

- I. 서론
- II. 사례 검토
- III. 집합건물 관련 법률관계
- IV. 사안의 해결

본 논고에서는 이와 관련된 사례를 중심으로 집합건물의 법률관계에 관하여 살펴보고, 그 해결방안을 검토하고자 한다.

## 2 주택금융월보

## I. 서론

아파트 등을 신축하는 시공사 등이 공사자금을 융통하기 위해 신축 중인 아파트의 대상 부지에 부동산담보 신탁이나 저당권 등의 담보권을 설정하는 경우가 있다. 이 경우 신축 중인 아파트 등에 구분소유권이 성립되었는지 여부에 따라 대상 부지에 설정된 담보권의 유효성 여부가 문제될 수 있다. 집합건물 관련 법률관계를 규율하는 집합건물법은 집합건물의 구분소유의 대상이 되는 전유부분과 별도로 대지사용권을 분리해 처분할 수 없는 것으로 규정하고 있으므로, 만약 해당 아파트 등에 구분소유가 성립한다면 위 담보권 설정은 대지사용권의 분리처분에 해당하여 무효가 되기 때문이다.

이와 같이 구분소유가 성립할 경우 구분소유의 대상이 되는 전유부분과 그 전유부분과 관련된 대지는 분리처분이 금지가 되는 등 민법의 특별법으로서의 집합건물법상 특유한 규정이 적용되므로, 집합건물 관련 법률분쟁에 있어서 구분소유의 성립요건 및 성립 시기는 중요한 의미를 갖는다.

집합건물법의 해석상 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐만 아니라 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 구분소유의 성립요건 중 구분행위는 분양계약 등을 통해 처분권자의 구분이사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정되고 별도로 건축물대장상의 등록절차 등은 필요 없다고 판시한 것을 비롯하여 집합건물 관련 법률관계에 관하여 최근 여러 개의 의미 있는 판결을 선고하였다.

주택금융공사와 같은 보증기관은 시공사 등 사업주체에게 아파트 등 신축에 필요한 건설자금을 지원하기도 하는데, 그 과정에서 이미 구분소유권이 성립된 신축 부지에 대해 담보권을 설정하는 상황도 생각해 볼 수 있다. 이 경우, 해당 부지에 대한 담보권을 통해서 온전한 채권보전조치가 이루어지지 못할 위험이 있다는 점에서 위 판례들을 살펴볼 의미가 있다고 하겠다.

이하에서는 대지 구분소유의 성립요건을 중심으로 집합건물 관련 법률관계 및 최근 판례상 문제가 되었던 사례 등에 대해 살펴보고 보증관계 성립 시 적합한 담보취득을 위한 검토사항을 알아보겠다.

## II. 사례 검토

### 1. 사례 1

시행사인 甲은 A 주식회사와 자기 소유의 토지에 아파트를 신축하기로 하는 공사도급계약을 체결하였고, 수분양자들과 각 세대에 관하여 아파트 분양계약을 체결한 후 분양대금을 지급받았다.

이후 甲은 자금 조달을 위해 위 아파트 부지에 대하여 乙 신탁사와 부동산담보신탁계약을 체결하고, 같은 날 乙 신탁사 앞으로 신탁등기를 마쳐주었다. 甲이 乙 신탁사 앞으로 신탁등기를 마친 당시 골조공사를 포함한 위 아파트의 공정률은 22.193%였고, 아파트 각 층의 콘크리트 골조 및 기둥, 주벽, 천장 공사가 이루어진 상태였으나 집합건축물대장에 등록되지 않았다.

이 경우, 甲이 乙과 체결한 부동산담보신탁계약은 유효한가?

### 2. 사례 2

甲 조합은 사업계획을 승인받아 자기 소유의 토지에 아파트를 신축하면서 그 내부의 각 세대에 대하여 수분양자들과 분양계약을 체결하였다.

이후 甲은 공사자금 조달을 위해 위 아파트 토지에 관하여 乙 저축은행과 근저당권설정계약을 체결하고 같은 날 乙에게 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 근저당권 설정 당시 위 아파트에는 지하 1층부터 지상 9층까지 기둥, 지붕, 주벽 공사가 이루어진 상태였다.

이 경우, 甲과 乙이 체결한 근저당권설정계약은 유효한가?

### 3. 사례 3

토지를 공동소유하고 있던 甲 등 4명은 1994년 지하 1층, 지상 3층짜리 주택을 지은 후 1개 층씩 나누어 사용했다. 甲 등은 신축 당시 단독주택의 한 형태인 다가구주택(8가구)으로 보존등기를 마쳤으나, 2000년 집합건축물 대장에는 다세대주택으로 등록을 마쳤다. 그리고 다시 2012년에는 다세대주택으로 변경등기를 하였다.

乙은 2003년 위 건물 지하층 1, 2호의 지분을 경매로 취득하여 지분 이전등기를 마쳤다. 丙은 2009년 건물이 아닌 위 건물의 토지 부분에 국한한 지분을 경매로 취득한 뒤, 乙에게 토지사용료의 지급을 구하는 소송을 제기하였다. 乙은 이에 대하여 건축물대장상 다가구주택에서 집합건물인 다세대주택으로 전환 등록된 2000년 당시 이미 구분소유가 성립됐기 때문에 자신에게 지하층 1, 2호에 대한 대지사용권이 있으므로 丙에게 토지사용료를 지급할 필요가 없다고 주장하였다.

이 경우, 丙의 乙에 대한 청구의 타당성은?

## III. 집합건물 관련 법률관계

### 1. 검토배경

오늘날에는 경제발전 및 도시화의 진전 등에 따라 고층아파트, 연립주택, 주상복합건물, 복합상가, 사무실 용 빌딩 등 다양한 형태의 집합건물이 세워져 이용되고 있다. 이러한 집합건물의 경우 그 대지를 많은 수의 전유부분 소유자가 공유하는 등 일반건물과는 다른 특수성이 있다. 그런데 민법에는 수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물 중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정한다는 내용의 규정(민법 제215조)만 있을 뿐이어서 집합건물을 둘러싼 복잡, 다양한 법률관계를 규율하지는 못하고 있다. 이에 따라 집합건물과 관련된 법률관계를 보다 구체적으로 규율할 필요에 따라 1984년 “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률”(이하 ‘집합건물법’이라 한다)이 민법에 대한 특별법으로 제정되었다.

민법상 토지와 건물은 별개의 부동산으로 취급되지만, 건물은 그 대지인 토지와 분리되어서는 그 기능을 발휘할 수 없으므로 건물과 그 대지인 토지는 일체로서 처분되는 것이 보통이다. 특히 그 건물이 1동의 건물을 구분한 집합건물인 경우에는 그 일체성이 더욱 강력히 나타나서 건물과 대지가 분리되어 처분되는 경우는 거의 없다. 이에 따라 집합건물법에서는 전유부분 및 대지사용권에 관하여 처분의 일체성을 규정하여 분리처분을 금지하고 있고(집합건물법 제20조 내지 제22조), 이는 집합건물 관련 법률관계의 주요한 특징을 이룬다.

이와 관련하여 집합건물에 대한 구분소유권의 성립시점은 거래 실재상 중요한 의미를 갖는다. 예를 들어, 구분소유권이 성립하게 되면 집합건물법 제20조 등에 의하여 대지사용권의 처분이 제한을 받게 되므로 구분소유권의 성립시점에 따라 (관련 대지에 대한 담보권 설정의 유효성 등) 당사자들의 관련 법률관계에 차이가 발생하게 된다. 또한 아파트 분양의 경우 완공 후 사용승인 후에도 상당한 시일이 지나서야 등기 등이 이루어지는 경우가 많고 그 사이에 다수의 임대차계약이 체결되는 바, 만일 구분소유권의 성립시점을 등기시점으로 본다면 사용승인 후 임차인이 주민등록과 입주를 마쳤으나 아직 등기가 되지 않은 상태에서는 임차인의 지위가 불안정하게 되어 법적분쟁이 발생할 수도 있다. 구분점포의 경우도 그 성립시점에 따라 구분점포의 분양자들이나 임차인 등이 불측의 손해를 입을 수 있게 된다.<sup>1)</sup>

아래에서는 집합건물법상 구분소유의 성립시기 및 대지사용권 관계 등과 관련한 판례 사안들을 집합건물의 법률관계 일반과 관련하여 살펴본 후 앞서 제시한 사례문제의 해결책을 검토한다.

### 2. 구분건물의 개념

#### 1) 구분건물의 의미

민법의 일물일권주의 원칙상 외형상 1개의 건물에 대해서는 그 전체에 대하여 1개의 단독 소유권이 성립하는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립된 건물로서 사용될 수 있을 때

1) 김성연, “구분소유권의 성립요건-대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결을 중심으로”, 홍익법학 제14권 제4호(2013), 210면 참조

그 구분된 각 부분도 독립한 소유권의 객체로 삼을 수 있다.

집합건물법은 “1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법이 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.”고 규정하고(제1조), 1동의 건물 중 독립한 건물로서 사용될 수 있는 건물부분, 즉 전유부분을 목적으로 하는 소유권을 구분소유권이라고 정의하고 있다(제2조 제1호, 제3호). 그리고 이와 같이 1동의 건물에 대하여 구분소유권이 성립하는 경우, 그 1동의 건물을 집합건물이라고 하고 1동의 건물 중 구분된 건물부분을 구분건물이라고 한다.<sup>2)</sup> 구분건물은 구분소유권의 객체가 되며, 구분건물의 소유자를 구분소유자라고 한다.

1동의 집합건물은 대략 1층으로 된 연립주택과 같이 1동의 건물을 수직적으로 구분한 소규모의 종할 건물, 1동의 건물을 수평적으로 구분한 횡할 건물, 아파트나 주상복합 건물과 같이 1동의 건물을 층별·호별로 구분한 종·횡할 건물의 3가지 형태로 나누어 볼 수 있다.<sup>3)</sup>

## 2) 구분건물의 성립요건

구분건물은 일물일권주의의 예외로서 1동의 건물의 일부에 대하여 독립된 소유권의 객체로 하여야 할 사회·경제적 필요가 인정되고, 그 권리관계를 적절하게 공시(등기)할 수 있는 경우에 입법정책적으로 인정되는 개념이다. 1동의 건물의 일부로 독립한 건물로서 구분소유권의 객체가 될 수 있기 위해서는 ① 객관적, 물리적인 측면에서 구분건물이 구조상, 이용상 독립성을 갖추어야 하고, ② 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시 즉 구분행위가 있어야 한다.<sup>4)</sup>

### (1) 객관적, 물리적 요건

#### ① 구조상의 독립성

구분건물에 해당하기 위해서는 해당 건물의 부분이 1동의 건물 중 다른 부분과 구조상 구분·독립되어야 한다. 여기서 말하는 구조상의 독립성이란 연립주택 및 아파트의 각 호실, 사무실용 빌딩의 각 호실 등과 같이 종적 또는 횡적으로 구분되고, 건물의 구획된 한 부분이 다른 부분으로부터 벽, 문, 천정과 마룻바닥 등에 의하여 물리적으로 차단되어 그 자체로 독립된 건물부분으로서의 외형을 갖추고 있는 것을 의미한다.<sup>5)</sup> 즉 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있었다면 원래의 건축주가 그 건물의 소유권을 원시취득하고,<sup>6)</sup> 최소한의 기둥과 지붕 그리고 둘레 벽이 이루어지면 독립한 건물의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.<sup>7)</sup>

2) 대법원 2013. 1. 7. 선고 2010다71578 전원합의체 판결

3) 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰 - 집합건물의 특수한 법률관계 및 구분건물에 대하여만 설정된 전세권 및 저당권의 효력범위를 중심으로”, 사법논집 제27집, 법원행정처, 1996, 9면

4) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결 참조

5) 부동산등기실무(Ⅲ), 법원행정처, 2015, 153면

6) 대법원 1984. 9. 25. 선고 83다카1858 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다68783 판결 등 참조

7) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결; 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다19156 판결 등 참조

건물의 이용 상황 내지 이용 형태에 따라 구조상의 독립성을 판단함에 있어서 차이가 있을 수 있으나, 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로, 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다.<sup>8)</sup> 건물의 구성부분이 아닌 커튼이나 합판, 목책 등에 의해 비록 공간적으로 차단은 되었으나 쉽게 이동, 제거할 수 있는 것과 단순히 바닥에 표시한 선으로 구획된 건물 부분은 구조상의 독립성이 있다고 인정받기 어렵다.<sup>9)</sup>

## ② 이용상의 독립성

구분건물은 이용상으로도 독립성을 가져야 한다. 건물의 일부가 독립한 건물로서의 용도에 제공될 수 없는 것은 구분소유권의 객체로 삼을 실익이 없기 때문이다. 따라서 구분건물은 독립한 건물로서의 용도(통상 주거, 점포, 사무실, 창고, 강당, 극장 등)로 사용될 수 있는 기능과 효용을 갖추어야 한다.<sup>10)</sup>

이용상의 독립성을 판단하는 경우, 구체적 사정에 따라 다를 것이나 사람이나 물건의 출입을 당연히 예정하고 있는 건물 본래의 성질상 다른 구분소유의 목적인 건물 부분을 통함이 없이 외부의 공도에 출입할 수 있는 독립된 출입구의 유무가 일응의 기준이 된다.<sup>11)</sup> 즉 구조상의 독립성이 인정되는 건물부분이라 하더라도 출입구가 없어서 인접한 건물부분을 통하지 않으면 외부로 나갈 수 없는 때에는 이용상 독립성이 인정되지 않는다. 출입구는 반드시 외부와 직접 연결될 필요는 없고, 외부로 통하는 공동의 복도, 계단 중 공용부분에 연결되어 있어도 무방하다.

또한 당해 건물부분을 독립하여 이용할 수 있도록 사용목적 및 용도에 맞는 전용설비가 설치되어 있어야 하고, 구분소유자들을 위한 설비, 즉 공용설비가 존재해서는 안 된다.<sup>12)</sup>

## (2) 주관적 요건(구분행위)

### ① 구분행위의 의의

구분행위는 1동의 건물을 수개의 건물부분으로 나누어 그 부분마다 독립된 소유권을 설정하는 행위를 말한다. 건물의 구분소유권이 성립하기 위해서는 객관적 요건으로서 건물부분이 구조상 및 이용상의 독립성을 갖춘 것만으로는 부족하고, 이를 구분소유권의 객체로 하고자 하는 소유자의 의사가 있어야 한다. 이러한 구분의사는 구분소유권 성립의 주관적 요건에 해당한다.

따라서 구분건물로 될 수 있는 객관적 요건을 갖춘 경우에도 건물 소유자는 자유의사에 의하여 이를 구분건물로 등기하지 아니하고 하나의 일반건물로 등기할 수도 있고, 1동의 건물을 수개로 구분하여 각각 구분소유할 수도 있다.

8) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다41214 판결, 대법원 2003. 3. 11. 선고 2002다68560 판결 등 참조

9) 법원행정처, 앞의 책, 153면

10) 법원행정처, 앞의 책, 154면

11) 김기정, 앞의 논문, 14면

12) 송호열, “집합건물에서 구분소유의 성립에 관한 고찰”, 토지법학 제24-1호, 한국토지법학회, 2008, 160면

판례는 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어 야 하고,<sup>13)</sup> 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 그 건물의 특정 부분을 구분하 여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다고 본다.<sup>14)</sup>

## ② 구분행위의 시점

구분행위가 성립하기 위해서는 일정한 객관적인 표시가 있어야 한다. 그런데 언제 이와 같은 표시로 인한 구 분행위가 있었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

판례는 기존에 구분행위의 시점과 관련하여 건축물대장 등록시점 또는 등기시점<sup>15)</sup>이라고 하는 등 일관되 지 아니한 입장을 보였으나, 최근의 전원합의체판결을 통해 구분행위시점<sup>16)</sup>을 ‘처분권자의 구분의사가 객관적 으로 외부에 표시되면 인정된다’고 함으로써 분양계약시점을 구분행위시점으로 보아 구조상·이용상 독립성의 요건과 구분행위의 요건을 모두 갖춘 시점에 구분소유권이 성립한다고 입장을 정리하였다.<sup>17)</sup>

즉, 대법원은 “구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정부분을 구분 하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니 고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객 관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건 물이 객관적, 물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등 기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다.”고 판시하였다.<sup>18)</sup>

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

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

15) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다1345 판결; 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결

16) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결

17) 대법원 2013. 1. 7. 선고 2010다71578 전원합의체 판결

18) 동 판결에서는 이와 같은 다수의견에 대해, “구분소유권은 물권의 기본적 성격인 배타성과 대세적 효력이 있으므로 그에 관한 법률관계는 이해당 사자들이 쉽게 인식할 수 있도록 명확하게 정해져야 한다. 구분소유권이 성립하여 건물과 그 대지인 토지가 일체화되는 시기와 일체화된 법률관계의 내용을 명확하게 정하는 것은 거래의 안전에 매우 중요한 의미를 갖게 되며, 그러한 점에서 명료한 기준 설정의 필요성이 강력하게 요청된다. 법률관계 의 명확성과 안정성을 담보하기 위해서는, 부동산 소유권의 내용을 변경시키는 법적 행위로서 구분행위가 부동산 물권변동에서 요구되는公示방법인 등기에 준할 정도로 명료한公示기능을 갖추는 것이 반드시 필요하다. 집합건축물대장의 등록은 1동의 건물이 독립한 부동산으로 존재하고 1동에 존 재하는 전유부분이 구조상·이용상 독립성이라는 물리적 요건이 구비되었음을 전제로 건물의 소유자와 같이 처분권한 있는 자가 건물의 단독소유권을 구분소유권으로 변동시키는 구분행위의 필수적인 방식으로 보아야 하며, 이러한 확정적 구분행위인 집합건축물대장 등록이 이루어지기 전에 이루어진 건축허가신청, 분양계약 등의 행위에서 어떤 구분의사가 표시되었는지는 구분소유권의 성립에 영향을 미치지 않는다. 따라서 구분소유권은 대법원이 여러 차례 밝힌 바와 같이 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점에 성립하고, 다만 예외적으로 건축물대장에 구분건물로 등록되기 전에 등기관이 집행법원의 등기촉탁에 의하여 미등기건물에 관하여 소유권 처분제한의 등기를 하면서 구분건물의 표시에 관한 등기를 하는 경우에는 등기된 시점에 구분소유권이 성립한다.”고 하여 거래상 법률관계의 불명확성과 거래의 불안정성 내지 거래의 불안 등의 문제를 이유로 분양계약시점이 아닌 ‘건축물대장 등록 시’에 구분행위가 성립한다는 반대의견이 제시되었다.



이처럼 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있다. 그밖에 구분행위는 통상적으로 건물소유자가 대장소관청에 대하여 (i) 자기 소유의 신축건물을 집합건축물대장에 등록하여 줄 것을 신청하는 신규 등록신청(집합건물법 제56조, 건축물대장규칙 제12조), (ii) 기존의 일반건물을 집합건물로 전환하는 건축물대장의 전환신청(건축물대장규칙 제15조)을 하는 형태로 나타난다.<sup>19)</sup>

### 3) 구분건물의 성립과 해소

#### (1) 성립

건물 소유자의 위와 같은 신청에 대하여 대장소관청은 그 건물이 집합건물로서의 객관적 요건을 갖추었는지 여부를 조사하여 집합건축물 대장에 등록하거나 일반건축물대장을 집합건축물대장으로 전환한다. 집합건축물대장은 표제부와 전유부로 나누어 작성한다. 위에서 본 바와 같이 집합건축물대장에의 등록이나 그것으로의 전환이 구분소유권 성립의 필수적 요건이라고 볼 수는 없다.<sup>20)</sup> 다만 등기와 관련하여서는 이러한 등록이나 전환이 중요한 의미를 갖는다. 형식적 심사권한만을 갖는 등기관은 원칙적으로 집합건축물대장에 따라 등기를 하기 때문이다.<sup>21)</sup>

구분건물 등기기록에 등기되는 것도 구분소유권 성립의 요건이 아니나, 각각의 구분건물을 처분하기 위해서는 먼저 등기(소유권보존등기 또는 구분등기)를 하여야 한다.<sup>22)</sup>

#### (2) 해소

건물의 구분소유는 구분건물로서의 객관적 요건이 없어진 경우(사실상 폐지) 또는 객관적 요건은 존속하더라도 소유자가 구분건물이 아닌 것으로 한 때(법률상 폐지)에 해소된다. 구분건물의 객관적 요건이 소멸한 경우 즉 구분소유권의 목적인 건물의 각 부분의 경계를 이루는 장벽을 제거한 경우 또는 집합건물이 전부 또는 일부 멸실되어 구분소유권의 목적물이 없어지는 경우에 구분소유는 해소된다. 다만 일부 멸실의 경우에는 잔존하는 부분에 대하여 구분소유권이 성립할 수 있다.<sup>23)</sup>

19) 법원행정처, 앞의 책, 153면

20) "집합건물이 아닌 일반건물로 등기된 기존의 건물이 구분건물로 변경등기되기 전이라도, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추고 그 건물을 구분건물로 하겠다는 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되는 구분행위가 있으면 구분소유권이 성립한다. 그리고 일반건물로 등기되었던 기존의 건물에 관하여 실제로 건축물대장의 전환등록절차를 거쳐 구분건물로 변경등기까지 마쳐진 경우라면 특별한 사정이 없는 한 위 전환등록 시점에는 구분행위가 있었던 것으로 봄이 타당하다." (대법원 2016. 6. 28. 선고 2016다1854, 1861 판결)

21) 법원행정처, 앞의 책, 156면

22) "신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였더라도 그 후 건물이 완성된 이상 등기를 무효라고 볼 수 없다. 이러한 법리는 1동 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기나 소유권이전등기 등이 순차로 마쳐진 다음 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2, '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정'에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지가 바닥에 견고하게 설치되고 구분점포별로 부여된 건물번호표지도 견고하게 부착되는 등으로 구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지이다." (대법원 2016. 1. 18. 선고 2013다59876 판결)

23) 법원행정처, 앞의 책, 157면



1동의 건물에서 구분된 각 부분이 구조상·이용상의 독립성을 가지는 등 구분소유권의 객관적 성립요건이 존속하더라도 각 부분을 구분건물로 할지 그 1동 전체를 1개의 건물로 할지는 소유자의 의사에 의하여 자유롭게 결정할 수 있는 것이므로, 구분된 각 부분을 합하여 1개의 건물로 할 경우(집합건축물대장에서 일반건축물대장으로의 전환)에도 구분소유는 해소된다.<sup>24)</sup> 이와 관련하여, 대법원은 “구분건물이 물리적으로 완성되기 전에 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사를 표시함으로써 구분행위를 한 다음 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적, 물리적으로 완성되면 그 시점에서 구분소유가 성립하지만, 이후 소유권자가 분양계약을 전부 해지하고 1동의 건물 전체를 1개의 건물로 소유권 보존등기를 마쳤다면 이는 구분폐지행위를 한 것으로서 이로 인하여 구분소유권은 소멸한다. 그리고 이러한 법리는 구분폐지가 있기 전에 개개의 구분건물에 대하여 유치권이 성립한 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시한 바 있다(대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다219142 판결).

### 3. 전유부분과 공용부분

#### 1) 전유부분

전유부분이란 1동의 건물 중 다른 부분으로부터 독립하여 구분소유권의 목적이 되고 구분소유자의 배타적 사용, 수익, 처분의 권능이 미치는 건물부분을 말한다(집합건물법 제2조 제3호). 즉 구분소유권은 전유부분을 객체로 하는 소유권이고 구분소유자는 전유부분의 소유자이다.

건물의 각 층에 속하는 복도, 계단실 등은 통상의 경우 전유부분이 아니지만, 구분건물의 전유부분과 공용부분은 1동의 건물을 어떻게 구분하느냐에 따라 그 내용과 범위를 달리할 수 있다. 따라서 1동의 건물을 구분함에 있어 수개의 층을 독립된 하나의 구분건물로 한 경우에는 통상의 경우와는 달리 전유부분에 포함될 수 있다.<sup>25)</sup>

#### 2) 공용부분

##### (1) 의의

공용부분이란 전유부분 외의 건물부분, 전유부분에 속하지 않는 건물의 부속물, 전유부분과 부속건물 중 규약으로 공용부분으로 정한 것을 말한다(집합건물법 제2조 4호). 공용부분은 구분소유자의 전원 또는 그 일부의 공용에 제공되는 건물부분으로서 구분소유권의 목적이 될 수 없다. 각 공유자는 공용부분을 그 용도에 따라 사용하며, 그가 가지는 전유부분의 지분 비율에 따라 공용부분을 공유한다.

24) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결, 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000다15333 판결 등 참조

25) 법원행정처, 앞의 책, 157면

## (2) 종류

공용부분은 그 성질에 따라 구조상 공용부분과 규약상 공용부분으로 나눌 수 있다. 또한 공용부분은 1동 건물의 구분소유자 전원의 공용부분인 경우와 1동의 건물 중 일부 구분소유자의 공용부분인 경우로 나눌 수 있으며, 그 공용부분에 대하여 다른 등기기록에 등기된 건물의 구분소유자 전부 또는 일부가 공용하는 경우도 있다.

### ① 구조상 공용부분

구조상 공용부분은 전유부분 외의 건물부분(복도, 계단, 엘리베이터 등), 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물(전기, 가스, 수도의 주된 배관, 소방, 냉난방 설비 등)을 말한다. 따라서 건물 전체의 면적 중 각 전유부분의 총면적을 제외한 나머지 면적이 공용부분이 된다.

한편 집합건물 중 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그밖에 구조상 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 공용부분으로서 구분소유권의 목적으로 할 수 없다. 이때 건물의 어느 부분이 구분소유자의 전원 또는 일부의 공용에 제공되는지 여부는 소유자들 사이에 특단의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적인 용도에 의하여 결정된다.<sup>26)</sup> 따라서 구분건물에 관하여 구분소유가 성립될 당시 객관적인 용도가 공용부분인 건물부분을 나중에 임의로 개조하는 등으로 이용 상황을 변경하거나 집합건축물 대장에 전유부분으로 등록하고 소유권보존등기를 하였다고 하더라도 그로써 공용부분이 전유부분이 되어 어느 구분소유자의 전속적인 소유권의 객체가 되지는 않는다.<sup>27)</sup>

### ② 규약상 공용부분

1동의 건물 중 원래 구분소유권의 목적이 될 수 있는 전유부분과 독립된 소유권의 목적이 될 수 있는 부속건물을 규약(전유부분 또는 부속건물을 소유하는 자가 1인인 경우는 공정증서)에 의하여 공용부분으로 정한 것을 규약상 공용부분이라고 한다. 규약상 공용부분에는 “공용부분이라는 뜻”의 등기를 하여야 한다(집합건물법 제3조 제4항). 거래의 안전을 위하여 공용부분임을 객관적으로 공시할 필요가 있기 때문이다.<sup>28)</sup>

## (3) 공용부분의 소유형태 및 전유부분과의 처분의 일체성

공용부분(구조상 및 규약상 공용부분)은 그 구분소유자 전원의 공동소유에 속하며, 그 공동소유의 형태는 공유이다(집합건물법 제10조 제1항 본문). 다만 일부 구분소유자만의 공용에 제공되는 것이 명백한 공용부분은 그들 구분소유자만의 공유가 된다(같은 항 단서).

공용부분의 공유관계와 관련하여, (i) 공용부분에 대한 각 구분소유자의 공유지분은 민법의 일반원칙과는 달리 규약으로 그 비율을 정하지 않는 한 각 전유부분의 면적의 비율에 의하며(같은 법 제12조 제1항, 제10조 제2항), (ii) 구분소유자는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 공유지분을 처분할 수 없고, 공용부분에 관한 물권의 득실변경은 따로 등기를 요하지 아니한다(같은 법 제13조).

26) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다9269 판결 등 참조

27) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다77212 판결

28) 법원행정처, 앞의 책, 159면

## 4. 구분건물의 대지사용권

### 1) 구분건물의 대지

구분건물의 대지란 전유부분이 속하는 1동의 건물이 있는 토지 및 구역으로써 그 토지와 일체로 관리 또는 사용할 것으로 정한 토지를 말한다(집합건물법 제2조 제5호).

법률에서 구분건물의 대지에 대한 정의규정을 둔 이유는, 첫째 구분건물이 존재하는 토지의 범위를 명확히 함으로써 그 권리관계를 둘러싸고 벌어지는 법적 분쟁을 예방하고, 둘째 후술하는 바와 같이 전유부분과 대지사용권과의 일체성의 원칙을 적용하려면 어느 범위에 걸친 토지의 사용권이 건물과 일체화되는가를 확정해 둘 필요가 있기 때문이다.<sup>29)</sup>

### 2) 대지사용권

#### (1) 의의

구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 대지사용권이라고 한다(집합건물법 제2조 제6호). 대지사용권은 전유부분을 소유하기 위한 권리이므로 전유부분에 대하여 종된 권리로서의 성질을 갖는다. 따라서 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 전유부분에 대한 처분이나 압류 등의 효력은 종된 권리인 대지사용권에까지 미친다.<sup>30)</sup>

#### (2) 전유부분과 대지사용권의 처분의 일체성

##### ① 처분의 일체성 원칙

현행법상 건물과 그 대지는 별개의 부동산으로 원칙적으로 분리처분이 가능하지만, 예외적으로 구분건물의 경우에는 특칙이 있다. 즉, 집합건물법은 “구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다. 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다.”고 하여(집합건물법 제20조 제1항, 제2항 본문), “전유부분과 대지사용권의 일체성”을 명시하고 있다.<sup>31)</sup> “전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다”라고 함은 전유부분과 대지사용권을 처분하여야 하는 경우에는 양자를 일체로 처분하여야 하고, 전유부분과 대지사용권 중 일방만을 처분하거나 전유부분과 대지권을 동시에 각각 다른 사람에게 분리하여 처분하는 것은 허용되지 않는다는 의미이다.

위 규정의 취지는 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권이 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데에 있다.<sup>32)</sup>

29) 법원행정처, 앞의 책, 160면

30) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2006다29020 판결 참조

31) 법원행정처, 앞의 책, 167면

32) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결 참조

따라서 전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 그 효력이 없으므로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 없는 경우에 일방만에 대하여 행하여진 처분은 무효이고 그에 따른 등기가 마쳐졌다 하더라도 그 상대방은 권리를 취득할 수 없다(원인무효인 등기).<sup>33)</sup>

그러나 분리처분금지의 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게는 대항하지 못한다(집합건물법 제20조 제3항).<sup>34)</sup>

## ② 규약에 의한 일체성 원칙의 적용 배제

전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙을 적용하는 것이 타당하지 아니한 경우가 있을 수 있다. 예컨대 증축에 의하여 새로운 전유부분이 생기거나 넓은 법정대지의 빈 곳에 새로운 집합건물을 신축한 경우에 그 새로이 생겨난 전유부분의 소유자들에게 대지사용권을 할애하기 위해서는 기존 전유부분의 소유자가 자신의 대지사용권의 일부 지분을 전유부분과 분리하여 양도할 필요가 있다.<sup>35)</sup>

위와 같은 경우에 대비하여 집합건물법은 규약에 의하여 위 일체성 원칙의 적용을 배제할 수 있도록 규정하였다(제20조 제2항 단서). 여기서의 규약은 분리처분을 가능하게 하는 규약을 의미하는데, 법정대지에 대한 대지사용권을 전유부분과 분리처분할 수 있도록 하려면 분리처분가능규약을 설정하여야 하고, 규약상 대지에 대하여 분리처분을 할 수 있도록 하려면 규약상 대지의 설정을 내용으로 한 규약을 폐지하여야 한다. 전유부분의 전부 또는 부속건물을 소유하는 자는 공정증서로서 규약에 상당하는 것을 정할 수 있다(같은 조 제4항).<sup>36)</sup>

33) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결 등 참조

34) "대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서 그 성립을 위해서는 집합건물의 존재와 구분소유자가 전유부분 소유를 위하여 당해 대지를 사용할 수 있는 권리를 보유하는 것 이외에 다른 특별한 요건이 필요치 않다. 이러한 사정을 고려하면, 집합건물법 제20조 제3항의 분리처분금지로 대항할 수 없는 '선의'의 제3자라 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 의미한다." (대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다26145 판결 참조)

35) 법원행정처, 앞의 책, 170면

36) "전유부분의 처분에 따르고 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 집합건물법상의 대지사용권은 집합건물법 제2조 제6호가 정의하고 있는 권리, 즉 '구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지고 있는 권리'라고 할 것이고, 그 권리가 아닌 다른 권리를 구분소유자가 임의로 집합건물법상의 대지사용권으로 정할 수는 없다. 다만 집합건물법상의 대지사용권을 가진 구분소유자는 전유부분과 대지사용권의 분리처분을 허용하는 규약 또는 공정증서를 작성하는 방법으로(집합건물법 제20조 제2항, 제4항, 제3조 제3항), 집합건물법상의 대지사용권 일부를 자신이 유보한 채 나머지 일부만 전유부분과 함께 이전하거나 또는 대지사용권의 전부를 자신이 유보하면서 그 이외의 권리를 전유부분의 매수인이 취득하도록 할 수 있다." (대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다6107 판결)

## Ⅳ. 사안의 해결

### 1. 사례 1 <sup>37)</sup>

甲이 乙 앞으로 부동산담보신탁등기를 마쳐줄 당시 아파트가 미완성 상태이기는 하나 각 층의 콘크리트 골조 및 기둥, 주벽, 천장이 완공되었다면 아파트 내부의 각 구분건물은 구조상·이용상 독립성의 요건을 갖추었다고 봄이 상당하다<sup>38)</sup>. 당시 골조공사를 포함한 공정률이 22.193%에 불과하다는 점만으로는 구조상·이용상 독립성의 요건을 갖추지 못한 것으로 볼 수 없다<sup>39)</sup>.

또한 1동의 건물을 신축한 건축주가 그 건물을 구분하여 분양할 경우에는 광고 등으로 그 구분분양의 의사를 외부에 표시하였을 때에 구분행위가 있다고 볼 수 있으므로,<sup>40)</sup> 甲이 아파트를 신축하면서 각각의 구분건물에 관하여 분양계약을 체결하였을 무렵부터는 구분행위가 있었다고 보아야 한다.

이와 같이 신탁등기가 마쳐질 당시 아파트의 각 구분건물에 관하여 이미 구분소유권이 성립한 이상, 사안의 부동산담보신탁계약은 집합건물법 제20조를 위반하여 무효이므로 위 신탁등기는 말소되어야 한다.<sup>41)</sup> 또한 신탁계약 체결 당시 아파트가 집합건물로서 모습을 갖춘 점 등에 비추어 乙은 위 토지가 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 알고 있었다고 보이므로 집합건물법 제20조<sup>42)</sup> 제3항의 선의의 제3자에 해당하지도 않는다.

따라서 甲과 乙이 체결한 부동산담보신탁계약은 유효하지 않다.

### 2. 사례 2 <sup>43)</sup>

사안의 아파트는 지하 1층부터 지상 9층까지의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 모두 이루어져 아파트 내부의 각 전유부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추었고, 甲조합이 사업계획을 승인받아 그 내부의 전유부분 각각에 대하여 분양계약을 체결함으로써 구분의사를 외부에 표시하였으므로 구분행위의 존재도 인정된다.

이처럼 근저당권설정등기가 마쳐진 당시에 이미 아파트의 각 전유부분에 관하여 이미 구분소유권이 성립한 이상, 그 이후에 이루어진 乙의 근저당권설정등기는 집합건물법 제20조에 위반되어 무효이므로 모두 말소되어야 한다.

결국 甲과 乙이 체결한 근저당권설정계약은 유효하지 않다.

37) 대법원 2013. 1. 7. 선고 2010다71578 전원합의체 판결 사안

38) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다21592, 21608 판결

39) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다51872 판결

40) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결 참조

41) 서울고등법원 2010. 7. 16. 선고 2010나1915 판결 참조

42) 집합건물법 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성)

① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.

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

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

43) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다18038 판결

### 3. 사례 3<sup>44)</sup>

다가구주택과 다세대주택은 건물 외형상으로는 구분이 어렵지만, 다세대주택은 집합건물로 구분소유가 가능해 세대별로 등기할 수 있으나 다가구주택은 세대별로 구분등기가 되지 않는다는 점에서 차이가 있다. 집합건물법에 의하면 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없으므로(제20조 제2항), 사안의 건물을 다세대주택으로 보면 乙이 지하 1호와 2호를 취득할 때 대지사용권도 갖는 것으로 볼 수 있지만, 다가구주택으로 보면 특별한 사정이 없는 한 乙이 대지사용권을 갖는다고 볼 수 없어 丙에게 토지사용료를 지급하여야 한다는 점이 문제된다.

토지 지상에 건축된 다가구용 단독주택 건물의 건축주인 甲 등은 신축 당시부터 사안의 건물을 각 특정부분으로 나누어 구분소유적 공유를 하여왔고, 사안의 건물은 2000년에 다세대주택으로 전환되면서 집합건축물대장에 구분건물로 등록되었으며, 그 후 구분건물로 변경등기까지 마쳐졌으므로, 늦어도 위 전환등록 당시인 2000년에는 사안의 건물에 관하여 건물 소유자들의 구분행위가 있었다고 볼 수 있다. 따라서 신축 당시부터 구조상·이용상 독립성을 갖추고 있었던 사안의 건물의 각 특정 부분에 관하여 위 전환등록 무렵 구분소유권이 성립하였다고 할 것이다.<sup>45)</sup>

乙은 구분소유권이 성립한 2000년 이후인 2003년에 지하층 1, 2호를 취득했고, 사안의 토지에 관한 지분은 대지사용권으로서 전유부분과 분리하여 처분할 수 없으므로 丙의 지분 이전등기 역시 무효가 된다.

따라서 丙의 乙에 대한 토지사용료 청구는 이유 없다.

## V. 결어

구분소유권의 성립시기에 관하여 앞서 살펴본 판례(대법원 2013. 1. 7. 선고 2010다71578 전원합의체 판결)의 태도에 따르면, 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위가 존재하는 것으로 인정된다. 아파트 등과 같은 집합건물은 건축허가신청 당시 구분의사가 명백히 표시될 수밖에 없고, 건물 완성 전에도 미리 분양이 이루어지는 경우가 많으므로, 동 판례에 따르면 집합건물의 대상 부지에 대한 담보권 등 처분이 무효가 되어 이를 통한 자금조달 등이 상당히 제한될 것이다.<sup>46)</sup>

44) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2013다70569 판결 사안

45) "집합건물이 아닌 일반건물로 등기된 기존의 건물이 구분건물로 변경등기 되기 전이라도, 구분된 건물부분이 구조상, 이용상 독립성을 갖추고 그 건물을 구분건물로 하겠다는 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되는 구분행위가 있으면 구분소유권이 성립한다. 그리고 일반건물로 등기되었던 기존의 건물에 관하여 실제로 건축물대장의 전환등록절차를 거쳐 구분건물로 변경등기까지 마쳐진 경우라면 특별한 사정이 없는 한 위 전환등록 시점에는 구분행위가 있었던 것으로 봄이 타당하다." (대법원 2016. 6. 28. 선고 2013다70569 판결)

46) 이와 관련하여, 판례에 따른 구분행위는 집합건축물대장에 등록하거나 구분건물의 표시에 관한 등기를 하는 것과 같은 대외적인 표시방법이 아니므로 제3자가 구분행위 존재 여부를 파악하기가 어렵고, 이에 따라 법률관계의 불명확성 내지는 거래의 불안 등이 문제될 가능성이 있다는 의견도 제기되고 있다.

따라서 시공사 등 사업주의 필요자금 조달에 대한 대출보증을 취급하는 주택금융공사와 같은 보증기관은 당해 프로젝트 사업에 대한 사업성 검토뿐만이 아니라, 분양계약자와의 구분소유권 분쟁에 따른 채권보전조치의 안전성도 유의할 필요가 있을 것으로 보인다. 신축 건물에 대한 구분소유권이 성립된 이후에 설정된 대지에 대한 근저당권 또는 담보신탁은 무효가 될 수 있기 때문에, 신축 부지에 대한 담보권을 설정할 때에는 대상 부지에 대한 공사 진행 정도, 건축허가신청 및 분양계약 등의 존재 여부 등을 살펴 해당 대지와 관련하여 구분소유권이 성립되었는지 여부를 살펴보는 것이 좋을 것으로 보인다.

이처럼 구분행위가 존재하는지 여부에 따라 집합건물의 토지와 관련한 법률행위의 효력이 달라질 수 있으므로, 토지 위에 구조상·이용상 독립성을 갖춘 건물이 존재하는 상황에서 그 토지에 관한 담보설정 및 처분 등 법률행위를 하는 경우에는 해당 건물에 구분소유권이 성립하는지 여부를 주의할 필요가 있다.



## 〈참고문헌〉

- 부동산등기실무(III), 법원행정처(2015)
- 김준호, 건물구분소유법, 대왕사(1983)
- 박준서, 대표집필, 주석민법 물권(2)편, 한국사법행정학회(2002)
- 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰 - 집합건물의 특수한 법률관계 및 구분건물에 대하여만 설정된 전세권 및 저당권의 효력범위를 중심으로”, 사법논집 제27집, 법원행정처(1996)
- 송호열, “집합건물에서 구분소유의 성립에 관한 고찰”, 토지법학 제24-1호, 한국토지법학회(2008)
- 김성연, “구분소유권의 성립요건-대법원 2013.01.17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결을 중심으로”, 홍익법학 제14권 제4호(2013)