

공사중지가처분

[대법원 2004. 3. 29. 자 2003마1753 결정]

【판시사항】

- [1] 토지에 관하여 저당권과 함께 지상권을 취득하는 경우, 당해 지상권의 효용 및 방해배제청구권의 내용
[2] 토지 위에 건물을 신축중인 토지소유자가 토지에 관한 근저당권 및 지상권설정등기를 경료한 후 제3자에게 위 건물에 대한 건축주 명의를 변경하여 준 경우, 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 요구할 수 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] 토지에 관하여 저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당해 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 그와 같은 경우 제3자가 비록 토지소유자로부터 신축중인 지상 건물에 관한 건축주 명의를 변경받았다 하더라도, 그 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자로서는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 요구할 수 있다.

[2] 토지 위에 건물을 신축중인 토지소유자가 토지에 관한 근저당권 및 지상권설정등기를 경료한 후 제3자에게 위 건물에 대한 건축주 명의를 변경하여 준 경우, 제3자가 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 요구할 수 있다고 한 사례.

【참조조문】

[1]

[민법 제214조](#),
[제290조 제1항](#),
[제370조](#)

[2]

[민법 제214조](#),
[제290조 제1항](#),
[제370조](#)

【참조판례】

[1]

[대법원 1996. 3. 22. 선고 95다55184 판결\(공1996상, 1353\)](#)

【전문】

【재항고인】

주식회사 우리은행 (소송대리인 법무법인 푸른 담당변호사 손순호 외 2인)

【상대방】

홍영표

【원심결정】

서울고법 2003. 10. 31.자 2003라530 결정

【주문】

원심결정을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

1. 원심결정 이유에 의하면, 원심은 제1심결정을 인용하여 재항고인은 2002. 6. 17. 인천 남구 학익동 4-21 대 826㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 소유자인 윤부전에게 대출을 하면서 채권최고액 26억 원으로 된 근저당권설정계약 및 존속기간 30년으로 된 지상권설정계약을 체결하고, 같은 날 이 사건 토지에 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 경료한 사실, 재항고인이 위 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 할 당시 이 사건 토지에 철근콘크리트 8층 근린생활시설 및 업무시설 건물이 신축중이었고, 이미 2층 골조공사까지 진행된 상태라는 사실을 알았던 사실을 인정한 다음, 재항고인으로서 자신의 근저당권 및 지상권이 위 신축건물에 의하여 제한을 받을 수도 있다는 것을 예상하였거나 예상할 수 있었음에도 이 사건 토지에 근저당권 및 지상권을 설정한 것이므로, 위와 같은 제한을 용인하고서 이 사건 토지에 대한 근저당권 및 지상권을 취득한 것이라 할 것이고, 따라서 윤부전으로부터 건축주 명의를 변경받은 상대방이 건물 건축을 위하여 공사를 하는 데 대하여 재항고인이 공사중지를 구할 수 없다고 할 것이므로, 이 사건 가처분신청은 피보전권리가 없다고 판단하여 재항고인의 가처분신청을 배척하였다.

2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 재항고인은 2002. 6. 17. 이 사건 토지에 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 경료하면서 이 사건 토지의 소유자인 윤부전으로부터 "본인이 이 사건 토지에 건물을 신축함에 있어 향후 건물이 완공되어 소유권보존등기를 하는 즉시 귀행에 추가로 담보제공을 할 것이고, 만일 건물의 추가담보제공을 지연하거나 제3자 명의로 보존등기를 하게 되어 본인 명의로 소유권보존등기가 불가능하게 될 경우 또는 임의로 토지 또는 건물 소유권을 제3자에게 이전하는 등으로 인하여 귀행이 채권보전에 지장이 있다고 판단하여 담보권을 실행하는 경우에는 어떠한 불이익도 감수하겠으며 이로 인하여 발생하는 모든 비용은 본인이 부담하고 민·형사상의 책임을 지겠다."라는 취지의 각서를 받고, 윤부전에게 당시 2층 골조공사가 진행 중이던 건물의 신축을 허용하였던 사실, 윤부전은 2002. 8. 1. 위 건물에 관한 건축주 명의를 상대방으로 변경한 사실, 재항고인은 윤부전에게 위와 같은 건축주 명의변경에 의하여 담보권 실행에 지장이 있으니 건축주 명의를 다시 윤부전 앞으로 환원하도록 독촉을 하였으나 윤부전이 이에 응하지 못하고 있고, 상대방이 현재 건축주로서 위 건물에 관한 공사를 수행하고 있는 사실을 알 수 있다.

토지에 관하여 저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당해 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이

있다고 할 것이므로, 그와 같은 경우 제3자가 비록 토지소유자로부터 신축중인 지상 건물에 관한 건축주 명의를 변경받았다 하더라도, 그 지상권자에게 대항할 수 있는 권원이 없는 한 지상권자로서는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 구할 수 있다고 할 것이다.

위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 재항고인이 이 사건 근저당권 및 지상권 취득 당시 이 사건 토지에 토지 소유자인 윤부전이 건물을 신축하는 것을 알고서 이로 인한 제한을 용인하였다고 하더라도, 제3자인 상대방이 윤부전으로부터 건축주 명의를 변경받아 건물을 축조하는 데에 대하여도 재항고인이 용인한 것으로 볼 수는 없으므로, 상대방이 재항고인에게 대항할 수 있는 권원이 있음을 주장·입증하지 못하는 한 재항고인으로서 상대방에 대하여 위 건물의 축조를 중지하도록 구할 피보전권리가 있다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 재항고인이 이 사건 근저당권 및 지상권 취득 당시 이 사건 토지에 토지 소유자인 윤부전이 건물을 신축하는 것을 알고서 이로 인한 제한을 용인하였다는 이유만으로 상대방에 대하여 위 건물의 축조중지를 구할 피보전권리가 없다고 판단하여 항고를 기각하고 말았으니, 거기에는 상대방이 재항고인에게 대항할 수 있는 권원이 있는지 여부에 대한 심리를 다 하지 아니하거나 지상권에 기한 방해배제청구의 법리를 오해함으로써 결정에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

그러므로 원심결정을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.