

區分所有權者의 權利義務

全 秉 翼

The Study of the Right and the Obligation of the Condominium Owners.

Byung-Ik Jun

<目 次>

- | | |
|------------------|------------------|
| 1. 序 論 | 4. 共用部分에 대한 權利義務 |
| 2. 專有部分과 共用部分 | 5. 結 論 |
| 3. 專有部分에 대한 權利義務 | |

Abstract

There seems to be too many loopholes in the existing condominium ownership. In order to analyze the right and the obligation of condominium owners, followings are to be studied, expecting the establishment of the special law of the condominium ownership. In this paper, the author:

- 1) studied the objects of the exclusive use and common use.
- 2) studied the right and the obligation of the exclusive use and common use.

1. 序 論

近代 所有權法制下에서는 一物一權主義가 原則이었다. 그러나 社會現實的의 要請에 의하여 한개의 建物を 數個의 部分으로 區分하여 그 各各 一部分에 대하여 獨立한 한개의 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 區分所有權者의 共同生活의 維持·管理를 적절히 할 수 있는 法的規範의 確立이 중요한 關心事가 됨은 當然한 結果이다.

우리 民法이나 不動產登記法에 區分所有에 관한 規定이 있으나, 集合住宅에 대한 法律上 問題에 경험이 부족한 단계에서 制定되었기 때문에 現實的인 問題나 現象에 적절히 대처할 수 있는 法規制가 되지 못했다. 뿐만 아니라 區分所有權者의 權利義務關係가 明確히 確立되지 못하여 各集合住宅의 規約 또는 慣行으로 解決해야만 하였다. 따라서 區分所有關係에 있어서 區分所有權者의 權利義務를 立法論적으로 論究함으로써 區分所有者의 자신의 보호는 물론이고 區分所有權者 상호간의 共同利害를 調整하여 集合住宅의 共同生活을 원활히 함을 목적으로 한다. 이를 위하여 區分所有權者의 權利義務는 專有部分과 共用部分의 概念과 限界가 明確히 確立된 후에 論究되어야 한다. 뿐만 아니라, 區分所有의 특수성에 입각하여 專有部分과 共用部分 및 數地에 대한 權利義務를 個別的 또는 相關關係에서 파악해야 할 것이다. 또 우리의 區分所有에 관한 實定法을 종합 검토하고 外國의 立法例를

비교하면서 오직 잠자는 制度에 不遇했던 區分所有에 대한 法規制를 보다 生成하는 法規範으로 確立해야 할 것이다.

2. 專有部分과 共用部分

民法 第215條에 의하면 專有部分以外的 部分은 共用部分에 屬하고 이에 대하여 共有關係가 成立하는 것으로 되어 있으므로 그 以上の 規定은 없다. 中·高層建物이 증가함에 따라 區分所有에 관한 여러가지 法律問題가 있으나, 이에 대한 成文立法이 없고보니, 民法 및 集合住宅의 規約에 의하여 合理的인 解析을 해야할 것이다.

一個의 建物은 그 部分이 區分所有된 때는 法的으로 建物全體의 所有는 分解되어 專有部分과 共用部分이 된다. 專有部分이라 함은 現在 區分所有權의 目的이 되고 있는 建物の 部分으로서 構造上의 獨立性和 利用上의 獨立性을 구비한 一棟의 建物の 一部分을 말한다.¹⁾

專有部分이 되기 위하여는 建物の 部分이 排他的 所有에 적합한 상태에 있는 것만으로 不足하고, 現在로 그 部分에 區分所有權이 成立하지 않으면 안된다. 따라서 專有部分은 現在 排他的으로 所有하고 있는 部分으로서 特定の 者가 專用으로 利用하고 있는가 없는가의 기준으로 판단하는 것은 아니다. 專用部分이더라도 區分所有權者의 全員 또는 一部分의 共用(共同利用)에 제공되는 것도 있다. 그러므로 專有部分이거나 또는 專有部分에 적합한 部分이더라도 規約에 의한 共用部分으로 할 수도 있으며 또 專有部分에 적합한 部分이더라도 區分所有權이 成立할 수 없는 것은 共用部分으로 취급해야 할 것이다.

共用部分이라 함은 數個의 專有部分이 存在하는 一棟의 建物中에서 專有部分以外的 建物の 部分을 共用部分이라고 한다. 共用部分에는 法定共用部分과 規約共用部分으로 形成된다.²⁾ 數個의 專有部分이 存在하는 建物에 構造上의 獨立性 및 利用上의 獨立性이 없고 專有部分에 포함되지 않는 部分은 法定共用部分이 된다. 그리고 規約에 의하여 專有部分이거나 法定共用部分을 除外한 部分에 대하여 規約共用部分을 設定할 수 있다. 法定共用部分에 屬하는 部分 또는 附屬物은 規約에 의하여 專有部分으로 할 수는 없다. 다만 區分所有權者의 同意를 얻어 構造上의 變更을 행하여 그 獨立性이 있을 때는 專有部分이 될 수 있다. 그리고 專有部分으로서의 獨立性을 가진 部分이라도 規約에 의하여 共用部分으로 할 수 있다. 그러나 登記하지 않으면 第三者에 對抗하지 못한다.³⁾ 專有部分인가 共用部分인가 判定이 困難한 것이 있다. 즉 境界는 民法의 相隣關係條項인 第239條에 의하여 「境界部分」을 共有로 推定하고 있다. 그런데 建築法施行令 第3條의 專有面積產出에서 「境界의 中心線에 둘러싸인 部分의 水平投影面積」이라고 하여 해석상 통일을 하기 힘들다. 즉 境界部分의 中心線을 「境界」로 한다면 區分所有權者는 境界의 內部表面의 利用을 原則적으로 자유로히 使用할 수 있다는 점

1) 拙稿 「建物の 區分所有權의 對象」, 韓國海洋大學論文集(1979) 第14輯 149面~151面.

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

2) 鈴木藤彌·篠塚昭次編: 不動産法有斐閣(東京), 1973, 313面~314面.

3) 幾代通: 不動産登記法講義(法律學全集), 有斐閣(東京), 1975, 34面.

拙稿: 「區分所有建物の 登記에 관한 研究」, 韓國海洋大學論文集 15輯(1980), 148面.

이 적합할지 모르나 反面에 建物全體의 維持·管理上 他區分所有權者에 重大한 위험을 수반하는 境界部分의 利用·變更行爲는 制限禁止되지 않으면 안된다는 요청에 배치되는 것이다. 따라서 境界部分을 全區分所有者의 共有로 함이 타당할 것이다.⁴⁾ 이 以外에도 管理人室·발코니 베란다등은 그 構造·使用目的 등을 고려하고 集合住宅全體와 관련성 등을 참작하여 個別的으로 판단하지 않으면 안된다. 日本의 判例에 의하면 共用部分으로 판시하였다.⁵⁾

區分所有關係에 있어서 專有部分과 共用部分은 다음과 같은 특색을 가지고 있다. ① 區分所有權者는 自己에 속하는 建物部分을 專有部分으로 所有하는 것이며 이 所有權自體는 獨立家屋의 所有權과 그 權能에 별다른 차이가 없다. 따라서 專有部分에 대한 區分所有權은 民法上의 所有權에 의한 處分行爲와 동일하게 有償·無償의 讓渡, 擔保權設定 등도 할 수 있다. 또 他의 區分所有權者나 第三者에 의하여 專有部分에 侵害行爲를 할 때는 物權의 請求權을 行使할 수 있다. ② 專有部分과 共用部分은 不可分의 關係에 있다. 共用部分은 原則적으로 區分所有權者全員の 共有에 屬하고 規約에 特別한 規定이 없는限, 各專有部分의 床面積에 比例하여 共用部分의 共有持分을 가진다. 또 共用部分에 대한 共有物分割은 一般의 共有物分割의 경우와는 달리 全員の 合意에 의하여서만 可能하고(民法 第268條) 共有持分權은 專有部分과 獨立하여 分離讓渡하거나 抵當權을 設定할 수 없다. 그리고 共用部分을 不當하게 占據使用하지 못하며 그 補修·維持에 協力할 義務가 있다. 共有持分은 專有部分과 分離하여 處分할 수 없고 專有部分의 處분에 종속된다. 共用部分중 一部分을 讓渡하는 것은 持分의 처분이 아니고 共用物의 變更이라 할 수 있다. 持分의 處分은 區分所有權者 全員の 同意가 있더라도 할 수 없으나 共用物의 變更은 全員の 同意로 가능하다. ③ 共用部分에 대한 共有持分은 一般적으로 特別規定을 두지 않더라도 해석상 建物의 專有部分 總面積部分의 床面積 비율에 의하여 配分된다. 그리고 區分所有權者가 共用部分을 사용하는 경우에는 專有部分의 持분에 의하는 것이 아니고 共用部分의 用法에 따라 使用해야 한다. ④ 建物의 共用部分의 管理에 있어서는 民法上의 共用部分의 管理와는 달리 民法 第262條 및 265條의 原則을 強化시켜야 할 것이다. ⑤ 區分所有權者는 他部分所有權者의 權利를 侵害하지 않는 범위와 專有部分에 대한 從物로서의 共有物을 使用·收益할 權利가 있으며 各共有者는 共同生活을 영위하기 위한 諸義務를 지고 있다. 즉 共用部分의 保存 및 其他의 費用을 所有部分의 價額에 따라 分擔할 義務가 있고 또 入住物件에 대한 財産稅, 電氣·其他 諸能管理費 등의 使用料分의 支給을 解怠한 때는 事業主의 還買權·契約解除權 등의 強力한 制裁를 加하고 있다.⁶⁾

3. 專有部分에 대한 權利義務

區分所有關係에 있어서, 區分所有權者의 權利義務는 民法上의 所有權의 權能에서 行使되는 것과 區分所有의 特殊性에 입각한 區分所有權者의 特別한 權利行事事로 대별된다. 區分所有權者 상호간의

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

5) 東京地方法院判例(昭和51.10.1), 判例時報 851號, 198面.

6) 崔鍾吉:「集合住宅의 區分所有에 관한 比較法的·實態的考察」, 法學 11권 2號, 1970, 25面~26面.

權利義務가 具體的으로 문제가 되는 것은 주로 利用의 측면에서 관찰될 수 있다. 그리고 利用에 있어서의 權利義務關係도 그 核心이 되는 것은 共用部分의 利用이다.

專有部分의 利用에 관한 區分所有權者 상호간의 權利義務는 規約등에 의한 團體法的 혹은 債權法的 關係와는 달리 土地所有者간의 相隣關係上的 權利義務에 相當하는 物權法的 關係로 理解해야 할 것이다.

(1) 所有權의 측면에서의 權利義務

區分所有關係에 있어서 建物は 專有部分과 共用部分으로 區分되고 專有部分과 共用部分은 밀접불가분의 關係에 있다.

區分所有權者는 自己에 屬하는 建物部分을 專有部分으로 所有하고 그 所有權自體에는 獨立家屋의 所有權과 별다른 차이없이 사용수익 처분할 수 있는 權能을 가지고 있다(民211條). 따라서 區分所有權의 有償·無償의 讓渡·擔保權設定 등의 權原處分行爲는 所有權者一般의 處分行爲와 法律上 동일한 취급을 받는다. 또 他의 區分所有權者 및 第三者에 의한 專有部分의 侵害行爲는 物權의 請求權을 行使할 수 있다.⁷⁾

共用部分에 대하여는 그 持分을 專有部分과 分離하여 處分하는 것은 허용하지 않는다. 共有持分은 專有部分의 處분에 따른다. 또 共用部分의 侵害行爲에 대하여는 侵害者가 第三者이거나 區分所有權者중의 1人이거나 區分所有權者는 自己의 共有持分權에 의하여 共用部分의 全體에 대하여, 侵害行爲의 豫防 및 妨害除去 請求權을 單獨으로 할 수 있다. 또 共用部分의 占有가 侵奪된 경우에는 各區分所有權者는 共有持分의 비율에도 不拘하고 占有侵奪者에 대하여 目的物의 全部를 自己에게 返還할 것을 청구할 수 있다. 區分所有의 共用部分에 대한 共有關係는 특수한 특색을 가지고 있다. 즉 通常의 共有關係에 있어서는 共有物의 分割請求權(民268條)이 共有者의 最大의 權利인데 대하여 區分所有關係에 있어서는 法定共用部分이거나 規約共用部分이건간에 共用部分의 性格을 가진限, 分割請求는 禁止되고 이에 反하는 特約도 一切禁止된다.

(2) 專有部分의 利用에 관한 權利義務

① 修理·増築에 관한 權利義務

專有部分이라 함은 一個의 建물이 構造上 區分된 數個의 部分으로서 獨立하여 住居, 店舖, 事務所 또는 其他 建物로서의 用途에 供할 수 있는 部分, 즉 構造上的 獨立성과 利用上的 獨立성을 구비한 一棟의 建物의 一部分을 말한다. 具體的으로 말하면 建物全體의 中心이 되는 支柱, 耐力壁, 外壁, 床스라보, 屋上 또는 屋根 등의 法定共用部分을 除外하고 이것들에 의하여 차단된 內側部分이다.⁸⁾

內側表面의 塗裝·化粧·裝飾·附屬物등 모든 內裝은 專有部分에 屬하나 遮斷된 專有部分內의 支

7) 物權의 請求權에는 返還, 豫防·妨害除去請求權이 있다(民213條, 214條).

8) 川島一郎: 「建物の區分所有者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.

柱 耐内壁은 法定共用部分이다. 專有部分은 區分所有者의 單獨所有에 屬하며, 그의 管理 및 保存行爲는 오로지 當該區分所有者가 자유로 行使할 權利義務가 있다. 그러나 共同的 利害에 영향을 미치는 범위에 있어서는 共同管理의 對象으로 할 수 있다.

專有部分의 修理는 各區分所有者가 自己의 判斷과 費用으로서 行使하는 것이 原則이나 單純한 原狀回復의 범위를 초과하는 大規模的인 改修일 때는 規約上 管理組合의 同意를 얻어야 한다. 또 修理의 方法이 建物の 保存에 有害하고 共同的 利害에 反하는 結果가 發生할 때는 허용되지 않아야 한다. 區分所有者는 專有部分의 改良 및 保存을 위하여 共用部分 및 他區分所有權의 專有部分의 使用을 청구할 수 있다. 다만 他區分所有者가 이로 인하여 損害를 받으면는 그 補償金을 支拂하지 않으면 안된다.⁹⁾

專有部分의 増改築은 共用部分이 있는 柱·壁 등의 形狀을 變更하기 때문에 共有者全員の 合意가 필요로 하다. 그리고 増改築이 敷地에서 일어날 경우에는 敷地는 區分所有者의 共有 또는 準共有(賃借權일 때)이기 때문에 他共有者의 허락을 받지 않으면 안된다. 그런데 規約의 禁止事項에 違反하여 増改築을 행할 경우는 管理組合의 代表者는 공사에 中止 또는 原狀回復을 청구할 수 있다. 規約에 의하여 制裁規定이 없다 하더라도 專有部分의 増·改築이 共用部分에 악영향을 미치거나 共有者의 同意를 얻을 수 없을 때에는 他的 區分所有者는 保存行爲로서 工事의 中止 또는 原狀回復을 청구할 수 있다.¹⁰⁾

② 專有部分의 用途變更

專有部分의 用途變更은 規約에 의하여 禁止되고 있는 경우가 많다. 왜냐하면 用途變更으로 인하여 環境을 阻害하고 他區分所有者에 악영향을 미치기 때문이다. 그리고 用途變更에 관하여 規約에 特別한 規定이 없다 하더라도, 建物の 管理 또는 使用에 관하여 區分所有者의 共同利益에 反하는 行爲일 때는 用途變更을 행할 수 없다. 그러나 本來의 用途를 根本적으로 變更하지 않는 범위내에서, 他的 用途에 併用케 하는 것은 他區分所有者의 共同的 利害에 反하지 않는限 허용되어야 할 것이다. 一般적으로 區分所有者는 專有部分內의 限定된 空間과 그 內部施設을 排他的으로 利用하고 保存하는 外에 自己의 計算으로 利用上 필요한 變更을 행할 權利가 있다.

區分所有가 인정되는 集合住宅의 保存行爲上 有害行爲는 禁止되어야 한다. 外國의 立法例는 「建物の 保存에 有害한 行爲, 其他 建物の 管理 또는 使用에 관하여 區分所有者의 共同利益에 反하는 行爲」는 強行規定으로 禁止하고 있다.¹¹⁾ 有害行爲 등의 禁止에 관한 規定은 共用部分의 利用에 있어서만이 아니고 專有部分에 있어서도 똑같이 금지된다. 나아가 禁止된 行爲를 規約 등에 具體적으로 定하고 그 違反에 대한 制裁方法을 규정하는 것도 허용된다. 集合住宅에 있어서 비록 有害行爲 등의 禁止에 관한 特別한 規定이 없다 하더라도 民法上의 權利濫用의 法理를 적용한다면 똑같은 結果를 얻을 수 있다. 즉 他區分所有者의 區分所有權 및 共用部分持分權에 의한 物權的請求權(豫防·妨害除去)의 行使를 할 수 있다.

9) 王田弘毅編：マンションの法律(上), 一粒社(東京), 1978, 183面

10) 日本地法學會：集合住宅の管理·高層建築, 有斐閣(東京), 1980, 26面~28面.

11) 日本區分所有權法 第5條.

4. 共用部分에 대한 權利義務

(1) 共用部分에 대한 共有持分權의 性質

共用部分에 관한 區分所有權者가 가지는 諸權利義務는 共用部分에 대한 共有持分權¹²⁾에 그 기초를 두고 있다.

共用部分에 대한 區分所有權者의 諸權限은 根本的으로 所有權의 權能에서 발생한 物權의 權利에서 派生된 것으로 파악하고 이것이 단순한 共有者의 過渡的 利用權限이 아니고 영구적으로 共同利用을 目的으로 하는 共有財産이라는 것을 重視하여 民法上的 共有¹³⁾라는 다른 特殊한 性質을 가진다.

民法上的 共有는 個別的 單獨所有權에서 볼 때, 하나의 例外的인 態樣으로서 個別的 所有權에 종속하고 언젠가 解體歸一해야 할 過渡的인 형태였다. 즉 어떠한 事情에 의하여 발생한 共有關係는 어느 時期에 各共有者의 個別的 意思에 의하여 共有關係가 解消되어야 한다는 것이 法律構成上 豫定되고 있다. 따라서 共有關係法도 共有關係의 해소를 위한 過渡的 過程으로서의 各共有者의 具體的인 目的物利用과 그 經濟的 計算을 조정하기 위한 法技術的 處理에 根本的 存在理由를 찾고 있다. 그러나 區分所有權上의 共有는 共有關係의 解體가 아니고 共有關係의 強化에 초점을 두고 있다. 즉 一棟의 建物을 一個의 共同所有에서 個別的 所有의 集合으로 전환하고 그 個別的 所有를 安定的으로 存續시키기 위한 手段으로서 그 建物中 個別的 所有의 對象이 될 수 없는 共有部分에 대한 共同管理·計算을 보다 確實히 行할 수 있도록 法律構成이 되어야 한다.¹⁴⁾

共用部分에 대한 區分所有權者의 權利義務의 특징은 民法 第263條가 持分の 비율에 따라 使用·收益해야 한다는 규정과는 달리 持分の 大小에 불구하고 共有物全部에 대하여 同法에 따라 使用權을 區分所有者에게 인정해야 한다.¹⁵⁾

民法上的 共有物에는 期間·回數 등을 정하여 各共有者에 專用的 使用을 허용하는 것이 希望되고 있으나, 區分所有關係上의 共用部分은 性質上 原則적으로 常時 全共有者의 使用에 提供되어야 하기 때문에 持分の 비율에 의한 使用配分을 一律적으로 排除되어야 한다. 그런데 區分所有上의 用法에 따른 使用權이라 함은 ① 共用部分 構成要素의 物的有用성과 그 保存에 적합한 使用方法에 따르는 것을 意味한다. 「用法」이라는 것은 根本적으로 物的 客觀的 用途에 의하여 決定해야 하나, 規約에 의하여 共用部分에 대한 特別用法을 규정하는 것도 가능하다. ② 目的物을 具體적으로 利用하는 者

12) 우리 民法은 持分과 持分權을 概念上 區別하지 않고 있다. 持分이라 함은 所有權 내지 部分的 所有權의 상 호제한 내지 분속하는 비율을 말하고 持分權은 共有者가 共有物에 대하여 가지는 權利다.

곽윤지: 物權法(民法講義Ⅱ), 經文社(서울), 1980, 331面.

13) 共有의 法律的 構成은 1個의 所有權이 分産的으로 分割되어 數人에게 귀속하는 것이다.

김중환: 物權法(上), 博愛社(서울), 1970, 149面.

이에 대하여 다른 견해도 있다(我妻榮: 物權法, 211面).

14) 王田弘毅: 「建物の區分所有における管理に基本問題」時の法令 824號, 18面.

15) 불란서의 「階層別로 區分된 不動産의 共有에 관한 法律」第6조.

日本區分所有權法 第10조.

에 專用的 使用을 인정하는 것은 否定할 수 없다. 예를 들면 建物內的 駐車場과 같이 一定의 區分 所有者에 專用的 使用되고 있다. 그리고 區分所有者는 用法에 따라 使用할 義務를 負擔한다. 同法의 違反使用에 대하여는 他區分所有者는 共有持分權에 의하여 物權的 請求權을 가짐은 물론이고 一定한 制裁도 할 수 있다. 그러나 他共有物의 使用을 禁止할 수는 없다.

(2) 共用部分의 改良·變更에 대한 權利義務

共用部分의 利用上 필요한 變更·改良·管理·保存 등의 諸行爲는 區分所有者의 權限에 屬하는 重要한 事項이다. 民法은 各共有者의 行爲가 다른 共有者의 利害에 어떠한 影響을 미치는 경우에는 各共有者의 行爲에 一定한 制限을 加하고 그 影響을 미치는 정도에 따라 그 制限의 方法도 相異하게 규정하고 있다. 즉 共有物을 處分하거나 變更에 있어서는 다른 共有者의 同意를 얻어야 하고(民264條) 共有物의 管理에 관한 事項은 共有者의 持分이 過半數로서 決定하며(民265條), 共有物에 대한 保存行爲는 各者 獨自의 行爲로 行할 수 있도록 하고 있다(民265條 但書).

區分所有關係에 있어서 共用部分에 관한 諸行爲는 規約에 의한 特別한 規定이 없는 限, 保存行爲를 除外하고는 共有持分에 따라 議決로서 決定한다. 共有持分自體는 民法上 「均等한 것으로 推定한다」는(民法262條)——自由로운 立證——推定方式을 排除하고 區分所有者의 專有部分의 床面積의 비율에 의하여 決定한다.

共用部分의 變更이라 함은 一般의 共有部分을 構成하는 諸要素의 物의 性狀을 確定的으로 變하게 하는 것을 말한다. 그런데 物의 性狀은 確定的으로 變하였으나 用途上의 變化가 없는 경우에는 原則의 變更이라 할 수 없겠으나 실제로는 用途目的을 增進하는데 현저하게 多額의 費用을 要하지 않는 限 變更이라 할 수 없고 改良으로 보아야 할 것이다.¹⁶⁾

區分所有關係에 있어서 共用部分의 變更에 관하여 문제로 되는 것은 첫째 法律上의 處分行爲가 共有物의 變更이라는 점에 있다. 民法上의 持分權의 處分은 各共有者의 固有의 權利에 屬하고 各共有者의 自由에 맡겼다. 그러나 共有物全體의 處分에는 共有者全員の 同意가 필요하다(民264條). 그래서 法律上의 處分을 第264條의 變更에 포함할 것인가 안할 것인가에 대하여는 結果的으로 差異는 없다.¹⁷⁾ 區分所有關係에 있어서는 持分權의 處分은 區分所有權의 處分과 밀접한 關係가 있기 때문에 專有部分을 갖지 않는 共用部分은 存在하지 않기 때문에 變更의 觀念에 法律上의 處分을 포함할 수가 없었다. 現實的 問題로서 共用部分의 一部가 特定の 區分所有者 또는 第三者의 個別的 所有로 전환될 경우는 共用部分으로서의 法律上의 性格을 박탈하는 것이 先行되어야 한다. 즉 規約共用部分에 있어서는 全區分所有者의 書面에 의한 規約變更의 合意가 필요하며 法定共用部分에 있어서는 物理的 變更을 爲한 全員の 合意가 필요한 것이다. 두째로 物의 性狀을 變更하지 않고 用途만을 變更하는 行爲를 變更에 포함할 것인가이다. 物의 性狀을 變하게 하는 行爲도 確定的인 性質을 가진 경우만 變更으로 본다면 用途變更도 確定的인 것이 될 때는 變更으로 보아야 할 것이다. 따라서 專有部分의 用途變更은 規約등에 의하여 禁止되어 있는 경우가 많다. 그 理由는 用途變更에 의하여 환

16) 王田弘毅: マンションの法律(上), 一粒社(東京), 1978, 185面~192面.

17) 川井健: 「建物の區分所有等に關する法律」, 註釋民法7卷, 有斐閣(東京), 1968, 322面~323面.

경을 阻害하고 他에 악영향을 미치기 때문이다.

共用部分의 改良行爲라고 하는 것은 共用部分의 物的性狀을 變更하더라도 종래의 用途를 根本적으로 變更하지 않고 그 用途目的을 增進케 하는 것을 말한다. 改良行爲는 현저하게 多額의 費用을 要하지 않는限 共有者인 區分所有者 全員의 合意를 필요로 하지 않고 多數의 議決로서 行使될수 있다.

(3) 共用部分의 管理 및 保存에 關한 權利義務

集合住宅의 專有部分에 있어서는 區分所有者가 여기에 居住하고 있는限 最低限度의 日常의 管理를 行하나 共用部分에 대해서는 그 管理行爲를 회피하는 경우가 있다. 따라서 共用部分의 管理問題는 重要한 것이다.

共有物의 管理行爲라 하면 共用部分을 構成하는 諸要素의 物的性狀을 確定的으로 變更하지 않고 또 그 用途를 根本적으로 變更하지 않는 모든 行爲를 말한다. 즉 管理行爲라고 함은 變更·處分行爲에는 이르지 못하고 保存行爲를 넘은 中間概念이라고 할 수 있다. 따라서 變更을 수반한 管理行爲는 管理行爲가 아니고 變更行爲라고 해야 할 것이다. 管理에 關한 行爲는 具體적으로 共用部分의 補修·點檢 등의 方法이 決定, 損害保險契約의 締結, 管理者 및 管理組合의 選定에 對한 諸決定 등이 포함된다.

오늘날 集合建物의 管理에 있어서, 所有와 管理가 分離되어 가는 傾向이 있다. 즉 集合住宅의 管理가 最初에는 區分所有者의 共同管理를 原則으로 하였으나 점차로 모든 管理가 管理會社나 個人에게 委任하고 그 費用만을 負擔하는 傾向이 발생하고 있다.

區分所有關係에 있어서 共用部分의 管理行爲는 共有者인 各區分所有權者의 持分의 過半數로서 決定한다. 나아가서 管理行爲에 포함되는 모든 行爲는 직접으로 區分所有者의 專有部分에 특별한 영향을 미치는 것을 除外하고는, 各區分所有權者는 그 意思에 反하여 管理上의 決定을 行하는 것에 受忍해야 할 義務가 있다. 또 그 持분에 응하여 費用을 負擔해야 할 義務가 있다.

保存行爲라고 함은 物件의 滅失·毀損을 防止하고 그 現狀을 維持하기 위하여 하는 事實的·法律的 行爲를 말한다.¹⁸⁾ 事實的 行爲는 파손된 부분을 修理한다든가 共用部分을 파괴할 위험물을 除去하든가 하는 것을 말하고 法律上 行爲는 共有物上에 存在하는 原因無效의 登記에 關하여 抹消를 請求한다든가, 共用部分에 共有物을 不法占有하는 者에 對하여 그 引渡를 請求함과 같은 것을 들 수 있다. 이와 같이 保存行爲는 다른 區分所有者에게 被害가 없고 오히려 利益을 수반하는 경우가 많으므로 他區分所有者의 同意를 받을 필요가 없다. 오히려 緊急을 요하는 경우가 많기 때문에 區分所有者 各者의 單獨으로 行使할 수 있다.

(4) 數地에 대한 權利義務關係

一個의 建物을 數個로 區分하여 所有하는 것이 인정되나 그 建物이 所在하는 數地의 權利關係에

18) 김증환 : 前掲書 166面.

박윤직 : 前掲書 338面.

대해서는 아무런 規定을 두지 않고 있다. 그러나 區分所有者 全員이 敷地를 所有한 때는 共有의 形態로 보지 않을 수 없다. 共有로 인정하더라도 各區分所有者가 所有하는 專有部分에 대하여 어떠한 敷地의 利用權이 발생할 것인가에 대하여 明確한 規定이 없다. 이에 대하여(區分所有權과 敷地利用權과의 關係) 空中의 土地所有權說¹⁹⁾과 約上土地利用權設定說²⁰⁾ 등의 對立이 있다. 그러나 區分所有關係의 특수성에 의하여 區分所有權, 共用部分에 대한 共有持分權, 敷地利用權을 一體로 하여 法的으로 취급해야 할 것이다.²¹⁾ 敷地利用關係로 具體적으로 검토하여 보면 ① 敷地가 建物の 區分所有者 全員에 대한 共有, ② 區分所有者 以外の者에 의하여 敷地가 所有된 때, ③ 敷地가 區分所有者中의 一部에 所有된 때로 分離하여 검토되어야 할 것이다.

① 敷地가 建物の 區分所有者 全員에 의한 共有

敷地가 區分所有者 全員의 共有의 경우에는 區分所有權者는 敷地에 대하여 持分權을 가지고, 持分の 비율은 當事者간의 특별한 約定이 있는 경우에는 이에 의하고 約定이 없는 때에는 平等的인 것으로 推定한다. 그러나 實情은 各區分所有者의 專有部分의 床面積의 비율에 의하여 決定한다. 여기에서 특히 문제되는 것은 첫째 區分所有建物 또는 敷地의 共有持分 어느便에 抵當權을 設定한 경우에 法定地上權이 成立할 것인가에 있다. 생각컨대 建物の 社會經濟的인 效用을 維持하는 것을 立法上의 理由로 하는 法定地上權의 性質上 否認해야 하는 것이 當연할 것이다.²²⁾ 둘째로 建物이 全部 滅失한 경우에 再建할 수 있는 것인가가 문제이다. 建物全部가 滅失한 경우의 再建에 관하여는 敷地共有者全員の 合意에 의하여 決定하여야 하며 다만 一人이 反對하면 再建할 수 없다. 또 再建되어야 建物이 종전과 똑같은 構造로 하여야 할 것인가는 敷地共有者 全員の 合意에 의하여 自由로 決定해야 한다.

② 區分所有者以外的 者에 의한 所有의 경우

建物の 區分所有權者가 아닌 第三者에 敷地의 所有權이 있을 경우에, 建物の 區分所有權者가 敷地의 所有權者에 대하여 支拂해야 할 地代債務는 可分債務인가 不可分債務인가에 있다. 이것은 可分債務로 해석해야 할 것이다. 즉 不可分債務로 해석한다면 區分所有權者中의 一人이 地代支拂을 怠慢하였다면 全區分所有者에 履行遲滯가 되어 賃貸契約全部가 解除되는 結果가 된다. 따라서 敷地所有者는 地代를 滯納하고 있는 區分所有者에 대하여서만 催告한 후 同人의 賃借權의 準共有持分을 解除한 것으로 본다.

結 論

一物一權主義를 바탕으로 하는 近代의 所有權法制下에서 建物の 區分所有는 인정될 수가 없었다. 그러나 時代的 推移와 社會 現實的要請에 의하여 建物の 區分所有는 필연적으로 발생하지 않을 수 없었다.

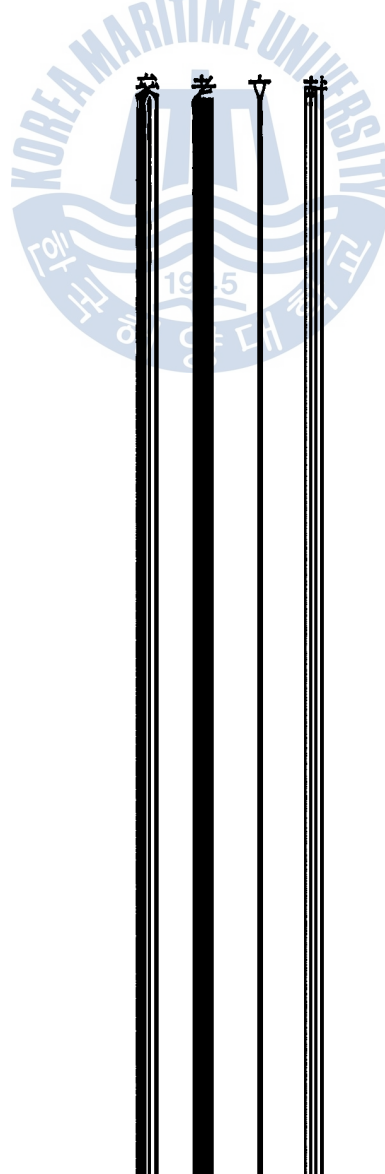
19) 王田弘毅外 2人: 建物區分所有權法, 一粒社(東京), 1975, 52面.

20) 鈴木祿彌: 借地借家法の研究(上), 1958, 東京大學出版會, 261面.

21) 石田喜久夫: 「集合住宅の權利關係」, シュリスト合特集, 有斐閣, 1980, 119面.

22) 日本東京地方法院前例, 昭和153·2·1, 判例時報, 917號, 86面.

區分所有者的 權利義務의 立法上의 確立은 區分所有者的 保護는 물론이거니와 區分所有者 상호간의 權利義務를 조정하여 集合住宅內의 共同生活을 원활히 함에 있다. 즉 共同生活上의 共同體 및 協同體로서의 意識을 形成할 수 있는 規範이 確立되어야 할 것이다. 區分所有權者는 集合住宅의 區分所有權이 獨立住宅보다는 財產權의 保障이 약하다는 意識이 있고, 그리고 專有部分과 共用部分 및 敷地에 대한 權利義務關係가 立法上 未確立으로 인하여 여러가지 法律問題가 격증하고 있다. 따라서 앞으로 區分所有權者保護로 위한 成文立法이 制定될 것을 豫想하면서 다음 몇가지점을 논급하였다. ① 專有部分과 共用部分의 概念과 限界를 具體的 事例를 들어 明確히 하고, ② 專有部分에 대하여 區分所有者的 權利義務는 所有權의 측면에서 사용 수익 처분할 수 있고, 區分所有의 특수성에 입각하여 規約에 의한 團體法的 또는 債權法的 關係와는 달리 土地所有者간의 相隣關係上의 權利義務에 相當하는 物權法的 關係로 파악하였다. ③ 共用部分에 대한 變更·改良·管理 및 保存등에 대한 權利義務는 民法上의 共有에 관한 규정과는 달리 區分所有의 特殊性에 입각하여 專有部分의 床面積의 비율에 의하여 決定되고, 그 權利行使는 用法에 따라 享有된다. 이상과 같은 諸點을 論究함으로써 앞으로 立法의 制定上 참고가 됨을 기대하는 바이다.



대해서는 아무런 規定을 두지 않고 있다. 그러나 區分所有者 全員이 敷地를 所有한 때는 共有의 形態로 보지 않을 수 없다. 共有로 인정하더라도 各區分所有者가 所有하는 專有部分에 대하여 어떠한 敷地의 利用權이 발생할 것인가에 대하여 明確한 規定이 없다. 이에 대하여(區分所有權과 敷地利用權과의 關係) 空中의 土地所有權說¹⁹⁾과 約上土地利用權設定說²⁰⁾ 등의 對立이 있다. 그러나 區分所有關係의 특수성에 의하여 區分所有權, 共用部分에 대한 共有持分權, 敷地利用權을 一體로 하여 法的으로 취급해야 할 것이다.²¹⁾ 敷地利用關係로 具體적으로 검토하여 보면 ① 敷地가 建物の 區分所有者 全員에 대한 共有, ② 區分所有者 以外の者에 의하여 敷地가 所有된 때, ③ 敷地가 區分所有者中の 一部에 所有된 때로 分離하여 검토되어야 할 것이다.

① 敷地가 建物の 區分所有者 全員에 의한 共有

敷地가 區分所有者 全員의 共有의 경우에는 區分所有權者는 敷地에 대하여 持分權을 가지고, 持分の 비율은 當事者간의 특별한 約定이 있는 경우에는 이에 의하고 約定이 없는 때에는 平等한 것으로 推定한다. 그러나 實情上은 各區分所有者의 專有部分의 床面積의 비율에 의하여 決定한다. 여기에서 특히 문제되는 것은 첫째 區分所有建物 또는 敷地의 共有持分 어느便에 抵當權을 設定한 경우에 法定地上權이 成立할 것인가에 있다. 생각컨대 建物の 社會經濟的인 效用을 維持하는 것을 立法上의 理由로 하는 法定地上權의 性質上 否認해야 하는 것이 當然할 것이다.²²⁾ 둘째로 建물이 全部 滅失한 경우에 再建할 수 있는 것인가가 문제이다. 建物全部가 滅失한 경우의 再建에 관하여는 敷地共有者全員の 合意에 의하여 決定하여야 하며 다만 一人이 反對하면 再建할 수 없다. 또 再建되어야 建물이 종전과 똑같은 構造로 하여야 할 것인가는 敷地共有者 全員の 合意에 의하여 自由로 決定해야 한다.

② 區分所有者以外的 者에 의한 所有의 경우

建物の 區分所有權者가 아닌 第三者에 敷地의 所有權이 있을 경우에, 建物の 區分所有權者가 敷地의 所有權者에 대하여 支拂해야 할 地代債務는 可分債務인가 不可分債務인가에 있다. 이것은 可分債務로 해석해야 할 것이다. 즉 不可分債務로 해석한다면 區分所有權者中の 一人이 地代支拂을 태만하였다면 全區分所有者에 履行遲滯가 되어 賃貸契約全部가 解除되는 結果가 된다. 따라서 敷地所有者는 地代를 滯納하고 있는 區分所有者에 대하여서만 催告한 후 同人의 賃借權의 準共有持分을 解除한 것으로 본다.

結 論

一物一權主義를 바탕으로 하는 近代의 所有權法制下에서 建物の 區分所有는 인정될 수가 없었다. 그러나 時代的 推移와 社會 現實的의 要請에 의하여 建物の 區分所有는 필연적으로 발생하지 않을 수 없었다.

19) 王田弘毅外 2人: 建物區分所有權法, 一粒社(東京), 1975, 52面.

20) 鈴木祿彌: 借地借家法の研究(上), 1958, 東京大學出版會, 261面.

21) 石田喜久夫: 「集合住宅の權利關係」, シュリスト合特集, 有斐閣, 1980, 119面.

22) 日本東京地方法院前例, 昭和153・2・1, 判例時報, 917號, 86面.

區分所有者的 權利義務의 立法上的 確立은 區分所有者的 保護는 물론이거니와 區分所有者 상호간의 權利義務를 조정하여 集合住宅內의 共同生活을 원활히 함에 있다. 즉 共同生活上의 共同體 및 協同體로서의 意識을 形成할 수 있는 規範이 確立되어야 할 것이다. 區分所有權者는 集合住宅의 區分所有權이 獨立住宅보다는 財產權의 保障이 약하다는 意識이 있고, 그리고 專有部分과 共用部分 및 敷地에 대한 權利義務關係가 立法上 未確立으로 인하여 여러가지 法律問題가 겨증하고 있다. 따라서 앞으로 區分所有權者保護로 위한 成文立法이 制定될 것을 豫想하면서 다음 몇가지점을 論급하였다. ① 專有部分과 共用部分의 概念과 限界를 具體的 事例를 들어 明確히 하고, ② 專有部分에 대하여 區分所有者的 權利義務는 所有權의 측면에서 사용 수익 처분할 수 있고, 區分所有의 특수성에 입각하여 規約에 의한 團體法的 또는 債權法的 關係와는 달리 土地所有者간의 相隣關係上的 權利義務에 相當하는 物權法的 關係로 파악하였다. ③ 共用部分에 대한 變更·改良·管理 및 保存등에 대한 權利義務는 民法上的 共有에 관한 규정과는 달리 區分所有의 特殊性에 입각하여 專有部分의 床面積의 비율에 의하여 決定되고, 그 權利行使는 用法에 따라 享有된다. 이상과 같은 諸點을 論究함으로써 앞으로 立法의 制定上 참고가 됨을 기대하는 바이다.

參 考 文 獻

1. 玉田弘毅·森泉章·草田正夫：建物區分所有權法，一粒社(東京)，1975.
2. 村教三·宇都宮充夫：高層ビルと地下街，大成出版社(東京)，1976.
3. 鈴木祿彌·篠塚昭次：不動産法，有斐閣(東京)，1973.
4. 幾代道：不動産法講義，有斐閣(東京)，1975.
5. マンションの法律(上)，一粒社(東京)，1978.
6. 「集合住宅の管理·高層建築」，日本地法學會編，有斐閣(東京)，1980.
7. 곽운직：物權法(民法講義Ⅱ)，經文社(서울)，1980.
8. 김증환：物權法(上)，博英社(서울)，1970.
9. 注釋民法7卷，有斐閣(東京)，1968.
10. 鈴木祿彌：借地借家法の研究(上)，東京大學出版會，1958.
11. 法學11권 2號，서울大學校出版部，1970.
12. 日本判例時報，851，779號. 917號.
13. 法律時報，有斐閣(東京)，14권 6號，43권10號.
14. 時の法令：824號.