

집합건물의 대지사용권의 수반성과 분리처분금지

-대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결-

The Prohibition of Separate Disposition and the Accompaniment of the Right to Use Site of Condominium

김 영 두*

Kim, Young-Doo

목 차

- | | |
|--------------------|-------------|
| I. 서론 | III. 판례의 검토 |
| II. 집합건물법 제20조의 의미 | IV. 결론 |

집합건물법 제20조는 전유부분과 대지사용권의 일체성에 대해서 규정하고 있다. 제1항은 대지사용권이 전유부분의 처분에 따른다는 수반성에 대해서 규정하고 있다. 제2항은 대지사용권을 분리처분 할 수 없다는 분리처분금지의 원칙을 규정하고 있다. 다만 제3항에 따르면 분리처분금지의 취지를 등기하지 않은 경우, 즉 대지권 등기를 하지 않은 경우에는 선의의 제3자에게 분리처분의 금지를 주장할 수 없다. 대법원 2018. 12.

DOI: 10.35148/ilsire.2019..19.29

투고일 : 2019. 07. 14. / 심사외뢰일 : 2019. 07. 19. / 게재확정일 : 2019. 08. 09.

* 충남대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Chungnam National University

28. 선고 2018다219727 판결에서는 분양자는 대지에 대한 일부지분을 제외하고 전유부분과 대지지분을 양도하였고, 분양자의 대지지분을 제3자가 취득하였다. 대법원은 규약이나 공정증서가 수반성의 예외를 정하고 있지 않기 때문에 분양계약에서 제외된 대지지분도 집합건물법 제20조 제1항의 수반성에 따라서 수분양자들이 취득한다고 보았다. 그리고 구분소유자들이 대지지분을 모두 취득하였기 때문에 분양계약에서 제외된 대지지분을 취득한 제3자는 분리처분금지의 원칙에 따라서 대지지분을 취득할 수 없다고 보았다. 또한 대지권 등기가 되어 있지 않은 상황에서 제3자가 선의라면 분리처분금지를 주장할 수 없지만, 제3자가 취득한 대지지분이 집합건물의 대지임을 몰랐을 뿐만 아니라 경제적으로 독립적으로 활용될 필요성이 있다고 믿었을 것을 요구함으로써 엄격한 기준에 의해서 선의의 제3자 여부를 판단하였다. 이 대법원 판결은 전유부분과 대지사용권의 수반성과 분리처분금지의 원칙에 따른 결론을 내렸다. 그리고 선의의 제3자를 엄격하게 해석한 논리도 타당하며 그에 따른 결론도 구체적으로 타당하다고 볼 수 있다. 그러나 이 대법원 판결의 결론의 구체적 타당성 여부를 떠나서 대지사용권의 수반성은 당사자의 약정과 상관없이 대지사용권을 취득하게 되는 문제점을 내포하고 있기 때문에 대지사용권의 수반성을 규정하고 있는 집합건물법 제20조 제1항은 개선이 필요하다.

[주제어] 집합건물, 대지사용권, 분리처분금지, 수반성, 대지권, 대지사용권과 전유부분의 일체성

I. 서론

1. 사실관계

甲은 자신이 소유하는 X토지 위에 집합건물인 Y건물의 건축허가를 받아 완공하고 2005년 9월 16일 사용승인을 받았다. X토지의 면적은 100㎡이었고, Y건물은 면적이 동일한 10개의 전유부분으로 구성되어 있었다. 같은 날 X토지의 90/100 지분에 관하여 대지권이라는 뜻의 등기가 마쳐졌다. 나머지 10/100 지분은 대지권에 포함되지 않았는데, 10/100

지분에 대해서 분리처분이 가능하다는 공정증서는 작성되지 않았다. 같은 날 甲이 Y건물을 집합건물로 소유권보존등기를 하면서 각 구분건물별로 등기원인인 ‘2005년 9월 16일 대지권’, 대지권의 종류 ‘소유권 대지권’으로 한 대지권의 표시등기가 마쳐졌다. 각 전유부분의 대지권 비율의 합계는 90/100이었다. 이후 甲의 명의로 남아 있는 X토지의 10/100 지분에 대해서 가압류, 체납처분에 따른 압류 등이 이루어졌다. 乙은 공매절차에서 대지권에 포함되지 않은 甲의 10/100 지분을 매수하여 2015년 12월 17일 소유권이전등기를 마쳤다. 丙을 비롯한 Y건물의 구분소유자들은 X토지 전부를 Y건물의 대지로 점유·사용하고 있다. 乙은 丙을 상대로 10/100 지분에 대한 지료 상당의 부당이득액의 1/10에 해당하는 부당이득의 반환을 청구하였다.¹⁾

501	502
401	402
301	302
201	202
101	102

- ① 甲(분양자)은 대지지분의 90/100에 대해서 수분양자들에게 전유부분과 전유부분의 면적비율에 따른 지분을 매도하였고 90/100 대지지분에 대해서 대지권 등기가 마쳐짐
- ② 대지지분의 10/100은 甲(분양자)이 보유함(수반성의 적용을 배제하는 공정증서의 작성이 없었음)
- ③ 10/100 대지지분에 대해서 공매절차가 개시되고 乙(원고)이 공유지분을 취득함
- ④ 乙(원고)은 丙(구분소유자)에게 자신의 대지지분에 해당하는 부당이득의 반환을 청구함

X토지 90/100 지분에 대해서만 대지권 등기가 마쳐짐(소유권 90/100 대지권)

2. 1심과 2심의 판단

1심(서울중앙지방법원 2017. 5. 10. 선고 2016가단5107175 판결)에서는 건물의 구분소유자가 아닌 자가 대지의 공유지분을 갖고 있는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 대지 공유지분권에 기초하여 구분소유자

1) 실제 사안에서 X토지의 면적은 704㎡이었다. 그리고 X토지의 655.56/704 지분에 관하여 대지권이라는 뜻의 등기가 마쳐졌다. 나머지 48.44/707 지분에 관하여는 대지권 등기가 되지 않은 채로 그대로 甲의 명의로 남게 되었다.

들에게 부당이득의 반환을 청구할 수 있다는 것을 전제로 乙이 X토지의 10/100 지분을 취득하였는지 여부를 판단하였다.

서울중앙지방법원 2017. 5. 10. 선고 2016가단5107175 판결

1동의 건물의 구분소유자들이 당초 건물을 분양받을 당시의 대지 공유지분 비율대로 건물 대지를 공유하고 있는 경우 구분소유자들은 특별한 사정이 없는 한 대지에 대한 공유지분 비율에 관계없이 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 적법한 권원이 있으므로 구분소유자들 상호 간에는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없으나, 건물의 구분소유자 아닌 자가 경매절차 등에서 대지의 공유지분만을 취득하게 되어 대지에 대한 공유지분은 있으나 대지를 전혀 사용·수익하지 못하고 있는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 대지 공유지분권에 기초하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결 등 참조).

1심 법원은 분리처분에 관한 공정증서가 작성되지 않았으므로 X토지와 Y건물을 분리처분 할 수 없다고 판단하였다. 따라서 甲이 90/100 지분에 대해서만 대지권 등기를 하였더라도 구분소유자들은 남은 10/100 지분도 전유부분의 면적비율에 따라 취득하게 된다. 그러나 乙은 이 사건 토지의 등기부에 90/100 지분에 관하여만 대지권이라는 뜻의 등기가 마쳐지고 이 사건 甲의 10/100 지분에 관하여는 대지권이라는 뜻의 등기가 마쳐지지 않은 채 甲의 명의로 남아 있는 점과 이 사건 건물의 모든 전유부분의 표제부에 기재된 대지권비율의 합이 90/100인 점을 근거로 이 사건 甲(원고) 지분을 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 내용의 공정증서가 존재한다고 믿었으므로 乙이 집합건물법 제 20조 제3항의 선의의 제3자에 해당한다고 판단하였고 乙의 부당이득반환청구를 인용하였다.

2심 법원은 1심 법원의 판단을 대체로 수긍하였다.

3. 대법원의 판단

대법원에서는 원심과 마찬가지로 구분소유자들은 대지사용권의 수반성에 의해서 대지권 등기가 이루어지지 않은 甲소유의 10/100 지분도 취득한다고 판단하였다. 따라서 대지권 등기가 이루어지지 않은 10/100 지분도 원칙적으로 전유부분과 분리하여 처분할 수 없으므로 乙은 X 토지의 10/100의 지분을 취득할 수 없다. 그런데 乙이 분리처분금지에 있어서 선의의 제3자에 해당하는가 하는 점에 관하여 원심은 이를 긍정하였지만 대법원은 乙이 선의의 제3자에 해당하지 않는다고 판단하였다. 따라서 乙은 선의의 제3자에 해당하지 않기 때문에 X토지의 10/100 지분을 취득할 수 없다고 보았으며, 丙을 포함한 구분소유자들에게 부당이익의 반환을 청구할 수 없다고 보았다.

대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결

(2) 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘집합건물법’이라고 한다)에 의하면, 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다(제20조 제1항).

구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다(같은 조 제3항). 건물부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자는 공정증서로써 위 규약에 상응하는 것을 정할 수 있다(같은 조 제4항, 제3조 제3항). 그러므로 집합건물 분양자가 전유부분 소유권은 구분소유자들에게 모두 이전하면서도 대지는 일부 지분에 관하여만 소유권이전등기를 해주고 나머지 지분을 그 명의로 남겨 둔 경우에 그 분양자 또는 그 보유지분을 양수한 양수인이 구분소유자들에 대하여 대지에 관한 공유지분권을 주장할 수 있으려면, 규약이나 공정증서(이하 ‘공정증서 등’이라고 한다)로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정하였다는 등 특별한 사정이 있어야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다33577 판결 등 참조). 그리고 이는 양수인이 체납처분에 의한 공매절차에서 분양자의 대지 지분을 취득한 경우에도 마찬가지이다.

(3) 집합건물법 제20조 제2항 본문의 분리처분금지 는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다(집합건물법 제20조 제3항). 여기서 ‘선의’의 제3자라 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 뜻한다(대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결 등 참조). 여기에는 그 토지 위에 집합건물이 존재하는 사실은 알았으나 해당 토지나 그 지분에 관하여 공정증서 등으로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정한 것으로 믿은 제3자도 포함된다. 다만 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 집합건물법 제20조의 규정 취지 및 같은 조 제3항이 ‘분리처분금지의 취지를 등기하지 아니할 것’ 외에 ‘선의로 물권을 취득할 것’을 요건으로 정하고 있는 점 등을 종합하면, 단지 집합건물 대지에 관하여 대지권등기가 되어 있지 않다거나 그 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되었다는 사정만으로는 그 대지나 대지권등기가 되지 않은 나머지 대지 지분을 취득한 자를 선의의 제3자로 볼 수는 없다. 그와 같은 경우 대지나 그 지분을 취득한 제3자가 선의인지 여부는 대지 일부에만 집합건물이 자리 잡고 있어 분양자가 나머지 대지 부분을 활용할 필요가 있는 경우 등 집합건물과 대지의 현황 등에 비추어 볼 때 공정증서 등으로 분리처분이 가능하도록 정할 필요성이 있었는지 여부, 분양자에게 유보된 대지 지분이 위와 같은 필요에 상응하는 것인지 여부, 제3자가 경매나 공매 등의 절차에서 대지 지분을 매수한 경우라면 해당 절차에서 공고된 대지의 현황과 권리관계 등 제반 사정까지 종합하여 판단하여야 한다.

나. 앞서 본 법리에 비추어 원심의 판단을 살펴본다.

집합건물의 대지인 이 사건 토지 중 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되었다는 사정만으로는 대지권등기가 되지 않은 나머지 지분을 취득한 원고가 집합건물법 제20조 제3항에 정한 선의의 제3자에 당연히 해당한다고 볼 수 없다. 오히려 이 사건 건물과 토지의 현황 등에 비추어 볼 때 이 사건 지분을 나머지 대지 부분과 분리처분 할 수 있도록 정할 필요성을 찾기 어려울 뿐만 아니라 원고 역시 그와 같은 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점, 이 사건 토지 중 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되어 있었다는 사정 외에 원고가 분리처분을 허용하는 규약이나 공정증서

등이 작성되었을 것으로 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점 등 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 원고는 피고들이 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당한다고 보기 어렵다.

다. 그럼에도 원심은 이 사건 토지 중 이 사건 지분을 제외한 나머지 지분에 관해서만 대지권등기가 되었다는 사정만으로 원고가 집합건물법 제20조 제3항에 정한 선의의 제3자에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 위 조항에 정한 ‘선의’에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고 이유 주장은 이유 있다.

4. 검토할 쟁점

집합건물의 대지에 대한 권리는 전유부분과 일체불가분성을 갖는다. 따라서 전유부분을 처분하게 되면 대지사용권도 함께 전유부분의 처분에 따르게 된다. 그리고 대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분할 수도 없다. 다만 대지에 대한 권리를 취득한 자가 선의인 경우에는 그 자에게 분리처분의 금지를 주장할 수 없다. 이와 관련하여 다음과 같은 쟁점을 중심으로 대상판결을 검토한다.

첫째, 대지사용권은 전유부분의 처분에 따른다. 이를 대지사용권의 수반성이라고 하는데, 대상판결에서도 대지권에 포함되지 않은 10/100 지분이 대지사용권이기 때문에 분양계약에 포함되지 않았다고 하더라도 전유부분과 함께 구분소유자들에게 이전되었다. 대지사용권의 수반성에 따른 이러한 결론이 타당한지 여부가 문제될 수 있다.

둘째, 대지사용권은 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다. 이를 분리처분금지의 원칙이라고 한다. 그런데 분리처분금지의 원칙은 대지에 대한 물권을 취득한 선의의 제3자에게 주장할 수 없다. 선의의 제3자란 자신이 물권을 취득한 토지가 집합건물의 대지임을 알지 못한 자를 말한다. 대상판결에서는 乙이 X토지의 10/100 지분이 대지사용권임을 알지 못하였는지 여부가 문제되었는데, 대법원은 1심과 2심의 판단과 달리

乙이 선의의 제3자에 해당하지 않는다고 보았다. 선의의 제3자인지 여부를 판단하는 기준이 무엇인지 문제된다.

II. 집합건물법 제20조의 의미

1. 대지사용권과 전유부분의 일체성의 의미

집합건물법은 구분소유권과 구분소유자가 대지에 대해서 갖고 있는 권리, 즉 대지사용권이 분리되지 않도록 하는 규정을 두고 있다. 즉 집합건물법 제20조 제1항은 전유부분이 처분되면 대지사용권도 그에 따른다고 규정하고 있다. 제2항은 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다고 규정하고 있다.²⁾ 이를 대지사용권의 분리처분금지의 원칙이라고 한다. 수반성과 분리처분금지의 원칙을 일체성이라고 표현할 수 있는데,³⁾ 집합건물이 이와 같이 일체성을 규정한 이유는 두 가지라고 한다. 하나는 아파트와 같은 집합건물에서는 토지와 건물을 별도의 목적물로 취급하지 않는 것이 거래관행이다. 다른 하나는 일체성을 인정하지 않는다면 토지의 등기부에 모든 구분소유자를 지분권자로 등기해야 하고 그렇게 되면 등기부가 비대해지고 등기의 공시적 기능이 마비될 수 있다. 특히 구분소유자가 수백 명이라면 그 수백 명을 모두 공유자로 등기해야 하는데, 일체성을 인정하게 되면 별도로 토지등기부에 모든 구분소유자를 공유자로 등기하지 않을 수 있다.⁴⁾

2) 판례는 집합건물법 제20조의 취지를 다음과 같이 설명하고 있다. “집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있다”(대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결)

3) 김용한, “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”, 판례월보 167, 판례월보사, 1984, 14쪽.

4) 김용한, “집합건물법의 이론과 문제점”, 민사법학 45호, 한국민사법학회, 1985, 103-104

수반성을 종속적 일체(불가분)성으로, 분리처분금지를 분리처분금지적 일체(불가분)성으로 표현하는 경우도 있다.⁵⁾ 제1항과 제2항의 관계와 관련하여 제1항이 원칙적인 규정이고 제2항은 주의적인 규정이라고 보는 견해도 있다. 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르기 때문에 대지사용권만이 분리되어 처분되더라도 결국 전유부분의 양수인은 대지사용권을 취득하기 때문이라고 한다.⁶⁾ 반면에 전유부분과 대지사용권의 분리처분금지만 규정하면 충분하며 제1항의 수반성은 규정할 필요가 없다는 견해도 있다.⁷⁾ 이 견해는 토지에 대한 권리를 건물을 위한 종된 권리라고 볼 수 없다고 한다. 그런데 후자의 견해, 즉 대지사용권의 수반성을 부정하는 견해는 입법론적 비판일 수 있지만, 집합건물법 제20조 제1항이 수반성을 규정하고 있다는 점을 고려한다면 집합건물법의 해석론이 될 수는 없다.

2. 대지사용권의 수반성

2.1. 대지사용권 수반성의 의의

대지사용권의 수반성이란 구분소유자가 전유부분을 처분하게 되면 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르는 성질을 의미한다. 대지사용권의 수반성에 대한 입법론적 비판⁸⁾을 차치하고 대지사용권이 수반성을

쪽; 김현태, “구분소유권과 대지사용권과의 관계”, 청구법학 1권, 청구대학교 법학과, 1986, 10쪽.

5) 양경승, “대지권의 법적 성질과 관련문제”, 사법논집 제24집, 법원행정처, 1993, 279쪽; 이제호, “구분건물에 대하여만 설정된 전세권의 효력”, 충북법률논단 1집, 충북법률실무연구회, 2000, 70-71쪽 참조.

6) 양경승, 위의 논문, 280쪽.

7) 김황식, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”, 민사판례연구[XIII], 박영사, 1991, 368쪽.

8) 이에 대해서는 “III. 1. (1) 대지사용권의 수반성의 타당성” 참조.

갖는다는 것은 구분소유권이 주된 권리이고 대지사용권은 구분소유권의 종된 권리라는 것을 의미한다.⁹⁾ 판례도 이 점을 분명히 하고 있다.¹⁰⁾ 대지사용권의 수반성은 집합건물법 제20조 제1항에서 규정하고 있는데, 여기서 말하는 전유부분의 처분은 법률행위만을 의미하지 않는다. 전유부분 자체를 양도하거나 전유부분에 저당권을 설정하는 경우뿐만 아니라 전유부분에 대해서 압류, 가압류가 이루어진 경우에도 그 압류, 가압류의 효력은 대지사용권에도 미친다.¹¹⁾ 전유부분에 전세권이 설정된 경우에도 그 전세권의 효력은 전유부분을 위한 대지사용권에도 미친다.¹²⁾ 따라서 전유부분에 대한 경매가 실시되는 경우에 전세권자는 전유부분만이 아니라 대지사용권에 대한 매각대금에서도 우선변제를 받을 수 있다.

2.2. 수반성이 인정되는 대지사용권의 비율

구분소유자가 전유부분을 두 개 이상 소유하고 있는 경우에 수반성이 인정되는 대지사용권의 비율은 집합건물법 제12조에 비율, 즉 전유부분의 면적비율에 따른다. 예를 들어 구분소유자가 대지에 대해서 1/4 지분

9) 김현태, 앞의 논문, 11쪽.

10) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다12722 판결

11) 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 가압류결정의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 종물 내지 종된 권리인 그 대지권에까지 미친다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2006다29020 판결).

12) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다68398 판결

소유권을 갖고 있으며, 면적이 동일한 전유부분 A와 B를 소유하고 있는 경우에, A를 양도하였다면 A의 양수인은 대지에 대해서 1/8 지분소유권을 취득하게 된다. 수반성에 따른 대지사용권의 비율은 규약이나 공정증서에 의해서 달리 정할 수 있다. 그러나 구분소유자가 갖는 대지사용권의 비율이 전유부분의 면적비율과 차이가 있더라도 그러한 차이가 단수처리에 의한 결과임이 명백한 경우에는 대지사용권의 비율을 달리 정하는 규약이나 공정증서가 없더라도 대지권의 등기가 이루어질 수 있다.¹³⁾

2.3. 대지사용권의 수반성과 등기

종물이 주물의 처분에 따르듯이 종된 권리도 주된 권리의 처분에 따른다. 그런데 주된 권리와 종된 권리가 물권이고 법률행위에 의해서 주된 권리가 이전되는 경우에 종된 권리도 함께 이전되기 위해서는 주된 권리뿐만이 아니라 종된 권리에 대해서도 이전등기가 마쳐져야 한다. 예를 들어 건물의 소유를 위한 지상권이 설정된 경우에 매매에 의해서 건물의 소유권이 양도되면 건물소유권의 종된 권리인 지상권도 함께 양도된다. 그러나 건물의 소유권을 이전받은 사람이 지상권을 취득하기 위해서는 지상권이전의 부기등기가 필요하다. 부동산물권변동에 있어서 성립요건주의가 적용되기 때문이다. 그런데 대지사용권은 전유부분을 위한 종된 권리이지만 전유부분이 처분되면 등기와 상관없이 전유부분의 처분에 따르게 된다.¹⁴⁾ 즉 전유부분의 구분소유권의 양도에 대해

13) <등기예규 제1470호> 가. 구분소유자가 갖는 대지사용권의 비율이 전유부분의 면적의 비율과 다소 다르다고 하더라도 그것이 단수처리에 의한 결과임이 명백한 경우에는 그 비율을 정하는 내용의 공정증서의 제출이 없어도 무방하다.

14) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다103325 판결: 집합건물에서 구분소유자의 대지사용권은 규약이나 공정증서로써 달리 정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되므로(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제1항, 제2항), 대지소유권을 가진 집합건물의 건축자로부터 전유부분을 매수하여 그에 관한 소유권이전등기를 마친 매수인은 전유부분의 대지사용권에 해당하는 토지공유지분

서는 성립요건주의가 적용되지만 대지사용권의 이전에 대해서는 성립요건주의가 적용되지 않는다.

대지사용권이 대지권으로 등기된 경우에 집합건물의 표제부에는 대지권인 취지의 등기가 이루어지며 그 대지의 등기부 해당 구 사항란에는 대지권인 취지의 등기가 이루어진다. 대지사용권의 비율은 전유부분의 표제부에 기재된다. 일단 해당 구 사항란에 대지권인 취지의 등기가 이루어지면 그러한 권리의 이전등기는 할 수 없다(부동산등기법 제135조의2 제1항, 제165조의2 제3항). 따라서 구분소유권이 이전되면 당연히 대지사용권도 이전되며 그 이전을 등기할 수도 없다.

대지사용권이 대지권으로 등기되지 않은 경우에도 전유부분이 법률행위에 의해서 처분되는 경우에 대지사용권에 대한 이전등기가 없더라도 대지사용권은 전유부분의 처분에 따른다. 그러나 위에서 살펴보았듯이 대지사용권이 이전되기 위해서 등기가 필요한 것은 아니기 때문에 토지의 등기부상의 공시내용이 대지사용권의 귀속을 제대로 공시하지 못하게 될 가능성이 높아지게 되고 대지사용권의 분리처분 금지의 원칙에도 불구하고 대지사용권의 목적이 된 토지에 대해서 물권을 취득하는 제3자가 등장할 가능성이 발생하게 된다.

2.4. 수반성의 예외

분리처분을 금지하고 있는 집합건물법 제20조 제2항은 예외를 인정하고 있다. 즉 규약이나 공정증서가 있는 경우에 대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분하는 것이 가능하다. 반면에 대지사용권의 수반성을 규정하고 있는 집합건물법 제20조 제1항은 이러한 예외를 인정하지 않

(이하 ‘대지지분’이라고 한다)에 관한 이전등기를 마치지 아니한 때에도 대지지분에 대한 소유권을 취득한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다11668 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다79210 판결 등 참조)

고 있다. 하지만 판례는 대지사용권의 수반성에 대해서도 규약과 공정증서의 정함이 있다면 수반성이 인정되지 않을 수 있다고 한다.¹⁵⁾

수반성에 대해서 규정하고 있는 민법 제100조 제2항과 집합건물법 제20조 제1항은 규정방식이 유사하다.

민법 제100조(주물, 종물) ② 종물은 주물의 처분에 따른다.

집합건물법 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성) ① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.

그런데 이 두 규정은 당사자가 이와 다른 특약을 할 수 있는지 여부와 관련하여 차이가 있다. 민법 제100조는 당사자의 특약이 있는 경우에는 그 특약에 따른다.¹⁶⁾ 즉 당사자는 종물이 주물의 처분에 따르지 않는다는 약정을 할 수 있다. 그런데 집합건물법 제20조 제1항에 반하는 당사자의 특약은 원칙적으로 효력이 없다. 즉 당사자 사이에 대지사용권이 전유부분의 처분에 따르지 않는다고 약정하더라도 그러한 약정은 무효이며 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르게 된다.

예를 들어 분양자가 Z토지의 일부에 A동 집합건물을 건축하고 사후적으로 Z토지의 다른 부분에 B동 집합건물을 추가적으로 건축할 목적을 갖고 있기 때문에 Z 토지의 1/2 지분만을 A동의 대지권으로 등기하였다. 이 경우에 Z토지에 대한 소유권이 대지사용권이 되는데, 이 대지사용권을 분리처분 할 수 있다는 공정증서를 작성하지 않았다면 비록 Z토지의 1/2 지분만을 대지권으로 등기했다고 하더라도 A동 구분소유자들은 Z 토지 전체를 대지사용권으로 취득하게 된다. 즉 분양자와 수분양자들 사이에 Z토지의 일부지분만을 대지사용권으로 분양하기로 약정했다고

15) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다6107 판결 참조.

16) 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결: 종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조 제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고, 종물만을 별도로 처분할 수도 있다고 보아야 하는바

하더라도 그러한 약정과 상관없이 수분양자들은 Z토지 전부를 대지사용권으로 취득하게 된다. 물론 분양자가 수반성에 대한 예외를 인정하는 공정증서를 작성했다면 당연히 Z토지의 1/2 지분만이 대지사용권의 대상이 된다.

이와 같이 민법 제100조 제2항에 반하는 특약은 언제나 유효하지만, 집합건물법 제20조 제1항에 반하는 특약은 원칙적으로 무효이고, 수반성의 예외를 인정하는 규약이나 공정증서가 있는 경우에만 유효하다. 따라서 수반성의 예외를 인정하는 규약이나 공정증서가 없다면 전유부분만 매매목적물로 정하고 대지사용권을 매매목적물에서 제외했다고 하더라도 대지사용권은 매매목적물에 포함되며, 전유부분에 대한 이전등기가 있다면 대지사용권에 대한 이전등기가 없더라도 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르게 된다.

3. 대지사용권의 분리처분 금지

3.1. 분리처분금지의 의의

전유부분과 대지사용권의 일체성을 유지하기 위해서 구분소유자는 전유부분과 분리하여 대지사용권만을 별도로 처분할 수 없다(집합건물법 제20조 제2항). 이를 위반하여 대지사용권만을 전유부분과 분리하여 이루어진 처분행위는 무효이다.¹⁷⁾ 만약 대지권이 등기되어 있다면 대지사용권만을 처분하는 등기는 허용되지 않는다. 즉 토지의 소유권이 대지

17) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결. 이 판결에서 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 한국수자원 공사에 대하여 가지는 토지에 관한 소유권이전등기청구권에 대한 압류 및 가압류는 필연적으로 전유부분과 토지의 분리처분이라는 결과를 낳게 되어 효력이 없다고 판시하였다. 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결도 참조.

권이고 그러한 취지의 등기를 한 경우에는 그 토지에 대해서만 소유권이 전등기, 저당권설정등기, 그밖에 이와 관련이 있는 등기를 할 수 없다(부동산등기법 제61조 제3항). 또한 대지권등기가 이루어진 경우에는 전유부분만에 대한 소유권이전등기, 저당권설정등기, 그밖에 이와 관련이 있는 등기를 신청할 수도 없다(부동산등기법 제61조 제3항). 따라서 대지권 등기가 이루어졌다면 대지권 등기를 말소하지 않는다면 원천적으로 대지사용권만을 분리해서 처분하는 것 자체가 불가능하게 된다.

이 점은 대지권이 등기된 임차권이나 지상권인 경우에도 마찬가지이다. 임차권대지권이나 지상권대지권에 대해서만 이전등기를 하는 것도 허용되지 않고, 이 경우에 전유부분에만 대해서 소유권이전등기를 하는 것도 허용되지 않는다(부동산등기법 제61조 제5항).

대지사용권만을 전유부분과 분리해서 처분할 수 없다고 하는 경우에 그 처분에는 모든 처분이 포함되는가? 대지사용권을 양도하는 것은 당연히 금지되는 처분행위에 해당한다. 저당권을 설정하는 것도 금지되는 처분행위에 포함된다. 부동산등기법 제61조 제4항은 대지사용권만을 전유부분과 분리하여 이전등기를 신청하거나 저당권설정등기를 신청하는 것을 허용하고 있지 않기 때문이다. 그런데 부동산등기법에서는 전유부분과 분리하여 대지사용권에 전세권, 지상권, 임차권의 등기신청을 금지하는 규정이 없다. 따라서 대지사용권에 대한 전세권, 지상권, 임차권의 등기는 허용되는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다는 것은 단순히 대지사용권만을 타인에게 양도하거나 저당권을 설정할 수 없다는 의미뿐만 아니라 대지사용권에 대해서만 임차권, 지상권, 전세권을 설정할 수 없다는 의미도 포함하고 있다고 보아야 한다. 임차권, 지상권, 전세권과 구분소유자들의 대지사용권이 양립할 수 없기 때문이다. 다만 전유부분을 소유함에 장애가 되지 않는 범위에서 대지사용권에 대해서만 지상권, 임차권, 전세권을 설정하는 것은 가능하다고 보아야 한다. 예를 들어 지하철건설을 위해서

대지사용권에 구분지상권을 설정하거나 일시적인 목적으로 임차권을 설정하는 것은 허용해야 할 것이다.¹⁸⁾

3.2. 분리처분금지의 시기(始期)

구분소유권이 성립한 시점부터 구분소유자가 대지에 대해서 갖고 있는 권리는 대지사용권이 되며, 그 시점부터 분리처분이 금지된다. 그런데 공동주택관리법은 분리처분의 금지에 대한 특별한 규정을 갖고 있다. 공동주택의 경우에는 구분소유권이 성립하지 않더라도 입주자 모집공고 승인 신청일부서는 대지에 대해서 매매나 증여, 담보권 설정, 지상권이나 전세권, 임차권을 설정하지 못하도록 규정하고 있으며(주택법 제61조 제1항), 이 점을 소유권등기에 부기등기 하여야 한다(주택법 제61조 제3항).

3.3. 분리처분 금지의 예외

3.3.1. 구분소유권 성립 이전에 설정된 담보권과 압류·가압류·가처분 대지사용권이 성립하기 전, 즉 구분소유권이 성립하기 전에 대지에 대한 소유권이나 공유지분에 대해서 저당권설정등기 또는 압류·가압류·가처분 등기가 마쳐졌고 구분소유권이 성립한 이후에 저당권이 실행되는 등의 사정이 발생한다면 대지사용권의 분리처분 금지의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 대지사용권이 성립하기 전에 대지에 대해서 저당권이 설정되어 있었다고 하더라도 전유부분이 경매절차에서 제3자에게 매각되면 제3자는 그 전유부분을 위한 대지사용권을 등기 없이 취득하게 되고, 대지에 대한 저당권은 그 범위 내에서 소멸한다.¹⁹⁾

18) 손지열/김황식, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률·부동산등기법 해설, 법령편찬 보급회, 1985, 33쪽.

19) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다103325 판결 참조.

3.3.2. 계약이나 공정증서에 의한 분리처분의 허용

원칙적으로 대지사용권은 전유부분과 분리해서 처분할 수 없다. 그러나 예외적으로 규약에서 달리 정한 때에는 분리처분이 가능하다(집합건물법 제20조 제2항 단서). 대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분할 필요성이 있는 경우가 있기 때문이다. 예를 들면 구분소유자가 대지를 분필해서 일부를 양도하고자 하려고 해도 분리처분금지의 예외가 인정되지 않으면 그렇게 할 수 없다. 또한 건물의 증축이나 대지에 새로운 집합건물이 건축되는 경우에 새로운 구분소유자가 대지사용권을 취득할 수 있도록 하기 위해서는 전유부분과 대지사용권의 분리처분이 가능해야 한다.

대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분할 수 있기 위해서는 규약에서 그러한 내용을 정해야 한다. 하나의 구분소유자가 모든 전유부분을 소유하는 경우에는 공정증서에 의해서 분리처분이 가능하도록 규약에 상응하는 것을 정할 수 있다(집합건물법 제20조 제4항). 대지권 등기를 신청함에 있어서 만약에 분양자가 수분양자들에게 이전될 토지지분을 공정증서에 의해서 명확히 하였다면 분양자들에게 토지지분을 유보하는 것을 허용하는 공정증서, 즉 분리처분에 관한 공정증서를 별도로 제출할 필요는 없다.²⁰⁾

3.4. 선의의 제3자

대지사용권을 구분소유권과 분리하여 처분하는 것은 금지되며 그러한 분리처분행위는 무효이다. 그러나 만약 이러한 분리처분을 금지하는

20) <등기예규 제1470호> 나. 건물의 대지에 해당하는 토지의 소유자가 1동의 건물을 신축하여 그에 속하는 전유부분의 처분에 따른 대지사용권의 비율을 정하는 경우로서 그 비율의 합이 1이 되지 아니하더라도 그 비율이 공정증서에 의하여 명백히 나타나는 한 나머지 지분비율을 전유부분과 분리 처분할 수 있다는 내용의 공정증서를 작성하지 아니하여도 무방하다.

취지의 등기를 하지 않은 경우에는 선의로 대지에 대해서 물권을 취득한 제3자에게 처분행위가 무효임을 주장할 수 없다(집합건물법 제20조 제3항). “분리처분을 금지하는 취지의 등기”는 건물의 대지에 대한 대지권인 취지의 등기를 말한다. 대지권인 취지의 등기가 이루어지지 않았다는 것은 집합건물 등기부에 대지권의 표시등기가 없다는 것을 의미한다. 대지권의 표시등기가 있게 되면 당연히 대지권의 목적이 되는 토지의 등기용지의 해당 사항란에 대지권인 취지가 등기되며 이 등기는 등기관이 직권으로 행하게 된다. 만약 대지권인 취지의 등기가 있다면 제3자는 대지에 대해서 물권 자체를 취득할 수 없다. 따라서 선의의 제3자의 문제는 대지사용권에 대해서 대지권 등기가 이루어지지 않은 경우에 발생하게 된다.

“선의의 제3자”는 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 의미한다.²¹⁾ 따라서 대지권인 취지의 등기가 이루어져 있지 않더라도 제3자가 해당 토지가 집합건물의 대지라는 점을 알았다면 그 제3자에 대해서 대지에 대한 물권의 취득이 무효임을 주장할 수 있다. 제3자가 선의라는 점은 누가 입증해야 하는가? 이에 대한 논의는 없지만 전유부분과 대지사용권의 일체성이라는 집합건물법 제20조의 취지를 고려한다면 제3자가 스스로 선의임을 입증해야 한다고 보아야 한다. 선의인 경우에도 제3자에게 과실이 있다면 분리처분금지의 효과를 주장할 수 있는가? 우리나라에서는 이를 긍정하는 견해가 있다.²²⁾ 일본 구분소유법은 분리처분금지의 효과를 선의의 상대방에게 주장할 수 없다고 규정하고 있지만 무과실도 요구되는 것으로 해석하고 있다.²³⁾

21) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다26145 판결 참조.

22) 박태신, “집합건물법에 있어서 집합건물의 대지 및 대지사용권에 관한 고찰”, 홍익법학 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010, 355쪽.

23) 丸山英氣, 区分所有法, 大成出版社, 2007, 120頁; 新田敏, 建物の区分所有における専有部分の敷地利用権, 法學研究 vol 69 No. 2, 慶應義塾大学法學研究会, 1996, 49頁;

선의의 경우를 상정하기 어려운데 다시 선의에 대해서 과실까지 요구하는 경우에는 “선의의 제3자”에게 분리처분금지를 주장할 없는 경우는 생각하기 어려울 것이다. 그러나 대지사용권의 분리처분금지를 주장할 수 있는지 여부는 결과적으로 집합건물의 존속에 중대한 영향을 미치기 때문에 단순히 분리처분금지를 몰랐다는 점만으로는 부족하고, 해당 토지가 집합건물의 대지임을 알 수 없는 경우에만, 즉 과실이 없는 경우에만 분리처분금지의 원칙의 적용을 받지 않는다고 보아야 한다. 따라서 법문상으로는 선의로 되어 있지만, 과실여부도 요건에 포함되는 것으로 해석할 필요가 있다.

분리처분이 무효임을 주장하는 자는 전유부분의 양수인인 경우가 많다. 예를 들어 집합건물의 분양자가 수반성의 예외를 인정하는 공정증서의 작성 없이 전유부분만을 양도하였고, 대지사용권이 제3자에게 이전한 경우에 구분소유권을 이전받은 수분양자는 분양계약의 내용과 상관 없이 대지사용권의 수반성에 따라 대지사용권을 취득하였다는 주장할 수 있으며 제3자의 대지사용권 취득은 분리처분금지의 원칙에 따라 무효라는 주장을 할 수 있다.

집합건물의 제정 시점부터 선의의 제3자가 되기 위해서는 집합건물임을 전혀 몰랐거나, 규약의 존재를 알지 못했다는 점이 인정되어야 하는데, 단서가 적용되기 어려운 경우가 많을 것이며 선의의 제3자를 보호하는 단서가 큰 의의가 없다고 한다.²⁴⁾ 그러나 규약대지의 경우에는 대지권 등기가 되어 있지 않은 경우에 선의의 제3자가 집합건물의 대지임을 모르고 대지에 대한 권리를 취득하는 경우를 생각해 볼 수 있다.²⁵⁾

玉田弘毅, 建物区分所有法の改正の概要(上), 不動産研究のしおり 第64号, 日本不動産研究所, 1984. 3頁.

24) 김용한, 각주 4)의 논문, 107쪽.

25) 丸山英氣, 앞의 책, 120頁.

Ⅲ. 판례의 검토

1. 대지사용권의 수반성

1.1. 대지사용권의 수반성의 타당성

대지사용권의 수반성이 타당한가에 대해서는 집합건물법 제정 이후부터 계속해서 비판이 있었다.²⁶⁾ 수반성이 인정된다는 것은 대지사용권이 구분소유권의 종된 권리임을 의미하는데, 통상적으로 토지와 건물 사이의 주종관계를 인정할 수 없다. 특히 건물의 가치는 낮고, 대지사용권의 가치가 높은 경우도 많다. 그리고 판례는 집합건물법 제20조 제1항을 강행규정으로 이해하고 있다. 따라서 대지사용권의 수반성은 당사자들에게 부당한 이익을 안겨줄 수 있다. 예를 들어 전유부분에 대한 매매계약의 당사자들이 대지사용권의 수반성을 인정하지 않는 특약을 하는 경우에도 그 특약은 효력이 없고 대지사용권의 수반성이 인정되기 때문에 대지사용권이 아닌 구분소유권만을 취득하기로 한 당사자는 뜻하지 않게 대지사용권까지 취득하는 이익을 누릴 수도 있다. 물론 이 경우에 공통의 착오 문제가 발생할 수 있다. 당사자들은 전유부분만을 매매계약의 목적물로 정하고 그에 대해서 대가를 약정했는데, 수반성에 의해서 대지사용권도 매매목적물에 포함되기 때문이다. 공통의 착오가 인정된다면 당사자가 대지사용권이 매매계약에 포함되었다면 약정하였을 금액을 매매대금으로 수정할 필요가 있다. 즉 대지사용권에 대해서도 매매대금의 약정이 있는 것으로 보충적으로 해석할 수 있다.²⁷⁾ 그러나 공통

26) 김황식, 앞의 책, 1996, 368쪽

27) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다13288 판결: 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오를 하고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수도 있으나, 여기서 보충되는

의 착오가 인정될 수 있는 가능성이 있다고 해서 대지사용권의 수반성으로 인한 이해관계를 적절하게 조절할 수 있는 것은 아니다. 공통의 착오에 대한 인정여부와 그로 인한 계약관계의 조정이 법원에 의해서 언제나 인정된다고 볼 수 없기 때문이다.

경매절차의 경우에도 유사한 문제가 발생한다. 경매를 통해서 전유부분을 취득한 매수인은 비록 대지사용권이 감정평가액에 반영되지 않았다고 하더라도 대지사용권도 함께 취득하며 부당이득의 반환의무도 없다.²⁸⁾

이와 같이 대지사용권의 수반성에 대한 중요한 비판은 당사자들의 의사와 상관없이 대지사용권이 전유부분의 처분에 따른다는 점이다. 민법 제100조 제2항에 따라 종물은 주물의 처분에 따른다는 규정은 당사자의 특약으로 배제할 수 있지만 대지사용권이 전유부분의 처분에 따른다는 집합건물법 제20조 제1항은 당사자의 특약으로 배제할 수 없다. 그리고 집합건물법 제20조 제1항은 예외를 인정하지 않고 있다. 물론 판례는 제20조 제2항과 마찬가지로 규약이나 공정증서의 정함이 있는 경우에는 수반성에 대한 예외가 인정될 수 있다고 한다. 하지만 규약이

당사자의 의사란 당사자의 실제 의사 내지 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다고 할 것이다. 원심이 인정한 바와 같이 원고와 피고가 이 사건 계약을 체결하고 그 내용을 정함에 있어 기부채납이 부가가치세 부과대상인 줄을 몰랐다고 한다면, 계약의 전제가 되는 사항에 관하여 같은 내용의 착오에 빠져 있었다고 할 수 있으므로, 당사자의 진의를 추정하여 계약 내용을 수정 해석하는 것이 타당하다고 본 원심의 판시 자체는 수긍되는 면이 있다.

28) 대법원 2001. 09. 04. 선고 2001다22604 판결: 집행법원이 위 아파트에 대한 입찰명령을 함에 있어 대지지분에 관한 감정평가액을 반영하지 않은 상태에서 전유부분에 관하여만 경매절차를 진행하였다고 하더라도, 전유부분에 대한 대지사용권을 분리처분할 수 있도록 정한 규약이 존재한다는 등의 특별한 사정에 관하여 아무런 주장·입증이 없는 이 사건에 있어서, 피고로서는 경매목적물인 전유부분을 낙찰 받음에 따라 종물 내지 종된 권리인 대지지분도 함께 취득하였다고 할 것이며, 피고가 대지지분에 관하여 대지권등기를 경료 받은 것을 두고 법률상 원인 없이 이득을 얻은 것이라고 할 수 없다고 판단하여 원고의 부당이득반환청구를 배척하였다.

나 공정증서의 정함이 없다면 양 당사자가 어떠한 약정을 하더라도 수반성의 원칙이 적용되어 전유부분의 양수인은 대지사용권도 함께 취득하게 된다.

집합건물법 제20조 제1항은 물권변동에 관련된 규정이기 때문에 강행규정일 수밖에 없고, 규약과 공정증서로 정한다면 수반성이 적용되지 않을 수 있으며, 집합건물법 제20조 제1항에 대한 법적 인식이 향상되면 수반성을 배제하기 위해서는 전유부분의 매매계약을 체결하기 전에 규약이나 공정증서로 수반성의 배제를 정할 것이기 때문에 집합건물법 제20조 제1항이 부당하지 않다는 주장도 가능하다. 하지만 집합건물법이 시행된 지 35년이 거의 되어가는 이 시점에서조차 여전히 수반성으로 인해서 구분소유자는 자신이 대가를 지불하지 않은 대지사용권을 취득하는 행운은 얻게 되는 경우가 많다는 점을 고려한다면 집합건물법 제20조 제1항의 규정에 비판적일 수밖에 없다.

1.2. 일본의 구분소유법

일본 구분소유법 제22조 제1항은 “부지이용권이 수인이 갖고 있는 소유권이나 그 밖의 권리인 경우에 구분소유자는 전유부분과 그 전유부분에 관한 부지이용권을 분리하여 처분할 수 없다. 다만 규약에서 달리 정하는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 이 규정은 우리나라 집합건물법 제20조 제2항의 분리처분금지과 유사하다. 그런데 우리 법과 달리 일본의 구분소유법은 대지사용권의 수반성은 규정하지 않고 있다. 이것은 일본의 구분소유법이 우리나라 집합건물법과 달리 대지사용권을 전유부분의 종된 권리로 파악하고 있지 않다는 것을 의미한다. 그러나 일본 구분소유법 제22조는 전유부분과 부지이용권의 일체성을 규정하고 있는 규정으로 1984년(昭和58년) 구분소유법의 개정으로 신설된 조문이다. 그리고 이를 기초로 부지권(우리나라의 대지권)등기가 이

루어지면 구분건물에 대한 등기는 부지권의 등기로서 효력이 있다(일본 부동산등기법 제73조). 따라서 사실상 전유부분이 처분되면 부지권도 함께 처분된다. 그리고 전유부분만을 처분하게 되면 무효이기 때문에 일체성의 예외가 인정되는 경우가 아니라면 전유부분과 부지이용권을 함께 양도할 수밖에 없다. 이런 점을 고려한다면 우리나라와 일본의 대지사용권에 관한 법적 규율에서 큰 차이는 없다. 실제로 일본에서도 분양된 대규모 집합건물의 경우에는 부지이용권은 전유부분에 대한 종된 권리의 실질을 갖는다는 점을 고려하여 전유부분과 부지이용권의 분리처분금지의 원칙을 채용했다고 설명한다.²⁹⁾ 다만 대지권 등기가 이루어지지 않은 경우에 전유부분만을 넘긴다면 우리나라에서는 대지사용권이 함께 이전되지만, 일본에서는 그 전유부분만의 처분이 무효로 된다는 점에서 차이가 있다.

일본 구분소유법의 규정을 고려한다면 전유부분과 대지사용권의 일체성은 분리처분 금지의 원칙을 통해서 충분히 실현할 수 있다. 전유부분과 대지사용권의 일체성을 위해서 우리나라 집합건물법 제20조 제1항과 같이 수반성의 원칙을 반드시 규정할 필요는 없다. 그렇다면 전유부분과 대지사용권의 일체성을 위해서 필수적이지도 않고, 전유부분의 양수인에게 뜻밖의 행운을 안겨 주거나 제3자에게 불측의 손해를 가할 수 있는 문제점이 있다면 집합건물법 제20조 제1항을 어떻게 해야 할까?

1.3. 대지사용권의 수반성의 개선방안

집합건물법 제20조 제1항에 문제가 있다면 방법은 세 가지 방법을 선택할 수 있다. 첫째, 집합건물법 제20조 제1항을 삭제하는 방법이 있다. 둘째, 문제가 있더라도 집합건물법 제20조 제1항을 유지하면서 거래의 당사자들이 이 규정을 염두에 두고 거래를 하도록 하는 방법도 있다.

29) 丸山英氣, 앞의 책, 114頁.

셋째, 집합건물법 제20조 제1항의 문제점을 보완하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 이러한 세 가지 방법 중에서 현행법의 규정을 삭제한다면 그로 인한 혼란이 야기될 수 있다는 점을 고려하여 현행규정의 문제점을 보완하여 문제를 해결하는 세 번째 방안이 합리적이다. 그렇다면 어떠한 방법을 통해서 집합건물법 제20조 제1항을 보완할 수 있을까?

대지사용권의 수반성에 관한 문제는 집합건물을 건축하는 단계에서 분양자에게 구분소유관계를 명확히 하도록 하는 문서작성의무를 부과하고, 그 문서(이하 ‘구분소유관계문서’)를 건축허가시에 제출서류에 포함시키고, 분양공고를 하거나 분양계약을 체결할 때 이 구분소유관계문서가 제공되도록 하고 이해관계인이 언제든지 열람하도록 한다면 집합건물법 제20조 제1항의 문제를 어느 정도 해결할 수 있다. 이 구분소유관계문서³⁰⁾에서 대지사용권의 수반성과 분리처분금지 등 대지사용권의 법률관계를 정하도록 하고, 그에 따라 분양자와 수분양자들이 분양계약을 체결하도록 하고, 구분소유관계문서에서 정하는 경우에는 수반성의 예외가 인정될 수 있도록 제20조 제1항의 단서를 신설한다면 대지사용권의 수반성에 따른 문제를 해결할 수 있다.

예를 들어 1필지의 대지에 먼저 A동의 집합건물을 건축하고 사업진척에 따라 B동의 집합건물을 건축하려는 경우에 분양자가 먼저 A동의 건물을 분양하면서 1필지의 1/2 지분만을 대지사용권으로 분양한다는 내용이 포함된 구분소유관계문서를 작성하도록 분양자에게 의무를 부과할 수 있다. 그리고 그 구분소유관계문서를 건축허가를 위한 첨부문서로 제출하도록 하고 분양공고 신청시에도 제출하도록 하며, 분양계약을 체결할 때에도 수분양자들에게 제시하도록 하여 분양계약의 일부가 되도록 한다면 당사자의 약정과 상관없이 대지사용권의 수반성이 인정되는 경우는 발생하지 않게 될 것이다. 물론 이런 방식은 공정증서나 규약에 의해서 수반성의 예외를 인정할 수 있다는 현행 판례의 집합건물법

30) 미국에서는 이러한 문서를 declaration이라고 한다.

제20조 제1항에 대한 해석보다 더 엄격한 절차라고 할 수 있지만, 구분소유권이 성립하기 이전에 구분소유관계를 명확히 할 필요성이 있다는 큰 틀의 접근방법 속에서 대지사용권의 수반성 문제를 해결할 수 있는 방안이 될 수 있다. 현행 법제 하에서는 구분소유관계문서를 통한 구분소유관계를 사전에 설정하도록 하는 제도가 없기 때문에 대지사용권에 관련된 법률관계도 사후적으로 규약이나 공정증서에 의해서 정해져야 한다. 그런데 이러한 규약이나 공정증서를 작성하기 위한 절차에 대한 규정도 없고, 공정증서가 작성되었는지 여부가 공시되지 않기 때문에 이를 구분소유자나 제3자가 확인할 수 있는 방법이 없으므로 대지사용권에 관련된 법률관계에 혼란이 발생할 수밖에 없다.

1.4. 판례의 검토

X토지에 대한 10/100 지분이 비록 대지권 등기에 포함되지 않았다고 하더라도 대지사용권에 해당하며, 수반성의 예외를 인정하는 규약이나 공정증서의 정함이 없었으므로 대지권 등기에 포함되지 않은 X토지에 대한 10/100의 지분도 구분소유자들에게 귀속된다는 대상판결의 결론은 집합건물법의 규정과 그에 대한 기존의 판례를 고려한다면 수긍할 수 있다. 그리고 그 원인을 정확히 알 수는 없지만 대지권 등기에 포함되지 않은 X토지에 대한 10/100의 지분을 甲이 독립된 토지로 활용되기 위해서 유보해 두었다는 점이 명확하지도 않다. 그렇다면 구분소유자들이 X토지에 대한 10/100을 취득한 것이 집합건물법 제20조 제1항에서 규정하고 있는 수반성에 의해서 계약을 통해서 예상하지 못했던 대지지분을 취득한 경우라고 단정하기도 어렵다. 따라서 대상판결의 결론이 부당한 결과에 이르렀다는 비판을 할 수는 없다. 다만 만약 甲에게 유보된 10/100의 X토지에 대한 대지지분이 독립된 경제적 필요성을 갖고 있고, X토지에 대한 10/100의 지분이 분양계약에서 제외된다는 점이 분명하더

라도 수반성이 인정되었을 것이라는 점을 고려한다면 여전히 집합건물 법 제20조 제1항을 근거로 하는 대상판결이 법적 논리는 대지사용권의 수반성이 갖고 있는 문제점을 내포하고 있다는 비판을 해 볼 수 있다.

2. 분리처분금지와 선의의 제3자

이 사건 X토지의 10/100 대지지분이 甲의 명의로 남아 있다고 하더라도 수반성의 원칙에 따라 이 대지지분도 구분소유자들에게 귀속되며, 등기부상에 甲의 명의로 남아 있는 10/100 등기는 무효가 된다. 따라서 원칙적으로 공매절차에서 乙은 10/100의 대지지분을 취득할 수 없다. 다만 乙이 10/100 대지지분이 대지사용권으로서 분리처분의 대상이 된다는 점을 알지 못했다면, 즉 선의의 제3자라면 10/100 대지지분을 취득할 수 있다. 그런데 대법원은 원심과 달리 다음과 같은 이유로 乙이 선의의 제3자가 아니라고 판단하면서 선의의 제3자 여부에 대해서 엄격한 판단기준을 제시하였다.

첫째, X토지에 대한 10/100 지분이 대지권 등기에 포함되지 않았기 때문에 10/100 지분을 분리처분 할 수 있다는 공정증서나 규약이 존재했다고 乙이 신뢰했다고 하더라도 그러한 사정만으로 乙이 선의의 제3자에 해당하는 것은 아니라고 보았다. 즉 甲이 X토지의 90/100 지분에 대해서만 대지권 등기를 하였고 10/100 지분에 대해서는 대지권 등기를 하지 않았다고 해서 10/100의 지분을 취득한 乙은 10/100의 지분도 대지사용권이라는 점을 모르는 선의의 제3자에 당연히 해당하는 것은 아니다.

둘째, 대지권 등기가 되어 있는 지분이 별도로 활용될 필요성이 있는지를 대지에 대해서 물권을 취득한 제3자가 판단해야 한다. 즉 甲이 10/100 지분을 넘겨준 이유가 그 지분을 추가적인 집합건물을 건축하는 등 별도로 활용할 가능성이 때문이라고 믿었다는 점까지 乙이 입증

해야 乙은 선의의 제3자에 해당할 수 있다. 즉 공정증서로 X토지에 대한 10/100의 지분을 분리처분 할 필요성이 있다고 乙이 믿을만한 사정이 있었다는 점이 입증되어야 乙은 선의의 제3자로 인정받을 수 있다.

대법원이 선의의 제3자의 기준을 엄격하게 설정한 것은 대법원에 판결문에서 밝히고 있듯이 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 집합건물법 제20조의 취지를 고려한 결과이다. 더 나아가서 집합건물법 제20조 제3항은 선의의 제3자에게 분리처분의 금지를 제3자에게 주장할 수 없다고 규정하고 있고 과실을 요건으로 하고 있지 않지만 대법원은 선의의 제3자로 인정되기 위해서 사실상 무과실을 요건으로 하고 있다. 제3자가 분리처분의 필요성이 있다고 믿을만한 사정이 있는 경우에만 집합건물법 제20조 제3항에 의해서 보호받을 수 있다고 판단하였기 때문이다. 대법원의 논리에 따르면 사실상 집합건물법 제20조 제3항에 따라 선의의 제3자로 인정되는 경우는 더욱 생각하기 어렵게 되었다. 그러나 집합건물법 제정 시점에서부터 선의의 제3자보호가 큰 의미를 갖지 않는다는 견해³¹⁾가 있었고, 이러한 전유부분과 대지사용권의 일체성을 위해서 선의의 제3자를 엄격하게 인정할 필요성이 있다는 점을 고려한다면 선의의 제3자에 대한 대법원의 판단은 타당하다.

IV. 결론

이 판결에서는 분양자는 대지에 대한 일부지분을 제외하고 전유부분과 대지지분을 양도하였고, 분양자의 대지지분을 제3자가 취득하였다.

31) 김용한, 각주 4)의 논문, 107쪽.

대법원은 규약이나 공정증서가 수반성의 예외를 정하고 있지 않기 때문에 분양계약에서 제외된 대지지분도 집합건물법 제20조 제1항의 수반성에 따라서 수분양자들이 취득한다고 보았다. 그리고 구분소유자들이 대지지분을 모두 취득하였기 때문에 분양계약에서 제외된 대지지분을 취득한 제3자는 분리처분금지의 원칙에 따라서 대지지분을 취득할 수 없다고 보았다. 또한 대지권 등기가 되어 있지 않은 상황에서 제3자가 선의라면 분리처분금지를 주장할 수 없지만, 제3자가 취득한 대지지분이 집합건물의 대지임을 몰랐을 뿐만 아니라 경제적으로 독립적으로 활용될 필요성이 있다고 믿었을 것을 요구함으로써 엄격한 기준에 의해서 선의의 제3자 여부를 판단하였다. 이러한 결론은 기존의 대지사용권의 수반성과 분리처분의 원칙을 다시 한 번 확인하였다는 점에서는 기존의 대법원 판결의 논리에 따른 판결이라고 볼 수 있다. 분리처분의 원칙의 적용에 따른 결론이 구체적인 타당성과 관련하여 문제가 있다고 볼 수도 없다. 그리고 대상판결은 집합건물법 제20조 제3항을 해석함에 있어서 사실상 무과실까지 요구하고 있다는 점에서 선의의 제3자에 관해서 엄격한 기준을 제시하고 있다. 이러한 논리도 전유부분과 대지사용권의 일체성을 위해서 타당하다.

그렇지만 해당 사안이 결론이 구체적으로 타당한가 여부를 떠나서 이 판결에서 채택한 논리, 즉 집합건물법 제20조 제1항에 근거한 대지사용권의 수반성이라는 논리는 경우에 따라서 부당한 결과를 가져올 수 있다. 전유부분의 양도인과 양수인의 의사와 상관없이 대지사용권이 전유부분의 처분에 따르게 되는 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 따라서 이 판결의 결론이 타당하더라도 집합건물법 제20조 제1항의 수반성의 원칙은 재검토될 필요성이 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 손지열/김황식, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률·부동산등기법
해설, 법령편찬보급회, 1985.
丸山英氣, 區分所有法, 大成出版社, 2007.

2. 학술지

- 김황식, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”, 민사판례연구[XIII], 민
사판례연구회, 박영사, 1996, 359-374쪽.
김용한, “집합건물법상의 대지 및 대지사용권”, 판례월보 167, 판례월보
사, 1984. 8, 11-22쪽.
_____, “집합건물법의 이론과 문제점”, 민사법학 제45호, 한국민사법학
회, 1985. 2, 98-117쪽.
김현태, “구분소유권과 대지사용권과의 관계”, 청주법학 제1권, 청주대
학교 법학과, 1986. 2, 103-119쪽.
박태신, “집합건물법에 있어서 집합건물의 대지 및 대지사용권에 관한
고찰”, 홍익법학 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010,
337-360쪽.
양경승, “대지권의 법적 성질과 관련문제”, 사법논집 제24집, 법원행정
처, 1993, 197-305쪽.
이제호, “구분건물에 대하여만 설정된 전세권의 효력”, 충북법률논단
1집, 충북법률실무연구회, 2000, 67-84쪽.
玉田弘毅, 建物區分所有法の改正の概要(上), 不動産研究のしおり 第64
号, 日本不動産研究所, 1984. 7, 2-7頁.

新田敏, 建物の区分所有における専有部分の敷地利用権, 法學研究 vol
69, No.2, 慶應義塾大學法學研究會, 1996. 2, 43-67頁.

[Abstract]

The Prohibition of Separate Disposition and the Accompaniment of the Right to Use Site of Condominium

Kim, Young-Doo*

In Korea, building is treated as a separate thing from building site. A building is destined to be demolished if it fails to secure the right to use the building site. In condominium building, the demolition of a unit shall have a deep impact on the other unit owner, therefore the combination of the unit and the right to use site of condominium is very important. The Article 20 of Korean “Condominium Act”(KCA) secures the combination of the unit and the right to the site; paragraph 1 provides that the right to use site shall follow the disposition of the unit of condominium building; paragraph 2 provides that the unit owner shall not dispose the right to use site separately from the unit; paragraph 3 provides that the prohibition of separate disposition shall not be opposed against a third person acting in good faith unless the prohibition of separate disposition is registered.

In Supreme Court Decision 2018Da219727 Decided December 28, 2018, the developer sold the units and the shares to the site except some of shares of the site, which the third person acquired. The Supreme Court ruled that the shares of the site reserved to the developer belonged to the buyers of

* Professor, Law School of Chungnam National University

the units, and the third person should not acquired the shares of the site because of the principles of the prohibition of the separate disposition. The third person shall not be the one acting in good faith, because he/she has no reason to believe the reservation of the share to use site of the developer is for the economic necessity of the developer. The Supreme Court decision is reasonable and persuasive. However the subordination of the right to use site to the unit needs review, for this subordination sometimes brings the buyer of the unit a good luck to acquire the right to use site which is not the object of the contract.

[Key Words] condominium, unit, unit owner, right to use site, prohibition of the separate disposition of right to use site