집합건물의 대지사용권과 대지권등기*

안 갑 준**

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 집합건물의 대지사용권
1. 집합건물의 대지
2. 집합건물의 대지사용권
3. 전유부분과 대지사용권의 처분 일체성
4. 대지사용권의 전유부분 처분에의 종속성
Ⅲ. 대지권등기의 절차와 효과
1. 대지권등기
2. 대지권의 표시등기
3. 대지권인 취지의 등기
4. 별도의 등기 및 건물만에 관한 취지의 등기
5. 대지권등기의 효과
6. 추가담보의 설정등기
Ⅳ. 결 론
1. 매수인이 가지는 점유사용권의 대지사용권 인정
2. 대지사용권의 전유부분 처분에의 종속성 인정
3. '건물만에 관한 취지의 등기' 절차 개선

Ⅰ. 서 론

오늘날 우리가 이용하고 있는 건물의 대부분은 주거용이든 아니든 집합건물의 형태를 이루고 있는데, 이는 토지와 건물이 각각 별개의 부동산임에도 불구하고 건물과 그 대지가 일체화되어 1개의 부동산처럼 거래되고 있는 것이 특징이다. 집합건물 제도는 국민의 주거생활 편의와

* 이 논문은 한국부동산법학회가 주관한 '한국부동산법학회 창립 20주년 기념학술대회' 『부동산공시제도와 사법질서의 조화』(2005. 12. 16)에서, 필자가 발표하였던 논문 "집합건물의 대지사용권과 등기"의 내용을 일부 수정하고 보완한 것임을 밝힌다.

** 법학박사, 대법원 전 재판사무국장

등기절차의 간소화를 기하기 위하여, 실체법상 구분소유권, 전유부분과 공용부분, 건물의 대지와 대지사용권 등의 새로운 법률개념과 절차법상 대지권등기제도와 새로운 등기용지의 양식을 도입하였다. 기존 일반건물의 등기제도와는 다른 새로운 제도를 도입한 것이므로, 시행 초기부터 법 규정의 해석·적용과 등기의 실무처리과정에서 많은 혼란과 문제점이 제기되어 왔다. 그럴 때마다 학자 및 실무가들의 연구, 대법원 판례와 등기예규 및 등기선례를 통해 구체적인 문제점 등에 대한 해결방안을 모색하면서 오늘에 이르고 있다.

집합건물의 구분소유권에 관한 등기제도는, 그동안 거래환경의 변화와 건축물 구조의 다양화에 따라 관계 법규의 해석론이나 실무처리방식이 여러 차례 변경되어 왔다. 그렇기 때문에 법을 다루고 있는 법률전문가와 이미 상당한 기간 등기실무를 담당해 온 등기관조차도, 이 분야에 대한 정확한 이해나 직면한 등기절차에 관한 정확한 지식을 갖지 못하고 있는 것이 오늘의 현실이다.

여기서는 건물의 구분소유권의 기본 법리 중 최근에 그 해석적용상 다툼이 일어나고 있는 집합건물의 대지사용권에 관하여 집합건물의 대지와 대지사용권, 전유부분과 대지사용권의 처분 일체성, 대지사용권의 전유부분 처분에의 종속성 문제를 중심으로 살펴보고, 집합건물에 인정되고 있는 대지사용권이 대지권으로 등기부에 어떻게 공시되고 있는지를 대지권 표시의 등기와 대지권인 취지의 등기, 건물만에 관한 취지의 등기와 토지에 별도등기 있음을 기재하는 등기로 나누어 알아보고, 그렇게 경료된 대지권등기의 효과는 어떻게 나타나는지를 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 집합건물의 대지사용권

1. 집합건물의 대지

가. 집합건물의 대지의 의의

일반적으로 대지라는 말은 건물이 소재하고 있는 토지[敷地], 즉 건물의 저지와 그 건물의 통상적인 이용, 관리에 필요한 주위 토지를 포함하는 뜻으로 사용되고 있다. 따라서 건물이 소재하고 있지 아니한 토지로서 지적법상 지목으로서의 대지와는 구별되는 개념이다.

「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법'이라 하고, 해당 조문의 인용시에는 '법'이라 한다)은 이와 같은 대지의 개념을 분명히 하기 위하여, 동법 제2조 제5호에서 "'건물의 대지'라 함은 전유부분이 속하는 1동의 건물이 소재하는 토지 및 제4조의 규정에 의하여 건물의 대지로 된 토지를 말한다."고 정의하고 있다. 집합건물법이 건물의 대지라는 용어의 정의규정을 두게 된 취지는,[1] 구분소유 건물이 존재하는 토지의 범위를 명백히 함으로써 권리관계를 둘러싼 법적 분쟁을 예방하기 위한 것과 법에서 규정하고 있는 전유부분과 대지사용권의 처분 일체성의 전제로서 그 범위를 확정해 둘 필요가 있기 때문이다. 건물의 대지는 법정대지(당연대지)와 규약상 대지로 나누어진다.

나. 법정대지

법정대지는 전유부분이 속하는 1동의 건물이 소재하는 토지, 즉 건물이 실제로 서 있는 토지를 말한다. 법정대지는 일명 당연대지라고도 한다. 토지는 원래 1필을 단위로 하여 파악되는 것이므로, 건물이 1필의

---

1) 김용한, "집합건물법상의 대지와 대지사용권",「판례월보」제167호, 1984, 11면; 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련문제",「사법논집」제24집, 법원행정처, 1993, 229면.

토지의 일부에만 서 있는 경우라도 그 1필지의 토지 전부가 건물이 소재하는 토지로서 법정대지이다. 건물이 수필의 토지에 걸쳐 서 있는 경우에는 수필의 토지 전부가 법정대지가 되고, 구분건물과 등기소의 관할이 다를 수도 있다.

광대한 1필의 토지의 일부에만 건물이 소재하는 경우에 그 토지의 일부를 건물의 대지에서 제외시키기 위해서는, 필요한 만큼의 토지를 분할하여 분필등기를 함으로써 건물 대지의 범위를 한정하는 것이 선행되어야 한다.[2] 분필등기 대신 각 구분소유자의 공유지분을 일정한 범위로 제한하고 그 나머지 토지부분의 지분에 대하여는 분리하여 처분할 수 있다는 규약이나 공정증서를 작성함으로써 대지권에서 분리하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

다. 규약상 대지

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

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

---

2) 김종권, 『실무 부동산등기법(하)』, 한국사법행정학회, 1992, 109면.

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

2. 집합건물의 대지사용권

가. 대지사용권의 의의

대지사용권이란 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 말한다(법 제2조 제6호). 이 대지사용권의 대상이 되는 토지는 건물이 소재하는 토지(법정대지)와 규약으로서 건물의 대지로 삼은 토지(규약상 대지)가 포함된다. 대지사용권은 대지사용권으로서 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 권리를 의미하는 대지권[부동산등기법(이하 '부등법'이라 한다) 제42조 제4항]과는 구별된다. 대지권은 본질적으로는 대지사용권이나 전유부분과는 분리처분할 수 없는 권리임을 등기부상 공시하기 위한 절차법인 부동산등기법상의 개념이다. 따라서 대지사용권은 반드시 대지권인 것은 아니지만, 대지권은 언제나 대지사용권에 포함된다.

대지권은 대지사용권을 건물과 분리하여 처분할 수 없음으로 인하여 대지사용권이 전유부분의 종된 권리로 된 경우(법 제20조 제1항)를 말하는 것이다. 분리처분가능규약이 존재하지 않으면 구분소유자가 대지사용권을 취득한 때에 대지사용권은 당연히 대지권이 된다. 왜냐하면 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수

없는 것이 원칙이고, 예외적으로 규약으로 달리 정한 때에만 그러하지 않기 때문이다(법 제20조 제2항).

나. 대지사용권의 내용 및 형태

대지사용권은 통상 소유권이나 그밖에 지상권, 전세권, 임차권, 사용차권 기타 무명의 권리 등도 대지사용권이 될 수 있다. 대지사용권에 전세권이 포함되는지에 대하여는 논란이 있다. 전세권은 그 최장 존속기간이 짧아 대지사용권으로 적절하지 않으며, 부동산등기법 제165조의2 제3항의 규정에서 소유권이 대지권인 경우에 관한 규정인 동법 제135조의2를 준용할 때 지상권과 임차권의 경우에만 준용하고 전세권에 관하여는 이를 규정하고 있지 않는 점을 이유로, 대지사용권이 될 수 없다고 보는 일부 견해가 있었다. 그러나 현재의 통설[3]과 등기실무는 채권인 임차권도 대지권이 되는 것을 볼 때 물권의 일종인 전세권은 당연히 대지사용권으로 할 수 있으며, 부동산등기법 제165조의2 제3항에서 전세권을 누락시킨 것은 입법상 과오라고 주장한다. 필자도 채권인 임차권이 대지사용권이 될 수 있다면 그보다 더 강한 권리인 전세권은 비록 존속기간이 짧게 규정되어 있다 하더라도 연장이 가능하므로 당연히 대지사용권으로 될 수 있다고 본다.

이러한 권리는 구분소유자가 복수인 때에는 건물의 대지 전체를 구분소유자 전원이 공유 또는 준공유하는 형태가 될 것이나, 구분소유자가 건물의 대지를 분필하여 소유권 기타의 권리를 단독소유하는 경우[分有]도 있을 수 있다.[4]

대지사용권은 반드시 등기된 권리이어야 할 필요는 없다.[5] 지상권이

---

3) 곽윤직 편집대표, 『민법주해』(V)—김황식 집필부분, 박영사, 275면; 박준서 편집대표, 『주석 민법』[물권(2)]—이태운 집필부분, 한국사법행정학회, 136면.

4) 김용한, "집합건물법상의 대지와 대지사용권", 18면 이하에서는 '건물의 대지'의 공유적 구성의 부당성을 지적하면서 총유관계로 파악하여야 한다고 주장한다.

5) 『집합건물의 등기에 관한 해설』, 법원행정처, 1985, 32면; 양경승, 앞의 논문, 233면;

나 전세권은 등기되지 않으면 성립될 여지가 없으므로 당연히 등기되어야 하겠지만, 소유권(미등기 토지의 경우)이나 임차권, 법정지상권, 점유사용권 등은 등기 없이도 대지사용권이 될 수 있다. 다만 그 권리가 미등기인 한 대지권의 등기는 할 수 없으므로, 처분의 일체성이 있는 대지사용권으로서 공시될 수는 없다.

구분소유자들의 대지사용권은 건물의 대지별로 각각 다른 종류의 것일 수도 있다. 그러나 동일한 토지에 대하여 구분소유자의 일부는 소유권을, 다른 구분소유자는 소유권 이외의 권리를 대지사용권으로 가질 수 없음은 소유권의 성질상 당연하다.

건물의 대지를 수필로 분할하여 각 구분소유자가 각 필의 토지에 대하여 단독으로 소유권 기타 사용권을 갖는 경우(소위 분유형식)도, 그 각 토지에 대한 각 구분소유자의 권리는 각 전유부분을 소유하기 위한 권리이므로, 이러한 권리도 대지사용권이 될 수 있다.

건물의 대지에 대한 소유권이 대지사용권인 경우에도, 그 소유자는 전유부분을 소유함에 있어 장애가 되지 않는 한 그 토지의 일부에 지상권이나 임차권을 설정할 수 있다. 이 경우에도 소유권이 대지사용권으로서의 성격이 상실되는 것은 아니다. 구분소유자가 건물의 대지에 대하여 소유권 기타의 권리를 갖는 경우에 그 권리의 일부만을 대지사용권으로 할 수는 없으나, 대지사용권의 일부(지분의 일부)에 대하여 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 취지의 규약을 설정할 수는 있다. 마찬가지로 건물의 대지인 토지에 대하여 분필등기를 경료함이 없이, 위 1필의 토지 중 건물이 소재하고 있는 부분만을 대지권의 목적인 토지로 하여 대지권 등기를 경료받을 수는 없다(부등법 제42조, 법 제3조, 제20조, 제21조).[6]

박순성, "대지지분소유자의 구분소유매도청구권", 「민사판례연구」 20, 박영사, 1998, 120면; 박홍래, "전유부분과 대지사용권의 일체성", 「민사법학」 22호, 한국사법행정학회, 2002. 9, 402면; 김기동, "집합건물의 구분소유자들이 가지는 대지사용권의 내용", 「대법원판례 해설」 23호, 법원도서관, 1995년 상반기, 223면.

6) 「등기선례요지집」 Ⅴ 제805항(1998. 8. 12. 등기 3402-758 회답)

한편 전유부분의 소유권 일부 또는 공유지분만에 대하여 일체성의 원칙을 적용시킬 수는 없다.

대지에 대한 소유권을 구분소유자 전원의 공유로 하는 경우 「민법」의 공유에 관한 규정(민법 제262조 내지 제270조)을 그대로 적용할 수 있는지가 문제된다. 「민법」의 규정이 그대로 적용된다고 한다면, 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정되고(민법 제262조 제2항), 지분 처분의 자유가 인정되며(민법 제263조 전단), 공유물을 지분 비율로 사용하고(민법 제263조 후단), 공유물분할청구가 인정되어야 할 것이다(민법 제268조 제1항). 집합건물법은 구분소유관계의 특수성을 고려하여 구분소유자의 대지에 대한 공유관계를 「민법」상의 보통의 공유관계와는 다르게 규율하는 규정들을 두고 있다. 첫째, 대지에 대한 지분은 균등한 것이 아니라 각 전유부분의 면적비율에 의하여야 한다(법 제21조 제1항, 제12조). 둘째, 전유부분과 대지사용권의 처분일체성이 인정된다(법 제20조). 셋째, 1동의 건물의 구분소유자들이 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우에, 각 구분소유자는 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 건물의 대지 전부를 용도에 따라 이용할 수 있는 적법한 권원을 가지고 있다. 이러한 법리는 1필의 토지 위에 축조된 여러 동의 건물의 구분소유자들이 그 토지를 공유하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다.[7] 대지의 공유자는 원칙적으로 분할청구를 할 수 없다(법 제8조).

소유권의 경우는 등기 없이도 대지사용권은 성립될 수 있으므로, 대지사용권의 취득시기를 언제로 볼 것인가가 문제된다. 일반적으로 분양자가 토지소유권을 취득한 후 또는 건물 완공 전까지 소유권이전등기를 경료하고 그 지상에 집합건물을 완공하였다면, 그 건물의 완공시기에 그 구분건물을 소유하기 위하여 건물의 대지를 점유사용할 권리인 대지

7) 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결(공1995. 1598면); 김기동, 앞의 논문, 224면; 김기정, "집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 관한 고찰", 「사법논집」 27집, 법원도서관, 1996, 32면.

사용권을 가진다고 할 것이다.[8)]

대지사용권은 그 지상에 집합건물이 존재하고, 건물의 구분소유자가 대지에 대한 사용권을 취득하여야 성립하므로, 그러한 요건이 갖추어진 때에 발생한다. 그러나 건물 등기용지에 대지권의 등기를 하거나 토지 등기용지에 대지권인 취지의 등기를 하는 것이 대지사용권 발생요건은 아니므로, 그 등기시점을 대지사용권 발생시점으로 볼 수는 없다. 즉 대지권의 등기는 대지사용권의 성립요건이 아니고, 단지 집합건물법 제20조 제3항의 제3자의 선의 여부를 판단하는 기준과 부등법 제135조의2, 제135조의4 및 제165조의2를 적용하는 기준으로서의 의미 밖에 없다.

다. 매수인이 가지는 점유·사용권의 대지사용권 인정 가부

단순히 구분건물과 함께 그 대지지분을 매수한 자가 매도인에게 매매를 원인으로 하여 그 대지지분에 관하여 갖는 소유권이전등기청구권에 기한 점유·사용권을 법상 대지사용권으로 볼 수 있는가에 대하여는 학설이 대립되고 있다.

(1) 학설의 검토

(가) 긍정설

집합건물의 경우, 전유부분과 대지를 매수한 자는 전유부분만에 대하여 소유권이전등기를 경료하고 대지지분에 대하여는 소유권이전등기를 경료하기 전이라도 대지를 인도받았을 때 매수인으로서 대지에 대하여 점유·사용권을 갖는데, 이는 집합건물법상의 대지사용권에 해당한다고 보는 견해[9)]이다.

---

8) 김천수, "대지권등기가 경료되지 아니한 아파트 등 구분건물의 최저경매가격결정에 관하여", 「판실무연구」 2권, 수원지방법원, 1997, 395면; 정장진, "대지사용권의 법적 성격과 문제점 고찰", 「법조」 통권 515호, 법조회, 1999. 8, 177면; 안형률, "집합건물중 대지권등기가 마쳐지지 아니한 전유부분 소유자의 대지사용권 취득여부", 「재판실무」 2집, 창원지방법원, 2005, 103-118면.

(나) 부정설

집합건물법 제20조 제1항의 종속적 일체 불가분성에 비추어 볼 때, 대지사용권은 구분소유자가 대지를 사용할 수 있는 권리로서의 본권(소유권 또는 용익권)으로 제한하여야 한다는 입장이다. 따라서 매도인에 대한 관계에서 매수인이 가지는 단순한 사실적 지배로서의 점유할 권리나 소유권이전등기청구권과 같은 권리는 대지사용권이라고 할 수 없다고 보는 견해[10]이다.

(2) 대법원 판례의 태도

종전 대법원 판례[11]는 단순히 구분건물과 함께 그 대지지분을 매수한 자로서 매도인에게 매매를 원인으로 하여 그 대지지분에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권과 같은 것은 여기의 대지사용권에 해당하지 아니하는 것으로 보았다. 그러나 최근에 이르러 "아파트와 같은 대규모 집합건물의 경우, 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권보존등기 및 소유권이전등기만 수분양자를 거쳐 양수인 앞으로 경료되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는데, 집합건물의 건축자가 그 대지를 매수하고도 아직 소유권이전등기를 경료받지 않았다 하여도 매매계약의 이행으로 대지를 인도받아 그 지상에 집합건물을 건축하였다면 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 되는데, 이러한 경우 집합건물의 건축자로부터 전유부

9) 서울지방법원 1996. 2. 9. 선고 95나27003 판결; 김기동, 앞의 논문, 228면; 박순성, 앞의 논문, 139면; 송달용, "구분소유의 목적인 건물만에 근저당권을 설정한 자가 근저당권에 기한 경매에 의하여 건물을 경락받은 자에 대하여 경매청구권을 갖는지 여부", 「판례연구」 11집, 서울지방변호사회, 1998, 252면; 정희장, "집합건물 매수인의 대지사용권", 「판례연구」 제9집, 부산판례연구회, 1998, 88면.

10) 이근우, "대지사용권자의 구분소유권매도청구권 행사", 「대법원판례해설」 27호, 법원도서관, 1996 하반기, 224-225면.

11) 1996. 12. 20. 96다14661 판결(공1997 상, 352면).

분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 위와 같은 사정으로 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 자는 매매계약의 효력으로써 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있는바, 매수인의 지위에서 가지는 이러한 점유사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 법 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다고 할 것이고, 수분양자로부터 전유부분과 대지지분을 다시 매수하거나 증여 등의 방법으로 양수받거나 전전 양수받은 자 역시 당초 건축자나 수분양자가 가졌던 이러한 대지사용권을 취득한다."고 하여[12] 긍정설의 입장으로 바꾸었다.

(3) 사 견

부동산의 미등기 점유취득자의 법적 지위에서 부동산을 양수하여 점유하고 있으나, 양수인이 아직 등기를 하지 않고 있는 동안에 양도인이 소유권에 의한 목적물반환청구권을 행사한다면 양수인은 어떤 근거로 이를 거절할 수 있는가의 문제에 대해서, 대법원은 「민법」 제213조 단서 즉 "점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 그 반환을 거부할

12) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결(공2001. 39면); 2001. 1. 30. 선고 2000다10741 판결(공2001. 532면); 2001. 9. 4. 선고 2001다22604 판결(공2001. 2170면); 2004. 7. 8. 선고 2002다40210 판결(공2004. 1303면); 2006. 3. 27. 자 2004마978 결정(2006. 781면); 2006. 9. 22. 선고 2004다58611 판결(공2006. 1792면)은 "집합건물의 분양자가 수분양자에게 대지지분의 소유권이전등기나 대지권변경등기를 지적정리 후에 해 주기로 하고 전유부분의 소유권이전등기만을 마쳐 준 상태에서 전유부분에 대한 경매절차가 진행되어 제3자가 이를 경락받은 경우, 수분양자가 분양대금을 완납하지 않았더라도 경락인이 대지사용권을 취득하는 것으로 보고 있고, 이때 경락인은 분양자와 수분양자를 상대로 대지지분의 소유권이전등기절차 이행 등을 청구할 수 있다고 한다." 송달용, "구분건물을 경락받은 자의 지위(상)", 법률신문 제2668호, 1998. 2. 9, 13면.

수 있다."는 규정을 적용하여 해결하고 있다. 그러나 이러한 근거보다는 「민법」 제568조(또는 제563조)를 기초로 매도인의 재산권이전의무에 목적부동산의 점유를 이전할 의무가 포함되고, 그에 대응하여 매수인은 「민법」 제213조의 '점유할 권리'를 가지는 것이므로, 매도인이 소유권에 기한 목적물반환청구권을 행사한다면 매수인은 이 항변권을 주장할 수 있다고 하겠다. 이처럼 항변권을 매개로 한다면 이 항변권의 적용범위와 관련하여 매수인의 승계인도 이 항변권을 행사할 수 있다는 점에서 대법원 판례의 이론을 뒷받침할 수 있다고 생각한다.

매매대금을 모두 지급하여 소유권 취득의 실질적 요건을 갖추었으나 등기를 하지 않은 매수인은, 매매계약의 효력으로서 매도인에 대하여 점유사용권을 갖게 되므로, 이러한 권리의 성격은 비록 채권이지만 이는 사실상의 점유상태와는 다른 점유할 본권에 해당한다고 보는 긍정설이 거래현실에 부합하고 타당하다고 생각한다.

3. 전유부분과 대지사용권의 처분 일체성

가. 일체성 원칙의 의의

집합건물법 제20조 제1항은 대지사용권의 전유부분의 처분에의 종속성의 원칙을 규정하고, 동조 제2항에서는 양자의 분리처분을 금지하는 처분 일체성의 원칙을 규정하고 있다. 우리나라는 원래 건물과 토지를 각각 별개, 독립된 부동산으로 취급하고 있다. 이러한 원리는 법에 특별한 규정을 두지 않는 한, 토지가 구분소유 건물의 대지라 하더라도 예외가 될 수 없어 전유부분의 소유권과 대지사용권을 별개, 독립된 권리로서 별도로 처분할 수 있는 결과가 된다.

그러나 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 갖는 대지사용권은 전유부분에 대한 종속성이 지극히 강해 이를 일체적으로 처분하는 것이 거래의 관행이다. 따라서 이를 분리처분하게

되면 복잡한 법적 분쟁이 생길 소지가 많기 때문에, 법이 이를 방지하고자 처분의 일체성 원칙을 취하게 된 것이다. 등기절차 면에 있어서도, 이를 토지등기부와 건물등기부에 각각 등기하게 되면, 토지등기부에는 수많은 공유지분등기의 형식으로 하게 되어 복잡, 방대해질 수밖에 없어 공시기능의 마비현상을 가져오게 된다. 전유부분과 대지사용권의 처분일체성의 원칙은 이러한 실체적, 절차적 문제점을 해소하기 위한 법기술적인 고려에 의해서 채택된 제도이다.

나. 처분 일체성의 내용

(1) 금지되는 처분행위의 범위

전유부분과 대지사용권은 분리하여 처분할 수 없는데, 여기서의 처분은 의사표시에 의한 법률행위로서의 처분만을 의미하고, 법률행위에 의하지 아니한 물권변동은 여기에 포함되지 않는다. 따라서 매매, 증여, 저당권의 설정 등은 포함되나, 상속, 수용, 경매, 시효취득이나 시효소멸 등은 포함되지 않는다.[13] 다만 상속 후의 협의분할은 실질적으로는 법률행위로 인한 권리변동으로 보아야 하므로 취득자를 달리하여 분할할 수는 없다.

강제집행(가압류 포함)이나 체납처분은 채무자를 대신하여 법원이나 국가기관이 매매를 하기 위한 것에 불과하므로, 대지권의 발생 후에는 어느 일방만을 목적으로 하는 것은 허용되지 않는다.[14]

대지권 표시등기를 한 후 대지권과 전유부분을 목적으로 저당권을

13) 『집합건물의 등기에 관한 해설』, 34면; 양경승, 앞의 논문, 287면.

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

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

(2) 성질상 분리처분이 허용되는 경우

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

성질상 분리처분이 허용되는 경우로는, ① 토지(전부 또는 특정 일부 부분)만을 목적으로 하는 지상권, 지역권, 임차권, 전세권의 설정, ② 전유부분에 대한 임차권, 전세권의 설정, ③ 대지권의 발생 전에 토지만에 대하여 설정된 기존 저당권의 실행으로 인한 압류(경매신청기입등기),[15] ④ 토지 또는 전유부분만의 귀속에 관하여 분쟁이 있는 경우 그 일방만을 목적으로 하는 처분금지가처분, ⑤ 대지사용권이 생기기 전에 전유부분 또는 토지만에 대하여 가등기를 한 경우에 대지권이 생긴 후에 본등기를 하는 경우,[16] ⑥ 대지사용권이 임차권인 경우 구분건물만을 목적으로 하는 저당권설정 등이 이러한 처분에 해당된다 할 것이다.

(3) 분리처분이 금지되는 처분의 유형과 대지사용권의 형태

대지권이 성립되면 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르게 된다.

15) 대지권의 발생 전에 건물에 설정된 저당권의 효력은 후에 건물소유자가 대지사용권을 취득한 경우에는 그 대지사용권에까지 미친다고 보는 것이 대법원 판례와 다수설의 입장이다.

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

따라서 분리처분이 금지되는 것은 그 전유부분에 대한 대지사용권만을 처분하거나, 전유부분과 대지사용권을 동시에 각각 다른 사람에게 분리하여 처분하는 것도 허용되지 않는다. 분리하여 각각 따로 처분한 경우 대지사용권의 처분은 무효가 되므로, 결국 대지사용권은 전유부분의 양수인이 취득하게 된다.[17]

분리처분이 금지되는 대지사용권은 그것이 공유 또는 준공유인 경우의 지분권에 한하지 않고, 구분소유자 각자가 수필의 대지를 각각 독립하여 개별적으로 단독소유하는 경우에도 포함된다고 보아야 한다.[18] 일본의 경우에는 "부지이용권이 수인이 갖는 소유권 기타 권리인 경우……"라고 명문으로 규정하고 있어, 분유의 형태에는 일체성의 원칙을 제외하고 있다(일본 구분소유법 제22조 제1항).[19]

대지사용권이 구분소유자 이외의 자와 공유인 경우에도 구분소유자의 대지사용권에는 일체성의 원칙이 적용된다.[20] 1동의 건물의 대지가 수필지인 경우에, 그 대지 중 일부의 토지만에 대하여 구분소유자가 대지사용권을 가지는 경우와 일부의 구분소유자가 각각 일부의 대지에 대하여 대지사용권을 갖는 경우에도 그 각 일부의 토지에 관하여는 일체성의 원칙이 적용된다.[21]

전유부분과 대지지분을 함께 매수하여 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료하고 대지지분에 대하여는 아직 소유권이전등기를 경료하

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

18) 신언숙, 앞의 책, 49면은 "우리나라의 집합건물법에는 이와 같은 직접적인 규정은 없지만 대지사용권은 공유 또는 준공유의 권리임에는 틀림이 없으므로, 건물의 대지를 수필로 분할하여 각 구분소유자가 단독으로 소유하는 경우에는 일체성의 원칙이 적용되지 아니한다."고 보고 있다.

19) 日本 昭和 58. 11. 10. 民3 제6400호 通達 「건물의 구분소유등에 관한 법률 및 부동산등기법의 일부개정에 따른 등기사무의 취급」第一의 二, '6'.

20) 「등기선례요지집」 Ⅶ 제158항(2003. 7. 29. 부등3402-412 회답)

21) 「대법원등기예규」 제609호(1986. 1. 30).

지 못한 경우, 매수인의 지위에서 매매계약의 효력으로서 갖게 되는 점유사용권인 대지사용권도 전유부분과 분리하여 분리 처분하지 못한다(법 제20조 제1항). 그러나 전유부분 및 장래 취득할 대지지분을 다른 사람에게 양도한 후, 그 중 전유부분에 대한 소유권이전등기를 경료해 준 다음 사후에 취득한 대지지분을 전유부분의 소유권을 취득한 양수인이 아닌 제3자에게 분리 처분할 수 있는지에 관하여 위 규정만으로는 명백하지 아니하다. 대법원 판례[22]는 이러한 경우에도 전유부분의 소유권을 취득한 양수인이 아닌 제3자에게 분리 처분할 수 없다고 하고, 이를 위반한 경우는 무효라고 본다. 생각건대 위와 같이 확대 해석하는 것이 법의 입법취지에 부합하며, 법 제20조 제3항의 규정에 의하여 선의의 제3자를 해할 염려도 없으므로 위 대법원 판례의 태도는 타당하다고 생각한다.

(4) 전유부분의 처분에 따르는 대지사용권의 비율

구분소유자가 1개의 전유부분만을 가지는 경우에는, 그 구분소유자가 가지는 대지사용권의 각 지분이 그 전유부분에 대응하여 이와 일체화되는 것은 당연하다. 그러나 구분소유자가 수개의 전유부분을 가지는 경우에는 각 전유부분에 대하여 어느 정도의 대지사용권이 일체화되는가를 명백히 할 필요가 있다.

집합건물법 제21조 제1항 본문은 "구분소유자가 2개 이상의 전유부분을 소유한 때에는 각 전유부분의 처분에 따르는 대지사용권은 제12조의 비율에 의한다."고 하여, 공용부분에 대한 각 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 면적의 비율에 의하는 것과 동일하게 규정하고 있다. 즉 구분소유자 1인이 2개 이상의 전유부분을 소유한 때에 각 전유부분의 처분에 따르는 대지사용권의 비율은, 원칙적으로 전유부분의 면적비율

22) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결(공2001. 39면).

에 의하도록 하였다. 그러나 대지권 비율이 전유면적의 비율보다도 전유면적의 가액 비율에 의하는 것이 합리적인 경우 등 전유부분의 면적비율 이외의 비율에 따를 필요가 있을 수도 있다. 따라서 법은 이러한 경우를 위하여 구분소유자들이 규약 또는 공정증서(1인이 구분건물을 전부 소유하는 경우)에 의하여 전유부분의 면적비율과 달리 정할 수 있도록 하고 있다(법 제21조 제1항 단서, 제2항, 제3조 제3항). 하지만 그 비율이 전유부분의 면적비율과 다소 다르다고 하더라도, 그것이 단수처리에 의한 결과임이 명백한 경우에는 그 비율을 정하는 내용의 공정증서의 제출이 없어도 무방하다.[23]

주의할 점은 여기서 말하는 대지사용권의 비율은 구분소유자 1인이 2개 이상의 전유부분을 소유하고 있는 경우(대지는 갑 단독소유이고, 구분건물 1호, 2호 모두 갑 단독소유인 경우)에, 동일한 구분소유자가 소유하는 전유부분 사이의 대지사용권 비율을 정하는 것을 말하는 것이다.

구분소유자가 각 1개의 전유부분을 소유하는 경우에는 특별한 분리처분의 약정이 없는 한, 그 구분소유자가 가지고 있는 대지사용권의 권리지분이 그대로 그가 소유하는 전유부분의 대지권의 비율이 된다. 따라서 구분소유자가 2개 이상의 전유부분을 가지고 있지 아니한 경우에는 애당초 전유부분의 면적비율은 거론할 필요가 없고, 설사 그 지분비율이 다른 구분건물의 소유자가 소유하는 건물의 면적비율과 다른 경우에도 규약을 첨부할 필요는 없다. 예컨대, 갑・을・병이 각 1/2, 1/4, 1/4씩 공유하는 대지 위에 구분건물 3세대를 신축하여 위 갑・을・병이 1세대씩 소유하는 경우 각 구분건물에 해당하는 대지권 비율은, 특별한 분리처분의 약정이 없는 한 구분건물 서로간의 전유부분 면적의 크고 작음에 관계없이 각 1/2, 1/4, 1/4이 되는 것이다. 이 경우 구분소유자의 규약에

23) 『대법원등기예규』 제564호(1985. 4. 12).

의하여도 전유부분 면적의 비율에 의할 수 없다. 따라서 이러한 사례에 있어, 대지권 비율을 전유부분 면적의 비율에 따라 동일하게 하고자 할 때에는 토지에 대한 공유지분을 전유부분의 면적비율에 맞게 이전을 한 후 대지권 표시등기를 하여야 할 것이다.[24)]

그렇다면 구분소유자들이 규약으로 전유부분의 면적비율과 달리 대지권의 비율을 정할 수 있는 경우란, 대지에 대한 수명의 공동 소유자들이 공동으로 집합건물을 신축하고 그 전유부분의 전부 또는 일부를 그들이 공동으로 소유하고 있는 때에(예컨대, 대지를 갑, 을이 각 1/2 지분씩 소유하고 있고, 구분건물 1호, 2호를 갑, 을이 각 1/2지분씩 소유하고 있는 경우), 각 전유부분에 대한 대지사용권의 비율을 전유면적의 비율이 아닌 다른 기준에 의할 수 있도록 규약으로 정할 수 있는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

건물의 공유지분과 대지의 공유지분이 다른 경우(예건대, 대지는 갑 지분 1/3, 을 지분 2/3이나, 구분건물 1호, 2호는 갑, 을이 각 1/2지분씩 공동소유하고 있는 경우)에는, 토지의 지분을 건물의 지분과 같게 하는 내용의 소유지분을 정리하지 않으면 대지권등기를 할 수 없다. 이러한 경우에까지 규약을 설정하여 대지권의 등기를 할 수 있는 것은 아니다.

(5) 분리처분 금지의 적용시기

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

---

24) 『등기선례요지집』 Ⅵ 제601항(1999. 5. 21. 등기 3402-538 회답).

다. 규약에 의한 일체성 원칙의 적용 배제

전유부분과 대지사용권의 일체성 원칙이 채용되어 있다 하더라도, 이 원칙을 모든 구분소유관계에 예외 없이 적용하는 것이 타당하지 아니할 경우가 있을 수 있다. 따라서 집합건물법 제20조 제2항 단서는 예외적으로 규약에 의하여 위 일체성 원칙의 적용을 배제할 수 있도록 규정하고 있다. 여기서의 규약은 분리처분을 가능하게 하는 규약을 의미한다. 법정대지에 대한 대지사용권을 전유부분과 분리 처분할 수 있도록 하려면 정면으로 분리처분가능규약을 설정하여야 한다. 하지만 규약상 대지에 대하여 분리처분을 할 수 있도록 하려면, 규약상 대지의 설정을 내용으로 한 규약을 폐지하면 족하다. 전유부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자는 공정증서로써 규약에 상당하는 것을 정할 수 있다(법 제20조 제4항).

일체성의 원칙에 의하여 대지사용권의 일부만을 양도할 수 없다. 그러나 분리처분가능규약의 설정에 의하여, 대지사용권의 일부(예, 1동 10개의 전유부분 중 2개 부분만을 분리처분할 수 있도록 하는 규약설정)만을 양도가 가능하도록 하는 규약의 설정은 가능하다. 건물 대지의 일부를 타인에게 양도하기 위해서는 그 일부를 분할하여 간주규약대지로 한 후에 규약을 폐지하여야 한다. 그러나 분할된 부분을 수용하고 수용으로 인한 소유권이전등기를 신청하는 경우에는, 우선 대지권에 대한 건물의 표시변경등기(대지권 말소)를 신청하여야 한다. 다만 이 경우에는 그 분할된 토지에 관한 간주규약을 폐지하거나 분리처분가능규약을 작성할 필요는 없다.[25]

25) 『등기선례요지집』 Ⅵ 제254항(1999. 3. 5. 등기 3402-219 회답).

라. 분리처분 금지에 위반된 처분의 효력

전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 없는 경우에 일방만에 대하여 행하여진 처분은 무효이다.[26] 따라서 분리처분의 상대방은 그 권리를 취득할 수 없다. 그러나 거래안전의 보호차원에서 분리처분 금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다(법 제20조 제3항). 법문상으로는 '선의'만을 그 요건으로 하고 있지만, 해석론으로서는 '무과실'까지 요구하는 것이라고 보는 것이 타당하다.[27] 이러한 실체적 규정에 대응하여, 이에 관한 공시방법으로서 「부동산등기법」은 등기신청서에 분리처분 금지의 권리(대지권)임을 기재하도록 하고 있다(부등법 제42조 제4항). 이에 의하여 대지권표시등기를 한 경우에는 대지의 등기용지 중 해당구 사항란에 '대지권인 취지'를 직권으로 등기하도록 되어 있다(부등법 제57조의2 제1항). 따라서 이러한 등기가 행해진 후의 분리처분은 비록 그 양수인이 선의라 하더라도 보호받을 수 없는 결과가 된다.

구분소유 건물에 관하여는 분리처분 금지가 원칙이기 때문에, 선의가 인정되는 것은 건물이 구분소유 건물임을 알지 못하였거나 또는 규약에 의한 특별한 정함이 있는 것으로 믿었던 경우 등이다.[28] 선의의 제3자가 보호되는 경우란 그리 많지 않을 것이다. 예를 들면, ① 건물 신축 후 소유권보존등기가 되기 전, ② 건물 구분 후 구분등기가 되기 전, ③ 건물의 대지가 추가된 후 대지권변경의 등기가 되기 전, ④ 대지권등기를

---

26) 우리 집합건물법은 명시적 규정이 없으나, 일본의 「건물구분소유법」 제23조는 이를 명시적으로 규정하고 있다.

27) 장경학, 「물권법」, 법문사, 1987, 385면; 김용한, "집합건물대지의 법리적 고찰", 「민법학논총」(후암 곽윤직 교수 화갑기념), 박영사, 1985, 273면; 양경승, "집합건물에 대한 집행", 「민사집행에 관한 제문제」(재판자료 제72집), 법원도서관, 1996, 581면; 김기정, 앞의 논문, 38면.

28) 김용한, "집합건물법상의 대지와 대지사용권", 17면.

누락한 경우 등에 일체성이 있음을 모르고 거래한 제3자를 상정할 수 있다.

위와 같이 보호받을 수 있는 선의의 상대방이 그 처분에 따른 등기를 경료하기 전에 대지권 등기 및 대지권인 취지의 등기가 행하여지면, 그 상태에서는 분리처분에 따른 등기를 할 수 없다(부등법 제135조의2 제1항). 먼저 대지권의 등기 및 대지권인 취지의 등기를 말소한 후에야 분리처분에 의하여 취득한 권리의 등기를 할 수 있게 된다. 그러나 선의의 상대방이 그 권리이전등기를 경료하기 전에 대지권 등기를 한 건물이 제3자에게 이전등기가 되면, 선의의 상대방이라도 등기의 형식주의 원칙상 이전등기를 먼저 한 제3자에게는 그 권리를 주장할 수 없게 된다.[29]

4. 대지사용권의 전유부분 처분에의 종속성

가. 집합건물법 제20조의 법률해석 문제

(1) 문제의 제기

집합건물법 제20조의 해석과 관련하여, 이 규정은 분리처분 금지적 일체불가분성을 인정하는 규정이라는 견해와 종속적 일체불가분성을 인정하는 규정이라는 견해가 대립된다.

프랑스, 독일, 일본은 용어의 표현은 다를지라도 전유부분과 대지사용권의 처분 일체불가분성은 인정하고 있으나, 우리나라처럼 종속적 일체불가분성을 인정하고 있는 규정이 없다. 다만 프랑스와 독일은 "지상물은 토지에 따른다(Superficies solo cedit)"라는 법원칙을 채택하고 있으므로, 본래 건물은 토지의 구성부분일 뿐이어서 그 일체불가분성을 인정하는 데에 아무런 문제가 없다. 그러한 법원칙을 따르지 않고 있는 우리나라와 일본에서는 토지와 건물은 별개의 부동산으로 각각 자유롭게 처분

29) 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 38면.

할 수 있음이 원칙이다. 하지만 건물의 구분소유자와 대지의 소유자가 다르게 될 경우에는 전유부분의 철거 등의 어려운 문제가 발생하므로, 일체불가분성을 인정할 필요가 생기게 된다. 이 경우에 분리처분적 일체불가분성만을 인정할 것이냐 아니면 종속적 일체불가분성까지 인정할 것이냐가 문제되는데, 일본의 경우에는 종속적 일체불가분성은 인정하지 않고 있다.

(2) 학설의 검토

(가) 분리처분 금지적 일체불가분성설(제1항 무용설)

집합건물법 제20조 제2항이 원칙규정으로서 전유부분과 대지사용권의 일체불가분성을 선언한 것이고, 같은 조 제1항의 규정은 무용한 규정이라는 견해[30]로서, 대지사용권의 전유부분에 대한 종속성을 부인한다. 즉, 전유부분과 대지사용권은 일체로서 처분됨이 원칙이나 필요에 따라서는 분리처분을 허용하여야 하는데, 같은 조 제1항은 마치 이러한 예외를 허용하지 않는 표현을 사용하고 있어 같은 조 제2항의 취지에 어긋난다. 같은 조 제1항의 취지는 같은 조 제2항에 의하여 충분히 살릴 수 있으므로, 따로 독립하여 규정할 필요가 없고 이를 삭제함이 타당하다. 또한 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자에 대하여 집합건물법 제7조에서 그 전유부분의 철거를 구할 수 있는 자의 구분소유권매도청구권이 인정되고 있는 점을 들어, 대지사용권을 전유부분의 종물 또는 종된 권리라고 할 수 없다고 한다. 이 견해에 의하면, 집합건물법 제20조 제2항은 분리처분 금지적 일체불가분성을 인정한 것이므로, 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 없는 경우에 어느 일방만에 대하여

30) 김황식, "집합건물법의 소유 및 관리에 관한 법률", 『민사판례연구(XII)』, 박영사, 1991, 368면; 송달용, "집합건물의 전유부분만에 설정된 저당권의 효력", 『판례연구』 10집, 서울지방변호사회, 1997, 130면; 양경욱, "건물의 구분소유에 관한 법률문제", 『사법논집』 제16집, 법원행정처, 1985, 89면.

행하여진 처분은 무효라고 주장한다.[31] 즉 전유부분과 대지사용권이 각각 처분된 경우, 전유부분만 처분된 경우, 대지사용권만 처분된 경우 모두 그 처분행위는 무효가 된다고 본다.

(나) 종속적 일체불가분성설(제2항 본문 주의규정설)

대지사용권은 전유부분의 권리에 대한 종된 권리라는 견해[32]이다. 집합건물법 제20조 제1항이 종속적 일체불가분성을 나타낸 원칙규정이고, 같은 조 제2항 본문은 무용한 규정으로 주의적 의미밖에 없다고 본다. 이 견해에 의하면, 동법 제20조 제1항이 종속적 일체불가분성을 인정한 것이므로, 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 없는 경우에 전유부분과 대지사용권을 각각 분리처분하면, 대지사용권에 대한 처분은 무효가 되나 전유부분에 대한 처분은 유효하게 된다고 본다. 또한 전유부분만 처분한 경우는 그 처분이 유효하나, 대지사용권만 처분한 경우에는 그 처분이 무효라고 하는 결론에 도달한다. 따라서 같은 조 제2항은 의미가 없는 규정이고, 같은 조 제2항 단서 및 같은 조 제3항은 대지사용권의 종속성을 배제할 수 있는 근거규정이라고 한다.

(다) 결과, 방법 구분설

집합건물법 제20조 제1항과 제2항은 전유부분과 대지사용권의 일체성을 축으로 하여, 제1항은 처분의 결과에 있어서, 그리고 제2항은 처분

31) 곽윤직 편집대표, 「민법주해(V)」—김황식 집필부분, 박영사, 1992, 276면; 김이수, "일괄경매", 강제집행·임의경매에 관한 제문제(하), 「재판자료」 제36집, 법원행정처, 1987, 222면도 같은 입장으로 보인다.

32) 양경승, "대지권의 법적성질과 관련문제", 280면; 박순성, 앞의 논문, 124-131면; 이근우, "대지사용권자의 구분소유권매도행사청구권 행사", 「대법원판례해설」 제27호, 법원도서관, 1997, 223면; 김병운, "구분건물에 대하여만 설정된 근저당권의 효력이 그 대지권에도 미치는지 여부", 「대법원판례해설」 제24호, 법원도서관, 1996, 53-54면; 박승열, "구분건물에 대하여만 설정된 근저당권의 효력이 그 대지권에도 미치는지 여부", 「재판과 판례」(제6집), 대구판례연구회, 1997, 118면; 김기정, 앞의 논문, 34면; 유영선, "한, 일 집합건물등기제도의 비교", 한·일 등기관 상호연수(1회), 법원공무원교육원, 2000, 28-29면; 김정만, "집합건물의 대지사용권 및 구분소유권매도청구권", 「재판실무연구 1996」, 광주지방법원, 1997, 151면.

의 방법에 있어서 양자가 법적으로 공동운명에 놓이게 된다는 것을 명문화한 것이라는 견해[33]이다. 이 견해에 의하면, 대지사용권이 전유부분에 대한 종속적 지위에 있는 이상 대지사용권만을 처분하거나 전유부분과 대지사용권을 동시에 각각 분리하여 처분한 때는 대지사용권의 처분행위는 무효가 되고, 결국 대지사용권은 그 등기와 관계없이 전유부분의 양수인이 취득하게 된다고 한다.[34]

(3) 대법원 판례의 태도

집합건물법 제20조의 해석론을 정면으로 다룬 대법원 판례는 많지 않다. 집합건물에 관련된 판례는 아니나, 건물의 소유를 목적으로 하는 임차권,[35] 지상권,[36] 법정지상권[37]을 건물소유권의 종된 권리로 보아 저당권의 효력이 미치고, 건물이 경락된 경우에는 그 종된 권리도 함께 이전한다고 판시한 사례가 있다. 이 경우 지상권이나 법정지상권에 대하여는 별도의 등기를 요하지 아니하고 법률의 규정에 의하여 직접 물권이 변동된다고 한다. 그 후 대법원은 전유부분에 대하여만 근저당권이 설정된 후 대지권이 등기된 경우에, 그 대지권에 대하여 추가 근저당권 설정등기를 하지 않더라도 위 근저당권의 효력이 대지권에도 미치는지 여부가 문제된 사안에서, 근저당권의 효력이 대지권에까지 미친다고 판시하여 전유부분과 대지사용권 사이에 종속적 일체불가분성이 있음을 명백히 하였다.[38] 그 후 대법원은 "구분건물의 대지사용권은 전유부분과

33) 김용한, "집합건물 대지의 법리적 고찰", 273면; 김기정, 앞의 논문, 33면; 황태효, "대지사용권의 사후취득과 대지권변경등기 — 대법원 2004. 7. 8. 선고 2002다40210 판결 —",「판례연구」제17집, 부산판례연구회, 2006, 3-40면.

34) 김기정, 앞의 논문, 35면.

35) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다24950 판결(공1993. 1379면).

36) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다527 판결(공1992. 2391면).

37) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다42399 판결(공1994상. 353면).

38) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다12722판결(공1995하. 3232면). 이에 관한 자세한 설명은 김병운, 앞의 논문, 41면 이하 참조.

종속적 일체불가분성이 인정되어 전유부분에 대한 경매개시 결정과 압류의 효력이 당연히 종물 내지 종된 권리인 대지사용권에 미치며"라고 판시[39]한 이래, 같은 입장을 고수하고 있다.

(4) 사 견

(가) 학설의 당부

집합건물법 제20조 제1항 무용설은 일본법의 해석론이라면 몰라도 우리나라의 집합건물법 제20조의 해석론으로는 적당하지 않다. 일본의 「건물구분소유법」 제22조 제1항이 분리처분 금지적 일체불가분성만을 인정함에 그친 것에 반하여, 우리 집합건물법은 한걸음 더 나아가 제20조 제1항을 두어 종속적 일체불가분성을 인정하고 있다. 분리처분 금지를 규정함에 있어서도 일본의 「건물구분소유법」과는 달리 전유부분에서 대지사용권을 분리하여 처분하는 것만을 금지하고 있으므로, 일본의 「건물구분소유법」에 맞는 해석론을 그대로 집합건물법의 해석론으로 받아들일 수는 없다.[40]

(나) 집합건물법 제13조와의 비교

집합건물법 제13조(전유부분과 공용부분에 대한 지분의 일체성)는 집합건물법 제20조와 거의 동일한 취지의 규정을 하고 있다. 제20조 제1항 무용설을 취하는 입장에서도 집합건물법 제13조의 해석과 관련하여서는 다음과 같이 설명한다. 즉 공용부분의 존재는 전유부분의 이용유지와 불가분의 관계에 있고, 구분소유자가 공용부분에 대하여 가지는 공유지분은 전유부분의 소유자로서의 지위에 기한 것이라고 볼 수 있으므로, 구분소유자가 그 전유부분을 처분하는 경우에 그 처분의 효과는

39) 대법원 1997. 6. 10. 자 97마814 결정(공1997. 2253면); 2001. 9. 4. 선고 2001다22604 판결(공2001. 2170면) ; 2004. 7. 8. 선고 2002다40210 판결(공2004. 1303면).

40) 동지 김기정, 앞의 논문, 33면; 박홍래, "전유부분과 대지사용권의 일체성", 「민사법학」 제22호, 한국사법행정학회, 2002, 410면.

당연히 구분소유자가 공용부분에 대하여 갖고 있는 공유지분에도 미치고, 그 공유지분도 함께 처분된 것이 된다. 다른 한편 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 공유지분만을 처분할 수 없다고 한다.[41] 문리적으로 거의 동일한 표현을 쓰고 있는 집합건물법 제13조와 제20조를 별개로 해석할 이유는 없을 것이다.

(다) 전유부분의 처분에 따른 대지사용권의 변동

집합건물법 제20조 제1항은 민법 제100조 제2항(종물은 주물의 처분에 따른다) 및 집합건물법 제13조 제1항과 유사한 형식의 규정으로, 대지사용권이 전유부분에 관한 소유권의 종된 권리임을 선언함과 동시에 전유부분을 처분하였을 때 발생하는 대지사용권의 권리변동 내용을 밝힌 것이다. 즉, 전유부분에 관한 물권변동이 일어날 때 대지사용권이 채권이면 대항요건을 갖출 필요 없이 전유부분의 양수인에게 이전이 되고, 대지사용권의 물권이면 등기를 요하지 아니하고 위 법률의 규정에 의하여 물권변동이 일어난다.[42]

집합건물법 제13조 제3항에는 그러한 취지를 명문으로 규정하여 해석상 의문이 없으나, 집합건물법 제20조에 같은 법 제13조 제3항과 같은 규정이 없다고 하더라도 법률효과가 달라지는 것은 아니다. 대법원은 법 시행 전에도 집합건물의 공용부분에 대한 지분은 해당 구분소유부분이 이전되면 그와 불가분리적 관계에서 그에 수반해서 형식주의의 예외로서 등기 없이 이전된다고 판시한 바 있다.[43]

(라) 분리처분으로 무효가 되는 처분의 내용

집합건물법 제20조 제2항은 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다는 원칙을 선언하고, 이 원칙에 반하는 처분행위는 강행법규에

41) 집합건물의 등기에 관한 해설, 24면; 丸山英氣・遠藤 浩・水本 浩 編著, “マンション法:建物區分所有法”, 日本評論社, 1999, 31면.

42) 곽윤직 편집대표, 「민법주해(II)」—김병재 집필부분, 박영사, 1992, 71면.

43) 대법원 1976. 4. 27. 선고 74다1244 판결(공1976. 9124면); 1996. 11. 12. 선고 96다25333・25340 판결(공1996. 3563면).

위반하여 무효임을 정한 규정이다. 이 조항의 문리해석상 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분하는 것을 금지할 뿐 전유부분만의 처분을 금지하고 있다고는 할 수 없으므로, 전유부분만의 처분은 당연히 유효하다. 다만 대지사용권에 대한 권리는 같은 조 제1항의 규정에 의하여 전유부분의 양수인이 취득하게 되는 것이다. 같은 조 제2항이 없으면 전유부분과 분리되어 처분된 대지사용권에 관한 처분을 무효화시킬 수 있는 근거가 없어지므로, 같은 조 제2항이 주의적 규정에 불과하다고 할 수는 없다. 같은 조 제2항이 대지사용권만의 분리처분을 금지하는 것이 아니라 전유부분만의 분리처분과 전유부분, 대지사용권 모두의 분리처분을 전부 금지한 취지로 해석하여야 한다는 견해[44]가 있으나, 이는 명문의 규정에 반하는 해석이고, 종속적 일체불가분성의 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서만 법률행위를 무효화시키면 될 것을 무효화되는 법률행위의 범위를 지나치게 확대하는 해석으로 채택하기 어렵다.[45]

(마) 집합건물법 제20조 제2항 단서의 적용

집합건물법 제20조 제2항 단서는 규약 및 공정증서에 의하여 종속적 일체불가분성의 효과를 배제할 수 있는 근거규정이다. 즉, 소규모연립주택이나 종합건물과 같이 구분소유자가 많지 않아 토지등기부가 복잡·방대하지 않은 경우, 단기간 내에 건물이 철거되어 대지가 다른 용도에 사용될 것으로 예정된 때, 대규모 아파트단지의 경우 건물이 없는 공지에 집합건물을 신축하거나 기존건물에 증축하는 경우 등에는, 새로 구분소유자가 될 자를 위하여 대지사용권의 공유지분을 분리하여 양도할 필요가 있다. 이러한 경우에 규약이나 공정증서에 의하여 종속적 일체불가분

44) 김용한, "집합건물 대지의 법리적 고찰", 275면; 양경승, "대지권의 법적성질과 관련문제", 289면; 이근우, 앞의 논문, 226면.

45) 박순성, "대지지분소유자의 구분소유권매도청구권", 「민사판례연구」[XX], 박영사, 1998, 122면 이하 참조; 박순성, "대지사용권의 사후취득과 대지권변경등기", 「민사재판의 제문제」(제13권), 민사실무연구회, 2004, 326면.

성의 효과를 배제할 수 있게 한 것이다.

같은 법 제20조 제2항 단서는 마치 제2항에 대해서만 적용이 되는 것처럼 규정되어 있으나, 같은 법 제20조 제1항의 경우에도 적용이 된다고 해석하여야 한다. 그렇게 해석하지 않으면, 구분건물을 1년 후에 철거할 예정으로 규약상 대지사용권을 분리처분할 수 있도록 정한 후 구분건물은 갑에게, 대지소유지분은 을에게 각 처분한 경우 갑은 같은 법 제20조 제1항에 의해, 을은 대지소유지분의 이전등기를 통하여 각 소유권을 취득하게 되는 결과가 발생할 수 있으므로,[46] 같은 조 제1항의 경우에도 규약 또는 공정증서에 의하여 그 적용을 배제할 수 있다고 해석하여야 한다.

(바) 집합건물법 제20조 제3항의 대항요건

집합건물법 제20조 제3항은 선의의 제3자를 보호하기 위한 규정이다. 법문상으로는 '선의'만을 요건으로 하고 있지만 해석론으로서는 '무과실'까지도 요구한다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다.

(사) 집합건물법 제7조와의 관계

집합건물법 제7조에서 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자에 대하여 그 전유부분의 철거를 구할 수 있는 자의 구분소유권매도청구권이 인정되고 있는 점을 들어 대지사용권을 전유부분의 종물 또는 종된 권리라고 할 수 없다고 하나, 이 규정은 종래의 토지 우위 개념을 그대로 반영한 것으로서 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선적으로 보호하여야 하는 사회정책적 요구나 법의 입법취지에 부합하지 않는다고 보아야 할 것이다. 오히려 전유부분 소유자에게 대지사용권의 매도청구권을 인정하여야 하는 것으로 개정되어야 할 필요성이 있다.[47]

---

46) 대지권등기가 경료되지 않은 경우에는 전유부분의 소유권이전등기와 대지소유지분의 이전등기 중 먼저 등기를 경료한 사람이 대지소유지분을 취득하게 될 것이다

47) 양경승, "대지권의 법적성질과 관련문제", 289면; 박홍래, 앞의 논문, 409면.

(아) 대지사용권의 종된 권리로의 변화

이러한 입법정책에 따라 대지사용권은 그것이 소유권이든 임차권 또는 지상권이든 건물에 대하여 구분소유자가 가지는 구분소유권에 대하여 종된 권리로 격하되어, 권리의 주요한 속성 중의 하나인 처분권능을 상실 또는 크게 제한받게 된 것이다.

(자) 이상과 같은 이유를 종합하여 볼 때에 세 번째 견해가 타당하다고 본다.

나. 집합건물과 저당권 효력의 범위

(1) 전유부분에 설정된 저당권의 효력과 대지사용권

전유부분과 대지사용권에 대하여 대지권이 성립되기 이전에 전유부분만에 대하여 저당권이 설정된 후에 대지권등기가 된 경우, 그 대지권에 대하여 추가저당권 설정등기를 하지 않더라도 위 저당권의 효력이 저당권 설정등기가 없는 대지권에 대하여도 미친다고 볼 수 있는가가 문제된다.[48]

구분소유권의 목적인 건물의 전유부분에 관한 저당권은 대지권의 목적인 토지에 관하여 추가 저당권을 설정하지 않는 한, 그 대지사용권에는 미치지 않는다고 보는 부정설이 있다. 부정설은 그 근거로 ① 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하고 있으므로 토지와 건물 간에 주종관계를 인정할 수 없고, ② 집합건물법 제20조 제2항 단서에 의하면 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분이 가능하도록 규정하고 있으므로, 구분건물이라 하여 항상 강한 종속성을 인정할 필요는 없다는 점과, ③ 「부동산등기법」상 '건물만에 관한 취지의 부기'의 등기제도(동법 제102조의3 제1항 참조)를 두고 있는 점 등을 그 근거로 들고 있다.

그러나 집합건물법 제20조 제1항 및 제2항은 일본의 구분소유법의

48) 이 문제에 대하여는 김병운, 앞의 논문, 41면 이하; 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련문제", 294면 이하.

규정과 달리 전유부분과 대지사용권의 처분 일체성을 인정함과 동시에 대지사용권은 그 처분에 따른다고 하는 처분의 종속성을 인정하고 있으므로, 대지사용권을 전유부분의 종된 권리로 보아 전유부분에 대한 저당권의 효력은 민법 제358조를 유추적용하여 대지사용권에도 미친다고 보는 긍정설의 입장이 타당하다.[49] 이는 토지와 건물을 별개의 부동산으로 보는 우리 법제하에서 토지소유권이 건물에 종된 권리로 되는 예외적인 결과가 되지만, 이는 부동산거래의 현실을 고려해 정책적으로 예외를 인정한 것으로 파악하여야 할 것이다.

건물만에 관한 것이라는 취지의 등기는 일본 부동산등기법의 제도를 도입한 제도로, 등기상의 기술적 문제에 관한 것이지 실체법상의 법률효과와는 관계가 없는 규정이라고 보아야 한다. 따라서 그러한 부기등기가 경료되어 있다 하더라도 당연히 대지사용권은 전유부분의 종된 권리로 경매목적물에 포함되어야 하는 것이다.[50]

이 견해는 대지사용권에 대하여 저당권 설정등기가 경료되지 않았는데도 전유부분에 대한 저당권의 효력이 미치는 것은 민법 제187조의 법률의 규정에 의한 물권변동으로 보고 있는데, 집합건물법 제20조 제1항이 바로 그 근거규정이 된다고 해석하고 있다.

대법원 판례도 "「민법」 제358조 본문은 '저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다.'고 규정하고 있는바, 이 규정은 저당부동산의 종된 권리에도 유추적용된다 할 것이고, 구분건물의 전유부분만에 관하여 설정된 저당권의 효력은 대지사용권의 분리처분이 가능하도

49) 양경승, "대지권의 법적성질과 관련문제", 299면; 이영준, 앞의 책, 812면; 하경일, 앞의 책, 604면; 김병운, 앞의 논문, 41-48면; 김기정, 앞의 논문, 59면; 박승렬, "구분건물에 대하여만 설정된 근저당권의 효력이 그 대지권에도 미치는지 여부", 재판과 판례(6집), 대구판례연구회, 1997, 118-119면; 김천수, "대지권등기가 경료되지 아니한 아파트 등 구분거물의 최저경매가격결정에 관하여", 「재판실무연구」 제2권, 수원지방법원, 1997, 393면.

50) 서울지방법원, 신청·집행의 실무, 서울지방법원 신청·집행실무연구회, 1999, 138면.

록 규약으로 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 전유부분의 소유자가 사후에라도 대지사용권을 취득함으로써 전유부분과 대지권이 동일 소유자의 소유에 속하게 되었다면, 그 대지사용권에까지 미치고 여기의 대지사용권에는 지상권 등 용익물권 이외에 대지소유권도 포함된다."고 보아,[51] 긍정설의 입장에 서 있다. 한편 구분건물의 전유부분만에 관하여 저당권 설정등기가 경료된 후에 대지권등기가 경료되면서 그 저당권 설정등기는 전유부분만에 관한 것이라는 취지의 부기등기가 직권으로 기재되었다 하더라도, 이를 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하거나 공정증서로써 정한 경우에 해당한다고 볼 수 없다[52]고 보고 있다.

(2) 대지권에 대한 일괄매각의 가부

긍정설 및 대법원 판례의 태도에 의하면, 집합건물법 제20조 제1항의 규정에 의하여 전유부분에 대한 저당권의 효력은 등기 없이도 당연히 대지권에도 미치므로, 저당권자는 전유부분과 대지권에 대하여 일괄하여 매각을 신청할 수 있는 것으로 보게 된다.

경매개시 결정의 효력이 종된 권리인 대지사용권에도 미치므로, 경매신청시 대지사용권에 대한 표시가 없더라도 이를 조사하여야 한다. 대지사용권의 존재가 밝혀진 때에는 경매 목적물의 일부로 포함시켜 최저입

51) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다12722 판결(공1995 하, 3232면) — 이 판결에 대하여는 김병운, 앞의 논문, 41-58면에 자세히 해설되어 있다. 1997. 6. 10. 자 97마814 결정(공1997. 2253면); 2001. 9. 4. 판결 2001다22604 판결(공2001. 2170면) — 이 판결은 같은 취지에서 구분건물의 대지지분에 대한 소유권이전등기가 경료되기 전에 전유부분만에 관하여 경매절차가 진행되어 낙찰인이 전유부분만을 낙찰받았음에도 대지지분에 대한 등기까지 경료받은 것은 부당이득에 해당하지 않는다고 보았다. ; 이 판결에 대한 평석(評釋)으로는 박기주, "구분건물의 대지지분에 대한 소유권이전등기가 경료되기 전에 전유부분만에 관하여 경매절차가 진행되어 낙찰인이 전유부분만을 낙찰받았음에도 대지지분에 대한 등기까지 경료받은 것이 부당이득에 해당하는지 여부(소극)", 『대법원판례해설』 제38호, 법원도서관, 2001, 448면 이하.

52) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다62179 판결(공2001. 636면).

찰가격을 정하여야 할 것이다. 전유부분에 대한 경매개시결정 및 압류의 효력은 그 대지사용권에도 미치므로 민사집행법 제98조의 일괄매각을 할 필요는 없다.[53]

(3) 대지권의 매각대금에 대한 배당의 우선순위

긍정설에 따르면, 전유부분에 대한 저당권의 효력이 대지권에도 미치는 결과 대지권의 매각대금에 대하여도 저당권자는 우선변제권이 인정된다 할 것이다. 대법원 판례[54]도 "전유부분에 대해 저당권을 설정한 자는 전체 경락대금 중 대지권에 대한 부분에 대하여도 대지권등기 이후에 담보가등기를 설정한 자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다."는 입장을 취하고 있다.

다만 구분건물의 전유부분만에 대하여 설정된 저당권의 효력이 사후에 취득한 대지권에 미친다고 하더라도 그 토지가 대지권이 되기 전에 이미 토지에 대하여 제3자가 저당권, 가등기담보권 등 소유권 이외의 권리를 취득하고 있는 경우에는, 제3자의 토지에 대한 저당권 등이 토지만에 대하여는 구분건물의 저당권에 앞선다는 것이다. 즉, 구분건물의 저당권의 효력은 대지권등기시에 대지권에도 미치지만 그 효력이 구분건물에 대한 저당권설정일로 소급하는 것은 아니므로, 대지권등기 이전의 토지에 대하여 저당권이 설정되어 있다면 그 토지의 저당권보다 후순위가 된다.

---

53) 대법원 1997. 6. 10. 자97마814 결정(공1997. 2253면).

54) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다12722 판결(공1995하. 3232면); 송달용, "집합건물의 전유부분만에 설정된 저당권의 효력", 135면은 위 판례의 평석에서 '전유부분에 대한 근저당권으로서 임의경매를 실행한 경우 집합건물법 제20조 제2항 본문 및 제1항에 의하여 대지사용권도 함께 경매되고 경락인은 전유부분뿐만 아니라 대지사용권도 함께 취득하게 된다.'고 하면서도, 원고의 근저당권은 건물부분에 관해서만 우선권이 있으므로 토지부분에 관한 매득금에 관하여는 우선권을 주장할 수 없다고 하여, 대지에 대한 경매매득금에서 건물에 대한 저당권자의 우선권을 인정한 위 판례에 찬동할 수 없다는 입장이다.

다. 집합건물과 전세권 효력의 범위

(1) 구분건물에 대한 전세권 설정

전세권은 부동산의 일부에 그 설정이 가능하나 용익물권으로서의 성질상 공유지분에는 설정할 수 없는 권리이다. 따라서 집합건물에 있어서도 특정 전유부분의 대지권에 대하여는 전세권설정등기를 할 수 없다. 같은 이유로 집합건물의 전유부분과 대지권을 동일한 전세권의 목적으로 하는 전세권의 설정도 할 수 없다.[55] 이와 같은 내용의 전세권설정등기의 신청이 있게 되면 그 등기신청은 각하될 수밖에 없다. 따라서 대지권의 등기가 경료된 경우에는 건물의 등기용지에 건물만에 대한 전세권등기를 할 수 있을 뿐이다.

(2) 전유부분에 설정된 전세권의 효력과 대지사용권

구분건물만에 대한 전세권의 효력은 명문의 규정은 없지만, 집합건물법 제20조의 해석 및 전세권의 효력이 미치는 범위의 해석의 측면에서 볼 때, 저당권의 경우와 마찬가지로 그 후 구분소유자가 대지권을 취득한 때에는 대지권에도 미치는 것으로 보아야 하는지 여부와, 그 효력이 인정된다면 일괄경매신청을 할 수 있는지, 그리고 대지의 매각대금에 대한 우선변제권은 어느 범위에서 인정할 수 있는지가 문제된다.

전유부분에 등기된 전세권의 효력은 대지사용권을 전유부분 및 공용부분과 분리처분이 가능하도록 하기 위한 분리처분규약이나 공정증서가 없는 때에는 대지권에도 미친다고 보는 긍정설과,[56] 현실적으로 대지

---

55) 대법원등기예규 제574호(1985. 6. 3); 85. 10. 30. 등기 제505호 통첩(89년 예규집 제837-19항 "19"); 「등기선례요지집」 I 제424항(1986. 10. 13. 등기 제466호); II 제363항(1987. 4. 9. 등기 제213호); IV 제449항(1996. 4. 6. 등기 3402-254 회답).

56) 서울지방법원, 신청·집행의 실무, 서울지방법원 신청·집행실무위원회, 2000, 152면; 법원행정처, 「부동산 입찰제도」, 1997, 342면; 김기정, 앞의 논문, 44면; 양경승, "집합건물에 대한 집행", 590면; 곽윤직 편집대표, 「민법주해(VI)」—박병대 집필부

권에 대하여 전세권설정등기가 경료되어 있지 않는 이상 대지권에 전세권의 효력이 미칠 수 없다는 부정설이 있다.

대법원 판례[57]는 "집합건물이 되기 전의 상태에서 건물 일부만에 관하여 전세권이 설정되었다가 그 건물이 집합건물로 된 후 그 전세권이 구분건물의 전유부분만에 관한 전세권으로 이기된 경우, 구분소유자가 가지는 전유부분과 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 전유부분의 소유자가 대지사용권을 취득함으로써 전유부분과 대지권이 동일소유자에게 귀속하게 되었다면 위 전세권의 효력은 그 대지권에까지 미친다고 보아야 할 것이다. 그러나 집합건물에 관하여 경매가 실행될 경우 대지권의 환가대금에 대한 배당순위에 있어서, 위 전세권이 대지사용권이 성립하기 전의 토지에 관하여 이미 설정된 저당권보다 우선한다고 할 수는 없다. 대지사용권에 대한 전세권의 효력은 대지권이 성립함으로써 비로소 미치게 되는 것이므로 대지사용권이 성립하기 전에 그 토지에 관하여 저당권을 가지고 있는 자의 권리를 해쳐서는 안 되기 때문이다."라고 보아, 긍정설의 입장을 취하고 있다.

이 문제는 저당권의 경우처럼 입법적으로 특별규정을 두어 해결함이 바람직할 것이나, 현행법상으로도 구분건물만에 대하여 설정한 전세권등기의 효력은 저당권과 마찬가지로 대지사용권의 종된 권리의 성질에 의하여 대지사용권에도 미친다고 해석하는 긍정설이 당사자의 의사나 거래의 현실에 부합하고 합리적이라고 생각한다. 그렇게 해석하여야만 주택임대차보호법상 우선변제권 있는 주택임차인은 건물 및 대지권의

분, 196면; 한명환, "집합건물에 설정된 전세권의 효력이 대지권에도 미치는지 여부", 「인권과 정의」(1996. 6), 대한변호사협회, 155면; 윤경, "구분건물의 전유부분에만 설정된 전세권의 효력범위", 「대법원판례해설」(제40호), 법원도서관, 2002, 555면; 김정만, "집합건물의 대지사용권 및 구분소유권매도청구권", 「재판실무연구1996」, 광주지방법원, 1997, 152면.

57) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다68389 판결(공2002. 1653면).

매각대금 전부로부터 배당을 받는 것과 형평이 맞게 된다(동법 제3조의2 제2항).

따라서 전세권자는 민법 제318조에 의하여 당해 구분건물과 대지사용권 모두에 대한 경매청구를 할 수 있다.

우리 경매법원의 실무는, 한때 등기예규에 따라 현실적으로 대지권에 대하여는 전세권설정등기가 경료되어 있지 않은 이상 대지권에 전세권의 효력이 미칠 수는 없으므로, 대지권에 대한 매각대금을 전세권자에게 배당하는 것은 무리라는 부정설의 입장이었다.[58] 그러나 현재는 대법원 판례의 취지에 따라 대지권등기가 경료된 구분소유물에 대한 전세권자는 대지사용권에 대하여도 경매를 신청할 수 있고, 대지의 매각대금에 대하여도 우선변제를 받을 수 있다고 보는 실무처리지침[59]에 따라 처리하고 있다.

이러한 차원에서 볼 때, 대지권에 대하여 전세권 설정을 불허하는 등기예규는 대법원 판례나 거래의 현실적 측면에서 그 폐지를 검토하여야 할 것이다.

(3) 대지권의 매각대금에 대한 배당의 우선순위

구분건물만에 대하여 전세권설정등기가 된 경우에, 구분건물이 경매에 의하여 매각되었다면 건물부분에 대한 매각대금 외에 대지권에 대한 매각대금으로부터도 전세권자가 우선 배당을 받을 수 있는가가 문제된다. 전세권의 효력은 성질상 저당권의 경우를 유추하여 대지사용권에도 미친다고 보는 긍정설의 입장에 따라, 대지권에 대한 매각대금으로부터도 전세권자는 우선변제를 받을 수 있다고 생각한다. 대법원 판례[60]도 건물만에 대한 전세권설정등기는 대지권에 대하여도 효력이

58) 서울민사지방법원, 「보전처분 및 입찰에 관한 실무지침」, 1994, 65면.

59) 법원행정처, 「개정증보 실무제요 강제집행」<상>, 1992, 501면; 법원행정처, 「법원실무제요: 민사집행 (II): 부동산집행」, 2003, 458면.

미친다고 보고 있으며, 대지권에 대하여도 우선배당을 하는 것이 현재의 실무예이다.[61]

이 경우 구분건물만에 대한 전세권의 효력이 대지권에 미치게 된 경우에 대지권의 환가대금의 배당순위가 어떻게 되는가가 문제가 된다. 구분건물에 대한 전세권 설정일자가 토지에 대한 저당권 설정일자보다 선순위로 되었기 때문이다. 이와 관련하여서는 ① 전세권 설정일자가 저당권 설정일자보다 우선하므로 피고가 대지사용권의 환가대금에서 우선변제를 받는다고 보는 견해와(원래의 전세권 설정일자를 기준으로 하여 그 우선순위를 판단), ② ①설에 의할 경우, 대지사용권이 성립하기 전에 이미 이해관계를 가진 자에 불측의 피해를 줄 우려가 있으므로 원고가 대지사용권의 환가대금에서 우선변제를 받는다고 보는 견해가 대립한다.[62] 대법원 판례는 이와 같은 집합건물에 관하여 경매가 실행된 경우 대지권의 환가대금에 대한 배당순위에 있어서는 전세권이 대지사용권이 성립하기 전의 토지에 관하여 이미 설정된 저당권보다 우선한다고 볼 수는 없다는 ②설의 입장을 취하고 있다.

라. 집합건물과 가등기 등의 효력 범위

(1) 문제의 제기

저당권에 관하여는 민법 제358조에서 종물에 대하여도 저당권의 효력이 미친다는 별도의 규정이 있으나, 전유부분에 대하여 경료된 가등기, 가처분, 가압류, 압류등기의 효력과 관련해서는 전세권과 마찬가지로 전유부분의 소유자가 사후에 취득한 대지사용권에까지 그대로 그 효력이 미치는가에 관하여는 별도의 규정이 없다. 이러한 가등기 등의 효력이

60) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다68389 판결(공2002. 1653면).

61) 석동규, "대지권등기가 경료되지 아니한 구분소유건물에 대한 경매신청과 법원의 조치", 「실무연구자료」 2권, 대전지방법원, 1998, 24-25면.

62) 이재목, "건물이 집합건물로 된 후 구분건물의 전유부분에만 설정된 전세권의 효력범위", 「Jurist」 제410호(2006. 6), 청림인터렉티브, 2006, 337-340면.

대지사용권에도 미치는가의 문제는 결국 집합건물법 제20조 제1항의 대지사용권 처분의 종속성 의미와 동조 제2항의 처분일체성 원칙의 해석과 관련하여 검토의 대상이 된다.

(2) 전유부분과 대지사용권의 처분의 일체성과의 관계

전유부분과 대지사용권의 분리처분 금지, 즉 처분의 일체성 원칙이 적용되는 것은 대지권이 성립한 때 이후이고, 이는 대지권등기를 하였느냐 여부와는 직접 상관이 없다.

전유부분의 소유자가 대지사용권을 취득함으로써 대지권이 성립하기 이전에는 전유부분과 대지사용권의 처분일체성이 요청될 여지는 전혀 없다. 따라서 대지권이 성립되기 전에 전유부분 또는 대지사용권에 대한 처분은 가능하고 그 처분은 처분의 일체성 원칙과는 관계없이 그 효력이 발생함은 당연하다. 그러므로 대지권이 성립되기 전에 전유부분에 대하여 경료된 가등기, 가처분등기, 가압류등기, 압류등기 등은 후에 대지사용권의 취득에 따른 대지권등기가 경료된 경우라 하더라도 이미 발생한 효력은 그대로 유지된다. 그러나 대지권등기가 경료된 이후에는 처분의 일체불가분성의 원칙이 적용되기 때문에, 성질상 분리처분이 허용되는 경우를 제외하고는 전유부분과 대지사용권 부분을 별도로 처분할 수 없음은 이미 살펴본 바와 같다.

(3) 대지사용권의 전유부분 처분에의 종속성과의 관계

집합건물법 제20조 제1항의 해석상 구분소유자의 대지사용권은 전유부분의 소유권에 종속된 권리이므로 전유부분의 처분에 따르도록 되어 있다. 여기서 문제되는 것은 대지권이 성립된 이후에는 종된 권리인 대지사용권은 주된 권리인 전유부분의 처분에 따르게 됨은 당연하지만, 대지권이 성립되기 전에 주된 권리인 전유부분에 대한 처분과 그에 기한 등기의 효력이 사후에 취득한 종된 권리인 대지사용권 부분에도

그대로 미친다고 해석할 수 있겠는가 하는 점이다.

저당권의 경우, 대법원 판례는 저당권의 효력은 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 사후에 등기된 대지사용권에도 미친다고 보고 있다. 그러한 규정이 없는 가등기 등의 경우에는 집합건물법 제20조 제1항의 처분의 종속성만에 의하여 저당권과 같이 그 효력이 사후에 취득한 대지사용권에 미친다고 보아야 할 것인가 하는 점이 문제이다.

(4) 사 견

전유부분에 대하여 경료된 가등기 등의 효력에 관하여, 등기선례와 학설은 대지사용권에는 미치지 않는다고 보는 견해[63]와 대지사용권에도 그 효력이 미친다고 보는 견해[64]로 나뉘어져 있다.

생각건대, 「민법」 제358조는 저당권에 관한 특별규정이 아니라 「민법」 제100조에 규정된 종물 법리를 저당권에 적용한 주의적 규정에 불과하다. 따라서 전유부분의 소유자가 건물대지에 대한 대지사용권을 취득하여 대지권이 성립된 경우에는 소유자의 의사에 의하여 대지권 성립시에 이미 대지사용권은 전유부분의 종된 권리가 된 것이므로, 「민법」 제100조의 규정에 의하여 전유부분에 설정되어 있는 가등기 등의 효력은 종된 권리에도 동일하게 미치게 되는 것으로 보는 것이 일관성 있는 해석이며 타당하다고 본다.

---

63) 「등기선례요지집」 Ⅲ 제725항(1990. 8. 17. 등기 제1628호 회답), 제899항(1990. 11. 26. 등기 제3402-2294호 회답); Ⅴ 제575항(1996. 7. 16. 등기 3402-561 회답); Ⅵ 제443항(1999. 4. 3. 등기 3402-356 회답); Ⅶ 제367항(2002. 2. 27. 등기 3402-136 회답); 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 34, 123면; 김기정, 앞의 논문, 36면; 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련 문제", 291면.

64) 「등기선례요지집」 Ⅴ 제654항(1997. 7. 25. 등기 3402-581 회답); Ⅴ (1998. 1. 20. 등기 3402-61 회답); 서울지방법원, 「신청·집행의 실무」, 2000, 152면; 정장진, "대지사용권의 법적 성격과 문제점 고찰", 「법조」 통권 515호(1999. 8), 법조회, 183면; 양경승, "집합건물에 대한 집행", 587면.

집합건물법 제20조 제1항을 대지권이 성립된 경우를 전제로 하여 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 종속된다는 원칙만을 규정한 것으로 한정 해석할 필요는 없으며, 가등기 등을 「민법」 제358조의 규정이 있는 저당권의 경우와 달리 보아야 할 합리적인 이유도 없다. 이와 같은 해석을 하는 경우에도 대지권이 성립하기 전에 대지부분에 대하여 선의의 제3자가 사전에 경료한 각종 권리의 효력에는 전혀 영향이 없다. 따라서 대지권이 성립되기 전에 전유부분에 대한 유효한 처분에 의하여 경료된 가등기 등의 효력은 저당권의 경우와 마찬가지로 사후에 대지사용권으로 취득된 대지권에도 당연히 미치는 것으로 해석하여야 할 것이다.[65]

대법원은 최근에 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류 결정의 효력이 그 대지권에 미친다는 판결[66]을 내려, 이와 같은 입장을 취하였다.

---

65) 따라서 이러한 취지와 다른 입장인 아래의 대법원 판례와 등기선례는 앞으로 변경되어야 할 것으로 생각한다. 대법원 2001. 9. 4. 선고 2001다 22604 판결(공2001. 2170면); 「등기선례요지집」 Ⅶ 제371항(2003. 10. 28. 부등 3402-585 회답); Ⅵ 제441항(1999. 2. 22. 등기 3402-173 회답), 제443항(1999. 4. 3. 등기 3402-356 회답); Ⅴ 제575항(1996. 7. 16. 등기 3402-561 회답).

66) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2006다29020 판결(공2006. 12. 1.(263), 1985면).
"「민법」 제100조 제2항의 종물과 주물의 관계에 관한 법리는 물건 상호간의 관계뿐 아니라 권리 상호간에도 적용되고, 위 규정에서의 처분은 처분행위에 의한 권리변동뿐 아니라 주물의 권리관계가 압류와 같은 공법상의 처분 등에 의하여 생긴 경우에도 적용되어야 하는 점, 저당권의 효력이 종물에 대하여도 미친다는 「민법」 제358조 본문 규정은 같은 법 제100조 제2항과 이론적 기초를 같이하는 점, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제20조 제1항, 제2항에 의하면 구분건물의 대지사용권은 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되는 점 등에 비추어 볼 때, 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류 결정의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 종물 내지 종된 권리인 그 대지권에까지 미친다."

Ⅲ. 대지권등기의 절차와 효과

1. 대지권등기

가. 대지권의 성립

대지권이라 함은 구분건물의 소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 구분건물이 소재하는 토지 또는 규약상 대지에 대하여 가지는 대지사용권으로서 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 권리를 말한다(부등법 제42조 제4항). 대지권등기는 그러한 대지권을 건물등기부에 기재하기 위하여 행하는 등기를 말한다. 대지권등기라 함은 광의로는 대지권 표시의 등기와 대지권인 취지의 등기, 그리고 토지에 별도의 등기가 있다는 취지와 건물만에 관한 등기라는 취지의 직권기재를 모두 포함하는 개념으로 사용된다. 협의로는 대지권표시의 등기만을 의미한다.

대지권이 성립하기 위해서는, ① 토지상에 집합건물이 존재하여야 하고, ② 구분소유자가 당해 대지에 대하여 대지사용권을 취득하여야 하며, ③ 처분의 일체, 불가분성이 있어야 한다.[67] 집합건물법은 대지사용권을 가진 구분소유자가 일체성을 배제하기 위하여는 규약이나 공정증서로서 그러한 취지를 정하도록 하고 있으므로, 구분소유자가 그러한 규약이나 공정증서를 작성하지 아니한 때에는 대지사용권은 당연히 분리처분이 불가능한 대지권이 된다고 보아야 한다. 대지권등기가 경료되기 전이라도 대지권의 성립 즉 대지사용권의 일체, 불가분성을 인정하여야 할 필요성이 있으므로, 대지권등기를 대지권의 성립요건으로 볼 것은 아니다.[68] 소유권 취득이 상속, 수용, 경매에서의 낙찰, 환지처분의

67) 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련문제", 235면; 석동규, 앞의 논문, 24-25면.
68) 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련 문제", 237면; 박순성, "대지지분 소유자의 구분소유권매도청구권", 121면; 하지만 김용한, "집합건물 대지의 법리적 고찰", 272면은 대지권을 대지사용권 가운데 등기된 권리로서 전유부분과 일체화된 것만을 의미하는 것으로 보고 있다.

확정 등 법률의 규정에 의하여 귀속될 수도 있고, 대지권등기는 그러한 등기를 신청하는 경우에만 경료되는 부동산등기절차상의 제도이기 때문이다. 따라서 대지권은 구분건물에 대한 소유권과 대지사용권이 어느 시점에서든지 동일인에게 동시에 존재하면 그 시점에서 대지권이 성립된다. 그 이후에는 대지권이 구분건물에 대한 종된 권리로서 구분건물의 처분에 따라 함께 이전한다.

다만 대지권등기가 되어 있지 않은 경우에는 선의의 제3자에게 대항할 수 없어 일체 불가분성이 사실상 유명무실하게 되는 경우가 있을 수 있다.

대지권이 구체적으로 발생하여 성립되는 시기를 몇 가지 예로 들어보면 다음과 같다. ① 대지사용권을 이미 취득한 자가 집합건물을 신축한 때는 그 건물을 완성한 때, ② 기존 건물을 구분하여 집합건물로 하는 때에는 구분한 때, ③ 기존건물을 증·개축하거나 합병하여 집합건물로 하는 때에는 증·개축이 완성된 때 또는 합병된 때, ④ 대지사용권 없는 구분소유자가 사후적으로 대지사용권을 취득한 때에는 원칙적으로 그 등기를 마친 때에 대지권이 성립한다는 것이 종전 이론[69]이었다. 그러나 최근 대법원 판례[70]는 매수인은 매매계약의 효력으로써 건물의 대지를 점유·사용할 권리를 갖는다고 하여 채권적 청구권도 대지사용권에 해당한다고 보므로, 점유·사용할 권리를 가진 때에 취득한 것으로 보고 있다. ⑤ 인접 토지를 규약상 대지로 한 때에는 인접 대지에 대하여 권리를 취득하고 규약을 정한 때, ⑥ 분리처분할 수 있음을 정한 규약이나 공정증서가 있는 때에는 이를 폐지한 때 등이 될 것이다.

대지권등기제도는 전유부분과 일체로서 처분되는 토지의 권리범위

69) 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련 문제", 236면.

70) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결(공2001. 39면); 2001. 1. 30. 선고 2000다10741 판결(공2001. 532면); 2001. 9. 4. 선고 2001다22604 판결(공2001. 2170면); 2004. 7. 8. 선고 2002다40210 판결(공2004. 1303면).

를 토지등기부에 등기하지 아니하고 건물등기부의 전유부분에 기재하여 그 등기의 효력을 토지에도 미치도록 함으로써, 그 이후로는 양자가 법률적 운명을 같이 하도록 하기 위한 구분건물의 경우에만 인정되는 독특한 등기제도이다.

2. 대지권의 표시등기

가. 대지권 표시등기의 신청절차

구분소유자가 분리처분할 수 없는 대지사용권, 즉 대지권을 가진 경우 건물과 대지권의 일체적 처분에 따르는 권리관계의 통일적 공시를 위하여 집합건물의 등기부에 대지권의 표시에 관한 사항을 등기하는 것이 대지권 표시등기이다(부등법 제57조 제1항). 대지권의 표시등기는 권리에 관한 사항을 등기하는 것이기는 하나 사항란에 하는 것이 아니라 표시란에 하는 것이므로, 그 성질은 본질적으로 건물의 표시등기에 속하게 된다.

대지권등기를 하는 경우에 당해 건물의 대지의 소유권 등의 등기명의인은 당해 전유부분의 소유자와 일치하여야 한다. 서로 일치하지 않는 경우에 각 소유자 등의 동일성을 증명하는 서면을 첨부하여 대지권등기를 할 수는 없다. 이 경우에는 먼저 등기명의인 표시의 변경 또는 경정절차를 밟아야 한다.

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

따라서 대지권이 있음에도 불구하고 이를 등기신청서에 기재하지

않거나, 대지사용권이 대지권이 아닌 경우에 규약이나 공정증서를 제출하지 아니한 때에는, 등기관은 신청서의 방식 위배 또는 신청서에 첨부할 서면의 미첨부를 이유로 하여 등기신청을 각하하여야 할 것이다(부등법 제55조 제4호 또는 제8호).

나. 대지권 표시등기의 실행절차

(1) 대지권 표시등기는 1동의 건물의 표제부 중 대지권의 목적인 토지의 표시란과 전유부분의 표제부 중 대지권의 표시란에 하게 된다.

1동의 건물의 표제부 중 대지권의 목적인 토지의 표시란에는, ① 당해 대지권의 목적인 토지의 일련번호,[71] ② 그 토지의 표시로서 토지의 소재・지번・지목・면적, ③ 그 등기연월일을 기재하고 등기관이 식별부호를 기록하여야 한다(부등규칙 제75조의2 제1항).[72] 1동의 건물의 소재와 지번의 표시는 법정대지만을 기재하여야 하지만, 대지권의 목적인 토지의 표시란에는 법정대지뿐만 아니라 규약상 대지도 기재하여야 한다.

구분한 건물의 표제부 중 대지권의 표시란에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

① 대지권의 목적인 토지의 표시: 대지권의 목적인 토지의 표시란에 기재된 토지의 일련번호를 기재하면 족하다(부등규칙 제75조의2 제2항). 대지권의 목적인 토지가 수필이고 대지권의 종류, 비율과 발생 원인이 동일한 때에는 일괄하여 표시하나(예, '1.2' 또는 '1 내지 5'), 대지권의 종류, 비율과 발생 원인이 다른 때에는 각각 표시하여야 한다(예, '1 소유권, 2 지상권', '1 소유권 500분의 15, 2 소유권 600분의 50' 또는

71) 대지권의 목적 토지가 1필인 경우에도 이를 생략하여서는 안 된다.

72) 전산정보조직에 의하여 등기사무를 처리하는 등기소에서는, 등기관이 날인하는 것에 갈음하여 등기관이 미리 부여받은 식별부호를 기록하는 방법으로 하고 있다(부등법 제177조의4 제2항, 부등규칙 제137조).

'1 소유권 500분의 15 1995년 9월 15일 대지권, 2 소유권 500분의 15 1996년 3월 10일 대지권'). ② 대지권의 종류(예, 소유권, 지상권, 전세권, 임차권 등): 건물의 대지가 수필지인 경우에 그 대지사용권의 종류가 다를 때에는 각 대지마다 그 권리의 종류를 기재하여야 한다(예, '1.2 소유권, 3 지상권, 4 임차권'). ③ 대지권의 비율: 원칙적으로 구분소유자 1인이 2개 이상의 전유부분을 소유한 때에 각 전유부분의 처분에 따르는 대지사용권의 비율은 전유부분의 면적비율에 의하나(법 제21조 제1항 본문), 구분소유자들의 규약으로 달리 정할 수 있다. 대지사용권의 비율을 규약 또는 공정증서로 정한 때에는 신청서에 규약 또는 공정증서를 첨부하여야 하나(부등법 제42조 제5항), 그 비율이 전유부분의 면적비율과 다르다 하더라도 그것이 단수처리에 의한 결과임이 명백한 경우에는 그 비율을 정하는 공정증서를 제출하지 않아도 무방하다.[73] ④ 등기원인 및 그 연월일: 등기원인은 대지권의 발생, 변경, 경정, 소멸을 가져오는 원인을 말하며, 그 연월일은 등기원인이 발생한 날, 즉 대지권이 발생, 변경, 경정, 소멸의 원인이 발생한 날을 말한다. 그 기재방식은, 대지권이 새로 생긴 때에는 '○년 ○월 ○일 대지권'으로, 대지권이 대지권이 아닌 것으로 된 때에는 '○년 ○월 ○일 대지권이 아닌 것으로 됨', 대지권 자체가 소멸한 때에는 '○년 ○월 ○일 대지권 소멸', 변경의 경우에는 '지목변경' 또는 '토지분필'이라 각각 기재한다. ⑤ 등기연월일을 기재하고 등기관이 식별부호를 기록하여야 한다(부등규칙 제75조의2 제1항).

부속건물에 대한 대지권의 표시는, 주된 건물과 부속건물이 모두 구분건물인 때에는 전유부분의 표제부의 대지권 표시란에 주된 건물과 별도로 표시하되, 대지권 표시의 말미에 그 대지권이 부속건물에 대한 대지권인 취지를 기재하여야 한다(부등규칙 제75조의2 제3항). 주된 건물은 비구분건물이나 부속건물이 구분건물인 때에는 대지권의 표시란이 없

73) 『대법원등기예규』 제564호(1985. 4. 12).

으므로 그 부속건물에 대한 대지권의 표시는 부속건물의 표시에 이어서 하여야 한다(부등규칙 제75조의2 제1항 단서).

1동의 건물의 대지가 수필인 경우에 그 대지 중 일부의 토지만에 대하여 구분소유자가 대지사용권을 갖는 경우에는 그 토지만을 기재하여 대지권등기를 하여야 하나, 대지권의 목적이 아닌 토지는 1동의 건물을 표시함에 있어 그 소재지로는 기재하여야 한다. 1동의 건물의 대지가 수필인 경우에 일부의 구분소유자가 각각 일부의 대지에 대하여 대지사용권을 갖는 경우에는 각 구분소유자별로 일부 토지만을 목적으로 하는 대지권등기를 하여야 하나, 1동의 건물의 대지권의 목적인 토지를 표시함에 있어서는 토지 전부를 기재하여야 한다.[74]

(2) 최초의 대지권 표시등기는 원칙적으로 건물의 소유권보존등기시에 건물의 소유자의 신청에 의하게 되므로, 미등기 건물의 경우에는 대지권 표시등기를 할 여지가 없다. 다만 집합건물에 속하는 어느 구분건물에 대한 소유권보존등기를 신청하는 경우에는, 다른 구분건물의 소유자가 그에 대한 소유권보존등기를 신청하지 않을 때라도 소유권보존등기 신청인으로 하여금 다른 구분건물의 표시등기를 대위하여 등기를 신청하도록 의무지우고 있으므로(부등법 제131조의2), 이때에는 소유권보존등기가 없는 구분건물에 대하여도 대지권 표시등기가 경료될 수 있게 된다.

(3) 1동의 건물 중 일부 구분건물에는 대지권이 있고 나머지 구분건물에는 대지권이 없는 경우[75]에는, 1동의 건물의 대지권의 목적인 토지의

74) 『등기선례요지집』 Ⅶ 제512항(2004. 4. 1. 부등 3402-167 회답); Ⅱ 제660항(1989. 8. 30. 등기 제1668호 회답); Ⅴ 제337항(1997. 5. 19. 등기 3402-346 회답).

75) 예컨대, 5층 상가아파트 중 1, 2층 상가에는 대지권이 없고 3, 4, 5층 아파트에는 대지권이 있는 경우를 들 수 있다.

표시란에는 대지권의 목적인 토지의 표시에 관한 사항을 기재하여야 하나, 대지권이 있는 구분건물의 전유부분의 표시란에만 대지권등기를 하고 대지권이 없는 전유부분의 표시란에는 대지권등기를 하지 않는다. 이러한 경우에는 대지권인 취지의 등기를 함에 있어 소유권의 일부만이 대지권인 내용을 명백히 하여야 한다.[76]

3. 대지권인 취지의 등기

가. 의의 및 성질

건물의 등기용지에 대지권의 표시등기를 한 때에는 그 권리의 목적인 토지의 등기용지 중 해당구(대지권이 소유권인 때에는 갑구, 대지권이 지상권・전세권・임차권인 때에는 을구) 사항란에 당해 대지사용권이 어느 집합건물을 위하여 대지권이 된 취지를 등기하여야 한다(부등법 제57조의2). 대지권인 취지의 등기는 토지 등기용지에도 그 권리가 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다는 것을 공시하기 위한 등기이다. 대지권의 표시등기가 신청에 의한 것과는 달리 대지권인 취지의 등기는 등기관이 직권으로 행하여야 하는 등기이다.

대지권인 취지의 등기는 그 자체로서 물권의 득실변경을 가져오는 것은 아니나, 그러한 등기가 있으면 대지사용권은 독립된 처분능력을 잃고 건물에 종속하는 권리로 변한다는 점에서 일종의 권리변경등기라고 할 수 있다.

대지권인 취지의 등기는 구분건물의 등기용지에 대지권등기 후 등기관이 직권으로 하는 등기이므로, 위 대지권인 취지의 경정등기도 등기관

76) 1985. 10. 30. 등기 제505호 통첩(1989년 예규집 제837-19항 '15'). 1동의 건물에 속하는 구분건물 중 대지권이 없는 건물에 대하여는 대지권의 표시 없이 대지권이 있는 건물과 일괄하여 소유권보존등기를 할 수 있다[등기선례요지집 Ⅱ 제223항 (1987. 10. 14. 등기 제595호)].

이 직권으로 하여야 하며, 구분건물의 현소유자는 위 대지권인 취지의 등기의 경정을 촉구하는 의미의 신청을 할 수 있다.[77]

나. 등기의 실행절차

대지권인 취지의 등기는 어느 권리가 대지권인 뜻과 그 대지권을 등기한 1동의 건물을 표시함에 족한 사항 및 그 연월일을 기재하고 등기관이 식별부호를 기록하여야 한다(부등법 제57조의2 제2항). 대지권인 취지의 등기는 등기의 순위가 문제되지 않으므로, 등기사무의 간편을 기하기 위하여 해당구 사항란에 주등기의 형식으로 행한다.[78] 이 경우에 어느 권리가 대지권인 뜻의 기재는 '소유권대지권', '공유자전원지분전부대지권'과 같이 기재하고, 1동의 건물을 표시함에 족한 사항은 1동의 건물의 소재와 지번, 건물의 종류, 구조와 면적을 기재하되, 1동의 건물의 명칭 및 건물의 번호가 있는 때에는 그 명칭과 번호를 기재하는 것으로 족하다. 그리고 1동의 건물의 대지가 수필인 경우 그 소재지번의 표시는 대지권의 목적인 토지의 표시란에 기재된 첫 번째 토지와 그 밖의 필수를 기재하면 된다.

4. 별도의 등기 및 건물만에 관한 취지의 등기

가. 제도적 취지

대지권등기제도는 전유부분과 일체로서 처분되는 토지의 권리범위를 토지등기부에 등기하지 아니하고 건물등기부의 전유부분에 기재하여 그 등기의 효력을 토지에도 미치도록 함으로써, 그 이후로는 양자가

77) 「등기선례요지집」 Ⅶ 제310항(2003. 4. 10. 부등 3402-214 회답), 제359항(2003. 4. 30. 부등 3402-246 회답).

78) 집합건물의 등기에 관한 해설, 98면; 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련 문제", 250면; 김종권, 앞의 논문, 454면.

법률적 운명을 같이 하도록 하기 위한 구분건물의 경우에만 인정되는 독특한 등기제도이다. 하지만 대지권등기를 하는 경우에도 토지와 건물을 별개의 부동산으로 인정하고 있어 성질상 건물 또는 토지에 각각 별도로 등기가 경료될 수 있는 경우가 있으므로, 그러한 경우에는 건물 또는 토지에만 경료된 등기라는 취지를 건물등기부에 공시할 필요가 있게 된다.

이런 취지에서 대지권의 등기를 한 경우 건물에 관하여 소유권보존등기와 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기가 있는 때에는 그 등기에 건물만에 관한 취지를 부기하게 되어 있다(부등법 제102조의3 제1항 본문). 반면에 이와 반대로 토지등기부에 대지권인 취지의 등기를 한 경우로서 그 토지에 소유권보존등기와 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기가 있는 때에, 이러한 등기는 건물등기부에 의하여 공시할 수 없으므로, 대지권등기를 하는 경우에 등기관은 그 건물의 표제부에 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지를 기재하도록 하고 있다(부등규칙 제75조의4 제1항 본문). 즉 건물등기부에 공시할 수 없는 등기는 토지등기부에 그대로 둔 채 건물등기부에 그러한 등기가 토지등기부에 있다는 뜻만 공시하고, 이러한 공시가 있는 경우에만 토지등기부를 열람하도록 함으로써, 대지권등기가 된 경우에도 항상 토지등기부를 열람하는 불편을 해소하기 위한 것이다.

나. 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지의 기재

(1) 대지권인 취지의 등기를 한 경우에 그 토지에 관하여 소유권보존등기 또는 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기(가등기, 가압류등기, 가처분등기, 압류등기 등) 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기(저당권, 전세권등기 등)가 있는 때의 등기관은 직권으로 그 건물의 표제부에 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지를 기재하여야 한다(부등규칙

제75조의4 제1항 본문). 이는 대지권 표시등기를 한 이후부터는 토지에 관한 사항도 원칙적으로 건물등기부에의 등기로서 공시하게 되므로, 건물등기부에 공시되지 아니한 등기사항이 토지등기부에 별도로 있다는 취지를 직권으로 건물등기부에 기재하게 하여, 이러한 기재가 있는 경우에만 토지등기부를 열람하게 하고 그러한 기재가 없는 경우에는 토지등기부를 사실상 활용하지 아니하여도 되도록 하고자 한 것이다.

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

일본에서는 우리나라와 같은 토지등기부에 별도등기가 있다는 취지의 등기제도를 인정하고 있지 않으므로, 부동산거래를 할 때에 토지등기부와 건물등기부를 모두 확인하고 있다고 한다.

(2) 토지등기부에 있는 별도의 등기에는 두 종류가 있다. 하나는 그 등기의 효력이 구분소유자 전원에 대하여 미치는 경우(건물의 대지 전부에 대하여 저당권을 설정한 경우)이고, 다른 하나는 그 등기의 효력이 일부 구분소유자에 대하여만 미치는 경우(구분소유자의 공유지분에 대하여만 가압류가 된 경우)이다. 종전에는 그 취지의 기재방법을 그 등기의 효력에 따라 전자의 경우에는 1동의 건물의 표제부에 그러한 취지를 기재하고, 후자의 경우에는 해당 구분소유자가 갖는 전유부분의 표제부에 그러한 취지를 기재하도록 하였다.[79] 그러나 그러한 기재방식은 1동 건물의 표제부에 등기된 별도등기 취지의 기재는 그 대상등기가 전부 말소되지 않는 한 계속 기재되어 있게 된다. 구분건물 소유자가 전유부분 지분에 대하여 일부 말소등기를 하더라도 별도등기는 그대로 계속 공시되게 된다. 따라서 경매 실행 등 각종 업무를 처리할 때 별도등기 여부를

79) 『대법원 등기예규』 제972호(1995. 5. 28).

확인하기 위해 토지등기부를 제출하여야 하는 등 재산권 행사에 불편이 있었다. 대법원은 근래 그 태도를 바꾸어 별도등기의 취지의 기재는 모두 전유부분의 표제부에만 기재하는 것으로 변경되었다.[80] 즉 별도등기 취지의 기재는 건물 표제부 어디에 기재하더라도 법률적 문제는 되지 않으므로, 구분건물 전부에 대한 효력이 있는 등기가 있더라도 전유부분 표제부 등기부에만 기재하도록 개정한 것이다.

한편 그 취지의 기재방법도 종전에는 '별도등기가 있다는 취지'만을 기재하였으나,[81] 그러한 취지의 기재만으로는 전산등기부의 경우에는 별도등기를 인식하기 어려우므로 별도등기의 내용을 특정(갑구 또는 을구 ○번 ○○등기)하여 기재하도록 개선하여 등기부의 일람성을 높이도록 하였다.

대지권의 목적인 토지의 전체에 관하여 근저당권이 설정되어 있어, 대지권의 등기를 할 때 1동 건물 표제부와 전유부분 표제부 전부에 별도의 등기가 있다는 취지가 기재된 경우, 등기관은 1동 건물 표제부에 있는 별도의 등기가 있다는 취지의 기재를 직권으로 말소하여야 한다.[82]

(3) 소유권 이외의 권리가 대지사용권이어서 당연히 토지등기부의 열람이 예상되는 경우와 「부동산등기법」 제102조의3 제2항에 의하여 말소하여야 하는 저당권등기의 경우에는 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지를 기재하지 아니한다(부등규칙 제75조의4 제1항 단서). 그러나 소유권보존등기와 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기

80) 대법원등기예규 제1045호(2001. 12. 8)는 2002년 1월 1일부터 시행하되 경과규정을 두어 이 예규 시행 이전에 이미 경료된 별도의 등기에는 적용하지 아니한다. 다만 이 예규 시행 이전에 1동의 건물 표제부에 경료된 별도의 등기가 있다는 취지의 기재 중 등기관의 형식적 심사에 의하여 전유부분별로 효력이 있는지 여부를 구분할 수 있는 경우에는 이를 말소하고 전유부분 표제부의 대지권 표시란에 별도의 등기가 있다는 취지의 기재를 할 수 있도록 하고 있다(동 예규부칙 제1항, 제2항).

81) 종전 「부동산등기기재례집」, 법원행정처, 1999, 제635항~제638항.

82) 「등기선례요지집」 Ⅶ 제307항(2002. 11. 25. 등기 3402-663 회답)

또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기가 기존의 건물과 대지의 등기용지에 동시에 경료된 경우에도 저당권의 경우를 제외하고는 등기원인, 그 연월일과 접수번호가 동일하다 하더라도 건물등기용지의 갑구, 을구 용지에는 건물만에 관한 취지의 부기등기, 표제부 용지에는 토지등기부에 별도등기가 있다는 취지의 등기를 각각 하여야 한다.[83]

(4) 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지 기재의 전제가 된 등기가 말소되면 그 취지의 기재도 말소되어야 함은 당연하므로, 이 경우에는 등기관이 직권으로 이를 말소하여야 한다(부등규칙 제75조의4 제3항).

하지만 집합건물의 등기부에 기재된 토지등기부에 별도의 등기가 있다는 취지의 기재가 말소되었다고 하여 등기관이 직권으로 토지등기부에 기재된 그 전제가 된 등기를 말소할 수는 없으며, 등기필증이나 등기소에 보관된 신청서에 의하여 위 토지등기부에 기재된 등기가 말소되었다고 보이지 않는 한, 당사자의 신청이나 판결에 의하여 이를 말소하여야 한다.[84]

다. 건물만에 관한 취지의 등기

(1) 건물의 등기용지에 대지권의 등기를 한 경우(대지권의 변경 또는 경정의 경우 포함)에 건물에 관하여 소유권보존등기와 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기(가등기, 환매특약등기, 압류등기 등) 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기가 있는 때에는 그 등기에 "건물만에 관한 취지"를 등기관이 직권으로 부기하여야 한다(부등법 제102조의3 제1항 본문). 건물만에 관한 취지의 부기는 "○번 등기는 건물만에 관한 것임"이라 기재하고, 등기연월일을 기재한 후 등기관이 식별기호를 기록하면 된다.

---

83) 1985. 10. 30. 등기 제505호 통첩(1989년판 예규집 제837-19항 "16").

84) 『등기선례요지집』 Ⅶ 제321항(2004. 6. 16. 부등 3402-298 회답).

이러한 등기는 대지권의 등기가 되기 전에 이루어진 등기로서 구분건물만에 관한 등기이므로, 대지권의 목적인 토지에 대하여는 동일한 등기원인에 의한 등기로서의 효력을 가질 수 없기 때문이다. 소유권보존등기 또는 소유권이전등기에 대하여 그러한 부기를 하지 않는 것은, 구분한 건물에 대한 소유권등기와는 별도로 대지권의 목적인 토지에 대하여도 소유권등기가 되어 있음이 법률상 명백하므로 굳이 건물만에 관한 취지를 부기할 필요가 없기 때문이다.

그밖에 등기의 성질상 당연히 건물에만 설정이 가능하고 대지권 부분에는 설정이 불가능한 전세권 설정 등의 등기에 대하여는 굳이 건물만에 관한 취지의 등기를 할 필요는 없을 것이다.[85]

(2) 구분건물을 목적으로 한 저당권의 등기로서 대지권에 관한 등기와 등기원인, 그 연월일과 접수번호가 동일한 때에는 건물만에 관한 취지를 부기하지 아니한다. 이 경우에는 대지권에 대한 저당권의 등기는 말소하여야 한다(부등법 제102조의3 제1항 단서, 제2항).

이렇게 하는 것은, 통상 건물과 그에 대한 토지는 공동담보로 설정되는 것이 많기 때문에, 건물에 대한 저당권에 건물만에 관한 취지를 부기하는 것보다는 그 취지를 부기하지 아니하여, 그 등기에 의하여 토지에 대한 저당권으로서의 효력을 갖게 함과 동시에 토지에 대한 저당권까지도 공시하게 함이 등기부의 간명화에 도움이 되기 때문이다.

이때에 대지권에 대한 저당권의 말소등기를 하는 경우에는 이를 명백히 하기 위하여 법 제102조의3 제2항의 규정에 의하여 말소한 취지 및 그 등기연월일을 기재하여야 한다(부등규칙 제75조의3).

입법론으로는, 저당권의 경우에 한정하여 위와 같은 예외를 인정할 것이 아니라 대지권등기제도의 취지를 살리고 그 공시관계를 더욱 간이

85) 1985. 10. 30. 등기 제505호 통첩(1989년판 예규집 제837-19항 "16"); 日本 昭和 58. 11. 10. 民3 제6400호 通達 第五의 四 '3'.

화할 필요가 있다. 따라서 건물에 경료되어 있는 소유권보존등기와 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기가 대지권에 대한 등기와 등기원인, 그 연월일과 접수번호가 동일한 때에는, 저당권을 비롯한 모든 등기의 경우에 건물만에 관한 취지의 등기를 부기할 것이 아니라 오히려 대지권에 대한 경료된 그러한 등기를 등기관이 직권으로 말소하도록 법 제102조의3을 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

(3) 등기를 완료한 후 건물만에 관한 취지의 부기등기 및 토지에 별도의 등기가 있다는 취지의 등기가 누락된 것이 발견된 때에는 부동산등기법 제72조의 규정에 의한 경정등기를 하여야 한다.[86]

5. 대지권등기의 효과

가. 분리처분에 의한 등기의 금지

구분건물의 등기용지에 대지권의 표시등기와 대지권의 목적인 토지의 등기용지에 대지권인 취지의 등기를 하게 되면, 그 이후에 전유부분과 대지사용권에 대하여 일체적으로 생기는 물권변동은 건물의 등기용지에 의하여 공시되고, 그 효력은 대지권에 대하여도 미친다. 따라서 토지와 전유부분 중 어느 한쪽만을 객체로 하는 일정한 권리에 관한 등기는 이를 할 수 없게 된다.

(1) 소유권이전등기의 금지

토지의 소유권이 대지권인 경우에 그 취지의 등기를 한 때에는 그 토지의 등기용지에는 소유권이전의 등기는 하지 못하며, 마찬가지로

86) 1985. 10. 30. 등기 제505호 통첩(1989년판 예규집 제837-19항 "21").

대지권을 등기한 건물의 등기용지에는 그 건물만에 관한 소유권이전의 등기는 하지 못한다(부등법 제135조의2). 이는 일체성의 원칙에 반하는 토지의 소유권 또는 건물의 소유권만의 처분은 실체법상 무효이므로, 무효인 소유권이전의 등기는 절차법상으로도 이를 할 수 없는 것은 당연하다.

토지의 소유권이 대지권인 경우에 대지권인 취지의 등기를 한 때에는, 토지의 공유자에 대하여 공유를 단독소유로 하는 즉 공유자의 일부를 탈퇴시키는 소유권경정, 새로 공유자를 가입시키는 소유권경정, 공유지분의 비율경정의 등기는 할 수 없다고 본다. 왜냐하면 이러한 등기는 실질적으로는 대지권의 목적이 된 권리의 이전등기에 해당하는 것으로 보아야 하기 때문이다. 따라서 이러한 등기를 요하는 경우에는 먼저 그 전제로서 대지권인 권리의 일부가 대지권이 아닌 것으로 됨에 따른 건물표시변경등기를 하여야 할 것이다.

법문에는 소유권이전등기만을 하지 못하는 것으로 되어 있으나, 대지권등기가 된 경우에는 그 등기가 되기 전에 경료된 토지나 구분건물의 일방만에 대한 소유권의 취득등기의 말소등기는 대지권등기를 말소하기 전에는 이를 할 수 없다고 보아야 한다. 소유권취득등기의 말소등기의 실질은 현재의 등기명의인으로부터 종전의 등기명의인으로의 소유권이전등기로 보아야 하기 때문이다.

대지권표시의 등기가 되어 있는 건물에 대하여 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기신청은 이를 수리하여야 한다. 다만 소유권 이외의 권리에 대하여는 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 이전등기를 인정하고 있지 않으므로, 대지사용권이 지상권인 경우에는 그러한 등기신청은 인정되지 않는다.

소유권이전등기가 금지되는 것은 토지의 소유권이 대지권인 경우이므로, 토지의 지상권, 전세권, 임차권이 대지권으로서 그 취지의 등기를 한 경우에는 그 토지의 등기용지에 소유권이전의 등기를 할 수 있다.[87]

여기서 말하는 소유권이전의 등기에는 소유권이전의 가등기도 포함되며, 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기(가압류, 환매등기, 체납처분에 의한 압류등기)도 포함된다.[88]

분리처분이 금지되는 행위는 의사표시에 의한 법률행위에 의한 경우만을 의미하므로, 수용, 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기의 신청은 가능하다. 성질상 분리처분이 허용되는 경우 그러한 처분에 의한 등기신청은 모두 가능하다. 하지만 이러한 경우에도 건물의 표시변경(대지권말소)등기의 절차에 의하여 대지권인 취지의 등기를 먼저 말소하지 않으면 안 된다. 대지권등기가 된 전유부분에 대한 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기는 가능하다.[89] 여기서 몇 가지 주의할 사항에 관하여 살펴보고자 한다.

첫째, 대지권등기 후에는 강제경매든 임의경매든 체납처분에 의한 압류이든 어느 일방만에 대한 압류등기를 할 수 없고, 강제집행을 위한 보전행위로서 어느 일방만에 대한 가압류등기도 할 수 없다. 다만 대지권 발생 전에 대지에만 설정된 저당권을 실행하는 경우[90]에는 그 토지만에 대하여 압류등기를 할 수 있다.

둘째, 가처분등기는 구분건물 또는 대지권에 대한 소유권을 다투면서 그 말소등기청구권을 보전하기 위한 경우에는 일체성의 원칙에 반하지 않으므로 다툼 있는 일방만에 대한 가처분등기는 허용된다. 하지만 대지권 성립 후의 어느 일방만에 대한 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가처분의 경우에는 일체성의 원칙에 반하므로 그러한 가처분등기는 할 수 없다. 종전에는 가처분의 피보전권리가 실체적으

87) 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련문제," 255면.

88) 곽윤직, 『부동산등기법』, 385면.

89) 『등기선례요지집』 Ⅲ 554항(1990. 12. 28. 등기 제2518호); 『등기선례요지집』 Ⅲ 911항(1992. 4. 14. 등기 제853호).

90) 구분건물에만 저당권이 설정된 경우에도 대지권을 취득하게 되면 토지에까지 그 효력이 미친다고 보는 것이 대법원 판례의 입장이다.

로 무엇인지를 등기관이 조사하는 것은 어려우므로, 법원의 촉탁이 있으면 당해 법원에서 판단한 것으로 보아 그대로 등기하면 될 것으로 생각했으나, 현재는 그 피보전권리를 촉탁서에 기재하도록 실무처리를 하고 있으므로,[91] 그 내용에 따라 판단하면 될 것이다.

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

그런데 대지권등기 이후의 건물 및 대지권의 승계취득자 전원 또는 그 일부를 상대로 대지권만을 목적으로 하는 가처분등기나 예고등기를 할 경우, 토지등기부에는 그 승계취득자가 전혀 나타나 있지 아니한 관계로 그 등기의 기재방법이 문제된다. 그 방법으로는, ① 건물등기부에 하되 대지권만에 관한 것이라는 취지의 기재를 하는 방법,[92] ② 토지등기부에 말소등기의 대상이 된 등기를 전사한 후에 하는 방법, ③ 토지등기부에 하되 말소대상이 된 등기사항임을 전사하지 않고 건물등기부에 등기된 사항을 해당 전유부분의 어떤 등기사항임을 명시하고 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 생각건대, 통상 폐쇄등기부에 기재된 등기사항에 대한 예고등기를 하는 경우에는 위 ②의 방법을 취하고 있으나, 이 경우에는 건물등기부가 폐쇄된 등기부는 아니므로 동일하게 처리할 필요는 없을 뿐만 아니라 대지권등기를 그대로 둔 채 건물등기부에 기재된 등기사항을 토지등기부에 전사하는 것은 옳지 않다. 또한 건물등기부에다 직접 등기하는 방법은 대지권만에 대하여 등기를 하는 것인데도 이를 건물의 등기용지에다 하는 것은 공시방법상 합리적이지 못한 것으

91) 『대법원등기예규』 제881호(1997. 9. 11).

92) 양경승, "대지권의 법적 성질과 관련 문제", 258면은 입법론으로는 이 방법이 좋다고 보고 있다.

로 생각된다. 사견으로는 토지등기부에다 하되 건물등기부상의 대상이 된 등기사항을 명시하도록 하고, 건물등기부에는 토지등기부에 별도등기가 있다는 취지의 기재를 하는 ③의 방법이 좋다고 본다.[93]

(2) 저당권 설정등기의 금지

대지권인 취지의 등기를 한 토지의 등기용지에는 대지권을 목적으로 한 저당권 설정등기는 이를 하지 못하고, 대지권을 등기한 건물의 등기용지에는 그 건물만을 목적으로 하는 저당권 설정등기는 하지 못한다(부등법 제165조의2 제1항, 제2항). 이를 허용한다면 후에 저당권이 실행되면 일체성이 깨뜨려지기 때문이다.

(3) 지상권 또는 임차권이 대지권인 경우

지상권 또는 임차권이 대지권인 경우로서 그 취지의 등기를 한 때에는 그 토지의 등기용지에는 지상권 또는 임차권의 이전등기는 이를 하지 못한다(부등법 제165조의2 제3항). 이 경우에는 지상권 또는 임차권이 대지사용권으로서 전유부분과 분리하여 처분될 수 없기 때문이다.

대지에 대한 전세권이 대지사용권인 경우에 대하여는 규정이 없으나, 이와 달리 해석하여야 할 이유는 없음은 이미 살펴본 바와 같다.

나. 분리처분의 금지에 위반한 등기의 효력

대지권등기가 있은 후 분리처분 금지의 원칙에 위반한 등기신청이

93) 『부동산등기기재례집』, 법원행정처, 2004, 643-644면 참조; 동지 유영선, 앞의 논문, 36-37면. 하지만 토론 결과에서는 "토지만에 대하여 가처분등기 또는 예고등기를 하는 경우에는 토지등기부의 등기용지에 그 등기를 할 수밖에 없을 것 같으나, 이러한 등기 등은 본안소송에서 승소판결을 받을 때까지 잠정적으로 이를 등기부에 공시하면 족하므로 이를 건물등기부에 하되, 토지만에 관한 것이라는 뜻을 기재하도록 하는 방법으로 입법적으로 해결하는 것이 가장 타당하다고 생각한다."고 하고 있다.

있는 경우 등기관은 부동산등기법 제55조 제2호의 사유로 이를 각하하여야 한다.[94] 어떠한 과오로 인하여 그 같은 등기가 경료된 경우(건물의 경우 건물만의 것이라는 부기가 있을 것임) 이는 무효의 등기로서 등기관이 직권으로 이를 말소하여야 한다(부등법 제175조 이하).[95]

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

다. 구분건물에 경료된 등기의 대지권에의 효력

대지권을 등기한 후에 경료한 건물에 대한 등기는, 그것이 건물만에 관한 등기라는 취지의 부기가 없는 한, 대지권에 대하여서도 동일한 등기로서의 효력이 있는 것으로 된다(부등법 제135조의4 제1항, 제165조의3 제2항). 이것은 대지사용권이 소유권이든 소유권 이외의 권리이든 동일하다. 대지권에 대하여 동일한 효력이 있다는 것은 접수번호, 등기원인 및 그 연월일, 등기순위 등에 있어 건물등기의 그것과 동일한 효력이 있다는 뜻이다.

구분건물의 등기가 대지권에 관한 등기로서의 효력을 갖게 되므로, 그러한 등기와 대지권의 목적인 토지의 등기용지에 현실적으로 행하여지는 등기와의 사이에서 권리의 우열을 결정하기 위한 즉 등기의 선후가 문제될 수 있다. 이러한 경우는 부동산등기법 제5조의 규정에 의하여 선후를 결정할 수 없기 때문에, 등기의 접수번호의 전후에 의하여 결정하는 것으로 하고 있다(부등법 제135조의4 제2항). 대지권의 목적인 토지가 다른 등기소의 관할에 속하는 때에는 접수번호의 전후로서 등기의 우열

94) 집합건물의 등기에 관한 해설, 123면; 김종권, 앞의 논문, 458면; 신언숙, 앞의 책, 96면.

95) 「등기선례요지집」 Ⅶ 제359항(2003. 4. 30. 부등 3402-246 회답).

을 가릴 수 없으므로, 이때에는 각 등기의 등기연월일의 전후에 의하여 결정할 수밖에 없을 것이다.[96]

라. 대지권이 있는 구분건물에 관한 등기신청

대지권을 등기한 건물에 대하여 소유권에 관한 등기 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기를 신청하는 경우에는 신청서에 대지권을 기재하여야 한다(부등법 제135조의3 제1항 본문, 제165조의3 제1항). 그 신청이 대지권에 관한 등기로서의 효력도 아울러 갖게 되는 등기에 관한 것임을 분명히 하기 위해서이다.

그러나 대지권이 등기된 건물에 관하여 대지권과 일체성이 배제되는 건물만에 관한 등기를 신청하는 경우에는 신청서에 대지권을 기재하지 않는다. 이와 같이 신청서에 대지권을 기재하지 않음으로써 건물만에 관한 등기를 한 경우에는, 그 등기에 건물만에 관한 취지를 부기하여야 한다(부등법 제135조의3 제1항 단서, 제2항).

전유부분에 대한 신청서에 대지권의 표시를 기재한 경우, 그 등기신청은 물리적 형식으로는 1개이나 그 효력은 대지에 대하여도 미치는 것이므로 부동산의 개수는 2개이다.

따라서 등록세 또는 국민주택채권도 전유부분과 대지권의 2개에 대하여 납부 또는 매입하여야 한다. 다만 저당권 설정등기를 신청하는 경우에는 1개의 구분건물과 대지권인 목적인 토지는 그 전부를 1개의 부동산으로 보되, 저당권 설정등기를 한 후에 대지권이 대지권이 아닌 것으로 인하여 대지권변경 또는 경정등기를 신청하는 경우에는 저당권의 등기가 되어 있는 부동산과 대지권이 대지권이 아닌 것으로 되는 부동산이 5개 이상이 되는 때에는 신청서에 공동담보목록을 첨부하여야 한다.[97]

등기신청수수료는 각 구분건물별로 납부하되, 대지권등기가 되어 있

96) 「집합건물의 등기에 관한 해설」, 126면.
97) 「대법원등기예규」 제611호(1986. 3. 5).

는 구분건물도 등기신청수수료 산정에 있어서는 1개의 부동산으로 본다. 대지권의 표시등기 또는 변경·경정등기신청의 경우에는 각 구분건물별로 등기신청수수료를 납부하여야 한다.[98]

구분건물에 대한 등록세 납부 및 국민주택채권의 매입의 기준이 되는 과세시가표준액을 산정함에 있어서는 각 세대의 전유부분의 면적과 공용부분의 면적(부속건축물 포함)을 합산하여 산정한다.[99]

등기신청서에 대지권의 표시를 기재할 때에는 그 등기원인증서 또는 위임장에도 대지권을 기재하여야 한다(부등법 제41조 제1항 제1, 2호). 신청서에 첨부한 등기원인증서는 전유부분과 같이 대지권도 일체적으로 처분되어 등기를 완료한 후 등기필증으로 작성되어 등기권리자에게 교부되기 때문이다. 따라서 구분건물에 관한 등기필증에 대지권 표시가 기재되어 있다면, 구분소유자가 위 등기필증을 등기의무자로서 제출하면 별도로 토지에 관한 등기필증은 제출하지 않아도 된다.[100]

6. 추가담보의 설정등기

가. 추가저당권 설정등기의 가부

구분건물과 그 대지권의 어느 일방에만 설정되어 있는 저당권에 다른 일방을 추가하기 위한 추가저당권의 설정이 위 저당권 설정등기의 금지규정에 저촉되어 할 수 없는 것인지 문제된다.

종래의 등기예규[101]는 부동산등기법 제165조의2 제2항을 근거로 하여 어느 일방만을 위한 추가저당권 설정등기를 할 수 없고, 건물과 대지권을 일체로 하여 별개의 새로운 저당권등기를 하도록 하고 있었다.

98) 「대법원등기예규」 제872호 '2'의 바(1997. 5. 31).

99) 「등기선례요지집」 Ⅳ 제938항(1993. 11. 3. 등기 제2740호 회답); Ⅳ 제825항(1994. 2. 14. 등기3402-104 회답).

100) 「등기선례요지집」 Ⅲ 제113항(1992. 12. 9. 등기 제2524호 회답).

101) 1985. 6. 13. 등기 제288호 통첩, 「대법원등기예규」(1979년판) 제837-14항.

그러나 등기비용과 관련하여 거래계에서는 먼저 분리처분가능규약을 설정하여 대지권등기를 말소한 후 추가저당권 설정등기를 한 다음 다시 분리처분가능규약을 폐지하는 규약을 설정하여 대지권등기를 하는 편법을 이용함으로써 그 등기절차가 매우 복잡하였다.

이에 따라 새로운 등기예규[102]는 종전예규를 폐지하고 이와 같은 경우에 구분건물과 대지권을 일체로 하여 그에 관한 추가저당권 설정등기를 할 수 있도록 하였다. 이는 대지권 성립 전의 건물 없는 대지와 대지권 성립 후의 건물 또는 대지는 처분의 일체성으로 인하여 법률상 별개의 부동산으로 파악하고자 하는 입장에 서 있다. 하지만 토지만에 대한 저당권의 효력을 변경등기의 형식으로 구분건물에까지 미치게 하는 변경등기, 그 반대의 변경등기는 이를 할 수 없다.[103]

일본의 경우에는, 대지권만을 목적으로 하여 설정된 저당권에 동일한 채권을 담보하기 위하여 대지권표시가 된 건물을 추가로 설정하는 것은 구분소유법 제22조 제1항의 분리처분에 해당하지 않기 때문에, 그러한 등기는 할 수 있다고 보고 있다.[104]

나. 등기의 신청과 실행절차

위 추가저당권 설정등기의 신청서에는 구분건물 외에 그 대지권의 표시를 하여야 하고(부등법 제165의3 제1항 본문, 제135조의3 제1항 본문), 대지 또는 구분건물에 대하여 설정된 종전의 저당권등기를 표시

---

102) 대법원등기예규 제649호(1988. 2. 26). 이 예규의 제정경위와 자세한 해설은 법원공보 제820호(1988. 3. 15자) 433면에 게재되어 있다.

다만 이 등기예규의 내용 중, 전유부분에 설정된 저당권의 효력은 대지권 부분에 대한 추가저당설정을 하지 않아도 그 효력이 미치는 것으로 대법원 판례의 태도가 확고하므로, 이를 삭제하는 내용으로 개정되어야 할 것이다. 하지만 주의적으로 그러한 등기를 신청할 수도 있다고 보이므로 그러한 의미에서는 존속시켜도 무방할 것이다.

103) 『등기선례요지집』 Ⅱ 제383항(1987. 7. 31. 등기 제455호 회답).

104) 소화 59. 9. 1. 민3 제4675호 민사국장 통달.

함에 족한 사항을 기재하여야 한다(부등법 제147조). 종전의 저당권의 목적인 토지가 다른 등기소의 관할에 속한 때에는 신청서에 그 토지의 등기부등본을 첨부하여야 한다(부등규칙 제70조).

그 등기의 방법은 구분건물이나 대지권 어느 쪽에 먼저 저당권이 설정되었는가에 관계없이 구분건물에 관한 등기의 일반원칙에 따라 건물의 등기용지 을구에만 기재하고, 토지의 등기용지에는 별도의 등기기재를 할 필요는 없다. 즉 토지에 이미 설정된 저당권에 추가를 하는 경우 토지의 저당권에 추가의 부기등기도 필요 없고, 이미 구분건물에 설정된 저당권에 대지권을 포함한 추가설정을 하는 경우에도 토지의 등기용지에는 별도의 등기기재를 할 필요가 없다.

Ⅳ. 결 론

지금까지 오늘날 우리가 이용하는 건물의 대부분을 차지하고 있는 집합건물에 관하여 두 분야로 나누어 고찰해 보았다. 실체법적 측면에서는 집합건물법상의 구분소유권의 기본 법리 중 등기와 관련해 중요한 의미를 지니고 있는 대지사용권에 관한 부분을 살펴보았고, 절차법적인 측면에서는 새롭게 채택된 대지권등기는 어떻게 실행하게 되는가를 그 구체적인 절차와 효력을 중심으로 검토해 보았다.

구분소유권의 기본 법리와 구체적인 등기절차상 제기되는 문제에 대하여는 학설과 대법원 판례의 태도를 중심으로 해석론상 그 해결방안을 모색해 보았고, 앞으로 개선되어야 할 사항에 관하여는 제도의 보완과 입법론을 제시하여 보았다.

여기서는 이 논문에서 논의된 사항 중 몇 가지 구분소유권의 등기와 관련된 주요부분에 대한 의견을 요약하고, 앞으로 개선되어야 할 사항에 관하여는 본인이 제시한 제도 보완방안 내지 입법론을 다시 정리하는

것으로 결론을 맺고자 한다.

1. 매수인이 가지는 점유사용권의 대지사용권 인정

구분건물과 함께 그 대지지분을 매수한 자가 대지지분에 대한 소유권이전등기청구권에 기하여 가지는 점유사용권을 대지사용권으로 볼 것인가에 관하여 긍정설과 부정설이 대립되고 있다. 대법원 판례는 이를 부인하여 오다가 전원합의체 판결로 그 입장을 바꾸어 대지사용권으로 인정하기에 이르렀다.

「민법」 제568조를 기초로 매도인의 재산권이전의무에 점유를 이전할 의무가 포함되고, 그에 대응하여 매수인은 「민법」 제213조의 '점유할 권리'를 가지는 것이므로, 매수인이 가지는 점유사용권을 집합건물법상의 대지사용권으로 인정하는 긍정설이 타당하다고 본다.

2. 대지사용권의 전유부분 처분에의 종속성 인정

우리나라는 일본 구분소유법의 규정과는 다르게 집합건물법 제20조 제1항을 별도로 두고 있고 같은 형식의 공용부분의 규정을 고려해 볼 때, 대지사용권은 전유부분의 처분에 따른다는 종속성을 인정하는 것이 해석론으로나 거래현실에 부합하다고 본다.

구분건물에만 설정된 저당권의 효력은 대지사용권에 미친다고 보게 되어, 대지권에 대한 경매도 함께 신청할 수 있고, 대지권의 매각대금에 대하여도 우선순위로 배당을 받을 수 있게 된다. 그렇다면 대지권등기를 할 때 건물등기부의 저당권등기에 '○번 등기는 건물만에 관한 등기'라고 직권으로 기재하는 현행 실무처리방식(부등법 제102조의3 제1항 본문)과, 구분건물에 대하여 먼저 저당권이 설정된 후 새로 건물의 대지권의 목적이 된 토지를 추가설정하기 위한 절차를 규정한 등기예규(제649

호)는 이 내용에 맞게 개정되어야 할 것이다.

전세권은 그 성질상 건물부분에만 설정하게 되지만, 구분건물에만 설정된 전세권도 저당권에 준하여 그 효력은 대지사용권에도 미치며, 경매도 토지까지 신청하여 그 대지권의 경락대금에 대하여도 우선 배당을 받을 수 있다고 보아야 한다.

전유부분에 경료된 가등기 등의 효력도 처분의 일체성과 종속성과의 관계에서 살펴볼 때, 저당권과 전세권의 경우와 마찬가지로 대지사용권에도 그 효력이 미치는 것으로 일관되게 해석하여야 할 것이다. 대법원 판례가 전세권의 경우와 최근에 가압류의 경우에까지 대지사용권의 종속성을 인정하는 입장을 취하게 된 것은 매우 고무적이다.

3. '건물만에 관한 취지의 등기' 절차 개선

건물의 등기용지에 대지권의 등기를 한 경우(대지권의 변경 또는 경정의 경우 포함)에, 건물에 관하여 소유권보존등기와 소유권이전등기 이외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 이외의 권리에 관한 등기가 있는 때에는 그 등기에 "건물만에 관한 취지"를 등기관이 직권으로 부기하여야 한다(부등법 제102조의3 제1항 본문). 이러한 등기들은 대지권의 등기가 되기 전에 이루어진 등기로서 구분한 건물만에 관한 등기이기 때문에, 대지권의 목적인 토지에 대하여는 동일한 등기원인에 의한 등기로서의 효력을 가질 수 없기 때문이다.

현행 「부동산등기법」은 구분한 건물을 목적으로 한 저당권의 등기로서 대지권에 관한 등기와 등기원인, 그 연월일과 접수번호가 동일한 때에는 토지에 대한 저당권등기는 직권으로 말소하고 건물에도 건물만에 관한 취지의 등기를 하지 아니하도록 규정(부등법 제102조의3 제1항 단서)하고 있다.

그러나 대지권제도의 취지를 살리고 그 공시관계를 더욱 간소화하기

위해 입법론으로는, 구분건물과 토지의 등기가 등기원인, 그 연월일과 접수번호가 동일한 경우에는 저당권을 비롯한 다른 모든 등기의 경우에도, 저당권과 동일한 방법으로 등기절차를 하도록 「부동산등기법」 제102조의3을 개정하는 것이 요청된다.

(투고일 2007년 7월 6일, 심사일 2007년 8월 5일, 게재확정일 2007년 8월 5일)

주제어 : 집합건물, 구분소유권, 대지사용권, 대지권등기

[Abstract]

‘The Right to Use Site’ in the Aggregate Building and Registration of the ‘Site Right’

Kap-Joon Ane*

Today, most of the building which people use are taking the form of aggregate building, which is characterized by the fact that its land and building are transacted as if they were 1 piece of real estate, though they are respectively independent real estates. The institution of aggregate building has introduced the new legal concepts such as the section of exclusive ownership, the section for common use, the site of a building, the right to use site in substantive law, and the institution of the right to use site registration, the new form of registration sheet in procedural law in order to promote the convenience of housing and to make the registration procedure simpler. Because a different institution from the registration already used was introduced, lots of confusions and problems have appeared in the process of the interpretation and application from the very beginning.

The institution of the registration for the sectional ownership in aggregate building has changed many times in the interpretation about the related regulations and the administrative form of practices following the changes of transactional environment and the diversification of the building structure. Therefore, it is true that even the legal specialists who are dealing with the

* Doctor of Laws, Supreme Court, Former Director General of Supreme Court Litigation Bureau

related laws or the registrars who have practiced for a long time in the registration office are lacking in the correct understanding or knowledge about this area of law and its registration procedure.

The system of this thesis is composed of two parts. The former part deals with the basic legal principles of the sectional ownership centered on the area related to the registration procedure, and the latter part deals with the registration procedure for the appropriate disclosure of the aggregate building.

In Part 2, some more concrete problems were analyzed such as ① the use site and the right to it in the aggregate building, ② the dispositional unity between the section of the exclusive ownership and the right to use site, ③ the subordination of the right to use site to the disposition of the section of the exclusive ownership.

Part 3 analyzes the way in which the “right to use site” is disclosed and registered as the “site right” by classifying ① the express and the implicit registrations of the right to use site, ② the registrations expressly for only the building and implicitly for also another registration, and shows what are the effects of the completed registration of the “site right.”

Key Words : aggregate building, site right, right to use site