

[경매투자자를 위한 법률 강의]

- 유치권, 법정지상권, 시효취득을 중심으로

1. 유치권

가. 유치권의 개념 : 점유를 매개로 하는 법정담보물권, 저당권 등에 앞서는 사실상 최우선순위의 담보물권



민법 제320조 제1항[유치권의 내용]

타인의 물건이나 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.

나. 유치권의 성립요건 - 민사유치권

1) 타인의 물건 또는 유가증권을 점유할 것

사례 1.

유치권은 타물권인 점에 비추어 볼 때 수급인의 재료와 노력으로 건축되었고 독립한 건물에 해당되는 기성부분은 수급인의 소유라 할 것이므로 수급인은 공사대금을 지급받을 때까지 이에 대하여 유치권을 가질 수 없다(대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결).

B는 신축공사를 완료하고 그 명의로 소유권등기를 마친 부산 부산진구 전포동 667-16 및 667-17 지상 프라자 건물 중 4층 내지 7층(401호, 402호, 501호, 502호, 601호, 602호, 701호, 702호)을 의료법인에게 매도하고 매매대금을 지급받지 않은 상태에서 2008. 3. 21. 의료재단에게 위 각 구분건물(이하 '이 사건 각 부동산'이라고 한다)의 소유권을 이전해 줌, 의료재단은 2008. 3. 28. 신한은행에게 이 사건 각 부동산에 관하여 채권최고액을 32억 5,000만 원으로 하는 근저당권을 설정해 주고 대출을 받아 그 중 20억 원을 B에게 매매대금의 일부로 지급함, 근저당권자인 신한은행의 신청으로 이 사건 각 부동산에 관하여 개시된 부동산임의경매절차에서 A가 이 사건 각 부동산 중 601호, 602호(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)를 매수하여 2011. 7. 6. 대금을 납부하고 소유권을 취득함, 한편, B는 위 경매절차에서 2009. 11. 26. 경매법원에, 의료재단으로부터 매매잔대금(2,164,932,000원)을 지급받지 못하여 이 사건 각 부동산(401호 제외)을 점유하고 있다는 내용으로 유치권신고를 함(대법원 2012. 1. 12. 자 2011마2380 결정).

- **A의 B에 대한 부동산인도명령 가능여부(적극).**

사례 2.

甲 주식회사가 건물신축 공사대금 일부를 지급받지 못하자 건물을 점유하면서 유치권을 행사해 왔는데, 그 후 乙이 경매절차에서 건물 중 일부 상가를 매수하여 소유권이전등기를 마친 다음 甲 회사의 점유를 침탈하여 丙에게 임대한 사안에서, 乙의 점유침탈로 甲 회사가 점유를 상실한 이상 유치권은 소멸하고, 甲 회사가 점유회수의 소를 제기하여 승소판결을 받아 점유를 회복하면 점유를 상실하지 않았던 것으로 되어 유치권이 되살아나지만, 위와 같은 방법으로 점유를 회복하기 전에는 유치권이 되살아나는 것이 아님에도, 甲 회사가 상가에 대한 점유를 회복하였는지를 심리하지 아니한 채 점유회수의 소를 제기하여 점유를 회복할 수 있다는 사정만으로 甲 회사의 유치권이 소멸하지 않았다고 본 원심판결에 점유상실로 인한 유치권 소멸에 관한 법리오해의 위법이 있다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다72189 판결) - 점유의 계속성

2) 불법점유가 아닐 것

건물철거는 그 소유권의 종국적 처분에 해당하는 사실행위이므로 원칙으로는 그 소유자에게만 그 철거처분권이 있으나 미등기건물을 그 소유권의 원시취득자로부터 양도받아 점유 중에 있는 자는 비록 소유권취득등기를 하지 못하였다고 하더라도 그 권리의 범위 내에서는 점유중인 건물을 법률상 또는 사실상 처분할 수 있는 지위에 있으므로 그 건물의 존재로 불법점유를 당하고 있는 토지소유자는 위와 같은 건물점유자에게 그 철거를 구할 수 있다. 따라서 건물점유자가 건물의 원시취득자에게 그 건물에 관한 유치권이 있다고 하더라도 그 건물의 존재와 점유가 토지소유자에게 불법행위가 되고 있다면 그 유치권으로 토지소유자에게 대항할 수 없다(대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3073 판결).

3) 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계 : 임차보증금반환청구권, 임대차계약에 기한 손해배상청구권, 권리금반환청구권, 부속물매수대금채권, 이중매매 등으로 인한 손해배상청구권 등은 유치권의 피담보채권으로 보지 않음.

사례 1.

건물의 신축공사를 한 수급인은 공사대금 채권을 변제 받을 때까지 건물을 유치할 권한이 있는 것이지만, 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 그 정착물은 토지의 부합물에 불과해 이러한 정착물에 대해 유치권을 행사할 수는 없는 것이고, 공사중단 시까지 발생한 공사대금 채권은 토지에 관해 생긴 것이 아니므로 그 공사대금 채권에 기해 토지에 대해 유치권을 행사할 수도 없다. A 건설 등이 한 하도급공사는 지하층을 건설하는 건물 신축공사에 통상적으로 따르는 정지공사(整地工事, 흙파기공사)에 불과하다. 이 공사는 오피스텔 신축을 위한 초기공사이지, 토지에 대한 공사가 아니므로 공사대금 채권이 토지에 관해 생긴 것으로 보고 거기에 기해 유치권을 행사할 수는 없다(대법원 2013다2474 사건).

사례2.

甲이 건물 신축공사 수급인인 乙 주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시

멘트와 모래 등의 건축자재를 공급한 사안에서, 甲의 건축자재대금채권은 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과할 뿐 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수는 없음에도 건물에 관한 유치권의 피담보채권이 된다고 본 원심판결에 유치권의 성립요건인 채권과 물건 간의 견련관계에 관한 법리오해의 위법이 있다(대법원 2012. 1. 26. 선고 2011다96208 판결).

4) 채권의 변제기 도래

유치권은 목적물에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 비로소 성립하고 (민법 제320조), 한편 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는데, 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자에게서 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는, 수급인은 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결).

5) 유치권 배제나 포기의 특약이 없을 것

아파트 신축공사를 도급받은 시공사가 공사대금 잔액을 지급받기 위하여 아파트 한 세대를 점유하여 유치권을 행사한 사안.

유치권은 당사자 사이의 합의에 의하여 얼마든지 포기할 수 있으므로, 채권 발생이 여러 개의 물건과 사이에 견련관계가 인정된다 하더라도 당사자 사이에 그 물건의 하나에 관하여 직접 관련되어 발생한 채권에 한하여 유치권을 인정하기로 하는 특별한 합의가 있는 경우에는 유치권의 행사는 그 범위로 제한되고, 위와 같은 합의는 명시적인 것은 물론 묵시적인 것으로도 가능하다(서울동부지방법원 2009. 6. 26. 선고 2008가합13140 판결).

☞ 법원은 위 사안에서 아파트 공급계약 체결 당시 시공사가 각 수분양자로부터 해당 세대의 분양대금을 전액 지급받으면 그 세대를 인도하여 주기로 함으로써

다른 세대에 관하여 발생한 공사대금 채권을 확보한다는 명목으로 분양대금이 완납된 세대에 대하여 유치권을 행사하지 않기로 하는 묵시적인 특별 합의가 있었음이 인정되므로 위 유치권의 피담보채권의 범위는 해당 세대의 미지급 분양대금에 한정된다고 보았음.

6) 유치권의 불가분성

타인이 임야의 일부를 개간한 자가 그 개간부분에 대하여 유치권을 항변하였는데 거래상 개간부분과는 다른 부분과의 분할이 가능함이 용이하게 추지되는 경우 그 유치권의 객체는 임야 중 개간부분에 한하는 것이었다고 할 것임에도 불구하고 인도청구 전부를 배척한 것은 위법이다(대법원 1968. 3. 5. 선고 67다2786 판결).

다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 대법원은 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다고 보았습니다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결).

다. 상사유치권의 성립 요건과 대항력

1) 상사유치권은 부동산에 대해서도 성립함

상사유치권은 민사유치권의 성립요건을 변경·완화하여 채권자보호를 강화함으로써 계속적 신용거래를 원활·안전하게 하기 위하여 당사자 사이의 합리적인 담보설정의사를 배경으로 하여 추인된 법정담보물권으로, 민사유치권과 달리 목적물과 피담보채권 사이의 개별적인 견련관계를 요구하지 않는 대신 유치권의 대상이 되는 물건을 '채무자 소유의 물건'으로 한정하고 있어 이러한 제한이 없는 민사유치권과는 차이가 있으나(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결 참조), 민사유치권과 마찬가지로 그 목적물을 동산에 한정하지 않고 '물건 또는 유가증권'으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면 상사유치권의 대상이 되는 '물건'에는 부동산도 포함된다고 보아야 한다(대법원 2013. 5. 24. 2012다39769, 2012다39776 판결).

2) 채무자 소유 부동산의 선행저당권에 대해 대항할 수 없음.

상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다. 그러므로 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행(先行)저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결).

라. 유치권자의 대항력

- 상사유치권의 경우 위에서 이미 언급함(선행 근저당권과의 관계)
- 경매개시결정 기입등기 후 성립한 유치권은 경락인에게 대항할 수 없음 : 채권의 변제기 도래 사안도 마찬가지임.

토지에 대한 담보권 실행 등을 위한 경매가 개시된 후 그 지상건물에 가압류등기가 경료되었는데, 甲이 채무자인 乙 주식회사에게서 건물 점유를 이전받아 그 건물에 관한 공사대금채권을 피담보채권으로 한 유치권을 취득하였고, 그 후 건물에 대한 강제경매가 개시되어 丙이 토지와 건물을 낙찰받은 사안에서, 건물에 가압류등기가 경료된 후 乙 회사가 甲에게 건물 점유를 이전한 것은 처분행위에 해당하지 않아 가압류의 처분금지효에 저촉되지 않으므로, 甲은 丙에게 건물에 대한 유치권을 주장할 수 있다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결).

마. 유치권과 신의칙

채무자 甲 주식회사 소유의 건물 등에 관하여 乙 은행 명의의 1순위 근저당권이 설정되어 있었는데, 2순위 근저당권자인 丙 주식회사가 甲 회사와 건물 일부에 관하여 임대차계약을 체결하고 건물 일부를 점유하고 있던 중 乙 은행의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권신고를 한 사안에서, 경매개시결정 기입등기가 마쳐지기 전에 임대차계약이 체결되어 丙 회사가 건물 일부를 점유하고 있으며, 丙 회사의 甲 회사에 대한 채권은 상인인 丙 회사와 甲 회사 사이의 상행위로 인한 채권으로서 임대차계약 당시 이미 변제기에 도달하였고 상인인 丙 회사가 건물 일부를 임차한 행위는 채무자인 甲 회사에 대한 상행위로 인한 것으로 인정되므로, 丙 회사는 상사유치권자로서 甲 회사에 대한 채권 변제를 받을 때까지 유치목적물인 건물 일부를 점유할 권리가 있으나, 위 건물 등에 관한 저당권 설정 경과, 丙 회사와 甲 회사의 임대차계약 체결 경위와 내용 및 체결 후의 정황, 경매에 이르기까지의 사정 등을 종합하여 보면, 丙 회사는 선순위 근저당권자인 乙 은행의 신청에 의하여 건물 등에 관한 경매절차가 곧 개시되리라는 사정을 충분히 인식하면서 임대차계약을 체결하고 그에 따라 유치목적물을 이전받았다고 보이므로, 丙 회사가 선순위 근저당권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권을 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결)

2. 법정지상권과 분묘기지권

가. 현행 민사법 및 판례상 법정지상권이 인정되는 경우

- 1) 저당권실행을 위한 경매로 토지와 지상건물의 소유가 분리된 경우(민법 제366조)
- 2) 가등기담보권, 양도담보권의 실행으로 토지와 지상건물의 소유가 분리된 경우(가등기담보등에 관한 법률 제10조)
- 3) 경매 기타 사유로 토지와 그 지상입목의 소유가 분리된 경우(입목에 관한 법률 제6조)
- 4) 토지 또는 건물이 저당권의 목적인 공장재단에 속하는 경우 저당권의 실행을

위한 경매로 토지와 지상건물이 분리된 경우(공장 및 광업재단 저당법 제24조 제 1항)

- 5) 관습법상의 법정지상권
- 6) 분묘기지권

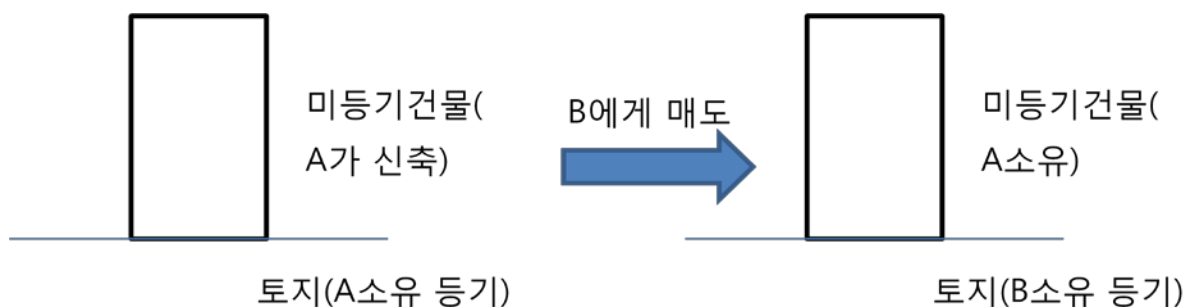
민법 제366조[법정지상권] 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.

나. 법정지상권의 성립 요건

1) 저당권설정 당시 건물이 존재할 것 - 건물 개념의 확장

민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물을 건축 중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 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 갖추면 법정지상권이 성립하며, 그 건물이 미등기라 하더라도 법정지상권의 성립에는 아무런 지장이 없는 것이다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다13533 판결).

2) 토지와 건물의 소유자가 동일할 것



민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시에 동일인의 소유에 속하는 토지와 건물이 저당권의 실행에 의한 경매로 인하여 각기 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물의 소유를 위하여 인정되는 것이므로, 미등기건물을 그 대지와 함께 매수한 사람이 그 대지에 관하여만 소유권이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전 받지 못하고 있다가, 대지에 대하여 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행으로 대지가 경매되어 다른 사람의 소유로 된 경우에는, 그 저당권의 설정 당시에 이미 대지와 건물이 각각 다른 사람의 소유에 속하고 있었으므로 법정지상권이 성립될 여지가 없다.

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 매도**하였다면 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(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결) - 미등기건물의 경우 cf. **토지만 강제경매** - 관습지상권 인정

대지의 소유명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 대지가 자기의 소유임을 주장할 수 없고 따라서 대지와 그 지상건물이 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없고(대법원 1993. 6. 25. 선고 92다20330 판결), 건물의 등기부상 소유명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 건물이 자기의 소유임을 주장할 수 없고, 따라서 그 건물과 부지인 토지가 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다29043 판결). - 건물 또는 토지를 제3자에게 신탁한 경우

3) 건물과 토지 소유의 분리

관습상의 법정지상권의 성립 요건인 해당 토지와 건물의 소유권의 동일인예의 귀속과 그 후의 각기 다른 사람에의 귀속은 법의 보호를 받을 수 있는 권리변동으로 인한 것이어야 하므로, 원래 동일인에게의 소유권 귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 뒤 그 원인무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 경우에는 관습상의 법정지상권을 허용할 수 없다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98다64189 판결).

다. 관습법상의 법정지상권의 포기과 건물소유자 동일시점 판단기준

1) 포기 특약의 가부

대지에 관한 관습상의 법정지상권을 취득한 피고가 동 대지소유자와 사이에 위 대지에 관하여 임대차계약을 체결한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 관습상의 법정지상권을 포기하였다고 볼 것이다(대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2243 판결).

건물 철거의 합의가 관습상의 법정지상권 발생의 소극적 요건이 되는 이유는 그러한 합의가 없을 때라야 토지와 건물의 소유자가 달라진 후에도 건물 소유자로서 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(대법원 1999. 12. 10. 선고 98다58467 판결).

민법 제366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상의 이유로 지상권의 설정을 강제하는 것이므로 저당권설정 당사자간의 특약으로 저당목적물인 토지에 대

하여 법정지상권을 배제하는 약정을 하더라도 그 특약은 효력이 없다(대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카1564 판결).

2) 건물과 토지 소유자의 동일성 판단 시점

강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납 시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다. 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 경매목적물의 소유권을 취득한 이른바 제3취득자는 그의 권리를 경매절차상 매수인에게 대항하지 못하고, 나아가 그 명의로 경료된 소유권이전등기는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호 참조) 매각대금이 완납되면 직권으로 그 말소가 촉탁되어야 하는 것이어서, 결국 매각대금 완납 당시 소유자가 누구인지는 이 문제 맥락에서 별다른 의미를 가질 수 없다는 점 등을 고려하여 보면 더욱 그러하다. 한편 강제경매개시결정이전에 가압류가 있는 경우에는, 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있다. 따라서 경매의 목적이 된 부동산에 대하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는, 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 한다(대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결).

라. 공유관계와 법정지상권

건물공유자의 1인이 그 건물의 부지인 토지를 단독으로 소유하면서 그 토지에 관하여만 저당권을 설정하였다가 위 저당권에 의한 경매로 인하여 토지의 소유자가 달라진 경우에도, 위 토지 소유자는 자기뿐만 아니라 다른 건물공유자들을 위하여도 위 토지의 이용을 인정하고 있었다고 할 것인 점, 저당권자로서도 저당권 설정 당시 법정지상권의 부담을 예상할 수 있었으므로 불측의 손해를 입는 것이

아닌 점, 건물의 철거로 인한 사회경제적 손실을 방지할 공익상의 필요성도 인정되는 점 등에 비추어 위 건물공유자들은 민법 제366조에 의하여 토지 전부에 관하여 건물의 존속을 위한 법정지상권을 취득한다고 보아야 한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다67159 판결).

마. 분묘기지권 - 분묘의 수호와 봉제사를 위해 인정된 관습상의 용익물권

1) 분묘기지권이 인정되는 '분묘'

분묘기지권이 인정되는 분묘라는 것은 "그 내부에 사람의 유골, 유해, 유발 등 시신을 매장하여 사자를 안장하는 장소"를 의미하며, 외형상 분묘의 형태를 갖추고 있다고 하더라도 장래의 묘소로서 설치되는 등 그 내부에 시신이 안장되어 있지 않은 것은 분묘라고 할 수 없음. 또한 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추어야 하고, 평장되어 있거나 암장되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 분묘기지권이 인정되지 않음.

2) 판례가 인정하는 분묘기지권

분묘의 설치에 토지소유자의 승낙을 얻어 이루어지는 경우가 많은데 이 경우 구체적인 내용을 서면으로 기재하는 경우는 거의 없으므로, 당사자 사이에 분묘설치에 관한 합의만 있는 경우에는 판례가 인정하는 분묘기지권을 내용으로 하는 약정이 있는 것으로 보게 됨.

타인소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치하는 경우도 비일비재한데, 이 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유한 경우에 분묘기지권을 시효로 취득하게 됨.

자기소유의 토지에 분묘를 설치한 자가 후에 그 분묘기지에 대한 소유권을 유보하거나 또는 분묘를 따로 이장한다는 특약을 함이 없이 토지를 매매 등으로 처분한 때에는 위에서 본 법정지상권과 같이 그 분묘를 소유하기 위한

분묘기지권이 인정됨(관습상의 법정지상권 법리의 유추적용이라고 보면 됨).

3) 분묘기지권의 범위

분묘기지권은 분묘의 기지 자체뿐만 아니라 그 분묘의 설치목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘의 기지 주위의 공지를 포함한 지역에까지 미치는 것이고, 그 확실한 범위는 각 구체적인 경우에 개별적으로 정하여야 하며, 구 매장 및 묘지 등에 관한 법률이나 장사 등에 관한 법률 등이 규정한 제한면적 범위 내로 한정되는 것은 아니라고 봄(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결 등).

분묘기지권이란 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리인데, 그 효력이 미치는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 않음. 따라서 타인의 토지에 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치하는 등으로 일단 분묘기지권을 취득한 경우라도 그 후 그 분묘를 다른 곳으로 이장하면 그 분묘기지권은 소멸하게 됨.

4) 분묘기지권의 존속기간

민법 제280, 281조에 의하면 건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 때에는 존속기간이 5년으로 되어 있지만, 법원은 분묘기지권의 존속기간에 관하여 민법의 지상권에 관한 규정을 따를 것이 아니라 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이며, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다고 해석함이 타당하다고 봄(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결 등).

5) 분묘기지권자에 대한 지료청구

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(대법원 1995. 2. 28. 선

고 94다37912 판결 분묘수거).

6) 분묘기지권의 취득자

일반적으로 종손이 있는 경우에는 그가 제사를 주재하는 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 일반적으로 선조의 분묘를 수호, 관리하는 권리는 그 종손에게 전속되며 종가의 종손이 사망하여 절가가 된 경우에는 그 차종손이 종가의 제사상속을 하고 차종손도 절후가 된 경우에는 순차 차종손에 의하여 종가 및 조상의 제사와 분묘수호권이 상속된다는 것이 대법원의 입장입니다(대법원 1980. 7. 22. 선고 80다649 판결 참조).

3. 시효취득

가. 시효취득의 5가지 원칙

민법 제245조 제1항은 '20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다'고 규정되어 있는데, 아직 점유하고 있는 상태에서 등기를 하지 않고 있는 자의 법적 지위와 관련하여 해석상 문제를 낳게 됨. 따라서 이와 관련하여 법원은 시효취득의 5가지 원칙으로 볼 수 있는 법리를 확립함.

1) 갑(소유자)의 부동산을 을(점유자)이 시효취득한 경우 갑은 취득시효관계의 당사자이므로, 을은 등기 없이도 갑에 대하여 시효취득을 주장할 수 있다.

2) 갑이 을의 시효진행 중 그 부동산을 제3자인 병에게 양도하고 등기를 이전하여 준 경우에 그 후 시효가 완성되면 병은 취득시효관계의 당사자이므로 을은 등기 없이 병에게 시효취득을 주장할 수 있다.

3) 갑이 그 부동산을 을의 시효기간 만료 후에 병에게 양도하고 등기 이전한 경우에는 갑으로부터 을 및 병에게로의 이중양도가 행해진 경우와 마찬가지로의 관계

가 되므로 병은 을에 대하여 제3자이고 따라서 을은 병에 대하여 그 양도 후에 취득시효가 완성하는 것으로 주장할 수 없다[피고의 이 건 대지에 대한 취득시효 기간이 1974.2.27에 완성되었다 할 것이나 이것만으로써는 1975. 9. 27. 경락허가 결정으로 인한 이 건 대지에 대한 소유권 이전등기를 취득한 자에게 시효취득으로 대항할 수 없다(대법원 1983. 2. 8. 선고 80다940 판결)].

4) 제3원칙의 경우에 을이 시효기간의 기산점을 실제보다 뒤로 정하여 병에 대하여 그 양도 후에 취득시효가 완성하는 것으로 주장할 수는 없다.

5) 제3원칙의 경우 병의 양수 및 등기경료 후에 을이 다시 시효취득에 필요한 기간 점유를 계속하면, 병에 대하여 시효취득을 주장할 수 있다.

나. 시효취득은 자주점유에 한해 인정되는 것임

[민법 제197조 제1항 소유자는 소유의 의사로 선의, 평은 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다.]

토지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접 토지와 의 경계선을 정확하게 확인해 보지 아니하고 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 토지에 속하는 것으로 믿고서 점유하고 있다면 인접 토지의 일부에 대한 점유는 소유의 의사에 기한 것으로 보아야 하며, 이 경우 그 인접 토지의 점유 방법이 분묘를 설치·관리하는 것이었다고 하여 점유자의 소유 의사를 부정할 것은 아니다 (대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다84423 판결).

Cf. 참조판례

타인의 토지 위에 분묘를 설치·소유하는 자는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 분묘의 보존·관리에 필요한 범위 내에서만 타인의 토지를 점유하는 것이므로 점유의 성질상 소유의 의사가 추정되지 않는다(대법원 1997. 3. 28. 선고 97다3651,3668 판결).

다. 낙찰받은 건물이 인접 토지를 침범한 경우

A는 이 사건 건물에 관하여 2008. 7. 10. 임의경매로 인한 매각을 원인으로 같은 달 25. 소유권이전등기를 경료하였는데, 이 사건 건물은 건물 인접 토지 중 일부를 침범하여 건축되어 있음.

<부산지방법원 2010. 5. 13. 선고 2009가단69278 판결>

A는 법원 임의경매절차에서 이 사건 건물을 낙찰받았는데, 위 경매절차의 건물감정평가요항표에 의하면, 이 사건 건물이 그 대지와 인접해 있는 이 사건 토지를 일부 침범하고 있다고 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 위 인정사실에 비추어 보면 A로서는 이 사건 건물을 낙찰받을 당시 이러한 사정을 알면서 취득하였다고 봄이 상당하므로, A의 점유는 권원의 성질상 소유의 의사가 있는 점유라고 할 수 없다.

지상권의 시효취득에 관하여 보건대, 타인의 토지에 관하여 공작물의 소유를 위한 지상권의 점유취득시효가 인정되려면 그 토지의 점유사실 외에도 그것이 임대차나 사용대차관계에 기한 것이 아니라 지상권자로서의 점유에 해당함이 객관적으로 표시되어 계속되어야 하고, 그 입증책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있으며, 그와 같은 요건이 존재하는가의 여부는 개별사건에서 문제된 점유개시와 공작물의 설치 경위, 대가관계, 공작물의 종류와 구조, 그 후의 당사자간의 관계, 토지의 이용상태 등을 종합하여 그 점유가 지상권자로서의 점유에 해당한다고 볼 만한 실질이 있는지의 여부에 의하여 판단하여야 하는바, 이 사건에 있어서 A나 전 점유자가 침범 부분에 지상권을 설정하려는 의사로 점유하여 왔음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

[편저자 소개 - 부동산, 신탁 전문 변호사 : 홍임석, 이요한]

