

## Chapter 3 Specific Superficies

### 제6절 특수지상권

특수지상권에는 구분지상권과 관습법상 물권  
관습법상의 물권으로는 분묘기지권과 관습법상 법정지상권이 있음.  
cf. 민법 제185조는 법률과 관습법에 의한 물권의 창설을 인정하고 있음.

#### 제1관 구분지상권

##### 1. 의의 및 취지

###### 가. 意義(289조의 2)

구분지상권이란 토지의 지하 또는 지상의 공간에 상, 하의 범위를 정하여 건물 기타 공작물 등을 소유할 것을 목적으로 하는 지상권. --> 계층적으로 구분한 부분에 설정하는 地上權

###### 나. 취지

- 1) 토지이용의 입체화의 새로운 요구에 부응하기 위하여 1984년 민법에 도입.
- 2) 지하상가, 지하철, 육교, 고압선, 고가도로 등은 일반지상권에 의하면 토지소유자의 토지이용을 전면적으로 배제하게 되고, 지상권자는 토지의 전면적 이용에 해당하는 지료를 부담하게 됨.
- 3) 한편, 임대차로 하게 되면 소유자에 단순한 채권이 되므로 소유자보호에 미흡.
- 4) 이에 따라 다수권리자에 의한 동일한 지하, 지상 공간의 계층적 이용을 목적으로 하면서 각각 물권으로서 이용권이 병존할 수 있는 법률관계인 구분지상권을 신설.

다. 토지의 분할매매 --- 토지에 대한 상, 하층을 구분하여 이용함으로써 토지를 저렴하게 분할 매도하여 토지 또는 상하 공간의 상품화를 촉진함.

##### 2. 일반지상권과의 차이

###### 가. 공통점

- 1) 물권
- 2) 타인의 토지 사용
- 3) 토지사용의 대가지급이 성립요소는 아님.
- 4) 일필의 토지 일부에도 가능

###### 나. 차이점

- 1) 일반지상권은 토지의 상, 하 전부에 미치나 구분지상권은 토지의 구분층에 미침
- 2) 일반지상권은 건물, 기타 공작물외에 수목을 포함하나 구분지상권은 수목 제외

3) 일반지상권은 지상권자와 토지소유자간 합의와 등기로 성립하나 구분지상권은 그 밖의 전세권자나 대항력을 갖춘 임차인등 기존 용익권자의 승낙이 필요.

4) 일반지상권에서는 토지소유자의 토지이용이 전면적으로 배제되나 구분지상권에서는 구분층에 한하여 토지이용이 배제됨.

### 3. 구분지상권의 설정 : 물권적 합의 + 등기

가. 구분지상권은 물건에 대한 지배의 객체가 공중 또는 지하라는 점 외에는 지상권과 같음.

1) 구분지상권은 지상권의 규정을 준용함(290조 2항).

2) 지상권설정자와 구분지상권자 사이의 물권적 합의와 등기에 의해 성립.

[판례고440] 대법원 1996. 5. 14. 선고 94다54283 판결【부당이득금】

【판결요지】[1] 토지소유자가 토지 상공에 송전선이 설치되어 있는 사정을 알면서 그 토지를 취득한 후 13년이 경과하여 그 송전선의 철거를 구한 사안에서, 한국전력공사가 그 토지 상공에 당초에 그 송전선을 설치함에 있어서 적법하게 그 상공의 공간 사용권을 취득하거나 그에 따른 손실을 보상하지 아니하여 그 송전선의 설치 당시부터 불법 점유라고 볼 수 있으며, 그 설치 후에도 적법한 사용권을 취득하려고 노력하였다거나 그 사용에 대한 손실을 보상한 사실이 전혀 없고, 그 토지가 현재의 지목은 전이나 도시계획상 일반주거지역에 속하고 주변 토지들의 토지이용 상황이 아파트나 빌라 등이 들어 서 있는 사실에 비추어 그 토지도 아파트, 빌라 등의 공동주택의 부지로 이용될 가능성이 농후한 점 및 한국전력공사로서는 지금이라도 전기사업법 등의 규정에 따른 적법한 수용이나 사용 절차에 의하여 그 토지 상공의 사용권을 취득할 수 있는 점 등에 비추어, 토지소유자의 송전선 철거청구가 권리남용에 해당하지 않는다고 한 사례.

[2] 토지소유자가 송전선이 설치된 토지를 농지로만 이용하여 왔다고 하더라도, 그 소유권을 행사함에 있어 아무런 장애를 받지 않았다고 할 수 없고 그 송전선의 가설로 인하여 그 토지 상공에 대한 구분지상권에 상응하는 임료 상당의 손해를 입었다고 한 원심판결을 수긍한 사례.

#### 다. 구분지상권의 객체: 구분층

1) 토지 상하의 범위는 평행하는 두 개의 수평면으로 구획됨

예) 지표의 상 또는 하 ○○ m로부터 상 또는 하 ○○ m 사이의 공간

2) 토지의 특정부분이 수평면이 아니고 曲面이더라도 그 구획이 가능한 곡면으로 구획하는 것도 가능함 --> 도면으로 정확하게 특정이 가능함.

3) 一筆의 토지 중의 일부의 특정층에 한정 가능

--> 一筆의 토지의 일부에 등기가 가능하므로

#### 라. 기존 용익권자의 승낙(289조의2 제2항)

1) 구분지상권은 제3자가 토지를 사용, 수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 설정 가능.

가) 구분지상권의 목적 토지에 사용, 수익권을 가진 제3자 전원의 승낙 필요.

나) ‘사용, 수익할 권리’ : 지상권, 지역권, 전세권 또는 대항력있는 임차권(등기)

--> 대항력없는 임차권의 경우 임차인의 승낙 불필요(곽427)

(反) 임차권의 대항력 유무와 관계없이 임차인의 승낙이 필요(고441)

- 다) 권리를 목적으로 하는 권리: 지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권을 말함
- 라) 기존 구분지상권이 있는 경우: 층이 중복된 기존 구분지상권자의 승낙 필요.
- 마) 구분지상권의 설정 객체에 가등기있는 경우 : 가등기권리자에게도 승낙 요.

2) 승낙이 없으면 구분지상권 설정등기가 있더라도 무효

[판례형644] 구분지상권 법리의 적용

대법원 2006.4.13. 선고 2005다14083 판결【부당이득금반환등】

【판시사항】 [ 1 ] 한국전력공사가 송전선로가 아닌 배전선로를 타인의 토지 상에 설치한 사안에서, 한국전력공사는 토지 상공에 배전선로를 점유·사용함에 따른 구분지상권에 상응하는 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다고 한 사례

[ 2 ] 토지소유자가 고압전선이 설치된 토지를 농지로만 이용해 온 경우, 그 토지 상공에 대한 구분지상권에 상응하는 임료 상당액의 손해를 입었다고 볼 수 있는지 여부(적극)

[ 3 ] 송전선이 토지 위를 통과함을 알고서 토지를 취득하였거나, 토지를 취득한 후 장기간 송전선의 설치에 대하여 이의를 제기하지 않은 경우, 토지소유자의 권리가 실효되었다거나 토지수요자가 그러한 제한을 용인하였다고 볼 수 있는지 여부(소극)

[ 4 ] 고압전선 아래로 점유하는 면적, 그 좌우측 1m까지의 법정이격거리 범위 내의 면적 및 잔여지 면적 모두를 고압전선으로 사용·수익이 저해된 면적에 포함시킨 원심의 판단을 정당하다고 한 사례

라. 구분지상권의 등기

1) 부동산법 제69조 : 민법 제289조의 2 제1항의 단서에 규정하는 사용제한의 특약이 있으면 이를 등기신청서에 기재하여야 함.

2) 제289조의2 제2항에서 규정하는 제3자의 승낙은 구분지상권의 성립요건이므로 등기 신청시 그 제3자의 승낙서를 첨부하여야 함.

4. 구분지상권의 효력

가. 지상권 규정의 준용(290조 2항)

1) 구분지상권자는 설정행위로 건물 또는 공작물을 소유하기 위하여 일정범위의

지상 또는 지하공간을 사용할 권리를 갖는다.

2) 구분지상권의 존속기간, 지료, 소멸 등은 지상권에 준용됨.

나. 토지사용의 조절 및 제한

1) 설정행위로 토지사용의 제한을 특약으로 가능

예) 토지소유자가 그 지상에 일정중량 이상의 공작물을 설치하지 못한다는 특약 체결 가능

2) 토지소유자의 사용권 제한특약을 등기하는 경우 토지소유자 또는 제3자에게 대항 가능(부동산법 제69조)

3) 토지이용의 조절 : 특약에 의하여 조절하며 상린관계규정 준용(제290조의 2)

다. 권리행사의 방해금지(289조의2의 제2항)

기존 용익권자의 승낙에 의해 성립한 경우 그 기존 용익권자는 구분지상권의 행사를 방해할 수 없음.

라. 부속공작물 --- 구분지상권에 기하여 토지에 부속된 공작물은 제256조(부동산에의 부합) 단서의 적용으로 토지에 부합하지 않고 구분지상권자가 소유권을 갖음.

마. 구분지상권의 지료는 당사자간 합의 또는 법원에 의하여 결정되나, 지하철 건설을 위한 구분지상권은 도시철도법 제4조의6의 대통령령에 의해 차등지급

## 제2관 분묘기지권(墓地權)

### 1. 의의

가. 타인의 토지에 분묘를 설치한 자가 그 분묘를 소유하기 위하여 그 분묘기 지 부분의 토지를 사용할 수 있는 지상권에 유사한 관습상의 물권을 말한다(判例).

- 1) 조상승배의 사상 -- 함부로 철거 및 손상 금지
- 2) 강한 풍수적 명당의식

나. 관습상의 물권인 분묘기지권은 조선고등법원이<sup>1)</sup> 인정한 이래 구민법하에서도 인정되어 현재까지 이르고 있다.

다. 향후에 분묘기지권의 문제는 점점 약화될 것임.

- 공동묘지제도
- 화장제도의 활성화

[판례 고-32] 분묘기지권의 효력이 미치는 범위

대법원 1997. 5. 23. 선고 95다29086, 29093 판결【분묘기지권확인;분묘철거등】

【판결요지】[1] 분묘기지권은 분묘의 기지 자체(봉분의 기지 부분)뿐만 아니라 그 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘의 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이고 그 확실한 범위는 각 구체적인 경우에 개별적으로 정하여야 할 것인바, 사성(사성, 무덤 뒤를 반달형으로 둘러싸은 둔덕)이 조성되어 있다 하여 반드시 그 사성 부분을 포함한 지역에까지 분묘기지권이 미치는 것은 아니다.

[2] 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니하는 것이므로, 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방의 합장을 위하여 쌍분(쌍분) 형태의 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다.

### 2. 분묘기지권의 성립

#### 가. 분묘기지권의 주체

1) 조고판 1927.3.8. 민집 14.62 “조선에 있어서 타인의 승낙을 얻어 그의 소유지 내에 분묘를 설치한 자는 이를 소유하여 타인의 토지에 대하여 지상권에 類하는 일종의 물권을 취득하는 것이다”라고 판시하였다.

- 1) 분묘기지권의 시효취득은 장남 또는 장손이 취득
- 2) 종중이 취득하는 관습이나 사용권이 있다는 관습은 없다.  
(대판 1962.6.27, 62나97)

#### 나. 분묘기지권의 객체

- 1) 분묘는 사람의 유골, 유해, 유발 등 시신을 매장하여 사자를 안장하는 장소
- 2) 장래의 묘소로서 현재 분묘에 시신이 안장되어 있지 않다면(假墓)  
분묘기지권은 성립 안됨
- 3) 봉분 등은 외부에서 인식이 가능해야 하며, 평장이나 암장은 인정되지 않음.

[판례고-444] 대법원 1976.10.26. 선고 76다1359,1360 판결【건물철거등】

【판결요지】현재 시신이 안장되어 있지 아니한 장래 묘소로서 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐인 경우에는 실제 분묘라 할 수 없으니 그 소유를 위하여 지상권 유사의 물권이 생길 수 없다.

[판례고-444] 대법원 1996. 6. 14. 선고 96다14036 판결【분묘굴이】

【판결요지】[2] 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권 유사의 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하는데, 이러한 분묘기지권은 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 인정되고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 인정되지 않으므로, 이러한 특성상 분묘기지권은 등기 없이 취득한다.

#### 다. 판례 및 학설상 분묘기지권의 성립

- 1) 토지소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우
- 2) 자기소유의 토지에 분묘를 설치한 후 그 토지를 타인에게 양도한 경우  
-- 별도의 특약없이 토지만을 처분한 경우 인정됨
- 3) 분묘기지권의 시효취득  
토지소유자의 승낙없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 분묘를 점유하였을 것 --> 등기없이 취득함

### 3. 분묘기지권의 효력

#### 가. 지상권에 유사한 물권의 취득

- 1) 일종의 제한물권으로 타인의 토지를 제한된 범위에서 사용할 수 있는 권리에 지나지 않음.
- 2) 오로지 분묘를 소유하기 위해서만 사용 --> 지상권이 아니고 지상권에 유사한 권리임

#### 나. 효력의 범위

- 1) 분묘의 기지(用地)뿐만 아니라 그 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위내에서 분묘기지 주위의 空地를 포함한 지역에 미침.

2) 莎城이 설치되어 있더라도 반드시 그 부분을 포함한 지역까지 미치지 않음.

3) 이미 설치되어 있는 분묘를 소유하기 위하여서만 사용할 수 있고, 새로운 분묘의 설치나 다른 목적의 토지사용은 금지됨. --> 사망 후 다른 일방의 합장을 위하여 쌍분 형태의 분묘를 설치하는 것도 허용 안됨.

#### 다. 地料

##### 1) 판례의 입장 --

시효취득의 경우 및 당사자간 약정이 없으면 무상

[판례고-448] 대법원 1995.2.28. 선고 94다37912 판결【분묘수거】

【판결요지】가. 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유함으로써 분묘기지권을 시효로 취득한다.

나. 지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없는 점에 비추어 보면, 분묘기지권을 시효취득하는 경우에도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석함이 상당하다.

##### 2) 학설의 대립

가) 판례와는 다르게 지상권은 지료를 수반하는 것이 거래계의 실상이기 때문에 명시적인 반대의 약정이 없는 한 토지소유자의 청구가 있으면 모두 지료를 지급해야 한다는 견해(이영준 642, 김상용 508)

##### 나) 경우를 나누는 견해는

a) 토지소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우는 약정에 의하고, 약정이 없으면 무상

b) 시효취득의 경우는 무상

c) 토지소유자가 토지처분으로 분묘기지권을 취득한 경우에는 제366조의 단서를 적용하여 지료를 지급해야 한다는 견해.

#### 4. 존속기간 및 소멸

가. 약정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하고 있는 한, 즉 그 분묘가 존속하는 동안 분묘기지권도 존속함.

나. 분묘기지권은 포기에 의해 소멸함.

[판례고-449] 대법원 1982.1.26. 선고 81다1220 판결【분묘기지권의존속기간확인청구】

【판결요지】분묘수호를 위한 유사지상권(분묘기지권)의 존속기간에 관하여는 민법의 지상권에 관한 규정에 따를 것이 아니라, 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이며, 그런 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다고 해석함이 상당하다.

[판례고-449] 대법원 1992.6.23. 선고 92다14762 판결【관습상의분묘기지권확인】

【판결요지】분묘의 기지에 대한 지상권 유사의 물권인 관습상의 법정지상권이 점유를 수반하는 물권으로서 권리자가 의무자에 대하여 그 권리를 포기하는 의사표시를 하는 외에 점유까지도 포기하여야만 그 권리가 소멸하는 것은 아니다.

[판례지-200] 분묘기지권의 귀속 및 존속기간

대법원 2007.6.28. 선고 2005다44114 판결【손해배상(기)】

【판결요지】[1] 분묘의 수호 관리나 봉제사에 대하여 현실적으로 또는 관습상 호주상속인인 종손이 그 권리를 가지고 있다면 그 권리는 종손에게 전속하는 것이고 종손이 아닌 다른 후손이나 종중에서 관여할 수는 없다고 할 것이나, 공동선조의 후손들로 구성된 종중이 선조 분묘를 수호 관리하여 왔다면 분묘의 수호 관리권 내지 분묘기지권은 종중에 귀속한다.

[2] 토지소유자의 승낙을 얻어 분묘가 설치된 경우 분묘소유자는 분묘기지권을 취득하고, 분묘기지권의 존속기간에 관하여는 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이나, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안 존속한다고 해석함이 타당하다. 또, 분묘가 멸실된 경우라고 하더라도 유골이 존재하여 분묘의 원상회복이 가능하여 일시적인 멸실에 불과하다면 분묘기지권은 소멸하지 않고 존속하고 있다고 해석함이 상당하다.

## 5. 문제점

등기할 수 없는 권리 즉 공시방법 없이 성립하고 제3자에게 대항할 수 있음.

## 6. 장사 등에 관한 법률

가. 이 법은 장사(장사)의 방법과 장사시설의 설치·조성 및 관리 등에 관한 사항을 정하여 보건위생상의 위해(위해)를 방지하고, 국토의 효율적 이용과 공공복리 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

### 나. 분묘등의 점유 면적(제18조)

1) 공설묘지, 가족묘지, 종중·문중묘지 또는 법인묘지 안의 분묘 1기 및 그 분묘의 상석(상석)·비석 등 시설물을 설치하는 구역의 면적은 10제곱미터(합장하는 경우에는 15제곱미터)를 초과하여서는 아니 된다.

2) 인묘지는 30제곱미터를 초과하여서는 아니 된다.

3) 봉안시설 중 봉안묘의 높이는 70센티미터, 봉안묘의 1기당 면적은 2제곱미터를 초과하여서는 아니 된다.

4) 분묘, 봉안묘 또는 봉안탑 1기당 설치할 수 있는 상석·비석 등 시설물의 종류 및 크기 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

### 다. 분묘의 설치기간(제19조)

1) 공설묘지 및 사설묘지에 설치된 분묘의 설치기간은 15년으로 함.

2) 설치기간이 지난 분묘의 연고자가 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 제14조제3항에 따라 법인묘지의 설치·관리를 허가받은 자에게 그 설치기간의 연장을 신청하는 경우에는 한번에 15년씩 3회에 한정하여 그 설치기간을 연장 가능.

3) 설치기간을 계산할 때 합장 분묘인 경우에는 합장된 날을 기준으로 계산함.

4) 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 관할 구역 안의 묘지 수급을 위하여 필요하다고 인정되면 조례로 정하는 바에 따라 5년 이상 15년 미만의 기간 안에서 분묘 설치기간의 연장 기간을 단축할 수 있다.

라. 향후 관습법상의 분묘기지권도 ‘葬事에 관한 法律’의 대상이 될 것임은 분명하므로 분묘기지권의 운명은 한계를 가지고 있다고 보아야 함.

### 제3관 관습법상의 법정지상권

#### 1. 의의

가. 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 토지이용권에 관한 합의없이 매매, 증여, 강제경매 또는 공매 등으로 토지와 건물소유자가 달라진 경우 건물소유자가 당연히 취득하게 되는 법정지상권을 말한다.

나. 관습상의 법정지상권은 사회경제적 고려, 즉 잠재적인 대지이용권의 현재화의 요청에 의해 판례가 인정함

#### 2. 성립요건

가. 토지와 건물이 동일인의 소유에 속할 것

[판례고-33] 관습법상 법정지상권의 성립요건

대법원 1995.7.28. 선고 95다9075,9082(반소) 판결【소유권이전등기, 건물철거등】

【판결요지】가. 관습법상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 토지와 건물 중 어느 하나가 처분될 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하였으면 족하고 원시적으로 동일인의 소유였을 필요는 없다.

나. 민법 제280조 제1항 제1호가 정하는 견고한 건물인가의 여부는 그 건물이 갖는 물리·화학적 외력, 화재에 대한 저항력 또는 건물 해체의 난이도 등을 종합하여 판단하여야 한다.

다. 관습법상의 법정지상권이 성립된 토지에 대하여는 법정지상권자가 건물의 유지 및 사용에 필요한 범위를 벗어나지 않은 한 그 토지를 자유로이 사용할 수 있는 것이므로, 지상건물이 법정지상권이 성립한 이후에 증축되었다 하더라도 그 건물이 관습법상의 법정지상권이 성립하여 법정지상권자에게 점유·사용할 권한이 있는 토지 위에 있는 이상 이를 철거할 의무는 없다.

[판례지-201] 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결【건물등철거】

【판결요지】[2] 관습상의 법정지상권은 동일인의 소유이던 토지와 그 지상건물이 매매 기타 원인으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 건물을 철거한다는 등의 특약이 없으면 건물 소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 보아 인정되는 것이므로 토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있거나 토지 소유자가 건물의 처분권까지 함께 취득한 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다 할 것이어서, 미등기건물을 그 대지와 함께 매도하였다면 비록 매수인에게 그 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 관하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 대지와 건물이 그 소유 명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다.

[판례지-202] 대법원 1993.4.13. 선고 92다55756 판결【건물철거등】

【판결요지】토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습법상의 법정지상권이 성립되는 것으로 보게 되면 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다.

[판례지-203] 대법원 1988.6.28. 선고 87다카2895 판결【건물철거등】

【판결요지】토지의 매매에 수반하여 토지소유자가 매수인으로부터 토지대금을 다 받기 전에 그 토지위에 건물을 신축할 수 있도록 토지사용을 승락하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 매매당사자 사이에 그 토지에 관한 지상권 설정의 합의까지도 있었던 것이라고 할 수 없다 할 것이므로 그 매매계약이 적법하게 해제된 경우에는 토지매수인은 비록 당초에 토지사용 승락을 받아 그 토지 위에 건물을 신축중이었다 하더라도 그 토지를 신축건물의 부지로 점유할 권원을 상실하게 되는 것이고 또 당초에 건물과 그 대지가 동일인의 소유였다가 경매 등의 사유로 소유자를 달리하게 되는 경우가 아닌 이상 관습에 의한 법정지상권도 성립되지 아니한다.

나. 법률상 규정된 것이 아닌 원인으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 되었을 것

- 1) 매매 --- 지상권 대상의 의문(고458) -- 계약체결의 기회가 있기 때문임
- 2) 대물변제
- 3) 증여 -- 지상권 대상의 의문(고458) -- 계약체결의 기회가 있기 때문임
- 4) 공유물분할
- 5) 강제경매 -- 계속 인정
- 6) 국세징수법에 의한 공매 -- 계속 인정

[판례고-34] 토지와 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등으로 그 소유권자를 달리하게 된 경우. 대법원 1988.4.12. 선고 87다카2404 판결【건물철거】

【판결요지】가. 민법 제280조 제1항 제1호가 정하는 견고한 건물인가의 여부는 그 건물이 갖는 물리, 화학적 외력, 화재에 대한 저항력 또는 건물해체의 난이도 등을 종합하여 판단하여야 한다.

나. 민법 제281조 제2항은 당사자가 지상권설정의 합의를 함에 있어서 다만 그 존속기간을 정하지 아니하고 지상권을 설정할 토지상에 소유한 공작물의 종류와 구조가 객관적으로 확정되지 않을 경우에 한하여 적용이 있는 것이므로 비록 무허가 또는 미등기건물이라 하더라도 그 건물의 종류와 구조가 확정되어 있는 경우에는 적용되는 것이 아니고 이러한 경우에는 민법 제281조 제1항에 의하여 존속기간을 정하여야 한다.

다. 동일인의 소유에 속하였던 토지와 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등으로 그 소유권자를 달리하게 된 경우에 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 그 건물의 소유를 위하여 그 부지에 관하여 관습상의 법정지상권을 취득하는 것이고 그 건물은 건물로서의 요건을 갖추고 있는 이상 무허가건물이거나 미등기건물이거나를 가리지 않는다.

[판례지-204] 환지와 관습상의 법정지상권

대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다4101 판결【건물등철거등】

【판결요지】 환지로 인하여 새로운 분할지적선이 그어진 결과 환지 전에는 동일인에게 속하였던 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라졌다 하더라도 환지의 성질상 건물의 부지에 관하여 소유권을 상실한 건물 소유자가 환지된 토지(건물부지)에 대하여 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다거나 그 환지된 토지의 소유자가 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권의 부담을 안게 된다고는 할 수 없다.

다. 당사자간 건물을 철거한다는 특약이 없을 것

[판례지-201] 건물철거의 합의와 관습상의 법정지상권

대법원 1999. 12. 10. 선고 98다58467 판결【건물철거등】

【판결요지】[1] 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 되었다하더라도, 당사자 사이에 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었던 경우에는 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득할 수 없다.

[2] 건물 철거의 합의가 관습상의 법정지상권 발생의 소극적 요건이 되는 이유는 그러한 합의가 없을 때라야 토지와 건물의 소유자가 달라진 후에도 건물 소유자로 하여금 그 건물의 소유를 위하여 토지를 계속 사용케 하려는 묵시적 합의가 있는 것으로 볼 수 있다는 데 있고, 한편 관습상의 법정지상권은 타인의 토지 위에 건물을 소유하는 것을 본질적 내용으로 하는 권리가 아니라, 건물의 소유를 위하여 타인의 토지를 사용하는 것을 본질적 내용으로 하는 권리여서, 위에서 말하는 '묵시적 합의'라는 당사자의 추정 의사는 건물의 소유를 위하여 '토지를 계속 사용한다'는 데 중점이 있는 의사라 할 것이므로, 건물 철거의 합의에 위와 같은 묵시적 합의를 깨뜨리는 효력, 즉 관습상의 법정지상권의 발생을 배제하는 효력을 인정할 수 있기 위하여서는, 단지 형식적으로 건물을 철거한다는 내용만이 아니라 건물을 철거함으로써 토지의 계속 사용을 그만두고자 하는 당사자의 의사가 그 합의에 의하여 인정될 수 있어야 한다.

라.登記 要否

- 1) 관습법상의 법정지상권은 등기를 필요로 하지 않고 취득의 효력이 발생함 (187조)
- 2) 등기없으면 처분불가

3. 효과 : 민법의 지상권에 관한 규정을 준용

- 가. 권리의 존속기간은 존속기간을 약정하지 아니한 지상권과 같음.
- 나. 토지사용권의 범위 -- 건물의 유지 및 사용에 필요한 범위에 미침

[판례고-456] 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다40080 판결【건물철거등】

【판결요지】[3] 민법 제366조 소정의 법정지상권이나 관습상의 법정지상권이 성립한 후에 건물을 개축 또는 증축하는 경우는 물론 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하나, 다만 그 법정지상권의 범위는 구건물을 기준으로 하여 그 유지 또는 사용을 위하여 일반적으로 필요한 범위 내의 대지 부분에 한정된다.

[판례지-206] 관습상의 법정지상권과 취득 당시의 건물의 멸실, 훼손

대법원 1985.5.14. 선고 85다카13 판결【건물철거등】

【판결요지】법정지상권 취득당시의 건물이 멸실되어 다시 신축하거나 건물의 독립성을 인정할 수 없을 정도로 훼손된 것을 새로운 독립된 건물로 개축하여 양 건물이 동일성이 상실한 경우에는 건물소유를 위한 법정지상권은 소멸하나 기왕의 건물의 일부를 증, 개축하여 그 면적에 다소의 증감이 있었거나 지붕이나 구조에 일부 변동이 있는 사실만으로는 건물의 동일성을 상실한다고 볼 수 없으므로 그 건물의 소유를 위한 법정지상권은 여전히 존속한다.

다. 자료는 제366조 단서를 준용함

- \* 당사자간 합의
- \* 당사자간 협의가 불가능한 경우에는 당사자의 청구에 의해 법원이 결정

라. 권리를 양수한 자는 등기없이도 건물양도인의 지상권갱신청구권을 대위행사

[판례지-633] 대법원 1995.4.11. 선고 94다39925 판결【건물철거등】

【판결요지】나. 법정지상권자가 건물을 제3자에게 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 법정지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이며, 양수인은 양도인을 순차 대위하여 토지소유자 및 건물의 전소유자에 대하여 법정지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있고, 토지소유자는 건물소유자에 대하여 법정지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무가 있다 할 것이므로, 법정지상권이 붙은 건물의 양수인은 법정지상권에 대한 등기를 하지 않았다 하더라도 토지소유자에 대한 관계에서 적법하게 토지를 점유사용하고 있는 자라 할 것이고, 따라서 건물을 양도한 자라고 하더라도 지상권갱신청구권이 있고 건물의 양수인은 법정지상권자인 양도인의 갱신청구권을 대위행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

마. 토지소유자의 지나친 희생이 문제점임.