 방지할 공익상의 필요성이나 건물 소유자 혹은 사용자의 이익을 보호할 필요성도 강조되고 있다. 관습법상 법정지상권에 관한 관습에 대하여 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 확신이 소멸하였다거나 그러한 관행이 본질적으로 변경되었다고 인정할 수 있는 자료도 찾아볼 수 없다.

3. 이 사건에 관한 판단

원심은 소외 2가 2010. 8. 23. 피고 1에게 이 사건 토지를 증여할 당시 이 사건 각 건물 전부의 소유자는 아니고 상속지분에 따른 공유자에 불과하였으므로, 그 증여 당시 이 사건 토지와 이 사건 각 건물의 소유권이 동일인에게 속하였다고 볼 수 없다는 이유만으로 피고들이 관습법상 법정지상권을 취득하지 못한다고 판단하였다.

그러나 대지 소유자가 그 지상 건물을 다른 사람과 공유하면서 대지만을 타인에게 매도한 경우 건물 공유자들은 대지에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득한다(대법원 1977. 7. 26. 선고 76다388 판결 등 참조). 따라서 이 사건 토지의 소유자인 소외 2가 그 지상의 이 사건 각 건물을 피고들과 공유하면서 이 사건 토지만 타인에게 증여한 경우에도 건물 공유자들인 피고들은 특별한 사정이 없는 한 이 사건 토지에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 볼 여지가 있다. 원심으로서 관습법상 법정지상권의 다른 성립 요건이 갖추어졌는지 등을 심리하여 법정지상권을 취득하였다는 피고

들의 주장에 대해 판단하였어야 했다(피고 1은 이 사건 토지를 증여받아 소유권을 취득하였다가 원고가 임의경매 절차에서 이 사건 토지를 매수함으로써 민법 제366조의 법정지상권을 취득하였다고 볼 여지도 있으므로, 원심으로서는 피고 1에 대하여 석명권을 행사하여 그 주장 취지가 무엇인지 명확하게 할 필요가 있다). 원심의 판단에는 관습법상 법정지상권의 성립 등에 관한 법리를 오해하고 석명권을 행사하는 등으로 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고들의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 김재형의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였으며, 다수의견에 대한 대법관 노태악, 대법관 이흥구의 보충의견이 있다.

5. 대법관 김재형의 반대의견

가. 반대의견의 요지

대법원은 종래 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 양자의 소유자가 다르게 된 때 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 건물을 소유하기 위한 관습법상 법정지상권을 취득한다고 하였다. 다수의견은 위와 같은 관습법이 현재에도 법적 규범으로서 효력을 여전히 유지하고 있다고 한다.

그러나 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라질 때 법정지상권이라는 물권이 성립한다는 관습은 관습법으로서의 성립 요건을 갖춘 것이라고 볼 수 없다. 설령 그러한 관습법이 성립하였다고 하더라도 현재에 이르러서는 사회 구

성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었고, 또한 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않으므로, 법적 규범으로서 효력을 인정할 수 없다고 보아야 한다.

따라서 관습법상 법정지상권을 광범위하게 인정하고 있는 종래 판례는 폐기해야 한다. 아래에서 상세한 이유를 개진한다.

나. 관습법으로서 성립 요건 구비 여부

1) 관습법이 성립하기 위해서는 관습이나 관행이 존재하고 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인될 정도가 되어야 한다(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결, 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조). 관습법상 법정지상권의 경우에는 그에 상응하는 관습이나 관행의 존재를 인정하기도 어려운데다가 법공동체가 그러한 관행을 법적 규범으로 승인하였다고 볼 만한 사정도 없다.

2) 관습법상 법정지상권에 관한 판례는 조선고등법원 1916. 9. 29. 판결에서 유래한다. 이 판결은 동일인에게 속하는 토지와 가옥이 매매로 그 소유자가 달라진 경우 가옥을 철거하여야 한다는 합의가 없는 한, 당사자는 가옥을 현상태로 존속시키려는 의사가 있었다고 인정되므로, 가옥의 소유자는 토지에 지상권을 취득한다는 것이 조선에서의 관습법이라고 하고, 나아가 강제경매로 동일한 소유자에 속하는 토지와 가옥이 별개의 소유자에게 속하게 된 경우에도 위와 같은 관습법을 적용하지 않을 이유가 없다고 하였다. 대법원도 위와 같은 취지로 판결해 왔는데, 이를 가리킬 때 '관습에 의한 법정지상권', '관습상의 지상권', '관습상의 법정지상권' 또는 '관습법상의 법정지상권'이라는 용어를 혼용하였다.

그러나 여러 법사학 연구 결과에 따르면 위와 같은 법정지상권에 관한 관습이 실제로 우리 사회에 존재하지 않았다. 조선고등법원 1916. 9. 29. 판결 이전에는 가옥과 대지를 일체로 간주하여 거래한 것이 대부분이었다. 조선총독부가 발간한 '관습조사보고서'에는 '타인의 토지에 무단으로 가옥을 건축한 경우 토지 소유자가 어떻게 할 도리가 없었다.'는 내용만 있을 뿐이고 법정지상권이 성립하는 관습이 있었다고 볼만한 내용은 찾을 수 없다. 이처럼 관습법상 법정지상권에 상응하는 관습이나 관행이 실제로 존재하였다는 근거가 없다.

관습법상 법정지상권을 최초로 인정한 조선고등법원 1916. 9. 29. 판결이 있었던 때는 근대적 의미의 소유권 개념이 낫설었던 시대이다. 법적으로 토지의 소유권과 건물의 소유권이 각각 별개로 취급된다는 점은 사회 일반인에게 더욱 생소했을 수 있다. 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 취급하는 법제는 당시 일본 이외에는 찾아보기 어려웠다. 이러한 상황에서 동일인 소유였던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 그 소유자가 달라진 경우 건물 소유자가 토지를 사용할 권한이 없다는 이유로 건물을 철거해야 하는 상황은 만족스럽지 않은 결과로 보였을 것이다. 관습법상 법정지상권은 이러한 상황에서 건물 소유자에게 토지의 사용권한을 부여하기 위하여 근대적 의미의 지상권 개념을 빌려 관습법이라는 이름으로 만들어 낸 것이다. 이러한 관습법은 본래적 의미의 관습법이라기보다는 의제 관습법 또는 유사 관습법으로서의 성격을 가진다.

관습법상 법정지상권은 법관이 근대적 의미의 지상권 개념을 끌어들이거나 민법의 법정지상권 규정을 유추하여 만들어 낸 이른바 법관법으로서의 성질을 가지고 있다. 이는 본래 자연발생적으로 형성된 종중이나 우리 사회의 오랜 전통인 제사를 누가 주재할 것인지에 관한 관습법과는 그 성질이 본질적으로 다르다. 따라서 관습법상 법정

지상권에 관한 접근 방법은 종종이나 제사주재자 등과 같이 실제로 존재하는 관습법과는 차원을 달리하는 문제이다.

3) 민법 제186조는 "부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다."라고 정하여, 부동산 물권변동에 관한 등기주의, 즉 성립요건주의를 채택하였다. 이것은 우리 민법의 근본적인 결단에 해당한다. 그런데도 매매나 증여와 같이 법률행위에 의하여 토지만을 양도하거나 건물만을 양도한 경우에 등기 없이 법정 지상권이라는 물권이 성립한다고 한다면, 이는 민법 제186조의 문언이나 목적에 반하고 부동산 물권변동에 관한 기본원칙을 깨뜨리는 결과가 된다.

민법이 1958. 2. 22. 제정되어 1960. 1. 1. 시행되기 이전에 조선민사령에 의하여 우리나라에 적용되던 일본 민법, 즉 의용 민법은 부동산에 관한 물권의 설정과 이전의 효력이 당사자의 의사표시만으로 생긴다는 이른바 의사주의를 채택하였다. 관습법상 법정지상권을 최초로 인정한 조선고등법원 1916. 9. 29. 판결은 이러한 법 상황에서 동일인에게 속하는 토지와 가옥이 매매로 그 소유자가 달라진 경우 가옥 철거 합의가 없는 한, 당사자는 가옥을 현상태로 존속시키려는 의사가 있다고 하였다. 당사자의 의사만을 근거로 지상권이 설정될 수 있다는 것은 부동산 물권변동에 관한 의사주의 법제에서는 그나마 체계 파괴적인 것은 아니라고 할 수 있다. 대법원에서 최초로 관습법상 법정지상권을 인정한 것은 대법원 1960. 9. 29. 선고 4292민상944 판결인데, 이 판결 역시 의용 민법이 적용되는 사안에 관한 것이고, 그 이후의 대법원 1963. 5. 9. 선고 63아11 판결과 대법원 1967. 6. 27. 선고 67다698 판결 등도 마찬가지이다. 그러나 대법원은 민법이 시행된 이후의 사안에 관해서도 종래 의사주의 시절의 판례를 답습하여 관습법상 법정지상권을 인정하였다(대법원 1967. 11. 14. 선고 67다1105 판결, 대법원

1970. 4. 28. 선고 70다221 판결 등 참조). 위와 같은 대법원 판결은 부동산 물권변동의 요건에 관하여 의사주의에서登記주의로 전환한 우리 민법의 결단을 가볍게 여긴 것으로 볼 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면, 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라진 경우 건물 소유자에게 법정지상권이 성립한다는 관습이 과연 부동산 물권변동에 관한 기본원칙과 체계를 넘어서면서까지 사회 구성원들의 법적 확신에 의하여 법적 규범으로 승인되었다고 볼 수 있는지 의문이다.

민법 제정 당시 법정지상권에 관한 규정을 살펴보고자 한다. 당시 종래부터 관습상 인정되어 오던 전세권은 민법 제303조 이하에서 자세하게 규정되어 성문법의 영역으로 편입되었다. 그러나 법정지상권에 관해서는 전세권이 설정된 경우(민법 제305조)와 저당권이 설정된 경우(민법 제366조)에만 규정하였을 뿐이다. 민법 제305조 제1항 본문은 "대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다."라고 정하고 있다. 이 조항은 동일인이 대지와 그 지상 건물을 소유하다가 건물에 전세권을 설정한 후 토지의 소유권만 제3자에게 이전된 상황을 규율하고 있다. 종래 판례에 따르면 위와 같은 경우에도 관습법에 의해 건물 소유자이자 전세권설정자에게 법정지상권이 성립하고, 이에 따라 건물의 전세권자는 전세권설정자를 대위하여 그가 취득하는 관습법상 법정지상권을 주장할 수 있다. 따라서 관습법상 법정지상권이 인정된다면, 민법 제305조 제1항 본문과 같은 조항을 별도로 둘 필요가 없다. 이와 같이 토지와 건물의 소유자가 매매 등으로 달라진 경우에 대해서 아무런 규정을 두지 않으면서 전세권이 설정된 후 대지가 매매 등으로 소유자가 달라진 경우에만 법정지상권이 설정

된다는 규정을 둔 것은 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라진 경우 건물 소유자에게 법정지상권이 성립한다는 관습이 사회 구성원들의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인되지 않았음을 전제한 것으로 볼 수 있다.

한편 민법 제366조는 "저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다."라고 정하고 있다. 저당권을 실행하기 위한 경매의 경우에 법정지상권이 성립된다고 정하면서 매매 등의 경우에 대해서는 아무런 규정을 두지 않은 것도 매매 등으로 소유자가 달라진 경우에 대해서는 그러한 관습이 법적 규범으로 승인되지 않았다고 볼 수도 있다.

민법 제305조(건물의 전세권과 법정지상권)와 제366조(법정지상권)는 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라졌을 당시 당사자가 토지의 사용관계에 관하여 교섭할 수 없었던 상황에서 법정지상권을 인정하는 것이다. 이러한 법정지상권은 당사자의 의사를 매개로 하는 것이 아니라 법률 규정에 따라 인정된다. 그런데 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매나 증여 등과 같이 법률행위에 의하여 소유자가 달라진 경우에는 당사자가 토지의 사용관계에 관하여 교섭할 수 있으므로, 민법은 이에 관한 아무런 규정을 두지 않은 것이다. 그런데도 당사자의 의사를 매개로 하여 법정지상권과 같은 효력을 관습법으로 인정하는 것은 타당하지 않다.

4) 대법원은 관습법상 법정지상권에 관하여 건물 소유자가 대지에 아무런 권리가 없다는 이유로 건물을 철거하도록 한다면 사회경제상의 불이익이 많으므로 이러한 불이익을 제거하기 위하여 인정된 제도라고 설명한다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다 26687 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006다54804 판결 등 참조). 그러나 공익상의 필

요는 관습법이 성립되기 위한 요건이 아니다. 위와 같은 설명은 대법원이 인정해 온 관습법상 법정지상권이 본래 의미의 관습법과는 거리가 멀다는 점을 보여준다. 관습법상 법정지상권은 대법원이 건물의 존속이라는 공익상 목표를 달성하기 위하여 관습법이라는 이름을 빌려 새로운 법형성을 하였다고 볼 수 있다.

5) 요컨대, 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라질 때 법정지상권이라는 물권이 성립한다는 관습은 관습법의 성립 요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

다. 관습법으로서 효력 유지 여부

관습법상 법정지상권이 과거의 어느 시점에서 관습법으로서의 성립 요건을 모두 갖추었다고 하더라도, 현재에 이르러서는 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었고, 또한 이러한 관습법은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않는다. 따라서 관습법상 법정지상권은 법적 규범으로서 효력을 인정할 수 없다고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 당사자의 의사에 부합하지 않으므로 사적 자치의 원칙에 반할 뿐만 아니라 건물 소유자의 이익을 보호하기 위하여 토지 소유자에게 지나친 희생을 강요한다.

종래 대법원은 매매 등으로 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라졌으나 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물 소유자로 하여금 대지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 하였다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결 등 참조). 매매 등으로 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 그러한 사정만으로 건물을 철거할 의사가 당사자에게 있다고 할 수

는 없으나, 그렇다고 해서 당사자가 반드시 지상권을 설정할 의사를 가졌다고 볼 수는 없다. 물권인 지상권은 채권인 임차권 등에 비하여 강력한 보호를 받는다. 토지 소유자는 일반적으로 토지 소유권 행사에 강력한 제한이 있는 지상권과 같은 물권보다는 임대차나 사용대차 등 채권적 약정을 선호할 것이다. 토지 소유자에게 지료나 존속기간을 정하지 않으면서 지상권을 설정할 것이라는 의사를 추정할 수는 없다. 실제 거래 사례에서는 토지에 담보권을 설정하면서 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권 설정과 아울러 지상권(이른바 담보지상권)을 설정하는 경우를 제외하고는 건물을 소유하기 위하여 토지에 지상권을 설정하는 경우를 거의 찾아볼 수 없다. 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라지는 경우 건물 소유를 위한 지상권을 설정해 주려는 의사를 추정할 수 있고 이러한 추정적 의사를 매개로 해서 관습법상 법정지상권을 인정할 수 있다는 논리는 타당하지 않다.

토지 소유자와 건물 소유자 사이에 토지의 사용관계에 관하여 채권적 약정을 하는 것만으로도 건물 소유자가 건물의 부지를 계속 사용할 수 있고, 건물의 철거로 인한 사회경제상의 불이익도 막을 수 있다. 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 그 지상 건물의 등기만으로도 제3자에 대하여 효력이 생긴다(민법 제622조 제1항). 그런데도 일률적으로 건물 소유자가 법정지상권을 취득한다고 보는 것은 토지 소유자의 이익을 과도하게 침해하는 결과가 된다.

총래 판례는 건물 소유자와 토지 소유자 사이에 대지의 사용관계에 관하여 어떠한 약정이 있다고 볼 수 있는 경우에는 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는다고 하였다(대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다41771, 41788 판결 참조). 다수의견도 관습법상 법정지상권은 당사자 사이에 아무런 약정이 없을 때 보충적으로 인정된다고 한다. 그렇다

고 한다면 법률행위에 의해 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우, 토지 소유자와 성실하게 교섭하여 토지의 사용관계에 관하여 채권적 약정을 체결한 건물 소유자보다 토지의 사용관계에 관하여 토지 소유자와 아무런 교섭을 하지 않은 채 방치한 건물 소유자를 더 우대하는 결과가 되어 불합리하다. 건물 소유자는 법률행위 당시 토지 소유자와 교섭하여 토지의 사용관계에 관한 약정을 체결할 기회가 있었는데도 그 기회를 소홀히 하여 아무런 약정을 체결하지 않았다면 그에 따른 불이익을 감수해야 한다. 그러한 교섭 기회를 활용하여 토지 소유자와 토지의 사용관계를 정한 건물 소유자에게는 채권이 부여되는 반면 그러한 교섭 기회를 소홀히 하여 토지의 사용관계에 관하여 아무런 조치도 취하지 않은 건물 소유자에게는 물권이 부여된다는 것은 균형이 맞지 않는다. 따라서 관습법상 법정지상권을 널리 인정하는 종래 판례는 토지 소유자와 건물 소유자의 이익을 균형 있게 조화시킨다기보다는 건물 소유자의 이익 보호에 치우친 나머지 토지 소유자에게 지나친 희생을 강요한다.

토지와 그 지상 건물을 모두 소유하던 사람이 그중 하나만 다른 사람에게 양도하면서 건물 철거 합의를 하지 않았다면, 토지와 건물 가운데 어느 한쪽만 양도하거나 양수한 사람은 특별한 사정이 없는 한 상대방과 묵시적으로나마 토지의 사용관계에 관하여 임대차나 사용대차와 같이 어떠한 내용의 합의를 하였다고 보는 것이 사회통념과 거래 상식에 부합한다. 종래 판례는 당사자의 이러한 묵시적 의사를 전혀 고려하지 않는다는 점에서도 타당하지 않다.

관습법이 당사자의 의사를 외면한 채 사적 자치를 억제하는 방향으로 작동하면 인간의 자율성이 작동하는 영역이 축소되는 결과를 초래한다. 이러한 결과는 헌법 제10조 전문, 제119조 제1항에 근거를 두고 있는 사적 자치의 원칙에 반한다.

2) 관습법상 법정지상권은 위와 같이 토지 소유자에게 지나친 부담을 부과함에 따라 토지의 효율적 이용을 저해한다.

토지는 생산이나 대체가 불가능하고, 사용가능한 토지 면적이 인구에 비하여 아주 좁은 현실을 고려하면, 토지의 효율적 이용은 매우 중요한 국가적 과제라고 할 수 있다. 헌법 제120조 제2항은 "국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다."라고 정하고, 제122조는 "국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다."라고 정한다. 헌법이 국토의 효율적이고 균형 있는 개발과 이용을 위해 국가에 입법 의무를 부과하고 있는 것에 비추어 보아도, 토지의 효율적 이용은 매우 중요한 가치라고 볼 수 있다.

과거에는 이미 건축되어 존재하는 건물을 철거하는 것은 사회경제적인 손실이 크다고 여겨졌다. 그러나 현재에는 도시기능의 회복이 필요하거나 불량한 주거환경을 정비하고 노후·불량 건축물을 효율적으로 개량하기 위한 필요성이 점점 커지고 있고, 이에 따라 기존 건물을 철거하여 새로운 건물을 신축할 필요도 있다. 예를 들어 도시환경의 개선과 주거생활의 질을 높일 목적으로 「도시 및 주거환경정비법」이 제정되어 있고, 이에 따른 주거환경개선사업, 재개발·재건축사업이 널리 시행되고 있으며, 이에 대한 국민들의 관심도 높다.

낡고 오래되어 별다른 사용가치가 없는 건물과 그 부지가 동일인 소유에 속하고 있었다가 매매 등의 사유로 소유자가 달라진 경우 건물 소유자에게 관습법상 법정지상권이 인정되면 토지 소유자는 해당 토지를 효율적으로 사용하기 어려워진다. 건물 소유

자가 관습법상 법정지상권을 갖는다고 해도 건물 소유자 역시 해당 건물을 철거하여 새로운 건물을 신축하는 등의 방법으로 토지를 효율적으로 사용하지 못한다. 종래 판례에 따르면, 관습법상 법정지상권이 성립한 후 건물 소유자가 건물을 개축·증축하거나 건물을 철거하고 새로운 건물을 신축하더라도 건물 소유자의 법정지상권은 구 건물을 기준으로 그 유지 또는 사용을 위하여 필요한 범위 내의 대지 부분에 한정된다(대법원 2000. 1. 18. 선고 98다58696, 58702 판결 등 참조). 이와 같이 관습법상 법정지상권은 토지의 효율적 이용에 저해 요인이 되고 있다.

3) 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 거래비용을 증가시켜 사회 전체의 효율을 떨어뜨린다.

물권은 대세적 권리이므로 거래 안전을 위해서는 가급적 공시의 원칙을 관철할 필요가 있다. 민법 제186조에서 부동산 물권변동에 관한 등기주의를 선언하고 이를 실현하고자 부동산등기법이 제정·시행되어 등기로써 부동산의 물권변동을 공시하는 제도가 완비되었다. 이제 우리 사회에서 부동산에 관한 물권변동이 있으려면 등기를 마쳐야 한다는 점은 일반 상식이 되었다. 따라서 등기와 같은 공시 방법이 없는 물권을 인정하는 것은 매우 신중해야 한다.

관습법상 법정지상권은 부동산등기부에 공시가 되지 않으므로 거래의 안전과 법적 안정성을 해친다. 종래 판례에 따르면 관습법상 법정지상권은 법률행위로 인한 물권의 취득이 아니고 관습법에 의한 부동산 물권의 취득이므로 등기를 필요로 하지 않고 그 취득 당시 토지 소유자나 그로부터 소유권을 양수한 제3자에 대해서도 등기 없이 지상권을 주장할 수 있다(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카279 판결 등 참조). 따라서 등기 사항증명서만 보고 토지를 취득한 제3자는 관습법상 법정지상권이라는 예측하지 못한

부담을 떠안을 수 있다. 건물이 세워져 있는 토지를 취득하려는 사람이 건물의 존재를 확인하였다는 것만으로 관습법상 법정지상권의 존재를 정확하게 알 수 있는 것도 아니다. 위에서 보았듯이 종래 판례는 건물 소유자와 토지 소유자 사이에 채권적 약정이 있는 경우에는 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는다고 한다(대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다41771, 41788 판결 참조). 그렇다면 토지를 취득하려는 사람은 그러한 채권적 약정의 존부를 확인해 보아야만 비로소 관습법상 법정지상권의 성립 여부를 알 수 있다.

이러한 사정은 토지에 대해 강제경매가 개시된 경우에도 마찬가지이다. 강제경매 절차에서 작성되는 매각물건명세서에는 '매각에 따라 설정된 것으로 보게 되는 지상권의 개요'를 적어야 하는데(민사집행법 제105조 제1항 제4호), 실무에서는 '법정지상권이 성립할 여지가 있음'이라고만 적는 경우가 많다. 이러한 실무에 따르면 경매절차에 참여하여 토지를 매각받기를 희망하는 사람이 해당 토지에 관습법상 법정지상권이 성립하는지 여부를 쉽게 알 수 없다.

어떠한 토지를 취득하려는 사람이 등기로 공시되지 않는 법정지상권의 부담을 피하려면 해당 토지에 관습법상 법정지상권의 성립 요건이 갖추어졌는지 여부를 조사해야 한다. 매매, 증여와 같이 법률행위로 토지 소유자와 건물 소유자가 달라진 경우 건물 소유자가 지상권 등을 확보하지 못하여 건물을 철거해야 하는 불이익이나 위험은 건물 소유자가 부담해야 한다. 건물 소유자는 그 소유권을 취득하는 과정에서 토지 소유자와 교섭을 할 수 있었기 때문에, 건물을 소유하기 위하여 지상권 등을 확보하지 못한 건물 소유자를 보호할 필요가 없다. 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라질 때 관습법상 법정지상권이 인정되지 않아야 토지의 사용관계에 관한 자발적인 교섭을 촉진할

것이다. 토지의 사용관계에 관하여 교섭하는 비용이 관습법상 법정지상권에 관한 조사 비용이나 관습법상 법정지상권의 존부를 둘러싼 사회적 비용보다 훨씬 적다. 따라서 관습법상 법정지상권을 부정하는 방향이 거래비용을 줄이고 사회 전체의 효율과 공익을 증진시키는 길이다.

또한 종래 판례에 의하면 관습법상 법정지상권에는 특별한 사정이 없는 한 민법의 지상권에 관한 규정이 준용되어 견고한 건물의 소유를 목적으로 한 법정지상권의 존속 기간은 30년(민법 제281조 제1항, 제280조 제1항 제1호)이 된다고 하므로(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다43345 판결 등 참조), 해당 토지를 취득한 제3자는 30년 동안 법정지상권의 부담을 질 수 있다. 약정지상권은 장차 지을 건물을 위하여 설정될 수 있으므로 30년의 존속기간을 보장하는 것이 합리적일 수 있으나, 관습법상 법정지상권은 기존에 건축된 건물을 위하여 인정되는 것이라는 점에서 30년의 존속기간을 부여하는 것은 지나치게 장기간 동안 토지 소유자의 소유권 행사를 제한한다고 볼 수 있다.

4) 관습법상 법정지상권을 인정함에 따라 토지의 효율적 이용 저해, 거래 안전과 법적 안정성 훼손 등 여러 불합리가 생기는데도 사회 구성원들이 관습법상 법정지상권의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖는다고 보기 어렵다.

관습법은 고정불변의 것이 아니라 사회 일반의 관습과 공동체의 의식 변화에 따라 변화하기 마련이다. 관습법의 효력은 그 적용시점의 사회 현실과 법질서에 따라 영향을 받을 수밖에 없다. 관습법상 법정지상권을 인정함으로써 위와 같이 여러 불합리가 생기고 실제 거래에서 당사자의 의사를 반영하지 못하므로, 이를 그대로 따라야 한다는 사회 일반의 확신은 줄어들 수밖에 없다. 관습법의 불합리한 여러 측면이 드러날수

특 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 확신이 약해지는 것은 사회통념이나 사회 일반의 상식이라 할 수 있다. 다수의견은 관습법상 법정지상권에 대하여 사회 구성원들의 법적 구속력에 대한 확신이 소멸하였다고 인정할 자료를 찾을 수 없다고 하나, 사회일반의 상식과 사회통념이 무엇인지를 반드시 기록상 드러나는 자료에 근거하여 판단할 필요는 없다.

라. 관례 변경의 필요성

이상에서 보았듯이 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라질 때 법정지상권이 성립한다는 관습은 관습법의 성립 요건을 갖추었다고 볼 수 없다. 설령 위와 같은 관습법이 성립하였다고 하더라도 현재에 이르러서는 사회 구성원들이 그 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었고, 또한 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않으므로, 법적 규범으로서의 효력을 인정할 수 없다.

민법 제185조는 "물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다."라고 정하여 관습법에 의한 물권의 창설을 인정하고 있다. 그러나 물권에 관한 관습법의 존재나 효력을 함부로 인정하면 민법 제185조에서 정하는 물권법정주의가 무력하게 된다.

대법원이 오랜 시간에 걸쳐 관습법상 법정지상권의 존재와 효력을 인정해 왔지만, 그와 같은 이유만으로 관습법에 대한 법원의 심사 기준이 달라지지 않는다. 만일 대법원이 물권의 창설에 관한 관습법을 인정한 기간이 오래되었다는 이유만으로 관습의 부존재를 인정할 수 없다고 한다면 얼마나 많은 시간이 지나야 '관습의 부존재를 인정할 수 없는가'라는 해결하기 어려운 문제가 생긴다. 법원의 판결로 관습법이 인정된 적이

있다고 하더라도 그 근거가 뚜렷하지 않거나 오히려 잘못된 부분이 있다면 이를 바로 잡는 것이 법원이 맡은 임무이다. 법원의 잘못된 판단이 시간이 오래 흘렀다고 해서 정당화될 수는 없다.

대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결은 이미 관습법상 법정지상권의 성립 요건 또는 적용 범위에 관하여 판례를 변경하였다. 즉, 미등기 건물을 그 대지와 함께 매도하면서 그 대지에 관하여만 소유권이전등기를 함으로써 형식적으로 대지와 건물의 소유 명의자가 달라졌다고 하더라도 매도인에게 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는다고 하면서, 이와 달리 위와 같은 경우 매도인이 관습법상 법정지상권을 취득한다는 대법원 1972. 10. 31. 선고 72다1515 판결을 폐기하였다. 이러한 점을 보더라도 오랜 기간 동안 인정되어 온 관습법이라고 해서 그에 관한 판례를 변경할 수 없는 것은 아니다.

관습법상 법정지상권에 관한 판례를 폐기하더라도 건물 소유자가 바로 건물을 철거해야 하는 결과가 되지는 않는다. 위에서 보았듯이 법률행위에 의해 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 특별한 사정이 없는 한 토지 소유자와 건물 소유자 사이에 토지의 사용관계에 관하여 묵시적으로나마 어떠한 내용의 합의가 있다고 해석함이 타당하다. 이 경우 토지 사용관계의 구체적인 내용은 의사해석 문제로서 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단해야 한다. 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 원인이 강제경매 등 법률행위 이외의 사유인 경우에도 토지 소유자의 건물 소유자에 대한 묵시적 사용 허락을 인정할 여지가 있고, 그러한 의사해석이 불가능한 경우에는 저당권이 설정된 경우에 관한 민법 제366조를 유추적용하여 법정지상권을 인정할 수도 있다.

우리 법제와 같이 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 취급하는 일본과 대만의 경우를 살펴보다도 이와 같다. 일본에서는 법률행위에 의해 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 법정지상권의 성립을 인정하는 법률 규정이 없는데, 일본 최고재판소는 그 경우 부지 사용권의 설정에 관한 합의가 있다고 추인해야 한다고 하였다. 다만 일본 최고재판소는 강제경매에 의하여 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 우리 민법 제366조에 대응하는 일본 민법 제388조의 유추적용을 부정한 바 있다. 그러나 이에 대해 학설상 그 유추적용을 긍정해야 한다는 비판이 유력하였고, 결국 일본 민사집행법 제81조가 신설되어 그 경우 법정지상권을 인정하게 되었다. 대만에서는 동일인 소유이던 토지와 그 지상의 건물의 소유자가 달라진 경우 법정 임대차관계를 추정하는 민법 규정을 두고 있는데, 그와 같은 입법이 이루어지기 이전에도 대만 사법원(司法院)은 토지 소유자가 건물 소유자에게 토지를 계속 사용하도록 묵시적으로 허락한 것으로 봄이 타당하다고 하였고, 학설은 이러한 의사해석은 강제경매의 경우에도 마찬가지로 보았다.

결국 대법원 1967. 11. 14. 선고 67다1105 판결 등을 비롯하여 관습법상 법정지상권을 널리 인정하는 종래의 판례는 모두 폐기되어야 한다.

마. 이 사건의 해결

위에서 본 법리에 비추어 보면, 관습법상 법정지상권을 취득하였다는 피고들의 항변은 주장 자체로 받아들일 수 없다. 원심은 소외 2가 피고 1에게 이 사건 토지를 증여할 당시 이 사건 토지와 이 사건 각 건물의 소유권이 동일인에게 속하였다고 볼 수 없다는 이유로 관습법상 법정지상권을 취득하였다는 피고들의 항변을 배척하였다. 원심은 법리를 오해한 잘못이 있으나, 피고들의 항변을 배척한 결론은 정당하다. 원심판단

에 관습법상 법정지상권 등에 관한 법리오해, 심리미진 또는 석명의무 위반 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

6. 다수의견에 대한 대법관 노태악, 대법관 이흥구의 보충의견

반대의견의 논거를 필요한 범위에서 반박하고 다수의견을 보충하고자 한다.

가. 관습법상 법정지상권은 관습법으로서 성립 요건을 갖추어 유효한 법적 규범으로 승인되었다고 보아야 한다.

1) 반대의견은 관습법상 법정지상권에 상응하는 관습이나 관행이 실제로 존재하였다고 보기 어렵다는 관점에서 출발한다. 그러나 그러한 관습이 존재하지 않았다고 단정할 수 없다.

관습법상 법정지상권에 관한 관습의 존재가 조선고등법원 1916. 9. 29. 판결에서 처음 인정되었음은 반대의견이 지적한 바와 같다. 반대의견은 여러 법사학 연구 결과 법정지상권에 관한 관습이 실제 우리 사회에 존재하지 않았다고 한다. 그러나 그와 반대로 조선총독부가 발간한 '관습조사보고서'와 '민사관습회답휘집' 등을 면밀히 검토하면, 위 조선고등법원 판결 당시 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라질 때 지상권이 성립한다는 관습이 존재하지 않았다고 단정할 수 없다는 연구 결과도 있다.

위 조선고등법원 판결이 근대법의 시각으로 당시 실제 관습을 법률용어로 정확하게 포착해 낸 것인지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 그로부터 약 100년이 지난 현재에 이르러, 위와 같은 관습이 애초에 전혀 존재하지 않았다고 정면으로 부인하기는 어렵다. 약 100년 전의 실제 관습이 어떠했는가를 지금에 와서 정확하게 확정하

는 것도 결코 쉬운 일이 아니다. 하지만 대법원은 1960. 9. 29. 선고 4292민상944 판결에서 법적 효력이 있는 관습의 존재를 인정한 이래 현재까지 일관되게 관습법상 법정지상권의 성립을 인정해 왔고, 사회 구성원들은 이러한 관습을 전제로 오랫동안 법률관계를 형성해 왔다. 적어도 위 대법원 판결 이후에는 사회 구성원들이 관습법상 법정지상권이 존재한다고 인식하고 그러한 관습의 존재에 대해 법적 확신을 부여하였다고 볼 수 있다.

2) 반대의견이 관습법상 법정지상권에 대하여 사회 구성원의 법적 확신에 의한 법적 승인을 인정할 수 없다고 하면서 제시하는 논거에 대해 구체적으로 살펴본다.

가) 민법 제186조는 "부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다."라고 정하여 부동산 물권변동에 관하여 등기주의를 채택하였는데, 동시에 민법 제187조 본문은 "상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다."라고 정하고 있다. 민법 제187조 본문은 민법 제186조에 대한 예외로서 등기 없는 물권의 취득을 인정하는 것이다. 민법 제185조는 "물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다."라고 정하여 관습법에 의한 물권의 창설을 인정하고 있으므로, 관습법에 의한 부동산 물권의 취득은 민법 제187조 본문에서 정하는 '기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득'에 해당한다. 따라서 관습법에 의한 물권의 취득은 등기 없이 이루어진다. 대법원 판례도 같은 취지에서 관습법상 법정지상권은 관습법에 의한 부동산물권의 취득이므로 건물 소유자는 그 취득 당시의 토지 소유자나 이후 토지 소유권을 전득한 제3자에 대하여 등기 없이도 관습법상 법정지상권을 주장할 수 있다고 하였다(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다39925 판결 등 참조).

반대의견은 토지와 그 지상 건물을 소유하던 사람이 매매나 증여와 같이 법률행위에 의하여 그중 토지만을 양도하거나 건물만을 양도할 때 등기 없이도 법정지상권이라는 물권이 성립한다고 보면 민법 제186조의 문언과 목적에 반한다고 한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 관습법에 의한 물권의 취득은 민법 제187조에 의하여 등기 없이 이루어 지므로, 관습법에 의해 등기 없이 법정지상권을 인정한다고 하여 민법 제186조에 반한다고 볼 수 없다. 법률행위에 의하여 토지만을 양도하거나 건물만을 양도할 때 민법 제186조에 의하여 등기가 있어야 효력이 생기는 물권변동은 토지 또는 건물의 소유권이전일 뿐이고 건물 소유자의 법정지상권 취득 여부는 그와 별개의 문제이다. 당사자의 법률행위는 바로 그 토지 또는 건물의 소유권 변동만을 그 내용으로 삼고 있기 때문이다. 관습법상 법정지상권은 당사자가 법률행위로 정하지 않은 영역에서 인정되는 것이다.

나) 반대의견은 민법 제정 당시 전세권이 설정된 경우에 관한 민법 제305조와 저당권이 설정된 경우에 관한 민법 제366조에서만 법정지상권을 인정하는 규정을 둔 것은 당시 관습법상 법정지상권이 법적 규범으로 승인되지 않았기 때문이라고 한다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 민법 제305조와 제366조의 적용 범위와 관습법상 법정지상권의 인정 범위가 반드시 일치하는 것은 아니므로, 민법 제305조와 제366조의 규정을 두었다고 하여 민법 제정 당시 관습법상 법정지상권이 법적 규범으로 승인되지 않았다고 단정할 수는 없다.

민법 제305조 제1항 본문은 "대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다."라고 정하고 있다. 동일인이 대지와 그 지상 건물을 소유하다가

건물에 전세권을 설정한 이후 토지의 소유권만 제3자에게 이전된 경우에도 특별한 사정이 없는 한, 건물 소유자인 전세권설정자는 관습법상 법정지상권을 취득할 수 있다. 그러나 전세권설정자는 그 이후 관습법상 법정지상권을 포기할 수도 있고, 그 토지의 소유권이 제3자에게 이전될 때 건물을 철거하기로 합의할 수도 있는데, 이러한 경우에는 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는다. 이와 같이 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는 경우에도 전세권자의 이익을 보호하기 위하여 별도로 법정지상권을 인정할 필요가 있다.

민법 제366조 본문은 "저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다."라고 규정하고 있다. 건물 철거 합의가 있는 경우에는 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는 반면, 대법원 판례는 저당권설정자와 저당권자 사이의 특약으로 사전에 민법 제366조의 법정지상권을 배제하는 약정을 하더라도 그러한 특약은 효력이 없다고 한다(대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카1564 판결 참조). 이와 같이 민법 제366조는 강행규정이라는 점에서 그 적용 범위가 관습법상 법정지상권과 다르므로, 그와 별도로 민법 제366조의 법정지상권을 인정할 실익도 있는 것이다.

다) 반대의견은 공익상 필요는 관습법의 성립 요건이 아니므로, 대법원이 '관습법상 법정지상권은 건물이 철거되는 경우 발생하는 사회경제상의 불이익을 제거하기 위하여 인정된 제도'라고 판시한 것은, 관습법상 법정지상권이 본래 의미의 관습법이 아님을 보여준다고 한다. 그러나 대법원의 위와 같은 판시는 그렇게 이해할 것이 아니다.

동일인 소유에 속하였던 대지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 그 소유자가 달라졌을 때, 건물 소유자가 대지에 아무런 권리가 없다는 이유로 건물을 철거해야 한다

면 사회경제상의 불이익이 발생한다. 그러한 불이익을 제거하기 위한 공익상 필요가 있기 때문에 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 어긋나지 않는 것이고, 이러한 이유로 사회 구성원이 관습법상 법정지상권의 규범적 효력에 대하여 법적 확신을 가질 수 있게 된다. 관습법상 법정지상권의 공익상 필요에 관한 대법원의 판시는 이러한 취지로 이해되어야 한다.

나. 현재에도 관습법상 법정지상권에 대한 사회 구성원의 법적 확신이 소멸하였다거나 관습법상 법정지상권이 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다고 볼 수 없다.

1) 반대의견은 동일인 소유이던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라진 경우 당사자에게 지상권을 설정하려는 의사를 추정하기 어려운데도 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 거래 당사자의 의사에 부합하지 않으므로 사적 자치의 원칙에 반한다고 한다. 그러나 대법원 판례는 관습법상 법정지상권의 성립에 앞서 당사자의 의사를 우선적으로 존중하므로 사적 자치의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

대법원은 관습법상 법정지상권이 건물 철거 특약이 없으면 건물 소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 인정되는 것이라고 판시한 바 있다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결 등 참조). 그러나 대법원의 위와 같은 판시는 관습법상 법정지상권의 성립 원인이 당사자의 지상권 설정 합의에 있다는 취지가 아니다. 대법원이 판시한 바는 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라진 경우에 건물 철거 특약 등이 없다면, 당사자에게는 건물 소유자가 계속 그 토지를 사용하도록 할 의사가 있다는 취지이다. 그러나 당사자에게 이와 같은 의사가 있다는 사정만으로 어떠한 법률효과를 발생시킬 수 있는 정도로 의사표시의 객관적 합치에 이르렀다고 볼 수 없다. 그 토지의 구체적인 사용관

계에 관하여 당사자가 합의한 바 없기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 관습법에 따라 건물 소유자가 법정지상권을 취득하는 것이다. 만약 당사자의 의사가 건물 소유자는 더 이상 토지를 사용할 수 없다는 것이라거나 당사자가 그 토지의 사용관계에 관하여 구체적인 약정을 체결한 경우라면, 관습법상 법정지상권은 인정되지 않는다는 것이 대법원 판례의 확립된 태도이다. 다수의견에서 밝힌 바와 같이, 판례는 토지의 사용관계에 관한 당사자의 약정을 우선적으로 존중하므로, 관습법상 법정지상권은 당사자가 아무런 약정을 하지 않았을 때 보충적으로 인정되는 것이다. 따라서 판례의 태도는 오히려 당사자의 의사를 최대한 존중하는 것이라고 평가해야 한다.

2) 반대의견은 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 건물 소유자의 이익 보호에 치우친 것이고 토지 소유자에게 지나친 희생을 강요하는 것이라고 한다. 그러나 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 오히려 토지 소유자와 건물 소유자의 이익을 조화시키기 위한 것이라고 보아야 한다.

반대의견이 지적하는 바와 같이, 법률행위에 의해 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우, 토지의 사용관계에 관하여 토지 소유자와 성실하게 교섭하여 채권적 약정을 체결한 건물 소유자에게는 채권이 부여되는 반면 토지 소유자와 아무런 교섭을 하지 않은 건물 소유자에게는 지상권이라는 물권이 부여된다는 점은 균형에 맞지 않는 것으로 보일 수 있다. 그러나 법률행위에 의해 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우, 토지만을 양수하거나 건물만을 양도한 토지 소유자는 건물 소유자와 성실하게 교섭하여 채권적 약정을 체결함으로써 지상권의 부담에서 벗어날 수 있다. 그런데 토지 소유자가 건물 소유자와 토지의 사용관계에 관하여 아무런 교섭을 하지 않았다면 그로 인한 불이익을 감수해야 한다. 이와 같이 토지

소유자의 측면에서 보면 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 반드시 균형에 맞지 않는 결과를 초래한다고 볼 수 없다. 우리 법제는 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 취급하고 있고, 건물은 토지 없이는 존속할 수 없으므로, 기본적으로 토지 소유자는 건물 소유자보다 협상력에서 우위에 있다고 볼 수 있다. 따라서 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라졌는데도 토지의 사용관계에 관하여 아무런 약정을 하지 않아 발생한 불이익은 건물 소유자보다는 토지 소유자에게로 돌리는 것이 더 균형에 맞다고 볼 수 있다.

3) 반대의견은 관습법상 법정지상권이 토지의 효율적 이용을 저해하기 때문에 부당하다고 한다. 그러나 토지의 효율적 이용 못지않게 건물을 계속 존속시켜야 할 필요성도 고려해야 한다.

건물은 주거 또는 영업 등이 이루어지는 곳으로서 사람의 생계나 일상생활의 유지를 위한 터전이다. 헌법 제35조 제1항은 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."라고 규정하고, 제3항은 "국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다."라고 규정한다. 그러므로 사람이 일상생활을 영위하거나 생계를 꾸리고 있는 건물을 가급적 존속시키는 것은 헌법이 추구하는 공익적 가치라고 할 수 있다. 건물을 존속시켜야 할 이익은 단지 건물 소유자에게만 있는 것이 아니라 임차인 등과 같이 건물을 사용하는 사람에게도 있다. 현재 건물을 사용하고 있는 사람이 예상하지 못한 때에 토지 소유자와 건물 소유자 사이의 분쟁으로 인하여 건물이 철거되는 상황에 직면한다면 생계나 일상생활에서 큰 타격을 입을 수밖에 없다.

이러한 점을 고려하면, 반대의견이 지적하는 토지의 효율적 이용이라는 가치는 상대

적인 것이다. 토지 소유자의 입장에서 볼 때에는 기존 건물을 철거하고 토지를 다른 용도로 사용하는 것이 효율적일 수 있지만, 건물 소유자나 사용자 입장에서는 토지의 사용 방법을 현재 상태로 유지시키는 것이 더 중요하다. 어느 한쪽의 이익이 언제나 더 중요하거나 덜 중요하다고 보기 어려우므로, 양쪽의 이익을 조화시킬 필요가 있다. 관습법상 법정지상권은 당사자의 다른 약정이 없는 한도에서 보충적으로 인정되는 것이므로, 토지 소유자의 이익과 건물 소유자나 사용자의 이익을 합리적으로 조화시킨다고 볼 수 있다.

4) 반대의견은 관습법상 법정지상권이 등기에 의해 공시되지 않으므로 거래의 안전과 법적 안정성을 해쳐 부당하다고 한다. 그러나 등기에 의해 공시되지 않는 물권의 취득은 이미 민법이 예정하고 있는 바이므로, 관습법상 법정지상권을 인정한다고 하여 거래의 안전 측면에서 특히 부당하다고 볼 수 없다. 관습법에 의한 물권의 취득은 민법 제187조 본문에서 규정하는 법률의 규정에 의한 물권의 취득이므로 등기 없이 이루어진다. 다만 관습법상 법정지상권을 취득한 다음 이를 처분하기 위해서는 민법 제187조 단서에 따라 등기를 해야만 한다. 이러한 한도 내에서 법적 안정성을 보장하려는 것이 민법의 결단이다. 토지를 취득하려는 사람은 부동산등기사항증명서를 확인하는 외에 그 토지가 법정지상권의 부담을 안고 있는지 여부에 대하여 별도로 조사해야 할 필요가 있을 것이나 이러한 거래비용은 반드시 관습법상 법정지상권에만 문제되는 것이라고 볼 수 없다.

다. 현재 시점에서 관습법상 법정지상권의 법적 효력을 부정한다면 오히려 법적 안정성에 심각한 문제를 초래할 수 있다.

1) 설령 반대의견이 지적하는 바와 같이 관습법상 법정지상권을 인정하는 것이 일부

불합리한 측면이 있다고 보더라도, 그러한 이유만으로 관습법상 법정지상권 자체를 인정하지 않는 것은 지난 약 100년간 관습법상 법정지상권이 인정됨을 전제로 형성되어 온 법률관계에 큰 혼란을 불러일으키게 된다. 바로 이러한 점 때문에 대법원 판례는 대법원이 오랜 기간 인정해 온 관습법의 법적 효력을 부정하기 위해서는 사회 구성원의 인식이나 사회적·문화적 배경 등에 의미 있는 변화가 뚜렷하게 드러나야 한다고 강조한 것이다. 현재에도 토지와 그 지상 건물의 소유자가 다르지만 그 건물 소유자가 관습법상 법정지상권을 취득하였음을 전제로 여러 법률관계가 형성되어 있는 경우가 많다. 실무에서도 관습법상 법정지상권이 인정되는지 여부가 주로 다투어질 뿐 관습법상 법정지상권을 인정하는 것 자체가 문제라고 다투어지는 경우는 찾아보기 어렵다. 이러한 상황에서 관습법상 법정지상권 자체의 효력을 부정해 버리면 법적 안정을 해할 위험이 너무 크지 않을까.

2) 무엇보다 현재의 거래 상황에 대한 철저한 조사를 토대로 한 별도의 입법 조치 없이 관습법상 법정지상권의 효력을 부정해 버리면, 동일인 소유였던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 건물의 존속을 위한 조치가 마땅치 않게 되고, 이는 지상 건물의 철거라는 사회경제적 손실로 이어질 위험이 있다.

반대의견은 토지의 사용관계에 관한 당사자의 의사해석을 통해 건물 소유자가 토지를 사용하도록 할 수 있다고 한다. 그러나 관습법상 법정지상권은 토지의 사용관계에 관한 당사자의 약정이 인정되지 않는 경우에 보충적으로 인정되는 것인데, 변론주의 원칙상 소송에서 그 구체적 약정에 관한 당사자의 주장·증명이 없다면 법원이 이를 인정할 수 없다는 한계가 있다. 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 원인이 법률행위가 아니라 강제경매 등 법률행위 이외의 사유인 경우에는 당사자가 교섭할 기회가

없어 묵시적 의사를 인정하기 어려운 경우도 많다.

반대의견은 강제경매 등 법률행위 이외의 사유로 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 토지 사용관계에 관한 묵시적 사용 허락을 인정할 여지가 없다면, 저당권이 설정된 경우에 관한 민법 제366조를 유추적용하여 법정지상권을 인정할 수도 있다고 한다. 그러나 민법 규정을 유추적용하여 다른 내용의 물권을 창설하는 것은 물권법 정주의에 반할 여지가 크다. 민법 제366조를 유추적용하여 법정지상권을 인정해야 한다면, 이는 곧 법정지상권을 인정하는 관습법이 합리적인 법적 규범임을 반증하는 것일 뿐 그 관습법의 효력을 부정해야 할 이유가 될 수는 없다.

이와 같은 점을 종합하여 보면 관습법상 법정지상권의 효력을 부정할 경우, 건물의 존속을 위해 종래 판례가 규율해 오던 영역을 보완할 방법이 불분명하거나 근거가 부족하게 된다. 우리 법제와 같이 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 취급하는 일본과 대만의 경우를 보더라도, 결국 토지와 건물의 소유자 분리에 대하여 입법을 통한 해결이 이루어졌다. 별도의 입법 조치 없이 바로 관습법상 법정지상권의 효력을 부정하는 것은 당사자의 이익 조화나 건물의 존속을 위한 조치 등에 비추어 볼 때 적절한 접근방법이라고 보기 어렵다.

라. 판례 변경은 신중해야 하고, 관습법에 관한 판례 변경은 더욱 그러하다.

1) 오랜 기간 동안 일정한 방향으로 축적된 대법원 판례의 견해를 바꾸기 위해서는 그와 같은 견해가 시대와 상황의 변화에 따라 정의관념에 크게 어긋나게 되는 등 이를 바꾸는 것이 그대로 유지하는 것에 비하여 훨씬 우월한 가치를 가짐으로써 그로 인하여 법적 안정성이 희생되는 것이 정당화될 정도의 사정이 있어야 하고, 단순히 새로운 법적 견해가 다소 낫다거나 보다 합리적으로 보인다는 이유만으로 축적된 판례의 견해

를 바꾸는 것은 바람직하지 않다. 불가피한 필요에 따라 기존의 판례를 바꾸는 경우에도 그 범위는 되도록 제한적으로 하여야 하고, 가볍게 원칙과 예외를 뒤바꾸거나 전면적으로 변경하는 것은 곤란하다(대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결의 별개의견 참조).

2) 최초로 관습법상 법정지상권을 인정한 조선고등법원 판결이 내려진 때는 근대적인 의미의 소유권 등 물권법 질서에 대한 사회 일반의 이해가 부족했던 시대라고 볼 수 있다. 그러한 상황에서 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등에 의하여 소유자가 달라진 경우에 건물 소유자가 토지 사용권을 확보하지 못하였다는 이유로 건물을 철거해야 한다면 건물 소유자는 막대한 피해를 입을 뿐만 아니라 사회경제적으로도 큰 손실이 발생할 수 있었다. 이러한 경우 건물을 철거해야 한다는 결과는 사회 일반인들이 도저히 납득하지 못할 것이었고, 그러한 결과를 막아야 한다는 점에 대한 사회 일반의 법적 확신이 생길 수 있었다.

이후 관습법상 법정지상권을 인정하는 대법원 판례가 축적됨에 따라, 관습법상 법정지상권에 관한 법리는 우리 물권법 질서에서 기본적인 법리 중의 하나가 되었다. 만약 민법 시행 이후 관습법상 법정지상권이 인정되지 않았다면 매매 등으로 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 많은 건물이 철거의 대상이 되었을 것이고, 그러한 결과가 초래되었다면 입법을 통해 건물 소유자에게 대지 사용권을 부여해야 한다는 요구가 많아졌을 것이다.

오늘날 기존의 낡은 건물을 철거하고 토지를 다른 용도로 사용하는 것이 보다 효율적일 수 있다는 반대의견의 지적에는 공감할 수 있다. 그러나 그러한 사정만으로 이제 우리 물권법 질서의 기본이 된 관습법을 바로 폐기할 수는 없다. 토지의 소유권을 취

특하려는 제3자의 입장에서 볼 때 관습법상 법정지상권의 유무를 조사하는 것이 부담이 될 수 있다거나 토지 소유자에게 법정지상권이라는 물권의 부담을 부과하는 것보다는 토지 소유자와 건물 소유자 사이의 법정채권관계가 더 유연한 해결책이 된다는 점만으로도, 판례가 오랫동안 관습법으로 유효하다고 인정하고 구체적 타당성을 도모해 온 것을 하루아침에 부인할 수는 없다. 매매 등으로 인하여 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물의 소유자가 달라진 경우 법률관계를 더욱 분명히 하고 조금 더 합리적이면서 균형적인 해결책을 찾기 위하여 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다. 그러한 경우에도 지상권설정계약의 체결로 간주할 것인지 아니면 법정임대차관계로 간주할 것인지 또 그 기간 등은 어떻게 할 것인지 등 구체적으로 여러 대안이 있을 수 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장 대법원장 김명수

주 심 대법관 김재형

 대법관 조재연

 대법관 박정화

대법관 안철상

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태악

대법관 이흥구

대법관 천대엽

대법관 오경미