

## 대법원 2022. 7. 21. 선고 전원합의제 판결 요지

### 민 사

2017다236749 토지인도 (가) 파기환송

[관습법상 법정지상권의 성립 여부가 문제된 사안]

◇관습법상 법정지상권에 관한 관습법이 현재에도 법적 규범으로서의 효력을 유지하고 있는지 여부(적극)◇

대법원은 오래 전부터 ‘동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등 기타 적법한 원인(이하 ‘매매 등’이라 한다)으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권을 취득한다’고 판시해 왔다(대법원 1960. 9. 29. 선고 4292민상944 판결, 대법원 1963. 5. 9. 선고 63아11 판결, 대법원 2013. 4. 11 선고 2009다62059 판결 등).

동일인 소유이던 토지와 그 지상 건물이 매매 등으로 인하여 각각 소유자를 달리하게 되었을 때 그 건물 철거 특약이 없는 한 건물 소유자가 법정지상권을 취득한다는 관습법은 현재에도 그 법적 규범으로서의 효력을 여전히 유지하고 있다고 보아야 한다.

☞ 甲은 자기 소유 이 사건 토지 위에 이 사건 건물을 신축한 후 사망하였고, 妻인 乙과 자녀들인 피고들 등 공동상속인들은 이 사건 토지를 乙의 단독 소유로 한다는 상속재산 분할협의를 하였음. 이후 乙은 이 사건 토지를 피고1에게 증여하였고, 이후 이 사건 토지에 관한 임의경매절차에서 원고가 이 사건 토지를 매수하였음. 원고는 이 사건 토지의 소유권에 기하여 피고들에 대하여 이 사건 건물의 철거와 이 사건 토지의 인도 등을 청구하고, 이에 대해서 피고들은 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 다투는 사건임

☞ 원심은 건물의 소유자에게 관습법상 법정지상권이 인정되기 위해서는 토지와 건물의 소유자가 동일인이었다가 변경된 경우여야 함을 전제로 하여, 乙이 피고1에게 이 사건 토지를 증여할 당시 이 사건 건물의 상속지분에 따른 공유자 중 1인에 불과하여 이 사건 토지와 건물이 동일인에게 속하였다고 볼 수 없다는 이유로, 피고들이 관습법상 법정지상권을 취득하지 못하였다고 판단하였음

☞ 대법원은 관습법상 법정지상권에 관한 관습법은 현재에도 법적 규범으로서의 효력을 유지하고 있다고 한 뒤, 이 사건 토지의 소유자인 乙이 그 지상의 이 사건 건물을 피고

들과 공유하다가 이 사건 토지만 증여한 경우에도, 특별한 사정이 없는 한 피고들이 관습법상 법정지상권을 취득하였다고 볼 여지가 있으므로(대법원 1977. 7. 26. 선고 76다388 판결 등), 원심은 관습법상 법정지상권의 다른 성립 요건이 갖추어졌는지 등을 심리했어야 한다는 이유로 원심을 파기함

☞ 이러한 다수의견에 대하여 관습법상 법정지상권은 관습법의 성립 요건을 갖춘 것이라고 볼 수 없고, 이에 대한 사회 구성원들의 법적 확신도 없으며, 전체 법질서에도 부합하지 않으므로, 법적 규범으로서 효력을 인정할 수 없다는 이유로 관습법상 법정지상권을 광범위하게 인정하는 종래 판례는 모두 폐기되어야 한다는 대법관 김재형의 반대의견이 있고, 다수의견에 대한 대법관 노태약, 대법관 이흥구의 보충의견이 있음

## **2018다248855, 248862 손해배상(기), 위약벌 (가) 상고기각**

### **[위약벌로 해석되는 위약금에 대한 법원의 직권 감액 여부가 문제된 사안]**

#### **◇위약벌에 대하여 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 있는지(소극)◇**

대법원은, 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다고 하였다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결, 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다14511 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 등 참조).

위와 같은 현재의 판례는 타당하고 그 법리에 따라 거래계의 현실이 정착되었다고 할 수 있으므로 그대로 유지되어야 한다.

☞ 피고가 원고의 공사 방해 등 귀책사유를 들어 골프 연습시설을 운영하기로 하는 공동사업계약의 해지를 주장하면서, 계약상의 위약금 10억 원을 청구한 사안(반소)임

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여, 다음과 같은 이유로 위약벌에 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없다는 현재 판례가 타당하다고 판단하고, 상고를 기각하여 같은 취지로 판단한 원심을 확정하였음

- 민법 제398조 제2항과 제4항의 문언해석에 따르면, 민법은 위약금 약정에는 손해배상액의 예정이 아닌 것도 존재함을 전제로, 위약금 약정 중 손해배상액의 예정에 대해서만 감액을 인정하고 있음

- 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 구별하는 것은 당사자의 의사 해석 문제로, 대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하여 그 기능과 효과를 달리 인정하여 왔음

- 위약벌은 의무위반에 대한 제재벌로서 위반자가 상대방에게 지급하기로 자율적으로 약정한 것이므로, 사적자치의 원칙에 따라 당사자들의 의사가 최대한 존중되어야 하고, 법원의 개입을 쉽게 허용할 것은 아님

- 손해배상액의 예정에 대해서만 직권감액을 규정한 것은 입법자의 결단이고, 위약벌과 손해배상액의 기능적 유사성만으로 유추적용이 정당하다고 보기 어려움

☞ 이러한 다수의견에 대하여, ① 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이흥구, 대법관 천대엽, 대법관 오경미의 반대의견, ② 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 노태악의 보충의견이 있음

☞ 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 손해배상액의 예정과 위약벌의 기능적 유사성에 비추어 볼 때, 위약벌의 감액에 관하여 손해배상액의 예정 규정을 유추하는 방법으로 해결하는 것이 바람직함

- 대법원은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성격을 함께 가지는 위약금을 인정하거나, 「약관의 규제에 관한 법률」의 적용 국면에서 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하지 않음으로써, 그 둘의 경계를 완화해 왔음

- 공서양속 위반을 이유로 무효로 하는 것에 매우 신중하여야 한다는 판례의 태도에 따르면, 위약벌인지 손해배상액의 예정인지에 따라 심한 불균형과 평가모순이 발생함

- 공서양속 위반으로 위약벌의 전부 또는 일부가 무효로 된다는 판례는, 손해배상액 예정에 대한 감액을 인정하지 않는 구 일본 민법에 특유한 문제를 해결하고자 나온 법리이고, 비교법적으로도 위약벌에 대한 감액을 인정하는 추세임

☞ 다수의견에 대한 보충의견의 요지는 다음과 같음

- 위약벌에 민법 제398조 제2항을 유추적용하는 것은 사적자치의 원칙과 그 제한에 관한 규율체계에 비추어 타당하지 않음

- 위약벌과 손해배상액의 예정을 구별하여 달리 취급하는 것은 당사자의 의사에 따른 것으로 위약벌을 약정한 당사자의 의사를 존중하여야 함