

## 토지임차인이 행사하는 지상물매수청구권에 관한 일고\*

### A Review of Land Lessee's Claim to Purchase on a Building

김 서 기\*\*  
Kim, Seo-Gi

#### 목 차

- I. 도입
- II. 본론
- III. 정리

#### 국문초록

본 논문에서는 토지 임차인이 행사하는 지상물매수청구권이 인정되기 위한 요건과 그 행사효과와 관련하여 몇 개의 주요 대법원 판례들을 법해석 방법에 관한 전통적인 견해 및 전형적인 판례태도에 입각하여 문리해석, 논리-체계적 해석, 목적론적 해석 순으로 구체적으로 분석하였다.

우리 민법은 제643조에서 “건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채엽, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 제283조의 규정을 준용한다.”고 규정하고 있다. 그리고 제283조

---

논문접수일 : 2018.10.22.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

\* 본 연구는 2018년도 상명대학교 교내연구비를 지원받아 수행하였음.

\*\* 법학박사·상명대학교 지적재산권학과 부교수

는 “①지상권이 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있다. ②지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 지상권자는 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한 제652조는 “제627조, 제628조, 제631조, 제635조, 제638조, 제640조, 제641조, 제643조 내지 제647조의 규정에 위반하는 약정으로 임차인이나 전차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다.”고 규정하고 있다.

이상의 민법 제643조, 제283조 및 제652조에 따르면 토지임차인에게 지상물 매수청구권이 인정되기 위해서는 i) 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채엽, 목축을 목적으로 한 토지임대차일 것, ii) 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존하고 있을 것, iii) 토지임대인이 토지임차인의 토지임대차계약의 갱신청구를 거절한 경우일 것, iv) 임차인에게 불리하지 않은 지상물매수청구권 배제 약정이 없을 것이라는 요건들을 갖추어야 한다. 이상의 요건들과 관련하여 지상물이 임차지 이외의 토지에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에 임차인에게 지상물매수청구권이 인정될 수 있을지 여부와 인정된다면 그 범위는 어디까지 일지에 대한 판례의 태도의 문제점을 지적하였다.

다음으로 이상의 요건들이 충족되면 임차인은 자신 소유의 지상물의 매수를 임대인에게 청구할 수 있는데, 이 지상물매수청구권은 형성권이므로 임차인의 그 일방적 행사에 의해 임차인과 임대인 사이에 지상물에 관한 매매계약이 체결된 것과 유사한 효과가 발생한다. 그러므로 임차인은 임대인에 대해 상당한 가액의 매매대금지급청구권을, 임대인은 임차인에 대해 지상물 인도청구권 및 이 전등기청구권을 취득한다. 이러한 행사효과와 관련하여 행사대상이 되어 그 효과가 미치게 되는 상대방에 임대차 계약이 종료되기 전에 토지를 임의로 처분한 임대인도 포함될 수 있는지 여부에 관한 판례의 태도의 문제점을 지적하였다.

**주제어** : 토지임대차, 민법 제643조, 건물매수청구권, 임차인 보호, 법해석 방법

## 1. 도입

우리 민법 제643조는 “건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 제283조의 규정을 준용한다.”고 규정하면서, 제283조를 준용하고 있다. 제283조 제1항과 제2항은 각각 “지상권이 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있다.”고 하면서 “지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 지상권자는 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다.”고 하여 지상권자에게 우선 갱신청구권을 행사할 수 있도록 하고 지상권설정자가 갱신을 거부할 때에는 다음으로 지상물매수청구권을 행사할 수 있도록 해주고 있다. 따라서 일정한 목적의 토지임차인은 토지임대차계약의 존속기간이 만료한 경우에 건물 등 지상물이 현존한 때에는 토지임대인을 상대로 우선 토지임대차계약의 갱신을 청구할 수 있고, 토지임대인이 갱신을 거부할 때에는 다음으로 상당한 가액으로 건물 등 지상물을 매수해 줄 것을 청구할 수 있다는 것이다.

그런데 이와 같은 토지임차인의 지상물매수청구권이 어떠한 경우에 인정되며, 행사하는 경우 발생하는 효과와 관련하여 일부 대법원 판례들의 해석태도는 법률해석권의 범위를 일탈하는 것은 아닌지 하는 의문이 들게 한다.

법해석 방법에 관한 전통적인 견해에 따르면 해석방법들 간의 우선순위는 문리해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 순서로 해석이 이루어진다고 한다.<sup>1)</sup> 한편 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결을 통하여 우리 대법원은 법해석의 목표, 기준 등과 관련하여 매우 체계적인 견해를 제시하였다.<sup>2)</sup> 동 판결의 핵심 쟁점은 구 임대주택법(2005. 7. 13. 법률 제7598호로 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에서 규정하는 ‘임차인’의 의미에 관한 것이었다. 판시내용은 다음과 같다. “법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미

1) 이상영·김도균, 법철학, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 242-243면.

2) 이러한 평가로는 이상영·김도균, 앞의 책, 243면.

를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 그리고 실정법이란 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록 해석할 것도 요구된다. 요컨대, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 앞서 본 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다. 한편, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.”

이상의 판시내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.<sup>3)</sup>

법해석의 목표는 일차적으로 법적 안정성에 있으며, 이차적으로 구체적 타당성을 추구해야 할 것인데 법적 안정성을 해치지 않아야 한다는 제약이 있다는 것이다. 그리고 이와 같은 목표를 달성하기 위한 법해석 방법들 간의 우선순위는 문리해석, 논리-체계적 해석, 목적론적 해석 순서에 따라야 한다는 것이다. 즉 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 문리해석에 따라야 하고, 그렇지 못한 경우에 객관적인 입법목적에 따라서 문언을 해석하는 목적론적 해석을 할 수 있다

3) 이하의 판시내용 정리는 김서기, “공동주택으로서 주상복합아파트의 법적 정의와 성립요건”, 집합건물법학 제20집, 한국집합건물법학회, 2016, 47-48면; 김서기, “의족(義足)의 신체 구성 요소 여부에 관한 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두20991 판결 분석”, 동북아법연구 제9권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 627면 참조.

하더라도 이러한 목적론적 해석은 해당 문언을 담고 있는 법률규정이 놓여있는 법체계상의 위치와 맥락에 비추어서 해석하는 논리-체계적 해석의 한계 내에서 행해져야 한다는 것이다.<sup>4)</sup>

그리고 한편 우리 법원은 입법당시 입법자의 실제 의사를 정확히 파악하기 어렵다는 점 등으로 인해 역사적 해석을 충실히 따르지 않는다.<sup>5)</sup>

따라서 본 논문에서는 토지 임차인이 행사하는 지상물매수청구권이 인정되기 위한 요건과 그 행사효과와 관련하여 몇 개의 주요 대법원 판례들을 이러한 법 해석 방법에 관한 전통적인 견해 및 전형적인 판례태도에 입각하여 문리해석, 논리-체계적 해석, 목적론적 해석 순으로 구체적으로 분석해 보고자 한다.

## II. 본론

이하에서는 먼저 토지임차인의 지상물매수청구권의 입법목적을 살펴보고, 차례로 인정요건 및 행사효과와 관련하여 세 개의 대법원 판례들을 위 세 가지 해석방법에 입각하여 살펴보고자 한다. 왜냐하면 입법목적은 인정요건과 행사효과에 공통되는 것이기 때문이다.

토지임차인에게 지상물매수청구권이 인정되기 위해서는 민법 제643조, 제283조 및 제652조에 따르면 다음과 같은 요건들을 갖추어야 한다. 적극적 요건으로서 i) 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지 임대차일 것, ii) 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존하고 있을 것, iii) 토지임대인이 토지임차인의 토지임대차계약의 갱신 청구를 거절한 경우일 것, 소극적 요건으로서 iv) 임차인에게 불리하지 않은 지상물매수청구권 배제 약정이 없을 것을 들 수 있다. 이상의 요건들과 관련하여 임대인의 동의없이 임대차 기간 중에 축조된 지상물의 경우와 지상물이 임차지

4) 이상의 문리해석, 논리-체계적 해석, 목적론적 해석의 개념 정의는 이상영·김도균, 앞의 책, 239-244면; 오세혁, “한국에서의 법령해석 - 우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석 -”, 한국 법질서와 법해석론(한국법철학회 김도균 편), 세창출판사, 2013, 12-20면 참조.

5) 오세혁, 앞의 논문, 17면.

이외의 토지에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에도 지상물매수청구권이 인정될 수 있을 지를 살펴볼 것이다.

다음으로 이상의 요건들이 충족되면 임차인은 자신 소유의 지상물의 매수를 임대인에게 청구할 수 있는데, 이 지상물매수청구권은 형성권이므로 임차인의 그 일방적 행사에 의해 임차인과 임대인 사이에 지상물에 관한 매매계약이 체결된 것과 유사한 효과가 발생한다.<sup>6)</sup> 그러므로 임차인은 임대인에 대해 상당한 가액의 매매대금지급청구권을, 임대인은 임차인에 대해 지상물 인도청구권 및 이전등기청구권을 취득한다.<sup>7)</sup> 이상의 행사효과와 관련하여 행사대상이 되어 그 효과가 미치게 되는 상대방에 임대차 계약이 종료되기 전에 토지를 임의로 처분한 임대인도 포함될 수 있는지를 검토할 것이다.

## 1. 입법목적

목적론적 해석은 한마디로 입법목적에 따라서 해당 문언을 해석하는 방법이다. 그리고 이때 입법목적은 역사적으로 입법자가 가졌던 실제 의사가 아니라, 객관적으로 타당하다고 인정될 수 있는 합리적인 목적을 말하는 것이다.<sup>8)</sup>

우리 민법 제643조가 규정하고 있는 토지임차인의 지상물매수청구권의 입법 취지와 관련하여 제정당시 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회에서의 심의내용을 기록한 「민법안심의록 상권(民法案審議錄 上卷)」에는 구체적인 내용은 나와 있지 않다.<sup>9)</sup> 다만 정부제출법률안으로서 국회에 제출된 민법초안과 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회에서 심의하여 완성한 수정안에 대

6) 대법원 1991. 4. 9. 선고 91다3260 판결에 따르면 “민법 제643조의 규정에 의한 토지임차인의 매수청구권행사로 지상건물에 대하여 시가에 의한 매매유사의 법률관계가 성립된 경우에 토지임차인의 건물명도 및 그 소유권이전등기 의무와 토지임대인의 건물대금지급의무는 서로 대가관계에 있는 채무이므로 토지임차인은 토지임대인의 건물명도청구에 대하여 대금지급과의 동시이행을 주장할 수 있다.”고 한다.

7) 박재윤, 민법주해 [VI] (곽윤직 편), 박영사, 2009, 57-58면.

8) 이상영·김도균, 앞의 책, 241면; 오세혁, 앞의 논문, 18-19면 참조.

9) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 민법안심의록 상권, 1957, 172-173, 373-374면 참조. 민법안심의록 상권은 민법전 제정에 관한 입법자료 중 가장 체계적인 것으로 평가된다 (명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사, 2010, 머리말 참조).

해 당시 각 대학에서 민법을 담당하고 있는 교수들을 중심으로 구성된 민사법연구회가 연구와 검토를 통해 「민법안의견서(民法案意見書)」를 완성하였는데,<sup>10)</sup> 이 의견서에는 “바야흐로 시대(時代)는 공공복지(公共福祉)를 위(爲)한 사회적 기능(社會的機能)을 충분(充分)히 발휘(發揮)하지 못하는 소유권자(所有權者)보다는 용익권자(用益權者)를 보호(保護)하려 하고 있다. 그렇다면 소유권자(所有權者)보다도 용익권(用益權)의 작용(作用)을 확충강화(擴充強化)하는 방향(方向)으로 입법(立法)되어야 할 차시(此時)에 건물(建物) 기타(其他) 공작물(工作物)이나 수목(樹木)을 토지(土地)로부터 수거(收去)함으로써 발생(發生)하는 가치(價値)의 감소(減少)를 막음으로써 나아가서는 지상권자(地上權者)의 투자(投資)를 보장장려(保障獎勵)하기 위(爲)하여 지상권자(地上權者)가 계약갱신(契約更新)을 청구(請求)할 수 있거나 불연(不然)이면 지상권설정자(地上權設定者)에게 당해(當該) 공작물(工作物)이나 수목(樹木)의 매취(買取)를 청구(請求)할 수 있도록 한 것은 진일보(進一步)한 입법(立法)이라 할 것이다.”<sup>11)</sup>라고 밝히고 있다.

또한 우리 대법원은 “민법 제643조가 정하는 건물 소유를 목적으로 하는 토지 임대차에 있어서 임차인이 가지는 건물매수청구권은 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차계약이 종료되었음에도 그 지상 건물이 현존하는 경우에 임대차계약을 성실하게 지켜온 임차인이 임대인에게 상당한 가액으로 그 지상 건물의 매수를 청구할 수 있는 권리로서 국민경제적 관점에서 지상 건물의 잔존 가치를 보존하고, 토지 소유자의 배타적 소유권 행사로 인하여 희생당하기 쉬운 임차인을 보호하기 위한 제도이므로, 임대차계약 종료시에 경제적 가치가 잔존하고 있는 건물은 그것이 토지의 임대 목적에 반하여 축조되고 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 비록 행정관청의 허가를 받은 적법한 건물이 아니더라도 임차인의 건물매수청구권의 대상이 될 수 있다.”<sup>12)</sup>고 판시하고 있다.

이상 민법 제정당시의 입법취지와 현재 판례의 태도에 따르면 민법 제643조

10) 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 서문(序文) 참조. 민사법연구회는 현 사단법인 한국민사법학회의 전신이다(명순구, 앞의 책, 머리말 참조).

11) 민사법연구회, 앞의 책, 108-109면.

12) 대법원 1997. 12. 23. 선고 97다37753 판결.

지상물매수청구권의 입법목적은 i) 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것과 ii) 사회적 약자인 임차인을 보호하기 위한 것이라는 두 가지를 들 수 있을 것이다.

## 2. 임대인의 동의없이 임대차기간 중에 축조된 지상물의 경우

우리 판례는 “매수청구권의 대상이 되는 건물은 그것이 토지의 임대목적에 반하여 축조되고, 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 것이라는 특별한 사정이 없는 한 임대차기간 중에 축조되었다고 하더라도 그 만료시에 그 가치가 잔존하고 있으면 그 범위에 포함되는 것이고, 반드시 임대차계약 당시의 기존건물이거나 임대인의 동의를 얻어 신축한 것에 한정된다고는 할 수 없다.”<sup>13)</sup>고 판시하고 있다. 이러한 판례의 태도에 대해 분석해 보면, 우선 민법 제643조 및 제283조의 문리해석으로는 임대인의 동의를 얻지 않고 임대차기간 중에 건립된 건물이 지상물매수청구권의 행사 대상이 되는 건물에 포함되는지 여부를 알 수 없다.

다음으로 논리-체계적 해석을 살펴보면, 무엇보다 헌법합치적 해석이야말로 논리-체계적 해석의 전형이라고 할 수 있다. 우리 헌법재판소 역시 “일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌해석(合憲解釋)을 하여야 한다. 왜냐하면 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다.”<sup>14)</sup>라고 판시함으로써 헌법합치적 해석을 논리-체계적 해석의 전형으로 보고 있다.<sup>15)</sup>

임대인이 가지고 있는 토지소유권은 우리 헌법상 경제적 자유권적 기본권으

13) 대법원 1993. 11. 12. 선고 93다34589 판결.

14) 헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정.

15) 헌법합치적 해석을 논리-체계적 해석의 전형으로 보면서 우리 헌법재판소 역시 마찬가지로는 이상의 평가는 이상영·김도균, 앞의 책, 240면 참조.

로서 천부적 권리라고 할 수 있는 재산권이라고 할 수 있다.<sup>16)</sup> 한편 우리 헌법 제37조 제2항은 기본권 일반의 제한 사유로 ‘국가안전보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’를 들면서 이를 위해 필요한 경우 법률로써 기본권을 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 나아가서 우리 헌법은 토지의 경우 공급이 제한되어 있는 점, 재화생산의 본원적 기초로서의 성질을 가지고 있는 점 등을 고려하여 다른 재산권에 비해 토지재산권의 경우 제122조 등을 통해 보다 가중된 공적 제약을 부과하고 있다고 할 수 있다.<sup>17)</sup> 하지만 이상과 같이 토지재산권의 경우 기본권 제한 사유로서 ‘공공복리’ 등이 다른 일반 사적재산권에 비해서 보다 폭넓게 인정될 수 있어도 제37조 제2항에 따라 과잉침해금지의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙은 토지재산권을 제한하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

임대인의 동의를 얻지 않고 임대차기간 중에 건립된 건물이라 하더라도 토지임차인에게 지상물매수청구권을 인정해 주게 되면 임차인의 일방적 지상물매수청구권 행사를 통해 지상물에 대한 매매계약이 임대인과 임차인 사이에 성립하게 되므로 토지소유자인 임대인 입장에서는 자신의 토지소유권의 사용권능이 제한되게 된다. 따라서 토지재산권이라는 기본권의 제한이 있으므로 기본권 제한사유로서 ‘공공복리’가 필요한데 여기서 ‘공공복리’라 함은 개인적 이익을 초월하여 국가적 차원에서 결정되는 전체적 이익인 국가절대주의적 복리라든가 개인적 이익을 절대시 하는 근대시민국가적 복리가 아닌 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익을 말한다고 보아야 할 것이다.<sup>18)</sup> 왜냐하면 우리 헌법이 경제영역에서 사회적 시장경제질서를 기본원리로서 채택하고 있기 때문이다. 마찬가지로, 우리 헌법재판소는 “우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”<sup>19)</sup>고 판시하고 있다.

16) 이러한 평가로는 정재황, 신헌법입문, 박영사, 2016, 451-452면.

17) 차진아, “사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미”, 공법학연구 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, 18-19면 참조.

18) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006, 350면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2015, 950면.

따라서 임대인의 토지소유권을 임차인에게 형성권으로서 지상물매수청구권을 인정해줌으로써 제한하는 경우에도 그 목적이 '공공복리'에 있으므로 임차인보호만이 아니라 임대인을 포함하는 사회구성원 전체를 위한 제한이 되어야 할 것인데, 민법 제643조 지상물매수청구권의 입법목적이 사회적 약자인 임차인을 보호하기 위한 것뿐만 아니라 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것에 있다는 점에서 그리고 토지재산권의 경우 공공복리가 보다 폭넓게 인정될 수 있다는 점에서 지상물매수청구권을 통한 임대인의 토지소유권 제한은 가능하다고 볼 것이다. 그러나 토지재산권을 제한하는 경우에도 과잉금지의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙이 적용되므로 이에 대한 검토가 필요한데, 임대인의 동의없이 토지의 임대차목적에 반하여 임대차계약 기간 중에 건축된 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 건물인 경우 등에 있어서까지도 임차인에게 지상물매수청구권을 인정하게 되면 이는 임대인의 토지재산권을 본질적으로 침해하는 것이다. 우리 헌법재판소에 따르면 "토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것"<sup>20)</sup>이기 때문이다. 임대인의 동의없이 토지의 임대차목적에 반하여 임대차계약 기간 중에 건축된 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 건물에 대해서조차 지상물매수청구권을 인정하게 되면 토지소유권자인 임대인은 고가의 매매대금을 지급하고 구매한 것이므로 철거할 수도 없는 상황이므로 자신의 의사에 기한 토지 사용이 전면적으로 봉쇄되어 버리기 때문이다.

마지막으로 목적론적 해석을 하여 보면, 민법 제643조 지상물매수청구권의 객관적 입법목적인 i) 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것과 ii) 사회적 약자인 임차인을 보호하기 위한 것에 비추어 보면, 비록 임대인의 동의를 얻지 않고 임대차기간 중에 건립된 건물이라 할지라도 토지의 임대차목적에 반하여 건축된 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 건물 등

19) 헌재 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정.

20) 헌재 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정.

의 경우에까지 임차인에게 지상물매수청구권을 인정해 주는 것은 임대인의 토지재산권을 본질적으로 침해하는 것이 되겠지만 그렇지 않은 경우라면 임차인에게 지상물매수청구권을 인정해 주는 것은 국민경제적 관점과 임차인 보호라는 관점 모두에 부합하므로 타당한 해석이다.

### 3. 지상물이 임차지 이외의 토지에 걸쳐서 건립되어 있는 경우

이상에서 살펴본 바와 같이 임대인의 동의를 얻지 않고 임차인이 임대차기간 중에 축조한 건물이라 할지라도 임차인은 지상물매수청구권을 행사할 수 있는데, 이 경우 임대인 소유의 토지뿐만 아니라 제3자 또는 임차인 소유의 토지에도 걸쳐서 건물을 축조할 수 있는 데 이렇게 축조한 임차인 소유의 건물에 대해서도 지상물매수청구권이 인정될 수 있을지 인정된다면 그 범위는 어디까지 일지에 대하여 우리 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.<sup>21)</sup>

“무릇 건물 소유를 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 이 사건에서와 같이 임차인 소유건물이 임대인이 임대한 토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에는 임차지 상에 서 있는 건물 부분 중 구분 소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 매수청구가 허용된다고 봄이 상당하다. …<sup>22)</sup> 따라서 매수청구권 행사의 대상이 된 임차인 소유의 건물이 임차토지 외에 임차인 또는 제3자의 소유 토지에 걸쳐 건립되어 있다면 임차인으로서 임차지 상에 있는 건물 부분이 구분소유권의 객체이거나 아니면 객체임에 적합한 상태로 만든 후 비로소 매수청구를 할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이다.”<sup>23)</sup>

그런데 이와 같은 다수의견에 대하여 반대의견이 설득력 있게 제기되었다. 먼저 다수의견은 그 논거로 다음과 같은 내용들을 들고 있다.<sup>24)</sup>

21) 이 판결에서 대법원은 다수의견뿐만 아니라 반대의견까지 【판결요지】에 실시하고 있다.

22) 점선은 필자가 생략한 부분이다. 이하 같다.

23) 대법원 1996. 3. 21. 선고 93다42634 전원합의체 판결.

24) 이하의 논거 내용들은 대법원 1996. 3. 21. 선고 93다42634 전원합의체 판결 【전 문】중에서 【이유】 ‘2. 상고이유에 대한 판단’에 나와 있는 내용들을 정리해서 인용한 것임.

i) 비록 ‘국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치 보존’과 ‘사회적 약자인 임차인 보호’라는 입법목적 하에 지상물매수청구권을 토지임차인에게 인정하고 있지만, 이러한 입법목적을 감안하더라도 지상물을 매수한 이후에도 임대인이 지상건물과 그 대지를 자신의 의사대로 자유롭게 사용 처분할 수 없다면 임대인의 재산권 행사에 지나친 제약이 되어 극히 부당하다는 점.

ii) 계약자유의 원칙이 우리 민법의 기본원리라는 점에서 편면적 강행규정으로서 토지임차인에게 형성권으로서 지상물매수청구권을 인정하고 있는 민법 제 643조는 예외에 해당되는 것인데 예외규정은 엄격하게 해석하는 것이 법의 일반원리<sup>25)</sup>라고 할 것이므로 지상물매수청구권의 대상은 임대차 계약 목적 토지상에 설치된 지상물에 한정해야 할 것이라는 점.

iii) 지상물매수청구권이 건물 전체에 인정된다고 보게 되면 임대인으로서 건물 전체를 매수하고서도 자신의 토지 이외에 존재하는 건물 부분에 대해서는 해당 대지에 대한 정당한 사용권원이 없으므로 철거의무뿐만 아니라 손해배상 의무까지 부담하게 되는 점.

iv) 임차대지 상의 건물 부분이 구조상 및 이용상 독립성이 없어 구분소유의 객체로 될 수 없는 경우에도 이 부분에 지상물매수청구권을 미치게 한다면 임대인은 자신의 소유권을 공시할 수 있는 방법이 없을 뿐 아니라 무엇보다 물권법의 기본원칙인 일물일권주의에 반하는 점.

v) 임차지 상의 건물 부분이 구분소유의 객체로 되지 않더라도 지상물매수청구권 행사의 효력으로서, 임차지 상의 건물 부분과 나머지 부분 간의 면적비율에 따라 임대인과 임차인이 건물전체에 대해 공유관계를 형성한다고 보게 되면 임대인이 위 건물지분을 매수한 이후에도 이러한 공유관계로 인하여 관리행위는 면적비율에 따른 지분 과반수로, 처분행위는 공유자 전원의 동의를 얻어야

25) 정재길 외, 법과생활, 도서출판 오래, 2010, 24면 참조.

하는 등 기묘한 법률관계를 형성하게 될 뿐 아니라, 여기의 처분행위에는 사실 행위도 포함되므로 임대인은 임차지 상에 있는 건물 부분마저도 임의로 철거할 수 없게 되어 자신 소유의 토지에 대한 자유로운 소유권행사가 불가능하게 되는 점.

이러한 다수의견에 대하여 반대의견은 다음과 같이 주장한다. “① 임차인 병이 임대인 갑의 토지와 자기 토지에 걸쳐 있는 1개의 건물을 소유하고 있는데 갑과 병과의 임대차관계가 소멸할 경우와, ② 임차인 병이 갑과 을의 토지를 임차하여 그 양 토지 상에 1개의 건물을 소유하고 있는데 갑과의 임대차관계가 먼저 소멸한 경우의 두 가지 경우에 있어서, 갑 토지 위에 존재하는 건물 부분 중에 구분소유권의 객체가 될 수 있을 정도의 구조상, 이용상의 독립성이 인정되지 않는 부분이 있다면, 병으로서의 갑의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 을<sup>26)</sup> 또는 병의 토지 위의 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 하거나 그 1개의 전유부분의 공유지분에 대한 매수청구를 하여야 하고, 그 매수청구로 구분소유권의 객체가 될 수 있는 위 1개의 전유부분은 갑과 병의 공유로 되고 그 지분은 갑과 병, 또는 갑과 을의 토지 위에 존재하는 건물 부분의 가격비율로 결정되며, 위 ②의 경우에 있어서는 나중에 을과 병과의 임대차관계가 소멸하게 되면 병은 을에게 자기의 지분에 대한 매수청구권을 행사하게 될 것이므로, 그 때에는 공유자가 갑과 병에서 갑과 을로 바뀌게 된다.”

반대의견이 논거로 들고 있는 내용들은 다음과 같다.<sup>27)</sup>

i) 다수의견은 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 부분만이 매수청구권의 대상으로 될 수 있다는 것을 절대적인 명제로 삼아 민법 제643조의 매수청구권

26) 대법원 종합법률정보 사이트(<http://glaw.scourt.go.kr>)에 게시되어 있는 대법원 1996. 3. 21. 선고 93다42634 전원합의체 판결 원문에는 ‘갑’으로 기재되어 있으나 이는 ‘을’의 오프로 판단되어 수정해서 적음.

27) 이하의 논거 내용들은 대법원 1996. 3. 21. 선고 93다42634 전원합의체 판결 【전 문】중에서 【이유】 ‘3. 대법관 김석수, 대법관 이용훈, 대법관 이임수의 반대의견은 다음과 같다.’에 나와 있는 내용들을 정리해서 인용한 것임.

제도를 둔 입법목적, 즉 임대인의 갱신거절권이 제한되지 않는 법제에서는 임차권의 존속을 간접적으로 강제하는 등 ‘사회적 약자인 임차인 보호’ 및 ‘국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치 보존’이라는 입법목적에 반하는 부당한 결과까지 용인하고 있다는 점.

ii) 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 나머지 부분의 철거 여부와 무관하게 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다는 다수의견에 따르면 만약 그 철거되는 부분이 1동의 건물의 중간에 위치하여 있을 경우에는 그 임차인 소유의 1동의 건물 전체가 그 기능이 마비되거나 안전이 위태롭게 되는 등 심히 부당한 결과가 야기된다는 점.

iii) 임차지 상에 있는 건물 부분을 구분소유권의 객체가 되기에 적합한 상태로 건물을 개조한 후에 임차인이 지상물매수청구권을 행사하는 것이 상당하다는 다수의견은 이러한 개조로 건물의 효용가치가 현저하게 떨어지거나 무가치하게 되는 경우도 허다하다는 점, 건물의 안전문제 때문에 개조 자체가 불가능한 경우도 상당하다는 점을 고려하지 않은 것이며, 설령 개조하더라도 그 개조된 부분이 법원으로부터 구분소유권의 객체로 인정받을지 여부는 불분명한 것이므로 임차인의 법적 안정성을 해한다는 점.

iv) 지상물매수청구권 제도 자체가 사회적 약자인 임차인 보호와 국민경제적인 이익을 위하여 어느 정도 임대인의 희생을 전제로 하는 제도라는 점, 지상시설의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차의 임대인은 이러한 지상시설로 인한 자신의 토지소유권의 제약을 어느 정도 각오하고 토지를 임대하는 것이 보통일 것이라는 점, 외국입법례가 지상물의 소유를 목적으로 하는 임차인을 보호하기 위해 해당 임대차계약의 갱신을 되도록 강제하는 방향으로 나가는 추세에 있는 점, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제7조(구분소유권 매도청구권) 및 제8조(대지공유자의 분할청구 금지)를 통하여 각각 건물의 일부를 철거함으로써 발생할 수 있는 불합리한 결과를 방지하며 토지소유권의 행사에 제한을 가하고

있는 점 등.

우선 민법 제643조 및 제283조의 문리해석만으로는 임차지 상에 서 있는 건물 부분 중 구분 소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 지상물매수청구권이 인정된다는 의미인지, 임차지 상에 서 있는 건물 부분을 포함하는 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대해 지상물매수청구권을 행사할 수 있다는 의미인지, 아니면 구분소유권의 객체가 되는 전유부분이 없다면 1동의 건물 전체에 대해서도 지상물매수청구권이 인정된다는 의미인지 명확히 알 수 없다.

따라서 다음으로 논리-체계적 해석을 하여 보면, 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 나머지 부분의 철거 여부와 무관하게 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다는 다수의견에 따르게 되면 임차인이 지상물매수청구권을 행사함으로써 임대인의 의사와 상관없이 임대인은 지상물의 소유권을 취득하였지만 임대인 소유 이외의 토지위에 있는 부분에 대해서는 정당한 사용권원이 없으므로 철거의무뿐만 아니라 손해배상의무까지 부담하게 된다. 그리고 이는 분명 임대인의 재산권을 침해하는 것이다.

1개의 구분소유권의 객체가 되기 위해서는 구조상 독립성, 이용상 독립성 등이 성립요건으로 요구되며, 구조상 독립성이 인정되기 위해서는 해당 건물부분이 격벽(전유부분과 전유부분, 또는 전유부분과 공용부분을 구분해 주는 벽)과 바닥, 천정에 의해서 구분되어 있을 것이 필요하다.<sup>28)</sup> 그런데 격벽은 그 기능에 따라 내력벽(상부하중을 지탱하기 위한 벽)과 비내력벽(단순히 공간을 구분하기 위한 벽)으로 구분할 수 있는데,<sup>29)</sup> 타인 소유의 토지위에 축조되어 있는 건물 부분에 내력벽이 포함되어 있다면 이 경우 해당 건물부분의 철거는 건물의 안전에 심각한 영향을 줄 수 있으므로 해당 토지 소유자의 소유권에 기한 물권적 방해제거청구권 행사는 사회의 내재적 한계를 일탈한 것이다. 그리고 권리남용이 되기 위한 요건과 관련하여 통설은 이러한 사회의 내재적 한계 일탈이라는 객관적 요건만 갖추면 된다고 보며, 주류적 판례의 태도는 가해의사라는 주관적

28) 김영두, 집합건물법연구, 진원사, 2008, 29, 31, 68면.

29) 김영두, 앞의 책, 69면.

요건이 필요하지만 객관적 요건을 갖추면 주관적 요건은 추정된다고 보므로 타인 소유의 토지위에 축조되어 있는 건물부분에 내력벽이 포함되어 있는 경우 해당 토지 소유자의 물권적 청구권 행사는 권리남용이 될 가능성이 커 보인다.<sup>30)</sup> 따라서 임대인 소유 이외의 토지에 있는 건물 부분의 철거 청구에 대해 임대인은 권리남용금지의 항변권의 행사로 청구권의 효력을 저지시켜 철거할 의무를 부담하지는 않아도 될 것이다. 물론 이 경우 지상물 소유권자로서 임대인은 불법행위에 기한 손해배상의무나 부당이득반환의무는 부담하게 되지만 이는 왜곡된 경제적 이해관계를 바로잡는 제도에 불과한 것으로 이러한 의무를 부담한다고 해서 임대인의 재산권에 대한 본질적 침해나 과잉침해가 되지는 않는다고 보여 진다.<sup>31)</sup>

또한 논리-체계적 해석은 해당 법률규정이 놓여있는 법체계 전체에 비추어서 해석하는 방법이므로 다른 민법조문들과 연관 지어 유기적으로 해석할 것을 요구한다. 또한 해당 건물이 집합건물이라면 민법의 특별법으로서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」이 우선 적용되어야 할 것이다.

우리 민법은 “하나의 물건 위에는 내용상 양립할 수 없는 물권은 하나만 성립할 수 있다”는 일물일권주의를 원칙으로 하고 있는데,<sup>32)</sup> 임대인 소유의 토지위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 나머지 부분의 철거 여부와 무관하게 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다는 다수의 견이나 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중에 구분소유권의 객체

30) 김준호, 민법강의, 법문사, 2017, 54-55면 참조.

31) 헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정에 따르면 기본권 제한이 과잉금지의 원칙에 포섭되기 위해서는 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 이라는 4가지 요소를 모두 갖추어야 하는데 구체적인 판시내용은 다음과 같다. “국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그 치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다.”

32) 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2017, 460면.

가 될 수 있을 정도의 구조상, 이용상의 독립성이 인정되지 않는 부분이 있다면, 임차인으로서의 임대인 소유의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 하거나 그 1개의 전유부분의 공유지분에 대한 매수청구를 하여야 한다는 반대의견 모두 일물일권주의 원칙에 반하지 않는다. 그리고 우리 민법은 계약자유 원칙을 기본원리로 채택하고 있다는 점에서 편면적 강행규정으로서 토지임차인에게 형성권으로서 지상물매수청구권을 인정하고 있는 민법 제643조는 예외규정에 해당되는 것이므로 엄격하게 해석되어야 할 것인데, 이런 맥락에 비추어 보면 다수의견이 보다 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면 다수의견은 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다고 하는 반면, 반대의견은 임차인으로서의 임대인 소유의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 자신 또는 제3자의 토지위의 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 할 수 있도록 함으로써 확대해석하고 있기 때문이다.

다음으로 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」을 살펴보면, 동법 제7조는 “대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자가 있을 때에는 그 전유부분의 철거를 청구할 권리를 가진 자는 그 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가(時價)로 매도할 것을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 어떤 구분소유자가 대지사용권을 가지고 있지 않다면 대지소유자는 그 구분소유자의 전유부분에 대해 철거를 청구할 수 있는데 이러한 철거 청구를 그대로 인정하게 되면 사회경제적으로 낭비가 되며 다른 구분소유자들에게도 상당한 피해를 줄 수 있다. 따라서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」은 이러한 문제가 발생하는 것을 막기 위해 제7조에서 대지사용권이 없는 구분소유권의 매도를 청구할 수 있는 권리를 대지소유자에게 주고 있는 것이다. 물론 매도청구권을 행사할 수 있다고 해도 철거청구권이 소멸되는 것은 아니므로 철거청구권을 행사할 수는 있지만 이 경우 철거청구권을 행사하는 것은 권리남용에 해당될 수 있으므로 사실상 철거청

구권의 행사는 제한될 것이다.<sup>33)</sup> 또한 동법 제8조는 “대지 위에 구분소유권의 목적인 건물이 속하는 1동의 건물이 있을 때에는 그 대지의 공유자는 그 건물 사용에 필요한 범위의 대지에 대하여는 분할을 청구하지 못한다.”고 규정하고 있는데 이는 공유자는 원칙적으로 공유물의 분할을 청구할 수 있다는 민법 제 268조에 대한 예외로서 구분소유자의 공유인 대지의 분할을 금지하고 있는 것이다. 만약 구분소유자들에게 공유인 대지에 대하여 민법 제268조처럼 원칙적으로 분할을 청구할 수 있도록 한다면 집합건물의 대지사용관계는 파탄에 이르게 되므로 집합건물의 공동생활관계 보호 등을 위해 대지공유자인 구분소유자의 공유물 분할 청구를 금지하고 있는 것이다. 동법 제20조에 따르면 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분 구분소유권의 종된권리로 일체를 이루고 구분소유자는 자신의 전유부분과 분리하여 자신의 대지사용권을 처분할 수 없도록 하고 있는데 이 역시 집합건물의 대지사용관계가 파탄에 이르는 것을 막아서 집합건물의 공동생활관계를 보호하기 위한 규정이다.<sup>34)</sup>

다수의견에 따르면 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 지상물매수청구권의 대상이 되며 그렇지 않은 부분에 대해서는 토지소유자인 임대인은 물권적 청구권으로서 철거 청구권을 행사할 수 있게 되는데, 해당 건물이 집합건물(전유부분으로 이루어져 있는 1동의 건물)<sup>35)</sup>이라면 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」이 적용될 것인데 비록 이 경우 동법상 명시적인 규정은 없지만, 이러한 철거 청구를 그대로 인정하게 되면 이상에서 살펴본 바와 같은 동법의 사회경제적인 낭비를 막고 다른 구분소유자들에게도 줄 수 있는 피해를 줄이며 집합건물의 공동생활관계를 보호하고자 하는 취지에 반하게 된다. 그러나 반대의견이 주장하는 바와 같이 철거로 말미암아 임차인 소유의 1동의 건물 전체가 그 기능이 마비되거나 안전이 위태롭게 되는 등 심히 부당한 결과가 야기된다면 이러한 철거 청구는 권리남용에 해당될 가능성이 커서 인용되지 않을 가능성이 높다. 여하튼 「집합

33) 김영두, 앞의 책, 196-197면.

34) 김남근, “집합건물의 성립·분양·관리상 법적 쟁점에 관한 연구- 집합건물의 선분양제도와 권리법제의 이원화의 문제점-”, 고려대 박사학위논문, 2013, 64면.

35) 김영두, 앞의 책, 24면.

건물의 소유 및 관리에 관한 법률」상의 논리-체계적 해석에 따르면 반대의견이 보다 타당한 것처럼 여겨진다.

따라서 결국 논리-체계적 해석으로는 다수의견과 반대의견 중 보다 타당한 해석을 판단하는 것이 용이하지 않다.

마지막으로 목적론적 해석을 하여 보면, 민법 제643조 지상물매수청구권의 객관적 입법목적인 i) 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것과 ii) 사회적 약자인 임차인을 보호하기 위한 것을 차례대로 살펴보자. 먼저 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것과 관련해서는 가능한 한 철거가능성이 낮아야 할 것이다. 다수의견에 따르면 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 지상물매수청구권의 대상이 되며 그렇지 않은 부분에 대해서는 토지소유자인 임대인은 물권적 청구권으로서 철거 청구권을 행사할 수 있게 되는데, 이때 철거로 말미암아 임차인 소유의 1동의 건물 전체가 그 기능이 마비되거나 안전이 위태롭게 되는 등 심히 부당한 결과가 야기된다면 이러한 철거 청구는 권리남용에 해당될 가능성이 커서 인용되지 않을 가능성이 높지만 그렇지 않으면 철거 청구는 인용될 것이다. 반면 반대의견에 따르면 임차인으로서 임대인 소유의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 자신 또는 제3자의 토지위의 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 하거나 그 1개의 전유부분의 공유지분에 대한 매수청구를 할 수 있도록 함으로써 건물 등 지상물이 철거될 가능성은 없게 된다. 그리고 다수의견처럼 아무런 대가도 지급받지 못한 채 철거되는 것보다 아예 철거되지 않는 것이 보다 임차인을 보호하는 것임은 자명하다. 따라서 목적론적 해석에 따르게 되면 반대의견이 보다 지상물매수청구권의 입법목적에 부합하는 것이다.

이상의 분석을 통해 볼 때 임차인 소유의 지상물이 임차지 외에 자신 또는 제3자의 토지에도 걸쳐서 축조되어 있는 경우 지상물매수청구권 인정과 관련하여 판례의 다수의견은 법률해석권의 범위를 일탈한 것으로 생각된다.

#### 4. 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우

우리 판례는 “건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임차인의 건물매수청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 임차권 소멸 당시의 토지소유자인 임대인이고, 임대인이 임차권 소멸 당시에 이미 토지소유권을 상실한 경우에는 그에게 지상건물의 매수청구권을 행사할 수는 없으며, 이는 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분하였다 하여 달라지는 것은 아니다.”<sup>36)</sup>고 판시하고 있다. 이러한 판례의 태도에 대해 분석해 보면, 우선 민법 제643조 및 제283조의 문리 해석을 통해서 지상물매수청구권 행사의 상대방은 일단은 임대차기간 만료 당시의 토지임대인이어야만 한다는 것을 알 수 있다. 그런데 문리해석만으로는 이상의 판례태도처럼 임차권 소멸 당시의 임대인 중에서 원칙적으로 토지소유자이어야만 하며 임대차계약 종료 전에 임의로 해당 토지를 처분한 경우에도 토지소유자가 아니어서 지상물매수청구권 행사의 상대방이 될 수 없는 지 여부는 판단할 수 없다.

다음으로 논리-체계적 해석을 살펴보면, 이미 토지소유권을 상실한 임대인에 대해서도 임차인이 지상물매수청구권을 행사할 수 있도록 하는 것은 원칙적으로 임대인의 경제적 자유권적 기본권으로서 재산권에 대한 과잉침해가 될 것으로 보인다. 토지소유권을 임대인은 이미 상실했기 때문에 설사 그러한 임대인에 대해서조차도 임차인이 지상물매수청구권을 행사할 수 있게 하면 임대인은 매매대금을 지급하고 취득했음에도 해당 지상물이 결국 타인 소유의 토지위에 있게 돼서 토지소유권자가 물권적 청구권을 행사하게 되면 지상물마저 철거가 될 수 있기 때문이다.<sup>37)</sup>

따라서 문리해석과 논리-체계적 해석으로서 헌법합치적 해석에 따르면 임차인의 지상물매수청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 임대차기간 만료 당시의 토지임대인 중에서 토지소유권자라야만 한다는 것이다. 그런데 해당 토지의 소유권자이자 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에도

36) 대법원 1994. 7. 29. 선고 93다59717,93다59724 판결.

37) 서정원, “토지 임대차에서 임차인의 지상물매수청구권의 상대방”, 대법원판례해설 제111호, 법원도서관, 2017, 119면.

더 이상 토지소유권자가 아니므로 지상물매수청구권 행사의 상대방이 될 수 없다는 위 판례의 태도는 보다 세밀한 분석이 필요하다고 할 것이다.

만약 임대인이 토지임대차 계약이 종료되기 전에 해당 토지를 처분한 경우 임차인이 민법 제621조에 따라 토지임차권 자체를 등기해 놓고 있거나 제622조에 따라 그 지상건물을 등기한 때에는 대항력을 갖추게 되므로 토지임차권을 가지고 새로운 토지소유자에게도 대항할 수 있게 된다. 이때 대항할 수 있다는 의미, 즉 민법 제621조 제2항과 제622조 제1항의 ‘제3자에 대하여 효력이 생긴다’는 문언의 구체적 의미에 대하여 민법에는 명문규정이 없지만 민법의 특별법으로서 「주택임대차보호법」 제3조 제4항은 “임차주택의 양수인(讓受人)(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인(賃貸人)의 지위를 승계한 것으로 본다.”고 규정하고 있으므로 이를 통해 유추해 보면, 새로운 토지소유자는 임대인의 지위를 승계한 자가 되어 대항력을 갖춘 토지 임차인은 새로운 토지소유자에게도 지상물매수청구권을 행사할 수 있게 된다.

그러나 토지임차인이 대항력을 갖추지 못하였다면 토지소유자가 바뀔으로써 임대차계약이 종료되기 전에도 토지임차인은 아무런 사용권원 없이 타인의 토지를 무단히 점유하고 있는 것이 되어 지상건물을 철거해야만 하게 된다. 그런데 토지임차인은 종전의 토지소유자인 토지임대인에게 임대차계약상 채무 즉 임대차계약 기간 동안 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 의무를 불이행 한 것에 대하여 민법 제390조 채무불이행에 따른 손해배상청구권을 행사할 수는 있을 것이다. 그리고 여기의 손해배상범위는 제393조에 규정되어 있는데 통설과 원칙적인 판례의 태도인 상당인과관계설에 따라 제393조를 해석해 보면, “제1항의 통상손해는 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해를 말하고, 제2항의 특별한 사정으로 인한 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해”<sup>38)</sup>를 말하며, 통상손해는 이처럼 상당인과관계가 판단기준이 되지만 특별손해는 상당인과관계는 문제되지 않으며 채무자의 예견가능성만이 판단기준이 된다. 그리고 채무자의 예견가능성에

38) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다24842 판결.

대한 입증책임은 채권자가 부담한다.<sup>39)</sup> 그런데 채무자의 예견가능성 유무를 판단하는 기준시점과 관련하여 판례는 채무의 이행기를 기준으로 하지만,<sup>40)</sup> 이는 채무불이행의 유형별 특수성을 살리지 못하는 것으로서 채무불이행 유형별로 이행지체의 경우는 이행기, 이행불능의 경우는 불능시, 불완전이행의 경우는 불완전이행을 한 때로 보는 것이 보다 타당할 것이다.<sup>41)</sup>

토지임차인이 대항력을 갖추지 못함으로써 입게 되는 자신 소유의 지상물의 철거라는 손해는 임대인이 부담하는 임대차계약 기간 동안 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 채무의 불이행 자체와 사회일반의 거래관념 등에 비추어 통상적으로 연관성이 있는 손해라고 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면 건물을 매수하든 아니면 신축하든 어떠한 경우에도 등기를 해야만 하기 때문이다. 매수하는 경우에는 민법 제186조에 따라 등기를 해야만 소유권을 취득하기 때문이며, 신축하는 경우에는 물론 등기 없이도 소유권을 취득하고 민법 제187조에 따라 등기를 하지 않으면 다만 처분하지 못할 뿐이지만 토지임차인으로서의 이때 지상 건물의 등기는 등기 하지 않으면 건물이 철거될 수도 있는 토지임차권의 대항력을 갖추는 문제이기도 하여 대항력은 당연히 우선적으로 갖추려고 할 것이기 때문에 토지임차인의 경우 건물을 신축하는 경우 즉시 등기하는 것이 일반적이라 할 것이기 때문이다.

따라서 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분하여 지상물 철거라는 손해를 토지임차인이 입은 경우 이러한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 이행불능 시에 즉 임대인이 토지를 임의로 처분하여 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 자신의 채무를 이행불능으로 만든 시점에 특별한 사정 즉 임차인이 지상 건물에 대한 등기를 경료하지 않은 상태임을 알았거나 알 수 있었음을 임차인은 증명하여 지상 건물의 통상가격 즉 일반거래상 인정되는 교환가치에 대해서도 배상받을 수 있다.<sup>42)</sup> 사실 부동산을

39) 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2013, 120-122면.

40) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1532 판결은 “민법 제393조 제2항 소정의 특별사정으로 인한 손해배상에 있어서 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었는지의 여부를 가리는 시기는 계약체결당시가 아니라 채무의 이행기까지를 기준으로 판단하여야 한다.”라고 판시하고 있다.

41) 송덕수, 앞의 책, 1005면.

사고팔면서 해당 등기부를 열람하지 않는 경우는 거의 없다고 할 것인데 어떤 사람이 자신이 매수하려고 하는 토지 위에 건물이 있는 경우라면 당연히 건물 등기부도 열람할 것이고 등기사항에 대해서 임대인에게 고지하는 것이 보통이다. 그렇다면 특별한 사정에 대한 채무자인 임대인의 예견가능성을 입증하는 것은 그리 어려운 일이 아닐 것이다.

결국 토지 임대인은 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에는 임차인 소유의 지상 건물이 철거되는 경우 그 손해에 대해서도 배상책임을 부담하게 될 것이다. 그렇다면 지상 건물의 통상가격은 토지 매매 시 그 매매가격에 반영되어 있을 것이다. 즉 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하지 않고자 하면 종전 토지 소유자가 부담하게 될 지상 건물의 통상가격 만큼의 손해배상액이 토지 매매대금에 포함되어 있을 것이고, 그렇지 않고 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하는 경우에는 토지 매매대금에 이러한 손해배상액은 포함되어 있지 않을 것이다. 따라서 해당 토지의 매매대금을 통해 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하고 있는 지 여부를, 즉 계약인수 여부를 추정할 수 있을 것이다.

계약인수에 관해서 우리 민법 상 명문의 규정은 없다. 계약인수의 법적 성질에 대해서 분해설, 통일설의 학설대립만 있을 뿐이다. 분해설은 계약관계는 개별적인 채권 및 채무로 완전히 분해 가능하므로 ‘채권양도+채무인수=계약인수’로 볼 수 있고 따라서 채권양도 및 채무인수로 계약인수 관련 문제들은 해결 가능하므로 별도의 계약인수 입법은 불필요하다는 것이다. 한편 통일설에 따르면, 계약관계는 그러한 관계로부터 발생하는 형성권 등을 포함하는 하나의 유기체인 것이지 개별적인 채권 및 채무의 단순한 총합(總合)이 아니다. 따라서 ‘채권양도+채무인수=계약인수’로 볼 수 없다. 그러므로 채권양도 및 채무인수만으로 계약인수 관련 문제들을 해결하는 것은 불가능하므로 별도의 하나의 통일적 과정으로서 계약이 필요한데 그것이 계약인수라는 것이다. 그리고 이를 통해 계약 당사자 지위가 포괄적으로 이전된다는 것이다.<sup>43)</sup>

42) 송덕수, 앞의 책, 1006면.

43) 이상의 분해설과 통일설의 태도에 대한 설명은 김서기, “분양권 명의신탁약정을 통한 계약인수 고찰-대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다202932 판결의 검토-”, 집합건물법학 제23집,

통일설이 통설의 태도이다. 하지만 계약인수를 채권양도 및 채무인수와는 전혀 별개인 독자적인 법률행위 유형으로 파악한다면 규율상의 공백이 생겼을 때 민법규정을 유추적용 할 수도 없게 되어 이는 문제이다. 계약관계의 주된 구성 부분이 채권관계 및 채무관계라는 점에서 계약인수는 비록 채권양도 및 채무인수와는 별개의 독자적인 법률행위 유형이긴 하지만 그렇다고 완전히 별개인 것은 아니고 ‘계약 당사자 지위의 포괄적 이전’이라는 그 계약인수 약정 자체의 고유한 목적을 훼손하지 않는 범위 내에서 채권양도 및 채무인수의 개성을 드러내는 별개의 법률행위 유형으로 파악해야 할 것이다.<sup>44)</sup>

그렇다면 해당 토지의 소유권자이자 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에 토지 매매대금에 지상 건물의 통상가격 만큼의 손해 배상액이 포함되어 있지 않다면 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하는 것으로 추정할 수 있으므로 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 채무를 새로운 토지 소유권자가 인수하는 것으로 추정된다. 그런데 이처럼 채무자와 인수인간의 채무인수 계약은 우리 민법 제454조 제1항에 따라 채권자의 승낙이 필요한데 임차인 입장에서는 자신 소유의 지상 건물이 철거되는 것을 일반적으로 원치 않을 것이므로 채권자인 임차인의 묵시적인 승낙의 의사표시가 있는 것으로 추정된다.

그리고 목적론적 해석에 따를 때도, 이렇게 해석하는 것이 “국민경제적 관점에서 지상 건물의 잔존 가치를 보존하고 토지 소유자의 배타적 소유권 행사로부터 임차인을 보호하기 위한 것”<sup>45)</sup>이라는 지상물매수청구권의 입법목적에도 부합하는 것이다. 그렇다면 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에 일률적으로 임대인은 더 이상 토지소유권자가 아니므로 지상물 매수청구권 행사의 상대방이 될 수 없다는 판례의 태도는 재고를 요한다고 할 것이다.

한국집합건물법학회, 2017, 26-27면; 서민, “계약인수”, 후암곽윤직교수화갑기념 민법학논총, 후암곽윤직교수화갑기념논문집 편찬위원회, 1985, 403-405면; 이준현, “계약인수와 임차권의 양도”, 저스티스 통권 제89호, 한국법학원, 2006, 8-10면 참조.

44) 김서기, 앞의 논문(“분양권 명의신탁약정을 통한 계약인수 고찰-대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다202932 판결의 검토-”), 27면; 서민, 앞의 논문, 413면; 이호형, “채권의 (가)압류와 계약인수-계약인수와 주입법 제3조 4항과의 비교를 중심으로-”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 319면; 이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 658면 참조.

45) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다72449, 72456 판결.

### Ⅲ. 정리

이상에서는 토지 임차인이 행사하는 지상물매수청구권이 인정되기 위한 요건 및 그 행사효과와 관련하여 임대인의 동의없이 임대차 기간 중에 축조된 지상물의 경우, 지상물이 임차지 이외의 토지에 걸쳐서 건립되어 있는 경우, 그리고 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에 관한 판례의 태도를 법해석 방법에 관한 전통적인 견해 및 전형적인 판례태도에 입각하여 문리해석, 논리-체계적 해석, 목적론적 해석 순으로 구체적으로 분석해 보았다.

1) 임대인의 동의없이 임대차 기간 중에 축조한 지상물에 대해서도 임차인은 지상물매수청구권을 행사할 수 있다는 판례의 태도는 타당한 것이다. 논리-체계적 해석으로서 헌법합치적 해석을 하여 보면, 임대인의 동의를 얻지 않고 임대차기간 중에 건립한 건물이라 하더라도 토지임차인에게 지상물매수청구권을 인정해 주게 되면 임차인의 일방적 지상물매수청구권 행사를 통해 지상물에 대한 매매계약이 임대인과 임차인 사이에 성립하게 되므로 토지소유자인 임대인 입장에서는 자신의 토지소유권의 사용권능이 제한되게 된다. 즉 토지재산권이라는 기본권의 제한이 있게 된다.

따라서 기본권 제한사유로서 ‘공공복리’가 필요한데 토지재산권의 경우 공급의 한정성, 재화생산의 본원적 기초로서의 성질 등으로 말미암아 우리 헌법은 다른 일반 사적 재산권에 비해 가중된 공적 제약을 부과하고 있으므로 토지재산권을 제한하는 사유로서 ‘공공복리’는 보다 폭 넓게 인정될 수 있을 것이다. ‘공공복리’라 함은 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익을 말한다고 보아야 할 것인데, 지상물매수청구권은 임차인 보호를 강조하고 있기는 하지만 뿐만 아니라 국민경제적 관점에서 지상 건물의 잔존 가치 보존이라는 목적도 가지고 있고, 토지재산권의 경우 제한사유로서 공공복리는 보다 폭 넓게 인정될 수 있으므로 국민경제적 관점에서 지상 건물의 잔존 가치 보존이라는 목적을 통해 또 다른 사회구성원인 임대인도 보호된다고 할 수 있는 것으로 해석될 수 있으므로 임대인의 동의없이 임대차 기간 중에 축조한 지

상물에 대해서도 임차인에게 지상물매수청구권을 행사할 수 있도록 해 줌으로써 임대인의 기본권인 토지 재산권에 제한은 헌법상 가능하다고 할 것이다.

하지만 토지 재산권 역시 다른 기본권과 마찬가지로 제한하는 경우에 과잉침해금지의 원칙, 본질적 내용 침해 금지의 원칙이 적용된다. 임대인의 동의없이 토지의 임대차목적에 반하여 임대차계약 기간 중에 건축된 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 건물인 경우 등에 있어서까지도 임차인에게 지상물매수청구권을 인정하게 되면 이는 임대인의 토지재산권을 본질적으로 침해하는 것이다. 임대인의 동의없이 토지의 임대차목적에 반하여 임대차계약 기간 중에 건축된 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 건물에 대해서조차 지상물매수청구권을 인정하게 되면 토지소유권자인 임대인은 고가의 매매대금을 지급하고 구매한 것이므로 철거할 수도 없는 상황이므로 자신의 의사에 기한 토지 사용이 전면적으로 봉쇄되어 버리기 때문이다.

마지막으로 목적론적 해석을 하여 보면, 임대인의 동의없이 토지의 임대차목적에 반하여 임대차계약 기간 중에 건축된 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 건물인 경우 등 임대인의 토지 재산권에 대한 본질적 침해인 경우가 아니라면, 비록 임대인의 동의없이 임대차 기간 중에 축조한 지상물일지라도 임차인에게 지상물매수청구권을 인정해 주는 것이 민법 제643조 지상물매수청구권의 객관적 입법목적인 i) 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것과 ii) 사회적 약자인 임차인을 보호하기 위한 것에 부합하는 것이다.

2) 이상에서 살펴본 바와 같이 임대인의 동의를 얻지 않고 임차인이 임대차 기간 중에 축조한 건물이라 할지라도 임차인은 지상물매수청구권을 행사할 수 있는데, 이 경우 임대인 소유의 토지뿐만 아니라 제3자 또는 임차인 소유의 토지에도 걸쳐서 건물을 축조할 수 있는 데 이렇게 축조한 임차인 소유의 건물에 대해서도 지상물매수청구권이 인정될 수 있을지 인정된다면 그 범위는 어디까지 일지에 대하여 우리 대법원은 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 나머지 부분의 철거 여부와 무관하게 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다는 다수의견과 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중에 구분소유권의 객체가 될 수 있을 정도의 구조상,

이용상의 독립성이 인정되지 않는 부분이 있다면, 임차인으로서의 임대인 소유의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 하거나 그 1개의 전유부분의 공유지분에 대한 매수청구를 하여야 한다는 반대의견을 【판결요지】에 모두 설시하고 있다.

논리-체계적 해석을 하여 보면, 우리 민법은 계약자유 원칙을 기본원리로 채택하고 있다는 점에서 편면적 강행규정으로서 토지임차인에게 형성권으로서 지상물매수청구권을 인정하고 있는 민법 제643조는 예외규정에 해당되는 것이므로 엄격하게 해석되어야 할 것인데, 이런 맥락에 비추어 보면 다수의견이 보다 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면 다수의견은 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다고 하는 반면, 반대의견은 임차인으로서의 임대인 소유의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 자신 또는 제3자의 토지위의 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 할 수 있도록 함으로써 확대해석하고 있기 때문이다. 반면, 집합건물에 관한 민법의 특별법인 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」상의 논리-체계적 해석에 따르면 반대의견이 보다 타당한 것처럼 여겨진다. 다수의견에 따르면 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 지상물매수청구권의 대상이 되며 그렇지 않은 부분에 대해서는 토지소유자인 임대인은 물권적 청구권으로서 철거청구권을 행사할 수 있게 되는데, 해당 건물이 집합건물이라면 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」이 적용될 것인데 비록 이 경우 동법상 명시적인 규정은 없지만, 이러한 철거 청구를 그대로 인정하게 되면 사회경제적인 낭비를 막고 다른 구분소유자들에게도 줄 수 있는 피해를 줄이며 집합건물의 공동생활관계를 보호하고자 하는 취지의 제7조(구분소유권 매도청구권), 제8조(대지공유자의 분할청구 금지), 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성) 등에 반하게 된다.

따라서 결국 논리-체계적 해석으로는 다수의견과 반대의견 중 보다 타당한

해석을 판단하는 것이 용이하지 않다.

마지막으로 목적론적 해석을 하여 보면, 먼저 국민경제적인 관점에서 건물 등 지상물의 가치를 보존하는 것과 관련해서는 가능한 한 철거가능성이 낮아야 할 것이다. 다수의견에 따르면 임대인 소유의 토지 위에 존재하는 건물 부분 중 구분소유권의 객체가 될 수 있는 부분만이 지상물매수청구권의 대상이 되며 그렇지 않은 부분에 대해서는 토지소유자인 임대인은 물권적 청구권으로서 철거 청구권을 행사할 수 있게 되는데, 이때 철거로 말미암아 임차인 소유의 1동의 건물 전체가 그 기능이 마비되거나 안전이 위태롭게 되는 등 심히 부당한 결과가 야기된다면 이러한 철거 청구는 권리남용에 해당될 가능성이 커서 인용되지 않을 가능성이 높지만 그렇지 않으면 철거 청구는 인용될 것이다. 반면 반대의견에 따르면 임차인으로서 임대인 소유의 토지 위의 구조상, 이용상의 독립성이 없는 건물의 일부분만에 대하여 매수청구권을 행사하지 않고 그 부분과 불가분의 일체를 이루는 자신 또는 제3자의 토지위의 나머지 일부분을 포함하여 구분소유권의 객체가 될 수 있는 1개의 전유부분 전부에 대한 매수청구를 하거나 그 1개의 전유부분의 공유지분에 대한 매수청구를 할 수 있도록 함으로써 건물 등 지상물이 철거될 가능성은 없게 된다. 다음으로 다수의견처럼 아무런 대가도 지급받지 못한 채 철거되는 것보다 아예 철거되지 않는 것이 보다 임차인을 보호하는 것임은 자명하다. 따라서 목적론적 해석에 따르면 반대의견이 보다 지상물매수청구권의 입법목적에 부합하는 것이다.

이상의 분석을 통해 볼 때 임차인 소유의 지상물이 임차지 외에 자신 또는 제3자의 토지에도 걸쳐서 축조되어 있는 경우 지상물매수청구권 인정과 관련해서는 다수의견보다는 반대의견이 보다 타당한 것처럼 여겨진다.

3) 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에 일률적으로 임대인은 더 이상 토지소유권자가 아니므로 지상물 매수청구권 행사의 상대방이 될 수 없다는 판례의 태도는 재고를 요한다고 할 것이다. 우선 민법 제 643조 및 제283조의 문리해석을 통해서 지상물매수청구권 행사의 상대방은 일단은 임대차기간 만료 당시의 토지임대인이어야만 한다는 것을 알 수 있다. 다음으로 논리-체계적 해석으로서 헌법합치적 해석을 하여 보면, 이미 토지소유

권을 상실한 임대인에 대해서도 임차인이 지상물매수청구권을 행사할 수 있도록 하는 것은 원칙적으로 임대인의 경제적 자유권적 기본권으로서 재산권에 대한 과잉침해가 될 것으로 보인다. 토지소유권을 임대인은 이미 상실했기 때문에 설사 그러한 임대인에 대해서조차도 임차인이 지상물매수청구권을 행사할 수 있게 하면 임대인은 매매대금을 지급하고 취득했음에도 해당 지상물이 결국 타인 소유의 토지위에 있게 돼서 토지소유권자가 물권적 청구권을 행사하게 되면 지상물마저 철거가 될 수 있기 때문이다.

따라서 문리해석과 논리-체계적 해석으로서 헌법합치적 해석에 따르면 임차인의 지상물매수청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 임대차기간 만료 당시의 토지임대인 중에서 토지소유권자라야만 한다.

토지임차인이 대항력을 갖추지 못하였다면 토지소유자가 바뀔으로써 임대차계약이 종료되기 전에도 토지임차인은 아무런 사용권원 없이 타인의 토지를 무단히 점유하고 있는 것이 되어 지상건물을 철거해야만 하게 된다. 그런데 토지임차인은 종전의 토지소유자인 토지임대인에게 임대차계약상 채무 즉 임대차계약 기간 동안 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 의무를 불이행 한 것에 대하여 민법 제390조 채무불이행에 따른 손해배상청구권을 행사할 수는 있을 것이다. 그리고 제393조에 따르면, 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분하여 지상물 철거라는 손해를 토지임차인이 입은 경우 이러한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 이행불능 시에 즉 임대인이 토지를 임의로 처분하여 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 자신의 채무를 이행불능으로 만든 시점에 특별한 사정 즉 임차인이 지상 건물에 대한 등기를 경료하지 않은 상태임을 알았거나 알 수 있었음을 임차인은 증명하여 지상 건물의 통상가격 즉 일반거래상 인정되는 교환가치에 대해서도 배상받을 수 있다. 사실 부동산을 사고팔면서 해당 등기부를 열람하지 않는 경우는 거의 없다고 할 것인데 어떤 사람이 자신이 매수하려고 하는 토지 위에 건물이 있는 경우라면 당연히 건물 등기부도 열람할 것이고 등기사항에 대해서 임대인에게 고지하는 것이 보통이다. 그렇다면 특별한 사정에 대한 채무자인 임대인의 예견가능성을 입증하는 것은 그리 어려운 일이 아닐 것이다. 결국 토지 임대인은 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에는 임

차인 소유의 지상 건물이 철거되는 경우 그 손해에 대해서도 배상책임을 부담하게 될 것이다.

그렇다면 지상 건물의 통상가격은 토지 매매 시 그 매매가격에 반영되어 있을 것이다. 즉 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하지 않고자 하면 종전 토지 소유자가 부담하게 될 지상 건물의 통상가격 만큼의 손해배상액이 토지 매매대금에 포함되어 있을 것이고, 그렇지 않고 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하는 경우에는 토지 매매대금에 이러한 손해배상액은 포함되어 있지 않을 것이다. 따라서 해당 토지의 매매대금을 통해 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하고 있는 지 여부를, 즉 계약인수 여부를 추정할 수 있을 것이다.

계약인수에 관해서 우리 민법 상 명문의 규정은 없다. 계약인수를 채권양도 및 채무인수와는 전혀 별개인 독자적인 법률행위 유형으로 파악한다면 규율상의 공백이 생겼을 때 민법규정을 유추적용 할 수도 없게 되어 이는 문제이다. 계약관계의 주된 구성부분이 채권관계 및 채무관계라는 점에서 계약인수는 비록 채권양도 및 채무인수와는 별개의 독자적인 법률행위 유형이긴 하지만 그렇다고 완전히 별개인 것은 아니고 ‘계약 당사자 지위의 포괄적 이전’이라는 그 계약인수 약정 자체의 고유한 목적을 훼손하지 않는 범위 내에서 채권양도 및 채무인수의 개성을 드러내는 별개의 법률행위 유형으로 파악해야 할 것이다.

그렇다면 해당 토지의 소유권자이자 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에 토지 매매대금에 지상 건물의 통상가격 만큼의 손해배상액이 포함되어 있지 않다면 새로운 토지 소유자가 임대인의 지위를 승계하는 것으로 추정할 수 있으므로 임차인으로 하여금 토지를 사용·수익할 수 있도록 하게 해줄 채무를 새로운 토지 소유권자가 인수하는 것으로 추정된다. 그런데 이처럼 채무자와 인수인간의 채무인수 계약은 우리 민법 제454조 제1항에 따라 채권자의 승낙이 필요한데 임차인 입장에서는 자신 소유의 지상 건물이 철거되는 것을 일반적으로 원치 않을 것이므로 채권자인 임차인의 묵시적인 승낙의 의사표시가 있는 것으로 추정된다. 따라서 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분한 경우에 일률적으로 임대인은 더 이상 토지소유권자가 아니므로 지상물 매수청구권 행사의 상대방이 될 수 없다고 볼 것이 아니라 토

지의 매매가액에 따라 달리 판단해야 할 것이다.

그리고 목적론적 해석에 따를 때도, 이렇게 해석하는 것이 이상에서 언급한 지상물매수청구권의 입법목적에도 부합하는 것이다.

## 참고문헌

### 〈단행본〉

곽윤직, 채권총론, 박영사, 2013.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006.

김영두, 집합건물법연구, 진원사, 2008.

김준호, 민법강의, 법문사, 2017.

명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사, 2010.

민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957.

민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957.

박재윤, 민법주해 [VI] (곽윤직 편), 박영사, 2009.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2015.

송덕수, 신민법강의, 박영사, 2017.

오세혁, “한국에서의 법령해석 - 우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석 -”, 한국 법질서와 법해석론(한국법철학회 김도균 편), 세창출판사, 2013.

이상영·김도균, 법철학, 한국방송통신대학교출판부, 2012.

이은영, 채권총론, 박영사, 2009.

정재길 외, 법과생활, 도서출판 오래, 2010.

정재황, 신헌법입문, 박영사, 2016.

### 〈논 문〉

김남근, “집합건물의 성립·분양·관리상 법적 쟁점에 관한 연구-집합건물의 선분양제도와 관리법제의 이원화의 문제점-”, 고려대 박사학위논문, 2013.

- 김서기, “공동주택으로서 주상복합아파트의 법적 정의와 성립요건”, 집합건물법학 제20집, 한국집합건물법학회, 2016.
- 김서기, “분양권 명의신탁약정을 통한 계약인수 고찰-대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다202932 판결의 검토-”, 집합건물법학 제23집, 한국집합건물법학회, 2017.
- 김서기, “의족(義足)의 신체 구성요소 여부에 관한 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두20991 판결 분석”, 동북아법연구 제9권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.
- 서민, “계약인수”, 후암곽윤직교수화갑기념 민법학논총, 후암곽윤직교수화갑기념 논문집 편찬위원회, 1985.
- 서정원, “토지 임대차에서 임차인의 지상물매수청구권의 상대방”, 대법원판례해설 제111호, 법원도서관, 2017.
- 이재목, “토지임차인의 건물매수청구권에 관한 법적 쟁점”, 홍익법학 제13권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2012.
- 이준현, “계약인수와 임차권의 양도”, 저스티스 통권 제89호, 한국법학원, 2006.
- 이호행, “채권의 (가)압류와 계약인수-계약인수와 주임법 제3조 4항과의 비교를 중심으로-”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.
- 차진아, “사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미”, 공법학연구 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018.

〈기타자료〉

대법원 종합법률정보 사이트(<http://glaw.scourt.go.kr>)

[Abstract]

## A Review of Land Lessee's Claim to Purchase on a Building

Kim, Seo-Gi

*Sangmyung University, Department of Intellectual Property,  
Associate Professor*

There are three articles in the Korean Civil Act, in connection with a land lessee's claim to purchase on a building.

According to Article 643, "The provisions of Article 283 shall apply mutatis mutandis to buildings, trees, or any other facilities on land remaining after the expiration of the period of the lease of land where the object is to own a building or any other structure, or is for planting, collecting salt, and stock farming." The provisions of Article 283 state that "If buildings, other structures, or trees remain, on termination of the superficies, the superfiiciary may demand renewal of the contract." and "If the settlor of the superficies does not want to renew the contract, the superfiiciary may ask the settlor of the superficies to purchase the structures or trees under the preceding paragraph at a reasonable price." In addition, Article 652 provides that "Any agreement entered by the parties in contravention of the provisions of Articles 627, 628, 631, 635, 638, 640, 641, and 643 through 647 which is unfavorable to either the lessee or sub-lessee shall be void."

In this Article, three leading judicial precedents concerning the requirement for establishment and effectiveness of a land lessee's claim to purchase on a building are concretely examined, according to the hierarchy of literally interpretation on the top, systematic interpretation in between, and teleological

interpretation at the bottom, based on the conventional scholarly views and typical judicial precedents about methods for interpretation of law.

In particular, this Article demonstrates that judicial precedents are not appropriate, with regard to the case a building is constructed on lessee's land or other's land as well as lessor's land and the case prior to the expiration of the period of the lease of land, a lessor sell the lease land concerned discretionally.

**Key words** : the lease of land, the Article 643 of the Korean Civil Act, claim to purchase on a building, protection of lessee, method for interpretation of law