

상가건물의 구분소유 법제분석

송재일·사동천



법제분석지원 연구 12-25-④

신청기관

법무부

상가건물의 구분소유 법제분석

송재일 · 사동천



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

상가건물의 구분소유 법제분석

An Analysis of Legislation on Sectional
Ownership of Commercial Aggregate Building

연구자 : 송재일(한국법제연구원 초청연구원)
Song, Jae-II
사동천(홍익대학교 법학대학 교수)
Sha, Dong-Cheon

2012. 9. 28.

요 약 문

I. 배경 및 목적

- 오늘날 건물은 단일건물이 아니라 집합건물(아파트, 상가건물)이 주를 이루고, 그 권리관계에 대하여는 민법상 구분소유권에 관한 규정(제215조)과 이를 보완한 특별법으로서 1984년 제정된 ‘집합건물의소유및관리에관한법률(이하 집합건물법)’이 있음
 - 집합건물법은 아파트에 치중하여 제개정이 이루어지는 경향을 보이며, 상가건물은 아파트와 달리 이용형태나 건축구조가 상이하여 상대적으로 관련 규율의 입법이 미흡
 - 상가건물의 경우 건물소유권의 구분 기초가 되는 벽 자체가 없이 단지 바닥면적을 기준으로 관념적 선, 표지에 기초하여 소유권의 득실변동이 이루어짐[관념적 경계벽설]
- 집합건물법 제1조는 구조상 독립성과 이용상 독립성이라는 2가지를 구분소유권의 성립요건으로 규정하고, 법적 적용 대상이 되는 집합건물의 범위를 제한
 - 2003년 개정으로 신설된 집합건물법 제1조의2는 일정한 요건을 구비한 상가집합건물의 경우 구분소유권의 요건 중 구조상의 독립성을 완화한 것
 - 그러한 제한요건으로 용도제한{판매시설, 운수시설}, 면적제한{바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상}, 공시방법 요건{경계표지나 건물번호표지를 견고하게 붙일 것} 등 3가지를 들고 있음

- 이에 대하여 용도제한이나 면적제한은 합리적인 차별로 보기 힘들다는 비판이 있고, 공시요건도 사실상 명인방법으로서 구분점포의 분할이나 합병시 실제로 지켜지기가 쉽지 않은데도 엄격한 처벌규정이 있어 실무상 개정요구가 커지고 있음
- 상가건물은 경제사회적 가치나 효용 자체가 주로 영업에 있고, 임대차계약을 통해 법률관계가 규율되기에 임차인 보호를 위해서도 상가건물의 구분소유에 대한 법적 근거가 거래현실에 맞도록 좀 더 명확해질 필요가 있음 [특히 구분점포에서 시급]
- 상가건물의 임차인으로서 일정 규모 이하인 경우 상가건물임대차보호법을 통하여 임차권의 대항력, 보증금반환청구권의 우선변제 등을 보장받고 있지만, 현실은 임대차 종료시 임대인이 다음 임차인의 영업형태에 따라 수개의 상가를 병합 또는 1개의 상가를 분할하는 경우가 빈번하고, 이 경우 매매나 임대차에서 명확하지 않은 구분소유 관계로 인한 분쟁 발생 우려
- 구분점포의 경우 금융 편의를 위해 담보물로 제공되는 경우가 빈번한데, 이 경우 법원은 그 담보물권관계는 인정하지만, 담보물권의 실행단계에서 건물 일부의 구조상 독립성 결여를 이유로 등기 무효, 경매 불가의 입장{대법원 2010.1.14, 자 2009마1449 결정 등}
- 본 연구는 현재 상가건물의 구분소유 관련 법제의 현황을 살펴보고 문제점을 인식하고, 주요 외국의 관련법제를 비교·분석함으로써, 그 입법 개선방향을 마련하는 것을 목적으로 함

II. 주요 내용

- 첫째, 상가 집합건물의 구분소유 법제현황을 살펴보면, 주거용 집합건물은 주거용 단독건물에 준하여 엄격하게 그 독립성을 요구하고 있으나, 상업용 집합건물은 시대의 요청에 맞지 않아 여러 차례 개정을 통하여 그 구분소유권의 취득요건을 완화하였고, 관련 조항이 집합건물법 제1조의2로 입법된 것
- 상가건물의 구분소유권자가 상가건물의 이용가치를 극대화시키기 위하여 구분소유건물간의 합체를 하는 경우 전유부분 및 일부 공용부분은 그 권리자 및 지분권자 전원의 합의만으로 할 수 있으며, 대규모 합체로 인하여 전유부분이 공용부분으로 되거나 일부 공용부분을 전유부분으로 하는 것도 가능한데, 이 경우 일시적 사용과 그 원상회복을 전제로 합체한 경우에는 등기를 요하지 않고, 기존의 소유권관계는 존속
- 다만 소유자는 집합건물법 제57조에 따라 1월 이내에 건축물대장의 변경등록을 신청하여야 하고, 사법상 권리(소유권, 이용권) 관계에는 공법적 규제가 적용될 여지가 없지만, 소유권자는 합체된 건물과 관련한 공법적 규제(소방법, 건축법 등)는 준수하여야 함
- 소유자를 달리하는 구분소유권의 객체인 상가가 합체되어 건축물대장의 변경등록을 신청한 경우, 관할청은 신청을 수리만 할 수 있을 뿐 변경등록할 방법이 없으므로 변경등록하지 않아도 되지만, 건축법상 건물을 증·개축하는 경우에 허가 또는 신고를 하여야 하고, 허가 또는 신고서를 접수한 관할청은 대장에 그 사실을 기재하여야 하고, 합체의 경우에는 소유권은 구 구분

점포에 따라 존속하게 되고, 건축물현황은 증·개축된 내용대로 변경하여야 하는데, 소유권의 변동없이 합체된 집합건축물을 표시할 방법이 현행 제도상 없음

- 둘째, 주요 외국의 집합건물의 구분소유 법제를 분석하여 시사점을 도출하고자 하는데, 결론적으로 우리나라와 같이 상가 자체를 분양하여 구분소유가 보편화된 유사사례는 찾기 힘들었고, 다만 몇 가지 시사점을 찾을 수는 있었음
 - 일본은 우리나라처럼 건물도 별도의 독립된 부동산이 되는 법제이지만, 구분소유법에서도 상가 집합건물만 다루는 규정을 찾기는 쉽지 않았고, 건물에서 구조상 독립성과 이용상 독립성이라는 요건은 비슷하게 요구{단, 구조상 독립성을 완화하는 경향이 최근 2005년 건축법 성령 개정이나 구분소유권 관련 판례에 보임}
 - 스위스는 민법개정에 이은 부동산등기법 개정으로 다층건물소유권의 성립에서 구분소유권의 대상이 되는 공간과 공용부분에 대한 도면을 포함하는 ‘구분계획’을 등기에 첨부하도록 하여 공시기능과 시장경제의 수요를 동시에 추구하려함{우리 집합건물법은 등기보다 경계표지라는 불명확한 공시방법에 의존}
 - 프랑스는 “1965년 7월 10일 법률”에서 영업용 공간에 대하여 엄격한 구조상 독립성 요건을 요구하고 있으며, 구분소유 몫(‘lot’)에 대하여 상세한 분할목록(‘l’état descriptif de division’)을 통해 일탈행위를 방지하려고 섬세한 규율을 한다는 점이 특색이며, 다만 전유부분과 공용부분의 결정은 사적자치에 따라 자유롭게 결정하도록 유보
 - 독일은 주거소유권법에서 주거용 집합건물에 대하여만 구분소유권을 인정하여 영업용 집합건물은 임대차의 목적에 불과하며

건물에서 엄격한 구조상 독립성을 요구{단, 주차구역에서 지속 가능한 경계표지가 있는 경우 독립된 구분소유권(특별소유권)의 대상이 될 수 있음}

- 셋째, 이러한 시사점에 기초하여 우리나라 집합건물법의 쟁점과 개정방향을 제시하여 보면, 구분점포의 분할과 합병이 이루어질 때마다 실질적 심사권을 부여하는 것이 바람직하지만 대안으로 건축도면에 의하여 물적 지배관계를 명확히 할 수 있는 경우에는 집합건물법 제1조의2를 더욱 완화할 필요성이 있음{용도제한이나 면적제한 요건의 삭제, 구분소유권의 건축도면의 활용 등 전제}

Ⅲ. 기대효과

- 현재 보편화된 상가집합건물에서 구분소유 법제의 입법 방향을 법적인 관점에서 제시함으로써, 향후 관련 정책 결정에 기여하고, 상가건물에서 법률관계를 명확히 함으로써 기초 입법 자료를 제시함으로써, 구분소유에 관한 법리 발전에 기여

▶ 주제어 : 집합건물법, 구분소유권, 구조상 독립성, 이용상 독립성, 구분 점포(오픈상가), 구분점포의 분할, 합병, 상가 집합건물.

Abstract

I . Background and Purpose of Research

- In Korea nowadays building is dominated by aggregate buildings such as apartments, commercial aggregate buildings. Article 215 of Korean civil law provides sectional ownership of building. From 1984 Act on the Ownership and Management of the Aggregate Buildings (hereinafter referred to as “Act on the Aggregate Buildings”) has been providing the sectional ownership of building.
- The separability of a building is decided by two standards: the separability in structure and the separability in use. Act on the Aggregate Buildings provides the legal ground to these standards: The Article 1 of the Act says “Where several sections, into which one building is structurally divided, may be independently used, each section may be the object of independent ownership under this Act. It requires both the separability in structure and the separability in use.
- Article 1-2 of the Act, however, amended in 2003, provides that sectioned stores may be the object of ownership, respectively under conditions stipulated by this Act - use restriction (commercial facilities and transportation facilities) and floor

space restriction(not less than 1,000m²). Furthermore, it added that the marks clearly demarcating the boundaries on the floor shall be firmly installed, and the marks of building numbers assigned for each sectioned store shall be attached firmly.

- Shortly, strict requirement of the separability in structure can be softened in special case of the some sectioned stores in the light of special needs for transactions and practice. The reform 2003 is like to reflect the theory of abstract boundaries. The problem is that reform leaves something to be desired for transaction and practice.

II. Main Contents

- This research consist of three parts.
- First, in chapter 2 we come to understand the current extent of commercial aggregate building including the legislative history of korean legal system about sectioned ownership.
 - Article 1-2 is the product of compromise between practice in common and the judicial authorities. On the one hand it is odd and strange to legal principles in civil property law, but on the other hand, it is not sufficient to resolve the legal problems such as division and combination of sectioned stores.
 - The heavy restriction requirement and the gap of rule produce division and combination of sectioned stores against the law in spite of the penalties and punishment.

- The supreme court hold that sectioned stores lack of the requirement of the separability in structure is not the object of the auction despite of regardless of having the legitimate sectioned registry(leading case - supreme court 2010.1.14., ja, 2009ma1449 decision, etc.).
- Secondly, we find some suggestive solution through case studies abroad. This refers to the experience and legislation of japan, european union(Germany, France, Swiss), and USA. It is very difficult to find the applicable case to solve our problem. However some implication can reserve to be addressed.
 - In Japan, there are very similar legal system to ours. But the most legal problem about aggregate building is referred to mansion, not commercial building. The reform of low regulation in 2005 softened the requirement of the separability in structure of the building.
 - In Switzerland, registration of real estate act{GBV} provides that registry and volume-dividing plan should be the method of public notice in aggregate building. Considering our method of public notice is m marks clearly demarcating the boundaries on the floor or marks of building numbers is nearly similar to the method of recognition obviously as insufficient public notice, Swiss legal system is a great step forward.
 - In France, the separability in structure is core requirement of the registration of ownership and lease. In case of the division and combination of sectioned stores(in french 'lots'), sectioned owner must take a method of public notice by the descriptive statement of division(in French 'l'état descriptif de division'). In contrast of Korea, French legal system is characterized to be heavy elaborated concrete regulation for people not to easily break away from the law.

- In Germany, the legal system of sectioned volume is likely to be the French. The separability in structure is principally required and is measured by registry and especially the plan of division (in German 'Aufteilungsplan'). There is one exception that is, Parking zone with sustainable physical mark can be regarded the object of the sectioned ownership.

- Lastly, we come to the bread-and-butter issues for reform of Act on the Aggregate Buildings. The best policy is granting the court to screen practically in case of division and combination of sectioned stores. Alternative solution is reforming Article 1-2 of the Act. Unreasonable and unnecessary restriction, that is, use restriction and floor space restriction should be repealed. Furthermore, it needs to add the requirement of the descriptive statement of division which can make ownership and lease relations clear. Thus, Article 1-2 are able to be more softened.

III. Expected Effect

- This study is intended to provide the legal framework on significant meaning regarding the commercial building decided by two standards: the separability in structure and the separability in use. Furthermore, this research analyzes the significance of existing laws and regulations so that provides something meaningful to discuss in the reform of the Article 1-2.

▶▶ Key Words : Act on the ownership and management of the aggregate buildings, Separability in Structure, Separability in Use, Sectional Ownership, Commercial Aggregate Building, Sectioned Stores, division and combination of sectioned stores.

목 차

요 약 문	3
Abstract	9
제 1 장 서 론	19
제 1 절 연구의 목적	19
1. 연구의 배경	19
2. 연구의 목적	21
제 2 절 연구의 범위 및 방법	23
1. 연구의 범위	23
2. 연구의 방법	25
제 2 장 상가건물 구분소유 관련 법제 현황	27
제 1 절 연 혁	27
1. 민법 제215조(1958. 2. 22.)	27
2. 집합건물법의 제정(1984. 4. 10.)	28
3. 집합건물법 개정 : 제1조의2 신설(2003. 7)	31
제 2 절 내용(제1조, 제1조의2를 중심으로)	36
1. 건물의 구분소유-제1조	36
2. 구조상 독립성의 완화 - 구분점포	45
제 3 절 집합건물법 제1조 및 제1조의2에 대한 판결의 변천	49
1. 2003. 7. 집합건물법 개정 이전의 판결들	49
2. 2003. 7. 집합건물법 개정 이후의 판결들	55

제 3 장	상가건물 구분소유 법제의 의문점	65
제 1 절	상가건물에서 구분소유권의 공시	65
1.	구분소유권의 표지[요건]	65
2.	구분소유권 성립의 기준과 시기	66
3.	상가건물의 구분소유권의 특징	68
제 2 절	상가건물구분소유에 대한 비판적 검토	71
1.	집합건물법 제1조의2에 대한 비판	71
2.	집합건물법 제1조의2의 비교법적 검토	73
3.	제1조의2의 개정방향	74
제 3 절	학설 및 대법원판결의 검토	75
제 4 장	주요국의 상가집합건물 구분소유법제	79
제 1 절	미 국	79
1.	개 관	79
2.	구분소유법제	79
3.	시사점	84
제 2 절	프랑스	85
1.	개 관	85
2.	구분소유법제	86
3.	시사점	92
제 3 절	독 일	93
1.	개 관	93
2.	구분소유법제	95
3.	시사점	102

제 4 절 스위스	106
1. 개 관	106
2. 구분소유법제	109
3. 시사점	111
제 5 절 일 본	112
1. 개 관	112
2. 구분소유법제	113
3. 시사점	124
제 6 절 해외법제의 시사점	125
1. 건 물	125
2. 구분소유권	126
제 5 장 시사점에 기반한 개선방안	129
제 1 절 이용권의 활성화	129
1. 개 관	129
2. 一物一權主義와 구분소유권 객체의 멸실	131
3. 상가건물의 합체시 사법상 법률관계	143
4. 상가건물의 합체에 따른 관할청의 대응	145
제 2 절 전유부분의 분할과 합병	147
1. 전유부분의 분할·합병을 위한 절차적 규정 마련	147
2. 전유부분의 분할·합병을 위한 실체적 규정 마련	147
제 6 장 결 론	151
참 고 문 헌	157

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

1. 연구의 배경

민법상 1물1권주의의 원칙에 따라 하나의 건물은 하나의 소유권이 있음이 원칙이다. 그러나 고가·대규모의 건물을 일괄처리하는 것은 시대의 요청에 맞지 않아 하나의 건물의 일부라도 독립된 물건으로 취급할 수 있는 요건을 갖추었다면 일정한 요건에 따라 당사자의 의사에 따라 구분소유권의 객체로 할 수 있도록 특별법을 제정하였다. 그것이 바로 이 글에서 주로 다루는 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”(이하 집합건물법이라 함)이다. 이 경우 주거용 집합건물은 주거용 단독건물에 준하여 엄격하게 그 독립성을 요구하고 있으나, 상업용 집합건물은 시대의 요청에 맞지 않아 여러 차례 개정을 통하여 그 구분소유권의 취득요건을 완화하였다. 그와 관련된 조항이 집합건물법 제1조의2이다.

그런데 여기서 상업용 집합건물의 구분소유권은 그 취득 및 존속상으로도 민법상 물건에 관한 일반원칙과 집합건물법상의 규정이 엄격히 적용되는가가 문제된다. 이러한 문제는 소유자를 달리하는 인접상가의 벽을 허물고 합체 개조하여 사용하는 등 변경등기 없이 이용상의 효용을 극대화하여 사용·수익하는 것이 비일비재한데, 이 경우 부동산등기법 제105조 내지 제108조에 의하여 건물의 분할합병, 구분합병, 합병의 방법으로 권리관계를 명확히 할 수 있다. 그러나 부동산등기법 제103조에 의하여 소유권·전세권 및 임차권의 등기 외의 권리가 등기되어 있는 건물은 등기할 수 없고, 또한 합병 등의 방법에 의하는 경우 민법상 부합의 법리에 따라 그 구분소유권자 중 1인에게

소유권이 귀속되거나 지분권으로 존속하게 되는데, 재산가치의 저하¹⁾, 구분소유권을 목적으로 하는 권리자(가령 근저당권자)의 이해관계 등을 이유로 실무상 거의 이용되지 않는 것이 현실이다. 또한 부동산등기법상 합체를 원인으로 하는 등기절차는 마련되어 있지 않아서, 실제로는 등기의 변경 없이 특정 목적의 상행위를 위하여 합체와 복구가 반복되고 있다.

여기서는 등기의 변경 없이 특정목적의 상행위를 위하여 합체와 복구가 가능한지, 이 경우 사법상의 권리관계와 공법상의 규제의 한계에 관하여 검토하기로 한다.

※ 관련 규정

<민 법>

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

<집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률>

1. 집합건물법 제1조의2(상가건물의 구분소유) - 2003년 조항 신설
- ① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.
1. 구분점포의 용도가 건축법 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것
2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 “판매시설등”이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일 것

1) 가령 지분권으로 등기된 경우 위치에 따라 가치가 다르고, 처분상으로도 저가로 평가됨.

3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것
 4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것
- ② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

<집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호 표지에 관한 규정>²⁾

제 1 조 (경계표지) ① 집합건물의소유및관리에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제1조의2제1항제3호의 규정에 의한 경계표지는 바닥에 너비 3센티미터 이상의 동판, 스테인레스강판, 석재 그 밖에 쉽게 부식·손상 또는 마모되지 아니하는 재료로서 구분점포의 바닥재료와는 다른 재료로 설치하여야 한다.

② 경계표지 재료의 색은 건물바닥의 색과 명확히 구분되어야 한다.

제 2 조 (건물번호표지) ① 법 제1조의2제1항제4호의 규정에 의한 건물번호표지는 구분점포내 바닥의 잘 보이는 곳에 설치하여야 한다.

② 건물번호표지 글자의 가로규격은 5센티미터 이상, 세로규격은 10센티미터 이상이 되어야 한다.

③ 구분점포의 위치가 표시된 현황도를 건물 각층 입구의 잘 보이는 곳에 견고하게 설치하여야 한다.

④ 건물번호표지의 재료와 색에 관하여는 제1조제1항 및 제2항의 규정을 각각 준용한다.

<상가건물임대차보호법> : 환산보증금이 일정금액 이하인 영세 구분점포임대차에만 적용

2. 연구의 목적

오늘날 건물은 단일건물이 아니라 집합건물(아파트, 상가건물)이 주를 이루고, 그 권리관계에 대하여는 민법상 구분소유권에 관한 규정(제 215조)과 이를 보완한 특별법으로서 1984년 제정된 ‘집합건물의소유 및

2) 시행 2004.1.19] [대통령령 제18166호, 2003.12.24, 제정

관리에 관한 법률'이 있다. 집합건물법은 아파트에 치중하여 제개정이 이루어지는 경향을 보이며, 상가건물은 아파트와 달리 이용형태나 건축구조가 상이하여 상대적으로 관련 규율의 입법이 미흡한 것으로 보인다.

상가건물의 경우 건물소유권의 구분 기초가 되는 벽 자체가 없이 단지 바닥면적을 기준으로 관념적 선, 표지에 기초하여 소유권의 득실 변동이 이루어진다(이른바 관념적 경계벽설). 상가건물은 경제사회적 가치나 효용 자체가 주로 영업에 있고, 임대차계약을 통해 법률관계가 규율되기에 임차인 보호를 위해서도 상가건물의 구분소유에 대한 법적 근거가 거래현실에 맞도록 좀 더 명확해질 필요가 있다. 이러한 점은 특히 구분점포(일상용어로는 '오픈상가')에서 더 시급한 문제이다.

집합건물법 제1조에서는 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있는 경우에 구분소유권을 부여한다. 다만 그 전제로서 구분된 부분이 구조상, 이용상 독립성이 있을 것을 요구한다. 동법 제1조의2는 이를 완화하여 일정한 규모의 판매시설과 운송시설에 대하여 집합건물법에 따른 구분등기를 허용하고 있다. 그럼에도 구분점포의 용도가 판매시설 및 운송시설이 아니거나 {용도제한}, 그 바닥면적이 1000㎡ 미만인 {면적제한} 상가건물은 구분소유권의 객체가 되지 못하는 문제가 남는다. 게다가 건물 바닥에 집합건물법 제1조의2 소정의 경계표지 등을 갖추어 구분소유의 목적으로 하여 둔 다음 건물이용자의 사정에 따라 경계표지를 훼손함이 없이 별도의 간막이나 차단장치를 마련하여 이용공간을 유연하게 배치·사용하는 경우가 자주 발생한다.

그밖에 경매의 경우, 건물의 용도가 근린생활시설로 되어 있는 비교적 소규모의 상가건물이나 사무용빌딩에서도 이용목적에 따라 구분건물의 합체, 분리가 자유롭게 이루어져 그 현황이 등기부 등 공부와 일치되지 않은 경우가 상당수이다.

상가건물에서는 임대차가 아주 보편화되어 있는데, 상가 임차인으로서 일정 규모 이하인 경우 상가건물임대차보호법을 통하여 임차권

의 대항력, 보증금반환청구권의 우선변제 등을 보장받고 있지만[일정 규모 이상인 경우 민법에 의해 규율], 현실은 임대차 종료시 임대인이 다음 임차인의 영업형태에 따라 수개의 상가를 병합 또는 1개의 상가를 분할하는 경우가 빈번하고, 이 경우 매매나 임대차에서 명확하지 않은 구분소유 관계로 인한 분쟁이 발생할 우려가 있다.

이에 따라 본 연구는 현재 상가건물의 구분소유 관련 법제를 분석하고, 주요 외국의 관련법제를 비교·분석함으로써, 그 입법 개선방향을 마련하는 것을 목적으로 한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

1. 연구의 범위

집합건물 중에서도 상가집합건물을 대상으로 그 구분소유 관련 법제의 분석에 연구범위를 두고자 한다. 상가집합건물은 기존에 주로 임대차에 대하여 논의가 많이 이루어져 왔지만, 정작 실무에서는 분양이나 분양 이후 영업활동에 따른 공간의 분할이나 합체의 필요성도 크고 실제 빈번하게 이루어져 오고 있지만 이에 대한 규율이 쉽지 않다는 점을 감안한 것이다. 따라서 이 연구과제에서는 관련 법제 즉, 민법, 건축법, 부동산등기법 등과 특히 ‘집합건물법’이나 ‘집합건물의 소유및관리에관한법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정’에 주안점을 두고 연구를 하고자 한다.

주요 쟁점별로 분석하는데, 먼저 집합건물법상 구분소유의 법적 정의를 다루어 제1조(건물의 구분소유), 제1조의 2(상가건물의 구분소유), 제2조(구분소유권)의 입법자료와 해당 판례를 분석한다. 다음으로 구분소유자의 구분등기 문제를 다루어 구조상 독립성 결여로 현재 용이하지 않은 실정임을 부각한다. 그리고 담보물권 설정과 경매시 문제점도 언급하고자 한다. 구분점포의 경우 금융의 편의를 위해 담보

물로 제공되는 경우가 빈번한데, 이 경우 법원도 그 담보물권관계는 인정해 주지만, 담보물권의 실행단계에서 건물 일부의 구조상 독립성 결여를 이유로 경매개시가 곤란하다는 입장이다. 이에 대한 주요 판례로는 대법원 2010.1.14, 자 2009마1449결정 등이 있다.

“1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 이용상은 물론 구조상으로도 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하고, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로, 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 그리고 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 매각허가를 받고 매수대금을 납부하였다 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다(대법원 2008. 9. 11.자 2008마696 결정 등 참조).”

한편, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2, 집합건물의 소유및관리에관한법률 제1조의2제1항의 경계표지및건물번호표지에관한규정의경계표지및건물번호표지에관한규정 제1조, 제2조에서는 일정한 범위의 상가건물에 관하여는 구조상 독립성 요건을 완화하여 ‘경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 부착’함으로써 구분소유권의 객체가 될 수 있다고 규정하고, 집합건물법 제60조 제1항은 건축물대장 소관청은 관계 공무원의 조사 결과 그 건물의 현황이 제1조 또는 제1조의2의 규정에 부합하지 아니한다고 인정될 때에는 집합건

축물대장의 등록신청을 거부하고 일반건축물대장에 등록하여야 한다고 규정하고 있다.

1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 이용상은 물론 구조상으로도 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하고, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로, 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 그리고 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 매각허가를 받고 매수대금을 납부하였다 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다.

2. 연구의 방법

법제 분석 및 판례 분석의 방법을 주로 사용한다. 현재 진행중인 집합건물법 개정 논의 중 해당 부분을 검토 분석하되, 2003년 집합건물법 제1조 제2항의 개정 전후 판례의 동향도 분석한다.

또한 주요 외국(프랑스, 독일, 미국, 일본, 스위스 등)의 상가 집합건물 관련 법제 및 사례를 조사·분석한다. 이러한 해외법제의 조사·분석 결과를 우리나라의 그것과 비교함으로써 현재 국내에서 문제되고 있는 쟁점 관련 조항에 대한 심층 비교·분석을 통한 시사점을 도출하고자 한다.

그리하여 상가 집합 건물의 구분소유 관련 법제의 체계화 및 입법화 방향을 제시하고자 한다. 이는 변화하는 사회 현실을 고려하여 상가 집합 건물의 일부에 대한 구분소유 관계를 종합적으로 고려하고 판단할 필요가 있기 때문이다. 또한 상가집합건물의 분할이나 합체와 관련하여 건축물관리대장, 부동산등기, 경매절차 등의 효력이나 절차를 어떻게 하여야 하는지 행정부나 대법원에서도 입장이 분명하지 않은 부분은 향후 입법을 통하여 명확하게 할 필요가 있기 때문이다.

이와 관련하여 연구과제를 진행하면서 국내외 관련 자료에 의한 문헌연구, 법제분석 지원 신청 기관 담당공무원, 관련분야 연구자, 전문가 등과의 협력 회의, 전문가의 자문, 특히 주요 쟁점 정리와 연구의 질 제고를 위한 3차례의 워크숍을 개최하여 많은 성과를 얻을 수 있었다. 이러한 연구결과도 본 보고서에 빠짐없이 수록하여 유의미한 시사점을 도출해 내었다. 열성적인 참여를 통해 아낌없는 조언과 정책 아이디어를 제공한 데 대하여 깊은 감사를 드린다.

<워크숍 개최 내용>

주 제	발표자	토론자
제1차 워크숍 : 집합건물의 구분소유 해외법제; 구분소유권 객체의 합체	양형우(홍익대), 김영두(충남대), 사동천(홍익대)	정병호(서울시립대), 김병두(경상대), 박수곤(경희대), 이정용(파로스건축사사무소), 박광동(한국법제연구원).
제2차 워크숍 : 집합건물법 제1조의 2; 스위스법제	김영두(충남대), 이진기(성균관대)	김현진(인하대), 권태상(이화여대), 이정용(파로스건축사사무소), 김지영(한국법제연구원).
제3차 워크숍 : 상가집합건물의 구분소유 해외법제	이준현(서강대), 권철(성균관대), 남궁술(경상대)	송호영(한양대), 김현진(인하대), 박수곤(경희대), 이정용(파로스건축사사무소).

제 2 장 상가건물 구분소유 관련 법제 현황

제 1 절 연 혁

1. 민법 제215조(1958. 2. 22.)

(1) 일물일권주의의 예외-집합건물과 구분건물

우리 민법 제215조는 일물일권주의의 예외로서 1동의 건물을 각 층으로 또는 각 실로 구분하여 여러 사람이 각각 그 일부분을 소유하는 이른바 구분소유권을 인정하고 있다. 원래 1동의 건물은 1개의 물건으로 취급하는 것이 원칙이지만, 건물의 일부가 경제적으로 독립한 건물과 동일한 효용을 가지고 또한 사회관념상 독립한 건물로 다루어지는 경우에 그 건물{집합건물}의 일부{구분건물}에 구분소유권이라는 독립한 소유권을 인정하자는 취지이다. 부동산등기법도 이러한 구분건물의 등기방법을 규정하고 있다(제104~107조).

(2) 구분소유권에 관한 일반조항

따라서 제215조는 구분건물에 대한 구분소유권의 설정과 집합건물의 관리에 관한 일반조항인 것이다. 동조 제1항에서는 “수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정한다.”라고 규정하여 건물의 일부{전용부분}에 대한 구분소유권을 인정하면서, 공용하는 부분{공용부분}은 구분소유권자들이 공유하는 것으로 일응 추정한다. 따라서 일반적인 공유의 법리를 원칙적으로 따른다(민법 제262조 이하). 집합건물의 공용부분에는 건물의 공용부분(예, 건물의 복도, 계단, 기계실 등)과 그 부속물의 공용부분(예, 엘리베이터, 주차장, 우물, 놀이터 등)이 있다.

제215조에 따라 집합건물법이 제정되기 이전의 판례들도 “아파트 건물에 있어서는 각층 또는 각층의 각호실이 각각 독립된 경제적 가치를 지니는 것으로서 구분소유권이 인정되어 부동산 물권이나 부동산등기의 객체가 된다”³⁾고 판시하여 집합건물에서 구조상 독립성이 있는 경우에는 구분소유권을 인정하였다.

동조 제2항은 “공용부분의 보존에 관한 비용 기타의 부담은 각자의 소유부분의 가액에 비례하여 분담한다”라고 규정하여 집합건물에서 공용부분의 보존비용(예, 수선비)이나 기타 부담(예, 세금, 공과금)의 분담은 전용부분에 대한 구분소유권 가액에 비례한다고 한다. 하지만 현실에서는 가액산정이 쉽지 않기 때문에, 전용부분의 면적에 비례하여 분담된다고 보는 것이 타당할 것이다.

한편 각 구분소유자는 공용부분에 대하여 단독으로 분할청구를 할 수 없고(제268조 3항), 전원의 합의로써만 할 수 있도록 하여 공용부분에 대한 분할청구를 금지하였다. 공용부분을 공유로 추정한다 하더라도, 집합건물의 특성상 일반 공유의 경우와는 달리 구분소유자의 개별적인 권한이 제한되었다.

2. 집합건물법의 제정(1984. 4. 10.)⁴⁾

(1) 집합건물법의 제정이유

민법 제215조는 과거 단층의 집합건물을 옆두에 둔 것으로 경계벽이나 출입문을 따로 두어 구조상·이용상 구분된 공간이 있는 경우, 이를 평면적으로 구분하여 각각 독립된 소유권을 부여하고 구분소유자 상호간의 공간 이용을 조절하기 위한 권리관계, 즉 상린관계(Nachbarschaft)에 중점을 두었다. 조문의 위치도 상린관계의 첫 부분이라는 점은 이를 반증한다.

3) 대법원 1977.9.28. 선고 76다1960 판결[집25(3)민,69;공1977.11.1.(571) 10311].

4) [시행 1985.4.11] [법률 제3725호, 1984.4.10, 제정].

그런데 산업화에 따라 토지의 고도이용의 필요, 건축술의 발달에 따라 입체적인 소유관계를 나타내는 고층건물, 사무실용 빌딩, 연립주택, 대규모 단지(APT, 상가)가 등장하면서 제215조만 하나로 규율하기엔 어려움이 생겼다. 이러한 건물이나 단지는 많은 공용부분이 있고, 공용부분의 관리를 위해 구분소유자 상호간의 협력과 이해조정이 필요하며, 구분건물 상호간 또는 집합건물이 위치한 대지와 건물의 권리관계에서 공유, 준공유만으로 해결하기에는 힘든 법률문제가 발생하였다.

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(약칭 집합건물법)은 1982년 정부안이 국회에 제출된 이후 수정안이 통과되어, 부동산등기법 개정안과 함께 1984년 4월 10일 제정되었다(법률 3725호). 동법은 부동산이용의 고도화·입체화를 반영하는 입법이다. 제정이유로는 다음과 같다. “1960년대 후반 이후의 경제발전과 인구의 도시집중으로 인하여 서울등 대도시에 아파트등 공동주택이 급격히 증가하여 1981년말 현재 전국의 주택 총호수의 11.7퍼센트인 65만3천호에 이르고 있고, 이와 같은 현상은 앞으로 더 확대될 추세이며, 이에 수반하여 고층건물의 소유와 이용의 형태는 종래와는 달라서 한 채의 건물을 수십 내지는 수백의 구분소유와 공동이용이라는 새로운 형태로 발전하고 있음에 반하여 이러한 새로운 생활관계를 규율할 민법 및 부동산등기법등 제규정은 불비하여 구분소유권의 대상과 한계, 구분소유자 상호간의 법률관계, 구분소유권과 그 공동이용부분 및 그 대지에 대한 소유이용관계가 불분명하고 구분건물 및 그 대지에 대한 현행 등기방법도 매우 복잡하여 이를 개선하여 고층건물 기타 집합건물내에서의 공동생활을 합리적으로 규율하고 그 권리관계를 간명히 공시할 수 있도록 단행법을 제정하여 일반국민에게 법적 안정성과 거래의 편의를 제공하려는 것임”이라고 밝히고 있다.⁵⁾

5) 제정이유에서 보듯이 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 목적은 주로 공동

우리나라의 집합건물법은 일본의 구분소유권법(區分所有權法)의 영향을 많이 받았다. 일본의 구분소유권법은 독일의 주거소유권법(WEG)을 참조하여 제정되었다.⁶⁾ 이하에서는 이 연구과제의 주제와 관련된 제1조와 제1조의 2를 중심으로 살펴보겠다.

집합건물법은 민법의 특별법으로서 우선 적용되며, 민법 제215조의 규정은 거의 존재의의를 잃게 되었다.

(2) 집합건물법 제1조 : 구분건물의 요건

집합건물법 제1조에서는 구분소유권을 법정물권으로 인정하면서, 법 적용의 대상, 즉 구분소유권의 목적물로 될 수 있는 구분건물의 요건을 규정하고 있다.

제 1 조(건물의 구분소유) 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.

1동의 건물이 구분소유권의 목적물이 되기 위하여는 객관적 요건으로 건물의 일부분이 구조상 구분되어야 한다는 ‘구조상 독립성’과 독립한 건물로서 사용될 수 있어야 한다는 ‘이용상 독립성’이 있어야 하고, 주관적 요건으로 건물 소유자가 구분건물로 하고자 하는 ‘구분의사’와 ‘구분행위’가 필요하다고 하는 것이 판례와 통설의 태도이다. 법 제1조에서 전단은 구조상의 독립성, 이용상의 독립성을 표현한 것이며, 후단은 구분의사와 구분행위에 해당한다고 본다. 한편 그렇다면 구분소유권의 성립에登記까지 필요한가에 대하여는 견해의 대립이 있다.

주택(APT 등)의 구분소유와 공동이용에 대한 규율에 있으며, 소유보다는 관리에 치우쳐 있었다.

6) 김용담 편집대표, 주석민법, 한국사법행정학회, 2011. 124~125면(김상근 집필부분)에서는 일본의 구분소유법을 답습하였다고 표현한다.

대법원도 “1동의 건물 중 구분된 각 부분이 구조상, 이용상 독립성을 가지고 있는 경우에 그 각 부분을 1개의 구분건물로 하는 것도 가능하고, 그 1동 전체를 1개의 건물로 하는 것도 가능하기 때문에, 이를 구분건물로 할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 소유자의 의사에 의하여 결정된다고 할 것이므로, 구분건물이 되기 위하여는 객관적, 물리적인 측면에서 구분건물이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시 즉 구분행위가 있어야 하는 것으로서, 소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축 부분이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다고 할 것”⁷⁾이라고 판시하였다.

3. 집합건물법 개정 : 제1조의2 신설(2003. 7)⁸⁾

(1) 규정의 신설 이유

종래 구분점포(흔히 ‘오픈상가’라고 불림)와 같이 이용의 특성상 경계벽을 존치하기 어려운 건물은 집합건물법 제1조의 요건, 즉 ‘구조상의 독립성’과 ‘이용상의 독립성’이라는 요건 중 구조상의 독립성 요건을 충족하지 못하여 구분소유권 보존등기가 불가능하였다. 그래서 제1조의2를 신설하여 경계벽이 없는 오픈상가도 일정한 요건 하에 구분소유권을 인정받도록 하자는 취지였다.⁹⁾

7) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결.

8) [시행 2004.1.19] [법률 제6925호, 2003.7.18, 일부개정].

9) 대형 패션몰 빌딩, 주상복합빌딩과 같은 대형상가건물에서 소유형태를 보면, 공유지분등기보다 구분소유등기를 더욱 선호한다. 그 이유로는, 공유지분등기를 하게 되면 ① 금융기관 등이 담보제공 받기를 꺼려 대출에 어려움이 있고, ② 실제 소유하고 있는 특정 점포가 등기부에 공시되지 않아 공시의 효력이 발생하지 않고, 또한 소유권을 이전할 때 분쟁을 유발할 소지가 있는 등 제대로 된 가치평가를 받지 못하는 어려움, ③ 구분소유등기가 된 매장보다 시세가 낮아 경제적 손실을 볼 수 있으며, ④ 등기부등본을 발급할 때 집합건물전체에 대하여도 발급받아야 하는 등

(2) 집합건물법 제1조 개정안의 발의

2001년 11월 21일 16대 국회에서 박승국 의원은 집합건물법 제1조에 대한 개정안을 발의하였다. 제안이유에서는, “집합건물법에 따르면 전유부분이 독립된 구분소유권의 목적물로 되기 위해서는 제1조의 다른 요건, 즉 구조상 독립성과 이용상 독립성을 갖추어야 한다. 이에 따라 경계벽이 없이 바닥에 경계표지 등으로 구획되고 있는 개별점포는 독립하여 거래되고 있는 것이 사회적 현실임에도 구분등기를 할 수 없고 전체 건물에 대한 지분등기만이 허용되어 개별점포 소유자의 소유권 행사에 제약이 되고, 이로 인해 금융기관 등의 담보제공도 곤란함에 따라 구분소유권이 성립될 수 있는 요건을 완화하여 이를 통하여 이들 개별점포에 대하여 단독소유형태의 소유권등기가 가능하도록”¹⁰⁾ 할 필요가 있다는 것이다.

현 행	개 정 안
第1條(建物の 區分所有) 1棟의 建物중 構造上 區分된 數個의 部分이 <u>獨立한 建物로서 使用될 수 있을 때에는</u> 그 각 部分은 이 法이 定하는 바에 따라 각각 所有權의 目的으로 할 수 있다.	第1條(建物の 區分所有) ----- ----- <u>독립한 建物로서 사용될 수 있거나 제53조 제1항의 규정에 의한 家屋臺帳의 도면상 공간 내 경계구간 부분을 설정하고 경계구간 부분마다 전유부분의 번호를 지정하여 그 부분을 특정할 수 있도록 구분 된 부분이 이용상 독립하게</u> ----- ----- .

집합건물법 제1조는 구조상/이용상 독립성이 있는 건물부분만을 구분소유권의 목적으로 하고 있는데, 개정안은 도면으로 경계가 설정되

경제적 손실이 있다고 한다.

10) 37)2001.11.21.박승국 의원 대표발의, 「집합건물의소유및관리에관한법률중개정법률안」(의안번호 1187)제안이유 참조.

고 이용상 독립성이 있는 건물부분도 구분소유권의 목적이 될 수 있도록 하고 있다. 개정안은 상업용 집합건물의 오픈매장도 구분소유권의 객체로 인정할 필요성이 있다는 사회/경제적 요구를 반영한 것이다. 그러나 상업용 집합건물의 경우에 한정되지 않고 이용상의 독립성만으로 구분소유권이 성립할 수 있는 가능성을 열어 두고 있다.

김치원 전문위원은 다음과 같은 검토의견을 제출하였다. 첫째, 이용상의 독립성만으로 구분소유권을 인정할 경우에 소유권의 범위가 확정되지 아니하고 유동적일 수 있기 때문에 법률관계의 혼란이 초래될 수 있다. 둘째, 경계구간을 공시하도록 할 필요성이 있으며, 개별점포의 최소규모를 규정할 필요성이 있다.

(3) 2003년 집합건물법 개정안에 대한 공청회

2003년 5월 21일 법제사법위원회회의실에서 집합건물법 개정안에 대한 공청회가 개최되었다. 개정안에 찬성하는 견해는 공적장부에 첨부된 도면 등을 통해서 경계가 명확히 될 수 있다면 구조상 독립성이 없더라도 구분소유권을 인정할 수 있다는 것이었다.¹¹⁾

반면 법무부는 구조상 독립성을 구분소유권 성립요건에서 제외하는 경우에 물적 지배 범위를 명확히 할 수 없어서 법률관계의 혼란이 발생할 수 있다는 우려를 하였다.

법원에서는 경계의 확정을 평면도만으로 하는 것은 부족하고 측량 결과를 통해서 명확히 할 필요가 있으며 측량과 더불어 그 측량결과를 제거가 어려운 표식으로 명확히 할 것을 주장하였다. 또한 전면적으로 시행하는 것보다는 대규모점포의 경우에 우선적으로 도입하자는 의견도 제시하였다. 이러한 법원의 주장은 뒤에서 보는 수정안에 상당부분 반영되었다.

11) 배회건법무사, 박경량 교수의견(2003.5.21. 법제사법위원회회의록(집합건물소유 및관리에관한법률중개정법률안에관한공청회)) 참조.

(4) 집합건물법 제1조의 개정안에 대한 수정안의 제안

2003년 6월 법제사법위원장은 수정안을 제안하였다. 수정안은 제1조의2를 신설하여 일정한 요건을 갖춘 구분점포의 경우에만 이용상 독립성만으로 구분소유권이 성립할 수 있도록 하였다. 일정한 요건은 현행 집합건물법 제1조의2 제1항 각호를 말한다.

제 1 조의2 (상가건물의 구분소유) ① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.

1. 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것
2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 “판매시설등”이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일 것
3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것
4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것

수정안은 제56조 제2항도 포함하고 있었다. 개정 이전의 집합건물법 제56조 제2항은 “평면도”라고 규정하였지만, 수정안에서는 구분점포의 경우에는 건축사 또는 측량기술자가 구분점포의 경계표지에 관한 측량성과를 적어 작성한 평면도를 제출하도록 하고 있다. 측량성과란 측량을 통해서 얻어진 결과를 의미한다(측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제2조 제8호).

제56조(건축물대장의 신규 등록신청)

- ① 이 법을 적용받는 건물을 신축한 자는 1개월 이내에 1동의 건물에 속하는 전유부분 전부에 대하여 동시에 건축물대장 등록신청을 하여야 한다.

② 제1항의 신청서에는 제54조에 규정된 사항을 적고 건물의 도면, 각 층의 평면도(구분점포의 경우에는 「건축사법」 제23조에 따라 신고한 건축사 또는 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」 제39조 제2항에서 정한 측량기술자가 구분점포의 경계표지에 관한 측량 성과를 적어 작성한 평면도를 말한다)와 신청인의 소유임을 증명하는 서면을 첨부하여야 하며, 신청서에 적은 사항 중 규약이나 규약에 상당하는 공정증서로써 정한 것이 있는 경우에는 그 규약이나 공정증서를 첨부하여야 한다.

(5) 집합건물법 제1조의2의 추가신설

2003년 6월 30일 수정안이 본회의를 통과하였다. 위와 같은 취지로 종래의 규정에 의해서는 구조적 독립성을 갖추지 않아 구분소유권이 인정될 수 없었던 구분점포에 대해서도 구분소유권이 인정됨에 따라 이러한 경계벽 등을 대신하여 그 소유권의 범위를 명확하게 인식할 수 있는 표지 등의 요건이 규정되었다.

즉 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 설치하고, 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 부착하도록 하고 있다. 이외에도 구분점포의 용도를 건축법상 제2조제2항제6호의 판매 및 영업시설¹²⁾로 한정하고, 구분점포를 포함한 이 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1,000㎡ 이상이 되도록 규정하고 있다(제1조의2제1항). 또한 이들 구분점포는 그 구조상 특수성을 가지므로 위의 용도 외에 다른 용도로 변경하지 못하도록 규정하고 있다(제57조 제4항).

이에 따라 상가건물을 그 면적, 용도, 독립성 요건을 중심으로 각각 그 소유관계와 저당권의 실행을 살펴보면, 다음 표와 같이 여러 경우의 수가 나올 것이다.

12) 이후 건축법의 개정으로 종래의 ‘판매 및 영업시설’이 제7호의 판매시설과 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)로 개정되어 이에 따라 2008년 집합건물법을 개정하였다.

구분	적용법률	요건	소유관계 (등기형태)	저당권 실행
단독 건물	민법	단독 소유	단독 소유 (단독 등기)	경매 가능
	민법	공동 소유	구분소유적 공유 (공유지분등기)	경매 가능 (담보기피)
집합 건물	집합건물법 1조의2	1000㎡이상 & 판매운수시설 & 경계표지 등 구비	구분소유권 (구분소유등기)	경매 가능
	민법	1000㎡이상 & 판매운수시설 경계표지 등 불비	구분소유적 공유* (공유지분등기)	경매 불가
	집합건물법 1조	1000㎡미만 or 非판매운수시설 독립성 있음	구분소유권 (구분소유등기)	경매 가능
	민법	1000㎡미만 or 非판매운수시설 독립성 없음	구분소유적 공유* (공유지분등기)	경매 불가

* 집합건물법 제1조나 제1조의2의 적용을 받지 못하는 경우, 1동의 건물 전체에 대한 구분소유적 공유로서 공유지분등기를 하는 것이 원칙적인 모습이지만, 실제로는 건물의 일부가 구분건물로서 건축물대장에 기재되고 등기부도 구분등기가 이루어질 수 있다. 그렇다 하더라도 이는 독립한 부동산이 아니라 건물의 일부에 불과하여 그 등기는 무효이고 민사집행법 제96조 1항에 의하여 직권으로 경매절차가 취소된다.

제 2 절 내용(제1조, 제1조의2를 중심으로)

1. 건물의 구분소유-제1조

(1) 구분소유권

제1조는 집합건물에서 구분소유권이라고 하는 특별한 소유권을 인정하고 구분소유권의 목적물로 될 수 있는 건물의 각 부분의 요건을

정하고 있다. 구분소유권이란 건물의 부분을 목적물로 하는 소유권으로서 보통의 소유권과 본질적인 차이는 없다. 그러나 그 목적물이 1동의 건물의 일부로서 집합건물법은 구분소유권에 대하여 일정한 제재를 가하여 구분소유권자 상호간의 조정을 도모하고 있다. 즉, 구분소유자는 전원으로서 건물 및 그 대지 등의 관리를 시행하기 위한 관리단을 구성하고(제23조), 규약이나 집회의 다수결에 의한 결의에 구속되며(제28조~42조), 또한 건물의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자의 공동이익에 반하는 행위를 하여서는 아니 되고(제5조), 이에 위반한 경우에는 다른 구분소유자 등에게 그 행위를 정지할 것을 청구하거나 전유부분의 사용금지를 청구할 수 있으며, 나아가 경매를 청구할 수 있는 권리가 인정되고 있다(제43~46조).

그러나 구분소유권의 목적물로 할 수 있는 요건을 갖춘 건물의 부분이라 하여 당연히 구분소유권의 목적물로 되는 것은 아니다. 즉 제1조의 문언에는 “...소유권의 목적으로 할 수 있다”라고 하여, 건물의 한 부분을 구분소유권의 목적물로 할 것인가 또는 그 부분을 포함한 건물 전체를 보통의 소유권의 목적물로 할 것인가는 소유자의 의사에 맡겨져 있다. 예컨대, 1동의 건물로서 구분소유권의 목적물로 할 수 있는 부분이 있는 경우, 신축건물의 완성자는 그 각 부분을 구분소유권의 목적물로 하여 분양할 수도 있고, 건물 전체를 스스로 사용하거나 각 부분을 쪼개어 임대할 수도 있다.

(2) 1동의 건물

한편 근래 토지의 고도이용의 필요성, 건축기술의 발달, 사회경제적인 수요 등으로 1동의 건물인지 2동의 건물이 합해진 것인지 분간이 어려운 건물들이 등장하고 있다. 이 경우에는 그 건축구조로 보아 독립성이 있는 1개의 건물인가 아닌가 하는 사회통념에 따라 1동의 건물 여부를 판단한다. 보통 등기부가 유력한 자료가 될 수 있지만(형식

적 심사라는 한계가 있어서), 이외에 건축구조상의 일체성, 외관상의 일체성, 건물기능의 공통성(외부 출입구, 복도, 계단, 엘리베이터, 수도, 전기, 가스, 냉난방시설의 공통성), 용도 또는 이용상의 일체성(생활공간으로서 일체성) 등이 실질적 판단기준으로 제시된다.¹³⁾

(3) 구분소유권의 요건

집합건물법 제1조는 1동의 건물중 구조상 구분된 수개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때 그 각 부분이 각각 소유권의 객체가 될 수 있음을 규정하고 있다. 즉 구분소유권의 목적물로 될 수 있으려면, 1동의 건물의 부분으로서 구조상 구분되어 있을 것(구조상의 독립성)과, 독립하여 건물로서 사용될 수 있을 것(이용상의 독립성)이라는 요건을 갖추어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못하면 구분등기는 무효가 된다. 이와 구분행위와 구분의사가 필요함은 앞서 밝혔다.

이와 관련 대법원은 “1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하고, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 그리고 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립될 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있

13) 양경옥, 건물의 구분소유에 관한 법률문제, 사법논집 제16집, 1985. 19; 이정용 건축사의 의견으로는 터파기가 일체이면 즉 건물의 하부가 하나이면 1동의 건물로서 건축물대장에 등록된다고 한다.

어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 이를 낙찰받았다고 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 낙찰자는 그 소유권을 취득할 수 없다”고 판시하였다.¹⁴⁾

1) 구조상 독립성

구분소유권도 소유권으로서 목적물에 대한 배타적 지배권인 이상 그 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성이 있다. 구분소유권의 요건으로 무엇보다 구조상 독립성이 요구된다. 구조상 독립성이란 배타적 지배를 내용으로 하는 소유권의 특성상 권리의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 구분소유권의 목적이 될 건물의 부분은 구조상 다른 부분과 구분, 독립되어 있어야 한다는 것이다. 그렇다면 구조상 독립성이 있다고 하기 위해서는 고정된 경계벽이 있어야 하는가? 이에 대하여는 견해가 나뉜다. 먼저 상가용 건물에서도 구조상 독립성을 위해서는 고정된 경계벽이 있어야 한다는 견해가 다수설, 판례의 태도이다. 최근에는 경계벽이 아니더라도 경계표지나 경계선과 같은 관념적 경계벽으로도 충분하다는 견해가 등장하였고, 제1조의2 입법에 영향을 주었다.

주거용 건물이나 사무실용 건물에서는 대부분 경계벽, 천장, 바닥, 출입문 등에 의해 건물의 다른 부분과 차단된 폐쇄성이 특징이므로 이는 거의 문제되지 않으나, 상가용 건물에서는 고객과의 접근성, 영업의 성격상 개방성이 본질이므로 경계벽이 꼭 있지 않는 경우가 많다. 구조상 독립성의 판단은 건물의 해당 부분을 다른 부분과 구분할 수 있는가 여부의 판단이기도 하다. 일반적으로 건물의 구성부분인 바닥, 천장, 벽, 출입문 등으로 다른 건물부분과 완전히 차단되었다면 구조상 독립성을 인정하지만, 건물의 구성부분이 아닌 커튼이나 합판

14) 대법원 1999. 11. 9. 선고 99다46096 판결; 대법원 2008.9.11. 자 2008마696 결정 등 참조

등으로 차단되었다면 이는 쉽게 이동, 제거할 수 있기에 구조상 독립된 것으로 볼 수 없다.¹⁵⁾

구조상 독립성의 판단 요소는 건물의 부분과 부분을 분리해낼 수 있을 정도로 명확하게 구분시켜주는 무엇인가의 존재인데, 그 구분 기능을 하는데 적합한 것이 바로 경계벽이다. 그래서 경계벽은 종래 건물의 구조상 독립성을 대변하는 역할을 해왔다. 건물의 경우 1동을 단위로 소유권을 인정해왔던 것이 그 1동을 단위로 그 건물이 다른 건물 또는 토지와 구분되기 때문이었다는 맥락에서 보면, 건물의 한 부분을 독립적인 소유권의 객체로 인정하기 위해서는 해당 부분이 다른 부분과 구분되어야만 하는데, 그와 같은 구분을 시각적으로 가능하게 하는 것이 경계벽인 것이다. 판례는 경계벽에 해당하는 시설에 격리시설¹⁶⁾, 차단시설¹⁷⁾, 칸막이¹⁸⁾, 경계¹⁹⁾ 등의 여러 표현을 사용하여 왔다. 그와 같은 기능을 하는 경계벽이 구체적으로 어떠한지 하는 견해에 따라 다르다. 물리적인 경계벽을 요구할 수도 있는 반면 관념적인 경계벽으로 충분하다고 할 수도 있으며, 경계벽으로 인해 건물의 이 부분과 저 부분이 차단될 것을 요구할 수도 있고, 그저 건물의 이 부분과 저 부분이 구별될 정도면 충분하다고 할 수도 있다. 이 중에서 물리적인 경계벽이 필요하다는 견해를 경계벽 필요설이라고 부른다. 그리고 경계벽 역할을 할 수 있는 관념적인 경계벽으로도 충분하다는 견해를 관념적 경계벽설이라고 부른다.

① 경계벽 필요설

이 설에서는 건물의 전유부분이 다른 전유부분과 차단되어 있다고 보기 위해서는 경계벽이나 계층 등으로 건물의 다른 부분과 물리적으로

15) 이흥권, “건물구분소유권의 성립과 소멸에 관한 몇 가지 문제”, 『민사재판의 제 문제』 7권, 한국사법행정학회, 1993, 501면.

16) 대법원 1992.4.24.선고 92다3151 판결.

17) 대법원 1995.6.9.선고 94다40239 판결.

18) 대법원 1995.6.9.선고 94다40239 판결 대법원 1999.11.9.선고 99다46096 판결.

19) 대법원 1999.11.9.선고 99다46096 판결.

로 구분되어 있어야 한다고 한다. 이 설 중에는 건물부분이 구조상으로 독립되어 있다고 하려면 경계벽(칸막이 벽)과 같은 시설로 전유부분과 다른 전유부분이 차단되어 있어야 하지만, 그 차단의 정도는 정착물에서 요구되는 정도의 ‘정착성’이 있어야 하고, 커튼이나 합판같이 쉽게 옮겨지거나 없앨 수 있는 시설로는 구조상으로 독립되어 있다고 말하기 어렵다는 견해도 있다. 또한 경계벽 필요설을 취한다고 하더라도 입장에 따라서는 완화된 입장에서 유리나 셔터 등으로 만들어져 상대적으로 약한 수준의 차단력을 가지는 경계벽으로도 충분하다고 하기도 한다.²⁰⁾

② 관념적 경계벽설

이에 대하여 구조상 독립성을 꼭 칸막이 벽처럼 유형적, 물리적 시설만으로 판단하여서는 안 된다고 하면서 구분소유권은 건물 자체, 바닥, 천정, 경계벽과 같은 ‘물체’에 대한 물적 지배권의 의미도 있지만, 그 중점은 어디까지나 이들 물체에 의해 형성된 ‘공간’을 지배하는 데 있다고 할 것이기 때문에 “공간의 용도”가 주거용인지 사무용인지 아니면 상업용인지에 따라 달리 판단해야 한다고 하면서²¹⁾ 하나

20) 김기정, 집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰—집합건물의 특수한 법률관계 및 구분건물에 대하여만 설정된 전세권 및 저당권의 효력범위를 중심으로—, 사법논집, 제27집, 법원행정처, 1996, 13면; 안갑준, 건물의 구분소유와 그 등기절차, 법무사, 통권 제348호, 대한법무사협회, 1996.6, 32면.

21) 박경량, 상업용 집합건물의 전유부분 요건, 무등춘추, 제8호, 2004.12, 110면에서 이러한 견해를 주장한다. “주거용 공간의 경우는 그 특성상 다른 건물부분이나 경계 벽과 같은 견고한 차단시설이 있을 때 ‘차단성’을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 상업용 공간의 경우에는 오히려 경계 벽과 같이 공간을 차단하는 시설보다는 바닥면 경계를 견고하고 명확하게 해주는 기준시설이 있으면 충분한 경우도 있을 것이다. 예컨대, 경계 벽이 없는 특 터진 개방형 대형판매장의 경우는 오히려 공동주택과 같은 견고한 경계 벽이 있어야 차단성이 있다고 보기보다는 오히려 바닥면의 구분경계시설이 더 중요한 의미가 있을 것이다. 이 경우에는 토지법과 공간법이 수렴하게 된다. 흡사 터진 대형판매장 바닥은 논밭과 같은 토지로 실질적으로 환원될 것이다. 고로 이 경우 구분소유권은 정당한, 적법한 범위(견고한 바닥경계선이 시설되었다고 가정하는 경우)에서 공간에 대한 지배권으로 중점이 이동될 것이다.”

의 계층에 여러 다양한 상점이 입주해 있는 상가와 같은 경우 경계벽을 두기 어렵다는 이유로 구조상 독립성의 완화가 필요하다는 주장(관념적 경계벽설)이 등장하였다. 이러한 입장에서는 구조상 독립성에서 구분의 명확성과 차단성은 구별해야 하며, 차단성(격벽)보다 명확성(경계선, 경계표지)을 가진 고정되고 항구적인 표식을 갖출 것을 요구한다.²²⁾ 심지어 경계벽에 의하여 주위가 전부 차단되어 있지 않더라도 건물의 다른 구성부분인 기둥, 천정, 바닥 등의 구조 또는 공적장부(평면도)에 의하여 그 범위를 명확히 식별할 수 있으면 건물의 독립성을 부정할 필요는 없다고 하면서, 관념적 격벽에 의한 구분소유를 인정할 수 있는 이상 경계표지나 구분점은 반드시 구축성이나 정착성이 있어야 할 필요는 없다고 한다.²³⁾ 요컨대, 이 설에서는 건물의 다른 부분과 완전히 차단되어 있을 필요가 없거나, 적어도 점포에 대해서는 물리적인 경계 벽이 없더라도 다른 부분과 외형상 구별할 수 있는 고정된 표식나 구분점에 의한 관념적인 경계 벽이 있으면 충분하다고 한다.²⁴⁾

③ 판례의 태도

판례의 태도는 대체로 경계벽 필요설의 입장이지만 명확한 기준이 있는 것이 아니며, 최근에는 구조상의 독립성을 이용상의 독립성과 연관지어 개개 건물의 이용상황이나 용도에 맞추어 탄력적으로 해석하려는 경향을 보인다. 그러한 경향은 제1조의2 신설 이후 뚜렷해졌다.

22) 이기용, 앞 논문, 258~264면.

23) 윤경, 독립성 없는 구분소유건물에 관한 판단기준, 민사집행법연구회 커뮤니티 게시물, 6면.

24) 박경량, 상업용 집합건물의 전유부분 요건, 무등춘추, 제8호, 2004.12, 105면; 양경욱, “건물의 구분소유에 관한 문제”, 『사법논집』 제16집, 법원행정처, 1985, 38면.

[구조상 독립성 부인사례 : 어시장]

“건물의 구조가 철근콘크리트 외벽에 반달형의 패널 지붕이 덮혀 있고 내부는 바닥만이 콘크리트로 포장되어 있을 뿐 각 점포의 경계나 특징을 위한 칸막이나 차단시설 등이 설치되어 있지 않고 다만 바닥에 페인트로 선을 그어 장방형으로 된 500개의 점포와 통로로 구획되어 있다면, 이 건물이 어시장으로 사용되고 있다는 이용상의 특성을 감안하여도 각 점포가 구조상의 독립성을 갖추었다고 볼 수 없고, 그 밖에 각 점포주들이 그 경계선상에 드림통을 쌓는 등으로 경계를 확실히 하여 이를 각 배타적으로 사용하고 있거나 각점포가 등기부상으로도 구분된 개개의 소유권의 객체로 등재되어 있으며 시장부지의 공유지분권과는 별개로 독립하여 거래되어 왔다는 사정이 있다 하더라도 각 점포를 독립한 소유권의 객체로 인정할 수 없다”²⁵⁾

[구조상 독립성 긍정사례 : 샷타 사례]

“외관상 1동으로 보이는 건물의 중간에 원래 통로를 두고 그 양쪽 건물이 그 이용면과 구조면에서 독립성을 가질 수 있도록 건축된 것이 현재 그 통로의 양쪽 입구를 막아 놓았다 하여도 그 통로부분의 일부가 계단과 변소로 사용되고 있어 이 통로를 중심으로 구분할 수 있는 형태로 구획되어 구분소유가 가능한 이상, 이 건물을 2동의 건물로 나누어 등기하였지만 각 등기가 현존건물중 어느 부분에 관한 것인가를 특정할 수 있다면, 그 등기의 효력을 인정한다 하더라도 공시기능에는 아무런 지장이 없을 것이므로 그 각 등기는 현존건물중 특정되는 부분에 관한 법률관계를 공시하는 등기로서 유효하다.”²⁶⁾ 샷타가 경계벽에 준하는 것으로 본 사례이다.

2) 이용상 독립성

이용상 독립성이란 1동의 건물 중 구조적으로 구분된 수개의 부분이 독립한 건물 부분으로 이용될 수 있음을 말한다. 즉 건물의 부분

25) 대법원 1995.6.9. 선고 94다40239 판결; 이 재판례에 대한 평석으로는 吉基鳳 區分所有와 構造上の 獨立性 / 法曹 45卷 2號 (通卷473號) (96.02) 179-187 1996 法曹協會, 吉基鳳 區分所有와 構造上の 獨立性 . / 대법원판례해설 23號 (95년 상반기) (95.12) 36-43 1995 법원도서관.

26) 대법원 1983.6.4. 선고 81다317 판결.

이 주거, 점포, 사무소, 창고, 차고, 강당, 회의실 등 건물로서의 본래 용도에 제공될 수 있는 것을 말한다. 이용상 독립성이 있다고 하기 위해서는 해당 건물부분이 다른 건물부분을 거치지 않고 직접 외부에 통할 수 있는 독립된 출입구가 있어야 한다. 이 경우 반드시 외부와 직접 연결될 필요는 없고 외부로 통하는 공동의 복도, 계단 등의 공용부분에 연결되어 있어도 무방하다.

이용상 독립성 여부를 판단하는 기준이 되는 가장 중요한 요소는 독립된 출입구를 가지고 있는가 여부이다. 예전에는 직접 외부에 통하는 독립된 출입구를 요구했으나, 어느 때부터인가 건물의 해당 부분이 건물의 다른 부분을 거치지 않고 외부 또는 외부에 통하는 공동의 복도나 계단 등에 통할 수 있는 독립된 출입구를 가지고 있으면 이용상 독립성이 있는 것으로 다루고 있다.

(3) 구분행위

집합건물이 구조상의 독립성과 이용상의 독립성을 갖춘 경우에도, 이를 구분건물로 할 것인지는 소유자의 의사에 맡겨져 있다. 예컨대, 1동의 건물로서 구분소유권의 목적물로 할 수 있는 부분이 있는 경우에 그 건물을 신축한 자는 그 각 부분을 구분소유권의 목적물로 하여 이를 타인에게 분양하거나 또는 저당권 기타 담보권의 목적물로 할 수도 있고, 그 1동의 건물 전체를 하나의 소유권의 목적물로 하여 그 전체를 스스로 사용하거나 각 부분을 임대할 수도 있다.

대법원도 “1동의 건물 중 구분된 각 부분이 구조상, 이용상 독립성을 가지고 있는 경우에 그 각 부분을 1개의 구분건물로 하는 것도 가능하고, 그 1동 전체를 1개의 건물로 하는 것도 가능하기 때문에, 이를 구분건물로 할 것인지는 여부는 특별한 사정이 없는 한 소유자의 의사에 의하여 결정된다고 할 것이므로, 구분건물이 되기 위하여는 객관적, 물리적인 측면에서 구분건물이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추

어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시 즉 구분행위가 있어야 하는 것으로서, 소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축 부분이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다고 할 것이며, 이 경우에 소유자가 기존 건물에 마쳐진 등기를 이와 같이 증축한 건물의 현황과 맞추어 1동의 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 때에는 이를 구분건물로 하지 않고 그 전체를 1동의 건물로 하려는 의사였다고 봄이 상당하다.”고 하여 같은 입장이다.²⁷⁾

2. 구조상 독립성의 완화 - 구분점포

제1조의2(상가건물의 구분소유) ① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.

1. 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것
2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 “판매시설등”이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천 제곱미터 이상일 것
3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것
4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것

② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(1) 제1조의2

종래 제1조의 문언에 의거, 학자나 실무가들은 건물 일부의 구조상 독립성과 이용상 독립성을 검토한 다음, 종합하여 건물 일부의 독립

27) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결.

성을 판단한다. 그동안 건물 일부의 독립성 판단에 관한 한 법원이 현실의 요구를 따라가지 못해 현실에서는 구분건물로 다루어지지만 법적으로는 구분건물로 취급받지 못하고 공유지분 형태로 등기를 경료할 수밖에 없었다. 이렇게 되면 구분소유자의 소유권 행사에 큰 제약이 된다. 그래서 탈법적으로 구조상의 독립성을 갖추지 못한 채 구분점포로서 분양되고 구분등기까지 경료되는 경우도 적지 않았다. 이러한 문제를 입법론적으로 해결하는 방안이 모색되었다. 그것이 바로 구분소유권의 대상이 되는 건물 일부의 범위를 확대시켜준 결과를 가져온, 동법 제1조의2의 신설이다. 제1조의2에 따른 구분점포가 되면, 구조상 독립성이 예전과 같은 정도가 아니더라도 일정한 요건에 따른 점포라면 구분소유권의 대상이 되어 부동산등기법에 의한 단독소유 형태의 소유권등기가 가능하게 되었다(동법 제55조 12호).

1) 구분점포의 요건

구분소유권의 목적물이 되는 구분점포는 용도제한과 면적제한이라는 2가지 소극적 요건과 경계표지 및 건물번호표지라는 2가지 적극적 요건모두 4가지 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 용도는 건축법 제2조 제2항 제7호의 판매시설과 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외)로 한정하고 있다. 여기서 판매시설은 도·소매시장과 상점을, 운수시설은 여객자동차터미널, 철도시설, 공항시설, 항만시설을 말한다(건축법시행령 제3조의4, 별표1).

둘째, 면적은 구분점포를 포함한 판매시설 및 운수시설의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상이 되어야 하는데, 이때 바닥면적은 건축물의 각층 또는 그 일부로서 벽·기둥 기타 이와 유사한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적을 의미한다(건축법 제84조, 건축법 시행령 제119조 제1항 제3호).

셋째, 구조상 독립성이 완비되지 않더라도 거래 안전을 보장하기 위하여 소유권의 범위를 명확하게 식별할 수 있도록 바닥에 경계표지와

건물번호표지를 설치하여야 한다. 경계표지는 바닥에 너비 3센티미터 이상의 동판, 스테인레스강판, 석재 그 밖에 쉽게 부식·손상 또는 마모되지 아니하는 재료로서 구분점포의 바닥재료와는 다른 재료로 설치하여야 한다. 또한 경계표지 재료의 색은 건물바닥의 색과 명확히 구분되어야 한다.²⁸⁾

넷째, 건물번호표지를 구분점포내 바닥의 잘 보이는 곳에 설치하여야 한다. 건물번호표지 글자의 가로규격은 5센티미터 이상, 세로규격은 10센티미터 이상이 되어야 한다. 구분점포의 위치가 표시된 현황도를 건물 각층 입구의 잘 보이는 곳에 견고하게 설치하여야 한다. 건물번호표지의 재료와 색에 관하여는 경계표지의 규정을 각각 준용하도록 한다.²⁹⁾

2) 구분점포의 계속적 징표의 유지

구분점포를 건축물대장에 등록하는 경우, 구분점포의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계를 포함하여 등록하도록 하고, 전유부분 용지의 구조란에는 경계벽이 없다는 뜻을 기재하도록 하며(제54조 1항 3호, 6항), 구분점포에 대하여 신규로 건축물대장 등록신청을 하는 경우에는 건축사 또는 측량기술자가 작성한 평면도를 첨부하도록 하고 있다(제56조 2항). 또한 구분점포로 인정될 당시의 용도를 다른 용도로 변경할 수 없으며(제57조 4항), 구분점포에 관하여 건축물대장의 신규 또는 변경 등록신청이 있는 경우에 소관청이 건축물의 현황 등을 의무적으로 조사하여야 한다(제59조 2항). 한편 구분점포의 경계표지 또는 건물번호표지에 대하여 손괴등의 행위를 한 자나 건축사 또는 측량기술자가 평면도를 사실과 다르게 기재한 때에는 형사처벌을 하도록 규정하고 있다(제65조 1항, 2항).

28) 집합건물의소유및관리에관한법률제1조의2제1항의경계표지및건물번호표지에관한규정 제1조.

29) 집합건물의소유및관리에관한법률제1조의2제1항의경계표지및건물번호표지에관한규정 제2조.

(2) 제1조와 제1조의2의 관계

구분소유권의 대상이 되려면 구분건물이기 위한 요건을 만족시켜야 하므로, 집합건물법 제1조의2의 신설로 인해 구분소유권의 대상이 되는 건물의 범위가 확대되었다는 것은 일단 구분건물이기 위한 요건의 변경을 의미하는 것으로 여겨진다. 하지만 그렇게 이해하는 데 장애가 존재한다. 종래 건물 일부가 구분건물이기 위한 요건을 규정하고 있는 동법 제1조가 문언 하나도 변경되지 않은 채 그대로라는 사실이 그것이다. [건물의 구분소유]를 표제부로 하는 제1조에 맞춘 듯 [상가건물의 구분소유]를 표제부로 하는 동법 제1조의2가 신설되었을 뿐이다. 그래서 구분건물이기 위한 요건의 원칙이 여전히 동법 제1조에 규정되어 있음을 주목하면 동법 제1조의2의 신설에도 불구하고 구분건물이기 위한 요건에는 변경이 없다고 봐야 한다.

하지만 동일 상황을 반대로 요건 변경 쪽으로 볼 수도 있다. 집합건물법 제1조의2의 신설로 인해 상가건물을 제외한 건물들은 동법 제1조의 규율을 받고, 상가건물들은 동법 제1조의2의 규율을 받는 것으로 대분되었으며, 상가건물에 관한 한 구분건물이기 위한 요건이 변경되었다고 보는 것이 그것이다. 그런 입장에서 보면, 상가건물의 경우에는 건물 일부의 독립성과 관련하여 구조상 독립성과 이용상 독립성의 두 측면에서 판단받지 않고, 이용상 독립성만을 판단받게 된 것처럼 해석할 여지가 있다. 기존 동법 제1조의 문언에 “구조상 구분”이나 “독립한 .. 사용” 등의 표현이 있는 데 비해, 신설된 동법 제1조의2의 문언에는 “구조상 구분”은 없고 “이용상 구분”의 표현만 있기 때문이다. 게다가 제1조의2는 경계벽 대신 경계표지와 건물번호표지 정도를 요구하고 있다. 그래서 이전에 판례의 입장이 경계벽 필요설 쪽이었던 것에 비교하여, 제1조의2의 적용대상이 되는 상가건물들에 관한 한 관념적 경계벽설로 바뀌었다는 설명도 가능하다.

제 3 절 집합건물법 제1조 및 제1조의2에 대한 판결의 변천

1. 2003. 7. 집합건물법 개정 이전의 판결들

집합건물법이 개정되어 제1조의2가 있기 이전에는 대법원에서는 집합건물이 주택인가 상가건물인가에 상관없이, 집합건물법이 적용되기 위해서는 전체적으로 엄격한 구조상 독립성과 이용상 독립성을 요구하였다. 예컨대, 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다3151 판결, 대법원 1995. 6. 9. 선고 94다40239 판결³⁰⁾ 등이 주류를 이루었다.

[대법원 1992. 4. 24. 선고 92다3151 판결]³¹⁾

원고들이 경락받아 소유권을 취득하였다는 전유부분인 이 사건 지층 1호 건물 역시 이 사건 건물과 마찬가지로 이를 공용부분인 지하 1층의 나머지 부분과 구분, 격리시킬 수 있는 아무런 시설이 처음부터 또는 적어도 원고들이 이를 경락받을 당시에는 존재하지 않은 상태에서 지층 1호 건물을 전유부분으로 분양받은 주식회사 화신유통이 지하 1층 전체를 판매시설로 사용하고 있었고, 이에 대한 경매절차에서도 감정인은 지층 1호 건물과 면적은 같으나 위치는 전혀 다르게 구획된 부분을 경매목적물로 삼아 시가감정을 하고 이에 기초하여 경매절차가 진행되어 원고들에게 경락되기에 이른 사실을 인정할 수 있는 바,

30) 위 어시장 건물은 바닥만이 콘크리트로 포장되어 있을 뿐 각 점포의 경계나 특징을 위한 칸막이나 차단시설 등이 설치되어 있지 않고 다만 건물의 내부 바닥에 페인트로 선을 그어 장방형으로 된 500개의 점포와 통로로 구획되어 있다는 것인바, 사실관계가 위와 같다면 위 건물이 어시장으로 사용되고 있다는 이용상의 특성을 감안하여도 이 사건 각 점포가 구조상의 독립성을 갖추었다고 볼 수 없고, 그 밖에 각 점포주들이 그 경계선상에 드럼통을 쌓는 등으로 경계를 확실히 하여 이를 각 배타적으로 사용하고 있다거나 위 각 점포가 등기부상으로도 구분된 개개의 소유권의 객체로 등재되어 있으며 위 시장부지의 공유지분권과는 별개로 독립하여 거래되어 왔다는 사정이 있다 하더라도 그 결론을 달리할 것이 아니므로, 위 각 점포를 독립한 소유권의 객체로 인정할 수는 없다.

31) 이 판례의 평석으로는, 李弘權 建物區分所有權의 成立과 消滅에 관한 몇가지 問題 / 民事裁判의 諸問題 7卷 (93.06) 496-513 1993 韓國司法行政學會

그렇다면 지층 1호 건물 역시 적어도 원고들이 경락받은 시점에서는 구분소유의 목적이 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못한 건물의 일부에 불과한 것이어서 이에 관한 구분소유권은 존재할 수 없는 것이고, 등기부상 이것이 구분소유권의 목적으로 등기되어 있었다 하더라도 이는 존재하지 아니하거나 멸실된 건물에 관한 등기와 다를 바 없어 그 자체로 무효이므로, 원고들은 그 소유권을 취득하였다고 할 수 없다.

[대법원 1995.6.9. 선고 94다40239 판결]³²⁾

건물의 구조가 철근콘크리트 외벽에 반달형의 패널 지붕이 덮혀 있고 내부는 바닥만이 콘크리트로 포장되어 있을 뿐 각 점포의 경계나 특성을 위한 칸막이나 차단시설 등이 설치되어 있지 않고 다만 바닥에 페인트로 선을 그어 장방형으로 된 500개의 점포와 통로로 구획되어 있다면, 이 건물이 어시장으로 사용되고 있다는 이용상의 특성을 감안하여도 각 점포가 구조상의 독립성을 갖추었다고 볼 수 없고, 그 밖에 각 점포주들이 그 경계선상에 드럼통을 쌓는 등으로 경계를 확실히 하여 이를 각 배타적으로 사용하고 있다거나 각점포가 등기부상으로도 구분된 개개의 소유권의 객체로 등재되어 있으며 시장부지의 공유지분권과는 별개로 독립하여 거래되어 왔다는 사정이 있다 하더라도 각 점포를 독립한 소유권의 객체로 인정할 수 없다.

이러한 판례의 흐름은 주류로서 그 후에도 이어진다.³³⁾ 그러나 이러한 주된 흐름에서 벗어난 판결로서 **대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정**이 존재한다. 제1조의 2의 배경이 되므로, 이를 자세히 살펴본다.

[대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정]

<사실관계>

이 사건 각 점포는 1994. 12.경 건축되어 소유권보존등기 되었는데 당시에는 각 점포의 경계상에 경계벽이 설치되어 있었다. A는 1994. 12.경 위 각 점포를

32) 이 판결의 평석으로는 吉基鳳 區分所有와 構造上の 獨立性. / 대법원판례해설 23號 (95년 상반기) (95.12) 36-43 1995 법원도서관.

33) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다53587,94다53594(참가) 판결; 대법원 1998. 2. 10. 선고 97다41202 판결; 대법원 1999. 11. 9. 선고 99다46096 판결.

분양받아 이를 타에 임대하였는데 그 임차인들이 위 각 점포 부분을 슈퍼마켓으로 사용하면서 일자불상경부터 그 용도에 맞추어 경계벽을 철거하여 현재에 이르고 있다. 甲(재항고인, 상호신용금고)은 1995. 12. 20. 구분건물인 이 사건 각 점포에 관하여 근저당권설정등기를 경료하고 위 근저당권에 기하여 위 각 점포에 대한 임의경매를 신청하였다. 그런데 위 각 점포는 위 근저당권설정등기가 경료된 후 위 각 점포를 구획하던 시설이 제거됨으로써 현재 1개의 점포로 사용되고 있다. 이에 경매신청이 기각되자 재항고인은 소를 제기하였다.

<원심결정>

재항고인이 구분건물인 이 사건 각 점포에 관하여 근저당권설정등기를 경료하고 위 근저당권에 기하여 위 각 점포에 대한 임의경매를 신청한 사실, 그런데 위 각 점포는 위 근저당권설정등기가 경료된 후 위 각 점포를 구획하던 시설이 제거됨으로써 현재 1개의 점포로 사용되고 있는 사실을 인정한 다음, 이 사건 각 점포가 구분건물로서의 독립성을 상실하였다는 전제하에 그 실제 현황이 등기부상의 표시와 일치하지 아니한다는 이유로 경매신청을 기각한 경매법원의 결정에 대한 재항고인의 항고를 기각하였다.

<대법원판결 요지> (원심결정 파기)

인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 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 한다. ... 당초 설치되어 있던 이 사건 각 점포의 경계벽이 철거된 것은 위 각 점포를 슈퍼마켓으로 사용하기 위한 일시적인 방편에 불과할 뿐 임대차 계약기간이 종료될 경우 언제든지 원상태로 복원될 가능성이 있을 뿐만 아니라, 이를 복원함에 있어 그다지 과도한 비용이 소요될 것으로도 보여지지 아니 하고, 또한 구분건물에 대한 소유권보존등기 신청시에는 부동산등기법 제132조 제3항에 따라서 소정 평면도 등을 제출하여야 하고, 등기소는 이를 도면편철장

에 편철하여 영구히 보존하므로 이에 의하여도 위 각 점포의 위치와 면적이 특정될 수 있을 것이다.

위 판례에 관하여는 여러 각도에서 평가가 가능하겠지만, 적어도 구분건물로 되는 당시에는 구조상의 독립성을 갖추어 건축물대장등록과 구분등기까지 이루어진 구분건물에 대하여는, 사후에 경계벽이 멸실되는 등의 사유가 발생한다 하더라도 곧바로 구분건물로서의 요건을 부정하여서는 아니 되고, 그 등기상태를 유효한 것으로 볼 여지가 없는지를 충분히 심리하여야 한다는 취지로는 이해할 수 있을 것이다. 종래 경매실무상 구분건물 사이의 경계벽이 제거된 사실이 감정서나 현황조사서 등을 통하여 경매법원에 현출되는 경우 위 판시와 같이 구분건물로의 복원가능성을 충분히 검토하지 아니한 채 경매절차를 취소하는 사례가 있었는데, 위 판례 사안도 경매신청기각과 관련한 사건으로서, 위 대법원 결정은 이와 관련하여 ‘원심으로서는, 당사자들을 심문하거나 기타 상당한 방법으로 이 사건 각 점포의 경계벽이 철거된 것이 영구적인 것인지 아니면 영업의 편의를 위한 일시적인 조치에 불과한 것인지, 또 현재 위 각 점포의 위치와 면적을 특정할 수 있는지를 밝혀 본 다음 경매법원의 경매신청기각결정의 당부를 판단하였어야 할 것’이라고 설시하였다.³⁴⁾

생각건대 이 판결에서는 농지의 전용 사례에서 적용되는 법리와 유사하게 원상회복이 용이한지, 변경상태가 일시적인지 여부가 판단기준이 되고 있으며,³⁵⁾ 대상 점포의 위치와 면적이 특정될 수 있다면 구분소유권을 인정해 줄 수 있다고 한다.

34) 어영강, 집합건물의 구분소유에 있어서 구조상의 독립성 요건을 둘러싼 몇 가지 문제, 判例와實務 2004년 (2004.12) 1-33 2004, 14면 이하.

35) 예컨대, 대상 토지가 농지에 해당하여 전용허가를 받아야 하는지 여부에 관한 대법원의 태도를 보면 어떤 토지가 공부상 지목은 전, 답, 과수원에 해당하지만 그 토지의 현황 및 용도가 농지 이외의 상태로 이미 변경 또는 전용되어 원상회복이 용이하지 않은 경우에는 농지가 아니라고 판단한다. 다만, 농지법 제59조가 농지전용허가를 받지 아니하고 농지를 전용하는 행위를 형사처벌하도록 규정하고 있고,

판례 가운데에는 상가건물의 경우 일반 주택이나 사무실보다 독립성 요건을 한층 완화시킨 태도를 보여 경계벽 대신 경계표지나 건물번호 표지를 요건으로도 구분소유권이 인정될 수 있는 가능성을 인정하여 진일보한 태도를 보여주기도 하는데,³⁶⁾ 이러한 태도는 제1조의2 규정을 신설하면서 수용된다.³⁷⁾ 이는 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다41214 판결, 대법원 1999. 11. 9. 선고 99다46096 판결에서 찾아볼 수 있다.

[대법원 1993. 3. 9. 선고 92다41214 판결]

지하 1층, 지상 5층 건물의 상가로 사용되고 있는 지하실 837.65㎡중 면적이 19.83㎡로 등기되어 있는 109호에 관한 등기신청시에 위 109호를 다른 부분과 구분할 수 있는 고정된 경계표지나 구분점이 될 만한 시설물이 없었고 이러한 관계로 원심의 감정에 이르기까지 수년에 걸친 수차의 감정시마다 원고가 위 109호 부분이라고 하여 점유하고 있는 부분의 면적, 위치, 가로·세로의 길이 등에 차이가 생긴 사실이 인정되므로 원심이 위 등기신청 당시 위 109호 부분을 다른 부분과 구분, 격리시킬 수 있는 아무런 시설이 존재하지 아니하여 위 부분만으로는 독립한 건물로서의 용도에 제공될 수 있는 상태에 있지 아니한 사실을 인정한 다음 그 인정사실에 의하면 위 109호 부분은 구분소유의 목적이 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못한 건물의 일부에 불과한 것이어서 그에 관한 구분소유의 등기는 무효이고 따라서 원고는 위 109호 부분에 대한 소유권을 취득하였다고 할 수 없다.

제42조는 농지전용허가를 받지 아니하고 농지를 전용하거나 타용도로 사용하는 경우에는 관계당국으로 하여금 원상회복명령을 내리고 그 명령을 이행하지 않을 경우 行政代執行에 의하여 원상회복을 할 수 있도록 규정하고 있는 점을 감안하면, 당해 토지가 농지의 전용허가 없이 농지 이외의 상태로 전용되어 있다고 하더라도 향후 原狀回復命令이 내려질 가능성이 있는 경우에는 농지로서의 상태를 상실하지 않았다고 보아야 하며, 당해 토지의 취득에는 농지취득자격증명이 필요하다고 보아야 한다. 원상회복이 어려운 경우 농지가 아니라고 본 판결로는 大判 1997. 12. 23, 97다42991(公 1998, 381), 원상회복이 비교적 용이한 경우 농지라고 본 판결로는 大決 1999. 2. 23, 98마2604(公 1999, 827). 이에 관하여 자세히는 송재일, 농지거래에 관한 법적 연구, 서울대 법학박사학위논문, 148면 이하 참조.

36) 吉基鳳 區分所有와 構造上的 獨立性. / 대법원판례해설 23號 (95년 상반기) (95.12)

36-43 1995 법원도서관, 41면.

37) 노수용, 309면.

[대법원 1999. 11. 9. 선고 99다46096 판결]

<사실관계>

지하 1층, 지상 6층의 아파트 및 근린생활시설 1동(이하 ‘이 사건 건물’)을 신축할 당시 상가로 이용될 1층은 분양받은 사람들이 원하는 면적으로 자유롭게 분할하여 구획을 지을 목적으로 아무런 칸막이를 하지 아니하고 1층 전체를 하나의 공간으로 하여 준공을 마친 사실, 소외 회사는 1992. 12. 30.경 준공검사를 받을 무렵 이 사건 건물의 1층을 도면상으로만 비슷한 넓이의 8칸으로 나누고 101호부터 108호까지 번호를 붙인 다음 독립된 구분건물로 건축물관리대장에 등재하고, 1993. 2. 27. 구분된 각 부분에 관하여 소외 회사 명의로 소유권보존등기를 마친 사실, 피고의 대표이사인 소외 A는 1993. 5. 17.경 소외 회사로부터 위 107호 부분과 108호 부분을 합친 130.42㎡를 대금 310,000,000원에 분양받기로 하는 매매계약을 체결한 사실, 그 후 소외 회사는 피고의 요구에 따라 1993. 10. 중순경 위 107호 부분과 108호 부분을 한 칸으로 하여 그와 인접한 위 106호 사이에만 칸막이 벽을 설치하여 주었는데, 피고는 그 당시부터 현재까지 위 107호와 108호를 하나의 점포로 이용하면서 그 사이에 아무런 칸막이나 경계 등을 설치하지 아니한 사실, 그런데 소외 회사는 위 A가 약정된 잔금 중 일부를 미납하자 먼저 구분 등기된 위 108호에 대해서만 1993. 11. 22. 위 A 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주고, 위 107호에 대하여는 임의로 같은 달 29. 서울은행 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐 준 사실, 원고는 1997. 4. 30. 법원의 경매절차에서 위 107호 66.64㎡를 낙찰받아 1997. 9. 18. 위 낙찰을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤는데, 원고가 위 107호를 낙찰받을 당시 작성된 현황조사보고서와 감정평가서에도 피고가 위 107호를 1993. 5. 소외 회사로부터 분양받은 이래 현재까지 위 108호와 함께 공구판매상으로 점유·사용하고 있다는 사실이 기재되어 있었고, 이 사건 건물 신축 당시부터 현재까지 등기부상으로 구분되어 있는 위 107호와 108호를 사실상 구분할 수 있는 고정된 경계 표지나 구분시설이 설치된 적이 없었다.

<원심의 판단>

이 사건 건물 중 피고가 위 108호와 함께 공구판매점으로 사용하는 위 107호는 구조상으로는 실제 이용상으로 구분되지 아니하는 하나의 건물로서 비록 건

축물관리대상상 그 일부인 위 107호 부분이 별개의 구분건물로 등재되고 이에 기하여 소유권보존등기가 마쳐졌다고 하더라도 이는 구분소유의 목적이 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못한 건물의 일부에 대한 것으로서 이에 관한 소유권보존등기도 무효라고 판단하여 원고의 이 사건 청구를 배척하였다.

<대법원판결>

구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립될 수 없는 것이어서, 건축물관리대상상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 이를 낙찰받았다고 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 낙찰자는 그 소유권을 취득할 수 없다. {상고기각}

2. 2003. 7. 집합건물법 개정 이후의 판결들

집합건물법 개정 이전의 판결들과 달리 거의 모든 판결들이 구분점포(일명 ‘오픈상가’)를 그 대상으로 하고 있다. 집합건물법 제1조의2의 등장과 함께 구조상 독립성의 요건을 완화하였으나, 대법원은 오픈상가 사례에서 집합건물법이 적용되기 위해서는 여전히 이용상 독립성과 함께 구조상의 독립성을 요건으로 요구하고 있다.

[대법원 2008. 9. 11. 자 2008마696 결정]

<사실관계>

근저당권자인 항고인은 인천에 소재한 휘밀리 코아 건물 내 340개 점포(이하 ‘이 사건 각 점포’)들에 관하여 임의경매를 신청하여 2008. 1. 25. 원심법원 2007타경75350호로 부동산임의경매개시결정을 받았다. 경매절차가 진행되던 중 평화산업은 2008. 2. 1. 원심법원 2008타기429호로 위 경매개시결정에 대한 이의신청을 하였고, 원심법원은 2008. 2. 28. 이 사건 각 점포가 구분소유권의 배타적 지배범위를 확정할만한 구조상, 기능상 독립성을 갖추고 있다고 보기 어

렵다는 이유로 위 신청을 받아들여 위 경매개시결정을 취소하고 이 사건 경매 신청을 기각하는 결정을 하였다. 집합건물법상 구조상, 기능상 독립성을 갖추기 어렵다고 판단한 주된 이유로는 다음과 같다. 각 소유권보존등기 당시에 이 사건 점포들을 포함한 이 사건 건물 내의 모든 점포들 사이에는 각 점포를 구분할 수 있는 벽체 등이 설치되지 아니한 채 다만 도면상으로만 각 점포가 구분될 수 있을 뿐이었고, 다만 이 사건 건물의 지하1층 내의 점포들 사이에는 각 점포 호수를 구별할 수 있도록 바닥의 타일색깔을 달리하는 방법으로 구획선만 그어져 있었던 사실, 그 후 이 사건 건물의 지하1층 내의 점포들은 바닥으로부터 1m 30~40cm 정도 높이로 설치된 칸막이 또는 ‘파티션’이라 불리는 분리와 이동이 용이한 경량칸막이 등으로 구분되어 있었고 일부 점포는 주방기구나 식탁 등으로 이웃 점포와 경계를 삼기도 하였으나, 상가가 활성화되지 않자 상가 활성화를 위하여 위 파티션 등을 철거하고 지하1층 중 일부를 대형마트 용도로 제3자에게 임대하기도 한 사실, 그 후 이 사건 점포들이 포함되어 있는 이 사건 건물의 각 층을 층별로 일체로서(다만 1층의 경우 일부씩 구획하여) 하나의 용도로 사용하려는 시도에 의하여 각 층을 사우나(지하1층), 식당 및 사무실(1층), 웨딩홀(2층), 뷔페식당(3층), 성인콜라텍(4층), 찜질방(6층) 등으로 임대, 사용하기도 한 사실, 이 사건 경매 신청 무렵에는 이 사건 건물의 지하1층은 사우나(휴업), 1층은 슈퍼, 식당, 부동산사무소 등, 2층은 웨딩홀(공사중), 3층은 뷔페식당(공사중), 4층은 성인콜라텍, 6층은 공실로 사용되거나 비어 있는 상태였고, 각 층 모두 인접 호수와 벽체구분 없이 도면상의 각 점포의 구분과는 상관없이 일체로 또는 구획하여 사용중이었다.

항고인은 이에 대하여 즉시항고를 하였다. 항고인은 항고이유에서, 원심결정은 거래의 현실에 부합하지 않고 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 개정 취지에도 부합하지 않는다는 점, 경계식별표시는 얼마든지 보완이 가능하다는 점, 거래의 안정성과 이해관계인들의 권리가 보호되어야 한다는 점, 동일한 사안에 대한 기존의 원심법원의 판단과도 배치된다는 점 등을 들어 원심결정은 부당하므로 취소되어야 한다고 주장한다.

<원심의 판단>³⁸⁾

구분소유건물에 대한 입법이나 판례가 변경되어 가는 과정에서 등기내용이나 건축물관리대장을 통한 구분소유건물의 요건이나 관리가 구체화되고 세분화되어 가고는 있으나, 그렇다고 하여 당초 적법하게 형성되고 거래되고 있는 구분건물을 사후의 입법이나 판례의 변경을 들어 그 요건에 맞지 않는다는 이유로 실제 거래가 이루어지고 있음에도 불구하고 경매를 거부할 수는 없는 것이고, 한편 소규모의 다량의 점포가 위치하고 있는 우리나라의 대형 복합건물의 경우 각 점포가 구분소유의 목적물로서 갖추어야 할 구조적 독립성은 그 용도의 특성상 매 점포마다 인근 점포와 완전히 벽체로 구분되어야 한다거나 인근점포와 구별되는 화장실이나 탕비실 등의 시설까지 갖추 것을 요구할 수는 없고, 오히려 이 사건 경매목적물과 같이 벽체로 구분되지 아니하고 단지 구획만 이루어진 상태로 건축물관리대장이 작성되고, 그 위치와 면적은 집합건축물대장상 건축물 현황도나 배치도에 의하여 확정되고 또한 그 관리대장을 기초로 등기되어 왔으며 거래계에서도 그러한 거래실질을 그대로 반영하여 이용하거나 각 점포를 거래의 목적물로 삼아 왔다.

이 사건 각 점포의 경우 건물등기부 및 건축물대장에 첨부된 평면도나 배치도 등을 기초로 점포별로 위치가 특정되어 있어 측량을 통한 경계식별표시의 설치가 용이한 것으로 보이고, 이러한 사정을 토대로 그동안 이 사건 각 점포가 독립하여 거래되어 온 사실이 인정되는바, 이 사건 각 점포가 현재 바닥 경계표지 및 호수 간 칸막이 또는 벽체, 건물번호표지 등이 설치되어 있지 아니하였더라도 등기된 각 점포를 특정하여 거래의 목적물로 삼아 거래하는 데 장애가 없다고 판단하였다.

또한, 이 사건 경매목적물은 부동산임이 명백하므로 부동산경매방법에 의하여 매각될 수밖에 없는 것인 한편, 부동산등기부는 매각대상 부동산의 범위를 확정하고 그 소유자가 누구인지를 확정하는 증거방법으로서 요구되는 것인데, 이 사건에서 채무자 겸 소유자는 이 사건 경매목적물의 소유자임이 명백하고, 또한 건물등기부 및 건축물대장에 첨부된 평면도나 배치도 등에 의하여 각 점포의 소유권의 공간적 범위인 위치와 면적이 특정되므로, 매각절차를 진행하고 매수인에게 소유권을 이전하는 데 아무런 장애가 없다.

38) 인천지법 2008. 4. 23.자 2008라137 결정.

또한, 현행 부동산등기법상 등기내용에 부합하도록 건물의 현황을 고치거나 건물현황에 부합하도록 등기내용을 구분소유권에서 단일소유권으로 변경할 수 있는 것인데, 채무자 겸 소유자는 이러한 조치를 취하지 않고 오히려 경매진행을 저지하려고 하고 있는 이상, 경매법원으로서만 일 이 사건 경매대상 점포의 소유권의 범위를 확정하기 어렵다면 점포 전체를 개별매각하지 아니하고 각 층별로 일괄매각하여 동일한 매수인에게 매각하여 매수인이 위와 같은 조치를 취하여 건물의 현황과 등기내용이 부합하도록 함이 온당한 조치라 할 것이다.

설령 마치 구조상 독립성을 갖추지 못하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 소정의 구분소유권의 대상이 될 수 있는 요건을 갖추지 못했다고 하더라도 이 사건 각 점포의 소유자들은 단순한 공유관계가 아닌 적어도 구분소유적 공유관계에 있다고 판단되고, 그렇다면 이 사건 각 점포에 대하여 경매절차가 진행된다고 하더라도 실제적 권리관계를 벗어나 이해관계인의 이익을 침해하는 결과를 초래할 것으로는 보이지 않는데 반해, 만약 이 사건 경매 개시결정을 취소하고 경매신청을 기각한다면 이 사건 각 점포를 둘러싼 기존의 법률관계에 불안을 야기하여 법적 안정성을 크게 해하게 되고 실제적으로도 이해관계인들에게 불의의 피해가 돌아갈 것으로 예상되는데, 이 사건 각 점포가 들어서 있는 건물 내의 다른 점포들에 대하여 이미 여러 건의 경매가 정상적으로 이루어졌다는 점을 감안하면 이는 지나치게 형평에 어긋난 결과여서 받아들이기 어렵다고 할 것이다.

나아가 이 사건 경매목적물에 대한 경매를 저지하려는 채무자로서는 이 사건 건물을 현황 그대로 등기하여 담보로 제공하였고, 현황 그대로 이용하고 있으며, 또한 거래의 목적물로 삼아 왔는바, 만일 채무자가 주장하는 바와 같은 이유로 각 점포가 구분소유의 객체가 될 수 없다면 담보제공자 겸 채무자로서 등기상황에 맞도록 각 점포를 구분할 수 있는 벽체를 설치하는 등의 방법으로 각 점포의 현황을 등기된 내용에 부합하도록 하여 담보물이 담보가치를 유지하도록 하여야 할 것임에도 불구하고, 기록에 의하면 채무자는 2003년에 개시된 이 사건 점포에 대한 경매에 대하여도 이 사건과 동일한 구조상, 기능상의 독립성이 없다는 이유를 들어 경매개시결정에 대한 이의를 하여 경매를 저지하고도 다시 이 사건 경매신청이 이루어질 때까지 피담보채무를 변제하지도 아니하였

을 뿐 아니라 구조상, 기능상의 독립성을 보완할만한 아무런 조치도 취하지 아니하였고, 이에 항고인이 다시 경매신청을 하자 이러한 자신의 의무를 이행하지 아니한 채 자신의 의무불이행사실을 오히려 자신에게 유리한 정황으로 주장하면서 이 사건 점포가 기능상, 구조상 독립성이 없다는 이유로 경매를 저지하려고 하고 있을 뿐이니 이러한 채무자의 주장은 신의칙상으로도 용인될 수 없는 것이다. {원심결정 취소}

<대법원의 판단>

앞서 본 바와 같은 법리 및 위와 같은 사실들에 비추어 살펴볼 때, 이 사건 점포들은 구분소유권의 객체가 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못하여 이 사건 건물의 일부에 불과할 뿐 구분소유권의 객체가 될 수 없다고 봄이 상당하고, 따라서 비록 이 사건 점포들에 관하여 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있다고 하더라도 그러한 등기는 그 자체로 무효이고 그러한 등기에 기한 이 사건 근저당권설정등기 역시 무효라고 할 것이므로, 이러한 무효인 근저당권에 기한 경매개시결정은 위법하다.

그리고 설사 이 사건 점포들에 대하여 구분소유등기를 마친 등기명의자들 사이에서 이 사건 건물을 그 구분소유등기에 맞추어 구분소유의 형태로 사용·수익하기로 하는 특약의 존재가 인정된다고 하더라도, 그러한 사정만으로 이 사건 점포들에 대한 구분소유등기나 그에 기한 이 사건 근저당권이 유효하게 된다고 볼 수는 없으므로, 위와 같은 경우에도 여전히 이 사건 근저당권은 무효이고 이러한 무효인 근저당권에 기한 경매개시결정은 위법하며, 그러한 결과가 지나치게 형평에 어긋난다고 볼 수 없다.

또한, 채무자가 그 소유의 이 사건 점포들에 관하여 근저당권을 설정하여 이를 담보로 제공하였는데 그 근저당권설정등기가 무효로 되어 결과적으로 담보권 실행에 장애를 가져오게 된 경우, 그에 관하여 채무자가 귀책사유의 존부에 따라 손해배상책임을 부담하는지 여부는 별론으로 하고, 채무자가 그 근저당권이 무효임을 이유로 이러한 무효인 근저당권에 기한 경매개시결정이 위법하다고 주장하는 것이 신의칙상 용인될 수 없다고 볼 수는 없다. {파기 환송}

이 사건은 대형복합건물 내 오픈상가 내 340개 점포에 대한 근저당권자의 임의경매신청을 기각한 경매법원의 결정에 대하여 근저당권자는 ① 이러한 결정은 거래의 현실에 부합하지 않는다는 점, ② 경계식별표시는 얼마든지 보완이 가능하다는 점, ③ 거래의 안정성과 이해관계인들의 권리가 보호되어야 한다는 점 등을 들어 항고하여 원심에서는 “대형 복합건물 내의 점포가 건물등기부 및 건축물대장에 첨부된 평면도나 배치도 등에 의하여 그 소유권의 공간적 범위인 위치와 면적을 특정할 수 있다면, 바닥 경계표지 및 호수 간 칸막이 또는 벽체, 건물번호표지 등이 설치되어 있지 않아 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률상 구분소유권의 대상이 될 수 있는 요건을 갖추지 않았더라도 경매목적물로 삼을 수 있다”고 하면서, 이 사건 건물 내 340개 점포는 각기 독립하여 거래의 목적물이 되고 각 점포의 소유권의 공간적 범위인 위치와 면적이 특정되어 그 부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 있으므로 구분소유권의 객체가 된다고 할 것이고, 설사 이 사건 점포들이 구분소유권의 대상이 될 수 있는 요건을 갖추지 못하였다고 하더라도, 이 사건 점포들의 소유자들은 단순한 공유관계가 아닌 적어도 구분소유적 공유관계에 있으므로 이를 고려할 때 이 사건 경매개시결정을 취소하고 경매신청을 기각하는 것은 지나치게 형평에 어긋나는 결과가 되며, 또한 채무자가 이 사건 경매절차의 진행을 저지하기 위하여 이 사건 점포들이 구조상으로나 이용상으로 독립성이 없어서 구분소유권의 객체가 될 수 없다고 주장하는 것은 신의칙상 용인될 수 없으므로, 어느 모로 보나 이 사건 경매개시결정을 취소하고 이 사건 경매신청을 기각한 제1심결정은 부당하다고 판단하였다.

대법원은 “이 사건 점포들은 구분소유권의 객체가 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못하여 이 사건 건물의 일부에 불과할 뿐 구분소유권의 객체가 될 수 없다고 봄이 상당하다”고 하여 파기 환송하였다.

생각건대 원심의 판단은 집합건물법 제1조의2가 추가되고 얼마 지나지 않아 나온 법원의 판단이란 점에서 중요한 의미를 가지고, 여러 모로 정확한 문제의식을 보여준다고 본다.

[대법원 2010.1.14. 자 2009마1449 결정]

<사실관계>

항고인은 2008. 5. 6. 집행법원 사법보좌관으로부터 원심결정에 첨부된 인천 소재 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’)에 관하여 부동산임의경매개시결정(이하 ‘이 사건 경매개시결정’)을 받았다. 집행법원 사법보좌관은 2008. 10. 6. 이 사건 부동산이 이른바 ‘오픈상가’로서 구분소유권의 객체가 될 수 없음을 이유로 이 사건 경매개시결정을 취소하고, 항고인의 경매신청을 기각하였다. 항고인은 2008. 10. 15. 이 사건 항고를 제기하였고, 집행법원은 2008. 10. 15. 위와 같은 사법보좌관의 처분을 인가하였다. 승계참가인은 2009. 6. 1. 이 사건 경매개시결정의 기초인 채권 및 근저당권을 양수하였음을 이유로 항고인을 승계하여 이 사건에 참가하였다.

<원심의 판단>³⁹⁾

이 사건 부동산은 인접한 다른 점포들과 벽체 등의 구분 없이 단지 바닥에 경계선을 표시하거나 그 경계지점에 진열장 내지 칸막이 등을 세우는 간이한 방법으로 구별되어 있는 점, 이에 이 사건 부동산을 포함한 이 사건 건물내의 모든 점포들은 각별로 이용되는 경우도 있으나 위와 같은 칸막이 등의 구별표지를 손쉽게 제거함으로써 여러 점포를 터 하나의 공간으로 이용되기도 하는 점 등을 알 수 있는바, 이에 비추어 보면 이 사건 부동산은 구분소유권의 객체가 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못하여 이 사건 건물의 일부에 불과할 뿐 구분소유권의 객체가 될 수 없다고 봄이 상당하고, 달리 이 사건 부동산이 구분소유권의 객체가 될 수 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없다. 결국, 비록 이 사건 부동산이 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 그와 같은 구분소유권의 목적으로 등기되어 있다고 하더라도, 그러한 등기는 그 자체로 무효라 할 것이므로, 이 사건 부동산에 관한 경매를 불허한 1심결정은 정당하다.

39) 인천지법 2009. 7. 28.자 2008라478 결정.

한편, 위와 같이 이 사건 부동산이 당초 구분소유권의 객체가 될 수 없는 이상, 이와 다른 전제에 선 이 사건 부동산의 사용현황 및 거래실태 내지 거래안전의 보호 등에 관한 주장은 모두 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다(그와 같은 사정은 설령 그것이 모두 사실이라 하더라도, 이 사건 부동산이 구분소유권의 객체가 될 수 없는 사정상 불가피하게 발생하는 결과로서 모두 그 자체로 부적법하거나 부적절한 것으로 보일 뿐이다). {항고 기각}

<대법원의 판단>

이 사건 부동산은 구조상 독립성을 갖추지 못하였고, 집합건물법 제1조의2, 경계표지및건물번호표지규정 제1조, 제2조에 규정된 완화된 요건마저도 다 갖추지 못하였음을 알 수 있는바, 앞서 본 법리에 위와 같은 사정을 비추어 보면, 원심이 이 사건 부동산이 비록 집합건축물관리대장에 독립한 별개의 구분건물로 등록되어 있고 부동산등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있다 하더라도 구분소유권의 객체가 될 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 재항고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 잘못이나 그 밖에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙을 위반한 잘못이 없다. {재항고 기각}

위 판례는 앞서 제1조의2에 관한 대법원판례를 따른 판례로 보인다. 오픈상가 점포에 대한 근저당권자의 임의경매신청을 기각한 경매법원의 결정에 대하여 근저당권자는 ① 이 사건 부동산이 구분건물임을 전제로 건축물관리대장이 작성되고 이에 기초하여 등기가 이루어진 점, ② 이 사건 부동산의 경계 내지 구획에 관한 식별표지는 얼마든지 특정 및 복원이 가능한 점, ③ 위와 같은 상황을 전제로 이 사건 부동산에 관한 현실적인 거래가 이루어지고 있는 점, ④ 이 사건 부동산에 관한 이해관계자들의 권리가 보호되어야 하는 점, ⑤ 이 사건 부동산과 유사한 오픈상가들에 관하여 다수의 경매가 이루어지고 있는 점 등을 고려할 때, 원심결정은 부당하여 취소되어야 한다는 점 등을 들어 항고하였으나, 대법원은 “1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 이용상은 물론 구조상으로도

다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하고, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로, 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 그리고 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 매각허가를 받고 매수대금을 납부하였다 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다(대법원 2008. 9. 11. 자 2008마696 결정 등 참조).”고 판단하였다.

한편 상가건물의 2층 구분점포 바닥에 설치된 경계표시를 제거한 후 임의로 설정한 전유부분과 공유부분 바닥에 타일을 깔고 칸막이를 설치하여 구분점포의 경계를 인식불능하게 하면, 집합건물법 제65조 제1항에 따라 형사처벌 받을 수 있다.⁴⁰⁾

40) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도7637 판결에서는 피고인에 대하여 유죄의 증거부족을 이유로 무죄를 선고한 원심판단을 수긍하였다.

제 3 장 상가건물 구분소유 법제의 의문점

제 1 절 상가건물에서 구분소유권의 공시

1. 구분소유권의 표지[요건]

구분소유는 1동의 건물을 공간적으로 나누어 그 부분을 서로 분리·개별화하여 소유하는 형태이다(민법 제215조). 1984년 제정된 집합건물법 제1조⁴¹⁾는 구분소유권을 인정하기 위한 요건으로 그 객체가 되는 건물부분의 이용을 위한 구조상 독립성을 규정한다. 여기에서 구조상 독립성은 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 목적으로 인정되는⁴²⁾ 공간적 구분을 의미하며, 이를 바탕으로 비로소 독립된 이용이 가능하게 된다. 그런데 흔히 집합건물법 제1조를 근거로 제시하면서도 사회적 요청에 부응한 이용상의 독립성을 공시의 요청에 따른 구조상의 독립성과 분리하여 별개의 구분소유의 요건이라고 언급하나,⁴³⁾ 이용상의 독립성은 직접적이고 고유한 요건이 될 수 없다. 전유부분의 독립적 이용을 의미하는 이용상의 독립은 공간적 구분과 연결되는 공시를 전제로 하는 개념으로 이해하여야 한다. 그렇지 않다면 전유부분의 확정이 어렵게 되며, 이미 전유부분의 공시는 바로 전유부분의 소유권으로 이어지기 때문이다. 다시 말하면, 전유부분이 공시방법을 갖추면 그 자체로 즉시 구분소유권이 인정되므로 이용의 독립을 별도로 논의할 실익이 없다. 결론적으로 公示된 構造的 獨立만이 구분소유의 표지이며, 등기가 구분소유를 판

41) 제 1 조(건물의 구분소유) 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.

42) 대결 2008.9.11, 2008마696.

43) 예를 들어 대판 1995.6.9, 94다40239.

단하는 기준이라고 하겠다.

여기에서는 먼저 구분소유권 성립[취득]의 기준과 시기가 문제된다.

2. 구분소유권 성립의 기준과 시기

대법원은 건축행위는 사실행위로서 의사표시 또는 공시와 무관하게 건축자에게 귀속하지만 그 건물의 독립·구분소유의 구별은 건축사실이 아니라 소유권을 취득할 사람의 의사에 의하며, 따라서 그 건물을 구분소유의 객체로 하려는 의사표시, 즉 區分行爲가 있어야 한다고 판시한다. 이와 달리 구분행위는 구분건물로 하는 관념의 표시 또는 사실행위로서 집합건물의 성질상 요구되는 요건이라는 설명이 있으나,⁴⁴⁾ 구분행위가 구분소유의 발생을 법률효과로 한다는 사실에서 - 비록 구분의사가 일반적으로 특정한 법률행위 또는 사실행위에 포함되어 표시되더라도 - 이를 의사표시로 새겨야 하겠다.⁴⁵⁾ 예를 들어 구분소유권취득의 약정 또는 건축물대장에 집합건물로 등록신청을 하는 행위에 구분행위가 인정되며, 다만 분양행위는 구분행위가 되지 아니한다.⁴⁶⁾ 왜냐하면 구분행위는 소유권을 취득할 사람의 행위이어야 하기 때문이다.

다음으로 물권변동의 성립주의를 채용하는 우리 법제에서 구분소유권은 등기를 요건으로 하며, 다만 원시취득의 경우에는 등기를 마치지 않은 경우에는 적어도 건축물대장에 구분소유로 등록되어야 한다.⁴⁷⁾ 이는 구분소유권의 객체가 되기 위하여 물적 지배범위가 명확

44) 박종두/박세창, 집합건물법 2010, 28 이하, 30 이하.

45) 김영두, 집합건물법연구, 2008, 39 이하(물권적 단독행위).

46) 비교. 분양행위를 구분행위로 구성하는 김영두, 40 참조.

47) 대판 2006.11.9, 2004다67691 ... 구분소유가 성립하는 시점은 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점이라고 할 것이므로 ... 비교. 대판 1999.9.17, 99다1345. 비교. 이와 달리 건물구분등기를 요구하지 않는 권윤직, 부동산등기법, 1998, 274 이하.

하여야 한다는 요청으로, 건축물대장에 등록된 경우 이를 근거로 등기가 변경된다는 경험칙의 산물로 볼 수 있고 최근의 대법원판결도 이와 같은 선상에 있다고 하겠다.⁴⁸⁾ 여기에서 구분행위와 등기(공시방법)의 관계가 문제되나, 집합건물법은 전혀 이러한 관계를 시사하는 내용을 담고 있지 않다. 신축중인 건물의 일부 독립된 부분을 양수하여 완공한 경우와 같이 예외적인 경우를 다룬 사안에서 대법원도 구분행위의 존재를 요구하는 것으로 판단된다.⁴⁹⁾

어느 경우를 막론하고 구분소유권등기를 마친 경우 구분행위의 존재가 추정된다고 할 것이다. 여기에 덧붙여 구분소유권을 인정하기 위하여 단순한 객관적 요건을 넘어 -비록 구조적 독립성이 인정되는 경우 별도로 확인할 필요는 없겠으나- 主觀的 利用意思가 독립적으로 존재하여야 한다. 그런데 이용의사는 -소유의 의사(자주점유의사)에 관한 대법원판결⁵⁰⁾에서 이미 정착된 바와 같이- 이를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 외형적·객관적으로 판단할 수밖에 없다. 그렇지 않다면 물권법의 영역에 속하는 소유권의 발생 여부가 순수하게 소유자의 주관적 이용의사의 이용의사에 의존하는 결과가 될 뿐이기 때문이다. 그러나 구분행위와 달리 區分所有意思是 필요하지 않다고 새겨야 한다. 왜냐하면 일단 구분소유권이 유효하게 성립하면 소유권이 승계취득되더라도 이전 소유권의 성질은 소멸하지 않고 계속하여 존속하기 때문이다.

구조상 독립성이 등기방법으로 공시되지 않거나 적절하게 공시될 수 없는 경우 또는 처음부터 공시가 가능하지 않는 경우 구분소유권

48) 대판 2012.5.24, 2012다105 참조.

49) 예를 들어 대판 2006.11.9, 2004다6769 참조.

50) 예를 들어 대판 1997.8.21, 95다28625 (전원합의체판결) 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이기 때문에 ...

의 인정[성립] 여부가 문제된다. 우리 법체계에서 등기가 부동산물권의 득실변경의 성립요건임에도 불구하고(민법 제186조), 대법원은 다양한 형태의 등기되지 않은 소유권을 인정하기 때문이다. 이러한 때에는 소유권의 귀속 여부가 원칙적으로 건축물대장에 의존하여야 하고, 그렇지 않으면 소유자의 이용의사와 현실적인 이용상황이 구분소유권을 인정하는 근거가 될 수밖에 없을 것이다. 이러한 경향은 특히 상가건물의 구분소유권이 개입되는 경우 현저하다고 하지 않을 수 없다.

3. 상가건물의 구분소유권의 특징

먼저 특히 상가건물의 경우 구조적 독립성을 지나치게 엄격하게 요구하면 개방성을 요구하는 상가의 본질과 충돌하는 불합리한 결과가 될 수 있다는 지적이 제기되었으며, 이러한 사정을 감안하여 집합건물법 제1조의2가 신설되었다고 한다.⁵¹⁾

집합건물법 제1조의2 제1항은 각호가 정하는 방식으로 건물부분이 여러 개로 - 구조상이 아니라 - 이용상 구분된 경우 그 건물부분이 독립된 소유권의 객체가 될 수 있다고 규정한다. 여기에서 제1호의 구분점포의 용도와 제2호의 바닥면적의 합계는 상가건물에 집합건물법이 적용되기 위한 객관적인 요건으로서 구분소유권 자체와 직접적인 관련성은 없다. 이와 달리 제3호 「경계를 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것」과 제4호 「구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것」은 첫눈에 구분소유권을 부여하기 위한 객관적 요건으로 보이지만, 주관적인 요소를 외면하지 않고 함께 포함하는 규정으로 판단된다. 왜냐하면 이 공시방법은 공적 행위를 내용으로 하지 않기 때문이다. 어느 경우를 막론하고 - 추측건대 慣習과 慣行을 판단근거로 하는 - 제3호와 제4호의 공시방법은 거래사회에서

51) 대판 1995.6.9, 94다40239의 사안을 제시하여 김영두, 33 이하 참고.

소유권을 인정하기 위한 수단으로 적절하지 않은 공시방법이라고 하겠다.

그런데 제1조의2는 외관상 등기를 전제로 하지 아니한다. 그럼에도 최근 대법원⁵²⁾은 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2는 1동의 상가건물이 일정한 요건을 갖추어 이용상 구분된 구분점포를 소유권의 목적으로 할 수 있도록 하고 있는데, 구분점포의 번호, 종류, 구조, 위치, 면적은 특별한 사정이 없는 한 건축물대장의 등록 및 그에 근거한 등기에 의해 특정된다. 따라서 구분점포의 매매당사자가 집합건축물대장 등에 의하여 구조, 위치, 면적이 특정된 구분점포를 매매할 의사가 아니라고 인정되는 등 특별한 사정이 없다면, 점포로서 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 의해 구조, 위치, 면적에 의하여 확정된 구분점포를 매매의 대상으로 하는 것으로 보아야 하고, 매매당사자가 매매계약 당시 구분점포의 실제 이용현황이 집합건축물대장 등 공부와 상이한 것을 모르는 상태에서 점포로서 이용현황대로 위치 및 면적을 매매목적물의 그것으로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 건축물대장 등 공부상 위치와 면적을 떠나 이용현황대로 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수

52) 대판 2012.5.24, 2012다105 : 甲과 乙이 甲의 남편이 보유한 아파트와 乙의 남편이 丙한테서 매수한 상가 구분점포를 교환하는 계약을 체결함에 따라, 甲이 丙에게서 직접 매수하는 형식의 매매계약서를 작성하여 구분점포를 인도받아 사용하던 중 상가 관리소장으로부터 공용부분을 침범한 구분점포 시설물의 철거요구를 받자 乙을 상대로 타인 권리의 교환으로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 교환계약에 관한 처분문서인 매매계약서에 매매목적물로 집합건축물대장 및 등기부등본과 일치하는 내용의 구분점포가 명확히 기재되어 있으므로, 甲과 乙이 교환계약의 목적물을 공용부분이 포함된 실제 이용현황대로의 점포 부분으로 할 의사를 가졌다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그 목적물은 매매계약서 및 공부인 집합건축물대장, 등기부등본에 의하여 구조, 위치, 면적이 특정된 구분점포의 전유부분이라고 보아야 하는데도, 甲과 乙이 구분점포 시설물이 공용부분을 침범하여 설치되어 있다는 사실을 몰랐다는 등 사정만으로 교환계약의 목적물을 공용부분이 포함된 이용현황대로의 점포 부분이라 인정하여 甲의 손해배상청구를 인정한 원심판결에 교환계약 목적물의 특정에 관한 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

없”다고 판시하여, 특별한 사정이 없으면 원칙적으로 구분소유권의 판단을 건축물대장의 등록과 그에 근거한 촉탁등기에 맡긴다.⁵³⁾

이 대법원판결은 (1) 집합건물법 제1조의2 제1항 본문의 「이용상 구분된 경우」를 건축물대장의 등록과 등기와 결합하여 해석하고 예외적으로 소유자의 의사를 기준으로 구분소유권을 판단하는 이원적인 태도에서 출발하여, (2) 소유자가 그의 의사를 기준으로 하여 법률행위를 한 경우 객관적인 공적 장부의 효력을 배제하는 내용을 담고 (3) - 청구원인에 구속되는 민사재판의 특성상 - 건축허가 대상 건축물⁵⁴⁾이 아니어서 건축물대장의 등록과 등기가 결여된 상가건물의 구분소유권 관계에 관하여 침묵한다. 결국 이 판결은 물권법의 일반원칙과 어긋나는 내용의 판시라고 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 물권법의 영역에서 법률이 정하는 경우가 아니라면 개인의 의사는 물권의 범위와 내용을 변경하는 권원이 될 수 없기 때문이다. 따라서 이처럼 모호한 대법원판결은 상가건물의 구분소유권에 대한 공적 신뢰를 해치고 거래안전을 위협하는 계기가 될 수 있다.

결론적으로 집합건물법의 이해는 권리(소유권)의 공시방법, 그리고 실체법이 아니라 부동산등기법에서 출발하여야 한다. 공시방법을 구비하여 확정되지 않은 권리는 이를 논의할 실익이 없기 때문이다. 특히 상가건물의 경우 이는 더욱 절실하다. 상가건물은 단순한 상거래의 장으로서의 의미를 넘어 그 자체로서 거래와 처분의 대상이 된다. 그런데 소유자의 의사가 소유권관계를 결정하는 요소가 될 수 있다면, 이는 오히려 거래안전을 위협하는 결정적인 계기가 될 수 있다. 이와 관련하여 스위스민법의 구분소유제도는 많은 시사를 한다.⁵⁵⁾

53) 건축법 제38조 제1항(건축물대장), 제39조 제1항 제2호(사용승인 내용 중 건축물의 면적·구조·용도 및 층수가 변경된 경우 촉탁등기) 참조.

54) 건축법 제38조 제1항 제2호 참조.

55) 스위스 사례에 대하여는 이하 제4장 해당부분 참조.

제 2 절 상가건물구분소유에 대한 비판적 검토

1. 집합건물법 제1조의2에 대한 비판

2003년 개정 집합건물법 제1조의2 신설을 통해 구분점포에 대한 구분소유권을 인정한 것은 구조상 독립성을 완화하여 사회적·경제적 필요에 부응하고자 한 점은 인정할 만하지만, 건물의 용도나 면적 기준에 의하여 그 적용범위를 제한함으로써 많은 불편을 야기하고 있다.

당초 제1조의2에 용도제한, 면적제한을 둔 취지는 이용상 필요에 의하여 제한 없이 구분소유가 가능하도록 하게 되면 부동산물권의 공시 체계에 큰 혼란을 줄 우려가 있기 때문이라고 한다. 즉 구분점포의 면적과 용도의 제한은 당초 제출된 법안에는 존재하지 않았으나, 국회 심의과정에서 구분점포에 대한 요건을 지나치게 느슨하게 할 경우 그 남용을 우려한 법원의 의견을 수용한 것으로 보인다.⁵⁶⁾

생각건대 이용상 독립성의 요건만을 갖춘 상가점포가 무한정으로 구분건물로서 등기되는 것을 방지할 필요가 있다⁵⁷⁾는 점에서는 수긍이 가지만, 이러한 제한규정으로 구분점포 소유자는 여러 불편함을 겪고 있다. 따라서 건물의 용도나 면적기준으로 동법 제1조의2의 적용범위를 제한하는 것은 근거가 박약할 뿐 아니라 바람직하지 않다는 견해⁵⁸⁾가 계속 제기되고 있다.

첫째, 제1조의2에서 면적제한에 대한 비판이 있다. 바닥면적의 합계를 제한함으로써 바닥면적 합계가 이에 미치지 못하는 상가의 경우에 구분점포의 성립이 완전히 봉쇄됨으로써 상가면적의 규모에 따라 구분점포의 특례인정 여부를 제한하는 것이 타당한지 의문을 제시하고,

56) 국회법제사법위원회, 「집합건물의소유및관리에관한법률중개정법률안에 관한 공청회」, 자료집(2003.5.21.), 이제호 법원행정처 법정심의회관 진술 부분 참조.

57) 국회법제사법위원회 전문위원 검토보고서 참조.

58) 박정량, 어영강, 이영준 등 대다수 학계는 비판적인 태도를 취하고 있다.

또한 판매 및 영업시설이 아닌 일반 사무용 건물에 대해서 구분점포와 같은 특례를 인정하지 않는 것에 대해 형평상의 문제점을 지적하기도 한다.⁵⁹⁾

둘째, 일정 면적에 미치지 못하는 상가는 구분점포로 할 수 없게 되는데, 이러한 면적제한은 용도제한과 함께 묶여 있어서 더욱 문제가 되고 있다. 즉 일단 한번 구분점포로 구분소유권이 인정되면 당초의 용도에서 다른 용도로 변경할 수 없기 때문에 다른 용도로 변경하기 위해서는 구분점포가 아닌 제1조에 따른 구분건물로서의 요건을 갖추어야 하는 결론이 된다. 구분점포는 구분소유권이 성립하기 위한 요건을 완화하여 특칙을 규정한 것이기 때문에 구분소유자가 이러한 특칙을 적용받지 않고 경계벽 등을 설치하는 등을 통하여 제1조의 요건을 갖추는 것을 금지할 수는 없으며, 이와 같이 제1조의 적용을 받는 일반 구분건물로서의 요건을 갖추게 되면 용도의 제한 또한 받지 않기 때문에 다른 용도로 변경이 가능할 것이다.

그러나 해당 용도의 바닥면적합계가 1000㎡이상 이라는 제한이 있고, 이러한 면적은 건축물대장의 등록사항(제54조 제3항)으로서 그 면적합계는 유지되어야 하므로 구분점포 전체를 새로 구조적 독립성에 맞도록 구획하거나, 면적합계가 1000㎡를 초과하는 경우 그 일부 구분소유자는 경계벽 등을 설치하여 용도를 변경할 수 있을 것이나⁶⁰⁾, 면적합계가 1000㎡가 되면 다른 구분소유자는 개별적인 용도변경은 불가능해지는 것이다. 실제 분양되는 상가를 보면 구분점포의 경우 개개 점포에 대한 면적 제한이 없어, 작게는 3.3㎡(소위 1평)부터 구분되는데 분양 당초 예상한 사업성이 부진하여 새로운 활로를 개척하고자 할 경우 이러한 용도제한이 그 제약요건으로서 작용하고 있는 실정이다.

59) 어영강, 집합건물의 구분소유에 있어서 구조상의 독립성 요건을 둘러싼 몇 가지 문제, 판례와 실무, 인천지방법원, 2004. 12, 31쪽 등.

60) 이러한 경계벽의 설치가 제5조의 구분소유자들의 ‘공동이익’에 해당하는지 여부는 별론으로 한다.

요컨대 당초 면적 규정을 둔 취지가 새로운 제도의 시행에 따른 혼란을 줄이기 위해 그 범위를 제한한 것이라면, 면적규정이나 용도에 관한 규정은 구분점포제도의 운용 현황을 바탕으로 하여 재검토의 필요성이 있을 것으로 생각된다.⁶¹⁾

셋째, 개정법의 적용대상에 해당되지 않는 중소형 상가도 무격벽에 의한 구분소유의 현실적 필요성이 있음에도 불구하고 이를 위한 길을 봉쇄하는 불합리한 점이 발생한다.

2. 집합건물법 제1조의2의 비교법적 검토

집합건물법 제1조의2는 다른 입법례에서 발견하기 어려운 규정이다. 근본적인 이유는 상업용 집합건물이 건설되고 전유부분인 소규모 점포가 분양되는 현상을 발견하기 어렵기 때문이다.

일본 구분소유법 제1조는 우리 나라 집합건물법 제1조와 마찬가지로 구조상/이용상 독립성을 요구하고 있다. 미국의 통일집합건물법은 건물의 물리적 부분에 대해서 구분소유권이 성립할 수 있다고 규정하고 있지만, 전유부분이 구조적으로 독립해야 한다는 규정은 두고 있지 않다. 프랑스 집합건물법(건물부동산의 공동소유의 기준을 설정하는 법률, Loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis) 제2조 제1항도 전유부분은 구분소유자의 배타적 소유물이라는 규정만을 두고 있다. 독일의 주거소유권법 제3조 제2항에서는 우리나라의 구분소유권에 해당하는 특별소유권은 주거 또는 기타 공간이 독립된 경우에만 인정된다고 규정하고 있다. 다만 주차장의 경우에는 영속적인 표지에 의해서 명확하게 된 경우에는 공간이 독립된 것으로 보게 된다. 즉 주차장의 경우에 한정하여 구조상 독립성이 완화된 것이다.

61) 이준형, 집합건물법의 문제점과 개정방향 연구, 2011, 25면.

3. 제1조의2의 개정방향

현재 집합건물법 개정위원회 제도개선분과에서는 그 방향이 확정되지 않았지만 집합건물법 제1조의2에 대한 개정을 추진하고 있다. 개정사항은 다음과 같다.

첫째, 집합건물법 제1조의2 제1항 제2호는 구분점포를 구분소유권의 목적으로 하기 위한 요건으로 판매시설 및 운송시설의 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일 것을 요구하고 있다. 공청회 과정에서 법원은 대규모점포의 경우에 우선적으로 시행을 해 본 후에 이를 확대할 것인지 여부를 검토하는 것이 타당하다는 의견을 제시하였다.⁶²⁾ 그 밖에도 집합건물법이 아닌 유통산업발전법에서 대규모점포의 경우에 구조상 독립성을 완화하자는 의견을 제시하였다. 이러한 법원의 의견이 반영되어 현행 집합건물법 제1조의2 제1항 제2호의 요건이 추가된 것이다. 그런데 구분점포에 대해서 구분소유권을 인정할 필요가 있다면 굳이 판매시설과 운송시설의 바닥면적을 구분소유권 성립의 요건으로 할 필요는 없을 것이다. 측량에 의해서 전유부분의 경계가 명확히 될 수 있다면 건물의 면적과 상관없이 구분점포에도 구분소유권이 성립할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 이러한 개정사항에 대해서는 위원회 내부에서 아직 본격적인 논의가 있었던 것은 아니지만 대체로 면적 요건을 삭제하는 것에 대해서 긍정적이라고 할 수 있다.

둘째, 구분점포의 경우에 한정하여 구조상 독립성을 완화하는 것이 필요한가 하는 점이다. 즉 판매시설이나 운수시설의 경우에만 구조상 독립성을 완화하는 것이 아니라 그 밖의 용도의 경우에도 구조상 독립성을 완화시킬 필요가 있는가 하는 점이다. 특히 주차장의 별도 분양 등의 문제가 제기되는 상황에서 이 요건을 좀 더 폭넓게 할 필요성이 있는가 하는 점이 집합건물법 개정위원회에서 논의될 예정이다.

62) 법원행정처 이제호 법정심의회관 진술.

제 3 절 학설 및 대법원판결의 검토

집합건물로 평가되기 위한 요건으로서 구조상의 독립성과 이용상의 독립성은 상가점포의 경우에도 마찬가지로 요구되는가?

먼저 상가점포의 경우 2003년 집합건물법 개정에 의해 구조상의 독립성은 불필요하게 되었다는 주장이 있다. 그 논거로서, 집합건물법 제1조의2는 “1동의 건물이 … 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우 그 건물부분은 … 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.”고 하여 이용상의 독립성만을 언급하고 있다는 점, 동법 제1조의2를 신설함에 있어 그 논의는 이용상의 독립성에 집중되었다는 점을 들고 있다.

그러나 비록 기존의 엄격한 구조상 독립성 요구를 완화하고 있다 하더라도 제1조의2 제1항 3호, 4호는 여전히 구조상 독립성을 요구하는 규정으로 보아야 할 것이다. 따라서 현행 명문규정 하에서는 그 규정으로 인하여 상가건물의 경우에도 구조상 및 이용상 독립성이 요구됨은 부정할 수 없을 것이다.

상가점포의 경우에도 경계벽이 있어야 하는가의 문제가 있다. 주거용건물이나 사무실로 사용되는 건물에서는 문제되지 않는다. 왜냐하면 이와 같은 용도의 건물은 대부분 경계벽, 천장, 바닥 등에 의하여 건물의 다른 부분과 차단되는 구조로 되어 있기 때문이다. 문제는 하나의 계층에 여러 다양한 상점이 입주해 있는 상가와 같은 경우이나, 이 경우에도 최소한의 경계벽 내지 이와 유사한 것이 있어야 하며 건물의 이 부분과 저 부분이 구분될 정도면 충분하다는 주장도 있다. 이러한 ‘경계벽필요설’은 다음에 근거한다. 어떠한 구조물이 건물이기 위해서는 우리 판례는 기둥, 지붕(천장) 그리고 주벽이 있을 것을 요구하고 있다. 학설은 어떤 구조물이 건물이라면 구조물이 지상에 정착하고 있을 것(정착성), 재료를 사용하여 인공적으로 구축되었을 것

(구축성), 주벽 등 외부구조에 의하여 외기를 분단하는 구조를 가질 것(외기분단성), 주벽 등 외부구조에 의하여 일정한 용도에 공여할 수 있는 생활공간이 내부에 형성되어 있을 것(용도성)의 4가지 성격을 갖추어야 한다. 즉 학설과 판례는 그 표현만 달리할 뿐 건물이기 위하여 요구되는 것은 같은 것이라는 점에 의견이 일치한다. 그 결과 학설이든 판례든 우리는 건물은 벽으로 이루어진다는 전제하에 서 있으며, 이것이 또한 경계벽필요설의 기초가 되어 있다.

그러나 독일 민법(BGB)과 주거소유권(WEG)의 주해서는 건물은 벽으로 이루어진다는 고정관념과 경계벽필요설에 부정적이다.

판례의 구조상 독립성에의 집착에 대하여도 대법원이 구조상의 독립성을 일관되게 요구하는 것은, 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문이다. 대법원은 이러한 ‘객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성’을 ‘건물 부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖출 것’과 결부시키고 있다. 그러나 이러한 연결이 반드시 논리필연적인 것은 아니며, 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 수 있는 별개의 수단이 있다면 그러한 연결은 그 의미를 상실할 것이다.

이 점에서 건물도면 및 각층의 평면도의 중요성은 간과될 수 없을 것이며, 독일 주거소유권법(WEG)도 또한 그 물적 지배범위는 건축도면에 기초하고 있다(WEG 제7조 제4항 참조).⁶³⁾

따라서 상가점포의 경우 집합건물이 되기 위해서는 이용상의 독립성을 갖추고 있는 것으로 충분하며, 상가점포가 독립한 소유권의 객체이기 위하여 요구되는 특정성(내지 물적 지배의 명확성)은 등기부의 기재와 등기부에 첨부하는 도면의 작성 및 관리를 좀 더 엄격히 함으로써 달성될 수 있다고 생각한다.

63) 도면 등에 대해서는 집합건물법 제56조 제2항(건축물대장의 신규 등록신청), 제57조 제3항(건축물대장의 변경 등록신청), 제59조 제2항, 제3항(소관청의 직권조사), 제60조 제1항(조사 후 처리), 제65조 제2항(벌금) 참조.

판례는 구조상 독립성을 갖추지 못한 상가점포가 건축물관리대장 및 등기부에 독립한 별개의 구분건물로 등재 및 등기되어 있는 경우, 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 경락인이 이를 낙찰받았다고 하더라도 그 등기는 그 자체로 무효이므로 그 소유권을 취득할 수 없다고 한다. 그러나 이는 우리나라의 대형복합건물에 있어서 소규모의 다량의 점포가 경계벽 없이 연이어 위치하고 있는 현실에 반할 뿐만 아니라 거래의 안정성과 이해관계인의 권리 보호를 심각하게 해칠 우려가 있다. 각 점포의 경우 건물등기부 및 건축물대장에 첨부된 평면도나 배치도 등을 기초로 점포별로 위치가 특정되어 있어 측량을 통한 경계식별이 용이하다는 점도 참고하여야 할 것이다.

제 4 장 주요국의 상가집합건물 구분소유법제

제 1 절 미 국

1. 개 관

미국의 경우에 집합건물(condominium)은 상업용(commercial)과 주거용(residential) 집합건물로 구분할 수 있다. 집합건물에 관한 구분소유권의 성립 등에서 상업용과 주거용 집합건물 사이에 큰 차이는 없다.

2. 구분소유법제

(1) 미국 통일집합건물법(Uniform Condominium Act)

미국의 집합건물법제는 연방차원의 법과 주법으로 크게 나누어 볼 수 있고, 연방차원의 법은 모델법이며 이를 주에 따라서는 채택할 수도 있고, 고유의 주법을 채택할 수도 있다는 점이 특색이다.

미국에서는 1958년 푸에르토리코에서 Horizontal Property Act가 집합건물법 제정의 기원이 되어 1961년 연방주택국(FHA, Federal Housing Administration)이 연방주택법을 수정하여 저소득층에 대한 공간단위의 용자를 가능케 하였다 그러나 이러한 제도는 저소득자층이 거주하는 경우에 공간단위로 용자제도를 확립하는 것에 중점이 있었다. 본격적인 집합건물법제의 확립은 FHA에 의한 1962년 모델법 Apartment Ownership Act의 제정이라고 말할 수 있다. 이 법은 집합건물에서 고유재산, 공유재산이 공존하고 동시에 공동유지관리를 목적으로 한다. 통일주법 위원회(NCCUSL, The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 1977년 통일집합건물법(Uniform Condominium Act, 이하 “UCA”)을 제정한다. 동법은 1980년에 개정되고 현재 앨라

바마, 아리조나, 메인, 미네소타, 미조리, 뉴멕시코, 노스캐롤라이나, 펜실베이니아, 로드아일랜드, 텍사스, 버지니아. 워싱턴 주 등에서 채용되고 있다. NCCUSL은 그 이외에도 많은 모델법을 만들었지만 지나치게 복잡하게 되었기 때문에 모델법의 정리와 용어의 통일화를 도모하기 위하여 1982년 Uniform Common Interest Ownership Act를 제정하였다. 알래스카, 콜로라도, 미네소타, 네바다, 웨스트버지니아에 의해 채택되고 있다. 동법은 소비자보호규정의 강화를 위해 1994년에 개정되고 콜로라도, 버몬트가 채용하고 있다. 이와 같이 모델법에 준거하여 전부 또는 일부 단일법만을 또는 복합적으로 채용하고 있는 주와 FHA의 모델법 이후 뉴욕 또는 캘리포니아와 같이 집합건물거주에 관하여 독자적 주법을 확립해온 주로 구분할 수 있다.

1) 구분소유권의 성립과 declaration

미국 통일집합건물법(UCA) 제2-101조는 집합건물의 창설에 대해서 규정하고 있다. 집합건물은 날인증서(deed)와 같은 방식에 의해서 작성된 declaration(선언증서 또는 권리의무설정문서)을 집합건물이 위치하는 county에 등록함으로써 성립하게 된다(Section 2-101(a)). declaration은 콘도미니엄을 창설하는 모든 문서, 그리고 그 문서에 대한 수정안을 말한다. 명칭은 중요하지 않다(Section 1-103(10)). 이는 집합건물에 관한 사적자치의 근본규범을 선언하는 역할과 집합건물 구입자 등에 대하여 행정계획도 포함하여 그 내용을 개시하고 소비자를 보호하는 역할을 수행하는 문서이다. 우리나라의 원시규약에 상당한 것이라고 생각할 수 있지만 그 내용은 훨씬 상세하게 되어 있다.

집합건물이 소재한 지방자치단체에 그 등록은 의무적이다. 선언에 기재하는 내용 또는 등록이 불가결하게 되어 있는 것은 각 주법에 “Contents of declaration”으로 규정되어 있다. 집합건물의 배치, 토지도면, 설계도(Plats and Plan)은 선언의 일부로서(제21109조) 등록할 필요

가 있고 그 이외에 전유부분 소유자가 누구인지 여부를 대외적으로 확정하기 위하여 전유권원증서(Unit Deed) 그리고 관리단이 법인인 경우에는 법인 정관 등도 등록해야 한다. 소위 규약(Bylaws)의 작성은 관리단에 의무로 되어 있기 때문에(제31106조) 주에 따라서는 선언의 등록에 file할 것을 요구하는 경우도 있다. 선언과 규약의 규정내용의 관계는 선언이 집합건물의 성립·종료도 포함한 근본규범인데 반하여 규약은 관리단의 목적, 관리단의 구성원과 그 권리의무, 입주자대표회의의 구성과 권리의무 또는 이사의 선출방법·임기·총회개최절차, 규약개정절차와 같은 관리단의 운영을 위한 것이다. 또한, 통상적으로 운용상의 신속성이라는 필요 때문에 규약의 하위규칙으로 세칙(Rules and Regulations) 등이 만들어진다. 예컨대, 애완동물의 사육, 주차장 이용과 관련된 세칙이다.

2) declaration의 작성주체

Section 1-103(9)에 따르면 “선언자”(declarant)는 (i) 공동의 promotional plan의 일부로서 그들의 또는 그 그룹의 전유부분에 대한 권리를 최초로 처분하는 것을 제안하거나, (ii) 어떠한 특별한 선언자 권리를 승계하거나 유보하거나, (iii) Article 5에 따라서 condominium의 등록을 신청한 사람이나 그룹을 의미한다.

선언을 하는 자와 전유부분 소유자는 반드시 일치하지 않는다. 선언자란 실제로는 개발업자이고 선언을 규정하는 것은 전속 법률회사(law firm)가 되겠지만 집합건물을 분양하기 위해서는 이미 전유부분 소유자의 단체가 일부 선언자에 의해 구성되어 있을 필요가 있다.

3) declaration의 내용

① 필수적 기재사항

declaration은 다음과 같은 내용을 담고 있어야 한다(Section 2-105)

- (1) 콘도미니엄의 명칭(반드시 condominium이라는 용어가 포함되거나, a condominium을 앞에 표시해야 한다)과 관리단의 명칭
- (2) 콘도미니엄이 위치하는 모든 county의 명칭
- (3) 콘도미니엄을 포함하는 부동산에 관한 법적으로 충분한 기술
- (4) 선언자가 창설할 수 있는 권리를 유보한 전유부분의 최대한 수량에 대한 문구
- (5) 전유부분을 특정할 수 있는 수자를 포함한 declaration에 의해서 설정되는 각 전유부분의 경계에 대한 기술
- (6) Section 2-109(b)(10)에서 규정된 바에 따라 Section 2-102(2)와 (4)에서 특정된 제한공용부분(limited common element)을 제외한 그 밖의 제한공용부분에 대한 기술
- (7) 개발권(development rights)의 대상인 부동산을 제외하고, 사후에 제한공용부분으로 배분된 부동산에 관한 기술. 그러나 Section 2-102(2)와 (4)에서 특정된 제한공용부분은 제외된다. 그리고 제한공용부분으로 배분되었다는 문구도 포함되어야 한다.
- (8) 선언자가 유보한 개발권과 그 밖의 특별한 선언자 권리(Section 1-103(23))에 대한 기술과 그러한 권리의 대상이 되는 부동산에 대한 법적으로 충분한 기술도 포함되어야 한다. 그리고 그러한 권리를 행사할 수 있는 시간적 제한도 포함되어야 한다.
- (9) 개발권에 관련된 사항
- (10) (8)에 기술된 권리들이 행사되어야 하거나 소멸하는 조건이나 제한
- (11) Section 2-107에 기술된 방식에 따라 각 전유부분에 분배된 권리의 분배에 관한 내용
- (12) 전유부분의 양도, 점유, 사용에 관한 제한
- (13) 콘도미니엄과 관련된 등록된 지역권 등
- (14) Section 2-106[Leasehold condominiums], 2-107[Allocation of Common Element Interests, Votes, and Common Expense Liabilities], 2-108 [Limited Common Elements], 2-109[Plats and Plans], 2-115[Use for Sales Purposes], 2-116 [Easement Rights], 3-103(d)⁶⁴에 관한 사항

64) Executive Board Members and Officers에 관한 규정으로 (d)는 이사회에 관한 규정이다.

② 임의적 사항

declaration은 선언자가 적절하다고 생각하는 모든 문제를 포함할 수 있다(Section 2-105(b)). 예를 들어 declaration에서는 상위관리단(master association)에 관한 규정을 둘 수 있다(Section 2-120). 우리법상의 단지 관리단도 이러한 상위관리단의 일종이라고 볼 수 있다. declaration은 관리단의 권한(Section 3-102(a))에 대해서도 규정할 수 있다. 전유부분의 경계는 원칙적으로 declaration에서 정하도록 되어 있다. 그러나 declaration에서 정하지 않은 경우에는 Section 2-102[전유부분의 경계]에 관한 규정에 따른다.

4) declaration의 개정

plats와 plans을 포함하여 declaration은 전유부분의 구분소유자의 합의나 결의에 의해서 개정될 수 있다. 67%의 투표권의 동의 또는 declaration에서 정하는 바에 따른 더 높은 의결정족수에 따라서 개정될 수 있다. 모든 전유부분이 전적으로 비주거용으로 제한되어 있는 경우에만 declaration은 더 적은 정족수를 규정할 수 있다.

(2) 전유부분의 분할과 합병

미국의 집합건물법에서 전유부분과 공용부분의 구별은 전유부분의 경계를 선언에 규정하고 그 개략적 그림도 등록하는 것으로 명확하게 되고 이러한 전유부분의 경계는 특별한 규정을 두어 자유롭게 정하는 것이 가능하다. 다만, 현실적으로는 전유부분 소유자 등이 정하는 것이 아니라 선언자가 정하기 때문에 선언자에 의해 특별한 정함이 없는 경우에는 제2-1102조에 따르게 된다.

1) 전유부분의 분할

미국의 집합건물법(UCA)에 따르면 세 가지 형태로 전유부분이 분할(subdivision)될 수 있다.

첫째, 선언자{즉 시행자}의 개발권 속에 전유부분을 분할할 수 있는 권리가 포함되어 있는 경우에 선언자가 전유부분을 분할할 수 있다. 선언자의 전유부분 분할에 대해서는 Section 2-110에서 규정하고 있다.

둘째, 구분소유자가 전유부분을 분할하는 경우이다(UCA Section 2-113). 구분소유자가 전유부분을 분할하기 위해서는 declaration에 근거 규정이 있어야 하고, 분할을 위해서는 결국 declaration을 수정해야 한다. declaration을 수정하기 위해서는 원칙적으로 구분소유자의 67%(즉 2/3) 동의가 필요하지만, 처음부터 규정이 있는 이러한 경우에는 단독으로 할 수 있다.

셋째, declaration에 규정이 없는 경우에는 구분소유자의 67%의 동의에 의해서 declaration을 수정하는 방식으로 전유부분을 분할할 수 있다.

2) 전유부분의 합병

UCA는 전유부분의 분할에 대해서 규정하고 있지만 전유부분의 합병에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 전유부분의 합병은 허용되지 않는 것으로 볼 수 있다. 실제로 전유부분의 분할에 대한 UCA의 규정이 있음에도 불구하고 대부분의 주에서는 전유부분의 분할에 관한 규정을 두고 있지 않다고 한다.⁶⁵⁾

3. 시사점

미국의 집합건물법에서는 전유부분의 변경과 처분에 관하여 여러 조문에 걸쳐서 규정을 두고 있다. 우선 전유부분의 변경은 집합건물의

65) Comment 2. to Section 2-113

내구성의 감소와 기계설비에 대한 지장이 발생하지 않는 범위 내에서 내부에 관하여는 자유롭지만 외부에 관하여는 외관의 변경은 할 수 없다. 전유부분의 처분에 관하여는 인접한 전유부분을 양수하는 것도, 복수의 전유부분으로 분할하는 것도 가능하지만 미리 선언에 권한유보가 기재되어 있을 필요가 있다. 이러한 유보권은 개발권으로 되어 전유부분의 변경·처분 이외에 집합건물에 다른 부동산을 부합한다든지 제거한다든지 하는 것, 집합건물에 새롭게 전유부분·공용부분·제한적 공용부분을 창설하는 것, 전유부분을 공용부분으로 변경하는 것 등에 관하여도 권한유보가 가능하다(제1-1103조).

요컨대 미국에서는 우리나라의 집합건물과 비교하면 그 권한 귀속 등에 관하여 자유롭게 설정하는 것이 가능하다고 말할 수 있다. 다만, 그러한 유보권한은 미리 등록된 선언(declaration)에 명시되어 있을 필요가 있고 선언자로부터 매수인인 전유부분 소유자는 선언의 수정이라는 절차를 취하지 않고서는 그 내용을 변경할 수 없게 된다. 즉 선언에 규정이 있는 경우에는 그것에 의하는 것으로서 동 모델법에서는 중요사항에 관하여는 80% 이상, 그렇지 않는 것에 관하여는 67% 이상의 찬성으로 변경하고(제 2-1117조(8)) 동시에 그 수정을 등록하여야 한다.

제 2 절 프랑스

1. 개 관

집합건물의 구분소유에 관하여 현재 프랑스는 ‘1965년 7월 10일 법률’⁶⁶⁾을 통해 규정하고 있다. 당초 프랑스 제정민법(1804년)은 부동산의 구분소유에 관하여 단지 하나의 규정(제664조⁶⁷⁾, 현재는 폐지됨)만

66) 1965년 7월 10일 건물부동산의 공동소유의 규제에 관한 법률 제557호(Loi no 65-557 du juillet 1965 Loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis).

67) 당시 제664조의 내용은 다음과 같이 기본적인 사항만을 규정하였을 뿐, 다른 사항은 당사자의 자율에 맡겼다.(F. Terré et Ph. Simler, Droit civil : Les biens, Dalloz,

을 두고 있었는데, 이후 아파트 소유권자들 간의 분쟁이 점차 심화되어 ‘1938년 6월 28일 법률’의 제정을 통해 최초로 집합건물의 구분소유를 규정하게 되었다.

이후 집합건물의 규모와 비중이 점차 커짐에 따라, 1938년 법률 규정만으로는 불충분하여, 1965년 법률로 대체되고 이 1965년 법률은 여러 차례의 부분적 개정⁶⁸⁾을 통해 현재에 이르고 있다. 집합건물의 구분소유에 관한 1965년 법률과 상가건물 임대차에 관한 상법전 규정⁶⁹⁾을 토대로 우리나라에서 제기되는 집합건물의 사용과 임대차의 유연성 문제에 관한 프랑스 법의 상황을 알아본다.

2. 구분소유법제

(1) 구분소유(la copropriété)

1) 1965년 법률 제1조

1965년 법률 제1조에서는 “본법은 복수의 사람들에 의해 소유권이, 전유부분과 공용부분의 일정 지분으로 구성된 각 ‘구분소유 몫(lot)’으로, 분할된 모든 건물 또는 건물군(建物群)에 적용된다.”⁷⁰⁾고 규정되어

2006, n° 625) 『한 주택의 각 층의 소유권자가 다른 경우에, 당해 소유권원이 할당 및 재건축에 관한 것을 정하지 않은 경우, 다음과 같이 정한다. :

큰 담장과 지붕은 모든 소유권자의 부담으로 하고, 각 소유권자는 자신이 소유한 층의 가치에 비례하여 부담분을 정한다.

각 층의 소유권자는 자신이 사용하는 마루를 깎는다.

2층의 소유자는 자신이 사용할 계단을 설치하고, 3층의 소유자는 2층에서 3층에 이르는 계단을 설치하며, 이후의 층의 소유자도 같은 방식으로 계단을 설치한다.』

68) 이중 중요개정은 1985년 12월 31일 법률, 1994년 7월 21일 법률, 200년 12월 13일 법률이다.

69) 상가건물의 임대차에 관하여는 현재 프랑스 상법전에 규정되어 있다.

70) 한국의 집합건물법

제 1 조(건물의 구분소유) : “1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각 소유권의 목적으로 할 수 있다.”

제 1 조의2(상가건물의 구분소유) :

있다. 즉 1965년 법률은 제1조에 해당하는 건물에 강제적으로 적용되기 때문에, 이러한 건물의 소유자들은 각 구분소유의 소유권한을 1965년 법률에 정해진 것과 다르게 정할 수 없다. 집합건물이 거주 목적이든 또는 상업적 목적이든, 소유자가 개인이든 법인이든, 1965년 법률은 동일하게 적용된다.⁷¹⁾ ‘구분소유 몫(lot)’의 소유권에는 일반소유권에 관한 모든 법적 작용(점용권⁷²⁾, 지상권, 지역권, 저당권의 설정 등)의 대상이 된다.

2) 구분소유 몫(lot)의 성립

구분소유 몫(lot)은 전유부분에 공용부분의 일정 지분을 더한 것이다. 제1조는 구분소유의 요건으로서 독립성을 요구하지는 않지만, 실무상으로는 독립된 공간을 기준으로 lot을 정하는 것을 선호한다고 한다.

부동산공시에 관한 ‘1955년 10월 14일 데크레’ 제71조에 따르면, 『구분소유의 몫은 건물의 각 주된 공간(아파트, 상점, 영업용 공간 ...)과 부속 공간⁷³⁾(지하창고, 차고...)으로 구성된 모든 분리(fraction)에 의해 형성된다.』고 규정되어 있다. 1인의 구분소유자는 수개의 lots을 소유할 수 있고 각 lot은 별개로 양도될 수 있다.

초기에 형성된 구분소유 몫(lots)은 불변이 아니다. 즉 건물의 증축이나 신축을 통해 새로운 lots이 추가될 수 있고, 기존의 lots이 합병으로 인해 줄어들거나 또는 분할(세분)되어 증가될 수 있다. 이러한 lots의 변경은 ‘구분명세서’(l'état descriptif de division)의 작성을 통해 공시되어야 한다.

① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 "구분점포"라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.

71) F. Terré et Ph. Simler, Droit civil : Les biens, Dalloz, 2006, n° 620.

72) 용익권과 허소유권의 분화

73) 부속 공간(local accessoire) : 창고(hanger), 지하저장고(cave)나 차고(garage) 등

3) 구분명세서(l'état descriptif de division)의 작성

하나의 건물 또는 건물군(建物群)에 구분소유를 성립시키기 위해서는 구분명세서의 작성이 필수적이다(1955년 1월 4일 데크레 제7조). 구분명세서의 내용으로는 해당 건물 또는 건물군의 지정(이에는 건물의 특성, 상황, 면적, 토지대장상의 지정 등이 명시되어야 함), lots으로의 분할 및 각 lot에 고유번호 부여, 각 lot의 위치설명(건물, 계단, 층수 등의 설명)을 통한 지정(도면도 포함) 등이다. 부동산 공시를 위해 요구되기 때문에, 구분명세서는 공증을 통해 작성되어야 하고, 구분명세서는 부동산등기소(la conservation des hypothèques)에 공시되어야 한다. 우리나라 법과 비교할 때, 굉장히 상세하며 법을 일탈하는 점이 없도록 건물에 대한 통제가 철저한 편이라 할 것이다.

(2) 전유부분과 공용부분의 구분

1) 전유부분과 공용부분의 개념

전유부분(parties privatives)이란 구분소유권자가 배타적으로 사용하기로 정해진 건물 및 토지 부분(제2조)을 말한다. 한편 공용부분(parties communes)이란 모든 또는 복수⁷⁴⁾의 구분소유권자가 공동으로 사용하기로 정해진 부분(제3조 1항)을 말한다. 이 규정들은 모두 임의규정이다.

2) 전유부분의 결정

전유부분에 대하여는 제2조 이외에 별다른 설명이 없다. 제2조의 ‘배타적 사용’에 의한 기준도 임의적이다. 즉 ‘별도로 정함이 없는 경우에’ 한하여 이 기준이 적용된다.⁷⁵⁾

74) 이는 구분소유가 수개의 건물을 대상으로 한 경우를 예정한 것이라 한다.

75) 제 2 조는 임의규정임. 본 법률의 강행규정은 다음과 같다. 즉 『제 6 조~37조, 제41-1조 ~42, 제46조에 반하는 규약 조항은 효력이 없다.』(제43조)

일반적으로 전유부분으로 인정되는 부분은 사적(私的) 공간인데, 그 예로 한 구분소유자에 의해 배타적으로 사용되는 것으로 정해진 아파트, 지하저장고, 창고, 차고 등의 공간 등이다. 따라서 실제적으로는 ‘구분소유규약’(le règlement conventionnel de copropriété)과 ‘구분명세서’를 통해 결정된다. 즉 ‘구분소유규약’은 전유부분과 공용부분의 용도, 그 용익 조건, 공용부분 관리규칙을 정한다(제8조 1항).

3) 공용부분의 결정 : 사적 자치 원칙

공용부분⁷⁶⁾에 대하여는 제3조 2항과 3항에서 설명하고 있다. 해설서에 따르면 공원 및 정원, 출입구, 복도, 계단, 마당, 외부담장, 공용장소, 공동시설물이 그러한 예로 꼽는다. 그러나 이러한 제3조에 의한 공용부분의 결정은 동 법률 제43조에 의거하면 추정적 효과만을 지닐 뿐이다. 즉 제3조 2항은 서두에 “별도의 정함이 없는 경우에 또는 소유권한 간의 모순이 있는”(dans le silence ou de la contradiction des titres) 경우에 한하여 적용됨을 명시하고 있다.⁷⁷⁾ 즉 구분소유규약(관리단 규약)에 위 제3조와 다른 내용의 약정이 없거나, 또는 공용부분의 결정에 관한 내용이 불분명하거나 모순된 내용으로 인하여 규약으로는 건물의 이러 저러한 부분이 공용부분에 해당함을 정할 수 없는 경우에 한하여 1965년 법률 제3조에 의해 공용부분이 확정된다.⁷⁸⁾

그러나 이러한 사적 자치의 원칙은 전유부분 또는 공유부분의 범주의 내용의 결정에 한한다. 즉 전유부분과 공유부분을 구분하는 기준, 즉 ‘배타적 사용’과 ‘공동 사용’이라는 기준과 다른 제3의 기준에 의한 구분은 인정되지 않는다.⁷⁹⁾

76) 공용부분에는 다음의 부속권(droits accessoires)이 인정된다. : 공동사용에 속하는, 또는 서로 다른 전유부분들로 구성된 공간(locaux)을 포함하는, 건물의 증축권 ; 마당이나 정원 등에의 건물 신축권 등.

77) 따라서 제3 조는 임의규정이다. 그러나 본 법률의 상당 부분은 강행규정이다. 주9 참조.

78) Cass. Civ 3e, 2& juin 2000, RD imm. 2000. F. Terré et Ph. Simler, Droit civil : Les biens, Dalloz, 2006, n° 631, p. 525

79) F. Terré et Ph. Simler, Droit civil : Les biens, Dalloz, 2006, n° 631, p. 526

따라서 실제로는 제3조의 공용부분은 예시에 불과하며, 구분소유자들의 자유로운 결정(합의)에 의해 공용부분의 범위를, 법률에 규정된 것보다, 넓히거나 제한할 수 있다. 즉 건물의 일정 부분이 1965년 법률 제3조에 공용부분으로 예시되었다 하더라도, 해당 부분을 일정 구분소유자의 배타적 사용으로 하기로 구분소유자간에 합의한 경우, 해당 부분은 전유부분이 될 수 있다.

전유부분과 공유부분의 결정에 관한 프랑스 1965년 법률의 태도는 전유부분과 공유부분의 결정을 강제화한 우리 집합건물법과는 매우 대조적이며, 중요한 시사점을 제공한다.

4) 인접부분(les parties mitoyennes) : 제 3 부분

전유부분에 부속된 인접부분에는 두 전유부분을 구분하는 담장이나 벽을 말한다. 한편, 공용부분에 부속된 인접부분으로는 건물 또는 건물군 전체와 이웃을 구분하는 담장이나 벽을 말한다.

(3) 상사임대차 규정의 적용 범위

상법전 L.145-1조 I를 보면, 『본장(chapitre)의 규정은 영업이 행해지는 건물(immeubles) 또는 공간(locaux)의 임대차에 적용된다. (...) 그 밖에 : 1° 영업활동에 부속된 건물이나 공간의 임대차 (...) ; 2° 산업 또는 상업용 건축물이 세워진 대지의 임대차에도 (...) 적용된다.』고 규정하고 있다. 이를 각각 살펴본다.

1) 영업이 행해지는 공간

공간(locaux)이란 건물 또는 건물의 일부라는 개념으로 포괄적으로 사용되고 있다. 그리고 영업용 공간이 되려면, 상거래가 이루어질 수 있도록 벽과 천정으로 구분되어야 한다. 따라서 이동가능하거나 조립

식의 건축물, 백화점의 변경 가능한 매장(surface)의 임대,⁸⁰⁾ 한 벽면(유리면)의 임대나 지나치게 협소하여 영업이 불가능한 공간의 임대도 본 규정의 적용대상이 아니다.⁸¹⁾ 이러한 공간의 임대는 당사자에게는 유용할 수 있지만 법은 이 점에서는 엄격하게 다루는 것으로 보인다.

위와 같은 태도는 구조상 독립성 개념을 설명한 것으로, 비록 법조문에는 없지만 판례를 통해 정립된 것으로 해설서에는 이 개념을 찾아볼 수 있다. 우리나라와 마찬가지로 태도라는 점을 확인할 수 있다.

2) 부속 공간(locaux accessoires)

부속성의 정도는 영업활동에 필수적일 것, 즉 해당 공간을 배제하면 영업활동에 상당한 지장이 발생하는 경우에 한한다. 따라서 영업활동에의 유용성(utilité)만으로는 불충분하다.

필수성의 판단은 판사의 고유 전속권(pouvoir souverain)에 속한다. 그 예로서 차고(garage)라 할지라도, 이 차고가 없이는 영업이 불가능하지 않는 한, 차고가 주된 영업공간의 부속공간이 될 수 없다. 또한 주된 공간의 소유권자가 부속성을 지닌 공간의 소유권자이어야 부속성을 지닌 공간이 주된 공간의 부속 공간이 된다.⁸²⁾

3) 대 지

원칙상 나대지의 임대는 상가임대차에 해당하지 않는다. 본조의 규정은 임차인이 임대인 소유의 토지에 건물을 건축하거나 시설물을 설치한 경우에 적용된다.

80) Cass. civ. 3e, 16 oct. 1979, D. 1980 IR 95.

81) G. Decocq, Droit commercial, Dalloz, 2005 n° 531, p. 277.

82) G. Decocq, Droit commercial, Dalloz, 2005 n° 532. p. 278.

3. 시사점

(1) 집합건물에 관한 1965년 법률의 ‘외형적’ 유연성

1965년 법률의 적용에 관한 제1조는 구분소유 요건으로서의 독립성을 요구하지는 않는다. 전유부분(제2조)과 공용부분(제3조)의 결정에 있어서도 사적자치 원칙이 적용되어 구분소유권자들은 구분소유규약’(le règlement conventionnel de copropriété)을 통해 전유부분과 공용부분의 범위, 용도, 그 용의 조건 등을 자유로이 정할 수 있다(제8조 1항).

(2) 상사임대차 적용의 ‘상대적’ 경직성

‘영업용 공간’을 「상거래가 이루어질 수 있도록 벽과 천정으로 구분될 것」을 조건으로 함으로써, 엄격한 독립성을 요구한다. ‘부속 공간’의 경우에도 해당 공간을 배제하면 영업활동에 상당한 지장이 발생하는 경우에 한정함으로써 매우 제한적으로 적용한다.

(3) 프랑스에서의 상가집합건물 구분소유 몫(lot)의 일부임대 가능성

Lot의 구성에 있어서 실질적 독립성이 요구된다. 부동산공시에 관한 ‘1955년 10월 14일 데크레’ 제71조에서는 『구분소유의 몫은 건물의 각 주된 공간(아파트, 상점, 영업용 공간 ...)과 부속 공간(지하창고, 차고...)으로 구성된 모든 분리(fraction)에 의해 형성된다.』고 규정하여 실질적 독립성을 요구하고 있다. 구분소유 몫(lot)의 일부임대는 사적 자치의 원칙에 의거할 때 가능하지만, 상사임대차법의 적용대상에서 배제된다. 따라서 이 경우 임대인이나 임차인은 상사임대차 법에 규정된 지위(권리의 행사 및 의무의 부담)를 보장받지 못한다. 이동가능하거나 조립식의 건축물, 백화점의 변경 가능한 매장(surface)의 임대, 한 벽면(유리면)의 임대에도 상사임대차 규정의 적용이 배제된다.

따라서 구분소유권자가 하나의 lot의 일부를 임대하고자 하고 아울러 상사임대차법의 적용을 받기를 원한다면, lot을 분할(세분)하여 각각 별개의 lot으로 하고(중간벽을 설치하여 독립성을 확보해야 함), 분할목록의 작성을 통해 공시해야 하는 것이다.

제3절 독일

1. 개 관

(1) 독일 민법(BGB)에서 건물의 취급

건물은 토지의 구성부분에 불과하여 토지와 별개의 거래의 객체로 되지 못하며(BGB 제93조, 제94조), 별도의 등기부도 없다. 다만 예외적으로 (i) 건물 중 주거 등에 제공되는 공간을 건물 자체와는 별개의 소유권의 객체로 할 수 있고(주거소유권, 부분소유권/특별법인 주거소유권법(WEG) 적용), (ii) 건물 중 주거공간과 주거용이 아닌 그밖의 공간을 각각 임대차의 목적으로 할 수 있다. 결국 상가집합건물 및 구분점포는 토지와 별개의 소유권의 객체가 될 수 없고, 구분점포(Geschäftsraum)는 임대차의 목적이 될 수 있을 뿐이다.

(2) 상가건물의 임대차

임대차와 관련하여 독일 민법에서는 임대차를 사용임대차(Miete)와 용익임대차(Pacht)로 나누고 있다.⁸³⁾ 우리나라의 경우 주택에 대해서는 주택임대차보호법, 영세 상가점포에 대해서는 상가건물임대차보호법, 농지임대차에 대해서는 농지법이 적용된다. 그 결과 민법 임대차규정은 임차목적물이 토지(농지 제외), 영세하지 않은 상가점포, 동산인 경

83) 주택임대차는 사용임대차(Miete), 상가건물임대차는 용익임대차(Pacht)에 해당하나, 농지용익임대차계약을 제외한 용익임대차계약에 대해서는 원칙적으로 사용임대차(Miete)에 관한 규정이 준용되도록 명문으로 규정함(BGB 제581조 제2항).

우에 한정하여 적용된다. 즉, 민법 임대차규정이 적용되는 경우는 매우 제한적이라 할 수 있다. 반면 독일 민법에서 임대차는 크게 임차목적물이 주택(Wohnraum)인 경우와 그렇지 않은 경우로 나누되, 주택임대차가 그 중심에 위치한다. 주택임대차에 대해서는 별도의 場을 마련하여(제549조-제577조 a) 임차인보호를 위하여 상세한 규정을 두고 있는 반면, 주거공간이 아닌 공간의 임대차(상가건물임대차도 이에 포함됨)에 대해서는 별도의 구분 없이 주택임대차에 관한 규정들 중 일부만을 준용하고 있다(제578조 제2항).⁸⁴⁾

그 결과 양 임대차는 다음과 같은 차이점을 드러낸다. 1) 주택의 경우 임대인은 차임의 증액에 있어서 일정한 제한을 받지만(제557조부터 제561조까지), 상가건물의 경우 이러한 제한이 없다. 2) 주택의 경우 임대인은 임대차관계의 종료에 정당한 이익이 있는 때에만 그 임대차계약을 해지할 수 있는 반면(제573조), 상가건물의 경우에는 해지가 제한되지 않는다. 3) 또한 주택임대차에 있어서는 차임의 증액을 위한 해지는 할 수 없다(제573조 제1항 제2문). 4) 주택의 경우 소위 ‘사회적 조항’(제574조부터 제574조 c까지)이 적용되지만, 상가건물인 경우 사회적 조항의 적용이 없다. 5) 주택의 경우 임대차기간이 늘어남에 따라 해지기간의 연장을 통해 임차인의 보호가 강화되지만(제573조 c 제1항 제2문), 상가건물에 있어서는 이러한 보호가 따르지 않는다. 6) 주택의 경우 임차인의 사망과 동시에 임대차관계는 임차인과 동일세대를 이루고 있었던 배우자나 자녀, 생활동반자(Lebenspartner)에게 승계되지만(제563조), 상가건물의 임대차의 경우 그러하지 아니한다.

84) 준용되는 규정들은 BGB 제550조, 제552조 제1항, 제554조 제1항부터 제4항까지, 제562조부터 제562조 d까지, 제566조부터 제567조 b까지, 제569조 제1항 및 제2항, 제570조, 제579조 제2항에 따른 제556조 b 제1항, 제580조 및 제580조 a 제2항, 제4항임. 그밖에는 계약자유가 적용됨(이에 대해서는 BGB 제578조 제2항, 제579조 제2항, 제580조 a를 참조할 것).

결국 현행 독일 민법의 경우 상가건물의 임대차에서는 원칙적으로 사적 자치, 계약자유 원칙이 지배한다고 말할 수 있다. 독일에서는 한때 주택과 상가건물을 구분함이 없이 동일한 임대차보호법에 의해 차임을 통제하고 임대차관계의 계속을 강제해서 임차인을 보호하던 때가 있었다. 그러나 이는 제2차 세계대전으로 인해 많은 건물이 파괴되고, 자재 등의 부족으로 새로운 건물의 신축이 거의 이루어지지 않아 수요·공급의 균형이 붕괴하였던 전중·전후의 비상사태에 대처하기 위한 긴급입법이었다. 그 후 사회적·경제적 상태가 평상으로 복귀하자, 1955년 상가건물의 임대차와 관련하여 위와 같은 제한은 철폐되었고(즉, 차임통제의 철폐, 해지 제한 규정 삭제), 상가건물의 임대차는 사적 자치가 지배하는 시민법적 기본원리의 영역으로 복귀하였다.

이러한 독일법의 태도는 그대로 유지되어, 오늘날 주택과 상가건물은 같은 민법에 의해 규율되면서도 그 보호에 있어서 위와 같이 중대한 차이를 나타내게 되었다.

2. 구분소유법제

(1) 독일의 주거소유권법(WEG)

1) 개 관

독일의 주거소유권법(Wohnungseigentumsgesetz, 이하 WEG)⁸⁵⁾은 제2차 대전 후 발생한 주거난을 배경으로 1951년 3월 15일에 제정되었다. 동법은 총 64개조로 구성되어 있다.

85) 정식 명칭은 ‘주거소유권 및 계속적 거주권에 관한 법률’(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht)이며, 조문 표시는 WEG로 약칭함.

2) 구분소유권으로서 특별소유권

주거소유권법에서 주거소유권을 구성하고 있는 것은 거주 부분에 대한 특별소유권(Sondereigentum)과 특별소유권의 대상부분 이외의 건물 및 토지를 포함하는 공동재산에 대한 공유지분권(Miteigentumsanteil)이다. 특별소유권은 우리 집합건물법에서의 전유부분을 대상으로 하는 구분소유권에 상당한다. 특별소유권의 대상부분 이외의 건물부분 및 토지는 공동재산으로 되어 있고, 이 공동재산에 대한 공유지분권은 우리법의 공용부분에 대한 공유지분권 및 부지부분에 대한 대지지분권을 합한 권리에 상당한다.

독일 학설은 토지에 대한 공유지분권을 주거소유권의 중심적인 권리라고 생각하고 주거소유권에 관한 법률관계를 공유법의 형태로 보고 있다. 그 이유는 1900년부터 시행된 독일민법이 Savigny의 영향 아래 토지와 건물의 관계에 대해서 “지상물은 토지에 속한다(superficies solo cedit)”라는 로마법의 부종성 원칙을 채용하고 있기 때문이다. 즉 토지의 정착물, 특히 건물과, 토지에 부착되어 있는 토지의 산출물은 토지의 본질적 구성부분에 속하고(§ 94 I BGB), 동산이 토지에 부착되어 토지의 본질적 구성부분이 된 경우에는 토지의 소유권은 이 물건에도 미친다(§ 946 BGB). 그러므로 건물의 일부분에 대한 소유권을 인정하려고 하는 경우에는 당연히 토지에 대한 권리가 그 전제로서 필요하게 된다.

이와 같이 주거소유권의 중심적인 권리를 토지의 공유지분권으로 보고, 주거소유권을 공유법의 일종으로 이해하고 있지만, 주거소유권은 독일민법상 공유와는 다른 점이 있다. 즉 독일민법상 공유자간의 법률관계는 공동관계(Gemeinschaft, §§ 741 ff. BGB)로 되고, 공유자는 언제라도 이 공동관계의 종료(해소)를 청구할 수 있는 데 대하여(§ 749 BGB), 주거소유권자의 공동관계에서는 원칙적으로 공동관계를 종

료할 수 없다는 점이다(§ 11 WEG). 이런 이유로 학설과 판례는 주거 소유권을 ‘특별히 형성된 공유’(besonders ausgestaltetes Miteigentum)로 해석하고 있다. 이하에서는 구분소유권의 설정, 전유부분과 공용부분의 범위에 대해 살펴보기로 한다.

(2) 구분소유권의 설정

1) 특별소유권

독일의 특별소유권(Sondereigentum)은 우리의 구분소유권에 해당한다. 독일 주거소유권법상의 특별소유권에는 ‘주거에 대한 주거소유권’(Wohnungseigentum)과 ‘주거용으로 사용되지 않는 건물공간에 대한 부분소유권’(Teileigentum)이 있다(§ 1 I WEG).⁸⁶⁾ 여기서 주거소유권이란 주거의 특별소유권으로 거기에 속한 공동재산(gemeinschaftliches Eigentum, 우리의 공용부분에 해당)의 공유지분(Miteigentumsanteil)과 결합한 것을 말하고, 부분소유권이란 주거용으로 사용되지 않는 건물공간의 특별소유권으로 거기에 속한 공동재산의 공유지분과 결합한 것을 말한다. 즉 특별소유권은 공동재산의 공유지분과 결합되어 있다(§ 1 II, III WEG). 또한 공동재산은 제3자의 소유나 특별소유권에 해당하지 않는 토지나 건물의 일부·설비·시설 등을 말한다(§ 1 V WEG). 그밖에 주거소유권법은 주로 주거소유권에 관하여만 규정하고, 부분소유권에

86) 제 1 조(정의) ① 이 법률이 정하는 바에 따라 주거에 관하여는 주거소유권을, 건물이 거주목적에 제공되지 않는 공간에 관하여는 부분소유권을 설정할 수 있다.

② 주거소유권(Wohnungseigentum)이란 주거의 특별소유권으로서 거기에 속하는 공동재산의 공유지분과 결합한 것을 말한다.

③ 부분소유권(Teileigentum)이란 건물의 주거목적에 제공되지 않는 공간의 특별소유권으로서 거기에 속하는 공동재산의 공유지분과 결합한 것을 말한다.

④ 주거소유권 및 부분소유권은 특별소유권을 수개 토지의 공유와 결합하는 방법에 의해서는 설정할 수 없다.

⑤ 이 법률에서 공동재산이란 토지와 함께 특별소유권 또는 제3자의 소유목적으로 되지 않는 건물부분, 시설 및 설비를 말한다.

⑥ 주거소유권에 관한 규정은 부분소유권에 관하여 준용한다.

관해서는 주거소유권에 관한 규정이 준용된다(§ 1 VI WEG). 한편 특별소유권은 공유부분과 불가분적으로 결합되어 있으므로, 공유부분을 제외하고 양도할 수 없고 담보로 제공될 수 없다(§ 6 WEG).

주거소유권법 제18조에 의하면, 어느 주거소유권자가 다른 주거소유권자에 대해 부담하는 의무에 대해서 중대한 위반을 하고 그 결과 공동관계의 계속을 이후 다른 주거소유권자에 대해 기대할 수 없는 경우에는 주거소유권의 과반수의 결의에 의해서 다른 주거소유권자는 의무위반자의 주거소유권의 양도를 재판상 청구할 수 있다. 주거소유권의 양도를 명하는 판결은 주거소유권의 경매 및 주거소유권의 매수인에게로의 양도에 필요한 의사표시를 대신하는 효력을 가지므로(§ 19 WEG), 주거소유권은 주거소유권자의 의사에 반하여 특별승계인에게 이전한다.

2) 주거소유권의 설정방법

토지와 건물이 일체가 되어 이를 부동산으로 보는 독일에서는 주거소유권을 설정하는 방법은 다음과 같이 두 가지가 있다.

① 계약에 의한 설정

토지와 그 토지상에 있는 건물을 여러 사람이 공유하고 있는 경우에 공유자가 계약에 의해 서로 거주부분에 대한 특별소유권을 부여하고, 특별소유권을 부여한 한도에서 서로 토지의 공유지분권을 제한하는 것에 의해서 주거소유권을 설정하는 방법이다. 즉 독일민법 제93조⁸⁷⁾와 달리, 토지의 공유자는 계약에 의하여 당해 토지 위에 이미 건설되거나 장래 건설될 건물 중의 특정 주거 또는 ‘주거용으로 사용되지 않는 특정 공간’에 대한 특별소유권을 각 공유자에게 설정할 수

87) 물건의 구성부분(Bestandteile einer Sache)은 훼손하거나 본질적으로 변경하지 않으면 서로 분리할 수 없는 경우(본질적 구성부분)에는 별도의 권리의 목적이 될 수 없다 (§ 93 BGB).

있다(§ 3 I WEG).⁸⁸⁾ 이것에 의하여 토지의 공유(Miteigentum, § 1008 BGB)는 특별소유권의 목적이 된 공간에는 미치지 않게 되는 제약을 받게 된다. 이와 같이 특별소유권의 설정에는 토지의 공유 관념이 그 전제가 되고, 그 공유를 제약하는 형태로 인정된다. 다만 이러한 특별소유권은 주거 또는 기타 공간이 완전한 독립성을 가지는 경우에 한하여 인정되며, 주차장의 경우에는 그 범위가 영속적인(내구성이 있는) 표지에 의해 명확하게 되어 있는 때에 한하여 독립성을 가지는 공간으로 간주된다(§ 3 II WEG).

② 분할에 의한 설정

토지의 단독소유자가 토지의 소유권을 공유지분권으로 분할하고 각 공유지분권에 특별소유권을 결합시켜 주거소유권을 설정하는 방법이 있다. 다시 말하면 토지에 건설되거나 장래 건설될 건물의 특정 주거 또는 주거용으로 사용되지 않는 특정 공간에 관한 특별소유권이 각 지분으로 결합되는 방식으로, 당해 토지의 소유자는 등기소에 대한 의사표시로 토지에 대한 소유권을 공유지분으로 분할할 수 있다(§ 8 I WEG). 즉 건설업자에 의한 집합건물의 분양이 이에 해당한다. 분할에 의한 설정 역시 주거소유권이 토지의 공유지분권에 있는 것을 전제로 하고 있다.⁸⁹⁾

88) 제3조(계약에 의한 특별소유권의 부여) ① 토지의 공유(BGB 제1008조)는, BGB 제93조의 규정과 상관없이, 공유자간의 계약에 의해 당해 토지 위에 이미 건설되었거나 또는 건설될 건물 중 특정주거 또는 주거목적에 제공되지 않는 특정공간의 특별소유권을 각 공유자에게 부여하는 방법에 의해 제한될 수 있다.

② 특별소유권은 주거 또는 기타 공간이 완전한 독립성('in sich abgeschlossen'; 차폐성?)을 갖고 있는 때에 한하여 부여할 수 있다. 차고주차구역(Garagenstellplätze)은, 그 바닥면(Fläche)이 지속적인 표식(dauerhafte Markierung)에 의해 분명한 경우에, 독립된 공간으로서 간주된다.

89) 독일에서는 지상권이 설정된 토지상에 특별소유권을 설정할 수 있다(주거지상권)(§ 30 WEG). 또 주거소유권법은 건물의 일부에 대한 권리로서 계속적 거주(Dauerwohnrecht)를 인정할 수 있고, 여기서 계속적 거주권이란 토지상에 건축되거나 또는 장래 건축되는 건물 중의 특정의 주거에 소유자를 배제해서 거주하고 또는 다른 방법으로 이용하는

3) 구분소유관계의 성립

특별소유권의 설정이 효력을 발생하기 위해서는, 즉 구분소유관계가 성립하기 위해서는 물권적 합의(Auflassung)와 등기부예의 등기가 필요하다. 이때 당사자의 합의는 물권적 합의(Auflassung)를 위해 규정한 방식으로 하여야 하며, 조건부 또는 기한부로 특별소유권을 설정할 수 없고 종료할 수도 없다(§ 4 WEG). 또한 등기를 함에는 특별소유권의 목적물 및 내용을 상세하게 표시한 등기승낙이 요구된다. 등기승낙서에는 건물의 구분 등을 나타낸 건물구분계획서나 건축감독관청의 증명서를 첨부하여야 한다(§§ 7 III, IV, 8 II WEG). 그리고 특별소유권의 상호관계를 규율하기 위하여 설정된 규약도 특별소유권의 내용으로서 등기부에 등기될 수 있다. 즉 주거소유자는 금지규정이 없는 한 주거소유권법의 규정이 다른 합의를 할 수 있으며(§ 10 I WEG), 그들 상호간의 관계를 보충적으로 또는 동법의 규정과 다르게 규정한 규약(Vereinbarung)의 설정·변경 또는 종료(폐지)는 특별소유권의 내용으로 등기부에 등기된 때에만 주거소유자의 특별승계인에게 효력이 있다(§ 10 II WEG). 이러한 규약의 설정·변경·폐지는 특별소유권자 전원의 동의가 필요하다.

(3) 전유부분과 공용부분의 범위

우리의 전유부분에 해당하는 것이 독일에서는 특별소유권의 목적물이고, 공용부분에 해당하는 것이 공동재산이다.

1) 특별소유권의 목적물과 공동재산

특별소유권의 목적물은 주거용 건물 공간(구역)과 비주거용 건물 공간이며, 또한 특별소유권에 기인한 다른 주거소유자의 권리나 공동재

권리를 말한다(§§ 31, 32 WEG). 여기서는 토지상의 건물은 토지소유자의 소유가 된다는 독일민법의 원칙이 배제되고 있다.

산에 영향이나 건물의 외부형태를 변경시키지 않고 변경, 제거 또는 접합할 수 있는 건물의 구성부분도 특별소유권의 목적물이다(§ 5 I WEG).⁹⁰⁾ 즉 독립성을 갖춘 것이어야 한다(§ 3 II WEG).

반면에 제3자의 소유나 특별소유권에 속하지 않는 토지나 건물의 일부·시설 및 설비 등은 공동재산(gemeinschaftliches Eigentum)에 해당한다(§ 1 II,III WEG). 또한 건물의 존립이나 안전에 필요한 건물부분, 주거소유자의 공동사용에 제공되는 시설과 설비는, 그것이 특별소유권에 속하는 공간의 범위 내에 있더라도 특별소유권의 목적물이 될 수 없다(§ 5 II WEG).

이와 같은 일반적·추상적 기준에 반하지 않는 범위 내에서 특별소유권의 설정시에 당해 건물의 양자 구분이 건물구분계획서(건물의 구분 및 특별소유권 또는 공동재산에 속하는 건물부분의 위치 및 크기를 명확하게 하는 서면, § 7 IV Nr.1 WEG) 또는 규약(§§ 5 IV, 10 I,II WEG)에 의해 구체적으로 명료하게 정해지고 공시된다.

2) 규약상 공용부분

(1) 우리의 규약상 공용부분과 마찬가지로, 주거소유자는 특별소유권의 목적물이 될 수 있는 건물의 구성부분을 공동재산으로 할 수 있다(§ 5 III WEG). 한편 주거소유자는 특별소유권과 공동재산의 이용을 규약으로 정할 수 있으며, 규약에 반하지 않는 한 주거소유자는 다수결로 특별소유권에 속하는 건물부분과 공동재산의 성질에 일치하는 통상의 사용을 정할 수 있다(§ 15 I,II WEG). 규약의 설정에는 계약자유의 원칙이 타당하므로,⁹¹⁾ 그 내용을 자유롭게 정할 수 있고 규약에

90) 제 5 조(특별소유권의 목적물 및 내용) ① 특별소유권의 목적물은 제3조 제1항의 규정에 따라 정해진 공간 및 이 공간에 속하는 건물구성부분이어서, 그 변경, 제거 및 부합이 공동재산 또는 다른 주거소유권자의 특별소유권에 기한 권리를 제14조의 규정에 의한 허용한도를 초과하여 침해하거나 또는 건물의 외형을 변경하여서는 아니된다.

91) 학설과 판례는 주거소유권법 제10조, 제12조, 제15조에서의 규약의 법적 성질을

정한 사항은 물권적 효력을 가진다(§ 10 II WEG). 그 결과 규약에 의해 자유롭게 주거소유권의 내용을 정할 수 있다는 것도 가능하다.⁹²⁾ 또한 규약으로 주거소유권자가 다른 주거소유권자 또는 관리자 등의 제3자의 동의 없이 주거소유권을 양도할 수 없다고 정할 수 있고(§ 12 I WEG), 이것도 물권적 효력을 가진다(§ 12 III WEG). 그밖에 각 주거소유자는 공평한 재량에 좇아 법률, 규약과 결정 및 주거소유자의 전체 이익에 부합하도록 특별소유권에 속하는 건물부분과 공동재산의 사용을 요구할 수 있다(§ 15 III WEG).

독일법에서는 우리의 일부공용부분(제3조)에 해당하는 규정은 없기 때문에, 구조상 이와 같은 부분일지라도 규약 등에 특별한 규정이 없는 한 공동재산으로써 전원이 소유하고 관리하는 것으로 이해할 수 있다. 즉 기본적으로 우리나라의 법제(제14조)와 반대의 입장을 채택하고 있는 것으로 보인다.

3. 시사점

(1) 독일 민법 (BGB)

독일 민법은 건물 중 주거공간(Wohnraum)과 주거용이 아닌 그밖의 공간(영업공간(Geschäftsraum)도 이에 해당)을 각각 임대차의 목적으로 할 수 있다. 여기서 인간이 머무를 목적을 가진 그리고 그에 적합한, 움직이지 않는, 지표와 굳건하게 결합된 모든 건축물은 건물(Gebäude)로서 간주된다.

또한 건물 내 공간(Raum)이란 일반적으로 인간이 그 안에 머무를 수 있을 만큼 크고 견고한, 건물의 사면으로 둘러싸인 부분을 말하는데,

계약으로 해석하고 있기 때문에 규약에는 계약자유 원칙이 타당하다.

92) 규약에는 계약자유 원칙이 적용되지만, 일반계약과 같이 규약의 내용도 강행 법규에 저촉되어서는 안 된다.

다만 이러한 공간에 대한 정의는 이것을 거의 문자적으로(wörtlich) 받아들여서는 아니될 것이다. 사방이 개방된 홀(Halle)도 임대될 수 있는 공간임이 분명하다.

(2) 주거소유권법(WEG)

WEG 제3조 제2항에 따르면, 특별소유권의 설정은 특별소유권과 결부된 공간이 독립성(Abgeschlossenheit)을 가지는 것을 전제로 한다. 공간이 독립성을 가질 것을 요구하는 것은 소유관계를 명확히 하고 그와 더불어 다툼을 피할 수 있도록 법률관계를 보장하는 데 그 목적이 있다.

공간이 독립성을 갖추었는지 여부를 위해 결정적인 것은 해당 건물 등록관청이 발급하는 독립성증명서(Abgeschlossenheitsbescheinigung)이다. 해당 건물등록관청은 분할계획서(Aufteilungsplan)를 통하여 독립성 여부를 확인하고, WEG 7조 제4항 2호에 따른 일반행정규칙(Verwaltungsvorschrift) 제5항에 근거하여 위 증명서를 발급한다.

위 행정규칙 제5항은 공간이 독립성을 갖기 위한 제반조건들을 다음과 같이 정의하고 있다.

“독립한 주거는 타인의 주거 및 주거공간으로부터, 예컨대 벽과 천장을 통하여, 건축적으로 완전히 독립해 있는 그러한 주거를 말하며, 주거경계벽 및 천장에 대한 건축감독청(Bauaufsichtsbehörde(Baupolizei))의 요구조건에 합치하고, 외부로부터 직접 출입하거나 출입구 또는 계단이나 前室(Vorraum)을 통하여 출입할 수 있는 독자적인, 잠글 수 있는(abschliessbar) 출입구를 가진 그러한 주거를 말한다. 독립한 주거에는 독립한 주거 그 자체 외에 추가적인 공간이 속할 수 있다. 상수도, 하수도 및 화장실은 주거 안에 있어야 하며, 주거자 스스로 개폐할 수 있어야 한다. 주거의 목적에 기여하지 않는 공간에 있어서는 이러한 요건들이 그에 합당하게 적용된다.”

위 행정규칙 제5항에 따르면, 주거공간의 독립성을 위해서는 다음의 세 가지 즉, 다른 특별소유 또는 공동소유로부터의 독립, 독자적인 출입구의 존재 그리고 위생시설과 같은 특정한 실내설비(Ausstattung)를 그 요건으로 한다. 첫 번째 요건은 근본적으로 특별소유권에 속하는 전 공간을, 다른 특별소유권이나 공동소유권이 그 안에 존재함이 없이, 하나의 선으로 에워싸 그릴 수 있는 경우에 충족된다.

건축기술적 혹은 건축법적으로 경계벽(Trennwand)이 흠결되었더라도 특별소유권의 설정에 지장을 초래하는 것이 아니며, 마찬가지로 두 개의 독립한 주거 사이에 개폐할 수 있는(abschliessbaren) 연결문(Verbindungsstür)이 있다고 하더라도 특별소유권의 설정의 설정을 막을 수 없다.

주거등기부가 이미 편철되어 있는 한, 독립성증명서의 하자나 혹은 공간이 가지는 독립성이 추후의 건축적인 변경에 의해 상실되었더라도 주거 내지 부분소유권의 발생 내지 존속을 방해하지 않는다. 즉, 특별소유권은 멸실하지 않는다.

주거소유자공동체에 있어서 차고주차구역(Garagestellplatz)은 그 독립성이 의제되므로 특별소유권의 대상이 된다. 이를 위해서는 차고의 주차구역을 색칠하거나 그밖의 방법에 의한 지속적인 표식 외에 자동차주차구역이 있는 지상 혹은 지하 건물이 전면적으로 차폐되어 있어야 한다. 따라서 노천의 지붕만 있는 간이차고의 자동차주차구역은 공간적 독립성이 부재하기 때문에 특별소유권의 대상이 될 수 없는 반면, 건물옥상을 이용한 자동차주차구역은 특별소유권의 대상이 된다.

(3) 검 토

독일에서는 “건물은 토지의 구성부분”이라는 원칙에 의해 주거공간을 제외하고서 상가집합건물이나 구분점포는 토지와 별개의 소유권의 객체가 될 수 없다는 것이며 따라서 구분점포(Geschäftsraum)은 임대차

의 목적이 될 수 있을 뿐이다. 그렇다면 엄밀히 말해 우리의 집합건물법 제1조의2에 비교될 수 있는 독일의 실정법상 규정은 존재하지 않는다. 독일의 주거소유권은 계약에 의한 특별소유권의 부여(제3조) 또는 분할(제8조)에 의해 설정된다고 하시면서, 그러한 특별소유권은 주거 또는 기타 공간이 완전한 독립성('in sich abgeschlossen'; 차폐성?)을 갖고 있는 때에 한하여 부여할 수 있고, 다만 예외적으로 차고주차구역(Garagenstellplätze)은, 그 바닥면(Fläche)이 지속적인 표식(dauerhafte Markierung)에 의해 분명한 경우에, 독립된 공간으로서 간주된다.

기본적으로 상가의 가변적인 운용을 하는 것은 우리나라의 특수한 상황에서 유래한 것으로서, 다른 입법례와는 다른 규율도 충분히 가능할 것이고 또한 우리 현실에 맞춘 입법이 필요하다. 그러한 점에서 현행법 제1조의2가 건물의 구조상, 이용상 독립성을 요구하는 제1조로부터 벗어나 상가건물의 특수성에 따른 독립성을 완화한 것은 바람직한 태도라 생각된다. 그러나 동 규정이 적용대상을 건물의 용도나 면적에 의하여 적용범위를 제한하는 것은 합리적이지 않다고 생각한다. 그러한 제한의 이유가 명확하지 않기 때문이다. 다만 동법 제1조의2 제1항 3호 및 4호의 요건도 완화해야 하는 것인지는 의문이다. 건물의 바닥도 등기부등의 공시방법을 통해 특정될 수 있는 만큼 그러한 요건은 필요하지 않다는 주장도 가능할 것이다. 토지가 바로 그러하다. 그러나 토지와 건물의 바닥을 같은 차원에서 보기는 어렵다. 토지는 원래부터 가변적이지 않는 대상이므로 측량의 기술적인 오차를 제외하고는 그 존재성이 문제되지 않지만, 건물의 바닥 내지 그에 따른 공간은 충분히 인위적으로 변경가능하기 때문에 공적 장부로서의 대장이나 등기 외에 이를 확인할 수 있는 물리적인 표지도 어느 정도 필요한 것이 아닌가 생각할 수 있기 때문이다. 이를테면 2개의 층이 한 개의 층으로 트여질 수도 있고 건물바닥의 일부 멸실이나 증축으로 변화가 충분히 일어날 수 있다. 따라서 동법이 요구하는 물리

적 표지는 그러한 인위적인 변경을 막는 효과가 어느 정도는 있을 것이다.

그러한 점에서 독일 주거소유권법(WEG)상 특별소유권의 예외에 해당한다고 할 수 있는 차고주차구역(Garagenstellplätze)에 관한 부분이 주목된다. 차고는 분명히 상가건물과 같은 완전한 독립성(Absgeschlossenheit)이 요구될 필요가 없음은 당연할 것이다. 그렇다면 우리의 가변적인 상가도 독일의 차고에서의 구획설정과 같은 의미를 지닐 수 있을 것이다. 그런데 독일의 차고주차구역에 있어서도 “그 바닥면(Flache)이 지속적인 표식(dauerhafte Markierung)에 의해 분명한 경우에 독립된 공간으로서 간주된다”고 정하고 있다. 이것은 우리의 상가건물의 구분소유에서도 충분히 고려될만한 주의점이 아닌가 생각된다. 단순한 상가의 ‘임대’ 관계가 아니라 ‘소유’의 문제에 있어서는 이용의 편리라는 이유로 물건의 특정성과 공시성이 쉽게 완화되어서는 곤란하다는 생각에서 그러하다.⁹³⁾

제 4 절 스위스

1. 개 관

(1) 연 혁

스위스에서도 다른 유럽국가와 마찬가지로 민법전 제정 당시까지 다층건물소유가 관행상으로 널리 인정되었다. 그 후 스위스 민법전에서 ‘Superficies solo cedit’ 원칙에 따른 규정을 두어 건물의 구분소유가 간접적으로 금지되었다. 그러나 당시까지 이미 존재하였던 계층소유권은 동법 부칙 제17조 1항의 ‘이 법 시행시에 존속 중인 물권은 토지등기부에 이를 기재하면 신법하에서도 효력을 가진다’는 경과조

93) 같은 의견으로 이준현, 워크숍 자료집, 2012 참조.

치에 의하여 인정되었다. 스위스 민법에서 이처럼 다층건물 구분소유를 금지했던 까닭은 법적 이유와 경제적 이유 등을 들 수 있다. 즉, 종래 경제질서의 잔존물이었던 계층소유권은 화폐경제시대에서는 그 존재의의가 거의 없었기 때문이었다. 또한 계층소유권에 대한 등기가 곤란한 점과 계층소유권이 인정된 주택에 대한 법적 분쟁이 빈번했다는 점 등이 금지의 원인이었다.

그러나 제2차 대전 후에 스위스에서도 계층소유권을 인정하여야 할 사회적 필요성이 생겼다. 그 이유로는 건축 대지의 부족과 그 가격의 등귀로 현존하는 대지의 합리적 이용이 촉구되었다는 점과 구법시대의 계층소유권이 실제로는 많은 주에서 존속되어 오고 있었다는 점, 그리고 비교법이나 경험상으로 계층소유권이 분쟁의 터전이 된다거나 등기부상 이를 명료하게 공시할 수 없다는 등의 난점이 극복될 수 있다는 것이 인식되었다는 점과 당시의 스위스 민법의 체계나 관점으로는 당시에 존재하였던 계층소유권에 대한 합리적인 규율이 불가능하다는 점 등을 들 수 있다. 스위스는 구분소유의 재도입을 내용으로 하여 1962.7.12 의회에 제출한 <민법 제4장[공유와 층소유]의 개정법률안>(Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung des 4. Teils des Zivilgesetzbuches [Miteigentum und Stockwerkeigentum])이 1964. 11. 24 의회를 통과하여 1965. 1. 1부터 시행되었다. 계층소유권에 관해서는 스위스 민법 제4편 물권법 제1부 제19장 제3절(§ 712a-712t)에서 규정하고 있다.

(2) 스위스민법(ZGB)의 구분소유권

독일법과 마찬가지로 스위스법에서도 토지의 공유자 사이의 계약 또는 토지의 단독 소유자의 의사표시에 의하여, 계층소유권을 토지등기부에 등기함으로써 구분소유권이 설정되어 구분소유관계가 성립한다. 그리고 설정행위에 즈음하여 구분소유관계에 적용되는 규칙 내지

규약을 정할 수 있다. 직접적으로 설정행위에 참가하지 않는 구분소유자는 이 규칙 내지 규약을 인식하여 구분소유관계에 들어가게 된다.

스위스법에서는 독일법이나 프랑스법과 달리 건물을 계층소유권자 전원이 공유하며, 다층건물소유권자는 부동산의 공유지분권을 가진다. 즉, 계층소유권은 토지의 공유지분이며, 그 내용은 건물의 특정부분(전용부분)에 대한 배타적 이용권이다. 다층건물소유권자는 건물의 일정한 부분을 배타적으로 이용하고 내부시설을 할 수 있는 전용권(Sonderrecht)을 갖는다. 전용권의 객체는 독자적인 통로를 가지는 주택 또는 사업 기타의 목적을 위한 공간의 단위인 건물의 각층 또는 층의 일부이며 분리된 공간을 포함한다. 한편 다층건물소유권자는 다른 다층건물소유권자의 다층건물소유권 행사를 방해할 수 없으며, 건물의 공용부분·공동시설·공동설비를 손상하거나 그 기능과 외관을 침해할 수 없다. 또한 건물을 완전한 상태로 미관에 맞게 보존하고 이에 필요한 정도로 소유공간을 유지하여야 한다. 전용부분과 공용부분의 범위는 기본적인 부분에 대해서는 규정되어 있으나, 그 외의 부분에 대해서는 설정행위 또는 다층건물소유권자 사이의 합의에 의하여 자유롭게 정할 수 있다. 그리고 공용부분으로 하는 취지의 선언이 이루어지지 않는 한, 전용부분으로 추정된다.

스위스 민법의 개정은 당연히 구분소유의 재도입에 비중을 둔 부동산등기법(GBV)의 개정으로 이어졌다.⁹⁴⁾ 그 내용을 간략히 요약하면, 구분소유권의 가등기와 법정선매권에 대한 지침(제71조 a)과 이용·관리규정의 등기(제52조 a), 그리고 1987.11.18의 개정으로 삭제된 구분소유자단체의 규약등기를 들 수 있다.⁹⁵⁾

94) U.Fasel, Grundbuchverordnung (GBV) Kommentar, 2008, Einl. N.19f.

95) 이는 본질적인 사항만을 민법(ZGB)에 규정하고 일반적으로 부동산등기법에 자유를 부여하여 의식적으로 모든 기술적인 사항을 입법자에게 위임한 E.Huber의 입법방향(GBV, Einl. N.65)과 합치한다.

2. 구분소유법제

(1) 스위스 부동산등기법(GBV)상 다층건물소유권

1) 부동산등기부의 특별한 기능

이처럼 부동산등기법에서 공유와 구분소유, 그리고 건축권(Baurecht)의 경우 부동산질권[설정]서에 모든 정보를 완전하게 기재하도록 요구함에 따라 심지어 토지질권자까지도 그의 법적 권리를 정확하게 파악할 수 없을 정도로 실무의 법률관계가 지극히 복잡하게 됨에 따라 등기부관리의 부담경감을 목적으로 1987.11.18의 개정이 이루어졌다.⁹⁶⁾ 그 결과 이제는 모든 등기된 권리와 우선부담의 기입을 요구하지 않게 되었다.

부동산등기부는 미시적으로 해당 소유자와 제한물권자, 물상부담, 부동산질권자, 기타 권리자, 그리고 거시적으로 국민과 국가의 이익에 기여하는 정보도구이다.

이 가운데 다층건물소유권에 관한 스위스 부동산등기법 규정을 보면:

부동산등기법(GBV) 제33조

1 항 공동소유의 지분이 개별 공유자의 이름에 따른 구체적 내용(절반, 1/3 등)을 적시하여 기재되어야 한다.

부동산등기법 제33a조 [Stockwerkeigentum] 제1항 다층건물소유권은 부동산 또는 건축권의 등기부면(Hauptbuchblatt)에 소유권란에 등기된다.

제 2 항 등기사항은 다음으로 한다:

- a. 개별 층의 등기부면의 번호;
- b. 백분율 또는 천분율로 표시된 개별 층의 지분(평가분);

96) GBV, Einl. N.42.

- c. 다층건물소유권의 소유권관계의 표시(StWE);
- d. 기입일;
- e. 원인증서(설정계약 또는 설정의사표시)의 표시;
- f. 근거자료의 표시.

제33b조 제1항 공간적 위치, 경계와 그 층단위(Stockeinheit)의 구성은 설정행위에서 명확하고 특정되어 표시되어야 한다.

2) 다층건물소유권의 등기

다층건물소유권은 주등기부의 소유권구에 기입하며 소유권자를 기재하지 않고 주등기부를 적시하여 별도의 장에 다층건물소유권을 구성하는 지분을 기입한다.⁹⁷⁾ 그리고 부동산표제부에 다층건물소유권의 내용, 즉 상가, 창고, 아틀리에 또는 주거와 같은 사용용도와 소재지를 포함하여 설정행위와 공간분할계획을 기재한다.⁹⁸⁾

다층건물소유권의 등기는 창설적 효력(konstitutive Wirkung)을 가지며, 이는 등기가 다층건물소유권의 취득요건임을 말한다.⁹⁹⁾ 다층건물소유권의 등기신청을 위하여 증명자료와 구분계획(Aufteilungsplan)을 첨부하여야 하고, 도면에는 공간적 위치, 경계와 그 층단위의 구성은 전부 설정행위에서 명확하고 특정하여 표시되어야 한다(Art. 712d ZGB). 다층건물소유권을 설정하는 경우에 구분계획은 건물신축에 앞선 신청의 필수적 성립요건이며, 등기관은 부동산 또는 건축권면과 층면에 <건물신축 전 StWE의 설정>취지를 기재한다.¹⁰⁰⁾ 개별권리(Sonderrecht¹⁰¹⁾)의 대상이 되는 공간과 다층건물소유권의 공용부분에

97) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Hrsg. von Honsell/Vogt/Geiser, 4.Aufl., 2011, Art.942 Nr.26a f. (Schmid).

98) Basler Komm/Schmid, Art.942 Nr.18.

99) GBV, Art. 33b N.7.

100) Art. 33c Abs. 1 GBV.

101) 전유부분에 상응하는.

대한 도면(예를 들어 개별 층에 대한 평면설계와 단면설계)을 포함하는 구분계획은 개별권리의 행사와 관계된 다양한 사실을 구체화하고 시각화하는 보조수단이며 필요한 경우 등기를 설명하고 명확화한다.

설정행위에 공간적 위치, 경계와 그 층단위(Stockeinheit)의 구성이 명확하고 특정되어야 한다는 사실은 신청인이 (1) 설정계약이 지분(평가분)관계, 보조공간과 약정 특별이용권의 뜻을 포함하고, (2) 개별권리의 대상이 되는 주공간과 보조공간 및 공용부분에 관한 다층건물소유권규약, 그리고 (3) 부동산등기기술상 증명력을 가지는 특별권리의 대상이 되는 공간과 대지에서 공용부분을 표시하는 구분계획을 등기관에게 제출하여야 하고 등기신청시에 이 요건이 충족되어야 함을 의미한다.¹⁰²⁾

마지막으로 입법자는 원칙적으로 건물신축 前 다층건물소유권을 등기하도록 의무화하여 신용제공자가 등기부에 등기된 물적 담보를 신용에 대한 반대급부로 취득할 수 있도록 함으로써 계획시기로부터 매매에 동의하도록 규정하여 토지소유권의 유동화요구를 충족한다.¹⁰³⁾ 등기부에 기재된 때로부터 실질적으로 - 착공과 완공 여부를 따지지 않고 - 다층건물소유권이 성립하고 물적 권리와 의무의 객체가 된다 (BGE 107 II 221; BGE 114 II 127).¹⁰⁴⁾ 그 결과 다층건물소유권이 성립한 후 건물이 신축되지 않거나 설계와 달리 건축된 경우 법률효과가 뜨거운 문제로 나타난다.

3. 시사점

결국 스위스등기법의 입법태도는 다층건물소유관계의 공시와 시장경제의 수요를 동시에 추구하는 복합적인 기능을 수행한다고 평가되

102) GBV, Art. 33b N.4f.

103) GBV, Art. 33c N.4f.

104) GBV, Art. 33c N.5.

며 이는 세심하고 명확한 공시방법의 제시가 없이 상가건물의 구분소유권관계가 제대로 운용될 수 없음을 보여준다.

결론적으로 집합건물의 구분소유권을 인정하고 이를 기초로 하여 법률관계를 원활하게 전개하기 위하여는 이를 위한 공시제도의 확립이 절실하다. 이러한 측면에서 우리나라의 현행 집합건물법은 소홀한 부분이 적지 않으며, 이는 법률현실에서 등기가 결여된 건물관계가 적지 않다는 사실에서 더욱 그러하다.

제 5 절 일 본

1. 개 관

(1) 집합건물의 현황

일본은 우리나라와 마찬가지로 건물은 독립된 부동산으로 취급된다. 그러나 집합건물은 주로 주거용(맨션)이며 상업용 집합건물은 찾아보기 어렵다. 따라서 상업용 집합건물에서 주로 문제되는 전유부분의 분할이나 합병¹⁰⁵⁾에 관한 논의도 찾아보기 어렵다.

(2) 건물의 구분과 합병

맨션의 경우에도 전유부분의 합병이나 분할의 문제가 발생할 수 있다. 일본의 부동산등기법 제54조, 제55조, 제56조는 건물의 구분이나 합병 등기 절차에 대해서 규정하고 있다.

일본의 표준관리규약에서는 대지나 공용부분의 지분비율을 별표의 형태로 규정하도록 하고 있다. 따라서 전유부분의 합병이나 분할이 있는 경우에 규약의 개정 문제도 발생한다.

105) 일본에서는 분할은 부속건물을 별개의 건물로 분리하는 것을 말하며, 우리나라의 분할은 구분건물의 구분이라고 한다. 합병은 구분건물의 합체라고도 한다.

2. 구분소유법제

(1) 건물의 구분소유에 관한 법제의 연혁

1) 민법의 건물 구분소유 규정

구분소유권제도에 관한 규정은 일본의 구민법 재산편(明治23년)의 제40조에 다음과 같이 등장하고 있다.

일본 구민법 제40조

- ① 수인이 가옥의 일부를 구분하여 각 그 일부분을 소유할 때에는 상호의 권리 및 의무는 다음과 같이 규정한다.
- ② 각 소유자는 이격(離隔) 가능한 소유물과 같이 자기의 지분을 처분할 수 있다.
- ③ 제반의 조세 및 건물, 그 부속물의 공용부분에 관한 대·소 수선은 각자의 지분의 가격에 비례하여 부담한다.
- ④ 각자는 자기에 속한 부분에 관한 비용을 혼자 부담한다.¹⁰⁶⁾

본 규정을 수정승계하여 건물의 구분소유에 대해서는 明治29년·1896년에 공포된 민법전의 2개 조항에서 다시 다음과 같이 규정하게 된다.

일본 민법 제208조(건물의 구분소유)(昭和37년·1962년 삭제)

- ① 수인이 한 동의 건물을 구분하여 각 그 일부를 소유하고 있는 때에는 건물 및 그 부속물의 공유부분은 그 공유에 속하는 것으로 추정한다.
- ② 공유부분의 수선비 및 그 외의 부담은 각자의 소유부분의 가격에 응하여 이를 나눈다.¹⁰⁷⁾

106) 日舊民法 第40条 - ① 数人ニテ一家屋ヲ区分シ各其一部分ヲ所有スルトキハ相互ノ權利及ヒ義務ハ左ノ如ク之ヲ規定ス

② 各所有者ハ離隔せる所有物の如くに自己の持分を処分することを得

③ 諸般ノ租税及ヒ建物並ニ其付属物ノ共用ノ部分ニ関ル大小修繕ハ各自ノ持分ノ価格ニ応シテ之ヲ負担ス

④ 各自ハ己レに属スル部分ニ関ル費用ヲ一人ニテ負担ス

107) 日民法 第208条 - ① 数人ニテ一棟ノ建物ヲ区分シ各其一部ヲ所有スルトキハ建物

제257조(경계선상의 공유물의 분할제한-互有)

전 조의 규정¹⁰⁸⁾은 제229조¹⁰⁹⁾에서 규정하는 공유물에는 이를 적용하지 않는다.¹¹⁰⁾

위 두 규정은 당시 일본의 구분소유건물의 대부분이 단순한 단층나 열식의 구조로 된 가옥에만 규정되는 것이었고 더욱 이들의 가옥도 구분소유의 소유형태를 가지고 있었던 것은 극히 적었기 때문에, 이처럼 간단한 규정만으로 ‘건물의 구분소유’에 대응하는 것이 가능하다고 보았던 것으로 보인다. 또, 208조의 규정은 서양조(西洋造)의 가옥에도 대응이 가능하다고 보았다.¹¹¹⁾

그러나 제2차세계대전 후, 도시에서의 건물의 근대화·고층화가 진행되고 중고층의 구분소유건물이 공단(公團)·공사(公社) 그리고 민간 기업을 중심으로 주거용·점포용·사무소용으로 공급되기 시작하였는데, 이러한 계층적(階層的) 구분소유에 있어서는 공용부분의 범위가 넓고 그 관리·사용 등에 관하여 다양한 문제의 발생이 예상되고 또 구분소유권 상호간의 조정, 구분소유권과 대지사용권과의 관계에 대해서도 문제의 발생이 예측되기 때문에 위의 민법 2개조만으로는 이들의 문제에 대하여 대응하는 것이 곤란하여 건물의 구분소유관계를 규율하는 새로운 입법이 요청되기에 이른 것이다.¹¹²⁾

2) 1962년 구분소유법 제정

1962년 구분소유법은 중고층빌딩 형식의 구분소유건물의 이용이 막 시작되려는 시기에 제정된 법으로, 이미 사회에 발생하고 있는 문제

及其付屬物ノ共用部分ハ其共有ニ屬スルモノト推定ス

② 共用部分の修繕費其他ノ負擔ハ各自ノ所有部分ノ價格ニ應シテ之ヲ分ツ

108) 日民法 第256条 (共有物の分割請求・不分割特約)

109) 日民法 第229条 (境界線上の設置物の共有推定)

110) 日民法 第257條-前條ノ規定ハ第208條及ヒ第229條ニ掲ケタル共有物ニハ之ヲ適用セス

111) 梅謙次郎, 「民法要義·物權法」, 有斐閣, 1911, 108면.

112) 濱崎恭生, 「建物区分所有法の改正」, 法曹會, 1989, 2면 참조.

에 대처하기 위함보다는 장래에 발생하리라 예상되는 문제에 대하여 미리 대처하기 위해 제정된, 戰後 민사입법례로는 드물었던, 시대를 앞선 입법이었다. 1962년 구분소유법의 존재로 1962년 구분소유법의 입법 후 맨션 붐으로 대량의 맨션이 공급되는 과정에서 발생할 수 있는 법적 혼란을 방지할 수가 있었다.¹¹³⁾ 또한 구분소유권에 대한 연구도 1962년 구분소유법의 제정 전까지는 구분소유권에 대한 연구가 전무한 상태였고¹¹⁴⁾, 비로소 1962년 구분소유법에 의해 구분소유라고 하는 처음으로 제도로써 명확하게 등장하였다.¹¹⁵⁾

1962년의 구분소유법은 민법 종래의 제도로부터 발생하는 대립을 가능한 회피하면서 제정된 법이다. 예를 들면, 토지와 건물을 별도의 부동산으로 취급하는 것에 대하여 구분소유법에서 변경하지 않고 입법함에 따라¹¹⁶⁾ 집합건물에서 건물과 토지를 별개의 부동산으로 보고 각각의 다른 권리의 목적물로 취급할 수 있도록 되어버린 문제점 등이 발생하였고, 특히, 현실적으로는 발생하기 어려우나, 법률적으로는 가능한, 집합건물에서 전유부분과 대지사용권의 일체화가 이루어지지 않아 각각 별개로 처분가능토록 하여 부동산등기법상의 문제, 관리상의 문제 등이 발생할 여지가 존재하였다.

또한 관리에 관해서는 1962년 구분소유법은 예를 들면, 규약의 설정·변경, 공용부분의 변경은 원칙적으로 구분소유자 전원의 합의에 의하도록 하였으나, 이는 구분소유자의 自由權은 확보 가능하나 공동관리의 견지에서 보면 이러한 합의의 요건이 상당히 경직되어 있는 점, 공동의 질서에 따르지 않는 자에 대한 유효·적절한 조치가 규정되어 있지 않아 원활한 구분소유관계 유지가 어려운 점 등¹¹⁷⁾이 문제점으로 지적되었다.

113) 濱崎恭生, 전거서, 1989, 3면.

114) 白羽祐三, “区分所有權”, *ジュリスト* 118号, 有斐閣, 1956, 10면.

115) 丸山英氣, “区分所有法の変遷と法構造變化”, *マンション学* 第29号, 日本マンション学会, 2008, 3면.

116) 丸山英氣, 「区分所有法」, 大成出版社, 1984, 7면.

117) 濱崎恭生, 「改正区分所有法の概要」, 社団法人商事法務研究会, 1983, 4면.

3) 1983년 구분소유법 대개정

1983년의 대개정 작업은 1962년법의 지금까지 지적되어 왔던 문제점들을 중심으로 이루어졌다. 첫째, 규약의 설정·변경, 공용부분의 변경이 구분소유자의 전원일치에서 4분의 3이라는 특별다수결의로 완화되었다. 둘째, 관리자의 訴訟追行權이 인정되었다. 셋째, 관리를 위한 단체에 구분소유자의 당연 구성원제도를 신설하였다. 넷째, 의무위반자에 대한 조치규정을 신설하였다. 재건축이 일정의 객관적 요건을 충족하는 경우에 구분소유자의 5분의 4이상의 합의로 그 결의가 완성되도록 하였다. 다섯째, 임차인 등의 점유자의 권리의무규정을 신설하였다.¹¹⁸⁾

특히 재건축에 관한 규정을 중심으로 보면, 맨션붐으로 인해 대량공급된 맨션이 건축 후 상당기간이 경과됨에 따라 노후맨션의 급격한 증가가 예상되는 가운데, 1983년법에서는 구분소유권 및 의결권의 각 5분의 4이상으로 재건축 결의를 완성하도록 규정하고 있었으나, 객관적 요건의 불명확성 등의 이유로 인해 구분소유자 간 또는 구분소유자와 구분소유자 단체 간 등에서 심각한 대립이 있어 왔다. 1983년법 제62조 제1항(재건축결의)의 ‘구분소유법(1983년 개정법) 제62조(재건축결의)- 노후, 손상, 일부의 멸실 그 외의 사유에 의해 건물의 가액 그 외의 사정에 비추어 건물이 그 효용을 유지하고 또는 회복하는 데에 過多한 費用을 필요로 하기에 이른 때는, 집회에서 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4이상의 다수로 건물을 철거하고 건물의 대지에 새로이 주 사용목적에 동일하게 하는 건물을 건축하는 내용의 결의를 할 수 있다’¹¹⁹⁾ 고 하는 객관적 결의요건을 충족하여야 하는데, 규정

118) 丸山英氣編, 전게서, 14면.

119) 区分所有法 第62条 (建替え決議) 第1項一 老朽、損傷、一部の滅失その他の事由により、建物の価額その他の事情に照らし、建物がその効用を維持し、又は回復するのに過分の費用を要するに至ったときは、集会において、区分所有者及び議決権の各5分の4以上の多数で、建物を取り壊し、かつ、建物の敷地に新たに主たる使用目的

의 ‘費用의 과다 요건’¹²⁰⁾(노후 등으로 인해 건물이 그 효용을 유지하고 또는 회복하는 데에 재건축보다도 과다한 비용을 필요로 하는 것)의 충족요건에 대한 해석의 명확성의 규명이 매우 어려워 재건축에 반대하는 구분소유자들에 의한 재건축 결의무효 소가 계속 제기되어 왔었다. 결국 구분소유법이 당면하고 최대 과제인 재건축에 관한 규정을 중심으로 전면 대개정의 지적을 받아들여, 이것이 2002년의 구분소유법 전면 대개정으로 이어지게 되었다.

4) 2002년 전면 대개정

맨션 재고의 증가와 이에 따른 유지관리문제, 재건축문제의 해결을 위한 입법적 모색을 위하여, 일본에서는 「건물의 구분소유 등에 관한 법률(이하, 2002년 개정된 구분소유법에 대해서는 개정법, 그 외의 통칭에 대해서는 구분소유법이라고 한다)」을 전면적으로 개정(平成14년·2002년 12월 4일 개정, 平成15년·2003년 6월 1일 시행)하였으며, 이와 함께 재건축의 사업법적·절차적 성격을 가지는 「맨션의 재건축 원활화 등에 관한 법률(이하, 재건축 원활화법이라고 한다)」을 입법·시행(平成14년·2002년 12월 18일 시행)하는 등, 맨션에 관한 법령이 빠른 속도로 늘어나고 있다.

일본 역시 맨션이 일반적 주거양식으로 자리를 잡았음에도, 건물의 관리, 수선, 복구·재건축 등에 관해 다양한 문제점이 지적되었고¹²¹⁾, 특히 관리 및 재건축에 관련한 분쟁의 빈번한 발생으로 구분소유자의 이익에 중대한 영향을 끼치게 되어 구분소유법을 재정비하여 이러한 개별의 분쟁을 예방하고자 전면 대개정 작업으로 이어졌음을 알 수

を同一とする建物を建築する旨の決議をすることができる。

120) 동일하게 우리의 집합건물법도 제47조에서 過多한 費用(일본법에서 사용하고 있는 ‘과분’대신 ‘과다’를 채택하였으나 내용상의 차이는 없는 것으로 본다)에 대해 규정하고 있다.

121) 大野武, “区分所有制度の法律構成に関する一考察”, マンション学 第12号, 日本マンション学会, 2001, 83면.

있다. 또한 2002년의 개정법이 완성되기까지 法制審議建物部會, 法制審總會, 中間試案, 要綱案 등의 경과를 거치었고 이러한 일련의 작업은 전례 없는 입법화 과정으로 나타나고 있다.¹²²⁾

2002년의 구분소유법의 개정 내용은 크게 다음과 같다. 첫째, 제17조의 공용부분의 변경의 개정, 둘째, 공용부분의 유지관리에 관한 관리자의 권한 강화, 셋째, 집회·결의 및 규약·의사록 등의 전자화, 넷째, 복구결의 후의 매수청구권 규정의 정비, 다섯째, 재건축 결의요건의 완화, 여섯째, 단지 내 건물의 재건축 승인결의, 일곱째, 단지 내 건물의 일괄재건축결의 도입 등이다.

(2) 종래 구분소유권의 요건

구분소유권 제1조에 따르면 건물의 구분소유라는 제목 하에, “1동의 건물에 구조상 구분된 수개의 부분으로 독립하여 주거, 점포, 사무실 또는 창고 기타 건물로서의 용도에 제공할 수 있는 것이 있는 때에는 그 각 부분은 이 법률이 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적이 될 수 있다.”고 규정하고 있다.

1) 구분소유권의 대상이 되기 위해서는 1동의 건물이어야 한다.

대규모의 도시재개발에 즈음하여 건물이 인공지반 위에 존재하는 경우나 공중이나 지하에 접속되는 등 복잡한 형태, 구조의 건물이 건설되는 경우가 있기 때문에, 이것이 ‘1동의 건물’에 해당하는지가 문제가 되고 있지만 구체적인 경우에 따라 건물의 구조, 외관, 이용형태, 기능 등이 일체화되고 공통되어 있는지에 대한 판단요소로서 사회통념에 따라 종합적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

122) 飯島正ほか, “座談會 区分所有法等の改正と今後のマンション管理”, *ジュリスト* 1249 有斐閣, 6면.

2) 건물의 부분이 구분소유권의 대상이 되기 위해서는 구조상의 독립성과 이용상의 독립성이라는 두가지의 요건을 구비해야 한다.

첫째, 건물의 구분소유권의 대상이 되는 건물부분은 독립된 물적 지배에 적합한 것이어야 하므로, 구조상 구분되어 있는 것이 필요하다. 구조상 구분되어 있다라고 하는 것의 의미는 이제까지 일반적으로는 건물의 구성부분인 격벽, 계층(바닥 및 천장) 등에 의하여 다른 부분과 차단되어 있는 것을 의미한다고 해왔다.¹²³⁾

그런데 1981년의 최고재판소 판결은 “건물의 구분소유등에 관한 법률 제1조에서 말하는 구조상 구분된 건물부분이라 함은, 건물의 구성부분인 경계벽, 계층 등에 의하여 독립된 물적 지배에 적합한 정도로 다른 부분과 차단되어 있고 그 범위가 명확한 건물부분을 말하는 것으로 반드시 주위의 전부가 완전히 遮蔽되어 있을 것을 요하지 아니한다고 해석하는 것이 상당하다”고 하여(최고재판소 1981년 6월 18일 제1소법정 판결 民集 第35卷4号798頁) 구분의 명확성에 중점을 두고 있고 구조상의 독립성에 관하여 완전히 차단되어 있을 것을 요건으로 하지는 않는다.

리딩케이스

최고재판소 1981년 6월 18일 제1소법정 판결 民集 第35卷4号798頁

판례요지

1. 건물의 구분소유등에 관한 법률 제1조에서 말하는 구조상 구분된 건물부분이라 함은, 건물의 구성부분인 경계벽, 계층 등에 의하여 독립된 물적 지배에 적합한 정도로 다른 부분과 차단되어 있고 그 범위가 명확한 건물부분을 말하는 것으로 반드시 주위의 전부가 완전히 遮蔽되어 있을 것을 요하지 아니한다.

123) 川島一朗 「建物の区分所有等に関する法律の解説」 法曹時報14卷6号16頁

2. 구조상 다른 부분과 구분되고 또한 그 자체로서 독립된 건물로서의 용도에 제공될 수 있는 외형을 가지는 건물부분은 그 중의 일부에 다른 구분소유자들의 공용에 제공된 설비가 설치되어 있더라도, 위 공용설비가 당해 건물부분의 소부분을 차지하고 있는데 그치고 그 나머지 부분으로 독립된 건물의 경우와 실질적으로 다르지 않은 모습의 배타적 사용에 제공될 수 있고 또한 다른 구분소유자들에 의한 위 공용설비의 이용, 관리에 의하여 위 배타적 사용에 특별한 제한 내지 장애가 발생하지 않고, 반면 이러한 사용에 의하여 공용설비의 보존 및 다른 구분소유자들에 의한 이용에 영향을 미치지도 아니하는 경우에는, 건물의 구분소유등에 관한 법률에서 말하는 전유부분에 해당된다.
3. 건물의 1층부분에 있는 차고 내에 건물의 공용설비로서 벽의 안쪽 부근 두 군데에 오취배출을 위한 배기관이 설치되어 있고 출입구 부근의 바닥 세 군데에 배수용 맨홀이 설치되어 있더라도, 이러한 것들이 차고 내의 극히 근소한 부분을 차지하고 있는데 불과하고 또한 이것이 있기 때문에 건물의 관리인이 일상적으로 차고에 출입할 필요가 생기는 것도 아닌 등, 원판결의 사실관계 하에서는 위 차고는 건물의 구분소유 등에 관한 법률에서 말하는 전유부분에 해당된다.

이 판결에 대한 재판연구관의 판례해설에 의하면,¹²⁴⁾ 이 판결은 “물적 지배의 가능 여부는 사회통념에 따라 결정할 것으로서, 격벽(경계벽)의 존재 및 그 구조만으로 파악할 것이 아니라, 당해 건물의 이용형태, 이용 목적을 고려하여 개별적인 사건에서 구체적으로 판단해야 한다는 취지”에 기한 것이라고 한다.

둘째, 건물의 부분은 독립하여 주거, 점포, 사무소 또는 창고 기타 건물로서의 용도에 제공할 수 있는 것일 것, 즉 이용상의 독립성이 제2의 요건이라고 해왔다. 독립된 이용에 제공되는 것이 아니라면 건물의 구분소유를 인정할 필요가 없기 때문이다. 법문에 건물로서의 용도로서 들고 있는 것은 예시이고 그 밖에 교실, 의원, 강당, 극장

124) 遠藤賢治 「最高裁判所 判例解説 民事編 1981年度」, 388頁

등 용도의 여하를 묻지 않는다. 이용상의 독립성이라 함은 그 부분이 독립된 출입구를 가지고, 직접 외부로 통해 있는 것을 말한다고 해석되고 있다. 또한 외부와의 통행의 직접성에 대해서는 복도, 계단실, 엘리베이터실 등의 공용부분을 통하여 연결되어 있어도 된다. 그러나 옆방을 통행하지 않으면 외부에 출입할 수 없는 건물의 부분에는 이용상의 독립성이 없다고 한다.

(3) 구분소유권의 요건에 관한 최근의 변화

1) 개 관

위에서 서술한 바와 같이 구분소유권의 요건으로서는 구조상, 이용상이라는 두 가지의 독립성이 필요하다고 해 왔지만, 최근의 학설은 요건의 실질적 내용을 구체적으로 명확하게 하려는 경향이 있다.

즉 구조상의 독립성이라 함은 경계벽, 바닥슬라브 등에 의한 완전차단성이라고 하더라도, 그 유무와 정도는 건물의 용도, 이용목적에 관계되고 또한 이용상의 독립성으로 외부와의 직접성이 있는 출입구의 유무, 그 위치, 전용설비의 유무/정도를 말하고 있지만, 이것들도 또한 구조와 관계되고 두 요건은 모두 상호 관련되어 있어서 별개 독립된 요건이라고 해서는 안된다고 한다.¹²⁵⁾ 이 학설은 전유부분이 되는 건물부분인지 여부에 대한 판단기준으로서 (1) 구분(경계)의 명확성이 있을 것, (2) 차단성이 있을 것, (3) 외부와의 통행의 직접성이 있을 것, (4) 전용설비가 마련되어 있을 것, (5) 공용설비가 마련되어 있지 않을 것을 든다.¹²⁶⁾ 또한 위 요건에 부가하여 이용적 관점을 중시하는 학설도 있다.¹²⁷⁾ 최근의 학설은 구분소유권성립의 요건을 실질적, 구체적으로 설명하고자 한다.

125) 玉田弘毅 『注解建物区分所有法(1)』 (1978)55頁

126) 玉田弘毅 『注解建物区分所有法(1)』 (1978)55頁

127) 丸山英氣 「区分所有建物の法律問題」 67頁

2) 구조상의 독립성에 관한 판단

당초에는 구조상의 독립성이라 함은 건물의 구성부분인 격벽, 문, 천장, 마루 등에 의하여 완전히 차단된 것이라고 생각되고 있었다. 그 때문에 襖나 障子(종이로 바른 장지문) 등으로 구분되어 자유롭게 지나다닐 수 있는 경우에는 구분소유권의 성립이 부정되었지만,¹²⁸⁾ 탈착이 용이하지 않은 베니어합판으로 기존 건물부분과 구분지어 증축한 경우¹²⁹⁾나 판자벽에 의한 구분이 되어 있는 경우에는 구분소유권의 성립을 인정하였다.

셔터 등에 의하여 구분되어 있는 경우에 완전한 차단성이 있는지가 문제가 되었는데, 구분소유건물로서의 등기를 인정할 것인지에 대한 등기실무에 의하면 출입구 이외의 곳이 셔터,¹³⁰⁾ 목제의 문,¹³¹⁾ 셔터 및 유리문¹³²⁾ 등으로 구분되어 있는 점포, 신축건물은 구분소유권의 대상이 된다고 하였다. 이를 참조하여 위 1981년 최고재판소 판결은 완전차단성이라는 요건을 불필요하다고 하고 주위 3면을 블록벽으로 구분하여 출입구에 4각기둥, 쇠파이프가 설치되어 주위와 명확하게 구분되어 있는 차고에 대하여 구분소유권을 인정하였다.

학설은 최고재판소판결 이전부터 구조상의 독립성의 의미로서 ① 구분소유권의 성부가 문제가 되는 당해 건물부분을 다른 부분으로부터 외형상 구별할 수 있는 경계표지 내지 구분점의 명확성이라는 의미와 ② ‘이용상의 독립성’을 확보하기 위하여 필요한 일정한 구조를 가진 격벽의 존재라고 하는 의미를 구별하여,¹³³⁾ 구분의 명확성과 차단성을 구별하고 있고 나아가 기준을 좀 더 실질화하여 구체적 판단을 중시하고 있다.

128) 동경고등재판소 1956년 12월 19일 판결

129) 센다이고등재판소 1963년 11월 30일 판결

130) 1965년 3월 1일 民三發第307號 民事局 第3課長 回答, 區分建物登記先例解說 23頁

131) 1961년 12월 7일 民甲第3317號 民事局長回答 登記關係先例集追Ⅳ 954頁

132) 1967년 9월 25일 民甲第2454號 民事局長回答 登記關係先例集追Ⅳ 1135頁

133) 玉田=森泉章=半田正夫編『建物区分所有權法』60頁 (荒川重勝 집필부분)

따라서 구분소유권의 성립에 대해서 중요한 것은 그 대상이 되는 부분이 다른 곳과 구별되어 명확하게 되어 있는 것이다. 즉 물리적, 구조적인 독립성이라 함은 다른 부분으로부터 구별되어 독립된 이용을 하기에 적합한 공간, 즉 입방체의 존재이고, 그 독립된 이용이 보장되는 구조를 가지는 것이다. 이러한 의미에서는 구분의 명확성을 확연하게 표시하는 것이 완전한 차단성이었던 것이다.

여태까지는 완전한 차단성에 역점을 두고 있었지만, 구분의 명확성이 분명하다면 완전한 차단성을 구비할 필요는 없다고 할 것이다. 따라서 외부로의 문이 없는 경우(에어 카텐), 영업중에는 전혀 벽이 없고 폐점 후에만 셔터에 의하여 차단되는 방식의 점포의 경우¹³⁴⁾뿐만 아니라, 격벽이 없더라도 바닥(마루)에 항구성이 있는 적당한 경계표지가 새겨져 있는 경우 등에는 구분소유권의 성립이 인정된다는 학설도 있다.¹³⁵⁾¹³⁶⁾

차단성이라 함은 경계벽, 바닥슬라브, 문 등에 의한 차단이 실제로 되어 있는 것인데, 어느 정도까지 완전한 차단성이 필요한지는 결국 건물의 용도, 이용목적과의 관계에서 상대적으로 결정되어야 하는 것이라고 정리할 수 있을 것이다.

3) 이용상 독립성의 기준의 판단

이용상 독립성이라 함은 건물과 그 건물 내에 거주하고 영업하고 생활을 영위하는 인간과의 관계를 보여주는 개념으로 그곳에서 완결된 생활을 영위할 수 있는 것을 의미한다. 따라서 독립되고 완결된 생활을 영위하기 위해서는 다른 건물부분을 경유하지 않고 직접 외부로 왕래할 수 있을 것, 즉 독립된 출입구의 존재가 필요하게 되는 것이다.

134) 전계 1967년 9월 25일 民甲第2454號 民事局長回答 登記關係先例集追IV 1135頁

135) 玉田弘毅『無隔壁区分所有の問題』, 不動産研究 8(4), 13-16, 1966-10

136) “이것에 대해서는 그 건물부분이 구분 또는 경계가 객관적으로 명확하게 되어 있으면 전유부분이 될 수 있고, 그 명확화의 방법으로는 바닥에 항구성이 있는 적당한 경계표지를 새겨넣는 등으로 충분하다고 생각된다.” 丸山英氣『改訂版 区分所有法』(2007)26頁

이러한 점에 대해서는 기존 건물에 증축하여 평면적인 횡의 관계에 있어서 통행의 직접성이 문제가 되는 경우와 기존건물에 2층을 증축하여 입체적인 상하 관계에서의 통행의 직접성이 문제가 되는 경우가 있다. 모두 증고층건물이 아니라 목조 단층 건물, 이층 건물 정도에서 문제가 되는 것이 통례이다. 전자의 경우는 증축부분에 독립된 출입구가 없고 기존 건물을 통해야만 외부에 출입할 수 있다고 하여, 구분소유권의 성립이 부정된 것이 많다.¹³⁷⁾ 후자의 경우에는 일반적으로 다른 건물의 방 안의 梯子段(계단?)을 통행하여 외부에 출입하는 경우에 구분소유권의 성립이 부정되었다.¹³⁸⁾ 그러나 목조 2층 건물에서의 개별 구체적인 이용상황에 따라 판단하고 있어서 밑층을 통하지 않고 직접 위층으로 통하는 계단, 출입구가 있는 경우¹³⁹⁾나 이층에 통하는 계단이 일층 실내에 있는 경우에는 구분소유권의 성립을 긍정한 예가 있다.¹⁴⁰⁾

4) 구분소유권의 성립에서 그 용도, 사용목적에 적합한 전용설비

주거용의 경우뿐만 아니라 차고, 창고, 관리사무실(관리인실) 등에 관한 판례가 다수 존재한다.

3. 시사점

일본의 구분소유법제에 따르면 독립성이 요건이지만, 판례에 의해 완화되어가는 추세이다. 앞서 우리나라에서 구분점포에서 부동산등기가 되어 있더라도 법원에서는 무효등기로 보아 이러한 무효등기에 기한 경매실행은 무효라는 결론에 이르는 반면, 일본에서는 이러한 사례를 찾을 수 없었다. 이는 등기실무를 얼마만큼 엄격하게 하느냐의 차이에서 비롯된 것이라고 생각한다.

137) 여러 개의 하급심 판결.

138) 최고재판소 1969년 7월 25일 판결

139) 오사카지방법재판소 1954년 11월 12일 판결

140) 동경고등재판소 1959년 6월 11일 판결

그리고 2005년 부동산 등기사무취급절차준칙 개정으로 인하여 건물의 등기능력에 대한 태도가 변화되었음에 유의할 필요가 있다. 개정 전 제136조는 제1항에서 “건물이란 둘레벽(周壁) 또는 이와 유사한 것을 갖추고, 토지에 정착한 건조물로서 그 목적으로 하는 용도에 제공될 수 있는 상태에 있는 것을 말한다.”고 규정하고 제2항에서 “건물인지 여부를 정하기 곤란한 건조물에 대하여는 다음의 예시¹⁴¹⁾로부터 유추하여 그 이용상황 등을 감안하여 판정해야 한다.”고 하여 예시를 하였다. 2005년 개정을 통해 “건물의 인정에 관하여는 다음의 예시¹⁴²⁾에서 유추하여 그 이용상황 등을 감안하여 판정하는 것으로 한다.”라고만 규정하여 이전의 외기분단성, 정착성, 용도성에 관한 내용을 삭제하였다. 따라서 건물의 등기능력은 확대되고 모든 건축물도 일정한 요건만 갖추면 모두 등기할 수 있도록 가능성을 높이고 등기가 다양한 건축물의 물권변동에 대한 공시 기능을 실질적으로 하게 되었다.¹⁴³⁾ 우리나라와 유사하지만 확연히 다른 점이라 할 것이다.

제 6 절 해외법제의 시사점

1. 건 물

대부분의 성문법규에는 건물 또는 집합건물에 관한 규정이 들어있다. 건물의 유형과 그 물리적 기준에 관하여는 건축법규나 계획법규

141) 건물이 아닌 것의 예시 : ① 주차장의 승강장 및 하물집하장(단, 상실(上室)이 있는 부분에 한정), ② 야구장이나 경마장의 관람석(단, 지붕이 있어야), ③ 육교를 이용하여 축조한 점포, 창고 등의 건조물, ④ 지하주차장, 지하주차장 및 지하도의 건조물, ⑤ 원예, 농경용의 온상시설(단, 반영구적일 것)

건물이 아닌 것의 예시 : ① 가스탱크, 석유탱크, 급수탱크, ② 기계 위에 건설된 건조물, ③ 부선(解船)을 이용한 것(단, 고정된 것 제외), ④ 아케이드를 쓰운 상점가, ⑤ 용이하게 운반할 수 있는 매표소,

142) 예시는 개정 전과 동일.

143) 김판기, 개방형 축사 등 동식물 관련 건축물의 등기에 관한 연구, 한양법학 20권 3집, 2009. 8, 165면 참조.

에서 규율하는 경우가 대부분이지만, 일부 구분소유법에서는 건물의 연식과 물리적 기준에 관한 명문의 규정을 두기도 한다. 대부분의 법률들은 집합건물은 예외 없이 구분소유의 대상이 될 것을 요건으로 하지만, 일부 법률에서는 집합건물의 일부만 구분소유의 대상이 되고 나머지에 대하여는 가령 상이한 공유자의 공유관계가 여전히 유지되는 것을 허용하기도 한다. 어떤 법률은 각각의 건물은 최소한 일정수의 전유부분으로 분할될 것을 요건으로 하기도 한다. 또 어떤 법률은 하나하나가 전유부분인 단독건물들을 묶어서 집합건물로 인정하기도 하고, 다른 법률 중에는 각각의 건물이 일정수 이상의 전유부분으로 분할될 것까지는 요구하지 않지만 적어도 전유부분이 전체적으로 일정수 이상일 것은 요구하기도 한다. 수개의 단일공간 혹은 복합공간 건물로 이루어진 집합건물은 많은 나라에서 인정된다.

2. 구분소유권

실무에서는 집합건물이 어떻게 전유부분과 공용부분으로 분할되는지를 보여주는 공정증서의 등기가 구분소유권의 효력발생요건이 된다. 그와 같은 등기가 창설적 효력을 가지는 많은 입법례에서는 등기에 의하여 구분소유권이 창설된다. 등기가 선언적 효력을 갖는 다른 입법례에서 등기는 이미 성립한 구분소유권을 확인하고 또한 당사자 사이에서만 아니라 거래의 당사자가 아닌 제3자에 대해서도 구분소유권이 구속력을 갖도록 한다. 이러한 차이 외에도 기본문서의 형식과 내용에 있어서도 서유럽 국가들 사이에 차이가 있다.

서유럽의 많은 나라들은 구분소유권의 창설을 목적물소유자의 의사에 좇아서 또는 다른 방식으로 할 수 있도록 하고 있다. 소유자의 의사에 좇은 창설은 단독소유자가 법률의 규정에 따른 단독행위에 의하여 목적물을 출연하거나 목적물을 공유하는 자들 사이에서 목적물을

구분소유의 대상으로 하고 그들 사이에서 전유부분으로 분할하기로 합의하는 경우를 말한다. 건설업계에 거대 부동산개발업자가 등장하고 특히 금융기관이 앞 다투어 개발업자에게 대출을 늘리면서 공유자들 사이의 합의는 인기를 잃어갔다. 이밖에도 일부 국가에서는 예외적인 경우에 법원의 명령(대부분 공유자들 사이에 결정에 이르지 못한 경우), 수용, 나아가 경우에 따라서는 시효에 의해서도 구분소유권을 창설할 수 있다.

목적물을 구분소유하고자 한다는 단독소유자의 단독행위나 공유자 사이의 약정은 일반적으로 공정증서로써 하여야 한다.

제 5 장 시사점에 기반한 개선방안

제 1 절 이용권의 활성화

1. 개 관

물권법은 一物一權主義의 원칙에 따라 하나의 물건에는 하나의 소유권이 있음을 선언하고 있다. 이 원칙은 주로 공시의 원칙을 관철시켜야 한다는 이유에서 비교적 엄격하게 요구하고 있다. 민법상의 엄격한 一物一權主義는 아파트, 상가, 대규모 빌딩 등 고가의 건물인 경우에는 원활한 거래가 이루어질 수 없다는 문제점이 있다. 즉 고가·대규모의 건물을 일괄처리하는 것은 시대의 요청에 맞지 않아 객관적으로 독립된 하나의 건물의 일부라도 독립된 물건으로 취급할 수 있는 요건을 갖추었다면 일정한 요건과 당사자의 의사에 따라 구분소유권의 객체로 할 수 있도록 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 “집합건물법”이라 함)」을 제정하였다. 그리하여 집합건물의 각 구분되는 부분이 그 독립성을 유지하면 각각 독립한 물건으로 인정받을 수 있는 등기제도를 마련하고 있다. 이것이 구분소유권이다.

집합건물법에 의하면 주거용 집합건물은 주거용 단독건물에 준하여 엄격하게 그 독립성을 요구하고 있으나, 상업용 집합건물은 시대의 요청에 따라 여러 차례 개정을 통하여 그 구분소유권의 취득요건 내지 물건성을 완화하였다.¹⁴⁴⁾ 집합건물법 제1조의2에 의하면, i) 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것, ii) 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 “판매시설등”이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일

144) 집합건물법 제1조의2 참조.

것, iii) 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것, iv) 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것 등 이상의 요건을 갖추면, 1동의 건물이 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 것으로 보아 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)을 각각 소유권의 목적으로 할 수 있도록 규정하고 있다.

그런데 여기서 상업용 집합건물의 구분소유권은 그 취득시 및 존속상으로도 민법상 물건에 관한 일반원칙¹⁴⁵⁾과 집합건물법상의 규정이 엄격히 적용되는가가 문제된다. 이러한 문제는 i) 소유자를 달리하는 인접 상가의 벽을 허물고 합병하여 지분권으로登記하는 경우와 ii) 단순히 합체 개조하여 사용하는 등 변경登記 없이 이용상의 효용을 극대화하여 사용·수익하는 방법에서 나타난다. 전자의 경우에는 부동산登記법 제105조 내지 제108조에 의하여 건물의 분할합병, 구분합병, 합병 등의 방법으로 권리관계를 명확히 할 수 있다. 그러나 후자의 경우에는 법적 보호의 태두리 밖에서 합법도 불법도 아닌 모호한 관계에서 비일비재하게 이루어지고 있다. 법률상 방치되어 있는 합체가 성행하는 이유는 i) 상가건물의 신축시 충분한 고려없이 획일적으로 건물을 구분하여 구분소유권의 객체로 하는 경우가 많다는 점, ii) 구분소유권登記 후에도 이용권자의 이윤추구와 사회경제적 요구에 따라 적합한 변경을 요구받게 된다는 점, iii) 부동산登記법상 합병에 의한 지분권의 취득으로의 해결방안이 마련되어 있지만 건물의 위치에 따른 경제적 가치가 다르기 때문에 소유자들의 이해관계를 조절하기 힘들다는 점, iv) 구분건물 소유자들은 이용권자(주로 임차인)에게 비교적 단기 간만 구조변경을 허용하다가 원상복구를 바라지만, 임차인들이 구분소유권의 객체를 유용하게 이용하기 위해서는 민법상 물건의 멸실에 준

145) 건물의 신축의 경우에는 지붕, 기둥 및 주벽이 갖추어져야 독립한 물건으로 인정되고, 존속중 물건성의 판단에 있어서는 건물이 일시사용을 위한 명백한 것이 아닌 객관적·외형적으로 물건의 독립성을 잃었고 과도한 비용을 들이지 않고는 원상복구가 불가능하다면 물건의 멸실로 본다.

하는 구조의 변경을 요하고, 그 임차기간 또한 상권형성 여부에 따라 예측할 수 없을 정도로 연장된다는 점 등을 들 수 있다.

따라서 우선 소유권의 객체로서 건물의 물권성에 관하여 검토한 후 합체의 경우에 나타나는 법리문제, 가령 1물권성을 검토하고, 여기서 문제되는 이용권의 활성화를 위한 새로운 해결방안을 모색한다.

2. 一物一權主義와 구분소유권 객체의 멸실

(1) 성립상의 一物一權主義

1) 일반론

물권의 객체인 물건은 민법 제98조에 의거하여 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”을 말하고, 토지 및 그 정착물은 부동산으로 규정하고 있다(민법 제99조 제1항).

민법은 “토지의 정착물은 토지에 따른다.”라는 서구 법제의 원칙과 달리 토지뿐만 아니라 그 정착물도 부동산으로 다루고 있다. 토지의 정착물은 토지에 고정되어 쉽게 이동할 수 없는 물건을 말한다. 대표적인 정착물로는 건물이 있고, 그 밖에 수목, 교량 그 밖의 시설물들이 이에 속한다. 토지의 정착물은 토지와 별개의 부동산으로 다룰 것인가 여부는 공시방법을 갖추었느냐의 여부에 따라 판단한다. 토지와 건물은 공시방법을 갖추 수 있는 대표적인 물건이고, 명인방법을 갖춘 수목은 독립된 부동산으로 보는 것이 판례의 태도이다.¹⁴⁶⁾ 다만 교

146) 대결 1998.10.28. 98마1817.; 그러나 여기에 관해서도 물권법의 규정은 이론상 명확하지 않고 서로 모순되는 면이 존재한다. 즉 민법 제99조에 의하여 토지의 정착물이 부동산이라고 규정하고 있는데, 이는 물건의 개념에서부터 출발하므로 이론상 “수목은 독립한 물건으로서 부동산이다.”라는 선언이 전제되어 있는데도, 판례에 의하면 명인방법을 갖추지 않은 수목은 토지에 부합하여 별개의 부동산으로 다루어지지 않는다. 즉 판례에 의하면 “수목은 독립된 물건이다”라는 민법 제99조 제1항의 명제를 부정하고, “명인방법을 갖추지 않았거나 입목법에 의하여 등기되지 않은 보통의 수목은 독립된 물건(부동산)이 아니다.”라고 선언함으로써 자기모순에 빠진다.

량 등 그 밖의 시설물은 원칙적으로 독립한 부동산이 아니지만, 타인의 토지에 정당한 권원에 의하여 설치한 경우에는 토지에 부합되지 않고 독립한 부동산으로 다루어진다.

토지의 정착물 중 건물은 가장 대표적인 독립된 부동산이고, 건물등기부에 의하여 공시된다.¹⁴⁷⁾ 다만 건축중인 건물이 언제 독립된 부동산이 되느냐와 철거중인 건물이 언제 독립성을 잃는가 하는 문제는 소유권의 취득시점, 소멸시점을 결정짓는 기준으로서 당사자들의 중대한 이해관계가 얽혀 있으므로 명확한 기준 제시가 요망된다.

2) 신축중인 건물의 소유권 취득시점

신축중인 건물의 취득시점과 철거중인 건물의 소멸시점은 거래관념에 의하여 판단한다.

건물의 소유권 취득시점은 그 독립성을 가지게 되는 시점, 즉 최소한의 기둥과 주벽 및 지붕이 갖추어진 때라는 것이 일관된 판례의 태도이다.¹⁴⁸⁾ 그러나 이러한 판례의 태도는 오늘날에도 단독건물의 일반 원칙으로는 관철될 수 있지만, 집합건물의 경우에도 일관되게 적용될 수 있는지는 의문이다. 집합건물의 경우에는 신축건물이 지상층 부분의 골조공사가 이루어지고 있는 등 아직 완공되지 않았더라도 일부분(지하층부분)에서 구분소유권의 객체(대상)가 될 수 있는 구조를 갖추었다면 신축건물은 독립된 건물로서의 요건을 갖추었다고 한다.¹⁴⁹⁾ 그

147) 부동산등기법 제14조, 제15조 참조.

148) 대판 2001.1.16. 2000다51872.

149) 대판 2003.5.30. 2002다21592·21608 참조. 그러나 판례는 그 소유권관계에 있어서는 달리 보고 있다. “건물이 설계도상 처음부터 여러 층으로 건축할 것으로 예정되어 있고 그 내용으로 건축허가를 받아 건축공사를 진행하던 중에 건축주의 사정으로 공사가 중단되었고 그와 같이 중단될 당시까지 이미 일부 층의 기둥과 지붕 그리고 둘레 벽이 완성되어 그 구조물을 토지의 부합물로 볼 수 없는 상태에 이르렀다고 하더라도, 제3자가 이러한 상태의 미완성 건물을 종전 건축주로부터 양수하여 나머지 공사를 계속 진행한 결과 건물의 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도로 건물을 축조한 경우에는, 그 구조와 형태가 원래

러나 이후의 판례에 의하면 “구분소유가 성립하는 시점은 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점이라고 할 것이므로, 건축공사가 중단될 당시까지 종전 건축주에 의하여 축조된 미완성 건물의 구조와 형태가 구분소유권의 객체가 될 수 있을 정도가 되었다고 하더라도 마찬가지이다.”¹⁵⁰⁾라고 판시한다. 대법원 2003.5.30. 선고 2002다21592·21608 판결의 경우에는 경매에 의하여 신축중인 건물의 철거를 막기 위해 법정지상권 성립에 관한 민법 제366조를 적용한 판례이고, 대법원 2006.11.9. 선고 2004다67691 판결은 신축중인 건물의 일부에 관하여 구분소유권의 객체가 완성된 상태에서 이를 타인이 양수하여 건물을 완공시킨 경우 이미 완공시킨 구분소유권의 객체에 관한 소유권 취득을 누가 할 것인가가 쟁점인 사건이다. 구체적 타당성을 위한 판례의 태도는 이해가 되지만, 전자에 의하면 구분소유권의 객체가 1개 이상 완성된 건물은 미완의 건물일지라도 건물전체에 대한 소유권의 객체를 인정할 수 있다는 것이고, 후자의 경우 구분소유가 성립하는 시점은 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점이라고 판단하고, 따라서 신축중인 건물의 매도인은 건물의 일부를 건축하여 구분소유권의 객체가 완성된 부분의 소유권을 취득하지 못한다는 것이 전제되어 있다. 이 점에 관한 양자는 서로 상반되는 판단을 하고 있다고 평가할 수 있을 것이다. 그렇다면 신축중인 집합건물에서 구분소유권의 객체가 성립하여 원시취득하는 시점에 관하여 구분소유권의 객체가 완성된 시점으로 볼 것인가 아니면 건물

의 설계 및 건축허가의 내용과 동일하다고 인정되는 건물 전체를 하나의 소유권의 객체로 보아 그 제3자가 그 건물 전체의 소유권을 원시취득한다고 보는 것이 옳고, 건축허가를 받은 구조와 형태대로 축조된 전체 건물 중에서 건축공사가 중단될 당시까지 기둥과 지붕 그리고 둘레 벽이 완성되어 있던 층만을 분리해 내어 이 부분만의 소유권을 종전 건축주가 원시취득한다고 볼 것이 아니다.”(대법원 2006.11.9. 선고 2004다67691 판결)

150) 대판 2006.11.9. 2004다67691 참조.

이 완공된 후 건축물대장에 구분소유건물로 등록된 시점으로 볼 것인가가 문제된다. 사건으로는 집합건물을 구분소유건물로 할 것인가는 건축설계시부터 당사자의 의사가 반영되어 있는 것이고, 위 대법원 2006.11.9. 선고 2004다67691 판결의 사실관계에서와 같은 특수한 경우조차도 매도인에게 완성된 구분소유권의 객체를 원시취득하게 하더라도 매도인으로서 매수인에게 이전해야 할 계약상의 의무가 있고 매도인이 보존등기 후 이전등기를 해주지 않을 경우 매수인은 매도인의 권리를 대위행사할 수도 있어서 특별한 문제는 없어 보인다. 따라서 대법원 2003.5.30. 선고 2002다21592·21608 판결에서와 같이 1동의 건물의 각 구분소유권의 객체는 그 완성으로 성립한 것으로 해석해도 무방해 보인다.

3) 집합건물법상 구분소유권

한편 집합건물법 제1조의2에 의하면 구분점포의 경우에는 더욱더 취득요건이 완화되어, 1동 건물의 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상이고 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고, 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙이면 1동의 건물이 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 것으로 보아 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)을 각각 소유권의 목적으로 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 표지가 불분명한 경우 등 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 설령 “집합건축물관리대장에 독립한 별개의 구분건물로 등록되어 있고 부동산등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있다 하더라도 구분소유권의 객체가 될 수 없다.”는 것이 판례의 태도이다.¹⁵¹⁾ 집합건물법

151) 대법원 2010.1.14. 자 2009마1449 결정. “1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 이용상은 물론 구조상으로도 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하고, 그 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로, 구

제1조의2는 구분점포도 구분소유권의 객체로 할 수 있게 하기 위한 요건을 규정한 것이고 판례는 이를 엄격하게 해석한다. 그러나 구분점포의 경계를 표시하는 바닥표지와 건물번호표지의 부착여부에 따라 구분소유권의 객체여부가 결정되어 권리관계의 변동을 초래하게 되는데, 이는 손쉬운 요건에 비하여 권리관계의 변동을 초래하는 결과를 낳는다는 점에서 형평의 원칙에 반한다고 볼 수 있어서 재고의 여지가 있어 보인다. 더욱이 현실적으로 대형매장용 상가건물을 분양하는 경우 구분소유권의 객체는 건축설계도면을 참고하지 않으면 알 수 없는 정도로 구조상 독립성을 전혀 확보하지 않고 있음에도 구분소유권의 객체로 등기된 경우는 비일비재하다. 이 경우 대법원 2010.1.14. 자 2009마1449 결정에서와 같이 구분소유권의 객체를 구조상·이용상의 독립성을 엄격히 해석하여 그 등기를 무효로 할 것인지, 나아가 무효로 다루어야 할 실익이 무엇인지 의문이다.

결국 구분소유권의 등장으로 전통적인 판례의 엄격한 해석은 그 변화를 요구받고 있다고 할 것이다. 즉 구분소유권의 객체는 특히 상가건물에 있어서는 물리적 형태 등 구조상의 독립성보다도 토지에서와 같이 면적과 3차원적 위치, 건축도면(지적도), 등기여부의 요건에 의하여 결정하여야 할 과제를 낳고 있다고 할 것이다.

4) 구분소유권 보존등기의 무효에 따른 후속 권리관계

상가건물의 구분점포를 구분소유권의 객체로 하기 위해서는, 구조상·이용상의 독립성을 엄격히 요구하지 않고, 집합건물법 제1조의2에 따

조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다. 그리고 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립할 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 매각허가를 받고 매수대금을 납부하였다 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다.”

라 건물의 바닥면적의 합계가 1천 제곱미터 이상이고 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고, 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙이면 각각 구분소유권의 목적으로 할 수 있다. 판례는 견고한 경계표식을 엄격하게 요구하고 있는데,¹⁵²⁾ 이는 공시방법을 관철시키기 위함이 아니라 일반건축물에 요구되는 구조상·이용상의 독립성을 대체하는 표식으로 판단하고 있다. 즉 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 구조상 독립성이 요구된다고 보고 있다. 이로써 집합건축물관리대장에 독립한 별개의 구분건물로 등록되어 있고 부동산등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있다 하더라도 구조상 독립성이 없다면, 구분소유권의 객체가 될 수 없다는 것이 판례의 일관된 태도이다.

그런데 현실에서는 상가건물의 신축과 구분점포의 등기과정에 민법상 물권법정주의와 집합건물법은 거의 개입되지 않고, 주로 건축법과 부동산등기법상의 절차 및 규율조항이 적용되는 경향이다. 즉 구분점포로 설계된 건축도면을 첨부하여 관할 관청으로부터 허가를 받거나 신고를 하고, 건축을 한 뒤 준공허가를 받게 되고, 이어서 건축물대장이 만들어지며, 나아가 이를 토대로 보존등기가 이루어지게 된다. 이 과정에 구분점포의 경계표가 견고하게 부착되어 있는지를 실질적으로 심사하여 구분점포의 건축물대장 및 보존등기의 가능성을 걸러주는 장치가 없다. 판례의 엄격한 잣대는 사후적인 통제기능을 발휘할 뿐, 흔히 이루어지고 있는 무효인 보존등기를 막지 못하고 있다. 무효인 보존등기를 기초로 이전등기가 순차적으로 행해지게 되고, 보존등기의 유효성이 다투어지게 될 경우 사회적 파장과 무익한 소송비용의 낭비가 예견되고 있으며, 현행 법령상 사전에 이를 막는 장치는 없어 보인다.

152) 대법원 2010.1.14. 자 2009마1449 결정 참조.

한편 판례에 의하면 물적 지배범위를 명확히 할 필요성에서 구조상 독립성을 요구한다고 하고 있으나, 현실적으로는 구조상 독립성이 없음에도 불구하고, 당사자의 합의에 의해서, 그리고 건축도면에 의해서 큰 분쟁없이 구분점포를 지배하고 있다. 반면에 대법원 2010.1.14. 자 2009마1449 결정에 의하면 시행사가 원시적으로 구분점포로 분양한 집합건물의 소유권을 원시취득하게 될 뿐¹⁵³⁾, 구분소유권 보존등기도 무효이고, 이로써 전전 매수한 매수인은 소유권을 취득하지 못한다. 나아가 구분점포는 독립성이 없어서 구분소유권의 객체가 되지 못하면, 무효등기임이 확인된 후에도 매수인은 매도인을 상대로 등기청구권을 행사할 수 없게 된다. 만일 10년이 경과하여 시효가 완성된 경우에는 매수인은 계약상의 권리도 행사할 수 없게 된다. 즉 시행사에게 애초부터 소유권이 잔존하는 것이 되고, 수분양자 및 전전 매수한 매수인은 법률상 아무런 권리도 없게 된다.¹⁵⁴⁾ 더욱이 분쟁시점에 시행사인 법인이 이미 해산하고 없는 경우에 당해 집합건물의 소유권은 누구에게 귀속될 것인가? 현행법 해석상으로는 무주물이 되고, 국유에 속하게 된다.

결국 이러한 문제점을 해결하자면, 건축단계에서 무효인 구분소유권의 등기를 막는 법적 장치를 마련하여 무효등기의 양산을 막든가, 아니면 당사자의 합의 및 건축도면에 의해서 물적 지배범위를 명확히 할 수 있다는 점에 착안하여 경계표식이 없는 구분점포의 등기도 허용하는 방안으로의 입법이 요망된다할 것이다.

153) 사동천교수의 의견 : 이 경우 따라서 구분점포는 집합건물위에 존재하는 하나의 소유권의 구성부분에 지나지 않는다.

154) 사동천교수의 의견 : 매수인에게 점유권을 생각해 볼 수 있으나 이 또한 구조상 독립성이 없는 물건의 구성부분에 대해 인정될 것인지는 의문이다.

(2) 존속상의 一物一權主義

1) 일반론

구분소유권의 객체가 존속중에 구조상·이용상 독립성을 상실하게 되는 합병·합체가 이루어지게 되면, 구분소유권은 소멸하게 되고, 기존의 구분소유권은 새롭게 탄생된 구분점포 위에 지분권으로 잔존하게 된다.

여기서 합병의 경우에는 부동산등기법에 의하여 절차가 마련되어 있으나, 구분소유권 위에 제3자의 권리(가령 저당권)가 존재하는 경우에는 합병할 수 없도록 제한하고 있다. 만일 구분소유권을 달리하는 구분점포 간에 합병이 이루어지게 되는 경우에는 기존의 구분소유권은 새롭게 탄생한 구분점포 위에 지분권으로 잔존하게 된다. 그러나 이러한 합병제도는 구분점포가 위치에 따른 가치차이가 엄연하고, 구분소유권 위에 제3자의 권리가 존재하는 경우가 많아서 사실상 이용 가치가 없는 제도로 전락하고 말았다.

현실에서는 합병 대신에 합체가 주로 이루어진다. 합병은 새롭게 탄생하는 구분점포에 대해 공유관계의 설정의사가 있는 경우이고, 합체는 구분소유자간에 그러한 의사의 합치 없이 이용상의 효용을 극대화하기 위하여 이용상·구조상 독립성을 상실시키는 경우라고 할 수 있다. 여기서 합병에 대해서는 부동산등기법상 일정범위에서 그 제도를 마련하고 있으나, 합체의 경우에는 현실적인 빈번한 이용에도 불구하고 법테두리 밖에서 관행적으로 이루어지고 있다.

2) 구분점포의 합체에 따른 후속 권리관계

구분점포의 구조상·이용상 독립성을 상실하면, 구분소유의 객체를 인정하지 않는 것이 일관된 판례였으나, 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물

로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 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 보는 예외적인 판례가 있다.¹⁵⁵⁾ 이 판례의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

“이 사건 각 점포는 1994. 12.경 건축되었는데 당시에는 각 점포의 경계상에 경계벽이 설치되어 있었고, 각 점포는 1995. 12. 20. 근저당권이 설정되고, 그 후 임차인이 위 점포를 임차하여 슈퍼마켓으로 사용하기 위해서 임대인의 동의하에 점포간의 벽을 허물고, 현재까지 사용하여 왔으며, 근저당권에 기해 임의경매가 개시되었는데, 이 사건 각 점포가 구분건물로서의 독립성을 상실하였다는 전제하에 그 실제 현황이 등기부상의 표시와 일치하지 아니한다는 이유로 경매신청을 기각한 경매법원의 결정에 대하여 재항고인의 항고를 기각하였다. 한편 이 사건 각 점포가 건축될 무렵 시행된 건축물대장의기재및관리등에관한규칙(1996. 1. 18. 건설교통부령 제46호로 개정되기 전의 것) 제5조는, 건축주로 하여금 건축공사가 완료된 후 사용검사를 신청함에 있어 관할 관청에 건축물현황도면을 제출하도록 규정하고 있는바, 당초 설치되어 있던 이 사건 각 점포의 경계벽이 철거된 것은 위 각 점포를 슈퍼마켓으로 사용하기 위한 일시적인 방편에 불과할 뿐 임대차계약기간이 종료될 경우 언제든지 원상태로 복원될 가능성이 있을 뿐만 아니라, 이를 복원함에 있어 그다지 과다한 비용이 소요될 것으로도 보여지지 아니하고, 또한 구분건물에 대한 소유권보존등기 신청시에는 부동산등기법 제132조 제3항에 따라서 소정 평면도 등을 제출하여야 하고, 등기소는 이를 도면편철장에 편철하여 영구히 보존하고 있다.”

155) 대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정.

판례는 이러한 이유를 들어 이용상·구조상 독립성은 상실하였으나, 위 각 점포의 위치와 면적을 특정할 수 있다고 판시하고 있다.

판례의 태도를 종합하면, 구분점포의 구분소유권 보존등기는 구조상·이용상 독립성을 엄격히 요구하고 있으나¹⁵⁶⁾, 존속상의 경우에는 물적 지배범위를 명확히 할 필요성에서 구조상·이용상 독립성을 요구한다고 보기 때문에, 설령 구조상·이용상 독립성을 상실했다라도 영구보존되는 건축도면 등에 의하여 물적 지배범위를 명확히 할 수 있다면, 구분점포의 합체가 이루어져 새로운 구분소유권의 객체가 탄생하였더라도 기존의 구분소유권은 존속하는 것으로 보고 있다.¹⁵⁷⁾ 이로써 소유권을 달리하는 구분점포 간의 합병은 건축물현황도면을 영구보존하고 있어서 물적 지배범위를 명확히 할 수 있으므로, 공유관계의 성립이 부정된다고 확대해석할 수 있을 것이다.

문제는 판례의 이러한 태도는 민법 및 집합건물법상으로는 그 타당성을 논할 수 있어도, 건축법과 관련시켜 보면 또 다른 문제점을 낳게 된다. 항을 바꾸어 검토하기로 한다.

3) 판례에 의한 합체의 인정과 건축법과의 관계

건축법상 건물을 증·개축하는 경우에 허가 또는 신고를 하여야 하고, 허가 또는 신고서를 접수한 관할청은 대장에 그 사실을 기재하여야 한다. 뒤이어 대장에 기재되면, 대장을 기초로 등기가 이루어지게 된다. 건축물현황과 그에 부합하는 소유권 변동(지분등기 포함)이 함께 이루어지는 경우에는 아무런 문제가 없다. 그러나 합체의 경우에는 소유권은 구 구분점포에 따라 존속하게 되고, 건축물현황은 증·개축된 내용대로 변경하여야 하는데, 소유권의 변동없이 합체된 집합 건축물을 표시할 방법이 현행제도상 없다.

156) 대법원 2010.1.14. 자 2009마1449 결정 참조.

157) 물론 기타 화복가능성, 과도한 비용을 요하지 않을 것이라는 등의 이유를 설시하고 있기는 하다.

구분소유자는 현행법상 일정기간 내에 신고하면 과태료처분을 면하지만, 신고서를 접수한 관할청은 대장을 변경할 방법이 없게 된다. 만일 당사자 의사와 관계없이 대장상의 권리표시를 변경하게 되면, 결국 각각의 구분소유권은 지분권으로 기재되고, 다시 등기부상 공유관계가 창설되게 된다. 더욱이 위 대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정판례에서와 같이 구분점포위에 제3자의 권리가 있어서 부동산 등기법상 합병이 허용되지 않는 경우에는 건축물 현황과 소유관계를 일치시켜 표시할 수 있는 방법이 없게 된다. 결국 이러한 상황에서는 행정청의 입장에서는 물적 현황을 파악하기 곤란하여 건물관리감독이 문제될 것이다.

전술한 바와 같이 집합건물이 신축되는 경우에 있어서 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못한 구분점포의 경우에는 무효인 대장과 등기가 순차적으로 이루어지지만, 이를 제제할 수 있는 방법이 없다. 실질적 심사권이 주어지거나 건축도면에 의하여 물적 지배관계를 명확히 할 수 있는 경우이므로 집합건물법 제1조의 2를 더욱 완화할 필요성을 갖게 된다.

4) 보존등기가 무효인 구분점포의 합체에 따른 후속 권리관계

구분점포의 성립상 견고한 경계표식이 없는 경우에는 집합건물법 제2조의1에 의하여 구분소유권의 객체로 할 수 없고, 설령 절차상 메커니즘을 이유로 등기가 행해졌더라도 무효인 보존등기가 되고, 이로써 이전등기를 받은 수분양자 등 매수인은 소유권을 취득하지 못한다.

물론 견고한 경계표식을 손쉽게 할 수 있는 경우에는 매수인은 매수인의 지위에서 매도인이 시행사에게 청구할 수 있을 것이고, 이로써 다시 보존등기절차를 이행하거나 법이 허용하는 범위에서 무효등기를 유용할 수도 있을 것이다.

구분소유권 등기가 무효인 구분점포를 합체하는 경우에는 또 다른 법률문제가 발생할 여지가 있다. 즉 권리자를 달리하지만 등기가 무

효인 이웃한 구분점포를 합체하여 이용상·구조상 독립성을 확보한 경우에 권리관계는 더욱 복잡해진다.

(3) 소멸상의 一物一權主義와 회복 가능성

물건이 사회관념상 객관적으로 멸실되면 그 위에 존재하던 물권은 소멸한다. 따라서 멸실한 건물의 보존등기를 새롭게 신축한 건물의 보존등기로 유용하는 것은 멸실된 건물과 신축된 건물이 동일한 건물이라 할 수 없으므로, 그 등기유용은 허용되지 않는다.¹⁵⁸⁾ 마찬가지로 집합건물이 전부 멸실되면 그 집합건물상의 구분소유권은 당연히 소멸하고, 설령 집합건물이 다시 신축되었더라도 새로운 구분소유권의 객체가 되는 것이지, 기존의 구분소유권이 회복되는 것은 아니다.

다만 집합건물의 일부인 구분소유권의 객체가 멸실되었지만, 그 집합건물이 여전히 잔존하는 경우에는 구분소유권의 회복가능성을 열어 둘 필요가 있다. 즉 전부멸실과 달리 일부멸실의 경우 가령 각 구분소유권자 중 1인 소유의 전유부분과 공용부분이 멸실된 경우에 만일 그 멸실된 부분을 신축한다면, 멸실된 구분소유의 보존등기를 무효로 보고, 그 집합건물과 별도로 신축한 부분의 보존등기를 새롭게 해야 할 실익이나 별도의 보존등기 가능성이 없다. 결국 집합건물에서 멸실한 구분소유권의 객체를 복구하는 경우에는 새로운 물권의 취득으로 볼 수 없고, 멸실한 물권의 회복으로 다루어져야 할 것이다. 이에 대해서 집합건물법 제50조 제1항에 의하면 건물가격의 2분의 1 이하에 상당하는 건물 부분이 멸실되었을 경우에는 각 구분소유자는 멸실한 공용부분과 자기의 전유부분을 복구할 수 있도록 규정한다. 물론 이 경우에 그 집합건물 자체가 철거된 경우에는 구분소유권의 복구는 허용되지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 멸실건물의 보존등기를 신축건물의 보존등기로 유용할 수 없다고 판시한 대법원 1976.10.26. 선

158) 대판 1976.10.26. 75다2211 참조.

고 75다2211 판결은 집합건물의 일부멸실에 관해서는 적용될 여지가 없다고 할 것이다.

3. 상가건물의 합체시 사법상 법률관계

(1) 구분소유 건물의 합체로 인한 부합의 법리와 그 예외

1) 부합의 법리에 관한 원칙

구분소유 건물이 사실상 영구히 합체된 경우에는 부합의 법리가 적용된다.¹⁵⁹⁾ 당사자간의 합의가 있는 경우에는 합의의 내용에 의하여 소유권자가 정해지고, 당사자간의 합의가 없는 경우에는 원칙적으로 주된 건물의 소유권자가 합체된 건물의 소유권을 취득하지만, 구분소유권의 객체인 상가건물이 합체된 경우에는 주종 구별을 할 수 없으므로, 구분소유권자들의 권리는 합체된 상가건물위에 지분권으로 존속한다.

이 경우 전유부분간의 합체시에는 전유부분의 구분소유권자 전원의 합의가 있어야 하며, 전유부분과 공용부분의 위치가 달라지는 등 변경을 초래하는 경우에는 공용부분의 지분권자 전원의 합의도 있어야 한다. 일부 구분소유권자의 공용부분(가령 상가 1층의 복도)의 이용은 그 일부 구분소유권자 전원의 합의로도 정할 수 있고(집합건물법 제14조, 제15조, 제16조 제2항, 제28조), 합의가 없는 경우에는 그 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의하여 공용부분 여부가 결정된다.¹⁶⁰⁾

159) 대법원 1962.1.31. 선고, 4294민상445판결.

160) 대법원 2007.7.12. 선고 2006다56565 판결(집합건물에 있어서 수개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단 기타 구조상 구분소유자의 전원 또는 그 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 공용부분으로서 구분소유권의 목적이 되지 않으며, 건물의 어느 부분이 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는지의 여부는 소유자들 간에 특단의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의하여 결정되어야 할 것이다.); 대법원 2005. 6. 24. 선고 2004다30279 판결.

요컨대 사법상 권리관계에 관해서는 사적자치가 적용되어 공법적 규제의 영역이 아니다. 다만 공법상 일정한 시설기준을 정한 경우와 세법에 따른 세무관계에는 이 범위에서 공법의 적용을 받는다. 가령 소방법상 일정한 시설요건, 건축법상 일정한 시설요건 등이 그러하다. 따라서 상가건물의 합체로 인하여 일부 구분소유권자에 속한 공용부분의 변경 및 이용에 관해서는 그 구분소유권자 전원의 합의로도 정할 수 있으며, 공법적으로 사법의 영역인 권리관계에 관여할 수 없다.

2) 부합의 법리에 관한 예외

특히 상가건물과 같이 인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, ① 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고, ② 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 그 복원이 용이한 것이라면 각 구분건물은 구분건물로서의 실체를 상실하지 않는다.¹⁶¹⁾

즉 상가건물의 구분소유권자간의 합의에 의하여 구분소유권의 객체인 상가건물을 합체하여 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하였더라도 일시적 사용과 그 원상회복을 전제로 한 경우에는 구분소유권은 존속하는 것이고, 따라서 합병등기를 하지 않아도 된다. 합체등기절차는 부동산등기법상 마련되어 있지 않다. 이 경우 사법상 권리(소유권)관계에 관해서는 공법상 관여할 근거가 없다.¹⁶²⁾ 다만 구

161) 대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정(인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 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 할 것이다.)

162) 물론 전술한 것과 같이 소방법, 건축법 등에 따른 공법상 시설요건에 관한 규제 대상은 됨.

분건물이 일시적 합체가 있는 경우에도 집합건물법 제57조에 따라 전유부분 및 공용부분의 변경은 건축물대장의 변경등기사항이므로 소유자는 1월 이내에 그 변경등록신청을 하여야 한다. 1월 이내에 건축물대장 변경등록 신청을 하지 않는 경우에는 집합건물법 제65조에 따라 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다.

상가건물의 구분소유권에 관한 위 판례의 취지는 토지 용도의 일시 전용에 관한 허용취지와 일치하며, 민법상 일반적으로 통용되고 있는 원칙이다. 상가나 사무용 건물의 경우 이용목적에 따라 건물의 구분, 합체를 통하여 건물의 사용이익을 극대화시키고자 하는 것이 일반화되어 있고, 이러한 건물의 변형이 대개 영구적이라기보다는 이용목적에 따른 일시적인 경우가 대부분임을 고려한 판결이다.

4. 상가건물의 합체에 따른 관할청의 대응

(1) 구분소유권의 객체인 상가건물의 합체에 대한 관여 여부

상가건물의 구분소유자간의 건물 합체 여부에 대해서는 전적으로 구분소유권자 전원의 합의에 따라 정해지는 것이므로 관할청이 관여할 법적 근거는 없다. 다만, 공법적 규제요건에 관해서는 관여할 수 있고, 이러한 경우로는 소방법, 건축법 등에 따른 건물의 구비요건을 갖추었는지 여부 및 건축물대장 전유부분의 표시할 사항과 공용부분의 표시에 관한 사항의 변경등록신청에 대하여 사실 여부의 직권조사(집합건물법 제57조 내지 제59조) 등의 방법으로 관여할 수 있다.

(2) 건축물대장의 변경등록 방법

구분소유권의 객체인 상가건물이 일시적 사용과 그 원상회복을 전제로 합체되어 변경이 초래된 경우에는 사법상 권리관계는 기존의 구분소유권 및 그 등기가 유효하고, 부동산 등기의 표제부 및 갑구란

의 변경등기를 요하지 않는다. 물론 구분소유권의 객체인 상가건물의 합체 등기절차도 마련되어 있지 아니하여 등기할 수 있는 방법이 없음. 이는 집합건물법이 개정되었음에도 불구하고 부동산등기법의 개정이 뒤따르지 않아서 발생한 입법적 흠결상태에 연유한다. 다만, 건축물대장은 행정법상 필요에 의하여 관리되는 것이므로 집합건물법 제57조에 의하여 당사자의 신청에 따라 변경등록을 하여야 하도록 규정된다.

그러나 구분소유권이 합체되더라도 일시적이고 원상회복을 전제로 한 경우에는 사법상 권리관계의 변동이 없어서 변경등기를 요하지 않음에도 불구하고, 건축물대장상으로는 건물의 표시부분과 소유자의 변경등록을 하여야 한다는 입법적 모순에 빠진다. 따라서 상가건물 구분소유권이 유효하게 존속하는 것으로 인정되는 한, 건축물대장상의 표시부분과 공용부분의 변경을 등록해서는 아니 된다.

이 경우 만일 면적 증가를 이유로 표제부의 변경등록을 실제로 할 수 있다고 하더라도 증가된 면적 부분은 다른 구분소유권자에 속한 권리가거나 공용부분이 변용된 것이므로 집합건물법 제54조 제1항 제5호에 따른 소유권자 란의 변경을 함께 하여야 할 것인데, 그 등록절차가 없어서 변경등록을 할 수 있는 방법이 없다. 즉 누구 소유로 할 것인가, 더욱이 구분소유권자 어느 1인의 명의로 변경했더라도 그 자가 소유권자인가? 그 이유는 가령 서로 마주보는 A상가와 B상가가 합체되어 C라는 독립된 구조물이 되었을 경우 집합건물법 제54조 제1항, 제2항에 따라 A상가의 건축물대장의 표시부분을 변경등록할 것인가 아니면 B상가의 건축물대장의 표시부분을 변경등록할 것인가 또는 A, B상가의 건축물대장을 폐기하고 C에 대한 건축물대장을 새롭게 작성하여야 할 것인지에 관한 법규가 없다.

이것은 집합건물법의 개정에도 불구하고 건물합체에 따른 변경등록에 관한 구체적인 입법적 조치가 따르지 않음에 연유하는 것이다. 결

론적으로 관할청은 당사자가 건축물대장의 표시부분의 변경을 신청하더라도 수리만 하고 등록절차를 이행할 필요가 없고, 할 수도 없다. 다만 가령 이웃한 2개의 상가의 구분소유권자가 동일인인 경우 전유부분만의 합체에 의하여 건축물대장의 표시부분의 변경을 신청한 경우에는 변경등록을 할 수 있어 보이나 이 또한 각각의 건물표시란에 합체에 의하여 증가된 면적을 기재하는 것을 고려해 볼 수도 있으나 그러한 절차적 방법이 존재하는 가도 의문이다.

결국 관할청은 구분소유권자를 달리하는 상가건물이 일시적으로 합체되어 건축물대장의 변경을 신청하는 경우, 소방법, 건축법에 따른 요건을 충족했는지 여부에 관여할 수 있을 뿐 등록할 방법이 없다. 세법상으로는 당사자가 신고한 내용에 따라 세금관계가 결정되므로 문제될 것이 없다.

제 2 절 전유부분의 분할과 합병

1. 전유부분의 분할 · 합병을 위한 절차적 규정 마련

우리나라 집합건물법 제57조는 건축물대장의 변경사항이 발생한 경우에 변경등록을 신청하도록 규정하고 있다. 전유부분이 분할되거나 합병되면 “건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙” 제17조의 별지 제4호의 서식에 따라 전유부분 변경신청서를 제출해야 한다. 그리고 “부동산등기법” 제41조에 따라 변경등기신청을 하면 된다.

전유부분의 분할이나 합병이 대수선에 해당하는 경우라면 건축법의 규정에 따라 허가를 받아야 한다.

2. 전유부분의 분할 · 합병을 위한 실체적 규정 마련

전유부분의 분할과 합병을 위한 건축물대장과 등기의 변경을 위한 절차적 규정은 있지만 분할과 합병이 유효하기 위한 실체적 요건에

관한 규정은 없다.¹⁶³⁾ 따라서 집합건물법의 규정의 해석을 통해서 전유부분의 분할과 합병을 위한 요건을 찾아 낼 수밖에 없다. 이러한 합리적인 요건, 즉 전유부분의 분할과 합병을 위한 기준에 관한 논의는 거의 찾아 볼 수 없다.

(1) 전유부분의 분할

실제로 상업용 집합건물에서 전유부분을 분할하는 경우를 종종 발견할 수 있다. 이러한 전유부분의 분할은 전유부분의 내부에서 발생하는 일이기 때문에 다른 구분소유자에게 영향을 주는 일이 별로 없다. 전유부분의 분할에 의해서 복도와 같은 공용부분이 발생할 수 있는데, 이러한 공용부분은 일부공용부분으로 볼 수 있기 때문에 다른 구분소유자들에게 영향을 주지 않는다. 따라서 전유부분의 분할이 구분소유자 공동의 이익을 침해하거나 다른 구분소유자의 구분소유권을 침해하는 특별한 사정이 있는 것이 아니라면 건축법에 따라 허가를 받아서 전유부분을 분할하고 그에 따라 건축물대장과 등기를 변경하면 된다.

다만 전유부분을 수직분할하는 경우에는 별 문제가 없지만 전유부분을 수평분할하는 경우에는 분할에 의해서 새로운 전유부분이 발생하게 된다. 이러한 수평분할은 증축과 유사한 효과를 가져오며 전유부분의 수직분할과 달리 보아야 한다. 수평분할은 구분소유자의 전원 동의를 필요하거나, 공용부분의 변경에 준하여 3/4의 동의를 얻도록 하거나, 구분소유자 및 의결권의 과반수 동의를 얻도록 하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

163) “건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙” 제17조에서는 동규칙 제15조 제2항을 준용하고 있다. 따라서 전유부분의 분할이나 합병이 집합건물법에 적합한지 여부를 특별자치도지사, 시장, 군수, 구청장은 검토해야 한다. 그러나 검토해야 할 구체적인 내용은 밝히고 있지 않다.

(2) 전유부분의 합병

전유부분의 합병도 경우를 분류해 볼 수 있다.

첫째, 공용부분의 변경을 가져오지 않는 합병이다. 상가의 경우에 집합건물법 제1조의2에 의해서 구조상 독립성이 없는 두 개의 전유부분이 합병되는 경우가 그러하다. 이러한 경우에는 경계표지만 변경하면 두 개의 전유부분을 하나의 전유부분으로 변경할 수 있다.

둘째, 공용부분의 변경을 수반하는 합병이다. 예를 들어 구조상/이용상 독립성이 있는 두 개의 인접한 전유부분을 합병하는 경우가 그러하다. 이러한 경우에는 전유부분의 합병을 위해서 공용부분의 변경이 있기 때문에 합병을 위해서는 공용부분의 변경에 관한 결의가 필요하게 된다. 즉 구분소유자 및 의결권의 3/4의 동의를 필요하다. 그러나 격벽이 내력벽인 경우에는 구분소유자의 동의를 있더라도 합병은 불가능하다고 볼 수 있다. 그런데 격벽이 비내력벽인 경우에는 구분소유자의 전원 동의를 필요하거나, 공용부분의 변경에 준하여 3/4의 동의를 얻도록 하거나, 구분소유자 및 의결권의 과반수 동의를 얻도록 하거나, 구분소유자가 임의로 합병할 수 있도록 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 이 경우에 격벽 자체가 점유하는 면적이 전유부분의 면적으로 포함된다는 점도 고려해야 한다.

셋째, 합병되는 전유부분 사이에 복도와 같은 전유부분이 존재하는 경우이다. 이러한 경우에 합병을 위해서는 공용부분이 합병으로 발생하게 될 전유부분에 포함된다. 그런데 우리 나라의 집합건물법은 전유부분을 공용부분으로 변경할 수 있는 규정(집합건물법 제3조 제2항, 제3항)은 두고 있지만, 공용부분을 전유부분으로 변경시킬 수 있는 규정은 두고 있지 않다. 따라서 공용부분이 전유부분에 포함되는 합병은 구분소유자 전원의 동의를 없으면 할 수 없다는 결론에 이를 수밖에 없다.

(3) 건물의 일괄임대와 전유부분의 합병

전유부분의 합병과 관련해서 일괄임대가 많이 문제된다. 일괄임대는 흔히 통임대라고 불린다. 일괄임대와 관련해서 문제되는 점은 다음과 같다.

첫째, 관리단 집회의 결의나 규약에 의해서 전체 전유부분을 특정인에게 임대할 것을 정할 수 있는가 하는 점이다. 즉 그러한 결의나 규약이 모든 구분소유자를 구속하는가 하는 점이다.

둘째, 건축물대장이나 등기를 변경하지 않고 관리단 집회의 결의나 규약의 정함에 의해서 사실상 전유부분을 합병하여 건물을 사용/수익할 수 있는가 하는 점이다.

첫 번째 쟁점에 대해서 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009다242 판결은 규약에 의해서 전유부분의 임대여부를 결정하는 것은 규약이 전유부분의 사용 관리에 관해서 구분소유자 사이의 이해관계의 조정 범위를 벗어나서 구분소유권을 과도하게 침해 내지 제한하는 것으로 무효라고 보았다. 규약을 통해서 전유부분의 임대여부를 결정할 수 없다면 관리단 집회의 결의를 통해서도 당연히 그렇게 할 수 없다.

그러나 두 번째 쟁점은 다루어지지 않았다. 통임대의 경우에 일반적으로 전유부분에 대한 건축물대장이나 등기는 변경하지 않고 물리적으로 통임대에 찬성한 구분소유자의 전유부분과 공용부분의 경계를 허물고 합병한 것과 동일한 형태의 매장을 만들어낸다. 이러한 건물의 변경이 규약이나 관리단 집회의 결의에 의해서 허용될 것인가? 이 문제는 관리단 집회의 결의나 규약에 의해서 전유부분과 공용부분의 경계를 제거하는 것을 허용할 것인가? 그리고 역시 규약이나 관리단 집회의 결의에 의해서 일부 구분소유자의 공용부분에 대한 사용을 금지하는 것을 허용할 것인가 하는 문제와 관련되어 있다.

제 6 장 결 론

주거용 집합건물은 주거용 단독건물에 준하여 엄격하게 그 독립성을 요구하고 있으나, 상업용 집합건물은 시대의 요청에 맞지 않아 여러 차례 개정을 통하여 그 구분소유권의 취득요건을 완화하였다. 그와 관련된 조항이 집합건물법 제1조의2이다.

상가건물의 구분소유권자가 상가건물의 이용가치를 극대화시키기 위하여 구분소유건물간의 합체를 하는 경우 전유부분 및 일부공용부분은 그 권리자 및 지분권자 전원의 합의만으로 할 수 있으며, 대규모 합체로 인하여 전유부분이 공용부분으로 되거나 일부 공용부분을 전유부분으로 하는 것도 가능하다. 이 경우 일시적 사용과 그 원상회복을 전제로 합체한 경우에는 등기를 요하지 않고, 기존의 소유권관계는 존속한다. 다만 소유자는 집합건물법 제57조에 따라 1월 이내에 건축물대장의 변경등록을 신청하여야 한다. 사법상 권리(소유권, 이용권) 관계에는 공법적 규제가 적용될 여지가 없지만, 소유권자는 합체된 건물과 관련한 공법적 규제(소방법, 건축법 등)는 준수하여야 한다. 소유자를 달리하는 구분소유권의 객체인 상가가 합체되어 건축물대장의 변경등록을 신청한 경우, 관할청은 신청을 수리만 할 수 있을 뿐 변경등록할 방법이 없으므로 변경등록하지 않아도 된다.

건축법상 건물을 증·개축하는 경우에 허가 또는 신고를 하여야 하고, 허가 또는 신고서를 접수한 관할청은 대장에 그 사실을 기재하여야 한다. 뒤이어 대장에 기재되면, 대장을 기초로 등기가 이루어지게 된다. 건축물현황과 그에 부합하는 소유권 변동(지분등기 포함)이 함께 이루어지는 경우에는 아무런 문제가 없다. 그러나 합체의 경우에는 소유권은 구(舊) 구분점포에 따라 존속하게 되고, 건축물현황은 증·개축된 내용대로 변경하여야 하는데, 소유권의 변동 없이 합체된 집합건축물을 표시할 방법이 현행제도상 없다.

구분소유자는 현행법상 일정기간 내에 신고하면 과태료처분을 면하지만, 신고서를 접수한 관할청은 대장을 변경할 방법이 없게 된다. 만일 당사자 의사와 관계없이 대장상의 권리표시를 변경하게 되면, 결국 각각의 구분소유권은 지분권으로 기재되고, 다시 등기부상 공유관계가 창설되게 된다. 더욱이 위 대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정 판례에서와 같이 구분점포위에 제3자의 권리가 있어서 부동산 등기법상 합병이 허용되지 않는 경우에는 건축물 현황과 소유관계를 일치시켜 표시할 수 있는 방법이 없게 된다. 결국 이러한 상황에서는 행정청의 입장에서는 물적 현황을 파악하기 곤란하여 건물관리감독이 문제될 것이다. 집합건물이 신축되는 경우에 있어서 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못한 구분점포의 경우에는 무효인 대장과 등기가 순차적으로 이루어지지만, 이를 제제할 수 있는 방법이 없다. 실질적 심사권이 주어지거나 건축도면에 의하여 물적 지배관계를 명확히 할 수 있는 경우이므로 집합건물법 제1조의 2를 더욱 완화할 필요성을 갖게 된다.

집합건물법, 건축법 등 여러 법률 규정에 반하여 방치되어 있는 합체가 성행하는 이유는 i) 상가건물의 신축시 충분한 고려없이 획일적으로 건물을 구분하여 구분소유권의 객체로 하는 경우가 많다는 점, ii) 구분소유권 등기 후에도 이용권자의 이윤추구와 사회경제적 요구에 따라 적합한 변경을 요구받게 된다는 점, iii) 부동산등기법상 합병에 의한 지분권의 취득으로의 해결방안이 마련되어 있지만 건물의 위치에 따른 경제적 가치가 다르기 때문에 소유자들의 이해관계를 조절하기 힘들다는 점, iv) 구분건물 소유자들은 이용권자(주로 임차인)에게 비교적 단기간만 구조변경을 허용하다가 원상복구를 바라지만, 임차인들이 구분소유권의 객체를 유용하게 이용하기 위해서는 민법상 물건의 멸실에 준하는 구조의 변경을 요하고, 그 임차기간 또한 상권형성 여부에 따라 예측할 수 없을 정도로 연장된다는 점 등을 들 수 있다.

집합건물법 제1조의2는 제정 당시 법무부의 반대의견과 실무의 찬성의견을 적절히 조정하여 법원에서 제안한 절충안이 결국 의원입법으로 발의되어 통과된 개정조항이다. 따라서 법리적인 면에서 불충분한 점이 발견되고, 현실에서 실효적인 법규범으로 작용할 수 없다는 한계를 이미 드러내고 있다. 차선책으로는 현실에 맞도록 개정할 필요가 있다고 본다. 무엇보다 건축기술의 발달과 거래의 수요를 집합건물법이나 건축법령 등이 제대로 충족할 수 없다는 점에서 입법적 논의와 학문적 연구를 통해 개정이 시급하다고 할 것이다. 이와 관련하여 주요 외국의 법제와 판례 등 비교법적 논의가 참고가 될 수 있다. 건물이 독립한 부동산으로서 우리나라와 유사한 법제를 가진 일본에서는 이미 하위법령이나 판례에서 구조상의 독립성이 완화되어 가고 있는 추세이며, 건물이 독립한 부동산으로 원칙적으로 인정되지 않는 다른 유럽이나 미국에서도 참고할 만한 법리가 발견되고 있다. 독일에서 차고에 대한 규율, 프랑스에서 공간에 대한 'lot'의 규율은 참고할 만하겠다.

이에 기반하여 집합건물법 제1조의2를 살펴보면, 다음과 같은 결론에 이르겠다. 2003년 집합건물법 개정에 의하여 신설된 제1조의2는 당시 독립된 거래의 대상이었던 상가건물에 대하여 “사회현실에 맞추어” 구조상의 독립성을 완화하였다는 점에서 자유의 대상을 확대한 것이었다. 그런데 동조 제1항 제2호의 바닥면적 제한(1,000㎡)이 오늘날에도 과연 꼭 필요한 것인지 그리고 그것이 사회 현실에 부합하는지도 한번 다시 검토해볼 필요가 있다. 개정 당시 자료를 보면, 이러한 제한은 개별점포가 이용상의 독립성을 이유로 무한정 구분되는 것을 막기 위한 것으로 보인다. 그러나 나머지 요건만으로도 그와 같은 목적을 달성할 수 있다. 따라서 구분점포의 용도가 건축법 제2조 제2항 제6호의 판매 및 영업시설이고, 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치하고 있으며, 구분점포별로 부여된 건물

번호표지를 견고하게 부착하고 있다면 바닥면적에 관계없이 구분소유권(이른바 평면구분소유권)을 인정하는 것이 바람직하다는 비판은 타당한 듯 보인다. 이러한 과정에서 건축도면을 적극 활용하는 것이 전제가 되어야 할 것이다.¹⁶⁴⁾ 이 점에서 건물도면 및 각층의 평면도의 중요성은 간과될 수 없을 것이며, 독일 주거소유권법(WEG)도 또한 그 물적 지배범위는 건축도면에 기초하고 있다(WEG 제7조 제4항 참조).¹⁶⁵⁾

나아가 상가점포의 경우 집합건물이 되기 위해서는 이용상의 독립성을 갖추고 있는 것으로 충분하며, 상가점포가 독립한 소유권의 객체이기 위하여 요구되는 특정성(내지 물적 지배의 명확성)은 등기부의 기재와 등기부에 첨부하는 도면의 작성 및 관리를 좀 더 엄격히 함으로써 달성될 수 있다고 생각한다.

판례는 구조상 독립성을 갖추지 못한 상가점포가 건축물관리대장 및 등기부에 독립한 별개의 구분건물로 등재 및 등기되어 있는 경우, 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 경락인이 이를 낙찰받았다고 하더라도 그 등기는 그 자체로 무효이므로 그 소유권을 취득할 수 없다고 한다. 그러나 이는 우리나라의 대형복합건물에 있어서 소규모의 다량의 점포가 경계벽 없이 연이어 위치하고 있는 현실에 반할 뿐만 아니라 거래의 안정성과 이해관계인의 권리 보호를 심각하게 해칠 우려가 있다. 각 점포의 경우 건물등기부 및 건축물대장에 첨부된 평면도나 배치도 등을 기초로 점포별로 위치가 특정되어 있어 측량을 통한 경계식별이 용이하다는 점도 참고하여야 할 것이다.

표로 정리하면 다음과 같다.

164) 법제연구원 워크숍을 통해 이와 유사한 결론을 이끌어 낼 수 있었다. 같은 견해로는 이준형, 집합건물법의 문제점과 개정방향 연구, 법무부 연구용역 보고서, 2011, 98~100면.

165) 도면 등에 대해서는 집합건물법 제56조 제2항(건축물대장의 신규 등록신청), 제57조 제3항(건축물대장의 변경 등록신청), 제59조 제2항, 제3항(소관청의 직권조사), 제60조 제1항(조사 후 처리), 제65조 제2항(벌금) 참조.

현행	입법제안
<p>제1조의2(상가건물의 구분소유)</p> <p>① 1동의 건물이 다음 각 호에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 “구분점포”라 한다)은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설(집배송시설은 제외한다)일 것 2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함하여 제1호의 판매시설 및 운수시설(이하 “판매시설등”이라 한다)의 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이상일 것 3. 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것 4. 구분점포별로 부여된 건물번호 표지를 견고하게 붙일 것 <p>② 제1항에 따른 경계표지 및 건물번호표지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>	<p>제1조의2(상가건물의 구분소유)</p> <p>① <현행과 동일></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <현행과 동일> 2. <삭제> 3. <현행과 동일> 4. <현행과 동일> <p>② <현행과 동일> ~ 건축도면의 적극 활용을 전제하여 추후 연구 필요</p>

참고 문헌

- 강혁신, 집합건물에서의 ‘時價’에 관한 연구, 국제지역연구 제10권 제3호, 2006. 11.
- 국회 법제사법위원회, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 중 개정 법률안에 대한 공청회 자료집, 2003.
- 김병두·배명이, 구분소유적(區分所有的) 공유(共有)의 법적 구조에 관한 일고찰(一考察), 법학연구, 경상대학교 법학연구소, 2010.
- 김선이, “구분소유자에 의한 집합건물의 소유 및 관리”, 한국민법이론의 발전(무암 이영준 박사 화갑기념 논문집), 1999.
- 김성욱, 집합건물의 구분소유와 공시문제, 민사법학 47호, 한국민사법학회, 2009. 12.
- 김영두, 집합건물법 연구-이론·사례·판례, 진원사, 2008.
- 김영희, 구조상 독립성과 이용상 독립성에 관한 일고찰, 연세법학, 2009.
- 김용담 편집대표, 주석민법, 물권 2, 2011.
- _____, 주석민법, 물권 1, 2011.
- 김용한, “집합건물의 재건축과 복구”, 법조 33권12호, 1984.
- 김준호, “집합건물의 구분소유권에 관한 연구”, 연세대 박사학위논문, 1984.
- _____, 건물구분소유법, 대왕사, 1984.
- 김판기, 개방형 축사 등 동식물 관련 건축물의 등기에 관한 연구, 한양법학, 20권 3집, 2009. 8.
- 김항식, “집합건물의 공용부분에 관한 등기”, 재판자료 제44집, 1988.
- _____, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”, 민사판례연구 제12집, 1990.
- _____, “집합건물의 등기(상) (중) (하)”, 법률신문 제1582-4호, 1985.

참고 문헌

- 노수용, 구분소유권의 성립요건과 구조상 독립성이 없는 건물의 권리 관계에 관한 검토, 민사집행법연구 제7권, 한국민사집행법학회, 2011. 2.
- 대법원 법원행정처, 집합건물의 등기에 관한 해설, 법원행정처, 1985.
- 박경량, 집합건물 구분소유법리의 재조명, 전남대 박사학위논문, 1991.
- _____, 상업용 집합건물에서의 전유부분의 요건, 사법질서의 변동과 현대화(김형배 교수 고희기념 논문집), 박영사, 2004.
- 박태신, 최신 집합건물법 해설, 정성 D&M, 2006.
- 박종두·박세창, 집합건물법, 삼영사, 2011.
- 법무부, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률개정을 위한 공청회 자료집, 2011.
- 안갑준, 집합건물 구분소유권의 등기에 관한 연구, 건국대 박사학위논문, 2005.
- 손지열·김광식, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률·부동산등기법해설, 법령편찬보급회, 1985.
- 송재일, 농지거래에 관한 법적 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2010. 2.
- 양경욱, “건물의 구분소유에 관한 법률문제”, 사법논집 제16집, 1985.
- 어양강, 집합건물의 구분소유에 있어서 구조상의 독립성 요건을 둘러싼 몇 가지 문제, 판례와 실무, 인천지방법원, 2004. 12.
- 유진식, “집합건물의 등기상 제문제 1, 2, 3”, 법조 37권2-4호, 1988.
- 윤재윤, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 저스티스 73호, 2003.
- 윤현정, “집합건물 임대차의 이론과 실제”, 법학논총 2집, 1996.
- 이성룡, “집합건물의 창고 차고가 구분소유권의 객체인지 여부”, 법조 46권3호, 1997.
- 이준형, 집합건물법의 문제점과 개정방향 연구, 법무부 연구용역 보고서, 2011.

- 이한규, “집합건물 소유 및 관리에 관한 법률과 등기절차”, 사법행정 26권4호. 1985. 4.
- 이현중, 집합건물의 구분소유 성립시기, 민사판례연구[XXIII], 박영사, 2001.
- 장호익, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 1, 2”, 법제(순간) 86-7호, 1984.
- 전혜정, 등기능력 있는 건물 여부의 판단기준(일본), 법조 631호, 2009. 4.
- 최용환, 구분소유의 기본문제, 법조 21권 9호, 1972. 9.
- 편집부, 集合建物法案에 대한 國會公聽會供述要旨, 사법행정, 1984. 3.
- 한국법제연구원, 상가집합건물의 구분소유 법제 연구, 워크숍 자료집, 2012.
- 熊野勝之, 「建物區分所有法改正は“終の棲家”に何をもたらしたか」, 法學セミナー(643号), 2008. 7.
- 稻本洋之助·鎌野邦樹, コメントール・マンション區分所有法第2版 (日本評論社, 2004.
- Givord(François)-Giverdon(Claude)-Capoulade(Pierre), La copropriété(7e éd.), Paris, 2010.
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Hrsg. von Honsell/Vogt/Geiser, 4.Aufl., 2011.
- Timme(Michael), Kommentarzum Wohnungseigentumsgesetz(WEG), München, 2010.
- U.Fasel, Grundbuchverordnung (GBV) Kommentar, 2008.