

대 법 원

판 결

사 건	2010다71578 대지권지분이전등기등
원고, 피상고인	원고 소송대리인 법무법인 위민 담당변호사 김남근 외 3인
피고, 상고인	피고 소송대리인 변호사 전병우
원 심 판 결	서울고등법원 2010. 7. 16. 선고 2010나1915 판결
판 결 선 고	2013. 1. 17.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지나서 제출된 추가상고이유서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 구분소유의 성립요건 및 성립시기에 관한 법리오해 등 주장에 대하여

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라고 한다)은 "1동의 건물

중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있는 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.

1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결 등 참조). 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 그 건물의 특정부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다(대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결 등 참조).

이와 달리 구분소유는 건물 전체가 완성되고 원칙적으로 집합건축물대장에 구분건물로 등록된 시점, 예외적으로 등기부에 구분건물의 표시에 관한 등기가 마쳐진 시점에

비로소 성립한다는 취지로 판시한 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다1345 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결 등의 견해는 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 이를 변경하기로 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 이 사건 아파트는 2003. 8. 25.까지 지하 2층부터 지상 12층까지 각 층의 기둥, 주벽 및 천장 슬래브 공사가 이루어져 2003. 8. 25.경에는 1동의 건물 내부의 각 전유부분이 구조상·이용상의 독립성을 갖추었고, 그보다 앞서 2002. 5. 15.경부터 피고가 이 사건 아파트를 신축하면서 그 내부의 구분건물 각각에 대하여 분양계약을 체결함으로써 구분의사를 외부에 표시하였으므로 구분행위의 존재도 넉넉히 인정된다고 보아, 이 사건 토지에 관하여 부동산담보신탁계약이 체결되고 이 사건 신탁등기가 마쳐진 2003. 9. 4. 경에는 이 사건 아파트의 전유부분에 관하여 이미 구분소유권이 성립한 상태였다는 취지로 판단하면서, 당시 이 사건 아파트에 관하여 아직 건축물대장에 구분건물로 등록이 이루어지지 않았으므로 구분소유가 성립하지 않았다는 피고의 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 구분소유의 성립요건과 성립시기 등에 관한 법리를 오해하거나 석명권을 행사하지 아니한 위법이 없다.

2. 전유부분과 대지사용권의 분리처분금지에 관한 법리오해 등 주장에 대하여

집합건물법은 제20조에서 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따르고, 구분소유자는 규약으로써 달리 정하지 않는 한 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없으며, 그 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있는데, 위 규정의

취지는 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권이 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있으므로(대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결 참조), 전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 그 효력이 없다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다84171 판결 등 참조).

원심이 이 사건 신탁등기가 마쳐진 2003. 9. 4.경 이 사건 아파트의 각각의 전유부분에 관하여 이미 구분소유권이 성립한 이상 피고가 주식회사 한국토지신탁(이하 '한국토지신탁'이라고 한다)과 이 사건 토지에 관하여 체결한 부동산담보신탁계약은 집합건물법 제20조에 위배되어 무효이므로 이 사건 신탁등기는 말소되어야 한다고 판단한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하다. 거기에 전유부분과 대지사용권의 일체성이나 신탁행위에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락한 위법이 있다는 상고이유의 주장은 이유 없다.

3. 집합건물법 제20조 제3항의 선의의 제3자에 관한 법리오해 등 주장에 대하여

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 필요하지 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).

원심은 2003. 9. 4. 부동산담보신탁계약을 체결할 당시 이 사건 아파트가 12층 전부에 걸쳐 기둥과 지붕 및 천장 슬래브의 형태를 갖추고 있어서 집합건물로서의 모습을 갖춘 점, 부동산담보신탁계약서 특약사항 제4조에서 '별도의 신탁절차 없이 신탁부동산에 건축되는 건물(시설물, 완성 또는 미완성건물 포함)은 본 신탁계약상 신탁재산으로 본다'고 규정한 점 등의 사정에 비추어 보면, 한국토지신탁은 이 사건 토지가 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 알고 있었다고 봄이 상당하므로 선의의 제3자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 위법은 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 구분소유의 성립요건 및 성립시기에 관한 대법관 김창석, 대법관 김신의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 박병대, 대법관 김용덕의 보충의견과 반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견이 있다.

5. 대법관 김창석, 대법관 김신의 반대의견

가. 민법은 하나의 물권의 객체는 하나의 독립된 물건이어야 한다는 이른바 일물일권주의(一物一權主義)를 원칙으로 하면서, 민법 제215조 제1항은 "수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물 중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정한다"라고 정하고, 나아가 집합건물법 제1조는 "1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이

법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다"라고 정하여 일물일권주의의 예외인 건물의 구분소유를 인정하였다.

건물의 구분소유는 일물일권주의의 예외이기는 하나 건물의 일부분이 독립한 소유권의 객체가 된다는 점에서 보면, 구분소유권 역시 물건에 대한 배타적 지배를 내용으로 하는 물권으로서 대세적 효력이 있다. 이와 같이 구분소유권은 물권으로서의 기본적인 성격인 배타성과 대세적 효력이 있으므로 그에 관한 법률관계는 이해당사자들이 쉽게 인식할 수 있도록 명확하게 정해져야 한다. 즉 구분소유권이 언제 성립하고 누구에게 귀속되는지, 그 법률관계의 내용이 무엇인지가 명확하게 정해져야 하고, 이를 외부에서 쉽게 알 수 있어야 한다.

특히 집합건물법에 의한 구분소유권의 성립과 그에 따른 법률관계의 확정은 다음과 같은 점에서 중요한 의미가 있다.

일부 국가의 법제에서는 건물을 토지의 구성부분으로 보아 토지와 그 지상건물을 일체적으로 파악하는 경우가 있으나, 우리 법제는 건물을 토지로부터 완전히 독립한 별개의 부동산으로 취급하여 건물이 토지와 따로 물권의 객체가 되는 이원적 체계를 취하고 있다.

그런데 집합건물법은 1동의 건물에 구분소유관계가 성립되면 1동의 건물 중 전유부분에 대하여는 구분소유자들에게 각각 배타적인 구분소유권을 보유하게 하고 나머지 공용부분에 대하여는 구분소유자 전원이 공유의 형태로 소유하게 하면서, 각각의 구분소유자의 공용부분에 대한 공유지분은 전유부분의 처분에 따르고 전유부분과 분리하여 처분할 수 없도록 함으로써 전유부분과 공용부분에 대한 지분을 일체로 결합시킨 다음 (집합건물법 제10조 제1항, 제13조 제1항, 제2항), 구분소유자가 전유부분을 소유하기

위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권을 인정하여, 구분소유권과 대지사용권의 분리처분을 금지하고 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르는 것으로 하여 전유부분과 대지사용권의 일체성도 인정하고 있다(집합건물법 제20조 제1항, 제2항).

이러한 규정에 비추어 보면, 집합건물법은 구분소유권이 성립된 전유부분과 공용부분, 대지사용권을 별개로 취급하는 것이 아니라 전유부분을 축으로 하여 공용부분, 대지사용권을 일체화시키는 방법으로 집합건물과 관련된 법률관계를 규율하고 있는바, 이것은 토지와 건물의 합리적 공동이용이라는 집합건물법의 입법취지에 부합한다. 따라서 집합건물법에 의해 구분소유권이 성립되는 과정은 단순히 일물일권주의에 대한 예외로서 1동의 건물 중 일부에 대한 소유권이 인정된다는 차원을 넘어 종래에 건물에 대한 소유권과 그 대지에 대한 소유권으로 분화되어 있던 것이 구분소유권의 성립에 따라 구분건물과 그 대지가 일체화되는 과정이 포함되어 있는 것이다.

그런데 이와 같이 구분소유권이 성립한다는 것, 그에 따라 건물과 그 대지가 일체적으로 취급되는 법적 효력이 주어지는 것은 선형적인 법실질에 따른 것이 아니라 부동산 물권으로서 구분소유권의 성립에 요구되는 필요한 요건을 갖춘 경우에 규범적으로 그 효력이 부여됨에 따른 결과이다. 여기에서 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 요청되는 것이다.

나. 구분건물이 되기 위해서는 각 건물부분이 객관적·물리적 측면에서 구조상·이용상의 독립성을 갖추어야 하고 해당 건물을 구분소유권의 객체로 하는 행위, 즉 구분행위가 있어야 한다는 점은 종래 대법원이 여러 차례 밝혔고, 이 점에 있어서는 다수

의견이나 반대의견 사이에 차이가 없다.

(1) 다수의견은 구분행위를 폭넓게 인정하여 구분의사가 대외적으로 표시되면 충분하다고 보아, 건축허가신청, 분양계약 등도 구분행위의 범주에 포섭시키고, 나아가 구분건물로서의 물리적 요건 구비와 구분행위의 시간적 선후를 묻지 않고 분양계약 등의 구분행위가 구분건물로서의 물리적 완성보다 선행하는 것도 가능하다는 입장에 서 있다. 즉 구분행위의 의미를 구분건물로서의 구조상·이용상 독립성이라는 물리적 요건에 부합하는 대외적인 의사표시의 존재 정도로 파악하고 있는 것으로 보인다.

그러나 구분건물의 성립요건으로서의 구분행위는 구분건물로서의 구조상·이용상 독립성이라는 물리적 요건의 구비와는 다른 차원의 문제이다. 구분소유의 성립요건의 하나인 구분행위는 1동의 건물에 관한 단일한 소유권의 내용을 변경시켜 구분소유권을 창설하는 형성적 효력을 가지는 법적 행위로서 구분소유의 물리적 요건과는 분명하게 구별되어 그에 흡수되거나 환원되지 않는다.

대법원은 종래 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것으로 보아 원시취득을 인정하였는데, 이와 같이 1동의 건물이 신축에 의해 성립하는 경우, 대장등록이나 등기라는 공시방식이 없이도 그 소유권이 원시취득되는 것은 그 건물의 물리적 존재 자체로 그 소유권의 성립을 공시하는 역할을 명확하게 하고 있기 때문이나, 구분소유권의 성립에는 구분건물로서의 물리적 존재만으로는 구분건물과 관련된 법률관계가 명확하게 정해지지 않고 그 내용의 공시에도 부족하다.

1동의 건물이 구조상·이용상으로 구분되어 독립성을 갖추고 있더라도 그 1동의 건물 전체를 하나의 소유권의 객체로 삼아 1인이 단독 소유하거나 수인이 공유할 수도

있고, 구분된 부분을 수인이 이른바 상호명의신탁 내지 구분소유적 공유의 형태로 구분하여 소유할 수도 있다.

또한 1동의 건물이 구조상·이용상으로 구분되어 독립성을 갖추고 있더라도 그 외 관대로 구분소유권이 성립하는 것도 아니다. 예를 들어 3층 규모의 1동의 상가건물이 각 층마다 3개 점포로 물리적으로 구분되어 있는 경우라 하더라도 반드시 9개의 구분건물이 성립하는 것이 아니다. 1층은 3개의 점포인 구분건물로, 2층과 3층은 각각 1개의 점포인 구분건물로도 성립할 수 있기 때문이다.

한편 앞에서 보았듯이 집합건물법은 구분건물과 그 대지사용권을 일체화시켜 구분소유권과 대지사용권의 분리처분을 금지하고 대지사용권은 전유부분의 처분에 따르도록 하고 있는데, 이러한 효력으로 말미암아 구분소유권이 언제 성립하는지에 따라 그 토지에 관하여 권리관계를 맺은 자와 구분건물의 권리자 사이의 이해의 충돌을 피할 수 없게 되었다.

이와 같이 구조상·이용상으로 구분되어 있는 1동의 건물이 일반건물로 되는지 아니면 구분건물로 되는지, 나아가 구분건물이 되더라도 어떤 형태와 내용의 구분건물이 되는지, 그리고 구분건물에 의해 일체화된 공용부분, 대지사용권의 범위와 내용이 어떠한지는 모두 구분행위에 의해 비로소 확정된다. 그리고 이렇게 확정되어 성립된 구분소유권의 범위와 내용은 물권으로서 대세적인 효력을 갖게 되어 제3자의 법률관계에 중대한 영향을 미친다.

이러한 점에서 볼 때 법률관계의 명확성과 안정성을 담보하기 위해서는 부동산 소유권의 내용을 변경시키는 법적 행위로서의 구분행위는 부동산 물권변동에 있어서 요구되는 공시방법인 등기에 준할 정도로 명료한 공시기능을 갖추는 것이 반드시 필요하

다.

(2) 집합건축물대장에의 등록은 1동의 건물이 독립한 부동산으로 존재하고 1동에 존재하는 전유부분이 구조상·이용상 독립성이라는 물리적 요건이 구비되었음을 전제로, 그 건물의 소유자와 같이 처분권한 있는 자가 건물의 단독소유권을 구분소유권으로 변동시키는 구분행위의 필수적인 방식으로 보아야 한다. 이러한 확정적인 구분행위인 집합건축물대장 등록이 이루어지기 전에 이루어진 건축허가신청, 분양계약 등의 행위에서 어떤 구분의사가 표시되었는지는 구분소유권의 성립에 영향을 미치지 않는다.

우리나라는 등기를 부동산 물권변동의 성립요건으로 이해하는 형식주의를 채택하고 있고 넓게 보면 구분행위도 물권변동의 원인이 되는 물권행위이므로 이에 관한 등기까지 마쳐야 구분소유가 성립한다고 볼 여지도 있지만, 우리나라에서는 등기부와 대장의 이원적 공시제도를 두고 부동산의 표시에 관한 사항은 등기부가 아닌 대장이 일차적으로 공시하고 있어서, 부동산의 표시에 관한 사항에 국한된 구분행위에 대하여 등기에 대신하여 대장등록을 공시방식으로 요구하는 것일 뿐이므로, 구분행위의 방식으로 이러한 공시방식을 요구하는 것은 전혀 이례적인 것이 아니고, 오히려 우리나라의 민법 체계에 부응하는 것이다.

따라서 구분소유권은 대법원이 여러 차례 밝힌 바와 같이 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점에 성립하고(대법원 1999. 9. 17. 선고 99다1345 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결 등 참조), 다만 예외적으로 건축물대장에 등록되기 전에 등기관이 집행법원의 등기촉탁에 의하여 미등기건물에 관하여 소유권 처분제한의 등기를 하면서 구분건물의 표시에 관한 등기를 할 경우에는 그 등기된 시점에 구분소유권이 성립한다.

(3) 그리고 이러한 방식에 의한 구분행위는 집합건물법이 예정하고 있는 것이기도 하다. 즉 집합건물법 제1조는 1동의 건물 중 구조상·이용상 독립성을 갖춘 건물부분을 '이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다'라고 규정하고 있고, 집합건물법 제53조 이하에서 건물을 신축한 자의 신청에 따라 구분건물로서 건축물대장에 등록을 하도록 하고, 기존 건물의 등록된 사항을 변경하는 경우에는 변경등록을 하도록 하여 구분건물의 건축물대장에 관한 사항을 규정하고 있는데, 제1조에서 말하는 '이 법이 정하는 바에 따라'라는 것은 집합건물법이 규정하는 건축물대장 등록을 의미하는 것으로 보아야 한다.

(4) 부동산 물권에 관하여 대장과 등기부라는 이원적 공시제도를 취하는 우리 법제하에서 법적 관계의 명확성과 공시를 위하여 물권의 내용에 변경이 있는 경우 대장등록이라는 방식을 요구하는 것이 구분소유권의 성립에서만 있는 이례적인 것도 아니다. 토지의 분할 및 합병, 건물의 분할 및 합병은 민법 제186조에서 말하는 부동산 물권의 변동은 아니지만 물권 자체의 내용에 관하여 변경이 있게 되는데, 그 변경을 위해서는 토지대장 및 건축물대장의 분할등록·합병등록이라는 필수적인 공시방식을 선행하도록 하고 있고, 그 후 이루어지는 등기는 대장등록에 의하여 변경된 물권의 내용을 반영하는 사후절차이다. 이러한 점에 비추어 보면 구분소유권의 성립에 대장등록의 공시방식을 요구하는 것은 오히려 너무나 당연한 것으로 여겨질 뿐이다.

다. 다수의견이 구분행위로 포섭하는 건축허가신청, 분양계약 등은 대세적 효력을 갖는 구분소유권, 구분소유권과 일체화된 공용부분 및 대지사용권의 범위와 내용을 확정하고 공시하는 기능을 수행할 수 없다.

(1) 무엇보다 이러한 방법에 따르면 그 공시의 내용이 서로 차이가 생길 수 있고,

공시된 내용이 확정적이 아니고 유동적이어서 구분소유권과 관련된 법률관계를 확정하고 공시하는 명확한 기준이 될 수 없다. 왜냐하면 건축허가신청, 분양계약 등에 나타난 건축주의 의사는 상황에 따라 변경될 수 있는 불확정적이고 유동적인 것이라는 점을 부정할 수 없기 때문이다.

(2) 다수의견은, 구분행위의 시기에 제한이 없으므로 집합건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청, 분양계약 등의 구분행위가 있으면 그 후 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 그 시점에 구분소유권이 성립한다는 것인데, 공동주택 등 대형건축물의 선분양이 일반화된 우리 현실에서 다수의견에 의하면 결국 구분건물의 구조상·이용상 독립성을 구비하였는지에 의해 구분소유권의 성립 여부가 결정되게 된다.

그러나 1동의 건물이 외형상 완성된 경우라 하더라도 그 건물 내의 전유부분이 구조상·이용상 독립성을 갖춘 것인지를 제3자가 쉽게 접근하여 객관적으로 확인하고 그 증거를 확보할 수 없는 것이 현실이다. 이러한 현실에서 구분소유권의 대상이 되는 전유부분이 구분건물로서의 물리적 요건에 부합할 정도로 완성되었는지를 판정하는 것이 매우 어렵고, 그 결과 구분소유권이 성립하는 시점이 매우 모호하여 오히려 법적 분쟁을 심화시키는 폐해를 가져올 가능성이 크다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

(3) 전유부분에 대한 구분소유권이 성립하는 시점에 공용부분 및 대지사용권은 전유부분과 일체화되어 거래의 대상이 되므로 그 범위와 내용이 분명하게 정해져야 하는데, 다수의견에 따를 경우의 그와 관련된 문제점을 아파트와 같은 공동주택이 여러 필지에 걸쳐 여러 동 신축되는 통상적인 건축현장의 경우를 예로 들어 살펴본다.

다수의견에 따르면 분양계약 등의 구분행위가 선행되어 있으면 전유부분의 구조

상·이용상 독립성이 구비된 1동의 건물이 시기를 달리하여 완공될 때마다 완공된 1동에 있는 각 전유부분에 구분소유권이 성립되게 된다.

그런데 건축현장의 현실은 1동의 건물의 대지를 그 건물이 서게 될 토지만으로 할 것인지 다른 토지를 포함시킬 것인지를 미리 확정하지 않고 있고, 나아가 건물의 순차 완공을 예정하여 장차 완공될 건물 각각을 위한 대지사용권을 별도로 구분하여 유보하는 조치를 취하고 있지는 않은 것으로 보인다.

그러한 현실에서 일부 건물이 완공된 경우 일부 완공된 건물의 각 전유부분과 일체화가 되는 토지가 그 건물이 서 있는 필지만인지 다른 토지도 포함되는 것인지 확정할 수 없다. 또한 완공되지 않은 건물의 전유부분에 관하여는 구분소유권이 성립할 수 없으므로 완공된 일부 건물과 대지 전체 사이에 일체화가 성립된 것으로 볼 수밖에 없을 것인데, 그 경우 순차적으로 완공된 건물의 전유부분에 대한 대지사용권을 인정하려면 먼저 성립한 전유부분의 대지사용권의 비율이 순차적으로 변경되어야 한다는 수증하기 어려운 법리 구성을 취할 수밖에 없다. 나아가 이미 구분소유가 성립한 전유부분에 대하여 다른 권리관계가 설정된 상황을 가정하면 그러한 해석론이 매우 어려운 문제를 야기할 것임은 분명하다.

한편 집합건물법 제3조 제2항에 의하면 당초 전유부분이었던 부분도 규약이나 공정증서로써 공용부분으로 정할 수 있도록 규정하고 있는바, 공동주택의 건축은 여러 사정에 의해 변경이 있을 수 있으므로, 건축물대장에 의해 공적 등록이 이루어지기 전까지는 전유부분 및 공용부분의 범위 및 내용 역시 유동적이거나 불확정적일 수밖에 없다.

결국 건축물대장 등록 외의 다수의견에서 인정하는 구분행위에 따른 구분소유권의

성립을 인정하게 되면 그 성립시점에서의 구분소유권과 일체화된 공용부분 및 대지사용권의 범위와 내용이 확정적으로 결정되지 않는 근본적인 문제점이 발생하고, 이것이 거래의 안전을 심각하게 위협할 것임은 자명하다.

(4) 대법원은 각 층이 물리적으로 구분된 1동의 건물을 신축하여 그 중 1층은 수개의 점포로 구분하여 분양하고 지하층과 2, 3층은 각 따로 매도하면서 이를 구분등기하지 않고 수분양자 또는 매수인들에게 건물 전체 면적 중 분양 면적 또는 매도 면적에 해당하는 비율로 공유지분등기를 마쳐 줌으로써 그 건물 각 층의 구분소유자들 사이에 상호명의신탁관계 내지 구분소유적 공유관계가 성립한 사안에서, 건물 각 층의 구분소유자들은 다른 층 소유자들과 사이에 상호명의신탁을 해지하는 한편, 건물에 대하여 구분건물로 건축물대장의 전환등록절차 및 등기부의 구분등기절차를 마치고 각 층별로 상호간에 자기가 신탁받은 공유지분 전부를 이전하는 방식으로 건물에 대한 구분소유적 공유관계를 해소할 수 있다고 판시하였다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다 84171 판결 참조). 이러한 대법원의 입장은 구분소유권이 성립하기 위해서는 건축물대장 등록이 필요하다는 종래 대법원의 견해와 궤를 같이 하는 것이다.

다수의견에 따른다면 채권행위인 분양계약만으로도 구분행위가 성립된다고 보고 있으므로, 위와 같은 사안에서 구분소유적 공유관계를 해소하고 구분건물에 관한 구분소유관계를 성립시키기 위해서 건축물대장 등록 없이 다른 구분행위, 즉 상호명의신탁의 해지 또는 구분소유적 공유관계 해소의 합의라는 방식만으로도 가능하다고 보아야 논리적 정합성이 유지될 수 있을 것인데, 과연 다수의견이 그러한 방식의 구분행위에 의한 구분소유권의 성립까지 긍정하는 것인지 의문이 아닐 수 없다.

나아가 위와 같은 사안은 물리적으로 구분소유권이 성립할 수 있는 상황이라는 것

과 구분소유권이 실제로 성립하는 것은 전혀 다른 문제이고, 구분소유권의 성립을 위해서는 건축물대장 등록이라는 법적 행위가 필요하다는 점을 잘 보여주는 것이라 하겠다.

라. 다수의견은 아파트 등 공동주택을 선분양한 후 신축하여 1동 건물의 독립성이나 각 전유부분의 구조상·이용상 독립성이 갖추어졌는데도 어떠한 이유에서 사용승인을 받지 못하여 건축물대장에 등록하지 못하고 장기간 미등록 건물로 방치될 가능성이 있고, 경우에 따라서는 이런 상태에서 수분양자들의 입주까지 이루어지는 현실에서, 건축물대장에 등록하여야만 구분소유권이 성립한다는 견해를 취하면 미등록 건물을 분양받은 수분양자에 대한 유력한 보호장치인 집합건물법 제20조의 대지사용권의 분리처분금지 원칙의 적용이 배제된다는 점을 중요한 근거로 삼고 있는 것으로 보인다.

그러나 집합건물법 제20조에 의한 분리처분금지의 효과는 원래 토지와 건물로 이원화된 법률관계가 구조상·이용상 독립성이라는 물리적 요건 외에도 물권으로서의 대세적 효력에 부합하는 공시기능을 하는 구분행위를 갖추어 건물과 그 대지인 토지가 법률적으로 일체화됨에 따라 규범적으로 부여되는 효력임은 앞에서 본 바와 같다. 선분양이 공동주택 공급의 일반적인 거래 방법이고 미등록 상태가 장기화될 가능성이 있는 현실에서 수분양자들의 보호를 도외시킬 수는 없지만, 물권으로서 대세적 효력이 있는 구분소유권과 그 법률관계의 명확성 요청이라는 기본원칙을 포기하면서까지 집합건물법 제20조에 의한 분리처분금지의 효력 발생시점을 앞당기기 위하여 무리한 해석론을 취하여 규범적 효력을 부여하는 방식으로 수분양자들의 보호를 꾀하는 것은 법정책적으로 보아도 타당하다고 할 수 없다.

오히려 구분소유권의 성립시기에 관한 명확한 기준이 정립되지 않아 그로 인하여

전유부분, 공용부분, 대지사용권의 법률관계에 관한 수많은 법적 분쟁이 야기되었음은 주지하는 바인데, 대법원이 구분소유권의 성립에 확정적이며 공적인 구분행위인 건축물대장 등록이 필요하다는 견해를 취하여 거래계에 분명한 기준을 제시하면 그 불명확성으로 인한 법적 분쟁의 발생을 미리 예방할 수 있을 것이다.

또한 집합건물법 제20조의 분리처분금지 원칙 외에도 수분양자들이 보호될 수 있는 다른 법적 장치들이 있으므로 분리처분금지의 원칙을 적용하기 위하여 다수의견과 같은 해석론을 취할 필요는 없다. 먼저 건축물대장 등록 전에 대지소유권만이 제3자에게 양도되더라도 건물 소유를 위한 법정지상권이 성립할 수 있다. 그리고 수분양자는 분양계약상의 권리를 피보전권리로 하여 대지에 대하여 보전처분을 하여 두면 분리처분금지의 원칙이 적용되지 않더라도 분리처분의 위험에서 벗어날 수 있다. 나아가 주택법에는 일정 규모 이상의 주택건설사업의 경우에는 수분양자 보호를 위하여 주택과 대지의 분리처분을 예방하는 규정을 두고 있다(주택법 제40조 참조). 공동주택을 선분양한 후 신축하여 1동 건물의 독립성이나 각 전유부분의 구조상·이용상 독립성이 갖추어졌음에도 건물에 관한 사용승인을 받지 못하여 건축물대장에 등록하지 못하고 있다면, 수분양자로서는 분양계약상의 권리를 피보전권리로 미등록 구분건물에 처분금지가 처분 신청을 하여 집행법원의 등기촉탁과 등기관이 직권등기를 통해 구분소유권을 성립시킴으로써 분리처분금지 원칙의 적용을 받을 수 있는 방법이 있고, 또한 대지의 분리처분의 거래상대방이 대지처분권자의 분리처분에 적극 가담한 경우에는 집합건물법에 의한 분리처분금지 원칙을 적용하지 않더라도 분리처분의 원인행위가 사회질서에 반하여 무효가 될 것이다.

물론 이러한 법적 보호장치로도 보호되지 않는 영역이 있을 것이나, 이것은 토지와

건물을 이원적으로 파악하는 우리 법제하에서 불가피한 문제이므로, 이러한 문제는 입법을 통하여 해결하여야 할 것이지, 부동산 물권에 관한 기본원칙을 허무는 해석론으로 해결할 것은 아니다. 다수의견에 의하더라도 수분양자 보호시기가 상대적으로 앞당겨질 뿐 분리처분 위험을 완전히 해결할 수 있는 것은 아니므로, 수분양자 보호는 별도의 대책이 필요한 것이지 구분소유권의 성립시기를 앞당겨 해결할 문제는 아닌 것이다.

마. 원심이 인정한 사실에 의하면, 이 사건 신탁등기가 이루어진 2003. 9. 4. 무렵 이 사건 아파트에 관하여 건축물대장에 구분건물로 등록이 이루어지거나 등기부에 구분건물로 등기가 이루어지지 아니하였음이 분명하므로 아직 구분소유권이 성립되었다고 할 수 없다.

그런데도 이와 달리 이 사건 신탁등기가 이루어질 무렵 이 사건 아파트의 각 전유부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추었고, 그에 관한 각 분양계약이 그 이전에 이루어졌다는 사정만으로 구분소유권이 성립하였다고 판단한 원심판결에는 구분소유권의 성립요건 내지 성립시기에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 따라서 다수의견의 결론과 달리 원심판결은 파기되어야 한다.

6. 다수의견에 대한 대법관 박병대, 대법관 김용덕의 보충의견

가. 반대의견에 의하면, 구분행위는 1동의 건물에 대한 단일한 소유권을 여러 개의 구분소유권으로 변경·창설하는 형성적 효력을 가지는 법적 행위이고, 구분소유권은 대세적 효력을 가지는 물권으로서 그 성립에 따라 구분건물과 대지가 처분의 일체성을 가지게 되는 등 특별한 법적 효력이 주어지므로, 구분행위는 그로 인한 법률관계의 명확성과 안정성을 담보하기 위하여 등기에 준할 정도의 공시기능을 갖춘 집합건축물대

장 등록에 의하여야 하는 것으로 새겨야 한다는 것이다. 따라서 그 논리적 귀결로, 집합건물이 건축되어 완공된 경우에도 대장등록이 되기 전까지는 여전히 1동의 건물로서 일반건물에 해당할 뿐이므로 그 건물의 대지를 분리처분하더라도 이는 유효하고 집합건물법에 규정된 공용부분의 이용 등에 관한 규정도 적용이 배제된다고 보게 될 것이다. 그러나 이와 같은 법리 전개가 과연 구분소유권의 성립 등에 관한 일반 법리에 부합하는지 또 거래의 안전을 위하여 바람직하고 법정책적으로 보아도 타당하다고 할 수 있는지는 여러모로 의문이다.

나. 우선 구분소유권의 성립요건인 구분행위는 다수의건에서 밝힌 대로 법률행위이기는 하지만, 법률행위는 원칙적으로 방식의 자유가 인정되므로 법률에서 특정한 방식으로 행위할 것을 규정하고 있지 않는 한 일정한 방식으로 하여야만 법률행위가 성립하거나 그 효력이 인정된다고 할 수는 없다.

그런데 구분소유권에 관한 기본적 사항을 규율하고 있는 집합건물법은, 제1조 및 제2조에서 구분소유권의 성립요건을 규정하고 있지만 건축물대장의 등록에 관하여는 직접적으로 아무런 언급을 하고 있지 않다. 제1조가 "1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 이 법에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있다"고 하고 있으나, 이는 각 구분건물이 독립성을 갖추고 있으면 그 각각을 소유권의 목적으로 함으로써 구분소유권을 성립시킬 수 있다는 원칙을 선언하고, 아울러 그 소유권은 '이 법에서 정하는 바에 따라' 행사되어야 한다는 것, 즉 전유부분과 공용부분의 이용 및 처분상의 제한 등 권리관계가 이 법의 규정에 따라 규율된다는 것을 선언하는 것일 뿐이다. 반대의견처럼 그것이 건축물대장 등록을 구분소유권의 성립요건으로 규정한 것이라고 해석하는 것은 우선

조항의 배열과 문맥의 흐름상 자연스럽지 않다. 또한 집합건물법 제8조에서는 구분소유권이 성립한 건물의 대지를 공유하는 자의 분할청구 금지에 관하여, 제13조에서는 구분소유자의 전유부분과 공용부분에 대한 공유지분의 일체성에 관하여, 제20조에서는 구분소유자의 전유부분과 대지사용권의 일체성에 관하여, 제23조에서는 구분소유자 전원을 구성원으로 한 관리단의 당연설립에 관하여, 제28조 이하에서는 관리단 규약의 설정에 관하여 규정하고 있다. 구분건물의 건축물대장 등록에 관하여는 제53조 이하에서 비로소 규정하고 있는데, '이 법의 적용을 받는 건물'에 대하여 소관청이 건축물대장을 편성하여야 한다는 점(제53조), '이 법의 적용을 받는 건물'을 신축한 자는 1개월 이내에 1동의 건물에 속하는 전유부분 전부에 대하여 동시에 건축물대장 등록신청을 하여야 하고(제56조 제1항), 이 법의 적용을 받지 않던 건물이 구분, 신축 등으로 인하여 '이 법의 적용을 받게 된 경우'에도 제1항과 같이 건축물대장 등록신청을 하여야 한다는 점(제56조 제3항)을 정하면서 이러한 등록신청을 게을리 한 경우 신청의무자에게 과태료를 부과할 뿐(제66조), 대장등록으로 인한 창설적 효과에 관해서는 아무런 규정도 두고 있지 않으며, 오히려 건축물대장 등록에 앞서 위 법이 적용되는 집합건물이 성립된 것을 전제로 하고 있다.

이와 같은 집합건물법의 규정 순서와 조문 체계 및 각 조항의 내용 등을 종합해 보면, 구분소유권의 성립요건으로 건축물대장 등록이 필요하다거나 구분행위에 대장등록이 필수적인 방식으로 요구된다고 해석하는 것은 무리이고, 오히려 구분소유권은 각 구분건물의 독립성과 구분행위에 의하여 성립하고, 그와 같이 구분소유권이 성립한 건물에 대해서는 처분의 일체성 등 권리의 내용과 그 행사방식에 일정한 제한이 가해지며, 구분소유권의 대상인 구분건물에 대해서는 사후적·보고적 공시방법으로 건축물대

장의 편성 및 등록을 할 의무를 부담한다는 것을 순차 규정한 것으로 이해하는 것이 그 법률의 편제와 조문 순서를 따라 순리적으로 이해하는 방식이라고 할 것이다.

다. 반대의견은 토지의 분할 및 합병의 경우에도 구분소유권의 성립과 마찬가지로 물권 자체의 내용에 관하여 변경이 있게 되는데, 그 변경을 위해서는 토지대장의 분할 등록·합병등록을 필수적인 공시방식으로 요구하므로, 구분소유권의 성립의 경우에도 역시 건축물대장 등록이 필요하다고 한다. 그러나 토지와 건물은 그 권리 객체의 성질상 본질적인 차이가 있다는 점을 주목하여야 한다.

토지는 인위적으로 구획된 일정범위의 지면에 사회관념상 정당한 이익이 있는 범위 내에서의 상하를 포함하는 것으로서, 토지의 개수는 지적공부상의 분계선에 의하여 결정되는 것이고, 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 그 지적공부상의 경계가 현실의 경계와 다르다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 소유권의 범위는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되는 것으로 토지의 경계는 공적으로 설정·인증된 것이다(대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결 참조). 토지는 이와 같이 그 자체로는 물리적으로 경계가 없는 무정형의 물건으로서 소유자의 의사에 의한 구획이 천차만별일 수 있으므로, 거래의 객체가 되는 단위를 공권적으로 구획하는 것이 필수적이다. 따라서 지적관련법은 토지의 개수를 소유자의 지적 분할·합병신청과 토지대장의 분할·합병등록에 의하여 창설적으로 결정되도록 규정하고 있는 것이다.

이에 비하여 건물 또는 구분건물의 개수는 토지와 달리 공부상의 등록에 의하여 결정되는 것이 아니라 사회통념 또는 거래관념에 따라 물리적 구조, 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물의 상태 등 객관적 사정과 건축한 자 또는 소유자의 의사 등

주관적 사정을 참작하여 결정되고(대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36517 판결 참조), 건축물대장의 등록은 이와 같이 결정된 건물의 개수를 사후적으로 반영하는 기능을 하는 것이다. 즉 건물은 토지와 달리 물리적인 구분성을 가지고 있는 인공적인 물건으로 그 개수나 단위의 확정에 소유자의 의사가 미치는 영향이 토지에 비하여 훨씬 제한적이고, 이를 공권적으로 구획할 필요도 크지 않다. 따라서 대장등록을 구분행위나 합병행위의 필수적인 방식으로 요구하지 않더라도 여러 사정을 고려하여 구분의사나 합병의사를 규명함으로써 물권거래의 객체가 되는 단위를 확정할 수 있다. 집합건물법은 이러한 측면을 고려하여 지적관련법과는 달리 대장등록을 구분행위나 합병행위의 필수적인 방식으로 요구하고 있지 않은 것이다.

그러므로 토지의 분할·합병에 관한 법리를 구분건물의 분할·합병에 그대로 적용하는 것은 적절하지 않다.

라. 구분행위를 다수의견처럼 파악하더라도 구체적 상황에서 건물 건축주의 행위 태양과 건물의 건축 형상 등을 토대로 객관적인 사실인정을 통해 구분행위의 시기와 내용 등을 확정하는 것은 얼마든지 가능하다. 또 그렇게 인정한다고 하여 권리관계가 특별히 불안정해지거나 거래의 안전을 해칠 것도 없다. 구분소유권의 성립시기가 불명확할 수 있다는 것은 일반적인 건물의 신축에 의한 원시취득의 시기가 일의적으로 정해질 수 없는 것과 다르지 않다. 즉 사회통념상 독립한 건물로서 완성된 때 일반건물의 소유권이 원시취득 되는 것처럼 집합건물의 구분소유권도 건축허가 등에 의한 구분행위가 선행되어 있으면 1동의 건물이 사회통념상 독립한 건물로 완성되고 구분건물이 구조상·이용상의 독립성을 가지게 된 때 원시취득하게 된다고 할 것이다. 어느 경우나 건물의 건축 정도와 구조상의 독립성 등을 기초로 하여 일종의 평가를 해야 하는

것은 동일하다. 현실적으로는 집합건물 중 특히 공동주택의 경우에는 건축법이나 주택법에서 일반건물과 다른 특별한 규정들을 두고 있어서 그에 따라 건축허가 등의 절차가 이루어지고 있고, 상가건물 등 다른 집합건물도 대부분 건축허가 단계에서부터 이미 구분의사가 명확하게 표명되는 것이 보통일 것이므로, 그 건물이 구분소유권의 객체가 될 정도의 물리적 완성도를 갖추게 된 때에 구분소유권도 성립하게 될 것이다. 건물이 신축되면 건축물대장에 등록을 하여야 한다는 것과 그 건물에 대한 구분소유권이 언제 성립하느냐는 별개의 문제인 것이다.

마. 반대의견에서는 다수의견이 마치 수분양자 등의 보호를 위해 자의적으로 구분소유권의 성립시기를 앞당기고 있는 것처럼 지적하고 있다. 그러나 1동의 건물에 대한 소유권은 사회통념상 독립한 건물로 건축된 시점에 원시취득이 된다는 데에는 이견이 없을 터인데, 굳이 구분소유권의 성립만은 구분건물의 구조상·이용상 독립성이 갖추어지더라도 성립될 수 없고, 나중에 건물이 완공되어 사용승인까지 받아서 대장등록이 이루어져야만 인정된다고 함으로써, 1동의 건물의 원시취득 시기와 구분소유권의 성립시기를 분리하여 이원적으로 파악하는 것이야말로 공연히 법률관계를 복잡하게 하는 것으로 보인다. 뿐만 아니라 이는 집합건물에 관한 거래당사자의 인식이나 일반적인 거래 관념 및 경제적인 실질과도 어긋난다. 집합건물을 분양받은 사람들로서는 각각의 구분건물을 독립된 실체로 보고 이를 양수하여 그 처분권을 취득하였다고 인식할 것인데, 반대의견에 의하면 대장등록을 거치지 않은 이상 구분소유적 공유관계와 유사한 지분권을 취득한 정도의 지위만을 가지게 될 것이어서 이는 거래당사자의 기대에도 반한다.

한편 다수의견에 의하더라도 1동의 건물 중 몇 개 층만 구분소유의 대상으로 하고

나머지 층은 구분소유자들의 공유 등으로 소유관계를 구성하는 것이 안 된다고 할 이유는 없다. 또한 구분행위의 철회나 변경 또는 구분폐지행위로서의 합병행위 등을 통하여 건물에 대한 소유관계를 조정하는 것도 물론 가능하다.

그리고 일단 건축물대장 등록과 소유권보존등기가 마쳐진 이후에 구분소유적 공유를 포함한 공유관계를 구분소유관계로 변경하고자 할 경우에는 당연히 건축물대장의 전환등록절차와 등기부의 변경등기절차를 거쳐야 하므로 그 경우에 건축물대장의 전환등록절차가 요구된다고 하여 건물의 원시취득 단계에서도 대장등록이 있어야 구분소유관계가 생성된다고 볼 것은 아니다. 따라서 반대의견에서 적시한 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006다84171 판결이 특별히 구분소유권의 성립에 건축물대장 등록이 필요하다는 반대의견의 논리를 전제한 것이라고 단정할 것도 아니다.

또한 대지사용권과 관련해서도, 건축법상으로 건물의 대지는 이미 건축허가 단계에서 특정하도록 되어 있는 이상 건축물대장 등록 이전에 구분소유권의 성립을 인정한다고 하여 대지사용권의 대상인 대지와 그 권리 비율을 결정하는 데 있어 거래의 안전을 해칠 정도로 혼란을 초래할 것도 없다. 더구나 집합건물법은 제20조 제2항 단서, 제4항, 제3조 제3항을 통하여 전유부분의 전부를 소유하는 구분소유자가 순차 완공될 건물의 전유부분을 위한 대지사용권을 유보할 수 있도록, 대지사용권과 전유부분을 분리하여 처분할 것을 공정증서로써 정할 수 있는 방안을 마련해 두고 있기도 하다. 그러므로 다수의견에 의하면 전유부분과 일체화되는 대지사용권의 비율이 확정되지 않고 유동적이라는 반대의견의 비판 또한 타당하지 않다.

바. 건축법상 건축물대장에 등록이 이루어지려면 그 건물이 건축허가의 내용에 합치하게 건축이 된 경우에만 가능하다. 건축허가 내용에 부합하는 건축이 이루어져 대장

등록에 아무런 지장이 없는데도 허가관청에 대한 사용승인이나 대장등록 신청을 미룬 채 그 대지에 저당권을 설정하거나 이를 제3자에게 분리 매각하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 구분건물을 분양받은 수분양자보다 건축주나 그로부터 대지소유권 등을 취득한 상대방을 우선하여 보호할 합당한 이유는 없다. 그러한 상대방의 우선적 지위를 인정해 주는 것이야말로 구분소유권의 대상이 되는 집합건물의 권리관계가 복잡하게 얽히지 않도록 하려는 집합건물법의 입법취지를 몰각하게 할 뿐이다. 이는 건물 신축이 이루어지는 도중에 대지에 대한 처분이 일어난 경우에도 마찬가지이다. 전체 건물이 사회통념상 독립한 부동산이라고 볼 수 있을 정도로 구축이 되고 각 구분건물 부분도 구조상·이용상의 독립성을 갖춘 정도에 이르렀다면 그러한 외형 자체로 그 건물의 대지는 이미 집합건물의 대지로 편입되어 있다는 것을 알 수 있는 상태에 있다 할 것인데, 그런 상태에서 대지만을 따로 취득한 제3자를 보호하는 것이 법정책적으로 타당하다고는 보이지 않는다.

더구나 집합건물로 건축허가를 받아 신축한 건물에 대해 건축물대장의 등록이 되지 않고 있는 것은 대장등록이 가능한데도 하지 않는 것이 아니라 등록 자체가 불가능한 경우가 오히려 많다. 집합건물로 건축허가를 받아 구분건물이 완성되었지만 허가사항과 달리 시공된 부분이 있고 이를 용이하게 시정할 수도 없는 사정 등으로 대장등록을 위한 사용승인을 받을 수가 없어서 그 등록을 하지 못한 채로 허가관청의 임시사용승인을 받거나 또는 그러한 승인조차도 없이 각 구분건물의 매수인 등이 각자 분양받은 구분건물을 점유·사용하고 있는 경우가 적지 않은 것이 현실이다. 건물의 일부가 인접 토지나 도로의 일부를 침범하여 건축된 경우, 건물의 면적이나 내부 구조 등이 건축허가의 내용과 불일치하는데 그 위반 사항의 내용상 쉽게 바로잡아 수정 시공하는

것이 지극히 곤란한 경우 등이 대표적이고, 그러한 하자는 대개 건축 및 분양자의 잘못에 기인하는 경우가 많다. 이러한 경우에는 채권자 등의 강제집행신청이나 가압류 등 보전처분에 의한 대위등기를 하는 방법으로 보존등기를 하는 것도 대개는 불가능하다. 그러한 방식으로 보존등기가 이루어지려면, '즉시 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류' 등을 첨부하여야 하고(민사집행법 제81조 제1항), 대상 건물의 지번·구조·면적이 건축허가 또는 건축신고된 것과 동일하다고 인정되지 아니하는 때에는 법원은 강제경매신청 등을 각하할 것이기 때문이다(민사집행규칙 제42조 제2항).

연유야 어찌 되었든 건물에 대해 대장등록이나 등기가 되지 않은 상황에서 구분건물의 분양자 등에 대한 채권자가 대지에 대한 강제집행을 하는 등의 사유로 대지의 소유권이 제3자에게 이전되고 그 후 대지소유권에 기하여 구분건물의 수분양자 등을 상대로 건물철거나 지료지급청구 등을 하는 사건이 현실적으로 발생하고 있다. 이러한 경우 대지소유권을 취득한 제3자는 그 대지에 이미 구분건물이 존재하고 수분양자 등이 거주하고 있다는 사실을 알면서도 투자 등의 목적으로 대지소유권을 취득하는 경우가 적지 않은데, 이때 구분건물 수분양자와 대지소유자 중 어느 쪽이 더 보호되어야 하는지에 대한 선택과 갈등의 문제가 야기된다. 이와 같은 현상이 엄연히 존재하는 현실 상황에서 대장등록이나 등기만이 구분행위의 유일한 기준이라는 견해를 관철하면 그로 인한 혼란과 거래의 안전에 대한 위협은 오히려 커질 수밖에 없다. 그러므로 대장등록이나 등기가 구분행위의 가장 강력한 징표가 된다고는 하겠지만, 이를 유일한 절대적 기준으로 할 때 생길 수 있는 거래상 혼란과 예측하지 못한 피해 발생을 억제하고, 나아가 개별 사안에 상응하여 분쟁의 해결이 구체적 타당성을 가지도록 하기 위해서는 대장등록이나 등기 이외의 객관적 표시행위로써도 구분행위의 존재를 긍정할

수 있다고 보는 것이 타당하다.

이에 대하여 반대의견은 분리처분금지 규정을 조기에 적용하지 않더라도 수분양자를 보호할 수 있는 다른 법적 장치가 있다고 하면서 공동주택과 대지의 분리처분을 금지하는 주택법 제40조를 들고 있다. 그러나 이 규정은 일정 세대수 이상의 공동주택에만 적용될 뿐이므로, 그 세대수에 못 미치는 공동주택은 적용대상이 아니다. 또한 판매시설, 근린생활시설, 업무시설 등 다른 용도의 집합건물에 대해서는 전유부분과 대지의 분리처분을 방지할 법적 장치가 전혀 없는 공백 상태이다.

사. 한편 집합건물로 건축된 건물에 대하여 건축물대장 등록이 이루어지기 전이라도 집합건물법이 적용되도록 할 필요는 비단 구분건물과 대지사용권이 처분의 일체성을 가지도록 하는 데 그치는 것이 아니다. 단일한 건물에 다수의 구분소유 관계가 형성되어 있을 때 필연적으로 생겨나는 공용부분의 이용 및 처분 관계, 건물관리를 위한 비용의 조달 및 관리행위의 주체를 정하는 문제 등도 집합건물법이 규율대상으로 하는 중요한 내용이다. 1동의 건물이 집합건물로 건축이 되어 있고 각 구분건물을 사실상의 구분소유자들이 각자 점유·사용까지 하고 있더라도 건축물대장 등록이 이루어지지 않은 이상 집합건물법에 의한 규율대상이 아니라고만 해서는 그러한 다수의 이해관계가 걸린 법적 문제의 해결이 원만하게 이루어지기는 어렵다.

아. 그러므로 구분소유권의 성립은 처분권자의 구분행위와 1동의 건물 및 구분건물의 물리적 조건이 갖추어지면 인정되는 것이고 건축물대장 등록은 요건이 아니라고 보는 것이 타당하다. 그것이 건물에 대한 소유권 취득 및 구분소유권의 성립에 관한 법리에 부합하고, 다수 이해관계자의 권리관계의 실질에도 합치할 뿐 아니라 집합건물의 소유 및 이용관계에 대한 합리적 규율을 도모하고자 하는 집합건물법의 입법목적에 달

성하는 데에도 효과적이다.

이상으로 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

7. 반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견

가. 다수의견은, 구분소유권의 성립에 구분행위가 필요하다고 하면서도 구분행위가 왜 필요한 것인지에 대하여는 고려하지 않고 있는 것으로 보인다. 그러므로 구분소유권의 성립에 구분행위가 필요한 이유를 살펴본다.

부동산 물권변동에 관하여 입법적으로는 의사표시만으로 물권변동이 일어나는 것으로 하는 대항요건주의를 취하는 법제와 우리나라와 같이 의사표시만으로는 물권변동의 효력이 발생하지 않고 등기라는 공시방법을 갖추어야만 효력이 생기는 것으로 하는 성립요건주의를 취하는 법제로 구분되나, 어느 것이나 거래의 안전을 위하여 제3자에 대한 관계에서는 공시방법을 갖추어야 대항할 수 있는 것으로 하고 있다.

구분소유권의 취득은 등기를 요하지 않는 것으로 일반적으로 설명되지만, 물권으로서의 구분소유권의 본질적 성격, 그로 인한 제3자에 대한 영향력을 고려하면 구분소유권의 성립에는 등기에 준하는 공시방식이 갖추어져야 한다. 즉 구분소유권은 채권과 달리 배타성과 대세적인 효력이 있는 물권이고, 특히 객체에 대한 현실적인 지배를 요소로 하지 않는 관념적인 권리이므로, 구분소유권의 귀속과 그 내용을 외부에서 인식할 수 있는 방식에 의해 공시되는 것이 반드시 필요하다.

구분행위는 이러한 공시기능을 수행하는 법적 행위이다. 구분행위가 이런 공시기능을 수행하지 않는다면 대법원이 구분소유권의 성립에 구분행위의 존재를 별도로 요구하고 더 나아가 구분행위의 방식은 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되어야 인정된다는 견해를 취할 필요도 없을 것이다.

나. 다수의견에 대한 보충의견은, 반대의견이 구분소유권의 성립에 대장등록이라는 구분행위를 요구함으로써 1동의 건물의 원시취득 시기와 구분소유권의 성립시기를 분리하여 이원적으로 파악하는 것이 공연히 법률관계를 복잡하게 만든다고 지적하고 있다. 그러나 다수의견에 대한 보충의견은 1동의 건물이 사회통념상 독립한 건물로 완성되어 하나의 소유권의 객체가 되는 것과 1동의 건물에 일물일권주의의 예외인 구분소유권이 성립하는 것의 본질적인 차이를 놓치고 있다.

1동의 건물은 사회통념상 독립한 건물로 건축된 시점, 즉 건물로서의 물리적·외형적 요건을 갖춘 시점에 소유권의 객체가 되고, 이 경우에 있어서 건축물대장상의 등록 및 등기는 생성된 소유권을 확인하고 반영하는 사후절차에 불과하다. 1동의 건물이 건축되면 그 건물의 물리적 존재 자체로 소유권의 원시취득을 충분히 공시할 수 있기 때문에 대장등록이나 등기라는 공시방식이 필요하지 않다.

그러나 1동의 건물에 구분소유권이 성립한다는 것, 그 과정에서 이루어지는 건축물대장상의 등록은 차원이 전혀 다르다. 1동의 건물이 구분건물로서의 구조상·이용상 독립성을 갖추고 있다 하더라도 그 건물에 대하여는 단독소유, 구분소유적 공유, 구분소유 형태가 모두 가능하다. 본래 하나의 소유권만이 성립됨이 원칙인 하나의 건물에 대하여 그 처분권자가 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 확정적인 의사가 있고 그 확정적인 의사가 외부에 공적으로 표시되는 구분행위를 거쳐 비로소 법적으로 하나의 건물에 구분소유권이라는 일물일권주의의 예외인 물권이 창설되는 것이다. 즉 구분소유권이 성립할 수 있는 상황에 있다는 것과 구분소유권이 성립한다는 것은 전혀 별개의 문제이다.

이와 같이 구분소유권의 성립에 있어서는 구분건물의 존재만으로는 공시기능을 수

행할 수 없기 때문에 대장등록이라는 공시기능으로서의 구분행위를 요구하는 것이고, 그 결과 1동의 건물의 원시취득과는 달리 취급하게 되는 것은 너무나 당연한 것이다.

다. 다수의견이 들고 있는 구분행위의 방식에 대하여 본다.

(1) 다수의견은, 구분행위에는 그 시기나 방식에 특별한 제한이 없으므로 처분권자의 구분의사가 객관적으로 표시되면 인정할 수 있다고 할 뿐, 어떤 행위를 구분행위로 볼 것인지에 관한 명확한 기준을 제시하지 않고 있다. 그와 같이 명확한 기준 없이 구분행위의 포섭 범위를 열어 둠으로써 물권적 법률관계에서 요구되는 법적 안정성, 명확성을 확보하지 못하고 그로 인하여 수많은 법적 분쟁이 야기되고 있음은 주지하는 바이다.

다수의견에 대한 보충의견은, 법률행위는 방식의 자유가 인정된다는 점을 주된 근거로 일종의 법률행위인 구분행위의 방식도 제한이 없으므로 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여도 구분행위를 인정할 수 있다는 입장이다.

그러나 주로 채권적 법률관계에 적용되는 법률행위 방식의 자유를 물권적 법률관계를 공시하는 기능을 하는 구분행위의 방식에 그대로 원용하는 것은 타당하지 않다. 오히려 앞서 본 구분행위의 공시적 기능을 고려하면, 구분행위의 방식에는 법률행위 방식의 자유가 적용되어야 하는 것이 아니라, 물권적 법률관계의 공시에 요구되는 명확성, 요식성의 원칙이 적용되어야 한다.

(2) 다수의견이 구분행위의 예로 드는 건축허가신청에 대하여 본다.

먼저 건축허가신청 단계에서의 건축주의 의사는 잠정적·유동적이어서 그 단계에서 구분의사를 확정할 수 없다. 그뿐 아니라 건축허가신청은 건축주와 행정청 사이에 이루어지는 것으로서 본래 구분소유권의 공시와는 무관한 절차이고, 제3자가 건축허가

신청 절차에 나타난 구분의사 및 그 내용을 확인할 방법도 마땅치 않다. 결국 건축허가신청은 행정청을 상대로 하는 공법적인 행위라는 점에서는 분양계약과는 다르나, 구분의사를 확정하고 구분소유권의 내용을 공시하는 기능을 제대로 수행할 수 없음은 계약당사자 사이의 채권행위에 불과한 분양계약의 경우와 마찬가지로이다.

건축주가 단독주택인 다가구주택을 건축하는 내용의 건축허가를 받았다가 건축과정에서 집합건물인 다세대주택을 건축하는 것으로 건축계획을 변경하는 경우 또는 본래 건축하려던 다세대주택의 세대규모를 축소하거나 확장하는 경우는 건축현장에서 종종 있을 수 있는 일이다. 그러한 경우 다수의견과 같이 건축허가신청을 구분행위의 방식으로 인정하게 되면, 과연 구분소유권의 창설에 관한 확정적인 구분행위가 있었다고 볼 수 있는지, 도대체 어느 시점에 그러한 구분행위가 있었는지를 외부에서 알기 어렵다. 그러한 상황에서 제3자는 무엇을 기준으로 구분소유와 관련된 건물 및 대지에 관한 법적 관계를 맺을 수 있는지 의문이다. 또 그와 관련된 법적 분쟁이 발생하게 되면 구분행위가 있었는지를 확정짓는 것이 매우 어렵게 되어 법적 관계의 불안정이 생기지 않을 수 없다.

(3) 이 사건과 같이 분양계약의 체결에 의한 구분행위를 인정하여 구분소유권의 성립을 인정하는 해석론 역시 해결하기 어려운 여러 법적 문제를 초래한다.

다수의견은 분양계약에 의한 구분소유권의 성립범위, 즉 분양계약이 체결되면 그 세대에 관한 구분소유권만 성립하는 것인지, 아니면 다른 세대의 구분소유권까지 성립하는 것인지에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않고 있다.

다세대주택을 완공한 후 그 중 일부 세대에 대하여만 분양계약이 체결된 상황을 예로 들어 보면, 이러한 경우 다수의견도 분양계약이 이루어진 세대에 대하여만 구분

소유권이 성립하고 나머지 세대는 분양계약 체결에 따라 순차로 구분소유권이 성립한다는 견해를 취하기는 어려울 것으로 보인다. 왜냐하면 1동의 집합건물 중 일부 세대에 대하여는 구분소유권이 성립하고 나머지 세대에 대하여는 구분소유권이 성립하지 않는 상태의 소유관계를 상정하기는 어렵기 때문이다.

다수의견이 일부 세대에 대한 분양계약에 의해 세대 전부에 대한 구분행위 및 구분소유권의 성립을 긍정하게 된다면 그것도 문제이다. 앞에서 보았듯이 1동의 건물 중 일부 세대만에 대한 구분소유권의 선행 성립을 상정할 수 없다면, 결국 최초의 분양계약에 의해 세대 전부에 대한 구분소유권의 성립을 인정할 수밖에 없을 것이다. 그러나 분양계약이 있었는지, 그 효력이 유효하게 존속하고 있는지가 법적 문제로 다투어지는 상황은 재판실무에서 너무나도 자주 목격되듯이, 구분행위가 되는 최초의 분양계약은 법적으로 결코 분명하지 않다. 이러한 분명하지 못한 최초의 분양계약이라는 기준에 의하여 세대 전부에 대한 구분소유권이라는 물권의 성립이 좌우되거나 그 성립시기가 변동되는 결과는 심히 부당하고, 거래의 안전을 위한 물권적 법률관계의 명확성이라는 물권법의 기본원리에도 배치된다.

분양계약이 구분행위가 될 수 없는 더 본질적인 문제는 분양계약의 속성상 그 자체로 구분행위로서의 기능을 수행할 수 없다는 점이다. 분양계약은 구분의사를 표시하고 외부에 공시하는 목적의 법적 행위가 아니므로 분양계약에 의해서는 구분소유의 법률관계가 외부에 제대로 공시될 수 없다. 또한 분양계약은 당사자 사이의 채권행위에 불과하기 때문에 계약당사자 아닌 제3자로서는 분양계약의 존재 및 내용을 확인하기가 어렵다는 점은 다언을 요하지 않을 것이다.

라. 다수의견에 대한 보충의견이 지적하는 바와 같이, 1동의 건물이 사회통념상 독립

한 부동산으로 볼 수 있을 정도로 건축되었고 각 구분건물 부분도 구조상·외형상 독립성을 갖추었는데도 대장등록이 이루어지지 않은 사이에 대지의 소유권만이 제3자에게 이전되게 되면 구분건물의 수분양자와 대지를 취득한 제3자 사이에 이해충돌의 상황이 발생한다. 그런 상황에서 수분양자의 보호를 도외시하고 대지를 취득한 제3자를 보호하자는 것이 반대의견의 입장은 아니다. 다수의견에 따른다고 하더라도 다수의견이 의도한 대로 수분양자를 보호하는 효력을 발휘할 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 물건에 관한 기본원칙을 흔드는 해석으로 말미암아 생겨나는 부작용의 크기가 어느 정도인지 가늠하기 어렵기 때문에 반대의견으로서는 법원칙에 충실하면서 수분양자의 보호를 꾀하려는 것이다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

재판장	대법원장	양승태
-----	------	-----

대법관	양창수
-----	-----

대법관	신영철
-----	-----

대법관	민일영
-----	-----

대법관	이인복
-----	-----

대법관 이상훈

대법관 박병대

대법관 김용덕

대법관 박보영

대법관 고영한

주심 대법관 김창석

대법관 김 신

대법관 김소영