



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

A Study on site Right of Collective Building

Ha, Seong Hoon
(Supervised by Professor Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of master of law

2009. 8.

Department of law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

집합건물의 대지권에 관한 연구

-대지권미등기와 관련한 문제점과 그 개선방안-
A Study on site Right of Collective Building

지도교수 한 삼 인

하 성 훈

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2009년 8월

하성훈의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장

김상하 (인)

위 원

한삼인 (인)

위 원

박기응 (인)

제주대학교 대학원

2009년8월

「감사의 글」

돌이켜 보면 아주 짧은 시간이었지만 그 짧은 시간이 나로 하여금 많은 것을 느끼고 배우게 해준 소중한 시간이었다는게 논문을 쓰면서 얻은 가장 큰 수확이었던 것 같습니다.

그리고 그 시간동안 지금의 저를 있게 해준 고마운 분들이 있어 지면을 통해서라도 고맙다는 말씀을 드리하고자 합니다.

먼저 학부과정에서부터 그리고 본 논문의 처음 연구계획에서 완성에 이르기까지 학문적 기틀을 잡아 주시고 소상한 가르침을 베풀어 주셨던 한삼인 지도교수님께 진심으로 감사드립니다. 또한 논문 심사 과정에서 소중한 시간을 할애하며 아낌없는 지도로 많은 가르침을 주신 김상찬 교수님, 박규용 교수님께 깊은 감사를 드리며 매 학기마다 큰 열정으로 심도 있는 강의를 해주신 제주대학교 법학과 교수님들께도 감사드립니다.

지금은 퇴직을 하셨지만 직장과 병행하여 학교를 다니느라 논문을 쓰는동안 많은 연가를 냈어도 눈치를 주기 보다는 오히려 격려와 응원을 주셨던 제주지방법원 고제동 집행관님, 그리고 잦은 연가로 인한 업무공백을 아무런 불평없이 도와주셨던 제주지방법원 등기과 직원분들께도 머리숙여 감사를 드립니다.

아울러 세세한 사항까지 도움을 요청해 미안하기 까지 했던 법학과 김려은 조교선생님께도 깊은 감사를 드립니다.

논문을 수행해 냄에 있어 연구자의 능력과 한계에 부딪쳐 연구의 어려움을 체득해가기 시작할 무렵 임신이라는 기쁜소식 보다 몸이 안좋아 임신유지가 어려울것 같다는 소리를 먼저 들어야 했던 우리 아내 뱃속의 귀한 공주는 아빠의 논문을 응원이라도 하듯 아주 아주 잘자라서 이 글을 쓰는 오늘이 바로 세상과 맞이할 예정일입니다.

이쁜 공주로 세상과 맞이하는날 아버지로서 그래도 석사논문을 통과했다는 선물... 그리고 비좁은 어머니 뱃속에서 잘자라 줘서 고맙다는 말을 남기고 싶습니다.

마지막으로 항상 사랑으로 키워주시고 부족한 자식을 믿어주신 부모님께 감사의 말씀을 드리고 저를 믿고 어여쁜 딸을 보내주신 장인어른, 장모님 그리고 드라마 “내조의 여왕”보다 더 훌륭하게 내조해 주었던 사랑스런 아내 민정이에게 존경과 사랑을 드리며 이 작은 결실의 기쁨을 함께 하고자 합니다.

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	2
1. 연구의 범위	2
2. 연구의 방법	3
제2장 집합건물의 구분소유권과 대지사용권의 일반론	4
제1절 서설	4
제2절 집합건물법의 입법과 내용	5
1. 외국의 입법례	5
2. 우리나라 집합건물법의 제정과 경과과정	15
제3절 집합건물의 구분소유권	19
1. 구분건물의 의의	19
2. 구분소유의 구성요건	21
3. 전유부분과 공용부분	24
제4절 집합건물의 대지 및 대지사용권	25
1. 집합건물의 대지	25
2. 집합건물의 대지사용권	27
3. 전유부분과 대지사용권의 일체성	31
제3장 집합건물의 대지권과 대지권등기	38
제1절 대지권	38
1. 대지권의 의의	38
2. 대지권의 법적 성질	39
제2절 대지권등기	41
1. 구분소유권과 대지권 등기제도	41
2. 대지권등기의 절차 및 내용	43
3. 대지권등기의 효과	49

제4장 대지권미등기와 관련한 문제점과 개선방안	54
제1절 서설	54
제2절 대지권미등기와 관련한 제문제	55
1. 구분소유 요건 불충족에 따른 강제집행 불능문제	56
2. 대지점유사용권의 대지사용권성 인정여부	57
3. 대지권등기전 구분건물의 대지에 대한 저당권 설정 문제	61
4. 대지저당권 실행 전에 구분건물저당권이 실행되는 경우의 제문제	63
제3절 개선방안	65
1. 법원의 경매감정평가처리에 관한 기준마련	65
2. 점유할 권리의 대지사용권성 인정	66
3. 구분소유권 매도청구권의 비현실성	67
4. 대지권미등기 구분건물 저당권 실행에 관한 개선방안	73
제5장 결론	79
참고문헌	82
ABSTRACT	85



제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

우리나라의 등기제도가 시행된 이래로 지금은 그 어느때보다도 거래안전이라는 요청이 세계화, 국제화, 개방화 추세에 맞추어서 강하게 요청되어지고 있고, 일상 생활에서 부동산거래의 동적안전을 넘어서서 우리 경제의 활성화를 위한 외국투자의 유입을 위한 제도적 정비로서 더욱 강조되어 지고 있다.¹⁾ 이러한 거래의 안전의 측면에서 볼 때 현재 집합건물에 있어 대지와 건물의 분리처분 금지효과를 발생시키는 대지권이라는 우리나라의 특수한 방식은 그것이 등기가 되지 않은 채 거래됨으로써 여러 가지 문제점들을 발생시켜 제3자에게 불측의 손해를 가할 수 있다.

집합건물 제도는 국민의 주거생활 편의와 등기절차를 간소화 하기위하여 실체법상 구분소유권, 전유부분과 공용부분, 건물의 대지와 대지사용권 등의 새로운 법률개념과 절차법상 대지권 등기라는 새로운 법률용어를 도입하게 되었다. 이 중 대지권 등기제도는 종래의 토지와 건물의 등기부를 각각 편성하여 권리행사를 해오던 일반 부동산 등기제도와는 달리 집합건물에 있어서는 토지와 건물이 별개의 권리행사의 대상이 아닌 하나의 대상으로써 건물에 대하여 행사한 법률의 효과가 토지에 까지 미치게 하는 특수한 절차법상의 등기제도이며 그러한 특수한 효과를 발생시키기 위해서는 구분건물에 대한 소유권과 대지의 사용권을 일치시키는 대지권이라는 등기를 해야만 하는 제도이다. 문제는 이러한 대지권등기가 되어 있지 않은 즉 대지권 미등기의 집합건물에서 문제가 발생한다.

대지권이 미등기가 되는 원인에는 크게 두가지로 나누어 볼수 있는데 대지를 사용할수 있는 권리. 즉, 대지사용권은 있으나 아직 대지권등기만 하지 못한 상

1) 한삼인, “등기의 공신력과 거래안전”, 「법조」 제57권, 법조협회, 2008, 45면.

태와 토지와 건물의 소유자가 분리되면서 토지주로부터 건물의 대지지분을 취득하지 못하여 대지권이 등기되지 못한 경우로 나누어 볼수 있다. 전자의 경우의 발생원인으로는 주로 아파트를 분양할 때 주택단지의 필지 자체가 대규모이거나 토지구획사업 대상이 돼 있을 때 미처 아파트를 분양받은 사람에게 대지에 관한 소유권이전을 해주지 못하거나 아파트 대지면적 자체가 확정되지 못해 소유권이전등기를 미처 하지 못한 경우를 들수 있고, 후자인 경우는 시유지 및 국유지에 집합건물을 신축한 경우 또는 토지와 건물의 소유권이전등기는 하였으나 대지권등기를 하지 않은 상태에서 한쪽의 소유자가 변동이 생긴 경우이다.

위 두가지 경우는 등기부 상으로는 똑같이 대지권에 관한 사항이 표시가 되지 않아 둘의 경우를 구분할 수 가 없으나 경매등의 실무상에 있어서는 큰차이를 보인다. 즉 전자의 경우는 토지에 대한 소유권이 취득한 상태이므로 비록 대지권등기가 되어 있지 않지만 후에 그 구분건물을 취득한 소유자에게는 대지에 대한 사용권까지 취득하게 되어 대지권등기만을 별도로 하면 되지만 후자의 경우에는 토지에 대한 사용권이 없어 여러 가지 법률문제를 야기시킨다. 또한 전자의 경우에는 판례 및 등기예규의 제정등으로 각각의 문제발생시 마다 해결방안을 제시하여 왔으나 후자의 경우에는 과거의 경매진행 방식등으로 인하여 이미 토지소유자와 건물소유자가 분리되어 구분건물의 소유자가 토지소유자의 행방을 찾아 토지지분을 매입하지 않는 한 해결의 방법이 현재 까지 없다.

따라서 본 논문에서는 위의 대지권미등기의 경우 발생하는 여러 문제들에 관해 개별적으로 검토후 현행법상의 해석 및 입법론을 통하여 개선방안을 찾아보고자 하는 것이 연구의 목적이다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 논문은 제1장 서론에서 집합건물의 대지권에 관한 실무적 연구의 배경과

목적은 서술하고 제2장에서는 집합건물의 구분소유권과 대지권에 관한 이론적 고찰을 위하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 도입배경에 대한 이해를 한 후 집합건물의 구분소유제도와 집합건물의 구분소유권과 대지사용권에 대한 관계 및 집합건물의 공시제도에 대하여 그간의 연구결과를 정리하였으며 제3장에서는 집합건물의 특수성으로 인해 발생한 대지권에 대해 그 정의를 밝히고 대지권 등기의 절차 및 효과에 대해 이론상으로 살펴보고자 한다. 그리고 제4장에서는 앞장에서 살펴본 이론들을 토대로 구분소유권의 등기 및 대지권의 등기와 관련하여 나타나는 여러 가지 제 문제점들을 분석하여 검토함으로써 그 개선방안을 모색하고자 한다.

제5장 결론에서는 제3장과 제4장에서 논의한 대지권에 관한 각각의 문제점에 대한 해결방안을 요약 정리하여 제시하고자 한다.

2. 연구의 방법

본 논문의 연구목적과 연구범위에 따라 민법과 집합건물법에서 구분소유와 대지사용권(대지권)에 관한 저서, 논문, 판례 등 문헌자료를 수집하여 이를 분석하고, 특히 대지권등기에 관한 부동산등기법 및 실무적 취급에 따른 자료를 수집하여 이를 분석하고 검토하고자 한다. 따라서 본 논문은 주로 문헌분석방법을 취하면서 보충적으로 판례이론을 분석·검토하는 방법에 의하여 연구하고자 한다.

제2장 집합건물의 구분소유권과 대지사용권의 일반론

제1절 서설

오늘날 구분소유에 상당하는 건물의 소유형태는 기원전 2,000년경 ‘바빌로니아’에 이미 존재하였다고 말하여 진다. 이 당시의 문헌에 의하면 2층이 음식점으로 사용되는 건물에 있어서 1층의 소유권이 매매 목적물로 된 예가 기록되어 있다. 이러한 건물의 구분소유방법은 건물이 계층적으로 구분되어 건축되어진 시기에 출현한 것으로 추측되고 있다.

로마법에 있어서는 ‘지상물은 토지에 속한다’(Superficies solo cedit)는 법원칙이 확립되어 있었으므로, 토지 위에 건물을 지어도 그 건물에 대하여는 아무런 권리가 발생치 않고 오히려 토지 위의 건물은 토지소유자의 소유권에 흡수되었다. 따라서 이 원칙을 적용한 결과로서 건물을 계층으로 구분하여 이를 각각 별개의 소유자에게 귀속시키는 건물의 계층적 구분소유제도는 법률상 허용되지 않았다.²⁾

이와 같이 로마법에 있어서는 구분소유권 내지 계층소유권이 인정되고 있지 않았다는 것이 통설이다. 그러나 이에 대하여는 여전히 다투어지고 있다.

이와 달리 게르만법에 있어서는 ‘지상물은 토지에 속한다’는 원칙은 채용되지 않았다. 즉, 고대 게르만법에서는 건물은 간소하여 토지에의 정착성이 적었고, 또한 토지와 건물과의 결합관계가 약하였기 때문에 건물은 동산으로 취급되었다. 이와 같은 법의식은 건물이 견고해지고 토지와의 결합도 영구적인 것이 된 이후에도 오랫동안 존속하였다. 그러나 결국 건축양식이 변화되어 건물은 토지에 고착하는 것이라는 의식이 지배적으로 됨에 이르러 비로소 건물도 부동산에 속한

2) 최종길, “집합주택(아파트)의 구분소유에 관한 비교법적 실태적 고찰”, 「법학」 제11권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1970, 3면이하 참조.

다고 생각하게 되었고, 이것은 독립된 소유의 대상으로써 토지소유자 이외의 자의 소유권에 속할 수가 있었다.

특히 이른바 계층소유권(Stockwerkseigentum)은 독일을 비롯한 중세의 유럽 제국에서 이용되었다. 그것은 첫째, 상속재산의 분할의 결과가 구분소유권의 인정을 불가피하게 하였고, 둘째, 세대수의 증대에 따라 가옥증축의 수요가 늘어났으나 대부분의 도시에서는 이 수요에 응할 토지의 여유가 적어 다소의 재산적 여유가 있는 중소거주자에게 소유자적 이익을 받는 건물을 가질 수 있게 하기 위하여서는 계층소유권을 부득이 인정할 수 밖에 없었다는 사정에 기인한다.

그러나 건물을 횡으로 구분하는 것은 종으로 구분하는 것과 달라서 법률상의 문제점이 많이 나타나게 되었는데, 이를 해결하기 위한 법률구성으로서는 일반적으로 자기가 거주하고 있는 건물의 부분에 대한 구분소유권과 공동의 계단, 복도 및 대지에 대한 공유와의 결합으로 파악하였다.

이러한 계층소유권은 계층소유권을 부정하는 로마법의 계수의 결과 점차 소멸하게 되었으나 남독일지역 및 프랑스의 여러도시에서는 그대로 존속하여 프랑스 및 독일의 민법이 시행될 때 까지 행하여지고 있었다.

이하에서는 집합건물의 대지권을 논의함에 있어서 그 전제가 되는 건물의 구분소유에 관한 외국법의 연혁에 대하여 분석하고, 외국의 입법례로서 프랑스, 독일, 미국, 일본을 중심으로 구분소유제도가 발생하게 된 배경과 입법례를 분석하고 그러한 외국의 입법례를 통하여 우리법에의 도입 및 필요성을 검토해 보기로 한다.

제2절 집합건물법의 입법과 내용

1. 외국의 입법례

가. 프랑스

(1) 개관

근대 민법 가운데서 구분소유에 관한 최초의 규정을 둔 것은 프랑스 민법이다. 즉, 프랑스 민법 제644조는 현재의 우리 민법 제215조와 거의 유사한 규정을 두어 구분소유제도를 인정하였다. 그러나 1차 대전 후 집합건물이 증대됨에 따라 위 민법규정만으로는 이를 충분히 규율할 수 가 없게 되어 1938. 6. 28. 「계층별로 구분된 부동산의 공유에 관한 법률」을 제정하여 위 민법규정을 폐지하였고 그 후 1965. 7. 10. 「건물의 구분소유관계를 확정하기 위한 법률」³⁾과 1967년 3월 17일 「건물의 구분소유관계를 확정하기 위한 1965년 7월 10일 제65-557호 법률의 적용을 위한 공적 관리규제」⁴⁾를 새로 제정하여 위 법을 폐지하였다.

(2) 구분소유권의 개념

1965년법은 전유부분과 공용부분으로 구분하고 있다. 전유부분은 특정 구분소유자의 전속적 사용에 제공되는 건물 및 토지의 부분이고(1965년법 제2조 1항), 공용부분은 구분소유자 전원 또는 일부의 사용에 제공되는 건물 및 토지의 부분이다(1965년법 제3조 1항). 즉, 건물의 객관적 구조보다는 ‘사용’개념을 중심으로 해서 전유부분과 공유부분을 구별하고 있고, 이것은 프랑스 구분소유권법의 하나의 특색이라고 볼 수 있다.

한편 전유부분은 구분소유자의 전속적 소유에 속하고(1965년법 제2조 2항), 공용부분은 구분소유자 전원 일부의 공유에 속한다(1965년법 제4조). 다만 이 공유는 통상의 공유관계와는 달리 분할청구가 허용되지 않고, 전유부분과는 별개로 공유지분권만을 처분할 수는 없다. 즉, 전유부분과 공유부분은 불가분일체로 취급된다(1965년법 제5항).

따라서 프랑스의 구분소유권은 전유부분에 대한 단독소유권과 공용부분에 대한 공유지분권의 결합된 개념으로 파악할 수 있고, 아울러 전유부분 내지는 공용

3) 본 논문에서는 1965년 7월10일 「건물의 구분소유관계를 확정하기 위한 법률」을 “1965년법”으로 약칭한다.

4) 본 논문에서는 1976년 3월 17일 「건물의 구분소유관계를 확정하기 위한 1965년 7월10일 제65-557호 법률의 적용을 위한 공적 관리규제」을 “1967년규칙”으로 약칭한다.

부분이 건물에만 해당되는 것이 아니라 대지에도 해당되므로, 이것은 결국 대지의 지분과 건물의 공용부분에 대한 지분 그리고 건물의 전유부분의 3자를 일체 불가분으로 구성하고 있는 것으로 결론 지을 수 있다.

(3) 구분소유자의 권리 의무

(가) 전유부분에 관한 권리의무

구분소유자는 전유부분에 대하여 전속적 소유권을 가지기 때문에 그 부분을 자유로이 사용·수익·처분할 수 있고, 전유부분에 관련된 유지관리비를 당연히 부담한다.

다만, 구분소유자 간의 긴밀한 상린적 관계를 고려해서 구분소유자의 자유로운 사용권은 ‘다른 구분소유자의 권리 및 부동산의 용도’를 침해하지 않는 것을 조건으로 해서 행사되도록 하는 일반적 제한을 두고 있다(1965년법 제9조).

(나) 공용부분에 관한 권리의무

각 구분소유자는 전유부분과 마찬가지로 다른 구분소유자의 권리 및 부동산의 용도를 침해하지 않는 것을 조건으로 해서 공용부분을 사용 할 수 있다(1965년법 제9조).

한편 공용부분에 관한 구분소유자의 의무로서 중요한 것은 그 사용 등에 따른 각종의 부담을 분담할 의무이다. 1938년법은 그 부담의 배분을 전유부분의 가액에 비례토록 하였으나(1938년법 제9조), 이 규정에 대해서는 많은 비판이 있었다. 이리하여 1965년법에서는 다음 두 가지 종류로 구분하여 각각 다른 분담배분을 정하였다(1965년법 제10조).

첫째, 엘리베이터와 같은 공통의 설비요소에 대해서는 그것이 전유부분에 제공되는 효용도에 따라 부담이 배분된다. 둘째, 기타 공용부분의 보존, 유지 및 관리에 관한 부담은 전유부분의 가액에 비례하여 분담된다.

(다) 구분소유에 관한 규약

전유부분과 공용부분과의 구별, 구분소유자의 전유부분 및 공용부분에 관련된 권리의무관계는 구분소유자간의 합의에 의해 설정된 규약에 의해 주로 규제된다. 즉, 규약에 의한 광범한 자치가 인정된다.

1965년법에서는 그 설정을 강제하고 있으며(1965년법 제8조, 제43조), 만일 규약이 설정되지 않은 경우에는 이해관계인의 청구에 의하여 법원이 규약을 설정할 수 있다(1967년규칙 제3조).

규약은 총회의 다수결에 의해 규정되는데, 이것은 전 구분소유자를 구속한다. 다만, 특정승계인에 대하여 이를 주장하려면 등기가 있어야 한다(1965년법 제13조).

나. 독일

(1) 개관

독일 민법은 ‘지상물은 토지에 속한다’는 로마법의 원칙을 계수한 결과 건물을 종래와 달리 토지의 본질적 구성부분으로 하여(독일민법 제94조 제1항) 독립한 거래를 금지하는 한편으로, 법률관계를 복잡하게 하고 부동산등기제도를 문란케 한다는 이유로 건물의 계층적 구분소유도 인정하지 않았다. 그러나, 2차 대전후 전후복구와 더불어 자력이 빈약한 국민들로 하여금 공동으로 주택 등을 건축케 하기 위하여 1961. 3. 15. 「주거소유권 및 계속적 거주권에 관한 법률」⁵⁾을 제정하였다. 동법은 1동의 건물 중 주거용 부분에 대해서는 주거소유권(wohnungseigentum)을, 창고, 점포, 사무실 등 비주거용 부분에 대해서는 부분소유권(Teileigentum)을 인정하고, 주거소유권과 부분소유권을 다시 전유부분에 대한 특별소유권(Sondereigentum)과 공용부분 및 대지에 관한 권리를 포괄한 공유지분(Miteigentumsanteil)으로 나누어 양자의 분리처분을 금지하고 있다.⁶⁾

5) 본 논문에서는 1961. 3. 15. 「주거소유권 및 계속적 거주권에 관한 법률」을 “주거소유권법”으로 약칭한다.

(2) 주거소유권의 개념

첫째, 주거소유권법에 의하면, 건물중 거주목적으로 제공된 부분에 대하여는 주거소유권이, 거주목적으로 제공되지 않는 부분(가령 사무소, 점포, 창고 등)에 대하여는 부분소유권이 성립될 수 있는데, 이 경우 주거소유권은 “건물중 거주목적으로 제공된 부분에 대한 특별소유권과 그에 속하는 공동재산에 있어서의 공유부분이 결합한 것”이다(주거소유권법 제1조2항). 이와 같은 독일의 주거소유권의 개념은 기본적으로 프랑스 구분소유권과 유사하다.⁶⁾

둘째, 독일민법은 고지하는 바와 같이 건물을 토지의 본질적 구성부분으로 보고, 또 건물에 있어서의 본질적 구성부분은 독립된 권리의 목적으로 될 수 없기 때문에 건물은 그 자체 소유권 기타 권리의 목적으로 될 수가 없다. 따라서 토지가 양도되면 건물에도 효력을 미치게 된다.

이런 점에서 주거소유권법이 건물의 부분(전유부분)에 대해 전속적·소유권적 권리, 즉 특별소유권을 인정한다는 것은 위 민법의 규정에 반한다고 보지 않을 수 없다. 그러나 그 특별소유권은 토지에 대한 공유부분과 필연적으로 통합시켜 일체로 거래되도록 함으로써, 결과적으로는 위 민법 규정 본래의 목적대로 운용케 하는 기술적 규제를 강구하고 있다.⁸⁾

(3) 특별소유권의 대상

거주소유권은 건물의 부분에 대한 특별소유권과 대지 및 공유부분에 대한 공유지분권이 결합된 것으로 특별소유권은 주거 또는 기타 공간이 그 자체로서 분리되어 있는 경우에 한하여 성립될 수 있다고 주거소유권법 제3조 2항에 규정하고 있다.

건물의 부분을 특정짓기 위한 요건으로서 위 경우 주거가 분리되었다고 할 수 있기 위해서는 특정한 공간이 다른 공간과 건축상 분리되어 있어야 하고, 외부

6) 이영준, “집합주택(아파트)의 소유·관리에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 제1집, 법원행정처, 1974, 101면.

7) 최종길, 전제논문, 10면.

8) 丸山英氣, 「住居所有權法の諸問題」, 法律時報, 53卷 11號, 1981, 36面.

층계 또는 현관으로부터 직접 통할 수 있는 분리된 입구를 갖추어야 한다. 그런데 주거소유권법은 1973년 7월30일의 개정에 의해 주차장도 일정한 요건 하에 특별소유권의 대상이 될 수 있는 예외를 규정하고 있다(주거소유권법 제3조 2항 단서). 즉, 그 평면이 주차장으로서의 계속적 표시(dauerhafte Markierung)을 구비하고 있는 경우에는, 분리된 공간으로서의 요건을 갖춘 것으로 간주하고 있다.

(4) 주거소유권의 박탈

주거소유권법은 건물이용의 제의무에 대하여 반복하여 중대한 의무위배를 하여 공동관계의 존속을 기대 할 수 없게 된 때에는 다른 주거소유권자는 그 위반자에 대하여 당해 주거소유권의 양도를 청구할 수 있다(주거소유권법 제18조 1항, 2항). 이 청구는 의결권이 있는 전주거소유권자의 과반수 이상의 찬성을 요하며 미리 주거소유권자의 약정에 의하여 제한되거나 배제될 수 없는 불가침의 권리이다(주거소유권법 제18조 4항).

다만 위 결의는 직접 이른바 박탈(Entziehung)의 효과를 발생시키는 것이 아니라 의무 위반자에 대하여 양도의무를 부과하는데 불과하고, 위 청구에 대하여 당해 주거소유권자가 임의로 주거소유권을 양도하지 않을 경우에는 다른 주거소유권자는 소를 제기하여야 한다. 이 소는 주거소유권자의 과반수 또는 그 과반수에 의하여 위임된 대표자 또는 관리인에 의하여 제기입된 그리고 이 소에 따르는 판결은 의사표시를 명하는 것으로서 주거소유권자의 주의경매 및 주거소유권을 경락인에게 이전하는 것을 위하여 필요한 의사표시를 명하고, 그에 따라 경매 및 경락인을 위한 인도가 행하여지 위임된(주거소유권법 제19조 1항, 51조).

다. 미국

미국에서도 1951년 푸에르토리코에서 제정된 「Horizontal Property Act」를 효시로, 1977. 8. 연방 주택국이 「통일콘도미니엄법(Uniform Condominium Act)」의 모델을 제시하여 모든 주에서 이를 주법으로 제정, 시행하고 있는바, 동법은 각 구분소유자에게 전유부분에 대한 완전한 소유권을 인정하고 있고, 그 소유

권은 건물의 공용부분 및 대지에 대한 권리가 불가분적으로 결합된 것으로 이해하고 있으며, 그 외에도 동법은 구분소유자단체의 조직과 운영, 등기사항 등에 관하여도 규정을 두고 있다.

라. 일본

일본에 맨션아파트가 최초로 등장한 것은 1956년이라고 한다.⁹⁾ 그 후 동경올림픽을 전후하여 크고 작은 각종 형태의 집합건물이 급속히 보급되기 시작하였고, 1960-1970년대를 거치면서 아파트나 맨션 등이 주택의 대종을 이루게 되었다. 그런데, 구분소유관계를 규율할 민법규정은 지극히 불비하기 짝이 없었다. 즉, 舊민법(명치23년) 제40조¹⁰⁾의 규정을 거의 그대로 답습한 민법 제208조는 단순히 구분소유관계를 인정하면서, 공용부분은 공유로 추정함과 동시에 그 수선비 등 비용부담은 각 전유부분의 가격 비율에 따른다고만 규정하고 있을 뿐이었다.¹¹⁾

위 제208조는 그 규정의 위치도¹²⁾ 그러하였거니와, 기본적으로 목조종할건물(縱割建物) 이른바 동할장옥형(棟割長屋形) 건물을 그 주된 대상으로 하였기 때문에 대규모 맨션이나 아파트 등 横割이나 縱·横割建物の 복잡한 구분소유관계를 규율하기는 매우 미흡하였다. 그리하여 종전후 급격한 사회 경제의 변동에 따라 주택건설촉진법, 택지개발촉진법, 토지구획정리사업법 등 각종 특별법이 제정되고 그와 함께 공동주택 등이 보편화되면서 그에 대한 새로운 입법이 절실히 요청되었다.

이에 따라 여러 외국의 입법례를 참조하여 1962년 「건물의구분소유등에관한 법률」을 제정, 시행하게 되었는데, 그 주요한 내용은 공용부분의 범위와 소유, 관리, 구분소유자 상호간의 권리, 의무, 구분소유관계에서 발생한 채권에 기한 다른 구분소유자의 전유부분 등에 대한 선취특권, 대지사용권 상실자에 대한 대지

9) 鹽崎勤, 「區分所有權關係訴訟法」(裁判實務大系 第19卷), 青林書院, 1992, 53면.

10) 동 규정은 프랑스 민법 제644조를 본받은 것으로 우리 민법 제215조의 규정도 이로부터 유래한 것이다.

11) 丸山英氣, “區分所有の所有權性”, 「日本不動產學會誌」第16卷, 2003, 64면.

12) 동조는 토지소유권의 범위를 정한 제207조와 隣地立入權을 정한 제209조 사이에 위치하고 있어, 그것이 과연 건물소유권의 객체적 범위를 정한 것인가, 아니면 상된관계에 관한 규정인가에 대해 의견이 나누어지고 있다. 그러나 어느 견해에 의하더라도 종래 공유를 구분소유관계의 기본으로 한 것이라는 데 이론이 없었다. 鹽崎勤, 전거서, 53면 이하 참조.

소유자 등의 구분소유권매도청구권, 관리자 및 관리단체의 규약, 집회, 복구 및 재건축 단지의 관리 등에 관한 것으로서, 공용부분의 관리·사용 및 구분소유자 상호간의 상린관계적 이해 조정이 주종을 이루고 있어 종래의 민법규정에 비해 크게 달라진 점은 별로 없었다고 할 수 있다.

무엇보다도 서구제국과 달리 토지와 건물을 별개의 독립한 부동산으로 취급하여 그에 대한 권리관계를 공시하기 위한 등기부도 따로 편성, 운용함으로써 파생되는 부작용을 해소하기 위한 대책이 빠져 있어서 그 제정 당초부터 개정 논의가 제기되었다. 그리하여, 1979년부터 법무성 자문기구인 법제심의회(실무는 민법부회 재산법소위가 맡았다)를 중심으로 4년간의 작업 끝에 개정법률안을 마련하여 각계의 의견을 수렴한 뒤 1983. 3. 18. 정부안을 확정하였고, 동 개정법률안은 국회의 의결을 거쳐 1983. 5. 21. 부동산등기법의 개정과 함께 공포, 시행되었다.¹³⁾

위 개정법의 핵심적인 내용은 대지사용권을 전유부분 및 공용부분과 일체화하여 양자를 분리하여 처분할 수 없도록 하고(동법 제22조), 동시에 원칙적으로 대지사용권을 건물등기부의 표제부에 등기케 하여, 이후로는 대지사용권에 관한 권리관계를 건물등기부만으로 공시토록 함으로써, 대규모 아파트 등에 있어서 대지를 다수인이 공유 또는 준공유하는데 따른 공유관계 등기를 모두 토지등기부에 하는 데서 초래되는 불편과 복잡함을 개선하기 위한 대지권등기제도를 도입한 것이라고 할 수 있다.

마. 외국의 입법례를 통한 우리법에의 도입문제

앞에서 구분소유권에 관한 연혁적 고찰과 함께 주요 외국의 법제를 개관하였다. 따라서 여기에서는 구분소유권의 내용을 개괄적으로 대비·고찰하여 보기로 한다.

(1) 개요

13) 青山正明, 「改正區分所有關係法の解説」, 金融財政事情研究會, 1983, 2面.

집합건물의 구분소유관계를 크게 소유의 측면·관리의 측면·대지사용의 측면 세가지로 압축시켜 볼 때 우리나라를 포함한 각국은 지엽적인 사항에 대해서는 차이가 있기는 하지만 대체로 다음과 같이 유사한 내용을 가지고 있다고 볼 수 있다. 다만 집합건물의 내용과 체제를 살펴 볼 때 다른 외국보다는 일본의 구분소유권법을 주로 반영하고 있는 것만은 사실이다.

(가) 소유의 측면

어떠한 것이 구분소유권의 목적으로 될 수 있는가에 관하여 각국의 법률은 표현의 차이는 있지만 결국 구조상·이용상 독립된 건물부분이라고 하는 점에 실질적으로 일치되어 있다. 그리고 구분소유권의 개념도 역시 그러한 표현의 차이가 있기는 하지만 공용부분에 관한 공유지분과 전유부분에 관한 단독소유권이 결합된 특별한 소유권으로 파악된다는 점에서 공통된다.

한편 공용부분 및 전유부분의 이용과 관련하여 각국은 구분소유권의 개별성보다는 공동성에 중점을 두어 그 이용에 있어 상당히 강력한 공동적인 제약을 부과하고 있다는 점에도 공통된다.¹⁴⁾

(나) 관리의 측면

집합건물의 관리와 관련하여 구분소유자공동체에게 어떠한 범형식을 부여할 것인가에 관하여서도 각국의 법은 실질적으로 큰 차이를 보이고 있지 않다. 즉, 관리의 효율성과 영속성을 위해서 각국의 법은 대체로 단체적 조직을 구성하고 있다. 즉 집행기관, 의결기관, 감독기관의 세 기관을 두고 있다. 다만 프랑스 구분소유권법과 일본 구분소유권법은 관리를 목적으로 한 구분소유자공동체에게 법인격까지 부여하고 있다는 점에서 독일·우리나라와 차이가 있다.

한편 우리 집합건물법은 구분소유관계가 성립하면 관리를 목적으로 하여 구분소유자를 구성원으로 하는 관리단이 당연 성립하는 것으로 보고 있고 여기에는 집행기관으로 관리인과 의결기관으로 집회를 두고 있다. 다만 독일은 일종의 감

14) 김준호, 「건물구분소유법」, 대왕사, 1984, 61-62면.

독기관으로 관리고문회를 두고 있다는 점에서 우리나라와 약간의 차이가 있다.

(다) 대지사용의 측면

독일이나 프랑스는 건물을 토지의 구성부분으로 보기 때문에 구분소유권과 대지에 대한 권리를 하나의 특수한 권리로 통합하여 일체로 거래할 수 있다.

위와 같은 점은 건물과 토지를 별개의 부동산으로 취급하는 우리나라 및 일본의 법제와는 큰 차이가 있는 것이지만, 우리나라와 일본도 집합건물의 거래실태를 감안하여 구분건물의 처분에 대지에 대한 사용권이 당연히 수반되도록 제도적 장치를 마련하였다는 점에서 결과적으로 차이가 없다.¹⁵⁾

(2) 구분소유권의 개념

각국에서 인정하고 있는 구분소유권의 개념은 그 표현의 차이에 불구하고 공용부분에 관한 단독소유권이 결합된 특별한 소유권으로 요약될 수 있다.

독일의 주거소유권은 그 주거가 속하는 건물의 공용부분에 관한 지분과 결합된 주거에 관한 특별소유권으로 구성되어 있고 프랑스의 구분소유권은 공용부분에 관한 공용지분과 전유부분에 관한 배타적 지배권이 결합된 특별한 소유권으로 이해되고 있다.¹⁶⁾ 한편, 일본은 건물의 전유부분에 대해서는 구분소유권을, 공유부분에 대해서는 공유지분권이라는 이원적 체제를 구성하고 있지만 공용부분은 전유부분과 분리하여 거래될 수 될 수 없고, 전유부분의 처분에 종속되도록 함으로써 실제적으로 독일·프랑스의 경우와 그 맥락을 같이 하고 있다.¹⁷⁾

(3) 우리법에의 도입 필요성

위에서 비교해 본 바와 같이 서구의 법이나 일본의 법을 비교해 보아도 집합

15) 김준호, 상계서, 56면.

16) 최종길, 전계논문, 350-355면.

17) 김준호, 전계서, 55면.

건물의 성질상 토지와 건물이 전체적으로 하나의 거래형태로 이전되는 것은 그 법이론이나 방법에 관계없이 결과적으로 거의 비슷하다고 보여진다.

고로 본 논문에서 다루어지고 있는 대지권의 문제발생 해결을 위해서는 외국의 입법례를 도입할 여지가 많지 않아 보이나 우리 법제와 거의 유사한 일본에서 시행되고 있는 건물에 관한 등기관의 실질심사권의 제도 도입을 검토해 보기로 한다.

1960년의 부동산등기법의 개정에 의해, 토지대장·가옥대장과의 일원화가 피해져 표시의 등기는 권리의 등기와는 다른 등기로 여겨져 그 사무를 해 오고 있다. 일본에서는 구분건물에 한정하지 않고 표시의 등기에 대해서도 실질조사권이 부여되어 건물의 등기에 대해 실질조사를 하고 있다.

이 표시의 등기에 대해서는 부동산등기사무취급절차준칙에 의해 건물 인정의 기준이나 건물의 종류의 규정 방식등이 규정되어 있지만, 실질 조사의 통일적인 기준은 마련되어 있지 않다. 그러나 각 법무국에 있어 「부동산표시등기사무취급요령」 등을 책정해, 실질 조사에 있어서의 조사 사항등의 기준을 마련하고 있다.

그리하여 집합건물의 대지에 대한 권리의 유무도 철저히 실질심사를 할수 가 있으며 최초의 소유권보존등기시부터 대지에 대한 권리가 없거나 흠결이 있을경우에는 등기를 보존등기를 할수 가 없어 우리와 같은 대지와 건물의 일체성을 요구하는 법제하에서도 대지사용권과 구분소유권한이 분리되어 처분되는 일이 거의 없다고 한다.

또한 이전에는 건물에만 실질조사를 하는 편이었으나 지금은 토지쪽으로 조사방향이 전환되고 있으며 이에 따른 법을 개정하고자 검토중에 있다고 한다.¹⁸⁾

이렇듯 건물의 표시등기에도 실질심사권을 주어주고 또 적극적인 활용을 하는 일본의 제도는 집합건물에만 그리고 아주 협소한 곳에 한정하여 실질심사권을 주고 있어 실제로 거의 쓰이지 못하고 있는 우리 법제와의 차이를 보이며 이러한 일본의 건물표시등기의 실질심사권 도입의 필요성이 있다고 본다.

2. 우리나라 집합건물법의 제정과 경과과정

18)법원공무원교육원, 「한일등기관등 상호연수자료집」, 2007, 242면.

가. 집합건물법의 도입배경

우리 나라에 아파트가 최초로 건축된 것은 일제강점기인 1932년 서울 서대문구 충정로에 일본에 의해 건립된 5층 규모의 유림아파트로 당시 일본인이 거주했으나 광복 이후에는 호텔로 사용되기도 했다고 한다. 이후 1957년 11월, 아파트라는 단어 자체가 생소했던 당시 국내 기업인 중앙산업에 의해 서울 성북 종암동 고려대 근처에 17평형 4층 아파트 3개동 152세대의 서울시영종암아파트가 처음이라고 한다. 그리고 1958년에 서울 중구 주교동의 중앙아파트, 59년 서울 충정로의 개명아파트등 주로 층이 낮고 규모가 작은 아파트들이 차차 나타나기 시작했다.¹⁹⁾ 1960년대 들어서면서 비로서 본격적인 아파트가 건설되기 시작하였는 바 1962년에 주택공사가 건설한 서울 마포구 도화동의 마포아파트는 우리나라 최초의 단지형 아파트였다. 그리하여 1970년대에는 급속한 인구 증가와 핵가족화 및 인구 도도시집중화, 경차 전에 따른 택지나 공장용지 및 업무용 건물의 수요가 폭발적으로 증가하여 토지이용의 고도화, 입체화가 요구되었고 이에 따라 대규모 아파트나 상가, 사무용 빌딩등 집합건물이라는 새로운 형태의 건물이 폭발적으로 증가하였다. 이에 따라 종래와는 달리 일동의 건물을 수십 내지 수백의 구분소유자가 공동이용이라는 새로운 형태로 발전하게 되었고 민사법률관계 또한 필연적으로 이러한 집합건물들을 둘러싼 새로운 형태의 법률관계를 합리적으로 규율하기 어렵게 되었는데 이에 대한 대책 마련이 시급히 요청되기에 이르렀다.²⁰⁾

나. 집합건물법의 제정과정

집합건물에 관한 법제정 문제는 1974년 대법원이 시안을 마련하여 국회에 건의하였던 것을 토대로 1981년 5월 법무부가 법령정비과작업의 일환으로 이에 관한 연구를 시작하였고, 같은 해 7월 국무총리 산하 행정개혁위원회에서 성장발전 전해법령정비의 차원에서 민법과 상법의 개정방침을 결정하고, 그에 따라 1981년

19) 한국아파트신문 (<http://www.hapt.co.kr>)

20) 최종길, 전계논문, 8면.

8월 31일 한국민사법학회 주최로 「민사법개정 심포지움」이 개최되면서 본격적으로 논의되기 시작하였다.

이와 때를 같이 하여 법무부에서는 민법개정특별심의위원회를 구성하고 6인 기초소위원회로 하여금 기초작업을 시작케 하였으며, 소위원회에서는 약 1개년의 작업을 거쳐 원안을 완성하였고, 그것은 1982년 12월27일 국무회의를 통과하여 정부안으로 확정되었고 1983년 1월6일 국회에 제출되었으나 해를 넘기다가 국회 법제사법위원회에서 1984년 1월 30일에 공청회를 개최하여 법원을 비롯한 각계의 의견을 수렴하면서 법사위는 “정부원안으로는 집합건물의 복잡한 공동생활관계를 효과적으로 규율할 수 없다”고 판단하여 같은해 3월16일 정부안을 폐기하고 대안을 제출하였으며 이 국회법사위제출안은 다음날인 3월17일 제121회 임시국회에서 의결되었고, 그 후 1984년 4월 10일에 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」²¹⁾(이하 집합건물법이라 함)이라는 이름 아래 제정· 공포 되었으며 그 1년 후부터 시행을 보게 되었다.²²⁾

국회 법사위에서 작성된 대안, 즉 공포된 집합건물법은 정부원안에 대하여 대법원의 의견을 도입한 것으로 알려지고 있다.²³⁾ 최종 확정된 국회법사위 안은 체제에 있어서는 대체로 정부안을 따르기는 하였지만, 양자 사이에는 몇가지 중요한 차이가 있다. 즉 첫째, 정부안에서는 공용부분에 대한 관리소유제도와 함께 대지에 대하여도 대지권등기제도 대신 관리소유제도를 채택하였으나 본 법에서는 일본의 례에 따라 대지권등기제도를 취하면서 공용부분의 관리소유제도를 채택하지 않았다는 점, 둘째 정부안에서는 구분소유자가 대지사용권을 상실한 경우 그 선택에 따라 대지소유자에 대하여 그 대지에 관한 권리를 매도하거나 그 구분소유권을 매수할 것을 청구할 수 있도록 하였으나, 본 법에서는 오히려 대지소유자에게만 구분소유권매도청구권을 부여하였다, 셋째 정부안에서는 공용부분의 할당면적을 구분건물의 표제부에 명시토록 하였으나 본법에서는 그 표시를 하지 않도록 하고 있는 점 등이다.²⁴⁾

21) 1986. 05. 12, 1998. 12. 28, 2003. 07. 18, 2005. 05. 26. 소폭적인 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.

22) 집합건물의소유및관리에관한법률안(代案) 제안이유(1984. 3. 16.)

23) 김용한, “집합건물법의 제정과 내용”, 「고시계」, 1984, 145면.

24) 김용한, 상계논문, 146면.

다. 2003년 개정내용

(1) 개정취지

상가 등의 집합건물 내의 구분된 점포 등은 독립하여 거래되고 있는 것이 사회적 현실이다. 그럼에도 불구하고 현행법상 구분소유권의 목적이 되지 아니하고 전체 건물에 대한 지분등기만이 허용되고 있어 집합건물 내의 점포소유자의 소유권행사 등에 제약요인이 되고 있었다. 이러한 점을 고려하여, 상가 등의 집합건물안의 구분된 점포가 일정한 요건을 갖춘 경우 구분소유권의 대상이 되게 하였다. 그리고 이를 통하여 부동산등기법에 의한 단독소유 형태의 소유권등기가 가능하도록 하려는 것이다.²⁵⁾²⁶⁾

(2) 주요골자

2003년 개정법에서는 이용상 구분된 점포가 용도·면적 등에 관한 일정한 요건을 갖춘 경우 그 구분점포를 구분소유권의 대상이 되도록 하였고(동법 제1조의 2 신설), 구분점포를 건축물대장에 등록하는 경우에는 구분점포의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계를 포함하여 등록하도록 하고, 전유부분 용지의 구조란에는 경계벽이 없다는 뜻을 기재하도록 하였다(동법 제54조 제1항 및 제6항 신설). 또 이와 관련하여, 구분점포에 대하여 신규로 건축물대장 등록신청을 하는 경우에는 건축사 또는 측량기술자가 작성한 평면도를 첨부하도록 하였고(동법 제56조 제2항), 구분점포에 대하여는 구분점포로 인정될 당시의 용도를 다른 용도로 변경할 수 없도록 하였다(동법 제57조 제4항 신설). 구분점포에 관하여 건축물대장의 신규 또는 변경 등록신청이 있는 경우 소관청이 건축물의 현황 등을 조사하도록 하였다(동법 제59조 제2항 신설). 그리고 구분점포의 경계표지 또는 건물번호표지에 대하여 손괴 등의 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고, 건축사 또는 측량기술자가 평면도를 사실과 다르게 기재

25) 법제처 홈페이지 참조(<http://www.moleg.go.kr>)

26) 집합건물의소유및관리에관한법률중개정법률안(代案)제안이유(2001. 11. 21.)

한 때에는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다.(동법 제65조 제1항 및 제2항 신설)

제3절 집합건물의 구분소유권

1. 구분건물의 의의

물권의 객체는 독립한 물건인 것이 원칙이다. 특히登記되어야 할 물건은 부동산이고, 우리 법제 하에서 토지와 건물은 별개의 부동산에 속한다. 건물에 있어서는 1개의 건물인지 여부가 물리적 구조나 이용상황을 기준으로 한 평가에 의하여 정할 것이나, 일용 1동의 건물이 1개의 건물로 취급되어 그 위에 소유권이 성립한다.²⁷⁾ 이러한 원칙에서 보면, 1동의 건물의 일부가 단독으로 소유권의 객체가 되는 것은 예외적인 현상이다. 따라서 건물의 구분소유를 인정할 것인가 하는 문제는 그렇게 할 사회적 필요성과 공시방법 등을 고려하여 결정할 입법정책상의 문제라고 한다.²⁸⁾

외형상 1동의 건물은 일물일권주의 원칙상 그 전체로서 하나의 소유권이 성립함이 원칙이나, 예외적으로 구조상 구분된 수개의 부분이 독립된 건물로서 사용될 수 있을 때 그 구분된 각 부분도 독립한 소유권의 객체로 삼을 수 있게 된다.²⁹⁾ 이 경우 1동의 건물 중 독립된 구분소유권의 대상이 되는 구분된 건물부분을 구분건물이라 하고, 그와 같은 1동의 건물 자체를 집합건물이라고 부른다.

27) 법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985, 13면.

28) 집합건물법이 제정되기 전의 민법 제215조 아래에서 대법원도 건물의 구분등기에 관하여 “현행 부동산 등기제도가 1개의 토지 또는 건물에 대하여 하나의 등기용지만을 비치하도록 하는 원칙을 채택한 의도는 당해 등기가 어느 부동산에 관한 법률관계를 공시하는 것인가를 정확하고 명료하게 하려는 데 있다 할 것이므로, 1동의 현존건물이 2동의 건물로 나뉘어 등기가 되어 있다 하더라도 현존건물의 구조상 등기내용과 같은 구분소유가 가능하고, 또한 2동의 건물로 되어 있는 각 등기가 위와 같이 구분소유가 가능한 현존건물중 어느 부분에 관한 것인가를 특정할 수 있는 사정만 있다면, 그 등기의 효력을 인정한다 하더라도 등기의 공시기능에는 아무런 지장이 없을 것이니, 그 각 등기는 현존 건물 중 그와 같이 특정되는 부분에 관한 법률관계를 공시하는 등기로서 유효하다고 보아도 무방하다”고 판시(대법원 1983. 6.4. 선고 81다317판결).

29) 집합건물법 제1조(건물의 구분소유) 1동의 건물중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법이 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.

1동의 건물이 집합건물이 되기 위해서는, ①구조상 및 이용상의 독립성이 있어야 하고, ②구분행위가 있어야 한다. 그리고 그 밖에 등기가 필요한지에 대하여는 다투어지고 있다.

집합건물법 제1조, 제2조 제1호는, 1동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분을 구분소유권의 목적으로 할 수 있다고 규정하고 있고, 나아가 집합건물법 제2조 제3,4호는 이러한 구분소유권의 목적이 되는 건물부분을 전유부분으로, 그밖의 부분을 공용부분으로 각각 정의하고 있는데, 이에 따르면 구분소유권의 목적인 전유부분이 되기 위하여는 구조상과 이용상의 독립성이 필요하다고 볼 수 있다.

따라서 “1동의 건물의 일부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 없어 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립될 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 이를 낙찰받았다고 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 낙찰자는 그 소유권을 취득할 수 없게 된다.³⁰⁾

나아가 집합건물법 제1조는 구분된 건물부분을 “각각 소유권의 목적으로 할 수 있다”라고 규정하고 있을 뿐이지, “각각 소유권이 성립한다.”라고 규정하고 있지 않기 때문에, 건물부분이 구조상 및 이용상 독립성을 갖추었다고 하여 구분소유가 당연히 성립하는 것은 아니고, 이와 별도로 1동의 건물에 대하여 그 건물을 구분할 권원을 가지고 있는 자가 구분하여야 한다. 그리고 학설은 이러한 건물을 구분할 권원을 가진 자의 구분의사를 구분소유 성립의 주관적 요건으로 보아, 그 구분의사를 표시하는 행위를 구분행위라고 부르고 있다. ³¹⁾ 대법원도 구분소유의 성립요건으로 소유자의 구분행위를 요구하고 있으며. “1동의 건물 중 구분된 각 부분이 구조상·이용상 독립성을 가지고 있는 경우에 그 각 부분을 1개의 구분건물로 하는 것도 가능하고, 그 1동 전체를 1개의 건물로 하는 것도 가능하기 때

30) 대법원 2008. 9.11. 선고 2008마 696 판결.

31) 이홍권, “건물구분소유권의 성립과 소멸에 관한 몇 가지 문제”, 「민사재판의 체문제」 제7권, 1993, 503면.

문에, 이를 구분건물로 할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 소유자의 의사에 의하여 결정된다고 할 것이므로, 구분건물이 되기 위하여는 객관적·물리적인 측면에서 구분건물이 구조상·이용상의 독립성을 갖추어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시, 즉 구분행위가 있어야 한다”고 판시하였다.³²⁾

2. 구분소유의 구성요건

가. 구조상 독립성

구조상의 독립성이란 연립주택 및 아파트의 각 호실, 사무실용 빌딩의 각 호실 등과 같이 종적 또는 횡적으로 구분되고, 건물의 구획된 한 부분이 다른 부분으로부터 벽, 문, 천정과 마루바닥 등에 의하여 물리적으로 차단되어 그 자체로서 독립된 건물부분으로서의 외형을 갖추고 있는 것을 의미한다.³³⁾ 이러한 구조상의 독립성은 소유권의 목적이 되는 범위를 확정하는 기준이기 때문에 건물의 구성부분에 의해 차단되어 있지 않으면 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없지만, 건물의 구성부분인 격벽, 건물의 층계 등에 의하여 않으면 물적 지배에 적합할 정도로 타부분과 차단되어 있어 그 범위가 명확하면 되기 때문에 경계벽에 의하여 주위가 전부 완전히 차단되어 있을 것을 요하는 것은 아니다. 따라서 외부와의 관계에서 반드시 격벽이 없더라도, 다른 방법에 의해 그 범위를 명확히 식별할 수 있다면 족하고, 특히 부지에 접한 부분이 기둥, 천정, 바닥 등의 구조에 의해서 객관적으로 특정하는 것이 가능하다면 구조상의 독립성을 부정할 이유가 없으며, 구체적으로 어느 정도의 설비가 필요한가에 관하여는 당해 건물의 이용상황 내지 이용형태를 고려하지 않을 수 없기 때문에 개별적, 구체적인 판단에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다.³⁴⁾

나. 이용상의 독립성

32) 대법원 2004. 7.22. 선고 2004다 19357 판결.

33) 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰”, 「사법논집」 제27집, 법원행정처, 1996, 12면

34) 양경승, “대지권의 법적 성질과 관련문제”, 「사법논집」 제24집, 법원행정처, 1993, 212면.

이용상의 독립성에 대해서는 1동의 전체건물 및 구분된 건물부분에 대하여 요구되는 본래의 용도와 구체적인 이용상황을 고려하여야 한다. 복도, 계단, 엘리베이터실 등은 그것이 비록 구조상 다른 부분과 구분되어 있다 하더라도 이는 객관적으로 보아 독립한 건물로서는 이용할 수 없는 것이므로 구분소유의 목적이 될 수 없다.³⁵⁾ 사람이나 물건의 출입을 당연히 예정하고 있는 건물 본래의 성질상 다른 구분소유권의 목적인 건물부분을 통함이 없이 외부의 공도에 출입할 수 있는 독립한 출입구가 있어야 하고, 그러한 요건을 갖추지 못한 경우에는 독립성이 인정되지 않는다는 것이 다수의 학설이며 일본의 판례이다.³⁶⁾

다. 구분행위

건물부분이 구조상 및 이용상 독립성을 갖추었다고 하여 구분소유권이 당연히 성립하는 것은 아니며, 소유자가 이를 구분하여 소유하려는 의사를 외부에 명백히 한 때에 법률상의 집합건물이 되고 개개의 구분건물 수만큼의 구분소유권의 객체로 되며, 이러한 소유자의 의사표시가 곧 구분행위이다.

이러한 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 그 건물을 별개의 소유권의 객체로 하는 행위이고, 그 결과 종래 건물의 소유권은 그 객관적 범위의 감소로 인하여 잔여부분을 목적으로 하는 소유권으로 그 범위가 축소되는 것으로서 이는 일종의 법률형성적 처분으로 법률행위(물권행위)라 할 것이고, 경계벽렌 하치하는 것과 같은 사실행위에 불과한 사실적 구분 또는 분할과는 다른 개념이다.³⁷⁾

구분소유권이 성립하기 위하여서는 구분행위 외에 나아가 부동산등기법 제104조의 2 소정의 구분등기를 요하느냐 하는 문제가 있다.

이미 본 바와 같이 구분행위를 일종의 물권행위로 본다면 그 효과인 구분소유권의 성립을 법률행위로 인한 물권변동이라 할 수도 있을 것이나, 민법 제186조가 규정하고 있는 물권의 득실변경이라 함은 본래 물권의 상대적 변동, 즉 물권

35) 김기정, 전계논문, 13-14면.

36) 鹽崎勤, 전계서, 17면 ; 玉田弘毅, 「建物區分所有權法」, 第一法規, 1979, 65면.

37) 김기정, 전계논문, 15면.

이 그 권리주체를 달리하여 타인에게 이전적 또는 설정적으로 승계되는 것을 의미하는 것인데, 구분행위에 따른 물권변동이라 함은 소유주체의 변동과는 관계없는 권리의 내용 또는 범위의 변경을 의미하는 것이고, 구분소유권의 성립이라 함은 본래 하나의 소유권의 객체인 1동의 건물을 수개의 소유권의 객체로 나누는 것을 의미하는 것 뿐이라고 보아야 하며, 그 분할된 수개의 구분소유권이 수인의 소유로 귀속된다 하더라도 그것은 구분행위에 이어서 이루어진 수인 사이의 물권계약의 결과에 불과하므로, 이 경우 반드시 민법 제186조가 적용되어야 할 필연적인 이유는 없다.³⁸⁾ 또한, 건물을 구분하는 경우에 새로 경료하는 등기도 실질적으로 표제부에 하는 사실의 등기뿐이지, 갑구나 을구의 사항란에는 종전의 권리에 관한 등기를 이기하는 것뿐이므로, 이러한 등기를 물권변동의 요건으로서의 등기라 하기는 어렵다. 따라서 구분소유권은 소유자의 구분행위에 의하여 성립하고, 각각의 구분소유권을 거래의 객체로 삼는 것도 가능하다고 보아야 할 것이다. 이에 따르면 미등기 집합건물에 대하여도 구분소유권의 성립이 가능하다. 다만 구분한 각개의 부분을 다른 사람에게 처분하는 때에는 민법 제187조에 따라 먼저 구분등기를 하여야 할 것이다.

라. 상가건물의 구분소유

2004. 1. 19. 시행된 집합건물법중 개정법률은 상가건물의 구분소유라 하여 상업용 상가건물의 구분소유 요건에 대해 규정하고 있다. 이 규정에 의하면, 1동의 건물 중 구분점포의 용도가 건축법 제2조 제6호의 판매 및 영업시설이며, 1동의 건물 중 구분점포를 포함한 판매 및 영업시설 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천평방미터 이상이며, 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고, 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 부착한 방식으로 수개의 건물부분이 이용상 구분된 경우에 이를 ‘구분점포’라 하여 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다고 하여 상가건물의 구분소유에 대한 법적 근거를 마련하였다(집합건물법 제1조의 2)³⁹⁾

38) 손진홍, “집합건물에 대한 집행”, 『민사집행소송·재판실무연구(2)』, 한국사법행정학회, 2008, 258면.

39) 안갑준, “집합건물 구분소유권의 등기에 관한 연구”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원, 2005, 14면.

3. 전유부분과 공용부분

가. 전유부분

전유부분이라 함은 구분소유권의 목적인 건물부분을 말한다(집합건물법 제2조 제3호). 즉, 전유부분이란 1동의 건물중 타부분으로부터 독립하여 구분소유권의 목적이 되고 구분소유자의 배타적 사용·수익·처분 권능이 미치는 부분을 말한다. 구조상 이용상의 독립성을 갖고 어느 구분소유자의 전속적 지배관계가 미치는 영역이 곧 전유부분이라 할 수 있다.⁴⁰⁾

건물의 어느부분이 전유부분의 대상으로 되느냐는 그와 유기적 관계에 있는 공용부분의 범위 확정과 표리에 관계에 있다고 할 수 있으며, 이와 관련하여서는 구분건물의 요건인 구조상의 독립성과 이용상의 독립성이 필수적이라 하겠다.

나. 공용부분

공용부분이라 함은 옥상, 기계실, 전기실, 옥탑 등 전유부분 이외의 건물부분, 전기·가스의 주된 배관, 엘리베이터등과 같이 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물 및 옥외의 창고, 차고, 쓰레기 소각장 등 집합건물법 제3조 제2항 및 제3항의 규정⁴¹⁾에 의하여 공용부분으로 된 부속건물을 말한다. 즉, 구분소유자가 1인의 전유적, 배타적 지배가 아닌 구분소유자 전원 또는 그 일부의 공동적 지배가 성립하는 부분이다.

이러한 공용부분에는 복도, 계단, 로비, 외벽 등과 같이 본래부터 그 성질상 당연히 공용부분으로 되는 성질상·구조상 공용부분과 공동의 응집실, 관리실, 집회소 등과 같이 그 성질이나 구조상으로는 독립한 전유부분이 될 수 있으나 구분소유자들의 규약 또는 공정증서로써 공용부분으로 정할 수 있는 규약상의 공

40) 그러나 구조상·이용상의 독립성을 갖추어 구분소유권의 목적이 될 수 있는 건물부분이라 하여도 규약에 의하여 이를 공용부분으로 할 수 있으므로, 예컨대 관리사무실 등, 이러한 부분이 모두 전유부분이 되는 것은 아니다.

41) 제3조 (공용부분)①수개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단 기타 구조상 구분소유자의 전원 또는 그 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 구분소유권의 목적으로 할 수 없다. ② 제1조 또는 제1조의2에 규정한 건물부분과 부속의 건물은 규약으로써 공용부분으로 정할 수 있다. ③ 제1조 또는 제1조의 2에 규정된 건물부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자는 공정증서로써 제2항의 규약에 상당하는 것을 정할 수 있다. ④제2항과 제3항의 경우에는 공용부분이라는 취지를 등기하여야 한다.

용부분이 있다.⁴²⁾

공용부분은 원칙적으로 구분소유권자 전원의 공유에 속하지만, 일부의 구분소유자만의 공유에 제공되는 것임이 명백한 공용부분은 그들 구분소유자의 공유에 속한다.(동법 제10조 1항)⁴³⁾ 그러나 공용부분이 전원의 공유에 속하는지 일부의 구분소유에 속하는지 명백하지 않은 경우에는 구분소유자간의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적 용도에 의하여 정해야 한다.⁴⁴⁾

제4절 집합건물의 대지 및 대지사용권

1. 집합건물의 대지

일반적으로 대지라는 말은 건물이 소재하고 있는 토지(부지), 즉 건물의 부지와 그 건물의 통상적인 이용, 관리에 필요한 주위 토지를 포함하는 뜻으로 사용되고 있다. 따라서 건물이 소재하고 있지 아니한 토지로서 지적법상 지목으로서의 대지와는 구별되는 개념이다. 등기부상 지목이 농지로 되어 있다 하더라도 대지권의 목적이 되는 건물의 대지로 될 수 있다. 다만, 그러한 경우 사전에 대지로 지목변경을 하는 것이 바람직 하다.⁴⁵⁾

집합건물법은 이와 같은 대지의 개념을 분명히 하기 위하여, 동법 제2조 제5호에서 「“건물의 대지”라 함은 전유부분이 속하는 1동의 건물이 소재하는 토지 및 제4조의 규정에 의하여 건물의 대지로 된 토지를 말한다.」고 정의하고 있다. 집합건물법이 건물의 대지라는 용어의 정의규정을 두게 된 취지는⁴⁶⁾ 구분소유 건물이 존재하는 토지의 범위를 명백히 함으로써 권리관계를 둘러싼 법적 분쟁을 예방하기 위한 것과 법에서 규정하고 있는 전유부분과 대지사용권의 처분의 일

42) 양경승, 전계논문, 217-218면.

43) 제10조(공용부분의 귀속등) ①공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속한다. 다만, 일부의 구분소유자만의 공유에 제공되는 것임이 명백한 공용부분(이하“일부공용부분”이라 한다)은 그들 구분소유자의 공유에 속한다.

44) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2007다 90241 판결.

45) 안갑준, 전계논문, 72면.

46) 김용환, “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”, 「판례월보」 제167호, 판례월보사, 1984, 11면.

체성의 전제로서 그 범위를 확정해 둘 필요성이 있기 때문이다. 건물의 대지는 법정대지(당연대지)와 규약상 대지로 나누어진다.

가. 법정대지

법정대지는 전유부분이 속하는 1동의 건물이 소재하는 토지 즉 건물이 실제로 서 있는 토지를 말한다. 법정대지는 일명 당연대지라고도 한다. 토지는 원래 1필(47)을 단위로 하여 파악되는 것이므로 건물이 1필의 토지의 일부에만 서 있는 경우라도 그 1필지의 토지 전부가 건물이 소재하는 토지로서 법정대지이다. 또한 건물이 수필의 토지에 걸쳐서 서 있는 경우에는 수필의 토지 전부가 법정대지가 된다. 결국 어떠한 범위의 토지를 건물의 대지로 할 것인가는 구분소유자의 의사에 달렸다고 할 수 있다.

나. 규약상 대지

규약상 대지는 건물이 소재하는 토지 이외의 토지로서, 도로, 주차장, 정원, 부속건물의 대지 등과 같이 1동의 건물 및 건물이 소재하는 토지와 일체로 관리 또는 사용하기 위하여 규약으로 건물의 대지로 삼은 토지이다. 구분소유 건물의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자는 공정증서에 의하여 단독으로 규약상 대지를 설정할 수 있다(집합건물법 제4조 제2항, 제3조 제3항).

규약상 대지는 반드시 건물이 소재하는 토지(법정대지)와 인접해 있을 필요는 없으며, 등기소의 관할을 달리하는 토지라도 무방하다. 그러한 범위에 관하여 아무런 제한이 없다 하더라도, 그 토지가 건물 및 법정대지와 일체로 관리 또는 사용되는 것이 불가능하다고 인정할 만큼 멀리 떨어져 있는 등 특별한 사정이 있으면 이를 규약상 대지로 삼을 수 없을 것이다.⁴⁸⁾

47) 필:필지(筆地)라고도 한다. 토지등기부상에서 1개의 토지로 치는 것을 말한다. 토지는 1필마다 등기부에 기재되어 지번이 붙여진다. 1필의 토지를 복수로 나누면 각각 1필의 토지가 되며 또 거꾸로 몇 필의 토지를 1개로 하면 1필의 토지가 된다. 보통은 1필의 토지에는 1개의 소유권이 성립되며, 그것이 1개로 거래되는데, 1필의 토지의 일부를 독립된 소유의 대상으로 하는 것도 인정되고 있다.

48) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 155면.

다른 건물의 법정대지 또는 규약상 대지로 된 토지라 하더라도 이를 다른 구분건물의 규약상 대지로 삼을 수 있다. 다른 건물의 법정대지를 규약상 대지로 삼을 수 있는 것은 단지의 경우를 예로 들 수 있다. 다른 건물의 대지(법정대지, 규약상 대지 모두 포함)를 규약상 대지로 하는 경우에는 각각 별개의 건물의 대지사용권이 되는 것이므로, 대지권인 취지의 등기도 각 건물마다 하여야 하고, 이 경우 두 건물의 대지권(각각 구별하여 등기)의 비율의 합은 1을 초과하여서는 안된다.

건물이 소재하는 토지, 즉 법정대지가 건물의 일부 멸실로 인하여 건물이 소재하는 토지가 아닌 토지로 된 때에는, 그 부분의 토지는 규약상 대지로 보게 된다. 법정대지의 일부가 분할로 인하여 건물이 소재하는 토지가 아닌 토지로 된 경우에도 마찬가지로 규약상 대지로 보게 된다(집합건물법 제4조 제3항). 이러한 규약상 대지는 법에 의하여 규약상 대지로 간주된다고 하여 “간주규약대지”라고도 한다. 그러므로 규약상 대지로 간주되는 각 토지를 전유부분과의 처분의 일체성에서 분리할 수 있도록 하려면, 먼저 간주규약을 폐지하여야 한다(집합건물법 제29조 제1항).

규약상 대지를 정하거나 폐지하는 규약은 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 4분의 3이상의 찬성을 얻어야 그 설정 또는 폐지가 가능하다.

1동의 건물이 소재하는 토지(법정대지)를 수필지로 분할하여, 그 중 1동의 건물이 소재하지 않게 된 토지(간주규약대지)를 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 따라 협의취득하기 위하여는, 우선 간주규약을 폐지하는 규약 내지 분리처분가능규약을 제정하고 그 규약을 첨부하여 대지권변경등기를 신청하여야 한다. 그러면 그 등기의 실행절차로 간주규약대지에 대한 대지권등기를 말소하게 되고, 이어서 사업시행자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다. 위 협의취득의 경우에는 대지권변경등기에 대하여 사업시행자의 대위신청도 가능하다.⁴⁹⁾

2. 집합건물의 대지사용권

가. 대지사용권의 의의

49) 법원행정처, 「등기선례요지집VII」, 2004, 512항(2004. 4. 1. 부등 3402-167 회답).

건물은 대지를 떠나서는 존재할 수 없으므로 건물 소유자는 어떤 형태로든 대지에 대한 사용수익권을 가지고 있지 아니하면 건물 소유권을 안정적으로 확보할 수 없게 된다.

그런데 이와 관련하여서는, “지상물은 토지에 속한다”(Superficies solo cedit)⁵⁰⁾라는 원칙에 따라 토지 소유자와 건물 소유자를 일치시켜 건물을 토지와 별개의 부동산으로 취급하지 아니하는 법제 아래서는 별다른 문제가 없으나, 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 우리나라의 법제 아래서는 이 문제가 매우 중요한 의미를 가질 수 밖에 없게 된다.

토지는 영속성이 있는데 반해 건물은 그렇지 못함으로 토지소유자는 건물 소유자에 대하여 우월한 지위에 있게 되어, 이러한 양자의 지위를 조정하여 건물 소유자를 보호하고 토지로부터 건물의 철거라는 사회·경제적으로 바람직스럽지 못한 사태를 방지하기 위하여 법률 규정과 판례에 의하여 여러 가지 장치가 강구되고 있다.⁵¹⁾

그러나 이러한 여러 가지 제도적 장치만으로 집합건물의 구분소유자를 보호하기 위하여는 여러 가지로 미흡하므로 집합건물법은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 대지사용권이라 하였고 이 대지사용권의 대상이 되는 토지는 건물이 소재하는 토지와 규약으로서 건물의 대지로 삼은 토지를 포함시켰다.

대지사용권은 대지사용권으로서 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 권리를 의미하는 대지권과는 구별된다.

대지권은 본질적으로는 대지사용권이나 전유부분과는 분리처분할 수 없는 권리를 등기부상 공시하기 위한 절차법인 부동산등기법의 개념이다. 따라서 대지사용권은 반드시 대지권인 것은 아니지만, 대지권은 언제나 대지사용권에 포함된다.

50) 서구법의 기원인 로마법의 조문. 이와 비슷한 개념으로 “토지 위에 세워진 건축물은 토지와 일체로 된다.”(Omne quod inaedificatur) 또는 “토지소유자의 권리는 하늘에서 땅속까지 미친다”(Cujus esy solum, ejus est usque ad caelum et ad infernos) 더 나아가 “토지에 정착된 것은 그 토지의 일부로 된다”(Quicquid plantatur solo, solo cedit) 등과 같은 법 격언에 의하여 토지는 부동산으로 하였지만, 그 밖의 건물이나 수목 등과 같은 정착된 지상물은 토지와 일체를 이룸으로써 그 독립성이 인정되지 않았다. 전병관, “부동산의 일원화에 관한 연구”, 박사학위논문, 창원대학교 대학원, 2003, 13-14면.

51) 민법 제305조 1항 및 제355조의 법정지상권과 판례로 인정되는 관습상의 법정지상권 및 집합건물법이 규정하고 있는 토지소유자의 구분소유권매도청구권, 대지사용권의 공유지분에 대한 민법 제267조의 적용 배제, 공유 대지에 대한 분할청구의 금지등이 그것이다.

나. 대지사용권의 내용 및 형태

대지사용권은 통상 소유권이나 그 밖에 지상권, 전세권, 임차권, 사용차권 기타 무명의 권리등도 대지사용권이 될 수 있다. 대지사용권에 전세권이 포함되는지에 대하여는 논란이 있다. 전세권은 그 최장 존속기간이 짧아 대지사용권으로 적절하지 않으며, 부동산등기법 제165조의 2제3항의 규정에서 소유권이 대지권인 경우에 관한 규정인 동법 제135조의2를 준용할 때 지상권과 임차권의 경우에만 준용하고 전세권에 관하여는 이를 규정하고 있지 않는 점을 이유로, 대지사용권이 될 수 없다고 보는 일부 견해가 있었다.⁵²⁾ 그러나 현재의 통설⁵³⁾과 등기실무는 채권인 임차권도 대지권이 되는 것을 볼 때 물권의 일종인 전세권은 당연히 대지사용권으로 할 수 있으며, 부동산등기법 제165조의 2 제3항에서 전세권을 누락시킨 것은 입법상 과오라고 주장한다. 필자도 채권인 임차권이 대지사용권이 될 수 있다면 그보다 더 강한 권리인 전세권은 비록 존속기간이 짧게 규정되어 있다 하더라도 연장이 가능하므로 당연히 대지사용권이 될 수 있다고 본다.

이러한 권리는 구분소유자가 복수인 때에는 건물의 대지 전체를 구분소유자 전원이 공유 또는 준공유하는 형태가 될 것이나, 구분소유자가 건물의 대지를 분필하여 소유권 기타의 권리를 단독소유하는 경우도 있을 수 있다.⁵⁴⁾

대지사용권은 반드시 등기된 권리어야 할 필요는 없다.⁵⁵⁾ 지상권이나 전세권은 등기되지 않으면 성립될 여지가 없으므로 당연히 등기되어야 하겠지만, 소유권(미등기 토지의 경우)이나 임차권, 법정지상권, 점유사용권 등은 등기 없이도 대지사용권이 될 수 있다. 다만 그 권리가 미등기인 한 대지권의 등기는 할 수 없으므로, 처분의 일체성이 있는 대지사용권으로서 공시될 수가 없다고 본다.

구분소유자가 복수인 경우에는 건물의 대지 전체를 목적으로 하는 대지사용권을 구분소유자 전원이 공유 또는 준공유하는 형태가 될 것인데,⁵⁶⁾ 특히 구분소유

52) 안갑준, 전계논문, 75면 참조.

53) 곽윤직 편집대표, 「민법주해V」-김황식 집필부분, 박영사, 1992, 275면

54) 김용한, 전계논문, “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”, 18면 이하에서는 ‘건물의 대지’의 공유적 구성의 부당성을 지적하면서 총유관계로 파악하여야 한다고 주장한다.

55) 법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985, 32면 ; 양경승, 전계논문, 233면 ; 박순성, “대지부분소유자의 구분소유매도청구권”, 「민사판례연구」, 박영사, 1998, 120면 ; 박홍래, “전유부분과 대지사용권의 일체성”, 「민사법학」 22호, 한국사법행정학회, 2002.9, 402면

56) 그러나 대지 전체를 구분하여 그 각 부분에 따라서 단독으로 대지사용권을 가지는 경우도 있을 수 있다.

자가 대지에 대한 소유권자로서 대지를 이용하는 경우에 있어서(실체에 있어서 가장 많이 볼 수 있는 경우이다) 그 대지에 대한 소유권의 형태는 구분소유자 각자가 대지에 대한 지분권을 갖는 공유의 방식을 취하는 것이 가장 일반적일 것이라 생각한다.

위와 같이 대지에 대한 소유권을 구분소유자 전원의 공유로 하는 경우에 과연 민법의 공유에 관한 규정, 특히 ① 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정된다(민법 제262조 제2항), ② 공유자는 그 지분을 처분할 수 있고(민법 제263조 전단), ③ 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다.(민법 제263조 후단), 등과 공유물분할청구를 인정하는 규정들이 구분소유관계에 있어서의 대지의 공유에 관하여도 그대로 적용될 수 있는지 여부가 문제가 된다고 보겠다.

이러한 문제에 대하여 집합건물법에서는 구분소유관계의 특수성을 고려하여서 구분소유자의 대지에 대한 공유관계를 민법상의 보통의 공유관계와는 다르게 규정하고 있는데 그러한 것들을 살펴보면 앞에서 보았던 ①,②,③의 원칙들과는 다르게 대지에 대한 지분은 균등한 것이 아니라 각 전유부분의 면적의 비율에 의하고(집합건물법 제21조 제1항, 제12조), 구분소유자는 원칙적으로 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없으며(집합건물법 제20조), 대지공유자의 분할 청구를 금지하고 있다(집합건물법 제8조).

그러나 여기서 문제가 되는 것은 공유물 전부를 지분의 비율로 사용,수익할 수 있다는 민법의 공유규정인데 과연 집합건물에서도 공유인 대지를 지분의 비율로 사용·수익해야 하는가이다.

여기에 관해서는 우리 나라의 학설을 찾아 볼 수 없으나, 일본의 경우에는 대지를 공유하는 구분소유자의 대지에 대한 권리의무는 기본적으로 공용부분에의 권리의무와 같다고 보는데⁵⁷⁾, 그렇다면 구분소유자는 대지를 그 용도에 따라 지분비율과는 상관없이 사용할 수 있다는 결론에 이르게 된다.

우리 대법원도 이와 같은 관점에서 1필지의 대지 위에 별개의 건물로 신축 분양된 아파트와 상가건물 중에서 상가건물을 매수한 매수인이 그 대지에 대한 지

특히 평층연립주택과 같은 구분소유건물의 대지는 각 전유부분에 대응하는 기지부분의 소유권이나 임차권을 분유하는 형식으로 되어 있는 경우가 많을 것이며, 이른바 재개발형의 고층건물은 그것이 비록 계층적 구분소유권물이라 하더라도 대지는 분유되고 있는 경우가 있을 수 있다.

57) 丸山英氣, 前掲書, 102面.

분비율에 다른 면적을 초과하여 상가의 부지로 사용하고 있는 경우 위 상가건물 매수인은 그 초과부분에 대한 점유로 인하여 다른 공유지분권자들(이 사건 아파트의 구분소유자들)에 대한 관계에서 차임 상당의 부당이득을 얻고 있는가가 다 투어진 사안에서 “1동의 건물의 구분소유자들이 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우 각 구분소유자는 별도의 규약이 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 가진다 할 것이고.....”라고 판시⁵⁸⁾하여 같은 입장에서 보고 있다.

3. 전유부분과 대지사용권의 일체성

가. 일체성 원칙의 의의

민법의 일반원칙에 의하면 건물과 토지는 별개의 부동산이고 건물소유권과 토지소유권은 별개의 권리로서 각각 자유로이 처분을 허용하고 있는 관계로서 만일 어떠한 이유로 양자가 각기 분리 처분되어 각각 소유자를 달리하게 되어 건물 대지에 대한 권리를 상실하게 되면 건물이 철거될 운명에 처하게 되는 등 매우 복잡하고 바람직하지 못한 법률관계가 초래될 수 있다.

그런데 사실상 지상에 건물이 존재할 경우 그 토지의 소유권이나 용익물권은 건물소유를 위한 목적이외는 다른 용도로 제공될 여지는 거의 없게 되므로 양자를 각기 독립하여 거래의 대상으로 삼아야 할 필요는 그리 많지 않을 것이다. 이러한 현상은 그 지상에 대규모의 건물이 축조되어 철거가 쉽지 않은 데다 가까운 시일 내에 그 철거를 예상하기 어려운 집합건물인 경우에는 더욱 현저하다고 할 것이다. 우리 집합건물법은 건물에 대한 소유권과 대지에 대한 권리는 비록 별개의 권리가기는 하나 이를 일체화 시켜 처분에 있어서 운명을 같이 하도록 하여, 집합건물법 제20조 제1항에서 “구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다” 라고 명시하여 전유부분에 대한 대지사용권의 처분에 있어서의 종속적 원칙을 채택하고 있다. 그리고 제20조 제2항 본문에서 “구분소

58) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002다 16965 판결.

유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다.”고 커 함으로써 양자의 분리처분을 금지하고 있다. 따라서 집합건물법 제20조 제1항과 제2항은 전유부분과 대지사용권의 일체성을 축으로 하여 제1항은 처분의 결과에 있어서, 그리고 제2항은 처분의 방법에 있어서 양자가 법적으로 공동운명에 놓이 게 된다는 것을 명문화한 것이다.⁵⁹⁾

그렇다면 전유부분에 대한 대지사용권의 처분에 있어서의 종속적 일체성의 원칙을 제도화 하게 된 이유는 무엇인가를 살펴보면 다음과 같다.

첫째는 전유부분과 대지사용권의 괴리현상을 막아 그로 인한 피해를 최소화 하고자 함이다. 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 갖는 대지사용권은 전유부분에 대한 종속성이 지극히 강하고, 이를 일체로서 처 분하는 것이 거래의 관행이며, 또한 전유부분과 대지사용권이 분리처분됨에 따라 복잡한 법적 분쟁이 생길 소지가 많기 때문에 대지와 건물이 분리되는 사태를 가능한 한 방지하여 법률적 분쟁의 발생을 사전에 예방함으로써 구분 소유자를 보호하기 위한 것이다.⁶⁰⁾

둘째는 등기부의 복잡성, 방대성을 완화하여 등기절차의 합리화를 기하고자 하는데 있다. 집합건물법이 제정되기 전에는 특히 대규모인 집합건물의 대지의 등 기부의 복잡화 현상이 두드러짐에 따라 등기부를 보아 대지의 권리관계를 파악 하는 것이 매우 어려운 경우가 많았고, 그 양도 방대하여 관리상의 부담도 많았 다. 이 문제를 해결하기 위해서는 단순히 등기절차의 개선만에 의해서 해결되는 것이 아니고 실체법의 정비가 우선되어야 할 수 밖에 없었으므로 전유부분과 대 지사용권의 일체성의 원칙이 도입된 것이다.

나. 처분의 일체성의 내용

(1) 분리처분이 금지되는 행위의 범위

59) 김용한, “집합건물대지의 법적적 고찰”, 「민법학논총」(후암 관운직 교수 화갑기념), 박영사, 1985, 273 면.

60) 배성호, “구분건물 매수인의 대지 점유사용권의 대지사용권성 여부”, 「영남법학」 제9집, 영남대학교 법 학연구소, 2003, 160면.

전유부분과 대지사용권은 분리하여 처분할 수 없는데, 여기서의 처분은 의사표시에 의한 법률행위로서의 처분만을 의미하고, 법률행위에 의하지 아니한 물건변동은 여기에 포함되지 않는다. 따라서 매매, 증여, 저당권의 설정 등은 포함되나, 상속, 수용, 경매, 시효취득이나 시효소멸등은 포함되지 않는다.⁶¹⁾ 다만 후의 협의분할은 실질적으로 법률행위로 인한 권리변동으로 보아야 하므로 취득자를 달리하여 분할 할 수는 없다.

강제집행(가압류 포함)이나 체납처분은 채무자를 대신하여 법원이나 국가기관이 매매를 하기 위한 것에 불과하므로, 대지권 발생 후에는 어느 일방만을 목적으로 하는 것은 허용되지 않는다.⁶²⁾

대지권 표시등기를 한 후 대지권과 전유부분을 목적으로 저당권을 설정한 경우에, 전유부분 또는 대지권 어느 일방에 대하여만 저당권등기를 말소하는 말소등기신청은 결국 어느 일방만을 목적으로 하는 저당권만이 남게 되는 결과가 된다. 따라서 그러한 처분은 분리처분에 해당하는 것으로 보아야 하므로, 그 어느 일방만에 대한 말소등기신청은 이를 수리할 수 없다.

(2) 성질상 분리처분이 허용되는 경우

일체성이 요구되는 처분은 전유부분과 대지사용권을 일체로 하는 것이 가능한 처분을 말하는 것으로서 양자를 일체로 하여 취급할 수 없는 성질의 처분은 해석상 여기서 말하는 처분에는 포함되지 않는다.

성질상 분리처분이 허용되는 경우로는, ①토지(전부 또는 특정 일부부분)만을 목적으로 하는 지상권, 지역권, 임차권, 전세권의 설정, ② 전유부분에 대한 임차권, 전세권의 설정, ③ 대지권의 발생전에 토지만에 대하여 설정된 기존 저당권의 실행으로 인한 압류(경매신청기입등기)⁶³⁾ ④토지 또는 전유부분만의 귀속에

61) 법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985, 34면 ; 양경승, 전제 논문, 287면.

62) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결(공2006. 600면)은 같은 취지에서 “한국수자원공사로부터 토지를 분양받은 집합건물의 건축주가 토지상에 아파트 및 상가를 신축하다가 부도를 내자 건축주의 채권자들이 건축의 마무리 공사를 진행하고 신축건물에 관하여 건축주 명의의 소유권보존등기와 수분양자들 명의의 이전등기를 마친경우, 건축주가 한국수자원공사에 대하여 가지는 토지에 관한 소유권이전등기청구권에 대한 압류 및 가압류는 필연적으로 전유부분과 토지의 분리처분이라는 결과를 낳게 되어 효력이 없다.”고 보고 있다.

63) 대지권의 발생 전에 건물에 설정된 저당권의 효력은 후에 건물소유자가 대지사용권을 취득한 경우에는

관하여 분쟁이 있는 경우 그 일방만을 목적으로 하는 처분금지(처분, ⑤ 대지사용권이 생기기 전에 전유부분 또는 토지만에 대하여 가등기를 한 경우에 대지권이 생긴 후에 본등기를 하는 경우,⁶⁴⁾ ⑥ 대지사용권이 임차권인 경우 구분건물만을 목적으로 하는 저당권설정 등이 이러한 처분에 해당된다 할 것이다.

(3) 분리처분이 금지되는 처분의 유형과 대지사용권의 형태

대지권이 성립되면 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르게 된다. 따라서 분리처분이 금지되는 것은 그 전유부분에 대한 대지사용권만을 처분하거나, 전유부분과 대지사용권을 동시에 각각 다른 사람에게 분리하여 처분하는 것도 허용되지 않는다. 분리하여 각각 따로 처분한 경우 대지사용권의 처분은 무효가 되므로, 결국 대지사용권은 전유부분의 양수인이 취득하게 된다.⁶⁵⁾

분리처분이 금지되는 것은 대지사용권에 한하지 않고 전유부분만을 처분하는 행위 및 전유부분과 대지사용권을 동시에 각각 타에 분리하여 처분하는 것도 허용되지 않는다.

집합건물법 제20조 제2항은 “...전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다”고 하고 있어 마치 대지권만의 분리처분이 금지되는 것으로 해석될 수 있으나, 다른 두 경우에도 금지되는 것으로 보아야 할 것이다.⁶⁶⁾

대지사용권이 구분소유자 이외의 자와 공유인 경우에도 구분소유자의 대지사용권에는 일체성의 원칙이 적용된다.⁶⁷⁾ 1동의 건물의 대지가 수필지인 경우에, 그 대지 중 일부의 토지만에 대하여 구분소유자가 대지사용권을 가지는 경우와 일부의 구분소유자가 각각 일부의 대지에 대하여 대지사용권을 갖는 경우에도 그 각 일부의 토지에 관하여는 일체성의 원칙이 적용된다.⁶⁸⁾

그 대지사용권에 까지 미친다고 보는 것이 대법원 관례이다. ; 대법원 2005.11.14. 결정 2004그31.

64) 처분의 종속성을 인정하는 입장에서는 전유부분에 가등기를 경료한 경우에는 건물과 토지에 동시에 본등기를 할 수 있는 것으로 보게 된다.

65) 대지사용권의 처분종속성을 부인하는 입장에서는 대지사용권을 양수인이 취득하는 것을 인정하지 않는다.

66) 양경승, 전계논문, 288-289면

67) 법원행정처, 「등기선례요지집VII」, 2004, 제158항(2003. 7. 29 부동산 3402-412 회답).

68) 대법원 등기예규 제1180호(2007. 4. 10.)는 구분소유자들이 1동의 건물의 대지중 각각 일부의 토지에 대하여 대지사용권을 갖는 경우에는 각 구분소유자별로 일부 토지만을 목적으로 하는 대지권의 등기를 하여야 한다. 이 경우, 1동의 건물의 표제부 중 대지권의 목적인 토지의 표시란에 대지권의 목적인 토지의

전유부분과 대지지분을 함께 매수하여 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료하고 대지지분에 대하여는 아직 소유권이전등기를 경료하지 못한 경우, 매수인의 지위에서 매매계약의 효력으로서 갖게 되는 점유사용권인 대지사용권도 전유부분과 분리하여 분리 처분하지 못한다.(법 제20조 제2항) 판례도 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급하였으나 전유부분에 대하여만 소유권이전등기를 경료받았을 경우 매수인의 지위에서 대지에 대하여 가지는 점유·사용권도 대지사용권으로 보았으며 매수인은 대지지분에 대한 소유권이전등기를 받기 전에 대지에 대하여 가지는 대지사용권을 전유부분과 분리 처분하지 못할 뿐 아니라, 전유부분 및 장래 취득할 대지지분을 다른 사람에게 양도한 후 그 중 전유부분에 대한 소유권이전등기를 경료해준 다음 사후에 취득한 대지지분도 전유부분의 소유권을 취득한 양수인이 아닌 제3자에게 분리 처분하지 못한다 하며 이를 위반한 대지지분의 처분행위는 효력이 없다고 하였다.⁶⁹⁾

(4) 분리처분 금지의 적용시기

전유부분과 대지사용권의 분리처분 금지, 즉 처분의 일체성 원칙이 적용되는 시기는 대지권이 성립한 때부터이다. 대지권등기를 하였는가와는 상관없다.⁷⁰⁾ 다만 그러한 등기가 없는 경우에는 대항요건을 결한 것이 되어 선의의 제3자에 대한 관계에서 그 원칙의 적용을 주장할 수 없는 경우가 있을 것이다. 따라서 대지권이 성립하기 이전에는 분리처분이 허용된다.

분리처분 금지의 적용시기에 대하여는 뒤에 대지권편에 가서 자세히 다루도록 하겠다.

다. 일체성 원칙의 배제

표시를 함에 있어서는 토지 전부를 기재하여야 한다고 하고 있다.

69) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결.

70) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 161면.

전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙이 채용되어 양자의 분리처분이 금지된다 하더라도 이 원칙을 모든 구분소유관계에 예외없이 적용하는 것이 타당하지 아닐까 하는 경우가 있는데, 다음 두 가지 경우에는 전유부분과 대지사용권의 일체성이 배제되어 양자의 분리처분이 인정된다.

첫째, 집합건물법 제20조 제2항 단서⁷¹⁾는 예외적으로 규약에 의하여 위 일체성 원칙의 적용을 배제할 수 있도록 규정하였다.

집합건물법이 이러한 예외를 둔 것은 집합건물이라는 이유로 획일적으로 전유부분과 대지사용권의 일체성을 강요해서는 안되고 집합건물의 구분소유의 종류나 형태에 따라 그 필요성 여부를 결정하는 것이 타당하다는 취지로 보인다.

예를 들면 집합건물의 규모가 극히 작아서 구분소유자의 수가 많지 않아서 토지등기부가 그리 복잡하지 않고 향후 대지의 처분에 대하여 구분소유자 각자의 자율성을 원하는 등 대지와 건물의 일체성의 강도가 강하게 필요하지 않은 경우에 해당한다고 볼 수 있겠다. 그러나 이러한 규정은 일체성을 강하게 인정하여야 할 집합건물인 경우에도 규약의 힘을 빌어 일체성을 배제시킬 수도 있고 이러한 일체성이 배제됨으로써 훗날 대지권이 없는 전유부분 건물이 탄생하여 그로 인하여 야기되는 문제점들을 지켜볼 때 법의 개정 혹은 규약에 의한 일체성 배제 조건을 특정하고 강화시켜야 한다고 생각한다.

일체성이 배제되는 두 번째의 경우는 원래 전유부분과 대지사용권의 양자를 일체로 해서는 할 수 없는 성질의 처분이 있는바, 예컨대 전유부분만에 대하여 임차권을 설정한 경우, 대지의 공간 또는 지하에 구분지상권을 설정한 경우, 대지의 일부를 임대한 경우, 대지위에 통행지역권을 설정한 경우 등에는 법규의 해석상 일체성의 원칙은 배제될 수 밖에 없다. 또한 토지 또는 전유부분만의 귀속에 관하여 분쟁이 있는 경우 그 일방만을 목적으로 하는 처분금지처분의 경우도 마찬가지로 허용되어야 할 것이다.

라. 민법 제267조의 적용제외

71) 제20조 (전유부분과 대지사용권의 일체성) ②구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로서 달리 정한 때에는 그러하지 아니하다.

민법 제267조에 의하면 공유자의 1인이 그 지분을 포기하거나, 또는 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 대지공유자에게 각 지분의 비율로 귀속되고, 이 원칙은 민법 제278조에 의하여 소유권 이외의 재산권의 준점유에 관하여도 준용된다. 따라서 이 원칙에 충실하여 구분소유자가 전유부분과 대지사용권을 포기하면, 대지사용권은 대지공유자에게 귀속하는 데 반하여 전유부분은 국고에 귀속하게 되며(민법 제252조 제2항), 구분소유자가 상속인 없이 사망한 때에는, 대지사용권은 타공유자에게 귀속하는 데 반하여, 전유부분은 국가에 귀속하게 되어(민법 제1058조), 어느 경우에서나 전유부분과 대지사용권이 각각 다른 사람에게 귀속하게 되어 앞서 본 일체성의 원칙이 추구하고자 하는 입법목적에 그르치게 되는 결과를 빚어, 이를 방지하기 위하여 집합건물법 제22조는 분리처분이 금지되는 대지사용권의 경우에는 민법 제267조(민법제278조에서 준용하는 경우를 포함)의 규정은 적용되지 않음을 명시하고 있다.

그 결과, 전유부분과 대지사용권을 포기한 때에는 양자는 모두 국고에 귀속하고, 상속인 없이 사망한 때에는 양자는 일체로써 국고에 귀속하게 되어, 전유부분과 대지사용권을 가지는 자가 동일인으로 되고 제도의 목적을 달성할 수 있게 되는 것이다.

제3장 집합건물의 대지권과 대지권등기

제1절 대지권

1. 대지권의 의의

구분소유자는 건물(전유부분 및 공용부분)과 대지사용권의 일체·불가분성의 원칙에 따라 건물과 대지사용권을 분리처분할 수 없고(집합건물법 제20조 제1항, 제2항 본문), 이를 분리처분하고자 할 경우에는 그 같은 취지를 규약이나 공정증서로써 미리 정하여야 한다.(집합건물법 제20조 제2항 단서 및 제4항).

이때 규약이나 공정증서로써 특별히 분리처분 할 수 있음을 정하지 아니함으로써 일체·불가분성이 적용되는 대지사용권을 대지권이라 한다.(부동산등기법 제42조 제4항).⁷²⁾

집합건물법은 대지사용권의 분리처분금지에 위반한 처분행위의 무효는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 대지사용권에 관하여 권리를 취득한 제3자에게 대항할 수 없도록 규정(집합건물법 제20조 제3항)하고 있고, 부동산등기법은 위와 같은 집합건물법 규정에 부응하여 처분의 일체성이 적용되는 대지사용권의 권리관계 변동은 토지등기부에 등기하지 아니하고 건물등기부에 등기하여 그 이후로는 양자가 법률적 운명을 같이 하도록 하면서 공시관계도 통일하고 있는바, 그러한 대지사용권을 가리켜 대지권이라고 지칭하고 있다.

따라서, 엄격히는 대지권은 실체법상의 개념이 아닌 절차법인 부동산등기법상의 개념이라 할 수 있으나, 집합건물법과 부동산등기법은 서로가 부족한 부분을 보완하며 채워주는 관계에 있으므로 결국 실체법상 개념이라고 하여도 좋을 것이다.

72) 손창환, 「민사집행법 실무연구」, 법률정보센터, 2002, 10-11면.

대지사용권과 대지권은 위와 같이 서로 다른 개념이므로 우리들이 보통 대지사용권을 대지권과 동일한 것으로 이해하는 것은 잘못된 것이다.

대지권이 부동산등기법상의 개념으로서 대지권등기와 필연적인 관계에 있는 것과 관련하여, 대지사용권은 반드시 등기된 것이거나 등기능력 있는 것이어야 하는가? 대지사용권은 특별한 사정(처분능력이 없거나 분리처분 가능규약이 있는 경우)이 없는 한 건물과 분리처분 할 수 없는 것으로서 대지권등기를 하게 될 것이므로 등기능력 없는 대지사용권은 대지권등기를 하지 못하게 될 것이지만, 등기능력이 없거나 미등기의 대지사용권이라도 처분의 일체·불가분성을 인정하여야 할 것이고, 집합건물법이나 부동산등기법상 이에 관한 아무런 제한이 없는 이상 이를 부정하여야 할 것이다.⁷³⁾

그러나 일본의 부동산등기법 제91조 제2항은 등기된 대지사용권에 한하여 대지권으로 하고 있는바, 이는 등기능력이 없거나 등기되지 않은 대지사용권의 경우 대지권등기를 할 수 없어 선의의 제3자에게 분리처분의 무효를 대항할 수 없을 뿐만 아니라, 대지권등기를 강제하여 토지등기부의 간편을 꾀하기 위한 구분소유법 및 부동산등기법의 입법취지상 등기되지 아니한 대지사용권의 경우에는 등기상의 복잡한 문제는 발생할 여지가 없기 때문이라 생각된다.

2. 대지권의 법적 성질

대지권의 법적 성질과 관련해서는 대지권의 본질 즉, 대지권이 내포하는 권리의 내용과 함께 토지소유권이나 구분소유권과의 상호관계 등을 고찰할 필요가 있다.

가. 대지권의 본질

앞서 살펴 본 바와 같이 대지권은 대지사용권이라는 개념과 일체·불가분성이라는 개념을 토대로 하여 성립되는 개념이다. 따라서, 대지권의 본질도 그와 관련지어 규정될 수 밖에 없을 것이다.

73) 양경승, 전계논문, 235면.

우선, 대지사용권은 집합건물법이 대지사용권이라는 새로운 물권을 설정한 것이 아니라 대지를 사용할 수 있는 기존의 용익물권(소유권, 지상권, 전세권)과 채권(임차권, 사용차권)을 포괄하여 총칭하는 개념에 불과하므로, 민법 제185조가 예정하고 있는 바 새로운 내용의 물권이나 권리라고는 할 수 없다. 그러므로, 대지사용권의 내용은 그 개개의 권리가 갖는 그것과 전적으로 다르지 않으며, 그 각 권리의 본래의 내용에 따라 사용, 수익, 처분할 수 있는 것이다.

대지권이 기존의 대지사용권의 개념과 다른 것은 건물과의 일체·불가분성에 있다는 것이다.

집합건물법은 구분소유자로 하여금 그가 가지는 전유부분(엄격히 말하자면 공용부분에 대한 공유지분을 포함한다)과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없도록 하고(동법 제20조 제2항 본문), 한걸음 더 나아가 대지사용권은 전유부분의 처분에 따른다(동법제20조 제1항)고 하여 대지사용권의 종속성을 규정하고 있다.

집합건물법이 이와 같이 집합건물의 대지사용권에 한하여 예외적으로 건물과의 일체·불가분성 및 종속성을 부여하는 것은 대지로부터 건물이 분리되는 사태 즉, 구분소유자들이 대지사용권을 상실함으로써 토지소유자등의 건물 철거청구에 복종할 수 밖에 없는 사태를 예방하여 국민의 주거생활의 안정을 도모하는 한편, 토지와 건물을 독립한 부동산으로 취급하여 양자의 분리처분을 허용하고 그에 따른 권리관계의 공시를 각각 별개의 등기부에 하는 데서 초래되는 등기 기술상의 불편과 양자의 권리관계 파악의 곤란 즉, 공시의 일람성을 저해하는 폐단을 제거하기 위한 입법정책⁷⁴⁾에 기한 것이다.

이같은 집합건물법상의 일체·불가분성에 의하여 대지사용권은 구분소유권에 대하여 종된 권리로 격하되어 권리의 주요한 속성 중의 하나인 처분권능을 상실 또는 크게 제한받게 됨은 두말할 나위도 없다.

물론, 일체·불가분성은 일률적으로 강제된 것은 아니고 당사자의 의사(규약 또는 공정증서)로써 배제할 수 있고, 그같은 일체·불가분성의 대상이 된 취지를 등기하지 아니하면 선의로 이를 취득한 제3자에게는 그 무효를 주장할 수 없는 예외가 있기는 하다. 그러나, 이로써 대지권이 된 대지사용권은 그때부터는 독립한 처분능력을 상실하고 건물소유권에 종속하여 그와 동일한 법률적 운명에 복

74) 집합건물의소유및관리에관한법률안(代案) 제안이유(1984. 3. 16.)

중하게 됨으로써 권리의 내용에 변형을 초래할 수 밖에 없게 된다.

나. 토지소유권과의 관계

토지사용권이 소유권인 경우에도 일체·불가분성이 그대로 적용된다.

우리 민법은 일본의 그것을 본받아 대지에 대하여 건물과 분리하여 독립한 소유권을 인정하므로, 토지소유권은 그 지상에 건물이 있는 경우에도 건물소유권과는 완전히 독립한 권리로서 사용, 수익, 처분할 수 있음이 원칙이다.(다만, 제한물권을 설정하거나 임차권 등을 설정한 경우에 예외적으로 사용권능이 제한받을 뿐이다.) 이러한 원칙은 대지상의 건물이 집합건물이 아닌 단독건물인 경우에도 그대로 적용되나, 집합건물인 경우에는 일체·불가분성 및 종속성에 의하여 수정될 수 밖에 없게 된다.

이같이 토지소유권에 내포되어 있는 처분권능의 제한은 토지와 건물의 상호유기적 관련성 및 이용관계를 무시한 토지 중심적인 우리의 법제상의 오랜 관행을 사회 경제적 상황의 변화에 따라 수정한 것으로서, 사회 경제의 변동에 따라 물권의 내용이 변동하여 가는 좋은 예라고 할 수 있을 것이다.

제2절 대지권등기

1. 구분소유권과 대지권 등기제도

건물과 토지를 별개의 부동산으로 취급하고 있는 우리나라 민법에 따라 우리 부동산 등기법은 건물과 토지의 등기부도 각각 별개의 대상으로 편성하여 그 권리관계도 각기 공시하고 있다.(부동산등기법 제14조 제1항)

그리하여, 토지위에 건물이 있는 경우에는 양자의 권리관계를 알아보기 위해서 부득이하게 토지등기부와 건물등기부를 동시에 열람하여야 할 필요가 있게 되었

다.

그러나 문제는 본 논문에서 다루고 있는 집합건물이 아니거나 아니면 일반 다세대 주택같은 몇세대 되지 않는 소규모의 집합건물인 경우에는 그 등기부를 해석하는 법. 즉, 양자의 권리관계나 현재의 소유현황 같은 것을 쉽게 찾아낼수 있지만 세대수가 많으면 많을수록 이를테면 대규모 아파트 단지의 집합건물인 경우에는 수천명 이상의 구분소유자가 당해 대지를 공유 또는 준공유 하게 되고 각 구분소유자가 대지에 대해 가지는 권리관계. 즉 현재의 소유현황이나 설정현황을 토지등기부에 일일이 기재한다면 그러한 변동사항을 알아내는 것은 전문가들조차도 쉽지 않을 것이며 그것을 알아내는데도 엄청난 시간이 소비될 것이며 또한 등기부의 양이 그만큼 팽대해져서 등기부의 열람, 보존, 등본 발급등이 극히 곤란하게 될 뿐 아니라, 이를 일일이 등기하는 그 자체 또한 등기공무원에게 막대한 시간과 정력의 낭비를 요구⁷⁵⁾ 하게 될 것임이 분명하다.

이러한 등기상의 불편과 오류를 시정하기 위하여 개정 부동산등기법은 먼저 일부동산 일등기제도의 예외를 규정하고 있다.(부동산등기법 제15조 제1항 단서), 즉, 1동의 건물을 구분한 건물에 있어서는 그 구분한 건물의 전유부분 전부에 대하여 각각 1등기용지를 두고 그 각각의 전유부분의 등기부마다 표제부, 갑구, 을구의 등기용지를 두며(부동산 등기법 제16조의 2) 각각의 전유부분 건물의 표제부에는 1동건물 전체의 물리적 형상·구조등을 표시한 1동의 건물 전체의 사항과 각 구분건물의 전유부분의 면적 및 대지권등의 표시에 관한 사항을 나타낸다.

그리하여 토지등기부에는 그 대지권에 대한 소유권이전등기 및 저당권설정등기 등을 금지(부동산등기법 제135조의 2, 제165조의 2)함으로써 토지등기부와 건물등기부의 실질적인 통합을 꾀하고 있다.⁷⁶⁾

이때 건물등기부의 표제부에 대지권의 표시등기를 한 경우에는 토지등기부에 직권으로 그 대지사용권이 대지권이 된 취지의 등기를 하는데(동법 제57조의 2), 그 후 건물등기부상의 건물에 관한 등기는 특별한 언급이 없으면 대지권에도 동일한 등기로서의 효력이 미친다(동법 제135조의 4, 제165조의 3 제2항). 그런데, 이와 같

75) 대개의 경우 대지는 1필의 토지가 아닌 수필의 토지인 경우가 많으므로 동일, 유사한 권리관계 변동사항을 각 필지별로 등기하여야 할 것을 생각하면 문제는 더욱 심각하다.

76) 양경승, 전제논문, 238-239면.

이 실질적으로 토지등기부와 건물등기를 통합하여 토지와 건물에 관한 권리관계의 변동사항을 한꺼번에 공시케 하기 위하여는 그 전제로서 토지와 건물의 분리처분을 금지할 필요가 있는 바, 그것이 바로 집합건물법 제 20조의 규정⁷⁷⁾이다.

2. 대지권등기의 절차 및 내용

가. 대지권의 표시등기

집합건물의 소유자가 구분건물에 대한 대지권을 가진 경우에 건물과 대지권의 일체적 처분에 따르는 권리관계의 통일적 공시를 위하여 집합건물의 등기부에 대지권의 표시에 관한 사항을 등기하는 것이 대지권표시등기이다. 대지권의 표시를 등기하는 이유는 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 대지사용권을 제3자에게 공시하기 위한 것이다.⁷⁸⁾

대지권의 표시등기는 권리에 관한 사항을 등기하는 것이기는 하나 사항란에 하는 것이 아니라 표시란에 하는 것이므로, 그 성질은 본질적으로 건물의 표시등기에 속하게 된다.

구분건물에 대한 등기를 신청함에 있어 그 구분건물에 대지권이 있는 경우에는 신청서에 그 권리의 표시를 하여야 한다.(부동산등기법 제42조 제4항). 대지사용권이 분리처분이 가능하여 대지권이 아닌 경우에는 그러한 취지를 정한 규약이나 공정증서를 첨부하여야 하며(부동산등기법 제42조 제5항), 사후적으로 대지권이 발생하는 등 대지권의 변동이 있는 경우에는 1월 이내에 등기를 신청하여야 한다(부동산등기법 제101조 제2항)

따라서 대지권이 있음에도 불구하고 이를 등기신청서에 기재하지 않거나, 대지사용권이 대지권이 아닌 경우에 규약이나 공정증서를 제출하지 아니한 때에는, 등기관은 신청서의 방식 위배 또는 신청서에 첨부할 서면의 미 첨부를 이유로 등기신청을 각하하여야 할 것이다(부동산등기법 제55조 제4호 또는 제8호).

77) 물론 우리의 집합건물법이 대지사용권의 전유부분과의 일체·불가분성을 인정한 것은 단지 등기상의 문제 해결만을 위한 것은 아니다.

78) 신연숙, 「집합건물의 등기」, 육법사, 2002, 79면.

그 밖에 대지권의 목적인 토지의 표시가 다른 등기소의 관할에 속하는 것일 때에는 신청서에 그 등기부의 등본을 첨부하여야 한다.⁷⁹⁾

대지권의 표시의 등기를 하는 때에는 대지권의 목적인 토지의 일련번호⁸⁰⁾와 그 토지에 대한 대지권종류를 기재한다. 건물의 대지가 수필지인 경우에 그 대지사용권의 종류가 다를 때에는 “1,2 소유권대지권, 3 지상권대지권, 4 임차권대지권”과 같이 각 대지마다 권리의 종류를 표시한다.⁸¹⁾

대지권의 비율이란 구분건물의 소유자가 건물의 대지에 가지는 대지사용권의 지분을 대지권의 비율로 하는 것이므로 그 지분을 기재한다. 실무상 대지의 전체 면적을 분모로 하여 대지권 비율을 표시하는 경우가 많지만, 반드시 그래야만 하는 것은 아니다.

대지권의 표시기재 사항중 등기원인은 대지권의 발생원인을 말하며, 그 연월일은 대지권의 발생일을 말한다. 실무상 대지권의 발생원인(예 : 구분건물의 신축, 대지사용권의 사후취득)은 따로 기재하지 않고 그 발생일자만 “00년 0월 0일 대지권”과 같이 등기한다. 등기연월일은 등기신청서의 접수연월일을 기재한다.⁸²⁾

대지권은 주된 건물만이 아닌 부속건물에 대하여도 할수 있는데 전유부분에 딸린 부속건물에 대하여도 대지권이 있는 경우 그 표시는, 전유부분의 표제부의 대지권 표시란에 주된 건물과 별도로 표시하되, 대지권 표시의 말미에 그 대지권이 부속건물에 대한 대지권인 취지를 기재하여야 한다(부동산등기법시행규칙 제75조의2 제3항). 주된 건물은 비구분건물이나 부속건물이 구분건물인 때에는 대지권의 표시란이 없으므로 그 부속건물에 대한 대지권의 표시는 부속건물의 표시에 이어서 한다(부동산등기법시행규칙 제75조의2 제1항 단서).

나. 대지권인 취지의 등기

건물의 등기용지에 대지권의 표시등기를 한 때에는 그 권리의 목적인 토지의

79) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 110면.

80) 1동의 건물의 표제부에 대지권의 목적인 토지의 소재, 지번, 지목, 면적 등이 등기되어 있고, 각 토지마다 일련번호가 기록되어 있으므로 토지의 표시를 중복하여 하지 않고 일련번호만 표시한다(규칙75조의2 제3항).

81) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 193면.

82) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 194면.

등기용지중 해당구(대지권이 소유권인 때에는 갑구, 대지권이 지상권·전세권·임차권인 때에는 을구)사항란에 당해 대지사용권이 어느 집합건물을 위하여 대지권이 된 취지⁸³⁾를 등기하여야 한다(부동산등기법 제57조의 2). 대지권인 취지의 등기는 토지 등기용지에도 그 권리가 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다는 것을 공시하기 위한 등기이다. 대지권의 표시등기가 신청에 의한 것과는 달리 대지권인 취지의 등기는 등기관이 직권으로 행하여야 하는 등기이다.⁸⁴⁾

대지권인 취지의 등기는 구분건물의 등기용지에 대지권등기 후 등기관이 직권으로 하는 등기이므로, 위 대지권인 취지의 경정등기도 등기관이 직권으로 하여야 하며, 구분건물의 현소유자는 위 대지권인 취지의 등기의 경정을 촉구하는 의미의 신청을 할 수 있다.⁸⁵⁾

대지권의 취지의 등기는 어느 권리가 대지권인 뜻과 그 대지권을 등기한 1동의 건물을 표시함에 족한 사항 및 그 연월일을 기재하고 등기관이 식별부호를 기록하여야 한다(부동산등기법 제57조의2 제2항). 대지권인 취지의 등기는 등기의 순위가 문제되지 않으므로, 등기사무의 간편을 기하기 위하여 해당구 사항란에 주등기의 형식으로 행한다.⁸⁶⁾ 이 경우에 어느 권리가 대지권인 뜻의 기재는 ‘소유권대지권’, ‘공유자전원지분전부대지권’과 같이 기재하고, 1동의 건물을 표시함에 족한 사항은 1동의 건물의 소재와 지번, 건물의 종류, 구조와 면적을 기재하되, 1동의 건물의 명칭 및 건물의 번호가 있는 때에는 그 명칭과 번호를 기재하는 것으로 족하다. 그리고 1동의 건물의 대지가 수필인 경우 그 소재지번의 표시는 대지권의 목적인 토지의 표시란에 기재된 첫 번째 토지와 그 밖의 필수를 기재하면 된다.⁸⁷⁾

다. 별도의 등기 및 건물만에 관한 취지의 등기

83) 법령의 한글화를 위하여 2008. 3. 21. 부동산등기법을 개정하면서 제57조의2를 개정하였다. 조문의 제목이 “대지권인 취지의 등기”이고 그 내용이 “해당구 사항란에 대지권인 취지의 등기”하도록 하고 있던 것을, 제목을 “대지권이 있다는 취지의 등기”로 그 내용을 “해당구 사항란에 대지권이 있다는 뜻을 등기”하는 것으로 개정하였다.

84) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 195면.

85) 법원행정처, 「등기선례요지집Ⅶ」, 2004, 제310항(2003. 4. 10. 부등 3402-214 회답), 제359항(2003. 4. 30. 부등 3402-246 회답).

86) 법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985, 98면.

87) 양경승, 전계논문, 250면.

(1) 목적

대지권등기를 한 이후부터는 토지의 권리에 관한 사항도 원칙적으로 건물등기부에의 등기로서 공시하게 된다. 그러나 대지권등기 전에 토지등기부에 경료된 등기(예 : 토지에 대한 근저당권, 가압류등기) 또는 대지권등기 후에 토지만에 관하여 경료된 등기(예 : 구분지상권, 지상권)가 있는 경우에는 여전히 토지등기부를 열람할 필요가 있다.

이와 같은 경우에, 건물등기부에 공시되지 아니한 등기사항이 토지등기부에 별도로 있다는 취지를 직권으로 건물등기부에 기재하여, 이러한 기재가 있는 경우에만 토지등기부를 열람하게 하고 그러한 기재가 없는 경우에는 토지등기부를 사실상 활용하지 않아도 되도록 하는 것이 별도등기가 있다는 취지를 기재하는 목적이다.⁸⁸⁾

(2) 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지의 기재

① 대지권인 취지의 등기를 한 경우에 그 토지에 관하여 소유권보존등기 또는 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기(가등기, 가압류등기, 가처분등기, 압류등기 등) 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기(저당권, 전세권등기 등)가 있는 때의 등기관은 직권으로 그 건물의 표제부에 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지를 기재하여야 한다(부동산등기법시행규칙 제75조의4 제1항 본문). 이는 대지권 표시등기를 한 이후부터는 토지에 관한 사항도 원칙적으로 건물등기부에의 등기로서 공시하게 되므로, 건물등기부에 공시되지 아니한 등기사항이 토지등기부에 별도로 있다는 취지를 직권으로 건물등기부에 기재하게 하여 이러한 기재가 있는 경우에만 토지등기부를 열람하게 하고 그러한 기재가 없는 경우에는 토지등기부를 사실상 활용하지 아니하여도 되도록 하고자 한 것이다.⁸⁹⁾

88) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 198면.

89) 일본에는 없는 제도로서 국민의 편의를 도모한다는 측면에서는 앞선 제도라고 할 수 있다. 그러나 실무상으로는 여러 가지 문제점이 발견되고 있다. 그러한 문제점이 발견될 때 마다 그때 그때 관련규정을 개정하여 왔으나 여전히 문제점이 남는다. 그리고 실무상 누락하기가 아주 쉬운 기재이며 실제로 누락하는 경우가 많다. 이 취지 기재를 누락하여 국가배상책임이 인정된 경우도 종종 있다. 광주고등법원 1996. 4. 19. 선고 95나4666 판결 ; 서울중앙지방법원 2006. 6. 22. 선고 2000나1609판결; 법원행정처, 「부실

이러한 직권등기기재는 토지에 대지권인 취지를 기재한 후에 그 토지만에 관한 새로운 등기를 한 경우에도 동일하게 하여야 한다.(부동산등기법시행규칙 제75조의4 제2항)

② 토지등기부에 있는 별도의 등기에는 두 종류가 있다. 하나는 그 등기의 효력이 구분소유자 전원에 대하여 미치는 경우(건물의 대지 전부에 대하여 저당권을 설정한 경우)이고, 다른 하나는 그 등기의 효력이 일부 구분소유자에 대하여만 미치는 경우(구분소유자의 공유지분에 대하여만 가압류가 된 경우)이다. 종전에는 그 취지의 기재방법을 그 등기의 효력에 따라 전자의 경우에는 1동의 건물의 표제부에 그러한 취지를 기재하고, 후자의 경우에는 해당 구분소유자가 갖는 전유부분의 표제부에 그러한 취지를 기재하도록 하였다.⁹⁰⁾ 그러나 그 두가지는 고정되어 있는 것이 아니다. 예를 들어, 처음에는 구분소유자 전부에 대하여 효력이 미치는 미치는데도 일부 구분소유자가 자신의 대지권에 대하여 그 미치는데를 소멸시키는 등으로 전자가 후자로 변경 될 수 있다. 그럼에도 처음에 1동 건물의 표제부에 기재되어 있다보니 모든 전유부분에 대하여 별도등기가 소멸하기 전까지는 이 취지의 기재를 말소할 수 없게 된다. 여기서 별도등기 취지의 기재를 둘러싸고 실무상으로는 민원이 많이 발생하곤 한다.⁹¹⁾ 이러한 연유로 인하여 대법원은 근래 그 태도를 바꾸어 별도등기의 취지의 기재는 각 전유부분별로 전유부분 표제부에만 기재하는 것으로 변경되었다.⁹²⁾ 즉 별도등기 취지의 기재는 건물 표제부 어디에 기재하더라도 법률적 문제는 되지 않으므로, 구분건물 전부에 대한 효력이 있는 등기가 있더라도 전유부분 표제부 등기에만 기재하도록 개정된 것이다.⁹³⁾ 그러나 현재에도 실무상 여전히 문제는 남아 있다.⁹⁴⁾

등기사례집」, 2001, 25-30면.

90) 「대법원 등기예규」 제972호, 1999. 5. 28.(이 예규는 2001. 12. 8. 등기예규 제1045호에 의하여 전면 개정되었다가 2007. 4. 10. 등기예규 제1180호에 흡수되어 폐지되었다).

91) 예를 들어, 대지 전부에 근저당권이 설정되거나 가압류가 되었다고 하면, 별도등기가 있다는 취지는 1동 건물 표제부에 기재된다. 그런데 어느 전유부분의 경매나 어느 구분소유자의 변제로 해당 전유부분에 대하여 위 근저당권이나 가압류가 소멸하는 경우가 있다. 그런데 이 경우에도 별도등기 취지가 1동의 건물 표제부에 기재되어 있으므로 그 전유부분의 등기부등본에는 별도등기 취지의 기재가 여전히 표시된다. 그러면서 그 전유부분의 소유자는 자신의 전유부분에는 그러한 원인이 소멸하였음에도 불구하고 여전히 말소가 되지 않는다고 하여 민원이 발생한다.

92) 대법원등기예규 제1045호(2001. 12. 8.)는 2002년 1월1일부터 시행하되 경과규정을 두어 이 예규 시행 이전에 이미 경료된 별도의 등기에는 적용하지 아니한다. 다만 이 예규 시행 이전에 1동의 건물 표제부에 경료된 별도의 등기가 있다는 취지의 기재중 등기관의 형식적 심사에 의하여 전유부분별로 효력이 있는지 여부를 구분할 수 있는 경우에는 이를 말소하고 전유부분 표제부의 대지권 표시란에 별도의 등기가 있다는 취지의 기재를 할 수 있도록 하고 있다. 2007. 4. 10. 등기예규 제1180호에 흡수되어 폐지됨.

한편 그 취지의 기재방법도 종전에는 ‘별도등기가 있다는 취지’만을 기재하였으나, 그러한 취지의 기재만으로는 전산등기부의 경우에는 별도등기를 인식하기 어려우므로 별도등기의 내용을 특정(갑구 또는 을구 0번 00등기)하여 기재하도록 개선하여 등기부의 일람성을 높이도록 하였다.⁹⁵⁾

③ 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지 기재의 전제가 된 등기가 말소되면 그 취지의 기재도 말소되어야 함은 당연하므로, 이 경우에는 등기관이 직권으로 이를 말소하여야 한다(부동산등기법시행규칙 제75조의 4 제3항).

하지만 집합건물의 등기부에 기재된 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지의 기재가 말소되었다고 하여 등기관이 직권으로 토지등기부에 기재된 그 전제가 된 등기를 말소할 수는 없으며, 등기필증이나 등기소에 보관된 신청서에 의하여 위 토지등기부에 기재된 등기가 말소 되었다고 보이지 않는 한, 당사자의 신청이나 판결에 의하여 이를 말소하여야 한다.⁹⁶⁾

(3) 건물만에 관한 취지의 등기

대지권등기를 하기 전에 건물에 대하여 마쳐진 등기가 있는 경우, 그대로 대지권등기를 실행하면 그 등기가 건물과 토지 모두에 효력이 미치는 것으로 공시될 우려가 있다. 따라서 이러한 경우 대지권등기와 동시에 직권으로 그 등기가 건물에 대하여만 효력이 있다는 취지를 기재하여야 한다.⁹⁷⁾

93) 구연모, “집합건물 대지권등기의 기본원리와 실무상의 문제”, 「법조」 58권3호, 법조협회, 2009, 292면.

94) 집합건물의 토지등기부는 수십장 내지 수백장에 이르고 공유지분이 진전 이전된 경우가 대부분이다. 이 등기부에 등기된 공유지분을 대지권으로 등기하는 경우 토지의 현재의 공유자의 지분에 대하여 처분제한 등기나 제한물권등기가 있는지만 확인하여서는 안되고, 현재의 공유자에 이르기 하는의 지분이전관계를 모두 조사하여 종전 공유자에 대하여 전관계를등기가 있어도 현재의 공유자가 가진 전유부분에 별도등기가 있다는 취지를 기재하여야에 이르 종전에 중이등기부로 등기업무를 처리하던 때에 전관계를확인은 현실적으로 곤란하였이르 등기부가 전산화된 현재에는 이론상은 특정인초본재하여첩분이전관계를 쉽게 확인할 수 있지만 이와 같은 복잡계를토지등기부는 대부분이 등기사항에 오류가 있어 전산여서는도 특정인첩분초본을 발급자의 지분기 뺀문에 종래와 동일계를문제가 있다. 또 다른첩분초본을종전 어느 공유자의 지분에 대계를처분제한등기나 제한물권등기가 대지권등기 있한는 현재의 어느 공유자의 지분에 대계를것인첩을명확히 알의 지분는 경우가 있다를 기이다. 예를 들어, 수인의 공유자중 1인의 지분 전부 또는 일부에 가압류등기가 있는 상태에서 공유자 전원의 지분이 어느 계를사람에에 이전되어 단독 소유하여된 후 그 소유자가 다시 수인에 일부씩 공유지분이전등기 있계를경우라면, 종전 가압류가 현재공유자중 누구의 지분에 대하여 미치는지 알 수 없다. 부득이 모든 공유자의 지분에 미치는 것으로 보고 전유부분 전체에 별도등기가 있다는 취지를 기재할 수 밖에 없다.

95) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 199면.

96) 법원행정처, 「등기선례요지집Ⅶ」, 2004, 제321항(2004. 6. 16. 부등 3402-298 회답).

대지권등기 후에 건물만에 대하여 효력이 미치는 등기를 한 경우에도 마찬가지이며 그 취지의 기재는 그 등기사항에 부기등기로 한다.⁹⁸⁾

그러한 등기를 하는 방법은 대지권의 등기를 하는 시점에 건물에 대하여만 효력이 미치는 등기, 즉, 건물의 등기용지의 갑구에 가등기, 환매특약등기, 압류등기 등이 있거나, 을구에 저당권, 임차권등기 등이 있는 때에는 등기관은 직권으로 “0번 등기는 건물만에 관한 것임”이라는 취지와 등기연월일을 기재한다.(부동산등기법 제102조의3 제1항 본문)⁹⁹⁾

다만, 구분건물과 대지사용권이 있는 당해 토지에 공동담보로 설정되어 있는 저당권이 있는 경우에는 위 별도등기 및 건물만에 관한 등기를 하지 아니하며 이때에는 대지권등기 후 토지등기부에 경료된 저당권등기를 직권으로 말소하여야 한다(부동산등기법 제102조의3 제1항 단서, 제2항).

이는 건물에 대한 저당권에 건물만에 관한 취지를 부기하는 것보다는 대지권 등기에 의하여 저당권이 토지에 대하여도 미치는 것으로 공시하는 것이 간명하기 때문이다. 이와 같이 대지권에 대한 저당권의 말소등기를 하는 경우에는 그 원인을 명백히 하기 위하여 “0번 저당권말소, 부동산등기법 제102조의3 제2항의 규정에 의하여”와 같이 기재한다(부동산등기법시행규칙 제7조의3).

3. 대지권등기의 효과

가. 분리처분에 의한 등기의 금지

구분건물의 등기용지에 대지권의 표시등기와 대지권의 목적인 토지의 등기용지에 대지권인 취지의 등기를 하게 되면, 그 이후에 전유부분과 대지사용권에 대하여 일체적으로 생기는 물권변동은 건물의 등기용지에 의하여 공시되고, 그 효

97) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 202면.

98) 법원행정처, 「부동산등기기재례집」, 2004, 725항.

99) 종전 법 제102조의3 제1항은 “그 등기에 건물만에 관한 취지를 부기하여야 한다”고 규정하였다. 그런데 2004년 법령의 한글화를 위하여 부동산등기법을 개정하면서 이 부분을 “그 등기에 건물에만 효력이 미친다는 뜻을 부기하여야 한다”고 바꾸었다. 그러나 건물에만 효력이 미친다는 표현에 있어서 그 효력이 건물에만 미치는지 토지에도 미치는지는 실제법상 판단하여야 할 문제로 보이며 실제로 토지에 그 효력이 미치는 경우도 있다(대법원 1995. 8. 12. 선고 94다12722판결; 2002. 6. 14. 선고2001다68389판결).

력은 대지권에 대하여도 미친다. 따라서 토지와 전유부분 중 어느 한쪽만을 객체로 하는 일정한 권리에 관한 등기는 이를 할 수 없게 된다.¹⁰⁰⁾

(1) 원칙

대지권등기가 이루어지면 전유부분과 대지사용권의 분리처분금지의 취지가 등기된 것이므로 이제는 양자를 분리하여 처분하는 등기를 신청할 수 없다. 즉, 토지 또는 건물의 어느 일방만의 처분에 관한 등기신청은 수리할 수 없다. 토지의 소유권이 대지권인 경우에 “그 취지의 등기를 한 때”에는 그 토지의 등기용지에는 소유권이전의 등기를 하지 못하고, “대지권을 등기한 건물의 등기용지”에는 그 건물만에 관한 소유권이전의 등기를 하지 못한다(부동산등기법 제135조 제1항, 제2항). 저당권설정등기 및 소유권 이외의 권리에 관한 등기를 신청하는 경우에 대하여도 마찬가지이다(부동산등기법 제165조의 2, 제165조의 3). 이에 반하는 등기신청은 법 제55조 제2호에 의하여 각하하여야 한다.¹⁰¹⁾

실체법적으로는 전유부분과 대지사용권은 분리처분가능규약이 없는 한 대지권등기와 관계없이 대지권이 발생하는 시점에 처분의 일체성을 갖게 되어 분리하여 처분할 수 없게 된다. 그러나 등기절차상으로는 대지권등기가 되기 전까지는 분리처분에 따른 등기가 이루어질 수 있다.¹⁰²⁾ 즉, 전유부분과 대지사용권을 각각 분리하여 처분하는 등기, 예를 들어 전유부분 또는 토지의 공유지분만에 대한 소유권이전등기 또는 저당권설정등기신청, 가압류등기촉탁 등이 접수되더라도 등기관으로서 이를 수리할 수 밖에 없다.¹⁰³⁾ 대지권등기가 되어야 비로서 절차적으로도 분리처분에 따른 등기가 허용되지 않게 된다.

100) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 168면.

101) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007, 169-171면.

102) 구연모, 전계논문, 306면.

103) 토지와 건물은 별개의 부동산이다. 따라서 대지권등기가 되어 있지 않은 상태에서 전유부분 또는 토지 지분만에 대하여 소유권이전등기나 저당권설정등기 신청이 있을 경우 등기관은 등기신청이 없는 토지등기부 또는 전유부분 등기부를 확인하여 그것이 대지사용권인지 여부와 분리처분하는 것인지 여부를 심사하여야 하는 것이 아니다. 또한 대지사용권은 분리처분이 금지되지만 분리처분가능규약이 있으면 분리처분이 가능하다. 그런데 전유부분 또는 토지지분만에 대하여 위와 같은 등기신청을 접수받은 등기관이 분리처분가능규약이 있는지 여부를 심사하여야 하는 것도 아니다. 모두 형식적 심사권의 범위 밖이기 때문이다. 실무상 구분소유자가 수천명이 되고 토지등기부도 수백장에 이르는 경우가 많다는 것을 생각해 보면, 전유부분의 소유자와 대지에 대한 공유지분권자를 일일이 확인하여야 한다는 것도 현실적으로 거의 불가능하다.

대지권을 등기한 후에 한 건물에 대한 소유권에 관한 등기 또는 소유권 외의 권리에 관한 등기로서 건물만에 관한 것이라는 뜻의 부기가 없는 것은 대지권에 대하여 동일한“등기”로서의 효력이 있다(부동산등기법 제135조의 4 제1항, 제165조의 3 제2항). 그러므로 대지권을 등기한 후에는 원칙적으로 건물등기부에만 등기하여도 토지에 대한 등기로서의 효력이 있게 되고 토지등기부에는 더 이상 등기를 할 필요가 없게 된다.¹⁰⁴⁾

(2) 예외

소유권이전등기가 금지되는 것은 토지의 소유권이 대지권인 경우이므로, 토지의 지상권, 전세권, 임차권이 대지권으로서 그 취지의 등기를 한 경우에는 그 토지의 등기용지에 소유권이전의 등기를 할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 여기서 말하는 소유권이전의 등기에는 소유권이전의 가등기도 포함되며, 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기(가압류, 환매등기, 체납처분에 의한 압류등기)도 포함된다.¹⁰⁶⁾

분리처분이 금지되는 행위는 의사표시에 의한 법률행위에 의한 경우만을 의미하므로 수용, 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기의 신청은 가능하다. 성질상 분리처분이 허용되는 경우 그러한 처분에 의한 등기신청은 모두 가능하다.¹⁰⁷⁾ 하지만 이러한 경우에도 건물의 표시변경(대지권말소)등기의 절차에 의하여 대지권인 취지의 등기를 먼저 말소하지 않으면 안된다. 대지권등기가 된 전유부분에 대한 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기는 가능하다.¹⁰⁸⁾

여기서 몇가지 주의할 사항을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 대지권등기 후에는 강제경매이든 임의경매이든 체납처분에 의한 압류이든 어느 일방에 대한 압류등기를 할 수 없고, 강제집행을 위한 보전행위로서 어느 일방만에 대한 가압류등기도 할 수 없다. 다만 대지권 발생전에 대지에만 설정된 저당권을 실행할 경우¹⁰⁹⁾에는 그 토지만에 대하여 압류등기를 할 수 있다.

104) 구연모, 전계논문, 306면.

105) 양경승, 전계논문, 255면.

106) 곽윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 1998, 385면.

107) 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2004, 161면.

108) 법원행정처, 「등기선례요지집Ⅲ」, 1993, 554항(1990.12.28.등기제2518호).

109) 구분건물에만 저당권이 설정된 경우에 대지권을 취득하게 되면 토지에까지 그 효력이 미친다고 보는 것

둘째, 가처분등기는 구분건물 또는 대지권에 대한 소유권을 다투면서 그 말소등기청구권을 보전하기 위한 경우에는 일체성의 원칙에 반하지 않으므로 다투있는 일방만에 대한 가처분등기는 허용된다. 하지만 대지권 성립 후의 어느 일방만에 대한 매매예약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가처분의 경우에는 일체성의 원칙에 반하므로 그러한 가처분등기는 할 수 없다. 종전에는 가처분의 피보전권리가 실체적으로 무엇인지를 등기관이 조사하는 것은 어려우므로 법원의 촉탁이 있으면 당해 법원에서 판단하는 것으로 보아 그대로 등기하면 될 것으로 생각했으나, 현재는 그 피보전권리를 촉탁서에 기재하도록 실무처리를 하고 있으므로¹¹⁰⁾ 그 내용에 따라 판단하면 될 것이다.

셋째, 전유부분 또는 대지권만을 목적으로 하는 예고등기는 성질상 이를 할 수 있다. 이때 건물만에 대하여 예고등기를 하는 경우에는 그 등기에 건물만에 관한 취지의 부기를 하고, 토지만에 대하여 예고등기를 하는 경우에는 토지등기부에 기재하되 건물등기부에 토지 등기용지에 별도등기가 있다는 취지를 직권으로 기재하여야 한다.¹¹¹⁾

그런데 대지권등기 이후의 건물 및 대지권의 승계취득자 전원 또는 그 일부를 상대로 대지권만을 목적으로 하는 가처분등기나 예고등기를 할 경우, 토지등기부에는 그 승계취득자가 전혀 나타나 있지 아니한 관계로 그 등기의 기재방법이 문제된다. 그 방법으로는, ① 건물등기부에 하되 대지권만에 관한 것이라는 취지의 기재를 하는 방법, ② 토지등기부에 말소등기의 대상이 된 등기를 전사한 후에 하는 방법, ③ 토지등기부에 하되 말소대상이 된 등기사항임을 전사하지않고 건물등기부에 등기된 사항을 해당 전유부분의 어떤 등기사항임을 명시하고 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 생각건대, 통상 폐쇄등기부에 기재된 등기사항에 대한 예고등기를 하는 경우에는 위②의 방법을 취하고 있으나, 이 경우에는 건물등기부가 폐쇄된 등기부는 아니므로 동일하게 처리할 필요는 없을 뿐만 아니라 대

이 대법원 관례의 입장이다 (대법원 2005. 11. 14. 자 2004그 31결정).

110) 대법원등기예규 제881호(1997. 9. 11.)는 가처분집행법원의 가처분 기입등기 촉탁에 의하여 부동산의 처분금지 가처분등기를 하는 경우에는 피보전권리가 소유권 또는 소유권 이외의 권리의 이전등기 청구인 경우 “피보전권리 소유권이전등기청구권” 또는 “피보전권리 근저당권이전등기청구권”등 이라 하여 당해 가처분의 피보전권리를 기재하도록 하고 있다.

111) 법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985, 34면 ; 법원행정처, 「부동산등기실무Ⅲ」, 2004, 160면.

지권등기를 그대로 둔 채 건물등기부에 기재된 등기사항을 토지등기부에 전사하는 것은 옳지 않다. 또한 건물등기부에다 직접 등기하는 방법은 대지권만에 대하여 등기를 하는 것인데도 이를 건물의 등기용지에다 하는 것은 공시법상 합리적이지 못한 것으로 생각된다. 사건으로는 토지등기부에다 하되 건물등기부상의 대상이 된 등기사항을 명시하도록 하고, 건물등기부에는 토지등기부에 별도등기가 있다는 취지의 기재를 하는 ③의 방법이 옳다고 본다.¹¹²⁾

나. 분리처분의 금지에 위반한 등기의 효력

대지권등기가 있는 후 분리처분금지의 원칙에 위반한 등기신청이 있는 경우 등기관은 부동산등기법 제55조 제2호의 사유로 이를 각하하여야 한다.¹¹³⁾ 어떠한 과오로 인하여 그 같은 등기가 경로 된 경우(건물의 경우 건물만에 것이라는 부기가 있을 것임)이는 무효의 등기로서 등기관이 직권으로 이를 말소하여야 한다(부동산등기법 제175조 이하).¹¹⁴⁾

반대로, 등기신청서에 대지권표시를 함이 없이 건물 만에 관한 등기를 신청하였는데, 등기관이 이를 간과하고 건물만에 관한 취지의 부기를 함이 없이 대지권에 대하여도 동일한 효력이 있는 등기를 한 경우, 그 등기는 단지 실체법상 무효일뿐 등기부의 형식상으로는 일체성에 반하지 아니하여 전혀 이상할 것이 없다. 이 경우 등기관은 직권으로 말소할 수는 없고 등기 권리자의 신청에 의해서만 말소 할 수 있다 할 것이다.

처분행위는 대지와 건물에 대하여 일체로 하였으나 그 등기신청시 착오로 일방만에 대하여 등기신청을 한 경우(등기신청서에 대지권표시를 누락한 경우), 그 처분행위는 유효하며 단지 부동산등기법 제55조 제4호의 사유에 해당하므로 이를 이유로 각하 하여야 한다.¹¹⁵⁾

112) 법원행정처, 「부동산등기체계집」, 2004, 643-644면.

113) 법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985, 123면.

114) 법원행정처, 「등기선례요지집 VII」, 2004, 359항(2003. 4. 30. 부등 3402-246 회답).

115) 안갑준, 전계논문, 260면.

제4장 대지권미등기와 관련한 문제점과 개선방안

제1절 서설

집합건물 소유관계를 다룸에 있어서 가장 핵심적인 사안은 구분소유권과 대지권의 일체성이고, 본 장에서는 이와 관련하여 파생되는 문제점들을 부동산등기제도와 연계하여 이론과 실무사례를 고찰함으로써 분석하고자 한다.

집합건물법 제20조¹¹⁶⁾ 제1항은 “구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다”고 하고, 제2항에서는 규약으로 따로 정하지 않으면 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 없게 하였으며, 제3항에서는 선의의 제3자를 보호하기 위하여 전유부분과 대지사용권의 분리처분 금지를 등기하도록 하였다.

이 조항의 취지는 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있다. 그리고 부동산등기제도는 소유권을 보호하고 거래의 안전을 보장함과 동시에 자산을 재창출하는 중요한 기능을 가지고 있으므로 일반인들이 부동산등기제도에 대한 이해와 접근이 용이하여야 한다.

우리나라에서는 대개 건설업자가 아파트나 연립주택 등 집합건물을 건축하여 일반에 분양하는 경우, 먼저 그 대지를 매수하거나 수용 또는 협의취득의 방법에

116) 집합건물법 제20조 「전유부분과 대지사용권의 일체성」 ①구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.

② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 때에는 그러하지 아니한다.

③ 제2항 본문의 분리처분 금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에 대하여 대항하지 못한다.

④ 제3조 제3항의 규정은 제2항 단서의 경우에 이를 준용한다.

의하여 소유권을 취득하여(따라서 분양전에 대지에 관하여 건설업자 명의의 소유권이전등기를 마친 경우가 많을 것이다.), 건물이 완성되면 건물에 관하여 소유권보존등기와 함께 대지권등기를 마치고 건물과 대지권을 함께 분양하여 수분양자 앞으로 구분건물과 대지권에 관하여 소유권이전등기를 마쳐 줌이 원칙이다.

그런데, 대지소유자로부터 그 대지를 매수하기로 하고 대체적인 합의를 하였으나 여러 가지 사정으로 건설업자 명의의 소유권이전등기를 마치지 못하였거나(이때는 대지 등기명의인의 토지사용 승낙을 얻어 건축허가를 받는다), 건설업자 명의의 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 대규모 주택단지 건설의 경우와 같이 대지의 분,합필,토지구획정리사업 종결에 따른 환지등기, 각 세대당 지분 비율의 결정 등이 지연되어, 구분건물과 대지권에 관하여 동시에 수분양자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주지 못하는 경우가 생긴다.¹¹⁷⁾

그리하여 건설업자는 건물만에 관하여 자신 명의의 소유권보존등기를 마치고 수분양자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 다음 길게는 2,3년 후에 이르러서야 수분양자 또는 그 전득자에게 대지에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주어 수분양자등으로 하여금 대지권등기를 하게 하거나, 자신이 직접 대지권등기를 마쳐 주게 된다.

본 장에서 다루고자 하는 문제는 바로 위에서 본 바와 같이 건설업자가 수분양자에게 대지권등기를 경료해주기 전에 나타나는 공백으로 인하여 그사이의 대지와 전유부분 건물만에 관한 법률행위로 인한 여러 가지 문제들과 또한 대지권등기를 미처 하기전의 전유부분 소유자의 대지에 관해 가지는 권리의 범위등을 실무상 나타나는 구체적 사안들을 살펴보며 그 제도적 개선방안을 모색해 보기로 한다.

제2절 대지권미등기와 관련한 제문제

117) 이러한 경우, 건설업자는 수분양자와 장래 이전해줄 대지권의 대체적인 비율만을 예정한 채 구체적인 지분 비율등은 건설업자가 변경할 수 있는 권한을 유보하고 구분건물과 대지권에 관한 매매대금을 책정하여 분양계약을 체결하고 그 대금은 모두 수령하되, 대지에 대한 수분양자 앞으로의 소유권이전등기는 위와 같은 절차가 모두 해결된 후에 수분양자 또는 그 전득자에게 직접 마쳐 주기로 약정하는 것이 보통이다.

1. 구분소유 요건 불충족에 따른 강제집행 불능문제

집합건물법 제 1조는 “1동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한건물로서 이용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다”고 규정하고 있는바, 일반적으로 이렇게 1동의 건물 중 어느 부분이 독립한 소유권의 목적이 될 수 있는 객관적요건을 ‘건물의 일부분이 구조상 구분되어야 한다’는 「구조상의 독립성」과 ‘독립한 건물로서 이용될 수 있어야 한다’는 「이용상의 독립성」을 갖추어야 한다.

대법원 판례에서도 “구분소유의 목적인 건물의 일부를 전유부분으로 볼수 있기 위하여는 그 건물부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 독립되어 있을 것을 요한다¹¹⁸⁾”고 한다. 그러나 구분건물 성립 시에는 실제 현황이나 구조상으로 구분되어 있어 집합건물도登記되었으나, 구분건물 성립후에 어떠한 사유로 인하여 인접한 여러 구분건물사이에 설치된 경계벽을 제거하고 하나의 구분건물 형태로 사용하는 경우에 법원의 판단이 혼란¹¹⁹⁾을 가져오는 경우가 있으며 그러한 문제의 해결책이 필요하다고 본다.

118) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다 16499 판결.

119) 인천지방법원 2005타경80051부동산임의경매사건에서 경매(매각)대상 목적 부동산(구분상가 11개 호실 중 9개 호실)은 구분상가로 분양되어 소유권보존등기가 경료되었으나, 그후 그 구분상가는 전전양도 되었다가, 구분상가를 매수한 자가 위락시설로 사용하기 위하여 구분상가내에 설치된 격벽을 없애고, 즉 경계를 허물고 하나의 구분상가(실제현황은 나이트클럽)로 이용하던 중, 그 소유권을 경매(매각)절차에서 낙찰 받은 매수인이 다시 이 사건 부동산을 담보로 제공하고 저당권을 설정한 후, 채무를 상환하지 못함에 따라 그 구분상가 9개 호실을 담보로 취득한 저당권자가 임의경매신청을 하였다.

이에 따라 법원에서는 경매(매각)개시를 결정하였고, 법원의 감정평가명령을 촉탁받은 감정평가사가 경매(매각)대상 목적 부동산에 대한 현황조사를 한 결과, 각 호실별 구분건물의 위치 파악이 되지 않는다는 의견을 제시하였으며, 이에 경매법원은 경매신청권자에게 위치확인에 대한 보정명령을 하였으나, 경매신청채권자는 수차례 경매절차중단의 부당성을 주장하였으나 내부 구분 상가의 호실을 명확히 할 수 있는 도면 제시를 하지 못하여 법원의 보정명령을 이행할 수 없었고, 이로 인해 경매법원은 구분소유 요건이 미비(구조상, 이용상의 독립성 상실) 되었음을 사유로 경매(매각)취소 결정하여 이 사건 부동산은 강제집행 불능 상태에 있다.

반면에, 위 사건부동산의 경매(매각)목적물에 대하여 동 법원 2001타경7348 부동산임의경매사건에서는 동일한 현황(나이트클럽)으로 이용되던 상태에서 경매(매각)진행을 통하여 낙찰받았고, 사건 부동산의 동일 층에 위치한 구분상가 1개호(11개호중 1개)를 경매신청한 동 법원 2004 타경136476 동산임의경매사건에서는 경매신청목적부동산에 대한 위치확인이 되지 않았음에도 경매(매각)절차를 진행하여 제3자가 매수함에 따라 소유권을 취득하였다.

동일한 지면내의 동일한 물건을 몇차례 경매진행함에 있어서 동일한 관할법원내에서도 구분 건물 성립후에 경계가 없는 구분상가에 대하여 그 집행시기를 달리한 사건별로 강제집행 진행 여부에 대한 경매법원의 판단도 각기 달리고 있는 문제점이 있음을 알 수 있다.

2. 대지점유사용권의 대지사용권성 인정여부

구분소유권에 있어서 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서 전유부분의 처분에 따르게 되어 있다. 이 경우 전유부분과 대지지분을 매수하였으나 건물지분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유사용하던 자에 대하여 그 뒤 대지권등기가 없는 전유부분만에 관한 경매후 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 그리고 전제되는 문제는 대지사용권에 대지의 매수인이 매도인에 대하여 가지는 소유권이전등기절차를 구할 권리 내지 이에 터잡은 대지의 점유사용권도 포함되는지의 여부이다.

아울러 집합건물법은 대지사용권을 가지지 않은 구분소유자가 있는 경우에는 건물의 철거청구 대신에 대지소유자가 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있는데 이는 종래의 토지 우위 관념을 그대로 반영한 것으로서 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호하여야 한다는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에도 부합하지 않는 결과를 낳고 있다.

이러한 문제는 현재의 법제하에서는 아직 해결이 되지 않은 문제들이며 단지 판례를 통한 접근이 있을 뿐이라 그에 관한 연구가 필요하다 하겠다.

가. 관례의 태도

대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서 전유부분의 처분에 따르게 되어 있다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 그렇다면 이 경우 전유부분과 대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가가 문제가 된다.

(1) 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다14661판결

전유부분과 함께 대지지분을 매수한 자가 가지는 대지지분에 관한 소유권이전 등기청구권이 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 소정의 대지사용권에 해당하는지 여부에 관한 대법원의 판단으로서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제2조 제6호에 의하면 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리이므로 반드시 소유권일 필요는 없으나 적어도 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리여야 하고, 단순히 구분건물과 함께 그 대지지분을 매수한 자로서 매도인에게 매매를 원인으로 하여 그 대지지분에 관하여 가지는 소유권이전등기청구권과 같은 것은 법 소정의 대지사용권에 해당하지 아니한다」고 하여 결과적으로 구분건물을 분양받은 최초의 구분소유자 갑이 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료된 상태에서 전유부분 및 대지지분을 을에게 매도하여 전유부분에 관하여만 소유권이전등기를 경료하여 주었다가 후에 대지지분에 대하여 갑 명의로 소유권이전등기가 경료되었음에도 을이 전유부분에 대하여 설정한 근저당권에 기하여 전유부분에 대한 경락이 있을 때까지 을에게 그 대지지분에 대한 소유권이전등기를 경료하여 주지 않아 을로서도 대지지분에 대하여 소유권을 취득하지 못하고 있었다면, 달리 을이 구분건물의 대지에 대하여 전유부분을 소유하기 위한 권리로서의 대지사용권을 취득하여 이를 가지고 있지 않는 한, 경락인 역시 경락에 의하여 전유부분을 소유하기 위한 대지소유권 기타의 대지사용권을 취득하지 못하 소유권므로 경락인은 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자에 해당하고, 전유부분에 대한 소유권을 상실한 후에 비로소 대지지분에 관한 소유권이전등기를 마친 을은 그 대지지분의 소유자로서 전유부분의 철거지사용권을 취할 자에 해당하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제7조에 의하여 경락인에게 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다고 판독하여야다.¹²⁰⁾

120) 매수인이 대지에 관하여 가지는 단순한 매수인으로서의 지위를 여기의 대지사용권, 즉 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리에 해당한다고 할 수는 없기 때문이다. 집합건물법의 취지 특히 제20조 1항의 종속적 일체.불가분성에 비추어 볼 때 여기의 대지사용권은 구분소유자가 대지를 사용할 수 있는 권리로서의 본권(소유권 또는 용익권)으로 제한하여야지 단순한 사실적 지배로서의 점유권까지 포함시킬 것은 아니며, 이전등기청구권과 같은 권리 역시 대지를 사용할 수 있는 권리에 해당한다고 볼 수 없는 것도 다언을 요하지 않을 것이다 라고 하면서, 매수인이 매도인에게 목적물을 인

(2) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체판결

집합건물의 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 소유권이전등기를 받지 못한 경우, 매수인은 매매계약의 효력으로써 건물의 대지를 점유·사용할 권리를 갖는지 여부에 대하여 대법원은 종전의 판례(대법원 1996. 12. 20. 선고 96다14661 판결)과는 달리 전원합의체 판결로서 대법원판례를 뒤엎는 사건이 있었고 그 판결요지에서 “아파트와 같은 대규모 집합건물의 경우, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권이전등기만 수분양자를 거쳐 양수인 앞으로 경료되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는데, 이러한 경우 집합건물의 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건을 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 위와 같은 사정으로 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 자는 매매계약의 효력으로써 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있는바, 매수인의 지위에서 가지는 이러한 점유사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다고 할 것이고, 수분양자로부터 전유부분과 대지지분을 다시 매수하거나 증여 등의 방법으로 양수받거나 전전 양수받은 자 역시 당초 수분양자가 가졌던 이러한 대지사용권을 취득한다”라고 판시 하였다.

도한 경우 대지의 반환을 구하지 못하는 매수인에게 소위 “매각되어 인도된 물건의 항변”이 인정되어 매도인에 대한 관계에서 점유할 권리를 갖게 되는 데서 기인하는 것에 불과할 뿐으로서 매수인이 아직 목적물에 대한 점유를 취득하지 못한 경우에는 인정되지 않는 것인데, 만약 매수인의 이러한 지위를 일종의 권리로서 인정하여 여기의 대지사용권에 해당한다고 하면, 예컨대 매수인이 아니라 제3자가 대지에 대한 소유권이전등기를 경료하거나 점유를 취득한 경우 매수인이 가지는 대지사용권과 제3자가 가지는 대지사용권이 서로 저촉하게 되고, 반면 매수인이 대지에 대한 소유권이전등기를 경료하거나 점유를 취득한 경우 매수인이 새로 취득한 대지사용권과 이미 가지고 있는 대지사용권의 관계가 문제가 될 수 있다는 점에서도 이는 타당하지 않다고 하여, 본 판례의 입장을 지지하는 견해가 있다(이근우, “대지사용권의 구분소유권매도청구권행사”, 「대법원판례해설」 27호, 법원도서관, 1996, 221-223면 참조).

나. 판례변경의 의의

예를 들어보면 구분건물을 분양받은 최초의 구분소유자 갑이 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료한 상태에서 전유부분 및 대지지분을 을에게 매도하면서 전유부분에 관하여만 소유권이전등기를 경료해 주고 대지지분에 대해서는 소유권이전등기를 경료하지 않았지만, 갑은 매도후 대지지분에 대한 소유권이전등기를 경료받았다고 했을 때 종전 판례의 태도와 대법원 전원합의체 판례에 따른 결론에는 어떠한 차이가 있겠는가. 종전 판례의 태도에 따라 해석한다면 대지지분에 대한 소유권이전등기를 하지 않은 을은 집합건물법상의 대지사용권을 갖지 못하고, 따라서 만약 갑이 대지지분을 제3자에게 매도한다고 하더라도 그 처분행위는 그대로 유효하다. 이 경우에는 갑은 대지지분에 대한 채무불이행책임을 부담하면 그만이다. 그러나 변경된 전원합의체 판결에 따른다면 그 처분행위는 무효라고 볼 수 있을 것이다.

위의 예에서 더 나아가 만약 갑으로부터 전유부분에 대한 소유권이전등기를 받은 을이 그 전유부분에 대하여 근저당권을 설정하였는데, 근저당권에 기하여 전유부분이 경락되었고, 전유부분이 경락되기 전까지 을은 그 대지지분에 대한 소유권이전등기를 경료받지 못한 상태였다고 했을 때 종전판례의 태도에 따라 해석한다면 대지지분에 대한 소유권이전등기를 하지 않은 을은 집합건물법상의 대지사용권을 갖지 못하고, 따라서 경락인 역시 경락에 의하여 전유부분을 소유하기 위한 대지소유권 기타의 대지사용권을 취득하지 못하는 것이므로 경락인은 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유에 해당하게 된다. 그 결과 만약 을이 전유부분의 경락이후 전유부분에 대한 소유권을 상실한 후에 비로서 대지지분에 관한 소유권이전등기를 마쳤다면, 을은 그 대지지분의 소유자로서 전유부분의 철거를 구할 권리를 가진 자에 해당하여, 집합건물법 제7조에 의하여 경락인에게 전유부분에 대한 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다. 하지만 이 판례를 변경한 전원합의체 태도에 따라 해석한다면, 을은 매수와 함께 설혹 소유권이전등기를 하지 않았더라도 집합건물법상의 대지사용권을 갖는 것이고, 이를 경락받은 경락인도 마찬가지이므로 을의 경락인에 대한 전유부분의 매도청구권은 부정되어야 할 것이다.¹²¹⁾

일반적으로 구분소유자가 대지사용권이 없는 때에도 대지소유자는 그 전유부분의 철거를 청구할 수 없다. 집합건물의 철거가 사회적 이익에 어긋날 뿐 아니라 다수의 구분소유자로부터 소유권을 발탁하는 결과로 되기 때문에 이를 회피하려는 것이다. 집합건물법은 건물의 철거청구는 금지하는 대신에 대지소유자가 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있다(제7조). 구분소유권매도청구권은 형성권의 성질을 가진다.

이에 대하여는 집합건물법이 토지소유자에게 구분소유권매도청구권을 준 것은 종래 토지우위 관념을 그대로 반영한 것으로서, 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호하여야 하는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에도 부합하지 않는다는 비판이 있다.¹²²⁾ 집합건물법의 제정시 정부안에 의하면, 구분소유자는 그의 선택에 따라 대지소유자에게 대지에 대한 권리를 매도하거나 그 구분소유권을 시가로 매수할 것을 청구할 수 있고, 대지소유자는 위의 권리를 행사하지 아니할 때에는 상당한 기간을 정하여 최고한 뒤 그 대지에 대한 권리를 매수하거나 그 구분소유권을 시가에 따라 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있었는데, 국회안에 따라 대지소유자에게만 구분소유권매도청구권을 주었다고 한다.¹²³⁾

그러나 집합건물법이 대지사용권을 구분소유권의 종된 권리로 규율하면서도 매도청구권의 행사에 관하여는 대지사용권자를 우선시키는 것은 납득하기 어려우며, 입법론적으로는 구분소유자에게 우선적으로 대지사용권의 매도청구권을 인정하여야 할 것이라고 본다.¹²⁴⁾

3. 대지권등기전 구분건물의 대지에 대한 저당권 설정 문제

대지권의 등기가 이루어지기 전에는 구분건물의 대지에 저당권을 설정할 수가 있다. 그리고 구분건물의 대지에 저당권이 설정되는 모습은 크게 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 나대지상에 저당권이 설정되고 그 후에 구분

121) 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2007, 437-438면.

122) 양경승, 전계논문, 269면.

123) 양경승, 상계논문, 210면, 269면.

124) 이근우, 전계논문, 226면.

건물이 축조되는 경우이고, 둘째는 구분건물이 축조 중에 있거나 축조 완료된 후 대지권의 등기가 이루어지기 전에 저당권이 설정되는 경우이다.

대지권의 등기가 이루어지기 전에 구분건물의 대지에 저당권이 설정되고 이어 구분건물과 대지권을 일체로 하여 저당권이 설정된 후 구분건물의 대지에 대한 저당권이 실행되고 그 경매절차에서 매수인이 매각대금을 납부하고 대지의 소유권을 취득하게 되면 구분건물의 대지사용권은 소멸하고 그에 따라 대지권등기는 말소된다.

따라서 대지에 대한 저당권의 실행으로 구분건물의 대지사용권이 소멸하게 되면 대지의 매수인이 구분건물의 소유자들에게 구분건물의 철거를 요구할 수 있는지 문제로 된다.

이에 관하여는 결론부터 말해서 구분건물의 소유자가 대지의 매수인으로부터 법정지상권을 취득하는지 여부에 따라 법정지상권을 취득하면 철거를 요구할 수 없는 반면 법정지상권을 취득하지 못하면 철거를 요구할 수 있게 된다.

그런데 법정지상권이 성립하려면 대지에 대한 저당권설정 당시 대지상에 구분건물이 존재하고 있어야 하고 또 그 대지와 구분건물을 동일인이 소유하고 있어야 한다(민법 제366조). 그리고 이 경우의 구분건물은 반드시 허가받은 완성된 건물일 필요가 없으며, 미등기이거나 무허가·불법인 것은 물론이고, 저당권설정 당시에 구분건물의 존재가 예측되고 또한 당시 사회경제적 관점에서 그 가치의 유지를 도모할 정도로 구분건물의 축조가 진행되어 있는 건축 중에 있는 구분건물도 포함한다.¹²⁵⁾

따라서 대지에 대한 저당권이 저당권설정자가 구분건물을 축조하기 시작한 이후에 설정된 것이면 대지의 경매시 그 매수인은 구분건물의 소유자 전원에게 민법 제366조에서 규정하는 법정지상권을 설정한 것이 되고 나아가 이 법정지상권이 대지사용권이 되므로 구분건물의 철거를 요구할 수 없다. 그러나 대지에 대한 저당권이 설정된 이후에 저당권설정자가 구분건물을 축조하기 시작한 것이면 구분건물의 소유자들은 대지의 경매시 대지의 매수인으로부터 법정지상권을 취득하지 못하며, 그에 따라 대지의 매수인은 구분건물의 소유자들에게 구분건물의 철거를 요구할 수 있다.

125) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다 34107 판결.

구분건물의 소유자들이 대지의 경매 시 대지의 매수인으로부터 법정지상권을 취득하지 못함으로써 매수인의 청구에 따라 구분건물을 철거할 수 밖에 없다고 하는 것은 사회·경제적으로 바람직 하다고 할 수 없다.

이에 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률은 제7조에 「대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자가 있을 때에는 그 전유부분의 철거를 구할 권리를 가진자는 그 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다」고 규정함으로써, 위의 경우 대지의 매수인에게 구분건물을 자신에게 매도할 것을 청구할 수 있는 권리를 주어 구분건물이 철거되는 것을 방지할 수 있도록 하고 있다.

그러나 이는 전유부분의 철거를 구할 권리를 가진 자 즉 대지의 매수인에게 부여된 권리이므로 대지의 매수인이 구분건물의 소유자에게 매도청구를 하지 않으면 구분건물이 철거될 수 밖에 없어 특히 다수의 구분건물소유자가 있을 경우 사회경제적으로 여러 문제를 발생시킬 수가 있다.

4. 대지저당권 실행 전에 구분건물저당권이 실행되는 경우의 제문제

선순위인 구분건물의 대지에 대한 저당권과 후순위인 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 병존하는 상태에서 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 먼저 실행되는 경우에 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 소멸하고 그 저당권자가 매각대금으로부터 자신의 순위에 따른 우선배당을 받게 되는 점에 대하여는 다툼이 있을 수 없다(민사집행법 제91조제2항). 문제는 선순위인 구분건물의 대지에 대한 저당권을 어떻게 처리하며, 이 경우 대지저당권자의 지위를 어떻게 볼 것인가 하는 점이다.

가. 현재의 실무

이에 관하여 현재 집행법원의 경매실무에 있어서는 이 경우에 대하여도 「매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다」는 민사집행법 제91조 제2항을 적용하여, 구분건물의 대지권에 해당하는 대지의 공유지분만큼 구분건물의 대

지에 대한 저당권이 소멸하는 것으로 보고, 매각대금 중 구분건물에 해당하는 부분은 구분건물의 저당권자에게 우선배당 하되 대지의 저당권자는 우선배당을 받을수 없는 것으로 하는 반면 대지권에 해당하는 부분은 대지의 저당권자와 구분건물의 저당권자가 모두 우선배당을 받을수 있는 것으로 하되 그 순위에 있어서 대지의 저당권자가 구분건물의 저당권자보다 우선하는 것으로 처리하고 있다. 그리고 등기실무에 있어서는 구분건물의 대지등기부에 구분건물의 대지에 대한 저당권중 구분건물에 대한 저당권의 목적인 대지권에 해당하는 대지의 공유지분만큼 소멸하는 것을 내용으로 하는 저당권의 변경등기를 부기등기의 형식으로 하고 있다.¹²⁶⁾

나. 실무에 대한 비판

전체 집합건물중 일부 구분건물과 그 대지권에 대한 경매신청채권자가 당해 구분건물 및 그 대지권에 대하여 경매신청을 하는 경우에는 통상 구분건물등기부의 을구란에는 당해 구분건물에 대한 저당권만이 등기되어 있을 뿐이며, 등기부의 표제부중 대지권의 목적인 토지의 표시란에 대지에 관하여 별도등기가 있다는 기재만이 되어 있으므로 경매법원은 다시 해당 대지의 토지등기부의 제출을 명하여 토지에 관한 저당권을 확인하여야 하는바, 구분건물의 경락으로 인하여 전체 집합건물의 부지인 토지에 설정된 저당권이 소멸한다고 할 수는 없으므로 종래의 경매실무에서는 토지에 대한 저당권을 인수할 것을 조건으로 경매한다는 특별매각조건을 붙여왔다. 즉, 구분건물을 경락받더라도 토지의 저당권은 그대로 존속하며 채무변제가 되지 않아 토지의 저당권자가 저당권을 실행하면 건물이 철거될 수도 있다는 것인데, 구분건물을 경매하면서 그런 어마어마한 조건을 붙이는데 그 건물이 경락될 리가 없었고, 따라서 경매기일만 공전되고 비용만 들이다가 끝내고 마는 실정이었다. 그래서 이문제를 해결하기 위하여 짜낸 묘안이 토지의 저당권자를 경매에 끌어들여 그로 하여금 채권신고를 하게 하여 그중 경매의 대상이 된 구분건물의 대지권비율만큼에 해당하는 금액을 배당하여 주고 당해 구분건물의 대지권에 상응하는 토지저당권을 일부 말소시키는 것으로,

126) 법원행정처, 「민사집행II」, 2003, 383면.

그리하여 전체 구분건물이 순차로 전부 경매되기에 이르면 토지의 저당권자는 채권액을 전액 변제받게 되고 토지의 저당권도 전부 말소되는 결과가 된다는 것이다.

그러나 저당권의 목적물인 대지에 관하여 여러 구분건물의 대지권이 성립되고 공동소유로 변경되면 대지저당권자의 권리에는 변동이 생긴다. 즉 저당권의 목적물인 대지에 관하여 구분건물의 대지권이 성립한 후 일부 구분건물(대지권포함)의 경매로 인하여 대지저당권에 관하여 대지권에 해당하는 만큼 저당권의 소멸을 인정하게 되면 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조에서 규정하는 구분건물과 대지권의 분리처분금지원칙에 따라 구분건물의 전유부분에 대하여 저당권이 없는 대지저당권자로서는 대지의 잔여 공유지분(잔여 구분건물의 대지권)에 관하여 경매청구를 할 수 없는 제한을 받게 됨으로써 위와 같은 실무처리로 저당권자가 뜻하지 않은 불이익을 받게 되는 불합리한 결과를 초래하게 된다.

다만 이러한 경우라도 대지저당권자에게 대지의 잔여공유지분(잔여 구분건물의 대지권)과 구분건물의 전유부분에 관하여 일괄경매청구권을 인정할 수 있다면 위와 같은 실무처리를 하더라도 대지저당권자에게 불이익이 초래되지 않는다. 그리고 민법은 제365조에 대지저당권자가 저당목적물이 아닌 대지상의 건물을 일괄하여 경매청구할 수 있는 경우를 규정하고 있기는 하다. 그러나 후술하는 바와 같이 민법 제365조에서 규정하는 일괄경매청구권은 매우 제한적으로 인정되어 있고 도한 의무사항이 아니라는 점에서 이를 근거로 위와 같은 실무처리가 타당하다고 할 수는 없다.

제3절 개선방안

1. 법원의 경매감정평가처리에 관한 기준마련

구분건물의 성립시점에 있어서는 경계의 명확성 등 구조상 독립성이 필요하지만, 사실상 구분건물 성립에 따른 소유권보존등기 후 그 구조상의 독립성에 관하

여 경계의 불명확성을 사유로 소유권보존등기를 무효로 본다거나, 또는 장래에 경매진행으로 매수인이 소유권을 이전받을 수 없다면, 저당권자의 권리는 침해받을 소지가 다분하고, 구분소유자도 자기 자신의 재산을 정당하게 가치 인정을 받지 못하여 재산권 행사에 제약을 받을 수도 있다.

이에 대하여 구분소유 성립시점에서는 집합건물로서의 요건을 제대로 갖추고 있는지에 대하여 실질적인 조사가 이루어져야 하는 것은 당연하지만, 구분소유 성립 후에 경계 벽을 없애버려 건물의 현황이 일반건물처럼 보이는 구분건물에 대하여 경매진행과정에서 감정평가사가 “위치과약 불가 또는 경계가 불분명¹²⁷⁾하다”라는 감정평가 의견을 법원에 개진함으로써 경매법원에서는 이 구분건물이 구조상 독립성이 없다고 판단하여 소유권보존등기자체의 무효성에 귀결시킨다는 것은 집합건물법 제1조의 2(상가건물의 구분소유)규정의 문언적 해석에만 치중한 결과라고 이해할 수 밖에 없다.

따라서 구분건물 성립이후에 구조상 독립성이 불명확한 구분건물에 대한 경매가 신청되면 감정평가사 또는 집행관의 현황조사에 따라 경매절차를 취소하는 것만이 능사가 아니라, 그 부동산 전체(또는 그 층만 해당하는 경우에는 그 층전체)를 평가한 후 면적당 단가를 근거로 경매목적대상물의 가격을 산정토록 하는 방식을 채택하여 경매를 원활하게 진행시키고, 그 구분상가의 소유권을 취득한 매수인이 내부에서 그 구분상가의 경계를 구분하는 조정 절차 또는 구분소유를 위한 변경등기절차를 거치도록 하는 방안과 강제집행실무상의 감정평가처리에 관한 법원의 기준을 마련함으로써 채권자, 채무자, 소유자, 경매절차에서의 매수자 등의 보호와 거래의 안전성을 확보할 수 있을 것으로 보인다.

2. 점유할 권리의 대지사용권성 인정

대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서 전유부분의 처분에 따르게 되어 있다. 이 경우 전유부분과

127) 2003년 7월18일자 개정된 집합건물법 제56조 제2항의 규정에서는 구분점포에 대하여 신규로 건축물대장 등록신청을 하는 경우에는 건축사 또는 측량기술자가 작성한 평면도를 첨부하도록 함으로써 경계의 불분명으로 인한 구조의 독립성 문제 발생 소지를 최소화 하었다고 볼 수 있다.

대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유 사용하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가? 이에 그 전제가 되는 문제는 대지사용권에 대지의 매수인이 매도인에 대하여 가지는 소유권이전등기절차를 구할 권리 내지 이에 터잡은 대지의 점유사용권도 포함되느냐 여부라 할 것이다.

이에 대하여 민법 제213조 단서는 “소유자의 소유물반환청구권에 대하여 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기서 ‘점유할 권리’는 엄격한 의미에서는 권리만에 한정하는 것은 아니고, 그 점유의 보유가 정당화 되는 법적지위를 모두 포함하는 것이다. 그러므로 점유할 권리에는 우선 지상권, 전세권, 유치권, 질권과 같이 점유를 권리내용으로 하는 제한물권이 포함됨에는 의문이 없고¹²⁸⁾, 이른바 물권적기대권도 이에 해당한다. 따라서 소유권유보부매매에 있어서 매수인은 물권적기대권 자체에 의하여 점유할 권리를 가지며, 이러한 물권적기대권의 양수인도 점유할 권리를 갖는 것이다.¹²⁹⁾

나아가 점유자가 소유자에 대하여 그 물건을 점유하는 것을 내용으로 하는 채권을 가지는 경우도 이에 해당된다. 특히 물건의 사용을 일시적으로 허용하는 계약관계, 즉 임대차, 사용대차 등이 그것인데, 뿐만 아니라 임치, 도급, 출자된 조합재산 등도 이에 포함된다. 그리고 동시이행항변권도 이에 포함된다.¹³⁰⁾

3. 구분소유권 매도청구권의 비현실성

구분소유자가 자기의 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대한 권리(즉, 대지사용권)를 갖지 아니한 경우에는 그 대지의 권리자는 이론상 구분소유자에 대하여 그 전유부분의 철거를 청구할 수 있으나, 그것은 1동 건물의 일부이므로 그 부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능한 현실이다. 또한 철거가 가능하다고 하여도 철거에 의하여 건물의 일부를 파괴하는 이외의 방법이 없다고 하는

128) 박윤직, 「민법주해(V)」, 박영사, 1992, 223면.

129) 박준서, 「주석민법 제3권 물권(1)」, 한국사법행정학회, 466-467면.

130) 박준서, 상계서, 468면.

것은 사회경제적인 측면에서 타당하지 않으므로 집합건물법 제7조¹³¹⁾는 철거청구권자에게 전유부분의 철거청구 대신 그 전유부분을 목적으로 하는 구분소유권을 자기에게 매도할 것을 청구할 수 있다고 규정하였다.¹³²⁾

이 규정은 전유부분 소유자가 아무런 권리 없이 다른 사람의 토지를 사용하는 것이라 하여 건물을 철거하도록 한다면 사회경제상의 불이익을 가져오게 할 경우가 많으므로 이러한 불이익을 제거하기 위하여 전유부분 소유자에게 그 대지 사용권을 적법하게 이용할 수 있도록 하여줌으로써 전유부분이 철거되는 것을 막는 제도적 장치 마련을 위한 입법취지로 해석된다.

구분소유매도청구권은 일종의 형성권이다. 따라서 청구권자의 일방적 의사표시만으로 곧 매매가 성립한다. 그 의사표시는 재판상으로도 할 수 있고, 재판 외에서도 할 수 있다. 매매가 성립하면 구분소유자는 그 전유부분의 시가에 상당하는 대금을 수령함과 동시에 전유부분의 권리를 이전할 의무를 부담한다. 시가는 매도청구권행사시의 전유부분의 객관적 가격이지만 공용부분의 지분은 전유부분의 처분에 따르기 때문에 그 가격을 포함하여 시가를 산정하여야 한다.

집합건물법 제7조의 구분소유권 매도청구는 사실상 철거가 불가능한 집합건물 중 일부의 전유부분에 대하여도 가능하다.¹³³⁾

전유부분의 철거청구권자는 집합건물법 제7조에 따라 매도청구권을 취득하지만 철거청구권을 상실하는 것은 아니다. 그러나 전유부분의 철거청구가 다른 구분소유자의 권리를 현저하게 해하는 경우에는 권리의 남용에 해당될 수 있다.¹³⁴⁾

또한 집합건물법 제7조가 토지소유자에게 구분소유권 매도청구권을 부여한 것은 종래의 토지 우위의 사회적 관념을 그대로 반영한 것이지만, 집합건물의 소유 관계에 있어서 토지소유자보다는 건물소유자를 우선적으로 보호하여야 하는 사회·정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에 부합하지 않는다는 아래와 같은 비판적 견해¹³⁵⁾도 있다.

131) 집합건물법 제7조 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자가 있을 때에는 그 전유부분의 철거를 구할 권리를 가진 자는 그 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다.

132) 법원행정처, 「민사집행II」, 2003, 42면.

133) 대법원 1996. 11. 29. 선고 95다40465 판결.

134) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카2981 판결.

135) 양경승, 전계논문, 269면.

가. 구분건물소유자의 대지사용권 매도청구권 인정

건설업자가 아파트나 연립주택 등 집합건물을 건축하여 일반에게 분양하는 경우 건물이 완성되면 건물에 관하여 소유권이전등기를 함과 동시에 대지권등기를 마친 다음 건물과 대지권에 대하여 동시에 수분양자 앞으로 소유권이전등기를 경료하는 것이 원칙적인 형태이다. 그러나 실제 아파트 등의 분양현실에 있어서는 건설업자와 수분양자 사이의 가격 분쟁, 도시계획에 따른 가용면적 불확정 등의 사유로 인한 소유권이전등기 미경료, 소유권이전등기종료 후 대지의 분·합필, 토지구획정리사업종결에 따른 환지등기절차의 지연, 각 세대당 지분비율의 결정 지연 등으로 구분건물과 대지권을 동시에 수분양자에게 이전해 주지 못하는 경우가 많다.

이러한 경우에 대지권의 등기가 이루어지지 않았다 하더라도 매매 당사자 사이에는 대지권이 사후에 이전 될 것을 전제로 매매대금이 결정되어 매매거래가 이루어지고, 대지권이 없는 전유부분에 대한 경매(매각)가 이루어질 때에도 시가 감정시에 전유부분이 철거되지 않을 것을 전제로 법정지상권 등 대지사용권이 존재하는 것으로 보고 감정을 하여 최저매각(경매)가격을 정하고 있다. 그럼에도 불구하고 채무자가 대지사용권을 취득하였다는 이유로 사후에 매수인을 상대로 구분소유권 매도청구권을 행사할 수 있다고 해석한다면 일반적인 거래의 실제와 동떨어진 해석론이 될 것이다.

특히 경매(매각)절차진행중이라도 대지지분이전등기를 마칠 수 있는 상황에 있었음에도 불구하고 대지 지분 이전등기절차를 지연하고 있다가 경매(매각)절차가 종결되고 매수인이 소유권 취득후에 상당한 금원을 들여 아파트의 수리까지 마친 상태에서 구분소유권 매도청구권행사를 인정해 준다는 것은 정의 관념에도 명백히 반한다고 할 것이다.

아울러 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호 하여야 한다는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에 비추어 볼 때, 동법이 대지사용권을 종된 권리로 규율하면서도 매도청구권의 행사에 관하여는 대지사용권자를 우선시키는 것은 납득하기 어렵다. 따라서 입법론적으로 구분소유자에게 우선적으로 대지사용권의 매도청구권을 인정하여야 한다고 생각한다.

나. 대지권미등기 집합건물 등기신청시 미등기 사유기재

집합건물이 대지와 건물이 분리되는 현상은 여러 원인이 있겠으나 결과적으로는 크게 두가지의 원인에 의해 분리가 된다.

하나는 집합건물 건설업체가 건물을 짓기 위하여 토지를 매입후 그 토지위에 근저당을 설정하여 입주자들을 모집하고 분양까지 한후 즉 선분양을 하고 그 분양대금으로 공사를 진행하던중 건설업체의 부도로 회사정리절차를 하지 않은채 잠적해 버린 결과 집합건물이 완공되어 소유권보존등기가 되더라도 이미 그 건물의 대지는 근저당권의 실행으로 인하여 본래의 건설업체가 아닌 제3자의 소유가 되어 결국 집합건물의 대지의 소유자와 건물의 소유자가 일치하지 않는 현상이 벌어진다.

두 번째의 원인은 앞서도 살펴본 바와 같이 실제 아파트 분양현실에 있어 소유권이전등기 종료후 대지의 분·합필, 토지구획정리사업 종결에 따른 환지등기절차의 지연, 각 세대당 지분비율의 결정지연 등으로 구분건물과 대지권을 동시에 수분양자에게 이전해 주지 못하는 경우가 많다. 이러한 경우에 대지권의 등기가 이루어지지 않았다 하더라도 매매 당사자 사이에는 대지권이 사후에 이전될 것을 전제로 매매대금이 결정되어 매매거래가 이루어지고, 대지권이 없는 전유부분에 대한 경매(매각)가 이루어질 때에도 시가감정시에 전유부분이 철거되지 않을 것을 전제로 법정지상권 등 대지사용권이 존재하는 것으로 보고 감정을 하여 최저매각(경매)가격을 정하고 있다.

이렇듯 구분건물의 소유자와 대지의 소유자가 달라지는 경우를 두가지로 나누어 생각해 보았다.

그러나 훗날 이러한 집합건물이 경매나 일반 매매의 대상으로 나오면 제3자가 보았을 때에는 아래의 등기 기재례<표4-1>와 같이 똑같이 대지권이 되어 있지 않은 구분건물 이지만 그 구분건물이 토지에 대하여 가지는 권리에는 상당한 차이가 있다.

또한 집합건물의 대지권이라는 특수성으로 인하여 일반인들이 등기부를 보기에 너무 어려운 내용이어서 토지등기부의 권리분석을 하지 않는 이상 구분건물의 등기부만을 보았을 때에는 표면상 똑같은 권리관계가 있는 것처럼 보인다.

하지만 그 차이를 살펴보면 첫 번째 사유로 인한 대지권미등기는 구분소유자가 아직 그 대지에 대해 소유권등을 취득하지 못한 상태에서 후에 제3취득자가 대지에 대한 권리를 취득하여 대지권등기를 해야 하는 경우이고, 두 번째 사유로 인한 대지권미등기는 최초의 구분소유 입주자가 대지에 대한 대금을 지급하였으나 여러 사정으로 인하여 아직 대지권 등기만이 하지 못한 상태의 대지권미등기라 후에 제3취득자는 대지에 대한 권리를 따로 취득할 필요없이 대지권등기만 경료하면 되는 경우이다.

이러한 현상은 실제 거래나 경매절차에서 많이 보이는 현상으로 등기부에 대해 분석이 쉽지 않은 제3자가 보기에 이 둘의 구분을 명확히 해주어 불측의 손해를 막을 필요가 있다.

그러기 때문에 아래의 등기기재례<4-2>와 같이 최초로 집합건물의 소유권보존등기시 대지권이 미등기 상태일때에는 등기관이 실질적 심사권한을 이용하여 그 대지권의 미등기 사유를 확실하게 조사하고 대지권표시 미등기사유를 등기부에 기재해 줌으로써 대지권미등기에 대해 막연히 두려움을 갖고 있는 일반인들에게 보다 쉽게 권리관계를 분석할 수 있는 방안이 입법화 되어야 할 것이다.

<표4-1> 대지권 미등기인 등기부 기재례

【표 제 부】		(1동의 건물의 표시)		
표시 번호	접 수	소재지번,건물명칭 및 번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2009년6월1일	제주특별자치도 제주시 이도2동 100 제주아파트 101동	철근콘크리트 슬래브지붕5층 아파트 1층 331.24㎡, 2층331.24㎡...(중략)...5층 331.24㎡	
(대지권의 목적인 토지의 표시)				
표시 번호	소 재 지 번	지 목	면 적	등기원인 및 기타사항
1	제주특별자치도 제주시 이도2동 100	대	133651㎡	209년6월1일

【표 제 부】 (전유부분의 건물의표시)				
표시 번호	접 수	건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2009년6월1일	제4층 405호	철근콘크리트조 41.41㎡	도면편철장 제20책 216장
(대지권의 표시)				
표시 번호	소재지번	지목	면적	등기원인 및 기타사항
<p>정상적인 등기부는 대지권의 표시에 소유권 대지권이라고 표시가 되나 대지권이 없는 등기부에는 (대지권의 표시)란부터 아예 항목이 없고 바로 소유권에 관한 사항인 갑구로 넘어가버림. 이 때문에 일반사람들은 대지권의 표시란이 있는줄도 모르는게 대부분이므로 대지권이 미등기라는 사실을 토지등기부를 보지않는 이상은 알지 못하는 경우가 많음.</p>				

<표4-2> 대지권 미등기 사유 표시 사례

【표 제 부】 (1동의 건물의 표시)				
표시 번호	접 수	소재지번, 건물명칭 및 번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2009년6월1일	제주특별자치도 제주시 이도2동 100 제주아파트 101동	철근콘크리트 슬래브지붕5층 아파트 1층 331.24㎡, 2층 331.24㎡...(중략)...5층 331.24㎡	
(대지권의 목적인 토지의 표시)				
표시 번호	소재지번	지목	면적	등기원인 및 기타사항
1	제주특별자치도 제주시 이도2동 100	대	133651㎡	209년6월1일

【표 제 부】 (전유부분의 건물의표시)				
표시 번호	접 수	건물번호	건 물 내 역	등기원인 및 기타사항
1	2009년6월1일	제4층 405호	철근콘크리트조 41.41㎡	도면편철장 제20책 216장
(대지권의 표시)				
표시 번호	소재지번	지목	면적	등기원인 및 기타사항

대지권 표시 미등기 사유표시 (기재례)

- 대지의 분·합필, 현금화절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연
- 토지소유자와 집합건물 소유자 상이
- 다가구주택을 다세대주택으로 용도전환하면서 대지권 등기 미이행

4. 대지권미등기 구분건물 저당권 실행에 관한 개선방안

가. 현행법상 해석론

선순위의 대지저당권이 있는 상태에서 그 대지상의 일부 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 실행되는 경우 선순위의 대지저당권자가 불이익을 받는 것을 방지하려면, 그 경매절차에서의 매수인은 선순위의 대지저당권을 인수하는 조건으로 구분건물(대지권 포함)의 소유권을 취득하며, 이 경우 대지저당권자는 구분건물(대지권포함)의 매각대금으로부터 배당을 받을 수 없고 피담보채무의 불이행 시 대지자체를 경매청구할 수 있으며, 선순위의 대지에 대한 저당권이 실행되면 여러 구분건물의 대지권은 소멸한다고 해석하는 수 밖에 없다.

대지에 대한 저당권의 실행으로 구분건물의 대지권이 소멸하는 것으로 하면 다음에는 대지의 매수인과 구분건물의 소유자들과의 이해관계를 조절할 필요가 있으며, 이에 관하여는 다음과 같이 해결하는 것이 타당하다고 생각한다.

첫째, 대지에 대한 저당권이 대지상에 구분건물의 축조가 시작된 이후에 설정된 것이라면 대지의 경매 시 그 매수인은 구분건물의 소유자 전원에게 민법 제366조에서 규정하는 바에 따른 법정지상권을 설정한 것으로 보아¹³⁶⁾ 이 법정지상권이 대지사용권이 되는 것으로 보면 된다.

둘째, 대지에 대한 저당권이 설정된 이후에 구분건물의 축조가 시작된 것이라면 구분건물의 소유자들은 대지의 경매시 대지의 매수인으로부터 법정지상권을 취득하지 못한다. 따라서 이 경우 구분건물의 소유자들은 대지의 이용권이 없어 대지의 매수인이 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제7조에서 규정하는 바에 따라 구분건물 전체를 대상으로 매도청구권을 행사하지 않으면 구분건물을 철거할 수 밖에 없게 된다.

136) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006다34107판결.

나. 입법론

선순위인 구분건물의 대지에 대한 저당권과 후순위인 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 병존하는 상태에서 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 먼저 실행되는 경우에는 현재의 집행법원의 실무처리에 의하면, 선순위의 대지저당권자가 자신의 의사와 관계없이 대지의 잔여 공유지분(즉 잔여구분건물의 대지권)에 관하여 저당권자로서의 경매청구를 할 수 없게 되는 불합리한 결과가 생기게 된다.

그러나 앞에서 설명한 바와 같이 저당권이 설정되어 있는 대지를 대상으로 여러 구분건물의 대지권이 성립되는 경우, 그 대지에 대한 저당권이 여러구분건물의 대지권을 대상으로 하는 공동저당권으로 변경되는 것으로 보는 한편 이후에는 비록 대지만을 대상으로 하는 저당권자라 하더라도 반드시 구분건물과 대지권을 일괄하여서만 경매청구할 수 있도록 입법화 한다면 관련 당사자들에게 특별한 불이익을 초래함이 없이 위의 문제를 모두 해결할 수 있다. 이와 같은 입법조치가 이루어지면 선순위의 대지저당권자가 후순위의 어느 구분건물저당권자의 저당권실행으로 인하여 경매청구권에 제한을 받게 되거나 선순위의 대지저당권의 실행으로 인하여 구분건물이 철거 될 수 밖에 없는 문제가 발생하지 않게 되기 때문이다.

다만 여기에서 한 가지 문제가 되는 것은 대지저당권이 여러구분건물의 대지권을 대상으로 하는 공동저당권으로 변경된 후 구분건물(대지권포함)의 전부 또는 일부가 경매되는 경우에 그 매각대금을 선순위의 대지저당권자와 후순위의 대지저당권자 사이에 어떻게 배당할 것인가 하는 점이다. 이에 관하여는 원칙적으로 민법 제368조¹³⁷⁾가 적용되는 것으로 보아야 한다. 예를 들어 시가2억원의 대지에 채권최고액을 1억원으로 하는 갑으로의 근저당권이 설정된 후 구분건물이 축조되어 2개의 대지권등기가 이루어지고, 각 구분건물(대지권포함)을 대상으

137) 민법 제368조 ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다. ② 전항의 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할수 있다.

로 을과 병앞으로 채권최고액을 2억원으로 하는 근저당권이 각각 설정되었다가 경매되는 경우의 배당관계를 보면 다음과 같다. 우선 동시경매의 경우 즉 구분건물 모두가 경매되어 배당할 금액이 4억원(구분건물의 전유부분이 각각 1억원이고 대지권이 각각 1억원)이라고 하면, 각 구분건물의 전유부분의 가액은 을과 병이 제1순위로 배당받고 각 대지권의 가액은 갑이 제1순위로 5천만원씩 1억원을 배당받으며 잔여5천만원은 을과 병이 제2순위로 5천만원씩 배당받게 된다(민법 제368조1항).

다음에 이시경매의 경우 즉 구분건물(대지권포함)중 어느하나가 먼저 경매되어 배당할 금액이 2억원(구분건물의 전유부분이 1억원이고 대지권이 1억원)이라고 하면, 구분건물의 전유부분의 가액 1억원은 갑(또는 을)이 제1순위로 배당받고 대지권의 가액 1억원은 갑이 제1순위로 전액 배당받되, 을(또는 병)은 동시에 경매되었더라면 제2순위로 배당받았을 5천만원을 가지고 갑이 잔여구분건물의 대지권에 대하여 가지는 근저당권을 대위하여 행사할 수 있게 된다(민법제368조2항).

그런데 구분건물의 개수가 수십 또는 수백에 이르는 경우에 있어서도 이시경매에 관한 민법 제368조 제2항을 그대로 적용하는 것은 법률관계를 너무도 복잡하게 하여 매우 불합리하다. 따라서 여러구분건물의 대지권이 공동저당권의 대상 목적물인 경우에 있어서는 예외적으로 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률에 특별규정을 두어 이시경매에 있어서도 공동저당권자가 배당받을 수 있는 금액이 동시경매 했더라면 배당받을 수 있는 금액으로 한정되는 것으로 있화하는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고 이 경우 동시경매 했더라면 배당받을 수 있는 금액은 각 구분건물이 경매되는 경우마다 각별로 경매되 소유는 잔여대지권의 가액을 경매된 대지권의 매각대금과 동일한 것으로 보고 그에 안분하여 산정하는 것이 타당하다. 각 구분건물의 대지권은 집합건물의 세워진 대지의 공유지분이라는 점에서 특정의 위치에 있다고 하여 그 전유부분 대지권의 가격의 차별화가 인정될 수 없기 때문이다.

다. 일부구분건물 저당권 실행후 대지저당권 실행방안

현재의 집행법원 실무에 의하며 선순위인 구분건물의 대지에 대한 저당권과 후순위인 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 병존하는 상태에서 여러구분건물(대지권포함)중 일부 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 실행되면 대지저당권자는 저당권이 실행된 구분건물의 대지권에 해당하는 금액에 관하여 우선배당을 받고 그 대지권에 해당하는 대지의 공유지분에 해당하는 저당권이 소멸되어 잔여공유지분(잔여 구분건물의 대지권)에 대하여서만 저당권을 가지게 된다.

위와 같은 실무처리가 현행법상 적절한 것이 아님은 앞에서 이미 지적한 바 있다. 그러나 여기에서는 위와 같은 실무처리가 해석상 가능한 것임을 전제로, 즉 저당권이 설정되어 있는 대지를 대상으로 여러구분건물의 대지권등기가 이루어지면 그 대지에 대한 저당권이 여러구분건물의 대지권을 대상으로 하는 공동저당권으로 변경되는 것임을 전제로, 어느 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권이 실행되어 그 구분건물의 대지권에 해당하는 대지의 공유지분만큼 대지저당권이 소멸한 후의 잔여 공유지분에 대한 대지저당권의 실행에 관하여 설명하기로 한다.

(1) 잔여 대지권만을 대상으로 하는 경매

대지에 대한 저당권이 여러 대지권에 대한 공동저당권으로 변경되는 것으로 보면 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제2항 본문에서 규정하는 구분건물과 대지사용권 분리처분금지의 원칙에 따라 대지권등기 전에 등기한 선순위의 대지저당권자라도 대지의 잔여 공유지분(즉 잔여 구분건물의 대지권)만을 대상으로 하여서는 경매청구를 할 수 없게 된다. 그런데 이와 같이 보면 대지권등기 전에 등기한 선순위의 대지저당권자는 스스로 경매청구를 할 수 없게 되고 오로지 그 후에 구분건물에 설정된 저당권이 실행되어야만 그 매각대금으로부터 우선배당을 받을 수 있게 되는 매우 불합리한 결과가 된다.

(2) 구분건물과 대지권의 일괄경매

대지권등기 전에 등기한 선순위의 대지저당권자가 잔여 대지만을 대상으로 하

여서는 경매청구를 할 수 없다 하더라도, 저당목적물인 대지의 잔여공유지분과 저당목적물이 아닌 구분건물을 일괄하여 경매청구할 수 있다고 하면, 현행 실무 처리의 방식으로 선순위 대지저당권자가 부당하게 불이익을 받는 것으로 볼수 없다. 대지나 대지권만을 경매하는 것보다는 구분건물과 대지권을 일괄하여 함께 경매하는 것이 오히려 매각을 용이하게 하는 결과를 가져오순위의물이다.

문제는 선순위의 대지저당권자에게 일괄경매청구권을 인정할 수 있는가 하는 점이다. 토지의 저당권자가 저당목적물이 아닌 그 지상의 건물을 저당목적물인 토지와 함께 일괄경매할 수 있도록 하고 있는 현행법상의 규정으로는 「토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다」는 민법 제365조를 들 수 있다.¹³⁸⁾

그런데 민법 제365조에 의하면 대지저당권자가 구분건물에 대하여 일괄경매청구권을 가지려면 첫째로 대지에 저당권을 설정할 당시에 그 대지상에 건물¹³⁹⁾이 존재하지 않았어야 하고, 둘째로 저당 대지상의 구분건물이 대지저당권의 설정자가 축조한 것이어야 한다.

그러나 실제에 있어서는 대지에 저당권을 설정할 당시에 이미 구분건물이 축조되어 있거나 축조 중에 있는 경우가 허다할 것이고 이 경우에는 대지저당권자가 일괄경매청구권을 가질 수 없게 된다. 그 결과 이 경우의 대지저당권자는 구분건물과 대지사용권 분리처분불가의 원칙에 따라 대지권만의 경매청구를 할 수 없고 또한 민법 제365조에 의한 일괄경매청구도 할 수 없는 불이익을 감수 할 수밖에 없게 되어 매우 불합리한 결과가 된다.¹⁴⁰⁾

138) 민사집행법에서도 제98조에 「법원은 여러개의 부동산의 위치, 형태, 이용관계 등을 고려하여 이를 일괄 매수하게 하는 것이 알맞다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 따라 일괄매각하도록 결정할 수 있다.」는 규정을 두고 있으나 이는 경매청구된 여러개의 부동산을 개별매각할 것인지 또는 일괄매각할 것인지에 관한 것으로 경매청권의 인정여부와는 관계가 없는 것으로 보아야 한다(김상원, 「주석민사집행법 Ⅲ」, 한국사법행정학회, 2007, 428면).

139) 여기에서의 건물이란 미등기이거나 무허가, 불법건물은 물론이고, 저당권설정 당시에 건물의 존재가 예측되고 또한 당시 사회경제적 관점에서 그 가치의 유지를 도모할 정도로 건물의 축조가 진행되어 있는 건축중에 있는 건물도 포함한다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다 13533판결).

140) 그러나 대지상의 건물이 구분건물이 아니면 대지저당권자는 대지와 건물의 일괄경매청구를 할 수 없는 대신 대지만의 경매청구를 할 수 있고 그에 따라 대지만을 경매함으로써 대지소유자가 달라지게 되면 건물소유자는 매수인으로부터 법정지상권을 취득함으로써 건물의 사용·수익을 보장받을 수 있게 된다.

그리고 저당 대지상의 구분건물이 대지저당권의 설정자가 축조한 것이 아니라 제3자가 축조한 것이면 대지저당권자의 일괄경매청구권은 인정되지 않는다. 또한 대지저당권의 설정자가 축조한 구분건물이라도 이를 제3자에게 양도한 때에는 대지저당권자의 일괄경매청구권은 인정되지 않는다.

따라서 대지에 대한 저당권이 여러 대지사용권에 대한 공동저당권으로 변경되는 것을 긍정한다고 하더라도 민법 제365조에서 규정하는 일괄경매청구권의 적용범위성의 한계로 인하여 어느 구분건물(대지권포함)에 대한 저당권의 실행으로 대지저당권자가 입게 되는 불이익을 모두 구제할 수 가 없다. 결국 이에 관하여도 앞에서 설명한 바와 같은 입법조치가 있어야만 합리적으로 해결될 수 가 있다.



제5장 결론

1984년 제정된 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률은 구분건물과 그에 딸린 대지를 일체로 취급하여 법적 분쟁의 예방 및 부동산공시의 간이·편리화를 기하는 것이고, 다른 하나는 집합건물의 관리에 관련한 다수인의 이해관계를 합리적으로 조정하는 것이 주된 목적이다. 그러나 이러한 목적에도 불구하고 동법은 다양한 문제점과 논의를 일으키고 있다.

이에 본 논문은 집합건물의 대지권에 관한 이론들을 살펴보고 그중에서도 대지권미등기와 관련하여 나타나는 문제점들과 그에 관한 개선방안들을 연구의 목적으로 삼아 검토한 결과 아래와 같은 결론을 도출해 내었다.

첫째, 구분소유 성립후 구분소유 요건 불충족에 따른 강제집행 불능문제는 현재의 실무 및 거래환경이나 법지식을 모르는 일반 개인들 사이에서 얼마든지 나올 수 있는 문제들이다.

특히 최근에는 구분건물 2가구를 분양받고 그 사이의 벽을 허물어 기존의 집합건물로 건축허가를 받았던 가구의 면적보다 큰 공간의 주거생활을 원하는 사람들이 생겨나고 있어 문제가 되기도 한다.

물론 위의 문제는 구조변경의 허가를 받지 않은 상태에서는 불법적인 구조변경이라 후에 문제가 생겼을 경우에는 그에 따른 사후의 책임이 있을 수 있겠지만 그러한 점을 모르는 제3자의 매수인이나 세입자가 있을 수 있고 그들에게 있어서는 예측할 수 없는 피해를 볼 수 있기 때문에 이러한 부분의 문제해결도 필요하다고 본다.

이러한 문제는 법의 테두리를 벗어난 문제이기에 새로운 법제도의 도입이 필요한 것이 아니라 사후의 해결문제로 보고 따라서 구분건물 성립이후에 구조상 독립성이 불명확한 구분건물에 대한 경매가 신청되면 감정평가사 또는 집행관의 현황조사에 따라 경매절차를 취소하는 것만이 능사가 아니라, 그 부동산 전체(또는 그 층만 해당하는 경우에는 그 층 전체)를 평가한 후 면적 후단가를 근거로 경매목적대상물의 가격을 산정토록 하는 방식을 채택하여 경매를 원활하게 진행

시키고, 그 구분소유권을 취득한 매수인이 내부에서 그 구분건물의 경계를 구분하는 조정절차 또는 구분소유를 위한 변경등기절차를 거치도록 하는 방안과 강제집행실무상의 감정평가처리에 관한 법원의 기준을 마련함으로써 채권자, 채무자, 소유자, 경매절차에서의 매수자 등의 보호와 거래의 안전성을 확보할 수 있을 것으로 보인다.

둘째, 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호 하여야 한다는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에 비추어 볼 때, 동법이 대지사용권을 종된 권리로 규율하면서도 매도청구권의 행사에 관하여는 대지사용권자를 우선시키는 것은 납득하기 어렵다. 따라서 입법론적으로 구분소유자에게 우선적으로 대지사용권의 매도청구권을 인정하여야 한다고 생각한다.

셋째, 최초로 집합건물의 소유권보존등기시 대지권이 미등기 상태일 때에는 등기관이 실질적 심사권한을 이용하여 그 대지권의 미등기 사유를 확실하게 조사하고 대지권표시 미등기사유를 등기부에 기재해 줌으로써 대지권미등기에 대해 막연히 두려움을 갖고 있는 일반인들에게 보다 쉽게 권리관계를 분석할 수 있는 방안이 입법화 되어야 한다고 생각한다.

마지막으로 대지권제도는 건물을 토지와 구분되는 독립된 부동산으로 취급하는 우리법제에 있어서 매우 유익하고 편리한 제도라 할 수 있으나 구분건물의 대지권이 등기되기 전에 구분건물의 대지를 대상으로 저당권이 설정되고 그 후에 구분건물(대지권포함)에 저당권이 설정됨으로써 선순위의 대지저당권과 후순위의 구분건물저당권이 병존하는 상태에서 어느 한 쪽의 저당권이 실행되는 경우의 법률관계에 관하여는 법률에 아무런 규정을 두고 있지 않아 그 해석에 있어서 여러문제가 발생하게 되는 점은 본문에서 살펴본 바와 같다.

그리고 여러 해석상의 문제 중 특히 중요한 것은 여러 구분건물에 대한 저당권 중의 어느 한 저당권이 실행되기 전에 대지저당권이 먼저 실행되는 경우 모든 구분건물에 대한 대지권이 소멸함으로써 각 구분건물의 소유자가 구분건물을 철거하거나 매도하여야 하는 문제가 발생하는 점이고, 또한가져 대지저당권이 실행되기 전에 어느 구분건물에 설정된 저당권이 실행되는 경우 대지저당권자가 대지의 잔여 공유지분에 대한 저당권을 실행할 수 없는 불합리한 결과가 발생할 수 있게 되는 점이다.

위의 두 가지 문제 중 후자의 것은 저당권이 설정되어 있는 대지를 대상으로 여러 구분건물의 대지권이 성립하면 그 대지에 대한 저당권이 여러 구분건물의 대지권을 대상으로 하는 공동저당권으로 변경되는 것으로 보는 현재의 실무처리와 함께 여러 구분건물의 대지권에 대한 공동저당권으로 변경된 대지저당권의 저당권자에게 구분건물에 대한 일괄경매청구권을 인정함으로써 일부 해결할 수 있다. 그러나 이와 같은 해석은 무리한 것으로 타당하지 않으며, 또한 그와 같이 해석을 하더라도 불합리한 결과의 발생을 모두 방지할 수 있는 것은 아니다. 그리고 전자의 문제는 현행 법률의 해석에 의하여서는 해결할 수 가 없다.

따라서 위와 같은 문제는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 등을 개정하여 저당권이 설정되어 있는 대지를 대상으로 여러 구분건물의 대지권이 성립되면 그 대지에 대한 저당권이 여러 구분건물의 대지권을 대상으로 하는 공동저당권으로 변경되는 것으로 보도록 하고 아울러 이후는 공장저당법상의 공장의 경우와 마찬가지로 누구든(즉 대지권에 대하여서만 저당권을 가진 자라도) 구분건물과 대지권을 일괄해서만 경매청구 할 수 있게 하고 집행법원도 일괄해서만 경매하도록 하되, 그 매각대금의 배당에 있어서는 이시경매의 경우라 하더라도 민법 제368조의 제2항의 적용을 배제하고 공동저당권자가 배당받을 수 있는 금액은 동시경매 했더라면 배당받을 수 있는 금액으로 한정되는 것으로 입법조치를 함으로써 해결하는 것이 좋을 것으로 생각한다.

지금까지 집합건물의 대지권에 관한 연구라는 제목으로 대지권 미등기와 관련하여 법원의 등기와, 경매등 실무상 나타나는 문제점들을 살펴보고 그러한 여러 가지 문제의 해결을 모색하여 제시하였는데 본 연구의 작은 성과가 있었다 하겠으나 연구자의 한계로 인하여 법학적 타당성의 깊이를 더할 수 없었다.

또한 집합건물법 제7조는 구분소유권매도청구권을 대지지분의 소유자에게만 인정하고 있는바, 이것이 이 법의 입법취지에 적합한가에 관하여는 그간 여러 연구자들이 지적하였던 문제이다. 즉 대지권 없는 구분소유자에게 대지지분의 매도청구권을 부여하자는 것이 그 주장의 핵심이지만, 지금까지 이에 관한 깊이 있는 분석 또는 뚜렷한 방향의 제시는 없었던 것으로 보이며 앞으로 이 부분에 관한 좀더 많은 연구가 필요하다 하겠다.

참고문헌

<국내문헌>

1. 단행본

- 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2006.
_____ 「부동산등기법」, 박영사, 1998.
_____ 편집대표, 「민법주해 V」, 박영사, 1992.
김상용, 「물권법」, 법문사, 2006.
김영두, 「집합건물법연구」, 진원사, 2008.
김준호, 「건물구분소유법」, 대왕사, 1984.
김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2007.
손창환, 「민사집행법 실무연구」, 법률정보센터, 2002.
신연숙, 「집합건물의 등기」, 육법사, 2002.
법원공무원교육원, 「한일등기관등 상호연수자료집」, 2007.
법원행정처, 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 1985.
_____ 「민사집행Ⅱ」, 2003.
_____ 「등기선례요지집Ⅶ」, 2004.
_____ 「등기선례요지집Ⅲ」, 1993.
_____ 「부동산등기기재례집」, 2004.
_____ 「부동산등기실무Ⅲ」, 2007.
_____ 「부실등기사례집」, 2001.
국회사무처, 「제121회 국회의사록 제10호(부록1)」, 국회도서관, 1984.

2. 논 문

- 구연모, “집합건물 대지권등기의 기본원리와 실무상의 문제”, 「법조」 58권 3호, 법조협회, 2009.
- 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰”, 「사법논집」 제27집, 1996.
- 김용한, “집합건물법의 제정과 내용”, 「고시계」, 1984
- “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”, 「판례월보」, 판례월보사, 1984.
- “집합건물대지의 법리적 고찰”, 「민법학논총」 후암 광윤직교수화갑기념, 박영사, 1985.
- 박순성, “대지지분소유자의 구분소유매도청구권”, 「민사판례연구」, 민사판례연구회, 1998.
- 박홍래, “전유부분과 대지사용권의 일체성”, 「민사법학」 22호, 한국사법행정학회, 2002.
- 배성호, “구분건물 매수인의 대지 점유사용권의 대지사용권성 여부”, 「영남법학」 제9집, 영남대학교 법학연구소, 2003.
- 손진홍, “집합건물에 대한 집행”, 「민사집행소송·재판실무연구(2)」, 한국사법행정학회, 2008.
- 안갑준, “집합건물 구분소유권의 등기에 관한 연구”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원, 2005.
- 양경승, “대지권의 법적성질과 관련문제”, 「사법논집」 제24집, 법원행정처, 1993.
- 이근우, “대지사용권의 구분소유권매도청구권행사”, 「대법원판례해설」 27호, 법원도서관, 1996.
- 이영준, “집합주택(아파트)의 소유·관리에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 제1집, 법원행정처, 1974.
- 이흥권, “건물구분소유권의 성립과 소멸에 관한 몇가지 문제”, 「민사재판의제문제」 제7권, 1993.
- 전병환, “부동산의 일원화에 관한 연구”, 박사학위논문, 창원대학교 대학원,

2003.

정진장, “대지사용권의 법적성격과 문제점 고찰”, 「법조」 515호, 법조협회, 1999.

정희장, “집합건물매수인의 대지사용권”, 「판례연구」 제9집, 부산판례연구회, 1998.

최종길, “집합주택(아파트)의 구분소유에 관한 비교법적 실태적 고찰”, 「법학」 제11권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1970.

한삼인, “등기의 공신력과 거래안전”, 「법조」 제57권, 법조협회, 2008.

3. 외국문헌

鹽崎勤, 「區分所有權關係訴訟法」(裁判實務大系 第19卷), 青林書院, 1992,

玉田弘毅, 「建物區分所有權法」, 第一法規, 1979.

丸山英氣, 「住居所有權法の諸問題」, 法律時報, 53卷 11號, 1981.

丸山英氣, “區分所有の所有權性”, 「日本不動産學會誌」第16卷, 2003.

青山正明, 「改正區分所有關係法の解説」, 金融財政事情研究會, 1983.

ABSTRACT

A Study on Site Right of Collective Building

(Problems and Improvements Related to Site Right Registration)

Ha, Seong Hoon

Department of Law

Graduate School

Jeju National University

Supervised by Professor Han, Sam In

Housing shortage has been aggravated because of limited territories, population surge, consequently dense population, and relatively confinedness of dwelling spaces.

Due to these tendencies, collective buildings (i. e. apartments), or housing construction quantitatively and collectively in restricted dwelling sites, have been surged since 1960s, and nowadays the shapes of such collective buildings are changed into being enlarged and high-rise.

However, collective buildings cause various environmental, social, and legal problems because scores or hundreds of families live together within limited sites.

In order to such legal problems, the government established "the Act of Possession and Management of Collective Buildings" on April 10, 1984, to protect sectional owners who live in collective buildings and regulate the understanding of communal life, and the Act has been amended slightly in

1986, 1998, 2003, and 2005.

Both new lawful conceptions including condominium of the substantive law of Korea, private and common used parts, site of a building, and site use right and site right registration as the adjective law and new forms of registration were introduced into the system of collective building, in order to enhance convenience of resident life of people and to simplify procedures of registration.

However, the new system was different from the existing registration of usual buildings and has presented various confusions and problems in the processes both of interpretation and appliance of the act and of practical affairs of registration since its early enforcement, and measures for solving concrete problems have been provided through studies of scholars and those who are in charge and judicial cases of the Supreme Court and regulations and precedents of registration.

In this context, the act on collective buildings shows considerable completion as the substantive law and adjective law, but unexpected problems have been revealed on the site use right and the site right as the peculiar properties of collective buildings due to the complex social and transactional circumstances. Such problems get more attentions and are sufficiently revealed in auction and registration that the general public are hard to understand because the two are entanglement of various regulations of the Civil Law including credits, liabilities, apportionments, and lease.

The purpose of this study is to identify the theoretical structures of condominium, site use right, and site right of collective buildings, to analyze problems shown in auction and registration, and to present improvements for them.

As a result, three measures of improvement may be presented as follows.

First, as for cases of auction in which the requisites for a partitioned building are insufficient and consequently compulsory execution is unavailable

by remodeling and rebuilding of the building after construction and a permit on completion of partitioned building, it may not be only solution that the process of auction is cancelled merely by investigation of appraisers or enforcement officers on current conditions. Rather, a measure is presented that the price of the relevant subject of auction is calculated based on price per area unit after the whole real estate (or, the whole relevant floor) is assessed for amicable auction. This measure may both protect creditors, debtors, owners, bidders of auction and secure safety of transaction.

Second, as for the problem whether the site occupation use right of buyers of partitioned buildings can be the site use right with legal rights on the site, it may be concluded that a seller of a building and the site use right permits the buyer as the owner of exclusive parts have the site occupation use right that is naturally admitted according to common idea. This measure can prevent both the socially undesirable results in which only exclusive parts are disposed without the site use right and the results in which the owners of the site who are in accessory position based on the theories on collective buildings are permitted of removal of the exclusive parts or the right of claims for the sale of partitioned buildings.

Also, given the social-policy demands or the aims of the act of the act of collective buildings that the owner of the building should be preferredly protected than the owner of the site in the possession of a collective building, it is hard understand that the act prefers those with the site use right in execution of the right of claims for the sale though the act provide the site use right as an accessory right. Therefore, based on the proposition of a law, it is suggested that the owner of a partitioned building should be permitted of the right of claims for the sale of the site use right preferably.

Third, a hypothec is established on a site even before construction of a collective building and then a hypothec on the partitioned building and the site right after the construction. However, it may be difficult to be solved

when a hypothec on a partitioned building is executed and auctioned based on the existing interpretive method on laws.

As for the proposition of a law, it is necessary to "the Act of Possession and Management of Collective Buildings" is revised: when the site right of several partitioned buildings in a site established of a hypothec, the hypothec on the site is considered to be changed into a common hypothec on the site right of the several partitioned buildings. Then, as in the cases of factories according to the Act of Hypothec on Factory and Mining Estates, anyone can require auction only when both the partitioned buildings and the site right are in aggregate, and the execution court should permit an auction in aggregate. As for the allotment of the selling account, the application of Para. 1 of Art. 368 of the Civil Law should be excluded even in non-simultaneous auction, and the sum of money that a person having a common hypothec can be allotted should be limited to the sum that can be allotted in simultaneous auction.

This study has limitations in which concrete problems revealed in the registration and auction related to the site right and are identified and various measure for solution are presented.

However, because a partitioned building and the site use right are separately disposed, it is difficult to solve problems when a problem occurs, due to complex modern society and newly-changed transactions. It may be necessary to research methods in which a partitioned building and the site use right cannot be separately disposed in principle based on the proposition of a law.