

建物の 區分所有權의 對象

全 秉 翼

A Study of the Objects of Condominium Ownership of a Bulding

Jun Byung-Ik

目 次

- | | |
|------------------------|-------------------|
| 一. 序 論 | 1. 專用部分과 그 物理的 範圍 |
| 二. 區分所有에 대한 法的規制 | 2. 專用部分이 되기 위한 要件 |
| 1. 區分所有의 沿革 | ① 構造上의 獨立性 |
| 2. 現行民法上의 區分所有에 관한 法規制 | ② 利用上의 獨立性 |
| 三. 區分所有의 對象 | 四. 結 論 |

Abstract

In the past, the legal system of ownership was based on the principle of a right to one article. But the condominium ownership — a right to portion of one article — has been established due to the economic development and the lapse of time.

There seems to be too many legal intertia loopholes in the existing condominium ownership.

In this paper, the author,

- 1) studied the history of the condominium ownership.
- 2) analyzed the existing law of the condominium ownership and its precedents.
- 3) studied the foreign precedents, expecting establishment of the special law of the condominium ownership.
- 4) studied the physical extent of exclusive use of one article to grasp the objects of the condominium ownership and necessary factors to be the exclusive use.

一. 序 論

우리나라의 급속한 經濟發展은 都市의 近代化를 촉진시켰다. 都市의 人口集中 및 密集化는 宅地와 住宅의 不足現象을 초래하였고, 나아가 建物の 高層化와 土地利用의 高度化를 촉진시켰다. 이와 아울러, 이것에 대응하는 西洋式 建築技術導入에 따라, 中·高層建物の 出現이 서울을 비롯한 重要 都市에 급격히 증가하고 있다. 中·高層建物(특히 階層的 建物)의 出現은 人口集中으로 인한 宅地의 不足과, 이로써 초래된 地價의 繼續의 양등으로 인한 土地의 利用을 極大化해야 할 필요성에 기인한 것이다. 뿐만 아니라, 經濟生活의 向上에 수반하여, 都市의 環境을 整備하고 都市生活의 合理化 내지 近代化를 도모하려는 國民的 要請에 부응한 것이다. 더욱이, 政府는 都市計劃法, 建築法 住

宅改良促進에 관한 臨時措置法등 一連의 都市政策立法이 이에 補助를 맞추고 있다.

近代所有權法制下에서는 一物一權主義가 原則이었다. 그러나 時代의 推移에 따라, 한 채의 建物을 數個의 部分으로 區分하여 그 各各의 一部分에 대하여, 獨立한 個개의 所有權의 成立을 인정하는 이른바 區分所有權이 필연적으로 발생하지 않으면 안되었다. 이에 부응하여, 우리 社會도 去來安全을 保護하고, 區分所有者들의 相互關係 및 共同生活의 維持·管理를 적절히 할 수 있는 法的規範이 關心事가 됨은 當然한 結果이다.

이에 대하여 우리 民法 第215條는 區分所有權制度를 인정한다는 規定에 不過하고, 區分所有權의 對象·內容·區分所有權者의 權利義務등에 관하여는 아무런 規定이 없다. 또한 不動產登記法 第104條 내지 第107條가 區分建物의 登記에 관한 規定을 두고 있으나, 去來安全을 保護하는 公示制度로서의 機能을 상실하고 있다.

都市의 住宅이 近代化가 촉진되면 될수록, 建物을 區分所有하는 現象은 높아가고 있다. 따라서 本稿는 個人의 財產權保障 및 社會共同生活의 集團管理의 目的에서, 우리 民法上의 區分所有에 관한 法的未備點을 補完하는 상세하고 적절한 法的規範의 定立에 目的을 두고 있다.

우리나라의 中·高層建物의 築造는 增加一路에 있고, 建物의 區分所有權에 대한 法律問題는 허다하다. 이러한 法律問題는 私法的 體系를 中心으로하는 研究方法와 公法을 中心으로하는 研究方法이 있겠으나, 本稿에서는 私法的 體系를 中心으로 한 公法에로의 接近을 시도한다. 따라서 종전에 社會的 慣行이 없는 限 오직 잡자는 制度에 不過했던 區分所有에 대한 法的規制를 보다 生成하는 規範으로서의 法制를 규명하려고 한다.

따라서, 우리 法上의 區分所有에 관한 實定法을 綜合·分析하고, 이에 따라 우리의 學說과 判例를 분석검토 한다. 그리고 區分所有에 관한 數多한 法律問題를 全體的으로 파악하지 않고 다만 區分所有의 對象에 관해서만 研究의 범위로 삼았다. 아울러, 우리도 區分所有權法(建物)을 앞으로 制定할 것을 豫想하고, 外國의 立法例를 비교 고찰하면서 새로운 立法에 대한 愚見을 提示코자 한다.

二. 區分所有에 對한 法的規制

1. 區分所有의 沿革

法制史의 立場에서, 土地와 建物에 대한 觀念上 認識의 方向은 「로-마」法과 「게르만」法과는 많이 달랐다.

「로-마」法에서는 「地上物은 土地에 屬한다」(Superficies Solo Cedit)라는 法原則이 支配하였기 때문에, 土地위의 建物이 存在하여도 그 土地에 대하여는 法律上 아무런 權利가 발생하지 않았다. 오히려 土地 위의 建物은 土地所有者의 所有權에 흡수당했다.¹⁾

「게르만」法에 있어서는 「地上物은 土地에 屬한다」는 法原則은 채용되지 않았다.²⁾ 즉 古代「게르만」法에서는 建物은 單調로와 土地위에 定着性이 적었고, 또한 土地와의 結合關係가 弱하였기 때문에 建物은 動產으로 취급하였다. 그러나 그후, 建築樣式이 變化되고, 建物은 土地에 固着하는 것이 라는 法意識이 支配적으로 됨에 따라, 建物은 不動產으로 취급하였다. 아울러 建物은 獨立된 所有의 對象으로서 土地所有者以外의 者의 所有權에 屬할 수 있게 되었다.

이와같이 建物에 對한 觀念은 「게르만」法과 「로-마」法과는 明白히 달랐겠지만, 近代에서는 그 어느 法系를 繼受하였다 하더라도, 建物을 獨立의인 不動產으로 취급하는 것이 一般的이다. 나아가

1) 崔鍾吉: 「集合住宅(아파트)의 區分所有에 대한 比較法的 實態的 考察」 法學 11권 2號(통권 21호) 서울 大學校法學研究所(서울), 1969, 3面.

2) 抽木馨: 「比較法 からみた建物 の區分所有權」 民商法雜誌 44권, 有斐閣(東京), 1961, 3面以下.

建物の 區分所有를 인정함도 各國의 立法例로 되고 있다. 특히 오늘에 와서는 建物の 區分所有에 대한 特別法을 制定하고 있다.

獨逸의 경우를 보면, 終戰後, 戰災에 依한 住宅難이 극심하였다. 그러나 戰後의 資金不足事情은 獨立된 住宅을 建設하는 것이 不可能하였다. 따라서 建設業主(주로 公共團體)가 住居를 所有하기를 願하는 者들로부터 資金을 先拂받고, 中高層「아파트」형식의 賃貸家屋(Miethaus)을 건설하여 이곳에 出資者를 居住케 하는 方式이 많이 채용되었다. 이러한 경우, 居住者는 單純한 賃借人으로서의 賃貸人保護法(Miethaus Schutzgesetz)의 保護를 받는 것만으로서 부족하였다. 따라서 自己資金에 의하여 建築된 自己居住部分에 대하여는 完全한 所有權을 취득하고자 하는 要求는 當然한 結果가 되었다. 이러한 要請과 도시계획에 의한 土地·住宅의 立體的 構造化의 要請이 調和하여 「住宅所有權 및 繼續的 居住權에 關한 法律」(Gesetz über das wohnungseigentum und das Dauerwohnungsrecht) (1951년)이 制定되었다.³⁾

日本의 경우를 보면, 終戰後 極심한 住宅問題에 직면하게 되었다. 따라서 都市政策上, 國家補助 및 融資의 形式에 의한 住宅供給政策의 수립이 강력히 要請되었다. 또 都市의 住宅地의 不足은 都市住宅의 立體的 構造化를 要求하였다. 이러한 要求에 적응하여, 實際上, 都市에 있어서는 都市再開發과 함께, 中·高層建물이 급격히 증가하고, 이들 建物を 區分所有하는 事例가 多數 발생하였다. 이러한 中·高層建物の 區分所有는 現實的으로 都市의 宅地 및 住宅의 不足을 打開하고, 土地利用의 高度化·都市의 近代化를 촉진하는데 중요한 역할을 擔當했던 것이다. 그러나 이 새로운 區分所有는 從來의 日本民法第208條로(우리民法第215條) 不備한 點이 너무 많았다. 따라서 새로운 사례에 대처하기 위하여 制定된 것이 「建物の 區分所有에 關한 法律」(1963年 制定)이다.⁴⁾

이러한 社會·現實의 要請에 따른 法保護라는 立場에서, 各國이 建物の 區分所有에 關한 特別法을 制定하게 되었다.⁵⁾

2. 現行民法上の 區分所有에 대한 法的規制

區分所有制度는 先進文化國家가 一般的으로 채용하고 있는 바이며, 특히 그 대부분의 國家들은 特別法을 制定하여 區分所有의 共同生活關係로부터 발생하는 困難한 여러 문제를 合理的으로 規制하고 있다.

그러나 우리나라의 民法은 區分所有에 關한 規定이 극히 간단하다. 즉 民法第215條는 ① 數人이 한채의 建物を 區分하여 그 一部分을 所有한 때에는 建物과 그 附屬物中 共用하는 部分은 그의 共有로 推定한다. ② 共用部分의 保存에 關한 費用, 其他의 負擔은 各者의 所有部分의 價額에 比例하여 分擔한다고 규정하고, 다시 그 分割에 關하여는 共有持分請求에 關한 規정을 적용하지 아니한다(民法第268條 3項)고 하여, 겨우 2個의 條文을 두고 있을 뿐이다. 이것을 分說하면 다음과 같다.

① 區分所有의 成立(民法第215條의 적용범위)

우리 民法은 「로-마」法과는 달리 土地와 土地위의 建物은 各各 別個의 不動産으로 취급하는 것을 原則으로 하고 있으므로, 建物の 區分所有는 理論上 垜地의 所有關係와는 獨立하여 成立할 수 있다. 우리 民法은 登記를 不動産物權變動의 效力發生要件으로 하고 있으므로(民法第186條) 區分所有權도 登記하여야 비로서 성립한다. 즉 아무리 一棟의 建物中 一區劃 또는 各室의 構造上 獨立되어 區分所有權의 對象이 된다하더라도, 그 自体로는 어디까지나 1個建物の 1部에 지나지 않으며, 그 1棟의 建物の 所有權은 當然히 이부분까지 미친다.⁶⁾

3) 丸山英氣: 「ドイツ住居所有權法の 改革」 建物所有權法, 一粒社(東京), 1975, 1面-26面.

4) 玉田毅外2人: 建物區分所有權法, 一粒社(東京) 1975, 1面-3面.

5) 川島武宜 編: 注釋民法(7) 有斐閣(東京) 1961, 356面.

第二의 문제는 단순한 기술적 문제인 것 같지만 실제로는 그렇지 않다. 全區分所有關係의 法的構成을 어떻게 構想할 것인가에 깊은 관계가 있다. 즉 中·高層建物を 階層 또는 各室로 區分한 경우 그 境界는 무엇인가, 「바닥」과 「天井」이 共有物이라면 區分所有權의 對象은 空間뿐인가, 이와같은 現象을 法律的으로 規定하기 위하여는 集合住宅의 物理的 範圍를 確定할 필요가 있기 때문이다.

1. 專用部分과 그 物理的 範圍

區分所有의 物理的 範圍는 區分所有者의 專用部分의 物理的 範圍와 같다. 또 區分所有의 專用部分의 物理的 範圍의 確定은 區分所有者의 共同部分의 物理的 範圍를 確定하는 結果가 된다. 따라서 具體的으로 다음과 같은 문제를 검토할 필요가 있다. 즉 ① 專用部分相互間 또는 專用部分과 外部(共同部分)와를 區隔하는 壁, 바닥, 天井 등의 「境界部分」을 어떻게 決定할 것인가. ② 專用部分의 内部에 있는 壁, 柱, 天井, 바닥 등은 專用部分인가, 共有部分인가, ③ 專用部分의 바닥面積을 算出하는 기준 ④ 建物の 附屬物은 어떠한 部分이 專用部分에 屬하는가 등이다. 具體的으로 검토하면 다음과 같다.

① 境界部分

境界의 明白한 設定을 法이 要求하는 理論的 根據는 여러가지 있겠지만 여기서는 두가지 對立된 要請을 어떻게 調整하는가에 있다. 즉 첫째, 境界部分의 專用部分에 接하는 内部表面의 利用(예, 一定의 改裝行爲)은 原則的으로 區分所有者의 自由에 맡기지 않으면 안된다는 要請이고, 둘째, 建物全體의 維持·管理上, 他區分所有者에 重大한 위험을 수반하는 境界部分에 대한 利用·變更行爲는 制限, 禁止되지 않으면 안된다는 要請을 서로 合理的으로 調整함에 있다.¹⁴⁾

우리 民法은 區分所有에 관한 규정을 民法의 「相隣關係」條項에 두고, 境界部分에 대하여는 아무런 規定이 없다. 그러나 民法第239條의 「境界標의 共有推定」을 준용하여 境界部分은 共有로 된다.

그런데, 우리의 建築法施行令 第3條2의 建物面積 算出方法은 「境界의 中心線에 둘러싸인 部分의 水平投影面積」이라고 하였다. 이것은 登記簿上, 集合住宅의 專用面積을 算出하는 基準이 되고, 또 財産稅(地方稅法)의 算出基準이 된다. 그러나 이 條項의 「境界의 中心線」은 여러가지 法律問題를 形成한다. 즉 境界部分의 中心線을 「境界」로 한다면, 區分所有權者는 境界의 内部表面의 利用을 原則的으로 自由로히 使用할 수 있다는 점에서 적합하지 모르나, 反面에 建物全體의 維持 및 管理上 他區分所有者가 重大한 위험을 수반하는 境界部分의 利用·變更行爲는 制限禁止되지 않으면 안된다는 要請에는 배치되는 것이다. 뿐만아니라, 境界部分의 構造가 대단히 복잡하여, 内部로 配管(線) 등의 諸設備가 매장되어 있는 경우에는 中心線自体의 確定이 대단히 困難하다. 따라서 民法 第239條와 建築法施行令 第3條와는 해석상 통일을 기하기가 힘들다. 그런데 境界部分을 區分所有의 共有로 함이 立法上 타당하다.¹⁵⁾ 아울러, 當該境界部分이 建物全體의 存立에 직접으로 관계가 없고, 相隣區分所有者만의 合意에 의하여 變更을 加할 것이 용인된 경우에는 相隣區分所有者만의 共有로 하고, 그렇지 않는 경우는 全區分所有者의 共有로 보아야 할 것이다.¹⁶⁾ 그래서 日本은 區分所有의 專用面積의 算定은 「内壁에 포위된 部分의 水平投影面積에 의하여 定한다」(不動産登記 事務取扱手續準則 第127條 12項)고 하여 중건의 「境界의 中心線」에서 形成되었던 문제를 해결하였다.

② 專用部分의 内部에 있는 柱·壁·等

建物全體를 유지하기 위하여 필요한 柱 또는 基礎工作物이 專用部分의 内部에 存在하는 경우에도 앞에서 논한 바와 같은 ①의 문제가 발생할 것이다. 그러나 이 경우에도 ①과 같이 해석해야

14) 丸山英氣: 「區分所有權의 理論と その發展」, *ジュリスト* 476號, 有斐閣(東京), 1971, 113面.

15) 右近健男: 「區分所有と管理」, *法律時報*, 43卷, 10號, 日本評論社(東京), 1971, 176面.

16) 玉田弘毅·森泉章·半田正夫: *建物區分所有權法*, 一粒社(東京), 1975, 52面.

할 것이다. 그리고 專用部分의 内部에 있고 建物全體를 유지하기에 필요하지 않는 柱·壁等은 專用部分으로 使用할 수 있다.

③ 專用部分의 바닥面積

專用部分의 바닥面積의 確定은 登記上 專用面積의 算出基準이 될 뿐만 아니라, 共用部分에 대한 共有持分의 確定 및 財産權의 算定에 重要한 것이다.

우리 建築法施行令 3條 2項의 建物の 바닥面積의 計算方法이 「壁·其他區劃의 中心線에 포워된部分의 水平投影面積에 依한다」고 하였다. 그러나 앞에서 지적한 바와 같이 境界部分의 構造가 대단히 복잡하여, 諸般設備가 境界部分에 매장 中心線自体의 確定이 대단히 困難하다. 따라서 日本의 경우와 같이, 「内壁에 포워된部分의 水平投影面積에 依하여 定한다」고 하는 立法이 필요하다. 이것은 一面에 있어서, 區分所有權을 「共用部分에 依하여 포워된 空間에 대한 支配權」이라는 定義의 法的 根據가 될 것이다.¹⁷⁾

④ 專用部分에 屬하는 建物の 附屬物이라함은 建物에 附屬하여 效用上 그 建物과 不可分의 關係에 있는 것을 말한다.¹⁸⁾ 예를 들면 電氣 가스, 上·下水道, 冷暖房등의 配管(線) 防火設備등이 여기에 포함된다. 또 專用部分에 附屬된 것 以外에는 모두 法律上 當然히 共用部分인 가 專用部分인가의 判斷기준은 規約에 依할 것이나, 規約이 없는 경우에는 物의 機能上의 性質에 依하여 決定해야 할 것이다.

2. 專用部分이 되기위한 要件

「로-마」法에서는 「地上物은 土地에 屬한다」는 法原則에 따라 建物は 물론, 建物の 區分所有도 인정하지 않았다. 그러나 그후 社會經濟的 變動에 따라, 個人의 財産權保障 및 社會共同生活의 集團管理의 目的에서 各國의 立法은 區分所有를 公認하게 되었다.

一物一權主義의 所有法制下에서는 區分所有權의 客体도 다른 一般所有權의 경우와 똑같이 「特定되고 獨立된 一個의 建物」일 것을 要求한다. 그러나 元來 「獨立된 一個의 物」의 觀念自体가 物理的 觀念이 아니고 社會의 去來觀念이다. 이것은 時代의 推移에 따라 變遷하는 것이다.

區分所有權의 客体는 原則적으로 「獨立된 一個의 物」로 취급된 一棟의 建物에 그 一部分이기 때문에, 「獨立된 一個의 物(建物)」인가 아닌가에 대한 具體的 判斷은 대단히 困難하다. 따라서 이 判斷의 基準을 「構造上의 獨立性」과 「利用上의 獨立性」에 두고 있다. 이 「構造上의 獨立性」과 「利用上의 獨立性」을 各各의 別個·獨立의 要件이 아니고 相互의 要件이다. 즉 構造上의 獨立이 되어 있는 것은 獨立하여 利用될 수 있는 것이며, 또 利用上 獨立되어 있는 것은 構造上 獨立되어 있지 않으면 안된다.

① 構造上의 獨立性

建物の 區分所有를 인정함에는 그 建物部分이 所有權의 內容으로서 物의 支配에 적합해야 한다. 즉 1個의 建物로서 自由로 使用, 收益, 處分할 수 있고, 또 그 使用, 收益, 處分을 방해하는 者가 있으면 배제할 수 있게 그 범위가 明確히 區分特定되지 않으면 안된다.¹⁹⁾

따라서 構造上 區分되지 않는 建物部分은 物權的 支配에 적합하지 않으므로 區分所有權의 對象이 될 수 없다.

어느 程度의 것을 가리켜 構造上 獨立性이 있다고 하여야 할 것인가에 대하여는 한마디로 表現할

17) 川島一郎: 建物の 區分所有等に 關する法律の解説(上), 法律時報 14卷 6號, 財團法人法曹會(東京), 1962, 857面.

18) 玉州弘毅外 2人: 前掲書 42面-43面.

19) 李恒寧: 民法學概論, 博英社(서울), 1969, 230面.

다. 따라서 그 建物の 構成部分인 隔壁, 階層(天井 및 바닥)등에 의하여 완전히 遮斷되어 있어야 할 것이다.²⁰⁾ 즉 構造上的 獨立性은 當該建物の 部分을 他的 部分에서 區隔하는 隔壁(界標·境界壁)의 存否와 그 構造에 있다. 완전 遮斷與否는 具體的 事案에 따라 判別하여야 할 것이나, 遮斷의 方法이나 形態에는 制限이 없다. 즉 棟割長屋의 경우와 같이 세로로(縱) 區分되었거나, 現代式 高層建物の 경우처럼 세로나 가로(橫)로 區分되어도 상관없다. 또 「아파트」의 各戶室, 「빌딩」의 各戶室등은 構造上的 獨立性이 있다 하겠으나, 普通韓屋의 各房과 같이 간단한 문등으로 區分되어 있는 것은 構造上的 獨立性이 있다고 할 수 없다.²¹⁾

생각컨대, 構造上的 獨立性의 要素가 되는 隔壁의 存否와 그 構造는 두가지 意味를 내포하고 있다. 즉, 第一은 區分所有權의 成否가 문제되는 當該建物の 部分을 他的 部分에서 外形上 區別할 수 있는 境界標識 혹은 區分點이고, 第二는 利用上的 獨立性을 確保하기 위한 필요한 一定의 構造를 가진 隔壁의 存在이다. 이 두 意味의 「構造上的 獨立性」은 概念上 區別과 相關關係 있는 점이 있다.

「境界 또는 區分點의 明確性」이라는 第一意味의 構造上的 獨立性은 반드시 利用狀況, 利用形態와는 關係없이 그 自体로서 判斷可能한 性格을 가진 客觀的 範圍의 客觀的 明確性을 要求한다. 이에 反하여, 「利用上的 獨立性」을 確保하기 위한 필요한 隔壁의 存在를 要求하는 第二의 構造上的 獨立性은 當該建物の 部分과 그에 인접한 他建物部分에 대하여 具體的 利用狀況 및 利用形態와의 相關關係에서 검토되어야 한다. 이러한 점에서 兩者는 區別된다. 그리고 第一意味의 構造上的 獨立性이 存在하는 경우는 반드시 第二意味의 構造上的 獨立性이 存在한다고는 할 수 없으나, 第二意味의 構造上 獨立性이 存在하는 경우에는 반드시 第一意味의 構造上的 獨立性이 存在하는 것이다. 이러한 점에서 兩者는 相關關係에 있다. 예를 들면, 居住用建物の 「構造上 獨立性」에 「完全한 遮斷」을 絕對的 要件으로 한 것은 境界, 區分點의 明確性이라는 第一意味의 「構造上 獨立性」의 要請이라기보다는 「居住」라는 利用目的의 要請인 第二意味의 「構造上的 獨立性」이라 하겠다. 그러나 完全히 遮斷된 隔壁이 存在하는 경우에는 동시에 境界, 區分點의 明確性이라는 第一意味로서의 「構造上 獨立性」을 충족하는 結果가 된다.²²⁾ 따라서 區分所有의 構造上的 獨立性은 第一意味의 「構造上的 構造性」과 第二意味의 「構造上的 獨立性」의 相關關係에서 形成되어야 할 것이다.

② 利用上的 獨立性

建物の 部分이 區分所有權의 客體가 되기 위한 第二의 要件은 當該建物の 部分이 獨立하여 利用함에 適當해야 한다. 따라서, 獨立하여 利用함에 適當하지 아니한 建物の 部分에 대하여는 區分所有權을 인정할 實益이 없을 뿐만 아니라, 만약 이를 인정한다면, 오히려 무용의 분류를 초래할 우려가 있다.²³⁾ 앞서서도 지적한 바와 같이, 우리 民法第215條는 區分所有權의 對象의 成立要件으로서의 構造上的 獨立성과 利用上的 獨立성에 관한 明文규정이 없다. 그러나 學說上, 構造上的 獨立성과 利用上的 獨立성이 區分所有權의 成立要件이 됨을 一般적으로 인정하고 있다. 또 관례에 있어서도 獨立한 建物로서의 使用目的을 達成하거나 「建物の 一部分이나 그 自体로서의 經濟的 價値를 보유할 수 있고, 그것이 종전에 去來의 對象」이 되었다면 區分所有權의 成立을 인정하였다.

「利用上的 獨立性」의 存否는 建物の 部分에 대한 具體的 利用目的 혹은 利用形態와 그 建物の 部分이 가진 具體的 構造와의 相關關係에서 판단해야 한다. 즉 一定의 利用이 可能하기 위하여는 그 것에 대응한 一定의 構造를 필요로 하고, 역으로 一定의 構造를 가진 것은 일정한 利用目的에 制約

20) 村教三·宇都宮充夫：高層ビルと地下，洞大成出版社(東京)，1976，112面.

21) 金鼎鉉：前掲書，44面.

22) 여기에서 完全遮斷은 「常時」의 完全차단을 뜻하는 것은 아니다. 日本의 경우, 市場内の 店舖中 開業中에는 完全히 개방하고, 閉業時間의 貸—다장치만으로서 區分所有의 成立을 인정하였다. (昭和 42年 9月 25日付 民事甲 第2454號 民事局長 回答)

23) 獨逸住居所有權法 2條1項에서 明文으로 規定하고 있다.

되는 점에서 양자는 相關關係에 있다. 예를 들면, 階段·복도, 「에레베타」室等은 그것이 비록 構造上 他의 部分과 區分되어 있다 하더라도 이는 客觀的으로 보아 獨立한 建物로서는 利用할 수 없다. 그리고 建物の 區分所有에 構造上의 獨立性이 要求되는 것은 公示에 적합하도록 함에 있는 것이므로 區分所有의 客体가 될 수 없는 것이다.

利用上의 獨立性이 認定되는 限, 그 利用의 用途에는 制限이 없다. 住居나 店舖로 사용하든, 事務所·講堂 등으로 사용하든, 아무런 관계가 없다. 日本의 建物區分所有權法 第1條는 「住居, 店舖, 事務所 또는 倉庫 其他建物로서의 用途에 供할 수 있는 것」이라고 규정하고 있으나, 이것은 例示에 지나지 않는다.

單獨으로 區分所有權의 客体가 될 수 있는 部分이 數個가 있을 경우, 區分의 方法으로는 各部分을 1個로 區分하여 區分所有의 對象으로 할 수 있고, 隣接한 數個의 部分을 合하여 一個의 區分所有의 對象으로 하여도 좋다. 一棟의 建物の 全部가 一人의 所有에 屬한 경우에도 그 建物에 區分所有가 成立할 것인가에 대하여는, 區分所有의 成立要件인 構造上의 獨立性 및 利用上의 獨立性이 인정되는 限, 적극적으로 해석해야 한다.²⁵⁾ 그러나 登記가 終了되지 않는 限, 區分所有에 對한 權利를 第三者에 對抗하지 못한다. 또 各戶를 區分하여 區分所有物로서 登記를 終了한 경우에는, 비록 各區分所有者가 同一人이라 할지라도 債權者는 이를 一棟의 建物로서 압류의 對象이 되는 것은 아니다. 이것은 區分所有權에 排他的 支配權이 存在하기 때문이다.²⁶⁾

利用上의 獨立性이 인정되기 위하여는 그 部分이 獨立의 出入口를 가지고, 직접 또는 共用部分을 利用함에 의하여 外部에 通할 것이 要求된다.²⁷⁾ 예를들면, 外部에로의 出入口가 없는 建物の 部分이나, 隣室을 通하지 않으면 外部로 나갈수 없는 建物の 경우, 區分所有權이 成立할 것인가에 대하여는 소극적으로 해석해야 할 것이다.²⁸⁾ 따라서 獨立의 出入口는 利用上의 獨立性을 判斷하는 기준이 된다.

또 區分建物部分이 當該建物の 用途에 必要한 條件 즉 當該建物部分의 使用目的에 적합한 條件을 具備해야 한다. 그렇지 않으면 利用上의 價値가 없기 때문이다.

以上에서 本章에서는 區分所有의 專用部分이 되기 위한 客觀的 要件으로 「構造上의 獨立性」 및 「利用上의 獨立性」을 具體的 事例를 통하여 알아 보았다.

앞에서 지적한 바와 같이, 「構造上의 獨立性」과 「利用上의 獨立性」은 個別獨立의 概念으로 형성되는 것이 아니고, 상호연관 관계에서 형성되는 相互要件이다. 즉 構造上의 獨立性이 確保되면 利用上의 獨立性이 確保되고, 또 利用上의 獨立性이 形成되어야 區分所有의 客觀的 對象이 된다. 그러나 實際社會生活上, 위 建물이 이러한 要件, 즉 構造上의 獨立性和 利用上의 獨立性이 具備되었느냐의 審査權을 누가 行使하느냐에 各國의 立法은 다르다. 獨逸法은 當該建築官廳이 이를 심사하여 그 證明(住居所有權法 第7條)으로서 판단의 기준이 된다. 그리고 日本에서는 위와 같은 審査權에 대한 權限을 登記公務員에게 부여하고 있다. 따라서 위 區劃된 부분이 위와 같은 區分所有의 要件을 具備했느냐의 문제는 社會通念에 의한 客觀的으로 綜合해서 判斷해야 할 것이다. 그러므로 우리나라에서는 獨逸의 경우와 같이, 建築部分의 利用 및 構造上獨立에 관한 여러가지 知識을 가진 建築을 擔當하는 官廳에 그 權限을 부여함이 좋겠다.

24) 堀内仁: 「建物の區分所有等に關する 法律案, について」 不動産法研究 第4卷 第2號, 有斐閣(東京), 1974, 125面.

25) 佛의 住居所有權法에 明記化되고 있다. (第2條)

26) 玉田弘毅 外2人: 前掲書 65面.

27) 川島一郎: 前掲書, 832面.

四. 結 論

一物一權主義를 바탕으로 하는 近代의 所有權法制下에서는 建物の 區分所有는 認定될 수 없었다. 그러나 時代的 推移와 社會現實的 要請에 依하여, 建物の 區分所有는 필연적으로 發生하지 않을 수 없었다. 이에 부응하여 이를 규율하는 法的規範의 確立이 最大의 關心事가 됨은 當然한 結果라 하겠다. 따라서 各國의 立法은 區分所有(建物)을 인정하고, 나아가 보다 合理的인 特別法의 制定을 서두르고 있다.

오늘의 中·高層 建物の 區分所有는(특히 「아파트」) 獨立한 住宅을 所有할 能力이 不足한 사람이나, 또 獨立한 住宅을 所有할 수 있는 사람이라 하더라도 都市生活의 近代化를 위하여 필요로 하는 경우가 많다. 따라서 住宅政策上 또는 都市開發 및 不動產의 立體的 利用의 立場에서, 建物の 區分所有는 적극 권장해야 할 것이다. 뿐만 아니라, 이것은 區分所有權者의 利害事項에 그치지 않고, 國家 및 社會의 重大한 利害事項이 되기도 한다.

그런데 現今의 一部 「아파트」는 投機의 目的에서 利用되었다. 그러나 여러가지 社會의 諸立法을 通하여, 投機對象의 目的物로서는 그 機能을 喪失하고 있다.

또 「所有慾」에 충만되어 있는 資本主義社會의 市民으로서, 區分所有權을 한갓 債權의 형태인 「管理權」 또는 「空間的 支配權」에 不過하다고 생각한다. 그리고 區分所有權은 物權의 性質을 完全히 具備한 獨立住宅보다는 財產權의 保障이 약하다는 立場등으로 集團住宅의(아파트) 區分所有를 기피하는 현상에 이르렀다. 이러한 현상은 法規範의 未整備에도 그 原因이 있다 하겠다. 즉, 中·高層建物の 區分所有에 대한 法律關係는 불과 몇個條의 民法規定以外에는 分讓契約書 및 管理規則과 社會의 慣行에 依하여 심히 불충분하고 不完全하게 規制되고 있기 때문이다. 또 集合住宅의 建築의 不實, 設備의 瑕疵등으로 區分所有者는 恒時 그 危險을 안고 있고, 나아가 社會不條理와 結托한 民間施工業者들의 不正과 횡포가(一聯의 不利益條項) 社會의 問題로 등장하고 있기 때문이다. 따라서 經濟的 弱者를 保護하고 施工業者의 횡포를 근절할 수 있는 國家의 後見이 절대적으로 필요하다. 또 集團住宅에는 共同生活이 支配되는 경우가 많다. 따라서 共同意識이 檢비된 우리 社會로서는 共同生活上의 共同体 및 協同체로서의 意識을 形成할 수 있는 規範이 필요하다.

이와같이 區分所有權者의 利益이나 國家 및 社會의 利益을 위하여, 區分所有에 對한 여러가지 法律問題를 立法的으로 해결해야 할 것이다. 따라서 本稿에서는, 앞으로 區分所有權法이 制定될 것을 豫想하면서, 區分所有權의 對象을 立法論的인 方向에서 모색하였다. 즉, ① 區分所有制가 인정하게 된 歷史的 過程과 名國의 區分所有權法의 制定過程을 살펴보았다. ② 우리나라 民法第215條로서는 감당하기 어려운 區分所有의 문제점을 理論的인 學說이나 判례를 통하여 개관하였다. ③ 區分所有의 對象을 파악하기 위하여, 區分所有의 客體인 專用部分의 物理的 範圍를 確定하고 나아가, 區分所有의 對象의 成立要件으로 「構造의 獨立性」과 「利用上의 獨立性」을 분석 검토했다.

參考 文獻

1. 金倉漢, 安二郭: 物權法, 博英社, 1956.
2. 郭潤直: 物權法, 博英社, 1968.
3. 川島武宜編: 注釋民法(7), 有斐閣, 1961.
4. 玉田弘毅 外2人: 建物區分所有權法, 一粒社, 1975.
5. 中島玉吉: 民法講義 卷2 一粒社, 1925.
6. 鈴木祿彌, 篠塚昭次: 不動產法, 有斐閣, 1971.

7. 抽木馨：「判例，物權法總論」有斐閣，1960.
8. 村教三，宇都宮立夫：高層ビルと 地下街，大成出版社，1976.
9. 不動產法研究會編：不動產法研究，有斐閣，1974.
10. 서울大學校：法學 11권 2號，서울대학 法學研究所，1969.
11. 韓國法學院：저스티스 第12권 第1號，1974.
12. 抽木馨：民商法雜誌，44권，有斐閣，1961.
13. 大法院民事判決原本，大法院，1960.
14. ジュリスト：476號，有斐閣，1971.
15. 法律時報，14권，43권，日本評論社，1971.



