



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](#)



박사학위논문

집합건물관리제도의 개선을 위한 입법론적 연구

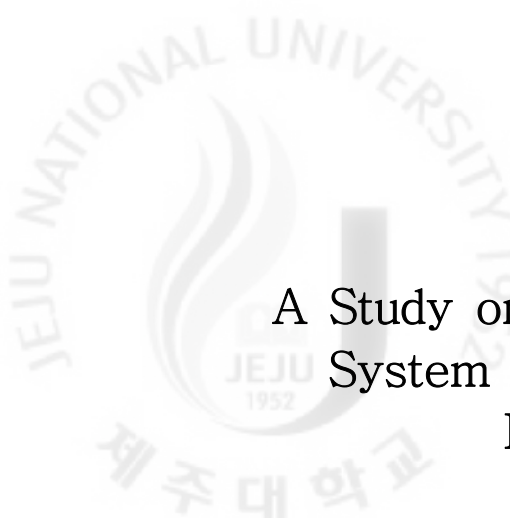
A Study on the Reforms of the Management System of
Aggregate Buildings from a Legislative Perspective

제주대학교 대학원

법 학 과

강 용 암

2012년 2월

The logo of Jeju National University is a circular emblem. It features a stylized flame or torch in the center, with the text 'JEJU NATIONAL UNIVERSITY' around the top and '제주대학교' around the bottom. The year '1952' is also visible within the emblem.

A Study on the Reforms of the Management
System of Aggregate Buildings from a
Legislative Perspective

Kang, Yong Am

(Supervised by professor Dr. Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of Doctor of Law

2012. 2.

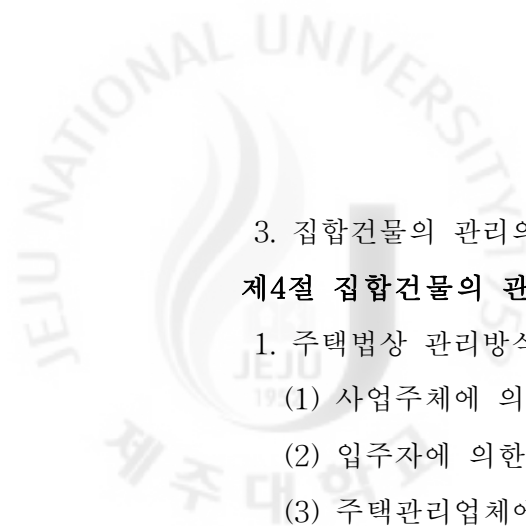
Department of Law

GRADUATE SCHOOL

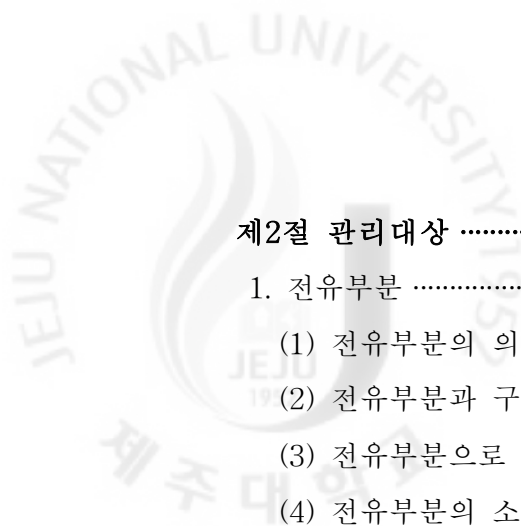
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

목 차

| | |
|-----------------------------|----|
| 제1장 서론 | 1 |
| 제1절 연구의 목적 | 1 |
| 제2절 연구의 범위와 방법 | 3 |
| | |
| 제2장 집합건물관리의 기초이론과 입법례 | 4 |
| 제1절 집합건물의 종류와 관리의 개념 | 4 |
| 1. 집합건물의 종류 | 4 |
| 2. 관리의 개념 | 5 |
| (1) 협의의 관리행위 | 5 |
| (2) 광의의 관리행위 | 7 |
| (3) 집합건물의 관리행위 | 8 |
| 3. 집합건물관리제도의 필요성 | 11 |
| 제2절 집합건물관리의 법원 | 12 |
| 1. 민법 | 12 |
| 2. 집합건물법 | 12 |
| (1) 집합건물법의 입법배경 | 13 |
| (2) 집합건물법의 주요골자 | 14 |
| (3) 민법과의 관계 | 15 |
| 3. 주택법 | 16 |
| 4. 임대주택법 | 17 |
| 5. 적용상의 문제 | 18 |
| 제3절 집합건물관리의 법률관계 | 19 |
| 1. 집합건물의 구분소유권 | 19 |
| (1) 구분소유권의 의의 | 19 |
| (2) 구분소유권의 요건 | 21 |
| (3) 구분소유권의 내용 | 25 |
| 2. 집합건물의 관리권 | 31 |



| | |
|---|-----------|
| 3. 집합건물의 관리의무 | 32 |
| 제4절 집합건물의 관리방식 | 34 |
| 1. 주택법상 관리방식 | 35 |
| (1) 사업주체에 의한 관리 | 35 |
| (2) 입주자에 의한 자치관리 | 36 |
| (3) 주택관리업체에 의한 위탁관리 | 37 |
| 2. 임대주택법상 관리방식 | 38 |
| 3. 집합건물법상 관리방식 | 38 |
| 제5절 집합건물관리제도에 관한 주요국가의 입법례 | 39 |
| 1. 구미권 | 39 |
| (1) 독일 | 39 |
| (2) 프랑스 | 45 |
| (3) 영국 | 47 |
| (4) 미국 | 49 |
| 2. 아시아권 | 53 |
| (1) 일본 | 53 |
| (2) 싱가포르 | 55 |
| (3) 중국 | 57 |
| 3. 시사점 | 58 |
| | |
| 제3장 집합건물관리제도의 주요내용 | 59 |
| 제1절 관리기구 | 59 |
| 1. 집합건물법상 관리기구 | 59 |
| (1) 관리단 | 59 |
| (2) 관리인 | 68 |
| (3) 관리단과 관리인의 관계 | 78 |
| 2. 주택법상 관리기구 | 78 |
| (1) 입주자대표회의 | 78 |
| (2) 관리주체 | 82 |
| (3) 입주자대표회의와 관리주체의 관계 | 84 |



| | |
|------------------------------|-----|
| 제2절 관리대상 | 85 |
| 1. 전유부분 | 85 |
| (1) 전유부분의 의의 | 85 |
| (2) 전유부분과 구별되는 개념 | 86 |
| (3) 전유부분으로 되는 시점 | 87 |
| (4) 전유부분의 소멸 | 88 |
| 2. 공용부분 | 89 |
| (1) 공용부분의 의의 | 89 |
| (2) 공용부분의 성격 | 90 |
| (3) 공용부분의 분류 | 91 |
| (4) 공용부분의 관리를 위한 의결정족수 | 94 |
| (5) 공용부분 사용의 특성 | 95 |
| (6) 공용부분인 취지의 등기 | 97 |
| 3. 대지 | 97 |
| (1) 의의 | 97 |
| (2) 대지의 분류 | 98 |
| 제3절 관리규약 | 100 |
| 1. 관리규약의 의의와 법적 성질 | 100 |
| (1) 관리규약의 의의 | 100 |
| (2) 관리규약의 법적 성질 | 101 |
| 2. 관리규약의 내용 | 101 |
| (1) 일반원칙에 관한 사항 | 101 |
| (2) 법규로 정한 사항 | 102 |
| (3) 법규의 보완사항 | 104 |
| 3. 관리규약의 효력범위 | 104 |
| (1) 구분소유자 | 104 |
| (2) 특별승계인 | 105 |
| (3) 점유자 및 제3자 | 106 |
| (4) 관리규약의 설정·변경·폐지 | 106 |
| (5) 관리규약의 보관·열람 | 107 |

| | |
|----------------------------|------------|
| (6) 운영규정 | 108 |
| 5. 관리규약 위반자에 대한 제재조치 | 108 |
| (1) 제재조치의 필요성 | 108 |
| (2) 제재조치의 유형 | 109 |
| 제4절 관리비 | 113 |
| 1. 관리비의 의의와 종류 등 | 113 |
| (1) 관리비의 의의 | 113 |
| (2) 공용부분관리비와 전유부분관리비 | 114 |
| (3) 관리비의 부담기준 | 115 |
| 2. 관리비와 구별되는 비목 | 115 |
| (1) 사용료 | 115 |
| (2) 장기수선충당금 | 117 |
| 3. 관리비 등의 징수권자 | 118 |
| (1) 관리인 | 118 |
| (2) 관리주체 | 119 |
| (3) 관리단 | 119 |
| 4. 관리비 등의 납부의무자 | 120 |
| 5. 관리비 등의 납부의무 발생시기 | 121 |
| 6. 관리비 등 채권의 소멸시효 | 121 |

제4장 집합건물관리제도의 제문제 122

제1절 관리기구에 관한 문제 122

| | |
|-------------------------------|-----|
| 1. 관리단과 관련된 사항 | 122 |
| (1) 관리단의 당연설립 | 122 |
| (2) 소규모 관리단과 단지관리단의 관리인 | 123 |
| (3) 관리단의 채무공시 | 124 |
| (4) 관리단집회 여부에 따른 의결정족수 | 125 |
| (5) 관리단의 구성행위가 없는 경우 | 126 |
| (6) 관리단과 입주자대표회의의 혼동 | 130 |
| (7) 관리단의 소송능력 | 132 |

| | |
|---|------------|
| (8) 관리단집회의 개최와 의결권 행사의 곤란성 | 131 |
| 2. 관리인에 관한 사항 | 131 |
| (1) 관리인의 손해배상청구권 존부 | 131 |
| (2) 관리인의 자격 | 132 |
| (3) 관리인과 관리주체의 혼동 | 133 |
| 제2절 전유부분과 공용부분의 경계 문제 | 134 |
| 1. 시설 | 134 |
| 2. 전유부분과 공용부분의 범위 | 135 |
| (1) 전유부분의 범위 | 135 |
| (2) 공용부분의 범위 | 135 |
| 3. 전유부분과 공용부분의 구별기준 | 137 |
| 4. 전유부분과 공용부분의 구분시점 | 138 |
| 5. 집합건물의 발코니가 공용부분에 포함되는지 여부 | 139 |
| (1) 발코니의 의의 | 139 |
| (2) 전유부분으로 인정한 경우 | 139 |
| (3) 전유부분에 포함되지 않는다고 본 경우 | 140 |
| (4) 문제의 소재 | 141 |
| 6. 일부공용부분의 면적 | 142 |
| 제3절 관리규약의 문제 | 145 |
| 1. 관리규약 설정의 임의성과 실효성 | 145 |
| 2. 집합건물 분양전의 관리규약 | 145 |
| 3. 관리규약의 설정·변경 및 폐지권자와 의결정족수 | 146 |
| (1) 설정·변경 및 폐지권자 | 146 |
| (2) 관리규약 설정·변경 및 폐지 의결정족수의 과다 | 146 |
| 4. 일부 구분소유자의 권리보호 | 147 |
| 제4절 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무범위 문제 | 149 |
| 1. 문제의 소재 | 149 |
| 2. 채무 부존재의 논리 | 152 |
| (1) 논거 | 152 |
| (2) 비판 | 153 |



| | |
|--------------------------------------|------------|
| 3. 채무 일부존재의 논리 | 154 |
| (1) 논거 | 154 |
| (2) 비판 | 155 |
| 4. 채무 전부존재의 논리 | 157 |
| (1) 논거 | 157 |
| (2) 비판 | 158 |
| 5. 정리 | 158 |
| 제5절 분쟁해결 수단의 미비 문제 | 159 |
| 1. 집합건물의 관리와 관련된 분쟁유형 | 159 |
| (1) 구분소유자 상호간의 분쟁 | 159 |
| (2) 입주자대표회의를 둘러싼 분쟁 | 160 |
| (3) 집합건물의 사업주체와 구분소유자간의 하자분쟁 | 162 |
| 2. 현행 분쟁해결제도의 현황과 한계 | 163 |
| (1) 공동주택관리 분쟁조정위원회 | 163 |
| (2) 하자분쟁조정위원회 | 164 |
| (3) 제도 운영상의 한계 | 166 |
| | |
| 제5장 집합건물관리제도의 입법론적 개선방안 | 167 |
| 제1절 관리단의 개선 | 167 |
| 1. 서설 | 167 |
| 2. 관리단의 법인화 | 167 |
| (1) 법인화의 필요성 | 167 |
| (2) 법인화의 장점 등 | 168 |
| (3) 관리법인의 해산 등 | 169 |
| 3. 소규모 관리단과 단지관리단의 관리인 필수적 선임 | 170 |
| (1) 소규모 관리단의 관리인 | 170 |
| (2) 단지관리단의 관리인 | 171 |
| 4. 관리단체무의 공시제도 필요 | 171 |
| (1) 서설 | 171 |
| (2) 관리단체무의 책임 부담요건 | 172 |

| | |
|---|------------|
| (3) 구분소유자의 채무부담과 특별승계인의 책임 | 174 |
| (4) 관리단체무의 공시제도 | 174 |
| 5. 관리단집회의 의결정족수 조정 | 175 |
| 6. 조직행위가 없는 관리단의 처리 | 175 |
| 7. 관리단집회의 개최와 의결권 행사의 개선 | 176 |
| 8. 개정안의 검토 | 178 |
| (1) 분양자의 관리의무 | 178 |
| (2) 관리단의 능력 | 179 |
| 제2절 전문관리인제도의 신설 | 179 |
| 1. 제도의 필요성 | 179 |
| 2. 전문관리인의 성격 | 180 |
| 3. 전문관리인의 업무영역 | 180 |
| 4. 전문관리인의 전문성 확보방안 | 181 |
| 5. 전문자격사제도의 신설 | 182 |
| 6. 개정안의 검토 | 183 |
| (1) 구분소유자임을 요하지 않는 관리인 | 183 |
| (2) 관리인의 감독기관인 관리위원회의 신설 | 183 |
| 제3절 전유부분과 공용부분 범위의 명시적 기준 마련 | 185 |
| 1. 전유부분의 범위기준 | 185 |
| 2. 공용부분의 범위기준 | 186 |
| 3. 발코니면적의 공용부분 포함 기준 | 186 |
| 4. 일부공용부분면적의 기준 | 188 |
| 제4절 체납관리비채권의 확보방안 | 188 |
| 1. 체납관리비의 승계범위 명시 | 188 |
| (1) 공용부분에서 발생한 채권 | 188 |
| (2) 전유부분에서 발생한 채권 | 189 |
| 2. 관리비 등 보증금제도의 신설 | 190 |
| 3. 체납관리비채권의 선취특권제도 도입 | 191 |
| (1) 입법례 | 191 |
| (2) 선취특권제도의 필요성 | 193 |

| | |
|---|-----|
| 제5절 관리규약에 대한 개선방안 | 194 |
| 1. 관리규약 설정의 임의성 배제 | 194 |
| 2. 관리규약의 실효성 확보방안 | 195 |
| 3. 집합건물 분양전 관리규약의 효력 제한 | 195 |
| 4. 관리규약의 설정·변경 및 폐지권자와 의결정족수의 개선 | 196 |
| (1) 사용자에게 대한 관리규약 설정·변경 및 폐지권의 부여 | 196 |
| (2) 관리규약의 설정·변경 및 폐지 의결정족수의 개선 | 197 |
| 5. 일부 구분소유자의 승낙제도 개선 | 198 |
| 6. 관리규약준칙의 마련 | 198 |
| (1) 관리규약준칙의 의의 | 198 |
| (2) 관리규약준칙의 비법규성 | 199 |
| 제6절 소송외적인 분쟁해결제도(ADR)의 적극적인 활용 | 199 |
| 1. 서설 | 199 |
| 2. ADR의 의의와 종류 | 200 |
| 3. 집합건물관리상 분쟁에 ADR을 적극적으로 활용해야 할 이유 | 202 |
| 4. 집합건물관리상의 분쟁과 중재제도 | 203 |
| (1) 중재제도의 적용 적합성 검토 | 203 |
| (2) 중재제도의 활용방안 | 203 |
| | |
| 제6장 결론 | 205 |
| | |
| 참고문헌 | 213 |



Abstract

A Study on the Reforms of the Management System of Aggregate Buildings from a Legislative Perspective

Kang, Yong Am
Department of Law
Graduate School
JeJu National University
Directed by
Professor Han, Sam In

‘Aggregate building’ is the term that describes a building in which separate owners own the building, and the owners own their separated parts of the building. The law only recognizes only one person as a owner of a building, but exceptionally, according to the Law of Aggregate Building Article 1, when a building is separated into several parts as constructs and the building can be used as several independent spaces, the building can be recognized as owned by several owners.

In that kind of building, it is inevitable that the building is divided into two parts of shared part, which should be shared among the owners, and private part, which can be used exclusively by possession right. The private part of the building is a private person’s space, and the space can be managed by the person, but concerning the shared part, the problem is

that there is no person who is charged to manage the space, and how the space will be managed is not clear. The reason why the point is problematic is the shared part of the building is related to various provision facilities, which include electricity, water, gas, and telecommunication facilities, and every other facilities, which include maintenance, repairs, administration, accounting, security, environment, landscape, and parking facilities.

The demand of aggregate buildings in Korea is increased remarkably because of the centralization of population into cities which is accompanied by economic development, and the supply of the buildings is increased accordingly. Especially, by the policies of the government, the supply of aggregate buildings is increased exceedingly. According to 2010 Census of Statistics Korea, the portion of aggregate buildings among every house in Korea was 71.0%. Like this, the number of aggregate buildings is increased quantitatively, but concerning the aspect of management of the buildings, there was no development.

As a result, the life span of the buildings is decreased, and by neglected system of management, the owners of the aggregate buildings feel discomfort leading their shared living in them. Accordingly, the government cared for proper management of aggregate buildings, established Housing Manager System, and continued trying to improve the management system of aggregate buildings. As a result, the Housing Manager System improved very much, but still there are many tasks to be done.

The objective of this study is to figure out the development tasks of the Housing Manager System and to suggest ideal plans to improve the system. The development tasks and plans to improve the Housing Manager System in this study are as follows. First matter is related to the system of the managers and managing group of the managing institution. The law of aggregate building stipulates that when separate ownership is formed, the managing group is established simultaneously.

However, it can be the cause of indifference in managing the aggregate building, because the owners may not recognize that they are members of the managing group. In addition, unless the owners do institutional acts, the managing group has no power. To improve the matter, incorporating the managing group is required. When the managing group is incorporated, the owners can naturally recognize the existence of the managing group in the process of the incorporation, and they can have proactive interest in the function of the managing group.

And the managing group should appoint a manager, but small managing group whose members are less than 10 is out of the regulation. However, small managing groups also need a manager. Therefore, it is problematic that the appointment of a manager is not mandatory when the number of members of the managing group is small. So sufficient management of the aggregate buildings should be done by mandatory appointment of a manager regardless of the number of the members of the managing group.

Also, there is a problem regarding debts of the managing group. According to the law of aggregate building, the owners of aggregate buildings are responsible for the debts of the managing groups. And the person who succeeds the separated possession right is also responsible for the debts. However, the person who succeeds the separated possession right has no way to recognize the debts of the managing group in prior. So the public announcement system of the debts of the managing group should be established to enable the succeder to know the existence of the debts of the managing group in prior.

The way of deciding matters of the assembly of the managing group is also problematic. According to the law of aggregate building, when there are matters which should be decided by the assembly, more than $\frac{4}{5}$ of the separated possession right owners and $\frac{4}{5}$ of the people who have the voting right approves the matters by means of documents, the matters are

regarded as passed. However, in ordinary occasions, decisions are made by half of separated possession owners and the people who have the voting right respectively, so there is a proportional problem. In the ordinary assembly of the managing group, decision can be made by means of documents or a substitute, so the law that stipulates another decision-making number of people when the decision is made by means of documents should be revised.

It is problematic that in the law of aggregate building, there is no regulation that stipulates the qualification of a manager. Aggregate buildings are the objects which should be managed professionally. So when a manager who has no professional skills manage the aggregate building, high-quality management cannot be anticipated. This is the way by which the living standard of residents of the aggregate building declines. Therefore, the systematic revision should be done to guarantee.

Second, there is a problematic point regarding the ranges of private part and shared part. Aggregate buildings are divided into the two parts, private part and shared part, and the main object of the management of aggregate buildings is the shared part. So the complication in the range of shared part can be a cause of conflict regarding the burden of management. Therefore, the ranges of private part and shared part should be distinguished properly.

Third, there is a problem regarding the range of overdue management expense of succeeders. Originally, the person who did not pay the management expense is responsible for overdue debts. And the law of aggregate building stipulates that the succeeders are responsible for the overdue management expense. However, there have been legal conflict regarding the matter, because the regulation is not clear. So to solve the matter, obvious regulation of the law should be established.

Fourth, the arbitrary system of management regulation is problematic. Management regulation is essential to the shared living of owners of aggregate

buildings. However, the law of aggregate building stipulates that the establishment of the management regulation is optional with the separated possession owners. In the way, there is a possibility that some aggregate buildings will establish no management regulation and the buildings will be living community in which there is no control. The community in which there is no control can be danger to the building itself, and it even can be a social problem, so there is a need to establish the legal obligation to establish the management regulation in every aggregate building.

Finally, there is a problematic point regarding the trouble-shooting system. Aggregate buildings are the communities in which various kinds of people live, so the conflict of opinions among the members can occur. Trivial conflicts develop into disputes, and the disputes often end up with lawsuits. However, lawsuits can accompany much damage of time, psychology, and money.

Therefore, a policy to solve a dispute without a lawsuit is needed. But current law of aggregate building stipulates no regulation regarding trouble-shooting system. In the Housing Law, there is the system of trouble-shooting counsel of the management of aggregate buildings, but it is rarely used, because the system is not practically effective. Therefore, the activation of ADR, which can be a means to make the disputers accept the trouble-shooting result without lawsuits, is necessary.



제1장 서론

제1절 연구의 목적

집합건물(Aggregate Building)이란 여러 사람이 한 동의 건물을 구조상·이용상으로 구분하여 각각 그 일부분을 소유하고 있는 경우의 건물을 말한다. 즉, 외견상으로는 한 덩어리인 건물이지만 내부적으로는 구조상·이용상 구분이 가능한 여러 개의 공간이 있어, 그 공간마다 별개로 구분소유권을 각각 인정하고 그 구분소유권이 미치는 각각의 공간을 하나의 독립한 건물로 사용하는 경우의 건물을 말한다. 이러한 집합건물의 개념은, 민법상 일물일권주의의 원칙과는 상충된다고 할 수 있다. 그러나 민법 제215조 제1항(“수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속건물 중 공유하는 부분은 그의 공유로 추정한다”) 및 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(법률 제3725호, 1984년 4월 10일 제정. 이하 “집합건물법”이라 한다) 제1조(“1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다”)는 일물일권주의의 예외를 인정하고 있다. 따라서 집합건물제도는 현행 법질서에 부합되는 제도이다.

집합건물은 경제발전과 도시의 인구집중에 따른 수요 증가에 부응하기 위하여 급속한 공급의 증가가 있었음은 주지의 사실이다. 전형적인 집합건물의 한 형태인 공동주택의 경우에는 공급의 증가가 특히 두드러져서 2010년 현재 전국 총주택의 71.0%¹⁾를 차지할 정도에 이르렀다. 이와 같은 집합건물의 증가추

1) 통계청, 2010 인구주택총조사 발표 참조.

세는 한정된 토지의 효율적인 이용을 위하여 고층·밀집화의 모습으로 더욱 가속화될 것으로 전망된다. 그러나 이처럼 집합건물이 양적으로 팽창한 것에 비하여 질적인 관리측면에서는 아직도 개선해야 될 점이 많다. 100년 가까이 사용할 수 있는 철근콘크리트 건물들이 준공 후 20년도 안되어 노후·불량화됨으로써 무너지거나 재건축을 하는 사례가 빈발해 왔고 집합건물관리에 관한 법·제도적 장치의 미흡 등으로 집합건물의 소유자나 거주자들이 생활상 혼란과 각종 분쟁의 고통을 겪는 일들이 많이 발생하였다.

집합건물의 관리가 특히 강조되는 이유는, 집합건물이 갖는 구분소유적 특징으로부터 비롯된다고 할 수 있다. 즉, 집합건물의 구분소유적 특징은 필연적으로 구분소유자들이 공동으로 사용하는 공용부분과 구분소유권이 전적으로 미치는 전유부분으로 나누어진다. 전유부분의 경우에는 구분소유자가 지배하는 공간이므로 공동생활의 질서를 준수하는 범위 내에서 스스로 관리를 하면 되지만 구분소유자들이 함께 사용하는 공용부분을 누가 관리할 것인가 하는 것이 문제이다. 공용부분에는 전기·수도·가스·통신 등 집합건물이 정상적으로 기능하는데 필요한 각종 공급시설과 유지·보수·행정·회계·보안·환경·조경·주차 등 집합건물의 거주자들이 쾌적하게 생활을 영위할 수 있는 각종 서비스의 기반이 집중되어 있다. 더구나 집합건물이 대형화·고층화·첨단화되고 불특정의 공동소유자들이 다수 거주하고 있는 오늘날과 같은 환경에서는 전문적인 관리체제의 구축과 이를 뒷받침할 법·제도적인 장치가 필수적이라고 할 것이다.

집합건물관리제도는 시대적 요구에 따라 국가별로 조금씩 다른 모습으로 진화되어 왔다. 집합건물의 역사가 깊고 합리주의에 바탕을 두고 있는 유럽은 비교적 잘 정비된 집합건물관리제도를 가지고 있었으나 전통적으로 농업국가였던 우리나라는 급속한 경제성장과 함께 비교적 단기간 내에 대량으로 공급되기 시작한 서구식 집합건물의 생활문화에 미처 적응하지 못하는 모습을 보여왔다. 집합건물관리제도 또한 생소하였으므로 외국의 것을 그대로 받아들일 수 밖에 없었다. 그 결과 마치 몸에 맞지 않는 옷을 입은 것처럼 우리나라의 집합건물관리제도는 각 부문에서 문제점을 드러내었다. 현행 집합건물관리제도가 그간의 많은 개선 노력에도 불구하고 여전히 해결되지 않고 있는 문제들을 안고 있는 이유이기도 하다.

본 논문에서 제기하는 문제는 크게 다섯 가지로 분류된다. 첫째, 제도의 불비로 인하여 본래의 기능을 다하지 못하고 있는 관리기구에 관한 문제, 둘째, 전유부분 및 공용부분 경계범위에 관한 논란의 문제, 셋째, 중요성이 강조되지 않고 있는 관리규약의 문제, 넷째, 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무범위를 어떻게 정해야 하는가에 관한 문제, 다섯째, 집합건물관리와 관련된 분쟁을 해결할 효과적 방안의 미비 문제 등이 그것이다.

그렇다면 위와 같은 집합건물관리상의 제반 문제를 어떻게 개선하여야만 궁극적으로 주민의 삶의 질을 양호하게 보장하고 향상시킬 수 있을 것인가? 본 논문은 이러한 물음에 대한 해답의 모색에 목적을 두고 연구를 진행하였다.

제2절 연구의 범위와 방법

1984년 집합건물법이 제정된 이래 집합건물의 관리제도에 관한 연구는 꾸준히 진행되어 왔으며, 이러한 연구는 집합건물의 관리제도 개선에 적지 않은 기여를 해왔다. 그러나 여전히 집합건물의 관리현장에서는 관리기구·관리비·관리범위·분쟁해결수단 등과 관련한 법리적 논란이 그치지 않고 있다. 따라서 본 논문에서는 집합건물의 관리제도에 관한 기본적인 사항들을 재검토하면서 문제가 되고 있는 부분들에 대한 집중적 고찰을 하되, 집합건물의 대표적 유형이라고 할 수 있는 공동주택을 중점적인 연구대상으로 삼았다.

본 논문은 총 6장으로 구성하였다. 제1장에서는 연구의 목적과 그 범위 및 방법을, 제2장에서는 집합건물의 관리에 관한 기초 이론과 우리나라 집합건물의 관리제도 마련의 배경이 된 주요국가의 입법례를 살펴봄으로써 새로운 입법론에 대한 시사점을 찾고자 하였다. 제3장에서는 현행 집합건물관리제도가 안고 있는 문제점을 논의하기에 앞서 집합건물관리제도의 주요 내용을 검토·정리하였으며, 제4장에서는 현행 집합건물관리제도가 안고 있는 제반문제에 대하여 집중적으로 고찰하였고, 제5장은 제4장에서 도출된 현행 집합건물관리제도의 문제점에 대한 입법론적 개선방안을 모색함과 아울러 2011년 8월 10일자

로 입법예고 된 집합건물법의 개정안에 대하여 그 의미를 비판적으로 검토하였다. 끝으로 제6장 결론에서는 앞에서 논의한 집합건물관리제도의 문제점과 그 개선방안에 대한 입법론을 요약·정리하였다.

본 논문의 연구방법은, 집합건물의 관리에 관한 선행연구와 관련하여 이미 발표된 연구논문과 판례 등 국내외의 문헌자료를 중심으로 한 문헌연구방법을 취하였다. 이를 통해 집합건물관리제도의 제반 문제점을 검토하고, 그에 관한 몇 가지 입법론을 집합건물관리제도의 개선방안으로 제시하였다.

제2장 집합건물관리의 기초이론과 입법례

제1절 집합건물의 종류와 관리의 개념

1. 집합건물의 종류

집합건물의 종류에 관하여 집합건물법은 따로 규정하고 있는 바가 없으나 공동주택²⁾·도시형생활주택³⁾·준주택⁴⁾·오피스텔·주상복합건물·상업용건물 등으로

- 2) 주택법시행령 제2조(공동주택의 종류와 범위) 건축법 시행령 별표1에 규정된 공동주택(기숙사 제외)에는 아파트·연립주택·다세대주택이 있으며 그 분류 기준은 다음 각호와 같다. 가. 아파트: 주택으로 쓰는 층수가 5개 층 이상인 주택, 나. 연립주택: 주택으로 쓰는 1개 동의 바닥면적(지하주차장 면적은 제외한다) 합계가 660제곱미터를 초과하고, 층수가 4개 층 이하인 주택, 다. 다세대주택: 주택으로 쓰는 1개 동의 바닥면적 합계가 660제곱미터 이하이고, 층수가 4개 층 이하인 주택(2개 이상의 동을 지하주차장으로 연결하는 경우에는 각각의 동으로 보며, 지하주차장 면적은 바닥면적에서 제외한다), 라. 기숙사: 학교 또는 공장 등의 학생 또는 종업원 등을 위하여 쓰는 것으로서 공동취사 등을 할 수 있는 구조를 갖추되, 독립된 주거의 형태를 갖추지 아니한 것(「교육기본법」 제27조 제2항에 따른 학생복지주택을 포함한다)(건축법시행령 별표1).
- 3) 주택법시행령 제3조(도시형생활주택) ① 법 제2조 제4호에서 "대통령령으로 정하는 주택"이란 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시지역에 건설하는 다음 각 호의 주택을 말한다.
 1. 단지형 연립주택: 「건축법 시행령」 별표1 제2호 나목에 해당하는 주택 중 제2호의 원룸형 주택을 제외한 주택. 다만, 「건축법」 제5조 제2항에 따라 같은 법 제4조에 따른 건축위원회의 심의를 받은 경우에는 주택으로 쓰는 층수를 5층까지 건축할 수 있다. 1의2. 단지형 다세대주택: 「건축법 시행령」 별표1 제2호 다목에 해당하는 주택 중 제2호의 원룸형 주택을 제외한 주택. 다만, 「건축법」 제5조 제2항에 따라 같은 법 제4조에 따른 건축위원회의 심의를 받은 경우에는 주택으로 쓰는 층수를 5층까지 건축할 수 있다. 2. 원룸형 주택: 「건축법시행령」 별표1 제2호

유형을 나누어 볼 수 있다.

2. 관리의 개념

물건에 대한 관리는 구체적으로 관리행위를 통하여 실현된다. 이러한 관리행위는 협의의 관리행위와 광의의 관리행위로 분류할 수 있다.

(1) 협의의 관리행위

협의의 관리행위란 물건 또는 재산권에 관하여 그 성질을 변하게 하지 아니하는 범위 내에서 보존·이용·개량하는 행위를 말한다(민법 제25조, 제118조). 이러한 개념은 특히 민법상 공유인 경우에 강조된다.⁵⁾ 그 이유는, 하나의 물건에 대한 소유권자가 1인이 아니고 다수이기 때문이다. 일반적으로 하나의 물건을 1인이 소유하는 경우 그 소유자는 자신의 물건에 대하여 배타적인 사용·수익·처분권능을 가지게 되며 물건의 소유자는 그러한 권능을 실현시키기 위한 보존·이용·개량·변경·처분 등의 행위를 독자적으로 행할 수 있지만 하나의 물건에 대하여 2인 이상의 소유권자가 있는 경우에는 어느 한 소유자에게만 소유권의 권능을 배타적으로 실현하게 할 수 없다. 따라서 하나의 물건을 여러 명이 공동으로 사용하는 경우에는 상호 간 사용에 불편이 없도록 협의를 해야 할 필요가 있으며 이와 더불어 물건의 성상과 기능의 유지를 위한 보수는 누가 어떻게 담당해야 할지 등에 관한 협의도 필요하다.

1) 보존행위

가목부터 다목까지의 어느 하나에 해당하는 주택으로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 주택가. 세대별로 독립된 주거가 가능하도록 욕실, 부엌을 설치할 것, 나. 욕실 및 보일러실을 제외한 부분을 하나의 공간으로 구성할 것. 다만, 주거전용 면적이 30제곱미터 이상인 경우 두 개의 공간으로 구성할 수 있다. 다. 세대별 주거전용면적은 12제곱미터 이상 50제곱미터 이하일 것.

- 4) 주택법시행령 제2조의2(준주택의 범위와 종류) 가. 건축법 시행령 별표1 제4호 과목 및 제15호 다목에 따른 고시원, 나. 건축법 시행령 별표1 제11호 나목에 따른 노인복지시설 중 노인복지법 제32조 제1항 제3호의 노인복지주택, 다. 건축법 시행령 별표1 제14호 나목에 따른 오피스텔
- 5) 민법상 공유란 여러 명이 하나의 물건을 지분의 비율로 소유하는 형태를 말하며(민법 제26조 제1항)공유의 법률관계는 당사자의 법률행위에 의하여 발생할 수도 있고 법률의 규정에 의하여 발생할 수도 있다.

보존행위는 공유물의 재산가치를 현상 그대로 유지하고 멸실을 방지하기 위한 법률적·사실적인 일체의 행위를 말한다. 즉, 주택의 수선·소멸시효의 중단·부패하기 쉬운 물건의 처분 등이 이에 속한다.⁶⁾ 대리인은 보존행위를 제한 없이 할 수 있다(민법 제118조).

2) 이용행위

이용행위란 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위 내에서 재산의 수익을 증가시키는 행위로서 물건을 임대하거나 금전을 이자부로 대여하는 것이 이에 해당한다.⁷⁾ 이용행위와 관련하여, 공유물을 임대함으로써 발생하는 법정과실이나 기타 천연과실은 공용부분에서 발생한 것으로써 그 과실에 대하여 다시 공유관계가 성립하는가에 대하여 논의가 있다.⁸⁾ 예컨대, 공유물인 토지에 식물을 식재하여 천연과실이 생산되거나 공유물을 임대함으로써 임료 등 법정과실이 발생한 경우, 이를 새로운 공유물로 보아 그 위에 다시 공유관계가 성립한다면 임료청구는 관리행위가 된다. 그러므로 임료청구는 지분과반수에 기하여 관리인이 청구해야 할 것이고, 공유물에서 발생하는 과실은 공유물이기 때문에 그 과실의 사용방법 결정 또한 관리행위로서 행해져야 한다는 견해가 있다.⁹⁾ 그러나 공용부분은 건물부분이나 건물의 부속물을 말하는 것으로서 금전이나 채권은 아니기 때문에 공용부분의 천연과실이나 법정과실의 공유개념을 그대로 상정하기 힘들다는 점에서 이와 같은 논리를 집합건물법에 그대로 적용할 수는 없다는 견해도 있다.¹⁰⁾ 또한 공용부분으로부터 천연과실이나 법정과실이 발생하더라도 관리단이 권리능력 없는 사단의 성격을 가지고 있으므로 과실은 관리단의 사원인 구분소유자의 총유라고 보아야 한다. 따라서 집합건물법상 공용부분의 관리행위와 관련하여 발생하는 천연과실이나 법정과실은 총

6) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2004, 300면.

7) 김준호, 상계서, 300면.

8) 유어녕, 「집합건물법의 이론과 실무」, 법률정보센터, 2011, 138면.

9) 김학동, “공유의 법률관계”, 「서울시립대논문집」 제29집, 서울시립대학교, 1995, 13면.

10) 유어녕, 전계서, 139면.

유의 객체는 될 수 있으나 공유물의 개념은 성립할 수 없다.¹¹⁾

3) 개량행위

개량이란 물건의 사용가치, 교환가치를 증대케 하는 것으로서 변경의 정도에 이르지 않는 것을 말한다.¹²⁾ 따라서 민법상 공유물의 관리행위로서의 개량행위란 일반적으로 물건의 성질이나 형상을 변경함이 없이 물건의 효용을 증가시키는 일체의 행위를 말한다고 할 수 있다. 집합건물법은 공용부분의 변경에 관한 사항으로 공용부분의 개량을 위하여 지나치게 많은 비용이 드는 것이 아닐 경우에는 통상의 집회결의로 결정할 수 있다고 한다(집합건물법 제15조 제1항 단서 제1호, 이하 괄호안의 집합건물법은 “법”이라 한다). 즉, 집합건물법은 원칙적으로 공용부분의 개량행위를 공용부분의 변경사항에 포함시키면서 다만 그것이 과도한 비용이 들지 않는 경우에는 관리단집회에서 통상결의로 결정하고, 과도한 비용이 드는 경우에는 관리단집회에서 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상의 특별결의에 의하여 결정하도록 하였다.

(2) 광의의 관리행위

광의의 관리행위는 협의의 관리행위를 포함하는 개념으로서 물건 또는 재산권에 관하여 종국적 권리변동을 수반하지 아니하는 범위 내에서 그 성질의 변경을 수반하게 하는 것까지를 관리행위의 범주에 넣는다.¹³⁾ 즉, 보존·이용·개량행위를 넓은 의미로 해석하는 것이며 공용부분의 변경행위도 이에 속한다. 공용부분의 변경행위는 공용부분의 성질과 형상을 변경하는 행위이며, 공용부분을 신축당시의 수준 이상으로 변경하는 개량행위를 말한다. 가령 집합건물의 옥상 환풍기가 부식되어 본래의 기능을 상실하거나, 어린이 놀이터의 놀이기구가 파손된 경우, 옥상 환풍기를 부식되지 않는 견고한 재질의 제품으로 교체를

11) 유어녕, 전계서, 139면.

12) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 1997, 374면.

13) 박종두·박세창, 「집합건물법」, 삼영사, 2011, 226면.

한다든지 놀이기구를 쉽게 파손되지 않는 재질이나 구조로 교체하는 행위가 이에 해당된다고 할 수 있다. 즉, 통상적으로 그 물건이 갖추어야 할 본래의 성능이나 기능으로 단순히 회복시키는 보수 수준을 넘어선 행위도 이를 관리행위로 보는 것이다.

이처럼 관리행위 중 공용부분의 변경행위는 공유물의 성질과 형상의 변화를 수반하는 행위를 말하며, 개량행위가 여기에 해당한다고 할 수 있다. 즉, 집합건물법 제15조의 공용부분의 변경은 개량행위를 뜻하는 것으로서 물건 자체가 가지는 기능을 넘어 그 사용가치와 교환가치의 증대로 나타나는 일체의 행위를 포괄한다고 하겠다.

(3) 집합건물의 관리행위

1) 통상적 관리행위

집합건물법 제16조 제1항의 “공용부분의 관리에 관한 사항은 제15조 제1항 본문의 경우를 제외하고는 통상의 집회결의로써 결정한다”에서의 공용부분 관리행위는 협의의 관리행위에 해당¹⁴⁾하는 것으로서, 건물의 성질과 형상을 변화케 하지 아니하는 범위 내에서의 보존·이용·개량하는 행위를 바탕으로 하고 있다.¹⁵⁾ 이러한 관리행위는 집합건물의 수명유지를 위한 통상적 관리행위에 속하며 건물의 수선유지 활동 등 건물의 현상유지와 노후화 방지를 위한 보존적 보수행위, 종래보다 나은 기능과 품질로 변화시키는 개량적 수선행위, 기계실 옥탑 공간을 이동통신사의 중계기 설치공간으로 임대하고 임료를 받는 이용적 수익행위 등이 이에 속하며 공유자의 지분권에 기하여 공용부분의 원상회복을 위한 공용부분의 방해배제, 공유물반환, 부당이득반환, 손해배상청구 등 소송행위도 집합건물의 관리행위에 포함된다.¹⁶⁾

일반적으로 집합건물의 유지를 위한 통상적 관리행위는 협의의 관리행위로서

14) 강혁신, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 개정”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011.9. 389면.

15) 박종두·박세창, 전계서, 226면.

16) 유어녕, 전계서, 171면.

대부분 보수행위로 이루어지지만 보수행위는 보존행위와 개량행위까지를 포함한다. 다만 개량행위는 보존행위보다 적극적인 개선이 이루어진다는 점에서 구별된다고 할 수 있다. 즉, 보존행위와 개량행위는 종래의 형상과 성질을 그대로 유지하느냐 또는 이전의 성질과 형상보다 현저한 차이가 나도록 개선되었느냐의 차이라고 보면 될 것이다. 가령, 집합건물 진입로의 외부차량 단속용 차단기가 운전자의 실수로 파손됨에 따라 이를 종전의 기능으로 되살리는 보수를 하였다면 보존행위가 되지만 기능이 현저하게 향상된 첨단제품으로 교체를 하였다면 이는 개량행위로서 변경행위에 해당한다고 할 수 있다.

2) 관리행위의 범위 확대

집합건물의 관리행위는 통상적인 관리행위인 보존·이용·개량행위 외에 공용부분의 변경행위를 포괄하며 물건 또는 재산권에 관하여 중국적 권리변동을 수반하지 아니하는 범위 내에서 그 성질의 변경을 수반하게 하는 것 까지를 범주에 넣는다.¹⁷⁾ 또한 이와 같은 물리적·유형적인 것으로부터 구분소유자의 삶의 질을 향상시키기기 위한 커뮤니티의 활성화 등 인문·사회적인 분야에 이르기까지 관리행위의 범위가 확대되는 경향을 보이고 있다. 이러한 경향은 특히 영국의 경우에 뚜렷하다.¹⁸⁾

3) 공용부분 관리행위의 특징

집합건물의 공용부분은 민법상 공유물과 달리 공용부분에 대한 구분소유자의 지분처분의 자유나, 공유물분할의 자유가 허용되지 않는다. 이는 단체주의적 색채가 농후한 구분소유권의 특질에서 비롯된다.¹⁹⁾ 즉, 구분건물은 1동 건물의 일부분으로서 다른 구분건물과 총횡으로 접하여 있으므로 각 구분건물간의 원만한 이용과 1동 건물 전체를 충실히 유지·관리하기 위해서는 일반 건물의 소

17) 유어녕, 전계서, 146면.

18) 본 논문 제2장 제5절에 소개된 입법례 참조.

19) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2003, 347면.

유권과는 달리 특별한 제한이 가해질 수 밖에 없다. 따라서 민법상 공유관계에서는 공유물의 관리와 관련하여 불만이 있을 경우 공유자는 언제든지 자유롭게 스스로의 공유지분을 타인에게 양도하거나 공유물의 분할을 통해 공유관계로부터 벗어 날수 있지만, 집합건물법상 구분소유자는 이와 달리 공용부분의 관리에 대하여 불만이 있더라도 전유부분의 처분 없이 공용부분만의 지분권양도나 공유물분할 등의 방법으로는 공유관계로부터 벗어 날 수 없다.

또한 집합건물법상 공용부분의 사용은 공용부분의 사용 그 자체에 그치는 것이 아니라 전유부분의 사용과 직접적인 연관성을 가지고 있다. 즉, 공용부분은 모든 전유부분의 유용한 소유를 위하여 필요한 부분이므로 사용방법에 있어서도 항상 전체의 입장을 고려하여야 하며, 관리행위 또한 같다. 그러므로 보존·이용·개량을 통해 이루어지는 통상적 관리행위와 공용부분의 변경행위는 일정한 제약을 받게 된다. 그 구체적인 제약의 모습은 일정한 관리행위로 인하여 권리에 특별한 영향을 받는 구분소유자가 있는 경우에 뚜렷하다. 따라서 공용부분의 변경 등으로 인해 특별한 영향을 받게 되는 구분소유자가 있을 경우에는 비록 다수가 찬성한 사안이라고 하더라도 소수자의 승낙을 받아야 한다. 이러한 제도가 과연 타당한지에 대한 여부는 별론으로 하고, 집합건물법상 공유물에 대한 관리행위는 집합건물이 갖는 물리적·이용적 특성으로 인해 민법의 일반원리가 적용되는 관리행위의 개념과는 상당부분 차이가 있음을 알 수 있다.

4) 사건

집합건물법은 관리행위에 관한 개념 정의 규정을 따로 두지 않고 있으나 관리의 주대상을 전유부분과 공용부분으로 구분하고 있는 것으로 해석된다.²⁰⁾ 전유부분의 관리는 전유부분의 소유자, 즉, 구분소유자 등에 의하여 행해지는 관리로서 다른 구분소유자의 전유부분은 물론 공용부분에도 불이익이 발생하지 않도록 하여야 할 의무를 부담한다. 반면, 공용부분의 관리는 구분소유의 객체인 전유부분을 제외한 나머지 부분에 대한 관리로서 모든 구분소유자가 공동

20) 박태신, “집합건물의 관리에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 49면.

의 책임으로 관리할 의무를 부담한다. 집합건물법 제25조 제1항은 관리인의 권한과 의무에 대하여, “공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위, 관리단의 사무집행을 위한 분담금액과 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위, 관리단의 사업 시행과 관리단을 대표하는 재판상 또는 재판외의 행위, 그 밖에 규약에 정해진 행위”라고 규정함으로써 집합건물에 대한 관리의 개념을 공용부분의 보존 등을 위한 협의의 관리행위는 물론 관리단의 사무집행을 위한 분담금액과 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위와 재판상 또는 재판외의 행위까지를 관리행위의 범위에 포함시키고 있음을 알 수 있다.

집합건물이 불특정 다수가 거주하는 공동체임을 감안할 때 집합건물의 관리 개념 또한 건물의 유지·보수 등의 기술적·유형적인 측면을 벗어나 구분소유자 상호간의 커뮤니티 조성이나 공동생활 질서유지 등을 위한 인문적·무형적인 부분까지도 폭 넓게 수용하는 것으로 이해하고 그 방향으로 발전시켜 나가야 할 것이다.²¹⁾

3. 집합건물관리제도의 필요성

외형상으로는 한 개의 동이지만 구조상·이용상으로는 독립되고 그 독립된 공간마다 다수의 구분소유권이 성립하는 집합건물의 특성상 전체 건물의 유지관리 및 공동생활의 안녕을 위하여 구분소유자는 건물의 공용부분과 부대시설에 대하여 공동의 책임으로 관리를 할 수 밖에 없다.

다만 집합건물은, 구분소유권의 객체인 전유부분마다 구분소유자의 삶의 영역을 보장받고 이러한 전유부분은 또한 공용부분을 매개로 다른 전유부분과 결합되어 한 덩어리의 건물을 구성하고 있는 특수한 관계로 인하여 구분소유자 상호간 이해상충의 문제가 발생할 소지가 상존하고 있다.

따라서 구분소유자는 집합건물에서의 생활질서 및 안전유지 그리고 공동재산의 가치보호를 위하여 스스로 일정부분의 권리를 양보하는 것이 불가피하며 이러한 토대위에 집합건물관리 제도가 필요하게 되었다고 할 수 있다.

21) Münchener Kommentar(Sachenrecht), RdNr. 2, S.437.

제2절 집합건물관리의 법원

집합건물관리에 관한 법원으로는 민법을 비롯하여 집합건물법·주택법·임대주택법·건축법·시설물안전관리에 관한 법률 등이 있다.²²⁾ 이하에서는 집합건물관리와 가장 밀접한 법원인 민법과 집합건물법 그리고 주택법에 대하여 살펴보고 주택법과 유사한 관리규정을 두고 있는 임대주택법에 대해서도 함께 살펴보고자 한다.

1. 민법

집합건물관리에 관하여 민법은, 제215조 제1항에서 “수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정한다.”라고 규정하고 동법 동조 제2항에서는 “공용부분의 보존에 관한 비용 기타의 부담은 각자의 소유부분의 가액에 비례하여 분담한다.”라고 규정한다. 또한 동법 제265조에서는 “공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.”라고 규정하고 동법 제266조 제1항에서는 “공유자는 그 지분의 비율로 공유물의 관리비용 기타 의무를 부담한다.”라고 규정함으로써 민법은 집합건물관리에 관한 직접적인 법원이 된다.²³⁾

2. 집합건물법

총 4개장 66개 조문으로 구성된 집합건물법은 집합건물의 관리에 관한 기본법의 성격을 갖는 특별사법으로서 집합건물의 구분소유와 관리에 관하여 규정

22) 박종두·박세창, 전게서, 32면.

23) 박종두·박세창, 상게서, 229면.

하고 있다. 내용에는 관리단의 구성, 관리인의 선임과 책무, 규약의 설정·폐지 열람, 관리단집회의 시기·소집절차·결의사항·결의의 요건과 방법, 규약 집회결의의 효력, 의무위반자에 대한 조치 및 재건축·복구의 요건과 절차에 관한 사항 등이 있다. 집합건물법은 1984년 4월 10일 법률 제3725호로 제정된 이래 총 6회의 개정²⁴⁾이 있었는데 이 중 경과규정에 관한 1985년의 개정과 법률을 이해하기 쉽도록 한글식 표현으로 조문을 변경한 2010년의 개정을 제외하고는 실질적으로 법령의 내용이 개정된 것은 총 4회로 볼 수 있다²⁵⁾.

(1) 집합건물법의 제정배경

경제개발이 본격적으로 개시된 1960년대 후반 이후 우리나라는 급속한 경제발전과 함께 그에 따른 인구의 도시집중으로 인하여 서울 등 대도시에는 아파트를 중심으로 한 집합건물이 급격히 증가하여 오늘에 이르고 있다. 그러나 이처럼 빠른 변화의 추세와는 달리 이에 걸맞는 새로운 생활관계를 규율할 민법 등의 제규정은 제자리에 머물러 있음에 따라 구분소유권의 대상과 한계·구분소유자 상호간의 법률관계·구분소유권과 그들의 공동이용부분 및 그 대지에 대한 소유와 이용관계가 불분명하고 등기방법 등도 매우 복잡·불편하게 되었다. 이는 부동산등기의 공시제도가 갖는 본래의 효능을 발휘하지 못하게 하는 원인이 되었다. 그 결과 고층건물 기타 집합건물 내에서의 공동생활을 합리적으로 규율하고 그 권리관계를 간명하게 공시할 수 있도록 할 목적으로 집합건물법이 제정되었다.²⁶⁾

이러한 우리나라의 집합건물법은 일본의 구분소유법(1962년 제정, 법률 제69호)이 크게 반영되었다.²⁷⁾ 가령 구분소유권의 대상을 구조상·이용상 독립된 건물부분으로 한정하는 규정²⁸⁾ 등은 우리의 집합건물법 제1조와 조문상으로도

24) 1986. 5. 12. 일부개정(법률 제3826호); 2003. 7. 18. 일부개정(법률 제6925호); 2005. 5. 26. 일부개정(법률 제7502호); 2008. 12. 26. 일부개정(법률 제9172호); 2009. 5. 8. 일부개정(법률 제9647호); 2010. 3. 31. 일부개정(법률 제10204호). 이는 타법개정을 제외한 집계이며 2011. 8. 10. 현재 집합건물법에 관한 개정안이 입법예고 되어 있는 상태이다.

25) 이준형, “집합건물법의 문제점과 개정방향 연구”, 법무부용역보고서, 2010.12, 6면.

26) 국가기록원, “집합건물법 제정이유”, 관보 제9714호, 1984.4.10. 54면 참조.

27) 이준형, 전계보고서, 27면.

28) 一棟の建物に構造上區分された數個の部分で獨立して住居、店舗、事務所又は倉庫その他建物と

거의 같고 그밖에 다른 규정도 그 내용이 동일하거나 유사하다.

(2) 집합건물법의 주요골자

첫째, 구분소유의 대상을, 1동의 건물 중 구조상·이용상의 독립성이 있는 건물부분으로 한정, 구분소유권이 미치는 범위를 구체화함으로써 구분소유자간의 이해조절과 권리의 보호를 도모할 수 있도록 하였다(법 제1조).

둘째, 공용부분에는 구조상공용부분과 규약상공용부분이 있음을 명시함으로써 공용부분에 대한 인식을 분명하게 하는 한편, 규약상공용부분은 외형상 전유부분과 구별이 불분명한 점을 고려하여 공용부분이라는 취지의 등기를 하도록 하였다(법 제3조).

셋째, 구분소유자의 권리·의무에 관한 사항, 특히 구분소유자가 건물의 보존에 해로운 행위를 하거나 공동생활의 이익에 반하는 행위를 하지 못하도록 하는 규정을 두어 공동의 이익보호를 꾀하였다(법 제5조).

넷째, 공용부분의 귀속과 공유자의 사용권에 관한 규정을 둠으로써, 공용부분에 대한 소유권은 구분소유자 전원의 공유에 속하고 그 지분은 전유부분면적의 비율에 의하지만 공용부분에 대한 사용은 지분비율과 관계없이 용도에 따라 사용할 수 있음을 명시하고 있다(법 제10조, 제11조).

다섯째, 대지사용권이 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하기 위하여 구분소유자는 전유부분과 대지사용권을 분리 처분할 수 없도록 하였다(법 제20조).

여섯째, 관리단과 관리인에 관한 규정을 두어 건물 및 그 대지와 부속시설에 관하여 책임 있는 관리가 이루어지도록 하였다(법 제23조 내지 제27조).

일곱째, 규약 및 집회에 관한 규정을 두어 관리단이 관리행위를 함에 있어서 필요한 관리체계 구축의 근거가 되도록 하였다(법 제28조 내지 제42조)

여덟째, 공동의 이익에 반하는 행위의 정지청구, 사용금지의 청구, 구분소유권의 경매, 전유부분의 점유자에 대한 인도청구 등 공동생활의 질서를 어지럽

しての用途に供することができるものがあるときは、その各部分は、この法律の定めるところにより、それぞれ所有權の目的とすることができる(日本 区分所有法 第1條).

히는 구분소유자를 제재하기 위한 규정을 두어 안온한 주거생활이 유지되도록 하였다(법 제43조 내지 제46조).

아홉째, 집합건물이 노후·불량하거나 사고로 인하여 건물이 훼손·멸실된 경우 이를 복구하거나 재건축하는데 필요한 절차 등을 규정함으로써 집합건물의 재건축과 복구가 원활하게 이루어질 수 있도록 하였다(법 제47조 내지 제50조).

(3) 민법과의 관계

민법상 물권의 객체가 될 수 있기 위해서는 물건이 독립성을 가지고 있어야 한다. 즉, 하나의 독립한 물건위에는 하나의 물권만 존재한다는 일물일권주의가 원칙이다. 이는 물권의 절대성·배타성의 당연한 귀결로서 인정되는 원칙이다.²⁹⁾ 따라서 물건의 일부분, 구성부분에는 물권이 성립할 수 없는 것이므로 구분 또는 분할의 절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부분만에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니한다.³⁰⁾ 이 원칙은 건물에도 적용되어 기본적으로 건물의 일부분을 구분한 후 그 구분된 부분을 소유권의 객체로 할 수는 없다. 그러므로 일물일권주의 원칙을 고수하는 한 집합건물의 구분소유권은 인정될 여지가 없다. 그러나 사회발전에 따라 구분소유방식의 사회적 중요성에 비추어 구분된 일부분을 소유권의 객체로 인정할 필요가 절실하게 요청되었다. 이러한 요청에 부응하여 민법의 특별법으로 제정된 집합건물법은 구분소유자에게 집합건물의 구분된 부분의 소유

29) 김상용, 전제서, 23면.

30) “오피스텔 철근콘크리트조 슬래브지붕 13층 지하 4층 주거용 업무시설, 근린생활시설, 운동시설 중 1층 102호로서 이는 구분소유의 목적이 되는 하나의 부동산인바, 일물일권주의의 원칙상, 물건의 일부분, 구성부분에는 물권이 성립할 수 없는 것이어서 구분 또는 분할의 절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부분만에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니하므로 이 사건 부동산인 위 1층 102호 148.76㎡ 중 일부 면적에 관한 소유권보존등기만의 말소를 구하는 원고의 이 사건 소는 법률상 허용되지 아니하는 부적법한 것이라고 할 것이다. 이 사건 부동산에 대한 등기부상의 표시 중 전유부분의 면적 표시가 잘못되었다면 이는 경정등기의 방법으로 바로 잡아야 하는 것이지 그 잘못 표시된 면적 만큼의 소유권보존등기를 말소하는 방법으로 바로 잡을 수는 없는 것이다”(대법원 2000.10.27. 선고 2000다39582 판결)

와 이용을 법률적으로 인정하고 있다. 이에 따라 구분소유자는 동법을 근거로 1동 집합건물의 특정부분을 개별적 이용에 적합하도록 구분하여 소유함으로써 그 특정부분에 대한 배타적 지배권을 행사하는 방식으로 각자 그 권리를 행사할 수 있게 되었다.³¹⁾ 즉, 집합건물법을 통하여 일물일권주의에 대한 예외가 인정됨으로써 집합건물의 구분된 부분이 물권의 대상이 될 수 있었다.³²⁾

3. 주택법

주택법³³⁾은 집합건물법상 구분소유자의 기본적 권리를 침해하지 않는 범위에서 집합건물관리의 법원이 된다. 집합건물법은 주택관리의 의무와 적용범위, 입주자대표회의의 구성의무와 방법, 사업주체와 입주자의 관리의무, 입주자의 관리방법 결정의무, 관리규약의 설정의무, 관리비의 납부의무와 내역, 사업주체의 하자담보책임과 하자보수보증금의 예치의무, 장기수선계획의 수립의무 및 장기수선충당금의 적립과 사용, 안전관리계획의 수립의무 및 교육, 안전점검의무, 분쟁조정위원회의 설치의무와 조정의 효력 등을 규정하고 있다(주택법 제43조 내지 제47조). 특히 주택법은 일정규모 이상 또는 임대를 목적으로 하는 공동주택³⁴⁾은 의무적으로 관리를 하도록 강제함으로써 공동주택 관리의 중요성을 강조하고 있다.

집합건물법이 민법의 부속 법률인 특별사법인 반면 주택법은 공법의 일반법률로서 양법은 집합건물의 관리에 관하여 외형상 상호 보완적인 법원으로서 기능한다. 집합건물법 부칙 제6조는 “집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를

31) 渡辺晋, 「最新区分所有法の解説」, 住宅新報社, 2003, 18面 참조.

32) 양경욱, “건물의 구분소유에 관한 법률문제”, 「사법논집」 제16집, 법원행정처, 1985, 17-18면.

33) 법률 제6916호, 2003.5.29.제정, (구)주택건설촉진법(법률 제2409호, 1972.12.30.제정)

34) 제48조(주택관리업자 등에 의한 의무관리대상 공동주택의 범위) 법 제43조 제1항에서 “대통령령이 정하는 공동주택”이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공동주택(「건축법」 제11조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축한 건축물과 부대시설 및 복리시설을 포함하되, 복리시설 중 일반에게 분양되는 시설은 제외한다. 이하 같다)을 말한다. 300세대 이상의 공동주택, 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택, 150세대 이상으로서 중앙집중식 난방방식(지역난방방식을 포함한다)의 공동주택, 「건축법」 제11조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축한 건축물로서 주택이 150세대 이상인 건축물.

해하지 않는 한 효력이 있다. 다만 공동주택의 담보책임 및 하자보수에 관하여는 주택법 제46조의 규정이 정하는 바에 따른다”라고 함으로써 양법이 상충하는 부분의 우선적용 여부를 묻지 않고 관리방법과 기준에 관하여 실질적으로 주택법에 위임하고 있다. 주택법과 집합건물법에 규정된 관리단과 입주자대표회의, 관리인의 선임과 책무, 규약의 설정, 집회의 소집절차·결의사항, 결의의 요건과 방법 등에 관하여 서로 유사하게 규정하고 있다. 다만 주택법은 집합건물법이 규정하지 않은 사업주체의 관리의무, 입주자의 관리방법 결정의무, 관리규약의 설정의무, 관리비의 납부의무와 내역, 사업주체의 하자담보책임과 하자보수보증금의 예치의무, 장기수선계획의 수립의무 및 장기수선충당금의 적립과 사용, 안전관리계획의 수립의무 및 교육, 안전점검의무, 분쟁조정위원회의 설치의무와 조정의 효력 등에 관하여 구체적으로 규정하고 있는 반면, 집합건물법은 주택법에서 규정하고 있지 아니한 구분소유자 의무위반에 대한 조치, 관리단 책무에 대한 구분소유자의 책임 등에 관하여 규정하고 있다. 따라서 주택법 및 관련 입법은 구분소유자의 기본적 권리를 해하지 않는 범위 내에서 집합건물법을 보완하는 기능을 갖는다.³⁵⁾

다만 집합건물법은 민사적 관점에서 제정된 민법의 특별법으로 동법에서 규정하지 아니한 사항은, 규약 등을 통하여 동법의 취지를 손상하지 않는 범위 내에서 구분소유자 상호간의 관계에 대한 규율은 자율적으로 할 수 있도록 하고 있다(법 제28조). 반면에 주택법은 주택의 건설·공급·관리와 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관하여 공법적 내용을 많이 포함하고 있다(주택법 제1조). 따라서 주택법은 공법의 특성상 구분소유자간의 자율성을 어느 정도 배제한다고 보아야 할 것이다. 그 결과 집합건물법으로 인정된 구분소유자 등의 사적자치가 대폭 축소될 우려가 있다.³⁶⁾ 따라서 자율규범의 형식을 존중하는 집합건물법과 주택법이 상호간 충돌할 우려가 있다.

4. 임대주택법

35) 박종두·박세창, 전제서, 231면.

36) 박태신, 전계학위논문, 제8면.

임대주택법³⁷⁾은 임대를 목적으로 하는 공동주택의 경우 관리에 관한 사항을 동법 제28조 등³⁸⁾에 규정함으로써 임대주택법 또한 집합건물관리에 관한 법원이 된다. 임대주택법은 임대공동주택을 규율 대상으로 하고 있고 주택법은 상대적으로 분양공동주택의 관리를 중심으로 규율한다는 점에서 차이가 있으나 관리체제는 양자가 유사한 구조를 갖는다. 즉, 주택법상 입주자대표회의는 입주자들의 대표기관이며 임대주택법상 임차인대표회의는 임차인들의 대표기관이다. 따라서 대표기관이라는 점에서 동일하다. 또한 주택법의 장기수선충당금은 임대주택법의 특별수선충당금과 성격이 같다. 다만 임차인은 구분소유권을 가지고 있지 않기 때문에 구분소유권자를 전제로 한 규정에서는 차이가 있다.

5. 적용상의 문제

앞에서 살펴본 바와 같이 집합건물의 관리제도를 위한 근거법률로는 집합건물법을 기본으로 하여 주택법, 임대주택법 등이 있다. 그러나 집합건물법은 관리에 관하여 기본적이고 일반적인 규정만 두고 있어 실효성을 기대하기 어렵고 주택법은 공동주택 중심의 규정만을 둬으로써 공동주택이 아닌 집합건물의 관리에는 적용하기가 어려운 점이 있다. 또한 집합건물법이 사법인 반면, 주택

37) 법률 제4629호, 1993.12.27.제정, (구)임대주택건설촉진법(법률 제3783호, 1984.12.31.제정)

38) 제28조(임대주택의 관리) ① 임대사업자는 임대주택이 대통령령으로 정하는 규모에 해당하면 「주택법」 제53조에 따른 주택관리업자에게 관리를 위탁하거나 자체관리 하여야 한다. 다만, 임대사업자가 국가·지방자치단체·한국토지주택공사 또는 지방공사인 경우에는 대통령령으로 정하는 방법에 따라 관리할 수 있다. ② 임대사업자가 제1항에 따라 임대주택을 자체관리하려면 대통령령으로 정하는 기술인력 및 장비를 갖추고 관할 시장·군수·구청장의 인가를 받아야 한다. ③ 둘 이상의 임대사업자가 동일한 시(특별시와 광역시를 포함한다)·군 지역에서 임대주택을 자체관리하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공동으로 관리할 수 있다. ④ 임대사업자는 임차인으로부터 임대주택을 관리하는 데에 필요한 경비를 받을 수 있다. ⑤ 임대사업자가 자체관리하는 경우의 인가 절차나 관리비의 산정 등에 필요한 사항은 국토해양부령으로 정한다. ⑥ 제1항을 적용할 때 임대주택이 아닌 주택과 임대주택이 같은 건축물 안에 있거나 같은 주택단지를 구성하고 있는 경우에는 임대주택이 아닌 주택의 관리 방법에 따라야 한다. 제29조(임차인대표회의) ① 임대사업자가 대통령령으로 정하는 호수 이상의 임대주택을 공급하는 공동주택단지에 입주하는 임차인은 임차인대표회의를 구성할 수 있다. ② 임대사업자는 입주예정자의 과반수가 입주한 때에는 과반수가 입주한 날부터 30일 이내에 입주현황과 임차인대표회의를 구성할 수 있다는 사실을 입주한 임차인에게 통지하여야 한다. 다만, 임대사업자가 본문에 따른 통지를 하지 아니하는 경우 시장·군수·구청장이 임차인대표회의를 구성하도록 임차인에게 통지할 수 있다. ③ 제1항의 임차인대표회의는 다음 각 호의 사항에 관하여 임대사업자와 협의할 수 있다. 1. 임대주택 관리규약의 제정 및 개정, 2. 관리비, 3. 임대주택의 공용부분·부대시설 및 복리시설의 유지·보수, 4. 그 밖에 임대주택의 관리에 관한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항 ④ 제1항의 임차인대표회의의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

법은 공법인 관계로 양 법률이 추구하는 이상과 목적이 서로 일치하지 않는 경우가 많고 동일한 사안에 양 법률이 모두 관련될 경우 어느 법을 우선 적용해야 하는 지에 관한 혼선 등이 문제되고 있어 능률적이며 체계적인 관리를 저해하는 결과를 초래한다.

제3절 집합건물관리의 법률관계

1. 집합건물의 구분소유권

(1) 구분소유권의 의의

구분소유권이라 함은 1동의 건물 중 구조상·이용상 구분된 독립한 건물을 목적으로 하는 소유권을 말한다(법 제2조 제1호). 즉, 구분소유권은 건물의 일부분이 “구조상 구분”되어 있고, “이용상 독립한” 구분건물에 대하여 부여되는 소유권이라고 할 수 있다(법 제1조). 따라서 구분소유권은 구조상 독립성과 이용상 독립성이 확보된 건물에 한하여 성립된다.³⁹⁾ 그러므로 집합건물이 구분소유권의 대상이 되려면 구조상 독립성과 이용상 독립성이라고 하는 요건을 충족하여야 한다.⁴⁰⁾ 또한 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 되려면, 구조상 독립성 및 이용상 독립성의 요건을 갖추는 외에 건축물관리대장에 구분등록을 하는 등의 구분행위를 필요로 한다.⁴¹⁾ 따라서 법률상 1개의 부동산으로登記된 기존 건물이 증축되어 증축 부분이 구분소유의 객체가 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추었다고 하더라도 이로써 곧바로 그 증축 부분이 법률상 기존 건물과 별개인 구분건물로 되는 것은 아니고, 구분건물이 되기 위하여

39) 渡辺晋, 前掲書, 20-21面.

40) 대법원 1999.11.9. 선고 99다46096 판결; 대법원 1995.9.29. 선고 94다53587, 94다53594 판결; 대법원 1995.6.9. 선고 94다40239 판결; 대법원 1967.11.21. 선고 67다639 판결.

41) 윤현정, “집합건물 소유·관리의 법적 고찰”, 「주택」, 대한주택공사, 1994, 147면; 대법원 1999.9.17. 선고 99다1345 판결.

는 증축 부분의 소유자의 구분소유의사가 객관적으로 표시된 구분행위가 있어야 한다.⁴²⁾ 다만 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못하여 구분소유권의 목적이 될 수 없는 아파트 지하실 일부분의 경우에는, 집합건물의 소유자가 구분행위로써 건물의 구분소유등기를 경료하였을지라도 구분소유권을 인정받지 못하기 때문에 그 지하실 일부분에 대하여 경료된 구분소유등기의 효력 또한 무효가 된다.⁴³⁾ 즉, 구분소유권의 객체로서 갖추어야 할 물리적 요건을 구비하지 못한 건물의 일부는 그에 대한 구분소유권이 성립될 수 없고 비록 건축물관리대장상 독립된 별개의 집합건물로 등재되었다거나 등기부상 구분소유권의 목적으로 등기되어 있다고 할지라도 그것은 구분소유대상이 될 수 없다.⁴⁴⁾

그러나 집합건물의 지하층이 완공당시부터 이미 구조상·이용상 독립되어 주택부분과는 전혀 무관한 독립한 건물로 인정·이용되어 왔다고 한다면, 집합건물과 별개로 이러한 지하층은 독립하여 구분소유의 대상이 될 수 있다.⁴⁵⁾ 또한 집합건물인 상가건물 지하주차장의 경우에도 건축법규상으로는 그 건물의 부속주차장으로 설치된 것이지만, 분양계약상 특약에 의하여 그 건물을 분양받은 구분소유자들의 동의하에 공용부분에서 제외되어 따로 분양되었고, 그 구조상으로는나 이용상으로는나 상가건물의 지상 및 지하실의 점포, 기관실 등과는 독립된 것이라면, 구분소유의 대상이 될 수 있다.⁴⁶⁾

반면, 구조상·이용상 독립되어 있어 구분소유권의 성립요건을 갖춘 건물부분일지라도 관리규약에 의해 공용부분으로 되는 경우가 있다. 따라서 이러한 부분은 구분소유권의 객체인 전유부분이 되지 않는다. 따라서 전유부분을 정의할 때에는 위 구조상·이용상 독립성의 요건⁴⁷⁾과 구분행위 이외에 관리규약으로 정한 공용부분에 해당하지 않을 것이 필요하다. 결론적으로 구분소유권의 대상이 되기 위해서는 구조상·이용상 독립성이 있는 건물부분으로써 구분행위가 있고 동법 제3조 제2항의 규정에 의한 공용부분에 해당되지 않아야 한

42) 대법원 1999.7.27. 선고 98다32540 판결.

43) 대법원 1998.2.10. 선고 97다41202 판결; 대법원 1995.9.29. 선고 94다53587, 94다53594 판결; 대법원 1995.3.3. 선고 94다4691 판결.

44) 대법원 1999.11.9. 선고 99다46096 판결; 대법원 1992.4.24. 선고 92다1390, 92다4406 판결; 대법원 1993.8.24. 선고 93누7075 판결; 대법원 1992.4.24. 선고 92다3151 판결.

45) 대법원 1984.2.14. 선고 82다카1014 판결.

46) 대법원 1995.12.26. 선고 94다44675 판결.

47) 대법원 1995.9.29. 선고 94다53587, 94다53594(참가) 판결.

다.⁴⁸⁾

한편, 집합건물이 1동의 건물 전체를 물리적인 측면에서 바라본 개념이라면, 개개의 구분소유권이 인정되는 부분에 초점을 맞출 경우 그 건물 각부분은 구분건물이 된다.⁴⁹⁾

(2) 구분소유권의 요건

1) 구조상 독립성을 갖출 것

1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있기 위하여 구조상 다른 부분과 구분되는 독립성이 요구되는 이유는, 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요가 있기 때문이다. 즉, 외견상 집합건물은 1동의 건물형태를 가지고 있어서 하나의 물건으로 취급되어야 함에도 불구하고 이를 물리적으로 구분하여 각각의 소유권을 부여하는 것이므로 그 각각의 소유권이 미치는 범위를 명확하게 확정하지 않으면 안된다. 따라서 구분소유권의 객체로서 인정되기에 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립될 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있더라도, 그 등기는 무효이다.⁵⁰⁾

구조상으로 보아 독립성이 있다고 하려면, 건물부분과 건물부분 사이에 차폐가 가능한 벽체나·창호 등의 시설이 있고 동시에, 그 시설의 위치가 건물의 본체 구조와 일정한 관계하에 있을 것이 요구된다.⁵¹⁾ 다만 건물부분을 차폐하더라도 그 차폐부분이 미닫이문 등으로 되어 있어 출입이 자유롭다면 구조상 독립성이 있다고 보기는 어려울 것이다.⁵²⁾ 또한 아파트의 지하실 부분과 같이 구조상으로 다른 지하실 부분과 구분되는 독립성을 가지고 있지 아니하여 그 지

48) Peter M. Dunbar, *Condominium Concept*, Pineapple Press, Inc, 2004, p.6 / 박태신, “관리단과 입주자 대표회의의 관계에 있어서 그 법률적인 문제점과 개선방향에 관한 연구”, 「홍익법학」 제9권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2008.6. 64면에서 재인용.

49) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2003, 344면.

50) 대법원 1999.11.9. 선고 99다46096 판결; 대법원 1993.3.9. 선고 92다41214 판결.

51) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 「コンメンタールマンション区分所有法」, 日本評論社, 2004, 8面.

52) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣, 「マンション法」, 日本評論社, 2006, 8面.

상 공동주택의 구분소유자 전원의 공용에 제공되는 공용부분에 불과한 경우에도 독립적으로 구분소유의 목적이 될 수 없다.⁵³⁾ 그러나 구조상 독립성이 인정되기 위하여 구조의 구획경계가 항상 차단·격리되어 있을 필요는 없다. 즉, 건물과 건물사이의 격리 또는 차단의 정도를 판단하기 위해서는 건물의 용도·종류 또는 그 부분의 특수성 등 개별적인 차이를 고려하여야 한다. 예컨대 셔터 혹은 유리 등으로 경계가 되어 있어 차단두께가 얇거나 내부가 들여다보이는 구조라 할지라도 출입이 완전하게 차단되어 있다면, 구조상 독립성은 인정될 수 있다. 따라서 3면이 콘크리트 벽으로 칸막이가 되어 있고 한쪽 면이 상하로 올리고 내리는 철문으로 되어 있는 차고의 경우에도 구조상 독립성이 인정된다.⁵⁴⁾

2) 이용상 독립성이 있을 것

구분소유권이 인정되기 위해서는 그 목적이 되는 전유부분이 이용상으로도 독립되어 있어야 한다.⁵⁵⁾ 이용상 독립성이 필요한 이유는, 구분소유권의 특성 자체가 다른 소유권과는 ‘구분’될 것을 요구하고 있고 구분소유권의 목적인 전유부분의 개념 또한 전속적인 지배를 전제하고 있기 때문이다. 만약 누구나 함께 이용할 수 있는 부분이라면 위의 ‘전유’ 혹은 ‘구분’의 의미가 상실되어 구분소유권을 인정할 경우 오히려 복잡한 법률관계를 유발하게 될 것이다.⁵⁶⁾

이용상 독립성의 존재여부를 가늠하는 데에는 독립적 출입구가 지표로 활용될 수 있다. 즉, 외부로 통하고 있는 출입구가 독립되어 있다면, 이용상 독립성을 인정할 수 있다고 할 것이나, 그 반대의 경우라면 이용상 독립성은 부정되어야 할 것이다.⁵⁷⁾ 따라서 다른 전유부분을 경유해야만, 외부에 출입할 수 있는 구조를 가진 구획공간은 이용상 독립성이 없어 구분소유권의 목적인 전유부분이 될 수 없다고 해야 할 것이지만, 구조적으로 독립된 공간이면서 단독으

53) 대법원 1998.2.10. 선고 97다41202 판결.

54) 鎌野邦樹·山野日章夫, 「マンション法」, 有斐閣, 2003, 25-26면.

55) 丸山英氣, “マンション管理人室の「利用上の獨立性」の判斷基準”, 「民商法雜誌」110卷 2號, 有斐閣, 1994.5, 35면.

56) 박태신, 전계학위논문, 13면 참조.

57) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣, 前掲書, 27면.

로 외부와 통하는 출입구를 가지고 있는 경우에는 이용상 독립성을 인정할 수 있다.⁵⁸⁾

3) 구분행위를 할 것

1동의 건물이 구분건물로 되기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 구조상·이용상의 독립성을 갖추어야 하지만 그 두 가지 요건을 갖추었다고 하여 곧 구분건물이 되는 것은 아니며, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분건물이 될 수 있다.⁵⁹⁾ 구분행위를 필요로 하는 이유는, 소유자의 의사에 따라 구분건물 여부가 결정되기 때문이다. 즉, 1동의 건물중 구분된 각 부분이 구조상·이용상 독립성을 가지고 있더라도 소유자는, 그 각 부분을 1개의 구분건물로 할 수도 있고, 그 1동 전체를 1개의 건물로 하는 것도 가능하다. 따라서 가령 소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축 부분이 구조상·이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다.⁶⁰⁾ 이때 소유자의 구분행위는 건물을 건축물대장에 구분건물로 등록하면 완료되고 구분소유에 관한 등기까지는 필요로 하지 않는다.⁶¹⁾

4) 구조상 독립성의 완화

구분소유권이 성립하기 위해서는 구조상 독립성과 이용상 독립성, 두 가지의 요건을 갖추어야 하기 때문에 어느 한 가지의 요건을 갖춘 것만으로는 구분소유권의 목적이 될 수 없음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러나 두 요건을 엄격하게 구분하여 생각하기는 어렵다. 왜냐하면 구조적으로 독립되어 있는 경우에는 통상 이용상으로도 독립되어 있어 서로 상관관계를 이루고 있기 때문이다.⁶²⁾ 따라서 구조상 독립성과 이용상 독립성이라는 구분소유권의 성립요건을

58) 박태신, 전계학위논문, 13-14면.

59) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009, 574면.

60) 대법원 1999.7.27. 선고 98다35020 판결.

61) 대법원 1999.9.17. 선고 99다1345 판결.

각각 별개·독립의 요건으로 취급하는 것은 적절하지 않다고 할 수 있다.⁶²⁾

그러나 종래의 판례를 보면 이 두 가지의 요건 중 하나라도 결여된다면 구분소유권은 인정되지 않는다고 하였다. 즉, 어시장으로 사용되고 있는 건물에 있어서 각 점포주들이 그 경계선상에 드럼통을 쌓는 등으로 경계를 확실하게 하여 이를 각 배타적으로 사용 중에 있고, 각 점포가 등기부상으로도 구분된 개개의 소유권의 객체로 등재되어 있으며, 시장부지의 공유지분권과는 별개로 독립하여 거래되어 왔다는 사정이 있다 하더라도, 각 점포의 경계나 특정을 위한 칸막이나 차단시설 등이 설치되어 있지 않고 단지 바닥에 페인트로 선을 그어 점포와 통로로 구획되어 있어 각 점포가 이용상으로는 독립되어 있음을 인정될 수 있다고 하겠으나 구조상으로는 독립성을 인정할 수 없기 때문에 각 점포에는 구분소유권이 성립되지 않는다고 하였다.⁶⁴⁾ 이와 같은 판례의 입장대로라면 이용상 독립성이 인정된다고 하여 구조상 독립성도 당연히 인정된다고는 볼 수 없을 것이다.

다만 2003년 7월18일에 신설된 집합건물법 제1조의2 제1항 제3호에서는, 1동의 건물이 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 점포의 경우, 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하거나 건물번호표지를 바닥 잘 보이는 곳에 부착하면, 구분소유권의 목적이 될 수 있다고 한다. 즉, 경계표지를 바닥에 설치하되, 재료의 재질은 구분점포의 바닥재료와는 다른 재료로서 너비 3센티미터 이상의 동판·스테인레스강판·석재 그 밖에 부식·손상 또는 마모되지 아니하는 재료를 사용하여야 하며, 경계표지재료의 색은 건물바닥의 색과 명확히 구분되도록 하면 구분소유권의 목적이 된다. 또한 건물번호표지를 부착하는 경우에도, 글자규격을 가로가 5센티미터 이상·세로는 10센티미터 이상이 되도록 하고 구분점포의 위치가 표시된 현황도를 건물 각층 입구의 잘 보이는 곳에 견고하게 설치하면 각 점포마다 구분소유권이 인정된다(집합건물법제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정 제1조, 제2조). 집합건물법의 이러한 규정은, 비록 그 대상을 구분점포에 한정하고 있으나 구분

62) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 前掲書, 9面.

63) 丸山英氣, 「區分所有法」, 大成出版社, 2007, 20面.

64) 대법원 1995.6.9. 선고 94다40239 판결.

소유권이 인정되기 위한 요건으로서의 구조상 독립성과 이용상 독립성은 건물의 물리적 구조에 집착하여 엄격하게 해석할 사항이 아니라 건물의 용도·이용 형태·거래관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함을 시사하고 있다.

그런데 구조상·이용상 독립이 된 건물이라 할지라도 규약에 의하여 공용으로 된 부분은 전유부분이 되지 아니한다.⁶⁵⁾

구분소유에 관해서는 상린관계의 한 모습으로 보는 견해⁶⁶⁾와 또 하나의 소유권 유형으로 보는 견해⁶⁷⁾가 있다. 이는 민법 제215조의 규정과 특별법인 집합건물법상의 규정과 관계가 있다. 즉, 민법 215조는 구분소유를 상린관계의 한 모습으로 보아 구분건물 상호간의 관계를 규정⁶⁸⁾하고 있으나, 집합건물법에서는 구분건물 상호간의 관계는 물론이고 일반적인 소유권의 내용과는 다른 내용을 규정하고 있으므로, 구분소유권은 보통의 소유권과는 구별하여 특수한 소유권으로 보아야 할 것이다. 이처럼 특별법인 집합건물법에서 보통의 소유권과는 다른 내용의 구분소유권을 비교적 상세히 규정함으로써, 구분소유에 관한 한 민법 제215의 존재의의는 퇴색되었다고 할 수 있다.⁶⁹⁾

(3) 구분소유권의 내용

1) 전유부분과 공용부분의 사용권 및 관리권

구분소유자는 전유부분을 정해진 목적대로 사용할 권리를 가지며 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있다. 전유부분은 구분소유권의 목적인 건물부분으로써 구분소유자의 소유권이 전속적으로 미치는 부분을 말하며, 공용부분은 전유부분외의 건물부분, 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물 및 규약으로 정한 건물부분과 부속건물을 말한다. 공용부분은 전유부분면적의 비율로 공유

65) 鎌野邦樹·山野日章夫, 前掲書, 57-58面.

66) 송덕수, 전계서, 576면.

67) 김상용, 전계서, 345면.

68) 민법 제215조 (건물의 구분소유) ①수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정한다. ②공용부분의 보존에 관한 비용 기타의 부담은 각자의 소유부분의 가액에 비례하여 분담한다.

69) 김상용, 전계서, 345면.

할 수 있고 공용부분에 대한 공유자의 지분은 그가 가지는 전유면적의 비율에 의하며 전유면적의 처분에 따른다(법 제13조).

공동주택의 구분소유자인 ‘입주자’⁷⁰⁾는 구분소유권의 객체인 집합건물의 전유부분과 공용부분에 대한 관리권을 갖는다. 전유부분은 구분소유자가 직접 관리할 수 있는 권리를 갖고 공용부분의 관리는 집합건물법 제16조 제1항의 규정에 따라 통상의 집회결의로써 결정된다.

관리권은 구분소유자의 권리에 속하지만 일정한 규모이상의 공동주택은 관리가 의무적이다.⁷¹⁾

2) 대지권

대지권은 후술하는 대지사용권 중 등기되어 있는 권리를 말한다. 이러한 대지권이 성립하기 위해서는 토지상에 집합건물이 존재하여야 하고 구분소유자가 당해 대지에 관하여 대지사용권을 취득하여야 하며 대지사용권은 집합건물과 일체·불가분성이 있어야 한다.⁷²⁾

대지사용권의 등기로 성립하는 대지권은 관리규약이나 공정증서로 대지권과 집합건물의 일체·불가분성을 배제하는 내용을 작성하지 않는 한, 집합건물과 분리하여 처분할 수 없게 된다. 따라서 대지권은 각 전유부분의 면적의 비율에 상응하여 구분소유자에게 귀속하므로 구분소유권의 내용을 이룬다고 할 수 있다.⁷³⁾

3) 대지사용권

가. 의의

70) 공동주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속(주택법 제3조 제12호)

71) 300세대 이상의 공동주택, 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택, 150세대 이상으로서 중앙집중식 난방방식(지역난방방식을 포함한다)의 공동주택, 「건축법」 제8조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축한 건축물로서 주택이 150세대 이상인 건축물은 의무적으로 관리하여야 한다(주택법 제43조 제1항, 집합건물법시행령 제48조).

72) 박태신, 전계학위논문, 26-27면.

73) 안형울, “집합건물 중 대지권등기가 마쳐지지 아니한 전유부분 소유자의 대지사용권취득 여부”, 『재판실무』 제2집, 창원지방법원 판례연구회, 2005, 106면 참조.

대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지를 이용할 수 있는 권리를 말한다(법 제2조 제6호). 따라서 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 소유권·지상권·전세권 및 임차권·사용차권 기타의 권리는 대지사용권이 된다.⁷⁴⁾ 대지사용권의 근거가 되는 소유권·지상권·전세권 등의 권리는, 통상적으로 공유지분비율 또는 준공유지분비율에 따라 공유 또는 준공유의 형태로 구분소유자에게 귀속한다.⁷⁵⁾

이러한 대지사용권은, 등기를 해야 하는 대지권과는 달리 등기 또는 등기능력을 요하지 않으며⁷⁶⁾ 소유권 등을 미처 확보하지 못한 상태에서도 인정이 된다. 즉, 아파트와 같은 대규모 집합건물의 경우, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권 보존등기 및 이전등기만 경료되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는데, 집합건물의 건축자가 그 대지를 매수하고도 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 대지를 인도받아 그 지상에 집합건물을 건축하였다면 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된다. 따라서 집합건물의 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 수분양자 역시 매매계약의 효력으로서 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있다. 이러한 점유·사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 집합건물법상의 대지사용권에 해당한다.⁷⁷⁾ 또한, 수분양자로부터 전유부분과 대지지분을 다시 매수하거나 증여 등의 방법으로 양수받거나 전전 양수받은 자도 당초 건축자나 수분양자가 가졌던 위 대지사용권을 취득한다.⁷⁸⁾

74) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2004, 580면.

75) 강윤구, “집합건물의 구분소유자가 공용대지를 주차장으로 이용할 권리의 성질”, 「대법원판례해설」 통권60호, 법원도서관, 2006년도 상반기, 405면.

76) 안형윤, 전계논문, 105면.

77) 대법원 2001.1.30. 선고 2000다10741 판결.

78) 송달용, “구분건물을 경락받은 자의 지위(상)”, 「법률신문」 2668호, 법률신문사, 1998.2.9, 4면;

나. 대지사용의 범위

구분소유자가 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. 즉, 구분소유자는 대지에 대하여 공유지분을 보유하고 있고 공유지분은 전유면적에 비례하지만 그 공유지분의 비율에 따라 대지의 사용범위가 한정되는 것이 아니라 용도에 따라 대지전부를 사용할 수 있는 권리를 갖게 된다. 이러한 범리는 1동 건물의 경우뿐만 아니라 1필의 토지 위에 축조된 수동의 건물의 구분소유자들이 그 토지를 공유하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.⁷⁹⁾

다. 일체불가분성

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률은 제20조에서, 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따르고(제1항), 구분소유자는 규약 또는 공정증서로써 달리 정하지 않는 한 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다고 규정함으로써 대지사용권은 전유부분과 일체불가분의 관계에 있음을 밝히고 있다(제2항, 제4항). 이것은 건물의 전유부분과 대지사용권이 법률적 운명을 함께 한다는 것을 의미한다.⁸⁰⁾

대지사용권과 전유부분의 일체성이 강조되고 있는 것은 특히 부동산등기법에서 뚜렷하다. 즉, 대지권이 있는 경우에는 그 권리의 표시를 하여야 하고 건물등기부의 표제부의 표시란에 대지권의 등기를 함과 동시에 그 대지권의 목적인 토지의 등기부에는 그 등기용지의 해당구 사항란에 대지권의 취지를 기재한다(부동산등기법 제42조 제4항, 법 제57조의 2 제1항). 대지권을 등기한 후에

대법원 2001.1.30. 선고 2000다10741 판결; 대법원 2000.11.26. 선고 98다45652,45669 판결.

79) 대법원 1995.3.14. 선고 93다60144 판결.

80) 김용한, “집합건물법의 이론과 문제점”, 「민사법학」, 한국민사법학회, 1985, 102면.

행해지는 건물소유권에 관한 등기는 원칙적으로 대지권에 대해서도 동일한 등기로서 효력이 발생하고, 토지소유권이 대지권으로서 등기된 경우에는 토지등기용지에 소유권이전등기를 하지 못하며, 대지권을 등기한 기재한 건물등기용지에는 그 건물에 관해서만 소유권이전등기를 하지 못한다.⁸¹⁾ 다만 대지사용권과 전유부분과의 일체불가분성에 따라 양자를 분리하여 처분하는 것을 금지하는 내용은, 그 취지를 등기해야만 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항할 수 있다(법 제20조 제3항).

또한 대지권이 기재된 토지등기용지에는 대지권을 목적으로 하는 저당권·지상권·전세권·임차권 등의 설정등기를 할 수 없고 대지권을 기재한 건물등기용지에는 건물만을 목적으로 하는 저당권·전세권·임차권 등의 설정등기를 할 수 없다(부동산등기법 제135조의 4, 법 제135조의 2 제1항, 제2항, 법 제 165조의 2). 그러므로 구분소유자는 대지사용권을 처분하고자 하는 경우, 반드시 전유부분과 일체로 하여서만 처분할 수 있고 관리규약 또는 공정증서로 달리 정하지 않는 한 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 이와 같은 규정의 취지는, 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있다.⁸²⁾

대지사용권과 전유부분을 분리하여 처분하는 것을 금지하는 경우에 있어 그 처분은, 매매·증여 또는 저당권설정 등과 같은 법률행위에 의한 처분을 의미한다.⁸³⁾ 또한 처분에는 구분소유자가 스스로 하는 경우⁸⁴⁾뿐만 아니라 제3자가 하는 경매·압류 또는 가처분도 포함한다.⁸⁵⁾ 그리고 전유부분과 대지사용권의 지분 중 어느 한 쪽만을 포기하는 것도 일체불가분의 관계를 깨뜨리는 분리처분에 해당한다.

그러나 일체화라고 하여 전유부분과 대지사용권이 하나의 권리로 된다는 것

81) 양경욱, 전계논문, 93면.

82) 대법원 2006.3.10. 선고 2004다742 판결.

83) 대법원 2001.2.9. 선고 2000다62179 판결; 대법원 1995.8.22. 선고 94다12722 판결.

84) 대법원 2006.9.22. 선고 2004다58611 판결; 대법원 2006.3.10. 선고 2004다742 판결; 대법원 2005.4.14. 선고 2004다25388 판결; 대법원 2004.7.8. 선고 2002다40210 판결; 대법원 2002.6.14. 선고 2001다68389 판결; 대법원 2001.9.4. 선고 2001다22604 판결.

85) 대법원 2006.9.22. 선고 2004다58611 판결.

은 아니며 전유부분과 대지사용권을 개별적으로 처분할 수 없다는 것을 의미할 뿐이다.⁸⁶⁾ 따라서 전유부분과 대지사용권이 일체화되지 않는 경우에는 개별적인 처분이 가능하다.⁸⁷⁾ 예컨대, 구분건물의 대지사용권을 전유부분 및 공용부분과 분리하여 처분할 수 있도록 한 규약이나 공정증서가 있는 때에는, 전유부분과 종속적 일체불가분성은 배제되어 전유부분에 대한 경매개시결정과 압류의 효력이 있더라도 대지사용권에는 그 효력이 미치지 아니한다(법 제20조 제2항 단서).⁸⁸⁾ 또한 필요에 따라 건물을 파쇄하는 것과 같이 법률행위가 아닌 사실상 처분의 경우에도 금지되는 분리처분에 속하지 않는다.⁸⁹⁾

그리고 전유부분과 대지사용권은 상황에 따라 일체불가분성이 유지되지 않을 수도 있다. 가령, 1필지의 토지에 수동의 집합건물을 순차적으로 건설·분양하는 경우에는 관리규약으로 일체성을 배제할 필요가 있다. 그 이유는 다음과 같다. 즉, 하나의 대지에 집합건물을 두 개의 동으로 건축하여 분양하는 경우 일체성을 관철하게 되면, 최초의 동을 건설·분양하는 단계에서 그 대지전부는 최초 동 수분양자의 공유인 법정대지가 됨에 따라, 두 번째 동을 건축하여 분양할 때의 수분양자들은 그 대지에 관한 공유지분을 취득할 수 없게 되는 결과를 초래하기 때문이다.⁹⁰⁾

대지사용권은 “토지는 지상물에 따른다(superficies solo cedit)”는 로마법상 원리로부터 비롯된 것으로서 집합건물이 멸실되면 그 사용권은 본래의 성질로 돌아간다. 즉, 대지사용권은 집합건물이 완성된 때에 발생하였다가 화재 등에 의하여 집합건물이 물리적으로 멸실하거나 법률상 보통의 건물로 변동된 때에는 더 이상 대지사용권의 모습으로는 존재하지 않고 다만 대지사용권의 근거가 되었던 소유권 등의 권리는 그대로 유지하게 된다. ⁹¹⁾

86) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣 前掲書, 45面.

87) 대법원 2006.10.26. 선고 2006다29020 판결; 대법원 2004.7.8. 선고 2002다40210 판결; 대법원 2006.3.27. 자 2004마978 결정; 대법원 1997.6.10. 자 97마814 결정; 대법원 1993.3.9. 선고 92다52917 판결; 대법원 2006.3.10. 선고 2004다742 판결; 대법원 2000.11.16. 선고 98다45652, 45669 판결; 대법원 2001.9.4. 선고 2001다22604 판결; 대법원 2001.2.9. 선고 2000다62179 판결; 대법원 1995.8.22. 선고 94다12722 판결; 대법원 2002.6.14. 선고 2001다58389 판결; 대법원 2002.11.8. 선고 99다58136 판결

88) 대법원 1997.6.10. 자 97마814 결정.

89) 渡辺晉, 前掲書, 80面.

90) 양경욱, 전계논문, 92면.

91) 이수엽, “집합건물 구분소유의 개념과 내용”, 「변호사」 제16집, 서울지방변호사회, 1986, 30면 참조.

라. 대지권과의 관계

대지사용권은 대지권과는 구별되는 개념이다. 대지권은 대지사용권 중 등기되어 있는 권리로서 부동산등기법상의 용어이다. 따라서 대지사용권이 등기되어 있지 않은 부동산임차권인 경우, 대지사용권은 인정되나 대지권은 아닌 것이다(부동산등기법 제42조 제2항 제4호). 그러므로 대지권은 언제나 대지사용권을 포함하지만 대지사용권은 반드시 대지권을 포함하지는 않는다. 이러한 대지권도 대지사용권과 마찬가지로 관리규약 등으로 특별히 분리하여 처분할 수 있음을 정하지 아니한 경우에는 전유부분과 일체화 되어 불가분의 관계를 갖는다(부동산등기법 제42조 제4항).

4) 기타 공동주택 표준관리규약상의 권리

공동주택의 구분소유자인 입주자는 법령에서 정한 사항 외에 당해 동의 동별 대표자를 선출하는 선거권 및 불신임권, 입주자대표회의 회장 선출권 및 입주자대표회의 해산권, 관리업무 전반에 대하여 입주자대표회의 및 관리주체에 대한 의견 진술권, 공동 또는 구분 관리규약의 제정안, 공동 또는 구분 입주자대표회의의 구성안, 공동 또는 구분 관리기구의 운영안, 공동 또는 구분 관리구역의 범위 및 경계선, 재건축 및 리모델링의 추진으로 공동 또는 구분의 관리방법의 변경 등에 관한 권리를 행사할 수 있다(서울특별시제정 공동주택표준관리규약 제9조).

2. 집합건물의 관리권

관리의 개념을 보존·이용·개량으로 볼 경우 관리권은 물건을 보존행위·이용행위·개량행위를 할 수 있는 권능이라고 할 수 있다. 이는 소유권의 권능인 사용·수익·처분 권능 중에서 처분권을 배제한 개념과 맥을 같이하는 것으로 이해된다. 즉, 처분권이 목적물의 처분권이 권리자의 의사표시에 따라 곧 권리변

동이 발생하고 후일 이행의 문제를 수반하지 아니하는 행위인데 반하여 관리권은 그 목적물상 권리변동을 수반하지 않고 즉, 그 물건이나 권리의 성질을 변하게 하지 않는 범위에서 보존이나 이용 또는 개량하는 권리를 말한다고 하겠다. 그러나 집합건물에서의 관리권을 이처럼 일반적인 개념으로만 이해한다면 그 관리제도의 본래 기능을 다하기 어렵다. 그러므로 집합건물관리법상 관리권은 목적물의 보존·이용·개량행위에만 국한하지 않고 일정범위에서의 처분권을 포함할 뿐만 아니라 집합건물에서의 공동생활상 질서유지를 위한 구분소유자 상호간의 생활면에 까지 미치고 있다고 보아야만 한다.⁹²⁾ 따라서 구분소유자의 생활상 질서유지와 공동이익에 관한 사항도 관리권의 범주에 포함시켜야 한다. 결국 관리권이 미치는 범위에는 집합건물의 전유부분, 공용부분, 대지권 등은 물론 구분소유자의 생활상 질서유지와 공동이익에 관한 사항까지를 포괄한다고 할 수 있다.⁹³⁾

3. 집합건물의 관리의무

1) 집합건물법상의 관리의무

집합건물의 구분소유자는 건물에 대하여 구분소유관계 성립시 구분소유자 전원으로서 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단을 당연히 구성하여야 할 의무를 진다(법 제23조 제1항).⁹⁴⁾ 이때의 구분소유자는 원칙적으로 구분소유권이전등기를 경료받은 자라고 하여야 하나 대법원은 수분양자로서 분양대금을 완납하였으나 분양자 측의 사정으로 소유권이전등기를 경료받지 못한 자도 구분소유자에 해당한다고 한다.⁹⁵⁾

또한 구분소유자가 10인 이상일 때에는 관리단집회의 결의에 의하여 관리인을 선임하여야 한다.

92) 전병익, “집합주택의 구분소유법리에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1983, 104면.

93) 박종두·박세창, 전제서, 228면.

94) 대법원 1996.8.23. 선고 94다27199 판결.

95) 대법원 2005.12.16. 자 2004마515 결정.

2) 주택법령상의 관리의무

300세대 이상의 공동주택, 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택, 150세대 이상으로서 중앙집중식 난방방식(지역난방방식을 포함한다)의 공동주택, 「건축법」 제8조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축한 건축물로서 주택이 150세대 이상인 건축물은 의무적으로 관리를 하여야 한다(주택법 제43조 제1항, 동법시행령 제48조).

관리방법은 입주자의 자치관리나 주택관리업자에 의한 위탁관리 중에서 선택하여야 한다. 입주자가 자치관리를 하고자 하는 경우에는 입주자대표회의를 먼저 구성하여야 하며 구성된 입주자대표회의는 공동주택의 관리사무소장을 자치관리기구의 대표자로 선임하고, 대통령령으로 정하는 기술인력 및 장비⁹⁶⁾를 갖춘 자치관리기구를 구성하여야 한다(주택법 시행령 제53조 제1항 및 제6항).

3) 관리규약의 제정 및 준수의무

집합건물법상 관리규약은 구분소유자들이 건물과 대지 부속시설의 관리 또는 사용에 관하여 상호간의 합의로 제정을 하되 그 제정은 필수사항이 아닌 임의사항으로 규정하고 있다(법 제28조). 이에 따라 집합건물에 따라서는 관리규약이 설정되어 있지 않을 수도 있다. 그러나 구분건물을 체계적으로 관리하기 위해서는 그 근간이 되는 관리규약이 필요할 것이다.

주택법에서는 공동주택의 입주자 및 사용자를 보호하고 주거생활의 질서를 유지하기 위하여 시·도지사에게 공동주택의 관리 또는 사용에 관하여 준거가 되는 공동주택관리규약의 준칙을 정하도록 하고 공동주택의 입주자 등은 시·도지사가 정한 관리규약의 준칙을 참조하여 의무적으로 관리규약을 정하도록 하고 있다(주택법 제44조). 또한 관리규약을 정함에 있어서도 필수적으로 포함하여야 할 사항을 법규로 정하고 있다.⁹⁷⁾ 이러한 주택법의 태도는, 사적자치의

96) 공동주택의 규모에 따라 승강기·전기·가스·소방·대기·에너지절약 등 관련 분야의 국가기술자격을 갖춘 인력을 채용하거나 업체에 용역을 맡겨야 하며 건축물의 안전점검을 위한 콘크리트 균열폭측정기 등의 장비를 구비하여야 한다.

97) 관리규약에는 공동주택의 입주자 외의 자의 기본적인 권리를 해하는 사항이 포함되어서는 안된

발현이라고 할 수 있는 관리규약을 강제하고 그 내용까지 간섭함으로써 사인의 자유로운 의사를 저해하는 것처럼 보이지만 집합건물이 갖는 공공재적 성격을 감안할 때 필요한 입법이라고 할 수 있다.

결국 관리규약은 구분소유자들이 자유로운 의사에 따라 자율적으로 결정하는, 구분소유권에 기하여 누릴 수 있는 권리의 규범이지만 구분소유자 공동의 이익을 도모하기 위하여 생활상 반드시 지켜야 할 최소한의 의무규범이기도 하다. 따라서 구분소유자는 이에 대한 준수의무가 중요하며 관리규약을 위반한 자에 대한 실효성 있는 제재조치의 강화 등 관리규약의 준수를 담보할 제도적 장치가 필요하다.

제4절 집합건물의 관리방식

집합건물법은 집합건물의 관리방식에 관하여 따로 규정을 두지 않고 있다. 다만 일정규모 이상의 공동주택인 경우에는 사업주체에 의한 관리, 입주자에 의한 자치관리, 주택관리업자에 의한 위탁관리 등의 방식이 주택법으로 강제된다(주택법 제 43조 제1항, 제2항, 제3항, 동법시행령 제48조).

1. 주택법상 관리방식

다는 전제하에, 입주자의 권리 및 의무 등에 관하여, 입주자대표회의의 구성·운영과 그 구성원의 의무 및 책임, 동별대표자의 선임·해임 및 임기, 입주자대표회의의 소집절차, 입주자대표회의 운영비의 지급여부 및 그 금액, 자치관리기구의 구성·운영 및 관리사무소장과 그 소속 직원의 자격요건·인사·보수·책임, 입주자대표회의 또는 관리주체가 작성·보관하는 자료의 종류 및 그 열람방법 등에 관한 사항, 위·수탁관리계약에 관한 사항, 제3항 각호의 행위에 대한 관리주체의 동의기준, 관리비예치금의 관리 및 운용방법, 관리비 등의 세대별부담액 산정방법 및 징수·보관·예치·사용절차, 관리비 등을 납부하지 아니한 자에 대한 조치 및 가산금의 부과, 장기수선충당금의 요율 및 사용절차, 회계처리기준·회계관리 및 회계감사에 관한 사항, 회계관계 임직원의 책임 및 의무(재정보증에 관한 사항을 포함한다), 각종 공사 및 용역의 발주와 물품구입의 절차, 관리 등으로 인하여 발생한 수입의 용도 및 사용절차, 공동주택의 관리책임 및 비용부담, 관리규약을 위반한 자 및 공동생활의 질서를 문란하게 한 자에 대한 조치, 공동주택의 보육시설 임대계약(지방자치단체에 무상임대하는 것을 포함한다)시 보육시설을 이용하는 입주자 등 중 보육시설의 임대 동의하는 비율에 관한 사항, 공동주택의 층간소음(아이들이 뛰는 소리, 문을 닫는 소리, 에어컨이 켜는 소리, 늦은 시간이나 이른 시간에 세탁기·청소기·골프연습기·운동기구 등을 사용하는 소리, 화장실과 부엌에서 물을 내리는 소리 등을 말한다)에 관한 사항, 그 밖에 공동주택의 관리에 필요한 사항 등이 필수적으로 포함되도록 규정하고 있다(주택법시행령 제57조).

(1) 사업주체에 의한 관리

사업주체는 공동주택의 입주예정자의 과반수가 입주할 때까지 그 공동주택을 직접 관리하여야 하며, 입주예정자의 과반수가 입주하였을 때에는 입주자에게 그 사실을 알리고 그 공동주택을 자치관리하게 하거나 주택관리업자에게 위탁하여 관리하도록 요구하여야 한다(주택법 제43조 제1항).

사업주체로부터 관리요구를 받은 입주자는, 그 요구를 받은 날부터 3개월 이내에 입주자대표회의를 구성하고, 입주자대표회의는 그 공동주택의 관리방법을 결정(주택관리업자에게 위탁하여 관리하는 방법을 선택한 경우에는 그 주택관리업자의 선정을 포함한다)하여, 이를 사업주체에게 통지하여야 하며(주택법 제43조 제3항), 입주자대표회의로부터 통지를 받은 사업주체는, 입주자가 결정한 관리주체에게 공동주택의 관리업무를 인계하여야 한다. 다만 입주자대표회의로부터 관리방법의 결정에 관한 통지가 없거나 입주자대표회의가 자치관리기구를 구성하지 아니한 경우에는, 사업주체가 주택관리업자를 선정하고 입주자에게 그 사실을 알린 후, 자치관리기구가 구성되거나 입주자 등에 의하여 주택관리업자가 선정될 때까지 관리업무를 계속하여야 한다(주택법 제43조 제5항, 제6항, 동법시행령 제54조 제2항).⁹⁸⁾ 이와 같이 사업주체에게 관리의무를 부과하는 것은, 입주자대표회의 구성이 늦어짐으로써 관리방식 등의 결정이 지연될 경우에는 관리업무 공백으로 인해 입주자 등에게 피해를 줄 염려가 있기 때문이다. 그러나 문제는, 사업주체가 관리를 하는 동안, 사업주체로부터 관리업무를 위탁받은 주택관리업자가, 과연 사업주체의 눈치를 살피지 않고, 입주자의 권익을 위하여, 하자를 얼마만큼 적극적으로 색출하고 그 하자에 대한 보수를 사업주체에게 요구할 수 있을까 하는 점이다.

(2) 입주자에 의한 자치관리

98) 사업주체가 공동주택을 의무적으로 관리하여야 할 기간은, 공동주택의 사용검사일로부터 1년간으로 주택건설촉진법 제38조 제5항에 명시되어 있었으나 1999년 10월 30일에 폐지되었다.

자치관리란 관리업무를 외부에 위탁하지 않고 입주자 스스로 관리하는 것을 말하며, 입주초 입주자대표회의가 공동주택을 자치관리하려는 경우에는 사업주체로부터 관리개시의 요구가 있었던 날부터 6개월 이내에 공동주택의 관리사무소장을 자치관리기구의 대표자로 선임하고, 대통령령으로 정하는 기술인력 및 장비를 갖춘 자치관리기구를 구성하여야 한다. 이러한 자치관리는, 입주자대표회의에서 관리사무소장 및 관리직원을 직접 임면하고 관리사무소장의 업무를 감독하는 형태로 운영되기 때문에 위탁관리보다 관리사무소에 대한 구속력이 강하며, 입주자의 의사가 보다 직접적으로 관리업무에 반영됨으로써 사적 자치에 매우 효과적이다. 따라서 관리서비스의 질이 위탁관리의 경우보다 상대적으로 양호하다는 평가를 받는다. 반면에, 관리주체에 대한 임면권을 가지고 있는 입주자대표회의가 그 우월적인 지위를 이용하여 관리주체에 대한 감독권을 남용할 우려가 높다는 점은 문제로 지적된다. 즉, 입주자대표회의가 감독기관 본연의 위치를 이탈하여 관리주체의 업무집행까지 관여하게 될 경우, 관리주체는 유명무실하게 되고 관리서비스의 질 또한 저하될 뿐만 아니라 관리비 사용의 비효율성, 상호이해관계의 대립으로 인한 분쟁가능성 등의 문제를 유발시킬 수 있다.⁹⁹⁾

결국 자치관리의 성패는, 입주자의 대의기관인 입주자대표회의의 건전한 책임의식과 합리적 실천역량에 달려 있다고 할 수 있다. 즉, 입주자대표회가 원칙과 법규를 준수하고 본연의 의무를 충실히 수행하는 바탕위에, 성실하고 유능한 관리주체를 선임하여 업무를 원활하게 집행하도록 후원한다면, 성공적인 자치관리가 이루어질 수 있을 것이나, 그렇지 못할 경우에는 자치관리는 실패하게 되고 그 모든 피해는 입주자들에게 돌아가게 될 것이다. 이러한 의미에서 시장·군수 또는 구청장이 입주자대표회의 구성원인 동별 대표자들에게 입주자대표회의의 운영 및 윤리교육을 매년 의무적으로 실시하도록 규정한 주택법령은 매우 긍정적이라고 할 수 있다(주택법시행령 제50조의3).

(3) 주택관리업체에 의한 위탁관리

99) 박종두·박세창, 전거서, 234면.

위탁관리는 입주자 스스로 공동주택을 관리하는 자치관리와 달리 전문주택관리업체에게 위임의 형태로 관리업무의 전부 또는 일부를 맡기는 관리방식을 말한다. 공동주택에서의 위탁관리는, 최초 입주의 경우에는 입주자들의 선택에 의하여 이루어지지만, 계약기간이 만료된 주택관리업자를 다시 당해 공동주택의 관리주체로 선정하는 경우에는, 입주자 등의 10분의 1 이상이 서면으로 이의를 제기하지 않는 한, 입주자대표회의 구성원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어 결정할 수 있다(주택법시행령 제52조 제4항).

위탁관리의 방식은, 주택관리업체가 다수의 공동주택을 관리함으로써 얻게 되는 노하우(knowhow)를 적용하여 각 단지 특성에 맞는 관리를 하도록 유도하거나, 개별단지로서는 구비하기가 부담스러운 고가의 공동주택관리용 장비를 갖추어 단지별로 지원을 하거나, 또는 분야별 전문가를 확보하여 문제해결이 필요한 관리현장마다 파견을 하여 도움을 주는 등 자치관리로서는 갖추기 어려운 고도의 전문적 관리능력을 발휘할 수 있을 때 그 가치가 인정되는 관리방식이다. 그러나 현실의 위탁관리는 특별한 전문성도, 전문적 관리능력도 갖추지 못한 채, 단순히 인력소개의 역할에 그치고 있는 듯한 모습을 보이고 있다. 더구나 몇 가지 형식적 요건만 갖추면 쉽게 주택관리업체의 등록이 가능한 탓에 자본력과 전문성이 부족한 업체가 난립하는 것도 문제가 되고 있다.¹⁰⁰⁾ 업체의 난립은, 관리업체선정을 위한 경쟁입찰에서 0원의 입찰가를 제시하는 등 과당경쟁을 낳고, 이러한 과당경쟁의 결과는 부실관리와 관리서비스의 질적 저하에 대한 우려를 초래한다. 또한 관리회사 선정을 둘러싸고 입주자대표회의나 동별대표자들이 관리회사와 유착됨으로써 전체 입주자의 이익에 반하는 등의 문제가 발생하기도 한다.¹⁰¹⁾

2. 임대주택법상 관리방식

법률적 의미의 임대주택은 타인 소유주택을 상호계약에 따라 차임을 지불하

100) 이에 대한 보완책으로 주택법은 2011.9.16. 제53조 제3항을 개정하여 주택관리업의 등록신청은 주택관리사가 할 수 있도록 하였으며 업체의 임원 또는 사원의 3분의 1 이상이 주택관리사로 구성되도록 하였다(시행일 2012.3.17.).

101) 김영두, “효율적인 집합건물의 관리방안”, 「법조」 제60권 제1호, 법조협회, 2011.1, 78면.

고 사용, 수익할 수 있는 주택이라고 할 수 있겠으나, 임대주택법 제2조 제2호에서는 ‘임대목적에 제공되기 위해 일정한 임대사업자가 건설 또는 매입한 주택’으로 규정하고 있다.¹⁰²⁾

임대주택의 관리방식은 위탁관리와 자치관리, 두 가지로 구분된다. 즉, 임대주택 중 30세대 이상이거나, 승강기가 설치되었거나, 중앙집중식 난방방식의 공동주택 규모에 해당하는 임대주택에 대하여는, 주택법 제53조의 규정에 의한 주택관리업자에게 그 관리를 위탁하거나 이를 자체적으로 관리하도록 규정하고 있다(임대주택법 제17조 제1항). 또한 임대사업자가 임대주택을 자체적으로 관리하고자 하는 경우에는 분양공동주택의 경우와 마찬가지로 주택법시행령 제53조에 따른 기술인력 및 장비를 갖추고 관할 시장·군수 또는 구청장의 인가를 받아 관리하도록 하고 있다.

3. 집합건물법상 관리방식

집합건물법 부칙 제6조를 보면, 집합주택의 관리방법과 그 기준에 관한 주택법의 특별한 규정은 그것이 이 법에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하지 않는 한 효력이 있다고 규정하고 있다. 따라서 집합주택에 관한 한 주택법상의 관리방식 즉, 사업주체에 의한 관리방식, 입주자에 의한 자치관리방식, 주택관리업체에 의한 위탁관리방식이 그대로 적용된다고 할 수 있다. 다만 공동주택이 아닌 집합건물의 경우에는 어떠한 방식이 적용될 것인가가 문제된다고 할 것이나 이 경우에도 구분소유자들의 자유로운 선택으로 공동주택의 예를 참조하여 구체적 상황에 가장 적합한 방식을 선택하면 될 것이다.

102) 임대주택은 등록 유무에 따라 비제도권임대주택과 제도권임대주택으로 구분하며, 비제도권임대주택은 주택소유자가 관계법에 따른 임대주택으로 등록하지 아니하고 사회적·경제적 이유에 의해 임시로 임대하는 주택을 말한다. 제도권임대주택은 임대를 목적으로 임대주택법에 의거 등록된 주택으로서 건설자금에 대한 공공재원의 지원유무에 따라 건설임대주택과 매입임대주택으로 구분되며, 매입임대주택은 임대사업자가 매매 등에 의하여 소유권을 취득하여 임대하는 주택이다. 반면, 건설임대주택은 임대를 목적으로 건설하는 주택으로서 사업주체에 따라 공공시설임대주택과 민간시설임대주택으로 구분할 수 있다. 공공시설임대주택은 국가 또는 지방자치단체의 재정지원 또는 국민주택기금을 지원받아 건설·공급하는 임대주택이며, 공공임대주택에는 영구임대주택, 50년 공공임대주택, 5년 공공임대주택, 장기임대주택, 사원임대주택이 있고 임대사업자는 토지주택공사, 지방자치단체 또는 지방공사가 된다. 민간건설임대주택은 국가 또는 지방자치단체의 재정지원 또는 국민주택기금을 지원받아 건설·공급하는 공공임대주택과 달리 민간이 순수한 자기자금으로 건설한 임대주택을 말한다.



제5절 집합건물관리제도에 관한 주요국가의 입법례

1. 구미권

(1) 독일

1) 주거소유권법(Wohnungseigentumsgesetz / WEG)

독일의 주거소유권법¹⁰³⁾은 일본의 구분소유법 및 우리나라의 집합건물법 제정에 크게 영향을 준 법률이다.¹⁰⁴⁾ 주거소유권법은 1951년 3월 15일에 제정되고 동년 3월 19일부터 시행된 이후 몇 차례의 개정을 거쳐 현재에 이르렀다. 주거소유권법의 구성을 보면, 제1부는 주거소유권(Wohnungseigentum), 제2부는 지속적 주거권(Dauerwohnrecht), 제3부는 절차규정(Verfahrensvorschriften) 그리고 제4부는 보충 규정(Ergänzende Bestimmungen)으로 되어 있다.

구분소유권과 밀접한 제1부는 집합건물을 체계적으로 소유·이용하기 위한 규정들로 내용이 이루어져 있다. 즉, 제1절(제1조~제9조)에서는 주거소유권의 발생(Begründung des Wohnungseigentums), 제2절(제10조~제19조)에서는 주거소유권자의 공동체(Gemeinschaft der Wohnungseigentümer), 제3절(제20조~제29조)에서는 관리(Verwaltung), 그리고 제4절(제30조)에서는 주거지상권(Wohnugserbbaurecht)을 규정하고 있다.¹⁰⁵⁾

주거소유권법 제1조 제1항은 “본 법에 따라 주거에 관하여는 주거소유권, 주거목적에 제공되지 않는 건물부분에 관하여는 부분소유권이 성립한다”고 규정하고 있다.¹⁰⁶⁾ 따라서 건물 중 주거목적에 제공된 부분에 관하여는 주거소유권

103) Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) (BGBl, I S.1707).

104) 이준형, 전계 보고서, 27면.

105) <http://www.rechtliches.de/2011.12.5> 검색.

이 성립하고, 주거목적으로 제공되지 않는 부분 예컨대 사무실, 상가 등에 관하여는 부분소유권이 성립되도록 하고 있다. 이 경우 주거소유권은, “건물 중 주거목적으로 제공된 부분에 대한 특별소유권과 그에 속하는 공동재산의 공유지분이 결합한 것(동법 제1조 제2항)”으로 보고 “구분소유권은 건물 중 주거목적으로 제공되지 않은 부분에 대한 특별소유권과 그에 속하는 공동재산의 공유지분이 결합한 것(동법 제1조 제3항)”으로, 공동재산은 “대지나 특별소유권 또는 제3자의 소유에 속하지 않는 건물의 부분, 시설 및 설비”를 의미하는 것으로 규정하고 있다(동법 제1조 제5항).¹⁰⁷⁾ 즉, 위 조항은 집합건물의 전유부분에 대한 권리와 공유부분 및 대지를 일체화시켜서 주거소유권과 부분소유권의 두 권리를 설정하고 있다.¹⁰⁸⁾ 이 경우 주거소유권은, 특별소유권의 계약적 창설이나 구분에 의하여 설정된다. 계약적 창설이란, 2인 이상의 토지 공유자가 토지상의 건물을 특별소유로 하기로 약정함으로써 각각의 주거소유권이 발생하는 경우를 말하며, 수인이 출자하여 토지를 양수한 후 그 토지에 건물을 짓는 경우에 이용되는 방법이다. 한편 구분이란, 토지의 단독소유자가 그 토지상의 건물을 지은 후 복수의 특별소유권이 성립되도록 건물을 법률적으로 분할하는 경우를 말한다. 이는 분양업자가 분할된 건물을 각각 분양하기 위하여 이용되는 방법이다. 주거소유권이 성립되기 위해서는 위와 같은 계약창설 또는 구분 이외에 등기도 필하여야 한다.¹⁰⁹⁾

2) 관리조직

가. 주거소유권자집회(Wohnungseigentümersammlung)

주거소유권자집회는 주거소유권법 또는 주거소유권자의 약정에 따라 필요한

106) WEG§1(1) Nach Maßgabe dieses Gesetzes kann an Wohnungen das Wohnungseigentum, an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes das Teileigentum begründet werden.

107) Soergel-Siebert, Kommentar Zum BGB mit Einführungsgesetz, 10. Aufl., Bd. 4, S.420-486; 김정현·이원배·허정훈·이영준·안우만, “집합주택(아파트)의 소유·관리에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 제1집, 법원행정처, 1974, 6면.

108) 장재현, 전제논문, 42면.

109) 임인수, “집합건물의 법리적 연구 -구분소유와 관리를 중심으로-”, 건국대학교 행정대학원 부동산학과, 1988, 13면.

사항을 의결하며, 관리인에 의해 년1회 이상 소집된다(주거소유권법 제24조 제1항). 의결권은 특별한 사정이 없는 한, 개개의 모든 주거소유권자가 1개의 의결권을 가지며, 주거소유권이 수인의 공유에 속하는 경우에도 공유자간 지분의 비율과는 상관없이 의결권은 1개만 행사할 수 있다(주거소유권법 제25조 제1항). 또한 주거소유권자의 의결권은 대리인에 의해서도 행사될 수 있으나 주거소유권과 분리하여 타인에게 양도하지는 못한다.

나. 관리인(Verwalter)

관리인은 구분소유관계가 성립하면 주거소유권자집회를 구성하고 주거소유권자 다수결에 의해 관리인 선임이 강제되는 법률상 필수기관으로서 주거소유권자집회와 함께 주거공동체의 가장 중요한 기관 중의 하나이다(주거소유권법 제20조 제2항). 관리인은 주거소유권자들의 결정을 집행하며 공용부분의 관리에 필요한 사무를 처리하여야 할 의무를 부담한다. 이러한 관리인은 원칙적으로 주거소유권자들로부터 특별히 위임을 받은 경우에만 주거소유권자들을 대리할 수 있으며(주거소유권법 제27조), 수임자의 신분으로서 주거소유권자들의 권리와 의무를 살펴야 한다.

주거소유권법에서는 관리인의 자격에 관하여 특별한 규정을 두지 않고 있다. 따라서 법률관계에 있어 행위능력을 가지고 있는 사람이면 누구나 관리인이 될 수 있으며 주거소유권자가 아니어도 됨은 물론 법인 및 조합도 관리인이 될 수 있다. 다만 관리인의 수는 1인 또는 하나의 단체여야 하고 수인이 관리인이 될 수 없다.

관리인의 임면은 주거소유권자집회의 의결에 의하고, 관리인의 임기 또한 주거소유권자집회의 의결로 5년을 초과하지 않는 범위에서 결정되며(주거소유권법 제26조 제1항), 연임할 수 있으나 연임을 하기 위해서는 임기만료 1년 전에 주거소유권자집회의 의결을 요한다(주거소유권법 제26조 제3항).

관리인의 권리와 의무는 주거소유권법과 민법의 위임·고용에 관한 규정에 따르며, 관리인의 권리와 의무에 관한 구체적 사항은 주거소유권법에 대부분 규정되어 있다. 즉, 관리인은 공용부분을 유지하고 수선하기 위해서 적절한 조

치를 취해야 할 권리와 의무가 있고(주거소유권법 제27조 제1항 제2호), 긴급한 상황이 발생할 경우, 그에 대하여 적절히 조치할 권리와 의무를 갖는다(주거소유권법 제27조 제1항 제3호). 또한 대외적으로 주거소유권자를 대리하는 법정대리인으로서 권한을 가지며(주거소유권법 제27조 제2항), 주거소유권자의 의결로 수권의 범위 내에서 재판상 또는 재판외의 청구권을 행사할 수 있다(주거소유권법 제27조 제2항 제5호). 그리고 관리인은 주거소유권자의 의결사항을 집행하고, 공동재산의 유지·수선에 필요한 조치를 하며, 공유의 금전을 관리할 권리와 의무가 있으므로(주거소유권법 제27조 제1항), 공용부분에 대한 관리비와 주거소유권자들이 공동으로 부담해야 할 금액 등을 주거소유권자들에게 청구하고 수령하거나 지급할 권리가 있다(주거소유권법 제27조 제2항).

그밖에 관리인은, 관리계획의 수립, 관리직원들에 대한 연말정산 실시 그리고 주거소유권자들의 요구가 있을 경우에 하는 중간결산 등의 의무를 수행하여야 한다(주거소유권법 제28조). 다만 관리인이 매년 관리업무 수행을 위해 예산수립 및 관리계획을 수립하되, 그 예산과 관리계획은 주거소유권자들로부터 의결(다수결)을 얻어야 유효하다. 관리계획에는 공용부분의 관리에서 발생하는 비용의 평가액, 객관적인 분배기준에 따라 개별 주거소유권자가 부담해야 할 금액 등이 명시되어야 하며, 개별 주거소유권자는 그의 공유지분에 따라 공동의 비용을 부담해야 한다(주거소유권법 제27조 제2항 제5호). 다만 공동비용에 대한 개별 주거소유권자들의 지불의무는, 주거소유권자들의 의결이 있을 때 비로소 성립하는 것은 물론이며,¹¹⁰⁾ 관리회계연도가 경과할 때마다 관리인은, 주거소유권자의 다수결에 따라 전체 주거공동체에 대한 정산과 개별 주거소유권자에 대한 정산을 하여야 한다.¹¹¹⁾

라. 관리고문회(Verwaltungsbeirat)

주거소유권법은 관리고문회 제도를 두고 있다. 관리고문회는 주거소유권자 그리고 관리인과 함께 공용부분의 관리에 책임이 있는 제3의 기관이다(주거소

110) BayOLG DWE 1992, S.76.

111) OLG Koeln WE 7/95, S.222.

유권법 제27조). 관리고문회는 필수상설기관이 아니며 주거소유권자들의 자율적 의사에 따라 구성되는 임의기관이다. 그러나 실무적으로는 관리고문회를 구성하는 것이 상례로 되어 있다고 한다.¹¹²⁾ 임의적 사항임에도 불구하고 관리고문회의 구성이 상례화 된 이유는, 관리고문회가 구분소유권자들의 희망사항이나 관심사 혹은 불만을 수렴함으로써, 분쟁을 미연에 방지하는 조정자의 역할을 수행하는 등 주거공동체 내부의 평화를 위해 많은 기여를 할 수 있다는 것이 실무에서 입증되었기 때문이다.¹¹³⁾

관리고문회는 한 명의 의장과 두 명의 간사로 구성되며 의장은 반드시 주거소유권자이어야 하고, 간사는 주거소유권자가 합의하면 제3자도 가능하다.

주거소유권법은 관리고문회의 임무를 세 가지 영역으로 설정하고 있다. 첫째, 관리인의 임무수행에 관한 지원이다(주거소유권법 제29조 제2항). 둘째, 예산·결산 기타 비용견적을 검사하고 주거소유권자집회가 이를 결정하기 전의 사전 검토이다(주거소유권법 제29조 제3항). 셋째, 관리인이 없거나 혹은 관리인의 의무에 위반하여 주거소유권자집회 소집을 거부하는 경우 관리고문회의 의장 또는 그 대리인에 의한 주거소유권자집회의 소집이다(주거소유권법 제24조 제3항).

3) 전유부분의 관리

주거소유권법상 모든 주거소유권자는 전유부분에 대한 특별소유권자로서 그 전유부분에 거주하거나 이를 임대하는 등 다른 방법으로 이용할 수 있고, 다른 사람의 간섭을 배제할 수 있다고 한다(주거소유권법 제13조 제1항). 그러므로 모든 주거소유권자는 그의 전유부분을 다른 구분소유자로부터 독립하여 자기 책임 하에 관리하게 된다. 그러나 주거소유권자가 그의 전유부분을 임의로 처리할 수 있는 권한은, 주거소유권법과 제3자의 권리에 대립하지 않는 한도 내에서만 존재한다. 즉, 주거소유권자에게는 그의 전유부분을 사용하되, 공동생활

112) Merie, "Rechtsgrundsätze der Wohnungseigentumsverwaltung", WE 9/92, S.243.

113) 박경량, "독일 주거소유권법상의 집합건물관리", 「부동산법학」 4집, 1997.7, 한국부동산법학회, 9면 이하 참조.

상 수인의 한도를 넘는 불이익을 다른 주거소유권자에게 주지 않도록 할 의무가 주어져 있다. 즉, 전유부분에 대한 수선유지의무가 그것이다. 모든 주거소유권자는 자신의 전유부분 사용으로 인하여 다른 주거소유권자의 전유부분과 공용부분에 불이익이 발생하지 않도록 수선유지의무를 부담한다. 또한 전유부분을 사용함으로써 다른 주거소유권자의 주거생활에 방해를 주어서는 안된다는 의무를 부담한다. 집합건물의 물리적 구조상 주거공동체 내의 다른 주거소유자에게 생활방해를 전혀 주지 않을 수는 없지만, 그 정도가 수인의 한도를 넘는 경우라면 허용해서는 안된다고 보는 것이다.¹¹⁴⁾

4) 공용부분관리

공용부분관리책임에 관하여 주거소유권법은, 원칙적으로 모든 주거소유권자에게 공동으로 귀속한다고 한다(주거소유권법 제21조 제1항). 따라서 주거소유권자는 그 전체로서 공용부분 관리에 관한 사항을 법률상·사실상 처리할 수 있다. 그러므로 공용부분에 관한 여러 관리조치들은 원칙적으로 모든 주거소유권자들의 동의를 필요로 한다. 그러나 주거소유권법은 모든 주거소유권자들의 동의가 없어도 조치할 수 있는 예외적인 경우를 인정하고 있다. 즉, 다수결로 공용부분에 대한 적절한 관리조치(Ordnungsmässige Verwaltung)를 할 수 있도록 규정하고 있다(주거소유권법 제21조 제3항). 적절한 조치인지에 관한 여부는 거래관념에 따라 구체적이고 개별적으로 판단하여야 하겠지만, 공동체의 질서를 유지하고 공동생활에 기여함으로써 주거소유권자의 이익에 부합하는 조치라면 이를 적절한 조치라고 할 수 있을 것이다.¹¹⁵⁾ 이에 대하여 주거소유권법은 제21조 제5항에서, 전체 구분소유자의 이익에 부합하는 적절한 관리유형을 열거하고 있다. 주택관리규칙의 제정, 공용부분의 적절한 유지와 수선, 적당한 예비비의 적립, 예·결산 및 관리계획의 수립 등이 그 예이다.¹¹⁶⁾

114) BayOLG WE 2/95, S.60.

115) Wolf Ruediger Bub, "Grundsätze der Wohnungsverwaltung", 「PiG(Partner im Gespräch)」. 41, 1993, S.177.

116) WEG §21(5)1. die Aufstellung einer Hausordnung; 2. die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums; 3. die Feuerversicherung des gemeinschaftlichen Eigentums zum Neuwert sowie die angemessene Versicherung der Wohnungseigentümer gegen

공용부분의 관리에는 주거소유권자의 동의가 필요하다. 그러나 공용부분의 유지와 수선을 위한 건물변경 등이 주거소유권자의 권리를 침해하지 않거나 침해가 경미한 경우에는 주거소유권자의 동의를 필요로 하지 않는다(주거소유권법 제22조 제1항). 따라서 주차장의 추가설치나 승강기 설치 등 주거소유권자의 권리를 침해하거나 그 침해가 중대하여 적절한 정도를 넘는 건물의 변경이나 건축비용은 원칙적으로 주거소유권자의 만장일치에 의해서만 결정될 수 있다.¹¹⁷⁾ 또한 주거소유권자는 다른 주거소유권자의 동의 없이 창문을 변경하거나 지붕위에 안테나를 설치하는 등 건물의 외양을 변경해서는 안된다.¹¹⁸⁾ 만약 동의 없이 건물을 변경하는 경우에는 나머지 주거소유권자들이 이러한 조치의 중단과 제거를 요구할 수 있다(주거소유권법 제14조 제1호). 그리고 건물의 철거와 신축도 모든 주거소유권자의 동의를 필요로 한다. 다만 건물이 이미 파괴된 경우, 그 건물의 가치 중 절반 이상이 손상되었거나 혹은 그 손해가 보험이나 혹은 다른 방법으로 보충되는 경우의 재건축은, 만장일치가 아닌 다수결에 의할 수 있다(주거소유권법 제22조 제2항).

그밖에 모든 주거소유권자는 다른 주거소유권자의 동의가 없더라도 공용부분에 직접 가해질 염려가 있는 손해를 예방하기 위한 필요한 조치를 취할 권리가 있다(주거소유권법 제21조 제2항). 또한 모든 개별 주거소유권자는 다른 주거소유권자에 대해 필요한 경우에 재판상 주장할 수 있는 적절한 관리청구권을 갖는다.

(2) 프랑스

1) 관계법령

프랑스는 1965.7.10. 「건물의 구분소유기준을 확정하기 위한 법률」(Loi fixant le

Haus- und Grundbesitzerhaftpflicht; 4. die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung; 5. die Aufstellung eines Wirtschaftsplans (§28); 6. die Duldung aller Maßnahmen, die zur Herstellung einer Fernsprechteilnehmereinrichtung, einer Rundfunkempfangsanlage oder eines Energieversorgungsanschlusses zugunsten eines Wohnungseigentümers erforderlich sind.

117) BayOLG WE 1988, S.140.

118) OLG Duesseldorf WE 7/95, S.217.

statut de la copropriété des immeubles bâtis) 및 이를 시행하기 위하여 1967. 3.17. 에 제정된 「건물의 구분소유기준을 확정하기 위한 1965.7.10. 제65-577호 법률의 시행령」(Decret portant reglement d'administration publique pour l'application de la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis)을 두어 집합건물관리제도를 운영하고 있다.¹¹⁹⁾

2) 관리조직¹²⁰⁾

프랑스의 관리조직은 구분소유자 전원으로 구성되며 당연히 법인격을 가지는 관리단이 있고 관리단의 필수기관으로 총회 및 관리인(syndic)이 있으며 임의 설치기구인 조합위원회가 있다. 우리나라의 입주자대표회의와 같이 관리단의 업무를 집행할 수 있는 상설관리조직은 없다.

년1회 이상 개최되는 총회는 최고의사결정기관으로서 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 당연히 설립되며 집합건물의 보존 및 공용부분의 관리·처분에 관한 관리규약 제정 등 관리에 관한 중요사항들을 결정한다.

집행업무를 담당하는 필수기관으로 관리인이 있으며, 관리인은 총회에서 구분소유자 또는 부동산관리의 자격을 가진 관리업자 중에서 선출·임명한다. 총회에서 관리인을 임명하지 않을 경우에는 구분소유자의 청구에 의해 법원이 임명한다.

프랑스의 관리조직은 비교적 단순하며 관리인 중심의 관리체제가 확립되어 있다는 특징을 갖는다. 관리인 중에는 법학 또는 관리학을 전공한 자가 많고 부동산관리업자 등 비구분소유자의 숫자가 많은 비율을 차지하고 있다.¹²¹⁾ 관리인이 되기 위한 부동산관리업자는 관련 법률에 의한 면허를 취득하여야 하며, 이 면허취득을 위해서는 직업적성·충분한 보증금·배상보험의 가입·결격사유 부존재 등 4가지의 요건을 충족해야 한다. 그리고 관리인의 직무를 살펴

119) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880200.2011.10.5> 검색.
120) 김현태, “집합건물의 구분소유에 관한 비교법적 고찰”, 「온산 방순원선생 고회기념 민사법의 제문제」, 1984, 66-69면; 배순석·천현숙, “주택보전활성화연구”, 「국토개발원」, 1993, 91면 이하.
121) 太田秀也, “ドイツ及びフランスにおけるマンション管理業の實態調査について”, www.mankan.or.jp/12_member/foreign/t200008.pdf. 2011.12.3. 검색.

보면, 총회결의의 집행·관리규약준수의 확보·부동산의 보수·관리운영·경리·재판상 모든 행위에 관하여 구분소유자의 대리·수선공사의 예산안 작성·총회의 개최 등이 있다.

관리인의 임기는 3년의 범위 내에서 결정되지만 갱신이 가능하도록 하고 있으므로 특별한 문제가 없는 한, 임기에 구애받지 않고 장기간 관리인의 지위를 보유할 수 있다고 할 수 있다. 다만 관리단이 관리인을 자주 경질하고 있기 때문에 관리인이 관리단에 지나치게 종속되는 경향이 있다. 그러나 대체적으로는, 관리인이 일정한 법적 권한을 부여받아 구분소유자로부터 독립된 입장에서 집합건물의 관리·운영을 하는 것으로 평가되고 있다.

조합위원회는 관리인에 대한 감독 등의 업무를 수행하며 구분소유자로 구성된다. 관리규약 또는 총회의 결의에 의해 둘 수 있는 임의기관으로서 관리인을 보좌하기도 한다. 설치는 의무사항이 아니어서 관리인과 구분소유자간의 조정 기능을 기대하고 있지만 현실적으로는 그렇게 하지 못하고 있다는 평가를 받는다.¹²²⁾

(3) 영국

1) 관계법령

영국의 공동주택관리에 관한 법률로 중요한 것으로는 주택법(Housing Act), 지방정부 및 주택법(Local Government and Housing Act), 주택조합법(Housing Association Act)등이 있다.¹²³⁾

2) 주택관리인(housing manager)

주택관리인은 각 공공주택관리에 관한 사무적인 업무와 사회적인 서비스를 담당하고 있다. 건물의 관리, 관리비의 징수 등의 업무를 수행할 뿐만 아니라

122) 박태신, 전계학위논문, 64-65면 참조.

123) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/42/contents.2011.9.12> 검색.

주택관리업무도 하나의 사회복지업무라는 입장에서 업무를 수행하고 있다.

주택관리인은 주택을 입주자들에게 임대·알선하는 업무와 입주 신청자의 생활정도, 세대규모 등 여러 요인을 종합하여 입주자를 선정하고, 입주자들에 대한 전반적인 상황을 등록하는 업무 및 건물의 수선유지 활동과 사회복지적인 분야까지를 담당하고 있다. 즉, 주택관리인은 임차인에 대한 임대료의 징수와 관리비의 수금 업무를 담당하고 있을 뿐만 아니라, 임대료 체납 등에 관한 소송업무도 부담하는 한편, 입주자들의 수선요구가 있거나, 또는 방문을 통해 수선의 필요성이 있다고 판단할 때에는 직접 공사를 하기도 하고, 외부인에게 공사를 의뢰하기도 하는 등의 업무 외에도 입주자들의 불평과 불만을 조사·해결하거나 노인문제 등 사회복지적인 측면의 업무와 주택임대에 관한 제반문제를 처리함으로써 입주자들과 각종의 사회적 서비스기관 사이에 교량역할을 수행하는 등 업무의 범위가 매우 다양하고 포괄적이다.

그밖에 주택관리인의 업무로는, 공용주택단지의 배치계획 및 주택설계의 계획단계에서 당국의 건축관이나 조사관에게 조언하기 등이 있다.

3) 주택관리전문가제도

영국의 주택관리제도와 관련하여 특징적인 것 중의 한 가지는 주택관리인을 양성하기 위한 교육훈련제도이다. 주택관리인에 대한 교육과 훈련은 여러 단계에서 행하고 있으며, 이들에게 자격을 부여하기 위한 시험제도 역시 다양하다.¹²⁴⁾ 이는 매우 다각적으로 이루어지고 있는데 내용을 보면, 첫째, 지방자치단체나 주택조합, 신도시개발공사, 개인회사에 의해 행해지는 훈련이 있다. 주택관리인이 되고자 하는 사람은, 이러한 기관에 하급 보조원으로 고용되어 업무를 배우면서 야간학교나 방송강의 등 Part Time제의 학습과정을 거친 후 왕립측량사협회(The Royal Institution of Chartered Surveyors: RICS)에서 주관하는 주택관리 분야의 시험을 치르며, 그 밖에 주택협회나 단지 관리인협회 등에서 시행하는 시험을 치르기도 한다.

둘째, 주택관리인협회에서 행하는 교육훈련이 있다. 여기에서는 17세 이상의

124) 이창석, 「부동산관리론」, 신광문화사, 2009, 125면.

JEJU NATIONAL UNIVERSITY
제주대학교

연구생이나 학교를 갓 졸업한 사람들의 교육훈련을 담당하고 있다. 교육기간을 보면 학위취득자의 경우에는 3년 이상으로 되어 있고 1주일에 4일 정도는 실습이나 이론에 대한 공부를 하게 되며, 나머지는 자격시험 준비를 하고 있다. 이들의 교육은 주로 통신교육 방법이나 야간수업에 의하여 행해진다.

셋째, 기술전문학교에서 2~3년간의 교과과정을 이수하고 영국왕립측량사협회의 중간시험(주택관리부분)에 합격한 후, 최종시험을 보기 위하여 Part time제의 학습을 하면서 2년간의 실무경험을 쌓는 방법이 있다.

넷째, 런던 대학이나 캠브리지 대학에서 재산관리에 관한 학위를 받은 사람을 위한 2년간의 실무수습과정이 있다. 이들이 영국왕립측량사협회가 인정하는 실무훈련을 2년간 받을 경우에는 자격시험이 면제된다.¹²⁵⁾

(4) 미국

1) 관련법령

미국의 집합건물관리와 관련된 주요법률로는, 1962년 FHA(미연방주택국)에 의해 제정된 모델법을 기반으로 1968년 전체 주에 걸쳐 적용된 콘도미니엄 법(Condominium Act)이다. 콘도미니엄법이 제정되기 이전까지는 토지만 소유권의 대상으로 인정되었으나, 콘도미니엄법이 제정됨으로써 소유권은 토지 위에 있는 건물의 공간, 공중권까지 인정되게 되었다. 즉, 공동주택의 전유부분이 소유권의 대상으로 인정된 것이다.

1978년에는 Uniform Condominium Act가 만들어졌다. 이법은 미국변호사회가 만든 또 하나의 모델법으로 그 자체가 법률은 아니지만, 미국 각지에서 나온 콘도미니엄 관련 판례를 집약 정리하여 제정법의 모델로 제시한 것이다. 이를 참고하여 각주의 콘도미니엄법이 개정되었다.¹²⁶⁾

모델법을 통해 구분소유권을 인정하는 과정에서는 우리나라의 관리규약과 비슷한 선언문서(declaration)가 작성되었으며, 입주권을 구입하고자 하는 자는 이

125) 이창석, 전게서, 126면 이하.

126) 이창석, 상게서, 134면 이하.

선언문서에 동의를 해야 한다. 위 선언문서에는 소유권의 양도제한, 임대제한, 사용제한 등의 규정을 두도록 하여, 입주자가 공동주택의 소유권이나 이용권을 행사함에 있어, 그 행사가 입주자의 공동이익이나 안전에 저해가 된다면 상당한 규제를 가하는 것이 가능하게 하였다. 특히 관리와 밀접한 사용제한은 전유부분 즉, 주택내부의 임의개조를 금지하는 것을 골자로 한다. 이를 제한하는 이유는, 개별주택과는 달리 공동주택은 다수의 입주자가 시설을 공유하고 있어서 개별소유자의 무분별한 개조행위가 다른 입주자에게 피해를 줄 수 있기 때문이다.

2) 관리조직

미국은 각 주마다 관리조직이 동일하지 않지만 대동소이 하다. 관리조직에 관하여는, 플로리다주의 법률을 중심으로 살펴보고자 한다.¹²⁷⁾

플로리다주에서 집합건물에 관하여 법적 규제를 시작한 것은 1963년 플로리다 제정법(Florida Statute, 이하 “F.S.”라 한다) 제711장을 제정하였을 때부터였으며, ‘집합건물법(Condominium Act)’의 명칭은 F.S. 제711장이 F.S. 제718장으로 개정되면서 사용되었다.¹²⁸⁾

F.S.에 의하면 집합건물의 관리단은 영리법인(a corporation for profit)이거나 비영리법인(a corporation for not profit)일 것을 규정하고 있다. 비영리법인인 집합건물관리단은 F.S. 제617장의 조항에 따라 조직된다. 다만, 비영리법인인 창설된 경우에는 정관이나 규칙이 허용하는 범위 내에서 회장이나 임원 그리고 중개인에게 합리적인 보상을 지급하는 것이 허용될 수 있지만 어떠한 부분의 수익도 정관이나 규칙이 허용하지 않는 한, 개별적인 구성원 또는 관리단의 회장이나 임원에게는 배분할 수 없다.¹²⁹⁾

F.S. 제617장은, 비영리법인의 정관에 포함되어야 하는 조항을 개략적으로 규정하고 있다. 이러한 조항 등은, 정관의 개정방식, 법인이 조직된 목적과 법인

127) <http://www.leg.state.fl.us/statutes/2011.11.30>.검색.

128) *Century Village, Inc. v. Wellington Condominium Ass'n*, 361 So. 2d 128.133(Fla. 1978).

129) §617.01401(5).F.S.

의 권한에 대한 한계를 개략적으로 규정하고 있다.¹³⁰⁾ 또한 F.S. 제617장은 플로리다주에서 비영리법인에게 부여되는 법인의 모든 권한 범위를 개략적으로 규정하고 있다. 이러한 권한의 내용은 집합건물재산을 운영하고 관리할 자격부터 관리단 재산의 저장과 기금차입에 이르고 있다. 그밖에 F.S. 제617장은 비영리법인의 합병·통합시에 준수되어야 할 절차에 관하여 열거하고 있다. 이 장은 기본적으로, 관리단에게 법인의 목적을 위하여 의무를 수행함에 있어 필요한 모든 권한을 부여한다.¹³¹⁾

한편, F.S. 제607장에 규정된 영리목적의 법인은 플로리다주의 일반적인 법인법(The Florida General Corporation Act)이 적용된다. 따라서 F.S. 제607장의 조항은 영리법인에 의하여 조직된 집합건물관리단의 조직과 운영을 통제한다.

한편, 유자격재산관리인(Certified Property Managers)이라고도 불리우는 관리인은, 관리비 또는 수선 등에 필요한 금액을 입주자로부터 징수할 의무를 부담하며, 입주자가 관리비 또는 수선비를 연체하는 경우에는 연 18% 내외의 연체료를 부과하고 체납관리비 등을 원인으로 하여 재판에 회부할 경우에는 체납관리비 등의 입주자로부터 변호사의 소송비용도 청구하여야 한다.

미국의 경우 우리나라와 같은 장기수선계획에 입각한 장기수선충당금 적립제도는 없지만 수선이 필요한 경우 입주자가 그 비용을 부담하지 않을 때에는 퇴거조치까지 가능한 엄격한 제재규정이 있다. 따라서 미국의 공동주택관리는 공동체의 규범을 통해 적절한 유지관리가 이루어지고 있다고 할 수 있다.

또한 주택소유자와 관리자 사이에는 권한과 업무관계를 명확히 하는 관리 승인서를 교환된다. 이와 같이 승인서를 교부하는 것은, 권한과 업무관계를 명확히 함으로써 주택소유자와 관리자 상호간 발생할 수 있는 분쟁의 소지를 미연에 방지하고 정해진 기간 동안 관리자가 소신껏 관리업무에 충실할 수 있도록 하기 위함이다.

3) 관리전문가제도

130) §617.0202.F.S.

131) §617.0302.F.S.

집합건물 등 주택관리에 관한 전문자격증제도에 관하여 연방정부는 직접적 규제를 가하지 않고 민간부문의 자율적 운영에 맡겨 두고 있다. 대학교 및 사설학원 등에서도 전문자격자를 양성하기 위한 교육이 이루어지고 있으나, 대부분은 주택관련 전문단체에서 각종 자격증제도를 만들어 그에 필요한 교육훈련을 실시하고 있다. 몇 개의 주요단체들을 중심으로 전문자격제도를 살펴본다.¹³²⁾

먼저 부동산관리협회(the Institute. of Real Estate Management: IREM)에서는 공인재산관리사(CPM: Certified Property Manager)와 공인주택관리사(ARM: Accredited Residential Manager)라는 두 종류의 자격증제도를 두고 있는데 특히 CPM은 부동산에 관한 최고의 자격증으로서의 권위를 인정받고 있다.¹³³⁾

CPM의 자격을 취득하려면 관련 분야의 다양한 지식을 습득하여야 한다. IREM은 ‘부동산관리인의 이론’을 필수과목으로 수강하도록 하고, ‘부동산 유지보수의 관리,’ ‘공동주택의 마케팅 및 임대전략,’ ‘인적자원 개발전략,’ ‘부동산의 성과측정,’ ‘부동산 의사결정에 있어서 투자기준의 적용’ 등의 과목의 수강을 추천한다.

또한 전국주택관리센터(National Center for Housing Management: NCHM)에서는 입주, 유지보수관리, 예산, 주거품질기준, 주택관련 조세, 마약 및 알코올복용 억제, 농촌임대주택 등 주택관리 전반에 관한 교육프로그램을 운영하고 있다. 그밖에 등록주택관리사(RHM), 공인유지보수관리사(CMM), 공인주택관리사(CHM), 공인재무관리사(CFM), 고급주택전문가(SHS) 등 여러 종류의 주택관리에 관한 자격제도를 운영하고 있다.¹³⁴⁾

그밖에 캘리포니아주의 임대주택 소유자 및 전문직업인들을 대표하는 단체인 캘리포니아 아파트연합회(CAA: California Apartment Association)에서도 주택관리자격증(CRM: Certificate in Residential Management)제도를 두고 있는데, 이 연합회에서는 CRM을 취득하는데 필요한 ‘부동산관리개론,’ ‘중급부동산관리,’ ‘임대차관리,’ ‘임대주택산업의 논리’ 등 7개 필수과정과 ‘부동산임대의 성공

132) 이창석, 전게서, 137면.

133) <http://www.irem.org/2011.11.30.검색>.

134) <http://www.nchm.org/indexnew.htm,2011.11.20.검색>.

마케팅,’ ‘임대산업의 노동법이론,’ ‘임대주택의 금융관리,’ ‘유지보수에 관한 책임문제’ 등 4개의 선택과정을 개설하여 운영하고 있다.¹³⁵⁾

2. 아시아권

(1) 일본

1) 관련법령

일본의 집합건물관리체계 및 역할 등에 관한 법률적 내용의 근거가 되는 법원으로서, 구분소유법과 맨션관리적정화법 등이 있다.¹³⁶⁾

2) 관리조직

구분소유법상 관리조직에는 구분소유자단체(이하 “관리단”이라한다)와 관리자¹³⁷⁾가 있다. 관리조직과 관계되는 구분소유법의 조항을 보면, 관리단은 구분관계가 성립됨으로써 구분소유자의 의사와는 무관하게 당연히 설립되며 관리조합의 형태로 운영된다(동법 제3조). 관리조합은 집회를 관리조합의 최고 의사결정기관으로 두고 공용부분의 관리운영에 관한 중요사항을 결정한다(동법 제34조 이하). 관리조합의 집회는 관리자에 의하여 최소한 매년 1회 소집되며(동법 제34조 제2항), 관리규약의 설정·개정·폐지 또는 공용부분의 변경에 관하여는 집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상 찬성으로 결정한다(동법 제34조 제1항).

관리자는 당해 건물의 부지와 부속시설 등 공용부분을 규약이나 집회에서 결정한 바에 따라 관리할 수 있는 권리와 그에 상응하는 의무를 부담하여야 한다(동법 제26조 제1항). 또한 관리자는 직무에 관한 한 관리단을 대리하고(동법

135) http://www.caanet.org/Education_Events.aspx,2011.11.25.검색.

136) 김현태, 전계논문, 69-73면 참조.

137) 우리나라 집합건물법상 관리인을 말한다.

제26조 제2항), 관리단집회에서 선임되거나 해임되며, 부정한 행위 등으로 직무에 적합하지 않은 사정이 있을 경우에는 각 구분소유자가 법원에 해임을 청구할 수도 있다(동법 제25조 제1항, 제2항).

구분소유자가 30인 이상의 맨션¹³⁸⁾에서는 집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 찬성에 의하여 관리조합을 법인으로登記하는 것을 결정할 수 있다. 관리조합을 법인화하는 것에 대하여는 구분소유법 제1장 제6절에 규정하고 있다. 동법에서 관리단의 법인화를 위한 규정을 보면, 법인격 취득의 요건 및 법인등기·절차(동법 제47조 제1항~제12항), 명칭(동법 제48조), 이사(동법 제49조), 감사(동법 제50조, 제51조), 관리단법인의 사무집행(동법 제52조), 구분소유자, 특별승계인의 책임(동법 제53조, 제53조), 법인세(동법 제47조 제13항), 법인의 해산(동법 제55조) 및 잔여재산의 귀속(동법 제56조) 등이 있다.

관리단 법인의 핵심적 조직인 이사는, 관리단 법인의 필수기관으로서(구분소유법 제49조 제1항) 관리단 법인을 대표하며, 관리단 법인의 업무를 집행할 권한과 책임을 가진다(동법 제49조 제3항). 관리단 법인의 이사가 존재함에 따라 관리자는 필요가 없으므로 관리단 법인에서 관리자가 선임되는 경우는 없고, 법인으로 되기 전에 관리자가 있던 경우에는 법인화에 의해 자동적으로 퇴임한 것으로 된다. 이사의 인원수에는 제한이 없고 복수의 이사를 두는 것이 가능하며(동법 제49조 제4항), 규약으로 제한되어 있지 않는 한, 구분소유자 이외의 자를 이사로 하는 것도 가능하다. 그러나 관리인과 달리 법인을 이사로 할 수는 없다고 할 것이다. 이사의 임기는 원칙적으로 2년이지만 3년 이내의 범위에서 규약으로 달리 정할 수 있다(동법 제49조 제6항).¹³⁹⁾

138) 맨션(mansion)이란 본래 서양의 큰 저택 등을 의미하는 용어이나 일본에서는 우리나라의 아파트와 같은 공동주택을 일컫는 말로 사용하고 있다. 일본의 맨션관리적정화법 제2조 제1항에서 다음과 같이 용어 정의를 하고 있다.“<第二條> この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号の定めるところによる。一、マンション 次に掲げるものをいう。イ 二以上の区分所有者（建物の区分所有等に関する法律（昭和三十七年法律第六十九号。以下「区分所有法」という。）第二條 第二項 に規定する区分所有者をいう。以下同じ。）が存する建物で人の居住の用に供する専有部分（区分所有法 第二條 第三項 に規定する専有部分をいう。以下同じ。）のあるもの並びにその敷地及び附屬施設、ロ 一団地内の土地又は附屬施設（これらに関する権利を含む。）が当該団地内にあるイに掲げる建物を含む数棟の建物の所有者（専有部分のある建物にあっては、区分所有者）の共有に屬する場合における当該土地及び附屬施設”

139) <http://law.e-gov.go.jp/2011.12.10.검색>.

3) 집합건물관리제도의 특징

다수의 구분소유자가 거주하는 집합건물의 중요성이 증대되고 있는 흐름에 부응하여 일본에서는, 구분소유법외에 양호한 주거환경의 확보를 도모하고 국민생활 안정향상의 기여에 목적을 두고 맨션관리적정화법을 제정하였다. 맨션관리적정화법은 맨션관리사¹⁴⁰⁾라는 전문자격제도를 정하고 맨션관리업자의 등록제도를 규정하는 등 맨션관리의 적정화를 추진하기 위한 제반조치를 규정하고 있다. 맨션관리사제도는 국가시험에 의하여 맨션관리사를 선발하고 이들을 국토교통성에 등록시킨 이후 관리조합의 운영 기타 집합건물의 관리에 관한 상담·조언·지도의 업무를 수행하도록 하는 집합건물관리 전문가 선발·육성제도를 말한다.

한편, 국토교통성은 맨션관리와 관련하여 특이한 지침을 마련하고 있는데 그것은, 맨션관리적정화법을 근거로 책정한 맨션관리적정화지침(マンションの管理の適正化に關する指針)이다. 이 지침에는 관리조합·적정한 맨션관리를 위한 구분소유자의 노력의무와 국가·지방자치단체에 의한 정보제공 등의 조치를 규정하고 있다.¹⁴¹⁾

(2) 싱가포르

1) 관련법령

1967년에 싱가포르 정부는 ‘토지수용법(Land Acquisition Act)’을 제정하여 공용주택공급이나 기타 개발계획들에 필요한 경우에는 사유 토지를 강제적으로 취득할 수 있는 권한을 주택개발청(Housing and Development Board: HDB)에 부여하였다.¹⁴²⁾ 이 법률은 주택개발청이 슬럼지역을 해소하고 재개발 아파트를 건설할 수 있는 여건을 조성하였다. 또 1960년에 제정된 ‘주택개발법

140) 맨션관리사(マンション管理士)제도는 우리나라의 주택관리사제도와 유사하다.

141) <http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/torikumi/mankantekiseikasisin.pdf>, 2011.12.10. 검색.

142) <http://www.hdb.gov.sg/2011.12.11>. 검색.

(The Housing & Development Act)'은 주택개발청에 공용주택정책에 관한 법적인 권한을 부여하였다.¹⁴³⁾

2) 주택개발청 중심의 관리

HDB는 막대한 공동주택을 효율적으로 관리하기 위하여 여러 가지 관리기법을 연구개발하고 있는데 그중 중요한 것은 다음과 같다.

첫째, 아파트단지 입주자 상호간 및 HDB와 입주자간의 상호유대 관계를 유지하며 주민의 참여의식을 고취시켜 관리를 원활하게 하기 위하여 “OURHOME”이라는 잡지를 배포하고 있다.¹⁴⁴⁾둘째, 단지 내 긴급보수에 대처하기 위하여 1971년부터 “24시간 보수유지봉사반”을 설치하여 서비스를 제공하고 있다. 셋째, 입주자의 의견을 관리에 반영하여 미풍양속을 해치는 행위나 공동시설의 훼손행위 등을 방지하도록 여론조성을 하는 등 HDB와 단지 입주자들을 연결시켜 이해와 협력증진을 할 수 있도록 1,000호마다 1명씩의 지역대표제를 실시 이들로 주민위원회를 구성하고 있다. 또한 HDB산하에 「행정 및 재정담당부서」, 「건축 및 개발담당부서」, 「자산 및 토지담당부서」의 3개 부서를 두고 이중 자산 및 토지 담당부서인 「Estates & Land Division」이 주택관리에 대한 업무를 전담하도록 하였다.¹⁴⁵⁾

3) 관리전문가제도

싱가포르는 주택관리검사원(Resident Housing and Maintenance Inspectors) 제도를 통해 주택에 대한 전문관리를 하고 있다. 주택관리검사원은 건물유지·보수 기타 영선관리에 관한 법 규정 등 광범위한 실무교육과 인간관계론을 교육받는다.

143) <http://statutes.agc.gov.sg/2011.12.15>.검색

144) 이창석, 전게서, 149면.

145) <http://www.hdb.gov.sg/2011.12.16>.검색.

4) 특징

국토면적이 좁은 싱가포르, 상대적으로 인구밀도가 매우 높은 나라로서 주택문제가 심각하였으나, 철저한 토지공개념을 바탕으로 실시한 강력한 중앙집권적 정책과 풍부한 자금조달 및 치밀한 주택건설계획의 수립·집행 그리고 정치, 행정, 주민의 삼위일체적 노력에 의하여 당면한 어려움을 극복함으로써 오늘날, 공동주택 정책에 성공한 국가로 인식되고 있다.

(3) 중국

중국은 사회주의 국가이지만 문호개방에 따른 급격한 경제성장을 바탕으로 고층아파트가 폭발적으로 증가하는 등 집합건물의 숫자가 크게 늘어났다. 이로 인해 건물의 구분소유와 건물관리에 관련된 분쟁이 끊임없이 증가함에 따라 구분소유관련 법제가 등장하게 되었다.¹⁴⁶⁾ 이러한 중국의 구분소유관련 법제는 건축물구분소유권법(이하 “구분소유법”이라 한다)규정에 의하고 있다.

1) 구분소유법의 구성

중국의 구분소유법은 우리나라의 집합건물법과 달리 별도의 법률로 독립되어 제정된 것이 아니라 중국 물권법에서 규정(제2편 제6장)하고 있다. 동법 제70조와 제71조는 건물 전유부분의 소유권인 전유권을, 동법 제72조 제1항, 제73조, 제74조는 공용부분에 관한 공유권을, 동법 제75내지 제83조는 건물의 공동관리권을 각각 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾

2) 구분소유법의 특징

146) 박종두, “한·중 건물구분소유권법의 비교법적 고찰”, 「집합건물법학」 제3집, 한국집합건물법학회, 2009.6, 58면 이하.

147) <http://www.legaldaily.com.cn/2011.12.5.검색>

중국의 구분소유법상 관리체제는 우리나라의 집합건물법과 주택법의 일부를 혼합해 놓은 듯한 느낌을 준다. 다만 관리단은 우리와 달리 당연설립 되지 않고 관리인의 선임 또한 의무적이 아니다. 그러나 지방인민정부에서 관리단의 설립과 관리인의 선거에 지도와 협력을 하도록 규정(구분소유법 제75조)함으로써 사실상 관리단의 설립과 관리인의 선출이 의무화하고 있다. 또 다른 특징으로는 관리방식의 결정과 관리인의 교체에 대해서 규정을 해두었다는 점이다(구분소유법 제81조). 이는 우리나라 집합건물법에는 없는 규정이며 주택법 제43조 제1항 및 제2항의 규정과 유사하다.

구분소유법에서 특히 우리법제와 다른 부분은, 주차장 및 차고에 관하여 독립된 규정(구분소유법 제74조)을 두고 있다는 점이다. 동 규정에 의하면, 건축구획 내의 주차용으로 설계된 주차장의 주차구역 및 차고는 구분소유자의 소유에 속하게 하고, 매매·증여·임대를 할 수 있게 하였다.¹⁴⁸⁾

3. 시사점

주요국가의 입법례에서 나타났듯이 우리나라 집합건물법은 독일과 일본의 제도로부터 크게 영향 받았음을 알 수 있다. 집합건물법 내용의 대부분이 독일과 일본의 법제와 같거나 유사하며, 최근 입법예고 된 집합건물법 개정안의 내용 중 관리위원회제도 또한 독일의 관리고문회제도가 모델이 되었다고 할 수 있고, 일본의 전자적 수단에 의한 의결방법 역시 집합건물법 개정안에 반영되었다.

우리의 법제가 향후 적극적으로 도입을 검토해야 할 제도로는, 영국의 전문자격제도, 싱가포르의 공영관리제도, 일본의 관리법인제도 등이라고 할 수 있다. 그 이유를 보면, 영국과 같은 전문자격제도를 도입할 경우 집합건물관리에 관한 고도의 전문가를 육성·배출하는 토대를 마련하게 됨으로써 관리의 질적 향상과 제도적 발전을 도모할 수 있을 것이며, 싱가포르와 같이 공영관리제도를 부분적으로라도 도입한다면 관리자의 직업적 신분이 보장되고 구분소유자들의 관리상 부담을 경감시키게 될 것이기 때문이다. 한편 일본의 관리법인제

148) 박종두, 전제논문, 64면.

도 역시 구분소유자들의 능동적인 관리의식의 제고와 관리단의 간명한 법률관계에 기여할 수 있을 것이므로 이들 제도에 대한 도입이 필요하다고 보는 것이다. 또한 사회주의국가로써 우리나라보다 집합건물관리제도의 도입은 늦었지만, 주차장 및 차고에 대한 소유권을 인정하는 등 독특한 제도를 운용하고 있는 중국의 구분소유법도 관심을 가지고 연구해 볼 필요가 있다.

제3장 집합건물관리제도의 주요내용

제1절 관리기구

1. 집합건물법상 관리기구

(1) 관리단

1) 관리단의 의의

관리단이란 집합건물과 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하며 집합건물의 재산 관리 및 운영에 대하여 궁극적인 책임을 부담하는 구분소유자의 단체이다.¹⁴⁹⁾ 이러한 관리단은 일정한 지역 내에 거주하는 주민들이 지역의 발전을 위하여 자발적으로 조직한 자치회와 구별된다.¹⁵⁰⁾ 다만 이러한 구별기준이 단순히 존립형식이나 명칭에 의하는 것은 아니며 관리단의 역할을 수행하는 경우라면 이를 관리단으로 보는데 문제가 없다고 할 수 있다.¹⁵¹⁾

149) Peter M. Dunbar & Marc W. Dunbar, *the Homeowners Association Manual(Fifth Edition)*. Pineapple Press, Inc, 2004, pp.1-2. 박태신, 전제 “관리단과 입주자대표회의의 관계에 있어서 그 법률적인 문제점과 개선방향에 관한 연구”, 64면에서 재인용.

150) 박태신, 상계논문, 65면.

2) 관리단의 설립

가. 관리단의 당연설립과 실체성

관리단은 ‘건물에 대하여 구분소유관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리를 목적으로 당연히 설립한다’는 집합건물법의 규정(법 제23조 제1항)에 따라 구분소유관계의 성립이라는 요건이 충족되면 당연히 성립되는 단체로써 특별한 설립절차를 필요로 하지 않는다¹⁵²⁾. 판례도 이를 확인하고 있다.¹⁵³⁾ 이처럼 관리단을 당연 설립되도록 한 이유는, 구분소유관계 자체가 복수의 구분소유자를 상정하고 있음에 따라 복수의 구분소유자간에는 필연적으로 공동으로 건물을 관리하여야 할 당위성이 발생하기 때문이라고 할 수 있다. 이러한 당위성에 따라 관리단은 구분소유자들의 의사와는 상관없이 일정한 요건이 갖추어지면 법률의 규정에 의해 자동적으로 구성되는 관념적 단체라고 할 수 있다. 다만 관리단이 법률관계의 실체로써 기능하기 위해서는 관념적 단체로 머물러 있는 상태로부터 벗어나 구체적인 조직행위를 필요로 한다. 즉, 관리단은 구분소유자들의 의식적인 조직행위라고 할 수 있는 집회의 개최와 관리인의 선임 그리고 관리규약을 설정 하는 등의 행위를 하여야 한다.¹⁵⁴⁾ 이러한 행위가 있어야만 비로소 관리단은 실체성을 보유하게 되며 권리·의무의 귀속주체가 될 수 있다.¹⁵⁵⁾

나. 관리단의 설립시기

관리단의 설립시기는 구분소유관계의 성립의 시기와 같다. 이는 법률의 규정에 따라 구분소유관계가 성립되면 동시에 관리단이 당연히 설립되기 때문이다.

151) 대법원 1996.8.23. 선고 94다27199 판결.

152) 변우주, “공동주택의 입주자대표회의의 법적 지위”, 「재산법 연구」 제24권 제3호, 2008.2, 10-11면.

153) 대법원 2002.12.27. 선고 2002다45284 판결; 대법원 1995.3.10. 선고 94다49687, 49694 판결.

154) 대법원 2003.6.24. 선고 2003다17774 판결.

155) 유어녕, 전게서, 554면 참조.

그러므로 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단이 설립되는 시점은 집합건물의 분양이 개시되고 입주가 이루어져서 공동관리의 필요가 생긴 때라고 할 것이다.¹⁵⁶⁾

3) 관리단의 법적 성격

집합건물법은 관리단의 법적 성격에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않음에 따라 학자들의 해석에 의존하고 있으나 견해가 갈린다.

(가) 권리능력 없는 사단설

관리단의 법적 성질을 권리능력 없는 사단이라고 보는 견해이다. 즉, 관리단은 집합건물의 관리를 위하여 구분소유자들로 구성되는 단체로서 단체성이 강하다고 할 수 있고, 관리단에는 집회, 관리인 등의 조직을 갖추고 있으므로 관리단은 조합이 아니라 권리능력 없는 사단의 성질을 가진다고 한다.¹⁵⁷⁾ 한편, 권리능력 없는 사단의 성질을 인정하되 다른 논거를 제시하는 견해가 있다. 즉, 관리단의 대표자인 관리인은 관리단의 집행기관으로서 관리단의 사무를 처리하고 있는 점, 관리단의 구성원인 개개의 구분소유자는 관리단집회를 통하여 단체의사에 참여하지만 관리단의 운영에는 직접 참여하지 않는 점, 관리단의 규약이 사단의 정관과 유사한 점 등을 고려해 볼 때, 구분소유자들에 의하여 법률상 당연히 구성되는 권리능력 없는 사단이라고 해야 한다는 견해가 그것이다.¹⁵⁸⁾

(나) 조합설

156) 대법원 2005.11.10. 선고 2003다45496 판결.

157) 최금숙, “공동주택의 관리규약에 관한 법적 고찰”, 「법학논집」 제16권 제1호, 이대법학연구소, 2001. 101면.

158) 稻本洋之助, “區分所有に關する管理規約”, 「不動産鑑定」第8卷 第7號, 59面; 右近健男, “區分所有は管理”, 「法律時報」第43卷 第11號, 121面.

일본에서 주장되고 있는 학설로서 관리단이 독립자산이나 공시방법이 없고 관리단 채무에 관하여 구분소유자가 무한책임을 진다는 점에서 순수하게 민법상 조합¹⁵⁹⁾과 같다고 보는 입장이다.¹⁶⁰⁾

(다) 절충설

관리단은 사단성과 조합성을 동시에 갖춘 단체라고 보는 입장이다.¹⁶¹⁾ 즉, 관리단의 구성원은 관리단집회, 관리인 등의 조직 및 관리업무의 수행 등에 비추어 볼 때 권리능력 없는 사단으로서의 성격을 갖는 한편, 관리단의 채무에 대하여 구성원이 무한책임을 부담한다는 점에서는 조합적 성격을 갖기 때문이라는 것이다.¹⁶²⁾

(라) 정리

조합설의 경우, 관리단이 독립자산이나 공시방법이 없고 관리단 채무에 관하여 구분소유자가 무한책임을 진다는 점에서는 조합의 성격을 갖는다고 하겠으나 사단으로서의 성격도 가지고 있다는 점에서 관리단을 순수한 민법상의 조합으로만 보는 것은 무리가 있다. 또한 조합의 경우에는 조합과 그 구성원 간에 수평관계만 있으나 관리단과 구분소유자간의 관계에 있어서는 수평관계가 없다.¹⁶³⁾

한편, 절충설이 논거로 하고 있는 구성원의 무한책임에 대한 집합건물법 제 27조는 관리단의 조합성을 강조하고 있기 보다는 관리단의 존립을 지키기 위하여 구성원의 책임을 강조한 특칙에 불과한 것이라는 점에서 수긍하기 어렵

159) 민법상조합은 2인 이상이 금전 기타재산 또는 노무 등을 상호출자 하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약이다(민법 제703조). 따라서 민법상 조합이 성립하기 위해서는 2인 이상의 당사자가, 특정의 공동사업을 경영할 것을 목적으로, 상호 출자를 하기로 합의하여야 한다.

160) 石田喜久夫, “區分所有權”, 「住宅關係法Ⅱ」住宅問題講座3, 有斐閣, 1970. 160面.

161) 丸山英氣, 「區分所有建物の法律問題」, 三省堂, 1980. 267面.

162) 김용한, “집합건물법상의 관리단”, 「사법행정」 제25권 제6호, 1984, 5면.

163) 윤현정, “집합건물의 관리체제에 관한 고찰”, 「법학논총」 5, 조선대학교법학연구소, 1999.6, 236면 참조.

다.

따라서 별도의 법인등기가 되어 있지 않는 한, 권리능력 없는 사단으로서의 실질을 모두 갖추고 있는 점 등을 고려하여 관리단의 법적성격은 권리능력 없는 사단으로 보아야 할 것이다.¹⁶⁴⁾

대법원은 관리단의 법적성격에 관하여 명확한 태도를 보이고 있지는 않지만 관리단과 성격이 유사한 재건축조합을 민법상 비법인사단에 해당하는 것이라고 판시함으로써 관리단 역시 권리능력 없는 사단으로 보고 있다는 해석을 가능케 한다.¹⁶⁵⁾

다만 관리단과 규약에 대한 집합건물법상의 규정들이 사실상 의미가 없을 정도로 인식되고 있는 10인 미만의 소규모 관리단은 현실적으로 특별히 관리인을 선임하는 경우가 거의 없다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁶⁾ 따라서 이러한 소규모 관리단은 구성원 전원의 명의로 법률행위를 하는 경우가 대부분일 것이므로 운영형태상 민법상 조합으로 보아야 할 경우가 많을 것이다.¹⁶⁷⁾

4) 관리단과 구성원

구분소유관계를 이루는 구분소유자는 당연설립 되는 관리단의 구성원이 된다. 즉, 1동의 건물을 구성하는 전유부분을 소유하는 자는 구분소유관계가 성립하면 본인의 의지와는 상관없이 당연히 관리단의 구성원이 된다. 이와 같이 관리단의 구성원이라는 구분소유자의 지위는 전유부분의 소유와 함께 법률상 당연히 주어지는 것이므로 구분소유자 스스로 전유부분과 분리하여 관리단의 구성원의 지위를 양도하거나 관리단으로부터 탈퇴할 수 없고, 제명을 당하지도 않는다. 또한 집합건물에 미분양이 된 부분이 있는 경우에도 일단 집합건물의 분양이 개시되고 입주가 이루어져서 공동관리의 필요성이 생긴 때에는 그 당시의 미분양된 전유부분의 구분소유자까지를 모두 포함하여 관리단을 구성한

164) 이기영, “체납관리비채무에 대한 집합건물특별승계인의 책임과 그 범위-하급심 판결을 중심으로-”, 「법조」 통권 제541호, 2001.10, 112면.

165) 대법원 2005.6.23. 선고 2004다3864 판결.

166) 김영두, 전계논문, 58면.

167) 유어녕, 전게서, 565면 참조.

다.¹⁶⁸⁾

한편, 관리단의 구성원 자격을 구분소유자로만 국한하는 것은 문제라는 지적이 있다. 즉, 소유와 사용의 분리라는 현대법의 경향을 고려해 볼 때 집합건물의 상당부분을 차지하는 임차인 등의 실질적인 사용자를 구분소유자가 아니라 이유로 관리단에서 배제하는 것은 타당하지 않다고 보는 입장이다.¹⁶⁹⁾ 임차인 등을 관리단의 구성원으로 인정해야 할 이유로는, 현실적으로 상당수의 집합건물이 임차인 등의 사용자관리단에 의해서 관리되고 있는 점, 임차인의 비중이 높은 집합건물의 경우에 구분소유자만으로 구성된 관리단집회를 개최하여 결의를 이끌어 내기가 쉽지 않은 점, 임차인 등이 실제로 전유부분을 사용하고 있는 점 등이 제시되고 있다.¹⁷⁰⁾ 대법원도 관리단의 구성원과 관련하여, “집합건물법 제23조 제1항 소정의 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우 당연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되는 단체라 할 것이고, 구분소유자로 구성되어 있는 단체로서 같은 법 제23조 제1항의 취지에 부합하는 것이면 그 존립형식이나 명칭에 불구하고 관리단으로서의 역할을 수행할 수 있으며, 구분소유자와 구분소유자가 아닌 자로 구성된 단체라 하더라도 구분소유자만으로 구성된 관리단의 성격을 겸유할 수도 있다”고 판시¹⁷¹⁾함으로써 특별한 경우에는 구분소유자가 아닌 자도 관리단의 성격을 갖는 단체의 구성원이 될 수 있음을 밝히고 있다.

그러나 집합건물법 제23조의 규정¹⁷²⁾을 개정하지 않는 한, 비구분소유자에게 관리단의 구성원 자격을 부여하는 것은 인정하기가 어렵다고 할 수 있다.

5) 관리단의 종류

168) 대법원 2002.12.27. 선고 2002다45284 판결.

169) 정궁식·황승흠, “공동주택의 관리에 대한 관행연구”, 「한국법제연구원」, 1996, 103면.

170) 김영두, 전제논문, 51-53면.

171) 대법원 1996.8.23. 선고 94다27199 판결.

172) 제23조(관리단의 당연설립 등) ① 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 설립된다.② 일부공용부분이 있는 경우 그 일부의 구분소유자는 제28조제2항의 규약에 따라 그 공용부분의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단을 구성할 수 있다.

관리단의 종류에는 1동 전부관리단(이하 ‘전부관리단’이라 한다)·1동 일부관리단(이하 ‘일부관리단’이라 한다) 및 단지관리단 등이 있다.¹⁷³⁾ 전부관리단은 1동 집합건물의 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단을 말하며, 일부관리단은 1동 집합건물의 일부 구분소유자만의 공용을 위하여 필요하다는 것이 분명하게 구분될 수 있는 공용부분에 관하여 그 일부의 구분소유자만을 구성원으로 하는 관리단을 말한다. 그러나 일부구분소유자만이 공용하는 일부공용부분이라고 하더라도 그 관리가 1동 집합건물의 구분소유자 전원의 이해와 관계 있는 경우와 전부관리단이 정한 관리규약에 특별한 규정이 있는 경우에는 구분소유자 전원에 의해 관리하도록 되어 있기 때문에(법 제28조) 일부공용부분을 위한 일부관리단이 구성되더라도 전부관리단의 결의와 규약의 범위 내에서만 활동할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 따라서 일부관리단이 이러한 한계를 인정하지 않고 독자적으로 활동을 하는 경우에는 일부관리단의 성립을 인정할 수 없다고 해야 할 것이다.

단지관리단이란 1개의 단지 내에 수 동의 건물이 있고 그 단지 내의 토지 또는 부속시설이 그 건물소유자의 공동소유에 속하는 경우에는 그 단지 내의 토지 또는 부속시설의 관리를 목적으로 하는 소유자단체를 말한다(법 제51조 제1항).¹⁷⁵⁾ 단지관리단의 성격에 대해서는, 전부관리단이 법률에 의해 당연히 설립(법 제23조)되는 사단인 반면, 단지관리단은 임의의 사단에 불과하다고 하는 견해가 있다.¹⁷⁶⁾ 그러나 건축허가나 사업승인단계부터 단지를 염두에 둔 집합건물인 경우에는 단지관리단의 구성을 당연설립으로 인정하여야 할 것이다. 따라서 동일한 단지 내에 속하는 구분소유자라고 한다면 관리단에 참가할 의사 여부와 관계없이 당연히 단체의 구성원이 된다.¹⁷⁷⁾

6) 관리단집회

173) 이준형, 전계보고서, 66면.

174) 김영두, 전계논문, 69면.

175) 박태신, 전계학위논문, 69면.

176) 김교창, “아파트입주자대표회의의 법적지위”, 「법률신문」 제3442호, 2006.3. 4면.

177) 대법원 2002.10.11. 선고 2002다43851 판결.

관리단집회는 구분소유자 전원으로 구성되는 최고 의사결정기관이다.¹⁷⁸⁾ 그러므로 관리단집회는 구분소유자 단체가 그 의사를 구체적으로 결정하여 적극적인 조직체를 형성하기 위한 제1의 기관이라고 할 수 있다.¹⁷⁹⁾ 그러나 구분소유자는 집회를 개최하지 않고도 의사결정을 할 수 있다. 즉, 집합건물법은 서면 합의로 집회결의에 갈음할 수 있도록 하였다(법 제41조 제1항).¹⁸⁰⁾

7) 관리단의 소멸

관리단은 구분소유관계가 소멸하면 함께 소멸한다. 즉, 구분소유관계의 성립으로 관리단이 당연설립(법 제23조 제1항)되었으므로 관리단의 성립조건인 구분소유관계가 소멸하면 관리단도 당연히 소멸하게 되는 것이다. 구분소유관계의 소멸은, 1동의 건물이 전부멸실 되거나 구분소유권의 성립요건인 구조상·이용상의 독립성을 상실하여 구분소유권이 소멸됨으로써 더 이상 구분소유관계가 유지될 수 없을 때 이루어진다. 다만 건물의 멸실이 있더라도 복구나 재축의 대상인 일부멸실로는 구분소유관계가 소멸되지 않는다. 또한 1동의 집합건물에 있어서 어느 구분소유자 한 사람이 나머지 구분소유자 모두의 전유부분을 매수함으로써 1동의 집합건물에 속하는 구분소유권 전체를 소유한다고 하더라도 구분소유관계는 소멸하지 않는다. 이 경우에는 구분소유권을 합병하여 단독 소유의 건물로 변경하여야만 비로소 집합건물의 구분소유관계가 소멸하고 이에 따라 관리단도 소멸하게 된다. 따라서 구분소유관계는 관리단집회의 결의로도 이를 소멸시킬 수 없음은 물론이다. 다만 재건축 결의가 있는 경우에는 구분소유관계를 소멸시킬 수 있다. 그러나 이 경우에도 재건축 결의 자체의 효과로 구분소유관계가 소멸하는 것은 아니고 재건축 결의에 따라 집합건물을 물리적으로 철거하는 경우에 비로소 구분소유관계가 소멸하게 되고 관리단도 소멸하게 되는 것이다.¹⁸¹⁾

178) 박준서 대표집필, 「주석민법[물권2]」, 한국사법행정학회, 2002, 234면.

179) 丸山英氣, 「區分所有法」, 大成出版社, 2007, 241面.

180) 전해정, “집합건물법상 전자적 방법에 의한 의결권 행사의 도입”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011.9, 421면.

181) 유어녕, 전게서, 606-607면 참조.

8) 관리단과 재건축조합

집합건물의 재건축을 하게 되면 재건축조합을 결성하여야 한다. 재건축조합은 구분소유자들의 재건축합의를 근거로 결성된 단체로서 법적 성격은 권리능력 없는 사단이다.¹⁸²⁾ 재건축조합은 구분소유자들이 구성원이고 법적 성격 또한 권리능력 없는 사단인 점에서는 관리단과 같다. 그렇다면 관리단과 재건축조합은 동일한 성격의 단체인가? 부정하여야 할 것이다. 왜냐하면, 재건축조합의 구성원은 당연히 구분소유자가 대부분을 차지하지만 설립과정과 설립목적은 관리단과 엄격히 구별되기 때문이다. 즉, 구분소유관계의 성립으로 당연설립 되지만 재건축조합은 재건축에 관한 별도의 합의를 요하며 관리단이 집합건물의 관리를 위한 단체인 반면 재건축조합은 재건축이라는 목적을 위한 단체인 것이다. 또한 관리단은 재건축결의가 있게 되면 집합건물의 철거와 함께 소멸하게 되지만 집합건물이 철거되기 전에는 관리단과 재건축조합이 병존하게 된다.¹⁸³⁾ 대법원도 관리단의 재건축결의와 재건축조합의 설립행위와 관련하여, “집합건물의 구분소유자들이 재건축사업을 추진하는 과정에서 집합건물법 제47조의 재건축결의를 위한 집회와 구 주택건설촉진법 제44조의 재건축조합 설립을 위한 창립총회를 함께 개최하는 경우에는 외형상 1개의 집회로 보이더라도 거기서 이루어지는 결의는 법률적으로 각 건물별로 구성된 관리단집회가 개별로 한 재건축결의와 구분소유자들을 조합원으로 한 1개 재건축조합의 설립행위로 구분되는 것이고, 재건축결의가 재건축조합 설립행위의 일부를 이루는 것은 아니므로, 재건축결의를 위한 관리단집회로서는 요건을 갖추지 못하여 재건축결의가 무효라고 하더라도 이로써 곧 재건축조합 설립을 위한 창립총회의 결의까지 당연히 무효로 된다고 할 수는 없다”고 판시¹⁸⁴⁾함으로써 관리단과 재건축조합은 별개의 단체임을 간접적으로 밝히고 있다.

182) 유어녕, 전게서, 582면.

183) 서울북부지법 2008.4.18. 선고 2007가합10560 판결.

184) 대법원 2006.2.23. 선고 2005다19552 판결.

(2) 관리인

1) 관리인의 의의 및 성격

구분소유관계의 성립으로 관리단이 당연설립 되는 경우라 할지라도, 관리인이 선임되기 전까지는 구분소유자 각자가 자신의 책임으로 집합건물의 전유부분과 공용부분을 유지·관리하여야 한다.¹⁸⁵⁾ 그러나 구분소유자 각자가 집합건물을 관리한다고 할 때, 구분소유자의 수가 소수인 경우에는 큰 불편이 없겠지만 구분소유자의 수가 많은 대규모 집합건물의 경우에는 많은 불편이 따르게 된다. 즉, 집합건물은 구분소유관계가 성립함으로써 관리단이 당연설립되는 경우라 할지라도, 관리업무를 집행할 관리인이 없다면 집합건물 규모의 대소를 불문하고 집합건물의 관리를 하기 위해서는 사실상 구분소유자 전원이 참가하여 관리업무를 실시해야 하는 번거로움이 있게 된다. 따라서 이러한 관리업무 집행상의 번거로움을 피하고 관리단의 관리업무를 간편하고 효율적으로 수행하기 위해서 관리인이 필요하게 된 것이라고 할 수 있다.

집합건물법에서는 관리인의 개념에 대하여 특별한 규정을 두지 않고 있으나, 제4절의 규정에 의하면, 관리인은 구분소유자단체인 관리단의 사업시행에 있어 관리단을 대표하여 행하는 재판상 또는 재판외의 행위를 하는 자(법 제25조 제1항 제3호)로서, 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위를 하고(법 제25조 제1항 제1호) 그 밖에 규약에서 정하여진 행위(법 제25조 제1항 제4호)를 할 수 있는 권한과 의무를 갖는다. 따라서 관리인의 법적성격은 구분소유자에 의해 구성된 관리단의 대표기관¹⁸⁶⁾이면서 동시에 관리업무집행기관이라고 할 수 있다(법 제25조 제1항, 제26조).

2) 관리인의 선임

관리인은 관리단에서 선임되며 구분소유자가 10인 이상일 때에는 관리단집회

185) 대법원 1996.12.10. 선고 96다12054 판결.

186) 대법원 2003.6.24. 선고 2003다17774 판결.

의 결의에 의하여 관리인을 의무적으로 선임하여야 한다(법 제24조 제1항). 다만 관리인을 의무적으로 선임하지 않아도 되는 구분소유자 10인 미만의 소규모 집합건물의 경우에는 구분소유자 전원이 스스로 관리업무를 집행하거나 특정인에게 위임하여 관리업무를 집행할 수 있다. 또한 관리인이라고 명시하여 선임하지 않은 경우라도 관리단의 대표역할을 수행하는 경우라면 관리인으로 볼 수 있을 것이다.¹⁸⁷⁾

관리인의 선임은 반드시 관리단집회의 결의를 통하여 이루어져야 하며(법 제24조 제2항) 이를 위반한 경우의 관리인 선임은 무효가 된다.¹⁸⁸⁾ 관리단집회의 결의는 통상 구분소유자 및 의결권의 각 과반수로써 이루어지지만(법 제38조 제1항), 집회에 갈음하여 서면으로 결의를 할 수도 있으며 이 경우 의결정족수는 구분소유자 및 의결권의 5분의 4 이상의 합의를 요한다(법 제41조 제1항).¹⁸⁹⁾ 이와 같은 관리인 선임에 대한 의결정족수 규정은 강행규정이므로 이를 규약으로도 변경할 수 없음은 물론이다.

3) 관리인의 자격

집합건물법은 관리인의 자격에 대하여 특별히 규정을 두지 않고 있다. 따라서 구분소유자인지 여부를 묻지 않고 관리인이 될 수 있다고 하겠다. 그러나 관리인이 관리단을 대표하는 지위에 있고 관리단집회의 의장도 될 수 있는 점(법 제39조 제1항)등을 고려해서인지 사실상 비구분소유자가 관리인을 맡는 경우는 찾아보기가 어렵다.¹⁹⁰⁾

판례는 법인도 관리인이 될 수 있다고 한다.¹⁹¹⁾ 전문적인 관리관련 지식과 장비를 갖춘 경우라면 법인이 관리인으로 선임되는 것도 바람직할 수 있을 것이다. 그러나 관리단과 이해가 상충되거나 능력이 부족한 법인은 배제되어야

187) 東京高裁 1990.5.28. 判決 判時1354號, 100面.

188) 서울지방법원 2003.6.17. 선고 2001가합37809 판결.

189) 대법원 2006.12.8. 선고 2006다33340 판결.

190) 특히 소규모 공동주택 등의 경우에는 이런 현상이 두드러진다. 그러나 상가건물인 경우에는 공동주택과 달리 비구분소유자가 관리인을 담당하는 경우가 많은 편이다. 이때 주의할 것은 구분소유자들이 건물의 경비와 청소 등의 업무를 담당하는 사람을 고용하여 이를 ‘관리인’이라고 통칭하는 경우가 있는데 집합건물법상의 관리인과는 구별하여야 한다는 점이다.

191) 대법원 2002.10.11. 선고 2002다43851 판결.

할 것이며 이는 자연인의 경우도 마찬가지라고 하겠다.

집합건물은 다수의 구분소유자가 거주하는 생활공간이므로 전문적이고 효율적인 운영능력을 필요로 한다고 볼 때 규약에 관리인의 자격관련 규정을 두는 것이 바람직하다. 주택법은 관리인과 그 성격이 유사한 입주자대표의 피선거격에 관하여, 미성년자, 금치산자 및 한정치산자, 파산자로서 복권되지 아니한 사람, 금고 이상의 실형선고를 받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행이 면제된 날로부터 5년이 지나지 아니한 사람, 금고 이상의 형의 집행유예선고를 받고 그 유예기간 중에 있는 사람, 공동주택 관리와 관련하여 벌금 100만원 이상의 형을 선고받은 후 5년이 지나지 아니한 사람, 주택법시행령 제50조의2 제2항에 따른 선거관리위원회 위원(잔여임기를 남겨두고 위원을 사퇴한 사람을 포함한다), 주택의 소유자가 서면으로 위임한 대리권이 없는 소유자의 배우자나 직계존비속, 해당 공동주택 관리주체의 소속 임직원과 관리주체에 용역을 공급하거나 사업자로 지정된 자의 소속 임원, 해당 공동주택의 동별대표자를 사퇴하거나 해임된 날로부터 4년이 지나지 아니한 사람, 주택법시행령 제58조 제1항부터 제5항까지의 관리비, 사용료 및 장기수선충당금 등을 3개월 이상 연속하여 체납한 사람 등은 입주자대표가 될 수 없도록 제한하는 명시적 규정을 두고 있다(주택법시행령 제50조 제4항).

4) 관리인의 권리

관리인은 관리단집회의 결의에 따라 균열보수·방수·도색·부대시설의 수선 등 공용부분에 대한 일체의 물리적 유지보수 활동과 조경부분을 주차장으로 용도 변경하거나 관리동의 문고시설을 독서실로 변경하는 행위 등 집합건물 공용부분의 변경을 위한 행위를 할 수 있다(법 제25조 제2항 제1호). 또한 집회의 결의로 정해진 예산범위 내에서 각 구분소유자에게 관리비·장기수선충당금·징수를 대행하는 각종 사용료의 부과 및 수납에 관한 업무 등 관리단의 사무 집행을 위한 분담금액과 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위와 수납된 관리비 등의 금전을 금융기관에 예치하거나 용도에 적합하게 사용하는 지출행위 등을 할 수 있으며 이에 따라 어린이놀이터 또는 변전실 등 공용부분에 관

하여 손해보험계약 등을 체결할 수 있다.¹⁹²⁾ 또한 관리인은 관리단이 관리업무의 사업시행과 관련하여 재판상 또는 재판외의 행위를 할 경우 관리단 대표로서의 자격을 갖는다(법 제25조 제2항 제3호). 따라서 집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우에 관리인은 관리단을 대표하여 그 제3자에 대하여 방해배제와 부당이득반환청구권 행사 등 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다.¹⁹³⁾

다만 관리인이 공용부분의 보존·관리 및 변경에 관하여 하는 행위는 일정한 제한을 받는다. 즉, 구분소유자가 공용부분의 관리(법 제16조)나 공용부분의 변경(법 제15조)을 하기 위해서는 관리단집회의 결의가 필요하고, 공용부분의 변경행위로 인하여 특별한 영향을 받는 구분소유자가 있는 경우에는 그 자의 승낙도 받아야 한다(법 제15조 제2항). 만약 관리인이 관리행위나 변경행위를 함에 있어서 관리단집회의 결의나 승낙 등을 거치지 않았다면 위법한 행위가 되어 다른 구분소유자는 공유물에 대한 보존행위로서 그 방해배제나 공용부분의 반환을 청구할 수 있다.¹⁹⁴⁾ 이처럼 관리인이 공용부분의 관리행위나 변경행위를 하는 것에 대하여 관리단집회의 사전결의와 구분소유자의 승낙 등 법정의 절차를 취하도록 한 것은 관리인의 자의적 행위를 견제하기 위하여서라도 정당한 제한이라고 할 수 있다. 다만 공용부분에 관한 보존행위는 규약에 달리 정함이 없는 한 구분소유자 각자가 집회의 결의 없이 단독으로 할 수 있으므로(법 제16조 제1항 단서), 관리인도 공용부분의 보존행위를 관리단집회의 결의 없이 할 수 있다고 하여야 할 것이다.

그밖에 관리인은 집합건물법에 명시적으로 규정된 권한 외에 관리사무소의 직원을 임면하거나 징계위원회를 소집하는 등 규약으로 정한 행위 등을 할 권한을 갖는다(법 제25조 제2항 제4호).

한편, 관리인은 집합건물법 제26조 제2항의 “이법 또는 규약에서 규정하지 아니한 관리인의 권리·의무에 관하여는 민법의 위임에 관한 규정을 준용한다.”

192) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣, 前掲書, 95面.

193) 대법원 2003.6.24. 선고 2003다17774 판결.

194) 대법원 2010.2.25. 선고 2008다73809 판결.

라는 규정에 따라 집합건물법에서 정한 사항 외에 관한 권리·의무에 대해서는 민법상 수임인의 지위를 갖는다. 따라서 관리인은 무상을 원칙으로 하는 위임의 성질에 의하여 특약이 없는 한 보수청구권이 당연히는 발생하지 않는다(민법 제686조). 그러므로 관리인이 보수청구권을 갖는 것은 관리인과 관리단간에 보수지급의 약정이 있거나 관리규약으로 관리인의 보수지급을 정한 때에 한한다고 할 것이다. 그 외에 규약으로 관리인에게 관리비의 선지급청구권·상환청구권이 있다는 내용을 규정할 경우에도 관리인은 그 권리의 주체가 될 수 있다.¹⁹⁵⁾

4) 관리인의 의무

관리인은 집합건물법상 주어진 권한에 상응하는 의무를 부담한다. 즉, 집합건물법 및 관리규약에 정하여진 관리인의 권한은 동시에 그의 의무이기도 하다(법 제25조 제1항). 그 밖에 집합건물법상 의무조항으로 명시된 것으로는, 관리규약의 보관의무(법 제30조 제1항), 집회의사록의 보관의무(법 제39조 제4항), 결의서면 등의 보관의무(법 제41조 제3항), 집회소집의 의무(법 제32조), 집회에서 사무보고의무(법 제26조 제1항) 등이 있다.

다만 관리인은 수임인의 지위에 있으므로 민법상 사무보고의무도 부담한다. 즉, 수임인은 민법 제683조 위임규정에 따라 위임인의 청구가 있을 경우 위임사무의 처리상황을 보고하고, 위임이 종료한 때에는 지체 없이 그 전말을 보고할 의무가 부여되어 있으므로 수임인의 지위에 있는 관리인도 이러한 민법 규정에 따라 사무보고의 의무를 부담하여야 한다.

이처럼 관리인의 사무보고의무가 집합건물법과 민법에 의해 모두 규정되어 있음에 따라 사무보고의무가 겹치는 것처럼 보인다. 그러나 집합건물법과 민법상의 규정을 동시에 적용하더라도 관리인이 사무보고의 의무를 부담하는 데는 별 문제점이 없다고 할 수 있다. 즉, 민법상 수임인의 위임사무에 관한 보고의무는 위임인의 청구가 있는 때 위임사무의 처리상황을 보고하여야 한다는 것이고, 집합건물법상 관리인의 경우는 매년 1회 일정한 시기에 구분소유자에 대

195) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣, 前掲書, 97面.

하여 사무에 관한 보고를 하여야 하도록 한 것이므로 관리인은 매년 1회 정기적으로 구분소유자에게 사무보고의무를 이행하되 그 정기적인 사무보고 외에도 구분소유자가 요청하는 경우에는 수시로 사무에 관한 보고를 하여야 하는 것으로 해석하면 될 것이다.¹⁹⁶⁾

구분소유자 입장에서는 관리비를 납부하고 난 후 자신들이 납부한 관리비가 적정하고 정당하게 쓰여지고 있는 지 등에 관한 사항을 관리인에게 질의하고 그에 대한 응답을 보고형식으로 청구할 권한이 부여되어 있다고 할 수 있으며 이러한 권한은 1년에 1회로 한정된다고 할 수는 없다고 보아야 한다. 따라서 집합건물법상 관리인의 사무보고를 1년에 1회로 규정한 것은 통상적인 사업의 예·결산의 기간이 1년 단위인 점을 감안한 최소한의 기준이라고 해석하여야 할 것이다.

관리인의 보고의무는 집합건물법상 반드시 행하여야 하는 필수 의무로서 이를 규약이나 관리단집회의 결의로 면제할 수 없다. 다만 집합건물법은 관리인이 사무보고를 함에 있어 어떤 방법으로 어디에서 사무를 보고하여야 하는 지에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 보고의 형식과 장소는 자유로울 수 있겠지만 보고를 받는 주체가 전체 구분소유자임을 감안할 때 관리인이 사무보고를 하는 장소는 관리단집회로 국한하여야 할 것이다.¹⁹⁷⁾

또한 관리인의 긴급사무처리의무와 관련하여 민법은, 위임관계가 종료하더라도 급박한 사정이 있는 때에는 위임인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 수임인은 그 사무의 처리를 계속하여야 함을 규정하고 있다(민법 제691조). 그러므로 수임인의 지위에 있는 관리인에 대하여도 위의 민법규정은 준용된다.¹⁹⁸⁾ 또한 관리인의 권리·의무에 관하여 민법상 위임에 관한 규정을 준용하도록 한 규정에 따라 선량한 관리자의 주의의무도 부담한다(법 제26조 제2항). 그 결과 관리인이 의무에 위반하여 업무를 처리함으로써 타인에게 손해를 끼친 경우에는 손해배상 기타 법적인 책임이 발생한다. 가령 관리인이 집합건물 내에 자동판매기를 설치하여 그 수수료를 개인적으로 취득하고자 이를 운영하

196) 유어녕, 전거서, 631면 참조.

197) 일본의 구분소유법은 관리인의 사무보고 장소를 “집회”로 명시하고 있다(第四十三條, 管理者は、集會において、毎年一回一定の時期に、その事務に關する報告をしなければならない。).

198) 대법원 1996.10.25. 선고 95다56866 판결.

는 경우에는 선관주의의무에 반하는 것이 된다.¹⁹⁹⁾

그밖에 관리인이 없거나 관리인의 임기만료, 사임으로 결원이 발생한 경우 구분소유자는 민법 제63조에서 정한 바에 따라 임시이사의 선임을 법원에 청구할 수 있다.²⁰⁰⁾

5) 대표권의 제한

관리인은 관리단의 사업시행과 관련하여 관리단을 대표한다. 즉, 관리인은 권리능력 없는 사단의 대표자로서의 지위를 갖는다. 따라서 관리인은 관리단의 대표권을 바탕으로 대외적인 법률관계를 형성하며 그 법률관계로부터 발생하는 효력은 관리단에 귀속한다. 관리인이 관리단의 대표로써 행한 행위의 결과가 관리단에 귀속되는 것은 결과적으로 구분소유자 전체의 손익에 영향을 준다는 의미와 동일하다. 그러므로 관리인의 잘못된 대표행위로 인하여 각 구분소유자 전체가 손해를 입을 위험이 있음을 감안하여 집합건물법은 관리인의 대표권을 제한할 수 있도록 규정하고 있다(법 제25조 제2항 본문). 다만 관리인에게 대표권의 제한이 있다는 사실을 모르고 거래한 제3자가 있는 경우에는 거래의 안전을 보장하기 위하여 대표권의 제한이 있음을 주장할 수 없다(법 제25조 제2항 단서).²⁰¹⁾

한편, 관리인의 대표권 제한을 관리규약 등으로 명시해 두지 않았더라도 그 범위가 당연히 제한되는 경우가 있다. 즉, 관리인이 임의로 비법인사단인 관리단의 총유재산을 처분하였으나 그 처분이 무효가 되는 경우가 그것이다. 이 경우 관리인의 처분행위가 무효로 되는 것은 그 처분대상인 재산이 총유재산이기 때문이다. 총유재산을 처분하기 위해서는 구성원인 전체 구분소유자의 총회(관리단집회)에서 결의를 하여야 하므로 총회의 결의를 거치지 않고 행한 총유재산의 처분은 무효가 된다. 따라서 이러한 무효의 처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정조차 준용될 여지가 없다.²⁰²⁾

199) 東京高裁 2001.11.21. 判決.<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/0F5A7EC31FE71C1749256B5A000E11C9.pdf>.2011.10.1.검색.

200) 대법원 2009.11.19. 자 2008마699 전원합의체 결정.

201) 대법원 2003.7.11. 선고 2001다73626 판결.

6) 관리인의 임기

관리인의 임기에 관하여 집합건물법은 별도의 규정을 두지 않고 있다. 그러므로 관리인의 임기는 계약으로 자유롭게 정할 수 있다(법 제28조 제1항).²⁰³⁾ 다만 관리인은 민법상 수임인의 지위를 갖고 있으므로 위임의 존속기간 내로 임기가 한정되는 경우가 보통일 것이다. 그러나 위임이 종료되더라도 급박한 사정이 있는 때에는 수임인, 그 상속인이나 법정대리인은 위임인, 그 상속인이나 법정대리인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무의 처리를 계속하여야 하며 이 경우 위임의 존속과 동일한 효력이 유지된다(민법 제691조).²⁰⁴⁾ 따라서 퇴임을 하게 되는 관리인이라 하여도 관리단의 예측하지 못한 손해를 방지하기 위한 급박한 사정이 있는 때에는 후임의 관리인이 선임될 때까지 비상응급 처리의무가 있게 된다. 다만, 관리단집회나 법원의 판결에 의하여 해임된 경우에는 본 규정의 적용이 없다고 보아야 할 것이다.²⁰⁵⁾

7) 관리인의 해임 등

관리인은 관리단집회의 결의에 의하여 선임되거나 해임된다(법 제24조 제2항). 따라서 관리인은 특별한 해임사유가 없더라도 관리단집회의 결의를 통하여 해임될 수 있다. 그러나 대부분의 경우에는 특별한 해임사유인 관리인의 부정한 행위나 그 밖에 그 직무를 수행하기에 적합하지 아니한 사정이 있는 경우라야 해임할 수 있을 것이다(법 제24조 제3항.) 가령 관리인이 관리업무와 관련하여 형사상 처벌을 받거나 선량한 관리자로서의 주의의무를 게을리 하여 관리단 및 구분소유자에게 손해를 끼친 경우에는 이를 부정한 행위로 보아 해임을 결의할 수 있을 것이다. 또한 관리인이 불의의 사고를 당하여 직무를 수

202) 대법원 2003.7.11. 선고 2001다73626 판결.

203) 관리인과 성격이 유사한 공동주택 입주자대표회의의 경우에는 구성원인 동별대표자의 임기를 2년으로 제한하고, 1회에 한하여 중임할 수 있도록 규정하고 있다(주택법시행령 제50조 제7항).

204) 대법원 2007.7.19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결.

205) 유어녕, 전게서, 622면 참조.

행하기 어려운 중증의 장애를 갖게 된 경우에도 ‘직무를 수행하기에 적합하지 아니한 사정이 있는 경우’에 해당되어 해임사유가 된다고 하겠다.

또한 관리단과 관리인의 관계는 위임관계에 있으므로 위임계약의 효력에 따라 각 당사자는 그 관계를 언제든지 해지할 수 있다(민법 제689조 제1항). 다만 관리단이 부득이한 사유 없이 관리인의 불리한 시기에 계약을 해지한 경우 관리단은 관리인에게 그 손해를 배상하여야 한다(민법 제689조 제2항). 그러나 위임규정에 따른 경우 부득이한 사유 없이 불리한 시기에 해임을 당하더라도 규약에 보수규정을 두지 않고 있다면 관리인은 잔여기간 동안의 보수상당액을 손해액으로 하는 손해배상청구는 할 수 없게 된다.²⁰⁶⁾

한편, 관리인은 법원에 의하여 해임될 수 있다. 즉, 각 구분소유자는 관리인에게 부정행위나 그 밖에 그 직무를 수행하기에 적합하지 아니한 사정이 있을 경우 법원에 관리인의 해임을 청구할 수 있다(법 제24조 제3항). 따라서 관리인 해임결의를 위한 관리단집회에서 해임결의가 부결된 경우일지라도 각 구분소유자는 법원에 관리인의 해임을 청구할 수 있으며 관리인의 해임청구에 관한 재판은 관리인과 구분소유자사이의 위임관계를 종료시키는 법률효과를 발생하는 법률형성적 재판으로서 민사소송절차에 의한다.²⁰⁷⁾ 다만 관리단의 결의를 통하지 않고 특정의 구분소유자가 개별적으로 관리인에 대한 해임청구의 소를 제기하여 법원에 의하여 관리인의 해임이 이루어진 경우 특정의 구분소유자는 다른 모든 구분소유자에게 소송비용의 분담을 청구할 수는 없을 것이다. 대법원도 재건축조합장이 조합장 개인을 위한 소송을 하면서 변호사비용을 재건축조합의 자금으로 사용한 것에 대하여, “원칙적으로 단체의 비용으로 지출할 수 있는 변호사 선임료는 단체 자체가 소송당사자가 된 경우에 한하므로 단체의 대표자 개인이 당사자가 된 민·형사사건의 변호사 비용은 단체의 비용으로 지출할 수 없고, 예외적으로 분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 개인이 소송 기타 법적 절차의 당사자가 되었다거나 대표자로서 단체를 위해 적법하게 행한 직무행위 또는 대표자의 지위에 있음으로 말미암아 의무적으로 행한 행위 등과 관련하여

206) 대법원 2000.6.9. 선고 98다64202 판결.

207) 유어녕, 전게서, 617면.

분쟁이 발생한 경우와 같이, 당해 법적 분쟁이 단체와 업무적인 관련이 깊고 당시의 제반 사정에 비추어 단체의 이익을 위하여 소송을 수행하거나 고소에 대응하여야 할 특별한 필요성이 있는 경우에 한하여 단체의 비용으로 변호사 선임료를 지출할 수 있다.”고 판시²⁰⁸⁾함으로써 소송비용 부담을 제한하고 있다.

그 밖에 구분소유자는 관리인의 부정한 행위 등을 이유로 관리인 해임청구의 소를 본안으로 하는 관리인직무집행정지가처분을 할 수 있다. 관리인에 대한 직무집행정지가처분신청은 관리단이 아닌 관리인을 상대방으로 하여야 한다.²⁰⁹⁾ 이러한 가처분신청에 의하여 관리인에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임가처분이 있게 되면 관리인의 직무는 정지되고, 직무대행자가 관리인의 업무를 수행하게 된다.²¹⁰⁾ 이 경우 직무대행자의 업무범위는 관리단의 통상적 업무에 속한 것에 한한다.²¹¹⁾ 이때 법원의 결정으로 직무대행자로 선임된 자가 당초 직무대행자 선임신청인이 추천했던 사람이 아니라고 하더라도 그것이 직무대행자선임신청을 불허한 결정이라고는 보지 않는다.²¹²⁾

한편, 직무대행자선임의 가처분이 이루어지게 되면, 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하는 것이므로, 관리인이 해임되고 새로운 관리인이 선임되었다 하더라도 직무대행자선임가처분결정이 취소되지 않는 한, 새로이 선임된 관리인은 그 선임결의의 적법여부에 관계없이 관리인으로서의 권한을 가지지 못한다.²¹³⁾ 따라서 새로이 선임된 관리인은 유효한 직무집행을 할 수 없고 이러한 효력은 성질상 당사자 사이에서 뿐만 아니라 제3자에게도 미친다. 즉, 새로이 관리인으로 선임은 되었으나 관리인으로서의 권한을 갖지 못함에도 불구하고 위 가처분에 위반하여 관리인의 자격으로 한 법률행위는 제3자에 대한 관계에서도 무효가 된다. 따라서 대표권 없는 관리인과 법률행위를 한 거래상대방 자신이 선의였음을 들어 위 법률행위의 유효를 주장할 수 없다.²¹⁴⁾ 다만 가처분 결정 후 직무대행자가 구분소유자들의 요구에 따라 소집한 관리단집회에서 새

208) 대법원 2006.10.26. 선고 2004도6280 판결.

209) 유어녕, 전게서, 614-615면.

210) 대법원 1995.12.12. 선고 95다31348 판결.

211) 대법원 1968.5.22. 자 68마119 결정.

212) 대법원 1985.5.28. 자 85그50 결정.

213) 대법원 2000.2.22. 선고 99다62890 판결.

214) 대법원 1992.5.12. 선고 92다5638 판결.

로운 관리인을 선임한 경우에는, 더 이상 직무대행자선임가처분 결정을 유지할 필요가 없는 사정의 변화가 생겼다고 할 것이므로 사정변경을 이유로 법원에 직무대행자선임가처분의 취소를 구할 수 있을 것이다.²¹⁵⁾

(3) 관리단과 관리인의 관계

관리인은 집합건물의 관리와 관련된 사업시행을 담당하고 있는 관리단의 대표하는 기관이다(법 제25조 제1항 제3호). 또한 집합건물법은 관리인의 권리·의무에 관하여 민법의 위임에 관한 규정을 준용하도록 하고 있으므로(법 제26조 제2항), 관리단으로부터 선임된 관리인은 관리단의 수임인으로서의 지위를 갖는다. 그러므로 관리단집회에서 선임된 관리인은 관리단의 대표로서의 지위와 수임자적인 지위를 동시에 갖는다고 할 수 있다. 그러나 보통의 경우 관리인은 관리단에 대하여 관리업무에 관한 노무를 제공하고 그에 상응한 일정액의 보수를 받는 점을 고려할 때, 관리단과 관리인은 고용관계에 있다고 보아야 할 것이다.²¹⁶⁾ 그러나 상호간의 관계가 위임관계인 점을 들어 관리인은 관리단이나 구분소유자와의 관계에서 고용관계에 있다고 볼 수 없다는 견해도 있다.²¹⁷⁾

2. 주택법상 관리기구

(1) 입주자대표회의

1) 입주자대표회의의 의의 및 성격

입주자대표회의는 주택법상 입주자의 대표기관으로써(주택법시행령 제50조 제1항) 집합건물인 공동주택의 공용부분과 공동소유인 부대시설 및 복지시설을 관리하기 위하여 각 동별대표자²¹⁸⁾로 구성되는 법정단체이다.

215) 대법원 1997.9.9. 선고 97다12167 판결.

216) 대법원 2005.5.27. 선고 2005두524 판결.

217) 유어녕, 전게서, 634면.

218) 동별 세대수에 비례하여 공동주택관리규약으로 정한 선거구에 따라 선출된 대표자를 말한다.

입주자대표회의의 법적 성격에 관하여 대법원은 “입주자대표회의는 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을 뿐만 아니라, 또 현실적으로도 자치관리기구를 지휘·감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로 특별한 다른 사정이 없는 한 비법인사단으로서 당사자능력을 가지고 있는 것으로 보아야 한다”고 판시함으로써 입주자대표회의를 권리능력 없는 사단으로 보았다.²¹⁹⁾ 입주자대표회의가 단체라는 점에서는 집합건물법상 관리단과 같다. 다만 관리단은 구분소유자 전체를 구성원으로 하고 있는데 반해 입주자대표회의는 구분소유자를 대표하는 동별대표자들로 구성되었다는 점에서 구별된다.

2) 입주자대표회의의 구성 및 자격요건

입주자대표회의는 동별대표자의 최소인원을 4명 이상으로 하여야 하고 동별 세대수에 비례하여 공동주택관리규약(이하 “관리규약”이라 한다)으로 정한 동별대표자로 구성한다. 구성원인 동별대표자들은 입주자²²⁰⁾에 국한되며 임차인 등의 사용자는 구성원이 될 수 없다. 그러나 주택법시행령 제51조 제2항의 “하나의 공동주택단지를 수개의 공구로 구분하여 순차적으로 건설하는 경우에는 먼저 입주한 공구의 입주자 또는 사용자는 입주자대표회의를 구성할 수 있다.”라고 한 규정 때문에 입주자대표회의의 구성원에 사용자도 포함되는 것으로 해석할 여지가 있다. 그러나 이는 단지 “사용자도 동별대표자 선출권은 행사할 수 있다”는 의미일 뿐, 사용자가 입주자대표회의의 구성원이 될 수 있는 것으로 새겨서는 안될 것이다. 그 이유는, 주택법시행령 제50조 제1항에서 입주자대표회의는 “동별대표자”로 구성됨을 명시해 놓고, 동법시행령 제50조 제3항은 그 동별대표자의 자격에 관하여 “동별대표자 선출공고일 현재 당해 공동주택단지 안에서 주민등록을 마친 후 계속하여 6개월 이상 거주하고 있는 입주자”로 못 박았기 때문이다. 판례²²¹⁾ 또한 “공동주택의 입주자대표회의를 구성하는 동

219) 대법원 1991.4.23. 선고 91다4478 판결.

220) 주택의 소유자, 또는 그 소유자를 대리하는 배우자 및 직계존비속을 말한다(주택법 제2조 제12호).

221) 대법원 2007.12.27. 선고 2005다18146,18153 판결.

별대표자의 선출권은 ‘입주자 등’에게, 피선출권은 ‘입주자’에게만 각각 인정되고, 공동주택의 입주자는 당해 공동주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자나 직계 존비속으로 국한됨으로써 사용자는 입주자대표회의의 구성원이 될 수 없음”을 분명히 하고 있다.²²²⁾ 다만 위 판례는 입주자 등이 부동산등기부상 당해 공동주택의 소유명의자로 등기되어 있는지 여부 및 당해 공동주택에 주민등록 전입신고를 필하였는지 여부는 이를 묻지 않는다고 한다. 이는 주택법시행령 제3조 제3항이 공동주택의 입주자의 개념 정의에 관하여 “당해 공동주택의 소유자 또는 그 소유자를 대리하는 배우자나 직계 존비속을 말한다”라고 규정한 것에 근거를 두고 있다.²²³⁾ 그러나 주택법시행령 제50조 제3항이 동별대표자의 자격에 관하여 “동별대표자 선출공고일 현재 당해 공동주택단지 안에서 주민등록을 마친 후 계속하여 6개월 이상 거주하고 있는 입주자”로 명시하고 있으므로 입주자의 개념을 확대한다고 하더라도 “주민등록을 필하여 하는 것”은 반드시 필요하다고 해야 할 것이다.

입주자대표회의는 필수적으로 임원을 선출하여야 한다. 즉, 동별대표자 중에서 회장 1명, 감사 1명 이상, 이사 2명 이상의 임원을 그 구성원(관리규약으로 정한 정원을 말하며, 해당 입주자대표회의 구성원의 3분의 2 이상이 선출된 때에는 그 선출된 인원을 말한다)과반수의 찬성으로 선출하여야 한다. 다만 500세대 이상인 공동주택은 전체 입주자 등의 보통·평등·직접·비밀선거를 통하여 동별대표자 중에서 회장과 감사를 선출한다. 동별대표자의 임기는 2년으로 하되, 한 차례만 중임할 수 있다(주택법시행령 제50조 제3항~제7항). 동별대표자의 임기는 공동주택관리규약준칙에 규약사항으로 규정되어 있던 것을 주택법시행령으로 옮겨 규정함으로써 법령화 하였다. 이와 같은 동별대표자의 임기에 관한 규정은 강행규정이다. 다만 동별대표자의 임기가 만료되거나 사임한 경우라고 할지라도 새로운 동별대표자가 선출되지 않았다면, 동별대표자의 임무를 수행함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 급박한 사정을 해소하기 위하여 필요한 범위 내에서 신임 동별대표자가 선임될 때까지 종전 동

222) 기타 동별대표자의 피선거격 등에 관하여는 주택법시행령 제50조 제3항 이하에 상세히 규정되어 있다.

223) 대법원 2007.12.27. 선고 2005다18146, 18153 판결.

별대표자는 그 직무를 계속 수행할 수 있다.²²⁴⁾

입주자대표회의의 임원의 업무에 관하여 살펴보면, 입주자대표회의의 회장은 입주자대표회의를 대표하고, 그 회의의 의장이 된다. 이사는 회장을 보좌하고, 회장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없는 때에는 관리규약에서 정하는 바에 따라 그 직무를 대행한다. 감사는 관리주체가 매 회계연도마다 작성하여 입주자대표회의에 제출한 사업실적서 및 결산서를 제출받아 감사하는 등 관리비·사용료 및 장기수선충당금 등의 부과·징수·지출·보관 등 회계관계업무와 관리업무전반에 대하여 관리주체의 업무를 감사하며, 감사를 한 후에는 감사보고서를 작성하여 입주자대표회의와 관리주체에 제출하여야 한다(주택법시행령 제50조 제8항, 동법시행규칙 제21조 제3항~제6항). 다만, 입주자 등의 10분의 1 이상이 연서하거나, 입주자대표회의에서 의결하여 관리비 등의 회계감사를 요구한 경우, 관리주체는 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제3조 제1항에 따른 감사인에게 의뢰하여 사업실적서 및 결산서 등에 대하여 회계감사를 받아야 하는 것이므로(주택법시행령 제55조의 3) 감사가 이에 대하여 별도의 회계감사 등을 할 필요는 없다(주택법시행규칙 제21조 제6항 괄호부분).

3) 입주자대표회의의 업무내용

입주자대표회의의 업무로는, 관리규약에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 규정의 제정·개정 및 폐지, 공동주택 관리방법의 제안, 관리비 등의 집행을 위한 사업계획 및 예산의 승인, 공용시설물의 사용료 부과기준의 결정, 관리비 등의 회계감사의 요구 및 회계감사보고서의 승인, 관리비 등의 결산의 승인, 단지안의 전기·도로·상하수도·주차장·가스설비·냉난방설비 및 승강기 등의 유지 및 운영기준, 자치관리를 하는 경우 자치관리기구 직원의 임면에 관한 사항, 장기수선계획에 따른 공동주택의 공용부분의 보수·교체 및 개량, 공동주택의 행위허가 또는 신고행위의 제안, 공동주택에 대한 리모델링의 제안 및 리모델링의 시행, 장기수선계획 및 안전관리계획 수립 또는 조정, 입주자 등 상호간에 이해가 상반되는 사항의 조정, 공동체 생활의 활성화 및 질서유지에 관한 사항, 그

224) 대법원 2007.6.15. 선고 2007다6291 판결.

밖에 공동주택의 관리와 관련하여 관리규약으로 정하는 사항에 대하여 의결권을 행사한다. 그 밖에 입주자대표회의의 주요 기능으로 공동주택의 자치관리기구에 대한 감독권 행사 등이 있다(주택법시행령 제51조).

이와 같이 입주자대표회의는 공동주택관리의 전반에 걸쳐 폭 넓은 의사결정 권한과 관리주체에 대한 감독권한을 부여 받고 있다. 그러나 대부분의 경우 생업을 따로 두고 있는 동별대표자들로 구성된 입주자대표회의는 참여의 소극성과 무관심으로 인하여 활성화 되지 못하거나, 일부 자질이 부족한 동 대표들의 권한 남용과 부정·비리 등으로 사회적 문제가 되기도 한다.²²⁵⁾

(2) 관리주체

1) 관리주체의 의의 및 성격

집합건물법상으로는 관리주체에 대한 개념이 명확하지 않다. 그러나 주택법에서는 관리주체를 “주택법 제43조 제4항에 따른 자치관리기구의 대표자인 공동주택의 관리사무소장, 집합건물법 제43조 제6항에 따라 관리업무를 인계하기 전의 사업주체, 집합건물법 제53조 제1항에 따른 주택관리업자, 「임대주택법」 제2조제4호에 따른 임대사업자”로 정의하고 있으며(주택법 제2조 제14호) 관리주체의 업무범위에 관하여 상세하게 규정하고 있다(주택법 시행령 제55조 이하).

일정규모²²⁶⁾의 공동주택의 관리사무소장은 반드시 주택관리사(보) 또는 주택관리사라고 하는 공인전문자격사만이 그 직위를 담당할 수 있다(주택법 제55조 제1항, 집합건물법 시행령 제72조).²²⁷⁾ 따라서 주택관리업자가 관리를 위탁받은 경우에도 공동주택의 관리업무는 위의 공인전문자격사를 통해서만 수행이 가능하다.

주택법상 관리주체는 집합건물법상의 관리인과 마찬가지로 수입인의 지위

225) 한국아파트신문, “배임수재 임대회 회장·총무·감사”, 2011.9.28.

226) 300세대 이상, 승강기가 있거나 중앙집중난방방식인 경우에는 150세대 이상의 공동주택

227) 대법원 2003.4.11. 선고 2003도451 판결.

즉, 입주자대표회의로부터 업무집행 기능을 위임받은 자의 신분으로 위임의 범위 내에서 관리업무를 수행하지만 관리인과는 달리 관리단의 대표기관은 아니다. 특히 입주자대표회의가 자체적으로 구성한 자치관리기구의 경우, 입주자대표회의의 감독을 받으면서 입주자대표회의의 의결사항 또는 관리규약 등으로 정해진 사항에 관한 업무를 집행할 뿐 독립적인 의사결정권을 가지고 있지 않다. 또한 그 대표자인 관리사무소장도 입주자대표회의에서 임면되며 구성원 역시 입주자대표회의에서 임면되므로 비법인사단으로서의 당사자능력을 가지고 있다고 볼 수 없다.²²⁸⁾

2) 관리주체의 업무범위와 권리·의무

관리주체는 주택법에서 정한 업무를 수행함에 있어 일정한 권리의 행사와 의무를 부담한다. 즉, 관리주체의 대표인 관리사무소장은 공동주택을 안전하고 효율적으로 관리하기 위하여 필요한 권리와 의무의 주체가 되며 수임자로서 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 한다. 또한 관리사무소장은 그 배치내용과 업무의 집행에 사용할 직인을 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고할 의무를 부담하며, 신고한 배치내용과 직인을 변경할 때에도 또한 같다(주택법 제55조 제2항~제4항, 동법시행규칙 제32조).

관리사무소장의 업무를 살펴보면, 크게 공동주택의 입주자 및 사용자의 권익을 보호하기 위하여 입주자대표회의에서 의결하는 공동주택의 운영·관리·유지·보수·교체·개량 및 리모델링에 관한 업무, 그 업무를 집행하기 위한 관리비·장기수선충당금 등 경비의 청구·수령·지출업무, 장기수선계획의 조정, 시설물 안전관리계획의 수립 및 건축물의 안전점검에 관한 업무 등이 있으며, 구체적으로는, 공동주택의 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 공동주택단지안의 경비·청소·소독 및 쓰레기수거, 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리, 관리규약으로 정한 사항의 집행, 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행, 공동주택관리업무의 공개·홍보 및 공동시설물의 사용방법에 관한 지도·계몽, 입주자 등의 공동사용에 제공되고 있는 공동

228) 서울지법 1997.6.13. 선고 96나33630 판결.

주택단지 안의 토지·부대시설 및 복리시설에 대한 무단 점유행위의 방지 및 위반행위시의 조치, 공동주택단지 안에서 발생한 안전사고 및 도난사고 등에 대한 대응조치 등이 있다(주택법시행령 제55조, 주택법시행규칙 제25조).

그밖에 관리주체는 관리규약을 보관할 의무²²⁹⁾를 부담하며, 보관하고 있는 규약을 입주자 등이 관리규약을 열람을 청구하거나, 자기의 비용으로 복사를 요구하는 때에는 이에 응해야 할 의무²³⁰⁾를 부담한다(주택법시행령 제57조 제4항, 제5항).

(3) 입주자대표회의와 관리주체의 관계

입주자대표회의와 주택관리업체와의 법률적 관계는 민법상 위임으로 본다(주택법 제53조 제4항). 따라서 입주자대표회의와 관리주체는 위임자와 수임자의 관계에 놓여 있다고 할 것이며 보수에 관하여는 무상이 원칙이다(민법 제686조 제1항). 그러나 자치관리인 경우 관리주체는, 입주자대표회의에 의하여 임면되며 일정한 보수를 받고 있다. 또한 민법상 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있으나(민법 제689조 제1항), 입주자대표회의와 관리주체의 관계는 사용자와 피용자적인 관계에 있고, 통상 근로계약을 따로 체결하고 있어서 입주자대표회의는 정당한 사유 없이 일방적으로 근로계약을 해지 할 수 없다. 따라서 입주자대표회의와 관리주체는 민법상 위임의 관계에 있으나, 보수를 약정하고 계약해지의 제약 등 본래의 민법상 위임계약과는 다른 특질을 가지고 있다고 할 수 있다.²³¹⁾

한편, 관리주체의 대표자인 관리사무소장은 입주자들의 대의기관인 입주자대

229) 관리규약의 보관에 대하여 집합건물법은 관리인 또는 구분소유자나 그 대리인으로서 건물을 사용하고 있는 자 중 1인이 보관하도록 하는 한편, 규약에 다른 규정이 없는 한 규약을 보관할 구분소유자나 그 대리인은 관리단집회의 결의로써 정하여야 하는 것으로 규정하고 있다(법 제30조 제1항, 제2항).

230) 집합건물법은 이해관계인이 규약을 보관하는 자에게 규약의 열람을 청구하거나 자기 비용으로 등본의 발급을 청구할 수 있다고 규정하고 있으며(법 제30조 제3항) 구분소유자 및 점유자(임차인 등) 뿐만 아니라 법률상 이해관계 있는 제3자도 정당한 이유가 있는 한 규약의 열람이나 자기의 비용으로 등본의 발급을 청구할 수 있음에 비하여 주택법에서는 입주자와 사용자(입주자 등)만 관리규약의 열람이나 복사를 요구할 수 있도록 제한하고 있다.

231) 다만 위탁관리에 의할 경우에는 위탁관리회사가 사용자로 되며 입주자대표회의의 사용자적 지위는 배제된다(대법원 1999.7.12. 자 99마628 결정).

표회의에서 결정한 사항을 집행하는 기능을 담당하므로 입주자대표회의와 관리주체는 의결기구와 집행기구로서 대등적 관계를 갖는다고 볼 수도 있으나, 입주자대표회의는 관리주체를 감독하는 위치에 있고, 관리주체와 달리 권리능력 없는 사단의 실질을 갖추고 있기 때문에 양자의 관계를 대등하다고 보기는 어렵다고 하겠다.²³²⁾ 다만 주택법은, 주택관리업자가 공동주택을 관리하는 경우 입주자대표회의는 주택관리업자의 직원인사·노무관리 등의 업무수행에 부당하게 간섭할 수 없도록 하고 입주자대표회의의 구성원 또한 자치관리기구의 직원을 겸할 수 없게 함으로써 관리주체의 업무영역이 어느 정도 보호되도록 하였다(주택법시행령 제51조 제5항, 제53조 제5항).

제2절 관리대상

1. 전유부분

(1) 전유부분의 의의

전유부분이란 집합건물에서 구분소유권의 목적인 건물부분으로 구분소유자의 배타적이며 완전한 소유권에 종속되는 부분을 말한다(법 제2조 제3호).²³³⁾ 따라서 구분소유자는 민법 제211조에 따라 법률의 범위 내에서 그 소유물인 전유부분에 대하여 사용·수익·처분을 할 권리가 있다.²³⁴⁾ 구분소유권의 개념을 최협의로 파악할 경우 전유부분만이 구분소유권의 목적이 된다. 그러나 협의로 파악할 경우에는 전유부분과 공용부분이 구분소유권의 목적이 되며, 광의로 파악할 경우에는 전유부분과 공용부분 및 대지사용권을 모두 포함한다. 따라서 전유부분을 ‘구분소유권의 목적인 건물부분’으로 정의한 집합건물법 제2조 제3

232) 서울지법 1997.6.13. 선고 96나33630 판결.

233) 강혁신, “공동주택에서의 전유부분 사용방법과 공동이익에 관한 연구”, 「법학연구」, 한국법학회, 2006.11, 90면.

234) 박태신, 전계학위논문, 9면.

호의 규정은 구분소유권을 최협의로 파악한 경우라고 하겠다.²³⁵⁾ 한편, 집합건물법 제1조는 구분소유권에 관하여 '1동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다'고 함으로써 1동의 건물에 있어서 구조상·이용상 독립성이 있는 건물부분에 각각 부여된 소유권이 곧 구분소유권임을 밝히고 있다. 다만 구조상·이용상 독립성이 있더라도 규약에 의하여 공용부분으로 된 부분은 전유부분이 될 수 없는 점을 유의하여야 한다.²³⁶⁾ 그러므로 전유부분이 되기 위해서는 반드시 구조상·이용상으로 다른 건물부분과 구별될 것을 필요²³⁷⁾로 하지만 그것만으로는 부족하고 규약공용에도 해당되지 않아야 한다.²³⁸⁾ 따라서 전유부분의 개념을 정리하면, 1동의 건물 중 구조상·이용상 독립성을 갖추으로써 구분소유권의 객체가 될 수 있으며 규약상공용부분에 해당하지 않는 건물부분이라고 할 수 있다.²³⁹⁾

(2) 전유부분과 구별되는 개념

전용부분은 전용면적으로 이루어진 건물부분이다. 전용부분을 이루는 전용면적은, 건축물의 분양에 관한 법률 시행령 제9조 제1항 제3호에서 규정하고 있는 용어이며 주택법의 주거전용면적(주택법 제2조 제3호)은 전유부분의 면적과 동일하게 다루어지고 있다.²⁴⁰⁾ 그러나 양자를 구별하여 전용부분의 개념을 전용사용권이 미치는 부분으로 파악하는 견해가 있다. 즉, 전용면적과 공유부분 중 전용사용권²⁴¹⁾이 인정되는 부분이 곧 전용부분이라는 것이다.²⁴²⁾ 이 견해에 따

235) 유어녕, 전게서, 55면.

236) 鎌野邦樹·山野日章夫, 前掲書, 57-58면.

237) 대법원 1999.11.9. 선고 99다46096 판결.

238) 渡辺晋, 前掲書, 21면.

239) 박태신, “집합건물의 관리에 관한 기초적 연구 - 전유부분을 중심으로-”, 「법학연구」 제7집, 홍익대학교법학연구소, 2006.2, 32면.

240) 주택법시행령 제4조의2(증축범위) 법 제2조 제15호에서 “대통령령으로 정하는 범위에서 증축을 하는 행위”란 법 제29조에 따른 사용검사일(주택단지 안의 공동주택 전부에 대하여 임시사용승인을 받은 경우에는 그 임시사용승인일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 사용승인일부터 15년(15년 이상 20년 미만의 연수중 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정하는 경우 그 연수)이 경과된 공동주택을 각 세대의 주거전용면적(「건축법」 제38조에 따른 건축물대장중 집합건축물대장의 전유부분의 면적을 말한다)의 10분의 3 이내에 전유부분을 증축하는 행위를 말한다. 이 경우 공동주택의 기능향상 등을 위하여 공용부분에 대해서도 별도로 증축할 수 있다.

르면 공용부분 중에서도 전용사용권이 인정되는 부분이 있는 경우에는 이를 전용부분에 포함해야 한다고 보기 때문에 전용부분과 전유부분은 동일할 수 없게 된다. 또 다른 견해로는, 집합건물법상 전유면적이라는 개념과 주택법상 전용면적이라는 개념은 공용면적 중 일부공용과 규약공용의 때문에 상대적인 차이가 있다고 한다.²⁴³⁾ 판례도, “전용면적에는 집합건물법상의 ‘전유부분’은 물론 ‘일부공용부분’을 포함하는 의미로 봄이 상당하다”고 판시²⁴⁴⁾함으로써 위 견해를 뒷받침하고 있다. 또한 집합건물법 제12조 제2항에 규정된 전유부분의 면적은, 집합건축물대장이나 집합건물등기부의 표제부 전유부분건물 표시란에 기재되는 면적으로서 벽체의 중심선을 기준으로 하여 산정된 것이며, 공동주택에 있어서의 주거전용면적은 공동주택의 외벽의 내부선을 기준으로 산정한 면적(주택법시행규칙 제2조 제2항 제2호)을 말한다²⁴⁵⁾고 볼 때, 전유부분과 전용부분은 구별되어야 할 것이다. 이처럼 전유부분의 면적을 분명하게 해야 하는 것은 관리책임의 소재와 비용부담 등의 기준이 되는 공용부분의 면적산정에 직접적인 영향을 미치기 때문이다.

(3) 전유부분으로 되는 시점

집합건물의 부분이 전유부분으로 결정되는 시기의 기준은 구분소유가 성립한 시점이 된다. 즉, 원칙적으로 건물전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점이 전유부분인지의 여부가 결정되는 때라고 할 수 있다. 따라서 그 후의 건물개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분 판단여부에 영향을 미칠 수 없다.²⁴⁶⁾

241) 여기서 말하는 전용사용권이란 공용부분 중에서도 구분소유자가 전속적으로 사용하는 발코니 같은 부분에 대한 사용권을 말한다.

242) 이춘원, “건물의 구분소유에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2006, 249-250면.

243) 대한주택공사 부설 주택연구소, 「복합건축물관리방안」, 1998. 54면.

244) 서울고등법원 1998.8.25. 선고 97나20016 판결.

245) 다만, 2세대 이상이 공동으로 사용하는 부분으로서 복도·계단·현관 등 공동주택의 지상층에 있는 공용면적과 지하층·관리사무소 등 그 밖의 공용에 해당하는 면적을 제외하며, 이 경우 바닥면적에서 주거전용면적을 제외하고 남은 외벽면적은 공용면적에 가산한다.

246) 대법원 2011.3.24. 선고 2010다95949 판결.

(4) 전유부분의 소멸

전유부분이 성립되기 위해서는 구조상·이용상의 독립성과 소유자의 구분행위라는 요건이 필요하므로 그러한 요건이 사라지면 전유부분도 소멸된다. 즉, 전유부분에 해당하는 건물부분이 1동의 건물 전부의 멸실, 경계부분의 벽의 제거, 건물의 합병등기 등의 사유로 구조상·이용상 독립성을 상실하면 전유부분도 소멸된다.²⁴⁷⁾ 대법원도, 저당권이 실행되는 건물 즉, 경매대상 건물이 인접한 다른 건물과 합동됨으로 인하여 건물로서의 독립성을 상실하게 된 경우에는, 경매대상 건물만을 독립하여 양도하거나 경매의 대상으로 삼을 수 없고, 그 경매대상 건물에 대한 채권자의 저당권은 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 경매대상 건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 위에 존속하게 되므로, 근저당권자인 채권자로서는 경매대상 건물 대신 위 공유지분에 관하여 경매신청을 할 수밖에 없다고 하는 한편, 이러한 법리는 1동의 건물 중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있어 그 각 부분이 각각 소유권의 목적이 된 경우로서, 그 구분 건물들 사이의 격벽이 제거되는 등의 방법으로 각 구분건물이 건물로서의 독립성을 상실하여 일체화되고 이러한 일체화 후의 구획을 전유부분으로 하는 1개의 건물이 되는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 하였다. 따라서 건물의 합병등기나 경계부분인 벽의 제거 등의 사유로 구분건물이 구조상·이용상 독립성을 상실하면 전유부분도 소멸한다고 보았다.²⁴⁸⁾

그러나 대법원은 다른 판례를 통하여, 경계부분의 벽을 제거함으로써 구분건물로서의 구조상·이용상 독립성을 상실하게 된 경우라 할지라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 그 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물은 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하다고 해석해야 한다는 입장²⁴⁹⁾을

247) 유어녕, 전게서, 84면 참조.

248) 대법원 2010.3.22. 자 2009마1385 결정.

249) 대법원 1999.6.2. 자 98마1438 결정.

취함으로써 구조상·이용상 독립성의 상실에 따른 전유부분의 소멸은 구체적 상황을 종합하여 신중하게 판단하여야 함을 보여주고 있다.

그밖에 법률의 규정에 따라서도 1동의 집합건물이 일부멸실에 의하여 특정한 전유부분만 멸실된 경우에는 그 멸실된 특정 전유부분이 소멸되지 않는다. 왜냐하면 집합건물의 일부가 멸실된 경우에는 복구에 관한 규정(법 제50조)에 따라 집합건물 일부의 복구를 할 수 있기 때문이다.²⁵⁰⁾ 즉, 1동의 집합건물의 일부 멸실로 인하여 특정한 전유부분이 물리적으로는 멸실되었으나 법률적으로 소멸되지 않는 것은, 그 멸실된 특정 전유부분에 대한 구분소유자로서의 지위가 그대로 유지되고 있어 그 구분소유권에 기한 복구를 할 수 있어서이다.²⁵¹⁾

한편, 규약에 의하여 전유부분이 소멸되는 경우도 있다. 즉, 전유부분의 일부를 공용부분으로 정한다는 규약을 정하고 이를 등기하는 경우에는 그 일부의 전유부분이 규약상 공용부분으로 바뀌게 되어 그 바뀌는 부분만큼의 전유부분은 소멸하게 된다.²⁵²⁾

2. 공용부분

(1) 공용부분의 의의

공용부분이란 전유부분 외의 건물부분, 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물, 규약 또는 공정증서에 의하여 공용부분으로 된 부속의 건물을 말한다

250) 집합건물법 제50조(건물이 일부 멸실된 경우의 복구) ① 건물가격의 2분의 1 이하에 상당하는 건물 부분이 멸실되었을 때에는 각 구분소유자는 멸실한 공용부분과 자기의 전유부분을 복구할 수 있다. 다만, 공용부분의 복구에 착수하기 전에 제47조제1항의 결의나 공용부분의 복구에 대한 결의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항에 따라 공용부분을 복구한 자는 다른 구분소유자에게 제12조의 지분비율에 따라 복구에 든 비용의 상환을 청구할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 규정은 규약으로 달리 정할 수 있다. ④ 건물이 일부 멸실된 경우로서 제1항 본문의 경우를 제외한 경우에 관리단집회는 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상으로 멸실한 공용부분을 복구할 것을 결의할 수 있다. ⑤ 제4항의 결의가 있는 경우에는 제47조제5항을 준용한다. ⑥ 제4항의 결의가 있을 때에는 그 결의에 찬성한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다) 외의 구분소유자는 결의에 찬성한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다)에게 건물 및 그 대지에 관한 권리를 시가로 매수할 것을 청구할 수 있다.

251) 유어녕, 전거서, 85면 참조.

252) 예를 들어 아파트 입주자들이 공동의 경조사를 위한 장소 확보를 위하여 상호 합의하에 특정 세대 전유부분을 공동으로 매수하고 이를 공용으로 한다는 규약을 정한 후 변경등기를 하게 되면 그 특정세대는 당초 전유부분에서 규약상 공용부분으로 변경된다. 그 결과 규약상 공용부분으로 된 전유부분은 소멸된다.

(법 제2조 제4호). 이러한 건물의 부속물에는 전기설비, 급배수위생설비, 가스 배관 설비 등의 부대시설과 어린이놀이터 등 공유인 복리시설이 있다.

집합건물법에는 구체적으로 어떠한 시설이 공용부분에 해당하는지에 대한 법률상 기준은 없으므로 구분소유자들이 규약에 따라 임의로 정할 수 있다(법 제28조 제1항). 다만 공용부분에 속하는지 여부를 결정하는 것은 집합건물관리단의 관리대상과 밀접하게 관련되어 있으므로 구분소유자들이 규약으로 결정을 한다고 하더라도 건물의 구조에 따라 객관적인 용도에 의하여 결정되어야 할 것이다.²⁵³⁾ 각 시·도별로 마련되어 있는 공동주택표준관리규약에는 공통적으로 공용부분에 대한 구체적 내용을 예시하고 있다.²⁵⁴⁾

(2) 공용부분의 성격

집합건물법상 공용부분은 구분소유자의 공유(법 제10조 제1항)라는 면에서 민법상 공유와 동일한 법률적 성격을 갖는다고 할 수 있다. 그러나 처분 및 관리 등에 있어서는 차이가 있다. 즉, 민법상 공유는, 공유물을 사용하되, 지분에 따라 사용할 수 있고 공유자 임의로 지분을 처분할 수 있으며(민법 제263조), 공유물의 관리는 지분의 과반수로 결정(민법 제265조)하는 외에, 공유물에 대해서는 분할청구를 할 수 있다(민법 제268조 제1항 본문). 그러나 집합건물상의 공유대상인 공용부분은 지분과 무관하게 그 전체를 용법에 따라 사용할 수 있으며(법 제11조), 전유부분과 공용부분의 일체성 때문에 지분만의 처분은 불가능하며(법 제13조), 공유물의 관리는 구분소유자 및 의결권의 각 과반수에

253) 대법원 1989.10.27. 선고 89다카1497 판결.

254) 공동주택표준관리규약은 국토해양부에서 만든 시안에 준거하여 각 시·도가 제정하였으며 공통적인 내용을 보면, 공용부분은 건물부분의 경우 주요구조부인 벽, 기둥, 바닥, 보, 지붕, 주계단과 기타 전유부분에 속하지 않는 부분이며 부대시설인 경우에는 주차장, 관리사무소, 담장, 입주자집회소, 보안등, 대문, 경비실, 자전거보관소, 조경시설, 옹벽, 축대, 단지 안의 도로, 안내표지판, 공중전화, 공중화장실, 저수시설, 지하양수시설, 대피시설, 쓰레기수거 및 처리시설, 오수정화시설, 정화조, 소방시설, 냉·난방공급시설, 급탕공급시설, 공동저탄장, 수해방지시설, 전기, 전화, 가스, 급수, 배수(配水), 배수(排水), 환기, 난방, 소화, 배연 및 오물처리의 설비와 굴뚝, 승강기, 피뢰침, 국기계양대, 방충공동수신설비, 우편물수취함과 기타 전유부분에 속하지 않는 시설이 공용부분에 속한다. 그밖에 복리시설인 어린이놀이터, 주민운동시설, 경로당, 유치원 및 보육시설(개인에게 분양된 시설은 제외), 주민공동시설, 문고 기타 거주자의 취미활동, 종교생활, 가정의례 및 주민봉사활동에 사용할 수 있는 시설 등도 공용부분에 속하는 것으로 규정하고 있다(서울특별시 공동주택표준관리규약 제4조 제3항 참조).

의한 집회의 결의로 결정하고(법 제15조 제1항 단서, 법 제16조 제1항) 공유물의 분할청구는 불가능하다(법 제13조). 이와 같이 집합건물법상 공용부분의 공유는 성격적으로 민법상 공유와는 명백히 구별된다.²⁵⁵⁾

한편, 공용부분은 전유부분에 대한 부가물 또는 종물의 성질을 갖는다고 할 수 있다.²⁵⁶⁾ 왜냐하면 구분소유에서 공유로 추정되는 공용부분의 지분은 전유부분과 분리하여 처분대상으로 할 수 없으므로(법 제13조 제2항) 전유부분이 처분될 경우 특별한 사정이 없는 한 공유자의 공용부분에 대한 지분도 그에 따라야 하기 때문이다(법 제13조 제1항).

(3) 공용부분의 분류

공용부분에는 크게 복도·계단 등 구조상의 공용부분과 규약으로 정한 공용부분으로 분류된다. 다만 공용부분 중 일부의 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것이 명백한 것은 그들 구분소유자의 공유에 속하며 이를 일부공용부분이라 한다(법 제10조 제1항 단서). 따라서 공용부분은 구조상공용부분, 규약상공용부분, 일부공용부분으로 나눌 수 있다.

1) 구조상공용부분

구조상공용부분은 수 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단 기타 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되며 구분소유권의 목적으로 할 수 없는 건물부분을 말하며(법 제3조 제1항),²⁵⁷⁾ 구분소유자의 의사와는 관계없이 법률의 규정에 따라 성립하므로 법정공용부분이라고 할 수 있다.²⁵⁸⁾

구조상공용부분에 속하는 구체적 예로는, 복도·계단·건물의 로비·현관·필로티·외벽·외벽의 외부면²⁵⁹⁾·내력벽·1층 앞면 유리벽²⁶⁰⁾·지붕·옥상·전기실·펌프실·

255) 박태신, 전계학위논문, 17면 참조.

256) 대법원 1992.4.28. 선고 91누12660 판결.

257) 유어녕, 전게서, 90면 참조.

258) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 前掲書, 31面.

259) 대법원 1993.6.8. 선고 92다32272 판결.

260) 대법원 1996.9.10. 선고 94다50380 판결.

정화조·승강기계실·MDF실·지하실²⁶¹⁾고가수조를 설치한 옥탑²⁶²⁾·공동대피소·²⁶³⁾공조실 등이 있다. 이와 같은 구조상공용부분은 건물의 기능을 정상적으로 발휘하고 건물의 존립과 안전 및 거주자의 생활편의를 위하여 구조적으로 반드시 필요한 부분이다. 따라서 구조상공용부분은 각 구분소유자의 의사와 관계없이 법률상 당연히 구분소유자 전원의 공용에 제공되므로 당연공용부분이라고도 한다.²⁶⁴⁾ 또한 구조상공용부분은 소재하고 있는 위치와도 관계없이 성립한다. 즉, 기둥이나 내력벽 등의 기본적 구조부분이 전유부분의 내측에 존재하는 경우라도 그 기본적 구조부분은 당연히 전유부분에 속하지 않고 구조상공용부분에 해당하며, 건물 내에 있으면서 구조상 또는 이용상 독립성이 없는 구획이라도 건물의 존립·안전 및 거주자의 생활을 위하여 필수불가결한 부분이라면 이 또한 구조상공용부분에 해당한다.²⁶⁵⁾

다만 구조상공용부분이라고 할지라도 각 구분소유권자는 구분소유권에 의하여 일정한 권리를 행사할 수 있다. 즉, 집합건물에 있어 각각의 구분소유권자는 타인에게 특별한 손해를 끼치지 않는 한, 필요한 범위 내에서 공용부분인 통로 등을 사용할 수 있는 권리가 있으므로 공용부분인 통로 상에 설치되어 있는 방화벽 등으로 인하여 구분소유권 행사에 직접적 방해가 준다면 이에 대한 철거를 구할 수 있다.²⁶⁶⁾

2) 규약상공용부분

규약상공용부분이란 전유부분과 부속의 건물을 공정증서 또는 규약으로써 공용부분인 취지의 등기를 함으로써 성립하는 공용부분을 말한다(법 제3조 제2항 내지 제4항). 규약상공용부분을 등기하도록 하는 것은 구분소유자 및 거래안전을 위함이다. 즉, 규약상공용부분을 등기해두지 않게 되면, 전유부분이 제3자에게 양도되어 그 제3자의 명의로 소유권이전 등기가 경료될 경우 구분소유자들

261) 대법원 1998.2.10. 선고 97다41202 판결; 대법원 1995.3.3. 선고 94다4691 판결.

262) 대법원 1991.4.12. 선고 91다4140 판결.

263) 대법원 1992.4.10. 선고 91다46151 판결.

264) 渡辺晋, 前掲書, 38面.

265) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣, 前掲書, 17面.

266) 대법원 1990.12.11. 선고 88다카33268 판결.

은 그 등기가 이전된 전유부분에 대하여 규약상의 근거를 들어 공용부분임을 주장할 수 없게 된다. 따라서 규약상공용부분은 등기해 둘 필요가 있다.²⁶⁷⁾

규약상공용부분의 모습에는 전체 구분소유자들이 공동으로 사용할 필요에 따라 규약으로 정한 집회소.²⁶⁸⁾ 행사공간 등을 들 수 있다. 다만 규약상공용부분이 될 수 있는 것은 등기된 구분건물(법 제1조)과 구분점포(법 제1조의 2) 및 부속의 건물(법 제3조 제2항)이어야 하며, 미등기상태의 건물인 경우에는 규약상공용부분으로 할 수 없고, 규약상공용부분의 대상이 되는 건물에 해당하는 이상 그 건물을 제3자가 공유하는 경우라 할지라도 공용부분인 취지의 등기를 할 수 있다.²⁶⁹⁾

3) 일부공용부분

일부공용부분이란 일부의 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것임이 명백한 공용부분으로써 그들 구분소유자의 공유에 속하는 건물부분을 말하며(법 제10조 제1항 단서), 일부공용부분면적은 그 공용부분을 공용하는 구분소유자의 전유부분의 면적비율에 따라 배분하여 각 구분소유자의 전유부분면적에 포함한다(법 제12조 제2항). 일부공용부분의 예로서는, 상업용 집합건물의 경우에 있어서 최상층 복도를 당해 층의 구분소유자들만이 사용하는 것이 건물 구조상 객관적으로 명백하게 구분되어 있어 그들만의 공용에 공하는 것이 합당한 경우를 들 수 있다. 판례도, 일부공용부분을 구분하는 기준을 구분소유자들 간에 특단의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의해 결정돼야 한다고 한다.²⁷⁰⁾

이와 같이 일부공용부분으로 구분된 면적은 그것을 공용하는 구분소유자들만의 전용공간이라고 할 수 있으므로 다른 구분소유자들은 그 사용이 제한된다고 할 것이다. 대법원도, 주상복합아파트의 경우 건축 당시부터 지하층에는 지상의 공동주택과는 별도로 판매시설 용도의 상가 등이 있고, 집합건축물대장에

267) 박태신, 전계학위논문, 19면.

268) 윤현정, “집합건물의 구분소유에 관한 법적 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1997, 28면.

269) 유어녕, 전계서, 94면.

270) 대법원 2007.7.12. 선고 2006다56565 판결.

도 지하층의 시설은 공동주택부분과 구별하여 지하층 상가의 공용부분으로 등재돼 있다면, 이 건물 지하층 부분은 건축 당시부터 지하층 상가 구분소유자들만의 공용에 제공된 일부공용부분에 해당한다고 판단하였다.²⁷¹⁾

4) 발코니의 경우

발코니는 구조상·이용상 독립성이 없으므로 전유부분이 되지 아니한다. 그렇다고 하여 공용부분이라고 하기도 어렵다. 왜냐하면 발코니의 위치가 전유부분에 부속되어 비상시에 피난용 통로로 제공되는 것이 예정되어 있고 그 주된 사용목적이 각 구분소유자의 전용에 제공되고 있기 때문이다. 다만 관점에 따라 발코니도 공용부분이 될 수 있다고 한다. 즉, 발코니를 건물 본체의 기능 및 외관의 통일과 미관을 유지하기 위하여 필요한 지붕 등과 같은 구조체로 파악할 경우 이는 구조상공용부분이 될 수 있으며, 또한 발코니를 관리단이 관리하고 있는 경우라면, 관리규약의 설정을 통하여 규약상공용부분으로 규정할 수도 있다는 것이다.²⁷²⁾ 그러나 규약상공용부분은 전유부분으로써 이를 독립하여 등기를 할 수 있음에도 불구하고 구분소유자들의 합의로 공용부분화 하는 경우에 성립하는 개념이므로 별도의 등기대상이 될 수 없는 발코니를 규약상공용부분으로 설정할 수 있다는 견해는 무리가 있다고 보여진다. 발코니의 공용부분성 관련 논의는 본 논문 제4장 제2절에서 상술하기로 한다.

(4) 공용부분의 관리를 위한 의결정족수

집합건물법은 공용부분의 관리에 관하여 공용부분의 변경에 관한 사항을 제외하고는 규약에 달리 정함이 없는 한, 통상의 집회결의로써 결정하되, 보존행위는 각자가 할 수 있도록 하고 있다(법 제16조 제1항). 즉, 공용부분의 변경에 관한 사항을 제외한 공용부분 관리에 있어서의 의결정족수는 통상의 집회의결정족수인 구분소유자 및 의결권의 각 과반수에 의한다(법 제38조 제1항). 이에

271) 대법원 1999.9.17. 선고 99다1345 판결.

272) 鎌野邦樹·山野目章夫, 前掲書, 25-26面.

비하여 공용부분의 변경에 관한 의결정족수는 통상의 집회의결정족수와 달리 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상이다. 전자는 보통결의, 후자는 특별결의를 필요로 한다는 점에서 차이가 있으며, 또한 전자의 보통의결정족수는 이를 규약으로 달리 정할 수 있음에 비하여 후자인 특별의결정족수는 규약으로 달리 정할 수 없도록 규정되었다는 점에서 구별된다. 그러나 전자와 후자는 모두 관리단집회의 결의시 다른 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때에는 그 구분소유자의 승낙을 받아야 한다는 점에서는 같다(법 제 15조 제2항, 제16조 제3항).²⁷³⁾

(5) 공용부분 사용의 특성

1) 지분비율과 관계없는 사용

집합건물법상 공유자인 각 구분소유자는 각 공유자는 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있다(법 제11조). 즉, 각 공유자는 민법상 공유물의 공유자가 지분의 비율로 공유물을 사용(민법 제263조)할 수 있는 것과 달리 지분비율과 관계없이 그 용도에 따라 사용할 수 있다.²⁷⁴⁾ 이처럼 지분비율과 관계없이 공용부분을 사용할 수 있게 하는 것은 공용부분이 통행이나 출입 등 전유부분의 편익을 위하여 존재하는 부분이기 때문이다. 만약 지분비율에 따라 공용부분을 사용할 수 있게 한다면, 지분비율이 큰 구분소유자는 상대적으로 지분이 작은 구분소유자의 공용부분 사용을 제한 할 수 있게 되어 매우 불합리하고 불공정한 결과를 초래할 수 있다.

2) 용도별 사용

273) 유어녕, 전제서, 147면.

274) 대형건축물의 구분소유자 중 1인이 집합건물법상의 관리단집회 의결권의 과반수를 확보하고 있다 하더라도 다른 구분소유자들이 공용부분을 그들의 지분비율에 따라 사용하는 행위를 방해하면서 배타적인 관리행위를 할 수는 없다(서울민사지법 1993.5.7. 선고 92가합63417 제42부 판결).

공용부분의 사용은 정해진 용도별로 사용하는 것이 원칙이다. 집합건물법 제 11조에서 공용부분을 사용하되 그 용도에 따르도록 명문화한 것도 공용부분의 용도별 사용을 강조한 것이라고 할 수 있다. 가령 승강기는 승객을 위하여, 내력벽은 건물의 하중을 견디기 위하여, 계단이나 복도는 사람의 통행이나 비상시 피난을 위하여 사용되도록 그 용도가 정해져 있으므로 각각 그 용도에 맞는 사용을 하여야 한다.²⁷⁵⁾ 가령 통행의 용도로 설치된 복도나 계단에 통행이 어렵도록 물건을 장기간 보관하는 등의 사용은 안전상 문제가 발생할 수 있어 위험할 뿐만 아니라 대부분 위법행위를 구성한다.

3) 공동의 이익을 위한 사용

공용부분은 원칙적으로 모든 구분소유자의 편의를 위하여 제공되는 부분으로써 일부의 구분소유자가 배타적으로 점유하거나 사용할 수 없다.²⁷⁶⁾ 즉, 공용부분을 사용함에 있어 각 구분소유자들은 공동의 이익을 해치지 않도록 유념하여야 한다. 판례도, 일부의 구분소유자가 집합건물의 외벽 바깥쪽 면에 간판을 임의로 설치한 경우에 대하여, 건물 외벽은 건물의 안전이나 외관을 유지하기 위하여 필요한 부분으로서 구조상 구분소유자 전원의 공용에 제공되고 있기 때문에 일부의 구분소유자가 배타적으로 점유·사용하는 것은 집합건물법률 제5조 제1항에서 정한 구분소유자 공동의 이익에 어긋나는 행위에 해당한다고 하였다.²⁷⁷⁾ 공동의 이익을 해하는 행위에 대해서는, 구분소유자라면 누구든지 관리인 또는 관리단집회의 결의로, 구분소유자 공동의 이익을 위하여, 그 행위의 정지·그 행위 결과의 제거 또는 그 행위의 예방에 필요한 조치가 취해지도록 법원에 청구할 수 있다(법 제43조).

4) 규약상공용부분의 사용

275) 유어녕, 전게서, 132면.

276) 대법원 2010.2.25. 선고 2008다73809 판결.

277) 대법원 2011.4.28. 선고 2011다12163 판결.

복도나 계단 등의 구조상공용부분은 법령 등으로 규정된 용도 내에서는 누구든지 제한 없이 사용할 수 있는 것이 원칙이다. 그러나 규약에 의한 공용부분은 법령에 규정되지 않았더라도 규약에서 정한 용도에 국한하여 사용하는 것이 허용된다. 즉, 규약상공용부분은 전유부분을 구분소유자의 합의로 공용부분화 한 것이므로 그 규약 내용에 따라 사용할 수 있는 것은 당연하다고 할 수 있다. 만약 규약의 내용이 일부공유자만을 위하여 용도가 한정되도록 정해진 것이라면 일부공유자 외 다른 구분소유자는 원칙적으로 규약상공용부분의 사용을 요구할 수 없다.

(6) 공용부분인 취지의 등기

공용부분인 취지의 등기는 어느 건물이 공용부분이라는 것을 공시하기 위하여 구분건물의 표제부 전유부분건물의 표시란에 기재하는 등기로써, 건물의 공용부분에 관한 등기용지는 그 표제부만을 둔다(부동산등기법 제16조의 3). 따라서 규약상공용부분은 공유자인 구분소유자 전원을 등기부에 기재할 필요가 없으므로 갑구나 을구를 두지 않고 표제부만 두는 대신 구분건물의 전유부분 표제부의 전유부분건물의 표시란에 공용부분인 취지의 등기를 하도록 하였다. 이는 건물등기부상 표제부에 공용부분의 개괄적 현황을 표시하는 것에 불과하다. 따라서 집합건물의 공용부분에 대한 별도의 구분소유권에 관한 보존등기는 없고 만약 등기가 된다고 할지라도 이는 원인무효의 등기가 된다.²⁷⁸⁾

3. 대지

(1) 의의

건물의 대지라 함은 전유부분이 속하는 1동의 건물이 소재하는 토지 및 규약에 따라 건물의 대지로 된 토지를 말한다(법 제2조 제5호). 따라서 집합건물법상 대지란 집합건물이 소재해 있는 토지와 그 건물의 통상적 이용·권리에 필요

²⁷⁸⁾ 대법원 1989.10.24. 선고 88다카12780 판결.

한 주위의 토지를 포함하는 개념이다.²⁷⁹⁾ 위와 같은 대지개념은 전유부분과 대지사용권의 일체화 및 관리대상(법 제23조)인 대지를 명확하게 하기 위하여 필요하다.²⁸⁰⁾

대지의 종류에는, 건물이 존재함에 따라 법률상 당연히 성립하는 대지와 관리규약이나 공정증서에 의하여 비로소 성립하는 대지가 있다. 전자의 경우는 법률에 의해 당연히 건물의 대지로 되기 때문에 법정대지라고 말하며, 후자의 경우에는 관리규약에 의해 비로소 대지로 정해지므로 규약대지라고 한다(법 제2조 제5호, 제4조 제1항).²⁸¹⁾

(2) 대지의 분류

1) 법정대지

법정대지란 전술한 바와 같이 건물이 존재함에 따라 법률상 당연히 성립하는 대지로서 집합건물의 경우에는 전유부분이 속하는, 1동의 건물이 있는 토지를 말한다.²⁸²⁾ 따라서 법정대지는 구분소유자의 의사와는 상관없이 성립되므로 구분소유자가 임의로 법정대지를 배제할 수 없다.

2) 규약대지

지상에 건물이 없기 때문에 법정대지로 되지 않는 토지인 경우에도 통로·주차장·정원·부속건물의 대지 기타 전유부분이 속하는 1동의 건물 및 그 건물이 소재하는 토지와 일체로 관리 또는 사용되는 토지는 공정증서 또는 관리규약에 의해 대지로 정할 수 있다(법 제4조 제1항, 제2항). 이렇게 정해진 대지는 법률의 규정에 따라 성립하는 법정대지와 달리 규약으로 인하여 인정되는 대지라는 의미에서 규약대지라고 한다.²⁸³⁾ 규약대지로 될 수 있는 토지에는 구분

279) 안형율, 전계논문, 103면.

280) 박태신, 전계학위논문, 22면.

281) 水本浩·遠藤浩·丸山英氣 前掲書, 78面.

282) 김준호, 전계논문, 322면.

소유자들이 공동으로 사용하는 테니스장·광장·기타 부속건물의 대지도 포함된다. 용도와 관계없이 건물 또는 법정대지와 일체적으로 관리되고 있으면 충분하고 반드시 법정대지와 인접해 있을 것을 요하지 않는다.²⁸⁴⁾ 즉, 집합건물의 주차공간이 부족하여 집합건물과 이격된 장소에 주차장을 확보해 두는 경우와 같이 서로 인접해 있지 않은 장소에 토지가 위치해도 규약대지의 성립에는 문제가 없다. 다만 현저하게 먼 곳에 위치함으로써 통상적인 관리가 용이하지 않은 경우라면 사실상 규약대지로 할 수 없다고 할 것이다. 따라서 법정대지 이외에 규약으로 대지가 된다고 하는 것은 관리대상의 토지가 된다는 의미를 가진다.²⁸⁵⁾

3) 간주규약대지

집합건물법은 규약대지와 관련하여 본래의 규약대지는 아니지만 일정한 경우에 해당하면 규약대지로 볼 수 있도록 규정하고 있다(법 제4조 제3항). 즉, 여러 동의 집합건물이 소재하고 있던 수 필지의 토지 중 화재나 지진 등으로 집합건물의 일부 동의 멸실한 필지는 더 이상 법정대지가 되지 못한다. 즉, 집합건물 중 일부 동의 멸실로 인하여 당해 필지가 집합건물이 소재하지 않는 토지로 된 때에는, 지상에 건물이 더 이상 존재하지 않으므로 그 토지는 법정대지의 개념이 성립되지 않고 집합건물법에 의해 규약대지로 간주된다. 또한 건물이 소재하는 토지의 일부가 분할에 의하여 건물이 소재하지 않는 토지로 된 경우에도 그 토지는 규약대지로 간주된다(법 제4조 제3항). 이와 같이 규약으로 규정되어 있지는 않지만 규약대지로 간주하는 대지를 간주규약대지라고 한다.²⁸⁶⁾

이에 대해 간주규약대지라는 표현보다는 관리규약대지로 보아야 한다는 견해²⁸⁷⁾가 있으나 법문의 내용상 양자는 분명히 그 개념이 구별되므로 간주규약

283) 안형률, “집합건물 중 대지권등기가 마쳐지지 아니한 전유부분 소유자의 대지사용권 취득 여부”, 「재판실무」 2집, 창원지방법원, 2005.9, 105면.

284) 김준호, 전계논문, 322면.

285) 渡辺晋, 前掲書, 80面.

286) (財)マンション管理センター, 「マンション管理の知識」, 住宅新報社, 2005, 84面; 안갑준, “건물의 구분소유와 그 등기절차1”, 「법무사」 348호, 대한법무사협회, 1996.6, 41면.

대지로 명명하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 간주규약대지는 법정대지에서 분리되는 것이므로 집합건물법에 따라 간주규약대지로 되는 부분에 대해서는 법정대지 폐지절차를 필하여야 할 것이다(법 제29조 제1항).²⁸⁸⁾

제3절 관리규약

1. 관리규약의 의의와 법적 성질

(1) 관리규약의 의의

관리규약이란, 구분소유자들이, 집합건물의 관리를 위한 목적으로, 관련 법령의 범위 내에서, 필요한 사항을, 자주적으로 정해 놓은, 최고의 자치규범이다.²⁸⁹⁾ 즉, 구분소유자들이 집합건물을 유지·보전하고 운영하기 위하여 필요한 사항을 다른 간섭 없이 자율적 상호합의하에 설정해 놓은 고유의 자치적 문서 규범이다.²⁹⁰⁾ 또한 집합건물의 구분소유관계가 성립하면 구분소유자를 구성원으로 하는 관리단이 당연히 설립되므로 관리규약은 ‘관리단의 자치법’이라고도 할 수 있다.²⁹¹⁾

집합건물에 있어 관리규약이 필요한 이유는, 집합건물의 특성에 기인한다고 하겠다. 즉, 다수의 구분소유자들이 거주하는 집합건물에는 단독소유의 건물과는 달리 각 구분소유자 전원이 공동으로 소유하고 사용하는 공용부분 및 그 부지와 부속시설이 필연적으로 존재하므로, 그에 대한 합리적 관리기준과 공동의 이익을 보호하기 위한 질서유지책이 필수적이기 때문이다.

287) 김준호, 전계논문, 323면.

288) (財)マンション管理センター, 前掲書, 84面; 안갑준, 전계논문, 45면.

289) 김영두, 「집합건물법연구」, 진원사, 2008, 117면.

290) 박종두·박세창, 전계서, 340면.

291) 박태신, 전계학위논문, 110면.

(2) 관리규약의 법적 성질

구분소유자의 자치적 의사에 따라 제정된 관리규약의 법적 성질에 관하여는 견해가 다양하다. 즉, 관리규약을 구분소유자들 각자의 의사표시의 합치에 따른 결과물로 보는 견해,²⁹²⁾ 관리규약이 다수의 구분소유자들로 구성된 관리단에서 설정된 점에 비추어 집합건물법상 단체협약에 유사한 것으로 보는 견해,²⁹³⁾ 구분소유자들 상호간 지켜야 할 의무사항을 정해 놓은 것이므로 구분소유자간의 단순한 채권계약으로 보는 계약설,²⁹⁴⁾ 구분소유자들 스스로 지켜야 할 의무는 물론 그들의 권리를 정해 놓은 자치규범으로 보는 견해²⁹⁵⁾ 등이 그것이다.

2. 관리규약의 내용

집합건물법의 해석상 관리규약으로 정할 수 있는 사항에는, 집합건물 입법취지에 부합하는 일반원칙적 사항, 집합건물법으로 인정된 사항 그리고 집합건물법규를 보완하는 등이 있으며 공동주택관리규약의 준칙은 표준적 예시가 될 것이다.

(1) 일반원칙에 관한 사항

집합건물법은 “건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자들 사이의 사항 중 이 법에서 규정하지 아니한 사항은 규약으로써 정할 수 있다”(법 제28조 제1항)고 함으로써 구분소유자들로 하여금 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관하여 관리규약 사항을 임의로 규정할 수 있음을 밝히고 있다. 다만 관리규약을 제정하되 “구분소유자 이외의 자의 권리

292) 谷口知平·於保不二雄·川島武宜·林良平·加藤一郎·幾代通, 「注釋民法 7」, 有斐閣, 2007, 389面.
293) 石田喜久夫, “建物の區分所有等に關する法律案”, 「民商法雜誌」第46卷 第6號, 有斐閣, 1962.9, 62面.
294) 香川保一, “建物の區分所有等を規制”, 「時の法令」第437號, 雅粒社, 1962.9, 29面.
295) 玉田弘毅, “管理規約變更事項”, 「不動產法基礎知識」, 84面, 박종두·박세창, 전개서, 340면에서 재인용.

를 해하지 못한다”(법 제2조 제3항)고 함으로써 관리규약으로 정할 수 있는 사항의 한계를 밝히고 있다.

그러므로 관리규약의 목적·관리단의 명칭·사무소·집회의 출석자격·합의관할에 관한 사항 등 집합건물법의 입법취지상 예정되었다고 할 수 있는 일반원칙적 사항은 관리규약으로서 효력이 인정된다고 할 수 있다. 또한 그 내용이 적법한 범위 내에 있고 구분소유자의 자주적 규칙이라고 생각할 수 있는 경우에도 이를 관리규약으로 정할 수 있을 것이다.²⁹⁶⁾ 다만 이와 같은 규칙에 어떠한 효력이 인정될 것인지의 여부는 법률의 일반원칙에 따른다. 즉, 강행법규에 어긋나는 관리규약의 규정은 효력이 없고 공서양속에 반하는 경우에도 민법 제103조 등에 의해 무효가 된다고 하겠다.

한편, 전유부분의 양도·처분·임대를 제한하는 조항·전유부분을 거주 이외의 목적으로 사용하는 것을 금지하는 등 전유부분의 사용방법 제한에 관한 규정은, 집합건물 전체의 보존·관리의 요청 또는 구분소유자간의 질서유지 요청에 따른 합리적 범위 내에서 원칙적으로 유효하다. 그러나 그것이 합리적 범위를 넘는 경우에는 개별적으로 무효가 되는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 애완동물 사육금지 조항이 문제가 될 수 있다. 사회정서 또는 국민의식 등에 비추어 전면적으로 동물사육을 금지한 관리규약이 과연 상당한 필요성 및 합리성을 가지고 있다고 말할 수 있는지 여부가 거기에 해당할 것이다.²⁹⁷⁾

그러므로 집합건물법상 원래 예정할 수 있었다고 볼 수 있는 사항 및 적법한 사항 그리고 일반원칙에 따른 사항은 유효하여 관리규약의 내용이 된다고 할 것이다.²⁹⁸⁾

(2) 법규로 정한 사항

집합건물법의 관리규약 설정·변경·폐지에 관한 규정(법 제29조)은 모든 관리규약에 필수적으로 포함되어야 할 강행규정이다. 이처럼 관리규약에는 집합건

296) 渡辺晋, 前掲書, 175-178面.

297) 박태신, 전계학위논문, 114면.

298) 渡辺晋, 前掲書, 154面.

물법의 강행규정들이 그대로 내용을 이루는 경우가 많다고 볼 수 있다. 그밖에 집합건물법이 관리규약으로 정하는 것을 개별적으로 명문화하고 있는 사항에는 규약상공용부분(법 제3조 제2항)·규약상대지(법 제4조 제1항)·공용부분의 지분귀속 등(법 제10조 제2항 단서)·일부공용부분의 관리(법 제14조)·공용부분의 관리(법 제16조 제2항)·공용부분의 부담과 수익의 취득비율(법 제17조)·전유부분과 대지사용권의 일체성(법 제20조 제2항)·전유부분의 처분에 따른 대지사용권의 예외적 비율(법 제20조 제4항)·관리인의 권한과 의무(법 제25조 제4호)·관리단의 채무에 대한 구분소유자의 예외적 책임비율(법 제27조 제1항)·일부공용부분의 관리규약(법 제30조 제2항)·관리규약을 보관할 구분소유자 또는 대리인의 결정(법 제30조 제2항)·관리인이 없는 경우 관리단집회소집의 정족수(법 제33조 제4항)·집회소집의 통지기간에 대한 예외(법 제34조 제1항)·집회소집통지방법의 예외(법 제34조 제4항)·결의사항 제한의 예외(법 제36조 제2항)·구분소유자의 의결권(법 제37조 제1항)·집회의 의결정족수(법 제38조 제1항)·집회의 의장자격에 관한 예외(법 제39조 제1항)·건물이 일부 멸실한 경우의 복구(법 제50조 제3항) 등이 있다.

참고로, 주택법에 따라 제정된 공동주택관리규약의 준칙은 법규의 내용을 근간으로 하고 있어 집합건물관리규약의 설정에 표본이 될 수 있다. 주택법은 일정한 규모 이상의 공동주택에 대하여 관리규약의 설정을 의무화 하고 있기 때문에 이러한 공동주택의 입주자와 사용자는 시·도지사가 정한 공동주택관리규약의 준칙(이하 ‘관리규약준칙’이라 한다)을 참조하여 반드시 관리규약을 제정하여야 한다(주택법 제44조 제2항). 관리규약준칙은 시·도지사가 의무적으로 작성하며 관리규약준칙의 내용에는 주택법 제44조 제1항 및 동법 시행령 제57조제1항·제4항에 따라 공동주택의 입주자와 사용자 외의 자의 기본적인 권리를 해하는 사항이 포함되지 않는 범위 내에서 입주자 등의 권리 및 의무, 입주자대표회의의 구성·운영과 그 구성원의 의무 및 책임, 일정한 행위에 대한 관리주체의 동의기준 등²⁹⁹⁾ 일정한 사항이 반드시 포함되어야 한다.

299) 주택법 제42조 제2항 제3호에 따른 국토해양부령으로 정하는 경미한 행위로서 주택내부의 구조물과 설비를 증설하거나 제거하는 행위, 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제10조 제1항에 위배되지 아니하는 범위에서 공용부분에 물건을 적재하여 통행·피난 및 소방을 방해하는 행위, 공동주택에 광고물·표지물 또는 표지를 부착하는 행위, 가축(장애인 보조견을 제외한다)을 사

이처럼 주택법은 관리규약으로 반드시 정하여야 할 사항을 구체적으로 명시하고 있지만, 그 내용이 공동주택만을 대상으로 하고 있기 때문에 비공동주택인 집합건물에도 적용할 수 있는 표준적인 관리규약이 필요하다. 2011년 8월 10일에 입법예고된 집합건물법 개정안의 표준관리규약은 이와 같은 배경에 터잡아 마련된 것으로 보인다.

(3) 법규의 보완사항

집합건물법에 규정되어 있지는 않지만 건물의 관리·사용에 관한 사항과 대지의 관리·사용에 관한 사항 및 부속시설의 관리·사용에 관한 사항인 경우 구분소유자들이 관리규약을 임의로 제정할 수 있는 사항의 예로는, 전유부분의 범위·전용주차장의 지정과 사용규정·주민편의시설의 확보와 사용기준 등 법규의 보완을 위하여 필요한 사항 등을 들 수 있다. 또한 집회의 결의로 관리규약의 세부적 사항 등을 사용세칙의 형태로 만들어 사용할 수도 있다.³⁰⁰⁾

3. 관리규약의 효력범위

(1) 구분소유자

관리규약은 구분소유자들의 합의에 따라 만들어진 규범이기 때문에 당연히 그 효력은 구분소유자 전원에게 미친다. 비록 구분소유자 전원이 찬성을 하지 않았다고 하더라도 집합건물법에서 정한 의결정족수에 따라 관리규약이 설정·변경·폐지된 경우에는, 모든 구분소유자들에게 관리규약의 효력이 미치는 것은 물론이다(법 제29조 전단). 다만 관리규약의 설정·변경·폐지가 일부의 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때에는 그 구분소유자의 승낙을 얻어야 한다(법 제29조 후단).

육하거나 방충시설 등을 사용함으로써 공동주거생활에 피해를 미치는 행위, 공동주택의 발코니 난간 또는 외벽에 돌출물을 설치하는 행위, 전기실·기계실·정화조시설 등에 출입하는 행위에 대한 동의기준을 말한다.

300) 渡辺晋, 前掲書, 163面.

(2) 특별승계인

구분소유자의 합의로 만들어진 관리규약은 특별승계인에게도 효력이 미친다 (법 제42조 제1항). 관례의 경우도 집합건물법 제42조 제1항의 규정에 따라 집합건물을 구분소유하게 된 이후에는 그 승계인 또한 관리규약에 따른 권리, 의무를 갖는다고 한다.³⁰¹⁾ 즉, 구분소유자가 구분소유권을 매도 등의 사유로 새로운 구분소유자에게 양도하거나 상속하였을 경우, 새로운 구분소유자는 비록 관리규약에 동의를 하지 않았다 할지라도, 관리규약의 효력은 그 새로운 구분소유자인 특별승계인에게도 미친다.

이와 관련하여 대법원은, 집합건물인 상가건물이 분양계약이나 관리규약으로 입점 점포의 업종을 제한하는 조항을 두었을 때 이 조항의 효력이 특별승계인에게 미치는가에 대하여, “분양계약서 또는 집합건물법 제28조의 관리단규약 등에서 업종제한 조항을 두는 경우에 어떠한 범위의 업종변경을 제한할 것인가, 업종변경을 절대적으로 금지할 것인가 아니면 일정한 범위에서 변경을 허용할 것인가는 사적자치의 원칙에 따라 당사자가 자유로이 정할 수 있는 것이고, 업종변경의 허부, 범위 및 절차 등은 분양계약서 또는 관리단규약 등의 합리적 해석을 통하여 판단하여야 할 것이나, 이 경우에도 분양회사가 수분양자에게 특정 영업을 정하여 분양하거나 구분소유자들 사이에서 각 구분소유의 대상인 점포에서 영위할 영업의 종류를 정하는 것은 기본적으로 수분양자 또는 구분소유자에게 그 업종을 독점적으로 운영하도록 보장하는 의미가 내포되어 있다고 할 것이므로, 이 경우 소유권을 분양받은 수분양자들이나 구분소유자들의 독점적 지위는 수분양자들이나 구분소유자들 스스로의 합의가 아닌 임차인 등의 제3자 사이의 합의에 기하여 변경될 수는 없다”고 판시함으로써 집합건물인 상가의 분양계약이나 관리단규약으로 정한 점포의 업종제한 조항은 특별승계인에게도 효력이 미치는 것으로 보고 있다.³⁰²⁾

비록 새롭게 구분소유권을 취득한 구분소유자의 입장에서는 이미 만들어진

301) 서울고등법원 2003.12.12. 선고 2003나12498(본소), 2003나12504(반소) 판결.

302) 대법원 2005.11.10. 선고 2003다45496 판결.

관리규약의 내용에 불만이 있다고 하더라도 이를 수용하는 것이 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면 구분소유권을 취득하기 전에 이전의 구분소유자 등을 통하여 관리규약의 내용을 충분히 지득할 수 있었기 때문이다. 일본의 경우에는 관리비의 범주에 들어가지 않는 주차장사용료 등의 부담에 대해서도 특별승계인에게 승계되도록 하는 내용의 관리규약이 증가하는 경향을 보이고 있다.³⁰³⁾

(3) 점유자 및 제3자

관리규약은 당해 집합건물의 구분소유자 외 점유자에 대해서도 그 효력이 미친다. 본래 관리규약은 구분소유자간의 합의사항이기 때문에 구분소유자가 아닌 점유자에게는 효력이 미치지 않는 것이 원칙이라고 할 수 있다. 그러나 관리규약의 설정목적이 소유권에 관한 사항의 규정보다 건물과 대지 또는 부속 시설의 관리나 사용에 있고(법 제28조 제1항) 점유자인 사용자도 관리규약을 정할 권리·의무가 부여(주택법 제44조 제2항)되어 있으므로 당연히 관리규약의 효력은 점유자에게도 미친다.

다만 관리규약의 효력은, 구분소유자 및 점유자 이외의 제3자에게는 미치지 않는다고 할 수 있다. 그것은, 집합건물법에서 관리규약의 설정을 함에 있어 구분소유자 이외의 제3자의 권리를 해할 수 없음을 명시하고 있기 때문이다(법 제28조 제3항).

4. 관리규약의 설정·변경·폐지

관리규약은 관리단집회의 결의로 설정이나 변경 또는 폐지를 할 수 있다. 즉, 관리단이 설립되어야만 관리규약을 설정할 수 있으며 추후에 변경이나 폐지를 할 수 있는 것이다. 따라서 신축 후 분양이 전혀 되지 아니하고 그 전부가 신축한 자의 소유로 남아 있는 공동주택의 경우에는, 집합건물법상 규약에 상당하다고 인정되는 공정증서가 마련되어 있지 않은 한, 관리규약은, 구분소유의

303) 日本マンション學會法律實務研究會, 「マンション紛争の上手な對處法」, 民事法研究會, 2002, 177面.

대상이 될 수 있는 건물이 신축된 후 최초의 분양이 이루어지고 관리단이 설립되어야만 비로소 그 관리단집회의 결의에 따라 설정할 수 있는 것이므로, 아직 하나도 분양이 되지 않고 그 전부가 이를 신축한 자의 소유로 남아 있는 공동주택의 경우에는 규약의 설정조차 상정할 수 없게 된다.³⁰⁴⁾ 그 이유는, 관리규약의 경우, 구분소유관계의 성립으로 당연설립 되는 관리단에서 집회를 통하여 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 찬성을 얻어야만 설정하거나 변경 또는 폐지를 할 수 있음에도(법 제29조 제1항), 집합건물의 분양이 전혀 이루어지지 않고 신축한 자의 소유로 남아 있게 됨으로써, 관리단의 설립조건인 구분소유관계를 성립시킬 수 없기 때문이다.

5. 관리규약의 보관·열람

관리규약의 보관은 관리인 또는 구분소유자나 그 대리인으로서 건물을 사용하고 있는 자 중 1인이 하여야 한다(법 제30조 제1항). 이 경우 관리인은 당연히 관리규약을 보관하여야 할 권리와 의무를 갖는다. 그러나 구분소유자나 그 대리인은 규약에 다른 규정이 없을 경우 관리단집회의 결의가 있어야만 관리규약을 보관할 자로 지정된다(법 제30조 제2항). 한편, 집합건물의 관리와 관련된 이해관계인은 규약을 보관하는 자에게 규약의 열람을 청구하거나 자기 비용으로 등본의 발급을 청구할 수 있다(법 제30조 제3항). 이때의 이해관계인에는 주로 구분소유자들이 이에 해당한다고 할 수 있겠으나 구분소유권을 취득하고자 하는 특별승계인·관리규약의 효력이 미치는 전유부분의 점유자·점유예정자·관리단과 거래관계에 있는 자 등도 포함된다고 할 수 있다.³⁰⁵⁾

집합건물법은 관리규약의 보관장소에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않지만 관리사무소 등 이해관계인이 열람하기 쉬운 장소에 보관하여야 할 것이다. 또한, 관리규약을 보관할 의무가 있는 자가, 그 보관의무를 게을리 하였을 때에는 100만원 이하의 과태료 부과처분을 받게 되고, 관리규약을 보관하는 자가, 정당한 사유 없이 이해관계인의 관리규약 열람이나 등본의 교부청구를 거부한

304) 대법원 1995.5.26. 선고 95누1156 판결.

305) 박태신, 전계학위논문, 120면.

경우에도 100만원 이하의 과태료 부과처분을 받게 된다(법 제66조 제2항 제2호, 제3호).

6. 운영규정

관리단 또는 입주자대표회의는 관리규약에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 규정을 제정할 수 있다(주택법시행령 제51조 제1항 1의2). 이러한 규정에는 회계처리 규정·인사규정·문서규정 등 사무처리에 관한 유형과 주차장 운영규정·주민공동시설 이용규정·애완동물사육규정·어린이놀이터 사용규정·승강기사용규정 등 구분소유자들이 준수해야 할 유형이 있다. 이와 같은 운영규정들은 관리규약의 위임을 받거나 그 시행에 관한 것이기 때문에 당연히 관리규약과 같은 효력을 갖게 된다. 다만 운영규정을 정함에 있어서는 관리규약의 제정취지에 부합되도록 해야 함은 물론 규정 상호간에 모순이 없도록 하여야 한다. 또한 각 규정 상호간 적용의 우선순위가 문제될 경우에는, 명시적 규정이 있으면 그에 의하되 없을 경우에는 관계법령 및 관리규약 등의 합리적 해석을 통하여 최상위규정에 있는 조항이 우선되도록 하여야 함은 물론이다.³⁰⁶⁾

7. 관리규약 위반자에 대한 제재조치

(1) 제재조치의 필요성

관리규약은 구분소유자들이 집합건물을 유지·보전하고 원활하게 운영하기 위하여 필요한 사항을 상호 합의하에 만들어 놓은 자치적 규범이므로, 구분소유자들은 관리규약의 성실한 준수를 통하여 상호간의 권익보호와 집합건물에서의 쾌적한 삶을 유지할 수 있다. 따라서 구분소유자가 관리규약을 위반하는 등 공동의 이익을 해하게 되면 쾌적한 삶은 위협을 받게 되므로 이를 방지하기 위해서는 실효성 있는 적절한 제재조치가 필요하다.

³⁰⁶⁾ Sans Souci v. Division of Fla. Land Sales and Condominiums, 421 So. 2d 623(Fla. 1st DCA 1975).

(2) 제재조치의 유형

집합건물법에는 관리규약의 위반행위에 대한 조치에 관하여 명시적 규정을 두지 않고 있다. 또한 관리규약은 통일된 법규가 아니므로 관리규약 위반자에 대한 제재의 유형 역시 일의적이지 않다. 다만 각 시·도 표준관리규약에 공통적으로 등장하고 있는 제재조치로는, 1차적으로 시정권고 또는 경고문 부착, 2차는 일정액 범위에서의 위반금 부과 3차는 위반금을 체납하는 경우 관리비 등 체납자에 대한 조치규정의 준용 등이 있으며³⁰⁷⁾ 이러한 제재규정 외에 집합건물법 제43조의 행위의 정지청구, 동법 제44조의 사용금지의 청구, 동법 제45조의 경매청구 등의 제재가 가해질 수 있다. 물론 집합건물법 제43조 내지 제45조의 각 규정에 의한 제재조치는 관리규약 위반에 따른 효과가 아니라 법률의 규정에 의한 것이므로 관리규약 위반에 대한 직접적인 제재규정은 아니라 하겠으나 관리규약 자체가 공동의 이익을 위하여 제정된 것이므로 구분소유자의 권익을 해하고 공동의 이익에 위반되는 행위를 범하는 자에 대한 제재는 당연히 가능하다고 해야 할 것이다³⁰⁸⁾. 다만 집합건물법이 구분소유자 집단의 단체성을 명확히 하고 관리인의 소송수행권을 인정하는 등 전체적으로 단체자치를 중시하고 있는 점을 고려하면 구분소유자가 관리규약에 따라 부담하는 의무는 단체에 대한 의무이고, 따라서 이에 대응하는 권리 또한 단체에 귀속하므로 구분소유자 개인이 아닌 단체가 이를 행사할 수 있다고 보아야 한다.³⁰⁹⁾

1) 행위의 정지청구

307) 서울특별시공동주택관리규약준칙 (제76조) ① 관리주체는 입주자 등이 이 규약을 위반하여 공동생활의 질서를 문란하게 한 자가 있는 때에는 다음 각 호에 따라 조치할 수 있다. 1. 1차 : 시정권고 또는 경고문 부착 2. 2차 : ○○만원 이하의 범위에서 위반금 부과 3. 3차 : 위반금을 체납하는 경우 제77조(관리비 등 체납자에 대한 조치)규정을 준용한다. ② 관리주체는 제1항 제2호에 따른 조치를 하기 전에 입주자 등에게 서면으로 의견진술기회를 주어야 하며, 의견을 제출하지 아니한 자는 이견이 없는 것으로 본다. ③ 제1항 제2호에 따른 위반금의 부과기준은 입주자 대표회의에서 의결하고 그 수입은 잡수입으로 회계처리 한다. ④ 관리주체는 관리주체의 동의 사항을 위반한 자에 대하여 원상복구 등의 시정을 요구하거나 필요한 조치를 할 수 있다.

308) 박경량, “공동주택입주자의 관리의무”, 「법과사회」 제21호, 법과사회이론연구회, 2001, 273면.

309) 丸山英氣, 前掲書, 262面.

구분소유자가 건물의 보존에 해로운 행위 기타 건물의 관리 및 사용에 관하여 구분소유자의 공동의 이익에 반하는 행위를 하여 집합건물법 제5조 제1항³¹⁰⁾의 규정을 위반한 경우 또는 그 행위를 할 염려가 있는 경우에는, 관리인 또는 관리단집회의 결의에 의하여 지정된 구분소유자는 구분소유자의 공동의 이익을 위하여 그 행위를 정지하거나 그 행위의 결과를 제거 또는 그 행위의 예방에 필요한 조치를 취할 것을 청구할 수 있다(법 제43조 제1항).

이 청구권은 단체법상의 권리로서 공동의 이익을 해하는 ‘행위의 결과를 제거’하거나 또는 그 ‘행위의 예방에 필요한 조치’에 대한 청구를 내용으로 한다. 이 행위정지청구권의 행사는 재판상 또는 재판외로도 행사가 가능하다. 재판상 청구하는 경우에는 지정된 구분소유자가 구분소유자 전원을 위하여 제소하되 반드시 관리단집회의 결의가 있어야 한다(법 제43조 제1항). 재판외의 방법으로 행위정지청구권을 행사하는 경우에도 관리단집회의 결의가 필요하나 관리인도 청구권을 행사할 수 있다.³¹¹⁾

관리단집회의 결의는 구분소유자 및 의결권의 각 과반수로써 결정된다(법 제38조). 의결정족수가 다른 의무위반에 대한 조치³¹²⁾와 달리 상대적으로 가벼운 것은 실제로 공동의 이익에 반하는 행위를 하는 것 외에 공동의 이익에 반할 ‘염려’정도를 규제함에 있어서는 보통의 의결정족수로도 족하다는 사고에서 비롯된 것으로 보여진다. 이에 대해 행위정지청구에 보통의 의결정족수로도 충분한 것은 공동의 이익에 반하는 행위의 금지가 통상의 관리에 속하는 사항이기 때문이라는 의견도 있다.³¹³⁾

2) 사용금지의 청구

310) 집합건물법 제5조(구분소유자의 권리·의무 등) ① 구분소유자는 건물의 보존에 해로운 행위나 그 밖에 건물의 관리 및 사용에 관하여 구분소유자 공동의 이익에 어긋나는 행위를 하여서는 아니 된다.

311) 김용한, “구분소유자의 의무위반”, 「고시계」 제29권 제9호, 1984, 110면.

312) 사용금지의 청구에 관한 결의는 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 다수에 의하여 결정한다(법 제44조 제2항). 구분소유권 경매의 청구도 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 다수에 의한 관리단집회결의가 있어야 한다(법 제45조 제2항).

313) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 前掲書, 273면.

구분소유자가 공동의 이익에 대한 위반행위를 함으로써 공동생활의 장애가 현저하여 정지청구만으로는 그 장애를 제거하더라도 공용부분의 이용의 확보나 구분소유자의 공동생활의 유지를 도모함이 심히 곤란한 때에는 관리인 또는 관리단집회의 결의에 기하여 소로써 상당한 기간 당해 구분소유자에 의한 전유부분의 사용금지를 청구할 수 있다(법 제44조 제1항).

행위정지의 청구제도가 있음에도 사용금지의 청구제도를 두고 있는 이유는, 의무위반자에 대한 정지청구만으로는 공동생활에 현저한 장애를 주는 공동의 이익 위반행위를 방지하기 곤란한 경우가 있고,³¹⁴⁾ 행위정지판결을 받은 구분소유자가 그 정지판결에 따르지 않거나 정지판결 자체가 실효를 기하기 어려운 경우가 있을 수 있기 때문이다.³¹⁵⁾ 예컨대, 다른 구분소유자에게 생활상 피해를 주는 소음 및 진동을 금지하도록 판결을 받은 구분소유자가 그 판결에 따르지 않고 계속적으로 소음 및 진동을 발하거나, 공용부분인 계단이나 복도의 일정부분을 무단점용하는 행위를 정지하라는 판결을 받고 그에 따른 강제집행까지 당하고서도 또 다시 무단점용 행위를 반복하는 경우가 그것이다. 이처럼 판결을 받고서도 공동이익 위반행위를 반복하는 구분소유자에 대하여 그때마다 또 다시 일일이 행위정지를 청구한다는 것은 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 그러므로 공동이익 위반행위를 반복하는 구분소유자를 규제하기 위해서는 전유부분을 아예 사용하지 못하도록 강제적 퇴거 등의 강도 높은 조치가 필요한 것이다.³¹⁶⁾

그런데 사용금지청구의 내용을 보면, ‘상당한 기간의 사용금지’로 되어 있다. 즉, 지속적인 사용금지가 아니라 공동이익 위반행위가 해소되기에 충분한 일정한 기간 동안만 전유부분의 사용을 금지한다는 것으로 해석된다. ‘상당한 기간’의 여부는 법원에서 결정할 사안이나 성질상 길어도 수년 정도에 한정되는 것으로 이해되며 ‘상당한 기간’이 경과하여 당해 구분소유자의 사용금지처분이 해제된다면 이전과 동일한 구분소유권의 행사가 가능할 것이다.³¹⁷⁾

사용금지청구는 소로써만 할 수 있으며, 관리인이나 관리단집회의 결의에 의

314) 丸山英氣, 前掲書, 262面.

315) 김용한, 전계논문, 111면.

316) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 前掲書, 278面.

317) 박종두·박세창, 전계서, 129면.

하여 지정된 구분소유자만이 소송을 담당할 수 있다(법 제43조, 제44조 제1항, 제2항). 다만 관리단집회에서 사용금지에 관한 결의를 하기 위해서는 미리 당해 구분소유자에게 변명의 기회를 주어야 한다(법 제44조 제3항).

3) 구분소유권의 경매청구

구분소유자가 건물의 보존에 해로운 행위 기타 건물의 관리 및 사용에 관하여 구분소유자의 공동의 이익에 반하는 행위를 함으로써 집합건물법 제5조 제1항의 규정을 위반하거나 규약에 정한 의무에 현저히 위반한 결과 공동생활의 유지가 심히 곤란하게 된 때에는, 관리인 또는 관리인집회의 결의에 의하여 지정된 구분소유자는 당해 구분소유자의 전유부분 및 대지사용권의 경매를 명할 것을 법원에 청구할 수 있다(법 제45조 제1항).

본 조항은 집합건물법 제43조와 제44조에서 규정하고 있는 공동이익 위반행위자에 대하여 행위정지청구, 사용금지청구를 하는 것에 더하여, 그 구분소유권의 경매를 청구할 수 있도록 하고 있다. 제재의 강도를 놓고 본다면 행위금지청구보다는 사용금지의 청구가, 사용금지청구 보다는 경매청구가 강력하다고 할 수 있다. 그러나 이것은 공동이익 위반행위자에 대한 순차적 제재조치를 의미하는 것은 아닌 것으로 해석된다. 즉, 집합건물법 제45조의 경매청구는 처음부터 공동이익 위반행위자인 구분소유자의 구분소유권을 강제적으로 박탈할 수 있음을 그 내용으로 하고 있기 때문이다. 그러나 집합건물법 제45조의 규정을 근거로 행위정지청구, 사용금지청구를 거치지 않고 처음부터 가장 강력한 제재수단인 경매청구를 행사하는 것은 너무 가혹하다고 볼 수 있다.

일반적으로 구분소유자가 갖는 구분소유권을 강제로 박탈시키는 것은 당해 구분소유자에게 있어서 감내하기 힘든 처사라고 하지 않을 수 없을 것이므로, 비록 법률적으로 순서가 정해진 것은 아니지만 행위정지청구, 사용금지청구를 해 보았음에도 불구하고 개선의 여지가 전혀 없어 공동생활의 원활한 유지가 이루어지기 어렵다고 판단되는 경우에 한하여, 최후수단으로 구분소유권의 경매를 인정하는 것이 합당하다고 본다. 다만 사전에, 행위정지청구, 사용금지청구를 시도해 본다고 하더라도 사회통념상, 경험칙상 행위의 정지와 사용금지로

는 도저히 공동생활의 원활한 유지가 어렵다는 객관적 판단이 설 경우에는, 그러한 순서를 지킬 필요 없이 곧바로 구분소유권의 경매를 청구할 수 있을 것이다.³¹⁸⁾ 이와 관련하여 일본에서는, 공동주택의 전유부분이 폭력단사무소로 이용됨으로써 외부의 폭력단 관계자가 자주 출입하고 폭력단조직의 회합이 정기적으로 열릴 뿐만 아니라, 당해 공동주택에서 다른 폭력단과의 난투 등을 벌인 사건에 대하여 선행적인 다른 제재수단 없이 구분소유권의 경매청구를 인정한 판례가 있다.³¹⁹⁾

경매청구의 방법과 절차에 관하여는 사용금지의 청구와 동일하다. 다만 6월의 제소기간을 됴으로써 법률관계의 조속한 안정을 도모하고 있다. 그러므로 경매청구에 따라 경매를 명한 재판이 확정된 때에는 그 청구를 한 자는 재판 확정일로부터 6월 이내에 경매를 신청하여야 하며 그 기간이 경과하면 구분소유권의 경매신청을 할 수 없게 된다(법 제45조 제4항 단서). 그리고 제도의 취지상 문제가 된 당해 구분소유자는 경락인이 될 수 없다(법 제45조 제5항).³²⁰⁾

제4절 관리비

1. 관리비의 의의와 종류 등

(1) 관리비의 의의

관리의 개념을 물건에 대한 보존·이용·개량이라고 할 때 공동주택 등 공동주택의 관리비란 해당 건물의 물리적 형태, 기능을 유지하고 그것을 보존·이용·개량하는 데에 소요되는 비용이라고 할 수 있다. 이러한 공동주택의 관리비는 통상적으로 공용부분의 관리에 소요되는 비용으로 인식된다. 그러나 공동주택

318) 강혁신, 전계논문, 13면.

319) 札幌地方裁判所 1986.2.18. 判決.

320) 박종두·박세창, 전계서, 130면.

은 물리적 일체성이라는 특성을 가지고 있기 때문에 공동주택을 유지하고 보존·이용·개량하기 위해서는 공용부분 외에 전유부분도 함께 고려하지 않으면 안된다. 따라서 공동주택의 관리비를 논하기 위해서는 공용부분은 물론 개별구분소유자의 전유부분에 대한 사용료까지를 염두에 두어야 할 것이다.

관리비의 개념에 관하여 집합건물법은 구체적인 규정을 두지 않고 있지만 주택법은 관리비 및 전유부분의 개별사용료에 대해 ‘관리비 등’에 대한 조항을 두어 규정하고 있다(주택법 제45조 제1항, 동법시행령 제58조). 즉, 주택법은 제45조 제1항에서, 공동주택의 입주자 및 사용자는 당해 공동주택의 유지·관리를 위하여 필요한 관리비를 관리주체에 납부하여야 한다고 규정하고, 주택법시행령에서는 주택법 제45조의 규정에 의한 관리비에 해당하는 비목을 상세하게 분류하고 있다(동법시행령 제58조 제1항 및 별표5). 그 비목은, 일반관리비, 청소비, 경비비, 소독비, 승강기유지비, 지능형 홈네트워크 설비유지비(지능형 홈네트워크 설비가 설치된 경우만 해당한다), 난방비, 급탕비, 수선유지비(냉·난방시설의 청소비를 포함한다), 위탁관리수수료 등이 그것이다. 그밖에 관리비항목과 구별하여 징수하는 비용으로서 장기수선충당금, 제62조 제4항 단서에 따른 안전진단 실시비용 등이 있다(동법시행령 제58조 제2항).

한편, 주택법은 위의 관리비 비목에 대한 부과내역을 공동주택관리정보시스템에 의하여 공개하도록 규정(동법 제45조 제4항, 동법시행령 제56조)하고 있다. 집합건물법도 구분소유자들의 권익보호를 위하여, 구분소유자가 납부한 관리비가 어떤 근거로 징수되고, 또한 어떻게 쓰여졌는지, 관리단으로 하여금 관리비 부과내역을 투명하게 공개하도록 해야 할 것이다.³²¹⁾

(2) 공용부분관리비와 전유부분관리비

판례는 관리비를 공용부분관리비와 전유부분관리비로 구분하고 있다.³²²⁾ 그러나 공동주택 등 집합건물은 이용상·구조상 독립된 공간마다 구분소유권의 객체가 인정되지만 물리적으로는 일체성을 이루고 있어서 공동비용 성격인 집

321) 김영두, 전계논문, 80면.

322) 대법원 2001.9.20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결.

합건물의 관리비를 공용·전유로 구분 짓기가 쉽지 않다. 판례도 공동비용 성격의 관리비를 염두에 두고 공용·전유로 구분한 것은 아닌 것으로 보인다. 따라서 판례상 공용부분관리비는 주택법시행령 제58조 제1항에서 규정한 관리비를 의미하고, 전유부분관리비는 전유부분에서 발생한 개별사용료를 의미한다고 할 것이다. 판례상 전유부분관리비로 분류되는 전유부분의 개별사용료에는, 관리주체가 징수를 대행하는 전유부분전기료·전유부분수도료·전유부분가스사용료·지역난방 방식인 공동주택의 전유부분난방비와 급탕비가 있고 공동사용료로서는, 공동전기료·공동수도료·공동가스료·정화조오물수수료·생활폐기물수수료·공동주택단지안의 건물 전체를 대상으로 하는 보험료·입주자대표회의운영비·선거관리위원회운영경비 등이 있다(주택법시행령 제58조).

(3) 관리비의 부담기준

공용부분의 관리비는 규약에 달리 정함이 없는 한 각 공유자가 갖는 지분의 비율에 따라 부담한다(법 제17조). 여기서 ‘각 공유자가 갖는 지분의 비율’은 각 공유자가 갖는 전유부분의 면적의 비율을 의미한다(법 제12조 제1항). 즉, 집합건물법은 구분소유자가 공용부분의 관리에 대하여 부담하는 비용의 산정기준을 각 구분소유자가 전유부분의 면적 비율에 따라 갖는 공유지분에 의하도록 규정하고 있다.

2. 관리비와 구별되는 비목

(1) 사용료

주택법은 관리비와 사용료(이하 ‘관리비 등’이라 한다)를 구별하고 있다. 주택법에서 규정하고 있는 사용료에는 전유부분인 개별세대의 사용료³²³⁾와 입주자 등이 공용부분 등에 대하여 공동으로 부담하는 사용료가 있다(주택법시행령 제

323) 관리주체가 징수를 대행하는 세대별 전기료·수도료·가스료·지역난방 방식인 공동주택의 난방비와 급탕비 등을 말한다.

58조 제3항). 이러한 사용료는 원칙적으로 전유부분의 것과 공용부분의 것을 따로 구분하여 별도의 고지서로 부과하여야 한다. 그러나 대규모 공동주택 등의 경우에는 개별세대에서 전기·수도·가스를 공급자로부터 직접 공급받지 않고 공동주택 내에 설치된 전기실 등 공용시설을 거쳐서 받게 된다. 이 경우 공동주택의 관리주체는 공급자와 일대 일의 관계로 공급계약 등을 체결하고 공급중계 및 대금의 징수 등을 대행한다.³²⁴⁾ 따라서 관리주체는 계약에 따라 정해진 기일에 공동주택 전체의 사용료를 일괄적으로 지급하고 입주자 등에게는 후 수금의 형식을 취하게 된다.³²⁵⁾ 이때 입주자 등에게 부과하는 사용료는 관리비와 함께 한 장의 고지서로 징수하는 것이 보통이다.³²⁶⁾

한편, 공용부분의 사용료와 유사한 것으로서 주차장전용사용료가 있다. 본래 주차장은 공용의 주차장으로서 특정의 구분소유자가 독점할 수 없다. 그런데 이러한 주차장을 특정의 구분소유자가 전용으로 사용할 경우에는 규약으로 전용사용료를 받을 수 있다. 이러한 주차장전용사용료는 대차관계를 통하여 구분소유자이외의 자에게서도 받을 수 있을 것이다. 그러나 이러한 주차장전용사용료는 공용부분사용료의 일반적인 모습은 아니고 특정목적용을 가지고 특정인을 상대로 하여 이루어진 채권계약의 결과물이라고 할 수 있으므로 이를 관리규약으로 정하였다고 하더라도 그것은 속인적 권리의 한 형태일 뿐 본래 의미의 사용료는 아니라고 한다.³²⁷⁾ 그러나 특정의 공용부분 등에 대하여 이를 임대하기로 공유자간 유효한 합의가 존재한다면 주차장전용사용료를 받는 행위도 기본적으로는 집합건물법 제16조의 공용부분관리에 해당한다고 보아 주차장전용사용료 또한 공용부분사용료로 이해할 수 있다는 견해가 있다.³²⁸⁾

그 밖의 사용료로서는 인양기³²⁹⁾ 등의 공용시설물을 개별적으로 사용한 경우

324) 도시가스의 경우에는 파이프라인을 통하여 가스공급자로부터 직접 개별세대까지 가스를 공급할 수 있는 체계를 갖추고 있으나 LPG 집단공급방식은 액화된 석유가스를 탱크로리 차량 등을 이용하여 공동주택 내 저장탱크로 충전한 후 이를 다시 공동주택내부에 설치된 가스관을 통하여 각 세대로 공급하게 된다.

325) 그 결과 사용료를 체납한 입주자 등에 대하여 다른 입주자 등은 채권(구상권)을 갖게 된다. 이 문제는 후술하는 체납관리비의 특정승계부분에서 다루기로 한다.

326) 이러한 통합고지체제로 인하여 관리비와 사용료를 통틀어 ‘관리비’로 명명하는 경우가 많다.

327) 高層住宅管理業協會, 「問答式マンション管理實務の受引」, 大成出版社, 2001, 545면.

328) 日本マソソ學會法律實務研究會, 前掲書, 197면.

329) 곤돌라(gondola)라고도 하며 와이어로프를 활용한 권상(卷上)기계로써 건물옥상에 설치하여 이삿짐 등 화물운반에 이용된다.

그 개별사용자가 부담하는 시설사용료 등이 있다(주택법시행령 제58조 제3항~제5항).

(2) 장기수선충당금

장기수선충당금은 건물의 노후화에 대비하여 공용부분을 보수·유지하는데 필요한 공사(비교적 다액이 소요되는 공용부분의 수선공사)를 실시하기 위하여 수립한 장기수선계획³³⁰⁾의 집행재원으로 관리비용과는 별도의 회계에 따라 의무적으로 적립해야 하는 주택법상의 법정충당금이다(주택법 제51조 제1항).³³¹⁾ 따라서 장기수선충당금은 사용자부담원칙과 수익자부담원칙에 철저한 단기적 성격의 관리비와는 다른 성질을 가지고 있기 때문에 관리비와는 구별하여 징수하여야 한다. 즉, 장기수선충당금은 짧게는 3년, 길게는 50년까지를 염두에 두고 세워진 장기수선계획에 따라 산정되고 징수되는 비용으로써 넓게 보면 관리비에 속한다고 할 수 있으나 계획기간의 장기성으로 인해 통상적인 관리비와는 다르게 취급할 필요가 있는 것이다. 그 결과 임차인 등의 경우 관리비는 납부할 의무를 부담하지만 장기수선충당금은 납부할 의무가 없다(주택법 제51조 제1항). 장기수선충당금을 의무적으로 적립하도록 한 것은, 시간의 경과로 점차 노후화되어가는 건물을 적기에 보수하기 위해서는 일정한 자금이

330) 장기수선계획은 건물의 급속한 노후화를 방지하고 공용부분이 갖는 본래의 기능을 유지하도록 하기 위하여 관리주체 등이 의무적으로 수립해야 하는 연차별수선계획으로서 최단 3년 단위에 서부터 최장 50년 단위에 걸친 장기계획이다. 장기수선계획을 수립하여야 하는 대상 공동주택은 300세대 이상의 공동주택, 승강기가 설치된 공동주택, 중앙집중식 난방방식의 공동주택이며, 장기수선계획의 수립기준은 국토해양부령이 정하는 바에 따른다(주택법 시행령 제63조 제2항). 장기수선계획은 입주자대표회의와 관리주체가 3년마다 조정하되, 주요시설을 신설하는 등 관리여건상 필요하여 전체 입주자 과반수의 서면동의를 얻은 경우에는 3년이 경과하기 전에도 조정할 수 있다(주택법시행규칙 제26조 제2항). 관리주체가 공동주택의 주요 시설의 교체 및 보수에 필요한 장기수선충당금을 해당 주택의 소유자로부터 징수하여 적립하려면 반드시 장기수선계획에 따라야 하며(주택법 제51조 제1항), 장기수선충당금의 적립금액은 장기수선계획으로 정하고 적립요율은 당해 공동주택의 공용부분의 내구연한 등을 감안하여 관리규약으로 정한다(주택법시행령 제66조 제1항). 공동주택 중 분양되지 아니한 세대의 장기수선충당금은 사업주체가 이를 부담한다(주택법시행령 제66조 제4항) 장기수선충당금은 당해 공동주택의 사용검사일(단지안의 공동주택의 전부에 대하여 임시사용승인을 얻은 경우에는 임시사용승인일을 말한다)부터 1년이 경과한 날이 속하는 달부터 매월 적립한다. 다만, 분양전환승인을 받은 건설임대주택의 경우에는 임대사업자가 관리주체에게 관리업무를 인수인계한 날이 속하는 달부터 매월 적립한다(주택법시행령 제66조 제3항).

331) 종래의 특별수선충당금을 말한다.

필요함에도 불구하고 구분소유자들의 무관심 또는 의도적 외면으로 인해 그 자금이 적립되지 못함으로써 건물의 내용연수가 단축되는 결과를 방지하자는 데 기본적인 목적이 있다고 할 수 있다.³³²⁾

장기수선충당금은 장기수선계획과 주택법령으로 정한 산정방식³³³⁾에 따라 관리주체가 입주자로부터 징수하여 적립하여야 하며, 장기수선충당금의 사용은 관리주체가 일정한 사항³³⁴⁾이 포함된 장기수선충당금 사용계획서를 사전에 작성하여 입주자대표회의에 제출한 후 그 의결에 따른다(주택법시행령 제66조 제2항). 다만, 입주자 과반수의 서면동의가 있는 경우에는 하자심사·분쟁조정위원회의 조정 등의 비용, 하자진단 및 감정에 드는 비용, 조정이나 하자진단 및 감정의 비용을 청구하는데 드는 비용 등의 용도로 사용할 수 있다(주택법 제51조 제2항).

3. 관리비 등의 징수권자

(1) 관리인

관리인은 집합건물의 유지관리업무를 담당하기 위하여 일정한 권한 즉, 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위, 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위 등을 할 수 있는 권한이 관리인에게 부여되어 있으므로(법 제 23조 제1항, 제25조 제2항) 공동관리의 목적 범위 내에서 각 구분소유자로부터 관리비를 징수할 포괄적인 권리와 의무를 가진다고 해석되며 집합건물법 제18조에 따라 체납관리비채권도 특별승계인에게 행사할 수 있다고 본다.

332) 그러나 현실적으로는 장기수선충당금을 관리비로 여기고 있어 이 금액이 많을 경우에는 공동주택 가격에 악영향을 미칠 뿐만 아니라 대부분의 입주자들이 장기수선계획의 기간인 50년까지의 비용을 부담할 생각을 가지고 있지 않기 때문에 입법의 취지와는 달리 충분한 금액이 적립되지 않고 있다.

333) 주택법시행규칙 제26조 제1항 별표5에 따른 장기수선충당금의 징수를 위한 산정방식은 다음과 같다. 월간세대별장기수선충당금=[장기수선계획기간 중의 수선비 총액/ 총공급면적 × 12개월 × 계획기간(년)] × 세대당 주택공급면적

334) 1. 수선공사(공동주택의 공용부분의 보수·교체 및 개량을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 명칭 과 공사내용 2. 수선공사 대상시설의 위치 및 부위 3. 수선공사의 설계도면 등 4. 공사기간 및 공사방법 5. 수선공사의 범위 및 예정공사금액 6. 공사발주 방법 및 절차 등.

(2) 관리주체

관리주체는 집합건물법에서 규정하고 있는 관리인과는 다른 개념이지만 주택법은 관리주체에게 입주자 등에 대한 관리비징수권을 부여하고 있다(주택법 제45조 제1항). 따라서 공동주택의 관리를 자치관리방식에 의하는 경우에는 관리사무소장이, 위탁관리방식에 의하는 경우에는 위탁관리회사가 관리비 등에 대한 징수권을 행사할 수 있다.

(3) 관리단

집합건물법에서는 관리단이 관리비 등의 직접적 징수권자라는 규정은 없다. 그러나 집합건물법은 구분건물의 각 공유자에게 규약에 달리 정함이 없는 한 공유자가 갖는 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용 기타의무를 부담하도록 하고 있으며(법 제17조), 관리단에서 선임한 관리인에게 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위와 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원의 관리행위를 할 수 있는 권한과 의무를 부여(법 제25조 제1항)하고 있는 점을 감안할 때, 관리단은 관리비 등의 징수권을 가진다고 할 것이다. 그러므로 10인 미만의 소규모 관리단의 경우로서 관리인을 선임하지 않았거나 관리규약을 갖추지 못한 관리단인 경우에도 관리비 등의 징수권은 갖는다고 할 수 있다. 판례에서도, “집합건물법 제17조는 각 공유자는 규약에 달리 정함이 없는 한 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용 기타의무를 부담하고, 제25조 제1항은 관리인은 공용부분의 보존·관리 및 변경을 위한 행위와 관리단의 사무의 집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위를 할 권한과 의무를 가진다고 규정하고 있는바, 이에 의하면, 집합건물법상 관리단인 피고는 관리비징수에 관한 유효한 관리단규약 등이 존재하지 않더라도, 집합건물법 제25조 제1항 등에 따라 적어도 공용부분에 대한 관리비는 이를 그 부담의무자인 구분소유자에 대하여 청구할 수 있다고 봄이 상당하다”라고

335)하였다. 이와 관련하여 민법 제266조 제2항에서 규정한 바와 같이, 공유자가 1년 이상 공유물의 관리비용 기타 의무이행을 지체한 때에는 다른 공유자는 상당한 가액으로 지분을 매수할 수 있다고 하였으므로 이 규정은 집합건물법 상 공용부분에도 적용될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 집합건물법 상 공용부분에 대한 지분은, 동법 제13조 제2항에서 규정하는 바에 따라 전유부분과 분리하여 처분할 수 없기 때문에 민법 제266조 제2항은 적용될 여지가 없다고 하겠다.³³⁶⁾

4. 관리비 등의 납부의무자

집합건물법은 관리비의 납부의무자를 집합건물의 각 공유자라고 명시하고 있다(법 제17조). 이 규정대로라면, 집합건물법상 공유자가 아닌 임차인 등의 점유자는 원칙적으로 관리비 등의 비용을 납부할 의무가 없다. 다만, 임차인 등 주택법상 사용자는 그 공동주택의 유지관리를 위하여 필요한 관리비를 관리주체에게 납부하여야 한다(주택법 제45조 제1항) 즉, 주택법은 관리비 등의 납부의무자를 공동주택의 입주자 및 사용자로 규정함으로써 집합건물법과 달리 구분소유자 외의 점유자에게도 관리비 등의 납부의무를 명시하고 있다. 따라서 집합건물법상 공용부분에 대한 공유자와 주택법에 따른 사용자 등의 점유자는 관리비 등을 납부할 의무를 부담한다.

한편, 관리비의 부담은, 원칙적으로 전유부분의 면적비율에 따른 공유지분에 의하여 배분되기 때문에 하나의 전유부분을 수인이 공유하는 경우에는 각 공유자별로 관리비를 부과할 것인지가 문제 될 수 있다. 그러나 실무상 관리비 등의 부과는 구분건물별로 이루어지기 때문에 구분건물의 공유자가 몇 명인지를 묻지 않고 구분건물 그 자체를 대상으로 하여 1건의 고지서가 발부된다. 이에 따라 전유부분의 각 공유자는 지분별로 금액을 합산하여 그 중 1인을 대표로 정한 후 1건 고지서로 부과된 금액의 전부를 납부하여야 한다. 이는 관리비 채무가 성질상 민법상 불가분채무³³⁷⁾이고 관리비부과의 대상이 구분소유권자가

335) 대법원 2009.7.9. 선고 2009다22266 판결.

336) 유어녕, 전계서, 178면.

아닌 구분소유건물이기 때문이다.

5. 관리비 등의 납부의무 발생시기

관리비 등의 납부의무는 집합건물이 건설 사업주체로부터 수분양자에게 양도되어 구분소유권의 등기가 이루어지는 시점에 발생한다고 할 수 있다. 그것은, 구분소유권의 취득과 함께 구분소유자는 당해 구분건물의 전유부분은 물론 공용부분에 대한 사용권 등의 권리를 보유하게 됨으로써 그에 상응하는 의무도 부담하여야 하기 때문이다. 다만 관리비 등의 구체적인 산정기준이나 금액은 관계법령·관리규약·관리단집회의 결의에 따라 결정될 것이다.³³⁸⁾

6. 관리비 등 채권의 소멸시효

관리단은 구분소유자에 대하여 관리비 등의 채권을 행사할 수 있다. 그런데 이때의 채권이 정기급채권인지 일반채권인지를 구별할 필요가 있다.³³⁹⁾ 그 이유는 관리비 등이 장기간 체납되었을 경우 소멸시효와 관계가 있기 때문이다. 관리비 등에 대한 채권이 일반채권이라면 소멸시효가 10년이지만 정기급채권의 경우에는 소멸시효가 비교적 단기인 3년이어서 관리비 등이 장기간 체납되는 경우에는 소멸시효가 진행되는 것을 막기 위한 청구 등의 조치시기를 앞당겨야 할 것이다.³⁴⁰⁾ 판례는, 1개월 단위로 지급되는 집합건물에 대한 관리비채권은 민법 제163조 제1호에서 규정하고 있는 1년 이내의 기간으로 정한 채권에 해당되어 3년의 단기소멸시효에 걸리는 것이라고 한다.³⁴¹⁾

337) 유어녕, 전계서, 179면.

338) 東京地判 1990.10.26. 判決 判時1393號, 102面.

339) 유어녕, 전계서, 190면.

340) 다만 실무적으로는, 통상 3개월 이상 관리비 등을 체납하게 될 경우 관리단이 지급명령의 신청·단전·단수 등의 조치를 취하므로 3년의 소멸시효에 걸리는 예는 극히 드물다고 해야 할 것이다.

341) 대법원 2007.2.22. 선고 2005다65821 판결.

제4장 집합건물관리제도의 제문제

제1절 관리기구에 관한 문제

1. 관리단과 관련된 사항

(1) 관리단의 당연설립

관리단이 집합건물의 전유부분 또는 공용부분의 관리를 위한 구분소유자단체이며 구분소유관계의 성립과 동시에 당연히 설립하는 단체임은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러나 집합건물법은 이처럼 관리단이 집합건물의 관리를 위하여 필수적으로 인정되어야 하는 단체임에도 관리단의 권리·의무에 관한 구체적 규정을 두지 않고 있어 집합건물관리에 관한 기본법적인 역할과 기능을 다하지 못하고 있다고 할 수 있다.

우선 문제가 되는 것은, 관리단의 당연설립에 관한 사항이다(법 제23조 제1항). 관리단의 당연설립 논리는 마치 자연인이기만 하면 누구나 권리능력을 갖는 민법의 원리(민법 제3조)와 유사하다. 하지만 관리단은 ‘집합건물의 관리’라고 하는 목적성을 전제로 설립되는 단체라는 점에서 단체결성에 대한 구분소유자들의 어떠한 인식도 없이 당연설립 되도록 한 것은 문제가 있다고 보여진다.

또한 일부공용부분에 관하여는 별도의 일부관리단을 구성하여 관리할 수 있도록 하였는데(법 제23조 제2항) 이를 관리단의 당연설립 논리와 어떻게 조화시켜야 할지도 의문이다.

문제는 일부공용부분이 정해진 경우 그 부분을 공유하는 구분소유자들이 규약을 정하는 등으로 관리단을 결성하게 되면 그 일부공용부분의 구분소유자는 1동 전부관리단의 구성원의 지위와 상충될 수 있다는 점이다. 이론적으로는 1동 전부관리단의 구성원 지위와 일부관리단의 구성원의 지위를 겸유한다고 하

겠지만 현실적으로 볼 때 일부공용부분을 정확하게 구획 짓는 것도 용이하지 않을 뿐 아니라 1동의 집합건물 내에 이해를 달리할 수 있는 두 개 이상의 관리단이 존재한다고 하는 점도 관리체계상 매우 비효율적이며 불합리하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 소규모 관리단과 단지관리단의 관리인 선임 문제

집합건물법은 관리인의 선임에 관하여 구분소유자가 10인 이상일 경우에 한하여 의무적으로 선임하도록 규정(법 제24조 제1항)하고 있으나 비록 10인 미만의 소규모 집합건물이라고 할지라도 전유부분과 공용부분은 엄격히 나뉘어져 있으므로 공용부분에 대한 관리가 필요한 것이다. 특히 빌라라고 불리워지며 주변에서 흔히 볼 수 있는 다세대주택인 경우에는 1동의 규모가 보통 8세대 이하이다. 이러한 소규모 공동주택의 경우에도 공용부분은 존재하며 관리가 부실하게 되면 건물의 노후화가 급속히 증가될 뿐만 아니라 건물의 안전에도 심각한 위해가 가해질 수 있다. 따라서 건물의 규모가 작다는 이유만으로 아무런 대안 없이 관리의 사각지대로 내모는 것은 집합건물관리체도의 취지에 부합하지 않는다고 할 것이다. 사실상 대규모 집합건물의 경우에는 대부분 관리체계가 확립되어 있어 관리가 충실한 반면 소규모 집합건물의 경우에는 비용 부담 등의 이유로 관리가 제대로 이루어지지 않고 있는 것이 현실이다.

이러한 우려를 바탕으로 주택법은 2010년 4월 5일 소규모 공동주택의 안전관리에 관한 조항을 신설하여, 지방자치단체의 장으로 하여금 소규모 공동주택³⁴²⁾의 관리와 안전사고의 예방 등을 위하여, 시설물에 대한 안전관리계획의 수립 및 시행, 공동주택에 대한 안전점검, 그 밖에 지방자치단체의 조례로 정하는 사항 등의 업무를 수행할 수 있도록 하였다(주택법 제43조의3).

따라서 비록 집합건물의 규모가 작고 구분소유자의 숫자가 적다고 하더라도 관리인을 선임하여 체계적이고 전문적인 관리가 반드시 이루어져야 할 것이므로 현행 집합건물법과 같이 관리인의 선임을 임의사항으로 규정하고 있는 것은 집합건물관리의 부실화를 초래하는 문제점이 될 수 있다.

342) 주택법시행령 제48조로 정하고 있는 의무적 관리대상 규모 미만의 소규모 공동주택을 말한다.

또한 집합건물법은 한 단지 내에 수동의 건물이 있고 그 단지 내의 토지 또는 부속시설이 그 건물의 소유자의 공동소유에 속하는 경우에 이들 소유자가 그 단지 내의 토지 또는 부속시설의 관리를 위한 단체 즉, 단지관리단을 구성하는 경우에도 관리인의 선임에 관하여 이를 임의사항으로 규정하고 있다. 그러나 이 규정을 그대로 적용할 경우에는 1동마다의 관리단에 속하는 관리인과 단지관리단의 관리인이 중첩하여 선임됨으로써 관리체계가 혼란스럽게 될 우려가 있다.

(3) 관리단의 채무공시

1) 구분소유자의 채무변제 책임

집합건물법은 관리단의 채무에 관하여, 관리단이 그의 재산으로 채무를 완제할 수 없을 때에는 구분소유자가 각 지분비율에 따라 관리단의 채무를 변제할 책임을 지도록 하고 있다(법 제27조 제1항). 이와 같은 규정의 근본취지는 무엇일까를 먼저 생각해 본다. 관리단은 특별한 사정이 없는 한 권리능력 없는 사단임은 앞에서 살펴 본 바와 같다. 따라서 관리단과 그 구성원인 구분소유권자는 별개의 인격체이고, 관리단이 부담하는 채무와 구분소유자 개인이 부담하는 채무 또한 별개인 것이므로 원칙적으로 보면 관리단이 부담하는 채무를 그 구성원이 부담해야 할 것은 아니다. 그러나 관리단은 공용부분의 관리라고 하는 일정한 목적 때문에 성립된 단체이고 그에 속하는 구분소유자들은, 비록 본인들의 의사와는 상관없이 관리단의 구성원이 되었으나, 규약에 달리 정함이 없는 한 각 구분소유자가 가지는 공유지분에 따라 공용부분의 관리비용 기타 의무를 부담하는 한편, 공용부분에서 발생하는 이익을 취득하게 됨에 따라(법 제17조) 관리단의 채무 또한 당연히 구분소유자에게 귀속된다고 할 것이다. 대법원도 관리단의 채납가스사용료 채무에 대하여, 특단의 사정이 없는 한 구분소유자는 각기 공유지분의 비율로 관리단의 채무를 변제할 책임이 있다고 판시하였다.³⁴³⁾

343) 대법원 1997.8.29. 선고 97다19625 판결.

만약 관리단이 공용부분의 관리를 행함에 있어서 발생한 채무에 대하여 구분소유자가 전혀 책임을 지지 않는다면 공용부분에 대한 관리는 이루어질 수 없고 집합건물의 기능은 마비가 됨으로써 전유부분도 본래의 목적에 부합되도록 사용하지 못하는 결과를 초래하게 될 것이다. 이러한 이유로 인해 집합건물법은 구분소유자에게 관리단의 채무에 대한 변제책임을 부여한 것이라고 할 수 있다(법 제27조 제1항 본문). 이때 구분소유자가 관리단에 대하여 부담하는 책임의 성질은 구분소유자의 과실 존재유무와는 상관없이 법률에 따라 부여되는 책임이므로 법정무과실책임이라고 해야 할 것이다.³⁴⁴⁾ 다만 그 책임은 구분소유자 자신의 지분비율에 따르게 함으로써 형평을 기하고 있다(법 제27조 제1항 단서).

2) 특별승계인의 채무승계 책임과 관리단의 채무공시

집합건물법은 구분소유자의 특별승계인³⁴⁵⁾에게도 승계 전에 발생한 관리단의 채무에 관하여 책임을 지도록 규정하고 있다(법 제27조 제2항). 이는 관리단의 채무를 부담하는 구분소유자의 책임이 법정무과실책임인 것과 맥을 같이 한다. 그러나 승계 전의 구분소유자와는 달리 특별승계인은 일반적으로 관리단의 채무를 사전에 숙지하기가 어렵다고 할 수 있다. 따라서 관리단에 채무가 있는 줄 모르는 상태에서 구분건물을 양수하게 되는 특별승계인은 불측의 손해를 볼 수 있다. 그러므로 특별승계인이 관리단의 채무를 승계하도록 하기 위하여는 특별승계인이 사전에 관리단의 채무 규모를 지득할 수 있도록 하는 공시제도가 필요하다.

(4) 관리단집회 여부에 따른 의결정족수

집합건물법은 관리단집회의 의결방법에 관하여 규약에 특별한 규정이 없는

344) 유어녕, 전게서, 597면.

345) 특별승계인은 매매·중여·교환 등의 특정한 원인에 따라 개개의 권리를 승계하는 자를 말하며 여기서는 구분소유권을 승계한 자가 될 것이다.

경우에는 구분소유자 및 의결권의 각 과반수로서 의결(법 제38조 제1항)하도록 하면서 그 의결권은 서면 또는 대리인에 의하여 행사할 수 있게 하고 있다(법 제38조 제2항). 그러나 집합건물법 제41조 제1항은 '관리단집회에서 결의할 것으로 정한 사항에 관하여 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상이 서면으로 합의하면 관리단집회에서 결의한 것으로 본다'고 규정함으로써 관리단의 구성원인 구분소유자들이 관리에 관한 사항을 의결하고자 할 경우 반드시 관리단집회에 직접 참석하지 않고 서면만으로도 결의를 할 수 있는 길을 열어 놓았다.

그러나 구분소유자들이 관리단집회를 열면 구분소유자 및 의결권의 각 과반수 찬성으로 의결이 가능하도록 하면서, 관리단집회를 열지 않게 되면 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상 서면합의가 있어야 의결이 의제된다고 하는 것은, 관리단집회의 개최여부에 따라 의결정족수가 달라지게 되는 불합리한 결론에 이르게 된다. 즉, 관리단이 어떠한 사안에 대하여 결의를 해야 할 경우라면 관리단의 집회여부와 관계없이 관리단의 구성원인 전체 구분소유자의 의사를 확인하는 것이 주목적이므로 관리단집회를 열지 않았다고 하더라도 전체 구분소유자의 의사를 확인할 수 있는 경우라면, 의결정족수를 관리단집회시에 비하여 무겁게 규정할 이유가 없다. 이러한 면에서 집합건물법 제41조 제1항은 보완이 필요한 규정이라고 할 수 있다.

(5) 관리단의 구성행위가 없는 경우

집합건물의 관리단은 구분소유관계의 성립과 동시에 당연설립되는 단체이므로 구분소유자들의 설립행위를 따로 요하지 않음은 이미 살펴본 바와 같다. 이와 같은 관리단의 당연설립에 관한 입법취지는 건물·그 부지 및 부속시설의 관리에 관하여 구분소유자의 공동관리 의식을 철저하게 하고 집합건물 등의 관리충실 및 구분소유자 상호간 법률관계의 원활한 처리를 실현시키는데 그 목적이 있다.³⁴⁶⁾

관리단이 위와 같은 목적을 실현하기 위해서는 성립하는 것만으로는 부족하

346) 渡辺晋, 前掲書, 25面.

고 권리능력 없는 사단으로서의 실질을 갖추기 위한 구성행위까지를 필요로 한다. 따라서 의사결정기구인 집회와 대표 및 업무집행기구인 관리인 그리고 조직규범인 관리규약을 설정하는 등의 요건을 갖추어야 한다. 그러나 집합건물법은, 관리단의 당연설립에 관하여는 규정을 두고 있으나, 규약의 설정에 대해서는 이를 임의사항으로 규정하고 (법 제28조 제1항), 관리인의 선임에 관하여도 구분소유자가 10인 미만인 경우에는 임의사항으로 규정해 놓음으로써(법 제24조 제1항) 관리단은 설립되었으나 집회를 한 번도 개최하지 않고 관리규약도, 관리인도 없는 집합건물이 사실상 존재할 수 있도록 하였다.

관리단의 구성행위가 이루어지지 않는 경우는 그 정황에 따라 두 가지로 분류할 수 있다.³⁴⁷⁾ 즉, 집회의 개최와 집회 결의를 할 수 있는 상태에 있음에도 불구하고 구분소유자들이 이를 태만히 하여 관리규약조차 설정하지 않은 경우가 있을 수 있고 또 하나는 관리규약 설정을 위한 집회를 개최하였으나 의결정족수인 구분소유자 및 의결권의 4분의 3에 미달함으로써 관리규약을 설정할 수 없게 된 경우가 그것이다. 관리단이 구분소유자들이 구성행위를 태만히 하는 문제는 구분소유자들의 자율적 노력을 통하여 개선될 여지가 있다고 하겠으나, 의결정족수가 부족하여 관리규약을 설정하지 못하는 문제는 구분소유자들의 자율적 노력만으로는 해결할 수 없는 문제를 안고 있어 이에 대한 보완책이 필요하다.

(6) 관리단과 입주자대표회의의 혼동

집합건물법상 관리단과 주택법상의 입주자대표회의는 설립과정 등 여러 면에서 성격이 다른 기관이라고 하여야 할 것이나 양자가 동일하다는 견해로 인해 논란이 되고 있으므로 이를 입법적으로 명확하게 할 필요가 있다.

관리단과 입주자대표회의가 실질적인 면에서 동일한 기관이라고 주장하는 견해에 의하면, 주택법의 적용을 받는 공동주택의 경우, 관리단은 구분소유관계의 성립으로 당연히 설립되겠지만, 공동주택에 대한 관리권한은 주택법령에 따라 입주자대표회의가 갖게 되므로, 공동주택의 관리단은 사실상 존재할 여지가 없

347) 丸山英氣, 前掲書, 12面.

고, 실질적인 면에서 볼 때에도, 입주자대표회의는 기관이 아닌 권리의 주체가므로 입주자대표회의가 곧 관리단에 해당하는 실체를 갖는다고 본다.³⁴⁸⁾

이와는 다른 논리로 입주자대표회의가 곧 관리단이라는 견해가 있다. 즉, 입주자대표회의라는 하나의 단체를, 주택법에서는 입주자대표회의로, 집합건물법에서는 관리단으로 표현하는 차이만 있을 뿐, 특별한 이유로 관리단이 입주자대표회의와 별도로 구성되어 있는 것이 아닌 한, 집합건물법상 관리단과 입주자대표회의는 동일한 것으로 보아야 한다는 것이다.³⁴⁹⁾ 판례도 같은 입장을 취하고 있다.³⁵⁰⁾

그러나 집합건물법상 관리단과 주택법상의 입주자대표회의는, 여러 면에서 차이가 있는 상이한 기관이다. 첫째, 성립상의 차이를 들 수 있다. 즉, 관리단은 집합건물법이 정하는 바에 따라, 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 당연히 설립되지만, 입주자대표회의는 관리단처럼 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립하였다고 하여 당연히 설립되지는 않고 일정한 절차를 통하여서만 구성된다.³⁵¹⁾ 둘째, 기관으로서의 성격상 차이가 있다. 즉, 관리단은 구분소유자 전체를 구성원으로 하는 단체로써 구분소유자 총회의 성격을 갖는 최고의사결정기구이고 입주자대표회의는 구분소유자들의 대표인 동별대표자들로 구성되는 대의기관으로서의 성격을 갖는다. 다만 판례는 입주자대표회의가 독립된 조직과 의사결정기구 및 대표자를 갖추고 있기 때문에 법인이 아닌 사단으로서 당사자능력을 가지고 있어 기관이 아닌 독립적 단체라고 한다.³⁵²⁾ 셋째, 의결범위에 차이가 있다. 즉, 공용부분의 변경과 관련하여 관리단은 원칙적으로 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상의

348) 윤재운, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 「저스티스」 통권 제73호, 한국법학원, 2003.6, 61면.

349) 오민석, “입주자대표회의 관리단, 재건축조합의 법률관계”, 「법률신문」 제3310호, 4면.

350) 서울행정법원 2007.3.16. 선고 2006구합39806 판결.

351) 주택법 제43조, 동법시행령 제48조에 따라 300세대 이상의 공동주택, 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택, 150세대 이상으로서 중앙집중식 난방방식(지역난방방식을 포함한다)의 공동주택, 「건축법」 제11조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일건축물로 건축한 건축물로서 주택이 150세대 이상인 건축물일 경우, 공동주택의 건설 후 입주예정자의 과반수가 입주하게 되면, 당해 공동주택을 건설한 사업주체는 그들 입주자에게 관리를 요구하여야 하며, 관리의 요구를 받은 입주자들은 주택법령으로 정한 절차에 따라 입주자대표회의를 의무적으로 구성하게 된다.

352) 대법원 1991.4.23. 선고 91다4478 판결.

결의로써 결정하지만(법 제15조 제1항) 공용부분의 변경에 관한 사항은 입주자 대표회의 의결사항에 속하지 않는다(주택법시행령 제51조). 넷째, 재판과 관련된 행위상의 차이가 있다. 즉, 관리단은 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우 그 제3자에 대하여 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상을 청구하는 등의 권리를 행사함에 있어 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있으나, 입주자대표회의는 집합건물의 관리에 관한 사항을 결정하여 시행하는 등의 관리권한만을 가질 뿐 구분소유자에게 고유하게 귀속하는 위와 같은 권리를 재판상 행사할 수 없다.³⁵³⁾ 따라서 입주자대표회의는 집합건물의 관리에 관한 사항을 시행하는 등의 관리권한만을 가진 단체일 뿐, 원칙적으로 구분소유자에게 고유하게 귀속하는 공용부분 등의 불법점유자에 대한 방해배제청구 등의 권리를 관리단과는 달리 재판상 행사할 수 없다. 대법원도, “집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우에 그 제3자에 대하여 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상을 청구하는 법률관계는 구분소유자에게 단체적으로 귀속되는 법률관계가 아니고 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 것이어서 그와 같은 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, 나아가 집합건물에 관하여 구분소유관계가 성립하면 동시에 법률상 당연히 구분소유자의 전원으로 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사항의 시행을 목적으로 하는 단체인 관리단이 구성되고, 관리단집회의 결의에서 관리인이 선임되면 관리인이 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 그와 같은 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다. 그러나 입주자대표회의는 집합건물의 관리에 관한 사항을 결정하여 시행하는 등의 관리권한만을 가질 뿐으로 구분소유자에게 고유하게 귀속하는 공용부분 등의 불법 점유자에 대한 방해배제청구 등의 권리를 재판상 행사할 수 없고, 또 집합건물법 부칙 제6조에 따라서 집합주택의 관리방법과 기준에 관한 주택건설촉진법³⁵⁴⁾의 특별한 규정은 그것이 위 법률에 저촉하여 구분소유자의 기본적인 권리를 해하면 효력이 없으므로 집합건물관리규약에서

353) 대법원 2003.6.24. 선고 2003다17774 판결.

354) 주택건설촉진법은 2003.5.29[법률 제6852호] 주택법으로 전면개정 되었다.

입주자대표회의가 집합건물의 구분소유자를 대리하여 공용부분 등의 구분소유권에 기초한 방해배제청구 등의 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도 이러한 규약내용은 효력이 없다”고 판시³⁵⁵⁾함으로써 입주자대표회의와 관리단은 별개의 단체라는 것을 분명히 하고 있다.

주택법도 입주자대표회의와 관리단을 별개의 단체로 보아, 주택법 제46조 제1항은 하자보수청구권자를 나열하면서 제2호에는 입주자대표회의를, 제4호에는 집합건물법상의 관리단을 구분하여 규정하고 있다. 이와 같이 주택법이 입주자대표회의 외에 관리단을 구분하여 규정하고 있는 것은, 입주자대표회의를 의무적으로 구성하도록 되어 있는 공동주택이외의 공동주택에는 입주자대표회의가 존재하지 않을 수 있기 때문이다.

따라서 관리단과 입주자대표회의는 여러 면에서 구별되는, 서로 다른 기관이다. 다만 양자의 차이를 설명함에 있어 관리단을 의사결정기관으로, 입주자대표회의는 집행기관으로 구별하는 견해³⁵⁶⁾는 타당하지 않다. 앞에서 보았듯이 입주자대표회의도 구분소유자인 입주자의 대의기관이므로 의사결정기관이라고 보아야 하기 때문이다.

(7) 관리단의 소송능력

집합건물의 관리단이 분쟁당사자로 되는 경우가 있을 수 있다. 가장 일반적으로 발생할 수 있는 것이 구분소유자를 상대로 집합건물의 체납된 관리비·수선적립금 또는 사용료 등에 대한 지급청구사건이라고 할 수 있으며, 집합건물의 공동생활상 필요한 질서준수의무를 위반한 구분소유자를 상대로 공동이익에 반하는 행위의 금지청구·전유부분의 사용금지·경매청구 또는 인도청구 등의 소송도 제기할 수 있을 것이다. 그밖에, 관리단은 관리회사 등을 상대로 하는 대외적 법률관계에서도 당사자가 될 수 있음은 물론이다.

다만 법인격을 갖추지 못한 관리단이 소송행위를 하게 될 경우에는 소송당사자적격이 문제될 수 있다. 비록 민사소송법은 법인격을 갖추지 못하여도 관리

355) 대법원 2003.6.24. 선고 2003다17774 판결.

356) Peter M. Dunbar, op. cit. p.91.

규약의 설정과 관리인 등이 선임되어 권리능력 없는 사단의 실질을 갖추고 있으면, 소송상 당사자적격이 인정(민사소송법 제29조)되어 대표자인 관리인이 소송을 수행할 수 있으나, 법인격이 없는 한, 외부로부터 야기되는 소송 등으로 인해 특정의 구분소유자가 피해를 보게 되는 사안에 있어, 그 특정의 구분소유자를 위한 손해배상청구소송은 할 수 없는 등의 제한을 받게 되는 문제가 여전히 남게 된다.

(8) 관리단집회의 개최와 의결권 행사의 곤란성

관리단의 의사결정은 구분소유자 전원으로 구성된 관리단집회의 결의로 결정되는 것이 원칙이다(법 제31조). 따라서 집회를 열어 다양한 의견이 상호 교환된 후에 의결되는 것이 바람직하겠지만, 가령 수천 세대에 달하는 공동주택 등 대규모 집합건물의 경우에는, 구분소유자들이 모두 모일 수 있는 장소확보가 어려운 문제가 있을 수 있어 집회의 소집이나 개최가 사실상 곤란하다. 또한 상가나 업무용 건물 등의 경우에는 대부분 임차인들이 사용하는 경우가 많고, 구분소유자들은 대체적으로 관리업무에 무관심하여 집회의 개최를 더욱 어렵게 한다. 구분소유자들의 집회가 이처럼 곤란하다면 그 의사를 확인하여 업무를 추진한다는 것 또한 매우 어렵다고 보지 않을 수 없으므로, 구분소유자들이 직접 집회에 참석하지 않고도 그 의사를 확인할 수 있는 대안의 모색이 강구되어야 할 것이다.

2. 관리인에 관한 사항

(1) 관리인의 손해배상청구권 존부

관리인은 관리단의 사업 시행과 관련된 사안에 있어 관리단을 대표하여 하는 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다(법 제25조 제1항 제3호). 판례도, 집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우에는, 관리인이 관리단을 대표하여

그 제3자에 대한 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상의 청구와 같은 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다고 한다.³⁵⁷⁾ 판례의 이와 같은 논지는, 사안과 같이 제3자에 대하여 하는 방해배제 등의 청구관련 법률관계는, 본래 구분소유자에게 단체적으로 귀속되는 것이 아니라 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 것이어서, 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있으나, 구분소유자 전원으로 관리단이 구성되고 그 관리단에서 관리인을 선임하게 되면, 그 관리인이 관리단을 대표하여 재판관련 행위를 할 수 있게 되는 것이라고 한다.

그러나 하자보수에 갈음하거나 하자보수와 동시에 구하는 손해배상청구권은 관리단이 이를 행사할 수 없다고 한다. 그 이유는, 집합건물의 공용부분에 대한 보존행위로서 구분소유자 개인과 관리단이 모두 이를 행사할 수 있는 하자보수청구권과 달리 하자보수에 갈음하거나 하자보수와 동시에 구하는 손해배상청구권은 관리단의 관리에 관한 사항이 아니기 때문이라고 한다.³⁵⁸⁾ 이에 따라 관리단을 대표하는 관리인 역시 이러한 손해배상청구권은 행사할 수 없게 되어 해당되는 구분소유자 모두가 각자 손해배상청구를 하여야 한다는 결론에 이르게 된다. 이렇게 되면 대규모 집합건물에 있어 손해배상청구를 하게 되는 구분소유자의 숫자가 많을 경우에는 절차가 매우 번잡해짐으로써 소송경제적 측면에서의 문제는 물론 다수의 구분소유자들이 불편을 겪는 문제가 발생할 수 있다.

(2) 관리인의 자격

관리인을 선임하는 목적은 관리단이 집합건물에 대하여 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사업을 추진(법 제23조 제1항)함에 있어 필요한 공용부분의 보존·관리 및 변경, 관리단의 사무집행을 위한 분담금액 및 비용을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위, 관리단의 사업시행에 관하여 관리단을 대표하여 행하는 재판상 또는 재판외의 행위 그리

357) 대법원 2003.6.24. 선고 2003다17774 판결.

358) 대구고법 2003.3.21. 선고 2002나8002 판결(상고기각).

고 규약에 정하여진 행위(법 제25조 제1항)등을 원활하고 능률적·효율적으로 행해 주기를 기대하는데 있다고 하겠다. 이처럼 관리인의 다양한 업무영역을 원활하고 능률적·효율적으로 소화하기 위해서는 관리인에게 상당한 전문적 자격이 요구된다고 할 수 있다. 그러나 집합건물법은 관리인의 자격에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 하지만 규모가 날로 커지고 구분소유자들의 관리에 관한 기대치 또한 계속 높아가는 현대적 집합건물에 전문성도 갖추지 못한 사람을 관리단의 대표로 선임하고 업무집행까지 담당하게 하는 것은 집합건물의 관리상 많은 문제점을 드러내게 될 것이므로 이에 대한 대책이 시급하다.

(3) 관리인과 관리주체의 혼동

집합건물법에서 규정하고 있는 관리인과 주택법의 관리주체는 집합건물의 관리구조상 유사한 지위를 점하고 있는 것으로 보이지만 법적 성격은 서로 다르다. 즉, 공용부분의 관리업무를 수행한다는 점에서 관리인과 관리주체는 업무범위가 유사하지만 관리인은 관리단의 대표기관 및 집행기구라는 양면성을 가지고 있는 반면, 관리주체는 단지 입주자대표회의 집행기구로서의 역할만을 담당하고 있다. 관리인은 관리단을 대표하여 재판상, 재판외의 행위를 할 수 있으나 관리주체는 입주자를 대표하는 기관이 아니므로 그러한 권한을 행사할 수 없다. 의무적 선임 및 자격에 관하여 관리인은 구분소유자가 10인 이상일 경우 의무적으로 선임하도록 규정하되 자격요건을 두지 않고 있으나, 관리주체는 공동주택의 규모³⁵⁹⁾에 따라 법정의 자격을 요한다. 따라서 관리인과 관리주체는 관리업무에 대한 집행기능을 갖는다는 점에서는 상당부분 일치하지만 순수한 집행기구인 관리주체와는 달리 관리인은 관리단의 대표기구를 겸한다는 점에서 양자는 뚜렷한 차이를 보이고 있음을 알 수 있다.

문제는, 집합건물법에서는 관리인을, 주택법에서는 관리주체를 규정하면서 양자 모두를 관리업무의 집행기구로 설정해 놓았다는 점이다. 집합건물법과 주택

359) 300세대 이상의 공동주택·승강기가 설치되어 있거나 난방방식이 중앙집중식인 경우에는 150세대 이상의 공동주택을 말한다.

법의 관계를 일반법과 특별법의 관계로 보는 견해도 있으나 이는 비록 이 물리적으로 1동의 건물을 구분소유하게 되면서 수반되는 공용부분의 관리에 주목적을 둔 사법인 반면, 주택법은 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지함을 목적으로 제정된 공법(주택법 제1조)이라는 점에서 근본적인 차이가 있지만 사법과 공법은 적용상 우선순위를 매길 수 없어 양법을 동시에 적용하여야 한다는 점이다. 즉, 관리인과 주택법상의 관리주체는 기능과 성격이 동일하지 않기 때문에 관리주체를 관리인으로, 또한 관리인을 관리주체로, 개념을 호환하여 적용할 수 없다는 것이다. 이와 같이 해석이 상충되는 이원적 법체계하에서는 집합건물을 원활하게 관리하기가 어렵다고 할 수 있다. 따라서 관리인과 관리주체를 성격적으로 완전히 분리된 별개의 기관으로 만들거나 동일한 기관으로 만들기 위한 입법적 개선이 필요하다.

제2절 전유부분과 공용부분의 경계 문제

1. 서설

집합건물은 전유부분과 공용부분으로 구분되어 있고 양자는 관리상 각각 다른 원칙과 기준이 적용되므로 상호 경계를 분명하게 정할 필요가 있다. 특히 전유부분의 범위를 결정하는 것은, 전유부분이 집합건물법상 공용부분의 지분권(법 제12조) 및 대지사용권의 비율(법 제21조 제1항), 의결권 산정의 기준(법 제37조 제1항)과 특히 관리비용 등의 부담기준(법 제17조, 법 제19조)이 된다는 점에서 집합건물법상 중요한 의미가 있다.³⁶⁰⁾ 따라서 그 범위가 상호 불분명하게 되면 관리책임의 소재를 가리는데 어려운 문제가 발생할 수 있다. 그러나 집합건물법은 전유부분과 공용부분의 범위에 관한 경계 범위를 명시적으로 규정해 두지 않고 있다. 본 절에서는 법조항과 판례 등을 통하여 전유부분과 공용부분의 경계범위 및 구별기준을 살펴보고 이를 바탕으로 관리상 특히 문제

360) 유어녕, 전게서, 57면.

가 되고 있는 전유부분과 공용부분의 구체적 면적산정 기준에 대하여 검토하기로 한다.

2. 전유부분과 공용부분의 범위

(1) 전유부분의 범위

집합건물법은 전유부분의 범위를 구체적으로 규정하지는 않고 다만 구분소유권의 목적인 건물부분이 곧 전유부분이라고 한다(법 제2조 제3호). 따라서 전유부분은, 구분소유권의 목적인 건물부분 즉, 구조상·이용상 독립성이 있는 구분소유건물 중 구조상공용부분과 규약상공용부분을 제외한 나머지 부분이라고 할 수 있다. 그렇다면 구분소유건물 중 구조상공용부분과 규약상공용부분의 파악을 통하여서도 전유부분의 범위를 확정할 수 있을 것이다(법 제2조 제4호).

(2) 공용부분의 범위

공용부분에 속하는 건물의 부속물은 건축물의 부대설비와 복리시설 등을 말한다. 건축물의 부대설비는 옥상·옥외 등 공용부분에 설치된 것이 있는가 하면 구분소유자의 전유부분 내에 설치되어 있는 것도 있다. 그러나 부대설비의 설치위치에 따라 공용부분의 범위가 결정되는 것은 아니라고 할 것이다. 즉, 부대시설이 전유부분에 위치해 있더라도 그 시설이 배수관 등 구분소유자가 공동으로 사용하는 시설이라면 비록 전유부분을 지나고 있는 경우라 할지라도 그것은 공용부분이며 관리책임 또한 관리단에 있다고 보아야 한다.

관련된 일본의 판례를 보면, 모 아파트의 세대가 당해 세대의 천장을 경유하는 배수관의 누수로 인하여 피해를 보게 되자 위층 세대의 구분소유자와 당해 층 세대의 구분소유자가 원고가 되어, 아파트관리조합³⁶¹⁾을 상대로, 문제가 된 배수관이 아파트의 공용부분인지에 대한 확인과, 원고가 이미 지불한 수리비용의 지급 등을 구한 사안에서, 동 배수관이 전유부분인지 공용부분인지에 대한

361) 우리나라의 관리단에 해당한다고 할 수 있다.

판단은, 배수관이 설치된 위치, 배수관의 기능, 배수관에 대한 점검·청소·수리 등의 관리방법, 건물 전체의 배수와의 관련성 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 동 배수관은 소재하는 위치로 보아 당해 구분소유자가 지배하는 관리영역에 속하지 아니하고, 전체 건물의 배수와 관련하여 보더라도, 배수관과 일체적인 관리가 필요하기 때문에 이것을 전유부분으로 보아 구분소유자의 책임으로 유지 관리케 하는 것은 상당하지 않으므로, 동 배수관은 전유부분에 속하지 않는 건물의 부속물로서 공용부분이라고 판결하였다.³⁶²⁾

성격은 조금 다르지만 우리나라 판례에서도, 아파트 1동의 공용부분인 외벽에서 빗물이 새어들어 위층의 바닥임과 동시에 아래층의 천장을 이루고 있는 슬래브를 타고 아래층의 천장 등에 누수로 나타난 경우, 그 위층 전유부분의 설치 또는 보존상의 하자로 인한 것으로 볼 수 없으므로 공용부분의 관리책임 주체가 그 손해를 배상하도록 함³⁶³⁾으로써 공용부분의 범위를 간접적으로 시사하고 있다.

문제가 되는 것은 전유부분 쪽에 위치한 내력벽³⁶⁴⁾을 어느 부분으로 볼 것인가 하는 점이다. 즉, 내력벽이 전유부분의 범위 내에 위치해 있으므로 이를 전유부분에 포함해야 할 것인가 하는 것이다. 위치만 고려할 경우 내력벽은 당연히 전유부분에 속한다고 할 수 있다. 더구나 전유부분의 성립요건인 구조상·이용상 독립성의 기준이 되는 건물 바닥면적의 경계를 벽체의 중심선³⁶⁵⁾이라고 할 때 이점은 더욱 분명해진다고 할 수 있다. 즉, 전유부분의 바닥면적의 산정 기준이 되는 경계범위를 벽체의 중심선으로 할 경우, 벽체의 내부선으로부터 중심선까지의 부분은 구분소유자의 전유부분이 됨으로써 결국 내력벽은 공용부분이 아닌 전유부분이라고 할 수 밖에 없다.

그러나 내력벽은 1동 건물전체의 골격을 이루는 구조물이기 때문에 전유부분이 아닌 공용부분으로 보아야 할 것이다. 판례도, 지주(기둥), 지붕, 외벽, 기초

362) 東京地判 1991.11.29. 判決 判例時報, 138面.

363) 서울지법 동부지원 2000.2.17. 선고 99가단22374 판결.

364) 내력벽은 힘을 받는 벽체로써 건물의 구조체에 해당하여 허가를 받더라도 전용면적을 확장하기 위한 목적 등으로 철거를 할 수 없다. 반면에 비내력벽은 경계를 구획하는데 쓰일뿐 하중을 받지 않기 때문에 필요한 경우 허가를 얻어 철거를 할 수 있다(주택법시행령 제47조 제2항 제2호).

365) 바닥면적: 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적으로 한다(건축법 제119조 제1항 제3호 본문).

공작물 등은 공용부분으로 보고 있다.³⁶⁶⁾ 따라서 구분소유자가 관리단집회의 결의 없이 내력벽이나 기둥을 파손하는 행위는 정당한 이유 없이 공용부분의 변경을 가하는 행위로서 공동의 이익에 어긋나는 행위가 될 뿐만 아니라 위법행위가 될 수 있다.³⁶⁷⁾

주택법상 사업계획승인을 득하여 건축된 공동주택의 경우에도 건물 바닥면적의 산정기준이 되는 경계는 외벽(내력벽)의 내부선(주택법시행규칙 제2조 제2항 제2호)³⁶⁸⁾으로 하고 있기 때문에 건물의 내력벽은 공용부분이 된다.³⁶⁹⁾ 다만 위와 같은 공동주택 이외의 집합건물은 각 구분건물 외벽의 내부선으로부터 중심선까지의 면적을 전유부분의 면적으로 보아야 할 것이다.

3. 전유부분과 공용부분의 구별기준

전유부분이 되기 위해서는 구조상·이용상 독립성이 있어야 함은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러나 구조상·이용상의 독립성은 전유부분을 확정하는 유일한 조건은 아니다. 왜냐하면 구조상·이용상 독립성을 갖추었다 하더라도 공용부분에 해당하는 것도 있기 때문이다. 판례는 통상 구조상·이용상 독립성을 가지고 있는 집합건물 지하층에 대하여 이를 전유부분으로 보기도 하고,³⁷⁰⁾ 공용부분으로 보기도³⁷¹⁾ 한다. 이와 같이 판례가 갈리는 것은 전유부분인지 공용부분인

366) 대법원 1993.6.8. 선고 92다32272 판결.

367) 제42조(공동주택의 관리 등) ① 관리주체는 공동주택(부대시설과 복리시설을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 관리하여야 한다. ② 공동주택의 입주자·사용자 또는 관리주체가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 경우에는 허가 또는 신고와 관련된 면적, 세대수 또는 입주자 등의 동의 비율에 관하여 대통령령으로 정하는 기준 및 절차 등에 따라 시장·군수·구청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 한다. 다만, 리모델링의 경우에는 「도시 및 주거환경정비법」 제12조를 준용하여 안전진단을 하여야 하며, 안전진단 결과 건축물 구조의 안전에 위협이 있다고 평가되어 주택재건축사업의 시행이 필요하다고 결정된 공동주택의 경우에는 제2호에 따른 리모델링(증축을 위한 리모델링으로 한정한다)을 허가할 수 없다. 1. 공동주택을 사업계획에 따른 용도 외의 용도에 사용하는 행위, 2. 공동주택을 신축·증축·개축·대수선 또는 리모델링하는 행위, 3. 공동주택을 파손 또는 훼손하거나 해당 시설의 전부 또는 일부를 철거하는 행위(국토해양부령으로 정하는 경미한 행위는 제외한다), 4. 그 밖에 공동주택의 효율적 관리에 지장을 주는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

368) 안목치수라고 한다(주택건설기준 등에 관한 규칙 제3조 제호).

369) 도시형생활주택의 경우에는 주택법상 사업계획승인을 얻어 건축된 공동주택의 경우라도 안목치수를 적용하지 않기 때문에 다른 집합건물과 마찬가지로 외벽의 내부선으로부터 중심선까지의 부분은 여전히 전유부분이 됨을 주의하여야 한다(주택건설기준 등에 관한 규정 제7조 제10항, 동 규정 제13조, 주택건설기준 등에 관한 규칙 제3조 제호).

370) 대법원 1984.2.14. 선고 82다카1014 판결.

지의 여부가 오로지 구조상·이용상 독립성 기준에 의하는 것이 아니라 건축주의 구분행위에 의하여 결정되기 때문이다.³⁷²⁾ 즉, 건축주의 구분의사에 따라 지하층을 전유부분으로 할 수도 있고, 공용부분으로 할 수도 있는 것이어서 건축주가 건축물대장에 지하층을 전유부분으로 등록하면 전유부분이 되는 것이고, 공용부분으로 등록하면 공용부분이 되는 것이다. 다만 건축주가 지하층을 건축물대장에 전유부분으로 등록할 수 있었음에도 불구하고 이를 공용부분으로 등록하였다면, 그 지하층은 구조상공용부분이 된다. 다만 이러한 구조상 공용부분은 본래 의미의 구조상공용부분(복도, 계단 등)과는 다르다는 점에서 이를 구분상 공용부분이라고도 한다.³⁷³⁾

4. 전유부분과 공용부분의 구분시점

전유부분과 공용부분의 구분시점에 관하여 대법원은, 집합건물법 제53조, 제54조, 제56조, 제57조의 규정에 비추어 보면, 집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉, 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없다고 함으로써 전유부분과 구조상 공용부분은 구분소유권의 성립시점에 확정되며, 그 이후에 변경될 수 없음을 명확히 하고 있다.³⁷⁴⁾ 따라서 1동의 건물 일부에 대하여 그 부분이 전유부분인지 공용부분인지를 구별하기 위해서는, 현재의 상태에서 판단해서는 안되며 구분행위자의 구분의사가 표시됨으로서 구분소유가 성립한 시점 즉, 집합건축물대장에 전유부분과 공용부분이 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 한다. 그러므로 구분소유가 성립한 시점 이후에 어느 공용부분을 전유부분으로 용도변경하는 것은 공용부분의 변경이나 처분의 문제라고 할 것이다.³⁷⁵⁾

371) 대법원 1992.10.9. 선고 92다19217 판결.

372) 대법원 1999.9.17. 선고 99다1345 판결.

373) 유어녕, 전게서, 101면.

374) 대법원 2003.6.13. 선고 2002다56956 판결.

375) 유어녕, 전게서, 125면.

5. 집합건물의 발코니가 공용부분에 포함되는지 여부

(1) 발코니의 의의

발코니(balcony)란 건축물의 내부와 외부를 연결하는 완충공간으로서 전망이나 휴식 등의 목적으로 건축물 외벽에 접하여 부가적으로 설치되는 공간을 말한다. 이 경우 주택에 설치되는 발코니로서 국토해양부장관이 정하는 기준에 적합한 발코니는 필요에 따라 거실·침실·창고 등의 용도로 사용할 수 있다(건축법시행령 제2조 제14호).

(2) 전유부분으로 인정한 경우

하자보수에 관한 비용범위와 관련된 판단을 하면서 발코니를 전유부분으로 파악하고 있는 판례³⁷⁶⁾가 있어 이를 살펴보기로 한다. 판결요지를 보면, “아파트 외벽과 지하주차장 등 공용부분의 경우, 그 균열보수부분에 대하여만 도장을 하게 되면 외관상 보수의 흔적이 남게 되고 그에 따라 아파트의 거래가격 또한 하락하게 될 것이 경험칙상 인정되므로, 이는 공동주택관리령 등이 정하는 하자보수대상시설공사로서 미관상 지장을 초래할 정도의 하자라 할 것이어서 아파트 단지 전체의 외벽과 주차장 부분의 재도장 비용도 하자보수비용에 산입하되, 도색대상인 공용부분의 전체면적에 비하여 균열보수부분이 극히 작은 점과 준공 이후의 시간경과 등을 감안할 때 공평의 원칙상 그 비용 중 절반은 아파트의 입주자 측에서 부담함이 상당한 반면, 세대별 전유부분 중 발코니 등의 내벽과 천장부분 균열의 경우, 이들 부분의 도색 여부는 외관상 드러나지 않고, 아파트생활의 실제상 위 발코니 등의 부분에 출입하는 빈도와 시간 등에 비추어 그들 구성원들에게조차도 미관상 뚜렷한 지장을 주리라고 보기는 어려울 뿐 아니라, 아파트 준공일로부터 이미 약 9년의 시간이 경과하여 균열보수가 없더라도 그 자체로 추가도색을 할 상당한 개연성이 엿보이는 점

376) 부산고법 2001.6.15. 선고 2000나4906 판결.

등을 고려한다면 위 균열부분 보수비용에 전유부분의 내벽과 천정 전체의 도색공사비용을 포함시키는 것은 상당하지 않고, 균열보수부분을 20cm 폭으로 도장하는 데 드는 비용만을 하자와 상당인과관계 있는 손해”라고 함으로써 발코니부분을 세대별 전유부분으로 파악하고 있음을 볼 수 있다.

(3) 전유부분에 포함되지 않는다고 본 경우

발코니를 전유부분으로 파악하고 있는 앞의 판례와는 다른 각도에서 발코니가 전유부분에 속하지 않는다는 판례가 있다. 동 판례를 요약하면, “건축 관련 행정청이 공동주택의 건축에 관하여 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제 6916호 주택법으로 전부 개정되기 전의 것)에 의한 사업계획승인이나 건축법에 의한 인·허가를 발코니 부분의 면적이 제외된 바닥면적으로 산정한 전용면적 및 연면적을 기준으로 결정하여 온 사실, 서울특별시는 원고가 이 사건 주택을 취득한 이후에야 비로소 이 사건 주택과 같이 ‘커튼월(Curtain Wall) 공법’³⁷⁷⁾으로 시공된 21층 이상 주상복합건축물의 경우 발코니 부분의 면적을 바닥면적에 포함하는 내용의 건축심의위원회 심의기준을 만들었고, 건설교통부도 한 때 같은 내용의 기준을 마련하여 법제화하려 하였으나 일반 아파트 등과의 형평성 문제로 백지화한 사실, 한편, 집합건축물대장상 전유부분의 면적란에는 발코니 부분의 면적이 제외된 바닥면적으로 산정한 전용면적이 등재되어 왔고 부동산등기부상 ‘전유부분의 건물의 표시’란에도 마찬가지로 전용면적이 등재되어 온 사실, 이에 과세관청도 조세를 부과함에 있어서 전용면적이 기준이 되는 경우에 공부상 등재된 전 부분의 면적을 과세자료로 삼아 왔고, 일반 국민들 사이에서도 공동주택을 거래함에 있어서나 조세와 관련한 각종 신고를 함에 있어 발코니 부분의 면적이 제외된 전용면적을 기준으로 하여 온 사실 등을 감안할 때, 과세관청이 오랜 기간 동안 공동주택의 전용면적을 산정함에 있어 발코니 부분의 면적을 제외함으로써 과세행정에 있어서 발코니 부분의 면적은 공동주택의 전용면적에 포함시키지 않는다는 의사를 대외에 묵시적으로 표시

377) 건물구조부의 외부면을 철근코크리트 등의 내력벽으로 설치하지 않고 유리·합금패널 등의 비내력 재료를 사용하여 벽체를 이루는 공법을 말한다.

한 것으로 볼 수 있고, 이로 인해 원고뿐만 아니라 일반 납세자에게도 과세행정에서 공동주택의 전용면적을 산정함에 있어 발코니 부분의 면적을 제외하는 것이 정당한 것으로 이의 없이 받아들여져 납세자가 그와 같은 관행을 신뢰하는 것이 무리가 아니라고 인정될 정도에 이르렀다고 할 수 있으므로 공동주택의 전용면적을 산정함에 있어 발코니 부분의 면적을 제외하는 과세관행이 성립되었다고 판단되고, 삼성중공업 주식회사는 이 사건 주택을 공급하면서 이러한 관행을 신뢰하여 전용면적(발코니면적 제외)을 당시 법령상의 고급주택 면적기준인 165㎡에 약간 모자라는 164.99㎡로 건축하였고, 원고도 이러한 관행을 신뢰하여 이 사건 주택을 매수한 사실이 있음에도, 피고는 주상복합건축물인 이 사건 주택의 경우 ‘커튼월 공법’이라는 시공 공법의 특성상 건물 외벽 바깥에 발코니가 설치된 일반 아파트와는 달리 건물 외벽 내부에 발코니가 존재하므로 이 사건 발코니 부분의 면적 35.68㎡를 전용면적에 포함시켜야 한다고 한 결과, 감면요건인 전용면적 165㎡를 초과하게 된다는 이유로 원고의 감면신청을 배제한 채 2006. 9. 1. 원고에게 2003년 귀속 양도소득세 341,764,020원을 결정고지 한 이 사건 부과처분은, 납세자에게 받아들여진 국세행정의 관행에 반하는 것으로서 위법하다고 판단”한다고 함으로써, 동 판례는 발코니면적이 전유부분에 포함되지 않는 것이 타당하다는 태도를 보이고 있다.³⁷⁸⁾

(4) 문제의 소재

건축법령에 의하면 일정한 규모까지의 발코니면적은 바닥면적에 산입되지 않으며 등기나 등록의 대상도 되지 않는다.³⁷⁹⁾ 따라서 구분소유권이 미치는 전유부분도 되지 아니한다. 그렇다면 이러한 발코니면적은 공용부분이라고 하여야 할 것인가? 앞의 판례를 통하여 살펴 본 바로는, 발코니면적이 전유부분에 속한다는 판단과 그렇지 않다는 판단이 갈리고 있다. 물론 앞에서 소개한 판례가

378) 대법원 2010.9.9. 선고 2009두23419 판결.

379) 주택의 발코니 등 건축물의 노대나 그 밖에 이와 비슷한 것(이하 “노대 등”이라 한다)의 바닥은 난간 등의 설치 여부에 관계없이 노대 등의 면적(외벽의 중심선으로부터 노대 등의 끝부분까지의 면적을 말한다)에서 노대 등이 접한 가장 긴 외벽에 접한 길이에 1.5미터를 곱한 값을 뺀 면적을 바닥면적에 산입한다(건축법시행령 제119조 제1항 3호 나목).

발코니면적의 개념정리에 초점을 맞춘 것이 아니어서 동 판례를 근거로 발코니면적이 공용부분에 속하는지 전유부분에 속하는 지에 관한 결론을 내릴 수는 없을 것이다. 다만 분명한 것은 발코니면적을 공용부분이라고 한다면 그에 대한 관리책임은 관리단이 부담하여야 한다는 점이다. 그러나 현실을 보면 공동주택의 경우 거의 모든 세대가 발코니에 창호를 설치하여 배타적 지배를 하고 있으며 심지어 거실이나 방으로 확장하여 사용하기도 한다. 사정이 이러한에도 이를 공용부분이라고 하여 관리단이 관리책임을 지도록 한다면 합리적 타당성을 현저히 결한다고 하지 않을 수 없을 것이다.

결국 문제는 발코니 부분에 대한 관리책임이 어디에 소재하는가 하는 것이라고 할 수 있다. 가령 발코니 부분에 도색을 하거나 균열과 누수 등 수선을 요하는 경우, 이를 공용부분의 사항으로 본다면 그에 대한 관리책임은 관리단에 있고 해당비용은 관리비로 충당해야 할 것이지만, 이를 전유부분에 관한 사항으로 본다면 관리책임이 구분소유자에게 있으므로 구분소유자가 비용을 부담해야 한다. 이와 같이 관리책임의 소재 여하에 따라 비용부담 주체가 결정되므로 관리책임을 가리는 문제는 실무적으로도 매우 민감한 사안이라고 할 수 있다. 따라서 발코니 부분에 대한 관리책임의 소재를 명확하게 하는 제도적 보완이 이루어져야 할 것이다.

6. 일부공용부분의 면적

공용부분면적에는 층별로 따로 개설된 통로나 창고처럼 일부 층의 구분소유자들만 공유하는 일부공용부분면적이 있다(법 제12조 제2항). 이러한 예는 주상복합건물에서 흔히 발견할 수 있다. 가령 주상복합건물의 아파트부분과 상가부분이 층별로 분리되어 현관출입구와 승강기 등이 별도로 설치되어 있다면, 부분별 현관출입구와 승강기는 각각 아파트 또는 상가의 일부공용부분에 해당된다고 할 수 있다.

그러나 집합건물법은, 일부공용부분의 소유와 그 형태는 그 일부공용부분을 공용하는 구분소유자의 공유에 속한다고 규정(법 제10조 제1항 본문)하면서 그 범위에 관해서는 단지 “일부의 구분소유자만의 공용에 제공되는 것임이 명백한

공용부분”(법 10조 제1항 단서)이라고 하였을 뿐 일부공용부분의 획정에 관한 구체적·명시적 기준은 제시하지 않고 있다.

일부공용부분이 인정되는 경우는 판례를 통하여 살펴 볼 수 있다. 대법원은, “A사는 본건 건물의 집합건축물대장을 편재함에 있어 본건 건물의 3, 4층 휴게실의 면적을 3, 4층의 공용면적에만 산입하였고, 상가 및 업무용 오피스텔에 이용되는 엘리베이터와 5층 이상 주거용 오피스텔에 이용되는 엘리베이터가 분리되어 있고, 또한 본건 건물은 집합건축물대장에 기재된 전유면적 및 공용면적에 따라 분양되었으며, 관리비도 분양면적에 따라 부과되고 있는 경우, 본건 건물의 3, 4층 휴게실이 본건 건물의 모든 구분소유자를 위한 공용부분에 해당하는지, 아니면 본건 건물의 3, 4층 구분소유자들만을 위한 일부공용부분에 해당하는지”에 대하여, “집합건물의 어느 부분이 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는지의 여부는 소유자들 간에 특단의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의하여 결정되어야 한다”라고 판시함으로써 일부공용부분의 결정기준이 “건물의 구조에 따른 객관적인 용도”임을 밝히고 있다.³⁸⁰⁾

또한 대법원은, “A사의 의사가 본건 건물의 3, 4층 휴게실을 3, 4층 구분소유자들만을 위한 일부공용부분으로 설정하였던 것임을 알 수 있고, 본건 건물의 구분소유자들 사이에도 이러한 의사에 대한 묵시적 합의가 있었던 것으로 여겨지며, 나아가 본건 건물의 구조, 면적, 형태 등 여러 사정을 고려하면, 본건 건물의 3, 4층 휴게실은 3, 4층 구분소유자들만을 위한 일부공용부분이라고 보는 것이 상당하고, 3층 휴게실이 관리사무소로 사용된 적이 있고, 소방시설인 알람벨브시설이 설치되어 있으며, 본건 건물의 3, 4층 휴게실이 엘리베이터실과 계단실 사이에 위치한다는 사정만으로 전체공용부분에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단한 원심 판결을 수긍”한다는 판시³⁸¹⁾를 통하여 어떤 경우가 일부공용부분에 해당되는지를 보여주고 있다.

그 밖에, 주상복합건물인 경우 상가의 지하층 부분이 일부공용부분에 해당되는지 여부에 관하여 대법원은, 집합건물과 상가가 함께 존재하는 주상복합건물

380) 대법원 2005.6.24. 선고 2004다30279 판결.

381) 대법원 2010.9.30. 선고 2010다36056 판결.

에서 상가의 구분소유자가 상가의 지하층 복도 부분을 흡연실, 휴게실 등의 용도로 점유한 사안에 대하여, 지하층 복도 부분은 상가 구분소유자들만을 위한 일부공용부분에 해당한다고 하면서, 지하층 발전실에서 집합건물로 연결되는 가스, 수도 등의 배관이 상가의 지하층 부분 천정을 통과하고 있다는 사정만으로 상가의 지하층 부분이 전체의 공동부분이 된다고 볼 수 없다는 판시를 하였다.³⁸²⁾ 또한 동 판례는, 1동 건물의 공용부분이 언제 일부공용부분으로 확정될 수 있는지가 문제되는 경우, 그 판단시기에 대하여, 원칙적으로 건물전체가 완성되어 당해건물에 관한 건축물대장에 집합건물로 등록된 시점, 즉, 원칙적으로 구분행위가 있는 시점을 기준으로 한다는 입장을 보이고 있다.

위의 판례를 종합해 볼 때, 일부공용부분은 위치나 장소에 따라 구분되는 것이 아니라 일정한 구분소유자들만을 위한 부분으로 설정함에 있어, 건물의 구분소유자들 사이에 이에 대한 묵시적 합의가 있었는지 등을 바탕으로 건물의 구조, 면적, 형태 등 여러 사정을 고려하여 결정되는 것임을 알 수 있다.

따라서 구분소유자가 일부공용부분의 여부를 결정하기 위해서는 그 범위가 구체적으로 파악되어야 하며, 어느 부분이 일부공용부분인지는 일부공용부분임을 주장하는 구분소유자가 이를 입증하여야 한다. 또한 일부공용부분 또한 구분소유자 전원의 공유에 속하는 전부공용부분이기 때문에, 일부공용부분의 소유권이 그 일부공용부분을 사용하는 구분소유자의 공유에 속한다고 하기 위해서는, 구분소유자 전원이 따를 수 있는 규약이나 합의가 전제되어야만 한다. 이러한 전제하에서만 비로소 일부공용부분면적은, 그것을 사용하는 구분소유자의 전유부분면적비율에 따라 해당 구분소유자의 전유부분면적에 산입되며, 해당 구분소유자들만의 사용권리가 인정되는 객체가 될 수 있다.

그러나 일부공용부분면적에 대해서는 대부분의 구분소유자들이 법리를 이해하지 못하거나 그 객관적 용도를 명백하게 구분짓기가 어려워 일부공용부분을 공용하는 구분소유자 이외의 다른 구분소유자들도 일부공용부분에 대한 사용권을 주장하는 등 분쟁에 쉽게 노출될 수 있는 문제를 안고 있다.

382) 대법원 2007.7.12. 선고 2006다56565 판결.

제3절 관리규약의 문제

1. 관리규약 설정의 임의성과 실효성

집합건물법은 제28조 제1항에서 ‘건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자들 사이의 사항 중 이 법에서 규정하지 아니한 사항은 규약으로써 정할 수 있다’라고 함으로써 관리규약의 제정을 구분소유자들의 임의에 맡기고 있다. 이에 따라 집합건물의 구분소유자들은 관리규약을 제정하지 않아도 된다는 해석이 가능하고 실제로도 관리규약을 제정하지 않고 있는 집합건물을 발견할 수 있다. 그런데 이는 집합건물의 관리단체가 사실상 기능을 하지 못한다는 말과 같고 관리단체가 기능을 하지 못하는 집합건물은 당연히 양호한 관리가 이루어지기 어려울 것이다. 따라서 관리규약은 집합건물의 양호한 관리와 구분소유자들의 원활한 공동생활의 질서유지를 위하여 반드시 설정하여야 한다. 그러나 관리규약이 설정되어 있더라도 실효성을 발휘하지 못한다면 형식적인 장식물에 불과하게 될 것이다.³⁸³⁾ 즉, 관리규약을 위반한 경우에도 이를 효과적으로 제재할 힘을 관리규약 스스로 갖지 못한다면, 관리규약의 존재의미는 상실될 것이다.

2. 집합건물 분양전의 관리규약

관리규약은 본래 모든 구분소유자에 의한 구분소유관계가 발생한 후 집회의 결의에 의해 정해져야 하는 것이 원칙이다. 그러므로 건물이 준공되어도 분양업자가 아직 분양을 하지 않은 단계에서는 전유부분의 전부를 분양업자가 소유하고 있기 때문에 관리규약의 설정이 필요 없다. 그러나 집합건물법은 건물부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자가 단독으로 일정한 사항에 대하여 공정증서에 의한 관리규약을 만들 수 있도록 규정하고 있다(법 제3조 제3항). 이 규정의 취지는, 집합건물의 분양이 이루어져 입주하게 되는 구분소유자들이

383) 장여희, “아파트관리평가모델구축방안”, 서울시정개발연구원, 2001, 3면.

관리단의 조직행위나 관리규약을 설정할 시간적 여유가 없는 상태에서, 입주와 동시에 필요한 선수관리비의 징수 혹은 공동생활의 질서유지 등 구분소유자들이 일률적으로 준수해야 할 일부의 사항은 먼저 마련되어야 한다는 것으로 이해된다.

그러나 이와 같은 관리규약은 분양업자에 의하여 단독으로 만들어지는 것이기 때문에 그 내용이 보편타당하고 객관성이 있어야 하며 명시적으로 분명하여야 한다. 따라서 이러한 요건들을 갖추기 위해서는 공신력이 담보된 공증인에 의하여 작성된 공정증서가 필요하게 될 것이다. 그러나 공증인은 분양업자가 작성한 관리규약의 내용을 확인하는 역할만 할뿐 그 내용의 타당성에 대해서는 살필 권한이 없으므로 구분소유자들에게 불리한 내용이 담길 가능성도 있어 추후 분쟁발생의 소지가 될 우려가 있다.

3. 관리규약의 설정·변경 및 폐지권자와 의결정족수

(1) 설정·변경 및 폐지권자

집합건물의 사용은 구분소유자만 하는 것이 아니라 임차인 등의 비구분소유자가 사용하는 경우가 많다. 특히 상가용 건물인 경우에는 더욱 두드러진다. 따라서 경비·청소 등 집합건물에서의 생활공동체에 필요한 사항은 실제 그 집합건물을 사용하는 자들을 중심으로 결정되어야 한다. 그러나 집합건물법은 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호간의 사항 중 집합건물법에서 규정하지 않은 사항에 대해서는 규약으로 정할 수 있도록 하면서(법 제28조 제1항) 그 설정·변경 및 폐지권자는 구분소유자로 국한하고 있다(법 제29조 제1항). 따라서 임차인 등 실질적인 집합건물의 사용자는 관리규약의 개정안에 대하여 아무런 권리행사를 할 수 없게 되는 문제를 낳게 된다.

(2) 관리규약 설정·변경 및 폐지 의결정족수의 과다

집합건물법은 규약의 설정·변경 및 폐지 시에는 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 찬성을 얻도록 규정하였다(법 제29조 제1항). 이처럼 관리규약 설정 등에 관한 의결정족수가 관리단집회의 통상 의결정족수인 구분소유자 및 의결권의 각 과반수보다 많은 것은 관리규약을 쉽게 설정·변경 및 폐지하지 못하도록 함으로써 관리업무의 안정성을 도모하고자 하는 것으로 이해된다. 그러나 법령과 생활환경의 변화속도가 비교적 빠른 경우가 빈번한 점을 고려한다면 관리규약의 설정·변경 및 폐지에 관한 관리단의 의결정족수는 사실상 충족하기가 매우 어려운 수준으로서 과도한 것이라고 할 수 있다.

4. 일부 구분소유자의 권리보호

집합건물법은 관리규약의 설정이나 변경 또는 폐지로 인하여 일부 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미치는 경우에는 그들의 승낙을 얻도록 규정하고 있다(법 제29조 제1항). 관리규약의 설정이나 변경 또는 폐지를 위해서는 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 찬성을 요한다(법 제29조 전단). 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 의결정족수는 통상의 수준인 구분소유자 및 의결권의 과반수보다 특별의결정족수로서 중대한 사안을 결정할 때의 수준으로서 구분소유자의 의사를 비교적 충분히 반영할 수 있는 정도의 의결정족수라고 할 것이다. 그러므로 반대하는 소수가 있더라도 다수의 의견에 따르는 것이 당연하다. 다만 관리규약의 설정이나 변경 또는 폐지로 인하여 일부 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미치는 경우에는 그들에게 손해가 최소화 되도록 배려해야 할 필요는 있다.

그러나 그 ‘특별한 영향’이 무엇인지에 대해서는 아무런 규정이 없어 해석을 요한다. ‘특별한 영향’인지 여부의 판단기준은 추상적이기는 하나 기본적으로 관리규약의 설정·변경·폐지의 필요성과 합리성 및 관리규약의 설정·변경·폐지에 의해 받는 당해구분소유자의 불이익을 비교·형량하여 당해 구분소유자가 수인하여야 할 정도를 넘는 불이익이라고 할 수 있다.³⁸⁴⁾ 다만 ‘특별한 영향’의

384) 浜崎恭生, 「建物區分所有法の改正」, 法曹會, 1989, 29面.

여부는 관련된 구분소유자를 중심으로 파악하되 객관적 타당성이 인정되어야 할 것이다. 이와 관련하여 대법원은, 상가의 업종제한을 둔 기존 관리단 규약의 폐지가 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제29조 제1항 후단의 ‘일부의 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때’에 해당하는지 여부에 관한 사안에서, “구분소유자들이 규약에 의해 각 점포에서 영위할 영업의 종류를 정하는 것은 특정 점포의 구분소유자에게 그 업종을 독점적으로 운영하도록 보장하는 의미가 내포되어 있는 것이므로 그에 관한 규약을 폐지하고 업종제한이 없는 새로운 규약을 채택한다면 구분소유자가 누리던 기존의 독점적 지위가 박탈되는 결과가 될 것이고, 이 경우 그 개정 규약이 모든 구분소유자들에게 다 같이 적용된다고 하여 그 독자적 지위를 상실함으로써 인하여 개별 구분소유자가 받는 영향까지 동일하다고 볼 수는 없다 할 것이다. 그러므로 원심으로서 위 규약 폐지의 필요성 및 합리성과 그로 인해 각 구분소유자들이 받게 될 이익과 불이익을 비교형량하고 당해 구분소유관계의 실태에 비추어 볼 때 원고들이 입을 불이익이 수인해야 할 상당성 있는 한도를 초과한다고 인정되는지를 심리하여 그것이 집합건물법 제29조 제1항 후단의 ‘일부의 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미치는 때’에 해당하는지 여부를 판단함으로써 원고들의 개별적 동의가 필요한지를 정하였어야 할 것이다”라고 판시³⁸⁵⁾함으로써 상가의 업종제한을 둔 기존 관리단 규약의 폐지가 일부구분소유자의 권리에 ‘특별한 영향’을 미친다고 하였다. ‘특별한 영향’에 관한 일본의 사례로는, 관리규약을 개정하여 전유부분으로 되어 있는 발코니를 공용부분으로 개정하거나,³⁸⁶⁾ 집합건물에서 개의 사육금지를 정한 집합건물의 관리단의 관리규약을 개정하는 경우,³⁸⁷⁾ 분양업자가 전용사용권을 유보한 상태에서 설치한 무상옥탑광고탑·간판 등의 철거청구와 유상화에 의한 사용료청구를 한 경우³⁸⁸⁾ 등이 있다.

문제는 관리규약의 설정·변경·폐지에 의해 일부 구분소유자의 권리에 미치는 ‘특별한 영향’의 기준이 막연하고 불분명함에도 그것을 기준으로 ‘특별한 영향’을 받는 일부구분소유자의 ‘승낙’을 받도록 한 점이다. 즉, ‘특별한 영향’을 받는

385) 대법원 2008.12.24. 선고 2008다61561 판결.

386) 東京地判 1986.9.25. 判決 判時1240號, 88面.

387) 横浜地判 1991.12.12. 判決 判時1663號, 102面.

388) 最判 1998.11.20. 判決 判時1663號, 102面.

일부구분소유자의 ‘승낙’을 받지 않으면 관리규약의 설정·변경·폐지를 할 수 없다는 결론에 이르게 되어 소수의 의견이 다수를 지배하는 불합리한 결과를 초래하게 된다. 다수결에 의하는 경우라고 하더라도 소수의 입장을 충분히 고려해야 하는 것은 당연하다고 하겠으나 이는 소수자보호에 지나치게 치중한 것으로서 개정되어야 한다.

물론 업종제한에 관한 관리단 규약을 새로 설정하는 경우에, 그로 인하여 구분소유자들이 소유권 행사에 다소 제약을 받는 등 그 권리에 영향을 미친다고 하더라도 이는 모든 구분소유자들에게 동일하게 영향을 미치는 것이고, 특별한 사정이 없는 한 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제29조 제1항 후문의 ‘일부의 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때’에 해당하지는 않는다고 할 수 있다.³⁸⁹⁾

제4절 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무범위 문제

1. 문제의 소재

공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다고 규정하고 있다(법 제18조). 이는 집합건물의 공용부분이 전체 공유자의 이익에 기여하는 부분이기 때문에 공동으로 유지·관리되어야 하고 그 유지·관리를 위하여 필요한 경비에 대한 공유자간의 채권은 이를 특히 보장하여야 할 것이므로 공유자의 특별승계인에게도 그 승계의사의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 하기 위하여 마련된 특별규정이 라고 할 수 있다.

이와 관련하여, 판례는 관리비가 체납된 특정아파트를 경락받은 소유자가 그 아파트의 체납관리비를 납부해야 할 의무가 있는지를 두고 심급별로 각기 다른 입장을 보이고 있다. 즉, A(원고)가 1998년 12월 11일 G아파트(0동 0호)를

³⁸⁹⁾ 대법원 2006.10.12. 선고 2006다36004 판결.

경락받아 1999년 1월 12일에 소유권이전등기를 마쳤으나 G아파트의 입주자대표회의인 B(피고)는 A에게 G아파트(0동0호) 전 소유자가 1998년 1월부터 동년 12월까지 체납한 관리비와 연체료의 합계금액인 2,693,170원을 납부하라고 독촉한 것에 대하여, A가 이에 불복, B를 상대로 체납관리비채무부존재확인 청구소송을 제기한 사안에 있어서, 제1심법원은 경락자에게 체납관리비 납부의무가 있다³⁹⁰⁾고 한 반면, 제2심법원은 경락자에게 체납관리비 납부의무가 없다³⁹¹⁾고 하였다. 이에 대해 대법원은 다수의견으로 ‘공용부분 관리비’에 한하여 경락자는 전 소유자가 체납한 관리비를 납부할 의무가 있다고 판시하였다.³⁹²⁾

위와 같이 심급별로 판례가 갈리고 대법원에서 조차 일치된 의견으로 판결을 하지 못한 것은, 위 판례 사실관계에서의 관리비의 성격을 정확하게 파악하지 못한 것이 주된 이유라고 보여 진다. 즉, 판례에서 나타나고 있는 전유부분관리비는 전유부분의 사용료를 의미하고 있는 것으로써 주택법령으로 정한 관리비의 개념³⁹³⁾에는 포함되지 않는다. 원칙적으로 전유부분의 개별사용료인 전기요금 등은 관리비와는 별도의 고지서에 의하여 징수되는 것이 보통이다. 그러나 자체적으로 공급중계시설³⁹⁴⁾을 갖춘 공동주택에 따라서는, 개별사용료와 관리비가 통합고지서로 징수되는 경우가 보통이다. 위 판례의 사실관계도 관리비와 사용료가 통합고지 된 경우에 관한 사항이다.

이처럼 관리비와 사용료가 통합으로 고지되는 공동주택의 경우에 체납된 사용료를 승계대상에서 제외한다면, 공동주택의 유지·관리는 어려운 상황에 직면할 수 있다. 그 이유는, 전기료 등의 사용료의 경우 통상적으로 관리주체 또는 입주자대표회의(이하“관리주체 등”이라한다)와 공급자와의 일대일 계약내용에 따라, 관리주체 등은 공동주택 전체의 사용료를 일정한 기일에 공급자에게 납

390) 서울지방법원 남부지원 2000.7.21. 선고 2000가단27255 판결.

391) 서울지법 2000.12.21. 선고 2000나52393 판결.

392) 대법원 2001.9.20. 선고 2001다8677 판결.

393) 관리비의 비목은 주택법시행령 제58조에 규정되어 있으며 종류에는, 일반관리비, 청소비, 경비비, 소독비, 승강기유지비, 지능형 홈네트워크 설비 유지비(지능형 홈네트워크 설비가 설치된 경우만 해당한다), 난방비(「주택건설기준 등에 관한 규정」 제37조의 규정에 의하여 난방열량계 등이 설치된 공동주택의 경우에는 난방열량계 등의 계량에 의하여 산정한 난방비를 말한다), 급탕비, 수선유지비(냉·난방시설의 청소비를 포함한다), 위탁관리수수료가 있다.

394) 공급중계시설은 가령 전기가, 원공급처인 한전으로부터 직접 각 구분건물의 계량기로 공급되는 것이 아니라, 집합건물 공용부분에 설치된 자체 변전시설의 변압과정을 거쳐 각 구분건물 계량기로 배급되는 경우에 그 집합건물내 공용부분에 설치된 변전시설을 말하는 것으로써 지자체로부터 공급받는 음용수 저수조나 가스사업자로부터 공급받는 LPG저장소 등도 이에 속한다.

부하는 체계를 갖추고 있으므로, 사용료를 체납하는 구분소유자가 있게 되면 그만큼 공급자에게 납부할 공동주택 전체의 사용료가 부족하게 되는 상황이 초래될 수 있기 때문이다. 물론 공동주택에 따라서는 입주 초에 선수관리비라는 명목으로 약 1개월 분의 추정관리비를 선납받아 이를 관리운영상의 회전자금으로 사용하고 있지만, 선수관리비가 부족하거나 관리비의 체납액이 많을 경우에는, 관리운영이 원활하게 이루어지지 못하는 문제가 발생하게 되는 것이다.

본래 관리비는 원칙적으로 일반관리비 등 구분소유자의 공동부담 성격의 비용을 말하며, 전유부분관리비 즉, 사용료 등은 관리주체와 관계없이 각 구분소유자가 개별적으로 공급자와의 계약에 따라 징수·납부된다. 그러나 앞에서 기술한 바와 같이 전기 등의 공급중계시설을 자체적으로 갖춘 공동주택의 경우에는, 전유부분의 개별사용료도 관리주체가 관리비와 통합하여 징수한 후 공급자에게 납부하는 체계를 갖추고 있다. 가령 22,900볼트의 특고압을 한국전력공사(이하 ‘한전’이라 한다)로부터 수전하여 자체 변전시설을 통해 각 세대에 220볼트의 가정용 전기로 공급하는 공동주택의 경우에는, 전기공급계약에 따라 전체 공동주택에 대한 전기사용료의 납부의무가 일단 관리주체 등에게 부여되어 있다. 즉, 자체 변전실을 갖춘 공동주택의 경우에는 각 구분소유자와 한전이 전기공급계약을 체결하는 것이 아니라 관리주체 등이 전체 구분소유자를 일괄적으로 대리한 일개 수용가 입장에서 한전과 전기공급계약을 체결하였기 때문에 공동주택 전체 구분소유자가 사용료를 납부하든 못하든 한전은 오로지 관리주체 등을 상대로 공동주택 전체의 전기사용료를 징수하면 되고, 관리주체 등은 정해진 납기에 공동주택 전체에 대한 전기사용료를 한전으로 납부하여야 하는 것이다.³⁹⁵⁾ 이 결과로서 관리주체 등은 각 구분소유자의 전기사용료에 대한 채권을 보유하게 되며 이러한 사용료의 부과·납부구조는 통합계량기를 통해 공급 받는 수도료나 가스료의 경우도 크게 다르지 않다.

위와 같이 관리비와 사용료를 통합고지 하는 체계에 있어서 관리주체 등은, 공동주택 자체 내에 설치된 공급중계시설의 유지·관리에 대한 책임을 전적으로 부담하여야 함은 물론, 관리비 외에 개별사용료도 구분소유자에게 징수할

395) 한국전력공사 전기공급약관 제57조.

채권을 보유하게 되고 구분소유자는 관리주체 등에게 개별사용료의 납부 의무를 부담하게 된다.

그 밖에 공동주택의 관리비체납과 관련하여 생각해 볼 수 있는 것은, 구분소유자가 상당기간 거주하지 않고 공실로 비워둔 공동주택의 관리비 등에 대한 납부 의무자는 누구인가 하는 점이다. 관리비를 관리주체가 행한 관리서비스의 대가라고 볼 때, 거주를 하지 않는 동안 그러한 혜택을 받지 못했다고 생각하는 공실의 구분소유자는 관리비 등을 납부하지 못하겠다고 주장할 수도 있다. 그러나 이러한 주장은 받아들여질 수 없다. 가령 어느 한 공동주택이 상당기간 비어 있다고 하더라도 고정적인 시설의 규모를 줄이거나 관리인원을 축소할 수는 없는 것이기 때문이다. 따라서 공실인 공동주택의 경우에도 그 관리비 납부 의무자는 여전히 구분소유자가 되며 이러한 논리는 다른 집합건물의 경우에도 동일하게 적용될 것이다.

2. 채무 부존재의 논리

(1) 논거

채무 부존재의 논리³⁹⁶⁾에 의하면, 위 사례에 있어 전 소유자가 체납한 관리비는 그것이 공용부분에 속하는 것인지, 전유부분에 속하는 것인지를 묻지 않고 모두 입주자의 특별승계인에게 승계되지 않는다고 함으로써 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무를 부정하고 있다. 그 결과, 체납된 관리비는 이를 징수하지 못한 관리주체 등의 부담으로 돌아간다. 다만, 관리단의 재산으로 변제불능의 결과가 야기될 때에 비로소 집합건물법 제27조의 규정에 따라 구분소유자(입주자) 전원이 관리단(전체 입주자)의 채무를 분할하여 변제할 책임을 지게 된다고 한다.³⁹⁷⁾

또한 집합건물법 제42조 제1항 등의 규정과 공동주택의 관리·사용 등에 관하여 관리규약으로 정한 내용은, 그것이 승계 이전에 제정된 것이라고 하더라도

396) 대법원(2001.9.20. 선고 2001다8677 판결)전원합의체 반대의견.

397) 관리주체 등은 관리단을 대리하는 입장이므로 그 부담은 결국 관리단의 몫이 된다.

승계인에 대하여 효력이 있다는 뜻으로서, 관리비와 관련하여서는 승계인도 입주자로서 관리규약에 따른 관리비를 납부하여야 한다는 의미일 뿐, 그 규정으로 인하여 승계인이 전 입주자의 체납관리비까지 승계하는 것으로는 해석할 수 없다고 한다.³⁹⁸⁾

그리고 우리 법질서에 따를 때 개인의 기본권을 침해하는 사항은, 법률에 특별히 정함이 없는 한 사적자치에 반하는 것으로 하고 있고, 이러한 법원칙은 시민생활의 기본법인 민법에 그대로 반영되어 제3자에게 일방적으로 의무만을 부담케 하는 계약은 무효이므로,³⁹⁹⁾ 공동주택에서 전소유자가 체납한 관리비를 그 의사와 관계없이 특별승계인이 부담하도록 관리규약으로 강제하는 것은 사적자치의 원칙에 반하는 것이 되어,⁴⁰⁰⁾ “공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다”고 한 집합건물법 제18조를, 구분소유자(입주자)의 특별승계인에 대하여 체납관리비 채무를 부담지우는 규정이라고 보는 것은, 그 규정의 입법취지에 맞지 않는 해석이라고 한다.

(2) 비판

위 논리는, 특별승계인의 채무를 부정함으로써 체납된 관리비는 이를 징수하지 못한 관리주체 등의 부담으로 돌아가고, 관리단의 재산으로 변제불능의 결과가 야기될 때에 비로소 집합건물법 제27조의 규정에 따라 구분소유자 전원이 그 채무를 분할하여 변제할 책임을 지게 된다고 한다. 그러나 집합건물법 제27의 규정은, 관리단의 구성원이 전체 구분소유자이기 때문에 그에 대한 채무도 구분소유자 전체가 나누어 부담하는 것으로 이해된다고 볼 때, 특정의 구분소유자가 체납한 관리비까지를 전체 구분소유자가 책임지게 하는 것은 집합건물의 유지와 관리를 위한 관리단의 공공성에 비추어 타당하지 않다고 할 것

398) 박성호, “아파트체납관리비에 대한 특별승계인의 책임”, 「송민 최종영대법원장재임기념문집 21세기사법의 전개」, 박영사, 2005, 271면.

399) 광윤직, 「채권각론」, 박영사, 2000, 88면; 김형배, 「채권각론」, 박영사 2001, 178면; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2003, 1241면.

400) 박태신, 전계학위논문, 153면.

이다.⁴⁰¹⁾

또한 관리규약은 구분소유자 등의 자율적 의사에 따라 결정된 자치법규로서 집합건물법 제42조 제1항 등의 규정에 따라 구분소유자는 물론 그 특별승계인에게도 효력이 미치는 것이고, 집합건물은 다수의 사람이 공동으로 소유·사용하는 건물이므로, 헌법이나 다른 법령의 규정에 어긋나지 아니하는 한, 규약을 통하여 구분소유자나 그 특별승계인의 권리에 일정한 제한을 가하는 것이 허용된다. 따라서 규약으로 구분소유자의 특별승계인의 권리를 제한하는 것은 합리적인 것으로써 관련 규정이나 사적자치에 해하는 것이 아니라고 해야 할 것이다.

그리고 집합건물법 제18조의, “공용부분에 관하여 각 공유자가 다른 공유자에 대하여 가지는 채권”은, “공용부분에 대해서만” 특별승계인에 대하여 행사할 수 있다는 의미로 새기기 보다는, 공용부분에 대한 공유자 상호간의 책임은 공동의 책임이기 때문에 공유자의 지위를 승계한 경우에도 그 공동의 책임이 동일하게 존속한다는 의미로 새겨야 할 것이다. 따라서 동 규정을, 특별승계인이 전유부분에 관한 관리비 등을 승계하지 않아야 할 근거 규정으로 보는 것은 무리가 있다고 하겠다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 채무부존재의 논리는 집합건물의 원활한 관리보다는 특별승계인의 보호에 편중된 논리로써 설득력이 약하다고 하지 않을 수 없다.

3. 채무 일부존재의 논리

(1) 논거

대법원의 다수의견으로서 이 의견에 따르면, 집합건물법 및 관리규약의 동 규정은 공동주택의 입주자가 공동주택의 관리·사용 등의 사항에 관하여 관리규약으로 정한 내용은 그것이 승계 이전에 제정된 것이라고 하더라도 특별승

401) 이창현, “집합건물의 관리비체납에 대한 특정승계인의 책임”, 「민사법학」 제48호, 한국민사법학회, 2010.3, 222면.

계인에 대하여 효력이 있다는 뜻이다. 그러므로 관리비와 관련하여서는 특별승계인도 입주자로서 관리규약에 따른 관리비를 납부하여야 한다는 의미일 뿐이라고 제한하여 해석한다. 이에 따라 공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에게 가지는 채권은, 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있도록 한 집합건물법 제18조를 중요한 근거규정으로 제시한다. 즉, 다수의견은 동법 제18조상 공동주택의 공용부분은 전체 공유자의 이익에 공여하는 것이어서 공동으로 유지·관리해야 하고 그에 대한 적정한 유지·관리를 도모하기 위하여 소요되는 경비에 대한 공유자간의 채권은 이를 특별히 보장할 필요가 있어 공유자의 특별승계인에게 그 승계의사의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 특별히 둔 규정으로 파악하고 있다. 그리고 위 관리규약 중 공용부분 관리비에 관한 부분은 위 규정에 터잡은 것으로서 유효하다고 본다.

(2) 비판

이 논리는 관리비를 공용부분에 관한 것과 전유부분에 관한 것으로 구분할 수 있다는 것을 중요한 논거로 들고 있다. 그러나 이 논리에서의 전유부분관리비는 앞서 설명한 바와 같이 주택법상 관리비를 개념적으로 나누고 있는 것이 아니라 전유부분의 사용료를 의미하고 있다. 즉, 대법원의 다수의견은 전유부분 사용료를 특별승계 대상에서 제외하고 있다.⁴⁰²⁾

그러나 주택법은 공동수도료·공동가스료·정화조오물수수료·생활폐기물수수료·공동주택단지안의 건물전체를 대상으로 하는 보험료·입주자대표회의의 운영비·선거관리위원회의 운영경비 등을 사용료로 분류하고 있는데 이 비목들은 공동주택의 유지·관리를 위하여 소요되는 공동비용의 성격이 강하다. 그런데도 이를 전유부분관리비로 보아 특별승계대상에서 제외한다면 전체 공유자의 이익에 반하는 결과가 되어 설득력이 없다. 또한 공용부분 관리비를 보더라도 이것이 순수한 공용만의 것인지 명확하지 않은 경우가 많다. 가령 일반관리비의 경우를 보더라도, 그 내용의 대부분이 관리사무소직원들의 인건비임을 알 수 있

402) 이창림, “집합건물 특별승계인의 체납관리비 승계 여부”, 「재판과 판례」 제12집, 대구판례연구회, 2004.1, 527면.

다. 그러나 관리사무소직원들의 근무영역이 항상 공용부분으로 한정되는 것이 아니라 전유부분까지 광범위하게 미치는 것이다. 경비비의 예도 마찬가지라고 할 수 있다. 자치관리를 하는 경우 경비비의 내용은 경비원의 인건비가 대부분이다. 그런데 경비원은 관리사무소 직원과 마찬가지로 그 업무범위 역시 공용부분에 한정되지 않고 전유부분까지 미치고 있다. 또한 소독비의 경우를 보더라도 소독이 이루어지는 범위는 공용부분뿐만 아니라 전유부분에 대해서도 함께 이루어지는 것이 일반적이다.⁴⁰³⁾

이처럼 관리비로 분류되는 비목 중에도 공용부분에 대한 것과 전유부분에 대한 것들이 복합적으로 얽혀 있어 이 중에서 공용부분의 관리비만을 따로 도출해 내는 것은 사실상 불가능하다.⁴⁰⁴⁾ 이와 관련하여 관리비를 전유부분관리비와 공용부분관리비 외에 기타 관리비를 따로 분류하는 견해가 있다.⁴⁰⁵⁾ 즉, 정화조 오물수수료·생활폐기물수수료·건물전체를 대상으로 하는 보험료·장기수선충당금·안전점검비용·안전진단실시비용·관리주체의 운영비로 일반관리비·입주자대표회의 운영비가 그것이다. 이러한 비용들은 공용의 성격이 강하지만 공용부분만의 관리비로 보기에에는 애매한 점이 있기 때문이라고 할 것이다.

그리고 관리비와는 구별하여 별도로 징수·예치하는 장기수선충당금은 사전에 수립된 장기수선계획에 의하여 주요시설을 교체하거나 보수하기 위하여 입주자 및 사용자로부터 징수하여 적립하는 금액(주택법 제51조 제1항)으로써 관리비와는 구별되는 비목이지만 입주자가 공동주택의 유지·보수를 위하여 공동으로 부담하는 비용임에는 틀림없다. 그러나 장기수선충당금은 시설의 통상적 보수 등을 위하여 지출하는 수선유지비와는 달리 장기간에 걸쳐 주요시설을 교체하거나 보수하기 위하여 필요한 비용이기 때문에 지출에 대한 현재성이 약하다. 따라서 이는 집합건물법 제18조에서 규정하는 바와 같이 공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권에 해당될 수 없다는 결론이 나온다.⁴⁰⁶⁾ 그렇다면 장기수선충당금은 특별승계의 제외대상이 되는 것일까?

403) 강석규, “구분소유권의 관리비 체납에 대한 특별승계인의 책임”, 「재판실무」 제2집, 창원지방법원, 2005.9, 137면.

404) 이준현, “전소유자가 체납한 관리비에 대한 공동주택 특별승계인의 책임”, 「인권과정의」 358호, 대한변호사협회, 2006, 100면.

405) 이창현, 전개논문, 202면.

406) 丸山英氣, 前掲書, 119면.

당연히 그것은 아닐 것이다.

따라서 관리비를 관리주체의 관리업무의 내용에 대응해서 발생하는 비용이라고 통칭하지만, 그 내역을 상세히 분류해 본다면 공용부분의 관리에 필요한 비용뿐만 아니라 건물의 대지 혹은 전유부분의 관리에 소요되는 비용까지도 포함되어 있어 이를 그 어느 한쪽에 속하는 것으로 명확하게 구분 짓기는 대단히 어렵다고 할 수 있으며, 이러한 점에서 다수의견은 그 사실상의 토대를 상당 부분 상실하였다고 하지 않을 수 없다.⁴⁰⁷⁾

4. 채무 전부존재의 논리

(1) 논거

위 논리는 대법원전원합의체의 별개의견으로써 동 의견에 의하면, 전 소유자에 의해서 채납된 아파트관리비는 공유부분과 전유부분을 구분함이 없이 전부 그 특별승계인이 승계하여야 한다고 하면서, 아파트관리규약의 자치법규성을 논거로 들고 있다. 즉, 아파트관리규약은 자치법규로서 집합건물법 제42조 제1항 및 공동주택관리령⁴⁰⁸⁾ 제9조 제4항에 따라 구분소유자는 물론 그 특별승계인에게도 효력이 미치고, 공동주택은 다수의 사람이 공동으로 소유·사용하는 건물이므로, 헌법이나 다른 법령의 규정에 어긋나지 아니하는 한, 규약을 통하여 구분소유자나 그 특별승계인의 권리에 일정한 제한을 가하는 것이 허용된다는 것이다.

또한 규약으로 ‘구분소유자 이외의 자’의 권리를 해하지 못하도록 한 집합건물법 제28조 제3항의 규정에서 말하는 ‘구분소유자’에는 규약 제정 당시의 구분소유자뿐만 아니라 규약이 제정된 이후에 구분소유자가 된 사람도 포함되므로, 규약으로 구분소유자의 특별승계인의 권리를 제한하는 것이 규정에 비추어 보더라도 타당하며, 이에 따라 아파트의 전 입주자가 채납한 관리비는 공유부분

407) 이준현, 전계논문, 100면.

408) 2003년11월 29일에 폐지(대통령령 제18146호)되었으며 대부분의 내용은 주택법시행령으로 편입되었다.

과 전유부분을 구분하지 아니하고 전부 그 특별승계인에게 승계된다고 한다.

(2) 비판

이러한 별개의견은, 공동주택 관리의 현실적 상황에 대한 정확한 인식과 관리규약의 자치법규성이 갖는 중요성을 강조함으로써 일반적인 법원리와 그 구조를 달리하는 집합건물법의 해석을 토대로 주장되었다는 점에서 의의가 있다. 다만 사실관계에서 문제가 되었던 전유부분관리비의 개념이 통상의 관리비를 지칭하는 것이 아니라 개별사용료에 대한 것임을 지적하고, 비록 그것이 전유부분에서 사용한 비용이라 할지라도 집합건물의 공급시설별 특수성과 징수·납부의 구조의 특수성 그리고 집합건물관리의 공공성 등을 근거로, 체납관리비 전액이 특별승계인에게 전면적으로 승계되어야 한다는 논거를 제시했다더라면 더욱 좋았을 것이다.

5. 정리

대법원판례이론을 중심으로, 전 구분소유자가 체납한 관리비 등의 납부의무가 특별승계인에게로 승계되는지 여부에 대한 주장의 논거와 비판요소를 살펴 보았다. 특별승계인에게는 체납관리비에 대한 승계의무가 없다는 채무부존재이론은 앞서 살펴본 바와 같은 이유로 설득력을 얻지 못한다. 공용부분관리에 한하여 특별승계인에게 그 채무가 승계된다는 채무일부존재이론 또한 관리비에 대한 정확한 인식이 부족한 상태에서 주장되었다는 점에서 논란의 여지가 계속되고 있다. 반면 채무전부존재이론은, 공용부분, 전유부분 구분 없이 당해 구분건물에 속하는 관리비 등이 특별승계인에게 전부 승계된다고 함으로써 집합건물관리에 관한 실무적 상황을 가장 잘 이해하고 있는 것으로 보여진다.

특별승계인에게 체납관리비가 승계되는 것에 대한 규정을 두고 있는 일본의 해석론을 보더라도, 다른 구분소유자가 대신 지급한 관리비 등이 건물 등의 현 상태를 더욱 양호하게 하는데 모두 쓰여 졌다면, 그 관리비 등은 구분소유권의 가치에 그대로 반영되어 있을 것이고, 아직 덜 쓰여 졌다면 덜 쓰여진 만큼 구

분소유건물 전체의 재산으로 구성되어 있을 것이기 때문에 특별승계인은 전 소유자의 체납관리비 등에 대해 채무를 부담하여야 한다고 한다.⁴⁰⁹⁾ 다만 이 때 전 소유자와 특별승계인간에 성립하는 체납관리비의 부담관계는 긴밀한 주관적 공동 내지 상호보증적 관계가 아니라 각자의 입장에서 각각의 책임이 개별적으로 발생하는 것에 지나지 않는 부진정연대채무 관계로 보는 견해가 있다.⁴¹⁰⁾

결론적으로, 공동주택 등 집합건물에서 관리비(공용부분 관리비)와 사용료(전유부분관리비)를 통합고지·납부의 체제로 운영하는 한은, 집합건물의 원활한 관리와 전체 구분소유자의 유익을 위하여 구분소유자가 체납한 관리비 등의 납부의무는, 공용부분, 전유부분의 구분 없이 특별승계인에게로 모두 승계되도록 하여야만 할 것이다. 그렇지 않고, 전 구분소유자의 공유부분에 관한 체납 관리비만을 승계되도록 한다면, 집합건물은 운영자금의 부족으로 원활한 관리는 기대하기 어려울 것이며, 체납된 관리비 등으로 인한 결손액은, 책임을 질 이유가 없는 다른 구분소유자들에게 전가되는 문제가 발생하게 된다.

따라서 위의 논리 중에서는 채무 전부존재의 논리가 타당하며 집합건물관리 제도의 취지에 가장 부합한다고 할 수 있다. 다만 대법원의 입장은 채무 일부 존재의 논리를 유지하고 있으므로 논란의 소지는 상존하고 있다고 하겠다.

제5절 분쟁해결 수단의 미비 문제

1. 공동주택의 관리와 관련된 분쟁유형

(1) 구분소유자 상호간의 분쟁

구분소유자 상호간의 분쟁은 주로 생활상의 불편으로부터 비롯된다. 층간소

409) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 前掲書, 63面.

410) 山上知裕·服部弘昭, “管理費の徴收”, 「自由と正義」44卷 5號, 日本辯護士連合會, 1993.5, 40面.

음, 위층에서의 누수,⁴¹¹⁾ 늦은 밤 운동기구의 사용이나 악기의 연주, 동물의 사육⁴¹²⁾ 등 구분소유자가 다른 구분소유자에게 생활상 불편을 줌으로써 분쟁이 발생한다. 대부분의 경우 수인의 한도를 넘기 때문에 문제가 발생한다고 하겠지만 어떤 경우에는 다른 구분소유자가 특별하게 예민하여 발생하는 분쟁도 있을 것이다. 구분소유자간의 분쟁은 대부분 대화로 해결할 수 있는 것들이지만 경우에 따라서는 소송으로 발전하거나 극단적인 결과를 낳기도 한다. 나날이 증가하는 공동주택의 주거형태를 감안할 때 구분소유자간에 발생하는 분쟁의 예방을 위한 적극적인 입법적 대책이 마련되어야 할 것이다.

(2) 입주자대표회의를 둘러싼 분쟁

1) 입주자대표간의 분쟁

입주자대표(동대표)들 사이에서의 분쟁발생 원인은 매우 다양하지만 거의 대부분의 경우 규정이나 원칙을 무시하거나 의견충돌에 따른 감정 충돌이 그 원인인 것으로 보이며, 사례 유형별로는 동대표 선출과 관련된 것이 많다. 가령 자신과 의견이 상반되는 구분소유자가 동대표로 나서는 것에 불만을 품은 다른 구분소유자가 전단지나 대자보를 통해 근거 없이 비리의혹을 제기하는 등 개인의 명예를 훼손하는 경우가 그것이다.⁴¹³⁾ 또한 입주자대표회의 회장의 직무수행권과 관련하여 입주자대표간에 벌어지는 분쟁도 있다. 예컨대, 적법하게 입주자대표회의가 구성되고 회장도 적법하게 선출되어 활동해 오던 중, 그 회장의 임기만료에 따라 후임 회장이 선출되었으나 그 선출이 부적법하여 효력이 없게 된 경우에 있어서, 특별한 사정이 없는 한 차기 회장이 적법하게 선출될 때까지 입주자대표회의의 회장은 직무를 일정한 범위 내에서 계속 업무를 수행할 수 있는 것으로 보아야 할 것이나, 전임회장의 임기는 이미 끝났으므로

411) 서울지법 동부지원 2000.2.17. 선고 99가단22374 판결.

412) 부산지법 2008.4.16. 선고 2007가단82390 판결.

413) 대법원 2010.10.28. 선고 2010도2877 판결; 대법원 2008.9.25. 선고 2006다86597 판결; 대법원 2005.7.15. 선고 2004도1388 판결; 대법원 1988.6.14. 선고 87다카1450 판결; 부산지법 2009.11.5. 선고 2009노2161 판결; 대전지법논산지원 2003.1.30. 선고 2002고단89 판결.

전임회장의 직무수행권한은 당연히 소멸된다고 함으로써 분쟁이 발생된 경우가 그것이다.⁴¹⁴⁾그밖에 입주자대표회의가 집합건물법을 위반하였음을 주장하며 해산을 청구하는 분쟁 등이 있다.⁴¹⁵⁾

2) 입주자대표회의와 관리주체 등과의 분쟁

현행 주택법령에는 입주자대표회의와 관리기구의 업무 및 책임범위에 대한 사항이 명확하게 규정되어 있지 않아 양 기구간에 갈등을 유발시키는 요인이 되고 있다. 특히 공동주택의 관리를 자치관리에 의할 경우, 입주자대표회의는 관리주체인 자치관리기구를 구성하고 그 대표자인 관리사무소장 등을 임명한다. 따라서 입주자대표회의는 사용자적인 입장에서 관리주체를 지휘하고자 한다. 그러나 입주자대표회의는 주택관리에 관한 전문성이 부족하여 불법·부당한 지시를 관리주체에게 하는 경우가 있다. 이 경우 관리주체가 이를 시정하고자 하였으나 입주자대표회의가 관리주체의 의견을 무시하고 자신들의 입장을 위하여 고수하게 되면 충돌이 불가피하게 된다. 입주자대표회의와 관리주체 간에 발생하는 대부분의 갈등이 이러한 유형이다.

비전문가단체인 입주자대표회의가 전문가인 관리주체의 업무에 지나친 관여를 하게 되면 관리의 전문성 및 효율성을 저해하는 요인이 됨은 물론이다. 입주자대표회의와 관리주체와의 구체적 분쟁 중에는 입주자대표회의가 사용자적인 입장에서 관리주체를 부당해고 한 경우 등 노사관계에 관한 것이 많다.⁴¹⁶⁾ 노사관계 중 상당부분을 차지하는 부당해고의 원인은 입주자대표회의의 월권적 업무간섭에 관리주체가 불복함으로써 야기된 경우가 대부분이다.⁴¹⁷⁾ 이러한 부작용을 막기 위해 주택법령에서는 일찍이 입주자대표회의로부터 자치관리기구에 대하여 부여했던 지휘권을 삭제하고 오로지 감독권만을 행사하도록 하였다.⁴¹⁸⁾ 그러나 관리현장에서는 여전히 자치관리기구를 향한 입주자대표회의의

414) 대법원 2007.6.15. 선고 2007다6307 판결.

415) 대법원 2008.9.25. 선고 2006다86597 판결.

416) 대법원 1992.4.14. 선고 92다1728 판결.

417) 서울행정법원 2007.7.19. 선고 2006구합36339 판결.

418) 1999.10.30 대통령령 제16590호 공동주택관리령 일부개정에 의해 제11조 제2항의 자치관리기구에 대한 지휘·감독권 중 지휘권이 삭제되었다.

불법·부당한 간섭이 자행되어 오고 있는 것으로 파악되고 있다. 그밖에 관리사무소장이 입주자대표회장과의 감정충돌로 형사고소를 당한 경우,⁴¹⁹⁾ 입주자대표회장이 다른 동대표들에게 관리사무소장이 관리비를 횡령한 것처럼 말하여 관리사무소장의 명예를 훼손한 경우,⁴²⁰⁾ 입주자대표회의 회장이 관리사무소 소유에 속하는 문서를 함부로 손괴하거나 공고문에 모욕적 언사를 섞어서 사실을 적시함으로써 관리사무소장 등의 명예를 훼손한 경우,⁴²¹⁾ 위탁관리를 하는 경우 선정된 관리업자의 지위 인정여부를 둘러싼 분쟁,⁴²²⁾ 관리회사가 입주자대표회의에게 공동설비 부분에 대한 전기요금 산정 방식의 변경 여부에 관하여 합리적인 선택을 할 수 있도록 조치를 취하지 않았다고 하여 발생한 분쟁,⁴²³⁾ 고령자고용촉진장려금의 귀속주체가 누구이냐에 관한 분쟁⁴²⁴⁾ 등이 있다.

한편, 부녀회와 분쟁이 발생하는 경우도 있다. 부녀회는 공동주택에 거주하는 부녀들이 봉사 등의 목적을 위하여 구성된 순수한 자생적 단체로써 입주자대표회의의 같은 법정단체는 아니지만, 나름대로의 조직을 갖추고 공동체 생활에 영향력을 발휘하고 있음에 따라 이권과 관련하여 분쟁이 발생하는 경우가 있다. 또한 부녀회가 입주자대표회의의 요구에 따라 일정한 수익금의 처리에 관한 결산을 보고하여 이를 승인받거나 그에 대한 감사에 응할 의무를 지고 있음에도, 이를 이행하지 않음으로써 입주자대표회의가 의무불이행을 사유로 위임과 유사한 부녀회와의 법률관계를 해지하게 되자 부녀회가 이에 불복하면서 발생한 분쟁 등이 있으며,⁴²⁵⁾ 알뜰시장이나 재활용품 판매수익금 등 관리외수익금의 처리와 관련된 분쟁이 발생하기도 한다.⁴²⁶⁾

(3) 공동주택의 사업주체와 구분소유자간의 하자분쟁

공동주택의 사업주체와 구분소유자간의 분쟁은 주로 건축물의 하자에 관한

419) 부산지법 2009.11.5. 선고 2009노2161 판결.
 420) 대법원 1994.8.26. 선고 94도237 판결.
 421) 대전지법 논산지원 2003.1.30. 선고 2002고단89 판결.
 422) 대법원 2009.1.30. 선고 2007다9030,9047 판결.
 423) 대법원 1997.11.28. 선고 96다22365 판결.
 424) 대법원 2004.3.25. 선고 2003다67359 판결.
 425) 부산지법 2008.12.12. 선고 2008가합13756 판결.
 426) 대법원 2006.12.21. 선고 2006다52723 판결.

사항이다. 건축물의 하자라고 함은 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 갖추어야 할 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 것을 말하는 것으로, 하자 여부는 당사자 사이의 계약 내용, 해당 건축물이 설계도대로 건축되었는지 여부, 건축 관련 법령에서 정한 기준에 적합한지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다.⁴²⁷⁾공동주택의 사업주체는 공동주택을 준공한 후 일정한 기간 동안 하자 보수에 대한 책임을 부담한다.⁴²⁸⁾공동주택의 경우 사업주체의 하자보수 책임은 주택법은 물론 집합건물법에 따라 부담하여야 한다.⁴²⁹⁾사업주체가 부담하는 하자보수책임은 대부분 하자보수이행보증에 의한 경우로써 이행보증금과 관련된 분쟁이 발생하기도 한다.⁴³⁰⁾

2. 현행 분쟁해결제도의 현황과 한계

(1) 공동주택관리 분쟁조정위원회

주택법은 공동주택의 입주자·사용자·관리주체·입주자대표회의 또는 리모델링 주택조합간에 발생하는 분쟁의 조정을 위하여, 시·군·구에 공동주택관리 분쟁조정위원회(이하 “분쟁조정위원회”라 한다)에 관한 규정을 두고 있다.

427) 대법원 2010.12.9. 선고 2008다16851 판결.

428) 주택법 제46조(담보책임 및 하자보수 등) ① 사업주체(「건축법」 제11조에 따라 건축허가를 받아 분양을 목적으로 하는 공동주택을 건축한 건축주 및 제42조 제2항 제2호에 따른 행위를 한 시공자를 포함한다. 이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 같다)는 건축물 분양에 따른 담보책임에 관하여 「민법」 제667조부터 제671조까지의 규정을 준용하도록 한 「집합건물법」 제9조에도 불구하고, 공동주택의 사용검사일(주택단지 안의 공동주택의 전부에 대하여 임시 사용승인을 받은 경우에는 그 임시 사용승인일을 말한다) 또는 「건축법」 제22조에 따른 공동주택의 사용승인일부터 공동주택의 내력구조부별 및 시설공사별로 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 담보책임기간에 공사상 잘못으로 인한 균열·침하(침하)·과손 등 대통령령으로 정하는 하자가 발생한 경우에는 해당 공동주택의 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 이 조 및 제46조의2부터 제46조의7까지에서 “입주자대표회의 등”이라 한다)의 청구에 따라 그 하자를 보수하여야 한다. 1. 입주자 2. 입주자대표회의 3. 관리주체(하자보수청구 등에 관하여 입주자 또는 입주자대표회의를 대행하는 관리주체를 말한다) 4. 「집합건물법」에 따른 관리단.

429) 대법원 2008.12.11. 선고 2008다12491 판결.

430) 대법원 2007.1.26. 선고 2002다73333 판결.

분쟁조정위원회에서는 입주자대표회의의 구성·운영 및 동별대표자의 자격·선임·해임·임기에 관한 사항, 자치관리기구의 구성·운영 등에 관한 사항, 관리비·사용료 및 장기수선충당금의 징수·사용 등에 관한 사항, 공동주택(공용부분만 해당한다)의 유지·보수·개량 등에 관한 사항, 공동주택의 리모델링에 관한 사항, 그 밖에 공동주택의 관리와 관련하여 분쟁의 조정이 필요하다고 지방자치단체의 조례로 정한 사항 등에 대하여 심의·조정한다(주택법 제52조 제1항, 제2항). 그리고 위에 해당하는 자가 분쟁조정위원회의 조정결과를 수락한 경우에는 당사자 간에 조정조서와 같은 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(주택법 제52조 제3항).

분쟁조정위원회는, 위원장 1인을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성하되, 위원에는 분쟁이 발생한 공동주택의 입주자대표회의가 추천하는 자, 분쟁이 발생한 공동주택의 관리주체가 추천하는 자, 시민단체(「비영리민간단체 지원법」 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체를 말한다)에서 추천한 자, 주택관리 관련 분야에 관한 학식과 경험이 있고 덕망을 갖춘 자, 당해 지방자치단체 소속공무원 중에서 당해 지방자치단체의 장이 위촉 또는 임명하는 자가 된다(주택법시행령 제67조 제1항). 위원장은 시민단체(「비영리민간단체 지원법」 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체를 말한다)에서 추천한 자, 주택관리관련 분야에 관한 학식과 경험이 있고 덕망을 갖춘 자, 당해 지방자치단체 소속공무원 중에서 당해 지방자치단체의 장이 지명하는 자가 된다(주택법시행령 제67조 제2항). 그밖에 분쟁조정위원회의 회의·운영과 그 밖에 필요한 사항은 해당 시·군·구의 조례로 정한다(주택법 제52조 제4항).

(2) 하자심사·분쟁조정위원회

주택법은 하자분쟁에 관하여 하자심사·분쟁조정위원회(이하 “위원회”라 한다)를 두고 있다. 위원회에서는 공동주택에서 발생한 하자의 심사와 그와 관련된 분쟁의 조정을 위한 업무를 수행하며, 주택법 제52조의 분쟁조정위원회가 각 지방자치단체인 시·군·구와에 설치되는 것과는 달리 국토해양부에 필수상설 기관으로 설치된다(주택법 제46조의2 제1항).

위원회가 담당하는 업무로는, 주택법 제46조에 의한 담보책임 및 하자보수 등과 관련하여 하자 여부 판정, 하자담보책임 및 하자보수 등에 대한 공동주택의 입주자 등과 사업주체간의 분쟁 심사·조정(이하 "조정 등"이라 한다) 등이다(주택법 제46조의2 제2항).

위원회의 구성은, 위원장 1인을 포함한 15인 이내의 위원에 의하며(주택법 제46조의3 제1항), 위원회의 위원은 공동주택 하자에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로서, 1급부터 3급까지 상당의 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 공무원, 공인된 대학이나 연구기관에서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 재직 한 자, 판사·검사 또는 변호사, 건설공사·건설업 또는 건설용역업 또는 감정평가에 대한 전문적 지식을 갖춘 자, 주택관리사로서 공동주택의 관리사무소장으로 10년 이상 근무한 자 중에서 국토해양부장관이 임명 또는 위촉한다(주택법 제46조의3 제2항). 위원회의 위원장은 국토해양부장관이 위원 중에서 임명하며(주택법 제46조의3 제3항), 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의 하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 소위원회의 회의는 재적위원 과반 수의 출석으로 개의하고 출석위원 전원의 찬성으로 의결한다(주택법 제46조의3 제7항).

위원회는 주택법 제46조 제6항에 따라 조정 등의 신청을 받은 때에는 지체 없이 조정 등의 절차를 개시하여야 하며 이 경우 위원회는 그 신청을 받은 날 부터 60일 이내에 그 절차를 완료하여야 한다(주택법 제46조의4 제1항). 위원회는 조정 등의 절차 개시에 앞서 이해관계인이나 하자진단을 실시한 안전진 단기관 등의 의견을 들을 수 있고(주택법 제46조의4 제3항), 심사결과를 이해 관계인에게 권고할 수 있으며(주택법 제46조의4 제4항), 절차를 완료한 때에는 조정안을 작성하여 지체 없이 이를 각 당사자에게 제시하여야 한다(주택법 제 46조의4 제5항). 이때 조정안을 제시받은 당사자는 그 제시를 받은 날부터 15 일 이내에 그 수락 여부를 위원회에 통보하여야 하며(주택법 제46조의4 제6 항), 당사자가 조정안을 수락한 때에는 위원회는 즉시 조정서를 작성하여야 하 며, 위원장 및 각 당사자는 이에 서명·날인하여야 한다(주택법 제46조의4 제7 항). 당사자가 제7항에 따라 조정안을 수락한 때에는 당사자 간에 조정서와 동 일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(주택법 제46조의4 제8항).

또한 위원회는 당사자 일방으로부터 분쟁의 조정신청을 받은 때에는 그 신청 내용을 상대방에게 통지하여야 하며(주택법 제46조의5 제1항), 통지를 받은 상대방은 조정에 응할 것인지에 관한 의사를 위원회에 통지하여야 한다(주택법 제46조의4 제2항). 이때 사업주체가 국가, 지방자치단체, 한국토지주택공사, 지방공사인 경우에는 위원회로부터 분쟁조정 통지를 받은 경우 분쟁조정에 반드시 응하여야 한다(주택법 제46조의5 제3항).

한편, 사업주체는 입주자대표회의 등이 청구하는 하자보수에 대하여 이의가 있는 경우, 입주자대표회의 등과 협의하여 대통령령으로 정하는 안전진단기관에 보수책임이 있는 하자범위에 해당하는지 여부 등 하자진단을 의뢰할 수 있다. 이 경우 하자진단을 의뢰받은 안전진단기관은 지체 없이 하자진단을 실시하여 그 결과를 사업주체와 입주자대표회의 등에게 통보하여야 하며(주택법 제46조의7 제1항), 위원회는 분쟁조정신청사건의 당사자간에 하자진단 결과를 다를 경우에는 대통령령으로 정하는 안전진단기관에 그에 따른 감정을 요청할 수 있다(주택법 제46조의7 제2항).

(3) 제도 운영상의 한계

집합건물법에서는 공동주택의 관리상 발생하는 분쟁이나 하자분쟁의 조정에 관한 아무런 규정을 두지 않고 있으나 주택법은 공동주택의 관리 및 하자에 관한 분쟁을 조정하기 위한 분쟁조정위원회를 필수 상설기관으로 법제화하고 있다(주택법 제46조의2 ~제 46조의7, 제52조). 그러나 분쟁조정위원회의 조정 실적은 그다지 활성화 되지 못하고 있는 것이 현실이다. 시·군·구별로 설치하도록 되어 있는 공동주택관리 분쟁조정위원회의 조정실적은 찾아보기가 어렵고 2010년 8월 31일 현재, 2008년부터 2010년까지 3년간 국토해양부의 하자심사·분쟁조정위원회의 하자심사분쟁조정청구건수도 23건에 불과하며 예산집행 실적은 전무한 상태이다.⁴³¹⁾ 이처럼 제도적으로는 설치되어 있으나 분쟁조정위원회가 활성화되지 못하고 있는 이유 중 하나는, 위원회의 조정이 법적구속력을 갖지 못함에 있다고 할 수 있다. 즉, 당사자 간의 분쟁사유에 대하여 분쟁조

431) 국토해양부 하자심사·분쟁조정위원회, “운영현황”, www.mltm.go.kr, 2010.8.9. 검색.

정위원회가 조정안을 내놓더라도 그 조정안을 분쟁당사자들이 받아들이지 않으면 아무런 의미가 없게 되기 때문이다. 따라서 소송까지 진전되지 않으면서도 상호 법적구속력을 받아들일 수 있는 실효적 대안의 모색이 시급하다.

제5장 공동주택 관리제도의 입법론적 개선방안

제1절 관리단의 개선

1. 서설

앞에서 살펴본 바와 같이 관리단에 관한 현행제도상의 문제점은, 첫째, 관리단의 당연설립에 관한 문제, 둘째, 소규모 관리단과 단지관리단의 관리인 선임 문제, 셋째, 관리단의 채무공시 문제, 넷째, 관리단집회 여부에 따른 의결정족수 문제, 다섯째, 관리단의 조직행위가 없는 경우의 문제, 여섯째, 관리단과 입주자대표회의의 혼동에 관한 문제, 일곱째, 관리단의 소송관련 문제, 여덟째, 집회의 개최와 의결권 행사의 곤란성 등이 있다. 이와 같은 제반 문제에 대한 해소방안의 하나로 이하에서는 먼저 관리단의 법인화를 제안한다. 관리단을 법인화하게 되면, 위에서 열거한 제문제 중 관리단의 당연설립에 관한 문제, 관리단의 조직행위가 없는 경우의 문제, 관리단과 입주자대표회의의 혼동에 관한 문제, 관리단의 소송관련 문제 등이 해소될 수 있게 된다.

2. 관리단의 법인화

(1) 법인화의 필요성

집합건물법에 의할 때 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리를 위한 관리단이 당연설립 되도록 규정하고 있다(법 제23조 제1항). 즉, 구분소유관계가 성립되면 구분소유자들은 본인의 의지와는 무관하게 관리단의 일원이 됨으로써 사실상 거의 대부분의 구분소유자들은 자신이 언제 관리단의 구성원이 되었는지도 또한 관리단이 무엇인지조차 알지 못한 채 관리단의 일원이 된다. 이에 따라 단체에 대한 소속감은 당연히 없고 관리에 관한 적극성과 관심 또한 약할 수밖에 없다. 따라서 구분소유자 각자가 관리책임의 귀속 주체임을 일깨우고 관리단이라는 존재 자체를 인식할 수 있도록 하기 위해서는 비록 비용과 노력이 소요되더라도 명시적인 설립절차가 필요하다.

관리단이 법인격을 취득하게 되면 관리단은 명시적으로 권리와 의무의 주체가 됨으로써 관리단의 재산을 다른 재산과 구별하여 관리할 수 있게 되고 공용부분에 대한 대규모 수선공사를 하게 될 경우 금융기관으로부터 관리법인의 명의로 용자를 받을 수도 있는 등 관리법인과 구분소유자, 관리법인과 제3자와의 법률관계를 명확하게 하고 사회적인 공신력의 제고 및 거래안전에도 기여하게 될 것이다. 일본의 경우에는 구분소유자 및 의결권의 4분의 3 이상의 다수에 의한 집회의 결의에 의하여 법인격을 취득할 수 있도록 하고 있다(구분소유법 제47조 제1항).⁴³²⁾

다만 소규모의 집합건물에는 굳이 관리단을 법인화하지 않아도 될 것이다. 즉, 집합건물법상 관리인을 반드시 선임해야 하는 구분소유자의 숫자가 10인 이상임을 감안할 때 10인 미만의 소규모 집합건물의 경우에는 관리단의 법인격 취득을 강제하지 않는 등 탄력적인 운용이 필요하다.

(2) 법인화의 장점 등

관리단을 법인화함으로써 기대할 수 있는 것으로는, 첫째, 관리법인의 이름으로 권리를 취득하고 의무를 이행할 수 있다는 점이다. 가령 예금계좌를 개설하는 경우에도 관리인이나 입주자대표회장의 개인이름을 차용하는 등 편법을 동

432) 丸山英氣, 前掲書, 277面.

원하지 않고 관리법인의 이름으로 직접 개설할 수 있어 권리주체가 명실상부한 은행거래업무를 할 수 있다. 또한 관리단 명의로 부동산에 대한 등기를 할 수 있는 등 관리단 재산과 구성원 재산의 구별이 명확하게 됨으로써 관리단의 법인화는 법률관계의 불명확성을 극복할 수 있는 방안이 될 수 있다. 둘째, 관리단이 법인으로서 권리·의무의 귀속주체가 됨으로써 외부의 제3자와 거래관계를 가질 경우 내부의 구분소유자와의 관계에서도 법률관계를 명확하게 할 수 있다. 셋째, 거래의 안전 및 원활화에 기여한다. 즉, 관리단이 법인화되면 관리법인의 존재와 대표자의 자격이 관리법인 등기에 의해 공시되므로 사회적 신용이 증대되고 전기·수도·가스 등의 공급자 등 관리법인과 거래를 하는 제3자는 거래상 불안이 해소될 것이다. 그밖에 관리법인과 비관리법인을 달리 취급하고 있는 세금관계 등에 있어서도 차이가 발생할 수 있는 점, 각각의 구분소유자로부터 관리비 등을 징수한다든지, 구분소유자가 공동질서에 위반하는 행위를 금지하게 하거나 손해배상의 청구를 하는 경우 그 주체와 객체가 명확하게 되는 점⁴³³⁾ 등이 있다.

다만 관리단을 법인화 하고자 하면 다소의 절차적 번거로움과 등기에 따르는 비용의 발생 및 재산목록 또는 구성원명부의 작성 등 비법인상태의 관리단과에 비하여 사무의 증가와 비용의 증가가 있게 되는 점은 불가피할 것이다.⁴³⁴⁾

(3) 관리법인의 설립과 해산 등

관리법인의 설립과 해산 등에 대한 절차는 민법의 비영리사단법인에 관한 규정(민법 제31조 ~ 제97조)을 준용한다. 따라서 관리단은 집합건물법에 따라 집회를 열어 관리규약을 설정하고 관리인 등의 기관을 구성하는 한편, 법인이 되는 취지와 그 명칭 및 사무소를 정한 후 그 주된 사무소의 소재지에서 등기를 함으로써 법인으로 성립하고, 집합건물의 멸실, 구분소유권의 상실 등을 이유로

433) 박태신, “공동주택에 있어서 관리단의 관리법인화에 관한 연구”, 「집합건물법 개정작업의 현황과 향후의 과제 정립을 위한 학계 및 실무계 대 토론회자료」, 한국민사법학회, 2011.6, 91면.

434) 특히 규모가 작은 집합건물의 경우가 문제될 수 있을 것이나, 이에 대해서는 지자체 마다 두고 있는 공동주택지원조례의 예를 참고하여 지자체의 지원이 가능하도록 입법하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

해산이 된다.

3. 소규모 관리단과 단지관리단의 관리인 필수적 선임

(1) 소규모 관리단의 관리인

집합건물법은 관리인의 선임에 관하여 구분소유자가 10인 이상일 경우에 한하여 의무적으로 선임하도록 규정(법 제24조 제1항)함으로써 10인 미만의 소규모 집합건물에는 관리인을 두지 않아도 되게 하였다. 사실상 소규모 관리단은 관리단의 구성행위를 하지 않고 민법상 조합의 형태로 운영되는 경우가 많다고 할 수 있다. 물론 구분소유자간에 의사의 합치가 원만하게 이루어지는 환경에서는 굳이 관리단의 구성행위를 필요로 하지 않을 수도 있을 것이다. 그러나 집합건물의 현장에는 구분소유자 숫자의 다과에 관계없이 크고 작은 잡음과 분쟁이 그치지 않고 있으며, 건물은 전문적·체계적인 관리가 이루어지지 못한 만큼 노후화가 가속되고 있다고 할 수 있다.

따라서 구분소유자의 숫자가 적고 집합건물의 규모가 작다고 해도 전문적 관리는 반드시 이루어져야 할 것이다. 그러므로 소규모 집합건물에도 관리규약의 설정은 물론 관리인이 선임 되도록 제도적인 보완이 이루어져야 할 것이다. 사실상 규모가 큰 집합건물의 경우에는 예산 운용에 큰 무리가 없어 관리가 용이한 반면 소규모 집합건물은 그 반대되는 입장으로 말미암아 관리가 더욱 부실해지는 악순환이 지속되고 있어 이를 방지할 경우에는 구분소유자 개인의 재산가치가 하락하는 것은 물론 국가 전체의 경제적 손실로 귀결될 것이다.

다만 집합건물의 규모가 지나치게 작아서 관리인을 선임하는 것이 비용측면에서 부담이 된다면, 전문관리인 또는 관리전문회사에 의뢰하여 비상주 순회관리를 하게 함으로써 비용부담을 줄이는 방법을 택할 수 있을 것이다. 또한 집합건물관리의 공공성을 감안하여 지자체가 관리비용을 지원⁴³⁵⁾하는 방안도 강구해 볼 수 있을 것이다.

435) 공동주택에 관하여는 최근 전국적으로 지원조례가 제정되어 15년 이상된 노후 공동주택을 시·자치단체가 관리비용에 대한 지원이 이루어지고 있다.

(2) 단지관리단의 관리인

현행 집합건물법은 한 단지 내에 수동의 건물이 있고 그 단지 내의 토지 또는 부속시설이 그 건물의 소유자의 공동소유에 속하는 경우 이들 소유자가 그 단지 내의 토지 또는 부속시설의 관리를 위한 단체 즉, 단지관리단의 구성과 관리인의 선임에 관하여 이를 임의사항으로 규정하고 있다(법 제51조 제1항). 그러나 단지관리단의 관리인 선임은 임의사항이 아니라 필수사항이 되도록 하여야 한다. 왜냐하면, 집합건물법에서는 구분소유자의 수가 10인만 되어도 관리인을 반드시 선임하도록 규정(법 제24조 제1항)하고 있으면서 수 동 의 집합건물이 존재하는 단지의 관리인은 이를 선임하지 않는다면, 단지 내 집합건물 각 동간의 이해조절은 물론 단지전체에 대한 종합적·체계적 관리는 원활하게 이루어지지 않을 것이며 그 결과, 단지관리단의 개념은 그 의미를 상실하게 된다고 할 수 있다.

따라서 단지관리단의 관리인은 반드시 필수적으로 선임되어야 하며 단지관리인이 선임된 경우에는 업무가 중복되므로 1동마다의 관리인 선임은 불필요하다고 해야 할 것이다.

4. 관리단체무의 공시제도 필요

(1) 서설

관리단을 권리능력 없는 사단이라고 할 경우 그 관리단의 재산 소유형태는 총유가 된다. 총유는 공유와 달리 지분은 성립되지 않기 때문에 관리단의 경우 그 재산은 구분소유자 전원이 공동으로 소유하게 된다. 다만 권리능력 없는 사단이 대외적으로 부담한 채무에 관해서는 사단 자체의 재산이 집행의 대상이 되며 구성원인 구분소유자는 개인적으로 따로 책임을 지지 않는다.⁴³⁶⁾ 즉, 권리능력 없는 사단으로서의 관리단은 구성원인 구분소유자와는 분리되는 별개의

⁴³⁶⁾ 김준호, 전게서, 181면.

단체이므로 원칙적으로 관리단의 채무를 구분소유자가 부담할 의무는 없다고 해야 할 것이다.

그러나 집합건물법은 관리단의 채무에 관하여, 관리단이 그의 재산으로 채무를 완제할 수 없을 때에는 구분소유자가 각 지분비율에 따라 관리단의 채무를 변제할 책임을 지도록 하면서(법 제27조 제1항) 구분소유자의 특별승계인에게도 승계 전에 발생한 관리단의 채무에 관하여 책임을 지도록 규정하고 있다(법 제27조 제2항). 이와 같은 규정은 관리단이라는 단체와 거래하는 제3자를 보호하기 위한 것으로써 관리단의 채무는 곧 관리단의 구성원인 구분소유자들의 몫이라는 사고에서 비롯되었다고 할 수 있다. 그러나 사전에 관리단의 채무 존재 내지 규모를 모르고 구분소유권을 승계한 특별승계인의 입장에서 본다면 받아들이기 어려운 일이라고 할 것이다. 즉, 관리단의 채무규모를 사전에 알았다면 구분소유권을 취득하지 않았으리라고 할 경우의 구분소유자라면 관리단의 채무규모에 대한 사전 정보가 반드시 필요하다고 할 것이다. 그러므로 구분소유자의 구분소유권을 승계하는 선의의 특별승계인을 보호할 방안이 마련되어야 할 것이다. 이하에서는 먼저 특별승계인이 관리단채무를 책임지기 위한 요건 등을 알아보고 관리단채무의 공시제도에 논급하기로 한다.

(2) 관리단채무의 부담요건

관리단의 채무를 구분소유자가 부담하고 그 부담이 구분소유자의 특별승계인에게도 미치도록 하기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 관리규약의 설정 및 관리인의 선임 등의 조직행위를 통하여 실질적인 권리·의무의 주체로서의 관리단이 존재하여야 한다.⁴³⁷⁾대법원은, 집합건물의 관리단이 실제적인 자치관리를 개시하기 전에 분양을 마치지 못한 건축주가 집합건물의 관리를 하면서 관리비용으로 사용하기 위해 차용한 채무에 대하여, “집합건물법 제23조 제1항에 의한 집합건물의 관리단은 어떠한 조직행위가 없더라도 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 당연히 성립되는 것이지만, 관리단이 실제로 조직되지 아니한 상태에서 미분양된 전유부분의 소유자로서 구분소유자 중의 1

437) 대법원 1997.8.29. 선고 97다19625 판결.

인인 건축주가 주체가 되어 건물을 사실상 관리하여 왔다면 그것을 바로 관리단에 의한 자치적 관리로 볼 수는 없고, 설사 빌딩 내 점포소유자와 임차인들 중 층별 대표자들로 자치관리준비위원회가 조직되고 그 자치관리준비위원회가 그 이후에 발족한 관리단과 동일성이 인정되는 단체라고 하더라도 실제로 건축주로부터 관리권을 넘겨받아 자치관리를 개시하지는 못하고 여전히 건축주가 주체가 되어 빌딩을 관리하였다면 건축주가 관리하던 기간 동안에 발생한 채권채무는 건축주에게 귀속되고 준비위원회에 귀속되지 않는다는 이유로, 관리단으로서는 스스로 실제적인 자치관리를 개시하기 전에 건축주가 관리하던 기간 동안에 건축주가 관리비용으로 사용하기 위하여 차용한 채무에 대하여 이를 부담한다거나 포괄인수 한다고 할 수 없다”고 판시⁴³⁸⁾함으로써 관리단이 실제로 조직되지 아니한 상태에서는 채무를 부담하지 않는다고 하였다.

다만, 조직행위와 관련하여 관례는, “관리단집회에서 결의할 것으로 정해진 사항에 관하여 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면에 의한 합의가 있는 때에는 관리단집회의 결의가 있는 것으로 본다고 규정하고 있고, 집합건물법 제24조 제2항에 따라 관리인선임 결의는 관리단집회에서 결의할 사항에 해당하므로, 관리인선임 결의 역시 집합건물법 제41조 제1항에 의한 서면결의가 가능하고, 이러한 서면결의는 관리단집회가 열리지 않고도 관리단집회의 결의가 있는 것과 동일하게 취급하고자 하는 것이어서 그와 같은 서면결의를 함에 있어서는 관리단집회가 소집, 개최될 필요가 없다고 할 것이다”라고 함으로써, 집회의 개최 등 구체적인 관리단의 조직행위가 없더라도 분양계약시에 이루어진 서면합의가 있으면 관리단의 조직행위로 볼 수 있다고 한다.⁴³⁹⁾

둘째, 권리능력 없는 사단으로서의 실체를 갖출 것을 필요로 한다. 조직행위를 갖추지 못한 관리단은, 권리능력 없는 사단이 될 수 없으므로 민법상 조합의 형태로 존재하게 된다. 그런데 민법상 조합의 채무에 대해서는 조합원들이 무한의 불가분책임을 부담한다. 그러므로 사단의 실질을 갖추지 못해 조합의 형태로 남아있는 관리단의 채무에 대하여 이를 구성원들의 분할책임으로 한다면 오히려 조합원인 구분소유자의 책임을 감경하는 것이 된다. 이는 관리단과

438) 대법원 1996.12.10. 선고 96다12054 판결.

439) 대법원 2006.12.8. 선고 2006다33340 판결.

거래하는 제3자의 보호목적으로 입법된 본 규정의 취지를 무의미하게 만드는 것이 된다. 따라서 여기에서 말하는 관리단은 권리능력 없는 사단으로서 그 재산을 총유하는 구분소유자 단체라야만 된다.⁴⁴⁰⁾

셋째, 관리단의 재산으로는 채무를 전부변제 할 수 없을 때일 것을 요한다. 가령, 집합건물의 공용부분을 대상으로 대규모 수선공사를 마무리 하고 관리단이 공사대금의 결제를 해야 하는 과정에서, 장기체납관리비가 다액 발생함으로써 관리단이 보유하고 있는 재산으로는 도저히 그 공사대금을 결제하지 못할 경우에는 전체의 구분소유자가 그 채무를 분담하여야 할 것이기 때문이다.

(3) 구분소유자의 채무부담과 특별승계인의 책임

위와 같은 요건이 갖추어 지면 구분소유자와 그의 특별승계인은 관리단의 재산으로 변제할 수 없게 된 관리단의 채무를 부담하여야 한다. 이때 구분소유자가 그 채무에 대하여 부담하는 책임은 구분소유자 각자의 지분비율에 따른 무한책임이며, 관리단의 채무에 대한 구분소유자의 특별승계인의 책임 또한 같다고 할 수 있다. 다만 특별승계인에게 승계 전에 발생한 관리단의 채무에 대해서까지 책임을 지게 하면, 관리단의 채권자는 보호되겠으나 특별승계인의 입장은 불측의 손해를 볼 우려가 있다.

(4) 관리단채무의 공시제도

구분소유자가 관리단의 채무에 대하여 책임을 부담하는 것은 관리단의 구성원으로서 당연하다고 할 수 있다. 그러나 구분소유자의 특별승계인이 승계 전 관리단의 채무를 부담하도록 한 것은 그 특별승계인에게 가혹할 수 있다. 따라서 사전에 특별승계인이 관리단의 채무를 파악할 수 있도록 관리단의 대차대조표 등을 인터넷에 공시하도록 제도화할 필요가 있다. 집합건물의 경우 국토해양부의 집합건물관리정보시스템⁴⁴¹⁾에 집합건물의 관리비를 매월 의무적으로

440) 유어녕, 전게서, 601-602면.

441) <http://www.k-apt.net/2011.9.5> 검색.

공개하도록 하고 있는 것은 좋은 예라고 할 수 있다.

5. 관리단집회의 의결정족수 조정

집합건물법은 제38조 제1항 및 제2항에서, 관리단집회의 의결사항에 대하여 구분소유자 및 의결권의 과반수가 서면이나 대리인에 의하여 의결권을 행사하더라도 유효한 결의가 된다고 한다. 서면에 의해서도 의결권을 행사할 수 있다는 의미는, 단순히 의결수단을 설명하고 있는 것은 아니라고 할 것이므로, 위 규정은, 관리단집회는 개최되었으나 구분소유자가 관리단집회에 참석을 하지 않더라도 의결권을 행사하는 데는 문제가 없음을 시사하는 것이라고 할 수 있다.

한편, 집합건물법 제41조 제1항은 “관리단집회에서 결의할 것으로 정해진 사항에 관하여 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면에 의한 합의가 있는 때에는 관리단집회의 결의가 있는 것으로 본다.”고 규정하고 있다. 이러한 서면결의는 관리단집회가 열리지 않고도 관리단집회의 결의가 있는 것과 동일하게 취급하고자 하는 것이어서 그와 같은 서면결의를 함에 있어서는 관리단집회가 소집, 개최될 필요가 없다고 할 것이다.⁴⁴²⁾

이와 같이 서면에 의한 결의든 서면에 의한 합의든 관리단집회에 구분소유자가 참석을 하지 않고서도 의사표시를 할 수 있는 길을 터 놓은 것이라고 볼 때, 양자의 의결정족수를 구별할 이유는 없어 보인다. 중요한 것은 구분소유자들의 의사라고 할 것이므로, 구분소유자 및 의결권의 과반수로 의결할 수 있는 사안이라면, 서면합의라고 하더라도 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상의 정족수는 사실상 충족하기가 매우 어렵기 때문에 이를 구분소유자 및 의결권의 과반수로 조정하여야 할 것이다.

6. 조직행위가 없는 관리단의 처리

관리단의 당연설립에 관한 입법취지는 건물·그 부지 및 부속시설의 관리에

442) 대법원 1995.3.10. 자 94마2377 결정; 대법원 2005.4.21. 선고 2003다4969 전원합의체 판결.

관하여 구분소유자의 공동관리의식을 철저하게 하고 집합건물의 관리충실 및 구분소유자 상호간 법률관계의 원활한 처리를 실현시키는데 그 목적이 있다⁴⁴³⁾ 다만 관리단이 권리·의무의 주체로 활동하기 위해서는 적어도 권리능력 없는 사단으로서의 실질은 갖추어야 한다. 이를 위해서는 관리단집회를 소집하고 조직규범인 관리규약을 설정하는 등의 조직행위를 하여야만 가능하다. 그러나 집합건물법상 관리규약의 설정은 임의사항으로 규정(법 제28조 제1항)하고 있고 관리인의 선임에 관하여도 구분소유자가 10인 미만인 경우에는 임의사항으로 규정하고 있다(법 제24조 제1항). 그러므로 관리단이 당연설립은 되었으나 유효한 조직행위가 없다면 그 관리단은 단체로서의 기능을 할 수 없어 유명무실한 단체로 존재하게 된다.

유명무실한 관리단을 근본적으로 해소할 수 있는 길은, 관리규약의 설정을 현행과 같이 임의사항으로 두지 않고 필수사항으로 변경하는 것이다. 다만 관리규약을 설정함에 있어 구분소유자 및 의결권의 4분의 3 이상의 찬성(법 제29조 제1항)이라는 의결정족수는, 사실상 충족하기 어려운 수준이라고 할 수 있으므로 주택법령(주택법시행령 제57 제2항)의 경우를 참조하여 구분소유자 및 의결권의 과반수의 찬성에 의하도록 조정하는 것이 바람직할 것이다.

7. 관리단집회의 개최와 의결권 행사의 개선

관리단의 의사결정은 구분소유자 전원으로 구성된 관리단집회의 결의로 결정되는 것이 원칙(법 제31조)이지만, 수천 세대에 달하는 집합건물 등 대규모 집합건물의 경우에는 구분소유자들이 모두 모일 수 있는 장소 확보 등의 문제로 집회의 소집이 사실상 곤란하고 또한 상가나 업무용 건물 등의 경우에는 임차인들이 사용하는 경우가 대부분이어서 구분소유자들의 집회참여가 더욱 소극적이다. 이를 개선하기 위해서는 특정한 장소에 모이지 않고서도 의사를 표시할 수 있는 방법이 강구되어야 할 것이다. 그 방안으로서 전자적 방법에 의한 의결권의 행사가 있다.⁴⁴⁴⁾ 일본의 경우에는 2002년의 구분소유법 개정으로 이

443) 渡辺晋, 前掲書, 25面.

444) 의결권 행사에 있어서 전자적 방법이란 구체적으로 전자메일의 송신이나 홈페이지에 기입하는

제도를 도입하였다(구분소유법 제39조 제3항).⁴⁴⁵⁾ 다만 모든 구분소유자 단체가 전자화에 대응할 수 없을 수가 있기 때문에 전자적 방법에 의한 의결권의 행사 제도를 도입할 시에는 규약 또는 집회의 결의를 요하는 것으로 하였다.⁴⁴⁶⁾

우리나라에서도 최근에 입법예고를 한 집합건물법 개정안을 보면, 전자적 방법에 의한 의결권의 행사제도가 규정되어 있다(개정안 38조 제2항). 다만 관리인 또는 집회소집권자가 관리단집회의 소집통지나 소집통지에 갈음하는 게시를 할 때에는, 서면이나 전자적 방법으로 또는 대리인을 통하여 의결권을 행사할 수 있다는 내용과 구체적인 의결권의 행사방법을 통지하거나 게시하도록 하였다(개정안 제38조 제3항).

IT기술⁴⁴⁷⁾이 발전한 우리나라의 경우 잘 구축된 초고속인터넷 환경을 바탕으로 할 때 전자적 방법에 의한 의결권의 행사는 구분소유자의 집합건물관리에 대한 참여기회를 확대한다는 의미를 갖는다고 하겠다. 다만 의결권의 행사를 전자적 방법에 의한 경우 자칫 개인신상의 노출염려와 본인확인이 어렵다는 문제가 발생할 수 있기 때문에 공인인증서를 개별적으로 발급하는 등의 철저한 사전 준비가 필요할 것이다. 보안상 문제가 없고 본인의 의사를 정확하게 할 수 있는 환경이 마련된다면, 구분소유자수가 많은 대규모 관리단집회의 경우, 집회의 장소나 집회의 성립이 어려운 점을 감안할 때 유용한 제도가 될 수 있을 것이다.

아쉬운 부분이 있다면, 이 제도가 활성화 될 경우 의결의 참여도와 편의성은 높일 수 있으나 구분소유자간의 대면 기회가 줄어들어 이웃간의 유대관계가 소원해 질 수 있다는 점이다. 이를 보완하기 위해서는 집합건물 내 커뮤니티 공간을 의무적으로 마련하게 하는 등 구분소유자간 소통과 화합을 꾀할 수 있는 적극적인 대책이 필요하다고 하겠다.

방식을 이용하거나 USB 등의 이동식 저장장치 및 스마트폰 등의 휴대기기 활용 등을 말한다.

445) 第三十九條 3 区分所有者は、規約又は集會の決議により、前項の規定による書面による議決權の行使に代えて、電磁的方法(電子情報處理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法であつて法務省令で定めるものをいう。以下同じ。)によつて議決權を行使することができる。

446) 稻本洋之助·鎌野邦樹, 前掲書, 221面.

447) 정보기술을 뜻하는 Information Technology의 약자이며, IT기술은 컴퓨터(소프트웨어 및 하드웨어)를 중심으로 인터넷 등 정보화 시스템 구축에 필요한 유·무형의 모든 기술을 망라함으로써 오늘날 정보통신 혁명을 주도하고 있다(출처; 네이버 백과사전).

8. 개정안의 검토

(1) 분양자의 관리의무

집합건물법 개정안은 분양자에게 관리단이 관리를 개시할 때까지 선량한 관리자의 주의로 건물 및 그 대지와 부속시설을 직접 관리하여야 함을 규정하고 있다(개정안 제9조의2 제1항). 이는 분양입주 후 관리단이 건물 및 그 대지와 부속시설에 대한 관리를 미처 개시할 경황이 없는 현실을 감안한 규정으로서 당연하다고 하겠으나, 분양자가 관리를 하는 기간이 관리단이 ‘관리를 개시할 때까지’라고 함으로써 관리단이 관리를 개시하지 않는다면 분양자가 계속 관리를 하여야 한다는 해석이 가능하므로, 이는 관리단이 ‘관리단의 구성행위를 할 수 있는 때까지’로 수정하여야 할 것이다.

왜냐하면 집합건물의 관리는 어디까지나 구분소유자의 의무라고 할 것이므로 관리단이 구성행위를 할 수 있는 여건이 마련되었음에도 불구하고 집합건물의 관리를 분양자에게 맡겨두는 것은 구분소유자의 의무를 다하지 않는 것과 같고, 사실상 초기의 집합건물관리는 하자보수문제 등이 첨예하게 대두되는 시점이므로 구분소유자의 권익을 위해서라도 관리권은 조속히 구분소유자에게 인계되어야 마땅하기 때문이다.

또한 개정안 제9조의2 제3항에서는 분양자에게 예정된 매수인의 2분의 1 이상이 이전등기를 한 날로부터 3개월 내에 관리인을 선임하고 규약을 설정하기 위한 관리단집회를 소집하여야 할 의무를 부여하고 있다. 이 규정의 취지는, 분양자가, 예정된 매수인들을 대신하여 관리단집회를 소집하여 줌으로써, 그 예정된 매수인들이 신속히 관리단을 운영할 수 있도록 도움을 주게 하는데 있는 것으로 이해된다. 그러나 관리단집회는 사적자치를 바탕으로 하고 있으므로 분양자가 관리단집회를 소집하는 것보다는 예정된 매수인의 2분의 1 이상이 이전등기를 완료하여 관리단의 조직행위를 할 수 있는 상황이 되면, 관리단의 구성원들에게 관리인의 선임과 규약설정을 하기 위한 관리단집회를 소집하도록 요구하는 것이 합당하다고 할 수 있다. 주택법에서도 대통령령으로 정하는 집

합건물을 건설한 사업주체에게, 입주예정자의 과반수가 입주할 때까지 그 집합건물을 직접 관리하여야 할 의무를 부여하되, 입주예정자의 과반수가 입주하였을 때에는, 입주자에게 그 사실을 알리고 그 집합건물을 자치관리하거나 위탁 관리에 의하여 관리할 것을 요구하도록 규정하고 있다(주택법 제43조 제1항).

(2) 관리단의 능력

개정안 제23조의2 제1항은, ‘다른 법률 또는 규약에서 달리 정함이 없는 한 관리단은 법 제23조 제1항의 목적범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다.’고 규정하였다. 이는 관리단이 권리능력 없는 사단이라는 점을 명확하게 한 규정이라고 할 수 있다. 또한 제2항에서는, ‘구분소유자에 속하는 권리 또는 의무로서 건물의 관리 및 사용에 관한 공동의 이익에 필요한 것은 관리단이 이를 행사할 수 있고 이행하여야 한다.’ 라고 함으로써 관리단의 능력과 의무를 명시적으로 확인하고 있다. 그러나 관리단이 대표기관인 관리인을 선임하고 관리규약의 제정 등의 조직행위를 하게 되면 권리능력 없는 사단의 실체를 갖추었다고 할 것이므로 관리단의 권리·의무에 관한 사항을 특별히 강조하지 않아도 될 것이라는 점에 비추어 볼 때 동 개정안은 선언적 의미가 크다고 할 수 있다.

제2절 전문관리인제도의 신설

1. 제도의 필요성

집합건물은 일반적으로 관리할 대상이 복잡하고 관리상의 전문지식을 요하는 분야가 많다. 따라서 집합건물은 관련 전문지식을 습득하고 실무적 경험을 쌓은 전문가가 관리하도록 하여야 할 것이다. 즉, 집합건물의 관리는 전문적 지식과 실무적 능력을 갖춘 전문관리인에 의하도록 법제화할 필요가 있다. 소유와 관리를 분리할 필요가 있는 현대 집합건물에서는 관리단의 대표와는 별도

로 전문성을 갖춘 관리인이 관리업무를 담당하도록 하여야 한다.⁴⁴⁸⁾ 주택법에
서 일정한 규모 이상의 공동주택의 경우에 입주자대표회의 구성원이 아닌 주
택관리사 등을 배치하여 관리하도록 강제(주택법 제43조 제1항, 제4항)하는 이
유도 집합건물관리의 중요성과 전문성을 고려한 결과라고 할 것이다.

2. 전문관리인의 성격

전문관리인은 집합건물법상의 관리인과는 구별되는 개념으로써 관리단을 대
표하지 않는다. 즉, 대표기관이 아니라 업무집행기구로서의 성격만을 갖는다.
이처럼 관리단의 대표와 관리인(전문관리인)의 구별⁴⁴⁹⁾은 관리의 효율성과 전
문성의 제고를 위함이며 전문관리인은 관리단을 대표하지 않고 오로지 관리단
에서 의결된 사항이나 관리규약에 따라 전문가로서의 능력과 책임으로 구체적
업무를 수행하는 기관이다. 주택법상 주택관리사 등(주택법 제55조)과 주택관
리업자(주택법 제53조)가 이에 해당한다고 할 수 있다. 관리단과의 관계에서는
수임인의 지위를 갖는다고 할 수 있다(주택법 제53조 제3항). 다만 전문관리인
의 경우에는 대부분 전문직업인이기 때문에 수임인의 지위에 있더라도 피고용
자로서의 지위도 겸유한다고 보아야 한다. 전문관리인은 자연인외에 법인도 가
능하며 법인의 경우에는 현행 위탁관리회사와 같은 형태로 운영하되 전문성의
내실화를 기하여야 할 것이다.

3. 전문관리인의 업무영역

집합건물의 전문관리가 효과적으로 이루어지기 위해서는 전문관리인에게 업
무의 독립성을 보장하여 부당한 간섭을 받지 않도록 하는 것이 중요하다. 현행
주택관리사제도의 경우에는 입주자대표회의가 의결기구 내지 감독기관(주택법
제53조 제3항 참조)으로서의 권한을 남용하여 주택관리사 등의 업무지휘까지

448) 박종두, “집합건물법의 개정 및 개선에 관한 검토”, 「집합건물법학」 제6집, 한국집합건물법학
회, 2010.12, 84면.

449) 박종두, 상계논문, 85면.

하는 사례 등이 빈발함으로써 전문자격사제도의 도입취지를 무색케 하고 있다.⁴⁵⁰⁾ 따라서 관리단 또는 관리법인의 운영위원회는 전문관리인에게 업무지휘권을 행사할 수 없으며 전문관리인의 업무집행에 관한 사전의사결정과 업무집행에 관한 감독권만을 수행하여야 한다.

전문관리인의 업무영역은 집합건물의 관리 전반에 걸치며 주택법상 관리주체의 업무범위와 대부분 중복된다. 즉, 전문관리인은, 집합건물의 공용부분의 유지·보수 및 안전관리, 집합건물단지안의 경비·청소·소독 및 쓰레기수거, 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부대행, 관리비등의 사업계획 및 예산안 수립, 관리비등의 회계감사, 관리비등의 집행을 위한 사업자 선정, 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리, 관리규약으로 정한 사항의 집행, 관리단에서 의결한 사항의 집행, 관리현황의 공개 등의 업무를 행한다.

4. 전문관리인의 전문성 확보방안

전문관리인제도가 성공하기 위해서는 전문관리인의 능력과 전문성이 확보되어야 한다. 우리나라의 경우 집합건물의 전문관리인에 해당하는 국가공인자격사로는 주택관리사 등이 유일하다. 그러나 현행 주택관리사제도는 필기시험의 합격만으로 자격증을 교부하고, 아무런 실습과정도 없이 곧바로 관리현장의 책임자로 배치되도록 하고 있어서 이론과 실무를 겸비한 관리전문가를 배출하는 제도로 보기에 개선할 점이 많다.

이론과 실무를 겸한 관리전문가 자격제도의 전형으로는 앞의 입법례 중 영국 제도를 들 수 있다. 영국제도의 특징은, 관리전문가의 실무능력을 중시하고 있다는 점이다. 영국에서 전문적인 주택관리인이 되기 위해서는, 지방자치단체나 주택조합 등에 의해 행해지는 훈련을 거친 후 왕립측량사협회(The Royal Institution of Chartered Surveyors: RICS) 또는 주택협회 등에서 주관하는 시험에 합격하거나, 대학에서 재산관리에 관한 학위를 받고 2년간의 실무수습과정을 수료한 후 자격을 취득할 수 있는 등 다양한 제도가 마련되어 있다.⁴⁵¹⁾

450) 대법원 2007.7.13. 선고 2007도3918 판결.

또한 영국과 같이 실무능력을 중요하게 여기고 있는 미국의 전문자격사제도는, 부동산관리협회(the Institute. of Real Estate Management: IREM)에서 발급하는 공인재산관리사(CPM: Certified Property Manager)제도가 대표적이다. CPM은 우리나라에서도 활동하고 있으며 부동산에 관한 최고의 자격증 중 하나로 꼽힐 정도로 그 권위를 인정받고 있다.⁴⁵²⁾

일본의 경우는, 맨션관리적정화법을 근거로 국가시험에 의하여 선발되는 맨션관리사제도를 두고 있으며 우리나라의 주택관리사제도와 가장 유사하다. 그러나 일본의 맨션관리사는 관리조합의 운영 기타 집합건물의 관리에 관한 상담과 조언 또는 지도를 주된 업무로 하고 있는 점에서 우리나라의 주택관리사와는 차이를 보인다.

건축기술의 발전과 더불어 집합건물의 규모 또한 대형화·첨단화 되어 가고 있을 뿐만 아니라 관리의 영역이 사회복지적인 분야까지 확대되는 경향을 보이고 있는 오늘날의 관리환경을 이끌고 나가기 위해서는, 보다 전문적 관리능력을 갖춘 자격사들의 육성이 필요하다고 할 것이므로, 선진화된 주요국가의 입법례를 참고하여, 이론과 실무에 걸쳐 전문성을 갖춘 자격사의 배출제도를 시급히 마련하여야 할 것이다.

5. 전문자격사제도의 신설

입법론으로서는, 현행 주택법상 주택관리사제도를 발전시켜 전문성을 강화할 것이 요구된다. 즉, 주택관리사 시험의 난이도를 높여 깊이 있는 전문지식을 숙지하게 하고 전국의 집합건물 수량을 감안한 적정 인원을 선발한 후, 일정한 기간의 실무수습을 거쳐 자격을 부여하는 방식으로 집합건물관리 전문자격사 선발제도를 개선하는 것이다. 이렇게 하여 선발된 전문자격사는 명칭을 “집합건물전문관리사”로 하고 모든 집합건물은 이 전문자격사의 자격을 갖춘 경우에만하여 관리인의 지위를 부여하도록 입법하는 것이 필요하다.

451) 이창석, 전게서, 126면 이하.

452) 이창석, 상게서, 137면.

6. 개정안의 검토

(1) 구분소유자임을 요하지 않는 관리인

관리인에 관하여 개정안은, ‘관리인은 구분소유자임을 요하지 아니한다.’는 점을 명시하고 있다(개정안 제24조 제1항). 그러나 비구분소유자인 관리인에게 관리단을 대표하게 하고, 나아가 공용부분의 변경행위를 가능하게 한 것은, 비구분소유자가 구분소유자의 재산을 임의로 처리할 수도 있다는 것이 된다. 물론 개정안 제26조의2 제4항에 따라 관리인은 제25조 제1항에서 정한 행위(공용부분의 보존·관리 및 변경행위 등)를 할 때에는 관리위원회의 결의를 거쳐야 하도록 하여 관리인이 임의로 공용부분을 변경하지 못하게 하였다. 그러나 개정안의 관리위원회는 임의기관에 불과하므로, 비구분소유자에게 공용부분 변경행위를 허용할 수 있는 여지는 그대로 남아 있다.

이 문제는 관리단을 법인화함으로써 해소될 수 있을 것이다. 즉, 관리인은 종래의 관리단의 대표기관이 아니라 관리단의 이사회로부터 구체적 업무집행에 관한 사항을 위임받은 수임자로서의 직분을 담당한다. 즉, 주택법상의 관리주체와 같이 관리인의 업무를 구분소유권 침해와 무관한 순수관리 영역에만 한정하도록 하는 것이다. 이때의 관리인은 주택법상 주택관리사와 같은 집합건물 관리에 관한 전문성을 갖춘 전문관리인을 말하며 당해 집합건물의 구분소유여부는 이를 가리지 않는다.

(2) 관리인의 감독기관인 관리위원회의 신설

개정안은, 제26조의2에서 관리인의 사무집행을 감독하는 관리위원회를 둘 수 있도록 규정하고, 관리위원은 구분소유자 중에서 관리단집회의 결의에 의해서 선출되거나 규약이 정하는 방법에 따라 구분소유자가 선출하도록 하였다. 이와 같은 관리위원회는, 주택법상 자치관리기구의 업무를 감독하는 입주자대표회의와 유사한 기능을 담당하는 것으로 이해된다(주택법 시행령 제53조 제2항). 다만 입주자대표회의는 동대표들로 구성된 입주자 등의 대의기관이며 필수 상설

기관인데 반하여, 관리위원회는 주로 관리인의 업무감독 기능을 담당하는 임의 기관이라는 점에서 차이가 있다.

개정안에 신설된 관리위원회는 독일 주거소유권법 제29조에서 규정하고 있는 관리고문회(Verwaltungsbeirat)⁴⁵³)를 참고로 한 것으로 보인다. 관리고문회는 필수상설기관이 아니며 주거소유권자들의 자율적 의사에 따라 구성되는 임의 기관이다. 그러나 실무적으로는 관리고문회를 대부분 구성하고 있는 것으로 알려져 있다.⁴⁵⁴ 관리고문회의 업무는 관리인의 임무수행 지원(주거소유권법 제29조 제2항) 및 예산·결산 기타 비용견적서 등을 주거소유권자집회가 이를 결정하기 전에 사전 검토(주거소유권법 제29조 제3항) 그리고 관리인이 없거나 혹은 관리인이 의무에 위반하여 주거소유권자집회 소집을 거부하는 경우에 주거소유권자 집회를 소집하는 것(주거소유권법 제24조 제3항) 등이다. 관리고문회의 구성은 실무에서 유용한 것으로 입증되었으며 개별 소유권자가 희망사항, 관심사 혹은 불만을 이야기할 수 있는 장으로서, 분쟁을 미연에 방지하는 조정자의 위치를 점하고 있어서 주거공동체 내부의 평화를 위해 많은 기여를 할 수 있다고 한다.⁴⁵⁵

관리위원회의 신설은, 관리인이 법 제25제 제1항의 행위(공용부분의 변경 등)를 할 경우, 관리위원회의 결의를 득하도록 한 점에서, 비구분소유자에게도 관리인이 될 수 있도록 한 개정안과 관련이 있는 것으로 볼 수 있다. 관리인에 대한 감독과 견제는 해임청구를 통해 각 구분소유자도 가능하도록 하였음에도(법 제24조 제3항)불구하고 따로 관리인의 감독기관을 만든 것이라면, 이를 임의기관으로 두기보다는 입주자대표회의와 같이 필수상설기관으로 설치하여야 할 것이다. 또한 개정안은 규약의 정함이 있는 경우에는 관리위원회의 결의로 선임되거나 해임된다(개정안 제24조 제2항 단서)고 함으로써 관리인 선·해임이

453) WEG §29 (Verwaltungsbeirat)(1) Die Wohnungseigentümer können durch Stimmenmehrheit die Bestellung eines Verwaltungsbeirats beschließen. Der Verwaltungsbeirat besteht aus einem Wohnungseigentümer als Vorsitzenden und zwei weiteren Wohnungseigentümern als Beisitzern.
(2) Der Verwaltungsbeirat unterstützt den Verwalter bei der Durchführung seiner Aufgaben.
(3) Der Wirtschaftsplan, die Abrechnung über den Wirtschaftsplan, Rechnungslegungen und Kostenanschläge sollen, bevor über sie die Wohnungseigentümerversammlung beschließt, vom Verwaltungsbeirat geprüft und mit dessen Stellungnahme versehen werden.
(4) Der Verwaltungsbeirat wird von dem Vorsitzenden nach Bedarf einberufen.
454) Merie, "Rechtsgrundsätze der Wohnungseigentumsverwaltung", WE 9/92, S.243.
455) 박경량, 전계논문, 9면 이하.

관리위원회에서도 이루어질 수 있도록 하였다. 그러나 관리규약으로 정하는 경우라도 관리단집회를 통하여 선임된 관리인은, 관리단집회에서만 해임할 수 있고 관리위원회에서는 해임할 수 없다고 해야 할 것이다.

제3절 전유부분과 공용부분 범위의 명시적 기준 마련

1. 전유부분의 범위기준

전유부분의 범위를 결정하기 위해서는 먼저 전유부분의 경계가 확정되어야 한다. 전유부분의 경계를 정하기 위해서는, 1동의 건물 중 구조상·이용상 독립성이 있는 전유부분이 성립한 후, 그 전유부분과 다른 전유부분 사이를 콘크리트 등의 물리적 재료로 구분해 놓은 경계벽, 천정슬라브, 바닥슬라브의 어느 정도 두께까지가 전유부분인지에 대한 구체적 기준의 명시가 필요하다.⁴⁵⁶⁾ 전유부분의 범위를 정하기 위하여 경계벽의 어느 두께까지를 경계로 볼 것인가에 대해서는, 전유부분의 경계를 벽체의 중심까지라고 보는 벽심설과 벽체의 내부면으로 보는 내벽(안목치수)설, 그리고 경계를 미장도색 등으로 마감한 부분과 구체부분(골조)을 나누어 미장도색으로 마감한 부분까지는 전유부분, 구조체는 공용부분이라는 미장도색설의 입장이 있다.⁴⁵⁷⁾ 벽심설의 입장은 건축법상 바닥면적 산정의 기준과 일치하고 내벽설은 주택법상 집합건물의 바닥면적 산정기준과 일치한다. 구분소유자의 지배가능성에 초점을 맞출 경우 전유부분의 경계는 내벽설이나 미장도색설이 합리적이라고 볼 수 있다. 다만 내벽설에 따르면 전유부분이 단지 공간으로서만 존재한다는 것이 되어 물건을 객체로 하는 소유권개념에 부합하지 않게 되는 문제점이 있으므로 미장도색설이 타당하다고 할 것이다. 건축법시행령은, 외벽의 내부면을 바닥면적 산정의 기준⁴⁵⁸⁾으로 삼

456) 유어녕, 전계서, 58면.

457) 박태신, 전계 “집합건물의 관리에 관한 기초적 연구-전유부분을 중심으로-”, 36-37면.

458) 주택법시행규칙 제2조(주거전용면적의 산정방법) ② 「주택법」(이하 “법”이라 한다) 제2조제3호 후단의 규정에 의한 주거전용면적의 산정방법은 다음 각호의 기준에 의한다. 2. 공동주택의

고 있는 주택법상 집합건물의 경우를 제외하고 기타 다른 모든 건물의 경우에는 원칙적으로 외벽의 중심선을 바닥면적 산정의 기준으로 삼고 있다(건축법 시행령 제119조 제1항 다목).

다만 집합건물로 분류되는 구분점포(법 제1조의 2)의 경우에는 구분점포간의 경계산정이 특별하다. 구분점포는 통상 철근콘크리트조 등으로 축조하는 집합건물의 경우와는 달리 간이 조립식벽체로 시공하는 경우가 많기 때문이다. 즉, ‘구분점포의 경계표지는 바닥에 너비 3센티미터 이상의 동판, 스테인레스강판, 석재 그 밖에 쉽게 부식·손상 또는 마모되지 아니하는 재료로서 구분점포의 바닥재료와는 다른 재료로 설치하여야 한다는 규정’이 그것이다(법 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정 제1조 제1항).

따라서 구분점포에 있어서 전유부분의 범위는 경계벽의 대응인 3cm이상의 경계표지의 중심선을 기준으로 결정된다고 할 수 있으며, 경계벽이 없는 구분점포의 경우에는 각 구분점포와 복도사이의 경계표지도 위 기준에 따라야 할 것이다. 판례는 전유부분과 복도를 구획하기 위하여 설치된 유리벽체 부분이 전유부분에 속하는 한, 그 부분은 전유부분이라고 하였다.⁴⁵⁹⁾

2. 공용부분의 범위기준

공용부분의 범위기준은 일률적으로 정하기 어렵지만 이에 대해서도 명시적 기준이 필요하다. 특히 공용부분에 속하는 배관류가 전유부분을 지나는 경우 그 배관류는 전유부분에 속하는 것이 아니라 공용부분임은 앞에서 살펴 본 바와 같다. 이는 공용부분의 기준을 지배가능성에 둔 결과다. 따라서 공용부분의 기준을 명시적으로 규정하되 위치에 관계없이 실질적인 지배가능성 여부에 따라 공용부분의 범위를 정하도록 하는 것이 필요하다고 하겠다.

주택법상 사업계획승인을 받아 건설한 집합건물은 세대 간의 경계벽에서 외

경우에는 외벽의 내부선(안목치수)을 기준으로 산정한 면적. 다만, 2세대 이상이 공동으로 사용하는 부분으로서 다음 각목의 1에 해당하는 공용면적을 제외하며, 이 경우 바닥면적에서 주거전용면적(전유부분면적)을 제외하고 남은 외벽면적은 공용면적에 가산한다. 가. 복도·계단·현관 등 집합건물의 지상층에 있는 공용면적. 나. 가목의 공용면적을 제외한 지하층·관리사무소 등 그 밖의 공용면적

459) 대법원 2008.6.26. 선고 2007다90241 판결.

벽의 내부선으로부터 그 벽의 중심선까지의 면적을 공용부분(주거공용부분)으로 간주하고 있는데 집합건물 이외의 집합건물이 구분건물간 경계벽의 중심선까지의 면적을 전유부분의 면적으로 보는 것과 차이가 있어 혼란을 주고 있다. 이러한 혼란을 방지하기 위해서는 구분소유자의 전속적 지배가능성 여부를 기준으로 삼아 구분소유자의 지배가 가능한, 구조체벽 결면의 미장도색 등으로 마감한 부분까지는 전유부분으로 하고 지배가능성이 없는 구조체 자체는 이를 전부 공용부분으로 보도록 규정하는 것이 필요하다.

3. 발코니면적의 공용부분 포함 기준

건축법상 바닥면적에 산입되지 아니하는 발코니면적이 공용부분인가 전유부분인가에 대해서는 법률에 명시된 규정이 없어 전유부분이라는 견해와 공용부분이라는 견해⁴⁶⁰⁾가 갈리고 있음은 앞에서 살펴 본 바와 같다. 그런데 이에 대해서는 명시적으로 규정된 지침⁴⁶¹⁾이 있으므로 이에 따라 판단하면 될 것이다.

460) 학설의 대부분은 발코니부분을 공용부분이라고 보면서, 다만 전용사용권이 부착된 공용부분으로 보는 것이 다수의 견해로 보인다.

461) 집합건물의 발코니 설계 및 구조변경 업무처리 지침(건교부 주거환경팀-250, 2006.1.16시행)1. 목적:이 지침은 「건축법 시행령」(2005. 12. 2) 제2조 제1항 제15호 및 제46조 제4항 제4호의 규정이 개정·시행됨에 따라 「주택법」 제16조의 규정에 의하여 사업계획승인 얻어 건설하는 주택(준공주택포함)의 발코니 및 노대 등의 설계기준 및 구조변경 절차를 정하여 탈법 및 불법적인 발코니 구조변경을 방지함을 목적으로 한다. 2. 발코니 설계 및 설치 기준. 가. 발코니 바닥면적:건축법상 바닥면적에 포함되는 1.5미터 초과된 “발코니 및 노대 등”은 주택법상 주거전용면적으로 산입함. 단, 이 지침 시행이후 최초 사업승인신청일부터 적용함. 나. 노대, 전실 등:발코니에 해당하지 아니한 노대, 전실 등은 완충공간, 주거공용공간 등으로 구조변경을 불허함. 다. 「주택건설기준 등에 관한 규정」적합: 발코니 구조변경은 「주택건설기준 등에 관한 규정」에서 정하고 있는 설치기준, 성능기준 등에 적합하여야 함. 라. 피난 개구부:발코니의 세대 경계에 설치하는 피난 개구부는 파손이 용이한 경량구조 또는 탈부착 가능한 것이어야 함. 마. 발코니 외벽 설계:집합건물의 발코니 외부에 설치되는 벽체는 구조계획상 하중전달을 위한 부분만 내력벽(기둥대체)으로 계획, 기타 발코니 바닥을 편법적으로 실내 공간화하기 위한 내력벽은 계획할 수 없음. 이 경우 바닥철근배근 위치 등이 구조안전에 지장이 없도록 확인되어야 함. 3. 발코니 구조변경 절차 가. 일반사항 1) 발코니 구조변경 구분:발코니 구조변경은 「주택법」 제16조 제3항에 의한 사업계획변경승인(변경) 또는 「주택법시행규칙」 제11조 제4항 각호에 의한 경미한 사항으로 구분하여 처리하되, 어느 경우든 외벽용 발코니 창호(샤시)는 구조기준, 단열기준 등은 주택건설기준등에 관한 규정, 건축법령 등 관련법에 적합할 것. 2) 공사계약 체결 등 가) 사업주체의 발코니 구조변경은 입주예정자의 선택사항으로써 사업계획승인 내용 및 관련 개별법에 적합하게 설계변경·시공·하자보증하기로 하는 “공사계약서 등(주택 공급계약서와 별도)”을 입주예정자와 체결하도록 할 것. 나) 가항의 경우 「주택법 시행규칙」 제11조 제3항에서 규정한 주택공급가격 및 사업비의 증감이 없는 것으로 보며, 「발코니 등의 구조변경절차 및 설치기준(2005. 12. 8 건설교통부 고시 제2005-400호)」 제10조에서 규정한 소유자의 동의를 얻은 것으로 간주함.3) 사용검사:발코니 구조변경은 그 내용에 따라 사업계획변경승인(변경) 또는 경미한 사항에 해당되는지의 여부를 확인하고, 사용검사시 설계도서와 시공이 적합한지 확인하도록 함. 4) 바

4. 일부공용부분면적의 기준

일부공용부분면적은 그 공용부분을 공용하는 구분소유자의 전유부분의 면적 비율에 따라 배분하여 그 면적을 각 구분소유자의 전유부분면적에 포함한다(법 제12조 제2항). 그러나 일부공용부분면적에 대해서는 구분소유자들이 대부분 생소하게 여기고 있으며 사례 또한 일반적이지 않으며 구체적인 범위기준이 없다.

그러므로 일부공용부분면적은, 건물의 구분소유자들의 의사 및 건물의 면적, 구조 등에 비추어 구체적으로 판단하여야 할 것이지만, 건축주가 집합건물의 일부공용부분을 설정하고자 하는 경우에는 향후 분쟁의 소지를 없애기 위하여 설계도서, 건축물대장, 관리규약, 분양계약서 등에 일부공용부분을 의무적으로 명시하도록 규정하는 것이 필요하다.

제4절 체납관리비채권의 확보방안

1. 체납관리비의 승계범위 명시

(1) 공용부분에서 발생한 채권

공용부분의 관리를 위하여 지출하는 비용이나 기타 의무는 규약에 달리 정함

다면적, 간이화단 등. 가) 준공전 또는 준공후 발코니 구조변경시 바닥면적의 산정은 「주택법 시행규칙」 제2조 제2항에 의함. 나) 같은 규칙 제2조제2항 본문의 내부선은 발코니 구조변경으로 인하여 외벽이 철거된 경우 당초 외벽의 내부선을 기준으로 산정한 면적으로 함. 다) 같은 규칙 제2조 제2항 단서의 외벽면적은 발코니 구조변경으로 인하여 벽이 철거된 경우 당초 외벽 면적을 기준으로 하여 면적증감이 없는 것으로 간주함. 라) 종전 권장규정에 따라 설치(기존 사업승인분 포함)된 발코니 간이화단을 구조변경할 경우에도 바닥면적의 증감이 없는 것으로 하며, 간이화단의 외부(턱)에 발코니 창호(샤시) 설치를 허용함. 나. 준공전 구조변경 1) 사업계획 승인(또는 변경) 대상:발코니 구조변경 내용이 건축법령 및 「주택건설기준 등에 관한규정」에 적합한 경우라도 난방, 소방 기타 개별법령에 의거 해당 행정기관의 장과 협의가 필요한 경우. 2) 경미한 사항(이하 생략).

이 없는 한 각 공유자가 가지는 그 지분의 비율에 의하여 부담한다(법 제17조). 즉, 공용부분의 관리와 관련된 비용 등의 책임은 원칙적으로 각 공유자가 갖는 지분비율만큼 부담한다.⁴⁶²⁾ 따라서 어느 공유자가 관리비를 연체하고 있다 하더라도 다른 공유자는 자신의 지분비율에 따른 관리비만 부담할 뿐 자신 외에 다른 공유자가 연체한 관리비를 변제할 책임이 없다. 그러므로 다른 공유자들이 공용부분에 대한 관리비를 모두 납부함으로써 결과적으로 체납한 공유자의 관리비까지 대신 납부하게 되었다면 이는 민법상 타인의 채무변제(민법 제745조)에 해당하는 것이 되어 그 체납관리비를 대신하여 납부한 다른 공유자들은 체납 구분소유자에 대하여 구상권을 행사할 수 있을 것이다. 따라서 공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권을 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있도록 규정된 집합건물법 제18조에 의거, 체납 구분소유자의 구분소유권을 승계한 특별승계인에 대하여도 다른 공유자들이 대납한 체납관리비의 상환을 청구할 수 있다. 판례도 공용부분에 대한 체납관리비는 특별승계인에게 승계된다고 한다.⁴⁶³⁾

(2) 전유부분에서 발생한 채권

전유부분의 관리는 주로 구분소유자가 하게 되므로 원칙적으로 순수한 전유부분에서 발생한 채권은 승계범위에 포함될 성질의 것이 아니다. 그러나 전기·가스 등의 중간 공급시설을 자체적으로 보유하고 있는 집합건물의 경우에는 전유부분에서 발생한 채권도 부분적으로는 승계범위에 포함된다고 하여야 한다. 대법원의 별개의견도 공용부분이나 전유부분이나를 가리지 말고 모두 승계되어야 한다는 입장을 취하고 있다.⁴⁶⁴⁾ 판례에서 말하는 전유부분관리비 즉 전

462) 집합건물법 제27조는 관리단의 채무변제에 관하여 구분소유자의 무한책임을 규정하고 있다.

463) 대법원 2001.9.20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결(다수의견).

464) 아파트 관리규약은 자치법규로서 집합건물법 제42조 제1항 및 공동주택관리령 제9조 제4항에 따라 구분소유자는 물론 그 특별승계인에게도 효력이 미치는바, 집합건물은 다수의 사람이 공동으로 소유·사용하는 건물이므로, 헌법이나 다른 법령의 규정에 어긋나지 아니하는 한, 규약을 통하여 구분소유자나 그 특별승계인의 권리에 일정한 제한을 가하는 것이 허용된다. 규약으로 '구분소유자 이외의 자'의 권리를 해하지 못하도록 한 집합건물법 제28조 제3항의 규정에서 말하는 '구분소유자'에는 규약 제정 당시의 구분소유자뿐만 아니라 규약이 제정된 뒤 구분소유자가 된 사람도 포함되므로, 규약으로 구분소유자의 특별승계인의 권리를 제한하는 것이 위 규정에 어긋나는 것이 아니다. 집합건물법 제18조는 특별승계인으로 하여금 전유부분에 관한 관리비를 승계하도록 할 수

유부분의 사용료인 전기나 가스료는 사용자부담원칙에 따라 전유부분의 사용자가 부담하는 것이 당연하다고 하겠으나 전기나 가스 등의 공급체계 특성상 검침과 요금의 산정업무 등을 관리사무소에서 대행하고 있는 경우에는 그 원칙을 그대로 적용할 수 없다. 즉, 전기나 가스 등의 공급을 관리사무소에서 대행하는 경우에는 전기나 가스 등의 사용료를 정해진 기일에 관할 공급처에 일괄 납부하게 되는데 이때 체납한 전유부분을 빼고 납부하는 것이 아니라 집합건물 전체에서 사용한 금액 전부를 납부하게 된다. 따라서 특정 전유부분의 사용료를 다른 구분소유자들이 대납하는 결과가 되는 것이다. 이 문제에 관하여 제4절에서 다루었던 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무범위문제도 사실상 집합건물 전유부분의 사용료에 관한 것이었다. 그러므로 체납관리비승계에 관한 규정을 신설하되 집합건물의 경우에는 공급시설별 특성과 사용료 납부시스템 여부를 고려하여 전유부분의 사용료도 특별승계인의 채무범위에 포함되는 것으로 규정하여야 한다.⁴⁶⁵⁾

한편, 이 문제와 별도로 공용부분에서 발생한 체납관리비의 연체료를 특별승계인이 승계하는가에 대하여 대법원은 관리비 납부를 연체할 경우 부과되는 연체료는 위약벌의 일종이고 집합건물의 특별승계인이 전 입주자가 체납한 공용부분 관리비를 승계한다고 하여 전 입주자가 관리비 납부를 연체함으로써 인해 이미 발생하게 된 법률효과까지 그대로 승계하는 것은 아니므로, 공용부분 관리비에 대한 연체료는 집합건물의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함되지 않는다고 한다.⁴⁶⁶⁾

2. 관리비 등 보증금제도의 신설

없다는 근거규정이 될 수 없으며, 다수의견과 같이 전 입주자의 체납관리비 중 공유부분에 관한 것만 특별승계인에게 승계된다고 보는 경우, 공유부분과 전유부분에 관한 관리비의 명확한 구분이 어려워 또 다른 분쟁을 일으킬 수 있고, 전 소유자로부터 전유부분에 관한 체납관리비의 징수가 사실상 불가능하여 그 부담이 관리비의 상승 등을 통하여 당해 전유부분과 아무런 관련이 없는 다른 구분소유자들에게 전가된다는 현실적인 문제도 발생하므로, 아파트의 전(前) 입주자가 체납한 관리비는 공유부분과 전유부분을 구분하지 아니하고 전부 그 특별승계인에게 승계된다고 할 것이다(대법원 2001.9.20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결<별개의견>).

465) 이 문제에 관하여 본 논문 제4절에서 다루었던 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무범위문제도 사실상 집합건물 전유부분의 사용료에 관한 것이었다. 그러므로 공급체계와 사용료 납부시스템이 이와 같은 집합건물의 경우에는 전유부분의 사용료도 특별승계인의 채무범위에 포함되어야 한다.

466) 대법원 2007.2.22. 선고 2005다65821 판결.

앞의 제4장 제4절에서 밝힌 바와 같이, 관리주체가 전기 등의 공급자와 일대일의 계약관계를 체결하고 관리비와 사용료를 통합징수·납부하는 체제를 갖춘 집합건물의 경우에는, 구분소유자의 관리비 등 체납여부와 상관없이 지정된 기일에 전체 집합건물에 부과된 사용료 전액을 공급처에 납부하여야 하므로, 체납관리비 금액이 과다할 경우에는 운전자금의 부족으로 관리업무가 곤란할 수 있다. 이러한 문제의 해소와 원활한 집합건물의 유지·관리를 도모하기 위해서는 구분소유자 등으로부터 약 1년분 정도의 평균관리비 등에 해당하는 금액을 체납대비 보증금으로 미리 받아두는 것을 법제화 하는 것이 바람직하다.⁴⁶⁷⁾

3. 체납관리비채권의 선취특권제도 도입

(1) 입법례

관리비를 연체하고 있는 구분소유자가 채무초과 등으로 파산 또는 청산과정에 이른 경우 관리비채권을 다른 채권보다 우선하여 확보할 수 있도록 제도화함으로써 체납관리비의 회수문제를 해결하고 있는 입법례가 있다. 즉, 미국과 캐나다에서 운용하고 있는 선취특권(Lien Rights)제도가 그것이다. 선취특권제도는 관리비채권을 다른 채권보다 우선하여 회수할 수 있게 함으로써 집합건물의 관리를 원활하게 하는 데에 매우 효과적이라 할 수 있다. 다만 이러한 선취특권제도가 남용될 경우에는 문제가 될 수 있다. 가령 구분소유자가 관리비의 납부를 연체했을 때 관리단은 납부 독촉을 위한 성의 있는 노력을 하기보다 손쉽게 채권을 확보할 수 있음을 기화로 곧바로 강제집행절차에 돌입함으로써 관리비를 체납한 구분소유자에게 이중의 고통을 줄 수 있는 것이다. 이러한 우려 때문에 미국은 1994년 UCIOA(Uniform Common Interest Ownership Act)에서 도입한 선취특권제도를 2008년에 개선하여 우선특권제도의 사용요건과 그 범위를 엄격히 제한함으로써 구분소유자의 보호를 꾀하고 있다.⁴⁶⁸⁾ 즉, 미

467) 이기영, 전제논문, 116-117면.

468) 감남근, “집합건물의 관리에 관한 법제의 개선방안”, 「집합건물법학」 제16집, 한국집합건물법

국의 경우 관리단과 구분소유자 간에 집합건물의 관리를 둘러싸고 분쟁들(controversies)이 격화되고 구분소유자들이 집합건물관리단의 전횡으로 피해를 보고 있다는 문제가 제기되자, 2008년, 미국은 관리단과 구분소유자 사이의 분쟁해결에 초점을 맞추어 UCIOA 개정을 하는 한편, 다른 많은 주에서도 이러한 통일모델법을 채택할 수 있도록 하기 위하여 “집합건물소유자 권리헌장”(Uniform Common Interest Owners Bill Of Right Act : UCIOBORA)를 제정하게 되었다. UCIOBORA에서는 집합건물관리단이 구분소유자가 체납한 관리비에 대하여 선취특권을 행사할 수 있기 위해서는 엄격한 요건을 갖추도록 하는 한편, 선취특권이 인정되는 범위 또한 제한하였다. 즉, 집합건물관리단이 체납된 관리비에 대하여 선취특권을 행사하기 위해서는 반드시 관리단 이사회에서 결의를 거쳐야 하고 체납분이 3개월 이상일 경우에 한하도록 하였다. 그리고 구분소유자가 체납된 관리비를 변제(납부)하는 경우에는 그 변제충당의 순서를 첫 번째, 체납된 관리비, 두 번째, 원금, 세 번째, 연체료, 네 번째, 합리적 범위의 변호사비용과 징수비용, 다섯 번째, 다른 연체 과태료나 수수료, 벌과금과 그 이자 및 연체료 순으로 충당하도록 하였다. 다만 체납된 금액내용이 관리규약 등을 위반하여 부과된 과태료 등으로만 구성되어 있을 경우에는 선취특권을 바로 행사할 수 없고 법원의 판결을 받은 연후에 이를 근거로 강제집행을 해야 하는 것으로 규정하였다(UCIOBORA Section 15<Limitations on Forcelsure>).⁴⁶⁹⁾

UCIOA에 있어 선취특권의 범위는 연체된 관리비와 그 이자, 합리적 법률비용, 연체관리비를 징수하기 위하여 발생한 관리단의 비용 등을 포함하며(UCIOA Section 3-116<a>). 앨라바마 주의 경우에는 연체관리비에 그 연체이자와 관리규약에 의하여 승인된 범위의 변호사비용까지를 선취특권 대상으로 하고 있다(Ala Code § 35-8-17, 35-8A-316<a>). 또한 UCIOA Section 3-116에는, 관리비의 납부가 연체되기 전에 이미 설정되어 있는 저당권에 우선하여 상환받을 수 있는 최우선선취특권(Super Priority Assessment Liens)의 범위를 규정하고 있는데 그 범위는 선취특권 실행신청 직전 6개월분의 관

학회, 2010.12, 135면.

469) 감남근, 전개논문, 137면.

리비로 하고 있다.⁴⁷⁰⁾ 다만 지방자치법 등의 특별법에 의하여 부과된 세금, 과징금, 과태료, 주민세, 벌금 등의 채권에는 우선하지 못한다.⁴⁷¹⁾ 선취특권의 실현 방법에는 두 가지가 있으며 첫째, 저당권(Mortgage)에 기한 경매와 같이 담보권실행(foreclosure)방식이 있고 둘째, 관리비가 채납된 전유부분을 매각하여 채납분 관리비를 회수하는 방법이 있다(UCIOBORA Section 15<Limitations on Forcelausure>).

위의 입법례를 통해 살펴본 것처럼 미국의 선취특권(Lien Right)제도는 우리나라의 저당권과 같이 법원의 판결을 필요로 하지 않고 담보권실행을 할 수 있는 경우와 유사하고, 최우선선취특권(Super Priority Assessment Liens)제도는 근로자의 최종 3월분의 임금 및 재해보상금(근로기준법 제37조) 그리고 3년분의 퇴직금채권(근로자퇴직급여보장법 제11조) 또는 주택임차인의 최우선변제보증금(주택임대차보호법 제8조)과 같이 선순위 담보물권이나 여타의 채권보다 우선하여 채권이 인정되는 최우선변제특권제도와 유사하다.⁴⁷²⁾

우리나라에서도 이 제도를 도입하여 운용한다면 고질적인 채납관리비 문제를 해소하는데 크게 기여할 것이다.

(2) 선취특권제도의 필요성

채납관리비채권의 확보를 위하여 선취특권제도가 효과적임은 살펴본 바와 같다. 다만 채납관리비를 회수하기 위하여 다른 채권에 우선하여 선취특권을 부여해야 할 공익적 의의가 있는가에 대해서는 이의가 있을 수 있다. 그러나 우리나라의 주거형태 중 70% 이상을 점하고 있는 집합건물 등 나날이 증가하고 있는 집합건물들은 이미 단순한 사유재산의 객체 이상의 의미를 갖는다고 할 때 집합건물관리의 공익적 측면을 고려하지 않을 수 없다. 그러므로 집합건물의 원활한 관리와 건물의 노후화를 방지하기 위해서는 입법례와 같은 선취특권제도가 도입되는 것이 바람직하다. 즉, 채납관리비채권에 대하여 선순위담보

470) 이 관리비는 연간 예산계획에 의하여 수립된 관리비를 말한다.

471) 감남근, 전계논문, 136면.

472) 감남근, 상계논문, 137면.

권에 우선하는 최우선변제권을 인정하는 제도의 도입이 필요하다. 다만, 이미 최우선변제권으로 보호받고 있는 주택임대차보호법상의 소액임차보증금·노동법령상의 체불임금 등의 권리를 해하거나 담보권의 제약으로 부동산저당의 유동화가 저해되지 않도록 하는 보완책이 함께 강구되어야 할 것이다.⁴⁷³⁾

그밖에 체납관리비채권에 최우선변제권을 인정하는 대신 체납관리비를 특별승계인에게 승계시키는 명문규정을 둬으로써 체납관리비를 효율적으로 징수할 수도 있다. 다만, 이러한 경우 특별승계인이 예측하지 못한 손해를 입을 수가 있으므로 경매의 경우에는 집합건물의 관리인이 체납관리비의 액수를 확정하여 배당신청을 한 경우에만 승계가 이루어지도록 승계요건을 명시할 필요가 있다. 또한 매매의 경우에는 부동산중개인에게 체납관리비의 조사의무 부여와 그 조사결과를 매수인에게 고지할 의무를 부담케 함으로써 체납관리비의 존재와 체납관리비 금액을 매수자가 사전에 확인할 수 있도록 명문화 할 필요가 있다. 다만 체납관리비가 많은 집합건물의 경우 낙찰가가 하락할 우려가 있지만 정확한 물건정보를 제공한다는 점에서 오히려 경매목적물의 낙찰가에 긍정적인 영향을 미칠 수도 있을 것이다.⁴⁷⁴⁾

제5절 관리규약에 대한 개선방안

1. 관리규약 설정의 임의성 배제

집합건물의 관리규약은 구분소유자간의 자치규범으로서 원활한 공동생활을 영위하기 위해서는 반드시 필요하다. 따라서 현행과 같이 관리규약의 설정을 구분소유자의 자율에 맡기는 것은 이를 바꾸어 모든 집합건물에 대하여 관리규약을 의무적으로 설정하도록 입법할 필요가 있다. 즉, 관리규약의 설정의무를 위반하는 집합건물에 대해서는 과태료처분 등의 제재를 가하도록 하는 한

473) 이창립, 전제논문, 530면.

474) 이창립, 상제논문, 530면.

편, 새로운 관리규약이 설정될 때까지는 표준규약에 의하여 관리를 하도록 한다.

2. 관리규약의 실효성 확보방안

관리규약의 실효성을 확보하기 위해서는 관리규약의 내용을 가능한 범위 내에서 강행법규로 설정할 필요가 있다. 그렇게 하여야만 관리규약 위반이 곧 법 위반이라는 인식을 구분소유자에게 심어줄 수 있고 관리규약의 준수를 기대할 수 있다. 비록 집합건물의 관리가 사적자치에 기초를 두고 있으므로 최대한 구분소유자 자율에 의하여 질서가 유지되는 것이 바람직하지만 오히려 그 사적 자치가 보호되고 존중되기 위해서는 관리규약이 철저히 지켜져야 하기 때문이다. 관리규약을 강행규정의 성격을 가지는 집합건물법의 조문과 동일한 내용으로 규정하고 있는 예로서는, 가령 공용부분의 변경·부지·부속시설의 변경·관리규약의 설정·변경·폐지·관리규약의 보관·열람·소수자의 집회소집권·집회소집시 의안의 요령통지 등·의무위반자에 대한 행위정지청구·의무위반자에 대한 사용금지청구·의무위반자에 대한 경매청구·의무위반의 점유자 등에 대한 인도청구·복구·재건축 등이 있다.

3. 집합건물 분양전 관리규약의 효력 제한

집합건물법은 건물부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자가 단독으로 일정한 사항에 대하여 공정증서에 의한 관리규약을 만들 수 있도록 규정하고 있다(법 제3조 제3항).이 규정의 취지는 집합건물의 분양이 이루어져 입주하게 되는 구분소유자들이 관리단의 조직행위나 관리규약을 설정할 시간적 여유가 없는 상태에서, 입주와 동시에 필요한 선수관리비의 징수 혹은 공동생활의 질서유지 등 구분소유자들이 일률적으로 준수해야 할 일부의 사항은 먼저 마련되어야 하기 때문인 것으로 이해된다. 그러나 이와 같은 관리규약은 분양업자에 의하여 단독으로 만들어지는 것이기 때문에 그 내용이 보편타당하고 객관성이 있어야 하며 명시적으로 분명하여야 한다. 이를 보완하기 위한 것으로 보

이는 집합건물법 개정안을 보면, “분양자는 표준규약을 참조하여 공정증서로써 규약에 상당하는 것을 작성하고, 분양계약을 체결하기 전에 이를 수분양자에게 교부하여야 한다(개정안 제9조의2 제2항)”라고 함으로써 관리규약에 상당하는 문서를 분양자가 작성함에 있어 ‘표준규약’을 참조하도록 하고 이를 ‘분양계약 전’에 수분양자에게 교부하도록 하는 보완책을 담고 있다. 그러나 분양계약 전에 수분양자에게 관리규약 상당의 문서를 교부하는 것으로는 부족하고 관리규약의 중요성을 감안하여 관리규약 상당의 문서에 대한 설명회를 개최하여 질의·응답을 받는 등 수분양자들이 충분히 이해될 수 있도록 하는 절차가 제도화 되어야 한다.

4. 관리규약의 설정·변경 및 폐지권자와 의결정족수의 개선

(1) 사용자에게 대한 관리규약 설정·변경 및 폐지권의 부여

집합건물법은 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호간의 사항 중 집합건물법에서 규정하지 않은 사항에 대해서는 규약으로 정할 수 있도록 하면서(법제28조 제1항) 그 설정·변경 및 폐지권자는 구분소유자로 국한하고 있다(법 제29조 제1항). 그러나 집합건물의 관리규약은 구분소유자만의 전유물이 될 수 없는 특성을 가지고 있으므로 관리규약의 설정·변경 및 폐지권은 비구분소유자인 사용자에게도 인정되어야 한다. 왜냐하면 집합건물을 구분소유자가 직접 점유하는 경우만 있는 것이 아니라 임차인이 사용하고 있는 경우도 많기 때문이다. 관리규약의 내용을 보더라도 직접 당해 구분건물에 거주하면서 생활하는 사람들에게 적용되는 것이 대부분임을 알 수 있다.

다만 입법예고 된 집합건물법 개정안은 제16조 제2항에서, ‘..... 당사자가 달리 정하여 관리단에 통지하지 않는 한 구분소유자의 승낙을 받아 전유부분을 점유하는 자는 집회에 참석하여 그 구분소유자의 의결권을 행사할 수 있다. 그러나 구분소유자의 권리와 의무가 특별한 영향을 받는 경우에는 구분소유자의 승낙을 받아야 한다’라고 규정함으로써 임차인 등의 점유자에게도 구분소유자

가 갖는 의결권을 행사할 수 있도록 함으로써 관리규약의 설정·변경 및 폐지권 권도 행사할 수 있게 하였다. 이는 관리규약 내용 대부분의 직접적인 수범자가 집합건물의 점유자인 점을 감안할 때 타당한 규정이다. 그러나 구분소유자의 권리와 의무가 특별한 영향을 받는 경우에는 구분소유자의 승낙을 받아야 한다는 내용에는 의문이 있다. 즉, 구분소유자의 권리와 의무가 특별한 영향을 받는지 여부를 누가 어떻게 판단해야 하는지, 그리고 의결권을 행사할 때마다 ‘특별한 영향’ 여부를 가려야 한다면, 점유자에게 의결권을 부여한 의미가 없는 것이라고 하지 않을 수 없다. 그러므로 구분소유자의 승낙이 없을 경우 결의권 행사의 주체는 누구인가에 대한 문제가 제기될 수 있으나 임차인이 구분소유자의 의결권을 가지며 이를 행사할 수 있다고 하여야 할 것이다.⁴⁷⁵⁾

주택법의 경우와 같이, 집합건물의 용도변경·파손·철거 등 구분소유자의 구분소유권에 변동을 주는 사안인 경우에는, 의결권 자체를 부여하지 않더라도, 건물의 수선유지업무 등 일상의 관리와 관련된 사항에 대한 의결권 행사는 제한하지 않도록 하여야 할 것이다(주택법 시행령 제47조 별표3 참조).

(2) 관리규약의 설정·변경 및 폐지 의결정족수의 개선

관리규약을 쉽게 변경하지 못하도록 함으로써 관리업무의 안정성을 도모하고자 관리규약 설정 등에 관한 의결정족수를 관리단집회의 통상적인 의결정족수보다 많도록 한 것은 타당하다. 그러나 사회환경의 빠른 변화와 관련 법령의 잦은 변경 등에 탄력적으로 대처하려면 관리규약의 설정·변경 및 폐지 또한 이와 균형을 맞추어야 할 것이므로 현행 관리규약의 설정·변경 및 폐지에 관한 관리단의 의결정족수는 과도한 것으로서 조정하여야 한다. 즉, 주택법(주택법 시행령 제57조 제2항)과 같이 관리규약의 변경(개정)을 위한 의결정족수는 구분소유자 및 의결권의 각 과반수에 의하도록 정함으로써 설정·변경 및 폐지사유가 발생한 경우에는 보다 신속하게 대응할 수 있게 하는 것이 필요하다.

475) 강혁신, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률개정”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011.9, 396면.

5. 일부 구분소유자의 승낙제도 개선

관리규약의 설정이나 변경 또는 폐지를 위해서는 관리단집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 찬성을 요한다(법 제29조 전단). 다만 관리규약의 설정이나 변경 또는 폐지로 인하여 일부 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미치는 경우에는 그들의 승낙을 얻어야 한다(법 제29조 제1항). 이 규정을 관철할 경우 다수는 소수에 의하여 좌우되는 모순을 낳게 되는 점에 대해서는 앞에서 살펴 본 바와 같다.

따라서 이 규정은 합리적으로 개정되어야 한다. 즉, 법 제29조 제1항 전단의 ‘일부 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미치는 경우에는 그들의 승낙을 얻어야 한다’를 ‘일부 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미치는 경우에는 그들의 입장을 최대한 고려하여야 한다’로 개정하여야 한다. 다수가 생활하고 있는 집합건물에서 관리규약의 설정 등이 소수에게 특별한 영향을 준다고 하여 그들의 승낙을 받아야 한다면 결국 관리규약 설정 등에 관한 의결정족수는 아무런 의미가 없게 되기 때문이다. 다만, 다수결에 의하는 경우라고 하더라도 소수의 입장을 충분히 고려해야 하는 것은 당연하다고 할 것이다.

6. 관리규약준칙의 마련

주택법은 입주자 등이 최초의 관리규약을 제정할 때 참고할 수 있는 표준적 관리규약안을 마련(주택법 제44조 제1항)하고 있으나, 집합건물법에는 이에 관한 규정이 없어 신설할 필요가 있다.

(1) 관리규약준칙의 의의

관리규약준칙은 주택법상 개별 집합건물의 관리규약 제정에 도움을 주고자 마련된 표준관리규약안을 말한다. 본래 관리규약은 사적자치의 산물로서 입주자들의 자율적 의사에 따라 설정하여야 하지만 집합건물마다 자유롭게 제정하도록 할 경우에는 상위법규와의 충돌 가능성 등 법질서상의 적지 않은 혼란이

야기될 수 있다. 이에 따라 국토해양부에서는 표준이 되는 안을 작성하여 각 시·도에 배부하고, 각 시·도지사는 집합건물의 입주자 및 사용자를 보호하고 주거생활의 질서를 유지하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 집합건물의 관리 또는 사용에 관하여 준거가 되는 집합건물관리규약의 준칙(이하 ‘관리규약준칙’이라 한다)을 정한다(주택법 제44조 제1항). 그리고 해당되는 집합건물의 입주자와 사용자는 관리규약준칙을 참조하여 관리규약을 정하여야 한다(동법 제44조 제2항).

(2) 관리규약준칙의 비법규성

관리규약준칙은 각 개별 집합건물에서 제정하는 관리규약의 모델로서의 기능을 한다. 따라서 개별 집합건물 단지에서는 관리규약을 제정함에 있어 관리규약준칙을 참고만 할 뿐 개별단지의 여건과 특성에 맞도록 조정할 수 있는 것이며 어떠한 법적 구속력도 가지고 있지 않다. 다만 관리규약준칙은 주택법상 반드시 관리규약에 포함되어야 할 사항들을 빠짐없이 체계적으로 구성해 놓았기 때문에 실무적으로는 거의 모든 집합건물에서 관리규약준칙의 내용 대부분을 개별단지 관리규약으로 수용하고 있다. 2011년 8월 10일에 입법예고된 집합건물법 개정안에도 집합건물을 위한 표준관리규약의 신설을 담고 있다.

제6절 소송외적인 분쟁해결제도(ADR)의 적극적인 활용

1. 서설

집합건물은 다수의 구분소유자들이 생활하는 공동체인 관계로 이해관계가 쉽게 얽힐 수 있다. 이는 곧 분쟁으로 이어질 수 있으며 분쟁은 삶의 질을 저하시키는 원인이 된다. 집합건물의 관리와 관련된 분쟁에는 구분소유자 상호간의 분쟁, 입주자대표회의를 둘러싼 분쟁 그리고 집합건물의 사업주체와 구분소유

자간의 하자분쟁 등의 유형이 있음은 살펴 본 바와 같다. 또한 이러한 분쟁을 해소하기 위하여 집합건물법과 주택법이 마련하고 있는 제도에는 어떠한 것이 있는지, 그리고 제도가 안고 있는 문제점은 무엇인지에 대해서도 살펴보았다. 집합건물법은 집합건물의 관리와 관련한 별도의 분쟁해결제도를 두지 않고 있다. 다만 집합건물의 경우에는 주택법에 따라 입주자대표회의의 구성·운영 및 동별대표자의 자격·선임·해임·임기에 관한 사항, 관리비·사용료 및 장기수선충당금의 징수·사용에 관한 사항, 집합건물 공용부분의 유지·보수·개량에 관한 사항 등 평소 집합건물 내부에서 이의 해결을 두고 분쟁이 자주 일어나는 사안 등에 대하여 분쟁조정을 할 수 있는 집합건물관리 분쟁조정위원회를 시·군·구마다 두도록 규정하고 있다(주택법 제52조). 집합건물법도 최근에 입법예고된 개정안에 주택법상의 분쟁조정위원회와 성격이 유사한 분쟁조정위원회를 신설하였다. 그러나 주택법상의 분쟁조정위원회는 조정의 법적 구속력이 없어 사실상 유명무실한 제도라는 평가를 받고 있다. 결국 분쟁의 대부분은 소송으로 발전하고 있는데 소송을 통해 결말이 난다고 하더라도 악화된 감정의 앙금은 그대로 남아 있는 경우가 대부분이라고 할 수 있다. 따라서 이런 상황에서 만약 분쟁의 당사자가 동일한 집합건물 단지 안에 거주하는 구분소유자 상호간이었다고 한다면 비록 소송을 통해 외형상의 분쟁은 종식되었다고는 하나 이웃 간의 불편한 관계는 계속된다고 할 수 있다. 그러므로 집합건물의 관리와 관련된 분쟁의 해소를 위해서는 소송을 통하지 않으면서 분쟁당사자 쌍방이 승복할 수 있는 소송외적 분쟁해결 제도(ADR)를 택하되 현행 집합건물분쟁조정제도의 경우와는 달리 법적구속력이 부여되어 있는 제도의 새로운 모색이 필요하다.

2. ADR의 의의와 종류

ADR(Alternative Dispute Resolution)이란, 소송 이외의 방식으로 이루어지는 분쟁해결제도를 가리킨다. 국내에서는 ADR을 「대체적분쟁해결제도」⁴⁷⁶⁾, 「소

476) 김상찬, “대체적분쟁해결제도에 대한 비교법적 연구”, 「법학연구」 제16집, 한국법학회, 2004.11, 309면.

송에 갈음하는 분쟁해결제도」⁴⁷⁷⁾라고 표현하거나, 또는 「소송대체분쟁해결제도」⁴⁷⁸⁾등으로 표현되고 있으며 이러한 ADR은 크게 법원에 의한 사법형, 행정기관에 의한 행정형⁴⁷⁹⁾, 민간기구에 의한 민간형⁴⁸⁰⁾으로 구분되며 우리나라의 경우에는 사법형ADR을 중심으로 운용되고 있으나 주택법상의 집합건물관리분쟁조정위원회와 하자분쟁조정위원회는 행정형으로 운용되고 있으며 입법예고된 집합건물상의 분쟁조정위원회 또한 행정형ADR이다. 현재로는 민간인들의 인식 부족 등으로 민간형ADR의 이용실적이 매우 저조하여 법원과 행정기관 등 관주도의 ADR제도를 운용하고 있으나 당사자자치를 바탕으로 하고 있는 집합건물관리상의 분쟁만큼은 민간형 ADR제도에 의하는 것이 바람직하리라는 점에서 민간형 ADR제도의 구축과 그 활성화는 매우 절실한 과제라고 하겠다.⁴⁸¹⁾

ADR의 구체적 종류로는 화해, 알선, 조정, 중재 등이 있다. 화해는 제3자를 개입시키지 않고 분쟁당사자 스스로가 서로 양보하여 당사자 사이의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 성립하는 계약(민법 제731조)으로서 화해가 성립하면 당사자 사이의 분쟁사항에 관한 종전의 법률관계는 소멸하고 화해계약의 내용에 따라 새로운 법률관계가 확정되며⁴⁸²⁾재판과는 달리 증거의 제출을 필요로 하지 않고 신속·저렴하게 처리되는 한편, 감정의 대립을 완화시키는 장점이 있다.⁴⁸³⁾

알선(혹은 주선)은 분쟁해결과정에 제3자가 직접적으로 관여하지는 않지만, 분쟁당사자가 서로 합의나 양해에 도달하여 분쟁을 해결할 수 있도록 중간에서 역할을 하여 분쟁을 해결하는 방식으로서 알선에 의하여 화해에 이르게 되면 그것은 화해계약이 된다.⁴⁸⁴⁾

조정은 전담판사 또는 조정위원회가 분쟁당사자 사이에 개입하여 설득함으로써

477) 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 661면.

478) 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 「안암법학」 제22호, 안암법학회, 2006.4, 294면.

479) 환경분쟁조정위원회·언론중재위원회·집합건물관리분쟁조정위원회·하자분쟁조정위원회 등이 있다.

480) 우리나라의 경우 대한상사중재원이 유일하다.

481) 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.2, 175면.

482) 한삼인, 전게서, 665면.

483) 한삼인, 상게서, 661면.

484) 김상용, 「채권각론」, 법문사, 2003, 475면.

써 화해로 이끄는 절차를 말한다.⁴⁸⁵⁾ 따라서 조정성립에 기한 조정조서가 작성되면 재판상 화해와 같은 효력이 발생한다(민사조정법 제28조, 제29조). 즉, 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하면, 조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있어 종전의 다툼있는 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리·의무관계가 성립한다.⁴⁸⁶⁾ 조정 과정에서 조정위원회는 분쟁을 일의적으로 판단하여 최종적으로 결정하지 않고, 조정안에 의하여 분쟁해결을 알선하는 역할만을 수행한다. 그러나 당사자가 조정안을 거부하면 조정불성립이 되어 조정안은 전혀 효과를 발생시킬 수 없다.

중재는 개인 사이에 발생한 분쟁 당사자의 합의에 의하여 선출한 중재인의 중재판정에 의하여 해결하는 분쟁해결방식으로서 흔히 「사적재판」으로 불리운다.⁴⁸⁷⁾ 화해나 조정이 최종적인 결정을 당사자에게 유보하고 있는 자주적 분쟁해결방식인 반면에, 중재는 일단 중재인에 의하여 중재판정이 내려지면 당사자가 무조건 그 중재판정에 복종하여야 하는 강제적 분쟁해결방식이다. 이점에서 상호양보에 의하여 자주적으로 분쟁을 해결하는 화해나 조정과 다르다.⁴⁸⁸⁾ 현재 중재제도로서는 중재법에 의한 상사중재, 노동쟁의조정법에 의한 노동중재와 정기간행물의 등록 등에 관한 법률에 의한 언론중재가 대표적이다.

3. 집합건물관리상 분쟁에 ADR을 적극적으로 활용해야 할 이유

ADR을 「민사사법의 민영화」(privatization of civil justice)라고 표현하듯,⁴⁸⁹⁾ ADR은 분쟁을 소송의 방법보다는 당사자의 자유로운 의사에 따라 유연하게 해결하기 위한 방법이므로 법원에 의한 판결에서와 같은 「전부 아니면 전무」의 원칙이 적용되지 않는다. 따라서 분쟁해결 후에도 분쟁당사자간의 관계가 완전히 파괴되는 위험을 막을 수 있다.⁴⁹⁰⁾ 이는 특히 집합건물과 같이 다수의

485) 한삼인, 전게서, 662면.

486) 대법원, 2008.1.10. 선고 2006다37304 판결.

487) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2008, 20면.

488) 양병희, “한국 중재제도의 현황과 중재인의 지위”, 「국제법무」 제2집 제1호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2010.5, 136면.

489) 이시윤, 전게서, 16면.

구분소유자가 함께 생활하고 있는 공동체에서 구분소유자 상호간의 유대감의 유지를 위하여 ADR이 더욱 필요한 이유라고 할 수 있다.

4. 집합건물관리상의 분쟁과 중재제도

(1) 중재제도의 적용 적합성 검토

앞에서 언급한 바와 같이 집합건물관리상 발생한 분쟁해결을 위하여 현재 운영되고 있는 ADR은 행정형으로서 주택법에 규정된 집합건물분쟁조정위원회제도와 하자분쟁조정위원회제도가 있다. 그러나 이러한 제도는 행정부서의 민원해결제도일 뿐 진정한 의미의 분쟁해결제도라고 보기는 어렵다는 지적⁴⁹¹⁾이 있을 만큼 사실상 분쟁해결에 큰 도움을 주지 못하고 있다. 더구나 조정안에 대한 법적구속력의 부재로 인해, 애써 조정절차를 진행해 놓고도 분쟁당사자가 조정안을 받아들이지 않게 되면 조정은 결렬되고 결국 소송의 힘을 빌려 문제를 해결하게 됨으로써 당사자들은 처음부터 소송의 방법을 선택한 것만 못한 결과를 얻게 된다. 그러므로 이러한 단점을 보완하기 위해서는 소송외적인 방법을 택하면서도 법적구속력이 있는 사법형ADR로서의 중재제도가 집합건물관리상 분쟁해결에 효과적이라고 할 수 있다. 다만 중재제도의 경우 1회의 결정으로 분쟁이 종식된다는 점에서 간이·신속한 장점이 있는 반면 중재인의 판단에 오류가 있을 경우에도 상소를 할 수 없다는 문제가 있을 수 있으므로 중재를 신청할 경우에는 현행의 조정절차를 반드시 거치도록 하는 조정전치주의가 필요하다. 또한 중재기관의 전국적 설치와 중재운영의 구체적 방안의 강구도 선결해야 할 과제라고 할 것이다.

(2) 중재제도의 활용방안

490) 일반적으로 재판은 일도양단, 재판외는 타협과 평화적 해결이라고 하는 등식이 성립할 수 있다.

491) 김상찬, “ADR의 이념과 개혁방향”, 「법과 정책」 제10호, 제주대학교 사회과학연구소, 2004.8, 107면.

1) 민사중재원의 설치 등

중재라고 하면 보통 상사중재를 의미하며 이러한 상사중재는 국내외 상사분쟁을 해결하기 위하여 중재법(법률 제1767호, 1966.3.16. 제정)에 따라 상설기관으로 설치된 대한상사중재원(The Korean Commercial Arbitration Board, KACB)에서 업무를 담당하고 있으며 서울의 본원과 부산에 1개의 지부를 두고 있다.

집합건물의 관리를 둘러싼 분쟁은 민사분쟁으로서 상사중재원에서는 다룰 수 없다고 할 때 민사중재를 전담하는 민사중재원의 별도 설치가 필요하다. 현재 민사중재원은 전국적으로 단 한 곳도 설치되어 있지 않고 다만 민사중재에 관한 업무를 담당하는 기관으로는 2006년 12월부터 서울지방변호사회가 서비스를 개시한 중재센터가 있다. 그러나 중재센터는 중재대상의 범위를 2,000만원 이하의 민사소액사건으로 제한함으로써 집합건물에서 발생하는 관리상의 분쟁을 해소하기 위한 역할에는 미치지 못한다고 할 수 있다. 따라서 전국의 지방 법원별로 민사중재원을 설치하여 운영하는 방안⁴⁹²⁾을 마련하거나 단계적으로 임대차중재원과 같이 집합건물관리에서 비롯되는 특정사건을 전담 처리하는 중재원을 우선 설치하여 운영하다가 민사중재원으로 통합하여 운영하는 방안을 생각해 볼 수 있다.⁴⁹³⁾

2) 조정전치주의의 적용

중재의 경우 분쟁을 간이·신속하게, 또한 경제적으로 해결할 수 있고 분쟁당사자간 적대적인 감정을 남기지 않을 수 있다는 점에서 매우 유용한 제도인 반면 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있는 단심제로서 불복신청을 할 수 없기 때문에 중재판정에 불만이 있어도 재판에서와 같은 2심 또는 3심 등 상소절차를 이용할 수 없는 문제점이 있다.⁴⁹⁴⁾ 따라서 집합건물의 경우

492) 김민중·장재형·이동근, “민사사건과 ADR”, 「법학연구」 제26집, 전북대학교 법학연구소, 2008.6, 35면.

493) 이준상, “ADR활성화를 위한 개선방안-법원과 관련된 주제를 중심으로-”, 「민사소송」 제1권 제1호, 2006.5, 280-281면.

494) 김민중·장재형·이동근, 전계논문, 34면.

분쟁발생시 곧바로 중재관정을 받기 위한 절차에 돌입하지 말고 각 시·도에 상설기구로 설치되어 있는 분쟁조정위원회의 조정절차를 사전에 거치도록 함으로써 단심으로 끝나는 중재관정의 문제점을 보완할 수 있는 효과를 얻을 수 있을 것이다. 즉, 법적구속력이 없어 실효성이 떨어지는 조정이라 할지라도 사안이 가벼운 경우에는 조정만으로도 분쟁을 해결할 수 있고 조정에 승복을 하지 않는 경우에는 중재로 나아갈 수 있도록 알선하는 역할을 할 수 있는 한편, 이미 조정과정에서 드러난 분쟁당사자들의 입장을 충분히 고려하게 됨으로써 양자 모두 승복할 중재관정이 내려질 수 있을 것이기 때문이다. 이와 같이 집합건물의 관리상 발생한 분쟁의 ADR 해결책으로 중재제도를 운용하면서 조정 전치주의를 택하고 있는 입법례는 영국과 캐나다에서 찾아 볼 수 있으며 영국에서는 이를 조정·중재(Med-Arb)라고 한다.⁴⁹⁵⁾ 이러한 조정·중재(Med-Arb)는 법적구속력이 약한 조정의 한계를 중재의 강한 법적구속력으로 보완할 수 있다는 점에서 바람직한 ADR유형이라고 하겠다.⁴⁹⁶⁾

제6장 결론

다수의 구분소유자가 공동체를 이루며 살아가고 있는 집합건물은 유한한 토지자원의 한계로 인하여 고층화·밀집화 등의 형태로 지속적인 양적 증가를 거듭하여 왔으나, 양적인 증가만큼 관리의 질은 발전해오지 못한 것이 현실이다. 이러한 양상은 특히 제도적인 것에서 두드러졌다. 그동안 학계의 노력으로 여러 차례에 걸친 집합건물법 등의 개정 등 괄목할 만한 발전이 있었으나, 여전히 풀어야 할 과제가 남아있다. 이 글은 이러한 인식의 바탕위에서 집합건물관리제도의 개선방안을 입법론적 시각으로 모색해 본 것이다.

먼저, 앞에서 검토한 현행 집합건물제도의 문제점을 요약하면 다음과 같다.

495) 최석범, “국가주도형 ADR과 민간주도형 ADR에 관한 연구”, 「중재연구」 제20권 제3호, 한국중재학회, 2010.10, 83면.

496) 감남근, 전게서, 145면.

첫째, 관리기구에 관한 문제를 들 수 있다. 즉, 관리단과 관리인에 관한 사항으로써 관리단의 당연설립 문제·소규모 관리단의 관리인 미선임 문제·관리단의 채무공시 문제·관리단집회 여부에 따른 의결정족수의 문제·구성행위가 없어도 관리단이 존재할 수 있는 문제·관리단과 입주자대표회의가 혼동되는 문제·관리단의 소송능력에 관련된 문제·집회의 개최와 의결권 행사의 곤란성에 관한 문제·특정 구분소유자를 위한 관리인의 손해배상청구권 존부 문제·관리인의 자격 문제·관리인과 주택법상 관리주체를 혼용하는 문제 등이 있다.

둘째, 전유부분과 공용부분의 범위문제가 있다. 즉, 집합건물은 전유부분과 공용부분으로 구분되어 있고 양자는 관리상 각각 다른 원칙과 기준이 적용되므로 상호의 범위를 분명하게 정할 필요가 있으나 집합건물법은 전유부분과 공용부분의 범위에 관한 경계 범위를 명시적으로 규정해 두지 않고 있어 관리 책임 및 비용부담에 관한 분쟁의 소지를 마련하는 등의 문제가 발생할 수 있다.

셋째, 체납관리비에 대한 특별승계인의 채무범위가 문제되고 있다. 즉, 체납 관리비에 대한 특별승계인의 채무범위가 법원의 각 심급별로 입장이 상이하고 최종심인 대법원조차 관리비를 전유부분관리비와 공용부분관리비로 나누면서 다수의견으로 ‘공용부분 관리비’에 한하여 경락자는 전 소유자가 체납한 관리비를 납부할 의무가 있다고 판시하고 있어 관리비와 사용료가 통합 고지되는 집합건물의 경우 체납된 사용료는 어떻게 처리해야 하는가가 문제된다.

넷째, 관리규약에 관한 문제이다 즉, 집합건물법에서 관리규약 설정을 임의사항으로 규정해 놓음으로써 관리규약이 없는 집합건물이 가능하도록 한 점·관리규약이 설정되어 있더라도 제재방안을 갖추지 못하여 형식적인 장식물에 불과한 문제·관리규약의 개정권자와 의결정족수의 문제·관리규약의 설정이나 변경 또는 폐지시 일부 구분소유자의 권리보호가 지나치게 강조된 문제 등이 있다.

다섯째, 분쟁해결 수단의 미비문제가 있다. 집합건물법은 소송외적인 분쟁해결수단에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있고, 다만 주택법에서 집합건물관리 분쟁조정위원회와 하자심사·분쟁조정위원회를 두고 있으나 그나마도 조정의 법적구속력이 약하여 실효성이 부족한 제도라는 평가를 받고 있어 이에 대한 보완책이 필요하다.

위와 같은 문제점에 대하여 다음과 같이 개선방안으로서의 입법론을 제시한다.

첫째, 관리단의 개선방안으로 관리단을 의무적으로 법인화할 것을 제안한다. 집합건물법 제23조(관리단의 당연설립 등)는 제1항에서 “건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 설립된다.”라고 규정하였으나, 이를 “건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리법인을 설립하여야 한다.”로 개정하는 것이 바람직하다. 관리법인의 설립절차 등에 관한 사항은 별도의 절을 신설하여 구체적인 규정을 둘 필요가 있다. 즉, 법인성립에 관하여는 “법 제23조 제1항의 관리단은 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 다수에 의한 집회 결의로 법인이 되는 취지 및 그 명칭 및 사무소를 정하고 또한 그 주된 사무소의 소재지에서 등기를 함으로써 법인으로 성립한다.”로 규정하는 등 법인격 취득의 요건, 법인 등기·절차, 관리법인의 사무집행, 구분소유자, 특별승계인의 책임, 법인세, 법인의 해산 및 잔여재산의 귀속 등을 규정하여야 한다. 기타 임시이사의 선임 및 감사 등에 관한 규정과 사무집행 그리고 관리법인의 채무에 대한 구분 소유자의 책임과 특정 승계인의 책임에 관한 사항도 규정하여 함은 물론 집합건물의 멸실, 구분소유권의 상실 등을 이유로 하는 해산, 청산 등의 절차에 관하여도 입법을 하도록 한다. 또한 관리단 채무의 공시를 위하여 집합건물법에 다음과 같은 조항을 신설하는 것이 합리적이라 할 것이다. 즉, “관리단은 관리인으로 하여금 집합건물의 관리비·사용료 등과 관리단의 채무상황을 매월 국토해양부장관이 지정하는 인터넷 홈페이지에 공개하게 하여야 한다”(주택법 제45조 참조). 집합건물의 경우에는 국토해양부의 집합건물관리정보시스템⁴⁹⁷⁾에 집합건물의 관리비를 매월 의무적으로 공개하도록 하고 있으므로 이 시스템을 이용하거나 새로운 시스템을 구축하면 될 것이다. 관리단집회의 의결정족수를 조정하도록 해야 한다. 즉, 집합건물법 제41조 제1항의 “관리단집회에서 결의할 것으로 정해진 사항에 관하여 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면

497) <http://www.k-apt.net/>

에 의한 합의가 있는 때에는 관리단집회의 결의가 있는 것으로 본다.”고 규정
한 것을 “관리단집회에서 결의할 것으로 정해진 사항에 관하여 구분소유자는
서면으로 의결할 수 있으며 의결의 방법은 이 법 또는 규약에 특별한 규정이
없는 경우에는 구분소유자 및 의결권의 각 과반수로서 의결한다.”로 개정하여
야 한다. 관리규약 설정행위가 없는 관리단 즉, 집회를 개최하는 등의 조직행
위는 개시하였으나 구분소유자 및 의결권의 정족수에 미달함으로써 관리규약
을 설정할 수 없게 된 관리단의 경우에는 관리규약을 설정할 때까지 표준관리
규약에 따르도록 하되, 표준관리규약을 적용할지 여부에 관한 결정은 관리단
구성원의 다수결에 의하도록 한다. 소규모 관리단과 단지관리단의 관리인 선임
을 필수화해야 한다. 즉, 10인 미만의 소규모 관리단에도 관리인을 선임하여
관리하도록 하되, 순회관리 등 비상근 형태로 업무를 담당하게 함으로써 당해
구분소유자들에게 과도한 경제적 부담을 주지 않도록 해야 한다. 또한 단지관
리단의 관리인은 이를 필수 선임사항으로 하도록 규정하여야 한다. 즉, 집합건
물법 제51조 제1항은 단지관리단에 관하여 “...관리인을 둘 수 있다.”라고 하
였으나 이를, “...관리인을 두어야 한다.”로 개정하여야 한다. 다만 단지관리단
관리인을 선임할 경우에는 1동마다의 관리단에 속하는 관리인은 불필요하므로
선임하지 않도록 개정하는 것이 바람직하다. 관리단의 의결권 행사방법의 개선
도 필요하다. 관리단집회의 의결권 행사방법의 개선을 위하여, 입법예고 된 개
정안과 같이 “의결권은 서면이나 전자적 방법(전자정보처리조직을 사용하는 방
법 기타 정보통신기술을 이용하는 방법으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한
다. 이하 같다)으로 또는 대리인을 통하여 행사할 수 있다.”라는 규정을 신설하
는 것이 옳다고 생각한다. 그래야만 장소적·상황적 제약을 받지 않고 의결권을
행사할 수 있게 되어 구분소유자들의 의사가 최대한 반영될 수 있기 때문이다.

둘째, 전문관리인제도의 신설을 제안한다. 현행 관리인제도는 이를 개선하여
관리단의 대표기관이 아닌, 관리단의 업무집행을 수임·대행하는 전문기관으로
서의 기능을 담당하게 하는 한편, 관리인 선임에 관한 집합건물법 제24조에 새
로운 조항을 신설하여 “법 제24조 제1항의 관리인은 대통령령이 정하는 일정한
자격을 갖춘 자 중에서 선임하여야 한다”로 한다. 또한 관리인의 자격은 현행
주택법상의 주택관리사자격제도를 강화한 “집합건물전문관리사”제도를 신설하

여 전문성을 제고하는 한편, 규모의 대소를 막론하고 모든 집합건물은 이 전문 자격사에 의하여 관리하도록 하는 내용의 강행규정의 제정을 제안한다.

셋째, 전유부분과 공용부분 범위 확정에 관한 명시적 기준을 마련할 필요가 있다. 그렇게 해야만 관리범위에 따른 책임한계를 분명히 할 수 있기 때문이다. 이를 위해 전유부분면적의 기준이 되는 경계는 “벽 내부의 마감부분”으로 명시하고, “벽 내부의 마감부분으로부터 벽의 중심선까지의 부분은 이를 공용부분으로 한다”는 규정을 신설해야 한다. 또한 발코니면적의 공용부분 포함여부에 관하여도, “국토해양부 집합건물의 발코니 설계 및 구조변경 업무처리 지침에 의한다”라는 명시적 규정을 신설하는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면 명시적인 지침의 존재를 미리 알게 함으로써 발코니면적의 공용부분 포함여부를 둘러싼 논란을 진전시키지 않을 수 있기 때문이다. 그리고 일부공용부분면적의 범위기준에 관해서는, “건축주가 집합건물의 일부공용부분을 설정하고자 하는 경우에는 반드시 설계도서, 건축물대장, 관리규약, 분양계약서에 일부공용부분임을 의무적으로 명시하여야 한다”라는 규정을 둘 필요가 있다.

넷째, 체납관리비의 채권 확보방안의 마련을 제안한다. 이를 위하여 체납관리비의 승계범위를 명시하도록 할 필요가 있다. 즉, 체납관리비의 채권 확보를 위하여 집합건물법 제18조의 “공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다”라고 한 것을, “공유자가 공용부분 및 전유부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있다. 다만 전유부분에 관하여 발생한 채권은 전유부분에서 사용하는 전기·가스 등의 공급과 그에 대한 사용료의 징수를 관리단이 대행하는 경우에 한 한다” 로 개정하는 것이 바람직하다. 체납관리비채권의 담보를 위하여 관리비 등 보증금제도를 신설한다. 이는 원활한 집합건물의 유지·관리를 위한 것으로써, 구분소유자로부터 1년분의 평균관리비 상당액을 체납대비 보증금으로 미리 받아두는 것을 법제화 할 필요가 있다.⁴⁹⁸⁾ 즉, “최초의 구분소유자는 건물의 원활한 관리를 위하여 1년분의 공용부분 및 전유부분의 평균관리비를 관리비선수금으로 납부하여야 한다.”라는 규정을 신설하고, 세부적인 운영세칙을 마련하도록 한다. 이와 관련하여 체납관리비채권

498) 이기영, 전계논문, 116-117면 참조.

에 대한 우선특권제도를 신설해야 한다. 미국과 캐나다에서의 입법례처럼, 일정한 범위의 관리비채권을 우선특권(Lien Rights)으로 인정하여 관리비를 연체한 구분소유자의 파산 또는 청산과정에서 다른 채권에 우선하여 관리비채권을 회수하도록 하는 규정을 신설한다. 우선특권의 범위는 연체된 관리비와 그 이자, 합리적 법률비용, 연체관리비를 징수하기 위하여 발생한 관리단의 비용 등을 포함한다.⁴⁹⁹⁾ 이 중 관리비가 연체되기 전에 설정되어 있는 저당권에 우선하여 상환 받을 수 있는 우선특권의 범위는 우선특권 실행신청 직전 6개월분의 관리비로 한다.⁵⁰⁰⁾

다섯째, 관리규약에 대한 개선방안을 제안한다. 먼저, 관리규약 설정의 임의 규정성을 배제하도록 한다. 집합건물법은 규약에 관하여 제28조 제1항에서, “건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호간의 사항 중 이 법에서 규정하지 아니한 사항은 규약으로써 정할 수 있다.”라고 함으로써 관리규약의 설정조항을 임의규정으로 하였다. 그러나 이를 “구분소유자는 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자 상호 간의 사항을 관리규약으로 정한다.”로 개정하여 관리규약의 설정을 필수규정으로 의무화 하는 한편, 관리규약의 설정의무를 위반하는 구분소유자에 대해서는 과태료처분 등의 제재를 가하도록 함으로써 실효성을 확보하고, 새로운 관리규약이 설정될 때까지는 표준규약을 적용하게 하는 내용의 규정을 신설해야 한다. 관리규약의 실효성을 확보하기 위해서는, 관리규약의 내용을 가능한 범위 내에서 강행법규화 하고, 집합건물법 제66조 과태료 부과조항에 “관리규약의 내용을 위반한 경우”를 신설하는 것이 바람직하다고 생각한다. 또한 집합건물 분양 전 관리규약의 효력은 제한하도록 하는 규정을 두어야 한다. 집합건물법은 건물부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자가 단독으로 일정한 사항에 대하여 공정증서에 의한 관리규약을 만들 수 있도록 규정하였고(법 제3조 제3항) 집합건물법 개정안은 이를 보완하고자 “분양자는 표준규약을 참조하여 공정증서로써 규약에 상당하는 것을 작성하고, 분양계약을 체결하기 전에 이를 수분양자에게 교부하여야 한다.”(개정안 제9조의2 제2항)라고 하였으나, 분양계약 전에 수분

499) UCIOA Section 3-116(a).

500) UCIOA Section 3-116(b).

양자에게 관리규약 상당의 문서를 교부하는 것만으로는 수분양자의 권익보호에 충분하지 않으므로 “분양자는 표준규약을 참조하여 공정증서로써 규약에 상당하는 것을 작성하고, 분양계약을 체결하기 전에 이를 수분양자에게 교부하고 숙지할 수 있도록 충분한 설명을 하여야 한다”로 규정하는 것이 필요하다. 그 이유는, 사실상 관리규약이 구분소유자의 권리·의무 등의 중요사항을 수록하고 있어서 경우에 따라서는 관리규약의 내용이 분양계약 체결여부를 결정짓는 조건이 될 수도 있음에 불구하고 구분소유자가 이를 제대로 숙지하지 못한 채 분양계약을 하게 됨으로써 불측의 손해를 볼 수도 있기 때문이다. 관리규약의 설정·변경 및 폐지권자와 의결정족수의 개선을 제안한다. 집합건물법은 규약의 설정·변경 및 폐지권자는 구분소유자로 국한하고 있으나(법 제29조 제1항), 관리규약의 설정·변경 및 폐지권에 대해서는 비구분소유자인 사용자도 행사하도록 “규약의 설정·변경 및 폐지는 관리단집회에서 구분소유자(또는 사용자) 및 의결권의 ……찬성을 얻어 행한다”로 개정해야 한다. 또한 관리규약의 설정·변경 및 폐지 의결정족수는 주택법령(주택법 시행령 제57조 제2항)과 같이 “구분소유자(또는 사용자) 및 의결권의 각 과반수”에 의하도록 개정함으로써 관리규약에 대한 설정·변경 및 폐지 사유가 발생한 경우에는 보다 신속하게 그것이 이루어질 수 있도록 한다. 관리규약의 설정·변경·폐지와 관련하여 일부 구분소유자의 승낙제도를 개선할 필요가 있다. 집합건물법 제29조 제1항 후단은, “규약의 설정이나 변경 또는 폐지가 일부의 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때에는 그 구분소유자의 승낙을 얻어야 한다.”라고 하였으나 이를, “규약의 설정이나 변경 또는 폐지가 일부의 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때에는 사전에 그 구분소유자의 충분한 양해를 구하여야 한다”로 개정함으로써 소수의 구분소유자가 다수의 구분소유자의 의사결정을 좌우하는 폐단을 방지하게 하여야 한다. 관리규약준칙의 마련이 필요하다. 이에 대해서는 입법예고가 되어 있으므로 집합건물법 개정안에 따라 관리규약준칙을 정하되, 구분소유자와 사용자는 필수적으로 이를 참고로 하여 관리규약을 설정하도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다.

여섯째, ADR의 적극적 활용방안의 도입에 관한 규정의 신설을 제안한다. 입법예고 된 집합건물법개정안에는 각 시·도에 분쟁조정위원회를 둘 수 있도록

한 내용이 포함되어 있으나 이를 “둘 수 있다”가 아닌 “두어야 한다”로 강행규
정화 함으로써 ADR을 적극적으로 활용할 토대를 마련하여야 할 것이다. 또한
조정제도의 취약점을 보완하기 위하여 조정전치주의와 중재제도를 법제화할
필요가 있다고 생각한다.



참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

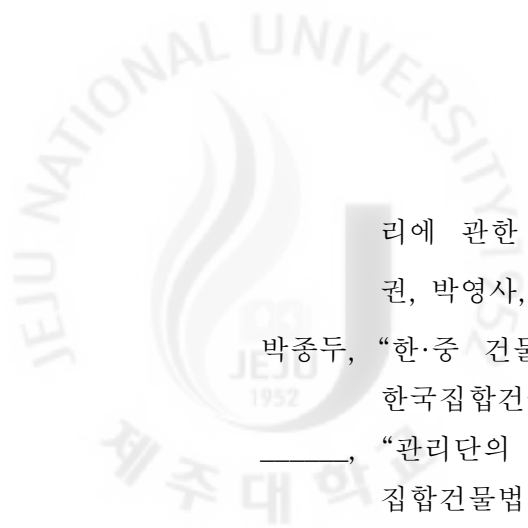
- 강봉석, 「물권법」, 법영사, 2007.
- 강혜경, 「집합건물관리론」, 도서출판 신정, 2003.
- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2003.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2007.
- _____, 「물권법」, 박영사, 2005.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2004.
- 권용우, 「민법총칙」, 법문사, 2000.
- 권주안, 「장기수선충당금제도의 개선방안연구」, 주택산업연구원, 2003.
- 김민중, 「물권법강의」, 로앤피플, 2007.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006.
- _____, 「채권각론」, 법문사, 2003.
- 김상찬, 「물권법」, 제주대학교출판부, 2010.
- 김영두, 「집합건물법연구」, 진원사, 2008.
- 김은유, 「재개발 재건축법률실무」, 법률출판사, 2009.
- 김종보, 「집합건물관리에 관한 제도적 개선방안」, 국회사무처 법제실, 2006.
- 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997.
- 김준호, 「물권법」, 법문사, 2007.
- _____, 「민법강의」, 법문사, 2009.
- _____, 「민법판례강의」, 법문사, 2009.

- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001.
- 문영기, 「집합건물관리론」, 부연사, 2005.
- 박중두·박세창, 「집합건물법」, 삼영사, 2011.
- 박준서 대표집필, 「주석민법[물권2]」, 한국사법행정학회, 2002.
- 박태신, 「최신 집합건물법의 해설」, 정성 D&M, 2006.
- 배순석, 「주택보전활성화정책연구」, 국토개발연구원, 1993.
- 손세관, 「도시주거형성의 역사」, 열화당, 2004.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009.
- 송현진, 「도시 및 주거환경정비법 해설」, 서초법률, 2003.
- 송현진·유동규, 「재개발·재건축이론과 실무」, 법률출판사, 2009.
- 신언숙, 「집합건물의 등기에 관한 실무」, 육법사, 2002.
- 양재섭, 「서울도심부 주거실태와 주거확보방향연구」, 서울시정개발연구원, 2001.
- 유어녕, 「집합건물법의 이론과 실무」, 법률정보센터, 2011.
- 이시운, 「신민사소송법」, 박영사, 2008.
- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
- 이창석, 「부동산관리론」, 신광문화사, 2009.
- 장영희, 「집합건물관리제도 개선방안」, 시정개발연구원, 1995.
- 장찬익, 「주택법해설」, 진원사, 2004.
- 최석범, 「집합건물의 등기」, 동민출판사, 1998.
- 최영동·고은아·김경식, 「아파트분쟁해결의 길잡이」, 시우커뮤니케이션, 2009.
- 한삼인, 「판례민법」, 법률행정연구원, 2000.
- _____, 「민법일반이론」, 보명BOOKS, 2009.
- _____, 「계약법」, 화산미디어, 2011.

2. 논문

- 감남근, “집합건물의 관리에 관한 법제의 개선방안”, 「집합건물법학」 제16집, 한국집합건물법학회, 2010.12.
- 강석규, “구분소유건물의 관리비채납에 대한 특별승계인의 책임”, 「재판실무」 제2집, 창원지방법원, 2005.
- 강윤구, “집합건물의 구분소유자가 공용대지를 주차장으로 이용할 권리의 성질”, 「대법원 판례해설」 제60호, 법원도서관, 2006, 상반기.
- 강혁신, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 개정”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011.9.
- _____, “공동주택에서의 전유부분 사용방법과 공동이익에 관한 연구”, 「법학연구」, 한국법학회, 2006.11,
- 길기봉, “구분소유와 구조상 독립성”, 「법조」 제45권 2호, 법조협회, 1996.2.
- 김교창, “아파트입주자대표회의의 법적지위”, 「법률신문」 제3442호, 2006.3.
- 김대원, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제49조의 재건축에 관한 합의내용의 변경을 위한 의결정족수”, 「대법원판례해설」 55호, 법원도서관, 2005, 상반기.
- 김민중·장재형·이동근, “민사사건과 ADR”, 「법학연구」 제26집, 전북대학교법학연구소, 2008.6.
- 김상찬, “일본의 ADR법에 관한 연구”, 「중재연구」 제16권 제3호, 한국중재학회, 2006.12.
- _____, “대체적분쟁해결제도에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 제16집, 한국법학회, 2004.11.
- _____, “ADR의 이념과 개혁방향”, 「법과정책」 제10호, 제주대학교사회과학연구소, 2004.8.
- _____, “ADR기본법의 입법론에 관한연구”, 「중재연구 : 양병희 교수 정년기념」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.2.
- 김선이, “구분소유자에 의한 집합건물의 소유 및 관리”, 「한국민법이론의 발전 : 무암 이영준박사 화갑기념논문집」. 박영사, 1999.
- _____, “집합건물법상 관리문제 : 한국과 일본, 양국의 비교법적 고찰”, 「법조」 제53권 제9호, 법조협회, 2004. 9.

- _____, “한국과 독일의 건물구분소유법상 집합건물관리에 관한 소고”, 「법조」 제43권 1호, 법조협회, 1994, 1.
- 김용한, “집합건물법의 이론과 문제점”, 「민사법학」, 한국민사법학회, 1985.
- _____, “집합건물법상의 관리단”, 「사법행정」 제25권 제6호, 1984.
- _____, “구분소유자의 의무위반”, 「고시계」 제29권 제9호, 1984
- 김영두, “집합건물의 공용부분의 변경”, 「법조」 54권 5호, 법조협회, 2005.5.
- _____, “효율적인 집합건물의 관리방안”, 「법조」 제60권 제1호, 법조협회, 2011.1.
- 김정만, “집합건물의 대지사용권 및 구분소유권 매도청구권”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 1997.
- 김정현 · 이원배 · 허정훈 · 이영준 · 안우만, “집합주택(아파트)의 소유 · 관리에 관한 고찰”, 「사법연구자료」 제1집, 법원행정처, 1974.
- 김준호, “집합건물에 있어서 전유부분과 대지사용권의 일체성”, 「민법학의 회고와 전망 : 민법전시행 30주년기념논문집」, 한국사법행정학회, 1993.
- 김학동, “공유의 법률관계”, 「서울시립대논문집」 제29집, 서울시립대학교, 1995.
- 김황식, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”, 「민사판례연구」 12집, 박영사, 1990.4..
- 김현태, “집합건물의 구분소유에 관한 비교법적 고찰”, 「온산 방순원선생 고회기념 민사법의 제문제」, 1984.
- 김희동, “구분소유의 성립시기”, 「부동산소송」 2집, 서울지방법원, 2001.
- 두성규, “집합건물관리체제 발전방안 연구”, 「국토해양부」, 한국건설산업연구원, 2008.
- 박경량, “독일의 주거공동체와 집합건물관리”, 「민법의 과제와 현대법의 조명 : 경암 홍천룡박사 화갑기념」, 21세기국제정경연구원, 1997.
- _____, “독일 주거소유권법상의 집합건물관리”, 「부동산법학」 4집, 한국부동산법학회, 1997, 7.
- _____, “공동주택입주자의 관리의무”, 「법과사회」 제21호, 법과사회이론연구회, 2001.
- 박성호, “아파트체납관리비에 대한 특별승계인의 책임”, 「송민 최종영대법원장 재임기념논문집 21세기사법의 전개」, 박영사, 2005.
- 박순성, “대지지분소유자의 구분소유권 매도청구권 : 집합건물의 소유 및 관



- 리에 관한 법률 제20조의 해석론을 중심으로”, 「민사판례연구」 20권, 박영사, 1998.
- 박종두, “한·중 건물구분소유권법의 비교법적 고찰”, 「집합건물법학」 제3집, 한국집합건물법학회, 2009.6.
- , “관리단의 법적지위에 관한 재검토”, 「집합건물법학」 제4집, 한국집합건물법학회, 2009.12.
- , “집합건물법의 개정 및 개선에 관한 검토”, 「집합건물법학」 제6집, 한국집합건물법학회, 2010.12.
- 박태신, “집합건물의 관리에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2007.12.
- , “관리단과 입주자대표회의의 관계에 있어서 그 법률적 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「홍익법학」 제9권 제2호, 홍익대학교법학연구소, 2008. 6.
- 박태신, “집합건물의 관리에 관한 기초적 연구 - 전유부분을 중심으로-”, 「법학연구」 제7집, 홍익대학교법학연구소, 2006.2.
- , “공동주택에 있어서 관리단의 관리법인화에 관한 연구”, 「집합건물법 개정작업의 현황과 향후의 과제 정립을 위한 학계 및 실무계 대 토론회자료」, 한국민사법학회, 2011.6.
- 배순석·천현숙, “주택보전활성화연구”, 「국토개발원」, 1993.
- 변우주, “공동주택의 입주자대표회의의 법적 지위”, 「재산법연구」 제24권 제3호, 2008.2.
- 송달용, “집합건물의 전유부분만에 설정된 저당권의 효력”, 「판례연구」 10집, 서울지방변호사회, 1997.
- , “집합건물의 처분의 일체성”, 「판례연구」 8집, 서울지방변호사회, 1995.
- 안갑준, “건물의 구분소유와 그 등기절차1”, 「법무사」 348호, 대한법무사협회, 1996.6.
- 안형율, “집합건물 중 대지권등기가 마쳐지지 아니한 전유부분소유자의 대지사용권 취득 여부”, 「재판실무」 2집, 창원지방법원, 2005.
- 양경욱, “건물의 구분소유에 관한 법률문제”, 「사법논집」 제16집, 법원행정처, 1985.
- 양병희, “한국 중재제도의 현황과 중재인의 지위”, 「국제법무」 제2집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010.5.

- 오민석, “입주자대표회의, 관리단, 재건축조합의 법률관계”, 「법률신문」 제 3310호, 2004.10.28.
- 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 「안암법학」 제22호, 안암법학회, 2006.4.
- 윤인태, “집합건물분양자의 하자담보책임 : 특히 아파트를 중심으로”, 「판례연구」 12집, 부산판례연구회, 2001.
- 윤재윤, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 「저스티스」 통권 제 73호, 한국법학원, 2003.6.
- 윤현정, “집합건물의 관리체제에 관한 고찰”, 「법학논총」 5집, 조선대학교 법학연구소, 1999.6.
- _____, “집합건물의 구분소유에 관한 법적 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1997.
- 이균성, “주택건설촉진법에 따라 구성된 아파트입주자대표회의가 집합건물인 집합건물의 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 방해배제청구로서 시설물 등의 철거 또는 부당이득반환 내지 손해배상을 청구할 수 있는지 여부”, 「대법원판례해설」 44집, 법원도서관, 2004.
- 이기용, “구분소유의 성립에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제17권 1호, 성균관대학교비교법연구소, 2005.6.
- 이기영, “제납관리비채무에 대한 집합건물 특별승계인의 책임과 그 범위 : 하급심판결을 중심으로”, 「법조」 50권 10호, 법조협회, 2001.
- 이성룡, “집합건물의 창고, 차고가 구분소유권의 객체인지 여부”, 「법조」 46권 3호, 법조협회, 1997.3.
- 이수엽, “집합건물 구분소유의 개념과 내용”, 「변호사」 제16집, 서울지방변호사회, 1986.
- 이수철, “집합건물의 재건축결의의 변경결의의 요건”, 「판례연구」 18집, 부산판례연구회, 2007.
- 이재목, “건물이 집합건물로 된 후 구분건물의 전유부분에만 설정된 전세권의 효력범위”, 「Jurist」 410호, 청림출판, 2006.
- _____, “집합건물의 공용부분에 대한 제3자의 불법점유와 그 배제방법”, 「Jurist」 410호, 청림출판, 2006.
- 이 정, “한국의 재판외 노동분쟁해결제도(ADR)에 관한 연구”, 「강원법학」

- 제30권, 강원대학교 비교법학연구소, 2010.6.
- 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보책임 : 집합건물법 제9조와 관련한 몇가지 법적 쟁점에 관하여”, 「사법논집」 38집, 법원도서관, 2004.11.
- 이준상, “ADR활성화를 위한 개선방안-법원과 관련된 주제를 중심으로-”, 「민사소송」 제1권 제1호, 2006.5.
- 이준현, “전소유자가 체납한 관리비에 대한 집합건물 특별승계인의 책임”, 「인권과정의」 358호, 대한변호사협회, 2006.6.
- _____, “집합건물 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비의 범위”, 「법률신문」 제3494호, 법률신문사, 2006.9.28.
- 이준형, “집합건물법의 문제점과 개정방향 연구”, 「법무부용역보고서」, 2010.
- 이창립, “집합건물 특별승계인의 체납관리비 승계 여부”, 「재판과 판례」 제12집, 대구판례연구회, 2004.1.
- 이창현, “집합건물의 관리비체납에 대한 특정승계인의 책임”, 「민사법학」 제48호, 한국민사법학회, 2010.3.
- 이현중, “집합건물의 구분소유시점”, 「민사판례연구」 23권, 박영사, 2001.
- 임성근, “집합건물이 양도된 경우 하자담보추급권의 귀속관계”, 「판례연구」 15집, 부산판례연구회, 2003.
- 임인수, “집합건물의 법리적 연구 -구분소유와 관리를 중심으로-”, 건국대학교 행정대학원 부동산학과, 1988.
- 장여희, “아파트관리평가모델구축방안”, 서울시정개발연구원, 2001.
- 전병익, “집합주택의 구분소유법리에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1983.
- 전혜정, “집합건물법상 전자적 방법에 의한 의결권 행사의 도입”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011.9.
- 정희장, “집합건물매수인의 대지사용권”, 「판례연구」 9집, 부산판례연구회, 1998.
- 조효상, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률상의 집합건물의 재건축”, 「인천법조」 3집, 인천지방변호사회, 1997.
- 정금식·황승흠, “공동주택의 관리에 대한 관행연구”, 「한국법제연구원」, 1996.
- 진무성, “집합건물 하자담보책임과 관련한 법률적 쟁점”, 「인권과정의」 356호, 대한변호사협회, 2006.4.
- 채규성, “건물의 구분소유와 전유부분 및 공용부분”, 「대법원판례해설」 1993

년 상반기, 법원행정처, 1993.

최금숙, “공동주택의 관리규약에 관한 법적 고찰”, 「법학논집」 제16권 제1호, 이대법학연구소, 2001.6.

최석범, “국가주도형 ADR과 민간주도형 ADR에 관한 연구”, 「중재연구」 제20권 제3호, 한국중재학회, 2010.10.

황동룡, “집합건물에 대한 담보취득과 경락인의 지위”, 「경영법무」 통권42호, 한국경영법무연구소, 1997.9.

II. 일본문헌

岡本正治, 「マンション管理適正化法の解説」, 大成出版社, 2001.

高橋裕次郎, 「マンション管理の法律とトラブル解決マニュアル」, 三修社, 2004.

谷口知平·於保不二雄·川島武宜·林良平·加藤一郎·幾代通, 「注釋民法 7」, 有斐閣, 2007.

鎌野邦樹, 「マンション法」, 有斐閣, 2003.

鎌野邦樹·山野日章夫, 「マンション法」, 有斐閣, 2003.

鎌野邦樹·折田泰宏·山上知裕, 「改正區分所有法&建替え事業法の解説」, 民事法研究會, 2004.

埼玉辯護士會, 「共有をめぐる法律と實務」, ぎょうせい, 2003.

渡辺晋, 「最新區分所有法の解説」, 住宅新報社, 2003.

馬場·澤田法律事務所, 「マンション紛争解決マニュアル」, 中央經濟社, 2004.

マンション管理適正化研究會, 「マンション管理適正化法」, 大成出版社, 2001.

民間住宅行政研究所, 「中高層共同住宅標準管理規約の解説」, 大成出版社, 1999.

_____, 「中高層共同住宅標準管理規約の解説」, 大成出版社, 2005.

浜崎恭生, 「建物區分所有法の改正」, 法曹會, 1999.

山上知裕, 「マンション法ハンドブック」, ぎょうせい, 2005.

上妻博明, 「要說マンション管理適正化法」, 東京法經學院出版, 2003.

小沼進一, 「建物區分所有の法理」, 日本評論社, 1999.

- 水本浩,「マンション法」,日本評論社,2006.
- 水本浩・遠藤浩・丸山英氣,「マンション法」,日本評論社,2006.
- 玉田弘毅,「建物の区分所有法の現代的 課題」,三省堂,1980.
- _____,「建物区分所有法の現代的 課題」,商事法務研究会,1981.
- 玉田弘毅・森泉章・半田正夫 編,「建物区分所有物権法」,一粒社,1995.
- 日本マンション學會,「關西支部マンション管理實務讀本」,オーム社,2002.
- 日本マンション學會法律實務研究会,“マンション紛争の上手な對處法”,民事法研究会,2002.
- (財)マンション管理センター,「マンション管理規約と業務委託」,オーム社,2003.
- _____,「マンション管理のQ&A」,オーム社,2002.
- _____,「マンションを100年もたせる」,オーム社,2002.
- _____,「マンション管理組合の運営」,オーム社,2003.
- _____,「マンション管理の知識」,住宅新報社,2005.
- _____,「マンション標準管理規約の解説」,住宅新報社,2005.
- 折田泰宏,「上野純一,マンション建替え法解説」,三省堂,2003.
- 齋藤廣子,「超高層マンションの管理實態と専門家の役割」,(財)マンション管理センター,2005.
- _____,「入門マンション管理」,大成出版社,2001.
- 中島猷一,「マンション管理実践マニュアル」,PHP研究会,2005.
- 中村忠純,「全圖解わかりやすいマンションの法律」,自由國民社,2005.
- 青山正明,「不動産法第5卷区分所有法」,青山書林,1997.
- 態倉熙男,「最新改正区分所有法のすべてが本堂にわかる本」(上,下),受験法律研究会,2003.
- 澤野順彦,「不動産法の理論と實務」,商事法務,2003.
- 澤田博一,「わかりやすいマンション管理」,オーム社,2002.
- 坂和章平 編著,「注解マンション建替え円滑化法」,青林書院,2003.
- 丸山英氣,「区分所有法の理論と動態」,三省堂,1985.
- _____,「区分所有建物の法律問題」,三省堂,1990.

_____, 「マンションの建替えと法」, 日本評論社, 2000.

_____, 「区分所有法」, 大成出版社, 2007.

高層住宅管理業協會, 「問答式マンション管理實務の手引」, 大成出版社, 2001.

近藤寛, “改正区分所有關係法下の實務 : 管理組合を相手方とする取引の實務とその留意点”, 「金融法務事情」1045號, 金融財政事情研究會, 1983.

大西武士, “階層的区分所有建物と民法三八八條の適用”, 「銀行法務」539號, 經濟法令研究會, 1997.6.

稻本洋之助・鎌野邦樹, 「コンメンタールマンション区分所有法」, 日本評論社, 2004.

法務省民事局參事官室, “建物区分所有法改正要綱中間試案補足説明”, 「NBL」735號, 商事法務研究會, 2002.

_____, “建物区分所有法改正要綱中間試案補足説明”, 「ジュリスト」1225號, 有斐閣, 2002.

浜崎恭生, “建物の区分所有等に関する法律の改正について”, 「法曹時報」37卷 第8號, 1995.

山上知裕・服部弘昭, “管理費の徴収”, 「自由と正義」44卷 5號, 日本辯護士連合會, 1993.5.

西澤宗英, “ペシト飼育”, 「マンション學」第7號, 日本マンション學會, 1999.

石田喜久夫, “区分所有權”, 「住宅關係法Ⅱ 住宅問題講座3」, 有斐閣, 1990.

小林英夫, “改正区分所有關係法下の實務 : 改正法下におけるマンション分讓の實務”, 「金融法務事情」1945號, 金融財政事情研究會, 1983.

新田敏, “建物の区分所有における専有部分の敷地利用權”, 「法學研究」69卷 2號, 慶應義塾大學法學研究會, 1996.

安藤一郎, “共有部分と専有使用權”, 「現代民事裁判の課題6 : 借地・借家区分所有新日本法規」, 1990.

塩崎勤, 「区分所有關係訴訟法・裁判實務体系19」, 青林書院, 1992.

田山輝明, “建物区分所有法改正の背景と概要”, 「法學セミナー」27卷 9號, 日本評論社, 1983.

中島義勝, “改正区分所有關係法下の實務 : 中高層共同住宅標準管理規約の概要

と留意点”, 「金融法務事情」1045號, 金融財政事情研究會, 1983.

下森定, “建物(マンション)の缺陷(瑕疵)と修繕”, 「現代契約法大系4: 商品賣買・消費者契約・區分所有建物」, 有斐閣, 1986.

丸山英氣, “マンション管理人室の「利用上の獨立性」の判斷基準”, 「民商法雜誌」110卷 2號, 有斐閣, 1994.5.

Ⅲ. 구미문헌

Briesemeister, Weitnauer Kommentar, 9. Aufl., 2005.

Bäermann, Johannes, "Zur Theorie des Wohnungseigentumsrecht", Neue Juristische Wochenschrift(NJW), 1999.

_____, Johannes, "Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums", AcP 155. 2002.

Bäermann·Pick·Merle, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar, 9. Aufl., München, 2003.

Baur, F., Lehrbuch des Sachenrecht, 12. Aufl., 1993.

Berger, Curtis J., "Condominium : Shelter on a Statutory Foundation", Columbia law review vol.63 no.6, Columbia Law Review Association, 2003.

Cribbet, John E., "Condominium Home Ownership for Megalopolis?", Michigan law review vol.61 no.7, Michigan Law Review Association, 1993.

Diester, Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht : Kommentar, 1992.

Dunbar, Peter M., Condominium Concept, Sarasota, Florida: ARAS Publishing Inc., 2005.

_____, The Homeowners Associations Manual, Sarasota, Florida: ineapple Press Inc., 2004.

Evans, Denise L., How to Buy a Condominium or Townhouse, Naperville,

Illinois: Sphinx Publishing, 2006.

Givord, François·Giverdon, Claude·Capoulade, Pierre, La copropriété(7 éd.), Paris, 2010.

Jaspers, Margaret C, COOPS AND CONDOMINIUMS : YOUR RIGHTS AND OBLIGATIONS AS AN OWNER, New York: Oceana Publications Inc., 2005.

Junker, Die Gesellschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz, München, 1993.

Merle, "Rechtsgrundsätze der Wohnungseigentumsverwaltung", WE 9/92, Merle, Wener, Das Wohnungseigentum im System des bürgerlichen Rechtes (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 52), Berlin, 2009.

Merwe, C. G. van der, "Apartment ownership", International encyclopedia of comparative law under the auspices of the International Association of Legal Science(Vol. 6: Property and Trust, Chapter 5), Tübingen, 2004.

Niederführ·Kümmel, WEG, 8. Aufl., 2007.

Otto Palandt Perter Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006.

Palandt, Otto · Bassenge, Peter, Bürgerliches Gesetzbuch, 65, Aufl., 2006.

Peter M. Dunbar & Marc W. Dunbar, The Homeowners Association Manual, Fifth Edition, Pineapple Press, Inc, 2004.

_____, Esq, Condominium Concept, Sarasota Florida : ARAS PUBLISHING, INC, 2005.

Rohan, Patrick J., "Disruption of the Condominium Venture The Problems of Causalty Loss and Insurance", Columbia law review vol.64 no.6, Columbia Law Review Association, 1994.

_____, "Drafting Condominium Instruments: Provisions for Destruction, Obsolescence and Eminent Domain.", Columbia law review vol.65 no.4, Columbia Law Review Association, 1995.

Skaggs·Erwin, "The Horizontal Property Law of Kentucky", 51 Ky.L.J. 46-63,

52, 1992.

Soergel Siebert, Kommentar Zum BGB mit Einführugsgesetz, 10 Aufl., Bd. 4.
Staudingers Kommentar zum BGB mit einführungsgesetz und Nebengese

tzen, WEG Bd, 1, 13, Aufl., 2005.

Thun, Die rechtgeschichtliche Entwicklung des Stockwerkseigentum, 1997.

Timme, Michael, "Rechtsgeschichte als methodischer Zugang zu
einem Recht der Gemeinschaftsgüter", Methodische Zugänge zu
einem Recht der Gemeinschaftsgüter(Engel, Christoph hrsg.),
Baden Baden, 1998.

Timme, Michael, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz(WEG), München,
2010.

Virsnieks, Andris, How to Invest in Condominiums, New York: John
Wiley&Sons Inc., 2002.

Westernman, BGB II Schenrechts. 7. Aufl., 1994.

Wenzel, Joachim, "Die Teilrechtsfähigkeit und die Haftungsverfassung der
Wohnungseigentümergeinschaft", Zeitschri für Wohnungseigen
tumsrecht(ZWE), 2006.

Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar, 9. Aufl., 2005.

Wolf Ruediger Bub, "Grundsätze der Wohnungsverwaltung", 「PiG(Partner
im Gespräch)」 41, 1993,