

# 대지권 미등기를 둘러싼 집합건물의 합리적 규율방안에 관한 소고\*

-집행법적 시각에서 구분소유권·대지사용권·  
(근)저당권·(경매)매수인 간  
합리적 관계 시각을 중심으로-

## A Study on the Rational Legal Regulation of Condominium Buildings with Unregistered Land Rights:

Focusing on the Reasonable Relationship among Sectional  
Ownership, Land-Use Rights, Mortgages, and Auction  
Purchasers from the Perspective of Enforcement Law

이 찬 양\*\*

Lee, Chan Yang

---

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2025..31.77>

투고일: 2025. 10. 15. / 심사완료일: 2025. 11. 13. / 게재확정일: 2025. 11. 20.

\* 본고는 2025년 8월 28일 건국대학교 법학연구소 국내학술대회 ‘부동산 관련 법제에 관한 최신 쟁점’에서 발표한 글을 수정 및 보완한 것입니다. 아낌없는 고견을 주신 좌장 최광선 교수님, 토론자 조수연 교수님, 그리고 익명의 심사위원분들께 감사의 말씀을 전합니다.

\*\* 경상국립대학교 법과대학 조교수, 법학박사

Assistant Professor, College of Law, Gyeongsang National University

목 차

I. 서론	IV. 구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계
II. 대지권 미등기 발생 원인과 그 한계	V. (근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계
-구분소유권·대지사용권·(근)저당권	VI. 구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계
·(경매)매수인 시각을 중심으로-	VII. 결론
III. 구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계	

본고에서는 전유부분과 대지사용권 간 종속성 및 일체불가분성 논의 를 포괄하는 이른바 ‘대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권 의 합리적 관계’ 논제에 집중하여 검토하였다. 그리고 본 논의를 구분소유 권·대지사용권·(근)저당권·경매매수인 간 합리적 관계 시각으로 풀 어내어 논증·검토하였다. 본 쟁점은 강제집행 단계에서도 다수 문제가 제기됨에도 불구하고 그다지 연구가 활성화되지 못하였는바, 연구의 핵 심 내용을 정리하면 다음과 같다.

구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계에서 첫째, 구분건물 전유부 분과 대지사용권 간 관련 규정의 합리적 해석 방안을 독일, 미국, 일본 등 과의 비교검토를 하였는바, i) 집합건물법 제20조 제1항과 제2항 양자의 관계는 각각의 조문 의미를 조화롭게 살려서 해석하는 것이 합리적이다. ii) 입법론·제도 도입을 통한 전유부분과 대지사용권 간 합리적 분리처 분 규율 방안 검토에서는 다수 입법안 및 제도 등을 검토하였는바, “구분 소유자의 대지사용권은 그가 보유하는 전유부분의 처분에 따른다” 여기 에 더하여 “다만, 구분건물의 전유부분에 관해 근저당권 등 선행 권리가 있는 경우에도 같다”라는 내용을 제1항과 제2항 규정과 융화할 수 있도 록 개정하는 방안이 그나마 합리적이다. 둘째, 전유부분에 관한 소유권보 존등기 및 이전등기는 경료되었으나 대지지분에 관한 소유권이전등기 는 지체되는 경우 집합건물 건축자는 대지를 매수한 후 아직 소유권이전 등기를 경료받지 못하였음에도 불구하고 매매계약 이행으로 대지를 인 도받아 지상에 집합건물을 건축한 경우라면, 건축자는 대지를 점유, 사용 할 권리를 보유한다. 셋째, 일괄경매청구권이 인정되지 않는 대지에 관한 저당권자가 본 대지를 집행하여 대지와 구분소유자가 분리되는 경우 대 지소유자는 건물철거 등과 같은 다소 강력한 권리를 보유하므로 전유부 분 소유자에게도 대지에 관한 권리를 매도 청구할 수 있게 해주거나 해당 구분소유권을 시가에 의해 매수 청구할 수 있도록 하는 방안은 합리적인 측면이 있다.

구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계에서 첫째, 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 “저당권 효력의 범위는 전유부분뿐만 아니라 대지사용권까지 미친다”고 판단하는 것이 합리적이다. 둘째, 저당권자는 등기 없이 대지 부분에 영향을 미치므로 저당권자는 전유부분, 대지권 부분까지 일괄경매를 할 수 있고 우선변제권도 행사할 수 있는 것으로 파악하는 것이 일응 타당하다.

(근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계에서 첫째, 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 경매매수인이 부당이득을 얻은 것으로 파악하기는 난해한 측면이 있다. 둘째, 대지지분 감정평가액이 미반영된 전유부분의 경매매수인이 대지지분에 관한 소유권이전등기를 경로받은 경우 경매매수인은 부당이득을 취한 것이 아니다.

구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계에서 첫째, 경락인 지위에서 보유하는 점유·사용권은 대지사용권에 해당한다고 보아야 한다. 둘째, 분양자가 당초 대지사용권을 취득하지 못한 경우 구분건물에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인 역시 대지사용권을 취득하지 못하지만, 분양자가 애초에 대지사용권까지 취득한 상황에서는 구분건물에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인은 대지사용권까지 취득한다고 할 것이다.

**[주제어]** 대지권 미등기, 구분소유권, 전유부분, 대지사용권, 처분의 종속성, 분리처분금지, 저당권자의 일괄경매청구권 및 우선변제권, 부당이득, 대지권강제주의, 구분소유관계문서제도

## I. 서론

우리나라는 건물과 토지 양자가 별개 부동산으로 파악되므로 원칙적으로 양자는 개별적으로 양도 가능하다. 그리고 일물일권주의에 의해 1동 건물이나 1필지 토지는 개별적으로 1개 소유권의 대상이 된다.<sup>1)</sup>

1)곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2002, 11쪽; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009, 282쪽; 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제15판, 신조사, 2016, 469쪽; 송덕수, 신민법강의 제9판, 박영사, 2016, 468쪽; 지원림, 민법강의 제14판, 홍문사, 2016, 425쪽; 稻本洋之助/鎌野邦樹, コメント-ル マンション區分所有法, 日本評論社, 2004, 3頁.

이에 건물과 토지의 소유자가 달라질 경우 건물 소유자는 토지에 관한 사용 권한이 없으므로 원칙적으로 토지소유자를 위해 건물을 철거하여야 하고 토지를 명도하여야 한다. 그런데 건물을 무작위로 철거할 경우 사회적·경제적·편의성 측면에서 손실이 크기 때문에 이러한 문제를 타개하고자 1986년 이른바 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다)이 제정되었다. 집합건물법 제정을 통해 가령, 아파트 등과 같은 집합건물에 있어서 여러 사람이 자신에게 할당된 건물 일부를 독점한 채 소유 또는 사용하는 형태가 다수 정착되었다.<sup>2)</sup>

그런데 집합건물의 경우 1960년대 이전에는 그다지 효과적으로 활용되지 못하였으나<sup>3)</sup> 아파트 등의 수요 증가로 인해 본 집합건물을 규율하는 집합건물법은 전 세계적으로 비교적 최근에 발전한 법률 및 제도이다.<sup>4)</sup> 집합건물법 역사가 상대적으로 다른 법률보다 짧은바, 이에 따라 집합건물법 관련 법률 분쟁은 다수 발생하고 있다. 집합건물법은 집합건물에 있어 다양한 법적 사례 등을 규율함에 있어 물론 본 법률만을 적용하는 경우도 있다. 그런데 때로는 관련 분쟁의 해결을 위해 집합건물법을 토대로 하되, 추가적으로 민법, 부동산등기법, 건축법 등의 법률과 유기적으로 결합하여 해결해야 하는 때도 있다. 이 특성으로 인해 집합건물 관련 문제 등을 해결하고자 할 경우 집합건물법은 몇몇 분야에서 분쟁 가능성이 야기 된다.

가령, i) 구분소유권의 성립 시기 및 설정 방법에 관한 논의, ii) 집합건물에 있어 민법 제388조상의 법정지상권 관련 논제,<sup>5)</sup> iii) 관리 대상인 공유부분, 공유 대지, 건물 부속물에서의 공용부분, 규

2) 埼玉辯護士會, 共有をめぐる法律と實務, ぎょうせい出版社, 2003, 186頁.

3) 미국을 중심으로 여러 나라에서의 집합건물 역사에 관한 구체적 논의는 Peter M. Dunbar, *Condominium Concept 9th Edition*, Pineapple Press, 2005, p. 2.

4) Joseph William Singer, *Introduction to Property Second edition*, ASPEN publishers, 2005, p. 374.

5) 玉田弘毅, 建物區分所有法の現代的課題, 社團法人商事法務研究會, 1981, 117頁 参照.

약 관련 공용부분 관련 분쟁, iv) 집합건물법에 따른 관리단과 주택법에 따른 입주자대표회의 간 관리범위 충돌 논의,<sup>6)</sup> v) 대지의 주차장으로서의 활용 방안,<sup>7)</sup> vi) 집합건물법상 대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권 간 종속성 및 일체불가분성<sup>8)</sup> 논제 등이 상존한다.

위 논제들은 모두 매우 중요한 주제인바, 집합건물법상 대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권 간 종속성 및 일체불가분성 논제<sup>9)</sup>의 경우 실무상 주로 강제집행 단계에서 문제가 되고 있고 부동산경매절차 실무상 사법보좌관 시각에서도 다소 난해하게 살펴보는 분쟁 영역에 해당한다. 따라서 그 연구 필요성이 시급하다고 판단 된다. 이에 본고에서는 전유부분과 대지사용권 간 종속성 및 일체불가분성 논의를 포괄하는 이른바 ‘대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권의 합리적 관계’에 집중하여 연구하고자 한다.

대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권의 합리적 관계 본 논제에 있어서 먼저 집합건물법 제20조를 검토할 필요가 있다. 집합건물법 제20조 제1항 규정을 통해 구분소유자의 대지사용권은 자신이 보유하는 전유부분에 따르게 됨을 알 수 있다. 제1항 규정에 의할 경우 구분소유자는 자신이 보유하는 전유부분과 분리한 채 대지사용권을 처분할 수 없음을 검토할 수 있다. 이를 통해 구분소유자와 대지사용권의 분리 처분을 금지하고 있음이 확인된다.<sup>10)</sup> 이 경우 i) 구분소유자의 전유부

6) 박태신, “관리단과 입주자대표회의의 관계에 있어서 그 법률적인 문제점과 그 개선 방향에 관한 연구”, *홍익법학* 제9권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2008, 61-90쪽 참조.

7) 馬場澤田法律事務所, *Q&Aマンション紛争解決マニュアル 快適なマンションライフのための 新・標準管理規約に完全対応!*, 中央經濟社, 2004, 159-160頁 参照.

8) 稻本洋之助・鎌野邦樹, *マンション区分所有法(第一版)*, 日本評論社, 1997, 114頁; 新田 敏, “建物の区分所有から専有部分の敷地利用權”, *法學研究* Vol. 69 No. 2, 慶応大学法学研究会, 1996, 45-50頁.

9) 관련 구체적 논의는 II. 2. 참조; 稻本洋之助・鎌野邦樹, *マンション区分所有法(第一版)*, 114頁 以下; 新田 敏, 前の本, 45-50頁.

분과 대지사용권의 합리적 관계에 관한 논의, 그리고 ii) 본 논의를 전제로 하여 확장된 여러 논제들의 검토가 시급하다.

대지권 미등기 집합건물에서 구분소유자의 전유부분과 대지사용권의 관계와 관련된 선행 연구로는 i) 집합건물 전유부분과 대지사용권 간 다소 구분소유자 시각에서의 제논점 논의,<sup>11)</sup> ii) 집합건물의 대지와 대지사용권에 집중된 논의,<sup>12)</sup> iii) 대지권 등기제도를 주로 다룬 연구,<sup>13)</sup> iv) 대지권 미등기 논제를 집합건물상 하자와 연계한 연구,<sup>14)</sup> v) 대지권 미등기 집합건물에서 주로 낙찰자 시각에서의 논의,<sup>15)</sup> vi) 대지권 미등기 논제에 관한 전체적 조망 및 합리적 개선안 도출 논의,<sup>16)</sup> vii) 구분건물의 전유부분 경매와 관련하여 토지공유지분 소멸 범위를 다룬 연구,<sup>17)</sup>

10) 본 논의 내용의 구체적 내용은 II. 1. 2. 3. 참조.

11) 신국미, “구분소유자의 대지사용권 개념”, 집합건물법학 제21권, 한국집합건물법학회, 2017, 61-96쪽; 전장현, “집합건물의 대지집행에 따른 구분소유권자의 재산권보호에 관한 고찰”, 민사집행법연구 제8권, 한국민사집행법학회, 2012, 151-178쪽.

12) 김영두, “집합건물의 대지사용권의 수반성과 분리처분금지”, 일감부동산법학 제19호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 29-60쪽; 박태신, “집합건물법에 있어서 집합건물의 대지 및 대지사용권에 관한 고찰”, 홍익법학 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010, 337-360쪽; 정다영, “집합건물과 대지사용권에 대한 연구”, 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회, 2021, 1-31쪽; 진상욱, “집합건물 대지사용권의 일체불가분성”, 토지법학 제24권 제2호, 한국토지법학회, 2008, 87-115쪽.

13) 박태신, “집합건물과 대지의 권리관계 및 대지권 등기제도에 관한 연구”, 토지법학 제28권 제1호, 한국토지법학회, 2012, 119-146쪽; 전경근, “규약상 대지에 대한 대지권의 설정”, 집합건물법학 제9집, 한국집합건물법학회, 2012, 21-53쪽; 澤野 順彦, 不動産法の理論と實務, 商事法務, 2003, 408-409頁 以下; 濱崎恭生, “建物の區分所有等に關する法律改正の概要”, ジュリスト No. 795, 有斐閣, 1983, 12頁 以下.

14) 김성욱, “집합건물의 하자 및 등기와 관련한 법적 문제”, 법조 제58권 제10호, 법조협회, 2009, 332-364쪽.

15) 장건/서진형, “집합건물의 대지권 미등기에 관한 법률관계”, 집합건물법학 제15권, 한국집합건물법학회, 2015, 1-24쪽.

16) 함영주, “대지권 미등기 부동산 경매의 문제점과 개선 방안”, 민사집행법법연구 제18권 제2호, 한국민사집행법학회, 2022, 202-299쪽.

17) 양형우, “독일법상 주거소유권과 세습지상권”, 재산법연구 제30권 제2호, 한국재산법학회, 2013, 51-80쪽.

viii) 대지권 미등기와 공용부분 수익금 분배의 결합연구<sup>18)</sup> 등에 있어서 연구가 개진되었다는 점에서 그 훌륭한 연구의의가 있다.

한편, 대지권 미등기 집합건물에 있어 구분소유권과 대지사용권의 관계에서의 종속성, 일체불가분성 논제, 그리고 이러한 논의를 전제로 구분건물 전유부분만을 상대로 (근)저당권이 설정될 경우 발생할 수 있는 다양한 주체 간 제논점 등을 집행법적 내지 부동산 경매절차 시각에 집중한 논의는 다소 활성화되지 못하였다.

이러한 선행 연구의 유의미한 연구 결과를 토대로 본고에서는 대지권 미등기 집합건물에 있어 i) 집행법적 시각에서 ㄱ) 구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계, ㄴ) 구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계, ㄷ) (근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계, ㄹ) 구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계 구조로 논의하고자 한 점,<sup>19)</sup> ii) 본고 주요 논제에 관한 주체 간 법리적 검토뿐만 아니라 각 논제에서 다수 정책적·입법적 방안의 장·단점 검토를 통해 합리적 방안을 제시하고자 한 점, iii) 국내뿐만 아니라 독일, 미국, 일본 등 국가에서의 대지권 미등기 집합건물상 한계와 개선안 등의 비교 논의<sup>20)</sup>를 검토한 후 우리 실정에 부합할 수 있는 법리 또는 시사점, 입법안 등을 최대한 도출·적용하고자 한 점,

18) 서종희, “집합건물의 공용부분에서의 수익금의 분배 및 대지권 미등기 상태의 아파트 경매에 관한 소고”, 집합건물법학 제49집, 한국집합건물법학회, 2024, 23-62쪽.

19) 본 i) 구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계의 경우 반드시 집행법적 시각에 포괄되지 않는 범위도 있을 수 있다. 그런데 나머지 ii) 구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계, iii) (근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계, iv) 구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계 시각에서의 논의 등은 집행법적 시각에서의 검토 논제들인바, i) 구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계 논의는 본 ii), iii), iv) 논의를 위해 반드시 필요한 연구 논제이므로 본고에서 i) 역시 검토 대상으로 삼았다.

20) 각국의 비교 논의는 독일, 미국, 일본 등을 그 대상으로 검토하였는바, 본고 주요 논제와의 직접적인 비교 논의는 우리 집합건물법제와 유사한 체제를 구비한 일본과 가능하다. 이에 일본을 중심으로 본고 전반적 논제에 그 법리, 시사점, 정책적·입법적 방안 등을 우리 실정에 부합하도록 적용하고자 하였다. 다만, 독일, 미국 등 국가에서의 논의가 본고의 특정 논제에 있어 비교가 가능할 경우 그 시사점 등을 적재적소에 적용하고자 노력하였다.

iv) 단순 학술적 연구뿐만 아니라 우리 실무 시스템 등에 조금이라도 도움이 되고자 노력한 점 등에 있어 조금이나마 그 연구의의가 있다고 검토하였다.

위 문제의식을 토대로 먼저 대지권 미등기와 관련하여 본고 주요 논제의 기본적 이론이 되는 구분소유권과 대지권 미등기, 전유부분과 대지사용권 간 분리처분제한 논의를 개진한다. 이후 본고 논증 구조인 집행법적 시각을 전제로 구분소유권·대지사용권·(근)저당권·경매매수인 각 주체 간 관계적 시각에서의 대지권 미등기 집합건물의 한계를 적시하며 관련 연구 필요성을 개진한다(Ⅱ). 이후 구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계 시각에서 구분건물 전유부분과 대지사용권 간 관련 규정의 합리적 해석 방안을 독일, 미국, 일본 등 국가와의 비교법적 논의를 통해 검토하고 전유부분과 대지사용권의 합리적 관계를 해석론적·정책적·입법적 측면에서 논의한다(Ⅲ). 구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계 시각에서 (근)저당권의 효력이 i) 대지사용권에 유추 적용되는지 여부, ii) 구분소유권과 (근)저당권 관계에도 미치는지 여부, 그리고 iii) 저당권자의 일괄경매청구권·우선변제권 인정 여부 등을 논의한다(Ⅳ). (근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계 시각에서는 저당권자와의 관계에서 경매매수인의 부당이득 여부, 대지 지분 감정평가 관련 논의 등을 검토한다(Ⅴ). 구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계 시각에서는 경락인의 점유·사용권을 대지사용권으로 볼 수 있는지 여부, 분양자와 경락인 간 대지권·대지사용권 논제를 검토하며 부족한 글을 마무리하고자 한다(Ⅵ).

## Ⅱ. 대지권 미등기 발생 원인과 그 한계 -구분소유권·대지사용권·(근)저당권·(경매)매수인 시각을 중심으로-

### 1. 구분소유권과 대지권 미등기

#### 1.1 구분소유·전유부분·공용부분의 의의

우리 부동산 등기제도는 토지, 건물을 별개 부동산으로 취급한다. 이에 따라 건물 철거와 같은 사회 및 경제적 측면에서의 비합리성 등을 방지하고자 법률 규정, 판례는 여러 방안을 두고 있다. 1동 건물 중 구조상 구분되어 있는 여러 개 부분이 독립한 건물로 사용가능한 경우에는 각각을 소유권의 대상으로 할 수 있다(집합건물법 제1조). 그 각 부분을 독립된 건물로 소유하는 것을 구분소유라고 하고 구분소유의 목적이 되는 부분은 전유부분이라 한다(집합건물법 제2조 제3호).<sup>21)</sup>

공용부분은 전유부분 이외의 부분인바,<sup>22)</sup> 전유부분에 속하지 않는 건물의 부속물 및 규약 또는 공정증서에 의해 공용부분으로 된 부속 건물을 말한다(집합건물법 제2조 제4호). 전용부분과 공용부분의 구별은 구분소유권 성립 시 해당 구분자의 의사에 의한 것으로 보는데, 구분자의 의사가 존재할지라도 전유부분으로 볼 수 없는 구조상 요건을 충족하지 못한 건물 부분은 공용부분으로 파악한다.<sup>23)</sup>

21) 稻本洋之助/鎌野邦樹, *コンメンタールマンション区分所有法*, 日本評論社, 1997, 15頁.

22) 稻本洋之助/鎌野邦樹, *上の本*(1997年版), 15頁.

23) 이홍권, “건물구분소유권의 성립과 소멸에 관한 몇 가지 문제”, 민사재판의 제문제 제7권: 공우 윤일영 선생·죽당 김상원 선생 화갑기념, 한국사법행정학회, 1993, 13쪽.

## 1.2 구분 건물의 성립 요건

집합건물법 제1조는 1동 건물 중 구조상 구분되어진 여러 개 부분이 독립 건물로 사용될 수 있는 경우 ‘각각 소유권 목적으로 할 수 있다’고 규정할 뿐, ‘각각 소유권이 성립한다’고 규정하지 않는다. 이에 건물 부분이 구조상·이용상 독립성을 충족하였다고 하여 해당 부분에 대한 구분소유가 당연히 성립하는 것은 아니며, 이와는 별도로 1동 건물에 관해 해당 건물을 구분할 수 있는 권원을 보유한 자가 구분해야 한다.<sup>24)</sup> 해당 건물을 구분할 수 있는 권원을 보유한 자의 구분 의사를 구분소유 성립에서의 주관적 요건으로 파악하여, 해당 구분 의사를 표시하는 행위를 구분행위로 파악하곤 한다.<sup>25)</sup> 판례도 소유자가 기존의 건물에 관해 증축한 경우 증축한 부분이 구조상·이용상 독립성을 충족하였다는 이유만을 근거로 당연히 구분소유권이 성립하는 것으로 판단하지 않고 소유자 구분행위가 수반되어야 구분소유권이 성립한다고 검토한다.<sup>26)</sup> 따라서 1동 건물을 구분건물로 파악하기 위해서는 객관적·물리적 시각에서 검토할 경우 구분건물이 구조상 및 이용상 독립성을 충족해야 하고 해당 건물을 구분소유권 객체로 파악하고자 하는 의사표시인 구분행위

24) 구분소유권은 민법상 소유권 법리 등을 준용하곤 한다(稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本(1997年版), 15頁).

25) 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰 -집합건물의 특수한 법률관계 및 구분건물에 대하여만 설정된 전세권 및 저당권의 효력 범위를 중심으로.”, 사법논집 제27집, 법원행정처, 1996, 14-15쪽; 이흥권, 앞의 논문, 503쪽.

26) 1동 건물 중에 구분된 각각 부분이 구조상·이용상 독립성을 가진 경우 그 해당 각각 부분을 1개 구분건물로 파악하는 것도 가능하고 그 해당 1동 전체를 1개의 건물로 파악하는 것도 가능하다. 이에 이를 구분건물로 파악할 것인지 여부는 특별 사정이 존재하지 않는 한 소유자 의사에 따라 결정된다. (중략) 이 경우 소유자가 기존의 건물에 완료된 등기를 이처럼 증축한 건물의 현황과 맞춰 1동 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 경우에는 이를 구분 건물로 파악하는 것보다는 그 전체를 1동의 건물로 파악하려는 의사였다고 해석함이 상당하다(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결).

가 있어야 한다.<sup>27)</sup>

결론적으로 구분소유가 성립하고자 할 경우 i) 1동 건물이 있어야 하고 ii) 건물 일부부분이 구조상 독립성 그리고 iii) 이용상 독립성을 충족해야 하며 iv) 그 건물을 구분소유 객체로 하고자 하는 의사표시인 구분행위가 있어야 한다. 이에 더해 v) 건축물대장 등록이나 해당 건물의 구분등기가 필요하다는 견해도 있다.<sup>28)</sup>

### 1.3 대지사용권, 대지권 개념과 양자의 관계

구분소유자는 집합건물 전유부분을 소유하고자 할 경우 해당 건물 대지<sup>29)</sup>를 사용 가능한 권리를 보유해야 하는바, 이 경우 구분소유자가 대지에 관해 가지게 되는 권리를 대지사용권이라 한다(집합건물법 제2조 제6호). 대지사용권은 일반적으로 소유권인 경우가 다수이지만, 소유권이 아닌 용익물권 역시 대지사용권에 해당할 수 있으며 등기되어야 할 필요도 없고 등기 능력을 보유해야 하는 것도 아니다.<sup>30)</sup> 이에 미등기

27) 정다영, 앞의 논문, 4쪽.

28) 고인상, “집합건물법에 관한 소고”, 사법연구자료 제13집, 법원행정처, 1986, 83-84쪽; 이기용/이춘원, “구분소유의 성립에 관한 고찰”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2005, 278쪽; 이현중, “집합건물의 구분소유 성립시점”, 민사판례연구 제23권, 박영사, 2001, 61-65쪽 등이 있다. 한편, 이와 같은 구분소유의 성립 요건의 구체적 논의는 정다영, 앞의 논문, 4-6쪽 참조.

29) 집합건물법에 있어서 건물의 대지는 전유부분이 속하는 1동 건물이 있는 토지(법정대지) 및 법 제5조 제1항 규정에 따라 규약으로 건물 대지로 정해진 토지(규약대지, 가령 정원, 통로, 주차장 등)를 의미한다(법 제2조 제5호). 규약대지는 반드시 법정대지에 인접할 필요는 없다(Kenton L. Kuehnle, *Ohio Condominium Law 2008 Edition*, Thomson West, 2008, p. 5). 위와 같은 구분 외에도 집합건물에 전유부분과 공용부분이 존재하는 것과 같이 토지 구분도 그러한 부분 위에 존재하는 건물의 구분 및 권리형태에 대응하여 i) 전유부분이 존재하는 토지, ii) 공용부분이 존재하는 토지, iii) 공동 출입구(현관)로부터 공로(公路)에 이르는 통로가 존재하는 토지, iv) 건물이 존재하지 않는 주변지(공지) 4종류로 분류하기도 한다(박태신, “집합건물법에 있어서 집합건물의 대지 및 대지사용권에 관한 고찰”, 341쪽; 玉田弘毅, 前の本, 117頁).

토지의 소유권 또는 임차권의 경우 등기가 없을지라도 대지사용권으로 작용할 수 있다. 구분건물과 대지 지분을 함께 매수한 자는 매매를 원인으로 하여 해당 대지 지분에 관해 보유하는 소유권이전등기청구권도 대지사용권으로 된다.<sup>31)</sup>

대지사용권은 구분소유자가 해당 전유부분을 소유할 목적으로 건물 대지에 관해 보유하는 권리이기 때문에 토지 위에 해당 집합건물이 존재해야 하고 구분소유자가 전유부분의 소유를 목적으로 해당 대지에 관해 사용권을 보유하면 성립한다.<sup>32)</sup> 가령, 대지에 관한 사용권을 이미 보유한 자가 해당 집합건물을 신축한 경우, 기존의 건물을 구분하여 집합건물로 한 때에 그 구분한 당시, 대지에 관한 사용권을 보유하지 못한 구분소유자가 사후 사용권을 취득한 경우에 대지사용권이 성립하곤 한다.<sup>33)</sup>

한편, 대지사용권에 관해 검토하였는바, 대지사용권과 대지권 개념을 구별할 필요가 있다. 대지사용권은 해당 구분건물을 소유하고자 대지를 사용 가능한 실체법상 권리로 파악되는 성격이 있다. 이에 반해 대지권(부동산등기법 제40조 제3항)<sup>34)</sup>은 대지사용권이 해당 전유부분과 분리, 그리고 처분될 수 없음을 등기부상 공시할 목적으로 고안된 다소 절차법적 개념으로 소개되기도 한다.<sup>35)</sup> 이와 같은 대지권을 해당 건물등기부

30) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本(1997年版), 15頁.

31) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결.

32) 대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결.

33) 박순성, “대지지분소유자의 구분소유권매도청구권 -집합건물의소유및관리에관한 법률 제20조의 해석론을 중심으로-”, 민사판례연구 제20권, 박영사, 1998, 122쪽.

34) 부동산등기법 제40조(등기사항) ③ 구분건물에 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제2조 제6호의 대지사용권(垆地使用权)으로서 건물과 분리하여 처분할 수 없는 것(이하 “대지권”(垆地權)이라 한다)이 있는 경우에는 등기관은 제2항에 따라 기록하여야 할 사항 외에 1동 건물의 등기기록의 표제부에 대지권의 목적인 토지의 표시에 관한 사항을 기록하고 전유부분의 등기기록의 표제부에는 대지권의 표시에 관한 사항을 기록하여야 한다.

35) 법원행정처, 법원실무제요:부동산등기실무 III, 법원행정처, 2015, 157쪽; 부동호, 부동산등기법 강해, 솔과학, 2012, 747쪽; 신언숙, 집합건물의 등기, 육법사, 1998,

에 기재하여 완료된 등기를 대지권 등기라고 한다. 가령, 임차권의 경우 대지사용권 또는 대지권으로 파악할 수 있으나, 민법 제621조<sup>36)</sup>에 의해 해당 부동산임차권이 등기가 되어 있지 않은 경우 본 임차권은 실체법상 대지사용권 또는 절차법상 대지권의 대상으로는 가능하다. 그러나 해당 임차권을 부동산등기법상 대지권 등기가 있는 상태로 파악하기는 어려울 수 있다. 결론적으로 대지권은 실체법상 권리인 대지사용권인바, 규약 등에 의해 특별하게 대지권을 전유부분과 분리, 처분 가능함을 정하지 않은 경우에는 이 대지권은 전유부분과 일체·불가분성을 가진다.<sup>37)</sup>

## 2. 대지권 미등기 및 전유부분과 대지사용권 간 분리처분제한

### 2.1 대지권 미등기 발생 원인과 문제점

대지권 등기가 완료되지 않은 집합건물은 4가지로 유형화할 수 있다.  
 i) 국·공유지, 사유지 등의 사유로 인해 대지사용권이 없게 된 경우, 가령, 사유지 위에 건축이 완료된 집합건물 또는 연립주택 등에서 주로 대지사용권이 없는 경우가 있다.<sup>38)</sup> ii) 대지사용권은 존재하나 국가의 정책적 이유 등으로 인해 토지구획정리, 지적정리, 환지처분 등의 사업이 모두 완료되지 않은 경우 대지사용권이 없을 수 있다. 또는 위 사안 등에 있어서 해당 절차 미비로 인해 역시 대지권 지분등기가 경로되지

60쪽; 한편, 대지권이 부동산등기법에 규정되어 있다고 하여 반드시 절차법적 개념으로 파악하는 것은 의문이라는 견해도 있다. 동일한 내용을 얼마든지 집합건물법 규정에서 입안할 수도 있기 때문이다(함영주, 앞의 논문, 251쪽).

36) 민법 제621조(임대차의 등기) ① 부동산임차인은 당사자간에 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다.

② 부동산임대차를 등기한 때에는 그때부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다.

37) 박태신, 집합건물과 대지의 권리관계 및 대지권 등기제도에 관한 연구, 133쪽; 법원행정처, 앞의 책, 157쪽; 新田 敏, 前의論文, 47頁.

38) 김성욱, 앞의 논문, 353쪽.

못한 경우도 있다. iii) 대지권등기는 가능하나 대지권 등기가 고의로 경료되지 않은 경우, iv) 다른 수분양자가 해당 분양대금 납부를 지연한 경우 등이 있다.<sup>39)</sup>

## 2.2 대지권 미등기의 경매 절차에서의 대지권 미등기

경매 실무 측면에서 집행법원에서 경매 대상에 건물, 대지권을 포함할 경우 최저매각가격은 건물, 대지권을 포함한 가격으로 결정된다. 매각공고에서의 부동산 표시란에는 해당 건물만을 기재하게 되나 비고란 등에는 ‘대지권 미등기’를 기재하곤 하는바, 이 경우 최저매각가격에는 해당 대지권 가격이 포함된 것이다. 이때 감정평가서를 검토할 경우 대비부분에 관한 평가가 되어 있는데, 미등기된 대지권에 관한 감정가격도 감정평가서에 나타난다. 이에 매수자는 특별 사유가 없는 한, 해당 대지권을 취득할 수 있다.<sup>40)</sup>

## 2.3 대지권 미등기와 분리처분금지

구분소유자는 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다(집합건물법 제20조 제2항). 이는 전유부분과 대지사용권 간 일체성<sup>41)</sup>을 유지할 목적으로 입안된 것이다.<sup>42)</sup> 본 규정을 위반하면서 대지사용권을 전유부분과 분리하여 행한 처분행위는 무효로 된다.<sup>43)</sup> 대지권이 등기된

39) 장건, “대지권미등기 부동산에 관한 매수인의 실무적 주의”, 부동산경영 제13집, 한국부동산경영학회, 2016, 93쪽.

40) 장건, 위의 논문, 94쪽.

41) Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, 2008, p. 5 以下; 新田 敏, 前의論文, 47頁.

42) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本(1997年版), 119頁.

43) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결; 본 판결에서는 한국수자원공사로부터 해당 토지를 분양받은 집합건물상 건축주가 토지 위에 아파트, 상가를 신축하는 중 부도가 났다. 이에 건축주에 관한 채권자들이 해당 건축의 마무리 공사를 완료하

경우 해당 대지사용권만을 처분하고자 하는 등기는 허용되지 않는다. 토지 소유권이 대지권이며 그와 같은 취지의 등기를 완료한 경우 해당 토지에 관해서만 소유권이전등기, 저당권설정등기, 그리고 그밖에 이와 관련 있는 등기를 신청하는 것도 불가능하다(집합건물법 제61조 제3항). 이에 대지권 등기가 완료된 경우에도 해당 대지권 등기를 말소하지 않을 때에는 원칙적으로 대지사용권만을 분리하여 처분할 수 없게 된다.<sup>44)</sup>

### 3. 대지권 미등기 집합건물에서 구분소유권·대지사용권·(근)저당권·(경매)매수인 시각에서의 한계와 합리성 제고 방안 확보의 필요성

대지권 미등기 집합건물에서 구분소유권과 대지사용권 간 관계에서 발생하는 문제는 i) 구분건물의 전유부분에 대지사용권이 종속되는지 여부(종속성 논제), 그리고 ii) 전유부분과 대지사용권 간 분리하여 처분이 금지되는바<sup>45)</sup> 이와 관련한 다수 논점 등이 있다.

이러한 제논점에 관해 본고의 논증 구조인 구분소유권과 대지사용권 간 관계적 시각, 구분소유권과 (근)저당권 간 관계적 시각, (근)저당권과 경매매수인 간 관계적 시각, 구분소유권과 경매매수인 간 관계적 시각에서 한계점을 적시하고 관련 합리성 제고 방안 등을 논의할 필요가 있을 것이다. 본 각 주체 간 관계적 시각에서 본고의 다수 주요 논제들을

---

고 신축건물에 관해 건축주 명의로 된 소유권보존등기, 그리고 수분양자들 명의로 된 이전등기를 완료한 경우 건축주가 한국수자원공사에 관해 가지고 있는 해당 토지에 대한 소유권이전등기청구권에 관한 압류·가압류는 전유부분, 그리고 토지 간 분리처분으로 이어지게 되어 효력이 없다고 판시하였다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결 등 참조).

44) 김영두, 앞의 논문, 43쪽; 이와 같은 특징은 대지권이 등기된 임차권 또는 지상권인 경우에도 동일하다. 임차권대지권 또는 지상권대지권에 관해서만 이전등기를 하는 것도 불가능하고 이 때에 전유부분에 대해서만 소유권이전등기를 행하는 것도 허용되지 않는다.

45) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本(1997年版), 119頁.

검토할 경우 대지권 미등기를 둘러싼 집합건물의 문제점 및 개선방안을 조금 더 입체적이고 명확하게 개진할 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계

구분소유권과 대지사용권 간 대지권 미등기 집합건물상 한계와 합리적 규율 방안을 검토하고자 한다.<sup>46)</sup> 본 논제에는 i) 전유부분과 대지사용권 간 관계 규정 간 합리적 검토, ii) 다수 입법론·제도 도입을 통해 전유부분과 대지사용권 간 분리 처분에 있어 합리적 규율 방안, iii) 대지권 미등기 집합건물에 관한 수분양자의 대지사용권 취득 여부, iv) 구분소유권자의 매도청구권 인정여부 등이 해당되는바, 이에 관해 논의한다.

#### 1. 전유부분과 대지사용권의 관계 규정 간 합리성 검토

##### 1.1 문제의 지점

앞서 검토한 바와 같이 집합건물법 제20조 제1항 규정에서는 구분소유자의 대지사용권은 구분소유자가 보유하는 전유부분의 처분에 따라 된다고 규정하고 있다(처분의 종속성). 집합건물법 제20조 제2항 규정에서는 구분소유자는 자신이 보유하는 전유부분과 분리한 채 대지사용권을 처분할 수 없다고 규율하는바, 다만, 규약으로 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다고 한다(분리처분금지). 이와 같이 처분의 종속성, 분리처분금지에 관한 해석에 있어 학설과 판례가 대립하는바, 이에 관한

46) 이 경우 구분소유권의 시각 내에서의 주체 범위를 구분소유권자와 수분양자, 그리고 분양자까지 포괄하고 대지사용권의 주체 시각에서의 범위는 대지소유권, 대지사용권까지 포함한다. 이와 같은 세부 범위를 설정하여야 대지권 미등기 집합건물의 제문제와 그 개선 방안 등을 조금 더 입체적으로 적시할 수 있기 때문이다.

검토가 필요하다.

## 1.2 학설 및 판례

종속적 일체불가분성설은 집합건물법 제20조 제1항(처분의 종속성)은 종속적 일체불가분성을 나타내는 원칙 규정이고 동조 제2항(분리처분금지) 규정<sup>47)</sup>은 주의적 의미만 보유했다고 한다.<sup>48)</sup> 대지사용권은 전유부분에 대해 종속적 위치에 있기 때문에 해당 대지사용권은 전유부분 처분에 따르게 되는 것이고, 전유부분과 분리하여 처분된 경우 해당 대지사용권 처분행위는 무효이다. 이에 본 견해는 대지사용권은 등기와는 관련 없이도 전유부분에 관한 양수인이 취득하게 되는데, 집합건물법 제20조 제2항(분리처분금지) 규정이 존재하지 않아도 된다고 한다.

분리처분금지적 일체불가분성설은 집합건물법 제20조 제2항(분리처분금지) 규정에서의 분리처분금지를 전유부분과 대지사용권 간 일체불가분성을 선언하는 원칙적 규정으로 파악한다.<sup>49)</sup> 그러면서 오히려 동조 제1항(처분의 종속성) 규정은 무의미한 규정이라고 한다.<sup>50)</sup> 전유부분과 대지사용권은 일체로 처분되어야 함이 원칙이고 예외적으로 양자의 분리처분이 허용되어야 하는바, 동조 제1항(처분의 종속성) 규정은 마치 이와 같은 예외를 전혀 허용하지 않는 뉘앙스를 준다고 한다. 본 견해에

47) Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5.

48) 김병운, “구분건물에 대하여만 설정된 근저당권의 효력이 그 대지권에도 미치는지 여부”, 대법원판례해설 제24호, 법원도서관, 1996, 53-54쪽; 박순성, 앞의 논문, 321-329쪽; 박홍래, “전유부분과 대지사용권의 일체성”, 민사법학 제22호, 한국민사법학회, 2002, 409쪽; 양경송, “대지권의 법적 성질과 관련문제”, 사법논집 제24집, 법원도서관, 1993, 280-281쪽.

49) Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5; 新田 敏, 前の論文, 47頁.

50) 김형식, “집합건물법의 소유 및 관리에 관한 법률”, 민사판례연구회, 민사판례연구 XII, 박영사, 1990, 368쪽; 송달용, “구분소유의 목적인 건물만에 근저당권을 설정한 자가 근저당권에 기한 경매에 의하여 건물을 경락받은 자에 대하여 매도청구권을 갖는지 여부”, 판례연구 제11집, 서울지방변호사회, 1998, 253쪽.

의할 경우 이는 동조 제2항(분리처분금지) 규정의 취지와는 어긋나는 것이고 동조 제1항(처분의 종속성) 취지는 동조 제2항(분리처분금지) 규정에 따라 해결할 수 있으므로 동조 제1항(처분의 종속성)을 독립하여 입안할 필요가 없다고 한다.

또 다른 견해인 독립규정설은 집합건물법 제20조 제1항(처분의 종속성)과 제2항(분리처분금지)은 전유부분과 대지사용권의 일체성 측면을 축으로 하여 제20조 제1항(처분의 종속성) 규정은 처분의 결과 측면에서, 그리고 제20조 제2항(분리처분금지) 규정은 처분 방법 측면에서 양자가 법적으로 공동의 운명체에 있음을 명문화한 것으로 파악한다.<sup>51)</sup>

판례는 종속적 일체불가분성설을 채택하였다. 판례는 구분건물의 전유부분만에 관해 설정된 저당권 효력은 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 규약으로 정한 사유가 있는 등의 특별 사정이 없는 한, 해당 전유부분의 소유자가 나중에 대지사용권을 취득하게 됨으로써 전유부분과 대지사용권 양자가 동일인 소유자에게 속하게 된 경우라면, 그러한 대지사용권까지 미치게 된다고 판시하였다. 본 대지사용권에는 지상권 등 용익권 말고도 대지소유권도 포함된다고 한다.<sup>52)</sup> 구분건물의 대지사용권은 해당 전유부분 및 공용부분과 분리하여 처분할 수 있다는 규약 또는 공정증서가 존재하지 않는 경우 해당 전유부분과 일체불가분성이 인정되고 이에 따라 전유부분에 관한 경매개시결정과 압류 효력이 종물 내지 종된 권리에 해당하는 대지사용권에도 미친다. 반면, 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 규약 또는 공정증서가 존재할 경우 대지사용권과 전유부분 간 일체불가분성이 상실되어 전유부분에 관한 경매개시결정, 압류 효력은 대지사용권에는 미치지 않는다고 판시하였다.<sup>53)</sup>

51) 김기정, 앞의 논문, 35쪽; 김용한, “집합건물대지의 법리적 고찰”, 민법학논총: 후암 관운직교수화갑기념, 박영사, 1985, 273쪽; 박순성, 앞의 논문, 130쪽.

52) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다12722 판결.

### 1.3 독일, 미국, 일본에서의 논의 검토와 시사점

#### 1.3.1 독일

앞서 검토한 바와 같이 우리 전유부분에 관한 구분소유권과 대지사용권 간 처분의 종속성, 분리처분금지에 관한 해석에 있어 독일과 비교할 경우 독일에서 건물과 토지의 관계를 검토할 필요가 있다.

독일에서는 우리 구분소유권이라는 권리와 유사한 것으로 층별소유권(*Stockwerkseigentum*)이 있었는데, 본 층별소유권(*Stockwerkseigentum*)은 독일 1900년까지 중세 게르만법적 성격으로 존재하고 있었다. 그런데 i) 본질적인 구성 부분은 별도 권리의 객체가 될 수 없다고 규정하는 독일 민법 제93조<sup>54)</sup>와의 부조화 문제, 그리고 ii) 층별소유권(*Stockwerkseigentum*)이 존재하는 주택은 분쟁 요소가 있는 주택(*Streithäuser*)으로 판단하는 사회적 인식 등으로 인해 층별소유권(*Stockwerkseigentum*)은 폐지되었다.<sup>55)</sup>

그러나 제2차대전으로 인해 독일 내 주택지역이 거의 사라지는 등 소멸 현상이 심화되었는데, 이에 종전 후 주택난 문제가 심각한 사회 문제로 발생하게 되었다. 이러한 난제를 극복하기 위해 독일은 주택건축법(*Wohnungsbaugesetz*), 그리고 주거소유권법(*Wohnungseigentumsgesetz*)을 제정하였다.<sup>56)</sup> 주택건축법의 입법취지는 각종 주택건축을 촉진시키

53) 대법원 1997. 6. 10. 자 97마814 결정.

54) BGB § 93 Wesentliche Bestandteile einer Sache Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

55) Baur/Stürner, *Sachenrecht 18. Aufl.*, C.H.BECK, 2009, §29 B I Rdnr. 5(S. 375); Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 14: Sachenrecht 1: 13. Aufl.*, Kohlhammer, 2002, § 903, BGB Rdnr. 29.

56) 주택건축법(*Wohnungsbaugesetz*)은 1950년 4월 25일에 제정되었고 주거소유권법(*Wohnungseigentumsgesetz*)은 1951년 3월 15일에 제정되었다.

고 또 용이하게 하도록 만들기 위함이다. 우리 집합건물법에 속하는 주거소유권법(Wohnungseigentumsgesetz)은 공동주택에서 발생하게 되는 권리, 의무 등을 규정한다.<sup>57)</sup>

주거소유권법(Wohnungseigentumsgesetz)은 집합건물에 있어 전유부분에 대한 권리인 특별소유권(Sondereigentum)과 토지 및 집합건물에서의 공용부분에 관한 권리인 공유지분권(Miteigentumsanteil)을 1개로 결합하여 주거소유권(Wohnungseigentum)이나 부분소유권(Teileigentum)이라는 단일 권리를 설정하고 있다.<sup>58)</sup> 주거소유권법(Wohnungseigentumsgesetz)은 토지에 관한 공유지분권(Miteigentumsanteil)을 주거소유권에 있어서 중심적 권리로 규정한다.<sup>59)</sup> 이에 전유부분과 전유부분에 속하는 토지양자가 분리된 채 양도되거나 각종 부담 등이 설정되기 어렵다. 그리고 독일에서는 건물과 토지를 우리처럼 별개 부동산으로 인정하지 않는다.<sup>60)</sup>

독일 민법 역시 검토할 필요가 있는바, 우리 민법 제99조 제1항에서는 토지 및 그 정착물은 부동산이라고 규정한다. 이는 우리 민법은 부동산에는 토지와 토지의 정착물 2가지를 인정함을 알 수 있다. 그런데 독일 민법 제94조 제1항에서는 지상물은 토지에 따른다(superficies solo cedit)는 로마법상 원칙을 채택하고 있다.<sup>61)</sup> 즉, 토지에 부착된 물건, 특히

57) 독일 주거 형태는 자기 소유주택(Eigenheim), 그리고 소유주거(Eigentumswohnung)로 분류되고 소유주택(Eigenheim)은 대지·주택용 건물에 관한 소유권 모두가 한 개인에게 귀속되는 것인바, 이러한 성격의 소유주택(Eigenheim)은 우리의 단독주택이라 볼 수 있다. 한편, 소유주거(Eigentumswohnung)는 우리의 집합건물(공동주택)과 유사한 것인바, 전용 주거용 부분만 단독소유가 가능하고 대지 부분은 공동소유가 된다. 그리고 소유주거(Eigentumswohnung)의 전체적 관리는 주거소유자의 공동체가 행한다(장재현, “서독 공동주택의 소유 및 관리법제소고”, 법제 제5호, 법제처, 1982, 39쪽).

58) Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* 9. Aufl., C.H.Beck, 1977, S. 268.

59) 김선이, “독일 주거소유권법에 있어서의 단체적 귀속의 근거와 한계”, 집합건물법학 제1집, 한국집합건물법학회, 2008, 15쪽.

60) 양형우, 앞의 논문, 36쪽.

61) BGB § 94 Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks oder Gebäudes

(1) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund

건물 또는 토지와 관련 있는 토지의 산출물의 경우 토지에서의 본질적 구성 부분에 속한다고 하는바, 토지상의 정착물은 부동산으로 파악하기 보다 토지의 본질적인 구성 부분으로 검토한다. 이에 본질적인 구성 부분은 독립한 채 권리 객체가 될 수 없다.<sup>62)</sup> 다른 제3자가 건물을 건축 하였더라도 그 해당 건물은 토지소유자의 소유로 된다.<sup>63)</sup> 다만, 일시적인 목적만을 위해 토지에 부착된 물건은 해당 토지의 구성 부분에 속하는 것은 아니고 타인 토지에 관한 권리 행사로 인해 그러한 권리자가 해당 토지에 부착시킨 건물 기타 공작물도 동일하다.<sup>64)</sup>

따라서 일시적 목적으로 건축된 건물 또는 타인 토지에 관해 권리를 보유하는 자가 해당 권리를 행사하여 타인 토지에 대해 세운 건물은 토지 구성 부분이 아닌 것으로 판단된다(Scheinbestandteil, 가장구성부분). 예를 들어, 건축공사 기간 중 건축 현장에 세워진 간이 건물, 그리고 토지 임차인이 임대차 관계 종료 이후 철거한 다음 다른 장소에 다시 건축할 목적으로 건축한 공작물 또는 헛간 등은 일시적인 목적을 위한 건물에 해당하게 되고 타인 토지에 관한 권리는 지역권(Grunddienstbarkeit), 세습지상권(Erbbaurecht), 용익권(Nießbrauch) 등과 같은 용익물권을 말

---

und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.

62) BGB § 93 Wesentliche Bestandteile einer Sache Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

63) Baur/Stürmer, *a.a.O.*, §3 A II Rdnr. 10(S. 14).

64) BGB § 95 Nur vorübergehender Zweck

(1) Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das Gleiche gilt von einem Gebäude oder anderen Werk, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist.

한다. 즉, 이와 같은 권리를 토대로 건축된 건물 기타 공작물은 토지에서의 본질적 구성부분에 해당하지 않게 된다.

### 1.3.2 프랑스

프랑스는 1965년 7월 10일경 건물부동산의 구분소유 내규를 확정하기 위한 법률(Loi fixant le statut de la copropriete des immedbles batis)을 제정하였다. 본 법률은 전유부분, 그리고 대지의 지분을 불가분한 일체로 파악하여 어느 한 부분을 독자적으로 처분할 수 없도록 규율한다.<sup>65)</sup> 독일에서의 주거소유권과 프랑스에서의 구분소유권은 개념적 측면 등에 있어 기본적으로 유사하므로 우리와 같은 이른바 전유부분과 대지사용권 간 종속성, 분리처분 관련 문제는 발생하지 않는다.

### 1.3.3 미국

미국은 1960년대 초반 다수 주 내에서 급진적인 개발붐이 발생한 콘도미니엄(Condominium)에 관해 규율의 필요성을 검토한 후 하나의 부동산 물권에 관한 독립적인 형태로 구분소유 성문법 가령, Condominium Act, Condominium Ownership Act, Apartment Ownership Act 등을 입법 완료하였다. 그런데 이러한 여러 규정들은 그 운용 방식이 달랐고 규정의 일반화라는 당시 구분소유 관계 규율안에 부응할 수밖에 없었다. 이에 미국은 1980년경 구분소유관계에 관해 구체적 규정을 마련한 통일콘도미니엄법(Uniform Condominium Act, 이하 'UCA'라 한다)을 제정하였고 현재도 여러 주에서 통일적으로 적용하고 있다. 통일콘도미니엄법

65) Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis  
Chapitre I : Définition et organisation de la copropriété.

Article 1

I.-La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis à usage total ou partiel d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes. Le lot de copropriété comporte obligatoirement une partie privative et une quote-part de parties communes, lesquelles sont indissociables.

(UCA)에서 구분소유권자는 독립적으로 구분화되어 있는 전유부분(unit, exclusive part)의 소유권에 관해 완전한 소유권을 보유하게 된다. 또한, 통일콘도미니엄법(UCA)은 전유부분 이외의 공용부분(Common elements)에 해당하는 외벽, 로비, 지붕, 복도 및 대지에 관해 전유부분과 불가분적으로 결합된 특수 권리로 파악한다. 이러한 공용부분(Common elements)을 전유부분과 분할 청구를 할 수 없도록 규정한다.<sup>66)</sup>

위와 같이 미국 콘도미니엄(Condominium)에 있어 다수 독립성이 존재하는 사용 단위로 구성된 집합건물에서 각 구분소유자는 해당 전유부분(unit, exclusive part)에 관해 전적인 소유권을 보유하게 된다. 그리고 본 구분소유권은 건물에서의 공용부분 및 대지에 대한 지분과 불가분적으로 결합된 권리로 파악된다(UCA § 1-103).

### 1.3.4 일본

일본은 과거 민법을 제정할 경우 프랑스 민법의 영향을 다수 받았다. 이에 그 당시 민법 제208조 규정을 통해 건물의 구분소유를 인정하기도 하였다.<sup>67)</sup> 이와 더불어 일본 민법에서는 토지의 소유권자는 법률 및 규정의 범위 내에서 해당 토지의 위와 아래까지 영향을 끼칠 수 있다는 규율도 있다.<sup>68)</sup> 그러나 그 규정의 내용과 법리 등이 너무 단순하고 빈약하였다는 비판이 있었는바, 시대가 변화함에 따라 위와 같은 규정 등을 통해서는 집합건물인 대형 건물 증가로 인한 다수 법률문제를 적절하게 규율하기 어렵게 되었다. 그리하여 일본은 1962년 4월 4일 특별법 형태로 ‘건물의 구분소유에 관한 법률(이하 ‘구분소유법’이라 한다)’을 제정하였고 이후 1983년경 전면 개정을 하였으며<sup>69)</sup> 2002년에 부분 개정을

66) Grant S. Nelson/Dale A. Whitman, *Real Estate Transfer, Finance and Development Cases and Materials 7th ed.*, Gale Cengage, 2006, p. 1004; UCA § 1-103(4), § 1-103(7).

67) 한편, 현재 일본 민법 제208조 규정은 삭제되었다.

68) 日本民法 第二百七条(土地所有權の範圍)

土地の所有權は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ。

하여 현재에 이르고 있다.<sup>70)</sup>

일본 민법은 토지 그리고 건물 양자를 각각 별개 부동산으로 파악하고 있고 건물은 대지에 관한 권리와는 아무 관련 없이 각각 별개로 거래될 수도 있다. 그러나 구분소유 건물에 있어서는 i) 전유부분,<sup>71)</sup> 그리고 ii) 대지사용권이 일체의 형태로<sup>72)</sup> 거래되어야 하고<sup>73)</sup> 이에 따라 양자 권리가 각각 분리되어 처분될 경우 문제가 발생하게 된다. 이에 따라 1983년 전면 개정된 ‘구분소유법’에서 전유부분, 그리고 대지사용권 간 일체성을 명문으로 입법하였다.<sup>74)</sup> 구분소유법 제22조 제1항에서는 전유부분과 대지사용권 간 분리 처분을 무효로 입안하였다.<sup>75)</sup>

그리고 이것을 실현할 수 있는 부동산등기 방법으로 대지권 등기제도를 채택하였고<sup>76)</sup> 이 경우 대지권은 전유부분의 등기용지의 표제부 부분에 대지사용권을 기재하도록 하여<sup>77)</sup> 전유부분과 대지사용권이 제도적으로도 일체화될 수 있도록 하였으며<sup>78)</sup> 대지 등기용지에는 등기를 하지 않는다.<sup>79)</sup>

---

69) 新田 敏, 前の論文, 43頁.

70) 渡辺晉, 區分所有法の 解説 改訂版, 住宅新報社, 2004, 12-13頁.

71) 稲本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 43頁.

72) 新田 敏, 前の論文, 47頁.

73) Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5.

74) 新田 敏, 前の論文, 45頁; Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5.

75) 日本建物の区分所有等に関する法律 第二十二條(分離処分の禁止)

敷地利用權が數人で有する所有權その他の權利である場合には、区分所有者は、その有する専有部分とその専有部分に係る敷地利用權とを分離して処分することができない。ただし、規約に別段の定めがあるときは、この限りでない。

76) 澤野 順彦, 前の本, 408-409頁; 濱崎恭生, 前の論文, 12頁.

77) 澤野 順彦, 前の本, 408頁.

78) 稲本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 114頁 以下; Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5; 新田 敏, 前の論文, 47頁.

79) 丸山英氣, 區分所有法(改訂版), 大成出版社, 2007, 98頁.

### 1.3.5 시사점

독일에서는 결론적으로 i) 전유부분과 ii) 전유부분에 속하고 있는 토지 양자는 분리된 채 양도되거나 각종 부담 등이 설정되기 어렵다. 즉, 독일에서는 건물과 토지를 우리처럼 별개 부동산으로 인정하지 않는다. 그리고 토지에 부착된 물건, 특히 건물 또는 토지와 관련 있는 토지의 산출물의 경우 토지에서의 본질적 구성 부분에 속한다고 하는바, 토지상의 정착물은 부동산으로 파악하기보다 토지의 본질적인 구성 부분으로 검토한다. 이에 본질적인 구성 부분은 독립한 채 권리 객체가 될 수 없다.<sup>80)</sup> 이러한 점을 고려할 경우 본고에서의 주요 논제인 전유부분과 대지사용권 관계를 비교법적으로 검토하기는 쉽지 않은 것으로 판단된다.

프랑스에서의 구분소유권은 독일에서의 주거소유권 개념적 측면 등에 있어 기본적으로 유사하므로 우리와 같은 이른바 전유부분과 대지사용권 간 분리처분 관련 문제는 발생하지 않는다. 이에 본고에서의 주요 논제와의 비교 논의는 다소 난항을 겪을 것으로 검토된다.

미국에서는 콘도미니엄(Condominium)을 비교 검토하여야 하는바, 콘도미니엄(Condominium)에서의 집합건물에서 각 구분소유자는 전유부분(unit, exclusive part)에 관해 전적인 소유권을 보유하는바, 본 구분소유권은 건물에서의 공용부분 및 대지에 대한 지분과 불가분적으로 결합된 권리로 파악됨을 알 수 있다. 이러한 측면을 고려할 경우 우리 집합건물에서의 전유부분과 대지사용권 간 관계와 직접적 비교는 어려울 것으로 사료 된다.

일본에서는 토지 그리고 건물 양자를 각각 별개 부동산으로 파악하고 있고 건물은 대지에 관한 권리와는 아무 관련 없이 각각 별개로 거래될 수도 있다. 그러나 구분소유 건물에 있어서는 i) 전유부분, 그리고

80) BGB § 93 Wesentliche Bestandteile einer Sache Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

ii) 대지사용권이 일체의 형태로 거래되어야 하고<sup>81)</sup> 이에 따라 양자 권리가 각각 분리되어 처분될 경우 문제가 발생하게 된다.<sup>82)</sup> 이에 따라 1983년 전면 개정된 ‘건물의 구분소유 등에 관한 법률’에서 전유부분, 그리고 대지사용권 간 일체성을 명문으로 입법하였다. 구분소유권법 제 22조 제1항에서는 전유부분과 대지사용권 간 분리 처분을 무효로 입안 하였다.

이와 같이 독일, 프랑스, 미국, 일본에서의 논의 등을 검토하였는바, 독일, 프랑스, 미국은 전유부분과 대지사용권 간 분리를 원칙적으로 차단한다. 이에 우리 집합건물법에서 전유부분과 대지사용권 간 종속성을 포함한 일체불가분성 여부 관계 논제와는 직접적으로 비교하기 어렵다. 우리는 원칙적으로 양자 관계를 분리하는 것을 차단하나 양자를 차단할 수 있다는 내용 등이 담겨 있는 규약 등이 있는 경우 양자 관계의 분리를 인정하기도 하기 때문이다. 이에 이와 같은 우리 집합건물법에서 전유부분과 대지사용권 간 관계 논제와의 비교 논의는 우리와 법제 형태가 유사한 일본과 가능할 것으로 판단된다. 일본 구분소유권법상 몇몇 법리 등은 우리 논제에 시사점을 줄 수도 있을 것이다.<sup>83)</sup>

#### 1.4 규정상 전유부분과 대지사용권의 합리적 관계 모색

집합건물법 제20조 제1항(처분의 종속성)과 제2항(분리처분금지) 양자의 관계는 어느 한 규정이 원칙이고 다른 규정은 무의미하다고 파악하는 것보다 각각의 조문 의미를 살려서 해석하는 것이 합리적이다. 이러

81) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 114頁 以下; 新田 敏, 前の論文, 46頁.

82) Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5.

83) 일본에서의 규율 등은 본 III. 구분소유권과 대지사용권 간 관계적 시각에서 대지권 미등기 집합건물상 한계와 규율 방안에서 시사점 등을 제공할 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 본 일본에서의 관련 논의, 규율 등은 이후 IV. V. VI. 논제에 있어서도 그 논의의 기본 전제 역할을 할 수 있기 때문에 IV. V. VI. 논제에 관해서도 직간접적으로 비교 논의 역할을 할 수 있을 것이다.

한 측면을 토대로 동조 제20조 제1항(처분의 종속성) 규정은 처분 결과를, 동조 제20조 제2항(분리처분금지) 규정은 처분 방법을 규율한 것으로<sup>84)</sup> 봄이 합리적이다.<sup>85)</sup>

뿐만 아니라 집합건물법 입법 경위를 검토할 경우 집합건물법에서의 대지사용권은 전유부분에의 종속적인 권리로 검토하여 구분소유자를 강하게 보호하고자 하였다. 본 입법 경위 시각을 통할 경우에도 양자 규정은 대지사용권의 처분 절차상 측면에서 파악할 경우 동일 범위 내의 규율로 파악할 수 있다고 판단된다. 즉, 제20조 제2항(분리처분금지) 규정만을 토대로 양자의 관계를 모색하는 것이 아니라 제20조 제1항(처분의 종속성) 규정과 제20조 제2항(분리처분금지) 규정을 아울러서 양자의 관계를 모색해야 할 것이다.<sup>86)</sup> 제20조 제2항(분리처분금지) 규정만을 토대로 양자의 관계를 검토할 경우 제20조 제1항(처분의 종속성) 규정은 자칫 무의미한 것으로 판단될 수 있는바, 이러한 판단은 타당하지 않기 때문이다. 이 경우 이미 판시된 다수 대법원 판례법리의 전제 자체를 정면으로 부정하는 결과가 발생할 수 있기 때문이다.

## 1.5 입법론 · 제도 도입을 통한 전유부분과 대지사용권 간 합리적 분리 처분 규율 방안

### 1.5.1 입법안 논의의 필요성

집합건물법 제20조 제1항 규정에서는 구분소유자의 대지사용권은 구분소유자가 보유하는 전유부분의 처분에 따르게 된다고 규정하고 있다(처분의 종속성). 이처럼 전유부분의 처분에 대지사용권이 종속되는

84) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本(1997年版), 119頁.

85) 김기정, 앞의 논문, 35쪽; 김용한, 앞의 논문, 273쪽; 박순성, 앞의 논문, 130쪽; 본 법리가 합리적인 측면이 있는바, 판례인 종속적 일체불가분성설 법리도 함께 차용하는 것이 일응 타당하다(Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5).

86) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

바,<sup>87)</sup> 이 점으로 인해 전유부분만에 관한 근저당권의 효력이 대지사용 권에도 미치게 되는지 여부 등 대지권 미등기 관련 분쟁은 다방면으로 산재한다. 이를 해소하고자 제1항(처분의 종속성)과 제2항(분리처분금지) 간 관계 또는 양자 해석의 합리성 논의와 아울러 입법을 통한 양자의 관계의 합리성을 도모할 해소 방안을 검토할 필요도 있다.

### 1.5.2 제1항 삭제와 제2항 존치 입법안에 관한 타당성 검토

이에 제1항을 다음과 같이 조심스럽게 개정할 수 있는지 검토한다. 먼저 제1항(처분의 종속성)을 삭제하고 제2항(분리처분금지) 규정만을 존치하자는 견해도 있을 수 있다. 제1항을 삭제할 경우 본고의 주요 논제인 대지권 미등기 집합건물에 있어서 구분건물 전유부분에 관한 저당권 실행에 따른 경매매수인이 있는 경우 구분소유자와 저당권자 간 합리성이 결여될 수 있다. 저당권이 담보한 교환가치 대상의 범위에 는 전유부분뿐만 아니라 대지사용권까지 포함되는바 이를 부정할 수 있게 된다. 이와 더불어 제1항(처분의 종속성) 규정의 법리는 수십 년간 대법원 판례법리를 축적시켰고<sup>88)</sup> 제1항 삭제는 경매절차에서의 경매매수인에 해당하는 수많은 일반인에게도 법적안정성 측면에서 불안정성을 줄 수 있다.<sup>89)</sup> 즉, 위 개정 시도는 이와 같은 논제를 포괄하지 못하고 또한 기존 확립된 대법원 법리 다수를 무분별하게 부정할 수도 있게 되어 합리적이지 않다.

87) 丸山英氣, 上の本, 93頁.

88) 丸山英氣, 上の本, 94頁.

89) 경매매수인 시각에서는 대지권 미등기 논제 자체를 인지하는 경우도 있고 아예 인지하지 못하는 경우도 있는바, 이러한 경매매수인에게 저당권 실행에 따라 대지권 미등기 전유부분을 매수한 경우 대지사용권을 무분별하게 삭제하는 것은 타당하지 않기 때문이다. 이 경우 향후 법적 분쟁 등의 위험에 노출될 수도 있기 때문이다.

### 1.5.3 집합건물 규약 또는 공정증서 등의 폐지 입법안에 관한 검토

제2항 규정에서 분리처분을 가능하도록 하는 규약 또는 규약의 공정증서 등의 제도 등을 일단 모두 폐지하자는 입안 방안도 있다. 그러나 집합건물에서의 규약은 집합건물, 즉 아파트, 상가, 오피스텔, 상가 등 구분소유권 대상이 되는 건물의 유지, 관리·운영 등에 관한 기본적인 규칙을 정한 자치법규이다. 본 규약은 구분소유자들의 자치권에 따라 제정되고 그 내용은 집합건물의 공용부분에 관한 관리, 비용 분담 방법, 사용 규칙 등을 포함한다. 이와 같이 집합건물 규약은 아파트와 같은 집합건물에 있어 상당수 오랜기간 동안 그 역할을 담당해 왔다. 그런데 바로 집합건물 규약을 폐지하는 것은 너무 급진적이고 폐지를 통해 얻는 장점보다 단점이 상대적으로 많다. 뿐만 아니라 현행 집합건물법상 규약을 통해 각종 분쟁을 미리 예방하고 미정 관계를 합리적으로 확립시켜 주는 규정이 많이 있는바,<sup>90)</sup> 이러한 규약을 단번에 폐지하는 것은 구분소유자의 자치권 부정 가능성 및 법적안정성 침해 측면에서도 합리적이지 않다.

### 1.5.4 전유부분과 대지사용권 간 원천적 분리처분금지 입법안 검토

이에 제1항(처분의 종속성) 규정과 제2항(분리처분금지) 규정을 모두 검토 대상으로 상정한 후 다음과 같은 내용을 위 양자 규정과 조화롭게 입안하는 입법안도 고민할 필요가 있다. “구분소유자의 대지사용권은 그가 보유하는 전유부분의 처분에 따른다.<sup>91)</sup> 다만, 구분건물의 전유부분에 관해 근저당권 등 선행하는 권리자가 있는 경우에도 같다”라는 내용을 제1항과 제2항 규정과 조화될 수 있도록 개정하는 것이다.<sup>92)</sup>

90) 집합건물법 제21조 제2항, 제23조 제2항, 제24조 제2항, 제3항 등 거의 다수 조문의 향에서 규약을 통해 구분소유자 간 분쟁에 관한 해결안을 모색하고 있다.

91) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

92) 본 입법안이 입안될 경우 관련 문제점이 어느 방향으로 발생할지 단언적 예측은 쉽지 않다. 이에 최대한 법원 실무 및 현장 등과 부합하도록 매우 세밀하게 논의한

이 경우 예상치 못한 제3자의 손해 등이 발생할지 모르니 현행 제3항 규정을 활용하는 것이 합리적일 것이다.

### 1.5.5 대지권강제주의 채택 방안

대지권 미등기에 따른 양자의 합리적 규율안으로 대지권강제주의를 채택하는 방안도 있다. 대지권 강제주의는 집합건물에 속하는 총 대지를 구분건물 면적비율로 나누고 대지권의 비율을 정하며 금전으로 정산하도록 하는 방안이다.<sup>93)</sup> 집합건물법, 건축법, 부동산등기법 등을 개정할 경우 대지권강제주의가 도입될 가능성이 있다.<sup>94)</sup> 다만, 대지권강제주의 도입안은 과거 집합건물법 제정 당시 입법 논의가 있었으나 최종 입안되지는 않았다.

대지권강제주의 채택 방안은 합리적인 측면이 있고 실무에서도 지지하는 견해 등이 다수 있다. 그런데 본 방안은 집합건물법과 관련된 규정인 건축법, 부동산등기법 등을 매우 세밀하게 개정해야 하는바, 이에 따른 여러 법령 간 입법 실무상 입법 충돌 가능성이 있음을 고려할 필요가 있다. 이에 지속적으로 예상되는 각종 문제점 등 역시 함께 검토되어야 할 것이다.

### 1.5.6 구분소유관계문서제도 도입 방안

입법안 검토라기보다는 제도적 개선 방안을 논의할 수도 있다. 집합건물 건축 단계에서 구분소유의 구체적 관계를 명확히 하는 이른바 ‘구분소유관계문서’ 작성 의무를 부과하는 구분소유관계문서제도의 도입 방안을 검토할 수 있다. 구분소유관계문서는 건축허가 시기에 제출서류

---

후 입법안이 진행되어야 할 것이다.

93) 대지권강제주의 도입안의 구체적 내용은 박재승, “구분건물의 토지분만 경매에서의 문제점과 그 해결 방안”, 민사집행법연구 제13권, 한국민사집행법학회, 2017, 228-232쪽 참조.

94) 박재승, 위의 논문, 228쪽; 함영주, 앞의 논문, 285쪽.

등에 포함하도록 하고 이해관계인은 언제나 구분소유관계문서를 확인할 수 있도록 한다.<sup>95)</sup> 구분소유관계문서는 해당 구분소유에 있어 전유부분에 관한 대지사용권의 종속성,<sup>96)</sup> 전유부분과 대지사용권 양자의 분리처분현황 등의 명확한 내용을 작성하도록 요구한다. 이처럼 구분소유권과 대지사용권 간 명확한 내용 작성을 통해 분양자와 수분양자 등이 활용할 수 있도록 할 경우 수분양자 입장에서도 i) 특정 전유부분에 관해 종속성이 인정되는 대지사용권이 있는지 여부, ii) 특정 전유부분에 관해 종속성이 인정되지 않는 대지사용권이 있는지 여부 등을 미리 확인할 수 있을 것이다. 이러한 내용을 집합건물법 등에 반영하는 입법안도 검토할 수 있다.

### 1.5.7 대지권 미등기 집합건물의 원천적 분양금지 방안

집합건물의 신축 분양자로 하여금 제한이 존재하지 않는 완전한 상태의 대지권을 수분양자에게 함께 이전등기할 수 있는 경우에만 분양이 가능하게 하는 방안이 개진될 수 있다. 즉, 본 방안은 여러 사정 등으로 인해 대지권 미등기인 집합건물의 전유부분에 있어서는 분양자가 아예 수분양자에게 분양 자체를 금지하자는 것이다. 분양 자체를 금지하는 방안은 대지권 미등기에 따른 전유부분과 대지사용권 양자 간 i) 종속성, ii) 분리처분 가능 여부 등의 문제<sup>97)</sup>를 원천적으로 차단할 가능성이 있다.

그러나 i) 유사한 입법례를 취한 국가로부터 미리 본 금지 방안 적용의 장·단점을 전혀 예측하기 어렵다는 점, ii) 어느 규모의 집합건물에 본 금지 방안을 적용할지 등<sup>98)</sup> 해당 금지 방안은 예측불가능한 부작용

95) 김영두, 앞의 논문, 43쪽; 함영주, 앞의 논문, 276쪽.

96) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

97) Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5; 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本(1997年版), 119頁.

98) 함영주, 앞의 논문, 287쪽.

발생의 가능성이 상존한다. 뿐만 아니라 금지방안이 활성화될 경우 자칫 i) 주택 공급 감소, ii) 왜곡된 부동산 시장 형성 가능성 등의 부정적 측면이 심화될 수 있다. 집합건물에 있어 대지권 미등기 집합건물의 경우 아예 분양자로 하여금 분양 자체를 금지할 경우 건설사 등은 집합건물 형태의 사업성을 기존보다 낮게 평가할 가능성이 높고 이에 사업추진을 다소 꺼릴 수 있다. 이러한 경로 등을 통해 궁극적으로는 주택공급이 상당수 감소할 수 있다. 뿐만 아니라 본 금지방안에 저촉될 가능성이 농후한 집합건물 건축의 경우 향후 수분양자 입장에서조차 꺼릴 수 있으므로 부동산 시장의 정상적인 활용 범위를 왜곡할 수도 있다. 이에 본 금지방안을 도입하고자 할 경우 다방면으로 예측가능한 여러 난제 상황을 대비해야 할 것이다.

#### 1.5.8 입법안 및 제도적 방안 논의 중 합리적 견해 모색

먼저 집합건물법 제20조 제1항 삭제와 제2항 존치 입법안은 기존 종속성을 표방하는 다수 대법원 판례를 정면으로 부정할 수도 있는바, 이는 다소 너무 진취적인 방법이라고 판단된다. 그리고 집합건물 규약 또는 공정증서 등의 폐지 입법안 역시 급진적이고 무엇보다 규약의 이른바 ‘구분소유자 간 분쟁해결능력’이라는 장점이 상당하므로 본 입법안 역시 최종 입안되기에는 난항을 겪을 것으로 검토된다.

대지권 강제주의 입법안도 그 대안으로 채택될 가능성은 매우 농후하나, 과거에 대지권 강제주의 입법이 좌절된 경험을 무시하기 어렵다. 무엇보다 본 대지권 강제주의 입법안을 완성하려면 관련 법률인 건축법, 부동산등기법, 그리고 메인 법인 집합건물법 등을 모두 개정해야 하는바, 입법 실무상 입법충돌 가능성이 있으므로 본 방안은 끝까지 완주하기가 쉽지만은 않다.<sup>99)</sup>

99) 다만, 이와 같은 과정 등이 합리적으로 성공한다면 역시 대안으로서의 가능성이 있다고 판단된다.

제1항(처분의 종속성)과 제2항(분리처분금지) 양자를 조화롭게 입법하는 방안 즉, “구분소유자의 대지사용권은 그가 보유하는 전유부분의 처분에 따른다” 여기에 더하여 “다만, 구분건물의 전유부분에 관해 근저당권 등 선행 권리자가 있는 경우에도 같다”라는 내용을 제1항과 제2항 규정과 조화될 수 있도록 개정하는 방안이 그나마 합리적인 측면이 있다고 조심스럽게 판단된다. 다만, 이 입법안의 경우 예상치 못한 제3자 손해가 발생할지 여부가 논의될 수 있는바, 제3항 규정인 제3자 관련 규정으로 규율하면 될 것이다. 그러함에도 본 제3항만으로 예상치 못한 제3자 손해 관련 문제들이 모두 합리적으로 규율될 수 있을지에 관해서는 예측 불가능성이 잔재한다. 본 논제 부분만 심사숙고하여 관련 입법안을 마련하는 것을 성공할 경우 본 입법안은 대안으로 작용할 가능성이 다른 입법안보다 상대적으로 높다고 검토된다.<sup>100)</sup>

## 2. 대지권 미등기 집합건물에 관한 수분양자의 대지사용권 취득 여부

i) 분양회사가 대지를 매수한 후 집합건물을 건축하였으나 해당 대지에 관한 소유권이전등기를 경료하지 못한 경우 수분양자는 집합건물 대지를 점유, 사용할 수 있는 권리를 가지는지 여부, ii) 이와 같은 해당 대지에 관한 점유, 사용권은 집합건물법 제2조 제6호에서의 대지사용권에 해당하는지 여부가 문제 된다.<sup>101)</sup>

100) 이와 더불어 구분소유관계문서제도는 집합건물 건축 단계에서부터 구분소유 관계 가명, 전유부분에 관한 대지사용권의 종속성, 양자의 분리처분 현황 등 내용을 명확히 하는 것인바, 합리적 측면이 다수 있다고 판단된다. 다만, 당사자들이 본 구분소유관계문서제도에 응하지 않을 경우 강제성 등에 있어 다소 한계 등이 예상될 수 있다.

101) 구분소유자의 시각에서는 수분양자도 본 범위에 포괄하여 검토하였다. 수분양자는 분양계약을 통해 해당 집합건물의 전유부분을 분양받기로 한 자이므로 향후 구분소유권을 취득할 지위에 있으며 대지권 미등기 집합건물상 여러 논제의 당사

대규모 집합건물(아파트 등)의 경우 대지의 분필, 합필 및 환지 절차 지연, 각각의 세대당 지분비율 결정 지연 등의 이유로 인해 전유부분에 관한 소유권보존등기 및 이전등기는 경료되었으나 대지지분에 관한 소유권이전등기는 지체되는 경우가 있다.<sup>102)</sup> 이 경우 집합건물 건축자는 해당 대지를 매수한 후 아직 소유권이전등기를 경료받지 못하였음에도 불구하고 매매계약 이행으로 해당 대지를 인도받아 지상에 집합건물을 건축한 경우라면 매매계약 효력으로써 건축자는 해당 대지를 점유, 사용할 권리가 발생한 것으로 판단하는 것이 합리적이다.<sup>103)</sup>

이러한 대지에 관한 점유, 사용권은 단순히 점유권과는 달리 판단해야 하는 본권으로 파악할 수 있다.<sup>104)</sup> 이에 집합건물법 제2조 제6호에서 구분소유자는 전유부분을 소유하기 위해 대지에 관해 가지는 권리인 대지사용권을 보유하는 것으로 판단하는 것이 합리적이다.<sup>105)</sup>

### 3. 구분소유권자의 매도청구권 인정 여부

#### 3.1 학설과 판례

전유부분과 대지사용권 간 일체성이 인정되지 않거나 일괄경매청구권이 인정되지 않는 대지에 관한 저당권자가 이러한 대지를 집행하여 해당 대지와 구분소유자가 분리되는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 대지소유자는 구분소유자에게 구분소유권매도청구권(집합건물법 제7

---

자일 수도 있기 때문이다. 또한, 본 논제에서 수분양자는 향후 구분소유권자로서 대지사용권을 보유하게 되기도 한다.

102) 김성욱, 앞의 논문, 353쪽.

103) 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다10741 판결.

104) 김성욱, 앞의 논문, 354쪽.

105) 뿐만 아니라 이 경우 수분양자로부터 전유부분, 대지지분을 재매수 또는 증여 등으로 인해 양수받거나 전전 양수받은 자 역시 애초 건축자 또는 수분양자가 보유하고 있던 이와 같은 대지사용권을 취득한다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다10741 판결).

조)이 인정되지 않는 점을 악용하여 해당 구분건물에 관한 철거판결을 판시 받는다. 이후 대지소유자는 철거판결을 토대로 감정가액에 있어 35% 이하 금액으로 구분 건물을 매입하는 경우가 있다. 이는 다수 구분 건물소유자 측에게 매우 큰 재산권 손실을 줄 수 있고 공공복리 취지에도 부합하지 않는 문제가 있다.<sup>106)</sup> 이러한 경우에 있어 대지소유자에게 한정된 구분건물 매도청구권을 구분건물 소유자에게도 부여할 수 있는지 검토할 필요가 있다.

판례는 가령, 임대차 계약에 있어서 본 임대차 계약의 종료로 인해 임차인에게 건물매수청구권을 행사 가능한 권리가 인정될 경우 임대인이 무조건적으로 건물을 철거해야만 하는 것은 부정한다.<sup>107)</sup> 이에 대지소유자가 구분건물에 관한 철거소송을 제기한 경우 구분소유권자에게 대지에 대한 권리를 매도하거나 구분소유권 매수청구권을 행사 가능하도록 인정해 줄 필요가 있다.<sup>108)</sup> 구분소유권자는 대지소유권자와 비교할 때에, 상대적으로 가혹한 측면을 고려할 경우에도 이와 같이 판단하는 방안도 검토할 필요가 있다.<sup>109)</sup>

106) 전장현, 앞의 논문, 170쪽.

107) 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다51178, 51185 판결.

108) 전장현, 앞의 논문, 171쪽; 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 69頁.

109) 다만, 토지 임대차 계약의 경우 임대인이 임차인과 지상물 소유를 목적으로 하는 임대차 계약을 체결하였고, 계약 갱신을 거절할 사정 등이 있는 때에, 해당 건물 유지에 관한 책임을 부담하는 측면이 있으므로 해당 임차인에게 지상물매수청구권이 부여되는 시각도 있을 것이다. 그러나 이와는 달리 대지소유자에게 책임을 부담할 만한 사유가 존재하지 않는 경우, 가령, 무단으로 건축주가 건물을 신축한 경우에 있어서도 대지소유자 측에게 어떤 권리를 행사할 수 있다고 판단하는 것은 합리적이지 않을 것이다. 이에 대지소유자가 건축주 또는 구분소유자에게 대지사용권을 보장해 주어야 할 어떠한 사정이 있는 경우에 있어서만 위 권리 부여를 검토하는 방안도 합리적이다.

### 3.2 검토

뿐만 아니라 집합건물법 입법취지 또는 규정을 검토할 경우 건물소유자의 지위를 토지소유자 지위보다 다소 우선적으로 보호하고자 하는 측면이 있다. 집합건물법에는 전유부분에 관한 구분소유권을 중심으로 i) 전유부분에 대한 권리(집합건물법 제20조), ii) 공용부분, iii) 대지사용권에 관한 권리를 일체로 취급하고 있다.<sup>110)</sup> 판례도 역시 구분 건물이 저당권실행에 의해 처분된 경우 해당 대지사용권은 전유부분에 관한 종된 권리로 판단한다. 이와 같은 판례 법리를 검토할 경우에도 저당권 실행에 따라 구분건물이 처분된 경우 해당 대지사용권은 전유부분의 종된 권리이므로<sup>111)</sup> 매수인 측에 귀속하게 된다. 이 경우 대지소유자는 구분건물 소유자를 상대로 건물철거 등을 요구할 수 있는바,<sup>112)</sup> 이에 반해 구분소유권자에게 무조건적으로 매도청구권을 인정하지 않는 것은 합리적이지 않다.<sup>113)</sup> 이에 구분건물 소유자 측에게도 i) 대지에 관한 권리를 매도 청구할 수 있게 해주거나 ii) 해당 구분소유권을 시가에 의해 매수 청구할 수 있도록 하는 것이 타당하다.<sup>114)</sup>

### 3.3 입법론적 해결 방안

이에 전유부분과 대지사용권 간 이러한 한계를 극복하고자 집합건물법 제7조를 반대 시각에서 개정하는 입안 역시 검토할 수 있다. 집합건물법 제7조는 대지사용권을 보유하지 않은 구분소유자를 상대로 그 전유

110) 전장현, 앞의 논문, 171쪽; 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 114頁 以下; Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5.

111) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

112) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010다15158 판결; 丸山英氣, 上の本, 112頁.

113) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 69頁.

114) 전장현, 앞의 논문, 171쪽.

부분 철거를 청구할 수 있는 권리는 가지고 있는 자는 구분소유권을 해당 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다.<sup>115)</sup> 동조 제7조 규정을 반대로 검토할 경우 구분건물 전유부분의 구분소유권자는 구분건물 부분에 해당하는 대지 지분 소유자를 상대로 대지 지분을 시가로 매도할 것을 청구 가능하다는 입안도 가능할 것이다. 이는 전유부분과 대지사용권 간 처분분리를 방지할 수 있다는 점에서 합리적이다.<sup>116)</sup> 본 입법안 법리는 주택법 제22조 제1항<sup>17)</sup>과도 일맥상통하기 때문에 타당한 측면도 살펴볼 수 있다.

#### IV. 구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계

대지권 미등기 집합건물에서 구분소유자와 저당권자 간 합리적 규율방안에 관해 검토하고자 한다. 이 경우 주요 논제는 i) 저당권 효력의 범위가 대지사용권에도 유추 적용되는지 여부, ii) 저당권의 효력이 구분소유자와 저당권자 간 관계에 미치는 영향, iii) 저당권자의 일괄경매 청구권·우선변제권 인정 가능성인바, 이에 관해 검토하고자 한다.

##### 1. 민법 제358조 규정(저당권의 효력의 범위)이 저당부동산에 서의 대지사용권에도 유추 적용되는지 여부

본 논제를 논의할 경우 먼저 전제 사항을 검토하여야 한다. 민법 제358

115) 丸山英氣, 前の本, 112頁.

116) 김영두, 집합건물법연구, 진원사, 2008, 198쪽.

117) 주택법 제22조(매도청구 등) ① 제21조 제1항 제1호에 따라 사업계획승인을 받은 사업주체는 다음 각 호에 따라 해당 주택건설대지 중 사용할 수 있는 권원을 확보하지 못한 대지(건축물을 포함한다. 이하 이 조 및 제23조에서 같다)의 소유자에게 그 대지를 시가(市價)로 매도할 것을 청구할 수 있다. 이 경우 매도청구 대상이 되는 대지의 소유자와 매도청구를 하기 전에 3개월 이상 협의를 하여야 한다.

조 규정을 검토할 경우 저당권 효력은 저당부동산에 부합되어 있는 물건, 종물에 미치게 됨을 알 수 있다.<sup>118)</sup> 그런데 건물 또는 건물의 전유부분에 관한 저당권 효력은 해당 건물 또는 건물의 전유부분을 위해 설정되어 있는 대지사용권 부분에도 미치는지에 관하여는 관련 규정이 존재하지 않는다.

저당권의 효력의 범위 문제가 저당부동산에서의 대지사용권 논제에도 유추적용될 수 있는지 여부를 논의하려면 민법 제358조 규정을 검토하여야 한다. 민법 제358조(저당권의 효력의 범위) 규정은 저당권 효력은 저당부동산에 부합(附合)되어 있는 물건과 종물(從物)에 미치게 됨을 검토할 수 있다. 이 규정은 저당부동산에 있어 물건과 종된 권리 논제에도 유추 적용 가능하다고 판단하는 것이 합리적이다.<sup>119)</sup>

집합건물법 제20조 제1항 규정은 구분소유자의 대지사용권은 자신이 보유하는 전유부분의 처분에 따르게 된다고 규정하고 있다. 동조 제2항 규정은 구분소유자는 대지사용권을 자신이 보유하는 전유부분과 분리한 채 처분할 수 없음을 규율한다. 그리고 동법 제2조 제6항 규정은 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하고자 건물 대지를 상대로 보유하는 권리를 의미한다고 한다.

본 제규정 법리 등을 검토할 경우 구분건물의 전유부분만을 상대로 저당권이 설정된 경우 본 저당부동산에 있어 전유부분에 부합(附合)되어 있는 대지사용권의 경우 종물(從物)로 판단하는 것이 합리적이다. 대지사용권은 구분건물에 있어 전유부분인 주물(主物)의 상용(常用) 등에 이바지할 수 있고 전유부분의 효용에 있어서 양자는 법률적 운명을 같이한다는 측면을 고려할 경우에도 그러하다. 그리고 대지사용권은 규약에서 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 등의 정함이 없는 한,

118) 민법 제358조(저당권의 효력의 범위) 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

119) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다527 판결; 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다42399 판결.

구분건물의 전유부분을 영위하기 위해서 원칙적으로 같이 수반되어야 한다. 이러한 측면 등을 고려할 경우 민법 제358조 규정(저당권의 효력의 범위)은 저당부동산에서의 대지사용권에도 유추 적용될 수 있다.

## 2. 양자 관계에서 전유부분에 관한 (근)저당권의 효력의 범위가 구분소유자(대지사용권)와 저당권자 간 관계에 미치는 영향

### 2.1 학설

공정설은 구분소유권의 목적에 해당하는 건물의 전유부분에 관해 저당권이 설정된 경우 본 저당권의 효력은 대지사용권에도 미친다는 견해이다.<sup>120)</sup> 공정설은 다음과 같은 논거를 제시한다. 공정설은 첫째, 집합건물법 제20조 제1항은 전유부분에 관한 대지사용권의 종속성 특성을 인정한 것이므로 대지사용권은 전유부분의 이른바 종된 권리로 파악할 수 있다고 한다.<sup>121)</sup> 이에 민법 제358조(저당권 효력의 범위)<sup>122)</sup> 규정을 유추 적용하여 전유부분에 관한 저당권 효력은 대지권 부분에도 미친다고 주장한다. 둘째, 집합건물법 제20조 제1항 규정의 입법취지를 검토할 경우 구분소유자가 전유부분을 소유할 목적으로 건물에 있어 대지에 관해 보유하는 대지사용권은 전유부분에 관한 종속성 측면이 매우 강하고 양자 권리를 일체로 처분하는 것이 거래 실정이라고 한다. 그러면서 본 견해는 전유부분과 대지사용권이 서로 분리되어 처분되면 매우 복잡한 법률 분쟁이 발생할 가능성이 높으므로 본 제1항 규정을 입안한 것이라고 한다. 이러한 측면을 고려할 경우 전유부분만에 관한 저당권의

120) 김병운, 앞의 논문, 53쪽; 양경승, 앞의 논문, 299쪽.

121) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

122) 민법 제358조(저당권의 효력의 범위) 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

효력의 범위는 대지사용권에 미친다고 주장한다.<sup>123)</sup>

부정설은 구분소유권이 목적으로 하는 건물의 전유부분에 저당권이 설정된 경우 본 저당권의 효력은 대지사용권에는 미치지 않는다는 견해이다.<sup>124)</sup> 부정설은 다음과 같은 논거를 제시한다. 첫째, 전유부분에만 저당권이 설정된 경우라고 할지라도 그러한 저당권의 효력이 대지권 부분까지 미치게 될 경우 저당권자에게는 예상하지 못했던 이득을 얻게 된다는 것이다. 또한, 이에 따라 어느 제3자에게는 손해를 입힐 수 있다고 한다. 둘째, 우리나라는 독일, 프랑스와는 다르게 건물과 토지를 별개 부동산으로 취급하고 있기 때문에 건물과 토지의 관계를 주종관계로 파악하는 것이 부당하다고 한다. 셋째, 대지권에 관해 저당권설정등기가 경료되지 않았음에도 불구하고 전유부분에 관한 저당권의 효력이 대지사용권에도 미친다고 판단하는 것은 형식주의에 반한다고 설시한다. 본 견해에 따를 경우 전유부분과 대지사용권은 원칙적으로 일체로 처분되어야 하나 일정 경우에 있어서는 양자는 분리하여 처분될 수 있어야 한다고 본다. 이에 집합건물법 제1항은 이른바 종속성을 나타내는데 이러한 제1항은 양자 권리가 전혀 분리 처분이 불가능한 것으로 오해를 불러일으킬 수 있다는 것이다.<sup>125)</sup>

## 2.2 판례

경락인이 전유부분과 대지지분 둘 다 매수하였으나 전유부분을 상대로만 이전등기를 경료하고 대지 지분을 상대로는 등기를 경료하지 못한

123) 본 견해를 검토할 경우라 할지라도 전유부분 소유자는 대지사용권을 취득한 후 즉, i) 전유부분과 대지사용권 양자 권리가 동일한 소유자의 소유에 속한 상황이 전제되어야 하며 ii) 양자 권리가 분리처분될 수 있다는 등의 위와는 다른 내용의 규약이 존재하지 않아야 한다고 설시한다(김병운, 앞의 논문, 46쪽, 박승렬, 앞의 논문, 115쪽).

124) 김황식, 앞의 책, 368쪽.

125) 김황식, 위의 책, 368쪽.

경우 전유부분에 관한 경락인은 i) 대지에 관한 점유권 또는 ii) 대지지분에 관한 소유권이전등기청구권을 근거로 해당 대지사용권을 보유할 수 있는지 여부가 주요 논제이다. 이 논점 등은 실제 다수 문제가 발생하고 있으므로 관련 대법원 판례를 검토할 필요가 있다.

판례는 집합건물법 제20조 제1항, 제2항, 그리고 민법 제358조<sup>126)</sup> 규정을 검토할 경우, 위와 같은 사정으로 인하여 대지지분에 관한 등기가 경료되기 전에 전유부분 만에 관해 설정된 저당권의 효력은 대지사용권을 전유부분과 분리처분이 가능하도록 정한 규약이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 해당 전유부분 소유자가 추후 대지지분에 대한 등기를 완료함으로써 전유부분과 대지권 모두가 동일 소유자에게 귀속하게 되었다면 당연하게 종물 내지 종된 권리인 대지사용권에까지 미치게 된다고 판시하였다.<sup>127)</sup>

즉, 판례에 따를 경우 집합건물 등 구분건물에서 구분소유권자가 대지사용권 취득은 하였으나 대지권 등기를 경료하지 못한 경우 전유부분만을 상대로 저당권이 설정되어 임의경매절차가 개시된 때에, 구분소유권자와 저당권자 간 관계는 저당권은 대지사용권에까지 미치는 것으로 해석할 수 있다.

### 2.3 긍정설·부정설의 타당성 검토 및 긍정설에 따른 양자 간 관계적 시각에서의 합리적 방향 모색

앞서 검토한 바와 같이 부정설은 구분소유권이 목적으로 하는 건물의 전유부분에 저당권이 설정된 경우 본 저당권의 효력은 대지사용권에는 미치지 않는다는 견해이다.<sup>128)</sup> 부정설은 다음과 같은 논거를 제시하고

126) 민법 제358조(저당권의 효력의 범위) 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

127) 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다12722 판결; 대법원 2005. 11. 14. 자 2004그31 결정.

있는데, 먼저 전유부분에만 저당권이 설정된 경우라고 할지라도 그러한 저당권의 효력이 대지권 부분까지 미치게 될 경우 저당권자에게는 예상하지 못했던 이득을 얻게 된다는 것이다.

그러나 저당권자 입장에서는 어차피 저당권이 설정될 당시 구분건물의 전유부분과 대지 부분에 관한 내용을 파악하고자 등기 현황을 확인할 것이다. 이에 따라 전유부분만을 상대로 저당권이 설정된 경우 전유부분을 그 교환가치로 파악할 것인바, 대지사용권 부분을 아예 판단하지 않는 것으로 검토하지는 않을 것이다. 전유부분의 경우 저당권설정 이후 저당권 실행을 통해 해당 전유부분의 교환가치를 환가할 수 있는 강한 신뢰가 있으나 대지사용권은 다소 장래에 취득할 것을 유보한 측면도 있기 때문이다.<sup>129)</sup> 이 경우 전유부분만을 상대로 저당권이 설정된 경우 저당권 실행에 따른 경매매수인은 전유부분에 관해 소유권을 보유하게 되고 대지사용권은 전유부분에 관한 대지사용권의 종속성에 의해 역시 경매매수인에게 종속하게 되는 것으로 판단하는 것이 합리적이다.<sup>130)</sup> 공정설의 법리를 통해 이와 같은 논의를 추론할 수 있다.

또한, 부정설은 우리나라는 독일, 프랑스와는 다르게 건물과 토지를 별개 부동산으로 취급하고 있기 때문에 건물과 토지의 관계를 주종관계로 파악하는 것이 부당하다고 한다.<sup>131)</sup> 그러나 건물과 토지를 별개 부동산으로 취급하는 측면은 구분건물에 있어 전유부분과 대지사용권 간 관계를 적용하기에 타당하지 않다. 건물과 토지를 별개 부동산으로 취급하는 논의는 부동산에 있어 그 형식적 측면을 논의하는 것으로 판단하여야 하는데, 전유부분과 대지사용권 간 관계는 형식적 시각보다는 양자 간 종속성이 존재하는 논제 영역인 것이다. 양자 관계를 설사 형식적

128) 김황식, 위의 책, 368쪽.

129) 장건/서진형, 앞의 논문, 13쪽.

130) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

131) 김황식, 앞의 책, 368쪽.

시각에서 검토할 경우 전유부분에 관한 권리에 관해 대지 부분에 관한 권리가 종속성을 띠게 되는 종된 권리로 판단될 수 있는바,<sup>132)</sup> 이는 정책적 판단에 따른 예외로 검토할 필요가 있다.<sup>133)</sup> 이에 건물과 토지 간 관계와 전유부분과 대지사용권 간 관계는 비교하여 논의할 수 있는 논제 영역으로 보기에는 다소 어려울 것이다.

부정설은 대지권에 관해 저당권설정등기가 경료되지 않았음에도 불구하고 전유부분에 관한 저당권의 효력이 대지사용권에도 미친다고 판단하는 것은 형식주의에 반한다고 설시한다. 그런데 구분소유자의 전유부분만을 담보로 저당권이 설정된 경우라 할지라도 본 저당권설정의 범위는 전유부분과 대지사용권 간 일체성 및 종속성 특성을 고려할 경우<sup>134)</sup> 전유부분을 포함하여 대지사용권까지 미친다고 판단할 필요가 있다. 물론 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 저당권자가 구분소유자와의 관계에 있어서 무언가 큰 이익을 얻게 되는 것으로 검토할 수 있는 가능성은 있을 수 있다. 그러나 저당권 실행으로 인한 경매매수인 입장에서는 저당권자가 전유부분만에 관해 저당권을 설정한 것과 같이 전유부분만의 가치를 소유하게 되는 것이다. 이와 더불어 경매매수인은 대지 부분에 있어서는 직접적인 소유라고 판단하는 것보다 대지사용권을 보유하게 되는 것으로 파악하는 것이 합리적이다.

이와 같은 논의를 토대로 긍정설의 견해가 더 타당하다고 판단된다. 이러한 긍정설에 따를 경우 구분건물의 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 저당권자와 대지사용권 간 관계는 저당권의 효력의 범위는 전유부분뿐만 아니라 대지사용권까지 미친다고 판단하는 것이 합리적이다. 다만, 향후 전유부분의 소유권자와 대지부분의 소유권자가 동일할 것을 전제하고 있는 측면은 내포하고 있다고 검토된다.

132) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

133) 장건/서진형, 앞의 논문, 13쪽; 양형우, 앞의 논문, 69쪽.

134) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 114頁 以下; 新田 敏, 前の論文, 47頁.

### 3. 저당권자의 일괄경매청구권·우선변제권 인정 가능성

구분건물의 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 저당권자가 전유부분뿐만 아니라 대지권 부분까지 모두 일괄경매할 수 있는지 여부가 문제 된다. 긍정설에 의해 집합건물법 제20조 제1항에서의 전유부분에 관한 대지사용권의 종속성을 전제할 경우<sup>135)</sup> 저당권이 전유부분만을 상대로 설정되었음에도 불구하고 전유부분과 대지 부분의 일체성으로 인해<sup>136)</sup> 그 대지권 부분에도 미치게 된다고 판단하는 것이 합리적이다.<sup>137)</sup> 이에 저당권자는 전유부분을 상대로 경매를 실행할 수 있음은 물론이고 전유부분과 대지권 부분까지 일괄하여 경매할 수 있다고 판단하는 것이 합리적이다. 다만, 예외적으로 전유부분에만 저당권이 설정될 당시 대지권 부분이 명확하게 등기가 먼저 경료된 경우에는 그러하지 않을 수 있다.

또한, 통상적인 경매절차에서 전유부분에 관한 저당권 실행으로 인해 경매매수인이 있는 경우 저당권설정자 내심 의사는 전유부분만을 상대로 저당권을 설정해 줄 당시 그 저당권의 담보대상으로의 교환가치 범위에 있어 전유부분만 해당된다고 판단하지는 않았을 것이다.<sup>138)</sup> 집합건물법 입법취지는 전유부분과 대지사용권 간 종속성<sup>139)</sup> 내지 일체성을 강하게 드러내고 있고<sup>140)</sup> 저당권설정자도 저당권설정 시 장래 대지권 취득을 고려할 것이므로<sup>141)</sup> 전유부분에만 저당권이 설정된 경우 저당권자에게 우선변제권을 인정할 수 있을 것이다.

135) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

136) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 114頁 以下; Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5; 新田敏, 前の論文, 47頁.

137) 김병운, 앞의 논문, 53쪽; 박승렬, 앞의 논문, 119쪽; 양경승, 앞의 논문, 299쪽.

138) 장진/서진형, 앞의 논문, 13쪽.

139) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

140) 稻本洋之助/鎌野邦樹, 前の本, 114頁 以下; Kenton L. Kuehnle, *op. cit.*, p. 5; 新田敏, 前の論文, 47頁.

141) 장진/서진형, 앞의 논문, 13쪽.

## V. (근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계

### 1. 문제의 지점

(근)저당권자와 경매매수인 간 주요 논제는 i) 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 대지지분에 있어 경매매수인의 부당이득 성립 여부, ii) 대지지분 감정평가액이 미반영된 전유부분의 경매매수인이 대지지분에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우 부당이득에 해당하는지 여부를 합리적으로 모색할 필요가 있다.

### 2. 저당권자와의 관계에서 경매매수인(낙찰인)의 부당이득 여부

전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 경매매수인이 저당권자와의 관계에 있어서 부당이득을 얻게 되는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 저당권 실행으로 인한 경매매수인 입장에서는 저당권자가 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 것과 같이 원칙적으로 전유부분만의 가치를 소유하게 되는 것이다. 대지 부분에 관해서는 경매매수인이 직접적으로 대지권 등기권리자와 같은 강한 권리를 보유하고 있는 것으로 판단하기보다는 대지사용권을 보유하고 있는 것으로 파악하는 것이 합리적이다.<sup>142)</sup> 이러한 측면을 검토할 경우 경매매수인은 부당이득을 얻었다고 판단하기는 어렵다고 판단된다.

### 3. 대지지분 감정평가액이 미반영된 전유부분의 경매매수인이 대지지분에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우 부당이득에 해당하는지 여부

대지권 미등기 구분건물 상황 중 근저당권자와 경매매수인 간 관계에

142) 장진/서진형, 위의 논문, 13쪽.

서 대지지분 감정평가액이 미반영된 전유부분의 경매매수인이 대지지분에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우 부당이득에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있다.

구분건물 전유부분에 관한 소유권이전등기만 경료되었고 대지지분에 관한 소유권이전등기가 경료되기 이전에 전유부분만에 관해 근저당권에 터 잡아 임의경매절차가 개시되는 경우가 있다. 이후 집행법원이 해당 구분건물에 관한 입찰명령을 함에 있어서 대지지분에 대한 감정평가액을 반영하지 않은 채 경매 절차를 진행한 경우 경매매수인이 경매목적물인 전유부분을 낙찰받았다면, 경매매수인은 전유부분을 정당하게 낙찰받는 것으로 판단하는 것이 합리적이다.<sup>143)</sup> 여기서 경매매수인이 전유부분을 낙찰받은 것은 전유부분과 대지사용권을 분리 처분 가능하다는 규약 등이 존재하지 않는 한, 전유부분을 취득하는 것뿐만 아니라 전유부분에 대한 종된 권리인 대지지분 내지 대지사용권 부분까지 취득하는 것으로<sup>144)</sup> 보는 것이 타당하다.<sup>145)</sup> 전유부분에 있어 대지사용권은 종속성이 있기 때문이다.<sup>146)</sup>

이에 구분건물에서 대지지분 등기가 경료된 이후에 집행법원 촉탁에 의해 낙찰인이 대지 지분에 관해 소유권이전등기를 경료받은 경우 낙찰인이 법률상 원인 없이 이득을 얻었다고 보기는 어렵다.<sup>147)</sup> 대지 지분은 구분소유자가 보유하고 있는 대지에 관한 공유지분을 의미하는바, 통상적으로 대지사용권의 한 종류로 파악할 수 있으며 즉, 대지 지분은 대지사용권의 구체적 형태 중 하나로 검토할 수 있기 때문이다.

이는 i) 건물소유자가 해당 건물의 소유를 위해 대지에 관해 보유하고 있는 지상권, 임차권 등의 권리 역시 해당 건물의 종된 권리에 해당하고

143) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2001다22604 판결.

144) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

145) 대법원 1997. 6. 10. 자 97마814 결정.

146) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

147) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2001다22604 판결.

ii) 건물에 관한 저당권 효력은 당연히 이들 종된 권리에 미치는데, 이들 종된 권리로 파악할 수 있는 것은 대지 지분 내지 대지사용권으로 검토할 수 있다.<sup>148)</sup> 이후 iii) 그러한 권리 등이 경매신청의 대상, 그리고 평가의 대상에 포함되었는지 여부 문제와 관련 없이 건물의 경락인은 이를 취득하기 때문이다.<sup>149)</sup> 이러한 법리 등을 건물 전유부분에 관해 저당권이 설정된 경우 저당권 실행에 따른 경매매수인이 있는 사안에도 적용 가능하다고 판단하는 것이 타당하다.

## Ⅵ. 구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계

### 1. 문제의 지점

대지권 미등기 집합건물 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 구분소유자와 경매매수인 간 관계에서의 검토하여야 할 논제는 i) 경락인의 점유·사용권을 대지사용권으로 판단할 수 있는지 여부, ii) 분양자가 대지사용권을 취득하지 못한 경우 전유부분만에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인이 대지권·대지사용권을 취득하는지 여부 등이다.

### 2. 경락인의 점유·사용권을 대지사용권으로 볼 수 있는지 여부

구분건물의 전유부분만을 상대로 설정된 저당권 효력의 범위에 관해 판례는 집합건물에서 대지의 분필, 합필, 환지 절차 지연, 각 세대당 지분비율결정 지연 등의 이유로 인해 전유부분에 관한 소유권이전등기

148) 丸山英氣, 前の本, 93頁.

149) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다24950 판결; 정희장, “집합건물 매수인의 대지사용권”, 판례연구 제9집, 부산판례연구회, 1998, 72쪽.

만 경로되었고 대지지분에 관한 소유권이전등기가 상당 기간 지체되는 경우, 집합건물 건축자로부터 전유부분, 그리고 대지지분을 함께 분양 형식으로 매수하며 해당 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건을 갖추었으나 전유부분에 관한 소유권이전등기만 경로받았고 대지지분에 관해서는 위와 같은 사정 등으로 인해 소유권이전등기를 아직 경로 받지 못한 지는 매매계약 효력으로써 전유부분의 소유를 목적으로 해당 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있다. 경락인 지위에서 보유하는 본 점유·사용권은 단순한 점유권과는 그 차원을 달리하는 본권인바, 이 권리는 집합건물법 제2조 제6호에서의 구분소유자가 전유부분을 소유할 목적으로 건물의 대지에 관해 보유하는 권리인 대지사용권에 해당한다고 판시하였다.<sup>150)</sup>

즉, 본 판례에 따를 경우 본 사안에서 경락인이 보유하는 대지에 관한 점유·사용권은 구분소유자가 구분건물 전유부분을 소유하고자 건물의 대지를 상대로 보유하는 권리인 대지사용권에 해당하게 된다. 이와 같은 해석을 하지 않을 경우 부동산 경매 시장에서의 법적안정성 침해가 발생할 가능성이 있고 향후 경매매수인은 대지소유자로부터 철거요청 등으로 인한 불안정성 역시 내포하게 됨을 고려할 경우에도 그러하다.

### 3. 분양자가 대지사용권을 취득하지 못한 경우 전유부분만에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인이 대지권·대지사용권을 취득하는지 여부

분양자가 대지사용권을 취득하지 못한 상황에서 분양을 진행한 경우 수분양자는 구분건물만에 관한 소유권이전등기를 경로받았다 할지라도 그로 인해 대지사용권까지 취득하게 되는 것으로 보기는 어렵다. 이

150) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결; 2006. 9. 22. 선고 2004다58611 판결.

경우 해당 구분건물만에 관해 근저당권이 설정된 경우 저당권 실행에 따른 경매매수인은 구분건물 전유부분에 관한 소유권을 취득하나 대지 사용권까지는 취득하지 못하게 해석하는 것이 합리적이다.

즉, 분양자가 당초 대지사용권을 취득하지 못한 경우 구분건물에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인 역시 대지사용권을 취득하지 못하지만, 분양자가 애초에 대지사용권까지 취득한 상황에서는 구분건물에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인은 안전하게 대지사용권까지 취득하는 것으로 판단하는 것이 타당하다.<sup>151)</sup>

## VII. 결론

아파트 등의 수요 증가로 인해 집합건물을 규율하는 집합건물법은 전 세계적으로 비교적 최근에 발전한 법률 및 제도이다. 집합건물법 역사가 상대적으로 다른 법률보다 짧은바, 이에 따라 집합건물법 관련 법률 분쟁은 다수 발생하고 있다.

집합건물법은 집합건물에 있어 다양한 법적 사례 등을 규율함에 있어 물론 본 법률만을 적용하는 경우도 있으나 때로는 추가적으로 민법, 부동산등기법, 건축법 등의 법률과 유기적으로 결합하여 해결해야 하는 때도 있다. 이 특성으로 인해 집합건물 관련 문제 등을 해결하고자 할 경우 집합건물법은 몇몇 분야에서 매우 다양한 분쟁 가능성이 야기 된다.

집합건물법상 다양한 분쟁 양상 속에서 ‘대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권 간 종속성 및 일체불가분성 논제’의 경우 강제 집행 단계에서 다수 문제가 되고 있고 부동산경매절차 실무상 사법보좌관 시각에서도 다소 난해하게 살펴보는 분쟁 영역에 해당한다. 위 논제

151) 석동규, “대지권등기가 경료되지 아니한 구분소유건물에 대한 경매신청과 법원의 조치”, 실무연구자료 제2권, 대전지방법원, 1998, 26쪽.

와 이러한 논의를 전제로 구분건물 전유부분만을 상대로 (근)저당권이 설정될 경우 발생할 수 있는 다양한 주체 간 제논점 등을 집행법적 내지 부동산경매절차 시각에 집중한 논의 역시 활성화되지 못하였다. 따라서 그 연구 필요성이 시급하다고 검토하였다. 이에 본고에서는 전유부분과 대지사용권 간 종속성 및 일체불가분성 논의를 포괄하는 이른바 ‘대지권 미등기 구분건물의 전유부분과 대지사용권의 합리적 관계’에 집중하여 구분소유권·대지사용권·(근)저당권·경매매수인 간 관계 시각으로 풀어내어 검토하였는바, 핵심 내용을 정리하면 다음과 같다.

구분소유권과 대지사용권의 합리적 관계 시각에서 첫째, 구분건물 전유부분과 대지사용권 간 관련 규정의 합리적 해석 방안을 독일, 미국, 일본 등 국가와의 비교법적 논의를 통해 검토하였는바, i) 집합건물법 제20조 제1항(처분의 종속성)과 제2항(분리처분금지) 양자의 관계는 어느 한 규정이 원칙이고 다른 규정은 무의미하다고 파악하는 것보다 각각의 조문 의미를 살려서 해석하는 것이 합리적이다. 이와 더불어 판례인 종속적 일체불가분성설 법리도 일맥상통하는 측면이 있는바, 함께 차용하는 것이 일응 타당하다. ii) 입법론·제도 도입을 통한 전유부분과 대지사용권 간 합리적 분리처분 규율 방안 검토에서는 ㄱ) 집합건물법 제1항(종속성) 삭제 방안, ㄴ) 전유부분과 대지사용권 간 분리처분 가능성을 지니고 있는 집합건물 규약 등의 폐지 방안, ㄷ) 전유부분과 대지사용권 간 원천적 분리처분금지 입법안, ㄹ) 대지권강제주의 채택 방안, ㅁ) 구분소유관계문서제도의 도입안, ㅂ) 대지권 미등기 집합건물의 원천적 분양금지 방안 등과 같은 다수 입법안 및 제도의 장·단점 등을 검토하였다. 이에 “구분소유자의 대지사용권은 그가 보유하는 전유부분의 처분에 따른다” 여기에 더하여 “다만, 구분건물의 전유부분에 관해 근저당권 등 선행하는 권리자가 있는 경우에도 같다”라는 내용을 제1항과 제2항 규정과 융화할 수 있도록 개정하는 방안이 그나마 합리적이다. 둘째, 전유부분에 관한 소유권보존등기 및 이전등기는 경로되었으나

대지지분에 관한 소유권이전등기는 지체되는 경우 집합건물 건축자는 대지를 매수한 후 아직 소유권이전등기를 경료받지 못하였음에도 불구하고 매매계약 이행으로 대지를 인도받아 지상에 집합건물을 건축한 경우라면, 건축자는 대지를 점유, 사용할 권리를 보유한다. 셋째, 일괄경매청구권이 인정되지 않는 대지에 관한 저당권자가 본 대지를 집행하여 대지와 구분소유자가 분리되는 경우 대지소유자는 건물철거 등과 같은 다소 강력한 권리를 보유하므로 전유부분 소유자에게도 대지에 관한 권리를 매도 청구할 수 있게 해주거나 해당 구분소유권을 시가에 의해 매수 청구할 수 있도록 하는 방안은 합리적인 측면이 있다.

구분소유권과 (근)저당권의 합리적 관계에서 첫째, 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 “저당권 효력의 범위는 전유부분뿐만 아니라 대지사용권까지 미친다”고 판단하는 것이 합리적이다. 둘째, 저당권자는 등기 없이 대지 부분에 영향을 미치므로 저당권자는 전유부분, 대지권 부분까지 일괄경매를 할 수 있고 우선변제권도 행사할 수 있는 것으로 파악하는 것이 일응 타당하다.

(근)저당권과 경매매수인의 합리적 관계에서 첫째, 전유부분만에 관해 저당권이 설정된 경우 경매매수인이 부당이득을 얻은 것으로 파악하기는 난해한 측면이 있다. 둘째, 대지지분 감정평가액이 미반영된 전유부분의 경매매수인이 대지지분에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우 경매매수인은 부당이득을 취한 것이 아니다.

구분소유권과 경매매수인의 합리적 관계에서 첫째, 경락인 지위에서 보유하는 점유·사용권은 대지사용권에 해당한다고 보아야 한다. 둘째, 분양자가 당초 대지사용권을 취득하지 못한 경우 구분건물에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인 역시 대지사용권을 취득하지 못하지만, 분양자가 애초에 대지사용권까지 취득한 상황에서는 구분건물에 관한 근저당권 실행에 따른 경락인은 대지사용권까지 취득한다고 할 것이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2002.
- 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009.
- 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제15판, 신조사, 2016.
- 민사판례연구회, 민사판례연구 XIII, 박영사, 1990.
- 법원행정처, 법원실무제요:부동산등기실무 III, 법원행정처, 2015.
- 부동호, 부동산등기법 강해, 솔과학, 2012.
- 송덕수, 신민법강의 제9판, 박영사, 2016.
- 신연숙, 집합건물의 등기, 육법사, 1998.
- 지원림, 민법강의 제14판, 홍문사, 2016.
- 丸山英氣, 區分所有法(改訂版), 大成出版社, 2007.
- 稲本洋之助/鎌野邦樹, コンメンタル マンション區分所有法, 日本評論社, 2004.
- 馬場澤田法律事務所, Q&Aマンション紛争解決マニュアル 快適なマンションライフのための 新・標準管理規約に完全対応!, 中央經濟社, 2004.
- 埼玉辯護士會, 共有をめぐる法律と實務, ぎょうせい出版社, 2003.
- 稲本洋之助/鎌野邦樹, マンション區分所有法(第一版), 日本評論社, 1997.
- \_\_\_\_\_, マンション區分所有法(第二版), 日本評論社, 1998.
- 澤野 順彦, 不動産法の理論と實務, 商事法務, 2003.
- 玉田弘毅, 建物區分所有法の現代的課題, 社團法人商事法務研究會, 1981.
- Baur/Stürner, *Sachenrecht* 18. Aufl., マンション區分所有法, C.H.BECK, 2009.
- Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* 9. Aufl., C.H.Beck, 1977.
- Grant S. Nelson/Dale A. Whitman, *Real Estate Transfer, Finance and*

- Development Cases and Materials 7th ed.*, Gale Cengage, 2006.
- Joseph William Singer, *Introduction to Property Second edition*, ASPEN publishers, 2005.
- Kenton L. Kuehnle, *Ohio Condominium Law 2008 Edition*, Thomson West, 2008.
- Peter M. Dunbar, *Condominium Concept 9th Edition*, Pineapple Press, 2005.
- Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 14: Sachenrecht 1: 13. Aufl.*, Kohlhammer, 2002.

## 2. 학술지

- 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰 -집합건물의 특수한 법률관계 및 구분건물에 대하여만 설정된 전세권 및 저당권의 효력 범위를 중심으로-”, 사법논집 제27집, 법원행정처, 1996, 5-68쪽.
- 김병운, “구분건물에 대하여만 설정된 근저당권의 효력이 그 대지권에도 미치는지 여부”, 대법원판례해설 제24호, 법원도서관, 1996, 41-58쪽.
- 김선이, “독일 주거소유권법에 있어서의 단체적 구속의 근거와 한계”, 집합건물법학 제1집, 한국집합건물법학회, 2008, 13-49쪽.
- 김성욱, “집합건물의 하자 및 등기와 관련한 법적 문제”, 법조 제58권 제10호, 법조협회, 2009, 332-364쪽.
- 김영두, “집합건물의 대지사용권의 수반성과 분리처분금지”, 일감부동산법학 제19호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 29-60쪽.
- 고인상, “집합건물법에 관한 소고”, 사법연구자료 제13집, 법원행정처, 1986, 73-104쪽.
- 박순성, “대지지분소유자의 구분소유권매도청구권 -집합건물의소유및 관리에관한법률 제20조의 해석론을 중심으로-”, 민사판례연구

- 제20권, 박영사, 1998, 114-142쪽.
- 박재승, “구분건물의 토지지분만의 경매에서의 문제점과 그 해결방안”, 민사집행법연구 제13권, 한국민사집행법학회, 2017, 203-245쪽.
- 박태신, “집합건물과 대지의 권리관계 및 대지권 등기제도에 관한 연구”, 토지법학 제28권 제1호, 한국토지법학회, 2012, 119-146쪽.
- \_\_\_\_\_, “관리단과 입주자대표회의의 관계에 있어서 그 법률적인 문제점과 그 개선 방향에 관한 연구”, 홍익법학 제9권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2008, 61-90쪽.
- \_\_\_\_\_, “집합건물법에 있어서 집합건물의 대지 및 대지사용권에 관한 고찰”, 홍익법학 제11권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2010, 337-360쪽.
- 박홍래, “전유부분과 대지사용권의 일체성”, 민사법학 제22호, 한국민사법학회, 2002, 397-419쪽.
- 양경승, “대지권의 법적 성질과 관련문제”, 사법논집 제24집, 법원도서관, 1993, 197-305쪽.
- 서중희, “집합건물의 공용부분에서의 수익금의 분배 및 대지권 미등기 상태의 아파트 경매에 관한 소고”, 집합건물법학 제49집, 한국 집합건물법학회, 2024, 23-62쪽.
- 석동규, “대지권등기가 경료되지 아니한 구분소유건물에 대한 경매신청과 법원의 조치”, 실무연구자료 제2권, 대전지방법원, 1998, 23-28쪽.
- 송달용, “구분소유의 목적인 건물만에 근저당권을 설정한 자가 근저당권에 기한 경매에 의하여 건물을 경락받은 자에 대하여 매도청구권을 갖는지 여부”, 판례연구 제11집, 서울지방변호사회, 1998, 244-460쪽.
- 신국미, “구분소유자의 대지사용권 개념”, 집합건물법학 제21권, 한국집합건물법학회, 2017, 61-96쪽.

- 양형우, “독일법상 주거소유권과 세습지상권”, 재산법연구 제30권 제2호, 한국재산법학회, 2013, 33-62쪽.
- 이기용/이춘원, “구분소유의 성립에 관한 고찰”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2005, 253-282쪽.
- 이현종, “집합건물의 구분소유 성립시점”, 민사판례연구 제23권, 박영사, 2001, 42-66쪽.
- 이흥권, “건물구분소유권의 성립과 소멸에 관한 몇가지 문제”, 민사재판의 제문제 제7권: 공우 윤일영 선생·죽당 김상원 선생 화갑기념, 한국사법행정학회, 1993, 496-513쪽.
- 장 건, “대지권미등기 부동산에 관한 매수인의 실무적 주의”, 부동산경영 제13집, 한국부동산경영학회, 2016, 91-108쪽.
- 장 건/서진형, “집합건물의 대지권 미등기에 관한 법률관계”, 집합건물법학 제15권, 한국집합건물법학회, 2015, 1-24쪽.
- 장재현, “서독 공동주택의 소유 및 관리법제소고”, 법제 제5호, 법제처, 1982, 39-45쪽.
- 전경근, “규약상 대지에 대한 대지권의 설정”, 집합건물법학 제9집, 한국집합건물법학회, 2012, 21-53쪽.
- 전장현, “집합건물의 대지집행에 따른 구분소유권자의 재산권보호에 관한 고찰”, 민사집행법연구 제8권, 한국민사집행법학회, 2012, 151-178쪽.
- 정다영, “집합건물과 대지사용권에 대한 연구”, 비교사법 제28권 제3호, 한국사법학회, 2021, 1-31쪽.
- 정희장, “집합건물 매수인의 대지사용권”, 판례연구 제9집, 부산판례연구회, 1998, 63-95쪽.
- 진상욱, “집합건물 대지사용권의 일체불가분성”, 토지법학 제24권 제2호, 한국토지법학회, 2008, 87-115쪽.
- 함영주, “대지권 미등기 부동산 경매의 문제점과 개선 방안”, 민사집행

법연구 제18권 제2호, 한국민사집행법학회, 2022, 202-299쪽.  
新田 敏, “建物の区分所有から専有部分の敷地利用権”, 法學研究 Vol.  
69 No. 2, 慶応大学法学研究会, 1996, 43-67頁.  
濱崎恭生, “建物の区分所有等に関する法律 改正の概要”, ジュリ スト No.  
795, 有斐閣, 1983.

### 3. 자료집

김용한, “집합건물대지의 법리적 고찰”, 민법학논총: 후암 관운직교수화  
갑기념, 박영사, 1985, 267-284쪽.

[ Abstract ]

## **A Study on the Rational Legal Regulation of Condominium Buildings with Unregistered Land Rights:**

**Focusing on the Reasonable Relationship among  
Sectional Ownership, Land-Use Rights, Mortgages,  
and Auction Purchasers from the Perspective of  
Enforcement Law**

Lee, Chan Yang\*

This study focuses on the issue commonly referred to as “the reasonable relationship between the exclusive ownership portion of a unit building and its land-use right in cases where the land ownership (land right) has not been registered”, encompassing the discussions of dependency and inseparability between these rights. The analysis is conducted from the perspective of establishing a rational legal relationship among sectional ownership rights, land-use rights, (mortgage) security interests, and purchasers at auction, particularly within the context of enforcement law. Despite the fact that numerous disputes have arisen at the compulsory execution stage, this topic has not yet received sufficient scholarly attention. The core findings of this research are as follows.

---

\* Assistant Professor, College of Law, Gyeongsang National University

First, regarding the rational relationship between sectional ownership and land-use rights, a comparative legal analysis was conducted with reference to Germany, the United States, and Japan. ( i ) It is reasonable to interpret Article 20(1) and (2) of the Korean Act on Ownership and Management of Condominium Buildings harmoniously, preserving the meaning of each clause. (ii) In examining possible legislative or institutional approaches to enable rational separation and disposition between exclusive ownership and land-use rights, several legislative proposals were reviewed. A reasonable amendment would clarify that “the land-use right of a unit owner shall follow the disposition of the exclusive ownership portion held by that owner,” and further, “the same shall apply even when a prior mortgage or other security right exists on the exclusive portion,” thereby harmonizing both paragraphs of Article 20.

Second, in cases where registration of ownership preservation or transfer for the exclusive portion has been completed, but registration of the land share transfer has been delayed, if a condominium developer has purchased the land and taken possession for the purpose of construction—although ownership transfer has not yet been registered—the developer nonetheless retains the right to occupy and use the land.

Third, when a mortgagee executes the land separately due to the non-recognition of a collective auction right (integrated auction claim), resulting in the separation of land ownership from sectional ownership, the landowner's strong rights such as building demolition may justify allowing the unit owner to demand the sale of the land or, conversely, enabling the landowner to purchase the sectional ownership at market value.

Regarding the relationship between sectional ownership and (mortgage) security rights, first, if a mortgage is established only on the exclusive portion,

it is reasonable to interpret that “the effect of the mortgage extends not only to the exclusive portion but also to the corresponding land-use right”. Second, since the mortgagee's right influences the land portion even without registration, it is valid to recognize the mortgagee's authority to enforce a collective auction covering both the exclusive portion and the land-use right, along with the exercise of preferential repayment rights.

Concerning the relationship between (mortgage) security rights and purchasers at auction, first, it is difficult to regard the purchaser as unjustly enriched when the mortgage was established only on the exclusive portion. Second, if a purchaser acquires ownership registration for the land share despite the land value not being appraised in the auction price, such a case does not constitute unjust enrichment.

Finally, in the relationship between sectional ownership and purchasers at auction, first, the possession and use rights held by the successful bidder should be regarded as constituting the land-use right. Second, if the developer originally failed to acquire the land-use right, a purchaser acquiring ownership through the execution of a mortgage on the exclusive portion likewise does not acquire the land-use right. However, if the developer had initially acquired the land-use right, the purchaser through mortgage execution shall also acquire that right.

**[Key Words]** Unregistered Land Right, Sectional Ownership, Exclusive Portion, Land-Use Right, Dependency of Disposition, Prohibition of Separate Disposition, Mortgagee's Collective Auction Claim and Preferential Repayment Right, Unjust Enrichment, Compulsory Inclusion of Land Rights, Documentation System for Sectional Ownership Relations