

물권법정주의와 담보지상권에 관한 소고* **

이 지 은***

〈국문초록〉

나대지에 저당권을 설정한 저당권자가 그 저당 목적 토지에 대하여 사용·수익의 의사 없이 단지 담보가치를 확보하기 위하여 목적 토지에 지상권을 함께 취득하는 경우 이렇게 설정된 지상권을 ‘담보지상권’이라 한다. 용익권의 형식을 가지면서 그 실질은 담보적 기능만을 가지는 담보지상권이 과연 물권법정주의를 선언하고 있는 물권법 체계 하에서 유효한 것인지 문제된다.

먼저, 민법 제279조가 규정하고 있는 지상권은 ‘타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여’ 타인의 토지를 사용하는 것을 내용으로 하고 있으므로, 그 본질이 용익권인 지상권을 ‘담보가치 확보 목적으로’ 설정하는 것은 지상권을 용익권의 하나로 법정하고 있는 물권법에 배치된다. 다음으로, 대법원은 담보지상권의 실질적 기능에 주목하여 담보지상권자는 목적 토지에 대한 사용·수익권이 없으므로 여전히 사용·수익권을 가지는 담보지상권설정자로부터 용익권을 설정받아 목적 토지를 사용·수익하는 제3자에 대하여 부당이득을 청구할 수 없다고 판시하고 있는데, 이는 담보지상권이 아무리 그 경제적 목적이 담보가치의 확보에 있다고 할지라도 그 본질이 지상권이라는 점에서 용익권자인 담보지상권자가 제3자의 사용·수익권 침해행위에 대하여 아무런 권리도 행사할 수 없다는 것은 물권법정주의에 반한다고 할 것이다. 마지막으로, 대법원은 지상권이 독립된 물권으로서 다른 권리에 부종함이 없이 그 자체로 양도될 수 있다고 보면서도, 그 본질이 지상권인 담보지상권에 있어서는 피담보채무의 변제 혹은 저당권자의 저당권 실행으로 저당권자가 채권의 만족을 얻은 경우 담보지상권도 이에 부종하여 소멸한다고 하여 소멸에 있어서 부종성을 인정하는 판시를 하고 있다. 이는 민법 제280조 내지 제281조가 지상권자 보호를 위하여 최단존속기간을 편면적 강행규정으로 두고 있는 점에 비추어 민법 규정에 반하여 새로운 내용의 물권을 창설하는 것에 해당하며, 독립된 물권으로서의 지상권을 인정하고 있는 기존 대법원의 입장에도 배치된다고 하겠다.

위와 같은 이유로 담보지상권을 무효로 보더라도 저당권자는 민법 제370조 저당권에 기한 방해배제청구권이나 동법 제365조 일괄경매청구권 등 저당권에 기한

* 이 논문은 2023학년도 경북대학교 신입교원 정착연구비에 의하여 연구되었음.

** 경북대학교 법학전문대학원 김연 교수님과 김효신 교수님께서 2024년 1학기를 끝으로 정년을 맞이하셨다. 필자가 신입교수로서 첫발을 내디뎠던 2023년 3월부터 지금까지 아낌없는 애정과 관심을 베풀어주신 두 분 교수님께 감사드리며 항상 평안하시기를 기원드린다.

*** 경북대학교 법학전문대학원 조교수/법학연구원 연구위원

권리 행사를 통해 담보가치를 확보할 수 있다는 점에서 저당권자 보호에 아무런 무리가 없을 것으로 생각된다. 다만, 저당권에 기한 방해배제청구권은 용익권자가 통상적인 사용·수익의 방법으로 용익하는 경우 인정되지 아니하고 이로 인하여 담보가치의 훼손이 있는 경우에만 비로소 인정되는데, 저당권자 보호를 위하여 '담보가치의 훼손이 발생하였는지 여부'에 대하여 보다 폭넓게 인정할 필요가 있다고 생각한다. 또한, 일괄경매청구권의 경우에도 저당권설정자가 건물을 축조한 경우에만 인정된다는 점에서, 일괄경매청구권 행사 시 '건물축조자'에 대한 요건을 '저당권설정자로부터 용익권을 설정받은 자'를 포함하는 것으로 해석하거나 혹은 개정된 일본 민법 제389조와 같이 건물축조자 요건을 삭제하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

주제어 : 담보지상권, 물권법정주의, 통정허위표시, 방해배제청구권, 일괄경매청구권

• 투고일 : 2024.07.07. / 심사일 : 2024.07.21. / 게재확정일 : 2024.07.23.

I. 서론

나대지에 저당권이 설정된 경우 저당권자는 담보가치가 변하는 것¹⁾을 원하지 않으므로 나대지 상태를 계속하여 유지하기를 바랄 것이나, 저당권설정자나 지상권과 같은 용익물권을 설정받은 제3자는 저당 목적 토지 위에 건물을 신축하는 등 적극적으로 목적 토지를 사용·수익하기를 원할 것이다. 저당권자는 이와 같은 이해관계의 충돌을 사전에 차단하고 자신이 파악한 담보가치를 확보하는 방안으로 저당 목적 토지를 사용·수익할 의사가 없으면서도 저당권과 함께 지상권을 설정하는 방안을 고안하게 되었고, 이러한 형태의 지상권을 일컬어 이른바 '담보지상권'²⁾이라 한다.

1) 구체적인 사안에 따라서는 저당 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것이 오히려 그 토지의 가치를 상승시킬 수도 있으므로 저당 목적 토지 위에 건물을 축조하는 등의 행위가 반드시 그 토지의 담보가치를 하락시킨다고 볼 수는 없으나(김현선, “나대지에 저당권을 설정한 후 저당목적물의 담보가치를 확보하기 위한 지상권의 효력 - 담보지상권의 유효여부와 토지저당권자의 보호방안을 중심으로 -”, 『중앙법학』 제14집 제3호, 중앙법학회, 2012. 9, 176면), 일반적으로는 나대지에 저당권을 설정한 경우 그 지상에 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 경우 저당 목적 토지의 담보가치가 하락하게 된다.

2) '담보지상권'은 법에서 규정하고 있는 개념은 아니고, '금융기관이 대출채권의 담보 목적으로 토지에 저당권과 함께 지료 없는 지상권을 설정하면서 채무자 등의 사용·수익 권능을 배제하지 않는 경우'에 대하여 강학상으로 법정지상권 또는 관습법상 법정지상권과 같은 일반적인 지상권과 구별하여 '담보지상권'이라 명명되어 왔다. 대법원 판례는 위와 같은 사안이 문제되는 경우 특별한 언급 없이 담보지상권에 관한 법리를 그대로 적용하여 오다가

담보지상권은 민법 제279조에서 규정하고 있는 지상권의 형식을 가지고 있으나, 그 실질적인 내용은 지상권자가 스스로 목적 토지를 점유하여 사용·수익하는 것을 목적으로 하지 않고 지상권설정자 또는 제3자가 목적 토지를 사용·수익하는 것을 배제하는 것을 목적으로 한다는 점에서 민법 제279조에서 규정하고 있는 지상권과는 다르다고 할 것이다. 이러한 점에서 담보지상권이 물권법정주의를 위반하여 새로운 내용의 물권을 창설하는 것은 아닌지에 대하여 많은 논의가 있었으나, 대법원은 담보지상권이 문제된 사안에서 담보지상권이 유효한 것을 전제로 하여 구체적인 사안을 해결하고 있고, 현재의 금융실무에서도 여전히 나대지에 저당권을 설정할 때에는 지상권을 설정하도록 하는 업무지침³⁾을 두어 담보지상권을 관행적으로 설정하고 있는 것으로 보인다.⁴⁾

이하에서는 담보지상권에 대한 기존의 논의를 바탕으로 하여, 물권법정주의가 지배하는 물권법 체계 하에서 담보지상권이 유효한지(Ⅱ) 그리고 이를 인정할 실익이 있는지(Ⅲ) 검토한 후 저당권자 보호를 위한 향후 과제(Ⅳ)를 제안하고자 한다.

최근에는 “근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 담보로 제공된 토지에 추후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권과 아울러 설정하는 경우”에 대하여 ‘담보지상권’이라고 명확하게 정의하고 있다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결).

- 3) 일례로, 여신전문금융회사인 KDB캐피탈의 최근 여신업무취급기준(2021. 8. 1. 시행)상 담보취득 및 관리에 대한 규정을 살펴 보면 다음과 같다.

제18조(나대지)

- ① 근저당권설정과 동시에 지상권을 설정하여 담보권행사에 지장이 없도록 한다. 다만, 전결권자가 채권보전에 지장이 없다고 인정하는 경우 지상권설정을 생략할 수 있다.
- ② 담보로 취득한 나대지 상에 건물이 신축된 경우에는 소유권 보전 등기 후 지체 없이 당해 건물을 공동담보로 취득한다.
- ③ 동일 필지를 2인 이상이 공유하고 있는 나대지로서 공유자 전원이 담보로 제공하지 아니하는 공유지분 나대지를 담보로 취득하는 경우에는 모든 공유자 연명의 위치확인동의서를 징구한 후 확정일자를 받는다.

- 4) 2019년부터 2023년까지 최근 5년간 지상권설정등기 신청 지상권자 현황을 살펴보면, 전제 지상권설정등기 신청사건(888,437건) 중 법인이 약 98.6%(876,077건), 개인이 약 0.6%(5,030건), 국가기관 및 지방자치단체가 약 0.8%(7,330건)의 비율로 지상권설정등기를 신청하였는데(대한민국 법원 등기정보광장 통계자료, <https://data.iros.go.kr> 최종검색일 : 2024. 7. 24.), 이 중 법인이 설정한 지상권의 대부분은 금융기관에서 저당권과 함께 그 담보가치를 확보하기 위하여 설정한 것으로 추정할 수 있다(이천교, “담보지상권 실무와 부동산 경매”, 『민사집행법연구』 제18권, 한국민사집행법학회, 2022. 2, 101-102면; 최수정, “담보를 위한 지상권의 효력”, 『민사법학』 제56호, 한국민사법학회, 2011. 12, 89면).

II. 물권법정주의 하에서 담보지상권의 효력

민법 제185조는 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하여 물권법정주의를 선언하고 있다. 이와 관련하여 담보지상권이 용익물권의 하나인 민법 제279조 지상권 규정에 의하여 인정될 수 있는지 또는 오랜 금융실무 관행을 통해 담보지상권이 관습법으로 승인되어 강제할 수 있는지에 대하여 살펴본다.

1. 민법 제279조 지상권 규정에 의한 담보지상권 인정 여부

1) 기존의 논의

물권법정주의 하에서도 담보지상권은 유효하다는 견해⁵⁾는, 민법 제279조가 지상권의 내용으로 규정하고 있는 ‘건물 기타 공작물이나 수목을 소유’하기 위한 목적은 토지를 사용하는 전형적인 내용에 불과하고 지상권의 본질적인 내용은 ‘지상물의 소유’가 아니라 ‘토지의 이용’에 있다고 하면서,⁶⁾ 담보지상권이 지상권의 설정에서 건물 등의 소유를 위한다는 목적은 가능한 한 유연하게 파악하여야 한다고 한다.⁷⁾ 지상권은 지상권자에게 현재 또는 장래에 목적 토지에 대한 법적 사용가능성을 대세적으로 확보해 주는 것으로서 목적 토지를 구체적으로 어떻게 사용하는가는 지상권자의 자유로운 선택에 달린 문제이므로,⁸⁾ 담보지상권이 물권법정주의 하에서 지상권의 본질적인 내용에 부합하지 않는다고 볼 수 없다고 한다.

반면, 저당 목적 토지의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 설정하는 것은 제185조가 규정하고 있는 물권법정주의에 위반한다는 견해⁹⁾는 다음의 내용

5) 양창수/김형식, 권리의 보전과 담보(제4판), 박영사, 2021, 747-751면; 박진영, “한국의 담보지상권에 관한 연구 - 대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다69907 판결”, 『동북아법연구』 제13권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019. 9, 407면; 배병일, “담보지상권”, 『법학논고』 제43집, 경북대학교 법학연구원, 2013. 8, 212-213면; 신봉근, “부동산소유권과 용익물권에 관한 새로운 논의”, 『비교사법』 제29권 제1호(통권 제96호), 한국사법학회, 2022. 2. 136-138면; 최수정, 앞의 논문, 106-112면.

6) 배병일, 앞의 논문, 214면.

7) 양창수/김형식, 앞의 책, 2021, 748-749면.

8) 최수정, 앞의 논문, 107면.

9) 김준호, 민법강의(제29판), 홍문사, 2023, 1526-1527면; 김재남, “담보지상권의 효력”, 『민사판례연구』 제42권, 민사판례연구회, 2020, 427면; 김중길, “담보지상권과 저당권의 병존에서의 제문제 고찰”, 『토지법학』 제35권 제1호 한국토지법학회, 2019. 6, 96-97면; 김현선, 앞의 논문, 185-189면; 윤진수, “저당권에 대한 침해를 배제하기 위한 담보지상권의 효력”, 『한

을 그 근거로 한다. 첫째, 지상권의 핵심적인 내용이 지상권의 대상인 목적 토지 위에 지상물을 소유한다는 것이므로, 이러한 목적 없이 단지 저당 목적 토지에 대한 담보가치의 침해를 배제하기 위하여 지상권을 설정하는 이른바 담보지상권은 타인의 토지를 사용하는 것이 아니라는 점에서 민법이 용익물권의 하나로 규정하고 있는 지상권에 해당하지 않는다고 보아야 한다.¹⁰⁾ 둘째, 담보지상권의 내용으로 인정되는 것은 실질적으로 저당권의 침해에 대한 방해배제 청구권일 뿐 그 외에 다른 내용을 가지지 않는다는 점에서, 담보지상권을 인정하는 것은 사용권은 없고 다만 방해배제만 청구할 수 있는 지상권을 인정하는 것으로서 민법이 알지 못하는 전혀 새로운 유형의 지상권을 창출하는 것이다.¹¹⁾ 셋째, 대법원은 저당권의 피담보채권이 소멸한 경우 담보지상권도 그에 부종하여 소멸한다고 판시하여 담보지상권에 대하여 부종성을 인정하고 있는데,¹²⁾ 일반적인 피담보채권의 소멸시효기간이 10년임을 감안한다면 이는 민법 제280조가 지상권에 대하여 지상물의 종류와 구조에 따라 5년 내지 30년의 최단존속기간을 편면적 강행규정으로 정하여 지상권자를 보호하고자 하는 입법 취지에도 반한다.¹³⁾

2) 지상권 설정 목적으로서 ‘지상물 소유 목적’과 담보지상권

민법 제279조의 지상권은 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리이다. 우리 민법이 지상권에 대하여 공작물이나 수목을 소유할 목적의 권리임을 명문으로 명시하고 있는 이상, 지상권의 본질이 용익권이라는 점만을 강조하여 공작물이나 수목을 소유할 목적은 전혀 없이¹⁴⁾ 단지 토지의 이용, 엄밀히 말하자면 토지의 이용을 배제시키는 목적으로 활용하는 것은 우리 민법이 예정하는 지상권이라고 할 수 없다.¹⁵⁾

국민법의 새로운 전개」(고상룡 교수 고회기념논문집), 박영사, 2012. 6, 295-298면; 이진기, “물권법정주의, 소유권과 제한물권의 범위와 한계 - 지상권에 관한 대법원 판결을 중심으로 -”, 『비교사법』 제19권 제4호, 한국사법학회, 2012. 11, 1194-1197면.

10) 윤진수, 앞의 논문, 295-297면.

11) 윤진수, 앞의 논문, 297-298면.

12) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011다6342 판결.

13) 이진기, 앞의 논문(주 9), 1196-1197면.

14) 참고로, 담보지상권이 주로 활용되는 금융실무에서 채권자인 금융기관은 은행법 제38조 제2호 및 상호저축은행법 제18조의2 제1항 제2호에 따라 업무용 부동산이 아닌 한 부동산의 소유 자체가 원칙적으로 금지되므로, 애초에 금융기관이 목적 토지 위에 공작물 등을 소유할 의사가 지상권을 설정한다는 의사를 가지는 것 자체가 불가능하다(윤진수, 민법기본판례(제2판), 홍문사, 2020, 224면).

15) 윤진수, 앞의 논문, 296면; 이진기(주 9), 앞의 논문, 1196면.

나아가 지상권자가 지상권의 설정을 통해 목적 토지 위에 소유할 공작물 내지 수목의 종류에 따라 그 최단존속기간을 달리하는 민법 제280조 규정의 취지에 비추어 보더라도, 담보지상권의 경우 원칙적으로 지상물이 향후에도 전혀 정해질 수 없으므로¹⁶⁾ 그 법적 효력이 존속하는 최단기간을 확정할 수 없게 되어 물권 거래의 안정성을 해치게 되어 물권법정주의에 반한다.¹⁷⁾ 부동산등기실무상 담보지상권에 대하여 일반적인 지상권으로 등기되는 경우를 상정하여 당사자들이 등기한 대로 일정한 건물 등의 소유 목적으로 보아 최단존속기간을 인정한다고 하더라도 마찬가지이다. 피담보채권이 소멸하는 경우 별도의 말소등기 없이도 담보지상권도 함께 소멸하게 되는데 이 때 형식적으로 아직 말소되지 못하고 남아 있는 (담보)지상권설정등기를 신뢰한 제3자에게 불측의 손해를 가할 수 있다는 점에서 물권법정주의와 등기제도의 근간인 공시의 원칙에 정면으로 위배되어 법적 안정성을 해치는 결과에 이르게 된다.

3) 지상권의 ‘용익권’으로서의 본질과 담보지상권

대법원은 기본물권의 하나인 소유권과 관련하여, “소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능이 소유자에 의하여 대세적·영구적으로 유효하게 포기될 수 있다고 한다면, 이는 결국 처분권능만이 남는 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것이어서 물권법정주의에 반하므로, 특별한 사정이 없는 한 이를 허용할 수는 없다”고 판시하였다.¹⁸⁾ 따라서 당사자가 사용·수익 권능을 포기하였다 하더라도 이는 그 상대방에 대하여 채권적으로 포기한 것에 불과하고, 그것이 상대방의 사용·수익을 일시적으로 인정하는 취지라면 이는 오히려 사용대차계약에 해당한다고 보았다.

위와 같은 판례의 법리는 담보지상권의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다고 생각한다.¹⁹⁾ 지상권에 있어서 지상권의 핵심적 권능인 토지의 사용·수익 권능이 지상권자에 의하여 대세적으로 배제될 수는 없는 것이다. 판례의 취지와 같이 담보지상권을 설정하여 담보지상권자의 사용·수익 권능을 배제하고 담보지상권설정자가 여전히 사용·수익 권능을 향유하도록 하는 당사자의

16) 현재 공작물이나 수목이 없는 경우에도 지상권설정계약에 의하여 지상권은 유효하게 성립하고, 이미 존재하고 있는 공작물이나 수목이 멸실되는 경우에도 지상권은 계속하여 존속할 수 있다는 것은 지상권을 어떻게 정의하는가 하는 문제와는 관련이 없다(윤진수, 앞의 논문, 296면).

17) 김재남, 앞의 논문, 422면.

18) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다83649 판결.

19) 최수정, 앞의 논문, 110면.

합의는 당사자간 채권적 효력에 대하여는 일부 다른 해석의 여지가 있을지언정, 민법이 예정하지 아니한 물권을 창설하는 위와 같은 당사자간 합의에 대하여 물권적 효력을 인정할 수는 없다고 할 것이다.

만약 담보지상권자의 사용·수익 권능이 배제된 담보지상권을 우리 물권법에서 인정한다면, 이는 담보지상권을 통해 담보지상권자가 향유하여야 하는 권리의 실질적 내용은 전혀 없음에도 불구하고 저당권 침해에 대한 방해배제청구만을 인정하는 것이 되는데, 이처럼 본권이 인정되지 않으면서 물권적 청구권만이 인정되는 물권이란 있을 수 없다.²⁰⁾ 방해배제청구권과 같은 물권적 청구권은 물권을 보유하고 있는 사람이 그 물권을 제대로 향유하지 못하고 있는 경우에 이를 시정하기 위하여 인정되는 권리로서 물권과 독립된 독자적인 권리는 아니라는 점을 고려한다면,²¹⁾ 목적 토지에 대한 사용·수익 권능은 없으면서 오직 방해배제만을 청구할 수 있는 담보지상권을 인정하는 것은 현행 물권법 체계를 현저히 교란시키는 결과를 가져온다 할 것이다.

한편, 대법원은 “불법점유를 당한 부동산의 소유자 또는 용익권자로서는 불법점유자에 대하여 그로 인한 임료 상당 손해의 배상이나 부당이득의 반환을 구할 수 있을 것이나, 불법점유라는 사실이 발생한 바 없었다고 하더라도 부동산의 소유자 또는 용익권자에게 임료 상당 이익이나 기타 소득이 발생할 여지가 없는 특별한 사정이 있는 때에는 손해배상이나 부당이득반환을 청구할 수 없다.”²²⁾고 판시함으로써 담보지상권자의 경우 담보지상권이 설정된 토지에 대한 사용·수익 권능이 없으므로 담보지상권자의 의사에 반하여 이를 점유한 자에 대하여 지상권 자체의 침해를 이유로 임료 상당의 부당이득이나 손해배상을 청구할 수 없게 된다.

생각건대 이는 담보지상권이 아무리 그 경제적 목적이 담보가치의 확보에 있다고 할지라도 그 본질이 지상권이라는 점에서 용익권자인 담보지상권자가 제3자의 사용·수익권 침해행위에 대하여 아무런 권리도 행사할 수 없다는 것은 물권법정주의에 배치된다고 할 것이다. 따라서 담보지상권자가 지상권설정 등기를 통하여 대세적으로 정당한 용익권자로公示된 이상 이러한 권리를 침해한 제3자로서는 마땅히 담보지상권자에게 부당이득을 반환하여야 할 것이고, 담보지상권자와 담보지상권설정자 간의 이해관계 조정은 담보지상권설정계약의 내용에 따라 내부관계에서 해결할 일이다.

20) 윤진수, 앞의 책, 225면.

21) 윤진수, 앞의 논문, 297면.

22) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결.

4) 담보지상권과 피담보채권 간 부종성

민사집행법 제91조 제3항은 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각에 의하여 소멸된다고 하여 이른바 소제주의를 규정하고 있다. 선순위저당권이 있을 때에 후순위의 용익권이 소멸되게 되는 것은 선순위저당권이 확보한 담보가치가 후순위의 용익권에 의하여 훼손되지 않도록 보호해 주어야 하기 때문이다.²³⁾ 이와 달리 동법 같은 조 제4항 본문에서는 저당권설정등기 전이나 압류·가압류등기 전의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권 등 선순위의 용익권은 매수인이 인수한다고 규정하고 있는데, 이러한 규정에도 불구하고 금융기관에서 설정하는 저당권과 동시에 그 후순위로 설정되는 이른바 담보지상권은 피담보채권이 변제로 소멸되면 그 부종으로 인하여 소멸한다고 해석하여 그 예외를 인정하고 있다.²⁴⁾

대법원 또한 담보지상권을 일반적인 지상권과는 구별하여,²⁵⁾ “근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 그 목적이 된 토지 위에 차후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로써 그 목적물의 담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 채권자 앞으로 아울러 지상권을 설정하였다면, 그 피담보채권이 변제 등으로 만족을 얻어 소멸한 경우는 물론이고 시효소멸한 경우에도 그 지상권은 피담보채권에 부종하여 소멸한다”고 판시함으로써²⁶⁾ 피담보채권이 변제 등으로 소멸한 경우 담보지상권도 함께 소멸한다고 보아 일반적인 지상권과는 달리 담보지상권의 경우 부종성을 인정하였다.

이에 대하여 저당권의 담보적 효력을 강화하기 위한 지상권 설정의 목적에 비추어 저당권이 소멸하였음에도 그 지상권만 별도로 그 효력을 유지한다는 것이 타당하지 않으므로 저당권의 담보적 효력을 강화하기 위하여 설정하는 담보지상권은 저당권의 종된 권리로서 저당권과 함께 그 운명을 같이 한다고

23) 이시윤, 신민사집행법(제8개정판), 박영사, 2020, 276-279면.

24) 이시윤, 앞의 책, 279면.

25) 대법원은 별채권 소멸에 따라 토지지상권설정등기의 말소를 구하는 소에서 “입목에 대한 별채권의 확보를 위하여 지상권을 설정하였다 할지라도 지상권에는 부종성이 인정되지 아니하므로 별채권이 소멸하였다 하더라도 지상권마저 소멸하는 것은 아니고, 지상권은 독립된 물건으로 다른 권리에 부종함이 없이 그 자체로서 양도될 수 있으며 그 양도성은 민법 제282조, 제289조에 의하여 절대적으로 보장되고 있으므로 소유자의 의사에 반하여도 자유롭게 타인에게 양도할 수 있다”고 판시하여(대법원 1991. 11. 8. 선고 90다15716 판결), 일반적인 지상권의 경우 부종성을 부정하고 있다.

26) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011다6342 판결. 같은 취지로, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다97871,97888 판결.

보는 견해²⁷⁾가 있고, 저당권의 피담보채권이 변제, 소멸시효 등으로 소멸하여 이와 연계된 담보지상권의 경제적 목적을 달성하였음에도 부종성이 인정되지 않는다는 이유로 채권자가 담보지상권만을 계속 보유하는 것은 당초 담보지상권을 설정한 목적 및 당사자의 의사에 반하여 실질적으로 정의와 형평에 어긋나므로 담보지상권의 소멸상 부종성을 인정하여야 한다는 견해²⁸⁾가 있다.

그러나 담보지상권도 지상권이라는 점에서 용익물권과는 어울리지 않는 피담보채권이라는 개념을 전제하고 이를 근거로 소멸상 부종성을 인정하는 것은 논리적으로 다소 문제가 있어 보인다. 대법원도 담보지상권에 기하여 설정된 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 소에서 “지상권은 용익물권으로서 담보물권이 아니므로 피담보채무라는 것이 존재할 수 없다. 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 담보로 제공된 토지에 추후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권과 아울러 설정하는 지상권을 이른바 담보지상권이라고 하는데, 이는 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 서로 연계되어 있을 뿐이고, 이러한 경우에도 지상권의 피담보채무가 존재하는 것은 아니다.”라고 판시하여,²⁹⁾ 담보지상권을 설정한 때에는 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 서로 연계되어 있을 뿐이라고 하면서 담보지상권의 용익물권으로서의 기능에 주목하여 담보지상권에는 피담보채권이라는 개념이 존재할 수 없다는 점을 명확히 밝히고 있다.³⁰⁾

저당권과 지상권이 함께 설정되는 경우 통상적으로는 지상권이 후순위이겠지만 등기 접수순서에 따라서 우연히 지상권이 저당권보다 선순위가 된 경우, 저당권이 소멸하였음에도 불구하고 그 담보가치를 확보하기 위하여 설정된 지상권이 아직 말소되지 아니하여 형식상 존재하는 경우 매수인으로서 위 지상권설정등기가 담보지상권인지 혹은 일반적인 지상권인지를 별도로 확인하는 번거로움을 겪어야 할 것이다. 부동산경매실무에서는 이러한 경우 법원이 사실조회 등을 통해서 ‘매각에 의하여 말소되지 아니하는 위 선순위 지상권으로 인하여 일반 매수인들로 하여금 매수가격을 결정하는데 중대한 영향을 미칠 것으로 보이므로, 이 사건 경매가 진행될 경우 위 지상권 말소에 동의하는지 여

27) 오시정, “저당권과 지상권의 관련성 및 저당권자의 실무적 대응방안”, 『은행법연구』 제6권 제1호(통권 11호), 은행법학회, 2013. 5, 223면.

28) 최수정, 앞의 논문, 115면.

29) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결.

30) 이진기, 물권법, 박영사, 2020, 328면.

부에 대하여 회신을 요청하거나' 혹은 보정명령을 통해서 '이 사건 부동산이 매각되어 그 대금이 완납되면 즉시 선순위 지상권 설정등기를 말소할 것을 분명히 하는 각서 또는 동의서를 제출하거나, 지상권을 말소하고 그 등기부 등본을 제출하는 방법 등의 적절한 조치를 요구'하는 방법으로 대응하고 있기는 하나, 각 법원별로 그 방식이나 내용에 다소 차이가 있고 모든 법원에서 모든 담당자가 이러한 배려를 하고 있는지는 불확실하다.³¹⁾ 이에 대한 대비책으로 토지소유자는 담보지상권설정계약시에 해제권 또는 해지권을 유보하여 두거나 저장권 소멸을 해제조건으로 명시하는 것을 고려할 필요가 있다.³²⁾

2. 관습법상 담보지상권 인정 여부

1) 기존의 논의

담보지상권이 금융실무에서 오랜 기간 활용되어 왔고 대법원 판례도 이를 유효한 것으로 전제하고 있는 점 등을 이유로 이에 대한 일반 국민의 법적 확신이 형성되었다고 보아 담보지상권이 관습법에 의하여 창설된 물권으로서 그 유효성을 인정할 수 있다는 견해³³⁾가 있다.

이에 대하여 금융실무에서 담보지상권이 오랜 기간 관행으로 여겨졌다고 하여 이를 두고 단순한 관행을 넘어서 그에 대한 일반 국민의 법적 확신을 얻은 것으로 보기는 어렵고,³⁴⁾ 나아가 지상권이라고 하는 동일한 물권에 대하여 민법이 규정하는 것과 다른 내용의 관습법이 성립할 수는 없다는 것을 이유로,³⁵⁾ 담보지상권이 관습법으로 승인되었다고 볼 수 없다는 반박이 있다.

2) 담보지상권 설정 관행과 일반사회의 법적 승인

관습법이 성립하기 위해서는 관습이나 관행이 존재하고 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인될 정도가 되어야 한다.³⁶⁾ 관습법으로 창설되어 인정되고 있는 물권의

31) 이천교, 앞의 논문, 106-107면.

32) 최수정, 앞의 논문, 115면.

33) 김현, “지상권 침해에 대한 손해배상의 판단기준”, 『대한토목학회지』 제58권 제11호, 대한토목학회, 2010. 11, 100면; 박진영, 앞의 논문, 407면; 배병일, 앞의 논문, 213면; 이성진, “담보지상권에 관한 고찰 - 담보지상권 성립과 유효성, 저당물 토지의 점유·사용을 중심으로 -”, 『법학연구』 제64권 제3호(통권 117호), 부산대학교 법학연구소, 2023. 8, 71-72면.

34) 김현선, 앞의 논문, 186면.

35) 최수정, 앞의 논문, 107면.

36) 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결; 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다

대표적인 예인 관습법상 법정지상권에 대한 최근 대법원의 판시에서 반대의견³⁷⁾은 동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 소유자가 달라질 때 우리 판례 및 대부분의 학설이 관습법상 법정지상권을 계속하여 인정하고 왔음에도 불구하고, 그에 상응하는 관습이나 관행의 존재를 인정하기도 어렵고 설령 그러한 관습법이 성립하였다고 하더라도 현재에 이르러서 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 가지고 있지 않다고 하면서 관습법상 법정지상권을 광범위하게 인정하는 것을 반대한다. 관습법상 법정지상권을 인정하는 것은 물권법정주의에 위반될 소지가 있다는 학계의 우려가 있기는 하였으나,³⁸⁾ 관습법상 법정지상권은 1960년 이래로 대법원이 일관되게 그 유효성을 인정하여 왔고 또 강학상으로도 관습법상 창설된 물권의 하나로 확고히 자리매김하였음에도 불구하고 현대에 이르러 법 제도의 정비를 통해 물권변동에 있어 등기주의가 관철되고 이로 인한 사회 구성원의 인식 변화 등을 이유로 그 관습법적 효력에 의문이 제기된 것이다. 이러한 사회에서 이미 저당 목적 토지에 대한 담보가치를 충분히 산정한 후 담보를 제공하였음에도 불구하고 채권자인 금융기관의 일방적인 강요에 의해 저당 목적 토지 위에 다시 지상권을 설정하는 것에 대하여 일반 국민들이 진정으로 공감하고 있을지 의문이다.

관습법으로 발전하는 법적 관행은 그 내용이 합리적이고, 그 행사는 반복적으로 거듭되어야 하며, 그러한 관행이 사회 구성원의 법적 확신과 일치하고 전체 법체계와 조화를 이루어야 한다. 관습의 권위는 특정 관습에서 법규범을 연역할 수 있다는 사실에 있으나 관습 그 자체가 법을 만들지는 못하며,³⁹⁾ 관습이 법적 효력을 가지기 위해서는 사회 구성원의 법적 확신이 필요한데 이는 그 관습이 적용되는 사회에 소속된 관습 행사자의 의사에 의한 진정한 승인을 의미한다.⁴⁰⁾ 살피건대 금융실무에서 금융기관이 여신을 제공하면서 담보지상권을 설정하는 것이 거듭된 관행이라는 사실 자체만으로는 일반사회의 법적 확신이나 인식을 통해 법적 규범으로서 승인된 단계에 이르렀다고 볼 수 없으며, 나아가 금융기관으로부터의 여신이 절실한 채무자로서는 채권자인 금융기관의 담보지상권 설정 요구를 받아들일 수밖에 없다는 점을 감안하면 사회 구

1178 전원합의체 판결.

37) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2017다236749 전원합의체 판결(대법관 김재형의 반대이견).

38) 이진기, 앞의 논문(주 9), 1184면.

39) 이진기, “관습법과 관습 - 민법의 관습법 개념에 대한 재조명을 위하여 -”, 『법사학연구』 제53호, 한국법사학회, 2016. 4, 200면.

40) 이진기, 앞의 논문(주 39), 198면.

성원들이 담보지상권 설정에 대하여 법적 확신을 부여할 정도로 진정한 승인을 하고 있다고 보기는 어려울 것이다.

물권법정주의를 규정하고 있는 민법 제185조는 관습법이 제정법과 함께 물권창설의 근거가 되는 법임을 선언하고 있고, 법률과 관습법 사이에 단계와 우열을 두지 않고 대등한 효력을 부여한다. 따라서 물권법정주의에 저촉될 여지가 있는 오랜 관행도 전체 법질서에 위반하지 않는 한도 내에서 사회 구성원의 법적 확신을 얻어 일단 물권으로 승인되면 그 하자가 치유되어 법률과 같은 효력을 가지게 된다는 점⁴¹⁾에서 거듭된 관행 또는 관습에 일반사회의 법적 확신을 인정하여 제정법과 같은 법적 효력을 부여하는 것은 매우 신중할 필요가 있다. 생각건대 담보지상권은 금융실무상 여신 거래에 있어 관행에 의하여 이용된 규범적인 사실이기는 하나 일반사회의 법적 확신이나 인식을 통해 법적 규범으로 승인된 정도에 이르지 못한 것으로서 법률행위의 당사자가 그들의 필요에 따라 관행에 따를 것으로 전제되는 사실상 제도로서 사실인 관습에 불과하다고 할 것이다.

3. 관련 문제

1) 담보지상권 설정 합의의 채권적 효력

담보지상권 설정을 위한 당사자 간 채권적 합의의 효력과 관련하여 민법 제108조 통정허위표시인지에 대하여 견해가 대립한다. 담보지상권설정계약이 통정허위표시가 아니라는 견해⁴²⁾는, 법률행위의 목적은 위법하거나 사회질서에 반하지 않는 한 얼마든지 다양할 수 있고, 법률행위의 형식과 그 경제적 목적이 상이하다고 하여 곧 그 법률행위가 통정허위표시에 해당하여 무효로 되는 것은 아니라고 한다.⁴³⁾ 고유한 의미의 지상권을 설정하고자 하는 내심의 의사까지는 아니더라도 적어도 이른바 담보지상권을 설정하려는 당사자의 의사 자체는 합치하므로 내부관계에 있어서 이러한 당사자간 일치하는 합의에 대한 채권적 효력까지 부정할 필요는 없다는 것이다.⁴⁴⁾ 반면, 담보지상권설정계약은 담보지상권을 설정하고자 하는 당사자들의 내심의 효과의사와 그 지상권을 설

41) 이진기, 앞의 논문(주 39), 226면.

42) 김중길, 앞의 논문, 96-97면; 박진영, 앞의 논문, 407면; 배병일, 앞의 논문, 212-213면; 이진기(주 9), 앞의 논문, 1194-1197면; 최수정, 앞의 논문, 108-109면.

43) 최수정, 앞의 논문, 108면.

44) 이진기, 앞의 논문(주 9), 1195면.

정하는 표시행위 사이에 현저한 불일치가 있으므로 전형적인 통정허위표시로 무효라는 견해⁴⁵⁾도 있다. 이 견해에 따르면 담보지상권설정계약에서 지상물을 소유할 목적 없이 단지 저당 목적 토지의 담보가치를 확보하기 위하여 제3자의 용익권 설정이나 담보가치를 하락시키는 침해행위를 배제하고자 하는 것은 당사자들의 내심적 효과의사로 보아야 하며 이를 단순히 진정으로 마음 속으로 바라는 사항에 불과하다고 볼 수는 없다고 한다.⁴⁶⁾

통정허위표시란 표의자가 진의 아닌 허위의 의사표시를 하면서 그에 관하여 상대방과의 사이에 합의가 있는 경우를 말하고, 이와 같은 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 민법 제108조 제1항에 따라 무효이다. 통정허위표시에 해당하기 위해서는 표시로부터 추측·판단되는 의사인 표시상의 효과의사에 대응하는 표의자의 진의 즉 내심적 효과의사가 존재하지 않아야 하는데,⁴⁷⁾ 이와 관련하여 의사표시의 법률적 효과와 그것에 의하여 달성하려고 하는 경제적 목적이 모순되어 있다는 것만으로 그것이 곧 허위표시는 아니다.⁴⁸⁾

살피건대 ‘진의’란 특정한 내용의 의사를 표시하고자 하는 표의자의 생각을 뜻하는 것이지 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 말하는 것이 아니므로,⁴⁹⁾ 담보지상권설정계약에 있어서도 당사자 사이에서는 분명히 지상권을 설정하고자 하는 진의가 분명 존재한다. 또한, 저당권자가 저당 목적 토지의 교환가치의 유지를 위하여 지상권 설정을 의욕함에 대하여 담보지상권설정자가 자기의 토지에 대한 일정한 제한을 감수하면서 소극적으로 이를 용인한다는 점에서 당사자의 의사 합치도 인정할 수 있다.⁵⁰⁾ 더욱이 이러한 당사자 간 합의를 통해 담보지상권자가 지상권이 갖는 중요한 효과인 방해배제청구권과 같은 물권적 청구권의 행사를 의욕한 이상⁵¹⁾ 담보지상권을 설정하는 경제적 목적과 이를 달성하기 위한 법률적 수단이 일치하지 않는다는 것을 이유로 하여 바로 통정허위표시라고 할 수는 없다고 생각한다. 요컨대 대외적으로 일반적인 지상권으로 설정되었으나 내부적으로 그 경제적 목적을 다르게 정한다고 하더라도 사적자치의 원칙이 지배하는 채권법 하에서 이를 통정허위표시로

45) 김재남, 앞의 논문, 427-431면; 윤진수, 앞의 논문, 299-300면.

46) 김재남, 앞의 논문, 430-431면.

47) 김형배/김규환/김명숙, 민법학강의(제13판), 신조사, 2014, 200면.

48) 곽윤직/김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2023, 311면.

49) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결.

50) 배성호, “저당권의 교환가치의 보호를 위한 담보지상권의 유효성 여부”, 『토지법학』 제32권 제2호, 한국토지법학회, 2016. 12. 11-12면.

51) 최수정, 앞의 논문, 109면.

보아 무효로 볼 것은 아니라 할 것이다.

2) 담보지상권에 관한 등기실무

부동산등기실무에서 지상권등기는 본래의 목적을 위한 경우보다는 담보 목적으로 이루어지는 경우 즉 담보지상권을 위하여 설정되는 경우가 많은데,⁵²⁾ 담보지상권은 이를 그대로 반영할 수 있는 등기형식의 부재로 인하여 저당권 설정등기와 동시에 혹은 연이어 일반적인 지상권의 형식으로 등기하게 된다. 따라서 지상권설정등기가 지상에 건물, 공작물이나 수목의 소유를 위한 것인지 혹은 담보를 위한 것인지는 등기상으로는 명확히 알 수 없다. 결국 등기접수번호, 기재된 등기원인, 그밖에 기록에 나타난 모든 자료와 당사자의 의사를 종합하여 고유한 의미의 지상권 또는 담보지상권 여부를 판단할 수밖에 없다.

대법원은 지상권으로서의 실질적 내용 없이 금융거래의 편의를 목적으로 지상권등기라는 외관만 구비한 담보지상권에 대하여 그 담보적 기능에만 주목하여 그 형식적 요건인 등기를 기준으로 하여 그 효력을 인정해 왔다. 대법원은 금융실무에 있어 담보지상권설정계약을 체결한 후 이를 일반적인 지상권의 형식으로 등기하는 관행을 금융거래의 수요를 충족시키기 위하여 자연스럽게 발전한 법현상으로 이해하는 것으로 보인다.⁵³⁾

부동산등기법 제69조는 지상권의 목적과 범위를 필요적 등기사항으로 규정하여 지상권을 설정하게 된 진정한 목적을 반드시 기재하도록 하고 있다. 지상권은 타인의 토지 위에 건물 그 밖의 공작물이나 수목을 소유하기 위한 것이고 민법 제280조 제1항은 그 목적에 따라 최단존속기간을 달리 정하고 있다는 점에서 그 목적을 정확히 기재하도록 요구하고 있는 것이다.⁵⁴⁾

물권은 대세적 권리이므로 거래 안전을 위해서는 민법 제186조 및 부동산등기법이 정한 절차와 방식을 엄격히 준수하여 가급적 공시의 원칙을 관철할 필요가 있고, 현행법이 적절한 공시방법을 마련하고 있지 않은 물권을 인정하는 것은 매우 신중해야 한다.⁵⁵⁾ 생각건대, 내부관계에서 담보를 설정한 토지의 소유자이자 지상권설정자의 사용·수익권능을 배제하지 않는 담보지상권을 일반적인 지상권으로 등기하는 것은 지상권자에게 사용·수익의 의사 없이 지상권의 목적이 된 토지의 담보가치를 확보하고 강제집행을 용이하게 하고자 하는

52) 구연보, 부동산등기법(제2판), 박영사, 2022, 250면.

53) 이진기, 앞의 논문(주 9), 1188면.

54) 법원행정처, 부동산등기실무(II), 2015, 403면.

55) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2017다236749 전원합의체 판결(대법관 김재형의 반대이견).

담보권자의 경제적 목적을 위하여 가장의 사실을 등기하여 지상권을 전용한 제도로,⁵⁶⁾ 등기에 의하여 표상되는 외관과 관계없이 담보지상권의 설정을 원인으로 하는 지상권설정등기는 무효라고 할 것이다.⁵⁷⁾

4. 소결

담보지상권이 민법 제185조가 선언하고 있는 물권법정주의를 위반하는 것은 아닌지에 대하여, 먼저 담보지상권이 민법 제279조 지상권 규정에 의하여 인정될 수 있는지 살펴본다. 민법 제279조가 명문으로 ‘건물 기타 공작물이나 수목의 소유’를 목적으로 하여서만 지상권을 인정하고 있다는 점에서 그 본질이 용익권인 지상권을 ‘담보가치 확보를 목적’으로 설정하는 담보지상권은 물권법정주의에 위배된다고 할 것이다. 또한, 담보지상권은 그 본질이 용익권인 지상권임에도 불구하고 사용·수익 권능이 배제되고 방해배제청구권만이 인정된다는 점에서 본권 없는 물권적 청구권을 인정할 수 있는지에 대한 근본적인 문제에 봉착하게 된다. 한편 대법원은 담보지상권의 실질적 기능에 주목하여 담보지상권자는 목적 토지에 대한 사용·수익권이 없으므로 제3자의 사용·수익권 침해행위에 대하여 부당이득이나 손해배상 등을 청구할 수 없다고 판시하고 있는데, 지상권설정등기를 통하여 대세적으로 지상권을 취득한 담보지상권자가 무단점유자 등에 대하여조차 아무런 권리를 행사할 수 없다는 것은 물권법정주의에 반한다고 할 것이다. 마지막으로, 대법원은 지상권은 독립된 물권이므로 다른 권리에 부종되지 않고 그 자체로 양도될 수 있다고 보면서도, 그 본질이 지상권인 담보지상권의 경우 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 연계되어 있다고 하면서 사실상 부종성을 인정하는 판시를 하고 있는데, 이는 민법 제280조 내지 제281조가 지상권자 보호를 위하여 최단존속기간을 편면적 강행규정으로 두고 있는 점에 비추어 민법 규정에 반하여 새로운 내용의 물권을 창설하는 것에 해당하며, 독립된 물권으로서의 지상권을 인정하고 있는 기존 대법원의 입장에도 배치된다고 하겠다. 다음으로, 담보지상권이 물권법정주의 하에서 관습법으로 승인되었는지에 대하여는 금융실무에서 채권자인 금융기관이 일방적으로 제시한 내용에 합의하는 방식으로 담보지상권이 오랜 기간 활용되어 왔다는 사실만으로는 일반 국민들의 법적 확신을 얻

56) 이진기, 앞의 논문(주 9), 1191-1192면.

57) 이진기, 앞의 논문(주 9), 1196면.

었다고 보기 어렵다고 생각되고, 따라서 담보지상권이 관습법으로 인정된다고 볼 수도 없다고 할 것이다.

Ⅲ. 담보지상권의 실질적 효용에 대한 검토

1. 저당권 침해에 대한 구제수단으로서의 효용

저당권설정자나 제3자가 저당 목적 토지인 나대지에 건물을 신축하는 것만으로는 저당권이 침해되었다고 할 수 없으므로 저당권자는 건물 신축의 금지를 청구할 수 없게 되고,⁵⁸⁾ 결국 저당권자는 신축건물로 인하여 경매절차에 매수희망자가 줄어들거나 매각가격이 하락함으로써 당초 기대하였던 교환가치를 확보할 수 없게 되는 위험에 처할 수 밖에 없다. 따라서 담보지상권을 설정함으로써 저당권자는 저당 목적 토지의 담보가치가 실제로 하락될 때까지 기다릴 필요 없이 혹은 담보가치가 하락하였는지 여부를 고려하지 않고 담보지상권에 기한 방해배제를 청구할 수 있는 법적 수단을 마련함으로써⁵⁹⁾ 저당권에 기한 방해배제청구가 가지는 한계를 넘어서서 그러한 상황의 발생을 한 발 앞서 저지할 수 있다는 것에서 지상권의 효용을 인정하는 견해가 있다.⁶⁰⁾

반면, 민법 제370조는 저당권자는 제214조를 준용하여 저당권에 기하여 직접 저당권을 침해하는 자에 대하여 직접 물권적 청구권을 행사할 수 있음을 규정하고 있으므로 저당권이 설정된 나대지에 건물이 축조되는 경우 저당권자가 저당권에 기한 방해배제청구권을 직접 행사할 수 있다면⁶¹⁾ 저당권자는 담보지상권이 없더라도 물권적 청구권에 의하여 당연히 그의 권리를 보전할 수 있으므로 담보지상권이 발생할 여지가 없고 그 외 담보지상권만이 가지는 특별한 효용은 크게 없다는 견해⁶²⁾도 있다.

나대지의 소유자가 이를 사용·수익하는 대표적인 형태가 바로 건물의 신축인데, 저당권설정자가 저당 목적 토지 위에 건물을 신축하거나 또는 제3자에게

58) 최수정, 앞의 논문, 95면.

59) 배병일, 앞의 논문, 209-210면.

60) 최수정, 앞의 논문, 100면.

61) 김재형, “저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위”, 『저스티스』통권 제84호, 한국법학원, 2005. 6, 120면.

62) 이진기, 앞의 책, 329면.

용익권을 설정해주는 행위 자체는 적법한 사용·수익의 방법이고, 그러한 사실만으로 바로 저당권의 침해가 된다고는 할 수 없다. 저당 목적 토지에 대한 점유가 그 토지의 본래의 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과하여 그 교환가치를 감소시키거나 혹은 점유자에게 저당권의 실현을 방해하기 위한 목적으로 점유를 개시하였다는 점이 인정되는 등과 같이 그 점유로 인하여 정상적인 점유가 있는 경우의 경락가격과 비교하여 그 가격이 하락하거나 경매절차의 진행이 어려워지는 등 저당권의 실현이 곤란하게 될 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해를 인정할 수 있다.⁶³⁾ 대법원은 토지소유자가 나대지 상태에서 저당권을 설정한 후 그 토지 위에 건물을 신축하기 시작하였으나 피담보채무를 변제하지 못하여 저당권이 실행에 이르렀거나 혹은 저당권의 실행이 예상됨에도 불구하고 소유자 또는 제3자가 건물의 신축공사를 계속한다면, 비록 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다고 하더라도 경매절차의 매수인으로서서는 신축건물의 소유자로 하여금 이를 철거하게 한 후 토지를 실제로 인도받기까지 별도의 시간과 비용을 들여야 하므로, 저당 목적 토지상에 건물신축공사가 진행되고 있다면 이는 경매절차에서 매수희망자를 감소시키거나 매각가격을 떨어뜨려 결국 저당권자가 저당 목적 토지를 통해 확보한 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 경우에 해당한다고 판시하였다.⁶⁴⁾ 결국 저당권에 기한 방해배제청구권의 인정 여부는 ‘통상적인 사용·수익의 범위가 어디까지인지’의 문제로 귀결된다고 할 것인데, 저당권자 보호를 위하여 ‘담보가치의 훼손이 발생하였는지 여부’에 대하여 보다 폭넓게 인정할 필요가 있다고 생각한다.

살피건대 저당권에 기한 방해배제청구권은 저당권이 실행되거나 실행이 예상되는 상황에서 가능하거나 그러한 상황에서 더 폭넓게 인정될 여지가 있는 반면, 담보지상권에 기한 방해배제는 저당권 실행 내지 실행 예상 상황을 요구하지 않으므로, 이러한 측면에서 담보지상권에 기한 방해배제의 범위가 저당권보다 넓다고 볼 수도 있다.⁶⁵⁾ 그러나 현실적으로 저당권이 실행되거나 피담보채무의 불이행이 예견되는 상황이 아닌데도 저당권자의 동의도 받지 않고 건물을 신축한 후 이에 대한 추가 저당권 설정을 회피하여 저당권자로 하여금

63) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결.

64) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다58454 판결.

65) 저당권에 기한 방해배제청구권과 지상권에 기한 방해배제청구권이 그 요건이나 효과면에서 차이가 없다고 하면서 저당권에 기한 방해배제청구권이 인정되는 이상 담보지상권을 인정할 현실적인 필요성이 없다는 견해도 있다(윤진수, 앞의 논문, 303-307면).

저당권을 실행할 필요가 없음에도 담보지상권에 기한 방해배제청구권을 행사해야 하는 경우는 드물 것이라는 측면에서, 저당권 실행 상황과 무관하게 방해배제를 할 수 있다는 점이 담보지상권의 큰 효용이라고 보기는 어렵다.⁶⁶⁾ 그런 의미에서 담보지상권은 저당 목적 토지의 소유자 등이 저당 목적 토지 위에 저당권자의 채권보전에 지장을 초래할 수 있는 건물을 축조하려고 하는 경우 이를 사전에 저지할 수 있는 법적 근거를 마련해 주는 정도에 지나지 않고, 이마저도 지상권설정자인 저당 목적 토지의 소유자가 건물을 축조하겠다고 하면 저당권자 겸 지상권자가 특별한 이유가 없는 한 이를 거절할 수가 없는 것이고 일단 건물이 축조되면 담보지상권자의 지위는 더 이상 별 의미를 가지지 않는다고 볼 수밖에 없을 것이다.⁶⁷⁾

2. 금융실무에 대한 고려

선순위 저당권자가 있어 그 저당권자가 담보지상권을 이미 설정받은 토지에 대하여 후순위 저당권을 설정하는 경우 용익물권의 배타적 성질상 후순위 저당권자는 다시 지상권을 설정할 수는 없고, 따라서 금융실무에서도 지상권설정 없이 저당권만 설정하고 여신을 취급할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 선순위 저당권을 설정할 때는 관행에 따라 저당 목적 토지에 담보지상권을 함께 설정하는 것은 합리성을 결여한 것으로 생각된다. 또한, 여신을 제공하면서 토지에 대한 사용·수익의 의사도 없으면서 저당권 이외에 용익물권인 지상권까지 설정하는 것은 채권의 담보 목적을 넘어서는 권리의 취득으로서 공정거래에 반하는 불건전 영업행위로 평가받을 수도 있다는 점에서⁶⁸⁾ 금융기관의 담보지상권 설정 관행은 재고해 볼 필요가 있다.

2013. 7. 1. 금융감독원은 표준약관을 개정하여 금융기관에서 지상권을 설정하는데 드는 비용을 금융기관이 모두 부담하는 것으로 변경하였는데, 당시 조사에 따르면 그 직전 해인 2012년 말 기준으로 금융기관이 실행한 지상권설정 대출은 총 4794건(1조 9,493억원)으로 그 추정설정비용(등록세, 지방교육세, 등기신청수수료, 법무사 수수료, 물건의 조사 또는 감정평가 수수료 등)이 차그마치 78억원에 이른다.⁶⁹⁾ 현실적으로 담보지상권은 그 설정과 말소에 드는 비

66) 김재남, 앞의 논문, 444면.

67) 오시정, 앞의 논문, 222면.

68) 오시정, 앞의 논문, 226면.

69) 2013. 6. 28.자 파이낸셜 뉴스 “저축銀, 지상권 설정비용 부담한다” (www.fnnews.com 취

용을 낭비하면서까지 이를 인정할 특별한 실익은 없으므로, 담보지상권을 무효로 선언함으로써 금융기관이 담보지상권을 설정하는 관행을 없앤다면 금융기관으로서의 상당한 비용을 절감할 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

3. 소결

담보지상권이 물권법정주의에 반한다는 비난을 감수하면서까지 이를 인정할 현실적 필요가 있는지와 관련하여, 담보지상권을 무효로 보더라도 저당권자는 제370조 저당권에 기한 방해배제청구권이나 제365조 일괄경매청구권 등 저당권에 기한 권리 행사를 통해 담보가치를 확보할 수 있다는 점에서 저당권자 보호에 아무런 무리가 없을 것으로 생각된다. 오히려 저당권 설정 당시 적정한 담보가치를 평가하고 그 이후에도 제362조 담보물보충청구권 등을 통해 담보가치를 유지·확보하는 것 그리고 그에 따라 예상되는 위험은 채권자인 저당권자의 부담으로 남아야 하며, 당초 물권법이 예정하지 아니한 물권의 내용인 담보지상권을 인정하는 것은 저당권설정자의 용익권을 지나치게 제한하고 저당권자를 과하게 보호하는 것이라 생각한다.

IV. 결론 및 대안의 모색

1. 저당권자의 담보가치 보호수단

저당권자는 저당권설정자나 제3자의 저당권 침해행위 혹은 통상의 경제적 사용방법을 벗어난 사용·수익에 대하여 민법상 담보물보충청구권(제362조), 저당권에 기한 방해배제청구권(제370조), 일괄경매청구권(제365조), 즉시변제청구권(제388조), 불법행위에 기한 손해배상청구권(제750조) 등을 행사할 수 있다. 특히 담보지상권과 같이 나대지에 저당권이 설정된 경우에는 법정지상권(제366조) 뿐만 아니라 관습법상 법정지상권도 성립하지 않는 것으로 보아 담보지상권자를 보호하고 있다.⁷¹⁾

종검색일 : 2024. 6. 30.)

70) 윤진수, 판례평석 “담보지상권은 유효한가?”, 『법률신문』 제4689호, 법률신문사, 2019. 4. 8. (www.lawtimes.co.kr 최종검색일 2024. 6. 30.)

71) 대법원 1993. 6. 25. 선고 2003다26051 판결.

그럼에도 불구하고 금융실무상 채권자인 금융기관은 저당 목적 토지의 담보가치의 훼손을 우려하여 이른바 담보지상권을 설정하는 관행이 계속되고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 담보지상권은 실질은 담보권이면서도 그 형식은 용익권의 하나인 지상권의 모습을 하고 있어 우리 민법이 예정하지 않은 새로운 물권으로서 물권법정주의에 위반된다. 따라서 담보지상권을 설정하는 관행을 근절하기 위하여 저당권자를 보호할 수 있는 다른 대안으로 민법 제365조 일괄경매청구권의 개정을 제안하고자 한다.

2. 제365조 일괄경매청구권의 개정 제안

1) 문제점

민법 제365조는 “토지 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 지상에 건물을 축조한 경우 저당권자는 그 건물에 대하여도 함께 경매를 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 일괄경매청구권이 폭넓게 인정된다면 채권자가 저당 목적 토지의 담보가치를 유지하기 위하여 물권법정주의에 반한다는 비난을 감수하면서 별도의 비용까지 들여 담보지상권을 설정할 필요는 없을 것이다. 그러나 일괄경매청구권도 다음에서 살펴보는 바와 같이 그 요건 및 행사상 한계를 가지고 있다.⁷²⁾ 일괄경매청구권은 토지에 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 지상에 건물을 축조할 것을 요건으로 하고 있고, 민법 제365조 규정 자체는 저당 목적 토지가 나대지였는지 혹은 기존 건물이 철거되고 새로 건물이 축조되었는지를 구분하지 않으며, 나아가 저당권설정자가 건물을 축조하기만 하면 되고 이후 건물의 소유권이 변동되었는지 여부도 불문한다.

대법원은 일괄경매청구권 행사요건으로서 ‘건물축조자’ 요건과 관련하여 민법 제365조의 문언에도 불구하고 그 요건을 완화하는 확대해석을 통해 “저당 지상의 건물에 대한 일괄경매청구권은 저당권설정자가 건물을 축조한 경우 뿐만 아니라 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여 경매를 청구할 수 있다”고 판시하였다.⁷³⁾ 민법 제365조 일괄경매청구권의 적용시 건물축조자 요건을 판단함에 있어 저당권설정자의 지위를 승계한 자 또는 저당 목적 토지의

72) 이에 대한 자세한 내용은, 최수정, 앞의 논문, 100-106면 참고.

73) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3850 판결.

용익권능을 취득한 자가 축조한 경우와 같이 저당권설정자가 직접 축조하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 경우를 포함시키는 것은 위 규정에 반한다고는 할 수 없고,⁷⁴⁾ 오히려 저당권자의 보호와 사회적 효용의 유지라는 일괄경매청구권의 기능을 보다 적절하게 활용할 수 있도록 하는 타당한 해석이라고 생각된다.

위와 같은 대법원의 확대해석에도 불구하고 비록 토지의 용익권자가 건물을 축조하였더라도 저당권자가 경매를 청구할 당시에 토지의 저당권설정자가 건물의 소유권을 취득함으로써 토지와 건물 모두 저당권설정자에게 귀속되어 있는 경우에만 제한적으로 저당권설정자의 일괄경매청구권을 인정한다는 점에서 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.⁷⁵⁾ 구체적으로, 저당권이 설정된 후에 저당권설정자 외의 제3자가 건물을 축조한 경우 또는 저당권설정자가 축조하였으나 경매 당시 제3자가 소유하는 경우에도 건물을 존속시켜 토지와 함께 매각함으로써 토지의 환가를 용이하게 한다는 일괄경매청구권의 인정취지를 그대로 인정할 수 있음에도 불구하고 ‘건물축조자’ 요건을 충족시키지 못하여 결국 일괄경매청구권을 인정할 수 없게 된다는 공백이 발생하게 된다.⁷⁶⁾

2) ‘건물축조자’ 요건의 삭제 제안

민법 제365조 일괄경매청구권의 적용에 있어 ‘건물축조자’ 요건의 확대해석을 통해 저당권설정자가 건물을 축조한 경우 뿐만 아니라 ‘저당권설정자로부터 용익권을 설정받은 자’까지 포함하는 것으로 해석하는 것만으로는 저당권자의 보호에 여전히 공백이 발생한다는 점은 위에서 살펴본 바와 같다. 이에 더 나아가 토지소유자가 건물을 건립한 후 그 건물의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에도 건물의 새로운 소유자는 종전 소유자의 법적 지위를 승계한 자이고, 법문이 ‘경매 신청시 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하고 있어야 할 것’을 명시적으로 요구하는 것도 아니므로 확대해석을 통하여 토지와 건물의 일괄경매청구를 인정할 수 있다고 본다.⁷⁷⁾

한편 위와 같은 해석론적 접근에서 한 발 더 나아가 민법 제365조 일괄경매청구권의 행사요건을 완화하는 법 개정을 고려해 볼 수도 있다고 생각한다. 일

74) 최수정, 앞의 논문, 103면.

75) 위계찬, “저당지상의 건물에 대한 일괄경매청구권”, 『법과 정책연구』 제12집 제2호, 한국법정책학회, 2012. 6. 15면.

76) 대법원 1994. 1. 24.자 93마1736 결정.

77) 양창수/김형석, 앞의 책, 458-459면.

본의 경우를 살펴보면, 구 일본민법 제389조는 우리 민법 제365조와 동일하게 토지에 저당권이 설정된 이후 저당권설정자가 그 지상에 건물을 축조한 때는 저당권자는 저당목적물인 토지와 함께 그 건물의 경매를 청구할 수 있다고 규정하고 있었고, 따라서 저당권설정자 외의 사람이 저당 목적 토지 위에 건물을 축조한 경우 저당권자는 그 건물을 토지와 함께 일괄하여 경매를 청구할 수 없었다. 그런데 일본은 2003. 7. 25. 민법개정을 통해 민법 제389조 일괄경매청구권에 대하여 축조자 요건을 삭제함으로써⁷⁸⁾ 토지에 저당권이 설정된 이후 그 지상에 건물이 축조된 경우에는 저당권자는 그 건물의 축조자가 저당권설정자인지 여부를 묻지 않고 토지와 함께 그 건물의 경매를 청구할 수 있도록 개정하였다. 우리 민법 제365조도 개정된 일본 민법 제389조와 같이 건물축조자 요건을 삭제함으로써 토지에 저당권이 설정된 이후 그 지상에 건물이 축조된 경우에는 그 축조자가 누구인지와 상관없이 저당권자는 토지와 함께 그 건물의 경매를 청구할 수 있는 길을 열어줌으로써 저당권자를 보호하고 나아가 이미 축조된 건물의 사회적 효용을 유지하여 사회경제적 손실도 줄일 수 있을 것이라 생각한다. 이와 같은 법 개정이 이루어진다면 저당권자가 저당 목적 토지의 담보가치를 유지하기 위하여 사용·수익 권능이 배제된 이른바 담보지상권을 굳이 설정할 이유가 없어질 것이므로, 일괄경매청구권의 폭넓은 인정이야말로 담보지상권의 대체재로서 충분히 기능할 수 있으리라 생각된다.

78) 日本 民法 第三百八十九條 抵当權の設定後に抵当地に建物が築造されたときは、抵当權者は、土地とともにその建物を競賣することができる。ただし、その優先權は、土地の代価についてのみ行使することができる。

2 前項の規定は、その建物の所有者が抵当地を占有するについて抵当權者に對抗することができる權利を有する場合には、適用しない。

[참고문헌]

1. 단행본

- 곽윤직/김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2023.
구연모, 부동산등기법(제2판), 박영사, 2022.
김준호, 민법강의(제29판), 홍문사, 2023.
김형배/김규완/김명숙, 민법학강의(제13판), 신조사, 2014.
법원행정처, 부동산등기실무(Ⅱ), 2015.
양창수/김형석, 권리의 보전과 담보(제4판), 박영사, 2021.
윤진수, 민법기본판례(제2판), 홍문사, 2020.
이시윤, 신민사집행법(제8개정판), 박영사, 2020.
이진기, 물권법, 박영사, 2020.

2. 논문

- 김재남, “담보지상권의 효력”, 『민사판례연구』 제42권, 민사판례연구회, 2020. 2.
김재형, “저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위”, 『저스티스』통권 제84호, 한국법학원, 2005. 6.
김중길, “담보지상권과 저당권의 병존에서의 제문제 고찰”, 『토지법학』 제35권 제1호, 한국토지법학회, 2019. 6.
김 현, “지상권 침해에 대한 손해배상의 판단기준”, 『대한토목학회지』 제58권 제11호, 대한토목학회, 2010. 11.
김현선, “나대지에 저당권을 설정한 후 저당목적물의 담보가치를 확보하기 위한 지상권의 효력 - 담보지상권의 유효여부와 토지저당권자의 보호방안을 중심으로 -”, 『중앙법학』 제14집 제3호, 중앙법학회, 2012. 9.
박진영, “한국의 담보지상권에 관한 연구 - 대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다69907 판결 -”, 『동북아법연구』 제13권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2019. 9.
배병일, “담보지상권”, 『법학논고』 제43집, 경북대학교 법학연구원, 2013. 8.
배성호, “저당권의 교환가치의 보호를 위한 담보지상권의 유효성 여부”, 『토지법학』 제32권 제2호, 한국토지법학회, 2016. 12.
신봉근, “부동산소유권과 용익물권에 관한 새로운 논의”, 『비교사법』 제29권 제1호(통권 제96호), 한국사법학회, 2022. 2.
오시정, “저당권과 지상권의 관련성 및 저당권자의 실무적 대응방안”, 『은행법연구』 제6권 제1호(통권 11호), 은행법학회, 2013. 5.

- 위계찬, “저당지상의 건물에 대한 일괄경매청구권”, 『법과 정책연구』 제12집 제2호, 한국법정책학회, 2012. 6.
- 윤진수, “저당권에 대한 침해를 배제하기 위한 담보지상권의 효력”, 『한국민법의 새로운 전개』(고상룡 교수 고회기념논문집), 법문사, 2012. 6.
- 이성진, “담보지상권에 관한 고찰 - 담보지상권 성립과 유효성, 저당물 토지의 점유·사용을 중심으로 -”, 『법학연구』 제64권 제3호(통권 117호), 부산대학교 법학연구소, 2023. 8.
- 이진기, “관습법과 관습 - 민법의 관습법 개념에 대한 재조명을 위하여 -”, 『법사학연구』 제53호, 한국법사학회, 2016. 4.
- _____, “물권법정주의, 소유권과 제한물권의 범위와 한계 - 지상권에 관한 대법원 판결을 중심으로 -”, 『비교사법』 제19권 제4호, 한국사법학회, 2012. 11.
- 이천교, “담보지상권 실무와 부동산 경매”, 『민사집행법연구』 제18권, 한국민사집행법학회, 2022. 2.
- 최수정, “담보를 위한 지상권의 효력”, 『민사법학』 제56호, 한국민사법학회, 2011. 12.

3. 기타

대한민국 법원 등기정보광장 <https://data.iros.go.kr>

법률신문 www.lawtimes.co.kr

파이낸셜 뉴스 www.fnnews.com

[Abstract]

A Study on the Principle of Numerus Clausus and the Collateral Superficies*

Lee, Jieun**

If a mortgagee who has set up a mortgage on a vacant lot also acquires a superficies to the land with the purpose of ensuring the collateralized value of the land, without any intention of using or profiting from the land, the superficies created in this manner is referred to as a “collateral superficies.” It is questionable whether a collateral superficies, which assumes the form of a usufructuary right yet only functions as a collateral in substance, is valid under the Law of Property that declares the numerus clausus of property rights.

First, the superficies stipulated in Article 279 of the Civil Act refers to the use of the land of another person “for the purpose of owning buildings, other structures or trees thereon,” and therefore, creating a superficies, the essence of which is a usufructuary right, “for the purpose of ensuring the collateralized value” is contrary to the Law of Property, which stipulates a superficies as one of the usufructuary rights. With attention to the practical function of a collateral superficies, the Supreme Court also ruled that a collateral superficiary has no right to use and profit from the land and therefore may not claim any unjust enrichment from the third party who is granted a usufructuary right by the settlor, who still has a right to use and profit from the land, to use and profit from it. This, however, is contrary to the numerus clausus of property rights in that the collateral superficiary as a usufructuary cannot exercise any right against the violation of his/her right to use and profit from the land by the third party, given that a collateral superficies is in essence a superficies even though its economic purpose is to ensure the collateralized value. Lastly, the Supreme Court considers that a superficies

* This research was supported by Kyungpook National University Research Fund, 2023.

** Assistant Professor, Kyungpook National University Law School

is an independent property right and can be transferred by themselves, not appendant to other rights, and at the same time, acknowledges the appendant nature in terms of the laps of the collateral superficies by ruling that when the mortgagee earns bond satisfaction by repaying the secured debt or exercising his or her mortgage, the collateral superficies, which is a superficies in essence, comes to an end as apparent thereto. This is equivalent to the creation of a new property right against the provisions of the Civil Act in view of the fact that Articles 280 to 281 of the Civil Act set the minimum duration as a one-sided mandatory regulation in order to protect a superficiary, and it is also against the Supreme Court's ruling that recognizes a superficies as an independent property right.

It is no difficulty at all in protecting a mortgagee in that the collateralized value can be ensured as the mortgagee exercises the claim for removal of disturbance or the claim for a batch auction of building on mortgaged land under Article 370 and Article 365 of the Civil Act, respectively, based on the mortgage, even if the collateral superficies is deemed invalid. However, the claim for removal of disturbance based on the mortgage is not recognized when the usufructuary uses and profits from the lot in a usual manner, and is recognized only when this damages the collateralized value. It is believed that it is necessary to recognize more broadly whether or not the value is damaged to protect the mortgagee. In addition, in that the claim for a batch auction of building on mortgaged land is recognized only when the mortgager constructs a building on the land, it is worth consideration, when exercising the claim for a batch auction of building on mortgaged land, to interpret that the requirements for a building constructor include a person to whom the mortgager created a usufructuary right, or to delete the requirements as in Article 389 of the revised Japanese Civil Act.

Keywords : Collateral Superficies, Principle of Numerus Clausus,
Fictitious Declaration of Intention in Collusion,
Claim for Removal of Disturbance against Article Owned,
Claim for Batch Auction of Building on Mortgaged Land