

## [경매투자자를 위한 법률가이드 : 법정지상권과 분묘기지권의 이해]

### [사례 1]

A는 부동산 임의경매절차에서 성남 수정구 소재 토지 1,500㎡(이하, '이 사건 토지'라고 함)를 낙찰 받아 같은 날 수원지방법원 성남지원에서 소유권이전등기를 경료하였습니다. 한편, B와 C는 경매시작 전에 이 사건 토지 위에 골프연습장 및 예식장을 건축하기 위하여 공동으로 건축허가를 받아 공사에 착공하였으나 터파기공사를 마친 후 토사붕괴방지를 위하여 에이취빔 철골구조물(이하, '이 사건 구조물'이라 한다)만을 설치한 상태에서 공사가 중단되었습니다.

이러한 사안에서 A는 어떻게 하면 경락 받은 이 사건 토지의 가치를 최대로 높일 수 있을까요? 다양한 의견이 있을 수 있겠지만 방치된 '이 사건 구조물'을 철거하는 일이 최우선적으로 고려될 수 있을 것입니다. 왜냐하면 이 사건 구조물이 방치되어 있는 상태에서는 이 사건 토지의 가치를 제대로 평가 받을 수 없을 것이기 때문입니다.

그렇다면 A는 아무런 문제 없이 이 사건 토지 위에 방치된 이 사건 구조물을 철거할 수 있을까요? 이 사건 토지의 경매절차에서 다수의 경매참가자들은 이 사건 구조물을 철거할 수 없다고 생각한 나머지 매수신청을 하지 않아 A는 감정가격의 절반에 이 사건 토지를 경락 받게 되었는데 이처럼 경매참여자들의 매수 판단에 가장 어려움을 주는 골칫거리 중의 하나가 바로 '법정지상권'입니다.

### 1. 법정지상권의 성립 요건

지상권은 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위해 그 토지를 사용하는 용익권입니다. 지상권은 토지소유자와 지상권자 사이의 계약에 의해 성립하기도 하지만 민법 제366조는 일정한 요건을 갖춘 경우에 위와 같은 계약 없이도 '법정지상권'을 인정해 주고 있습니다.

위와 같은 법정지상권이 성립하기 위해서는 ① 저당권설정 당시 건물이 존재해야 하고, ② 토지와 건물의 소유자가 동일해야 하며, ③ 토지와 건물의 일방 또는 쌍방에 관한 저당권이 설정되어야 하고, ④ 경매로 인해 건물과 토지에 대한 소유권자가 달라져야 합니다.

#### 가. 저당권설정 당시 존재하는 건물은 어떤 건물을 말하는 것인지

건물이 건축되기 위해서는 상가의 경우 가설공사, 토공사, 철근콘크리트공사, 조적공사, 방수

공사, 미장공사, 석공사, 타일공사, 도장공사, 목공사, 수장공사, 금속공사, 지붕공사, 외단열공사, 창호공사, 유리공사, 기타 공사 등의 순서로 이루어집니다. 그런데 법원이 소송절차에서 법정지상권 성립의 전제인 건물이 있는 것이냐 여부를 판단할 때 단순히 위 공사 중 어느 단계이냐를 기준으로 하는 것이 아니라, "규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있는 경우" 또는 "독립된 건물의 요건을 갖춘 경우", "보존등기된 경우" 등에 법정지상권이 성립하는 건물이 존재하는 것으로 보고 있습니다.

여기서 가장 어렵고도 논란이 되는 기준이 바로 "규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있는 경우"인데, 이는 사실관계에 따라 그 판단 결과가 달라질 수 있으므로 실제 소송에까지 나아가기 위해서는 반드시 법률전문가와 상의할 필요가 있습니다.

한편, 저당권 설정 당시에 건물의 축조사실에 대한 인식이 있었고, 지가 감정시 이러한 요소가 참작되었으며, 이러한 사실에 대한 저당권자의 승인이 있었다면 비록 "규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있는 경우"라고 볼 수 없는 경우에도 법정지상권을 인정해야 하는지 논란이 있을 수 있는데, 이점에 대해 일본의 일부 하급심판결은 이를 인정하고 있는 반면, 우리 법원은 부정적인 입장을 보이고 있습니다.

#### **나. 토지와 건물의 소유자가 동일해야 한다는 의미**

법정지상권은 토지와 건물의 소유가 분리됨으로 인해 건물의 사회 경제적 효용이 침해되는 것을 막고자 인정된 것이므로 저당권 설정 당시 토지와 건물의 소유자가 동일하지 않다면 법정지상권이 성립할 여지가 없습니다.

그러나 토지 또는 건물이 공유관계인 경우 즉, 공유지상에 토지공유자 중의 1인(또는 수인)이 건물을 소유하고 있거나 건물의 공유자 중의 1인(또는 수인)이 토지를 소유하고 있을 때에도 토지와 건물이 동일소유자에게 속한 것으로 볼 것인지에 대해서는 논란이 있습니다.

이러한 유형의 사안은 아주 다양하게 발생할 수 있는데 전형적인 예로 갑과 을이 토지를 공유하고 있고, 그 공유지상에 갑이 건물을 소유하고 있을 때 갑의 토지공유지분이 저당권의 실행으로 병에게 경락된 경우(공유 토지, 단독 건물)이거나 이 사건과 같이 갑의 단독소유 토지에 갑과 을의 공유건물이 있고, 갑의 토지소유권이 저당권의 실행으로 병에게 경락된 경우(단독 토지, 공유 건물)를 들 수 있는데, 법원은 전자의 경우는 법정지상권의 성립을 인정하지 않고 있으나 후자의 경우는 성립을 인정하고 있습니다[이처럼 공유관계의 해소와 법정지상권의 성립 여부는 법률적으로도 복잡하고 난해한 문제입니다].

#### **다. 경매로 인해 건물과 토지 소유가 분리되어야 함**

소유가 분리되기 위해서는 전제로서 건물이 소유의 대상이 되는 것이어야 합니다. 건물의 소유가 인정되기 위해서는 경매 당시까지는 독립된 건물의 요건을 갖추어야 할 것입니다. 그런데 경매 절차라는 것이 상당한 시일이 소요되는 장기간의 절차이므로 언제까지 독립된 건물의 요건을 갖추어야 하는지 논란이 있을 수 있는데, 대법원은 “경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지” 최소한의 기동과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추어야 법정지상권의 성립이 인정된다고 판시한 바 있습니다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다29043 판결 참조).

한편, 법정지상권 성립의 요건으로서 건물과 토지의 ‘동일인 소유’ 판단시점에 관한 판례는, 아래에서 보는 바와 같이 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결에 의해 경락 당시가 아니라 압류 또는 가압류의 효력 발생시점(압류 또는 가압류 등기 시점)으로 변경된 바 있는데, 이처럼 법정지상권 성립 요건을 갖추었는지 여부에 대한 판례가 변경될 수도 있으므로 법정지상권 성립 여부에 관한 판단은 신중을 요하는 것입니다.

## **라. A는 법정지상권의 문제 없이 이 사건 토지를 소유할 수 있는지 여부**

<사례 1>과 유사한 사안에서, 법원은 에이치빔의 설치만으로는 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 그 지상에 건물의 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있는 경우에 해당한다고 할 수 없다고 보았습니다. 그리고 근저당권 설정 당시 근저당권자가 토지소유자의 건물 건축에 동의한 사실이 있다고 하더라도 그러한 사정은 주관적이며 공시할 수 없는 것이어서 그러한 사정만으로는 법정지상권이 성립될 수 없다고 하였습니다.

또한 위 사건에서 B, C는 A가 법정지상권 문제로 이 사건 토지를 감정가격의 절반에 경락 받았으면서 법정지상권을 부인하는 것이 권리남용에 해당한다는 취지로 주장한 바 있는데, 위와 같은 사정만으로는 권리남용이나 신의칙에 반한 권리행사로 볼 수 없다는 것이 법원의 입장입니다.

## **2. 관습상의 법정지상권**

민법 제366조에 규정된 법정지상권 이외에 관습상의 법정지상권(또는 관습법상의 법정지상권)도 인정되는데, 이는 동일 소유자의 소유에 속하는 토지와 건물 중의 어느 하나가 매각 기타의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 되더라도 그 건물을 철거한다는 약정이 없는 경우에 당연히 건물소유자에게 인정되는 지상권을 말합니다. 아래 사례는 관습상의 법정지상권에 관한 것입니다.

## [사례 2]

A와 B는 1필지의 땅을 공동으로 구입하였지만, 그 땅의 반을 분할하여 각자 건물을 짓기로 합의하였습니다. 그 후 A와 B는 각자의 땅 위에 건물을 신축하였는데, B는 자금이 부족하여 C로부터 신축건물의 자금을 빌리게 되었습니다. B는 건물을 신축하였지만, C에게 빌린 돈을 다 갚지 못하게 되자 C는 B소유의 토지 공유지분 위에 가압류등기를 경료해 두었습니다. C는 B를 상대로 대여금 청구 소송을 하여 확정판결을 받게 되었고 이를 토대로 강제경매신청을 하였습니다.

1) 위 경매 절차에서 B의 공유지분을 경락 받은 D는 B에 대해 건물철거 청구를 할 수 있을까요?

2) 만일 C의 가압류 등기 후에 B에서 E명으로 소유권이전등기가 경료된 경우, D는 B에 대해 건물철거 청구를 할 수 있을까요?

위 사안의 경우, 1) 토지 공유자 중 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만 처분된 경우 온전한 관습상의 법정지상권을 주장할 수는 없지만, 위 사안은 구분소유적 공유관계가 문제된 경우이기 때문에 B는 관습상의 법정지상권을 취득하게 되어 D는 건물철거 청구를 할 수 없게 됩니다. 그리고 2) 경락 당시에는 건물과 토지가 E와 B로 그 소유자가 다르지만, 가압류 등기 시점에서는 건물과 토지의 소유자가 B로 동일하기 때문에 이 경우에도 B의 관습상의 법정지상권이 인정됨은 동일합니다(대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결 참조).

민법 제366조의 법정지상권 또는 관습상의 법정지상권이 성립되는지 여부는 경매절차에서 적정한 매수가를 판단하는데 가장 중요한 문제임에 틀림이 없습니다. 그런데 법정지상권의 성립 여부는 사실관계 여하에 따라 성립여부가 달라질 수 있으며 권리관계가 복잡할수록 그 성립 여부에 대한 판단도 어려우므로 반드시 법률전문가의 자문을 얻는 것이 잘못된 판단으로 인한 피해를 막을 수 있을 것입니다.

### **3. 분묘기지권은 분묘의 수호와 봉제사를 위해 인정된 관습상의 용익물권임.**

#### **가. 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 없습니다. 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 않습니다.

#### 나. 판례가 인정하는 분묘기지권의 성립요건

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

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

3) 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 인정됩니다(관습상의 법정지상권 법리의 유추적용이라고 보면 됨).

#### 다. 분묘기지권의 범위

1) 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 보는 것이 대법원의 입장으로 보입니다(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결 등).

2) 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 않습니다. 따라서 타인의 토지에 소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치하는 등으로 일단 분묘기지권을 취득한 경우라도 그 후 그 분묘를 다른 곳으로 이장하면 그 분묘기지권은 소멸하게 됩니다.

그런데, 동일 종손이 소유·관리하는 여러 기의 분묘가 집단 설치된 경우 그 분묘기지권이 미

치는 지역은 그 종손이 그 일단의 전 분묘를 보전 수호하고 묘참배에 소요되는 범위를 참작하여 포괄적으로 정하는 경우도 있습니다. 따라서 이러한 경우에는 그 분묘기지권에 기하여 보전되어 오던 분묘들 가운데 일부가 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 이장되었다면, 그 이장된 분묘를 위하여서도 그 분묘기지권의 효력이 그대로 유지된다고 보아야 할 것이고, 다만 그 이장으로 인하여 더 이상 분묘 수호와 봉제사에 필요 없게 된 부분이 생겨났다면 그 부분에 대한 만큼은 분묘기지권이 소멸될 것입니다(대법원 1994. 12. 23. 선고 94다15530 판결 참조).

#### 라. 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 보았습니다(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다28970 판결 등).

#### 마. 분묘기지권을 취득할 수 있는 자가 누구인지

##### [사례 3]

A는 자식이 없어 사실상의 양자(법률상 양자가 된 것은 아님)노릇을 하는 B의 첫째 아들 E에게 A 소유의 임야를 매매형식으로 증여해 주었고, 그 후 A가 사망하자 B는 위 임야에 A의 분묘를 설치하였습니다. 이후 위 임야는 E에서 C로 다시 매도되었고, C의 채권자가 위 임야에 강제경매를 신청하여 D가 경락인이 되었습니다. 이 때 D는 누구를 상대로 위 분묘의 철거(굴이)를 구할 수 있을까요? 다만, 위 임야에 설치된 분묘는 B의 둘째 아들 F가 관리, 점유를 하고 있습니다.

(임야의 소유권 : A → E → C → D / 분묘의 설치 및 관리 : B → F)

앞서 본 바와 같이 분묘기지권은 분묘설치자와 토지소유자 사이의 합의에 의해 성립될 수 있으므로, A의 분묘에 관해 관습상의 분묘기지권은 성립될 수 있음은 분명해 보입니다. 그러나 D가 누구를 상대로 분묘의 철거를 구해야 하는지, 분묘 철거의 합의를 해야 하는지가 실제로는 더 중요한 문제가 될 수 있습니다.

[사례 3]과 유사한 사안에서 D는 F를 상대로 분묘의 철거를 구하는 소를 제기하였는데, F가 분묘를 관리, 점유하고 있으므로 F를 상대로 하는 청구가 타당해 보일 수 있습니다. 하지만 분묘의 철거를 구하기 위해서는 분묘를 수호, 관리할 권한이 있는 자를 상대로 하여야 합니다.

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).

결국 사실상의 양자(또는 그 양자의 아들)에 불과한 자는 분묘를 수호, 관리할 권한이 없으며 분묘를 사실상 관리하고 있더라도 이는 종손의 권리에 터잡아 분묘기지권을 행사하는 것에 불과합니다. 위 사안에서 A는 후사 없이 사망하여 절가되었으나 그 동생이 있었습니다. 따라서 F는 분묘수호권을 상속할 지위에 있지 않으므로 위 분묘를 수호, 관리할 권한이 없기 때문에 위 분묘를 철거할 수 있는 지위에 있지 않습니다. 그 결과 법원도 사실상의 양자(또는 그 직계비속)에 불과한 F를 상대로 한 D의 청구는 이유가 없다고 기각하였습니다(수원지방법원 하급심 판결).

[부동산, 신탁 담당 변호사]



변호사 홍임석



변호사 이요한

법무법인 한로는 공정거래, 증권, M&A, 방송통신, 특허, 토지수용, 행정 인허가, 기업 형사, 특수 손해배상 등 다양한 분야에서 국내외의 의뢰인들을 대리하여 복잡하고 난이도가 높은 소송을 수행했을 뿐만 아니라 국내외 기업체 및 지식경제부, 보건복지부, 토지주택공사 등의 국가기관의 자문도 수행하고 있습니다. 법무법인 한로의 장점은 구성원들의 전문성과 윤리성에 있습니다. 구성원들은 각자의 전문분야에서 뛰어난 경력과 실적을 보유하고, 고객의 문제 해결을 위하여 긴밀하고 유기적인 협력체제를 구축하고 있으며, 높은 직업적 윤리를 준수하고 있습니다. 법무법인 한로의 목표는 고객에 대하여 최상의 법률서비스를 제공하고, 국가와 사회에 대한 책임을 다하며, 우리 사회에서 좋은 이웃으로 영속적으로 발전해 나가는 데 있습니다. [법무법인 한로 : <http://www.hanlaw.com> ]

HANLAW