區分建物 買受人의 垈地 占有使用權의 垈地使用權性 與否

裵 成 鎭*

Ⅰ. 序 論

1. 건물의 구분소유에 관한 민법 제215조는 종래의 평층연결식의 규모가 작은 건물을 세로로 구분하는 경우를 염두에 두고 규정한 것에 지나지 않는다. 그러나 1960년대 후반 이후에 경제발전에 따른 인구의 도시집중현상이 일어나자, 주택부족문제를 해결하기 위하여 건물의 고층화에 의한 공동주택이 급속히 보급되었다. 이러한 주택구조의 변화에 따라서, 민법 제215조로써는 구분소유관계를 적절히 규율할 수 없게 되었고, 나아가 1동의 건물이 수십, 수백의 구분건물로 구성되고, 또한 공동주택이 단지를 형성함에 따라서, 구분건물을 합리적으로 공시할 수 있는 제도의 마련이 필요하였다. 특히 「집합건물의소유및관리에관한법률」(1984.4.10. 법률 제3725호. 이하 집합건물법이라 한다)이 제정되기 이전의 구분소유건물의 등기는 1동의 건물의 공유로 등기함으로써, 1등기용지에 공유자가 수십 또는 수백명이 되므로, 집합건물에 관한 부동산등기가 부동산물권의 공시제도로서의 기능을 제대로 할 수가 없었다.

그리하여 구분소유의 개념을 명확히 하여, 구분소유관계의 물권법적 및 채권법적 권리와 의무를 명확히 하고, 구분건물의 공시를 합리화하기 위하여 집합건물법을 제정하였다. 그리고 집합건물법의 제정과 함께 구분소유권의 등기를 위해서, 부동산등기법이 크게 보완되었다.

---

* 天安大學敎 法政學部 專任講師・法學博士

그리고 집합건물법은 건물의 공유부분 및 대지사용권을 공유로 규정하고 있으나, 그 내용에 있어서는 민법상의 공유 개념에 많은 수정을 가하고 있다. 따라서 집합건물법의 제정에 의해서, 토지와 건물을 별개로 보는 부동산개념에 변화가 일어나고, 소유권 개념 및 공유개념에도 큰 변화가 초래되었다.[1)]

2. 구분소유권에 있어서 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서 전유부분의 처분에 따르게 되어 있다(집합건물법 제2조 6호, 제20조 1항). 이 경우 전유부분과 대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유사용하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 그리고 그 전제가 되는 문제는 대지사용권에 대지의 매수인이 매도인에 대하여 가지는 소유권이전등기절차를 구할 권리 내지 이에 터잡은 대지의 점유사용권도 포함되느냐의 여부이다.

아울러 집합건물법은 대지사용권을 가지지 않은 구분소유자가 있는 경우에는 건물의 철거청구 대신에 대지소유자가 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있는데 이는 종래의 토지 우위 관념을 그대로 반영한 것으로서 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호하여야 한다는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에도 부합하지 않는 결과를 낳고 있다. 따라서 이에 대한 검토 역시 이루어져야 할 것으로 보인다.

이하 본고에서는 먼저 구분소유권의 연혁 및 입법례, 구분소유권의 객체, 구분소유건물의 대지 및 대지사용권의 내용에 관하여 살펴보고, 구분건물 매수인의 대지 점유사용권의 대지사용권성 여부에 관한 판례의 검토와 아울러 구분소유권매도청구권의 입법취지에 대한 타당성여부를 검토하기로 한다.

Ⅱ. 區分所有權의 沿革 및 立法例

1. 沿革

1) 金相容, 物權法(全訂版), 2001, 347면 參照.

(1) 로마法

로마법[2]에서는 「地上物은 土地에 속한다」(Superficies solo cedit)라는 법원칙이 확립되어 있었으므로, 토지 위에 건물을 지어도 그 건물에 대하여는 아무런 권리가 발생치 않고 오히려 토지 위의 건물은 토지소유자의 소유권에 흡수되었다. 따라서 이 원칙을 적용한 결과로서 건물을 계층으로 구분하여 이를 각각 별개의 소유자에게 귀속시키는 건물의 계층적 구분소유제도는 법률상 허용되지 않았다는 것이 통설이지만, 이에 대하여 로마제국의 전영토 내에 관철된 원칙이 아니고 로마제국 동남부의 지역, 즉 바빌로니아, 시리아, 이집트, 희랍, 아세아 등에는 완전한 의미에 있어서의 계층소유권이 존재하였다는 것이 각종의 파피루스 혹은 증서에 의하여 확인된다는 유력한 견해도 있다.[3]

(2) 게르만法

고대 게르만에서는 건물은 간소하여 토지에의 정착성이 적었고, 또한 토지와 건물과의 결합관계가 약하였기 때문에 건물은 동산으로 취급되었다. 이와 같은 법의식은 건물이 견고해지고 토지와의 결합도 영구적인 것이 된 이후에도 오랫동안 존속하였으나, 결국 건축양식이 변화되어 건물은 토지에 고착하는 것이라는 의식이 지배적으로 됨에 이르러 비로소 건물도 부동산에 속한다고 생각하게 되었고, 이것은 독립된 소유의 대상으로써 토지소유자 이외의 자의 소유권에 속할 수가 있었다.

특히 이른바 계층소유권은 독일을 위시한 중세의 유럽제국에서 이용되었는데, 그것은 첫째, 상속재산의 분할의 결과가 구분소유권의 인정을 불가피하게 하였고, 둘째, 세대수의 증대에 따라 가옥증축의 수요가 늘어났으나 대부분의 도시에서는 이 수요에 응할 토지의 여유가 적어 다소의 재산적 여유가 있는 중소거주자에게 소유자적 이익을 받는 건물을 가질 수 있게 하기 위하여서는 계층소유권을 부득이 인정할 수밖에 없었다는 사정에 기인한다.

---

2) 이에 관하여는 金俊鎬, 建物區分所有法, 1984, 27면 參照.

3) 柚木馨, 比較法からみた建物の區分所有權, 民商法雜誌44卷1号, 1961, 5頁. 崔鍾吉, 集合住宅(아파트)의 區分所有에 관한 比較法的·實態的 考察, 文敎部學術硏究造成費에 의한 硏究報告書(社會科學系3), 1969, 3면. 崔柄煜, 아파트의 區分所有權, 梨大法定大學創立20周年記念論文集, 1971, 144면 參照.

그러나 건물을 횡으로 구분하는 것은 종으로 구분하는 것과 달라서 많은 법률상의 곤란이 따르게 되었는데, 이를 해결하기 위하여 일반적으로 자기가 거주하고 있는 건물부분에 대한 구분소유권과 공동의 계단, 복도 및 대지에 대한 공유와의 결합이라는 법률적 구성을 취하였다.

이러한 계층소유권은 계층소유권을 부정하는 로마법의 계수의 결과 점차 소멸하게 되었으나 일부지역, 즉 남독일지역 및 불란서의 도시에서는 그대로 존속하여 프랑스 및 독일 민법이 시행될 때까지 행하여지고 있었다.[4]

2. 立法例[5]

프랑스는 게르만법의 영향을 받아 민법제정시에 이미 계층소유권(propriété par étages)에 관한 규정을 둠으로써 구분소유제도를 인정하였다(프랑스 민법 제664조). 그러나 이 규정은 그 내용이 너무 단순, 빈약하여서 제1차 세계대전 후 계층소유권에 관한 수요가 증대함에 따라 이 규정만으로는 적절한 운영을 기대할 수 없게 되어 1965년「건물부동산의구분소유내규를확정하기위한법률」(Loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis)과 1967년「건물부동산의구분소유내규를확정하기위한1965년제65-77호법률의적용을위한공적관리규칙」(Décret portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis)이라는 특별법을 제정하게 되었다. 1965년 법은 건물의 객관적 구조보다는 사용개념을 중심으로 해서 전용부분과 공용부분을 구별하고 있다. 한편 전유부분은 구분소유권의 전속적 소유에 속하고, 공용부분은 구분소유자 전원 또는 일부의 공유에 속한다. 다만 이 공유는 통상의 공유와는 달리 분할청구가 허용되지 않고, 전유부분과는 별개로 공유지분권만을 처분할 수는 없다. 즉 전유부분과 공용부분은 불가분일체로서 취급된다. 이와 같이 구분소유권을 건물 이외에 대지에 대한 권리까지 포함하고 있는 것은 프랑스 민법이 로마법 계수와 관련하여, 건물을 토지와는 독립된 별개의 부동산으로 보지 않

4) 柚木馨, 前揭書, 5-6頁. 崔鍾吉, 前揭論文, 3-4면. 崔栢煜, 前揭論文, 144-145면 參照.

5) 金俊鎬, 前揭書, 29-52면. 同, 集合建物에 있어서 專有部分과 垈地使用權의 一体性, 民法學의 回顧와 展望(民法典施行三十周年記念論文集), 1993, 317면 이하. 金顯泰, 集合建物의 區分所有에 관한 比較法的 考察, 民事法의 諸問題, 37면 이하. 金選二, 區分所有者에 의한 集合建物의 所有 및 管理, 韓國民法理論의 發展Ⅰ, 1999, 341면 이하. 李英俊, 物權法(新訂版), 2001, 588면 參照.

고 오히려 토지와 일체로 다루기 때문에 건물 자체만에 대한 권리의 설정이 불가능하고, 이것은 결국 대지에 대한 권리를 포함하고 또 그것을 前面에 내세움으로써만 가능하다는 데서 그 이유를 발견할 수 있다.

독일에서는 「지상물은 토지에 속한다」는 로마법의 원칙을 채용하면서 한편으로는 물건의 본질적 구성부분은 특별한 권리의 대상이 될 수 없다는 원칙을 채택함으로써 (독일민법 제93조), 고법이래 행하여졌던 계층소유권제도는 폐지되게 되었다. 그러나 제2차 세계대전의 종료 후 독일에서는 다시 계층소유권제도의 부활이 제창되게 되어 1951년 「주거소유권및계속적주거권에관한법률」(Wohnungseigentumsgesetz)이 새로이 제정되게 되었다. 동법은 그후 1973년에 두 차례의 개정이 있었다. 독일 주거소유권법의 주요 특징은 집합건물의 전유부분에 대한 권리와 대지 및 집합건물의 공용부분에 대한 권리를 하나로 결합, 일체 · 불가분으로 구성하여 주거소유권 또는 부분소유권이라는 단일의 권리를 설정하고 있다는 것이다. 따라서 집합건물에 있어서 그 전유부분만을 분리하여 양도하거나 각종의 부담관계를 설정할 수는 없다.

일본에서는 동민법 제208조에서 건물의 구분소유에 관해 규정을 두었으나 제2차 세계대전 후 고층건물이 증가하면서 새로운 문제점들을 규율하기 위하여 1962년 「건물의구분소유등에관한법률」을 제정하였고, 동법 부칙 제3조에 의하여 일본민법 제208조는 삭제되었다. 그 후 집합건물이 급진적으로 증가하면서 동법 제정 당시에는 예상하지 못한 대형집합건물의 대지의 등기부가 너무 복잡하게 되어 권리관계를 제대로 파악하지 못하게 되는 등의 문제가 또한 발생하게 되어 1983년에 개정하게 되었다. 즉 일본 민법은 독일 민법과는 달리 토지와 건물을 각 별개의 부동산으로 취급함으로써 구분소유권의 경우에도 그것은 건물만을 대상으로 하고 대지와는 아무런 연관을 가지지 않는 것으로 규정하였다. 따라서 구분소유자는 건물과는 별개로 대지만을 처분할 수 있게 되었다. 그러나 이렇게 되면 건물의 구분소유자와 대지의 소유자가 달라지게 되고, 또 건물의 구분소유자가 대지에 대한 이용권을 갖지 못하는 경우 건물을 토지 소유권에 복종하여 철거하지 않으면 안되게 되어 많은 문제를 야시시키게 되어, 결국 1983년 개정법에서 전유부분과 대지사용권의 일체성을 규정하게 되었다.

우리 나라의 집합건물법을 제정함에 있어서는 독일과 일본의 입법례를 많이 참고하였다[6].

---

6) 이에 관한 자세한 것은 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 관한 考察(立法化와 관련한 問題點과 方向), 司法研究資料1輯, 85면 이하 參照.

Ⅲ. 區分所有權의 客体와 一体性의 原理

구분소유권이란 한동의 건물 중, 구조상 구분된 수개의 부분이나, 독립한 건물로서 사용될 수 있는 부분, 즉 전유부분을 목적으로 하는 소유권을 말한다(集合建物法 제2조 1호[7]). 그리고 구분소유권은 일체성의 원리에 의하여, 건물의 공용부분에 대한 공유지분을 대지에 대한 공유지분과 일체로 해서 거래의 객체가 된다.

1. 區分所有權의 客体

구분소유권은 전유부분과 공용부분으로 나누어진다.

(1) 專有部分

전유부분이란 구분소유권의 목적인 건물부분을 말한다(제2조 3호). 전유부분으로 인정되기 위해서는 다음과 같은 두 가지 요건을 필요로 한다.[8]

(가) 한동의 건물 중 구조상 구분되어 있어야 한다(構造上의 獨立性). 즉 건물의 구성부분인 벽·천정·바닥·문·창 등에 의하여 다른 부분과 구조상 완전히 구획되어 있어야 한다. 구조상의 독립성을 요구하는 이유는 구분소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요가 있기 때문이다. 따라서 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다.[9]

---

7) 이하에서 법령의 표시가 없이 조문만으로 나타낸 것은 集合建物法의 조문을 가리킨다.

8) 이에 대한 일본과 우리 나라의 학설의 전개에 대하여는 李弘權, 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7卷, 496면 이하 參照.

9) 대판 1995.6.9, 94다40239. 同旨 金俊鎬, 前揭書, 144, 154면. 그러나 일본에서는 근자에 ① 다른 부분과 완전히 차단되어 있을 것을 요구하는 것은 아니고 구분할 수 있는 구조상의 가능성이 존재하는 경우도 포함된다거나, ② 적어도 점포에 관하여는 물리적인 격벽이 없어도 다른 부분과 외형상 구별할 수 있는 고정된 표식 또는 구분점에 의한 관념적인 격벽이 있는 것으로 족하다고 하면서, 특히 구분소유에 있어서 구조상의 독립성이란 소유권의 목적이 되는 범위를 확정하는 기준에 불과하다는 인식 아래 격벽이 없는 구분소유를 인정하는 것도 시간문제라고 하는 견해도 있다(高柳輝態, 區分所有の對象, 現代民事裁判の課題6卷, 688頁; 古久保正人, 區分所有權の成否, 裁判實務大系19卷, 16頁 參照). 우리 나라에서도 이에 찬성하는 견해가 있다(梁慶旭, 建物의 區分所有에 관한 問題, 司法論集16

(나) 독립한 건물로서 사용할 수 있어야 한다(利用上의 獨立性). 즉 주거 · 점포 · 사무실 · 창고 등으로 사용할 수 있는 것이어야 한다. 판례는 신축 당시부터 현재까지 등기부상으로 각각 구분되어 있으나 사실상 아무런 칸막이나 경계 등을 설치하지 아니하고 하나의 점포로 이용한 경우에는 비록 건축물관리대장상 그 일부점포부분이 별개의 구분건물로 등재되고 소유권보존등기가 마쳐졌다고 하더라도 이러한 소유권보존등기는 무효라고 판단하여 하나의 점포로 보고 있다.[10]

(2) 共用部分

(가) 공용부분이란 ① 전유부분 이외의 건물부분(구조상의 공용부분. 예: 복도 · 계단 · 로비 · 현관 · 엘리베이트실), ② 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물(예: 전기 · 가스 · 수도 · 냉난방 · 엘리베이터 · 저수탱크 등의 제설비, 1층에 있는 수위실이나 화장실 등)과 ③ 규약에 의하여 공용부분으로 된 부속건물(예: 공동집회실 · 응접실 · 관리인실 · 창고 · 차고 등)을 말한다(제2조 4호).

위 ①, ②의 공용부분은 규약에 의하여서도 변경할 수 없는 부분이므로 **法定共用部分**에 해당되며 이에 대한 등기는 필요하지 않다. 그러나 위 ③의 공용부분은 특정한 건물부분 또는 부속건물을 규약으로써 공유부분으로 정할 수 있는 **規約共用部分**이기 때문에 이러한 건물부분 또는 부속건물은 공용부분이라는 것을 공시하는 등기를 해야 한다(제3조 4항). 왜냐하면 이러한 특정한 건물부분 또는 부속건물은 1개의 전유부분으로써 독립한 거래의 대상이 될 수 있기 때문에 이러한 규약에 의하여 공용부분으로 정한 경우에는 이를 등기하여 거래의 안전을 기한다.

(나) 공용부분은 원칙적으로 구분소유권자 전원의 공유에 속하지만(제10조 1항 본문),[11] 일부의 구분소유자만의 공유에 제공되는 것임이 명백한 공유부분(이른바 일부공유부분)은 그들 구분소유자의 공유에 속한다(제10조 1항 단서). 그러나 공용부분이 전원의 공유에 속하는지 또는 일부의 구분소유자에 속하는지 명백하지 않은 경우에는 구분소유자간의 합의가 없는 한 그 건물의 구조에 따른 객관적 용도에 의하여 정해야 한다.[12] 이처럼 공유부분은 구분소유자의 공유가 되지만, 민법상의 공유와는 달라서

輯, 38면).

10) 대판 1999.11.9, 99다46096.

11) 대판 1991.4.12, 91다4149에서는 「공용부분에 대한 일부 공유자들의 구분소유등기는 무효이다」라고 판시하였다.

구분소유자는 공유의 분할청구 등을 할 수 없음은 물론 전유부분과 분리하여 공유부분에 대한 지분을 처분할 수도 없다(제13조 2항). 공용부분에 대한 물권의 득실변경은 등기를 요하지 아니한다(제13조 3항).

여기에서 주의하여야 할 것은 각 공유자는 공용부분을 그의 지분의 비율에 관계없이 그 용도에 따라 사용할 수 있다고 규정하여(제11조), 공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다고 규정한 민법 제263조를 배제하고 있다는 점이다.[13] 이 규정은 강행법규라 할 것이며, 이에 반하는 규약은 무효가 될 것이다.[14] 따라서 전유부분의 면적이 넓어 대지사용권의 지분비율이 상대적으로 큰 구분소유자라 할지라도 전유부분의 면적이 좁아 대지사용권의 지분비율이 적은 구분소유자에 대하여 그 지분 비율의 차이에 해당하는 만큼의 부당이득 또는 손해배상청구를 할 수는 없다.

그러면 대지에 관한 지분은 어떤 의미를 가지고 있을까. 대지의 사용의 측면을 제외한 나머지, 즉 대지에 대한 수익이나 부담은 제17조의 준용(제19조)에 의하여 규약에 달리 정함이 없는 한 공유지분의 비율에 따르게 된다. 따라서 관리비용의 부담이나 대지를 불법점유하는 자에 대한 손해배상의 청구나 부당이득의 반환청구에 있어서의 금액은 공유지분비율에 따라 정하게 된다. 한편 구분소유관계가 해소되는 경우 대지에 대한 권리는 민법상의 공유관계로 복귀하게 되므로 이 때에는 지분의 비율이 중요한 의미를 갖게 되며, 재건축시에 재건축비용의 분담이나 신건물의 구분소유권의 귀속에 있어서 각 구분소유자들 간의 형평이 유지되어야 하는바(제47조 4항) 이 경우에도 대지에 관한 지분비율은 중요한 의미를 갖게 된다.

2. 建物의 垈地

건물의 대지란 전유부분이 속하는 한동의 건물이 소재하는 토지인 當然垈地 내지 法定垈地[15]와 그 토지와 일체로 관리 또는 사용되는 토지로서, 규약에 의하여 건물의 대지로 된 토지(예컨대 도로, 정원, 주차장, 어린이 놀이터, 테니스장, 부속건물의 대지 등)인 規約垈地(제4조 1항)를 말한다(제2조 5호).

규약대지는 구분소유자들의 합의에 의해서 설정할 수 있으나, 집합건물을 소유하는

12) 대판 1989.10.27, 89다카1497.
13) 高翔龍, 物權法, 2001, 391면. 註釋民法 第3版 物權(2), 李太云 執筆, 2000, 138면.
14) 대판 1995.3.14, 93다60144.
15) 前揭 註釋民法, 李太云 執筆, 133-134면 參照.

한 사람이 공증증서에 의해서 단독으로(예컨대 아파트 분양업자가 분양 전에 공정증서에 의해서 그 토지를 대지로 설정한 경우) 규약을 정할 수 있도록 하였다. 그리고 수필의 토지에 걸쳐서 한동의 건물이 소재하였으나, 건물이 일부멸실함에 따라서, 건물이 소재하지 않게 된 토지 및 건물이 소재하는 토지의 일부가 분할에 의하여 건물이 소재하지 않게 된 토지는 규약대지로 의제된다(제4조 3항).[16]

다만 대지라는 개념 자체는 구분소유자가 당해 토지에 대하여 소유권 기타의 권리를 갖는가 여부와는 관계가 없는 것으로서 구분소유자가 당해 토지를 사용하는 권리를 갖지 않는 경우라 하더라도 그 토지상에 1동의 건물이 물리적으로 소재하는 때에는 당해 토지는 그 건물의 당연대지이고, 또한 어느 토지를 규약에 의하여 건물의 대지로 할 수도 있다. 그러나 구분소유자가 대지에 대하여 대지사용권을 갖지 않는다면 제20조 이하의 전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙은 적용될 여지가 없고, 제28조 1항에 의하여 그 대지의 관리 또는 사용에 관한 사항을 규약으로 정하더라도 그 규약은 구분소유자 상호간을 규율하는 효력을 갖는데 그치고 대지에 대한 다른 권리자에 대하여는 아무런 효력도 갖지 않는다.[17]

3. 垈地使用權

(1) 意義

건물의 일부를 사용하는 자도 대지 전체를 이용하여야 한다. 그러므로 구분소유자는 누구나 대지 전체에 대하여 이를 이용할 권리를 가지고 있어야 한다. 이를 垈地使用權이라 한다. 즉 이는 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 말한다(제2조 6호).[18] 토지의 공유지분이 대지사용권인 경우가 통상적이지만, 토지임차권이나 지상권과 같은 준공유지분이 대지사용권인 경우가 있으며 또는 사용대차상의 권리의 준공유지분이 대지사용권인 경우도 있다. 이러한 대지사용권

16) 前揭 註釋民法, 李太云 執筆, 150면 이하 參照.
17) 前揭 註釋民法, 李太云 執筆, 133면.
18) 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 자는 매매계약의 효력으로서 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유·사용할 권리가 있고 전전양수받은 자 역시 당초 수분양자가 가졌던 이러한 대지사용권을 취득한다(대판 2001.1.30, 2000다10741).

중 등기된 것을 垈地權이라 한다(부동산등기법[19] 제42조 4항).[20] 즉 대지권은 부등법상의 개념으로서 대지사용권 중 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 것을 말한다. 따라서 사용대차상의 권리는 등기할 수 없기 때문에 결국 대지권은 소유권·지상권[21]·임차권[22] 등에 한하게 된다.[23] 그러므로 대지권은 언제나 대지사용권을 포함하지만, 대지사용권은 반드시 대지권인 것은 아니다.

(2) 分讓者의 垈地使用權의 取得

(가) 이른바 민영주택을 일반분양하는 경우 사업주체는 건설부령이 정하는 주택의 공급조건, 방법, 절차에 따라 주택을 건설, 공급하여야 하고(주택건설촉진법 제32조), 사업주체가 입주자를 모집하고자 할 때에는 주택이 건설되는 대지의 소유권을 확보하

---

19) 이하「부등법」이라 한다.

20) 梁慶承, 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 司法論集24輯, 232면.

21) 法院行政處, 改定增補 法院實務提要 强制執行(上), 1992, 267면. 이재성 외, 註釋 强制執行法(2), 579면. 일본 민사집행법 제43조 2항은 이를 명문으로 규정하고 있다.

22) 채권으로서 원칙상 부동산 집행의 목적물이 아니라 채권 기타 재산권 집행절차에 의하여야 하나 대지사용권의 종속성에 의하여 대지의 임차권은 종된 권리로서 주된 권리인 전유부분의 구분소유권과 함께 부동산 집행의 대상이 될 수 있다(法院實務提要 强制執行(上), 1981, 277면; 改定增補 法院實務提要 强制執行(下), 1992, 339면; 이재성 외, 前揭書, 347, 429, 430면; 深澤利一, 民事執行の實務(上), 新日本法規, 1983, 3, 5頁). 다만 임차권은 임대인의 동의가 있어야 양도할 수 있으므로 경매신청인이 임대인의 승낙서를 제출하지 않으면 집행법원은 경매개시결정을 할 수 없다(前揭 改定增補 法院實務提要 强制執行(下), 588면; 梁慶承, 集合建物에 대한 執行, 裁判資料72輯 民事執行에 관한 諸問題(下), 588면). 또한 임차권의 양도에 대한 임대인의 승낙이 있는 경우 집행법원의 채권압류절차가 없는 때에도 임차권은 전유부분에 종속하여 경락인에게 이전될 것이지만, 그것이 강제경매의 목적물임을 명확히 하기 위하여 임대인에게도 경매개시결정을 송달함이 바람직하다는 견해가 있다(梁慶承, 前揭 集合建物에 대한 執行, 589면).

23) 또한 토지에 대하여 소유권을 갖고 있다고 하더라도 타인을 위하여 지상권이나 임차권을 설정한 때에는, 소유자는 그 토지를 사용할 수 없으므로 그 소유권은 대지사용권에 해당하지 않는다. 지상권자나 임차인이 타인에게 임차권이나 전차권을 설정한 경우에도 마찬가지이다. 그러나 구분지상권이나 1필의 일부에 임차권을 설정하는 것과 같이 당해 권리가 건물의 대지로서의 사용을 방해하지 않는 때에는 당해 토지의 소유권 등은 대지사용권이 될 수 있다. 그리고 구분소유자가 대지를 공유하거나 대지에 관한 지상권 또는 임차권을 준공유하는 때에는 각자의 공유지분 자체가 대지사용권이 된다. 이 경우에는 공유물의 사용에 관한 합의에 의해 타인이 가지는 공유지분도 사용할 수 있는 것이지만 그 합의에 기한 권리는 공유지분으로부터 파생된 것이므로 이를 분리하여 대지사용권이라고 할 필요는 없다(前揭 註釋民法, 李太云 執筆, 136-137면 參照). 그러나 이에 대하여 반드시 등기된 것이거나 등기능력이 있을 것을 요하지는 않는다는 견해가 있다(梁慶承, 前揭 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 232-233면 參照). 참고로 일본의 부등법 제91조 2항은 등기된 대지사용권에 한하여 대지권으로 한다는 규정을 두고 있다.

거나 소유권을 확보한 경우에도 대지에 관한 저당권 등의 부담을 말소하여야 하며 부득이한 사유로 대지의 소유권을 확보하지 못한 때에는 당해 대지의 소유자가 주택의 입주자모집 이후에는 당해 대지를 제3자에게 양도하거나 담보를 제공하지 아니할 것과 그 주택의 사용검사를 받기 전에 대지의 소유권을 사업주체에게 이전할 것을 약속하는 약정서를 제출하도록 하고 있다(주택공급에 관한 규칙 제7조). 따라서 분양자가 아파트 등 구분건물을 일반분양한 때는 구분건물을 소유하기 위한 구분건물과의 일체, 불가분성이 있는 대지사용권의 취득이 전제되어 있다고 할 것이므로 구분건물이 완공되면 특별한 사정이 없는 한 구분건물에 대한 대지권이 성립된다고 할 것이다.

(나) 그러나 일반분양의 경우에도 사업주체가 사전분양을 하는 경우와 주택공급에 관한규칙 제7조가 적용되지 아니하는 같은 규칙 제3조 3호 내지 10호에서 규정하고 있는 주택들(주택건설촉진법 제44조 제3항에 의한 주택조합이 그 조합원에게 공급하기 위하여 건설하는 주택 등)은 구분건물을 소유하기 위한 대지사용권의 취득이 전제되어 있지 아니하므로 분양자가 아파트 등을 분양할 때 대지사용권을 취득하지 못한 경우가 생길 수 있으므로 분양자가 수분양자에게 구분건물에 대한 소유권이전등기를 경료하여 줄 때까지(또는 경매가 실행될 때까지) 대지사용권을 취득하였는지 여부를 구체적으로 살펴야 할 것이다.[24]

(3) 垈地使用權의 歸屬

집합건물법은 공용부분의 귀속에 관하여는 제10조 1항이 '공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속한다'고 규정하고 있으나 대지사용권의 귀속에 관하여는 명시적인 규정이 없다. 이는 대지사용권의 형태에 따라 그 귀속관계가 달라지게 되기 때문이다. 대지사용권의 형태가 각 구분소유자별로 대지를 소유하고 있는 경우에는 각 구분소유자별로 해당 대지 부분을 단독소유하게 되고, 각 구분소유자들이 대지를 공유하고 있는 경우에는 그 대지는 각지분별로 구분소유자들의 공유에 속하게 된다.

그러나 집합건물법은 구분소유자들이 대지를 공유하는 경우에 있어서도 구분소유관계의 특성을 고려하여 민법상 보통의 공유관계와는 다른 특별규정을 두고 있다. 즉 공유물분할청구를 제한하여 이를 일정한 범위 내에서 금하고 있으며(제8조), 그 관리,

24) 金泉秀, 垈地權登記가 經了되지 아니한 아파트 등 區分建物의 最低競賣價格 決定에 관하여, 裁判實務硏究2卷, 水源地方法院, 1997, 395면 參照.

변경 및 부담과 수익에 관하여는 공용부분에 관한 규정을 준용하여(제19조에 의한 제15조 내지 제17조의 준용) 그 관리·변경은 원칙적으로 단체적 의사결정에 따르도록 하고, 그 부담과 수익은 원칙적으로 공유지분비율에 의하되 규약으로 달리 정할 수 있도록 하고 있다.

4. 專有部分과 垈地使用權의 一体性

(1) 意義

전유부분을 소유하기 위해서는 반드시 대지사용권을 가져야 한다. 만약에 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유자가 있을 경우에는 그 전유부분의 철거를 구할 권리를 가진 자는 그 구분소유자에 대하여 구분소유권을 매도할 것을 청구할 수 있다(제7조).[25] 그런데 대지사용권이 공유지분의 형태로 되어 있는 경우에는 전유부분과 대지사용권은 일체로 하여 거래되는 것이 통상적이다(제20조 2항 참조). 그러나 공용부분에 대한 공유지분이 전유지분의 처분에 따르는 것이 공용부분의 성질상 당연한 결과임에 반하여 대지사용권이 전유부분의 처분에 따르도록 하는 원칙을 채택한 것은 그 성질상 당연하기 때문이 아니라 다음과 같은 이유가 있기 때문이다.[26]

첫째는 전유부분과 대지사용권의 괴리현상을 막아 그로 인한 폐해를 최소화 하자는 데 있다. 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 갖는 대지사용권은 전유부분에 대한 종속성이 지극히 강하고, 이를 일체로서 처분하는 것이 거래의 실정이며, 또한 전유부분과 대지사용권이 분리처분됨에 따라 복잡한 법적 분쟁이 생길 소지가 많기 때문에 대지와 건물이 분리되는 사태를 가능한 한 방지하여 건물의 유지·존속을 꾀함과 동시에 이러한 법률적 분쟁의 발생을 사전에 예방함으로써 구분소유자를 두텁게 보호하고자 이 원칙을 채택한 것이다.

둘째는 등기부의 복잡성, 방대성을 완화하여 등기절차의 합리화를 기하고자 하는데 있다. 본법이 제정되기 전에는 특히 대규모인 집합건물의 대지의 등기부의 복잡화 현상이 두드러짐에 따라 등기부를 보아 대지의 권리관계를 파악하는 것이 심히 어려운 경우가 많았고, 그에 대한 관리문제도 많은 부담이 되어 왔다. 이러한 현상은 민법이

---

25) 집합건물이 集合建物法 附則 제2조에 의하여 가옥대장에 게재되었는지 여부는 區分所有權 賣渡請求權의 행사에 장애가 되지 않는다(대판 1989.4.11, 88다카2981·2998).

26) 前揭 註釋民法, 李太云 執筆, 193면 參照.

토지와 건물을 별개의 부동산으로 하고 있기 때문에 전유부분과 대지사용권은 통상 일체적으로 처분되고 있음에도 불구하고 그 처분에 관한 등기는 토지와 건물의 등기부의 각각에 행해져야 한다는 데에서 기인하였다. 따라서 이 문제는 단순히 등기절차의 개선만에 의해서는 해결이 불가능한 것이었고, 그 전제가 되는 실체법의 정비에 의할 수 밖에 없었으므로 이를 위하여 채택된 것이 전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙이다.

대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따르게 되므로 대지권이 성립된 후에는 전유부분의 처분이 있게 되면 그에 따라 대지사용권도 당연히 처분이 있는 것이 된다. 따라서 대지사용권은 그에 대한 등기 여하에 불구하고 전유부분과 법률적 운명을 같이 하게 된다.[27]

대지권이 성립하기 전에 전유부분만에 관하여 저당권의 설정 등 처분이 있었다가 후에 대지권이 성립하게 되면 그 때부터는 대지권에도 당연히 저당권의 효력이 미치게 된다.[28] 이와 같이 해석하는 것이 가능한 한 대지와 건물이 괴리되는 현상을 막고자 하는 제20조 1항의 취지 및 명문의 규정에 부합한다.[29] 이 경우 대지권성립 전에 이미 대지에 대하여 저당권 등 권리를 취득한 제3자는 그 후에 건물에 대하여 저당권을 취득한 자보다 선순위이므로 전유부분에 대한 저당권자는 그 대지가 부담하고 있는 제한을 안은 상태에서 권리를 행사하게 된다. 또한 대지권은 이미 성립하였으나 대지권 등기가 되어 있지 아니하여 대지권이 있는 사실을 모르고 대지에 관하여 권리를 취득한 제3자는 제20조 3항에 의하여 보호받게 된다. 즉 이 경우에는 선의로 대지에 대한 권리를 취득한 제3자에 해당하므로 그에 대하여는 대지권의 종속성이나 분리처분금지의 효력을 주장할 수 없게 된다.

(2) 分離處分의 禁止

(가) '分離하여' 처분할 수 없다는 것은 전유부분과 그 대지사용권을 일체로 하여 처분하는 것은 가능하지만 어느 한쪽만을 분리하여 처분할 수 없다는 것을 의미한다. 따

---

27) 따라서 대지권이 성립하기 전에는 분리 처분이 가능하다 할 것이다. 梁慶承, 前揭 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 290면 參照.

28) 대판 1995.8.22, 94다12722(본 判例에 대한 評釋은 金乘云, 區分建物에 대하여만 設定된 根抵當權의 效力이 그 垈地權에도 미치는지 與否, 大法院判例解說23号, 41면 이하 參照). 대판 2001.2.9, 2000다62179.

29) 梁慶承, 前揭 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 282면 이하.

라서 어느 일방만을 양도하면 이를 목적으로 하는 질권 또는 저당권을 설정할 수 없다. 이에 대하여 전유부분만의 임대 또는 건물의 대지에 대한 임차권 또는 구분지상권을 설정하는 경우 등, 원래 일방만이 처분의 대상이 될 수밖에 없는 처분은 여기에서 말하는 분리처분에 해당하지 않는다.[30]

'處分'이란 임의적인 처분행위(예: 양도·담보권의 설정 등)외에 강제적인 처분행위(예: 강제집행에 의한 경매, 담보권의 실행에 의한 경매, 체납처분에 의한 공매 등)를 포함한 의미이다. 따라서 예컨대 어느 일방만을 목적으로 하는 강제집행의 신청은 부적법한 신청으로서 각하된다.

대지권이 성립되기 전에 전유부분 또는 토지의 어느 일방만을 목적으로 한 저당권이 설정되었다가 대지권이 성립된 후에 그 실행을 하는 것은 분리처분에 해당하지 않는다. 설정계약 그 자체가 유효하게 성립된 이상 그 때에 이미 처분행위가 있었던 것이므로 그 실행을 금지할 수 없기 때문이다. 이처럼 대지권이 성립되기 전에 전유부분 또는 토지의 어느 일방만을 목적으로 한 저당권이 설정된 경우 그 저당권이 전유부분만에 설정된 것인지 또는 토지만에 설정된 것인지에 따라 경매의 결과는 달라지게 된다.[31] 대지권이 성립되기 전에 전유부분에만 저당권이 설정된 경우는 앞서 본 바와 같이 그 후에 대지권이 성립되면 저당권의 효력이 대지사용권에도 미치게 되므로 경매로 인하여 전유부분과 대지사용권이 분리되는 결과는 생기지 아니한다.[32] 그러나 대지권이 성립되기 전에 토지에만 저당권이 설정된 경우에는 경매로 인하여 전유부분과 대지사용권이 분리되는 결과가 생길 수 있다. 이 경우 대지권이 성립되어 등기된 상태에서는 그 일방만에 대하여 소유권이전등기를 할 수 없으므로(부등법 제135조의2) 이 경우에는 대지권변경등기절차에 의하여 대지권 및 대지권인 취지의 등기를 말소하여 일체성의 공시를 배제함과 동시에 토지에 대한 소유권이전등기를 하여야 한다.

(나) 그리고 이러한 전유부분과 대지사용권의 일체성원리는 부등법에서 확실히 나타나고 있다. 즉 대지사용권으로서 건물과 분리 처분할 수 없는 권리, 즉 대지권이 있는 경우에는 등기신청서에 그 권리의 표시를 기재하여야 하고(부등법 제42조 4항), 그리하여 건물등기부의 표제부의 표시란에 대지권의 등기를 하고, 그 대지권의 목적인

30) 예컨대 10번지에 구분건물에 속하는 1동의 건물이 있고, 인접한 토지인 11번지의 토지가 규약대지인 경우에는 11번지의 토지에 대하여 구분소유자 전원이 제3자에게 임차권이나 지상권을 설정하는 것은 전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙에 반하지 않는다(高翔龍, 前揭書, 393면).

31) 이에 대한 학설·판례의 검토는 金泉秀, 前揭論文, 389면 이하 參照.

32) 金泉秀, 前揭論文, 391, 393면 參照.

토지의 토지등기부에는 그 등기용지의 해당구 사항란(대지권이 소유권인 때에는 갑구, 지상권 · 전세권 · 임차권인 때에는 을구)에 대지권인 취지를 기재한다(부등법 제57조의2 제1항).

그리고 대지권을 등기한 후에 행하여지는 건물소유권에 관한 등기는 원칙적으로 대지권에 대해서도 동일한 등기로서의 효력이 발생하고(부등법 제135조의4), 토지소유권이 대지권으로서 등기된 경우에는 토지등기용지에 소유권이전등기를 하지 못하고(부등법 제135조의2 제1항), 대지권을 기재한 건물등기용지에는 그 건물에 관해서만 소유권이전등기를 하지 못한다(부등법 제135조의2 제2항). 또한 대지권이 기재된 토지등기용지에는 대지권을 목적으로 하는 저당권 · 지상권 · 전세권 · 임차권 등의 설정등기를 할 수 없고, 대지권을 기재한 건물등기용지에는 건물만을 목적으로 하는 저당권 · 전세권 · 임차권 등의 설정등기를 할 수 없다(부등법 제165조의2).

이와 같이 부등법도 집합건물법의 취지에 따라서, 구분소유자의 대지에 관한 권리사항을, 종래의 토지등기부로부터 건물등기부로 이동시켜, 구분소유건물의 표시와 병기하고, 그 후 구분건물의 처분이 있는 경우에는, 대지사용권도 당연히 일체적으로 이에 수반하도록 하여, 토지등기부에는 별도의 등기를 할 필요가 없는 것으로 하였다.

(다) 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없는 시점은 대지권이 성립한 때부터 이다. 대지권의 등기(부등법 제57조 1항, 제57조의2) 여부와는 관계가 없다. 대지권이 성립하기 위해서는 첫째, 토지상에 집합건물이 존재하여야 하고, 둘째, 구분소유자가 당해 대지에 관하여 사용권을 취득하여야 하며,[33] 셋째, 구분건물과 대지사용권과 사이에 일체 · 불가분성이 있어야 한다는 세 가지 요건을 갖추어야 한다.[34] 다만 그 등기가 되어 있지 않은 경우에는 거래의 안전을 위하여 민법 제20조 3항에서 제3자 보호규정을 두고 있다. 따라서 대지권이 성립하기 이전에는 분리처분이 가능하다.

(라) 분리처분금지 규정에 위반하여 행한 처분, 즉 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분하더라도 이는 무효이다. 따라서 상대방은 그 권리를 취득할 수 없다. 반면에 대지사용권과 분리하여 전유부분만을 처분한 경우에는 대지사용권에도 그 처분의 효력이 미치게 되므로(대지사용권의 전유부분에 대한 종속성의 원칙) 그 처분은 무효로 되

33) 이는 집합건물법 제20조 제2항의 문언이, 구분소유자는 '그가 가지는' 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다고 한 취지에 비추어 보더라도 분명하다. 李根雨, 垈地使用權者의 區分所有權賣渡請求權 行使, 大法院判例解說 27号, 221-222면 參照.

34) 梁慶承, 前揭 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 235-238면 參照.

지 않는다.[35] 실제의 사례로서 전유부분만을 처분한 경우, 대지사용권만을 처분한 경우, 양자를 동시에 각각 다른 사람에게 처분한 경우 등을 예상할 수 있으나 대지사용권의 전유부분에 대한 종속성의 원칙 및 전유부분과 대지사용권의 일체성의 원칙에 따라 어느 경우에나 전유부분에 대한 권리자가 대지사용권까지 취득하는 결과로 된다.

(3) 一体性原則의 例外

이상과 같은 원칙에 대하여 규약으로 달리 정할 수 있다(제20조 2항 단서). 즉 규약으로 전유부분과 그 전유부분의 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있다. 이를 인정하는 이유는 예컨대 소규모 연립주택과 같이 구분소유자의 수가 많지 않아 토지등기부가 복잡·방대하지 않고, 또 단기간 내에 그 건물이 철거되어 대지가 다른 용도로 사용될 것이 예정되고 있는 경우에는 일체성의 원칙을 강요할 현실적인 필요가 없다. 또한 대규모 아파트 단지 등의 경우에도 건물이 없는 공지에 별동의 구분소유건물을 신축하거나 기존의 건물에 증축을 하는 경우 등에는 신축 또는 증축되는 전유부분의 소유자에게 대지사용권을 갖게 하기 위하여 기존의 전유부분의 소유자가 그가 갖는 대지사용권의 일부를 분리하여 양도할 수 있도록 하는 수밖에 없다.

(4) 分離處分과 無效主張의 制限

분리처분이 금지되어 있는 경우에 이러한 금지에 위반하여 행한 전유부분 또는 대지사용권의 처분은 원칙적으로 무효이다. 그러나 거래의 안전을 보호하기 위하여 이러한 분리금지의 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에 대하여 대항할 수 없다(제20조 제3항). 즉 어느 건물이 구분소유권의 목적으로 되어 있는 건물인가 아닌가는 구분건물로서의 등기가 행해지기 전까지는 제3자에게는 명백하지 않은 경우가 있을 수 있고, 구분건물인 것은 인식하였더라도 유효한 분리처분가능규약이 설정된 것이라고 믿고 거래한 경우도 있을 수 있다. 이와 같은 선의의 제3자를 보호하기 위하여 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에 대하여 대항하지 못하도록 하였다.

여기에서 분리처분금지 취지의 등기라고 함은 부등법상의 대지권등기를 뜻한다. 따

35) 대판 1997.6.10, 97마814 參照.

라서 대지권등기가 된 이후의 분리처분금지에 위반한 처분은 절대적으로 무효로 되지만 대지권이 이미 성립한 경우라도 대지권등기를 하기 전에 그 사실을 모르고 거래한 제3자는 유효하게 대지에 관한 권리를 취득할 수 있게 된다. 이와 같은 선의의 제3자가 생길 수 있는 경우는 그다지 많지 않을 것이나 건물신축 후 소유권보존등기가 되기 전, 건물구분 후 구분등기가 되기 전, 건물의 대지가 추가된 후 대지권변경의 등기가 되기 전 등의 경우에 생길 수 있다.

선의의 제3자는 무과실이어야 하는가. 무과실이어야 한다는 것이 우리나라의 다수설[36]이다. 그러나 이에 대하여 분리처분 무효의 주장을 제한하는 제20조 3항은 대지권이 등기 된 이후의 분리처분을 모두 무효로 함으로써 등기라는 객관적 기준에 의하여 거래안전의 한계를 짓고 있는 것으로 해석되고, 법문상 무과실을 요건으로 하고 있지 않으므로 대지권이 등기되기 이전에 분리처분을 받은 제3자는 스스로 선의임을 증명하면 제20조 3항의 보호를 받을 수 있다고 보아야 한다. 즉 선의의 제3자는 무과실이어야 하는 것은 아니다라는 견해가 있다.[37]

분리처분 무효의 주장이 제한되는 결과 선의의 상대방이 처분에 따른 등기를 경료하기 전에 대지권의 등기가 행하여진 경우에는 그 선의자는 대위에 의하여 대지권등기를 말소한 뒤에 분리처분에 의하여 취득한 권리의 이전등기를 하여야 한다. 다만 선의의 상대방이 그 권리이전등기를 경료하기 전에 대지권등기를 한 건물이 제3자에게 처분되고 그 등기까지 경료된 경우에는 그 제3자의 승낙을 얻지 아니하면 대지권등기를 말소할 수 없으므로 이 때에는 선의의 상대방이라 하더라도 그 제3자에게 자기의 권리를 주장할 수 없게 된다.[38]

(5) 民法 第267條의 適用排除

대지사용권이 소유권 또는 토지임차권의 공유(준공유)지분인 경우에 구분소유자(대지사용권자)가 상속인없이 사망한 경우의 대지사용권의 귀속에 대하여 민법 제267조('공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다')의 규정이 적용되는가, 아니면 민법 제1057조의2(特

36) 金容漢, 集合建物法上의 垈地 및 垈地使用權, 改正民事法解說, 韓國民事法學會, 1985, 129면. 梁慶承, 前揭 集合建物에 대한 執行, 581면. 張庚鶴, 物權法, 1990, 385면.
37) 前揭 註釋民法, 李太云 執筆, 201면.
38) 法院行政處, 集合建物의 登記에 관한 解說, 1985.3., 38면.

別緣故者에 대한 分與)의 규정이 적용되는가 하는 문제가 생긴다.

전유부분과 대지사용권의 분리처분이 금지되어 있는 경우에 대지사용권에 대하여 민법 제267조의 적용을 인정하면, 전유부분은 특별연고자에게 귀속하고(제1057조의 2) 대지사용권은 다른 공유자(구분소유자)에게 귀속하게 되어, 결국 분리처분을 인정한 것과 같게 되므로 이러한 문제를 해결하기 위해서 집합건물법은 민법 제267조의 규정을 대지사용권에는 적용하지 않는다고 규정하여 양자의 분리처분금지의 취지를 관철하고 있다. 따라서 상속인없이 구분소유자가 사망한 경우에는 구분소유권을 취득하는 자(특별연고자 또는 국가)가 토지의 대지사용권의 지분도 취득하게 된다.

또한 일체성의 원칙이 적용되는 경우에 구분소유자가 대지사용권인 공유지분 또는 준공유지분만을 포기하는 것은 분리처분에 해당한다. 따라서 구분소유자가 대지사용권인 공유지분 또는 준공유지분을 포기하는 때에는 전유부분과 일체로 하여 포기하여야 한다. 이 경우 집합건물법 제22조에 의하여 민법 제267조, 제278조의 적용이 배제되는 결과 전유부분과 대지사용권은 무주의 부동산으로 국가에 귀속하게 된다.

Ⅳ. 區分建物 買受人의 垈地 占有使用權의 垈地使用權性 與否

1. 判例의 態度

대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리로서 전유부분의 처분에 따르게 되어 있다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 그렇다면 이 경우 전유부분과 대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유사용하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가와 관련된 판례를 먼저 살펴보도록 하겠다.

(1) 대판 1996.12.20, 96다14661

"집합건물의소유및관리에관한법률 제2조 제6호에 의하면 대지사용권은 구분소유자

가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리이므로 반드시 소유권일 필요는 없으나 적어도 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리여야 하고, 단순히 구분건물과 함께 그 대지지분을 매수한 자로서 매도인에게 매매를 원인으로 하여 그 대지지분에 관하여 가지는 소유권이전등기청구권과 같은 것은 같은 법 소정의 대지사용권에 해당하지 아니한다."[39]

(2) 대판(전원합의체) 2000.11.16, 98다45652 · 45669

"아파트와 같은 대규모 집합건물의 경우, 대지의 분 · 합필 및 환지절차의 지연, 각 세대당 지분비율 결정의 지연 등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권이전등기만 수분양자를 거쳐 양수인 앞으로 경료되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는데, 이러한 경우 집합건물의 건축자로부터 전유부분과 대지지분을 함께 분양의 형식으로 매수하여 그 대금을 모두 지급함으로써 소유권 취득의 실질적 요건은 갖추었지만 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료받고 대지지분에 대하여는 위와 같은 사정으로 아직 소유권이전등기를 경료받지 못한 자는 매매계약의 효력으로써 전유부분의 소유를 위하여 건물의 대지를 점유 · 사용할 권리가 있는바, 매수인의 지위에서 가지는 이러한 점유 · 사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 집합건물의소유및관리에관한법률 제2조 제6호 소정의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다

39) 매수인이 대지에 관하여 가지는 단순한 매수인으로서의 지위를 여기의 대지사용권, 즉 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리에 해당한다고 할 수는 없기 때문이다. 집합건물법의 취지 특히 제20조 1항의 종속적 일체 · 불가분성에 비추어 볼 때 여기의 대지사용권은 구분소유자가 대지를 사용할 수 있는 권리로서의 본권(소유권 또는 용익권)으로 제한하여야지 단순한 사실적 지배로서의 점유권까지 포함시킬 것은 아니며, 이전등기청구권과 같은 권리 역시 대지를 사용할 수 있는 권리에 해당한다고 볼 수 없는 것도 다언을 요하지 않을 것이다라고 하면서, 매수인이 매도인에게 목적물을 인도한 경우 대지의 반환을 구하지 못하는 것은 매수인에게 소위 "매각되어 인도된 물건의 항변"이 인정되어 매도인에 대한 관계에서 점유할 권리를 갖게 되는 데서 기인하는 것에 불과할 뿐으로서 매수인이 아직 목적물에 대한 점유를 취득하지 않은 경우에는 인정되지 않는 것인데, 만약 매수인의 이러한 지위를 일종의 권리로 인정하여 여기의 대지사용권에 해당한다고 한다면, 예컨대 매수인이 아니라 제3자가 대지에 대한 소유권이전등기를 경료하거나 점유를 취득한 경우 매수인이 가지는 대지사용권과 제3자가 가지는 대지사용권이 서로 저촉하게 되고, 반면 매수인이 대지에 대한 소유권이전등기를 경료하거나 점유를 취득한 경우 매수인이 새로 취득한 대지사용권과 이미 가지고 있는 대지사용권의 관계가 문제가 될 수 있다는 점에서도 이는 타당하지 않다고 하여, 본 판례의 입장을 지지하는 견해가 있다(李根雨, 前揭論文, 224-225면 參照.).

고 할 것이고, 수분양자로부터 전유부분과 대지지분을 다시 매수하거나 증여 등의 방법으로 양수받거나 전전 양수받은 자 역시 당초 수분양자가 가졌던 이러한 대지사용권을 취득한다."

2. 檢討 및 私見

(1) 判例變更의 意義

(가) 예를 들어보면 구분건물을 분양받은 최초의 구분소유자 甲이 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료한 상태에서 전유부분 및 대지지분을 乙에게 매도하면서 전유부분에 관하여만 소유권이전등기를 경료해 주고, 대지지분에 대해서는 소유권이전등기를 경료하지 않았지만, 甲은 매도후 대지지분에 대한 소유권이전등기를 경료받았다고 했을 때 종전판례의 태도와 대법원 전원합의체 판례에 따른 결론에 어떠한 차이가 있겠는가.

종전판례의 태도에 따라 해석한다면 대지지분에 대한 소유권이전등기를 하지 않은 乙은 집합건물법상의 대지사용권을 갖지 못하고, 따라서 만약 甲이 대지지분을 제3자에게 매도한다고 하더라도 그 처분행위는 그대로 유효하다. 이 경우에는 甲은 대지지분에 대한 채무불이행책임을 부담하면 그만이다. 그러나 변경된 전원합의체판결에 따른다면 그 처분행위는 무효라고 볼 수 있을 것이다.

(나) 위의 예에서 더 나아가 만약 甲으로부터 전유부분에 대한 소유권이전등기를 받은 乙이 그 전유부분에 대하여 근저당권을 설정하였는데, 근저당권에 기하여 전유부분이 경락되었고, 전유부분이 경락되기 전까지 乙은 그 대지지분에 대한 소유권이전등기를 경료받지 못한 상태였다고 했을 때 종전판례의 태도와 대법원 전원합의체 판례에 따른 결론에 어떠한 차이가 있겠는가.

종전판례의 태도에 따라 해석한다면 대지지분에 대한 소유권이전등기를 하지 않은 乙은 집합건물법상의 대지사용권을 갖지 못하고, 따라서 경락인 역시 경락에 의하여 전유부분을 소유하기 위한 대지소유권 기타의 대지사용권을 취득하지 못하는 것이므로 경락인은 대지사용권을 가지지 아니한 구분소유에 해당하게 된다. 그 결과 만약 乙이 전유부분의 경락 이후 전유부분에 대한 소유권을 상실한 후에 비로소 대지지분에 관한 소유권이전등기를 마쳤다면, 乙은 그 대지지분의 소유자로서 전유부분의 철거를 구할

권리를 가진 자에 해당하여, 집합건물법 제7조에 의하여 경락인에게 전유부분에 대한 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있다. 하지만 이 판례를 변경한 전원합의체의 태도에 따라 해석한다면, 乙은 매수와 함께 설혹 소유권이전등기를 하지 않았더라도 집합건물법상의 대지사용권을 갖는 것이고, 이를 경락받은 경락인도 마찬가지이므로 乙의 경락인에 대한 전유부분의 매도청구권은 부정되어야 할 것이다.40)

일반적으로 구분소유자가 대지사용권이 없는 때에도 대지소유자는 그 전유부분의 철거를 청구할 수 없다. 집합건물의 철거가 사회적 이익에 어긋날 뿐 아니라 다수의 구분소유자로부터 소유권을 박탈하는 결과로 되기 때문에 이를 회피하려는 것이다. 집합건물법은 건물의 철거청구는 금지하는 대신에 대지소유자가 구분소유자에 대하여 구분소유권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있다(제7조). 구분소유권매도청구권은 형성권의 성질을 가진다.

이에 대하여는 집합건물법이 토지소유자에게 구분소유권매도청구권을 준 것은 종래 토지우위 관념을 그대로 반영한 것으로서, 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호하여야 하는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에도 부합하지 않는다는 비판이 있다.41) 집합건물법의 제정시 政府案에 의하면, 구분소유자는 그의 선택에 따라 대지소유자에게 대지에 대한 권리를 매도하거나 그 구분소유권을 시가로 매수할 것을 청구할 수 있고, 대지소유자는 구분소유자가 위의 권리를 행사하지 아니할 때에는 상당한 기간을 정하여 최고한 뒤 그 대지에 대한 권리를 매수하거나 그 구분소유권을 시가에 따라 매도할 것을 청구할 수 있도록 하고 있었는데, 國會案에 따라 대지소유자에게만 구분소유권매도청구권을 주었다고 한다.42)

그러나 집합건물법이 대지사용권을 구분소유권의 종된 권리로 규율하면서도 매도청구권의 행사에 관하여는 대지사용권자를 우선시키는 것은 납득하기 어려우며, 입법론적으로는 구분소유자에게 우선적으로 대지사용권의 매도청구권을 인정하여야 할 것이다.43)

(2) 占有할 權利

대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가

40) 金亨培, 民法學講義(第2版), 2002, 437-438면 參照.
41) 梁慶承, 前揭 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 269면.
42) 梁慶承, 前揭 垈地權의 法的 性質과 關聯問題, 210, 269면.
43) 李根雨, 前揭論文, 226면. 鄭熇章, 前揭論文, 92면.

지는 권리로서 전유부분의 처분에 따르게 되어 있다. 이 경우 전유분분과 대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유사용하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가. 이에 그 전제가 되는 문제는 대지사용권에 대지의 매수인이 매도인에 대하여 가지는 소유권이전등기절차를 구할 권리 내지 이에 터잡은 대지의 점유사용권도 포함되느냐 여부라 할 것이다.

민법 제213조 단서는 "소유자의 소유물반환청구권에 대하여 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다"고 규정하고 있다. 여기서 "占有할 權利"는 엄격한 의미에서의 권리만에 한정하는 것은 아니고, 그 점유의 보유가 정당화되는 법적 지위를 모두 포함하는 것이다. 그러므로 점유할 권리에는 우선 지상권, 전세권, 유치권, 질권과 같이 점유를 권리내용으로 하는 제한물권이 포함됨에는 의문이 없고,[44] 이른바 물권적기대권도 이에 해당한다. 따라서 소유권유보부매매에 있어서 매수인은 물권적기대권 자체에 의하여 점유할 권리를 가지며, 이러한 물권적기대권의 양수인도 점유할 권리를 갖는 것이다.[45]

나아가 점유자가 소유자에 대하여 그 물건을 점유하는 것을 내용으로 하는 채권을 가지는 경우도 이에 해당된다. 특히 물건의 사용을 일시적으로 허용하는 계약관계, 즉 임대차, 사용대차 등이 그것인데, 뿐만 아니라 임치, 도급, 출자된 조합재산 등도 이에 포함된다. 그리고 동시이행항변권도 이에 포함된다.[46] 그러나 소비대차는 차주가 그 물건의 소유권을 취득하는 것이므로 애초 이에 해당하지 않는다. 매매계약으로 인한 매수인의 점유도 점유할 권리에 기하여 하는 것임은 말할 것도 없다.[47] 이 경우의 점

---

44) 民法註解(V), 梁彰洙 執筆, 223면.

45) 註釋民法 第3版 物權(1), 金先錫 執筆, 466-467면. 李英俊, 前揭書, 512면.

46) 郭潤直, 物權法, 1990, 355면. 金容漢, 物權法, 311면. 金曾漢, 物權法, 209면. 李英俊, 前揭書, 512면. 前揭 註釋民法, 金先錫 執筆, 468면.

47) 대판 1977.3.8, 76다2461은 그 이유를 「첫째, 매수인은 그 권리의 범위 내에서는 현재 점유하고 있는 목적물에 대하여 법률상 또는 사실상 이를 점유하고 처분할 권한이 있다는 것, 둘째, 그러므로 오직 등기명의를 넘겨 줄 의무만 지고 있는 매도인으로서는 그 등기명의가 남아 있다는 사실만으로 매수인의 점거를 불법점거라고 할 수 없다」고 하고 있다. 前揭 民法註解(V), 梁彰洙 執筆, 224면은 이러한 논거가 반드시 적절하다고 할 수 없음은 물론이다. 또한 郭潤直, 前揭書, 163면 이하; 同, exceptio rei venditae et traditae의 現代的 慣用, 法學9-1, 1967, 447면이 주장하는 바와 같이 로마법의 「賣渡되고 引渡된 物件의 抗辯」을 현대적으로 慣用한다는 어려운 법적 구성을 사용할 필요가 없다고 한다. 同旨 鄭熇章, 集合建物 買受人의 垈地使用權, 判例硏究9輯, 釜山判例硏究會, 1998, 82면. 「토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유사용할 권

유할 권리는 매수인이 매매대금의 지급을 지체하거나 목적물을 계약과는 다르게 사용하는 등 계약을 위반하였다고 하더라도 계약 자체를 해제하지 않는 한 소멸되지는 않는다.[48] 행정청의 허가와 같은 법정조건이 성취되지 아니한 매매계약도 그 조건의 불성취가 확정되기 전까지는 점유본권으로 평가될 수 있다.[49]

(3) 買受人의 占有할 權利取得 與否와 性質

매수인은 소유권이전등기 이전이라도 매매계약이 정한 바에 따라 매도인에게 부동산의 인도를 청구할 수 있다.[50] 인도는 점유의 이전이란 결과를 가지나 매수인은 인도를 받음으로써 단순한 점유권의 취득 이상의 지위를 가지게 된다. 매수인의 그러한 권리는 다음과 같은 성질을 갖는다.

첫째, 매수인의 권리는 점유를 취득원인으로 하여 발생하는 점유권 자체와는 구별된다. 점유권은 그 권원을 묻지 않고 현실적인 지배에 의하여 발생하는 권리이지만, 매수인의 권리는 매매계약의 효력으로서 발생하는 권리로서 매수인은 인도를 받음으로써 매도인에 대하여 물건을 지배할 수 있는 법률상의 권리, 즉 점유할 권리를 취득하고 이것으로써 매도인이 아직 자신이 소유자임을 이유로 물권적 청구권을 행사할 경우 이에 대항할 수 있게 된다. 이 점유할 권리는 매매계약에 터잡아 매수인이 매도인에 대하여 취득하는 인도청구권과 다름은 물론 매수인이 취득한 점유와 거기에 주어진 점유권과도 다른 지배권적 성격을 가지는 특수한 권리이다.[51] 즉 매수인의 그러한 점유할 권리는 그러한 권리의 유무를 묻지 않고서 물건을 사실상 지배하고 있는 상태 그 자체에 주어지는 권리인 점유권의 본권에 해당하며, 임차권과 마찬가지로 채권인 본권이다.[52]

리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인이 그 토지 위에 건축한 건물을 취득한 자는 그 토지에 대한 매수인의 위와 같은 점유사용권까지 아울러 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매매계약의 이행으로서 인도한 토지 위에 매수인이 건축한 건물을 취득한 자에 대하여 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다」(대판 1988.4.25, 87다카1682).

48) 대판 1988.6.28, 87다카2895는 토지소유자와의 사이에 체결된 매매계약이 해제되면 그 매수인이 그 토지 위에 건축한 건물을 점유할 권리가 없다고 한다.

49) 前揭 民法註解(Ⅴ), 梁彰洙 執筆, 224면. 前揭 註釋民法, 金先錫 執筆, 467면.

50) 대판 1966.10.4, 66다1246.

51) 註釋債權各則(Ⅰ), 1985, 金容圭 執筆, 528면. 新版 註釋民法(14), 柚木馨 · 高木多喜男 執筆, 1993, 190頁

52) 民法註解(Ⅻ), 南孝淳 執筆, 170면. 前揭 民法註解(Ⅴ), 梁彰洙 執筆, 224면. 民法註解

둘째, 매수인의 권리는 아직 소유권이전등기를 넘겨받지 않은 이상 물권과 같이 누구에게나 주장할 수 있는 절대적인 권리가 아니고, 매도인에 대하여서만 대항할 수 있는 상대적인 권리에 지나지 않으며 이 점에서 임차인이나 사용차주의 그것과 같다할 것이다.

셋째, 한편 매수인은 스스로 물건을 사용수익할 수 있을 뿐 아니라 타인에게 이를 적법하게 양도할 수도 있다. 채권적 점유권원을 가진 자로부터 점유를 양수받은 자는 원칙적으로 채권적 점유권원자의 채무자(소유자)에 대하여는 점유할 권리를 가지지 않는다.[53] 그러나 그 성질상 제3자에게 점유를 이전하는 것이 허용되고 있다고 해석되는 특별한 사정(예컨대 소유권유보부매매)이 있는 채권에 관해서는 매수인의 이러한 지위는 매도인에 대하여 목적물의 사용수익을 청구할 수 있는 단순한 채권과는 다르다.[54][55]

따라서 소유자와 현재의 점유자 사이에 직접적인 계약당사자관계가 존재할 필요는 없고, 현재의 점유자가 소유자와 위와 같은 계약을 맺은 사람의 의사에 기하여 그 점유를 취득한 경우, 예컨대 매수인이 인도받은 물건을 다시 제3자에게 매도하여 점유를 이전한 경우,[56] 임차인이 제3자에게 전대하거나 임차권을 양도하고 임차목적물을 인도한 경우에는 그 직접적인 계약당사자가 소유자에 대한 관계에서 그러한 점유이전을 하는 것이 허용된다면 현재의 점유자의 점유는 점유할 권리에 기한 것으로 적법하다고 할 것이다.[57] 그리고 일반적으로 매도인이 매수인에게 매매목적물을 인도한 경우에는

(Ⅳ), 崔秉祚 執筆, 289면. 대판 1977.3.8, 76다2461은 "부동산을 매수하여 이를 인도받아 점유하고 있는 매수인은 등기부상 아직 소유자로서의 등기명의가 없다 하더라도 그 권리의 범위내에서는 그 점유중인 부동산에 대하여 법률상 또는 사실상 이를 점유하고 처분할 권한이 있으므로 오직 등기명의를 넘겨 줄 의무만 지고 있는 매도인으로서는 그 등의명의가 남아 있다는 사실만으로 매수인의 점거를 불법점거라 할 수 없다"고 하였다.

53) 前揭 註釋民法, 金先錫 執筆, 470면.

54) 이러한 상태를 物權法과 債權法의 중요한 接點이라고 까지 부르기도 한다. 註釋債權各則(Ⅰ), 金容圭 執筆, 528면. 註釋 物權法, 金先錫 執筆, 446-448면. 新版註釋民法(14), 柚木馨·高木多喜男 執筆, 190頁. 註釋民法(6), 好美清光 執筆, 1967, 65頁.

55) 독일에서는 소유권유보부매매나 임대차에 기하여 물건을 점유하는 매수인이나 임차인의 지위에 관하여 채권의 물권화의 문제로 논의되며, 점유할 권리의 설정에 의해 매도인이나 소유자는 자기의 소유권으로부터 직접점유를 할 권리를 분리양도한 셈이 되고, 또 점유할 권리가 채권관계에 기한 경우에도 당사자간의 대내관계에서는 물권의 설정과 조금도 다르지 않다고 설명한다. M.Serick, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eingentumsanspruch auf Herausgabe der Sache(§986. I BGB), Jherings J. 67(1917) S.311-337, S.357. 赤松秀岳, 物權·債權峻別論とその周邊, 成文堂, 1989, 150頁 參照.

56) 대판 1988.5.10, 87다카1979.

그러한 점유이전이 허용되는 것으로 의사해석할 것이다. 그러므로 이 경우에 전매인이 소유자의 반환청구를 거부할 수 있는 것은[58] 그 반환청구가 신의칙에 반하기 때문이 아니라, 민법 제213조 단서에서 말하는 "占有할 權利"를 가지기 때문이다. 그러나 임차인은 임대인의 동의를 얻어야 임차권을 양도하거나 전대할 수 있으므로(민법 제629조 1항), 그러한 동의가 없는 한 전차인 등의 점유는 소유자에 대한 관계에서 부적법하다.[59][60]

판례도 "매수인이 아직 소유권이전등기를 받지 아니하였다 하더라도 매매계약의 이행으로 받은 매매목적물의 인도를 적법히 받을 수 있는 것이고, 그 물건을 사용수익할 수 있는 권한이 있는 것이며, 이러한 지위에 있는 매수인이 그 물건을 타인에게 적법히 임대할 수 있음은 의문의 여지가 없는 것이므로 소유권이전등기를 받지 아니하였다 하여 매도인에 대한 목적물 사용수익을 청구할 수 있는 채권만을 가진다고 할 수 없는 것이다"라고 하였다.[61]

(4) 土地買受人이 建物을 建築한 뒤 建物만을 賣渡한 경우 建物買受人이 垈地에 대한 占有할 權利取得 與否

앞서 본 바와 같이 토지의 미등기 전매시 최종매수인이 최초매도인에 대하여 토지를 점유사용할 권리가 있으나, 이와 관련하여 A로부터 그 소유의 토지를 매수한 B가 이전등기를 받기 전에 토지를 인도받은 후 그 위에 건물을 건축하고 건물만(토지 제외)을 C에게 이전한 경우에는 어떠한가. 이 경우 토지매매계약은 A · B간에 성립된

57) 前揭 民法註解(V), 梁彰洙 執筆, 225면. 李英俊, 前揭書, 513면.

58) 독일의 통설 및 RGZ 105, 20.

59) 독일민법 제986조 1항은 중간자가 간접점유를 가지는 경우에 대하여 명문으로, 직접점유자가 간접점유자로부터 그 점유를 도출하였을 때에는 그 간접점유자가 소유자에 대한 관계에서 점유할 권리가 있고, 또 그 점유를 이전할 권한을 가지고 있는 경우에는 소유자는 그 직접점유자에게 물건의 반환을 청구할 수 없다고 규정하고 있으나, 해석론상으로는 중간자가 간접점유를 가지고 있지 않은 경우에도 그가 소유자에 대한 관계에서 그러한 점유이전을 할 권한을 가지고 있다고 해석되는 경우에도 위 조항이 준용된다고 한다. 前揭 民法註解(V), 梁彰洙 執筆, 225면. 李英俊, 前揭書, 513면 參照.

60) 이에 대하여는 반대로 전차인 등이 임차인과의 사이에 가지는 유효한 거래관계에 기하여 목적물을 점유하고 있다면 소유자인 임대인이 그 무단전대를 이유로 임대차계약 자체를 해지하지 않는 한 전차인 등에 대하여 그 반환을 청구하지 못한다고 하는 견해도 있다. 三ツ木正次, 不動産の無斷轉借人(賃借權讓受人)に對する所有者たる賃貸人の明渡請求, 民事法の諸問題 I, 1965, 383頁 以下, 특히 386頁 以下 參照.

61) 대판 1971.3.31, 71다309 · 310.

것이고, C가 B로부터 그 지상건물을 매수한 사실만으로는 B의 토지매수인으로서의 지위를 C가 그대로 승계한 것으로 볼 수 있을 것인가.

(가) 그런데 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 지상권까지 양도받기로 한 자에 대한 대지소유자의 건물철거청구에 관하여,[62] 판례는 "그러한 청구는 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무있는 자가 채권자대위의 법리에 따라 전건물소유자 및 대지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 권리를 가진 자를 상대로 한 청구로서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다"고 하였고,[63] 또한 법정지상권을 취득한 건물소유자가 법정지상권의 설정등기를 경료함이 없이 건물을 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도 양도하기로 하는[64] 채권적 계약이 있었다고 할 것이라고 하면서 대지소유자의 건물매수인에 대한 철거청구를 위 전원합의체 판결과 같은 이유로 기각하였다.[65] 위의 경우 토지소유권에 기한 물권적 청구권이 허용되지 아니한 것은 신의성실의 원칙의 적용이라고 풀이하기보다는 양수인이 지상권등기를 경료받지 않았다고 하더라도 그 토지를 점유할 권리가 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다.[66]

(나) 그런데 토지의 매도인과 토지매수인이 건축한 건물을 양수한 자와의 관계는 토지소유자와 지상권이 발생된 건물의 양수인과의 관계와 비슷하지 않은가. 이에 관하여는 위 (3)의 셋째 취지에 따른다면 매도인은 매수인이 건축한 건물을 취득한 제3자에 대하여서도 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다고 하여야 할 것이다.[67] 또한 이와 같이 매수인이 매도인에 대하여 가지는 소유권이전등기절차를 구할 권리 내지 이에 터잡은 점유사용권이 전유부분만을 경락[68]받은 자에 대하여서도 대지

62) 이러한 사안유형에 대한 법적 처리에 대하여는 우선 徐敏, 法定地上權 讓受人의 地位, 民事判例硏究Ⅵ, 61면 이하. 梁彰洙, 他人의 土地 위에 있는 建物, 考試計1991.2., 99면 이하 參照.

63) 대판 전원합의체 1985.4.9, 84다카1131 · 1132.

64) 이러한 약정은 건물양수계약에 당연히 포함되는 것으로 해석되고 있다. 특히 대판 1981.9.8, 80다2873. 대판 1988.9.27, 87다카279 參照.

65) 대판 1988.9.27, 87다카279.

66) 前揭 民法註解(Ⅴ), 梁彰洙 執筆, 226면. 尹眞秀, 法定地上權 成立 後 建物을 取得한 者의 地位(下), 司法行政 1986.7., 42면.

67) 前揭 民法註解(Ⅴ), 梁彰洙 執筆, 225면.

68) 競賣의 法的 性質에 관하여 通說은 국가가 채무자의 법정대리인으로서 비록 강제적이지만 타에 매도하고 낙찰인은 매수인의 지위에서 대금을 지급함으로써 재산권을 취득하며 낙찰대금 중 채권자들에게 배당받고 남는 잉여금이 소유자에게 배당되며 채무자가 낙찰인이 될 수 없는 점에서 사법상의 매매로 보며, 判例도 담보책임에 관하여 경매를 매매계약(대

사용권을 인정할 수 있다면, 그것이 성질상 양도가능하고 채권양도의 대항요건을 갖추어야 하는지, 아니면 전유부분의 전매로 바로 원시취득되는지 여부도 문제된다. 민법 제213조에서의 "占有할 權利"라는 것은 단지 점유를 소유자에 대한 관계에서 정당화하는 어떠한 법적 지위, 즉 지상권과 같은 물권이든 매수인의 점유사용권과 같은 채권이든 별 문제가 없고, 따라서 이는 채권양도(승계취득)의 문제가 아니라 바로 최종 양수인이 대지점유사용권을 원시취득한다고 보아야 할 것이다.[69] 이때 물론 C는 B에 대하여 건물의 매수인으로서 건물의 소유에 사회통념상 당연히 따르는 대지를 점유사용할 권리를 주장할 수 있을 것이다.[70]

(5) 私見

이상과 같이 대지사용권의 종류에 물권 이외에 임차권, 사용차권 기타 무명의 권리도 가능하고, 토지매수인이 매매계약에 정해진 바에 따라 등기이전을 받기 전이라도 대지를 인도받았다면 이를 점유사용할 권리를 가지며, 그 토지매수인이 그 지상에 집합건물을 지었다면 집합건물을 소유하기 위하여 건물의 대지를 점유사용할 권리를 가진다고 하여야 할 것이며, 이에 따라 그 집합건물의 구분소유자에게 대지지분을 점유사용할 권리, 즉 대지사용권이 있다고 하여야 할 것이다.[71] 그리고 그 구분소유자로부터 전유부분만을 전매하여 그 소유권을 취득한 제3자는 대지소유자는 물론 대지지분매수인 겸 전유부분 매도인에게 대지사용권을 주장할 수 있다고 하여야 할 것이다.

판 1964.5.12, 63다663) 또는 매매의 일종(대판 1991.10.11, 91다21640)이라 하여 사법상의 매매로 보고 있다(註釋債權各則(Ⅰ), 金炫彩 執筆, 585, 586면; 民法註解(14), 南孝淳 執筆, 456-458면 參照). 따라서 본고의 기본 전제가 전유부분과 대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유사용하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가이기 때문에, 통상의 매매가 아닌 경매절차를 거쳤다 하더라도 성질상 대지지분의 점유이전을 할 권한을 가지고 있다고 해석되는 한 경매의 경우도 같다 할 것이다(同旨 鄭熇章, 前揭論文, 89면).

69) 鄭熇章, 前揭論文, 87면.

70) 대판 1991.6.25, 91다10329.

71) 同旨 鄭熇章, 前揭論文, 88면.

V. 結 論

이상에서 전유부분과 대지지분을 매수하고 전유부분만에 관하여 소유권이전등기를 마치고 대지는 등기없이 인도받아 점유사용하던 자에 대하여 그 뒤 전유부분만을 경락받은 자가 대지의 점유사용권을 주장할 수 있는가에 대하여, 대지사용권의 내용과 판례의 검토를 중심으로 살펴보았다.

결론적으로 건물 또는 대지사용권의 매도인 또는 건물의 매도인은 매수인인 전유부분 소유자 내지 경락인에게 건물의 소유에 사회통념상 당연히 따르는 대지의 점유사용권을 허용하였다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 전유부분만이 대지사용권 없는 채 처분되는 사회적으로 바람직하지 않은 결과와, 나아가 종된 위치에 있는 대지의 소유자에게 전유부분의 철거 또는 소유권이전등기청구권을 인정하는 결과를 막을 수 있기 때문이다.

이와 같이 해석하지 않는다면 최초의 구분소유권자가 집합건물의 부지인 대지에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 마치지 아니하여 아직 그 소유권, 즉 대지사용권을 취득하지 못한 상태에서 전유부분의 소유권을 매수인에게 양도하여 소유권이전등기를 마쳐준 다음 그 부지인 대지지분에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 마치고, 그 뒤 그 전유부분에 관한 근저당권을 설정하여 담보권실행을 위한 경매절차가 진행된 결과 제3자가 전유부분을 경락받은 뒤에야 비로소 대지지분에 관하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었기 때문에, 전유부분과 대지사용권은 동일한 구분소유자에게 속한 적이 없었고 따라서 아직 대지권이 성립하지 않음으로써, 결국 제3자가 낙찰받은 전유부분에는 처음부터 그 처분에 종속되거나 일체·불가분성이 없는 채 처분되는 바람직하지 않은 결과가 초래되기 때문이다.

아울러 집합건물의 소유관계에 있어서는 토지소유자보다는 건물소유자를 우선 보호하여야 한다는 사회정책적 요구나 집합건물법의 입법취지에 비추어 볼 때, 동법이 대지사용권을 구분소유권의 종된 권리로 규율하면서도 매도청구권의 행사에 관하여는 대지사용권자를 우선시키는 것은 납득하기 어렵다. 따라서 입법론적으로 구분소유자에게 우선적으로 대지사용권의 매도청구권을 인정하여야 할 것으로 본다.