

[서식 예] 준비서면(건물 등 철거, 피고)

준 비 서 면

사 건 20○○가단○○○ 건물 등 철거
원 고 ○○○
피 고 ◇◇◇◇

위 사건에 관하여 피고의 소송대리인은 다음과 같이 참고서면을 제출합니다.

다 음

1. 피고가 거시한 대법원 판결과 이 사건의 차이점

원고는 이 사건에서 피고가 건물과 대지를 함께 매수하기로 계약체결을 하였다는 사정을 들어 대법원 판결 취지상 관습법상 법정지상권이 발생할 수 없다고 주장하나 이는 사실관계를 오인하여 대법원 판결을 적용한 무리한 해석입니다.

피고가 거시한 대법원 98다4798 판결 및 대법원 2002다9660 판결은 다음과 같은 공통의 사실관계를 전제하고 있습니다.

- ① 미등기 건물을 그 대지와 함께 양수하였을 것.
- ② 그 중 대지에 관하여만 소유권이전등기를 마친 상태일 것.

위와 같은 두 가지 사실관계 중 관습법상 법정지상권의 성립에 가장 큰 영향을 주는 사실은 후술할 관습법상 법정지상권의 인정 취지에 비추어 보건대 ‘②의 대지에 관하여만 소유권이전등기를 마친 상태일 것’이라 할 수 있습니다. 그런데 이 사건의 경우 위 대법원 판결들과 달리 ‘미등기 건물과 그 대지를 함께 양수하기로 계약’을 하고(대지에 대한 금전지급은 없었습니다.), 그 중 대지에 관하여도 소유권이전등기를 마치지 않은 상태였습니다.

즉 위 사실관계 중 ①의 사실관계를 인정하는 것은 별론으로 하더라도 ②의 사실관계는 전혀 충족하지 못하고 있는 것입니다.

2. 관습법상 법정지상권의 인정 취지¹⁾ 및 대법원 2002다9660판결의 평석

가. 관습법상 법정지상권을 인정하게 된 취지

관습법상의 법정지상권은 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루는 우리나라의 법제를 배경으로 생겨난 것이며, 구체적으로는 동일한 소유자에게 속한 토지와 건물이 매매 등의 사유로 각각 소유자를 달리하게 될 때 건물을 존속시키기 위한 토지이용권으로서 판례에 의해 형성된 것이라고 할 수 있습니다.

대법원이 최초로 관습법상의 지상권을 인정한 판례(대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1103 판결)에 의하면 우선 건물은 토지와 불가분의 관계에 있음을 전제하고 토지와 건물이 함께 거래되는 경우에는 토지와 건물의 이용관계를 분리하여 생각할 필요가 없으나 양자의 소유자를 달리 하는 경우에는 양자의 합리적인 이용관계를 생각하여야 한다고 전제한 다음 “건물과 토지를 별개의 부동산으로 보고 있는 일정한 조건하에 법정지상권을 인정하고 있으나 민법이 요구하는 요건을 구비하지 않더라도 토지와 건물이 같은 소유자의 소유에 속하였다가 그 건물 또는 토지가 매각 또는 그 외의 원인으로 양자의 소유가 다르게 될 때는 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 당연히 건물 소유자에 대하여 법정지상권을 취득하게 되는 것이다.”고 판시하고 있습니다.

결국 대법원은 당사자인 토지 소유자와 건물 소유자 사이에 토지 이용관계에 관한 합의의 기회가 주어지지 아니한 상황에서 건물과 토지의 소유자가 달라질 경우 건물을 위한 토지 이용권을 확보해 주지 아니하면 건물 철거에서 오는 사회경제적 손실을 방지할 수 없다는 판단하에 관습법상 법정지상권을 인정하고 있다 할 것입니다.

나. 대법원 2002다9660판결에 대한 판례 평석의 검토

※ 이하의 내용은 민사판례연구 33권(하)²⁾에 게재된 논문을 토대로 발췌 요약한 것입니다.

위 논문은 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660판결의 요지를 다음과 같이 정리하였습니다.

1) 이하의 내용은 법학연구(제31회)에 게재된 강신웅교수의 “관습법상 법정지상권에 관한 연구” 중 제99쪽 이하를 발췌 요약한 것입니다.
2) 민사판례연구 33(하), 박영사, 논문 : 2000년대 민사판례의 경향과 흐름(물권법) - 지당권 ‘지당권의 실행과 법정지상권 성립의 관계’, 저자 강승준

(1) 요 지

- ① 미등기건물을 그 대지와 함께 매수한 사람이 그 대지에 관하여만 소유권 이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전받지 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.
- ② 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.

위 논문은 판례 요지에 대하여 다음과 같이 평석하였습니다.

(2) 의 미

민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것이고, 그 건물이 미등기라 하더라도 법정지상권의 성립에는 아무런 지장이 없다. 관습상의 법정지상권 역시 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.

한편, 우리 민법은 부동산 물권변동에 관하여 이른바 형식주의를 취하고 있기 때문에 미등기건물을 양수받은 양수인이 그에 관한 등기를 경료하지 않는 한 양수인은 양도인에 대하여 이전등기를 청구할 수 있는 권리를 가질 수 있을 뿐 미등기건물의 소유권을 취득할 수는 없고, 따라서 여전히 건물의 소유권은 양도인에게 있다고 볼 수밖에 없다.

위와 같은 각 법리에 근거하여 보면, 미등기건물을 그 대지와 함께 매수한 사람이 그 대지에 관하여만 소유권이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전받지 못하고 있는 경우 대지는 매수인의 소유이나 미등기건

물은 여전히 매도인의 소유라고 보아야 하고, 따라서 이러한 상황에서 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 없다고 할 것이며, 이와 같은 취지의 위 요지 ①항의 법리는 대상판결 이전부터 일관되어 온 판례의 입장이다.

그런데, 형식논리에 의하면 위와 같이 동일인 소유이던 미등기건물과 그 대지가 함께 매도된 후 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료된 경우에는 ‘매매에 의하여 대지(매수인 소유)와 미등기건물(매도인 소유)의 소유권자를 달리하게 된 경우로서 그 미등기건물을 철거한다는 특약이 없는 경우’에 해당한다고 볼 여지가 있고, 그렇다면 미등기건물의 소유자(매도인)는 그 건물의 소유를 위하여 대지에 관하여 관습상의 법정지상권을 취득한다고 볼 여지도 있는 것이다.

하지만, 종래부터 판례는 이러한 미등기건물의 양수인이 미등기건물을 점유, 사용하고 있다면 그 양수인은 미등기건물을 법률상 또는 사실상 처분할 수 있는 지위에 있다고 보았고, 원소유자로부터 대지와 건물이 한 사람에게 매도되었으나 대지에 관하여만 그 소유권이전등기가 경료되고 건물의 소유 명의를 매도인 명의로 남아 있게 되어 형식적으로 대지와 건물이 그 소유 명의자를 달리하게 된 경우에 있어서는 그 대지의 점유·사용 문제는 매매계약 당사자 사이의 계약에 따라 해결할 수 있는 것이므로 양자 사이에 관습에 의한 법정지상권을 인정할 필요는 없다고 보았다.

대상판결은 위와 같은 법리를 기초로 하여, “토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있거나 토지 소유자가 건물의 처분권까지 함께 취득한 경우에는 관습상의 법정지상권을 인정할 까닭이 없다”고 언급하면서, 대상판결과 같은 사안에서 비록 형식적으로 대지와 건물이 그 소유 명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다고 판시하였다. 당사자의 의사를 살펴보더라도, 미등기건물을 그 대지와 함께 양도하였다면, 양도인은 그 사용·수익 및 사실상의 처분권 일체를 양도하고 양수인은 이를 양수받으려는 의사에

서 양도·양수가 이루어지는 것이고, 양도인이 미등기건물의 소유를 위하여 대지의 사용권을 유보하려는 것이었다거나 양수인이 이를 용인하려는 것이었다고는 할 수 없고, 또한 양수인은 비록 건물에 관하여 이전등기를 경료받지 못하여 완전한 소유권자가 될 수는 없지만, 그 건물을 철거하는 등의 사실상의 중국적인 처분권은 취득한다고 봄이 상당할 것이다.

대사판결은 부동산 물권변동에 관한 형식주의를 관철하면서도 거래의 실질이나 당사자의 의사를 정확히 파악하여 불필요한 법정지상권의 성립을 부정함으로써 거래관계의 안전을 보호하고 구체적 타당성을 추구한 것으로 볼 수 있다.

(3) 소결론

즉 위 판례평석에 의할 경우 위 대법원 2002다9660 판결은 양수인이 대지의 소유권과 건물의 중국적인 처분권을 모두 취득한 이상 형식주의를 관철하여 최초 계약에 따른 대지만의 소유권이전 당시를 기준으로 법정지상권을 인정할 필요는 없다는 취지로 판단됩니다.

3. 이 사건의 경우

이 사건의 경우는 위 대법원 2002다9660 판결과 크게 두 가지 점에서 다른 사실관계를 가지고 있습니다.

첫째는 ① 이 사건 피고는 (비록 계약은 토지와 건물 모두에 대해 하였지만,) 대지에 대하여 소유권을 경료한 사실이 전혀 없다는 점, 둘째는 ② 피고와 소외 일@@(피상속인 이00) 사이의 이 사건 대지에 대한 매매계약은 해제된 상태로, 피고는 2004년 경 건물 수선시 위 일@@에게 토지 사용 등에 대한 승낙을 새로 받고 수선을 하였다는 점입니다.

위 사실관계를 가지고 대법원 2002다9660 판결 및 위 판례평석에 적용하여 보면, 아래와 같은 결론을 도출할 수 있습니다.

- i) 2002다9660 판결의 경우 대지의 소유권은 양수인에게 이미 이전되어 있었고, 건물의 소유권은 양도인에게 유보되어 있었으므로 대지의 소유권이 제3자에게 이전된 시점에 건물과 대지의 소유자는 서로 다른 사람이어서 관습법상 법정지상권이 인정될 여지가 없으나,
- ii) 이 사건의 경우에는 대지의 소유권도 계속하여 양도인에게 보유되어

있었고 1984. 8. 24. 대지 및 건물에 대한 매매계약 이후 20여년이 흐른 2004년경에는 이미 대지에 대한 매매계약이 해제된 상태로, 대지는 소외 일@@의 확정적 소유였고, 건물은 미등기건물로서 망 이00의 상속인인 위 일@@의 소유였으므로, 건물과 대지의 소유자가 동일인으로써 관습법상 법정지상권이 인정되는 상황이었습니다.

- iii) 또한 2002다9660 판결의 경우 건물과 대지를 함께 양도·양수하는 과정에서 대지와 건물이 동일인의 소유에서 대지만 양수인의 명의로 변경되었으나, 이는 건물과 같이 매도하겠다는 의사가 있어 토지 이용에 대한 합의가 가능한 상태였다는 점에서 그 시점에서의 관습법상 법정지상권의 성립을 부정한 것이나,
- iv) 이 사건의 경우 건물과 대지에 대한 매매계약 이후 실제로 건물과 대지 중 소유권이 변경된 것은 전혀 없고, 오히려 20여 년이 흐르는 동안 대지에 대한 매매계약은 해제가 되었고, 이에 피고는 2004년 경 대지 소유자인 소외 일@@에게 허락을 받아 건물을 수선한 정황도 인정된다는 점에서 2004년 이후 강제경매에 의해 대지의 소유권자가 바뀐 이상 토지 이용에 대한 별도의 합의가 불가능한 상태여서 관습법상 법정지상권이 인정되어야 하는 사안이라 할 것입니다.

4. 관습법상 법정지상권을 이전받을 수 있는 권리자에 대한 철거청구의 가부가. 판례의 변경

대법원은 1982. 10. 12. 선고 80다2667 판결에서 법정지상권자로부터 건물을 전전양수한 자가 지상권설정등기청구권을 대위행사할 수 있는 사정만으로 지상권 등기없이 대지소유자에 대하여 대지 사용수익권을 주장할 수 있는지 여부에 대해 “법정지상권있는 건물을 양수한 자라 하더라도 그 등기를 취득하지 아니한 이상 토지소유자에 대하여 그 토지에 대한 사용수익권을 주장할 수도 없는 법리이니 피고가 법정지상권설정등기 청구권을 대위행사할 지위에 있다는 사정은 이 사건 대지에 대한 점유를 정당화 할만한 적법한 권원이 되지 못한다.”고 판시하여 이를 부정하여 왔습니다.

그러나 대법원 1985. 4. 9. 선고 84다카1131 판결은 위 대법원 판결을 전원 합의체판결로써 폐기하면서 “법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도받기로 한 자는 채권자 대위의 법리에 따

라 전 건물소유자 및 대지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차 이행을 구할 수 있다 할 것이므로 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기 절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다.”고 판시하였습니다.

나. 이 사건의 적용

이 사건은 위 제3항에서 살펴본 것과 같이 피고가 아닌 대지와 건물의 소유자였던 소외 일@@이 이 사건 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하였고, 그 법정지상권을 피고에게 양도하여주기로 약정하고 그 이행을 위해 준비중에 있는 바, 위 대법원 전원합의체판결에 근거하여 피고는 위 일@@을 대위하여 법정지상권의 설정등기 및 이전등기절차 이행을 구할 수 있는 지위에 있는자에 해당하므로 원고의 이 사건 철거청구는 신의성실의 원칙상 허용될 수 없는 청구라 할 것입니다.

5. 결론

가. 관습법상 법정지상권 성립에 관하여

이상에서 살펴본 것처럼 이 사건은 대법원 2002다9660 판결과 전혀 다른 사실관계를 가지고 있으며, ① 이 사건 대지의 원고로의 소유권이전 이 이루어진 시점에서 건물과 대지의 소유권은 모두 소외 망 이00의 상속인인 소외 일@@의 명의로 되어있었다는 점, ② 피고와 위 망 이00 (상속인 위 일@@) 사이의 대지에 대한 매매계약 부분은 이미 해제된 상태였다는 점, ③ 피고는 위 일@@에게 2004년경 별도의 허가를 받아 이 사건 건물에 대한 수선을 하였고 그 수선허가에는 당연히 토지이용에 대한 승낙이 포함되어 있었다는 점 등을 종합하여 보면 원고가 강제경매로 이 사건 대지를 취득하는 시점에 위 일@@에게 이 사건 건물의 소유를 목적으로하는 관습법상 법정지상권이 명백하게 성립되었다 할 것입니다.

나. 피고에 대한 원고의 청구 불가

이에 더하여 피고는 위 일@@로부터 이 사건 건물의 소유권을 넘겨 받기로 합의된 상태이고, 위 일@@은 이 사건 건물의 소유를 위한 법정지

상권까지 이전하여주기로 피고와 합의되어 있는바, 원고의 이 사건 청구는 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 건물철거를 구하는 것으로써 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기 절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다할 것입니다.

다. 맺음말

따라서 원고의 청구를 기각하여 주시기 바랍니다.

참 고 자 료

- | | |
|--------------------------|----|
| 1. 관습법상 법정지상권에 관한 연구 | 1통 |
| 2. 저당권의 실행과 법정지상권 성립의 관계 | 1통 |

20○○. ○○. ○○.

위 피고 ◇◇◇ (서명 또는 날

제 출 법 원	본안소송 계속법원	제 출 기 간	제 소 후 변론종결 전까지
제 출 부 수	준비서면 1부 및 상대방 수만큼의 부분 제출	제 출 의 무	지방법원 합의부와 그 이상의 상급 법원에서는 반드시 준비서면을 제출하여 변론을 준비하여야 함 (민사소송법 제272조 제2항)
의 의	준비서면이란 당사자가 변론에서 하고자 하는 진술사항을 기일 전에 예고적으로 기재하여 법원에 제출하는 서면을 말함		
기 재 사 항	<민사소송법 제274조 제1항에 법정되어 있음> 1. 당사자의 성명·명칭 또는 상호와 주소 2. 대리인의 성명과 주소 3. 사건의 표시 4. 공격 또는 방어 방법 5. 상대방의 청구와 공격 또는 방어의 방법에 대한 진술 6. 덧붙인 서류의 표시 7. 작성한 날짜 8. 법원의 표시		
효 과	자백간주이익(민사소송법 제150조 제1항), 진술의제의 이익(민사소송법 제148조 제1항), 실권효의 배제(민사소송법 제285조 제3항), 소의 취하 동의권(민사소송법 제266조 제2항)		

●●●분류표시 : 민사소송 >> 변론과 그 준비 >> 준비서면