

區分所有의 成立에 관한 考察

이기용* · 이춘원**

I. 序說	IV. 區分行爲
II. 1棟의 建物	1. 意義
III. 構造上・利用上 獨立性	2. 區分行爲의 性質
1. 序	V. 登記여부
2. 區分(境界)의 明確性	1. 問題點
3. 遮斷性	2. 집합건물법 제정 이전의 학설
4. 外部와의 通行의 直接性	3. 집합건물법 제정 이후의 학설
5. 專用設備가 있을 것	4. 檢討
6. 共用設備가 설치되지 않을 것	VI. 結語
7. 기타	

I. 序 說

구분소유란 1동의 건물에 대하여 2인 이상의 자가 특정한 부분에 대하여 배타적 지배권을 행사하면서 소유하는 관계를 말한다. 우리의 집합건물법¹⁾은 이러한 구분소유의 성립에 관한 규정을 두고 있지 않다. 즉, 독일의 주거소유권법²⁾이 주거소유권은

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

** 성균관대학교 대학원 법학과 박사과정 수료.

1) 법률의 정식명칭은 ‘집합건물의소유및관리에관한법률’이지만, 이하에서는 집합건물법이라고 한다.

2) 법률의 정식명칭은 ‘주거소유권 및 계속적 거주권에 관한 법률(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht)’이지만, 이하에서는 WEG 또는 주거소유권법이라고 한다.

공유자 사이의 계약(Vertrag)이나, 소유권자의 구분(Teilung)에 의하여 성립한다고 규정³⁾하고 있는 것과 대비된다. 입법 당시의 법제사법위원회회의록에서도 이에 대한 논의는 찾아 볼 수 없다. 일본의 구분소유법⁴⁾에서도 구분소유권의 성립에 관하여 특별히 규정을 두지 않았는데, 이와 관련하여 제정당시에 법무성입법담당자는 다음과 같이 언급하였다. “이 법률은 건물의 구분소유가 언제, 어떠한 원인에 의하여 발생하는가에 관하여는 어떤 것도 규정하고 있지 않다. 이점에 관하여 살펴보면, 건물의 구분소유가 통상, 건물의 일부의 양도(예를 들면 아파트의 분양)에 의하여 발생하는 것은 말할 필요도 없다. … 또 수인이 공동으로 건물을 축조하려고 하는 경우에, 처음부터 각자의 소유해야 할 부분을 정하는 경우에 있어서는 그 건물의 완성과 동시에 원시적으로 그 건물의 구분소유관계가 생기는 것도 당연하다”⁵⁾고 하고 있다. 이와 관련하여 柚木聲교수는 “일본의 현실에서는 건물조합제도(프랑스 1938년법에서 제도)를 채택하는 경우는 많지 않고, 또한 所有權 移轉에서 의사주의를 취하는 표면상의 원칙상 독일법에서처럼 특별규정을 둘 필요도 없기 때문에 구분소유관계의 설정에 있어서 특별히 법제상의 고려를 할 필요는 없다. 단지 한사람의 건물소유자가 그 각 아파트를 분양하는 경우나 수인의 토지 사용권자가 그 지상에 구분소유건물을 건축하는 경우에 미리 이용규칙이나 관리규칙을 제정하는 것이 가능한가, 또 그 효력이 있는가 하는 것은 일본법의 입법화에 있어서 특히 신중히 고려하여야 하는 문제이다”⁶⁾라고 언급하였다. 그러나 일본과 달리 우리나라에서는 독일법과 마찬가지로 물건변동에 있어 성립요건주의를 취하고 있으므로, 구분소유권성립과 관련하여 특별규정을 두는 것이 바람직하다고 생각된다.⁷⁾

여하튼 우리 집합건물법 제1조는 “1棟의 建物중 構造上 區分된 數個의 部分이 獨立한 建物로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 部分은 이 法이 정하는 바에 따라 각각 所有權의 目的으로 할 수 있다.”고 하여 1동의 건물에 대하여 구분소유관계가 성립하려면 먼저, 객관적 요건으로 ① 1동의 건물이어야 하고 ② 건물의 일부분이 構造上

3) §§2, 3, 8 WEG.

4) 정식명칭은 ‘건물의 구분소유 등에 관한 법률’이지만, 이하에서는 구분소유법이라고 한다.

5) 川島一郎 「建物の区分所有に關する新法律の解説(上)」法曹時報 14卷 6號, 849頁.

6) 柚木聲 「比較法からみた建物の区分所有權 -その立法化との関連において」民商法雜誌 44卷1号 34頁.

7) 우리 현행민법은 일본민법과 달리 형식주의를 취하고 있다. 그러나 법의 실제 운영면에 있어서는 의사주의적 경향이 농후하다. 집합건물법도 성립요건주의를 취하는 독일의 주거소유권법보다는 오히려 의사주의를 취하는 일본의 구분소유법에 가깝다.

區分되어야 한다는 『構造上の 獨立性』 및 ③ 獨立한 建物로서 利用될 수 있어야 한다는 『利用上の 獨立性』을 갖추어야 한다. 판례도 같은 취지에서 구분소유의 목적인 건물의 일부를 전유부분으로 볼 수 있기 위하여는 그 건물부분이 構造上으로나 利用上으로 다른 부분과 獨立되어 있을 것을 요한다⁸⁾고 한다.

집합건물법에 규정은 없지만 주관적 요건으로 ④ 구분행위가 있어야 한다고 학설 및 판례⁹⁾는 일치하여 주장한다. 또한 ⑤ 등기를 요하는 지에 대하여는 견해의 대립이 보인다. 이하에서는 이러한 요건을 개별적으로 검토하여 서술하고자 한다.

II. 1棟의 建物

집합건물법 제1조에 대응하여 부동산등기법 제15조 1항은 집합건물에 있어서는 한棟의 建物에 속하는 全部에 대하여 1用紙를 두도록 하고 있다. 따라서 建物에 대하여 區分所有가 성립하려면 그 建物이 반드시 한棟의 建物이어야 하고 두棟 이상의 建物이어서는 안 된다. 이러한 의미에서 건물의 一棟性(즉, 하나의 건물)은 구분소유의 논리적 전제이며 기초가 되는 것이다.¹⁰⁾

그런데 근래 대도시 등에 있어서 공중이나 지하로 연결된 복잡한 구조의 건물이 출현하게 됨에 따라서, 이러한 건물에 있어서 건물의 一體性(즉, 一棟性)이 어디까지 인지가 애매하게 되었다. 여기서 1棟의 건물인가 여러棟의 건물로 보아야 하는가의 구별이 어려운 경우가 있어서 그 판정기준이 문제로 된다. 등기부의 기재는 건물의 일체성 판정에 하나의 자료로서의 의미를 가질 수 있을 뿐이며 그에 의할 것만은 아니다.¹¹⁾ 결국 건물의 一棟性은 사회통념에 따라 정할 수밖에 없다. 그러나 사회통념이라고 하는 것만으로는 너무 추상적이고 막연하므로 구체적인 경우에 있어서 1동의 건물이나의 판정기준이 무엇인지 실질적으로 문제될 것이다. 이에 대하여 학설상 다

8) 대법원 1993.3.9. 선고 92다41214 판결 등 다수.

9) 법률상 1개의 부동산으로 등기된 기존 건물이 증축되어 증축 부분이 구분소유의 객체가 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추었다고 하더라도 이로써 곧바로 그 증축 부분이 법률상 기존 건물과 별개인 구분건물로 되는 것은 아니고, 구분건물이 되기 위하여는 증축 부분의 소유자의 구분소유의사가 객관적으로 표시된 구분행위가 있어야 한다.(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다32540 판결).

10) 구분소유가 성립하려면 1동의 건물이 전제가 되므로, 결국 구분소유는 1동의 건물을 수인이 소유하므로 공동소유의 하나의 유형이라고 볼 수 있다.

11) 이태운 등, 주석민법 물권(2), 121면(박준서 등 편, 2000).

음의 기준이 제시되고 있다. 즉, ① 建築構造上의一體性(물리적一塊性) ② 外觀上(外裝)의一體性 ③ 建物機能의 共通性(외부와의 출입구, 복도, 계단실, 엘리베이터, 수도, 전기, 가스, 집중냉난방시설 등) ④ 用途 내지 利用上의一體性(生活空間으로서의一體性)¹²⁾ 등이 거론되며¹³⁾, 이들 標準에 依하여 綜合的으로 判定하여 一棟의 建物인지 여부를 決定하게 될 것이다. 다만 건물의 구분소유에 있어서는 구분된 각 부분은 개별적인 용도 내지 이용에 쓰이는 것이고 생활공간으로서는 통상 각각 독립된 단위가 되는 것이므로 ④의 용도 내지 이용상 일체성을 판정기준으로 함에 있어서는 이러한 점을 감안하여야 한다.¹⁴⁾ 건물의 1동성 여부를 판단할 때에는 앞에서 서술한 일체성의 유무가 종합적으로 판단되어야 한다. 다만 건물의 견고성 여부, 단층·저층·중고층의 구별은 묻지 않는다.¹⁵⁾

III. 構造上・利用上 獨立性

1. 序

종래부터 집합건물법 제1조의 해석과 관련하여 1棟건물의 일부분이 구분소유권의 목적물이 되려면 이른바 ‘구조상의 독립성’과 ‘이용상의 독립성’이라고 하는 두 가지의 요건을 갖추어야 한다¹⁶⁾¹⁷⁾고 주장되고 있다. 여기서 구조상 독립성은 물적 지배의 범위의 명확성(또는 공시의 원칙)과 관련시켜 구분소유의 목적인 전유부분이 다른

12) 판례도 “建物の 個數를 判斷함에 있어서는 物理的인 구조뿐만 아니라 去來 또는 利用의 目的物로서 관찰한 建物の 상태도 그 個數判斷 표준의 중요한 資料가 될 것이고, 이러한 狀態를 判別하기 위하여는 建物 接近의 정도, 주위의 상황등 客觀的인 사정은 물론 건축한 者의 意思와 같은 主觀的인 사정도 고려하여야 할 것으로서 단순히 건물의 物理的 구조로서만 그 個數를 판단할 수는 없는 것이…”라고 하여 대체로 이러한 입장을 취하고 있다.(대법원 1961.11.23.선고, 4294 民上 623, 624 판결).

13) 玉田弘毅『注解建物區分所有法(1)』44頁 以下(第一法規出版, 1979).

14) 金起東, “집합건물의 구분소유자들이 가지는 대지사용권의 내용”, 대법원판례해설 제23호, 221면.

15) 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』6-7頁(日本評論社, 第2版, 2004).

16) 이태운 등, 주석민법 물권(2), 122면; 김황식 등, 민법주해(V), 269면(곽윤직 등 편, 2005).

17) 일본의 경우에도 구분소유법의 해석과 관련하여 구조상 독립성과 이용상 독립성의 2가지 요건을 요한다는 것이 일반적인 견해이다: 川島一郎『注釈民法(7)』360頁(有斐閣, 1968); 青山正明『区分所有法』, 13-15頁(青林書院, 1997).

전유부분과 구조적으로 구획되어 있음을 말하고 이용상 독립성은 사회적 요청과 관련시켜 각각의 전유부분이 독립적으로 이용되고 있음을 말한다¹⁸⁾고 한다. 한편 구조상독립성을 “建物の 構成部分인 壁・門・階層 등에 의하여 다른 建物部分과 완전히 遮斷되는 것”¹⁹⁾을 의미한다고 하여, 구조상독립성과 차단성을 동일한 의미로 보는 견해도 있다.

한편 일본에서 구조상 독립성²⁰⁾과 이용상 독립성²¹⁾을 별개의 요건으로 취급하는 것은 적당하지 않다는 비판이 유력하게 제기되고 있다.²²⁾ 즉, 종래의 구성방법은 구조상 독립성을 경계벽·바닥슬라브 등에 의하여 완전히 차단된 것이라고 하는데, 그 차단성의 유무 및 정도는 그 건물부분 또는 그것을 포함한 건물전체의 용도 내지 이용목적과 관련하여 결정되어야 할 사항이므로, 이용목적 등을 제외하고 완전차단성을 요구하여 절대시하는 것은 무의미한 것이라고 한다. 또 이용상 독립성에서도 종래에 주장되는 외부와 직접적으로 연결되어 있는 출입구의 유무·위치, 전용 내부 설비의 유무·정도는 모두 그 건물부분의 구조와 관계하여 논하여 지는 것들이다. 즉, 이용상 독립성은 구조상 독립성과 별개로 論議될 수 없으며, 구조상 독립성은 그 건물부분 또는 이것을 포함한 건물 전체의 용도 내지 이용목적과 관련시키지 않고는 論議할 수 없는 것으로, 양자는 요건적으로 일체 불가분적인 관계에 있다²³⁾고 한다.

18) 고상룡, 물권법, 389-390면(2001) ; 지원립, 민법강의, 503면(2판, 2003) ; 이영준, 물권법, 589면(신정판 2001).

19) 김황식 등, 민법주해(V), 269면.

20) 일본에서는 구조상 독립성을 다음과 같이 보는 견해가 일반적이다. 구조상 독립성이란 그 건물부분이 소유권의 내용인 물적 지배에 적합한 구조를 갖추도록 구분되는 것이고, 이를 위해서는 건물의 구성부분인 격벽(구분벽)·문·계층(천정 및 마루) 등에 의하여 다른 부분과 완전히 차단되어 있어야 하지만, 출입구 이외의 곳이 셔터에 의해 구분된 경우에는 그 건물부분을 전체적으로 관찰하여 구조상 독립성 여부를 판단하여야 한다. : 川島一郎, 前掲, 360頁.

21) 일본에서 이용상 독립성의 개념을 보면, 독립하여 건물로서의 용도에 제공할 수 있는 부분으로, 다른 전유부분을 경유하지 않고 외부로 통하는 출입구가 있고, 건물로서의 이용에 적절한 전용의 내부 설비가 있어야 하는 것으로 하고 있다. : 玉田弘毅, 前掲, 54頁.

22) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編『区分所有法』20頁(大成出版, 1984).

23) 玉田弘毅은 구조상 독립성은 그 건물부분 및 건물 전체의 용도 또는 이용 목적과 관련지어 고려하여야 하므로, 구조상 독립성과 이용상 독립성은 불가분 일체의 관계에 있다고 강조하고, 이제 적극요건으로서 그 건물 부분이 구분소유권의 목적으로 됨에 적합할 것과 소극요건으로서 그 건물 부분이 공용부분으로 됨에 적합하지 아니할 것이라는 새로운 요건이 필요하다고 주장하면서, 적극요건의 판단 기준으로 구분의 명확성, 차단성, 외부와 직접 통행할 수 있을 것, 전용 설비가 설치되어 있을 것을, 소극요건의 판단 기준으로 공용 설비가 설치되어 있지 아니할 것을 들고 있

요컨대 구분소유권의 목적물인 전유부분이 되기 위해서는 구조상·이용상 독립성을 가져야 하는데 그 구체적인 내용으로 ① 區分(境界)의 明確性 ② 遮斷性 ③ 外部와의 通行의 直接性 ④ 專用設備가 있을 것 ⑤ 共用設備가 설치되지 않을 것 등을 들 수 있다.²⁴⁾ 여기서 ① 區分(境界)의 明確性은 구조상의 독립성의 내용으로 볼 수 있으며, ② 遮斷性은 구조상독립성 및 이용상의 독립성과의 관련하에 논할 수 있으며, ③ 外部와의 通行의 直接性 ④ 專用設備가 있을 것 ⑤ 共用設備가 설치되지 않을 것은 이용상의 독립성의 내용으로 볼 수 있다. 이러한 각각의 기준에 관하여 자세히 살펴보면 다음과 같다.

2. 區分(境界)의 明確性

1동의 건물의 일부분이 구분소유권의 대상이 되기 위해서는 그 건물부분이 그 외의 건물 부분과 명확하게 구분될 것을 필요로 한다.²⁵⁾ 즉, 구분소유권은 한棟 건물의 일부분에 대하여 배타적 지배권을 행사하는 것이므로, 구분소유권의 객체인 전유부분이 되려면 그 부분이 다른 부분과 명확하게 구별되어 특정할 수 있어야 한다.²⁶⁾ 이러한 전유부분을 다른 부분과 구획하는 표식은 명확하고 고정되어 있어야 하며, 쉽게 변경할 수 없어야 한다. 일본에서는 종전부터 등기실무와 판례가 이점을 분명히 하고 있다. 일본의 등기실무²⁷⁾를 보면 “1층이 상점인 건물에 있어서, 住戶부분의 계단과 주택시설 계단 사이에 문 또는 셔터로 구분되어 있다면, 주호부분 및 주호부분의 계단은 일체로서 주택 소유자의 專有部分으로 되고, 두 계단 사이에 경계벽이 아예 없다든지 칸막이 정도 밖에 없을 때에는 양자는 일체로서 共用部分으로 된다”²⁸⁾고 하거나 “두 건물이 셔터로 구분되어 있고, 셔터가 고정되어 있으면, 두 건물은 구분소유권의 대상으로 된다.”²⁹⁾ 그리고 “자가 父 소유 건물의 일부를 허물고, 자기 명

다. 玉田弘毅, 前掲, 54-55頁.

24) 玉田弘毅, 前掲, 55頁以下.

25) 이러한 구분의 명확성은 구조상 독립성으로 내용으로 볼 수 있다.

26) 구분소유권을 단독 소유권, 특별 소유권, 소유권과 유사한 물권(전용사용권이라고 보는 경우도 포함) 어느 것으로 보든지 간에 배타적 지배권을 행사하려면 당연히 그 객체가 특정되어야 한다. 이러한 특정성은 전세권 등의 용익물권에서조차도 요구된다.

27) 이에 관한 자세한 내용은 丸山英氣「判例評論」判例時報 1023号, 169-170頁.

28) 昭和38年9月28日 民事甲第2659号 民事局長回答.

29) 昭和40年3月1日 民事3發第307号 民事局長回答.

의의 건물을 신축하여 접속부분을 목재 문으로 구분한 경우에 새 건물은 구분소유권의 목적으로 된다”³⁰⁾고하여 구분소유권의 목적이 되려면 구분이 명확하여야 함을 요구하고 있다. 명확성과 관련한 이러한 기준은 주거용 건물이나 사무소건물 등의 구분소유에서는 경계벽·문·천정·바닥 등에 의해 명확하게 되므로 일반적으로 문제되지 않는다. 문제는 한 층에 여러 전문점(예를 들면 의류, 전자제품 판매점 등)이 입주된 최근 유행의 이른바 패션빌딩과 같은 경우이다. 이 경우에 각 전문점은 그 사용목적 또는 용도로 인하여 점포마다 벽 등으로 구분하지 않는 것이 대부분이다. 이러한 현실과 관련하여 벽 등이 없는 건물부분이 전유부분이 될 수 있는지 여부가 다투어지고 있다. 이와 관련하여 일본에서는 그 건물부분이 구분 또는 경계가 객관적으로 명확화되면 전유부분이 될 수 있으며, 그 명확화의 방법으로 바닥에 항구적인 경계표식 등을 하면 된다³¹⁾는 견해가 유력하게 제기된다.

우리나라의 판례³²⁾는 “건물의 일부분이 구분소유권의 객체가 될 수 있으려면 그 부분이 구조상으로나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 있어야 하고, 건물의 주택, 점포, 차고 등으로의 이용상황 내지 이용형태에 따라 구조상의 독립성 판단의 엄격성에 차이가 있을 수 있으나 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구된다고 할 것이므로 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다”고 하여 이점을 분명히 하고 있다.

요컨대 전유부분이 되려면 구조상 독립성의 하나의 내용으로서 그 부분이 다른 부분과 명확하게 구별할 수 있는 표식이 있어야 한다. 그리고 그러한 표식은 쉽게 변경할 수 없는 항구성이 있어야 한다.

3. 遮斷性

구분소유권의 대상인 전유부분이 되려면 그 건물부분이 다른 건물부분과 경계벽·문·천정·바닥 등에 의해 차단되어야 하는가가 문제된다. 이른바 無隔壁 구분소유가 인정되는지의 문제³³⁾이다. 일부견해는 구조상의 독립성을 차단성과 동일하게 보아

30) 昭和41年12月7日 民事甲第3317号 民事局長回答.

31) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編, 前掲, 21頁.

32) 대법원 1993.3.9. 선고 92다41214판결 ; 같은 취지로는 대법원 1999.11.9. 선고 99다46096 판결.

33) 자세한 것은 玉田弘毅「無隔壁區分所有の問題」不動産研究 8卷4号 14頁以下를 참조.

서, 차단성이 없는 경우에는 구분소유권의 성립을 부정하는 견해³⁴⁾도 있다.

일본에서는 구분소유법이 시행된 초기에는 이 요건을 아주 엄격하게 해석하여서, 전유부분이 되려면 건물의 구성 부분인 경계벽·문·천정·바닥 등으로 다른 부분과 완전히 차단될 것을 요하는 것이 일반적인 견해³⁵⁾였다. 그러나 그 후에 복합상가 및 패션빌딩 등이 등장함에 따라 일본의 등기실무는 “1면 또는 2면을 벽으로 하고, 나머지 3면 또는 2면을 철제 셔터로 구분한 점포로 영업 중에는 셔터를 열고 폐점 시에는 셔터를 닫아놓는 경우에 점포부분은 구분소유권의 목적이 된다”³⁶⁾고 하였다. 그리고 일본의 하급심 판례³⁷⁾는 건물 1층에 설치된 車庫에 대하여, 경계가 셔터인 경우는 물론이고 셔터가 없어도 객관적으로 경계를 인식할 수 있는 경우 - 즉, 3면은 건물의 벽체 또는 철책으로 구분되어 있으나 1면은 기둥 3개와 천정으로 경계를 식별할 수 있는 경우 - 에도 차량의 출입이 많은 차고의 성질을 고려할 때 1면을 개방함이 용도에 적합하다는 이유로 그 구조의 독립성을 인정하였다³⁸⁾. 또 동쪽의 1/3 부분이 직접 홀로 통하고, 나머지 3면 중 서쪽 일부만 외벽이 있고 나머지 부분은 콘크리트 바닥에 붙은 화장타일로 경계가 식별되는 경우에도 주차장이라는 용도를 고려하여 구조상 독립성을 인정하였다.³⁹⁾ 심지어는 북쪽에만 콘크리트 벽과 셔터가 있고, 남쪽과 서쪽은 일부를 제외하고 외벽조차 없으며 동쪽은 셔터로 외부와 구분이 가능한 구조로 되어 있으며, 기둥과 기둥 사이 및 외벽과 기둥 사이에 셔터를 부착할 수 있어 필요한 경우에 셔터를 설치하여 외부와 차단할 수 있는 구조인 경우에 있어서도 그 소유권이 미치는 범위가 명확하다는 이유로 구조의 독립성을 인정한 사례⁴⁰⁾도 있다.

그리고 日本 最高裁判所⁴¹⁾는 구조상 독립성과 관련하여 구분소유법 제1조에서 말

34) 김황식 등, 민법주해(V), 269면.

35) 川島武宜, 前掲, 360頁.

36) 昭和42年9月25日 民事甲第2454号 民事局長回答.

37) 상세한 내용은 丸山英氣, 前掲「判例評論」, 170頁 이하 참조.

38) 東京地法 昭和52年12月21日 判決.

39) 東京地法 昭和53年12月7日 判決.

40) 東京地法 昭和54年4月23日 判決.

41) 最高裁 昭和56年6月18日 昭和53(オ)제1373호, 民集 35권 4호 798頁.; 最高裁 昭和56年6月18日 昭和53(オ)제1374호, 判例時報 1009호 63頁.; 最高裁 昭和56年7月17日 民集 35권 5호 977頁.; 最高裁 昭和61年4月25日 判例タイムズ 607호 45頁(이 判決은 最高裁 昭和56年6月18日 昭和53(オ)제1374호의 파기 환송 후 원심 판결에 대한 상고심 판결이다).

하는 ‘구조상 구분된 건물 부분’이란 독립한 物的 支配가 가능할 정도로 건물의 구성 부분인 境界壁·階層 등으로 다른 부분과 차단되어 그 범위가 명확하면 족하며 반드시 주위 전부가 완전히 차단될 필요는 없다고 하였다. 이러한 日本 最高裁判所 판례는 앞에서 본 登記 實務와 下級審 判例 및 學說의 最大 公約數라고 할 수 있다.⁴²⁾ 여기서 物的 支配의 가능 여부는 사회 통념에 따라 결정하여야 하므로, 境界壁의 존재 및 그 구조만으로 판단할 것이 아니라 해당 건물의 이용 형태·이용 목적을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다는 취지로 이해되고 있다.⁴³⁾ 이러한 登記 實務 및 判例의 태도에 맞추어 일본의 학설도 차단성과 관련하여 유연한 입장을 보이고 있다. 학설에 따르면 당해 건물의 이용 상황·이용 목적을 고려하여, 그 건물이 주거용인가 점포용인가에 따라 境界壁의 존재 여부 및 구조에 차이가 있다는 것이다⁴⁴⁾. 즉, 住居用 建物에서는 境界壁의 존재와 그 구조가 상당히 중요한 요소이므로 통상 境界壁으로 항상 완전히 차단될 것이 요구되지만, 상가용 건물에서는 폐점시간에만 차단하는 서터 설비가 있으면 족하다. 따라서 차단성과 관련하여서는 ‘구조상 독립성’이라는 기준에 ‘이용상 독립성’ 확보를 위한 境界壁의 존재 및 구조인지 여부의 판단기준이 포함되어 있다고도 할 수 있는 것이다.⁴⁵⁾ 나아가 적어도 점포에 있어서는 물리적인 境界壁이 없어도 다른 부분과 외형상 구분할 수 있는 고정된 표지 또는 구분점이라는 관념적인 境界壁만 있으면 구분소유를 인정할 수 있다는 견해⁴⁶⁾도 있다.

요컨대 일본의 경우, 종래에는 건물의 구성부분인 隔壁·階層 등에 의하여 다른 부분과 차단되어 있어야 구조상 독립성이 인정되는 것이 주류적인 견해였으나, 근래에는 다른 부분과 완전히 차단되어 있을 것을 요하지 않고, 구분할 수 있는 구조상의 가능성이 존재하는 경우도 포함시키거나, 적어도 점포에서는 물리적인 격벽이 없어도 다른 부분과 외형상 구별할 수 있는 고정된 표식 내지 구분점에 의한 관념적인 隔壁

42) 最高裁 昭和56年6月18日 昭和53(オ)제1373호 판결에 대하여 당해 사건의 擔當 調査官이었던 遠藤賢治判事は “앞의 판시는 종래의 학설, 하급심 판례 및 등기실무의 최대공약수를 나타낸 것이지만, 이와 같은 판시가 곧바로 격벽이 없는 건물부분은 構造上 區分되지 않았다는 결론을 채택한 것으로는 볼 수 없다”고 설명하였다. : 遠藤賢治, 『最高裁判所判例解説(民事編, 昭和 56年)』 388頁.

43) 遠藤賢治, 前掲, 388頁.

44) 遠藤厚之助 「區分所有建物の 所有·利用」 『現代契約法大系(第4卷)』 404頁 (有斐閣, 1985).

45) 玉田弘毅=森泉章=半田正夫編 『建物区分所有權法』 59頁 (一粒社, 1975).

46) 丸山英氣 「判例評論」 判例時報 1023호 171頁. ; 玉田弘毅 「建物区分所有法の理想と現實」 自由と正義 22卷11号 46頁.

이 있는 것으로 족하다는 등의 차단성을 완화하는 견해가 대세를 이루고 있다. 특히 구분소유에 있어서 ‘구조상 독립성’이란 소유권의 목적이 되는 범위를 確定하는 기준에 불과하다는 認識 아래 그 要件을 유연하게 해석해가는 경향이며, 隔壁이 없는 區分所有를 인정하는 것도 시간문제라고 한다.⁴⁷⁾

우리나라의 판례⁴⁸⁾는 집합건물법이 시행되기 이전부터 “본건 건물은 3층건물 중 1층22평5합을 동서로 반분한 동쪽 11평2합5작으로서 그 경계선에는 낫쇠못을 콘크리트바닥에 띄엄띄엄 박고 그 선에서 양쪽으로 각각 50센티미터 폭의 도로를 만들도로 양쪽에는 도로를 향하여 포목점포의 포목대가 설치되고 철제샷터장치가 되어 있어 사회통념상 독립된 점포를 이루고 있고 또 이미 구분소유권등기가 되어 있을 뿐 아니라 근저당권설정등기가 되어 있으므로 이러한 건물에 대하여 원심이 구분소유권을 인정한 것은 정당하다”고 하여 포목점포건물에 있어서 차단성이 없음에도 불구하고 구분소유권을 인정하였다. 그 후의 상가건물과 관련된 판례를 보아도 ‘구조상 독립성을 인정하기 위해서 그 부분이 隔壁에 의하여 遮斷되어 있어야 한다는 것’을 직접적으로 명시한 판례는 찾아 볼 수 없다.

그런데 吉基鳳판사는 이러한 대법원 판례와 관련하여 종래에 문제된 구체적인 사안들을 개별적으로 검토하여 보면 원칙적으로 건물부분이 隔壁 등의 固定된 施設에 의하여 차단되어 있어야 한다는 입장에 있는 것으로 보인다고 하면서 그 예로 대판 1992.4.24. 92다3151과 대판 1992.4.24. 92다1390, 4406판결 등을 들고 있다.⁴⁹⁾ 살펴보면 대판 1992.4.24. 92다3151판결은 “...경락받은 시점에서는 구분소유의 목적이 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추지 못한 건물의 일부에 불과한 것이어서 이에 관한 구분소유권은 존재할 수 없는 것이고...”고 하여 차단성을 이유로 구분소유권을 부정한 것으로 볼 수 없고, 대판 92.4.24. 92다1390, 4406판결은 그 원심판결⁵⁰⁾을 보면 “... 4층 3호 건물은 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 이에 기하여 소유권보존등기까지 경료되어 있기는 하나 그 기재에 부합하거나 유사한 건물부분이 존재하지 아니할 뿐 아니라 위 4층 건물 중 남쪽 부분의 실제 사용 형태가 위 소유권보존등기시는 물론이고 현재까지도 전체가 하나의 영업용 건물

47) 遠藤賢治, 前掲, 388頁; 高柳輝熊「區分所有の對象」『現代民事裁判の課題 第6卷』688頁(新日本法規出版, 1990); 古久保正人「區分所有權の成否」塩崎勤編『裁判実務大系 第19卷』16頁(青林書院, 1992).

48) 대법원 1969.2.4. 선고 68다980.

49) 吉基鳳, “區分所有와 構造上の 獨立性”, 대법원판례해설 제23호(1995년), 41면.

50) 부산지법 1991.12.13. 90나10817, 10824.

로 일체화되어 사용되어 왔으며 그 내부에는 그 중 일부를 다른 부분과 구분, 특정할 만한 고정된 시설물이나 표시등이 전혀 없으므로 …”구분소유권을 인정하고 있지 않은 판례이어서, 그 내용을 보면 차단성이 아니라 경계의 명확성을 결하였기 때문에 구분소유권을 부정한 것으로 보인다.

판례를 좀더 살펴보면, 대판 1995.6.9. 94다40239 판결은 “…건물의 구조가 철근콘크리트 외벽에 반달형의 패널 지붕이 덮혀 있고 내부는 바닥만이 콘크리트로 포장되어 있을 뿐 각 점포의 경계나 특정을 위한 칸막이나 차단시설 등이 설치되어 있지 않고 다만 바닥에 페인트로 선을 그어 장방형으로 된 500개의 점포와 통로로 구획되어 있다면, 이 건물이 어시장으로 사용되고 있다는 이용상의 특성을 감안하여도 각 점포가 구조상의 독립성을 갖추었다고 볼 수 없고, 그 밖에 각 점포주들이 그 경계선상에 드럼통을 쌓는 등으로 경계를 확실하게 하여 이를 각 배타적으로 사용하고 있거나 각점포가 등기부상으로도 구분된 개개의 소유권의 객체로 등재되어 있으며 시장부지의 공유지분권과는 별개로 독립하여 거래되어 왔다는 사정이 있다 하더라도 각 점포를 독립한 소유권의 객체로 인정할 수 없다”고 하고 있는데 이 판결은 차단성 때문이 아니라 경계의 명확성을 결하였기 때문에 구분소유권이 부정된 것으로 생각된다.

그리고 앞서 본 대판 1993.3.9. 92다41214 판결도 경계의 명확성은 엄격하게 요구하고 있으나, 차단성은 엄격하게 요구하지 않고 있다. 이처럼 대법원 판례는 상가건물의 경우에 차단성을 엄격하게 요구하지 않고 있으며, 다만 경계의 명확성이 없다는 이유로 구분소유권을 인정하지 않는 경우는 있다. 그런데 일부견해는 대법원 판례가 차단성을 이유로 구분소유권을 부정하는 태도를 취한다고 하고 있는바, 이는 경계의 명확성과 차단성을 구별하지 못하는 데서 기인한 오해로 보인다.

한편 2003년 7월18일 집합건물법의 개정으로 일정한 요건⁵¹⁾을 갖춘 상가건물의 구분소유에 있어서는 차단성을 요하지 않음을 입법으로 명문화 하였다. 그 개정이유로는, 상가 등의 집합건물 안의 구분된 점포 등은 독립하여 거래되고 있는 것이 사회적 현실임에도 현행법상 구분소유권의 목적이 되지 아니하고 전체 건물에 대한 지분

51) 1동의 건물 중 다음 각호에 해당하는 방식으로 수개의 건물부분이 이용상 구분된 경우에 그 건물부분은 이 법이 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다.(집합건물법 제1조의2 1항) 1. 구분점포의 용도가 건축법 제2조제2항제6호의 판매 및 영업시설일 것, 2. 1동의 건물 중 구분점포를 포함한 제1호의 판매 및 영업시설 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천평방미터 이상일 것, 3. 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것 4. 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 부착할 것.

등기만이 허용되고 있어 집합건물 안 점포 소유자의 소유권 행사 등에 제약요인이 되고 있는 점을 고려하여, 상가 등의 집합건물안의 구분된 점포가 일정한 요건을 갖춘 경우 구분소유권의 대상이 되게 하고, 이를 통하여 부동산등기법에 의한 단독소유 형태의 소유권등기가 가능하도록 하려는 것⁵²⁾이라고 하고 있다. 결국 개정이유는 상가건물의 경우에 차단성을 갖추지 못한 건물에 대하여 구조상 독립성이 인정되지 않아서 구분소유권 등기가 되지 않는 것을 들고 있다.⁵³⁾ 그러면서 趙舜衡의원은 “지금 현행법(개정전의 법)으로도 운영만 잘하면 해결될 수 있었던 것인데 대법원을 비롯한 법원이 너무 경직된 자세로...”⁵⁴⁾라고 하고 있다. 그러나 앞서 본바와 같이 상가건물에 있어서 대법원판례는 명확성을 분명히 요구하고 있지만, 차단성에 관하여는 유연한 입장을 취하고 있는데, 이러한 대법원 판례의 내용을 오해한 면이 있는 것 같다.⁵⁵⁾ 생각건대 2003년 개정법의 취지는 차단성을 갖추지 못한 상가건물의 구분소유를 인정하려는 것⁵⁶⁾이었으나, 오히려 상가건물의 구분소유에 관하여 법률에 요건을

52) 朴承國의원 발언, 제227회 국회 법제사법위원회회의록 제3호 3면.

53) 개정이유와 관련하여 裴熙建법무사는 법개정 건의에 대한 배경과 관련하여 “대구에는 동산동에 베네시움이라는 쇼핑몰이 있습니다. 약1200개의 점포가 있는데 그 점포가 전부 다 구분소유권등기가 되어있습니다. 처음에 보존등기를 할 때에는 구조상 독립되지 않았으나 합판이나 커튼 등을 사용하여 구분되게 한 후에 보존등기가 된 후에는 전부 철거해서 전매장을 오픈된 매장으로 사용하고 있는데 그 베네시움이 부도가 나버렸습니다. 1200개점포 중에 서 분양하지 못한 점포가 한 500개 되고 나머지 700개는 분양을 했는데 점포를 처음 분양할 때 국민은행에서 구분소유권을 가지고 전부 근저당 설정하고 담보로 제공받아 대출해 주었습니다. 그런데 부도가 나서 경매를 진행하게 되니까 법원에서 경매진행하면서 집행관이 현황조사하려고 현장에 나가보니까 집합건물소유 및관리에관한법률에 해당하는 구조상 독립이 되지 않았습니다. 전부 오픈이 되어 버리니까... 그래서 경매가 각하가 되어서 국민은행에서는 1200개 점포에 대출한 약 120억 대출금 회수를 못하는 것은 물론이고 지금 진행되는 부동산 임의경매가 약 200건이 되는데 200건에 대한 경매 신청 수수료도 2억 정도를 날리게 되었습니다. 그 뿐만 아니라 지금 500개 점포가 경매도 진행되지 않고 처분이 안 되어서 아무도 운영하지 못하고 있으니까 상가 전체가 상권이 마비될 지경입니다. 누구한테 경매가 되든지 이전이 되어서 새로운 주인이 나타나서 같이 경영을 해야 상권이 살아날 수 있는데 500개 점포가 구멍이 뚫려 있으니까 전체 상권이 마비될 지경이고 대구 전체 경제에도 상당한 영향을 미치고 있는 상황입니다...”라고 하고 있다. 제239회 국회 법제사법위원회회의록 제1호 3-4면.

54) 제239회 국회 법제사법위원회회의록 제1호 25면.

55) 한편 건축법 실무상으로는 집합건축물대장에 등록이 되려면 차단성이 요구되었던 것 같다. 즉, 차단성을 갖추지 못한 상가건물에 대하여는 집합건축물대장에 등록이 거부되었던 것이다. 따라서 등기실무도 집합건축물대장에 등록이 거부되어 일반건축물대장에 등록된 건물에 대하여는 집합건물로 등기가 거부되었다. 결국 등기실무상으로는 차단성을 요구하여 차단성을 갖추지 못한 경우에 집합건물로 등기가 안 되는 경우가 종종 있었던 것 같다.

규정함으로써 이러한 요건을 갖추지 못한 소규모의 상가건물은 구분소유가 성립되는 것을 봉쇄하는 결과가 될 수도 있을 것이다⁵⁷⁾. 즉, 상가건물의 구분소유와 관련하여 집합건물법 제1조의2 제1호에서 ‘구분점포의 용도가 건축법 제2조 제2항 제6호의 판매 및 영업시설일 것’을 제2호에서 ‘1동의 건물 중 구분점포를 포함한 제1호의 판매 및 영업시설 용도에 해당하는 바닥면적의 합계가 1천평방미터 이상일 것’을 요건으로 하고 있는데 이러한 요건을 갖추지 못한 건물(예컨대 판매·영업시설이 아니라 단순히 전시장인 건물인 경우, 그리고 바닥면적이 1천평방미터미만인 경우)에 있어서는 구분소유를 인정하지 않을 것인지가 문제될 것이다. 집합건물법 제1조의2는 다른 나라 입법에서는 찾아 볼 수 없는 규정이다. 오히려 집합건물법에서 상가건물의 구분소유의 요건을 규정하지 않고, 판례와 학설에 맡기는 것이 타당하다고 생각된다.

한편 상가건물과 달리 주거용 건물에 있어서는 차단성이 필요하다는 것이 일반적인 견해이다. 문제는 그 차단성의 정도이다. 경계벽·천정·바닥 등에 의해 완전히 차단된 경우는 그 건물부분이 전유부분으로 되는 것은 문제가 없다. 그러나 차단물이 미달이, 베니어판, 판자벽 등인 경우는 쉽게 제거될 수 있고, 완전히 차단된 상태라고는 보기 어려우므로 문제가 된다.⁵⁸⁾ 일본의 판례⁵⁹⁾를 보면 건물부분이 벽·베니어판으로 차단되어 옥내에서 양 부분이 교통이 전혀 불가능한 경우에는 각각의 부분에 구분소유권 성립을 인정한 것이 있다. 이러한 판례로부터 널판지벽이나 베니어판으로 구분한 경우에 항상 차단성을 갖추었다고 판단하는 것은 무리가 있다고 한다⁶⁰⁾. 즉, 차단막이 쉽게 제거될 수 없고 고정되어서 그 설치된 상태로 볼 때, 건물의 구성부분으로 여겨질 수 있는 경우에 차단성이 있다고 하여야 한다는 것이다. 따라서 미달이나 커튼은 대부분의 경우 차단성은 없고, 판자벽이나 베니어판에 의한 구분은 그 건

56) 제227회 국회 법제사법위원회회의록 제3호 ; 제238회 국회 법제사법위원회회의록 제4호 ; 제239회 국회 법제사법위원회회의록 제1호 ; 제240회 국회 법제사법위원회회의록 제4호, 제7호 등 참조.

57) 법률에 요건을 규정하면 이 규정에 따라 해석하여야 하는데, 법률의 해석 중 반대해석에 의하면 법률에 규정된 요건을 갖춘 경우에는 효과를 부여하지만, 요건을 갖추지 못한 경우에는 효력을 줄 수가 없는 것이다.

58) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編, 前掲, 21頁.

59) 神戸地判 昭和36年2月16日 下民集12卷2号193頁 ; 仙台地判 昭和38年12月3日 高民集17卷7号587頁.

60) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編, 前掲, 22頁.

물의 구조와의 관계, 설치 방법 등에 의하여 판단되어야 한다는 것이다. 또 구분하는 것이 서터, 목제門인 경우에는 건물의 구조상 그 구성부분이 되었다고 볼 수 있는 경우에는 차단성이 있다고 하는 일본의 등기선례⁶¹⁾가 있다.

생각건대 상가건물이외의 주거용 건물 등에 있어서의 차단성⁶²⁾은 그 건물의 이용 관계 등을 고려하여 전반적인 사회통념에 따라서 결정하여야 할 것이다. 물론 어떠한 경우에도 차단물자체가 고정되어, 앞서본 ‘경계의 명확성’의 요건을 갖추어야 함은 당연하다 할 것이다.

4. 外部와의 通行의 直接性

구분소유권이 성립하려면 이용상 독립성을 갖추어야 하는 바, 이러한 이용상 독립성을 갖추기 위해서는 그 부분에 獨立된 出入口가 있어서 直接 또는 共用部分을 통하여 외부로 출입할 수 있어야 한다. 따라서 다른 전유부분을 통하지 않으면 출입할 수 없는 건물부분은 이용상 독립성이 없으므로 구분소유권의 대상이 될 수 없다. 이 독립의 출입구는 외부로 연결된 공용부분(예를 들면 공동의 복도·계단실 등)에 통하고 있는 경우도 된다.

한편 통행의 직접성 기준과 관련하여 ① 평면적인 橫의 관계에서의 통행의 직접성이 문제된 경우와 ② 입체적인 상하관계에서 통행의 직접성이 문제된 경우로 나누어, ①에 대해서는 매우 엄격한 태도를 취하고, ②에 대해서는 원칙을 완화하여 구체적인 이용상황 등으로부터 타당한 처리를 꾀하려는 것이 일본의 판례 태도이다.⁶³⁾ 이러한 판례에 대하여 입체적인 상하관계에서는 평면적인 橫의 관계에서의 경우와 달리, 통행의 직접성을 쉽게 확보하지 못하는 것이라는 이유로 지지하는 견해⁶⁴⁾가 있다. 그러나 단지, ②의 경우에만 통행의 직접성을 완화한다면, 위층의 구분소유자에 대하여 자신의 소유에 속하지 않는 하층부분의 통행을 인정한다는 것이 되어, 그러한 경우에

61) 昭和40年3月1日民事3發第307号民事局第3課長回答；昭和41年12月7日 民事甲第3317号 民事局長回答.

62) 대법원 1996.8.20.선고 94다44705-44712 판결은 “...이 사건 건물 증축 부분은 기존 건물 부분과 무관하게 불링장으로 사용되고 있으므로 그 이용상 독립성이 있다 할 것이고(피고 회사가 별도로 입차하여 위 불링장의 라커룸 사용 중인 기존 건물 부분도 원심판결 도면에 의하면 증축 부분 중 계단과 연결되어 있을 뿐 불링장과 직접 붙어 있지 않다) 위 증축 부분이 기존 건물 부분과 벽으로 구분되어 있다면 그 구조상으로도 독립되어 있다고 못 볼 바 아니다.”라고 하고 있다.

63) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編, 前掲, 22頁；玉田弘毅, 前掲, 78頁.

64) 玉田弘毅, 前掲, 78頁.

통행 권한을 어떻게 파악할 것인지에 대하여 명확한 기준이 없기 때문에 문제가 있다는 견해⁶⁵⁾도 있다. 생각건대 ①과 ②의 경우를 달리 볼 것은 아니다. 따라서 입체적인 상하관계에서도 통행의 직접성이 엄격하게 요구된다고 할 것이다.

5. 專用設備가 있을 것

구분소유권의 객체인 전유부분이 되기 위해서는 당해 건물부분을 독립하여 이용할 수 있도록, 사용목적 혹은 용도에 맞는 전용의 설비가 설치되어 있어야 한다. 어느 정도의 것을 전용설비에 해당하는 것으로 할 수 있는가는 한 마디로 판단할 수 없고, 그 건물 부분의 사용목적·이용형태, 다른 설비와의 관계 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다.⁶⁶⁾ 한편 어느 건물 부분에 설치된 설비가 다른 건물 부분의 이용·보안·관리를 위하여 필요불가결한 것일 때에는 ‘利用上 獨立性’을 인정할 수 없고, 오히려 ‘法定 共用部分’으로 보아야 한다. 그 예로는 電氣室, 機械室 및 이러한 기능을 겸하는 管理室 등을 들 수 있다.⁶⁷⁾

6. 共用設備가 설치되지 않을 것

전유부분이 되려면, 그 건물부분에 구분소유자 전원 또는 일부를 위한 설비, 즉 공용설비가 존재하여서는 안 된다. 따라서 당해 건물 부분에 설치된 설비가 다른 건물 부분의 이용·보안·관리를 위하여 필요불가결한 것일 때에는, 비록 그 부분이 다른 요건을 갖추었다 하더라도 전유부분이 될 수 없다. 문제는 그 건물부분의 일부에 공용설비가 설치된 경우에는 어떻게 보아야 하는가이다.

일본의 등기실무는 급배수 파이프·변압기·냉난방 기계 등이 설치되어 건물 전체의 관리에 필수불가결한 기계실은 공용부분으로 보고 있다.⁶⁸⁾ 그리고 맨션의 관리접수실은 ① 그 내부에 각 전유부분을 집중 관리하는 소방설비·경보장치 등 常用의 공용 설비가 있고, 방문자와 우편물을 처리하는 접수인이 常住하는 구조일 때에는 공용부분이고, ② 관리인이 주택 겸 관리사무실로 사용하고 있으나 공용시설이 없으면 공용부분이 아니며, ③ 그 구조는 ①과 같고 관리인이 주택 겸 관리사무실로 사용하

65) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編, 前掲, 22-23頁.

66) 倉田 繁집필부분, 丸山英氣編, 前掲, 23頁.

67) 玉田弘毅=森泉章=半田正夫編, 前掲, 68-69頁.

68) 遠藤賢治, 前掲, 390頁.

고 있을 경우, 공용설비가 접수실 및 관리인실 모두에 설치되어 있으면 공용부분이고, 공용설비가 접수실에만 설치되어 있으면 공용부분이 아니라고 보고 있다.⁶⁹⁾

일본의 하급심 판례⁷⁰⁾은 차고에 있어서, 벽(배전반, 전기미터, 전기 스위치, 공기출입구, 소화전 송수용 파이프, 역류 방지판, 파이프 스페이스, 배기관, 배기용 전기팬), 천정(급수관, 배수관, 가스관, 배선), 바닥(맨홀, 수동 펌프), 지하(분노 정화조, 오수처리시설, 전화지하 케이블 피트, 전화지하케이블다트)에 공용설비가 설치되어 있는 사안에 있어서, ① 공용설비가 그 건물부분에서 점유하는 비율, ② 공용설비의 보수·점검·수리를 위한 출입의 빈도와 관리의 필요성, ③ 공용설비의 이전 가능성을 중요한 요소로 삼아 ‘利用의 獨立性’의 유무를 판단하여 왔다.

일본의 最高裁判所는 구조상 독립성을 지닌 車庫 또는 倉庫의 일부에 다른 구분소유자들의 공용에 제공되는 설비가 설치되어 있는 경우라 하더라도, “①공용설비가 당해 건물부분의 작은 부분을 점유함에 그치고, ② 그 나머지 부분에 대하여 독립한 건물과 실질적으로 다를 바 없이 배타적 사용이 가능하며, 위 배타적 사용이 다른 구분소유자들의 공용설비의 이용·관리로 특별한 제한 또는 장애를 받지 않고, ③ 반면에 공용설비의 보존 및 다른 구분소유자들의 이용이 위 배타적 사용 때문에 영향을 받지 아니하는 경우에는, 專用部分에 해당한다”고 판시하였다⁷¹⁾. 이러한 最高裁判所 판결은 종래의 下級審 判例가 기준으로 하였던 ① 공용설비가 그 건물부분을 점유하는 비율이 낮을 것, ② 공용설비의 보수·점검·수리를 위한 출입 빈도와 관리의 필요성이라는 요건위에 ③ 공용설비의 보존 및 다른 구분소유자들의 이용이 위 배타적 사용 때문에 영향을 받지 않을 것이라는 요건을 추가한 것이라고 볼 수 있다. 最高裁判所 판결의 취지는 구조상 독립성을 지닌 車庫 또는 倉庫의 일부에 다른 구분소유자들의 공용에 제공되는 설비가 설치되어 있는 경우에는 원칙적으로 공용부분으로 볼 것이지만, 예외적으로 앞의 ①②③의 요건을 갖추면 전유부분에 해당한다는 것으로서, ‘공용 설비의 공동성과 건물 부분의 배타적 이용성의 비교 교량’으로 판단한다는 것이다. 따라서 ①과 ③의 요건은 구체적으로 건물부분의 이용목적, 이용형태 및 공용설비의 위치·면적·형상·기능·이용도·관리방법들을 참작하여 결정할 것이고, ②의 요건에서 말하는 ‘특별한’은 ‘현저한’을 의미하므로 ‘다소의 제한 또는 장애’ 정도는 허용된다고 한다.⁷²⁾

69) 遠藤賢治, 前掲, 390-391頁.

70) 자세한 내용은 遠藤賢治, 前掲, 392-393頁; 丸山英氣 前掲「判例評論」, 171-172頁.

71) 遠藤賢治, 前掲, 391頁.

7. 기타

이용상 독립성과 관련하여 일부 견해⁷³⁾는 1동의 건물의 일부분이 이용상 독립성을 가져야 한다고 함은 건물의 일부 그 자체가 독립하여 이용·거래될 수 있는 건물로서의 경제적 효용을 가져야 한다는 것을 말한다고 주장한다. 그러나 이용상 독립성은 그 부분이 다른 전유부분과 독립적으로 사용할 수 있음을 의미하는 것이지 거래될 수 있음을 요구하는 것은 아니라고 생각된다. 이 견해는 거래의 의미를 오해한 듯하다. 왜냐하면 앞에서 서술한 바와 같이 전유부분만이 거래의 객체가 되는 것은 아니기 때문이다.

한편 구조상·이용상의 독립성은 현존하여야 하는가가 문제된다. 대법원⁷⁴⁾은 “인접한 구분건물 사이에 설치된 경계벽이 일정한 사유로 제거됨으로써 각 구분건물이 구분건물로서의 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하게 되었다고 하더라도, 각 구분건물의 위치와 면적 등을 특정할 수 있고 사회통념상 그것이 구분건물로서의 복원을 전제로 한 일시적인 것일 뿐만 아니라 그 복원이 용이한 것이라면, 각 구분건물은 구분건물로서의 실체를 상실한다고 쉽게 단정할 수는 없고, 아직도 그 등기는 구분건물을 표상하는 등기로서 유효하다고 해석해야 한다”라고 하여 일시적으로 구조상 및 이용상의 독립성을 상실하더라도 복원이 용이한 경우에는 구분소유권을 유지시키고 있다.

IV. 區分行為

1. 의의

集合建物法 제1조는 “1棟의 建物 중 構造上 區分된 數개의 部分이 獨立한 建物로서 使用될 수 있을 때에는 …… 각각 所有權의 目的으로 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 1동의 건물에 구분소유권의 목적으로 할 수 있는 객관적인 요건을 갖춘 수개의 부분이 존재하는 경우라도 그들 각 건물의 부분이 당연히 구분소유권의 목적이 되는 것은 아니고 별도로 1동 건물에 대하여 그 건물을 구분할 권원을 가지고 있

72) 遠藤賢治, 前掲, 391-392頁.

73) 김준호, “집합건물의 구분소유권에 관한 연구”, 연세대 박사 1984, 67면.

74) 대법원 1999. 6. 2. 자 98마1438 결정.

는 자가 구분하여야 한다.⁷⁵⁾ 그들 각 건물의 부분을 구분소유권의 목적으로 할 것인가 또는 그들 각 부분을 합하여 1동의 건물 전체를 보통의 소유권의 목적물로 할 것인가 하는 것은 소유자의 의사에 맡겨져 있다.⁷⁶⁾ 즉, 구분소유권이 성립하려면 객관적인 요건이외에 소유자가 구분하여 소유하려고 하는 의사가 필요하다.⁷⁷⁾

대법원도 “1동의 건물 중 구분된 각 부분이 구조상, 이용상 독립성을 가지고 있는 경우에 그 각 부분을 1개의 구분건물로 하는 것도 가능하고, 그 1동 전체를 1개의 건물로 하는 것도 가능하기 때문에, 이를 구분건물로 할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 소유자의 의사에 의하여 결정된다고 할 것이므로, 구분건물이 되기 위하여는 객관적, 물리적인 측면에서 구분건물이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시 즉 구분행위가 있어야 하는 것으로서 …… 구조상, 이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다.”⁷⁸⁾고 하여 구분소유의 성립요건으로 소유자의 구분행위를 요구하고 있다. 이처럼 구분소유가 성립되려면 구분소유의 객체로 하고자 하는 소유자의 의사가 필요하다는 데에 학설은 일치되어 있다. 그리고 이러한 소유자의 區分意思를 區分所有權 成立의 主觀的要件으로 본다면 그 區分意思를 표시하는 行爲를 區分行爲라 부를 수 있다⁷⁹⁾고 한다.

2. 구분행위의 성질

구분행위는 建物の 物理的 形質에 變更을 가함이 없이, 法律觀念上으로 1동의 건물에 성립된 하나의 소유권의 내용을 변경시켜 건물의 특정한 부분에 (공동소유지분의 일종인)구분소유권을 발생시키는 법률형성적 처분행위이다. 따라서 境界壁을 설치하는 것과 같은 事實行爲에 불과한 事實的 區分 또는 分割과는 다른 概念이다.⁸⁰⁾ 일 부견해⁸¹⁾는 구분행위를 1동의 건물을 구분하여 수개의 건물로 하는 것이라고 하면서

75) 梁慶旭, “建物の 區分所有에 關한 法律問題”, 사법논집16집, 43면 이하; 金基正, “集合建物の 執行을 둘러싼 몇 가지 法律問題에 對한 考察”, 사법논집27집, 15면; 이현중, “集合建物の 區分所有 成立時點”, 民事判例研究 23권, 49면.

76) 이태운 등, 주석민법 물권(2), 124면.

77) 稻本洋之助=鎌野邦樹, 前掲, 14頁.

78) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020판결.

79) 김기정, 앞의 논문, 15면.

80) 玉田弘毅, 前掲, 104頁.

건물의 구분을 토지의 분필과 유사하다고 하고 있는데, 이는 모자이크식 혹은 성냥갑식 발상과 같은 것이어서 건물의 구분과 건물의 분할을 구별하지 않고 있는 것으로 보여진다.⁸²⁾⁸³⁾

구분행위는 건물에 대한 1인의 소유자가 일방적 의사표시로서 할 수도 있고, 건물에 대한 공동소유자들이 합의로 할 수도 있다. 또 이러한 구분은 구분소유권의 객체가 될 건물이 건축되기 전에도 행하여 질 수 있다.⁸⁴⁾ 1인의 건물의 소유자가 행하는 구분행위는 단독행위라는 데에는 학설이 일치한다.⁸⁵⁾ 그런데 상대방이 있는 행위인지 여부 및 상대방 있는 단독행위라면 상대방이 누구인지 여부에 대하여는 아직까지 논의되지 않고 있다.

우선 일본의 경우에는 구분소유인 취지의 등기가 이루어졌을 때에는 당연히 이 의사가 인정되지만⁸⁶⁾, 미등기인 경우에도, 건물의 일부의 양도(예를 들어 맨션의 분양)가 이루어졌을 경우나, 처음부터 각자의 소유부분을 정하여 몇 사람이 건물을 축조했을 경우 등에는 이 의사가 인정된다고 한다⁸⁷⁾. 또, 건물 전체가 1인의 소유자에 속하는 경우에서도 각 부분을 구분소유권의 목적으로 한다는 건물 소유자의 의사가, 외부에 표시되는 것(예를 들어, 분양 맨션으로서 판매하는 취지의 광고를 한다) 등으로 객관적으로 명확하게 된 경우에는 구분소유권이 성립된다⁸⁸⁾고 한다. 이러한 것으로부터 살펴볼 때 일본에서는 구분행위는 상대방이 없는 의사표시로 보는 것 같다. 한편 독일에서는 구분(Teilung)은 등기공무원에 대한 의사표시와 주거등기부(Wohnungsgrundbücher)에 기재됨으로써 효력이 발생한다. 즉, 주거소유권법 제8조에 의한 구분은 등기공무원을 상대방으로 하는 일방적 의사표시이다.⁸⁹⁾ 그러나 이러한

81) 이흥권, “建物區分所有權의 成立과 消滅에 관한 몇가지 問題”, 民事裁判의 諸問題 7권, 504면.

82) 토지의 분필에 대응하는 개념은 건물의 분할이라고 보아야 할 것이다.

83) 이러한 입장을 취하는 분들도 그 논문에서 “구분소유권의 설정”이라는 표현을 사용하고 있는데, “설정”이라는 단어는 일반적으로 소유권 위에 제한 물권이 생기는 것을 표현할 때 사용하는 것이다. 따라서 구분소유권을 마치 제한물권과 동일시하는 느낌도 받게 된다. 이러한 표현과 그 주장하는 바가 언어상으로도 서로 배치되는 것 같다.

84) §3, 8 WEG.

85) 이흥권, 앞의 논문, 504면, 이현중, 앞의 논문, 52면 등.

86) 東京地判 昭和51年5月13日 判時840-84 ; 横浜地判 昭和55年12月17日 訟月27-5-963 参照.

87) 川島一郎 「建物の区分所有等に関する法律の解説(上)」 法曹時報14卷6号 850頁 以下.

88) 法務省民事局参事官室編 『新しいマンション法：一問一答による改正区分所有法の解説』 8頁, (商事法務研究会, 1983) ; 内田勝一 「区分所有法 第1条, 第7条」 水本浩=遠藤浩=丸山英氣編 『基本法コンメンタールマンション法』 9頁(日本評論社, 1994).

방식이 갖추어짐이 없이 등기가 행하여진 경우에도 주거소유권은 유효하게 성립한다⁹⁰⁾고 하고 있다.

그렇다면 우리법제하에서 소유자 1인이 하는 구분행위를 등기공무원을 상대방으로 하는 단독행위로 보아야 할 것인가가 문제된다. 독일처럼 민법상으로 성립요건주의를 취하고, 이에 따라 등기신청에 있어서도 엄격한 실질적 심사주의를 취하는 법제하에서는 등기공무원을 상대방으로 하는 의사표시로 구성할 수도 있을 것이다. 우리 등기법은 기본적으로 형식적 심사주의를 채택하고 있으나 집합건물의 보존등기신청시 등기관에게 실질적 심사권을 부여하고 있으므로, 독일과 마찬가지로 등기관을 상대방으로 하는 단독행위로 구성할 수도 있을 것이라고 생각된다.

구분행위는 1동의 건물을 수인이 공동으로 소유하다가, 공동소유자간의 합의로 할 수도 있다. 이 경우에 공유자 상호간의 구분에 관한 합의는 계약이지만, 이러한 계약에 따라 대외적으로 구분의 의사를 표시하는 구분행위는 합동행위의 성격을 가지는 것으로 생각된다. 따라서 모든 공유자가 함께 구분하여야 한다. 그런데 1동의 건물을 수인이 공유하고 있다가 구분하는 경우에 이를 합동행위라고 주장하는 견해 중 그 논거를 “이 경우 所有者들의 意思는 1개의 所有權을 수개의 所有權으로 分割하는데 관하여 合致하고 있을 뿐 서로 對立하고 있는 것이 아니므로 契約이라기 보다는 合同行爲에 가깝다 할 것이다.”⁹¹⁾라고 하고 있으나, 공유자사이의 구분에 관한 합의는 계약이고, 이러한 구분의 의사를 표시하는 구분행위는 합동행위라고 생각하는 사건과는 논거에서 차이를 보인다.

全 공유자에 의하여 구분이 실현되면, 각 공동소유자는 새로 형성된 소유권의 내용에 따라 특정한 부분에 대한 배타적 지배권인 구분소유권과 잔존하는 부분에 대하여 공유지분을 가지게 된다.

VI. 登記與否

1. 問題點

우리 집합건물법에는 규약상 공용부분을 정할 때에 그 취지를 등기하여야 한다는

89) Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz kommentar, 9. Aufl., S. 187f.

90) Weitnauer, a.a.O., S. 188.

91) 김기정, 앞의 논문, 15-16면.

규정이 있을 뿐(제3조 제4항), 구분소유의 성립에 있어 등기를 요건으로 한다는 규정이 없다. 따라서 건물에 대하여 구분소유가 성립하려면 구분의 의사만으로 구분소유가 성립하는가 아니면 등기를 요하는가가 문제된다. 또한 집합건물법은 그 제정시에 가옥대장(후에 건축물 대장으로 변경)에 대하여 자세한 규정을 두고 있는데 가옥대장에 등록과 구분소유관계의 성립과도 문제된다.

2. 집합건물법 제정 이전의 학설

집합건물법이 제정되기 전에는 구분소유의 성립요건에 구분등기를 요한다는 것이 일반적인 견해이다⁹²⁾. 우리나라에서는 구분행위가 법률행위이고, 민법 제186조는 법률행위로 인한 물건변동은 등기가 있어야 효력이 발생한다고 규정하고 있으므로 물건변동의 하나인 구분소유권의 성립에 있어서도 당연히 등기를 요한다고 하였다. 그런데 구분소유의 성립에 등기가 성립요건이라는 견해는 다시 2가지로 나누어진다.

(1) 예외 없이 등기를 요한다는 견해

구분소유가 성립하려면 數人이 건물을 구분소유할 것을 협의하고 구분소유건물을 신축하였을 경우에도 예외없이 등기하여야만 구분소유권이 성립한다는 견해가 있다. 즉, “우리 민법은 등기를 부동산물권변동의 효력발생요건으로 하고 있으므로 구분소유권도 등기하여야 비로소 성립한다면서, 아무리 1동의 건물 중 1구획 또는 各室이 구조상 독립되어 구분소유권의 대상이 될 수 있다고 하더라도 그 자체로는 어디까지나 위 1개의 건물의 일부분에 지나지 않는 것이며 그 1동의 건물의 소유권은 당연히 이 부분까지 미치므로, 그 1동의 건물의 소유자는 그 구획된 부분을 구분소유권의 대상으로 할는지 여부는 자유인 것이고, 이를 별개로 구분등기하지 않는 한, 그 구분된 부분에 관하여 당연히 개개의 독립된 소유권이 성립된다고 볼 수 없으며, 이러한 이치는 다수인이 건물을 구분소유할 것을 합의하고 구분소유건물을 신축하였을 경우에도 동일하다고 보아야 하는데, 이는 일물일소유권의 원칙에도 합치하고, 그러한 의미에서 건물의 구분소유등기는 구분소유권을 창설하는 창설적 효과가 즉, 구분소유가 성립하려면 언제나 등기를 요한다”⁹³⁾는 견해이다. 이러한 견해는 독일의 주거소유권

92) 金鼎鉉·安又萬·李元培·許正勳·李英俊, “集合住宅(아파트)의 所有, 管理에 關한 考察 (그 立法化와 關聯한 問題點과 方向)”, 사법연구자료 제1집, 246-247면; 崔鍾길, “集合住宅(아파트)의 區分所有에 關한 比較法的, 實態的 考察”, 서울대 법학 11권 2호, 23면.

법이 취하는 것과 같은 입장이다.

(2) 예외적으로 등기를 요하지 않는 경우를 인정하는 견해

다수인이 구분소유하기로 합의하고 건물을 신축하는 경우에는 법률행위에 의하지 않는 물건변동으로 건물의 완성과 동시에 구분소유권이 성립하고, 이미 존재하는 건물을 구분 양도하는 경우에는 법률행위에 의한 물건변동의 경우로서 구분소유에 대한 당사자간의 물건적 합의와 등기가 있음으로써 비로소 구분소유권이 성립한다는 견해가 있다.

즉, “건물의 구분소유는 다수인이 건물을 구분소유할 것을 합의하고 구분소유건물을 신축함에 의하여도 성립하고 혹은 이미 존재하는 건물을 구분양도함에 의하여도 성립한다. 우리 민법의 물건변동의 원칙상 전자는 법률행위에 의하지 않은 물건변동으로서 등기없이 구분건물의 완성과 동시에 구분소유권이 성립하고 사후의 등기는 선언적 효과가 있을 따름이라고 보아야 한다. 이에 반하여 후자의 경우에는 법률행위에 의한 물건변동의 경우로서 구분소유에 대한 당사자간의 물건적 합의와 등기의 요건이 있음으로서 비로소 구분소유를 창설하는 등기이다.”⁹⁴⁾ 그리고 건물의 구분소유는 건물의 단독소유자가 등기소에 대하여 건물을 구분 분할한다는 일방적 의사표시를 하고 이를 등기함으로서도 성립할 수 있을 것이다.⁹⁵⁾

이 견해는 아파트분양계약에 관하여 아파트분양계약은 법적으로 분석하면 구분소유권의 설정에 대한 물건적 합의의 성질을 가질 따름이며 구분소유권은 등기시에 비로소 성립하므로, 분양하여 입주하고 있다 하더라도 등기가 완료되는 시기까지는 완전한 구분소유자로서의 법적 지위를 가지지 않는다고 한다.⁹⁶⁾

3. 집합건물법 제정 이후의 학설

집합건물법이 제정된 이후에도 구분소유의 성립요건에 관한 논의는 대개 건물의 구분등기와의 관계에서 논하여지고 있다. 즉, 집합건물법 제정 이후에는 구분소유의

93) 金鼎鉉・安又萬・李元培・許正勳・李英俊, 앞의 논문, 246-247면.

94) 최종길, 앞의 논문, 23면.

95) 최종길, 위의 논문, 23면.

96) 최종길, 위의 논문, 24면.

성립요건으로서 구분행위를 인정하면서 이러한 구분행위를 법률행위로 보고, 이에 민법 제186조가 적용되는지 논의가 있다. 또 집합건물법에서 가옥대장에 관한 규정이 마련되었기 때문에 구분소유의 성립도 이와 관련하여 검토하여야 한다는 주장도 있다.

(1) 등기를 요한다는 견해

우리나라에서는 구분행위가 법률행위이고, 민법 제186조는 법률행위로 인한 물권 변동은 등기가 있어야 효력이 발생한다고 규정하고 있으므로 물권변동의 하나인 구분소유의 성립에 있어서도 당연히 등기를 요한다는 견해⁹⁷⁾이다.

즉, “1棟의 각 부분이 구분건물로 될 수 있는 요건을 갖추었어도 소유자가 이를 구분건물로 등기하지 아니하고 그대로 1棟의 건물전체를 객체로 한 등기만을 한 때에는 구분소유권이 성립할 여지가 없다. 물론 당초부터 구분소유상태인 건물을 건축하여 구분건물로서 등기할 수도 있고 건축주 1인명의로 등기한 후 구분등기절차를 통하여 구분건물로 등기할 수도 있다. 여하튼 건물의 구분소유성립에는 등기가 되지 않는 한 그 소유권도 인정할 수 없다. 분양아파트의 경우 건축주명의로만 등기되어 있고 구분의사는 있으나 아직 구분등기가 되어 있지 않는 경우 채권자는 건축주 1인의 부동산으로 보고 압류할 수 있으며, 한편 구분등기가 되어 있을 때에는 그 건물의 각 구분소유자가 동일인인 경우에도 채권자는 1棟의 건물로 보고 압류할 수는 없고 각 구분건물마다 별도로 압류를 할 수밖에 없다. 물권변동에 형식주의를 취하고 있는 우리 법제하에서는 당연한 조치이라 할 것이다”⁹⁸⁾고 하여 물권변동에서의 형식주의를 강조하고 있다.

(2) 등기를 요하지 않는다는 견해

이 견해는 구분행위를 일종의 법률행위로 보더라도 구분행위에 따른 물권변동이라 함은 소유주체의 변동과는 관계없는 또는 소유자의 변경 이전의 권리의 내용 또는 범위의 변경을 의미하는 것에 불과하므로, 이는 민법 제186조에서 말하는 등기를 요하는 물권변동은 아니며, 등기는 사후절차일 뿐이고 따라서 소유자의 구분행위에 의

97) 김준호, 建物區分所有法, 77면(1984) ; 고인상, “集合建物法에 관한 小考”, 사법연구자료 제13집, 83-84면. ; 박윤직, 물권법, 305면.

98) 고인상, 위의 논문, 83-84면.

하여 구분소유권은 성립한다고 한다.⁹⁹⁾ 즉, 구분행위를 일종의 물건행위로 본다면 그 효과인 구분소유권의 성립을 법률행위로 인한 물건변동이라 할 수도 있을 것이나, 구분행위를 민법 제186조의 물건행위와 다른 것으로 취급하여 “민법 제186조가 규정하고 있는 물건의 得失變更이라 함은 본래 물건의 상대적 변동, 즉 물건이 그 權利主體를 달리하여 타인에게 이전적 또는 설정적으로 승계되는 것을 의미하는 것인데, 구분행위에 따른 물건변동이라 함은 所有主體의 變動과는 관계없는 權利의 內容 또는 範圍의 變更을 의미하는 것에 불과하다. 구분소유권의 성립이라 함은 본래 하나의 소유권의 객체인 1棟의 건물을 수개의 소유권의 객체로 나누는 것을 의미하는 것뿐이라고 보아야 하고, 그 分割된 수개의 구분소유권이 數人의 소유로 歸屬된다 하더라도 그것은 구분행위에 이어서 이루어진 數人 사이의 物權契約의 결과에 불과하다. 따라서 後者の 경우에는 민법 제186조가 적용되어 登記가 그 效力發生要件이지만, 前者의 경우에는 반드시 민법 제186조가 적용되어야 할 필연적인 이유는 없는 것이다”¹⁰⁰⁾라고 하고 있다. 또 “각 전유부분에 대해서 등기가 하여진 때는 구분소유권이 성립하는 것은 당연하다. 또 미등기이지만은 양도가 하여진 때뿐만 아니라 全戶가 1인의 소유자에게 속하고 있는 경우에도 그 소유자가 각 전유부분마다 구분하여 소유한다는 의사를 외부에 표시한 때 예컨대 분양 아파트로서 분양광고를 한 때, 또는 구분소유건물로서 일부만에 건물의 소유권보존등기를 신청한 때에는 구분소유권이 성립한다”¹⁰¹⁾고 하는 견해도 이 입장에 서 있는 듯하다. 한편 집합건물법의 해석상으로는 구분할 권원있는 자가 각 건물마다 구분한 때에 각각에 대하여 구분소유권이 성립하며, 구분등기를 가지고 전유부분 내지 구분소유권의 성립요건이라고 할 것은 아니라고 하면서 집합건물법에서 그와 같이 해석할 문언이 없다는 것을 이유로 들고 있다. 그리고 입법론적으로 再考의 餘地가 있어 집합건물법에 구분등기를 가지고 전유부분 내지 구분소유권의 성립요건으로 하는 취지의 명문규정을 두어야 한다는 견해¹⁰²⁾도 이러한 입장과 같이 보인다.¹⁰³⁾

99) 김기정, 앞의 논문, 16-19면 ; 이흥권, 앞의 논문, 505-506면.

100) 이흥권, 위의 논문, 505면 ; 김기정, 위의 논문, 17-18면.

101) 이수엽, “集合建物 區分所有의 概念과 內容”, 변호사 16호, 22-23면.

102) 양경옥, 앞의 논문, 43-44면.

103) 일본에서도 구분행위에 특별한 방식이 요구되지 않지만, 다만 등기가 있을 때에 구분행위가 있는 것으로 봄이 타당하다거나, 그것이 입법론적으로 바람직하다는 등의 주장이 있다. : 川島一郎 「建物の區分所有等に關する法律の解説(上)」 法曹時報 第14卷6號, 20頁.

(3) 건축대장에의 등록 또는 건물의 구분등기

집합건물의 가옥대장에 관한 규정이 집합건물법의 제정과 함께 제53조 이하에서 마련되었기 때문에 구분소유의 성립도 이와 관련하여 검토하여야 한다는 견해¹⁰⁴⁾가 있다. 이 견해는 기본적으로 집합건물법상 구분소유는 구조상·이용상의 독립성이 있는 건물부분을 각각 소유권의 목적으로 삼겠다는 구분행위가 있는 다음에 집합건물의 가옥대장에다 그 건물부분을 각각의 구분소유권의 목적으로 등록함으로써 구분소유권의 목적인 부동산의 표시를 특정한 때에 성립한다¹⁰⁵⁾고 주장한다. 즉, 집합건물법은 제53조 이하에서 집합건물에 관한 건축물대장의 편성·등록에 대하여 규정하고 있으며, 부동산등기법은 제2조에서 구분건물의 표시에 관한 사항을 등기할 사항의 하나로 규정하고 있으므로, 이에 따른 건축물대장에의 등록으로써 구분소유권의 목적이 되는 건물부분의 개수가 결정된다고 보아야 한다¹⁰⁶⁾고 한다. 다만 집합건물법에 의하더라도 집합건물의 전유부분의 개수가 건축물대장으로써 결정되지 않는 예외적인 경우가 있다고 하면서 다음을 들고 있다. 즉, 집합건물법 제61조 이하의 규정이 그러한데 소관청이 집합건물법에 의한 대장의 등록을 거부한 때에는 신청인은 직접 관할등기소에 등기의 신청을 할 수 있고, 등기관은 그 신청이 이유 있다고 인정한 때에는 신청서에 기재된 건물의 표시가 건축물대장의 그것에 부합하지 않더라도 건물의 구분등기를 할 수 있다. 나아가 등기관은 그 취지를 소관청에 통지하여 건물을 구분건물의 건축물 대장에 등록하고 종전의 가옥대장을 폐쇄하도록 조치하여야 한다. 이 경우 등기관은 등기사항의 형식적 심사권에 대한 예외로서, 신청서와 그 첨부서류에 의하여 그 건물이 집합건물법에 의한 집합건물이 아님이 명백한 경우가 아닌 한 전문지식을 가진 자의 보조를 받는 등으로 하여 건물의 표시에 관한 사항을 조사하여야 하므로, 이 절차에 의하여 작성된 등기부는 그 건물의 권리관계에 관한 사항뿐만 아니라 표시에 관한 사항에 대하여도 대장에 우선하게 된다. 따라서 이 경우에는 예외적으로 전유부분의 개수가 등기부에의 등기에 의하여 결정된다고 하여야 한다. 그렇다면 집합건물법상 구분소유는, 구조상·이용상의 독립성이 있는 건물부분을 각각 소유권의 목적으로 삼겠다는 구분행위가 있는 다음에 집합건물의 가옥대장에다 그 건물부분을 각각의 구분소유권의 목적으로 등록함으로써 구분소유권의 목적인 부동산의 표시를 특정한 때에 성립한다¹⁰⁷⁾고 주장한다.

104) 이현중, 앞의 논문, 59면이하.

105) 이현중, 위의 논문, 65면.

106) 이현중, 위의 논문, 55면, 64면.

4. 檢討

구분소유의 성립에 있어서 등기를 요하지 않는다는 견해는 구분행위에 의하여 권리의 내용 또는 범위의 변경을 의미하는 것에 불과하므로, 민법 제186조의 법률행위에 속하지 않는다고 주장하지만, 민법 제186조에서의 물권의 得失變更에 소유권의 내용변경을 제외시킬 이유가 없다고 생각된다. 또 이 견해는 “독일의 ‘住居所有權 및 繼續의 居住權에 關한 法律’이나 우리의 立木에關한法律 등에서와 같은 명문의 규정이 없음에도 민법 제186조만에 의하여 登記를 區分所有權 成立의 要件으로 볼 것인지는 의문이다”¹⁰⁸⁾라고 하는데, 구분소유에 대하여 특별법인 집합건물법에 규정이 없는 경우에는 일반법인 민법이 적용되는 것이 당연하다고 생각한다. 따라서 민법의 일반원칙에 따라 등기를 하여야 한다고 생각된다. 각국의 입법례를 보면, 구분소유의 성립에 있어서 등기를 필요로 하는 법제와 필요로 하지 않는 법제로 대별되는데, 독일, 오스트리아, 스위스, 네덜란드 등은 전자이며, 프랑스, 벨기에, 이탈리아 등은 후자이다¹⁰⁹⁾. 이를 보면 대체로 민법상 성립요건주의를 취하는 국가에서는 구분소유의 성립에 있어서도 등기를 요건으로 하고 있다.

한편 우리의 집합건물법과 마찬가지로, 일본에서는 구분소유관계의 성립과 관련하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있는데, 학설은 등기를 구분소유권의 성립요건이 아니라고 보는 것이 통설이다.¹¹⁰⁾ 이는 구분행위를 법률행위로 인정하더라도 물건변동에 관하여 의사주의를 취하고 있는 일본의 법제하에서는 당연한 논리적 귀결이라 할 수 있다. 그러나 독일의 경우에 마찬가지로 물건변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 우리 법제하에서는 구분소유의 성립요건으로서 구분행위외에 등기를 요한다고 보아야 할 것이다.

한편 집합건물법에 건축물대장의 관련규정을 두고 있는 것을 이유로 들어, 등기 대신에 건축물 대장에의 등록을 구분소유의 요건으로 주장하는 견해¹¹¹⁾에 대하여는

107) 이현종, 위의 논문, 64-65면.

108) 김기정, 앞의 논문, 17면.

109) C.G. VAN DER MERWE (ed), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VI, Chapter 5(Apartment ownership) p.34-35.

110) 玉田弘毅, 前掲, 105頁.

111) 이러한 주장은 등기부와 대장을 이원적으로 두고 있는 우리 법제하에서 제기될 수 있는 문제이다. 대다수 외국의 경우에는 오늘날 등기부와 대장이 일원화 되어 이러한 주장이 보이지 않는다.

다음과 같은 문제점이 있다고 생각된다.

첫째로 이 견해는 집합건물의 구분행위는 절차법상의 등기개념에만 포섭될 뿐인 부동산의 표시의 등기에 관한 의사표시에 불과하여, 민법 제186조의 적용을 받지 않는다고 하여야 하므로, 구분소유의 성립시점은 건물의 구분등기와 무관하다고¹¹²⁾ 주장한다. 그러나 이러한 주장은 구분행위로 소유권의 내용이 변경되므로, 그 의사표시는 권리에 관한 것이라는 점과 구분등기는 단순히 부동산의 표시에 관한 등기가 아니라는 점을 간과하고 있다. 구분등기는 1동의 건물에 대한 소유권의 내용의 변경에 따른 권리의 등기이며, 이러한 권리의 등기에 부수하여 부동산의 표시의 등기가 행하여지는 것이다.

둘째로는 이 견해는 구분소유성립이 원칙적으로 건축물대장의 등록과 예외적으로 등기부예의 등기로 나누어 주장하고 있는데, 이러한 주장은 구분소유의 성립에 있어서 ‘기준의 획일성’이라는 점에서 문제가 있다고 생각된다.

요컨대, 구분행위는 건물의 특정한 부분에 구분소유권이라는 배타적 지배권을 성립시키는 행위이다. 결국, 구분행위에 의하여 1동의 건물에 성립된 소유권의 내용이 변경하게 되므로, 구분행위에 의한 소유권의 내용변경은 법률행위에 의한 권리변동에 속하게 된다. 따라서 민법 제186조에 의하여 등기를 요한다고 보아야 할 것이다. 그러나 예외적으로 법률의 규정에 의한 구분소유권의 취득은 등기를 요하지 않는다고 생각된다. 예컨대 수인이 구분소유하기로 약정하고 건물을 신축하는 경우에는 건물의 신축으로 각자는 특정한 부분에 구분소유권을 취득하다고 보아야 할 것이다.

V. 結 語

지금까지 1동의 건물에 대하여 구분소유관계가 성립하려면 어떠한 요건을 갖추어야 하는지를 살펴보았다. 이를 정리하면 다음과 같다.

첫째로 구분소유관계가 성립하려면 1동의 건물이어야 한다. 즉 구분소유는 1동의 건물을 기초로 하여 2인 이상의 자가 특정한 부분에 대하여 배타적 지배권을 행사하는 것이다.

둘째로 구분소유관계에서 전유부분이 되려면 그 부분이 구조상·이용상 독립성을 가져야 하는데, 구조상·이용상 독립성의 내용으로 구분의 명확성, 차단성, 통행의 직

112) 이현중, 앞의 논문, 60면.

접성, 전용설비의 존재, 공용설비의 부존재를 살펴보았다. 그리고 이러한 요건은 시대의 발전에 따라 그 적용의 강약을 달리 할 것으로 생각된다.

셋째로 구분행위가 있어야 한다. 1동 건물의 특정부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추었다 하더라도, 권원이 있는 자에 의하여 구분이 되지 않으면, 구분소유관계가 성립되지 않는다.

넷째로 등기를 요하는지가 문제되는데, 집합건물법이 제정된 후의 대다수 견해는 구분행위만으로 구분소유관계가 성립된다고 주장하고 있다. 그러나 일본과 달리 우리 민법은 성립요건주의를 취하고 있으므로, 등기를 요한다고 보아야 할 것으로 생각된다.



▶ 이기용·이춘원

구분소유권(Wohnungseigentum)

구분소유의 성립(Begründung des Wohnungseigentums)

구조상 독립성(strukturelle Selbständigkeit)

이용상 독립성(Nutzungsselbständigkeit)

차단성(die Abgrenzung der Gebäudeteile)

[zusammenfassung]

Eine Abhandlung zur Begründung des Wohnungseigentums

Lee, Ki-Yong · Lee, Chun-Won

Das 'Korenaische Gesetz über das Eigentum am kollektiven Gebäude und dessen Verwaltung' (abgekürzt: Kollektivgebäudegesetz, EkGVG) enthält keine Regelung über die Begründung des Wohnungseigentums. Das deutsche Pendant, 'Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht' regelt aber ausdrücklich, dass das Wohnungseigentum durch Vertrag der Miteigentümer oder durch Teilung begründet wird.

§ 1 Kollektivgebäudegesetz(EkGVG) lautet: "Wenn strukturell abgegrenzte Teile eines Gebäudes als selbständige Einheiten benutzt werden können, dann können die einzelnen Gebäudeteile zum Objekt des Eigentums werden."

Die ausdrücklich geregelten objektiven Tatbestandsmerkmale für Begründung des Teileigentums sind demzufolge wie folgt:

1. Es handelt sich um ein Gebäude.
2. Die Gebäudeteile sind strukturell abgrenzbar (strukturelle Selbständigkeit).
3. Die Gebäudeteile können als selbständige Einheit benutzt werden (Nutzungsselbständigkeit).

Die einhellige Meinung in der Rechtsprechung und Literatur fordert darüberhinaus ungeschriebene subjektive Elemente wie das Vorhandensein eines Abgrenzungswillens.

Umstritten ist demgegenüber über die Erforderlichkeit einer Eintragung.

Weil in den letzten Jahren strukturell komplizierte Gebäude, die über eine Luftbrücke oder unterirdisch verbunden sind, sehr häufig gebaut werden, ist die Abgrenzung eines Gebäudes von dem anderen schwierig geworden. Wann ist ein Gebäude als ein Gebäude zu betrachten

Dieser Aufsatz wird sich unter anderem mit folgenden Fragen befassen:

Wann ist ein Gebäude wirklich ein Gebäude? Als Kriterien werden unter anderem folgende genannt:

1. die Eindeutigkeit der Grenze
2. die Abgrenzung der Gebäudeteile
3. die Unmittelbarkeit des Weges zur Aussenwelt
4. das Vorhandensein der Einrichtungen zur Sondernutzung
5. das Nichtvorhandensein der Einrichtungen zur Gemeinnutzung.

Im Hinblick auf ein Geschäftsgebäude stellt sich aber die Frage, ob eine vollkommene Abgrenzung erforderlich ist.

Dieser Aufsatz wird über diese Themen hinaus auch noch die Fragen nach dem Abgrenzungswillen, der Erforderlichkeit der Eintragung mit behandeln.