

2015년 10월 31일 시행 제3회 행정사 2차 기출문제

민법 총평

김 윤성 교수

1. 기출문제의 출제방향

2015년 10월 31일에 시행된 제3회 행정사 2차시험 과목 중 민법은 일반적으로 어느정도 예상된 문제가 출제되었던 것으로 보인다. 배점 40점인 사례문제(Case문제)의 경우 매매계약과 관련한 동시이행항변권과 과실(果實)의 귀속에 관한 문제가 출제되었는 바, 제2회 시험과 마찬가지로 배점 40점인 사례문제(Case문제)의 경우 분설형 문제로 배점 20점의 2문제로 출제됨으로써 결국 배점 20점인 문제가 5문제 출제된 결과가 되었으며 이러한 형태의 출제방향은 당분간 지속될 것으로 본다.

사례문제(Case문제)중 1문은 쌍무계약과 관련한 동시이행항변권을 묻고 있으며, 제2문은 민법 제587조(과실의 귀속, 대금의 이자)에 관한 논점을 묻고 있다. 배점이 20점인 약술문제 3문제 중 1문제는 계약 각칙인 매매에서 매매예약완결권에 관한 문제가 1문제 출제되었고, 소비대차에서 준소비대차를 묻는 문제가 1문제 출제되었으며, 토지임대차의 지상물매수청구권에 관한 문제가 1문제 출제되었다. 특히 약술형 문제는 예상했던 대로 강의 중에 강조했고 모의시험에도 여러 번 출제한 적이 있는 준소비대차에 관한 문제를 제외하고는 지난 1회, 2회 시험에 비해 비교적 외곽이 아닌 중심부분인 매매와 임대차에서 주로 출제가 되었다.

다른 시험과 달리 2차 민법시험장에서 법전이 주어지지 않은 상태에서 시험시간 50분내에 사례형(Case) 분설 2문제와 약술형 문제 3문제를 써내려가야 하는 수험생의 입장에서는 기억력과 시간적 제한의 한계를 극복하는 것이 쉽지 않았을 것으로 보인다.

2. 문제의 세부적 고찰

문제를 세분해서 살펴보면, 제1문의 (1)은 동시이행항변권 중 이행지체 중인 상태에서 상대방인 상대방의 이행기가 도래한 경우 乙의 중도금과 중도금 지급기일부터 잔대금지급기일까지의 지연이자와 잔금의 지급의무는 甲의 소유권이전등기에 필요한 서류와 목적물을 인도의무와 동시이행관계에 있다는 것이 중요논점이고,

제1문의 (2)는 매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하는 것이 원칙이지만, 매수인이 매도인에게 대금을 지급한 후에는 과실(果實)은 매수인에게 귀속한다는 것이 판례의 태도에 대한 언급이 핵심논점이 된다.

제2문인 매매예약완결권은 일종의 형성권(形成權)으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고, 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다(대판 2000.10.13, 99다18725)는 점을 강조하여야 한다. 특히 조심할 점은 약술형 문제로 출제된 만큼 논점별로 답안분량의 일정부분을 넘지 않는 절제된 답안이 필요하다고 본다.

제3문인 준소비대차는 당사자쌍방이 소비대차에 의하지 아니하고 금전 기타의 대체물을 지급할 의무를 지는 경우에 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 때에는 소비대차의 효력이 생긴다.(민법 제605조)는 의의를 정확히 기술하고 성립요건과 준소비대차의 효력, 대환 등을 언급하면 족하다고 본다. 다만 채점위원 입장에서는 많은 분량의 답안지를 채점해야 하므로 가급적 소목차 타이틀을 한눈에 알아볼 수 있도록 정자(正字)로 부각하여 표기하는 것이 바람직한 답안작성방법으로 보인다.

제4문인 토지임차인의 지상물매수청구권은 갱신청구권과 매수청구권과의 관계, 청구권과 형성권, 강행규정, 채무불이행으로 인한 해지의 경우에 매수청구권의 불인정 등과 관련된 판례의 언급이 필요하다고 본다.

3. 행정사 2차시험 답안작성시 유의사항

(1) 행정사 2차 시험은 특히 짧은 시간의 제약이 따른다는 점을 고려하면 논점을 잡는 데에 기본 3~4분을 투자한다고 가정할 때 실제 답안에 적을 수 있는 분량은 지극히 한정될 수 밖에 없으며, 따라서 많은 분량을 두서없이 답안지에 기재하는 것보다는, 출제자가 요구하는 논점을 정확히 파악하여 세부 논점별로 목차를 구성하여 핵심문장과 판례위주로 써내려가는 것이 바람직한 것으로 본다.

(2) 논술형 문제는 두서없이 많은 분량을 적으려고 하는 것은 위험한 전략이며, 오히려 약간 분량이 적더라도 정확한 논점을 잡고 목차를 논리정연하게 핵심어(key word) 중심으로 전개하여, 채점위원이 한눈에 명쾌하게 논점이 보일 수 있도록 답안지를 작성하는 것이 바람직하며, 최근 판례와 자기의 주관을 논리적으로 가미하는 것이 고득점하는 데 반드시 필요한 조건이라고 본다.

민법 기출문제분석

1. 甲은 자기 소유의 X토지에 대하여 乙과 매매계약을 체결하였다. 그 계약에 의하면 乙은 甲에게 계약 당일 계약금을 지급하고, 계약일부터 1개월 후에 중도금을 지급하며, 잔금은 계약일부터 2개월 후에 등기에 중요한 서류와 목적물을 인도받음과 동시에 지급하기로 되어 있었다. 甲은 계약 당일 乙로부터 계약금을 지급받았다. 다음 각각 독립된 물음에 답하시오. (40점)

(1) 잔금지급기일이 지났으나 乙은 잔금은 물론 중도금도 지급하지 않았고, 甲도 그때까지 등기에 필요한 서류와 목적물의 인도의무를 이행하지 않았다. 甲이 乙에게 중도금과 잔금의 지급을 청구하자 乙은 등기에 필요한 서류와 목적물을 인도받을 때까지 중도금과 잔금을 둘 다 지급하지 않겠다고 주장하였다. 甲과 乙 사이의 동시이행관계에 관하여 설명하고, 乙의 주장이 타당한지에 관하여 논하시오. [20점]

(2) 乙은 甲에게 중도금과 잔금을 약정된 기일에 지급하였으나, 甲은 등기에 필요한 서류와 목적물의 인도를 미루다가 잔금이 수령된 날부터 3개월 후에 그 의무를 이행하였다. 乙은 甲에 대하여 매매대금 전액에 대한 3개월간의 이자 및 X토지에 대한 3개월간의 차임 상당 손해배상금을 청구하였다. 乙의 청구가 타당한지에 관하여 논하시오. [20점]

문제 1-(1)에 대하여

I. 甲과 乙 사이의 동시이행관계

1. 동시이행항변권

(1) 의의 및 성질

쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기 채무의 이행을 거절할 수 있다. 이러한 이행거절권을 동시이행항변권이라 하며, 동시이행항변권은 상대방이 이행의 제공을 할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 권능이므로 연기적 항변권이라 한다.

(2) 동시이행항변권의 성립요건

1) 쌍무계약으로부터 발생한 양 채무의 존재

쌍무계약으로부터 발생한 양 채무가 존재하여야 한다.

2) 상대방의 채무가 변제기에 있을 것

상대방의 채무가 아직 변제기에 있지 않고 자기의 채무만이 변제기에 있는 당사자(선이행의 무자)는 동시이행항변권이 없다. 예외적으로 후이행의무자에게 그의 재산상태악화와 같은 그가 부담하는 의무의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 선이행의무자에게 동시이행항변권을 인정한다(불안의 항변권). 또한 선이행의무자의 이행지체 중에 후이행의무자의 이행기가 도래한 경우에 선 이행의무자에게 동시이행 항변권이 인정된다.

3) 자기채무의 이행없이 상대방의 이행을 청구하였을 것

자기채무의 이행 없이 상대방이 이행을 청구하였을 것을 요한다. 상대방이 일부 이행을 하였거나 불완전 이행을 하고 있는 경우에도 동시이행항변권이 인정된다.

(3) 동시이행항변권의 효력

1) 이행거절권

상대방이 채무를 이행하거나 또는 이행의 제공을 할 때까지 자기채무의 이행을 거절할 수 있는 데 그치며, 상대방의 청구권을 영구적으로 부인하는 것은 아니다.

2) 이행지체 저지효

동시이행항변권을 가지고 있는 채무자는 이행하지 않고 이행기를 도과하였어도 이행지체가 되지 않는다.

2. 중도금 지급기일시 甲과 乙 사이의 법률관계

(1) 중도금 지급기일시 乙의 중도금 지급의무는 甲의 소유권이전의무와 동시이행의 관계가 아닌 선이행의무이며, 위 사례에서 불안의 항변권도 인정되지 않으므로 乙은 중도금 미지급에 대한 이행지체 책임을 지게 된다.

(2) 따라서 甲은 乙에게 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 이행하지 않으면 해제권을 행사할 수 있다. 또한 해제권 행사여부와 별개로 이행지체, 즉 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.(민법 제551조)

3. 잔대금 지급기일시 甲과 乙 사이의 법률관계

(1) 乙의 중도금 미지급으로 이행지체 중인 상태에서 상대방인 甲의 이행기가 도래한 경우, 乙의 중도금과 중도금 지급기일부터 잔대금지급기일까지의 지연이자와 잔금의 지급의무는 甲의 소유권이전등기에 필요한 서류와 목적물을 인도의무와 동시이행관계에 놓이게 된다. 따라서 乙은 잔대금지급기일 이후의 중도금미지급에 대하여는 이행지체책임이 없다.

(2) 만약 甲이 잔금지급일 이전의 乙의 중도금지급채무불이행을 이유로 해제권을 취득한 경우에도 잔대금지급기일이 도래하면 중도금지급채무불이행이 중단됨으로써 이미 발생한 해제권도 소멸한다고 한다는 것이 판례의 태도이다. 따라서 甲이 해제권을 다시 취득하려면 자기 채무인 소유권이전등기의 이행제공을 하여 상대방인 乙을 이행지체로 만들고 乙에게 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 乙이 이행하지 않으면 해제권을 다시 취득할 수 있다.(판례)

II. 乙의 주장의 타당성 여부

1. 乙의 중도금 미지급으로 이행지체 중인 상태에서 상대방인 甲의 이행기가 도래한 경우, 乙의 중도금과 중도금 지급기일부터 잔대금지급기일까지의 지연이자와 잔금의 지급의무는 甲의 소유권이전등기에 필요한 서류와 목적물을 인도의무와 동시이행관계에 놓이게 된다.

2. 따라서 乙의 주장은 타당하다.

문제 1-(2)에 대하여

I. 문제의 제기(問題의提起)

위 사례에서 乙의 청구의 타당성여부를 판단하기 위한 전제는 다음과 같다.

- 1) 매매계약시 과실의 귀속문제(민법 제587조)
- 2) 채무불이행시 손해배상청구권의 문제
- 3) 민법상 이중배상금지의 원칙

II. 매매계약시 과실(果實)의 귀속문제

1. 민법 제587조(과실의 귀속, 대금의 이자)

(1) 매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속한다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. (민법 제587조)

(2) 판례의 태도

매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하는 것이 원칙이지만, 매수인이 매도인에게 대금을 지급한 후에는 과실(果實)은 매수인에게 귀속한다는 것이 판례의 태도이다.

2. 매매대금에 대한 이자와 X토지에 대한 차임의 관계

甲의 매매대금에 대한 이자와 乙의 X토지에 대한 차임은 과실(果實)의 문제로서 상호대가성이 존재한다. 따라서 만약 甲과 乙의 채무이행 후 계약해제시에 甲의 매매대금 전액에 대한 3개월간의 이자의 반환과 乙의 X토지에 대한 3개월간의 차임의 반환은 동시이행관계에 있으며, 특약이 없으면 서로 상계한 것으로 본다.

III. 채무불이행시 손해배상청구권

1. 乙은 甲에게 중도금과 잔금을 약정된 기일에 지급하였으나, 甲은 등기에 필요한 서류와 목적물의 인도를 미루다가 잔금이 수령된 날부터 3개월 후에 그 의무를 이행하였으므로 乙은 甲에게 채무불이행책임을 물어 일정한 요건아래 계약해제권을 행사할 수 있으며 해제와 상관없이 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.

2. 손해배상의 방법은 특약이 없으면 금전배상이 원칙이고 (민법 제394조), 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 하는 것이 원칙이다. 통상손해란 채무불이행이 있으면 일반적으로 발생하는 손해를 의미한다. 통상손해에 대해서는 예견가능성의 유무를 묻지 않고 그 전부에 대해 배상을 청구할 수 있다.

IV. 민법상 이중배상금지의 원칙

乙의 甲에 대한 매매대금 전액에 대한 3개월간의 이자의 반환 및 X토지에 대한 3개월간의 차임 상당 손해배상금을 청구는 민법상 이중배상금지에 해당하여 부당하다.

V. 乙의 주장의 타당성 여부

乙의 청구는 부당하다. 乙은 甲에 대하여 X토지에 대한 3개월간의 차임 상당 손해배상금의 청구는 할 수가 있으나, 매매대금 전액에 대한 3개월간의 이자는 반환청구할 수는 없다.

2. 매매계약완결권에 관하여 설명하고, 그 가등기에 관하여 약술하시오. [20점]

I. 의의 및 법적 성질

1. 의의(意義)

매매계약완결권이란 매매의 일방예약에 기하여 예약상의 권리자가 예약의무자에 대하여 매매완결의 의사표시를 할 수 있는 권리를 말한다.

2. 법적 성질

매매예약의 완결권은 일종의 형성권(形成權)으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고, 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다(대판 2000.10.13, 99다18725).

II. 성립요건

매매계약완결권이 유효하게 성립하기 위해서는 그 전제가 되는 매매의 예약이 유효하게 성립해야 한다. 따라서 예약에 터 잡아 맺어질 본 계약의 요소가 되는 매매목적물, 이전방법, 매매가액 및 지급방법 등의 내용이 확정되어 있거나 확정할 수 있어야만 한다.

III. 대항력 및 양도성(가등기 문제)

1. 대항력

부동산물권의 이전을 위한 예약인 경우에는 가등기할 수 있으며, 이때는 제3자에 대하여 대항력을 가진다.

2. 양도성과 가등기

매매계약완결권은 양도할 수 있고, 특히 매매계약완결권이 가등기되어 있는 경우에는 가등기의 부기등기로써 가등기를 이전등기하면 매매계약완결권의 양수인은 제3자에 대하여 대항할 수 있다. 그러나 가등기가 되어 있지 않은 경우에는 채권양도의 대항요건을 갖춰야만 예약의무자에게 대항할 수 있다.

IV. 행사방법

1. 예약완결권자

매매예약완결권 행사는 예약완결권자가 예약의무자에 대한 의사표시로써 한다. 예약완결권은 특별한 약정이 없으면 매수인이 갖는 것이 거래의 실정이며, 예약완결권이 양도된 경우에는 그 양수인에게 있다.

2. 상대방

매매예약완결권의 상대방은 예약의무자이므로, 예약의무자가 목적물을 제3자에게 이전한 경우에도 원칙적으로 예약의무자에게 행사해야 한다. 예약완결권이 가등기된 목적 부동산이 제3자에게 이전된 경우에도 마찬가지이다.

V. 행사의 효과

매매예약완결권의 행사로써 본 계약인 매매계약이 성립한다. 이때 상대방이 이에 불응하면 본계약상의 의무에 대한 이행 그 자체를 소구(訴求)할 수 있다.

VI. 행사기간

1. 약정기간이 있는 경우

이때는 약정기간 내에 매매예약완결권을 행사해야 한다. 특히 예약완결권 행사의 시기(始期)에 대한 특약이 있는 경우에도 매매예약완결권은 그 시기로부터가 아니라 당초의 권리발생일로부터 10년이 경과하면 소멸한다는 것이 판례의 태도이다.

2. 약정기간이 없는 경우

이때도 10년의 제척기간 도과 전에 행사해야 한다. 다만, 예약의무자도 상당한 기간을 정하여 상대방에게 최고할 수 있고, 그 기간 내에 응답을 받지 못한 때에는 그 예약이 효력을 상실하므로 매매예약완결권도 당연히 소멸한다.

3. 준소비대차의 의의, 성립요건 및 효과에 관하여 설명하시오. [20점]

I. 준소비대차(準消費貸借)의 의의

당사자쌍방이 소비대차에 의하지 아니하고 금전 기타의 대체물을 지급할 의무를 지는 경우에 당사자가 그 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 때에는 소비대차의 효력이 생긴다.(민법 제605조) 예컨대 매매계약에서 매수인이 매도인에게 대금지급하는 것을 약정한 것을 당사자가 소비대차의 목적으로 할 것으로 약정할 때에는 소비대차와 같은 효력을 인정하는 것이다.

II. 준소비대차의 성립요건

1. 준소비대차(準消費貸借)가 성립하려면 당사자 사이에 금전 기타 대체물의 급부를 목적으로 하는 기존의 채무가 존재하여야 한다. 따라서 그 채무가 존재하지 않거나 무효인 때에는 준소비대차도 효력이 없다.
2. 계약의 당사자는 기존채무의 당사자이어야 한다.

III. 준소비대차의 효력

1. 준소비대차(準消費貸借)가 성립하면 소비대차의 효력이 생긴다. 다만 대주의 금전 기타 대체물의 소유권이전의무는 이미 이행된 것을 전제로 하여 차주의 반환의무만이 문제된다.
2. 준소비대차(準消費貸借)에 의해 기존의 채무가 소멸하고 소비대차에 따른 새로운 채무가 발생한다. 따라서 기존 채무가 불성립하거나 무효인 경우에는 신채무는 성립하지 않고 반대로 신채무가 무효이거나 취소된 때에는 기존채무는 성립하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.
3. 기존 채무와 신채무사이의 동일성유무
 - (1) 소멸하는 기존 채무와 준소비대차(準消費貸借)에 의해 발생하는 신채무사이의 동일성유무의 판단은 원칙적으로 당사자의 의사에 의해 정해진다.

(2) 그러나 당사자의 의사가 불명확한 경우에도 양 채무의 동일성은 유지된다고 보는 것이 다수설의 입장이다. 따라서 채권자의 입장에서 기존 채무에 대한 담보는 신 채무를 위해 존속하고, 채무자의 입장에서 구채무에 대한 채무자의 항변권도 존속한다.

(3) 시효는 당사자의 의사에 의해 좌우할 수 있는 것이 아니므로, 신채무를 표준으로 하여 결정된다.

IV. 대환(代換)

대환(代換)은 현실적인 자금수수 없이 형식적으로 자금대출을 하여 기존채무를 변제하는 것으로서 실질적으로는 기존채무의 연장에 불과한 것으로 일종의 준소비대차계약에 해당한다.

4. 토지임차인의 지상물매수청구권의 의의와 법적 성질, 그 권리의 행사로 발생하는 법률관계를 설명하고, 임대차 종료 전에 임차인이 그 지상물매수청구권을 포기하기로 임대인과 약정한 경우 그 약정의 효력에 관하여 약술하시오. (20점)

I. 의의 및 법적 성질

1. 의의(意義)

건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 임차인은 계약의 갱신을 청구할 수 있으며, 임대인이 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 임차인은 상당한 금액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있는 바, 이를 토지임차인의 지상물매수청구권이라고 한다.(민법 제643조)

2. 법적 성질

토지임차인의 갱신청구권은 청구권이나, 이에 반해 토지임차인의 지상물매수청구권은 일방적인 의사표시로써 권리변동을 일으키는 형성권에 해당한다.

II. 지상물매수청구권 행사시 법률관계

1. 매수청구권행사의 상대방

건물의 소유를 목적으로 하는 토지임차인의 건물매수청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 임차권소멸 당시의 토지소유자인 임대인이고, 임대인이 임차권소멸당시에 이미 토지소유권을 상실한 경우에는 그에게 지상건물의 매수를 청구할 수 없으며, 이는 임대차계약 종료 전에 토지를 임의로 처분하였다하여 달라지는 것은 아니다.(대판 93다59717)

2. 매수청구의 대상

임차인의 매수청구권에 있어 그 지상건물이 객관적으로 경제적가치가 있는지 여부나 임대인에게 소용이 있는지 여부가 그 행사요건이라고 볼 수 없으며(대판 2001다42080), 임차인의 매수청구권에 있어 그 지상건물이 객관적으로 경제적가치가 있는지 여부나 임대인에게 소용이 있는지 여부가 그 행사요건이라고 볼 수 없다(대판 2001다42080)는 것이 판례의 태도이다.

4. 매매와 동일한 효력

토지임차인이 지상물매수청구권을 행사하면 임차인과 임대인간에 매매계약이 체결된 것과 동일한 효력이 발생한다. 즉 임차인은 건물, 수목 기타 지상시설의 소유권을 이전해 줄 의무가 발생하며, 반면에 임대인은 대금지급의무를 부담한다.

“민법 제643조 소정의 지상물매수청구권이 행사되면 임대인과 임차인 사이에서는 임차인상의 건물에 대하여 매수청구권 행사 당시의 건물시가를 대금으로 하는 매매계약이 체결된 것과 같은 효과가 발생하는 것이지, 임대인이 기존 건물의 철거비용을 포함하여 임차인이 임차지상의 건물을 신축하기 위하여 지출한 모든 비용을 보상할 의무를 부담하게 되는 것은 아니다”라는 것이 판례의 태도이다.(대법원 2002다46010 판결)

5. 동시이행관계

토지임차인이 지상물매수청구권 행사시 발생하는 임차인의 건물, 수목 기타 지상시설의 소유권 이전의무와 임대인의 대금지급 의무간에는 동시이행항변권의 문제가 발생한다.

6. 부당이득 반환문제

“건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 대지임대차에 있어서 임차인이 그 지상건물 등에 대하여 민법 제643조 소정의 매수청구권을 행사한 후에 그 임대인인 대지의 소유자로부터 매수대금을 지급받을 때까지 그 지상건물 등의 인도를 거부할 수 있다고 하여도, 지상건물 등의 점유·사용을 통하여 그 부지를 계속하여 점유·사용하는 한 그로 인한 부당이득으로서 부지의 임료 상당액은 이를 반환할 의무가 있다”는 것이 판례의 태도이다.(대법원 2001. 6. 1. 선고 99다60535 판결)

7. 채무불이행으로 인한 해지

임대차계약이 임차인의 채무불이행으로 인하여 해지된 경우에는 임차인은 민법 제643조에 의한 갱신청구권·매수청구권이나, 민법 제646조에 의한 부속물매수청구권이 없다는 것이 판례의 태도이다.

Ⅲ. 지상물매수청구권 포기약정의 효력

1. 강행규정

민법 제643조(임차인의 갱신청구권, 매수청구권)는 강행규정이므로 임차인과 임대인사이의 임대차계약 체결시 한 지상물매수청구권의 포기의 특약은 무효이다. 따라서 토지임대차의 기간이 만료시 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 임차인은 계약의 갱신을 청구할 수 있으며, 임대인이 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 임차인은 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다.(대법원 2008.5.29. 선고 2007다4356 판결)

2. 판례의 태도

판례도 같은 태도이다. 즉 판례는 “건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임차인이 임대차계약을 체결하거나 임차인으로서의 지위를 승계할 당시 임대인과의 사이에 건물 기타 지상시설 일체를 포기하기로 약정을 하였다고 하더라도 임대차계약의 조건이나 계약이 체결된 경위 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 실질적으로 임차인에게 불리하다고 볼 수 없는 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 위와 같은 약정은 임차인에게 불리한 것으로서 민법 제652조에 의하여 효력이 없다. 토지임차인이 위 약정에 위반하여 매수청구권을 행사하는 것이 신의칙에 위반하여 권리를 남용하는 것으로 볼 수 없다”고 한다.(대법원 1993.6.22. 선고 93다16130 판결)