

# 지상권과 물권적 토지사용권에 관한 연구\*

- 독일과 한국 그리고 중국의 법체계를  
중심으로 -

장 병 일\*\*

## 차 례

### I. 서 론

### II. 독일과 한국에 있어서 지상권

1. 로마법적 입법례
2. 게르만법적 입법례
3. 독일법상 지상권의 내용
4. 민법상의 지상권
5. 소결

### III. 사회주의 국가에서의 물권적 토지사용권과 지상권

1. 구동독의 물권적 토지사용권
2. 중국의 토지사용권
3. 소결

### V. 결 론

\* 본 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2014. 10. 31. / 심사일자 : 2014. 11. 25. / 게재확정일자 : 2014. 11. 28.

## I. 서론

우리나라의 경우 토지와 건물을 독립된 물권의 객체로서 각각 민법상 독립적 물건임을 인정하고 있다. 이에 반하여 독일의 경우에는 ‘superficies solo cedit(지상물은 토지의 본질적 구성요소이다)’이라는 로마 법상의 원칙에 의해서 건물을 토지의 본질적 구성요소로 파악하고 있어 건물에 대한 독립된 물건임을 부정하고 있지만, 독일 「지상권법(Erbbaugesetz)<sup>1)</sup>」에 의하면 토지소유권자와는 관계없이 지상권을 근거로 하여 공동주택과 같은 지상의 건조물에 대하여 독립된 소유권을 인정하는 경우를 볼 수 있다. 그리고 우리 민법상 지상권에 의해서도 타인 소유의 토지에 건물 기타 공작물 또는 수목을 소유하기 위하여 토지를 사용하는 권리(민법 제279조)라고 하여 지상권을 권원으로 하여 토지소유권자가 아닌 타인이 지상물만에 대한 독립적 소유권자가 될 수 있다.

또한 사회주의 경제체제를 유지하는 국가들을 보면, 개인의 토지소유권이 부정되는 대신 일정한 경우에 그 토지를 이용할 수 있는 권리가 부여되어, 그 지상에 개인 자신의 독립적 건물소유권이 인정된다. 이러한 상황은 중국이나 북한에서도 동일하게 나타나는데, 이는 동일한 정치와 경제체제 및 제도에서 근거하기 때문에 가능하다.<sup>2)</sup> 그리고 비록 역사 속으로 사라졌지만, 중국과 북한과 동일한 정치구조와 경제체제를 취했던 구 동독의 경우를 예로 보더라도 사회주의 국가에서 개인이 토지를 이용하는 모습은 주거, 휴양 또는 통행 및 통과를 위한 토지이용 등으로 나타났으며, 이 중 지상물인 살림집의 경우에는 계속적이고 주체적인 이용권리를 인정하였었는데, 이는 私人인 개인의 토지소유에 대한 욕구 대신 지상물인 살림집에 대한 개인적 소유권을 인정하게 되어, 이러한 법적 권리를 ‘물권적 토지사용권’이라고 명명하고 있다.

위의 모든 경우에 토지와 건물의 소유자가 서로 다르다는 현상을 나타내는데, 토지와 건물의 소유자가 다르다는 외관만을 볼 때는, 지상물에

1) Gesetz über das Erbbaurecht - (Erbbaurechtsgesetz); 2013.10.1. 개정(BGBl. I S. 3719).

2) Günther Rohde, Bodenrecht, Berlin,, Staatsverlag der DDR, 1989, S.23.

대한 독립적 소유권을 인정하는 한국의 법제와 아주 유사한 외양을 나타내고 있으며, 또한 이러한 연유로 사회주의국가에서 인정하고 있는 토지사용권을 우리의 지상권과 동일하다는 평가를 할 수 있을 것이다.<sup>3)</sup> 그런데 과연 우리의 지상권이 사회주의 국가에서 말하는 물권적 토지사용권의 내용과 효과 면에서 동일한지 여부에 관하여 더 구체적이고 심도있는 연구가 필요하다고 생각한다. 따라서 본 연구는 지상권의 특성과 사회주의국가에서 인정되고 있는 물권적 토지사용권의 특성에 대한 비교를 통하여, 앞으로 연구될 통일기반 법제를 위한 자료로 기능할 수 있도록 기여하는데 본 연구의 의의가 있다. 이에 따른 연구순서로서 먼저 한국과 독일의 지상권이 아주 동일한 권리인가라는 문제에서부터 사회주의국가 내 개인의 私的 목적(주거 또는 기타 건조물건립)을 위한 물권적 권리인 토지사용권을 중심으로 고찰하여 민법상의 지상권이 사회주의 국가에서 인정하고 있는 물권적 토지사용권과 동일한 권리인가를 논구하고자 한다.

## II. 독일과 한국에 있어서 지상권

### 1. 로마법적 입법례

로마법에 있어서는 ‘지상물은 토지에 속한다(superficies solo cedit)’는 원칙이 지배하였다. 이 원칙에 따르면 타인의 토지에 건물을 지으면 그 건물은 토지에 부합되어 토지소유자에 귀속되는 것이어서, 지상물을 자기소유로 하기 위해서는 토지를 매수하는 등으로 이를 소유하여야만 된다. 그러나 지상물을 소유하기 위하여 반드시 토지까지도 취득하여야만 한다는 것은 비합리적이었고 점차 사회경제의 발달, 토지가격의 등귀, 공유지 대역의 증대에 따라, 타인의 토지상에 건조물 등을 짓고 이를 소유자처럼 이용할 수 있는 권리를 주어 토지와 지상물을 함께 소유하여야 하는 부담으로부터 해방되게 하였는데, 이것이 지상권의 기원이다.<sup>4)</sup> 로마법에서

3) 장병일, 구동독과 중국에 있어서 토지사용권, 『재산법연구』 제26권 제2호(2009), 58쪽.

4) 박재윤, 민법주해(VI)(곽윤직 편저), 물권(3), 제279조 전론, 2쪽.

의 지상권은 ‘지상물은 토지에 속한다’는 원칙의 예외로서 지상 정착물의 소유권을 토지소유자 이외의 자에게 귀속시키는 법적 기술로서 도출된 것으로서 대륙계 국가들의 법률(예, 독일·프랑스법<sup>5)</sup>)이 이러한 기본적 이념을 근거로 하고 있다.

## 2. 게르만법적 입법례

게르만법에 있어서는 건물은 토지로부터 독립한 정착물로서 구성되어 토지에 부합하지 않는다는 원칙이 지배하였고, 이러한 체계 하에서는 토지의 소유권이 없더라도 그 지상물을 당연히 소유할 수 있으므로, 지상권은 그 지상물을 토지소유권과 분리시켜 타인의 토지 위에 소유하기 위하여 타인의 토지를 ‘사용’하는데 그 의미가 있게 된다. 우리나라나 일본의 민법은 이러한 법체계에 속한다.<sup>6)</sup>

## 3. 독일법상 지상권의 내용

### (1) 개념과 연혁

독일민법상의 지상권은 공작물 소유만을 목적으로 하며, 그 공작물은 부동산 물권인 지상권의 구성부분이 될 뿐이고 독립한 소유권의 객체가 되는 것은 아니다. 따라서 지상권의 구조는 공작물에 대한 관념적 소유와 토지사용권을 합한 권리로서, 지상권자는 공작물에 대하여는 소유권을 가지고 토지에 대하여는 이용권을 가지게 된다. 그리하여 지상권이 소멸하면 공작물은 토지의 구성부분이 되고, 토지소유자는 지상권자에게 토지의 구성부분이 된 공작물에 대하여 보상을 하여야 한다.<sup>7)</sup> 이러한 독일의 지

---

5) 프랑스민법에 의하면, 지상의 공작물·식재물 및 설치물은 토지소유자의 소유에 속하는 것으로 추정되나, 반증이 있으면 이 추정이 번복된다. 따라서 토지의 차주(借主)가 소유자의 승낙을 얻어 건물을 건축하면 그 건물은 차주의 소유가 된다. 이러한 토지 정착물의 소유권을 지상소유권 또는 지상권이라고 한다. 그러므로 프랑스민법에 있어서의 지상권은 법률의 규정에 의하여 인정된 권리가 아니라 토지소유권은 토지의 상하에 미친다는 원칙에 대한 예외로서 인정되는 것이다(박재윤, 위의 책, 7쪽).

6) 김수일, 주석민법(김용담 대표집필), 물권법(3), 34쪽.

7) 김수일, 위의 책, 34쪽.

상권은 1919년의 「지상권규칙(Erbbaurechtsverordnung)」<sup>8)</sup>이라는 법규에 의하여 등장하였으며, 이는 지표면의 위 또는 아래에 어떤 건축물을 가질 수 있는 양도와 상속이 가능한 권리이다(ErbbauRG 제1조 1항). 토지소유권자의 입장에서 본다면 지상권은 그의 토지에 설정된 제한물권이다. 그러나 이 제한 물권은 토지처럼 취급되어(ErbbauG 제11조 1항<sup>9)</sup>), 독자적인 등기부(지상(권)등기부; Erbbaugrundbuch)가 개설되며, 예컨대 지상권저당권(Erbbauhypothek)과 같이 토지처럼 제한물권설정이 가능하며, 토지소유권처럼 보호를 받는다(독일민법(BGB) 제985조, 제1004조). 특히 지상권의 실행으로 건립 또는 이미 존재하는 건물은 지상권의 본질적 구성부분이 되며, 토지의 본질적 구성부분이 아니게 된다(ErbbauRG 제12조<sup>10)</sup>).

## (2) 주된 기능

지상권의 적용범위는 법적 특수성에서 찾아볼 수 있다. 그것은 실무상 도시 주거지역에서의 주거건물의 권리형식이다. 토지소유자(공동기관임)는 택지개발지구(Bauerwartungsland)<sup>11)</sup>에 건축업자를 당사자로 하여 지상권을 설정해 준다. 이는 지상권자에게 토지구입자금을 절약하게 하는데, 이는 물론 소유자에게 정기적인 보상(지료)이 따르게 된다(ErbbauRG 제9조). 지상권에 대한 제한물권설정이 가능하며 건립될 건물은 지상권의 본

8) 1919년 1월 15일(RGBI.I 72,122)에 제정되었으며 「지상권법(Gesetz über das Erbbaurecht, - ErbbauRG)」으로 개명되어 최근 2013년 10월 1일 개정되었다.

9) 「지상권법」 제11조(ErbbauRG)

① 지상권에 대해서는 이 법률로부터 다른 사항이 발생하지 않는 한, 민법 제925조, 제927조, 제928조의 예외로서 토지와 관련된 규정 및 소유권에서 나오는 청구권에 관한 규정을 준용한다.

② 어느 한 부분에 지상권을 설정하는 계약에서는 민법 제311b조 1항을 준용한다.

10) 「지상권법」 제12조(ErbbauRG)

① 지상권을 근거로 하여 건립된 건축물을 지상권의 본질적 구성부분이다. 지상권설정이 이미 존재하였던 건축물도 마찬가지이다. 토지에 설정되었던 건축물의 책임은 지상권을 등기부에 등기함으로써 소멸한다.

② 민법 제94조와 95조는 지상권에 준용된다; 동시에 지상권의 본질적 구성부분들은 토지의 구성부분이 아니다.

③ 지상권의 구성부분이 토지의 구성부분이 되면 지상권은 소멸한다.

11) 「부동산가치평가규칙」(Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV)) 제5조 2항에 의거.

질적 구성부분으로 보기 때문에, 건축업자들도 지상권을 근거로 소유권자 처럼 건축을 위한 자금조달에 필요한 수단을 마련할 수 있는 기능을 제공하고 있다.

### (3) 독일 지상권의 발생, 이전, 제한물권설정 그리고 소멸

#### 1) 발생

지상권 설정 또는 취득의 기초계약에서 어느 하나의 의무를 지는 채권 계약은 민법 제311b조 1항<sup>12)</sup>의 형식을 요한다(동법 제11조 2항). 설정행위 자체는 무형식의 합의와 등기를 요한다(동법 제11조 1항 및 BGB 제873조<sup>13)</sup>). 지상권은 일반적으로 조건부 또는 기한부 부동산소유권양도합의(Auflassung) 금지를 규정하고 있는 BGB 제925조 2항의 경우와는 달리 존속기간 정하여 그리고 정지조건으로 설정될 수 있다. 그러나 지상권자의 이익과 그의 채권자의 이익상 해제조건(예컨대 지상권자의 사망<sup>14)</sup> 등)은 인정되지 않는다(『지상권법』 제1조<sup>15)</sup> 4항). 또한 동법 제2조<sup>16)</sup>는 소유

12) 제311b조 BGB (토지, 재산 및 상속재산에 관한 계약) :

- ① 일방 당사자가 토지소유권을 양도하거나 취득할 의무를 지는 계약은 공정증서의 작성을 요한다. 이 방식을 준수하지 아니하고 체결된 계약은 부동산소유권양도합의와 등기부예의 등기가 행하여지는 때에는 그 내용 전부가 유효하게 된다.

13) 제873조 BGB

- ① 부동산의 소유권을 양도하거나 부동산에 권리를 설정하거나 또는 그 권리를 양도하거나 그 권리에 부담을 설정함에는, 법률에 다른 정함이 없는 한, 권리변동에 관한 권리자와 상대방의 합의 및 부동산등기부예의 권리변동 등기를 요한다.
- ② 당사자는 등기 전에는, 의사표시가 공정증서로 작성되었거나 부동산등기소에서 행하여졌거나 거기에 제출된 때 또는 권리자가 부동산등기법의 규정에 좇은 등기승낙서를 상대방에게 교부한 때에 한하여, 제1항의 합의에 구속된다.

14) BGHZ 52,269,271 ff.

15) 『지상권법』 제1조(Erbbaurecht)

- (1) 토지는 즉 지표면 또는 지하에 건조물을 가질 수 있는 권리이고, 그것은 양도가 가능하고 양속가능한 권리를 그 권리자를 위하여 귀속시키는 방식으로 부담을 설정함으로써 다음의 방식으로 제한물권을 설정할 수 있다.(지상권)
- (2) 지상권은 건조물이 경제적으로 주물이 아닌 이상, 건조물을 위하여 불필요한 부분까지 확대될 수 없다.
- (3) 어느 건물의 일부분에 대한 지상권의 제한, 특히 한 개 층에 대한 제한을 허용되지 않는다.
- (4) 지상권은 정지조건부로 설정될 수 없다. 그(정지조건)에 의하여 지상권자가 그 특

권자에게 지상권행사에 대한 어떤 특정 영향을 미칠 수 있음을 나타내고 있다.

## 2) 지료 (Erbbauzins)

독일 「지상권법」상 지료합의는 지상권성립요건이다.

지료와 관련하여 독일에서의 논의는 지료의 증감가능성으로 보인다. 즉 물적, 토지담보의 기능의 지료청구권은 구「지상권규칙」 제9조 2항에서 ‘지상권존속기간 전체를 기준으로 미리 정해져야 한다(확정요건 (Bestimmtheitserfordernis))’는 조항은 채권법적 성질의 합의와 토지담보 등 기청구권이 점차 상승되는 지료와 관련하여 가등기에 의하여 담보되는 것에 의해 ‘가치보장’이라는 그 자체가 소멸됨으로 인하여 그 자체 가치 보장의 문제를 가져왔었다. 그래서 1994년 구「지상권규칙」 제9조 2항은 다음과 같이 개정되었다. 즉 ‘지료는 전체 지상권존속기간 동안의 액수와 시간에 따라 미리 정해질 수 있다. 지료의 내용으로서 그 가치와 존속기간이 정해질 수 있다면, 변화된 관계에 관한 조정의무가 지료약정의 내용이 될 수 있다.<sup>17)</sup> 그런데 이러한 개정된 규정들조차도 확정요건 (Bestimmtheitserfordernis)을 둘러싼 많은 논의들과, 「유로화 도입법 (EuroEG)」에 의해 삭제되었다<sup>18)</sup>. 이로써 현재 「지상권법 (ErbbauRG)」 제9

---

정 조건개시로 인하여 지상권을 포기하고 등기부에 말소를 인정한다는 합의를 토지소유권자는 주장할 수 없다.

### 16) 「지상권법」 제2조(ErbbauRG)

다음의 사항들은 토지소유권자와 지상권자의 합의내용에 속한다.

1. 건축물의 설치, 유지 그리고 사용 ;
2. 건축물의 보험과 멸실의 경우 재건축 ;
3. 공법 내지 사법적 의무와 과제의 부담 ;
4. 특정한 사안발생의 경우 지상권을 토지소유자에게 이전시킬 지상권자의 의무 (Heimfall);
5. 계약별 지불을 위한 지상권자의 의무 ;
6. 지상권존속기간 만료 후 지상권의 갱신을 위한 지상권자의 우선권 설치;
7. 토지를 지상권자에게 양도해야 하는 토지소유자의 의무.

17) 1994년 9월 21일자 「물권변경법 (Sachenrechtänderungsgesetz vom 21.9.1994)」

18) 1999년 12월 6일 Drittes Euro-Einführungsgesetz (Drittes EuroEG)로 개정. ;

<http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/diskontueberleitungsgesetz-dueg/diskontueberleitungsgesetz-dueg.htm>. 본 법에 의하여 독일 국내법 적용이 제한됨.

조<sup>19)</sup> 1항에 의해 명시적으로 독일민법 제1105조가 적용되어, 모든 물적 담보의 경우처럼 특정할 수 있는 지료담보의 직접적 물권적 내용에 대하여 가치보장합의를 할 수 있게 되었다. 「지상권법」 제9a조는 심한 지가상승에 힘입은 지료의 과도한 상승을 저지하고 있다.<sup>20)</sup> ‘통화가치폭락 (Geldwerdschwund)’에 대한 지료조정에 대하여 판례는 사정변경의 원칙에 의해 보장하고 있다.<sup>21)</sup> 이러한 청구권은 채권법적 성질을 가지며, 이는 채권법적 설정계약에 그 근거를 두고 있다.<sup>22)</sup>

### 3) 소멸 (Erlöschen)

지상권은 주로 그 존속기간의 만료로 소멸된다(BGB 제875조, 「지상권법」 제26조). 이 경우 지상권자는 건물을 바로 떼어낼 권리는 전혀 없으며, 단지 애당초부터 상대당사자와 합의했었던 손해배상청구를 할 수 있다 (「지상권법」 제27조 1항 2문). 지상권이 거주 수요충족을 위하여 자금

---

#### 19) 「지상권법」 제9조(ErbbauRG)

- 1) 지상권의 설정을 위하여 계속적 지료지불이 요구되는 경우에, 민법전의 물적 담보 규정이 준용된다. 州法에 존재하는 물적 담보에 관한 유보를 위해서는 준용되지 않는다.
- (2) 토지소유권자의 지료청구권은 아직 징수되지 않은 급부들을 고려하여 토지소유권과 분리될 수 없다.
- (3) 지료의 내용의 합의사항;
  1. 물적 부담을 지는 토지소유권자 또는 「강제경매와 강제관리에 관한 법률」 제 10조 1항 2호에서 규정하고 있는 지상권의 부담과 비용액 지불청구권에 관한 선순위 또는 동순위 물권적 권리자가 지상권의 강제경매를 실행하는 경우, 「강제경매와 강제관리에 관한 법률( das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung)」 제52조 1항과는 달리 물적 부담이 그의 주된 청구권에 존재하게 하는 것,
  2. 모든 지상권자는 물적 담보 소지자를 대상으로 그 지상권을 선순위인 토지채무, 저당권, 또는 연금채무에 물적 부담의 특정 범위 내에서 지상권등기부에 등기할 권리를 행사할 수 있는 것을 지료내용으로 합의할 수 있다.  
지상권에 물권적 부담이 설정되어 있으면, 합의의 효력을 위하여 지료담보에 선순위자 또는 동순위 물권자의 동의가 필요하다.
- (4) 지상권자가 최소한 2년치 지료를 연체하는 경우에만, 귀속청구권(Heimfallanspruch)이 발생한다.

20) BGHZ 75, 279; 87,198.

21) BGHZ 91,32.; 119,220.

22) Baur/Stürner, *Sachenrecht*, 18.Aufl. 2009, §.29, Rdnr.37.



력이 빈약한 주민들을 위하여 설정된 경우에, 본 법률은 손해배상액의 범위에 관한 근거만을 제공할 뿐이다(동법 제27조 2항). 기타 법률과 당사자의 합의가 없는 모든 다른 경우 소유권자는 지상권자에게 건물에 대한 완전한 가치를 보상해야 한다. 주의할 점은 지상권의 갱신가능성이다(동법 제31조, 제27조3항). 그리고 특히 귀속청구권의 행사(「지상권법」 제32조, 제33조)에 의하여 지상권이 소유권과 합쳐지는 경우(BGB 제889조), 토지의 강제경매의 경우((동법 제25조)에 소멸되지 않는다는 점이다. 즉 지상권은 토지의 법적 운명에 영향을 받지 않는다.

#### (4) 산업분야에서의 적용범위

‘건축허가를 득한 모든 종류의 건물’<sup>23)</sup>이라는 일반적인 내용에 따라 지상권설정이 가능하기 때문에, 지상권의 적용범위는 주택건설에 한정되는 것은 아니다. 그래서 산업체 이주에 관심이 있는 단체에게 종종 공업단지 내 지상권을 설정해 주기도 한다. 골프장도 내용상 그러하다.<sup>24)</sup>

### 4. 민법상의 지상권

#### (1) 의의 및 기능

한국 민법에 있어서 지상권은 타인 소유의 토지에 건물 기타 공작물 또는 수목을 소유하기 위하여 토지를 사용하는 물권이며(민법 제279조), 토지가 가지는 가치 중 사용가치를 독점적으로 지배하는 것을 내용으로 하는 용익물권이다. 지상권을 통하여 달성하려는 목적, 즉 타인의 토지의 이용은 채권적인 토지임대차 계약을 통하여서도 그 목적을 달성할 수 있다. 그러나 임대차계약은 채권이라는 본질적 차이에 의하여 우선적 효력, 물권적 청구권, 처분의 권한, 내용 등에 있어 상당한 차이가 있다. 그리고 1984년의 민법 개정으로 종래의 지상권 외에 지상 또는 지하의 일정한 구분층만의 이용을 목적으로 하는 구분지상권이 새로이 입법되었다(민법 제289조의 2).

---

23) BGHZ 101,143,146; 126,12.

24) BGHZ 117,19.

## (2) 지상권의 발생과 양도

지상권 취득의 원인으로 가장 빈번하고 중요한 것이 지상권설정계약이다. 지상권을 취득하려고 하는 자는 토지소유자와 지상권설정계약을 체결하고 등기함으로써 지상권을 취득한다. 양도는 지상권의 이전을 목적으로 하는 물권적 합의이다. 지상권은 독립된 물권으로서 다른 권리에 부종함이 없이 그 자체로서 양도될 수 으며, 그 양도성은 민법 제282조, 제289조에 의하여 절대적으로 보장되고 있으므로, 소유자의 의사에 반하여도 자유롭게 타인에게 양도할 수 있다. 지상권의 양도 역시 법률행위에 의한 물권변동이므로 등기하여야 효력이 생긴다. 판례는 건물을 제3자에게 양도한 때에도 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 보고 있다. 지상권은 다른 물권과 마찬가지로 상속, 판결, 경매, 공용징수, 취득시효, 기타 법률의 규정에 의하여 취득될 수 있다(민법 제187조). 그 중 취득시효에 의한 지상권의 취득은 등기함으로써 그 효력이 생기지만(민법 제245조), 그 외의 취득은 등기 없이 효력이 생긴다. 지상권의 성립은 유상 또는 무상으로 성립되므로, 지료는 지상권의 성립요소가 아니다. 그렇지만, 일반 제한물권으로서의 지상권과 달리 법정지상권(민법 제305조(건물전세권과 법정지상권), 제366조(법정지상권)의 경우에는 지료에 관하여 당사자의 청구로 법원이 정하게 되어 있다.

## (3) 소멸

지상권은 물권 일반의 소멸사유 외 ① 정기적 지료를 지급하여야 하는 경우, 즉 유상의 지료합의를 한 경우, 지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 때에는 지상권 설정자는 지상권의 소멸을 청구(민법 제287조)하거나 ② 지상권을 포기<sup>25)</sup>하면 지상권이 소멸되며, 기타 지상권설정 당사자가 특별한 소멸사유를 약정할 수 있음은 물론이다.

---

25) 지상권의 포기는 단독적 물권행위이므로 포기에 의한 지상권 소멸은 포기의 의사표시와 등기를 한 때에 그 효력이 생긴다(민법 제186조).

## 5. 소 결

독일과 한국에 있어서 지상권의 공통된 성질은 지상의 건조물의 소유를 위하여 설정되는 용익물권이라는 점은 둘 다 공통된 사항이다. 그러나 독일법제상 지상권은 타인의 토지에서 지상물, 특히 건물 기타 공작물의 소유만을 목적으로 하며, 지상권자가 설치한 공작물이 지상권의 구성부분이 되고, 우리의 지상권에 있어서와 같이 독립한 소유권의 객체가 되지 않는다. 이에 반하여 우리나라에서는 건물이 토지와는 독립된 별개의 부동산인 점에서 건물 이외의 공작물이나 수목도 권한 있는 자에 의하여 토지에 부속된 때에는 토지소유권에 흡수되지 않고 부속시킨 자의 소유로 남아 있게 되기 때문에 지상권을 규정함에 있어서 지상물의 소유관계는 이를 문제 삼을 필요가 없고,<sup>26)</sup> 단지 토지의 사용권이라는 면만 다루면 되었던 것이며, 민법이 지상권을 ‘토지를 사용하는 권리’라고 규정하고 있는 것도 이 때문이다. 따라서 우리 민법의 지상권은 토지의 사용을 그 본체로 하며, 지상에 건물 기타 공작물이 없어도 지상권은 유효하게 성립할 수도 있다.<sup>27)</sup> 토지사용대가인 지료라는 측면에서 본다면, 독일의 경우에는 지상권의 구성부분으로 된다. 따라서 지상권설정에 있어서 지료가 지상권의 성립요소로 볼 수 있다. (독일 「지상권법」 제9조<sup>28)</sup> 1항) 그러나 한국법상 지상권에 있어서 지료는 설정의 구성요소가 아니라서 당사자의 합의가 없는 경우에는 지상권성립이 부정되는 것이 아니라, 무상의 지상권이 설정되었다고 볼 수 있다.<sup>29)</sup>

따라서 독일과 우리나라에 있어서 지상권의 개념은 본질적인 기능면에서 동일하다고 볼 수 있지만, 그 성립요건에 있어서는 큰 차이가 있다. 그것은 지상건물에 대한 독립적 소유권이 인정되는가의 여부에 따라서도 다른 결과가 나타난다. 즉, 지상권에 의하여 건립된 지상물의 경우에 지상권이 어느 사유에 의하여 소멸하고 난 뒤, 지상물에 대한 권리의 운명

26) 박재윤, 민법주해(VI)(곽윤직 편저), 물권(3), 제279조 전문, 17쪽.

27) 대법원 2011.04.14. 선고 2011다6342 판결.

28) 위 각주 19) 참조

29) 대법원 1999.9.3. 99다24874.

이 독일과 한국에서는 다르게 나타난다. 예컨대 독일 지상권이 소멸하면 지상물은 토지의 본질적 구성요소로서 토지의 일부가 되어버리는 반면, 우리 민법체계상 토지와 건물의 소유자가 달라지는 경우에는 관습법상의 법정지상권 성립되며, 건물에 대한 독립적 소유권이 그대로 유지되는 차이가 나타나는 것이 그 예이다.

### III. 사회주의 국가에서의 물권적 토지사용권과 지상권

#### 1. 구동독의 물권적 토지사용권

##### (1) 개인의 토지사용권

구동독에 있어서 지상물설치를 위한 개인의 물권적 토지사용권은 인민 소유토지의 경우에는 이용권부여((Verleihung, 구동독민법(ZGB) 제287조~제290조), 사회주의협동단체소유지의 이용권할당(Zuweisung, 동법 제291조~제294조)이라는 절차에 의하여 개인의 토지이용권이 발생하였다. 이러한 절차를 통하여 토지이용권 증서를 받음으로서 정당한 토지사용권자가 된다. 그래서 토지사용권이 하나의 물권이라고 본다면, 증서교부라는 것은 국가기관에 의하여 발생하는 새로운 물권의 원시적 취득<sup>30)</sup>이라고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 그리고 이러한 토지사용권은 필요한 경우 지상의 건조물과 함께 양도와 상속이 가능하였다(동법 제289조). 단, 양도와 상속은 사회주의 국가에서 요구하는 전제조건이 있는 경우에만 인정되었다. 물권적 토지사용권의 존속기간은 무기한으로 정해지며, 단지 추후 새로운 개발계획이 있는 경우에만 기간을 정해지는 예외가 있었다(동법 제288조2항). 그리고 물권적 토지사용권이 발생하는 경우에는 독일의 「지상권법」에 의한 지상권<sup>32)</sup>과는 달리 구동독 주민들의 토지사용은 무상이었다. 우리 민법상 지

30) 장병일, 타인소유토지의 이용유형에 따른 법리연구, 『비교사법』, 2010. 3. 123쪽 이하.

31) D. Gehard, Die verschiedene Eigentumsarten und Eigentumsformen und das Eigentumsrecht in der DDR, NJ, 1952, S.18.

32) 독일 「지상권법」 제9조.

상권의 경우, 토지사용 대가로 지료를 보통 지급하지만, 지료의 지급이 지상권의 성립요건은 아니다. 당사자 사이에 지료의 약정이 없으면 무상의 지상권을 설정한 것으로 인정된다.<sup>33)</sup>

물권적 토지사용권의 소멸사유로 부여 또는 할당된 토지들이 당해 사용권자에 의해 사회주의 이데올로기에 벗어나서 비정상적으로 이용되는 경우, 예컨대 타인, 기업체 또는 사회단체들에 임대하여 임대수익을 올리는 등과 같이 사회주의 체제 목적에 벗어난 토지이용의 경우에는 토지사용권이 박탈 내지 몰수되었다(동법 제290조 1항).

## (2) 구동독의 공동토지이용권 (Mitbenutzungsrecht)

구동독 법률 규정 중 ‘건설자재의 보관, 골조의 설치 등 토지에 대한 임시적 또는 계속적인 공동이용 권리의 발생은 토지이용권자 사이의 합의를 필요로 한다. 토지의 공동이용계약은 토지이용권자들에 의하여 특정행위의 부작위를 내용으로 할 수 있다 (동법 제321조 제1항)는 규정이 있다. 이처럼 하나의 토지에 대하여 수인의 이용이익에 공하는 형태의 토지이용관계가 보인다. 이러한 토지이용도 일시적으로 이용이 필요한 경우도 있고, 차량통행권이라든지 통행권과 같이 계속적인 이용이 필요한 경우가 있다. 일시적인 토지이용의 경우에는 두 이용자 간의 무형식의 합의만으로 가능하였지만(동법 제321조 제1항 1문), 토지소유권자의 권리에 영향을 미치는 경우에는 임시적이라 해도 소유권자의 동의를 요하였다(동조 1항 4문). 계속적인 공동이용관계 발생의 요건으로서 소유권자의 동의와 서면계약에 의해 성립되었다(동조 1항 3문). 이러한 계약은 공증과 국가기관의 허가를 요하였고(동법 제322조 제1항 2문), 등기와 함께 통행권과 자동차통행권이라는 권리가 발생하며, 그 자체로서 각각의 권리승계자에게 승계될 수 있었다(동법 제322조 제2항). 이 권리는 독일민법상의 役權(Dienstbarkeit)에 비추어 비교할 수 있을 것이다.

33) 대법원 1999.9.3. 99다24874. 송덕수, 신민법강의, 2014, 737쪽; 지원림, 민법강의(12판), 홍문사, 2014, 683쪽

## 2. 중국의 토지사용권

중국의 토지 및 대다수의 생산수단에 대하여 공유제(公有制)를 실행하고 있고, 토지 등 중요한 자연자원은 국가 또는 집단에 소유되어 토지 등의 매매가 금지된 상태에서 공유의 자연자원을 효율적으로 이용할 수 있도록 하고 있다.<sup>34)</sup> 이러한 토지공유제를 기초로 중국의 경우에는 국가소유토지의 경우에는 건설용지사용권, 협동단체(농촌 등)의 경우에는 토지임차경영권을 기초로 토지를 이용할 수 있는 용익물권제도를 발달시킨 것으로 보인다.<sup>35)</sup>

중국 「물권법」상 용익물권의 특징<sup>36)</sup>으로서 ① 목적물에 대한 사용, 수익을 그 주요내용으로 하고 목적물에 대한 점유를 전제로 한다. ② 타물권, 제한물권, 기한이 있는 물권이다. ③ 일반적으로 부동산을 객체로 하고 있는 등의 특징을 가지고 있다.

### (1) 건설용지사용권의 발생과 소멸<sup>37)</sup>

건설용지사용권은 건설용지사용권자가 법에 따라 국유토지의 점유, 사용, 수익권능을 가지며, 타인의 간섭을 배척하는 권리(중국 「물권법」 제 135조)를 말한다. 그 취득방식은 出讓<sup>38)</sup>이라는 절차에 의하며(동법 제137조), 그 대상은 농촌집단이 향유하는 토지가 아닌 국유토지를 객체로 한다. 건설용지사용권의 설정의 경우에는 동법 제139조에 따라 설정등기를 해야 하며, 양도, 교환, 출자, 증여로 인한 취득의 경우에는 이전등기를 해야 한다(동법 제145조)). 이러한 건설용지사용권은 비농업적 용도에 한정되며, 용도에 따라 특별법에 의해 사용기한이 정해진다. 이러한 건설용지사용권은 토지를 사용하는 권리이므로, 그 토지 위에 건설한 건축물의

34) 김상용, 중국의 토지제도, 「토지연구」, 한국토지개발공사, 1994.2, 87쪽; 조동제, 심평, 중국 농촌 택지사용권에 관한 법적 검토, 「재산법연구」, 제25권 제1호(2008), 44쪽.

35) 장병일, 구동독과 중국의 토지사용권, 「재산법연구」, 제26권 제2호(2009), 52쪽 이하; 김현경, 중국 물권법상의 택지사용권에 관한 소고, 영남법학, 제26조(2008.4), 248쪽.

36) 전대규, 중국민법(상), 법률정보센터, 2009, 743쪽 이하..

37) 장병일, 위의 논문, 「재산법연구」, 52쪽 이하의 내용.

38) ‘出讓’은 구동독 민법상 부여(Verleihung)라는 개념에, 劃撥은 할당(Zuweisung)에 해당함.

소유권은 건설용지사용권자에게 속한다. 이에 따라 건축물이 매각될 경우에는 당해 토지에 대한 건설용지사용권이 함께 처분되며(동법 제146조), 거꾸로 건설용지사용권이 매각될 경우에는 그 지상물도 함께 처분된다((동법 제146조).

건설용지사용권의 소멸사유로서는 ① 사용기간의 만료(70년~40년)<sup>39)</sup> ② 공공의 필요 또는 행정처분, 행정처벌에 의한 사용기간 만료 전의 사용권 회수, ③ 토지사용권의 포기, ④ 토지의 멸실 등으로 소멸된다.

## (2) 택지사용권

택지사용권은 모든 주민이 국가 또는 집단소유의 토지 위에 택지를 사용하여 건물을 건축하는 권리로서, ‘집단경제조직의 구성원이 법에 따라 향유하는 집단소유의 토지 위에 개인주택 및 그 부속시설을 건축할 권리((동법 제152조)’라고 규정하고 있다. 이는 농촌주민의 주택문제 해결을 위하여 설정된 권리로서 농민에게 부여된 법정의 사회보장적 복지혜택을 특징으로 하며, 택지사용권을 취득하기 위해서는 특정농민집단의 구성원이어야 하며, 토지관리부문의 심사비준으로 취득하며, 등기는 성립요건이 아니라고 한다. 그 용도는 농촌주민이 개인의 주택 및 그 부속시설을 건축하는 것에 제한된다. 택지사용권의 최초 취득은 무상이며, 집단소유권 주체에 대해 사용대가를 지급하지 않는다.<sup>40)</sup> 택지사용권의 양도, 임대, 상속의 경우에 택지사용권 단독으로는 불가능하고, 지상에 주택이 있는 경우에는 일정한 조건하에 허용되며, 택지사용권의 저당은 「물권법」 제184조에 의해 허용되지 않는다.<sup>41)</sup> 택지사용권의 존속기간은 특별한 제한규정이 보이지 않는다. 택지사용권의 양도가능성에 대하여는 「토지관리법」 등

39) 「국유토지사용권 매각, 양도에 관한 임시조례」 제12조; ① 거주용지 70년, ② 교육, 과학기술, 문화, 위행, 체육용지 50년, ③ 상업, 여행, 오락용지 40년, ④ 종합 기타 용지 50년이다. 그리고 각 토에 대한 실제 사용연한은 최고연한 내에서 매각자측과 매수자측이 협의하여 결정한다. 양도계약의 기간은 당사자에 의해 약정하나 건설용지사용권매각계약의 잔여기한을 초과할 수 없다((중국 「물권법」 제146조); 전대규, 위의 책, 777쪽.

40) 전대규, 위의 책, 788쪽.

41) 전대규, 위의 책, 792쪽.

의 법률 및 국가의 관련규정이 적용되어(중국 「민법」 제153조), 재산권으로서의 양도가능성을 배제하지 않고 있는 듯하다.

택지사용권의 소멸사유로는 ① 농업집단 구성원이 불법적으로 택지사용권을 양도한 경우, ② 공공필요에 의한 택지의 공용수용, ③ 택지사용권의 포기, ④ 택지의 멸실, ⑤ 택지의 장기간 방치 등으로 소멸된다.

### (3) 토지임차경영권

토지임차경영권은 농업생산경영자가 재배, 양식, 목축 등 농업생산을 목적으로 집단소유 또는 국가소유로 농민집단이 사용하는 토지에 대하여 점유, 사용, 수익할 수 있는 권리이다((동법 제125조). 그 설정은 임차경영계약이 성립하면 유효하게 성립하며, 반드시 공시의 방법을 채택해야 하는 것은 아니므로, 실제적인 토지의 인도가 없어도 토지임차경영권의 성립에 영향이 없다고 한다. 토지임차경영권자는 주로 가정을 단위로 하며, 여기에는 개별 농민, 법인과 기타 조직이 포함된다.<sup>42)</sup> 토지임차경영권의 법적 성질에 관해서 채권인가 물권인가의 논의가 있었는데, 2007년 「물권법」의 제정과 함께 제3편 용익물권편에 편재되면서 그 논란이 종식되었다<sup>43)</sup>고 하지만, ① 토지임차경영권의 연대성이라는 점에서 토지임차경영은 ‘연대생산임차’에 연결되며 하나의 독립한 물권이 되지 않으며, ② 그 발생이 등기 등의 공시와 관계 없이 임대인과 토지소유자 간의 연대생산임차계약만으로 성립되는 점, ③ 토지임차경영권의 내용을 보면 본질적으로 일종의 임대인과 임차인 사이의 내부관계와 유사하다는 점, ④ 양도조건면에서 보면 보통채권의 양도방식에 의한다는 점<sup>44)</sup> 등을 종합하여 본다면 그 성격이 물권적 성격보다는 채권적 성격에 가깝다고 보아야 할 것이다.

42) 전대규, 위의 책, 751쪽.

43) 채권설의 입장에 찬성한다; 학설의 대립의 내용에 관해서는 전대규, 앞의 책, 749쪽 참조.

44) 장병일, 위의 논문, 「재산법연구」, 55쪽, 각주 44.



#### (4) 중국 「물권법」상의 지역권

중국 「물권법」 제156조 제1항에서 ‘지역권자는 계약의 약정에 따라 자기의 부동산 효익을 높이기 위하여 타인의 부동산을 이용할 권리가 있다’고 규정하여 용익물권의 한 종류로서 지역권을 규율하고 있다.

이러한 지역권의 성립은 서면에 의한 지역권설정계약(동법 제157조 제1항)과 등기로 성립한다(동법 제158조)<sup>45)</sup>고 봐야 한다. 즉, 동법 제6조가 ‘부동산물권의 설정, 변경, 양도와 소멸은 법률의 규정에 따라 등기해야 한다. 동산물권의 설정과 양도는 법률의 규정에 따라 인도하여야 한다’는 규정에 따라 등기 또는 인도에 의하여 물권이 성립함을 규정하고 있는 것에 의해 지역권의 성립도 등기에 의하여 성립한다고 봐야 할 것이다. 이러한 지역권의 특성으로서는 승역지와 요역지 사이의 경제적 효용을 더 높이기 위한 것으로서 상린관계 이외의 이용으로서 생존적 필요 또는 정상적인 생산, 생활의 필요를 넘어서는 것이며, 지역권이용은 공공의 필요를 위한 것이 아니라서 상린관계와 수용의 범주를 넘어서는 것이다. 따라서 건축물건축을 위한 토지이용관계 또는 농촌주택건설에 이용되지 않는다<sup>46)</sup>고 한다.

#### (5) 택지사용권과 건설용지사용권의 구별

사회주의 경제체제를 취하는 국가로서 구동독과 중국의 토지사용모습은 전체적으로 비슷한 모습이다. 그것은 중국과 구동독은 동일한 정치적이데올로기와 경제체제를 취하고 있으며, 이에 의하여 자연스럽게 동일한 소유제도를 취하게 되었기 때문이다. 단지 중국의 경우, 토지사용권을 건설용지사용권, 택지사용권 그리고 토지임차경영권으로 분류하는 반면,<sup>47)</sup>

45) 지역권은 지역권계약의 효력이 발생한 때에 성립하며, 당사자가 등기를 요구한 경우, 등기기관에 지역권등기를 신청할 수 있으며, 미등기한 경우, 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

46) 전대규, 위의 책, 797쪽; 王利明, 物權法論(修訂二版), 296쪽 재인용.

47) 앞의 두 권리는 물권적 성질을 가지는 반면, 마지막 토지임차경영권은 조문의 위치상 「물권법」편에 있음에도 불구하고 전체적인 성격은 채권이라고 보아진다. 그래서 토지임차경영권은 본 연구논문에서 고찰의 대상에서 제외한다.

구동독의 경우에는 지상물건립의 본질을 토지이용권의 권능으로서 인민 소유토지 및 협동단체 또는 사회주의적 조직체 소유토지에 대한 이용권의 발생으로 중국에 비하여 단순한 모습을 띄고 있다.

그리고 중국 「물권법」에 규정되어 있는 용익물권으로는 건설용지사용권, 택지사용권, 토지경영임차권, 지역권들이 있다. 그런데 지상의 건축물 또는 부속물을 건축하기 위한 용익물권은 앞의 두 가지 즉, 건설용지사용권과 택지사용권이다. 이 두 권리의 내용을 보면, 모두 타인의 토지 위에 건축물 또는 부속물이 건축할 수 있는 점에서는 공통적이다. 그러나 ① 권리주체면에서 건설용지사용권의 주체는 자연인, 법인 모두 가능하지만, 택지사용권의 주체는 농촌집단경제조직의 구성원이어야 하는 제한이 있으며, ② 권리객체면에서 전자는 도시, 진과 같은 국유토지인 반면, 후자의 객체는 농촌집단소유의 토지이다. ③ 권리내용면에서 보면 전자는 양도, 교환, 출자, 증여 또는 저당이 가능하지만, 후자는 거주 목적만으로 존재하며, 그 처분권은 엄격한 제한을 받아서 양도 또는 출자할 수 없다. ④ 권리의 성립면에서 차이가 있다. 택지사용권은 토지관리부문의 심사비준으로 취득하며 등기는 권리의 성립요건이 아니며, 단지 이미 등기된 것은 그것이 주택소유권에 수반되어 양도되거나 소멸될 때 즉시 변경등기 또는 말소등기를 해야 할 뿐이라고 한다. 이에 반하여 건설용지사용권은 등기를 성립요건으로 하고 있으며, 등기한 날에 권리를 취득하게 되는<sup>48)</sup> 차이가 있다.

### 3. 소결

#### (1) 구동독 민법(ZGB)상 물권적 토지사용권과 독일 민법(BGB)상의 지상권

독일의 민법시행법(EGBGB) Art. 231 제5조<sup>49)</sup> 제2항에서는 건물에 대해

48) 전대규, 위의 책, 789쪽.

49) EGBGB Art. 231. 제5조 물건 (Sachen)

(1) 귀속효력발생 이전의 유효한 권리에 의해 토지와는 독립된 재산인 건물(Gebäude), 건조물(Baulichkeit), 경작지(Anpflanzung) 또는 시설(Einrichtung) 등은 토지의 본질

여 독립된 소유권을 규정하고 있다.<sup>50)</sup> 이는 ‘지상물은 토지의 본질적 구성부분’이라는 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이다. 여기서 구동독법상의 토지이용권은 하나의 독립된 물권으로서의 기능을 하고 있음을 확인할 수 있다. 외관은 지상권과 유사하지만, 실질적으로는 그 성격이 다를 수 있다.

이를 구체적으로 살펴보면, 독일법상 지상권자는 지상권을 근거로 하여 건축된 (또는 이미 존재하고 있던) 건물에 대한 소유권자이다. 이 때 그 건물은 지상권의 구성부분으로 되며, 토지의 구성부분이 아니며, (『지상권법』 제12조) 또한 건물에 대한 독립적인 소유권을 인정하는 것도 아니다. 이와 달리 구동독에서는 인민소유토지에 대한 이용권의 부여(Verleihung) 또는 협동단체소유토지에 대한 이용권의 할당(Zuweisung)에 의하여 지상에 존재하는 또는 건립될 건물에 대한 독립적 건물소유권이 발생하게 된다.(구동독 민법 제288조 제4항, 제292조 3항).

존속기간 면에서도 약간의 차이가 있다. 독일 『지상권법』에 의한 지상권은 존속기간이 있으며 그 존속기간의 만료에 의하여 지상권이 종료하

---

적인 구성부분에 속하지 아니한다. 그러한 물건들이 귀속효력발생 시에 또는 그 후에 설립 또는 설치된 경우에도 이들 설립 또는 설치가 귀속효력발생 이전에 생긴 토지에 대한 이용권에 근거하거나, 구동독(DDR)의 민법(ZGB) 제312조 내지 제315조에 근거하여 인정되는 한 동일하게 취급한다.

- (2) 토지에 대한 이용권 그리고 언급된 영조물, 경작지 또는 시설은 건물의 본질적 구성부분으로 본다. Art. 233 제4조 제3항과 제5항은 그대로 유효하다.
- (3) 이용권 또는 독립적 건물소유권이 Art.233 제2b조 2항 3문에 의해 매각된 토지의 등기부에 등기된 경우 또는 취득자가 등기되지 아니한 권리임을 알았던 경우가 아니라면, 1999년 12월 31일 이후에 토지소유권이 양도되어진 경우에는 1항과 2항에 의해 건물소유권은 소멸한다. 건물소유권자는 그 토지양도인에 대하여 건물소유권말소 당시에 가졌던 건물가치에 대한 배상청구권을 가진다 ; 건물소유권에서 발생하는 토지담보물권(Grundpfandrecht)은 이 청구권에 대한 담보권(Pfandrecht)으로 된다.
- (4) 1999년 12월 31일 이후에 토지가 어떤 제한물권이 설정된 경우 또는 그러한 권리를 취득한 경우에, 그 권리소유자를 위하여 건물은 토지의 구성부분으로 본다. 3항 1문이 여기에 준용된다.
- (5) 한 건물에 여러 토지 위에 건축되어져 있는 경우에는, 제3항과 4항은 단지 건물의 중요부분이 존재하는 토지를 고려하여서만 유효하다. 인용해야만 하는 월경건축에 관한 규정은 다른 토지 상에 존재하는 건물의 일부분의 고려할 때 그 토지 취득자에게 있어서 효력을 가진다.

50) *Kommentar zum EGBGB-Wüstneckt*, Nomos Verlag, zum Art. 231 .

며, 기타 계약당사자 간의 약정에 의하여 종료사유를 정하게 된다. 그러나 구동독의 토지이용권의 경우에는 그 존속기간은 무제한이 원칙이며, 당해 토지에 대한 특별한 수용계획이 있는 경우에 한하여 그 기간을 정해서 성립되며 또한 사회주의 체제에 반하는 이용행위의 경우에 이용권이 박탈된다는 차이점이 존재한다.

## (2) 중국의 토지사용권과 우리민법상의 지상권

중국 「물권법」에서 지상의 건조물을 예정하고 있는 토지사용권은 건설용지사용권, 택지사용권 토지임차경영권을 나열할 수 있는데, 이는 모두 함께 용익물권편에 편제되어 있다. 우리나라에서 지상권은 민법 제279조에서 290조에 걸쳐서 자세히 규율하고 있는 명확한 용익물권이라는 점에서 서로의 법적 성격이 같을 것이라 생각할 수 있다.

그런데 차이점을 살펴보면 ① 지상권의 내용은 당사자간 합의내용에 의하여 주로 지상의 건조물이나 수목 그리고 토지의 저당가치를 유지하기 위한 목적으로도 설정되는 경우도 있다. 이에 반하여 중국은 건설용지사용<sup>51)</sup> 및 택지사용<sup>52)</sup>이라는 목적이 있다. ② 존속기간 면에서는 지상권은 먼저 당사자의 합의에 의하지만, 법률로서 최단기간을 정하고 있고, 건설용지사용권의 경우에는 최장기간을 법으로 정하고 있고, 택지사용권 같은 경우에는 무기한으로 설정된다. ③ 양도성 측면에서는 지상권은 지상에 건조물이 없는 경우, 지상권만의 양도는 언제든지 가능하지만, 건설용지사용권은 건물소유권과 함께 양도되며, 택지사용권은 그 양도성이 부정적으로 보인다. 따라서 중국의 토지사용권은 우리 민법상의 지상권과는 다르다는 점을 알 수 있다.<sup>53)</sup>

51) 건설용지사용권의 경우에는 비농업적 용도로 인정되는 권리이며, 설정등기에 의하여 성립된다. 양도, 교환, 출자, 증여 또는 저당할 수 있다(「물권법」 제143조). 양도는 건설용지사용권이 양도됨으로써 그 지상에 있는 건축물소유권이 이전되며, 거꾸로 지상건축물이 양도되는 경우에도 건설용지사용권도 수반되어 이전된다.

52) 택지사용권의 경우에는 관련기관의 심사비준에 의하여 무상으로 취득하며, 택지사용권만의 단독양도는 허용되지 않고 주택과 함께 양도된다. 지상에 주택이 없는 택지사용권만의 양도는 「토지 관리법」 등의 법률과 국가의 관련 규정에 따른다고 물권법 제153조에 규정되어 있는 점에서 그 가능성에 대해선 부정적이라고 보아진다. 택지사용권 취득조건은 일정 경제집단의 구성원이어야 함에 그 특징이 있다.

53) 장병일, 위의 논문, 「재산법연구」, 55쪽 이하: 중국의 토지사용권을 지상권으로 해결

## V. 결 론

지상의 건조물에 대하여 독립된 물건으로서 물권법상 독립적 소유권을 인정할 수 있다는 외형만으로 볼 때, 우리나라와 일본의 법제와 구동독, 중국, 북한과 같은 사회주의국가에서의 법제에 있어서 각각 지상권과 토지사용권이라는 권리가 존재함으로써 독립적 건물소유권이 성립됨으로써, 지상권과 토지사용권은 동일하며, 통일과 같은 법제통합의 경우에 있어서는 우리나라의 지상권규정으로 토지소유권 또는 건물소유권을 둘러싼 민사상의 법률문제는 간단히 할 수 있을 것이라 생각하였다.

그러나 중국의 택지사용권 및 구동독에서 통용되었던 물권적 토지사용권은 지상권과는 그 성격부터 역할까지 다른 성질을 가진 법적 권리이다. 그것은 첫째, 경제체제의 상이점, 즉 전자는 그 기능이 완전한 소유권에 대한 제한의 성격을 가졌지만, 자본주의 시장경제체제에서 발생하였으며, 후자는 사회주의 계획경제를 근간으로 하고 있다는 점이고, 둘째 성립연원상의 차이점, 즉 전자는 토지소유권의 절대적인 측면에 대한 정책적인 제한으로서 발생하였고, 후자는 정치 이데올로기상 생산수단인 토지에 대한 사적 소유를 부인하는데서 개인의 소유욕을 해소하기 위한 필연적인 결론에 의해서 발생하였다는 점이다. 그리고 법적 성질상의 차이점으로서 전자는 제한물권인데 반하여 후자는 독립적인 권리인 점에서 다른 성격을 가지는 권리라 할 수 있다. 이러한 연구결과로부터 북한주민 개개인의 토지사용권도 위에서 언급하였던 구동독 및 중국에서의 물권적 토지사용권과 다르지 않을 것이라고 유추할 수 있다. 따라서 사회주의 국가에서의 물권적 토지사용권이 지상권이 아니라면 비전형물권으로서 다른 권리를 인정할 필요가 있으며, 그에 상응하는 고유의 권리모형을 찾아야 할 것이라고 생각한다.

---

할 수 있다는 기존 연구결과와 다른 결과임.

## 참 고 문 헌

### - 국내 -

- 김상용, 중국의 토지제도, 『토지연구』, 한국토지개발공사, 1994.2
- 김수일, 주석민법(김용담 대표집필), 물권법(3).
- 김현경, 중국 물권법상의 택지사용권에 관한 소고, 영남법학, 제26조(2008.4).
- 박재윤, 민법주해(VI)(곽윤직 편저), 물권(3).
- 송덕수, 신민법강의, 2014.
- 장병일, 구동독과 중국에 있어서 토지사용권, 『재산법연구』 제26권 제2호(2009).
- 장병일, 타인소유토지의 이용유형에 따른 법리연구 - 독일 민법 및 구동독 민법상의 법리비교를 중심으로-, 『비교사법』, 2010. 3.
- 전대규, 중국민법(상), 법률정보센터, 2009.
- 조동제, 심평, 중국 농촌 택지사용권에 관한 법적 검토, 『재산법연구』, 제25권 제1호(2008).
- 지원림, 민법강의(12판), 홍문사, 2014.

### - 외국 -

- 王利明, 物權法論(修訂二版).
- Baur/Stürner, Sachenrecht, 18.Aufl. 2009.
- D. Gehard, Die verschiedene Eigentumsarten und Eigentumsformen und das Eigentumsrecht in der DDR, NJ, 1952.
- Kommentar zum EGBGB-Wüstneckt, Nomos Verlag, 1991.

## <국문초록>

지상의 건물을 하나의 물건으로서 물권법상 독립적 소유권을 인정할 수 있다는 그 외관만으로 판단한다면, 우리나라의 법제와 구동독, 중국, 북한과 같은 사회주의국가에서의 법제에 있어서 지상권에 대응하는 사회주의국가의 권리로서 토지사용권이 존재하는데, 두 권리가 동일하다는 성급한 결론을 내리게 된다. 그리고 또한 그 두 권리에 의하여 상이한 두 체제 속에서 독립적 건물소유권이 성립된다. 이러한 모습에서 착안되는 것이 ‘우리의 지상권과 사회주의 국가에 있어서 물권적 토지사용권은 동일하며, 종국적으로 남·북한 통일에 따른 법제통합의 경우에 있어서는 우리나라의 지상권규정만으로 토지소유권 또는 건물소유권을 둘러싼 민사상의 법률문제는 간단히 해결할 수 있을 것’이라 생각하였다. 그러나 중국과 구동독에서 통용되었던 물권적 토지사용권은 지상권과는 그 기능과 법적 성격 면에서 서로 다른 권리이어서 그 법적 지위를 자본주의 시장경제에서의 소유권에 준하는 법적 지위를 차지하는 독자적인 권리로 봐야 한다. 따라서 사회주의 국가에서의 물권적 토지사용권이 지상권이 아니라면 비전형의 물권으로서의 물권적 토지사용권을 인정할 필요가 있으며, 그에 상응하는 고유의 권리모형을 찾아야 할 것이다. 북한주민의 토지이용권도 위에서 언급하였던 구동독 및 중국에서의 물권적 토지사용권과 다르지 않을 것이다.

**주제어** : 독일의 지상권, 한국의 지상권, 북한의 토지사용권, 중국의 토지사용권, 독일의 토지사용권.

Eine Studie über das Erbbaurecht und die dingliches  
Nutzungsrecht  
- um die deutsche, koreanische und chinesische Rechtssysteme -

Jang, Byeong-II\*

Wenn man nur mit der Tatsache sieht, die auf das einem Grundstück stehende Gebäude als isolierter Eigentum im Süd-Korea anerkennt, könnte er das Erbbaurecht und die dingliche Nutzungsrecht im Sinne vom Gesetz der sozialistischen Ländern vergleichbar denken. Weil das isolierte Gebäude Eigentum auf fremden Grundstück entstehen kann im Korea auf dem Grund des (gesetzlichen) Erbbaurechts, auch im sozialistischen Ländern auf Grund des dinglichen Nutzungsrechts. Mit dieser Idee kann man voreillig so missverstehen, dass das Erbbaurecht im Sinne koreanischen bürgerrechtlichen Buch(KBGB) und dingliche Nutzungsrecht im sozialistischen Ländern völlig gleiche Gegenstade sind. Infolgedessen können die Zivilsache um die Vermögensfragen bei der Wiedervereinigung mit dem Erbbaurecht einfach lösen. Aber das dingliches Nutzungsrecht im ehemaligen DDR oder China ist im funktionelle- und charakteristische Seiten nichtz gleich, sondern ganz andere Recht als das Erbbaurecht beim KBGB. Das dingliche Nutzungsrecht muss als ein echtes Recht und deswegen ein besonderes Recht anerkannt im System von KBGB werden. Dadurch werden die zivilrechtlichen Fragen bei der Einheit beider Korea reibungslos gelöst. Das dingliches Nutzungsrecht im Sinne von der sozialistischen Ländern müssen ins Rechtssystem des KBGB integriert werden.

**Stichwörter** : Erbbaurecht im Deutschland, Erbbaurecht im Korea,  
Ein Dingliches Nutzungsrecht im Nordkorea, Ein  
Dingliches Nutzungsrecht in der ehemaligen DDR,  
Ein Dingliches Nutzungsrecht im China.

---

\* Associate professor, Law School an der Uni. Dong-A