

집합건물 구분소유권의 성립요건

—대법원 2013. 1. 7. 선고 2010다71578 전원합의체
판결을 중심으로—

The Requirements of Divided Ownership on Aggregate Buildings

—Supreme Court en banc Decision 2010Da71578

Delivered on January 17, 2013—

강 세 영*

Kang, Se-Young

목 차

I. 사안의 개요 및 소송의 경과
II. 연구

III. 맺음말

현행법의 해석상 구분소유가 인정되기 위해서는 객관적 측면에서 1동의 건물 중 일부가 구조상·이용상 독립성이 있어야 한다. 또한, 건물이 물리적으로 구분소유가 가능하더라도 소유자는 이를 1개의 소유권의 객체로 삼을 수도 있으므로, 주관적 측면에서 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다.

구조상·이용상 독립성은 건물의 완성도 등 외관에 의하여 객관적으로 판단할 수 있으나, 구분행위 존재 여부에 대한 명확한 판단기준은 마련

투고일 : 2014. 12. 16. 심사외뢰일 : 2015. 1. 13. 게재확정일 : 2015. 2. 2.

* 법무법인 광장 변호사

Attorney at Law, Lee&Ko

되지 못하고 있다. 이에 종래 대법원 판례도 건축물대장 등록을 구분행위로 보아 건축물대장 등록시점에 구분소유가 성립한다는 판결과, 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 구분행위의 성립이 인정된다는 판결이 엇갈리고 있었다.

연구대상판결은 기존의 논의를 정리하고 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 구분행위의 성립이 인정되고, 대장등록이나 등기가 구분행위의 성립을 인정하기 위하여 반드시 필요한 것은 아니라고 분명하게 밝힘으로써, 구분소유의 성립에 관한 중요한 법리를 제시하였다.

본 연구에서는 구분소유의 성립요건 및 이에 대한 입법례를 검토하고, 구분행위 인정에 대한 기존 판례의 태도를 살펴본 후, 이를 바탕으로 연구대상판결의 타당성에 대하여 구체적으로 분석하였다.

[주제어] 구분소유권의 성립시기, 구분행위, 구분행위와 등기, 구분행위와 건축물대장, 구분소유와 공시문제

I. 사안의 개요 및 소송의 경과

1. 사안의 개요

피고는 2002년 4월 26일 A 주식회사와 자기 소유의 이 사건 토지에 이 사건 아파트를 신축하기로 하는 공사도급 계약을 체결하였고, 2002년 5월 13일경부터 각 세대에 대하여 아파트 분양계약을 체결하였다.

A 주식회사는 2002년 5월 1일부터 이 사건 아파트의 공사를 착공하였는데 2003년 8월 18일 당시 공정률은 22.193%에 이르렀고, 2003년 8월 25일 경에는 아파트 1동 건물 내부의 전유부분이 구조상·이용상의 독립성을 갖추게 되었다.

이후 피고는 2003년 9월 4일 한국토지신탁과 이 사건 토지에 관하여 부동산담보신탁계약을 체결하고 한국토지신탁에게 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐주었다.

B 은행은 2003년 9월 5일 피고에게 25억 원을 대출하였는데, 대출금 채권 보전을 위하여 이 사건 아파트의 가압류를 신청하였고, 2004년 7월 26일 이 사건 아파트 각 세대에 관하여 피고 명의의 소유권보존등기가 경료되자 B 은행은 가압류등기 및 근저당권설정등기를 마쳤다.

이후 B 은행은 2004년 11월 30일 위 근저당권을 근거로 이 사건 아파트에 대하여 임의경매를 신청하였고, 원고는 임의경매 절차에서 이 사건 아파트 중 801호의 전유부분을 낙찰 받아 2006년 6월 28일 소유권이전등기를 마쳤다.

2. 소송의 경과

2.1 원고의 청구

원고는, 피고와 한국토지신탁 사이의 부동산담보신탁계약은 구분소유권이 성립한 이후에 체결되어 무효이므로 한국토지신탁은 위 신탁등기를 말소할 의무가 있고,¹⁾ 피고는 원고에게 이 사건 아파트 801호의 전유부분에 따른 대지지분권에 해당하는 이 사건 토지의 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있음을 주장하였다.

2.2 제1심판결²⁾

이 사건 신탁등기 경로 당시에는 이 사건 아파트에 대한 구분소유권의 목적인 세대별 구분건물 부분이 독립한 건물로 볼 수 있을 정도의 구조상·이용상 독립성이나 개별성을 갖추었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 건축물관리대장이 작성되지도 않았다고 할 것이므로 이 사건 아파트

1) 원고는 상고심 계속 중 한국토지신탁에 대한 소를 취하하였다.

2) 서울중앙지법 2009. 12. 10. 선고, 2009가합14765 판결

에 대한 구분소유권은 성립하지 않았다고 할 것이다.

2.3 원심판결³⁾

2003년 8월 25일 경에는 이 사건 아파트의 옥탑층 콘크리트 타설 작업이 완료되었으므로 이 사건 아파트는 2003년 8월 25일까지 지하 2층부터 지상 12층까지 각층의 기둥, 주벽 및 천장 슬라브 공사가 이루어졌다고 봄이 상당하고, 따라서 2003년 8월 25일에 이 사건 아파트가 미완성상태 이기는 하나 원고가 낙찰 받은 구분건물인 제801호를 포함하여 그 아래 각층의 콘크리트 골조 및 기둥, 주벽, 천장이 완공되어 이 사건 아파트 내부의 각 구분건물은 구조상·이용상 독립성의 요건을 갖추었다고 봄이 상당하고(대법원 2003년 5월 30일 선고, 2002다21592, 21608 판결), 2003년 8월 18일경 골조공사를 포함한 공정률이 22.193%에 불과하다는 사정만으로는 이 사건 신탁등기가 마쳐진 2003년 9월 4일경 구조상·이용상 독립성의 요건을 갖추지 못한 것으로 볼 것은 아니다(대법원 2001년 1월 16일 선고, 2000다51872 판결).

1동의 건물을 신축한 건축주가 그 건물을 구분하여 분양할 경우에는 광고 등으로 그 구분분양의 의사를 외부에 표시하였을 때에 구분행위가 있다고 볼 수 있는바(대법원 2006년 3월 10일 선고, 2004다742 판결 참조), 피고가 이 사건 아파트를 신축하면서 각각의 구분건물에 관하여 2002년 5월 13일경부터 분양계약을 체결하였으므로 그 무렵부터는 구분행위가 있었다고 할 것이다.

따라서 이 사건 신탁등기가 마쳐진 2003년 9월 4일경 이 사건 아파트의 각 구분건물에 관하여 이미 구분소유권이 성립한 이상, 이 사건 부동산담보신탁계약은 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조⁴⁾에 위

3) 서울고등법원 2010. 7. 16. 선고, 2010나1915 판결

4) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성)

배하여 무효이므로 이 사건 신탁등기는 말소되어야 하고, 피고는 제801호의 전유부분을 낙찰 받아 소유권을 취득함으로써 집합건물법 제2조 제6호에 규정된 대지사용권을 취득한 원고에게 제801호의 지분에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

2.4 상고심 판결⁵⁾

2.4.1 다수의견

1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라, 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에

① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.

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

③ 제2항 본문의 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.

5) 대법원 2013. 1. 17. 선고, 2010다71578 전원합의체 판결, 이하 ‘연구대상판결’이라 한다. 연구대상판결에서 다루어진 쟁점 중 이 글의 주제와 관련이 없는 쟁점은 기재를 생략한다.

등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다.

2.4.2 대법관 김창석, 대법관 김신의 반대의견

구분소유권은 물권의 기본적 성격인 배타성과 대세적 효력이 있으므로 그에 관한 법률관계는 이해당사자들이 쉽게 인식할 수 있도록 명확하게 정해져야 한다. 구분소유권이 성립하여 건물과 그 대지인 토지가 일체화되는 시기와 일체화된 법률관계의 내용을 명확하게 정하는 것은 거래의 안전에 매우 중요한 의미를 갖게 되며, 그러한 점에서 명료한 기준 설정의 필요성이 강력하게 요청된다. 법률관계의 명확성과 안정성을 담보하기 위해서는, 부동산 소유권의 내용을 변경시키는 법적 행위로서 구분행위가 부동산 물권변동에서 요구되는 공시방법인 등기에 준할 정도로 명료한 공시기능을 갖추는 것이 반드시 필요하다. 집합건축물대장의 등록은 1동의 건물이 독립한 부동산으로 존재하고 1동에 존재하는 전유부분이 구조상·이용상 독립성이라는 물리적 요건이 구비되었음을 전제로 건물의 소유자와 같이 처분권한 있는 자가 건물의 단독소유권을 구분소유권으로 변동시키는 구분행위의 필수적인 방식으로 보아야 하며, 이러한 확정적 구분행위인 집합건축물대장 등록이 이루어지기 전에 이루어진 건축허가신청, 분양계약 등의 행위에서 어떤 구분의사가 표시되었는지는 구분소유권의 성립에 영향을 미치지 않는다. 따라서 구분소유권은 대법원이 여러 차례 밝힌 바와 같이 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점에 성립하고, 다만 예외적으로 건축물대장에 등록되기 전에 등기관이 집행법원의 등기촉탁에 의하여 미등기건물에 관하여 소유권 처분제한의 등기를 하면서 구분건물의 표시에 관한 등기를 하는 경우에는 등기된 시점에 구분소유권이 성립한다.

Ⅱ. 연구

1. 문제의 소재

집합건물이 등장하기 시작한 것은 1960년대 후반 이후의 경제발전과 인구의 도시집중 현상이 나타나면서부터이다. 당시 구분소유권은 개별 법률이 아니라 민법 제215조를 근거로 하여 인정되고 있었다. 1980년에 들어서면서 고층아파트 및 대규모 상가 등의 급속한 증가로 집합건물의 적정한 유지·관리의 필요성이 높아짐에 따라, 1984년 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘집합건물법’이라 한다)이 민법에 대한 특별법으로서 제정되었다.⁶⁾

구분소유는 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로써 사용될 수 있을 때에 그 각 부분을 별개의 부동산으로 소유하는 것을 말한다.⁷⁾ 그런데 집합건물법에는 구분소유의 성립시기에 관한 규정이 없다. 입법 당시의 법제사법위원회회의록에서도 구분소유의 성립시기에 대한 논의는 찾아볼 수 없고, 집합건물법의 제정에 많은 영향을 준 일본 구분소유법에서도 구분소유권의 성립에 관하여 특별히 규정을 두지 않았다.⁸⁾

집합건물의 구분소유 성립시기는 공용부분을 확정하는 기준 시점이 되고, 집합건물법 제20조에 의하여 전유부분과 대지사용권이 일체성을 갖게 되어 대지사용권만의 분리처분이 금지되며, 전유부분에 관하여 물권변동이 발생하면 대지사용권도 종속적으로 전유부분의 처분과 법률적 운명을 같이 하게 된다. 또한, 구분소유 관계가 성립하면 관리단이

6) 박준서 대표집필, 주석민법 물권(2)편, 한국사법행정학회, 2002, 117쪽.

7) 어영강, “집합건물의 구분소유에 있어서 구조상의 독립성의 요건을 둘러싼 몇 가지 문제”, 판례와 실무, 인천지방법원, 2004, 3쪽.

8) 이춘원, “건축 중인 집합건물을 양수받아 완공한 경우에 구분소유권의 원시취득자”, 고시계 제55권 제7호, 국가고시학회, 2010, 93쪽.

당연히 설립하고(동법 제23조), 대지의 공유자는 건물 사용에 필요한 범위의 대지에 대하여는 분할을 청구하지 못한다(동법 제8조).

이와 같이 구분소유의 성립요건 및 성립시점은 집합건물을 둘러싼 다양한 법률관계에 있어 중요한 의미를 갖고 집합건물의 구분소유자 등의 이해와 밀접한 관계가 있었는데, 이에 관하여 종래부터 많은 논의가 있었다.

대상판결은 구분소유권의 성립시기에 대하여 대립되던 판례의 태도를 정리하고 이른바 건축물대장 등록불요설의 입장을 명백히 밝혔다는 점에서 의의가 크다. 본고에서는 구분소유의 성립 요건 일반을 고찰하면서, 대상판결의 쟁점이었던 구분소유의 성립에 등기 및 건축물대장의 등록이 필요한지 여부에 대한 기존 학설 및 대법원의 입장 및 대상판결의 구체적인 입장에 관하여 검토하고자 한다.

2. 구분소유의 성립요건

2.1 서론

집합건물법 제1조는 “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.”고 규정하고 있다.

일물일권주의 원칙상 1동의 건물은 1개의 물건으로 취급되어 하나의 소유권이 성립하는 것이 원칙이나, 1동의 건물 중 일부가 독립된 소유권의 객체가 될 필요성이 있는 경우가 있고, 일정한 방법으로 공시가 가능한 경우에는 그 범위 내에서 예외를 인정할 필요성이 있으므로, 집합건물법 제1조는 1동의 건물 중 일부에 대한 구분소유권을 인정하고 있는 것이다.

집합건물법 제1조의 해석상 구분소유는 ① 1동의 건물이 존재하여야

하고, ② 구분된 건물 부분이 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추어야 하며, ③ 물리적으로 구획된 건물 부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있는 경우 인정된다.⁹⁾

구분건물이 성립되는 태양은 ① 건물의 단독소유자에 의한 구분, ② 공유물분할로서의 현물분할에 의한 경우, ③ 상속재산분할로서의 현물분할에 의한 경우, ④ 건물의 일부 양도, ⑤ 건물 전부의 구분양도, ⑥ 공동건축의 경우, ⑦ 건물소유자에 의한 증·개축의 경우 등이 있을 수 있다.¹⁰⁾

2.2 1동의 집합건물

부동산등기법 제15조 제1항은 “1동의 건물을 구분한 건물에 있어서는 1동의 건물에 속하는 전부에 대하여 1개의 등기기록을 사용한다.”라고 규정하고 있다. 위 조항에 따르면 2동 이상의 건물은 2개의 등기기록을 사용해야 할 것인데, 건물의 구분소유는 1개의 등기기록 하에 이루어지므로 구분소유가 성립되려면 그 건물은 1동이어야 한다.¹¹⁾

1동의 집합건물은 대략 1층으로 된 연립주택과 같이 1동의 건물을 수직적으로 구분한 소규모의 중합 건물, 1동의 건물을 수평적으로 구분한 횡합 건물, 아파트나 주상복합 건물과 같이 1동의 건물을 층별 호별로 구분한 중·횡합 건물의 3가지 형태로 나누어 볼 수 있다.¹²⁾

국내 학계나 실무상으로 1동의 해당여부에 대한 명확한 판단기준은

-
- 9) 대법원 1999. 7. 27. 선고, 98다35020 판결 참조.
 10) 양경옥, “건물의 구분소유에 관한 법률문제”, 사법논집 제16집, 법원행정처, 1985, 43-50쪽.
 11) 송호열, “집합건물에서 구분소유의 성립에 관한 고찰”, 토지법학 제24-1호, 한국토지법학회, 2008, 160쪽.
 12) 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, 9쪽.

존재하지 않는 것으로 보인다. 다만 일본의 학설은 ① 건축구조상의 일체성(물리적 일과성), ② 외관상의 일체성, ③ 건물기능의 공통성(외부의 출입구, 복도, 계단, 엘리베이터, 수도, 전기, 가스, 집중냉난방시설 등), ④ 용도 내지 이용상의 일체성(생활공간으로서의 일체성) 등을 종합적으로 고려하여 1동의 건물 여부를 판정하여야 한다고 주장하고 있다.¹³⁾

이와 관련하여 대법원 1992년 10월 9일 선고 92다19217 판결은 1필의 토지 위에 목욕탕 건물과 아파트 기둥의 벽이 서로 근접하게(약 30cm 이격) 건축하고, 지하실은 서로 왕래할 수 있도록 문을 설치한 상태로 목욕탕 1채, 아파트 가동·나동 42세대를 신축한 사안에서, 목욕탕과 아파트를 1동의 집합건물로 보았다.

2.3 구조상의 독립성

소유권의 내용인 물적 지배와의 관계 내지 공시와의 관계상, 구분소유권의 목적이 될 건물의 부분은 구조상 다른 부분과 구분·독립되어야 한다. 이를 구조상의 독립성이라 한다.

건물의 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.¹⁴⁾

구조상의 독립성이 인정되기 위하여서는, 연립주택 및 아파트의 각

13) 三好登, 區分所有と登記, 不動産登記法講座Ⅴ 各論(3), 日本評論社, 1980, 6쪽; 玉田弘毅, 建物區分所有法(1), 第一法規, 1979, 44쪽; 양경옥, 앞의 논문, 18-26쪽.

14) 대법원 2011. 3. 24. 선고, 2010다95949 판결

호실, 사무실용 빌딩의 각 호실 등과 같이 건물이 종적 또는 횡적으로 구분되고, 건물의 구획된 한 부분이 다른 부분으로부터 벽, 문, 천정과 마룻바닥 등에 의하여 물리적으로 차단되어 그 자체로서 독립된 건물 부분으로서의 외형을 갖추어야 한다. 즉 통상적으로 구조물이 집합건물로 인정되기 위한 요건인 토지에 정착하고 있을 것(정착성), 재료를 사용하여 인공적으로 구축되었을 것(건축성)이라는 요건에 더하여, 지붕 및 주벽 등에 의하여 외기를 분단하는 구조를 갖출 것(외기분단성), 주벽 등 외부구조에 의하여 구획된 내부공간에 일정한 용도에 제공할 수 있는 생활공간이 형성되어 있을 것(용도성) 등 네 가지 요건을 갖추어야 하는 것이다.¹⁵⁾

일본의 경우, 종래에는 건물이 구성부분인 격벽 등에 의하여 다른 부분과 차단되어 있어야 구조상 독립성이 인정된다고 보는 것이 일반적인 견해였으나, 근래에는 다른 부분과 완전히 차단되어 있을 것을 필요로 하지 않고 구분할 수 있는 구조상의 가능성이 존재한다면 구조상 독립성이 인정될 수 있다고 하거나, 적어도 점포에서는 물리적인 격벽이 없이 관념적인 격벽이 있는 것으로 족하다는 등의 견해가 주류를 이루고 있다.

이와 관련하여 일본 최고재판소 1981년 6월 18일 선고 소화 53년(才) 제1373호 판결은 “건물의 구분소유 등에 관한 법률(소화 37년 법률 제69호) 제1조에서 말하는 구조상 구분된 건물부분이라 함은, ① 건물의 구성부분인 경계벽, 계층 등에 의하여 독립한 물적 지배에 적합할 정도로 다른 부분과 차단되고, 그 범위가 명확한 건물부분을 말하는 것이고, ② 반드시 주위 전부가 완전히 차폐될 것을 필요로 하는 것은 아니다.”라고 한 다음, “차고 주위의 4면 중 출입구 쪽 한 면이 경계벽 등에 의하여 차폐되지 않은 상태에 있지만, 구조상의 독립성이 인정된다.”고 판시하

15) 오시영, “집합건물과 구분소유권의 원시취득에 대한 고찰”, 재산법연구 제28권 제1호, 한국재산법학회, 2011, 28쪽.

면서, 주위 3면을 블록벽으로 구분하고 출입구에 4각 기둥, 쇠파이프가 설치되어 있어 주위와 명확하게 구분된 차고의 구분소유권을 인정하였다.¹⁶⁾

2.4 이용상의 독립성

이용상의 독립성은 건물 일부가 자체로 독립하여 이용·거래될 수 있는 경제적 가치가 있어야 한다는 것을 의미한다.¹⁷⁾ 이는 1동 전체 건물과 구분건물의 본래 용도와 구체적인 이용사항 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.¹⁸⁾

이용상의 독립성이 인정되기 위하여는 사람이나 물건의 출입을 당연히 예정하고 있는 건물 본래의 성질상 다른 구분소유의 목적인 건물 부분을 통함이 없이 외부의 공도에 출입할 수 있는 독립한 출입구가 있어야 한다.¹⁹⁾ 출입구는 반드시 외부와 직접 연결될 필요는 없고, 외부로 통하는 공동의 복도, 계단 중 공용부분에 연결되어 있어도 무방하다. 또한, 당해 건물부분을 독립하여 이용할 수 있도록 사용목적 및 용도에 맞는 전용설비가 설치되어 있어야 하고, 구분소유자들을 위한 설비, 즉

16) 어영강, 앞의 논문, 7쪽. 위 판례 사안은 철근콘크리트조 7층 맨션건물의 1층의 일부에 설치된 차고에 관한 것으로서, 차고 안을 중심으로 하여 좌·우·후면 등 3면은 블록 벽으로 차폐되어 있고, 차고 전면의 출입구 부분에는 좌·우 양 벽의 출입구 쪽 각 모서리 부분에 건물을 지탱하는 콘크리트 기둥이 있으며, 각 모서리 기둥 사이에 같은 간격으로 두 개의 중간 기둥이 있고, 이 4개의 기둥에는 차량의 출입을 차단하기 위하여 상하 90도로 조작될 수 있는 철제파이프가 각각 설치되어 있었다.

17) 이현중, “집합건물의 구분소유 성립시점”, 민사판례연구 제23권, 민사판례연구회, 2001, 51쪽.

18) 한편, 집합건물은 전유부분만이 거래의 객체가 되는 것은 아니므로, 이용상 독립성은 그 부분이 다른 전유부분과 독립적으로 사용할 수 있음을 의미하는 것이지 거래가능성까지 요구되는 것은 아니라는 견해가 있다. 이기용/이춘원, “구분소유의 성립에 관한 고찰”, 성균관법학 제17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 269쪽

19) 김기정, 앞의 논문, 14쪽.

공용설비가 존재해서는 안 된다.²⁰⁾

이와 관련하여 일본의 최고재판소는 구조상 독립성을 지닌 차고 또는 창고 일부에 다른 구분소유자들의 공용에 제공되는 설비가 설치된 경우라 하더라도 ① 공용설비가 당해 건물 중 적은 부분을 점유함에 그치고, ② 그 나머지 부분에 대하여 독립한 건물과 실질적으로 다를 바 없이 배타적 사용이 가능하며, 위 배타적 사용이 다른 구분소유자들의 공용설비의 이용·관리로 특별한 제한 또는 장애를 받지 않고, ③ 반면에 공용설비의 보존 및 다른 구분소유자들의 이용이 위 배타적 사용 때문에 영향을 받지 아니하는 경우에는 전용부분에 해당한다고 판시하였다.²¹⁾

한편 구조상·이용상의 독립성이 현존하여야 하는지 여부가 문제될 수 있는데, 대법원은 “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 사회 통념상 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.”라고 하여 일시적으로 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하더라도 복원이 용이한 경우에는 구분소유권이 존속하는 것으로 보았다(대법원 1999년 6월 2일자 98마1438 결정).

20) 송호열, 앞의 논문, 166-167쪽.

21) 遠藤賢治, 最高裁判所 判例解説 民事編, 法曹會, 1981, 390쪽.

2.5 구분소유의 구분행위

2.5.1 서설

건물이 물리적으로 구분소유가 가능하더라도 소유자는 이를 1개의 단일한 소유권의 객체로 삼고자 할 수도 있다. 따라서 구분소유가 성립하기 위해서는 구조상 및 이용상의 독립성 이외에 건물 부분을 구분소유권의 객체로 하고자 하는 소유자의 의사, 즉 구분의사를 외부에 표시하는 행위가 필요하다. 소유자가 그 구분의사를 표시하는 행위를 구분행위라고 한다.²²⁾

판례도 “1동의 건물 중 구분된 부분이 구조상·이용상 독립성을 가지고 있는 경우에 그 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 따라 결정되므로 구분건물이 되기 위하여는 객관적·물리적인 측면에서 구분건물이 구조상·이용상의 독립성을 갖추어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시인 구분행위가 있어야 하며…”라고 판시하여 구분소유의 성립에 구분행위의 존재를 요구하고 있다.²³⁾

2.5.2 구분행위의 법적성질

구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이, 법률관념상으로 1동의 건물에 성립된 하나의 소유권의 내용을 변경시켜 건물의 특정 한 부분에 구분소유권을 발생시키는 법률형성적 처분행위이다. 구분행위와 경계벽을 설치하는 것과 같은 사실행위에 불과한 사실적 구분 또는 분할은 다른 개념이다. 연구대상판결의 보충의견도 구분행위를 여러 개의 구분소유권으로 변경·창설하는 형성적 효력을 가진 법적 행위로

22) 어영강, 앞의 논문, 17쪽.

23) 대법원 2004. 7. 22. 선고, 2004다19357 판결.

보았다.

1동의 건물 전체를 1인이 소유하다가 여러 개의 건물부분으로 구분하는 경우 그 구분행위는 단독행위에 해당한다. 이에 대하여 “독일처럼 민법상으로 성립요건주의를 취하고 등기신청에 있어서도 엄격한 실질적 심사주의를 취하는 법제하에서는 등기관을 상대방으로 하는 의사표시로 구성할 수 있을 것이다. 우리 등기법을 보면 기본적으로 형식적 심사주의를 채택하고 있으나, 집합건물의 보존등기 신청시에는 등기관에게 실질적 심사권을 부여하고 있으므로, 독일과 마찬가지로 등기관을 상대방으로 하는 단독행위로 구성할 수도 있을 것으로 생각한다.”라는 견해가 있으나,²⁴⁾ 개정 부동산등기법은 등기관의 구분건물의 표시에 관한 실질적 심사권을 폐지하였으므로 위 논거는 더 이상 유지될 수 없을 것으로 보인다.²⁵⁾

한편, 1동의 건물을 수인이 공유하고 있었던 경우에는 1개의 소유권의 객체를 수개의 소유권으로 분할하고자 하는 소유자 수인의 의사표시가 있어야 하는데, 이 경우 소유자들의 의사는 1개의 소유권을 수개의 소유권으로 분할하는데 관하여 합치하고 있을 뿐 서로 대립하고 있는 것이 아니므로 계약이라기보다는 합동행위에 가깝다 할 것이다.²⁶⁾

24) 이춘원, “건물의 구분소유에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2005, 238쪽.

25) 부동산등기법 전면개정에 따라, 등기관의 구분건물의 표시에 관한 실질적 심사권을 규정한 개정전 부동산등기법 제55조 제12호, 제56조, 제56조의2가 삭제되었다. 삭제 이유: 구분건물의 표시에 관한 등기관의 실질적 심사권은 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행 초기 구분건물 판단기준의 혼선 문제를 해결하고자 도입한 제도인바, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 이 안정적으로 시행되고 있고, 원칙적으로 구분건물인지 여부는 건축물대장 소관청에서 판단하는 것이 타당하며, 구분건물의 표시에 관한 등기관의 실질적 심사권을 그대로 유지할 경우 건축물대장에는 일반건물로 되어 있는 것이 등기부에는 구분건물로 표시될 수 있어 거래의 불안을 야기함. 따라서 현행법상 관련 규정을 삭제한다(부동산등기법 전면개정 입법예고, 법무부공고 2009-181호, 2009. 11. 9).

26) 김기정, 앞의 논문, 16쪽.

2.6 건축물대장의 등록, 등기와 구분행위와의 관계

2.6.1 문제의 소재

1동의 건물이 구분소유권이 성립되기 위한 요건으로서 구조상 및 이용상의 독립성만 갖추면 당연히 각 건물부분은 구분소유권이 성립하는지, 아니면 구분행위로서 등기를 하여야만 비로소 구분소유권이 성립하는지, 등기가 필요하지는 않는다고 하더라도 적어도 건축물대장 등록이 있어야 구분행위의 존재가 인정되는 것인지 문제된다.

건축물대장의 등록 요부의 문제는 등기부와 대장을 이원적으로 두고 있는 대한민국의 법제하에서 제기될 수 있는 문제로서, 대부분의 국가에서는 등기부와 대장이 일원화되어 있어 건축물대장의 등록 요부에 관한 논의는 존재하지 않는 것으로 보인다.

2.6.2 입법례 및 입법검토

2.6.2.1 각국의 입법례

독일 주거소유권법은 거주 부분에 대한 특별소유권(Sodereigentum) 설정이 효력을 발생하기 위해서는, 즉 구분소유관계가 성립하기 위해서는 물권적 합의(Auflassung)와 등기부예의 등기가 필요한 것으로 규정하고 있다.²⁷⁾

일본 구분소유법은 건물과 부지를 별개의 부동산으로 보면서, 건물부분을 전유부분과 공용부분으로 나누고 있다. 구분소유법은 구분소유관계의 성립에 관하여 구분소유법에서는 아무런 규정을 두지 않고 있으나, 등기를 구분소유권의 성립요건이 아니라고 보는 것이 통설이다.²⁸⁾

27) 오스트리아법에서도 독일법과 마찬가지로 등기되어야 구분소유관계가 성립한다: C.G. VAN DER MERWE (ed), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VI, Chapter 5(Apartment ownership), 1994, 35쪽.

28) 이춘원, 앞의 논문, 50쪽.

미국 통일집합건물법(Uniform Condominium Act) 제2조-제101조는 집합건물의 창설에 관하여 규정하고 있는데, 집합건물은 날인증서(deed)와 같은 방식에 의해서 작성된 선언증서(declaration)을 집합건물이 위치하는 주(county)에 등록함으로써 성립하게 된다. 선언에 기재하는 내용이나 필요적 등록사항은 각 주법에서 ‘선언의 내용(Contents of declaration)’으로 규정되어 있다.²⁹⁾

프랑스의 경우, 하나의 건물 또는 건물군에 구분소유를 성립시키기 위해서는 구분명세서의 작성이 필수적이다(1955년 1월 4일 데크레 제7조).³⁰⁾ 구분명세서의 내용으로는 해당 건물 또는 건물군의 지정, 구분소유 몫(lots)으로의 분할,³¹⁾ 각 구분소유(lot)의 위치 설명을 통한 지정 등이다. 부동산 공시를 위해 요구되기 때문에, 구분명세서는 공증을 통해 작성되어야 하고, 구분명세서는 부동산 등기소에 공시되어야 한다.³²⁾

2.6.2.2 입법검토

프랑스, 독일, 미국 등에 있어서는 일반적으로 구분소유의 목적이 될 건물이 분양업자 등에 의하여 판매될 때에, 분양업자 등이 구분소유자 간의 관계에 관한 사항을 포함한 당해 건물의 기본적인 사항을 비교적 상세히 선언문서나 규약 등으로 명시하고, 구분소유자는 이처럼 미리 제시된 구분소유관계를 충분히 인식한 후에 구분소유가 성립하는 것을 예정하고 있다.³³⁾

29) P. Rohan & M. Reskin, *CONDOMINIUM LAW AND PRACTICE*, 1973, § 7, 15.

30) Décret n°55-1350 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière; 데크레(décret)란 집행권의 집행권의 수장의 행위로서 현행 프랑스 헌법(제5공화국)상으로는 대통령과 수상이 명령제정권을 가지며, 따라서 대통령과 수상이 할 수 있는 행위이다. 즉, 제5공화국 하에서는 데크레란 대통령, 수상이 행하는 행정입법의 행위형식을 말한다.

31) 구분소유 몫(lot)은 전유부분에 공용부분의 일정 지분을 더한 것이다.

32) 송재일/사동천, “상가건물의 구분소유 법제분석”, 법제분석지원 연구 12-25-4, 한국법제연구원, 2012, 79-85쪽.

33) 鎌野邦樹, “マンション法制の國制比較”, 日本不動産學會紙 제16권 제4호, 日本不動

반면, 일본의 법제하에서는 일반적으로 구분소유의 목적이 되는 부분을 가지는 건물(구분소유건물)이 분양업자 등에 의하여 구분소유자에게 판매되는 시점에 구분소유 관계가 성립하는 것으로 해석된다.³⁴⁾

입법례를 살펴보면, 민법상 성립요건주의를 취하는 국가에서는 대개 구분소유의 성립에서도 등기를 성립요건으로 하는 것으로 보인다. 물건 변동에 관하여 의사주의를 취하고 있는 일본의 법제하에서 등기가 구분소유권의 성립요건이 아니라는 것은 당연한 결론이다.³⁵⁾

2.6.3 학설

2.6.3.1 등기 필요설

민법 제186조는 등기를 부동산물권변동의 효력발생요건으로 규정하고 있고, 구분행위는 법률행위이므로 구분소유권도 등기하여야 성립한다는 견해이다.³⁶⁾ 즉, 1동의 각 부분이 구분건물로 될 수 있는 요건을 갖추어도 소유자가 이를 구분건물로 등기하지 아니하고 그대로 1동의 건물 전체를 객체로 한 등기만을 한 때에는 구분소유권이 성립할 여지가 없다. 물론 당초부터 구분소유상태인 건물을 건축하여 구분건물로서 등기할 수도 있고 건축주 1인 명의로 등기한 후 구분등기절차를 통하여 구분건물로 등기할 수도 있다. 여하튼 건물의 구분소유성립에는 등기되지 않는 한 그 소유권도 인정할 수 없다. 분양아파트의 경우 건축주 명의로만 등기되어 있고 구분의사는 있으나 아직 구분등기가 경료되지 않은 경우 채권자는 건축주 1인의 부동산으로 보고 압류할 수 있으며, 한편 구분등기가 되어 있을 때에는 그 건물의 각 구분소유자가 동일인인

産學會, 2003, 103쪽.

34) 이춘원, 앞의 논문, 78쪽.

35) 송호열, 앞의 논문, 180쪽.

36) 김정현 외 4인, “집합주택(아파트)의 소유, 관리에 관한 고찰(그 입법화와 관련한 문제점과 방향)”, 사법연구자료 제1집, 법원행정처, 1974, 246-247쪽; 김준호, 건물 구분소유법, 대왕사, 1983, 78쪽.

경우에도 채권자는 1동의 건물로 보고 압류할 수는 없고 구분건물마다 별도로 압류를 할 수밖에 없다. 위 견해는 물건변동에 형식주의를 취하고 있는 우리 법제 하에서는 구분등기는 당연한 조치라고 하면서 물건변동에서의 형식주의를 강조하고 있다.³⁷⁾

다만 예외적으로 수인이 구분소유하기로 약정한 건물을 신축하는 경우에는 민법 제187조의 법률의 규정에 따른 구분건물소유권의 취득은 등기를 필요로 하지 않는다고 본다.³⁸⁾

2.6.3.2 건축물대장 등록필요설

구분소유의 성립에 등기가 필요하지 않다고 하더라도 건축물대장의 등록은 반드시 필요하다는 견해이다. 위 견해는 1984년 4월 10일 집합건물법의 제정 이후에 등장한 견해로서, 논거는 아래와 같다.

① 집합건물의 건축물대장에 관한 규정은 집합건물법의 제정 당시 제53조 이하에 규정되어 있어 구분소유의 성립도 이와 관련하여 검토할 필요가 있다. 즉 집합건물법 제53조 이하에서 집합건물에 관한 건축물대장의 편성 및 등록에 관하여 규정하고 있으며, 구 부동산등기법 제2조(2011년 4월 12일 법률 제10580호로 전부개정되기 전의 것)에서는 구분건물의 표시에 관한 사항을 등기할 사항의 하나로서 규정하고 있다. 이에 따른 건축물대장상의 등록으로서 구분소유권의 목적이 되는 건물부분의 개수가 결정된다.³⁹⁾

② 집합건물을 신축하는 건축주의 경우 그 대지를 담보로 하여 금융기관으로부터 건축비 등의 용자를 받아야 할 필요성이 매우 크다고 할 것인데, 건물의 건축 중에 구분소유권의 성립을 인정함으로써 그 시점 이후의 대지에 대한 저당권 설정이나 담보신탁설정 등을 금지한다면, 자금부족으로 인한 건축주의 부도 등으로 결국 건물이 완공되지 못하게

37) 고인상, “집합건물법에 관한 소고”, 사법연구자료 제13집, 법원행정처, 1986, 83-84쪽.

38) 송호열, 앞의 논문, 178쪽.

39) 이현중, 앞의 논문, 59쪽.

되어 오히려 선분양을 받은 수분양자들을 해하는 결과가 초래된다.

③ 집합건물법의 제정과 1991년 전문 개정된 건축법의 건축물대장 관련 규정의 신설 등에 의하여 집합건물법상의 집합건물에 관한 한 건축물대장의 기재가 건물의 현황을 제대로 반영한다고 볼 만한 여건이 충분히 조성되었다.⁴⁰⁾

2.6.3.3 건축물대장 등록불요설

구분행위를 일종의 법률행위(물권행위)로 보더라도, 구분행위에 따른 물권변동은 소유주체의 변동과는 관계없는 권리의 내용 또는 범위의 변경을 의미하는 것에 불과하므로, 이는 민법 제186조의 등기를 요하는 물권변동은 아니며 등기는 사후절차일 뿐이고, 구분행위에 의하여 구분소유권은 성립한다고 한다.

또한, 건축물대장에 등록하여야만 구분소유가 성립하여 그제야 대지사용권이 인정된다면, 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 집합건물법 제20조의 취지에 반한다는 점, 또한 독일의 주거소유권법이나 우리의 입목에 관한 법률 등에서와 같은 명문의 규정이 없음에도 민법 제186조만을 근거로 구분등기를 구분소유권 성립의 요건으로 볼 것은 의문이라는 점을 근거로⁴¹⁾ 건축물대장 등록을 집합건물의 별도의 성립요건으로 볼 것은 아니라고 한다.⁴²⁾

1동의 건물을 신축한 건축주가 그 건물을 구분하여 분양할 경우에는

40) 어영강, 앞의 논문, 24쪽.

41) 김기정, 앞의 논문, 18쪽.

42) 조용현, “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 없다고 한 사례”, 대법원판례해설 제60호, 법원행정처, 2006, 449-450쪽.

광고나 분양계약 등을 통해서, 재건축, 재개발조합이 진행하는 사업의 경우에는 주택사업의 사업승인신청이나 분양승인신청, 관리처분계획인가신청 등을 통해서 구분행위가 인정된다고 한다.⁴³⁾

2.6.4 연구대상판결 이전 대법원의 태도

대법원 판례는 기존부터 구분소유 성립에 구분등기는 필요하지 않는다는 입장에 있었다.⁴⁴⁾ 다만 구분소유 성립에 대장등록이 요구되는지 여부에 대하여는 판례가 엇갈리고 있었다.

2.6.4.1 건축물대장 등록을 요구하지 않은 판례

2.6.4.1.1 대법원 1992년 4월 10일 선고, 91다46151 판결

건물의 준공당시 건물 일부가 이미 공동주택 소유자들을 위한 대피소로 건축되었고, 완공 당시 교부된 준공검사필증에도 지하공동대피소로 기재되어 있었으며, 그 이후 건축주가 위 대피소를 주거용 방실로 개조하여 피고들에게 매도하여 주거용으로 사용하게 한 사안에서, 판례는 “건물 일부가 준공 당시 이미 구조상 공동주택 소유자들을 위한 공동대피소로 건축되었다면, 당시 이미 시행되고 있던 집합건물의소유및관리에관한법률 제3조 제1항, 제10조 제1항 및 제13조 등 제 규정에 의하여 집합건물 중 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 구분소유자전원의 공유에 속할 뿐 구분소유의 목적으로 할 수 없고, 공유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 지분을 처분할 수 없는 것이므로 건물 일부인 위 공용부분을 주거용 방실로 개조하여 이를 매도하여 주거용으로 사용케 하였다 하더라도 그 부분이 따로 구분소유의 목적이 되는 것은 아니다.”라고 판시하였다.

43) 최광석, “집합건물부지에 대한 집행의 제한”, 한국민사집행법학회지 제8권, 한국사법행정학회, 2012, 143쪽.

44) 대법원 1999. 7. 27. 선고, 98다35020 판결 등 참조

2.6.4.1.2 대법원 1999년 7월 27일 선고, 98다35020 판결

기존 2층 건물의 소유자가 3, 4, 5층을 증축한 후 이를 구분등기하지 아니하고 1동의 건물로서 건물표시변경등기를 한 사안에서, 판례는 “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 현황에 맞추어 1동의 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 때에는 이를 구분건물로 하지 않고 그 전체를 1동의 건물로 하려는 의사였다고 봄이 상당하다.”라고 판시하였다.

위 판결은 기존 건물에 설정된 근저당권의 효력이 증축된 부분에도 미치는지 여부가 문제된 사안인데, 연구대상판결의 원심판결인 서울고등법원 2010나1915 판결은 “위 98다35020 판결은 가옥대장 등록시점을 기준으로 전유부분과 공유부분을 판단하여야 한다는 취지로 이해하여야 하고, …, 일반 원칙으로 구조상·이용상 독립과 구분행위가 있는 다음에 가옥대장에 등록함으로써 비로소 구분건물이 성립한다는 취지로 해석할 수는 없다.”고 판시하였다.

2.6.4.1.3 대법원 2004년 7월 22일 선고, 2004다19357 판결

위 사건에서 판례는 “여러 사람이 공동으로 1동의 건물을 신축하는 경우에 그 여러 사람 사이에 각자가 각각 건물의 다른 부분의 소유권을 원시적으로 취득하기로 하는 내용의 합의가 있는 때에는 건물의 완성과 동시에 구분소유가 성립한다.”고 판시하였다.

2.6.4.1.4 대법원 2006년 3월 10일 선고, 2004다742 판결

○○건설이 1993년경 피고로부터 토지를 분양받은 뒤 그 지상에 건물을 신축하고 원고 등에게 분양하였다가, 1996. 2. 6. 건물이 공정률 93%에

이르러 부도가 나자, 1996년 2월 28일 ○○건설의 채권자인 피고 보조참가인들은 ○○건설의 피고에 대한 토지에 관한 소유권이전등기청구권에 대하여 가압류신청을 하였다. 이후 공사가 재개되어 1996년 9월 17일 건물에 관하여 ○○건설 명의의 소유권보존등기 및 각 구분소유 부분에 대하여 원고 등 수분양자 명의의 이전등기가 경료되었고,⁴⁵⁾ 피고 보조참가인들은 2001년경 가압류를 본압류로 전이하는 결정 및 등기이행명령 등을 받았다. 이러한 사안에서 판례는 “○○건설의 부도 당시 이 사건 건물은 구조상·이용상의 독립성을 갖추었고, 유천건설이 … 분양할 무렵 … 구분행위가 있었다고 할 것이어서, 유천건설은 피고 보조참가인들의 위 가압류 이전에 이 사건 건물의 소유를 위한 대지사용권을 취득하였고, … 수분양자들도 당초 ○○건설이 가졌던 대지사용권을 취득하였다고 할 것이다. … 피고 보조참가인들의 위 가압류 및 압류는 … 필연적으로 전유부분과 이 사건 토지의 분리처분이라는 결과를 낳게 되므로, 위 집합건물법의 규정내용과 입법 취지에 반하는 것으로 효력이 없다.”라고 판시하였다.

위 판결은 건축주가 원고 등에게 분양할 무렵 구분행위가 있었고 대지사용권을 취득하였다고 판단하면서 건축물대장등재라는 요건을 별도로 요구하지 않았다는 점에서 건축물대장 등록불요설의 입장을 취하였다고 해석될 수 있다.

2.6.4.2 건축물대장 등록을 요구한 판례

2.6.4.2.1 대법원 1999년 9월 17일 선고, 99다1345 판결

지하 1층, 지상 3층 규모의 연립주택을 신축한 원고가 건축물대장에 1, 2, 3층(101호, 201호, 301호) 3개의 구분건물로 등록하여 공동신축자인과 공동소유로 소유권보존등기를 경료하였다가, 그 중 201호를 피고

45) 건축물대장상의 등록시점에 관하여는 정확히 알 수 없다.

에게 매도하면서 공용부분인 지층부분은 제외하고 매도한 후, 지층부분을 주거가 가능한 방과 화실로 개조하여 사용·수익한 사안에서, 판례는 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제53조, 제54조, 제56조, 제57조의 규정에 비추어 보면 집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 한다.”라고 판시하였다.

위 판결은 구분소유 성립시점에 관하여 일반론적으로 판시한 최초의 판결로 보인다. 다만, 위 판결에 대하여 건축물대장등록시점을 기준으로 전유부분과 공용부분을 판단하여야 한다는 것으로 이해하여야 하고, 일반 원칙으로 구조상·이용상 독립과 구분행위가 있는 다음에 가옥대장에 등록함으로써 비로소 구분건물이 성립한다는 취지로 해석할 수 없다는 견해가 있다.⁴⁶⁾

2.6.4.2.2 대법원 2005년 6월 24일 선고, 2004다30279 판결

위 판례는 “집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없다.”고 판시하면서, 계쟁 복도부분이 구조상 상가 전체 공용부분에 해당한다고 보이는데도 1층 점포 구분소유자들만의 공용에 제공된 일부 공용부분에 해당한다고 판단한 원심판결을 파기하였다.

2.6.4.2.3 대법원 2006년 11월 9일 선고 2004다67691 판결

위 판례도 “구분소유가 성립하는 시점은 원칙적으로 건물 전체가 완

46) 조용현, 앞의 논문, 448쪽.

성되어 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 달리 볼 것이 아니다.”라고 판시하였다.

2.6.4.2.4 대법원 2007년 7월 12일 선고, 2006다56565 판결

집합건물이 2층부터 13층은 공동주택부분, 1층 및 지하는 상가로 구성되어 있었는데, 공동주택 입주자인 원고는 피고가 지하층 상가에서 찜질방을 운영하면서 점유하던 지하층 부분이 전체공용부분이라는 전제하에 지하층 부분의 철거 및 인도를 구하였다.

이에 대하여 판례는, “집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지의 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 집합건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없으며, 집합건물의 어느 부분이 구분소유자의 전유 또는 일부의 공용에 제공되는지의 여부는 소유자들간에 특단의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의하여 결정되어야 한다.”라고 판시하였다.

2.6.4.2.5 대법원 2010년 2월 11일 선고, 2009다64598 판결

대한민국이 이 사건 역사를 준공한 후 일반건축물대장에 철도청과 산본역 쇼핑센터가 공유자로 등재되었고, 역사 전체에 관하여 대한민국과 산본역쇼핑센터를 공유자로 하는 이 사건 소유권보존등기가 경료된 후 대한민국이 이 사건 역사 중 자신의 공유지분에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었으며, 이후 이 사건 역사가 집합건물로 전환되어 구분등기가 경료된 사안에서, 판례는 “구분소유가 성립하는 시점은 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에

구분건물로 등록된 시점이라 할 것이다.”라는 기존의 대법원 판례를 다시 실시하면서, “이 사건 역사 중 대한민국 점유 부분과 산본역소핑센터 점유 부분이 서로 구조상·이용상 독립성을 갖추었다고 하더라도 대한민국 등이 이 사건 역사에 대하여 구분건물로서 집합건축물대장의 등록을 신청하는 등 그 구분소유의사를 객관적으로 표시하는 구분행위를 한 바 없었으므로 가압류촉탁에 의하여 소유권보존등기가 마쳐지기 전까지 아직 이 사건 역사에 관하여 구분소유권이 성립되지 아니한 상태였고, 여기에 대한민국은 이 사건 소유권보존등기가 유효함을 전제로 원고 앞으로 이 사건 제1부동산 중 대한민국의 공유지분에 관하여 소유권이 전등기를 마쳐 준 사정을 보태어 보면, 대한민국 등은 이 사건 소유권보존등기가 마쳐질 무렵 이 사건 역사를 구분건물로 하지 않고 전체를 1개의 소유권의 객체로 삼고자 하는 의사였다고 볼 수밖에 없다.”라고 판시하였다.

2.6.4.2.6 대법원 2011년 3월 24일 선고, 2010다95949 판결

이 사건 건물의 5층의 옥상주차장 부분이 6층 골프연습장과 분리되어 구분소유권의 객체가 되어있는지가 쟁점인 사안에서, 판례는 “집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없다.”고 판시하면서 위 옥상주차장 부분이 구분소유권의 객체로 될 수 있을 만큼 위 골프연습장 부분과 구조상 구분되어 있다고 볼 수 있는지 의심스럽다는 이유로 원심판결을 파기하였다.

2.6.4.2.7 대법원 2012년 11월 29일 선고, 2011다69374 판결

피고가 원고의 전유부분을 임의로 점유·사용하고 있다는 이유로 원

고가 해당부분의 인도를 청구한 사안에서, 판례는 “집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없다(대법원 2011년 3월 24일 선고, 2010다95949 판결 참조).”는 기존 입장을 실시하면서 “이 사건 상가건물 107호와 108호가 구분건물로 성립될 당시의 법령을 기준으로 전유부분의 면적을 산정하여도 원고가 실제 점유하고 있는 107호의 전유부분 면적이 등기부등본에 기재된 전유부분 면적을 초과할 것으로 보이고, 기록상 이 사건 ㉑부분이 원고의 전유부분임을 인정할 만한 증거가 없다.”고 판시하였다.

2.6.4.3 대법원 판례의 입장 정리 및 평가

건축물대장 등록불요설의 입장을 취한 것으로 평가되는 판례들은 건축물대장의 등록이 없었던 경우에도 구체적 사안에 따라 구분소유를 인정하였으나, 구분소유의 성립시점에 관하여 일반론적인 명확한 입장을 제시하였다고 보기는 어렵다.

오히려 건축물대장 등록필요설의 입장에 있는 것으로 평가되는 판례들은 대법원 1999년 9월 17일 선고, 99다1345 판결을 최초로 “집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 한다”는 법리를 반복적으로 실시하면서 건축물대장 등록시점을 기준으로 전유부분인지 공용부분인지 여부를 판단해 왔는데, 연구대상판결 이전의 주류적인 입장은 건축물대장 등록필요설을 취하고 있었다고 평가할 수 있다.

3. 연구대상판결의 내용

3.1 다수의견

연구대상판결의 다수의견은 “1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다(대법원 1999년 7월 27일 선고, 98다35020 판결 등 참조). 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 그 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다.”라고 하여 건축물대장 등록불요설의 입장을 명확히 하였다.

다수의견에 대한 보충의견은 다음과 같은 근거를 제시하면서 대장등록 불요설의 입장을 지지하고 있다.

① 법률행위는 원칙적으로 방식의 자유가 인정되므로 법률에서 특정한 방식으로 행위할 것을 규정하고 있지 않는 한 일정한 방식으로 하여야만 법률행위가 성립하거나 그 효력이 인정된다고 할 수는 없다. 그런데 구분소유권에 관한 기본적 사항을 규율하고 있는 집합건물법은, 제1조 및 제2조에서 구분소유권의 성립요건을 규정하고 있지만 건축물대장

의 등록에 관하여는 직접적으로 아무런 언급을 하고 있지 않다.

② 토지와 건물은 그 권리 객체의 성질상 본질적인 차이가 있다. 그러므로 토지의 분할·합병에 관한 법리를 구분건물의 분할·합병에 그대로 적용하는 것은 적절하지 않다.

③ 집합건물을 분양받은 사람들로서는 각각의 구분건물을 독립된 실체로 보고 이를 양수하여 그 처분권을 취득하였다고 인식할 것인데, 반대의견에 의하면 대장등록을 거치지 않은 이상 구분소유적 공유관계와 유사한 지분권을 취득한 정도의 지위만을 가지게 될 것이어서 이는 거래당사자의 기대에도 반한다.

④ 건축허가 내용에 부합하는 건축이 이루어져 대장등록에 아무런 지장이 없는데도 허가관청에 대한 사용승인이나 대장등록 신청을 미룬 채 그 대지에 저장권을 설정하거나 이를 제3자에게 분리 매각하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 구분건물을 분양받은 수분양자보다 건축주나 그로부터 대지소유권 등을 취득한 상대방을 우선하여 보호할 합당한 이유는 없다.

⑤ 구분행위를 다수의견처럼 파악하더라도 구체적 상황에서 건물 건축주의 행위 태양과 건물의 건축 형상 등을 토대로 객관적인 사실인정을 통해 구분행위의 시기와 내용 등을 확정하는 것은 얼마든지 가능하다.

3.2 반대의견

이에 대하여 연구대상판결의 반대의견은 구분소유권의 성립을 위해서는 대외적으로 이해관계자들에게 공시의 기능을 할 수 있도록 집합건축물 대장에 등록을 하거나 등기를 하는 것이 필요하다고 한다. 그 구체적인 논거는 다음과 같다.

① 구분소유권은 물권으로서의 기본적 성격인 배타성과 대세적 효력이 있으므로 그에 관한 법률관계는 이해당사자들이 쉽게 인식할 수 있도록

록 명확하게 정해져야 한다. 즉 구분소유권이 언제 성립하고 누구에게 귀속되는지, 그 법률관계의 내용이 무엇인지가 명확하게 정해져야 하고, 이를 외부에서 쉽게 알 수 있어야 한다.

② 법률관계의 명확성과 안정성을 담보하기 위해서는 부동산 소유권의 내용을 변경시키는 법적 행위로서의 구분행위는 부동산 물권변동에 있어서 요구되는 공시방법인 등기에 준할 정도로 명료한 공시기능을 갖추는 것이 반드시 필요하다.

③ 우리나라에서는 등기부와 대장의 이원적 공시제도를 두고 부동산의 표시에 관한 사항은 등기부가 아닌 대장이 일차적으로 공시하고 있어서, 부동산의 표시에 관한 사항에 국한된 구분행위에 대하여 등기에 대신하여 대장등록을 공시방식으로 요구하는 것일 뿐이므로, 구분행위의 방식으로 이러한 공시방식을 요구하는 것은 전혀 이례적인 것이 아니다.

④ 집합건물법 제1조는 1동의 건물 중 구조상·이용상 독립성을 갖춘 건물부분을 “이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 집합건물법 제53조 이하에서 건물을 신축한 자의 신청에 따라 구분건물로서 건축물대장에 등록하도록 하고, 기존 건물의 등록된 사항을 변경하는 경우에는 변경등록을 하도록 하여 구분 건물의 건축물대장에 관한 사항을 규정하고 있는데, 제1조에서 말하는 “이 법이 정하는 바에 따라”의 의미는 집합건물법이 규정하는 건축물대장 등록을 의미하는 것으로 보아야 한다.

⑤ 다수의견이 구분행위로 포섭하는 건축허가신청, 분양계약 등은 대세적 효력을 갖는 구분소유권, 구분소유권과 일체화된 공용부분 및 대지사용권의 범위와 내용을 확정하고 공시하는 기능을 수행할 수 없다.

⑥ 집합건물법 제20조의 분리처분금지 원칙 외에도 수분양자들이 보호될 수 있는 다른 법적 장치들이 있으므로 분리처분금지의 원칙을 적용하기 위하여 다수의견과 같은 해석론을 취할 필요는 없다.

4. 검토

아래와 같은 이유로 연구대상판결의 결론은 타당하다고 사료된다.

첫째, 건축물대장은 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위하여 작성되는 것이고 건축물의 물권변동을 공시하는 법률상의 등록 원부가 아니다. 구분소유의 성립에 있어 구분행위를 요구하는 주된 이유는 하나의 건물을 구분소유로 하고자 하는 소유자의 의사를 중시하기 위함이라고 할 것인데, 그러한 소유자의 의사는 건축허가신청, 분양계약 등 다양한 방법으로 표시될 수 있으며 이와 같은 방법의 의사표시로 인하여 소유자의 구분의사가 명백하게 드러나는 이상 이를 구분행위로 인정하지 않을 이유가 없다.

둘째, 연구대상판결의 반대의견은 “부동산 물권변동에 있어서 요구되는 공시방법인 등기에 준할 정도로 명료한 공시기능을 갖추는 것이 반드시 필요하다.”는 점을 지적한다. 그러나 아파트나 주상복합 건물과 같은 집합건물은 건물이 완성되기 이전에도 그 외관에 의하여 구분소유가 성립되어 있을 가능성 및 공용부분에 대한 처분의 제한이 이루어질 가능성이 높다는 점이 충분히 예측가능하다. 이러한 집합건물의 외형적 특성을 고려할 때, 구분소유의 성립으로 인한 물권변동에 있어 거래의 제3자 보호를 위해 요구되는 공시의 정도는, 토지의 소유권의 변동과 같이 외관만으로는 소유권의 변동이 전혀 예측불가능한 부동산 물권변동의 공시방법인 등기에 준할 필요는 없을 것으로 보인다.

셋째, 건축물대장 등록필요설에 의하면, 수분양자들은 시행사 등이 부동산담보신탁과 같은 대지의 분리처분행위를 하는 것을 방지하기 위하여, 불가피하게 보전처분 등의 조치를 취할 수밖에 없을 것이다. 수분양자들이 분리처분의 위험을 방지하기 위하여 일일이 대지에 대하여 보전처분을 할 것까지 요구하는 것은 명문에 규정이 없는 대장등록이라는 요건을 요구함에 따라 수분양자들에게 불필요한 경제적·시간적 비

용을 발생시키는 결과를 발생시킨다. 이는 통상 대단위 집합건물의 경우 분양자는 대규모 건설업체임에 비하여 수분양자는 경제적 약자로서 수분양자를 보호할 필요성이 높다는 점에서 타당하지 않다.

넷째, 살펴본 기존 대법원 판례를 살펴보더라도, 건축물대장 등록필요설을 취하는 판례의 경우 대부분 구분소유 성립시점을 건축물대장 등록 시점이 아닌 분양계약 체결시로 보더라도 판결의 결과가 달라지지 않는 사안에 해당한다. 이에 구분소유 성립시점을 대장등록 시점으로 보아 해당시점을 기준으로 전유부분 또는 공용부분 해당 여부를 판단하더라도, 수분양자나 구분소유자의 보호의 문제가 발생하지 않기 때문에 대법원이 건축물대장 등록필요설의 입장의 일반론적 판시를 한 것으로 보인다. 반면, 구분소유의 성립시점을 대장등록 시점으로 볼 경우 구분소유권자가 보호받을 수 없었던 위 대법원 2006년 3월 10일 선고 2004다 742 판결에서는 건축물대장 등록불요설을 취하여 연구대상판결과 같은 입장을 취하였다.

다섯째, 건축물대장 등록불요설에 의할 때 구분행위로 인정되는 분양계약이나 분양광고, 건축허가신청 등은 공시기능이 약하다는 문제점이 지적될 수 있으나, 분양계약은 다수의 수분양자 사이에서 이루어지는 점, 분양광고 역시 불특정 다수에 대하여 공개적으로 이루어지는 것인 점, 건축허가신청은 행정기관에 대한 법률행위로서 정보공개 등의 절차를 통하여 내용이 공개될 수 있는 점 등을 고려하면 거래 제3자 보호를 위한 공시적 기능을 충분히 수행할 수 있을 것으로 판단된다.

여섯째, 분양자가 제3자와 집합건물의 공용부분 등에 대한 신탁계약 등을 체결할 경우, 분양자에게 건축허가 실시 여부 또는 분양계약의 체결여부 등에 대한 신의칙상 고지의무를 인정함으로써 민법상 사기·취소 내지 형법상 사기죄 등을 통하여 거래의 제3자를 보호할 수도 있을 것이므로, 거래의 제3자 보호 필요성만으로 건축물대장 등록불요설을 취해야 할 당위성은 인정되기 어렵다.

일곱째, 입법례를 살펴보더라도 건축물대장을 구분소유의 성립요건으로 요구하는 입법례는 찾아볼 수 없다. 공시제도가 대장제도와 등기제도로 이원화 되어있는 국내법의 특징을 고려하더라도, 독일과 같이 명문으로 공시제도에 따른 등록을 구분소유의 성립요건으로 규정하고 있지 않는 이상, 그러한 특징이 구분소유의 성립에까지 영향을 미쳐야 할 법적 근거도 충분하지 않다.

5. 이 사건의 해결

이 사건 아파트는 이 사건 신탁계약 이전인 2003년 8월 25일경 건물의 옥탑층 콘크리트 타설 작업이 완료되었고, 아파트 옥탑층의 콘크리트 타설공사가 끝난 단계에서는 각 층 뿐만 아니라 각 층 내부 각 호 사이를 벽으로 구분하는 공사도 완료되는 것이 일반적이므로, 부동산담보신탁계약 당시에는 이 사건 각 구분건물 역시 구조상·이용상 독립성을 갖춘 것으로 보인다.

또한, 피고가 분양계약을 체결한 시점인 2002년 5월 13일경 당시 구분행위가 이루어진 것으로 인정될 수 있으므로, 늦어도 부동산담보신탁계약당시에는 구분소유가 성립하였다고 할 것이다. 따라서 이 사건 아파트에 대하여 구분소유가 성립한 이후 피고가 2003년 9월 4일 이 사건 토지를 한국토지신탁과 부동산담보신탁계약을 체결한 것은 집합건물법 제20조에 위배되어 무효이다. 따라서 피고는 원고에게 이 사건 토지에 대하여 소유권이전등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

Ⅲ. 맺음말

아파트 등과 같은 대형 집합건물의 경우 시행사 내지 건축주 등은

금융조달 및 담보, 시행사의 채권자에 의한 권리행사(압류, 가압류, 가처분 등) 회피 등을 위해 토지 및 신축건물에 대하여 신탁회사에 신탁하는 경우가 일반적이었고, 이로 인하여 구분소유권과 대지사용권이 분리되는 결과가 초래되었다. 이에 구분소유자의 재산권 행사에 적지 않은 어려움이 발생하였다.

연구대상판결은 구분소유권의 성립시기에 대하여 대립되던 판례의 태도를 정리하고 건축물대장 등록불요설의 입장을 명백히 표명함으로써, 수분양자 등이 구분소유자로서 실질적으로 보호받을 수 있도록 하였다는 점에서 의의가 크다.

다만 집합건물 중 일부만을 분양할 경우 구분행위의 범위를 어디까지 볼 것인지, 분양계약이 취소된 경우 구분행위도 소급하여 소멸되는 것인지, 분양광고는 어떠한 형태로 이루어져야 하는지 여부⁴⁷⁾ 등에 대하여 새로운 문제들이 제기될 수 있을 것으로 보인다.

연구대상판결을 바탕으로 다양한 이론과 판례의 집적을 통하여 위와 같은 문제점과 건축물대장 등록필요설에서 지적하는 연구대상판결의 난점들이 해결될 수 있기를 기대한다.⁴⁸⁾

47) 전화를 통한 분양 광고 등 특정인을 대상으로 하는 광고도 구분행위에 해당하는 분양 광고로 볼 수 있을지 여부가 문제될 수 있다.

48) 연구대상판결 이후 선고된 대법원 2013. 5. 9 선고 2012다15893 판결은 연구대상판결의 취지에 따라 “원심으로서 이 사건 상가건물 내의 점포들에 관하여 집합건축물 대장이 아닌 일반건축물대장이 작성되어 있고, 위 점포들에 대하여 구분건물의 등기부가 아닌 일반건물의 등기부가 작성되어 있는 사실을 들어 위 점포들이 집합건물법에서 정한 구분건물에 해당하지 않는다고 단정할 것이 아니라, 이 사건 상가건물의 준공 당시 각 점포들 사이를 구분할 수 있는 벽체 등이 존재하였는지, 각 점포들 사이의 벽체 등이 일부 철거되었다면 그 철거가 영구적인 것인지, 영업의 편의를 위한 일시적인 조치에 불과한지, 현재 각 점포의 위치와 면적을 특정할 수 있는지, 이 사건 상가건물의 각 층별 구조와 이용관계 등을 심리한 다음 이 사건 토지가 집합건물법 제8조에 의하여 분할 청구가 금지되는 집합건물의 대지에 해당하는지 판단하여야 한다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사실만을 들어 집합건물법 제8조에 따라 이 사건 토지에 대한 공유물분할이 허용되지 않는다는 피고들의 주장을 배척하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 구분소유의 성립요건에 관한 법리를 오해하고 심리

참고문헌

1. 단행본

- 김준호, 건물구분소유법, 대왕사, 1983.
- 박준서, 대표집필, 주석민법 물권(2)편, 한국사법행정학회, 2002.
- 三好登, 區分所有と登記, 不動産登記法講座Ⅴ 各論(3), 日本評論社, 1980.
- 玉田弘毅, 建物區分所有法(1), 第一法規, 1979.
- 遠藤賢治, 最高裁判所 判例解説 民事編, 法曹會, 1981.
- C.G. VAN DER MERWE (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VI, Chapter 5(Apartment ownership)*, 1994.
- P. Rohan & M. Reskin, *CONDOMINIUM LAW AND PRACTICE*, 1973.

2. 학술지

- 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, 5-68쪽.
- 김정현 외 4인, “집합주택(아파트)의 소유, 관리에 관한 고찰(그 입법화와 관련한 문제점과 방향)”, 사법연구자료 제1집, 법원행정처, 1974, 35-99쪽.
- 송재일/사동천, “상가건물의 구분소유 법제분석”, 법제분석지원 연구 12-25-4, 한국법제연구원, 2012, 79-85쪽.
- 송호열, “집합건물에서 구분소유의 성립에 관한 고찰”, 토지법학 24-1호, 한국토지법학회, 2008, 157-186쪽.

를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”라고 판시하였다.

- 양경욱, “건물의 구분소유에 관한 법률문제”, 사법논집 제16집, 법원행정처, 1985, 5-98쪽
- 어영강, “집합건물의 구분소유에 있어서 구조상의 독립성의 요건을 둘러싼 몇 가지 문제”, 판례와 실무, 인천지방법원, 2004, 1-33쪽
- 오시영, “집합건물과 구분소유권의 원시취득에 대한 고찰”, 재산법연구 제28권 제1호, 한국재산법학회, 2011, 1-46쪽
- 이기용/이춘원, “구분소유의 성립에 관한 고찰”, 성균관법학 제17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 253-282쪽.
- 이춘원, “건축 중인 집합건물을 양수받아 완공한 경우에 구분소유권의 원시취득자”, 고시계 제55권 제7호, 국가고시학회, 2010, 77-101쪽
- 이현중, “집합건물의 구분소유 성립시점”, 민사판례연구 13권, 민사판례연구회, 2001, 42-66쪽
- 조용현, “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 없다고 한 사례”, 대법원판례해설 제60호, 법원행정처, 2006, 434-458쪽
- 최광석, “집합건물부지에 대한 집행의 제한”, 한국민사집행법학회지 8권, 한국사법행정학회, 2012, 129-150쪽
- 鎌野邦樹, “マンション法制の國制比較”, 日本不動産學會紙 제16권 제4호, 日本不動産 學會, 2003.

3. 학위논문

이춘원, “건물의 구분소유에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2005.

4. 기타

법제처, “서유럽 세계법제정보”, 2012. 1. 12.

<<http://world.moleg.go.kr/World/WesternEurope>>, 검색일: 2015. 1. 5.

[Abstract]

The Requirements of Divided Ownership on Aggregate Buildings

—Supreme Court en banc Decision 2010Da71578

Delivered on January 17, 2013—

Kang, Se-Young*

Three requirements are needed to establish a divided ownership on aggregate buildings. These requirements are that the relevant building (1) be independent in structure(“structural independence”), and (2) has an independent use(“use independence”). Furthermore, although the relevant build may be physically compartmentalized, in order to establish a divided ownership, there must also be (3) a legal act of dividing the ownership thereof.

Although structural independence and use independence of a building can be objectively assessed by examining the exterior of a building, there has yet to be a set standard for decisions are split. Some case precedent states that a building registration is required to establish a divided ownership; other cases hold that divided ownership may be established if the intent to establish a divided ownership is objectively conveyed.

According to the Supreme Court study case decision, the Court held that a divided ownership may be established for there exists an objectively

* Attorney at Law, Lee&Ko

recognizable intent to create a divided ownership, and that for a legal act for of dividing the ownership, a registration of the building registry is not required.

This paper will seek to first analyze the requirements for establishing divided ownership, the related legislative history, as well as the characteristics of various existing cases, and then assess the validity of the Supreme Court's holding in the study case decision.

[Key Words] divided ownership on aggregate buildings, a legal act of dividing the ownership thereof, a registration of the building, structural independence, use independence

