

자. 제한물권

1) 전 세 권

민법 - 채권각칙 - 임대차 - '임대차보증금 반환 담보 목적의 전세권 설정' 부분 참조.

2) 지 상 권

가) 법정지상권

(1) 법정지상권의 성립 요건

건물철거 청구 소송에서 흔히 볼 수 있는 점유 권원의 항변이 법정지상권 성립의 항변이다.

민법 제366조¹⁶⁴⁸⁾에 의하여 발생하는 법정지상권의 경우 ① '저당권 설정 당시 토지상에 '건물'(가설건축물'은 해당되지 않는다¹⁶⁴⁹⁾이 존재한 사실',¹⁶⁵⁰⁾ ② '저당권 설정 당시 토지

이 아닌 사단의 구성원으로서 자신의 정당한 권능을 행사하는 것일 뿐만 아니라 유치물의 보존에 필요한 사용으로 허용되고, 이러한 사용에는 총유물의 관리·처분과 달리 사원총회의 결의를 요하지 않으므로, 필요비와 유익비 상환청구권에 기초한 丙 교회 유치권을 근거로 乙 등이 甲 교회 청구에 대항할 수 있다고 한 사례.

1647) 재건축사업의 시행을 위한 설계용역계약(2002다64780), 어촌계가 바지락을 채취하여 공급하기로 하는 내용의 바지락 매매계약(2010다103697), 종중이 그 소유 토지의 매매를 중개한 중개업자에게 중개수수료를 지급하기로 약정(2011다107900), 입주자대표회의 아파트 지역난방 전환공사에 대한 조건부 준공 합의(2011다104482, 104499).

1648) 민법 제366조(법정지상권) 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

1649) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다224821 판결; "민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 법정지상권이 성립하려면 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 해당 건물이 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추고 있어야 한다. 독립된 부동산으로서 건물은 토지에 정착되어 있어야 하는데 (민법 제99조 제1항), 가설건축물은 일시 사용을 위해 건축되는 구조물로서 설치 당시부터 일정한 존치기간이 지난 후 철거가 예정되어 있어 일반적으로 토지에 정착되어 있다고 볼 수 없다. 민법상 건물에 대한 법정지상권의 최단 존속기간은 견고한 건물이 30년, 그 밖의 건물이 15년인 데 비하여, 건축법령상 가설건축물의 존치기간은 통상 3년 이내로 정해져 있다. 따라서 가설건축물은 특별한 사정이 없는 한 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추지 못하여 법정지상권이 성립하지 않는다."

1650) ◎ 건물의 신축·합동(合棟)과 법정지상권의 성립 여부 및 그 범위; ① 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물이 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 갖춘 경우에는 법정지상권이 성립한다(2010다67159). ② 동일인 소유의 토지와 그 지상건물 중 토지에 관하여만 저당권이 설정된 후, 토지에 관한 저당권이 실행되기 전에 건물이 철거되고 동일성 없는 새로운 건물이 신축된 경우, 신축건물의 소유자는 신축건물을 위한 법정지상권을 취득하되, 그 범위는 구 건물을 기준으로 정한다(90다19985). ③ 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는, 특별한 사정(=신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등의 사정)이 없는 한, 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다(대법원 2003. 12. 18. 선고 98다43601 전원합의체 판결의 다수의견). ④ 이러한 법리는 집합건물의 전부 또는 일부 전유부분과 그 대지 지분에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 집합건물이 철거되고 새로운 집합건물이 신축된 경우에도 마찬가지로

와 건물의 소유자가 동일한 사실',¹⁶⁵¹⁾ ③ '토지나 건물에 설정된 저당권의 실행으로 토지 및 건물의 소유권이 각각 다른 소유자에 속하게 된 사실'을 주장·증명하여야 하고, 관습상의 법정지상권의 경우 ① '토지와 건물이 동일인의 소유에 속하였던 사실', ② '매매 기타 적법한 원인(증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등)으로 소유자가 달라진 사실'¹⁶⁵²⁾이 그 요건사실이다.

관습상 법정지상권¹⁶⁵³⁾이 성립하려면 토지와 그 지상 건물이 애초부터 원시적으로 동일인의 소유에 속하였을 필요는 없고, 그 '소유권이 유효하게 변동될 당시'에 동일인이 토지와 그 지상 건물을 소유하였던 것으로 족하다.¹⁶⁵⁴⁾ 다만, '강제경매'의 경우에는, ① 강제경매절차상의 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납 시가 아니라 강제경매개시결정으로 '압류의 효력이 발생하는 때'¹⁶⁵⁵⁾ 기준으로 토지와 지상 건물이 동일인에게 속하였

보아야 한다(2011다73038, 73045). ㉠ 그러나 토지와 함께 공동근저당권이 설정된 건물이 그대로 존속함에도 불구하고 사실과 달리 등기부에 멸실의 기재가 이루어지고 이를 이유로 등기부가 폐쇄된 경우에는, 그 후 토지에 대하여만 경매절차가 진행된 결과 토지와 건물의 소유자가 달라지게 되었다면 그 건물을 위한 법정지상권이 성립한다(2012다108634). ㉡ 동일인 소유 토지와 그 지상 건물에 공동근저당권이 설정된 후 그 건물이 다른 건물과 합동(合棟)되어 신건물이 생기고 그 후 경매로 토지와 신건물이 다른 소유자에게 속하게 된 경우에도, 신건물을 위한 법정지상권이 성립하나, 그 법정지상권의 내용인 존속기간과 범위 등은 중전 건물을 기준으로 하여 그 이용에 일반적으로 필요한 범위 내로 제한된다(2009다66150).

1651) ◎ 공유의 경우 법정지상권의 성립 여부

○ 긍정례: 건물공유자의 1인이 그 건물의 부지인 토지를 단독으로 소유하면서 그 토지에 관하여만 저당권을 설정하였다가 위 저당권에 의한 경매로 인하여 토지의 소유자가 달라진 경우, 건물공유자들은 토지 전부에 관하여 건물의 존속을 위한 법정지상권을 취득한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다73038, 73045 판결).
○ 부정례: 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 부당한바, 이러한 법리는 민법 제366조의 법정지상권의 경우에도 마찬가지로 적용되고, 나아가 토지와 건물 모두가 각각 공유에 속한 경우에 토지에 관한 공유자 일부의 지분만을 목적으로 하는 근저당권이 설정되었다가 경매로 인하여 그 지분을 제3자가 취득하게 된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다73038, 73045 판결).

1652) 토지와 그 지상 건물이 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그중 건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다고 하더라도, 이는 관습상 법정지상권의 성립요건인 '동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우'에 해당한다고 할 수 없다. 그 이유는, 채권자취소권의 행사로 인한 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복은 채권자와 수익자 또는 전득자에 대한 관계에 있어서만 그 효력이 발생할 뿐이고 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니기 때문이다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다73158 판결).

1653) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2017다236749 전원합의체 판결의 다수의견은, 관습상 법정지상권이 여전히 법적 규범으로서 효력을 유지하고 있음을 확인하였다. 관습법상 법정지상권에는 특별한 사정이 없는 한 민법의 지상권에 관한 규정이 준용된다. 따라서 당사자 사이에 관습법상 법정지상권의 존속기간에 대하여 따로 정하지 않은 때에는 그 존속기간은 민법 제281조 제1항에 의하여 민법 제280조 제1항 각호에 규정된 기간이 된다. 이에 따라 전고한 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(위 전원합의체 판결).

1654) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95다9075 판결 등.

1655) 민사집행법 제83조(경매개시결정 등) ① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야

는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 가리되,¹⁶⁵⁶⁾ ② 강제경매 목적 부동산에 관하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는 애초 '가압류가 효력을 발생하는 때'를 기준으로,¹⁶⁵⁷⁾ ③ 강제경매 목적 부동산에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 그 후 강제경매로 인해 그 저당권이 소멸하는 경우에는, 그 '저당권 설정 당시'를 기준으로¹⁶⁵⁸⁾ 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지 여부를 판단하여야 한다.

건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 그 건물의 소유권을 이전받은 매수인은 특별한 사정(매수 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등)이 없는 한 건물의 매수 취득과 함께 위 지상권도 '당연히' 취득¹⁶⁵⁹⁾한다.¹⁶⁶⁰⁾

- 한다. ④ 압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다.
- 1656) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결은 그 이유로 "부동산강제경매절차에서 목적물을 매수한 사람의 법적 지위는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 절차상 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 정하여지고, 매수신청인·담보권자·채권자·채무자 기타 그 절차에 이해관계를 가지는 여러 당사자는 그와 같이 하여 정하여지는 법적 지위를 전제로 하여 자신의 이해관계를 계산하고, 나아가 경매절차에의 참여, 채무 이행, 대위변제 기타의 재산적 결정에 이르게 된다. 이는 토지와 지상 건물 중 하나 또는 그 전부가 경매의 목적물이 된 경우에 그 경매로 인하여 종국적으로 소유자가 달라지면 이제 토지가 건물의 소유를 위한 사용권의 부담을 안게 되고 건물은 계속 유지되어 존립할 수 있는지와 같이 이해관계인에게 중요한 의미가 있는 사항에 관련하여서도 다를 바 없다고 할 것이다. ... 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 경매목적물의 소유권을 취득한 이른바 제3취득자는 그의 권리를 경매절차상의 매수인에게 대항하지 못하고, 나아가 그 명의로 경료된 소유권이전등기는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하므로(민사집행법 제144조 제1항 제2호 참조) 그 매각대금이 완납되면 직권으로 그 말소가 촉탁되어야 하는 것이어서, 결국 매각대금 완납 당시 소유자가 누구인지는 이 문제맥락에서 별다른 의미를 가질 수 없다는 점 등을 고려하여 보면 더욱 그러하다."라고 하고, '강제경매로 인하여 관습상 법정지상권이 성립함에는 그 매각 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하여야 한다'는 취지의 판결들은 위 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하였다.
- 1657) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결. 이는 강제경매개시결정 이전에 가압류가 있는 경우 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행되어 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있기 때문이다.
- 1658) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2009다62059 판결. 저당권 설정 이후의 특정 시점을 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인의 소유에 속하였는지 여부에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하게 되면, 저당권자로서는 저당권 설정 당시를 기준으로 그 토지나 지상 건물의 담보가치를 평가하였음에도 저당권 설정 이후에 토지나 그 지상 건물의 소유자가 변경되었다는 외부의 우연한 사정으로 인하여 자신이 당초에 파악하고 있던 것보다 부당하게 높아지거나 떨어진 가치를 가진 담보를 취득하게 되는 예상하지 못한 이익을 얻거나 손해를 입게 되기 때문이다.
- 1659) 이는 민법 제187조의 법률의 규정에 의한 물권변동으로서 지상권 등기 없이 당연히 취득하는 것이고, 따라서 경락인은 종전의 지상권자를 상대로 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있으며, 경락인이 건물을 제3자에게 양도한 때에는 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종전 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 봄이 상당하므로, 건물 양수인은 그 지상권이전등기청구권을 보전하기 위하여 경락인을 대위하여 종전의 지상권자에게 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다(92다527).
- 1660) 위와 같은 법리는 ❶ 압류, 가압류나 채납처분압류 등 처분제한의 등기가 된 건물에 관하여 그에 저촉되는 소유권이전등기를 마친 사람이 건물의 소유자로서 관습상의 법정지상권을 취득한 후 경매 또는 공매절차에서 건물이 매각되는 경우(대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다13463 판결)나, ❷ 사해행위의 수익자 또는 전득자가 건물의 소유자로서 법정지상권을 취득한 후 채무자와 수익자 사이에 행하여진 건물의 양도에 대한 채권자취소권의 행사에 따라 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 그 건물이 매각되는 경우(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다73158 판결)에도 마찬가지로 적용된다.

(2) 건물 철거 합의 등 법정지상권 포기 특약

저당권 설정 당사자 간의 특약으로 민법 제366조 소정의 법정지상권을 배제하는 약정은 효력이 없다.¹⁶⁶¹⁾

관습상의 법정지상권의 소극적 요건인 '건물을 철거하기로 하는 합의'¹⁶⁶²⁾가 있었다는 등의 특별한 사정의 존재에 관한 주장·증명책임은 그러한 사정의 존재를 주장하는 쪽에 있다.¹⁶⁶³⁾ '토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정'¹⁶⁶⁴⁾이 있었다는 사실¹⁶⁶⁵⁾도 동일하게 보아야 한다.

나) 지상권의 소멸

(1) 지료 미지급에 따른 지상권·분묘기지권 소멸 청구

지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 때에는 지상권설정자는 지상권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제287조). 토지 소유자는 ① '당사자 간 지료에 관한 합의' 또는 '법원에 의한 지료 결정' 사실,¹⁶⁶⁵⁾ ② '자신에 대한 2년 이상의 지료 연체' 사

1661) 대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카1564 판결: "민법 제366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상의 이유로 지상권의 설정을 강제하는 것이므로 저당권설정 당사자 간의 특약으로 저당목적물인 토지에 대하여 법정지상권을 배제하는 약정을 하더라도 그 특약은 효력이 없다."

1662) 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다58467 판결: "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 추측 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 할 것이다." ⁸⁸ 토지와 건물의 소유자가 토지만을 타인에게 증여한 후 구 건물을 철거하되 그 지상에 자신의 이름으로 건물을 다시 신축하기로 합의한 경우, 그 건물 철거의 합의는 건물 소유자가 토지의 계속 사용을 그만두고자 하는 내용의 합의로 볼 수 없어 관습상의 법정지상권의 발생을 배제하는 효력이 인정되지 않는다고 한 사례.

1663) 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카279 판결.

1664) 관습상의 법정지상권은 동일인의 소유이던 토지와 그 지상 건물이 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 이와 달리 토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다(2005다41771, 41788). 대지상의 건물만을 매수하면서 대지에 관한 임대차계약을 체결하였다면 위 건물매수로 인하여 취득하게 될 관습상의 법정지상권을 포기하였다고 볼 것이다(91다1912).

1665) ◎ 지료결정청구와 지료지급이행청구

○ 법정지상권의 경우 당사자 사이에 지료에 관한 합의가 있었다거나 법원에 의하여 지료가 결정되었다는 아무런 일증이 없다면, 법정지상권자가 지료를 지급하지 않았다고 하더라도 지료 지급을 지체한 것으로는 볼 수 없으므로 법정지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 하는 토지소유자의 지상권소멸 청구는 이유가 없고, 지료액 또는 그 지급시기 등 지료에 관한 약정은 이를 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 것이고, 법원에 의한 지료의 결정은 당사자의 지료결정청구에 의하여 형식적 형성소송인 지료결정판결로 이루어져야 제3자에게도 그 효력이 미친다(99다17142).

○ 법정지상권 또는 관습에 의한 지상권이 발생하였을 경우에 토지의 소유자가 지료를 청구함에 있어서 지료를 확정하는 재판이 있기 전에는 지료의 지급을 소구할 수 없는 것은 아니고, 법원에서 상당한 지료를 결정할

실,¹⁶⁶⁶⁾ ③ ‘지상권 소멸 청구의 의사표시 및 그 도달’ 사실을 주장·증명하여 법정지상권 성립의 항변에 대해 소멸의 재항변을 할 수 있다.

이는 분묘기지권(분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 지상권 유사의 물권으로서 ‘승낙에 의한 분묘기지권’, ‘양도형 분묘기지권’, ‘취득시효형 분묘기지권’이 있다)의 경우에도 유추적용된다.¹⁶⁶⁷⁾

것을 전제로 하여 바로 그 급부를 구하는 청구를 할 수 있다 할 것이며, 법원도 이 경우에 판결의 이유에서 지료를 얼마로 정한다는 판단을 하면 족한 것이므로, 토지 소유자와 관습에 의한 지상권자 사이의 지료급부 이행소송의 판결의 이유에서 정해진 지료에 관한 결정은 그 소송의 당사자인 토지 소유자와 관습에 의한 지상권자 사이에서는 지료결정으로서의 효력이 있다고 보아야 할 것이고, 한편, 지료증감청구권에 관한 민법 제286조의 규정에 비추어 볼 때, 특정 기간에 대한 지료가 법원에 의하여 결정되었다면, 당해 당사자 사이에서는 그 후 위 민법규정에 의한 지료증감의 효과가 새로 발생하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 후의 기간에 대한 지료 역시 종전 기간에 대한 지료와 같은 액수로 결정된 것이라고 봄이 상당하다(2002다61934). 이와 같이 법원에 의하여 지료가 결정되었음에도 법정지상권자가 이를 지급하지 않는 경우 토지소유자는 이미 지료 이행 판결을 받은 기간과 중복되지 않는 기간에 대하여 위와 같이 결정된 지료의 지급을 구할 수 있다(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019다266324 판결).

1666) ○ 민법 제287조가 토지소유자에게 지상권소멸청구권을 부여하고 있는 이유는 지상권은 성질상 그 존속기간 동안은 당연히 존속하는 것을 원칙으로 하는 것이나, 지상권자가 2년 이상의 지료를 연체하는 때에는 토지소유자로 하여금 지상권의 소멸을 청구할 수 있도록 함으로써 토지소유자의 이익을 보호하려는 취지에서 나온 것이어서, 지상권자가 그 권리의 목적이 된 토지의 특정한 소유자에 대하여 2년분 이상의 지료를 지불하지 아니한 경우에 그 특정한 소유자로 하여금 선택에 따라 지상권의 소멸을 청구할 수 있도록 한 것이라고 해석함이 상당하므로(99다17142), 위 ②의 요건이 충족되어야 하고, 토지의 양수인이 지상권자의 지료 지급이 2년 이상 연체되었음을 이유로 지상권소멸청구를 함에 있어서 종전 소유자에 대한 연체기간의 합산을 주장할 수는 없다.

○ 법정지상권 지료 액수가 판결에 의하여 정해진 경우, 판결 확정일로부터 2년 이상 지료의 지급을 지체하여 야한 지상권의 소멸을 청구할 수 있는 것이 아니고, 지체 지료가 판결 확정 전후에 걸쳐 2년분 이상일 경우에도 지상권의 소멸을 청구할 수 있다(2005다37208).

○ 지상권설정자가 지상권의 소멸을 청구하지 않고 있는 동안 지상권자로부터 연체된 지료의 일부를 지급받고 이를 이익 없이 수령하여 연체된 지료가 2년 미만으로 된 경우에는 지상권설정자는 종전에 지상권자가 2년분의 지료를 연체하였다는 사유를 들어 지상권자에게 지상권의 소멸을 청구할 수 없으며, 이는 토지소유자와 법정지상권자 사이에서도 마찬가지이다(2012다102384).

1667) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다206850 판결: “자기 소유의 토지 위에 분묘를 설치한 후 그 토지의 소유권이 경매 등에 의하여 타인에게 이전되면서 분묘기지권을 취득한 자가, 판결에 의하여 그 분묘기지권에 관한 지료의 액수가 정해졌음에도 그 판결확정 후 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료의 지급을 지체하여 지체된 지료가 판결확정 전후에 걸쳐 2년분 이상이 되는 경우에는 민법 제287조를 유추적용하여 새로운 토지소유자는 그 분묘기지권자에 대하여 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 분묘기지권자가 판결확정 후 지료지급 청구를 받았음에도 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료의 지급을 지체한 경우에만 분묘기지권의 소멸을 청구할 수 있는 것은 아니다.” 이는 양도형 분묘기지권에 관한 판례이지만, 특별한 사정이 없는 한 취득시효형 분묘기지권의 지료에 관하여도 같은 법리가 적용될 수 있다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결).

자기 소유 토지에 분묘를 설치한 사람이 그 토지를 양도하면서 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않음으로써 분묘기지권을 취득한 경우(양도형 분묘기지권), 특별한 사정이 없는 한 분묘기지권자는 분묘기지권이 성립한 때부터 토지 소유자에게 그 분묘의 기지에 대한 토지사용의 대가로서 지료를 지급할 의무가 있는 반면(대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다295892 판결), 분묘기지권을 시효로 취득한 경우(취득시효형 분묘기지권) 분묘기지권자는 토지 소유자가 토지 사용의 대가를 청구하면 그때부터 지료 지급의무를 부담한다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결). 분묘의 기지인 토지가 분묘의 수호·관리권자 아닌 다른 사람의 소유인 경우에 그 토지 소유자가 분묘 수호·관리권자에 대하여 분묘의 설치를 승낙한 때에는 그 분묘의 기지에 관하여 분묘기지권을 설정한 것으로 보아야 하고, 이와 같이 승낙에 의하여 성립하는 분묘기지권의 경우 성립 당시 토지 소유자와 분묘의 수호·관리자가 지료 지급의무의 존부나 범위 등에 관하여 약정을 하였다면 그 약정의 효력은 분묘 기지의 승계인에 대하여도 미친다(대법원 2021. 9. 16. 선고 2017다271834, 271841 판결).

(2) 지상권의 만료와 갱신·매수청구

지상권갱신청구권¹⁶⁶⁸⁾의 행사는 지상권의 ‘존속기간 만료¹⁶⁶⁹⁾ 후 지체 없이’ 하여야 한다.¹⁶⁷⁰⁾

토지 소유자의 분묘기지권자에 대한 부당이득반환 주장은 지료의 지급을 구하는 것으로 볼 여지가 있다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2018다264420 판결).

1668) 민법 제283조(지상권자의 갱신청구권, 매수청구권) ① 지상권이 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있다. ② 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 지상권자는 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다.

1669) 관습상의 법정지상권도 2년분 이상의 지료를 연체할 경우 민법 제287조에 따른 지상권소멸청구의 의사표시에 의하여 소멸하고, 이 경우 지상물매수청구권은 인정되지 않는다(93다10781).

1670) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다306642 판결: “민법 제283조 제2항 소정의 지상물매수청구권은 지상권이 존속기간의 만료로 인하여 소멸하는 때에 지상권자에게 갱신청구권이 있어 그 갱신청구를 하였으나 지상권설정자가 계약갱신을 원하지 아니할 때 비로소 행사할 수 있는 권리이다. 한편 지상권갱신청구권의 행사는 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 하여야 한다. 따라서 지상권의 존속기간 만료 후 지체 없이 행사하지 아니하여 지상권갱신청구권이 소멸한 경우에는, 지상권자의 적법한 갱신청구권의 행사와 지상권설정자의 갱신 거절을 요건으로 하는 지상물매수청구권은 발생하지 않는다고 할 것이다.” ㉠ 지상권 존속기간 만료 후 약 4년이 경과한 이 사건 소송절차 중 행사한 피고의 갱신청구 내지 건물매수청구는 그 효력이 인정될 수 없다고 한 예.